The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ドイツ不当条項規制効果論における補充的契約解釈に関する裁判例の展開（一）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2017, 67(1), p. 65-113
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87004
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ドイツ不当条項規制効果論における補充的契約解釈に関する裁判例の展開（一）

武田直大

第一章　序論
一　従来の研究の到達点
二　本稿の課題と構成
第二章　担保目的表示
一　問題の概要
二　裁判例の展開
三　検討
第三章　請求即払保証
一　問題の概要
二　裁判例の展開
三　検討（以上、本号）

第一章　序論

一　従来の研究の到達点

我が国の現行法は、消費者契約法八条以下に不当条項規制の制度を設けている。また、債権法改正法案[1]は、「定型約款」について、消費者契約法一〇条に類似した規定を提案している（五四八条の二第二項）。もっとも、消費者契約法上の不当条項規制とこの改正案の規定とでは、効果面に相違があり（無効と不合意の擬制）、後者においては、いわゆる組入れ規制と内容規制とが一体化している。いずれにせよ、[2]不当条項規制は、個別の契約条項（または約款条項）に焦点を合わせるものであり、その理論付けは問題となるが、少なくとも原則として、契約そのものの効力否定をもたらさないと考えられる。そうすると、不当条項規制により、当事者が合意した（あるいは予定した）[3]契約内容は、修正を受けることになる。[4]それでは、この契約内容の修正は、どのように行われるべきなのか。換言すると、不当条項に代わる規律（代替規律）は、どのような内容になるべきなのか。

この問題を考察するうえで、まず取り上げられるべきは、条項一部無効・全部無効に関する議論である。そこでは、部分的に違法な条項が、その部分に限って無効となるのか、それとも全体として無効となるのか、という問題が争われているが、この問題は、不当条項を部分的に維持するかたちで当該条項に代わる規律を導いてよいか、という問いとして捉えることができる。この問題の議論状況をごく簡単にまとめると、一般予防や条項使用者に対する制裁といった観点から、一部が違法な条項についても全部無効とすることが主張されている一方で、[5]原則として違法な部分の効力を否定すれば足りるとの見解も存在する。[6]この論点は、債権法改正に関する法制審議会の審議においても検討されたが、[7]二〇一三年の中間試案において脱落した。[8]

これまで筆者は、この条項一部無効・全部無効の問題の前後にある二つの問題について、ドイツ約款法における内容規制効果論を参考に、検討を加えてきた。ドイツにおいては、日本法にいう条項一部無効が、効力維持的縮減[9]（geltungserhaltende Reduktion）という概念の下で論じられており――後述のように、これを禁止することが判例かつ支配的見解となっている。――、また、この問題に隣接する効果論上の問題についても、判例・学説が積み上げられている。それらを基にした筆者の従来の検討内容は、次のようにまとめることができる。

1　規制対象の画定

一部が違法な条項がどの範囲で無効となるのかという問題の前提に、そもそも何をもって不当条項規制の対象となる一つの条項と見るのか、という問題が指摘されている[10]。この問題に対する解答の困難さが、債権法改正作業において条項一部無効の論点が脱落した一つの理由となっている[11]。この問題は、ドイツ約款法において、旧約款規制法（以下、「AGBG」と表記する。）の制定[12]から数年を経た一九八〇年代の前半に、とりわけ議論の進展を見た。ドイツ法に関する知見を交えながら、この問題についての私見をまとめると、次のとおりである[13][14]。

まず、条項の範囲を画するための基準として、さしあたり、形式的基準と実質的基準とが考えられる。前者は、当該約款が文言上どのように分節化されているかに注目するものであるのに対して、後者は、約款において規律されている事柄の相違に焦点を合わせるものである。ドイツ学説の議論においては、当初、これら二つの基準が提起された[15]。しかしながら、これら二つの基準には、いずれも問題がある。第一に、形式的基準によれば、約款使用者が約款を細分化しておけば、無効範囲を狭く留めることが可能となる。このことは、とりわけ、予防や制裁といった論拠をもって一部が違法な条項の全部無効（効力維持的縮減の禁止）を支持する場合に、障害となる。第二に、

実質的基準に対しては、事物の概念には様々な上位概念・下位概念があり、重複も存在するところ、約款の規律領域を画する一義的な基準を設定することが困難ではないか、との疑問が生じる。

そこで、これらの問題点を克服する基準として、ドイツにおいて今日の判例・支配的見解となっている第三の基準が浮上する。それは、「約款の実質的な規律内容が、独立した有効性審査の対象となるか」という基準である。この基準は、具体的な規制規範が何を個別に違法性評価の対象としているかを基準に、不当条項規制の個別の対象を画定するものと、理解することができる。このような基準を立てれば、約款使用者は自由に規制規範を設定することができないのだから、形式的基準における問題は生じない。[16] また、そのつどの法規範の適用において決定的な規律内容に焦点を合わせるという限りにおいて、実質的基準の不確定性も克服される。[17]

もっとも、ドイツにおける支配的見解は、包括的な条項定式が用いられている場合に、当該定式の全体が一個の条項として扱われ、当該条項を分割して一部を維持することはできないとしている。このような処理は、具体的な規制規範に照らして規制対象を画定するという見解を貫徹した場合に、支持することができない。というのは、条項定式それ自体の不当性が問われる場合には、当該定式の全体が一個の条項を構成するといえるとしても、不当条項規制を構成する規範は、必ずしも条項定式に焦点を合わせるわけではないからである。例えば、授業料不返還特約に消費者契約法九条一号を適用する際に、学年歴の開始前後において平均的損害の評価を分ける、日本法において著名な判例は、特約の定式自体に焦点を合わせるものとはいえない。[18][19]

かくして、具体的な規制規範に基づいて個別の規制対象＝条項を画定するという判断枠組みが確立されると、それとは区別される条項一部無効・全部無効論の問題設定は、次のように改められることになる。すなわち、規制対象の画定において、常に全体として一個の不当性評価の対象となるものが把握されるので、[20]「全体として不当と評

価される条項の規律内容を、部分的に維持すべきか」という問題が、設定されることになる。[21]

2　無効部分の補充

右のように規制対象の画定と区別された条項一部無効・全部無効の問題を論じるうえで、もう一つの隣接する問題、すなわち、無効とされた契約内容をどのように補充すべきか、という問題が浮上する。無効部分を補充する規律が、元の条項の規律内容を部分的に維持するものであれば、そのような補充処理は、条項一部無効と同じ結果をもたらすのではないか、と考えられる。

条項無効後の無効部分の補充について、ドイツにおける判例および支配的見解は、任意規定の適用と補充的契約解釈という二段階の判断枠組みをとっている。この枠組みは、判例上、ドイツ連邦通常裁判所（以下、表題を除き、「BGH」と表記する。）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）によって確立されたものである。筆者は、かつて、この判決とそれに関連する、主として一九九〇年代初頭までの学説・裁判例を検討した。[22] 第二時価条項判決の概要と先の筆者の検討をまとめると、次のとおりである。

第二時価条項判決は、売主に価格改訂権を留保する新車売買契約の条項を無効としたが、補充的契約解釈によって、売主には価格改訂権を、買主には解除権を認めた。このような処理は、無効な条項の規律内容が部分的に維持されている、との印象を与える。このことは、先にBGHが効力維持的縮減を禁止する判例法理を打ち出していただけに、[23] 学説上の議論を呼ぶことになった。一連の議論に基づく知見として、筆者は、無効部分を補充するための補充的契約解釈は、いくつかの場合に分けて考察されるべきことを指摘した。すなわち、そもそも無効な条項がなかったものと仮定しても補充的契約解釈が肯定される場合と、無効な条項が使用されたことを前提として補充的契

約解釈が問題とされる場合がある。さらに後者には、AGBG六条三項[24]（現ドイツ民法典――以下、「BGB」と表記する。――三〇六条三項）に基づく契約全部無効の回避という観点から契約内容の調整が問題となる場面と、それを超えてもっぱら無効な条項を尊重するという趣旨から補充的契約解釈が問題となる場面とが含まれる。私見としては、前二者の場合の補充的契約解釈は肯定されるべきであるが、最後の場面については消極的に考えるべきである、とした。

無効部分を補充するための補充的契約解釈がこのように分類されると、条項一部無効・全部無効と補充的契約解釈の関係を、より明確に整理することができる。すなわち、条項全部無効論に立った場合にも、第一の場合の補充的契約解釈が認められることに、何ら問題はない。条項一部無効（効力維持的縮減）と補充的契約解釈の重複は、もっぱら第二の場合に見いだされることになるが――とはいえ、第一の場合にも条項一部維持の要素が含まれうることは、見逃されるべきでない。――、第二の場合について二つの場面が含まれるという知見は、無効条項の規律内容を一部維持する処理の要件立てを考えるうえで、より精確な思考をもたらす[25]。

二　本稿の課題と構成

無効部分を補充するための補充的契約解釈の問題について、先の研究においては、第二時価条項判決後（とりわけ一九九〇年代以降）の裁判例を、ほとんど扱わなかった。しかしながら、このことは、決してドイツにおいて第二時価条項判決をもってこの問題が終息したことを意味するわけではなく、むしろ近年においても、補充的契約解釈の是非が争われた最上級審裁判例が登場している。そこで、本稿は、無効部分を補充する補充的契約解釈の問題について、従来の研究で得られた知見を基に、一九九〇年代以降の裁判例がどのように説明されうるかを、主たる

検討課題とする。その結論として、旧稿において提示した補充的契約解釈の分類が基本的に有用であることが、例証されるだろう。もっとも、無効部分の補充は、規制対象の画定を前提としており、後者の問題における処理が、前者の問題の範囲を画することになる。そのような関係から、各事例の検討に当たっては、しばしば規制対象の画定を先行して論じる。[26] その点で、本稿は、規制対象の画定についても、旧稿の理論を例証するものとなる。もっとも、本稿の目的は、このような形で従来の研究に裏付けを与えることに留まらない。これまで扱ってこなかった裁判例の検討から新たな知見を引き出すことも、この研究の課題である。

これに対して、本稿は、第二時価条項判決に関する議論から後の学説の展開を、仔細に検討の対象とはしない。というのは、一九九〇年頃まで華々しい展開を繰り広げた学説における内容規制効果論は、その後、低調になったといわざるを得ないからである。その理由として、議論が複雑化し見通すことが困難になったということもあるかもしれないが、[27] 当時の議論の一つの到達点として、中心的な争点であった効力維持的縮減の是非について、その禁止を主張する支配的見解とこれを許容する学説との間で歩み寄りが見られたことを、指摘することができよう。すなわち、一方において、不当条項を「ぎりぎりなお許容される gerade noch zulässig」程度に縮減する効力維持的縮減は許容されないとする支配的見解においても、旧稿および本稿において既に述べたように、無効条項がそもそもなかったとして補充的契約解釈が認められており、それによってもたらされる代替規律は、無効条項がそもそもなかったとしても認められるものに尽きない可能性がある。他方で、効力維持的縮減を許容する学説においても、そこでいわれている効力維持的縮減の内実は、支配的見解にいうところの補充的契約解釈に寄ったものとなっている。まず、効力維持的縮減の基準は、「ぎりぎりなお許容される程度」ではなく、「相当な程度」であるとされている。この基準は、第二時価条項判決において示された、支配的見解の支持する補充的契約解釈の要件[28]と区別されない。[29] そして、

このような基準設定と歩調を合わせて、これらの学説において、効力維持的縮減は、不当条項がどの範囲で無効なのかという無効範囲の問題というよりも、補充的契約解釈と同様に、無効の効果における代替規律の形成の問題として位置づけられている、と見ることができる。[30] このような形で論争が収斂し、どの見解においても――各論的な評価を度外視すれば――同一の結論にたどり着くことができる（と考えられる）ようになったことが、議論の実益を低下させ（少なくとも、そう思わせ）、その後の学説展開を低調にした一因ではないか、と考えられる。しかしながら、私見は、補充的契約解釈であれ効力維持的縮減であれ、さらなる分析が欠如しているという点において、この種の議論総括に満足するものではない。このことは、既に旧稿において示した補充的契約解釈の分析が含意するところであり、また、本稿の出発点でもある。そして、本稿で取り扱う一九九〇年代以降の裁判例の分析からは、この点について各論のレベルに留まらない知見を引き出すことができる、と考える。

さて、ドイツにおける約款内容規制の効果論における最上級審裁判例の展開について、中心的な役割を果たしてきたのは、BGHである。本稿は、まず、BGHの裁判例の中から、担保目的表示（第二章）、請求即払保証（第三章）、価格調整条項・利率調整条項（第四章）、美観修復条項（第五章）の各主題を、個別の章において取り上げる。これらの主題は、多数の裁判例を抱えるものであり、また、効果論に関する学説においても一定の注目を集めている。次に、これらの個別主題の検討を終えた後に、補充的契約解釈が肯定されたその他のBGH裁判例を概観する（第六章）。本論の最後の第七章においては、ドイツ連邦労働裁判所（以下、表題を除き、「BAG」と表記する。）の裁判例を取り上げる。ドイツにおいては、二〇〇二年の債務法現代化に際して、労働契約にも約款規制が及ぶものとされた。それ以後、BAGにおいても、内容規制の効果論に関する裁判例が出されている。なお、これら各章において取り上げる裁判例については、本文中に紹介するもののみ、【　】を付した全章通しの番号で表記する。

最後に、結論となる第八章において、第七章までに整理した裁判例から窺われるドイツ判例における補充的契約解釈の判断枠組みを整理・分析したうえで、ドイツ法から日本法に対してどのような示唆が得られるかを論じる。

第二章　担保目的表示

一　問題の概要

一九九〇年代中頃から登場した担保目的表示（Sicherungszweckerklärung）に関する一連の裁判例は、一九八〇年代に確立された判例の判断枠組みに対して、学説による疑義を生じさせることになった。問題となったのは、債権者となる金融機関が使用していた保証契約の書式に含まれていた「債権者が主たる債務者との銀行取引から取得する現在および将来の全ての債権を保証する」旨の包括的な担保目的表示の効力である。BGH は、後掲裁判例【3】によって、保証引受けの原因（Anlass）となった債権を超える保証責任の拡張を AGBG 九条[31]（現 BGB 三〇七条一・二項）違反とする旨の法理によって、このような担保目的表示を規制すべきとする立場を表明した。そこで、担保目的表示がそのような内容規制に服する場合に、担保目的表示はどの範囲で無効となるのか、また、仮に全体として無効になるとするならば、保証範囲の合意を補充することにより、保証契約は維持されるのか、が問題とされた。

この問題については、既に別稿において若干の分析を行っている。[32][33] しかしながら、そこでの分析は、規制対象の画定についての観点からのものであり、本稿が検討の目的とする補充的契約解釈の観点からの分析は手薄であった。そこで、本稿において、この問題を再び取り上げることにする。

二　裁判例の展開

1　前史――土地債務に関する不意打ち条項規制

BGHのかつての判例は、銀行取引から生じる現在および将来の全ての債権を保証する旨の担保目的表示を、不意打ち性を有するものではなく、[34] また内容規制にも抵触せず、[35] 有効なものとしていた。これに対して、第三者の債務の担保のために設定された土地債務の責任範囲については、一九八〇年代から、不意打ち条項規制（AGBG施行前はBGB二四二条、[36] 同法施行後はAGBG三条[37]＝現BGB三〇五c条一項に基づく。）を用いて、担保設定の原因となった債権を超える範囲への書式による責任拡張合意の成立または効力を否定する判例法理が、展開された。[38]

それらの裁判例の中で、本稿の関心事である効果論の観点から注目すべきは、【1】BGH第五民事部一九八八年一一月一八日判決（BGHZ 106, 19）である。事案は、次のようなものであった。すなわち、被告Yとその夫Aは、彼らへの建築貸付の担保を原因として、夫婦が共有する土地に原告Xのための土地債務を設定した。その書式による設定証書には、YおよびAに対する現在および将来の全ての債権を担保する旨の目的表示が含まれていた。その後も、Aは、Xに対して債務を重ねた。また、その間に、AはYに対して、土地債務の設定された共有持分を譲渡した。このような事情のもと、XがYに対して土地債務に基づく強制執行の忍容を請求したというのが、本件訴訟であった。このような事案において、BGHは、前述の判例法理を適用して、夫婦の各自は自己の共有持分上の土地債務が他方配偶者の将来の全ての債務をも担保することを考慮しなくてよいとの理由で、担保目的表示の不意打ち性を肯定した。そこで、さらに、担保合意がどの範囲で無効となるのかが問題とされたが（AGBG施行前の事案）、Yの持分に設定された土地債務の担保範囲が原因となった貸付債務を超えてAの将来債務に及ぶ限度で、担保合意が無効になるとされた。その理由として、BGHは、約款が一部無効の場合にもその他の部分は有効である

とするAGBG六条一項の法理が、同法施行前の判例によっても妥当するとしたうえで、「個別の約款条項または書式条項――ここでは、目的表示――が、その文言によればそれ自体から理解可能かつ有意味なかたちで、内容的に許容される規律部分と許容されない規律部分とに分けられる場合には、許容される部分の維持は法的に問題な（く）」、また、このことは効力維持的縮減の禁止と区別されなければならないと述べた。既に判例において確立されつつあった規制対象の画定法理が、ここで適用されたのである。[39]

土地債務に関する不意打ち条項の法理は、【2】BGH第一一民事部一九九四年六月一日判決（BGHZ 126, 174）によって、初めて保証契約の規制にも拡張された。そこで問題とされた事案は、次のようなものであった。すなわち、夫Aへの分割弁済貸付（Tilgungsdarlehen）を原因として、Yは、Xの前主に対して、連帯保証（selbstschuldnerische Bürgschaft）を引き受けたが、その際の書式において、Aに対する現在および将来の全ての債権を担保する旨が規定されていた。この規定に基づき、Xは、その後にXがAに対して取得した債権（損害担保の履行による費用賠償請求権）について、Yに保証債務の履行を求めた。このような事案において、BGHは、土地債務に関する判例法理が分割弁済貸付を原因として保証が引き受けられた場合にも適用されるとし、前記の保証目的の規定は、原因となった分割弁済貸付から生じる債権以外の債権に関する限度で、AGBG三条に基づき契約構成要素にならないとした。[40]

2　ドイツ連邦通常裁判所第九民事部一九九五年五月一八日判決（BGHZ 130, 19）

以上のような状況において、担保目的表示に関する従来の判例を転換したのが、表題の一九九五年判決（裁判例【3】）である。同判決は、裁判例【2】に引き続いて、包括的な担保目的表示が不意打ち性を有し得ることを肯

定するとともに、そのような目的表示がAGBG九条に違反し無効となることを明らかにした。そして、本稿の関心事である効果論においては、この目的表示がどの範囲で無効となるかについて判断を示した。

裁判例【3】において問題となった事案は、次のようなものであった。すなわち、貯蓄銀行Xが有限合資会社Aに当座勘定信用（Kontokorrentkredit）を与え、その際に、Aの有限責任社員Yが連帯保証人になったところ、保証約款において、XのAに対する現在および将来の全ての債権を保証する旨の規定が存在した。その後、YはAを退社したが、Xは、Aに供与した当座勘定信用の額を引き上げ、それと並んでAに対するさらなる貸付も行った。それらの債務についても、Yによる保証の範囲に含まれるのか、が問題とされた。

このような事案について、BGHは、第一に、保証が当座勘定信用の供与を原因として引き受けられた場合についても、前記のような書式による担保目的表示は、不意打ち条項たりうるとした。その理由として、特に、BGB七六七条一項三文[41]によれば、保証人の義務は、主たる債務者が保証の引受け後に行った法律行為によって拡張されないところ、包括的な担保目的表示は、この任意制定法を逸脱するものとして、不意打ち性を有し得ることが指摘された。もっとも、次のAGBG九条違反の評価が可能であることから、本件担保目的表示が不意打ち条項に当たるかは、最終的に判断を要しないものとされた。

そこで、第二に、本件担保目的表示のAGBG九条違反が論じられた。ここでは、まず、AGBG八条[42]（現BGB三〇七条三項）に基づき、担保目的表示が内容規制に服するか否か、が問題とされた。裁判例【3】は、従来の判例を変更し、他人の将来の債務について無制限に保証する場合には、BGB七六七条一項三文という法規定を逸脱する条項として、内容規制の対象になるとした。その際、同判決は、担保目的表示がどの範囲で法規定を逸脱するかにつき、次のように述べた。すなわち、保証義務を受け入れる原因となった債権についての保証の引受けは、保証

人の主たる給付義務の合意であるが、保証が現在および将来の他の債務に及ぶ旨の合意は、保証人の主たる義務を拡張する付随的合意である。主たる義務と付随的義務とが契約においてまとめて規定されているか分離して規定されているかは、偶然であり、内容規制の許容性を左右しない、とされた。そのうえで、規制対象とされた保証責任拡張の合意は、① BGB 七六七条一項三文の指導形象に合致せず（AGBG 九条二項一号）、また、②契約の本性から生じる保証人の本質的権利を、契約目的の達成を危殆化するほどに制限するとの理由で（AGBG 九条二項二号）[43]、不相当なものとされた。なお、以上のような内容規制の枠内において、何が保証の原因であったかは、客観的に決まるものとされ、当座勘定信用が保証された場合には、保証引受けの時点での与信限度がこれに当たるとされる。

以上のような理由で、保証責任の拡張合意は不相当とされたが、このことは、契約全体の無効をもたらさず、担保目的表示は、むしろ、保証の引受けに際して存在した限度の信用関係から生じる現在および将来の全ての債権を保証するという形で、維持することができる、とされた。もっとも、このような形で担保目的表示を分割することは、AGBG 八条に関して述べられたように、内容的・対象的に容易に可能であっても、文言上は完全には不可能であった――例えば、「将来の（債権）」という文言の削除によっては達成できない。――。そのため、このような分割が、許容されない効力維持的縮減に当たるのではないか、が問題とされた[44]。しかしながら、本判決は、次のような理由で、このような分割を正当化した。すなわち、第一に、ここでの条項の書き換えは、保証人の観念に合致する給付内容を維持することに資するものであり、保証人の正当な利益を完全に顧慮しており、効力維持的縮減の禁止目的に抵触しない。保証の全部無効は、むしろ過大な法律効果である、との理由である。第二に、AGBG 八条を排除し、内容規制を可能とするのに、条項の対象による可分性が十分であるならば、このような可分性を AGBG 六条一項の適用にあたっても十分条件であるとすることが首尾一貫している、という理由である。

かくして、包括的な担保目的表示に対する約款規制（不意打ち条項規制および内容規制）が肯定された当初において、BGHは、土地債務に関する裁判例【1】等と同様に[45]、規制対象の画定法理によって、保証引受けの原因となった債権の限度での保証契約の存続を図っていた[46]。

3　ドイツ連邦通常裁判所一九九五年判決に対する学説の反応

裁判例【3】における保証契約の存続の処理は、結論については、学説においてほぼ一致して支持された[47]。しかしながら、規制対象の画定法理を用いたその方法論に対しては、批判が向けられた[48]。同時代の代表的な学説として、次の諸見解を挙げることができる[49]。

まず、ライヒ（Dietmar O. Reich）とシュミッツ（Peter Schmitz）は、次のように述べて、裁判例【3】の処理を効力維持的縮減に当たるものと見た[50]。すなわち、広範な担保目的表示は、文言的にも内容的にも包括的に規律されており、有効性審査の分離を可能にする細分化を、条項自体に含んでいない。AGBG八条の適用に際しての内容的な可分性の指摘も、偶然の文言的な定式化は、約款の審査可能性を左右しないということであり、これに対して、約款の使用と形成のリスクは、約款使用者が負担すべきものである、とする。そのうえで、ライヒとシュミッツは、本件において効力維持的縮減が正当化されるために、縮減禁止の基礎にあるAGBGの趣旨が及ばないことが決定的である、と指摘した。つまり、この禁止は、約款使用者が自己に最も有利な解決を達成しないようにするためのものであるが、本件における文言修正は、相当な解決を目指すものであり、保証人が契約締結時に観念していた内容に合致する、とする。また、AGBGが契約の維持を志向していることも、顧慮されなければならないとする。

他に、ハーガー（Johannes Hager）も、裁判例【3】を、効力維持的縮減の禁止からの離脱をもたらすものであると見ている。[51] もっとも、ハーガーは、そもそも規制対象の画定と効力維持的縮減との区別を否定し、裁判官が無効条項に代わる適法な規律を見出すことができるかという観点から、統一的に問題を処理することを提案する立場にある。[52] このような立場を前提として、裁判例【3】についても、効力維持的縮減に帰着するものとして位置づけている。

4　判例の転換――補充的契約解釈による処理

規制対象の画定法理を用いた裁判例【3】に対する右のような批判を受けて、BGHは、原因となった債権を担保する限度で保証契約を維持する結論は維持したまま、異なる理由付けによってこの結論を正当化するようになった。その嚆矢となったのが、【4】BGH第九民事部一九九七年一一月一三日判決（BGHZ 137, 153）である。[53] そこでは、補充的契約解釈によって、制限的な担保目的表示を補充する方法が示された。

裁判例【4】の事案は、次のようなものであった。すなわち、X銀行は、Yの当時の夫Aに、最高限度額の定めのない当座勘定信用を提供しており、Yは、Xの求めに応じて、Aの連帯保証人となった。その際に、保証の範囲は、金額による制限なしに、XとAとの間の取引関係から生じる現在および将来の全ての債務とされた。その後、Aが破産したため、XがYに対して、保証債務の履行を請求した。このような事案においても、BGHは、裁判例【3】と同様の理由で担保目的表示のAGBG九条違反を認めたが、保証義務が完全に消滅するわけではないとした。

本判決において、BGHは、前述の学説の批判に応答して、次のように述べた。すなわち、担保目的表示の代替

なき削除は、既に別の理由から考えられないので、条項の可分性は問題にならない。無効条項の脱落によって生じる欠缺が任意制定法によって補充することができず、かつ、このことが両当事者の利益を正当と認めることができる方法で考慮しない結論をもたらす場合に、判例は補充的契約解釈を行っている。というのは、契約構造を完全に一方的に有利にする利益を顧客に与えることは、不衡平であるし、また、AGBG の目的設定に矛盾するだろうからである。このように述べたうえで、本判決は、保証契約を維持する結論が AGBG 六条の趣旨と目的にも合致することを指摘する。それによれば、許容されない条項の使用者の契約相手方にとっては、多くの場合、契約を維持し、単に不衡平な合意を脱落させることが重要である。AGBG 六および九条の一般的なルールの適用は、当該契約が双務契約であるか片務契約であるかに左右されない。これらの理由から、補充的契約解釈により、保証責任を保証引受けの原因に従って限定する合意が、無効な担保目的表示を代替するとされた。本件のような当座勘定信用においては、具体的には、保証の意思表示がされた日の差引残高の額に限定されるとした。

この裁判例【4】以降、BGH は、補充的契約解釈に依拠して、原因となった債権に限定して保証契約を維持する処理を行っている。(54)

三　検討

1　規制対象の画定法理による処理の正当性

ここまで見てきたように、包括的な担保目的表示の事例においては、保証引受けの原因となった債権を保証する限度で保証契約を維持する結論にほぼ異論なく、この結論をどのような法律構成によって導くかという点が主たる争点となっている。一方で、裁判例【3】が採用した規制対象の画定法理による法律構成があり、他方で、その後

の学説および裁判例【4】以降のBGH判例は、効力維持的縮減または補充的契約解釈による構成を採っている――ただし、注意すべきことに、裁判例【4】は、担保目的表示の可分性を否定したとしても、補充的契約解釈によって同じ結論を導くことができると述べているのであり、規制対象の画定法理による処理を否定したわけではない。――。もっとも、いずれの法律構成であっても結論に全く違いが出ないかというと、留保が必要である。というのは、効力維持的縮減や補充的契約解釈については、約款使用者が当該条項の違法性を認識していた場合などに、これらを認めるべきでないとの見解が存在するのに対して、規制対象の画定においては、そのような区別が考えられていないからである。効力維持的縮減構成を支持する論者の中には、明示的に、裁判例【3】による判例変更の前の事案に限って、保証責任の限定を認めようとする者もいる[55]――もっとも、判例自体がこのような限定をしているわけではない[56]。――。

この問題についての私見は、既に旧稿において表明したところであるが[57]、裁判例【3】の処理を支持するものである。第一章一1において既述のように、私見は、規制対象の画定に当たっては、具体的な規制規範が何を個別の規制対象として把握するかが決定的な意味を有しており、これに対して、約款の文言が約款使用者の手で細分化されていたかどうかは、絶対的な基準とはならない、とするものである。このような基準によると、担保目的表示の事例においては、AGBG八条のレベルにおいて、原因となった債権についての保証部分は、そもそも規制対象にならないものとされている。さらに、このことと表裏一体といってよいが[58]、担保目的表示の不当性を基礎づけているのは、BGB七六七条一項三文の基礎にある思想、すなわち、「保証人の意思によらずに保証範囲を拡張してはならない」という考え方であり、このような規範によって把握されるのは、原因となった債権を超える保証の部分に限定される。

これに対して、前述のように、ライヒとシュミッツは、AGBG八条の問題と効果論上の条項の可分性の問題とを区別している。しかしながら、不相当との評価が下されていない契約内容を効果論上の処理に引き入れ、無効とする余地を残すことには――前述のように、効力維持的縮減や補充的契約解釈には、約款使用者の主観的態様等による禁止がありうる。――、不当な契約内容へと介入する内容規制の体系に鑑みて、問題があるのではないか、と考える。(59)

2　補充的契約解釈の問題としての分析

かくして、本来の私見によれば、担保目的表示の事例を効力維持的縮減または補充的契約解釈の問題として扱うことは、適切でない。そのうえで、この事例を仮に補充的契約解釈の問題として位置づけるならば、補充的契約解釈による処理を正当化する事情として、次の二点を指摘することができる。

第一に、担保目的表示の事案においては、契約全体の効力が問題とされていた、ということである。つまり、仮に担保目的表示が全部無効となれば、約款使用者は、保証契約から得られる利益を完全に喪失するという点で、著しい不利益を受ける事案であった。このような事案における補充的契約解釈は、第一章においてまとめた補充的契約解釈の分類に照らし合わせると、契約全部無効の回避という観点から契約内容の調整が問題となる場面と繋げることができる。もっとも、この場面における補充的契約解釈を独自に析出する基となった見解が想定していたのは、AGBG六条三項に基づいて契約の拘束力が否定される場面であった。同項は、条項規制後の契約への拘束が当事者の一方にとって期待不可能な過酷さをもたらす場合に、契約全体が無効になるとするものである。そこで、効力維持的縮減を原則として禁止するとしても、同一項の定める契約維持の原則も考慮して、この規定による最終解決

を回避するために、契約内容を調整することができる、との見解が示されていた。[60] これに対して、担保目的表示の事案では、そもそも条項全部無効として担保目的表示全体の無効が想定される結果、契約が全部無効となる、という違いがある。しかしながら、いずれの場面においても、条項規制の効果（条項全部無効）によってもたらされる不利益が、約款使用者にとって期待可能な限度を超える場合に、契約内容を調整することが正当化されている、ということができる。このように考えると、担保目的表示の事案における補充的契約解釈による処理は、判例における効力維持的縮減禁止の原則を根底から掘り崩すようなものではなかった。というのは、その原則は、内容規制の典型的な場面、すなわち、条項全部無効の処理をしても契約そのものの効力は維持しうる場面において、なお維持される、と考えることができるからである。

第二に、判例変更のかかわる事案であったという点も重要である。裁判例【3】に至るまで、判例において、包括的な担保目的表示は有効とされていた。そのような状況においては、約款使用者に条項の有効性に対する正当な信頼があり、判例を変更するに際して、そのような信頼を保護する必要があった、と考えられる。このことは、前述の契約全部無効を回避するための契約調整を可能とする学説においても、約款使用者が条項の有効性について善意であったことが、そのような調整の要件とされていたことと、結びつけることができる。[61] 担保目的表示の事例における補充的契約解釈は、この点においても、それ以前の学説において提示されていた枠組みに連なるものとして、位置づけることができる。

第三章　請求即払保証[62]

一　問題の概要

1　請求即払保証の基本構造と機能[63]

前章で取り上げた担保目的表示に関する裁判例にやや遅れて、多くの最上級審裁判例を生んだのが、請求即払保証の事案である。それらの紹介に入る前に、問題となる保証の基本的な構造と機能について、本稿で取り上げる裁判例を理解するうえで必要な最小限度の説明をしておくことにする。[64] 請求即払保証（Bürgschaft auf erstes Anfordern）とは、保証証書に定められた形式的な支払条件が充足された場合、すなわち、形式的保証事故（formeller Sicherungsfall）が生じた場合に、保証人が直ちに債権者の支払い請求に応じなければならない仕組みの保証である。実質的保証事故（materieller Sicherungsfall）が存在するか、すなわち、保証された債権が実際に発生しているかは、この当初の支払請求において問題にならず、返還請求の場面において、初めて問題となってくる。その結果、債権者は、迅速かつ確実な方法で流動資金を得ることが可能となる。本稿で取り上げる裁判例において問題とされたのは、主として建築請負における請負人の債務を保証するための請求即払保証であるが、そこでは、注文者と請負人との間の担保設定合意に基づいて、担保設定義務を負う請負人が、保証人（銀行）に対して保証委託を行うことで、請求即払保証が設定されている。

このような請求即払保証においては、次のような支払いの連鎖が生じる。すなわち、形式的保証事故があれば、保証人から債権者へと資金が移動する。つづいて、支払いをした保証人は、主たる債務者に対して求償することになる。ここでも実質的保証事故の有無は問題とならず、形式的保証事故の存在と債権者への支払いのみを証明すれ

ば、保証人は償還を受けられる。したがって、実質的保証事故が存在しない場合には、最終的に返還請求を行う主たる債務者が、債権者の支払いリスクおよび訴訟リスクを負担することになる。

こうした構造を有する請求即払保証には、様々な機能があることが指摘されている。まずは、当然のことながら、担保としての機能が認められる。ドイツ判例によれば、請求即払保証もまた、付従性を有するBGB上の保証の特殊形態として性質決定される。[65] しかしながら、請求即払保証の機能は、担保に留まるものではなく、債権者に迅速・確実に流動資金を得させる機能や前述のようなリスク配分の機能も、独自のものとして指摘されている。[66]

2　問題となった事案

請求即払保証を定めた条項（または、それに類する条項）の効力が問題となった事案は、いくつかの類型に分けられる。すなわち、第一に、建築（下）請負契約における契約履行保証の事例が挙げられる。ここでは、契約の履行そのものを保証するために、請求即払方式での保証人を立てるべきものとする条項が問題とされた。第二に、同じく建築請負契約において、瑕疵担保に基づく請求権の担保を目的とする、請求即払保証を含む担保条項の効力が問題となった。第三に、損害担保契約における請求即払条項の効力に関する裁判例が、同時期に現れている。第四に、請求即払保証に関する裁判例に遅れて、やはり建築請負契約について、抗弁放棄条項を伴う単純な連帯保証の効力が問題とされた。これらの事案類型は、それぞれ条項・契約の構造を異にするものであり、個別にその内容を追っていく必要がある。

二　裁判例の展開

1　請求即払保証による契約履行保証

第一の、建築（下）請負契約における契約履行保証に関する事案においては、注文者（元請負人）の使用した約款により、請負人（下請負人）は、契約の履行を担保するために、一定額または注文額の一定割合で、請求即払方式での保証人を立てるべきものとされていた。この条項が無効とされた場合の処理に関して、BGHは、次のように裁判例を展開していった。

まず、約款における右の条項が無効であるとの立場を明らかにした裁判例として、【5】BGH第七民事部二〇〇二年四月一八日判決（BGHZ 150, 299）を挙げることができる。同裁判例の事案は、保証人Xが、注文者Y（債権者）と請負人A（主債務者）との間の契約における担保合意の無効を理由に、Yに対して保証証書の返還を請求したというものである。BGHは、AGBG九条一項に基づいて、注文者が流動資金を得る一方で、注文者に請求権がない場合にも請負人が求償の負担を課され、注文者の支払リスクを負担する点で、請負人の不相当な不利益が存するとの理由で、A・Y間の契約における請求即払保証による担保合意を無効とした。これにより、Yは、保証証書の返還義務を負うものとされた。この判決では、補充的契約解釈による無効な担保合意に代わる規律の補充などは、論じられていない。

つづいて、契約履行保証の条項が無効とされた場合に補充的契約解釈が認められることを表明した裁判例として、【6】BGH第七民事部二〇〇二年七月四日判決（BGHZ 151, 229）が登場した。同裁判例の事案は、裁判例【5】と類似しているが、下請負人Xが元請負人Yに対して、保証人への保証証書の返還を請求したというものであった。BGHは、裁判例【5】と同様に請求即払保証による契約履行保証の条項を無効としたが、補充的契約解釈により、(67)

Xは請求即払によらない無期限の連帯保証を設定する義務を負う、とした。その理由付けにおいて、BGHは、無効な条項に代わる補充的契約解釈についての一般論を述べたうえで――その際、担保目的表示に関する裁判例【4】を参照している。――、保証義務の代替なき削除は、両当事者の意思・利益に合致しない結論をもたらすとした。ただし、条項に含まれる規律が客観的に観察して約款使用者により意図的に終局的に選択されたものとみなされるべき場合には、補充的契約解釈は不可能とされ、本判決の周知後に締結された契約においても請求即払保証条項が使用され続けた場合が、そのような場合に当たるとされた。

この補充的契約解釈が認められる期間について、【7】BGH第七民事部二〇〇四年三月二五日判決（NJW-RR 2004, 880）は、二〇〇三年一月一日までとした。また、同判決は、補充的契約解釈が認められる根拠として、約款使用者の条項の有効性に対する信頼を挙げている。

さらに、無効な契約履行保証の合意に基づいて設定された請求即払保証が実際に履行された場合について、保証額の返還請求の成否も問題とされた。そのような事案[68]に係る【8】BGH第七民事部二〇〇三年一月二三日判決（BGHZ 153, 311）は、裁判例【6】に従い、請求即払保証による旨の担保合意が無効であっても、無期限の連帯保証を合意したものと補充的契約解釈がされることから、信義則違反を理由に、求償に応じた主たる債務者は、債権者に対して、即払いされた保証額の返還を請求することもできないとした。

2　瑕疵担保責任保証における請求即払保証

補充的契約解釈により単純保証をもって請求即払保証に代えるという処理は、請求即払保証に係る全ての事案で行われたわけではなかった。BGHは、契約履行保証についての裁判例が展開されたのと同時期に、注文者の瑕疵

担保に基づく請求権の担保に係る事案について、補充的契約解釈を否定する判例法理を打ち立てた。ここで問題とされた約款上の瑕疵担保責任保証の仕組みは、先の契約履行保証と異なるものであった。すなわち、建築請負契約において、①注文者の瑕疵担保請求権を担保するために、注文額の一定割合を注文者が瑕疵担保責任の存続期間につき留保するとともに、②請負人は、銀行による請求即払保証を設定することで、この留保を解消することができる旨が定められていた。このような担保合意の有効性が問題とされた。

まず、【9】BGH 第七民事部一九九七年六月五日判決（BGHZ 136, 27）が、右の担保合意を AGBG 九条一項による審査に耐えないものとした。事案は、右のような担保合意（注文額の五パーセントを五年間留保）に基づき請求即払保証を設定した請負人が、注文者に対して保証証書の返還を請求したものであった。BGH は、担保合意の無効を、次のように理由づけた。すなわち、まず①の留保については、相当な保証についての注文者Yの利益は保護に値するが、注文額の五パーセントを五年間も留保することは、この利益の濫用的な行使に当たるとした。というのは、BGB の請負契約法は、仕事の引取時における報酬の完全な支払いを規定し、疑わしい場合にはこの時点から利息が生じるとしており（BGB 旧六四一条）[69]、担保としての一部留保を定めていないところ、これとの比較において、①の規定は、比較的長期にわたり請負人XがYの信用リスクを負担することになる点、また、法律の定める利息を受領する利益が顧慮されていない点で、Xの正当な利益を十分に保護していないからである。つづけて、②の規定は、①の規定に対する相当な補償（Kompensation）[70]ではないとした。その理由として、請求即払保証は、契約履行保証に関する裁判例においても指摘されるように、債権者に即時に流動資金を得させる一方で、請負人は、場合によっては訴訟に要する長期間、注文者の支払リスクを負担することになる点で、正当性を有していないことが挙げられた。これらの理由から、担保合意は全体として無効とされた[71]。

つづけて、同種の担保合意に基づく請負人の保証人Yに対して、注文者Xが保証債務の履行を請求することができるか、が争われた。この問題について、【10】BGH第九民事部二〇〇一年三月八日判決（BGHZ 147, 99）は、担保合意が無効の場合には、債権者による保証債務の履行請求が権利濫用になるとした。その際に、BGHは、請負人は単純保証の提供によって担保留保を解消することができるという条件で、担保合意を維持することはできないとした。その理由として、第一に、担保留保についての条項とその解消についての条項とが、不可分一体であることが挙げられている。すなわち、解消権それ自体は請負人に負担を課すものではなく、AGBG九条違反は統一的な規律の全体内容ならびにそこにまとめられた合意の協働作用から生じることから、担保合意は不可分とされた。第二の理由として、AGBG六条二項に基づき請負契約に関する任意規定が適用されること、また、単純保証の他にも担保留保の縮減などの選択肢があり、当事者がいかなる合意をしたかが不明であることから、補充的契約解釈も問題にならないとされた。

その後も、いくつかの裁判例において、裁判例【10】と同様の判断が繰り返された。【11】BGH第七民事部二〇〇一年一一月二二日判決（NJW 2002, 894）は、当該担保合意は統一的な構想を有しており、個別要素を個々に考察することができないとの理由で、解消権の可分性を問題とせず、さらに、当事者がいかなる規律をなしたか確定不能であることなどを理由に、請求即払保証を単純な保証に代える形での補充的契約解釈も否定した[72]。また、【12】BGH第七民事部二〇〇四年一二月九日判決（NJW-RR 2005, 458）は、当事者が条項無効を知っていた場合にどのような合意をしたかが不明であるとしたほか、裁判例【6】を引き合いに出して、裁判例【9】の周知後に締結された契約については、補充的契約解釈が問題にならないとした[73]。

3　損害担保契約における請求即払条項

建築請負契約における契約履行保証や瑕疵担保責任保証に関する裁判例と同時期に、損害担保契約における請求即払条項の効力についての最上級審裁判例として、【13】BGH 第一一民事部二〇〇二年九月一〇日判決（NJW 2002, 3627）が登場した。そこでの判断は、契約履行保証や瑕疵担保責任保証に関する裁判例と異なり、損害担保とその請求即払の規定とが可分であるとされた点で、注目される。

裁判例【13】の事案は、次のようなものであった。すなわち、銀行Xは、建築資材販売会社Aとの間で、将来の売掛金債権についてファクタリング契約を締結したが、その際に、Aの業務執行者Yとの間でも、譲渡債権の存在について損害担保契約を締結した。この損害担保契約において使用されたXの書式には、Xの請求があればYは即払いすべき旨が規定されていた。その後、譲渡債権の債務者がその存在を争い、さらにAが無資力となったため、Xは、Yに対して損害担保を請求したというものであった。したがって、独立した損害担保契約における請求即払条項の効力が問題となった点において、契約の一部をなす担保合意の効力が問われた契約履行保証や瑕疵担保責任保証の事案とは、違いが存在した。

このような事案において、BGHは、請求即払条項を、不意打ち的であり（AGBG三条）、また、請求即払保証についてと同様の理由により、AGBG九条一項にも違反するものとした。もっとも、請求即払条項が無効であるとしても、AGBG六条一項に基づき、独立した損害担保契約それ自体は有効であり――補充的契約解釈も必要なく――、Yが損害担保義務を免れるわけではないとした。ここでは、担保合意本体と請求即払規定とが分離して捉えられ、後者の不相当性が、担保合意全体の効力否定へと繋がらなかった。

4　連帯保証における抗弁放棄条項

ここまで紹介してきたようなBGH裁判例の展開により、約款における請求即払保証の効力は否定されることが明らかとなった。それでは、単純な連帯保証であるが、保証人の抗弁を排除する旨の規定がある場合はどうか。この問題に関する裁判例においても、建築請負契約について、契約履行保証と瑕疵担保責任保証とを分けた判断がされている。

まず、【14】BGH第七民事部二〇〇九年二月一二日判決（BGHZ 179, 374）では、請負人が連帯保証による契約履行保証を設定する義務を負い、当該保証においては、主たる債務の存在または時効に関係するのでない限りにおいてBGB七六八条[74]に基づく保証人の抗弁、ならびにBGB七七一条[75]の抗弁を放棄すべき旨の条項が問題とされた。BGHは、このような条項のうち、連帯保証の設定に係る部分と抗弁放棄に係る部分とを、可分なものとして処理した。すなわち、当該事案においては、かかる担保合意の無効を理由に、保証人Yが注文者Xによる保証債務の履行請求を拒絶することができるかが争われたが、BGHは、連帯保証の部分が疑義をはさまないものとしたうえで、抗弁放棄の部分が無効であるとしても――実際に無効であるかは、審査されていない。――、前者の存続に影響せず、YはXの請求を拒絶することができない、としたのである。両者が可分な理由として、次の二つが挙げられている。第一に、連帯保証の設定義務を定める担保合意が、抗弁放棄条項と内容的かつ文言的に分離して定式化されていたことである。第二に、抗弁一部放棄の義務の脱落は、従来のものと全く異なる契約形成といわざるをえないほどに、決定的な意味を有するわけではないことである。この第二の理由に関して、瑕疵担保責任保証におけるのと異なり、連帯保証設定義務と抗弁放棄条項との間に、構想上の統一性はないとされた。そのうえ、担保合意の全部無効をもたらす統一性の承認は、履行請求権の担保について定めた当事者の利益に反すること、そして、同様の

考慮は、契約履行保証における請求即払保証の事例で補充的契約解釈による処理をした裁判例【6】にも影響していることも、指摘された。

これに対して、【15】BGH第一一民事部二〇〇九年六月一六日判決（BGHZ 181, 278）は、注文者が注文額の五パーセントの支払いを留保する規定と、BGB七六八条に基づく全ての抗弁を放棄した保証によってこの留保を解消することができる旨の規定とが組み合わされた瑕疵担保責任保証条項について、従前の瑕疵担保責任保証の事例と同じく、AGBG九条一項に基づき全部無効とすべきものとした。ここでも、保証設定による解消権が報酬支払留保に対する相当な補償であるかが問題とされたが、BGHは、かかる解消権の規定を、相当な補償とは認めなかった。そのうえで、担保合意が統一体を構成しており、解消権の部分のみを分離することはできないこと、また、当事者がいかなる合意をしたか確定できないことから、補充的契約解釈も認められないことが指摘された。

三　検討

1　判例の整理

以上の裁判例の展開によって示された判例法理を改めて整理すると、次のようになる。

①　解消権付きの報酬支払留保による瑕疵担保責任保証については、解消権の規定が相当な補償と評価されない以上、担保合意が全部無効となる。このことは、解消の条件が請求即払保証の設定である場合でも、抗弁放棄を伴う保証の設定である場合でも、異ならない。

②　請求即払保証による契約履行保証については、やはり担保合意全体が無効とされるが、補充的契約解釈により、請求即払によらない連帯保証の設定義務が認められる。ただし、このような補充的契約解釈は、請求即払保証

による契約履行保証を無効とした裁判例【6】が周知される以前の契約に限って、認められる。

③　抗弁放棄を伴う保証による契約履行保証については、そもそも担保合意の無効範囲が限定される。すなわち、連帯保証の設定義務を定める部分とその際の抗弁放棄を定める部分とが可分とされ、後者のみが無効とされる。

④　独立した損害担保契約に請求即払条項が含まれている場合には、この条項だけが無効とされる。

このような判例において、補充的契約解釈が認められる場合とそうでない場合の違いがどこにあるのかを検討するうえでは、前提として、担保合意の可分性が肯定される場合とそうでない場合の違いを、明らかにする必要がある。

2　担保合意の可分性が肯定される場合とそうでない場合の違い

学説においては、判例が保証または損害担保の本体と請求即払規定との可分性を承認したりしなかったりしていることに、矛盾を指摘する見解が存在する。例えば、ウフマン（Katharina Uffmann）[76]は、裁判例【13】に対して好意的な評価を示しつつ[77]、請求即払保証による契約履行保証の処理につき、判例からは担保合意が全部無効となる結論を引き出しうるが、そのような結論は裁判例【13】と矛盾すると述べる。さらに、瑕疵担保責任保証における可分性の否定についても、ほとんど理解することができないと評している。他に、シュロッサー（Peter Schlosser）[78]も、損害担保の事例と契約履行保証の事例を引いて、請求即払部分のみを削除することが可能であることを指摘している。

これら学説の指摘するように、判例における可分性の処理には、矛盾があるのだろうか。私見は、次のように、処理の違いを理由づけることが可能であると考える。すなわち、右のような学説は、保証または損害担保の本体と

請求即払部分とが文言的または内容的に可分であるかを、抽象的に問題にしている。そのような問いを立てる限り、両者を分離するか否か、いずれかの処理を一貫させるべきということになろう。しかしながら、約款の可分性において問われているのは、そのような抽象的な事物の分別ではない。むしろ、具体的な規制の文脈において、何が一体的な不相当性評価の対象として捉えられるか、が問題である――すなわち、規制対象の画定である。――。そして、不相当性評価の対象を画定するためには、具体的な規制規範を考慮しなければならない。このような視座に立つと、ここで取り上げた諸裁判例においては、事案類型ごとに異なる規範が作用していることを、指摘することができる。

まず、瑕疵担保責任保証の事案においては、担保合意の全体としての作用が問題とされている。そこでは、「報酬支払留保は不相当であるが、この不相当性を解消権の規定によって補うことができるか」という形で、規制規範が立てられている。このような規範による限り、無効とされるのは、不相当である報酬支払留保ということになる。それゆえ、報酬支払留保の部分は存続し、解消権の部分（または、さらにその一部である請求即払の部分や抗弁権放棄の部分）だけが無効になるという効果は、少なくとも可分性の帰結としては出てこない。裁判例【10】が担保合意の協働作用に注目し、裁判例【11】が統一的な構想と述べるのも、このような趣旨で理解することができる。[79]

次に、損害担保の事案については、他の事案と異なり、独立した担保契約の効力が問題とされている点を、指摘しなければならない。[80] 既述のように、裁判例【13】は、AGBG六条一項に基づき、契約そのものの効力は失われないとしている。この説示の背景には、さらに、「契約の中心部分、すなわち、損害担保約束そのものについては、内容規制の対象でない」との考慮を見出すことができる。担保目的表示のところで述べたように、AGBG八条（現BGB三〇七条三項）によれば、透明性の要請が問題となる場合を除き、契約の中心部分は内容規制の対象と

ならない。この法理に基づいて、損害担保の本体部分は、そもそも不相当性評価の対象から外れているといえる。[81] この点において、損害担保の事案は、請負契約中の担保合意が問題となった他の事案類型と決定的に異なっており、このことが処理の相違をもたらしたものと見ることができる。

残るは、契約履行保証の二類型における処理の違いを、どのように説明するかである。確かに、請求即払式の保証については、補充的契約解釈の余地があるとはいえ、不可分のものとして全体が無効となるのに対して、抗弁放棄式の場合には抗弁放棄の部分だけが無効になるというのは、一見したところ、権衡を失しているようにも感じられる。しかしながら、ここでも、両者における規制の視座が異なっていることを、指摘することができる。まず、請求即払保証については、既述のように、担保としての機能があることはさりながら、債権者に流動資金を獲得させる機能や支払リスクの転嫁機能をも有するシステムであること――その意味で、単なる保証の修正型ではないこと――が、指摘されている。BGH も、単に BGB における保証契約と比較するのではなく、これらの機能を考慮に入れて、請求即払保証というシステムが約款使用者の契約相手方にとって不相当な不利益をもたらすものであるかを検討している。このような検討においては、請求即払保証の全体が不相当性評価の対象になるものと見ることができる。[82] これに対して、抗弁放棄式の保証については、保証契約に関する BGB の規定からの逸脱の問題として、AGBG 九条（現 BGB 三〇七条）二項一号のもとでの規制が考えられる。裁判例【14】は、実際には不相当性審査を行っていないので、この点の態度決定は不明であるが、裁判例【10】は、七六八条に由来する抗弁を排除する条項を、AGBG 九条二項一号および二号[83]に基づいて、不相当としている。このような視座に基づいて規制を行うならば、法規定を逸脱している抗弁放棄部分だけが、規制対象として把握されることになる。

このようにして、判例において可分性の処理が区々であることは、不相当性審査において立脚している視座の違

い、すなわち、具体的な規制規範の違いによって、説明することができる。

3　補充的契約解釈が認められる場合とそうでない場合の違い

それでは、請求即払保証による契約履行保証については、時間的な制限付きであれ、補充的契約解釈により、担保合意の全部無効の影響が緩和されているのに対して、瑕疵担保責任保証についてはそのような措置が否定されている点は、どのように考えるべきであろうか。

この点について、BGH自身の説示には、当事者の仮定的意思に依拠した論証が見出される。すなわち、契約履行保証については、保証義務の代替なき削除が両当事者の意思に合致しない結論とされていること、また、裁判例【6】の周知後に締結された契約については、当事者の意図から補充的契約解釈が排除されることがいわれている。瑕疵担保責任保証についても、当事者がいかなる規律をしたかを確定できないことを理由に、補充的契約解釈が拒絶されている。

しかしながら、これらの仮定的当事者意思に依拠した論拠は、判例の処理を正当化するのに十分なものではないのではないか。というのは、契約履行保証についていうと、当事者が無効を知りつつ請求即払保証に合意したとしても、その合意の効力について争いが生じた場合に、第二次的に単純保証でも構わないという意思を有していたと考えても、おかしくはない。また、保証義務の代替なき脱落が当事者の意思に反するということは、瑕疵担保責任保証の場合においても、同様にいいうるはずである。さらに、代替規律の確定不可能性についても、後述する利率調整条項に関する裁判例などを見る限り[84]、BGHはこの論拠を貫徹しているわけではない。

このように考えると、BGHが二つの事案類型において異なる処理をした背景には、さらなる実質的な考慮があ

ったのではないか、と窺われる。それは、条項の有効性に対する信頼を一定の限度で保護すべきという点にある。この点については、既述のように、裁判例【7】も言及しているところである。確かに、効力維持的縮減の禁止の考え方からすれば、担保を失うことによる不利益は、条項無効についての知・不知を問わず、約款使用者が負担すべきことになりそうである。しかしながら、そのような不利益は、どこまでも負わせられるというものではなく、一定限度を超える場合には、補充的契約解釈というかたちで、条項全部無効の効果を緩和する必要が出てくる。契約履行保証の場合においては、担保合意の全部無効により、注文者は履行請求権についての担保を失い、契約が全く実現されない状況すら甘受せざるを得なくなりうるところ、そのような不利益は、条項無効が認識されていたわけではない以上、約款使用者に課しうる限界を超えたものと評価されたのではないか。これに対して、瑕疵担保責任保証の場合には、少なくとも契約が部分的に履行された段階での担保が問題となっている。そのような段階での担保を失うことによる注文者の不利益は、契約履行保証を失う場合よりも小さいものといえる。(85) この担保の重大性の差こそ、瑕疵担保責任保証の事案において補充的契約解釈が否定された実質的な根拠ではないか、と考える。(86)

以上のように分析すると、請求即払保証に関する裁判例も、前章において検討した担保目的表示の事案と同様に、約款使用者の信頼保護を顧慮したうえで、条項無効による不利益が約款使用者にとって期待可能なものであるかという観点から、補充的契約解釈の可否が判断されたものとして、位置づけられる。それゆえ、請求即払保証の事案におけるBGHの処理も、従来の学説において示されていた判断枠組み（契約全部無効を回避するための契約内容の調整）に連結することができる。もっとも、ここでの事案は、――もちろん、ファクタリング契約の例は別として――担保目的表示の事案と異なり、条項規制の効果として契約の全部無効が想定されたものではなかった。したがって、担保目的表示の事案と整合的に判例を理解するならば、請求即払保証に関する裁判例においては、契約全

部無効を帰結することが、補充的契約解釈の必要条件ではないことが示されたといえよう。[87]

（未完）

（1）以下、本稿においては、二〇一五年三月三一日に第一八九回国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」を「債権法改正法案」と呼ぶ。

（2）消費者契約法における無効という法律効果と、債権法改正法案における不合意の擬制という法律効果は、少なくとも本稿の関心事である不当条項規制効果論の枠組みにとって、実質的な差異をもたらさないものと考える。というのは、消費者契約規制か約款規制かという違いがあるものの、類似の規制要件の下で、異なる規制効果がもたらされることについて、合理性はないと考えられるからである。逆に、効果面で実質的な差異があるとするならば、消費者契約における定型約款には両方の規制が適用されうるところ、規範競合の問題が深刻な形で現れることになる。

ところで、効果の差異に関しては、不合意が擬制される条項については、無効にすらならないので、消費者契約法上の差止請求ができなくなるのではないか、という問題も指摘されている。法制審議会民法（債権関係）部会第九六回会議議事録（http://www.moj.go.jp/content/001137511.pdf――以下、本稿で参照するURLの最終アクセスは、二〇一七年三月一三日である。）三七頁〔山本敬三発言〕・四二頁〔鹿野発言〕、森田修「約款規制：制度の基本構造を中心に（その3）」法教四三四号（二〇一六年）九三頁、同「その4」（二〇一六年）九五頁を参照。この問題については、次のように考えることができるだろう。まず前提として、消費者契約法一二条三項および四項の各本文によれば、同法八条ないし一〇条に規定された条項を含む意思表示を現に行いまたは行うおそれがあることが、差止請求権の要件である。これらの規定は、八条以下の各規制規範の構成要件に該当することだけを問うており、当該条項が契約に組み入れられたうえで無効であるかどうかを問題にしていない、と読むことができる。つまり、消費者契約法の構造は、八条以下の構成要件該当性から、無効と差止めという効果をそれぞれ導くものであり、無効を介して差止めを導くものではない、ということである。それゆえ、無効になるか否かは、差止めの可否にとって決定的ではない（このような法構造の理解は、とりわけ一部無効条項の差止めを処理するうえで、意味を持つ。この問題については、拙稿「不当条項差止訴訟における一部無効条項の処理」阪法六六巻三＝四号（二

〇一六年）二一九頁を参照。）。そのうえで、消費者契約法八条以下が「消費者契約の条項」であることを要件としていることから、不合意が擬制される条項については、およそ契約条項たりえないのだから、差止めの要件に該当しないのではないか、が問われる。しかしながら、不合意の擬制は、絶対的な法律効果と考えるべきではない。債権法改正法案五四八条の二第二項がこのような効果を定めるのは、相手方を不当条項から保護するためである。そうすると、定型約款準備者が自らに有利な形でこの法律効果を援用することは許されない、とすべきである（相対的無効と同じ発想）。このように考えれば、不合意が擬制される条項についても、不合意の擬制という効果ゆえに消費者契約法上の差止請求権が否定されることはない。

さらに、定型約款の条項に対する差止請求については、次のように別の問題が生じるのではないか、と思われる。すなわち、消費者契約法一二条三項および四項は、不当条項を含む申込みまたは承諾の意思表示に焦点を合わせている。同法は、条項が当事者の意思表示に基づいて契約内容となることを前提に、その意思表示を差し止めるという構成を採っている、と考えられる。これに対して、債権法改正法案における定型約款の組入れルールについては、注（4）において後述するように、合意に基づく組入れを定めるものであるかについて、争いがある。仮に、法案五四八条の二第一項二号の規定が合意によらない組入れを定めるものとするならば、そのようなメカニズムによって契約内容となる条項は、事業者の意思表示に含まれるものではないため（二号にいう「表示」は、契約を構成する申込みまたは承諾の意思表示とは異なる表示ということになろう。）、差し止めるべき意思表示が存在しえないのではないか（消費者契約法一二条の規定について、定型約款組入れの表示も差止対象とするような、解釈上あるいは立法上の手当てをすべきではないか）、という懸念が生じる。このように考えると、差止めとの関係においても、約款の組入れルールが重要な問題である、ということができる。

（3）債権法改正法案五四八条の二第二項における不合意の擬制という法律効果を考慮すると、当事者が合意した契約内容が修正されるという表現を使い難いので、このような表現を用いる。

（4）ある条項が当事者の合意に基づいて契約内容になるということについては、とりわけ約款の拘束力・組入れの問題において、議論のあるところである。本文の記述は、さしあたり両当事者の（包括的な）合意によって条項が契約内容になることを前提としているが、その他の方法による約款の組入れの可能性を、およそ否定しているわけではない（その限りにおいて、約款の拘束力の根拠に関する多元説を、とりあえずの出発点としている。いずれにせよ、本稿は、この問題について検討し、何らかの態度決定をすることを意図するものではない。）。約款の拘束力の根拠に関する議論については、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）一七八頁以下、谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）債権（4）』有斐閣（補訂版、二〇〇六年）一七九頁以下〔潮見佳男〕などを参照。

債権法改正法案五四八条の二第一項における定型約款の組入れ要件については、二号を含めて、定型約款を契約内容とすることについての包括的な合意を要件とするものであるとの理解を、さしあたり前提としている。そのような理解については、潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』金融財政事情研究会（二〇一五年）二〇五頁、沖野眞巳「約款の採用要件について――『定型約款』に関する規律の検討――」星野追悼『日本民法学の新たな時代』有斐閣（二〇一五年）五四六頁以下などを参照。これに対して、二号を実際の合意に基づかない組入要件として理解する見解として、森田修「約款規制：制度の基本構造を中心に（その2）」法教四三三号（二〇一六年）九四頁以下を参照。この問題についても、本稿は、立ち入った検討を加え、態度決定をするものではない。

(5) 河上・前掲注（4）三七四頁以下、山本敬三「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（一九九九年）二〇頁以下、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Ⅰ――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（1）』商事法務（二〇〇九年）一四一頁以下）などを参照。

(6) 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）一〇五頁以下（初出一九八七年）などを参照。

(7) 第一一回会議議事録（http://www.moj.go.jp/content/000051605.pdf）四九頁以下、部会資料13―2「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（8）詳細版」（http://www.moj.go.jp/content/000049817.pdf）第2、2（1）（四一頁）、第二〇回会議議事録（http://www.moj.go.jp/content/000064611.pdf）四四頁、部会資料20―2「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（15）詳細版」（http://www.moj.go.jp/content/000059692.pdf）第1、2（一一頁）、「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）、第三二回会議議事録（http://www.moj.go.jp/content/000080492.pdf）三二頁以下、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）。

(8) 「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。

(9) 山本敬三「一部無効の判断構造（一）・（二）――契約における法律効果確定過程の構造化に向けて――」論叢一二七巻

（一九九〇年）四号一頁・六号一頁、同・前掲注（5）などは、geltungserhaltende Reduktionを「保効的縮減」と訳しているが、本稿は、筆者の旧稿からの慣例に従い、本文のように訳す。

（10）この問題を指摘する先行学説として、山本・前掲注（5）二五頁以下を参照。

（11）前掲注（8）を参照。

（12）ドイツ旧約款規制法は、一九七六年に制定され、翌年四月一日から施行された。

（13）以下の私見については、拙稿「不当条項規制における規制対象の画定（一）・（二・完）」阪法六一巻（二〇一一年）一号一一一頁・二号一四一頁――以下、「規制対象の画定」として引用――、同「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――」阪法六三巻二号（二〇一三年）一四一頁――以下、「事後的審査説」として引用――を参照。

（14）以下の行論は、個別の契約の効力に関する個別訴訟を対象としたものである。これに対して、差止対象をどのように把握すべきか、という団体訴訟（差止訴訟）における規制対象の画定の問題、さらに、（個別訴訟における）無効範囲と（団体訴訟における）差止範囲とがどのような関係にあるか、という問題については、拙稿・前掲注（13）「規制対象の画定（二）」一四二頁以下および拙稿・前掲注（2）を参照。

（15）もっとも、形式的基準は、条項画定の基準として積極的に支持されたものではなく、むしろ、条項画定という問題設定自体を疑問視する論者によって、端的に無効範囲を画するための基準として提示されたものである。この点については、拙稿・前掲注（13）「規制対象の画定（一）」一二九頁以下・一四一頁以下を参照。

（16）同時に、この第三の基準は、条項画定の問題が、当事者が決めた内容の探求という意味での解釈の問題ではなく（「当事者は、何を一つの条項としたか」という問題設定の否定）、法適用の問題であることを明らかにする。

（17）ここまでの内容については、拙稿・前掲注（13）「規制対象の画定（一）」一二三頁以下を参照。

（18）本段落の内容については、拙稿・前掲注（13）「事後的審査説」を参照。

（19）ドイツにおける支配的見解を含め（同様の指摘は、規制対象の画定という判断過程を置かず、端的に文言上の分割を基準として無効範囲を決定しようとする見解にも当てはまるだろう。そのような見解については、拙稿・前掲注（13）「規制対象の画定（一）」一二九頁以下を参照。）、条項定式に基準性を見出す見解は、テキストの文法的単位に（少なくとも、そ

れ以上細分化することのできない最小単位としての）決定的な意味を与えようとするものということができる。しかしながら、文法的単位を基礎として規範を扱うことに対しては、さらに次の三つの問題点を指摘することができる。第一に、規範構造と文法構造とは必ずしも一致しないのではないか、という問題点である。例えば、我が国の近時の民法概説書には、要件事実論を基礎としながら、民法規範の構造分析を試みるものがある（山本敬三『民法講義Ⅳ-1　契約』有斐閣（二〇〇五年）とりわけ xiii 頁以下、同『民法講義Ⅰ　総則』有斐閣（第三版、二〇一一年）とりわけ xix 頁以下を参照）。そこでは、権利の発生と阻却の基礎づけという観点から、民法規範の意味と構造を明らかにする作業として、民法の解釈が位置づけられている。そして、この構造分析は、民法の規定の形式・文言を基礎としつつ、あくまでも民法の趣旨・目的によって導かれる、とされる（このような基準設定は、要件事実論における通説とされる法律要件分類説に概ね対応する。今日の通説は、実体法規の解釈に当たって、各法規の文言・形式を基礎として考えると同時に、法の目的、類似または関連する法規との体系的整合性、当該要件の一般性・特別性または原則制・例外性、およびその要件によって要件事実となるべきものの事実的態様とその立証の難易などが、総合的に考慮されなければならないとする。司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実　第一巻』法曹会（一九九八年）八頁以下を参照）。このような分析から得られる文法構造と規範構造との差異を示す一例としては、日本民法五三三条の構造を挙げることができよう。同条は、本文とただし書の二つの文から成っているが、本文における双務契約の存在が同時履行の抗弁権の成立要件とされるのに対して、同じく本文に含まれる相手方の債務の履行の提供は、ただし書における相手方の債務の弁済期と同様に、同時履行の抗弁権の阻却要件として位置づけられるものである（山本・前掲『契約』七六頁以下を簡略化すると、このようにいうことができよう）。これは、制定法規範の構造分析についての例だが、（約款に基づく）契約規範についても、同様に考える可能性があるのではないか。そうすると、内容規制の単位（個別に内容的に不当であるか否かを評価する対象）としても、文法的単位ではなく、規範構造上の単位が決定的ではないのかという問題が、浮上せざるを得ない――一つの反論としては、定式自体の透明性の問題の指摘がありうるが、拙稿・前掲注（13）「事後的審査説」において指摘したように、常に透明性の欠如が問題となるわけではない。――。第二に、制定法の解釈がどうであれ、（少なくとも、内容規制の前提としての）条項の解釈においては、条項の文法構造が決定的な意味を持つと考えるとしても、そのような考え方が、そもそも貫徹可能なのか、という問題がある。例えば、「（事業者は、）過失があったとしても責任を負わない。」と書かれた条項があったとしよう。このような条項を解釈する際、「過失」

という言葉の意味は、どうすれば明らかになるのか。例えば、「過失＝注意義務違反」というような一対一対応的な定義をすれば、それで意味を明らかにしたことになるのか。むしろ、「過失」という言葉の意味が理解されたというためには、過失があるとされる様々な場面が明らかにされなければならないのではないか（拙稿・前掲注（13）「事後的審査説」において、事後的審査を否定する見解という意味での「支配的見解」に対する批判として述べたことは、このような発想に基づく。）。そして、このように複数の場面が過失という言葉の意味に対応するならば、「過失」という単語は、意味的に最小単位とはいえない。第三に、これらの問題があるにもかかわらず文法的単位を決定的なものとするならば、基準となる単位は、文章・文・句・単語のいずれに求められるのか、という問題点である。

これらの問題のうち、第一と第三のものを特に意識させる裁判例として、拙稿・前掲注（13）「規制対象の画定（二）」一六一頁以下において取り上げたBGH第三民事部一九八四年五月二八日判決（NJW 1984, 2816）を挙げることができる。同判決においては、「撤回不可能な形でunwiderruflich」という一語を付された振込委託条項について、この撤回不可能の部分だけを規制対象とし、それのみを無効とすることができるか、が争われた。BGHは、このような処理を肯定したが、学説上は、条項全体を一体的に処理すべきとの批判も強い。このような形で、文中の一語を一つの規制対象として扱いうるかという問題が生じるのは、まさに文法的単位に基準性を認めるがゆえであるといえよう。そして、文と単語のいずれが決定的かという問題に対して、単なる直観ではない解答を与えることは、容易ではないだろう（同様の問題は、例えば、「約款使用者は、重過失および軽過失についての責任を負わない。」と書かれた免責条項にも生じる。ここには、重過失免責と軽過失免責の二つの条項があるのか、あるいは一つの免責条項しかないのか。このような問いを文法的に解決することは、果たして可能なのだろうか。）。これに対して、前段落で取り上げた権利義務の成立と阻却（消滅）というカテゴリを手掛かりに法律効果に着目するならば、このような条項は、振込を委託する旨の規定と撤回を禁じる旨の規定という、二段階の規範構造を有するものとして分析することができる。このとき、条項の問題性を撤回禁止のみに見るならば、後者のみを規制対象とすることが導かれる。

なお、条項をテキストの文言レベルでしか捉えないとした場合に、差止訴訟において不便を来すことについては、拙稿・前掲注（13）「規制対象の画定（二）」一七三頁および同・前掲注（2）二二五頁以下を参照。

(20) 条項の全体が無効原因を有することを指摘する近時の学説として、鎌野邦樹「法律行為の一部無効と契約の改訂につい

て――消費者契約に係る事例（高額な包茎手術）を契機に――」高森古稀『法律行為論の諸相と展開』法律文化社（二〇一三年）一九五頁・二〇八頁以下も参照。

(21) このような問題設定は、条項一部無効・全部無効の議論に対して、次のような影響を与える。まず、条項一部無効を支持する論者は、「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（る）」としている（山本・前掲注（6）一三八頁）。しかしながら、本文に述べたような形で規制対象（条項）の画定という判断段階を設けるならば、法に抵触するのは条項全体であり、条項全部無効もまた、違法な範囲を超えて無効範囲を拡張するものではない、ということになる。次に、条項全部無効説の論者からは、条項一部無効に対して、「一部無効によって無効となる部分は、あくまでも無効でなければならない以上、その基準はやはり無効基準でなければならないはずである」との指摘がある（山本・前掲注（5）三二頁注（10））。しかしながら、条項全体が違法であるならば、ある条項が違法な部分とそうでない部分を含むことを前提とする無効基準の支配に、論理必然性はない（他方で、条項全体が違法であることから、条項全部無効が必然的に帰結されるわけでもない。消費者契約法九条が明文で条項一部無効の効果を定めているところ、そのような考え方は、少なくとも現行法の解釈論として無理がある。）。これらのことからすると、無効基準に従った代替規律の是非については、「初めから有効な条項が用いられていれば相手方もそれに拘束されたはずだから、そのような規律が妥当すべきだ」という、いわゆる客観的権衡論（山本・前掲注（6）一一二頁および一三八頁を参照。）を正当とするかどうかが決定的である、と考えられる。

(22) 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（一）・（二・完）――不当条項規制効果論に関する一考察――」阪法五八巻（二〇〇九年）五号一一三頁・六号二七頁。

(23) BGH 第七民事部一九八二年五月一七日判決（BGHZ 84, 109）を参照。そうこうするうちに、効力維持的縮減の禁止は、ヨーロッパ司法裁判所二〇一二年六月一四日判決（NJW 2012, 2257）により、ヨーロッパ法のレベルでの判例として確立されることとなった。この裁判例については、フランス法の文脈において、大澤彩「不当条項規制における裁判官の役割に関する一考察――フランス法における議論」千葉恵美子他編『集団的消費者利益の実現と法の役割』商事法務（二〇一四年）二五四頁・二六七頁以下により、取り扱われている。ドイツ法の文脈において、この判決が効力維持的縮減の禁止を述べたものとして位置づけられていることについては、Markus Stoffels, AGB-Recht (3. Auflage, 2015), Rn. 614b、BGH 第八

民事部二〇一三年一月二三日判決（NJW 2013, 991）などを参照。

(24) 旧約款規制法六条　組入れがない場合と無効の場合の法律効果

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

(2) 約款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、契約の内容は、法律上の規定に従う。

(3) 契約に拘束することが、第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には、契約は無効である。

(25) 筆者が旧稿において支持したような分析的な思考は、ドイツ本国において定着したものとはいえない。むしろ、近年においても、補充的契約解釈または効力維持的縮減を一つの総合的な制度として捉え、その性質決定および正当化を図る学説が現れている。一例として、Katharina Uffmann, „Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion", 2010, 265ff. を参照。

(26) さらに、規制対象の画定は具体的な規制規範を基準とするという私見によれば、規制対象の画定を論じるために、判例が規制規範を具体的にどのように形成しているかを確認する限りにおいて、内容規制の要件論にも立ち入らなければならない。そこで確認される判例法理に対しては、当然異説もありうるが、それらを含めた要件論の批判的な検討は、本稿の目的とするところではない。

(27) 例えば、Uffmann, a. a. O., (Anm. 25), 11 は、効力維持的縮減の議論について、「最初の概観を得ようとする者は、誰でも非常に複雑な議論領域にぶつかる。」と述べる。

(28) 第二時価条項判決は、「具体的な実体法上の規律という意味での任意制定法が提供されておらず、かつ、条項の無効によって生じた欠缺が補充されなければ、約款使用者と顧客の典型的利益を顧慮する相当な解決が提供されない場合」には、補充的契約解釈が認められるとする。拙稿・前掲注（22）・（二）三〇頁を参照。

(29) 支配的見解の基準設定に対する批判としては、とりわけ Claus-Wilhelm Canaris, Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in: FS für Ernst Steindorff (1990), 519, 549ff. を参照。これら二つの基準は、日本法の用語でいえば、無効基準と適正基準に対応する。これらの用語については、北川善太郎「約款と契約法」シンポジウム「約款――法と現実」私法四四号（一九八二年）五九頁・六一頁以下および同シンポジウム討論九六頁以下〔北川発言〕を

参照。

(30) 例えば、既に比較的古い学説として、Peter Josef Witte, „Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System der Überprüfung AGB", 1983, 203 が、効力維持的縮減を無効の効果の問題として位置づけている。また、効力維持的縮減や補充的契約解釈といった法概念的な区別を批判し、裁判官による予備的規律（Vorregelung）の形成という観点から統一的な判断枠組みを構築することを試みたハーガーの議論も、予備的規律という用語に照らせば、代替規律の探求に焦点を合わせているといえる（Johannes Hager, „Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften", 1983 を参照。ハーガーの見解のうち効力維持的縮減と補充的契約解釈との関係に関連する部分については、拙稿・前掲注(22)・(二)三七頁以下でまとめた。）。さらに、その後の学説として、Burkhard Boemke-Albrecht, „Rechtsfolgen unangemessener Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen", 1989, 39, Fn. 46（無効範囲の問題としての位置づけよりも、無効の効果の問題としての位置づけの方が優れているとする。）、近時のものであるが、Uffmann, a. a. O., (Anm. 25), 254ff.（裁判官による代替規律の形成という形で、効力維持的縮減の問いを設定する。）などを挙げることができる。

(31) 旧約款規制法九条　一般条項

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

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

1. 約款規定が、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、または、

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。

(32) 拙稿・前掲注(13)「規制対象の画定（二）」一六三頁以下。

(33) ドイツの包括保証条項規制に関する我が国における先行業績として、川地宏行「根保証人の責任減免に関するドイツの判例法理」クレジット研究三三号（二〇〇五年）一五七頁・とりわけ一六五頁以下、遠藤歩「平成16年保証法改正に関する一考察――経営者保証と第三者保証の区別を中心に」ゲルハルド・リース教授退官記念『ドイツ法の継受と現代日本法』日本評論社（二〇〇九年）四五三頁、とりわけ四六七頁以下が挙げられる。いずれも保証人保護の観点からの研究であり、不

当条項規制効果論の視点に立つ本稿とは、問題関心が異なっている。

(34) 主たる債務者の将来の債務をも保証することがBGBの想定する保証の通常事例である、との理由を主とする。BGH第九民事部一九八四年一二月六日判決（NJW 1985, 848）、同一九八五年一一月七日判決（NJW 1986, 928）、同一九八七年六月四日判決（NJW-RR 1988, 115）、同一九九二年一月一六日判決（NJW 1992, 896）――もっとも、銀行取引を超える責任範囲の拡張については、無効としている。――、同一九九四年三月一七日判決（WM 1994, 784）――ただし、同判決は、保証人が証書への署名の前に債権者に対して特定の債務のみを保証する意思を表示し、債権者がこれに対して異議を唱えなかったときは、銀行取引から生じる全ての債権に保証を拡張する旨の条項が不意打ち性を有するとした。――を参照。

(35) 将来債務の保証も、法規定（BGB七六五条二項）を逸脱しておらず、AGBG八条（後掲注（42）を参照。）によれば、内容規制に服さない、という理由による。前掲注（34）BGH一九八四年判決、同一九八五年判決、同一九八七年六月四日判決を参照。

ドイツ民法典七六五条　保証における契約類型的な義務

(1) 略

(2) 保証は、将来の債務または条件付きの債務についても引き受けることができる。

(36) ドイツ民法典二四二条　誠実さと信義に従った給付

債務者は、誠実さと信義が取引慣行を顧慮したうえで要求するように、給付を行う義務を負う。

(37) 旧約款規制法三条　不意打ち条項

諸事情、とりわけ契約の外観によれば、約款使用者の契約相手方がそれを考慮する必要がないほどに異常な普通取引約款の規定は、契約構成要素とならない。

(38) 本文に紹介する裁判例【1】の他に、BGH第五民事部一九八二年一月二九日判決（BGHZ 83, 56）、BGH第五民事部一九八七年一〇月三〇日判決（BGHZ 102, 152）、同一九八八年一月一五日判決（BGHZ 103, 72）、同一九八九年一一月一〇日判決（BGHZ 109, 197）、BGH第一一民事部一九九二年二月一八日判決（NJW 1992, 1822）などを参照。

(39) 裁判例【1】は、この法理が判例上確立されるうえで重要な裁判例であるBGH第八民事部一九八一年一〇月七日判決（NJW 1982, 178）や前掲注（19）BGH一九八四年判決を参照している。これらの裁判例については、拙稿・前掲注（13）

「規制対象の画定（二）」一五九頁以下を参照。

(40) その際、それ以前の判例（前掲注（34）を参照。）との抵触については、従来の裁判例が当座勘定信用に関するものであり、本件事案と異なることを理由に、問題にならないとされた。

(41) ドイツ民法典七六七条　保証債務の範囲

(1) 保証人の義務については、主たる債務のそのつどの現状が決定的である。とりわけ、主たる債務が主たる債務者の過失または遅滞によって変更される場合も、同様である。主たる債務者が保証の引受け後に行った法律行為によって、保証人の義務は拡張されない。

(2) 略

(42) 旧約款規制法八条　内容規制の制限

第九条ないし第一一条は、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るものにのみ、適用される。（現BGB三〇七条三項には、次の第二文が付け加えられている。「その他の規定は、第一項第一文と併せた第一項第二文によって、無効たりうる。」）

(43) 保証においては、BGB七六七条一項三文ゆえに、他人による処分の禁止が契約上本質的である、とする。

(44) このような問題が生じたのは、規制対象の画定法理に関する先例の一つである前掲注（19）BGH一九八四年判決において、同法理の適用に際して約款の文言を変更してはならないという準則が示されていたからである。この点については、拙稿・前掲注（13）「規制対象の画定（二）」一六一頁以下を参照。

(45) 裁判例【3】自身も、裁判例【1】等において、既に同様の処理がされてきたことを指摘している。

(46) 同様の処理をした裁判例として、BGH第九民事部一九九六年一月一八日判決（BGHZ 132, 6）、同一九九六年三月七日判決（NJW 1996, 1470）、同一九九六年六月一三日判決（NJW 1996, 2369）、同一九九七年四月一五日判決（NJW 1997, 3230）などを参照。

(47) もっとも、保証契約の全部無効を主張する反対説も存在した。Stephan Schmitz-Herscheidt, ZIP 1997, 1140; ders., ZIP 1998, 1218は、担保目的表示の可分性に異議を唱えるだけでなく、例外的な効力維持的縮減としても裁判例【3】の処理は正当化されないとする。さらに、補充的契約解釈についても、それによって、効力維持的縮減の禁止に反する解決がもたら

されてはならず、また、そもそも保証の全部無効の結果、補充的契約解釈の前提となる有効な契約が存在しないとする。

(48) これに対して、方法論のレベルでも裁判例【3】を支持する学説として、Dietrich Reinicke/Klaus Tiedtke, DB 1995, 2301, 2305; Harry Schmidt in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht (12. Auflage, 2016), § 306 BGB Rn. 13a などがある。

(49) 本文において紹介した見解の他に、Christopher Keim, DnotZ 1996, 274; Christian Altvater, WiB 1996, 374, 375f.; Thomas Pfeiffer, DZWir 1998, 154, 156 などを参照。さらに、近時における同様の見解として、Walter F. Lindacher/Wolfgang Hau in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht (6. Auflage, 2013), § 306 Rn. 37f.; Uffmann, a. a. O., (Anm. 25), 136ff. などがある。

(50) Dietmar O. Reich/Peter Schmitz, NJW 1995, 2533

(51) Johannes Hager, JZ 1996, 175

(52) 規制対象の画定に対するハーガーの見解については、拙稿・前掲注（13）「規制対象の画定（一）」一二九頁以下において、既に紹介したところである。Hager, a. a. O., (Fn. 51), 177f. においても、同様の見解が示されている。そこでは、条項全部無効論を批判するために、裁判例【3】との関連において、約款使用者が自ら担保目的表示を複数に分けていた場合、例えば、一つを原因となった債権の限度での保証、もう一つを将来の別の債権の保証としている場合に、条項全部無効とはどの範囲での無効なのか、という問題が指摘されている。

(53) もっとも、土地債務の事案については、先にBGH第一一民事部一九九五年一〇月四日判決（BGHZ 131, 55）が、補充的契約解釈による処理を行っている。

(54) BGH第九民事部一九九九年一〇月二八日判決（BGHZ 143, 95）、BGH第九民事部二〇〇〇年四月六日判決（NJW 2000, 2580）などを参照。

(55) Lindacher/Hau, a. a. O., (Anm. 49), § 306 Rn. 37f.

(56) Uffmann, a. a. O., (Anm. 25), 138 は、このことを指摘している。

(57) 拙稿・前掲注（13）「規制対象の画定（二）」一六七頁以下を参照。

(58) ドイツ判例の採用する判断枠組みによれば、AGBG八条（現BGB三〇七条三項）における規制対象性の審査と、AGBG九条（現BGB三〇七条一・二項）における相当性審査とは、一部が重複する。すなわち、前者においては、ある条

項が法規定（任意規定）を逸脱または補充するものであるかが問題となるが、後者においても、まずは、任意規定との比較において、契約相手方に不利益を課す条項であるかが問題とされる。この二つの判断過程は、ほとんど一体のものと捉えられている。この点については、Andreas Fuchs in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 48), § 307 BGB Rn. 40ff.; Lorenz Fastrich, „Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht," 1992, 280ff.; Stoffels, a. a. O., (Anm. 23), Rn. 466ff. などを参照。

(59) ライヒとシュミッツの説は、次のように一般化することができる。すなわち、個別に不相当性評価の対象となるのが、ある条項定式の一部要素であるとしても、無効範囲は条項定式を基準として決せられる、と。このような処理は、定式化責任の論理によって、つまり、約款使用者がある条項定式を採用した以上、その定式に縛られ、裁判所はその定式を約款使用者のために修正しない――換言するならば、条項を分割しておかなかったことは、約款使用者の負うべきリスクである――という論理によって、正当化される可能性がある。しかしながら、このような論理においては、要件論において問題とされていない責任原理が、なぜ効果論において突如として意味を有するのか、不明である。この疑問は、支配的見解によれば、逆に累積効果（第五章を参照。）により要件論レベルでの評価対象が約款の文法的単位以上に拡大している場合に、条項定式を基準とした無効範囲の画定が拒絶されているだけに、より一層大きなものとなる。文言上の可分性に着目することの、その他の問題性については、注（19）を参照。

(60) Fastrich, a. a. O., (Anm. 58), 356ff.; Canaris, a. a. O., (Anm. 28), 556f. これらの見解については、拙稿・前掲注（22）・（二）四三頁以下において紹介した。

(61) 拙稿・前掲注（22）・（二）四三頁および四五頁以下を参照。

(62) 請求即払保証をめぐる二〇〇〇年代初頭までのドイツの法状況については、潮見佳男「ドイツにおける請求即払保証・損害担保の法理」論叢一五四巻四＝五＝六号（二〇〇四年）二〇七頁が整理・紹介するところである。本稿において取り上げる裁判例の一部は、既に同論文において紹介されているものである。また、本稿が試みる不当条項規制効果論の観点からの分析についても、既に同論文において、その有用性が指摘されている（二三五頁注二五を参照。）。本稿は、この潮見論文の指摘する問題に対する、一つの解答の試みということになる。

(63) 請求即払保証の基本的な説明については、主として Stefan Arnold, „Die Bürgschaft auf erstes Anfordern im deutschen und englischen Recht", 2008, 4ff. を参考にした。

(64) より詳細な説明は、潮見・前掲注（62）を参照。

(65) BGH 第八民事部一九七九年五月二日判決（BGHZ 74, 244）。

(66) Arnold, a. a. O., (Anm. 63), 20f. は、さらに主たる債務者に対する履行圧力としての機能や金融としての機能を指摘している。

(67) その際、保証設定の規定と請求即払に関する規定とが可分であるかについては、解決を要しないとされた。

(68) より具体的には、次のような事案であった。Y・A間で締結された建築請負契約において、AがYのためにB銀行による請求即払の契約履行保証を設定した。YがBに保証債務の履行を請求したので、求償保証人に求償したAの親会社Xが、保証の不当性を主張して、Yに対して、保証額の返還等を請求した。

(69) ドイツ民法典旧六四一条（一九六四年一月一日から二〇〇〇年四月三〇日まで）

(1) 報酬は、仕事の引取りと同時に支払われなければならない。仕事が分割して引き取られるべき場合において、一部についての報酬が定められているときは、当該部分についての報酬を、その部分の引取りと同時に支払わなければならない。

(2) 金銭によって定められた報酬については、注文者は、支払いが猶予されていない限りにおいて、仕事の引取りの時から利息を付さなければならない。

(70) 「ある約款の内容がもたらす契約相手方の不利益が、別の内容がもたらす利益によって埋め合わされ、全体として正当化される」という補償法理については、野田和裕「約款の内容規制と約款全体・契約全体との関連性」広法二一巻一号八七頁を参照。

(71) 同様の判断は、さらにBGH 第七民事部二〇〇〇年三月二日判決（NJW 2000, 1863）、BGH 第七民事部二〇〇〇年四月二〇日判決（NJW-RR 2000, 1331）などにおいても下された。

(72) その他の点で、裁判例【11】は、救済条項の一種である代替条項に関する判断も下している。当該事案においては、当事者は無効な条項の代わりにそれに近い補充的合意をなす義務を負う旨の条項が存在した。この条項に基づく担保合意の補充も問題になったのであるが、BGHは、AGBG六条二項に規定された任意法の妥当を排除することを目的としているとの理由で、このような代替条項をAGBG九条に反するものとした。

(73) BGH 第七民事部二〇〇五年四月一四日判決（NJW-RR 2005, 1040）も同旨。

(74) ドイツ民法典七六八条　保証人の抗弁

(1) 保証人は、主たる債務者に認められる抗弁を主張することができる。主たる債務者が死亡した場合には、保証人は、相続人が義務について制限的にのみ責任を負うことを、援用することができない。

(2) 保証人は、主たる債務者が抗弁を放棄したことによって、その抗弁を失わない。

(75) ドイツ民法典七七一条　先訴の抗弁

債権者が、主たる債務者に対する強制執行を試みたが、成功しなかったのでない限りにおいて、保証人は、債権者の満足を拒絶することができる（先訴の抗弁）。保証人が先訴の抗弁を提出した場合には、債権者が主たる債務者に対する強制執行を試みたが、成功しなかったときまで、債権者のその保証人に対する請求権の時効は、阻止される。

(76) Uffmann, a. a. O., (Anm. 25), 169ff.

(77) 「利益適合的な解決である」とする。

(78) Staudinger/Schlosser (2013) § 306 Rn. 20a

(79) かくして、私見によれば、具体的規制規範として補償法理が問題となる場合には、あくまで契約相手方に不利益な内容が不当性評価の対象となり、相当な補償がされていないのであれば、その内容が無効となる。

(80) Uffmann, a. a. O., (Anm. 25), 169 は、ファクタリング契約が請求即払式の損害担保約束を含んでいたとしているが、裁判例【9】の事案を見誤っている。

(81) 損害担保は、保証と異なり、BGB に規定された契約類型ではないが、「法規定を逸脱しまたはこれを補充する」約款規定か否かについては、同様に考えてよいだろう。

(82) Friedrich Graf von Westphalen, ZIP 2004, 1433, 1437 も、請求即払保証を統一的な構造として把握すべきことを指摘する。

(83) 裁判例【10】は、二号も引合いに出して、契約の本性から生じる保証人の権利の不相当な制限を指摘する。

(84) 例えば、利率調整条項に関する裁判例【24】（次号）は、無効な利率調整条項に代わる利率算定方法を、裁判所が自ら補充的契約解釈によって確定しなければならないとするが、そこで確定された算定方法が、当事者がいかなる規律をしたかという観点から本当に確定可能なものであるかは不明である。

（85）契約履行保証と瑕疵担保保証の重大性の差は、実際に問題になった条項にも窺うことができる。すなわち、前者の条項においては、しばしば、注文額の一〇パーセントの保証が求められているのに対して（裁判例【5】【6】などを参照。）、後者の条項においては、注文額の五パーセント留保が目に入る（裁判例【9】などを参照。）。もっとも、契約履行保証の方が瑕疵担保保証よりも常に保証の規模が大きいというわけではなく、例えば、裁判例【7】の事案においては、両者ともに注文額の三パーセントとする約款が見られる。

（86）請求即払保証に関する判例の信頼保護の思想による正当化に対しては、学説上、賛否両論が存在する。一方では、効力維持的縮減の禁止との抵触に疑義を向けつつも、事業者間の取引における請求即払保証の有効性について、BGH が従来、原則として有効との立場を示してきたことを指摘し、この方向を修正する際に約款使用者の信頼を保護する措置をとったものとして、契約履行保証の事例における補充的契約解釈による処理に、好意的な評価を示す学説もある。Graf von Westphalen, a. a. O., (Anm. 82), 1437 を参照。他方で、信頼の基礎がなく、また、過剰な条項形成に対する全部無効のリスクが失われるとして、契約履行保証の事例についても補充的契約解釈をすべきでなかったとする見解もある。Hubert Schmidt in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer a. a. O., (Anm. 49), Klausel B 367 を参照。

（87）AGBG 六条三項に基づく契約全部無効を回避するための契約内容の調整を主張する学説においても、契約全部無効の要件と契約調整の要件は、全く同一には考えられていなかった。すなわち、前者の要件としては「期待不可能な過酷さ」が挙げられているが、後者については、規制後の契約内容への拘束が信義誠実の要請に反すること、および、相手方としても、条項無効を知っていたならば、誠実にも調整後の規律に同意しなければならなかったであろうことで、足りるとされていた。この点については、拙稿・前掲注（22）・（二）四三頁以下を参照。