The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ドイツ建築貯蓄契約における契約締結手数料に対する内容規制 : 不当条項規制における契約締結時の一回的な金銭支払義務の法的処理に関する一事例
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2012, 62(3,4), p. 303-330
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/60142
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ドイツ建築貯蓄契約における契約締結手数料に対する内容規制

――不当条項規制における契約締結時の一回的な金銭支払義務の法的処理に関する一事例――

武田直大

第一章　はじめに
第二章　連邦通常裁判所判決前の議論
第三章　連邦通常裁判所第一一民事部二〇一〇年一二月七日判決
第四章　おわりに

第一章　はじめに

第一節　問題の所在

継続的契約において、定期的ないし継続的に支払われる対価や料金とともに、契約締結時における一回的な金銭支払義務が設定されることがある。そのような義務を課す契約条項の有効性は、不当条項規制において、どのよう

に評価されるべきなのか。また、そのような条項は、そもそも不当条項規制の対象となるのか。

我が国におけるこの問題の例として、著名な最高裁裁判例を挙げることができる。まず、学納金返還請求訴訟における入学金の処理である。判例によれば、入学金は、金額が不当に高額であるなど他の性質を有するものと認められる場合を除き、学生が入学し得る地位を取得するための対価であり、学生の受入れにかかる事務手続等の費用に充てられるものとされる。そして、そのような入学金につき定められた不返還特約は、注意的な定めにすぎず、また、入学金納付の定めは、対価に関する定めであるから、消費者契約法一〇条前段に該当せず、同条適用の要件を欠くものとされている。[1] さらなる例として、居住用建物賃貸借契約における一時金の問題がある。その一つである敷引金について、最高裁は、一〇条前段該当性を肯定したうえで、同条後段要件において特約の有効性を評価している。[2] また、更新料についても、契約締結に際して支払われるものではないが、合意更新に関する限り、新たな合意に際して支払われる金銭として、初めに提示した問題に類する問題の対象となる。そのような更新料についても、最高裁は、一〇条前段要件の充足を認めたうえで、後段レベルでの有効性評価を行っている。[3] これらの裁判例においては、いずれも最終的に、それぞれの条項が原則として無効とならないものとされているが、一〇条前段に該当する場合としない場合とがあるなど、統一的な判断枠組みによって説明可能なものなのか、一見して断じることはできない。[4]

本稿では、この問題を検討する足掛かりとして、ドイツにおける問題の一例を紹介する。彼の国においては、かつてより、金融機関の約款における手数料条項が内容規制の対象となるかが争われてきており、その議論が、内容規制の対象に関する理論形成に大いに寄与している。[5] そのような状況下で、近年、契約締結時の一回的な手数料に関する例として、建築貯蓄契約における契約締結手数料の問題が浮上している。その議論を紹介することが、今後

の議論の一助となるのではないかと考える。

本稿の構成は、次のとおりである。まず、次節で、建築貯蓄契約とドイツにおける内容規制の法的枠組みについて簡単な説明をしたうえで、第二章において、最上級審判決前の学説・下級審裁判例における議論内容を整理する。つづく第三章において、最上級審である連邦通常裁判所（以下、「ＢＧＨ」とする。）の判断を紹介し、第四章をもってまとめとする。

第二節　予備的説明

一　建築貯蓄の仕組みと契約締結手数料

建築貯蓄は、建築貯蓄金庫が加入者から貯蓄預金を集め、それを原資として順次、加入者に住宅資金の貸付を行う金融手法である。加入者から見れば、初めに低い金利で預金をしなければならないが、後に有利な金利で貸付を受けることができる。貸付金利は、当初の建築貯蓄契約締結時に決められており――加入者は、預金給付を要件として、所定の金利での貸付を受ける請求権（オプション）を取得する――、その後の市場金利の動向に左右されない。また、加入者への貸付を安定的に、かつできるだけ短期間に行っていくには、原資となる預金の供給が不可欠であり、建築貯蓄金庫による継続的な新規顧客の獲得が必要となる。このような加入者相互および加入者と建築貯蓄金庫との間の関係には、団体性が観念される。この団体性は、法令上も考慮されており、例えば、約款において、全ての建築貯蓄契約の履行可能性が保証され、団体構成員としての加入者の利益が擁護されていることが、建築貯蓄金庫の営業許可の要件とされている（建築貯蓄金庫法八条一項）。

このような建築貯蓄の仕組みのもと、建築貯蓄契約の締結に際して、預金額の一定割合に当たる契約締結手数料

が徴収され、将来契約が早期に終了したような場合にも、返還ないし減額されないものとされていた。後述するBGH第一一民事部二〇一〇年一二月七日判決の事案における条項を例にとると、次のとおりである。

「建築貯蓄契約の締結によって、建築貯蓄額の一パーセントの契約締結手数料につき、履行期が到来する。入金された支払は、第一に、契約締結手数料に充当される。建築貯蓄契約が解約され、建築貯蓄額が減額され、または建築貯蓄貸付が全額請求されなかった場合でも、契約締結手数料は、（略）返還または減額されない。」

建築貯蓄金庫は、このような条項に基づき徴収された契約締結手数料を、販売代理店に支払う手数料に充てていた。そのため、後述のように、契約締結手数料が、契約上の給付の対価なのか、それとも、販売費用の転嫁なのかが、争点の一つとなった。

二　ドイツ約款法における内容規制の枠組み

右のような契約締結手数料を定める条項は、対価の定めと見る余地がある。そのため、いわば日本でいうところの中心条項として、内容規制の対象にならない可能性がある。それゆえ、同条項の相当性を評価する以前に、そもそも同条項が内容規制の対象となるかが大きな問題となった。そこで、対価に関連する条項に対する規制が、ドイツ約款法の構造上、どのように行われるかについて、一般的な説明をしておく必要がある。問題となる条文は、ドイツ民法典（以下、「BGB」とする。）三〇七条である。同条は、次のとおり規定している。

BGB三〇七条　内容規制

(1)　普通取引約款における規定は、約款使用者の契約相手方を信義誠実の要請に反して不相当に不利に扱う場合には、無効である。不相当な不利益は、その規定が明確でないことまたはわかりやすくないことからも生じうる。

(2)　不相当な不利益は、次の各号に規定する場合において、疑わしいときは、承認されなければならない。

1　普通取引約款における規定が、それが逸脱す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)　本条一項および二項ならびに三〇八条および三〇九条は、普通取引約款における規定のうち、それによって法規定を逸脱しまたはこれを補充する規律が合意されているものにのみ適用する。その他の規定は、一項一文とあわせた一項二文により無効となりうる。

条文の構造によれば、三項に基づき内容規制の対象となるか否かを判断したうえで、二項の推定ルールを踏まえて、一項に基づく相当性審査が行われる。給付内容や対価を定める条項、および法律と同一の内容を規定するいわゆる宣言的条項（deklaratorische Klausel）は、三項一文に基づいて規制対象外とされる。もっとも、仮に三項一文において規制対象外とされたとしても、そのことは、透明性（条項の明確性、わかりやすさ）の要請に基づく規制を排除しない（三項二文）。

もっとも、ドイツ判例が採用しているとされる判断枠組み[6]は、このような条文構造と若干異なっている。そこでは、一項に基づく相当性審査が二段階に分けられており、三項に基づく規制対象性審査は、その第一段階と一体化している。具体的には、第一段階において、契約相手方の「不利益」が存在するか否かが審査され、第二段階において、両当事者の利益衡量により、確定された「不利益」が不相当なものであるか否かが決せられる。ここで、第一段階の審査は、法的基準に基づいて、すなわち、当該条項がなかった場合の法律状態との比較において行われる。

したがって、この審査は、条項が法規定を逸脱または補充するものであるかという三項一文に基づく規制対象性審査と、ほとんど一致することになる。給付や対価に関連する条項が規制対象にならないということも、この第一段階の審査において、法的基準が存在しないということを意味する。

このような判断枠組みのもと、対価関連条項の規制対象性について、判例は、直接的な価格合意（Preisabrede）――「価格主要合意」（Preishauptabrede）とも呼ばれる――と価格付随合意（Preisnebenabrede）の区別を採用している。前者は、直接的に対価の種類と範囲を規定する条項であり、規制対象にならないとされる。これに対して、後者は、価格の改訂や引上げを定める条項、および間接的に価格に影響するその他の条項とされ、規制対象になるものとされる。両者の区別において決定的なのは、条項が無効な場合に法規定が当該条項に代わりうるか、その意味で内容規制が問題なく可能であるか否かである。したがって、法律上の義務の履行や約款使用者自身の利益のための活動について対価を要求する条項は規制対象となるが、法律上の規定の存しない特別な給付についての対価を規律する条項は、価格付随合意に含まれない。かくして、契約に基づく給付についての対価であるか否かが決定的な意味を持つので、約款使用者は給付概念を自由に決めることができない。さらに、このような価格付随合意は、任意法に合致しないので、しばしば不相当なものと評価されることになる。(7)

しかしながら、このような判断枠組みに対しては、三項に独自の意義が見出されず、規制対象とならない領域が極めて限定されかねないことから、学説上批判が向けられてきた。それらの学説は、内容規制が市場メカニズムの機能不全を補完するものであるとの制度理解のもと、当該条項が市場競争に関与しているか否かによって規制対象性を判断する点に、三項独自の意義を認めようとしている。(8)

判例は、対価と給付の対応関係を問題にするという点において、当該条項の契約上の性質を吟味するものであり、

「契約関連アプローチ」と呼ぶことができる。これに対して、市場機能に注目する学説は、「市場関連アプローチ」と呼ぶことができる。[9] 次章以降における議論の整理においては、両アプローチの相違が一つの基準となる。

第二章　連邦通常裁判所判決前の議論

議論の引き金となったのは、二〇〇七年に行われた当時ＢＧＨ第一一民事部部長であったノベ（Gerd Nobbe）の講演であった。[10] 銀行取引における対価関連条項を主題とした講演の一部において、建築貯蓄契約における契約締結手数料の有効性について疑義が呈された。その言及は短いものであったが、現職の最上級審裁判官による問題提起ということもあり、これに触発された消費者団体により、一連の差止訴訟が起こされた。

もっとも、ノベの見解は、ほとんど追随者を見出さなかった。学説の圧倒的多数および公表されている全ての下級審裁判例[11]は、ノベの見解を批判し、主として、そもそも規制対象にならないことを理由に、契約締結手数料の有効性を肯定した。さらに、ノベ自身も、後に、結論としては有効説へと転向した。したがって、ノベ旧説の他に無効説に立つ議論は、わずかに、訴訟における原告の主張および訴訟関係者の論稿[12]に見出される程度である。

本章では、このような議論の経過を踏まえつつ、論点ごとに一連の議論を整理していく。

第一節　契約締結手数料の規制対象性

一　契約関連アプローチ

1　契約締結の対価としての性質決定

契約関連アプローチに基づく第一の問題として、契約締結手数料を契約締結それ自体の対価として捉え、そのよ

うな対価の徴収が法規定を逸脱するものであるか否かが争われた。

ノベは、「顧客に対する役務でない労務に対して価格を設定することは許されない」という原則[13]に基づき、契約締結手数料の徴収を、約款法上、許されないものとした。その理由として、契約締結それ自体およびそれに伴う口座開設は、顧客に対する役務ではないとした[14]。

この見解に対しては、約款使用者の契約締結自由との比較において、契約締結手数料の徴収は法規定を逸脱しない、との批判が展開された。すなわち、契約締結は、役務その他の給付ではないが、契約当事者の意思自由の具体化である。全ての法主体は、自らの契約締結意思を「入場料」の支払に係らしめてよい。このような契約締結自由との対比において、契約締結手数料の徴収は、法規定を逸脱するものではないとされた。また、契約締結が給付でないとの議論は、契約に基づく給付の対価か法律上の義務の履行の対価かという契約内容の分析枠組みを、契約締結それ自体に当てはめようとする点で、問題があるとされた[15]。なお、学説においてこの見解を主張した論者は、しばしば、さらに後述する市場関連アプローチを支持している[16]。

その後、ノベは、前述のように有効説へと改説したが、右の見解に賛同したものではなかった。ノベは、新たに、次のことを指摘した。すなわち、右の見解によると、あらゆる契約において――十分な透明性を有する限り――契約締結の対価を徴収することが認められることになるが、それでは、使用賃貸借契約や金銭消費貸借契約において、期間に応じてしか得られない賃料や利息に代えて、期間に左右されない高額の一回的料金を得ることが可能となってしまう。このような事態を避けるには、契約締結の対価という名目で、給付に対応していない対価の徴収を認めるべきではないことになる。このような思考に立ったとしても、建築貯蓄契約における契約締結手数料については、当該契約に団体加入としての意味合いが認められることから、後述の対価性肯定説にしたがい、建築貯蓄団体への

受入れの対価あるいは貸付オプションの対価として、内容規制を免れるとした。[17]

2　契約に基づく給付の対価としての性質決定

契約関連アプローチに基づく第二の問題として、契約締結手数料を契約に基づく給付の対価として位置づけることができるかが論じられた。この議論は、建築貯蓄契約そのものの理解とも関係する。

(1)　対価性否定説

契約締結手数料の対価性を否定する見解には、次のような契約解釈に依拠するものがある。すなわち、建築貯蓄契約は、貯蓄段階における預金契約と貸付段階における金銭消費貸借契約の二つの契約から構成されているとの解釈である。このような解釈によると、建築貯蓄契約における主要な給付の対応関係は、預金の提供と預金利息、貸付金の提供と貸付利息の二対に見出される。他方で、契約締結手数料については、これに対応する給付を預金契約に見出すことができず、また、貸付オプションを行使するか否かは加入者の自由であり、仮にオプションが行使されない場合にも利息を支払わなければならないというのは不合理であるから、未だ成立していない金銭消費貸借における利息とみなすこともできない、とされた。[18]

(2)　対価性肯定説

これに対して、契約締結手数料の対価性を肯定する圧倒的多数の見解は、建築貯蓄契約が全体として一個の契約であることを前提とする。[19]すなわち、建築貯蓄契約は、加入者が、預金と引き換えに、所定の金利での貸付けを後

日請求することができるオプションを取得する、一個の契約であるとの見方をとる。[20] このような見方によると、預金利息や貸付金の提供だけを建築貯蓄金庫による給付と捉える必要はなくなる。

もっとも、建築貯蓄契約を全体として一個の契約と捉えたとき、契約締結手数料に対応する給付がどこに見出されるかについては、複数の見解が主張された。

第一に、建築貯蓄団体への加入や、それに伴う貸付オプションの提供に見出す見解である。契約締結手数料は、低い預金金利（利息の一部放棄）とともに、これらの給付の対価とされた。[21] また、貸付オプションによって実現される貸付金利保証や財産計画の安定性をもって、反対給付とする見解もある。[22]

第二に、継続的な新規顧客の獲得によって建築貯蓄システムを機能させることが、顧客に対する給付である、との見解も主張された。それによると、加入者が貸付を受けるには、十分な量の預金の確保が必要なので、新規契約の確保に努める建築貯蓄金庫の義務は、全ての個別加入者の利益に資するものであり、これもまた給付に当たる。この義務の履行には、継続的な販売活動が必要であり、その費用に充てるための収益を契約締結に際して得なければならない。したがって、顧客にとっても、契約締結手数料は、新規契約獲得努力義務の対価としての意味を有するとされた。[23] もっとも、この見解に対しては、建築貯蓄システムの機能していることは、加入者の利益というよりも、むしろ契約締結の行為基礎であり、これを給付概念に包摂することは困難である、との批判も提起された。[24]

第三に、これまで述べてきたいずれかの対価としての位置付けと並んで、[25] あるいは、個別に対応する給付を特定することなしに、[26] 契約締結手数料もまた、預金利息の一部放棄や貸付利息とともに、全体価格の一部であるとの指摘がされた。後者の論者は、個別に対応する給付が特定されなければ給付なき対価として規制対象とし、不相当と評価する判断枠組みに対して、論点先取の危険性を指摘する。すなわち、ある価格構成要素が給付なき対価である

というためには、当該要素が主たる給付の対価ではないとしなければならないが、その推論は、循環論法でしかないとする。[27] なお、このような主張の背景には、透明性の要請に反しない限り、次に述べるように価格分割は自由であるとの思想、[28] また、継続的契約において期間に比例しない一回的な対価を設定することに問題はないとの考慮[29]が存在する。

対価性肯定説においては、契約締結手数料と利息を分けることで、複数の対価を設定することが許されるかが問題となる。この点、包括的な価格を設定するか価格を分割するかは、当事者の自由に委ねられており、価格分割を規制する法的基準が存在しないことが指摘された。[30] 例えば、バーやディスコが入場料とドリンク代を別にするのと同様に、建築貯蓄金庫は利息と契約締結手数料を分けてもよい。[31] 当該給付の対価は既に主たる価格に組み込まれているとの想定にのみ基づく内容規制は、許容されない価格規制に帰着するとされた。[32]

3　販売費用としての性質決定

対価性否定説からは、契約締結手数料に対応する給付が存在しないとの主張にくわえ、手数料として代理店に流れていることから、給付の対価というよりも、建築貯蓄金庫が本来負担すべき販売費用の転嫁であると主張された。[33]

しかしながら、このような主張に対しては、徴収した手数料の用途は、建築貯蓄金庫の内部的な問題であり、契約締結手数料の法的性質を左右するものではない、との批判が向けられた。例えば、法律行為の性質決定は唯一法秩序の務めであり、徴収した対価の使用目的や事業者の計算といった経営学的考慮は、法適用に影響を与えない、とする見解である。[34]

二　市場関連アプローチ

1　市場競争への関与

市場関連アプローチを支持する論者からは、契約締結手数料が市場競争に関与していることを理由に、規制対象にならないとする見解が主張された[35]。その際に、「平均的顧客が当該条項を認識し、契約締結判断に組み入れているか。その結果、当該条項が市場競争に関与しているか」といったテストが用いられる[36]。また、このようなテストによって条項の非規制対象性が肯定される前提として、当該条項の透明性が要求されるが、透明性の要請に関する議論は後述する。

右のようなテストのもと、契約締結手数料は、次のような理由から、規制対象にならないものとされる。すなわち、典型的に建築貯蓄契約に直面した私的顧客は、一般的に、第一次的な金銭的利益および負担に注意を向ける。その際に、約款および申込書式において明確に強調された契約締結手数料は、重要かつ即時に有効になるコストであり、平均的な建築貯蓄希望者のコスト計算に組み入れられる。また、実効年利の計算に組み入れられている点でも、顧客の視線は厳しくなる。法的規制が必要なのは、顧客が散漫な期待しか有しない給付約束や、顧客が契約締結判断の時点で請求することを予定していない給付についての対価規定に限られるが、建築貯蓄契約における契約締結手数料は、そのような事例ではない。また、手数料額が区々であることを別にしても、建築貯蓄契約という商品は、他の金融商品との競争に曝されている。これらのことから、契約締結手数料は、市場競争に関与していると[37]される。

2　契約関連アプローチとの関係

市場関連アプローチを支持する論者の中でも、契約関連アプローチとの関係をどう捉えるかについて、複数の見解が見出される。

一方で、対価規律だけが規制に服さないという特権を主張しうるとの理由で、市場機能テストの前提として、契約締結手数料が対価性を有しているかを判断する必要がある、との見解が主張された。この見解によれば、契約関連アプローチと同様に対価性の論証が問題となるが、論者は、契約締結手数料については、建築貯蓄団体への加入や貸付オプション等に対応しており、また、全体対価の一部とみられることから、対価性が肯定されるとする。[38]

他方で、契約関連アプローチを補完するものとして市場関連アプローチを位置付けることも考えられる。例えば、契約の客観的な構造だけによると、対価性の有無を一義的に確定することが困難な場合があることを指摘し、そのような場合における規制対象性の判断基準として、市場機能テストが独自の意味を発揮するとの見解である。[39] このように考えれば、契約締結手数料の法的性質を厳密に考えずとも、非規制対象性を肯定し得ることになる。

三　監督官庁の許可による内容規制の排除

規制対象性に関しては、建築貯蓄約款が監督官庁によって許可されていることを理由に、内容規制の可能性が排除されるか否かも、問題とされた。

一般的な見解によれば、監督官庁による事前の許可は、約款の私的自治的な妥当根拠に影響するものではなく、[40] また、内容規制からの免責を認めたり、相当性審査の結論を先取りしたりするものでもない。[41] しかしながら、近時の判例は、法秩序の統一のために、「官庁による監督および許可が、契約当事者間の法律関係の終局的かつ拘束力

のある形成を目的としており、したがって、約款使用者の私的自治的裁量の余地が残されていない場合」には、例外的に、当該約款が内容規制の対象にならないとしている。(42)

一部の学説は、この例外が契約締結手数料についても当てはまるとした。すなわち、連邦金融監督庁は、建築貯蓄システムが機能するには継続的な新規顧客の獲得が必要であるため、新規顧客の獲得にかかる費用を契約締結に際して相応な手数料によって徴収する規定が、約款の許可に不可欠であるとしている。したがって、このような手数料を徴収するか否かという問題について、建築貯蓄金庫に決定自由はなく、少なくとも契約締結手数料の徴収自体については、内容規制の可能性が否定されるとした。(43)

しかしながら、このような見解は、次の理由から、下級審裁判例において否定された。すなわち、建築貯蓄約款の許可には法律関係の終局的かつ拘束力ある形成をもたらす効果が与えられておらず、また、連邦金融監督庁が今日、建築貯蓄約款の許可審査において、契約締結手数料の規定を必須のものとはしていない、という理由である。(44)

第二節　契約締結手数料の相当性

一　透明性の要請

1　違反肯定説

契約締結手数料の無効を主張する論者は、主として次の二点において、透明性の要請違反を主張した。

第一に、契約締結手数料の法的性質、つまり、この手数料の徴収目的や使途が不明確であると主張された。この主張は、前述の対価性否定説の議論を言い換えたものである。すなわち、主たる給付の対価として位置付けられない契約締結手数料について、それ以外の法的性質が不明確である、との主張である。(45)

第二に、契約締結手数料と利息に価格が分割されていることによって、市場透明性が害されていると主張された。すなわち、価格が分割されると、顧客は、契約から生じる全体コストを見通すことが困難であり、他の金融商品と比較することができなくなる。逆に、契約締結手数料を利息に組み込むならば、他の金融商品との比較が促進され、建築貯蓄契約という商品は、市場競争においてより現実的な顔を有するようになる、とされた。[46]

2　違反否定説

これに対して、透明性の要請違反を否定する見解は、次のような論拠を挙げている。

第一に、約款や申込書式における記載において、契約締結手数料の徴収およびその金額が明確であるとの論拠である。これらの記載によって、顧客は契約締結により、かつ、後に貸付オプションを行使するか否かにかかわりなく、所定の契約締結手数料を支払う義務を負うことが、明らかにされている。そうである以上、顧客の権利義務および経済的不利益は明確化されている。[47] これに対して、契約締結手数料の計算基礎や法的性質については、従来の判例に基づき、[48] 顧客に対する情報提供を要しないとされた。[49]

第二に、市場透明性の主張に対しては、次のような批判が向けられた。まず、単一の価格が複数の価格よりも高い透明性を有するとしても、単一の価格しか許されないとする法規定は存在せず、くわえて、実効利率を表示することによっても、透明性を確保することができる、との批判である。[50] さらに、約款法における透明性の要請は、当該契約における権利義務や経済的不利益の明確性やわかりやすさの確保を超えて、他の商品との比較可能性という意味での市場透明性の確保を目的としていない、との批判も向けられた。[51]

第三に、契約締結手数料は、「隠れた対価」ではないとの論拠である。論者によれば、初めに顧客に有利な価格

を提示して、次に秘かに、必然的に履行される給付に結びついており、それゆえ自明のこととして初めに提示された価格に算入されるべき事柄について、追加的に代金を徴収することは、確かに不透明な価格形成として許されない。例えば、ホテルが、宿泊料とは別に、出発に際して浴室清掃料金を徴収する場合である。しかしながら、契約締結手数料の支払については、契約締結時に顧客に認識されており、このような場合と著しい相違があるとする。(52)

二　内容的相当性

1　不相当説

既述のとおり、契約締結手数料を無効とする見解は、これを販売費用の負担と見たうえで、販売費用は本来建築貯蓄金庫が負担すべきものとし、この法原則を逸脱する条項は、三〇七条二項一号に基づき、不相当性を肯定されるとする。

そのほかに、顧客による解約が阻害されるという点でも、不相当性が主張された。すなわち、顧客は、高額の契約締結手数料を喪失するがゆえに解約告知を妨げられ、それでも解約すれば、その喪失によって処罰されることから、自由競争が阻害されている、との主張である。市場経済においては、商品提供者とその商品から障害なく離脱することができるという点において、消費者のエゴを許容しなければならないとする。(53)

2　相当説

これに対して、有効説においては、まず、三〇七条二項一号による不相当性の推定が働かないことが指摘された。すなわち、契約締結手数料の徴収を禁止する法規定がなく、逆に、価格表示法令等において、その徴収を前提とす

る法規定が見出されることから、――たとえ契約締結手数料に対応する給付がないとしても――法規定からの逸脱はないとされた。[54]

また、建築貯蓄の団体性を考慮すれば、契約締結手数料の徴収は不相当とはいえないとされた。すなわち、契約締結手数料を利息に組み入れると、個別顧客の影響領域に原因を有する費用が顧客全体に転嫁され、契約に忠実な加入者が負担を被る一方、契約から早期に離脱する加入者の負担が軽減されることになる。また、継続的な新規契約の獲得も、もはや保証されない。[55] さらに、契約締結手数料の不返還による早期解約の防止は、貸付資金の確保に資するものである。[56] それに、長期契約への拘束は良俗違反の限度まで許容されるはずであり、なぜ消費者の側にだけ随時契約を離脱する可能性が与えられるべきなのか明らかでない。[57] これらのことから、建築貯蓄金庫は、顧客が契約締結手数料によって被る不利益と、少なくとも同等の利益を有しているとされた。[58]

第三章　連邦通常裁判所第一一民事部二〇一〇年一二月七日判決

右のような議論の展開を踏まえて、BGH第一一民事部は、二〇一〇年一二月七日の判決（BGHZ 187, 360）において、契約締結手数料の有効性について判断を下した。つづいて、その判旨を紹介するとともに、従来の議論と比較した本判決の意義を簡単に述べる。

一　判旨

1　監督官庁による規制との関係

まず、連邦金融監督庁によって規制されているからといって、契約締結手数料が内容規制を免れることはないと

された。非規制対象性を肯定する近時の裁判例と対比して、連邦金融監督庁が今日では契約締結手数料を許可の必要条件としていないことを指摘する。また、許可された価格が、異なる価格の合意を無効とするものではないことも、付言された。

2　透明性の要請

判例の一般的な定式[59]にしたがい、透明性の要請は、契約相手方の権利義務および経済的不利益を、できる限り明確かつわかりやすく記述することに尽きるとした。契約締結手数料は、これらの要求を充たすとする。これに対して、より高度の市場透明性の作出や、計算基礎の開示、支払義務の法的性質の明確化は、必要ないものとした。

3　規制対象性

本判決も、従来の判例に従い、契約締結手数料が契約に基づく給付についての対価であるかを基準として、その規制対象性を判断している。そして、この判断基準のもとで、契約締結手数料が対価にあたるかを、一義的に確定することはできないとする。

一方で、貸付オプションと結びついた建築貯蓄団体への加入のための「入場料」として解釈する余地があるとする。建築貯蓄金庫は、既に契約締結時点で顧客にオプションを提供しているので、顧客がこのオプションを事後に行使するか否かにかかわりなく手数料が徴収されることは、この解釈を妨げない。もっとも、貸付オプションの提供が給付であるとしても、契約締結手数料を個別にこの給付の対価とすることについて、さらなる手掛かりが欠けており、この解釈は必然的ではないとした。

他方で、具体的な給付の対価として徴収されているのではないとの解釈も、同様に是認することができるとする。契約締結手数料は、販売費用に充てられているが、新規顧客の継続的な勧誘は、契約に基づいて履行しなければならない建築貯蓄金庫の給付ではない。

かくして、法的に是認することができる二つの解釈可能性が存在することから、不明確準則（ＢＧＢ三〇五ｃ条二項[60]）が適用されるとする。それによれば、契約締結手数料が給付の対価であるか否かに関する疑わしさは、条項使用者たる建築貯蓄金庫の不利に働く。そして、条項を規制に服さない価格合意とせず、内容規制の可能性を開くことから、第二の解釈が、顧客にとってより有利な解釈として妥当するとした。

4　相当性

しかしながら、ＢＧＨは、建築貯蓄の性格を考慮して、契約締結手数料の不相当性を否定した。

まず、販売費用の顧客への割当は、任意法の本質的基本思想を逸脱しないものとされた。建築貯蓄金庫は、特別な対価を請求しうることなく新規顧客を勧誘することについて、顧客に対して法的義務を負っているわけではない。また、建築貯蓄においては、安定した新規顧客との取引が、建築貯蓄団体の直接的な利益にもなる。したがって、建築貯蓄金庫は、契約締結手数料をもって費用に充てられる活動により、集団的な利益をも擁護している。これらのことから、新規顧客の勧誘費用を新規加入者に負担させることは、建築貯蓄の法律上の指導形象に反しないとした。

さらに、ＢＧＢ三〇七条一項一文のもとでの利益衡量において、早期解約時の不返還を考慮しても、顧客は不相当な不利益を被らないとした。所論によれば、販売費用を契約締結時に特別な手数料によって充足することは、建

築貯蓄の団体性に合致する。そうすることで、一方で、建築貯蓄金庫にとっては、現在の収益状況にかかわらず安定した新規取引のための資金が得られることが保証され、加入者の負担において短期的に自己の利益を最適化するために販売活動を制限することが、魅力的でなくなる。他方で、契約期間に左右されない契約締結手数料は、必要な新規契約の獲得を、全加入者が、契約締結時に確定された預金額（貸付額もそれに応じる。）に応じて平等に支えることを、保証するものである。これに対して、利息によって契約期間に応じて費用を割り当てるならば、団体の負担において、契約を早期に終了し、したがって、より少ない資金しか提供していない顧客だけが、利益を受けることになる。そのような当初の契約目的に反する個別利益は、条項の不相当性を基礎付けないとした。

二　本判決の意義

本判決において、ＢＧＨは、契約締結手数料を契約締結それ自体の対価とする見解や、漠然と全体価格の一部であるとする見解など、広く契約締結時における一回的な金銭支払義務の規制対象性を否定しうる論法を取らなかった（ただし、これらの論法が真っ向から否定されているわけではなく、また、ノベが指摘する問題点を共有した判断であるかも不明である。）。また、団体加入ないし貸付オプションの対価として規制対象性を否定することもなく、不明確準則を介してではあるが、規制対象性を肯定し、不相当性判断のレベルにおいて、建築貯蓄契約の性格を考慮した処理を図っている。このことは、規制対象性のレベルで契約締結手数料を有効とする見解が強かった従来の議論と、一線を画している。

これらの処理により、本判決の射程距離は、極めて限定されたものとなっている。すなわち、契約締結手数料は販売費用の転嫁であるとしたうえで、建築貯蓄においては新規顧客の獲得が全加入者の利益に資することから、そ

のような転嫁が正当化されるというのが、本判決の趣旨である。このことは、（団体性を有する）他の契約類型においても販売費用の転嫁が正当化されることや、その他の費用についても転嫁が正当化されることを意味しない。

もっとも、このようなBGHの処理が適切であるかについては、問題も残る。というのは、BGHが、契約締結手数料の規制対象性を肯定するに際し、徴収した料金が販売費用に充てられているという事情を考慮しているからである。このような事情の考慮に対しては、既述のように従来から批判が見られたところであり、本判決に対しても批判が存在する。[61]

第四章　おわりに

一　総括

前章までの議論の中心にあったのは、規制対象性の問題であるといってよい。不透明性を否定する点などは大方の一致を見ていたのに対して、この問題については、有効説の内部でも複数の考え方が存在した。各説の射程距離を考慮して議論状況を整理すると、次のとおりである。

(1)　まず、「法律上の義務の履行や自己の利益のための活動について対価、すなわち、対応する給付なき対価を要求することは許されない」という判例準則を前提として、建築貯蓄契約における契約締結手数料の規制対象性を評価するとき、射程距離の異なる複数の見解が見出される。

第一に、契約締結それ自体の対価として、規制対象性を否定する見解である。この見解によると、建築貯蓄契約における契約締結手数料にとどまらず、――締約強制が存在するのでない限り――あらゆる契約において、契約締結の対価としての一回的な金銭支払義務が、規制対象とならないことになる。

第二に、対応する給付を個別に特定することなく、契約締結手数料を全体価格の一部であるとする見解によっても、同様の結論に至る。すなわち、この見解によれば、契約締結時の一回的な金銭支払義務も、その他の対価とともに、全体として約款使用者側の給付に対応しているものと評価されることになるが、このような論理は、建築貯蓄契約に限らず妥当する。

第三に、団体加入の対価として、契約締結手数料の規制対象性を否定する見解である。この見解によれば、前二説と異なり、契約締結時の一回的な金銭支払義務の規制対象性を否定し得るのは、建築貯蓄契約と同様に団体性を肯定し得る契約に限られてくる。論者の中には、「使用賃貸借や金銭消費貸借といった契約についてまで、一回的な金銭支払義務を認めるべきではない」との考慮を行うものが存在した。

第四に、契約締結手数料の対価性を否定し、費用転嫁条項として相当性審査にかける見解がある。BGHは、不明確準則を介してではあるが、この見解を採用する。そこでは、建築貯蓄の仕組みから販売費用の顧客への転嫁が正当化されるだけであり、他の団体加入型の契約においても、直ちに同様の判断が及ぶものではない。もっとも、対価性の判断に際して、徴収された契約締結手数料の使途から、販売費用の転嫁として性質決定してよいかにつき問題があることは、既に述べたとおりである。

(2) これに対して、市場関連アプローチを採用するならば、約款や書式における記載のあり方や負担の生じる時期などから、平均的顧客の契約締結判断に組み入れられている限り、金銭負担を定める条項は規制対象にならないことになる。建築貯蓄契約における契約締結手数料は、基本的にこのテストをパスするものと評価されている。契約の実行段階において事後的に課される金銭支払と異なり、契約締結時に徴収される手数料については、他のものについても同様の判断がされやすいものと考えられる。

もっとも、対価性の有無に関する議論との関係をどう捉えるかによって、この評価の射程距離は変わってくる。市場関連アプローチを、契約関連アプローチを補充するものとして位置付けるならば、建築貯蓄契約における契約締結手数料は、対応する給付の有無にかかわらず、規制対象にならない。さらに、建築貯蓄契約を超えて、契約締結時に支払われる一回的な金銭給付の多くは、その存在が明確化されている限り、規制対象にならないことになろう。結論としては、契約締結それ自体の対価の規制対象性を広く否定する見解に近い。これに対して、対価性を前提として市場機能テストを行うならば、建築貯蓄契約における契約締結手数料の非規制対象性は、対価性を有するものであっても他の金銭支払条項には直ちに及ばないことになる。

二　残された課題

本稿で取り上げた議論は、ドイツにおいても、契約締結時の一回的な金銭支払義務の規制という問題の一部でしかない。建築貯蓄契約に関する文献において関連性が指摘されている問題に限っても、[62] 近時の下級審裁判例においては、金銭消費貸借契約における一回的な申請処理料（Bearbeitungsentgelt）について、無効判断が下されている。[63] また、判例によれば、[64] 金銭消費貸借における貸付金交付に際しての名目額からの割引（Disagio）は、原則として利息の前払であり、契約が早期に終了した場合に借主に返還しなければならない。この返還義務は、約款によって排除することができないものとされている。この判例も、関連する問題として位置づけることができる。[65] これらの問題を含むより広いドイツ法の検討は、未だ成し得ていない。

また、本稿の議論には、一見したところ、日本法にも応用できそうな要素が存在する。例えば、団体加入型の契約に限って「入場料」の規制対象性を否定する議論を、入学金にあてはめるなどである。しかしながら、中心条項

の問題について、従来ドイツ法の議論も参照されてきたとはいえ、どこまで議論枠組みを共有しているのか定かでない日本法の問題に、本稿の議論を直ちに当てはめることは、拙速であろう。日本法における従来の議論と照らし合わせた分析についても、今後の課題としなければならない。

（1）最判平成一八年一一月二七日民集六〇巻九号三四三七頁、同民集六〇巻九号三五九七頁、同民集六〇巻九号三七三二頁、同判時一九五八号六二頁、同判時一九五八号六九頁

（2）最判平成二三年三月二四日民集六五巻二号九〇三頁、最判平成二三年七月一二日判時二一二八号四三頁。

（3）最判平成二三年七月一五日民集六五巻五号二二六九頁

（4）例えば、更新料条項に関して、主たる契約に付随する特約に過ぎず、これを契約の主要な目的及び価格に関する条項（中心条項）として、一〇条の適用を一律に排除することは困難であるとの指摘もあるが（森富義明「判解　最判平成二三年七月一五日」ジュリスト一四四一号一〇六頁（二〇一二年））、なぜ入学金が主要な価格となり、更新料が付随的な特約に留まるのかは、明らかでない。

（5）この問題に関するドイツの議論については、桑岡和久「価格付随条項内容規制（一）（二・完）――ドイツにおける銀行の手数料条項をめぐる議論を手がかりとして――」民商法雑誌一二七巻三号三三頁（二〇〇二年）・四＝五号一九四頁（二〇〇三年）が、既に詳細な紹介を行っている。もっとも、そこで取り上げられている具体例は、窓口利用手数料や口座差押手数料といった、契約が実行される過程において支払われる手数料である。これに対して、契約締結時に支払われる手数料に焦点を合わせる点で、本稿にも若干の新規性が認められよう。

（6）Andreas Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht (11. Auflage, 2011), § 307 BGB Rn. 39; Lorenz Fastrich, „Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht“ (1992), 280ff.; Markus Stoffels, „AGB-Recht“ (2. Auflage, 2009), Rn. 466ff. などを参照。

（7）直接的な価格合意と価格付随合意の区別については、Gerd Nobbe, WM 2008, 185ff. を参照。

（8）議論の概観につき、Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 6), § 307 BGB Rn. 43ff. を参照。

（9）「契約関連アプローチ」（vertragsbezogener Ansatz）および「市場関連アプローチ」（marktbezogener Ansatz）とい

う用語については、Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 6), § 307 BGB Rn. 39 に依拠した。

(10) その講演を活字化したものが、Nobbe, a. a. O., (Fn. 7) である。

(11) 公表裁判例は、以下のとおりである。

LG Heilbronn 二〇〇九年三月一二日判決（WM 2009, 603）――後掲BGH判決の第一審

LG Dortmund 二〇〇九年五月一五日判決（Juris）――後掲 OLG Hamm 判決の原審

LG Hamburg 二〇〇九年五月二二日判決（WM 2009, 1315）

OLG Stuttgart 二〇〇九年一二月三日判決（WM 2010, 705）――後掲BGH判決の原審

OLG Hamm 二〇一〇年二月一日判決（WM 2010, 702）

(12) Hartmut Strube, ZIP 2008, 2153

(13) Nobbe, a. a. O., (Fn. 7), 187ff.

(14) Nobbe, a. a. O., (Fn. 7), 193

(15) Mathias Habersack, WM 2008, 1857, 1861 ; LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11); OLG Hamm, a. a. O., (Fn. 11); Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 6), Teil 4 (3) Rn. 8

(16) 注(15)と注(35)を対照せよ。

(17) Gerd Nobbe, WuB IV C. § 307 BGB 1. 10 (2010)

(18) LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11) における原告の主張を参照。

(19) とりわけ OLG Hamm, a. a. O., (Fn. 11) が、契約一個説の見方を明確にしている。

(20) このような見方は、「建築貯蓄加入者とは、建築貯蓄金庫との間で、建築貯蓄預金の給付後に建築貯蓄貸付の提供についての法的請求権を取得する一個の契約（建築貯蓄契約）を締結する者である。」と定める建築貯蓄金庫法一条二項に、条文上の根拠を有する。

(21) LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11); Lutz Haertlein/Andreas Thümmler, ZIP 2009, 1197, 1199 ; Hans-Michael Krepold, BKR 2010, 108, 109

(22) LG Hamburg, a. a. O., (Fn. 11)

(23) LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11) ; LG Hamburg, a. a. O., (Fn. 11) ; OLG Hamm, a. a. O., (Fn. 11)

(24) Mareike Lentz, BKR 2009, 214

(25) LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11) ; OLG Hamm, a. a. O., (Fn. 11)

(26) Felix Christopher Hey, Inhaltskontrolle einmaliger Entgeltbestandteile am Beispiel der Abschlussgebühr bei Bausparverträgen ?, GS für Manfred Wolf (2011), 47, 51

(27) Hey, a. a. O., (Fn. 26), 53

(28) Hey, a. a. O., (Fn. 26), 56f.

(29) Hey, a. a. O., (Fn. 26), 59

(30) 価格分割の自由を承認する裁判例として、BGH第一〇民事部一九九一年一一月一九日判決（BGHZ 116, 117）などを参照。

(31) Georg Bitter, ZIP 2008, 1095

(32) Habersack, a. a. O., (Fn. 15), 1859 ; LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11)

(33) Nobbe, a. a. O., (Fn. 7), 193 ; LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11) における原告の主張

(34) Hey, a. a. O., (Fn. 26), 53f. を参照。初めに販売費用としての性質を主張したノベも、後の有効説への改説に際して、このような批判に組している。Nobbe, a. a. O., (Fn. 17), 160 を参照。

(35) Markus Stoffels, BKR 2010, 359, 364ff.; Habersack, a. a. O., (Fn. 15), 1860 ; Bodo Pieroth/Bernd J. Hartmann, WM 2009, 677, 681f.; Peter Frey, ZfIR 2009, 425 ; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 6), Teil 4 (3) Rn. 8

(36) このようなテストの定式化を行うものとして、Stoffels, a. a. O., (Fn. 6), Rn. 449ff.; Fastrich, a. a. O., (Fn. 6), 264ff.; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 6), § 307 BGB Rn. 43ff., Rn. 85ff. などを参照。

(37) Stoffels, a. a. O., (Fn. 35), 365f.

(38) Stoffels, a. a. O., (Fn. 35), 365

(39) Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 6), § 307 BGB Rn. 49, 84

(40) Peter Ulmer/Mathias Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 6), § 305 BGB Rn. 10

(41) Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 6), Vorb. v. § 307 BGB Rn. 96

(42) BGH第三民事部二〇〇七年五月二四日判決 (NJW 2007, 3344)

(43) Stoffels, a. a. O., (Fn. 35), 362ff.; Thomas Hoeren, Die Abschlussgebühr in der AGB-rechtlichen Kontrolle, FS für Friedrich Graf von Westphalen (2010), 331ff., 347ff. また、Frey, a. a. O., (Fn. 35), 425 も、本文に紹介した判例を参照していないが、民法と監督法との評価矛盾を指摘する。

(44) LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11); OLG Hamm, a. a. O., (Fn. 11)

(45) LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11) における原告の主張

(46) Strube, a. a. O., (Fn. 12), 2155; LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11) における原告の主張

(47) Habersack, a. a. O., (Fn. 15), 1860; LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11); LG Hamburg, a. a. O., (Fn. 11); Pieroth/Hartmann, a. a. O., (Fn. 35), 682; Haertlein/Thummler, a. a. O., (Fn. 21), 1203; OLG Hamm, a. a. O., (Fn. 11)

(48) BGH第一一民事部二〇〇三年一月一八日判決 (BGHZ 153, 344)

(49) LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11); OLG Hamm, a. a. O., (Fn. 11)

(50) Georg Bitter, ZIP 2008, 2155, 2158

(51) LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11); OLG Hamm, a. a. O., (Fn. 11)

(52) Bitter, a. a. O., (Fn. 31); ders., a. a. O., (Fn. 50), 2156 und 2158. LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11); Lentz, a. a. O., (Fn. 24); OLG Hamm, a. a. O., (Fn. 11) も同旨。

(53) Strube, a. a. O., (Fn. 12), 2155

(54) LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11); Krepold, a. a. O., (Fn. 21), 111; OLG Hamm, a. a. O., (Fn. 11); OLG Stuttgart, a. a. O., (Fn. 11)

(55) Habersack, a. a. O., (Fn. 15), 1862

(56) Haertlein/Thummler, a. a. O., (Fn. 21), 1203

(57) Bitter, a. a. O., (Fn. 50), 2157f.

(58) LG Heilbronn, a. a. O., (Fn. 11); OLG Hamm, a. a. O., (Fn. 11)

(59) Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 6), § 307 BGB Rn. 325

(60) BGB二〇五c条　不意打ち条項および多義的条項

(2) 普通取引約款の解釈における疑わしさは、約款使用者の不利に作用する。

(61) Andreas Fuch/Philipp Otto Neideck, LMK 2011, 317569

(62) Hey, a. a. O., (Fn. 26) を参照。

(63) OLG Celle 二〇一〇年二月二日決定（NJW 2010 2141）は有効説に立っていたが、その後、OLG Bamberg 二〇一〇年八月四日判決（BKR 2010, 436）、OLG Karlsruhe 二〇一一年五月三日判決（ZIP 2011, 951）、OLG Dresden 二〇一一年九月二九日判決（WM 2011, 2320）、OLG Celle 二〇一一年一〇月一三日決定（WM 2011, 2323）が、相次いで無効判断を下している。

(64) BGH第一一民事部一九九〇年五月二九日判決（BGHZ 111, 287）

(65) この判例と建築貯蓄契約における契約締結手数料の問題を比較したとき、前者においては、契約当初における貸主による一定金額の留保とその事後的な精算の有無というかたちで問題が分けられているのに対して、後者においては、「精算されない手数料」というかたちで、問題が一本化されている。このような問題枠組みの相違がどのように正当化されるのかも、検討すべき課題の一つである。