

# ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法に おいて予防目的が重要であることに対する例としての 消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効

## I 導入

日本では、現在債権法の改正作業中であると伺いました。その関連で、普通取引約款（約款）の組み入れ及び有効性に関する規定が設けられようとしています。そのため、以下の考察が、皆様の関心を引くことを願っています。

マルテイン・ホイプライン  
永田 誠 翻訳監修  
永田 洋平 翻訳

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一一九（一五八五）  
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

ここでは、二つの観点を中心にお話したいと思います。

第一に、タイトルで述べた法秩序において、いわゆる「条項規制」(Klauselkontrolle)についての特別規定は、部分的に、消費者保護の手段と見受けられる、ということが明確にされるべきです。そうであるとするならば、約款が使用されたということではなく、事業者と消費者の間で契約が結ばれたということが、法律上の規制基準の中心的な前提要件になります。ドイツの法秩序はその点では別のアプローチを選びました。即ち、基本的には、条項規制を約款の存在に結合させているのです。

第二に、この分野が特に私の関心事なのですが、濫用条項の無効の射程を浮き彫りにすることです。つまり、内容規制 (Inhaltskontrolle) の法律効果に関わる問題です。濫用条項は、それが濫用的であると認められる範囲においてのみ無効なのでしょうか。それとも、その条項全てが無効なのでしょうか。この問題はドイツ及びオーストリアでは「効力維持的縮小解釈」(geltungserhaltende Reduktion) という標語で議論されています。ドイツ及びオーストリアの立法者は「ヨーロッパの立法者」<sup>1</sup>と同様にこの問題を過小評価していました。ともあれ、欧州司法裁判所 (EuGH) はこの件に関して、この数ヶ月の間に興味深い判決をいくつか出しました。私に与えられた短い時間内で、法律効果の評価の問題を論じつくすことは出来ませんので、私の立場から最も決定的な観点、即ち予防の観点、これは、より具象的に威嚇とも呼ぶことができますが、に焦点を絞ることに致します。

## II 消費者の保護、もしくは均衡の取れていない約款からの保護

### 1 歴史的回顧

a 一九七〇年代に、ドイツ、オーストリア及びヨーロッパのレベルでも、濫用的な契約条項からの保護に焦点を当てる立法者の努力が強く見受けられるようになりました。その背景として、企業が、法律上の任意規定を自らの有利に変更するという実務が広範に見受けられていました。

この実務の無謀な行き過ぎに対抗するために、国内の裁判所は、当時、契約法の一般的な法規、例えば契約解釈や法律行為の公序良俗に関する規定を適用しなければなりません。しかしながら、事業者が私的自治を一方的に悪用することに対しての効率の良い保護は、このような方法では樹立することはほとんど不可能でした。一般的な法律の規定は、当事者の取り決めへの介入を例外的にしか認めていないからです。というのは、それは両当事者が契約の規則を、締結の自由、形成の自由に基づいて自由に取り決めた、という前提に立っているからです。しかし、その時からすでに、文献、及び部分的には裁判所においても、当事者の一方が契約形成に全く影響を及ぼさないうときには、私的自治の機能条件が害される、ということが認められていました。それがその当事者の無関心によるものではなく、その理由が客観的にもつともであると見受けられるときには、<sup>②</sup>立法者はこの問題に取り組み、濫用条項からの保護を樹立する動機が確立するのです。

b 先ず、焦点は消費者保護に当てられました。しかしながら、一九七四年の第五〇回ドイツ法曹大会 (Deutscher

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに對する 一三二 (一五八七)  
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効 (永田 (誠)・永田 (洋))

Juristentag) は、予定されていた法律上の規定を最終消費者に限定することに対して反対の立場を取りました。<sup>(3)</sup> ペーター・ウルマー (Peter Ulmer) は当時、ドイツ法曹大会の本会議で報告者として、特別な消費者立法には「これらの人々の典型的な保護必要性及び消費者保護対策の政治的牽引力にも拘らず、基本的な疑念を抱く」と言及しました。そのウルマーの疑念は、とりわけ以下の理由によります。つまり、「消費者の経済的劣勢は、普通取引約款の使用の結果ではなく、構造的な理由に基づくものであるので、そのような特別法は、個別的取り決めをも組み入れながら拡大してしまう傾向にある。そのため、当然のことながら、消費者保護としての約款規定は、包括的な民法上の消費者法への第一歩と見られる。それは、私的自治を大幅に押しつける形で、事業者と最終消費者の、物品及びサービスの取引を統括的に形成してしまう。<sup>(4)</sup>」

立法者はこの批判を受け容れ、ドイツで一九七七年に施行された普通取引約款法 (AGB-Gesetz)<sup>(5)</sup> は消費者のみを保護するという形を取りませんでした。その基本的方向性において、ドイツ法は現在も、不相当な約款によって不利益を被る全ての者を保護しています。

欧州経済共同体レベルでの発展は、ドイツのそれとは異なっていました。その努力は一九九三年に、事業者との契約における濫用条項から消費者のみを保護するという内容の指令 (Richlinie) となつて姿を現しました。<sup>(6)</sup> オーストリアはいわば中間的な道を歩みました。許容されない規定についての広範なカタログを含む消費者保護法 (Konsumentenschutzgesetz-KSchG) が一九七九年に公布されました。それと同時に、著しく不利益を与える約款は無効であると規定する第八七九条第三項がオーストリア一般民法典 (ABGB) に新たに加えられました。

## 2 現行法規範の概観

### a 欧州経済共同体閣僚理事会指令九三／一三二(条項指令—Klauselrichtlinie)<sup>(7)</sup>

一九九三年に公布された当時の欧州経済共同体の条項指令第六条第一項によると、加盟国は、事業者と消費者間の契約における濫用条項は消費者にとって拘束力がないという規定を設けなければなりません。その他の点では、濫用条項を取り除いても契約が存続できる場合は、その契約は、両当事者に対して、契約自体を根拠として、拘束力を保たなければなりません。そのことによつて、物品、人、サービス及び資本を自由に、即ち一切の制限なく、交流することのできる欧州単一市場を実現することが追及されます。ヨーロッパの法規範立法者の観点では、そのような単一市場は、他の加盟国で契約を締結しようとする消費者がある程度の保護レベルを有することが前提となります<sup>(10)</sup>。そのような保護なくしては、消費者は即ち他の加盟国で物品を購入したりサービスを受けたりすることをためらうことがあるからです。

この指令により、欧州経済共同体の加盟国は、そのような法律がまだ国内で存在していない場合には、一九九四年末までに相応な法律を制定する義務がありました(条項指令第一〇条参照)。このことを理解するためには、指令というものは、規則(Verordnungen)と異なり(EUにおける作業方法に関する条約＝AEDV＝第二八八条第二項参照)、加盟国の国内私法において、直接効力を発揮するものではなく、国内法化が必要になる、ということを知っておく必要があります(加盟国はAEDV第二八八条第三項及び第四条第三項に含まれる連合に対する忠誠の要請により、そのようにする義務があります)。

契約条項は、この指令によると、それが信義誠実の要請に反して、当該契約の下で生じる当事者の権利及び義務の

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに對する 一三三二(一五八九)  
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効(永田(誠)・永田(洋))

重大な不均衡によって消費者に損害をもたらす場合に、濫用的とみなされます(第三条第一項)。この一般条項を具体化するために、指令は付則を設けて、そこに条項の規範を例示的に挙げています<sup>11</sup>。これによると、例えば消費者が死亡したとき、もしくは身体的な侵害を受けたときに、事業者の法的責任が排除もしくは制限される場合は、信義則の違反だと見なされ得ます。さらに、契約に書かれた適切な理由なくして、事業者が、契約条項を一方的に変更する権利を与える条項も、そこに挙げられています<sup>12</sup>。これは、おおむね消費者に特に不利になる条項で、広く使われているものです。

指令は当初は、個々の交渉して決められた規定にも適用されるはずでした。しかし最終的にはそれらは適用範囲から除外されました(指令第三条第一項及び第一三検討理由参照)<sup>13</sup>。とはいえども、指令は、その適用範囲を普通取引約款の存在とは連結させていません。「条項」という概念が使われているにも拘らず、消費者は、事業者が普通取引約款を使用したことを証明する必要はありません。というのは、指令は、事業者が条項を多数の契約に用いる意図があること、及び、事業者が条項をドイツ法の意味合いにおいて「設定」したかということを、要求していないからです。しかしながら、指令によって規制の対象となる契約条件は、少なくとも予め定型化されているものに限るかという問題について、議論があります。欧州司法裁判所もこの問題をまだ取り扱っていません<sup>14</sup>。それを肯定するならば、消費者は、そのことを証明しなればなりません。

多大な実務的な重要性を持つ規定として、透明性の要請(Transparenzgebot)があります。指令によると(第五条第一文)、書面に記載された条項は、全て常に明確で平易なものでなければなりません。それは、濫用規制が適用されない、契約の主たる部分を定める条項に関しても同じことです(第四条第二項参照)。とりわけ欧州司法裁判所は、つ

い最近この透明性の要請から、ドイツにおいてガス供給契約で広範に使用されている条項について、ある結論を導き出しました。この条項は、供給者にガスの価格を一方的に変更させる権利を認めるといえるものですが、欧州司法裁判所<sup>15</sup>は、透明性の要請により、それらの条項が濫用的であるか否かの判断は、以下の基準によって決定される、ということとを結論付けました。即ち、対価が変更される場合、その動因と様式について、契約に透明に記載されているか、つまり消費者がその対価の変更を、明確で分かりやすい判断基準によってあらかじめ察知することができるかが基準になります。ドイツ連邦裁判所 (BGH) はこの基準に依拠して、該当する条項は不透明なので無効だと判示しました。<sup>16</sup>

#### b ドイツ民法典 (BGB) 第三〇五条ないし第三一〇条

ドイツ法は、指令とは異なり、条項規制を普通取引約款の概念と結び付けています。<sup>17</sup> 普通取引約款とは、契約当事者の一方 (使用者) が契約の締結に際して相手方に対して設定する、多数の契約に用いるために予め定型化されたあらゆる契約条件をいいます。<sup>18</sup> この定義において、悩ましいメルクマールは、多数というものの判断基準<sup>19</sup>及び契約条件の設定<sup>20</sup>です。

ヨーロッパ法における国内法化の要請 (上記2. a 参照) に従って、ドイツは消費者契約の規制を普通取引約款<sup>21</sup>という要件要素から切り離さなければなりません。事業者は通常、契約規定を普通取引約款という形で設定しますが、そうでないこともありますし、消費者が、普通取引約款が問題となつて証明できないこともあります。ドイツ法は、消費者保護の不備を避けるために、契約内容の審査に関する規則 (内容規制—第三〇七条ないし第三〇九条参照) は、予め定型化された契約条件が一回限りの使用を予定している場合であっても、適用されることを、

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一三五 (一五九一)  
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効 (永田 (誠)・永田 (洋))

一九九六年から定めています。しかしこれは、契約条件が予め定型化されていることによって、消費者がその契約条件の内容に影響を及ぼすことができなかつた場合に限り、(民法典第三二〇条第三項第二号参照)。

このドイツ法の規定は、今述べましたように普通取引約款が使用されない場合でも適用されることがありますが、それにも拘らずおおむね「普通取引約款法」と呼ばれています。その中心にあるのは強化された内容規制です。その基本法規は民法典第三〇七条第一項第一文(以前の普通取引約款法第九条第一項)です。この(大きな)一般条項によると、普通取引約款に含まれる規定は、当該規定が信義誠実の要請に反して約款使用者の契約相手方を不当に不利益に取り扱うときは、無効となります。

「不当に不利益に取り扱う」という不確定な概念は、さらなる二つの(小さな)一般条項によって具体化されています。不当なのは、第一に、疑わしいときは、法律の規定を回避し、その法律の本質的基本思想と相容れない契約条件です(民法典第三〇七条第二項第一号)。立法者はつまり規制尺度として、任意成文法(dispositives Gesetzrecht)に立ち返っています。それが適切な利益調整を含んでいるからです。しかしながら、「本質的基本思想」から逸脱する場合に限り、疑わしい場合は、契約条件の無効が導き出されます。どの法律規定がそのような基本思想を含んでいるのかは、もちろんそう容易に答えることはできません。<sup>(22)</sup>

次に、法律は、契約の性質から生じる本質的な権利又は義務を著しく制限し、契約目的の達成を危殆ならしめる規定は、疑わしきは、不当で、つまり無効であると定めています(民法典第三〇七条第二項第二号)。この法規の本来の意義は、本質的な権利及び義務が法律上定められていないときにあります。さもなくば、即ち、原則として前に述べたケースグループ(民法典第三〇七条第二項第一号)が適用されません。<sup>(23)</sup>

立法者の見地から、何が不当で、つまり無効であるかは、二つの詳細なカタログにさらに具体化されています（民法典第三〇八条、第三〇九条）。ここで立法者は、実務で広範に使用されている、契約相手方に著しく不利益を与え規定を取り上げています。その際、常に無効となる条項と、裁判官の査定的量定によって無効と判断される条項と区別されます。最初のカテゴリーには、契約相手方の生命、身体及び健康の侵害から生じる損害に対する約款使用者の責任を排除し若しくは制限する条項が含まれます（民法典第三〇九条第七a号）。二つ目の部類には、約款使用者が、合意された給付を変更し又はこれと異なる給付をする権利の合意があります。なぜならそのような条項は、約款使用者の利益を考慮した変更又は逸脱が契約相手方にとって期待可能である場合は有効であり得るからです（民法典第三〇八条第四号）。指令とは異なり、ドイツ法のカタログは単なる指摘<sup>24</sup>、ないしは条項が無効であることの示唆を含んでいるだけではありません。これに違反した場合は、（民法典第三〇八条に関しては先ほど述べた価値留保を前提として）当然に無効と判断されます。

最後に、ドイツ民法典は、指令の国内法化の際に透明性の要請を明記しましたが（民法典第三〇七条第一項第二文）、これによると、契約規定が、明確かつ平易に書かれていない場合にも、不当で不利益な取り扱いとなります。

### c オーストリア消費者保護法第六条及びオーストリア一般民法典第八七九条第三項

先ほど述べましたように（上記II. 1. b）、オーストリアでは二重路線的解決（zweigliedrige Lösung）を創設しました。一方で、消費者保護法（KSchG）による内容規制において消費者が保護され、もう一方で一般民法典（ABGB）は、全ての人を、即ち事業者も、不利益な普通取引約款から保護しています。以上述べたことを背景に、以下のことを強調し

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一三七（一五九三）  
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

たいと思います。

消費者保護法第六条は一般条項を定めていません。二つのカテゴリーにおいて、消費者に対して拘束力を持たない契約規定を詳細に明示しています(第六条第一項及び第二項参照)。ここで規制にかかる規定事項は、ドイツ民法典第三〇八条及び第三〇九条に近似しています(例えば、消費者保護法第六条第一項第九号には、事業者の人的損害の賠償義務を排除若しくは制限する条項を明記しています<sup>(25)</sup>)。しかしながらドイツとは異なり、事業者と消費者の間での契約規定が、個別に取り決められた場合でも、内容規制は行われます(消費者保護法第六条第一項<sup>(26)</sup>)。その点においては、オーストリアにおける消費者保護は、条項指令第二条を超えたものとなっています。そのような結果は指令によって認められています(条項指令第八条)。しかし、国内における透明性要請の規定は、指令とは異なり、普通取引約款のみに適用されるので(消費者保護法第六条第三項参照)、この点において、ヨーロッパ法的な適合性が疑われます<sup>(27)</sup>。

消費者契約であるかどうかにかかわらず、一般民法典第八七九条第三項の一般条項によると、普通取引約款<sup>(28)</sup>における契約規定は、全ての事情を考慮して、一方当事者に著しい不利益をもたらすと認められるときは基本的に無効となります。いつそのような不利益が認められるのかは、法律には定められていません。しかしこの関連において、任意成文法からの回避は重要な意味を持ち、つまりこの点、ドイツ民法典第三〇七条第二項と軌を一にします<sup>(29)</sup>。ドイツ法とは異なり、オーストリア法は、何が普通取引約款であるかという点を詳しく定めていません。そのため、今日においても、約款の概念をどう理解すべきかについては不確実さが残ります<sup>(30)</sup>。この点に関して、オーストリア最高裁判所(OGH)も含め、通説はドイツ法の定義をそのまま取り入れています<sup>(31)</sup>。

### Ⅲ 法律上の法律効果指定の射程問題

#### 1 問題状況の意義

概観で述べたことから（上記Ⅱ、2参照）、法律効果の面で以下のことが分かります。ドイツ法においては、契約相手方を不相当に不利益に取り扱う約款は、無効となります（民法典第三〇七条ないし第三〇九条）。オーストリア法は、著しい不利益を基準とし、法律効果として条項は無効であると定めています（一般民法典第八七九条第三項）。この点、非常にドイツ法と似ています。他方で条項指令は、濫用条項は「消費者に対して拘束力を持たない」と規定しています（条項指令第六条第一項。オーストリア消費者保護法第六条第一項の文言も非常に相似しています）。この表現は、加盟国の国内法秩序を考慮した上で、妥協的に選ばれたものです<sup>32</sup>。私法的ドグマ上、この法律効果をどう位置づけるかは、簡単ではありません。欧州司法裁判所<sup>33</sup>は、条項が拘束力を持たないということは、消費者が自らの権利を知り、それを援用するかどうかに影響されないことを明らかにしました。裁判所は職権によりそれを考慮しなければならぬので、これは、ドイツ民法典による無効と同じことです<sup>34</sup>。他方において、約款使用者が、自分の有利になるように条項の無効を援用することができないという点において、指令の文言はよりはっきりしています。しかしこれも内容的にはドイツ法と変わりはありません<sup>35</sup>ので、実体法上は、この点も同様で、相違はありません。

ドイツ、オーストリア及びヨーロッパのレベルにおいても、条項が無効であること、もしくは拘束力を持たないということの射程範囲がしばしば問題になり、それを明瞭にする必要性が伺われます。この問題は、判例の事例を手がかりに明白にするべきでしょう。

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一三九（二五九五）  
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

・スペインのある銀行の普通取引約款は、貸付金の返金が遅滞した場合、年間二九%の金利を定めていました(実質金利は九%未満でした)。

・あるオランダの賃貸人の普通取引約款によると、賃借人が賃借料の支払い期日を守らなかった場合に、月一%及び毎日二五ユーロの違約金を支払わなければなりませんでした。

・オーストリア及びドイツでは、賃貸人の多くは、住居を賃貸する際に賃借人に、そのような義務は任意成文法には見受けられないにも拘らず、修復する義務を課そうとしました。そのような条項は例えば以下のように表現されます—住居は契約の終了時に修復をした状態で返却しなければならない。

全ての事例において、裁判所は、ここで紹介した内容規制の規定の意味において、各条項が不利益を与えるものと判断しました。ここでは、その法的な見解がどのように理由付けられたのかは問題にしないことにします。ここで取り上げるのは、各契約規定が部分的に維持されることができるか、それとも、それは完全に排除されなければいけないのか、という問題です。後者が当てはまる場合は、契約上の取り決めがなくなるため、消費貸借の借主及び使用賃借人の義務は、法律に依拠することになります。

最初の二つの事例においては、条項の部分的維持は、金利もしくは違約金を減額することと同じ意味を持ちます。第三の例においては、使用賃借人の不利益とは、例外なく、つまり契約開始時の住居の状態及び契約の存続期間に関係なく、修復する義務を負うことにあります。<sup>36</sup>ここでは部分的維持とは、例えば、賃借人に、入居時に修復された住居が引き渡されており、それを返却する時点で更なる修復が必要な状態にあるときに限り、賃借人は修復義務を負う、

という形で可能です。他方において、もし条項が部分的に維持されないとするならば、銀行の顧客、または借入人は、法律で定める遅延利息のみを払う義務を有し、違約金を支払ったり住居を修復をしたりする義務は負わないこととなります。

## 2 各法秩序におけるこの問題の法的解決についての概観

各法規立法者は、部分的に法律に違反した契約条項の問題について、少なくともその適用範囲全体についての認識はしていなかったでしょう。<sup>(37)</sup>これに関しては、一方では、いわゆる効力維持的縮小解釈を禁止する見解——これはドイツでは通説なのですが<sup>(38)</sup>、他方では、条項はその全部が効力を失うのではなく、法的に許される範囲までその内容を（効力を維持しながら）縮小解釈するという見解まで、さまざまな説があります。後者の見解は、オーストリアにおいて、消費者保護法を除く範囲で、通説となっています。<sup>(39)</sup>オーストリア及びドイツにおいて、それぞれ通説となっている見解は全く正反対なのです。しかしながら消費者契約に関しては、オーストリアでも、効力維持的縮小解釈を禁止しています。これは概ね透明性の要請（消費者保護法第六条第三項）をもって理由付けられます。<sup>(40)</sup>

オーストリアとドイツで見解が異なるため、欧州司法裁判所が、条項指令の解釈に関して、どのような立場を表明するのか、今や遅しと待ち受けられていました。欧州司法裁判所は、極く、最近、縮小解釈禁止の立場を取り、その理由を——これはオーストリアでの議論を背景に強調すべきことなのですが——透明性の要請に求めませんでした。欧州司法裁判所はその法的見解の起点として以下のことを強調しました。即ち、加盟国は条項指令に基づき、<sup>(41)</sup>濫用条項の使用に終止符を打つために、相当かつ有効な手段を設けなければならないのです。もし裁判所の裁量で、濫用条項の

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一四一（二五九七）  
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

内容を変更することが可能であるとするならば、この目的の達成が危ぶまれるということ。というのは、もしそうであれば、約款使用者にとって、濫用条項が全く適用されないことから生じる威嚇的效果がなくなってしまうからです。他方では、条項の部分的維持が許される場合は、事業者は該当する条項を使用したがりません。それは、その条項が無効だと判断された場合でも、事業者は、裁判所による効力維持によって、自らにとって有利な条項が維持できることを期待できるからです。<sup>(42)</sup>

これをもって、欧州司法裁判所は、完全に予防目的に照準を合わせたのです。しかも、判決が出された裁判はいわゆる個別訴訟、つまり契約当事者間の争いであるにもかかわらずです。欧州司法裁判所は、威嚇／予防の観念を、団体訴訟 (Verbandsklage) の制度——これは条項指令でも、濫用条項を防止するための一手段として挙げられているのですが——に委ねるのではなく、まさに個別訴訟における法の適用の際にこそ、それを要求するのです。効力維持的縮小解釈の禁止について、それ以外の観点も挙げられています<sup>(44)</sup>が、国内法秩序においても、禁止を決定的に正当化する観点はこの予防目的であると私は確信しております。

このことは、先ほど述べた(Ⅲ・1)事例について、次のような結果をもたらします。消費者行為が問題となっている場合は、濫用条項は基本的にその全部がなくなります。約款使用者は、法定利息を超える額の遅延利息を請求することも、違約金を請求することも、住居を修復した状態で返却するように求めることもできません。後者は、契約に適した使用により住居が修復を必要とするような状態にある場合であつてもです。というのは、(ドイツ及びオーストリアの)任意成文法によると、通常の使用による消耗は賃借料の支払いで賄われているからです。しかしながら、ドイツと異なり、オーストリアにおいては、銀行は消費貸借の借主が消費者でない場合に限り、高額すぎる遅延利息

が容認できる程度まで引き下げられることが期待できます。このことは、事業者の賃借の場合にも準用されます。<sup>(45)</sup>

### 3 縮小解釈禁止の限界

効力維持的縮小解釈の禁止の限界（限度）の問題は、ここでは示唆することしかできません。ドイツにおいては、若干の例外が認められています。<sup>(46)</sup> 欧州司法裁判所でも、これまでは少数の事例しかその判断の対象になっていませんでしたが、遅かれ早かれそのような例外を認めるであろうことが予測されます。なぜなら、例外は、部分的に物事の本性によって条件付けられているからです。

縮小解釈の禁止は、例えば、条項の部分的維持が契約の相手方の有利になるとときには、適用されません。というのは、保護される者の負担で予防をするということに説得力が欠けるからです。さらなる限界は、契約条項をどう理解するかを確定する必要性から導き出されます。価値判断的に物事を考える法律家にとっては、条項が外見上どう形成されているか、例えばある規定が独立したひとつの文章を形成しているか、それともひとつの段落を形成しているか、のみを基準として判断することは、それ自体受け容れ難いことです。連邦裁判所は、確立した判例で以下のように述べています。言語的、内容的に分けて考えることができる条項は、規定の無効である部分のみを単純に削除することによって分離できる場合、残りの部分を維持することが可能である（いわゆるブルーペンシルテスト<sup>(47)</sup>）。縮小解釈の禁止は、条項を許容できる規定部分と許容できない規定部分に分けることができ、許容できる部分がそれ自体で意味をなす場合は、適用されないと。

連邦裁判所は、この条項の部分削除の際に常に首尾一貫しているわけではなく、分離することのできない条項にお

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一四三（一五九九）  
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

いてもさえも、補充的な契約解釈 (ergänzende Vertragsauslegung) によって約款使用者に対する過酷さを軽減する用意があります。<sup>(49)</sup> これはつまり効力維持的縮小解釈に他ならないのですが、これに対する批判者からは、禁止のドグマが到底支持できるものではなく、もはや放棄すべきことの例証として見られています。<sup>(50)</sup> しかし、私の見解からすると、この要求は行き過ぎています。個別訴訟を通じても予防を促進するという懇望は正当なものです。なぜなら、過去数十年の経験が物語るように、団体訴訟はドイツにおいてもオーストリアにおいても全面的に投入されていないからです。消費者保護組織は人事的、財政的なりソースが限られており、市場全体に目を付けることはできません。ですから、小さい企業は通常、約款を問題に訴えを起こされることを恐れる必要がありません。小企業に対しては、その契約条件が一方的すぎる場合、具体的な契約関係において不利益を脅かす方が効果的なのです。したがって、法律学の課題は、縮小解釈禁止の限界についてできる限り整合的なシステムを創出し、それを立法者が必要に応じて、土台として利用できる環境を作り出すことにあると私は確信しています。

#### IV 特に法政策的な価値を考慮しての結論

オーストリアとドイツの法秩序を見ることによって、両国において、普通取引約款を使用する際に形成の自由の内容を制限する規定が存在することが明らかになりました。オーストリアでは普通取引約款という概念が成文法上存在しないのはマイナス点であり、そのことによつて、ある意味、法的不安定な状態にあります。強化された内容規制は、両国において、消費者が契約当事者でない場合も行われます。つまり、該当する規範は、約款使用者の契約相手が、類型的な考察においてより弱い立場にあるから保護するのではないのです。立法者はむしろ、契約規定の一方的定型

化及び個別的取り決めの欠如によって私的自治の機能条件が乱されることに対応しているのです。

事業者が消費者に対して契約規定を使用する場合には、オーストリアにおいては、契約が個別に取り決められた場合でも強化された内容規制が行われます（消費者保護法第六条第一項）。その背景には、条項が個別に取り決められたことによっても、当事者間の不均衡を取り除くことができない、という法政策的な価値が見受けられます。他方において、条項指令は個別的取り決めに適用範囲から除外しています（第三条第一項<sup>51</sup>）。

ドイツ法においても同じことが言えます。指令の国内法化において、消費者契約の内容規制は、契約規定が予め定型化されたものであり、それによって消費者が影響を与えることができないということが前提になっています。この条件が当てはまる場合、約款使用者がその条項を多数の契約に使用する意図がない場合も規制は行われず。つまり規制の対象は普通取引約款に制限されないのです（民法典第三二〇条第三項第二号）。このアプローチによると、立法者の介入は、ある特定の人々の典型的な劣勢から導かれるものではありません。一方の当事者が条項を予め定型化すること、及びそのことによって他方の当事者が契約形成の際に全く影響を及ぼせないことが、私的自治の機能条件を妨害し、そのことによって初めて規制が正当化されるのです。

重大な実務上の意味を持つのは、法律上の効果の評価です。予防の観点から、オーストリアにおいて、消費者法の範囲の外で有力である見解、即ち条項の規定内容は法律上許容される範囲まで縮小解釈されるべきであるとする見解と対立します。ですから、立法者は、この複雑な問題を包括的に規定できないとしても、少なくとも個別訴訟においても予防という考え方に意味を持たせ、かつ特に法律上の効果の評価を通じて、相当にして透明な契約形成へと導きたいのか否かを、はっきりさせるべきでしょう。

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一四五（一六〇一）  
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効（永田（誠）・永田（洋））

あとがき

本稿はインスブルック大学教授マルティン・ホイプライン博士が日本大学法学部の招へいを受けて、平成二五年一二月一八日に行つた特別講義の翻訳である。翻訳は永田洋平が行い、その監修の任に永田誠が当たつた。翻訳に当たつては、本稿が講義の形で行われたため、本文は口語体にしておいた。

なお、ドイツ語の原稿は日本大学法学部比較法研究所の Comparative Law Vol. 31 に掲載される予定である。

平成二六年一月一八日

- (1) これは当時の欧州経済共同体 (Europäische Wirtschaftsgemeinschaft-EWG) の機関を指す。一九七六年に欧州経済共同体閣僚理事会の閣議で可決された決議は、加盟国に、不当な取引約款から消費者を保護するための有効な処置を取ることを推奨した。これに関して、Kapnopoulou, Elissavet, Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, 1997, S. 53 (決議は、一七四頁以下に掲載)。
- (2) Miethaner, Tobias, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2010, S. 63 ff. は、具象的に、契約相手方の「正当な無知」 („legitime Ignoranz“) と述べている。それは、簡略して言うところ、とりわけ約款について協議する際に多大な取引コストが生じる上、約款使用者は約款を変更することによって合理化の利益を失いかねないが故に、成功の見込みが確実ではないことから導き出される。
- (3) Verhandlungen des 50. DJT, 1974, Band II, S. H 221, 225 を参照。
- (4) Ulmer, Peter, a.a.O., S. H 40 を参照。
- (5) 二〇〇二年一月一日より、この法律に総合されていた規定はとりわけ民法典第三〇五条から第三二〇条に取り込まれた。

手続法的規定は、それ以降、差止訴訟法 (UKlaG) の中に存在する。

(6) 消費者契約における濫用的条項に関する一九九三年四月五日の欧州経済共同体閣僚理事会指令九三／一三 (条項指令) — <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:DE:NOT> を参照。

(7) この指令の発足に関し、Kapnopoulou, Ellissavet, Recht der missbräuchlichen Klauseln, 1997, S. 52 ff.; Kretschmar, Christian, Die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das deutsche AGB-Gesetz, 1998, S. 53 ff.; Nobis, Steff, Missbräuchliche Vertragsklauseln in Deutschland und Frankreich, 2005, S. 91 ff. 等に詳し。

(8) マーストリヒト (一九九二年) とリスボン (二〇〇七年) の条約により、欧州経済共同体は一九九三年に欧州共同体 (Europäische Gemeinschaft-EG) になり、その後二〇〇九年に欧州連合 (Europäische Union-EU) になった。

(9) 公式なドイツ語訳では「商業人」 („Gewerbetreibender“) と書かれているが、少なくとも本質的にはドイツ法における事業者 (Unternehmer) の概念と同一である。条項指令第二 c 条及びドイツ民法典一四条を参照。

(10) これに関して、条項指令の第一、第二、第五及び第六検討理由参照。国内法を水準化する際の欧州経済共同体の権限界限 (「限定された個別授権の原則」 „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“ — 概観は、Schroeder, Werner, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 7 Rn. 5 ff. 参照) から、条項指令の規定必要性が導き出された — Mietaner, Tobias, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2010, S. 102 ff. 参照。

(11) これに関しては、二〇〇四年四月一日欧州司法裁判所 (C-237/02) 「Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter」参照 — 第三条第三項が指摘する付則には条項がリストされているが、このリストは無効であると判断され得る条項を指摘するに止まり、その条項全てを列挙したものでない。リストに挙げられた条項は必ずしも無効であると見なされるわけではなく、またそれと反対に、リストに含まれていない条項でも無効であると判断され得る。

(12) 条項指令第三条第三項への付則 i、a 及び j 参照。

(13) この変更は一九九二年九月に、理事会の共同見解 (ZIP 1992, 1591 ff. に掲載) によって実行された。これは、個別的取り

決めの内容規制を強化することに、ドイツの通説が消極的な見解であったことによって（これに関して、脚注(4)の引用参照）、妥協の必要性（脚注(51)参照）が生じたからである。

(14) 条項の定型化の意味合いについて、条項指令第三条第二項参照。ある見解によると、これは個別の取り決めがない場合は条項は定型化されたものだという法的定義を含み、別の見解によると、これは定型化の単なる一つの例に過ぎない——Miethaner, Tobias, *AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung*, 2010, S. 106 f. にその旨の記載がある。

(15) 二〇一三年三月二一日欧州司法裁判所 (C-92/11) 「RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.」以前にも既に似たような判例が存在する——二〇一二年四月二六日欧州司法裁判所 (C-472/10) 「Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Tavközleszi Zrt.」。

(16) 二〇一三年七月三一日連邦裁判所 (VIII ZR 162/09), ZIP 2013, 1964参照。

(17) 民法典第三〇五条から第三二〇条には「普通取引約款による法律行為上の債務関係の形成」という題目が付けられている。

(18) この民法典第三〇五条第一項第一文の法的定義を、同第二文及び第三文は以下のように補っている。即ち、「普通取引約款の諸規定が、外見上は契約書とは分離されているか又は契約書自体の中に取り込まれているか、いかなる範囲を有するものか、どのような字体で記載されているか、及び、契約がいかなる形式をとっているかは、問わない。契約条件が契約当事者間で個別に交渉して取り決められた場合は、普通取引約款とはならない。」

(19) この判断基準は、判例によると、一般的に使用者が予め定型化された条件を少なくとも三回使用する意図があれば、満たされる——これに関して、二〇〇一年九月二七日連邦裁判所 (VII ZR 388/00), NJW 2002, 138等参照。同じ契約当事者に対して、少なくとも三回使用するという意図があれば足りる——二〇〇三年十一月一日連邦裁判所 (VII ZR 31/03), NJW 2004, 1454

(20) Besedow, Jürgen, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 305 Rn. 20 ff.; Schlosser, Peter, in: Staudinger (2013), § 305 Rn. 26 ff. 等参照。

(21) これは、民法典第三二〇条第三項に、事業者と消費者との間の契約と定義されている。

(22) この点に関して、Wurmest, Wolfgang, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 307 Rn. 64 ff. 等参照。

- (23) Wurmnest, Wolfgang, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, S. 307 Rn. 70を参照。
- (24) 前掲脚注(11)参照。
- (25) 消費者保護法第六条がドイツ普通取引約款法の要件を参考に行っていることについて、Krejci, Heinz, in: Rummel, ABGB, 3. Aufl. 2002, S. 6 KSchG Rn. 6参照。
- (26) しかしながら、第六条第二項に含まれる条項カタログについては、事業者は、契約規定が個別に取り決められたということとを証明することが許されている。
- (27) これに関して、Kathrein, Georg, in: Koziol/Bydinski/Bollenberger, ABGB, 3. Aufl. 2010, S. 6 KSchG Rn. 31等参照。これによると、ヨーロッパ法に適合するような法の適用を通じて、全ての定型化された契約条件がここに含まれるとされている。
- (28) 同法は普通取引約款だけでなく、契約の定型用紙も挙げているが、しかしこれは通説によると約款の定義に含まれる。
- (29) 二〇〇四年八月一二日オーストリア最高裁判所 (1Ob144/04) は、著しい不利益の「主な事例」に、任意成文法からの回避を挙げている—これに関して、二〇〇三年八月五日オーストリア最高裁判所 (7Ob179/03d), SZ 2003/91も参照。このことは、任意成文法からの回避は、それが事物の性質に照らして正当化されない場合は、著しい不利益になり得るとする確立された判例に依拠している。
- (30) Leitner, Max, immolex 2012, 242を参照。このタイトルは「普通取引約款とは厳格には何であるのか」 („Was genau sind eigentlich AGB...?“) である。
- (31) 二〇〇八年四月二八日オーストリア最高裁判所 (7 OB 89/08a), JBl 2008, 789; Bollenberger, Raimund, in: Koziol/Bydinski/Bollenberger, ABGB, 3. Aufl. 2010, S. 864a Rn. 1; Rummel, Peter, in: Rummel, ABGB, 3. Aufl. 2000, S. 864a Rn. 1°
- (32) 条項指令第六条第一項の沿革について、Tenreiro, Mário/Karsten, Jens, in: Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 1999, S. 223, 245を参照。このことは、この文言は欧州議会によって、加盟国が承認できる程度まで薄められてしまった、と考えている。
- (33) 二〇〇六年一月二六日欧州司法裁判所 (C-168/05) 「Elisa María Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL」。この判決はドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一四九 (一六〇五) 例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効 (永田 (誠)・永田 (洋))

は、多くの参考文献が挙げられている。二〇一二年六月一四日欧州司法裁判所 (C-618/10) 「Banco Español de Crédito, SA/Joaquín Calderón Camino」。これは確立した判例である。

(34) オーストリアの通説は、一般民法典第八七九条第三項は、「相対的無効」の結果をもたらす、つまり、他方の契約当事者は、条項の無効を援用しなければならない。一九九六年五月二九日オーストリア最高裁判所 (30b2004/96v), SZ 67/127を参照。消費者保護法第六条においても同様の見解が取られている。このことは、Bydlinki, Peter, *Bürg. Recht Bd. I: Allg. Teil*, 6. Aufl. 2013, Rn. 7/44を見れば分かる。ただしこの文献は通説を当然のことながら批判している。ともかく指令の適用範囲においては、国内の裁判所はヨーロッパ法上、条項が効力を持たないということを職権をもって考量しなければならない。これに關して、Kathrein, Georg, in: Koziol/Bydlinki/Bollenberger, ABGB, 3. Aufl. 2010, § 6 KSchG Rn. 5を参照。

(35) 一九九七年二月四日連邦裁判所 (VII ZR 187/96), NJW-RR 1998, 594, 595参照。これによると、約款使用者は条項の無効を援用することはできない。今日では、民法典において消費者を不利益に取り扱うある特定の規定を事業者が援用できないとする表現も部分的に見受けられる—民法典第四七五条第一項参照。

(36) 無効の理由を逐一論述することは、この講演の範囲を遥かに超えてしまう。連邦裁判所及びオーストリア最高裁判所がドイツ及びオーストリアの最終修復条項を無効だと判断する論法について、Schrader, Paul, wobl 2013, 127の比較法的記述を参照。

(37) これに關してドイツ法については、Heinrichs, Helmut, in: 10 Jahre AGB-Gesetz, 1987, S. 23, 35を参照。Heinrichsは、立法者は部分的に条項禁止に違反する普通取引約款の問題を全く認識していなかったと述べる。

(38) とりわけ、判例はほぼ例外なくして効力維持的縮小解釈を禁止する。他方で、文献では注目に値する反対の立場が有力にならてきている。見解の状況に關して、Uffmann, Katharina, *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, 2010, S. 2 f.を参照。縮小解釈を禁止する判例の原点として、主にBGHZ 84, 109に掲載されている判例が挙げられる。しかし、連邦裁判所はそれ以前から幾度となく、条項を補充的な契約解釈によって、一方で約款使用者にできる限り有利に、他方で法的に許容されるぎりぎりの範囲に理解することは、裁判官の役目ではないことを強調している—一九七八年二月一〇日連邦裁判所 (VII

ZR 220/77), BGHZ 72, 206, 208-BGHZ 62, 323, 327を引用している—等を参照。

(39) 違約金の減額を明示的に判断した例として、一九八三年四月二三日オーストリア最高裁判所 (10b581/83) SZ 56/62 = JB1 1983, 534-Bydlinski, Franz の評釈。さらに、一九九六年五月二九日オーストリア最高裁判所 (30b2004/96v), SZ 67/127 及びそこに掲げている文献も参照。他の文献では異なる見解も部分的に見受けられる—Fitz, Hanns, Festschrift für Schnorr, 1988, S. 645参照。

(40) 特に、二〇〇八年八月五日オーストリア最高裁判所 (70b179/03d), SZ 2003/91 (傍論) Leitner, Max, ÖJZ 2002, 711。Bydlinski, Peter, Bürg. Recht Bd. I: Allg. Teil, 6. Aufl. 2013, Rn. 7/9に引かれた批判的である。

(41) 指令第七条第一項及び検討理由第二四からそのことが伺える。

(42) 二〇一二年六月一四日欧州司法裁判所 (C-618/10) 「Banco Español de Crédito, SA/Joaquín Calderón Camino」。これに二〇一三年五月二〇日欧州司法裁判所 (C-488/11) 「Dirk Frederik Asbeek Brusse/Jahani BV」に引かれた承認された。

(43) 前掲脚注 (42)。

(44) 例えば、約款使用者は条項が完全に無効になるリスクを負う (いわゆる使用者のリスク—Augenhofer, Susanne, JZ 2007, 792, 794を参照)。もしくは「一方で約款使用者にできる限り有利に、他方で法的に許容されるぎりぎりの範囲に、普通取引約款を見出すことは、裁判官の役目ではない」ことが挙げられる (一九八二年五月一七日連邦裁判所 [VII ZR 316/81], BGHZ 84, 109, 117)。しかしながら私の考えでは、どちらの論拠も縮小解釈の禁止を正当化するものではない。

(45) 貸借人が消費者ではなく事業者である場合、不当／重大な不利益を認めるための前提が異なるかという問題はここでは取り扱うことはできない。

(46) Uffmann, Katharina, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2010, S. 57 ff. に概観がある。

(47) 特に、一九九七年九月一〇日連邦裁判所 (VIII ARZ 1/97), BGHZ 136, 314, 322。二〇一三年一〇月一〇日連邦裁判所 (III ZR 325/12), MDR 2013, 1388。連邦裁判所は、普通取引約款法施行直後にこの道を歩んだ—一九八一年一〇月七日連邦裁判所 (VIII ZR 214/80), NJW 1982, 178, 181及び Schmidt, Harry, Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und der Unwirksamkeit

ドイツ私法・オーストリア私法及びヨーロッパ私法において予防目的が重要であることに対する 一五一 (一六〇七)  
例としての消費者契約及び普通取引約款における濫用条項の無効 (永田 (誠)・永田 (洋))

Allg. Geschäftsbedingungen, 1986, S. 69 in Fn. 99における広範な文献を参照。

(48) 例えば使用貸借法で広範に使用されている修復条項において。Häublein, Martin, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 535 Rn. 122を参照。

(49) これに関しては、比較的新しい二〇一三年一月二三日連邦裁判所 (VIII ZR 80/12), NJW 2013, 991を参照。

(50) 全体の一部分 (pars pro toto) とし、Uffmann, Katharina, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2010, S. 147 f. 及び各所の広範な文献を参照。

(51) これは、とりわけ当時のドイツ普通取引約款法とフランス法が歩み寄って成立したものである——Basedow, Jürgen, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 310 Rn. 67。このことから、少なくともドイツの文献においては、指令の法政策的な目標についての重要な結論が導き出されてくる——Mietaner, Tobias, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2010, S. 103。即ち、弱者を一括して保護することはない。