

Title	ドイツ約款法における時価条項判決の問題について (二・完) : 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(6), p. 27-70
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/54894">https://doi.org/10.18910/54894</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

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

Osaka University

# ドイツ約款法における

## 時価条項判決の問題について（二・完）

——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

第二章 第二時価条項判決前の議論（以上、阪大法学五八卷五号）

### 第三章 第二時価条項判決以降の議論

第一節 連邦通常裁判所一九八四年二月一日判決（第二時価条項判決）

#### 一 概要

#### 二 判決理由

#### 第二節 議論の整理

一 第二時価条項判決を支持する見解

二 無効な条項の一部維持としての補充的契約解釈

三 補充的契約解釈に代わる任意法の継続形成

四 条項一部維持説からの議論整理

### 第三節 小 括

## 第四章 結 論

## 第一節 時価条項判決に関する議論のまとめ

## 一 無効部分の補充手段としての補充的契約解釈の分析

## 二 時価条項が無効とされた場合の処理

## 第二節 おわりに

## 第三章 第二時価条項判決以降の議論

## 第一節 連邦通常裁判所一九八四年二月一日判決（第二時価条項判決）

## 一 概要

BGH第八民事部は、主要な判決理由および結論を共有する一九八四年二月一日の二つの判決（BGHZ 90, 69, 第二時価条項判決；NJW 1984, 1180, 同日判決）において、買主による不当利得返還請求について、初めて判断を下した。さらに、同年一〇月三二日の判決（NJW 1985, 621, 補足判決）において、これらの判決を補足した。一連の判決で、BGH第八民事部は、補充的契約解釈によって、売主に価格改訂権が認められる一方、一定の場合に買主の解除権が認められるとした。ここでは、第二時価条項判決を紹介するが、その中で他の判決についても言及する。

第二時価条項判決の事案は、次のようなものであった。すなわち、一九七七年一月に締結された売買契約において、契約締結時の価格が「リスト価格……さしあたり二五三三〇マルク」とされ、引渡時期が一九八〇年の第二四半期とされていたところ、一九八〇年五月に二八五八〇マルクと引換えに自動車を受領した原告が、契約締結時

の価格との差額三二五〇マルクの返還を請求したというものである。請求は一審・原審ともに棄却され、原告は上告した。BGHは、次のような詳細な理由付けをもって、原告の上告を棄却した。

## 二 判決理由

### 1 前提問題

まず、BGHは、本件においても時価条項が無効であることを確認したうえで、<sup>(74)</sup> 補充的契約解釈を論じる前に、事後的な価格改訂合意の有無および任意規定の適用可能性について、次のように判断した。

① 事後的な価格改訂合意について、引渡しの日六日前に被告によって提示された計算書が問題とされた。BGHは、原告から見て、この計算書の提示が被告による一方的な価格改訂権の行使ではなく、承諾についての裁量の余地がなかったことから、両当事者の事後的な改訂合意を否定した。<sup>(75)</sup> なお、同日判決においては、引渡しの日約一年前に、買主が引渡しの日延期を要請し、その際に新たな価格が提示されたという事情が存在したが、それも新たな申込みに当たらないとされた。<sup>(76)</sup>

② 任意規定の適用可能性については、次のように述べられた。<sup>(77)</sup> すなわち、BGH旧四五三條は、リスト価格と市場価格が通常合致するとしても、両当事者間に市場価格の合意が存在しなかったことから、適用することができない。BGB六一二條二項・六三三條二項も、<sup>(79)</sup> 規定報酬が価格改訂条項によって排除されているので、適用することができない。さらに、BGB三一五條については、時価条項が無効であり、価格改訂権自体と改訂方法とを分割し後者のみを無効とする効力維持的縮減も認められないので、一方的な給付確定権の合意という要件を欠いている。また、契約締結時点において確定価格が合意されていたとして、契約締結時点での確定価

## 2 補充的契約解釈

格合意の不存在を要件とするBGB三一六条も適用できないとされた。<sup>(80)</sup>

つづいて、BGHは、次のように判示して、補充的契約解釈が認められるとした。

① 両当事者が確定価格に合意しているとしても、時価条項の無効によって、契約欠缺が生じている。すなわち、契約締結時の価格が「さしあたり」妥当するものとされており、長期間を経た引渡しに際して異なる価格が妥当するという合意が存在していたところ、この異なる価格の算定方法である時価条項が内容規制に耐えなかつたので、両当事者の規律企図に反する欠缺が生じている。<sup>(81)</sup>

② 補充的契約解釈が行為基礎障害に基づく契約調整に優先するという一般法律行為論上の命題が、AGBG六条の枠内でも妥当する。くわえて、行為基礎論によっては、特に重大かつ予見不可能な均衡障害しか把握することができない。<sup>(82)</sup>

③ 補充的契約解釈を基礎付けるBGB一五七・一三三条は、AGBG六条二項に言う「法律上の規定」である。確かに、任意規定が補充的契約解釈に先行するが、「具体的な実体法上の規律という意味での任意制定法が提供されておらず、かつ、条項の無効によって生じた欠缺が補充されなければ、約款使用者と顧客の典型的利益を顧慮する相当な解決が提供されない場合」には、補充的契約解釈が可能であり、それによって、「両当事者が、条項の無効を知っていたならば、両者の利益を適切に衡量して、信義誠実に従い誠実に合意したであろう」規律が認められる。<sup>(83)</sup>

④ 契約締結時の価格合意に拘束することは、顧客に予期せぬ不当な利益を得させる点で不衡平であり、また、

買主が価格上昇を負担しなければならないという両当事者の現実の意思にも合致しない。他方で、信義誠実という客観的基準に方向付けられるため、無効な条項と内容的に同等な、いわば個別合意による規定を置くこともできない。そこで、相当な利益調整として、「買主は、確かに原則として、自動車の引渡時に効力を有するリスト価格がBGB三一五条一・三項における衡平な裁量に基づく売主の給付確定に合致する限りにおいて、この価格を支払わなければならないが、自動車の価格上昇が、注文から引渡しまでの間の一般生活費用の上昇を、軽微ではない程度に超える場合には、契約を解除することができる。」<sup>(84)</sup>

⑤ この結論は、両当事者の利益に合致する。すなわち、BGB三一五条三項に基づく衡平規制によって、買主が契約締結時に特別有利な価格で契約したという事情も顧慮され、さらに、一般物価上昇を下回るが、乗用車の一般調達費用の上昇を大きく上回る価格引上げについても、客観的衡平に反するものとして扱われる。また、価格改訂が衡平規制に耐えるとしても、価格引上げが買主にとって負担となることがあるが、買主は、契約締結に際して、価格および自らの給付能力が変動しうることを認識しており、一般物価上昇の枠内での価格引上げを計算に入れていたのだから、自動車価格の変動が一般価格動向を逸脱しない範囲で、価格引上げを甘受しなければならない。買主の解除権について、明確な価格引上げ率に結びつけることは、著しい不確実性を伴い、具体的な全経済的経過によっては一方当事者の不当な不利益をもたらさうするため、一般生活費用に関連付ける方が、仮定的当事者意思および両当事者の利益に合致する。また、売主は、一般的なリスト価格を請求することができると留まり、BGB三一五条三項による規制にも服するのだから、個別的な著しい価格引き上げによって買主に解除を迫る危険性は、存在しない。<sup>(85)</sup>

## 3 補充的契約解釈に対する疑義への応答

さらに、B G Hは、補充的契約解釈に対する諸々の疑義に対して、以下のように述べた。

① 時価条項の脱落によって生じた欠缺を補充するために、多様な可能性が存在するだろうという理由で、補充的契約解釈が排除されなければならないという見解には、同意することができない。補充的契約解釈は、客観的基準により、当事者が誠実に思考したならば正当な利益調整として何を承認したかに方向付けられなければならない。これによって、リスト価格に拘束された売主の給付確定権が認められるならば、その行使については、三一五条三項に基づく衡平規制の対象であり、補充的契約解釈の対象ではない。また、補充的契約解釈は、全ての「技術的な」個別事項について、当事者の意思ないし意思表示に手がかりが存することを要求しないので、解除権について異なる規律がありうるとしても、妨げとはならない。<sup>(86)</sup>

② B G B三一五・三一六条を引き合いに出す補充的契約解釈による欠缺補充は、効力維持的縮減に帰着するものではない。効力維持的縮減においては、A G B G九ないし一一一条の基準において「ぎりぎりなお許容される」部分の限界が探求される一方、補充的契約解釈は両当事者の利益に可能な限り合致する調整を追求する。この理由から、さらに、補充的契約解釈は、それ自体としてA G B G九条による相当性規制を必要とせず、また、解除権の承認によって、買主の利益を十分に保護する要素が組み込まれている。<sup>(87)</sup>

③ 給付確定権を約款によって契約に組み入れることができるか、また、このような組入れが具体化の要請に抵触しないかも、問題にならない。どのような契約補充が無効な時価条項の代わりになりうるのかということだけが問題であり、約款条項の形成が問題なのではない。<sup>(88)</sup>

④ 確定権を付与することによって売主に価格確定が委ねられており、裁判所による許されない価格規制にあた

るものでもない。<sup>(89)</sup>

なお、②・③は、補充的契約解釈を介して認められる規律が、A G B Gの無効基準を超えてもよいという趣旨に読めるところ、学説によって直ちに批判された。<sup>(90)</sup> これを受けて、補足判決は、補充的契約解釈が、一方当事者の不相当な不利益扱いをもたらすものではないので、A G B G九条の基準によるさらなる審査を必要としないという趣旨であること、また、それまでの判例において、約款による一方的な給付確定権が凡そ内容規制に耐えないとはざれていないことを、指摘した。<sup>(91)</sup>

#### 4 あてはめ

これらの判断につき、次のようにあてはめがされた。すなわち、本件において、価格の引上げは、年平均五・一三％であり、この間の生活費用の上昇（年平均四・七六％）をわずかに上回るのみであり、乗用車調達費用の上昇（年平均五・一六％）にほぼ一致していた。引渡しまでの間に、注文車に改良が加えられていることも顧慮すると、その他に給付確定が不衡平であったとする手がかりは、原告によって主張されていない。また、一般価格動向とリフト価格の引上げ幅との間の差額は、二五〇マルクに満たない。とりわけ、売買目的物が高価であること、および、引渡期間が比較的長期であることを顧慮すると、この差額は、依然として軽微なものであり、原告に解除権は認められない、と。<sup>(92)</sup>

#### 第二節 議論の整理

第二時価条項判決後の学説においては、同判決を支持する見解が主張される一方で、概ね二つの方向から批判的



な見解も主張された。第一の批判的見解は、効力維持的縮減が許容されるとする論者によって主張されたものであり、第二の批判的見解は、トリンクナー／レーヴェの見解の延長線上において、補充的契約解釈によって価格改訂権は認められないとする論者によって主張されたものである。この順番で、第二時価条項判決後の議論を整理する。

### 一 第二時価条項判決を支持する見解

第二時価条項判決は、それ自体として相当に詳細な理由付けがされた判決であり、同判決を支持する学説<sup>(93)</sup>においても、同様の理由付けが繰り返されている。したがって、ここでは、第二時価条項判決を支持する見解を逐一紹介することはしないが、後述する批判的見解との対照において、次のような理由付けがされた点が注目される。その理由付けとは、任意規定と補充的契約解釈との関係について、一般法律行為論において通常言われているのと同様に考えることができるというものである。ドイツ法においては、ともに契約を補充するものとして位置づけられる任意規定と補充的契約解釈との関係について、一般的に、任意規定が存在している限りそちらが優先され、補充的契約解釈は、任意規定が予定していない個別的な事情に基づいた契約補充を担うものとされている<sup>94</sup>。この関係が、A G B G六条の枠内、すなわち、内容規制によって約款条項が無効とされた場合にも当てはめるといふ主張が展開された。

まず、第二時価条項判決前から補充的契約解釈構成を支持していたブントは、次のように主張して、第二時価条項判決を支持した。すなわち、内容規制の目的は、不相当な規律を相当な規律によって代替し、矯正契約正義を作出することである。しかしながら、規律されるべき事情または両当事者によってされた規律が特殊であり、必然的に抽象的な任意制定法がそれを考慮することができず、当該事例の個別性を考慮する制定法規律が欠如している

場合には、この目的を実現することができない。そこで、補充的契約解釈による欠缺補充によって、相当な法律効果をもたらすことが有益である。<sup>(95)</sup> 任意規定によるか補充的契約解釈によるかは、当該具体的契約が法定契約類型にどの程度合致するかによって決まり、当該契約の個別性から任意規定を適用することができない場合には、補充的契約解釈が認められる。<sup>(96)</sup> これを時価条項の事例についてみると、BGBは、売買契約を即時に履行されるものとして、原則として、契約締結時における固定的合意を前提とする。しかしながら、長期の引渡期間を有する売買契約は、そのようなBGBの売買契約類型に必ずしも合致するものではない。そのような契約において無効な価格改訂条項が合意された場合に、当初合意された売買代金の支払い義務を伴うBGB四三三條二項を、利益衝突のために適切な法律上の規定とみなすことは、両当事者の仮定的意思に矛盾する、と。<sup>(98)</sup>

さらに、ノイマン (Johannes Neumann) も、同様の議論を展開している。ノイマンは、「適切な任意規定がなく、代替なき無効が不当である場合には、常に補充的契約解釈が認められる」とすれば、衡平判断に過ぎないとし、<sup>(99)</sup> 他方で、補充的契約解釈が全く認められないとするならば、適切な任意規定が常に提供されていることを前提としなければならず、裁判官が自ら発見した法も「任意規定」に含める必要があるとして、これを拒絶する。<sup>(100)</sup> そして、一般法律行為論との調和を図るという観点から、<sup>(102)</sup> 非典型契約および立法者の表象と異なる形態の典型契約についてのみ、補充的契約解釈が認められるとした。<sup>(103)</sup> そして、時価条項の事例については、何年にも渡る引渡期間を有する自動車売買契約は、給付時期に関して、BGBの立法者が有していた売買契約の表象と著しく異なっているため、給付時期についての契約上の非典型的な合意に基づいてのみ約款に組入れられた時価条項に代わる規律を探求するために、補充的契約解釈が認められるとした。<sup>(104)</sup>

このように当該契約の典型性から任意規定と補充的契約解釈の領域を画する議論は、逆にAGBG六条の枠内で

補充的契約解釈を否定する理由付けとして、BGHの裁判例にも現れた。すなわち、BGH第六民事部一九八五年九月二四日判決（BGHZ 96, 18）は、有名なニウルブルクリンクで開催された自動車安全運転講習会における主催者側の包括的免責条項を、AGBG 一条七号違反により全部無効とし、補充的契約解釈も否定した。その際に、「異議を唱えられた条項の無効が、法律の規律欠缺を明らかにし、その欠缺が、両当事者の関係する利益を不相当に規律したままにする場合にのみ、……補充的契約解釈によつて相当な利益解決を達成しようとする裁判所の試みが許容されるように思われる。」と判示された。判決は、このような場合を「法律を補充する」条項と呼ぶが、「法律を補充する条項とすることができるのは、関係する諸利益が、それらの典型的な結合において特別な解決を要求するが、そのような解決について、法律上の規律が構想されていない場合である。」とする。

これに対して、ハリー・シュミット（Harry Schmidt）は、補充的契約解釈が要請される場合として、次のような場合を列挙している。すなわち、①非典型契約の場合、②典型契約に属するが、現実類型において、もはや任意規定が適合しないほどに、法定類型と乖離している場合、③同じく典型契約に属する場合について、法が意図的に代替規律を用意せず、当事者の合意に委ねている場合、④任意規定が原則として存在するが、今日の視点からは、適切な利益調整をまはや無制限には保証しない場合、⑤約款の欠缺が「部分的 punktel」である場合、⑥当事者が法律上規定された形成可能性を行使して、初めて法規定が介入するものとされている場合（債権譲渡の禁止や所有権留保についての規定）などを挙げている。時価条項の事例は、任意売買法が価格改訂についての規範を有していないとしても、それは法の欠缺ではないとの理由から、③の場合として言及されている。<sup>105</sup>このようなハリー・シュミットの見解は、とりわけ③や⑥において当事者の合意に委ねられている規律について補充的契約解釈が要請されている点で、先の諸説よりも広い範囲で補充的契約解釈を認めるように読める。しかしながら、次に紹介する第

二時価条項判決に批判的な諸見解に鑑みると、これら様々な場合を単純に並べることができない。

## 二 無効な条項の一部維持としての補充的契約解釈

第二時価条項判決およびそれを支持する通説的見解に対する批判は、第一に、効力維持的縮減を認める論者によって展開された。以後、補充的契約解釈もまた無効な約款条項を部分的に維持するものであるという主張から、この見解を条項一部維持説と呼ぶ。

### 1 ハーガーによる批判と補充的契約解釈の構造分析

まず、ハーガー (Johannes Hager) が、一九八五年公表の評釈において、判例の矛盾点を指摘した。<sup>(106)</sup> ハーガーは、この評釈において、賃料暴利を中心とする一般法律行為論の問題も取り上げているが、約款法の問題に限るならば、効力維持的縮減を禁止したBGH第七民事部一九八二年五月一七判決 (BGHZ 84, 109) との対比において、第二時価条項判決の矛盾点を批判する。この判決は、請負契約における五年間の注文者の解約告知権の排除を、AGBG 一条一二号<sup>(107)</sup> a違反・全部無効として、BGB 六四九条<sup>(108)</sup> を妥当させたものであるが、効力維持的縮減を認めない理由として、AGBG 制定前の判例を引き合いに出しながら、次の点を挙げる。すなわち、①AGBG 九条ないし一一条の文言から、違法な条項の一部維持を導き出すことができない点、②違法な条項が「ぎりぎりなお是認される程度で」維持されるならば、実務において使用・推奨される約款の相当な内容を達成することを目指し、顧客に約款から生じる彼の権利義務についての適切な情報を得させるといふ、AGBGの目的が達成されない点、③約款使用者にできる限り有利であり、他方でぎりぎりなお法的に許容される約款の表現を発見することは、裁判

所の任務ではない点、④補充的契約解釈によっても、両当事者が選択した期間を確定することができない点である。この判決との対比において、次のような批判が展開された。すなわち、時価条項についても②を問題としないことは一貫しておらず、効力維持的縮減が「ぎりぎりなお許容される程度」への縮減であるとされる点についても、望ましい結論を言い換えているに過ぎず、要件の相違が明らかではない。一九八二年判決においてBGB六四九条が適用されるならば、時価条項判決においても、不文の任意法として名目主義が妥当すべきではなかったか。ここで、「顧客は、引渡時の価格が注文時の価格と一致しないことを前提としていたのだから、条項を代替規律なしに脱落させると、顧客が予期せぬ利益を受けることになり、当事者意思に合致しない」というBGHの判示は、全部無効とされる条項を補充的解釈の基礎とし、自らの任意規定優先命題に反して、任意法に立ち戻っていない、という批判である。<sup>(10)</sup>

これらの批判の裏返しとして、ハーガー自身は、無効部分の補充手段としての補充的契約解釈を、無効な契約規定を基礎に置くべきものと考ええる。ハーガーは、一九八三年刊行の博士号取得論文において、契約規定が無効とされた場合に行われる補充的契約解釈を分析した。<sup>(10)</sup>それによると、まず、補充的契約解釈の第一の要件である契約欠缺の存在について、契約規定が無効とされれば、それだけで欠缺の存在が認められる。すなわち、両当事者が、法律関係を終局的に規律しようとしたが、一定の合意を要する問題について決定がされなかった場合に、欠缺が存在するものとされるところ、両当事者が、両者の関係について一定の秩序を意図したが、それが上位法違反により無効とされた場合には、既にこのことが、無効な合意の（代替なき）脱落に基づいて生じる法的状態が、両当事者の意図に合致しないことを徴表している。しかも、無効な合意の存在は、欠缺を確定するだけではない。任意法と補充的契約解釈との関係について、欠缺ある法律行為から、両当事者が任意制定法の規律を意図しなかったらうこ

とを導出することができる場合には、補充的契約解釈が優先するものとされるところ、無効な合意の存在は、任意法が両当事者の意思に合致しないことまで示しているとする。もちろん、客観的な基準が考慮されないとするわけではないが、これらの点において無効な合意が補充的契約解釈の連結点となり、当事者の合意が広く保障されるものとした。かくして、ハーガーは、契約規定が無効とされた場合の補充的契約解釈を、当該規定によって排除された任意規定を依然として排除したうえで、無効な規定の趣旨に合致しつつ合法的な規律を採求する（無効な規定を一部維持する）ものであると考える。ただし、「両当事者が、条項の無効を認識していたならば、いかなる規律を選択したか」を確定することができない場合については、このような補充的契約解釈が不可能であるとする<sup>(11)</sup>。

このような以前の分析と連結するならば、ハーガーの批判の要点は、第二時価条項判決が認めた補充的契約解釈が、無効な時価条項を依然として部分的に維持するものに他ならず、任意規定を依然として排除する措置であり、効力維持的縮減とも区別することができない、ということに見出される。

## 2 任意規定による補充を条項一部維持に含める見解

これに対して、条項一部維持説の中でも、ベームケ＝アルプレヒト (Burkhard Boenke-Albrecht)<sup>(12)</sup> は、任意規定による補充が、補充的契約解釈（ないしはそれと区別することができない効力維持的縮減）に優先すると主張した。すなわち、両者の相違は、法律によって類型的・一般的に補充がされるか、裁判官によって個別的に当該事例に応じて (maßgeschneidert) 補充がされるか、という点にあるが、法律効果の確定段階でも、任意法が指導形象機能を有し、法律の基本思想が決定的な意味を持っており、裁判官がこれを尊重しなければならないことから、任意法が適切な規範を提供する場合には、それが効力維持的縮減ないし補充的契約解釈に優先すると主張した<sup>(14)</sup>。

しかしながら、この見解については、その発想源を吟味しなければならない。すなわち、ベームケールプレヒトがこのような主張に至ったのは、時価条項に関する第二時価条項判決以前の議論を念頭においてのことである。ここでは、任意規定の適用としてBGB三一五条が持ち出され、補充的契約解釈によっても同様の価格改訂権が承認されていた。さらに、効力維持的縮減によっても、価格改訂の方法だけが無効とされ、BGB三一五条により補充される(ケッツの議論を念頭に置く)。このように、どの手法によってもほとんど同一の結論が導かれていることから、ベームケールプレヒトは、任意法による補充も、無効な条項の相当な核心部分を維持することを目的とするものであり、その点で効力維持的縮減や補充的契約解釈と共通するところである。すなわち、任意法による補充は、条項禁止の目的および不相当な条項によって意図された目的を顧慮して、当該任意規定が利益状況を適切に規律するかという評価を介して、判断されるものであるとする<sup>(115)</sup>。

ここで、ベームケールプレヒトは、時価条項が全体として無効である場合に、BGB三一五条の要件を充たさないという批判を、重要なものとは考えていない<sup>(116)</sup>。この場合の任意規定による補充は、そもそも合意が欠けていた場合に適用される任意規定の問題とは区別されている。時価条項がなかったとすれば、BGB三一五条が適用されたとするわけではない。むしろ、無効な条項の目的および禁止規範の目的を衡量して判断されるべきであるとする点は、ハーガーと同様に、条項一部維持を主張している。ただ、そのようにして探求される規律の具体的内容について、制定法の規定が尊重されるべきであるとの主張である。もつとも、第二章において検討したように、第一時価条項判決を前提とするならば、BGB三一五条を適用するというだけの解決は、禁止規範の趣旨から認められないのではないかという問題が残る。



### 三 補充的契約解釈に代わる任意法の継続形成

判例・通説に対しては、条項一部維持説とほぼ同じ観点から、補充的契約解釈は認められず、任意規定およびその継続形成だけが問題となるとする批判も展開された。以後、この見解を任意法の継続形成説と呼ぶ。

#### 1 補充的契約解釈に対する批判

任意法の継続形成説の中には、まず、約款の補充的契約解釈自体がそもそも許容されないとする見解がある<sup>(117)</sup>。その主張は、論者ごとに言い回しが異なるが、次のような核心において共通している。すなわち、両当事者の意思ないし自己決定（私的自治）の実現目的から正当化される契約の補充ないし継続形成と、客観的基準によつてされるそれらとは区別されなければならず、一方的に設定された約款について前者は認められない。というのは、約款に反映されているのは、約款使用者の意思ないし企図だけであり、さらに、約款が内容規制を通過したとしても、そもそも内容規制は、顧客の重大な不利益だけを阻止するものであり、交渉を前提とする個別契約と同様に扱うことを正当化するものではないからである<sup>(118)</sup>。したがって、両当事者の自己決定の尊重という観点から正当化される補充的解釈は、約款について認められない。判例・通説において補充的契約解釈の問題として扱われている中には、このような趣旨での補充的契約解釈とそれ以外の客観的基準に基づく契約補充とがあるが、両者を分けた上で、後者のみが認められる。したがって、約款にそもそも規律されていない場合であれ、約款条項が無効とされた場合であれ、任意規定が妥当するか、その継続形成が問題になるだけであるとされる<sup>(119)(120)(121)</sup>。

他方で、少なくとも無効な約款条項に代わる規律の探求が問題である限りにおいて、無効な約款条項に現れる当事者意思の考慮は、条項一部維持説が指摘するように、効力維持的縮減が許されるかという問題に関係してくる。



その点を問題にするものとして、ファストリツヒ (Lorenz Faslich) の見解が挙げられる。<sup>(127)</sup> ファストリツヒは、補充的契約解釈を解釈とするならば、ある規定が無効とされるとしても、その基礎にある当事者意思は一義的であり、無効とされた規定をぎりぎりなお維持する解釈が、当事者意思に最も合致するため、効力維持的縮減に帰着すると考える。解釈は現実の当事者意思に拘束され、契約に含まれる規律および評価を基礎とするので、補充的契約解釈を解釈とする限り、この結論を克服することはできない。ここで、信義誠実のような客観的評価を入れるならば、それはもはや当事者意思の具体化ではなく、問題となる契約類型についての法秩序の評価の具体化である。かくして、内容規制の効果として、解釈としての補充的契約解釈は問題とならず、任意法と同一の性質を有する客観的な契約補充 (法の継続形成) だけが問題になるとする。<sup>(128)</sup>

これらの見解からは、無効な条項に代わる規律を確定する前提となる契約欠缺についても、当該条項の趣旨を考慮することなく、客観的に判断される。そこから、第二時価条項判決に対しても、やはり、時価条項の無効によって両当事者の企図に反する欠缺が生じている点と、批判の対象とされた。すなわち、補充を要する欠缺の存否について、当事者の企図を基準として判断してはならず、確定価格の合意が存在する以上、客観的に見て補充を要する欠缺は存在しない、と<sup>(129)</sup>。とはいえ、この見解からも、任意法の継続形成は認められるのであるから、第二時価条項判決が実際には任意法の継続形成を行ったものと評価されれば、少なくとも結論において正当な判決であるということになる。しかしながら、任意法の継続形成説の論者は、論理必然的ではないが、このような評価に否定的である。すなわち、第二時価条項判決の結論を任意法の継続形成として説明することに對しては、価格の確定ないし改訂は、契約の要素であり、行為基礎論を除いて、そもそも任意法が規律すべき問題ではないという批判<sup>(130)</sup>や、長期の引渡期間を伴う契約について、両当事者が固定価格を明示的に合意していないならば、名目主義を逸

脱する価格調整権が通常妥当するとは、未だ言うことができないという批判が、展開された<sup>(126)</sup>。その論拠として、フアストリツヒは、請負報酬改訂条項が無効とされたB G H第七民事部一九八五年五月二〇日判決 (BGHZ 94, 355) において、補充的契約解釈が認められなかったことを指摘した<sup>(127)</sup>。

## 2 旧約款規制法六条三項の枠内における契約調整

かくして、任意法の継続形成説の諸論者は、任意法の継続形成というレベルでは、第二時価条項判決を基礎付けることができないと考える。しかしながら、別の法的構成によって、同判決を説明することが提案された。すなわち、フアストリツヒは、A G B G六条三項の枠内における契約調整として、第二時価条項判決を説明する。それによると、約款の有効性を行為基礎として観念することにより、無効の認識可能性・判例変更・給付の不均衡といった要因をも顧慮して、任意法によって修正された契約への拘束を期待することができない場合には、最終手段として契約調整が認められる。ここでは、契約維持の原理 (六条一項) が、三項の規定する契約全部無効に対して優先されるとする<sup>(128)</sup>。

フアストリツヒによれば、この契約調整は、二段階で審査される。すなわち、第一段階として、内容規制によって一方当事者にとって「行為基礎」が脱落したと言えるために、当該約款の有効性を信頼していたか、および、当該約款の有効性を疑わしいものと認識していれば契約を締結しなかったであろうほどに当該約款が重要であったかが、審査される。そして、第二段階として、契約内容の変更が期待可能であるかが審査されるとする。このとき、契約全部無効については、「期待不可能な過酷さ」が要求されるが、契約調整については、実質的に正当化されない著しい利益を相手方に得させることは内容規制の役割ではないという考慮を加えて、①変更された契約内容への

一方当事者の拘束が、信義誠実に反するであろうこと、かつ、②相手方は、もとの規定の無効を知っていたならば、誠実に、契約調整の帰結として問題になる規律に応じなければならなかったであろうことで足りるとする。<sup>(129)</sup>この評価に際しては、あらゆる個別的事情が考慮されるが、A G B G 六条では原則として約款使用者に任意規定適用のリスクが割当てられているため、無効の認識可能性も考慮して、このリスク割当てによる犠牲の限界を超える障害が存在しなければならぬとする。<sup>(130)</sup>

第二時価条項判決は、このような契約調整を行ったものとして位置づけられる。ファストリッツは、その根拠として、同判決において、「当裁判所によって適切であるとされる解釈は、—— A G B G 六条一項が示すように—— 補充的契約解釈が行われない結果としてありうる契約の無効を回避しようとする、A G B G の意図にも合致する。」と述べられていることを指摘する。<sup>(131)</sup>

#### 四 条項一部維持説からの議論整理

右のような議論状況を踏まえて、カナーリス (Claus-Wilhelm Canaris) が、条項一部維持説の立場から、議論を整理し、判例・通説に対する批判を展開した。<sup>(132)</sup>

カナーリスは、予防思想に基づく条項全部無効を原則とするが、私的自治への過剰な介入を避けるために、比例原則に基づく原則の修正が必要であるとす。くわえて、とりわけ A G B G 九条に関して、その具体化がしばしば予見困難であり、展開された有効性限界の正義内容が、時として非常に問題があるものであるにもかかわらず、性急な規制が行われていることを指摘し、そのような基準の厳格さも、効果論において顧慮されなければならないと主張する。裁判所は、自己の正義確信の相対性感覚および異説への尊重を失ってはならないとする。<sup>(133)</sup>

カナーリスは、このような一般的な考察に続き、約款条項の一部維持が要求される重要な事例群として、いくつかの場合を挙げている。ここでは、次の三つが重要である。

① まず、無効な条項がそもそもないものと考えた場合にも補充的契約解釈が許容されるならば、同一の規律を妥当させるものとして、条項一部維持が許容されるとされる。このような一部維持ないし補充は、実際には、任意法を創出するものであるか、または、顧客も免れることができない個別的な信義誠実の要請に基づくものであるとする。典型的か個別的吗という区別は、顧客を後者から免れさせることを正当化しない。また、これらの処理は、約款使用者が条項の無効を認識していたか否かにも左右されないとする<sup>(134)</sup>。

② 次に、A G B G 六条三項の適用回避のためにも、条項一部維持が許容されるとする。この場合の一部維持は、顧客にとつても相対的に最善の解決であることによって正当化される。この事例群は、無効によって生じた状況に結び付けられた処理である点で、①と異なる。カナーリスは、この考察を全面的に拡充するものとして、ファストリツヒの見解を評価する<sup>(135)</sup>。

③ さらに、カナーリスは、条項の有効性について約款使用者が善意であった場合には、条項一部維持が許容されるとする<sup>(136)</sup>。非常に厳格な規制要件を念頭に<sup>(137)</sup>、この場合に一部維持を認めることは、約款規制による私的自治の危殆化を合理的な限度に留め、暴虐な規制 (Tyrannie) を防止する点で、長所を有しているとする。

つづいて、カナーリスは、①と②・③の区別の基礎にある「条項の設定と無効によって一部維持の要請が生じたか否か」という観点から、判例・通説を批判する。すなわち、「異議を唱えられた条項の無効が、法律の規律欠缺を明らかにし、その欠缺が、両当事者の関係する利益を不相当に規律したままにする場合にのみ、……補充的契約解釈によって相当な利益解決を達成しようとする裁判所の試みが許容される」という前述 B G H 第六民事部一九八

五年九月二四日判決の定式に対して、A G B G 六条二項の通常事例を述べるに過ぎず、①の定式に過ぎないと指摘する<sup>(138)</sup>。同様の批判は、学説に対しても向けられ、非典型的な契約および法律上の指導形象と大きく異なる契約において補充的契約解釈が認められるとする見解に対して、これがやはり①の定式に過ぎないことを指摘する。

これに対して、「法定類型に合致する契約においても、既存の任意法が両当事者の利益を（もはや）十分には考慮しない場合には、裁判官による契約補充の余地が存在しうる」と言うならば、任意法がそもそも適切でない場合とある約款条項が契約に組入れられたが無効とされたという理由で、任意法が両当事者の利益を考慮しない場合とが混同されている。通説においても、A G B G 九条以下に対する明白な違反が存在した場合、または、違反が容易に予見可能であった場合には、補充的契約解釈が拒絶されるべきことが主張されるが、この要求が①においては当てはまらない点で、このような混同は誤りをもたらすとす<sup>(140)</sup>。

カナリスは、時価条項の事例を、この批判が当てはまる事例であると考え。すなわち、そもそも契約において全く何も規定されていなかったならば、補充的契約解釈によって単純に価格引上げ権限が認められることは決してありえず、そのような権限は、売主が自ら用意すべきものであったとして、①の場合にはあたらないものと考え。第二時価条項判決は、A G B G 六条三項の適用回避または約款使用者が悪意ではなかったことに基づいて、正当化される。判例・通説の枠組みが①に限定されるならば、同判決を説明することができないとする<sup>(141)</sup>。

第二時価条項判決を説明することができないという批判は、価格改訂を認めなければ結論が妥当でないと考える限り、任意法の継続形成だけを認める見解にも向けることができるが、②を掲げるファストリッヒの見解には当てはまらない。しかしながら、カナリスは、③を別個に挙げることで、極限的で定式化困難な要求（全事情を考慮した期待可能性審査）に左右されない点で、②の定式に比べて優れているとする<sup>(142)</sup>。これにより、価格改訂条項が無

効とされた場合にも、六条三項の回避が問題にならないとしても、約款使用者が無効を認識していなかったことによる<sup>(14)</sup>、条項一部維持が正当化されることになる。

### 第三節 小 括

第二時価条項判決は、補充的契約解釈によって売主の価格改訂権を肯定し、買主による不当利得返還請求を認めなかった。すなわち、引渡しに際して契約締結時と異なる価格が妥当するという合意が存在したことから、時価条項の無効によって契約欠缺が生じているという評価を基礎に、「具体的な実体法上の規律という意味での任意制定法が提供されておらず、かつ、条項の無効によって生じた欠缺が補充されなければ、約款使用者と顧客の典型的利益を顧慮する相当な解決が提供されない場合」には、補充的契約解釈によって、「両当事者が、条項の無効を知っていたならば、両者の利益を適切に衡量して、信義誠実に従い誠実に合意したであろう」規律が認められるとした。具体的には、相当な利益調整として、引渡時のリスト価格およびBGB三一五条一・三項における衡平な裁量によって制約された売主の価格改訂権を認める一方、自動車の価格上昇が、注文から引渡しまでの間の一般生活費用の上昇を、軽微ではない程度に超える場合について、買主の解除権を認めた。

同判決を支持する学説においては、次のような理由付けが見出された。すなわち、一般法律行為論において、任意規定と補充的契約解釈との関係については、任意規定が優先され、補充的契約解釈は、任意規定が予定していない個別事情に基づいた契約補充を担うものとされていることから、時価条項の事例については、長期の引渡期間の存在が、BGBの売買契約類型において考慮されていない要素として、補充的契約解釈を基礎付けるとする理由付けである。

このような判例および通説的見解に対しては、次のような批判が向けられた。すなわち、そもそも時価条項が存在しなかったとしたら、長期の引渡期間を有する売買契約であったとしても、売主の価格改訂権が認められることはなく、第二時価条項判決は、補充的契約解釈によって、無効な時価条項において価格改訂権が規定されていたという事情を基礎として、売主の価格改訂権を認めたものと考えられないかという批判である。このような批判の背景には、ある契約規定が無効とされたことを前提として、その無効部分を補充する場合に問題となる任意規定と補充的契約解釈との関係と、そもそも当事者が何ら合意していなかった場合に問題となる両者の関係とが、無効な契約規定が合意されていたという前提事情の存在ゆえに、論理必然的には同一たり得ないという評価が見出される。補充的契約解釈の意義に、両当事者が当該契約において下した評価を尊重するということがあるならば、無効部分の補充という問題状況においては、無効な契約規定に当事者の評価が現れている一方、任意規定は、無効な契約規定によって当事者がまさに排除しようとしたものとして位置づけられる。このように考えると、無効部分の補充問題に当事者の自己決定の尊重という思想が持ち込まれるならば、単に典型的か個別的吗という点から、任意規定と補充的契約解釈との関係を整理することはできないことになる。もともと、この問題認識を前にして、どのような判断枠組みを採るかについては、条項一部維持説と任意法の継続形成説とで見解が分かれる。

まず、条項一部維持説は、無効部分の補充を、無効な約款条項の趣旨と当該条項を禁止する法規範の趣旨とを衡量して行うべきものとする（ただし、規律内容の確定性や約款使用者の主観的態様により、このような条項一部維持が認められない場合があることも主張される）。無効な約款条項であっても、代替規律の確定に際して考慮することによって、なお尊重されるべきものと考えられている。ハーガーが展開した補充的契約解釈の分析は、このような衡量を担保する法的構成を明らかにする。それによると、補充の前提として、当事者が意図した規定が無効と



されたということ自体が、契約欠缺の存在を示すとされ、さらに、このような欠缺の補充手段として、無効な規定によって排除された任意規定は、意図されなかったものとして、依然として排除される。したがって、価格改訂条項が無効とされた場合には、当該条項の趣旨が、契約締結時の価格への拘束（およびその例外としての行為基礎障害による価格調整）を望まないことにあることは明白であるため、禁止規範、すなわち具体化の要請ならびに解除権付与の要請を考慮して、どのような価格改訂規律が当該条項に代わるかだけが問題となる。

これに対して、任意法の継続形成説は、無効部分の補充を、客観的な基準によって行われるべきものとし、それは任意規定による補充およびその継続形成にあたるとする。その理由付けとしては、一方的に設定された約款を個別契約と同程度に尊重することを要請されないことや、当該約款の趣旨に基づく補充的解釈を認めるならば、少なくとも「ぎりぎりなお許容される程度」で無効な条項を維持することに帰着せざるを得ないということが、挙げられている。もともと、条項一部維持説においても、無効部分の補充は、禁止規範の趣旨を考慮して行われなければならないのだから、その点ではやはり客観的基準が作用する。任意法の継続形成説が条項一部維持説と異なる点は、無効な約款条項をないものとし、それによって無効部分をどう補充するかという判断が左右されないと考える点、その意味で当事者意思が考慮されないとする点に見出される。つまり、任意法の継続形成説においては、さしあたり「そもそも無効な約款条項がなければ、客観法の規律として何が妥当したか」だけが問題とされ、第二時価条項判決は、このような評価によって基礎付けることが困難であると批判される。

しかしながら、任意法の継続形成説の論者によっても、さらに別の観点から、第二時価条項判決を基礎付けることが提案されている。すなわち、任意法によって修正された契約への拘束が約款使用者にとつて著しく不利であるような場合に、A G B G 六条三項に基づく契約全部無効の回避を理由として、契約調整が認められるという構成が



提案されている。ここでは、約款使用者が、ある条項を有効であると信頼して使用したところ、実際には無効と判断されたことよって著しい不利益を蒙る場合が想定されている。このような事情が考慮される限りにおいて、たとえ第一次的には無効な約款条項がないものと考えとしても、最終的には、無効な条項が使用されたという事情を全く考慮しないわけにはいかないことが肯定されている。ただし、条項一部維持説の判断枠組みと対比するならば、任意法に拘束されることよって実際に約款使用者がどの程度の不利益を受けるかを問題にするという点で、なお相違が存在する。もともと、この考え方によつて直ちに第二時価条項判決を基礎付けることができるかという点、次のような問題がある。すなわち、同判決の個別事案を見るならば、値上がり率はせいぜい一割強であり、なぜこの程度で約款使用者にリスクを負担させることができないという判断がされるのかと言う問題である。ダイヤモンド・ベンツ社が全体として負担することになる多額（一説には八億マルク<sup>(4)</sup>）の不当利得返還債務を考慮して下された判決であると説明することも考えられるが、そもそも調整が認められるためのハードルが低いものと考えられているのではないか（後述）。

#### 第四章 結 論

##### 第一節 時価条項判決に関する議論のまとめ

##### 一 無効部分の補充手段としての補充的契約解釈の分析

本稿は、新車販売約款における時価条項が無効とされた場合という一事例のみを検討対象としたものであり、不当条項規制効果論について、俄かに一般化された結論を述べることはできない。しかしながら、一連の議論を振り返るならば、少なくとも、次のことを指摘することができるのではないか。すなわち、無効部分の補充に際して問

題となる補充的契約解釈は、いくつの場合に分けられるということである。第二時価条項判決後の議論を手がかりとすると、そもそも無効な条項がなかったものと仮定しても補充的契約解釈が問題とされなければならない場合と、無効な条項が使用されたことを前提として補充的契約解釈が問題とされる場合とが区別された上で、さらに後者について、A G B G 六条三項による契約全部無効の回避という観点から契約内容を調整することが問題となる場合と、それを越えてもつばら無効な約款条項を尊重するという趣旨から補充的契約解釈が問題となる場合とが区別される。このような区別を基礎とすると、無効部分の補充手段としての補充的契約解釈は、次のように分析することができる。

第一に、そもそも無効な条項がなかったものと仮定しても補充的契約解釈が要請される場合については、補充的契約解釈が認められないとする理由は見出されない。この場合の補充的契約解釈は、無効な条項がなかったのと同じ状態に戻すという点で、任意規定による補充と同様に評価することができるからである。もつとも、次の点が留意されなければならない。

まず、条項一部維持説が、無効な約款条項の趣旨から任意規定を排除するという考え方であるとする、継続形成された任意規定についても、依然として排除されなければならないのではないかとという疑問が生じる。しかしながら、そうは考えられていない。約款使用者が明確に意図しなかったと評価することができる無効な約款条項なき法的状態は、当該約款設定当時の法状況に基づいて判断されるため、事後的に継続形成された任意規定は、排除の対象とならず、むしろこの継続形成に無効な条項の趣旨が取り込まれるものと考えられる。したがって、この場合もまた、無効な条項の一部維持として評価することができないわけではない。

次に、任意法の継続形成説の論者は、この場合を指して任意法の継続形成に当たるものとしているが、カナリー

すが指摘するように、ここでも個別事情に基づく補充が考えられないわけではないだろう。例えば、第二時価条項判決前の下級審裁判例のいくつかで問題となった契約締結後の型式変更という事情は、本来それとともに新たな価格合意を認定しうるものと考えるが、そのような変更に際しての売主による価格提示は価格改訂権の行使に過ぎないという見解を採ったとしても、売主の価格改訂権を基礎付ける個別事情として認めうる。注文内容を変更しておきながら、価格の変更に応じないということは、買主として信義則上許されない。

これらは瑣末な問題かもしれないが、さらに、この場合の補充的契約解釈を考える上で決定的な問題として、そもそも時価条項がなかった状態として、どのような状態が想定されるかを検討する必要がある。例えば、第二時価条項判決においては、長期間を経た引渡しに際して異なる価格が妥当することについて合意があることを基礎として補充的契約解釈が行われている<sup>(16)</sup>。これに対して、同判決前におけるトリクナー／レーヴェヤ、同判決後における条項一部維持説や任意法の継続形成説の諸論者によって批判の前提とされていたのは、価格改訂の有無について何らの合意も存在しないという状態であろう。ここでは、価格改訂それ自体としての合意と価格改訂方法についての合意とを別個のものとして評価することができるかという問題が浮上している。このように、そもそも無効な条項が存在しなかった法的状態を考えるには、内容規制の対象となる条項の範囲をいかに画するかを検討しなければならぬ(この問題が効力維持的縮減と区別されていることについては、第一章を参照)。

第二に、契約全部無効を回避するための契約調整についても、認められる余地がある。第一の場合が、無効な条項を無視して行われる契約補充であるとすると、そこでは、無効な条項が約款使用者の対価計算の基礎とされた限りにおいて、対価の不均衡が生じうる。これが約款使用者にとって期待不可能な程度に達するときに契約を全部無効とすることは、A G B G 六条三項が明示的に定める効果である。このとき、無効な条項を考慮した契約調整によ

って契約を維持することができるならば、契約相手方にとつても、その方が望ましいものと考えられる。<sup>(46)</sup> もっとも、なお詰められるべき点が残る。それは、契約調整が認められるための要件を、契約全部無効の要件たる期待不能性よりも緩和しうるかという問題である。この場合の定式化を図ったファストリッヒは、「実質的に正当化されない著しい利益を契約相手方に得させることは内容規制の役割ではない」という考慮から、要件の緩和を肯定している。この点には条項一部維持説の主張への配慮が見出されるが、やはり、行為基礎論をモデルとしてA G B G六条三項が定立されているとしても、同項の規律対象が本来的な行為基礎論の規律対象とは異なるものであることが、意識されているのではないか。すなわち、ここでは、無効な条項を使用した約款使用者を当該条項がないものと仮定した契約にどこまで拘束することができるかが問題であり、当事者がどこまで合意に拘束されるかが問題ではないということである。そして、このような問題認識に立つならば、次に述べるのと同様の考慮が、重ねて働くことになる。

そこで、第三に、先の二つの場合に当てはまらない場合についても補充的契約解釈が認められるかである(以降、この場合を、狭義の条項一部維持と呼ぶ)。ここで、条項一部維持説によって根拠として挙げられるのは、無効な条項の趣旨を尊重しなければならないという点である。しかしながら、契約において当事者のなした自己決定が一般に尊重されなければならないとしても、ここでは、そのような自己決定を制約する内容規制の効果が問題なのであるから、この論拠を無制限に持ち出すことはできない。本稿の議論からも見出される限りで、次の点を考慮しなければならない。第一に、問題対象が約款であるという点である。一方的に設定された約款を個別交渉された契約条件と同程度に尊重されるべきものと考えることができないという、任意法の継続形成説の論者からの批判をどう考えるかである。第二に、効力維持的縮減の禁止について言われる「約款の相当な内容が達成されることを目指し、

顧客に約款から生じる権利義務についての適切な情報を得させる」というA G B Gの目的が、どのように評価されるかである。ここには、「約款使用者が自ら適正な約款の使用に努める誘引が失われてはならない」という予防思想、および、「顧客が契約締結時に自らの権利義務の内容を認識することができるようにすべきである」という透明性の要請が見出される。もっとも、価格改訂条項におけるように、透明性の要請が既に無効基準を構成している場合（具体化の要請）、この要請は次の点にも関わる。そして、第三に、無効基準をどの程度に設定されているものと考えるかである。任意法の継続形成説の論者は、A G B Gの無効基準を約款使用者にとってなお有利なものと考えている一方、<sup>(41)</sup>条項一部維持説に立つカナリスは、その根拠の一つとして、「暴虐」とも形容されるほどの非常に厳格な無効基準を挙げる。無効基準が緩く設定されるならば、既にその段階で約款使用者の契約自由が尊重されるゆえに、そのような基準に抵触する条項を尊重する要請も低下する。逆に、無効基準が厳格であれば、それだけ約款使用者の自由が侵害される度合いも高くなるところ、せめて効果論の枠内において、無効な条項の趣旨を斟酌することが要請されるものと考えられる。なお、第二時価条項判決をはじめ判例・通説は、効力維持的縮減と補充的契約解釈とは、前者が「ぎりぎりなお許容される程度」を基準とするのに対して、後者が「相当な利益調整」を追求するものであるという点で異なるとしている。このような基準の設定が、補充的契約解釈の内部においても議論を左右するかが問題となる。しかしながら、無効基準を緩く設定するならば、このような区別がありうるとしても、厳格な無効基準を設定するならば、そもそもこのような基準の相違を観念することは困難になる。したがって、この問題も、どのような無効基準を想定するかという問題の一部として考えられる。狭義の条項一部維持としての補充的契約解釈は、これらの点を考慮して、無効な条項がなかったものと仮定した契約に約款使用者を拘束することができないという評価を、予め定型的に下すことができる場合に限って、認める余地があるに過ぎないので

はないか。

なお、仮に狭義の条項一部維持としての補充的契約解釈を認めるとしても、補充的契約解釈を場合分けすることが、完全に無意味になるわけではない。これは、結論の射程が変わってくるということにもよるが、約款使用者の主観的態様によって内容規制の効果が左右されるという立場を採る場合に、<sup>(148)</sup>各場合を同一に扱うことができないのではないかという問題が存することによる。すなわち、約款使用者が条項無効を認識していた場合には補充的契約解釈が認められない、あるいは逆に、無効を認識していなかった場合に限り補充的契約解釈を認めるという判断枠組みを採用しようとするならば、第一の場合として評価することができるものについては、これが当てはまらないとの指摘が、カナリスによってされた。むしろ、この指摘は、論理必然的なものではなく、「約款使用者が意図的に違法な約款を使用したというだけで、当該約款がなくても認められる権利を奪われてはならない」という評価に基づく。この評価を共有しないならば、任意法の継続形成に当たる場合についても、補充的契約解釈を認めないという態度決定がありうる。しかしながら、そのような態度決定が支持されるのは、無効な約款条項がなければ妥当したという点で同等である任意規定に基づく権利についても、奪われてよいと評価することができる場合に、限られるのではないか。そして、約款使用者の主観的態様がよほど悪質である場合はともかく、単に条項の無効を認識していたというだけで、そこまでの評価を下すことはできない。

まとめると、無効部分の補充手段として問題となる補充的契約解釈は、少なくとも、そもそも無効な条項がなかったとして認められる補充的契約解釈と、当該条項が使用されたことを前提として問題となるそれとに分けられる。このような整理は、無効部分の補充手段としての補充的契約解釈において、後者の分だけ、当初から契約欠缺が存在した場合と異なる考慮が要求されることを示す。「第一に任意規定によって、第二に補充的契約解釈によって無

効部分が補充される」という通説的な判断枠組みが、この区別を明確にしていけないというカナリスの指摘は、正当である。もっとも、このような区別が成り立つためには、そもそも無効な条項がなかった状態というものを確定できなければならない、これが課題である。

## 二 時価条項が無効とされた場合の処理

### 1 価格改訂条項規制の要件論

「時価条項が無効とされた場合に、売主に価格改訂権が認められるか」という問題に入る前に、そもそも時価条項がどのような判断基準によって無効とされるのかという点についても、検討しておく必要がある。もっとも、要件論については、第一時価条項判決までの裁判例から引き出される判例理論を確認したに留まる。価格改訂条項規制の要件論は、ドイツ法において、本稿で扱った効果論とは別に研究されているところであり、ここで軽々に論じるべきものではない。しかしながら、価格改訂条項を規制する規範的諸要請は、効果論上も考慮されなければならないはずである。したがって、本稿で確認した判例理論についてのみ、若干の検討を加えることにする。

第二章第一節において確認したところによると、判例理論は、四月内の価格引上げを禁止するA G B G 一条一号に抵触しない価格改訂条項を、「契約締結時に顧客が価格引上げ範囲を認識することができるように、条項の定式自体において価格引上げ範囲を限定しなければならない」という具体化の要請、および、「そのような具体的な定式化が困難な場合でも、顧客に解除権を付与しなければならない」という基準を立てて、価格改訂条項の有効性を審査する。第一の基準である具体化の要請は、「無限定かつ一方的な価格引上げは許されない」という原理（均衡原理）、および、「契約締結時に顧客の権利義務の内容を明らかにすべきである」という原理（透明性の要請、こ



の点で効力維持的縮減の禁止について言われるのと同様の原理が作用している。から構成されているものと考えられる。これらの原理は、既にA G B G 一条一号の基礎に見出される。すなわち、同号の趣旨は、「合意は守られなければならない (pacta sunt servanda)」という基本思想に反して、従来の給付関係に事後的に一方的に介入することは許されないということとともに(均衡原理)、契約締結に際しての価格比較の価値が限定され、それによって競争が機能するための本質的要件が除去されてはならない(透明性の要請)という点にあるとされる。<sup>(149)</sup> この点だけを見れば、判例理論は、四月を越える契約における価格改訂条項についても、短期間の価格引上げを禁止するA G B G 一条一号の延長線上において、同様の原理から制約を課すものであると言える。トリंकナー／レーヴェの「約款における価格改訂留保は凡そ許されない」という見解も、これらの原理を非常に強く評価するならば、全く的外れというわけではない。そこまで言うことができずとも、このような規制の背景に、価格改訂留保を阻止する志向を見出すことは容易であろう。

しかしながら、一九八三年判決や第二時価条項判決などその後の経過をみるならば、異なる考慮が見出される。すなわち、これらの判決において問題にされたのは、もっぱら買主に解除権が認められるかだけであり、しかも第二時価条項判決に従うならば、解除権が認められるのは、「自動車価格の上昇が、一般生活費用の上昇を、軽微ではない程度に超える場合」に限られる。ここでは、売主に価格改訂権が認められることを出発点として、著しい価格引き上げから買主を保護するにはどうすればよいのかという考慮しか見出されない。

かくして、判例理論には、「価格改訂条項は凡そ許されない」とするA G B G 一条一号の延長線上で価格改訂留保を阻止する志向が見いだされる一方で、売主の価格改訂権を基本的に認めたいうえで買主の保護を図る方向性も見出される。このような要件論の幅は、効果論上も一義的な解決を妨げる。



## 2 時価条項が無効とされた場合の処理

それでは、時価条項が無効とされた場合に、売主の価格改訂権を認めることができるか。第一の問題は、第二時価条項判決をどのように位置づけることができるかという点であるが、それとともに、第二時価条項判決の事実よりも短い引渡期間の場合に、どのように判断されるかについても検討されなければならない。というのは、第二時価条項判決前の下級審裁判例を見るならば、時価条項が問題となった事例は、必ずしも年単位の引渡期間を有する契約であったというわけではなく、一年に満たない引渡期間の事例も、いくつか問題となっていた。そして、後者の場合には、契約締結時の価格に拘束されるものとする裁判例が多かった。そこで、引渡期間が数年に及ぶ契約と五月や六月の契約とを同一に扱うことができるのか、という問題が生じる。<sup>(150)</sup>この問題について、初期の議論では、長期の引渡期間を有する契約と中期の引渡期間を有する契約とを区別するウルマーの見解が見られたが、その後の学説は立ち入っていない。むしろ限界点の設定は容易ではないが、さしあたり、長期の引渡期間として数年、中期の引渡期間として半年程度を想定して、場合を分けて検討する。

まず、長期の引渡期間が合意されている場合については、学説の多数においても、結論として売主の価格改訂権を認めなければならない場合があると考えられていた。むしろ、ここには、将来の物価変動などに備えて価格改訂権を留保しておくことにつき売主が有する利益を、一定程度まで承認しなければならないという評価が見出される。価格改訂権を認めない見解もあるが、そのような見解は、AGBG 1 一条一号の延長線上において価格改訂留保はほとんど許されないという評価を基礎としてしか、成立しないのではないか。

それでは、この場合に認められる売主の価格改訂権は、どのように基礎づけられるか。まず問題となるのは、条項一部維持説や任意法の継続形成説の論者によって判例・通説に対して挙げられた批判、すなわち、「そもそも時

価条項がなければ、売主の価格改訂権が認められることはない」という批判を、どう考えるかである。

もつとも、この問題を考えるにあたっては、「そもそも時価条項がない状態」というのが、どのような状態なのかを確定しなければならない。前述のように、引渡時に異なる価格が妥当することについての合意（価格改訂それ自体についての合意）と価格改訂方法についての合意が区別され、時価条項が無効であつても前者は存続すると考えるのか、時価条項が無効である以上、価格改訂の有無について何ら規定されていないと考えるのかという問題がある。このような内容規制の対象画定の問題がどのような判断構造によつて処理されるかを、ここで一般的に論じることができないが、前者の処理については、次のような疑問が生じる。すなわち、前者で考えるならば、それぞれ別個独立の規定であるという以上、価格改訂それ自体については規定を置きつつ、それがどのような方法で行われるかについては規定しないことが、売主に許されるはずである。このとき、買主は、契約締結に際して条項自体から価格改訂の範囲を認識することができない。このような規定の仕方を承認するならば、価格改訂条項規制の基準の一つである具体化の要請と矛盾するのではないか、との疑問が生じる。むしろ、具体化を要求することが不合理であると評価するならば、このような批判は回避される。しかしながら、少なくとも中期の引渡期間が合意されている場合については、具体化の要請は合理性を有するものと考ええる。そして、このような条項分割の可否を、長期の引渡期間の場合と中期の引渡期間の場合とで区別することは、論理的に困難なのではないか。

それでは、「そもそも時価条項がなかった状態」として、価格改訂の有無について何ら規定されていない状態が想定されるとして、そのような場合にも売主に価格改訂権を認めてよいのか。この点を考えるにあたり、売主に価格改訂権を認めることが、売主にとって一方的に有利な解決であるとは言えないだろう。というのは、第二時価条項判決に従うならば、売主が価格改訂権を有するといつても、それは引渡時のリスト価格、したがって当時の市場

において通用しうる一般的な価格を妥当させることができるだけである。個別の買主を狙った恣意的な価格引上げは、認められない。しかも、改訂された価格は、裁判官による衡平に基づく審査に服するうえに（ここでは、個別に買主に有利な価格が合意されていたなどの事情も考慮される）、買主にとって過大な負担となる場合には、買主に解除権が認められる。また、第二時価条項判決においては言われていないが、リスト価格が下落した場合には、個別の契約における価格をそれに合わせて引き下げることが義務付けられるのではないか。このように見ると、売主に価格改訂権を認めるといっても、引渡期間が長期に及ぶ場合には、引渡時に価格が決まるものとして、その価格を第一次的には売主が指定しようというだけである。新車販売において売主以外の者が価格を決めるとというのが合理的ではないことも考えると、このような準則形成は、売主に一方的に有利なものとは言えない。そうすると、立場の分かれ目の一つは、「契約締結時に少なくとも価格改訂がありうることを明らかにしておかなければならない」と考えるか否かであり、したがって、契約締結時における価格合意をどの程度強いものと評価するかどうかと思われる。

ここで仮に、そもそも時価条項がなかったとしても価格改訂権が認められると考えるならば、時価条項が無効であるとしても、同様に価格改訂権を認めることは妨げられない<sup>(19)</sup>。逆に、「そもそも時価条項がなかったならば、両当事者は契約締結時の価格に拘束される」とするならば、時価条項が無効とされた場合に売主の価格改訂権を基礎付けるには、A G B G 六条三項による契約全部無効の回避を理由とする契約内容の調整、または、狭義の条項一部維持としての補充的解釈をもってするしかない。ただし、長期の引渡期間を有する場合には、売主の価格改訂利益がより強くなると考えると、前述の判断枠組みからは、前者によるとしても、時価条項に対する無効判断が相対的に厳格なものと評価されるため、かなり低いハードルを設定する必要があるのではないか。いずれにせよ、長期の

引渡期間を有する契約においては、わりと容易に売主の価格改訂権が認められるものと思われる。

これに対して、中期の引渡期間が合意されている場合には、事情が異なる。この場合は、直接的に A G B G 一一条一号の延長線上に位置づけられることから、同号の基礎にある原理の実現要請が、価格改訂留保を強く阻止する方向に働くものと考えられる。このことから、次のことが帰結される。

まず、「そもそも時価条項がなかったとしても、売主に価格改訂権が認められる」とは言えない。契約締結時に価格が確定されていることが、なお原則とされる。価格改訂それ自体についての合意と価格改訂方法についての合意とを分割し、前者が存続していると言えないことは、既に述べた。また、狭義の条項一部維持としての補足的契約解釈を承認することもできないだろう。この場合には、長期の引渡期間が合意されている場合に比して、契約締結時に価格を明確にしておくことがより強く要請される一方、売主の価格改訂利益はより小さいものと考えられることから、時価条項に対する無効判断は、厳格なものとは言えない。また、狭義の条項一部維持が認められるとすれば、売主は、少なくとも条項が有効か無効か判別することができない場合には、とりあえず当該条項を使用しおけば、団体訴訟のリスクは負うかもしれないが、個別訴訟においては、確実に価格改訂権を確保することができることになる。このような帰結は、透明性の要請を後退させるうえに、予防思想も後退させる。価格改訂条項が一方的に設定された約款であることも考慮するならば、約款使用者が条項無効を認識していたような場合は除くにしても、狭義の条項一部維持も要請されないと考えられる。

したがって、中期の引渡期間を有する契約については、注文型式が変更された場合を別とすれば、A G B G 六条三項に基づく契約全部無効を回避するために価格改訂権を認める可能性だけが残る。したがって、この場合に価格改訂権が認められるのは、短期間に著しい価格変動が生じた場合に限られよう。もつとも、長期の引渡期間に近づ

く場合については、売主の価格改訂利益が相対的に大きくなることから、より緩和されたハードルをもって、価格改訂権を認めることになるものと考えられる。

右の考察をまとめると、全般的な傾向としては、引渡期間が短ければ、それだけ売主の価格改訂権が認められにくくなり、逆に長くなれば、それだけ認められやすくなるものと言える。もともと、数年に渡る長期の引渡期間が合意されている場合については、そもそも時価条項の有無にかかわらず、価格改訂が認められる可能性がある。ただし、そのように考えるところでも、時価条項が使用された場合とそうでない場合とで、全く同じ帰結になるというわけではなく、無効なものであっても条項が使用されたことによって、売主の価格改訂権が認められる場合が、若干拡張されるのではないかと思われる。

## 第二節 おわりに

本稿は、様々な問題を含む不当条項規制効果論の中で、無効部分がいかに補充されるかという問題だけに焦点を合わせ、さらに、ドイツ約款法において問題となった時価条項判決に関する事例研究という方法によったものであり、極めて問口の狭い検討に終始したものである。不当条項規制効果論という枠の中如果说、後ろの方にある問題を扱ったものであり、制限解釈や無効範囲の確定といった前提となる諸問題との対照に至っていない。また、無効部分補充の問題に絞ったところで、本稿で提示した判断枠組みが、時価条項以外の事例においてどの程度通用するかについても、実証されていない。他方で、価格改訂条項規制という枠で見れば、前提となる要件論について、若干の裁判例・判例法理を確認したのみで、現在に至るまでの裁判例・学説の幅広い検討は、残されたままである。したがって、本稿の結論は、あくまで暫定的なものに留まり、これらの点について、今後、検討を加えなければな

らない。さらなる検討を踏まえたくうえで、日本法の従来の議論<sup>(53)</sup>、さらに、不当条項規制の問題もそこに包摂される  
ところの近時の大問題である契約内容確定法理の構築に関する議論との関係で、本研究の位置づけを明らかにしな  
ければならない。

(74) BGHZ 90, 71

(75) BGHZ 90, 71f.

(76) NJW 1984, 1181

(77) BGHZ 90, 72f.

(78) ドイツ民法典旧四五三条 (市場価格)

市場価格をもって売買価格と定めた場合において、疑わしい場合には、履行期に履行地において標準となる市場価格を  
合意したものとみなす。

(79) ドイツ民法典六一二条 (役務提供契約)・六三二条 (請負契約) 報酬

(2) 報酬の額が定まっていない場合において、報酬規定があるときは、規定報酬を、報酬規定がないときは、通常の報  
酬を合意したものとみなす。

(80) この点について、同日判決は、注文書式においてリスト価格の定義が記載されておらず、また、約款においても  
「価格改訂条項」とは書かれていなかったという点において、一九八三年判決と事案を異にした。しかしながら、そこ  
でも、金額が記載され、それが「工場渡しの売買価格」とされていたことから、表示の語義および両当事者の利益状況  
を理由として、確定価格の合意が存在しているとされた (NJW 1984, 1181)。

(81) BGHZ 90, 74

(82) BGHZ 90, 74f.

(83) BGHZ 90, 75ff.

(84) BGHZ 90, 77f.

(85) BGHZ 90, 78ff.

- (86) BGHZ 90, 80f.
- (87) BGHZ 90, 81f.
- (88) BGHZ 90, 82f.
- (89) BGHZ 90, 83. ハ)では、裁判所が第一次的に価格調整を図る場合と、一方当事者に確定権を認めただうえで、裁判所がその行使について二二五条三項に基づく衡平審査を行う場合とが区別されている。これらの構成の区別について、Jürgen F. Baur, „Vertragliche Anpassungsregelungen“, 1983, 63ff. を参照。
- (90) Trinkner [4], a. a. O. (Fn. 18), 491ff.; Löwe [5], a. a. O. (Fn. 18), 493; Bunte [2], a. a. O. (Fn. 5), 1147
- (91) NJW 1985, 622f.
- (92) BGHZ 90, 84f.
- (93) 第二時価条項判決を支持する主要な学説として、Bunte [2], a. a. O. (Fn. 5); H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 5), 25ff., 172ff.; Neumann, a. a. O. (Fn. 5), 113ff.; Mockenhaupt, a. a. O. (Fn. 18), 163ff. (ただし、最終的に主張される価格改訂権の定式は、第二時価条項判決と異なる); Begerow, a. a. O. (Fn. 18), 93ff. などを参照。
- (94) ドイツにおける補充的契約解釈論については、山本敬三「補充的契約解釈(一)〜(五・完)——契約解釈と法の適用との関係に関する一考察」法学論叢一一九巻二頁一頁以下、四号一頁以下、一二〇巻一頁一頁以下、二号一頁以下、三号一頁以下(一九八六年)、任意規定と補充的契約解釈との関係について、とりわけ(三)二二頁以下を参照。また、石川博康『『契約の本性』の法理論(一)』法学協会雑誌一二二巻二七頁以下、とりわけ七八頁以下も参照。
- (95) Bunte [2], a. a. O. (Fn. 5), 1146
- (96) Bunte [2], a. a. O. (Fn. 5), 1147f.
- (97) ドイツ民法典四二三条 売買契約における契約類型的義務
- (1) 略
- (2) 買主は、合意された売買代金を売主に支払い、売買目的物を受領する義務を負う。
- (98) Bunte [2], a. a. O. (Fn. 5), 1148
- (99) Neumann, a. a. O. (Fn. 5), 148ff.

- (100) ノイマンは、主としてトリンクナー／レーヴェの見解を念頭に置くが (Neumann, a. a. O. (Fn. 5), 133ff.)、彼らは、補充的契約解釈が一般的に認められない旨を主張してはいない。
- (101) Neumann, a. a. O. (Fn. 5), 153ff.
- (102) Neumann, a. a. O. (Fn. 5), 21, 113ff.
- (103) Neumann, a. a. O. (Fn. 5), 159ff. ただし、ノイマンは、時価条項は本来有効であり、第一時価条項判決が誤りであると考えた (Neumann, a. a. O. (Fn. 5), 151)。
- (104) Neumann, a. a. O. (Fn. 5), 176ff.
- (105) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 5), 191ff.
- (106) Hager, a. a. O. (Fn. 18), 264
- (107) 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。  
12 (継続的債務関係における存続期間)  
約款使用者による商品の定期的な供給または役務もしくは請負給付の定期的な提供を目的とする契約関係において、  
a 契約相手方を二年を超えて拘束する契約存続期間
- (108) ドイツ民法典六四九条  
注文者は、仕事が完成するまで、いつでも契約を告知することができる。
- (109) Hager, a. a. O. (Fn. 18), 267f. 同様の批判は、その後、Medicus, a. a. O. (Fn. 8), 98ff. によっても展開された。また、ハーガーの批判を受けて、シュロッサー (Peter Schlosser, a. a. O. (Fn. 18)) は、第二時価条項判決の射程を限定し、依然として一般的に効力維持的縮減が認められるわけではないとした。すなわち、実際には一九八三年判決に反して価格留保であり、時価条項が無効とされれば、要素の不確定を理由として契約全部無効が命じられるため、AGBG によって意図される消費者保護を捻じ曲げることになる。第二時価条項判決は、この不都合を回避するために、価格確定方法についての法の継続形成を行ったに過ぎず、それが効力維持的縮減に当たるとしても、過剰な引渡期間や免責条項といった、契約内容を補充する条項が問題である場合にまで射程が及ぶものではないとした。



- (10) Hager [1], a. a. O. (Fn. 8), 158ff.
- (11) Hager [1], a. a. O. (Fn. 8), 162, 200ff.
- (12) Boenke-Albrecht, a. a. O. (Fn. 8)
- (13) Boenke-Albrecht, a. a. O. (Fn. 8), 108
- (14) Boenke-Albrecht, a. a. O. (Fn. 8), 137
- (15) Boenke-Albrecht, a. a. O. (Fn. 8), 79f., 86ff.
- (16) Boenke-Albrecht, a. a. O. (Fn. 8), 83
- (17) 以下本文を参照。
- Eike Schmidt, Grundlagen und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz, JuS 1987, 929 (E. Schmidt [1])
- ders., AGB-Gesetz und Schuldvertragsrecht des BGB, ZIP 1987, 1505 (E. Schmidt [2])
- Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht AT Teilband 1 (8. Auflage, 1995), 183ff. (E. Schmidt [3])
- Helmut Rübmann, Die „ergänzende Auslegung“ Allgemeiner Geschäftsbedingungen, BB 1987, 843
- Dieter Hart, Zivilrechtspraxis zwischen Vertragskonsolidierung und Vertragsrechtsfortbildung - Am Beispiel der ergänzenden Vertragsauslegung und der Geschäftsgrundlage, KritV 1989, 179
- AK-BGB (1987), §§ 133/157, Rn. 84ff. (Dieter Hart)
- (18) Rübmann, a. a. O. (Fn. 117), 844; Hart, a. a. O. (Fn. 117), 182ff.
- (19) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 5), 404; Hart, a. a. O. (Fn. 117), 191. 以下の述べた認識の背景には、旧約款規制法九条一項の立法趣意を「CDU・CSU草案 (CDU/CSU-Entwurf, BT-Drucks. 7/3200, 12) および連邦議会法律委員会報告書 (BT-Drucks. 7/5422, 6) に基づいて、約款の有効性を「義理的に予め評価する」ことを可能にするという取引上の要請から、「相当な利益調整」の要請を後退させ、「著しい程度の不利益」が要求される定式へと変更されたという経緯が窺える。
- (20) Rübmann, a. a. O. (Fn. 117), 845f.; E. Schmidt [1], a. a. O. (Fn. 117), 935f.; ders. [2], a. a. O. (Fn. 117), 1507ff.; ders. [3], a. a. O. (Fn. 117), 204ff.; Hart, a. a. O. (Fn. 117), 189ff.

(121) この見解は、一種の約款法規説と結び付けて拒絶されることがある(例えば、H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 5), 180f.)。確かに、論者の一人であるアイケ・シユミットは、次のように主張する。すなわち、両当事者の交渉プロセスよって正当性を保障されている個別契約だけが、BGBの契約パラダイムによって把握され、一方的に設定され内容の合意を欠いたまま服従される約款では、もはや契約自由を語る(ことができない)(E. Schmidt [1], a. a. O. (Fn. 117), 930f.; ders. [3], a. a. O. (Fn. 117), 185ff.)。むしろ、約款は、経済関係を超個別的に規制するという目的および一般的・抽象的性格から、実質的に規範的性格を有するものであり、他方で、私人たる約款使用者には、法設定権限が認められないので「規制を留保された私的な規範設定」として理解される。(E. Schmidt [1], a. a. O. (Fn. 117), 931f.; ders. [3], a. a. O. (Fn. 117), 190f.)。しかしながら、ここには、共通の前提、とりわけ契約メカニズムの正当性保障論に基づいて、約款の補充および法的性質の問題について議論が展開されているだけである。法的性質というレベルで約款と個別契約を区別すること、補充的解釈の可否というレベルで両者を区別することは、論理必然的に連結されないのではないか。

(122) Lorenz Fastrich, „Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht“ (1992), § 11 (326ff.)

(123) Fastrich, a. a. O. (Fn. 122), 339ff.

(124) Rüßmann, a. a. O. (Fn. 117), 846f.

(125) Rüßmann, a. a. O. (Fn. 117), 847

(126) Fastrich, a. a. O. (Fn. 122), 344f.

(127) もっとも、この評価については、疑問が残る。というのは、第二時価条項判決の事案と同様に、長期の契約であると言えるかが問題だからである。確かに、当該事案は、住宅建築請負契約において、ある一定時点までの固定報酬が合意され、その後は、報酬改訂条項に基づき、請負人の価格リストに従って報酬が引き上げられるものとされていた点で、時価条項事例と類似していた。しかしながら、着工予定日が固定報酬期限とされ、着工がそれより遅れた場合に実際の着工日を改訂報酬確定の基準時とする契約であったところ、実際の着工日は、予定日からわずかに一月弱遅れたに過ぎなかった。判決は、このような事情を考慮して補充的契約解釈を否定しており、本件契約を長期契約とは評価しなかつたとも考えられる。

(128) Fastrich, a. a. O. (Fn. 122), 356ff.

- (129) Fastrich, a. a. O. (Fn. 122), 349f., 355
- (130) Fastrich, a. a. O. (Fn. 122), 351f.
- (131) BGHZ 90, 77
- (132) Canaris, a. a. O. (Fn. 8)
- (133) Canaris, a. a. O. (Fn. 8), 547f.
- (134) Canaris, a. a. O. (Fn. 8), 555f. この指摘は、その後、ハーガーによっても支持されている (Hager [2], a. a. O. (Fn. 8), 177)。
- (135) Canaris, a. a. O. (Fn. 8), 556f. ファストリッヒ論文は、一九九二年刊行であるが、一九八八年・一九八九年冬学期に教授資格取得論文として提出されたものであり、カナリス論文に先行している。
- (136) Canaris, a. a. O. (Fn. 8), 557f.
- (137) カナリスは、建築請負契約において、遅滞日数に応じて増額される違約罰条項について、上限を欠くことを理由として、これを全部無効とする裁判例 (BGH 第七民事部一九八七年一〇月二二日判決 (ZIP 1988, 169)) を挙げている。
- (138) Canaris, a. a. O. (Fn. 8), 559f.
- (139) ウルマーがこの点を主張した点については、既に第二章において紹介した。その後、Bunte [2], a. a. O. (Fn. 5), 1146f.; Lindacher, a. a. O. (Fn. 5), 158.; H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 5), 204f. などが、同様の主張を展開している。
- (140) Canaris, a. a. O. (Fn. 8), 561f.
- (141) Canaris, a. a. O. (Fn. 8), 562f.
- (142) Canaris, a. a. O. (Fn. 8), 558f.
- (143) Canaris, a. a. O. (Fn. 8), 562f.
- (144) 注(24)を参照。
- (145) さらに、近時の裁判例として、長期の預金契約における利率改訂条項に関するBGH第一民事部二〇〇八年六月

一〇日判決 (NJW 2008, 3422) が注目される。そこでは、預金者が、利率改訂条項の無効を理由として、全契約期間 (二五年間) において契約当初の利率が妥当することの確認を求めたのに対して、BGHは、利率改訂方法についての規定が無効であっても、変動金利制の合意は独立した有効な合意であるとして、預金者の請求を認めなかった。

(146) *Fastrich, a. a. O. (Fn. 122), 347f., 356ff.*

(147) 先に、約款の補充的契約解釈自体がそもそも許容されないという見解の論拠として、この点に言及したが、ファストリッヒもまた、同様の理解を示している。*Fastrich, a. a. O. (Fn. 122), 298ff.* を参照。

(148) この点については、条項一部維持説の論者間におこつて、見解の相違が存在する。*Hager [1], a. a. O. (Fn. 8), 72; ders. [2], a. a. O. (Fn. 8), 178; Boehme-Albrecht, a. a. O. (Fn. 8), 145ff.* は、約款使用者の主観的態様による場合分けに否定的である。

(149) *Regierungsentwurf, a. a. O. (Fn. 9), 27; Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O. (Fn. 5), § 11 Nr. 1, Rn. 1 (Manfred Wolf)*

(150) さらに、ファストリッヒが、任意法の継続形成として価格改訂権が認められるものではないことの論拠として挙げたBGH第七民事部一九八五年五月二〇日判決 (BGHZ 94, 355) も、このような引渡期間による区別の問題を提起する。同判決については、注(127)を参照。

(151) もっとも、そのように考えると、そもそも時価条項が無効なのかが問題である。第二時価条項判決が認める価格改訂規律に比して、時価条項はどの点で不相当であるというのか。解除権が規定されていない点を指摘するとしても、なぜ書かれていないことが排除する趣旨であると解釈されるのが問題である。

(152) 補充的契約解釈は、制限解釈との関係でも問題となる。というのは、条項を有効としたうえで何らかの規律を補充する解釈もまた、補充的契約解釈と呼ぶことができ、これは、内容規制に先立つ制限解釈の一種として評価しうるからである。このような解決は、ドイツ法上、過剰担保の解放条項の事例において選択されている。この問題については、野田和裕「過剰担保の規制と担保解放請求権——ドイツ法の分析を中心に——」(二)・(二・完)「民商法雑誌」一四卷二号二六頁以下、三号四三頁以下(一九九六年)、同・私法六一号一七四頁以下(一九九九年)を参照。

(153) 注(一)を参照。

(154) さしあたり、潮見佳男他「契約責任論の再構築」(二〇〇六年日本私法学会シンポジウム資料)「ジュリスト」一三一

八号八一頁以下、とりわけ、山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」同八七頁以下（二〇〇六年）を参照。

※ 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。