The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ドイツ約款法における時価条項判決の問題について（一）：不当条項規制効果論に関する一考察
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2009, 58(5), p. 113-150
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54863
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ドイツ約款法における時価条項判決の問題について（一）

――不当条項規制効果論に関する一考察――

武田直大

第一章　序　　論
第一節　本稿の課題
第二節　予備的説明
一　ドイツ約款法における内容規制効果論
二　時価条項問題の経済的背景
第二章　第二時価条項判決前の議論
第一節　連邦通常裁判所一九八一年一〇月七日判決（第一時価条項判決）
一　判決の内容
二　判例における価格改訂条項の無効基準
第二節　下級審裁判例の傾向
第三節　議論の整理
一　ドイツ民法典三一六・三一五条の適用可能性

（阪大法学）58（5-113）1055〔2009.1〕

二　補充的契約解釈
三　補充的契約解釈に対する批判と行為基礎論による処理
第四節　小　括（以上、本号）
第三章　第二時価条項判決以降の議論
第四章　結　論

第一章　序　論

第一節　本稿の課題

引渡時期について数年先と合意された新車売買契約において、売主が、「契約締結時に合意された価格に関わらず、引渡時の価格が妥当する。」という約款条項（時価条項 Tagespreisklausel）を用いたとする。この条項が不当条項規制によって無効とされた場合に、買主は、当初合意された契約締結時の価格が妥当するものとして、実際に支払った引渡時の価格との差額の返還を請求することができるか。この問題は、無効とされた契約条項の代わりに、いかなる規律が妥当するのかという点において、不当条項規制の効果論に関わる。ドイツ約款法においては、一九八〇年代に、内容規制の効果論に関する具体的事例として、この問題が活発に議論された。本稿は、このドイツ法の議論を整理し、無効な条項の代わりにいかなる規律が妥当するのかという無効部分補充の問題について、示唆を得ることを課題とする。

不当条項規制の効果論は、周知のように、契約条項がいかなる範囲で無効とされるのかという条項全部無効・一部無効の問題を中心として、これまでも論じられてきた。(1) そして、ドイツ約款法における内容規制の効果に関する議論は、これまでもしばしば参照されてきたものである。その点で、本稿の議論は、取り立てて目新しいものでは

ない。しかしながら、そのドイツ法において議論の中心にあった具体的事例である時価条項の問題については、我が国において、これまで詳細な紹介がされてこなかった。そこで、本稿は、我が国における不当条項規制効果論に対して、従来比較法の対象とされてきたドイツ法における具体的な検討素材の一つを提供することを目的とする。

さて、ドイツ約款法における時価条項の問題については、重要な連邦通常裁判所（ＢＧＨ）の裁判例が二つ存在する。第一に、団体訴訟において時価条項の無効を宣言した一九八一年の判決（第一時価条項判決）であり、第二に、個別訴訟における無効の効果を論じた一九八四年の判決（第二時価条項判決）である。第一時価条項判決を受けて、時価条項の無効がもたらす個別訴訟上の帰結について、学説の議論が喚起され、また多数の下級審裁判例が登場した。それらの議論を踏まえて下された第二時価条項判決に対して、さらなる議論が展開された。本稿では、第二章において、第一時価条項判決から第二時価条項判決までの議論を扱い、第三章において第二時価条項判決以降の議論を扱う。だが、その前に、議論の出発点として、ドイツ約款法における内容規制効果論の概要、とりわけ、時価条項問題以前の状況について、また、ドイツにおいて時価条項が大問題として浮上した背景について、最低限の予備的な説明を行わなければならない。

第二節　予備的説明

一　ドイツ約款法における内容規制効果論

ドイツにおいては、今日、民法典三〇七条以下（旧約款規制法八条以下）[2]において、約款の内容規制が規定されており、各規定に抵触する約款条項が無効とされる。さらに、民法典三〇六条（旧約款規制法六条）が、内容規制の効果を、次のように規定している（以下では、二〇〇二年のドイツ債務法改正前の議論を扱うため、旧約款規制

法の条文のみを挙げる。[3] また、本文中では、ドイツ民法典をＢＧＢ、ドイツ旧約款規制法をＡＧＢＧと略称する。）。

ＡＧＢＧ六条　組入れがない場合と無効の場合の法律効果

(1)　普通取引約款が、その全部あるいは一部において契約の構成部分とならない場合、または無効である場合、契約はその他の部分で依然として有効である。

(2)　約款条項が契約の構成部分となっていないか、または無効である限り、契約の内容は、法律上の規定に従う。

(3)　契約に拘束することが、二項に規定された変更を考慮しても、一方の契約当事者にとって、期待不可能なほどに過酷であるだろう場合、契約は無効である。

ここで、既に紹介されているように、[4] ドイツの判例・通説[5]は、次のような判断枠組みを採用している。すなわち、少なくとも文言上分割されている条項については、それぞれ別個の規制対象として扱われるが、[6] それ以外の場合には、不当な条項を「ぎりぎりなお許容される程度」に縮減してはならないとされる[7]（効力維持的縮減 geltungserhaltende Reduktion の禁止）。そして、無効部分の補充方法として、第一にＡＧＢＧ六条二項に基づき任意規定が適用されるが、適合的な任意規定を欠く場合には、補充的契約解釈が認められるとされる。このような判断枠組みに対しては、我が国における条項全部無効論と一部無効論の対立と同様に、とりわけ効力維持的縮減を認めない点を批判する学説も有力である。[8]

第二時価条項判決は、無効な時価条項に代わり、補充的契約解釈によって、売主の価格改訂権（および買主の解除権）を導いたものであり、補充的契約解釈による補充を認めたリーディングケースとして位置づけられている。

とはいえ、内容規制によって生じた無効部分の補充手段として補充的契約解釈を認めるという議論自体は、時価条項の問題に端を発したものではない。ＡＧＢＧ六条二項には、補充的契約解釈についての明文の定めがないにもかかわらず、同項の成立経緯から、既にＡＧＢＧ制定当初の多数説は、補充的契約解釈が可能であるとしていた。すなわち、ＡＧＢＧ六条二項の起草過程において、対応する政府草案五条二項[9]が、「約款条項が、契約構成要素とならず、または、無効である限りにおいて、契約内容は、法律上の規定に従う。法律上の規定が欠けている場合には、契約の本性に従う。[10]」と規定していたのに対して、連邦議会法律委員会報告書[11]が、「法律上の規定が欠如している場合には、既にＢＧＢ一三三条と併せた一五七条が、補充的契約解釈を可能とする」との理由から、これに対応する六条二項を、「無効な（約款）規定の代わりに、法律上の規定が妥当する。」とだけ規定したという経緯があった。[12]このような経緯から、ＡＧＢＧ制定後まもなく刊行された概説書・注釈書は、概ね、第一次的には不当条項によって排除された任意制定法が妥当するが、第二次的に補充的契約解釈が可能であるとしていた。[13]

無効部分の補充手段として補充的契約解釈が認められるとすると、ＡＧＢＧ制定前の判例法理が想起される。すなわち、ＡＧＢＧ制定前においても、ＢＧＨは、いくつかの裁判例において、それ自体としては信義誠実（ＢＧＢ二四二条[14]）に反する条項の補充的契約解釈を認めていた。それによると、約款の補充的契約解釈は、そもそも排除されるものではなく、それによって、信義誠実の要請に合致する内容を条項に付与することができる。[15]しかしながら、補充的契約解釈においては、両当事者の利益を相当に考慮することが要求され、信義誠実に反する条項を、ぎりぎりなお可能であると思われる程度に緩和してはならない。裁判所は、そのような表現を発見する役割を有しない。[16]さらに、両当事者が、条項の違法性を認識していたならば、いかなる規律を選択したかについて、多様な形成可能性が考えられ、十分に確定することができない場合には、補充的契約解釈が不可能であり、法律上の規定が妥

当するとされていた。[17] 時価条項の問題に関連して補充的契約解釈が論じられるにあたっては、とりわけ第二時価条項判決前の議論において、この判例法理が参照された。

三　時価条項問題の経済的背景[18]

問題の時価条項は、ドイツ自動車中央連合会（ＺＤＫ）・ドイツ自動車工業会（ＶＤＡ）・ドイツ自動車輸入業者協会（ＶＤＩＫ）といった事業者団体により共同で作成され、使用が推奨されていた新車販売約款に規定されていたものであり、当時の新車販売契約において、広く使用されていたものである。[19] 当該条項は、「契約締結と合意された引渡時期との間が四月を超える場合にのみ、価格改訂が許容される。その場合には、引渡日に効力を有する売主の価格が妥当する。」[20]という文言であった。

しかしながら、時価条項が大問題となった主要な経済的背景は、ダイムラー・ベンツ（当時）という一企業の市場状況であった。[21] 実際、裁判例の大半は、同社に関するものである。同社は、このような時価条項が規定された新車販売約款と併せて、「リスト価格（販売税を除く売買価格）　さしあたり（zur Zeit）……マルク」という記載が事前にされ、金額だけを注文時に記入する形の注文書式を使用していた。[22] そして、時価条項に基づいて、自動車の引渡時に、その時の価格リストの価格（リスト価格）を請求することになっていた。この価格は、当時の経済情勢から、[23] 契約締結時の価格に比べて引き上げられていた。このような契約実務は、引渡しまでの期間（引渡期間）の長さゆえに重要であった。すなわち、メルセデス・ベンツに対する需要の高まりにより、一九七〇年代後半には、引渡期間が複数年に及ぶことが珍しくなかった。さらに、売買契約それ自体が取引対象とされ、これが少なからぬ範囲で投機対象となった（グレー市場）。このとき、時価条項は、投機目的の買主に現在の価格リストの価格と契

約締結時の価格との差額を得させないことで、投機を抑制する意味も有していた。このような状況下において、時価条項が無効とされ、買主による不当利得返還請求が認容されるならば、ダイムラー・ベンツは多額の返還債務を負うことが指摘された。[24]

それでは、このような問題に対して、判例・学説はどのように対応したのか。次章以下において、議論の展開を追っていく。

第二章　第二時価条項判決前の議論

第一節　連邦通常裁判所一九八一年一〇月七日判決（第一時価条項判決）

一　判決の内容

ＢＧＨ第八民事部は、一九八一年一〇月七日判決（BGHZ 82, 21）において、時価条項を無効とした。事案は、消費者保護団体が自動車販売業者[25]に対して起こしたＡＧＢＧ一三条以下に基づく団体訴訟において、時価条項を含む複数の約款条項の使用差止めが請求されたものである。時価条項についての訴えは、一審において棄却されたが、原審では認容され、差止めが命じられた。ＢＧＨは、販売業者の上告を棄却し、以下のように判示した。

①　ＡＧＢＧ一一条一号に抵触しない価格改訂条項も、完全に有効というわけではなく、ＡＧＢＧ九条によって評価される。

②　引渡しまでに長期間を要する自動車取引において、売主は、費用の増加に基づいて引渡しまでに生じる値上げを買主に転嫁することにつき、正当な利益を有する。というのは、値上げの原因となる費用の増加は、しばしば予見することができないし、事後的に買主に転嫁することができなければ、予め担保的に高い価格を設定

しておかなければならないからである。このことは、買主にとっても不利に働く。これらの事情は、注文時に、買主によっても十分に認識されている。

③　しかしながら、価格改訂条項は、増加費用の転嫁を超えて、合意された売買価格を無限定に一方的に引き上げることを可能にするならば、給付の均衡原理に照らして、もはや相当ではない。本件条項も、その定式において無限定であり、あらゆる任意の価格引上げを可能にする。

④　団体訴訟において、右の判断は、ＢＧＢ三一五条三項[26]に基づく裁判所による価格の衡平審査が存在することによって妨げられない。団体訴訟手続は、まさに訴訟に先立って顧客を保護するものだからである。

⑤　もっとも、価格引上げの要因は多様であり、価格改訂条項を買主にとって跡付け可能な形で定式化することができない。しかしながら、価格引上げの要因や限度を挙げない一般的に定式化された価格改訂留保であっても、一定の要件で買主に解除権を付与することによって、不相当性を除去することができる。いずれにせよ、そのような解除権を規定していない以上、本件条項は無効である。

このように、ＢＧＨ第八民事部は、条項の定式において無限定の価格引上げが可能であること、また、買主に解除権が付与されていないことから、ＡＧＢＧ九条に基づいて、時価条項を無効とした。

二　判例における価格改訂条項の無効基準

第一時価条項判決は、約款における価格改訂条項の内容規制に関する裁判例として、ＢＧＨ第八民事部一九八〇年六月一一日判決（NJW 1980, 2518）に続く。この判決では、団体訴訟において、雑誌定期予約購読契約（継続的債務関係であり、ＡＧＢＧ一一条一号が適用されない。）に使用されていた「価格の引上げまたは通常の配達料金

の改定は、この契約からの解放をもたらさない。これらの変更が、契約締結と引渡開始との間に生じる場合についても、同様である。」との価格改訂条項が問題となった。ＢＧＨは、この判決でも、「購読者が、既に契約締結に際して、条項の定式から、いかなる範囲で価格引上げがありうるのかを認識することができること、そして、実際に行われた価格引上げの正当性を、授権条項に照らして評価することができること」が保障されていないという理由で、無効判断を下した。[27] これらの判決によって、「第一に、条項の定式自体において価格引上げ範囲を増加費用に限定することが要求されるが、約款使用者に条項の具体化を期待することができない場合には、顧客の解除権が補償として要求される」という判例法理が形成された。[28] この判例法理は、現在でも基本的に維持されている。[29]

この判例法理は、本稿の議論との関係で、とりわけ、ＡＧＢＧ九条以下に基づく内容規制とＢＧＢ三一五条に基づく規制との関係を考慮したうえで形成されたものである点が注目される。三一五条一項および三項によれば、給付確定が衡平な裁量によって行われるべきとき、裁判所は、当該給付確定が衡平に合致するか否かを審査し、合致しない場合には、判決によって給付を確定することができる。したがって、売主が一方的な確定権を留保する価格改訂条項については、当該条項に基づいてされた価格改訂権の行使が、この規制の対象となる。そこで、このような権利行使規制（Ausübungskontrolle）と内容規制との関係が問題となる。[31] この問題について、第一時価条項判決前には、時価条項問題の解決提案として三一五条を優先させる主張も見られたが、[32] 判例は、ＡＧＢＧ九条による価格改訂条項の有効性審査は、三一五条によって妨げられないとする。一九八〇年判決によれば、具体化の要請は、個別事例において裁判に発展すること、または相手方が価格引上げを甘受することを、できる限り防止するものであり、三一五条に基づく裁判所の衡平審査によって代えることができないとされる。これを受けた第一時価条項判決も、ＢＧＢ三一五条による規制が、時価条項の無効判断を妨げないとする。

かくして、判例は、BGB三一五条に基づく権利行使規制が可能であるというだけでは、約款における価格改訂条項の有効性を認めるに足りないとし、具体化の要請ないし解除権の付与という基準を立てて、内容規制を行う。もっとも、この判例法理が、その後の価格改訂条項またはその他の契約調整条項に関する裁判例において貫徹されてきたわけではないし、学説においても異論がある。[33] しかしながら、要件論レベルで価格改訂条項の無効基準を論じることが本稿の目的ではないし、本稿で扱う効果論上の議論が、基本的に、時価条項が無効であることを前提としてされたものであることから、この判例法理の当否には、ここで立ち入らない。[34]

第二節　下級審裁判例の傾向

第一時価条項判決から第二時価条項判決までの間に、多くの個別訴訟における下級審裁判例が出された。それらの裁判例は、次のような類型に区分することができる。すなわち、契約締結時またはその後に合意された価格への拘束を命じ、買主による不当利得返還請求を認容する類型（Ⅰ）、引渡時の価格について契約締結後に両当事者の合意が存在したとして、買主の請求を棄却する類型（Ⅱ）、BGB三一六・三一五条を適用する類型（Ⅲ）、補充的契約解釈によって売主の価格改訂権を認める類型（Ⅳ1）、それとともに買主の解除権をも認める類型（Ⅳ2）、その他の類型として、自由心証主義に依拠して裁判所が直接に価格を算定した裁判例一件（Ⅴ）である。[35]

右の分類から、公表裁判例は、次のように整理される（時価条項問題の背景である引渡期間についても記載する。また、備考覧に断りがない限り、買主による不当利得返還請求が問題となった事案である。）

No.	裁判所・言渡年月日	掲載	類型	引渡期間	備考
【1】	LG Wuppertal 一九八一年八月一三日	AGBE II § 9 Nr. 100	Ⅲ	約二年半	第一時価条項判決前の裁判例だが、整理のために加えた。
【2】	OLG Stuttgart 一九八一年一一月二四日	BB 1982, 148	Ⅲ	約四年半	買主による契約不成立確認請求事件。
【3】	LG Frankfurt 一九八二年一月二一日	AGBE III § 9 Nr. 60	Ⅰ	約五月	売主による増額代金請求事件。
【4】	AG Stuttgart-Bad Cannstatt 一九八二年一月二六日	AGBE III § 9 Nr. 71	Ⅲ	約二年八月	引渡しの三月前に型式が変更されたが、注文変更確認書にて、固定価格期間の起算点は、もとの契約締結時とされていた。
【5】	LG Nürnberg-Fürth 一九八二年一月二七日	BB 1982, 456	Ⅰ	約三月	引渡期間は型式変更時から。
【6】	LG Darmstadt 一九八二年三月一二日	AGBE III § 9 Nr. 62	Ⅲ	約二年	引渡しの一年前に型式が変更されていたが、固定価格期間の起算点をもとの契約締結時とする条項が存在し、有効とされた。
【7】	AG Dortmund 一九八二年六月二六日	AGBE III § 9 Nr. 72	Ⅳ1	約二年	
【8】	AG Regensburg 一九八二年六月二九日	AGBE III § 9 Nr. 73	Ⅲ	約一年	引渡期間は型式変更時から。
【9】	LG Essen 一九八二年七月六日	AGBE III § 9 Nr. 66	Ⅲ	三年以上	
【10】	AG München 一九八二年七月一四日	AGBE III § 9 Nr. 74	Ⅰ	約六月	
【11】	AG Duisburg 一九八二年九月二四日	AGBE III § 9 Nr. 76	Ⅲ	約三年	
【12】	AG Regensburg 一九八二年一〇月八日	AGBE III § 9 Nr. 77	Ⅳ1	約五月	引渡期間は型式変更時から。

【13】	AG München 一九八二年一〇月一二日	AGBE III § 9 Nr. 78	I	約八月	
【14】	OLG Saarbrücken 一九八二年一〇月一九日	DB 1983, 546	III	約三年	買主の受領拒絶に対する、引渡時のリスト価格の一五パーセントについての、売主による損害賠償請求事件。
【15】	LG Duisburg 一九八二年一〇月一九日	AGBE III § 9 Nr. 67	V	約四年四月	
【16】	LG Duisburg 一九八二年一〇月二九日	AGBE III § 9 Nr. 68	I	約七月	
【17】	AG Mönchengladbach 一九八二年一一月三日	AGBE III § 9 Nr. 79	I	約八月	
【18】	OLG Hamm 一九八二年一一月一一日	ZIP 1983, 186	II	三年以上	【9】判決の控訴審。引渡しの二月半前に、追加装備の注文および価格の確認がされている。
【19】	OLG Frankfurt 一九八二年一二月一三日	DB 1983, 547	IV1	約五月	
【20】	LG München I 一九八三年一月二六日	AGBE IV § 6 Nr. 25	I	約六月	【10】判決の控訴審。
【21】	OLG München 一九八三年二月一日	AGBE IV § 6 Nr. 6	IV1	約二年半	
【22】	OLG Hamburg 一九八三年三月一一日	AGBE IV § 6 Nr. 7	III	約四年三月	
【23】	OLG Köln 一九八三年四月二〇日	AGBE IV § 6 Nr. 8	III	約四年	
【24】	OLG München 一九八三年五月一〇日	ZIP 1983, 837	IV1	約三年	
【25】	OLG Düsseldorf 一九八三年五月二七日	AGBE IV § 6 Nr. 9	III	約三年	契約締結から四年目に注文内容が変更されているが、詳細は不明。
【26】	OLG Düsseldorf 一九八三年五月二七日	AGBE IV § 6 Nr. 10	II	四年以上	

【27】	OLG Nürnberg 一九八三年五月三〇日	ZIP 1983, 836	Ⅱ	約四年	引渡しの三月前に、型式・装備が変更されている。
【28】	OLG Hamburg 一九八三年七月一二日	AGBE Ⅳ § 6 Nr. 13	Ⅲ	約四年	
【29】	OLG Bremen 一九八三年九月一三日	AGBE Ⅳ § 6 Nr. 15	$Ⅳ_1$	四年半以上	
【30】	OLG Düsseldorf 一九八三年九月一六日	BB 1983, 2012	$Ⅳ_2$	約四年四月	【15】判決の控訴審。
【31】	OLG Celle 一九八三年一〇月一三日	AGBE Ⅳ § 6 Nr. 17	Ⅱ	約四年半	契約締結後、二度にわたり型式が変更されている。最後の変更は、引渡しの二月前であった。
【32】	OLG Stuttgart 一九八三年一〇月二〇日	AGBE Ⅳ § 6 Nr. 18	$Ⅳ_2$	約五年	買主による契約無効確認請求事件。
【33】	OLG München 一九八三年一一月二日	AGBE Ⅳ § 6 Nr. 19	$Ⅳ_1$	約二年四月	
【34】	OLG Hamm 一九八三年一一月三日	AGBE Ⅳ § 6 Nr. 20	$Ⅳ_1$	約三年八月	
【35】	OLG Düsseldorf 一九八三年一一月二三日	AGBE Ⅳ § 6 Nr. 21	$Ⅳ_2$	約四年四月	
【36】	OLG Düsseldorf 一九八三年一一月二三日	AGBE Ⅳ § 6 Nr. 22	$Ⅳ_2$	約四年八月	

このように整理すると、一九八二年の裁判例は、当初合意された価格への拘束を命じるもの（類型Ⅰ）と、引渡時における売主のリスト価格を妥当させるもの（類型Ⅱ以下）とに分かれていたものの、後者の方が多数であった。また、一九八三年になると、後者が圧倒的になる。くわえて、類型Ⅰの裁判例においては、引渡期間が一年未満と比較的短かったことが指摘できる。その点で、下級審裁判例の大勢は、長期の引渡期間が存在した場合に、引渡時

の価格を妥当させる傾向にあったと言える。

しかしながら、引渡時のリスト価格を妥当させる法的構成については、判断が分かれる。いくつかの裁判例は、実際に両当事者が当該価格を合意したとする（類型Ⅱ）。もっとも、これらの裁判例の事案においては、引渡しまでの間に型式や装備品について注文内容が変更され、その際に、新たな価格が提示されたという個別事情が存在した。このような事情から両当事者の新たな価格合意を認定することに対しては、次のような批判が向けられた。すなわち、この場合に、買主から見て、売主からの価格改訂通知は、一方的な価格改訂権の行使でしかなく、承諾を要する改訂の申込みではなかったのだから、買主の行為態様から黙示の承諾を導き出すことはできない、という批判である。[36] この批判に対しては、型式が変更された場合について、目的物が変更されており、当初の価格がもはや妥当し得ないのではないかという疑問がありうるが（実際、いくつかの裁判例は、型式変更時から引渡期間を計算している。）、いずれにせよ、新たな価格合意を認定するに足る個別事情が存在しなかった場合が問題である。

このような個別事情が存在しないとすると、時価条項に代わって何らかの規律が妥当することにより、引渡時のリスト価格が拘束力を認められることになる。そのような法的構成として、後の第二時価条項判決においては、補充的契約解釈によって売主の価格改訂権および買主の解除権を認めるという構成（類型Ⅳ$_2$）が採用されたが、下級審裁判例においては、ＢＧＢ三一六・三一五条が適用されるとする構成（類型Ⅲ）が多く見られ、とりわけ一九八二年の段階では、こちらの方が多数であった。さらに、補充的契約解釈による構成においても、買主の解除権を問題とせず、実質的にＢＧＢ三一六・三一五条を適用するのと異ならない構成（類型Ⅳ$_1$）が見出される。このような下級審裁判例の傾向から、時価条項に代わりいかなる規律が妥当するのかという問題を論じるにあたっては、補充的契約解釈の問題だけではなく、ＢＧＢ三一六・三一五条を適用することができるかという問題についても、検討

を加える必要がある。

右のような下級審裁判例の傾向に対して、学説においては、ＢＧＢ三一六・三一五条を適用してであれ、補充的契約解釈によってであれ、売主の一方的な価格改訂権を認めてはならないという、類型Ｉにあたる見解も、有力に主張された。そこで、次に、ＢＧＢ三一六・三一五条を適用する見解、補充的契約解釈による見解とともに、売主の一方的な価格改訂権を認めない見解を取り上げて、第二時価条項判決までの議論を整理する。

第三節　議論の整理

一　ドイツ民法典三一六・三一五条の適用可能性

買主の不当利得返還請求を認めない解決は、第一に、ＢＧＢ三一六・三一五条の適用可能性を検討するという形で、ＡＧＢＧ六条二項に基づく任意規定の妥当というレベルで模索された。ＢＧＢ三一六条は、反対給付の範囲が確定されていない場合に、当該反対給付の債権者に確定権を認める規定であり、価格が確定されていないことを要件とする。そのため、これらの規定の適用可能性は、主として、契約締結時の価格合意の解釈問題として議論された。もっとも、それとともに、より実質的な問題点も指摘された。以後、しばしば用いられる語法に倣い、確定価格の合意なしに売主による価格確定が留保される場合を「価格留保」（Preisvorbehalt）と呼び、当初合意された確定価格の改訂が留保される場合を「価格改訂留保」（Preisänderungsvorbehalt）と呼ぶ。

1　契約締結時の合意の解釈

まず、OLG Stuttgart 一九八一年一一月二四日判決（下級審裁判例一覧【2】）が、注文書式における金額記載と

注文確認書における金額記載とが食い違っており、売買代金についての合意が存在しないことを理由として、買主が契約不成立の確認を請求した事案において、ＡＧＢＧ六条二項に基づき、無効な時価条項に代わりＢＧＢ三一六・三一五条が妥当するとした。それによると、注文書式においてリスト価格が「さしあたり二一〇一〇マルク」とされていること、および引渡時期から見て、両当事者は、契約締結時に売買代金を精確に確定しておらず、むしろ、引渡時に初めて精確な確定を行うものとしている。注文確認書からも、同様の解釈が可能である。この解釈は、約款を引き合いに出すことなく可能であるが、約款からも確認される。このとき、注文書式および注文確認書に記載された数値は、契約締結時のリスト価格を示すに過ぎない。この数値が食い違うとしても、申込みと承諾が価格留保として一致する以上、ＢＧＢ一五〇条二項[37]（変更を加えた承諾）、一五四条[38]（明らかな不合意）は適用されない。このような価格留保の合意に関して時価条項が無効とされた結果、価格確定方法につきＢＧＢ三一六・三一五条が適用されるので、契約は有効に成立しているとした。その後の裁判例においても、価格留保説が、ＢＧＢ三一六・三一五条適用構成の論拠とされた。

これに対して、長期の引渡期間が合意されている場合であっても価格改訂留保であるとする解釈も、当初から一定の支持を得ていた。価格改訂留保説は、時価条項が無効であるとすると、三一五条の要件である給付確定権の合意が存在せず、また、確定価格の合意があるために三一六条を適用することもできないとする[39]。この見解は、ＢＧＨ第八民事部一九八三年五月一八日判決によって支持された。この判決は、前述 OLG Stuttgart 判決の上告審判決であり、約四年半という長期の引渡期間が合意されていたにもかかわらず、契約締結時に確定価格の合意があるとし、注文書式と注文確認書における金額の食い違いを理由として、契約の不成立を確認した。ＢＧＨは、さしあたり次の理由から、価格留保説を否定した。

① 注文書式の金額記載からは、まずは一度効力を有する価格を確定するという両当事者の意思を引き出すほうが自然である。この記載を単なる数値・指針とする解釈は、そのような記載が必要とされないこと、さらに、注文書式においてリスト価格が明示的に「販売税を除く売買価格」として定義されていることに鑑みて、満足のいく説明を与えることができない。注文確認書においても、「メーカー工場渡しの売買価格」として金額が記載されている。

② 時価条項によって価格留保を基礎付けることもできない。無効な時価条項から、両当事者の現実の意思を導出し、新たな合意を構成することはできない。そのうえ、時価条項は、明確に「価格改訂条項」として定式化されている。しかも、四月内に引き渡される場合には、契約締結日の価格が妥当するものとされ、契約締結時の確定価格合意を前提とする。

この判決後、価格留保説（ＢＧＢ三一六・三一五条適用構成）は、下級審裁判例においても支持を失った（下級審裁判例一覧を参照。）。

2 より実質的な問題点

もっとも、価格改訂留保であっても、三一六・三一五条が適用される可能性、または、実質的に同一の結論をもたらす可能性が指摘された。例えば、ケッツ（Hein Kötz）は、不相当な価格引上げが実際に行われない限り個別訴訟において時価条項は無効ではないとする見解[40]を第一次的に主張したが、第二次的に、効力維持的縮減が認められるという立場を前提としてであるが、次のように主張した。すなわち、両当事者の価格合意は、「さしあたり」効力を有するリスト価格として契約に挙げられた確定価格の合意、時価条項における当初価格の改訂が許されると

いう合意、価格改訂の方法として引渡し日に効力を有する価格が決定的であるとする合意の三要素からなる。この中で無効であるのは第三の要素だけであるため、売買代金を支払うことは合意されているが、その金額、すなわち反対給付の範囲を確定する合意がないものとして扱われ、ＢＧＢ三一六・三一五条が適用される、と。さらに、既に見たように、補充的契約解釈を介して三一六・三一五条を適用するのと同一の結論を導く裁判例があり（下級審裁判例一覧類型Ⅳ[1]）、併せてこれらの規定の類推適用に言及する裁判例も存在する（下級審裁判例一覧【29】）。

しかしながら、三一六・三一五条の適用に対しては、より実質的な難点が指摘された。すなわち、これらの規定の適用は、時価条項と同じく売主の価格確定権ないし改訂権を認めるものであるが、具体化の要請を充足しておらず、買主の解除権を導くこともないため、時価条項の無効評価と相容れない規範的評価を下すことになるという問題が指摘された。[41] さらに、この点を押し進めて、価格留保であっても、価格が確定されていない状態で価格確定条項が無効となれば、価格についての合意が存在せず、ＢＧＢ一五四・一五五条[42]によって規律される不合意が存在するとして、時価条項の無効が契約不成立をもたらす可能性が指摘された[43]（ただし、この見解の背景には、後述のように、そもそも約款において一方的給付確定権を留保することは許されないという考慮がある。）。前述ＢＧＨ一九八三年判決も、先の二つの理由付けに続いて、価格留保説が、買主の解除権をもたらさず、結論においても不適切であるとした。すなわち、価格留保であるとすると、給付確定の限界が衡平性のみとなる。売主による価格確定は、確かにこの限度内に留まるかもしれないが、買主の給付能力には、それでもなお、もはや相当でない負担を課せられるかもしれず、他方で契約の解消可能性が認められていない。ＡＧＢＧ九条のみが、この点に向けられた相当性規制を可能にする、とされた。

このような難点を意識したのか、三一六・三一五条の適用についての異なる構成が、ウルマー（Peter Ulmer）[44]

によって主張された。ウルマーは、前述 OLG Stuttgart 判決と LG Nürnberg-Fürth 一九八二年一月二七日判決（下級審裁判例一覧【5】）とを比較し、比較的短い引渡期間が問題となった後者において、両当事者による確定価格の合意が存在するとされたことから、目安として、引渡期間が四月から一年の契約（中期の引渡期間）であれば価格改訂留保であるが、引渡期間が一年を超える契約（長期の引渡期間）であれば価格留保であるとした。そして、後者を内容規制の問題ではないとした。すなわち、価格留保が個別合意であるならば、その合意は内容規制に服さないし、価格改訂留保たる時価条項はそもそも適用されない。また、価格留保が約款であるとしても、ＡＧＢＧ八条により、内容規制が妨げられる（契約の要素にあたる。）。かくして、ＢＧＢ三一六・三一五条の通常の適用事例であると主張した。[45] 確かに、ウルマーの見解によれば、時価条項に対する無効評価との整合性という問題は回避される。しかしながら、時価条項が留保価格の確定方法を規定していないとすると、無用な時価条項が契約に組入れられているということになり、契約解釈として整合性を有するかについて疑問が生じる。

二　補充的契約解釈

ＢＧＢ三一六・三一五条の適用構成が右のような批判に曝されたため、さらに、補充的契約解釈によって売主の価格改訂権を認める構成が主張された。

時価条項問題の処理に補充的契約解釈を持ち込んだのは、ウルマーである。ウルマーは、ＡＧＢＧ制定当初、無効部分の補充手段として補充的契約解釈は認められないとする立場を採っていたが、[46] 一九八一年の論稿[47]において、任意規定による補充しか認めないのでは、価格改訂権を導くことができず、時価条項の問題を適切に解決することができないと考え、[48] 今日の通説へと改説した。すなわち、ぎりぎりなお許容される程度への効力維持的縮減は許容

されず、内容規制のリスクは、原則として約款使用者が負担すべきであり、六条二項により任意法の規範が妥当するが、任意法による解決が成功するかは、適切な任意法の存在しだいであり、「一方で適切な任意規定が存在せず、他方で無効な約款条項の代替なき削除も相当な、両当事者の典型的利益を考慮する解決を提供しない場合にのみ、かつその限りにおいてのみ」[49]、補充的契約解釈が認められる、と。

もっとも、ウルマーは、翌年の論稿において[50]、この枠組みを時価条項の問題にそのまま適用することはせず、前述のように、引渡期間が一年を超える契約については、そもそも内容規制の問題から外し、引渡期間が四月から一年の契約についてのみ、価格改訂留保であるとして補充的契約解釈を肯定した。すなわち、この場合には、当事者意思および取引慣行によれば、通常、改訂が留保されているとはいえ、売買価格が決定的なものとして合意されている。このとき、時価条項が無効とされることによって契約に欠缺が生じるが、補充的契約解釈を介して価格改訂が認められる、と。さらに、下級審裁判例や学説において、ＡＧＢＧ制定前の判例をもとに、規律内容を確定することができないという理由から補充的契約解釈構成が批判されたところ（後述）、少なくとも既に完了している契約については、実際に支払われた価格が相当であるかを審査すれば足りるのだから[51]、適切な調整条項を裁判所が定式化する必要はないとした[52]。

また、ウルマーは、無効部分の補充手段としての補充的契約解釈を、「可分な約款条項の妥当要求を縮減して維持するために考えられる手段」[53]という点で、効力維持的縮減と共通性を有するものとして、約款使用者が条項の違法性を予見することができたかという効力維持的縮減の可否について論じられていた事情[54]を、補充的契約解釈を認める際の考慮要因とした。このことから、時価条項の問題においても、前述ＢＧＨ一九八〇年六月一一日判決が知られて以降に締結された契約については、約款使用者が自己のリスクにおいて行為したものであり、補充的契約解

釈は認められないとされた。[55]

その後、補充的契約解釈構成は、ブンテ（Hermann-Josef Bunte）[56]によって、ＢＧＨ一九八三年判決などが勘案され、後の第二時価条項判決に近い形へと展開された。ブンテは、引渡期間による区別をせず、長期の引渡期間が合意されている場合として、補充的契約解釈を論じる（長期の引渡期間に、中期の引渡期間が含まれるのかは、定かでない）。

まず、補充的契約解釈の前提として、次のように主張された。すなわち、仮定的当事者意思の探求において、長期の引渡期間の合意、注文書式に記載された「さしあたり」という付記、さらに無効ではあっても時価条項自体からも、両当事者が価格改訂を前提としていたという認定は、避けられない。そして、時価条項が無効とされることによって契約締結時に期待し得なかった利益を得ることがないように、買主は、時価条項の無効を知っていたならば、信義誠実にしたがって代替解決に同意しなければならなかったであろう、と。[57]

そのうえで、ブンテは、補充的契約解釈によって導かれる規律内容について、ＢＧＨ一九八三年判決が示唆するところに倣い、ＢＧＢ三一六・三一五条に応じた価格改訂権が売主に認められ、一定規模を超える価格引上げについて、買主に解除権が認められるとした。理論的に多数の形成可能性があるとしても、当該法律行為の個性に基づいて具体的に検討すると、その他の可能性に対しては、製造業者の合理化利益が再交渉条項に不利に働き、また、通貨制度との関係で自動スライド条項も妨げられるなどとする。[58]さらに、乗用車市場における価格競争の限定性および費用変動審査の困難さから、買主が承認しなければならなかったと考えられるのは、少なくともリスト価格が一般生活費用よりも大きく引き上げられなかった場合について、引渡時のリスト価格を妥当させる改訂条項であるとした。[59]

三　補充的契約解釈に対する批判と行為基礎論による処理

補充的契約解釈構成に対しては、次のような批判が展開された。

当初から指摘された難点は、規律内容の確定可能性についてのものであった。例えば、前述LG Nürnberg-Fürth一九八二年判決は、ＡＧＢＧ制定前の判例法理を引き合いに出し、両当事者が契約欠缺を認識していたならばいかなる規律をなしたかを、十分確実に確定することができないとして、補充的契約解釈を否定した。[60]

これに続いて、トリンクナー（Reinhold Trinkner）とレーヴェ（Walter Löwe）が、補充的契約解釈構成に対する批判を展開した。彼らは、一般論としては補充的契約解釈の余地を認めていたが、[61]時価条項の事例については、さらに次の二点から、補充的契約解釈によって売主の価格改訂権を認めることはできないとした。

第一点は、補充的契約解釈によって導かれる規律の内容について、確定可能性とともに、無効とされた条項の全部または一部が維持されてはならないということである。条項全体が維持されるならば、ＡＧＢＧによる内容規制の意義と目的が失われるし、[62]一部だけが維持されるとしても、効力維持的縮減の禁止と同様の考慮（約款使用者が無効のリスクを負わなくなる。）から、補充的契約解釈が禁じられる。[63]したがって、無効とされた条項と具体的に異なる結論をもたらさなくてはならない。そして、この制約を課すならば、両当事者がいかなる規律をなしたかを確定することはできない。このような考慮から、補充的契約解釈を介して売主の価格改訂権を認めることは、無効な条項を完全に維持するものであるとして、批判された。[64]

第二点は、法律行為の要素たる価格については、そもそも補充的契約解釈が不可能であるということである。[65]価格形成は、私的自治に委ねられた事柄であり、価格に関する規律が無効とされた場合に、補充に適した任意制定法が存在しないとしても、それは立法者の企図からの当然の帰結である。また、有効な確定価格が存在するならば、

価格改訂条項の無効は、何ら補充を要する欠缺を生じさせないとした。

トリンクナー／レーヴェの批判の背景には、補充的契約解釈に対する方法論的疑義に留まらないものがあった。すなわち、彼らは、一方的な給付確定権を約款に規定すること自体が適当でないと考えていた。[66] それによると、約款において約款使用者の一方的給付確定権を認めることは、三一五条三項に基づく大量の訴訟を引き起こす可能性があるため、大量取引に適していない。さらに、個別事例における三一五条三項の審査の存在によって、とりわけ団体訴訟におけるＡＧＢＧの審査が妨げられる。しかも、買主に対する解除権の付与は、過剰な価格引上げによって解除を強要される可能性や、適時に代替物を調達することが困難な場合（例えば、旅行契約における出発直前の価格引上げ）に鑑みて、十分な補償とはならない。[67] したがって、給付確定権を約款において留保すること自体が不相当であるため、効力維持的縮減や補充的契約解釈によってこれを認めることもまた許されない、としたのである。

このように売主の一方的な確定権を否定するトリンクナー／レーヴェであるが、売主の価格改訂利益を完全に否定したわけではない。彼らは、行為基礎障害に基づく価格調整が可能であると指摘した。[68] レーヴェによると、六条二項に言う「法律上の規定」には、裁判官法や慣習法も含まれ、（当時は成文化されていない）行為基礎論も含まれる。これにより、著しい給付の不均衡が生じる場合にのみ、一方的給付確定権を要件とすることなく、売主は価格調整を請求することができる。もっとも、ここで問題となるのは、契約締結時に予見できなかった事情だけであり、前述ＢＧＨ一九八〇年判決後に締結された契約については、時価条項の無効を考慮しておかなくてはならなかったため、約款使用者が意図的に無効のリスクを引き受けたものとして、価格調整が認められないとされた。

これに対して、補充的契約解釈構成を支持する論者は、次のように反論した。まず、ウルマーは、ＡＧＢＧ六条三項が特則として行為基礎論の一般準則を排除すること、行為基礎論がＡＧＢＧ六条二項に言う「法律上の規定」

であるならば、補充的契約解釈もそうであり、一般法律行為論では補充的契約解釈が優先されること、さらに、そもそも「法律上の規定」には、実体的内容を有する規範だけが含まれ、方法論的準則が含まれないことを主張した。[69] これに対して、ブンテは、補充的契約解釈と行為基礎障害に基づく契約調整との区別が流動的であるとして、行為基礎障害に基づく調整自体は可能であるとしたが、長期の引渡期間を有する契約の場合には、買主が価格上昇のリスクを引き受けると指摘した。[70]

第四節　小　括

ここまで扱ってきた第二時価条項判決前の議論展開は、次のようにまとめられる。

まず、第一時価条項判決において、条項の定式自体において価格改訂範囲を限定することを要求する具体化の要請、ならびに、価格変動要因の多様性から具体化が困難である場合にも、解除権規定の有無を無効基準として、時価条項の使用差止めが命じられた。そのため、契約締結時に合意された価格と引渡時に支払った価格との差額についての多数の不当利得返還請求訴訟において、無効な時価条項の代わりにいかなる規律が妥当するのかが議論された。代表的な見解として、BGB三一六・三一五条を適用する見解、補充的契約解釈によって売主の価格改訂権を認める見解、行為基礎論による価格調整のみを認める見解が挙げられる。

このうち、BGB三一六・三一五条を適用する見解は、主として、AGBG六条二項に基づく時価条項に代わる任意規定として、これらの規定が適用されるとするものであった。この法的構成に対しては、二つの批判が存在した。第一の批判は、契約締結時に確定価格が合意されており、また、時価条項が無効であるために給付確定権の合意も認められないので、これらの規定の要件を欠くという批判である。もっとも、この批判は、補充的契約解釈や

類推適用によって同一の帰結をもたらす構成、または、時価条項のうち無効とされる範囲を価格改訂の方法に限定することによってＢＧＢ三一五条の適用を可能にする構成に対して、決定的なものとはならない。しかしながら、これらの構成にも妥当する実質的な第二の批判として、これらの規定の適用によっては、具体化の要請または解除権の付与という要求を、クリアすることができないことが指摘された。第一時価条項判決は、売主が改訂権を留保するという趣旨の時価条項を承認するのに、ＢＧＢ三一五条に基づく権利行使規制の存在では足りないとしたものである。この判決にしたがって時価条項を無効とする以上は、価格留保の場合であれ、価格改訂留保の場合であれ、売主の確定権を認めてＢＧＢ三一五条の規制を課すだけの処理は認められない。

したがって、第一時価条項判決を前提とした場合に残るのは、補充的契約解釈によって売主の価格改訂権および買主の解除権を認める構成と、補充的契約解釈によって売主の一方的な価格改訂権を認めてはならないとし、行為基礎論による価格調整だけを認める構成である。両説の対立点としては、まず、ＡＧＢＧ制定前の判例法理において「両当事者が条項無効を認識していたならばなしたであろう規律を確定することができない場合には、補充的契約解釈は認められない」とされていたところ、補充的契約解釈によって規律内容を十分に確定できるかという点、さらにこの点と関連して、効力維持的縮減の禁止から、補充的契約解釈を介して無効な条項を部分的にであれ維持してはならないのではないかという点が挙げられる。しかしながら、これらの点についての態度決定以前に、両説の基底には、次のような点で異なる評価が見出される。

第一に、一方的価格改訂権の留保が許されるかという点において、明確な見解の相違が存在した。補充的契約解釈によって売主の価格改訂権を認める構成は、当然のことながら、その留保自体は適法であることを前提とする。これに対して、行為基礎論構成の論者は、そもそも約款における価格改訂権の留保自体が許されないと考えていた。

このような理解を前提とするならば、規律内容の確定性や効力維持的縮減の禁止についてどのような理解を採ろうとも、補充的契約解釈によって売主の価格改訂権を認めることはできないはずである。現に、補充的契約解釈構成に対して向けられた批判は、無効な条項の部分的な維持としての効力維持的縮減を超えて、無効な条項の完全な維持という点にまで及んでいた。もっとも、論者は、価格改訂権の留保自体が許されないとする根拠として、判例の傾向も挙げていたが、[71] 第一時価条項判決などから引き出される判例法理は、価格改訂留保を凡そ認めないとまでするものではない。[72]

第二に、時価条項の無効基準について判例の立場を採るとしても、「長期の引渡期間を有する売買契約において、そもそもいずれの当事者が価格上昇のリスクを引き受けるべきか」という点に関する見解の相違が、態度決定を左右したのではないかと考えられる。まず、行為基礎論構成からは、価格改訂条項の無効によって契約欠缺は生じないと主張された。価格改訂についての合意が、それなくして契約が成立し得ないという意味での契約の要素であるかは別として、このような主張の基礎に見出されるのは、「『売買契約において価格改訂規定を置くか否かは、当事者の合意に委ねる』という態度決定が、既に法秩序によってされている」という理解である。時価条項が無効であり、そのような合意が認められないとするならば、契約締結時の価格に拘束される（売主が価格上昇のリスクを負担する）ことになる。行為基礎障害に基づく価格調整は、その例外として、それゆえ、当事者が価格改訂規定を合意しなかった場合に妥当する任意法の準則の一部として、主張されたものと理解することができる（そう考えると、補充的契約解釈が行為基礎論に優先するなどとするウルマーの批判は、当たっていない）。これに対して、補充的契約解釈構成においては、中期の引渡期間におけるウルマーの見解を留保するならば、明確ではないが、長期の引渡期間を有する売買契約においては、そもそも買主が価格上昇のリスクを引き受けるべきものと考えられてい

た節がある。まず、補充的契約解釈構成は、任意規定としてＢＧＢ三一六・三一五条を適用することができないということを前提として展開された構成であるが、そもそもこれらの規定を適用することができるかという問い自体が、買主が価格上昇のリスクを負担すべきこと（売主に価格改訂権が認められるべきこと）を前提に、そのための準則が何かを探求しようとしたものとして、理解することができる。補充的契約解釈が認められる前提として、両当事者は価格改訂があることを前提としていたと主張されるときにも、その論拠として長期の引渡期間の存在が挙げられている。さらに、行為基礎論構成に対する批判として、買主が価格上昇のリスクを引き受けるべきことが主張されていた。このように見ると、補充的契約解釈構成は、買主がこのリスクを引き受けるべきことを前提として、そのための任意規定が存在しない（法の欠缺が存在する）ため、補充的契約解釈による規範形成が必要になるという構成として理解される。

（1）　条項全部無効・一部無効論については、以下の文献を参照。まず、条項全部無効論の代表は、河上正二教授である（『約款規制の法理』三七四頁以下（有斐閣、一九八八年、初出一九八五年）を参照。）。さらに、山本敬三教授も、この立場を支持している（「一部無効の判断構造――契約における法律効果確定過程の構造化に向けて（一）・（二・未完）」（法学論叢一二七巻四号一頁以下、六号一頁以下、一九九〇年）、「不当条項規制に対する内容規制とその効果」（民事研修五〇七号二〇頁以下、一九九九年）を参照。）。これに対して、条項一部無効論の代表的論者は、山本　豊教授である（「附随的契約条項の全部無効、一部無効または合法解釈について」同『不当条項規制と自己責任・契約正義』一〇五頁以下（有斐閣、一九九七年、初出一九八七年）を参照。）。また、安永正昭教授によって、条項一部無効論に近い合法的解釈論が主張されている（「保険契約の解釈と約款規制」（商事法務一三三〇号二五頁以下、一九九三年、私法五六巻一〇九頁以下、一五一頁以下も）を参照。）。

（2）　ドイツ旧約款規制法八条　内容規制の制限

第九条ないし第一一条は、それによって法規定を逸脱しまたはこれを補充する規律が合意される約款条項についてしか、妥当しない。（現民法典三〇七条三項においては、以下のような第二文が付け加えられている。「その他の約款条項は、一項一文と併せた一項二文により、無効となりうる。」）

ドイツ旧約款規制法九条　一般条項

(1)　約款における規定は、約款使用者の契約相手方に、信義誠実の要請に反して、不相当な不利益を与える場合に、無効である。（現民法典三〇七条一項においては、以下のような第二文が付け加えられている。「不相当な不利益は、約款条項が明確かつわかりやすいものではないことからも、生じうる。」）

(2)　不相当な不利益は、疑わしいならば、次の場合にも承認されなければならない。

1　約款条項が、それによって逸脱される法律上の規律の本質的基本思想に合致しない場合

2　契約の本性から生じる本質的権利義務を、契約目的の達成を危殆化するほどに制限する場合。

（3）　本稿に関連する旧約款規制法の条文番号と現ドイツ民法典の条文番号との対照は、次のとおりである。旧約款規制法六条→民法典三〇六条、旧約款規制法八条→民法典三〇七条三項（変更あり）、旧約款規制法九条→民法典三〇七条一・二項、旧約款規制法一一条→民法典三〇九条（一～六号→一～六号、七号→七号（変更あり）、八～一一号→八号、一二～一六号→九～一三号）、旧約款規制法一三条以下→差止訴訟法（Unterlassungsklagengesetz）

（4）　山本敬三・前掲注(1)「不当条項規制」を参照。

（5）　通説的見解として、次の文献を参照。

Peter Ulmer, Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln? Zum Verhältnis von geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung, NJW 1981, 2025

Hermann-Josef Bunte, Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1982, 2298（Bunte [1]）

ders., Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1984, 1145（Bunte [2]）

Walter F. Lindacher, Reduktion oder Kassation übermäßiger AGB-Klauseln?, BB 1983, 154

Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz（4. Auflage, 1999）, § 6（Lindacher）

Harry Schmidt, „Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, 1986.

（書評として、Walter F. Lindacher, ZHR 152（1988）, 98; Wolfgang Grunsky, AcP 187（1987）, 102 ～参照。）
Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht（10. Auflage, 2006）, § 306（H. Schmidt）
Johannes Neumann, „Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, 1988
Dagmar Coester-Waltjen, Inhaltskontrolle von AGB - geltungserhaltende Reduktion - ergänzende Vertragsauslegung, Jura 1988, 113
Monika Schlachter, Folgen der Unwirksamkeit AGB für den Restvertrag, JuS 1989, 811
右の文献および後に紹介する文献の他に、旧約款規制法以降の関連文献として、次のものも参照。
Heinrich Götz, Rechtsfolgen des teilweisen Verstoßes einer Klausel gegen das AGB-Gesetz, NJW 1978, 2223
Reinhard Zimmermann, „Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?“, 1979（但し、ＡＧＢＧを直接の検討対象としたものではない。）
Hermann Ebel, AGB-Gesetz-konforme Auslegung bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen?, DB 1979, 1973
Eike Schmidt, Teil- oder Totalnichtigkeit angreifbarer AGB-Klauseln?, JA 1980, 401
Eberhard Seybold, Geltungserhaltende Reduktion, Teilunwirksamkeit und ergänzende Vertragsauslegung bei Versicherungsbedingungen, VersR 1989, 784
Holger Pauly, Die geltungserhaltende Reduktion: Dogmatische Bedenken und vorhandene Wertungswidersprüche, JR 1997, 357
Ludwig Häsemeyer, Geltungserhaltende oder geltungszerstörende Reduktion?, in Festschrift für Peter Ulmer, 2003, 1097

（6） ＢＧＨ第八民事部一九八一年一〇月七日判決（NJW 1982, 178）を参照。
（7） ＢＧＨ第七民事部一九八二年五月一七日判決（BGHZ 84, 109）を参照。
（8） 次の文献を参照。
Hein Kötz, Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979, 785

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (3. Auflage, 1993), AGBG § 6 (Kötz)
Jürgen Johannson, Die Teilunwirksamkeit oder „geltungserhaltende Reduktion“ von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB 1981, 732
Peter Josef Witte, „Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System der Überprüfung AGB“, 1983
Johannes Hager, „Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften“, 1983. (Hager [1]; 書評として、Reinhard Zimmermann, AcP 184 (1984), 505 〜参照。)
ders., Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JZ 1996, 175 (Hager [2])
Dieter Medicus, Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von ABG, in „Zehn Jahre AGB-Gesetz“ (1987), 83
Herbert Roth, Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht, JZ 1989, 411 (Roth [1])
ders., „Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, 1994 (Roth [2])
Burkhard Boemke-Albrecht, „Rechtsfolgen unangemessener Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, 1989
Claus-Wilhelm Canaris, Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in Festschrift für Ernst Steindorff (1990), 519
Christoph von Mettenheim, Methodologische Gedanken zur geltungserhaltenden Reduktion im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, in Festschrift für Henning Piper (1996), 937
Hans Christian Mayer, „Das 'Verbot' der geltungserhaltenden Reduktion und seine Durchbrechungen“, 2000

(9) Regierungsentwurf, BT-Drucks. 7/3919
(10) Regierungsentwurf, a. a. O. (Fn. 9), 4
(11) Bericht des Rechtsausschuss, BT-Drucks. 7/5422
(12) なお、政府草案以前の作業グループ第一部分報告書（Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz (ArbG. Vorschläge), 1974; 邦訳として、北川 善太郎・安永 正昭「約款に対する消費者保護の改善についての提案――連邦司法大臣の作業グループの第一部分報告書（一九七四年三月）試訳――（一）〜（三・未完）」民商法雑誌七三巻一号一二

八頁以下、三号一一一頁以下、六号一〇八頁以下（一九七五年～一九七六年）があるが、本稿該当部分については未訳）および参事官草案（Referentenentwurf, DB 1974, Beilage 18/1974）では、対応する草案一〇条二項において、「約款条項が契約構成要素とならず、または、無効である限りにおいて、契約内容は、法律上の規定に従う。法律上の規定が欠けている場合には、契約の本性、または、取引観によって形成された契約の指導形象に従う。」（ArbG. Vorschläge, S. 30.）と規定されていた。さらに、理由書（ArbG. Vorschläge, S. 95; Referentenentwurf, S. 22）では、非典型契約など、不当条項によって排除された任意制定法の規定を妥当させることが困難な場合について、当該条項の縮減が可能であるとされ、縮減が不可能な場合の補充基準として、後段があると説明されていた。これに対して、政府草案理由書（Regierungsentwurf, S. 21）では、縮減の可否について言及されていない。

(13) Max Josef Dietlein/Eberhard Rebmann, „AGB aktuell“（1976）, § 6 Rn. 4（Dietlein）; Klaus Dittmann/Henning Stahl, „AGB Kommentar für den Geschäftsverkehr in Handel, Industrie, Handwerk, und Dienstleistungsgewerbe“（1977）, Rn. 249; Walter Löwe/Friedrich Graf von Westphalen/Reinhold Trinkner, AGBG（1977）, § 6 Rn. 6ff.（Löwe）; Peter Schlosser/Dagmar Coester-Waltjen/Hans-Ulrich Graba, AGBG（1977）, § 6 Rn. 11（Schlosser）; Axel Stein, AGBG（1977）, § 6 Rn. 8ff.; Eckart Koch/Jürgen Stübing, AGB（1977）, § 6 Rn. 11ff.; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch（1978）, AGBG § 6 Rn. 15ff.（Hein Kötz）

これに対して、ウルマー（Peter Ulmer）は、後に改説したが（後述）、六条二項の文言などに由来する形式的論拠のほか、法的安定性を理由に、単純な縮減を超える裁判官による契約補充としての補充的契約解釈は認めるべきではないとしていた。Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG（3. Auflage, 1978）, § 6 Rn. 24f. を参照。

(14) ドイツ民法典二四二条　信義誠実に従った給付

債務者は、取引慣行を顧慮した信義誠実が要求するように、給付を行う義務を負う。

(15) ＢＧＨ第七民事部一九七〇年六月四日判決（BGHZ 54, 106, 115）; ＢＧＨ第七民事部一九七三年四月一六日判決（BGHZ 60, 353, 362）; ＢＧＨ第七民事部一九七四年一月一〇日判決（BGHZ 62, 83, 89）; ＢＧＨ第七民事部一九七四年五月一六日判決（BGHZ 62, 323, 326f.）

(16) BGHZ 62, 83, 89. この命題は、AGBG のもとでの効力維持的縮減の禁止法理へと引き継がれた。ＢＧＨ第七民事

部一九八二年五月一七日判決（a. a. O.（Fn. 7））を参照。

(17) BGHZ 54, 106, 115; BGHZ 62, 83, 89f.; BGHZ 62, 323, 326f. これらの裁判例においては、実際には、この点から補充的契約解釈が排除された。

(18) 時価条項問題に関する文献として、既に挙げたものを除いて、次のものを参照。

Rolf Reuter, Zur Zulässigkeit des Preisänderungsvorbehalts in den Neuwagen-Verkaufsbedingungen, DB 1981, 71

Eckhart Jung, Die Rechtsprechung zu den Neuwagen-Verkaufsbedingungen und ihre Folgen für die Praxis, BB 1981, 1606（Jung [1]）

ders., Anmerkung zu LG Nürnberg-Fürth-Urteil vom 27. 1. 1982（BB 1982, 456）, BB 1982, 458（Jung [2]）

ders., Ende der Tagespreisklausel-Diskussion, BB 1983, 1058（Jung [3]）

Peter Salje, Zur Unwirksamkeit von Tagespreisklauseln in Automobil-Kaufverträgen und den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen, DAR 1982, 88

Walter Löwe, Zur Unwirksamkeit der Tagespreisklausel beim Neuwagenverkauf, DAR 1982, 34（Löwe [1]）

ders., Folgerungen aus der Verwerfung der Tagespreisklausel in den Neuwagen-Verkaufsbedingungen durch den Bundesgerichtshof, BB 1982, 152（Löwe [2]）

ders., Erwiderung zu Kötz, BB 1982, 644, BB 1982, 648（Löwe [3]）

ders., Anmerkung zu OLG Düsseldorf-Urteil vom 16. 9. 1983（BB 1983, 2012）, BB 1983, 2014（Löwe [4]）

ders., Anmerkung zu BGH-Urteil vom 1. 2. 1984（BGHZ 90, 69 = BB 1984, 486）, BB 1984, 492（Löwe [5]）

Reinhold Trinkner, Anmerkung zu BGH-Urteil vom 18. 5. 1983（BB 1983, 921）, BB 1983, 924（Trinkner [1]）

ders., Anmerkung zu BGH-Urteil vom 19. 9. 1983（BB 1983, 1873）, BB 1983, 1874（Trinkner [2]. 訳釈判決自体は、時価条項の事例ではない。）

ders., Anmerkung zu OLG Düsseldorf-Urteil vom 16. 9. 1983（BB 1983, 2012）, BB 1983, 2014（Trinkner [3]）

ders., Anmerkung zu BGH-Urteil vom 1. 2. 1984（BGHZ 90, 69 = BB 1984, 486）, BB 1984, 490（Trinkner [4]）

Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz（2. Auflage, Band II, 1983）, § 11（Trinkner [5]）

Hein Kötz, Die Rückwirkung von Unterlassungsurteilen gemäß §§ 13ff. AGB-Gesetz - Dargestellt am Beispiel der Tagespreiskaluseln, BB 1982, 644

Peter Ulmer, Der Kaufpreis für Neuwagen bei Unwirksamkeit der Tagespreisklausel - Vertragsrechtliche Auswirkungen des BGH-Urteils vom 7. 10. 1981, BB 1982, 1125

Michael Bartsch, Zu Preissteigerungsklauseln in AGB, insbesondere zur Tagespreisklausel, DB 1983, 214

Rainer Bechtold, Unwirksamkeit der Tagespreisklausel in einzelnen Kfz-Kaufverträgen?, DB 1983, 539

Hermann-Josef Bunte, Zu den Rechtsfolgen unwirksamer Tagespreisklauseln in Kfz-Kaufverträgen, ZIP 1983, 765

Peter Schlosser, BGH-Rechtsprechung zur Tagespreisklausel - 800 unverdiente Millionen für Mercedes?, Jura 1984, 637

Johannes Hager, Die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung übermäßiger Vertragspflichten - BGHZ 89, 316 und 90, 69, JuS 1985, 264

Rainer Mockenhaupt, „Ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln am Beispiel der Tagespreisklausel in Kaufverträgen über fabrikneue Personenkraftwagen“, 1987

Matthias Beggerow, „Preisanpassungsklauseln in Kaufverträgen über Neuwagen“, 1987

(19) 問題の新車販売約款は、ＡＧＢＧ制定に合わせて作成され、一九七七年に連邦カルテル官庁に届出られたものであるが、時価条項は、それ以前の既に三〇年に渡り、広く使用されていたことが指摘されている。Beggerow, a. a. O.（Fn. 18）, 3 を参照。

(20) 四月以内であれば、旧約款規制法一一条一項により、価格引上条項は禁止される。

ドイツ旧約款規制法一一条　評価の余地のない禁止条項

普通取引約款において、以下の規定は無効とする。

1（短期間の価格引上げ）

契約締結後四月内に引き渡されるべき商品または提供されるべき給付について、対価の引上げを定める規定。ただし、継続的債務関係の枠内で引き渡される商品または提供される給付については、この限りでない。

(21) Mockenhaupt, a. a. O.（Fn. 18）, 3ff. を参照。

(22) ダイムラー・ベンツ社の書式について、Beggerow, a. a. O.（Fn. 18）の巻末を参照。
(23) Ulmer, a. a. O.（Fn. 18）, 1132; Mockenhaupt, a. a. O.（Fn. 18）, 231
(24) Schlosser, a. a. O.（Fn. 18）は、副題に「メルセデスにとって不当な八億（マルク）か?」と付ける。
(25) ウルマー（Ulmer, a. a. O.（Fn. 18）, 1125）によれば、ポルシェのディーラーであった。
(26) ドイツ民法典三一五条　一方当事者による給付の確定
(1) 給付が契約当事者の一方によって確定されるものとされるとき、疑わしい場合には、その確定が衡平な裁量により行われるべきものとする。
(2) 確定は、相手方に対する表示によって行われる。
(3) 確定は、衡平な裁量によって行われるべきとき、衡平に合致する場合に限り、相手方を拘束する。確定が衡平に合致しない場合、判決によって確定が行われる。確定が遅延するときも、また同じ。
(27) このような無効基準は、旧約款規制法政府草案理由書において、旧約款規制法一一条一号のもとになった九条一号についての記述に由来する（BT-Drucks 7/3919, 28）。また、AGBGに対応した統一的な新車販売約款の作成に際して、顧客側の代表であるドイツ自動車連盟（ADAC）によって同様の主張がされたが、受け入れられなかったことが指摘されている。Beggerow, a. a. O.（Fn. 18）, 9 を参照。
(28) 「補償」の問題については、野田和裕「約款の内容規制と約款全体・契約全体との関連性」広島法学二一巻一号八七頁以下（一九九七年）を参照。
(29) ここで定立される具体化の要請は、むろん、透明性の要請の一種である。ドイツ法における透明性の要請一般については、倉持弘「約款の透明性について」奥田還暦『民事法理論の諸問題(下)』（成文堂、一九九五年）四三七頁以下、石原全「約款における『透明性』原則について」一橋大学法学研究二八号三頁以下（一九九六年）、鹿野菜穂子「約款による取引と透明性の原則――ドイツ法を手がかりに――」長尾治助他編『消費者法の比較法的研究』（有斐閣、一九九七年）九六頁以下を参照。
(30) さしあたり、近時の裁判例として、BGH第八民事部二〇〇六年一二月一三日判決（NJW 2007, 1054; 液化ガス供給契約の事例）やBGH第三民事部二〇〇七年一一月一五日判決（NJW 2008, 360; 有料テレビ放送定期視聴契約の事例）

を参照。

(31) 内容規制と権利行使規制との区別一般については、Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O.（Fn. 5）§ 9 Rn. 27（Manfred Wolf）; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch（Neubearbeitung 2006）, § 307 Rn. 36（Michael Coester）. を参照。

(32) Reuter, a. a. O.（Fn. 18）, 71

(33) 判例を批判する学説として、例えば、Rainer M. Wiedemann, "Preisänderungsvorbehalt", 1991 を参照。

(34) 一点だけ指摘するならば、団体訴訟において形成されたこの判例法理が、個別訴訟においても妥当するのかという問題がある。この問題に関連して、バゼドウ（Jürgen Basedow, Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte - Die Auswirkungen des Verbandsprozesses auf die Inzidentkontrolle von AGB, AcP 182（1982）, 335, 356ff.）を主唱者とする事後的審査説が注目される。それによると、団体訴訟における裁判官は、いかなる事例について当該条項がそもそも意義を有しうるのかを、全ての具体的事情から離れて、事前的に（ex ante）問わなければならず、その際に、しばしば全くの空想によって、考えられる事実経過、ありうるリスクを、できる限り網羅的に観念することが、試みられなければならない。これに対して、個別訴訟における裁判官は、契約完了前の消極的確認の訴えを別として、一定の事実推移に対峙し、契約上のリスク分配が現実に鑑みて適法であったかを、事後的に（ex post）判断する。その際に、確かに契約締結時に可能性の範囲内であったが、実際には生じなかった展開は、顧慮されない。このような審査方法の相違から、個別訴訟において、時価条項は、不相当な価格引上げが実際に行われなかった限りにおいて、有効であると主張された。もっとも、事後的審査説も、このような審査方法の区別以前に、価格改訂条項の無効基準を、それに基づいて行われる価格改訂の不相当性であると考える限りでは、訴訟形態を区別していない（この基準に抵触するかを、事前的あるいは事後的に評価している。）。

事後的審査説の評価については、今後の検討課題とする。なお、事後的審査説を主張したその他の文献として、Kötz, a. a. O.（Fn. 18）, 647f.; Bechtold, a. a. O.（Fn. 18）, 539; Johannson, a. a. O.（Fn. 8）, 733f. を参照。

(35) ドイツ民法典三一六条　反対給付の確定

給付について約束された反対給付の範囲が確定されていないとき、疑わしい場合には、反対給付を請求しなければならない当事者が、その確定権を有する。

(36) Bunte, a. a. O. (Fn. 18), 766.

(37) ドイツ民法典一五〇条　遅延した承諾および変更を加えた承諾

(1) 略

(2) 拡張、制限またはその他の変更を伴う承諾は、新たな申込みと結び付けられた拒絶として妥当する。

(38) ドイツ民法典一五四条　明らかな合意の瑕疵・証書の不作成

(1) 一方当事者のみの表示によっても合意がされるべきものとされる契約の全ての点について、両当事者が合意しなかった限りにおいて、疑わしい場合には、契約は締結されていない。個々の点についての合意は、書面への記載が行われたとしても、拘束力を有しない。

(2) 略

(39) 学説として、Löwe [2], a. a. O. (Fn. 18), 153f.; ders. [1], a. a. O. (Fn. 18), 35; ders. [3], a. a. O. (Fn. 18), 649; Salje, a. a. O. (Fn. 18), 92; Ulmer, a. a. O. (Fn. 18), 1130を、裁判例として、下級審裁判例一覧【5】を参照。

(40) 注(34)を参照。

(41) Salje, a. a. O. (Fn. 18), 92; Bartsch, a. a. O. (Fn. 18), 215; Trinkner [5], a. a. O. (Fn. 18), Rn. 17 を参照。

(42) ドイツ民法典一五五条　隠れた合意の瑕疵

両当事者が、締結されたものとみなす契約において、合意がされるべきものとされた点について、実際には合意していなかった場合には、その点についての規定がなくても契約が締結されたものと認められうる限りにおいて、合意されたものが妥当する。

(43) Trinkner [5], a. a. O. (Fn. 18), Rn. 12, 21

(44) Ulmer, a. a. O. (Fn. 18), 1128f. を参照。その他に価格留保説を支持する学説として、Bartsch, a. a. O. (Fn. 18), 215 がある。

(45) 同見解の下級審裁判例として、下級審裁判例一覧【14】・【23】判決が挙げられる。

(46) 注(13)を参照。

(47) Ulmer, a. a. O. (Fn. 5)

(48) Ulmer, a. a. O. (Fn. 5), 2026

(49) Ulmer, a. a. O. (Fn. 5), 2031

(50) Ulmer, a. a. O. (Fn. 18), 1125

(51) ウルマーは、価格相当性審査の基準として、市場経済秩序の趣旨から、第一時価条項判決が前提とする増加費用ではなく、市場価格を主張する（Ulmer, a. a. O. (Fn. 18), 1131f.）。価格留保の場合の三一五条三項に基づく規制においても、同様である（Ulmer, a. a. O. (Fn. 18), 1129）。しかしながら、そうすると、市場価格と通常一致するリスト価格条項たる時価条項は、具体化の要請という観点から不相当とは評価されないのではないか。

(52) もっとも、このように考えたとしても、詳細な定式化を要しないというだけであり、市場価格に制約された価格改訂を認めることに変わりはない。なお、同様の見解として、Bechtold, a. a. O. (Fn. 18), 541 および下級審裁判例一覧【12】・【19】判決がある。

(53) Ulmer, a. a. O. (Fn. 5), 2026

(54) Kötz, a. a. O. (Fn. 8), 789; Peter Schlosser, AGB-Gesetz (1980, Sonderausgabe aus Staudinger, BGB, 12. Auflage), § 6 Rn. 17 などを参照。

(55) Ulmer, a. a. O. (Fn. 5), 2031.; ders., a. a. O. (Fn. 18), 1130f., 1132

(56) Bunte, a. a. O. (Fn. 18), 765

(57) Bunte, a. a. O. (Fn. 18), 767

(58) 下級審裁判例一覧【30】判決も、引渡時のリスト価格の合意とともに買主の解除権を付加することが、最も容易に考えられ、かつ、最も実際的な解決であるとする。

(59) Bunte, a. a. O. (Fn. 18), 768

(60) 学説における同様の主張として、Salje, a. a. O. (Fn. 18), 88; Jung [3], a. a. O. (Fn. 18), 1059; Trinker [2], a. a. O. (Fn. 18), 1876; Trinkner [5], a. a. O. (Fn. 18), Rn. 18も参照。

(61) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGBG (1977), § 6 Rn. 8 (Löwe)

(62) Trinkner [2], a. a. O. (Fn. 18), 1876; ders. [3], a. a. O. (Fn. 18), 2014; Löwe [4], a. a. O. (Fn. 18), 2015

(63) Trinkner [2], a. a. O. (Fn. 18), 1876
(64) Trinkner [3], a. a. O. (Fn. 18), 2014
(65) Trinkner [2], a. a. O. (Fn. 18), 1875; Trinkner [5], a. a. O. (Fn. 18), Rn. 18
(66) Löwe [2], a. a. O. (Fn. 18), 155f.; Trinkner [5], a. a. O. (Fn. 18), Rn. 17
(67) Löwe [2], a. a. O. (Fn. 18), 157; Trinkner [5], a. a. O. (Fn. 18), Rn. 15
(68) Löwe [2], a. a. O. (Fn. 18), 152, 154; ders. [1], a. a. O. (Fn. 18), 35f.; ders. [3], a. a. O. (Fn. 18), 648
(69) Ulmer, a. a. O. (Fn. 18), 1130
(70) Bunte, a. a. O. (Fn. 18), 769
(71) Löwe [2], a. a. O. (Fn. 18), 155f.
(72) この点は、前述BGH一九八三年判決（NJW 1983, 1604）においても指摘された。

※　本研究は、平成二十年度科学研究費補助金（20830046）の助成を受けたものである。