

ドイツにおける約款の一部無効問題

石 原 全

(95) 研 究 ノ ー ト

一 約款は契約自由ないしは私的自治の所産であることは疑いないが、その反面、設定者たる企業家の利己心の発露(法定責任の無責任化ないしは軽減化)、その結果である弱者たる顧客の甘受せざるを得ぬ不当なる状況(約款の病理的現象)の顕在化も自明である。かかる不当約款に対しては、立法的規整、司法的規整、行政的規整が考えられるのであるが、特に、司法的規整としては、解釈原則、良俗違反 (§ 138 BGB)、信義則違反 (§ 242 BGB)、公平なる裁量 (§§ 315 ff. BGB) の類推適用、契約自由に内在する制限、私的自治権能の違反なる逸脱の禁止、等の理論が展開されている。そして、上述の理論により約款が不当とされた場合、この判断は約款の当該条項又は当該条項の一部に限定されるのか、それとも全約款に関連して全部無効を生ずるかが問題となる。ドイツでは、§ 139 BGB(法律行為の一部が無効であり、無効部分がなくともなされたであろうと認め得ぬ場合には、全法律行為が無効である)との関連において活発に論じられている⁽³⁾。この問題は、約款自体および設定行為の法的性格、そして内容は正理論とも深く結合してい

るのであるが、これらの点についての詳細は別稿に譲り、本稿では専ら一部無効か又は全部無効かにつき、ドイツでいかなる理論が展開されているかを論ずるものである。

(1) 約款における可分性の問題については、Vgl. Naendrup, P.-H., *Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bielefeld, 1966, S. 42 ff.

(2) Vgl. Diederichsen, U., *Die Aufstellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und ihre Aufrechterhaltung bei Nichtigkeit einzelner Klauseln*, ZHR 132, S. 249, 256.

(3) 例えば、信義則に基づく是正の場合には、一部無効か全部無効かの問題は生ぜぬ。即ち、信義則違反の場合には、設定者はある条項の援用が禁じられるからである。Vgl. Naendrup, a. a. O., S. 109 ff.

ii § 139 BGB適用説 本条によると、全部無効が原則であり、一部無効は例外であることになる。したがって、約款の場合も、全部無効となるべきであるが、本条適用を肯定する見解は、取引当事者の意思は通常残余契約の存続に向けられているのであって、約款の完全な適用を達成するよりも、むしろ、個別取引を貫徹するほうが当事者意思に合致するとし、一部無効を肯定する⁽²⁾。だが、これは擬制にすぎぬ。設定者側から見れば、取引危険が高められる結果全部無効を主張したい場合も存するのであって、これに対して、設定者が無効条項なしでは取引を締結せぬと思うならば、経営休止に追いこまれるであろうから、

小さな害を甘受して残余契約を存続する様意思強制がなされることも考えられるが、経営休止に迫りこまれる程継続的顧客関係を失うことが致命的でないか又は他の理由から苛酷状態維持可能性を信ずる場合には、当事者意思に基づく限り全部無効をもたらしことになる。その結果、長期の、かつ、費用のかかる訴訟の後でなければ現に緊急に必要とする商品を手し得ぬよりも、むしろ、苛酷な約款を甘受せんとしている顧客にとつても、状況は一そう悪化することになる。更に、設定者の仮定的意思は、取引締結の瞬間においては、危険と具体的に生ずる利益減少を仮定的と看做さぬが故に無効条項なしでも契約の保持に向けられているか、又は、これらの事情を仮定的と看做して保持に向けられていないかの二者択一であつて、契約締結後に生じた事情は契約締結の瞬間に存した仮定的意思には影響を及ぼし得ぬという認識を無視するものである。そこで、Tate は、仮定的当事者意思の探究の際には、法律違反を為している者(設定者)の意思は無視され、相手方(顧客)が締結するつもりであつたか否かが問題となるのであつて、残余契約保持は個々の顧客の意思によるとする。だが、本条適用を考える限り、本条は両者の意思を問題にしており、誰が一部無効を惹起したかは問わぬ点で不当である。この様に、一部無効を当事者の意思による限り無理が存するのであつて、客観的な基準を本条に読みこむという理論が生じてくる。V. Brunn は、通常、当事者のいづれも、契約の不成立につき利益を有せぬ。両当事者は何らかの理由から意欲した効果を達成しようとするが故に取引

締結をなすのであり、ある条項に関する見解の相違とそこから推論される契約の一部分についての異議は、必ずしも全ての場合に不利益を受ける者が全契約から解放されることを欲するという結果をもたらすものではない。本条は、正に、関与者の要求を相互に比較衡量する可能性を認めるものであり、その際には、当然第一に、不利益を受ける者、即ち、顧客が顧慮されねばならぬのであつて、衡平に基づき契約の完全な除去が正当な結果と認められるべきだということになれば、全部無効と看做される、さもなくば、個々の条項の無効にとどまる、とする。しかし、本条の適用と仮定的当事者意思の探究は両当事者の利益衡量と同一ではないし、更に、全契約の完全な否定という可能性も除去し得ぬが故に、この理論では個々の顧客の十分な保護は達成しえぬという批判がなされてくる。Pagenstecher も客観的基準を主張するが、上述の見解に対して特異な立場にある。即ち、良俗違反原則 (§ 138 BGB, RGZ 150, S. 1ff) に基づき、良俗違反は、契約全体、即ち、「意欲せられた全関係の結果」から推論され、全部無効をもたらす。かかる結論が正当化され得ぬ例外的場合にのみ、個々の条項の一部無効が問題となるのであり、残余契約の無効については § 139 BGB の直接適用で決定される。更に、Pagenstecher は、一般に全部無効な約款の、個別的契約合意により構成されている契約部分に対する関係で、§ 139 BGB の準用 (entsprechende Anwendung) を主張する。独占的地位利用の下で押しつけられるのは約款であつて、特別な合意ではないのだから、混合的法律行

為(zusammengesetzte Rechtsgeschäfte)に適用される原則が準用されるべきである。この場合、約款の代りに、任意法規定が登場し、法状態は、あたかも当事者が個別の合意をなしたかの如く判断される。独占的地位を有する者は、任意法規定を基礎にして契約を締結しなかつたと主張できぬ。むしろ、両当事者の利益の合理的評価により「公益は私益に優先する」という原則を顧慮して、残余契約保持が契約なき状態に優先すべきかが問題とされるべきである。したがって、多くの場合には、残余契約の保持が決定される。この理論には、注目すべき見解も含まれているが、客観的基準を正当化すべき法律上の根拠が存せぬし、上述の Brunn に対する批判がこの説にも提起される。

尚、判例は、本条を適用するも当事者意思は顧慮されぬべしとしたり、十分な根拠づけなしに、「条項は無視される」「条項は……である限りにおいて無効」「企業家は条項を援用しえぬ」といふ様な公式で、約款の一部無効を否定して居る。⁽¹⁾

(1) OLG Stuttgart BB 1959, S. 868f.; LG Düsseldorf NJW 1956, S. 304f.; RGZ 128, S. 251 f.

(2) 例として Vgl. Staudinger-Coing, *Kommentar zum BGB. I. Bd., Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., Berlin 1957, Anm. 13 b. zum § 139. 尚、Naendrup, a. a. O. S. 36 Anm. 18 に「ある条項の無効は残余部分の有効性に関係せずとする効力存続条項が、調査対象とされた六百五十の約款のうち二十%に含まれて居た。」

(3) 通説は無効主張を許さぬとする。特に Mrooch, K.-E., *Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen*, Karlsruhe 1960, S. 53 以下、設定者は不当な約款を顧客に押しつけておきながら、約款の不当性が明るみに出たので、契約を捨てて、訴訟になれば勝訴しうるであろう顧客に結局無駄骨を折らせようと妥当な条件での契約保持よりも全部無効を優先せんと主張できぬ。これは、何人も自己の言表に反してはならぬという原則に反するものであり、信義則にも反するとする。

(4) OLR Frankfurt JW 1920, S. 429, bes. 480.

(5) Mrooch, a. a. O. S. 50 f.; Naendrup, a. a. O. S. 37; Weber, W., *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine rechtliche Gesamtdarstellung. Sonderausgabe aus J. von Staudingers Kommentar zum BGB., 11 Aufl., Bd. II Teil 1a. Recht der schulverhältnisse*, Berlin 1967, N 361.

(6) v. Esch, H. P., *Technische Rechtsgeschäfte*, Köln-Berlin-Donn-München 1968, S. 109; Hefermehl, in Soergel-Siebert, *BGB., I Bd., Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967, Anm 17 zum § 139.

(7) Isele, H. G., *Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Jus 1961, S. 312.

(8) v. Brunn, J.-H., *Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft*, 2. Aufl., Köln-Berlin 1956, S. 114ff. bes. 118.

(9) v. Esch, a. a. O. S. 110; Sandrock, O., Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, AcP 159 (1960—61) S. 551; Weber, a. a. O. N. 365.

(10) Pagenstecher, M., *Sittenwidrige Lieferungsbedingungen*, Marburg 1943, S. 5ff. bes. 19ff. (Zitiert bei Naendrup, a. a. O. S. 27 ff.)

(11) 特予 Vgl. RGZ 102, S. 396 (398), BGHZ 22, S. 90 (92 f.) 近 Vgl. Mroch, a. a. O. S. 50; Weber, a. a. O. N. 359, 364. 近時の判例に於ては BGH Urt. vom 11. 11. 1968 = DB 1969, S. 123f. は「瑕疵が重大である場合には全部無効を生ずるとする。」

III § 139 BGB 不適用説 既述の通り、§ 139 BGB 適用説は擬制にすぎ、論理的に不当であるので、現在では通説とはいえない。したがって、§ 139 BGB 不適用説が考えられるわけである。この説が通説といえるが、その根拠は多様である。先ず、約款に法規範性を認める見解は、§ 139 BGB は法律行為に適用されるのであるから、法規である約款には適用されず、無効は個々の条項又はその一部に制限され、残余の契約は存続されるとする。そして、無効部分の代りに法律が登場し、それでも満足すべき結果が得られぬ場合には、裁判官が一部無効により生じた空白部分を自由なる法創造活動により満たさねばならぬとする⁽²⁾。約款には衡平維持不可能および法制定につき国家独占の理由から法規範性は認められぬので(通説・判例)、この理論に

は基本的に首肯できぬ。

約款に法規範性を認めぬ通説は、§ 139 BGB の目的・適用範囲から不適用および一部無効を論ずる。Fischer は「約款の法規範類似の設定を一般的契約秩序と解し、機能上の法律への接近を基礎にして、約款の残余部分保持の必然性を認めるが、これは § 139 BGB から理由づけられぬとする。即ち § 139 BGB の適用領域では法律行為の無効部分は残余契約の保持に際して補完されずに脱落するのに対して、約款の個々の規定が無効である場合には、§ 139 BGB に基礎づけ得ぬ別の問題、即ち、全法律行為が保持されるべきか、任意法規定により、つまり、他の条件に応じてなされるべきかが問題となるのであって、約款の有効部分を含めた残余契約の保持は、一部無効の法効果では決してなく、むしろ、§ 140 BGB に基づく転換の範囲における契約は正を意味するものである。だが、両規定は、具体的事案で顧慮される契約の解釈に際して、関与者の主観的表象によるのであり、かつ、よらぬはならぬことを前提としており、約款の一般的性格から一部無効効果の決定は客観的尺度でなされることが要求されるし、契約内容は自由に商議されていず、相手方は通常契約につき何らの表象も抱いていないのだから、約款の条項の無効を認識した場合いかに行為するかを問題にすることはできぬのであり、両規定は、約款一部無効には適用できぬ。したがって、具体的に関与する契約相手方の主観的表象のみならず、かかる契約に定型的に関与する経済界の一般見解によるべきである。これによれば、有効な残余契約の保

持が結論づけられるとする⁽³⁾。この見解に対して、経済界の一般の見解は個々の企業家の場合よりも自己の利益を考慮しがちであり、顧客はより一そう不利な立場に置かれるし、更により本質的に、何故に関与せる経済界の一般見解により一部無効となされるべきか、法律上の根拠なく疑問とされている。

Sandrock も一部無効問題の解決は一方的な内容上の命令自由 (Diktierfreiheit) が存在する場合には § 139 BGB の範囲における当事者意思の制限からは得られぬとする。§ 139 BGB の適用範囲では、相互の当事者意思が残余契約存続につき正当性 (Legitimation) を提供する。だが、個別契約に採用された約款の内容に関しては、この相互の当事者意思が欠けている。契約締結のみが相互の当事者意思によってなされるが、その内容上の形成は設定者の意思に基づいており、この者の無条件命令に顧客は従っている。この面で、顧客の仮定的、残余契約保持に向けられた意思の為の事実上の条件が欠けているが故に、概念論上の理由から、§ 139 BGB は適用し得ぬ。更に、実質的理由からもこのことは結論づけられる。即ち、近代債権法理論で強調されている、契約は一定限度内での高権的形成なしで「正当な (richtig) 規整をなすべき装置 (Mechanismus) である」という見解を基にして、公正という意味における利益均等⁽⁴⁾は、一方当事者が法効果発生につき反対の立場にある利害関係者の同意を必要とせぬ場合には認められず、§ 139 BGB もその法的承認を基礎としている私的自治上の法形成への正当化要件が欠けている。実際には、約款設定者のみの単独意思がある

にすぎぬのだから、本条に前提とされた相互の当事者意思は客観的な形成力 (Gestaltungskraft) により代置されねばならぬ。個別法律行為の相手方保護の必要性は、たとえ設定者の意思が反対であろうとも無効条項なしでの契約保持を要求する。

ただ、約款が内容上真正の相互の同意の結果であると看做し得る例外的場合にのみ、本条が適用される。Kaendrup も、§§ 139, 140 BGB は妨害されぬ私的自治による法形成を前提とするものであり、これは約款を引用して附合により締結された法律行為には該当せぬとする。法創造力 (Rechtssetzungskraft) を附与された両者の意思一致に、一体として欲せられた法律行為の残余部分の存続を決定させるのが、私的自治の価値内容に内在するものであるから、二人の法仲間の自由意思ではなく、一方の意思、即ち、約款を採用する者 (設定者) の意思のみが、契約上の調整事象 (Ausgleichsvorgang) を支配する場合には、保持の問題につき両者の意思を問題とすることはできぬ。そして、約款の無効をもたらす価値考量は全部無効を達成せず、むしろ、私的な調整という価値ある現象を有効とするものであり、更に、約款の吟味が役立つべき取引相手方の保護は残余行為の存続を要求する。全部無効を生ずるならば、顧客には利得法上の請求権のみが存するにすぎず、保護は無防備なものへと変質、してしまふ。結局、約款採用者が無効という無価値判決によって負担を負い、残余契約が保持されるということが、法的安全の命令である。この面説に関しては、かかる一方的支配というものは独占の場合のみ肯定し得ることであって、十分なる理

由づけとはならぬという批判がなされている。⁽¹⁰⁾

Fischer, Sandrock, Naendrup による理論が通説的見解であるといえるが、§ 139 BGB 不適用説に立つも、特異な見解に立つのが、Lukes, Nipperdy, Raiser である。

Lukes は、約款の設定を法律行為、即ち、個人による設定の場合には単独行為、多数人の共同設定の場合は契約と解し、その限界は、法律行為的活動の限界、即ち、私的自治に求められねばならぬとする。そして、約款の設定者が事後の個別取引相手方負担の下で一方的に自己の利益を追求し、その利益追求が不正である場合には、私的自治機能の違法な逸脱が存し、約款全体が無効。⁽¹¹⁾ 即ち、約款設定は法律行為であるから、§ 139 BGB が適用されるからである。一方、約款と約款に基づく個別契約とを区別し、約款無効は個別契約の全部無効と解すると、個別法律行為の相手方は契約目的の給付請求権を取得し得ず、法律行為取引から事実上排除されてしまう。この不当な結果を避け、無効と看做された条項の代りに任意法規定を適用するために、§ 139 BGB は排除されねばならぬ。無効約款は、最初から無効であって個別法律行為の部分とはなり得ぬのであって、個別契約は有効である。この個別法律行為には法規範のみが問題となるのであるが、設定者は法規範除外を意欲しているのであるから、個別法律行為において意思表示の内容に関する錯誤を主張し得、取消をなしうる。これに対して、相手方は、§ 122 BGB に基づく履行利益に到るまでの賠償請求権によって保護される。取消権が行使されぬ限り、個別法律行為は無効約款なしで有効

である。⁽¹²⁾ 約款設定は法律行為とする点、賠償請求権で相手方保護は十分かおよび設定者自身取消権を行使し得る点等で問題点が多い。

Nipperdy は、個人が通常の商品交換に参加することについての社会的利益に基づき、§ 826 BGB の基礎となっている損害防止義務を積極的行為義務へと形成することによって、企業家に独立の締約義務を認め、この義務は契約締結のみならず契約の妥当な内容形成にも及ぶとする。§ 138 BGB による、不相当な約款の挿入によって法仲間に反する良俗に反する転向を阻止する命令は、§ 826 BGB の損害賠償義務による制裁の結果、妥当な約款での契約締結という積極的な命令へと変化する。⁽¹³⁾ § 826 BGB に基づき締約義務を負わされた企業家は顧客に不当約款を押しつけることによってこの義務違反をなしているの⁽¹⁴⁾であって、その場合には、§§ 826, 249 BGB に基づく損害賠償請求権は公平な程度で約款が裁判官によって確定されることを本質とする。即ち、§ 138 BGB により無効な契約は公正な約款へと是正され、残余契約の保持は、締結強制と結合せる、正常な、妥当な約款での締結への義務からは認められる。しかし、かかる義務は、独占的企業に対してのみ適用しうる点、独占案件の確定が非常に不明確である点、約款の是正は良俗違反のみでなされぬ点等で、否定されている。⁽¹⁵⁾ ところが、Raiser は、約款内容コントロール手段として契約自由内に在する制限を基にして一部無効を論ずる。この内在的制限は法に規定されているのであって、契約自由濫用につき法律上規整せられた場合を類

推して、無効約款の法的効果は決定される。これらの場合は、法は無効とするか又は合意はなされ得ぬと規定し、特にある条項が許容される程度を越えている限り、無効と宣言し得る。無効は個々の規定にのみ関連し全取引には関連せぬ。残余取引はより弱き相手方の利益の為に保持しようとする。この制限的法規の目的から、§ 139 BGBは無効の場合には適用せられず、取引の運命に就いて最高の要請たる仮定的當事者意思は排除される。むしろ、裁判官には濫用的規定を削除するか又は正当な程度にせざることをより、一度締結せられた取引を正す権限を有する。契約は最初から許容限度内で有効とせられるのである。この説に対しては、裁判官による契約形成概念が不特定内容であること、法律規定の除外として十分な根拠となりうるかの点で、疑問が提起せられた⁽⁹⁸⁾。

- (1) Schneider, D., Beschränkung von Gewährleistungsrchten in Allgemeinen Lieferungsbedingungen, NJW 1954, S. 134f.
- (2) Bernhardt, W., Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen, DR 1942, S. 1171f.
- (3) Fischer, R., Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen, BB 1957, S. 481f, bes. 484f.; Hefermel, a. a. O., Anm. 30 zu § 139.
- (4) Sandrock, a. a. O. S. 530; v. Esch, a. a. O. S. 114 und S. 114 Anm. 109; Naendrup, a. a. O. S. 159 Anm. 6.

(101) 研究ノ

- (5) Sandrock, a. a. O. S. 494f.
- (6) Vgl. Schmidt-Rimpler, W., Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130 ff. bes. 149 ff.
- (7) Sandrock, a. a. O. S. 531 f.
- (8) Naendrup, a. a. O. S. 159 ff. bes. 160 f. und 170 f.
- (9) Naendrup は約款設定を法律行為と解する (a. a. O. S. 56 ff.) にとり、Vgl. Diederichsen, a. a. O. S. 237 ff. Diederichsen 自身は、約款の設定を契約以前の契約形成 (vorvertragliche Vertragsgestaltung) と解し (a. a. O. S. 247 f.)、許容せらる約款の設定を契約締結上の過失として (a. a. O. S. 249 f.)、それらの約款の一部無効を論ずる (a. a. O. S. 252 f.)。
- (10) v. Esch, a. a. O. S. 114; v. Brunn, Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 167 (1967), S. 75 f.
- (11) Lukes, R., Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen, in *Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag*, München und Berlin 1959, S. 480 ff. bes. 482 f.
- (12) Lukes, a. a. O. S. 485.
- (13) Lukes, a. a. O. S. 488 f.
- (14) Nipperdey, H.-C., *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, Jena 1920, S. 53 ff.

- (15) Nipperdey, a. a. O. S. 99 ff.
 (16) Vgl. Raiser, L., *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad Homburg: v. d. H. 1935, Nachdruck 1961, S. 321 f.
 (17) Raiser, a. a. O. S. 323 f.
 (18) Vgl. Weber, a. a. O. N. 366; Neendrup, a. a. O. S. 165 Anm. 2.
- 四 以上の様に、一部無効か全部無効かにつき簡単にドイツにおける問題状況を検討したわけであるが、§ 139 BGB 適用説、不適用説を問わず一部無効が承認されており、判例上も確固たるものとなっているといえる。したがって、約款の無効より生じた一部無効な法律行為は保持されるという内容の真に拘束的な法規範 (echt-verbindliche Rechtsnorm) が存するとすらいわれている。不当約款に対する是正手段としては問題があるが、一部無効か全部無効かの二者択一であり、一部無効が

望ましいことが自明であるのだから、紛糾を避ける為にも立法がなされるべきであろう。即ち、「契約が個々の条項の無効により不完全となる場合には、裁判官は一方当事者の申立により公平の範囲内で契約を補充し得る。無効条項の代りに当該事実適合する法規が適用され、かかる法規が存せぬならば、裁判官によって創造されるべき事物に適合する規程が適用される。§ 139 BGB は適用せず。」と、この Standard Contracts Law, Sec. 16⁽²⁾「……委員会又は……裁判所により契約の一部が無効とされた事実は、契約の他の部分に影響を与えず。」と規定しているのは、妥当な方向を示しているといえよう。

- (1) V. Esch, a. a. O. S. 115.
 (2) Mroch, a. a. O. S. 54.
 (3) Israel, *Standard Contracts Law*, (No. 5724, 1964)
 (一橋大学大学院博士課程)