

翻 訳

ドイツ債務法改正による約款法

マンフレッド・レービンダー
(チューリッヒ大学教授)

高 橋 弘 訳

訳者まえがき

マンフレッド・レービンダー教授は、1976年12月6日制定の西ドイツ約款規制法の立法委員の1人であり、その約款規制法に関する広島大学での講演及び同法の私訳は、政経論叢(広島大学) 26巻6号(1977年3月) 153頁以下に公表されている。この約款規制法中の実体法規定は、2002年1月1日から施行されたドイツ債務法現代化法により、ドイツ民法第305条乃至第310条に必要な改正を伴いながら移され、手続法規定は独立の差止訴訟法に規定された。本稿は、前書きにもあるように、同教授の長年の友人であるトルコ・アンカラ大学のカルプスエズ教授の記念論文集(2003年)に書かれたものである。本稿は、今回改正されたドイツ民法中の約款規制規定についての簡にして要を得た内容であるので、同教授の了解を得てここに紹介することにした。なお、民法該当規定と差止訴訟法の仮訳も、資料として本号に掲載させていただいたので、参照いただければ幸いである。

目 次

- | | |
|--|---|
| <p>I 約款規制の適用範囲</p> <p>1 約款の概念</p> <p>2 物的適用範囲</p> <p>3 人的適用範囲</p> <p>4 国際的適用範囲</p> <p>5 時的適用範囲</p> <p>6 回避禁止</p> <p>7 証明責任</p> <p>II 契約への約款の組み入れ</p> <p>1 個別合意の優位</p> <p>2 組み入れの要件</p> <p>3 特殊な場合の組み入れ</p> | <p>III 内容コントロール</p> <p>1 不意打ち条項</p> <p>2 曖昧な条項</p> <p>3 内容コントロールの対象と限界</p> <p>4 無効な条項</p> <p style="padding-left: 2em;">a 具体的な禁止条項</p> <p style="padding-left: 4em;">a a 評価の余地なき禁止条項</p> <p style="padding-left: 4em;">b b 評価の余地ある禁止条項</p> <p style="padding-left: 2em;">b 一般条項(民法第307条)</p> <p style="padding-left: 2em;">c 透明性原則</p> <p>IV 契約に組み入れられなかったことの法的効果と無効</p> <p>V 差止訴訟法</p> |
|--|---|

2002年1月1日に施行された債務法現代化法(2001年11月26日制定, BGBI. I S. 3138)は, 時効法, 給付障害法並びに売買契約法及び請負契約法において民法典の多くの改正をもたらした。その上, 約款法の規制に関する法律(以下, 約款法という)のような民事法の付属法が民法典中に採り入れられ, かつ部分的に内容上も変更された。約款法の実体法規定(第1条乃至第11条, 第23条乃至第24a条)は, 新たに民法第305条乃至310条に規定された。手続法規定(約款法第13条乃至第21条)は, 現在, 消費者法違反及びその他諸法の違反の場合の差止訴訟に関する法律(差止訴訟法第1条乃至第16条)中に含まれている。

ここに, 私の友人である Turgut Kalpsuez (トルコ・アンカラ大学教授) の記念論文集での私の論文のテーマにドイツの現在の約款法を選んだのは, 同時に私と彼の共通の大学教師であり, かつ商法学者・法社会学者であり, その百回目の誕生日を我々が最近想起した (G. Puettner, JZ 2002, S. 188を参照) エルンスト・E・ヒルシュ先生を思い起こしたからである。ヒルシュ先生は「生ける法」について我々の目を開かせ, かつて私を法事実探求者として育成されてビーレフェルトの若き教授とされ, ボンでの約款法の立法の仕上げに取り組まされた。この約款法は全般的に定評があり, その結果, 社会国家性の点で今ひとつと言われているスイスが, ほとんど一世代遅れてであるが, ヨーロッパ法に従って約款規制について熟考している。しかし, 社会国家の規制熱についての苦情が理解されて, ドイツにおいては詳細な規制は複雑に脱落した。もっとも, ここでは, 特別規制や消費者保護官庁の権限放棄についての関係各界の諸要求に巻き込まれる以上のより大きな政治的な大胆さを法形成の簡潔性が要求したのであろうか。ドイツの債権法改正により, 約款法は現在どのように見えるであろうか。

I 約款規制の適用範囲

1 約款の概念

民法第305条第1項によると, 約款とは多数の契約のために予め定式化され

た契約条件であり、契約当事者の一方が、契約の締結に際し相手方とその個々の点につき交渉することなく、相手方に対して提出するものである。約款規制の目的は、顧客の不利に書式契約を形成する自由において、取引上経験豊かな約款使用者を制限することである。それゆえ、約款立法は、すべて消費者保護に資する。

2 物的適用範囲

民法第310条第4項第1文によると、約款法規は、相続法、家族法及び会社法の領域並びに労働協約、経営体内の合意及び勤務所内の合意(Betriebs- und Dienstvereinbarungen)には適用しない。しかし、民法第310条第4項第2文における労働契約への約款コントロールの拡大は、新規のものである。もちろん、労働法において妥当する特殊性が、適切に考慮されなければならない。差止訴訟法第15条によると、労働法では(例えば労働組合のための)団体訴訟権が排除されているので、この拡大は、個別訴訟における実体的コントロールに制限される(Palandt/Heinrichs, BGB, 61. A. 2002 samt Ergaenzungsband : Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 310 BGB Rn. 1 f. und 48 ff.)。

3 人的適用範囲

民法第310条第1項によると、約款が事業者、公法人又は公法上の特別財産に対して使用されるときは、民法第305条第2項及び第3項並びに第308条及び第309条の規定は、適用されない。立法者の見解によれば、消費者のみが強力な保護を要求している。民法第307条第1項及び第2項に定められた一般条項のみが、事業者、公法人又は公法上の特別財産にも、しかも民法第308条、第309条において明示的に挙げられている契約規定の無効を導くときにすら、適用される(Palandt/Heinrichs, § 310 BGB Rn. 1 ff.)。

民法第310条第2項によると、禁止条項の規定(民法第308条、第309条)は、公益事業(電気、ガス及び新規に遠隔暖房並びに水道の公益事業者)における契約には、適用されない。このことは、下水処理にも妥当する。

民法第310条第3項は、事業者と消費者との間の契約(いわゆる消費者契約)

への約款法の適用を規定する。そのさい、事業者とは、その営業上又は職業上の活動において契約を締結する自然人又は法人をいう（民法第14条）。消費者とは、営業上又は職業上の目的ではなく私的な目的のために契約を締結する自然人である（民法第13条）。消費者契約は事業者の不利に約款規制の厳格な適用をもたらす。取引条件は、消費者によって作成されたことを事業者が証明できる場合を除いて、事業者が作成したものとされる（民法第310条第3項第1号）。契約が予め作成されていたため、消費者が契約の形成に何らの影響も及ぼし得なかった場合は、契約がただ1回限りの使用のために作成されたときにも、民法第305c条第2項及び第306条乃至第309条並びに民法施行法第29a条の規定が適用される（民法第310条第3項第2号）。最後に、民法第310条第3項第3号により、第307条第1項及び第2項による不相当な不利益の検討の枠内で、契約締結に随伴した諸事情も考慮されなければならない（Palandt/Heinrichs, § 310 BGB Rn. 7 ff.）。

4 国際的適用範囲

これについては、消費者契約の場合の法選択（民法施行法第29条）及び特別領域におけるあらゆる種類の契約のための消費者保護（民法施行法第29a条）に関する規定が、適用される（その個別については Palandt/Heldrich, Art. 29 und 29 a EGBGB Rn. 1 ff.）。

5 時的適用範囲

2001年12月31日以前に締結された契約は、原則としてこの日まで適用されていた付属法の下におかれ（民法施行法第229条の5）、2002年1月1日以後は、新法が適用される。継続的債務関係には、2003年1月1日以後に新法が適用される。この規定は、それ自体任意法である。しかし、民法施行法第229条の5を逸脱する消費者契約における約款及び個別合意（民法第310条第3項）は無効である（民法第307条第2項第1号。Palandt/Heinrichs, Einl. Rn. 12 und Art. 229 § 5 EGBGB Rn. 2）。

6 回避禁止

民法第306 a 条の規定によれば、約款法規が他の形式により回避されるときにも、約款法規が適用される。回避の場合に該当するか否かは、法律の目的から出発する経済的考察が決定する。これによれば、法律による禁止を免れる意味を客観的に持ちうる他の法的形式によって、法律によって禁止された規定の効果が達成され得るときは、回避が肯定される。客観的な要件の存在で十分である。回避の意図は不必要である (BGH NJW 85, S. 852)。回避の試みが全体として法律の適用可能性に該当するか個々の禁止にのみ該当するかも、問題ではない (Palandt/Heinrichs, § 306a BGB Rn. 2)。

7 証明責任

契約条項に対して民法第305条以下の規定の保護に依拠しようとする者は、争訟において、当該条項の場合、約款が問題となっていることを証明しなければならない (BGHZ 118, S. 238)。条項が印刷されている又はコピーされた形式で存在しているときは、約款が一応 (prima facie) 承認される (BGHZ ebd.)。これに対して、約款使用者が305条第1項第3文により、当該条項は交渉されていると抗議するときは、その証明責任は約款使用者に負わされる (BGHZ 83, S. 58 ; BGH NJW 77, S. 1509)。この証明には厳格な要求がなされるべきであるから、条件の交渉に関する顧客のその後の書面による確認では十分でない (BGH NJW 92, S. 624)。しかし、本来の契約テキストに後に変更が加えられたときには、個別合意の徴表が存する (BGH NJW 92, S. 2285 ; Palandt/Heinrichs, § 305 BGB Rn. 24)。

II 契約への約款の組み入れ

1 個別合意の優位

民法第305 b 条によれば、契約当事者間の個別合意は約款に優先する。それゆえ、個別合意に矛盾する約款条項は無効である。特に、約款は両当事者によってなされる個別合意によって補充される予め定式化された一般規定とし

てのみ機能するから、個別ケースで行われる約定保証は、これに反する書式条項により空洞化又は粉碎化されえない (Palandt/Heinrichs, § 305 b BGB Rn. 1 f.)。

個別合意は、口頭でも、黙示でも (BGH NJW 86, S. 1807), 書面によっても、とりわけ書式契約への挿入によって行われえ (BGH NJW 87, S. 2011) 又は確認書からも判明しうる (BGH NJW-RR 95, S. 179)。口頭合意は約款使用者によって書面により確認されたときにのみ有効である旨が約款書面条項で規定されているときにも、個別合意の優位が認められる (Wolf/Horn/Lindacher AGB-Gesetz, 4. A. 1999, § 4 AGBG Rn. 5)。

2 組み入れの要件

民法第305条第2項第1号によれば、約款使用者が明示的に約款の契約への組み入れを指摘したときにのみ、約款は契約の構成要素となる。契約締結場所での明確に見うる掲示によっても、約款は契約の構成要素となる。約款の指摘は、遅くとも契約締結時になされなければならない。契約締結後の約款の組み入れはできない。それゆえ、入場券、航空機搭乗券又は請求書の裏面への印刷は、これらの書面は原則として契約締結後に初めて引き渡されるから、十分ではない (Palandt/Heinrichs, § 305 BGB Rn. 30)。

さらに、約款使用者は、顧客に期待可能な方法で条項の内容を知らせる機会を与えなければならない。このことは、例えば、条項が読みやすく理解できるものでなければならないことも意味している (BGH NJW 83, S. 2773)。その際、平均的顧客の理解が基準である。さらに、顧客が条項の適用に同意していなければならない。この同意は、黙示的にも表示されうるし、上述の条件が満たされたときには、原則として存在する (問題となる組み入れの個別ケースについては、Palandt/Heinrichs, § 305 BGB Rn. 43 を参照)。民法第305条第2項第2号は、顧客の認識可能な身体的障害の場合には、例えば、約款の読み聞かせをするように、約款使用者が適切に考慮すべきことを、新規に明定している。この規定において、立法者は、盲者や視力障害者のことを考え

ているが、文盲や外国人のことは考えていない (異論あり)。

他方、しかし、顧客は、個別合意によって閲覧の機会を放棄することもできる (Palandt/Heinrichs, § 305 BGB Rn. 37 ; str.)。顧客が放棄に同意していないときは、(電話又はテレビ画面による)電子的な契約の締結は、約款が顧客に入手でき、顧客が異議なく約款に同意するとの延期的条件のもとでのみ、可能である。約款の改訂稿は、その後の個別合意によってのみ契約に組み入れられ、それゆえ、前もって契約に組み入れることはできない。条項作成者に約款の一方向的な変更権を与える条項は、無効である。

民法第305条第3項によれば、永続的な取引関係にある契約当事者は、その取引の容易化のために多数の取引に適用される基本合意を予めなすことができる。そのさい、該当する取引の種類が特定されなければならないし、基本合意は第305条第2項の要件を充足しなければならない。それゆえ、永続的な取引関係の枠内での約款の反復的な組み入れでは不十分である。むしろ、個別ケースを超えた意思が必要である (BGH NJW-RR 87, S. 112 ; Palandt/Heinrichs, § 305 BGB Rn. 45)。

3 特殊な場合の組み入れ

民法第305条第2項第1号及び第2号の規定の要件が遵守されていなくても相手方が(約款の)適用を了解していたときにも、民法第305a条は、例外的に特定の約款が契約の構成要素になることを許容している。民法第305a条第1号の規定によれば、主務交通官庁の認可により又は国際条約に基づいて公布された鉄道の料金表及び営業規程、旅客運送法に準拠して認可された市街電車、バス及び路線運行における自動車の認可された運送約款、さらに民法第305a条第2号の規定によれば、遠距離通信(テレコミュニケーション)及び郵便の監督官庁の官報に公示されかつ約款使用者の営業所に用意されている普通取引約款がこれに該当する。

建築貯蓄契約、保険契約及び資本投資会社とその持分所有者間の法律関係といった従来の特権(旧約款法第23条第3項)は削られた (Palandt/Heinrichs,

§ 305a BGB Rn. 1 ff.)。

III 内容コントロール

1 不意打ち条項

民法第305c条第1項によれば、不意打ち条項は契約の構成要素にならない。この規定の意義及び目的は、予期されない結果から顧客を保護することにある。条項の内容と顧客の正当な期待との間に明白な相違があるときには、当該条項は不意打ち的である (BGHZ 84, S. 113 ; 130, S. 19/25)。そのさい、原則として典型的な平均的顧客の認識可能性が考慮されるべきである (BGHZ 101, S. 33 ; BGH NJW 85, S. 851 ; 95, S. 2638)。相違は、たとえば契約文書の外形的な構成又は予期されない箇所への条項の収容からも明らかとなりうる (Palandt/Heinrichs; § 305c BGB Rn. 2 ff.)。

2 曖昧な条項

民法第305c条第2項によれば、顧客は条項の内容に何ら影響力を持たないから、約款の内容に関する疑義及び不明確は、約款使用者の負担となる。明確に誤解の余地なく表現するのは、約款使用者の仕事である。このいわゆる不明確準則は、事業者間の取引においても適用される (BGH NJW-RR 88, S. 114 ; Palandt/Heinrichs, § 305c BGB Rn. 18)。

3 内容コントロールの対象と限界

約款が有効に契約に組み入れられたときに、個々の条項は内容コントロールに服する。コントロールの対象は、条項が顧客に不相当に不利益を与えるかどうかという検討である。これは民法第307条乃至第309条により判断され、かつ解釈により確認される。そのさい、条項の客観的な内容及び平均的顧客の理解可能性が考慮されるべきである (BGHZ 84, S. 273 ; 79, S. 119)。しかし、コントロールの対象は、民法第307条第3項第1文によれば、その内容が現行法規を逸脱又は補充する条項のみに限られる (BGHZ 137, S. 27)。したがって、給付の種類、範囲、品等及び価格のように、義務として負担した給付

に関する合意は、内容コントロールからはずされる (Palandt/Heinrichs, § 307 BGB Rn. 57 ff.)。同様に、単に法律条文を繰り返すにすぎない条項は検討からはずされる (いわゆる宣言的条項 deklaratorische Klausel ; BGH NJW 91, S. 1754 ; Palandt/Heinrichs, § 307 BGB Rn. 63)

4 無効な条項

a 具体的な禁止条項

民法第308条及び第309条の規定は全部で21の個別の具体的な禁止条項を含んでいるのに対し、民法第307条の規定は一般条項として理解される。禁止条項は、顧客の保護に関かわるもので、約款使用者の保護 (BGHZ 87, S. 37) 又は第三者の保護に関わるものではない (例外は民法第309条第11号)。民法第310条第1項第1文によれば、民法第308条及び第309条の禁止条項は、事業者、公法人又は公法上の特別財産に対して使用される約款には適用されない。

a a 評価の余地なき禁止条項 (民法第309条)

新規に、導入文において、約款が任意法を逸脱しているときにのみ、第309条による検討が必要となる旨が明示されている (Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 1 f)。民法第309条の禁止条項は、厳格な性質のものである。条項がこの禁止の1つを充足するときは、原則として法律による無効が承認され、これ以上の裁判官による評価は不要である。民法第309条は、個々の場合には以下のような規制を内容としている。

- (1) 民法第309条第1号の規定は、短期間に清算されるべき契約の場合の価格引き上げ条項を禁止している。この条項は、原則として事業者が負担すべき見通し不可能な価格引き上げのリスクに契約相手方をさらしている (OLG Frankfurt NJW 82, S. 2199)。この禁止条項によって、リスク転嫁が避けられ、かつ契約誠実の原則が考慮される。その上、機能的な競争の保持のために、顧客に価格比較の可能性が保証されるべきである。給付が契約締結後4ヶ月以後に予定されているときには、もはや短期間性は存しない。この場合、約款使用者には価格引き上げ条項に基づいて

その価格を変更価格に適合させる可能性が残されている（BGH NJW 85, S. 856）。短期間性が欠如しているときは、民法第309条第1号の規定は、継続的債務関係にも適用されない、とりわけ、保険契約、建築貯蓄契約、消費貸借契約、使用貸借契約及び用益貸借契約、並びに雇用契約、継続的供給契約及び購読契約には適用されない（BGH NJW 85, S. 856）。その効力は、民法第307条の一般条項によってのみ判定される（Basedow, in : Muenchner Kommentar, § 11 Bd. 1, 4. A. 2001, Nr. 1 AGBG Rn. 19 f.）。

- (2) 民法第309条第2号の規定は、給付拒絶権の維持に関するものである（OLG Frankfurt NJW 86, S. 1618）。本規定は、顧客に対する給付拒絶権にのみ適用される。第三者に対する権利の制限又は排除の場合には、民法第307条の規定が引き合いに出される（BGH NJW 84, S. 2816）。民法第309条第2号の禁止条項は、2つの事例から構成されている。第2号aは、その文言上、当事者双方が任意法上遅滞なく給付の交換をなすにつき、従って民法第320条の規定から生ずる抗弁の提出につき権限を有する場合にのみ関するものである。しかし、この規定は、その文言を超えて、約款使用者が任意法上先履行義務を負うときにも適用される（Basedow, in : Muenchner Kommentar, § 11 Nr. 2 AGBG Rn. 10）。これに対して、任意法上この点で権利を有しない者は保護されない（BGH NJW 68, S. 1873）。第2号bは、民法第273条から生ずる留置権（Zurueckbehaltungsrecht）が同一の契約関係から生ずる請求権に対して制限されることを禁止している。それゆえ、以前の又は他の取引関係から生じた請求権に対して顧客から留置権を奪う条項は、異議を唱えられない（BGH NJW 85, S. 849 ; Basedow, in : Muenchner Kommentar, § 11 Nr. 2 Rn. 17）。

- (3) 民法第309条第3号の規定は、約款使用者の請求権に対して反対債権で相殺する権利を顧客に保証する。相殺の排除が顧客の争いのある債権又は既判力によって確定されていない債権に関するときにのみ、相殺の排除は許容される（Basedow, in : Muenchner Kommenrar, § 11 Nr. 3 AGBG

Rn. 1)。法律により相殺が無効であるときは、相殺は、争いのない債権又は既判力により確定した債権に対しても約款により排除されうる。なぜなら、約款は法律状態を再現するにすぎないから (Wolf/Lindacher, § 11 Nr. 3 AGBG Rn. 11)。

- (4) 民法第309条第4号の規定は、顧客に対する催告及び期間設定に関する民法第284条以下の規定を、催告なしに遅滞が生じうる又は期間設定なしに履行拒絶の脅しがなし得るというように修正した条項を無効としている。この規定は、顧客が給付の弁済期を指摘されることによって給付の最後の機会を与えられるべき顧客の保護に資するものである (OLG Stuttgart NJW-RR 88, S. 786 ; BGH ZIP 87, S. 1457)。これには、第281条、第323条、第637条、第651 c 条第3項及び第651 e 条第2項の規定が関係している。さらに、なるほど催告及び期間設定を明示的に不必要とはしないがその法律効果が事実上 (ipso facto) 生ぜしめられる条項も、禁止に含まれている (BGHZ 102, S. 45 ; BGH NJW 83, S. 1322 ; 85, S. 324)。これに対して、支払期限に違反したときには、催告がなくても債務者は銀行慣行の利息を支払う義務を負うとする条項は、有効である (BGH NJW-RR 91, S. 997 ; Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 22 f)。
- (5) 民法第309条第5号の規定は、正当な利益が存在する場合にのみ、賠償額の予定を許容する。あらゆる種類の損害賠償請求権が損害賠償額の予定の禁止の下に置かれるが (Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 24 ff.)、民法第818条から生ずる (不当利得) 請求権の損害賠償額の予定は例外である (BGHZ 102, S. 45)。第5号 a は、予定損害額が通常予期される損害を超えることを禁止している。そのさい、より低い損害が生じたこと又は全く損害が生じなかったことの証明が明示的に契約相手方に許されているときにのみ、損害賠償額の予定の合意は第5号 b により有効である。より低い損害の証明義務は、顧客が負う (OLG Koblenz NJW-RR 93, S. 1080 ; Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 31 f.)。

- (6) 民法第309条第6号の規定は、給付の不引取 (Nichtabnahme) 若しくは引取遅滞、支払遅滞又は契約の解消の場合における違約罰の禁止を定める。違約罰の代わりに、合意でなす違約金 (Abstand od. Reuegeld) についても問題となりうる。さらに、失権約款 (Verfallklausel) が罰則性を有するかぎり、失権約款も違約罰の下に理解されうる (BGH NJW-RR 93, S. 64 ; Palandt/Heinrichs, § 309 Nr. 6 BGB Rn. 33)。罰則性を有しないときは、当該条項は民法第307条により検討される。当該契約類型の場合に過失とは独立した責任についての重要な理由が述べられているときのみ、過失の要求が書式上失効させられる (BGHZ 72, S. 178 ; BGH NJW-RR 91, S. 1013 ; BGH NJW 97, S. 135 ; Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 39)。
- (7) 民法第309条第7号の規定は、生命、身体、健康の侵害の場合及び重過失の場合の免責の許容性について定める。第7号aによれば、約款条項が、約款使用者の過失による義務違反又は約款使用者の履行補助者若しくは法定代理人の故意若しくは過失による義務違反に基づく身体損害及び健康損害についての契約責任の排除又は制限をおこなっているときは、約款条項は無効である。この禁止は、不法行為による請求権に類推適用される (BGHZ 100, S. 184 ; BGH NJW 95, S. 1489 ; Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 40 ff.)。その他の損害の場合の免責については、第7号bが適用される。これに対して、旅客運送法により認可された市街電車、バス及び路線運行における自動車の運送約款及び料金規定での免責は、それが1970年2月27日の市街電車運行及びトロリーバス運行並びに自動車による路線運行のための普通運送約款に関する命令から乗客の不利に逸脱していない限り、特権を認められている。その上、第7号bは国家により認可された富くじ契約及び当たりくじ契約 (Lotterie- u. Ausspielvertrag) には適用されない。
- (8) 民法第309条第8号の規定は、義務違反の場合の免責に、しかも契約解消権の排除 (第8号a)、新たに製作する物の供給契約の場合又は請負仕

事に関する契約の場合の瑕疵に基づく責任の排除 (第8号b ; Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 51 ff.) に関する。

- (9) 民法第309条第9号の規定は、継続的契約関係の不当な契約期間を禁止している。この規定は、給付の定期的な履行を目的とする売買、請負及び雇用契約にのみ適用され、使用賃貸借、用益賃貸借、リース及び自動販売機設置契約のようなその他の継続的債務関係には適用されない(BGH NJW 85, S. 2328 ; 93, S. 1134)。電気、ガス、水道及び遠隔暖房の供給に関する契約には、民法第310条第2項が適用される。第9号aは、第1回目の2年を超える契約期間を禁止しており、そのさい、期間は、約定の給付開始とともに進行し始め、したがって契約開始前に存在しうる。第9号bは、自動的に更新される契約に適用される。この場合、拘束が1年の限界を超えてはならない。もっとも、多くの契約の場合、たとえばフィットネスセンター契約の場合のように (異論あり)、6ヶ月の期間の超過が民法第307条違反のため無効となりうる (BGH NJW 97, S. 739)。第9号cは、契約更新の開始前の3ヶ月より長い解約告知期間を禁止している。重要な理由からの解約権は、いかなる場合も約款により排除され得ない (民法第307条第2項第1号 ; BGH NJW 86, S. 3134 ; Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 79 ff.)。
- (10) 民法第309条第10号の規定は、新しい未知の契約当事者が顧客に押しつけられることを禁止している。あらゆる種類の売買、雇用及び請負契約に適用可能な本規定は、全契約の譲渡 (契約引受) に関係し、かつ、債務引受に類推適用されるが、債権譲渡は契約相手方の同意を必要としないから、債権譲渡には適用されない。契約当事者の交代は、第三者の氏名及び住所がすでに約款中に記載されていたとき (BGH NJW 80, S. 2518)、又は顧客に即時の契約解除権が与えられているときにのみ、(約款中に) 規定しうる。この権利の行使によって何らの不利益ももたらされてはならない (Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 90 ff.)。

- (11) 民法第309条第11号の規定は、約款使用者が(契約相手方の)締約代理人に代理人自身の責任又は保証義務を負わせる旨の約款条項から締約代理人を保護している。第11号 a によれば、(契約相手方の)代理人がこれに照応した明示かつ特別の意思表示をしたときにのみ、(契約相手方と締約代理人との)有効な共同責任が根拠づけられる。第11号 b によれば、無権代理人は個別合意によってのみ民法第179条所定の責任を超える責任を負うことができる (Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 94 ff.)。
- (12) 民法第309条第12号の規定は、顧客に不利となる証明責任規定の変更を一般的に禁止している。特に署名された受領確認は例外として、一定の事実についての顧客の確認義務も本規定に属する。例えば、契約条件は個別に交渉された (BGHZ 99, S. 379), 顧客は約款を通読しかつ理解した (BGH NJW 96, S. 1819), 又は顧客は物品を異議なき状態で受け取った (OLG Koblenz NJW 95, S. 2292 ; Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 101) という約款中に含まれている表示は、許されない。
- (13) 民法第309条第13号の規定は、過度な書面要件又は到達要件が合意されることにより、顧客の権利行使に際して顧客に不利益が生ずることを防止しようとしている。それゆえ、書面より厳格な方式は要求されない。それ故、約款使用者は、自己の方式の利用を有効性の前提条件となす権限も有しない (OLG Schleswig NJW-RR 01, S. 818 ; Palandt/Heinrichs, § 309 BGB Rn. 104 ff.)。また、約款使用者が、法律行為の意思表示の伝達は書留による (BGH NJW 85, S. 2587) 又は領収書との引換によると定式的に規定することは、許されない。

b b 評価の余地ある禁止条項 (民法第308条)

立法者は、民法第308条において、なるほど不相当な不利益をもたらすが、当該条項が不相当でありかつそれゆえに無効であるかどうかは、その形態に基づいてケースバイケースでのみ判断される諸条項をまとめている。それゆえ、無効要件の言い換えのために、不確定な法概念が使用された。

- (1) 民法第308条第1号の規定は、契約申込の承諾期間又は給付期間の書式による形態によって顧客が不相当に不利にされないことを保証する。顧客は、自己の申込にあまりに長く拘束されて、そのために新しい契約を締結することを妨げられるべきでもなく、給付期間の明確な特定を欠くため契約成立後に自己の権利を行使することを妨げられるべきでもない (BGH NJW 84, S. 2468)。承諾期間又は給付期間は、双方の利益を考慮して、相当かつ十分に決定されなければならない。日常取引の場合、14日の期間は相当である (Palandt/Heinrichs, § 308 BGB Rn. 4)。顧客が自ら期間の終了を算出できるように、期間は規定されなければならない (BGH NJW 85, S. 856)。
- (2) 民法第308条第2号の規定は、猶予期間 (Nachfrist) の規制について民法第308条第1号を補充する。履行遅滞の場合に、債権者による解除権及び損害賠償請求権は、猶予期間の徒過後に初めて主張されうるから、不相当な期間延長がなされると、顧客は約款使用者との契約にあまりに長く拘束される危険を負わされる。本規定は、民法第281条、第323条及び第637条の期間に適用されるが、民法第651 c 条第3項及び第651 e 条第2項に準用可能である (Palandt/Heinrichs, § 308 BGB Rn. 11 f.)。相当性の判断については、当該条項がなければ標準的に行われる期間から出発すべきであり、かつ当該条項の逸脱が穏当であるかどうかを検討すべきである。日常取引における最高限度は2週間である (BGH NJW 85, S. 323)。期間の明確さについては、第1号で述べた事柄があてはまる。
- (3) 民法第308条第3号の規定は、約款使用者の契約及び自己の義務からの解放権の合意が約款で行われているときに、当該合意を制限している。本規定は、約款使用者が理由なく契約から解放されることを防止する (Palandt/Heinrichs, § 308 BGB Rn. 14)。契約解放権の合意については、むしろ、実質的に正当な理由の具体的な言明が必要である (BGHZ 99, S. 193)。注意義務の違反又は例えば信用力に関する虚偽の言明は、このよう

な理由を意味しうる。しかし、例えば「拘束力なし (freibleibend)」又は「引渡を留保する」といった条項内容 (OLG Stuttgart ZIP 1981, S. 875 異論あり；さらに BGHZ 124, S. 359), さらには一時的な給付障害の場合に解除権を根拠づける条項や労働争議条項は (BGH NJW 85, S. 857), 無効である。理由なき解除の留保の禁止は、継続的債務関係には適用されない (Palandt/Heinrichs, § 308 BGB Rn. 18 f.)。

- (4) 民法第308条第4号の規定は、約款使用者の利益を考慮しても顧客に期待不可能である限り、約定給付を変更し又は約定給付から逸脱することを約款使用者が留保する条項を無効とする。このことは、あらゆる種類の契約に妥当する。例えば、運行時刻表をいつでも変更することの留保は、無効である (BGH NJW 86, S. 294)。期待可能性の基準は商慣行 (Handelsueblichkeit) とは完全に等しくはなく、それゆえ、商慣行の変更の書式による留保は、許されない (BGH NJW 87, S. 1886 ; Palandt/Heinrichs, § 308 BGB Rn. 23)。
- (5) 民法第308条第5号の規定は、顧客に相当な期間が与えられることなく、事実又は表示を擬制する条項を無効とする。相当な期間が与えられた場合でも、約款使用者は約款中で、顧客の行為の予定された意味を期間の開始に際し指摘する義務を負わなければならない。約款使用者に対する顧客の沈黙、物の異議なき使用開始又は問責の不作为が顧客の承諾の表示の意味を有するとする場合が典型的である。これに関する例としては、約款使用者の契約給付の変更若しくは契約関係の更新についての同意、又は約款使用者が約定通りに若しくは瑕疵なく給付したことの確認がある (Basedow, in : Muenchner Kommentar, § 10 AGBG Rn. 1 ff.)。第5号の法思想は、商人間の取引においても妥当し、かつ民法第307条による検討の際に採り入れられるべきである。さらに、第5号後半部は、擬制された表示の条項禁止は建設請負工事規程 (VOB) B部を組み入れた契約には適用されない旨を定める (個別的には Palandt/Heinrichs, § 308 BGB Rn.

28)。

- (6) 民法第308条第6号の規定は、特別な意味の表示についての到達擬制を禁止している。ここでは、表示の受領者にとって不利な法的効果と結びついた表示が理解されるべきである。それゆえ、とりわけ解約についての到達擬制は許されない (Bay ObLG NJW 80, S. 2818 ; Palandt/Heinrichs, § 308 BGB Rn. 33)。
- (7) 民法第308条第7号の規定は、約款使用者又は顧客が有効だが予定された時期より以前に解除又は解約により契約を終了した後に、不相当に高額な利用報酬又は費用賠償の請求権を約款使用者に与える条項から、顧客を保護している。物若しくは権利の利用若しくは使用若しくは履行された給付についての約款中で確定された報酬又は費用賠償が不相当に高額であるときは、条項は無効である (個別的には Palandt/Heinrichs, § 308 BGB Rn. 37 ff. を参照)。
- (8) 民法第308条第8号の規定は、民法第308条第3号の体系上の補充を意味し、解除権の特殊な場合について規定している (Palandt/Heinrichs, § 308 BGB Rn. 42)。

b 一般条項 (民法第307条)

民法第307条第1項の規定は、裁判官による約款の内容コントロールについての検討基準を確定している。それによれば、信義誠実の原則に反して顧客を不相当に不利益にする約款は無効である。民法第307条の規定は、民法第308条及び第309条の具体的な禁止に対して第2次的に機能する一般条項である。民法第308条及び第309条の禁止に該当しないときに初めて、民法第307条による検討が可能となる。法技術的には、本規定は受け皿要件 (Auffangtatbestand) である (Palandt/Heinrichs, § 307 BGB Rn. 2)。「不相当な不利益」という表現においては、その具体化については判例が個々の検討点を作り出す不確定な法律概念が問題となる。民法第307条の規定は、顧客の保護を目的としており (BGH NJW 90, S. 2686)、約款使用者の有利となる内容コントロールは許

されない (BGH NJW 87, S. 837 ; Palandt/Heinrichs, § 307 BGB Rn. 7)。

検討は、契約の特性から解釈されるべきであり、それゆえ、検討されるべき条項を契約全体の背景から解釈し評価しなければならない (BGHZ 106, S. 263 ; 136, S. 27/30)。不利益扱いが唯一重要な問題である (OLG Hamm NJW 81, S. 1050)。そのさい、不利益扱いは、2つのそれ自体なお甘受できる条項の共演からも生じうる。逆に、不利益な条項は、他の契約要件の利益によって調整されうる。不利益は、条項の内容からも、条項の透明性の欠如 (条項の不明確又は通観不能) から、生じうる。この不利益扱いが不相当であるかどうかの検討の枠内において、個別ケースの諸事情の包括的な評価が要求され、そのさい、顧客と約款使用者の各利益が、さらには当該取引集団の利益も考慮されるべきである (BGH NJW 86, S. 2101 ; 87, S. 2576 ; Palandt/Heinrichs, § 307 BGB Rn. 8)。

民法第307条第2項の規定において、立法者は、その存在が疑わしいときは、不利益扱いを推定すべしとする典型的な法的基準を定めた (原則例)。民法第307条第2項第1号によると、疑わしい条項が法律の規制から逸脱しかつその際この法律規定の本質的な基本思想と相容れないときは、当該条項は、疑わしいときは、顧客の不相当な不利益扱いを内容としている。信義誠実により一般的な法取引において要求される判例によって展開された行為原則もこれに入る (BGH NJW 82, S. 644)。約款により排除される法律規制の正義の度合いが検討基準である。たとえば、買主が瑕疵担保請求権の制限だと理解でき、かつそのため買主に属するこの権利の行使を妨げられるときは、当該品質保証条件 (Garantiebedingungen) は、第1号に反する (BGH NJW 88, S. 1726)。民法第307条第2項第2号によると、契約の性質から生ずる本質的な権利義務が制限されて、その結果、契約目的の達成が危殆ならしめられた場合に、疑わしいときは、不利益扱いが推定される。第1号の規定に対して、第2号の規定は、任意法の基本思想ではなく、契約の性質を念頭に置いている (Palandt/Heinrichs, § 307 BGB Rn. 31 ff.)。それゆえ、免責条項は第2号の規定におい

て検討される。そのさい、内容コントロールは、付随義務(BGH NJW 85, S. 915) や(職務・労務・事務の)執行過失(Ausfuehrungsverschulden BGHZ 89, S. 367 ; 93, S. 48 ; BGH NJW 93, S. 335)にも及ぶ。

c 透明性原則

民法第307条第1項第2文の規定は、最も本質的な改革として透明性原則を含んでいる。約款規定が明確かつ平易でないことから不相当な不利益扱いが生じうる。欧州裁判所の判決(NJW 01, S. 2244)を考慮して、裁判官法上展開された透明性原則(BGHZ 104, S. 92 ; 106, S. 47 ; 115, S. 185 ; BGH NJW 00, S. 651 ; BVerwG NJW 98, S. 3708 ; BAG NJW 94, S. 213)が、今や明確に規範化され内容コントロールの基準として承認された(Palandt/Heinrichs, § 307 BGB Rn. 16)。

IV 契約に組み入れられなかったことの法的効果と無効

民法第306条第1項の規定によれば、個々の条項が契約に組み入れられなかったとき又は無効であるときでも、民法第139条の規定に反して、契約は有効である。契約に組み入れられなかったこと又は無効により生ずる欠缺は、民法第306条第2項により、法律規定によって置き換えられ、法律規定が欠如しているときは、契約が補充的に解釈される。契約の補充解釈によって契約当事者の一方にとって期待できないほど過酷となるときにのみ、第3項により契約全体が無効と看なされる(Palandt/Heinrichs, § 306 BGB Rn. 2 ff.)。

これに対して、一部のみ無効な条項を有効な部分により維持することは、許容されない条項の使用がそのことにより危険のないものになってしまうから、許されない(いわゆる条項の適用範囲を有効な部分に縮小して条項の適用を維持する条項適用範囲縮小適用維持 geltungerhaltende Reduktion : BGHZ 86, S. 297 ; 114, S. 342 ; 120, S. 122)。無効の場合に法律規制ではなく、無効条項の経済的效果に照応した規制が行われるべきだとするいわゆる救世主条項(salvatorische Klausel)も、平易原則違反のために、同様に許されない(BGHZ

93, S. 48 ; BGH NJW 91, S. 2632 ; 93, S. 1062 ; 96, S. 1408 ; Palandt/Heinrichs, Vorb. §§ 307-309 BGB Rn. 13 ff.)。

これに対して、上位の条項が無効の場合に補助的に適用されるべき具体的な代替条項は一般的に無効と判断されるべきかという問題は、未解決である (BGH NJW 90, S. 718)。

V 差止訴訟法

現在、差止訴訟法に定められているかつての約款コントロール訴訟は、一般的な法取引の保護を目的とし、個々の消費者の保護を目的とするものではない。顧客自身は、条項の無効を具体的な争訟でのみ主張できる。これに対し、差止訴訟は、具体的な個別ケースから切り離して、約款条項が現行法と抽象的・一般的に一致しているかにつき検討することを目的としている。訴訟の対象は、法律 (民法第307条乃至第309条) 上無効である約款規定である。差止訴訟法第1条によれば、訴訟は無効な約款の使用者及び推奨者に対するものであり、両者に対する差止請求を認めている。推奨者に対しては、さらに推奨撤回請求も認めている。しかし、差止訴訟法第1条は、さらなる損害賠償請求を根拠づけていない。したがって、本法は、無効な約款の使用に対する予防的な保護に制限している。差止訴訟法第1条による訴訟については、当該の顧客も共同申込者も権限を有さず、消費者保護に従事する組織のみが権限を有する。本法は、資格を認められた消費者利益保護組織、営業利益促進団体並びに商工業会議所及び手工業会議所をこれに入れている (差止訴訟法第3条。個々の点は、Palandt/Bassenge, §§ 1 ff. UKlaG)。