

講演 「ブリュッセルからの強風」

——欧州共同体法とドイツ民法——

吉 永 一 行

本稿のもととなっている講演は、2008年11月7日に開催された京都産業大学法学会秋季学術講演会において学生を対象に行ったものである。ただし本稿は、当日プレゼンテーションソフトを利用してスクリーンに投影した内容を織り込むなど、講演原稿に大幅な修正・加筆を加えている。

また、学生を対象とした講演ということで、イメージとしてのわかりやすさを重視して、学問的に厳密な正確性を犠牲にした部分が少なくない。註も最小限に留めており、とりわけ講演前半の歴史的経緯に関する部分は、学術的知見に属するものではないので、大幅に省略してあることをご了解いただきたい。

はじめに

こんにちは。神山ホールでの講演は初めてなのですが、やはり大きいですね。やや緊張していますが、今日はどうかよろしく願いいたします。

今日の講演の内容ですが、民法の学者はなぜ、日本の民法だけでなく外国法を勉強するのかということを話そうと思っています。私はこの1年間（2007年8月から2008年8月）、ドイツのケルン大学に留学をしてきたのですが、留学をするのは別に私が特別というわけではなく、日本の法学者の大部分は、海外に留学をするのが習わしになっています。また、私が昨年、産大法学に載せた論文のタイトルは、「ドイツ判例法における信託成立要件としての『直接性原則』⁽¹⁾」というものでして、まさに「ドイツ法」の研究であるということが前面に現れています。なぜこのように、外国に行ったり、外国法の勉強をしたりするのか、そうしたことを今日の講



演のテーマにしたいと思っています。

もっとも、抽象的にこのような話をしてもわかりにくいと思いますので、実際に私がドイツに留学している間に読んだ1つの判決を取り上げて、外国法研究というのは具体的に何をすることなのかということをお話ししようと思います。

ただ、この判決は、欧州司法裁判所という欧州連合（EU）ないし欧州共同体（EC）の機関が出した判決ですので、前提としてヨーロッパ共同体法の仕組みについてお話ししなければなりません。知っている人にとっては退屈かとは思いますが、他方でEU・ECというのは案外と、「何となく聞いたことはあるけど、詳しくはわからない」という側面があるというのも事実でしょう。社会常識という側面もありますし、成立史なども含めて、少し触れておこうと思います。

また、せっかくこうして学生のみなさんの前でお話するわけですから、みなさんにとって、留学に行ってみたいなと思わせるようなお話もできたらなと思っています。そこで、まずは私が1年間を過ごしたケルンという街を紹介するところから、今日のお話を始めようと思います。

註

(1) 産大法学40巻3=4号合併号(2007年)177-247頁。

第1章 ケルンについて

1 ケルンの位置

私の留学したケルンは、ドイツ西部にあります。人口でいえばドイツ第4の都市である、このように言うといかにも大きく思えますが、実は100万人をわずかに下回る程度の人口しかいません。

ドイツの都市を人口の多い順にあげておきましょう。トップは首都ベルリンで340万人。次いで自由ハンザ都市ハンブルクの175万人。ドイツ南部バイエルン州の州都ミュンヘン130万人。第4位のケルン99万人を挟んで、ヨーロッパ金融政策の中心であるフランクフルト・アム・マイン65万人となります。

地図で見えますと、ケルンは、北緯50度よりもやや北に位置していることがわかります。京都で北緯35度、日本の最北端、稚内であるとか択捉島であるとかでさえが北緯45度程度ですから、だいぶ北にあることになります。

2 ローマ帝国時代

街の歴史は、紀元前39年に、ローマ帝国がこの地域にいたウビイ族という部族に入植させ、そこに軍の宿営地を築いた時に始まったといわれています。当初は、ウビイ族の街という意味のラテン語である「オッピドゥム・ウビオールム (oppidum ubiorum)」と呼ばれていました。今でも、ケルン市内のトラム（路面電車）の停留所の一つに「ウビアーリング (Ubierring)」という、ウビイ族の名を残したものがあります。

その後、この地で生誕したアグリッピーナ (Agrippina: 同名の母と区別するため小アグリッピーナと呼ばれます) が、紀元49年に皇帝クラウディウスの妻になると、翌年ケルンは単なる宿営地から植民市に格上げされました。街の名もオッピドゥム・ウビオールムから、「アグリッピーナに捧げるクラウディウス帝の植民地」といったような意味で、「コロニア・クラウディア・アラ・アグリッピネンシウム (Colonia Claudia Ara

Agrippinensium)」に改められました。私も結婚に際して妻と指輪を交換しましたが、さすがローマ皇帝、街を丸ごと1個プレゼントしてしまったというわけですね。

このコロニア・クラウディア・アラ・アグリッピネンシウムですが、あまりにも長い名であるため徐々に省略して呼ばれるようになり、5世紀頃には単に「コロニア」とだけ呼ばれるようになったといわれています。

このラテン語の「コロニア (colonia)」という語は、もともと「植民地・入植地」という意味を表す一般名詞でした。現在の英語・フランス語・ドイツ語で「植民地」を意味する「コロニー (英 colony、仏 colonie、独 Kolonie)」という言葉の語源になっている言葉でもあります。他方で、「コロニア」という言葉は、この5世紀頃には、街の名前としても用いられるようになったわけです。この固有名詞としての「コロニア」の方も、現在の街の名前、すなわち英語・フランス語の「コロン (cologne)」あるいはドイツ語の「ケルン (Köln)」(もっともドイツ語でも「コルン」と発音した方が音は近いのですが)の語源となりました。

このようにローマ帝国の宿营地、植民地として出発したケルンには、現在でも、街中の至る所に、当時の城壁・城門が残されています。

3 大司教座の設置と大聖堂

その後、ローマ帝国の力が弱まると、今度はフランク族の建てた王国の支配下に入りました。他方で、ローマ帝国の時代からキリスト教の影響を受けて司教座がおかれており、8世紀末には大司教座がおかれ、その統治下に入ります。

この時期には大聖堂も建てられたのですが、その大聖堂は1248年に焼けてしまいます。ケルンのシンボルであり、世界遺産にも登録されている現在の大聖堂(ケルナー・ドーム Kölner Dom)は、その後に再築されたものです。再築工事は焼失直後に始まったのですが、300年ほどたったところで資金難に陥ってしまい、建築が中断されました。その後1844年に



ケルン大聖堂（左）とケルン市街

建築が再開され、1880年にようやく完成を見ることになります。完成まで600年もかかったという何とも悠長な話ですが、それだけの歴史を経ているからこそ、第二次大戦中の激しい空爆も奇跡的に何とかくぐり抜けることができたのかもしれません。

4 フランスの占領と「ケルンの水」

さて少し歴史を戻しますが、ローマ帝国の軍の宿营地から始まり、その後大司教座がおかれて宗教都市となったケルンは、1288年には、その大司教を追い出してしまい、以後は自由都市として発展することとなります。さらにその後、革命直後のフランスからの攻勢を受け、ついにフランス領として併合されてしまいます。

もっとも歴史の偶然とは不思議なもので、もしかしたらフランスに占領されたからこそ世界に広まったといえるかもしれないケルンの名産品があります。それが香水です。

「ケルンの水」という意味のドイツ語「ケルニッシュ・ヴァッサー (Kölnisch Wasser)」で呼ばれていた香水は、同じ意味のフランス語

「オー・デ・コロン (Eau de Cologne)」として世界に広まりました。科学的な比較ではありませんが、Google で検索してみますと、「Kölnisch Wasser」で検索したときに11万4000件、それに対して「Eau de Cologne」で検索するとなんと16倍の188万件がヒットします (2008年11月6日現在)。日本語でも、一般に香水のことを (ケルン産でなくても) 「コロン」と呼んでいて、例えば古い歌で「コロンの香り」などと使われるのをみなさんも聞いたことがあるかもしれません。

この「ケルンの水」の代表的銘柄が「4711」であり、ケルンの最も有名なおみやげの一つとなっています。この商標は、「グロッケン通り (Glockengasse) 4711番地」に店があったことからつけられたものです。余談ですが、ケルンの銀行でキャッシュカードを作ったら、暗証番号にはいけない数字として、「自分の誕生日」のほか、「4711」もダメだと書かれた注意書きをもらいました。

5 プロイセン、そしてドイツ領へ

ケルンはその後、ナポレオンが失脚すると、プロイセン領として割譲されました。このプロイセンがドイツ連邦に参加し、またドイツ帝国へと統一されたために、ケルンもドイツの一都市となりました。しかし、ローマの遺跡が残り、街の代表的なおみやげがフランス語で世界に知られている様子を見ると、ケルンがドイツの一都市であるというのは、単なる偶然でしかない、そういう思いにさせられます。

第2章 EU・EC について

1 ヨーロッパの「首都」、そして裁判所

さて、ケルンについてはまだまだ語りたいことがあるのですが、そろそろ本題に入っていかなければなりません。今日の講演のタイトルは「ブリュッセルからの強風」でした。

このブリュッセルという都市は、ドイツのお隣の小さな王国であるベル

ギーの首都です。もっともベルギーの首都というよりは、EU・ECの本部があるところ、つまりヨーロッパ連合の首都というイメージの方が強いかもしれません。

EU・EC本部について説明したので、裁判所の所在地も説明しておきましょう。EU・ECの裁判所は、ルクセンブルクにあります。国の名前もルクセンブルク、その首都である街の名前もルクセンブルクですが、国の方、つまりルクセンブルク大公国は、面積2586平方キロメートルといえますから、神奈川県や佐賀県よりちょっと大きく、鳥取県や奈良県より少し小さいということになります。人口は46万人なので、日本で一番人口の少ない都道府県である鳥取県の人口60万人強よりも、ずっと少ないということになります。この小さな国の首都であるルクセンブルク市に、EUの裁判所である、欧州司法裁判所がおかれています。

2 ドイツの「最高裁」

では、今度はドイツの最高裁判所の所在地を確認しておきましょう。もっともまず確認しておかなければならないのは、ドイツの裁判制度についてです。

日本であれば、最高裁は、1つの裁判所であらゆる事件の最終審として上告を受け、また憲法判断も行っているわけですが、ドイツではこれを6つの裁判所にわけて管轄させている、その意味では最高裁判所が6つあるということになります。

ドイツではまず、憲法判断をする裁判所が、連邦憲法裁判所という独立した裁判所として設置されています。

さらに上告を受け付ける裁判所は、事件の種類によって5つに分けられています。

すなわち労働事件ならエアフルトという街にある連邦労働裁判所が、社会保障に関する事件はカッセルという街にある連邦社会裁判所が、行政事件はライプツィヒの連邦行政裁判所が、税金に関することはミュンヘンの連邦財務裁判所が管轄し、それ以外の事件、つまり通常の民事事件や刑事

事件については、連邦通常裁判所が管轄しています。民法を研究している私にとっては、この連邦通常裁判所がいわゆる「ドイツの最高裁判所」というイメージの裁判所ということになりますし、今日の話で登場してもらうドイツの裁判所も、この連邦通常裁判所です。この連邦通常裁判所と、先ほどの連邦憲法裁判所は、首都のベルリンではなくカールスルーエという街におかれています。

カールスルーエは、ドイツ南西部、フランスやスイスとの国境に近い、人口30万人弱の街です。このような、首都ベルリンから、あるいは18年前に東西ドイツが統一を果たす前まで首都であったボンからも離れたところに、憲法裁判所と、民事・刑事事件の最高裁にあたる連邦通常裁判所を置くというのは、ドイツが地方分権を強く押し進めていることの一つの象徴といえるでしょう。

3 EU・ECの成立史⁽²⁾

さて、では今度は少し歴史をたどってみることにしましょう。といっても、ケルンの歴史のように2000年も遡ることはしません。遡るのはせいぜい50年程度、1952年までです。

この年、欧州石炭鉄鋼共同体（ECSC）が設立されました。参加国は、ベルギー、オランダ、ルクセンブルクのいわゆるベネルクス3国と、フランス、ドイツ（当時西ドイツ）、イタリアの合計6カ国です。設立の背景は様々なものがありますが、石炭と鉄鋼という工業、産業、あるいは軍事上重要な資源について、各国が生産や価格について足並みを揃え、さらに関税などの輸入制限をすることなく、共同市場を創設しようというのがこの共同体の目的でした。

その後、他の経済分野についても協力を目指す欧州経済共同体（EEC）と、高度の科学知識と巨額の費用を要する原子力開発について協力関係を築く欧州原子力共同体（EAEC ないし Euratom）が、1958年に設立されます。

そしてこれらの執行機関が統合されるという形で、ヨーロッパ共同体

(EC) が1967年に設立されました。

この後 EC は、加盟国数こそ増えるものの、活動としては停滞するという時期を経るのですが、その後、アメリカや日本に負けない競争力をつけるために、域内の共同市場を完成させようという気運が高まることになり、1986年の単一欧州議定書の調印にこぎつけます。そこでは、関税以外の貿易障壁も撤廃し、「人・モノ・資本・サービス」の自由な移動が確保される単一市場・共同市場を1992年までに達成することが定められました。

そして実際この目標は達成されることになります。

目標達成を受けた1993年のマーストリヒト条約により、ついに欧州連合 (EU) が設立されます。EU は、経済分野の協力を司る EC を中心に、さらに外交・安全保障分野と、司法・内務協力分野の2つの分野にまで政府間協力を広げるというものです。EC がなくなってしまったわけではなく、それを一つの、しかし最も重要な柱とした上で、他の2本の柱も立て、その上に EU という屋根をかぶせたという比喻で説明するとわかりやすいでしょうか。

さらにマーストリヒト条約では、欧州中央銀行を設立し、単一通貨を発足させるということも明記されました。この共同通貨が、みなさんご存知のユーロでして、1999年にまずは銀行間取引などの分野で、2002年1月からは紙幣や硬貨も発行され、一般市民が日常使う貨幣としても導入されました。

4 EU・ECの目的としての「共同市場」

さて、ここでもう一度、EU およびその大黒柱ともいべき EC が何を目的に設立されたのかを確認しておきましょう。

EC の目的、それは、共同市場をつくりだすことによって、経済活動を発展させ、対外的な競争力を高めようということです。当初は重要な産業である石炭と鉄鋼についてのみ考えられていた共同市場ですが、それをあらゆる経済分野に押し進め、発展させようと拡大されてきました。今日で

は、EU・ECは様々な活動をしており、先日もコンゴ紛争への仲介に乗り出したというニュースが報じられましたが、こうした活動も全て、共同市場を機能させるための補完的措置という位置づけで行われているわけです。

では共同市場を作るとどのようないいことがあるのでしょうか。

もしも共同市場が形成されていなければ、各国の国境で市場は切り分けられていることになります。もちろん、A国からB国に商品を輸出する、あるいは逆にB国から商品を輸入するということで、取引を行う可能性がないわけではないのですが、国境を越えようとする際に、例えば関税がかかったり、輸出入にあたって煩雑な手続きが必要となったりします。それどころか、ときには輸出入が禁止されたり、さらには作った物を売りにいこうとしても入国を制限されたりといったことが起こりえます。こうしたものをまとめて貿易障壁 (trade barrier) と呼んでいます。この壁を打ち破って、人・モノ・資本・サービスが、国境を越えて自由に行き来できるようにしようとするのが共同市場です。

つまり、例えばドイツ人が素晴らしい新商品を開発すれば、彼又は彼女は、ドイツ国内のみならず、ヨーロッパ中にそれを売ることができるということです。また逆にいえば、ドイツ人は、ドイツ国内でとれた農作物だけでなく、ヨーロッパ中から安く品質の良い品を探すことがしやすくなるということです。これによって、富及び雇用は拡大し、生活水準は向上し、また対外的な競争力も高められると考えられているわけです。

このことを、ごく簡単な数字で見てください。精確な分析ではありませんが、インパクトは伝わると思います。

現在日本の人口は1億3000万人弱 (1億2779万人)⁽³⁾です。これは乱暴にいえば、日本人である私が何か新商品を開発すると、まずはこの1億3000万人が待つ市場に乗り込んでいくことになるという意味になります。その際、もちろん日本国内の様々な法律や規制に従う必要はありますが、とりあえず1億3000万人に対しては自由に売り込んで構わないということの意味しているわけです。ところがこれに対して、それ以外の人、

つまり日本国外に向けて売ろうとするととたんに様々な規制がかかることになる。関税がかかって価格競争力が弱ったり、輸出入の制限や、入国の制限などのために、そもそも売り込みにいくことすらできないということもあり得ることとなります。

さて、一方のヨーロッパは小さな国が多く、EU加盟国には日本より多くの人口を抱える国はありません。人口のトップ3を占めるドイツ、フランス、イギリスの人口は、それぞれ8250万人、6038万人、5984万人となっています。27カ国を数える加盟国のうち、上位7カ国を除いてしまうと、なんと残りの20カ国の人口を合計しても日本の人口に達しません。ヨーロッパがいかに小さな国の集まりであるかがわかると思います。

つまり、共同市場を作らずにいた場合、例えば人口が一番多いドイツであったとしても、貿易障壁なしに取引できるのは8250万人だけであり、あとは関税をはじめとする貿易障壁を乗り越えた上で取引をしなければならぬという立場に立たされていたことになるわけです。

ところが、現在では27カ国に達する加盟国が、共同市場をつくるのであれば、その総人口は4億8772万人に達します。つまり、新商品を開発すると、いきなり5億人弱が参加している市場で売り込むことができるというわけです。そうであれば、いい商品を開発しようという刺激を与えることにもなり、域内の経済が活性化するというわけです。

国内総生産⁽⁴⁾についても、個々のヨーロッパ諸国では経済大国日本の4兆3838億ドルに及ばないわけですが、27カ国を合計すると、16兆8329億ドルという4倍近い数字をはじき出すこととなります。こうした規模の経済を働かせて、ますます経済発展をしていこうというのがEC統合、EU統合という戦略の意味であるということになります。

5 EU・EC法——消費者法を中心に

(1) 消費者保護政策

さて、ECは、共同市場の創設を目的とし、そのための補完的政策についても協力をしていくのですが、その活動の中で、民法学者である我々に

とっても重要な関心事というのが、ECの消費者保護政策です。ECは、現行のEC設立条約153条1項において「消費者の利益を促進し、かつ高水準の消費者保護を保障するために、共同体は、情報、教育の権利および消費者が自己の利益を守るための組織結成権を促進するのと同様に、消費者の健康、安全および経済的利益を守ることに寄与する⁽⁵⁾」と定めています。

市場活性化が、とすれば「売り手にとって売りやすく」という趣旨で理解されがちな日本にいて、経済を発展させようとしているECが、なぜ、売り手にとっては制約となる消費者保護を理念とするのか疑問に思われるかもしれません。しかし、事業者側がその有利な立場を利用して、品質の悪い物を買手にとって不利な条件で売りつけていけば、これは、一時的には儲かるかもしれませんが、長い目で見ると経済にとってマイナスだと考えられているわけです。

(2) 立法機関としての閣僚理事会

さて、ECによる消費者保護のための施策の第一弾ともいうべきものが、1985年の「製造物責任指令」です。正式名称は、「瑕疵ある製造物についての責任に関する加盟国の法令の規定の調整のための1985年7月25日閣僚理事会指令」と、ずいぶん長い名前になっていますが、ここではまずEC法の仕組みについて説明するために、最後の漢字7文字「閣僚理事会指令」という言葉について説明しておきましょう。

まず閣僚理事会ですが、文字通り各国を代表する閣僚によって構成される会議です。「閣僚」（通常は外務大臣）の集まりなので執行機関だと思われかもしれませんが、実は立法機関です。

立法機関というと、欧州議会という名を付けられた組織の方がそうだと思うられるかもしれませんが。欧州議会は、もともとは諮問機関でしかなかったのですが、確かに現在では権限を拡大していて、とりわけ消費者保護に関する分野については、共同決定手続きと言って、閣僚理事会と欧州議会がともに議決をすることが必要とされています。それでも、閣僚理事会の方が強い権限を持っています。やや不正確となることを恐れずイメージを

伝えようとすれば、日本の国会でいう参議院に対する衆議院の優越をイメージすればいいでしょうか。

(3) 「指令」という法形態

次に「指令」についてですが、これはECの5種類ある立法方法の一つです。5種の立法方法というのは、規則 (regulation)、指令⁽⁶⁾ (directive)、決定 (decision)、勧告 (recommendation)、意見 (opinion) にわかれています。このうち、勧告および意見には拘束力がありません。また決定は具体的・個別的内容をもった立法措置、日本国内の法令でいえば政令や省令といった行政命令的なイメージのものであるといわれています。

これに対して規則が、わが国でいう法律のイメージに一番近いものです。規則が定められると、原則として他に何らの手続きもなしに、加盟国の国内で法律を定めたのと同じ効力をもつことになります。

「ECの立法」というからには規則をどんどん作ればよいというイメージかもしれませんが、実際はそうはいきません。というのも、ECは主権国家の集まりですから、各国はそれぞれに法制度をもち、独自の手続きをもっています。ECが規則という形で、直接に効力をもった法規を作ると、こうした国内の制度・手続きとの整合性を無視したルールを押し付けることになります。例えば製造物責任「指令」が、製造物責任「規則」として制定されていたとすると、国によっては、不法行為責任か契約責任か分かれていたり、「製造物」「瑕疵」という言葉で意味するものが違っていたりする可能性があるわけですが、それを全く顧慮せず、何も調整しないままに法律を押し付けることになるわけです。

こうした不都合を回避するために、ECでは「指令」という独特の法形態がよく用いられることになります。

この「指令」というのは、各国が達成すべき結果、ここでは瑕疵のある製造物によって生じた損害について、製造者が無過失責任を負うよう法整備をすること、これについては各構成国を拘束しますが、達成の方法・手段は各国に委ねるというものです。言い換えると、各国は指令で命

じられた内容を実現するために、新たに法律を作ったり、既存の法律を改正したりして、自国の国内法を整備しなければなりません。こうした作業を、「指令の国内法化」と言っています。

6 「ブリュッセルからの強風」と「指令のパッチワーク」

さて、この製造物責任指令を皮切りに、ECは消費者保護に関する指令を次々と出しました。85年の訪問販売指令、87年の消費者信用指令、93年の消費者契約における不当条項指令、94年のタイムシェア型住居指令、97年通信販売指令などなどです。

指令を受ける側のドイツ、あるいは他国としては、たまったものではありません。次々に指令を国内法化しなければならない事態に陥ったからです。

ドイツにおいても、製造物責任法、訪問販売撤回法、消費者信用法、約款規制法改正、タイムシェア型住居法、通信販売法と次々に特別法が制定されあるいは改正されました。こうして区々に分かれた指令が出され、それに追われるようにバラバラと特別法が制定され、全体の見通しがどんどん悪くなっていく様は、「指令のパッチワーク」と揶揄されました。さらに、単に見通しが悪くなるというだけではなく、特別法の中には、ドイツ民法上の原則には必ずしも適合的でないルールも多く含まれており、ドイツの私法、とりわけ消費者契約法の領域は、文字通り「つぎはぎ」になっていったわけです。

そして1999年には消費動産売買指令、2000年には電子的取引指令が発令されました。このとき、ドイツ連邦政府はついに大きな決断をします。つまりこれらの指令の国内法化は、特別法を作って行うのではなく、民法典自体を改正することによって行うとしたのです。さらに、これまでに指令を国内法化するために作ってきた特別法についても、民法典の中に統合して、体系的に整理することを決断しました。

ドイツ民法は、日本で「債権法」といっているものを、裏側から「債務法（債務関係法）」と呼んでいますので、この民法典の大改正は、「債務法

現代化」と呼ばれています。債務法現代化法が施行されたのは、2002年1月1日のことでした。なお、製造物責任法は、今でもまだ特別法として残されています。

「債務法現代化」へとドイツ政府を突き動かした、このような欧州共同体法のもつインパクトを、京都大学の潮見佳男教授は「ブリュッセルからの強風⁽⁷⁾」と表現しています。今日の講演のタイトルは、これをお借りしました。なお、潮見先生には、先日学会でお会いした際に、「使用許諾」をいただいています。

ずいぶん長いこと話してきましたが、ここでおさえておいていただきたいのは、EC指令は、各国がその趣旨に沿った法律を作ることで国内法化する必要があること、そしてドイツでは1999年消費動産売買指令を民法改正（債務法現代化）という形で国内法化したこと、この2点です。

註

- (2) EU・ECの成立史、目的、機関などについての参考資料は、個々に出典を示さず、ここに一括してあげることとする。
 - ・島野卓爾＝岡村堯＝田中俊郎『EU入門』（2000年・有斐閣）
 - ・岡村堯『ヨーロッパ法』（2001年・三省堂）
 - ・庄司克宏『EU法基礎編』（2003年・岩波書店）
 - ・庄司克宏『EU法政策編』（2003年・岩波書店）
- (3) 日本及びEU諸国の人口に関するデータは、総務省統計局Webサイト (<http://www.stat.go.jp/data/sekai/02.htm#02-04>) に掲載されていたエクセルファイルを利用した（最終確認日：2008年11月2日）。
- (4) 日本及びEU諸国の国内総生産（名目・ドル換算）に関するデータは、日本貿易振興機構（ジェトロ）Webサイト (<http://www3.jetro.go.jp/jetro-file/cmpselect.do>) で検索した結果を利用した（最終確認日：2008年11月2日）。
- (5) 訳文は広部和也＝杉原高嶺編集代表『解説条約集2008』（2008年・三省堂）79頁によった。
- (6) 前掲註2に掲げた文献のうち島野＝岡村＝田中『EU法入門』及び岡村『ヨーロッパ法』、並びに前掲註5に掲げた条約集では、directiveを「命令」と訳しているが、少なくとも民法の研究者の間では「指令」という訳語が一般的であるので、ここでもそれに従う。
- (7) 潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題」同『契約法理の現代化』（2004年・有斐閣・初出2001年）345頁

第3章 欧州司法裁判所2008年4月17日先決的判決

1 事件の概要

さて、それでは、この消費用動産売買指令の国内法化が問題となった具体的な事件を見ていくことにしましょう。事件は、電気レンジセット（Herd-set）をある消費者が購入したという消費材売買が問題となったものです。

電子レンジなら知っているけど、電気レンジセットって何だと思う方もいるでしょう。ガスレンジではなく、電気レンジ、つまりシステムキッチンに組み込んで使う、電熱コンロと、オープンがセットになったようなものです。私が暮らした大学のゲストハウスにも、ガスコンロではなく電気コンロがオープンとセットになったものが、台所に組み込まれていました。ドイツでは、ガスコンロはあまり使われていません。

その電気レンジセットを、ドイツに住むある女性が通販業者から購入しました。なお、実際の事件では買主自身が訴訟を起こしたのではなく、買主から委託を受けた消費者団体が原告となっています。しかし、今日の講演では、こうした消費者に代わって消費者団体が訴訟を提起できるという制度については横におくことにして、買主のことを原告、これに対して売主の通販業者のことを被告と呼ぼうと思います。



電気レンジセット

売買は2002年夏に行われました。代金は524ユーロ90セントということで、当時のレートで6万円強といったところでしょうか。この電気レンジ・セットは、2002年の8月には給付されました。

ところが、2004年の1月になって、原告はオープンの内側のコーティングが一部はがれているのに気がつきました。結局修理はできないという

ことになったため、被告は原告に対して新しい電気レンジセットを給付し、原告は古い電気レンジセットを被告に返還しました。

ここまでであれば問題はなかったのですが、売主である被告が、買主である原告に対して69ユーロ97セント（当時のレートで9000円以上）を請求し、原告がこれを支払ったことから問題が生じてきました。ちゃんとした物を渡さなかったのは売主の方なのに、売主が買主から70ユーロ近くの金銭をとったというわけです。ここで取り上げる事件というのは、原告がこの金額の返還を求めて起こしたものです。

2 ドイツ民法の規定

このケースに関連する、ドイツ民法上の規定を見ておきましょう。関係するのは、ECの消費動産売買指令を受けて改正されたドイツ民法437条、439条、そして346条です。

(1) ドイツ民法437条：買主に与えられる救済手段

まず、売買目的物に瑕疵があった場合、買主はドイツ民法437条によって3つの救済手段からどれを行使するかを選択することができます。一つは、瑕疵のない完全なものを給付するように求めること、これを完全履行とか追完とかいいますが、修補によって瑕疵を取り除くか、瑕疵のない代替りの物を給付させるといったことが請求できます。

第二に、契約を解除するか、あるいは瑕疵の分、代金を減額させるかすることができます。

そして第三に、損害賠償を請求することができます。

本件で原告・買主は、第一の選択肢を採り、修補ができなかったため代物の給付を受けることにしました。

(2) ドイツ民法439条：完全履行請求権

完全履行請求について、ドイツ民法は439条に規定をおいています。重要なことは2つあります。

一つは、完全履行を行うためにかかる費用は売主が負担するということです。民法では、「特に輸送・運搬費、作業代、材料費」を例示していま

すが、「完全履行に必要となる費用」全般が売主の負担とされています。

もう一つは、代物、つまり瑕疵のない新しい物が給付されるのであれば、買主は瑕疵のある古い物（給付されていた物）を返還しなければならないということです。その際、解除に関する規定、すなわちドイツ民法346条から348条を準用して、その規定に従って返還するものとされています。

（3）ドイツ民法346条：解除に関する規定の準用——使用利益の返還

問題となってくるのは次でして、ここで準用されているドイツ民法346条1項は、「契約の解除があった場合には、契約目的物を返還して、収益も返還しなければならない」と定めています。ここにいう「収益」には、「使用利益」も含まれるとされています（ドイツ民法100条）。つまり、買主は、代物が給付されるまで、瑕疵のある物を実際に使っていて、利益を得ていたのだから、それを金銭に換算して返還しなければならないというルールになっているわけです。

ここで念のためにいっておきますと、もし解除が問題になっているのであれば、こうした使用利益も含めての返還義務が定められるのは、理論的に見て特におかしくはないということです。つまり346条1項の規定そのものはおかしくないのです。問題は、代物給付の場合について、解除に関するこの規定を何ら修正もせず準用していることにあります。解除と、代物給付の場合とを比べておきましょう。

3 解除と代物給付の違い

（1）解除の場合

まず、解除の場合についての法律関係の経過から見ていきましょう。

売買契約が締結されると、この契約に基づいて電気レンジセットは買主へと引き渡されます。引渡しを受けた買主は、これを利用して利益を得ることができます。これを使用利益と呼ぶという話は、先ほどした通りです。

ところが、その後瑕疵のあることが判明したので、買主が解除の意思表

示を行います。解除の効果によって、売買契約は遡及的に消滅、つまりもともと存在していなかったということになります。そうすると、電気レンジセットは本来引き渡されなかったはずだということになり、電気レンジセットを使用することで得た利益も本来得られなかったはずだということになります。このため、買主は使用利益の返還を求められることとなるわけです。

(2) 代物給付の場合①——使用利益返還不要説

では、これと比較すると代物給付の場合どうなるでしょうか。

売買契約が締結され、この契約に基づいて電気レンジセットが買主へと引き渡される。そして引渡しを受けた買主が、これを利用して利益を得ることができる。ここまでは同じです。

ところがその後瑕疵があることが判明したので、買主は売主に対して代物の給付を求めました。このとき、契約関係は別に消滅するわけではありません。

そして、この解除との違いを強調するならば、買主が取得した使用利益についても、買主は返還を要しないはずだ、このように考えることもできます。この立場を、返還不要説と呼んでおきましょう。

ドイツにおいてこのように考える学者は、代物給付の場合に、使用利益の返還まで定める346条1項の規定を準用したのはおかしいと主張し、準用される範囲は電気レンジ自体の返還までに留めるべきであるとしていま⁽⁹⁾す。このような解釈の手法を、やや難しい用語で目的論的縮小解釈とか目的論的制限解釈と言っています。

(3) 代物給付の場合②——使用利益返還必要説

ところが、そもそも民法のこの規定を作った政府の立案担当者の立場、そしてそれを承認した議会の立場、これを「立法者意思」と言っていますが、その立法者意思はどうであったかという、ちょっと違うとらえ方をすることで、使用利益についてまで返還するべきとの立場を理由づけていま⁽¹⁰⁾す。こちらは、返還必要説ということになります。この立場についてみておきましょう。

売買契約が締結され、この契約に基づいて電気レンジセットが買主へと引き渡される。そして引渡しを受けた買主が、これを利用して利益を得る。ところがその後瑕疵があることが判明したので、買主が売主に代物の給付を求める。このとき契約関係は消滅しない。ここまでは同じです。

先ほどの、使用利益返還不要説では、契約関係が消滅しないのだから、使用利益を返還しないでよいと主張していました。しかし、返還必要説は、ここで次のように考えます。すなわち、売主は、代物、つまり瑕疵のない新しい物を給付しなければならないわけですが、ということは、今実際に買主の手元にあるものは、実は契約の目的物ではなかったと考えられるわけです。契約の目的物ではない以上、本来買主の手元にあっていいものではないはずだということになります。手元にあってはいけないのですから、使うこともいけないはずであって、それなのに買主は実際に使ってしまったのですから、それによって得た利益の分は、金銭で返還しなさいというわけです。

これが、立法者の採った考え方であり、学界においても——法律で決まっているから、立法者の意思がそうであるからという、消極的な賛成が圧倒的だと思いますが——、この立場が一応通説⁽¹¹⁾といってよいと思います。

(4) 小括

これをまとめると表1のようになります。

表1

| | | 契約の帰趨 | 引き渡されたレンジの使用 | 取得した使用利益 |
|------|-------|--------|--------------|----------|
| 解除 | | 遡及的に消滅 | 法的な原因を欠く | 返還が必要 |
| 代物給付 | 返還不要説 | 消滅しない | 法的な原因がある | 返還は不要 |
| | 返還必要説 | | 法的な原因を欠く | 返還が必要 |

解除の場合には、契約が遡及的に消滅するために、買主は引渡しを受けた電気レンジも、そこから取得した使用利益も返還しなければならないこ

となります。なおこのとき、売主の側も代金を返還する必要があることはもちろんです。

これに対して、代物給付の場合、使用利益の返還を要するか否かという点について見解は分かれますが、契約が消滅するわけではないという点では一致しています。従って、売主は売買代金を返還する必要がありません。

使用利益返還不要説と必要説で考え方が分かれているのは、瑕疵のあった電気レンジを使用する権原が買主にあったと考えるのか否かという点です。返還不要説の立場では、契約が消滅しない以上、買主は電気レンジを利用して使用利益を保有するだけの法的原因があったはずだと理解することになります。返還不要説はさらに、売主の側は代金を保有し続けることができるのであるから、これとのバランス上も、使用利益の返還は不要だとしています。

これに対して返還必要説は、契約は消滅していないにしても、本来引き渡すべき電気レンジとは別の物が引き渡されているのであるから、やはり買主は受け取った電気レンジを使うことはできなかつたはずだと考えます。このため、取得した使用利益は返還しなければならないと主張するわけです。被告がとった考えがこれであり、現行ドイツ民法の立法者も、この立場をとっていたということは説明した通りです。

4 EU・EC 指令との関係

(1) 指令適合的解釈

さて、買主である原告が、使用利益分の返還として売主に払ってしまった70ユーロを取り戻そうと起こした訴訟は、一審・二審と原告の実質的勝訴で進み、ついにドイツのいわば最高裁判所にあたる連邦通常裁判所まで進みました。通常であれば、最高裁判決が出て問題は終わるということになるわけですが、この事件ではそうはなりませんでした。その理由を説明しておきましょう。

今回の事件で解釈が問題となっているのは、ドイツ民法439条4項と

346条1項の規定でした。439条4項が、代物給付の場合には、解除に関する346条の規定に従って瑕疵ある物を返還せよと規定しており、346条では1項で、使用利益まで返還しなさいと書かれていたわけです。

ところが、この規定は、ECの定めた消費動産売買指令の規定、具体的にはそのうちの3条を国内法化したものでした。そうであれば、ドイツ民法の規定を理解しようとするとき、EC指令の意味を理解し、できる限りそれにそってドイツ民法を解釈することが必要となります。そうでなければ、ドイツはEC指令を正しく国内法化しなかったことになり、場合によってはECから制裁を受けることにもなるからです。EC指令を国内法化する目的で作られた法律は、EC指令の意味に沿った解釈をするべきであるという原則は、「指令適合的解釈」の原則と呼ばれています。

そして、EC指令の意味を理解すること、つまりEC指令の解釈は、ECの裁判所、つまり欧州司法裁判所の管轄に属するとされています。言い換えると、ドイツの裁判所には権限がないとされているのです。これは、ドイツの裁判所、フランスの裁判所、イギリスの裁判所、スペインの裁判所と、加盟各国の裁判所がバラバラに解釈をしたのでは、結局加盟国間でルールが統一できなくなってしまうからと説明されています。この欧州司法裁判所が、ルクセンブルクに置かれていることは、先ほど説明をした通りです。

(2)「先決的判決」制度

さて、ではEC指令の解釈が問題になった場合、一体誰がどのようにして、欧州司法裁判所の判断を仰ぐのでしょうか。これについてEC設立条約234条には、「先決的判決」という手続きが規定されています。

これによると、国内の裁判所、例えばここではドイツの裁判所は、事件を解決するためにEC法の解釈が問題となり、欧州司法裁判所の見解を聞く必要があると判断した場合には、裁判を一時中断し、欧州司法裁判所に対してお伺いを立てることができるとされています。

欧州司法裁判所は、この申立てを受けて、EC指令の第何条はこれこれこのように解釈しなさいとの判断を、先決的判決という形で示します。こ

の先決的判決が出たら、ドイツの裁判所は裁判を再開し、欧州司法裁判所の判断を前提として、判決を下すという仕組みになっているわけです。

今回の事件も、ドイツ連邦通常裁判所は、裁判を一時中断し、EC 指令の解釈について欧州司法裁判所にお伺いを立てるため、先決的判決の請求手続きを行いました。こうして、ニュルンベルクで起きた事件は、カールスルーエの連邦通常裁判所から、ルクセンブルクの欧州司法裁判所に送られたわけです。

(3) 消費動産売買指令⁽¹²⁾ 3条

さて、指令3条とはどのような規定なのでしょう。消費動産売買指令は大変長い条文ですが、簡単に見ておくことにしましょう。

まず、売主は、消費者に対して、契約に適合しない物、つまり瑕疵のある物を渡した場合、責任を負うと規定されています。

次に2項で、契約不適合がある場合、消費者は、修補又は代物の給付により、消費動産を契約に適合した状態にするよう求める請求権をもつとされています。さらにこの請求権行使は、無償である必要があるとされています。

さらに3項で、こうした修補または代物の給付を売主が行うに際しては、適切な期間内に、かつ消費者にとって著しい不都合なしに行わなければならないとされています。

本件で問題になったのは、売主が代物給付、つまり瑕疵のない電気レンジセットを代わりとして給付するにあたって、消費者に対して、瑕疵のある電気レンジをそれまで使っていたことを理由に使用利益の返還を求めることが、この「無償」「著しい不都合なしに」という要件に合致するのかどうかという点です。

(4) 欧州司法裁判所先決的判決

これについて欧州司法裁判所は、今年4月17日の先決的判決で、こうした使用利益の返還は、「無償で」「著しい不都合なしに」代物給付すべきことを命じている指令の趣旨に反するものと判示しました。

もっとも実はその際の欧州司法裁判所の理由付けは、先ほど説明したよ

うな理論的な検討を行ったというよりも、「EC 指令は高度の消費者保護を目指したものである」という政策的な論拠を振りかざして一刀両断に解決したなというのが、率直な印象でもあります。

実は以前、あるドイツ人の学者が日本で講演をされた時に、欧州司法裁判所は、このように「消費者保護」といった政策的な判断を振りかざして結論を押し付けてくるところがあって、その態度は疑問だと指摘されたことがありました⁽¹³⁾。この判決も、結論としては私は賛成できるのですが、理由付けの部分にそうした傾向が残っているのかもしれない。ブリュッセルからのみならず、ルクセンブルクからも風は吹いているという感じがしますが、ここではそれは突っ込まずにおきましょう。

ともあれ、確認しておくべき結論は、「代物給付を受ける際に、買主はそれまで瑕疵ある物を使用していた分の使用利益を返還しなければならない」とドイツ民法の規定を解釈すれば、それは指令に違反したことになる」というものであったということになります。

5 ベルリンへのバックパス？

こうした欧州司法裁判所の先決的判決が出されたのが、ちょうど半年ほど前ということになります。おそらくは今頃、ドイツ連邦通常裁判所で裁判も再開され、そう遠くない将来に最終的な判決が出るのだらうと思いま⁽¹⁴⁾す。

欧州司法裁判所が買主、つまり原告に有利な先決的判決を出したということで、連邦通常裁判所でも原告が勝訴するだろうとみなさんは思うかもしれませんが、実はこの点、どうもそう簡単にはいきそうにないということを一言だけフォローして、この裁判についての説明を終わろうと思います。

先ほど紹介したように、ドイツ民法の規定は、文言通り解釈すると、買主は使用利益を返還しなければならないというように読めるものでした。そして立法者も、まさにそれを意図して法を作成したということはお話しした通りです。

このように、法の文言も立法者意思も明確である場合、裁判所は法律の文言に反するような解釈をすることはできない、というのがドイツ基本法⁽¹⁵⁾、つまりドイツの憲法上のルールとされています。つまり、国民の代表が作成した法律なのであるから、それを裁判官といえどもむやみにないがしろにしてはいけなく、そうして三権分立を維持しようというわけです。

この点は日本とはやや異なるところです。つまり日本では、利息制限法に関する判例に代表されるように、こうした反制定法的解釈を最高裁がする例⁽¹⁶⁾が、ないわけではありません。裁判所は、国会とは別個の視点で、国会からは独立して、何が正義にかなっているかを自らの良心に従って判断するのだというのも、一つの政策であるとはいえるように思います。もちろん他方で、ドイツのように、法秩序の根幹を決めるのは国民の代表たる議会であり、裁判所はその議会の判断に拘束されるというのもまた、一つの政策であるわけです。

ドイツでは、裁判所にこのような制約が課されていますので、ドイツ民法はEC指令に反しているとの指摘をルクセンブルクの欧州司法裁判所から受けても、結局、カールスルーエの連邦通常裁判所は、これに関する判断をすることができないままに原告を敗訴させることになるだろうというのが、ドイツの大方の学者の見方です。後は、ドイツ連邦政府および議会⁽¹⁷⁾がEC指令を正しく国内法化しなかったために損害を受けたということで、原告からドイツ連邦政府に対して補償を求めることができるにとどまることとなります。そしてまた、EC指令に適合していないと判断されたドイツ民法を修正する仕事も、ベルリンのドイツ連邦議会に任せるしかありません。あるドイツ人学者が、この判決について述べた評釈では、ドイツらしくサッカーにたとえて、ルクセンブルクから縦パスを受けたカールスルーエは、ベルリンへバックパスするしかないだろうと表現していました⁽¹⁸⁾。

註

- (8) EuGH, Urt. v. 17.4.2008 -C 404/06-, NJW 2008, 1433ff. この判決については、岡孝「民法改正の国際的動向——ドイツを中心に（特集・日本民法典財産法

- 編の改正)」ジュリスト1362号(2008年)26頁〔27-28頁〕に紹介がある。さらに、この事件の控訴審判決である OLG Nürnberg, Urteil von 23.8.2005, NJW 2005, 3000 ff. 及び上告審での先決的判決請求決定 (BGH, Vorlagebeschluss vom 16. 8. 2006, NJW 2006, 3200 ff.) についても、岡孝「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」広中俊雄先生傘寿記念論集『法の生成と民法の体系』(2006年・創文社)707頁〔728-730頁〕で紹介されている。
- (9) Beate Gsell, Nutzungsentschädigung bei kaufrechtlicher Nacherfüllung?, NJW 2003, 1969, 1970f.; Patrick Bruns, Kaufrechtliche Ersatzlieferung nur gegen Nutzungsentschädigung?, NZV 2006, 640, 642.
- (10) DT-Drucksache 14/6040, S. 232f.
- (11) Timo Fest, Kein Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz bei Nachlieferung?, NJW 2005, 2959, 2961及びFn. 28に掲げられた文献を参照。
- (12) 指令はEU法の公式WebサイトであるEUR-Lex (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0044:EN:HTML>) で確認できる(最終確認日:2008年12月17日)。
- (13) ディーター＝ライポルト(吉永一行・訳)「ドイツ民法とヨーロッパ民法——現在と未来」民商法雑誌134巻2号(2006年)135頁〔165頁〕
- (14) 本講演後の2008年11月26日に連邦通常裁判所は、欧州司法裁判所の先決的判決を受けての最終的な判決を言い渡した(VIII ZR 200/05)。結論などについては後記を参照。
- (15) ドイツ基本法20条3項 立法は憲法的秩序に、執行権及び裁判は法律及び法に拘束されている。(訳文は初宿正典＝高田敏編訳『ドイツ憲法集(第5版)』(2007年・信山社)223頁によった。)
- (16) 最高裁昭和43年11月13日判決民集22巻12号2526頁。
- (17) Philipp S. Fischinger, Anm. EuGH Urt.v.17.4.2008 (NJW2008, 1433= EuZW 2008, 310), EuZW 2008, 312, 313; 連邦通常裁判所の先決的判決を求める旨の決定に対する評釈であるがStephan Lorenz, Anmerkung von BGH Vorlagebeschluss vom 16.8.2006 (=NJW 2006, 3200), NJW 2006, 3202, 3203も参照。
- (18) Fischinger, a. a. O. (Fn. 12) S. 313.

第4章 比較法的研究とは

1 なぜ外国法を研究するのか

ここまで、EU・EC法の概要、そしてその中で実際に出された欧州司法裁判所の判決を見てきました。これが普段の授業であれば、じゃあ来週テ

ストしますねなどと言って、EU・ECの定める法の形態は何種類あるかとか、欧州司法裁判所はどのような場合に先決的決定を行う権限を持つとかいったことを出題するわけですが、今日の講演に関してはそうしたことを憶えてもらいたかったわけではありません。

最初に述べた通り、日本の民法学者は、なぜこんな風に外国の法律のことを勉強するのかということについてお話しするのが本講演の趣旨であり、これからそのお話をしようと思います。これこそが、私が信じるところでは、学生に学問的なスピリットとして心に刻み付けてもらいたいことであるというわけです。

学生の中には、「ドイツで取引をしている日本企業のためにドイツ法を勉強しているんでしょ」と思っている人もどうもいるようですが、それは残念ながら違います。私たちは、やはり日本民法の研究をしているのであり、そのための研究素材としてドイツ法を利用しています。

このようにいうと、今度は「日本ではうまくいっていない問題について、ドイツでうまく解決をしているから、それをもってくるんでしょ」という学生さんがいます。確かに、こういう側面が全くないとは言いません。今日紹介した事件について、使用利益の返還は必要ないとするドイツで主張されている少数説は、私も説得力を感じており、日本法でも同様の解決をするべきではないかという感触をもっています。

しかし、ドイツでの解決を日本に輸入するために研究しているという言い方は、やはり不正確でしょう。明治維新直後の文明開化の時期ならばともかく、「ドイツではこうです、日本でもこうしましょう」というのでは、学者ではなく翻訳家の仕事になってしまうわけです。

では何のためにドイツ法について、あるいはヨーロッパ法について勉強するのか。その答えは、外国法を勉強すると、日本法がよくわかるからです。日本法に対する理解を深めたいために、私たちは外国法を勉強しているのです。

2 外国法を通じて日本法をよりよく理解する

今日のような判決を読んで、しかも私が、「ドイツのこの考え方は参考になる」などというと、ドイツから結論を輸入してくるのと何が違うのかと思うかもしれません。しかし、私が「参考になる」というとき、それは「日本法を前提とすれば」、つまりドイツ民法439条4項も346条1項も、EC消費動産売買指令3条も存在していない日本法を前提とすればどうなるかと考えています。考えているのはあくまでも日本の法律のことなのですね。

先ほど、ドイツの、というよりヨーロッパのというべきでしょうか、判決を紹介しながら、様々な法的分析を加えましたが、そのとき私の頭の別の部分では、日本法と比較をしているわけです。例えば日本ではドイツと違って瑕疵担保責任の性質をこう考えているとか、解除との比較については日本もドイツも同じ考え方になるとか、あるいは、ドイツで主張されているアイディアは、日本ではこれまでなかったものだけでも、日本法上の概念を前提としても整合的に理解できるとか、逆にドイツで主張されているアイディアは日本法上の概念ではうまく説明できないけれども、それは日本法の概念の方をむしろ見直すべきなのかもしれないとか、そのようなことを考えているわけです。言い換えると、日本法とは異なる法的概念、日本法とは異なる評価、日本法とは異なる価値観の現れに接して、それを分析して、それと比較する中で、日本法はこういう概念を作っていたのか、日本法はこういう評価をしていたのか、日本法は前提としてこういう価値観を持っていたのか、といったことに気がつくことができるわけです。

3 現在の民法典を「相対化」ということ

とりわけ学生のみなさんからすると、授業の中で教わる民法というのは、法律で決まっちゃっているわけですし、何だかそれで完成してしまった、絶対のもののように感じるのかもしれませんが。

しかしよく考えてみると、制定されてから100年を超える歴史を持って

いるわが国の民法典は、いろいろと改正を受けて、今日の姿になっているわけですが。最近では4年ほど前にちょっと大きな改正がありました、じゃあそれでもう完成しましたといえるかという、やはりそうではない。私たち民法を専門としている大学の教員というのは、完成品として素晴らしいものだから民法を教えているというわけではないのです。

しかも、今現在だって完成品ではないのに、その上に、社会はどんどん変化しています。新しいサービスが生み出される、新しいライフ・スタイルが提案される。それに合わせた法制度を整備する必要がありますでしょうし、新たな価値観を尊重していくことも社会の中で求められることになるでしょう。今の民法典だけを見て、民法を知った気になってはいけません。未来の民法典というものを考えなければなりません。

しかし、現在の民法だけを見ながら、この民法のどこがどのように変わっていくべきかなどということを考えるのは非常に難しい。何だかこれが唯一絶対のもののように見えてしまうわけです。

そこで、例えば外国法に目を向けてみるわけです。ドイツ、フランスだけではなく、イギリス、アメリカや、最近では中国、韓国、台湾といった東アジア地域での法発展も見逃せないものがあります。さらに、今日見えてきたようなヨーロッパにおけるEU・EC法の発展、それに伴う「ヨーロッパ民法典プロジェクト」⁽¹⁹⁾も興味をそそられますし、最近日本が批准した「国際物品売買契約に関する国際連合条約(CISG= United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)」のような国際取引に関する法の展開も様々なヒントをくれるものです。

このように外国法と比較していくことは、日本の現行民法を唯一絶対の解答であるかのようにとらえる考え方を相対化し、凝り固まった頭をほぐしてくれます。そして、現行日本民法が唯一絶対のものではないのだと気づけば、未来に向けての日本民法のあり方についても展望が見えてくるだろう。私たち学者が取り組んでいることというのは、こうした側面ももっています。

このように、自分の国の法律について研究を深める際のいわばヒントを

得るために、外国の法律について調べてみるという方法をとることを、専門用語で「比較法的研究」といっています。ドイツ語の論文や判例を読むのも、ドイツへ留学してドイツ人の教授と話してくるのも、ドイツ法やヨーロッパ法との比較を通じて日本法をよりよく知るための、比較法的研究の一環であるというわけです。

そこでやっていることを、ちょっとキザに表現しますと、一方では、やはり何か答えを探して進んでいるのだらうと思います。ただ他方で、答えらしきものが見つかり、それが絶対に正しいわけではないだらうと常にそれを疑って、相対化してしまふ。研究というのは、そうした矛盾する二つのベクトルの狭間でもがいている、そんなことなだらうと思います。

日本にいれば、ブリュッセルからの風も、もうそよ風程度にしかならないのかもしれませんが、研究者としてはそうしたそよ風にも敏感でいたい、そよ風からすらも学んで日本法のことをもっと知りたいと思っています。

註

- (19) ヨーロッパにおける私法（とりわけ契約法）の統一・平準化に向けた動きを紹介し、その意義と問題点を指摘する邦語文献として、西谷祐子「欧州共同体における契約法統一への道程——『ヨーロッパ契約法原則』の意義と問題点——」民商法雑誌137巻4＝5号（2008年）371頁を参照。

おわりに～留学のすすめ

さて、今日は、EU・EC法についてお話しし、それに関連して比較法的研究の意義ということをお話ししてきました。話を締めくくるにあたって、もう一言だけ、みなさんへのメッセージを付け加えることをお許しください。

メッセージというのは、みなさんには是非留学を、せめて海外旅行をしてきてほしいということです。その理由については、もうおわかりいただけると思います。みなさんが今考えていること、その根底で、もしかしたら凝り固まってしまっているかもしれない価値観を、一度相対化して、ほ

ぐしてみしてほしい、それによってより豊かな発想で未来を見つめる目を養ってほしいと思うからです。

そして、いくらやはり学生のうちがいい。一つは、乱暴な言い方をすれば、誰も高度なことを期待していないときですから、多少失敗できるじゃないですかということです。

実は私は、大学院生の時に、2カ月間ドイツに語学留学をしたのですが、その時に比べると今回の私は、やはり「吉永先生」と呼ばれる立場ですから、どうしても見栄を張ってしまうところ、失敗したくなくて消極的になってしまうところがありました。大学院生のときだったら、思い切ってチャレンジしていただろうと思うことがいくつかあったのですね。

もう一つ学生のうちに行ってきたほしいと思う理由、それは、私も若き日の苦い思い出として思い出すのですが、学生時代というのは、ともすると自分なりの価値観にとらわれてしまう、ひどい時には全く根拠のない万能感をふりかざしてしまう時期なのですね。それはそれで頼もしくもあるのですが、他方で、そんな自分を相対化するというのは素晴らしいことだと思うのです。壮大なケルン大聖堂の真ん前に立って、写真では伝わらない、本物だけがもっている迫力を前にして、自分ってなんてちっぽけなんだと悔し涙を流してみる、そんな経験をするのもいいじゃないですか。

もちろん、留学はお金もかかるし時間もかかるし、簡単なことではありません。誰でもができるものではないでしょう。そしてまた、人生に豊かな経験を与えてくれる機会が、留学だけではないということも、もちろん私は承知しています。ただ、留学のチャンスがあるならば是非つかんでほしいし、チャンスをつかむためには普段から、「チャンスがあったら行くぞ」と思っていてほしいと、そのように思っています。

法学部の履修相談室には、ケルンから持ってきた観光案内をおいてますし、私自身も学生さんから質問や相談があればいつでも応じたいと思っています。どうか気軽に声をかけてください。

長くなりましたが、以上のエールをもって本日の講演を締めくくりたいと思います。ご清聴ありがとうございました。週末を大いに楽しんでください。

[後記]

註14で触れた通り、本講演後の2008年11月26日、ドイツ連邦通常裁判所は本講演で扱った事件に対する最終的な判断となる判決を出した。本稿の脱稿時点（2008年12月17日）で、判決文は、まだ連邦通常裁判所 Web サイトにも掲載されていない。しかし、Web サイトで参照できる報道向け発表（Pressemitteilung Nr. 217/08）によると、結論は、本講演における予想に反し、原告の請求を認めるものであった。すなわち、代物給付が行われる場合に、解除に関する346条の規定を準用するドイツ民法439条1項の規定を、目的論的に制限解釈するべきであるとしたのである。もっともこれは、反制定法的解釈とはとらえられておらず、立法者が誤った立法によって生じさせてしまった「法律の間隙」を裁判官による法の継続形成によって埋めるものであるととらえられている。その際、欧州司法裁判所の先決的判決を受けて、連邦議会で法改正が検討されている（BT-Drucksache 16/10607, S. 4, 5f.）ということも、考慮にあたっての一因とされている。

この連邦通常裁判所2008年11月26日判決については、別稿で紹介する予定である。