OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	＜翻訳＞訪問取引としての不動産金融契約における撤回権 : ヨーロッパ消費者保護法とドイツ民法の間の利益衝突
Author(s)	シェーン, ブリッタ＝ベアーテ; 平田, 健治
Citation	阪大法学. 2004, 54(1), p. 295-340
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/54889
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

翻訳

訪問取引としての不動産金融契約における撤回権

――ヨーロッパ消費者保護法とドイツ民法の間の利益衝突――

ブリッタ＝ベアーテ・シェーン(1)
平田健治／訳と解説

目次

論文
1. 事実背景と経済的意義
2. 一九九九年一一月二九日における欧州司法裁判所への先決裁定のための付託決定の時点でのドイツの法状態
3. 一九九九年一一月二九日の連邦通常裁判所の付託決定
4. 二〇〇一年一二月一三日の欧州司法裁判所ハイニンガー判決
5. 欧州司法裁判所判決の帰結
6. 二〇〇二年四月九日の連邦通常裁判所判決
7. 二〇〇二年八月一日の債務法改革の補正法

（阪大法学）54（1-295）295〔2004.5〕

翻　訳

8. まとめ

解　説

Ⅰ. ハイニンガー事件の経緯
1. 判　決
2. 関係法令の変遷
Ⅱ. 指令による法同化の限界と代替案
1. 欧州委員会の、ヨーロッパ契約法に関する、理事会と欧州議会への通知
2. 欧州議会の、加盟国の民商法の調和に関する決議
3. 司法・内務大臣理事会から理事会への報告
4. 二〇〇三年二月一二日の欧州委員会の理事会と欧州議会への通知
5. 契約法統一における研究者グループの活動の意味

論　文

不動産金融契約における撤回権（の許否）は、ドイツにおいて最近激しく議論されている法律問題であり、この素材を用いて、ヨーロッパ法のドイツ法に対する影響がいかに強いかの点と、ヨーロッパ法が加盟国国家法秩序に対して影響を行使するためにいかなる法的手段を持っているかの点を示すこととする。この論争は、法律学の領域を超えて広がった。このテーマの激しさは、その経済的意義のみならず、市民の被害者の多さにもある。

1. 事実背景と経済的意義

不動産金融は、伝統的に、ドイツの大部分の領域で、いわゆる移動仲介人によってなされてきた。このような販売形式は、組織販売と呼ばれてきた。その際、とりわけ、異なる複数の銀行による費用見積もり全額の金融を主要特徴とする節税モデルが問題となる。消費者に対して以下のことがほのめかされる。自己資本なくして、採算のとれる投資財産を取得し、賃料収入により返済資金を得ることができ、賃料収入は、消費貸借利息のみならず、元本償却にもなり、賃料は絶えず増大するだろうと。(2)

不動産の購入価格は、大抵の場合、当該売買に関与する人々の手数料のため、取引価格より高額であった。不動産市場が、とりわけ東ドイツ地域において九〇年代中葉に崩壊したときに、問題が発症した。見込んでいた賃料収入はもはや得られなくなったり、賃料保証の期間も経過してしまったり、賃料保証を引き受けていた企業は無資力となってしまった。購入者たちは、販売企業やその仲介人たちにだまされた思いであった。彼らの目は、販売企業よりも通常、支払能力のある銀行に向けられた。これらの場合に、二つの古典的な防衛戦略が見つかった。第一の戦略は、ここでは詳論できないが、説明義務違反から損害賠償請求権を導こうとした。(3)第二の戦略は、訪問取引撤回法(4)（HWiG）に目を向け、銀行が説明をしていなかったであろう撤回権を前面に出した。

2. 一九九九年一一月二九日における欧州司法裁判所への先決裁定(5)のための付託決定の時点でのドイツの法状態

一九九九年一一月二九日(6)の連邦通常裁判所の付託決定の時点で、ドイツ法のルールによる当該事案の評価に際して、訪問取引撤回法(6a)に対する消費者信用法（VerbrKrG）の優先という問題が生じた。

訪問取引撤回法は、ヨーロッパ訪問取引指令に対応するものとして公布された。(7)判例・学説によって、不動産金

融契約が訪問取引撤回法の適用領域に含まれるか否かが争われた。民法（旧）三一二ａ条[8]によれば、当該行為が訪問取引であり同時に民法四九一条一項の意味での消費者消費貸借契約と性質づけられる場合には、消費者消費貸借契約の規律がもっぱら適用された。

不動産金融契約は、たとえ制限的ではあっても、消費者消費貸借契約の規律により把握された。民法（旧）四九一条三項一号[9]によれば、不動産金融契約においては、四九五条、三五五条による撤回権は排除されていた。判例[10]・学説[11]においては、消費者信用法によれば撤回権が存しない場合においてもなお、消費者信用法の訪問取引撤回法に対する優先が妥当するという見解が支配的であった。不動産金融における撤回権は、消費者信用と異なり、ドイツの立法者によって一般的に拒否されたのであると[12]。不動産金融から撤回権を除外することは、消費貸借の厳密な再金融を挫折させないためであり、それによって消費者のためにも消費貸借の費用を低減にさせているとされた[13]。

別の考え[14]によれば、訪問取引撤回法による撤回権が競合しているとされた。すなわち、旧三一二ａ条の競合規律は、優先的に適用されるべき法が消費者に［劣後する法と］同等の効果をもつ保護を提供する場合という留保の下にあると考える。消費者の撤回権が旧四九一条三項一号において排除される場合には、消費者には、少なくとも所与の要件の下で、三一二条一項と三五五条による撤回権が承認されねばならないと。旧三一二ａ条の規律は、消費者の不利益に援用されてはならないと。そうでないとすれば、通常の販売方法や生存を脅かす結果を考慮すると、消費者保護制度における甚だしい保護欠缺が生じようと。

3．一九九九年一一月二九日の連邦通常裁判所の付託決定

係争事件では、一九九三年に訪問取引の状況下での不動産仲介者との売買交渉ののちに、住居購入代金の融資の

ための消費貸借も受け入れられ、これは土地債務[15]によって同額が担保された。消費貸借契約に関する意思表示は、後日、金融機関の事務室でなされた。その際に、撤回権があることは説明されなかった。当該消費貸借契約は、一九九八年の訴訟提起時に訪問取引撤回法を援用して撤回された。借主の訴は、被告である銀行が、住居の返還と引換に元本、利息、手数料を返済する義務があることと、それ以外の請求権が存在しないことの確認に向けられていた。ミュンヘンの地裁も高裁もこの訴を棄却した。連邦通常裁判所は、ドイツの法状態の基礎にある指令とその解釈を考慮し、欧州司法裁判所にこの事案を付託した[16]。連邦通常裁判所は、その決定において、不動産信用取引が同時に訪問取引であったとしても、撤回権を排除することが、ヨーロッパ法に適合すると考えていることを言外に含めた。連邦通常裁判所は伺いを以下のようにまとめた。

「1. 一九八五年一二月二〇日の、営業所以外で締結された契約における消費者保護に関する理事会指令85/577/EWGは、不動産信用契約をも対象とし、一九八六年一二月二二日の消費者信用に関する加盟国間の法・行政規定の調整のための理事会指令87/102/EWGに優先するか?

2. 裁判所がこの問を肯定する場合、加盟国立法者は、訪問取引指令によって、消費者信用法七条二項三文に規定されている撤回権の行使期間制限を、訪問取引が消費者信用法三条二項二号の意味での不動産信用付与を対象とし、[訪問取引]指令四条に規定されている説明がなされなかった場合においても、適用することを妨げられるか?」

4. 二〇〇一年一二月一三日の欧州司法裁判所ハイニンガー判決（Rs.C-481/99）

欧州司法裁判所は、二〇〇一年一二月一三日の判決により、連邦通常裁判所の見解と異なり、訪問取引指令は無制限に不動産与信契約に適用されねばならないと判断した[17]。消費者信用指令は訪問取引指令の適用領域を制限して

おらず、逆に両指令は別の保護目的を有し、競合して適用されると。従って、不動産与信契約の受信者は、与信契約が訪問取引として締結された場合には、［訪問取引］指令五条による撤回権を有すると。指令の成立史にまでさかのぼったドイツ政府の一部は非常に複雑な論証には、欧州司法裁判所は、立ち入らなかった(18)。

欧州司法裁判所の第二の重要な内容は以下の点に見いだされうる。すなわち、撤回権の行使可能期間は、その説明がなかった場合には、一年に制限されないことである。連邦通常裁判所は、不動産信用の場合において撤回権の行使期間制限が許容されるかについてのみ問い合わせたにもかかわらず、欧州司法裁判所は、全く一般的な形で、すべての撤回権について回答し、ここにこの判決の重要さが見いだされる(19)。

5．欧州司法裁判所判決の帰結

欧州司法裁判所の判決に続き、ドイツでは、この判決がいかなる帰結を有すべきかについて議論がなされた。そこには、いずれもヨーロッパ法に根本的な問題がかかわっていた。考察の対象となったのは、指令の直接効、指令適合的解釈(20)、さらには国家責任の問題である。不明確であったのは、この判決がドイツ法をどの程度異なった風に解釈するよう命じたのか、あるいは、立法者の行為まで必要なのか否かの点である。

a．指令の直接効

訪問取引指令の直接的第三者効(21)は、水平的関係(22)では排除されている(23)。消費者は、国内法化がない場合に、直接当該指令を援用できないことを、欧州司法裁判所は、訪問取引指令に関するファッチーニ・ドーリ判決(24)で確認している(25)。欧州司法裁判所の考えによれば、加盟国の裁判所は公権力の担い手として、欧州連合条約一〇条により、当該指令の目的を達成するために、国内法の解釈を指令の文言と目的にできるだけ合わせる義務を負っているから、直

接効は必要でないとされる。

b. 指令適合的解釈

しかし、どの程度ドイツ法を指令適合的に解釈する必要があるのか、また解釈できるのかが問題となった。[26] 指令適合的解釈は、従来の解釈方法の基準と並んで、いわばそれらに覆いかぶさる解釈方法として現れる。[27] 指令適合的解釈の対象は、民法（旧）三一二a条であろう。この規定は、通説によって、以下のように理解されていた。すなわち、消費者消費貸借契約の規定に、訪問取引の規定に対する優先が与えられ、不動産信用に対して旧消費者信用法規定の適用が制限される場合にも、訪問取引の規定による撤回権は与えられないとされた。

ある考えによれば、この優先ルールは、今や指令適合的に解釈されねばならず、旧消費者信用法の適用が制限される場合、特に撤回権が排除される場合には、もはや先の排斥的優先［効］は生じないと。[28] かような解釈によって、同時に訪問取引でもあるような不動産信用においていまや撤回権が与えられることが確保されると。かような解釈の可能性を支持するものとして、民法（旧）三一二a条の文言が一義的ではなく別の見方を十分許すことが援用される。さらに、以前から、消費者信用法の優先効を、消費者がそれによって訪問取引による保護を、とりわけ撤回権を失わない場合にのみ承認しようとする批判的見解があった。[29]

別の考えによれば、かような指令適合的解釈は不可能であるという。[30] かような解釈は、指令適合的解釈も無視しえない、立法者の規律目的と明らかに矛盾するからだと。

指令適合的解釈のもうひとつの対象は、債務法現代化法により導入された民法三五五条三項の規定であろう。これによれば、撤回権の行使は、説明がない場合でも、六ヶ月に制限される。訪問取引に関しては、この規定は、もはや訪問取引指令のモデルに適合しない。したがって、民法（旧）三五五条三項は、[31] ヨーロッパ指令法違反であっ

た。通説によれば、一義的文言の場合には、指令適合的解釈はもはや不可能である。[32] しかしまた、かような解釈が当該規範の文言や目的に反する場合でも、共同体法違反を除去するために目的論的縮減が許されるべきであると主張する見解もある。[33]

指令適合的解釈の問題において、それが際限なく用いうるわけではないことに注意すべきである。重要な制限は、加盟国の解釈規則から生ずる。法的制限は、加盟国の規定の文章表現や、当該加盟国において基準となる解釈方法や継続形成方法に依存する。[34]

c. ドイツ連邦共和国の国家責任

この問題におけるドイツ法の指令適合的解釈は若干の論者により不可能と考えられたため、ドイツ連邦共和国の国家責任がとりわけ銀行側から要求された。加盟国が欧州共同体条約二四九条三項による指令の国内法化の義務を履行せず、当該指令で命ぜられている目的が裁判所による国内法の解釈によって達成できない場合には、加盟国は以下の三つの要件の下で共同体法により、指令が国内法化されないことにより市民に生じた損害の賠償義務を負う。すなわち、当該指令により命じられた目的が市民への権利付与であること、当該権利の内容が指令を基礎として特定できるものであること、国家に課せられた義務の違反と発生した損害との間に因果関係が存在することである。かような場合には、国内裁判所は被害者の損害賠償請求を国家の責任法の枠内で確保する必要がある。[35]

さらに、本判決に遡及効が与えられるか否かが問題となる。この点につき、欧州司法裁判所は、欧州共同体条約二三四条による付託問題への回答に際し、新たな法を作り出すのではなく、規定の意義と射程を解明するにすぎないということが注意されるべきである。もっとも、欧州司法裁判所は例外的場合に判決が将来に向かっての効果のみを有するにすぎないと述べたことがあった。しかし［本判決は］かような例外的事例ではなかったから、本判決

は一九九一年一月一日以降に撤回権の存在を説明されずに訪問取引として締結されたすべての不動産信用契約に効力を及ぼす。

6．二〇〇二年四月九日の連邦通常裁判所判決（Az.XI ZR 91/99）

連邦通常裁判所は、この判決で、国内法規定の指令適合的解釈がどの程度まで許されるか、文言による制約が解釈による修正を不可能とさせるのはどのような場合かを測定しようとした。結果として、指令の不正確な国内法化による国家責任にもとづきドイツ連邦共和国に対して損害賠償請求が成立するかもしれない。このように広範囲に及び、また財政的にもそうであるような影響ゆえに、本判決は緊張をもって待ち受けられた。連邦通常裁判所は、結局のところ、誰が当該指令の瑕疵ある国内法化の責任を負うのか、誰がその瑕疵により初めて可能となった販売方法の経済的つけを負担するのか、について判断せねばならなかった。

連邦通常裁判所は、訪問取引撤回法五条二項（民法（新）三一二ａ条）を解釈可能とすることにより、指令適合的解釈を採用した(36)。連邦通常裁判所の見解によれば、撤回権に関する五条二項の補充性条項は、具体的事案で消費者信用法もまた撤回権を与える場合にのみ介入するものとされた。本件事案のように、撤回権が消費者信用法三条二項二号（民法（新）四九一条三項一号）により排除される場合には、訪問取引撤回法一条の規定がなお適用可能とされねばならない。

かような解釈は、文言とそこでの解釈余地を考慮しても、可能とされた。連邦通常裁判所はこのようにして訪問取引の形での不動産信用において撤回権が存続すべきであるとする、以前から出されていた少数説に、指令適合的解釈という方法により、従う。立法者はおそらく意識的に指令違反を引き受けたわけではないだろうから、立法者

の意思もかような解釈の妨げとならないとした。

連邦通常裁判所は、本件事案では原告は行使期間制限内に消費貸借契約を撤回していたので、撤回権の行使期間制限の問題について判断する必要はなかった。

7．二〇〇二年八月一日の債務法改革の補正法

欧州司法裁判所のハイニンガー判決とそれに続く連邦通常裁判所の判決は、関連諸規定をヨーロッパ法に適合させるために大急ぎで公布された新法に導いた。立法者は、上級ラント裁判所における弁護士代理法を変更する法[37]に、民法典における消費者法にかかわる規定の多くの変更を収容した[38]。変更は第一に民法三一二a条における補充性条項に関してであった。新規定[39]は、訪問取引指令の保護レベルが低下しないよう確保している。金融機関と消費者の間の不動産消費貸借契約について、このことは以下のことを意味する。すなわち当該契約は民法四九五条による撤回権の支配を受けることである。不動産消費貸借契約における撤回を一般的に排除していた、民法（旧）四九一条三項一号における制限は、なくなった。その代わりに、訪問取引ではない場合に、撤回権は民法五〇六条三項により、特別な書面による合意で排除されうることとなる。不動産信用に関する撤回権を任意法とした点は、さしあたり二〇〇五年六月三〇日までのものとされている[40]。

立法者はさらに民法三五五条三項三文に以下のような新規定を付加した。すなわち、消費者が撤回権の存在につき説明を受けなかった場合には、当該撤回権は［説明を受けていれば本来消滅するはずの］六ヶ月を経過しても消滅しない。もしそうしなければ消費者の撤回権が無制限に存続することになるから行使期間を設けることで法的安定をもたらそうとした立法者の考えはこの三文の追加で放棄された[41]。

8. まとめ

不動産信用契約における撤回権をめぐる議論は、まず、国内法に対するヨーロッパ法の影響がいかに強いかをより一層示している。連邦通常裁判所の先決裁定付託に対する欧州司法裁判所の判決は、ヨーロッパ次元での消費者保護に関わる諸指令の国内法化に際して、国家の独自性や利害は背景に退くことを明らかにしている。指令の文言に反する形で消費者の権利を制限することは、欧州司法裁判所により、将来も甘受されることはないだろう。消費者保護法は、ヨーロッパ法の原動力となっており、国内の民事法に広範な影響を与えている既存の［ヨーロッパ］諸ルールは欧州司法裁判所により、疑わしい場合には消費者に有利に解釈されよう。

ヨーロッパ第二次法の国内法化の検討の断片的性格はむしろ懐疑的に評価されねばならない。ヨーロッパ法と国内法の複雑な競合、国内裁判所の付託と（国内裁判所が拘束される）欧州司法裁判所の判決の複雑な競合を考慮すると、当事者の組織だった行動がさらに熟考されることが不可欠と思われる。指令適合的解釈は時には裁判所による法創造に至るが、これは本来立法者にゆだねられるべきことなのであろう。

さらに、消費貸借契約の解除によるまきもどしがどのように形成されるかに注目する必要がある。まきもどしの効果は多くの点でなお不明確であり、新たに議論の出発点ともなろう(42)。特に、利息支払、賃貸利益喪失、税負担、管理費用をどう考慮するべきかの問題が困難と思われる(43)。

Ⅰ．ハイニンガー事件の経緯

シェーン論文が明らかにしているように、問題は不動産取得に関連した不動産担保権付消費者金融が訪問取引の状況でなされた場合の撤回権の成否であるが、関係する指令とそれに対応するドイツ法の状況が時を異にして複雑に入り組み、しかも、関与するアクターが、訴訟当事者をはじめとして、ドイツの下級審、連邦通常裁判所、欧州司法裁判所、ドイツの立法者と多彩である。また、理論的問題としても、指令が加盟国に対して持つ意味、先決裁定手続の位置づけ、指令適合的解釈の限界などが挙げられる。事件の経過はシェーン論文が要約しているところであるが、それぞれのアクターがどう行動したかがまず重要と考えられるので、重複をいとわず、事件の経緯を以下にまとめる。

1．判　　決

一九九九年一一月二九日の連邦通常裁判所決定（いわゆる第一ハイニンガー判決）（要約）(44)

付託事項1

訪問取引指令は不動産信用契約をもカバーするか、訪問取引指令に、撤回権について、消費者信用指令に対する優先が与えられるか？

付託事項2

先の問を裁判所が肯定する場合に、国内立法者は訪問取引指令により、消費者信用法七条二項三文に規定がある撤回権の行使期間制限を、訪問取引が不動産信用供与を対象とし、指令四条が規定するところの説明がなされていない場合にも適用することを妨げられるか?

Ⅰ. まず、本件の場合に、訪問取引撤回法による撤回権が、不動産信用に適用可能な消費者信用法が訪問撤回法の適用を排除しているから、存在しないのではないかという問題を扱う。

1. 消費者信用法七条による撤回権が原告に存しないことは疑いない。本件のように、不動産担保のついた信用は、消費者信用法三条二項二号により、七条の適用が排除されているからである。

2. 訪問取引撤回法一条による撤回は、訪問取引撤回法五条二項の優先規律により排除されている。

a) 従来、本件のように、消費者信用法による撤回権が排除される場合にも、訪問取引撤回法に戻ることが排除されるか否かは、連邦通常裁判所レベルでは明らかではなかった。

aa) 一部の学説は、訪問取引撤回法五条二項により訪問取引撤回法が排除されるのは、優先適用される法が、同等の保護を与える場合にのみであるとする。

bb) 通説は、消費者信用法三条二項のように、消費者信用法の個別規定の適用を排除している場合には、どちらの法によっても撤回権は与えられないとする。

cc) 下級審レベルでは従来後者の考えが採られてきた。

b) 当審もこの通説を採用する。

aa) 文言からは、少数説のような制限は読み取れない。

bb) 通説の解釈は、不動産信用に撤回権を認めることを不都合と考えた立法者意思に対応する。撤回権により厳密な再金融が危殆化される。

cc) 関連規範の意義と目的は、少数説が言うような目的論的縮減を命ずるものではない。正確な再金融の要請、コスト面からの理由は、不動産金融に訪問取引の要素が加わっても変化しない。

c) ヨーロッパ共同体法の消費者保護規定は、当審の考えによれば、前述の解釈以外を要求するものではないが、疑いがあるので、欧州司法裁判所に付託する。

aa) 消費者信用指令には撤回権の規定はない。

bb) 訪問取引指令は、なるほど不動産信用を明示に排除していないが、一定の訪問取引の類型に撤回権を与えないことを排除しているのでもない。消費者信用指令の立法過程から、消費者信用取引は、訪問取引の該当する場合でも、独自に規律できることを前提としていた。当審によれば、したがって国内立法者は、訪問取引の状況に由来する不動産信用につき撤回権を排除することを妨げられない。

Ⅲ. 欧州司法裁判所が第一の問を肯定した場合、当審としては、消費者信用法七条二項三文により、契約締結後一年で撤回権は消滅するか、説明のない撤回権の行使制限を規定していない訪問取引指令がそれに対抗するかが問題となる。

この点につき、もっぱら訪問取引撤回法の規定が適用されるとする学説がある。

しかし、当審はこの見解に従うことを欲しない。

立法者も不動産信用については撤回権が適合しないと考えたのだから、時間的に制限することが説得的である。

二〇〇一年七月一二日のハイニンガー事件担当の裁判所補佐官の最終報告（要約）

不動産信用契約に対する訪問取引指令の適用可能性（第一問の前半部分）

27　訪問取引指令三条二項ａは、不動産の建築、売却、賃貸に関する契約と不動産に関するその他の権利に関する契約をその適用領域から排除している。

30　訪問取引指令三条二項は、その文言上、不動産信用契約をその適用領域から排除していない。さらに消費者信用指令二条一項ａは、既存のまたはこれから建築されるべき建物の所有権を取得または維持する目的の信用契約には適用されないことを明記する。

第一に、確定判例によれば、指令に根拠のある個人の権利の例外は厳格に解釈されねばならない。

第二に、訪問取引指令の起草者が信用契約を指令の妥当領域から排除しようとする場合には、その点を、消費者信用指令がしているように、その旨を明示に指令中に記載したはずであるということが言えよう。

31　私は、信用契約は、訪問取引指令三条二項ａには含まれないという考えである。不動産担保権の負担のある住居購入のための不動産信用契約は、それが不動産に対する物権を発生させるという理由で、不動産権に関する契約であるとするスペイン政府の見解には与しない。

すなわち、信用契約の対象と不動産購入を混同してはならない。

訪問取引指令五条の適用可能性（第一問の後半）

43　付託裁判所は、二つの指令の優先関係を問うている。しかし、私見によれば、この概念の使用は、もっぱら国内法に存在する問題に帰着する。

44　消費者信用法は、消費者信用指令よりも先に進んでいる。指令は撤回権の規定がない。これに対し、消費者

信用法は撤回権を与えている。

47　本件では、消費者信用指令の二条一項ａは適用されない。二つの指令の間での優先という問題は両者が適用可能な場合に提示しうる。しかし、それは本件では当てはまらない。

48　したがって、私は、訪問取引指令に規定のある撤回権は、訪問取引の要件を満たす不動産信用に適用可能であるという考えである。

撤回権の行使期間制限の問題と、共同体法上の、消費者への説明要件（第二問）

57　訪問取引指令は、行使期間制限を消費者が説明を受けた場合についてのみ明示に規定している。

58　すなわち、説明を受けない場合の行使期間制限を含んでいない。このような場合に、加盟国が適切な措置を消費者保護のために講ずることを指示するだけである。

62　本件で、国内法において規定されている一年の制限は、説明義務の拘束的性格と調和しない。

二〇〇一年一二月一三日の欧州司法裁判所判決（要約）

第一の問

27　訪問取引指令の第四、第五前加理由が、事業所以外での契約締結に伴う不意打ちの要素に言及している。

30　ハイニンガー夫妻、フランス、イタリア、オーストリア各政府、欧州委員会は、指令三条二項ａが規定する適用除外に不動産信用契約は当てはまらないと考えるのに対し、被告銀行、ドイツ、スペイン各政府は、不動産信用契約が、実質的に、不動産にかかわる権利を目的とする契約であると主張する。

31　まず、共同体法上の消費者保護規定の例外は厳格に解釈されるべきことは確定判例である。

32　第二に、不動産信用契約は、不動産にかかわる権利と、当該信用が不動産の負担によって担保されているという形で、結びついてはいるが、この特徴は、不動産信用契約を指令三条二項aが規定する不動産にかかわる権利を目的とする契約とするには不十分である。

39　消費者信用指令の前加理由にも規定にも、共同体立法が、指令制定の際に、不動産信用契約に訪問取引指令による保護を制限するために、その適用領域を制限した手がかりはない。

40　したがって、訪問取引指令は、本件のような不動産信用契約に適用可能と解釈されるべきであり、消費者は、指令五条の撤回権を有する。

第二の問

42　ハイニンガー夫妻とフランス政府、欧州委員会は、撤回権の説明がない場合には、訪問取引指令は、権利行使期間の制限を定めていないとする。指令五条は、説明を受けていなくとも契約締結後一年に行使期間を制限する国内法措置を排除すると。指令五条が規定する七日間の最低保障期間は、書面での説明を受けてから進行すると解すべきだと。

43　被告銀行、ドイツ、イタリア、オーストリア各政府は、訪問取引指令四条は説明が与えられない場合の適当な消費者保護措置を加盟国に確保するよう命じているから、加盟国は五条の撤回権が行使されるべき期間を一年に制限する自由を有すると主張する。さらに、仮に指令が撤回権の時間的制限を命じていないとしても、法的安定の観点が行使期間の制限を要求すると。

45　訪問取引指令は、撤回権の最低七日間の行使期間は、撤回権の説明時点から算定されることを明記する。これらの規定は、消費者は、説明を受けていない権利を行使し得ないことから説明される。

46　指令五条の文言と目的を考慮すると、指令四条三項を、加盟国立法者が説明がない場合でも撤回権行使を一年に制限することができるものと解釈することはできない。

47　法的安定の観点から行使期間制限が必要であるとする主張に対しては、指令が明示に消費者に与えた保護の制限を含むかぎりで劣後すべきである。説明義務を果たすことで銀行は法的安定を容易に確保することができる。

48　したがって、加盟国立法者は、訪問取引指令により、指令五条の撤回権を指令四条の説明がなされていない場合に締結から一年に制限することを妨げられる。

二〇〇二年四月九日の連邦通常裁判所（いわゆる第二ハイニンガー判決）（要約）

判決要旨

1　訪問取引法五条二項は、欧州司法裁判所二〇〇一年一二月一三日判決を考慮して、指令適合的に、制限解釈されねばならない。

2　それによれば、信用契約は、消費者信用法が訪問取引撤回法と同等の撤回権を与えない場合には、訪問取引撤回法五条二項の意味での「消費者信用法による取引の要件」をみたす取引には属しない。

3　このことは、旧訪問取引撤回法一条一項の意味での訪問取引であるすべての信用取引に、たとえそれが訪問取引指令の意味での訪問取引の要件を満たさないとしても、妥当する。

上告の趣旨が認められ、破棄差戻。

I　控訴審は、原告の撤回権を否定した。消費者信用法三条による適用除外が介入するかぎりで常に訪問取引撤

回法が現れるという考えは、法の文言にも立法者意思にも一致しないと。また、立法者は不動産信用契約における撤回権を意識的に排除していると。そうでなければ、（よい条件での利息が由来しているところの）融資期間が対応している再融資が危殆化されてしまうと。

Ⅱ　しかし、上記の判断は法的再検討に耐えない。

確かに、そのような解釈は、当部が先決裁定付託決定をした際にもっぱら国内法的観点から擁護したところと同じである。しかし、訪問取引撤回法は、訪問取引指令の国内法化であり、訪問取引撤回法の規定は、指令適合的に解釈されねばならない。

当部は、このような解釈を、国内法的考察によっても、共同体法の基準を考慮しても、同様とした。しかし、なお残る疑いを考慮して、欧州司法裁判所に付託した。

1．このような解釈結果に加盟国裁判所は拘束される。さらに、欧州司法裁判所の確定判例によれば、国内法化要請（ヨーロッパ共同体条約二四九条三項）と共同体への忠実原則（同一〇条）により、指令の実行のために施行された法を、国家法が許す裁量範囲を完全に駆使した上で、指令の文言と目的に照らして、解釈する義務を負う。解釈のこのような共同体法上の次元を連邦通常裁判所も訪問取引撤回法に関してたびたび強調してきた。

2．指令適合解釈原則は、当部が求めた先決裁定と結びついて、当該国内法規定を、解釈の余地があるかぎりで、訪問取引指令の適用領域に含まれる不動産信用契約を締結した消費者に、指令五条に対応する撤回権が与えられるよう解釈することを命じる。

a）

aa）

（1）消費者信用法三条二項二号は文言上はっきりと消費者信用法七条による撤回権についてのみ規律している。それは訪問取引撤回法の適用可能性についての何らの言明を含まない。

（2）訪問取引撤回法五条二項の文言は、当部の付託決定で詳しく述べたように、それ自体では、消費者信用法三条二項二号の場合には、訪問取引撤回法は、消費者信用法の規定によりすべて排除されるかのように見える。しかし、法文言が一義的ではないため、このような解釈は不可避ではない。

訪問取引撤回法五条二項によれば、補充性条項が介入するのは、旧・訪問取引撤回法一条一項の意味における取引が同時に消費者信用法の取引要件を満たす場合のみである。どのような場合に訪問取引撤回法五条二項の要件が存在するかは詳しく規律されていないので、解釈可能である。

広い解釈と狭い解釈が可能である。

広い解釈は、判例・学説における支配説であり、消費者信用法の適用領域が開かれている場合には、訪問取引撤回法は完全に排除されるとする考えである。

しかし、以下のような狭い解釈も可能である。信用契約が、消費者信用法の一部のみの適用を受け、または消費者信用法が訪問取引撤回法と同等の保護を与えない場合には、訪問取引撤回法は完全には排除されないとする考えである。

本件の場合、消費者信用法三条二項により撤回権が排除されており、狭い解釈の後者の点が当てはまる。

一部の判決と学説は、欧州司法裁判所の判決以前に、かつ指令適合的解釈の必要性を考慮せずして、同様の結論を導いた。

この考えに、欧州司法裁判所判決後、ミュンヘン高等裁判所と学説が従った。

当部は、この少数説によって擁護されている解釈を可能と考える。

したがって、補充性原則は、消費者信用法も撤回権を与える場合にのみ介入する。本件のように、消費者信用法三条二項二号により撤回権が排除されているか、消費者信用法の規律により消滅している場合には、旧訪問取引撤回法一条の適用可能性が残ることになる。

bb) 立法者の意思は、前記の解釈を妨げない。なるほど、消費者信用法の立法資料からは、消費者信用法三条二項二号の意味での与信契約に関して、旧訪問取引撤回法一条による撤回権を排除しようとしていたことがわかる。しかし、訪問取引撤回法五条二項の競合ルールを作成する際に、知りながら指令違反を引き受けようとしたとは考えられない。訪問取引状況における不動産信用契約を特別扱いすることの基礎にはそれが指令に適合しているという想定があった。立法者は、訪問取引撤回法によって、訪問取引指令の公布の直前に、そのヨーロッパモデルをすでに国内法化したという前提に立っていた。国内法と指令内容の対応は、以上によれば、立法者の意思にかなうものであった。

cc) 信頼保護の観点も指令適合的解釈に反対するわけではない。ある規定の解釈に関する判決が、過去のなお完結していない事実に作用することは、判例変更の許容性の妨げとなるわけではない。本件ではさらに、被告によって主張されてきた訪問取引撤回法五条二項の解釈への保護に値する信頼は決して語り得ないという事情が加わる。上述したように、この規定の解釈は、欧州司法裁判所の判決以前からすでに長く争われてきた。

dd) さらに、訪問取引撤回法五条二項の指令適合的解釈により訪問取引撤回法へ立ち戻ることは、消費者に―立法者意思によれば消費者信用法三条二項二号によりまさに特別扱いされた不動産信用契約において―人的信用契約

における より強力な撤回権が与えられるがゆえに、国内ドイツ法の体系に反するという異議も効がない。この点で正当なのは、旧訪問取引撤回法一条による撤回権を不動産信用契約に限定して開くことが体系ないし評価違反であることである。すなわち、訪問取引状況での不動産信用契約は人的信用契約よりもより広い範囲で撤回可能となるからである。

この評価矛盾は、指令適合的解釈を不動産信用契約のみならず、人的信用契約にも拡張することで回避される。

ee) 上記の解釈は、訪問取引撤回法五条二項の方法上疑わしい、意味喪失や改廃に導くわけではない。補充性条項は、競合する両法の撤回権についてのみ、制限的解釈を受けるのみで、しかも消費者信用法が訪問取引撤回法と同等の撤回権を与えない場合にのみ限られるから、訪問取引撤回法五条二項の適用領域は残されている。

ff) このような指令適合的解釈は実際上、指令の垂直的直接効を認めることになるという反論も妨げとならない。

b) 消費者信用法七条の撤回権が排除されないという風に、国内法の指令適合性を別の方法で達成しようとする論拠も説得的でない。そのような解釈は、行使期間制限のある撤回権に導くだけであり、欧州司法裁判所判決によれば、訪問取引指令の要請を満たさない。

3. 指令とドイツ法では規律対象が異なり、前者では契約交渉が訪問取引の形式でなされた場合には及ばないという点がある。しかし、指令適合的解釈は、指令には含まれないが、ドイツ法の訪問取引の要件を満たしている契約にも拡張されるべきである。指令の適用領域に含まれる事案についてのみ指令適合的解釈が必要とする「分離された解釈」は説得的ではない。それは、ドイツ法が要請する、異なる訪問取引状況の平等扱いに反する。

Ⅲ. 連邦通常裁判所の長年の確定判例によれば、不動産担保信用契約と金融付き不動産購入契約は原則として、経済的一体性で結合された取引とは見なされない。

不動産担保契約の撤回は、従って、原則として、マイホーム購入契約の有効性に影響しない。

以上が、ハイニンガー事件の裁判上の経緯である。全体を概観して言えることは、指令による加盟国国内法のトピックごとの同化の問題性である。指令は、特定のトピックについての規制目的の実現を要求するだけで、その手段を問わない。したがって、各加盟国は、それぞれの国内法秩序の都合に応じて、異なる実現手段を採用できる。また、指令は、消費者保護に関して言えば、最低限ラインの設定であるから、そのラインを上回る改正等を国内立法者が行うこともできる。本事件もまさに、そのようないわゆる超過国内法化の事例に当たる。

こうした場合に、指令の解釈が問題となり、付託によって、当該国内立法者が意識していなかった国内法化の欠陥が明らかとなった場合、一旦国内法の事情を考慮し、指令が直接対象としていない部分との調整をしたはずの規律が、超過国内法化の部分も含めて、再度調整を強いられることとなる。例えば、本件でも問題となったように、義務的国内法化部分と超過国内法化部分を分けて考えれば、前者の部分についてのみ、欧州司法裁判所の回答に対応するような、解釈ないし立法を行えばよいはずである（第二ハイニンガー判決が言及した上で採用しなかった「分割された解釈」）。しかし、それによって、国内法次元では正当化されない保護のアンバランスが義務的国内法化部分と超過国内法化部分、さらにはそれ以外にも波及して生ずることがありうる。このずれにどう対応するかも、第二ハイニンガー判決が示すように、国内立法者には頭が痛いところである。

欧州司法裁判所の判決を参照することから明らかなように、そこで用いられる解釈技術はそれほど洗練されたものではない。むしろ、ドイツの判決が用いるものと比較した場合、かなり素朴であり、形式的な論証に終始しているとさえいえる(45)。例えば、訪問取引指令四条三項は、撤回権について説明がなされない場合の「しかるべき保護措

置」を加盟国にゆだねている。ここには加盟国にゆだねられた実現手段の自由があるはずで、ドイツ法がしたように、領域を限定してその事情に応じた撤回権の行使制限を加盟国が置くことも、その最終的当否は欧州司法裁判所が判断するとしても、ありうることである。にもかかわらず判決ではそのような観点は見られない。また、判決では、本件事案の不動産担保信用契約が訪問取引指令三条二項ａの適用除外に該当するかが問題となっており、結論としては否定されているが、この除外規定で考慮されているものは、まさに不動産担保信用の特殊性であり、他の指令でも考慮されているものである。ヨーロッパレベルでも一般原理として形成済みといえるような要素（アキ・コミュノテール）を判決が無視することは望ましくない。

論点ごとの指令の集積を統合する体系や見方がなく、指令それ自体がその時々の政治的交渉の結果として生まれてくるのであるから、それをあとから振り返って解釈せねばならない欧州司法裁判所に、国内法についての国内裁判所の解釈のような緻密さは素材の点からも制約があることはある程度理解されるものの、釈然としないものが残る。

指令適合的解釈については、連邦通常裁判所は、付託前の見解[46]を撤回する形で少数説に従った。この点については、連邦裁判所判決の後数ヶ月でドイツの立法者は欧州司法裁判所の回答にそった改正を行った。これはいかなることを意味するのであろうか。結局、欧州司法裁判所判決の回答により強いられた、自らの指令適合的解釈が、法の文言から一義的には出てこないことを意味しよう。その決め手となっているのは、まさに欧州司法裁判所が示した回答であり、連邦通常裁判所が欧州司法裁判所の回答以外の論拠を援用することで、結局、自らの論証を説得的にするどころか、逆にますます詭弁めいたものにしてしまった。このことは、訪問取引撤回法制定の際の立法者意思についての、連邦通常裁判所の二判決（第一、第二ハイニンガー判決）での説明を対比すると明らかとなる。指

令適合的解釈と従来国内法に用いられてきた解釈手法は単純に並存するとは考えられないのではなかろうか。[47] あるいは、指令適合的解釈もその解釈限界があるのではなかろうか。司法と立法の分業がこの点でどう連携するのかという問題でもある。

最後に、第二ハイニンガー判決が控訴審に破棄差戻したあと、控訴審は、ハイニンガー事件を、訪問取引の要件が存在しなかったと認定して、棄却した。[48] この点について、あとから振り返れば、ヨーロッパ法次元では有益な法理が解明されたと言えようが、紛争解決の点では、そもそも論ずる必要のない事件につき、その適用要件の成否を終始論じていたことになる。この点でも学説の批判が強い。[49]

1985年訪問取引指令

1条（訪問取引の定義＊1）
4条3項（説明がない場合に加盟国に適切な保護措置を要求）
5条（説明を受けてから最低7日間の撤回権）

↓

1986年訪問取引撤回法

1条（訪問取引の定義＊2）
5条2項（他の法の優先）

↓

1986年消費者信用指令

撤回権について規定なし

↓

1990年消費者信用法

3条2項2号（不動産信用に撤回権規定適用排除）
7条2項3文（説明がない場合でも締結後1年で消滅）

2000年改正（消費者契約の撤回権の一般規定：民法361a条）↓ 7条2項

↓　**2002年1月債務法現代化法**　↓

民法312a条

民法491条3項1号（消費者消費貸借の撤回権規定の適用排除）

↓ **2002年7月補正法**（第二ハイニンガー判決に対応）↓

民法新312a条（他の法が撤回権を与える場合にのみ優先）

該当箇所削除

民法355条3項に3文追加
（消費者が正しく説明を受けないかぎり撤回権の行使期間制限［締結時より6ヶ月］はない）

＊1　訪問取引指令における「訪問取引」の定義
　一条
1．この指令は、事業者が消費者に物またはサービスを供給する契約で、以下の要件のもとで締結されたものに適用される。
　事業者により事業所外で企画された旅行中に、
または事業者の（i）当該消費者の自宅もしくは他の消費者の自宅への訪問中に、
または（ii）消費者の勤務場所への訪問中に、
但し、訪問が消費者の明示の要求による場合を除く。

＊2　訪問取引撤回法における「訪問取引」の定義
　一条
（1）有償給付の契約締結に向けられた意思表示で、表示者（顧客）が
1．自己の勤務所または自宅の領域での口頭での交渉により、
2．または契約相手方もしくは第三者が、少なくとも自己のためにも挙行した余暇行事に際して、
3．または交通機関もしくは公道において不意に話しかけられて、
その意思表示に誘われた場合、その意思表示は、当該顧客が一週間以内に書面で撤回しない場合にはじめて有効となる。

Ⅱ．指令による法同化の限界と代替案

　ハイニンガー事件は、時期を異にしてしかも限定された問題領域ごとに出される指令が堆積してゆき、その国内法化の結果も堆積してゆく場面で、事後的に調整することがいかに困難かを示す好例である。欧州連合自体がこのような問題性を意識していないわけではない。逆に、加盟国の立法権限を考慮して必要最小限にその目的実現のみに拘束力を限定した指令という立法手段の適正さ、それ以外の選択肢の検討などが近時なされている。この状況を以下に紹介することにする。

1．欧州委員会の、ヨーロッパ契約法に関する、理事会と欧州議会への通知[50]

二〇〇一年七月一一日に出された本通知は、指令形式に主として依拠し（域内市場統合という目的に限定された）法調和の限界の存否とその打開策についての現状分析と各界へのアンケートがその主要な内容であった。まず、契約法の領域におけるヨーロッパ連合の行動が必要な理由を以下のようにまとめる。

過去二〇年ほどの間に、一連の指令は、契約法、とりわけ消費者契約法の調和のために出されてきた。[51]もっとも、それはパッチワーク的アプローチであり、一定の契約タイプ又は一定の販売テクニックについてであり、しかもその領域においてさえ、部分的な場合もあった。既に、調和の措置は、危機的量に達している。この量が、連合立法者をしてヨーロッパ契約法の発展についての根本的反省へと導いたのである。すなわち、従来のパッチワーク的アプローチを続けるべきか、それとも新たなアプローチを必要とさせる問題があるのかという問いである。

しかし、ここでの問題は、単なる統一の必要ではなく、域内市場の支障のない機能という側面に限定されている。この側面での障害の有無を報告することが名宛人に期待されている。大企業の場合には、自ら契約条項のすべてを詳しく規律できるが、消費者や中小企業の場合にはそうではない。後者の場合には、特定の国内法（消費者の場合、相手方の約款により、相手方の国内法が選択されることが多い）の適用や国際私法ルールによる決定に依存し、その内容を知ることは関与者の情報コストとして非現実的である。前者の場合でも、争いのある場合には、再び国内法に戻って依拠する場合が出てくる。いずれの場合でも、一定の法的不安定さが発生することとなる。つまり、ここに国境を越えた取引をすることの敷居が存在する。また、競業のひずみも生じている。

さらに、共同体法の平等な適用という観点での問題がある。ここでは二つのレベルを区別できる。一つは、共同体法自身のレベルである。ここでは、立法行為相互の干渉が問題となる。例えば、経済的発展により、当該指令公

布の際には存在せず、従って指令の立法者によって考慮されえなかった、契約タイプないし経済作用が生じている場合。他方では、共同体法が「交渉された法」であるという性質自体から生ずる制約。すなわち、理事会又は議会で政治的妥協が決議に際してなされるが、この際必ずしも十分な共同体法全体との関連性が考慮されないことである。このような異なる政治的利害間の妥協は、国家レベルでも、ＥＵレベルでも生ずる。さらに、立法に際して、その政治的重点の置き所が多様であることから来る問題がある。例えば、立法趣旨を域内市場統一に置くか、消費者保護に置くかといった点である。

共同体レベルでの干渉の例として、訪問販売指令、タイムシェアリング指令、遠隔販売指令がある。これらすべては消費者に撤回権を与えるが、異なる行使期間（順に、七日、七平日、一〇日）を設定している。例えば、このうちの二つが同時に適用可能な場合に、どう判断すべきかという問題が生ずる。欧州司法裁判所は、要件を満たす限り、両指令の適用が可能と述べる。

他方で、国内法との関係のレベルで問題が生ずる。通知は、指令における不確定概念の使用を例示する。例えば、損害概念。パック旅行指令五条二項は、契約上の損害賠償請求権を認めるが、ここに非財産的損害、例えば、休暇旅行が享受できなかったことから生ずるそれを含むか否かが問題となる。各加盟国でこの判断が区々となれば、同じ紛争から加盟国によって救済を受けたり、受けなかったりという結果が生ずる。欧州司法裁判所が先決裁定を求められれば、このような指令の規定の体系的解釈を介して、統一が図られうる。

以上の問題分析ののちに、委員会は、以下の四つのオプション、すなわち①行動せず、市場に任せる、②原則形成を促進、③既存の（規則や指令によって実現されている）法状態の改善、④ＥＣレベルでの包括的立法、を提示し、これらについての意見を求めた。なお、この四つのオプション相互は排斥的ではなく、併用可能であることが

注記されている。また、立法の種類（規則、指令、勧告）、国内法との関係（代替か、並存か）、適用可能性（当事者による選択を前提するか、自動的に適用されるものとするか）、ルールの強行法規性の範囲如何にも意見を求めた。

多くの反応が寄せられ、ほとんどはEUホームページで公開され、閲覧可能である。政府、民間団体、諸機関、個人の意見のうち、とりわけ、従来、ヨーロッパの契約法について関心を寄せ、実際に作業を進めていたグループの意見が注目される。

まず、イタリアのジュゼッペ・ガンドルフィ（パヴィア大学）教授がまとめ役となっているいわゆるパヴィアグループ[52]の意見はどうか。従来より、ヨーロッパ契約法作成作業に携わり、近時その一部[53]が公表されたことから推測されるように、そのスタンスは、①から③の選択肢は円滑な域内市場統合の手段として不十分であり、法典編纂が必要という意見である。これに対して、ヨーロッパ契約法委員会（ランド教授がまとめ役のため、ランド委員会と通常呼ばれる）とヨーロッパ民法典研究グループ（フォン・バール教授がまとめ役）との共同回答があり、六〇頁程度の量があり、詳細な段階的統合プランを提示していることで注目される。

なお、本通知は、検討の対象をヨーロッパ契約法に限定している。この点に関しては、先のランド・バールの共同声明や、2（次頁）のヨーロッパ議会は異議を唱えている。すなわち、契約にかかわる問題は、契約法内部では完全に処理できず、不法行為法、物権法、あるいは広義の財産法にまで検討の対象を広げるべきだというのである。

もっとも、通知自体も、厳密に契約法に限定しているわけではなく、若干の領域では、契約法の範囲を超えている。例えば、動産担保法、不当利得法、損害賠償との関連での不法行為法、製造物責任に言及しているからである。むしろ、契約法への限定は、現時点での、補充性の原則、相当性の原則などによる、共同体の立法権限の制約を考

慮したものと説明すべきもののようである。

2．欧州議会の、加盟国の民商法の調和に関する決議[54]

前掲通知より約四箇月後の一一月一五日、欧州議会が反応を示した。しかし、欧州議会は、ヨーロッパ契約法というテーマにつき、意見表明をしたのはこれがはじめてではなかった。既に、一九八九年と一九九四年の二つの決議により、統一ヨーロッパ民法典編纂の準備を始めることを要請している。これらに、委員会も理事会も反応しなかったのは、その当時の政治的状況、すなわち前途多難が予想される企てにあえて乗り出すことをしなかったことから説明できよう。議会は、このテーマに関する研究を委託し、一九九九年夏に報告書が公表された。二〇〇〇年三月一六日の決議で、議会は、委員会にも同様の研究を実行するよう要請した。委員会は、これに対して、根本的かつ広範な議論を引き起こす目的の通知を出す予定と答えた。議会は、二〇〇〇年一一月に法務委員会がこのテーマで公聴会を主催した。二〇〇一年一一月六日に法務委員会で三つ目の決議案が採用された。これにもとづいてなされた決議が一一月一五日のものであった。

その内容の大要は、委員会が統合の対象を契約法に限定していることへの驚き、方式規定、契約外責任、不当利得法、物権法などをも検討対象に含める必要の示唆、消費者保護指令の改善提案要請、前記共同声明の提案と酷似するアクションプラン（まず二〇〇四年末までの第一期に、オプション②を実行しつつ、オプション③も並行して作業し、既存の指令の整理・統合を行う、二〇〇五年に始まる第二期は、オプション②の成果である法概念・解決を公表し、大学の授業、実務の現場への普及を図り、同時に難点をフィードバックしてもらう、第三期は、成果を任意法規に転換し、二〇〇八年までこの立法の影響を検討、二〇一〇年頃統一契約法を立法、他方、議会が規則に

よる立法を活用する）を示し、委員会に同様のものを作成するよう指示したこと、アクションプラン実施中に既存のグループから学問上の助言を受けることの提案、規則による立法の活用の示唆などであった。後掲する理事会への報告より、具体的かつ野心的な内容となっている。

3．司法・内務大臣理事会から理事会への報告(55)

さらにその翌日に、表記のような閣僚理事会から理事会への報告がなされ、採用されている。その内容は、慎重かつ抑制的なもので、政治的スタンスを示唆するものはほとんど見られないものである。これは、理事会には、委員会通知によって始められた意見募集の結果をまだ利用できなかったこと、加盟国がなお十分この問題に意見表明する段階にないことが考えられる。内容は、オプション③の既存の共同体法の活用の立場といえる。

なお、二〇〇二年六月一七日の経済社会委員会が委員会の通知に対する意見表明(56)をしている。ここでは、規則の形での統一一般ヨーロッパ契約法の作成を提案し、中期的には当事者が選択するオプトイン方式で、長期的には、当事者が適用を排除するオプトアウト方式とすることを推奨する。

4．二〇〇三年二月一二日の欧州委員会の理事会と欧州議会への通知(57)

1．で述べた欧州委員会の通知での意見聴取に答えた反応(58)をまとめた付録を付した通知（「より首尾一貫したヨーロッパ契約法：アクションプラン」）が二〇〇三年二月に出された。まず、現在の部門別のアプローチを維持することには異論がなかったことが確認される。四つのオプションに対する反応は、現状のままというのがごく少数、共通原則を作成するがかなり、既存のＥＣ法の改良が圧倒的多数であった。包括的立法オプションには多くが反対

であったが、少なからざる意見が、共通原則作成と既存のＥＣ法改良の上で将来考慮しうるとしている。

回答が指摘した問題は、同様の状況が異なる指令が異なる要件効果を有するため、正当な理由なくして異なって規律されていることである。撤回権が、訪問販売、不動産利用権、遠隔販売、遠隔金融サービス販売で異なること、特に、その長さと計算方法である。他の例は、電子取引指令と二つの遠隔販売指令で説明要件へのアプローチが一貫しないこと、異なる消費者保護関連指令で、説明要件が異なることが挙げられた。また、ある場合には複数の立法が適用可能であり、その結果が矛盾することが指摘された。例として、パッケージ旅行指令と航空運送人の事故責任規則が責任制限で異なることがある。また、欧州司法裁判所判決でも確認されたように、訪問販売指令と不動産利用権指令も同様である。

同一の指令内に異なる立法アプローチが含まれている例として、電子取引指令がある。また、同一指令に類似の用語が併用されているため、国内法化に混乱をもたらした例として、商事代理人指令が、indemnity と compensation を併用していたことが指摘された。

立法で用いられる用語が定義されていないか、あるいは広く定義されすぎている点が指摘された。このことは、国内法化に際して、加盟国立法者の裁量の幅を広げ、その結果同一ケースへの適用が異なる結果を導く。

また、ある指令では定義されているが、別の指令ではない用語がある。損害は、製造物責任指令ではあるが、商事代理人指令やパッケージ旅行指令ではない。耐久性ある媒体も、遠隔金融サービス指令ではあるが、遠隔販売指令ではない。このような場合に、定義がない指令の解釈に際して、定義のある指令を参照することは可能であり、裁判所補佐官が採用した例もある。もしそうでないとすれば、加盟国立法の断片化に至りうる。

制限的な適用範囲を持つ指令が実はより広い対応を必要とする場合、国内立法者は、そうするか、当初の範囲で

の対応にとどまるかのジレンマに立たされ、これも国内法秩序の矛盾に至りうる。

本来国内法秩序に異質な概念が指令で導入された場合、国内立法者がその調整をしないかぎりで、法的不安定が生ずる。

消費者保護立法での最小限での調和原則は、域内市場での調和を達成していないと指摘された。例えば、訪問販売指令の撤回権の期間がまちまちであること、財政上の適用制限がまちまちであること、不当契約条項指令の付録の国内法化が異なること（ある国は付録リストを拘束的ブラックリストとし、ある国は例示的グレイリストとしている）である。

その上で、三つの主要なアクションが、過規制の非難を回避し、立法負担を軽減するために、規制的手段（従来の立法行為）と非規制的手段（共同規制、自己規制、任意の部門合意、自由協調方法、財政援助、キャンペーン）を併用して、計画される。

第一に、契約法の領域でヨーロッパ次元ですでに獲得されているもの（the EC acquis）の一貫性を高めること。これは、既存のものの首尾一貫性を高めるのみならず、新しく立法する際に不必要な不整合を避けることも含む。その前提として、正当化されない差異がどこにあるかを確かめる作業が必要である。

第二に、ヨーロッパレベルでの約款作成を促進すること。[59] 従来の約款は一国向けであることが多く、越境取引に適合的ではない。ヨーロッパレベルでの約款作成に向けての情報交換を促進する。また、約款使用ガイドラインも作成する。

第三に、ヨーロッパ契約法における問題が部門に特定されない解決を必要としないかをさらに検討すること。

さらに、ヨーロッパ法レベルでの共通準拠枠組の作成が意図されている。これによって、原則や、契約や損害とい

う抽象的概念や用語の中身、典型的問題の裁量の解決などを共通にさせる意味があるとされ、第一の点のEC法の改良につながる。また第三の点の検討にも役立つとされる。さらには、加盟国立法者の参照により、契約法の相違解消に役立つとされる。

分野は、売買、サービスなどの重要な越境契約、ルールは、契約の締結、有効性、解釈、履行、不履行、救済、動産担保、不当利得が挙げられる。素材は、各国の法秩序、判例法、既存のEC法、重要な国際条約などである。

なお、今ほどヨーロッパ契約法に関する研究活動が活発なことはなく、この進行中の研究を結びつけ、協調させ、最大限活用することが重要とする。

これに対する二〇〇三年九月二日の欧州議会決議（A 5-0256/2003）［今後数年先の具体的なタイムテーブルを伴った措置がない、先の決議で要求した加盟国法と判例法の契約法分野データベースを作成していない、電子取引の発展がアクションプランに十分考慮されていない、共通準拠枠の作成を二〇〇六年末までに完成させよ、消費者契約と保険契約においてオプトイン手段を作成せよ、調停の場面で共通準拠枠を活用せよなど］と同月二二日の理事会決議（OJ C 2003, 246）［ヨーロッパレベルの約款作成に際して強行規定や消費者保護規を十分配慮すべきこと、共通準拠枠作成に多くの利害関係者が参加できるような手だてを確立することなど］がある。

5. 契約法統一における研究者グループの活動の意味

委員会通知をはじめとする諸機関の意見は、統一作業に研究者グループの援助が不可欠なことには異論は見られない。加盟国横断的な比較法的分析、そこから得られる問題とその解決提案には、研究者グループの息の長い、しかも大規模な、かつ多面的な検討作業が必要だからである。もっとも、このような作業をし終えた、ないししつつ

あるグループは複数あり、そのどれがEUの依拠するところとなるかは興味あるところである。シュルツェ（Reiner Schulze）教授はこの点につき、以下のような考えを示された[60]。

すなわち、EU自体は、各研究グループの競争が望ましいと考えている。どれかの選択ではなく、自発的融合、ないし妥協による統合の方向が望ましい。また、グループによってはEU機関から活動の資金援助を得ているものもある。しかし、それが最終的採用の際の優位性を与えるわけではない。例えば、ランド＝フォン・バールグループがやや北ヨーロッパとイギリスに傾斜したスタンスだとすれば、ガンドルフィグループは南ヨーロッパに傾斜している。最後に、ヨーロッパ契約法は、既にそこから抽象的原理を抽出し、具体的問題を解決し、あるいは指令の欠缺を補充できるほどに発達している。この acquis communautaire の活用の必要性に言及された。

最近の論考[61]によれば、研究グループは主要なものに限定しても一一あるとされる。第一に、現在の加盟国の法の共通性と相違を析出しようとするもの（ヨーロッパ私法の共通コアプロジェクト[62]、ヨーロッパ家族法委員会[63]が紹介・検討される）、第二に、アメリカ合衆国のリステイトメントのように、基本原則（既存のルールと新たに作られたルールの混合）を作り出そうとするもの（ヨーロッパ契約法委員会[64]、不法行為に関するヨーロッパグループ[65]、「ヨーロッパ保険契約法リステイトメント」プロジェクトグループ[66]が紹介・検討される）、第三に、統一法典の提案をなそうとするもの（ここで、ヨーロッパ民法典研究グループ[67]とヨーロッパ私法学者アカデミー[68]が紹介・検討されるが、筆者はどちらのグループも考察の対象にヨーロッパ法の成果（アキ・コミュノテール）を含めていないことを憂慮している）、第四に、ヨーロッパの次元で多数の指令などからすでに事実上作り出され妥当している法ないし原則（すなわちアキ・コミュノテール）を析出して体系化する試み（ヨーロッパ共通法のためのユース・コムーネ・ケースブックシリーズ[69]、アキ・グループ[70]、共通原則と統一用語ネットワーク[71]）である。この筆者は、最後に、ア

キ・コミュノテールと各加盟国法という二つの基本モデルの統合が重要な課題であると述べる。

（1） 筆者はドイツ学術交流会（ＤＡＡＤ）の専門講師として派遣され、二〇〇二年六月から二〇〇四年三月まで、神戸大学助教授であった。本報告は、筆者が大阪大学法学部にもドイツ法の非常勤講師として来校されていたことを縁として、筆者の博士論文のテーマとも重なる本報告をお願いしたものである。平成一四年（二〇〇二年）九月一八日に法学会講演会として開催され、当時としてはまさにホットな話題であったが、一年半ほどのちの現在でも、その翻訳の意義は減じていないと考えられるため、平田が筆者に依頼して、そののちの文献追加等のアップデートをしていただいたものがこの翻訳のもとになった原稿である。当初の講演の際は、木下助教授（当時・大阪大学法学部助教授）の翻訳・通訳と平田のコメントののち、参加者の間で多角的な質疑応答が交わされた。本翻訳は平田によるものであるが、講演に際し配布された木下訳も参考にさせていただいたことをここに感謝する。なお、本訳は【ＥＵ科研研究会翻訳シリーズ】の一環として公表される。

以下、原注は、必要と思われるかぎりで邦訳することとする。訳注（用語解説）は、必要なかぎりで、挿入した。指令やドイツ法の引用が多いが、全体の理解のため、訳者作成の図（解説Ⅰ2）を参照されたい。

（2） Siehe dazu: *Koch*, Zu den Auswirkungen des Urteils des BGH in Sachen Heininger./Hypovereinsbank auf die Rückabwicklung von Realkreditverträgen und die Verwertung von Sicherheiten, WM 2002, S. 1593; *Horn/Balzer*, Zur Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Kreditvollmachten im Rahmen des Anlegerschutzrechts, WM 2000, S. 333.

（3） Siehe dazu u.a. *Früh*, Aufklärungspflichten von Kreditinstituten bei der Kreditvergabe, WM 1998, S. 2176.

（4） Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16.01.1986, BGBl. I, S. 122 in der Neubekanntmachung des Gesetzes in der vom 1.10.2000 geltenden Fassung.

（5） 訳注 先決裁定 ＥＣ条約二三四条にもとづき、加盟国裁判所がＥＣ条約ないし第二次法の解釈に疑義を有する場合に欧州司法裁判所にその裁定を求める手続（手続の詳細は、庄司克宏『ＥＵ法 基礎編』七七頁以下）。加盟国間で

の広義のEC法の統一的適用を確保することに主たるねらいがあるが、派生的に、個人権の保護、共同体立法の有効性コントロール、多様なEC法上の法理の展開に寄与している。なお、欧州司法裁判所と国内裁判所の関係は、欧州司法裁判所の言によれば、上下関係ではなく、協力関係にあるとされる。

（6）BGH, Beschl. v. 29.11.1999, Az. XI ZR 91/99 : WM 2000, S. 26, ZIP 2000, S. 177.

（6a）従来「訪問販売」と訳されることが多く、日本語として定着しているが、サービス等も含めた取引を指すには異和感があり、本文のように訳出した。

（7）Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG L 372/31 vom 31.12.1985. Es wurde darin nach allgemeiner Ansicht eine vorweggenommene Rechtsangleichung gesehen. Siehe dazu Staudinger/*Werner* (2001), Vorbem zum HWiG, RdNr. 42.

（8）民法（旧）三一二a条：訪問取引が同時に消費者消費貸借契約もしくは金融補助の規律（四九一条から五〇四条まで）、もしくは分割居住権契約の規律（四八一条から四八七条まで）に服するか、または訪問取引が外国投資持分販売法一一条もしくは一五h条、資本投資会社法二三条、もしくは通信教育参加者保護法四条による取引の要件を同時に満たす場合、この取引［訪問取引］に関する規定のみが適用される（Fassung gem. Art. 1 SchuldrechtsmodernisierungsG v. 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138.）。［本条文は、訪問取引撤回法（五条二項）の民法典への取り込み（二〇〇一年）後で補正法（他の規定による保護がある場合のみに限定、後述）施行（二〇〇二年）前のものである。］

（9）民法（旧）四九一条三項一号：三五八条、三五九条、四九二条一項五文二号、四九五条、四九七条二項三項、四九八条は、その付与が土地担保権の設定に依存し、かつ土地担保権によって担保された消費貸借とつなぎ融資について通常の条件が付されているような、消費者消費貸借契約には適用されない（後略）（Fassung gem. Art. 1 SchuldrechtsmodernisierungsG v. 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138.）。［本条文は、消費者信用法（三条二項二号）の民法典への取り込み（二〇〇一年）後で補正法（該当箇所の削除、後述）施行（二〇〇二年）前のものである。］

（10）OLG Stuttgart, Urt. v. 12.01.2000, Az. 9 U 155/99 : WM 2000, S. 292 (300) ; OLG Frankfurt, Urt. v. 09.12.1999, Az. 3 U 120/98 : MDR 2000, S. 534 (535) ; OLG München, Urt. v. 10.03.1999, Az. 15 U 5821/98 : WM 1999, S. 1418

hierzu Urteilsanmerkung *Schönfelder*, WuB IV § 1 HWiG 4.99 ; OLG München, Urt. v. 01.02.1999, Az. 31 U 4034/98 : WM 1999, S. 728 (729) hierzu Urteilsanmerkung *Schönfelder*, WuB IV D § 1 HWiG 3.99 ; OLG Stuttgart, Urt. v. 26.08.1998, Az. 9 U 31/98 : WM 1999, S. 1419 ; OLG Stuttgart, Urt. v. 25.08.1998, Az. 6 U 52/98 : WM 1999, S. 74 (75) hierzu abl. Urteilsanmerkung *Stillner*, VuR 1999, S. 127.

（11） Staudinger/*Kessal-Wulf*, Kommentar zum VerbrKrG 2001, Einl zum VerbrKrG, RdNr. 41 ; *Bülow*, Verbraucherkreditgesetz, 2001, § 3 RdNr. 28 ; *Schönfelder*, Realkreditverträge und Haustürwiderrufsgesetz, WM 1999, S. 1495 (1498) ; *Habersack*, Haustürgeschäfterichtlinie und Realkreditverträge, WM 2000, S. 981 (989).

（12） *Bruchner*, Bankenhaftung bei fremdfinanziertem Immobilienerwerb, WM 1999, S. 825 (835).

（13） Siehe dazu *Hoffmann*, Realkredite im Europäischen Verbraucherschutzrecht, ZIP 2002, S. 145 (146).

（14） Köndgen, Gewährung und Abwicklung grundpfandrechtlich gesicherter Kredite, 1994, S. 32 ; *Peters*, Das Widerrufsrecht nach dem VerbrKrG, DZWiR 1994, S. 353 (357) ; *Stüsser*, Bankenhaftung bei gescheiterten Immobilien-Treuhandmodellen, NJW 1999, S. 1586 (1589) ; *Spickhoff/Petershagen*, Bankenhaftung bei fehlgeschlagenen Immobilienerwerber-Treuhandmodellen, BB 1999, S. 165 (170) ; OLG München, Urt. v. 11.04.2000, Az. 5 U 5342/99 : WM 2000, S. 1336 hierzu abl. Urteilsanmerkung *Look*, WuB IV § 5 HWiG 2.00 ; LG München I, Urt. v. 22.12.1999, Az. 15 O 4046/99 : WM 2000, S. 866.

（15） 訳注 土地債務 抵当権と類似するが、被担保債権を設定の要件として必要とせず、その消長に依存しない物権的負担（ドイツ民法一一九一条以下）。ドイツ法特有の制限物権の一種であり、権利者は当該土地から一定額の支払を換価弁済させることができる。

（16） BGH, Beschl. v. 29.11.1999, Az. XI ZR 91/99 : WM 2000, S. 26, ZIP 2000, S. 177.

（17） EuGH, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-481/99 (Heininger) : NJW 2002, S. 281 ; hierzu Urteilsanmerkungen : *Staudinger*, NJW 2002, S. 653 ; *Strube*, VuR 2002, S. 55 ; *Rott*, VuR 2002, S. 49 ; *Hoffmann*, ZIP 2002, S. 145 ; *Sauer*, BB 2002. S. 431 ; sehr kritisch : *Piekenbrock/Schulze*, WM 2002, S. 521 ; *Habersack*, WM 2002, S. 253.

（18） Kritisch dazu *Franzen*, Heininger und die Folgen : ein Lehrstück zum Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, S.

321 (322).

(19) Siehe dazu *Hoffmann*, Realkredite im europäischen Verbraucherschutzrecht, ZIP 2002, S. 145 (148).

(20) 訳注　指令適合的解釈　EC条約一〇条、二四九条三項にもとづき欧州司法裁判所の判例法上形成された法理。指令の国内法化の期限経過後または指令の国内法化後に、EC法と国内法が矛盾する問題が生じた場合に、国内裁判所は国内法の解釈をできるだけ指令の文言と目的に適合的になさねばならない義務。詳細は、庄司・前掲書一四二頁以下。

(21) Ausführlich zur unmittelbaren Direktwirkung von Richtlinien: Calliess/*Ruffert*, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2002, Art. 249, RdNr. 69 ff.; *Jarass/Beljin*, Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und richtlinienkonforme Auslegung, JZ 2003, S. 768 (772).

(22) 訳注　水平的関係　私人対国家が垂直的関係と呼ばれるのに対して、私人間は水平的関係と呼ばれる。欧州司法裁判所は、EC条約二四九条三項が指令の拘束力の名宛人を加盟国に限定していること、規則が水平的直接効果を規定していることを理由に、指令の場合には、私人が指令を直接援用できるという意味での水平的直接効果を否定している。もっとも、指令の垂直的直接効果が一定の水平的効果を生じさせる場合があることも承認されている。詳細は、庄司・前掲書一三四頁以下。

(23) Calliess/*Ruffert*, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2002, Art. 249, RdNr. 78; siehe dazu *Staudinger*, Der Widerruf bei Haustürgeschäften: eine unendliche Geschichte?, NJW 2002, S. 653 (654); *Hoffmann*, Realkredite im europäischen Verbraucherschutzrecht, ZIP 2002, S. 145 (150); Sauer, BB 2002, S. 431.

(24) 訳注　ファッチーニ・ドーリ判決　ファッチーニ・ドーリと称する女性がミラノ中央駅前で英語通信教育コースの勧誘を受け、契約を締結した。当時、イタリアはまだ訪問取引指令を国内法化の期限（一九八七年一二月）経過後にもかかわらず国内法化していなかった（その後四年ほど遅れて一九九二年三月に国内法化された）が、ドーリは訪問販売指令に規定がある撤回権を代金支払拒絶の根拠として援用した。事件を担当したフィレンツェ調停判事は、本指令が国内法化前に私人間で効力を有するかの点を先決裁定で求めた。欧州司法裁判所は、従前の立場を維持し、指令は私人間での水平的直接効を有しないとした。ただ、国内裁判所の指令適合的解釈義務、加盟国の国内法化の遅れによる私人に対する損害賠償義務についても言及した。

なお、本事件の事実関係は、街頭での勧誘であり、訪問取引指令が要件として列挙する、業者の企画による旅行中の提供、消費者の自宅または職場での提供のどれにも該当していない。しかし、指令の前加理由4で言及されている不意打ちの要素を考慮して、本件の場合にも適用可能と解釈することもできる。本事件の報告を担当した裁判所補佐官（この制度につき、岡村堯『ヨーロッパ法』三一二頁以下）はこの点を消極に解している。

欧州司法裁判所を受けた、一九九五年のイタリア破棄院は、指令適合的解釈により国内法化前の指令を適用することはせず、明示の規定がないかぎり撤回はできないという立場を維持した。

本件のヨーロッパ各国に対する影響の分析については、Schulze, Schulte-Nölke and Jones(edited), A Casebook on European Consumer Law (2002) pp.142-151.

(25) EuGH, Urt. v. 14.07.1994, Rs. C-91/92 (Faccini Dori) : Slg. 1994, S. I-3347, EuZW 1994, S. 498 ; EuGRZ 22 (1995), S. 61 ; hierzu Urteilsanmerkung *Ukrow*, NJW 1994, S. 2469 ; *Odendahl*, JA 1995, S. 629 ; *Robinson*, CMLR 1995, S. 629.

(26) Ausführlich zur richtlinienkonformen Auslegung : Calliess/*Ruffert*, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2002, Art. 249, RdNr. 106 ff. ; *Jarass/Beljin*, Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und richtlinienkonforme Auslegung, JZ 2003, S. 768 (774 ff.).

(27) *Piekenbrock/Schulze*, Die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung, WM 2002, S. 521 (523) mit weiteren Nachweisen.

(28) So : Palandt/*Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zur 61. Auflage, 2002, § 312 a RdNr. 2 ; *Derleder*, Der Widerruf des Haustürgrundpfandkredits, ZBB 2002, S.202(205) ; ausführlicher dazu : *Hoffmann*, Realkredite im europäischen Verbraucherschutzrecht, ZIP 2002, S. 145 (151).

(29) So Staudinger/*Werner*, 2001, § 5 RdNr. 27 ; *Kündgen*, Gewährung und Abwicklung grundpfandrechtlich gesicherter Kredite, 1994, S. 32 ; *Peters*, Das Widerrufsrecht nach dem VerbrKrG, DZWiR 1994, S. 353 (357) ; *Stüsser*, Bankenhaftung bei gescheiterten Immobilien-Treuhandmodellen, NJW 1999, S. 1586 (1589) ; *Spickhoff/Petershagen*, Bankenhaftung bei fehlgeschlagenen Immobilienerwerber-Treuhandmodellen, BB 1999, S. 165 (170) ;

OLG München, Urt. v. 11.04.2000, Az. 5 U 5342/99 : WM 2000, S. 1336 hierzu abl. Urteilsanmerkung *Look*, WuB IV § 5 HWiG 2.00 ; LG München I, Urt. v. 22.12.1999, Az. 15 O 4046/99 : WM, S. 866.

(30) So *Franzen*, Heininger und die Folgen : ein Lehrstück zum Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, S.321 (324) ; *Sauer*, BB 2002, S.431 (432) ; *Piekenbrock/Schulze*, Die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung - autonomes Richterrecht oder horizontale Direktwirkung, WM 2002, S. 521 (524) ; *Hochleitner/Wolf/Grosserichter*, Teleologische Reduktion auf Null, WM 2002, S. 529 (532).

(31) 民法（旧）三五五条三項：撤回権は遅くとも契約締結後六ヶ月で消滅する。商品供給の場合には、本期間は当該商品の受領者への到達前には進行しない（Fassung gem. Art. 1 SchuldrechtsmodernisierungsG v. 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138.）。

(32) Ausführlicher dazu : *Hoffmann*, Realkredite im Europäischen Verbraucherschutzrecht, ZIP 2002, S. 145 (151).

(33) So : Palandt/*Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zur 61. Auflage, 2002, § 355 RdNr. 19.

(34) Siehe : *Jarass/Beljin*, Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonformer Auslegung, JZ 2003, S. 768 (775).

(35) EuGH, Urt. v. 14.07.1994, Rs. C-91/92 (Faccini Dori) : Slg. 1994, S. I-3347, EuZW 1994, 498 ; unter Bezugnahme auf das Francovich-Urteil : EuGH, Urt. v. 19.11.1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90. Slg. 1991, S. I-5357, RdNr. 3.

(36) BGH, Urt. v. 09.04.2002, Az. XI ZR 91/99 ; NJW 2002, S. 1881, ZIP 2002, S. 1075 hierzu Urteilanmerkungen *Ulmer*, ZIP 2002, S. 1075 ; *Derleder*, ZBB 2002, 202 ; *Franzen*, JZ 2003, S. 321 (327).

(37) Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor Oberlandesgerichten v. 23.07.2002, BGBl. II, S. 2850.

(38) Kritisch zu dieser Gesetzgebungstechnik : *Derleder*, Der Widerruf des Haustürgrundpfandkredits, ZBB 2002, S. 202 (210) ; *Wilhelm*, Änderung der Schuldrechtsreform aufgrund der Haustürgeschäfterichtlinie und die Sprache

des Gesetzgebers, DB 2002, S. 1307 ; *Kirchhof*, Sprachstil und System als Geltungsbedingungen des Gesetzes, NJW 2002, 2760 ; *Franzen*, Heininger und die Folgen : ein Lehrstück zum Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, S. 321 (328).

(39) 訳注 民法（新）三一一ａ条：消費者に、他の規定の要件に従い、同時に、民法三五五条もしくは三五六条、外国投資持分販売法一一条もしくは一五ｈ条、または資本投資会社法二三条により、撤回権または返還権が与えられる場合には、三一二条による撤回権または返還権は排除される。

(40) Kritisch zum abdingbaren Widerrufsrecht: *Derleder*, Der Widerruf des Haustürgrundpfandkredits, ZBB 2002, S. 202 (210).

(41) Siehe zu den Überlegungen des Gesetzgebers Bundestags-Drucksache 14/9266, S. 45.

(42) Siehe hierzu : *Koch*, Zu den Auswirkungen des Urteils des BGH in Sachen Heininger./.Hypovereinsbank auf die Ruckabwicklung von Realkreditvertragen und die Verwertung von Sicherheiten, WM 2002, S. 1593 (1594 ff.).

(43) Siehe hierzu *Verbraucherzentrale NRW*, Immobilien & Finanzierung 2002, S. 12.

(44) 判決をそのまま訳出することが情報の正確性を確保するために最善の方法であるがやや煩瑣となるので、適宜要約した。欧州司法裁判所判決や裁判所補佐官報告についての段落ごとのナンバリングは最初から付されているものである。

(45) このあたりの事情を Franzen, JZ 2003, 321(330) は、共同体法は従来公法分野に重点があり、裁判官の構成も公法に重点があり私法が得意でないこと、専門が未分化であることなどに求める。

(46) 第一ハイニンガー判決７。

(47) Ulmer, ZIP 2002, 1080(1081).

(48) ミュンヘン上級ラント裁判所二〇〇二年七月二九日判決（Franzen, JZ 2003,321(322) Anm.16 による）。

(49) Franzen, JZ 2003, 321(325) は、連邦通常裁判所自身が、要件についての事実認定をすべきであったとする。

(49ａ) ドイツの関係法令はかなり複雑な経緯をたどっており、理解の便のため、図にまとめた。

(50) COM(2001)398 final(2001/07/11). 内容の紹介と検討につき、中西・貿易と関税二〇〇三年一一月号八三頁。委員会の通知作成担当者から見た背景につき、Dirk Staudenmayer, Europäisches Vertragsrecht - Die Kommissionsmit-

teilung und ihre Folgen in : Hans Schulte-Nölke und Reiner Schulze, Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht (2002), S.271 ff.

(51) 付録1は、契約法における既存の重要な指令の目的と規律内容のリスト、付録3は、それを領域ごとに整理したもの。

(52) ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS. なお、ここで、ガンドルフィ教授に訳者が二〇〇二年一一月一四日にミラノでインタビューした内容の一部を紹介しておこう。

問：準備草案の起草作業において、イタリア民法典とイギリス法が特に参照されているが、その意味は。

答：二つの出発点としての参照モデルであって、その内容が基準となるわけではない。

問：イタリア民法典のドイツ・フランス両方の架橋的役割が強調されているが、その真意は。

答：民商法典の統一化にある。その特色は、運送、フランチャイズ、各種の新種の契約を含む（既に作業を始めている第2巻の対象である）契約法各則で発揮されよう。

(53) Giuseppe Gandolfi, CODE EUROPEEN DES CONTRATS, LIVRE PREMIER 2001.

内容については、平田・阪大法学五二巻三・四号一七七頁以下参照。

(54) A 5-0384/2001.

(55) 13107/01 JUSTCIV 129 (http : //register.consilium.eu.int/pdf/en/01/st 12/12735 en 1.pdf).

(56) 2002/C 241/01.

(57) COM(2003)68 final.

(58) これ自体は、本通知以前に（公開許諾があるかぎりで）ＥＵホームページ上に公開されており、通知の付録はそのアップデート版とされる。

(59) この点に関連して、二〇〇四年一月一九日にブリュッセルで「契約法と約款」と称するワークショップが委員会の主催で開催された。

(60) 二〇〇二年一一月一三日ドイツ・ミュンスター大学における訳者のインタビュー。

(61) 最近の状況を伝えるものとして、Wolfgang Wurmnest, Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe,

Acquis-Grundsätze - Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsverheinheitlichung in Europa, ZEuP 2003, 714. タイトルは、それぞれ現在の研究手法を四つに大別したものに対応する。

第一、第二、第四の間の区別は流動的に思われ、その重点が既存のものの析出か、それに加え提案も含むか、検討の対象にアキ・コミュノテールを含めるかにあるようである。

(62) Common Core of European Private Law(http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core). 一九九三年にイタリア・トリエント大学の Ugo Mattei と Mauro Bussani により設立される。成果として、Reinhard Zimmermann/Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law, Cambridge, 2000; James Godley, The Enforceability of Promises in European Contract Law, Cambridge 2001 など。

(63) Commission on European Family Law(CEFL) (http://www.law.uu.nl/priv/cetl/index 1.asp). 二〇〇一年設立。成果は、Katharina Boele-Woelki/Bente Braat/Ian Sumner(Hg.), European Family Law in Action, Vol. I: Grounds for Divorce, Antwerpen, 2003; Vol. II: Maintenance between former Spouses, Antwerpen, 2003 など。

(64) Commission on European Contract Law (http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html). 一九八〇年に設立。その設立者の名から、通称ランド（Lando）委員会と呼ばれる。ヨーロッパ契約法原則三巻（Principles of European Contract Law(PECL) 1995; 1999; 2003）を公表して、活動を終了しているが、そのメンバーの一部（Christian von Bar など）によりヨーロッパ民法典研究グループ（後述）に引き継がれている。

(65) European Group of Tort Law(http://civil.udg.es/tort/). 一九九三年にオランダ Tilburg の Jaap Spier により設立。成果は、Helmut Koziol(Hg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, Den Haag, 1998; Jaap Spier(Hg.), Unification of Tort Law: Causation, Den Haag, 2000; Ulrich Magnus(Hg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001; Bernhard Koch/Helmut Koziol(Hg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, Den Haag, 2002 など。

(66) Restatement of European Insurance Law. 一九九九年設立。成果は、今のところない。

(67) Study Group on a European Civil Code(http://www.sgecc.net). 一九九八年設立。全一六章（第一章総則、第二、第三章債務と契約債務、第四―第一〇章契約各則、第一一章不法行為、第一二章不当利得、第一三章事務管理、第一四―一五章動産譲渡、動産担保権、第一六章信託）の法典作成に向けて作業中である。

（68）　ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS(http : //www.accademiagiusprivatistieuropei.it/). 一九九二年にイタリア・パヴィア大学の Giuseppe Gandolfi により設立。成果は、CODE EUROPEEN DES CONTRATS, Avant-projet, LIVRE PREMIER, Milano, 2001 があり、第二巻の公表に向けて作業中である。

（69）　Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe(http : //www.law.kuleuven.ac.be/casebook/index.htm). 前欧州司法裁判所補佐官の van Gerven の提案による、Leuven, Maastricht 両大学の共同プロジェクト。成果として、Walter van Gerven/Jeremy Lever/Pierre Larouche/Christian von Bar/Geneviève Viney, Tort Law - Scope of Protection, Oxford, 1998 ; Walter van Gerven/Jeremy Lever/Pierre Larouche, Tort Law, Oxford, 2000 ; Hugh Beale/Arthur Hartkamp/Hein Kötz/Denis Tallon, Contract Law, Oxford, 2002.

（70）　Acquis-Gruppe(http : //www.acquis-group.org). 二〇〇一年の委員会の通知などに対する応答として、二〇〇二年に Gianmaria Ajani（イタリア・トリノ大学）と Hans Schulte-Nölke（ドイツ・ビーレフェルト大学）により設立される。成果として、Reiner Schulze, Martin Ebers und Hans Christoph Grigoleit, Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, 2003.

（71）　Common Principles of European Private Law, Uniform Terminology for European Private Law. 前者は一九九七年に、後者は二〇〇一年に、ともに Reiner Schulze（ドイツ・ミュンスター大学）により設立された。前者の成果としては、欧州司法裁判所ケースブックシリーズ（Reiner Schulze/Arno Engel/Jackie Jones, Casebook Europäisches Privatrecht, 1999 ; Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke, Casebook Europäisches Verbraucherrecht, 1999 など）がある。