



Title	不当条項規制における規制対象の画定（二・完）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2011, 61(2), p. 141-184
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54758
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

不当条項規制における規制対象の画定（二・完）

武 田 直 大

第一章 序論

第二章 個別訴訟に関する学説の議論（以上、阪大法学六一巻一号）

第三章 団体訴訟に関する学説の議論

第一節 議論の前提

第二節 学説の状況

- 一 可分性ないし規制対象の画定を問題とする見解
- 二 条項画定論を批判する論者の見解

第三節 検討

- 一 規制の実効性
- 二 原告団体に対する期待可能性
- 三 個別訴訟との判断枠組み平準化の必要性
- 四 結論

第四章 判例の検討

第一節 裁判例の紹介

- 一 連邦通常裁判所第八民事部一九八一年一〇月七日判決

- 二 連邦通常裁判所第三民事部一九八四年五月二八日判決
- 三 連邦通常裁判所第九民事部一九九五年五月一八日判決

第二節 判例法理の整理

第三節 検討

- 一 画定基準の問題点
- 二 残部維持基準の問題点
- 三 個別訴訟と団体訴訟との不区別

第五章 結論

第一節 ドイツ法の検討のまとめ

- 一 個別訴訟における規制対象の画定
- 二 団体訴訟における規制対象の画定

第二節 日本法への示唆

- 一 個別訴訟
- 二 団体訴訟

第三章 団体訴訟に関する学説の議論

第一節 議論の前提

ここからは、団体訴訟における規制対象の画定問題を検討する。ドイツにおいては、個別訴訟についての問題が、前章で紹介したようなかたちで論じられたのと並行して、団体訴訟の場面についても、この問題が検討された。もっとも、そこで論じられた問題は、関連する効力維持的縮減の可否の問題を含めて、個別訴訟の効果論として論

じられた問題とは、かなり異なるものである。そこで、まずは、団体訴訟の基本構造⁽⁸⁴⁾とともに、団体訴訟における問題の所在を確認していく。

約款の差止めに関する団体訴訟は、二〇〇二年の債務法現代化に伴う旧約款規制法の実体法部分の民法典への統合に伴い、他の差止訴訟に関する規律と合わせ、差止訴訟法 (Untertassungsklagengesetz, UKlaG) によって規律されるところとなっているが、かつては旧約款規制法二三条以下に規定されていた。本章で取り扱う議論も、前章と同様に、主として旧法下で展開されたものであるため、旧法の条文を参照することにし、現行法の条文は括弧内に指定する。

旧約款規制法は、一三条一項⁽⁸⁵⁾（差止訴訟法一条）において、九条ないし一条によれば無効な約款規定を使用または推奨する者は、差止または推奨の撤回を請求されうることを規定したうえで、同条二・三項（差止訴訟法三条）所定の組織に、差止・撤回請求権を認めている⁽⁸⁶⁾。したがって、差止・撤回請求権の要件として、①約款規定が存在すること、②当該約款規定が無効であること⁽⁸⁷⁾、③当該約款規定が使用または推奨されたこと⁽⁸⁸⁾の三点が引き出される。さらに、差止請求権一般に課される要件として、繰り返しされる危険 (Wiederholungsgefahr)⁽⁸⁹⁾が要求されるが、既に当該約款が使用されていれば、そこからこの危険が推定されると解されている⁽⁹⁰⁾。

そこで、①・②の要件から、個別訴訟の場合と同様に、約款のどの部分が個別の規定ないし条項として把握されるのか、また、個別の規定ないし条項の一部が違法な場合はどう処理されるのか、といった問題が生じてくる。しかしながら、具体的な契約内容の規制を目的としない団体訴訟においては、約款がどの範囲で無効であると評価されようとも、それによって直接的に個別具体的な契約の内容が左右されるわけではない。この点で、無効範囲の評価次第で具体的な契約内容が左右される個別訴訟とは、問題状況が異なっている。団体訴訟に関して問題となった

のは、第一章で日本法の問題の所在として指摘したのと同様に、どのような形で請求の趣旨を、さらには判決主文を定式化すればよいのかという問題である。例えば、一部が違法な条項の問題として、旧約款規制法一一条一二号に違反する期間条項の場合を挙げるならば、同号所定の期間を超える分が違法であり使用してはならないという形で定式化されるのか、それとも約款に規定されたその期間を定める条項を使用してはならないという形に留まるのか、が問題とされている⁽⁹¹⁾。

この問題を検討するにあたっては、旧約款規制法（差止訴訟法）が請求の趣旨および判決主文について特別に規定しているところを、前提とする必要がある。すなわち、旧約款規制法一五条二項⁽⁹²⁾（差止訴訟法八条一項）は、請求の趣旨に、①約款における異議を唱えられる規定の文言（一号）、②その規定が異議を唱えられる法律行為の種類を表示（二号）の二点を含まなければならないとしており、このような形での請求の趣旨の特定を要求している。同様に、旧約款規制法一七条⁽⁹³⁾（差止訴訟法九条）は、裁判所が訴えを認容する場合の判決主文について、①約款における異議を唱えられた規定の文言（一号）、および、②差止請求権を基礎づける約款規定が使用または推奨されるはならない法律行為の種類を表示（二号）を含むものとしており、判決理由の解釈を待たずに、主文自体から判決内容が直ちに明らかになることを保障しようとしている。両一号によれば、請求の趣旨および判決主文において、当該約款のうちどの部分が差し止められるべきなのかを、特定しなければならないことになる。

この差止対象の特定の問題は、さらに、約款使用者・推奨者にいかなる約款の使用・推奨が禁止されるのかという差止範囲の問題につながってくる。この問題に関して、旧約款規制法一七条三号は、判決主文に、同じ内容の約款規定の使用または推奨の差止命令を含むことを要求している⁽⁹⁴⁾。この規定は、差止一般について判例・学説によって展開された「核心説」（*Kerntheorie*）を成文化した確認規定であるとされているが、差止範囲が、異議を唱えられ

た約款規定に厳密な意味で限定されるわけではないことを、明らかにしている。このことから、次のような問題が生じる。すなわち、一部が違法であるという理由で差止めを命じられた被告が、新たにその部分を修正した条項を用いたところ、その条項がやはり違法であると評価される場合に、この条項の使用は、差止命令に違反するものとして、強制執行の対象となるのかという問題である。先ほどの期間条項の例でいえば、かなりの程度短縮されているがなお長すぎると評価される期間を定める条項の使用は、差止命令に違反するのだろうか、という問題である。

最終的に判決主文において差止対象となる部分を特定することが重視される理由は、一つには強制執行を容易にすることにあるが、さらに約款の差止訴訟制度に特有の事情として、次のことが挙げられる。第一に、判決主文は、原告の申立てにより、連邦公報またはその他の場所で公表されることが予定されていることである（旧約款規制法一八条⁹⁶（差止訴訟法七条））。このこととの関係で、判決主文自体において、判決内容を明確にしておく必要がある。第二に、旧約款規制法二二条⁹⁷（差止訴訟法二一条）は、判決を受けた約款使用者が差止命令に違反した場合、個別訴訟においてその約款使用者の契約相手方が差止判決の効力を援用すれば、当該約款規定が無効とみなされるとしていることである。この規定は、当該契約相手方が、団体訴訟の判決を参照することを前提としており、その内容を把握を容易にすることが要求される。また、旧約款規制法二二条の存在は、団体訴訟の結論が個別訴訟へと連結可能なものであることを要求しており、この点も考慮に入れる必要がある。なお、旧約款規制法二〇条⁹⁸には、連邦カルテル庁における訴え・判決等の登録制度が規定されており、これを通じて請求の趣旨や判決主文を開示することが予定されていた。しかしながら、同制度は、差止訴訟法には引き継がれず、廃止されている。

それでは、右の問題について、前章で取り上げた諸論者は、どのような見解を示しているのだろうか。次節において、その議論内容を見ていくことにする。

論

前章で紹介した各論者は、個別訴訟における判断枠組みが、団体訴訟においても意味を持つものと考えている。両訴訟形態における判断枠組みの平準化が要請されることの理由の一つとして、旧約款規制法二一条における差止判決の拡大効の存在が挙げられているが、さらに団体訴訟に固有の観点から、各説の根拠付けが行われている。本節では、条項の可分性ないし規制対象の画定を問題とする見解と、それらを問題としない見解とに分けて、団体訴訟に関する議論内容を整理していく。

一 可分性ないし規制対象の画定を問題とする見解

個別訴訟において条項の可分性ないし規制対象の画定を問題とする諸論者は、団体訴訟において差止対象をどのように特定するかという問題についても、可分性ないし規制対象の確定の問題と効力維持的縮減の問題との区別が、意味を持つものと考えている。

1 可分性・規制対象の画定

条項の可分性ないし規制対象の画定は、団体訴訟の文脈では、請求の趣旨および判決主文において、差止・撤回の対象を、どこまで特定しなければならないかという問題として、位置づけられている。すなわち、可分な条項についてその一部を、あるいは、個別に有効性審査が可能な独立した規制対象となる部分を、請求の趣旨および判決主文において特定しなければならないというのが、論者の主張するところとなっている。

まず、アイケ・シュミットは、次のように、可分な条項の一部が団体訴訟の対象になるとしている。すなわち、団体訴訟の目的は、悪質な約款を取引から一般的に遠ざけることであり、異議を唱えられうる規定が有効な規定と同一条項内に結合されていたとしても、そのような結合関係を規制することは、団体訴訟の問題ではない。したがって、原告団体は、具体的な規定位置を顧慮せずに、既にその文言上の形態に基づいて旧約款規制法一〇・一一条の禁止に違反する条項または条項の一部だけを、訴訟に持ち込んでよい、と。⁽¹⁰⁾ また、ハリー・シュミットも、「独立した有効性審査の可能性」という実質的な基準によって画された個別の規定が規制の対象となり、差止・撤回請求は、そのつど不相当な「規定」にのみ向けられる、とする。

その理由付けとして、第一に、このような形で差止対象を限定することが、旧約款規制法一五条二項一号や一七条一・三号に含まれる差止対象・差止範囲の特定という法の要請に合致することが挙げられている。違法性評価の対象となる部分とそうでない部分とが一緒に記載されると、どの部分が違法なのか、あるいは、複数の部分の結合関係が違法なのかといったことが、わかりづらくなるという趣旨であろう。第二の理由付けとして、原告団体に対する期待可能性が挙げられる。アイケ・シュミットは、初めから可分な条項の一部を区分けするよう要求すること、そうしていない場合に訴訟費用のリスクを課すことは、原告団体に対しても期待可能であるとしている。その他の論拠として、ハリー・シュミットは、団体訴訟についての諸規定が九条ないし十一条により無効な「規定」に結びつけられていることも挙げている。

これに対して、ヴィッテの見解においては、条項の可分性の問題が包括的に定式化された条項の分割の問題として位置づけられているため、異議を唱えられた約款規定の文言を記載することを求める旧約款規制法一五条二項一号、一七条一号を文字どおりに解釈するならば、団体訴訟において、可分な条項を分割して処理することは、要請

されないのではないかと考えられる。しかしながら、ヴィットेमまた、可分な条項については、どの部分が違法なのかを明らかにすることを要求する。すなわち、実際に規定されている形での条項の使用が禁止されるだけだと、その条項の一部を引き続き使用してよいのかが不明確であり、その点について新たな紛争が生じる。この不明確性は、裁判所が全ての下位の点と条項の部分を評価し、その結論を少なくとも判決理由で示すことによって除去することができる。そして、そのような条項の細部に立ち入った審査が行われるならば、その結論を判決主文にも記載すれば、第三者にも周知させることができる。また、上訴が可能になることにより、両当事者は、より有利な再審査を受けることが可能になる。とりわけ、原告は、なお相当と評価された部分についても再審査を求めることで、当該条項のうちどの部分が違法ないし適法なのかを、終局的に明らかにすることができる、としている⁽¹⁰⁾。さらに、条項の分割により禁止行為の核心がより明らかになれば、執行段階において不作為義務違反の有無を一義的に確定することができるため、可分な条項を細分化することは、一七条三号にも適合するとする⁽¹⁰⁾。そして、包括的な条項のうちどの部分が違法かを明らかにするには、一五条二項二号、一七条二号における法律行為の種類⁽¹⁰⁾の表示と同様に処理することが考えられ、どのような生活事実に関して当該条項が禁止されるかを明らかにすればよいとする。他方で、訴訟費用負担の問題については、アイケ・シュミットなどと異なり、そもそも原告団体に条項分割を求めるか否かの考慮要因とはならないとしている。この問題は、むしろ見出された結論の帰結でなければならないうえ、約款使用者・推奨者が原告よりも保護に値しないこと⁽¹⁰⁾はない、とする（したがって、結論としては、やはりこの問題が分割要求を妨げることはないということになる）。

2 効力維持的縮減

右のように、条項の可分性ないし規制対象の画定が問題となる場合には、当該約款のうちどの部分が違法であるかを特定して、請求を立て、あるいは、判決を書くことが要求されるわけだが、これに対して、効力維持的縮減の対象となりうる条項（の一部）について、どこからが違法であるのかを明らかにすることは、要求されないと考えられている。もっとも、このような条項の処理については、次に示すように、いくつかの問題が併せて議論されており、それぞれ別個に見ていく必要がある。

(1) 違法部分を特定した請求の義務付け

まず、原告団体に対してそのような要求を課すこと、すなわち、請求の趣旨においてどこからが違法であるのかを特定しなければならぬとすることに對しては、次のような批判が向けられている。すなわち、縮減を認めると自ら相当性判断を下して、許容される約款がどういふものかを約款使用者に初めから気付かせることを、原告に要求することになり、その結果、訴えがそもそも失敗し、または事後的な縮減によって一部敗訴となるリスクを負うことになる⁽¹⁰⁾。他方で、約款使用者は、法に合致しない従来の約款定式を、どのみち改訂しなければならず、約款を改訂させることこそが団体訴訟の目的なのだから、訴訟はいずれにせよ完全に目的を達している。よって、縮減によって約款使用者を訴訟費用から保護することは、不要である、と。また、形式的な理由として、旧約款規制法一五條二項一号や一七條一号が、異議を唱えられた規定の文言の採録しか命じていないことも、指摘されている⁽¹⁰⁾。

(2) 違法部分を特定した請求の可能性

このような考え方を採ると、当該条項またはその一部の全体が無効と評価されるため、縮減された適法な規律であっても、もはや使用してはならないということになってしまわないか、という問題が生じる。この問題については、旧約款規制法制定直後より、「一部のみ違法な約款条項であっても、団体訴訟における請求・判決は、常にその条項『全体』に向けられている」、すなわち、「この条項だけが差止の対象である」という説明がされてきている。⁽¹⁰⁸⁾ この説明をもとに、旧約款規制法一七条三号も、質的かつ量的に同じ内容の条項だけが差し止められる、というように解釈される。したがって、縮減された適法な規律は、差止命令の射程から外れることになる。

しかしながら、このように考えると、縮減されてはいるが依然として不適法な規律も、差止範囲に含まれないという事態が生じてくる。例えば、約款使用者が異議を唱えられた期間を短縮した場合、新たな条項は、依然として長すぎる場合でも、——経済的に無意味なほどに変更が小さい場合を除き——旧い条項と同じ内容ではなく、たとえそれが違法であっても、新たな訴えによらなければ差し止めることができない、ということになる。⁽¹⁰⁹⁾ そこで、原告自ら縮減を行う形で請求を立てることは要求されないとしても、そのような請求は可能である、例えば、一定以上の期間を定めてはならないというように、一定限度を超える条項の差止めを請求することもできる、とされている。「過剰な条項の使用には、相対的に緩やかな——しかし依然として違法な——条項の使用も含まれているので、このような請求も可能である」と考えることで、差止範囲を拡張する可能性が開かれている。⁽¹¹⁰⁾

(3) 裁判所が適法な規律を示すことの可否

残る問題は、原告が、縮減可能な条項について、どこからが違法であるかを特定することなく請求を立ててきた

場合に、裁判所が縮減された適法な規律を示してよいのである。この点に関して、ウィットは、次のように指摘している。すなわち、縮減可能な条項を全体として非難すると、新たに条項を規律するに際しての指針が示されず、さらなる訴訟を回避しえない可能性がある。このような可能性に対処するために、縮減された条項についての差止請求を原告に認めることや、判決理由中で相当な条項表現を示唆することを超えて、裁判所が、過剰な部分を除去し、条項を相当な内容で維持することで、何が許容されるかについて、拘束力をもって確定することも考えられる。複数の形成可能性がある場合には、このような措置は困難であるが、量的に過剰な条項については、無効限度を定めることだけが問題であるから、このような処理も可能である、との指摘である。⁽¹¹⁾

さらに、このような処理によって生じるその他の問題点についても、ウィットは、次のように回答している。まず、効力維持的縮減は規制の効果の問題であるから、それによって、約款使用者が使用していない規定が審査されることにはならない。また、原告は、一五条二項一号に基づいて実際に使用された文言を請求の趣旨に挙げればよく、縮減を行うのは裁判所であるから、原告の負担にもならない。さらに、縮減は、何が許容されるかを明確にするために行うのであり、約款使用者を保護するために行うのではないから、原告が訴訟費用を負担することにもならない。また、縮減を認めた判決に拘束されるのは、両当事者だけであり、その他の者が縮減された条項の有効性を争えないわけではないし、別の裁判所が他の方法で縮減することも妨げられない、と述べる。⁽¹²⁾

右のように論じるにもかかわらず、ウィットは、最終的には、団体訴訟における効力維持的縮減は不可能であると結論付けている。というのは、裁判官が提示する新たな条項の形は、従来設定されたものでなく、かつ、将来設定されることが予見されるものでもないため、内容規制の対象ではないからである。裁判所がそのようなものを判決主文において認めるならば、原告は、それに対して上訴することができるはずである。しかし、その場合には、

約款使用者も意図していない規律について判断が下されることになり、約款使用者が差止要求を即座に認諾することも考えられる。そうすると、原告団体は、訴訟費用の負担を避けるために、控訴期間内に約款使用者に催告しなければならなくなる。このように、両当事者は、彼らが意図しなかった条項について、短期間に検討しなければならなくなる。したがって、将来なお許容されるものについての拘束力ある判断は、団体訴訟に適していない、とする⁽¹³⁾。

さらに、ハリー・シュミットも、判決主文において許容される条項の定式を示すことは、団体訴訟の目的に鑑みて、行き過ぎであるとする。団体訴訟は、当該規律問題について約款の許容される内容を明らかにせんとするものではなく、一定の不相当な規律による法的取引の障害を除去しようとするものであるから、と述べる。もっとも、差止義務の射程について誤解が生じうる場合には、そのような指示が考慮されるべきであるとし、判決理由から解釈し精確化することができる限りにおいて、そのような説示は不要であるが、理由を伴わない認諾判決・欠席判決などでは、判決主文を説明のための付記によって精確化する必要がある、とする⁽¹⁴⁾。

二 条項画定論を批判する論者の見解

右のような議論に対して、前章で見たように条項画定論を批判して、形式的基準によって無効範囲を画することを主張する論者に目を向けると、ウルマーは、判決主文における裁判官の形成支援なしに、差止命令を条項のうちの不相当な部分に限定することができるといふ理由から、団体訴訟においても文言上分割された条項は、分割して処理すべきであるとするにとどまる⁽¹⁵⁾。これに対して、ハーガーは、違法な約款を確実に差止範囲に含めようとする配慮から、団体訴訟においても、彼が言うところの透明性の有無が、決定的な基準になるとする。詳しくは、次の

とおりである。

まず、団体訴訟において細分化された条項を全部無効として扱うと、次のような困難が生じると指摘する。すなわち、全部無効とすると、合法的な規律の使用まで禁止されることになってしまう。そうならないようにするためには、条項全体についてのみ裁判所に判断権限を与えることが考えられるが、そうすると今度は、違法な約款であつても再使用可能ということになってしまう。このような訴訟物の定め方は、合目的でないし、とりわけ旧約款規制法の目的に反する。⁽¹⁵⁾

そこで、ハーガーは、約款使用者が条項を細分化していれば、そのうちの有効な部分にまで差止判決の効力が及ぶことはなく、法律から分割が明らかになる場合も同様とする。これに対して、細分化されていない条項は、全体として差止の対象となるが、旧約款規制法の保護目的や一七条三号の基礎にある核心説を考慮して解釈するならば、当該表現における条項が禁止されるだけであり、適法な約款まで禁止されるわけではないとする。差止訴訟における訴訟物は、その具体的な形で条項の使用が差し止められなければならないかという問題であり、約款使用者が条項を分割している場合、または、法律から分割が明らかになる場合には、原告団体の請求の趣旨においても、その分割が顧慮されなければならないとする。⁽¹⁶⁾

第三節 検討

かくして、規制対象の画定を問題とする見解においては、この画定が請求の趣旨および判決主文において必要とされるが、それを超えて効力維持的縮減が問題となる場合にまで、どこからが違法であるかを特定する必要はないとされている。しかしながら、後者の場合にも分割・特定を要求する見解も主張されており、はたして規制対象の

画定だけが要求されるということでのよいのか、一連の議論をもとに、改めて検討を加えてみる。

一 規制の実効性

より効果的に違法な約款が取引界から放逐されることが、約款規制の目的という観点からは望ましい。このことは、個別訴訟の文脈において、予防思想の観点から効力維持的縮減を禁止すべきであるとの見解によって考慮されているが、団体訴訟においては、より広く違法な約款の使用を禁止すること（差止範囲をより広げること）が、規制を実効的なものとする。まずは、この差止範囲の広狭の観点から、差止対象をどのように特定すべきかを考えてみる。

ここで注目されるのが、一部のみが違法な条項が差止められる場合でも、違法な部分と適法な部分を含むこの条項の使用が差止められるだけである、との解釈論である。このような解釈論は、団体訴訟において、適法な約款規律の使用まで禁止されることはないと考えられている点に基づく。団体訴訟において適法な規律の使用まで差し止めると、約款使用者は、将来にわたって無限定の不利益を受けることになる。このことは、予防思想などによっても正当化することができないものと考えられる。したがって、右のような解釈論は、適切であると言える。

このような一部のみが違法な条項の処理は、図式的に言うと、次のように一般化することができる。すなわち、 $A \cdot B \cdot C$ の三要素からなる約款において、 $(A \cdot B \cdot C)$ の全体を差止対象として挙げるならば、三つのうちのいずれが違法なのか、または $A \cdot B \cdot C$ の累積が違法なのかといったことが、差止対象の画定から判明しない。その場合には、 $(A \cdot B \cdot C)$ というこの約款が差し止められる、 $A \cdot B \cdot C$ という三要素を含む約款だけが差止範囲に含まれる。これに対して、仮に A だけが違法であるとして、 A だけを差止対象として特定するならば、 A を含む約

款を全て差止範囲に含めることが可能となる。つまり、(A・B・D)であっても、(A・C・E)であっても、A については使用が禁止される。かくして、実際に使用された約款のうちのどの部分が差止対象となるのかを、より広い範囲でしか特定しないと、それだけ約款の使用が禁止される範囲は限定されることになる。

このように考えると、なるべく効果的に不当な約款の使用を阻止するという観点から見た場合、個別訴訟と団体訴訟とは対照的である。つまり、個別訴訟においては、予防思想を基礎として効力維持的縮減の禁止が主張されるように、無効範囲を広げることで、違法な約款の使用者がより大きな不利益を蒙るようにすれば、それだけ約款の適正化が実現される可能性がある。これに対して、団体訴訟においては、当該約款のうちのどの部分が差止対象となるのかを、より狭い範囲で特定した方が、約款の使用が禁止される範囲が広がり、その分だけ約款の適正化が達成される。

なお、前節で見た議論においては、団体訴訟における効力維持的縮減を、個別訴訟と同様に、適法な内容へと縮減すること、すなわち、適法な規律が何かを明らかにすることであると捉え、そのような処理は要請されないとの見解が主張されている。しかしながら、規制の実効性という点から要請されるのは、何が違法であるかをより精確に特定することであり、何が適法であるかを特定することではない。図式的に言えば、Aが違法であることを特定することが要請されるのであり、A以外の部分が適法であることを示せと要求しているわけではない。

かくして、差止範囲をなるべく広くすることを目的とするならば、条項の可分性ないし規制対象の画定の問題として処理される場合についてだけ、差止対象を一部に特定することが、この目的に適うわけではない。通常これらの問題ではなく効力維持的縮減の問題とされる量的な過剰性を伴う条項についても、どこからが違法なのかを特定することが、差止範囲の拡大につながる。そうすると、原告に対しても、効力維持的縮減の対象となる条項につい

てまで、どこからが違法であるかを特定して、請求を立てさせることが望ましいことになる。

二 原告団体に対する期待可能性

もっとも、原告に対してどこまで違法な部分の特定を要求することができるかについては、期待可能性の問題が考慮されている。可分性ないし規制対象の画定が問題となる場合には、原告に違法部分の特定を要求するが、効力維持的縮減が問題となる場合にはそれを要求しないという見解には、前者では、違法部分を特定することが期待可能であるが、後者においてはそうではない、という観念が見出される。

しかしながら、どこまで違法部分を特定することが期待可能かという問題について決定的なのは、可分性ないし規制対象の画定と効力維持的縮減との問題区分——個別に違法性評価の対象となるか否か——ではなく、法的基準が明確になっているかどうかである。効力維持的縮減が問題となる場合においても、明確な法的基準が存在する場がある。例えば、旧約款規制法一一条一二号がそうである。確かに、同条においては、一定期間を超えることが不当性を基礎づけているが、積極的に相当な期間を定めているわけではない。したがって、原告としては、積極的にいかなる期間が相当であるかを特定することは期待困難であるかもしれないが、少なくとも所定の期間を超えることが不当であることは、特定可能である。そうすると、可分性ないし規制対象の画定が問題となる場合にだけ、原告に対して違法部分を特定することを求める見解は、原告に対する期待可能性という観点からは、十分に基礎づけられていないことになる。

この観点からは、約款使用者が条項を分割しているか、あるいは、法律から分割が明らかになるかに注目するハーガーの見解の方が、理に適っている。とはいえ、このようなハーガーが言うところの「透明性」は、前章にお

いて見たように、裁判官にとつての明確性のはずであり、直ちに原告団体にとつての明確性と同視してよいかは、疑問である。原告に対する期待可能性を問題とするならば、後者への読み替えが必要であろう。

ところで、原告に対する期待可能性の問題は、しばしば、原告に一部敗訴・訴訟費用のリスクを負わせてよいかという問題として、論じられている。そこでは次のような論理が展開されているものと思われる。すなわち、前述の（A・B・C）という約款においてAだけが違法な場合に、（A・B・C）について差止請求がされたならば、Aは（A・B・C）の一部だから、Aについてのみの請求認容は、請求の一部認容ということになり、原告は、B・Cの敗訴分につき、訴訟費用を負担しなければならない、との論理である。しかしながら、先の論理から言えば、（A・B・C）についての差止めとは、（A・B・C）というこの条項に対する差止めであり、A・B・Cのそれぞれについての差止めではない。そして、（A・B・C）の差止めは、（A・B・D）や（A・C・E）に及ばない以上、この差止請求は、Aについての差止請求よりも抑制的であり、Aに対する差止請求が、（A・B・C）に対する差止請求の一部を構成するとは、言えないのではないか。もちろん、原告が（A・B・C）という約款の文言を挙げる場合に、A・B・Cのそれぞれについて差止めを求める趣旨であることも考えられる。しかしながら、その場合に、Aだけが違法であれば、B・Cについて一部敗訴となり、訴訟費用を負担することになっても、やむを得ないのではないか。

三 個別訴訟との判断枠組み平準化の必要性

その他に、旧約款規制法二一条が判決の拡大効を定めていることから、個別訴訟と団体訴訟とで判断枠組みを平準化することが説かれている。しかしながら、本当にその必要性があるのかは、検討の余地がある。本稿で取り上

げた議論は、主として一九八〇年代までのものであるが、今日では拡大効の規定が實際上意味を失っていることが指摘されている。¹¹⁸ そうであれば、この規定を根拠に両訴訟形態における対象画定基準の共有を図ることに、どれほどの説得力があるのかは疑わしい。

四 結論

ここまで検討してきたところによると、団体訴訟において、規制対象の画定だけを原告に要求する意味は乏しい。むしろ、規制の実効性という観点からは、法的基準が明確な限りにおいて、効力維持的縮減が問題となる場合にも、どの部分が違法なのか特定することを、原告に要求することが望ましい。それにもかかわらず、規制対象の画定のみで足りるとするならば、その理由は、次のようにならざるを得ないのではないだろうか。すなわち、規制対象を画定するということは、具体的な規制規範に照らして、当該約款のうちどの部分が違法性評価を基礎づけているのかを、特定することを意味する。最低限このことを要求しなければ、極論すると、現に使用しないし推奨されている約款の全体を取り上げて、「そのどこかに違法な部分があるから、全体として差止めを求めろ」という請求も可能になり、被告の側の防御が困難になってしまう。他方で、規制の実効性という観点から見た場合、当該約款のうちどの部分が違法か特定されれば、少なくともその現に使用しないし推奨された約款部分については、差止範囲に含まれることになる。この差止範囲は、狭いかもしいないが、規制の実効性を完全に損なうものとは言えない。それゆえ、仮に、さらに差止範囲を広げる請求の立て方があるとしても、そこまで義務付けられることはない。このような理由付けが可能であろうが、それ以上に積極的な理由付けは、見出されない。

第四章 判例の検討

最後に、判例法理について検討する。本章では、規制対象の画定についての判例法理が語られる際に引き合いに出されるいくつかの代表的な裁判例を取り上げて、それらとの関連で、ドイツにおける判例法理の妥当性を考察する。

第一節 裁判例の紹介

一 連邦通常裁判所第八民事部一九八一年一〇月七日判決

ドイツ連邦通常裁判所は、効力維持的縮減の禁止法理を採用すると同時期に（厳密には、それに先だって）、規制対象の画定についても判断を下した。そのリーディングケースとして位置づけられているのが、連邦通常裁判所第八民事部一九八一年一〇月七日判決（NJW 1982, 178）である。同判決においては、自動車買主のいくつかの義務およびそれらに違反した場合の売主の解除権を定めた約款が、どのように区分されるのが問題とされた。

1 事案

Y（自動車製造業者）は、「……買主は、売買契約から生じる請求権を譲渡せず、自動車を受領前に転売せず、ならびに自己への自動車運行許可を取得する義務を負う。買主は、YまたはYの権限ある代理人に、要求に応じて、買主への自動車運行許可を申請する権限を付与するものとする。この規律に違反した場合、または、違反しようとした場合、Yは、期間を定めることなく、契約を解除することができる。」という約款を使用していた。X（消費

者団体)は、この約款を、請求権譲渡の禁止を除いて、旧約款規制法九条一項および二項一号ならびに一〇条三号違反により無効であると主張して、旧約款規制法一三条に基づく差止訴訟を提起した。一番は、Xの請求を全部認容した。Yの控訴に基づき、原審は、受領前の転売禁止、ならびに、買主への運行許可取得および運行許可申請のための授權義務を、旧約款規制法九条一項に基づき無効としたものの、解除条項(約款の末文)の使用に向けられた訴えを棄却した。これに対して、Xが上告し、Yも附帯上告した。

2 判旨

規制対象の画定に係るのは、次の二点である。

第一点、原審が、右のように判断するにあたり、解除条項は、契約違反を要件とせず、自動車の転売や買主の名による許可申請がされないことといった単なる事実のみ結び付けて、個別に維持することができるとしていたのに対して、本判決は、次のように判示した。すなわち、「旧約款規制法一三条による手続きにおいて、何が『規定』として理解され、旧約款規制法九条ないし一一条によって評価されるべきであるかは、法律において定義されていない。しかしながら、最低限の要求として、維持される条項は、それ自体から理解可能であり、かつ意味を有しなくてはならない。『規定』が効果規律(解除権)だけを含んでおり、その基礎にある要件規律を含まない場合には、この要件が欠けている。それゆえ、効果規律は、独自に維持することができるものでもない。逆に、効果規律がそれ単独で無効でありうることは、このことを妨げない。そのような場合には、維持される要件規定、例えば行為義務の規定が、それ自体から理解可能であり、かつ法律上の効果をもって適用可能でありうる。」原審は、このことを見誤ってはいないが、原審が認定するような解除条項は、解釈によって基礎づけることができない、とした。

第二点、本判決は、Yの附帯上告を一部認容して、自動車の受領前転売禁止については正当なものとして承認し、買主への運行許可を取得する義務およびYらへの授權義務のみを無効とした。そして、請求権譲渡禁止および転売禁止との関係で、Yの解除権は存続しうるものとした。その際に、「条項の一部についてのみ認定された無効は、それが他の部分と関連するという理由によってすらも、その他の部分の無効をもたらさない。……約款における内容的に独立した規律は、外見的・文言的な文脈において別の無効な条項と結びついている場合にも、個別の有効性審査の対象となりうる。ここで、有効とされた請求権譲渡の禁止および転売の禁止は、内容的に独立した条項であり、運行許可取得義務がなくても意味を有する。したがって、それらの禁止が、約款の一文における文言上の結びつきだけを理由に、統一的な条項として扱われ、他方で、文言上別に分けられている場合に、独立した条項とみなされうることは、理解することができないだろう。」と判示した。

二 連邦通常裁判所第三民事部一九八四年五月二八日判決

一九八〇年代の議論においてとりわけ問題視され、今日でも参照される裁判例として、振込委託の撤回不可能性文言を削除した連邦通常裁判所第三民事部一九八四年五月二八日判決（NJW 1984, 2816）がある。¹⁹⁾

1 事案

Yは、A社にプレハブ住宅を注文したが、請負報酬は、一定の建築工程が終了することに、A社の主要取引銀行であるX（貯蓄銀行）からの振込により、一部ずつ支払われることとされた。そこで、Yは、A社提供の申込書式によって、Xとの間で、信託口座開設契約を締結した。当該書式には、「Xは、これによって、撤回不可能な形で、

上記の信託口座の負担でA社に以下の振込を行うことを、委託された。……合意された支払期限内に、信託口座に必要な資金が……提供されていない場合には、Yは、Xに対して、撤回不可能な形で、履行期が到来した請負報酬につき、つなぎ融資を行うことを委託する。」(以下、本件条項とする。)と書かれていた。その後、最終分の報酬までA社に振り込まれ、Yは、事後的に同額を口座に払い込んだが、その間に発生した利息については、瑕疵の存在を理由に、A社の報酬請求権に対して留保権を有したとして、支払いを拒絶した。これに対して、Xは、利息支払請求訴訟を提起した。一番は請求を棄却したが、原審は概ね認容した。Yより上告。

2 判旨

本判決は、本件条項を、撤回不可能性という点において顧客を著しく不利に扱うものであり、旧約款規制法九条一項に違反するものとした。そのうえで、本件条項が、撤回不可能性を定める部分についてのみ無効となるのか、それとも、振込・つなぎ融資の委託を定めるその他の部分についても無効となるのかを検討し、その他の部分については、依然として有効であるとした。その理由として、次の三点を挙げている。第一に、内容的に可分な、個別にそれ自体から理解可能な約款規定は、文言上一つの文にまとめられている場合でも、個別の有効性審査および有効性確認の対象たりうる、という点である。振込委託を撤回不可能とするということは、内容を変更することなしに、文言上独立した文で表現することができ、「撤回不可能」という付記がなくても、残部の条項は、理解可能な内容的に独立した規律を含む、とする。第二に、約款規定の一部無効は、残部が文言上可分であり、内容的に独立であり、かつ単独で法的に許容される場合であっても、残部が契約の全体構造においてもはや意味を有しないならば、規定全体の無効をもたらさうが、ここではそうではない、という点である。すなわち、振込委託および信託口座

契約全体の目的は、請負報酬請求権の適切な履行を、金融的に確保することであったが、撤回不可能性が削除された場合にも、この目的は維持される、とする。第三に、このような判断は効力維持的縮減の禁止に反しない、という点である。効力維持的縮減が問題となるのは、許容される構成要件と許容されない構成要件とが、文言上不可分に結びついているため、許容されない部分の排除と許容される部分の維持を、文言上の改変によってのみ達成することができる条項であるが、ここでは、「撤回不可能な形で」という文言を、完全にかつ代替なしに削除することができる。さらに、ここでは、約款使用者にとってできる限り有利であるが、法的にぎりぎりなお許容される新たな表現を見出すことが問題ではなく、逆に、振込委託およびつなぎ融資約束全体が無効となれば、Yにも著しい不利益が生じえただろう、とする。

右のような判断に基づき、本判決は、Yが振込委託を撤回しなかった点につき、不当な約款を使用したXに契約締結上の過失があり、Yに損害賠償請求権が認められうるとした。

三 連邦通常裁判所第九民事部一九九五年五月一八日判決

その後、一九八四年判決が掲げた文言の改変禁止という基準を、緩和する裁判例が登場した。それが、保証目的表示の可分性を問題とした連邦通常裁判所第九民事部一九九五年五月一八日判決（BGHZ 130, 19）⁽¹⁰⁾である。

1 事案

X（貯蓄銀行）は、訴外A社に対して、継続的計算による信用を供与しており、A社の社員であったYは、A社のXに対する債務につき連帯保証人となった。その際に使用された保証約款には、A社に対するXの現在および将

来の債権全てについて保証を引き受ける旨、記載がされていた。その後、YはA社を退社したが、Xは、A社に対する貸付限度額を引き上げ、さらなる貸付を行った。A社が破産したことから、Xは、Yに対して、保証債務の一部履行を請求した。一番および原審は、請求を認容した。Yが上告。

2 判旨

本判決では、右のような保証目的表示の有効性が問題とされたが、その内容審査に先立ち、旧約款規制法八条に鑑みて、保証目的表示がそもそも内容規制の対象になるかが判断された。同条によれば、法規定を逸脱または補充する約款規定だけが規制の対象になるため、主たる給付部分は、規制の対象から外れることになる。裁判所は、保証人の主たる給付が存在するのは、保証義務の原因となった債権についての保証の引受けにおいてであり、保証が別の現在および将来の主たる債務者の債務にも拡張されるという合意は、付随的合意であり、保証人の主たる義務を拡張するものであるとした。そして、保証契約における主たる義務と付随義務がまとめて提示されるか分離して提示されるかは、偶然であり、内容規制が許されるか否かは、このことに左右されてはならないとした。かくして規制の対象となる付随的合意部分について、保証の原因となった債権を超える保証責任の拡張は、ドイツ民法典七六七条一項三文⁽¹²⁾の範型 (Teilbild) に合致せず、契約の本性から生じる保証人の本質的権利を制限し、契約目的の達成を危殆化するとの理由で、旧約款規制法九条に反するとした。

つづいて、保証目的表示の無効範囲について、本判決は、「保証の意思表示に際して存在した信用関係から生じる現在および将来の全ての債権を保証する」という形で、目的表示が維持されるとした。もっとも、このような形で保証目的表示を分割することは、内容的・对象的には容易であっても、文言上は完全には不可能であった。そのた

め、このような分割は、一九八四年判決の言う文言改変禁止に抵触する。しかしながら、本判決は、次のような理由で、このような分割を正当化した。すなわち、第一に、ここでの条項の書き換えは、保証人の観念に合致する給付内容を維持することに資するものであり、保証人の正当な利益を完全に顧慮しており、効力維持的縮減の禁止目的に抵触しない。保証の全部無効は、むしろ過大な法律効果である、との理由である。第二に、旧約款規制法八条を排除し、内容規制を可能とするのに、条項の対象による可分性が十分であるならば、このような可分性を旧約款規制法六条一項の適用にあたっても十分条件であることが、首尾一貫している、という理由である。

第二節 判例法理の整理

これらの裁判例から導き出される準則を整理すると、次のようになる。

- ① 内容的に可分な、個別にそれ自体から理解可能な約款規律は、個別の有効性審査の対象となり得る。
- ② 約款を許容されない部分と許容される部分とに区分するにあたり、文言を改変してはならない（ただし、一九九五年判決は、この準則の例外を認める）。
- ③ 約款条項の一部が無効とされた場合に、残部が維持されるには、それ自体から理解可能であり、かつ意味を有していなければならない。

かくして、判例においても、何が個別に有効性審査の対象になるのが問題とされており、規制対象の画定という問題設定が採用されている。むしろ、時系列的には、一九八一年判決におけるこの問題設定を参考に、学説においても、「独立した有効性審査の可能性」を基準に、規制対象を画定することが主張されたと言える。規制対象を画定する基準としては、第一に、内容的な可分性・理解可能性が要求されている(①)。これは、第二章において見

た学説の議論における実質的基準に対応するものと考えられるが、具体的にどのような観点から内容的な可分性が決せられるべきなのかは、本稿で取り上げた裁判例だけからは、必ずしも判然としない。また、第二の基準として、文言上約款が分割されていることが要求されている⁽²⁾。同様の考え方は、第二章で見たように、実質的基準によって条項の可分性ないし規制対象の画定を図ろうとする学説によっても、採用されている。さらに、判例法理においては、右のような基準によって画された部分が無効とされた場合に、残部が維持されるための準則が付随して挙げられている点が、注目される⁽³⁾。

第三節 検討

一 画定基準の問題点

1 一九八四年判決および一九九五年判決に対する異論

②準則については、一九八四年判決および一九九五年判決における適用を巡って、議論が展開されている。

まず、一九八四年判決に関連して、同判決は、概ね一九八一年判決の掲げる基準に即しているにもかかわらず、その当ではめ方・結論に対して批判が見られる。例えば、ハリー・シュミットは、次のような批判を展開している。すなわち、この場合には、複数の法律効果が累積的に生じるものとされ、不相当性がその共同に基づいていると考えられ、約款使用者は、1つの規律しかなしていない。裁判所は、それを全体として内容規制に服せしめなければならず、複数の規定に分割してはならない。結論から見ても、約款使用者には、「撤回不可能な形で」という文言の削除後に、従来の規律の一部が緩和された形で残されており、これは、効力維持的縮減ないし可分な条項の一部無効の問題である⁽¹²⁾。個別の不相当性をもたらす規律部分または文言を削除しうることは、十分ではない、とする⁽¹³⁾。

次に、②準則が一九九五年判決において貫徹されていないことに対して、判例によれば禁止されている効力維持的縮減を（例外的に）行ったものであるという批判が向けられている。すなわち、「許容される構成要件と許容されない構成要件とが文言上不可分に結びついており、許容されない部分の排除と許容される部分の維持を文言上の改変によってのみ達成することができる場合には、効力維持的縮減の問題である」という一九八四年判決の定式に照らせば、本件における目的表示は、文言的にも内容的にも細分化されておらず、有効性審査の分離は不可能であった、との批判である。⁽¹²⁵⁾ このような批判を受けて、その後の連邦通常裁判所の裁判例は、目的表示全体を無効としたうえで、補充的契約解釈によって同様の結論（原因債権についてのみの保証）を導いている。^{(126)・(127)} 他方で、一九九五年判決を支持する学説も見られる。すなわち、ハリー・シュミットは、本判決の処理につき、旧約款規制法八条の適用によりそもそも内容規制に服さない部分の分割であるから、全体として内容規制に服する条項についての効力維持的縮減とは異なる、それに先立つ問題であるとする。⁽¹²⁸⁾

2 実質的基準のもとでの両判決の妥当性

私見によれば、これらの判決は、「何が違法性評価を基礎づけているか」という意味での実質的基準のもとで、正当化することが可能である。

まず、一九八四年判決について、確かに撤回不可能性は振込・融資委託を前提として成立する規律であるが、ハリー・シュミットが主張するように、両者一体として不相当性を基礎づけていると見るべきかは、疑問である。むしろ、同判決は、撤回不可能性のみが悪性を見出し、それゆえに撤回不可能性部分のみを無効としたものと、読むことができるのではないか。規律間に従属関係があるからといって、必ずしも一体として評価されるわけではない

ことは、一九八一年判決が、自動車買主の義務についての規律と当該義務に対する違反があった場合の解除規律とを区別し、後者のみの無効を認めていることから、示される。とはいえ、一九八四年判決が、「何が違法性評価を基礎づけているか」を判断しにくい微妙な例であることは、否定できない。

これに対して、一九九五年判決については、より明確に、実質的基準による正当化が可能である。すなわち、同判決においては、内容規制の対象になるか否かを定める旧約款規制法八条のレベルで、保証目的表示の可分性が示されており、維持された分の表示については、そもそも評価対象になっていない。くわえて、九条違反は、「保証人の意思によらずに保証範囲を拡張してはならない」という規範によって、基礎づけられている。保証を引き受ける原因となった債権の多寡は、この違法性評価を左右しないものと考えられる。したがって、一九九五年判決が認める保証目的表示の維持は、十分に理由があるものと言える。

3 形式的基準を要求する意味

それでは、一九九五年判決について、②準則が貫徹されていないことへの批判に対しては、どのように回答することができるか。ここでは、②準則がなぜ要求されるのが問題となる。同様の問題は、第二章で検討した学説の議論において、実質的基準を支持する論者が、同時に、約款の分割は当該文言によって限界付けられるとしていることについても、あてはまる。

②準則の論拠としては、裁判官による契約形成の抑制と相手方にとっての透明性という二つの要請が考えられる。前者によれば、単純な削除であれば、裁判官が契約内容を新たに作り出したとは言えないが、当該約款の文言を改変することは、裁判官による契約内容の形成にあたり許容されない、ということになる。また、後者によれば、約

款の文言を改変することは、契約相手方の認識し得なかった内容を、事後的に約款に取り込むことになり、契約締結段階における約款の透明性の要請に反する、と考えられる。

しかしながら、これらの論拠から、直ちに②準則を導くことができるかは、疑問である。まず、裁判官による契約形成という観点から見ると、約款文言上現れていない区分を持ちこむことは、全て裁判官の恣意的な操作であるとは言えないだろう。現に、一九九五年判決においては、保証目的表示を恣意的に分割しているというわけではなく、旧約款規制法八条に基づいて内容規制の対象になる部分とならない部分とに分割している。また、約款の文言に現れていない事柄を補充することも、裁判官の権限として認められていないわけではない（約款の補充的解釈は承認されている¹²⁹）。次に、相手方にとっての透明性という点について言うと、一般的に見て、この観点から約款の文言に現れていない区分を認めることができない場合があるとしても、およそ許されないというわけではないのではない。一九九五年判決において、保証目的表示の分割によって存続するのが、保証を引き受ける原因となった債権についての保証であることを考慮すると、この場合には、相手方がおよそ想定外の契約内容に拘束されるといふことにはならず、透明性が要請される趣旨に反するとは言えない。このように考えると、②準則は、一般的に成り立つものとは言いがたいし、少なくとも一九九五年判決における保証目的表示の分割については、その趣旨に反するものではなかったということになる。

二 残部維持基準の問題点

③準則において、判例は、規制対象の画定に付随する形で、それ以外の部分が維持されるための要件を定めている。しかしながら、規制対象の画定と存続し得る契約内容とは、別の問題である。確かに、後者は、無効範囲――

効力維持的縮減が許されないとするならば、規制対象の画定によって決まる——に含まれない部分の問題であり、その限りでは前者と表裏の関係にある。とはいえ、存続し得る契約内容を確定するには、さらに無効部分をいかに補充し得るかという問題——旧約款規制法六条二項のレベルの問題——が残されている。とりわけ、判例および支配的学説によれば、無効部分の補充に際しては、任意規定による補充だけでなく、補充的契約解釈が可能とされている。⁽¹³⁾ところが、③準則によれば、存続し得る残部は、それ自体から有意味でなければならず、補充の可能性が考慮されていない印象を受ける⁽¹³⁾。また、仮に補充の可能性まで考慮されているのだとしても、つまり、③は、補充の可能性を考慮しても有意味な形で存続しえない場合を言うものだとしても、その場合の残部の存続不可能が、規制対象の画定によって決まる無効と同じなのは、検討の余地がある。学説には、残部がそれ自体から理解可能な意味を有していない場合でも、その部分まで無効になるのではなく、単に契約の実行に際して適用されないに過ぎない、とする見解もある。⁽¹³⁾

三 個別訴訟と団体訴訟との不区別

③準則の問題と関連して、個別訴訟と団体訴訟との間に、区別が見出されない点も問題である。すなわち、右の判例法理は、団体訴訟における一九八一年判決に端を發したものであり、それが個別訴訟における裁判例においても採用されている。しかしながら、この一九八一年判決において論じられている内容が、団体訴訟において論じられるべき内容であったのかは、疑問が残る。つまり、一九八一年判決で論じられているのは、先に指摘したような残部の維持可能性、存続し得る契約内容の問題である。団体訴訟においては、具体的な契約内容の確定が問題となっていない以上、いかなる形で契約が存続し得るかを論じる意味は乏しいのではないか。

他方で、前章で見たとおり、団体訴訟に関しては、学説上、差止対象をいかにして特定するかが問題とされているが、一九八一年判決において、そのような問題意識は、少なくとも表面に現れていない。同判決を団体訴訟に関する学説の議論に照らして眺めるならば、問題となったのは、請求権譲渡禁止・転売禁止・自己の名での運行許可取得・運行許可申請権限の授与という4つの義務を買主に課し、それらに違反した場合に解除権を留保する約款であるところ、そのうちのどの部分が違法なのか——すなわち、四つの義務のうちのいずれが違法なのか、または、それらの義務に対する違反に結び付けられた解除という効果が違法なのか——を明らかにすることが、差止対象を明確化し、差止範囲を広げることに資する。また、この事案では、原告自身、右の約款の全体を一体として差止めを請求していたわけではなく、請求権譲渡の禁止については、そもそも問題にしていない。さらに、残る三つの義務および解除という法律効果について、それぞれ異議を唱えており、それらの要素について個別に判断を求める趣旨の請求であったものと考えられる。そうすると、一九八一年判決は、原告がどこまで差止対象を特定しなければならぬかという問題については、先例としての意義に乏しい。

第五章 結論

第一節 ドイツ法の検討のまとめ

本稿におけるドイツ法の検討を整理すると、次のとおりである。

一 個別訴訟における規制対象の画定

個別訴訟において、個別に違法性評価の対象となる部分を特定する規制対象の画定という操作は、約款の効力を

否定し得る最外延を画定する機能を有している。すなわち、条項全部無効の処理が要請されるとしても、無効範囲は、不相当と評価された規制対象を超えて拡張されない。規制対象の画定が、このような機能を果たす背景には、「違法性評価の対象となっていないものについては、効力を否定しえない」との思想を見てとることができる。

規制対象の画定にあたっては、「具体的な規制規範に照らして、何が違法性を基礎づけているか」を基準とすることが、その趣旨に適合的である。そこでは、旧約款規制法九条以下の各規制規範の解釈が重要となる。一〇条以下の具体的な禁止条項カタログにおいては、その中の個々の規範が、何を違法性評価の対象としているのかを、探求することになる。これに対して、九条の一般条項においては、そもそも具体的にいかなる規範によって約款が不当と評価されるのかという、規範確定の作業が必要となる。しかしながら、具体的な規制規範が確定されれば、そこから規制対象の画定基準も導かれる点に、この基準の意味がある。また、旧約款規制法八条のレベルで、そもそも内容規制の対象にならない部分の区分けも、考慮される。

このような基準による規制対象の画定が意味を持つのは、一定の規範的な観点から無効範囲を画する必要があると考える場合である。予防思想に基づき約款使用者に一定のリスクを課すべきであるとの理由から、効力維持的縮減の禁止法理を——少なくとももある一定の場合について——支持するならば、規制対象の画定によって、無効範囲の外延を定めることに意味がある。約款使用者は、たとえ約款を細分化していたとしても、この規制対象の画定という作業によって把握される無効範囲を、逃れられないことになる。

これに対して、右のような規範的な観点から無効範囲を画する必要性を認めないならば、規制対象の画定を問題としない判断枠組みもありうる。効力維持的縮減の禁止法理を、裁判官による契約形成を制限する法理、あるいは、契約相手方にとっての契約内容の透明性を確保するための法理と考えるならば、約款使用者が約款を分節化するこ

とによって無効範囲を限定することは、必ずしも妨げられない。したがって、規制対象の画定という判断枠組みによって無効範囲を画する必要性は乏しい。このような発想からは、むしろ、一方で約款使用者の契約自由を尊重し、他方で裁判官による契約形成を制限すべきであるという思想をもとに、「約款使用者が約款をどのように分節化したか」に注目して、無効範囲を画定する判断枠組みが考えられる。

二 団体訴訟における規制対象の画定

団体訴訟においては、原告団体が差止対象となる約款部分をどこまで特定しなければならぬかという文脈において、規制対象の画定が論じられている。すなわち、規制対象の画定という判断枠組みを採用する論者は、請求の趣旨および判決主文において規制対象を画定することが要求されるが、効力維持的縮減が問題となるような約款について、どこからが違法であるかを特定する必要まではないとする。

原告団体に対して、規制対象の画定が要求される理由は、どのような規範に照らして、当該約款のどの部分が違法であるのが特定されなければ、被告の側の防御が困難になること、また、規制の実効性を損なわない程度に差止範囲が定まることに、求められる。

しかしながら、規制の実効性という観点から見ると、規制対象の画定に限らず、より精確に何が違法な約款であるかを特定することが、差止範囲の拡張につながることになる。また、原告団体に対する期待可能性という点から言っても、規制対象の画定だけが期待可能なのではない。したがって、原告が自らより特定性の高い請求を行うこと、例えば、長すぎるゆえに違法な期間条項について、どこからが違法かを特定して請求することも、可能であるとすべきであり、また、そのような請求を行う方が望ましいと言える。

第二節 日本法への示唆

一 個別訴訟

個別訴訟については、予防・制裁または帰責といった観点から、条項全部無効を支持する場合、本稿で論じたような規制対象の画定枠組みが意味を有する。

本稿の初めに挙げた解除条項および免責条項の例について言えば、次のような帰結が導かれる。まず、複数の解除事由を定める解除条項については、それぞれの解除事由につき別個に違法性評価が下される限りにおいて、それぞれ別個の規制対象として扱われ、一方の無効は他方に及ばないことになる。これに対して、複数の解除事由が累積的に違法性評価を基礎づけるならば、全体として無効判断が下されることになる。次に、免責条項については、故意・重過失免責と軽過失免責とが別の条項として定式化されている場合、故意・重過失免責は許されないとという規範に基づいて無効とされるのは、前者に留まる（軽過失免責は、違法性評価を基礎づけていないと考えられる）。問題は、「一切の責任を負わない」というように包括的に定式化された条項の場合であるが、この場合には、規制規範の解釈だけからは、無効範囲を決定することができない。当該条項の解釈として、故意・重過失免責と軽過失免責との区別を読み込んでよいか問題となる。このような区別が否定されるならば、この場合には、当該条項が全体として無効となる。

その他の場合においても、同様に、いかなる規範に基づいて違法性評価が下されるのかに依じて、無効範囲を決定していくことになる。もっとも、我が国においては、消費者契約における不当条項を規制する場合、消費者契約法八条以下に規定されている具体的な禁止条項カテゴリーが乏しく、多くの場合に一〇条による判断が要請されるものと考えられる。その場合には、同条を具体化する形で、どのような規制規範が定立されるかが、決定的な問題と

なってくる。

二 団体訴訟

団体訴訟については、まず、ドイツと日本とで、前提となる制度設計の相違が問題となる。第一章において引用したように、消費者契約法一二条三項については、「第八条から第一〇条までに規定する消費者契約の条項……を含む消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示」を停止するという規定ぶりから、原告団体が一個の条項うちのどの部分が無効かを厳密に明らかにすることを要しない、とする見解がある。仮にこの見解を是とするならば、ドイツにおけるような議論は、日本法のもとでもそも成り立たないことになろう。

しかしながら、この条文から、直ちにそのような帰結が導かれるかは疑わしい。契約締結の意思表示に焦点を合わせる点は、ドイツ法において、「使用」(Verwenden)概念の問題に対応する⁽¹³⁾。だが、ドイツ法において議論されているのは、約款のうちの違法な部分をどのように特定すべきかという問題であり、「使用」概念の問題とは区別される。日本法においては、契約のどの部分が消費者契約法八条以下に違反するのかという問題が、この問題に対応する。さらに、「条項」を含む意思表示を停止するとされていることから、どの「条項」が無効であるかは特定しなければならぬが、それ以上の特定は要しないとの解釈がありうる。しかしながら、これが唯一可能な解釈であるかは疑わしい。第三章において見たように、同様の条文解釈から、どの「規定」が違法であるかだけを特定すればよいとの議論は、ドイツ法においても見られる。しかしながら、そのような文言解釈に依拠しない見解も主張されているうえ、過剰な条項には縮減された条項も含まれていると考えるならば、当該条項のどの部分が違法かという問題に立ち入ったとしても、条文に反することにはならないだろう。このように見ていくと、日本法においても、

ドイツにおけるのと類似の議論は可能ではないかと考えられる。

したがって、私見によれば、日本法のもとでも、消費者契約法八条以下に照らして、いかなる契約条項が違法と評価されるのかを、より細かく特定した形で請求を立てることが、望ましいということになる。もっとも、可能な限り細かく特定することが強制されるというわけではなく、具体的な規制規範を挙げて、現に存在する契約のうちのどの部分が違法なのかを特定すればよいと考えられる。このようにして特定された部分を「条項」と呼ぶかは、言葉の問題である。

(84) 旧約款規制法における団体訴訟の基本構造については、上原敏夫「約款の規制と消費者団体訴訟」同『団体訴訟・クラサクシヨンの研究』二六三頁以下（商事法務研究会、二〇〇一年、初出一九九一年）とりわけ二七〇頁以下を参照。

(85) 旧約款規制法一三条 差止めおよび撤回請求権

(1) 約款において、九条ないし一一一条により無効な規定を使用し、または法律行為取引において推奨する者は、差止めを請求され、推奨した場合には、撤回をも請求されうる。

(86) 団体訴権の理論的な位置づけについては、様々な見解が主張されており、その議論は、我が国においても既に紹介されている。上原敏夫「ドイツ法・アメリカ法における原告適格の拡大」同・前掲注(84)三四頁以下（初出一九七九年）、高田昌宏「消費者団体の原告適格——西ドイツ不正競争防止法上の消費者団体訴訟の理論的展開を手がかりとして」早稲田法学六一巻二号七五頁以下（一九八六年）、内山衛次「消費者団体訴訟の諸問題——西ドイツの議論を中心として」阪大法學一四〇号四八頁以下（一九八六年）、高田昌宏「差止請求訴訟の基本構造——団体訴訟のための理論構成を中心に」総合研究開発機構・高橋宏志共編『差止請求権の基本構造』一三七頁以下（商事法務研究会、二〇〇一年）などを参照。

(87) 法文は、無効を基礎づける規範として、旧約款規制法九条ないし一一一条を挙げており、約款の内容規制に関する実体法規範が想定されている。しかしながら、差止め・撤回請求権を基礎づける規範は、解釈によって拡張されている。すなわち、約款規定が、契約相手方の保護を目的とするその他の強行法規に違反する場合にも、勿論解釈によって、差止め・撤回請求

権が肯定されている。例えば、民事訴訟法三八条（裁判籍に関する規律）、民法典三二一b条（書式規定）、賃借人の保護に関する諸規定、民法典六五一aないしj条（旅行契約法上の保護規定）などが挙げられる。旧約款規制法九条（一般条項）違反という迂回路を通らずに、これらの規範が、直接に請求権を基礎づけることになる。Wolf / Lindacher / Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 6), § 1 UKlaG Rn. 17 (Walter F. Lindacher); Ulmer / Brandner / Hensen, a. a. O. (Fn. 6), § 1 UKlaG Rn. 10ff. (Alexander Witt); Staudinger / Schlosser (2006), § 1 UKlaG Rn. 18など参照。

(88) ここでは、とりわけ「使用」(Verwenden)の意味が問題となる。この点、旧約款規制法一二条一項における「使用」は、契約締結以前の段階を念頭に、当該約款が申込みまたは申込みの誘因と併せて相手方に提示された段階で認められるというのが、立法者意思であった (Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks 7/5422, 10)。しかしながら、今日においては、判例によって「使用」概念の拡張が図られ、同様の見解が学説においても支配的となっている。すなわち、既に締結された契約の実行に際して異議を唱えられるべき条項が援用される場合にも、「使用」があるとされている。リーディングケースとして、ドイツ連邦通常裁判所第八民事部一九八一年二月一日判決 (NJW 1981, 1511) が挙げられる。また、Ulmer / Brandner / Hensen, a. a. O. (Fn. 6), § 1 UKlaG Rn. 24 (Witt); Staudinger / Schlosser (2006), a. a. O. (Fn. 87), § 1 UKlaG Rn. 19; Wolf / Lindacher / Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 6), § 1 UKlaG Rn. 27 (Lindacher) などを参照。ただし、最後に挙げたリンダッハーは、支配的見解であるところを理由に「使用」概念の拡張を説明しているだけで、積極的にこの拡張を支持しているわけではない。

(89) くわえて、初めて使用される危険 (Erstverwendungsgefahr) がある場合にも、差止請求権が肯定されるというのが、一般的な見解である。Wolf / Lindacher / Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 6), § 1 UKlaG Rn. 37 (Lindacher); Staudinger / Schlosser (2006), a. a. O. (Fn. 87), § 1 UKlaG Rn. 20aを参照。

(90) Wolf / Lindacher / Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 6), § 1 UKlaG Rn. 32ff. (Lindacher); Staudinger / Schlosser (2006), a. a. O. (Fn. 87), § 1 UKlaG Rn. 20; Ulmer / Brandner / Hensen, a. a. O. (Fn. 6), § 1 UKlaG Rn. 37ff. (Witt) を参照。
 (91) 何が個別の規定ないし条項であるかが問題となるもう一つの場面として、訴訟計算の問題が存在する。ドイツの裁判実務においては、差止・撤回の訴えが向けられる条項として、訴訟額を計算するものとされている (Ulmer / Brandner / Hensen, a. a. O. (Fn. 6), § 5 UKlaG Rn. 30 (Witt)) によれば、使用差止については、条項として三〇〇〇から五〇〇〇

ユーロとのことである)。そこで、やはり何を個別の条項と考えるべきかが問題となってくるが、本稿では問題の指摘に留める。

(92) 旧約款規制法一五条 手続

(1) 略

(2) 請求の趣旨には、次のことも含まなければならない。

- 1 普通取引約款における異議を唱えられた規定の文言
- 2 その規定が異議を唱えられる法律行為の種類を表示

(93) 旧約款規制法一七条 判決主文

裁判所が訴えを理由あるものと認める場合には、判決主文に次のことも含まれる。

- 1 普通取引約款の異議を唱えられた規定の文言
- 2 差止請求権を基礎づける普通取引約款の規定が使用されてはならない法律行為の種類を表示
- 3 普通取引約款において同じ内容の規定を使用しないことの命令

4 撤回判決の場合には、推奨が流布されたのと同じ方法で、判決を周知させる命令

(94) 旧約款規制法一七条二号三号においては、推奨については規定されていなかったが、立法時の瑕疵であると理解されていた。

(95) 「禁止判決は、違反行為が核心において手つかずのままの変更も把握する。」との法理である。Bericht des Rechtsausschuss, BT-Drucks. 7/5422, 12; Ulmer / Brandner / Hensen, a. a. O. (Fn. 6), § 9 UKlaG. Rn. 6 (Witt); Wolf / Lindacher / Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 6), § 9 UKlaG. Rn. 8 (Lindacher); Staudinger / Schlosser (2006), a. a. O. (Fn. 87), § 9 UKlaG. Rn. 5 など参照。

(96) 旧約款規制法一八条 公表権限

訴えが認容された場合に、原告には、申立てにより、判決主文を敗訴した使用者または推奨者の表示と共に、被告の費用で連邦公報に、その他の場所においては自己の費用で、公表する権限が与えられる。裁判所は、この権限を時間的に限定することができる。

（97） 旧約款規制法二二条 判決の効力

敗訴した使用者が差止命令に違反した場合、被害を受けた契約相手方が差止判決の効力を援用する限りにおいて、普通取引約款における当該規定は、無効とみなされる。しかしながら、敗訴した使用者が判決に対して一九条（異なる判決が出された場合に、敗訴した使用者に異議申し立てを認める規定——筆者注）による訴えを提起しえたであろう場合には、契約相手方は差止判決の効力を援用しえない。

（98） 旧約款規制法二〇条 登録

- (1) 裁判所は、連邦カルテル庁に対して、職権で次のことを通知する。
 - 1 一三条または一九条により係属する訴え
 - 2 一三条または一九条による手続において下された確定判決
 - 3 その他の原因による訴訟の終了
- (2) 連邦カルテル庁は、1項によりなされた通知について、登録簿に記載する。
- (3) 登録は、登録簿への登録が行われた年の末より二〇年の経過をもって、抹消される。抹消は、抹消の記載をした旨の登録によって行われる。その他の原因による訴訟の終了（一項三号）の登録の抹消は、訴えの登録の抹消に準じて行う。
- (4) 何人も、申立てにより、現在の登録について、情報開示を受けることができる。その情報には、次の内容が含まれる。
 - 1 一項一号による訴えについて
 - a 被告
 - b 受訴裁判所および事件番号
 - c 請求の趣旨
 - 2 一項二号による判決について
 - a 敗訴した当事者
 - b 判決裁判所および事件番号
 - c 判決主文
 - 3 一項三号によるその他の原因による訴訟の終了については、その終了の態様。

- (99) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 405; Ulmer, a. a. O. (Fn. 6), 2029; Hager, a. a. O. (Fn. 7), 1983, 74f.; Witte, a. a. O. (Fn. 7), 165 (「可能性を指摘するべきである」)
- (100) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 405
- (101) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 81f.
- (102) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 179f.
- (103) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 181f.
- (104) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 182f.
- (105) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 183f.
- (106) このような原告に訴訟費用を負担させるべきではないとの考慮から、旧約款規制法定当初の文献においては、縮減を行ったうえで被告に訴訟費用を負担させるための判決主文の構成として、次のようなものが主張されていた。すなわち、クンゼン (Horst-Diether Hensen) は、「被告は、約款における……という規定を、もはや使用してはならず、または……という表現でのみ使用してよい。」というような判決主文の定式化を提案していた。旧約款規制法一〇・一一条違反が問題となる場合には、このような形での法律への適合が適切であるとした。このように判決主文が約款規定の縮減された表現も含むことで、原告には、一方で勝訴し(「もはや使用してはならない」)、同時に付記(「……という表現でのみ使用してよい」)によって、請求の趣旨に劣る判決が与えられる。この原告の不利は、原則として、判決の取消し可能性を開かなければならない。というのは、原告は、裁判所によってその条項に付与された表現が九条の要求になお耐えない、という見解でありうるからである。この場合に、「本案」において原告が勝訴しているので、訴訟費用は、敗訴した被告に負担させること及びこれを主張した。Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Gesetz (2. Auflage, 1977), § 17 Rn. 13f. を参照。
- (107) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 405; Ulmer, a. a. O. (Fn. 6), 2029; H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 138f.; 同様の見解として、ツヴェンケ及び Löwe / Graf von Westphalen / Trinkner, AGB-Gesetz (1977), § 15 Rn. 4, § 17 Rn. 12f. (Walter Löwe); Löwe / Graf von Westphalen / Trinkner, AGB-Gesetz (2. Auflage, 1983), § 13 Rn. 31f. (Walter Löwe) なども参照。
- (108) Löwe / Graf von Westphalen / Trinkner, a. a. O. (Fn. 15), § 15 Rn. 4 (Löwe); Münchener Kommentar zum

- BGB (1978), AGBG, § 13 Rn. 18 (Johann Wilhelm Gerlach) など参照。
- (109) Koch / Stübing, a. a. O. (Fn. 15), § 17 Rn. 2ff.; Hager, a. a. O. (Fn. 7), 1983, 71ff. ; Staudinger / Schlosser (2006), a. a. O. (Fn. 87), § 9 UKlaG Rn. 5; Wolf / Lindacher / Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 6), § 9 UKlaG Rn. 8 (Lindacher)
- (111) Schlosser / Coester-Waltjen / Graba, a. a. O. (Fn. 15), § 17 Rn. 1 (Peter Schlosser); Staudinger / Schlosser, AGB-Gesetz (1980), § 17 Rn. 2; Koch / Stübing, a. a. O. (Fn. 15), § 17 Rn. 2ff. (他の裁判所の判断に影響を与えたるため、原告が具体的に一定程度を超える条項の差止を請求した場合を除き、裁判所には、有効な条項表現を確認する権限も、そのための指針を提供する権限もなごす⁹⁰⁾) ; Staudinger / Schlosser (2006), a. a. O. (Fn. 87), § 9 UKlaG Rn. 5
- (111) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 193ff.
- (112) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 198ff.
- (113) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 266f. 私見によれば、この一連のコメントの説明には、疑問が残る。とこののは、縮減された条項も、もこの条項に含まれていたものと見ることができ、そのような論法によって、違法部分特定した請求が可能とされていることは、既に見たとおりである。また、約款使用者は、自らの約款形成の自由が制約されることになるのだから、縮減された規律の差止に容易に応じるとは考えられなご。
- (114) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 139ff.
- (115) Ulmer, a. a. O. (Fn. 6), 2032
- (116) Hager, a. a. O. (Fn. 7), 1983, 71f.
- (117) Hager, a. a. O. (Fn. 7), 1983, 73
- (118) Münchener Kommentar zur ZPO (3. Auflage, 2008), § 11 UKlaG Rn. 2 (Hans-Wolfgang Micklitz); Ulmer / Brandner / Hensen, a. a. O. (Fn. 6), § 11 UKlaG Rn. 13f. (Witt)
- (119) 振込委託にかかる法的状況は、本判決当時と今日とで異なる。本判決当時において、振込委託は、当時のドイツ民法典六六五条一項、六七五条にいう事務処理契約に基づく指図であり、撤回可能なものであった。しかしながら、一九九九年の旧六七六 a 条ないし旧六七六 g 条の導入によって、振込委託は、委託者と銀行との間で締結される振込契約によるものとされた。Münchener Kommentar zum BGB (5. Auflage, 2009), Vor § 676a (Mathias Casper) を参照。やんに、旧

六七六 a 条以下は、二〇〇七年一月三日の支払サービズ指令 (Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64/Eg. ABl. EU Nr. L 319 S. 1) の国内法化により、二〇〇九年一〇月三十一日以降、現六七五 c 条ないし六七六 c 条へと改正されている。

(120) 本判決の前史として、旧約款規制法施行前の事案に関するものであるが、ドイツ連邦通常裁判所第五民事部一九八八年一月一八日判決 (BGHZ 106, 19) がある。同事案では、Y とその夫との共有地に、建築ローンの借り入れを原因として土地債務が設定され、その目的表示において、夫婦に対する現在および将来の全ての債権を担保する旨が規定されていた。判決は、前掲一九八一年判決や一九八四年判決などを参照しつつ、第三者に対する特定の債権の担保のために土地債務を設定する担保権設定者は、この担保が彼の認識と影響を超える第三者の将来の債務についても責任を負うべきものとは考えない、という理由で、Y の持分に設定された土地債務の被覆領域が、ローン連帯債務を超えて夫の将来の債務に及ぶ限りにおいて、担保合意は無効であるとした。

(121) ドイツ民法典七六七条 保証債務の範囲

(1) 保証人の義務については、主たる債務のそのつどの現状が決定的である。とりわけ、主たる債務が主たる債務者の過失または遅滞によって変更される場合も、同様である。主たる債務者が保証の引受け後に行った法律行為によって、保証人の義務は拡張されない。

(2) 略

(122) ②準則は、「ブルーペンシル・テスト」(Blue-pencil-test) と呼ばれることがある。このテストは、イギリス法に由来し、約款(ないし法律行為)の一部を——青鉛筆によって——削除することが可能であることを、約款(ないし法律行為)の可分性・一部無効の要件とするものである。ドイツ連邦通常裁判所は、この表現を用いていないが、連邦労働裁判所の裁判例(ドイツ連邦労働裁判所二〇〇五年四月二一日判決 (BB 2005, 2822)) および下級審裁判例には、これに言及するものがある。また、学説においては、シンマーマン (Reinhard Zimmermann, „Reichliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit“, 1979, 79f.) が「一般法律行為論の文脈において、イギリス法を引き合いに出して、この審査方法を支持した」ことに端を発し、ノイマン (Neumann, a. a. O. (Fn. 6), 88) やハインリッヒス (Palandt / Heineichs, 48. Auflage, 1989, Vorbemerkung zu § 8 AGBG Rn. 3d.) が「これを約款法に導入して以来、しばしば使用される標語となつて」いる。Uffmann, a. a. O. (Fn. 7), 157 を参照。

- (123) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 77f.
- (124) Ulmer / Brandner / Hensen, a. a. O. (Fn. 6), § 306 BGB Rn. 13 (H. Schmidt) を参照。Fastrich, a. a. O. (Fn. 6), 337; Neumann, a. a. O. (Fn. 6), 92f. ☞同前。
- (125) Diemar O. Reich / Peter Schmitz, Globalbürgschaften in der Klauselkontrolle und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, NJW 1995, 2533 を参照。Hager, a. a. O. (Fn. 7), 1996, 175; Wolf / Lindacher / Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 6), § 306 Rn. 37 (Lindacher) なす ☞同前。
- (126) ①ドイツ連邦通常裁判所第一民事部一九九五年一月四日判決 (BGHZ 131, 55)。ただし、この判決は、旧約款規制法三条に基づき目的表示が契約に組み入れられていないとしたうえで、補充的契約解釈を行っている。②ドイツ連邦通常裁判所第九民事部一九九七年一月三日判決 (BGHZ 137, 153)。この判決は、旧約款規制法六条一項が契約の維持を要請していることから、補充的契約解釈の必要性を基礎づけている。「許容されない条項の使用の契約相手方にとって、大抵、契約を維持し単に不衡平な合意が脱落することが、望ましいだろう」とし、「旧約款規制法六・九条の一般原則の適用は、当該契約が双務契約か片務契約かに左右されない」とする。しかしながら、契約相手方が一方的に義務を負う契約の場合、契約全体を破棄した方が契約相手方にとって望ましいのだから、この理由付けは失当ではないか。③ドイツ連邦通常裁判所第九民事部一九九九年一月二八日判決 (BGHZ 143, 103)。④ドイツ連邦通常裁判所第九民事部二〇〇〇年四月六日判決 (NJW 2000, 2580)。
- (127) 規制対象の画定によるか効力維持的縮減ないし補充的契約解釈によるかは、単なる法的構成の違いに留まらず、効果の相違をもたらす可能性がある。すなわち、効力維持的縮減については、第二章において見たように、約款使用者が約款の違法性を認識していた場合などには、これらを認めるべきではないとの見解が存在する。補充的契約解釈についても、同様の見解が存在する。これに対して、規制対象の画定については、約款使用者の主観的態様等による区別は、主張されていない。効力維持的縮減ないし補充的契約解釈による処理を主張する学説の少なくとも一部は、このような効果の相違を念頭に置いている。例えば、Wolf / Lindacher / Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 6), § 306 Rn. 37 (Lindacher) を参照。
- (128) Ulmer / Brandner / Hensen, a. a. O. (Fn. 6), § 306 Rn. 13af. (H. Schmidt)
- (129) ドイツ連邦通常裁判所第八民事部一九八四年一月三〇日法的判断 (BGHZ 92, 363) を参照。

(130) 約款が無効とされた場合の無効部分補充の問題については、ドイツ連邦通常裁判所第八民事部一九八四年二月一日判決(第二時価条項判決、BGHZ 90, 69)が重要である。同判決およびそれに付随する議論については、拙稿「ドイツ約款法における時価条項判決の問題について(一)・(二・完)」——不当条項規制効果論に関する一考察——(阪大法学五八巻一五号一—三頁、六号二七頁(二〇〇九年))を参照。

(131) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 80; Ulmer / Brandner / Hensen, a. a. O. (Fn. 6), § 306 BGB Rn. 12a (H. Schmidt); Uffmann, a. a. O. (Fn. 7), 162

(132) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 80

(133) 注(88)で述べたように、「ドイツにおいて、「使用」とは、契約締結段階における当該約款を含む申込みまたは申込みの誘引、および、契約の履行段階における当該約款の援用を意味する。とりわけ、後者について、日本法とは差止の対象を異にしていると言える。しかしながら、この点での相違は、本稿における議論の帰結を左右しないものと考えられる。