

Title	不当条項規制における規制対象の画定（一）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2011, 61(1), p. 111-157
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55208
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

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

Osaka University

不当条項規制における規制対象の画定（一）

武 田 直 大

第一章 序論

第一節 問題の所在

一 個別訴訟

二 団体訴訟

第二節 検討方法

第二章 個別訴訟に関する学説の議論

第一節 議論の前提

一 旧約款規制法の規定構造

二 効力維持的縮減の禁止

第二節 学説の状況

一 初期の条項画定論

二 条項画定論に対する批判

三 独立した有効性審査の可能性を基準とする見解

第三節 検討

一 個別訴訟における規制対象画定の意義と基準

二 規制対象の画定を問題としない異なる判断枠組み（以上、本号）

第三章 団体訴訟に関する学説の議論

第四章 判例の検討

第五章 結論

第一章 序論

第一節 問題の所在

一 個別訴訟

不当条項規制の効果論においては、一部が違法な条項が存在する場合に、当該条項を全部無効とすべきか一部無効とすべきかという問題が論じられてきた。議論の内容をごく簡単に整理するならば、予防（規制に抵触する限度でしか無効とされないならば、条項使用者が、自ら条項の適正化に努める誘因が働かない。）や条項使用者に対する帰責（自ら不当な条項を作成したのだから、当該条項全体を無効とされてもやむを得ない。）といった論拠に基づいて、条項全部無効が主張される一方で、「⁽¹⁾抵触が部分的であるならば、その抵触部分のみの効力を否定すれば足り、契約条項全部を無効としてしまうのは過ぎたること」⁽²⁾であるという基本思想をもとに、条項一部無効説が主張されてきた。⁽³⁾

しかしながら、この問題の前提として、そもそも何を一つの条項と見るべきかという問題が存在する。この問題を指摘する山本敬三教授は、次のように論じている。⁽³⁾

すなわち、どの範囲まで無効とすべきかという無効範囲の確定における第一の問題として、無効判断の対象とな

る条項の確定がある。異なる条項を区別する基準として、「まず考えられるのは、当事者が実際に契約書や約款でおこなった条文構成を手がかりとする方法である」が、「それをそのまま基準とすると、可能なかぎり多くの条文に書き分けさえすれば、無効となる範囲を限定できることにな（り）……、契約書や約款が見通せないほど大部なものとなる恐れがある。」有効な条項と無効な条項を区別することが目的なのだから、「その区別の基準も、別個の無効判断が可能かどうかというところに求められる」。例えば、商品の信用売買において、①購入者が個人の特定情報または②信用状態につき不実告知した場合に、売主は契約を解除できるとする条項は、それぞれの解除事由ごとに独立した無効判断が可能である。

第二の問題は、「そのようにして特定された1個の契約条項の一部が不当である場合に、その条項の全部が無効となるのか、一部のみが無効となるのかである。」「契約自由の原則によると、当事者のおこなった契約はできるときり尊重することが要請され……契約自由に対する介入はあくまでも必要最小限度にとどめる必要がある。」「しかし、消費者契約に関するかぎり、こうした一般原則は修正する必要がある。」「予防・制裁ないし帰責……という観点重視するならば、……条項の全部無効を認めるべきだということになる。」このような一般論と共に、具体例として、「事業者がいっさい責任を負わないと定めた免責条項は、全部無効となるのか、それとも故意・重過失免責を定めた部分のみが無効となるのか」という問題を挙げている。

このような議論は、ドイツ約款法における支配的見解を参考にしたものと推察されるが、直ちに次のような疑問が生じる。

第一に、免責条項の例においても、故意・重過失免責と軽過失免責とを区別し、前者のみに無効判断を下すことはできないのかが問題となる。この点に関連して、さらに、条項使用者自身が故意・重過失免責と軽過失免責とを

區別して規定していた場合はどうなるのかも、問われるだろう。これらは、無効判断の対象となる条項を確定するといっても、具体的にどのような基準によって行われるのか、という問題である。「別個の無効判断が可能かどうか」が基準になると言っても、免責条項においても、故意・重過失免責と軽過失免責とは、別個に無効判断の対象となるとも言えてしまうのではないか。そうすると、この基準は、基準として不十分ということになりはしないか。

第二に、条項の確定の例として挙げられている商品の信用売買における解除条項についても、①・②を共に無効とすれば、より予防機能が働くのではないか、という疑問が生じる。これは、つまり、条項を確定した場合に、なぜ無効範囲は当該条項以上に広がり得ないのか、という問題である。条項を確定したうえで、それが全部無効となるのか一部無効となるのかという判断枠組みは、当該条項以上に無効範囲が広がり得ないことを、暗黙の了解にしている。しかしながら、この点は、理由なしに済ますことができないのではないか。

これらの疑問は、結局のところ、不当条項規制の効果を考える際に、契約の一部である条項を確定したうえで、さらにその一部を問題にするという判断枠組みが、どのような意味を持つのか、なぜそのような二段階の枠組みを採るのか、という問題に帰着する。本稿では、このような条項の確定の問題に焦点を当てて、不当条項規制効果論を考察する。

二 団体訴訟

ところで、従来、このような不当条項規制の効果論は、具体的な契約内容の確定が問題となる個別訴訟の文脈を中心に議論されてきた。しかしながら、消費者契約法に団体訴訟制度が設けられるに至り、近時においては、団体訴訟の文脈においても、条項一部無効やその前提となる条項の確定の問題が議論されている。例えば、山本豊教授

は、次のような指摘をしている。すなわち、まず条項一部無効の問題について、消費者契約法一二条三項は、「第八条から第十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、条項の無効範囲と差止範囲とが必ずしも連動しないという立場を採用しているとし、「原告適格消費者団体が1個の条項のどの部分が無効かということを厳密に明らかにしなくても、当該条項を含む、契約締結の意思表示の停止を求めることができることを明らかにして、原告の負担を軽減したものと見える」と指摘している（もっとも、裁判所が、一二条三項の「予防に必要な措置」として、「少なくとも〇〇円を超える違約金を定める条項を使用してはならない」という形で判決を書くことは、ありえてよいとする）。それに対して、条項の確定については、「条項が法的に見て複数と評価される場合には、原告がどの条項の使用差止めを求めるかは特定して請求しなければならぬ（ならない）」⁽⁵⁾としている。もっとも、条項単位の把握の仕方、可分性といった問題は、今後の検討課題として留保している。

かくして、団体訴訟においても、どのようにして条項を確定すべきか、という問題が見出される。もっとも、ここでは、個別訴訟におけるのと異なる文脈において、つまり、原告がどのような形で請求を立て、どのような形で判決が書かれるべきかという観点から、この問題が論じられており、個別訴訟と団体訴訟とで同一の基準によって確定がなされるべきなのかは、明らかにっていない。そこで、本稿では、団体訴訟における条項の確定の問題について、個別訴訟における問題とは切り離して、別に検討を加えることにする。

第二節 検討方法

本稿では、右の諸問題につき、ドイツ約款法における議論をもとにして考察を加える。先に述べたとおり、条項

の確定という問題の指摘は、ドイツ法における議論から示唆を得たものと推察される。しかしながら、ドイツにおいて実際にどのような議論がされているのかは、これまでのところ、詳細には紹介されていない。そこで、源流たるドイツ法における議論を検討することにより、右の諸問題についての示唆を得ようというのが、筆者の意図するところである。

具体的な検討内容を説明する前に、問題を示す用語について、説明が必要である。ここまで、本稿の検討課題を「条項の確定」と呼んできたが、以後、「規制対象の画定」という語を用いる。というのは、次の理由による。すなわち、まず、先に紹介した日本法の議論において、「条項」という用語は、個別の無効判断の対象となるものという意味で使用されている。しかしながら、「無効」というのは、不当条項規制によって生じる法律効果であり、法的判断がなされるのは、当該条項が不当であるか否か、言いかえれば違法か適法かという点である。したがって、「条項」という言葉が指し示しているのは、精確に言えば、個別にそのような違法性評価の対象となるものである。ところが、本稿が直接的な検討対象とするドイツ法の議論において、「条項」(Klausel)という語は、必ずしも個別の違法性評価の対象を指して使用されてきたわけではない。そこで、以降では、個別の違法性評価の対象を意味するのに、「条項」という語に代えて、端的に「規制対象」という語を使用する。また、「確定」ではなく「画定」という語を用いるのは、ドイツ法でこの問題を論じる際にしばしば使用される *Abgrenzung* の語義を考慮していることである。

それでは、具体的な検討の内容について説明する。ドイツ約款法においては、無効範囲の問題に関して、裁判例の整合性が大きな問題となっている。すなわち、ドイツにおいては、日本でいうところの条項一部無効にあたる処理が、「効力維持的縮減」(*geltungserhaltende Reduktion*)と呼ばれているが、このような処理を認めないとするの

が判例・支配的学説⁽⁶⁾の立場である。しかしながら、その前提となる規制対象の画定についての裁判例が、効力維持的縮減の禁止法理と整合的に展開されているかのかが議論されており、規制対象の画定という枠組みを用いて、この禁止法理が回避されているのではないかというのが、効力維持的縮減を認める学説⁽⁷⁾の側から出される批判の一つとなっている⁽⁸⁾。このような議論状況に鑑みて、本来であれば裁判例の包括的な検討が要請されるところであるが、本稿においては、そのような検討は行わない。というのは、規制対象の画定は、潜在的には、約款規制が問題となつた全ての裁判例において問題となるものであり、この問題を明示的に論じている裁判例だけを取り上げるとしても、旧約款規制法施行以来積み上げられた裁判例は、多様かつ大量である。それらの裁判例を整理するには、予め一定の分析枠組みを用意しておく必要がある。そこで、本稿では、学説における議論の検討を主とし、それに引き続いて判例法理を検討し、個別の裁判例については、判例法理の形成に関連して引き合いに出される若干の重要な裁判例についてのみ、分析を加えることにする。さらに、学説については、旧約款規制法施行から今日のドイツにおける支配的見解が形成されるに至る時期の議論に焦点を当てる。というのは、この時期に主張された諸見解を比較することが、問題を分析するうえで有用であり、また、その後の学説における議論内容は、基本的に、この時期の議論内容を大きく超えるものではないからである。次章以降、個別訴訟に関する学説の議論（第二章）、団体訴訟に関する学説の議論（第三章）、判例（第四章）の順に検討を加えていく。

第一節 議論の前提

一 旧約款規制法の規定構造

本章では、個別訴訟における約款の内容規制について、規制対象を画定することがどのような意味を有するのかという規制対象画定の意義の問題、および、具体的にどのような基準によって規制対象を画定すべきなのかという画定基準の問題を検討する。

これらの問題を、ドイツ旧約款規制法における内容規制に関する規定の構造に即して敷衍していく。同法は、実体法規定と団体訴訟に関する手続法規定とからなる法律であったが、個別訴訟に係わる前者は、債務法現代化に伴い、二〇〇二年よりドイツ民法典に統合されている。しかしながら、本稿では、旧約款規制法の時期における議論を扱う関係上、旧法の条文を参照し、現行法の規定は、括弧内にて指定する。もっとも、本稿で扱う議論との関係において、旧法と現行法の間には、大きな変更点は存在しない。

はじめに、規制対象について見ると、旧約款規制法九条ないし十一条（民法典三〇七条ないし三〇九条）は、九条において内容規制の一般条項を定め、一〇条に評価の余地のある禁止条項リストを、十一条に評価の余地のない禁止条項リストを置いている。その中で、九条一項一文は、「普通取引約款における規定 (Bestimmung) 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。」としている。一〇条および十一条においても、たいていの場合、約款における一定の「規定」ないし「合意」(Vereinbarung) が無効である、とされている。さらに、旧約款規制法八条（民法典三〇七条三項）も、「九条ないし十一条は、普通取引

約款における規定のうち、それによって法規定と異なるまたは法規定を補充する規律が合意されるものについては「規定」としており、約款中の「規定」に焦点を合わせている。これらの条文に照らすと、旧約款規制法における内容規制の対象は、ある一定の内容をもった約款中の「規定」等ということになる。しかしながら、講学上、「条項」(Klausel) という語が使用されることがあり、後述のように、旧約款規制法制定後まもない時期においては、一部が違法な「条項」の処理が、効果論上問題とされた。いずれにせよ、そもそも何を一つ一つの「規定」ないし「条項」とするのが問題となるが、この点は、条文から直ちに明らかになるものではない。

次に、無効範囲の問題に関して、旧約款規制法六条（民法典三〇六条）へと視点を移す。同条は、約款が無効な場合の効果をも、約款に組み入れられない場合の効果とあわせて、次のように規定している。

まず、六条一項は、「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。」としている。この規定は、約款が脱落しても契約への拘束を望むはずであるという両当事者の仮定的意思、および、約款の弊害を除去しつつ契約を維持することが契約相手方の保護に資するという思想から、約款の無効等が契約のその他部分の効力に影響しないことを定めたものである。⁽⁹⁾そこで、どの範囲において契約が維持されるのか、逆にどの範囲で無効とされるのか、という問題が生じる。この点、先の九条以下と併せて読むならば、規制の対象となった「規定」だけが無効となることが、容易に想起される。しかしながら、旧約款規制法の立法資料において、同法六条（に対応する規定）が、約款が無効な場合に契約をできる限りの範囲で維持しようとの原則に立つものであるとされていることが注目される。⁽¹⁰⁾仮にこの原則を貫徹する方向で考えるならば、一つの「条項」の内部においても、無効とされる範囲をできるだけ狭め、存続する契約の範囲を広げていくことが望ましい。しかしながら、他方で、一項は「個別の条項の無効に直接または間接

にかかわらない契約部分が、……維持されるべきこと」を規定するとの記述もあり、⁽¹⁾無効な条項に間接的にかかわるその他の部分も無効になる、とも考えられそうである。したがって、六条一項からは、無効範囲を確定する法理を一義的に引き出すことができず、問題は解釈論に委ねられている。

続く諸規定を見ても、問題は解決されない。六条二項は、「(約款の)規定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において、契約の内容は、法律上の規定に従う。」とする。この規定は、約款の無効等によって生じた欠缺の補充方法を定めたものであるが、約款「規定」が契約構成要素とならないか無効である「限りにおいて」(soweit) という要件を立てている。したがって、ある「規定」の一部だけが無効となり、残部が存続するため任意規定が適用されないとしても、二項の文言には反しない。また、六条三項は、「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。」として、一項の例外を定めているに過ぎない。この規定からも、さらなる示唆を引き出すことは、困難である。

ここまで見たところ、無効範囲を画定するうえで規制対象の画定がどのような意味を有するか、さらに、規制対象をどのような基準で画定すべきかといった問題は、いずれも条文から直ちに説明されるものではない。そのため、旧約款規制法の制定後、これらの問題が議論の対象となった。次節において、その議論の内容を整理していくが、その前に、規制対象画定の直後に位置づけられる効力維持的縮減の禁止について、それがどのような論拠によって主張されているのかを確認しておく。

二 効力維持的縮減の禁止

効力維持的縮減の禁止についてのリーディングケースとして、ドイツ連邦通常裁判所第七民事部一九八二年五月一七日判決（BGHZ 84, 109）が挙げられる。

本判決の事案は、次のようなものであった。すなわち、Y（葬儀社）は、Xに対して、電話に貼り付けるステッカー五〇〇枚の印刷および配布を、一年あたり実額三〇〇〇マルクで注文した。当該注文は、Xの用意した注文書式により、五年間継続し、その間解約告知権が認められないものとされた。しかしながら、Yは、注文の翌日に、注文を撤回した。これに対して、初版のステッカーを作製・配布したXが、Yに代金の支払いを請求したため、五年間の解約告知権排除の有効性が争われることとなった。第一審は、Xの請求を認容したが、原審は、当該解約告知権の排除を無効とし、請求を一部のみ認容した。そこで、Xが上告した。

本判決は、五年間の解約告知権排除を、契約相手方を二年よりも長く拘束する契約期間の定めを無効とする旧約款規制法一一条一二号⁽¹²⁾aに照らして、無効とした。そうすると、五年間の解約告知権排除全体が無効となるのか、それとも、法が規定する二年を超える限りにおいて無効なのか、という問題が生じる。この問題について、ドイツ連邦通常裁判所は、次のような理由から、五年間の解約告知権排除全体を無効とした。すなわち、①旧約款規制法九条ないし一一条の文言（同法の規定の詳細については、後述する。）から、違法な条項の一部維持を導き出すことができず、むしろ常に個別の規定の無効を規定している、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、旧約款規制法の目的が達成されない、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、

④そうすると、両当事者が、解約告知の排除が許容されないことを知っていた場合に、いかなる期間を選択したかを、確定することができない、といった理由である。

この判決以降、「一部が違法な条項をぎりぎりなお許容される程度に維持する効力維持的縮減は許容されない」という法理が、判例として確立されている。

もっとも、学説において、「効力維持的縮減」という用語は、論者によって様々な意味・射程範囲をもって使用されており、前述の判例の意味での用語法が完全に共有されているわけではない。最も重要な用法の相違として、効力維持的縮減の禁止法理を支持する見解が、これを概ね「ぎりぎりなお許容される程度」への縮減と解しているのに対して、この法理を批判する見解においては、もっぱら「相当な程度」への縮減と解されていることが挙げられる。また、個別の論者にも、独自の用語法が見られる⁽¹³⁾。それでも、現在までの判例・学説から、前述の意味での効力維持的縮減の禁止法理を支える論拠として、主として次の三つを挙げることができる⁽¹⁴⁾（ただし、全ての論者が、同一の論拠を挙げているわけではない）。

(1) 一方的な契約救済の禁止

裁判官は、効力維持的縮減によって約款使用者になお有利な規律を認めることで、約款使用者の利益の代弁者となつてはならない（前記③・④）。

(2) 透明性の要請

効力維持的縮減を認めると、契約相手方は、もはや約款から自らの権利義務についての情報を得ることができなくなる。このことは、旧約款規制法の目的に反する（前記②）。

(3) 予防思想

効力維持的縮減によって全部無効のリスクが約款使用者から取り去られると、旧約款規制法が防止しようとしている不相当な条項を使用する誘因が働き、適正な約款が使用されなくなる（前記②）。

ここでは、三つの異なる視点から、効力維持的縮減を否定する論拠が導き出されている。すなわち、(1)裁判官の権限・役割、(2)契約相手方にとっての透明性、(3)規制の実効性の確保（予防思想は、約款の適正化を図るという規制の目的を実現するために、約款使用者に一定のリスクを負担させるものである。）という三つの視点である。これらの視点のもと、規制対象画定法理が効力維持的縮減の禁止とどのように接合するのか、あるいはしないのかが問題となってくる。

第二節 議論の状況

一 初期の条項画定論

1 アイケ・シュミット (Eike Schmidt) の見解

一部が違法な条項の処理に関する問題は、旧約款規制法の制定直後から、活発な議論の対象となった。もっとも、何をもって一つの条項と考えるべきかという問題意識は希薄であり、もっぱら条項の全体を無効とすべきか、一部を無効とすべきかが議論された。この時期の議論においても、当該条項を部分的に維持することは許されないとする見解が学説の多数を占めていたが、前提として何を一つの条項と見るかは、論じられていなかった。⁽¹⁵⁾ このことは、一部無効を肯定する論者においても同様であった。⁽¹⁶⁾

そのような中、「条項」の問題を初めて意識的に論じたのが、アイケ・シュミットである。⁽¹⁷⁾ アイケ・シュミットは、それまで一部が違法な条項の処理の問題として論じられてきた中に、条項の可分性の問題と縮減の問題とが混在し

ていることを指摘した。前者においては、異議を唱えられるべき規律と問題のない規律とを含む条項の一部無効、そしてその一部無効が条項全体にもたらす効果が問題となるが、後者においては、全体として旧約款規制法に違反する条項が問題であり、それに代わっていかなる契約条件が妥当するかが問題である⁽¹⁹⁾。そうすると、可分な条項と不可分な条項との区別が問題となるが、この問題の前提として、そもそも「条項」(Kausel)とは何なのか(条項概念)を明確にしておく必要があるとした⁽²⁰⁾。そこで、次のように論じている。

まず、当該約款の区分けに注目し、完全に形式的に、約款使用者が分節化したもの、もしくは番号や記号によって項目分けしたものを、個別の条項と宣言することが考えられる。しかしながら、このような外形に応じた区分けによると、約款使用者は、約款を細分化することによって、規制の効果を限定し得るということになる。器用な約款使用者であれば、同一の事柄について、まず不当な規定をおき、ついで予備的なお適法な規定をおくことで、前者が無効とされても後者を存続させようとするのが考えられる。このような問題点があるために、外形的な条項概念を採用することはできない⁽²¹⁾。

そこで、「統一的な事物連関」(der einheitliche Sachzusammenhang)という実質的な基準をもって、条項を画定することを提案する。この基準は、次のように具体化される。すなわち、第一に、旧約款規制法一〇・一一条が手掛かりとされ、約款中の規定位置にかかわらず、一〇・一一条に規定された個別の事項を規律する全ての規定が、単一の条項となる。その根拠として、①一〇・一一条における禁止条項の列举が、通常約款において規定される事柄の大部分を把握しているほどに網羅的であること、②そこでは、規制が不適切な拡張なしに実効的に行われうるほどに、規律領域が細分化されていることが挙げられる。一〇・一一条の文体や細分化の程度は、九条によって評価される条項の独立性を判断する場合にも、モデルとして役立つとする。第二に、法律効果が共通している場合で

も、要件が異なる場合には、それぞれ独立の条項であるとする⁽²²⁾。

アイケ・シュミットは、右のような条項概念をもとに、条項の可分性の問題についても、同様の考慮を継続することで処理することができる。つまり、条項が可分であると言えるのは、同一の事項について複数の下位の事項が規定されており、そのうちのいくつかが脱落しても、その他の事項が意味を失わない場合に限られる。このような場合には、条項の一部が無効であっても、残部の有効性は影響を受けない。他方で、条項の対象となる給付や給付方式が可分であっても、直ちに条項それ自体が可分であることを帰結するわけではない。また、包括的な規律については、細分化されておらず、不可分である。したがって、例えば、複数の事由について約款使用者の解除権を留保する条項において、そのうちの一つの事由に基づく解除権留保が、旧約款規制法一〇条三号⁽²³⁾に照らして、実質的に正当化されないものと評価される場合、当該条項は、個別の解除事由ごとに可分であり、その他の事由に基づく解除権は存続する。これに対して、期間や損害賠償の予定額を細分化することはできないし、「約款使用者はいかなる場合にも損害賠償義務を負わない」というような包括的な免責条項も、不可分ということになる。しかしながら、履行補助者のあらゆる過失について責任を排除するとともに、約款使用者の軽過失について責任を制限する条項は、可分であるとしている⁽²⁴⁾。最後の例が、履行補助者と約款使用者の人的相違に注目した結果なのか、それとも重過失免責と軽過失免責の相違⁽²⁵⁾に注目した結果なのかは、不明である⁽²⁶⁾。

さらに、右の処理に対して条項全部無効を要請する理由は、存在しないとすると、まず、不当な条項の使用者を処罰するという思想は、そもそも問題にならない。これを理由に全部無効を強いるならば、個別条項の無効につき約款全体が無効となるはずだが、そのようには規定されていない以上、条項の一部の無効は、この理由で条項全体の無効をもたらさないとと言える。また、透明性の要請についても、それ自体としてわかりやすく細分化されている規

定だけが可分な条項とされ、包括的な条項や相矛盾する条項⁽²⁷⁾は作成者の不利になるのだから、既に考慮されている。また、このように考えると、熟練の法律スタッフを有する約款使用者が有利になるのではないかという点についても、旧約款規制法による規制は、もっぱら同法の定める枠を超えたことに向けられているのであり、その枠内で約款使用者が自己の利益を確保することは、問題にならないとする⁽²⁸⁾。

これに対して、不可分な条項が旧約款規制法に違反する場合には、前述のように、当該条項が全体として脱落し、その代わりにいかなる条件によって契約が維持されるかが問題とされる。この点、旧約款規制法一〇・一一条が定める許容される条項の最低水準をもって維持すること（効力維持的縮減）、任意法の条件をもって維持することとが考えられる。アイケ・シュミットは、約款使用者と契約相手方の力の格差に鑑みて、約款使用者に高められた無効リスクを課すことで、約款使用者の優位性に対する契約相手方への補償とするとの考慮から、後者を支持する⁽²⁹⁾。

2 ヴィッテ (Peter Josef Witte) の見解

条項を画定したうえで、一部が違法な条項の処理を可分性の問題と縮減の問題とに分けるという思考枠組みは、ヴィッテの議論に引き継がれている⁽³⁰⁾。もっとも、ヴィッテの見解は、アイケ・シュミットと同様の枠組みを採用する一方、いくつか異なる点があるので、その点に留意しながら、全体像を確認していく。

はじめに、条項の画定について、ヴィッテもまた、当該約款の条項番号などに従った形式的基準ではなく、実質的基準によるべきであるとするが、すでにこの段階で、アイケ・シュミットの議論との間に相違が見られる。まず、具体的な判断基準として、アイケ・シュミットが論じるように、旧約款規制法一〇・一一条を手がかりとし、要件の細分化に注目するだけでは十分ではなく、全ての個別の法律効果が独立した条項の対象となるとしている⁽³¹⁾。この

点、アイケ・シュミットは、具体的な代替規律を規定しておくタイプの救済条項の問題をここで処理すべく、効果における細分化を条項概念のメルクマールから外したのではないかと推測されるが、これに対して、ヴィッテは救済条項の問題を別に処理している点が、評価を分けているのではないかと考えられる⁽³³⁾。さらに、具体例として、アイケ・シュミットが可分性の問題に位置づける複数の事由についての解除権留保に関して、要件の細分化に注目するならば、解除事由と同じ数の独立した条項があるとす⁽³⁴⁾。他方で、包括的に規律された約款の処理については、やはり形式的な顧慮が働くとする。すなわち、実際の約款が条項画定の限界となるのであり、それだけが審査の対象となる、と。この限りで、約款使用者は、約款を精確・詳細に規律することによって、独立した条項の内容を決定することができる⁽³⁵⁾。

つづいて、可分性および効力維持的縮減の問題の位置づけにおいても、ヴィッテの見解には、アイケ・シュミットとの相違が存在する。

まず、可分性の問題は、包括的な条項の分割の問題として位置づけられる。ヴィッテは、包括的な条項もまた、法律および判例・学説、生活事実を手がかりに実質的基準にしたがって分割することができる、分割された条項部分のうちで、相当なものは維持され、不相当なものは脱落するとしている。このことは、契約への最小介入の原理⁽³⁶⁾によって正当化されている。ヴィッテによれば、この原理は、瑕疵あることの効果が絶対に必要な程度に限定されるべきであるという法的安定性・明確性に基づく原理であり、旧約款規制法六条一項の基礎にある。隣接する別の部分が不相当であるというだけで、顧客がそれ自体から理解することができる独立した規律部分を非難することは、法的安定性の観点から不合理であるし、現に存在するものを維持する方が、欠缺を補充するよりも容易であり、最も明確であるとする⁽³⁷⁾。

これに対して、量的過剰性を含む条項の処理が、効力維持的縮減の問題となる。ヴィッテは、次のようなゲッツ (Heinrich Götz)⁽³⁸⁾ の見解を引き合いに出して、このような条項は不可分であるとする。すなわち、ゲッツは、一部が違法な条項の無効範囲は、当該条項を有効な部分と無効な部分とに分割することができるかによって決まるとするが、そもそもどの部分が無効なのかを問題とする。そして、無効な部分を画定するに際しては、法律行為が違反する規範の無効を基礎づける要件を顧慮する必要がある、法律行為の構成要素のうち無効の決定について重要な全てのものが、無効部分に含まれるとする。このことから、量的過剰性が問題となる場合には、給付内容のうち許容される枠を超える部分だけでなく、適法な限界内に留まる部分も、無効部分に属することになる。というのは、両者のいずれかをないものと考えると、無効であるとの非難を向けることができなくなるか、少なくともそのような非難が弱まるからである。このような構成要素間の因果関係によって、有効な部分と無効な部分の分解が排除される⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾とする。

また、ヴィッテは、最小介入の原理は、効力維持的縮減を、可分な条項の処理と同じように正当化するものではないとする。というのは、この原理の基礎にある法的安定性・明確性の観点からして、可分な条項と同じように言うことはできないからである。確かに、最小介入の原理は、効力維持的縮減においても、全部破棄・任意法の妥当よりも実質的に小さく契約に介入することを要請する。しかしながら、内容規制規範は、濫用限界を規定するが、立法者が相当な条項内容と考えたものではないため、無効な条項の代わりにいかなる規律が妥当するかが、明確にならない。この点で、効力維持的縮減は、予見可能性や法的安定性を欠くとする。また、濫用の危険を防止することが困難であり、裁判官が約款使用者の手先となる可能性も含む。これらの考慮から、効力維持的縮減は、相当な程度への縮減としてのみ認められ、さらに、意図的な濫用に対処するため、一義的な法律上の制限または最上級審

判例に違反する場合には、相当程度への縮減も禁止されるとする。⁽⁴¹⁾

二 条項画定論に対する批判

かくして、ドイツ約款法における議論においては、当初、一部が違法な条項の処理における可分性の問題と縮減の問題との区別の前提として、条項画定の問題が指摘された。このような問題区分に対しては、直ちに次のような疑問が生じる。すなわち、第一に、論者が主張している基準によって、条項を一義的に画定することができるのかという疑問、第二に、条項を画定したうえでその可分性を考えるという判断枠組みにおいては、条項の画定にいかなる意味も見出されないのではないか、という疑問である。そのため、右のような条項画定論に対しては、次のような批判的見解が提起された。

まず、ウルマー (Peter Ulmer) は、アイケ・シュミットが提案する実質的な基準による条項の画定に対して、やはり形式的であるとの批判を向けた。すなわち、旧約款規制法一〇・一一条を基準として画定されるところの「事物連関」ないし「規律領域」は、これらの条文の偶然的配置や定式に左右され、同様に形式的である。そのうえ、アイケ・シュミットは、一〇・一一条において一つの号に規定されている解除や責任制限について、単に外形的に分割された規律の一部無効を認めており、実質的な分割を一貫させていない、と批判した。⁽⁴²⁾

さらに、ハーガー (Johannes Hager) もまた、アイケ・シュミットが、実質的な条項概念を基礎としながら、同一の事柄について下位分割がされていれば条項の可分性を認めることは、形式的であり首尾一貫していないと批判した。とりわけ、予防思想に基づいて条項全部無効を要請するならば、⁽⁴³⁾ 約款使用者がうまく約款を分割することで無効範囲を限定しうることになり、⁽⁴⁴⁾ 問題があるとす。さらに、旧約款規制法一〇条以下に依拠して条項を画定す

ることにも、問題が残るとする。すなわち、実質的基準といっても複数のものが考えられ、具体的にいかなる基準によるのが、依然として不明である、という問題である。例えば、民法典旧六三五条⁽⁴⁵⁾による責任を排除する条項について、仕事の瑕疵に基づく請負人の損害賠償義務という同条の規律対象を独立の規律領域と見るならば、そのような条項が旧約款規制法二一条一⁽⁴⁶⁾号に違反する場合、条項全部無効としなければならない。これに対して、一一条一⁽⁴⁶⁾号の規律する性質保証責任を独立した規律領域と見るならば、同じ条項が、保証された性質の欠如が問題となる限りにおいて、無効となるはずだとする⁽⁴⁷⁾。また、一一条七号と一⁽⁴⁷⁾号との間でも、規律領域の重複を指摘する⁽⁴⁸⁾。

これらの批判を展開した論者は、何が一つの条項であるかをもはや考慮せず、端的に一部無効ないし効力維持的縮減の可能性を論じている。そして、その際に、裁判官による契約内容の形成を抑制すべきであるという思想から、形式的に問題を処理しようとする。

まず、ウルマーは、単に可分であるに過ぎない条項か、文言において既に分割されている条項かだけを考慮し、前者について効力維持的縮減は認められないが、後者については一部無効が承認されるとする⁽⁵⁰⁾。単に可分な条項の効力維持的縮減においては、裁判官が契約内容の形成に介入することになるが、約款をできる限り維持することは、裁判官を約款使用者の代弁者とすることになり、認められない。これに対して、文言において既に分割されている条項においては、無効を文言上不相当な部分に限定することができるため、裁判官の介入が問題にならないとする。さらに、旧約款規制法の保護目的に支えられた実質的理由から不可避である場合にのみ、実質的な基準による条項分割が行われなければならないとする。この点、実質的な分割を要請する理由は、旧約款規制法二⁽⁵¹⁾条（現民法典三〇五条二・三項）および七⁽⁵²⁾条（現民法典三〇六a条）の他に存在しない。条項を有効な部分と無効な部分とに細か

く分割することで、約款使用者が常になお有利に扱われることに対して、心理的な不快感が存在するとしても、それだけで分割された条項の定式化を拒絶することはできないとする。細かく分割していけば、それだけ約款条項がわかりにくいものとなり、二条に基づく組み入れに際して不利に働く。また、不当な部分が顕在化するため、団体訴訟のリスクが高まる。約款使用者は、これらのリスクを負ったうえで条項の細分化を行うのだから、一部無効を承認しても、弊害が生じることはない。それにもかかわらず濫用が生じれば、七条を援用する可能性が残されている（具体的にどのような場合を想定しているのかは、不明である）。これに対して、全部無効を要請することで、内容規制に罰則的な性格を持たせるべきではないとする。⁽⁵³⁾

これに対して、ハーガーは、裁判官の形成力という観点を徹底していくならば、約款の文言自体における分割だけが、一部無効をもたらすということはないとする。要は、裁判官が全体の文脈から適法な規律（予備的規律）を見出すことができるかという問題なのだから、法律からそれを見出すことができる場合にも、一部無効が可能であるとす。ハーガーは、この問題を指して、「透明性の問題」と呼んでいる。⁽⁵⁴⁾

もっとも、ウルマーとハーガーの見解の相違は、ウルマーの不徹底さに起因するものではないと思われる。むしろ、ウルマーが、別の考慮も働かせていたものと見るべきである。ウルマーは、効力維持的縮減を認めない理由の一つとして、顧客にとっての透明性の要請を挙げている。すなわち、縮減を認めるならば、約款使用者はひとまず不相当な条項を使用するよう誘引され、その結果、顧客は真の自己の権利義務を当該約款から読み取れなくなる、⁽⁵⁵⁾と。これと対比して、既に文言において分割されている条項においては、分割されているうちの有効な一部がそのまま維持されるだけであるから、透明性の要請は妨げられない、との考慮が働いたのではないかと窺われる。

三 独立した有効性審査の可能性を基準とする見解

右のような議論の展開を踏まえて、「約款の一部の実質的な規律内容が独立した有効性審査を可能とするか」を基準として規制対象を画定することが主張され、支持を広げた。

この見解は、初めにハリー・シュミット (Harry Schmidt) によって提唱された⁽⁵⁰⁾。ハリー・シュミットは、従前の議論を次のように批判する。まず、ウルマーの見解に対して、条項の一部無効を論じる前提として、約款の外形的に統一的な規律部分が規制に服せしめられているが、そのとき、規制の対象をむしろ実質的基準によって確定すべきではないのかという実質的に先行する問題が、浮上せざるを得ないとする。この点で、文言上分割された条項の一部無効論は、形式的な定式を基礎とする実質的な理由を明らかにしていない、と批判する⁽⁵¹⁾。他方で、実質的な条項概念を持ち出すアイケ・シュミットやヴィッテの議論に対しても、ウルマーやハーガーが指摘した問題点に加えて、なぜ規律内容に方向づけられた実質的基準だけを問題にすべきなのか、依然として明らかにされていない点を問題視する⁽⁵⁸⁾。

ハリー・シュミットは、右のような批判を展開したうえで、規制の効果の問題に優先して、規制の対象が審査されなければならないとする。そして、内容規制の趣旨から、規律内容に方向づけられた実質的基準が、規制対象である「規定」(Bestimmung) の存在について決定的であると⁽⁵⁹⁾する。すなわち、内容規制は、第一次的に、不相当な規律から、したがって特定の状況において特定の実質的な法律効果から、顧客を保護しようとするものである。例えば、個別事例において顧客には特定の解除事由が向けられるのだから、内容規制は、外形的に統一された約款規律において相当な解除事由および不相当な解除事由を挙げる解除権留保に対して行われるのではなく、個別の解除事由がそれぞれ旧約款規制法に耐えるかについて行われる。顧客の不利益は、常に特定の約款規律のありうる作用

に基づいてのみ評価することができる。外形的に統一的な「条項」が様々な適用事例や法律効果を挙げていれば、そのつど個別の審査が要請される。この意味で、「約款の一部の実質的な規律内容が独立した有効性審査を可能とするか」が、決定的であるとする⁽⁶⁰⁾。

この定式の具体的な適用として、いくつかの例が挙げられているが、次のように整理することができる。まず、これまで実質的な基準として挙げられてきたものが、同様に持ちだされる。すなわち、旧約款規制法一〇・一一條の各規範は、やはり基準となる。例えば、一定の要件のもとで相殺と留置権行使とが排除されている場合、一一條三号⁽⁶¹⁾（相殺禁止）と同二号b⁽⁶²⁾（留置権の排除・制限）とに独立した規制の基礎があるため、両者について独立した審査が可能であるとされる。また、要件・効果の異同も基準とされる。一つの要件に複数の択一的な効果が結び付けられている場合、逆に一つの効果に複数の択一的な要件が結び付けられている場合には、それぞれの効果・要件について個別の審査が可能であるという理由で、複数の「規定」があるものとされる⁽⁶³⁾。これに対して、複数の法律効果が累積的に生じるものとされ、不相当性がそれらの共同発生に基づく場合、また、一つの約款規律が複数の要素からなり、その規律内容全体が内容規制に服する場合（例えば、解除権と代金減額請求権を排除し、顧客に修補請求権を与えるが、一一條一〇号b⁽⁶⁴⁾に規定された権利——修補または代物給付が失敗した場合に、対価の縮減、または、建築給付が瑕疵担保の対象ではない場合に、契約相手方の選択に従い、契約解除を請求する権利——を留保しない瑕疵担保規律）には、一つの「規定」しかない⁽⁶⁵⁾とされる。

他方で、ハリー・シュミットは、約款使用者自身が約款を分節化しているかを、やはり考慮している。すなわち、約款それ自体が分節化されていなければ、独立の「規定」が存在するとは認められないとする。例えば、顧客に一定の義務を負わせ、これに違反した場合について解除権を留保した場合には、義務を負わせる規定と解除権を留保

する規定の二つがあるとすると、約款使用者が一定の要件のもとで解除権を規定したが、その要件を独立した義務として規律しなかったならば、一つの規定しかないとする。⁽⁶⁷⁾

このような処理は、旧約款規制法の保護目的にも反しないとされる。⁽⁶⁸⁾ 無効範囲を不相当な規律部分と関連する規律へと一般的に拡張することは、旧約款規制法から引き出されないし、顧客保護のためにそのような拡張を要請する事情は、明らかでない。確かに、無効範囲を拡張した方が、約款使用者が初めから相当な約款形成に努めるようになり、旧約款規制法の実効性が高まるだろうが、このような予防思想は、無効範囲を限定する六条一項に根拠を見出さない。しかも、なぜ別の規律は脱落しないのが、ほとんど説得力をもって説明できない。また、複数の規律対象を有する外形的に統一的な条項において、個別の規定は、顧客にとって透明性を有するし、裁判所は、一つの規定を全体として無効とする場合に、不相当な条項内容を約款使用者のために変更するわけではない。他方で、「細かい分割」への疑義⁽⁶⁹⁾に対しては、そのような疑義の核心にはやはり予防思想があり、それによって一般的に無効範囲の拡張を根拠づけることはできないとする一方、それまでの実務において包括的に規律されていた対象を、約款使用者が意図的に分割する場合には、ウルマーが指摘するような団体訴訟のリスクや組み入れの問題が生じるうえ、最終的には個別事例において権利濫用⁽⁷⁰⁾となりうるとする。

「約款の一部の実質的な規律内容が独立した有効性審査を可能とするか」を基準として規制対象を画定するといふ考え方は、その後支持を広げたが、このようにして画定された「規定」ないし「条項」の一部が違法な場合をどのようにに処理するかについては、論者ごとに多様な見解が主張されている。ハリー・シュミットは、一つの「規定」の一部無効や効力維持的縮減は認められないとの立場をとっている⁽⁷¹⁾（ただし、無効部分の補充について、任意規定によって適切な利益調整を図ることができない場合に、補充的契約解釈を認めている。そこでは、無効とされた約

款規定の趣旨が考慮されることが、否定されていない⁽⁷²⁾。効力維持的縮減の禁止に批判的な論者によっても、同様の考え方が支持されている⁽⁷³⁾。例えば、ベームケールプレヒト (Boemke-Albrecht) は、条項の画定が、無効判断の最外延の適用領域を探求する機能を有するとし、その方法としてハリー・シュミットの定式に依拠する⁽⁷⁴⁾。そのうえで、不相当な条項であっても、その相当な核心部分において維持されるとする⁽⁷⁵⁾。

その一方で、条項画定と効力維持的縮減との限界づけに対して疑義が向けられている。例えば、ロート (Herbert Roth) は、裁判例の傾向⁽⁷⁶⁾から、禁止される効力維持的縮減と許容される条項画定の間限界付けはしばしば不可能であるとし、効力維持的縮減を原則として承認するために、両者の限界付けは断念すべきであるとする。条項画定は、効力維持的縮減の単なる一面となり、効力維持的縮減について存在する制約を伴うと述べる⁽⁷⁷⁾。しかしながら、このような批判には、難点がある。すなわち、両者を分けることができないとすると、何が一つの条項であるかを決定できないことになり、条項全部無効を凡そ観念することができなくなる。ロートは、一定の場合に条項全部無効的処理がありうることを認めており、このこととの整合性をどう取るのか不明である⁽⁷⁸⁾。

第三節 検討

一 個別訴訟における規制対象画定の意義と基準

1 規制対象画定の意義

前節において整理した議論状況のように、ドイツにおいては、規制対象の画定という問題設定が、当初より明確になされていたわけではない。初めに指摘されたのは、条項とは何かという問題を前提として、条項の可分性と効力維持的縮減とを区別すべきであるとの見解であった。この可分性に関する議論を基礎として、ハリー・シュミッ

トによる規制対象の画定という問題設定がなされている。翻って、アイケ・シュミットやヴィッテが、条項の可分性の問題をどのように位置づけていたかを見るならば、それは必ずしも規制対象の画定問題としての位置づけではない。まず、アイケ・シュミットの議論では、可分な条項において、当該条項とその一部のいずれが規制対象となるのか明確にされていないが——そもそもそのような問題意識がなかったのではないかと考えられるが——、可分性の問題を、異議を唱えられるべき規律と問題のない規律とを含む条項の問題と定式化しているところからすると、条項の一部をなす規律が個別に規制対象として捉えられているのではないかと推察される。さらに、次章で取り上げる団体訴訟については、条項の一部が訴訟の対象になるとしている。これに対して、ヴィッテの議論によれば、「独立した」条項が旧約款規制法九条以下に違反して無効となり、その場合の効果として、条項の一部が脱落する〔無効〕(Unwirksamkeit)と「脱落」(Wegfall)とを区別し、後者の範囲を問題としている⁽⁷⁹⁾。旧約款規制法九条以下に違反する——すなわち個別の規制対象となる——のは、あくまで個別の条項であり、可分性の問題は、純粹に効果論上の問題として位置づけられる。

このような問題の位置づけの相違はあるものの、条項の可分性ないしは規制対象の画定という問題の果たす機能、そこから導かれる効果は、共通している。つまり、これらの問題設定は、当該約款の効力を否定し得る最外延を画する機能を有している。条項が可分とされる場合、または別個の規制対象とされる場合、不相当と評価された部分を超えて、無効範囲が広がることはない。逆に、不相当とされた条項の一部または独立した「規定」は、全体として効力を否定されうる。このことは、効力維持的縮減を認めないアイケ・シュミットやハリー・シュミットの見解において、明らかである。また、効力維持的縮減を認めるヴィッテにおいても、不可分な条項ないしその一部について問題となる効力維持的縮減は、相当な程度への縮減に留まり、かつ、主観的な濫用が問題となる場合に認めら

れない。したがって、不可分な条項ないしその一部については、不当とは評価されない要素が含まれているとしても、全体として効力を否定されることになる。これに対して、可分性が認められる場合においては、そのような考慮が働かず、条項の一部が無条件にそのまま維持されるのであり、可分性の有無に一定の限界線が置かれている。可分性ないし規制対象の画定という問題設定がこのような機能を果たすことの背景には、「違法性評価の対象となっていないものは、効力を否定しえない」という思想を見てとることができる。すなわち、法的評価の対象となっていれば、仮に内部になお違法とは言えない要素を観念することができるとしても、全体として効力を否定する余地があるが、およそ法的評価が下されていない領域については、予防思想などの無効範囲の拡張思想によっても、効力を否定しえない、という思想である。ヴィッテが可分な条項と効力維持的縮減の対象となる不可分な条項との区別を説明する際に引き合いに出すゲッツの見解は、このような思想の発現として理解することができる。つまり、その見解によれば、法律行為が違反する規範に照らして無効を基礎づける部分が、無効範囲に含まれるのに對して、そのような基礎づけに係わらない部分は、無効範囲から外れる。このような考え方は、違法性評価の対象になっているか否かで無効範囲に含まれるかを決するものと言うことができ、右のような思想に合致する⁸⁹。

それでは、このような思想を表現するのに、規制対象の画定という問題設定と、それとは切り離された効果論上の可分性という問題設定のうち、いずれが適切であるか。この点、規制対象と切り離された可分性という問題設定には、次のような難点がある。第一に、条項の画定と可分性とが、同様の実質的基準によって判断されるものとしており、先行する条項画定の問題に、積極的な意味付けが見出しがたい。もっとも、ヴィッテによれば、条項の画定が当該約款の文言に限界付けられるのに対して、可分性は約款の言語を超える分割の問題であるとの相違がある。ここには、内容規制の対象となるのは、当該約款の文章の一部であり、したがって、当該約款の文章に現れて

いない事物の分節化は、規制対象の問題となりえないとの観念が窺われる⁽⁸⁾。しかしながら、この相違は、いかなる効果論上の帰結ももたらしていない。第二に、「無効」とは別に「脱落」という法律にない概念を導入している。第三に、旧約款規制法九条以下に照らして不相当な部分だけが脱落するならば、その部分が個別に規制対象になっていると見てもよいのではないかと考えられる。ヴィッテ自身、可分性と効力維持的縮減との区別について、因果関係を基礎とした説明、すなわち、可分性が問題となる場合には脱落する部分だけが無効を基礎づけているのに対して、効力維持的縮減が問題となる場合には当該条項（の一部）全体が無効を基礎づけているとの説明をしており、このような説明は、当該部分だけが規制対象であると解することに整合的である。

だが、他方で、規制対象の画定という問題設定に対しても、疑問点が残る。それは、この問題設定が、要件論上のものとして行われている点である。すなわち、「個別に内容規制の対象となる『規定』の存在が、規制の要件である」という理解が採られている。この理解を厳密に貫くと、個別の「規定」の存在は、実際に規制が行われる以前に確定されなければならないはずである。「独立した有効性審査の可能性」という判断基準が主張されていることは、このことの表れであると言える。しかしながら、実際に内容を評価する前に、規制対象、すなわち、何に対して個別に違法性評価が下され得るのかを、本当に画定することができるのか。仮に実際に法的評価が下されて初めて対象が画定されるとすれば、ここでの問題は効果論上のものということになり、ヴィッテによる可分性の問題設定にも、一理あるということになる。そうすると、問題の位置づけは、どのような判断基準を採り得るかということにかかってくる。

2 規制対象の画定基準

規制対象の画定ないし条項の可分性を問題とする論者は、その基準として、実質的基準を主張している。実質的基準は、形式的基準と対置されている。形式的基準は、後述のように、約款使用者による当該約款の分節化に従うというものである。それと対置される実質的基準の趣旨は、約款がどの範囲で規制対象となるのか、あるいは、どの範囲で無効となるのかを、約款使用者が自由にコントロールできるようにすべきでない、ということに求められる。たとえ約款使用者が約款を細分化していたとしても、裁判官は、一定の実質的観点から、規制対象ないし無効範囲を画定することができることになる。

もっとも、具体的にどのような観点から実質的基準を決めるのが問題である。一連の議論からは、いくつかの可能性を引き出すことができ、論者によって想定しているものが異なるように、見受けられる。

まず、規律されている事柄の相違に注目するという意味で、事実的基準が考えられる。これには、さらに二つの意味が考えられる。第一に、単に、扱われている事柄が違えば、それぞれ別個であると判断するという意味である。アイケ・シュミットやヴィッテは、実質的基準の具体化として、旧約款規制法一〇・一一条の各規定や、約款に規定された要件・効果の区別に注目すべきものとしている。これを、「扱われている事項を区別することが可能であれば、それに応じて約款を分割することができる」という趣旨に理解する余地がある。仮に、このような理解によるならば、形式的基準と実質的基準との相違は、重複する複数の規律が置かれている場合に、それらを区別して扱うか、一体として扱うかという点に限られる。例えば、契約相手方に非常に不利な規律が無効とされた場合に備えて、より抑制的な規律を予備的に設置しておくような場合である。これに対して、第二に、一定の規律領域（アイケ・シュミットの言葉でいえば「統一的な事物連関」）ごとに約款を区画するという意味がありうる。ウルマーや

ハーガーは、同一の事柄について下位概念に基づく分割がされている場合についても可分性を認めることを、形式的であるとしており、第一の意味での事実的基準も、形式的であると考えているようである。その裏面として、彼らが考えている実質的基準の意味は、ある一定の規律領域ごとに約款を区画していくことであると考えられる。この考え方をとるならば、そのような規律領域内部でのさらなる分割は、実質的とは言えないということになる。

もっとも、これらの意味での事実的基準を規制対象の画定基準として採用しようとする、次のような難点がある。まず、第一の意味については、「規律されている事柄が区別可能であれば、およそ個別に規制される」とは言えないのではないか、との疑問が浮かぶ。仮にこの命題を承認するならば、累積的な違法性評価はおよそ認められないことになるが、複数の規律の累積によって不当との評価が下されうること、そしてその場合に効力維持的縮減の禁止によれば累積的な規律の全体が無効となることは、一般に認められている⁽⁸²⁾。次に、第二の意味については、具体的に何をもって一体として扱われる規律領域を画するかを、明らかにする必要がある。ハーガーが指摘するように、約款に規律される事柄には、様々な上位概念・下位概念が考えられ、どのレベルで規律領域が区画されるのかは、容易には決定しがたい。そうすると、一般論として、「個別の違法性評価が可能な領域」を単位として区画する、と考えるしかない。このように考えると、次に述べる規範的基準に帰着する。

そこで、次に、何らかの規範的な観点と結びついた基準が考えられる。そのような規範的基準として、ハリ・シュミットの主張する「独立した有効性審査の可能性」という基準が見出される。この基準は、「特定の状況における特定の法律効果から顧客を保護することが内容規制の目的である」との理解と結び付けられている。もっとも、ここでも、この基準がどのように具体化されるのが問題となる。この点、右の理解からすると、契約の履行過程における同一状況内で問題となっている（あるいは問題となり得る）法律効果を規律する部分が、一つの「規定」

として把握されるということなのかもしれない。しかしながら、そのような部分に限って、一体的に違法性評価が下されるべきなのかは、明らかでない。例えば、近時の裁判例においては、住居の使用賃貸借契約における美観修復条項（Schönheitsreparaturklausel）⁽⁸³⁾について、内装の修復とともに屋外の修復義務を賃借人に課す条項が、一体的に無効とされている。しかしながら、この場合には、内装の修復と屋外の修復とが同時に問題となるわけではなく、右のような理解に基づくならば、修復義務が課される場所ごとに審査されなければならないはずである。

このように見ると、複数の要素が一体的に規制対象になるのがどのような場合かは、なお一般的に解明されているとは言えず、独立した有効性審査が可能であるかを判断するための一般的な基準を立てることは困難である。しかしながら、「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」が基準となる、ということは言えるのではない。規制対象の画定（または可分性）を判断するのは、違法性評価の対象となっていない部分とそうでない部分とを区別するためである。右の基準は、この目的に適している。ハリー・シュミットも、不相当性が複数の法律効果の共同発生に基づく場合や、複数の要素からなる規律内容全体が内容規制に服する場合には、一つの「規定」しかないとしているが、ここでは「規定」の範囲が内容の法的評価によって規定されている。そうだとすると、「独立した有効性審査が可能か」という内容審査以前の判断ではなく、当該約款のどの部分がどのような規範に照らして違法なのかを確定する内容審査それ自体によって、独立した審査対象が画定されることになる。

二 規制対象の画定を問題としない異なる判断枠組み

これとは異なる思考枠組を採っているのが、ウルマーやハーガーである。彼らは、規制対象の画定を問題にすることなく、端的に規制の効果として一部無効の可否を論じている。ハリー・シュミットは、ウルマーの見解に対し

て、条項の一部無効を論じる前提として、約款の外形的に統一的な規律部分が規制に服せしめられていると指摘するが、ウルマーやハーガーの議論では、そもそも規制対象の画定が問題とされていない。彼らの構想する判断枠組みにおいては、約款が文言上分割されているか、ないしは、裁判官にとって予備的規律（契約がどのような条件下に適法に存続しうるか）が明確であるかが重要であり、何が独立した規制対象であるかを論じる意味が乏しい。

この見解は、無効範囲を画定するための基準として、形式的基準を支持している。これは、「約款使用者が約款をどのように分節化したか」に注目する基準である。この基準の基礎には、約款使用者の契約自由の尊重と、裁判官による契約形成の制限という二つの思想を見出すことができる。つまり、約款が分節化されている限り、それによって無効範囲が限界付けられることから、約款使用者は、広範囲にわたって自由に約款を分節化し、それによって無効範囲をコントロールすることができる。同時に、約款の分節化（あるいは法律から）適法な規律を見出すことができる限りにおいてのみ、裁判官が契約内容を修正することができるという点で、裁判官による契約形成は制約される。

このような意味での形式的基準は、規制対象の画定基準としては採用しにくい。確かに、形式的基準によって、約款使用者が個別の条項として他と区別したものを、「条項」ないし「規定」と呼ぶこともできるかもしれない。ただし、このようにして画定された「条項」ないし「規定」は、それ単独でしか違法性評価の対象とならないという意味での独立した規制対象とはならないはずである。というのは、何が違法性評価の対象となるかは、法が決定すべき問題であり、約款使用者が自由に決定してよいものではないからである。これに対して、効果論の範疇で無効範囲を画定する段階においてだけ形式的基準を持ち出すことは、可能である。違法な状態が解消されれば規制の目的は達成されると考えるならば、どのような形で契約が適法なものとして維持されるのかを問う際に、約款使用者

の自由を認めても差し支えない、と考えることができるからである。

ちなみに、このような規制対象の画定を問題としない考え方が、効力維持的縮減の禁止と接合しないというわけではない。現にウルマーは、効力維持的縮減の禁止を支持している。要は、この禁止法理をどのようなものとして理解するかによる。既述のように、効力維持的縮減の禁止は、一般的に、裁判官による一方的な契約救済の禁止・透明性の要請・予防思想といった論拠によって支えられている。このうち予防思想を重視し、効力維持的縮減の禁止を、規制の実効性を確保するために約款使用者に一定のリスクを課すものと解し、約款使用者がそのような思想に基づく規制の効果を左右することを認めるべきでないと考えれば、規制対象の画定を問題としない考え方は採用しにくい。しかしながら、前二者の論拠を重視するならば、効力維持的縮減の禁止は、裁判官による裁量的な契約形成を制限する法理、あるいは、契約相手方の実際の権利義務の明確性を確保するための法理ということになり、これらの目的が達成される限りにおいて、約款使用者が規制の効果を左右することも認められうる。そうであれば、規制対象の画定というかたちで、一定の規範的な観点から無効範囲を決定する必要は乏しい。

（一） 条項全部無効論の代表として、河上正二教授の見解が挙げられる（『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）。また、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二頁以下、六号二頁以下、一九九〇年）。「一部無効」として引用、「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）。「不当条項規制」として引用）を参照。

さらに、近時、民法（債権法）改正検討委員会がこの立場を採用している。すなわち、同委員会による「債権法改正の基本方針」【1.5.4】は、本文において、「法律行為に含まれる特定の条項の一部が無効となる場合、その部分のみが無効と

なる」としつつ、ただし書において、「当該条項が約款の一部となるとき」や「当該条項が消費者契約の一部となっているとき」には、「すべて無効となる」としている。その論拠として、条項一部無効の原則によると、不当条項を助長する結果につながるものが述べられている(同委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅰ——序論・総則』三三九頁以下(商事法務、二〇〇九年)以降、『基本方針Ⅰ』として引用)を参照。『31137』にも、同趣旨の規定がある。その解説では、条項使用者に対する制裁や不当条項作成の一般的抑止といった論拠も挙げられている(同委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ——契約および債権一般(1)』一四一頁以下(商事法務、二〇〇九年)を参照)。

(2) 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、一部無効または合了解釈について」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、条項一部無効論に近い合法的解釈を主張されたのが、安永正昭教授である(「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、私法五六卷一〇九頁以下、一五一頁以下)を参照)。

(3) 山本・前掲注(1)「不当条項規制」二五頁以下を参照。前掲注(1)『基本方針Ⅰ』三四三頁においても、この問題が指摘されている。さらに、法制審議会民法(債権関係)部会の議論においても、この問題が指摘されている。第一回会議(平成二三年六月二九日開催)議事録(<http://www.moj.go.jp/content/000051605.pdf>)五〇頁以下および「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理のたたき台(1)」「(2)【改訂版】」(<http://www.moj.go.jp/content/000071261.pdf>)八七頁を参照。

(4) 山本・前掲注(1)「一部無効」は、ドイツ法の議論をもとに一部無効論を説明することを企図しているが、ドイツ法の検討に入る前に未完となっている。山本・前掲注(1)「不当条項規制」においても、ドイツの裁判例・学説が参照されている。

(5) 三木浩一他【座談会】消費者団体訴訟をめぐる「ジュリスト」三三〇号二五頁以下(二〇〇六年)を参照。さらに、山本豊「消費者団体訴訟制度の基本的特色と解釈問題」法律のひろば六〇巻六号四四頁以下(二〇〇七年)でも、同趣旨の解説がされている。ここでは、条項の画定の問題につき、「条項が形式的には単一であっても、複数の規定を含む場合には、それぞれの規定が12条3項・4項にいう『条項』として差止対象となりうるものであり、原告はどの規定(条項)の差止めを請求するのかを特定しなければならない」とされている。そして、例として、消費者が契約をキャンセルした場合に、解約

時期を区分して各解約料を定める条項が挙げられ、原告は、どの解約時期にかかる条項部分が不当と考えるのかを特定して提訴しなければならず、仮に条個全部の差止めを請求した場合に、一定の解約時期にかかる解約料が平均的損害額以内とされれば、原告一部敗訴の結果になるとする。他方で、解約時期を区分しない解約料条項が使用された場合には、原告は端的に当該条項の差止めを求めればよく、条項表現上行われていない解約時期の区分をする必要はないとしている。

（6）効力維持的縮減を認めない主要な文献として、次のものを参照。

Elke Schmidt, Teil- oder Totalnichtigkeit angreifbarer AGB-Klauseln?, JA 1980, 401

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

Herrmann-Josef Bunte, Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1982, 2298

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

Wolf / Horn / Lindacher, AGB-Recht (5. Auflage, 2009), § 306 BGB Rn. 26ff. (Walter F. Lindacher)

Harry Schmidt, „Vertragsfolgen der Nichtbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, 1986, (雑誌レビュー) Walter F. Lindacher, ZHR 152 (1988), 98; Wolfgang Grunsky, AcP 187 (1987), 102 (参照)

Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Recht (11. Auflage, 2011), § 306 BGB Rn. 14ff. (Harry 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

Lorenz Fastrich, „Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht“, 1992, 330ff.

Ludwig Häsemeyer, Geltungserhaltende oder geltungserstörende Reduktion?, in Festschrift für Peter Ulmer, 2003, 1097

（7）効力維持的縮減を認める主要な文献として、次のものを参照。

記

Hein Kötz, Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979, 785

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. (註
註) Reinhard Zimmermann, AcP 184 (1984), 505 (論評)

ders., Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JZ 1996, 175

Dieter Medicus, Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von AGB, in „Zehn Jahre AGB-Gesetz“ (1987), 83
Herbert Roth, Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht, JZ 1989, 411

ders., „Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, 1994

Burkhard Boenke-Albrecht, „Rechtsfolgen unangemessener Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen“,
1989

Claus-Wilhelm Canaris, Gesamtnurksamkeit 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

Katharina Uffmann, „Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion“, 2009

(○) 櫻井優子(註) Medicus, a. a. O. (Fn. 7), 89ff.; Roth, a. a. O. (Fn. 7), 1989, 414ff.; ders., a. a. O. (Fn. 7),
1994, 40ff.; Uffmann, a. a. O. (Fn. 7), 164ff. (論評)

(○) Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen:
Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz (ArbG. Vorschläge), 1974, 94f. (zu § 10);
Referentenentwurf, DB 1974, Beilage 18/1974, 21f. (zu § 10); Regierungsentwurf, BT-Drucks. 7/3919, 21 (zu § 5)

- (10) ArbG. Vorschläge, a. a. O. (Fn. 9), 93; Referentenentwurf, a. a. O. (Fn. 9), 21; Regierungsentwurf, a. a. O. (Fn. 9), 20
- (11) ArbG. Vorschläge, a. a. O. (Fn. 9), 94; Referentenentwurf, a. a. O. (Fn. 9), 21; Regierungsentwurf, a. a. O. (Fn. 9), 21
- (12) 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、次のものは無効である。
- 12 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
- (13) 例えば、狭い用語法として、'ハリー・シュミット (H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 116ff.) は、個別の規制対象とされる約款規定の一部無効と効力維持的縮減とを区別している。すなわち、一部無効は、内容規制の法律効果として不相当な規定の一部だけを無効とすることであるのに対して、効力維持的縮減は、裁判官が過剰な規定を相当な規律内容に縮小・還元・短縮することであるとす。他方で、広い用語法の例として、'ロート (Roth, a. a. O. (Fn. 7), 1989, 411) は、その他の契約内容は維持されながら、'裁判官によって過剰な義務が縮減され、または過度に制限された権利が拡大されることであると、'広く定義し、'条項の画定の場面についても「効力維持的縮減」に含めている。
- (14) Uffmann, a. a. O. (Fn. 7), 2 を参照。
- (15) Löwe / Graf von Westphalen / Trinker, AGB-Gesetz (1977), § 6 Rn. 2 (Walter Löwe); Walter Löwe, AGB-Gesetz, Jus 1977, 421, 424 Fn. 23; Schlosser / Coester-Walfen / Graba, AGBG (1977), § 6 Rn. 9 (Peter Schlosser); Axel Stein, AGBG (1977), § 6 Rn. 13; Eckart Koch / Jürgen Stübting, AGB (1977), § 9 Rn. 36 など参照。
- (16) Kötz, a. a. O. (Fn. 7), 785; Joachim Schmidt-Salzer, AGB, 2. Auflage (1977), 197ff.; Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Gesetz, 3. Auflage (1978), § 6 Rn. 20 (Peter Ulmer) などを参照。
- 例えば、'ケッツ (Kötz, a. a. O. (Fn. 7), 785) は、'一つの約款条項が部分的に旧約款規制法一〇・一一条の禁止に違反する場合の問題として、'次の諸設例を挙げて論じている。しかしながら、'その後の議論においては、'設例(4)が規制対象の画定問題であること、あるいは効果論上の無効範囲の問題であるとしても、'設例(1)などは処理を異にすべきことが、'広

く承認されている。

(1) 雑誌の定期購読契約の基礎に置かれた約款条項において、顧客は二年を超える期間について契約に拘束される、解約告知が行われない場合に契約は一年を超える期間延長される、または顧客にとっての告知期間は三月を超えるものとする、と規定されていたとする。これらの条項は、全部無効であるのか、または一条二号によって許容される期間が合意された期間の代わりとなるという条件付で、維持されてよいのか。

(旧約款規制法二一条 評価の余地のない禁止条項)

普通取引約款において、次のものは無効である。

- 12 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
 - b 各一年を超えて契約相手方を拘束する黙示の契約関係の延長
 - c 契約相手方の負担で、当初規定されまたは黙示に延長された契約期間の経過前に、三月を超える解約告知期間)
- (2) 約款使用者の意思表示が一定の要件の下で顧客に到達したものとすることを条項が無効とするのは、到達が擬制される意思表示が「特別な意味」を有する場合に限られるのか。それとも、この条項は全部無効であり、その結果、約款使用者は、具体的事例において意思表示が「特別な意味」を有するものとみなされえない場合にも、その意思表示の到達を証明しなくてはならないのか。

(旧約款規制法二〇条 評価の余地がある禁止条項)

普通取引約款において、とりわけ次のものは無効である。

- 6 特別な意味を有する約款使用者の表示が契約相手方に到達したものとみなすことを定める規定)
- (3) 約款条項において、顧客に一定の事実についての証明責任が課されているが、それらの事実の中のいくつかは、約款使用者の責任領域にある。この場合に任意規定に基づく証明責任の分担が、当該条項に挙げられた全ての事実に関して妥当するのか。それともこの事実が約款使用者の責任領域にある限りにおいてのみ妥当するのか。

(旧約款規制法二一条 評価の余地のない禁止条項)

普通取引約款において、次のものは無効である。

15 とりわけ次のことによって、約款使用者が証明責任を契約相手方の不利に変更する規定。

a 契約相手方に、約款使用者の責任領域にある事情について証明責任を課すこと。

(4) 約款条項によって、約款使用者は、いくつかの事由に基づく解除権を留保しているが、その事由のいくつかは一〇条三号に違反し、その他の事由は疑義を挿まないものである。約款使用者による解除は、当該条項に挙げられた事由の一つに基づく限りにおいて、常に無効であるのか。それとも、解除事由が一〇条三号に合致しない場合にのみ、無効であるのか。

(旧約款規制法一〇条 評価の余地がある禁止条項

普通取引約款において、とりわけ次のものは無効である。

3 実質的に正当化され契約に挙げられた事由なしに給付義務から解放される約款使用者の権利の合意。継続的債務関係については、この限りでない。

(5) 「通常の事態の進行」によれば予期されうる損害を超える損害賠償の予定を定めた条項は、全部無効であるのか、それとも、予定額を一一条五号 a に合致する程度に縮減して、有効と扱ってよいのか。約款使用者が確かに条項において相当な予定を規定していたが、その条項が、具体的に損害がそもそも発生していないという顧客の証明を遮断する場合はどうか。顧客がそのような証明の可能性について、条項によって教示されていないか、または十分に教示されていない場合はどうか。その場合に、条項全体が、一一条五号 b に違反することにより無効なのか。それとも、条項は有効とみなされ、単にそのような証明が可能となるに過ぎないのか。

(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、次のものは無効である。

5 次のいずれかの場合に、約款使用者の包括的な損害賠償請求権または減価分の賠償請求権

a 包括的な予定額が、規律された事例において事物の通常の経過に従えば予期されるべき損害または通常生じる減価を超える場合。

b 損害または減価がそもそも発生していない、または包括的な予定額よりも著しく低廉であるとの証明が、契約相手方に認められていない場合。)

(6) 顧客が所定の通知をする際に書留または電報によらなければならないとする条項は、一一条一六号違反により全部無効であり、その結果、口頭での通知も有効であるのか。それとも、条項は「縮減された」範囲において維持されるのか。すなわち、顧客の通知について、一一条一六号によっても許容される通常の書式を規定するというかたちで、維持されるのか（この設例については、書留または電報に通常の書式が含まれるわけではないとして、最終的に一部無効の処理を否定している。）。

（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、次のものは無効である。

16 約款使用者または第三者に対して発せられるべき通知または表示に、書式よりも厳格な方式または特別な到達の必要性を結び付ける規定。）

(7) 顧客による相殺を禁じる条項は、一一条三号に違反する場合、争いのないまたは既判力をもって確定された債権による相殺についてのみ無効なのか。それとも、全部無効であり、したがって、約款使用者は、正当な理由で異議を唱えられる債権による相殺も甘受しなくてはならないのか。

（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、次のものは無効である。

3 約款使用者の契約相手方から、争いのないまたは既判力をもって確定された債権による相殺権限を奪う規定。）

(8) 約款使用者が損害賠償義務を免れ、または賠償額を制限する旨の条項は、一一条七号に基づき、顧客が、約款使用者の重過失または履行補助者の故意・重過失によって引き起こされた損害の賠償を請求する限りにおいて、無効である。しかしながら、その条項は、同号に対する違反により、全部破棄されなくてはならず、その結果、約款使用者は、軽過失のみがある場合、または法律上無過失責任を負う場合にも、損害賠償義務を負うのか。

（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、次のものは無効である。

7 約款使用者の重過失による契約違反もしくは約款使用者の法定代理人または履行補助者の故意または重過失による契約違反に基づく損害についての責任の排除または限定。契約上の行為における義務の違反から生じた損害についても、

また同㉓）

(17) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 401. アイケ・シュミットの前に、約款使用者が意図した規定の個数を無効部分の画定の基準にしようとするエーセルの議論があるが、どのような基準をもって規定の個数を決定するのかについて、立ち入った検討はなされつゝなく (Hermann Ebel, AGB-Gesetz-konforme Auslegung bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen?, DB 1979, 1973 を参照)。

(18) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 401

(19) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 404

(20) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 402

(21) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 402

(22) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 402f.

(23) 注(9)を参照。

(24) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 403

(25) 旧約款規制法一一条七号(注(16)を参照)が重過失減免責のみを規制しているところ、軽過失免責についても同時に無効となるのが問題となる。

(26) 同時期にアイケ・シュミットの議論を支持したリンダッハーは、この問題について次のように主張している (Wolf / Horn / Lindacher, AGB-Gesetz (1984), § 6 Rn. 15 (Walter F. Lindacher). 同コメントールは、現在までに第五版 (a. a. O. (Fn. 6)) が刊行なれてゐるが、同版に至るまで旧約款規制法八条 (現民法典三〇六条) の記述は、リンダッハーが担当しており、該当箇所の内容は、裁判例等を踏まえて拡充されているものの、基本的な態度決定において変わっていない)。すなわち、約款使用者と契約相手方の個別関係に関しては、条項が細分化されている場合に、およそ全ての下位の点について、有効性の問題が個別に回答されるのは適切ではない、としている点が注目される。具体的には、約款において補助者の「重過失および軽過失について」責任を排除する約款使用者は、従業員の「過失について」責任を排除する約款使用者よりも、有利に扱われない、と。

(27) アイケ・シュミットは、同一事項につき、第一に違法な条項を規定し、第二に適法な条項をおくことで、無効範囲を前

者に限定しようとする型の救済条項について、両者をまとめて一つの条項と評価することで対処することができると考え
 re (E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 402)。救済条項の法的処理に関するドイツ法の議論については、拙稿「ドイツ不当条項
 規制における『救済条項』の法的処理 (一)・(二・完)」民商法雑誌一三四巻四・五号五九八頁、六号九四一頁(二〇〇六
 年)を参照。

- (28) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 403f.
- (29) E. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 404f.
- (30) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 98f.
- (31) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 104f.
- (32) 注(2)を参照。
- (33) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 99, 276f.
- (34) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 103
- (35) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 105f.
- (36) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 247f.
- (37) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 108f., 263f.
- (38) Heinrich Götz, Rechtsfolgen des teilweisen Verstoßes einer Klausel gegen das AGB-Gesetz, NJW 1978, 2223
- (39) Götz, a. a. O. (Fn. 38), 2226. ただし、当該禁止規範の保護目的または信義誠実に照らして全部無効が不都合である
 と考えられる場合には、無効部分の画定準則が後退し、縮減が認められるとする。
- (40) この考え方によると、例えば、相手方を五年間契約に拘束する旨の条項は、旧約款規制法一一条一一号 a (注(16)を
 参照) が長すぎる期間を規制する趣旨であるとすると、全体として無効となり、二年に限り有効とはならない。これに対
 して、複数の事由を挙げる解除権留保条項は、そこに規定されている解除事由と同じ数の個別規律に分割される。また、
 免責条項についても、重過失免責と軽過失免責の集積ではなく、重過失による加害の重大性が一一条七号の根拠である
 という理由から、両者の間に無効を基礎づける因果関係はないということになる。ゲッツによれば、この結論は、軽過失免
 責が個別に規定されているか、より包括的な定式の免責条項から導かれるかによって、左右されない (Götz, a. a. O.

不当条項規制における規制対象の画定（一）

(Fn. 38), 2226)°。

(41) Witte, a. a. O. (Fn. 30), 135ff., 265ff.

(42) Ulmer, a. a. O. (Fn. 6), 2032

(43) この点は、アイケ・シュミットが予防思想に依拠した条項全部無効論を展開したわけではなく、そのような条項全部無効論一般に対する批判である。

(44) Hager, a. a. O. (Fn. 7), 1983, 66

(45) ドイツ民法典旧六三五条

仕事の瑕疵が請負人の責めに帰すべき事情に基づく場合に、注文者は、解除または代金減額に代えて、不履行による損害賠償を請求することができる。

(46) 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、次のものは無効である。

11 売買・請負または製作物供給契約において、保証された性質の欠如を理由とする、民法典四六三条・四八〇条二項・六三五条に基づく約款使用者に対する損害賠償請求権を、排除または制限する規定。

(47) Hager, a. a. O. (Fn. 7), 1983, 67, Fn. 23

(48) Hager, a. a. O. (Fn. 7), 1983, 72

(49) Ulmer, a. a. O. (Fn. 6), 2027ff.

(50) Ulmer, a. a. O. (Fn. 6), 2031f.

(51) 旧約款規制法二条 契約への組み入れ

(1) 普通取引約款は、次の場合にのみ契約構成要素となる。すなわち、約款使用者が、契約締結に際して、
1 (略)

2 契約相手方が期待可能な方法で約款の内容を認識することができるようにし、
かつ、契約相手方が、約款の妥当に同意した場合。

この規定に基づいて、約款は、わかりやすく (verständlich) 規定されていなければ、契約に組み入れられないとされて

いる。

- (52) 旧約款規制法七条 回避禁止
この法律は、その規定が他の形態によって回避される場合にも適用される。
- (53) Ulmer, a. a. O. (Fn. 6), 2032
- (54) Hager, a. a. O. (Fn. 7), 1983, 73f., 199ff.
- (55) Ulmer, a. a. O. (Fn. 6), 2028
- (56) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 67ff.
- (57) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 69ff. しかしながら、この批判は、説得力を有しない。既に述べたように、文言上分割された条項と可分すぎない条項という区別は、一定の思想に裏付けられたものである。それらの思想に反論を加えなければ、決定的な批判とは言えない。
- (58) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 72ff.
- (59) ハッペ、ハリー・シュミットが「条項」(Klausel)ではなく「規定」(Bestimmung)という言葉にこだわる理由として、表面的には、条文の文言がそうなっていることが挙げられるが、実際のところ、「条項」という言葉が、アイケ・シュミットらの議論において、内容規制の効果を直接左右しない概念として使われたことに対して、自説が効果確定に直結する規制対象概念を採ることを意識したがゆえではないかと考えられる。
- (60) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 74f.
- (61) 注(16)を参照。
- (62) 旧約款規制法一一條 評価の余地のない禁止条項
普通取引約款において、次のものは無効である。
2 b 約款使用者の契約相手方が有する留置権を、同一の契約関係に基づく限りにおいて、排除または制限する規定。とりわけ、約款使用者による瑕疵の承認にかからしめるもの。
- (63) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 75ff.
- (64) 旧約款規制法一一條 評価の余地のない禁止条項

普通取引約款において、次のものは無効である。

10 b 新たに製作された物の供給および給付に関する契約において、約款使用者に対する瑕疵担保請求権を、全部または一部、修補請求権または代物給付請求権に制限する規定。ただし、契約相手方に明示的に次の権利が留保される場合は、この限りでない。すなわち、修補または代物給付が失敗した場合に、対価の縮減を請求する権利、または、建築給付が瑕疵担保の対象でない場合に、契約相手方の選択により、契約の解除を請求する権利である。

(65) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 77f.

(66) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 75

(67) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 78

(68) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 78ff.

(69) リンダッハーの見解。注(26)を参照。

(70) ここで権利濫用を持ちだすのは、容易ではないと思われる。というのは、約款使用者にも契約内容の形成自由があるはずであり、自らの約款をどのように区画するかは、原則として約款使用者の自由に委ねられるはずだからである。それにもかかわらず、通常されているのと異なる分節化が権利濫用になるというならば、約款使用者の契約自由を制約する何らかの理由がなければならぬ。ここでは、そのような理由が明らかにされていない。

(71) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 107ff. 同様に効力維持的縮減を否定し、その前提として規制対象の画定につきハリー・シットンの見解を支持するものとして Neumann, a. a. O. (Fn. 6), 82ff., 96; Fstrich, a. a. O. (Fn. 6), 337f.; Wolf / Lindacher / Pfeifer, a. a. O. (Fn. 6), § 6 Rn. 40 (Lindacher) などを参照。

(72) H. Schmidt, a. a. O. (Fn. 6), 191ff. を参照。

(73) 本文で取り上げる Boenke-Albrecht の他に Medicus, a. a. O. (Fn. 6), 89ff. などがあふ。

(74) Boenke-Albrecht, a. a. O. (Fn. 7), 61f., 125ff.

(75) もっとも、その方法としては、任意規定による欠缺補充が優先し、任意規定が適合的でない場合に初めて、裁判官による効力維持的縮減や補充的解釈が問題になるとして (Boenke-Albrecht, a. a. O. (Fn. 7), 137)。法律効果の確定段階でも、任意法には指導形象機能があり、法律の基本思想が決定的な意味を持っているので、裁判官はこれを尊重しなく

てはならないからである。ただし、ベームケールプレヒトは、任意規定による補充も、不相当な条項によって意図された目的を顧慮して行われるものであり、条項の一部維持を図るものであると理解する (Boenke-Albrecht, a. O. (Fn. 7), 80)。

(76) 注(8)を参照。

(77) Rohn, a. a. O. (Fn. 7), 1994, 45f.

(78) Rohn, a. a. O. (Fn. 7), 1994, 36f.

(79) Witte, a. a. O. (Fn. 7), 203

(80) ゲッツの見解に対して、ハーガーは、因果関係の構想について理由が示されていないことは別として、依然として一部無効の形式概念にはまり込んでいる、と批判する。すなわち、ゲッツは、民法典一八二二条五号(後述)違反の場合には縮減が可能である一方、暴利行為の場合には不可能とするが、成人の時点が許容される期間の計算について意味を持つとしても、前者においても違法性は広すぎる義務付けの帰結であり、要求される意味での可分性の有無が、しばしば偶然に左右されてしまう、とする。また、信義則を顧慮して因果関係準則が破られる場合があるとされている点からも、この準則の説得力を否定してゐる (Hager, a. a. O. (Fn. 7), 1983, 65f.)。しかしながら、これらの批判に対しては、次のように反論することができる。まず、具体的に引き合いに出されている民法典一八二二条五号と暴利行為の結論の差異は、前者をどう解釈するかという問題である。無効を基礎づける規範をどう解釈するかは、当然ながら残された問題である。だが、ゲッツの説は、規範の解釈が定まれば、そこから無効範囲が導かれるとする点に意義がある。ハーガーの批判は、この点におけるゲッツ説の意義を否定できていない。また、信義則を顧慮して因果関係準則が破られる点においても、そもそも一つの準則だけで一部無効の問題を解決することができるかが問題であり、例外則を設けることが、直ちに原則の意義が失われるわけではない。さらに、理由が示されていないという批判についても、「違法性を基礎づけている部分全体の効力を一体的に否定してよい」という思想は、どこまで貫徹することができるかは別として、全く正当性を有しないものではないのではないか。

ドイツ民法典一八二二条 後見人は、次の場合に後見裁判所の認可を要する。

5 使用貸貸借契約、用益貸貸借契約、または被後見人が継続的な給付義務を負うその他の契約について、その契約関

係が被後見人の成人後一年を超えて継続する場合

(81) 同様の観念は、具体的な帰結は異なるが、アイケ・シュミットやハリー・シュミットの議論にも見受けられる。すなわち、既述のように、彼らの議論においても、条項の可分性や規制対象の画定は、当該約款の文言に限界付けられている。このような考え方は、画定基準（後述）に関する形式的基準説につながるものであり、彼らが主張する実質的基準説は、実際には、実質的基準＋形式的基準を主張するものである。この考え方は、判例によっても採用されているが、実際の裁判例では、形式的基準をどこまで貫徹することができるかが問題となっている。この点については、第四章において検討を加える。

(82) いわゆる累積効果 (Summierungs Effekt) なし増幅効果 (Verstärkereffekt) の問題である。Ulmer / Brandner / Hensen, a. a. O. (Fn. 6), § 307 BGB Rn. 155 (Andreas Fuchs); Wolf / Lindacher / Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 6), § 307 BGB Rn. 213 (Manfred Wolf); Sandinger / Coester (2006), § 307 BGB Rn. 139f. を参照。

(83) ドイツ連邦通常裁判所第八民事部二〇〇九年二月一八日判決 (NJW 2009, 1408) / 同二〇一〇年一月一三日判決 (NJW 2010, 674) / 同二〇一〇年二月一〇日判決 (WuM 2010, 231) を参照。美観修復条項に対する規制については、近年、極めて多くの最上級審裁判例が出されており、作業範囲の他にも、実施間隔や実施方法についての規律との関係でも、条項の一体性が問題とされている。一連の裁判例の展開については、別稿において紹介することを予定している。

※ 本研究は、平成二二年度科学研究費補助金 (22730081) の助成を受けたものである。