

金融取引法における消費者保護の現状

——特に契約締結前の注意義務について——

コージマ・メラール[※]
益井公司 訳

I. 序論

本講演の狙いは、二〇一六年三月にドイツ法に取り入れられた金融取引法における消費者保護の現状について情報提供することにあります。導入として、今日の規定の歴史的背景を明らかにするとともに、さらに、ここでの叙述がどう進展するかを具体的に説明したいと思います。

ドイツ法の諸規定は、一九九〇年に最初の消費者金融取引指令を国内法へ転換して以後現在までヨーロッパ（共通

の「法によって全く同じような形で規律されています。ドイツにおいては、クレジットファイナンス行為に対する特別な慣行に関する伝統というものは、一八九四年にまでさかのぼります。^① 民法典を準備していた時代に、当時の人々は、独自の割賦弁済法 (AbzG) を採用するということに決定したのです。

この法律「割賦弁済法」の改正以後、とりわけ、一九七〇年代において、次いで、一九九〇年において、割賦弁済法及び最初のヨーロッパ共通の消費者金融取引指令 (87/102/EWG ヨーロッパ共同体理事会) に由来するのが、消費者金融取引に関する法律 (VerbrKrG) なのです。ここでは、分割弁済取引行為ないしは一部弁済取引行為についてだけでなく、事業者と消費者間の金銭消費貸借やそれ以外の諸ファイナンス契約のために諸々の規定が作られています。その諸規定は、ヨーロッパ共通の指令作成者が示した準則に従って確実なものとなされ、また同時に機能的な域内市場つまり、金融市場におけるヨーロッパ規模での競争を可能なものにするのです。ヨーロッパ共通の準則に基づいて、貸付契約の必要不可欠な内容が規律されます。それによって、貸付契約の基本的な内容に関し消費者に情報を与えるということが、保障され、さらに、支払条件を比較することができるようになります。ある改正により、この法律は、二〇〇二年一月一日の債務法の改正の際に、民法典の中に組み入れられました。^② それ以来、この法律におけるクレジットという概念は、かろうじて散発的に利用されるにすぎません。金銭消費貸借契約としての消費貸借契約が、法体系の出発点として選び出されますが、その金銭消費貸借契約は、支払い猶予やその他のファイナンス支援措置、特に、一部弁済行為を含むファイナンス支援措置によって補完されています（五〇六条）。これらの諸規定は、三一〇条三項の消費者契約、つまり、BGB一四条にいう事業者とBGB一三条にいう消費者との間の貸付契約に適用することができます。ドイツ法によると個人事業者 (Existenzgründer) も保護領域に含まれています（五二二条）。

若干のかなり小さな改正と並んで、二〇一〇年六月一日にドイツ国内法への転換がなされたヨーロッパ共同体の第二次指令（2008/48EG指令）に基づき消費者金融取引法の大きな改正が存在します。特に注目に値する改革は、詳細に規律された前契約上の情報提供義務を導入したことでした。ところで、ヨーロッパ法上、撤回権が予定されましたが、撤回権はドイツ法においてはすでに一九七三年の割賦弁済法の改正（AbzG 一条）以来現在まで慣行というべきものとなっています。それに加えて、ヨーロッパに共通する指令の作成者は統一化にあたってその戦略を変更しました。かつては最低限の統一化という構想が妥当していましたが、現在では最大限の統一化ということが基準として設定されています。つまり、かなり高い消費者保護水準が指令において設定された場合、EU加盟国は、指令の規律領域においては、かなり高い消費者保護水準を維持するとか、導入するということはできませんでした。最大限の統一化によって、単一の域内市場を創り出す際に、一定の進捗が得られるということです。

この現在問題となっている改正は、住居不動産金融取引指令（2014/17/EU）に遡るのであり、その指令は二〇一六年三月二一日にドイツ国内法へと転換されました。ドイツ法におけるのとは異なり、かつてはヨーロッパレベルでは捉えることのできなかつた住居不動産金融取引を規律するという^④ことに、この最新の改正は、特に役立つのです。一九八五年の土地担保付貸付のための指令提案は、成功しませんでした^⑤。以上の努力の遺産として二〇〇一年に行動規範集（Verhaltenskodex）^⑥が、明確な形で規定されました。その行動規範は、いわゆるソフトローとして、消費者に契約の前に情報を提供することを通して金融機関が自己を義務づけるという方法により、不動産金融取引にあたってさらなる透明度をもたらすことになっていました^⑦。このような戦略があまり役立たなかつたということや最終的には金融危機が、新しい指令の背景をなしているのです^⑧。新たな指令を国内法に転化するということは、異なる理解の仕

方 (Begrifflichkeit) を導入するということと結びついていました。一般的な消費者消費貸借（四九一条二項一文）と不動産消費者消費貸借（四九一条三項一文）とに区別されます（四九一条二項二文）。その上さらに、この機会は、追加的な消費者保護規定を民法典中に取り入れるということに利用されました。これによって、例えば、撤回権のような重要な消費者保護規定は、無償の消費貸借（五一四条）や無償のファイナンス支援措置（五一五条）にも適用することができる⁹⁾のです。

金融取引法における消費者保護の基本的な特徴についての概要は、以上のような導入がなされたことに従っています（Ⅱ）。次に第二の段階として、二〇一四年のヨーロッパ指令の準則に依拠する新たな改革について述べることにします（Ⅲ）。特に注意を向けることになるのは、貸付契約締結前の時期に関連する諸規定です（Ⅳ）。最後に消費者金融取引法の動向を見出し、より大きな解釈論上の関連の中でその動向を整理したいと思います。

Ⅱ. 金融取引における消費者保護の基本的特徴についての概観

消費者金融取引法においては、私法上の消費者保護がよく知られたあらゆる基本的な特徴が見出されます。それは、要式準則、情報提供義務、撤回権、片面的強行法の規定、脱法行為の禁止といったものです。

書面の方式 (Schriftform) は、一二六条にのつとる形で規定されています。自署はやつと二〇一〇年六月一日より一二六条 a に従った電子的方式によって換えることができます。このためには電子署名が必要であり、だから、機会を拡大するために、すでにある保護を提供する一つの方式準則が存在しています。この要式規定は、情報提供義務と結び付けられています。これは、契約内容は書面という方式で記録されなければならないということから生じるの

です。契約のいかなる情報が含まれなければならないかは、広範囲にわたって定められています。

この情報提供義務は、消費者保護のために重要な機能を有しています。情報提供義務は過去数十年間絶えず拡大されてきました。様々な契約段階のモデルにのっとり、前契約上の情報提供義務に従って、契約締結に当たったの情報提供義務と契約関係にある間の情報提供義務が区別¹⁰されます。前契約上の情報提供義務は、二〇一〇年六月一日に消費者金融取引指令 (2008/48EG) が国内法に転化されて以来、消費者貸付契約に関して制定法上明確な形で規律されています。民法施行法 (E G B G B) 一四七条に一覧表にまとめられている個々の事柄に関して消費者に情報を与えるという消費貸借の貸主の義務を、四九一条 a 一項は、規定しています¹¹。そうすると、以上のような情報を提供する義務の詳細は、民法施行法が持つ内容一覧から初めて明らかになります。立法者は、ドイツ民法典 (B G B) の負担を軽減するために、このような規律テクニックを許与したのです。長い列挙がその規範を見通せないものにするということは、避けられるべきなのです。

前契約上の情報提供義務は、四九二条二項により必要不可欠な契約内容に属する記載事項に関連しており、その必要不可欠な契約内容の詳細は民法施行法二四七条パラグラフ六〜八及びパラグラフ一〇〜一三 b において規定されています。民法施行法二四七条パラグラフ二に基づく前契約上の情報提供義務のリストは、長文のもので、次のものを含んでいます。つまり、消費貸借貸主の名前と住所、実質的な年間利息、借入利率 (Sollzinsatz)、契約の有効期間、個々の割賦払いの金額やその回数及びその満期日、その総額、支払条件、その他の費用についての表示、遅延利息の利率、支払が止まったことの結果についての警告 (Warnhinweis)、撤回権の存在不存及び消費貸借借主の権利に関する情報を指摘すること、貸付金の期限前の支払といったことです。消費貸借の借主になろうとする者は、貸主が基

本的に契約締結の用意をしている場合には、四九二条 a 二項により貸主に対してその概要〔基本設計〕(Entwurf)がどうなっているかを求めることができます。¹²⁾

消費者は、成年の法的参加者であり、提供された情報に基づいて提案されている契約の利益と負担についてみずからの考えを形成すべきであり、契約締結について自己の決定をその情報に即してなすことができるという思想が、情報提供義務の基礎となっているのです。この諸々の情報提供義務は、情報提供モデルが典型的な形で現れたものであり、消費貸借の借主が「確実な」決定をなすことができるようにすべきものなのです。¹³⁾ 批判は、十分な情報提供を消費者達は受け取ることができないという点に表されています。こうした見解は、非常に広く流布しており、それをテュービンゲン大学の同僚であるシュルンブラントは、「消費者達は十分な情報提供を受けていないということが、少なくとも、情報提供義務が持つ有効性の限界を凌駕している」¹⁴⁾ という命題に要約しました。とはいえ、情報提供義務を規定することによって、消費者の私的自治による決定を形式上支援するということを追求しようとするのが、考慮されなければなりません。つまり、情報を提供することが重要なのであり、それが利用される必要はありませんし、それは特に後見による保護監督下に置くということ (Bewormundung) でもないのです。その際、誤解してはいけないのは、情報提供が大量なものであるということ、消費者の受容能力を凌駕しているか、あるいは明瞭性に欠けるからです。

消費者が独力で情報を入手するというイメージは、四九一条 a 三項において消費貸借の貸主の説明義務が規定されていることにより修正されることとなります。この説明は、情報提供の望ましい効果を、諸概念及び意味的諸連関を消費者に明確なものとすることにより、確実なものにするためのものです。¹⁵⁾ こうした説明義務は、支援的特徴を有し

ており、明確に合意されなければならぬ助言 (Beratung) に劣るものとなっているのは、意図的にそうしているし、同時にまたそれは明白なことなのです。

この情報提供モデルは、契約内容にも関連します (四九二条二項から七項)⁽¹⁶⁾。というのは、契約証書において消費者にとって重要な全ての観点を明文という形で規律することにより、記入された義務や権利について確認することができるようになるからです。そういう形でのみ、消費者は現実的な計画を追求し、自己の権利を擁護することができるのです。

その処理がしばしば数年を越えて続く消費貸借契約といった継続的債務関係においては、情報提供義務は、契約の有効期間内においても、消費者保護の有効な手段となりうるのです。二〇〇八年八月以来、一つの制定法上の規律が存在します⁽¹⁷⁾。消費者は、利率が変更される前に、消費貸借の貸主がその消費貸借を新たな期間を越えて許与する用意のあるその取引条件について、適時に情報を与えられるようになっていきます。これに該当するのは、融資がかなり多くの部分にわたって分割されているという諸ケースがそのようなのです (四九三条一項〜三項)。

契約期間中の情報提供義務が、二〇一六年三月一六日以来、ドイツの独自性と引き換えに付け加えられています。消費者が、自己の振替口座において、かなり長い期間を越えて当座貸越を使う機会 (Überziehungsmöglichkeit) を必要とする場合に、五〇四条 a においては、一定の要件のもとに、消費貸借の貸主の助言義務を定めています⁽¹⁸⁾。もっとも、この助言は強制的なものではありません。より正確に言うと、消費者はこの提案を拒絶することもできます。

情報提供義務を履行するには、両契約当事者に高度な要求をすることになります。法律に適合した行為を簡単にできるようにするために、ひとつの説明シート (Merblatt)、つまり、ヨーロッパ標準情報提供シート (ESIS) を消

費貸借の貸主は自由に使うことができ、このヨーロッパ標準情報提供シートは、民法施行法の補遺において公表されるとともに指令の基準値に結びついていきます。この説明シートを用いることにより、消費貸借の貸主は、自分が前契約上の情報提供義務を履行したということを証明するのです。¹⁹⁾

内容上の契約基準値としてこのような情報提供義務を遵守するということは、四九四条において規律されている細分化された制裁システム (System von Sanktionen) によって守られています。契約の基本的内容が書面という形で書き留められていない場合にも生じる要式違反の典型的な効果は、四九四条一項により消費貸借契約を無効にすることです。しかしこのような効果は、契約当事者達の利益に沿うものではありません。消費貸借の借主は、自己の金融上の自由な活動範囲を広げたいのであり、消費貸借の貸主は、貸付をなすことによって利息を得たいのです。貸付金を受領したことや貸付金を請求したことにより、要式の瑕疵や要式の瑕疵により引き起こされる無効が治癒される、つまり、有効な契約が導かれるということによって、立法者は、以上のような利益状況を十分考慮したのです (四九四条二項一文)。消費貸借の貸主に対する制裁は、表示の欠缺や瑕疵ある表示が、法律上定められた内容によって補充されるという点にあります (四九四条二項一文、六文)。それによって、消費貸借契約の諸条件は、消費貸借の借主にとっては、消費貸借の貸主が具体的な形で望ましい内容を契約内に書き込んでいた場合よりも有利なものとなります。例えば、借受利息、実質的な年利や総額が、決められていない場合には (同二項二文)、利率は法定利率に軽減されます。²⁰⁾ その他の費用が表示されていない場合には、その費用は債務として負わされることはありません (同四項一文)。

消費者保護の新たな手段として、消費者金融取引法において、撤回が規定されています (四九五条一項)。²¹⁾ 撤回はそ

の理由を示すことなく表示することができます。撤回は、消費者が、契約に対する自己の決定をもう一度よく考え、十四日の規定に従った期間内に（三五五条二項）契約から再び解放されるようにするのです。²² 契約は守られなければならないという原則は、撤回が法的に許されたケースにおいてのみ用いることができるということにより守られているのです。撤回は、規定された領域における消費者保護にふさわしい手段とみなさざるを得ないので、このことは、貸付契約の場合、契約類型の複雑さ（Komplexität）及び長い期間にわたる切迫した拘束や負担が、契約締結後の熟慮期間を意味あるものと思わせるということによつて、基礎づけられています。²³

撤回は消費者金融取引指令2008/48EC以来、ヨーロッパ法においても定着しています。ヨーロッパ法においては、撤回という手段は、かつては規定されていませんでした。撤回が、給付を受領した後で、つまり、とりわけ貸付金が支払われた後で行われる場合には、撤回は三五七条aにより契約を清算するということとなります。受け取られた給付は、遅くとも三〇日以内に返還されなければならないと法律上なっています。三五八条という結合契約の持つ諸要件が、存在しなければなりません。つまり、一つの契約が他の契約が無かったならば締結されなかったであろうという事です。

消費者保護手段のリストは、さらに二つの一般的な規定をめぐって補充されなければなりません。それは片面的強行法であり、そのため、消費者は、片面的強行法の適用を放棄することはできませんし、消費者を不利にする契約上の合意は無効となります（五二二条一文）²⁴。これ以外の一般的な規定は、「消費者を保護する」諸規範を脱法する契約形成にかかわるものです。そのような脱法的契約にも消費者保護規定は、それにもかかわらずなお適用されるので（五二二条一文）。二〇〇ユーロを超えた場合に消費者消費貸借法が適用されるようになるので、二〇〇ユーロの限度

を下回る多くの契約を締結することによる貸付総額を持つ契約形成をその一つの例と見ることができません(四九一条二項二文二号)。以上のような印象深い形で形成された消費者金融取引法は、それを私はここで決して論じつくすことはできないのですが、二〇一六年三月二一日以降なおさらに詳細なものとなっています。

Ⅲ・住居不動産金融取引指令2014/17EUの国内法への転換による改革

二〇一四年に発効したこの指令は、ヨーロッパ消費者金融取引法の不備を補うものです。序論において述べたように、かつては、ヨーロッパレベルでの担保付貸付に関する規律は存在しませんでした⁽²⁵⁾。ドイツの立法者は、すでに二〇〇二年に違ったやり方で決断を下しており、国内法において不動産担保法上担保された消費貸借を四九一条以下の保護領域に取り込んだのです。立法者はこれを通常高額な貸付金額とそのような契約に伴う危険によって根拠づけたのです⁽²⁶⁾。住居不動産金融取引指令は、二〇一六年三月二〇日までドイツ法において適用されていた様式に比べて、不動産との関係を通して特別な規律枠組みを維持している消費貸借について新たな概念を定義しています。消費貸借概念の拡張を、国内法へ転換する法律は、四九一条以下の適用領域について再現しました。四九一条三項により把握されているのは、不動産担保権(Grundpfandrecht)や住居不動産に付属する権利によって担保されている消費者消費貸借契約(同一号)や土地の所有権を取得したり、維持することに役立つか、現存の建物や建築予定の建物に役立つ消費者消費貸借契約(同一号)なのです。住居としては役立たない土地や建物も捕捉されています。要件は、単に消費貸借の借主が消費者としてそれらを取得したということだけなのです⁽²⁷⁾。ドイツの立法者は、体系を変え、今や一般的な消費者消費貸借契約(四九一条二項)と不動産消費者消費貸借契約(四九一条三項)を区別しています。不動産消

消費者消費貸借契約の特徴は、(二〇〇二年から二〇一〇年までの数年におけるように) その時々的事柄の性質による関係において規律されてきました。

住居不動産金融取引指令の改革は、若干の著者達によって、「諸規定の寄せ集め」として記述されてきました。⁽²⁸⁾ 相互の関係を作り上げていたのは、指令において明確な形で述べられている目標設定なのです。目標として、金融の安定及び消費者の保護が挙げられています。金融分野における信頼は、金融市場の危機によって非常に動揺しましたが、しっかりした規制枠組みによって金融分野の信頼を再び取り戻そうというのです。⁽²⁹⁾ 住居不動産貸付の際の負債や債務超過を、この指令によって、阻止しようというのです。そうした貸付契約のための域内市場を、透明性、効率性、競争能力によって際立たせようというのです。こうした諸目標を達成するための手段が、「首尾一貫し柔軟性のある公平な不動産貸付契約」⁽³⁰⁾ であるというのです。こうした不動産貸付契約は、とりわけ、より良い前契約上の情報提供(投資と並んでE G B G B二四七条と関連する四九一条a)によって、さらには、貸付にふさわしいかの信用調査の正確な準則及びその準則により民事法上の制裁を科すこと(五〇五条a) d)によって達成されるというのです。消費者保護や金融の安定性の保障と並んでまた、指令によって把握された不動産消費者貸付契約のために域内市場を創り出すこと、つまりは、競争を促進することが重要なのですから、シュルンブラント⁽³¹⁾の言葉によると二つで一組の目的(Zwecktrias)が問題になってきます。加盟国の不動産市場には部分的に大きな違いがありますので、その指令を国ごとの国内法に転換するために、最少調和化(Mindestharmonisierung)が認められたのです(指令2014/17/EU二条一項)⁽³²⁾。例外を形成しているのは、前契約上の情報提供義務に関する規律及び実質的な利息の算定に関する規律だけなのです(二条二項)。それとともに、競争の促進よりも消費者保護に優位が認められています。というのは、法的な諸規定を

平等に取り扱うということではなく、できるだけ消費者を高い水準で保護するということが非常に重要だからなので。

外国通貨金融取引のためには、指令二三条により、それに適した規律枠組みを自由に使うことができます。その準則は、五〇三条という形で国内法に転換されています。それには、為替相場が、重大な結果を招く形で、つまり二〇パーセント以上低下〔悪化〕した場合に、契約関係にある間の情報提供義務を導入することが、補充的に必要なのです（四九三条四項）。以上の規律においても、金融危機の経験がその痕跡をとどめているのです。このことは、同時に、EU内において法の統一化はなされていないのですが、すでに不動産消費者金融取引では一つの域内市場が存在するというを示しています。

さらにまた、活動自身に対する標準化された諸要件や消費者のための義務的情報提供義務に関する標準化された諸要件を確定するために、消費者の任意の相談（Beratung）は、かなり強く規制されています（五一一条³³）。

指令が有する改革の関心事について同様に重要な金融仲介法（Kreditvermittlung）（一六五五条 a – b）の領域は、わたしの講演では触れないままにすることにいたします。

ここで述べた一連の措置（Maßnahmenpaket）は、情報提供モデルや責任の重い信用付与の原則に基づくとともに、消費者保護や金融の安定を実現するための主要な手段として消費者にできる限り危険を説明するということに置かれています³⁴。責任の重い信用付与についての手本をうまく用いるということは、指令2014/17/EUの七条一項一文において、誠実義務準則（Wohilverhaltensregel）として表されています。消費貸借の貸主は、「誠実、信頼性、透明性及び専門性を有する形で、」行動すべきなのです。もつとも、このような行動を要求されるのは、消費貸借の貸主だけで

はありませんが、このことはすぐに後で示すつもりです。

IV. 貸付契約締結前の時期についての諸規律、特に信用調査をする際に必要とされる注意

この改革は、前契約上の段階という領域に重点があることがわかります。不動産消費者消費貸借契約の場合、消費貸借の貸主に適用される前契約上の情報提供義務は、一方では、一般的な消費者消費貸借に対する二〇一〇年以来存在している準則に適合するものですが、他方では、特別なやり方で、形成されています³⁵。こうした特別な形で形成されているということは、不動産消費者消費貸借契約の際、信用調査が要求されているということと関連しています。消費貸借の貸主は、予測できる範囲内で、消費貸借の借主が契約上の諸義務を規則通りきちんと守ることができるかを調査しなければなりません（五〇五条a一項二文、旧二項）。政府草案の趣旨説明においては、このような調査と結び付けられている特徴は、「パラダイムの転換」と呼ばれています³⁶。このような変革は、前契約上の情報を伝達するための時点においてすでに現れています。その時点は、——消費貸借の借主が契約の意思表示を表明する以前の適当な時期の——もはやもつとも遅い時点として規律されているのではなく、むしろできるだけ早い時期に情報を与えるものものとして規律されています。このような早期の時点は、——またこれは一つの新たな改革なのですが——貸付を受けることを希望する者の行動に結び付けられています。貸付を受けることを希望する者の行動は、法律上規定された消費貸借の貸主の最初の活動によって再び引き起こされることとなります。信用調査をするために、消費貸借の貸主は、いかなる情報や証明を貸主が必要とするかを、消費貸借の借主に伝える義務を負っており、その結果、締結されるかもしれない不動産消費者消費貸借契約を準備するための、強制的と言われている信用調査がなされること

になるのです(民法施行法二四七条第一パラグラフ一項)。つまり、相互関係にある義務を伴った前契約上の情報提供債務関係が生じるのです。⁽³⁷⁾ 潜在的な消費貸借の借主に、協力義務は向けられているのです。というのは、借主は信用調査をするために求められる基礎資料、例えば、口座残高明細書、給与明細書、土地登記簿謄本を提供しなければならぬからです。これがなされるならば、前契約上の情報提供義務という第二段階に至るのです。消費貸借の貸主は、貸主の側で、遅滞なくヨーロッパ標準情報提供シート説明書にあらかじめ定められている情報を伝えなければなりません(民法施行法二四七条第一パラグラフ二項)。以上のような第二段階は、住居不動産金融取引指令によって強制的な形で作り上げられています。というのは、それが、拘束力のある形で規律された準則だからなのです。⁽³⁸⁾

信用調査は、本来のファイナンス支援措置のための二〇一〇年の指令2008/48/EGをドイツ国内法に転換することによって、すでに取り入れられていました(旧五〇九条)。しかしながら、公的利益にある監督法上認められた義務が問題なのか、あるいは、同時に、その保護義務の侵害が消費貸借の借主の損害賠償請求権をもたらし得るといわれている消費者に対する保護義務も問題なのかについては、一致が見られていなかったのです。⁽³⁹⁾ ヨーロッパ裁判所は、信用調査のためのこの指令2008/48/EGが債務超過や支払い不能という危険から保護するということを意図しているので、⁽⁴⁰⁾ 独自に消費者を保護すべき性質を基礎としていることを二〇一四年に確定しました。それ故、義務違反があった場合、消費貸借の貸主に対する損害賠償請求権が消費貸借の借主に与えられるという民事法上の義務が問題となるという形で、二〇一六年三月二〇日までの現行法を解釈することがすでになされていたのですが、ドイツの立法者は、信用調査を新たに作り上げる際に、その捉え方を以上のような意味に変えるということを明確な形で表明しました。⁽⁴¹⁾ 以上のように捉えるということに対応するのが、消費者に対する保護義務を受け入れるということなのです。

信用調査にあたっては、将来の消費貸借の貸主の情報提供義務ではなく、包括的な注意義務 (Sorgfaltspflicht) が、なによりもまず第一に、問題となるのです。この調査の形態は、この調査が様々な情報に基づき注意深くなされなければならぬということを示しています、その基準は、一般的な消費者消費貸借契約の場合と不動産消費者消費貸借契約の場合で異なっています。住居不動産金融取引指令のこうした調査に課せられている要求は高度なものなので、実務上の必要性に応じているのが、一般的な消費者消費貸借契約のための費用をより少なくとどめるということなのです。このことは、五〇五条b一項において、不動産消費者消費貸借のための規律については、五〇五条b二項、四項、五〇五条cにおいて、なされています。住居不動産金融取引指令の高度な要求は、指令の七条に示されているいわゆる誠実義務準則から説明されます。それによると、貸主は、「消費者の権利および利益を考慮して、誠実、信頼性、透明性及び専門性を有する形で」行動しなければなりません。信用調査に対して消費貸借の貸主が負う義務は、以上の準則を重要事項という形で具体化したものなのです。⁽⁴²⁾ この責任ある与信原則は、それによって再び、非常に適切なものとなるのです。⁽⁴³⁾

不動産消費者消費貸借契約を締結するつもりがある場合、消費貸借の貸主は、貸し付けに値するかという問いに対する資料を分析し評価しなければなりません、その資料は貸付を受ける意図のある人の情報提供に基づいて、さらには、他方当事者の職場や貸付仲介業者の紹介に対する回答に基づいて、自由に使うことができます (五〇五条b二項及び三項)。貸主はそれらの情報を適切な形で再検討し、必要性がある場合には、自主的に再検査することのできる書類をさらに調査しなければなりません。最後に、貸主は、以上のことを基礎にして、責任のある評価をなし、貸し付けに値するかの調査 (信用調査) の結論を得なければならぬのです。⁽⁴⁴⁾ その結論が好ましくないものとなった

場合、五〇五条a一項二文は、消費貸借契約の締結を禁止するよう定めています。けれども、不動産消費貸借契約の場合に、消費貸借の借主が消費貸借契約と関連する自己の義務を果たすことができることになるといふ公算が大きいときには、消費者と消費貸借契約を締結することができます。一般的な消費者消費貸借契約の場合には、その点に著しい疑念がないということに足りません。

消費貸借の貸主が信用調査を実施しなかったとか、義務にかなう形で実施しなかったのであるが、それにもかかわらず消費貸借契約が締結された場合の結果は、五〇五条dに事細かな形で規定されていますが、それは、なによりもまず、その信用調査の診断がいかなる結果に至ることになるかということにより区別しています。消費貸借契約が無効となるということは、決してあつてはならないのです。その診断が好ましいものとなる場合には、個々の契約上の制裁は存在しません。⁽⁴⁵⁾

好ましくない診断が後から突き止められた場合には、消費貸借の借主に対して優遇措置が働きます。利息の取り決め(固定利率か変動利率か)の仕方によって、その利率は消費貸借の貸主の不利に調整されます。つまり、その消費貸借の借主は、その契約から離れないことができますが、貸付金を利用することによる使用利益に対し、たとえかなり少額の利息であつても、利息を支払わなければなりません。その利息は、それゆえ、利得の調整として使われているにすぎないので、⁽⁴⁶⁾契約上合意された利息〔約定利息〕と違っているのは、消費貸借の貸主が、信用調査義務に違反したことを理由とする消費貸借の貸主に対する制裁だということですが、さらに、消費貸借の借主は、期間を遵守することなく、また損害賠償義務(五〇二条による弁済期前の損害賠償)を負うことなく、その消費貸借契約を解除することができます。消費貸借の借主に対して以上のような優遇措置をとるために、消費貸借の貸主に対する不利益が生じる

のです。つまり、消費貸借の借主がその貸付に対して利息を支払うことができないために、消費貸借の貸主にその消費貸借契約から損害が生じた場合、消費貸借の貸主はその損害を主張することはできません。

個別的な利益については、留保が存在し、その留保のもとに制裁の体系がうまく働くのです。五〇五条b三項は、借主が情報を故意や重過失で誤った形で提供したり、全く提供しなかった場合には、消費貸借の借主のための優遇措置は存在しないということをあらかじめ定めています。この抗弁は、**悪意の抗弁 (exceptio doli)**⁽⁴⁷⁾、つまり、請求を受けている者が信義誠実の原則を援用することを鏡に映した像「のように左右逆になったもの」としての悪意の抗弁に相当するものです。消費貸借の借主が、優遇措置の要件、つまり、信用調査の瑕疵を悪意ある行為自体で引き起こし、信義誠実の原則を的確にとらえたものである協力義務に違反した場合には、借主は優遇措置を求めることはできません⁽⁴⁸⁾。

このような前契約上の義務を信用調査やその調査が持つ制裁措置の流れに沿って評価しようとするならば、前契約上の義務が持つ多様性をはっきり認識しなければなりません。自己の財産状態について情報を提供するという不動産消費者消費貸借契約〔の締結〕を望んでいる者の負う義務が存在するのです（民法施行法二四七条第一パラグラフ一項に関連する四九一条a一項）。更に、将来消費貸借の貸主となる人は、自分に届けられた情報を調査する義務があります（五〇五条b三項、土地担保法上担保された貸付に対する五〇五条cにおいては——注意義務という——特色を持つ）。さらに、将来消費貸借の貸主となる人が負わなければならないのは、貸付に値するかの信用調査自体に関連する資料を収集整理する義務や保存する義務であり（五〇五条b四項や五〇五条c三号）、調査が履行されなかったり、義務に適うものでなかった場合には、その調査をやり直す義務なのです。この調査のやり直しは、規定の構造からして、五〇五条dに

よる制裁を決めるための前提要件となっています。⁽⁴⁹⁾ 五〇五条dは、多様な制裁を表しており、その多様な制裁は両契約当事者がその義務を履行しているか否かに左右されるのです。この点に関して再び明らかになるのは、相互的な義務である前契約上の情報提供債務関係が理由として挙げられるということです。とりわけ、不動産消費者消費貸借契約が予定されている場合の事業者に対しては高度な注意を要求するということが、定められています。しかしながら、消費者も、信用調査がうまくいくことについて責任があるのです。⁽⁵⁰⁾

V・消費者金融取引法の傾向とその傾向が有する解釈論上の関係

この新たな指令、つまり、この指令をドイツ国内法に転換するということが、私的自治を強化するの⁽⁵¹⁾か、あるいは、消費貸借の借主の利益を守る、つまり、いわば、借主の事務処理をする者として行動し、基本的にさまざまな利害関係をもったビジネスの相手方としては行動しない⁽⁵²⁾ということ消費貸借の貸主に義務付ける後見的モデルに席を譲り、私的自治を弱めるのでしょうか。

強行法という形で規定されている前契約上の情報提供義務は、不動産消費者消費貸借の領域においても、消費者を形式に従った形で支援することに役立つとともに、消費者が私的自治に基づいて決定することに役立つのです。消費者がどうしても受取っておかなければならない情報の提供が重要なのです。後見監督を話題にすることはできません。後見監督は、信用調査によってなされ得るかもしれませんが、信用調査は、金融機関が、五〇五条bの好ましくない結果にさらされないために、自分の潜在的な顧客に危険な融資を拒絶するということを結果的にもたらすことがあるにすぎないのです。適切な評価をするためには、次の二つの点を考慮しなければなりません。一つには、危険を責任

ある形で評価することは、監査法上も金融機関の義務になっており、私法上においてのみ金融機関の義務になっていないのです。またもう一つには金融機関は、消費貸借の債務者がのちになって貸付に値しないということが判明した場合には、権利追及費用といった諸結果の責任を負担しなければならず、場合によっては、破産による債務者の損失を負担しなければなりません。信用調査の責任は、そのうえ、両契約当事者の双肩にかかっているのです。というのは、できるだけ信頼できる診断をするには、潜在的な消費貸借の借主がどのような情報を提供するかということにかかっているからです。

不動産消費者貸付のためのハードルが、かなり高いものとなっているということは、望ましいことなのです。⁵³ 以上にような帰結こそが、金融危機という背景を前にして、なそうとしたことなのです。消費者金融取引法に対するこうした諸傾向をしつかり維持しようとするならば、前契約上の情報提供義務のために、相互の義務を内容とする前契約上の義務関係を形成することが強調されなければなりません。消費貸借関係に基づく義務に関する透明度を得ようと努力することや契約の修正や終了に向けられている権利に関する透明度を得ようと努めることは、契約の種々の段階において情報提供義務を多種多様な形で形成するということをもたらすのです。

撤回の可能性に対する関係は、新たな議論の対象となりうるでしょう。適切かつ早期に情報提供された消費者は、かなりの数の人が考えているように、このような撤回といった手段を必要としないのです。⁵⁴ こうした批判に應じる一つの新たな手段を、指令作成者は、熟慮期間を導入することによって用意したのです。契約締結前のこのような熟慮期間を、さらに撤回と同じような観点から、つまり、契約の拘束力がないという観点から、情報提供義務が支えるのです。しかしながら、契約の締結によって観点が変わるということが、質的に変わった状況をもたらすように私には

思えるのです。契約以前の段階が、最善の情報提供に使われるならば、契約を結ぶという決定をした後に、契約の効力や新たな理由なしにその契約を解消することについて熟慮するための短い期間があるということは、消費者にとって便利な保護措置なのです⁵⁵。消費者保護の二つの主要な手段が並存することを受け入れることは、どのような期間が撤回のために定められているかにもかかっているのです。通常の期間としての一四日や撤回に関連する情報提供義務に違反した場合に一年と一四日まで延長することは、不動産消費者消費貸借契約（三五六条二項二文）の場合、事業者サイドにとっても判断の基礎を作り出します⁵⁶。それに関して、ドイツの立法者は、事情によっては永久的な撤回権をめぐり最近とくに激しくなされた議論の後に、ひとつの耐えうる妥協案を見出したと行ってよいでしょう⁵⁷。

諸テーゼ

1. 金融取引法における消費者保護規定は、契約の複雑性、しばしば長い有効期間があること、さらには、消費者が典型的、構造的に弱者であるということによって基礎づけられています。
2. 金融危機は、とりわけ、不動産消費者金融取引の領域において、貸付が常に増加していくことは賢明な目標ではありえないという認識をもたらしました。それは、両契約当事者の個人的な利益や金融市場の安定という利益において重要なのです。
3. 消費貸借の貸主の情報提供義務や消費貸借の借主を信用調査することは、基本的に、消費者保護や金融市場の安定を改善するための有効な手段なのです。
4. 貸付に値するかの信用調査をなすことは、相互的な義務を伴う前契約上の情報提供債務関係に行き着くことにな

ります。不動産消費者消費貸借契約に対する診断 (Prognose) は、一般的な消費者消費貸借契約に対するものよりも厳格になされなければなりません。というのは、貸付金額は高額なものですし、不動産に関連することにより、生活を形成する重要な基礎となっているからです。

5. 不動産消費者消費貸借契約が非常に制限された形で締結されているに過ぎないときには、他の融資の可能性が新たに重要なものとなったり、人的担保が新たに重要となるのです。

注

※この講演は、ベルリン自由大学で民法及びローマ法の教授である著者によって、二〇一六年一〇月五日に、東京にある日本大学の招聘によりなされたものである。

- (1) Vgl. dazu Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK) -Lammel, S S 488-512, Rnn. 37 ff.
 - (2) HKK-BGB-Frank L. Schäfer, S S 488-512, Rnn. 55 ff.
 - (3) 二〇一六年三月二〇日までの文言の五〇二条 (S 503 in der Fassung bis zum 20.3.2016.)
 - (4) ヨーロッパレベルで捉えることのできなかった理由は、その前に、担保法の統一化がなされるか、少なくともヨーロッパ担保法、つまり、ユーロ抵当の草案が作られなければならないといわれていることに特に見て取ることができる。
- Schürnbrand, Die Richtlinie für Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher, ZBB 2014, 169.
- (5) Pickenbrock, Die geplante Umsetzung der Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie, GPR 2015, 26 f.
 - (6) Empfehlung 2001/193/EG der Kommission vom 1.3.2001, AB1 Nr. L 69/25 v. 10.3.2001.
 - (7) Rott, Die neue Immobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, BKR 2015, 8 f.; Klinger, Ethik und Recht im Kreditgeschäft, 2016, S. 320 ff.

- (8) Schäfer, Wohnimmobilienkreditrichtlinie, Geschichte und Umsetzung im Verbraucherdarlehensrecht, *VuR* 2014, 208 und 212. 行動規範集の効力について、このような否定的な分析にもかかわらず、クリンガー (Klinger) は、指令 2008/48/EG や指令 2014/17/EU における前契約上の情報提供義務に対してこの行動規範集が持つ「バイオニア機能」を明確に示すと同時にこの行動規範集に明確な形で示された諸義務は今現在法律上採用された諸義務よりもずっと十分なものであるということ、強調することによって、Ethik und Recht im Kreditgeschäft の三四一頁以下、特に三五一頁以下において、肯定的な全体評価に至っている。
- (9) Bülow/Artz, Unentgeltliche Kreditverträge – ein neues Paradigma im deutschen Verbraucherprivatrecht, *ZIP* 2016, 1204 ff.; Schürbrand, Verbraucherschutz bei unentgeltlichen Finanzierungen, *WM* 2016, 1105 ff.
- (10) 宣伝広告の局面に関しては、消費者信用指令四条を国内法化するにあたり、同様に価格表示法 (Preisangaben-VO) 六条 a ～六条 c に見出すことのできる諸規定が導入された。
- (11) BeckOK BGB / Cosima Möller, § 491a, Rn. 6 ff.; BeckOKGK / Knops BGB § 491a, Rn. 7ff.
- (12) BeckOK BGB / Cosima Möller, § 491a, Rn. 12 f.
- (13) 消費者金融取引指令六条一項 2008/48/EG (Art. 6 Abs. 1 VerbrKrRL 2008/48/EG). この基本像については、Schmolke の詳細な叙述、『契約における自己形成の限界 (Grenzen der Selbstbindung im Vertragsrecht)』二〇一四年、七三六頁以下特に七七八頁、および改善の提案に至る批判的な評価をする八四七頁以下を見よ。
- (14) Schürbrand, Die Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher, *ZBB* 2014, 174. シュヴントブスキー (Schwintowski) は、…我々はなにかを知らなこので、*VuR* 2016, S. 241 f. の、以上のことを背景として、情報提供義務に対する事前評価 (Wirkungsanalysen zu den Informationspflichten) を提案し、その後は、専門家、例えば、専門的なコンサルタント〔助言者〕や仲介業者、にとって収益上重要な情報と消費者が決定をする際に問題となる消費者にとって重要な情報との違いがいられている。以上のことを基礎として、彼は、重要性を基準とする情報概念を展開する。
- (15) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 491a Rn. 14 ff.

(16) シュルンブランド (Schürnbrand) は(前注4) ZBB 2014, S. 174で、情報提供のこのような重複を「うまくいった場合でも」不必要なものと考える。このように評価することは、契約前に情報提供された内容が変更されることなく契約内容になることが予定されている場合にのみ適切なものであろう。しかしながら、契約前に情報提供された内容が変更されることなく契約内容になることを、一般的に出発点とすることはできない。シュルンブランドが訴えている「提供された情報と契約内容が」乖離した場合の混乱というものは、結局、消費者が貸主たちから知識を得られないということにより改善されないことになる。

(17) 当時は四九二条aという形で、今日では四九三条という形で規律されている。

(18) 但し、この点については、BeckOK-BGB-Cosima Möller, S. 504a, Rn. 1-9.を見よ。

(19) ヨーロッパ共通の標準書式、つまり、ヨーロッパ標準情報提供シート(ヨーロッパ標準情報提供シート説明書 (ESIS-Merkblatt)) ——それは民法施行法の補遺〔添付書類〕六として印刷されているが——やヨーロッパ標準情報提供シートの規定およびその効力については、Schürnbrand, Gesetzliche Muster im Verbraucherschutzrecht, JZ 2015, 974 ff.

(20) 法定利率は、BGB二四六条で「年」四パーセントに固定されている。この条項が持っている制裁的効力 (Sanktionswirkung) を妨げないために、約定利率が法定利率より低い場合、約定利率を維持するということが、低金利の局面においては必要となりうる。この問題については、MüKoBGB / Schürnbrand S. 494, Rn. 29; BeckOK BGB / Cosima Möller, S. 494, Rn. 14.を参照。

(21) BeckOGK / Knops BGB, S. 495, Rn. 1ff.; BeckOK BGB / Cosima Möller, S. 495, Rn. 1 ff.

(22) この期間は、二〇一四年及び二〇一六年の新規定によつて、不動産消費者消費貸借の場合、最長で、一年と一四日まで延長することができる(三五六条b二項二文)。この点については、BeckOK BGB / Müller-Christmann, S. 356b, Rn. 1 ff

(23) Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Vertragsrecht (契約法における自己拘束の限界), 2014, S. 863 ff. は「正当化」「内因的であるがしかしまた外因的でもある選択障害」を付け加える。こうした選択障害は、類型的な形で存在しており、したがって、パターンリズムというこのような形態に対する行動経済的な基礎を提供するのである。

fügt zur Rechtfertigung „endogene, aber auch exogene Präferenzstörungen“ hinzu, die typischerweise vorliegen und damit ein verhaltensökonomisches Fundament für diese Form des Paternalismus liefern.

- (24) この点から規律に対して批判的なものとして、Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Vertragsrecht, 2014, S. 758 ff.
- (25) Art. 2 Abs. 2 lit a VerbrKRrRL 2008/48/EG によらず、この点から消費者消費貸借は消費者金融取引指令によつては考慮されつゝもせぬ。
- (26) Begr. RegE, BT-Drs. 16/11643 S. 88 linke Spalte.
- (27) Begr. RegE, BT-Drs. 18/5922, S. 75; Schäfer, Wohnimmobilienkreditrichtlinie, VuR 2014, 212. を参照。
- (28) Rott, (Fn. 7), BKR 2015, S. 10; Piekenbrock, (Fn. 5), GPR 2015, S. 27. Ebenso MütKo-Schürnbrand, Vor § 491, Rn. 27.
- (29) それ故、Schalast und Walter, BB 2015 Heft 18 (27.4.2015) では、その第一面において、根源的な金融危機が、住居不動産貸付指令およびその指令をネットの国内法に転化したことを襲ったという短い寄稿論文のタイトルは、適切な形で付けられている。Schürnbrand による解説 (Fn.4), ZBB 2014, 168, 170. を見よ。
- (30) Erwägungsgrund 6 der RL 2014/17/EU.
- (31) Schürnbrand, (Fn.4), ZBB 2014, S. 170.
- (32) 他にいくつもの文献があるが、本来計画されていた最大限度一致させることとこれを概念上変更する点について、Rott, (Fn.7), BKR 2015, 9. を、これに対して批判的なものとして、Schürnbrand, (Fn.4), ZBB 2014, 171 f. を見よ。
- (33) 指令の改訂について、Rott, Die neue Immobiliarkreditrichtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, BKR 2015, 8; Piekenbrock, Die geplante Umsetzung der Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie, GPR 2015, 26; Schäfer, Wohnimmobilienkreditrichtlinie. Geschichte und Umsetzung im Verbraucherdarlehensrecht, VuR 2014, 207; Schürnbrand, (Fn.4), ZBB 2014, 172. S. auch BeckOK-BGB-Cosima Möller, § 511, Rn.1. を参照。
- (34) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 491 Rn. 23.
- (35) 二つの指令の間の調整がなされつゝなごうを訴えたのは、Schürnbrand, (Fn.4), ZBB 2014, S. 177 f. を見よ。この

し、部分的に異なるものの二つの指令準則の間には、金融危機という経験が存在するものである。

- (36) BT-Drucks. 18/5922, S. 112.
- (37) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 491a Rnn. 4 und 7. *cf.* Schäfer *cf.* Wohnimmobilienkreditrichtlinie, *VaR* 2014, 207, 214. *cf.* 指令を見通して同様の正しく評価をしようとする。Rott *cf.* Die neue Immobiliarkreditrichtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, *BKR* 2015, 10 *cf.* 正當にも、消費者もその限度で同様に責任を負うようにならなければならない。
- (38) Art. 2 Abs. 2 der RL 2014/17/EU *cf.* 指令の正しく評価をしようとする *cf.* BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 491 Rn. 4; Rott, (Fn.7), *BKR* 2015, 9.
- (39) Schürbrand *cf.* (Fn. 4), *ZBB* 2014, S. 176 f. *cf.* 監督法上の制裁は十分実効性があると考えている。議論の詳細については Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 716 *ff.* zur *VerbrKRRL* 2008/48/EG und S. 790 *ff.* zur Umsetzung in § 509 aF.
- (40) EuGH v. 27.3.2014, Rs. C-565/12, ZIP 2014, 1873. 五〇九条に代わる消費者消費貸借契約に指令に一致したふさわしい形で適用をしようとする *cf.* MüKo-Schürbrand, Rn. 3 und BeckOK-BGB (35. Edition, 01.05.2015) - Cosima Möller, Rn.3. *cf.* 見よ。
- (41) Begr. RegEntwurf, BT-Drucks. 18/5922, S. 96.
- (42) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 505a Rn. 1 (Edition 39, Stand: 01.05.2016).
- (43) Pickenbrock, Die geplante Umsetzung der Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie, *GPR* 2015, 29 *ff.* *cf.* 見よ。
- (44) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 505b Rn. 6 (Edition 39, Stand: 01.05.2016). 最初の新聞雑誌の評論において、融資を求めることが大きく増大しているということが訴えられていたのに、貸主による情報提供をこのように評価することは、十分な形では考慮されていないのである。例えば、*F.A.Z.* vom 7.6.2016, Nr. 130 S. 23. *cf.* 見よ。かなり長期にわたる収入状況がどう展開するかが判断されなければならないので、かなり高い率が持続するというのが予測である。またこの改正の施行後半年

間は、その効果について意見の一致が見られませんでした。ドイツ貯蓄銀行協会 (deutscher Sparkassen- und Giroverband) の数値によると、二〇一六年の上半期における住宅建築貸付 (Baukredit) の受諾件数は、前年比で約八・九パーセント減少した。これに対して、ドイツ連邦銀行は、住居不動産に対する融資の上昇率は向こう一二ヶ月間四パーセント弱と想定されるということを確定した。二〇一六年九月一〇日のフランクフルター・アルゲマイネ・ツァイトウング、ナンバー二二二の一二頁に掲載されている記事を見よ。

- (45) 差止請求訴訟法 (UkLaG) による団体が、このような実務に対して差止め訴訟を起こす可能性はある。
- (46) Begr. RegE BT-Drucks. 18/5922, S. 101.
- (47) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 505a Rn. 2 sowie § 505d Rn. 9 (Edition 39, Stand: 01.05.2016).
- (48) 同じように、説明義務や情報提供義務の範囲は情報提供すべき行為次第であるということは、それ以外の領域においても認められている。売買法と物の瑕疵に関する説明義務がそうであり、さらにこの点に関しては、Möller, Informationspflichten des Verkäufers: Grundlagen im römischen und im heutigen deutschen Recht, JUS (Milano) 2015, S. 7-26 を参照。契約上の債務関係における説明義務および公正さと正当な利益追求 (Gewinnstreben) との緊張関係について一般的なものの見よ。MüKo-Bachmann, § 241 Rnn. 110 ff., 123. を見よ。
- (49) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 505a, Rn. 8.
- (50) Rott, (Fn.7), BKR 2015, S. 10.
- (51) Schäfer, Wohnimmobilienkreditrichtlinie, VuR 2014, 213 f.
- (52) たみぞは、Servatius, Aufklärungspflichten und verantwortungsvolle Kreditvergabe, ZfIR 2015, 178, 181 f. の批判。この点については、Schürbrand 号 (Fn. 4), ZBB 2014, S. 173. を紹介す。Schmolke, 4 Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014 年、効率性を考慮することによって過剰な法的パターンリズムを防ぐべき効率的なパターンリズムというモデルを示し、二六六―二七〇頁では、中間的結論として、憲法上の規準の中に定着しているものについて述べる。
- (53) この点については、注(44)の場合、次のものを見よ。Schmolke 4 Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S.

790 で、一般的な消費者金融取引の場合、将来の状況に対する二つの可能性、つまり、信用調査の結果が否定的なものとなった場合、かなり厳格な消費規律をとるか、あるいは、非合法すれすれの金融市場に消費者が切り替えるかということ、を引き合いに出す。

(54) Eidenmüller, Why Withdrawal Rights?, European Review of Contract Law 2011, 1 ff. und ders., Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 210 (2010), 67 ff.

(55) BeckOK BGB / Cosima Möller, § 495, Rn. 1.

(56) そのような除外期間は、割賦供給契約 (Ratenlieferungsvertrag) の場合や無償の消費貸借契約やファイナンス支援措置 (Finanzierungshilfen) (§ 356d S 2) の場合の撤回権 (§ 356c Abs 2 S 2) に対しても規定されている。

(57) 利益衡量が必要不可欠のものであることについては、また Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 864 を見よ。利益衡量が必要不可欠のものであるのは、期間を延長することは消費者にとってその利用を高めるが、しかしまた事業者にとってはその費用を高めるものだからである。一般的な消費者消費貸借契約の場合、消滅の要件があらかじめ規定されているわけではない (§ 356 Abs. 3 S 3 und § 356b Abs 2 S 1)。それゆえ、引き続き可能な永久的な撤回権 (Widerrufsrecht) については Bülow / Artz, Verbraucherprivatrecht, 5. Aufl. 2016, S. 66 (Rn. 146) und S. 143 f. (Rn. 329) sowie BeckOK BGB / Müller-Christmann, § 356b Rn. 11. を見よ。強制的情報開示 (Pflichtangaben) に瑕疵があった場合の種々の法律効果については、BeckOGK / Mörsdorf BGB § 356b, Rn. 7 ff. を見よ。

本稿は日本大学でなされたメラー教授の講演「Aktuelle Entwicklungen beim Schutz von Verbrauchern im Kreditrecht, Insbesondere zu Sorgfaltspflichten vor Vertragsschluss」を翻訳したものであり、原文は日本大学法学部発行の「Comparative Law 33号」に掲載されている。翻訳の許可を快く与えてくださったメラー教授に心より感謝申し上げるしだいである。

なお本文は日本大学の講演で話されたものであるため、「ですます調」で訳したが、注の部分は「である調」で訳している。また、Kreditは一般的には「信用」と訳されているが、本稿では「金融取引」、「貸付」、「融資」、「信用」等そのつど適宜に訳している。