

- 一 はじめに
- 二 沿革
- 三 法的根拠
- 四 透明性の判断基準
- 五 透明性原則違反の効果
- 六 他の規定との関係
- 七 結語

約款における「透明性」原則について

石原全

## 一 はじめに

独では、約款条項は相応な形態及び適正な表現によって契約相手方の権利義務をわかりやすく、適切に、確定的にかつ、できるかぎり明確に表現していることを要するとされる。そして、契約の履行過程において契約相手方の法的地位を必然的に不安定にするような約款設定者の不必要な裁量の余地は避けねばならないとされる。この両者を合わせて、「透明性原則(Transparenzgebot)」と称される<sup>1)</sup>。そこでは、理解しやすいこと<sup>2)</sup>という原則(Verständlichkeitsgebot)と確定性原則(Bestimmtheitsgebot)がその主要なメルクマールといえる。例えば、近時の一判例を引用すれば、「約款に適用される透明性の原則から、契約相手方の法的地位(Rechtsposition)を不明確に規定することは許されないということが結論づけられる。従って、条項の不明確性又は見通しが悪いこと(Ungklarheiten oder Undurchschaubarkeiten)からも、約款規制法九条の意味における不当な不利益を課すことが結果的に生じうる。」とされる。もっとも、論者によっては、この透明性原則とは約款条項によって意図された規制(Regelung)は顧客にとってその意味、特に、その実質的な内容が分かりやすく、特別な説明なしにその効果を見極めることができるものであることを意味し、確定性とか指示ないし情報開示の原則とは異なる<sup>4)</sup>と制限的に解しているが、一般的には上記のように解されている。この原則は判例によって内容規制の基準として展開され、これに反する条項は無効と解される<sup>5)</sup>。したがって、判例による追加的一般条項が創造された<sup>6)</sup>といえるが、論者によっては本原則は「予測できないほどの破壊力を有する、新たな、約款に関する法的に優れた解決法」とか、「普遍的な適用性を有する約款規制法の基本的原則」<sup>7)</sup>と高く評価し、支配的見解も本原則を支持する。他方では、透明性原則の詳細な機能及び意義、内容

上の不当性に関する関係については判例上未だ十分明確にされていないと<sup>(8)</sup>か、この原則は既成の理論に含まれ、新たに理論として構想する必要はないという見解、つまり、「透明性原則」は、形式的に解されるべきで、二条、三条、五条で処理できるし、現在の理論状況ではなによりも法的不安定を生ぜしめる。BGHの従来の判決では「透明性原則」につき統一的な定義づけをなして<sup>(9)</sup>いず、BGHの判決及び立法資料からも、約款は平均的顧客にとってはっきりと理解できる形態で表現されることを要し、そうでない限り、その実質的法的な規定内容に拘らず約款規制法九条一項により無効と性質決定されるという内容の原則(Gebot)を引き出すことはできないとし、この理論は誤った方向に進んでいるという指摘がある。さらには、同法九条一項は条項の内容自体が実質的に法的に顧客に不当な不利益を課すもので、これが条項の不明確な表現形態により隠蔽されていることを防止しようとするものであり、立法資料及び判決理由からみても、実質的に法的には内容が不当とはいえない約款条項において、契約相手方が熱心に探し求めた結果当該条項の不利益な効果が初めて明らかとなるものであることから、無効という効果を伴う信義則に反して不当な不利益を課すものという内容の強行法的な透明性原則を引き出すことはできない。三条、五条により立法者によって意図された保護目的を考慮にいれると、九条一項において透明性原則の要件を新たに作り出すことは立法者によって意図された約款規制法の射程距離を超えてしまうという強い否定的見解も主張<sup>(10)</sup>されている。合意は守られるべきであるし、純然たる消費者でない場合と<sup>(11)</sup>か、再照会するのが容易であるのにこれをなさない者を保護する必要はないという消極的見解もある<sup>(12)</sup>。

もっとも、「消費者契約における不公正条項に関する一九九三年四月五日付EG指令」<sup>(13)</sup>が透明性原則を明示的に内容コントロールの基準と宣言して以来、批判的見解ないし反対説は過去のもの(Makulatur)となったという強烈な指摘も存する<sup>(14)</sup>。実務的にも、一九九三年に銀行約款が改正されたが、BGH判例の透明性原則の影響を受けて、条

項の具体的作成に際して誰でも理解できるように可能な限り最善を尽くすという意味で表現形態の最適な透明性が特に重視されたとされる。<sup>(16)</sup> 具体的には、八条項群に分け、顧客と銀行間の関係に関する基本原則、口座管理 (Konto-führung)、顧客の協力義務、銀行サービスに関する費用、顧客に対する銀行の請求権についての担保、解約、預金の保護という表題をつけ、さらに、各条毎にかつ各項毎に表題をつけている。<sup>(16)</sup>

このような状況にあるとはいえず、本原則の機能及び射程距離はそれほど明確とはいえないことも確かである。前述したことと若干重複するが、多義的でもないし、誤解を生じさせるような表現形態を採ってもいいし、不意打ち的でもない条項が透明性が欠けているが故に不当とされるのか。明確で、誤解のおそれがないように表現されているにも拘らず、平均的顧客にとっては明確に認識できない条項指定であるが、専門家にとっては法的不安定性を全く生じさせないものである場合に、内容規制によるのが適切とみなし、約款規制法二条一項二号を適用しないのであれば、契約相手方に制定法と殆ど異ならない負担を要求する条項も内容上の不当性という新たな判断をなして九条によることになってしまいが、これは、必然的に組込規制と内容規制との一般的関係の問題を生ぜしめることになる。より具体的になると、制定法と一致するが「不透明な」条項は、企業は立法者以上に明確に表示することを要しないが故に、約款規制法二条、三条、五条に違反しないが、九条に違反することになるのか、が問題となるという指摘は首肯できる指摘を含んでいるといえる。本稿は、このような指摘に留意しつつ、独法における本原則の根拠、適用範囲などにつき検討するものであるが、論を進めるに先立って、ここで前記のEG指令<sup>(18)</sup>における透明性原則につき簡単に言及しておく。

同指令五条は「契約において消費者に書面の形で提供された全ての条項又は個々の条項は常に明確かつ理解しやすき文言で作成されていることを要する。条項の意味が疑わしいときは、消費者にとって最も有利な解釈が適用される。

この解釈原則は七条二項に規定する手続には適用されない」とし、さらに、同指令四条二項は同条一項においてある条項が濫用的か否かの判断に際して考慮すべき事項を規定しているのを受けて「条項の濫用性の判断は、契約の主たる対象、価格ないしは対価と反対給付を意味する役務給付ないし物品間の相当性 (Angemessenheit) についてはこれらの条項が明確で理解しやすい文言で作成されている限り、及ばない」とする。同指令五条における明確性 (Klarheit) は、条項の形態及び文章構成の点で不意打ち、誤解及び疑問を生じない場合であれば充足するのであり、理解しやすさは具体的な契約タイプにおける平均的顧客が条項の意図された意味をそれ自体から理解できることを意味し、読みやすさ (Lesbarkeit) も含まれる。かつ、同条における理解しやすきことは原則として消費者の母国語 (Heimatsprache) 又はこの者の住所又は常居所で一般的に使用されている言語で作成されていることを要することになる。<sup>(19)</sup> 立法理由は、契約は平易でわかりやすい言葉で起草されていることを要し、消費者には全ての条項を現実に吟味する機会が与えられるべきであることにおかれていたからである。<sup>(20)</sup> もっとも、言語の危険については、E G 指令五条との関係で、交渉言語か契約言語かを問わず、独語を十分に理解できない契約相手方であることが知れた場合には十分に理解される措置を講じなければならないという見解<sup>(21)</sup>もあるが、一般には約款本文が交渉言語でもって作成されていれば足りると解されている。同指令四条二項では、契約の主たる対象 (給付されるべき物品及び役務の種類、品質、範囲及び価格に関する主たる給付義務)、主たる給付の内容及び具体的種類を詳細に規定することになる契約目的、それを定めなければ当事者が確定性が欠けるが故に契約を履行できないその他の契約の要素 (essentialia negotii)、<sup>(22)</sup> 価格—給付間の相当性 (価格付随合意は除かれる) については、これに関する条項が明確で理解しやすい文言で作成されているならば濫用コントロールに服さないとするが、これによって透明性原則は内容規制に属するものとされていることになる。<sup>(23)</sup> 本項における明確性及び理解しやすきの要件は、前述の五条における一般的透明性の要求があれば

不要ともいえるのであり、したがって、価格—給付関係は内容規制に属しないが、透明性原則には服することを明確にしたにとどまると解される。<sup>(24)</sup>

E G 指令におけるこの透明性原則の位置づけについては、これを規定する条項がいわゆる「総則」に属し濫用規制に属していない点から組込段階に限定されるとする見解<sup>(25)</sup>も有力であるが、濫用規制と解されている。E G 指令は構成国の契約法が異なるため、部分的調和の原則に基づき、約款の組込問題を欄外的に (am Rande) 取り扱ったにすぎない。むしろ、一方では同指令三条で実質的濫用禁止を定め、四条二項及び五条では形式的濫用禁止を定め、消費者のために企業は明確で理解しやすい形態での条項の作成を義務づけるものである。この形式的濫用は、消費者にとって不明確な又は理解しにくい条項によって自己に負担を課す契約条項が隠蔽され、したがって、自己の権利義務につき誤解を生ぜしめられる点にある。本指令における提案理由においても、明確性と理解しやすさは(広く認められた) 共同体における濫用禁止との関連で理解するものとされている。<sup>(26)</sup>

このE G 指令における透明性原則が独約款規制法における透明性原則とは異なるのかも問題となる。これにつき、例えば、消費者は不当な不利益を課されることから保護されるばかりでなく、共同体の種々の企業の約款を相互に比較できるような地位におかれるべきであるし、透明性の判断基準は当該契約タイプにおけるヨーロッパの平均的顧客の予測及び認識可能性である点から独法とは異なるという指摘<sup>(27)</sup>も存するが、一般的にはE G の指令における明確性と読みやすさは独約款規制法上の透明性と異なるものとは解<sup>(28)</sup>されていず、立法者もこの見地であり約款法改正案ではその点については手当されていない。<sup>(29)</sup>

(一) Ulmer, Brandner u. Hensen, AGB-Gesetz, 7. Aufl., 1993, § 9 Rdn. 87 (Brandner) (以下 Ulmer u. a., AGBG. の略記)

し、当該注釈者の氏名は原則として掲記しない。わが国では、既に倉持弘「約款の透明性について」民事法理論の諸問題（奥田昌道先生還暦記念）四三七頁以下（一九九五）での確な検討がなされている。

- (2) Heinrichs, H., Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, FS für R. Trinkner, 1995, S. 166f.; Wolf, M. u. Ungeheuer, C., Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen—Teil 2, JZ 1995, 176 (180) は、透明性原則の重要な部分は理解しやすければ、これは顧客にとって見通しのよさを保障すべきものであるとみる。
- (3) BGH 12.10.1995 NJW 1996, 1407 (1408), なお、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）であるが、本稿では約款規制法と略記した。条文数は特に断らなう限り同法のそれを指すが、場合によっては約款規制法何条とか、単に何条とつづ表記を採っている。
- (4) Vorderobermeier, B.-S., Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr unter besonderer Berücksichtigung der überraschenden Klauseln (§ 3 AGBG), 1992, S. 261 ; Haas, M., Haftungsfreizeichnungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1991, S. 274. なお、Vorderobermeier, B.-S., aaO, 24、権限性原則とは約款条項の構成要件上の前提条件と法効果を正確に記述することを意味し、情報開示の原則とは自己の顧客に特定の法効果を指示ならし警告することを意味するとする。しかし、透明性原則は不透明な条項の隠蔽効果を阻止することに役立つことであるから、確定性原則とか情報開示の原則をも含めて解するのが妥当である。
- (5) 例として、BGH 24. 11. 1988 BB 1988, 2410 (12).
- (6) Wolf, M., AGB-Gesetz und Kreditwirtschaft—rechtliche und wirtschaftliche Leitlinien, In : Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Verbraucher-Kreditrecht, AGB-Gesetz und Kreditwirtschaft (Bankrechtstag 1990), 1991, S.74 (以下、Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990 と略記)。
- (7) Köndgen, J., Grund und Grenzen des Transparenzgebotes im AGB-Recht, NJW 1989, 943 (944, 946, 949) 以下等。Siehe auch Trinkner, R. u. Wolfer, M., Nachträgliche Tilgungsverrechnung bei Annuitäten-Darlehen, BB

- 1987, 425 (428).
- (8) Fastrich, L., Richtliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 320; Canaris, C.-W., Gesamtwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, FS für E. Steindorff, 1990, 518 (548). Heinrichs, H., AGB-Gesetz und Kreditwirtschaft—ausgewählte Probleme der Inhaltskontrolle—, In: Hadding, W. u. Hopf, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S. 107. ④ 説明性理論や肯定性原則の意義を論じている。⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- (9) Hellner, T., Quo vadis AGB-Recht?, FS für E. Steindorff, 1990, S. 573, 578, 583 f., 587. Siehe auch Rümker, D., In: Hadding, W. u. Hopf, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S. 147 f.
- (10) Bruchner, H., Zinsberechnungsmethode bei Annuitätendarlehen im Lichte der BGH-Urteile vom 24. November 1988, WM 1988, 1873 (1875, 1876).
- (11) Krämer, A., In: Hadding, W. u. Hopf, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S. 141 f. ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- Transparenzgebot als Pflicht zur Aufklärung vor Vertragschluss, 1994, S. 5. ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- すもの他ならぬ、判例学説で展開されている説明性原則は現行法上根拠づけられなく、BGHの判決は誤っているとする。しかし、この見解は疑問で、例えば、Ders., aaO., S. 6. ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- 「表示をなすならば」という文言から、表示すべき責務 (die Obliegenheit zur Angabe) を肯定して、この責務は説明責務と解しているとされているが、判決理由では条項の不当性を肯定している点で一面的であるとする。
- (12) 学説の状況を簡潔に整理したものが、Siehe Westermann, H. P., Das Transparenzgebot—ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?, FS für E. Steindorff, 1990, S. 818 ff.
- (13) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ NO L 95, 21/4/93, p.29 ff. ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- 独訳は Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- したがって、unfair (不公正な) は mißbräuchlich (濫用的) と同義であることになるが、以下では、濫用的という語を主として使用する。



- (14) Palandt, Kurzkommentar zum BGB, 54. Aufl., 1995, AGBG, § 9 Anm. 15 (Heinrichs) (以下「Palandt+Heinrichs, AGBG」略記)。近時の判例によつて「約款の適用による透明性の原則なる」ことの表現を見らる。Siehe zB. BGH 12. 10. 1995 NJW 1996, 1407 (1408)。なお、その中の注釋によつて、Siehe Ulmer u. a., AGBG, Einl. Rdn. 71 ff.
- (15) Wagner-Wieduwilt, K., Die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken (Nr. 1-10), In: Horn, N. (Hrsg.), AGB-Banken 1993, S. 1. Siehe auch Hoeren, T., Die neuen AGB-Banken, NJW 1992, 3263 (3264); Reich, N., Verbraucherschutzaspekte der AGB-Banken, In: Horn, N. (Hrsg.), AGB-Banken 1993, S. 52.
- (16) Wagner-Wieduwilt, K., In: Horn, N. (Hrsg.), Die AGB-Banken 1993, S. 4 f. Reich, N., In: Horn, N. (Hrsg.), AGB-Banken 1993, S. 48. Fn. 23 によつて、新銀行約款は銀行業界による透明性の原則の承認によつて、問題は今日まで原則の新否によつて、その具体化と違反の場合の法効果によつてのものとす。
- (17) Westermann, H. P., FS für E. Steindorff, S. 820 f.
- (18) 我国での条文訳と内容によつての紹介としては、新美育文「消費者契約における不公正条項に関するE.C指令の概要と課題」シヨリー〇三四号七八頁(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E.C指令と独英の対応」一論一二巻一頁一頁(一九九四)。E.C指令と独約款規制法との詳細な比較によつて、Siehe 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.
- (19) Wolf, Horn u. Lindacher, AGB-Gesetz, 3. Aufl., 1994, RfL § 5 Rdn. 6. (Wolf) (以下「Wolf u. a., AGB」略記)。新法注釈者の表記は省略する。
- (20) Council Directive, OJ NO L 95, 21/4/1993 p. 30. なお、同指令は五条による透明性原則は、約款規制法二条におけるものも明らかに高度であるという指摘が存するが、同指令の保護目的及び透明性原則は独法から導入されたという沿革の点からいふべきはなからず、Palandt+Heinrichs, AGBG, Anh. nach AGBG, Anm. 8; Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 171 f.

- (21) Reich, N., Kreditbürgerschaft und Transparenz. NJW 1995, 1857 (1960); ders., In: Horn, N. (Hrsg.), AGB-Banken 1993, S. 60.
- (22) Wolf u. a., AGBG, Rili § 4 Rdn. 16 ff. の「ゆがみ」価格変更条項、価格変動条項は「この規定の意味目的から適用規制から排除されなく、むしろの条項は当事者間に確定された給付反対給付関係に属せず、むしろ契約の形成 (Ausgestaltung) に属するゆがみ」Schmidt-Salzer, J., Transformation der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5. 4. 1993 in deutsches Recht und AGB-Gesetz: Einzelfragen, BB 1995, 1493 (1493).
- (23) Wolf u. a., AGBG, Rili § 4 Rdn. 21. Schmidt-Salzer, J., BB 1995, 1493 (1493) は「この指令は透明性原則は内容規制規範として規定されたことなから、むしろ「同指令五条とはその一文は「この条項は解釈規範として」その一文は「この条項は法効果を伴わずに義務規定 (Soll 規定) として」同指令四条の二項とは適用確保として構成されたことなから」。
- (24) Wolf u. a., AGBG, Rili § 4 Rdn. 21. Siehe auch Schmidt-Salzer, J., BB 1995, 1493 (1494).
- (25) Heinrichs, H., Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung, NJW 1995, 156; ders., FS für R. Trinkner, S. 172 ff. u. 175 f.
- (26) Reich, N., NJW 1995, 1857 (1858).
- (27) Nassall, W., Die Anwendung der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, JZ 1995, 689 (692 f.); Ders., Die Auswirkungen der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen auf nationale Individualprozesse, WM 1994, 1645 (1649 f.).
- (28) Wolf u. a., AGBG, Rili § 4 Rdn. 2. Reich, N., Verbraucherschutzaspekte der AGB-Banken, In: Horn, N. (Hrsg.), AGB-Banken 1993, 1994, S. 48 の「明らかなに類するもの類似性を示すことなから」。
- (29) Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des AGB-Gesetzes, Umsetzung der Richtlinie des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, BB 1995, 110 (112). この立場は一般論に肯定されたことなから。
- 例として Ulmer, P., EuZW 1993, 337 (344) は「透明性原則の異なる側面を考慮すると、約款規制法の総則的規定として本原

則を明文化するのは疑問で、E G 指令五条一文を念頭に入れつつ、E G 指令に一致した約款規制法の解釈作用に委ねるのが適切とする。Eckert, H. W., WM 1993, 1070 (1076) も、実質的変更を要しないとす。その後、種々の批判を考慮した政府草案が議会で提出された。Siehe BT-Drucksache 13/2713 (未見)。<sup>1)</sup> なお、既にE G 指令を判決で言及したのもとして、Siehe OLG Köln 6. 2. 1995 NJW 1995, 2044 (2044) ; OLG Schleswig 27. 3. 1995 NJW 1995, 2858 (2859) ; BGH 24. 5. 1995 NJW 1995, 2034 (2036)。

## 二 沿革

沿革的には約款規制法の立法過程において約款組込に関してであるが、その二条の提案理由の中に「透明性の原則はいかがわしい (unsensibel) 条項の設定及びその秘匿効果を妨げることには効果があるであろう」と指摘されており、<sup>1)</sup>既に透明性の原則の表現が見られるが、本理論の本格的な萌芽は、一九八〇年前後の判例に見られるといえよう。例えば、出版業者が雑誌予約販売に関する書籍小売業者ないし予約者との取引に使用する注文確認書における「値上げ又は当該地域で慣行となっている (受取人が支払うべき) 配達料の変更は本契約を解除するものではない。変更が契約締結と供給開始の間になされても同様である。」旨の条項につき、「値上げ条項の有効性にとって決定的なのは、買主が既に契約締結に際して条項の表現形態から、いかなる範囲において値上げが自己の負担となるかが認識できることである」とされた。<sup>2)</sup>ただ、そこでは、約款規制法三条の不意打ち条項として契約内容にならないとするとともに九条が付加的に言及されているにとどまる。<sup>3)</sup>もっとも、当時においても契約相手方の見地からみて約款条項が透明性または確定性を欠くが故に疑問とされるかが問題となりうるとの指摘も判例上存した。<sup>4)</sup>学説上でも、約款規制に内在す

の保護思想に基づく約款条項の透明性の原則は、企業の一方的利益を正に念頭に置く柔軟性 (Flexibilität) の原則よりも優先されるべきことが指摘されていた。<sup>(5)</sup> 一九八六年には、BGHの一判決は透明性の表現を直接使用してはいないが、約款規制法九条の内容規制による無効の一つの根拠として、「当該条項が契約相手方にとって十分に分かりやすいこと」をあげている。<sup>(6)</sup> そして、この頃銀行の漸次償却消費貸借 (Annuitätendarlehen = Amortisationsdarlehen = Tilgungsdarlehen) における償還規定の法的有効性が学説上問題視され、多くの論争を呼んだ。<sup>(7)</sup> この漸次償却消費貸借とは、消費貸借の一種で、元金の減少の進行と共に支払を免れる利息も含めて約定の償還率で償還され、その結果、金額的には同額の年賦金 (Annuität) の範囲内で、残元金によって計算された利息分が減少する分だけ毎年ごとに償還分が増大するものである。したがって、償還分と利息分とは確定額の年賦金においてその割合が変動する。年賦金は一般には分割され、毎月か、四半期ごとか、または半年ごとになされる。厳密にいうと、毎回の分割払いごとに (償還給付)、利息部分と償還部分との関係が日割りに応じて (tagenau) 新たに計算されねばならない。というのは、民法三六二条により利息額の基準となる残額は毎回の分割払い金ごとに減額されるからである。ところが、約款条項によると、消費貸借元金の「一年未經過で (unterjährig)」生じる減額は具体的には次期に支払うものとされた利息額に直ちに影響を及ぼさない。むしろ、利息は前年度の終了時に確定される残余債務に基づいて計算される。一年未經過で提供され、年賦金に含まれた漸次償還定期支払分は残元金債務の利息計算に際しては翌年度になって初めて考慮される。したがって、貸主は前年度の終了後一年分の利息を算定することができ、これは借主が既に償還された元金部分につき (経済的にみれば) 未經過の一年分の利息を支払わなければならないという結果を生ずる (事後の) 又は「追加的」償還金清算)。この種の条項には種々のバリエーションがあるが、基本的には利息計算条項 (Zinsberechnungsklausel) と償還差引計算条項 (Tilgungsverrechnungsklausel) とに分けられる。前者では、

年利息は曆年上の前年度の終了時における元金の現在高に基づいて計算され、後者では一年未満の間に給付された漸次償還定期支払分は具体的には年度末になって初めて事後的に差引計算される<sup>(8)</sup>。この種の条項は個別契約による場合のみならず、約款条項としても定めることができる<sup>(9)</sup>と解されている。ついで、一九八八年には、BGHは、「約款に適用される透明性原則 (Transparenzgebot) から、契約相手方の法的地位を不明確に (unklar) に規定しておくことは許されない」として、その後の本原則の本格的発展に途を拓いた<sup>(10)</sup>。そして、同年一月には、「信義則により、約款の利用者は自己の契約相手方の権利義務を最大限に明確かつ分かりやすい形で (klar und durchschaubar) 表現する義務を負う。この『透明性原則』に違反すれば、約款規制法九条一項にしたがって無効となる<sup>(11)</sup>」と判示した。その背景には、独の約款規制法では、内容規制 (九条から一一條) の対象は法規定を修正するか又は法規定を補充する約款条項のみ適用される (八條) とされており、価格及び給付を決定する約款条項は対象外とされていることがある。もっとも、後述のように価格付随条項 (Preisnebenabrede) は内容規制に服し、価格に間接的に影響を及ぼす全ての条項はこれにはいる。したがって、透明性原則の理論が判例上適用される利子計算条項も内容規制に服するが、そこでは、約款規制法二條 (組込要件)、三條 (不意打ち条項)、五條 (不明確原則) の点からは疑問がないとともに、九條二項に該当しないといても、約款条項が妥当とはいえないという場合<sup>(12)</sup>に、九條一項により契約相手方に不当な不利益をもたらすとして、当該条項を無効とすることが要請されるが、これに応える理論として登場したといえる。以後、この「透明性原則」理論が判例上しばしば展開されるとともに、適用範囲は全ての契約タイプに拡大されている<sup>(13)</sup>。近時の一例を挙げると、重量品である印刷機械の運送を委託された運送取扱人の注文請書の前面には、「重量品の委託を履行する場合には全国重量機械運送及びクレーン作業連合会普通約款が適用される。その他については独運送取扱人普通約款——当該時点での最新の約款——に基づいて行う」という文言が枠付けで強調された形態で印

刷されており、裏面には連合会約款が完全な形で印刷されていた。問題となった「制定法上認められる限りで、損害保険によってカバーされかつその填補される額である限り、当該損害については責任を負わない」旨規定した条項につき、BGHは「約款に適用される透明性原則から、契約相手方の法的地位を不明確に規定することは許されない」とは明らかである。したがって、約款規制法九条の意味における不当な不利益を課すことは条項の不明確又は見通すことができないことから生ずる。当該条項は、運送委託者が直接損害賠償を請求できることを明確にかつ一義的にしているとはいえない。むしろ、条項は委託者に不当な要求をなし負担を課すという法的不安定性をもたらず。責任排除に結びついている損害保険による填補という概念は、一義的に損害は実際にかつ全額という形で賠償されねばならないという意味には解することができない。損害は『カバーされかつ填補される額に基づき』損害保険によって填補されねばならないという表現形態からは、かかる理解をはっきりと引き出せるとはいえない。文言は、責任排除は——現実の可能性如何を問わずに——損害保険の単なる存在でもって十分に効果を生ずるといふ解釈をも許容するといえる。……条項は、運送委託者がその損害を運送人から又は損害保険者から直接に賠償されるのかを十分に確定していない<sup>(15)</sup>。」とされた。さらに、本来的にはこの原則は契約の履行過程 (Vertragsdurchführung und -abwicklung) の局面で展開されたものであるが、その後は契約締結の局面での透明性原則にまで及んでいる<sup>(16)</sup>。しかも、透明性の要求は契約相手方の権利義務の範囲のみならず、権利実行の面にまで及ぶ<sup>(17)</sup>。そして、この原則に反する条項は、約款規制法一三条の団体訴訟の対象となる。ただし、この原則は、取引相手方が約款を全く読まなかったか又は「明示」の文言を見過<sup>(18)</sup>ごして適時に企業との合意につき交渉に努めなかったことに起因する不利益から、この者を保護するものではない。条項が見通しがきくように整理されていて、かつ、明確な表現形態をとっているならば、個々の条項の意味内容を把握するように誠実に努力することが平均的顧客には要求される<sup>(19)</sup>。

- (一) Bundesminister der Justiz, Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Erster Teilbericht. 1994, S. 41.
- (二) BGH 11. 6. 1980 BB 1980, 1490 (1491).
- (三) 徳平 邦彦 BGH 29. 2. 1984 NJW 1984, 53 (55 f.). 判例 29 年 2 月 29 日 東京高等法院 29 年 10 月 19 日 第一審判決。MünchKomm. AGBG-Vorl. 1. Allg. Teil, 3. Aufl., 1993, AGBG, § 9 Rdn. 11b (Kötz) (以下「Kötz, MünchKomm. AGBG-Vorl.」)。 邦平 邦彦 徳平 邦彦 BGH 7. 10. 1981 BGHZ 82, 21 (26 f.); BGH 29. 9. 1983 NJW 1984, 171 (173); BGH 21. 12. 1983 BGHZ 89, 206 (211); BGHZ 26. 11. 1984 BGHZ 93, 29 (47); BGH 20. 5. 1985 BGHZ 94, 335 (339 f.).
- (四) BGH 21. 12. 1983 NJW 1984, 1182 (83).
- (五) Graf v. Westphalen, F., Das Dispositionrecht des Prinzipals im Vertragshändlervertrag, NJW 1982, 2466 (2471 f.). Siehe auch ders., Der Leasingvertrag, 2. Aufl., 1984, Rdn. 123.
- (六) BGH 22. 1. 1986 BGHZ 97,65 (73 f.)
- (七) 徳平 邦彦 邦平 邦彦 BGH 22. 1. 1986 BGHZ 97,65 (73 f.)。 Siehe zB. Bader, J., Nichtigte Tilgungsregelungen in Bank-Formular-Kreditverträgen und ihre Behandlung, BB 1986, 543. Siehe auch Hunnecke, H., Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln im Lichte der BGH-Urteile vom 24. November 1988, WM 1988, 553 (553).
- (八) Taupitz, J., Unwirksamkeit der sog. nachträglichen Tilgungsverrechnung bei Annuitäten-Darlehen — BGH, NJW 1989, 530 und NJW 1989, 222 —, Jus 1989, 520 (521). Siehe auch Baum, T., Zinsberechnungsklauseln in Darlehensverträgen, WM 1987, Sonderbeilage Nr. 2, S. 5 f.; Köndgen, J., Zur Praxis der sog. nachträglichen Tilgungsverrechnung beim Hypothekenkredit, NJW 1987, 160 (160 f.).
- (九) Baum, T., WM 1987, Sonderbeilage Nr. 2, S. 7 f.
- (一〇) BGH 23. 3. 1988 BGHZ 104, 82 (92 f.). Heinrichs, H., In: Hadding, W. u. Hopf, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S.

103は、この判決で初めて透明性原則の表現が示され、それ以来、利息計算条項及び利息起算日確定条項に関する判決につきBGHの判例上慣用語(Standardvokabular)となつたとする。もともと論者によつては、透明性原則は内容規制の領域に密かに紛れ込んだところ指摘も存する。Kondgen, NJW 1989, 944.

(11) BGH 24. 11. 1988 BGHZ 106, 42 (49).

(12) Siehe BGHZ 106, 42 (44 ff.).

(13) BGH 17. 1. 1989 BGHZ 106, 259 (264); BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (117); BGH 19. 9. 1991 BGHZ 115, 177 (185); BGH 5. 10. 1992 BGHZ 119, 305 (313). 但し判例でも、ある条項が透明性原則に反するかの点では矛盾が存する。例えば、住宅貯蓄組合(Bausparkasse)の住宅貯蓄組合契約款における利息計算開始時期に関する条項につきKG 10. 1. 1990 NJW-RR 1990, 544 (545)は条項自体理解の容易なものと看做すが、OLG Karlsruhe 29. 5. 1990 NJW 1991, 362 (363)は条項は透明性原則に反し不当な方法で顧客に不利益を課しているとする。OLG Bremen 18. 3. 1991 NJW 1991, 1837 (1838)は「透明性判例の不透明」を指摘する。

(14) Wolf u. a., AGBG, § 9 Rdn. 143; Ulmer u. a., AGBG, Anh. 88 9-11 Rdn. 860 (保証約款)。若干の判例をみると、OLG Stuttgart 15. 5. 1992 VersR 1992, 1080 (1081) (保証約款); OLG Frankfurt a. M. 22. 9. 1994 NJW-RR 1995, 283 (284) (保証約款); BGH 23. 3. 1988 BGHZ 104, 82 (競売業者の保証書条項); BAG 26. 5. 1993 NJW 1994, 213 (労働関係に関連して締結された売買契約における売却供給約款条項); LG Düsseldorf 27. 7. 1995 NJW-RR 1996, 308 (308) (自動車無線通信サービス契約約款); BGH 23. 3. 1995 (Beschl.) NJW-RR 1995, 749 (749) (分譲住宅購入契約における違約金条項); OLG Köln 6. 2. 1995 NJW 1995, 2044 (2044) (リース約款における顧客には知り得ないし、入手もできないコンピュータプログラムで実行される精算条項)。判例自体、透明性原則は増額をもたらす付随合意のみならず、その他の契約規定にも適用されている旨指摘している。BAG 26. 5. 1993 NJW 1994, 213 (214).

(15) BGH 12. 10. 1995 NJW 1996, 1407 (1408).

(16) Fastrich, L., aaO. S. 320. Siehe BGH 17. 1. 1989 BGHZ 106, 259 (264). 14 ff. Fastrich, L., aaO. S. 323 f. は契約締結段階



における透明性原則に関する判例の立場に反対し、この段階については消極的である。

(17) Haas, M., aaO. S. 279.

(18) BGH 14. 4. 1992 BGHZ 118, 126 (132).

(19) Siehe OLG Hamm. 9. 1. 1990 WM 1990, 467 (469).

### 三 法的根拠

約款における透明性の要求は、既に約款規制法上の種々の規定に発現しているものは広く認められている<sup>(1)</sup>。同法二条一項による約款の組込要件である約款への契約相手方の同意は確かに約款の全体としての適用に関するが、同項二号によれば契約相手方に契約締結に際して期待できる方法で、その内容につき認識する可能性を生ぜしめなければならないのであり、このことは、個々の条項が分かりやすく、かつ、読みやすい形態であることを前提とするものである。そこには、約款を使用する企業に認識を生ぜしめる義務 (Kenntnisverschaffungspflicht) があるといえる<sup>(2)</sup>。三条は、契約の外的表現形象 (äußeres Erscheinungsbild) 及びその他の事情の結果契約相手方が当然考慮にいれることを要しない約款条項の組込否定を規定する。つまり、約款の中に埋没している条項を対象としている。不明確原則を規定する五条に基づく約款解釈に際しては、事前作成の条項の多義性から生ずる契約相手方に不利な意味は排除される。さらに、一般に無効な約款条項を縮小して効力を維持することは否定されるが、これは一部無効か全部無効かを規定する六条から推論されるのであり、このことは条項の内容自体によって契約内容につき契約相手方に明確で理解しうる情報を与えることを意図したもので、透明性原則の発現を示しているといえる<sup>(3)</sup>。この面か

らは、判例が発展させた透明性原則は約款規制法の情報モデル (Informationsmodell) に基づくといえる。<sup>(7)</sup> さらに、多数の個別規定における無効規定、例えば、承諾及び給付期間 (一〇条一号)、猶予期間 (同条二号)、保証した品質についての責任条項 (一一条一号)、契約当事者の交替条項 (一二条一三号) などの根拠は具体的約款条項の透明性欠缺に存する。<sup>(6)</sup> このような個別的な発現とともに、条項が不透明であれば、同法九条一項における信義則に反して契約相手方に不当に不利益を生ずることに該当するとされる。<sup>(7)</sup> つまり、個々の規定から、透明性は契約相手方に単に市場の見通し (Marktübersicht) に関してのみでなく、契約が締結された場合であっても、自己の法的状況を明確に認識しえるようにして、自己の権利の行使をも容易になすことができるようにすべきであるという一般原則が導きだされるのであり、この一般的法原則の違反は九条一項の意味での信義則に反する契約相手方に不当な不利益を課すことになるのである。<sup>(8)</sup> 約款規制法は情報開示の負担及びそのコストを顧客側から約款を利用する企業側へと移動させており、同法九条一項は、顧客に交渉可能性及び決定可能性を適切に行使できるようにするために、約款の内容及び射程距離に関して認識可能性 (Erkennbarkeit) を保障しようとするものである。<sup>(9)</sup> この場合、信義則の内容として、企業は約款条項を平均的顧客を考慮して明確かつ見やすく分かりやすい形態でなすことを要し、これをなさない限り、不当な不利益を与えるものとして無効となるのか、それとも契約相手方に不当な不利益を生ずる条項についてのみこのことが該当するのかが問題となる。判例の主流は前説を採る。<sup>(10)</sup> 例えば、「約款の判断の基準は法的な予備教育を受けていない平均的顧客の理解可能性であり、法的状況を不適切に規定した条項によって、企業が相手方の正当な請求権を当該条項に規定されていることを指摘して拒否できるものであれば、契約相手方は信義則に反し不当な不利益を被っているといえる」<sup>(10)</sup>、「約款に適用される透明性原則から、契約相手方の法的地位 (Rechtsposition) は不明確に規定されていないことを要するのであり、約款規制法九条の意味での不当な不利益を課すことは条項の不明確又は

見通しのできないことから生ずる<sup>(13)</sup>」とされる。この意味では、不明確性による不当性という範疇が九条一項の適用範囲に付加されたといえる<sup>(14)</sup>。

一方、学説上、支配的見解は、不透明であっても、顧客に有利な利益のみを生ぜしめるものであるならば、なんら不当性はなく、したがって九条による無効は存在しないのであり、内容規制は働かないとして、後説である<sup>(15)</sup>。つまり、透明性原則の違反が契約相手方に内容上の不利益をもたらす点で重大な危険を根拠づける場合にのみ、九条の内容規制の適用が正当化されるのである<sup>(16)</sup>。有力説は透明性原則は専ら形式的なものと解している。これは、約款条項の表現形態が問題で、九条一項の意味での不当な不利益を課すという要件の充足は、企業側が条項の文章化に際して顧客の利益を十分に考慮にいれず、したがって、真の法的地位につき十分に分かりやすいように表現していないことに認められるとする<sup>(17)</sup>。しかし、このような形式的見解は、二条には妥当しても、九条には適合しない。九条は無効効果を契約相手方が信義則に反して不当な不利益を受けることに依存させているから、内容規制に関する限り、内容の点からのみ判断しえる。ここでは、不透明な規定によって契約相手方に必然的に不利益をもたらすという可能性が生ずれば足りるのである<sup>(18)</sup>。したがって、形式的に解する見解は妥当ではない。さらに、論者よっては、不当性を形式的と実質的とに区別するのは適切でないとする。これによると、顧客にとって、複雑な条項内容を知らないために、有利な取引相手を選択するという競争における機会を利用することが妨げられることが一種の不利益であり、これは九条一項の意味での不当性に該当し、したがって、誤解を生ぜしめるか又は隠蔽的な約款条項は既に約款規制法に含まれている競争維持という保護目的の見地からいって、いかなる場合でも実質的に不利益を生ぜしめるものといえる<sup>(19)</sup>。この見解も、約款規制法の保護目的を限定しすぎている嫌いがある。むしろ、内容規制手段としての透明性原則は条項の内容との関連を無視できない点からいえば、内容と連動させる見解が注目される。これによると、形式的か実質

的かは一概にいえず、条項の内容によって区別すべきとされる。つまり、まず第一に、ある条項の実質的不当性は常に当該条項の無効の十分な根拠である。透明性の点で申し分ないものであっても実質的欠陥を補正することはできない。第二に、条項は実質的には妥当であるが非常に不透明に表現されているため、契約相手方に自己の法的地位は実質的には許容範囲内であるがその最低限なものであるという印象を生ぜしめるものであるならば、このような障害 (Behinderung) は九条一項により不透明性を根拠として無効をもたらす。第三に、契約相手方に実質的内容規制基準以上のことを許容しているがその表現形態のために、相手方にこの特典を完全に認識できないが少なくとも実質的な最低限度のものに適合する法的地位を保持していると信じさせるものである場合には、不透明であっても当該条項は有効である。したがって、不透明性に基づき無効となるための不可欠な前提条件は、一種の権利障害 (Rechtsbehinderung) であり、契約相手方の権利義務の範囲を実質的に許容される範囲であるがその最低限度で形式的に強要するという一種の権利行使の妨害 (Rechtsbehinderung) である<sup>(20)</sup>とされる。これは大変興味ある見解といえるが、約款法現象においては実質的には許容範囲内であるがその最低限度のものであるという印象を生ずることはそれほど多くはないであろう。むしろ、内容規制の面からは、不透明であればあるほど内容の不当性が推定されるとするのが妥当である。

ところで、支配的見解は、透明性原則の根拠を約款規制法諸規定、特に九条一項に求めるが、二条に求める見解、三条の不意打ち条項の禁止に主として求める見解も存する<sup>(21)</sup>。

二条に求める見解は、法関係が当事者の関係の内容上の形成に際して両者の「誠実な関係 (redliches Miteinander)」によって特色づけられる場合にのみ「信義則」は登場するのであって、大量契約にはこの前提条件が欠けているし、相手方を実質的に不当な不利益を課す不透明な条項が九条により無効とされるのであり、その際、付加的な

「透明性原則」の違反はなんら役割を演じない。内容上なんら問題とならないが、見通しの悪い形で表現されていて、平均的顧客がその意義を当然期待される程度の努力をほらっても認識できない場合には、二条一項二号に基づき契約の構成要素とならないといえる。<sup>(22)</sup>さらには、九条一項に透明性原則を求める見解は情報モデルないし自衛モデル(Selbstschutzmodell)を根拠とするが、内容規制は実質的な契約正当性という他律的規制であり、そこでは契約内容に關して十分な情報が与えられても契約相手方による十分な自衛が成しえない、つまり、権利義務の妥当な分配が高権的にかつ保護されるべき契約相手方の情報入手可能性いかに問わずに生ぜしめられるものである。そこでは約款の透明性は独立した妥当性基準とはなりえない。企業に課される認識を生ぜしめるという責務は契約締結に際して顧客の間違ひのない意思形成の可能性を保障すべきものである。顧客は不当な約款条項を認識し、場合によっては合意を避けることができるように、契約締結前に契約内容を認識できる可能性を与えられるべきである。二条一項二号は、顧客に個々の条項の実質的な内容如何を問わず、自衛の可能性を生ぜしめているか又は自助の原則を实效あらしめるものであるとして、九条一項に根拠を求める見解は疑問とする。そして、この見解では二条には次のような位置づけが与えられる。同条は標準化規範(Normierungsnorm)としていかなる前提条件の下で大量契約の内容が約款の「組込」という方法で標準化されうるかを定めるものである。つまり、適用合意により個別契約の「構成要素」となりうるのは、二条一項二号にしたがって「内容が契約相手方に期待できる態様で認識されている」約款に限定される。これによって、「事前作成された条項」が「契約の規範(Normen für Vertrag)」へと変質しうる基準が設定される。立法者は個別契約への約款の融合の様式のみならず、約款の融合適性(Integrationsfähigkeit)をも定めたのである。その際、二条一項二号は、その一般条項的な表現形態(「期待できる態様で」)でもって裁判官に相当な判断の余地を認めているのである。裁判官が三条及び五条をこえて、分かりやすく構成され、かつ、平均的名宛人にとっても

理解しやすい条項という点で約款顧客の有する利益が承認されるようにすることが重要であるとするならば、これは直接的に二条一項二号の文言に依拠できるのである。つまり、分かりやすく構成されていない条項又はその意味が法律的に予備教育を受けた附合者のみに明らかであるような条項は、その内容が平均的顧客によって「期待できる状態で」認識できる約款ではなく、対象となる約款とはいえないのである。これによって、約款規制法は、裁判官によって必要と見なされた「制定法の政策 (Politik des Gesetzes)」を執行するのに十分な支点を提供しているといえる。

したがって、判例における透明性原則は約款規制法二条一項から導き出すことができる<sup>(24)</sup>。主として三条に求める見解は、基本的に内容規制においては約款条項をその内容上の均衡性と妥当性に基づいて吟味することであるとす。したがって、内容規制においては、約款の情報機能は重要視されない。仮に、九条の枠内で情報の面が考慮されうるとしても、それは契約締結後の時点においてであることにならう。顧客は契約の完了につき障害が生じた場合には、どのような権利義務を有するかを約款から引き出せることができなければならない。顧客は契約締結前に情報を必要とするが、この必要性は九条によっては保護されない。その限りで、三条は契約前の説明義務ならびに契約締結上の過失と同等であるといえる<sup>(25)</sup>とする。さらには、約款規制法三条と九条は適用範囲が異なり、両者が重疊的に適用されることはない。三条は単に任意法とは異なる条項の不意打ち的作用を考慮しているが、九条は目的性考慮ではなく約款により修正された制定法の正当性考慮を基礎としている。つまり、三条は明瞭性規制 (Deutlichkeitskontrolle) であり、九条に基づく不当性規制は内容上の考慮がなされるのであり、それは外的な又は形式的な要素ではない。外的又は形式的要素は三条で考慮されるものであるとする。しかし、この見解に対しては、約款規制法三条における不意打ち性は契約締結前の異常な条項に関する説明によって除去される。さらに、不意打ち効果は約款本文において条項を非常に際立たせて、契約相手方による認識が期待できる場合にも生じない。通常は

約款は読まれないから、原則として、表現形態及び強調如何によらない。本文で条項が際立たされていれば足りるとするならば、契約相手方が条項を通常見もしないにも拘らず異常な条項の不意打ち作用は生じないことになり、これは約款規制法の保護目的に反する<sup>(27)</sup>と批判される。また、論者は約款規制法三条は契約締結前において約款の内容を読む労をとらない者を保護するものであるから内容上不透明な条項の形成の場合は該当しないと主張するが、しかし、三条が約款条項の存在を知らない者を保護するものならば、なぜに、契約締結前に約款を内容の面で知することに努めた者が保護されるべきでないことになるのかは理解できない。さらに、論者は形式的に不明瞭な条項の形成が三条の不意打ち条項性を有することは一般に認められているが、この場合も少なくとも約款を表面的にも目を通すことが必要であるから、条項の内容形成によって顧客が個々の条項の約款条項の規制対象につき誤解したのも当然であるといえるときは当然三条の保護範囲にはいるといえるとするが、これに該当するのは特別な事情がある場合であり、一般的には内容上不透明な約款条項が三条で否定されることはない<sup>(28)</sup>と批判される。したがって、透明性原則の根拠は約款規制法の機能の点から検討すべきである。

機能の面からは、約款規制法はその規制機能のほかに同時に情報機能をも有する。一〇条、一一条における無効条項規定は、情報開示原則の違反は条項の不知を根拠づけるものであるとするもので、これは疑いもなく、約款の情報機能は内容規制の枠内で考慮されうるものであると共に考慮されねばならないことを示している。さらに、約款規制法は、契約締結前及び際しての情報開示義務と、事後の、つまり、契約完了に関して問題が生じた場合の情報必要性とを内容規制において区別しなければならぬということにつきならん支点を提供するものではない。例えば、一〇条一項によると、承諾期間の確定性が欠けているならば、したがって、契約締結局面に関する情報が欠けているならば、これは無効根拠となるとするが、このことは、契約締結にとって重要である情報につき透明性が欠けているこ

とも内容規制に際して考慮しなければならないことを示しているといえる<sup>(29)</sup>。しかも、約款の情報機能に関して、契約締結のための情報又はその後の時点の情報のいずれが重要かを合理的に区別できるとはいえない<sup>(30)</sup>。さらに、約款規制法二条自体は約款全体の組込要件を規定するものであり、個々の条項の不透明性を問題とするものではないことも挙げられる<sup>(31)</sup>。もっとも、この点は、約款規制法二条一項二号に根拠を求める見解は、立法者は三条につき例え約款条項の全体としての組込につき二条の前提要件が充足されても、特定の不意打ち条項は個別契約の構成要素とならないことがありえるとする。このことは、全体としての組込要件を充足しても、必然的に全ての条項が契約構成要素となるとはいえず、二条の他に三条の組込障害を克服しなければならないことを示している。しかも、なぜに、二条一項二号の要求が約款規制法の他の全ての規定とは対照的に個々の約款条項には関連すべきでないかとされるのが理解できない、とする<sup>(32)</sup>。しかし、二条の文言上、約款による旨で足りるのであり、個々の条項の認識必然性は要求されていない。三条はこのため不意打ちとなる条項の拘束性を否定したにとどまる。従って、内容規制規定には前述の二つの情報の必要性を含んでいると解すべきである。

さらに、透明性原則の求められる理由も顧慮に入れると、根拠については支配的見解が妥当といえる。つまり、約款の設定及び利用には、経済的強者による約款の一方的確定が存する。契約相手方は十分な情報を付与された場合のみ、交渉可能性及び市場での機会 (Markchancen) をその利害に相応して行使できることになる。これは、約款が契約相手方の権利義務を最大限に明確かつ見通しできる形で表現されている場合にのみ可能となる。したがって、透明性原則は一九八五年の価格表示令と同一な機能を有するとされる<sup>(33)</sup>。もっとも、透明性原則の根拠を九条一項ではなく、二条又は三条に求める見解では、市場の透明性を確保するのはカルテル法、不正競争防止法、及び価格表示法の取り扱うべきもので、約款の内容規制には市場の透明性につき配慮するという機能はないとする<sup>(34)</sup>。例えば、競争が



機能することを前提とする経済秩序では、(潜在的)顧客が価格と条件の比較が可能であることを必要とするのであるが、これは価格表示法等の目的とするものである。これに反して、(契約締結前に)価格比較を可能にするという顧客への情報は約款規制法の目的ではないとする<sup>(35)</sup>。しかし、これは独自の機能というよりも、不透明性の特別な現象形態にすぎず、透明性原則の本質的な機能は、取引の進展に関する透明性 (Abwicklungstransparenz) と価格—給付関係の透明性 (Preis-Leistungstransparenz) であり、前者は取引相手方に取引の進展において自己に帰属する権利及びその際に生ずる義務と負担を明確にすることであり、後者は契約交渉に際して明確な情報、特に価格—給付関係につき、保障することである。そして、価格—給付関係の透明性は、自由な市場決定の保障との関連で重要性を有するものであり、この面での透明性コントロールは選択可能性と市場チャンスの効果的な利用という権利を保護すべきものである。この利益は二条の組込要件と三条の不意打ち条項をもっては十分に保護できないのであり、そこに、透明性による規制が要請されるのである。また、顧客は、価格及び価格—給付関係につき迅速かつ確実に情報を得ることができるといふ価格表示令により保護されるに値するものとして承認された利益を有するが、約款における価格構成要素につき情報を得なければならぬ点で付加的に必要な情報費用は、市場での比較を迅速になさなければならぬために顧客にこの負担を要求することはできないのであり、この迅速な価格情報に関する特別な利益は約款規制法二条ではいかなる場合においても保護できず、九条による全体的考慮の範囲においてのみ可能となる<sup>(36)</sup>といえる。さらにいえば、約款規制法は一種の経済法的法律といえる<sup>(37)</sup>。市場が競争によって適切な状況を作り出すことができなくなっていることは、数十年にわたる展開を見れば明らかである。顧客の関心は、価格及び申込の品質にあり、自己が概観できない約款の品質についてではない。市場経済過程のこのような失敗のために立法者は約款規制法によって規制的に市場へ介入しなければならなくなったのであるといえる。同法の目的は均衡のとれた状況を創出することに

ある。価格—給付関係については同法は国家の規制に服しないものとし（同法八条）、市場の規制に委ねている。だが、約款内容規制がより一層の市場透明性を作り出すための手段として導入された限りで、これは同法の経済政策上の目標設定の枠内に入る。つまり、供給者又は需要者の決定自由への介入ではなく、競争が機能するためにより良い枠組条件を創出することにある。価格付随合意及び隠れた対価条項に関するグレーゾーンにおいてより透明性を生ずるならば、それは競争を妨げるのではなく、市場経済で適切な決定をなすように需要者を手助けするものなのである。<sup>(38)</sup>このようにみると、価格—給付関係で透明性理論の適用を否定するのは妥当でないといえる。

以上の検討の結果として、結論的にいえば、透明性原則は、なによりも、契約の履行及び完了に至るまでにおける約款によって創造された法的状態（Rechtslage）の見通し（Durchschaubarkeit）に関するものである。ここでは、信義則上、企業の決定裁量範囲（Entscheidungsspielraum）は、明確な構成要件形成（Tarbestandsbildung）によって限定され、平均的顧客は不明確で、理解困難な又は誤解に導くような規定によって、自己の権利の行使（Wahrnehmung）又は義務の履行を妨げられるべきではない<sup>(39)</sup>ということが基本的に要請されるのである。

(一) Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 1993, Bd. 1, AGBG, § 9 Rdn. 19 (Helfermehl) (以下、Erman-Helfermehl, AGBG-と略記).

Soergel-Siebert, BGB, Bd. 3, Schuldrecht II, 12. Aufl., 1991, AGBG, § 9 Rdn. 21 (Stieh) (以下、Soergel-Stein, AGBG-と略記) は、透明性原則は全約款法の基本的原則であり、契約相手方を権利義務を曖昧にしている隠蔽的な条項から保護することを意図するものである。OLG Celle I. 2. 1989 NJW 1989, 2267 (2267) u. ders., 28. 11. 1990 NJW-RR 1991, 634 (634) は、この原則は、特に二条一項二号、三条及び五条から明かなように、「赤い糸」のように約款規制法に貫流して

よかる。

- (2) Brandner, H. E., Transparenz als Maßstab der Inhaltskontrolle? Eine Problemskizze, FS für H. Locher, 1990, S. 317. Siehe auch Locher, H., Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., 1990, S. 41 ff.
- (3) Brandner, H. E., FS für H. Locher, S. 318; Ulmer u. a., AGBG, § 6 Rdn. 14 (Schmidt, H.).
- (4) Graf v. Westphalen, F. (Hrsg.), Vertragsrecht. und AGB-Klauselwerke, 1993, Transparenzgebot, Rdn. 1 (Graf v. Westphalen, F.) (214) Graf v. Westphalen, F., AGB-Klauselwerke, Transparenzgebot (214); Köndgen, NJW 1989, 943 (946 ff.). Vgl. auch Koller, I., Das Transparenz als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen, FS für E. Steindorff, S. 674 ff.
- (5) Siehe Heinrichs, H., In: Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Bankrechtslag 1990, S. 105 f.
- (6) 214 Ulmer u. a., AGBG, Einl. Rdn. 37 u. § 9 Rdn. 88 249.
- (7) 透明性原則は約款規制法九条に明確に規定されるべきである。 Siehe OLG Köln 7. 12. 1990 NJW-RR 1991, 636 (636); KG 17. 4. 1991 WM 1991, 1250 (1251).
- (8) Haas, M., aao. S. 280.
- (9) Köndgen, J., NJW 1989, 943 (947); Metz, R., Tilgungsverrechnung: Transparenz durch AGB-Recht und Preisangebenverordnung, NJW 1991, 667 (669).
- (10) BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (117); BGH 24. 11. 1988 BGHZ 106, 42 (51); Köndgen, J., NJW 1989, 943 (950); Tautz, J., Jus 1989, 520 (526); Haas, M., aao. S. 278 f.
- (11) BGH 17. 1. 1989 BGHZ 106, 259 (264); OLG Düsseldorf 28. 3. 1991 BB 1991, 1145 (1145); OLG Köln 25. 5. 1990 WM 1990, 1327 (1329); Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 162 14. 判例は条項の不透明性から信義則に反する不利な結果を生ずる結果を生ずるべきであり、賛成されるべきである。 かつ、論者によれば、判例は具体的事案で形式的違反は実質的不利益を課すべきであるべきである。 v. Hoyningen-Huene, G., Unwirksamkeit von AGB bei bloßer In-

transparenz?; FS für R. Trinkner, 1995, S. 182. BAG 26. 5. 1993 NJW 1994, 213 (214) は、透明性原則の要件は条項がどうかを担保を負わせるものかを依存するものか。BGH 14. 4. 1992 BGHZ 118, 126 (131) は、条項の表現形態にならざる顧客に負担を課す効果が隠蔽されたらどうかをまげること。

(21) BGH 9. 7. 1992 NJW 1992, 3158 (3162). Siehe auch BGH 23. 3. 1988 BGHZ 104, 82 (92 f.); BGH 15. 6. 1989 BGHZ 108, 52 (57, 61).

(22) BGH 12. 10. 1995 NJW 1996, 1407 (1408)

(23) Siehe Staudinger-Schlosser, AGBG, 1980, § 9 Rdn. 14; Köndgen, J., NJW 1989, 943 (950).

(24) Wolf u. a., AGBG, § 9 Rdn. 146; Ulmer u. a., AGBG, § 9 Rdn. 91; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 9 Anm. 15; Erman-Hefemehl, AGBG, § 9 Rdn. 19.

(25) Bruchner, H. u. Bunte, H.-J., Aktuelle AGB-rechtliche Fragen im Bankgeschäft, 1989, S. 138, 139 (214) Aktuelle AGB-rechtliche Fragen (55脚); Bunte, H.-J., Urteilsanmerkung JR 1989, 376; Wagner-Wieduwil, K., WM 1989, 37 (42, 44).

(26) Graf v. Westphalen, F., AGB-Klauselwerke, Transparenzgebot, Rdn. 12; Vorderbermeier, B.-S., aao. S. 262; Hansen, U., Das sogenannte Transparenzgebot im System des AGB-Gesetzes, WM 1990, 1521 (1524). 以下の一般に不当な条項は情報を与えられたか又は情報の入手が期待できる契約相手方に対しても無効である。内容上妥当な条項は組入規制で十分であるといえ、形式的に解すれば足りることも根拠としておこなわれる。Siehe Westermann, H. P., FS für E. Steindorff, S. 827. Fastrich, L., aao. S. 321 f. u. 325 f. 彼の有名な適用透明性 (Anwendungsstransparenz) という形式密に不当な形態 (Ausgestaltung) である。そして、この透明性原則の根拠は、企業に課せられる一種の保証債務 (Garantpflicht) であり、約款利用によって自己責任に基づく契約締結の機能メカニズムを行動しなせさせた者は、自己が設定した条項の相対的な危険のなや (Ungefährlichkeit) と見通しの良や (Durchschaubarkeit) につき配慮すべき義務を負っていることと求められるとする。かつ、内容規制とはこの段階での透明性原則とは必ずしも同一ではなく、透明性原則はこの適用透明性

- 限定され、契約締結段階は市場と競争による是正に委ねられ、締結段階での透明性原則は不要とする。なお、BGH 17. 1. 1989 BGHZ 106, 259 (264) は、条項は形式的に透明性原則に反しているという表現をも採っている。
- (8) Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 162.
- (9) Köndgen, J., NJW 1989, 943 (950); Traupitz, J., Jus 1989, 520 (525). Siehe auch Ulmer u. a., AGBG, § 9 Rdn. 91.
- (10) Haas, M., aao. S. 280 f.
- (11) Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, 1995, S. 161 ff. 116 f. の見解は勝田のなる見解 (Außenleitermeinung) なるものより空闊である。
- (12) Pflug, H.-J., Allgemeine Geschäftsbedingungen und "Transparenzgebot", AG 1992, 1 (16).
- (13) Schäfer, J., Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1992, S. 121 f. bes. 122 u. 125. 46 f. Ders., aao. S. 143 f. は、約款制定法前の判例分析、立法理由及び約款規制法九条一項の存在理由を顧慮するより、九条に根拠を求める必要はないとする。
- (14) Pflug, H.-J., AG 1992, 1 (18, 19); Schäfer, J., aao. S. 45 f.; OLG Schleswig 27. 3. 1995 NJW 1995, 2858 (2859), Campenhausen, B. v., aao. S. 7 も、説明義務の性質上、説明は相手方がこれを利用できる時点までの説明がなされることを要し、契約締結後では契約相手方にとっては情報は利用しえないから、説明は契約締結前になされなければならない。透明性原則を含む説明義務は契約締結前の説明義務であるとする。
- (15) Koller, I., FS für E. Steindorff, S. 681 ff. 683 ff. 703 ff. Wagner-Wieduwilt, K., WM 1989, 42 は約款規制法三条、五条に透明性原則の根拠を求められていると解されているが、これは彼自身による誤解で、彼は同時に内容上の不当性 (Unangemessenheit) が存する限り、九条にもその根拠が求められるとする見解もあるという。
- (16) WUB I E 4.4. 89 (未見)。この部分に Hansen, U., WM 1990, 1522 Fn. 22 にある。
- (17) Hansen, U., WM 1990, 1521 (1523 ff.). Siehe auch Vorderbermeier, B.-S., aao. S. 263, 270, 273.
- (18) Campenhausen, B. v., aao. S. 17.

- (28) Schäfer, J., aao. S. 97 f.
- (29) Schäfer, J., aao. S. 131 f. u. 141 f. は、これらの条項の情報開示性を詳論し、内容規制は実質的妥当性と無関係になしえなるとして、情報開示をもこれに取り入れることにし、かつ、約款規制法は租込規制と内容規制を区別するとともに、八条からみて、九条一項を契約締結に際して十分な情報開示の可能性のための規制規範と解し、したがって、条項の透明性を内容規制の枠内での独立した妥当性基準と解するのは適切でないとする。
- (30) Heinrichs, H., In: Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, 101 (111). Haas, M., aao. S. 276 f. も、約款規制法二条、三四条、さらに団体訴訟との関係で、二条のみに求めるのは妥当でないとする。
- (31) Hansen, U., WM 1990, 1521 (1527).
- (32) Schäfer, J., aao. S. 52 f.
- (33) BAG 26. 5. 1993 NJW 1994, 213 (214) (値引七条項) ; BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (117f.) ; KG 17. 4. 1991 WM 1991, 1250 (1252) (価格決定任意 (Preisnebenabrede)) ; LAG Niedersachsen 14. 2. 1992 AuR 1993, 156 (157) (返済条項)。
- (34) Bruchner, H., AGB-Rechtsprechung aus der Sicht der Kreditwirtschaft, In: Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S. 128.
- (35) Taupitz, J., JuS 1989, 520 (525) ; Westermann, H. P., Zweck der AGB-Kontrolle im Bankvertragsrecht, FS für T. Heinsius, 1991, S. 936. Siehe auch Baums, T., WM 1987, Sonderbeilage Nr. 2, S. 13 f. Westermann, H. P., aao. S. 940 は、この面では、内容規制は情報の欠如又は力の欠如の補償の道具となるという危険をもたらす旨指摘する。
- (36) Wolf, M., In: Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S. 76 f.
- (37) Köndgen, J., NJW 1989, 943 (946 f.) もこの点を論拠は異なるが肯定する。つまり、約款規制法は、団体訴訟の採用が市場に関連した法的救済であるように、市場政策という手段で個人個人の保護を目的としている。したがって、約款規制法は市場の失敗を補う経済法的法律である。この市場の失敗は約款を使用する企業の経済的かつ知的な優越のみに基づくものではない。競争が企業の約款による一方的な利益追求を阻止しないことは、企業による一方的に行使された契約内容形成の自由ない

しは顧客側に交渉力が欠けていることの結果にすぎない。顧客が交渉をしないが、約款を利用する当該企業の競争相手の有利な申込を選択できるならば、そこには競争が存するといえる。約款に関する競争 (Konditionenwettbewerb) が機能しない決定的理由は、顧客一般が約款を読まないか、比較できず、このため比較により有利な申込による決定をなさないことにある。約款規制法によって是正しようとする市場の失敗は構造的に顧客側の情報欠如に基因するとすると、必然的に、効果的な約款規制において約款条項の透明性の改善が標榜されねばならないことになる。約款規制法の目的は、約款条項の認識可能性、見通し可能性及び比較可能性を高め、情報制約から生じた市場の失敗により沈滞している約款競争を活性化することにある。ここでは、透明性原則の根拠ではなく、その限界づけのみが検討されるべきだとする。Ders. a.o. S. 950 が「競争過程の維持」は約款規制法の保護財 (Schutzgut) であることを強調する。なお、Reich, N. In: Horn, N. (Hrsg.), AGB-Banken 1993, S. 48 は、EG 指令はKondgen が特に強調した透明性原則の競争上の重要さを間接的に示していると指摘する。これに対して、Schäfer, J., a.o. S. 161 f. は、団体訴訟は企業の潜在的顧客を許容されない条項と対決することから予防的に保護するものであるし、九条一項の文言からは企業による不当な不利益を課されることから個々の顧客のみが保護されるのであり、市場に害を及ぼす行為形態から競争市場を保護するものではない。かつ、九条に競争市場保護を求めるのは行き過ぎであり、競争を阻害する条項形成に基づき無効とされる条項は必ずしも顧客に不当な不利益を課する内容を有するとはいえないとして、反対する。

(88) Heinrichs, H., In: Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S. 111 f.; Kondgen, J., NJW 1989, 943 (946 f.); BGH 10. 7. 1990, BGHZ 112, 115 (117 f.). Hansen, U., WM 1990, 1521 (1522 Fn. 20) 47. BGH の判決における透明性原則では価格比較の可能性ではなく、価格に影響を及ぼす要素の規則的な確定 (ordnungsgemäße Feststellung) が問題となっているのであり、これは完全に約款規制法の目的である。このことは一般の見解といえるとする。このような市場の失敗の補償とか、市場透明性という根拠に対しては、これは約款規制に従来とは全く質的に異なるものを持ち込むことになるし、憲法上も訴訟上も疑問である旨指摘するものとて、Krämer, A., In: Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S. 139 f. Siehe auch Bruchner, H. u. Bunte, H.-J., Aktuelle AGB-rechtliche Fragen, S. 140 f.; Hansen, U., WM

1990, 1521 (1524); Westermann, H. P., FS für E. Steindorff, S. 826; Bunte, H.-J., Urteilsanmerkung, JR 1989, 376 ㉞ 比較による市場での決定は顧客にとって効率的ではなく、顧客は約款を読まないことを前提として約款規制法が制定されたのであり、不透明性を市場に関連した不当性として位置づけるのは妥当でない」とする。

(39) Fasrich, L., aaO, S. 320. Siehe auch Koller, I., FS für E. Steindorff, S. 671 ff.

#### 四 透明性の判断基準

透明性原則を充足しているか否かの判断に際しては、具体的契約相手方又は専門家の認識可能性(Erkennntismöglichkeit)ではなく、当該契約種類につき定型的に予測される平均的顧客の理解の程度及び期待が基準とされる。<sup>(1)</sup> 約款規制法二条一項二号に透明性の根拠を求める見解も、約款による取引における法的安全性及び受領を要する意思表示の解釈につき一般的に認められた原則との調和という見地から、二条一項二号の枠内で、透明性による規制にとり決め手となる理解は主観的・個別的ではなく、具体的顧客がいかなる顧客圏に属しているか、かつ、この顧客圏の類型化された代表者(Typischer Vertreter)につきいかなる理解が期待できるかに基づき客観的・類型的に決定されねばならないと解しており、差異はないといえる。<sup>(2)</sup> したがって、いづれにせよ、具体的契約相手方がこの者の教育または職業経験(Berufsausübung)に基づき高度な認識及び理解能力を有したとしても、このことは考慮されない。<sup>(3)</sup> 決め手は、市井の人(Mann von der Straße)が約款内容を理解できるかである。<sup>(4)</sup> 透明性原則は、平均的顧客が条項の射程距離を知りうる程度で約款を理解しやすくかつ概観できるように作成するよう企業に要求するにとどまる。どのような方法で企業がこれをなすかは、企業に委ねられているが、契約相手方にこの者の権利義務を詳細な調査を



なすこと無くして認識しえるものであることを要する。当然これは条項の内容によって異なりうるが、一般には約款の論理的構成や平明で複雑でない構文であることが意味を持つてくる。<sup>(6)</sup>したがって、顧客が約款条項が自己に不利益を及ぼすことを積極的に精査した結果初めて明らかとなるか、又は補足的な情報付与に基づいて明らかとなるのでは、不十分である。<sup>(7)</sup>さらに、印刷上の強調も顧客の注意を惹く点で考慮され、個別的な事項がボールド体で印刷されているれば、不注意な者も認識したものであるといえる。<sup>(8)</sup>したがって、ルーベを使用しなければ読めないような細字で条項が印刷されている場合は、透明性に反する。<sup>(9)</sup>同様に、顧客にとって不利な作用が平均的顧客には不可能な、多数の段落からなる規定の全体を通観 (Gesamtschau) から明らかとなる場合も不十分である。<sup>(10)</sup>他方、他の法規範の指定は、制定法も使用しているテクニクであり、その限りで契約相手方への不当な不利益を示すものとはいえない。<sup>(11)</sup>もともと、理解困難な形態で作成したが、遅くとも契約締結に際して契約相手方に内容につき詳細な説明をし、理解させた場合は、不透明性は治癒され、<sup>(12)</sup>契約相手方は約款の無効を援用できない。個別的な助言にも拘らず、約款の無効を主張するのであれば、契約相手方は権利濫用的 (民法二四二条) に行為しているといえる。<sup>(13)</sup>さらには、約款規制法四条の類推適用で、個別合意の優先が推論できるし、より正確には、この場合は一条二項の類推適用により、条項の内容が個別に交渉されているならば、内容規制はこれに及ばないことになる。情報提供としての面に関する限り、個別的情報提供で除去されているならば、透明性の瑕疵は内容規制において害とならないといえる。<sup>(14)</sup>しかし、このことは情報提供の面にとどまる。つまり、約款の組込に関する二条を充足することは確かであるが、契約完了に関する透明性 (Abwicklungstransparenz) については十分ではない。この種の説明や約款とは別の書面での指摘及び説明は、契約履行段階ないし契約完了段階において相手方がこれらを想起するか当該書面を所持しているかを保障するものではない。したがって、契約完了に関する透明性は具体的条項自体の透明性を要求するものである。<sup>(15)</sup>さらに、給付内容の

経済的価値、条項の内容や契約締結前後によって透明性の程度には差異が生ずることも考えられる。しかし、給付の経済的価値（例えば高価値品）は透明性の程度に影響を及ぼさないと考えられる。というのは、顧客の購買力如何によって法的保護の範囲に差異を生じてしまうからである。<sup>(16)</sup> 契約締結の前後で区別するのも、透明性原則が契約完了に関する透明性をも含むものであるし、多くの情報は、例えば、契約の有効期間、解除可能性、価格変更の可能性、さらには責任及び瑕疵担保に関する基本的規定などに関する情報は、両時点にとって重要であるから、疑問である。<sup>(17)</sup> したがって、考えられるのは条項の内容による差異である。これにつき、契約締結前において重要な条項と契約締結後に重要な条項とで透明性の程度に差異を生ずるとする見解<sup>(18)</sup>があるが、かかる契約締結の前後で区別するのは、いかなる条項がいずれに該当するか判断困難であり、適切とはいえない。<sup>(19)</sup> そこで、時間的差異を無視して、条項の内容のみで判断することになるが、そうはいつでも、いかなる条項が重要な条項にあたるかは区々的になるから、一般化できないであろう。むしろ、この点では、両契約当事者にとって取引の重要性及び規定対象の複雑性が考慮に入れられべきである。例えば、保険約款において規定態様上分離されている条項の協働効果により不利益が契約相手方に生ずる場合には透明性につき特別な配慮が必要となるが、その際には保険法上の専門知識を全く有していないが、約款に注意深く目を通し、合理的に評価し明白な意味連関を考慮する保険契約者を対象とすることができる。<sup>(20)</sup> また、既に償却された債務額につき利息を払うべきものとする条項は借主の平均的期待に非常に反するから特に明確に分かりやすい形で形成されていることを要することになる。<sup>(21)</sup> 要は、情報開示、自己決定の面から、契約相手方にこれが期待できる態様でなされているかである。これに尽きると言えるが、少なくとも、平均的顧客にとって当該条項を予測する必然性が少ないものであればあるほど、理解しやすさへの要求の程度はより高いものとなるし、<sup>(22)</sup> 条項の内容が平均的顧客の典型的な期待とは大きく隔たるものであればあるほど、確定性の意味での透明性の要件はより強められねばならないと<sup>(23)</sup>

いうことはいえる。

一方、透明性の要請は企業に過大な義務を課するものではない。<sup>(24)</sup> 企業は、約款作成に際して当初から平均的顧客の理解可能性を考慮するという義務を負う。そして、条項の表現形態としては相手方に負担を課す効果を隠蔽するのではなく、できる限り明確で見通し易い形態を選択する義務を負うのである。<sup>(25)</sup> したがって、構成要件である前提条件及び法効果につき企業の不当な判断の裁量余地を生じないように正確に記述することを要する。かつ、この記述は平均的な観察者の見地から契約相手方にとって確認できるもので (nachprüfbar) 誤解を生ぜしめないものであることを要する。<sup>(26)</sup> もっとも、これをなすのが、テキストの範囲を不適切に拡大しなければない場合には、そのような表現形態を選択することを要しない。<sup>(27)</sup> 元来、約款の合理化への要請からみても、複雑な法律的関連を当事者が理解できる表現に翻訳するよう企業に強いることは適切ではない。原則として、約款は制定法を変更、補充または代置するものであり、制定法よりも理解するのが平易ではないといえるが、立法者が国民一般に分かりやすい法を作り出すことのできない場合に、これを約款制定者である企業に求めることはできない。さらに、透明性を求めて膨大な約款条項にすることも非生産的で、読む意欲を有する顧客であってもその意欲を奪ってしまうことになる。<sup>(28)</sup>

なお、透明性原則が法認されることは確かであるが、このことは、即座に、全ての不透明性は契約相手方に約款規制法九条一項の意味での不当に不利益を生ぜしめるものであることを必ずしも意味しない。約款条項の不透明性が本項に基づき当該条項の無効をもたらすのは、契約相手方の不当な不利益がこの不透明性に基づくのか又は不透明性がこの判断にとって決定的に寄与している場合のみである。特に、契約相手方の権利又は義務を規定する条項は、この者が自己の権利及び義務につき誤解を生じないように (irreführen) 形成され表現されていることを要する。より積極的にいえば、全ての約款条項は法状態につき契約相手方に適切で、明確で、かつ、最大限に確定的な情報を伝え

るものであるべきである。約款は契約締結に際しては殆ど読まれないのが常であることをもって、このことを否定することはできない。というのは、遅くとも、契約履行過程で不透明な条項が適用される段階では、契約上の地位 (Vertragslage) が不確実である結果、契約相手方は事情によっては相当な不利益に曝されるからである。<sup>(29)</sup> このような約款に関する理解しやすい表現形態での作成を要することは、間接的には契約相手方に対する情報提供義務を企業側に生ぜしめるといえる。つまり、企業が九条の法効果を回避したいならば、契約相手方に、この者の権利義務につき約款で理解しやすい形で情報提供しなければならぬといえる。九条によるこの情報提供義務は、特定条項は確かに許容されるものであるが、契約相手方に不利益な効果を及ぼす形で任意法を修正していることを企業が明示に契約相手方に指摘しなければならぬことまでには及ばない。九条から、特別な情報提供を命じることによって経験のない契約相手方を保護すべきだという一般原則を引き出すことはできないのであり、同条に基づき、企業は約款が一義的に理解しやすいように配慮して約款を作成することが求められるにとどまる。<sup>(30)</sup>

さらに、平均的顧客の定型的な理解可能性が基準であるとはいっても、契約の種類または顧客圏の態様に応じて異別的に集団的な区別をなすことを否定するものではない。<sup>(31)</sup> 約款に関する透明性は、実行できないかまたは期待できないような要件を設定するものではないからである。当然に商人間取引では約款条項形成に関する透明性の程度はより低くても足りるし、<sup>(32)</sup> 特別な認識状態も考慮される。<sup>(34)</sup> 商人は取引経験を有し、取引においては商慣習 (Handelsgebräuchen und Handelsbräuchen) が尊重されることからみて、それなりに認識及び理解の能力を有すると仮定できる。<sup>(35)</sup> かつまた、B G Hは透明性原則の理論を導入するに際して「実質金利」に関して価格表示令をも考慮にいれていることから、同令七条一号が実質金利表示の義務を取引相手方が当該貸付を自己の独立した職業上又は営業上の活動に使用する最終消費者である場合には免除していることも考慮に入れられるべきで、約款規制法九条一項に基づく透明

性原則においても商人及び営業者に対しては別異に解するのが妥当といえる。<sup>(36)</sup> なお、透明性とは必ずしも直接的関連で主張されているものではないが、同一の約款が商人と消費者の両者に対して利用されている場合には、商人は結果的に消費者と同様に保護されるのであり、消費者取引において無効であるならば、このことは商人に対する場合にも適用されるとする見解が存する。<sup>(37)</sup> しかし、元来、内容規制は具体的に関係しかつ限定された人的範囲に依じて利益較量をなすものであるし、約款規制法二四条二文により九条による内容規制にも「商取引に適用されている慣習及び慣行を妥当に考慮」することを要する点を無視することになる。また、極論すれば、従来専ら当該人的範囲においては有効とされていた約款が、平均的顧客へ一回でも利用すれば、従来有効とされていた人的範囲との関係でも無効とされる根拠はいったい何なのか不明である。<sup>(38)</sup> したがって、この見解は妥当でない。

(一) BGH 24. 11. 1988 BGHZ 106, 42 (49) ; BGH 17. 1. 1989 BGHZ 106, 259 (264 f.) ; BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (118) ; BGH 10. 7. 1990 WM 1990, 1367 (1368) ; BGH 5. 10. 1992 BGHZ 119, 305 (313) ; OLG Celle 1. 2. 1989 NJW 1989, 2267 (2267) ; OLG Düsseldorf 8. 6. 1989 NJW 1989, 2269 (2269) ; ders. 28. 3. 1991 BB 1991, 1145 (1145) ; OLG Frankfurt 15. 6. 1989 NJW 1989, 2264 (2265 f.) ; OLG Hamm 30. 11. 1990 WM 1991, 727 (729) ; OLG Karlsruhe 27. 9. 1990 NJW 1991, 362 (363 f.) ; OLG Köln 16. 1. 1990 NJW-RR 1990, 499 (499) ; OLG Köln 6. 2. 1995 NJW 1995, 2044 (2044) ; Soergel-Stein, AGBG, § 9 Rdn. 21 ; Graf v. Westphalen, F., AGB-Klauselwerke, Transparenzgebot, Rdn. 2 ; Erman-Helermehl, AGBG, § 9 Rdn. 19 ; Metz, R., NJW 1991, 672. 基準時における判例は契約締結時における該種類の取引における平均的顧客の期待 (Erwartung) 及び認識可能 (Erkennnismöglichkeit) に依るもの。 BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (118).

(二) Schäfer, J., aaO. S. 57 f, bes. 59, 65.

(三) Graf v. Westphalen, F., AGB-Klauselwerke, Transparenzgebot, Rdn. 2 ; BGH 24. 11. 1988 BGHZ 106, 42 (49) ; BAG

26. 5. 1993 NJW 1994, 213 (214) ; BGH 23. 5. 1995 NJW 1995, 2286 (2286 f.) ; Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 165 ; Taupitz, J., Jus 1989, 520 (525 f.). Siehe auch Schäfer, J., aaO. S. 63 f.
- (4) v. Hoyningen-Huene, G., Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rdn. 200 (201 f.) Die Inhaltskontrolle - 4 (脚記).
- (5) 1) 0の点を指し示すものとして Haas, M., aaO. S. 274, 282 f. Wolf, M. u. Ungeheuer, C., JZ 1995, 176 (180) は「顧客が特定条項を考慮に入れるべきかどうかを決定するに際しては、条項の理解に多少の関心と要求はより高度なものとなるもの。」
- (6) Taupitz, J., Jus 1989, 520 (526).
- (7) Wolf, u. a., AGB § 9 Rdn. 148 ; BGH 24. 11. 1988 BGHZ 106, 42 (50) ; OLG Koblenz 9. 6. 1989 NJW 1989, 2268 (2269) ; OLG Köln 16. 1. 1990 NJW-RR 1990, 499 (500) ; OLG Hamm 30. 11. 1990 BB 1991, 154 (154). 法律知識を有する素人に適用される条項は、その法効果を広範囲な法的専門知識の助けをかりて初めて明らかとなる場合も不明であると考えられる。
- Wolf u. a., AGBG, § 9 Rdn. 148. Siehe auch OLG Köln 26. 1. 1989 NJW-RR 1989, 1266 (1268).
- (8) Taupitz, J., Jus 1989, 520 (526). BGH 23. 3. 1995 (Beschl.) NJW-RR 1995, 749 (749) は「訂約締結後に生じた一般に消費者が予測可能な理由により、その内容が不正確に混乱して生じたその文言に必要なる注意を以て理解されるべきことなれば、その理由は透明性原則に反しないものとする。」
- (9) OLG Hamm 20. 11. 1988 NJW-RR 1988, 944 (944).
- (10) OLG Celle 1. 2. 1989 NJW 1989, 2267 (2267) ; Schäfer, J., aaO. S. 55 ; Wolf, M. u. Ungeheuer, C., JZ 1995, 176 (180). Siehe auch BGH 10. 3. 1993 NJW 1993, 2052 (2054).
- (11) BGH 21. 6. 1990 NJW 1990, 3197 (3198).
- (12) BGH 24. 11. 1988 BGHZ 106, 42 (49) ; BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (119) ; BGH 30. 4. 1991 NJW 1991, 1889 (1889) ; BAG 26. 5. 1993 NJW 1994, 213 (214).

- (13) v. Hoyningen-Huene, G., Die Inhaltskontrolle, Rdn. 203. 勿論、個別的な支払延期交渉の段階で、書面交換とか相手方との対話のかわりに、約款条項が十分にかつ明白に検討された場合は、透明要請違反の治癒は生じる。Bruchner, H., WM 1988, 1873 (1875) ; Bruchner, H. u. Bunte, H.-J., Aktuelle AGB-rechtliche Fragen, S. 143.
- (14) Heinrichs, H., In: Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S. 112. Weternmann, H. P., FS für E. Steindorf, S. 828 以下。問題点につき交渉がなされたに、必要な情報を明らかにしたとしても、平均的顧客にとって、法的地位を判断することができなくなることから生ずる不利益、ノンディキャップを承認することはできなく、指摘する。Könzgen, J., NJW 1989, 943 (951) 以下。註を註ちしつゝ、疑念を述べらる。
- (15) Wolf u. a., AGBG, § 9 Rdn. 144.
- (16) Schäfer, J., aao. S. 76. Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 166 以下。非並に重要な経済的意義を有する取引に関しては、いかに顧客がなすべきならんか。
- (17) Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 166.
- (18) Haas, M., aao. S. 58.
- (19) Schäfer, J., aao. S. 78 f.
- (20) Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 166. Siehe auch BGH 23. 6. 1993 NJW 1993, 2369 (2369 f.).
- (21) OLG Hamm 30. 11. 1990 BB 1991, 154 (154).
- (22) (23) Wolf u. a., AGBG, § 9 Rdn. 150; Wolf, M. u. Ungeheuer, C., JZ 1995, 176 (180) ; BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (118) ; BGH 9. 7. 1991 NJW 1991, 2559 (2560) ; BGH 5. 10. 1993 NJW 1993, 3261 (3262).
- (24) Heinrichs, H., In: Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S. 107. Wolf, u. a., AGBG, § 9 Rdn. 148 以下。理解しやうに関連する透明性要求は、いかに顧客がなすべきならんか。この点で、過度な要求は、たいてい、差別的、見解の相違、情報の過剰が生じつゝ、おなじく、いかに顧客がなすべきか。Siehe auch Graf v. Westphalen, F., AGB-Klauselwerke, Transparenz, Rdn. 11.

- (25) BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (119); OLG Hamm 28. 3. 1991 BB 1991, 1145 (1146).
- (26) BGH 21. 6. 1990 NJW 1990, 3197 (3198).
- (27) BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (119); OLG Düsseldorf 28. 3. 1991 BB 1991, 1145 (1146). OLG Düsseldorf 8. 6. 1989 NJW 1989, 2269 (2270) は、条項が見通しやその形態で構成され、明確な表現をよびつづる場合には、平均的顧客は個々の条項の意味内容を理解するように誠実に努めるべきことが要求される。広範囲な説明義務は約款規制法からは引きだせないし、信義則の原則からも必要でなからず、とする。AG Köln 6. 6. 1989 WM 1989, 1563 (1566) は、条項が規定された位置及び意味的関連でも非常に緊密な関係にあるから、支配人としての原告は注意深く点検すれば知りえたものであり、疑念を生じたならば照会することを要する、とする。しかし、判例の多数は、反対であり、顧客に負担となる結果を生ずる条項は一義的に明らかになっていることを要し、顧客が手間ひまかけて計算してその結果を知るようなものであるのでは透明性原則を充足するとはいえないとする。OLG Frankfurt 15. 6. 1989 NJW 1989, 2264 (2265); BGH 24. 11. 1988 BGHZ 106, 42 (49 f.). Schäfer, J. aO. S. 73 も、契約相手方が誠実な努力をなしても独力で理解できないときは、企業側が契約に当該条項は組み込まれないうちから負担を負うべきであるとす。
- (28) Köndgen, J., NJW 1989, 943 (947); Wolf u. a., AGBG, § 9 Rdn. 148. Siehe auch BGH 21. 6. 1990 NJW 1990, 3197 (3198).  $\phi$   $\tau$   $\phi$  Schäfer, J. aO. S. 67 は、契約相手方の消化不良を指摘するが、ders., aO. S. 84 ff. では、約款条項の設定に際しての表現形態に関する立法者と約款設定者である企業との比較は疑問で、企業は立法者の制定法の条文化におけるよりも条項の表現形態につきより重い責任を顧客に対して負う、とする。Ulmer u. a., AGBG, § 9 Rdn. 91 も、企業とその取引相手方間においては情報提供は信義則上立法者におけるとは異なった重要性を有すると共に、制定法における抽象性は信義則が支配する具体的契約関係の形成の場合よりは必然的に高い旨指摘する。
- (29) Ulmer u. a., AGBG, § 9 Rdn. 89. Koller, I., FS für E. Steindorff, S. 668 ff., bes. 670 も、契約締結前における情報入手のコスト及び情報の危険は顧客にとって非常に大きい。というのは、顧客は条項の意味を十分に熟慮しなければならないのみならず、自己の解釈が当該取引圏の誠実な平均的取引相手方の理解と一致しないという危険をも負担しなければならないからで



ある。吟味コストと吟味の結果の不確実性を知って、通常、顧客は契約締結に際してたとえ相対的に短い契約条項であっても詳細な吟味を放棄してしまうものである。さらに、吟味コストを賭けても得られる契約内容の知識量とは比例しないが故に、顧客はそのコストを最小限化するために、契約締結に際して完全に約款の吟味を放棄するか又は全く表面的にのみ目を通すにとどめる。したがって、顧客が契約締結に際して約款により自己に課される不利益を直接に、正に表面的な読み方で、その射程距離を見通すことができる状態に常にあるべきことを要求するのは経済的に殆ど意味がないといえる。とはいっても、透明性原則が経済的に全く無意味という訳ではなく、全くその逆である。つまり、透明性原則が必要になるのは、契約締結の時点ではなく、むしろ、紛争となるか又は訴訟の危険が間近となったときである。この局面では、約款が分かりやすいように構成され、読み易くかつ理解できるものであることが大きな意味をもっている。顧客は具体的な紛争に誘引されて約款を正確に吟味する努力をなすならば、かなり迅速に決め手となる条項を見つけだし、法的状態を自主的に確実に探し当てることができるべきである。したがって、この契約発展段階における透明性の目的は訴訟の回避であり、さらに、顧客は自己の権利を知らないか又は正しく理解できずに専門家の助力なしでは諦めてしまうがために自己の権利を行使できないことから保護されるべきといえるとする。この指摘は顧客側における情報入手の経済的分析として説得力があるといえる。

- (60) v. Hoyningen-Huene, G., Die Inhaltskontrolle, Rdn. 202. Niefenführ, W., Informationsgebote des AGB-Gesetzes, 1985, S. 150 は「九条は一般的情報提供義務を根拠としてなすもの」。
- (61) Hunecke, H., WM 1989, 553 (555); Taupitz, J., Jus 1989, 520 (526); Schäfer, J., aaO. S. 60.
- (62) Heinrichs, FS für R. Trinkner, S. 165.
- (63) Soergel-Stein, AGBG, § 9 Rdn. 21; BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (118 f.); BGH 11. 2. 1992 NJW 1992, 1097 (1098); BGH 22. 11. 1995 NJW 1995, 455 (456); OLG Hamm 9. 1. 1990 NJW-RR 1990, 497 (499); Westermann, H. P., FS für E. Steindorff, S. 829; Köndgen, J., NJW 1989, 943 (946); Gral v. Westphalen, F., AGB-Klauselwerke, Transparenzgebot, Rdn. 2; Taupitz, J., Jus 1989, 520 (526)。もともと、透明性原則の根拠を約款規制法二条一項二号に求める見解にたつ Schäfer, J., aaO. S. 184 f. bes. S. 185 は商人間取引においても同様に取引の円滑かつ紛糾しない完了の必要性があるとして、商人対非商

人間取引とは異なる処理をすることに反対である。この見解では同法二四一条一号が同法二一条は商人に対しては適用されないとしているのが難点であるが、これにつき立法者は二一条の厳格な適用は商人間取引の特別な必要性和慣行、さらに商人である取引相手方の特別な取引経験に基づき必ずしも適切でないということを考慮したからであるとする。

(25) Wolf u. a. AGBG, § 9 Rdn. 147; Bruchner, H., WM 1988, 1873 (1876); Köndgen, J., NJW 1989, 943 (952); Erman-Hefermehl, AGBG, § 9 Rdn. 19.

(26) Wolf u. a. AGBG, § 9 Rdn. 147; OLG Hamm 9. 1. 1990 NJW-RR 1990, 497 (499); Schäfer, J., aaO. S. 187 f. もこのように異なる異別の取扱は特別な取引経験を有する者にも及ぶかは一個の問題である。判例は明確でないが、弁護士、人的会社の人的責任社員、商人と同一視される民法上の組合等に透明性原則を適用している。例えば、弁護士につき Siehe AG Köln 4. 4. 1989 ZIP 1989, 565 (566)。その他の判例として Westermann, H. P., FS für T. Heinsius, S. 946 Fn. 71. ちよび Haas, M., aaO. S. 281 f. は、情報経済的に契約危険の程度 (Höhe) と情報の費用との関係をも考慮に入れる必要があり、取引の対象が日常的な電気製品が高級リムジンか、取引の未経験であっても低額の商品に関する取引か、高額の商品かでは異なる區別がある。

(27) Bruchner, H. u. Bunte, H.-J., Aktuelle AGB-rechtliche Fragen, S. 144; Bruchner, H., WM 1988, 1873 (1876); Wolf u. a., AGBG, § 9 Rdn. 147. Westermann, H. P., FS für E. Steindorff, S. 829 f. は、商人間取引につき本理論の適用には反対である。Siehe auch ders., FS für T. Heinsius, S. 947 f.

(28) Palandt, BGB, 51. Aufl., 1992, AGBG, § 9 Anm. 33 (Heinrichs). Vgl. aber Palandt-Heinrichs, AGBG, § 9 Anm. 33.

(29) Hunecke, H., WM 1989, 553 (556); Schäfer, J., aaO. S. 60 は、企業が相互に異なる顧客圏に約款を利用してはならず、知識の面で最も問題となる顧客圏の理解水準からみても透明であるように約款を形成することを要する、とする。

## 五 透明性原則違反の効果

本原則に違反している条項、つまり、不透明な条項は約款規制法九条一項に基づき無効である。<sup>(1)</sup> その主な事例としては以下のように類型化できる。<sup>(2)</sup>

第一に、不透明な条項のために契約相手方が自己の権利又は義務に関して誤った観念を生ぜしめられ不当な契約締結へと導かれた場合である。このような不透明性によって、平均的顧客は既存の権利の行使を妨げられるか又はこの者の正当な請求を妨げる手段を企業側に付与することになるからである。<sup>(3)</sup> この場合は、個々の契約相手方が契約締結前に個々の約款を比較することは通常しないことはこの判断を左右しない。保護の客体は個々の顧客ではなく、見通せない、かつ、その作用の点においても全貌を掴むことが困難な約款条項から保護されるべき法取引である。<sup>(4)</sup> 例えば、輸入業者で、電気製品の卸売業を営んでいて、取引の相手方である購入者は専ら専門業者である企業が、その商品に保証書 (Garantiekarte) を添付していたが、そこには「保証は当社によって販売された商品に適用される」旨の条項が存した。しかし、専門業者によって、私的な最終消費者をも含むうる転売の際に商品と共に保証書も顧客に交付されている場合につき、「当該条項は、顧客に (転売の) 売主に対しても全くより広範囲な瑕疵担保請求権を主張できないという誤った印象を惹起してしまう……」。約款に適用される透明性原則から、契約相手方の法的地位を不明確に規定することは許されないことになる。……法的状態を不適切に表現し、これによって企業に正当な請求権を条項の表現形態 (Klauselgestaltung) を指摘して拒否する可能性を認める条項によって、契約相手方は信義則の命令に反して不当に不利益を被っている。既に、条項の起草段階で、顧客が既存の権利の実行を妨げられるという危険を防

止しなければならぬ」とされる。ここでは、交渉可能性及び市場機会を利用しえなくなっているといえる。<sup>(6)</sup>

第二に、隠蔽 (Verschleierung) の場合である。これは、第一の場合の紛らわしくすることの亜種といえるが、顧客にとって不利な条項は確かに明確に約款上になされているが、その存在又はその不利な結果が契約全体の形成状態又はその他の事情によって隠されてしまっている場合である。<sup>(7)</sup> さらに、当該条項により、法状態につき不適切な情報が生ぜしめられている場合もこれに該当する。この場合も、この種の不透明な条項の利用によって法取引が害されているといえる。<sup>(8)</sup>

第三に、確定性 (Bestimmtheit) が欠けている場合である。これは、平均的顧客が紛争が生じたときに基準となる規定内容を全く確認できないような状態に条項がなっていると、企業に権利又は義務の決定に際して過度な決定権を行使する余地を認める規定である。<sup>(9)</sup> 例えば、法律上許容される限りという限定を付すとか、多数の条項のうち企業に選択を認める内容の条項、つまり、救済条項 (salvatorische Klausel) とか、価格変更条項、利率変更条項などである。<sup>(10)</sup> これらは、具体的権利状態又は義務状態の非確定性のゆえに契約相手方に不当な不利益を被らせる段階に達することもありうる。紛争の場合に、このような条項の形成の結果、自己が法的にいかなる状況にあるのかを認識するのに余計なコストを必要とすることになるし、企業が法状態の不確定性を自己に有利なように最大限利用するという危険が存するからである。<sup>(11)</sup>

第四に、経済的結果につき全体の見通しが悪く分かりにくい場合である。例えば、金融機関の償還計算条項 (Tilgungsverrechnungsklausel) 及び利子計算日決定条項 (Wertstellungsklausel) である。<sup>(12)</sup> これに関しては、他の条項との意味関連又は事情によって生ずる経済的結果を約款上それ自体分かりやすい形で注意を促さなければならぬのか、しかも、経済的結果が不当又は不意打ち的とは評価できない場合でもそうなのかは、慎重に考慮することを要

する。<sup>(13)</sup>これにつき、論者によっては、肯定し、約款は契約条件の競争上の透明性を契約当事者に保障すべきであり、この点が欠けている場合には九条の意味での不当な不利益を課すことを意味するとされる。<sup>(14)</sup>しかし、契約相手方に、条項の結合関係で簡単に見通すことができないう経済上の効果を約款で指摘することは、内容規制の保護目的から企業に課された責務 (Aufgaben) に属するといえるかは疑問である。むしろ、これは、契約相手方の個人的認識及び経験状態に依存する契約締結に際しての説明義務ではないか。指摘を必要とし、不知によって実際に不利益を蒙る契約相手方のみが教授されるか、いしはよりよき状態に置かれるべきといえる。さらに、経済的效果を見通すのが困難な規定内容においては、経済的效果の冗長な説明を要することになり、約款の見通しのよさが要求されていることに反することになってしまう。<sup>(15)</sup>

この透明性原則違反の場合に、補充的解釈によって代替条項を作り出すことはできない。というのは、この解釈方法では企業が怠ったものを事後に補充することのみができるにとどまる。つまり、不透明な条項の代わりに、同様な内容の、顧客にとって見通すことができる (durchsichtig) 条項で置き換えなければならないことになろう。だが、これは裁判官による契約形成という問題に連なり、一般には裁判官の任務に属さないことになろう。だが、これは裁判官による契約形成とする法の目的を挫折せしめることになろう。というのは、企業のみが透明性原則の名宛人であるからである。透明性が欠けている場合に裁判官は条項を透明なものへと形成すべきではないといえる。<sup>(16)</sup>そして、契約の全体が無効となるのではなく、三条及び五条の場合と同様に、透明性違反においても、九条一項により透明性が欠けているために無効とされる条項は契約全体から単に削除されるにとどまり、契約の残余部分は保持される。<sup>(17)</sup>とはいっても、条項が内容上かつ文言上可分で、透明性違反で一部が無効である場合に、企業側が、効力を有する有効部分の無効を主張することはできない。相手方にとっては、規定は不透明な状態にとどまっております、したがって、自

己の権利の行使を妨げられているからである<sup>(18)</sup>。

なお、透明性の思想から、具体的事案において顧客に十分な情報を付与したことの立証は企業側に存することは明らかである<sup>(19)</sup>。

- (一) BGH 24. 11. 1988 BGHZ 106, 42 (49) ; BGH 17. 1. 1989 NJW 1989, 582 (583) ; BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (116 f.) ; BGH 10. 3. 1993 NJW 1193, 2052 (2054).
- (二) この類案は Brandner, H. F., FS für H. Locher, S. 319 ff. にある。論者によれば本文の第一と第二の場合を合算して「顧客の権利の侵害 (Verständlichkeitsgebot) への」 Siehe Wolf, u. a., AGBG, § 9 Rdn. 148.
- (三) Brandner, H. F., FS für H. Locher, S. 319; Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 163 に「透明性の欠缺が本働義務 (Entgeltspflicht) 又は善良の範囲に於て存するものとす。」
- (四) Erman-Hefermehl, AGBG, § 9 Rdn. 19.
- (五) BGH 23. 3. 1988 BGHZ 104, 82 (90, 92 f.).
- (六) Heinrichs, H., In : Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S. 109 ; ders., FS für R. Trinkner, S. 163.
- (七) Brandner, H. F., FS für H. Locher, S. 319 f. ; Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 168 ; Wolf, u. a., AGBG, § 9 Rdn. 148 ; BGH 10. 3. 1993 NJW 1993, 2052 (2054) ; BGH 11. 2. 1992 NJW 1992, 1097 (1098).
- (八) Erman-Hefermehl, AGBG, § 9 Rdn. 19 ; Soergel-Stein, AGBG, § 9 Rdn. 21 ; BGH 15. 6. 1989 BGHZ 108, 52 (57, 61).  
Siehe auch BGH 14. 7. 1987 BGHZ 101, 307 (320).
- (九) Heinrichs, H., In : Hadding, W. u. Hopt, K. J. (Hrsg.), Bankrechtstag 1990, S. 108 ; ders., FS für R. Trinkner, S. 163 u. 167 f. ; Wolf u. a., AGBG, § 9 Rdn. 150, BGH 22. 6. 1989 BGHZ 118, 98 (105) に「信用契約約款に於ける事前譲渡条項 (Vorababtretungsklausel) に於て「約款が於て契約相手方の権利義務は明確に、確定的に、かつ顧客にも見通しやすらるべし」

に記述されていることを要することは報酬 (Lohn) 請求権、給料請求権、手数料請求権及び社会保険給付請求権に関する事前譲渡の場合には特に重要性が認められる。かかる譲渡は関係者にとって生存にかかわる影響を及ぼすものであり、この者の信用能力を疑わしくさせるものであるからである。また、他の債権者の利害にも関わる。したがって、譲渡の目的と範囲及び利用権限 (Verwertungsbefugnis) の前提条件が一義的に示されていなければならぬ」とする。LG Düsseldorf 27. 7. 1995 NJW-RR 1996. 308 (308) も自動車無線通信サービス契約における「加入者の信用性 (Kreditwürdigkeit) に疑問が生じたときは一方的に解除しうる」という条項につき、企業側の解除権の前提条件が十分に明確かつ確定的に明文化されていないのであって、透明性の要請に反する。いかなる基準で企業側が信用性の疑問を判断するのか、かつ、いかなる前提条件の下でこの疑問の存在を肯定するのか、契約相手方には十分に認識できるものとなっていない、とする。

- (9) Heinrichs, H., In: Hadding, W. u. Hopf, K. J., Bankrechtstag 1990, S. 108; BGH 21. 12. 1983 BGHZ 89, 206 (211); BGH 26. 11. 1984 BGHZ 93, 29 (47, 53); BGH 25. 5. 1988 NJW-RR 1988, 1077; BGH 26. 6. 1991 NJW 1991, 2630 (2632).  
 Siehe auch Schäfer, J., a.o. S. 169, 169; Heinrichs, H., a.o. S. 110 14; 判例上の溜め池ともいえるが、明確にすることが可能であり、かつ、契約相手方の権利の確保のためには明確にすることが必要であるにも拘らず、明確でない条項をも類型化 (企業側の広範囲な形成を可能とする条項、誤解を生ぜしめる条項) として第三類型にあげている。もっとも、これは銀行取引ではむしろ付随的なことと見なされる。逆に、変更留保が商債留の範囲内である限り許容されるとする条項は透明性原則に反しないとした判例として、BGH 11. 3. 1987 WM 1987, 755 (756)。また、法的に有効とされる限りでという留保を定める条項につき、商人間取引では透明性原則に反しないとしたものとして、BGH 27. 1. 1993 NJW-RR 1993, 519 (520)。Siehe auch Wolf, M. u. Ungeheuer, C., JZ 1995, 176 (181)。

- (11) Brandner, H. F., FS für H. Locher, S. 320; Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 163; BGH 15. 5. 1991 NJW 1991, 1750 (1753); Schäfer, J., a.o. S. 93 14; 救済条項 (Salvatorische Klausel) は企業側の全部無効を回避する必要性から一概に否定できないとする。なお、不確定性については立法者におけるよりもより具体的であることを要する。つまり、立法者にはより抽象性の高い、したがって、これと結合した不特定性が肯定される。約款設定者である企業には、約款により取引の完

了のために規定を設けるのみならず、契約相手方との契約関係においてこの者に可能な限り権利義務につき十分にかつ完備した形で情報を与えるという責務がある。Brandner, H. F., aaO. 322は、Brandner, H. F., aaO. S. 322は、約款条項に具体性が欠けている場合をこの確定性が欠けている場合との競合を認めているが、一類型として肯定する。しかし、これは、確定性の類型に包摂されているといえ、特に区別する必要はない。

- (12) BGH 24. 11. 1988 BGHZ 106, 42; BGH 17. 1. 1989 BGHZ 106, 259.
- (13) Brandner, H. J., FS für H. Locher, S. 323.
- (14) Köndgen, J., NJW 1989, 943 (948 f.).
- (15) Brandner, H. J., FS für H. Locher, S. 323 f.
- (16) Krampe, C., AcP 194 (1994), 1 (38).
- (17) Krampe, C., AcP 194 (1994), 1 (38); Taupitz, J., Jus 1989, 520 (527).
- (18) Wolf u. a., AGBG, § 9 Rdn. 153; BGH 26. 6. 1991 NJW 1991, 2631 (2632).
- (19) Westermann, H. P., FS für E. Steindorf, S. 827; Köndgen, J., NJW 1989, 943 (951).

## 六 他の規定との関係

約款規制法九条一項に基づく内容規制において約款条項の透明性を考慮することは、本来的に明確性と見通しのよさ (Überschaubarkeit) を意図したものであるから、約款の平易さなしいし明確性を規定する約款規制法の他の規定との関連が問題となる。以下では、約款組込に関する二条、不意討ち条項に関する三条、不明確性原則をうたう五条との関係、さらに、内容規制として八条に反しないか、団体訴訟になじむかも検討する。



(一) 約款規制法二条一項二号は、契約相手方に期待できる態様で (in zumutbarer Weise) 約款内容につき知り得る可能性を生ぜしめることを約款組込の一要件とする。このためには、約款本文が顧客にとって理解しやすく、かつ、読みやすい形態で提供されていることが要求される。これに反すれば、全体として不明確な約款又は個々の条項の一部の組込が本号の透明性原則の見地から否定されることになる。<sup>(1)</sup>そして、「理解しやすさ」は、原則として法律に慣れ親しんでいない平均的顧客の理解の程度が基準となる。したがって、約款が複雑な構成形態であるとか、取引の意義又は具体的な規定内容に比較して範囲が不相応なものであるとか、特定の契約タイプにつき設定された約款が具体的契約に適合せず、どの程度適用できるかが不明確である場合はこれを充足しない。<sup>(2)</sup>さらに、「読みやすさ」については別段法定の最小要件は規定されていないが、約款が使用文字の種類又は大きさによって判読するのに労力を要する場合には充足しないことになる。<sup>(3)</sup>このような組込に際しての透明性要件は、内容規制における透明性原則の承認を妨げるものではない。前者は契約締結に際しての自己決定的な決定を可能にするためのものであり、後者は妥当な利益均衡、特に、法関係の透明性を保障しようとするものである。つまり、約款規制法二条の組込における約款内容への認識を生ぜしめるという場合の「認識 (Kenntnisnahme)」は約款の厳密な不利益な意味内容を把握するという意味での理解 (Verständnis) とは同義ではないし、立法者も同条に規定された組込合意は「約款の全体的指定及び約款への全体としての附合という性格」のものであるとする。<sup>(4)</sup>このように保護目的が異なるから、適用範囲も異なりうるのであり、前者を充足しても後者の面から否定されることもありうる。また、重複する場合でも、約款の組込においては必ずしも全ての個々の状況 (Fallgestaltungen) を見通し、かつ、予測することはできないし、顧客には契約締結に際して照会し疑問を解明する可能性が与えられているのであるから、組込に際しての自己決定の保障についての透明性は内容規制における場合よりはその程度は低いといえる。というのは、後者では具体的事情におい

て約款条項自体によって正確に把握されているか否かを吟味しなければならないからである<sup>(5)</sup>。さらに、九条による内容規制の透明性原則は二三条以下の団体訴訟の対象となるが、組込における場合はこの対象とならないし、透明性原則における補充要件、つまり、口頭の説明、契約書式以外の書面による指示ないしは説明によっても組込における透明性要件は充足するが、いずれも顧客に契約履行過程でこれらの指示ないし説明を必ずしも想起させるとはいえないし、契約関係の清算に際して他の書面と共に保持していることを必ずしも保障するものではないから、取引の完了(Abwicklung)における透明性要件を充足しない。取引の完了に関する透明性原則は具体的条項自体の透明性を要請するのである<sup>(6)</sup>。

(二) 約款規制法三条は不意打ち条項は契約内容とはならないとする。九条一項に基づく内容規制において約款条項の透明性を考慮することは、この三条の規制とは矛盾しない。反対説もあるが、これが支配的見解で、三条と九条一項とは重疊的に適用できるとされる<sup>(7)</sup>。立法者の意思によれば、九条以下の内容規制と並んで三条に基づく組込規制によって契約当事者の保護は強化されるべきであるといえるし、不意打ち条項も不当な不利益を生じるものといえるから、両条は法論理的に排除しあうものではないからである<sup>(8)</sup>。特に、慣行となっていれば、三条の意味での異常なものとは原則としていえず、したがって、当該条項は三条に従って不意打ちであるとは看做されないから、本原則の適用が必要となる。勿論、透明性原則を十分に考慮しているならば、三条の要件である不意打ちという効果も生じないことになる<sup>(9)</sup>。

(三) 五条の透明性原則とはなんら交差しない。五条は意味探求に際しての不透明性を問題とし、客観的に多義的な条項の解釈に関するものである。これに対して、九条一項の透明性要件は、一義的であるかまたは五条に基づき意味内容が確定された条項の内容上の妥当性(Angemessenheit)に関するものである<sup>(12)</sup>。約款条項が組込まれたが不明

確である場合には、五条によって企業の不利に解釈されることになる。客観的解釈によると明確であるが、平均的顧客には見通すことができないものである場合には九条の意味での不当性が存し、無効とされることになる。<sup>(13)</sup>従って、五条と九条とは並存的ではなく、場合によっては順次に(nacheinander)適用されるものである。<sup>(14)</sup>

いずれにせよ、組込に関する規定と内容規制に関する規定とは、明確で理解しやすい約款の利用を保障するという共通の目的を指向している点で相互に補充し合うものであると考えられる。<sup>(15)</sup>不透明な条項が必ずしも同時に理解困難であるとか、不意打ち的であるとかまたは多義的であるとはいえないから、内容規制は不可欠であるといえる。<sup>(16)</sup>

要するに、約款規制法は競争は妥当な約款及び契約正当性を生ずるような状況にはないことを基本としている。したがって、一方的な利益の不当な追求を防ぐためには二モデルが考えられる。一つは情報開示モデルであり、これは約款によって不利益を蒙る契約相手方に約款条項の内容が十分に説明されねばならないことを基本とする。今一つは、情報を付与された契約当事者の自己防衛ではなく、他律的な、つまり、高権的な規制である。約款規制法九条は、同条二項の文言からも明らかのように当事者外に存する実質的な契約正当性を示す任意法を規制基準としており、後者のモデルを採用しているといえる。<sup>(17)</sup>沿革的にも、九条につき、政府草案では契約当事者の情報開示ではなく、当事者の利害を妥当に均衡させることは専ら企業側の義務とされたし、<sup>(18)</sup>法律委員会でも、必然的に客観化された妥当な利益考量の命令が事前の約款条項作成にとって最上位の基準とされたのである。<sup>(19)</sup>したがって、二条、三条、五条は情報開示モデルに属するといえるが、九条は他律的規制モデルといえるから、透明性理論がこれらと対立するとはいえないのである。<sup>(20)</sup>

(四) 透明性理論に基づく内容規制は八条に反しないかが問題となる。反しないといえる。このことは透明性の欠缺が価格―給付関係に関する条項についても当てはまる。八条は給付内容または支払われるべき対価を定める約款条

項を内容規制から排除しているが、これは、約款規制法は司法的コントロールは給付の提供と価格につき及ばないとするとともに、憲法上の理由からかかるコントロールは許されないとするからである。<sup>(21)</sup> 元々、価格と主たる給付に関しては明確な (präzise) 法的な相当性基準 (Angemessenheitsmaßstäbe) が存在しないし、かつ、存在しえないといえる。<sup>(22)</sup> 八条の主たる目的は、価格—給付関係を国家による規制から免れさせ、市場による規制に委ねることにある。したがって、価格—給付領域における全ての妥当性コントロールはこの目的に一致しないことになる。<sup>(23)</sup> しかし、価格と給付の關係に間接的に影響を及ぼすが有効な契約上の規定が存しないために、その代わりに任意規定が適用できる付随規定 (Nebestimmungen) については内容規制が適用されることになる。<sup>(24)</sup> 法は、平均的顧客は主たる給付に関する合意には付随事項に関するよりもより注意を払うものであることを基本としていたのであって、付随事項が内容規制に服さないとするのは約款規制法が防止しようとする危険から平均的顧客を保護できないことになる。<sup>(25)</sup> つまり、約款規制法は、顧客は価格合意につき特に注意を払い、妥当で、市場に適応した価格に関する自己の利益を自身で守ることができることを基本としているが、これが可能となるのは、契約内容が価格の態様及び額に関して完全で、かつ、真のイメージが伝えられ、市場比較がなしうる場合のみである。したがって、付加的負担をもたらすと共にこれに伴って実際の価格が高額となる価格付随合意が約款において定められている場合には、その条項の形成において顧客がその意味を誤解することなく、なんら苦勞なしに、かつ、詳細な説明を要せずに理解することにつき、企業はより強く配慮しなければならない。この場合のみ、交渉可能性及び市場におけるチャンス適切に利用できることとなるからである。<sup>(26)</sup> したがって、この種の条項については約款規制法八条に反せず透明性原則による内容規制が肯定される。

(五) 透明性原則と団体訴訟との關係についても検討することが必要である。約款規制法一三条一項によると、使

用差止又は推薦の撤回を生ずるのは九条ないし一条違反の約款条項である。この文言上の制約があること及び透明性を充足しているか否かは必ずしも条項の文言のみからではなく、事情によっては個々の事案の全ての所与の全体的評価によるから法的安全性と法的明確性を害するとして、透明性原則違反は団体訴訟で主張できないとする判例も存するが、一般には肯定されている。つまり、透明性の根拠を九条一項に求めない見解では、一三条の文言上簡単に団体訴訟を肯定できないが、団体訴訟の立法目的及び不透明な約款条項から契約相手方を保護する必要性から一三条の類推適用を認める<sup>(28)</sup>。通説的見解は透明性の要請の根拠を九条一項に求めるから、当然に団体訴訟を肯定する<sup>(29)</sup>。つまり、企業がある条項の顧客に負担を課す作用を明らかに示すというよりも隠蔽するような形態で約款を形成している場合には、九条違反が存し、この違反は抽象的な審査手続で確定されうるものである。かかる条項の禁止によって、一三条の目的に一致して、法取引の保護がなされなければならないといえる。つまり、企業が、特に法的な知識のない顧客との交渉において、実際には自己の要求の正当化が個別事案の特別事情に依存しているにもかかわらず、これを全く無視して、かかる約款条項に基づいてのみ自己の要求を実施するのを阻止しなければならないのである<sup>(30)</sup>。この見地からみて団体訴訟を肯定するのが妥当であるが、若干注意を要する。団体訴訟においても平均的顧客の認識可能性が基準とされるとともに、当該条項を分離してではなく全約款条項との意味連関で考慮することを要するが、契約締結前や契約締結に際しまたは契約締結後における企業のその他の行態や約款外に存する情報開示(例えば、広告)は重要でない<sup>(32)</sup>。したがって、透明性原則違反を企業側の個別的説明などにより透明性原則違反とはならないということは、団体訴訟では認められないことになる<sup>(33)</sup>。かかる行為によって透明性原則の違反がないということは必ずしも将来反復して不透明な約款条項を使用しないことにはならないからである<sup>(34)</sup>。もともと、かかる行為によって透明性原則違反が治癒されるかは疑問である。さらに、団体訴訟では顧客にとって不利な解釈が基本とされるから、当該条項によって

法的地位 (Rechtslage) に反して特定の請求権 (例えば、約款により賃借人の義務とされた維持義務と関係づけられた賃貸借法上の請求権) を有しないという印象を生ぜしめるか否かが決め手となる。<sup>(36)</sup>

なお、団体訴訟一般ではその使用禁止はこの判決前に締結された契約の完了に際しても禁じられた条項を援用できないという命令も含むが、<sup>(37)</sup> 条項の無効根拠が不透明性にあるときはこの原則は制限される。つまり、外観上の不明確性は契約締結に際して書面又は口頭の情報提供によって除去された企業側が主張して、これが立証された場合には、条項に含まれた利用禁止は以前の契約に及ばない。<sup>(38)</sup> また、約款規制法一七条三号により内容上同様な約款条項の使用禁止を命ずることは可能である。透明性原則に反するとされた約款条項を明確化の目的で改訂しても、問題とされた隠蔽はその核心的部分を保持していることも考えられるからである。<sup>(39)</sup>

- (1) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 50. もっとも、かつては、組込においては、約款条項が不明確かつ理解するのに容易でない形態で作成されていても、約款規制法二条一項における相応な認識を得る可能性には抵触せず、不明確条項の組込を排除しないのであり、ただ不明確性は解釈において企業の不利とされるとする見解も有力であった。Siehe Dietlein, M. J. u. Rebmann, E., AGB aktuell, 1976, § 2 Rdn. 5; Löwe, Graf v. Westphalen u. Trinkner, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1. Aufl., 1977, § 2 Rdn. 17 (Löwe). 現在では、一般に、組込における理解のしやすさは不明確な約款または約款条項の組込を妨げるものであるが、五条の不明確原則は、約款は原則として理解できるものであるが個々の点で多義的である場合にのみ適用されることとなる。Palandt-Henrichs, AGBG, § 2 Anm. 14; Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 50; Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 161.
- (2) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 51 u. 52.
- (3) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 54.

- (4) v. Hoyningen-Huene, G., FS für R. Trinkner, S. 181. Siehe auch Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), BT-Drucksache 7/3919, S. 19 (以下「RegE」略記)。*「この指定制は、透明性原則の目的を達成するには不十分である。約款は契約締結前では通常読まれない。透明性原則による説明は契約締結前にならなければならない。おもなければ、説明されたことを利用できないからである。指定(Hinweis)が説明を必須とする者に契約締結前に通常到達しない(erreichen)ものであれば、透明性原則の充足には不十分である。透明性原則は契約本文の表現形態とは達成しえない結果を生ずるものであるべきである。このことを基本とする」*、契約本文の表現形態とは透明性は重要ではなかつたことなる」とする。
- (5) Wolf u. a., AGBG, § 9 Rdn. 144.
- (6) Wolf u. a., AGBG, § 9 Rdn. 144. *「締結に関する透明性と清算関係に関する透明性の区別をとりながらこのように」* BAG 26. 5. 1994 NJW 1994, 213.
- (7) BGH 24. 11. 1988 BGHZ 106, 42 (44) ; Ulmer u. a., AGBG, § 3 Rdn. 5 u. § 9 Rdn. 94 ; Köndgen, J., NJW 1989, 943 (949) ; Wolf u. a., AGBG, § 3 Rdn. 6 ; Soergel-Stein, AGBG, § 3 Rdn. 3 ; Staudinger-Schlosser, AGBG, § 9 Rdn. 14 ; Taupitz, JuS 1989, 520 (522 ff.) ; Haas, M., aao. S. 277. 反例として「Hansen, U., WM 1990, 1521 (1523 f.) ; Wagner-Wieduwilt, K., WM 1989, 37 (42). 九条による内容規制は、訴訟条項が三条と異なる意味での不意条項にならざる前提となるので、おもなければ、訴訟条項は契約内容と異なることとを認識すること」(Braums, T., WM 1987, Sonderbeilage Nr. 2, S. 9.
- (8) Vgl. RegE, BT-Drucksache 7/3919, S. 19.
- (9) v. Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle, Rdn. 201 ; Ulmer u. a., AGBG, § 9 Rdn. 94 ; Köndgen, J., NJW 1989, 943 (949). Siehe auch BGH 29. 2. 1984 NJW 1985, 53 (55) ; Ulmer u. a., AGBG, § 3 Rdn. 5 u. § 9 Rdn. 26. 不意条項は不透明であることとを要しないし、かつ、その不意討性は個別事案の特殊性から多くの場合生じるものであるが、不透明性は契約締結

前後の企業者の行態のような個別事情を考慮せずに九条に基づき約款条項の不当性を根拠づける。Erman-Hefermehl, AGBG, § 9 Rdn. 19; Kördgen, J., NJW 1989, 943 (950); BGH 5. 11. 1991 NJW 1992, 180 (181) (「三条に関連しつゝの旨指摘する。）」も同様でないが、三条は九条二項一号の意味における制定法上の規定とは看做されない。三条は任意法に属せば、つゞに強口法性のものであるからである。v. Hoyningen-Huene, aao. Siehe auch ders., aao. Rdn. 255 ff.

(21) Taupitz, J., Jus 1989, 520 (523f.); Kollhoser, H., Zur Tilgungsverrechnung bei Amortisationsdarlehen, ZIP 1986, 1429 (1433 f.); Canaris, C.-W., Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen, NJW 1987, 609 (610).

(11) OLG Nürnberg 14. 3. 1990 NJW-RR 1990, 688 (689).

(22) v. Hoyningen-Huene, G., Die Inhaltskontrolle, Rdn. 201 a; Ulmer u. a., AGBG, § 9 Rdn. 94 u. 28; OLG Köln 7. 12. 1990 NJW-RR 1991, 636 (636). Schäfer, J., aao. S. 109 ㊦ 五条は不透明な条項の無効をもたらすも、内容規制のみがこの効果をもたらす点を指摘する。

(23) Krampe, C., Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln, AcP 194 (1994), 1 (37).

(41) v. Hoyningen-Huene, G., Die Inhaltskontrolle, Rdn. 201 a; Ulmer u. a., AGBG, § 9 Rdn. 94 u. 28. Schäfer, J., aao. S. 188 は、約款規制法五条の適用領域は客観的に多義的な約款条項についてのみであるから、他の透明性原則規定とは交差しないとする。Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, 1995, S. 161 は「五条は基本的には理解しやすい約款であるが個別問題に關し多義的である場合のみ適用されるのであり、平均的顧客にとって理解困難かまたは基本的に不明確である条項は二条一項一号の組込要件を充足しないために契約内容とならないから五条の助けを借りて解釈する余地はない旨指摘する。」

(51) Erman-Hefermehl, AGBG, § 9 Rdn. 19.

(91) Erman-Hefermehl, AGBG, § 9 Rdn. 19.

(17) Koller, I., FS für E. Steindorff, S. 674.

(81) RegE, BT-Drucksache 7/3919 S. 22.



- (19) Rechtsausschub, BT-Drucksache 7/5422 S. 6.
- (20) 九条一項による透明性と二条以下の透明性とは異なることにつき、Koller, I., FS für E. Steindorff, S. 679 ff. Pastrich, L., aao. S. 321 も、契約締結の範囲内での透明性原則は、契約相手方が締結決定をそれに応じてなすために、契約締結の典型的な事情の下で特定条項の意味を把握できるようにすべきことを意味する。他方、契約の展開段階では、平均的顧客は約款について感ぜられず、かつ、条項の詳細な検討によって自らの権利義務を判断できる状態に置かれるべきであるとす。
- (21) Palandt-Heinrichs, AGBG, § 8 Rdn. 1.; Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 164.; Wolf u. a., AGBG, § 8 Rdn. 1. 八条一般について、Siehe Niebling, J., Die Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGB-Gesetz, 1988.; Dylla-Krebs, Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, 1990.
- (22) Koller, I., FS für E. Steindorff, S. 675.; Canaris, C.-W., NJW 1987, 609 (613); Westermann, H. P., Abgrenzung von Neben- und Hauptleistungspflichten in Hinblick auf die Inhaltskontrolle. In: Heinrichs, H., Löwe, W. u. Ulmer, P. (Hrsg.), Zehn Jahre AGB-Gesetz, 1988, S. 136 f.; Köndgen, J., NJW 1989, 943 (948).
- (23) Canaris, C.-W., NJW 1987, 609 (613). なお、Canaris, C.-W., aao. S. 614 は、漸次償却消費貸借における利息計算条項 (Zinsberechnungsklausel) 及び償還差引計算条項 (Tilgungsverrechnungsklausel) は、実質利率への直接的影響を及ぼすため「価格構成要素」とみなされねばならず、かつ、これらの条項は漸次償却消費貸借によって市場と連動するものであるから、約款規制法九条の内容規制に服せなければならない。Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 164 は、価格—給付関係によって妥当性規制は八条と一致しないといえるが、理解しやすさについての吟味及び透明性吟味を排除するものではないとする。
- (24) Taupitz, J., Jus 1989, 520 (524); BGH 24. 11. 1988 BGHZ 106, 42 (46).
- (25) Taupitz, J., Jus 1989, 520 (524); BGH 24. 11. 1988 NJW 1989, 222 (223). かつ、Dylla-Krebs, C., aao. S. 135 ff. は、価格及び給付決定条項に顧客が他の条項よりも注意を払うという前提に疑問を呈し、これらの条項の内容規制をなさない根拠とはなりえないのであり、むしろ、価格及び給付合意も内容規制に服すると解するべきであるとす。
- (26) BGH 10. 7. 1990 BGHZ 112, 115 (117 f.); OLG Hamm 30. 11. 1990 BB 1991, 154 (154); Köndgen, J., NJW 1989, 943

(948). Schäfer, J., S. 76 f. は、約款規制法八条は自助の原則に立脚しているとして価格に関する合意のみならず、広く一般的に同条によって把握されるかを問わず透明性の原則は適用されるとする。

(27) Siehe z. B. LG Dortmund 25. 1. 1990 WM 1990, 711 (712) u. ders., WM 1990, 712 (713 f.).

(28) 透明性原則を約款規制法二条一項二号に求める見解はこの論拠で肯定する。Siehe Schäfer, J., aaO. S. 172 ff. bes. 178 f. 契約締結前における透明性原則の違反は約款規制法三条の適用をもたらすという見解では、確かに二三条の文言によると契約締結前における透明性原則の違反をカバーしないが、一三条以下の団体訴訟は典型的 (typischerweise) な不意打条項に類推適用されると解なれるとする。つまり、組込の否定は契約相手方を主観的に不均衡な (unausgewogen) 契約から保護するべきものであるから、条項が九条により無効となり、二条により契約内容とならないという事情はなんら区別化を正当化しないといえる。ただ、二条によるときは契約締結における具体的状況によるのであり、契約締結におけるこのような状況は例えば一七条による使用差止判決においてはあげることができない点が疑問となる。しかし、これは、一三条以下の範囲内で、なんら明確化せずに使用されているような条項のみを三条にしたがって使用差止できると表示すれば問題は生じないといえる。さらに、使用差止判決において契約締結状況を当該条項とともにあげることとも考えられる。実際に、漸次償却消費貸借に関する BAG 判決でもこれはなされていられる。Koller, I., FS für E. Steindorf, 667 (685 f.). Siehe auch Campenhausen, B. v., aaO. S. 26 f.; Schäfer, J., aaO. S. 181 f. しか、判例が二三条以下による団体訴訟のような処置をなすことには反対である。Siehe BGH 15. 10. 1991 BGHZ 116, 1 (5); BGH 5. 11. 1991 BB 1991, 2468 (2469); OLG Frankfurt 15. 6. 1989 NJW 1989, 2264 (2265).

(29) Ulmer u. a., AGBG, § 9 Rdn. 108; Wolf u. a., AGBG, § 3 Rdn. 17 u. § 13 Rdn. 43; Köndgen, J., Urteilsanmerkung, JZ 1992, 643 (644); BGH 9. 7. 1991 NJW 1991, 2559 (2560); BGH 15. 10. 1991 BGHZ 116, 1 (3 f.); BGH 5. 11. 1991 JZ 1992, 642 (643); OLG Hamm 17. 3. 1989 (Beschl.) NJW 1989, 2264 (2265); OLG Köln 7. 2. 1990 NJW-RR 1991, 636 (636); OLG Hamburg 11. 7. 1990 ZIP 1990, 982 (983); OLG Hamm 30. 11. 1990 NJW 1990, 706 (707); OLG Celle 28. 11. 1990 NJW-RR 1991, 634 (635).

- (26) BGH 15. 10. 1991 BGHZ 116, 1 (3 f.). Siehe auch OLG 30. 11. 1991 NJW 1991, 706 (707). Wolf u. a., AGBG, § 13 Rdn. 44 ff. 中興透明性の点からも団体訴訟を肯定し、そのように指導する。
- (27) Ulmer u. a., AGBG, § 9 Rdn. 108; OLG Stuttgart 15. 5. 1992 VersR 1992, 1081 (1082); OLG Hamm 30. 11. 1990 BB 1991, 154 (154). 判断基準として、BGH 9. 7. 1991 NJW 1991, 2559 (2560)。この点で、平均的顧客の理解水準が決める手であるとしても、企業が種々の顧客圏に同一約款を使用している場合は全ての顧客圏を構成する平均的顧客の水準ではなく、最も保護しなければならぬ顧客圏の理解水準が決める手となる。一般に、これが知的な取引能力の点で最も弱い顧客圏だからである。顧客圏ごとに異なる理解水準によることも考えられるが、これは非常に困難であるし、法的安全性を相対化する。 Schäfer J., aaO, S. 183 f. Siehe auch BGH 17. 1. 1989 NJW 1989, 582 (583).
- (28) BGH 15. 10. 1991 BGHZ 116, 1 (5); BGH 5. 11. 1991 BB 1991, 2468 (2469); OLG Stuttgart 15. 5. 1992 VersR 1992, 1081 (1082); OLG Hamm 30. 11. 1990 NJW 1991, 706 (707).
- (29) Ulmer u. a., AGBG, § 9 Rdn. 108; Wolf u. a., AGBG, § 13 Rdn. 45; Eymann-Helfermehl, AGBG, § 9 Rdn. 19; Köndgen, J., Urteilsanmerkung, JZ 1992, 643 (644); Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 164 f.; BGH 5. 11. 1991 BB 1991, 2468 (2469); BGH 15. 10. 1991 BGHZ 116, 1 (3); OLG Hamm 30. 11. 1990 BB 1991, 154 (154).
- (30) Wolf u. a., AGBG, § 13 Rdn. 45.
- (31) BGH 15. 6. 1989 BGHZ 108, 52 (56); BGH 23. 3. 1988 BGHZ 104, 82 (88); OLG Düsseldorf 11. 7. 1991 ZIP 1991, 919 (922); BGH 9. 7. 1992 NJW 1992, 3158 (3162).
- (32) Graf v. Westphalen, F., AGB-Klauselwerke, Transparenzgebot, Rdn. 3; BGH 6. 5. 1992 ZIP 1992, 771 (772).
- (33) OLG Köln 7. 12. 1990 NJW-RR 1991, 636 (637). OLG Karlsruhe 20. 2. 1991 NJW 1991, 625 (625)。その根拠として、約款規制法二三条以下の手続きは法取引を客観的に不当な条項から保護するという目的を追求するものであり、特に、団体に原告適格 (Klagebefugnis) が認められたのは、法的知識を有しない契約相手方が九条以下によると無効である条項によって最初から自己の権利の主張及び実行を妨げられるのを防ぐためであるからとする。 Siehe auch OLG Celle 28. 11. 1990

NJW-RR 1991, 634 (635).

(88) Heinrichs, H. In: Hadding, W. u. Hopf, K. J., Bankrechtstag 1990, S. 112 f. Siehe auch Ulmer u. a., AGBG, § 9 Rdn. 108; BGH 15. 10. 1991 BGHZ 116, 1 (4). なお、企業は、使用差止違反を問われた場合において、個々の事案で個別的協議などにより不透明性を除去した旨立証する必要がある。Heinrichs, H., FS für R. Trinkner, S. 165.

(89) OLG Hamburg 11. 7. 1990 ZIP 1990, 982 (983 f.); BGH 9. 7. 1992 NJW 1992, 3158 (3161).

## 八 結 語

本稿では、近時、独における約款の内容規制手段として注目され判例上しばしば適用され、学説上も支持をえている透明性原則につき検討した。透明性原則の原語は、Transparenzgebotであり、透明性命令ないしは透明性の要請とも訳すべきであったかも知れないが、いずれも違反すれば当該条項は無効という効果を生ずる点から適切ではないと考えられたので、上記の訳語を使用した。今日、透明性の要求は至るところで主張されており、このこと自体は否定すべきことではない。約款に関しても、このことは例外ではなく、否、むしろ、取引能力の格差により契約相手方の法的地位に直接影響を及ぼすものであるが故に、より一層求められるものといえる。内容規制手段としての透明性は、約款条項は契約相手方の権利義務をわかりやすく、確定的に、かつ、明確に表現したものであることを要するものであり、これに反する条項は無効とされる。勿論、これを形式的に把握することは可能であるが、実質的に解するのが妥当である。形式的には、使用活字のポイント数、書体、重要事項をレッド・ハンドで示すといった強調とかが考えられるが、それらはいずれも約款の適用に際して認識必然性を生ぜしめる要件にはいる。内容の面で、契約相手方

の権利行使を否定しないが困難にするようなものであれば、信義則上、契約相手方はハンディキャップをつけられていることになる。約款を設定する企業は、具体的契約の相手方のみならず、将来の顧客となりうべき者についても配慮をなすことが大量取引である約款取引では信義則上要請されるのである。このことは、約款法規説では当然のことであるが、契約説に立脚する見解でも妥当する。既に、わが国でも、昭和五六年（一九八一年）一月に国民生活審議会消費者政策部会報告「消費者取引に用いられる約款の適正化について」が公表されており、そこでの提言が注目される。同報告では、適正化につき五要件をあげる。第一に、公平性の確保で、消費者の一般的通念にできるだけ合致した取引条件を規定する必要性があげられている。第二に、条項を解釈に幅を生じないよう明確に定めることで、可能な限り解釈の幅の少ない明確な形で規定する必要性があげられている。第三に、約款条項の内容を取引実体を反映したものにする<sup>(1)</sup>ことで、かかる乖離による不公平の除去をあげる。第四に、理解しやすくすることで、このために、専門的法律用語の使用の回避、活字の適切な大きさの確保、約款全体の簡潔さ、重要な条項が理解されるように配慮することを要するとされる。第五に、適切な開示で、ここでは、契約締結前又は締結時での開示をあげている<sup>(1)</sup>。これらのうち、特に、解釈に関して取り上げているにとどまることが明確な形で規定することか、理解しやすいこととの関連で約款全体の簡潔さ、重要事項の理解可能性への配慮とかは約款の透明度を促進するものとして注目され、この報告は独で展開されている約款の透明性を早くから提言していたといえる。この面では、本稿では検討する余裕がなかったが、米の若干の州で立法化をみている「平易な英語使用法 (Plain English Law)」も注目されよう<sup>(2)</sup>。

とまれ、約款の透明性原則はその内容規制の一手段として展開されるべきものと考えられる。既に判例上この原則に言及したものが存する。これは、自家用自動車保険普通保険約款搭乗者傷害条項では「正規の乗車構造装置のある場所」とは、乗車用構造装置がその本来の機能を果たしうる状態に置かれている場所をいい、いわゆる貨客兼用自動

車の後部座席の背もたれ部分を前方に倒して折り畳み、背もたれ部分の背面と車両後部の荷台部分と一体として利用している場合はこれに該当しないとされた事案における千種裁判官の補足意見である。つまり、「保険契約は、いわゆる附合契約と称せられるように、大量の保険契約を同一の約款に従って締結するものであって、契約ごとに逐一条項を決するわけにはいかないのが実情であり、その契約内容が、万が一に生じるかもしれない将来の事故にかかわる問題であることから、とかく加入者としては、契約文言を逐一厳格に検討することを怠りがちである。そのような契約においては、契約約款は、誰びとにも分かり易く記載しておくことが望ましいのであり、もしその記載の意義について見解が分かれ、それぞれにある程度の合理的理由が認められる場合には、直ちに加入者に不利益な解釈を採るべきものとはいえない。約款を作成する保険者側は、その知識経験からして事故の発生状況について、加入者よりもはるかに多くの情報に精通しているはずであって、保険の対象から除外すべき場合を書き分けることは容易な立場にあるからである。……今日まで二十余年の間に車の構造は多様化し、本件のような貨客兼用車の種類、数量も飛躍的に伸びているのである。……こうした形態の乗用車に搭乗する者について、いずれが保険の対象となり、いずれが保険の対象から除外されるかということは、その時々々の社会の実情に合わせて逐次明確にしておくことが要請されている……。」とするが、内容規制手段としては位置づけられていない。この点は今後の展開が待たれる。約款法という単独立法ないしは約款規制に関する立法の存しないわが国では、透明性の原則の根拠としては信義則に求めることができるといえる。そして、約款の特質上、透明性原則の判断基準は当該取引に関する平均的顧客の理解の程度と期待であり、したがって、当該顧客圈に応じて異別的取扱いは肯定されるとともに、本原則違反は一部無効にとどまり、全部無効は例外的にのみ肯定するのが妥当である。なお、透明性の要件を充足する限り、平均的顧客には個々の条項の意味内容を把握することが要請され、無為な者を保護するものではないが、本原則を充足したとしても、内容が不

当であれば他の内容規制手段により当該条項は無効となりうる。したがって、この点からいえば、条項の不透明性が高いものであればあるほど、内容の不当性が推定されやすく、逆に透明性が高ければ内容の妥当性が推定されやすくなるといえようか。他方では、透明性を高めるあまり、条項が冗長になるのも問題で、逆に約款の理解しやすさ、見通しのよさが阻害されてしまう。この面からは、どの程度の透明度があれば十分とされるかは困難な問題であり、透明性原則の研究が深化される必要がある。ともあれ、わが国においても、約款の内容規制手段の一つとして透明性原則の展開が望まれるといえる。

(1) この報告は種々の文献に公表されているが、本稿での同報告の要約部分は経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・消費者取引と契約——約款の適正化を中心として——九頁以下（一九八二年）によっている。

(2) これについては、北川善太郎「約款の適正化と言葉の問題」国民生活一二巻二号三三頁以下参照（一九八二）。

(3) 最三判平成七・五・三〇金商九八四号三頁（九頁）。

〔附記〕本研究は平成七年度（財）全国銀行学術研究振興財団学術研究助成「銀行法務の現代的課題に関する総合的研究」（代表者川村教授）の一研究成果である。

なお、本文八頁で言及した約款規制法に関する改正法（BGB I 1996 Teil 1, S. 1013）は一九九六年七月二五日から施行されたことを校正の段階で知った。注目されるのは、二四 a 条（消費者契約）新設で、原則として、消費者契約においては約款は企業によって設定されたものと看做され、約款規制法五条、六条および八条ないし一二条は事前作成の契約条項が一回限りの利用であっても、消費者がその内容に影響を及ぼすことができないものであるときは適用

されるとき、かつ、同法九条の妥当性判断に際しては契約締結の付随事情が考慮されねばならない旨規定するが、透  
明性原則については明定せず、従来と同様である。