

Title	ドイツ不当条項規制における事後的審査説について : 包括的な条項における規制対象び画定法理としての再構成
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2013, 63(2), p. 141-191
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/67934
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

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

Osaka University

ドイツ不当条項規制における事後的審査説について

——包括的な条項における規制対象の画定法理としての再構成——

武 田 直 大

第一章 序論

第二章 事後的審査に関する議論

第一節 事後的審査説の内容

第二節 事後的審査説に対する批判

第三節 事後的審査説からの反論

第三章 検討

第一節 事後的審査説に対する批判への可能な反論

第二節 事後的審査説の問題点

第三節 事後的審査説の再構成

第四章 結論

一 本稿の課題

事業者の用いる約款に、「一切の責任を負わない」と書かれた免責条項が存在したとする。この免責条項は、重過失による契約違反の場面においても、また、軽過失による契約違反の場面においても、適用される可能性がある。さらに、条項の書きぶりとして全部免責の規定になっているが、事業者が実際に全部免責を主張することのほか、一部免責しか主張しないことも考えられる。消費者契約法八条によれば、事業者の重過失により消費者に生じた損害を賠償する責任については、一部を免除する条項も無効とされ（二・四項）、また、軽過失免責についても全部免責であれば無効とされる（一・三項）。これらの規定のもとで、右のような免責条項は、どのように処理されるのか。

このように、複数の可能な事実経過を含む包括的な契約条項に対する不当条項規制のあり方について、ドイツ約款法においては、次のような見解が主張されている。すなわち、個別訴訟——個別の契約関係における条項の効力に関する訴訟——において、裁判官は、現実の事実経過に鑑みて条項の適法性を判断するため、軽過失による契約違反に関する紛争において、右のような免責条項は、重過失免責を禁じる規範によっては不当条項と評価されない、という見解である。同様に考えると、軽過失による契約違反の場合において、事業者が一部免責しか主張しなければ、全部免責を禁じる規範によって不当条項と評価されることはないことになる。ここでは、ありうる複数の事実経過のうち、事後的に見て現実化した事実経過に即して、条項の不当性を評価するという処理がされている。このような処理を、本稿においては、「事後的審査」(ex post Betrachtung)と呼ぶ。また、一定の場合に事後的審査が

行われるとする見解を、「事後的審査説」と呼ぶことにする。

もつとも、事後的審査説はドイツにおいて少数説に留まっており、支配的見解——本稿では、事後的審査説を支持しない議論を総称して、「支配的見解」と呼ぶ。——は、次のような処理を行っている。すなわち、「一切の責任を負わない」と書かれた免責条項は、重過失免責を含むところ、重過失免責を禁じる規範によって、軽過失による契約違反に関する紛争においても、不当条項と評価されるという処理である。つまり、ありうる事実経過の中に違法なものが含まれていれば、それが現実化したかどうかにかかわらず、不当条項と評価されるのである。本稿では、このような処理を、「事前的審査」(ex ante Betrachtung)と呼ぶ。

本稿において、このドイツにおける事後的審査をめぐる議論を取り上げる理由は、次の二つである。

第一に、これまで我が国において、この議論について、十分な検討がされていないことである。確かに、ドイツにおける事後的審査説自体については、既に紹介されているが、その内容に立ち入った吟味はされてこなかった。⁽¹⁾他方で、後述するように、日本法の議論においても、事後的審査・事前的審査という言葉が使われている。このような状況において、事後的審査とは何であり、いかなる問題点があるのかを明らかにするために、ドイツの議論を検討しようというのである。

第二に、複数の事実経過を含む包括的な条項に対する不当条項規制において、何が個別の規制対象として捉えられるかという問題を検討したい、という理由である。規制対象が何か(規制対象の画定)⁽²⁾という問題は、規制によって不当条項がどの範囲で無効になるのかという条項一部無効・全部無効の問題の前提であり、不当条項規制効果論との関係において重要な意味を有する。筆者は、別稿においてこの問題を検討したが、ここでは、具体的な規制規範に照らして何が一体的に違法性評価の対象となっているかによって、個別の規制対象が画定されるべきであ

る、との結論に達した。⁽⁴⁾しかしながら、このような基準だけでは、包括的な条項において何が個別の規制対象となるか、明確にならない。すなわち、「一切の責任を負わない」という文言の免責条項それ自体というように、当該条項の定式全体が一つの規制対象となるのか、それとも、重過失免責と軽過失免責とが別の規制対象であるとするように、当該条項の定式に内包されている複数の要素が、個別の規制対象として把握されるのか、定かではない。⁽⁵⁾そこで、改めてこの問題について検討しようというのが、本稿の意図である。⁽⁶⁾

事後的審査・事前的審査の対立は、直接的に規制対象の画定を問題とするものではない。しかしながら、複数の事実経過における条項の効果をそれぞれ個別の規制対象と捉えるべきかという点での対立として、捉えなおすことができる。そして、このような再構成によって、包括的な条項における規制対象の画定を考えるうえで、有益な分析枠組みを引き出すことができるのではないかと考える。

二 事後的審査・事前的審査の概念

事後的審査・事前的審査という用語は、従来の日本法の議論において、次のような意味に使われている。すなわち、契約条項の効力判断において考慮されるべき事情を契約締結時までのそれに限る考え方を事前的審査とし、契約締結後の事情も考慮に入れて効力判断を行う考え方を事後的審査とする語用である。⁽⁷⁾ここでは、不当条項規制における事後的審査と事前的審査との区別が説かれている。⁽⁸⁾

これに対して、本稿で論じる事後的審査と事前的審査の区別は、契約締結後の事情を考慮するか否かによるものではない。本稿が従来の日本法におけるのと異なる語用をする理由は、次の二つである。第一に、本稿の検討対象であるドイツにおける事後的審査説を、契約締結後の事情を考慮すべきかという問題設定のもとで理解することが、

適切ではないと考えるからである。この問題設定には、契約締結後の事情変更が条項規制にどのように影響するか、という問いが含まれる。これに対して、事後の審査説が問題とするのは、契約締結時点において想定される事実経過が複数ある場合の処理に過ぎない。第二に、近時の日本法の議論においても、契約締結時点までの事情と契約締結後の事情という区別の曖昧性が指摘されているからである。すなわち、近時の学説においては、「何をもって契約条項の効力場面で考慮に入れられるべき契約締結時までの事情とし、何ををもって考慮外とされる契約締結後の事情と性質づけるかについての、詳しい検討が必要である」との指摘がある。⁽⁹⁾このような状況において、「契約締結時に想定された事情（とそうでない事情）」⁽¹⁰⁾という異なる軸に立脚し、想定された事情の枠内での処理を論じることは、日本法における今後の理論展開のうえでも有意義であると考えられる。このような理由から、本稿においては、事後の審査を、「契約締結後の事情を考慮に入れて効力判断を行う方法」としてではなく、前述のように、「ある条項のもとで想定された複数の事実経過のうち、現実化したもののみを考慮して、条項の不当性評価を行う方法」として定義する。

三 行論の順序

本稿では、次の順序で論を進める。まず、第二章において、ドイツにおける事後の審査をめぐる議論を、まとめて紹介する。それに続いて、第三章において、ドイツ法の議論の内容を検討し、事後の審査説の問題点を明らかにするとともに、同説を規制対象の画定という観点から再構成することを試みる。最後に、第四章において、ドイツ法の検討から得られた思考枠組みを整理し、日本法の議論においてどのように役立てることができるかについて、若干の試論を示す。以上の検討は、全て個別訴訟について行う。差止訴訟における規制対象の画定等の問題につい

ては、別稿において論じたところに譲る。¹¹⁾

なお、本稿においては、ドイツ旧約款規程法（以下、「AGBG」と略記する。）の下での議論を主として扱う。同法の実体法規定は、二〇〇二年よりドイツ民法典（以下、「BGB」と略記する。）に統合され、手続法規定は、他の差止訴訟に関する規定と併せ、差止訴訟法（以下、「UKlaG」と略記する。）となっているが、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。いずれを参照するかが、本稿の議論に大きく影響するわけではない。

第二章 事後的審査に関する議論

第一節 事後的審査説の内容

ドイツにおける事後的審査説は、主として、バゼドウ（Jürgen Basedow）によって展開された。¹²⁾ 他の論者による議論を補いつつ、その主張をまとめると、次のとおりである。

一 事後的審査説の一般的主張

バゼドウは、団体訴訟と個別訴訟の手続構造から生じる規制方法の違いとして、事後的審査を説明する。すなわち、約款は、契約実行段階におけるリスクを、当事者間に分配するものであるが、その分配がAGBGの限度内に留まるかの審査方法は、訴訟形態に応じて、次のように異なってくるとする。

まず、団体訴訟における裁判官は、全ての具体的事情から離れて、事前的に、当該条項がいかなる場合についてもそもそも意義を有するかを、問わなければならない。その際には、約款の解釈が問題となるだけでなく、考えられる事実経過、したがってありうるリスクを、できる限り網羅的に観念することを、あらゆる想像力をもって試

みなければならぬ。

これに対して、個別訴訟における裁判官は、契約の実行前に条項無効の確認が請求された場合を別として——この場合には、事前的審査によるものとされている¹³⁾——、一定の実際の出来事に対峙する。彼にとつては、将来のリスクではなく、過去に実現したリスクが問題である。契約に基づくリスク分配が実際の出来事に鑑みて適法であったかについて、事後的に判断を下すことは、裁判官の古典的な任務である（「我に事実を与えよ、汝に法を与えん。da mihi factum, dabo tibi ius」）。その際に、確かに契約締結時に可能性の範囲内であったが、現実化しなかった展開は考慮されない。正当な目的のための条項の実現を、別の場合に条項が違法であるという理由によって、拒絶することはできないとする。

二 具体例

さらに、バゼドウは、いくつかの具体的な適用事例をもって、事後的審査説による処理を説明している。事後的審査説の発生源となっているのは、免責条項や相殺禁止条項に関する AGBG 施行前の比較的古い裁判例であるが、同説が提唱された当時における重要な適用事例としては、価格改訂条項の処理が想定されていた。以下では、①免責条項、②相殺禁止条項、③価格改訂条項の順に、事後的審査説による具体的処理を説明する。

1 免責条項

AGBG 一一条七号¹⁵⁾（現 BGB 三〇九条七号）によれば、約款使用者の重過失による契約違反に基づく損害についての責任排除または責任制限は、無効とされる。事後的審査説によれば、「一切の責任を負わない」というよう

な約款使用者の責任を完全に排除する条項は、この規定に基づいて、次のように処理される。すなわち、個別訴訟においては、実際に重過失によって契約の実行が妨げられた場合にのみ、そのような条項が無効とされなければならず、これに対して、給付障害が軽過失に基づき、したがって原則として免責が許容される場合には、無効とされるはならない、とされる。

バゼドゥは、一九七七年のAGBG導入より前において、このような処理は自明のことであったとする⁽¹⁶⁾。その指摘するところによれば、いくつかの連邦通常裁判所（以下、「BGH」と略記する。）の裁判例⁽¹⁷⁾において、約款使用者の重過失が認定されたことから、責任制限条項の有効性が否定され、または、その援用が制限されている。これに対して、別の裁判例⁽¹⁸⁾においては、約款使用者の重過失が実際に認定されない限り、免責条項は有効なものとされている。

2 相殺禁止条項

AGBG 二二条三三号⁽¹⁹⁾（現BGB三〇九条三三号）は、争いのない債権または既判力をもつて確定された債権による相殺の禁止を、無効としている。事後的審査説によれば、この無効は、この状況にある顧客の保護のために認められるものであり、包括的な相殺禁止条項がある場合に、争いのある債権による相殺も可能にするために認められるものではないとされる⁽²⁰⁾。

3 価格改訂条項

バゼドゥは、団体訴訟に係るBGH第八民事部一九八〇年六月一日判決（NJW 1980, 2518）を引いて、事後的

審査説における価格改訂条項の処理を論じている。この裁判例は、雑誌定期購読約款における「価格の引上げまたは通常配達料の改定によって、この契約は解消されない。これらの変更が、契約締結と引渡しの間開始との間に生じるとしても、同様である。」という文面の価格改訂条項について、差止めが認められたものである。BGHは、次のような理由を述べて、差止めを命じた原判決を支持した。

(i) この条項は、あらゆる恣意的な価格引上げを可能とする。例えば、被告は、有利な価格で購読を勧誘したうえで、引渡し前に値上げすることができる。また、原価が増加していなくとも、利益を増やすためだけに、価格を引き上げる権限も認められることになる。さらに、より低価で宣伝されているにもかかわらず、個別購読の価格水準に引き上げられる可能性もあるし、一年以内での複数回の値上げさえ排除されていない。このように、被告は、価格形成において完全に自由であり、顧客は、契約期間の経過前に契約関係を終了させることができない。

(ii) 価格改訂条項の有効性については、買主が既に契約締結に際して条項の定式から、いかなる範囲で価格引上げがありうるのかを、認識することができること、そして、行われた価格引上げの正当性を、授權条項に照らして評価することができることが、決定的である（具体化の要請）。個別事例において行われた価格引上げを裁判所による再審査に服せしめるという、BGB三一五条から生じる注文者の権限は、具体化の要請を代替することができない。

バゼドウは、(i)の理由付けに注目する。すなわち、この裁判例は、特に不相当と見られる最低四種の価格引上げ

①供給開始前に価格を引き上げる可能性、②利益を増やすためにだけに価格を引き上げる可能性、③廉価で宣伝

したにもかかわらず、個別販売価格の水準に価格を引き上げる可能性、④一年内に何度も価格を引き上げる可能性——を列挙して、価格改訂条項を無効と評価したものであるとする。これは、団体訴訟において裁判官が、ありうる事実経過——不相当な価格上げのリスク——をできる限り網羅的に考えた実例とされる。これに対して、個別訴訟において同様の条項が問題となったならば、不相当な価格上げのリスクが実現した場合にのみ、つまり、出版社が実際に価格を不当に引き上げた場合にのみ、条項を無効とすることができるとする。

価格改訂条項に関しては、さらに、新車売買契約における時価条項の処理について、別の論者により、個別訴訟における事後的審査が主張された。BGH 第八民事部一九八一年一〇月七日判決 (BGHZ 82, 21) ——「いわゆる第一時価条項判決」——は、団体訴訟において、契約締結時に合意された価格にかかわらず引渡時の価格が妥当する旨の時価条項を無効とした⁽²¹⁾。この判決が、時価条項に基づき既に代金が支払われた場合の不当利得返還訴訟に対して、どのような影響を有するかという問題について、そのような個別訴訟においては、そもそも時価条項の有効性につき、団体訴訟とは異なる審査がされるべきことが主張された。それによれば、団体訴訟においては、当該条項が引き続き使用された場合に、将来的に消費者の不相当な不利益をもたらしうる「抽象的な」可能性が存在するか、が問題となる。BGH 一九八一年判決は、そのような観点から時価条項を無効としたものである。これに対して、不当利得返還訴訟では、当該顧客または類似の状況にある別の顧客がこの条項によって実際に不利益を受けたかが問題となるのであり、一九八一年判決をもって、直ちに一律に不当利得の返還が認められるわけではないとされた⁽²²⁾。

三 事後的審査の実施範囲

事後的審査においても、全ての個別訴訟において事後的審査が予定されているわけではない。既述のように、

契約の実行前に条項無効の確認請求がされた場合には、事前的審査によるものとされている。さらに、先行する団体訴訟との関係においても、事後的審査が行われる場面は限定されている。つまり、団体訴訟における差止判決の既判力または先例としての作用が、個別訴訟における無効判断に影響する可能性が存在する。

この問題について、バゼドウは、次のように考察している。まず、個別顧客が契約締結前に出された差止判決を援用しうることは、AGBG二二条一文⁽²³⁾（現 UKlaG 一一条）の定めるところとして、異論がない。これに対して、契約締結後または履行後の判決が顧客の助けとなるかについて、AGBGは明らかにしていない。したがって、継続中の契約（*laufender Vertrag*）に対する遡及効および既に実行された契約（*abgewickelter Vertrag*）に対する遡及効が問題となる。バゼドウは、この問題に焦点を合わせている。⁽²⁴⁾

この問題について第一に検討しなければならないのが、AGBG二二条一文の規定によって、これらの契約においても、差止めの対象となった条項が無効とみなされるかである。この規定について、バゼドウは、立法段階における連邦議会法律委員会報告書の見解に従って、AGBG 一七条に基づく差止判決が、訴訟当事者間で、条項無効の確認についても既判力を有すると解したうえで、この既判力が個別顧客との関係でも拡張されるとする。⁽²⁶⁾ さらに、既判力の時的限界が最終口頭弁論の時点に求められ、この時点で遡って条項の無効確認が既判力を有することになるから、二二条一文に基づく既判力の拡張は、この時点で既に実行された契約には及ばない。⁽²⁸⁾ これに対して、最終口頭弁論の時点で継続中の契約については、差止判決が既判力を有しており、約款使用者は、継続中の契約において当該条項の援用を認められないことになるとする。⁽²⁹⁾ ここで、バゼドウは、条項の組入れの時点ではなく、契約の実行の時点を決定的と見ている。その積極的な理由は明確ではないが、BGHの判例に依拠したものと思われる。⁽³⁰⁾ かくして、既に実行された契約——あるいは他の約款使用者が同一の条項を使用する継続中および将来の契約

——をめぐる個別訴訟には、差止判決の既判力が及ばない。しかしながら、差止判決における無効評価が先例として作用する可能性は、なお存在する。ここで、バゼドウは、そのような先例としての作用は、訴訟形態を含む事案の類似性が存在する場合にのみ認められるところ、団体訴訟における約款規制と個別訴訟におけるそれとは、様々な相違があり、差止判決が先例として作用する場合は限られているとする⁽³¹⁾。団体訴訟における事前的審査、個別訴訟における事後的審査は、そのような相違の一つとして論じられている。

以上のようなバゼドウの論述によれば、AGBG111条1文により差止判決の既判力が拡張される場合——同一約款使用者の将来の契約および継続中の契約にかかる個別訴訟——においては、事後的審査をするまでもなく、当該条項が無効とされる。差止判決の既判力が及ばない場合——同一約款使用者の既に実行された契約および他の約款使用者の同一条項が使用された契約にかかる個別訴訟——において、初めて事後的審査の余地が存在することになる。

第二節 事後的審査説に対する批判

第一章で述べたように、ドイツ法学説の支配的見解は、事後的審査説を支持していない。本節では、事後的審査説に対して、どのような批判が向けられているかを紹介する。

一 権利行使規制との混同

事後的審査説に対する第一の批判として、内容規制と権利行使規制とが区別されるべきことを前提に、同説が両者を混同するものであるとの指摘がある。それによれば、契約内容の有効性に向けられた内容規制は、契約から生

じる権利の行使に向けられた権利行使規制と、区別されなければならない⁽³²⁾⁽³³⁾。約款使用者が実際に不相当な範囲で条項を使用した場合にのみ、条項無効がもたらされるとする事後的審査は、異なる規制方法を区別できていないとする。このような指摘をもとにして、さらに、次のような批判が提起されている。

まず、内容規制の趣旨からすると、内容規制は、権利行使の段階で初めて行われるものではないとする。すなわち、内容規制は、約款使用者による契約形成自由の濫用的な行使を妨げんとするものであるところ、顧客の利益が侵害される危険性は、顧客が約款使用者に約款の形成を委ねたことに、既に結び付けられている。そうであれば、内容規制は、直接的にこの契約形成の段階に配置され、個別事例において危険が実現した際に初めて行われるものではない、と考えるのが自然である⁽³⁴⁾。このように内容規制と権利行使規制とを区別するならば、条項が無効であればその援用はおよそ禁じられるので、前者が後者に優先することになる⁽³⁵⁾。

また、基準の面でも、事後的審査は内容規制にそぐわないとされる。すなわち、内容規制において顧慮されるのは、この種の取引に通常関与する顧客圏の類型的な利益に留まり、個別事例の特別事情は考慮されない。事後的審査のように約款の無効を具体的顧客の現実の不利益にかからしめることは、このような一般的利益衡量に矛盾する⁽³⁶⁾とする。

ACBGの文言もまた、論者によってニュアンスがあるものの、事後的審査に不利に働くとされる。ある論者は、事後的審査に親和的な規定が存在することを認めつつ、このことを主張する。すなわち、九条(現BGB三〇七条)一項⁽³⁷⁾(顧客に不相当な不利益を与える場合に、約款規定を無効とする。)や一一条七号(責任の排除または制限を無効とする。)といった規定は、事後的審査に有利に解する余地があるが、多くの規定は、内容規制の対象として、権利の行使ではなく、「規定」または「合意」を挙げており、法文全体として、個別事例において生じた条

項の作用だけを顧慮することに、否定的に働くとする⁽³⁸⁾。これに対して、九条一項を、「約款規定（それ自体）が約款使用者の契約相手方に……不相当な不利益を与える場合に、（当該規定を無効とする。）と読み、「約款使用者が約款規定を援用して契約相手方を……不相当な不利益を与える場合」とは書かれていないことから、この規定も事後的審査を妨げるとする指摘もある⁽³⁹⁾。また、一〇・一一条（現 BGB 三〇八条以下）の禁止条項リストについて、事前的審査によってしか説明できないとの見解もある⁽⁴⁰⁾。

最後に、事後的審査説の論拠に対しては、次のような反論が加えられている。第一に、団体訴訟において抽象的な内容規制が行われることから、個別訴訟について逆のことを導くことはできない。第二に、古い裁判例が、約款の無効をしばしば実際の不相当な権利行使にからしめていたとしても、より新しい裁判例は、具体的事例における不相当な権利行使を問題にしていない。第三に、「我に事実を与えよ、汝に法を与えん」という法格言から、必然的に、顧客の実際の不利益が裁判官にとって本質的な事実となるわけではない。約款使用者によって援用された条項の内容だけが、裁判上重要な事実であると見ることが、また可能であるとする⁽⁴¹⁾。後述するように、私見によれば、事後的審査説の弱点としては、この最後の批判が決定的である。

二 効力維持的縮減への帰着

第二の批判は、事後的審査が、効力維持的縮減 (geltungserhaltende Reduktion) をもたらすものである。ドイツ学説における支配的見解——事後的審査を否定する学説という意味での支配的見解とは、範囲が異なる。

——は、不相当な条項を許容される限度に縮減して維持することを認めない（判例も同旨⁽⁴²⁾）。このような見解を支持する論者は、事後的審査も結論として効力維持的縮減に帰着するとして、これを否定する⁽⁴³⁾。また、効力維持的縮

減に肯定的な論者からも、具体的な事例における条項の行使は、効力維持的縮減の枠内において考慮されるべき問題である、との批判がされている。⁽⁴⁴⁾

三 団体訴訟制度との不整合

第三の批判は、団体訴訟制度との整合性に関するものである。それによれば、団体訴訟における内容規制の対象は、条項がAGBGに合致するか否かであり、当該条項が既に具体的な契約に組み入れられているかどうかにかかわらずない。したがって、差止請求権は、約款使用者が異議を唱えられた条項を不当に行使したか、また不当な行使を意図したかにも、左右されない。これに対して、団体訴訟において差止判決を受けた約款使用者が、個別訴訟においては顧客が実際に不利益を受けた場合に無効となるに過ぎない原則として有効な条項を、もはや使用してはならないとするならば、著しい評価矛盾をきたすとす。また、AGBG二一条も、差止判決に反する条項の無効を前提としている。同条の文言からすると、この規定の適用対象となる約款使用者の顧客は、条項が実際に不当な範囲で使用されたか否かにかかわらず、条項無効を援用することができるはずである。くわえて、差止判決を受けていない約款使用者の顧客に対しては、同じ条項の無効が、実際に不利益を受けたか否かに左右されるとすることは、説得力に欠けるとする。⁽⁴⁵⁾

四 「団体訴訟」事前的審査、個別訴訟「事後的審査」二分論に対する批判

ここまで紹介してきた批判は、個別訴訟においても事前的審査によるべきことを主張するものであった。これに対して、第四の批判は、「団体訴訟」事前的審査、個別訴訟「事後的審査」という二分論を問題視し、いずれの訴

訟形態においても、事前的審査と事後的審査のいずれもが必要であるとする見解である。⁽⁴⁶⁾

この見解によると、まず、団体訴訟においても、事後的審査が可能であり、許容され、かつ必要である。その理由として、事後的な事情から条項の将来の適用領域を推論することができるだけでなく、現に存する契約に由来する事後的な事情は、差止判決が決定的な意味を持つ将来の個別訴訟において、意味を持ちうるからとする。

他方で、個別訴訟においても、事後的審査に限定されるべきではなく、事前的審査が必要であるとす。つまり、ある条項が、当該契約関係における事前的審査においてありうる、かつ、全く蓋然性がないというわけではない事情を把握する場合にも、当該条項を無効としなければならない。さもなければ、例えば、重過失についても軽過失についても妥当する一般的な免責条項が、軽過失による契約違反が問題となる場合には有効であるのに対して、重過失による義務違反についての個別訴訟が軽過失による契約違反に先行した場合には無効になる——第一判決の先例としての作用が、同一当事者間での第二判決における有効な免責の承認を妨げる——という、奇妙かつ耐え難い結論に至るとする。また、第一の訴訟においてたまたま無効を直接に基礎づける事後的な事情が存在しなかったために、それ自体として無効な条項が複数の訴訟を引き起こす事態を回避するという理由だけでも、個別訴訟における事前的審査は、長期の契約関係において意味を有する、と指摘する。

第三節 事後的審査説からの反論

支配的見解による批判に対して、事後的審査説の側からは、次のような反論がされている。

一 権利行使規制との区別

事後的審査説が内容規制と権利行使規制とを混同しているとの批判に対しては、この批判が展開された後の論稿において、反論が展開されている。すなわち、バゼドゥは、支配的見解が主張するのと同様に内容規制と権利行使規制の区別を明確にしたうえで、なお事後的審査説を主張している。それによれば、約款条項の相当性審査の対象は、条項の内容であり、個別事例における権利の行使ではない。それゆえ、約款使用者が権利を完全な範囲で行使しなかったという理由で、不相当な条項を維持することはできない。これに対して、ある条項が当該事例の具体的な事情のもとで違法ではない場合には、裁判官は、個別訴訟において、考えられる別の事例で当該条項が無効であるという理由によって、当該条項を無効としてはならない。⁴⁷⁾このような叙述は、当初の事後的審査説には見られなかったものである。

もつとも、このような形で権利行使規制との区別が説かれるのに合わせて、事後的審査による処理が説かれる具体例に、変化が見られる。すなわち、免責条項については、従前の事後的審査説の主張を維持しているが、⁴⁸⁾ 価格改訂条項については、条項の定式において改訂の要件と範囲とを具体化することが必要であるとする判例の立場——前掲 BGH 一九八〇年六月一日判決(ii)を参照せよ。⁴⁹⁾——に即した説明をしている。⁵⁰⁾このことは、後者において単に判例に即した記述をしただけという可能性もあるが、内容規制と権利行使規制との区別を意識したものである、と理解することもできる。というのは、条項内容としては無制限の価格改訂権が認められるが、相当な範囲でのみ価格を引き上げた場合というのは、約款使用者が条項を完全な範囲で行使しなかった場合といえるからである。

さらに、事後的審査は内容規制における一般的利益衡量に反するとの批判に対しては、個別事情の考慮と事後的審査の採用とは別の問題であることが、示唆されている。バゼドゥは、事後的審査がされるべきこととは別に、約

款条項の相当性審査においては、当該種類の契約の締結に通常関与する取引圏の見解が決定的であるとし、個別の観察法は許容されないと述べている。⁽⁵¹⁾

二 効力維持的縮減との区別

事後的審査と効力維持的縮減の区別は、当初からバゼドウが強調している点である。それによれば、効力維持的縮減は、条項が AGBG 九条以下の規制規範に違反し無効であることを前提とし、無効範囲を違法な部分に限定するものである。このような意味での無効範囲の処理は、当該条項がそもそも AGBG に違反しているのかという問題を、論理的に前提とする。事後的審査説は、この問題に解答しようとするものである。したがって、事後的審査によって条項の違法性が肯定される場合にのみ、効力維持的縮減の問題が生じるとする。⁽⁵²⁾

第三章 検討

第一節 事後的審査説に対する批判への可能な反論

前章で紹介した議論をもとに事後的審査説の是非を検討すると、まず、事後的審査説に対して向けられている批判は、事後的審査説の論者自身が反論している部分の他にも、多くの点で反論可能なものであると考えられる。

一 権利行使規制と関係する批判について

まず、バゼドウが、内容規制と権利行使規制とを区別したうえで、なお事後的審査説を展開しているように、権利行使規制と区別した形で事後的審査を位置づけることは、論理的に可能である。その限りで、事後的審査説が内

容規制と権利行使規制を混同しているとの批判は、当たっていないことになる。もつとも、現実の事実経過のみを考慮すべきという事後的審査の考え方から、内容規制においては約款使用者の権利行使の態様・範囲を問題にしな
いという結論は出てこない。この点については、後述する。

また、内容規制と権利行使規制の区別に際して指摘される前者の類型的審査としての性格も、事後的審査説に対する批判としては当たっていない。すなわち、内容規制が類型的審査（一般的利益衡量）であるか個別審査であるかという問題は、事後的審査説とは別の問題である。内容規制における類型Ⅱ個別の軸には、規範的なものと事実的なものがありうるが、いずれも事後的審査とは独立に観念することができる。まず、規範的な軸として、一般的な評価基準を立てるのか、個別的正義（衡平）を基準とするのかという問題がある。この問題が、事後的審査の採用によって左右されないことは、例えば、不当利得返還訴訟において時価条項の効力を判断するに際して、当該顧客だけでなく、類似の状況にある別の顧客にとつても不利な価格改訂が行われたか否かに着目する見解が存することに、見て取ることができる。また、事実的な軸としては、典型的な事情に限って考慮するか、当該契約における個別事情をも考慮するかが問題となるが、事後的審査説は、後者の立場にコミットするものではない。例えば、免責条項の処理において、重過失による不履行と軽過失による不履行の区別がされるとしても、それは、当該免責条項のもとで典型的に想定される事実経過を区分しているに過ぎない。⁽⁵⁴⁾

なお、第一章から強調しているように、事後的審査説の扱う問題は、評価基準時の問題——不当性評価の基準時や契約締結時に想定されていなかった事情の考慮の問題——とも区別すべきである。⁽⁵⁵⁾ 一般に、個別訴訟における不当性判断の評価基準時は契約締結時であるとされるが、事後的審査説は、可能態（契約締結時点において想定されるありうる事実経過）と現実態（契約実行に際して現実化した事実経過）の区別を採用しているとはいえず、契約締

結時点において想定されている事実経過が複数ある場合の処理を問題にしているに過ぎない。契約締結時からの規範的な評価の変移や、契約締結時に想定されない事実経過を議論しているのでないことは、挙げられている具体例からも明らかである。

二 事後的審査と効力維持的縮減の相違

既述のように、支配的見解が事後的審査説を効力維持的縮減に帰着するものとして批判しているにもかかわらず、事後的審査説においては、条項がそもそも AGBG 九条以下に該当するか否かを問題とする事後的審査の手法と、AGBG 九条以下に違反する条項がどの範囲で無効となるのかに關する効力維持的縮減の問題とは、区別されている。この区別については、さらに次の二点を付け加えることができる。

第一に、事後的審査による処理と効力維持的縮減とは、考慮すべき事情が異なってくる。まず、事後的審査において問題となるのは、ある事実経過において条項が AGBG 九条以下に該当するか否かだけである。そこでは、約款使用者が当該条項の違法性を認識していたか否かなどは、問題とならない。これに対して、効力維持的縮減の可否については、諸説あるものの、約款使用者が当該条項の違法性を認識していたかなど、当事者の主観的事情を考慮してその可否を決すべきであるとの見解も、有力に主張されている。⁵⁶⁾ バゼドウもまた、原則として効力維持的縮減を認めるが、約款使用者が当該条項の設定に際して、その違法性を認識し、または、あえてこれを認識しようとしなかった場合には、効力維持的縮減を認めるべきでない、との立場を表明している。⁵⁷⁾

第二に、事後的審査の採用にもかかわらず、効力維持的縮減の問題として残される領域が存在しうることも、指摘することができる。すなわち、仮に内容規制と権利行使規制とを区別するならば、条項のある適用場面において、

約款使用者が当該条項から生じる権利を実際にどの範囲で行使したかは、事後的審査においても考慮されない。抑制的な権利行使がされた場合に、その効力を肯定してよいかについては、むしろ、効力維持的縮減の是非と絡めて検討されるべき問題であるといえる。また、権利行使の態様まで考慮して事後的審査を行うとしても、約款使用者が過剰な範囲で権利行使をした場合に、その一部の効力を承認するかについては、なお効力維持的縮減の問題として位置づけることが可能である。

三 団体訴訟制度との整合性

既述のように、事後的審査説は、当初の構想から、差止判決の既判力が拡張される場合とそうでない場合とを分け、後者においてのみ事後的審査の余地を認めている。団体訴訟制度との不整合を指摘する支配的見解の批判が当たっているかは、このような構想が評価矛盾を孕むものであるかにかかっている。事後的審査説によれば、差止判決の既判力が拡張されるのは、差止判決を受けた約款使用者が締結した将来の契約および継続中の契約についての訴訟であるが、将来の契約と継続中の契約では状況が異なるため、分けて検討する。

まず、将来の契約については、差止めを命じられた約款使用者が、その後、当該条項を（実質的に）改訂することなく、そのまま用いて契約を締結したという状況が問題となっている。この状況においては、差止判決がない場合に比して広く約款の効力を認めないことに、理由があるのではないかと考えられる。すなわち、差止判決に服している約款使用者は、約款を改訂しさえすれば禁止を免れることができるにもかかわらず、差止められた条項定式をそのまま使用している。このような約款使用者には、単に不当条項を用いて契約を締結した約款使用者よりも強い非難可能性を認めることができ、したがって、より広く約款の効力を否定する措置を正当化すること

ができる。

これに対して、継続中の契約に関する処理を正当化することができるかについては、問題がある。ここでは、既存の契約において、差し止められた定式の条項を援用することが一律に禁止されるが、その利益状況は、将来の契約におけるのと異なっている。すなわち、約款使用者は、原則として約款の改訂によって禁止を免れる途を閉ざされている。したがって、禁止された条項を放置したことについて、強い非難が向けられるわけではない。そうすると、差止判決の有無によって処理を分ける事後的審査説は、この場面で正当化困難な状況に陥ることになる。

もっとも、このような難点が生じるのは、個別訴訟において事後的審査を採用するからではなく、団体訴訟において継続中の契約における条項援用の禁止を命じることができる仕組みに原因がある。すなわち、団体訴訟における規制には一般的に条項の改訂を迫る目的が認められるとしても、条項改訂が困難な継続中の契約における援用禁止は、かかる目的によって正当化し得ない。援用禁止の正当化根拠は、継続中の契約においても顧客を不当な不利益から保護することにあるというしかない。そうすると、ある定式の条項の援用を一律に差し止めることは、過大な措置であり、むしろ、団体訴訟において認定された限りにおいて、顧客が不当な不利益を受ける場面に限定して条項の援用を禁止することが、規制目的に合致するのではないかと考えられる。このように考えれば、事後的審査がされる場合との間で、評価矛盾は生じない。

このままでの検討によれば、個別訴訟における事後的審査は、団体訴訟制度、とりわけAGBG11条における既判力の拡張制度との間で、適切な調整を図ることが可能である。

四 「団体訴訟」事前の審査、個別訴訟」事後的審査」二分論に対する批判について

「団体訴訟」事前の審査、個別訴訟」事後的審査」二分論を批判する論者は、事後的審査によれば、軽過失による契約違反が問題となる訴訟と重過失による契約違反が問題となる訴訟とのいずれが先に行われるかによって、条項の有効性判断が変わってしまう、と指摘する。この指摘は、第一訴訟における有効性判断が第二訴訟においても先例として作用するため、第二訴訟において問題となっている事態と関係なく、条項が有効または無効と判断される、との理解に基づく。しかしながら、事後的審査説の論者が説くところを押し進めれば、このような先例作用は働かないとも考えられる。すなわち、バゼドゥは、差止判決の既判力拡張が働く場面を別として、団体訴訟と個別訴訟とは訴訟形態を含め事案の類似性が存しないことから、団体訴訟における無効判断が個別訴訟において先例として作用することに否定的である。同様の考慮をすれば、個別訴訟相互の間でも、事案の類似性が認められなければ、先例としては作用しないことなるう。例えば、重過失免責が問題となっている訴訟と軽過失免責が問題となつている訴訟とは、事案を異にするため先例作用は認められないことになる。もつとも、かかる先例作用の否定もまた、権利行使の態様・範囲の不顧慮と同様に、現実の事実経過のみを考慮すべきという事後的審査の考えから直ちに導かれるものではない。この点については、後述する。

ところで、二分論を批判する論者が主張する団体訴訟における事後的審査は、事後的審査説が主張する個別訴訟の処理方法とは、全く別物である。そこで言われている事後的審査は、事前の審査においてありうる事実経過を探求する際に、現状において当該条項がいかなる役割を果たしているかを手掛かりとするという手法であり、事前の審査の枠内における回顧的観察とでも呼ぶべきものである。したがって、この指摘は、事後的審査説の主張のうち、団体訴訟において事後的審査は行われぬという部分に対する批判としては、当たっていない。もつとも、バゼド

ウが事前的審査を想像力によって行われる点に対する批判としては、重要な指摘である。

第二節 事後的審査説の問題点

他方で、事後的審査説に対しては、なお次のような問題点を指摘することができる。

一 正当化根拠の問題性

事後的審査説は、「我に事実を与えよ、汝に法を与えん」という法命題を正当化根拠として、過去に実現したりスクにかかる個別訴訟における条項の不相当性評価に際して現実化しなかった事実経過は考慮されないとする。しかしながら、このような正当化根拠から内容規制の方法について一定の結論を導くことは、困難であると考えられる。

1 現実化しなかった事実経過の不顧慮

まず、支配的見解の側から指摘されているように、個別の権利行使あるいは条項適用場面を問題とする以前の条項の内容——そこに内包されている可能な事実経過——もまた、裁判官が考慮しなければならない事実の一つとして位置づけることが可能である。当該条項の定式のもとで、どのような適用場面が想定されているか、また、どのような権利が留保されており、それがどのように行使される可能性があるかを、事前的に観察するという手法をとったとしても、それは裁判官が判断の対象とすべき事実たる条項内容を探求しているに過ぎない。要するに、ある条項のもとでどのような事実経過が想定されていたかは、条項解釈の問題として、過去に実現した契約上のリス

クに関する個別訴訟においても探究すべきものと考えられることができる。⁽⁵⁸⁾

そして、条項解釈の問題として、ある条項のものでどのような事実経過がありうるものとして想定されていたかが探求されるのだとすると、「我に事実を与えよ、汝に法を与えん」という法命題から、現実化しなかった事実経過を捨象するという処理を導き出すことはできない。逆に、想定されていた事実経過の全てが当該訴訟における条項の不当性評価にとって意味を有するということもできないが、現に問題となっている事実経過のみを基礎として不当性評価をすべきというには、別の正当化根拠が必要となる。バゼドウらは、そのような正当化根拠を提示できていない。

2 現実化した事実経過の一部不顧慮

さらに、「我に事実を与えよ、汝に法を与えん」という法命題から、現実化した事実経過のみを顧慮するというだけでは、現実化したが決定的な意味を有しない事情があるという点を、基礎づけることができない。このことは、次の二点において明らかになる。

第一に、事後的審査説の論拠から、内容規制と権利行使規制とを区別すべきかについて、回答を与えることはできない。「我に事実を与えよ、汝に法を与えん」という法命題からは、現に行われた権利行使の態様を考慮するともいえるし、権利行使の態様は内容規制の問題ではないから考慮しないともいえる。現に、事後的審査説の論者は、当初は両者を区別しておらず、後に両者を区別する主張を展開している。したがって、権利行使の態様・範囲を顧慮すべきか否かについては、別に論拠を求めなければならない。

第二に、同一の契約関係において、重過失免責が問題となる訴訟と軽過失免責が問題となる訴訟とが連続した場

合の処理について、第一訴訟の先例作用を否定することが考えられるとしても、この処理も、「我に事実を与えよ、汝に法を与えん」という法命題からは導かれない。第一訴訟の事実関係も現実のものである以上、この法命題だけでは、なぜ第一訴訟の事実関係が第二訴訟において意味を有しないのかを、説明できない。

二 その他の問題点

1 同一条項の評価変遷

事後的審査説によれば、訴訟により同一契約における同一条項の相当性が一律に評価されないことになる。しかしながら、このような処理によると、実体法上ある条項が不当条項であるか否かが明らかにならないし、事実上、条項の不当性評価が転々するかのような印象を与える。例えば、「一切の責任を負わない」と書かれた条項は、契約締結当初（リスク実現前）においては、事前的審査により不当条項と評価されるが、その後、軽過失免責に関するリスクが実現した際には、相当な条項ということになる。第一訴訟の先例作用を否定することにより、実際的な不都合は生じないのかもしれないが、このような説明では、事情変更が生じたわけでもないのに、同一条項の評価が変遷しているかのような印象を与える。

2 事前的審査の方法に関する問題

また、事後的審査説の論者が想定している事前的審査の在り方も、課題を残すものである。ここでは、団体訴訟に関してであるが、考えられる事実経過をできる限り網羅的に観念しなければならぬとされている。このような形での事前的審査によると、顧客が不利益を被る場面として、極めてイレギュラーな事実経過が観念されるだけ

あつても、不当条項と評価されかねない。そのような審査方法は、必ずしも適切とはいえないのではないか。既述のように、支配的見解に属する学説には、個別訴訟における事前的審査の在り方として、ありうる事情のうち全く蓋然性を欠くわけではないものを考慮すべき、との限定を加えるものがある⁵⁹⁾。もつとも、支配的見解においても、このような限定を加えない事前的審査の主張が見られるところであり、この点については、事後的審査への賛否とは別の問題である。

第三節 事後的審査説の再構成

前節一で指摘したところによれば、事後的審査説は、支配的見解と差別化して自己を正当化することができておらず、また、同説の内部で考えられる具体的処理の選択についても手がかりを提供しない。しかしながら、このことは、事後的審査説が完全に誤りであり、支配的見解が正当であるということ、意味するわけではない。むしろ、事後的審査説に向けられた批判の多くは反論可能なものであり、同説の処理にも一定の合理性が認められる可能性がある。そこで、同説を再構成することで適切な正当化を図り、支配的見解と比較することができないかを、引き続き検討する。

一 再構成の方向性

事後的審査は、規制対象の画定法理として再構成することが可能である。ここにいう「規制対象の画定」とは、内容規制において何が個別に不相当性評価の対象となるのかを決定することである。この問題は、いかなる範囲において不当条項が無効とされるのかという問題（無効範囲の問題）とは区別される。規制対象の画定は、個別訴訟

における機能として、いわゆる条項全部無効の範囲という意味で、無効範囲の最外延を画するものである。ある条項がある規制規範に照らして不当条項と評価されるとしても、他の条項はそのような評価の対象となっておらず、したがって、無効範囲にも組み込まれない。このように、規制対象の画定は、条項全部無効の必要条件をなす。他方で、十分条件となるかについては、規制対象を画定した後の判断構造の組み立て次第である。⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾

このような意味での規制対象の画定法理として、事後的審査は、次のように位置づけることができる。すなわち、同審査は、現実化した事実経過を基礎としてのみ、条項の不当性評価を行うものである。これは、別の見方をすれば、現在の特定の状況における条項の効果のみを規制の対象にしている、ということが出来る。そうすると、事後的審査が、現実化しなかつた事実経過を捨象しているのは、それらの事実経過における条項の効果は、別個の規制対象であるからと説明することが出来る。このような形で内容規制の対象を捉えることが可能であれば、それにより事後的審査を正当化することができる。

なお、ももとの構想において、事後的審査が効力維持的縮減と区別されていることは、ここで再度強調して余りある。すなわち、事後的審査は、条項がそもそもAGBG九条以下に違反するか否かを判断する手法であり、AGBG九条以下に違反する条項がどの範囲で無効となるのかを決するものではない。事後的審査は、元来、無効範囲の確定の前段階に位置づけられているのである。

二 支配的見解および事後的審査説における規制対象

事後的審査説の中には、約款使用者による権利行使の態様までも事後的に観察するものと、権利行使の態様については考慮しないとするものが見出される。後者においては、権利行使の態様については事前的審査を行うのと

同じことになる。以下では、後説を「権利行使不顧慮型（事後的審査説）」、前説を「権利行使顧慮型（事後的審査説）」と呼ぶ。事後的審査説を規制対象の画定という観点から再構成したとき、両者において個別の規制対象として把握されるものは異なってくる。支配的見解における規制対象の画定の方法を含め、三説を対置すると、次のとおりである。

1 支配的見解

第一に、支配的見解——ドイツ判例も、基本的に同様の判断枠組みを採用している。⁽⁶³⁾——においては、「独立した有効性審査の可能性」を基準として、個別の規制対象を画定すべきことが説かれている。⁽⁶⁴⁾ その趣旨は、具体的な規制規範に照らして規制対象を画するものと理解することができる。⁽⁶⁵⁾ この基準によれば、約款使用者が約款をどのように分節化しているかは、規制対象の画定に際して決定的な意味を持たない。形式的には複数の条項が存在しているとしても、それらが累積的に不相当性を基礎づける場合には、その全体が一つの規制対象を構成するものと捉えられ、形式的には複数の条項が全体として無効となることも、ありうることになる。もつとも、支配的見解においては、別個の規制対象として区分するうえでの最低限の要件として、文言上分節化されていることが必要とされている。包括的に定式化された条項は、その内部において複数の要素を観念しうるとしても、全体として一つの規制対象として把握するしかないと考えられている。⁽⁶⁶⁾ このような支配的見解は、「独立した有効性審査の可能性」という基準によって画定された約款の具体的な定式を、規制対象として把握するものであるといえる。

2 権利行使不顧慮型事後的審査説

第二に、権利行使不顧慮型事後的審査説では、現実に生じた契約実行段階の特定の状況において、顧客が不相当な不利益を受けているか否か、が問題とされている。さらに、ここでいう不利益とは、当該条項に基づいて顧客が直面している約款使用者の権利または顧客自身の義務それ自体であり、約款使用者による権利行使の結果ではない。したがって、この説における個別の規制対象は、契約実行段階の特定の状況において条項から生じる権利義務の内容ということになる。

3 権利行使顧慮型事後的審査説

第三に、権利行使顧慮型事後的審査説は、約款使用者による権利行使の態様・範囲までも含めて、現状において顧客が不相当な不利益を受けているか否かを問題とするものである。ここでは、権利義務の内容に対する規制（内容規制）と権利行使に対する規制（権利行使規制）とが区別されず、条項から生じる権利が行使された結果として最終的に顧客が置かれる利益状況が、規制対象として捉えられることになる。

4 免責条項の設例へのあてはめ

本稿冒頭の免責条項の設例を用いて、これら三説の関係を説明すると、次のとおりである。支配的見解においては、「一切の責任を負わない」という定式の条項自体が、規制対象として把握される。これに対して、権利行使不顧慮型事後的審査説においては、約款使用者の重過失による契約違反の場面と軽過失によるそれが区別され、それぞれの場面における免責効果が、個別の規制対象となる。権利行使顧慮型事後的審査説においては、さらに、約

款使用者が全部免責を主張した場合と一部免責のみ主張した場合とが区別され、それぞれの場合における顧客の利益状況が、別個に規制対象となる。

三 各説の正当化根拠

これら三説について、それぞれの正当化根拠を検討すると、次のとおりである。

1 支配的見解

支配的見解においては、内容規制と権利行使規制の区別について説かれるように、内容規制が契約内容の形成それ自体に向けられた規制であるとの観念が、強く働いている。そして、このことは、規制対象を条項の定式レベルで捉えるという点にも、現れていると見ることができる。つまり、支配的見解においては、約款条項の定式＝契約内容（権利義務の内容）≠権利行使という思考組みを、見出すことができる。

しかしながら、このような思考組みは、事後的審査説と対比したとき、相対化されざるを得ない。というのは、適用場面の区別や権利行使の態様・範囲による区別も、契約締結時に想定されたものである限り、全て条項の形成に際して組み込まれたものであると考えることが可能だからである。例えば、「一切の責任を負わない」と定式化された条項には、その形成段階において既に、重過失免責と軽過失免責とが内包されていると考えることができる。同様に、全部免責の規律と一部免責の規律とが、重疊的に含まれていると見することもできる。したがって、一つの定式としての条項の形成＝一つの契約内容の形成であると、即断することはできない。このように、支配的見解の基礎にある観念を相対化することができる点にこそ、事後的審査説の重要な意義があるといえる。

また、条項の定式レベルでしか規制対象を捉えないという発想は、差止訴訟にまで視野を広げると、実際上も不都合を生じさせる。すなわち、このような発想を貫徹すると、例えば、過剰な期間を定める条項が存した場合に、より短いがおお不相当な期間を定める条項——現在の約款文言に注目する以上、そのような条項は使用されていないことになる。——を併せて差し止めることが、困難になる。このような不都合に対処するために、ドイツ学説は、差止訴訟の場面において、「過剰な条項の使用には、相対的に緩やかな——しかし依然として違法な——条項の使用も含まれている」と解することで、差止範囲を拡張する可能性を開いている。⁽⁶⁷⁾このように、当該約款の定式の他に規制対象を認めないという発想は、問題なく貫徹しうるものではない。

そこで、別の正当化根拠を求めるならば、「独立した有効性審査の可能性」という基準を提唱する論者が、その根拠として、内容規制が第一次的に「特定の状況における特定の実質的な法律効果から顧客を保護すること」を目的としていることを挙げている点⁽⁶⁸⁾が、注目される。しかしながら、このような規制目的から支配的見解を全面的に正当化することは、やはり困難である。というのは、この規制目的の命題からすると、特定の状況において顧客が直面している法律効果に焦点を合わせる事後的審査説もまた、規制目的に反しないことになり、条項定式に焦点を合わせる積極的な理由とはならないからである。支配的見解のもとでこの命題が意味を有するのは、例えば免責条項と解除権留保条項とが別の規制対象になるといったように、約款文言のレベルで別の要件・別の効果が定められていれば、それぞれ個別に不相当性評価を行うところまでである。

かくして、さしあたり見出された支配的見解の正当化根拠は、いずれも決定的な意味を有しない。そこで、支配的見解の機能面から、次のように考えることができるか。すなわち、支配的見解においても、「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」との命題を掲げるならば、条項定式が適

用場面ごとに細分化されていれば——例えば、重過失免責と軽過失免責とが別の条項として定式化されている場合——、各適用場面に対応する部分ごとに、個別の規制対象として扱わざるを得ないはずである。⁽⁶⁹⁾これに対して、包括的な条項においては、複数の適用場面がまとめて一つの規制対象とされ、全体として無効となる可能性を有する。このように、条項が細分化されている場合に比して、包括的に定式化されている場合に、より強い規制が行われるのは、単にある適用場面において顧客が不当な不利益を被るというだけでなく、包括的な定式そのものに問題があるからだと考えられる。つまり、包括的な定式では顧客が自らの不利益を十分に見通せないといった考慮が働くならば、条項の定式それ自体に焦点が合わせられ、当該定式自体が規制対象として把握される。

2 権利行使不顧慮型事後的審査説

条項が包括的に定式化されている場合でも、個々の適用場面ごとに顧客の保護を考える権利行使不顧慮型事後的審査説は、支配的見解よりも、「特定の状況における特定の実質的な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」との命題に合致している。このことが、権利行使不顧慮型の第一次的な正当化根拠として考えられる。他方で、包括的な定式そのものは、格段、問題にしないものといえることができる。

また、次に述べる権利行使不顧慮型との対比においては、約款使用者がどの範囲で権利を行使したかは内容規制に際して顧慮されないため、条項の定式自体において、約款使用者の権利内容を抑制しておく必要が生じることになる。このことは、次のように正当化することができよう。すなわち、不相当な権利行使がされない限り、法的介入が行われなるとすると、約款使用者としては契約の実行に際して適法な権利行使範囲を見定めればよいだけであるから、約款の定式上は過大な権利の留保が行われやすくなる。その結果、顧客が不相当な権利行使に巻き込まれる

危険性が増大する。顧客にとって、ある権利行使が相当な範囲に留まっているか否かを自ら判断することは、必ずしも容易ではないと考えられる。このような理由から、権利行使の態様については顧慮しないとするのが、権利行使不顧慮型の事後的審査説といえよう。

3 権利行使不顧慮型事後的審査説

支配的見解と対比したとき、この説もまた、権利行使不顧慮型と同様に、「特定の状況における特定の実質的な法律効果から顧客を保護する」という規制目的命題によって正当化される。他方で、権利行使不顧慮型との対比において、この説は、内容規制・権利行使規制の二分論を採用しないものである。その結果、権利行使の段階において適法な範囲で権利主張をすれば、そのような権利主張の効力が認められ、条項の定式における過大な権利の留保は、特に問題視されないことになる。過大な権利留保の危険性を重視せず、最終的に顧客が不当な法律効果に曝されなければよいとするのが、この説の正当化根拠といえる。

四 再構成された事後的審査説の是非

かくして、事後的審査説は、「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」との理由により、複数の適用場面や権利行使の可能性を含む包括的な条項について、個々の適用場面における条項から生じる権利義務の内容、または、条項から生じる権利が行使された結果として顧客が置かれる利益状況を、個別の規制対象として把握する考え方として、再構成された。このように再構成された事後的審査説においては、もとの事後的審査説と異なり、同一の対象について評価が変遷するといった問題は生じない。契約締結時点

から、想定されている事実経過の個々のものが、別個の規制対象として扱われるだけである。

残る問題は、再構成された事後的審査説を、実際に採用し得るかである。仮に、一般的に、包括的に定式化された条項は望ましくないものと考えらるならば、同説が入り込む余地はなく、支配的見解が支持されるべきことになる。しかしながら、一般的に条項定式レベルで規制対象を捉えることは、正当化できないのではないか。というのは、包括的な定式を特に問題視する必要がある場合も、存在するのではないかと考えられるからである。例えば、重過失失責と軽過失失責について、両者を区別して定式化することに大きな意味があるとはいえないのではないか。他方で、条項の定式そのものが問題となる場合が一切存在しないとも、いうことはできない。例えば、AGBG 一〇条三号⁽⁷⁰⁾(現 BGB 三〇八条三号)は、約款使用者が解除権を留保する条項において、解除事由を契約において挙示することを要求している。この場合には、包括的に定式化された条項——「必要な場合には、いつでも契約を解除することができる」と書かれた条項など——そのものが、規制対象になっているということができる。このように考えると、包括的な条項の定式そのものを規制対象として把握しうるかは、個別の規制規範の定立・解釈によって判断することになる。また、権利行使顧慮型を常に排斥しうるか、つまり、内容規制と権利行使規制の二分論を貫徹しうるかについても、即断はしえないところであり、さしあたり個別の規制規範によるものと解しておく。

第四章 結論

一 包括的な条項における規制対象の判断枠組み

本稿の検討をまとめると、包括的に定式化された条項においては、次の(1)・(2)のような判断枠組みによって、個別の規制対象が画定される。また、このような判断枠組みからは、(3)の帰結が生じるほか、(4)のことを留意すべき

である。

(1) まず、当該条項定式のもとで、いかなる事実経過が想定されていたか——どのような場面において、どのような権利義務が発生し、また、いかなる態様・範囲で権利行使がされる可能性があるか——を確定する必要がある。これは、条項の解釈の問題である。

もつとも、過去に実現したリスクが問題となる訴訟においては、次の(2)②または③の形で規制対象が画定されるならば、現に生じた事実経過が当該条項のもとで想定されていたものであることを確定すれば足り、いかなる事実経過が想定されていたかを詳らかにする必要はない。その限りにおいて、事後的審査——現在の事実経過だけを問題とした条項規制——というものが成り立つ。

(2) (1)において確定された事実経過において、何が個別に規制対象として把握されるかは、次のように、規制規範の定立・解釈によって決まる。

① 顧客が自らの不利益を十分に見通せないなど、条項の定式それ自体に問題があるものと評価される場合には、当該条項の定式が一個の規制対象として扱われる。

② 規制規範が、「特定の状況における特定の法律効果からの顧客の保護」を目的とし、かつ、過大な権利の留保を押しせんとする趣旨に出たものである場合には、条項が適用される個々の場面において当該条項から生じる権利義務の内容が、個別の規制対象として把握される。

③ 規制規範が、「特定の状況における特定の法律効果からの顧客の保護」を目的とし、かつ、不相当な権利行使にのみ介入すれば、それで規範目的が達成される場合には、条項から生じる権利が行使された結果として顧客が置かれる個々の利益状況が、それぞれ別個の規制対象となる。

(3) このような判断枠組みを採ることは、次のような帰結を意味する。

① (2)②または③の形で個別の規制対象が画定される場合、異なる事実経過における不相当性評価は、当該の事実経過における相当性評価に影響を与えない。

② (1)・(2)の枠組みからは、何に對して個別に不相当性評価が下されるかが明らかになるだけであり、その評価からいかなる法律効果が生じるかについては、直ちには明らかにならない。例えば、(2)②においてある場面における条項使用者の権利内容が不相当と評価されるとしても、当該権利が一部たりとも認められないこと（全部無効）は、当然には帰結されない。

(4) (2)①または②の形で規制対象が画定される場合には、複数の適用場面または権利行使の態様・範囲が、まとめて相当性審査の対象となる。このとき、イレギュラーな事実経過において顧客が不利益を被るに過ぎないのであれば、事前的審査の方法に関して既に指摘したように、不相当性評価を下さないことが考えられる。というのは、(2)①または②の形で規制対象を捉える場合には、顧客が不利益を受ける危険性に対して規制をかけているということになるが、その危険性が法的介入を要しないほどに小さいということも考えられるからである。

二 日本法における応用

最後に、右の判断枠組みが日本法においても役立つ可能性を示すため、既存の著名な判例として、学納金返還訴訟における授業料不返還特約の処理と生命保険契約における無催告失効条項の処理とを取り上げ、それらが本稿の枠組みにおいてどのように捉えられるかを検討する。もとより、本稿は、本格的な判例研究を志向するものではない。ここでの検討は、判例そのものをどう理解するかという点に絞り、異説¹⁷⁾への応接は省略する。

1 学納金返還訴訟における授業料不返還特約の処理

学納金返還訴訟において、判例は、消費者契約法九条一号のもと、在学契約の解除の意思表示が三月三十一日までにされた場合とそれより後にされた場合とで、授業料不返還特約の有効性判断を分けている。すなわち、前者の場合には、大学にとつて解除が織り込み済みであることから、原則として、大学に生ずべき平均的な損害は存在せず、不返還特約はすべて無効とされる。これに対して、後者の場合には、原則として、大学が初年度の授業料等に相当する損害を被ることから、不返還特約は、大学に生ずべき平均的な損害を超えておらず、すべて有効になるとされている。⁽⁷²⁾

このような解除の時期による区分は、適用場面により有効性判断を分けるものである。つまり、入学者の納付金を返還しない旨の条項が適用される場面としては、入学予定者が三月三十一日までに在学契約を解除するという場合と四月一日以降に解除するという場合とが、ともに考えられるところ、両者を分けた判断がされている。解除の時期は、大学側がいかなる範囲で権利を行使したかという問題ではないから、権利行使の態様・範囲による区分がされているわけではない。

ここでは、適用場面に応じて個別の規制対象が捉えられているものと見ることができ(一)(2)②の形で規制対象の画定)。というのは、解除の時期は、三月三十一日以前とそれより後のいずれでしかありえないところ、二つの場合をあえて分けて条項を定式化することに意味があるとはいえず、不返還条項の定式そのものが不相当性評価の対象になっているとは考えづらいからである。むしろ、解除の時期ごとに、条項から生じる効果(授業料の不返還)が不相当であるか否かが判断されたものと見る方が、容易である。⁽⁷³⁾

ところで、学納金返還訴訟においては、専願・推薦入試合格者の取扱いや、⁽⁷⁴⁾入学式に無断欠席した場合には入学

に保険契約者に対して保険料払込みの督促を行う態勢を整え、そのような実務上の運用が確実にされていたとすれば、失効条項は信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものに当たらない、と。

ここで挙げられている考慮要素のうち、猶予期間および自動貸付条項については、失効の要件をどのように評価するかという問題であり、複数の事実経過を包含している条項の処理とはかわらない。本稿の検討から注目すべきは、督促実務の存在に関連して、督促の有無による区別である。本件失効条項のもとでは、督促が契約上の義務ではないとされることから、⁽¹⁷⁾ 保険会社が実際に督促をしたうえで契約が失効するという事実経過と、督促なしに失効するという経過とがありうることになる。この事実経過の分岐は、適用場面レベルのものではなく、権利行使レベルのものとして位置づけられる。というのは、督促を行うのが保険会社の自由である以上、督促をした場合というのは、督促なしに契約の失効を主張しうるところ、あえて督促をすることで抑制的に権利行使した場合ということが出来るからである。

ここで、最高裁は、当該事案では現に督促がされていることから、失効条項は相当であるとの判断をしていない⁽⁷⁸⁾。したがって、権利行使顧慮型事後的審査説は、採られていないことができる。この態度決定は、前述の授業料不返還特約における解除時期による区分と齟齬するものではない。権利行使顧慮型事後的審査説を採らないとしても、適用場面ごとの規制対象の画定（権利行使不顧慮型事後的審査）は可能だからである。このようにして、本稿の示した判断枠組みは、二つの判例の間の関係を説明することができる。

さて、現に督促がされたか否かという点について、判例が事前的審査の方法を採っているとしても、督促なしに失効する可能性があることから、失効条項は不相当であるとまではされていない。ここで、確実に督促を行う実務運用の存在が、意味を持つてくるものと考えられる。つまり、督促が確実にされているのであれば、督促なしに契約が

失効する可能性は小さい（イレギュラー）と評価することができ、失効条項に規制をかける必要はないと判断することができる。このようにして、督促実務の存在は、督促が失効の要件とはなっていないにもかかわらず、本稿の判断枠組みの下で、事後的審査における危険性評価の一つの考慮要素として、位置づけることができる。⁽⁷⁹⁾

最後に、右のような理解によると、別の事実関係における処理について、次のように推論することができる。まず、一般的な督促実務は存したが、現実には督促がされなかった場合も、失効条項自体は、有効と評価されることになる。督促なしに失効させられた顧客の保護は、条項の援用に対する規制に委ねられる。⁽⁸⁰⁾これとは逆に、一般的な督促実務はなかったが、たまたま当該事案においては督促がされたという場合はどうか。この場合、失効条項は不当条項と評価されざるを得ない。もつとも、この不当性評価は、督促を受けた顧客との関係においても、直ちに失効条項の無効をもたらすわけではなく、現に督促を受けた顧客との関係でも失効の効果を否定すべきかを、さらに検討する必要がある。そして、条項全部無効の考え方をここで採用するならば、顧客が現に督促を受けていると失効を否定することも、不当な処理ではないということになる。

(1) 例えば、上原敏夫『団体訴訟・クラスアクションの研究』商事法務研究会（二〇〇二年、初出一九九一年）二九九頁以下を参照。また、筆者も、拙稿「ドイツ約款法における時価条項判決の問題について（1）」——不当条項規制効果論に關する一考察——」阪大法學五八巻五号一四七頁（二〇〇九年）において、事後的審査説に言及したことがある。

(2) 我が国における条項一部無効・全部無効論の代表的な資料としては、次のものが挙げられる。まず、条項全部無効説の代表としては、河上正二「約款規制の法理」有斐閣（一九八八年、初出一九八五年）三七四頁以下、山本敬三「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（1）・（2）・未完」法学論叢一二七巻四号一頁以下・六号一頁以下（一九九〇年）、同「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）、債権法改正の基本方針【1.5.47】（民法（債権法）改正検討委員会編「詳解 債権法改正の基本方針——序

論・総則」商事法務（二〇〇九年）三三九頁以下）および【3.1.1.37】（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（一）』商事法務（二〇〇九年）一四一頁以下）を参照。これに対して、条項一部無効説の代表としては、山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』有斐閣（一九九七年、初出一九八七年）一〇五頁以下を参照。

なお、昨今の債権法改正に関する法制審議会民法（債権関係）部会の議論において、条項一部無効・全部無効の問題は、中間的な論点整理（民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明）（<http://www.moj.go.jp/content/000074384.pdf>）第32、2（1）（九八頁）および第2読会における議論（部会資料29「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（2）」（<http://www.moj.go.jp/content/000078875.pdf>）第2、2（1）（二四頁以下））まで、論点として取り上げられていた。しかしながら、本年（二〇一三年）二月末に決定された中間試案（民法（債権関係）の改正に関する中間試案）（<http://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>）において、この論点は脱落するに至っている。その際に、「条項」の範囲をどのように考えるか、また、全部無効の場合と一部無効の場合とをどのような基準で区別するかなどの問題について、十分に詰め切れなかったことが指摘されている（民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明）（<http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf>）五一頁）。

(3) 拙稿「不当条項規制における規制対象の画定（1）・（2）・完」阪大法学六一巻一号一一一頁・二号一四一頁（二〇一一年）を参照。また、不当条項規制の対象が何かという問題は、昨今の債権法改正に関する法制審議会民法（債権関係）部会の議論においても、とりわけ第2読会において大きく取り上げられている。その議論の内容については、第32回会議（平成二三年九月二〇日開催）議事録（<http://www.moj.go.jp/content/000080492.pdf>）三三頁以下を参照。

(4) 拙稿・前掲注(3)二号一七一頁以下を参照。

(5) この問題点は、法制審議会民法（債権関係）部会の議論においても指摘されている。第32回会議議事録・前掲注(3)三八頁（鎌田発言）を参照。

(6) 前稿においては、この問題につき、規制規範の解釈だけから無効範囲を決定することができず、当該条項の解釈として、重過失免責と軽過失免責の区別を読み込んでよいかが問題になると論じた（拙稿・前掲注(3)二号一七四頁）。しかしながら、その後の考察の進展により、包括的な条項の処理についても、条項解釈ではなく、一定の規範的な見地から、規制対象を画定しようのではないかと考えるに至った。本稿は、この点の判断枠組みを明らかにしようとするものである。

- (7) 山本豊「契約条項の内容規制における具体的審査・抽象的審査と事後的審査・事前的審査——生命保険契約における無催告失効条項を検討素材として」松本恒雄先生還暦記念『民事法の現代的課題』商事法務(二〇一二年)二三頁・二五頁、および、落合誠一『消費者契約法』有斐閣(二〇〇一年)一五〇頁以下・とりわけ一五一頁注一〇を参照。後者の論者は、事前的な観点からのルールとするのが好ましいとするが、同「生命保険の継続保険料不払いと無催告失効条項の効力——東京高判平成二一年九月三〇日の検討——」大谷孝一博士古稀記念『保険学保険法学の課題と展望』成文堂(二〇一二年)二三九頁・二五八頁注一五では、信義誠実の原則が消費者契約法一〇条の基底となっておりことからすると、契約締結後の事情を一切考慮できないと解する必要はないように思われるとしている。
- (8) 不当条項規制における評価基準時の問題には、いつの時点の事情を基礎とするかという事実的な基準時の問題の他に、いつの時点の規範状況を基礎とするかという規範的な評価基準時の問題が含まれる。山本・前掲注(7)二五頁注四は、注意深く、これら二つの問題を区別している。なお、公序良俗違反に関する規範的な評価基準時の問題については、最判平成一五年四月一八日民集五七巻四号三六六頁を参照。
- (9) 山本・前掲注(7)五一頁
- (10) なお、山本・前掲注(7)五二頁以下も、生命保険契約における無催告失効条項の処理に関して、「失効当時における一般的督促通知実務は、契約締結後に生じる事実・事情ではあるが、契約締結時に想定されていた事情として、事前審査説の立場においても、例外的に効力判断において斟酌されるべきものと位置づけることができるだろう。」と指摘する。筆者は、この指摘に基本的に賛同するが、契約締結時に想定されていた将来の事情を考慮することは、契約におけるリスク分配が一定の将来の状況を想定して行われるものであることから、事前的審査においても例外的処理ではないと考える。
- (11) 拙稿・前掲注(9)二二四頁以下および拙稿「判批 京都地判平成二三年二月二三日」現代消費者法一七号(二〇一二年)七九頁を参照。
- (12) Jürgen Basedow, Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte—Die Auswirkungen des Verbandsprozesses auf die Inzidentkontrolle von AGB, AcP 182 (1982), 335, 356 ff.
- (13) バゼドゥがいう契約の実行(Abwicklung)とは、主たる給付の履行と同一ではなく、特定の条項に鑑みて、当該条項において把握された契約リスクが現実化し、そのリスクが、当該条項に従ってまたはその他の方法で終局的に当事者間

に配分された場合のことである (Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 339)。

(14) Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 357, Fn. 75

(15) 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。

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。契約交渉における義務の違反から生じた損害についても、また同。

(16) Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 358

(17) BGH 第一民事部一九五六年三月六日判決 (BGHZ 20, 164) / BGH 第二民事部一九六二年一〇月二九日判決 (NJW 1963, 99) / BGH 第二民事部一九六九年三月二三日判決 (BeckRS 1969, 31169418) が取り上げられている。

(18) BGH 第二民事部一九六一年一月一六日判決 (BB 1962, 11) / BGH 第二民事部一九六二年四月二日判決 (NJW 1962, 1195) が取り上げられている。

(19) 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。

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。

(20) Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 358f. なお、Basedow は、このような処理を行った裁判例として、BGH 第二民事部一九五四年二月六日判決 (NJW 1954, 794) を参照している (Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 358, Fn. 81)。しかしながら、この判決は相殺に関するものではなく、BGH 第一民事部一九五四年一月二二日判決 (BGHZ 12, 136) と取り違えたものと思われる。

(21) 時価条項判決をめぐる議論については、拙稿「ドイツ約款法における時価条項判決の問題について (1)・(2)・(完)——不当条項規制効果論に関する一考察——」(阪大法学五八巻五号一—三頁以下・六号二七頁以下 (二〇〇九年) において詳しく紹介した。第一時価条項判決については、とりわけ、五号一—九頁以下を参照。

(22) Hein Kötz, Die Rückwirkung von Unterlassungsurteilen gemäß §§ 13 ff. AGB-Gesetz—Dargestellt am Beispiel der

- Tagespreisklauseln, BB 1982, 647 f.; Rainer Bechtold, Unwirksamkeit der Tagespreisklausel in einzelnen Kfz-Kaufverträgen?, DB 1983, 539
- (23) 旧約款規制法二二条 判決の効力
- 敗訴した使用者が差止命令に違反した場合、被害を受けた契約相手方が差止判決の効力を援用する限りにおいて、普通取引約款における当該規定は、無効とみなされる。しかしながら、敗訴した使用者が判決に対して一九条(異なる判決が出された場合に)、敗訴した使用者に異議申し立てを認める規定である。——筆者注)による訴えを提起しえたであろう場合には、契約相手方は差止判決の効力を援用しえない。
- (24) Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 338 f.
- (25) BT-Drucks. 7/5422, 12
- (26) Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 345 f.
- (27) Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 347 ff.
- (28) Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 349
- (29) Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 350
- (30) BGH 第八民事部一九八一年二月一日判決 (NJW 1981, 1511)
- (31) Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 351 ff.
- (32) Harry Schmidt, „Verragsfolgen der Nichtbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, 1986, 101; Andreas Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht (11. Auflage, 2011), Vorh. § 307 BGB Rn. 63; Walter F. Lindacher in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht (5. Auflage, 2009), § 306 BGB Rn. 26
- (33) 判例もまた内容規制と権利行使規制を区別していると考えられ、支配的見解の論述においては、BGH 第八民事部一九八一年一〇月二八日判決 (BGHZ 82, 121) をはじめ、多数の最上級審裁判例が参照されている。もっとも、事後的審査説に親和的な裁判例が一部に存在する。たとえば、支配的見解におらう留保されている (Schmidt, a. a. O., (Fn. 32), 104, Fn. 13)。
- BGH 第三民事部一九八三年六月九日判決 (NJW 1983, 2701) および BGH 第七民事部一九八四年一月一九日判決 (BGHZ 89, 363) が、それに当たる。

- (34) Schmidt, a. a. O., (Fn. 32), 104 f.; Hermann-Josef Bunte, Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1984, 1148 f.; Johannes Neumann, „Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, 1988, 198
- (35) Neumann, a. a. O., (Fn. 34), 198
- (36) Schmidt, a. a. O., (Fn. 32), 105; Walter Löwe, Erweiterung zu Kötz, BB 1982, 644, BB 1982, 650 f.
- (37) 旧約款規制法九条 一般条項
- (1) 約款における規定は、約款使用者の契約相手方に、信義誠実の要請に反して、不当な不利益を与える場合に、無効である。(現民法典二〇七条一項においては、以下のような第二文が付け加えられている。「不当な不利益は、約款条項が明確かつわかりやすいものではないことから、生じうる。」)
- (2) 不当な不利益は、疑わしいならば、次の場合にも承認されなければならない。
- 1 約款条項が、それによって逸脱される法律上の規律の本質的基本思想に合致しない場合
 - 2 契約の本性から生じる本質的権利義務を、契約目的の達成を危殆化するほどに制限する場合。
- (38) Schmidt, a. a. O., (Fn. 32), 105 f.
- (39) Neumann, a. a. O., (Fn. 34), 198 f.
- (40) Herbert Roth, „Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, 1994, 25. 一一条七号に「こゝには、Neumann, a. a. O., (Fn. 34), 199 参照せよ。」
- (41) Schmidt, a. a. O., (Fn. 32), 103 f.
- (42) BGH 第七民事部一九八二年五月一七日判決 (BGHZ 84, 109) を参照。
- (43) Peter Ulmer/Carsten Schäfer in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 32), § 305c BGB Rn. 79; Harry Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 32), § 306 BGB Rn. 14; Neumann, a. a. O., (Fn. 34), 199; Manfred Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Fn. 32), § 307 BGB Rn. 94
- (44) Roth, a. a. O., (Fn. 40), 26
- (45) Schmidt, a. a. O., (Fn. 32), 106 f.

- (46) Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Fn. 32), § 307 BGB Rn. 94
- (47) Jürgen Basedow in Münchener Kommentar zum BGB (4. Auflage, 2003), § 307 BGB Rn. 33
- (48) Basedow in a. a. O., (Fn. 47), § 309 BGB Nr. 7 Rn. 30
- (49) 前掲 BGH 一九八〇年六月一日判決において示された具体化の要請は、その後の裁判例を通じて、確立された判例法理となっている。なお、新車販売契約における時価条項については、BGH 第八民事部 一九八四年二月一日判決 (BGHZ 90, 69) —— 第二時価条項判決 —— により、不当利得返還訴訟においても、団体訴訟におけるのと同様に無効とされたが、補充的契約解釈により売主に価格改訂権が認められる結果、不当利得返還請求は認められないものとされた。第二時価条項判決の詳細については、拙稿・前掲注(2)六号二八頁以下を参照。
- (50) Basedow in a. a. O., (Fn. 47), § 309 BGB Nr. 1 Rn. 20 ff.
- (51) Basedow in a. a. O., (Fn. 47), § 309 BGB Nr. 7 Rn. 34 f.
- (52) Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 359 f.
- (53) Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Fn. 32), § 307 BGB Rn. 77 ff.
- (54) Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Fn. 32), § 307 BGB Rn. 86 ff. 事前Ⅱ事後と類型Ⅱ個別が別の軸であることとを述べている。すなわち、個別訴訟においては、具体的契約関係の諸事情も一般的審査基準によつて評価されなければならない。事前の審査も事後的審査と同様に、具体的契約関係に限定されるとする。
- (55) Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Fn. 32), § 307 BGB Rn. 94
- (56) Hein Kötz, Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979, 785, 789; Claus-Wilhelm Canaris, Gesamtwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in Festschrift für Ernst Steindorff (1990), 519, 557 ff.; Roth, a. a. O., (Fn. 40), 36 ff. (ただし、判例無視や明確な違反の有無といった客観的基準によることを主張する)；Staudinger/Schlosser (2006), § 306 BGB Rn. 25などを参照。また、最上級審裁判例においても、効力維持的縮減の代用的手段とみなされることにもある補充的契約解釈について、判決の周知前後においてその可否を分けたものとして、BGH 第七民事部 二〇〇二年七月四日判決 (BGHZ 151, 229) が知られている。
- (57) Basedow in a. a. O., (Fn. 47), § 306 BGB Rn. 13

- (58) なお、約款解釈の方法について団体訴訟と個別訴訟とで違いがないかは、また別の問題である。バゼドウも、事後的審査を提唱したのと同じ論文において、両訴訟形態における約款の解釈方法の相違を説いている。Basedow, a. a. O., (Fn. 12), 354 ff. を参照。
- (59) Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeffer, a. a. O., (Fn. 32), § 307 BGB Rn. 94 を参照。
- (60) 例え⁵⁸ Schmidt, a. a. O., (Fn. 32), 104 ff. を参照。
- (61) 不当条項規制における規制対象の画定については、拙稿・前掲注(3)を参照。個別訴訟における規制対象画定の意義については、とりわけ、一号一三五頁以下を参照。
- (62) 規制対象の問題と無効範囲の問題との区別は、日本法において、消費者契約法九条を例にとるとわかりやすい。九条柱書は、「次の各号に掲げる消費者契約の条項は、当該各号に定める部分について、無効とする。」と規定している。ここにおいて不当性評価の対象（構成要件該当性の判断対象）となるのは、「条項」である。一号については、⁵⁹「当該消費者契約の解除に伴う……平均的な損害の額を超えるもの」という構成要件に該当するか否かの判断対象となるのは、「条項」であり、その「条項」全体を把握する作業が、規制対象の画定である。そのうえで、「条項」がどの範囲において無効になるかを確定するのが、無効範囲の問題である。この問題につき、九条の規定する無効範囲は、「当該各号に定める部分」に限定されており、一号については、平均的な損害の額を超える部分である。このように、消費者契約法九条においては、二つの問題を明確に区別することができる。
- (63) リーディングケースとして、BGH 第八民事部一九八一年一〇月七日判決 (NJW 1982, 178) を参照。その他、代表的な裁判例とその分析については、拙稿・前掲注(3)二号一五九頁以下を参照。
- (64) この基準を学説上初めに展開したのは、⁶⁰ Schmidt, a. a. O., (Fn. 32), 67 ff. を参照。
- (65) 拙稿・前掲注(3)一号一四一頁を参照。
- (66) Schmidt, a. a. O., (Fn. 32), 78 を参照。最上級審裁判例においても、規制対象の画定に際して約款の文言を改変してはならないとの原則が立てられているが (BGH 第三民事部一九八四年五月二八日判決 (NJW 1984, 2816))、その例外を認めた裁判例も存在する (BGH 第九民事部一九九五年五月一八日判決 (BGHZ 130, 19))。
- (67) 拙稿・前掲注(3)二号一五〇頁およびそこで参照した諸文献を参照。さらに、日本法における同様の処理については、

拙稿・前掲注(11)八三頁において論じたところである。

(89) Schmidt, a. a. O., (Fn. 32), 75

(69) これに対して、権利行使の態様・範囲がそれぞれ別に定式化されている場合——例えば、軽過失免責について、全部免責と一部免責とを重畳的に定式化している場合——は、また別の考慮を要する。この場合には、約款使用者が、同一の場面において、最大限の権利を留保しつつ、それが法的に承認されない場合に備えて、より小さな権利を確保しているものと見ることが出来る。内容規制と権利行使規制を区別する立場をとるならば——したがって、権利行使顧慮型事後的審査説に立たないならば——、このような意図で約款が定式化されている場合に、結果として無効範囲を大きな権利に限定する処理をするには、問題がある。そこで、このような場合には、実質的に一つの権利が留保されているものと見て全体を一つの規制対象として扱うか、または、各定式部分が別の規制対象であるとしても、より小さい権利の留保を救済条項と見て——ある条項が無効とされた場合に備えて、具体的な代替規律を準備している場合に当たる。——、その効力を否定して(いく)とが考えられる。ドイツ法学説において、前者の方向での処理を示すものとして、Elke Schmidt, Teil-oder Totalnichtigkeit angreifbarer AGB-Klauseln, JA 1980, 401, 402 がある。また、救済条項については、拙稿「ドイツ不当条項規制における『救済条項』の法的処理(1)・(2・完)」民商法雑誌二三四卷四〇五号五九八頁・六号九四一頁(二〇〇六年)を参照。

(70) 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。

(71) とりわけ、無催告失効条項に関しては、後掲最判平成二四年の法廷意見に対する異説として、原判決(東京高判平成二二年九月三〇日金判一三三七号一〇頁)および最判平成二四年に付された須藤正彦裁判官の反対意見が重要であるが、本稿では扱わない。

(72) 最判平成一八年一月二七日民集六〇巻九号三四三七頁、民集六〇巻九号三五九七頁、判時一九五八号六二頁、最判平成一八年二月二日判時一九五八号六九頁

(73) このことは、差止訴訟においても、解除時期ごとに個別の規制対象として扱わなければならないことを、意味しない。消費者契約法一二条三・四項が不当条項を含む意思表示に焦点を合わせていること、また、差止訴訟が事業者に一定文言の条項の使用停止や改訂を迫る意味を有することを考えると、差止訴訟においては、一般的に、条項定式のレベルで個別の規制対象を把握してよいと考えられる。このように考えると、個別訴訟と差止訴訟における規制対象の画定には、ずれが生じることになる。この点については、拙稿・前掲注(11)八五頁も参照。

また、従来の学説においても、差止訴訟に関して、解除時期を区分した形で条項が定式化されている場合には、それぞれ個別の条項として扱うべきだが、解除時期の区分がされていない場合には一つの条項として扱われる、との見解が主張されている。山本豊「適格消費者団体による差止請求」法律時報八三巻八号(二〇一一年)二七頁・三〇頁、同「消費者団体訴権制度の基本的特色と解釈問題」法律のひろば六〇巻六号(二〇〇七年)三九頁・四四頁を参照。

(74) 前掲注(72)最判平成一八年一月二七日民集六〇巻九号三四三七頁

(75) 前掲注(72)最判平成一八年一月二七日民集六〇巻九号三五九七頁

(76) 前掲注(72)最判平成一八年一月二七日判時一九五八号六二頁

(77) 学説においては、督促通知が失効の要件であると解釈する見解もある。山下友信「米山高生『保険法解説』——生命保険・傷害疾病定額保険」有斐閣(二〇一〇年)六九七頁(沖野真己)、大澤康孝「保険料支払い遅滞と無催告失効条項」横浜国際経済法学一八巻三号(二〇一〇年)二七頁・四五頁、原田昌和「判批 最判平成二四年三月一六日」現代消費者法一六号(二〇一二年)一二〇頁・一二七頁などを参照。

(78) これに対して、学説においては、契約後の事情も含め一切の事情が考慮され得るとし、現に督促通知がされた等の事情の下では、失効条項の適用によって顧客の利益が信義則に反して一方的に害されたとはいえない、とする見解も存在する(鹿野菜穂子「判批 東京高判平成二二年九月三〇日」金法一九〇五号(二〇一〇年)七五頁・七八頁)。

(79) これに対して、山本・前掲注(7)五二頁は、本件の失効当時に、督促通知が実際になされ、それが到達してはじめて保険契約者は不履行に気付くことができるはずであり、保険契約締結当時の督促態勢整備と確実な実務運用がなぜ本件失効当時における保険契約者の不履行認識につながるのかは、はっきりしないと述べる。この批判の背景には、保険契約者が実際に不履行を認識しえたことが、失効条項の評価に当たって決定的な意味を有するとの評価がある。このことは、同

学説が、無催告失効条項を督促の通知・到達に関する証明責任の転換条項と位置づけ、「せめて本件失効に際しての『督促態勢整備と確実な実務運用』の主張・立証が必要ではないか」と主張していることから窺われる(同五三頁)。このような思考は、本稿の判断枠組みでいえば、権利行使顧慮型事後的審査につながるものである。しかしながら、本文に述べたように、判例は、権利行使顧慮型の発想を採っておらず、むしろ、将来において督促なしに(あるいは督促が到達せずに)契約が失効するという危険性を、規制対象として捉えているものと見ることができるとは、このように危険性の評価に当たっては、契約締結時における一般的な督促実務に十分な意味がある。

(80) 山下友信「判批 東京高判平成二二年九月三〇日」金法一八八九号(二〇一〇年)二二頁・一七頁、山下典孝「判批 東京高判平成二二年九月三〇日」『速報判例解説8号』(二〇一一年)一五五頁・一五八頁、山本・前掲注(7)四九頁も同旨。