



Title	ドイツ抵触法上の消費者保護規定と介入規範に関する一考察 : 連邦最高裁判決を足掛かりとして
Author(s)	嶋, 拓哉; Shima, Takuya
Description	論説
Citation	北大法学論集, 60(6), 484[1]-439[46]
Issue Date	2010-03-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/42998">https://hdl.handle.net/2115/42998</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR60-6_008.pdf



# ドイツ抵触法上の消費者保護規定と 介入規範に関する一考察

—— 連邦最高裁判決を足掛かりとして ——

嶋 拓 哉

## 1. 問題の所在

欧州では、域内各国の国際私法を統一化する試みとして、1991年4月に契約債務の準拠法に関する EC 条約（以下「ローマ条約」という）<sup>1</sup>が発効した後、2008年6月には欧州評議会が契約債務の準拠法に関する EC 規則（以下「ローマ I 規則」という）<sup>2</sup>を採択し、2009年12月17日に発効するに至っている。これら条約や規則の中では、消費者保護に関する特別の抵触法規定が設けられており、欧州連合加盟国でもローマ条約における該当規定を国内法化する措置が取られてきたところである。このうち、ドイツにおいては、EGBGB 第29条等を設け、欧州連合レベルでの規定内容を反映させる形で消費者保護に関する抵触法規定の整備を行ってきた。EGBGB 第29条第1項はローマ条約第5条第2項に対応する規定であるが、同条項では、当事者による法選択の有効性を肯定しつつも、同条項に規定する一定の要件を満たせば、当事者による法選択に

<sup>1</sup> O.J. L266/1 (1980). なお、ローマ条約における消費者保護規定（第5条）および介入規範規定（第7条）を概説したものとして、出口耕自「国際私法上における消費者契約（一）」民商法雑誌92巻4号55-58頁（1985年）がある。

<sup>2</sup> O.J. L177/6 (2008).

よっても消費者の常居所地法中の強行法規の適用が妨げられない旨を明示的に規定している。

もっとも、後述の裁判例の中で検証していくが、EGBGB 第29条第1項はローマ条約第5条第2項と比較して厳格な要件を課しており、その射程は限定的にならざるを得ない。そこで、渉外的事案における消費者保護に積極的な立場からは、介入規範を規定したEGBGB 第34条の活用が提唱されることになる。同条はローマ条約第7条第2項の規定内容を反映させたものであるが、事案の内国牽連性が相対的に高い場合には、契約準拠法の如何に拘わらず、法廷地の介入規範（Eingriffsnormen der lex fori）としてドイツ実質法を強制的に適用するものであって、実質法上の消費者保護規定をEGBGB 第34条が規定する介入規範として位置付ける見解が提唱されている。

本稿では、このように消費者保護に関する抵触法上の規定を巡って見解が錯綜するドイツについて、3つの連邦最高裁判決を足掛かりとしたうえで、そこで言及された論点について学説の見解をも涉猟しつつ、その議論の状況を概観することとしたい。抵触法における消費者保護規定を巡っては、わが国においても、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という）第11条にEGBGB 第29条類似の規定が設けられている<sup>3</sup>ほか、

<sup>3</sup> 通則法第11条の立法経緯として、「諸外国の立法例をみても、ローマ条約やスイス国際私法等において、消費者保護の観点から抵触法上の特別規定が設けられている。そこで、本条は、このような消費者契約の特質にかんがみ、契約交渉において弱い立場にあつて法的知識に乏しい消費者について、一定の場合にその常居所地法の適用を可能にすることによって、抵触法上の消費者保護を図ろうとするものである」といった説明がなされている（小出邦夫編著『逐条解説・法の適用に関する通則法』（2009年、商事法務）134-135頁）。もっとも、通則法第11条では、EGBGB 第29条と異なり、消費者の常居所地法中の強行法規を適用するに当たっては、消費者が当該強行法規を適用すべき旨の意思表示を事業者に対して行うことが要件とされている。かかる消費者による主張は、「常居所地法上の特定の強行法規が準拠法となるという効果を発生せしめる実体法上の意思表示」として整理されている（平成17年3月29日付法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」43頁）が、これによって、同条項は、抵触法的価値と実質法的価値の混淆という理論的問題を内包することに加えて、消費者が実際にかかる意思表示を行えなかった場合に

明文の根拠規定こそ存在しないものの、わが国実質法上の消費者保護規定を介入規範（絶対的強行法規）として位置付け、わが国が法廷地となる場合には、契約準拠法の如何に拘わらずその適用を肯定する学説も存在している。従って、ドイツ抵触法における消費者保護規定および介入規範に関する裁判例および学説を検証することを通じて、わが国における同様の議論に何らかの示唆を齎すことが期待される。

## 2. 連邦最高裁判所の判決例

### (1) BGH, Urteil vom 26. Oktober 1993 (XI ZR 42/93)<sup>1</sup>

#### イ. 事実関係

1987年9月7日、ドイツに常居所を有する消費者X（原告）は自宅において、オーストリアの業者Cから同国企業Iの持分証書（以下「本件持分証書」という）を42万オーストリアシリングで引受けるに当たって、CにおいてXを「引受証書現金出資者」として登録する旨の提案を受け、これに署名した。同時にXは、本件持分証書の購入資金を調達するため、オーストリアのY銀行（被告）に対して6万2,700ドイツマルクの融資申込みを行い、その際には資金の用途目的として、本件持分証書購入の資金調達である旨を明示していた。原告Xは、ドイツにおける本件持分証書の販売委託を受けていた業者Wの従業員Gが自宅を不招請ながらも訪問したのを機会に、本件持分証書に署名した経緯がある。また、1988年2月9日にXはY銀行の信用契約証書に署名した。

XとY銀行の間の信用契約（以下「本件信用契約」という）には、①本件信用契約にかかる一切の紛争解決に関する裁判管轄はオーストリアのブレーゲンツ区裁判所にあること、②本件信用契約の準拠法はオーストリア法であることが記載されていた。1991年7月30日には、XがY銀行に対して書面で本件信用契約の解除を行う旨通知し、既に支払った当該契約にかかる金利（5,496ドイツマルク）の返還を請求した。

---

その常居所地法に基づいて適切な保護を受けられないという実際的な問題をも抱えることになった。

<sup>1</sup> BGHZ 123, 380; WM 1994, 14; NJW 1994, 262.

ロ. 判決内容

① 裁判管轄の合意の有効性

連邦最高裁判所は、最初に国際裁判管轄に関する一般的な判断枠組みを説示する。すなわち、国際裁判管轄は被告の国内裁判籍の所在を前提とするのが原則であり<sup>5</sup>、本件信用契約では、被告住所地であるオーストリアに裁判管轄があるとする旨の合意が存在するが、これにより同国に専属的裁判管轄 (ausschließlicher Gerichtsstand) を認めるべきか否かが問題になるとする<sup>6</sup>。本判決では、こうした裁判管轄の合意の有効性はドイツ国際民事手続法に基づいて判断されるべきである<sup>7</sup>としたうえで、本件訴訟に関しては、ドイツの訪問販売取引および類似取引の撤回に関する法律 (以下「訪問販売撤回法」という) 第7条第1項<sup>8</sup>に基づきドイツに専属的国際裁判管轄権が存在することから、本件における裁判管轄の合意の効力は認められないと判示した。

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 2. Juli 1991, BGHZ 115, 90; WM 1991, 1692; NJW 1991, 3092. ドイツ国際民事訴訟法において、国際裁判管轄が第一義的に被告住所地にあるとされていることにつき、H.Nagel/P.Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. (2007, Otto Schmidt, Köln), §3 Rdn.319.

<sup>6</sup> ドイツでは、民事訴訟法 (ZPO) 第40条第2項第2号を参照し、ドイツに専属的裁判管轄がある場合には、他国を指定した管轄合意の効力を認めないとする見解が通説・判例である (A.Baumbach/W.Lauterbach/J.Albers/P.Hartmann, Zivilprozessordnung, 64. Aufl. (2006, C.H.Beck), §40 Rdn.6 [P.Hartmann])。

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 24. November 1988, WM 1989, 355; NJW 1989, 1431.

<sup>8</sup> Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, BGBl. I 1986, 122. 訪問販売撤回法第7条第1項には、訴訟提起時に顧客の常居所地 (それが存在しない場合には居所地) を管轄する裁判所に専属的な裁判管轄が認められる旨の規定が設けられていた (“Für Klagen aus Geschäften im Sinne des § 1 ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk der Kunde zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz, in Ermangelung eines solchen seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat.”)。なお、同法は2001年11月26日付の債務法現代化法 (BGBl. I 2001, 3138) に基づき2002年1月1日に失効し、訪問販売撤回法における実質法規定は BGB 第312条および312a 条に引き継がれたほか、専属的裁判管轄権に関しては、同法第7条第1項と内容をほぼ同じくする規定がZPO 第29c 条に設けられることとなった (半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(2003年、信山社) 323-326頁を参照)。

## ② EGBGB 第29条第1項に基づく訪問販売撤回法第1条の適用

連邦最高裁判所は、本件信用契約の準拠法としてオーストリア法を選択する旨の合意について、当事者自治の原則に基づき当該準拠法選択の有効性を肯定する。その検討過程において同裁判所は、EGBGB 第27条第3項<sup>9</sup>の適用可能性に一応言及しつつも、被告Y銀行の営業所がオーストリアにあり、本事案がドイツとオーストリア双方に関連性を有していることから、結果的に同条項の適用はなく、従って本件準拠法選択の有効性は否定され得ないとする。

もっとも本判決では、当事者による法選択の有効性を肯定しつつも、EGBGB 第29条第1項<sup>10</sup>に基づき、ドイツ訪問販売撤回法第1条が消費者の常居所地法中の強行法規として本事案に適用されるとする。その検討過程においては、EGBGB 第29条第1項はローマ条約第5条第2項を国内法化した規定であるが、特に本事案において、Iの持分証書に關す

<sup>9</sup> EGBGB 第27条第3項は、事案が準拠法選択時にある一国としか牽連性を有しない場合には、仮令当事者がそれ以外の国の法を準拠法として選択したとしても、当該事案と牽連性を有する前者の国の強行法規の適用を排除することはできない旨規定している。準拠法の合意だけを根拠に事案の涉外性を作出することを否定する趣旨である。

<sup>10</sup> EGBGB 第29条第1項は以下のとおり。

動産の譲渡または役務の提供に関する契約であって、消費者の職業上もしくは営業上の活動と見なされ得ない目的を有するもの、またはこうした取引のための資金調達を目的とする契約については、当事者間で準拠法の合意があっても、以下に掲げるいずれかに該当する場合には、消費者がその常居所地国法中の強行法規により保証されている保護を奪う結果になってはならない。

1. 消費者の常居所地国において、契約締結に先行して明示的な申し出または勧誘がなされ、当該消費者が契約締結に必要な法的行為をその国において行った場合
2. 消費者の契約相手方またはその代理人が、消費者からの注文を当該消費者の常居所地国において受け取った場合
3. 契約が物品の売買を対象とするもので、消費者が常居所地国から他の国に旅行し、そこで注文を行った場合であって、その旅行が消費者に当該売買契約を締結させる目的で売主が企画したものであるとき

る契約に基づき業者Cが原告Xに対して行うサービスが同条項に規定される「役務の提供」(“Erbringung von Dienstleistungen”)に該当するか否かが問題とされた。本判決ではこの点に関して、職務に関連する形で役務の提供が消費者に対して行われているか否かが当該要件の判断基準であるとしたうえで、労働契約を除く役務提供契約一般(請負契約、物品供給契約および委託契約等)がこの概念に含まれるとして、当該概念の射程を極力広範囲に認める姿勢を示している。そして本件では、原告Xは業者Cを通じてIの出資持分権を信託的に取得および保有していることから、Xが業者Cとの間で締結した契約はEGBGB第29条に規定する「役務の提供」を目的としたものに該当するとの結論付けを行っている。

連邦最高裁判所は、次に、本件信用契約に対してドイツ訪問販売撤回法第1条が適用されるためには、EGBGB第29条第1項第1号から第3号のいずれの場合に該当するかを確定させる必要があるとしたうえで、Wの従業員Gが被告であるY銀行の代理人として、ドイツにおいて原告Xによる融資申込みを受領しているが、このことはEGBGB第29条第1項第2号の要件を充足させるのに十分であると判断している。本判決の中では、その前提として、EGBGB第29条第1項第2号にいう代理人とは、業者の名前で行動する総ての人間を含むのであって、厳密な意味で代理権を有しているか否かが問題になるわけではないとし、勧誘者が国内市場に赴き当該市場において消費者に契約締結の機会を提供すれば、EGBGB第29条第1項第2号の要件を充足するとの見解が示されている<sup>11</sup>。

---

<sup>11</sup> 本判決では、EGBGB第29条第1項第1号の本事案への適用に関連して、1987年9月7日にWの従業員Gが原告Xに対して融資申込みへの署名を求めた事実を認定し、これがドイツにおける明示的な勧誘行為に該当するとしつつも、それだけでは同条項の適用要件は充足されないとする。そのうえで、本判決は、EGBGB第29条第1項第1号の適用があるというためには、Gによるこうした行動がドイツにおける信用供与の提供を目的とした被告Y銀行の行動や意向に基づくものであることを立証する必要があるが、GはY銀行への融資申込みをXに求めるに当たってY銀行の書式を使用していないことや、業者WがY銀行と全く関係なく活動していること等を認定し、最終的にEGBGB第29条第1項第1号の適用要件を充足しない旨判示している。

### ③ EGBGB 第29条と第34条との適用関係

連邦最高裁判所は、一般論として、ドイツ訪問販売撤回法第1条がEGBGB 第34条の介入規範としての要件を満たし、本事案に同第34条が適用されるのであれば、ドイツ訪問販売撤回法第1条が介入規範として適用され得ることを認めたとうえで、本事案では、EGBGB 第29条が優先適用されることにより、こうしたケースに該当しない旨判示する。

また同裁判所は、連邦議会報告書の記載に基づき、消費者保護の領域においては、特別規定たるEGBGB 第29条が適用されない場合に限り、EGBGB 第34条に規定する介入規範が適用される可能性があるとの見解を提示する。すなわち、本判決の見解によれば、消費者保護の領域においてEGBGB 第34条の適用が一切排除されるわけではなく、EGBGB 第29条における規定欠缺等により同条の適用が認められない場合にはEGBGB 第34条の適用があり得るということになる。他方において、EGBGB 第29条の要件が充足され同条の適用がある場合には、「EGBGB 第29条の第34条に対する優先が断固とした効力を有する (In solchen Fällen greift der Vorrang des Art. 29 EGBGB gegenüber Art. 34 EGBGB durch.)」としており、本判決は明確にEGBGB 第29条優先適用説を採用している。

### ④ 訪問販売撤回法第1条に関する実質法上の解釈

連邦最高裁判所は、本事案においては、1987年9月7日にWの従業員Gとの交渉によってXが本件信用契約を締結しようとしたが、実際に当該契約が成立したのは1988年2月であり、その時点を以って、ドイツ訪問販売撤回法第1条の要件が充足されるとの判断を下している。契約交渉と実際の契約締結との間における時間的な繋がりには十分でないが、Xによる融資の申込みは交渉過程と直接的な連関を有し署名するに至ったものであり、仮令契約交渉の後に時間的な間隔をおいて締結された信用契約であったとしても、訪問販売撤回法第1条の効力が及ぶと考えるべきとの見解を示している。それは、訪問販売撤回法第1条が想定する不意打ち状況でなされた提案とその後時間的な間隔を置いて締結された契約とを完全に分離し、消費者による撤回権の発動を制限するとすれば、同法が掲げる消費者保護という目的の達成が十分に図られないからに他ならない。本事案では、原告Xは1987年9月7日に訪問販売によっ

て不意打ち状況に置かれ、そこで書面による意思表示により引受証書に関する契約および融資申込の双方を行っており、その後時間的な間隔をあけて本件信用契約が締結されたケースではあるが、本事案のように当該信用契約が1987年9月7日付のGのX宅訪問に際してなされた一連の行為に伴う不可避の結果として評価できるときには、当該信用契約に訪問販売撤回法第1条を適用するのが妥当との判断を下している。

## (2) BGH, Urteil vom 19. März 1997 (VIII ZR 316/96)<sup>12</sup>

### イ. 事実関係<sup>13</sup>

1994年1月4日、ドイツに常居所を有する消費者Y（複数人、被告）が、スペイン領グラン・カナリア島に休暇で滞在していたところ、英国マン諸島に本拠地を有するX社（原告）から路上にて勧誘を受け、ブドウ酒やTシャツ等の引換券を渡されたうえで、“A Club”と称するリゾート施設の居住権に関する説明会に誘われた。Yはその説明会の会場において、予めドイツ語で作成された定型の申込用紙に署名を行ったが、そこには1994年7月31日以降2073年末までの間、同施設225号室の居住権取得を申し込む旨記載されており、Yは連帯して、X社が債務取立にかかる権限を付与したドイツの代理人M社に対して、居住権の取得対価28,255ドイツマルクおよび年間の運営管理費345ドイツマルクの支払義務を負うものとされた。なお、申込用紙の裏面には、上記居住権の売買契約（以下「本件契約」という）の準拠法をマン諸島法とする旨記載がなされていた。Yは1月6日に銀行振込により頭金3,000ドイツマルクを支払ったものの、休暇帰国後、残金（25,600ドイツマルク）の支払いを拒絶した。

そこでX社はYに対して残金の支払いを求め出訴したが、他方でYはX社に対する反訴として頭金3,000ドイツマルクの返金を求めるとともに、本件契約は目的物と代金が著しく均衡を失っており、ドイツ法およ

<sup>12</sup> BGHZ 135, 124; WM 1997, 980; NJW 1997, 1697.

<sup>13</sup> なお、1980年代末以降同様の事案がグラン・カナリア等で多発したが、その動向を詳細に分析したものとして、西谷祐子「ドイツ国際消費者契約法上の諸問題」法学63巻5号1頁以下（1999年）がある。

びマン諸島法いずれにおいても公序良俗に反し無効であること、および EGBGB 第34条に基づきドイツ訪問販売撤回法第1条の適用があり、本件契約を締結するとの自身の意思表示を有効に撤回し得ること等を主張した。第一審は原告X社が、控訴審は被告Yがそれぞれ勝訴した<sup>14</sup>。

## ロ. 判決内容

### ① 国際裁判管轄権の所在

連邦最高裁判所は、本件契約の裏面に裁判管轄地を被告の住所地もしくは本拠地とする旨の記載がなされていることを根拠に、ドイツに国際裁判管轄権があると判示した<sup>15</sup>。

### ② 準拠法合意の有効性

連邦最高裁判所は、当事者が締結した本件契約では、準拠法をマン諸島法とする明示の合意が存在しており、EGBGB 第27条第1項により、本件契約は同法に服すると判示している。

そのうえで、本件契約の成立および効力は、EGBGB 第31条第1項<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> 控訴審判決 (OLG Celle 17. Zivilsenat, 13 Februar, 1996, 17 U 28/95) の要旨は次のとおりである。

- ① 原告X社は被告Yによる本件契約の申込書面を遅くとも頭金の受領とともに受け取っており、EGBGB 第27条第1項に基づきマン諸島法を準拠法とする当事者の合意が有効に成立している。
- ② マン諸島法によれば本件契約の撤回は認められないが、被告にはドイツ訪問販売撤回法に基づく撤回権が当然に認められるべきである。
- ③ 本件事案はEGBGB 第29条が規定している契約類型、すなわち「動産の譲渡」、「役務の提供」、または「こうした取引のための資金調達を目的とする契約」のいずれにも該当せず、また同条各号の要件も充足しないことから、EGBGB 第29条の適用はない。
- ④ もっとも、ドイツ訪問販売撤回法はEGBGB 第34条に規定する介入規範としての性格を有しており、EGBGB 第34条に基づき同法が本件事案に適用される。従って、被告Yは訪問販売撤回法第1条に基づき契約申込にかかる意思表示を撤回し得る。

<sup>15</sup> この点、控訴審判決では、国際裁判管轄の所在に関して厳密な検証を行うことなく、ドイツに国際裁判管轄が所在する旨肯定している。

<sup>16</sup> EGBGB 第31条第1項には、「契約もしくはその条項の成立および効力は、

に基づき、契約が有効である場合に適用されるべき法、すなわちマン諸島法により判断されるとする。本件契約が有効に成立するとしうえて、契約書等の記載によれば、売買目的物はリゾート施設の期限付き居住権（使用权）という債権的な権利であると認定している。また準拠法の合意の成立および効力に関しては、EGBGB 第27条第4項<sup>17</sup>に基づき、同第31条第1項と同様に、マン諸島法により判断されるとし、準拠法の合意も有効に成立している旨認定している。

### ③ EGBGB 第29条の不適用

連邦最高裁判所は、EGBGB 第29条第1項に基づくドイツ訪問販売撤回法第1条の適用を否定する。第一の理由として、本事案ではリゾート施設居住権の譲渡が当事者（特に被告Y）の関心事項であって、それに伴う運営管理は副次的・従属的な役務に過ぎず、その他付随サービスも含めて契約の本質に影響を及ぼすものではないとしうえて、EGBGB 第29条第1項が規定する「役務の提供」という要件を充足しないとの見解を示す。第二の理由として、本件契約はEGBGB 第29条第1項各号に規定する内国牽連性の要件を満たさないとする。すなわち、第1号要件については、本件契約の締結に先行して、X社によるYへの勧誘行為がドイツでなされたわけではないし、またYが契約締結に必要な法的行為をその常居所地であるドイツで行ったわけでもないとする。また第2号要件についても、X社はリゾート施設居住権の取得にかかるYの意思表示をドイツにおいて受領したわけではなく<sup>18</sup>、本要件も充足しないとす

---

当該契約もしくは条項が有効であるとすれば適用されるべき法に則って判断される」との規定が置かれている。

<sup>17</sup> EGBGB 第27条第4項には、「適用されるべき法に関する当事者間の合意の成立および効力については、本法第11条、第12条、第29条第3項および第31条が適用されるべきである」との規定が置かれている。

<sup>18</sup> この点については、控訴審の事実認定を踏まえると、X社がドイツの代理人M社から頭金を受領した時点をもって初めてYの契約申込の書面を受取った可能性があることを指摘しつつも、そのことが第2号要件の判断を左右しないとの見解を示している。本判決では、EGBGB 第29条の意義は契約締結の状況に応じて消費者に如何なる保護を与えるかを想定することに求められるとしうえて、同条第1項第1号および第2号はともに、業者がドイツ国内に赴くケースを念頭に置いた規定であり、消費者が自主的に他国に赴きそこで業者に対し

る。さらに第3号要件は、そもそも本件契約が「物品の売買を対象とするもの」ではなく、本事案には適用されないとの見解を示している。

また同裁判所はEGBGB第29条の類推適用も否定する。本判決の中では、同条の類推適用を肯定した裁判例や学説の存在を指摘しつつも、EGBGB第36条<sup>19</sup>が存在している以上、EGBGB第29条の類推適用によりその適用範囲を拡張することは許されないとの判断を下している。EGBGB第36条はローマ条約第18条を国内法化した規定であり、締約国に対して同条約の解釈と適用の統一を図ることを要請するものであるが、本判決の中では、EGBGB第36条が存在していることを以って、ローマ条約に根拠を有するEGBGB第27条以下の規定につき類推適用が一切認められないわけではないとしつつも、類推適用が正当化され得るのは他の締約国も含めて法政策的な評価が一致した場合に限られるべきであると、EGBGB第29条の類推適用に関して制限的な解釈論を展開している。

#### ④ EGBGB第29条と第34条との適用関係

連邦最高裁判所は、本事案についてEGBGB第34条に基づくドイツ訪問販売撤回法第1条の適用がない旨結論付けている。その理由として、本事案はEGBGB第29条の適用領域内の問題ではあるものの、同条第1項各号の要件を充足せずドイツとの内国牽連性が十分でない以上、同条の適用はないと考えられるが、かかる事情があるにも拘わらずEGBGB第34条の適用を別途認めるのは本末転倒（Wertungswiderspruch）であるとの見解を示している<sup>20</sup>。そのうえで、消費者保護の領域における

---

て契約の申込を行ったような事案を想定しているわけではないとする。すなわち、こうした事案においては、消費者はその常居所地国法上の保護を期待できないと考えるべきであって、偶々業者が消費者による契約申込書面を当該消費者の常居所地国で受領したという事情があったとしても、そうした事情はかかる見解に影響を及ぼすものではないと結論付けている。

<sup>19</sup> EGBGB第36条では、契約上の債権債務関係に適用される本章の規定（第29a条を除く）の解釈と適用に当たっては、これら規定の基礎となっているローマ条約の規定がその締約国において統一的に解釈・適用されるべきことに配慮しなければならない旨の規定が設けられている。

<sup>20</sup> 従って、本判決では、仮令訪問販売撤回法がEGBGB第34条の介入規範性

EGBGB 第34条の位置付けについて、EGBGB 第29条の適用領域外において厳格な要件の下で介入規範の適用を根拠付けることとし、結果としてEGBGB 第29条の直接的な適用よりもさらに消費者保護を進展させ得るものと評価し得る場合には、限定的ではあるが、消費者保護の領域におけるEGBGB 第34条の適用可能性を肯定する。つまり、EGBGB 第29条の適用領域外にある消費者契約が同条第1項各号に掲げる要件を満たし内国牽連性が肯定される場合には、EGBGB 第34条に基づき、ドイツの消費者保護に関する実質法が介入規範として、当該消費者契約に適用され得ると考えるのである。

なお連邦最高裁判所は、本事案に対するEGBGB 第34条の不適用の理由について、EGBGB 第29条の第34条に対する優先に求めるべきではないとしたうえで、EGBGB 第29条と第34条の優先関係について明示的に議論を展開している。すなわち、消費者保護の領域においてEGBGB 第29条により消費者保護にかかる実質法規定が適用されず、かつ当該規定がEGBGB 第34条に規定する介入規範に該当する場合に限って、特別連結による当該規定の適用を認める余地があるとしたうえで、仮令EGBGB 第29条に規定される契約類型が存在したとしても、同条適用の前提条件とされる内国牽連性の要件が充足されていない場合には、EGBGB 第34条による特別連結も当然に認められないとの見解を再度示している。

### (3) BGH, Urteil vom 13. Dezember 2005 (XI ZR 82/05)<sup>21</sup>

#### イ. 事実関係

スイスに本拠地を有するX銀行（原告）がドイツに居住する税理士Y（被告）との間で、1991年2月1日に、10万スイスフラン超の貸付契約（以下「本件貸付契約」という）を締結した（本件貸付契約の期限は2000年12月31日、利率は7.125%である）。X銀行とYの間では、本件貸付契

---

を有しているとしても、そもそも本事案に対するEGBGB 第34条の適用自体が認められない以上は、訪問販売撤回法の介入規範性を検証する必要がないとして、その判断には踏み込んでいない。

<sup>21</sup> BGHZ 165, 248; WM 2006, 374; NJW 2006, 762.

約締結に当たって準拠法をスイス法とする合意がなされ、その旨契約書にも記載された。Yは、訴外W（現在I）の住宅建設資金10万ドイツマルクの貸付資金を調達するために本件貸付契約を締結したが、このYから訴外Wへの住宅建設資金の提供はベルリン援助法<sup>22</sup>第17条に基づき所得税減税等の対象となる貸付（以下「Berlin-Darlehen」という）に該当していた。Yは、同時に、養老保険契約に加入した上で、その保険契約および Berlin-Darlehen に基づく請求権をX銀行に担保として譲渡・提供した。2000年12月19日、X銀行はYに対して、返済期日が間近に迫っていることに注意を喚起したうえで、利率8.7%での本件貸付契約の更新を提案するとともに、遅滞している利息の支払いを求めた。その後、X銀行はYに対して、再三にわたって更新の申し出を行ったが成果が得られず、また催告にもかかわらず履行遅滞に陥った利息残高が増加する一方であったことから、2001年9月には、本件貸付契約の解除を通告し、担保として譲渡を受けていた養老保険に基づく請求権を換価した。X銀行は訴訟を提起し貸付金の全額返済を求めたが、Yは有効な解約告知がないとしてこれを争った。加えてYは、EGBGB 第29条または第34条に基づき、本件貸付契約については契約準拠法の如何に拘らずドイツ消費者信用法が適用されるとし、本件貸付契約がドイツ消費者信用法上の厳格な要件を満たしておらず、その結果として支払利息は軽減されると主張した<sup>23</sup>。第一審では、訴外Iによる本件貸付口座への支払いや養老保険に基づく請求権の換価代金を考慮したうえで、利息や催告費用を加え

<sup>22</sup> Gesetz zur Förderung der Berliner Wirtschaft (Berlinfoörderungsgesetz), BGBl. I 1990, 173.

<sup>23</sup> 消費者信用法第6条第2項には、契約証書において、名目利率、実質利率もしくは負担総額が記載されていない場合に、信用契約の基礎となる名目利率をBGB 第246条が規定する法定利率4%に縮減する旨の規定が置かれており、被告Yは同条項に基づき支払利息の軽減を求めたものと考えられる。なお、2002年1月1日に発効したドイツ債務法の改正（債務法現代化法の制定）に伴って、消費者信用法は同日付で廃止され、その諸規定はBGBの中に吸収されることとなった。消費者信用法第6条も若干の字句修正を行ったうえで、BGB 第494条として現在も存続している。ドイツ債務法の改正の詳細については、前掲注8・半田を参照（特に426-431頁における記述は本稿との関連が深い）。

る一方、Yからの既支払い分を控除して、X銀行の請求を認容した。他方で、Yからは、養老保険契約の期限前解約に伴う損害賠償請求権について確認の反訴（Feststellungswiderklage）が提起されていたが、これは棄却した。控訴審でも、金額面で多少の異同はあったものの、原審の判決内容をほぼ維持しYの控訴を棄却した<sup>24</sup>ため、Yが上告を行ったものである。

#### ロ. 判決内容

##### ① EGBGB 第29条の不適用

連邦最高裁判所は、EGBGB 第29条第1項に規定する「役務の提供」という要件は、その目的に照らして幅広く認められるべきであるとし、サービス供給契約、請負契約、物品供給契約、業務管理・委託契約に基づき提供される職務に関連した給付（tätigkeitsbezogene Leistungen）一切を包含する概念である<sup>25</sup>としつつも、他方で、消費者としての契約相手方に対する給付であることが必要であるとの一般論を展開している。そのうえで、本事案に関しては、①本件貸付契約は消費者としての被告Yに対する役務の提供には当たらないほか、②Berlin-DarlehenはX銀行からの貸付を原資として実施されたものであるが、訴外WがYに対してその返済債務を負うこと等に鑑みると、本件貸付契約が職務に関連した給付として消費者であるYに対して行われたものではないと判示した。

また同裁判所は、争点となっている具体的な法律行為がEGBGB 第29条第1項に規定する契約類型に該当しなかったり、同項第1号から第3号に則り内国牽連性の要件を充足しない場合には、当該法律行為へのEGBGB 第29条の類推適用を認めていない<sup>26</sup>として、本事案に対する同条の類推適用も認めない。EGBGB 第29条の規定内容および同条が第27

<sup>24</sup> KG Berlin 12. Zivilsenat, 17. Februar, 2005-12 U 169/03, IPRspr 2005, Nr 13a, 36-44.

<sup>25</sup> BGHZ 123, 380, 385.

<sup>26</sup> BGHZ 135, 124, 133ff. M.Weller, Internationaler Anwendungsbereich des Verbraucherkreditschutzrechts, NJW 2006, 1247, 1248.

条、第28条の例外規定として創設された経緯に鑑みて、同条に列挙された類型以外の契約に対しては、その具体的事案における内国牽連性如何に拘わらず、同条の類推適用は受け入れられないと判示する<sup>27</sup>。つまりは、EGBGB 第29条における個別契約類型の詳細な列挙は、特定のケースにおいて経済的弱者救済のために当事者による自由な法選択を制限するとの立法者意思を反映したものであるとし、裏を返せば、包括的な抵触法上の消費者保護を認めないとの意思を示したものであると結論付ける<sup>28</sup>。

## ② EGBGB 第34条の不適用

次に連邦最高裁判所は、EGBGB 第34条に基づいて消費者信用法の適用が導き出されるとする被告Yの主張についても明確に否定する。

もっとも、同裁判所は、かかる結論が、EGBGB 第34条に対する第29条の一般的な優先の結果として生じるものではないとする。すなわち、本事案のようにEGBGB 第29条第1項の適用がなく、従ってその排除効果が発揮できないケースにおいては、かかるEGBGB 第29条の優先という事態は生じないとするのである<sup>29</sup>。

連邦最高裁判所は、EGBGB 第34条が規定する介入規範について、契約準拠法如何に拘わらず自国と関係を有する事案を規律することを要求する実質法上の条項であるが、ドイツの各強行法規の意義と目的に鑑みて、通常の抵触法上の規定に沿って適用されるべき外国準拠法を顧みる

<sup>27</sup> 学説においてもかかる見解は通説的地位を占めている。例えば、J.Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen EGBGB/IPR-Einleitung zu Art 27ff EGBGB, 13.Aufl. (2002, de Gruyter), EGBGB Art.29 Rdn.28 [U.Magnus]; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) : Internationales Privatrecht, 4.Aufl. (2006, C.H.Beck), EGBGB Art.29 Rdn.14 [D.Martiny]; F.Westphalen/V.Emmerich/F.Rottenburg (Hrsg.), Kommentar: Verbraucherkreditgesetz, 2.Aufl. (1996, Otto Schmidt, Köln), §1 Rdn.21.

<sup>28</sup> 本判決文の中で、こうしたドイツ法における要件上の絞りは、明らかにローマ条約の内容と齟齬を生じせしめるものとの認識が暗に示唆されている。

<sup>29</sup> こうした見解は従来の判例でも既に示されている (BGHZ 135, 124, 135)。

ことなく、国際的に適用されるべきものか否かを解釈を通じて確認していくことが要求されるとの総論的な説明を展開する<sup>30</sup>。続いて、本判決は介入規範に関する解釈論上の指針として、「通説的な見解によれば、EGBGB 第34条の適用に当たっては、問題となっている実質法上の条項が単に相対立する契約当事者の利害、すなわち純粋な私人の利害の保護や調整を追求するだけでなく、それと並んで公益を追求していることが要求される」との重要な説示を行うのである。そのうえで、同裁判所は、ドイツ消費者信用法の規定の目的は、個々の消費者の経済的な利害を危険から守り、優位な立場にある金融のプロフェッショナルとの構造的な不平等を修正することにあるのであって、契約当事者間の利害調整を主たる立法目的に据えているとし、結論として、消費者信用法はEGBGB 第34条に規定する介入規範としての性格を付与され得るものではないとする。

さらに連邦最高裁判所は、実質法上の規定が国際的な強行法規性 (international zwingenden Charakter) を有するか否かという点については慎重な判断が求められるとする。それはEGBGB 第34条が一般的な迂回規定 (Ausweichklausel) に仕立て上げられるべきではなく、それによって、ローマ条約やEGBGBにおいて支配的な原則である当事者による法選択の自由が排除されるべきではないという基本理念に基づくものである。疑わしい場合には、該当する規定について国際的な強行法規性を肯定すべきではないと指摘する。それ故に、消費者信用法が個々の消費者の個別の保護を目的とするものであり、その結果として反射的に公益を包含しているからといって、EGBGB 第34条の適用が基礎付けられるわけではないとするのである。

なお、本判決では、消費者信用法の国際的な適用意思 (Geltungswille) はそれが消費者信用に関する EEC 指令に起源を有する<sup>31</sup>ことから当然

---

<sup>30</sup> かかる見解を示したものとして、J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.52f [U.Magnus]; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.9 [D.Martiny].

<sup>31</sup> 消費者信用法は、Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the

に導き出されるものではないとする。立法者が EEC 指令を国内法化したという事実は、その規範が国際的に根源的な意義を有し、一般的な抵触法規定の如何に拘わらず外国との牽連性を有する事案にも適用されるべきということを意味しないとの見解を表明している。つまり、消費者信用に関する EEC 指令は、その国内法化に際して、顧慮すべき最低基準を規定するに止まるのであって、その範囲に限り国際的な強行法規性を有するものの、各加盟国に対してそれ以上の保護強化を求めるものではないというのである。連邦最高裁判所は、消費者信用に関する EEC 指令第 2 条第 1 項(f)には、2 万 ECU を超える契約には同指令の適用がないとする適用除外規定が設けられているが、本件貸付契約はこの適用除外規定の要件を満たすことから、同 EEC 指令の存在を根拠として、本事案との関係で、ドイツ消費者信用法の介入規範性が肯定されるわけではないとの結論を導き出している<sup>32</sup>。

### 3. 主な論点に関する判例・学説の状況

#### (1) EGBGB 第29条と第34条の相互排他性の問題

抵触法上の消費者保護規定である EGBGB 第29条と介入規範を規定す

---

Member States concerning consumer credit, O.J. L42/48 (1987) を国内法化したものである。

<sup>32</sup> 本判決では、スイス国際私法第120条による反致が成立するか否かが論点の一つとして挙げられている。控訴審判決では、EGBGB 第35条第1項や同第4条第2項の規定に拘わらず、スイス国際私法第120条の適用を問題とすべきか否かが未確定の問題として残るとしたうえで、本件貸付契約がスイス国際私法第120条の要件を満たさないとして反致の成立を否定した。これに対して、連邦最高裁判所は反致の成立を否定するという点で控訴審判決の結論を支持するものの、その理由付けにおいて控訴審判決と異なる判断を下している。すなわち、EGBGB 第35条第1項は国際契約法の領域において反致を排除する目的を以って創設された規定であることから、本件はドイツ裁判所においてスイスの抵触法を考慮すべき事案には当たらないとし、スイス国際私法第120条による反致がドイツ消費者信用法の適用を根拠付ける可能性は当初から存在しない旨判示している。

る EGBGB 第34条との相互排他性の問題は、消費者の常居所地国と法廷地国が同一である場合に、当該国実質法上の消費者保護規定に対して EGBGB 第29条のみならず第34条を重複的に適用する余地があるかという問題として捉えられる。上記連邦最高裁判決はいずれも、双方の重複適用を肯定する見解に立脚していると考えられる。特にこの点を最も明快に示すのが1993年判決である。同判決では、EGBGB 第29条に基づき消費者の常居所地法中の強行法規として、ドイツ訪問販売撤回法第1条の適用を認めたが、判決文の中では同条項が EGBGB 第34条の介入規範性をも有する旨の言及を行っており、同一の消費者保護規定について EGBGB 第29条と第34条が重複適用される可能性を肯定する。但し、EGBGB 第29条優先適用説を採用した結果として、いずれの判決も、消費者保護の領域において EGBGB 第34条が適用され得るのは EGBGB 第29条の適用領域外にある消費者契約に限られるとの見解に立っていることには留意が必要である。すなわち、EGBGB 第29条の適用領域に属する消費者契約類型では、EGBGB 第29条に基づきある国内実質法規定が消費者の常居所地法中の強行法規に該当するか否かが問われるものの、EGBGB 第34条の介入規範性は問題にされないのに対して、EGBGB 第29条の適用領域外にある消費者契約類型では、仮令同一の国内実質法規定が問題となる場合であっても、EGBGB 第34条に基づく介入規範性の有無が検証されることになる<sup>33</sup>。なお、2005年判決でも指摘していたとおり、かかる論争は、内国実質法が消費者保護に関する各種 EEC 指令の水準を超える保護を消費者に与えている場合に、特に重要な意義を有すると考えられている<sup>34</sup>。

他方で、学説においては本論点につき争いがある。

まず EGBGB 第29条と第34条が排他的関係にあるとの観点から、抵触法上の消費者保護を EGBGB 第29条に限定し、EGBGB 第34条の介入規範として実質法上の消費者保護規定を適用することを認めないとする見

<sup>33</sup> 特にこの点を明確に説明しているのが1997年判決である。

<sup>34</sup> F.Ferrari/E.Kieninger/P.Mankowski/K.Otte/I.Saenger/A.Staudinger, Internationales Vertragsrecht Kommentar -EGBGB·CISG·CMR·FactÜ (2007, C.H.Beck), EGBGB Art.34 Rdn.10f [A.Staudinger].

解が存在する<sup>35</sup>。例えば、Kropholler 教授<sup>36</sup>は、ある保護規範が EGBGB 第29条と第34条の要件を同時に満たし得ないとの見解に基づき、保護規範は内国的な強行法規性を有する (“intern” zwingend) に止まるか、もしくは国際的な強行法規性 (“international” zwingend) を有し EGBGB 第34条の特別連結の適用を受けるか、二者択一でしかあり得ないと考える。そうした前提の下で、消費者保護にかかる実質法については、それが強い公的利益や規範性に関する明文規定を有している場合は兎も角、そうでない場合には内国的な強行法規性を有するに止まり、EGBGB 第29条の規定に委ねられると結論付ける<sup>37</sup>。また Mankowski 教授<sup>38</sup>も、EGBGB 第29条に基づき連結する法規は介入規範では有り得ないし、また介入規範は EGBGB 第29条に基づき連結することもできないとして、両者の排他性を主張する。同教授によれば、こうした結論は、介入規範が公益の実現を主たる目的に据え、当事者間の利害調整は精々その副次的目的に止まるのに対して、EGBGB 第27条から第29条が規定する通常連結は専ら契約当事者間の利害調整を目的としていることの当然の帰結であるとする。そのうえで、各実質法規定は上記2つの目的タイプのうちいずれかを主たる目的としているはずであるから、介入規範と通常の契約準拠法に重複的に分類されることは原則として認められないと考える

---

<sup>35</sup> 労働者の労務提供地等の強行法規の適用を認める EGBGB 第30条と第34条との関係においても、両者の重複適用を認めないとの見解を採るものとして、H. Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 10, 12. Aufl. (1996, W. Kohlhammer), EGBGB Art. 30 Rdn. 18 [B. von Hoffmann]; M. Franzen, Internationales Arbeitsrecht, in W. Oehmann/T. Dieterich (Hrsg.), Arbeitsrechts-Blattei systematische Darstellung (1993, Forkel) Rdn. 111ff がある。

<sup>36</sup> J. Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006, Mohr Siebeck), 500f.

<sup>37</sup> かかる見解に立つ学説としては、他に J. Staudinger, a.a.O. (Fn. 27), EGBGB Art. 34 Rdn. 71 [U. Magnus] 等がある。

<sup>38</sup> P. Mankowski, Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2003/2004 (Teil 1), RIW 2004, 481, 487f; Ders., Strukturfragen des internationalen Verbrauchervertragsrechts, RIW 1993, 453, 460ff.

のである。さらに Freitag 教授<sup>39</sup>は、EGBGB 第29条と第34条との重複を認めるか否かを論じるに当たっては、両者の間に存在する緊張関係、国際的な強行法規の適用根拠および立法者の意思等を総合的に考慮する必要があるとする。そのうえで、① EGBGB 第34条に規定する特別連結は、当事者による法選択の自由の例外をなすものであり、当事者間における法的不確実性を極力回避するためにも、可能な限り抑制的な取扱いが求められること、② EGBGB 第29条および第34条がその起源を有するローマ条約の目的は抵触法の統一を通じた判決の調和(Entscheidungungsgleichklang)にあるが、国家単位で異なる介入規範の特別連結を過度に行うことは、こうしたローマ条約の目的に背反する惧れがあること、③ EGBGB 第29条は消費者契約法にかかる基本的な局面を規律するものであるとの位置付けがより強く意識されるべきであり、EGBGB 第29条の適用範囲を超えて EGBGB 第34条による特別連結が行われるとすれば、上記のような EGBGB 第29条の位置付けとの間で齟齬が生じかねないこと、④ EGBGB 第29条が規律する領域において EGBGB 第34条に基づく特別連結を行うことにより、EGBGB 第29条の規定内容の空洞化が生じかねないこと、を理由として、EGBGB 第29条と第34条が相互に排他的であると結論付ける。

これに対して、EGBGB 第29条と第34条の間に相互排他性はないとし両者の重複的な適用を認めるなど、EGBGB 第34条に基づく実質法上の消費者保護規定の適用を肯定する学説も有力に主張されている<sup>40</sup>。例えば、von Hoffmann 教授<sup>41</sup>は、契約当事者間における構造的不平等の解消を目的とする実質法規を「特別私法 (Sonderprivatrecht)」と称した

<sup>39</sup> C.Reithmann/D.Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. (2004, Otto Schmidt Köln), Rdn.405 [R.Freitag].

<sup>40</sup> 以下の本文で紹介するもの以外に、W-H Roth, Grundfragen im künftigen internationalen Verbrauchervertragsrecht der Gemeinschaft, in M.Coester/D.Martiny (Hrsg.), Privatrecht in Europa-Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag (2004, C.H.Beck), 591, 598等がある。

<sup>41</sup> B.von Hoffmann, Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereich, IPRax 1989, 261, 266; B.von Hoffmann/K.Thorn, Internationales Privatrecht, 8. Aufl. (2005, C.H.Beck), §10 Rdn.96.

うえで、消費者契約の幾つかの類型および労働契約一般に関しては特別私法の特別連結が想定され得ると主張する。すなわち、特別私法は介入規範とは異なり、常にEGBGB第34条による特別連結の対象となるわけではないが、ローマ条約全体の体系を踏まえれば、EGBGB第29条または第30条の適用範囲に含まれない内国実質法（特別私法）であっても、EGBGB第34条に基づく特別連結の対象になり得るとの結論を導き出すのである。同教授は住居賃貸借法規（Wohnungsmietrecht）を例にとり具体的な説明を行っている。すなわち、1983年10月20日付連邦議会報告書において住居賃貸借法規が介入規範に該当し得る旨記述されていること<sup>42</sup>を捉えて、住居賃貸借法規を含めEGBGB第29条が適用されない消費者保護規定については、特別私法としてEGBGB第34条が別途適用される余地が認められていると説明するのである。またBitterich教授<sup>43</sup>は、EGBGB第34条の発動を基礎付ける公益は、社会国家原則を伴った私法的消費者保護、消費者契約法が有する市場規制機能および国内市場の機能化への利害といったものにより基礎付けられるとし、消費者保護の介入規範性に肯定的な姿勢を示している。Hohloch教授<sup>44</sup>も、EGBGB第34条の介入規範性は、①国家および経済政策上の利害もしくは②社会政策および市民社会政策上の根拠のいずれかにより基礎付けられるとしたうえで、後者（②）の代表例として、労働者保護と並んで消費者保護を列挙している。これら見解は多かれ少なかれ、いわゆるThe Giuliano and Lagarde Reportにおける“The origin of this paragraph is found in the concern of certain delegations to safeguard the rules of the law of the forum (notably rules on cartels, competition and restrictive practices, consumer protection and certain rules concerning carriage) which are mandatory in the situation whatever the law applicable to the contract

<sup>42</sup> BT-Drucks, 10/504, 84. なお同連邦議会報告書は1986年EGBGB改正の政府草案を示したものである。

<sup>43</sup> K.Bitterich, Die Neuregelung des Internationalen Verbrauchervertragsrechts in Art.29a EGBGB (2003, P.Lang), 279 [Fn.1049].

<sup>44</sup> W.Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11.Aufl. (2004, Otto Schmidt, Köln), EGBGB Art.34 Rdn.12, 15 [G.Hohloch].

may be.”<sup>15</sup>という記述に依拠して展開されており、EGBGBの条文解釈に当たっても、欧州全体の法動向に着目し欧州域内における法解釈の調和・統一に重きを置く近時学説の一環として位置付け得る。A. Staudinger 教授は、「欧州連合指令を単純に国内法化した条項については、それが、市場における弱者たる消費者の保護を目的とするものであったとしても、その国際的な強行法規性を否定することはもはや不可能である」<sup>16</sup>との指摘を行っている。欧州連合指令等の国内転換法令については、もはやEGBGB第34条の介入規範の実質的要件として公益保護要件を求めないとの見解を示しているわけで、これなども、欧州連合レベルでの議論の動向を国内抵触法の解釈に極力反映させようとする姿勢の現われと受け取ってよいであろう。

## (2) EGBGB 第29条と第34条の優先関係

次に、ある事案についてEGBGB第29条に規定する消費者常居所地法中の強行法規とEGBGB第34条に規定する法廷地介入規範がそれぞれ適用され得る場合に、いずれを優先すべきかという点が問題となり得る。消費者の常居所地と法廷地が同一の場合は別段、両者が異なる場合には、いずれの法規を優先適用するかによって具体的事案の結論が異なることになるので、本論点は単に理論上の問題に止まらず、事案処理において実際の意義を有する。

この点、一般には3つの学説が対立している。

第一に、少数説ながら、EGBGB第34条の絶対的な優先適用を支持する見解（第34条の絶対的優先適用説）が存在する<sup>17</sup>。なお、Lorenz 教

<sup>15</sup> Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations (The Giuliano and Lagarde Report), O.J. C282/1, 28 (1980).

<sup>16</sup> Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger].

<sup>17</sup> O.Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz (Auszug), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz

授は、EGBGB 第29条に規定する消費者常居所地法中の強行法規を適用する方が、特別連結により他国の介入規範を適用するよりも消費者にとって有利な適用結果が齎されると判断される場合には、前者の優先的な適用を認めるものの、EGBGB 第34条に基づき法廷地たる内国の介入規範が適用される場合にはこれと異なり、内国介入規範が消費者常居所地法中の強行法規に対し無条件に優先して適用されるとの見解を示している<sup>48</sup>。

第二に、EGBGB 第29条を消費者保護の領域における特別規定と捉えたうえで、EGBGB 第34条に対して優先するとの見解（第29条優先適用説）がある<sup>49</sup>。かかる見解の最大の根拠は、前述の1983年10月20日付連邦議会報告書<sup>50</sup>における“Zwingende Vorschriften zum Schutz einzelner können allerdings nur angewandt werden, soweit in den Artikeln 29 und 30 EGBGB-E für den Bereich des Verbraucherschutzes und des Arbeitsrechts nicht schon speziellere Regelungen getroffen worden sind.”という一節に求められる。この見解によれば、EGBGB 第34条の介入規範はEGBGB 第29条等の要件を充足しない契約類型に限り適用されるとし、具体的には、不動産売買や賃貸借と並び消費者信用等がこうした契約類

(Auszug), 66. Aufl. (2007, C.H.Beck), EGBGB Art.34. Rdn.3 [A.Heldrich].

<sup>48</sup> E.Lorenz, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 1987, 569, 580. 従って、Lorenz 教授の見解をEGBGB 第34条の絶対的な優先適用説（本文第一の見解）と位置付けるのではなく、EGBGB 第34条の条件付き優先適用説（同第三の見解）として捉える文献も見受けられる（Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger]）。

<sup>49</sup> B.von Hoffman, a.a.O. (Fn.41), 264; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger]; P.Mankowski [RIW 1993], a.a.O. (Fn.38), 460ff; W.Ebke, Schuldrechtliche Teilzeitwohnrechte an Immobilien im Ausland und kein Widerrufsrecht; Zum Ende der Altfälle, IPRax 1998, 263, 268ff; A.Junker, Empfiehlt es sich, Art.7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren?, IPRax 2000, 65, 71; W.Erman, a.a.O. (Fn.44), EGBGB Art.34 Rdn.8 [G.Hohloch]; C.von Bar, Internationales Privatrecht, Band 2 (1991, C.H.Beck), Rdn.453.

<sup>50</sup> a.a.O. (Fn.42), BT-Drucks, 10/504, 83.

型に該当すると指摘する<sup>51</sup>。

第三として、EGBGB 第34条の条件付き優先 (relativer Vorrang des Art. 34) を唱える見解 (第34条の条件付き優先適用説) がある<sup>52</sup>。この見解によれば、EGBGB 第34条に基づく介入規範は、原則として、EGBGB 第29条に基づく消費者常居所地法中の強行法規に対して優先するものの、最終的にいずれを優先させるかは、関係する法的利害を比較衡量した結果次第であるとする。より具体的には、EGBGB 第29条に基づく消費者常居所地法中の強行法規が法廷地たるドイツの介入規範よりも消費者に有利な適用結果を齎すものであって、当該消費者にこうした有利な状況を提供しないことに正当な事由があると認められないときには、EGBGB 第29条に基づく消費者常居所地法中の強行法規の適用を認めるという考えである。

なお、これら3つの見解の位置付けについては、ドイツの学界においても必ずしも統一的な認識がなされているとは言い難い。例えば、Magnus 教授は、EGBGB 第34条の条件付き優先適用説を「支配的な見解」 (“überwiegender Auffassung”) として紹介する<sup>53</sup>一方で、A.Staudinger 教授は、EGBGB 第29条優先適用説を「相当数に上る文献が支持している」 (“befürworten weite Teile des Schrifttums”) と評価しており<sup>54</sup>、両者の認識には明らかに齟齬が見受けられる。もっとも、A.Staudinger 教授は、自身が支持する EGBGB 第29条優先適用説に関連して、「外国

---

<sup>51</sup> G.Bamberger/H.Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 2.Aufl. (2008, C.H.Beck), EGBGB Art.34 Rdn.13 [A.Spickhoff]; B.von Hoffmann, a.a.O. (Fn.41), 266. なお EGBGB 第30条と第34条との関係において同様の見解を示すものとして、F.Heilmann, Arbeitsvertragsstatut (1991, Hartung-Gorre Verlag), 119ff; Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 1, 2. Aufl. (2000, C.H.Beck), §20 Rdn.86.

<sup>52</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.34-38 [U.Magnus]. なお EGBGB 第30条と第34条との関係において同様の見解を示すものとして、Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.120 [D.Martiny]; M.Franzen, a.a.O. (Fn.35), Rdn.113.

<sup>53</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.34 [U.Magnus].

<sup>54</sup> Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger].

に常居所を有する消費者について当該常居所地国の強行法規を適用する方が、ドイツ法において国際的な強行法規と位置付けられる消費者保護規定を適用するよりも当該消費者にとって有利な結論が得られるのであれば、当該消費者からかかる特権を剥奪するのが適切と考えられる根拠が別途明白に存在しない限りは、当該消費者の常居所地国の強行法規が優先的に適用されるべきである<sup>55</sup>との見解を提示している。これはいわば「EGBGB 第29条の条件付き優先適用説」とでもいうべきものであり、結局は、消費者の常居所地国の強行法規とドイツ法における介入規範の適用結果を比較したうえで、実質的な観点から消費者に有利な方を優先的に適用するという点で、EGBGB 第34条の条件付き優先適用説と然程大きな相違があるとは言えないように思われる。

他方で、連邦最高裁判決に目を移すと、1993年判決では、EGBGB 第29条の要件が充足され同条の適用がある場合には、「EGBGB 第29条の第34条に対する優先が断固とした効力を有する (In solchen Fällen greift der Vorrang des Art. 29 EGBGB gegenüber Art. 34 EGBGB durch.)」として、EGBGB 第29条優先適用説を明確に採用しているほか、1997年判決および2005年判決では、EGBGB 第34条の各事案への適用を否定するに当たって、その根拠をEGBGB 第29条の第34条に対する一般的な優先 (einem generellen Vorrang des Art. 29 EGBGB gegenüber Art. 34 EGBGB) に求めない旨の言及を敢えて行っている。Magnus 教授は、連邦最高裁判所は未だ両者の優先関係に関する見解を確立していないとする<sup>56</sup>が、従来の連邦最高裁判決ではEGBGB 第29条優先適用説に立脚することを窺わせるかなり踏み込んだ判断が行われているほか、特に1993年判決および1997年判決に典型的に表れているように、EGBGB 第29条をその適用領域における特別法として位置付け、当該適用領域に属する契約類型に関しては介入規範に立ち返るのを遮断する効果を認めていること<sup>57</sup>から、判例はEGBGB 第29条優先適用説に立脚していると評

<sup>55</sup> Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.12 [A.Staudinger].

<sup>56</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.35 [U.Magnus].

<sup>57</sup> Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34),

価して差し支えないであろう<sup>58</sup>。

### (3) EGBGB 第29条の類推適用の可否

連邦最高裁判所は、1997年判決および2005年判決においてEGBGB第29条の類推適用を否定する。前者では、EGBGB第36条はローマ条約第18条を国内法化した規定であり、締約国に対して同条約の解釈と適用の統一を図ることを要請するものであるとしたうえで、EGBGB第36条が存在している以上、他の締約国も含めて類推適用を認めることについて法政策的な評価が一致した場合は兎も角、それ以外の場合には、類推適用によりEGBGB第29条の適用範囲を拡張することは許されないとの見解が示されている<sup>59</sup>。また後者では、具体的な法律行為がEGBGB第29条第1項に規定する契約類型に該当しなかったり、同項第1号から第3号に規定する内国牽連性の要件を充足しない場合には、当該法律行為へのEGBGB第29条の類推適用を認めていないとして、本事案において同条の類推適用を認めなかった。EGBGB第29条の規定内容、および同条が第27条、第28条の例外規定として創設された経緯に鑑みると、EGBGB第29条における個別契約類型の列挙は、特定のケースに限って経済的弱者救済のために当事者による自由な法選択を制限するとの立法

---

EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger].

<sup>58</sup> Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger]. もっとも、2005年連邦最高裁判決において、EGBGB第34条に基づく特別連結を否定するに当たり決定的要素として考慮したのは、消費者信用法の目的が公益性の要件を満たさないことであった。従って、同判決に関する限り、EGBGB第29条優先適用説への言及は本判決の結論を導き出すために必須の議論とは言えず、その先例としての意義はさほど高くないと評価するのが適当と考える。

<sup>59</sup> もっとも、同判決はEGBGB第29条の類推適用に対して抑制的な姿勢を示しているものの、完全にこれを否定する趣旨ではない (Das mag zwar eine entsprechende Anwendung einzelner Bestimmungen des Übereinkommens bzw. der ihnen nachgebildeten Art.27ff. EGBGB nicht völlig ausschließen. Sie ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn übereinstimmende rechtspolitische Wertungen in den anderen Vertragsstaaten festzustellen sind. (BGHZ 135, 124, 134))。

者意思を反映したものであるとしたうえで、同条に列挙された類型以外の契約については、具体的事案における内国牽連性如何に拘わらず、その類推適用は認められないとの見解を示している。

もっとも、学説上はEGBGB第29条の類推適用の是非を巡って争いがある。

例えば、Martiny教授はEGBGB第29条の類推適用を肯定する見解に立脚して議論を展開する<sup>60</sup>。同教授は、①EGBGB第29条第1項第1号から第3号は、業者の職業としての多様な活動の中から特に典型的な販売行為等を選び出したものであり、これら各号に規定していない販売行為等が新たに出現していることを踏まえると、EGBGB第29条の類推適用が問答無用に排除されるべきではない。問題となっている販売行為等が、EGBGB第29条第1項各号の場合と同等に、消費者の常居所地国と強い牽連性を有するような事案では、仮令当該販売行為等が同条項各号の要件を充足しない場合であっても、EGBGB第29条の類推適用を認めるのが適当であるとする。加えて、②EGBGB第29条に含まれない契約類型であっても、公序則（第6条）や特別連結による介入規範としての適用（第34条）等のルートを通じて、あらゆる方面から国内外の消費者保護規定の適用に繋がる制度設計が既になされており、抵触法上の消費者保護の必要性をもはや避けて通ることができなくなっていることもEGBGB第29条の類推適用を肯定する根拠の一つとして指摘している。またHohloch教授は、本論点に関する法的状況は今や連邦最高裁判決に基づき明確であるとし、大勢は否定説にあることを認めつつも、5つの根拠を挙げ敢えてEGBGB第29条の類推適用を肯定する<sup>61</sup>。すなわち、①EGBGB第29条第1項各号の要件を満たさない取引行為であっても消

<sup>60</sup> Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.29 Rdn.14 [D.Martiny]. なお本文中で紹介したもの以外に肯定説に立脚するものとして、R.Sack, Marktortprinzip und allgemeine Ausweichklausel im internationalen Wettbewerbsrecht, am Beispiel der sog. Gran-Canaria-Fälle, IPRax 1992, 24, 28; G Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz: eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB (1993, Duncker & Humblot), 166-171等がある。

<sup>61</sup> W.Erman, a.a.O. (Fn.44), EGBGB Art.29 Rdn.10 [G.Hohloch].

費者の常居所地国に集中的な牽連性を有する事案では、同条項の類推適用を認めその保護目的の貫徹を図る実際上の必要性がある。② EGBGB 第29条に対しては構造上完成度が低い<sup>62</sup>とか、その射程が不明確である<sup>63</sup>との批判が寄せられているが、限定的ながら類推適用の余地を認めることにより、同条項の実効性を確保することができる。③ EGBGB 第29条第1項に規定する契約類型に極めて近く消費者契約と評価し得る取引に対して同条項を類推適用することは EGBGB 第27条第3項に対する同条項の優先<sup>64</sup>という観点からも妥当である。④海外で母国語により勧誘され契約締結に繋がった場合には、EGBGB 第31条第2項<sup>65</sup>の適用により、母国法（常居所地国法）に基づく撤回権の行使を肯定する見解もある<sup>66</sup>が、同条項は契約への同意要件の充足に関係するものの、その射程は意

<sup>62</sup> C.von Bar, a.a.O. (Fn.49), Rdn.429.

<sup>63</sup> O.Sandrock, Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis, RIW 1986, 841, 853.

<sup>64</sup> 下級審の裁判例ではあるが、海外で大部分の勧誘が行われ、その結果契約の締結のみがドイツ国内でなされた事案について、EGBGB 第27条第3項に拠るのではなく、EGBGB 第29条第1項第2号に基づき普通取引約款規制法 (AGBG) が適用されるべきと判示したものがある (OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 1. Juni 1989, 6 U 76/88, RIW 1989, 646, 647)。また学説においても、例えばドイツの消費者が海外の休暇先においてドイツの業者から物品を購入したような事案については、EGBGB 第27条第3項の拡張解釈に拠るのではなく、むしろ EGBGB 第29条の類推適用による解決を模索すべきであるとの見解が示されている (J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.27 Rdn.123 [U.Magnus])。

<sup>65</sup> EGBGB 第31条第1項は、「契約もしくはその条項の成立および効力は、当該契約もしくは条項が有効であるとすれば適用されるべき法に則って判断される」旨の規定であるが、同条第2項では、「しかしながら、諸般の事情から判断するに、第1項で指示された法に基づき当事者の行為の効力を決することが明らかに正当化されない場合には、当該当事者は契約に同意していない旨の主張を行うに当たって、自身の常居所地国法を援用することができる」旨規定されている。

<sup>66</sup> LG Aachen, Urteil vom 20. Dezember 1990, 6 S 267/90, NJW1991, 2221; LG Gießen, Urteil vom 14. Dezember 1994, 4 O 528/93, NJW 1995, 406; LG Stuttgart, Urteil vom 13. Juli 1995, 19 O 21/95, RIW 1996, 424.

思表示の効果の事後的排除にまで及ぶものではなく、かかる場合についても EGBGB 第29条第1項の類推適用に拠るのが適切である<sup>67</sup>。⑤ EGBGB 第34条と異なり、EGBGB 第29条の類推適用という手法を用いる場合には、消費者契約という属性を考慮することができるという利点がある。

これに対して、学説上も EGBGB 第29条の類推適用を否定する見解が通説として位置付けられる<sup>68</sup>。この見解の骨子は、EGBGB 第29条の目的は自国領域内で活動している消費者もしくは海外で勧誘を受けた消費者の保護であり、それ以外の事案について同条を類推適用すべきではないという点にある<sup>69</sup>。例えば、Mankowski 教授は否定説の根拠として次の4点を挙げている<sup>70</sup>。すなわち、① EGBGB 第29条第1項各号が規定する構成要件は限定列举であり、ローマ条約第5条第2項は弱者に対する包括的で広範な保護を認める趣旨ではない<sup>71</sup>。同条項は当事者による法選択の自由という原則に背反する形で卓越した重要性を付与された規定であり、その根源的な価値は各国における法適用を通じた修正を受け入れない<sup>72</sup>。② EGBGB 第29条第1項の類推適用の根拠を、所謂グラン・カナリア事件と EGBGB 第29条第1項各号の射程に含まれる事案との比較可能性に求めることはできない<sup>73</sup>。つまり EGBGB 第29条第1項は契約締結 (Vertragsabschlußmarkt) が消費者の常居所地国に関係す

<sup>67</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.29 Rdn.88 [U.Magnus] も同旨である。

<sup>68</sup> なお本文中で紹介したもの以外に否定説に立脚するものとして、J.Taupitz, Kaffeefahrten deutscher Urlauber auf Gran Canaria: Deutscher Verbraucherschutz im Urlaubsgepäck?, Betriebs-Berater 1990, 642, 649; O.Palandt, a.a.O. (Fn.47), EGBGB Art.29. Rdn.7 [A.Heldrich].

<sup>69</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.29 Rdn.93 [U.Magnus].

<sup>70</sup> P.Mankowski [RIW 1993], a.a.O. (Fn.38), 459ff.

<sup>71</sup> J.Taupitz, a.a.O. (Fn.68), 652; P.Mankowski, Zur Analogie im internationalen Schuldvertragsrecht, IPRax 1991, 305, 311.

<sup>72</sup> A.Junker, Die einheitliche europäische Auslegung nach dem EG-Schuldvertragsübereinkommen, Rabelsz 55 (1991), 674, 686.

<sup>73</sup> P.Mankowski [RIW 1993], a.a.O. (Fn.38), 460.

る場合に累積的な特別連結を認めるものであるが、契約締結後の処理過程 (Vertragsabwicklungsmarkt) における当該常居所地国との関連性は考慮の対象には含めていない。グラン・カナリア事件では契約締結後の処理過程に関して消費者の常居所地国との関連性はあるものの、契約締結に関しては当該国との関連性を有しないのであって、EGBGB 第29条が問題視すべき事案ではない。③ EGBGB 第29条第1項の類推適用がドイツ独自の要請に基づくものである限りは、EGBGB 第36条で規定されているローマ条約の締約国全体における解釈統一に向けた努力義務に反するものである<sup>74</sup>。実際に他の締約国においては消費者保護の特別規定を拡張していく傾向が見受けられない以上、こうした類推適用によるEGBGB 第29条の適用拡大は認められない。④客観的連結の領域においてはEGBGB 第28条第1項に包括的な規定が設けられており、法の欠缺が生じない<sup>75</sup>以上、EGBGB 第29条第1項および第2項の類推適用を認める必要性に乏しい。また von Hoffmann 教授は Mankowski 教授が掲げる上記②および③の根拠を補強する形で議論を展開している<sup>76</sup>。すなわち、②は空間上の適用領域 (räumlicher Anwendungsbereich) に関する議論であるが、ローマ条約では飽く迄、契約締結に関して当事者双方の利益衡量を抵触法上の視点から行うことに主眼があるのであって、その後の譲渡や支払行為にまで同条約の適用を拡張するのは同条約の価値判断との間で矛盾が生じると指摘する。その上で、消費者がその常居所地国法中の保護規範に依拠し得るのは、当該消費者が当該常居所地国に所在していたか、もしくはそれに準ずる場合<sup>77</sup>に限られるとし、消費者が自由意思に基づき海外に行きそこで契約を締結したような事案では常居所地国法中の保護を付与するに値しないと結論付けている。また③は事物上の適用領域 (sachlicher Anwendungsbereich) に関する議論であるが、

<sup>74</sup> P.Mankowski, a.a.O. (Fn.71), 308; A.Junker, a.a.O. (Fn.72), 686.

<sup>75</sup> P.Mankowski, a.a.O. (Fn.71), 311ff.

<sup>76</sup> H.Soergel, a.a.O. (Fn.35), EGBGB Art.29 Rdn.34 [B.von Hoffmann].

<sup>77</sup> B.von Hoffmann 教授は、この典型的な例として、常居所地国に所在する消費者が他国に誘き出されて当該他国で契約締結に至ったケースを挙げている (H.Soergel, a.a.O. (Fn.35), EGBGB Art.29 Rdn.34 [B.von Hoffmann])。

von Hoffmann 教授は、ローマ条約締約国の一致があれば EGBGB 第29条の類推適用も可能と主張する肯定説を念頭に置いた上で、EGBGB 第29条に規定される取引類型であっても必ずしも同条による全般的な特別連結 (allseitige Sonderanknüpfung)<sup>78</sup>が必要とは限らないとの主張を展開する。つまり、ローマ条約締約国では消費者保護に関する実質法上の各種指令が国内法化されており、実質法上の価値判断が概ね統一されていることから、準拠法所属国が他のローマ条約締約国である限りは、実際には EGBGB 第29条の全般的な特別連結を追求する意味は然程ないとする。また、準拠法所属国がローマ条約の非締約国である場合であって、消費者がドイツ国内に常居所を有するときには、EGBGB 第34条の一方的特別連結 (einseitige Sonderanknüpfung) に基づき当該消費者の保護を図ればよいとする。von Hoffmann 教授の主張の背後には特別連結の安易な拡張は国際的な法的判断の統一を妨げるとの懸念が見え隠れしており<sup>79</sup>、EGBGB 第29条の類推適用に関しても、特別連結の拡張に対する抑制的な姿勢を反映して、否定的見解を展開しているように思われる<sup>80</sup>。

#### (4) EGBGB 第34条と欧州連合指令との関係

欧州司法裁判所は所謂 Ingmar 事件<sup>81</sup>において、自営商業代理人に関

<sup>78</sup> EGBGB 第29条および第30条は、契約準拠法の如何に拘わらず消費者の常居所地国法中および労働者の労務提供地国法中の強行法規の適用を認める規定であるが、von Hoffmann 教授は、当該強行法規が国内法、外国法のいずれに属するかを問わず適用される性格のものであることから、これを“allseitige Sonderanknüpfung”と呼称する。他方で、EGBGB 第34条は法廷地法(=自国法)中の介入規範に限り適用を認める規定であることから、“einseitige Sonderanknüpfung”と呼称する (B.von Hoffmann, a.a.O. (Fn.41), 262ff.)。

<sup>79</sup> B.von Hoffmann, a.a.O. (Fn.41), 264ff.

<sup>80</sup> 他方で、von Hoffmann 教授は、EGBGB 第34条が規定する介入規範のみならず、消費者保護法、労働法および賃借人保護法等を特別私法 (Sonderprivatrecht) として位置付け、後者についても国際的強行法規性を付与すべきと考える。この見解によればドイツ消費者保護法の適用範囲は通説のそれよりも広く認められることになる (J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.60 [U.Magnus])。

<sup>81</sup> Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc., Case C381/98 [2000]

する EEC 指令<sup>82</sup>第17条および第18条の介入規範性を肯定する判断を下した。すなわち、同裁判所は、これら2つの条項には地理的適用領域が明示されていないものの、代理契約終了後の自営商業代理人の保護を目的とするものであり、自営商業代理人が欧州連合の加盟国内で活動するなど、具体的な事案が欧州連合と密接な牽連性を有する場合には、準拠法の如何に拘わらず、これら条項が適用されるべきであると判示した<sup>83</sup>。英国においては、本事案で争われた代理契約は1989年に締結されたものであり、ローマ条約の適用はないが、仮にローマ条約が発効しており本事案への適用があったとしても、同条約第7条第2項に基づき自営商業代理人に関する EEC 指令第17条および第18条が“mandatory rule”として適用されたであろうとの見解が示されている<sup>84</sup>。他方で、ドイツの学説においては、Ingmar 事件における判決内容が HGB 第89b 条を EGBGB 第34条の介入規範に含めないとする従来の通説<sup>85</sup>に抵触するものであったこともあり、賛否両論が示されたようである<sup>86</sup>。本判決を肯

---

ECR I-9305.

<sup>82</sup> Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (86/653/EEC), O.J. L382/17 (1986).

<sup>83</sup> Ingmar 事件は、英国で商業代理人として活動する原告が、米国カリフォルニア州法に基づき設立された被告企業に対して、手数料の支払いと代理契約終了に伴う損害賠償を請求した事案である。両者の代理契約の準拠法はカリフォルニア州法であったが、欧州司法裁判所は①自営商業代理人に関する EEC 指令第17条および第18条が商業代理人を保護する目的を有すること、②同 EEC 指令第19条では、当事者が自営商業代理人の不利益になる方向で前2条の規定から逸脱することを認めない旨規定していること、③原告は英国で活動する自営商業代理人であり、具体的な事案が欧州共同体と密接な関連性を有していること等を理由として、本文のような判断を下している。

<sup>84</sup> Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, 14th ed. (2008, Oxford Univ. Pr.), 737.

<sup>85</sup> Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.1414ff [D.Martiny].

<sup>86</sup> ドイツでは、Ingmar 判決を巡る学説の状況について、「欧州司法裁判所自身はこれを介入規範の特別連結として位置付けたが、従来この点に関して殆ど異論なく、圧倒的な賛同が得られている」(C.von Bar/P.Mankowski, *Interna-*

定的に評価する学説においては、国内でこの判決内容を受容するに当たって、①介入規範の特別連結を規定したEGBGB第34条を根拠とする見解<sup>87</sup>、②欧州共同体法の優先適用を規定したローマ条約第20条を根拠とする見解<sup>88</sup>、③契約が欧州連合加盟国と密接な関連性を有している場合に、法選択に拘わらず欧州連合指令が最低限の基準として適用されるとする見解<sup>89</sup>等が示されてきた。これらいずれの見解に立脚した場合であっても、自営商業代理人が主たる活動拠点を国内市場に有しており、かつ選択された契約準拠法が欧州共同体法の水準を下回る保護しか齎さない場合には、最低基準として自営商業代理人に関するEEC指令の介入規範性を肯定すべきとの見解が示されるに至っている<sup>90</sup>。

加えて、Ingmar判決で示された骨子は、明示的な抵触法規定を有しない欧州共同体法(Sekundärrechtsakten)における他の強行法規にも拡張されるに至っている。欧州司法裁判所は消費者契約における不公正条項に関するEEC指令<sup>91</sup>第5条に関して、問題となっている契約が国内市場と十分に密接な関連性を有している限り、Ingmar判決の内容が

---

tionales Privatrecht, Band I, 2.Aufl. (2003, C.H.Beck), §4 Rdn.102 [P.Mankowski]) との認識が示される一方、「ドイツの学説は本判決に対して相当批判的に分析を行った」(Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.2034 [V.Häuslschmid]) との見解も示されており、賛否が錯綜している。なお、西谷祐子「消費者契約及び労働契約の準拠法と絶対的強行法規の適用問題」『国際私法年報9号』(2008年、信山社)43頁も参照。

<sup>87</sup> K.Thume, Achtung: Auslegungsmonopol des EuGH, RIW Heft4/2001, Die erste Seite. なお Thume 教授は「欧州連合指令を通じて統一化された代理商契約法の規定はEGBGB第34条に規定する強行的介入規範と位置付けられる」としたうえで、Ingmar事件が欧州法実務に与える影響の大きさについて言及している。

<sup>88</sup> R.Plender/M.Wilderspin, The European Contracts Convention-The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts, 2nd ed. (2001, Sweet & Maxwell), §9-18ff; von Bar/Mankowski, a.a.O. (Fn.86), §4 Rdn.102f [P.Mankowski].

<sup>89</sup> K.Nemeth/B.Rudisch, EuGH 9. 11. 2000 Rs C-381/98 Ingmar-wichtige Klärungen im europäischen IPR, ZfRV 2001, 179, 181.

<sup>90</sup> Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.2034 [V.Häuslschmid].

<sup>91</sup> Council Directive of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (93/13/EEC), O.J. L95/29 (1993).

妥当すると判示した<sup>92</sup>。また、訪問販売に関する EEC 指令<sup>93</sup>第 5 条についても同様の取扱いが妥当するとの見解も示されている<sup>94</sup>。ドイツでは、訪問販売に関する EEC 指令第 5 条を受けて、BGB 第 312 条で訪問販売における消費者の撤回権を規定しているが、学説では、同 EEC 指令において、明示的ではないものの黙示的に介入規範性が示されているとの視点に立脚して、具体的事案に十分な内国牽連性が備わっていれば BGB 第 312 条の国際的強行法規性を肯定すべきとの見解が示されるに至っている<sup>95</sup>。

欧州連合指令と EGBGB 第 34 条の介入規範との関係について、Magnus 教授は以下に示すような 3 類型に整理する。すなわち、①欧州連合指令が国内法に優先して適用され個別事案に対する直接的な効力を有する限りは、当該指令が EGBGB 第 34 条に規定する介入規範であるか否かを審査する必要はない<sup>96</sup>とする。他方において、適用に際して各国国内

---

<sup>92</sup> Commission of the European Communities v. Kingdom of Spain, Case C70/03 [2004] ECR I-7999. なお J.Hill, Cross-Border Consumer Contracts (2008, Oxford Univ. Pr.), §12. 23f を参照。

<sup>93</sup> Council Directive of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (85/577/EEC), O.J. L372/31 (1985). なお、同指令第 5 条の規定は次のとおりであり、消費者の撤回権が規定されている。“1. The consumer shall have the right to renounce the effects of his undertaking by sending notice within a period of not less than seven days from receipt by the consumer of the notice referred to in Article 4, in accordance with the procedure laid down by national law. It shall be sufficient if the notice is dispatched before the end of such period. 2. The giving of the notice shall have the effect of releasing the consumer from any obligations under the cancelled contract.”

<sup>94</sup> Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.8 [A.Staudinger].

<sup>95</sup> W.Erman, a.a.O. (Fn.44), EGBGB Art.34 Rdn.15 [G.Hohloch]; O.Palandt, a.a.O. (Fn.47), EGBGB Art.34. Rdn.3a [A.Heldrich]. 他方で、BGB 第 312 条の介入規範性を否定するものとして、A.Junker, a.a.O. (Fn.49), 71 がある。

<sup>96</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.41 [U.Magnus]. こうした結論に至る理由として、欧州共同体という超国家的レベル (supernationale Ebene)

での転換法令の制定を要する欧州連合指令については、各国毎に、立法者が当該国内転換法令に対して明示的もしくは黙示的に介入規範性を付与したか否か、およびどの程度に亘りかかる性格を付与したかを検証しなければならないとする。さらに同教授は国内転換法令の制定を要する欧州連合指令には、②当該指令の中に独自の抵触法規定を有しているものと③それ以外のものに区分することが可能であるとしたうえで、前者②の類型については、国内転換法令中に設けられた独自の抵触法規定がEGBGB第34条の機能を果たすことになるため、EGBGB第34条を追加的に参照するといったことは必要でもなく、また可能でもない主張する<sup>97</sup>。他方で、後者③の類型については、EGBGB第34条に基づきその介入規範性の有無が判断されるが、このことは、欧州連合加盟国およびヨーロッパ経済圏に属する国に対する場合であっても、それ以外の第三国に対する場合であっても同様であるとする<sup>98</sup>。

Magnus教授はこの最後の第三の類型が“problematischer”であると指摘している<sup>99</sup>。とりわけ問題となるのが、各国の国内転換法令が欧州

---

において、準拠法や法廷地法の如何に拘わらず当該法令の適用を貫徹するか否か、およびどの範囲で適用するかといった問題について既に決定を下しているからであるとの説明がなされている (Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.5 [A.Staudinger])。

<sup>97</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.42 [U.Magnus]. つまり、②の類型における国内転換法令の介入規範性は当該国内転換法令に盛り込まれる独自の抵触法規定のみに基づいて基礎付けられるのであって、EGBGB第34条から導き出されるものではないというのがその論拠である。

<sup>98</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.42 [U.Magnus]. これは、欧州連合指令の適用に当たって国内転換法令が必要とされる以上、欧州連合加盟国間であっても、当該国内転換法令の規定内容や解釈に様々な点で相違が生じることが避けられないことの帰結である。また、消費者、労働者等一定の社会集団に対して保護を付与する欧州連合指令の国内転換法令について、一律に介入規範性を推定するといった概括的な判断は不可能であり、結局のところ、各国の抵触法ルール一般に照らして、問題とされる国内転換法令が本来の準拠法の如何に拘わらず適用が正当化され得る、強力な国家的利益を有しているか否かが検証されなければならないということである。

<sup>99</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.42 [U.Magnus].

連合指令の水準を超えて消費者の保護範囲や保護内容等を規定している場合に、かかる超過部分について介入規範性を認めるか否かという点である。この点に関連して、2005年のドイツ連邦最高裁判決は、消費者信用に関する EEC 指令は、その国内法化に際して、顧慮すべき最低基準を規定するに止まるのであって、その範囲に限り国際的な強行法規性を有するものの、各加盟国に対してそれ以上の保護強化を求めるものではない<sup>100</sup>とする。そのうえで、消費者信用に関する EEC 指令第 2 条第 1 項(f)には、2 万 ECU を超える契約には同指令の適用がないとする適用除外規定が設けられているが、本件貸付契約はこの適用除外規定の要件を満たすことから、本事案では、同 EEC 指令を根拠として、ドイツ消費者信用法の介入規範性を肯定し得ないとの結論を導き出している<sup>101</sup>。すなわち、ドイツの消費者信用法は消費者信用に関する EEC 指令に比して、広範に消費者の保護範囲を規定しているが、ドイツ連邦最高裁判所の判決はその超過部分に関して EGBGB 第34条に規定する介入規範性を肯定し得ないとの見解に立脚したものと評価することができる<sup>102</sup>。学説上も、欧州連合指令が最低基準を設定している場合において、当該指令を根拠とする国内転換法令に国際的強行法規性が付与されるのは、当該欧州連合指令が設定した最低基準の範囲内に限られるのであって、各国が独自の判断で行った追加的な保護強化部分については、直ちに国際的強行法規性を肯定し得ないとする見解が有力に主張されている<sup>103</sup>。

---

<sup>100</sup> 該当する判決箇所を引用すると、以下のとおりである。“Denn enthält die Richtlinie – wie die Verbraucherkreditrichtlinie – keine ausdrückliche kollisionsrechtliche Regelung und schreibt sie den Mitgliedstaaten bei ihrer Umsetzung nur einen zu beachtenden Mindeststandard vor, so kann ein international zwingender Charakter der Umsetzungsnorm aufgrund der Richtlinie nur für den Mindeststandard, nicht aber für etwaige nationale Schutzverstärkungen angenommen werden.” (BGHZ 165, 248, 259)

<sup>101</sup> BGHZ 165, 248, 259.

<sup>102</sup> M.Tamm, Anmerkung, JZ 2006, 676, 678f; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.8 [Fn.27] [A.Staudinger].

<sup>103</sup> K.Bitterich, a.a.O. (Fn.43), 283 [Fn.1066]; Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O.

これに対して、Weller 博士は、2005年の連邦最高裁判決は消費者信用法の介入規範性を否定したが、この判断は区分化に基づく定式的思考に偏っていると批判する。具体的には、消費者信用法はまさに消費者信用に関する EEC 指令を国内法化したものであるが、同指令が規制対象としている 2 万 ECU 以下の信用取引に関しては消費者信用法が国際的な強行法規性を有するのに対して、よりリスクの高い 2 万 ECU を超える信用取引との関係では、同法に国際的な強行法規性が認められないという結論は正当化し難いし、ドイツ立法者の意図するところでもないと言明するのである<sup>104</sup>。また A.Staudinger 教授は、BGB 第312条第 1 項第 1 号の保護範囲が訪問販売に関する EEC 指令の水準を超えているとし、その超過部分に関しては欧州共同体法に根源を有しないため、指令適合的な法解釈の要請が及ばないことを一応認めつつも、国内法の中に欧州連合指令に沿った規定が設けられている以上、立法者が法体系の破壊という不利益を甘受したうえで、敢えて国内法の分割的解釈 (gespaltene Auslegung des nationalen Rechts) を行うことこそ不自然であると主張する。そして、欧州連合指令の保護範囲を超過する国内転換法令であっても、当該指令に適合的な法解釈の要請が全般的に及ぶと考えるべきであり、それは国内立法者の意思でもあると結論付けるのである<sup>105</sup>。

##### (5) 公序則との関係

EGBGB 第 6 条は所謂公序則に関する条項であって、その第 1 文において「他国の法規範を適用することによりドイツ法の本質的な基本原則

---

(Fn.39), Rdn.417 [R.Freitag]; Nemeth/Rudisch, a.a.O. (Fn.89), 182; T.Pfeiffer, Eingriffsnormen und ihr sachlicher Regelungsgegenstand, in R.Schütze (Hrsg.), Festschrift für R.Geimer zum 65. Geburtstag (2002, C.H.Beck), 821, 835; S.Schwartz, Das internationale Handelsvertreterrecht im Lichte von Ingmar – Droht das Ende der Parteiautonomie im Gemeinschaftsprivatrecht?, ZVglRWiss 101 (2002), 45, 71.

<sup>104</sup> M.Weller, a.a.O. (Fn.26), 1249.

<sup>105</sup> A.Staudinger, Der Widerruf bei Haustürgeschäften: eine unendliche Geschichte?, NJW 2002, 653, 655.

と明らかに相いれない結果を惹起する場合には、当該他国の法規範を適用すべきではない」と規定されている。EGBGB 第34条に関しては、第6条との関係を如何に整理すべきかが問題となる。

この点に関して、まず両者の間に本質的な差違は存在しないとする見解が提唱されている。Lüderitz教授は、公序則を法の適用結果を排除する消極的公序と国内実質法の適用を貫徹させる積極的公序に区分することについて、仮に消極的公序により外国法の適用を排除した場合であっても法廷地法による補充がなされることから、結局のところそうした区分は然程意義のあるものではないと結論付ける<sup>106</sup>。同様に、Spickhoff教授は、両者の本質に有意な差違が存在しないとの観点に立って、EGBGB 第34条の特別連結も公序の一般則 (Generalklausel des ordres public) に由来するものであると位置付ける。そのうえで、EGBGB 第6条はドイツ国内で受容できない外国法の適用を拒絶する、いわば公序則の消極的機能を体現したものであり、EGBGB 第34条が適用される局面では、介入規範と位置付けられる国内実質法が適用されるが、これに関して、EGBGB 第6条は何ら付加的な意義を有しないとの見解を提示する<sup>107</sup>。こうした学説においては、EGBGB 第6条と第34条が共に国家にとって不可欠な価値・秩序を体現している条項であるとして両者を同種同等のものとして位置付けており<sup>108</sup>、究極的には、いずれか一方が不必要 (überflüssig) であるとの見解すら主張されている。

これに対して、両者の相違点を強調する見解も存在する。例えば、Magnus教授は、EGBGB 第6条は外的視点 (Außenperspektive) に立脚し外国法の適用結果の受入れを判断するのに対して、EGBGB 第34条は内的視点 (Innenperspektive) に立脚し内国法の適用の拡張を図っていることから、両者の規定は目的とする方向性および視点ともに全く異なり、互いに独立並行して存在していると主張する<sup>109</sup>。もっとも同教授に

<sup>106</sup> A.Lüderitz, Internationales Privatrecht, 2.Aufl (1992, Alfred Metzner), Rdn.215.

<sup>107</sup> Bamberger/Roth, a.a.O. (Fn.51), EGBGB Art.34 Rdn.3 [A.Spickhoff].

<sup>108</sup> W.Däubler, Das neue Internationale Arbeitsrecht. RIW 1987, 249, 255.

<sup>109</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.40 [U.Magnus].

よれば、理論的には両規定が同時に適用されるほか、EGBGB 第6条に拠っても最終的に外国法に代替して内国法が適用されることから、法的効果としてはEGBGB 第34条に類似するとされ、実際には国際契約法の領域において、EGBGB 第34条よりも第6条の方が広範囲にわたり適用されることが示唆されている。またMartiny教授は、EGBGB 第34条は契約準拠法の如何に拘わらず自国の介入規範を適用することから、送致にかかる通常考え方を根本的に排除するものとして位置付ける<sup>110</sup>。そのうえで、EGBGB 第34条に規定する介入規範が自動的に公序としての性格を有するまでは言えず、よってEGBGB 第6条が保護対象とするドイツ法秩序の本質的な基本原則を必ずしも保護するものではないとの見解を展開する<sup>111</sup>。同教授は、その具体例として、契約における弱者保護は基本権に基づき保護されるべきドイツ契約法の本質的な原則であるが、EGBGB 第34条によって直ちに当該原則が適用されるわけではない<sup>112</sup>と指摘している。こうした学説からは、前述の学説に対して、両者の基本的な相違を見落としているとの批判が加えられている<sup>113</sup>。

<sup>110</sup> Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.132 [D.Martiny]. また、Junker教授は“Bei Art.34 EGBGB wird einer inländischen Vorschrift ohne Rücksicht auf das (sonstige) IPR zur Geltung verholfen: es kommt überhaupt nicht zur Verweisung, die Korrektur findet über einen Verweisungssersatz statt.”とし、Martiny教授と同様の見解に立っている (A.Junker, Die “zwingenden Bestimmungen” im neue internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1989, 69, 75)。

<sup>111</sup> Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.132 [D.Martiny]; H.Weber, Das Zwingende an den zwingenden Vorschriften im neuen internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1988, 82, 84.

<sup>112</sup> 同様の見解に立脚するものとして、P.Mankowski, Art.34 EGBGB erfaßt §138 BGB nicht!, RIW 1996, 8, 11ff.

<sup>113</sup> H.Weber, a.a.O. (Fn.111), 84; A.Junker, a.a.O. (Fn.110), 75. EGBGB 第6条と第34条の相違を強調する見解が問題とするのは、両者が対象とする国内実質法の範囲の違いであるが、それとは別の論点として、公序則を適用し準拠外国法の適用結果を排除した後の措置として、内国法適用説ではなく欠缺否認説に拠った場合には、仮令同一の国内実質法が問題とされる事案であったとしても、EGBGB 第6条と第34条のいずれの規定を適用するかによって具体的な法の適

なお、EGBGB 第6条に関連して、従来、内国牽連性の存在が肯定されれば、契約準拠法の如何に拘わらず常に特定の内国法規を適用するとする積極的公序論 (Positiver ordre public) が提唱されていた<sup>114</sup>。かかる見解によれば、国内の強行法規がすべて積極的公序論に基づく国際的な強行法規性を付与されるわけではなく、個別法規が社会政策的もしくは法倫理的な意義を有するか否かを基準として積極的公序としての性格を有するか否かが決せられるとされる<sup>115</sup>。かかる積極的公序とEGBGB 第34条の介入規範との異同を厳密に論じることが困難である<sup>116</sup>が、両者は、問題となっている事案が十分な内国牽連性を有することを前提として、準拠外国法の適用を排除し内国法規の適用を認めるという点で類似

---

用結果が異なることになる (なお、ドイツにおける欠缺否認説については、Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.6 Rdn.96f [H.Sonnenberger] に詳しい説明がある)。もっとも、両者には準拠法決定の通常プロセスに背反するという点で共通する部分もある。当事者自治の原則の下で選択された契約準拠法の適用を排除したり、あるいは準拠法の規定如何に拘わらず自国の介入規範を適用する以上、両者が抵触法における通常連結の基本理念に反する側面を有していることは否めないであろう。その限りにおいて、EGBGB 第6条および第34条ともに、その適用を巡っては、内国牽連性等の厳格な要件の下で抑制的な運用が求められるという考えも成り立ち得るところである。この問題に関する私見については、更なる研究を積み重ねたうえで、別稿にて論ずることとしたい。

<sup>114</sup> 積極的公序論はローマ法を継受したイタリア、フランス等において提唱されてきた伝統的見解 (die romanische Lehrtradition von den "lois d' ordre public") である (I.Schwander, Lois d' application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im interantionalen Privatrecht (1975, Schulthess Polygraphischer), 41ff, 154ff)。P.Neuhaus, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2.Aufl. (1976, Tübingen), 363ff も参照。

<sup>115</sup> I.Schwander, a.a.O. (Fn.114), 41.

<sup>116</sup> 積極的公序論を採用する学説の中には、国内の任意法規であっても積極的公序としての性格を有することがあり得るとの見解を示すものもある (A.Homberger, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des Bundesgerichts (1925, Stämpfli), 66ff; P.Neuhaus, a.a.O. (Fn.114), 365.)。

した機能を有していると評価することは可能であろう。もっとも、現行のドイツ国際私法では、公序則は消極的な機能を有するに止まる一方で、これとは別に、EGBGB 第34条に基づいて、外国法を準拠法とする契約に自国の介入規範を適用するとの枠組みが既に構築されていることから、現在、ドイツにおいて積極的公序論に賛同する見解は見受けられない<sup>117</sup>。

## (6) EGBGB 第34条の発動要件

自国の法規に絶対的強行法規性を付与するためには、当該法規が国際的適用にかかる要請 (internationaler Geltungsanspruch) を有していることが必要である<sup>118</sup>。これは単に国内法上の強行法規性を有しているだけでは十分ではなく、契約準拠法の如何に拘わらず適用されるべきとする国際的適用意思 (internationaler Geltungswille) がその法規に存在していなければならない<sup>119</sup>。こうした適用意思は各法規中において明示的に規定されている場合<sup>120</sup>だけでなく、仮令明示されていない場合であっ

<sup>117</sup> D.Schulte, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art, im internationalen Vertragsrecht (1975, Ernst und Werner Gieseking), 49ff; I.Schwander, a.a.O. (Fn.114), 42; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.45 [D.Martiny]. もっとも、下級審のレベルではあるが、過去に積極的公序論を採用した判決も下されている。例えば、契約準拠法がオランダ法であるにも拘わらず、積極的公序論に基づきドイツの割賦弁済行為に関する法律 (Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte) を適用した事案 (RG Düfferdorf, Urteil vom 28. März, 1930-343/31 I, JW 1932, 591)、および契約準拠法がスペイン法であるにも拘わらず、積極的公序論に基づきドイツの営業法第34c条の適用に関する命令 (Verordnung zur Durchführung des §34c der Gewerbeordnung, vom 20. Juni 1974, BGBl. I 1974, 1314) を適用した事案 (OLG Hamburg, Urteil vom 7. Februar, 1977-22 U 93/76, NJW 1977, 1594) がある。

<sup>118</sup> Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.3 [A.Staudinger].

<sup>119</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.51 [U.Magnus]; J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 19, 497f; Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.400 [R.Freitag].

<sup>120</sup> 国際的適用意思を明示した法規定としては、GWB 第130条第2項 (Dieses

でも、当該法規の目的と意義に基づきその存在が肯定されることがあり得る<sup>121</sup>。その判断基準に関しては、通説・判例によれば、問題とされる国内実質法規規定が主として公益保護を目的としたものであるか否かという点が決定的に重要であって、当事者間の個別利害の調整を目的とする場合には国際的適用意思の存在が否定されることは前述のとおりである。

加えてドイツでは、適用対象とされる事案に相応の内国牽連性 (gewisse Inlandbeziehung) を要求する見解が多数である<sup>122</sup>。既に検証を行った連邦最高裁判決においても、具体的事案が自国とどの程度の関連性を有するかについて丁寧な事実認定を行いつつ、国内法規を介入規範として適用することが妥当か否かを個別具体的に判断しており、判例もこうした多数説に依拠していると評価することが可能である。内国牽連性の要件はEGBGB第34条に明示されていないが、同条の目的と意義から当然に導き出され得ると解されている。すなわち、絶対的強行法規の特別連結理論においては、主観的要素 (subjektive Element) と空間的要素 (räumliche Element) が要求され、前者が適用意思 (Geltungswille)、後者が十分に密接な内国牽連性 (genügend engen Beziehung) を各々指し示していると考えられてきた<sup>123</sup>が、この基本的な考え方は原則として

---

Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden.）、HGB第449条第3項 (Unterliegt der Frachtvertrag ausländischem Recht, so sind die Absätze 1 und 2 gleichwohl anzuwenden, wenn nach dem Vertrag der Ort der Übernahme und der Ort der Ablieferung des Gutes im Inland liegen.) 等が挙げられる。

<sup>121</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.52 [U.Magnus]; J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 19; Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.400 [R.Freitag].

<sup>122</sup> J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.52, 62 [U.Magnus]; J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 19, 498; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.19 [D.Martiny]; Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.401 [R.Freitag].

<sup>123</sup> W.Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht—Eine rechtsvergleichende Studie, ZVglRWiss 54 (1941), 168ff.; K.Zweigert, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote,

EGBGB 第34条の場合にも妥当すると考えられているのである<sup>124</sup>。また、公序則を規定した EGBGB 第6条に準拠して内国牽連性の要件充足を要求する見解も存在している<sup>125</sup>。いずれにせよ、契約準拠法の如何に拘わらず特定の内国法規の適用が肯定され得るのは、当該法規が具体的事案との関係において、少なくとも空間的に密接な関連性を有している場合に限られるというのがその根拠である<sup>126</sup>。

学説の中には、国内実質法規の介入規範性の認定に当たっては、単に保護法益に拠るに止まらず、具体的事案の内国牽連性の程度も考慮要素に含めて総合的に判断されるべきと主張するものもある<sup>127</sup>。しかしながら、通説は具体的事案が如何に密接な内国牽連性を有していたとしても、公益保護を目的としない法規が介入規範として位置付けられるわけではないとし、介入規範性は飽く迄実質法の保護法益に基づき判断される

---

Labels 14 (1942), 283, 289. なお、絶対的強行法規の特別連結論を対象とした研究論文としては、前掲注13および注86の西谷論文のほかに、横山潤「外国公法の適用と“考慮”」国際法外交雑誌82巻6号41頁以下(1984年)、佐藤やよひ「ヴェングラーの「強行法規の特別連結論」について」甲南法学37巻4号139頁以下(1997年)、同「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』の理論的構造」国際法外交雑誌97巻3号43頁以下(1998年)、出口耕自「国際私法上における消費者契約(二・完)」民商法雑誌92巻5号5-11頁(1985年)等がある。

<sup>124</sup> Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.401 [R.Freitag]; J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.62, 72 [U.Magnus]; J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 497f; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.127-130 [D.Martiny]; W.Erman, a.a.O. (Fn.44), EGBGB Art.34 Rdn.11-13 [G.Hohloch].

<sup>125</sup> Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.3 [A.Staudinger]; J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 498.

<sup>126</sup> これに対して、内国牽連性の要件を否定する見解も存在する。例えば、R.Radtke, Schuldstatut und Eingriffsrecht, ZVglRWiss 84 (1985) 325, 331. なお、かかる学説の対立を論じたものとして、井之上宜信「国際私法における内国介入規範の適用について」・同『国際私法学への道程』(1995年、日本加除出版) 127-130頁がある。

<sup>127</sup> W.Kohte, Verbraucherschutz im Licht des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 1990, 150, 153ff.

べきであり、内国牽連性の要素は介入規範性の認定に当たって考慮されないとの見解に立っている<sup>128</sup>。

#### 4. 結語

ドイツでは、消費者保護に関する抵触法規定として、EGBGB 第29条および第34条が主たる議論の対象とされてきたが、これら条項の相互排他性、優先関係、各条文の射程範囲等の主要な論点において、学説上見解が分かれているのが現状である。欧州連合において契約債務にかかる抵触法規定の統一を目指す取り組みがローマ条約およびローマ I 規則という具体的な形で結実したものの、少なくともドイツの状況を見るに、依然として一元的な解釈論を導き出せておらず、その帰趨は今後の裁判例の蓄積および学説の展開に委ねられているのが実情である。

わが国においては、通則法に介入規範（絶対的強行法規）に関する規定を設けることが見送られた<sup>129</sup>ものの、学説および実務ではその存在および適用を肯定する見解が有力である。通則法第11条の存在が職権による介入規範の適用を妨げないにしても、今後、わが国実質法体系の中で介入規範の具体的な範囲を画定していく過程において、通則法第11条に規定する消費者常居所地法中の強行法規との関係に十分留意する必要があると思われる。例えばドイツでは、契約当事者間の実質的な利害調整を図る規定であって、経済秩序の維持がその反射的目的に過ぎない場合には、当該規定の介入規範性を否定する見解が有力であるが、わが国に

<sup>128</sup> J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 498; J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.62 [U.Magnus].

<sup>129</sup> 法制審議会では、①どのような規定が絶対的強行法規に該当するかを明確に定義付けることはできず、法制的に条文を設けることは困難であること、②法廷地の絶対的強行法規の適用については、多くの学説および実務によって肯定されており、条文を設けなければ実現できないものではないこと、③法廷地の絶対的強行法規を適用に関する規定のみを設けることにより、第三国の絶対的強行法規の適用に関する従来解釈に影響を及ぼす懸念があること、等を理由として、絶対的強行法規に関する規定は設けないこととされた（前掲注3・小出編著92-93頁および前掲注86・西谷41頁）。

おける通則法第11条が、消費者の常居所地法中の強行法規の適用を認めるに当たって、当該強行法規を適用すべき旨の意思表示が消費者によってなされることを要件として課していること等を考慮すると、果たしてわが国においてもドイツと同様の見解を提唱して差し支えないかという問題が生じるであろう<sup>130</sup>。

また、介入規範と通則法第42条に規定する公序則との関係をどのように捉えるかという問題も、単に理論面に止まらず実際の法の運用に影響を及ぼし得るという意味で重要な論点である。仮に両者を同一の根源を有する法理として捉えたとすれば、公序則の適用に当たっては謙抑性を要求しつつ、他方で介入規範の積極的適用を提唱するというのでは整合性が取れない惧れが生じるであろう。つまり、両者の関係を如何に整理するかによって、介入規範の実運用におけるスタンスにも影響が生じるわけであり、今後、海外での議論等をも踏まえつつ、わが国においても両者の関係を理論的に整理していくことが求められるであろう。

本稿ではドイツの理論状況を紹介するに止めたが、抵触法上の消費者保護規定と介入規範の関係を如何に整理するかという問題、およびわが国抵触法体系において介入規範を如何に位置付けるかという問題につい

---

<sup>130</sup> 通則法第11条において消費者の常居所地法中の強行法規の適用を消費者の意思表示に拠らしている点について、消費者にとり自らの常居所地法が最も馴染みのある法であると考えられ、その中の具体的な強行法規の適用を求めることはそれほど重度の負担ではないとの見解が示されている（前掲注3・小出編著138頁）。仮りにこうした見解に立脚すれば、介入規範（絶対的強行法規）の範囲を比較的限定的に捉えても、消費者保護の実際的な側面において然程大きな問題は生じないことになるであろう。もっとも他方において、常居所の確定が裁判官の職権による以上、常居所地法中の強行法規の適用に関する消費者の意思表示には実際的な困難を伴う惧れがある（櫻田嘉章『国際私法 [第5版]』（2006年、有斐閣）216頁）ほか、通則法第11条第1項において裁判官が職権で消費者の常居所地法を適用する可能性を排除している以上、仮令消費者の常居所地が日本であったとしても、職権による日本法の適用すら認められない（前掲注86・西谷33頁）など、消費者による上記意思表示がなされなかった場合に、果たして消費者保護の実効性を確保できるかは大いに疑問である。こうした点を踏まえると、消費者契約の領域においては、通則法第11条の規定を補うべく、介入規範の適用を比較的広範かつ積極的に認める余地も存在すると思われる。

では、今後の研究課題として筆者自身取り組んでいきたいと考えている。

(追記)

本稿は、平成21年度科学研究費補助金(基盤研究(B))「金融システムの変動と消費者・投資者保護法制」(研究代表者:瀬川信久北海道大学大学院法学研究科教授)、および財団法人全国銀行学術研究振興財団・2009年度学術研究助成「金融経済活動のクロスボーダー化と国家的経済秩序との交錯」(研究代表者:嶋拓哉[単独])の研究成果の一部である。この誌面をお借りして関係者の皆様に謝辞を申し上げる。