

# ドイツにおける約款規制法の改正

石原全

- 一 はじめに
- 二 国際的適用
- 三 消費者契約に関する特則
- 四 約款規制法の二極化
- 五 結語

## 一 はじめに

一九九三年四月五日付消費者契約における濫用的条項に関するE G指令<sup>(1)</sup>一〇条一項において一九九四年二月三一

日までに加盟国はそれ相応の法的手当をすることが求められていたが、近時、ドイツはこれに対応して、約款規制法の改正<sup>(2)</sup>をなし、この改正法は一九九六年七月二五日から施行された。約款規制法の改正は、過去数回なされているが、そのうち主なものをあげれば、一九八六年に同法一〇条八号（法選択条項）の廃止、一九八九年に同法一一條一号における競争制限法の適用に関する部分の削除、さらに一九九四年に物的適用範囲に関する同法二三條一 a 号の文言修正、管轄に関する同法一四條のうち同條三項及び訴額に関する同法二二條の削除という小規模な改正にとどまっていた。今回の改正も条文の変更はごく僅かで、約款規制法一二條（國際的適用範囲）の改正と同法の人的適用範囲に関する二四條の次に新たに「消費者契約」として二四 a 條の一ヶ條を新設するにとどまる。従来と同様に量的には少ない。今回の改正につき、約款規制法に基づく従来の法状態との関係では本質的・根本的で広範囲に及ぶ変更をもたらすものではないという指摘もあるが、約款規制法との整合性の点では大きな問題をはらむもので、重要な改正といえる。正確には、本改正法は支払不能令<sup>(4)</sup>（一九九九年施行）の改正も含むが、本稿では約款規制法改正部分に限定して検討する。本改正法による条文の試訳を、本稿に関連した部分についてのみ示すと、

「一二條 國際的適用範囲」

契約が外国法に服するものであっても、契約がドイツ連邦共和国の領土と緊密な関係を示しているならば、本法の規定は適用しうる。特に、以下の場合は緊密な関係があるものと推定される。

一 公の申込 (öffentlicher Angebot)、公の広告または本法の適用範囲でなされている利用者の類似の営業活動に基づいて、契約が成立した場合

二 契約相手方が契約締結に向けた自己の表示をなす際に本法の適用範囲に自己の住所または常居所を有し、かつ、自己の意思表示を本法の適用範囲内でなした場合

二四 a 条「消費者契約」

営業上または職業上の活動において取引をなす者（企業）と営業上または独立した職業上の活動のいずれにも入らない目的で契約を締結する自然人（消費者）との間の契約には、本法の規定は以下の条件付（Maßgaben）で適用されねばならない。

一 約款は企業によって設定されたものと看做される。但し、約款が消費者によって契約に取り入れられた場合はこの限りでない。

二 五条、六条及び八条ないし一二条は、事前作成された契約条項（Vertragsbedingungen）に対して、これが単に一回限りの利用のため定められ、かつ、消費者が事前作成のためにその内容に全く影響を及ぼすことができなかった限りにおいて、適用されねばならない。

三 九条に基づく不当な不利益を課すことの判断に際しては、契約締結に付随する事情も考慮されねばならない。  
い。」とされる。

論を進める前に、加盟国に法的手当を課している条項を除外して、E G 指令につき重要な条項を中心として概略を述べる。本指令は、売主または供給者と消費者間で締結された契約の不正条項<sup>(5)</sup>を適用対象とし、消費者とは、自身の営業（Trade）、商業（business）または専門（profession）とは無関係な目的で行為する自然人をいい、売主または供給者とは公企業たると私企業たるを問わず、自身の営業、商業または専門に関連した目的で行為する自然人または法人をいう（指令一条一項、二条 b 号、c 号）。個別的に交渉されていない契約条項は、信義誠実の原則に反し、契約から生じる当事者の権利義務の非常な不均衡により消費者の不利益となる場合は不公正と看做されるものとする。

事前に作成され、したがって、消費者が条項の実質につき、特に事前に書式化された標準契約に関連して、影響を及ぼし得ないときは、個別的に交渉されていないものと常に看做されるものとする。かつ、ある条項または特定の条項につき個別的に交渉がなされたという事実は、契約の総体的評価によるとそのような事実にも拘わらず事前に書式化された標準契約であると思われる場合は、残余の契約条項に本指令を適用することの妨げとはならない（指令三条一項、二項）。条項の不正性の判断に際しては、物品またはサービスの性質、契約締結時における全ての付随事情、当該契約及び依存関係にある他の契約の全ての条項を考慮に入れることを要するが、不正性の評価は、条項が平易で理解しやすい言葉で作成されている限り、契約の主たる目的（the main subject matter）、価格とサービスに対して交換に提供される対価の相当性については及ばない（指令四條）。契約が書面形態で提示されるときは、条項は常に平易で理解しやすい言葉で作成されねばならず、条項の意味に疑問があるときは消費者にもっとも有利な解釈がなされねばならない（指令五條<sup>(8)</sup>）。さらに、不正条項は消費者に対して拘束力を有せず、当該不正条項なしに契約が存続しうる場合には当事者は契約に拘束されるものとする旨の国内法上の手当を要求している（指令六條一項）。

この指令は前記のように加盟国に一九九四年一月三十一日までに相応する国内法上の手当を要求していた（指令一〇條一項）のを受け、ドイツでは当初は対応規定を新設することに消極的であったが、今回の最小限の約款規制法改正で対応することになったものである。つまり、E G指令の各条項をドイツ約款規制法と対比検討した結果、改正法は実務上真価を発揮している約款規制法を指令が必要としている限りで変更するにとどめるものとされており、濫用的な契約条項から消費者を保護するために約款規制法の根本的な改正または特別法の制定は必要なく、指令により要求された消費者保護は約款規制法を基礎として達成されうるとされたのである<sup>(10)</sup>。なお、一九九四年一月三十一日後で一九九六年七月二五日前に締結された契約については、共同体法に適合した解釈（gemeinschafrechtskonforme

Auslegung) によって基準を適用できるかが問題となるが、この点は一般に肯定されている。<sup>(11)</sup>

以下、一二条の改正、ついで、約款規制法の性質にも影響を及ぼすと考えられる二四 a 条につき検討する。

- (1) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. 以下、本稿で指令と呼ばれる。指令の規定及び理由は、Official Journal of the European Communities, No L 95 (21. 4. 93), pp. 29-34 に記載されている (以下、Council Directive 93/13/EEC OJ L 95 と略記)。本指令は、Wolf u. a., AGB-Gesetz, 3. Aufl., 1994, S. 1869 f. (Wolf); Kapnopoulou, E. N., Das Recht der mißbräulichen Klauseln in der Europäischen Union, 1977 が詳細である。邦語文献としては、新美育文「消費者契約における不公正条項に関する EC 指令の概要と課題」シナリスト一〇三四号七八頁 (一九九三)、松本恒雄・鈴木恵・角田美穂子「消費者契約における不公正条項に関する EC 指令と独英の対応」一橋論叢一一二巻一号二頁 (一九九四) がある。なお、条文数は特に断らない限り、改正条文も含めて約款規制法のそれを指す。また、EU はヨーロッパ連合の独訳である。Europäische Gemeinschaft の略語である。
- (2) Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung (BGBl. Teil I 1996, 1013). 以下、約款規制法は正確には約款法の規制に関する法律 (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) とする。
- (3) Westphalen, G. F. v., Die Novelle zum AGB-Gesetz, BB 1996, 2101 (2105).
- (4) Insolvenzordnung (BGBl 1994 Teil I, S. 2866). 以下、支払不能令に関する改正は、Siehe Schmidt-Burgk, K. u. Ditz, J.-C., Die Refinanzierung beim Leasing nach der Insolvenzrechtsreform, ZIP 1996, 1123; Zahn, H., Der Leasingvertrag über Mobilien in der Insolvenz des Leasinggebers nach der Novellierung der Inso, DB 1996, 1393.
- (5) 指令は消費者と企業間の契約のみを対象とし、企業間の契約につき規制していいないのは、小売商 (中小企業) が消費者との契約で厳しい規制に服するのに、この中小企業と取引する大企業は規制に服しないことになり、消費者と取引する中小企業にしわ寄せがらくなることになり適切でないことはしばしば指摘されている。Siehe zB. Kapnopoulou, E. N., aao. S. 81 ff.

- (6) 指令では不公正条項 (unfair term) という表現を採用が、この独説は濫用的条項 (mißbräuchliche Klausel) であると同義とされるが、ドイツ法に關しては濫用的条項の語を主として使用する。
- (7) なお、売主または供給者が標準契約は個別的に交渉された主張するならば、この二者の者はこの点につき立証責任を負う(三條二項三文)。また、指令は付則で例示的に不公正とされる条項を一七項目にわたり規定する(三條三項及び付則一項)。
- (8) 言葉の要件は消費者に現実に全条項を吟味する機会を与えるためである。Council Directive 93/13/ECC OJ L 95, p. 30.
- (9) 現行指令に至るまでは種々の試案改正がなされてきたが、これらの約款規制法との対比検討したもので示唆的なものを若干のちを、Brandner, H. E. u. Ulmer, P., EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, BB 1991, 701 ; Ulmer, P., Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, EuZW 1993, 337 ; Eckert, H.-W., Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, WM 1993, 1070 ; Westphalen, G. F. v., AGB-Richtlinie und AGB-Gesetz, EWS 1993, 161 ; Remien, O., AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld, ZEuP 1993, 34 ; Damm, R., Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht, JZ 1994, 161.
- (9) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AGB-Gesetzes, BT-Drucksache 13/2713, S. 6 (221) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713 (4) (221)° Siehe auch Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des AGB-Gesetzes, BB 1995, 110 (112) (221) Referentenentwurf (4) (221) ; Bunte, H.-J., Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Umsetzung durch das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, DB 1996, 1389 (1389).
- (11) Heinrichs, H., Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1996, NJW 1997, 1407 (1407) ; Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1393). 邦文をよむに際しては、OLG Schleswig 27. 3. 1995 NJW 1995, 2858 (2859). Siehe auch OLG Düsseldorf 23. 5. 1996 WM 1996, 1903 (1906).

もっとも、改正法による国内法化以前において、約款規制法の指令に適合した解釈が可能であるとされたが、批判も強か

た。肯定説と「Heinrichs, H., Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung, NJW 1995, 153f. 消極説と「Niebling, J., Keine unmittelbare Regelung der AGB-Richtlinie vor Umsetzung, EWS 1995, 185 f.

## 二 国際的適用

指令六条二項は、契約に適用される法として非加盟国の法が指定されることによって消費者が本指令の下での保護を奪われる危険に対して配慮をなし、「非加盟国が加盟国の領土 (territory) と緊密な関係を有する場合には、この非加盟国の法を契約に適用可能な法として選択することによって本指令によって認められた保護を消費者が失わないように加盟国は必要な確保手段を講じなければならない」と規定している<sup>(1)</sup>。これを受けて、改正法は、約款規制法旧一二条一号、二号の文言には変更を加えないで、その本文を変更するにとどめる。これは、現行ドイツ法上、約款規制法の強行的保護規定は約款規制法一二条及び民法施行法二九条に基づき外国法の選択につき適用可能である。だが、民法施行法二九条三項において規定された、消費者の住所国 (Wohnsitzstaat) 以外の国で履行されるべき運送契約及び役務給付に関する契約には同条は適用されないとするが、この例外は指令には含まれていないし、必要な現行法の変更は、例外規定の射程距離に関する民法施行法二九条により約款規制法の適用範囲が縮減されるという形態でなされるべきでない。むしろ、これはもっぱら約款規制法一二条においてなされるべきである。同条は民法施行法の国際私法規定の特別法と解されるし、EG法上の要請に適切に対応しうるからである。以上の理由で、約款規制法旧一二条の本文変更で指令六条二項に対応するものとされたのである<sup>(2)</sup>。かつ、指令は、加盟国の領土と緊密な関係がある

限り、第三国法の選択で消費者が保護を奪われないことを要請しているが、約款規制法旧一二条は、約款利用者の国内での営業活動、顧客が国内に在住していること、顧客の表示が国内でなされていることを要求しており、十分に指令の要請に対応できない<sup>(3)</sup>。例えば、募集行為 (Werbeveranstaltung) により、ドイツの提供者とドイツの消費者とが第三国で契約を締結した場合には約款規制法の適用しうる緊密な関係があるといえる<sup>(4)</sup>。この点もカバーするためである。

本条の改正の結果、まず、旧一二条は約款規制法の諸規定を顧慮せねばならないとされていたのに対し、新一二条では適用されねばならないとされたので、法適用を容易にし、指令六条二項との一致につき疑問を生ぜしめない規定となっているとともに民法施行法二九条における国際私法規定に対して、特別法として優先適用される<sup>(5)</sup>。かつ、文言に変更のない一二条一号、二号はドイツの領土と緊密な関係を有する場合の例示と位置づけられている。緊密な関係にあるかは、個別事案の全ての事情を全体的に評価して決定される。例えば、国籍がドイツか、消費者がドイツ国内に常居所を有するか、営業者がドイツ国内に本店ないし営業所を有するか、契約締結地、契約言語、両者の給付の履行地、契約対象等による<sup>(7)</sup>。さらに、指令六条二項は契約に適用されるべき法として第三国法が選択された場合にのみ保護規定の適用を確保しようとするが、新一二条はなんら法選択がなされず、客観的連結に基づき外国法が適用される場合にも及び<sup>(8)</sup>、約款規制法が加盟国の法に優先するものとされる<sup>(9)</sup>。立法過程で、このことは問題を生じる旨指摘された。つまり、約款の司法的規制の範囲では、EGの他の加盟国の法に基づく約款が、その国の法が指令に適合することを要するとしても、ドイツの約款規制法の尺度で判断されることになってしまうし、また、指令は第三国法の適用の合意がある場合のみを規制するのに対し、約款規制法一二条は外国法の適用がある全ての場合を把握してしまうのは問題であるとされた。そこで、少なくとも二年内に約款規制法一二条の新条文がどの程度問題を生じせしめてい

るかにつき法務省が報告書を提出することとして、最終的には本文言に落ち着いた<sup>(10)</sup>。もっとも、指令は本来E G加盟国でない国の法が選択されることにより消費者の保護が達成されないことを防止する趣旨であるし、報告者案理由では、第三国をあげ、これは明らかにE G加盟国以外の国を意味していたのであり、外国法では、ドイツの見地からは他のE G加盟国をも含むから、むしろ「契約が第三国の法に服するとき」または「E Gの加盟国でない国の法に服するとき」とすべきであったという指摘<sup>(11)</sup>が存するが、このように、非加盟国の法が適用される場合に一二条の適用を制限するならば、ドイツの企業が加盟国の法に基づいて標準契約を締結すると約款規制法一二条以下の団体訴訟は排除されることにもなりえ、このことは意図された消費者保護を相当害することにならう<sup>(12)</sup>。

この新一二条については二つの問題点が指摘されている。一つは、第三国法を選択している消費者契約に基づき、約款規制法及び指令に反するが、第三国法によると疑問の余地のない契約条項による請求権がドイツ裁判所に提起され、消費者契約は加盟国の一つに緊密な関係を示しているが、当該国は未だ指令に対応した法律を有せず、したがって、この加盟国法によると条項は有効である場合である。指令六条二項は消費者保護を意図するが、水平的な直接効果 (horizontale Direktwirkung) を有せず<sup>(13)</sup>、約款規制法一二条はその文言によれば妥当しないが、同条をその保護目的に基づき類推適用するのが妥当である<sup>(14)</sup>。今一つは、消費者契約がドイツの領域と緊密な関係を有するが、当事者が他の加盟国の法を選択しており、主張された請求権はドイツ法に基づいているが、当事者が選択した法によると、約款規制法よりも広範囲に及ぶ無効条項を規定していたため、認められないものである場合である。一見すると、一二条の適用により訴訟は肯定されるべきかとも思われるが、この場合、一二条は消費者に約款規制法の保護を最小限確保するものであるから、加盟国法がより広い保護を規定する限り、一二条の法効果規定 (Rechtsfolgenanordnung) は目的論的に縮小されることを要する。つまり、消費者保護を確保しようとする規定は、結果的に消費者保

護を縮小するように適用されるべきでない<sup>(5)</sup>。したがって、かかる請求は否定されるべきである。

- (1) Council Directive 93/13/EEC OJ L 95 pp. 30, 31.
- (2) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 6; Referentenentwurf, BB 1995, 110 (113). この点については、指令六条一項による措置は現行約款規制法二二条及び民法施行法一九条 三四条を対応しているところを見解として、Siehe Jayme, E, Klausurrichtlinie und Internationales Privatrecht—Eine Skizze, FS für R. Trinkner, 1995, S. 575 f.
- (3) Heinrichs, H., Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, NJW 1996, 2190 (2195). 田二二条上の要件はごまかす。Siehe Ulmer u. a., AGB-Gesetz, 7. Aufl., 1993, Rdn. 4-6 zu § 12; Wolf, u. a., AGB-Gesetz, Rdn. 9-12 zu § 12. なお、指令六条一項と約款規制法二二条 及び同条の改正草案とを詳細に検討したものは、Siehe Sonnenberger, H. J., Die Umsetzung kollisionsrechtlicher Regelungsgebote in EG-Richtlinie, ZEuP 1996, 382.
- (4) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 6.
- (5) この点はそれほど差異を生じなごとする見解も有力である。例えば、Westphalen, G. F. v., BB 1996, 2101 (2105) は、旧二二条においても、顧慮しなければならないという文言から、適用可能な(外国)法の規定と約款規制法規定との比較をして、いずれが有利かを顧慮していたのであり、その際はドイツの消費者の利益に約款規制法が最小限度の保証を与えるものとして機能して来たといえる。したがって、新二二条はごく僅かの改正にとどまるはず。
- (6) Eckert, H.-W., Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZIP 1996, 1238 (1240), Heinrichs, H., NJW 1966, 2190 (2195). 民法施行法二二条と改正約款規制法二二条の関係のごまかす。Siehe Palandt, BGB, 56. Aufl., 1997, Anm. 4 zum § 12 AGBG (Heinrichs, H.) (以下「Palandt-Heinrichs, BGB」を略記)。
- (7) (8) Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 5 zu § 12 AGBG.
- (9) Eckert, H.-W., ZIP 1996, 1238 (1241).

- (10) Änderung des AGB-Gesetzes : Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucksache 13/4699, S. 5 (以下「Bericht, BT-Drucksache 13/4699」を略記)。
- (11) Sonnenberger, H. J., ZEuP 1996, 382 (391).
- (12) Eckert, H.-W., ZIP 1996, 1238 (1241).
- (13) EUGH, 14. 7. 1994 NJW 1994, 2473; EUGH 7. 3. 1996 NJW 1996, 1401. したがって、指令によって意図された保護は、指令が加盟国によって国内法化された場合のみ、認められることとなる。
- (14) Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2195).
- (15) Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2195); Palandt-Heinrichs, BGB, Ann. 9 zu § 12 AGBG.

### 三 消費者契約に関する特則

本改正法の眼目は、消費者契約の範疇を創設して、約款規制法の適用を一定要件の下で肯定した点である。つまり、二四 a 条の新設で、消費者契約につき約款規制法における約款概念に例外を設け、指令に対応して消費者契約における規制をなしている。報告者草案 (Referentenentwurf) では、二三条を改正して、改正法二四 a 条一号に該当する条項を定め、旧約款規制法二三条は二三 a 条と条文数を変更し、かつ旧約款規制法二四条一文に適用除外規定として改正二三条を追加し、指令の事前作成された一回限りの契約条項に関する濫用規制は商人間取引に必要ないことを示すものとしていた。<sup>(1)</sup> 改正法の規定形態の方がわかりやすく、すっきりしたものとなっている。以下、消費者契約、提供概念、約款規制法の一定条項の適用、不公正性に関する判断基準、濫用的条項の効果につき検討する。

## (I) 消費者契約

消費者と企業間の契約に約款規制法は適用されるが、この消費者契約における消費者及び企業は指令二条b号、c号にほぼ倣っているが、既に消費者信用法一条及び民法施行法二九条にその先駆を見いだすことができる。

まず、企業とは、その営業上または職業上の活動において行為する者（自然人、法人の両者を含む<sup>(2)</sup>）を指す。一定期間継続して、かつ利潤獲得を意図して独立した活動を要するが、自由業、手工業及び農業を含む<sup>(2)</sup>。企業によってなされた行為につき疑問がある場合には、いわゆる付属的商行為の推定を定めるHGB三四四条の基本思想(Grundgedanke)に基づき企業の行為に入るものとされる<sup>(3)</sup>。

次に、消費者とは、営業活動に属しない又は独立の職業上の活動に属しない目的で契約を締結する自然人を指し、法人は含めていないから、非経済的社団(Idealverein)及び公益財団は入らない<sup>(4)</sup>。このような消費者の定義で、法の適用範囲の限界づけをなす試みは、既にドイツ法上、表現形態が積極的か消極的かの相違があるが、消費者信用法一条一項、民法六〇九a条一項二号、訪問販売及び類似の取引におけるクーリング・オフに関する法律六条一項にその先駆を見いだすことができる。自然人の行為は私的な目的でなされることを要するが、これには、有給休暇、余暇、スポーツ、健康維持のための配慮、同種の措置(傷害保険、生命保険)なども入る<sup>(5)</sup>。また、指令二条b号における「営業、商業、職業に入らない目的で(for purposes which are outside his trade, business or profession)」とは異なり、独立の職業上の活動に該当しないという文言が存するから、労務用衣服の購入とか通勤用自動車の購入のように職業上の活動に関する契約とか、教師が授業準備のためにコンピュータを購入した場合も本条にいう消費者の行為に該当する<sup>(6)</sup>。契約が営業上のまたは職業上の領域に属するか疑わしいときには、行為者の内心の意思ではなく、相

手方に認識しうる客観的事情が決め手であり、契約内容を基本とし、付随事情も解釈上考慮される。<sup>(7)</sup>この場合、HGB三四四条は適用されないし、類推適用も否定される。さもないと、消費者の保護の必要性に反することになるから<sup>(8)</sup>である。契約対象物がいずれの領域でも使用されるものであるときはいずれの領域での使用が主であるかにより、決定不可能のときは二四 a 条は適用できない。<sup>(9)</sup>なお、これらの前提要件が存することについては、規範の保護を援用する者が立証責任分配の一般原則により立証しなければならぬ。<sup>(10)</sup>

契約については、指令四条が物品及び役務給付の契約にのみ適用とするのに対し、企業と消費者間の全ての契約に適用されるが、規定文言からして、企業者間の契約、消費者間の契約、さらに、企業と消費者間の契約であっても契約が消費者にとって自己の営業上又は独立の職業上の活動に属する場合には二四 a 条は適用されない。<sup>(11)</sup>なお、約款規制法二三条一項で列記されている労働法、相続法、家族法及び会社法の適用除外は影響を蒙らない。<sup>(12)</sup>さらに、内容規制は、契約の主たる目的、物品ないしは給付と価格間の相当性には及ばない。このことは改正法上は明定されていないが、指令四条二項で明示されており、政府草案理由でも明示に言及されている。かつ、約款規制法八条では約款における給付に関する規定及び価格合意は同法の内容規制に服さない旨明定している。また、政府草案理由では、単に現行法規定を再規定しているにとどまる条項にも内容規制は及ばない旨明確にしており、この点は指令一条二文に対応するものである。<sup>(13)</sup>

## (II) 提供概念

上記のような消費者と企業間の契約に該当しても、従来の約款規制法と整合性を保つためには提供概念の検討が必要である。同法と指令においては、契約条項が当事者間で個別的に商議されている限り濫用規制はなされないとい

うことに關しては一致している。ある条項が適用範囲に入る前提条件は、指令三条二項一文では契約規定が事前に作成されていることであり、約款規制法一条一項一文では事前作成された条項であり、概念は異なるが、指令も約款規制法も、消費者が条項の内容につきなんら影響を及ぼしていないことに依拠しているといえる。したがって、この限りでは約款規制法は変更なしに維持できるといえる<sup>(14)</sup>。疑問となるのは、約款規制法では同法一条一項一文で利用者が契約相手方に事前作成された約款を「提供」することを要件としていることである。消費者を力の濫用 (Machtmissbrauch) から保護するという指令の目的から、指令では規制しうる契約条項の限界づけは、利用者の見地からではなく、消費者の見地からなされており、条項が事前作成され、消費者がその内容に何ら影響を及ぼし得ない限りで、当該条項は規制に服するものとされるのであり、指令は条項が営業者 (Gewerbetreibende) によって提供されるとかこの者に帰せられる (zurechnen) ことを全く要求していない<sup>(15)</sup>。この点からみると、中立的な者—特に公証人—によって事前作成された条項はなんら濫用規制に服さないことになろう。文言上では、指令は提供のメルクマールを含むでないから、その文言に基づいて、中立的な者によって事前作成された約款も濫用規制に服することとも可能である。かつ、第三者、ことに中立的な公証人の提案による場合を「個別的に商議されていること」と同一視しえず、正当性保障及び濫用からの充分な保護を根拠づけるものともいえない<sup>(16)</sup>。このように見解が分かれる余地がある。そこで、指令の要請を確実にするために、約款規制法では消費者契約につき事前作成された約款規制法の「提供」概念につき修正をなすことが要求される<sup>(17)</sup>。他方、立法者は、約款規制法の多数の規定が関連づけられている「利用者」はこの「提供」メルクマールによって定義されているために、約款規制法一条一項における「提供」を削除することは不可能とした<sup>(18)</sup>。約款規制法の意図された保護目的に依じて、その法効果は、利用者による契約形成の自由の一方的な利用から顧客を保護するために規定されている<sup>(19)</sup>。したがって、特定条項の組込が当事者のいずれに帰せられるかが

確定しなければならず、提供概念の削除は約款規制法の概念上不可能であるからである。ところが、指令の保護目的規定からみると、利用者のメルクマールが決定的で、提供の要件は決定的ではない。したがって、指令はこの要件なしでも成り立つといえる。指令はまさに消費者保護のために内容規制の拡張を前提としているのである。<sup>(20)</sup>そこで、指令の要請を充足しかつ中立的な者によって事前作成された約款についても内容規制が可能となるように、二四a条一号で、消費者契約において使用された約款は原則として企業によって提供されたものと看做すとされたのである。<sup>(21)</sup>本号は、誰が約款を契約に採り入れたか、つまり誰が利用者となるかに関する規定であり、一種の法律上の擬制である。<sup>(22)</sup>これによって、従来、中立的な弁護士または公証人によって事前作成された契約条項が約款規制法一条の約款概念に該当するかという問題<sup>(23)</sup>については、消費者契約においては約款規制法の規制に服することになる。<sup>(24)</sup>これは、文言上、約款が消費者によって契約に採り入れられていない限り企業によって提供されたものと看做されるのであるから、消費者契約につき企業によって提供されていず、第三者（つまり、公証人）<sup>(25)</sup>によって契約に採り入れられた場合でも、当該条項には約款規制法が適用されることを意味するからである。勿論、この擬制は例外的には適用されないこともあるが、この例外は非常に限定される。つまり、明文化されているように、消費者自身が約款を契約に採り入れた場合である。例えば、消費者が、特定の賃貸借契約書式または自動車売買に関する全ドイツ自動車クラブ（ADAC）書式を契約内容とする旨固執したときである。<sup>(26)</sup>このような場合は、消費者自身が約款を採り入れたものといえるから、企業の力濫用はなく、消費者は保護の必要性はないといえ、適用範囲が拡大しすぎるのを是正するのに不可欠な制限といえる。<sup>(27)</sup>また、消費者が弁護士又は公証人に事前作成を委託し、このような方法によって約款が契約に採り入れられた場合も約款規制法の保護は及ばない。確かに、この種の場合内容規制を及ぼす必要性があり得るとはいえるが、消費者は契約条項の内容に影響を及ぼしているといえるし、企業は力濫用しているとはいえない。<sup>(28)</sup>さらに、二四a条

一号により約款規制法一条にいう商議がなされたものとはいえないのであり、これは専ら同法一条二項の解釈問題であるが、当事者が具体的に約款条項を商議した場合も消費者契約として内容規制に服することにはならない。この点は約款規制法一条二項で明定されているが、指合上も指合三条一項及び同条二項の商議の定義からみて、この場合には消費者には保護を考慮する必要はなく、内容規制はなされないとする見地に立っているといえる。したがって、この点については指令に対応した規定は設けられていない。<sup>(30)</sup>ただし、商議といえるためには、口頭の説明又は事前作成された契約条項に関する公証人による教示では不十分で、消費者に条項の内容を変更する真の可能性が存在することを要する<sup>(31)</sup>。この場合、商議の可能性は主観的・客観的要件を満たすことが必要である。客観的条件としては、契約交渉の態様と場所、具体的交渉の期間、契約対象の複雑さの程度、契約条項及びその効果の分かり易さのようなエレメントがあげられ、主観的要件としては、企業側の交渉対応姿勢、締結された取引及び契約条項を理解し、評価する点に関する消費者の個人的能力、さらには特定取引分野における消費者の経験、教育水準、年齢、特別な認識、知的な能力 (intellektuelle Stärke) 等の具体的消費者の個人的能力が考慮されることになる。<sup>(32)</sup> いうまでもないが、かかる条件が充足された場合には、顧客である消費者が契約条項の内容に影響を及ぼすことは可能である。この場合も、企業は事前作成の利益を享受しているものとして、規制に服するというのは妥当でない。両当事者間に交渉の可能性が十全に存し、消費者が契約条項に事実上影響を及ぼしうる可能性を有するならば、条項は企業の力濫用の結果とはいえないのである。<sup>(33)</sup>

### (Ⅲ) 約款規制法の一定条項に関する特則

二四 a 条二号は、約款規制法の一定条項は特定の要件の下で消費者契約に適用されるものとする。つまり、解釈原

則である不明確原則（五条）、約款の全体または一部の組込否定及び条項の無効に関する法効果（六条）、内容規制の限界（八条）、内容規制に関する一般条項（九条）、相対的無効条項（一〇条）、絶対的無効条項（一一条）、国際的適用範囲（一二条）は、事前作成の約款につき、一回限りの利用にとどまるが、消費者がその内容に影響を及ぼすことができなかったものである限り、適用されることになる。約款規制法一条一項によると、約款概念として「多数の契約に適用するために事前作成されていること」が要件とされていたが、指令三条一項、二項によると、個別に商議されていない契約条項をすべて把握するものとされている。そこで、この「多数性」のメルクマールを削除すれば足りるというものではないので、消費者契約においては事前作成された約款の一回限りの利用でも足りることにした。<sup>34)</sup>

この結果、事前作成された個別契約も約款契約として取り扱われ、約款規制法の一定条項が適用されることになる。しかし、このような配慮は約款規制法二三条以下の使用差止請求に関する規定及び約款の組込に関する同法二条には適合しないので、一回限りでの使用であっても重要性を有する約款規制法の規定のみの適用拡大によって指令の要請に応えるものとされた。<sup>35)</sup> 個別的にいうと、不明確原則（五条）の適用拡大は、指令五条二文の点から必要となる。組込否定または条項の無効の効果に関する六条の適用拡大も、指令六条一項から必要とされる。八条ないし一条の適用は、指令の要請に依じて、一回限りの事前作成された条項の利用における濫用の判定は、約款の不当性規制と同様の基準でなされる結果をもたらす。一二条も一回限りの利用の場合に適用あることを明示したものである。<sup>37)</sup> 指令によって定められた条項の濫用性に関する基準の点についていえば、消費者の見地からは、濫用的条項が一回限りなのかそれとも多数回利用されたか又はそうであるべきかは全く重要でないし、企業の側からみても、自己の法的地位を強化するために、濫用的条項を消費者に対してのみか又はその他の者に対しても援用するかは同様に重要ではないといえる。<sup>38)</sup>

もつとも、指令三条三項及びこれを受けた付則での不正条項規定<sup>39)</sup>と約款規制法一〇条、一一条の規定とはその不当とされる条項の範囲は必ずしも一致しない。しかし、指令の付則の規定は例示とされ、E G加盟国は自由に自国法に禁止条項を採用できるとされている。既存の約款規制法一〇条、一一条の規定は相手方の保護としては十分であると考えられ、指令に対応してこれを拡張又は修正する必要はないとされた。<sup>40)</sup>ただし、改正法では採り入れられていないが、指令の不正条項カタログから法的有効性の限界を強化することが必要とされる場合が生じたときは、約款規制法一〇条、一一条の条項カタログを超えて、約款規制法九条の意味での不当性という判断が優先することになる。これは、加盟国は、E G指令に基づく国内法は指令の文言及び目的に依じて解釈すべき義務を負っているからである。さらに、指令の条項カタログは、指令起草者の見地から消費者に期待すべきでないものを示したものと見え、指令の条項カタログを一般条項の具体化に際して考慮することが妥当であるからである。<sup>41)</sup>

他方、指令四条二項、五条一文により全ての事前作成された契約条項は明確で、かつ、理解しやすい形態で作成されなければならないとされていたことを受けて、当初の草案では約款規制法三条の適用も提案されていた。これは、契約条項の明確性及び理解しやすさは約款規制法三条に基づく不意打ち的な条項の禁止に役立つものであり、三条は契約条項が一回限りの使用のために事前作成された場合であっても適用すべきとされた。<sup>42)</sup>しかし、約款規制法の改正は、指令に基づき必然的に必要となる範囲にとどめるという改正目的からみて、指令は事前作成された条項の契約への組込の範囲については規定を設けていない。指令五条一文における透明性要請が不意打ち条項の禁止の要素を含む限りで、これは二四a条に基づき適用できるものとされる約款規制法九条の範囲内で考慮されるべきとされ、最終的には、三条の適用は否定された。<sup>43)</sup>

さらに、個別合意の優先を定める約款規制法四条も適用あるものとして明定されていない。確かに、二四a条は事

前作成を前提としており、口頭の付随合意はこれに該当しないが、かかる合意は適切に事前作成された約款条項の解釈及び有効性に影響を及ぼしうるといふ事実は看過できないから、四条も消費者契約に適用否定すべきではない。だが、二四 a 条は文言上四条を指示していない。したがって、これを立法者の過誤と解し、この場合も個別合意の優先原則に基づき約款規制法四条が適用されると解するか、または、個別合意と事前作成された約款との対立関係(Sparungsverhältnis)を民法二三三条、一五七条の考慮の下で修正するか、である。後者は、民法二三三条、一五七条の下で、事実上の意欲されたものを考慮することにより個別合意の優先となる。というのは、その限りで、二四 a 条の意味における企業の一方的な形成意思だけではなく、両契約当事者の一致した意思が反映しているからである。したがって、後者の見解のほうが、原則として、明白な、契約上の意欲されたものを反映する結果をもたらすので適正であると解される。<sup>(44)</sup>

以上の約款規制法の特定条項の消費者契約への適用には、さらに、消費者が事前作成のためその内容に影響力を及ぼすことができないものであることを要する。指令も約款規制法も、いずれも消費者が条項の内容に影響を及ぼすことができないものであることを前提としているからである。<sup>(45)</sup> 約款規制法二四 a 条二号は、この消費者が契約の内容上の形成に影響を及ぼし得ないことと「事前作成」とが因果関係にあることと要求している。<sup>(46)</sup> 消費者が事前作成に基づき具体的な約款条項につき内容上の形成力をなら与えられていない場合にのみ、本条の意味での消費者契約として問題となるのである。もっとも、事前作成は影響可能性欠缺の唯一の原因であることは必要ではなく、協働的原因であれば足りる。事前作成と契約締結に至るまでその修正に応じないこととの間には必然的な結合が存するといえるからである。<sup>(47)</sup>

この契約内容に影響を及ぼし得ないことについては、まず第一に、文理解釈上、「事前」作成という「事前性」<sup>(48)</sup>が

問題とされ、時間的観点が取り上げられるが、内容的には、約款の「事前作成」は、事前作成に基づき影響を及ぼす可能性が消費者から奪われているような形態を採っていることを要する。したがって、「事前作成」の要素には、形式のみならず内容上の次元(Dimension)をも含む。つまり、この場合には、二四a条の意味における企業は契約形成の自由を一方的に自己のために利用しているということになる。<sup>(49)</sup>このように事前作成と内容形成に影響を及ぼし得ないことは相互に関連するから、事前作成されていない契約条項である場合、事前作成されているが影響可能性が存した場合、または影響可能性が欠けているが、その理由が事前作成以外の理由による場合には、約款規制法の濫用規制に服さないことになる。もちろん、このような条項も、その内容又は契約への組込の方法態様に基づき不当又は濫用的といえる場合があり得るが、これらの場合については、約款規制法ではなく、民法一三八条及び二四二条によって規制されることになる。<sup>(50)</sup>この影響可能性は、指令三条二項でも、約款規制法一条二項においても、真に実際上可能であることが意図されているとともに、ある条項の商議によって約款条項全部が商議されたことにはならず、残余条項は「事前作成された契約条項性」を失わず内容規制に服することになる。<sup>(51)</sup>

問題は、内容形成に影響を及ぼすことができたか否かは、いかなる基準で判断されるのかである。二四a条一号は「なんら影響を及ぼすことができなかった」というのであるから、そのような可能性が全く遮断されている場合に肯定される。したがって、少なくとも、企業が、消費者は事実上も約款の内容上の形成に影響を及ぼすことができる状況にあるというように、変更に応ずる用意がある旨明確に一義的に消費者に示唆したことを要する。かつ、このような変更用意のほかに、消費者に、自己自身の観念及び必要性に応じて契約内容に影響を及ぼす「現実の可能性(realie Möglichkeit)」も認容されていることを要する。<sup>(52)</sup>消費者が内容の無変更にもかかわらず事前作成された約款に任意に同意したといえるためには、企業は消費者に対して変更の用意があることを一義的に明確に示唆し、消費者

に、具体的な契約を締結する前に約款を吟味し、自己の観念及び希望に一致する限りで、内容上の変更を企てるのに十分な時間が認容されていた場合であることを要する<sup>(53)</sup>。これに反し、無変更であるが、これが消費者の企業の提供する商品の供給又は役務に対する緊急性によるもので、契約形成に事実上影響を及ぼす機会がない場合は、否定される<sup>(54)</sup>。また、影響可能性の存否の判断に際しては、企業の市場支配力、消費者の当該取引についての経験不足、具体的な強制状態などが勘案される<sup>(55)</sup>。なお、実質法上、影響の可能性が欠缺していることは約款規制法一条二項の意味における個別合意がないことと同一視できるかも一個の問題である。これにつき否定する見解もあるが、積極に解される。消費者は、その法律的ノウ・ハウが不十分であるため、通常、自己にとって不利な条項を見抜き、目的にかなった変更提案をなし、これを実施できる状態にはない。消費者は、一回限りの使用のために事前作成された契約条項が自己に提示された場合であっても、多数契約に使用されるべき契約条項の組込と同様に保護を必要とするのである。消費者契約の場合には、内容規制の除外に関する前提条件が、約款規制法の一般的適用及び商人間適用の場合よりもより厳格でなくてよいとする理由はないといえる<sup>(57)</sup>。

そして、約款規制法の保護を享受するためには、消費者は事前作成のために自己による影響可能性がなかったことを主張立証しなければならぬとされる。これは、改正法二四a条二号の文言では「……消費者が事前作成に基づいてその内容に何ら影響を及ぼし得ない限り (soweit)」とされているし、指令三条二項も「……事前作成され、消費者がそのために (therefore) ……影響を及ぼし得ない」とすることを根拠とする<sup>(58)</sup>。もっとも、この見解では、消費者に広範囲で複雑な条項が自己に提示された場合は、消費者は一応の証明の原則を援用できるとする<sup>(59)</sup>。しかし、消費者に影響を及ぼし得なかったことの立証を要求するのは疑問である。指令三条二項三文は、企業側が約款条項は個別に商議されたことを主張する場合にはその立証責任を負うと明定しているし、この立証責任負担は従来のドイツの

判例にも一致しているから、明示の制定法上の規定が存しなくとも、個別契約条項に適用されるといえる。<sup>(60)</sup>

(IV) 濫用性判断における特則

指令四条一項は、契約条項が濫用的とされる判断基準をあげているが、そこでは契約締結に付随する事情をも判断基準としてあげている。指令であげられている基準の一部は、すでに約款規制法九条による不当性規制に際して顧慮されている<sup>(61)</sup>。ただ、九条では一般化された吟味尺度(Prüfungsmassstab)と定型化された考察方法が基本とされており、指令四条一項における「契約締結に付随する事情」は基準として何ら重要な意義を付与されていない。つまり、約款規制法九条による内容規制では、具体的事案の事情、当事者の観念、当事者によって契約締結をもって追求された目的とは無関係になされる<sup>(62)</sup>。しかし、指令四条一項に従って、ドイツ法においても、消費者契約に関してはその相当性判断に際し一般化された形ばかりでなく、契約締結に付随する具体的事情も顧慮されなければならない。そこで、かかる事情も既述の一般的基準と並んで消費者契約における濫用性規制に際して取り入れることを確保するために二四a条三号が新設されたのである<sup>(63)</sup>。具体的、個別的事情としては、当事者の取引地位の力関係、消費者が条項に同意するように誘導されたか、給付が消費者の特別注文によるか、給付の必需性、消費者の知的・専門的能力、必要な教示の程度(Intensität der erforderlichen Sachaufklärung)、契約交渉の詳細などである<sup>(64)</sup>。このような個別事情の考慮は、約款規制法九条の指令に適合した解釈でも達成できるし、従来の九条による法状態を変更することにはならないともいえる<sup>(65)</sup>。ただ、明文化されたことにより、九条による濫用規制は消費者契約に際しては必然的に抽象的・一般的と具体的・個別的という二つの吟味基準でなされることになる<sup>(66)</sup>。なお、個別事情の顧慮は個別訴訟の範囲内で意義を有し団体訴訟では意味を有しない<sup>(67)</sup>。さらに、消費者契約以外の契約関係においても適用されないが、ただ、例えば、

一方契約当事者の経済的劣位において他方の契約当事者が自己の交渉地位を十全に利用する場合のように、同種の利害状況が存する場合には、類推適用することは考えられる。しかし、約款規制法の本来の概念とは異なる特別な消費者保護規定を創造するということは、消費者のための特別な新规定には狭い適用領域のみを認めるとというのが立法者の意思であるといえるから、否定的に解すべきである。<sup>(68)</sup>

(V) 濫用的条項の効果

これに関しては、加盟国の国内法で対応の手段をすることを前提として、指令六条一項一文は消費者契約における不正条項は消費者を拘束しないと規定する。これは、かかる条項において定められた消費者の負担は最初から何ら法的拘束力を有しないことを意味し、指令の保護目的からみて、この非拘束性は消費者を不公正な条項による負担から免れさせるために必要な限りで生ずるのであって、企業の義務及び消費者の権利は原則として存続する。かつ、企業は、自己の義務を免れるために、当該条項が拘束力を有しないことを援用できない。<sup>(69)</sup> この不正条項の法効果に関しては、疑問があるが、一般に約款規制法六条に何ら変更を加える必要はないとされている。<sup>(70)</sup>

問題は、濫用的条項に該当するとされた場合において、その効果は契約の全部無効をもたらすのか、それとも一部無効となるのかであるが、改正法は、この点につき約款条項の無効の効果を定める従来の約款規制法六条は消費者契約に適用されると明定しており、原則として個々の条項の無効にも関わらず契約の残余部分は有効に存続する、つまり、一部無効である。指令六条一項二文によると、契約が濫用的条項なしに存続しうるものであるときは当該条項を除いて他の条項は当事者を拘束するとされ、契約が存続しうるかは客観的見地で決定される。約款規制法六条三項は「一方当事者にとって契約の存続が要求できないほどの過酷な (unzumutbare Härte) をもたらすときは全部無効と

なる」旨規定し、この場合、「要求できないこと」に關しては原則として無効と評価された条項の利用者（企業）側のみが顧慮され、結果的には消費者の不利益に作用する。つまり、約款規制法六条三項によると、消費者が契約の存続に利益を有する場合であっても、契約上の拘束は否定されることになり、ドイツ法における消費者保護は指令よりも劣ることになる。この点で、六条三項の改正又は削除が必要となるが、改正法ではなら手当はなされていない。おそらく、本項に基づく全部無効を肯定した判例が存しないという現実の面から、ドイツ約款規制法に本質的な影響を及ぼさないとされたのであろうが、理論的には問題となる。したがって、指令の要請を実施するために本項は狭く解釈されねばならない。<sup>(73)</sup>ただし、一般的には、この「非常に過酷となる」という点については、本項の枠内で、企業利益のみならず、契約相手方の利益も考慮されねばならず、その場合には具体的契約のすべての個別事情も考慮に入れられねばならないとされるから、この見地では問題は生じないといえる。

なお、約款規制法六条二項と異なり、指令は不公正条項が消費者を拘束しないとしながらも、その場合の契約条項補充の方法については規定していない。残余契約の保持が消費者の保護を特に具体化するといえるから、非拘束とされた条項によって生じた空隙を任意法ないし補充的契約解釈で補充するのが妥当である。かつ、指令がこの点につき明示に規定をおいていないということは、空隙を補充するか否か、かついかなる方法でこれをなすかは加盟国の任意に委ねたといえる。<sup>(76)</sup>したがって、この場合、約款規制法六条二項の適用を肯定したのは適切といえる。

- (一) Referentenentwurf, BB 1995, 110 (110 f. 113). Remien, O. ZEuP 1994, 34 (49 f.) は、指令の規制範囲に適合するため  
に、約款規制法二四条を改正して、その適用を消費者—営業者間に限定し、かつ、一回限り使用される約款の規制は消費者—  
営業者間の契約にのみ適用されるものとすべき旨提案していた。

- (㉓) Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2191) ; Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 5 zu § 24 a AGBG ; Westphalen, G. F. v., EWS 1993, 161 (162) ; Wolf u. a., AGB-Gesetz, Rdn. 13 zu § 2 RLI. ; Remien, O., ZEuP 1994, 34 (38) ; Locher, H., Begriffsbestimmung und Schutzzweck nach dem AGB-Gesetz, Jus 1997, 389 (391) ; Braunfels, F., Der neue § 24 a AGBG und seine Auswirkungen auf die Inhaltskontrolle notarieller Verträge, DNotZ 1997, 356 (369).
- 約款規制法二四条における商人はHGB一条ないし六条により概念決定されるが、指令二条の売主又は供給者はこれらもはく、自由業及び非商人的職業の枠内で活動するその他の者も含む。改正法はこれを含むためであるが、企業者 (Unternehmer) への<sup>90</sup>。 Siehe Michalski, L., Änderung des AGB-Gesetzes durch die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, DB 1994, 665 (665)。
- (㉔) Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2191) ; Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 5 zu § 24 a AGBG ; Westphalen, G. F. v., EWS 1993, 161 (161) ; Locher, H., Jus 1997, 389 (391) ; Braunfels, F., DNotZ 1997, 356 (369) ; Wolf u. a., AGB-Gesetz, Rdn. 14 zu § 2 RLI.
- (㉕) Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2191) ; Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 6 zu § 24 a AGBG. 指令の法人を指すところから、この<sup>91</sup>の<sup>92</sup>の<sup>93</sup>の<sup>94</sup>の<sup>95</sup>の<sup>96</sup>の<sup>97</sup>の<sup>98</sup>の<sup>99</sup>の<sup>100</sup>の<sup>101</sup>の<sup>102</sup>の<sup>103</sup>の<sup>104</sup>の<sup>105</sup>の<sup>106</sup>の<sup>107</sup>の<sup>108</sup>の<sup>109</sup>の<sup>110</sup>の<sup>111</sup>の<sup>112</sup>の<sup>113</sup>の<sup>114</sup>の<sup>115</sup>の<sup>116</sup>の<sup>117</sup>の<sup>118</sup>の<sup>119</sup>の<sup>120</sup>の<sup>121</sup>の<sup>122</sup>の<sup>123</sup>の<sup>124</sup>の<sup>125</sup>の<sup>126</sup>の<sup>127</sup>の<sup>128</sup>の<sup>129</sup>の<sup>130</sup>の<sup>131</sup>の<sup>132</sup>の<sup>133</sup>の<sup>134</sup>の<sup>135</sup>の<sup>136</sup>の<sup>137</sup>の<sup>138</sup>の<sup>139</sup>の<sup>140</sup>の<sup>141</sup>の<sup>142</sup>の<sup>143</sup>の<sup>144</sup>の<sup>145</sup>の<sup>146</sup>の<sup>147</sup>の<sup>148</sup>の<sup>149</sup>の<sup>150</sup>の<sup>151</sup>の<sup>152</sup>の<sup>153</sup>の<sup>154</sup>の<sup>155</sup>の<sup>156</sup>の<sup>157</sup>の<sup>158</sup>の<sup>159</sup>の<sup>160</sup>の<sup>161</sup>の<sup>162</sup>の<sup>163</sup>の<sup>164</sup>の<sup>165</sup>の<sup>166</sup>の<sup>167</sup>の<sup>168</sup>の<sup>169</sup>の<sup>170</sup>の<sup>171</sup>の<sup>172</sup>の<sup>173</sup>の<sup>174</sup>の<sup>175</sup>の<sup>176</sup>の<sup>177</sup>の<sup>178</sup>の<sup>179</sup>の<sup>180</sup>の<sup>181</sup>の<sup>182</sup>の<sup>183</sup>の<sup>184</sup>の<sup>185</sup>の<sup>186</sup>の<sup>187</sup>の<sup>188</sup>の<sup>189</sup>の<sup>190</sup>の<sup>191</sup>の<sup>192</sup>の<sup>193</sup>の<sup>194</sup>の<sup>195</sup>の<sup>196</sup>の<sup>197</sup>の<sup>198</sup>の<sup>199</sup>の<sup>200</sup>の<sup>201</sup>の<sup>202</sup>の<sup>203</sup>の<sup>204</sup>の<sup>205</sup>の<sup>206</sup>の<sup>207</sup>の<sup>208</sup>の<sup>209</sup>の<sup>210</sup>の<sup>211</sup>の<sup>212</sup>の<sup>213</sup>の<sup>214</sup>の<sup>215</sup>の<sup>216</sup>の<sup>217</sup>の<sup>218</sup>の<sup>219</sup>の<sup>220</sup>の<sup>221</sup>の<sup>222</sup>の<sup>223</sup>の<sup>224</sup>の<sup>225</sup>の<sup>226</sup>の<sup>227</sup>の<sup>228</sup>の<sup>229</sup>の<sup>230</sup>の<sup>231</sup>の<sup>232</sup>の<sup>233</sup>の<sup>234</sup>の<sup>235</sup>の<sup>236</sup>の<sup>237</sup>の<sup>238</sup>の<sup>239</sup>の<sup>240</sup>の<sup>241</sup>の<sup>242</sup>の<sup>243</sup>の<sup>244</sup>の<sup>245</sup>の<sup>246</sup>の<sup>247</sup>の<sup>248</sup>の<sup>249</sup>の<sup>250</sup>の<sup>251</sup>の<sup>252</sup>の<sup>253</sup>の<sup>254</sup>の<sup>255</sup>の<sup>256</sup>の<sup>257</sup>の<sup>258</sup>の<sup>259</sup>の<sup>260</sup>の<sup>261</sup>の<sup>262</sup>の<sup>263</sup>の<sup>264</sup>の<sup>265</sup>の<sup>266</sup>の<sup>267</sup>の<sup>268</sup>の<sup>269</sup>の<sup>270</sup>の<sup>271</sup>の<sup>272</sup>の<sup>273</sup>の<sup>274</sup>の<sup>275</sup>の<sup>276</sup>の<sup>277</sup>の<sup>278</sup>の<sup>279</sup>の<sup>280</sup>の<sup>281</sup>の<sup>282</sup>の<sup>283</sup>の<sup>284</sup>の<sup>285</sup>の<sup>286</sup>の<sup>287</sup>の<sup>288</sup>の<sup>289</sup>の<sup>290</sup>の<sup>291</sup>の<sup>292</sup>の<sup>293</sup>の<sup>294</sup>の<sup>295</sup>の<sup>296</sup>の<sup>297</sup>の<sup>298</sup>の<sup>299</sup>の<sup>300</sup>の<sup>301</sup>の<sup>302</sup>の<sup>303</sup>の<sup>304</sup>の<sup>305</sup>の<sup>306</sup>の<sup>307</sup>の<sup>308</sup>の<sup>309</sup>の<sup>310</sup>の<sup>311</sup>の<sup>312</sup>の<sup>313</sup>の<sup>314</sup>の<sup>315</sup>の<sup>316</sup>の<sup>317</sup>の<sup>318</sup>の<sup>319</sup>の<sup>320</sup>の<sup>321</sup>の<sup>322</sup>の<sup>323</sup>の<sup>324</sup>の<sup>325</sup>の<sup>326</sup>の<sup>327</sup>の<sup>328</sup>の<sup>329</sup>の<sup>330</sup>の<sup>331</sup>の<sup>332</sup>の<sup>333</sup>の<sup>334</sup>の<sup>335</sup>の<sup>336</sup>の<sup>337</sup>の<sup>338</sup>の<sup>339</sup>の<sup>340</sup>の<sup>341</sup>の<sup>342</sup>の<sup>343</sup>の<sup>344</sup>の<sup>345</sup>の<sup>346</sup>の<sup>347</sup>の<sup>348</sup>の<sup>349</sup>の<sup>350</sup>の<sup>351</sup>の<sup>352</sup>の<sup>353</sup>の<sup>354</sup>の<sup>355</sup>の<sup>356</sup>の<sup>357</sup>の<sup>358</sup>の<sup>359</sup>の<sup>360</sup>の<sup>361</sup>の<sup>362</sup>の<sup>363</sup>の<sup>364</sup>の<sup>365</sup>の<sup>366</sup>の<sup>367</sup>の<sup>368</sup>の<sup>369</sup>の<sup>370</sup>の<sup>371</sup>の<sup>372</sup>の<sup>373</sup>の<sup>374</sup>の<sup>375</sup>の<sup>376</sup>の<sup>377</sup>の<sup>378</sup>の<sup>379</sup>の<sup>380</sup>の<sup>381</sup>の<sup>382</sup>の<sup>383</sup>の<sup>384</sup>の<sup>385</sup>の<sup>386</sup>の<sup>387</sup>の<sup>388</sup>の<sup>389</sup>の<sup>390</sup>の<sup>391</sup>の<sup>392</sup>の<sup>393</sup>の<sup>394</sup>の<sup>395</sup>の<sup>396</sup>の<sup>397</sup>の<sup>398</sup>の<sup>399</sup>の<sup>400</sup>の<sup>401</sup>の<sup>402</sup>の<sup>403</sup>の<sup>404</sup>の<sup>405</sup>の<sup>406</sup>の<sup>407</sup>の<sup>408</sup>の<sup>409</sup>の<sup>410</sup>の<sup>411</sup>の<sup>412</sup>の<sup>413</sup>の<sup>414</sup>の<sup>415</sup>の<sup>416</sup>の<sup>417</sup>の<sup>418</sup>の<sup>419</sup>の<sup>420</sup>の<sup>421</sup>の<sup>422</sup>の<sup>423</sup>の<sup>424</sup>の<sup>425</sup>の<sup>426</sup>の<sup>427</sup>の<sup>428</sup>の<sup>429</sup>の<sup>430</sup>の<sup>431</sup>の<sup>432</sup>の<sup>433</sup>の<sup>434</sup>の<sup>435</sup>の<sup>436</sup>の<sup>437</sup>の<sup>438</sup>の<sup>439</sup>の<sup>440</sup>の<sup>441</sup>の<sup>442</sup>の<sup>443</sup>の<sup>444</sup>の<sup>445</sup>の<sup>446</sup>の<sup>447</sup>の<sup>448</sup>の<sup>449</sup>の<sup>450</sup>の<sup>451</sup>の<sup>452</sup>の<sup>453</sup>の<sup>454</sup>の<sup>455</sup>の<sup>456</sup>の<sup>457</sup>の<sup>458</sup>の<sup>459</sup>の<sup>460</sup>の<sup>461</sup>の<sup>462</sup>の<sup>463</sup>の<sup>464</sup>の<sup>465</sup>の<sup>466</sup>の<sup>467</sup>の<sup>468</sup>の<sup>469</sup>の<sup>470</sup>の<sup>471</sup>の<sup>472</sup>の<sup>473</sup>の<sup>474</sup>の<sup>475</sup>の<sup>476</sup>の<sup>477</sup>の<sup>478</sup>の<sup>479</sup>の<sup>480</sup>の<sup>481</sup>の<sup>482</sup>の<sup>483</sup>の<sup>484</sup>の<sup>485</sup>の<sup>486</sup>の<sup>487</sup>の<sup>488</sup>の<sup>489</sup>の<sup>490</sup>の<sup>491</sup>の<sup>492</sup>の<sup>493</sup>の<sup>494</sup>の<sup>495</sup>の<sup>496</sup>の<sup>497</sup>の<sup>498</sup>の<sup>499</sup>の<sup>500</sup>の<sup>501</sup>の<sup>502</sup>の<sup>503</sup>の<sup>504</sup>の<sup>505</sup>の<sup>506</sup>の<sup>507</sup>の<sup>508</sup>の<sup>509</sup>の<sup>510</sup>の<sup>511</sup>の<sup>512</sup>の<sup>513</sup>の<sup>514</sup>の<sup>515</sup>の<sup>516</sup>の<sup>517</sup>の<sup>518</sup>の<sup>519</sup>の<sup>520</sup>の<sup>521</sup>の<sup>522</sup>の<sup>523</sup>の<sup>524</sup>の<sup>525</sup>の<sup>526</sup>の<sup>527</sup>の<sup>528</sup>の<sup>529</sup>の<sup>530</sup>の<sup>531</sup>の<sup>532</sup>の<sup>533</sup>の<sup>534</sup>の<sup>535</sup>の<sup>536</sup>の<sup>537</sup>の<sup>538</sup>の<sup>539</sup>の<sup>540</sup>の<sup>541</sup>の<sup>542</sup>の<sup>543</sup>の<sup>544</sup>の<sup>545</sup>の<sup>546</sup>の<sup>547</sup>の<sup>548</sup>の<sup>549</sup>の<sup>550</sup>の<sup>551</sup>の<sup>552</sup>の<sup>553</sup>の<sup>554</sup>の<sup>555</sup>の<sup>556</sup>の<sup>557</sup>の<sup>558</sup>の<sup>559</sup>の<sup>560</sup>の<sup>561</sup>の<sup>562</sup>の<sup>563</sup>の<sup>564</sup>の<sup>565</sup>の<sup>566</sup>の<sup>567</sup>の<sup>568</sup>の<sup>569</sup>の<sup>570</sup>の<sup>571</sup>の<sup>572</sup>の<sup>573</sup>の<sup>574</sup>の<sup>575</sup>の<sup>576</sup>の<sup>577</sup>の<sup>578</sup>の<sup>579</sup>の<sup>580</sup>の<sup>581</sup>の<sup>582</sup>の<sup>583</sup>の<sup>584</sup>の<sup>585</sup>の<sup>586</sup>の<sup>587</sup>の<sup>588</sup>の<sup>589</sup>の<sup>590</sup>の<sup>591</sup>の<sup>592</sup>の<sup>593</sup>の<sup>594</sup>の<sup>595</sup>の<sup>596</sup>の<sup>597</sup>の<sup>598</sup>の<sup>599</sup>の<sup>600</sup>の<sup>601</sup>の<sup>602</sup>の<sup>603</sup>の<sup>604</sup>の<sup>605</sup>の<sup>606</sup>の<sup>607</sup>の<sup>608</sup>の<sup>609</sup>の<sup>610</sup>の<sup>611</sup>の<sup>612</sup>の<sup>613</sup>の<sup>614</sup>の<sup>615</sup>の<sup>616</sup>の<sup>617</sup>の<sup>618</sup>の<sup>619</sup>の<sup>620</sup>の<sup>621</sup>の<sup>622</sup>の<sup>623</sup>の<sup>624</sup>の<sup>625</sup>の<sup>626</sup>の<sup>627</sup>の<sup>628</sup>の<sup>629</sup>の<sup>630</sup>の<sup>631</sup>の<sup>632</sup>の<sup>633</sup>の<sup>634</sup>の<sup>635</sup>の<sup>636</sup>の<sup>637</sup>の<sup>638</sup>の<sup>639</sup>の<sup>640</sup>の<sup>641</sup>の<sup>642</sup>の<sup>643</sup>の<sup>644</sup>の<sup>645</sup>の<sup>646</sup>の<sup>647</sup>の<sup>648</sup>の<sup>649</sup>の<sup>650</sup>の<sup>651</sup>の<sup>652</sup>の<sup>653</sup>の<sup>654</sup>の<sup>655</sup>の<sup>656</sup>の<sup>657</sup>の<sup>658</sup>の<sup>659</sup>の<sup>660</sup>の<sup>661</sup>の<sup>662</sup>の<sup>663</sup>の<sup>664</sup>の<sup>665</sup>の<sup>666</sup>の<sup>667</sup>の<sup>668</sup>の<sup>669</sup>の<sup>670</sup>の<sup>671</sup>の<sup>672</sup>の<sup>673</sup>の<sup>674</sup>の<sup>675</sup>の<sup>676</sup>の<sup>677</sup>の<sup>678</sup>の<sup>679</sup>の<sup>680</sup>の<sup>681</sup>の<sup>682</sup>の<sup>683</sup>の<sup>684</sup>の<sup>685</sup>の<sup>686</sup>の<sup>687</sup>の<sup>688</sup>の<sup>689</sup>の<sup>690</sup>の<sup>691</sup>の<sup>692</sup>の<sup>693</sup>の<sup>694</sup>の<sup>695</sup>の<sup>696</sup>の<sup>697</sup>の<sup>698</sup>の<sup>699</sup>の<sup>700</sup>の<sup>701</sup>の<sup>702</sup>の<sup>703</sup>の<sup>704</sup>の<sup>705</sup>の<sup>706</sup>の<sup>707</sup>の<sup>708</sup>の<sup>709</sup>の<sup>710</sup>の<sup>711</sup>の<sup>712</sup>の<sup>713</sup>の<sup>714</sup>の<sup>715</sup>の<sup>716</sup>の<sup>717</sup>の<sup>718</sup>の<sup>719</sup>の<sup>720</sup>の<sup>721</sup>の<sup>722</sup>の<sup>723</sup>の<sup>724</sup>の<sup>725</sup>の<sup>726</sup>の<sup>727</sup>の<sup>728</sup>の<sup>729</sup>の<sup>730</sup>の<sup>731</sup>の<sup>732</sup>の<sup>733</sup>の<sup>734</sup>の<sup>735</sup>の<sup>736</sup>の<sup>737</sup>の<sup>738</sup>の<sup>739</sup>の<sup>740</sup>の<sup>741</sup>の<sup>742</sup>の<sup>743</sup>の<sup>744</sup>の<sup>745</sup>の<sup>746</sup>の<sup>747</sup>の<sup>748</sup>の<sup>749</sup>の<sup>750</sup>の<sup>751</sup>の<sup>752</sup>の<sup>753</sup>の<sup>754</sup>の<sup>755</sup>の<sup>756</sup>の<sup>757</sup>の<sup>758</sup>の<sup>759</sup>の<sup>760</sup>の<sup>761</sup>の<sup>762</sup>の<sup>763</sup>の<sup>764</sup>の<sup>765</sup>の<sup>766</sup>の<sup>767</sup>の<sup>768</sup>の<sup>769</sup>の<sup>770</sup>の<sup>771</sup>の<sup>772</sup>の<sup>773</sup>の<sup>774</sup>の<sup>775</sup>の<sup>776</sup>の<sup>777</sup>の<sup>778</sup>の<sup>779</sup>の<sup>780</sup>の<sup>781</sup>の<sup>782</sup>の<sup>783</sup>の<sup>784</sup>の<sup>785</sup>の<sup>786</sup>の<sup>787</sup>の<sup>788</sup>の<sup>789</sup>の<sup>790</sup>の<sup>791</sup>の<sup>792</sup>の<sup>793</sup>の<sup>794</sup>の<sup>795</sup>の<sup>796</sup>の<sup>797</sup>の<sup>798</sup>の<sup>799</sup>の<sup>800</sup>の<sup>801</sup>の<sup>802</sup>の<sup>803</sup>の<sup>804</sup>の<sup>805</sup>の<sup>806</sup>の<sup>807</sup>の<sup>808</sup>の<sup>809</sup>の<sup>810</sup>の<sup>811</sup>の<sup>812</sup>の<sup>813</sup>の<sup>814</sup>の<sup>815</sup>の<sup>816</sup>の<sup>817</sup>の<sup>818</sup>の<sup>819</sup>の<sup>820</sup>の<sup>821</sup>の<sup>822</sup>の<sup>823</sup>の<sup>824</sup>の<sup>825</sup>の<sup>826</sup>の<sup>827</sup>の<sup>828</sup>の<sup>829</sup>の<sup>830</sup>の<sup>831</sup>の<sup>832</sup>の<sup>833</sup>の<sup>834</sup>の<sup>835</sup>の<sup>836</sup>の<sup>837</sup>の<sup>838</sup>の<sup>839</sup>の<sup>840</sup>の<sup>841</sup>の<sup>842</sup>の<sup>843</sup>の<sup>844</sup>の<sup>845</sup>の<sup>846</sup>の<sup>847</sup>の<sup>848</sup>の<sup>849</sup>の<sup>850</sup>の<sup>851</sup>の<sup>852</sup>の<sup>853</sup>の<sup>854</sup>の<sup>855</sup>の<sup>856</sup>の<sup>857</sup>の<sup>858</sup>の<sup>859</sup>の<sup>860</sup>の<sup>861</sup>の<sup>862</sup>の<sup>863</sup>の<sup>864</sup>の<sup>865</sup>の<sup>866</sup>の<sup>867</sup>の<sup>868</sup>の<sup>869</sup>の<sup>870</sup>の<sup>871</sup>の<sup>872</sup>の<sup>873</sup>の<sup>874</sup>の<sup>875</sup>の<sup>876</sup>の<sup>877</sup>の<sup>878</sup>の<sup>879</sup>の<sup>880</sup>の<sup>881</sup>の<sup>882</sup>の<sup>883</sup>の<sup>884</sup>の<sup>885</sup>の<sup>886</sup>の<sup>887</sup>の<sup>888</sup>の<sup>889</sup>の<sup>890</sup>の<sup>891</sup>の<sup>892</sup>の<sup>893</sup>の<sup>894</sup>の<sup>895</sup>の<sup>896</sup>の<sup>897</sup>の<sup>898</sup>の<sup>899</sup>の<sup>900</sup>の<sup>901</sup>の<sup>902</sup>の<sup>903</sup>の<sup>904</sup>の<sup>905</sup>の<sup>906</sup>の<sup>907</sup>の<sup>908</sup>の<sup>909</sup>の<sup>910</sup>の<sup>911</sup>の<sup>912</sup>の<sup>913</sup>の<sup>914</sup>の<sup>915</sup>の<sup>916</sup>の<sup>917</sup>の<sup>918</sup>の<sup>919</sup>の<sup>920</sup>の<sup>921</sup>の<sup>922</sup>の<sup>923</sup>の<sup>924</sup>の<sup>925</sup>の<sup>926</sup>の<sup>927</sup>の<sup>928</sup>の<sup>929</sup>の<sup>930</sup>の<sup>931</sup>の<sup>932</sup>の<sup>933</sup>の<sup>934</sup>の<sup>935</sup>の<sup>936</sup>の<sup>937</sup>の<sup>938</sup>の<sup>939</sup>の<sup>940</sup>の<sup>941</sup>の<sup>942</sup>の<sup>943</sup>の<sup>944</sup>の<sup>945</sup>の<sup>946</sup>の<sup>947</sup>の<sup>948</sup>の<sup>949</sup>の<sup>950</sup>の<sup>951</sup>の<sup>952</sup>の<sup>953</sup>の<sup>954</sup>の<sup>955</sup>の<sup>956</sup>の<sup>957</sup>の<sup>958</sup>の<sup>959</sup>の<sup>960</sup>の<sup>961</sup>の<sup>962</sup>の<sup>963</sup>の<sup>964</sup>の<sup>965</sup>の<sup>966</sup>の<sup>967</sup>の<sup>968</sup>の<sup>969</sup>の<sup>970</sup>の<sup>971</sup>の<sup>972</sup>の<sup>973</sup>の<sup>974</sup>の<sup>975</sup>の<sup>976</sup>の<sup>977</sup>の<sup>978</sup>の<sup>979</sup>の<sup>980</sup>の<sup>981</sup>の<sup>982</sup>の<sup>983</sup>の<sup>984</sup>の<sup>985</sup>の<sup>986</sup>の<sup>987</sup>の<sup>988</sup>の<sup>989</sup>の<sup>990</sup>の<sup>991</sup>の<sup>992</sup>の<sup>993</sup>の<sup>994</sup>の<sup>995</sup>の<sup>996</sup>の<sup>997</sup>の<sup>998</sup>の<sup>999</sup>の<sup>1000</sup>の<sup>1001</sup>の<sup>1002</sup>の<sup>1003</sup>の<sup>1004</sup>の<sup>1005</sup>の<sup>1006</sup>の<sup>1007</sup>の<sup>1008</sup>の<sup>1009</sup>の<sup>1010</sup>の<sup>1011</sup>の<sup>1012</sup>の<sup>1013</sup>の<sup>1014</sup>の<sup>1015</sup>の<sup>1016</sup>の<sup>1017</sup>の<sup>1018</sup>の<sup>1019</sup>の<sup>1020</sup>の<sup>1021</sup>の<sup>1022</sup>の<sup>1023</sup>の<sup>1024</sup>の<sup>1025</sup>の<sup>1026</sup>の<sup>1027</sup>の<sup>1028</sup>の<sup>1029</sup>の<sup>1030</sup>の<sup>1031</sup>の<sup>1032</sup>の<sup>1033</sup>の<sup>1034</sup>の<sup>1035</sup>の<sup>1036</sup>の<sup>1037</sup>の<sup>1038</sup>の<sup>1039</sup>の<sup>1040</sup>の<sup>1041</sup>の<sup>1042</sup>の<sup>1043</sup>の<sup>1044</sup>の<sup>1045</sup>の<sup>1046</sup>の<sup>1047</sup>の<sup>1048</sup>の<sup>1049</sup>の<sup>1050</sup>の<sup>1051</sup>の<sup>1052</sup>の<sup>1053</sup>の<sup>1054</sup>の<sup>1055</sup>の<sup>1056</sup>の<sup>1057</sup>の<sup>1058</sup>の<sup>1059</sup>の<sup>1060</sup>の<sup>1061</sup>の<sup>1062</sup>の<sup>1063</sup>の<sup>1064</sup>の<sup>1065</sup>の<sup>1066</sup>の<sup>1067</sup>の<sup>1068</sup>の<sup>1069</sup>の<sup>1070</sup>の<sup>1071</sup>の<sup>1072</sup>の<sup>1073</sup>の<sup>1074</sup>の<sup>1075</sup>の<sup>1076</sup>の<sup>1077</sup>の<sup>1078</sup>の<sup>1079</sup>の<sup>1080</sup>の<sup>1081</sup>の<sup>1082</sup>の<sup>1083</sup>の<sup>1084</sup>の<sup>1085</sup>の<sup>1086</sup>の<sup>1087</sup>の<sup>1088</sup>の<sup>1089</sup>の<sup>1090</sup>の<sup>1091</sup>の<sup>1092</sup>の<sup>1093</sup>の<sup>1094</sup>の<sup>1095</sup>の<sup>1096</sup>の<sup>1097</sup>の<sup>1098</sup>の<sup>1099</sup>の<sup>1100</sup>の<sup>1101</sup>の<sup>1102</sup>の<sup>1103</sup>の<sup>1104</sup>の<sup>1105</sup>の<sup>1106</sup>の<sup>1107</sup>の<sup>1108</sup>の<sup>1109</sup>の<sup>1110</sup>の<sup>1111</sup>の<sup>1112</sup>の<sup>1113</sup>の<sup>1114</sup>の<sup>1115</sup>の<sup>1116</sup>の<sup>1117</sup>の<sup>1118</sup>の<sup>1119</sup>の<sup>1120</sup>の<sup>1121</sup>の<sup>1122</sup>の<sup>1123</sup>の<sup>1124</sup>の<sup>1125</sup>の<sup>1126</sup>の<sup>1127</sup>の<sup>1128</sup>の<sup>1129</sup>の<sup>1130</sup>の<sup>1131</sup>の<sup>1132</sup>の<sup>1133</sup>の<sup>1134</sup>の<sup>1135</sup>の<sup>1136</sup>の<sup>1137</sup>の<sup>1138</sup>の<sup>1139</sup>の<sup>1140</sup>の<sup>1141</sup>の<sup>1142</sup>の<sup>1143</sup>の<sup>1144</sup>の<sup>1145</sup>の<sup>1146</sup>の<sup>1147</sup>の<sup>1148</sup>の<sup>1149</sup>の<sup>1150</sup>の<sup>1151</sup>の<sup>1152</sup>の<sup>1153</sup>の<sup>1154</sup>の<sup>1155</sup>の<sup>1156</sup>の<sup>1157</sup>の<sup>1158</sup>の<sup>1159</sup>の<sup>1160</sup>の<sup>1161</sup>の<sup>1162</sup>の<sup>1163</sup>の<sup>1164</sup>の<sup>1165</sup>の<sup>1166</sup>の<sup>1167</sup>の<sup>1168</sup>の<sup>1169</sup>の<sup>1170</sup>の<sup>1171</sup>の<sup>1172</sup>の<sup>1173</sup>の<sup>1174</sup>の<sup>1175</sup>の<sup>1176</sup>の<sup>1177</sup>の<sup>1178</sup>の<sup>1179</sup>の<sup>1180</sup>の<sup>1181</sup>の<sup>1182</sup>の<sup>1183</sup>の<sup>1184</sup>の<sup>1185</sup>の<sup>1186</sup>の<sup>1187</sup>の<sup>1188</sup>の<sup>1189</sup>の<sup>1190</sup>の<sup>1191</sup>の<sup>1192</sup>の<sup>1193</sup>の<sup>1194</sup>の<sup>1195</sup>の<sup>1196</sup>の<sup>1197</sup>の<sup>1198</sup>の<sup>1199</sup>の<sup>1200</sup>の<sup>1201</sup>の<sup>1202</sup>の<sup>1203</sup>の<sup>1204</sup>の<sup>1205</sup>の<sup>1206</sup>の<sup>1207</sup>の<sup>1208</sup>の<sup>1209</sup>の<sup>1210</sup>の<sup>1211</sup>の<sup>1212</sup>の<sup>1213</sup>の<sup>1214</sup>の<sup>1215</sup>の<sup>1216</sup>の<sup>1217</sup>の<sup>1218</sup>の<sup>1219</sup>の<sup>1220</sup>の<sup>1221</sup>の<sup>1222</sup>の<sup>1223</sup>の<sup>1224</sup>の<sup>1225</sup>の<sup>1226</sup>の<sup>1227</sup>の<sup>1228</sup>の<sup>1229</sup>の<sup>1230</sup>の<sup>1231</sup>の<sup>1232</sup>の<sup>1233</sup>の<sup>1234</sup>の<sup>1235</sup>の<sup>1236</sup>の<sup>1237</sup>の<sup>1238</sup>の<sup>1239</sup>の<sup>1240</sup>の

- (6) Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2191); ders., NJW 1995, 153 (159); Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 6 zu § 24 a AGBG; Hoppert, R., Änderung des AGB-Gesetzes im Hinblick auf Verbraucherverträge, NWB 1996, Fach 19, 2243 (2244); Locher, H., Jus 1997, 389 (391). この場合、消費者が物品を扱うその領域でも使用できる(双方向性利用 dual use)場合は、指令二条の号に適合した契約自治的 (vertragsautonomie) 解釈を考慮して、常に二四 a 条が適用可能であるとされねばならないとする見解もある。これは、二四 a 条で規定されている企業と消費者の概念は指令二条 b 号、c 号に従って規定されたものであり、その結果、二四 a 条は、消費者側についていえば、締結された契約の目的及び目標設定 (Ziel- und Zwecksetzung) が、明らかにかつ専ら消費者の営業上又は独立の職業上の活動に入るものとされねばならない場合にも、その適用が否定されることとなるからであるとする。Westphalen, G. F. v., BB 1996, 2101 (2101).
- (9) Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2191); Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 7 zu § 24 a AGBG. Siehe auch BGH 14. 5. 1992 BGHZ118, 229 (238) (約款に該項を規定せしむること) ; BGH 21. 11. 1995 NJW 1996, 388 (389) (約款規制法九条に該項) .
- (11) Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1391). 指令と同様であるからして Eckert, H.-W., WM 1993, 1070 (1071). 指令によって詳細は、Siehe Wolf u. a., AGB-Gesetz, Rdn. 22 ff. zu § 1 Rili. ただし、企業の一方的法律行為(例えば、企業により授与された代理権の制限)が約款規制法に基づく内容規制に服するかという問題については、一般に、従来の約款規制法に基づく内容規制の根拠は、企業が約款の事前作成によって自身の法律行為上の内容形成力のみならず、自己の契約相手方の内容形成力をも利用している点に求められるとされ、企業により授与された代理権のような場合には、契約相手方の形成力の侵害が欠けているため、約款規制法一条に該当しないとされている。しかし、約款規制法二四 a 条の適用範囲では、積極に解される。消費者契約においては、内容規制は、契約関係に影響を及ぼすすべての法律行為上の規定に及び、規定が消費者の形成力を侵害したか否かに依存しないからである。Heinrichs, H., NJW 1997, 1407 (1408); Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 7 zu § 24 a AGBG.
- (12) 詳細は、Siehe Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2191 f.); Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1391). Council Directive 93/13/EEC OJ L95 p. 30 の明記を。

- (13) Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1391); Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 5.
- (14) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 5.
- (15) Kapnopoulou, E. N., aao. S. 88.
- (16) Heinrichs, H., NJW 1995, 153 (158).
- (17) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 5. 約款規制法を指令に適合させるために、立法段階で、提供概念の削除を主張したのと同じく Siehe Frey, K., Wie ändert sich das AGB-Gesetz?, ZIP 1993, 572 (575, 577). 同様に Ulmer, P., EuZW 1993, 337 (342) は、指令が消費者を売主又は役務提供者の濫用、ことに売主によって一方的に定められた標準契約からの保護、かつ、契約における権利の一方的な排除から保護することを理由とするものである点から、「提供」概念を削除する必要はないとする。
- (18) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 7. Siehe Klaas, C., Zur EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. "Stellen" von AGB, insbesondere Inhaltskontrolle notarieller Verbraucherverträge?, FS für H. E. Brandner, 1996, 247.
- (19) したがって、当該契約当事者の相対的力の強さ及び制定法と異なる条項を実施する可能性に関する事情は約款定義上原則として不必要とされる。 Ulmer u. a., AGBG, RdM. 8 zu § 1; Locher, H., Jus 1997, 389 (391).
- (20) Hoppen, R., NWB 1996, Fach 19, 2243 (2245). Remien, O., ZEuP 1994, 34 (50) は、指令は、本来的に個別的に交渉されていない条項を把握するものであり、第三者によって事前に作成された契約も個別的に交渉されていないといえ、しかも、個別的に交渉された契約と同様の正当性保障を有するとはいえないとして、約款規制法における「提供」の固執は不要とする。
- (21) Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 8 zu § 24 a AGBG は、これによって、公証人の地位は原則として弱体化されるのではなく、むしろ強化される。公証人は、法取引を濫用的な定型化された契約條款から解放することを保障する制度の枠内に組み込まれるのであるとする。
- (22) Westphalen, G. F. v., BB 1996, 2101 (2101). Ders., aao. S. 2102 は、二四 a 条一号の規定により、約款規制法一条一項

と指令との決定的な対立点が解消されたといえるとする。もっとも、指令三条二項は事前に作成され、このため消費者がその内容につき何ら影響を及ぼし得なかった場合に消費者保護を認める点で、実質的な基準に立っていると見え、二四一条一号は形式的基準をとっているといえるが、同条二号で実質的基準をも採用しているといえるので、指令に合致したものと見える。Heinrichs, H., NJW 1993, 1817 (1819) は、個別的に商議されていないが濫用的な条項が、企業の提案ではなく、第三者の提案で契約内容となっている場合には、消費者はこの条項を甘受すべきとするのは保護目的に合致しないと見る。

(23) 公証人につき従来の法状態を詳論したものととして、Braunfels, F., DNotZ 1997, 356 (359 f.).

(24) このことは、企業自身がこれらの者に委託し、これらの者が事前作成につき「中立的」と看做されるべき場合であっても突如たる。Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1391). 中立的な者の場合につき、改正法を肯定する見解と「中立的」と看做されるべき場合であっても、NJW 1993, 1817 (1818 f.); ders., Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung, NJW 1995, 153 (157 f.). 修正を不要とする見解と「中立的」と看做されるべき場合であっても、C. FS für H. E. Brandner, 1996, S. 247 (250); Eckert, H.-W., Der Referententwurf zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1994, 1986 (1987); ders., Regierungsentwurf zum Änderung des AGB-Gesetzes, ZIP 1995, 1460 (1461); Bericht, BT-Drucksache 13/4699, S. 5 は、約款が中立的な者により採り入れられた場合は、約款を看做されないとする。Klaas, C., FS für H. E. Brandner, S. 254 f. は、指令が事実上の交渉を要求していないし、公証人は両当事者に対して中立的立場に立つことを看過すべきでなく、かつ、指令は一般的契約正当性の保持を目的とするのではなく、企業の、事前作成による一方的な利益追求からの保護を目的とするもので、原則として公証人などの場合は消費者による影響可能性は肯定でき、第三者約款も内容規制に服すると一般化するのとは妥当でないとする。Braunfels, F., DNotZ 1997, 356 (372 f.) も、提供概念が削除されたから、公証人により事前作成された契約条項にも、約款規制法の内容規制が及ぶことは肯定されるが、消費者による契約条項への影響可能性が真に存する限りでは内容規制は排除されるのであり、公証人の場合は企業と異なり慎重な配慮を要すると指摘する。

(25) Brandner, H. E., Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen, MDR 1997, 312 (312).

- (26) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 7.
- (27) Hoppen, R., NWB 1996, Fach 19, 2243 (2245).
- (28) Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1392). なお、消費者が委託した弁護士などが消費者に不利な条項を作成することも考えられるが、この場合も約款規制法の保護を享受できない。消費者はこれらの者に損害賠償を請求できるし、なによりも、自己に不利な条項は自己の責めに帰せらるべきであるからである。Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1392).
- (29) 指令三条における「商議されていない」は正確には「個別的に交渉されていない」(not individually negotiated)であるが、当初は、交渉されていたか否かを問わず、いずれも内容規制に服するとされていたが、一九九二年の修正案で商議されたか否かで規制基準が異なるものとされた。つまり、同修正案三条で商議されていない条項を取り扱い、同四条で個々の商議されたか否かを問わず、全ての条項に適用される一般的規制を定めた。そこでは、消費者のより効果的な保護は、不公正条項に関してはそれらのすべてに適用されるべき法原則を採用することによって達成できる。他方、この点に関しては、個別的に交渉された条項と交渉されていない条項とを区別すべきであるとされたのである。最終的には、消費者のより効果的な保護は不公正な条項の問題につき統一的な法原則を採用することによって達成されうるとされ、商議された条項の規制は削除された。これらの点については、 Cf. Amended proposal for a Council Directive on unfair terms in consumer contracts, COM (92) 66 final—SYN 285, OJ C 73/7 (8) and Articles 3, 4; Council Directive 93/13/EEC, OJ L 95/29 (30) and Article 3; Kapnopoulos, E. N., aao, S. 89.
- (30) Hoppen, R., NWB 1996, Fach 19, 2243 (2245 f.).
- (31) Eckert, H.-W., ZIP 1996, 1238 (1240); Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 9 zu § 24 a AGBG, 指令の「若く」 siehe Kapnopoulos, E. N., aao, S. 90 f.
- (32) 指令の「若く」は「若く」 Kapnopoulos, E. N., aao, S. 91 f.
- (33) Siehe Kapnopoulos, E. N., aao, S. 93 f.
- (34) 立法段階で早くから「多数性」の削除が主張されていた。Siehe Frey, K., ZIP 1993, 572 (576, 578, 579). 近時の判例で、

約款規制法二条一項にいう「約款」に該当するためには、多数契約のために事前作成されていることを要することを詳論したものである。BGH 26. 7. 1996 DB 1996, 89.

(35) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 7. Siehe auch Bericht, BT-Drucksache 13/4699, S. 5 (SPD の見解); Eckert, H.-W., WM 1993, 1070 (1074), Hoppert, R., EWB 1996, Fach 19, 2243 (2246). Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1392) は、約款規制法二条は約款の合理化機能を保持しようとするものであり、商取引が不必要に形式上の要件で負担を課されるべきでないといえるし、二三条以下の規定も大量的な利用の場合に意味を有するといえるし、かつ、公示(Publizität)及び第三者作用(Drittwirkung)に関する規定も抽象的コントロールが他人による利用に対して広く有効であることを前提としているとして、二三条及び一三条以下の規定を適用しない改正法の立場に賛成する。他方 Westphalen, G. F. v., BB 1996, 2101 (2104) は、一回限りであっても、約款規制法二条にしたがって有効に組み込まれていることを要するものであり、このことは、全く自明のことであるとして、当然の適用を肯定するが、この見解は疑問である。

(36) 不明確原則の適用は、消費者側に、条項形成につき影響力を行使していない点から、条項形成に何ら共同責任を問えないからである。ありうる不明確性の危険は条項を形成した者が負担せねばならない。したがって、解釈によって除去し得ない疑問にについては、消費者の利益にと条項は解釈されるのである。Schmidt-Salzer, J., Transformation der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in deutsches Recht und AGB-Gesetz, BB 1995, 733 (736). なる、ders., BB 1995, 733 (736 f.) は、解釈原則につき指令は不明確原則以外に何ら言及していないが、指令は個別的解釈原則を基準としており、約款においても抽象的一般的解釈ではなく、個別的解釈をとるべきことを強調する。

(37) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 7.

(88) Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1392). Siehe auch Eckert, H.-W., ZIP 1996, 1238 (1240); Wolf u. a., AGB-Gesetz, RdM. 3 zu § 2 RLI は、指令は保護を市場取引 (Marktgeschäften) における特定の役割に結合しているので、内容規制上、約款と個別合意間の区別は決定的ではなく、個別合意上の消費者にも保護を拡張しているのはそれなりに首尾一貫しており、かつ、約款における濫用的な契約形成の代わりに役割に結合したことは、個別合意も対象とした点を除けば原則的な概念変更をもた

らすものではなく、同一の基本問題につき視点が異なるにとどまる。つまり、約款規制法でも指令においても、内容規制の本来的動機根拠となっているのは自己の責任と帰責されうる商議が欠けていることであると指摘する。

改正法制定前であるが、一回限りの使用は約款規制法一条における約款概念と整合しないことを強く指摘するものとして、  
Siehe Niebling, J, EWS 1995, 185 (186).

(39) 指令は、規制につき個別事案の全事情を考慮して個別的具体的になすことを原則としており、付則にあげられた不公正条項も不均衡の存在を推定するものとされる<sup>14)</sup>とある。Siehe Kapnoulou, E. N., aao. S. 139 f.

(40) これらの点につき、改正前の約款規制法につき論じたものもあるが、Siehe Eckert, H.-W., WM 1993, 1070 (1076).

(41) Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1390).

(42) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 7.

(43) Bericht, BT-Drucksache 3/4699, S. 6. Siehe auch Eckert, H.-W., ZIP 1996, 1238 (1240), Brandner, H. E., MDR 1997, 312 (313). Heinrichs, H., Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, FS für R. Trinkner, 1995, S. 171 ff., u. ders., NJW 1996, 2190 (2193) は、指令五条一文にいう透明性原則は立案過程及び条文の構造上からみて契約締結の段階での適用を意図するものであるし、ドイツ法上でもこの透明性原則は約款規制法九条のみならず、二条一項二号にその根拠を求めることができ、理解困難で不意討ち的な条項から消費者を保護するということは、透明性原則に反する条項が一回かそれとも三回使用されるべきに依存するものではない。このような評価見地からすると、改正法が約款規制法一条及び二条の適用を否定したのは疑問であるとする。Siehe auch Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 14 zu § 24 a AGBG.

(44) Westphalen, G. F. v., BB 1996, 2101 (2104).

(45) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 5.

(46) Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1392); Westphalen, G. F. v., BB 1996, 2101 (2102); Eckert, H.-W., ZIP 1996, 1238 (1240). Wolf, M., Die Vorformulierung als Voraussetzung der Inhaltskontrolle, FS für H. E. Brandner, 1996, S. 301 <sup>14)</sup>

このような構造は指令に立脚するものであるが、事前に起草されていることを事前作成と同一視するならば、事前作成とこれに基づき影響可能性が欠けていることは、具体的に商議が欠けていることの根拠とはなるといえるが、商議は事前作成のみならず、その他の理由からも排除されうるものであると指摘する。Damm, R., JZ 1994, 161 (165 f.) も、契約交渉における力の格差を強調する。

(47) Wolf, M., FS für H. E. Brandner, S. 304.

(48) 「事前性」がいつの時点をいつかについては、契約交渉開始の前、具体的交渉についての契約相手方の見解表明の時点または単に前もってなされている定型化された書面の受領時点とが考えられるが、事前作成の概念が設けられた目的との関連で考えるべきである。この目的は、内容規制の前提条件としての一方的な契約内容形成力を捉えることにある。この一方的形成力は、事前準備の利益の享受のみならず、経済的またはその他の力状況に基づいても生じる。このような一方的形成力の生じる事由をも事前作成の概念でもって把握するために、定型化が契約相手方の意思表示前前 (vor der Anhörung und Außertung) になされていることにより一方性が発現していると考えるのが適切といえる。したがって、事前作成といえるためには、企業がその定型化によって契約相手方の観念を考慮に入れずに契約内容を決定することであり得る。Wolf, M., FS für H. E. Brandner, S. 303; Braunfels, F., DNotZ 1997, 356 (376).

(49) Westphalen, G. F. v., BB 1996, 2101 (2102). Siehe Wolf, M., FS für H. E. Brandner, S. 304.

(50) Referentenentwurf, BB 1995, 110 (113); Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 7; Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1392).

(51) Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1392). Siehe auch Westphalen, G. F. v., EWS 1993, 161 (163).

(52) Siehe BGH 10. 10. 1991 NJW 1992, 1107 (1108); BGH 3. 2. 1993 NJW-RR 1993, 504 (505).

(53) 約款規制法一条二項の個別合意とて、<sup>40</sup> 回函を述べた判例として、BGH 5. 12. 1995 NJW-RR 1996, 783 (787 f.). Siehe auch BGH 9. 10. 1986 NJW-RR 1987, 144 (145).

(54) Westphalen, G. F. v., BB 1996, 2101 (2103). 影響可能性の欠缺の証明につき、詳細は、Siehe Wolf, M., FS für H. E. Brandner, S. 305 ff.

- (15) Wolf, M., FS für H. E. Brandner, S. 307.
- (16) Westphalen, G. F. v., BB 1996, 2101 (2102).
- (17) Heinrichs, H., NJW 1997, 1407 (1409). なお、Wolf, M., FS für H. E. Brandner, S. 307 ff. 第 114 条 1 項の限界を越えるものであっても、消費者が個別的に交渉されなかったことを立証した全ての場合につき、BGB 第 121 条につき指令に適合し、かつ、憲法にも適合した解釈をすべきことにより、同条に基づき内容規制をなし得るとする。
- (18) Hoppert, R., NWB 1996, Fach 19, 2243 (2246); Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2193); Ders., NJW 1997, 1407 (1409); Locher, H., Jus 1997, 389 (391); Braunsfels, F., DNotZ 1997, 356 (381). Wolf u. a., AGB-Gesetz, Rdn. 30 zu § 3 RILi 第 1 回限りの利用では事前作成されたものは単なるたたき台という意味しかなく、これをあなご Eckert, H.-W., ZIP 1996, 1238 (1240) も、消費者は事前作成に基づき影響可能性が奪われたのであり、交渉の用意がある旨現実を示している企業の経済的優位のような事前作成以外の事由が決定的でなかったことを主張 (darlegen) しなければならぬので、実務上、相当に重要な証明問題 (Beweisprobleme) を生じせしめらるべし。
- (19) Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2193); Locher, H., Jus 1977, 389 (391).
- (20) Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1392); Westphalen, G. F. v., BB 1996, 2101 (2103); Heinrichs, H., NJW 1998, 1817 (1819) (解釈により、必要ならば、指令に適合した解釈によること)。約款規制法 1 条 1 項の個別合意に関する立証責任が企業側に存するとは支配的見解である。Siehe statt aller Ulmer u. a., AGBG, Rdn 62 f. zu § 1. 指令における立証責任一般については、Siehe Kapropoulou, E. N., aO. S. 94 f.
- (21) 指令 3 条 1 項は信義則に反し、契約当事者の契約上の権利義務の相当なかつ不当な不均衡により消費者の不利となっている場合は不正条項とするが、これは約款規制法 9 条 1 項にいう不当な不利益 (unangemessene Benachteiligung) を課せらるべき条項である。Ulmer, P., EuZW 1993, 337 (345); Heinrichs, H., NJW 1993, 1817 (1819); Damm, R., JZ 1994, 161 (171 f.); Brandner, H. E., MDR 1997, 312 (312 f.); Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 5. 指令 4 条 1 項の解釈及び機能については、Siehe Schmidt-Salzer, J., BB 1995, 1493 (1495 f.) u. Brandner, H. E., MDR 1997, 312 (314).

- (2) Heinrichs, H., NJW 1993, 1817 (1820); Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 5. 判例を若干あげると BGH 23. 6. 1988 BGHZ 105, 24 (31); BGH 9. 2. 1990 BGHZ 110, 241 (244). 約款規制法一条の概念を基礎として同法九条の内容規制がなされるのであるから、不当性の吟味に際しては、個別的ではなく、「一般的」になされることになり、当該顧客圏の定型の利害状況が判断基準となると一般にされているが、このことは約款の合理化機能をもって根拠づけられる。Schmidt-Salzer, J., BB 1995, 733 (735). ただし、Schmidt-Salzer, J., a.o. S. 738 f. は、約款規制法九条に基づく内容規制も個別的になされるものとするが、ただ、団体訴訟においては、先天的に「個別契約性」が欠けているが故に個別的にはなしえないとする。
- (3) Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 8. も「も」 Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2194) は、実際上、本号が重要性を有することになるかは疑問とする。というのは、契約締結に付随する事情が法的に疑問を生じるものであれば、消費者は民法一二三条、一二九条による取消、契約締結上の過失による損害賠償、H W I G 一条に基づく撤回権によって保護される。かつ、このような場合には原則として適切な法効果は契約の巻き戻し (Rückgängigmachung) であって、個々の条項の欠落した状態での契約の保持ではないからであるとする。
- (4) Council Directive, OJ L 95, p. 30; Kapnopoulou, E. N., a.o. S. 121, 132 f.; Hoppen, R., NWB 1996, Fach 19, 2243 (2246); Heinrichs, H., NJW 1993, 1817 (1820); Locher, H., Jus 1997, 389 (392); Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1390); Schmidt-Salzer, J., BB 1995, 1493 (1497 f.) は、指令四条における個別事情の考慮につき、立案理由には当事者の取引能力の格差が特に挙げられているが、この立案理由は原則的かつシグナルの意味を有しないとす。なお、Heinrichs, H., NJW 1993, 1817 (1820) は、指令上では、免責条項の使用はドイツ語を十分に駆使できない移住者に対しては不公正とされるが、消費者法に熟達した弁護士などに対しては不公正とはならない旨指摘する。なお、Brandner, H. E., MDR 1997, 312 (314) は、個別事情の考慮は消費者にとり、両刃の剣となりうることを指摘する。
- (5) Heinrichs, H., NJW 1993, 1817 (1821) は、約款規制法九条に新三項を挿入することを提案していたが、Eckert, H.-W., WM 1993, 1070 (1075 f.) は、指令四条一項と約款規制法九条を詳細に比較検討し、「付随事情の考慮」を直接約款規制法九条に入れるか、それとも新設の法律の適用範囲を拡大する規定に入れるかは、立法者の判断に委ねられるとする。改正法はこ

の後者の立場を選択したものである。もっとも、Umer, P., *FuZuW* 1993, 337 (346) は、立法的処置をなすことに疑問を呈していた。Damm, R., *JZ* 1994, 161 (174) は、約款規制法九条における内容規制においても、規制基準として一般的―抽象的基準と具体的―個別的基準とを厳格に分離することは困難であり、約款規制においても部分的には個別的見地が採り入れられており、指令も定型的メルクマールを考慮することを先天的に排除するものではなく、単に具体的契約の個性による補充を強行的に要請するにとどまると指摘する。

(69) Westphalen, G. F. v., *BB* 1996, 2101 (2104 f.); Remien, O., *ZEuP* 1994, 34 (53 ff.) は、具体的―個別的規制手段は二つの側面を有し、保護範囲を一方では形式的基準を超えて、実質的に保護を必要とする者に拡大するが、他方では教育、経験、熟練などを有する者は平均的消費者よりも保護を要しないとして制限することになる。指令における不当条項のリスタ化は保護の定型化を意味するし、このような具体的―個別的考察は保護の希釈化をもたらすとともに、約款の規制とはなじまないもので、指令がこの点に内容規制として重点を置いたとはいえない。しかも、法的不安定性を生じせしめる、と指摘する。

(70) Locher, H., *Jus* 1997, 389 (392).

(71) Eckert, H.-W., *ZIP* 1996, 1238 (1240).

(72) Wolf u. a., *AGB-Gesetz, Rdn.* 5 zu § 6 RILi; Kapnopoulos, E. N., *aO.* S. 150.

(73) Remien, O., *ZEuP* 1994, 34 (64); Wolf u. a., *AGB-Gesetz, Rdn.* 1 zu § 6 RILi.

(74) Eckert, H.-W., *WM* 1993, 1070 (1077); Heinrichs, NJW 1995, 153 (154, 159); Frey, *ZIP* 1993, 572 (579). *「この指令は、指令六条一項に文「頭条に規定する（Unzumutbarkeit）」は包摂されてくることにならうかと疑問を呈している。」*

(75) Umer u. a., *AGBG, Rdn.* 42 zu § 6 (Schmidt, H.).

(76) Eckert, H.-W., *ZIP* 1996, 1238 (1241). Siehe auch Heinrichs, H., *NJW* 1993, 1817 (1821).

(77) Umer u. a., *AGBG, Rdn.* 42 f. zu § 6.; Wolf u. a., *AGB-Gesetz, Rdn.* 9 zu § 6 RILi; Schmidt-Salzer, J., *Transforma-*  
*tion der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5. 4. 1993 in deutsches Recht und*

AGB-Gesetz : Einzelfragen, BB 1995, 1493 (1494) ; Westphalen, G. F. v., EWS 1993, 161 (167) (ただし、両当事者の利益を基準として高めるために約款規制法六条二項を修正することは認めらる)。

(75) Wolf u. a., AGB-Gesetz, Rdn. 7 zu § 6 RILi; Eckert, H. W., WM 1993, 1070 (1077).

#### 四 約款規制法の二極化

約款規制法の目的は、私法上の取引における弱者保護ではなく、企業が事前作成を利用することによって契約内容形成の自由を一方的に濫用するのを阻止し、契約の内容上の均衡性を配慮することにある。つまり、狭く消費者ではなく、むしろ広範な、企業(利用者)による約款利用の相手方の待遇改善である。この保護目的からみれば、約款規制法の関連では「消費者保護法」ではなく、約款を利用される相手方の保護の法律ということになる。<sup>(1)</sup>ところが、指令及び改正法は「市民を商品売買及び役務給付に際して消費者としての役割において保護すること」を目的とするものである。二来、指令では消費者概念はある者の特定の個性ではなく、市場取引(Markteschehen)における特定の行為(Handeln)と結び付けられている。したがって、基本的には役割の社会学的理解に遡源(zurückgegriffen)される。消費者という役割における取引につき消費者は特別な保護が与えられるとされるのである。<sup>(2)</sup>そこでは、約款を利用される相手方としての一方当事者の地位ではなく、潜在的に保護に値する契約当事者としての消費者の地位が問題とされ、約款規制法のこの範囲では、消費者保護が明らかに前面にでてくる。<sup>(3)</sup>したがって、改正によって、消費者は、契約条項が単に一回限りの利用のために定められても、保護に値するものとされ、かつ、保護されるに値する地位にあるものとされる。<sup>(4)</sup>約款の解釈及び個々の契約条項の解釈に際しては、具体的に異なる目的が重要

な役割を演ずることになる。<sup>(6)</sup>

この結果、約款規制法にとって新たな契約範疇が付加されることになり、事前作成された契約条項の利用に関して多くの点で区別化が必要で、約款規制法は契約当事者の地位 (Status) に応じて異なって適用されることになる。つまり、消費者契約については二四 a 条の基準が適用され、商人及び公法上の法人に対して適用される約款については約款規制法二四 a 条の特別規定が適用され、約款が二消費者間で利用されているか、約款規制法二四 a 条によると商人ではない者の独立の又は職業上の活動に対して利用されている場合は何ら修正されることなく約款規制法が適用されることになる。<sup>(6)</sup> この結果、保護必要性がなによりも契約形成の自由の一方的利用ではなく、契約当事者の地位に結びつけられた消費者のための特別法が約款規制法の中に作り出されることになる。<sup>(7)</sup> この点で、指令の国内法への採り入れに際して、消費者契約における事前作成された条項に関する特別法を、約款規制法とは別に制定すべきという主張が存したことは注目される。<sup>(8)</sup> しかし、一般には、消費者という地位に直結した法となるが、具体的事案では当該契約がいずれの範疇に入るかの判断が容易ではないし、現行約款規制法に関する判例は、立法者意思によると消費者のみに適用されるとされた規定 (つまり、一〇条、一一条) を一般条項を通して商人にも適用しているし、さらに、約款規制法九条の適用に際しては契約当事者がいずれの人的範囲に属するかで内容規制を異にしている。したがって、約款規制法は消費者契約以外のものも把握するものであっても、十分な消費者保護を達成しうるものといえる。このようなことから、単独法としての立法化を図る必要はないとされる。<sup>(9)</sup> ただ、指令が約款規制法の規制構造に大きな変革をもたらすものではないにしても、改正法により約款のみならず、全ての事前作成された契約条項をも対象とするようになるのであるから、法名称の変更が必要になろうと指摘されている。<sup>(10)</sup>

- (1) Hoppen, R., NWB 1996, Fach 19, 2243 (2244); Locher, H., Jus 1997, 389 (3390 f.); Ulmer u. a., AGBG, Rdn 28f zur Einl. Siehe auch Bunte, H.-J., DB 1996, 1389 (1391).
- (2) Wolf u. a., AGB-Gesetz, Rdn. 3 zu § 2 RILi; Locher, H., Jus 1997, 389 (392).
- (3) 約款規制法と指令との規範目的が異なることは多くの論者によって指摘されている。Siehe statt aller Ulmer, P., EuZW 1993, 337 (338); Heinrichs, H., NJW 1993, 1817 (1818)。ただし対して Remien, O., ZEuP 1994, 34 (52) は「役割論は相互に入れ替え可能であるし、指令は当初の案と異なり単なる消費者役割ではなく、条項が個別的に交渉されていないことを規制の必要性として考慮に入れており、他方、約款規制法は指令と同様に他の契約当事者の保護を問題としており、その限りで規範目的は同じであるとする。
- (4) Heinrichs, H., NJW 1996, 2190 (2194). Hommelhoff, P. u. Wiedenmann, K.-U., Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unangehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1993, 562 (565, 569) は「消費者はその役割上劣位性という特殊性を有する点に基いて保護されるべきである。Damm, R., JZ 1994, 161 (163) は「元来、指令はその決定的重点を標準契約と個別契約の区別ではなく、むしろ事前作成された条項と個別的に交渉された条項との対置においており、指令三条二項の規定は全ての消費者契約を対象とすることを標準契約に制限することとの妥協ないしは折衷的見地を採用了たものといえる」と指摘する。
- (5) Hoppen, R., NWB 1996, Fach 19, 2243 (2244)。一回限りの利用で足りるから「約款 (Allgemeine Geschäftsbedingungen) という表現は適当にならないうことになる。改正法もこれを意識したのか、二四〇条一号では約款、二号では事前作成された契約条項 (vorformulierte Vertragsbedingungen) と表現を使い分けている。Siehe Michalski, L., DB 1994, 665 (665)。
- (6) Eckert, H.-W., ZIP 1996, 1238 (1239); Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 7 ff. zu AGBG, Einf.
- (7) Eckert, H.-W., ZIP 1996, 1238 (1239)。Michalski, L., DB 1994, 665 (666) も「約款規制法は私法上の法取引における弱者保護を意図するものではないのに対し、指令は弱者である契約相手方の保護、かつ、役割上特殊な劣位者の保護 (rollenspezifische Unterlegenheitsschutz) である」と指摘する。

- (8) Hommelhoff, P. u. Wiedenmann, K.-U., ZIP 1993, 562 (570 f.). しかし、支配的見解は、約款規制法は種々の一般条項を有し、裁判所による適用により十分に消費者の保護を適正に対応できるとして、特別法を作る必要はないとする。Siehe statt aller Sieg, K., Die Bedeutung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen für die AVB, VersR 1993, 1305 (1305).
- (9) Eckert, H.-W., WM 1993, 1070 (1071 f.). Siehe auch Heinrichs, H., NJW 1993, 1817 (1818); Remien, O., ZEuP 1994, 34 (65 f.).
- (10) Eckert, H.-W., WM 1993, 1070 (1078) は「事前作成された契約条項法の規制に関する法律」Heinrichs, H., NJW 1993, 1817 (1821) u. Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 6 zu Einf. des AGBG は「約款及び消費者契約における契約条項に関する法律」という名称を提案している。

## 五 結 語

今回の約款規制法の改正では、二四 a 条の新設が眼目で、消費者契約につき、同条一号、二号で約款規制法一条一項のより狭い約款概念に該当しない事前作成された契約約款に内容規制の適用範囲を拡大し、三号で約款規制法九条に関連して、内容規制の判断基準を具体化している。立法者は、約款規制法を指令によって必要とされた限りで変更すれば足り、同法の根本的な改正または特別法を制定することは必要でなく、指令による消費者保護は約款規制法を基本として達成できると考えたのである。<sup>(1)</sup> 従来約款規制法が、本来、私的自治ないし契約自由の原則に基づき、内容規制に厳格な枠をはめ、約款規制法一条で約款概念に厳格な要件を定め、この「針の穴」を通過して初めて内容規制が働くとしたのに対し、改正法は消費者契約につきこの狭い「針の穴」を排除して、事前作成された契約条項であ

りさえすれば内容規制が働くものとしており、従来<sup>(2)</sup>の法目的とは異質なものが混入され、約款規制法が二極分化することになるのは確かである。EGにおける私法の統合化の要請上、濫用的契約条項からの消費者保護への対応は緊急の課題であったが、約款規制法とは別個の立法での対処の必要性が指摘されていたように、約款規制法の下での「消費者契約」という範疇の創設という手当が適切かは疑問が残る。私法の一般法である民法上での手当も考慮に値するといえるのではなからうか。

他方、わが国で契約の不当条項の内容規制につき約款アプローチ、交渉力アプローチないしは消費者アプローチという分析視角<sup>(3)</sup>が提案されているが、ドイツの今回の約款規制法改正は後二者の視点に通じるものがあるといえよう。この面からいえば、今回の改正は、内容規制に関する基本的視点の確立としておおいに注目されることになる。いずれにせよ、約款規制法二四 a 条に関する判例学説の今後の展開が注目される。

- (1) Referentenentwurf, BB 1995, 110 (112); Entwurf, BT-Drucksache 13/2713, S. 6.
- (2) Braunsfels, F. DNoIZ 1997, 356 (358 f.).
- (3) 山本豊・不当条項規制と自己責任・契約正義(平九)七五頁、八三頁参照。