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（二）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2017, 67(2), p. 45-95
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87015
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（二）

武田直大

第一章　序論
第二章　担保目的表示
第三章　請求即払保証（以上、本誌六七巻一号）
第四章　価格調整条項および利率調整条項
一　問題の概要
二　ガス供給契約における価格調整条項に関する裁判例の展開
三　利率調整条項に関する裁判例の展開
四　検討
第五章　美観修復条項
一　問題の概要
二　裁判例の展開
三　検討
第六章　ドイツ連邦通常裁判所のその他の裁判例（以上、本号）

（阪大法学）67（2-45）277〔2017.7〕

第四章　価格調整条項および利率調整条項

一　問題の概要

第一章において既述のように、内容規制の効果論における補充的契約解釈についてリーディングケースとなったのは、価格調整条項の一種である時価条項に関する裁判例（第二時価条項判決）であった。そこにおいて、BGHは、無効とされた時価条項に代えて、補充的契約解釈により、売主の価格改訂権を認めた。このような処理は、判例として定着したかのようにも見えるが、二〇〇〇年代後半に入り、同様の問題が、再び最上級審裁判例に現れ、学説においても議論を呼ぶようになった。具体的には、次の二種の契約における調整条項が問題とされた。

第一の問題は、ガス供給契約における価格調整条項である。[88][89] 一定期間継続してガスを供給する旨の契約において、供給業者が価格を変更する権限を有する、あるいは、何らかの基準により価格が変更される旨の条項が用いられた。これらの条項が無効とされた場合に、どのような法律効果が生じるのか、とりわけ、当初価格が拘束力を有するのか、それとも、第二時価条項判決と同様の補充的契約解釈が認められるのか、が問題とされた。

第二の問題は、貯蓄契約における利率調整条項である。[90] 長期の預入期間を伴う貯蓄契約において、金融機関の約款により、一定の基準で金利が変動する旨の条項が用いられていた。このような条項が無効とされた場合に、当初金利が全契約期間について妥当するのか、それとも、何らかの基準により金利が変動するのか、が問題とされた。

二　ガス供給契約における価格調整条項に関する裁判例の展開

1　値上げ無効確認請求に関する裁判例

ガス供給契約における価格調整条項を無効とするBGHの裁判例は、二〇〇五年以降、まず団体訴訟において現れたが[91]、その後二〇〇八年になって、個別訴訟に関する裁判例が登場するようになった。その嚆矢となったのが、【16】BGHカルテル部二〇〇八年四月二九日一部判決（BGHZ 176, 244）である。当該事案は、天然ガス供給契約の複数の顧客Xらが、ガス会社Yに対して、価格調整条項に基づく数度の値上げの無効確認を求めたというものであった。問題となった条項は、「Yの供給元によって価格変更がされた場合に、Yは、ガス価格を変更する権限を有する」という文言であったが、BGHは、ガス原価の上昇を顧客に転嫁するYの権利のみを規定し、原価が下がった場合に値下げする義務を含んでいないとの理由で[92]、BGB三〇七条一項に基づき、この条項を無効とした。そのうえで、Yには、補充的契約解釈によって価格改訂権を認めることもできない、とされた。その理由として、BGHは、Yが早期に契約を解消しうることを指摘した。すなわち、X・Y間の契約によれば、Yは、二年の契約期間の後に、三か月の告知期間をもって契約を解消することができた。Yがこの時点まで契約上合意された価格に拘束され続けたとしても、直ちに期待不可能な結論には至らない、とされた。さらに、【17】BGH第八民事部二〇〇八年一二月一七日判決（BGHZ 179, 186）も、同様の値上げ無効確認訴訟において、一般料金表の価格が改訂された場合に価格が改訂される旨の条項を無効としたうえで[93]、裁判例【16】と同じ理由で[94]、補充的契約解釈に基づくガス会社の価格改訂権を否定した。

その後も、BGH第八民事部において、同様の判断を示す裁判例が続いた[95][96]。その中で、【18】BGH第八民事部二〇〇九年一〇月二八日判決（NJW 2010, 993）[97]および【19】BGH第八民事部二〇一〇年七月一四日判決（BGHZ 186, 180）[98]が、効果論上の問題について比較的詳しく論じており、注目される。

裁判例【18】は、先行する裁判例と同様に補充的契約解釈を否定するほか、価格調整条項が無効でも変動価格制

が維持されるか、という問題を論じている。後述のように、貯蓄契約に関する裁判例において、BGH は、利率調整条項が無効とされても、変動利率制そのものは維持されるとする。これと同じことがガス供給契約にも当てはまらないか、という問題である。裁判例【18】は、ガス供給契約において、このような処理を否定した。その理由として、BGH は、両当事者は初めから変動価格に合意したのではなく、価格改訂条項は、従来合意された固定価格を事後的に変更するガス会社の権限であり、全範囲において内容規制に服するものである、と指摘する。裁判例【19】も、この問題について、同様の判断を示している。

さらに、裁判例【19】は、後述するその後の判例の展開につながる指摘をしている点でも、注目に値する。同裁判例の事案においては、裁判例【16】の事案よりもさらに短く、一か月の告知期間で六か月の最短契約期間の経過（その後は、一か月ごとに延長される契約期間の経過）をもって解約することが可能であり、やはり変更前価格の維持はガス会社にとって期待不可能な結論ではないとされたのであるが、同判決は、長期のガス供給関係が問題となる場合はどうかについても、言及をしている。すなわち、より長期の契約において、顧客が、長期間値上げに異議を唱えず、後になって相当過去の期間についても値上げの無効を主張した場合にも、補充的契約解釈を否定する同様の評価が当てはまるか、という問題である。裁判例【19】は、この問題について最終的な判断をしていないが、そのような場合において、ガス会社の原価が著しく上昇し、当該期間について著しい給付の不均衡が生じるときには、いずれにせよ相当過去の期間について、もはや利益適合的でない結論が想定されることは、解約可能性があるからとの理由で、直ちに否定されるわけではない、と指摘した。(99)

2　不当利得返還請求に関する裁判例

裁判例【19】が言及した、この問題については、【20】BGH 第八民事部二〇一二年三月一四日判決（BGHZ 192, 372）において、判例の立場が示されることになった。そこでは、値上げの有効性自体が争われた従来の裁判例とは異なり、顧客による値上げ分の不当利得返還請求が問題とされた。事案は、次のようなものであった。すなわち、原告Xは、被告ガス供給企業Yとの間で、一九八一年に、ガス供給契約を締結した。当該契約には、裁判例【17】におけるのと同様の価格調整条項が含まれており、また、裁判例【16】の事案と同様に、二年の契約期間後の解約ルールが設けられていた。Yは、調整条項に基づいて再三にわたり価格を変更したが、Xは、これに異議を唱えてこなかった。ところが、Xは、二〇〇八年にYとの契約を解除した後、二〇〇九年になって、Yの値上げに異議を唱え、契約締結当初に合意された価格を基礎に、二〇〇六年以降の値上げ分の返還を請求した。

以上のような事案について、BGH は、次のように判示した。すなわち、価格調整条項が無効であるから、Xは、原則として無効な値上げ分の返還請求権を有するが、契約締結当初の価格を基礎とすることはできない。このことは、補充的契約解釈から導かれる、と。ここで、裁判例【20】は、裁判例【19】が保留していた問題に回答し、長期の契約における相当過去に遡った無効主張の事案においては、将来的な解約告知の可能性をもって、両当事者に期待可能な処理ということはできない、とした。他方で、効力維持的縮減の禁止に反することなどから、無効な価格調整条項に代えて、補充的契約解釈により有効な規定を設けることもできない。そこで、「両当事者が、使用された価格改訂条項の有効性がいずれにせよ不確実であることを考慮していたならば、両者の利益の相当な客観的・一般的衡量において、信義に基づき誠実に、何を合意したであろうか」が探求されなければならない。このような探求により、顧客は、値上げが初めて顧慮された、そのつどの年間決算書の到達後三年内に値上げに対して異議を

唱えなければ、値上げの無効を主張することができない、とされた。その理由として、BGHは、①長期の契約関係において時間的制限なしに遡及的に値上げの無効を主張することができるとなると、通常、重大な給付の不均衡が生じるであろうこと、②ガス供給契約においては、双方の請求権が時間的に近接して主張されること、遅れて主張されることで累積されないことに、特別な必要性があること、③多数の顧客を相手とし、多数の決算処理を伴う債務関係が問題であり、値上げの有無を長期にわたって不確実にしてはならないこと、などを述べている。このような補充的契約解釈の結果、Xは、契約締結当初の価格を基礎として、不当利得の返還を請求することはできない、とされた。

この裁判例【20】の後も、顧客の不当利得返還請求に関する複数の裁判例において、同様の処理がされている。[100] また、BGB三〇五条二項[101]に基づく価格調整条項の組入れが否定された場合にも、同様の補充的契約解釈が認められている。[102]

三　利率調整条項に関する裁判例の展開

利率調整条項は、貯蓄契約だけでなく、与信契約においても使用される。利率調整条項の規制に際しては、当然両者の違いが考慮されるべきであるが、ドイツ判例は、いずれの契約類型においても類似の規制規範を設定している。[103] したがって、以下では、効果論上の処理において注目される貯蓄契約に関する裁判例だけでなく、与信契約に関する裁判例についても言及する。

出発点として、一九八〇年代の旧判例において、BGHは、利率調整条項の有効性について厳格な立場を示さなかった。【21】BGH第三民事部一九八六年三月六日判決（BGHZ 97, 212）は、与信契約における利率調整条項につ

いて、制限的に解釈しつつ有効とする判断を下した。同裁判例の事案は、次のようなものであった。すなわち、建設事業者Xが銀行Yとの間で締結した複数の与信契約において、Yが使用した約款に、利率に関する条項が含まれていた。それらは、そのつどYが確定した利率が妥当するものと定める条項（以下、「条項Ⅰ」とする。）、または、「Yは、（例えば、金融市場または資本市場の展開ゆえに）必要と考える場合に、利率を変更する権限を有する」と規定する条項であった（以下、「条項Ⅱ」とする。）。これらの条項に基づきYが行った利率設定について、Xが、高率すぎ不衡平であると異議を唱え、判決による利率の確定を求めた（BGB三一五条三項）[104]。このような事案において、BGHは、AGBG九条のもとで、条項ⅠおよびⅡを有効とした。その理由について、主として次のように判示された。すなわち、①契約締結時にほとんど見通すことのできない将来のリファイナンス可能性に利率を適合させる必要性がある点において、本件のような利率調整条項には実質的な理由が存在する。②銀行は、利率を引き上げる権限を有するだけでなく、利率の引下げ義務も負わなければならない。疑わしい場合には、条項をこの意味で解釈しなければならず、条項ⅠおよびⅡもそのように解釈される。③条項Ⅰにおいて、銀行に留保された利率確定の要件および限度が明示的に書かれていないことも、同条項の効力を妨げない。同条項は、その認識可能な意味によれば、Yに対して、資本市場の状況変化およびそれによって生じたリファイナンス条件の変化に変動利率を適合させる可能性を与えるだけである。以上のような理由により、裁判例【21】は、与信契約における利率調整条項を有効とした。先のガス供給契約における価格調整条項に関する判例との比較でいえば、銀行の利率引下げ義務が規定されていなくてもよいとされた点、また、要件・限度が具体化されていなくともよいとされた点において、緩やかな有効要件が示されていたことになる。その後の裁判例においても、この判断が踏襲された[105]。

このような利率調整条項に対する判例の寛大な態度は、二〇〇〇年代の裁判例を通じて転換されることになった。

その際に、まず問題とされたのが、貯蓄契約における利率調整条項の効力である。その最初の裁判例として、【22】BGH 第一一民事部二〇〇四年二月一七日判決（BGHZ 158, 149）が挙げられる。団体訴訟の事案であり、積立型の貯蓄契約における「貯蓄銀行は、暦年の末に、その年に掲示によって公表された（中略）利息を支払う」と書かれた条項の差止めが問題とされた。BGH は、この条項の効力を、二つの部分に分けて判断した。まず、当該条項には、固定利率ではなく変動利率とする旨の合意が含まれているが、この合意については、契約当事者の自由な決定によるものであり、約款規制に服するものではないとした。これに対して、同じく条項に含まれるYの給付確定権については、問題の貯蓄契約の長期性に鑑みて、完全に無制限の利率変更権限は、顧客にとって期待不可能なものであるとの理由で、BGB 三〇八条四号[106]に違反するものとされた。その際、顧客に最も不利な解釈を基礎とする団体訴訟における不明確準則（BGB 三〇五ｃ条二項[107]）の適用を理由に、裁判例【21】におけるような制限解釈は否定された。

その後、個別訴訟においても、貯蓄契約中の利率調整条項を無効とする裁判例が現れた。その最初のものとして、【23】BGH 第一一民事部二〇〇八年六月一〇日判決（NJW 2008, 3422）が挙げられる。事案は、次のようなものであった。すなわち、Xは、一九九一年に、貯蓄銀行Yとの間で、積立型の貯蓄契約を締結した。その際の契約条項において、利息については、「Yは、そのつど掲示によって公表されるこの種の貯蓄預金についての利息、さしあたり四パーセントとともに、貯蓄契約の終了に際して、（中略）一回的かつ無利子のプレミアを支払う」とされていた。Yは、この条項に基づき、そのつど市場において通常の利率に合わせて、利率を引き下げた。これに対して、Xは、利率調整条項の無効を主張し、全契約期間（二五年）について四パーセントの利率が妥当することの確認を求めた。本判決も、裁判例【22】と同様に、変動利率の合意は内容規制に服さないとしたうえで、問題の利率調整条項については、Yの権限が詳細に限定されておらず、ありうる利率変更について必要最低限の計算可能性を

示さないとの理由で、BGB三〇八条四号に基づき無効とした。そのうえで、条項が無効だとしても、当初利率が全契約期間について妥当することにはならない、とした。その理由について、BGHは、次のように述べる。すなわち、問題の条項は、規制に服さない有効な変動利率の合意（ob）と内容規制に服し無効な利率調整の方法の規定（wie）とに分割される。効力維持的縮減の禁止を考慮しても、変動利率の採用と固定利率の不採用が、明示された当事者意思に反して逆転されてはならない。利率調整条項だけが無効となる結果生じる欠缺は、補充的契約解釈によって補充されなければならないが、当事者が条項無効を認識していたとしても、固定利率を合意したとはいえない。このような理由により、BGHは、Xの請求を退けた。

裁判例【23】は、補充的契約解釈の可能性を肯定したものの、実際にどのような規律が補充されるかについては、明らかにしなかった。この点についてさらに判断を下したのが、【24】BGH第一一民事部二〇一〇年四月一三日判決（BGHZ 185, 166）である。事案は、貯蓄銀行Yとの間で二〇年間の貯蓄契約を締結していたXが、契約終了後にYの利息計算に異議を唱え、より高額の利息の支払い等を請求した、というものであった。この契約において使用されたYの書式には、利息について、そのつど有効な率の利息を支払う旨が規定されていた。BGHは、裁判例【22】および【23】と同様に、必要最低限の計算可能性のない利率調整の方法を定めている限りにおいて、この規定を無効とした。そのうえで、利息の計算方法につき、裁判所は、補充的契約解釈によって、決定的なパラメータを自ら確定しなければならないとした。具体的には、ドイツ連邦銀行の月報において公表された同種の金融商品についての利率が参照利率となり、[108] また、問題の条項を含む当該契約の内容に鑑みて、閾値なしに参照利率の変動と契約利率の変動を連動させ、さらに、契約締結当初における両利率の間の相対的な差が保たれるようにしなければならない、とされた。[109]

四　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は、次のように整理することができる。

①　ガス供給契約における価格調整条項については、価格調整の有無（ob）を含めて内容規制の対象となる。同条項が不相当とされる場合には、ob の合意を含めて無効となる。それゆえ、ガス事業者は、契約締結時に合意された価格に拘束される。この結論は、契約期間の長さ・解約告知権の存在に鑑みて、期待不可能なものではない。

②　補充的契約解釈により、ガス会社の顧客は、無効な価格調整条項に基づく値上げの無効を、決算書の到達から三年内にしか主張することができない。過去の値上げに対して無効主張がされた場合には、解約告知の可能性をもって、期待可能な処理ということはできない。

③　貯蓄契約における利率調整条項については、変動利率の合意と利率調整方法の合意とが区別され、後者のみが内容規制の対象となる。その結果、利率調整方法の定めが無効となっても、変動利率の合意は存続し、契約締結当初の利率による固定利率になるわけではない。無効な調整条項に代わる利率調整方法は、補充的契約解釈によって裁判所が定める。

2　学説の反応

このような判例法理に対しては、とりわけガス供給契約の処理に対して、次のような異論がある。

第一に、補充的契約解釈の可否を決するうえで期待可能性が基準とされている点について、異議が唱えられている。この基準は、従来の判例における補充的契約解釈の要件と合致しない、と指摘された。すなわち、第二時価条

項判決以来の判例は、無効な条項が代替されることなく脱落した場合に、相当な解決がもたらされないのであれば、補充的契約解釈が要請されるというものであった。[110] ガス供給契約に関する前記①の判例法理は、これよりも厳しい基準を導入したものと理解された。[111] このような理解を前提に、(i)期待不可能性は補充的契約解釈の十分条件ではあるが必要条件ではない、[112] (ii)無効部分を補充する任意規定が存在しない場合には補充的契約解釈を認めるのが BGB 三〇六条の体系であり、任意規定による補充については期待不可能性を問題とせず、補充的契約解釈についてのみこれを要件とするのは、体系不整合である、[113] (iii)顧客は従来の相当性基準によって十分に保護されている一方、約款使用者は精確な判例を計算に入れることができない、[114] などといった批判がされた。また、利率調整条項に関する判例は期待不可能性基準をとっておらず、二つの判例の間で明らかな不一致がある、ともされた。[115]

第二に、利率調整条項においてのみ ob と wie とを区別し、ガス供給契約においては、当初確定的に合意された価格が価格調整条項に基づいて事後的に変更されるものとしている点についても、人為的な処理であるとの批判がある。すなわち、当初合意された利率についても名目的に確定されたものということができ、そうであるならば、価格調整条項においても変動制を認めることができるはずである、との批判である。[116]

第三に、ガス値上げの無効を主張することができる期間を制限した処理についても、批判がある。それによれば、利率調整条項の例など従来の裁判例を考慮すれば、補充的契約解釈によって有効な価格調整条項を設定することも考えられた。そのような解決がされなかった結果、代替規律が、給付の均衡を確保するという価格調整条項の正当な規律関心に方向づけられなくなっている。また、値上げは、給付の均衡を維持するためだけでなく、ガス会社が不当に利ザヤを稼ぐためにも行われうるところ、そのような値上げについて、情報を与えられていない消費者が無効を主張する義務を負い、仮に主張したとしても、事業者としては解約すればよいというのでは、消費者に不利な

結果になる。それゆえ、この期間制限の処理は、結論的にも正当化されない、とする。[117]

3　考察

(1)　期待不可能性基準の位置づけ

期待不可能性基準を採用したガス供給契約に関する判例は、担保目的表示および請求即払保証に関する判例に連なるものとして、理解することができる。すなわち、それらの事案においては、補充的契約解釈の可否を判断するに際して、条項無効によって約款使用者が被る不利益の重大さが考慮されていた。第三章の検討においては、この考慮要素を、条項無効の効果への拘束の期待可能性の問題として位置づけたが、ガス供給契約に関する裁判例においては、まさに、この基準が表現された、ということができる。それゆえ、学説の第一の異論に反して、ここでの判例は、従来の判例における補充的契約解釈の枠組みを逸脱するものであったとは、直ちにはいえない。

さらに、価格調整条項の処理という各論的なレベルで見ても、ガス供給契約に関する判例は、従来の判例を逸脱しているとはいえず、また、利率調整条項に関する判例と整合しないものであるともいえない。というのは、次のとおりである。

まず、利率調整条項の事案との違いでいえば、とりわけ契約期間の長さが全く異なるという点において、問題とされた契約内容の違いを指摘することができる。すなわち、ガス供給契約の事案において問題となったのは、最長でも二年程度の期間しかなく、当初価格に不満があれば、供給業者側から終了させることができる契約であった。これに対して、利率調整条項に関して問題となった貯蓄契約は、二〇ないし二五年という相当に長期のものであった。この点を見るだけでも、両者の事案には、大きな違いがあったということができ、処理を異にする判例は、こ

のことを重視したものということができる。すなわち、判例の基礎には、「二年程度の短期の供給契約においては、当初価格への拘束をもって、なお相当な解決ということができる」との考慮があったのではないか、と考えられる。[118]

次に、この観点から従来の裁判例とも比較すると、第二時価条項判決において問題とされたのは、引渡しまで二年半程度を要した新車売買契約であったが、同種の事案においては引渡しまでの期間が四年ないし五年に及ぶ例も珍しくなかった。[119] また、第二時価条項判決の直後に、長期とはいえない請負契約における報酬改訂条項が無効とされた場合について、同判決と異なり補充的契約解釈の処理をしなかった裁判例が存在する一方、[120] 最短期間一〇年の通信機器賃貸借契約における賃料改訂条項が無効とされた事案について、補充的契約解釈により代替的な調整規律を認めた裁判例もある。[121] このように見ると、判例は、従来から、とりわけ契約期間の長短を考慮して、価格調整条項が無効とされた場合の処理を分けており、ガス供給契約に関する裁判例が新奇の傾向にあるわけではない、ということができる。

もっとも、ガス供給契約に関する裁判例が他の裁判例と傾向的に整合するとしても、その正当性に関してなお異論を唱える余地は残る。一つには、「二年程度の供給契約においても価格調整を原則とするのが相当である」との反論が考えられる。しかしながら、このような反論が可能であるとしても、それは、各論的な批判であり、本稿の関心事である一般的な効果論を左右するものではない。これに対して、学説の第二の批判は、なお検討される余地がある。というのは、判例も、ガス供給契約において価格調整条項を用いること自体を不相当としているわけではない。むしろ、値下げ義務が規定されていない、条項の定式が不明確であるなど、wie のレベルでの問題から条項が不相当とされているに過ぎない。そうであるならば、利率調整条項の処理と同様に、価格調整それ自体の合意は維持されるべきではないか、と考えられるからである。[122]

しかしながら、価格調整それ自体の合意は許容されるとの評価から当然に ob と wie を区別し、前者を存続させる処理は、判例が禁止する効力維持的縮減に帰着せざるを得ない。[123] むしろ、判例は、規制の出発点となる法規範・原則を定め、そこから逸脱する部分を一体的に規制対象としているものと考えられる。その結果、二〇年を超す貯蓄契約においては、利率の変動・固定が完全に当事者に委ねられた問題として、規制対象から除外される一方、二年程度のガス供給契約においては、当初価格の拘束力がなお法律上の原則であるとして、これを逸脱する価格調整条項が、ob の部分まで含めて一体的に評価されることになる。[124] 後者の枠組みにおいて、価格調整それ自体の正当性は、調整条項がおよそ不相当とされるわけではないという限りで、考慮されることになる。これに対して、利率調整条項の処理は、担保目的表示に関する裁判例【3】や損害担保契約における請求即払条項に関する裁判例【13】と同様のものということができる。

以上のように考えると、ガス供給契約に関する判例の期待不可能性基準は、次のように説明することができる。すなわち、効力維持的縮減禁止の原則によれば、ob 部分まで含めて一体的に不相当と評価される価格調整条項は全部無効となり、当事者は契約締結時の価格に拘束されることになる。しかしながら、BGH は、この意味での無効リスクを約款使用者＝供給業者がどこまでも負うべきであるとは、考えなかった。そこで、期待不可能性基準により、約款使用者が負うべき無効リスクの限界を定めようとした。ガス供給契約に関する判例の展開は、このように捉えることができる。

これに対して、利率調整条項の事案で行われたのは、そもそも規制対象とならない変動利率性が維持されることを前提とした補充的契約解釈である。このような補充的契約解釈は、利率変動方法を補充する任意規定がないために行われたものと、見ることができる。ここでは、約款使用者がどこまで無効リスクを負うべきかという考慮が働

かず、ゆえに期待不可能性基準が登場することもなかった、といえる。このように考えると、利率調整条項の事案における補充的契約解釈は、第一章で述べた補充的契約解釈の分類のうち、第一の場合（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）に該当するものということができる。

(2) 補充的契約解釈の可否における履行段階の顧慮

ガス供給契約において、値上げ無効の確認請求事件と不当利得返還請求事件とで、補充的契約解釈の可否について異なる判断が示されたことは、判例の新たな展開として注目される。このことを一般化すると、補充的契約解釈の可否にかかる前記の期待不可能性を判断するうえで、履行の前後、さらにその後の時間経過が顧慮された、ということになる。この点は、第二時価条項判決およびそれにかかわる議論を基にした旧稿において、見出されなかった観点である。[125]

もっとも、従来、価格調整条項が無効とされた場合の補充的契約解釈は、無効な条項の代わりにどのような規律が妥当するかという、代替規律の問題として論じられてきたのに対して、不当利得返還請求事件におけるそれは、顧客による無効主張の期間制限を導くものである。これは、無効な価格調整条項の代わりにどのような調整ルールが妥当するか、という問題ではない。このことは、判例自体が自覚しているところであり、既述のように、裁判例【20】が、「両当事者が、条項の無効を知っていたならば、両者の利益を適切に衡量して、信義誠実に従い誠実に合意したであろう」規律を探求すべきとする第二時価条項判決以来の定式[126]ではなく、「両当事者が、使用された価格改訂条項の有効性がいずれにせよ不確実であることを考慮していたならば、両者の利益の相当な客観的・一般的衡量において、信義に基づき誠実に、何を合意したであろうか」という定式を用いている点に現れている。このよ

うな定式のもとで、履行後の無効リスクの配分の問題が、代替規律の形成とは切り離して処理されている。

このような無効主張の期間制限をもたらす補充的契約解釈についても、従来の代替規律の形成をもたらす補充的契約解釈と同様に、約款使用者の信頼保護という観点において、二つの可能性を考えることができる。一方で、法律関係の早期確定の要請を重視するならば、ここでの補充的契約解釈は、約款使用者の信頼保護を目的とするものではなく、約款使用者が悪意で不相当な条項を使用し、または不相当な値上げを行った場合にも、同様の期間制限が妥当すると考える余地がある――もっとも、このように考えたとしても、初めから改訂条項がなかった場合にも同じ処理を当てはめることは、困難であろう。――。他方で、この期間制限も、約款使用者の信頼保護を考慮したものであり、供給業者が条項無効を知っていた場合など、不当な値上げを悪意で行った場合にまで妥当するものではない、と考える余地もある。というのは、供給業者が条項無効を認識していた等の場合には、値上げの有効性に関して除去すべき不確実性が存在しない、とも考えられるからである。「価格改訂条項の有効性がいずれにせよ不確実であることを考慮していたならば」という補充的契約解釈の定式も、このような考慮を正当化する一助となる。この第二の考え方によれば、先に紹介した学説の最後の批判が提起する問題について、一定の対処が可能となる。

第五章　美観修復条項

一　問題の概要

二〇〇〇年代に入って数多くの最上級審裁判例を生んだ問題として、住宅の使用賃貸借契約における美観修復条項（Schönheitsreparaturklausel）の規制がある。この条項は、民法によれば賃貸人が負うべき賃借物の保存義務（BGB 五三五条一項二文）[127][128]のうち、室内の塗装等の作業またはその費用を、賃借人に転嫁するものである。代表

的な条項は、契約期間中の美観修復義務を賃借人に転嫁するもの（以下、「契約期間中の美観修復条項」と呼ぶ。）であるが、契約終了時に改装作業を義務付ける条項（終了時改装条項 Endrenovierungsklausel）や、修復義務の履行期が到来する前に契約が終了した場合に修復費用の一部を負担させる旨の条項（代償条項 Abgeltungsklausel）が使用されることもある。

美観修復条項の規制については、一連の BGH 裁判例を通じて、その相当性評価基準について詳細な判例法理が示されており、一つにはその是非が問題となる。それとともに、この条項の規制は、効果論の観点からも、議論を喚起した。その議論の中心となったのは、しばしば複合的な規律から成る美観修復条項が、どの範囲で無効とされるのか、という無効範囲の問題である。しかしながら、効果論上の注目点はそれだけではなく、本稿の主たる関心事である補充的契約解釈の可否も、問題となっている。そして、美観修復条項が無効とされる場合に、BGH は、補充的契約解釈が認められないとの立場を示している。本稿は、この補充的契約解釈の否定がどのように基礎づけられるかということを本来的な関心事とするが、補充的契約解釈を適切に論じるための前提として、美観修復条項に対する規制規範を整理し、そこから導かれる条項画定法理を明らかにすることで、無効範囲の問題についても論じる。

二　裁判例の展開

1　美観修復条項に対する相当性評価

(1)　契約期間中の美観修復条項に関する裁判例

美観修復条項に対する内容規制は、前世紀のいくつかの裁判例を出発点とする。美観修復条項は、BGB 五三五条一項二文の法規定を逸脱するものであるから、BGB 三〇七条二項一号（AGBG 九条二項一号）に該当し、不相

当と評価されるのではないか、という問題を生じる。[129] この問題に関して、【25】BGH 第八民事部一九八四年一〇月三〇日決定（BGHZ 92, 363）および【26】BGH 第八民事部一九八七年七月一日決定（BGHZ 101, 253）は、AGBG 九条二項一号にもかかわらず、美観修復条項を原則として有効とした。その第一の理由は、賃借人への美観修復の転嫁は、法的かつ経済的に見て住宅使用の対価の一部であることから、通常、賃料計算において顧慮されており、賃借人を不利に扱うものではない、ということである（価格論拠 Preisargument）。[130] さらに、第二の理由として、美観修復の転嫁が取引慣行になっていることも指摘された。[131]

もっとも、BGH は、美観修復条項を無制限に有効としたわけではない。裁判例【26】は、「通常かつ相当の範囲」でのみ、義務の転嫁が正当化されるとした。具体的な範囲については、第二計算令二八条四項[132] ならびに一九八七年に連邦司法省によって作成されたモデル契約[133] が、手がかりを与えるものとされた。また、裁判例【26】は、住宅が修復されていない状態で賃貸された場合についても、作業実施期間が使用賃貸借関係の開始より起算されるならば――すなわち、前賃借人の使用分についてまで義務を負うのでなければ――、美観修復条項は有効であるとした。裁判例【25】および【26】において、BGH は、実際に問題とされた条項を、いずれも有効とした。

その後、今世紀に入り、美観修復条項のより具体的な有効性判断基準について、最上級審裁判例が続出した。[134]

第一に、美観修復の実施期間、すなわち、作業を実施すべき時間間隔の定めが固定的であることを捉えて、美観修復条項を無効とする裁判例が登場した。その嚆矢となった【27】BGH 第八民事部二〇〇四年六月二三日判決（NJW 2004, 2586）においては、少なくとも、水回りについては二年、その他の部屋については五年の間隔で修復を行わなければならない旨の条項が問題とされた。BGH は、このような条項を、実際の必要性にかかわらず賃借人に義務を負わせているとの理由で、BGB 三〇七条一項一文・二項一号もしくは AGBG 九条一項・二項一号に基

づいて無効とした。条項がない場合に賃貸人が負うべき保存義務は、実際の必要性に応じて修復を行うものに過ぎない。賃貸人の保存義務よりも高度の義務を賃借人に課すことは、法律上の規律に合致しない、とされた。[135][136]

第二に、美観修復の実施方法を指定する条項を問題とする裁判例がある。まず、【28】BGH 第八民事部二〇〇七年三月二八日判決（NJW 2007, 1743）は、従来の実施方法を変更する場合に賃貸人の同意を要する旨の条項を無効とした。このような条項は、賃借人が住宅を自らの嗜好に応じて調整する可能性を不相当に制限するものであり、BGB 三〇七条一項一文に基づく規制に耐えないとした。同様の考慮に基づく不相当評価は、塗料や壁紙の色調選択を制限する条項についても見出される。例えば、【29】BGH 第八民事部二〇〇八年六月一八日判決（NJW 2008, 2499）は、不透明・中立色の塗料および壁紙の使用を義務付ける条項を、賃貸人の承認に値する利益なしに、賃借人の個人的生活領域の形成を制限するとの理由で、不相当とした。[137] また、【30】BGH 第八民事部二〇一〇年六月九日判決（NJW 2010, 2877）は、専門業者による実施を義務付ける条項を、次のような理由で無効とした。すなわち、自ら作業を実施し得ることで、義務内容が賃借人にとって見通しが利き、その経済的結果が予測可能なものとなる結果、賃借人は、積立てによる対処や自己作業による費用節約が可能となる。したがって、自ら作業を行う可能性が奪われているならば、美観修復義務の転嫁は、BGB 三〇七条二項一号の基準に照らして正当性を失う。そのうえ、美観修復は、その性質上、必然的に専門業者による実施を条件とするわけではなく、したがって、賃貸人も、美観修復を第三者に委託して実施させる義務を負わない、との理由である。

第三に、美観修復の実施範囲についても、問題が生じた。美観修復条項は、通常、室内の塗装等の作業を義務付けるものである。それでは、屋外の作業（窓や扉の外側の塗装等）までも義務付ける条項は、有効であるか。【31】BGH 第八民事部二〇〇九年二月一八日判決（NJW 2009, 1408）は、「賃借人による美観修復の負担は、典型的に賃

借人によって惹起された賃貸住宅内部の装飾外観の損耗を除去する作業に関してのみ、正当化することができる」との考慮に基づき、第二計算令二八条四項が賃借人に転嫁しうる作業の限界を画するとし、屋外作業まで義務付ける条項を、BGB三〇七条一項一文および二項一号に基づいて無効とした。[138]

第四に、近時の裁判例では、住宅が修復されない状態または修復を要する状態で引き渡された場合について、契約期間中の美観修復条項が無効とされている。すなわち、【32】BGH第八民事部二〇一五年三月一八日判決（BGHZ 204, 302）[139]は、そのような場合には、賃借人に相当な補償が与えられない限り、美観修復実施義務の転嫁は、BGB三〇七条一項一文・二項一号に耐えないとした。同裁判例は、裁判例【26】と同様、賃借人は自己の契約期間に生じた損耗についてのみ修復義務を負いうるとしたうえで、具体的な条項について、――いずれにせよ、顧客に最も不利な解釈によれば――前賃借人の使用痕跡の除去も義務付けるものであるとした。そのうえで、裁判例【26】と異なり、契約開始後に実施期間が起算されるとしても、この点での賃借人の不利益を妨げるのに適していない、とされた。そのような条項も、賃借人と前賃借人のいずれが損耗を惹起したかにかかわらず、装飾の状態が要求すれば即座に修復義務を課す、との理由による。

(2)　終了時改装条項

終了時改装条項は、絶対的終了時改装条項と相対的終了時改装条項とに区別することができる。[140]前者は、契約期間中の実施期間の定めにかかわらず住宅を改装された状態で返還すべき旨の条項である。これに対して、後者は、契約期間中に履行期の到来した美観修復作業につき、最終的に契約終了時における実施を求める条項である。判例は、いずれの条項についても、契約期間中の美観修復条項における固定期間の定めと同様の観点から、その相当性

を審査している。絶対的終了時改装条項について、【33】BGH 第八民事部二〇〇六年四月五日判決（NJW 2006, 2115）は、「実際の必要性を超える修復義務を賃借人に課す条項は、法律上の規律の本質的基本思想に合致しない」との理由で、BGB 三〇七条二項一号に基づき無効判断を下している。[141] また、【34】BGH 第八民事部二〇〇六年六月二八日判決（NJW 2006, 2915）は、契約期間中の実施期間の定めを固定期間として無効としたうえ、相対的終了時改装条項についても、同様の理由で無効とした。[142]

また、終了時改装についても、実施方法（色調選択）の制限が問題とされた。ここでは、賃貸人の再賃貸利益が考慮されるため、契約期間中の制限条項とは異なる評価が見られる。【35】BGH 第八民事部二〇〇八年一〇月二二日判決（NJW 2009, 62）は、白または明るい色調という幅のあるかたちで色調を制限した条項を、次のような理由で有効としている。すなわち、経済的に合理的な賃借人は、契約終了後の返還態様を考慮して室内を装飾するため、この規定によって、賃借人の形成自由が、当該規定がない場合の契約違反によって限界付けられる裁量の余地よりも狭く限定されるが、一定の色調選択の余地を与えているため、賃借人を不相当に不利に扱うものではない、との理由である。[143] これに対して、【36】BGH 第八民事部二〇一〇年一二月一四日決定（NJW 2011, 514）は、白一色しか認めない条項を、「白以外の控えめな色でも再賃貸は困難にならない一方、賃借人は、賃貸借期間中の色調決定に影響することから、返還時についても色調決定につき一定の裁量の余地があることに、軽微ではない利益を有している」との理由で無効とした。

(3) 代償条項

代償条項の有効性については、【37】BGH 第八民事部一九八八年七月六日決定（BGHZ 105, 71）が、出発点とな

る。[144] 同決定は、代償条項の有効要件として、①費用見積もりが拘束力あるものとされていないこと、②通常の実施期間と関連付けられていること、③賃借人が自ら作業に当たることで支払い義務を免れられること、④基準となる期間が契約関係の開始前から進行するものでないこと、という四つを提示した。また、基準とされる修復費用は、賃借人が自ら作業に当たった場合の金額ではなく、専門業者の見積もりでよいとした――賃借人の自己作業の価値を基準とするのは、非現実的であるなどの理由による。――。これらの有効要件の理由について、裁判例【37】は、価格論拠の他、(i)義務の内容が賃借人にとって見通しの利くものであり、その経済的効果において予測可能なものであること、(ii)賃借人は、積立てによって負担に備えることができること、(iii)賃借人は、自ら作業することで費用を節約し得ることを、考慮すべきとした。つまり、負担の程度を賃借人の側である程度コントロールできることが、義務転嫁の正当化根拠の一つとされた。

今世紀の当初の裁判例は、個別的な有効要件への抵触を問題とした。【38】BGH 第八民事部二〇〇六年一〇月一八日判決（NJW 2006, 3778）などは、固定的な実施期間を不相当とするのと同様の考慮から、賃借人の金銭的負担の算定方法が固定的な代償条項、すなわち、実際の損耗の程度を考慮せず、最後の修復作業より後の使用期間に応じて修復費用の一定割合を負担させる条項を、BGB 三〇七条一項一文・二項一号に基づいて無効とした。[145] また、【39】BGH 第八民事部二〇一三年五月二九日判決（NJW 2013, 2505）は、賃貸人によって選ばれた塗装業者の費用見積もりを算定基礎とする代償条項を、その見積もりが拘束力あるものとされていることを理由に無効とした。この裁判例において実際に問題となった条項は、この点について、「賃貸人によって選ばれた塗装業者の費用見積もりを、算定基礎とする」とだけ記載しており、裁判例【37】において問題とされた条項と大差なかった。しかしながら、BGH は、不明確準則に基づいて見積もりに拘束力があるものと解釈し（条項無効をもたらす顧客に最も

不利な解釈）、無効判断を下した。その他に、負担割合の算定方法が不明確な条項も、BGB三〇七条一項二文に基づいて無効とされた[146]。

しかしながら、代償条項の規制は、最終的に同条項を全面的に不相当とする方向へと移行した。【40】BGH第八民事部二〇一五年三月一八日判決（BGHZ 204, 316）は、そもそも代償条項が有効に合意されないとした。というのは、代償条項に基づく契約終了時の費用負担が、賃借人にとって契約締結時に評価困難なものだからである。すなわち、負担見積もりのためには、賃貸借関係終了時の実際の損耗状態を判断するだけでなく、同様の方法および強度で使用した場合に、いつの時点で修復の必要が生じるかを予測しなければならないが、これら複数の変数に基づく仮定的な評価を要求することは、賃借人を不相当に不利に扱うものとされた（BGB三〇七条一項一文）[147]。

(4) 美観修復条項の規制規範

以上の裁判例において示された判例法理における美観修復条項の規制規範は、次のように整理することができる。

① 美観修復条項は、BGB五三五条一項二文をはじめとする法律上の規定を逸脱するものであるが、直ちに不相当とはされていない。その理由として、価格論拠および取引慣行となっていることのほか、賃借人が負担の程度を制御しうることも考慮されている[148]。

② とりわけ、この最後の観点から、美観修復条項の正当化範囲が画されていると見ることができる。すなわち、実施期間の定めと終了時改装条項について固定性が問題とされるのは、賃借人は住宅をきれいに使用することで損耗を遅らせ、修復義務の負担を緩和しうる点が、重視されたものと見ることができる。屋外の修復義務が不相当とされるのも、賃借人が損耗の程度を制御しうるのは室内に限られるから、ということができる。また、専門業者に

よる実施を義務付ける条項に関して、賃借人の自己作業の可能性が要求されるのも、負担の程度の制御可能性を具体化したものといえる。さらに、前賃借人による損耗について義務を負わせてはならないという点も、現在の賃借人が制御しえない負担を課しえない、とするものである。代償条項に対する当初の規制も、これらの考え方を基礎にしていた。

③　②の基準による相当性審査は、BGB 三〇七条二項一号（AGBG 九条二項一号）の枠内で、すなわち、法規定の基本思想に基づくものとして行われている。ここでは、美観修復義務が賃借人も制御可能な範囲のものであること、そして、その範囲に留まらなければならないことが、賃貸人の保存義務が実際の必要に応じた義務であることを介して、法律上の規定に読み込まれている。

④　これと異質な観点から相当性評価がされているのが、色調選択を制限する条項である。そこでは、賃借人の個人的生活領域における形成自由が問題とされている。そして、この観点からの規制においては、BGB 三〇七条二項一号が持ち出されず、端的に BGB 三〇七条一項一文に依拠されている。つまり、任意規定からの逸脱の程度が問題とされていない。

⑤　代償条項を一般的に無効とする新たな判例も、②とは異質な観点に基づくものである。すなわち、そこでは、賃借人が契約締結時に自らの費用負担を適切に評価しうるか否か、が問題とされていた。このような観点に基づく規制においても、BGB 三〇七条二項一号は挙げられていない。

2　美観修復条項に対する規制の効果

(1)　美観修復条項の無効範囲

以上のような規制規範に基づいて美観修復にかかわる規律が不相当とされた場合に、美観修復条項はどの範囲で無効となるか。この問題について、BGH は、次のように判断している。

第一に、契約期間中の美観修復条項における実施期間の定め・実施方法の定め・実施範囲の定めが不相当とされる場合には、いずれも美観修復条項の全体が無効になるとしている。固定期間の定めを不相当とした裁判例【27】は、①条項を、それ自体から理解可能であり、かつ有意味なかたちで、許容される部分とそうでない部分とに分離することができないこと、②実施期間は、義務の範囲を具体化することによって義務の転嫁と一体を成すものであり、実施期間の脱落は、条項内容の変更、すなわち効力維持的縮減に帰着することを理由に、実施期間の無効は、美観修復義務自体の無効をもたらすとした。[149] 実施方法の定めが不相当とされた場合についても、裁判例【28】や【29】などが、効力維持的縮減の禁止を理由に、美観修復義務の転嫁それ自体が無効になるとしている。また、屋外の修復まで義務付けることが不相当とされた場合について、裁判例【31】は、屋内を含む美観修復条項全体を無効とした。その理由として、賃借人に課される美観修復義務は、統一的な法的義務であり、個別の措置や側面に分割されるものではなく、その形態が賃貸借契約全体を通して評価されなければならない、と述べている。[150]

第二に、終了時改装条項については、前述の絶対的・相対的の区別が、ここで意味を持たされている。まず、前者について、【41】BGH 第八民事部二〇〇三年五月一四日判決（NJW 2003, 2234）は、累積効果[151]（Summierungseffekt）により、契約期間中の美観修復条項についても無効になるとした。[152] これに対して、【42】BGH 第八民事部二〇〇六年一〇月一八日判決（NJW 2006, 3778）は、固定的と評価された相対的終了時改装条項を無効としたが、

この条項が独立した履行期の規定であるとの理由で、[153] 契約期間中の美観修復条項の無効までもたらすものではないとした。

第三に、代償条項については、裁判例【29】などが、「代償条項の目的は、履行期が到来していないために終了時改装を請求することができない賃貸人に、少なくとも費用の一部を補償することにあり、したがって、代償条項は、賃借人の美観修復実施義務を補充するものである」との理由で、代償条項の無効は美観修復義務の転嫁それ自体の無効をもたらさない、としている。[154][155]

(2) 補充的契約解釈による賃借人の美観修復義務の補充の可否

BGH によれば、美観修復条項が無効とされた場合には、任意規定として BGB 五三五条一項二文が適用され、賃貸人が美観修復義務を負うことになる。裁判例【34】は、この規定が存在することから、補充的契約解釈によって賃借人の美観修復義務を補充することを否定する。また、【43】BGH 第八民事部二〇〇八年三月五日（NJW 2008, 1438）は、従来有効とされていた代償条項が不相当と評価された場合について、約款使用者の信頼保護を理由に当該条項を有効とすることはできない、とする。その際、担保目的表示や請求即払保証による契約履行保証に関する判例は、美観修復条項に転用することができない、とされた。[156]

(3) 美観修復条項が無効とされた場合の賃料増額請求の可否

美観修復条項に対価性があるとする判例に従うならば、条項無効の場合に、賃貸人は対価の一部を失うことになる。そこで、この場合に、賃貸人は、美観修復義務の負担分を賃料増額により補うことができないか、が問題とさ

れた。その中において、賃貸借法の枠組みによる賃料増額請求の可否のほかに、約款規制の効果論における補充的契約解釈等の活用も論じられた。

この問題に関する最初の最上級審裁判例である【44】BGH 第八民事部二〇〇八年七月九日判決（BGHZ 177, 186）は、価格拘束のない住宅（賃料を市場で自由に決めることのできる住宅）について、美観修復分の賃料割増請求を認めない判断を下した。[157][158] 価格拘束のない住宅においては、まず、BGB 五五八条[159]に基づく賃料増額請求の可否が問題となる。すなわち、同条によれば、賃貸人は、地域に通常の比較賃料（ortsübliche Vergleichsmiete）までの賃料増額への同意を求めることができるが、その際に、賃貸人の美観修復負担分だけ割増された賃料を求めることができるか、という問題である。この問題について、BGH は、比較賃料体系の枠内で地域市場に方向づけられた相当な賃料の獲得を可能にするという BGB 五五八条の趣旨に反すると指摘して、割増金の請求を否定した。その際に、美観修復義務の対価性は、条項の有効性評価にとって意味のある事情に過ぎず、そこから抽象的に賃料割増を正当化することはできない、とも述べている。さらに、裁判例【44】は、BGB 五三五条一項二文に規定された賃貸人の美観修復義務は、契約当事者の典型的利益に反する不相当な規律ではないとの理由で、補充的契約解釈に基づく賃料増額請求も否定した。また、BGB 三〇六条は約款使用者に無効リスクを割り当てており、BGB 五三五条一項二文に基づいて賃貸人が保存義務を全部負担しなければならないとの理由で、行為基礎障害を理由とする割増請求も認められないとした。

他方で、価格拘束のある社会的住宅（費用をもとに一定の方法で算定された賃料のみを認められた住宅）については、異なる結論が示されている。すなわち、【45】BGH 第八民事部二〇一〇年三月二四日判決（NJW 2010, 1590）は、賃貸人が負担する美観修復費用分の割増金を第二計算令二八条四項が明示的に認めており、美観修復条

項が無効とされる結果、任意制定法としてこの規定が適用されるとの理由で、賃貸人の賃料増額請求権を認めた。もっとも、その後の裁判例[160]によれば、賃貸人は、賃借人の意思に反して条項無効を援用することができるわけではなく（信義則違反）、事前に条項の一部維持を申し込んだが、賃借人がこれに承諾しなかった場合に初めて、賃料増額請求が認められるとされている。

かくして、判例は、美観修復条項が無効とされた場合に、賃貸借法の枠内で賃料改訂を認めているだけであり、それ以上に、約款規制の効果論において、補充的契約解釈等による賃貸人の不利益軽減のための措置をとっていない。

三　検討

1　無効範囲の画定

美観修復条項の無効範囲に関する判例に対しては、学説上、異論が見られる。その一つは、無効範囲を判例よりも限定すべきである、とする見解である。[161]例えば、ウフマン[162]は、実施期間の定めが不相当とされる場合に美観修復条項全体が無効とされていることに対して、敷金の履行期の規定がBGB五五一条四項に基づき違法とされる場合に敷金支払義務を維持する判例[163]を挙げ、同じ履行期の規定に関する判例の不整合を指摘する。ウフマンの見解によれば、美観修復条項においても、義務転嫁それ自体と実施期間（履行期）とは、それぞれ独立の規律である。また、美観修復義務の維持が内容変更をもたらすという裁判例【27】の論旨は、敷金の事例にもあてはまるうえ、契約内容の変更は内容規制の効果に過ぎないとして、判例を批判している。[164]

他方において、判例よりも無効範囲を拡大する方向での異説も存在する。例えば、ランゲンベルク（Hans

Langenberg）[165]は、次のように述べて、代償条項や相対的終了時改装条項に関する判例に対して、疑義を示している。すなわち、彼の見るところ、実施期間の定めが不相当とされる場合等に美観修復条項の全部無効を命じる判例の基礎には、個々の規定が美観修復という統一的な対象を規律しており、その不相当性評価においては全体が過剰性の禁止に違反するか否かが決定的であるとの考慮、すなわち、累積効果の発想がある。具体的には、BGB 五三五条一項二文の指導形象から導かれる許容限界を超える場合には、賃借人に不相当な負担を課すものとされる。このような評価基準によるならば、代償条項や終了時改装条項についても、累積的な評価がされなければならないのではないか。ランゲンベルクは、このように判例を批判している。

無効範囲の画定に際して、まずは具体的な規制規範が何を一体的な評価対象として把握するかを画定しなければならない、という私見からは、ランゲンベルクの見解に親近感を覚える。というのは、この見解において、具体的な規制規範に注目して無効範囲を画定する理論が示されているからである。既述のように、そうではない場合があるものの、判例は多くの場合に、BGB 三〇七条二項一号に基づいて美観修復条項の不相当性を審査している。その審査基準は、ランゲンベルクが述べるように、BGB 五三五条一項二文を起点として、そこからの逸脱がどこまで許されるかというものである、と見ることができる。このような審査基準の下では、美観修復条項を一体的に評価する必要があり、全体として賃借人が過剰な負担を強いられていれば、全体として不相当なものと評価されることになる。[166]

これに対して、義務転嫁それ自体と履行期の定め等の区別を主張する見解には、次のような問題がある。すなわち、確かに、抽象的に見て、義務それ自体と履行期を区別することは可能である。しかしながら、その区別が区分された内容規制を要請するものであるかは、また別の問題である。美観修復の実施期間は、単に履行期を定めてい

るだけでなく、作業実施の頻度に関係するものである。したがって、実施期間の定めを含めて全体的な賃借人の義務の重さを量るという審査方法は、正当なものということができる。これに対して、BGB 五五一条四項により敷金の履行期が違法とされた例というのは、まさしく履行期の規定のみが評価対象とされたものといえる。このような規制規範の相違を考慮するならば、ウフマンの批判は当たっていない。

もっとも、規制規範に照らして規制対象を画定するという考え方に立つと、先に整理したドイツ判例における美観修復条項の規制規範を前提とする限り、美観修復条項は常に全体無効とされるべきものではない。というのは、BGB 三〇七条二項一号に基づかない規制も、行われているからである。既述のように、色調選択を制限する条項については、根拠規定としては端的に BGB 三〇七条一項に基づいて、賃借人の個人的生活領域の形成自由や賃貸人の再賃貸利益を考慮要因として、不相当性が審査されている。ここでの規制規範は、BGB 三〇七条二項一号に基づく過剰性審査と別ものであり、規制対象としては色調選択の規定のみを捉えるものと考えられる。

また、代償条項の無効が美観修復義務の転嫁条項を無効としないとされていることについては、次のように説明することができる。[167] すなわち、代償条項に対して一定の有効要件を課す旧判例については、代償条項に基づく金銭的負担が、賃借人の作業実施義務を金銭に換算したものではないことを、指摘することができる。旧判例は、賃貸人の依頼した業者による費用見積もりを基礎とすることを認めていた。そうすると、美観修復義務転嫁条項と代償条項とは、単純に足し算的に義務の過大さを評価すべきものではなく、別個にその適正さを評価されるべきものとなる。また、代償条項を一般的に無効とする新判例は、賃借人が費用負担を適切に評価しうるかを問題とするものであり、BGB 三〇七条二項一号に依拠したものではない。この規制規範も、代償条項だけに焦点を当てたものということができる。かくして、代償条項については、それを独立に評価対象とする規制規範が形成されていること

から、無効範囲が限定されている、といえる。

最後に、相対的終了時改装条項について無効範囲を限定する判例については、もとになる裁判例【42】の条項解釈に問題がある。同裁判例においては、契約期間中の美観修復条項における実施期間の定めが柔軟なものとされる一方で、終了時条項が固定期間を定めるものと解釈された。しかしながら、相対的終了時改装条項は、契約期間中に履行期の到来した修復義務について、最終的に終了時の履行を求めるものである。そうであれば、契約期間中の定めと異なる解釈をするのは不自然であり、全体として固定期間の定めはないものと解釈すべきであった。契約期間中の定めと異なる解釈がされないのであれば、相対的終了時改装条項のみが無効になるという事態は、問題にならない。

2　補充的契約解釈

以上の検討によると、代償条項が規制される場合等を除いて、全体として不相当と評価される美観修復条項は、効力維持的縮減の禁止原則に立つ限り、さしあたり全部無効とするのが正当ということになる。それでは、美観修復条項が全部無効とされた場合に、補充的契約解釈によって、不相当でない美観修復条項が補充されない、あるいは、賃料増額が認められない点については、どのように考えられるか。これまで検討してきた諸判例と比較すると、ここでの判例の処理は、次のように説明することができる。

まず、美観修復条項については、そもそも適合する任意制定法の規定が存在しない事例ではない。裁判例【44】が述べるように、BGB 五三五条一項二文が、依然として適正な規定と考えられているからである。確かに、判例は、同規定からの一定程度の逸脱を許容している。しかしながら、このことは、賃貸人の保存義務の原則性を否定

するものではない――BGH は、美観修復義務の対価性から、いずれの当事者がその義務を負担するかは完全に任意である、とは考えていない。――。この状況は、第四章で取り上げた変動利率制の問題などと、大きく異なる。

次に、担保目的表示や請求即払保証に関する裁判例あるいはガス供給契約における価格調整条項に関する裁判例と比較すると、美観修復条項が全部無効になったとしても、賃貸人の被る不利益は限定的であることを、指摘することができる。つまり、判例に従い、美観修復義務に一定の対価性が認められるとしても、その義務負担は、賃貸借における対価の全てではない。賃料は別に存在しており、賃貸人の契約利益は、その限りで確保されている。それゆえ、賃貸人が負う不利益の重大さという観点から、無効効果を緩和するために、補充的契約解釈の措置をとる必要がなかった、ということができる。美観修復条項に関する裁判例は、期待不可能性基準を掲げていないが、その処理には、ガス供給契約における値上げ無効確認請求についての裁判例との共通性を見出すことができる。

前章で取り上げた過大な不当利得返還義務という観点については、時効の面で一定の手当てがされていることを、指摘することができる。すなわち、判例[168]によれば、無効な条項に基づき美観修復作業を行った賃借人の不当利得返還請求権は、BGB 一九五条および一九九条[169]に基づく一般の時効ではなく――それによれば、債権者が請求権を基礎づける事情について知り、または重大な過失がなければ知っていたはずの年の終了から三年で時効にかかる。――、BGB 五四八条二項[170]の類推により、賃貸借関係終了後六カ月で時効にかかる。このことにより、美観修復条項が全体として無効とされた場合でも、賃貸人が過去の契約に遡って多大な不当利得返還に応じなければならない危険性は、軽減されている。

さらに、美観修復条項については、条項の有効性に対する信頼保護の要請が小さかったのではないか、と考えられる。というのは、判例は、裁判例【26】をはじめとして、既に一九八〇年代から、美観修復条項の有効性に一定

の限界があることを、示唆していたからである。それゆえ、約款使用者は、自己が使用する美観修復条項の有効性を、無批判に信頼してよい状況ではなかった。もっとも、前世紀の裁判例においては、実際には条項有効の判断がされていたことも考慮すれば、約款使用者の正当な信頼がおよそ認められないという状況ではなかった、といえよう。また、一部の判断準則について判例変更がされていることも、約款使用者の信頼保護の余地を残すものである。とはいえ、前述のように、約款使用者の不利益の重大性を考慮するならば、それらの信頼保護の要請だけでは、無効効果の緩和に至らなかった、といえる。

かくして、美観修復条項が全部無効とされる場面については、その他の判例の水準と対比して、補充的契約解釈が必要とされる場面ではなかった、ということができる。

第六章　ドイツ連邦通常裁判所のその他の裁判例

ここまで取り上げてきた諸問題の他に、約款条項が無効とされた場合に補充的契約解釈を認めたBGHの裁判例として、次のようなものが挙げられる。[171] それらの裁判例は、非典型契約に関するものなど、補充のための制定法規定がそもそも見いだされない事例に関するものとして、位置付けることができる。

第一に、在学契約における解約制限条項に関する裁判例を挙げることができる。【46】BGH第九民事部一九八五年二月二八日判決（NJW 1985, 2585）においては、寮制学校の在学・入寮契約における解約制限条項の効力が問われた。学校経営者と生徒の両親との間で締結された当該契約においては、毎学年末の解約告知が認められていたものの、入寮契約のみの解約は禁止され、また、寮側の責めに帰すことのできない事由により早期退寮した場合であっても、退寮翌月から一〇分の一の割引はあるものの、当該学年末までの寮費を支払わなければならない、とさ

れていた。当該生徒は、寮環境に適応することができず、一週間で退寮したため、年間寮費の支払いが問題となった。BGH は、AGBG 九条に基づき、この解約告知権の制限を無効とした。その際、いかなる基準によって契約相手方の不利益の有無を判断するかについて、BGH は、制定法上の規定を基準とすることを否定し[172]、BGB 二四二条および一五七条に基づく補充的契約解釈により、基準を定立した。それによれば、相当な試行期間を合意しておくことで、子の適応能力に関する予測を誤るリスクに対応することができるが、そのような契約上の定めがない場合には、補充的契約解釈により、契約の一年目においては、第一セメスターの終了時点で、親の側に通常解約告知権が認められる。このような在学・入寮契約の内容および本質上相当な規律を逸脱するとの理由で、解約告知権の制限は、AGBG 九条一項に反するものとされた。さらに、代替規律の問題についても、BGH は、制定法上の任意規定が欠如しているとし、契約の本質に基づいて（補充的契約解釈により）[173]、右のような解約告知ルールが妥当するとした[174]。この裁判例は、そもそも制定法規定が適合しない事例であり、AGBG 九条の審査における基準からして、解釈[175]によって定立されているのが特徴である。このような補充的契約解釈は、無効条項がなかった状態に戻すという点で、任意規定による補充と同質のものといえる[176][177]。

第二に、譲渡担保における過剰担保の解放条項[178]に関する判例も、解約制限条項に関する裁判例と同様の位置づけをすることができる。そこでは、包括債権譲渡担保や流動動産譲渡担保に関して、過剰担保が生じた際に担保を解放する旨の条項が存在しない場合あるいは不相当な解放条項が規定されている場合に、担保契約の効力が維持されるか、が問題となった。この問題について、現在の判例となる【47】BGH 民事大法廷一九九七年一一月二七日決定（BGHZ 137, 212）は、次のような処理をしている。すなわち、担保契約が解放条項を含まず、または（担保権者の裁量に依拠する）不相当な解放条項が定められている場合であっても、担保提供者には、過剰担保のときに、

担保権者の裁量に左右されない解放請求権が認められる。その理由として、判例は、これらの担保契約は信託の性質を有しており、そこから、契約終了前であっても、終局的に必要なくなった場合には、その限度で担保を返還する義務が担保権者に生じる、とする。この契約上の請求権を制限する約款条項は、AGBG 九条二項二号に基づき不相当とされる。この規制の効果は、担保契約の全部無効ではなく、無効な解放条項に代わり、相当な解放請求権が担保提供者に認められる。裁判例【47】は、この法律効果を、AGBG 六条二項に基づく任意規定の適用と同視している。[179] さらに、同裁判例は、過剰担保を確定するための限度、すなわち捕捉限度（Deckungsgrenze）が規定されていない、あるいは不相当な規定しかない担保契約においても、この限度を被担保債権の一一〇パーセントに定めることができる、とした。ここでも、担保契約の信託的性質から、契約目的と契約相手方の保護に値する利益を顧慮して、明示的な契約上の規律がなくとも、被覆限度を探求することができる、とされた。以上の処理を、裁判例【47】自体は、補充的契約解釈によるものと述べていない。しかしながら、他の裁判例[180]や学説[181]においては、同様の処理が補充的契約解釈によるものとして位置付けられている。いずれにせよ、この解放条項に関する判例においては、明示的に、そもそも条項が存在しなかった場合と不相当な条項が存在した場合とが、等しく処理されている。[182]

第三に、保険契約に関するいくつかの裁判例も、同様の傾向を有するものと考えられる。【48】BGH 第四ａ民事部一九八三年七月六日判決（BGHZ 88, 78）は、疾病日当保険契約に関して、保険者が毎保険年末に解約告知権を有する旨の条項を、継続的かつ無制限の保険保護という契約の性質からもたらされる本質的な権利を、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、無効とした（AGBG 九条二項二号）。そのうえで、無効な条項は、両当事者の利益を相当に顧慮する規律によって代替されるべきものとした。[183] 同じく疾病日当保険に関する【49】

BGH 第四民事部一九九二年一月二二日判決（BGHZ 117, 92）は、被保険者が年金受給権を得た場合に契約関係が終了する旨の条項を、契約目的に合致せず無効としたうえで（AGBG 九条二項二号）、補充的契約解釈により、被保険者が年金を受給した場合について、保険者の給付拒絶権・返還請求権を認めた。[184] 生命保険契約における契約締結費用の清算方式に関する条項[185]が問題とされた【50】BGH 第四民事部二〇〇五年一〇月一二日判決（BGHZ 164, 297）は、契約締結費用の清算について制定法規定がなく、[186] また不当条項の代替なき脱落（保険者のみによる費用負担）も不適切であるとし、補充的契約解釈により自ら清算方式を確定した。

第四に、リース契約に関する裁判例を挙げることができる。【51】BGH 第八民事部一九八一年一〇月二八日判決（BGHZ 82, 121）は、毎月のリース料の他に、解約時に契約期間に応じた一定額の支払いをユーザーに義務付ける条項を無効とした。そのうえで、ユーザーのためにリース業者に生じた費用をリース料だけで償還するのではないことで、両当事者は一致していたとして、ユーザーが解約した場合のリース料以外の負担について補充的契約解釈が必要であるとした。[187] また、【52】BGH 第八民事部一九八二年三月三一日判決（NJW 1982, 1747）は、裁判例【51】と同様の条項が無効とされた事例において、調達費用の九〇パーセントがリース料によって償還される前に契約が終了した場合のリスク分配について、原則として合意があるとし、補充的契約解釈によりその分配方法を確定する必要があるとした。

最後に、【53】BGH 第八民事部一九八四年二月二九日判決（NJW 1985, 53）は、自動機器設置契約において、決算間隔が設置者に委ねられる旨の条項を無効としたうえで、補充的契約解釈により、毎月決算の通常の合意が妥当するとした。

（未完）

(88) ここで問題となったのは、いわゆる特別契約（Sondervertrag）における価格調整条項である。ドイツにおけるエネルギー供給は、基本供給（Grundversorgung）と特別契約による供給とに分けられる。前者において、供給事業者は、一定の地域で、普通約款および普通価格に基づいて、家庭顧客（Haushaltskunde）に対して供給義務を負う（電気およびガスの供給に関する法律 EnWG 三六条一項）。その普通約款は、命令によって定められており（二〇〇六年まで AVBGasV、それ以降は GasGVV）、その中に供給事業者の価格改定権が規定されている（AVBGasV 四条一項二項、GasGVV 五条二項）。これらの規定は、法令の性質を有するものであり、BGB 三〇七条以下による内容規制には服さない。これに対して、特別契約は、EnWG三六条の枠組みによらない契約である。その中で使用された価格調整条項は、法令の性質を有しておらず、約款規制に服することになる。以上の点についての簡潔な説明として、Ulrich Büdenbender, NJW 2009, 3125 を参照。

(89) ドイツにおける価格調整条項規制（ガス供給契約に留まらない。）に関する先行研究として、石原全「価格変動条項論序説」関東学院一九巻四号（二〇一〇年）一頁以下、同「ドイツにおける価格変動条項の内容規制」関東学院二〇巻二号（二〇一〇年）一頁以下、中村肇「ドイツにおける価格変更条項について――BGH の判例の検討を中心に」松本還暦『民事法の現代的課題』商事法務（二〇一二年）六六九頁以下を参照。いずれも、効果論を主題とする本稿とは異なり、内容規制の要件論に主眼を置いたものである。

(90) ドイツにおける利率調整条項規制に関する先行研究として、中村肇「ドイツの銀行取引における利息調整条項について」円谷峻＝三林宏編著『新たな法規律と金融取引約款』成文堂（二〇一五年）五九頁（初出二〇一二年）、同・前掲註(89)六八三頁以下を参照。いずれも、要件論に焦点を合わせたものである。

(91) BGH 第八民事部二〇〇五年九月二一日判決（NJW-RR 2005, 1717）および BGH 第八民事部二〇〇六年一二月一三日判決（NJW 2007, 1054）を参照。いずれの裁判例も、液化ガス供給契約中の価格調整条項を無効としたものである。なお、後者の裁判例は、差止訴訟法に基づく団体訴訟において補充的契約解釈（個別契約の補充）は問題にならないとしている。

(92) このような条項解釈に際して、BGH は、顧客に不利な解釈を行っている。判例によれば、そのような解釈が条項無効をもたらす場合には、不明確準則（BGB三〇五ｃ条二項――後掲注(107)を参照。）の適用として、個別訴訟においても

顧客に不利な解釈がされる。BGH 第一一民事部一九九二年二月一一日判決（NJW 1992, 1097）、BGH 第一一民事部一九九四年五月一〇日判決（NJW 1994, 1798）などを参照。

(93) 普通料金表の改定と当該特別契約における価格改訂とがどのような関係になるかという点など、価格改訂の方法が不明確であるとの理由による。

(94) 裁判例【16】と同様、ガス会社は、契約上、二年の契約期間の後、三か月の告知期間をもって、解約することができた。

(95) 本文に挙げる裁判例【18】および【19】の他に、BGH 第八民事部二〇〇九年七月一五日判決（BGHZ 182, 59）――一か月の告知期間をもって、一八か月の最短契約期間または一二か月の延長期間の満了により、解約可能な契約の事案――、BGH 第八民事部二〇一〇年一月一三日判決（NJW-RR 2010, 1202）――三か月の告知期間をもって、二年の最短契約期間またはそのつど一年延長された契約期間の満了により、解約可能な契約の事案――、BGH 第八民事部二〇一一年二月九日判決（NJW 2011, 1342）――一か月の告知期間をもって解約可能な契約の事案――、BGH 第八民事部二〇一一年九月七日決定（ZMR 2012, 88）――三か月の告知期間をもって、そのつどの決算年の末に解約可能な契約の事案――を参照。

(96) さらに、BVerfG 第一部第二部会二〇一〇年九月七日決定（NJW 2011, 1339）において、BGH による補充的契約解釈の否定は、憲法上も疑義のないものとされた。

(97) 当該契約における解約ルールは、前掲注(95)二〇一〇年判決と同様であった。

(98) 当該契約における解約ルールは、一か月の告知期間をもって、六か月の最短契約期間またはそのつど一か月延長された契約期間の経過により、解約可能というものであった。

(99) さらに、裁判例【19】においては、補充的契約解釈が認められないと大量の不当利得返還請求により企業の存続を脅かすほどの損失が生じるとの主張もガス会社によってされたようだが、BGH は、事実審において十分な申述がされていないとの理由で、この点については判断していない。

(100) BGH 第八民事部二〇一二年三月一四日判決（ZMR 2012, 611）、前掲注(23)二〇一三年判決、BGH 第八民事部二〇一三年七月三一日判決（BGHZ 198, 111）、BGH 第八民事部二〇一四年一月一五日判決（NJW 2014, 1877）――電力供給契

約の事案――、BGH 第八民事部二〇一四年九月二四日判決（NJW 2014, 3639）――遠隔暖房供給契約の事案――、BGH 第八民事部二〇一五年四月一五日判決（BGHZ 205, 43）を参照。

(101) ドイツ民法典三〇五条　普通取引約款の契約への組入れ

(1) 略

(2) 普通取引約款は、約款使用者が契約締結に際して次の各号をともに充たし、かつ契約相手方がその約款の妥当に同意した場合にのみ、契約の構成要素となる。

1. その約款を契約相手方に対して明示的に指摘すること。または、明示的な指摘が契約締結の方法ゆえに極度の困難を伴ってのみ可能なときは、契約締結の場所における明白に視覚可能な掲示によって指摘すること。

2. 契約相手方が、約款使用者にとって認識可能な契約相手方の身体的障害も相当に顧慮する期待可能な方法で、その約款の内容を知ることができるようにすること。

(3) 略

(102) BGH 第八民事部二〇一四年一二月三日判決（NJW 2015, 1167）、前掲注(100)二〇一五年四月一五日判決を参照。

(103) 利率調整条項の規制規範に関する判例・学説については、Andreas Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 48), Teil 2 (65) Rn. 13ff. の整理を参照。

(104) ドイツ民法典三一五条　一方当事者による給付の確定

(1) 給付が契約当事者の一方によって確定されるものとされている場合において、疑わしいときは、その確定は、衡平な裁量により行われるべきものとする。

(2) 給付の確定は、相手方に対する表示によって行われる。

(3) 給付の確定が衡平な裁量によって行われるべき場合には、行われた確定は、それが衡平に合致するときに限り、相手方にとって拘束力を有する。行われた確定が衡平に合致しないときは、判決によって確定が行われる。確定が遅延するときも、また同じ。

(105) BGH 第一一民事部一九九〇年一二月四日判決（NJW 1991, 832）、同一九九二年四月一四日判決（BGHZ 118, 126）、同一九九三年一〇月一二日判決（NJW 1993, 3257）、同第九民事部二〇〇〇年四月六日判決（NJW 2000, 2580）などを参

照。

(106) ドイツ民法典三〇八条　評価の余地のある禁止条項

普通取引約款において、とりわけ次のものを無効とする。

4．（変更留保）

変更または逸脱の合意が約款使用者の利益を顧慮しても他方契約当事者にとって期待可能ではない場合に、約束された給付を変更しまたはそこから逸脱する約款使用者の権利の合意

(107) ドイツ民法典三〇五ｃ条　不意打ち条項および多義的な条項

(1) 略

(2) 普通取引約款の解釈における疑わしさは、約款使用者の負担とする。

(108) さらなる確定は、事実審に委ねられた。

(109) BGH 第一一民事部二〇一〇年一二月二一日判決（NJW-RR 2011, 625）も、同様の判断を下している。

(110) 注(28)を参照。

(111) 後掲の文献の他にこのような理解を示すものとして、Friedrich Graf von Westphalen, Preisanpassungsklauseln, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Stand 2013, Rn. 67

(112) Stefan Thomas, AcP (209), 84, 124ff.; Katharina Uffmann, NJW 2011, 1313, 1314; Schmidt in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 48), § 306 Rn. 37a

(113) Uffmann, a. a. O., (Anm. 112), 1315f.; ders., NJW 2012, 2225, 2228

(114) Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm.78), § 306 Rn. 13a

(115) Friedrich Graf von Westphalen, NJW 2010, 2254, 2257; Uffmann, a. a. O., (Anm. 112), 1314

(116) Friedrich Graf von Westphalen, NJW 2011, 2098, 2099; Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 78), § 306 Rn. 14

(117) Uffmann, a. a. O., (Anm. 113), 2226f. これに対して、Thomas Höch/Feh Kalwa, Gaslieferverträge, in: Graf von Westphalen, a. a. O., (Anm. 111), Stand 2012, Rn. 93 は、顧客に無制限の異議を認めれば、著しい給付の不均衡が生じうること、顧客は事業者を無効に気付かせる義務を負うことになるわけではないことなどを理由に、この批判に不支持を表明

している。

(118) ところで、契約全部無効を定めるBGB三〇六条三項の期待不可能性についても、解約告知の可能性や契約期間の長さがその考慮要素となることが説かれている（Schmidt in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 48), § 306 Rn. 44, 47; Lindacher/Hau in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 49), § 306 Rn. 63)。ガス供給契約における判例の処理は、この見解とも通じるところがある。

(119) 拙稿・前掲注(22)・(一) 一二三頁以下を参照。

(120) BGH 第七民事部一九八五年五月二〇日判決（BGHZ 94, 355）

(121) BGH 第八民事部一九八九年七月一二日判決（NJW 1990, 115）

(122) 「価格調整それ自体は正当であり、この点についての当事者の規律関心を補充的契約解釈によって実現すべきである」というのが、判例を批判する学説の基本的評価といえる。例えば、Uffmann, a. a. O., (Anm. 113), 2229 は、価格調整の ob は条項の正当な核心部分であり、条項が破棄されたのは単に wie の問題によるものに過ぎず、このような場合に、条項の代替なき脱落は、不相当な結論をもたらすとする。

(123) むろん、効力維持的縮減の禁止自体を問題にするのであれば、このような区別を正当化することは可能であると考えられる。現に、判例を批判する論者の中には、効力維持的縮減の禁止を批判するものが含まれている。Uffmann, a. a. O., (Anm. 112), 1316f.; Uffmann, a. a. O., (Anm. 113), 2229f. を参照。

(124) 当初価格の拘束力が原則性を有するかを判断する際に契約期間の長短が意味を持ちうることは、時価条項の問題に関しても、拙稿・前掲注(22)・(二) 五八頁以下において指摘したところである。

(125) 時価条項事例の紛争形態は、もっぱら買主による不当利得返還請求であった。第二時価条項判決がまさにそのような請求にかかる事案であり（拙稿・前掲注(22)・(二) 二八頁以下を参照。）、また、同判決以前に登場した多数の下級審裁判例も同様であった（拙稿・前掲注(22)・(一) 一二三頁以下を参照。）。しかしながら、時価条項事例において、ガス供給契約の事例に見られるような履行の前後を分けた判断（不当利得返還請求の制限に特化した判断）は、困難であっただろう。というのは、売主が契約から離脱する可能性を有していた事案ではなく、また、人気車種について買主が何年も順番待ちを強いられていたという事実関係であり、当初価格に不満のある売主に契約離脱の可能性を認める補充的契約解釈

は、事態に適合するものとはいえなかったからである。

(126) 拙稿・前掲注(22)・(二)三〇頁を参照。

(127) ドイツ民法典五三五条　使用賃貸借契約の内容と主たる義務

(1) 使用賃貸借契約によって、賃貸人は、賃借人に賃借物を賃貸借期間の間使用させる義務を負う。賃貸人は、賃借物を、賃借人に契約で定められた使用に適した状態で委ね、賃貸借期間中この状態で保存しなければならない。賃貸人は、賃借物から生じる負担を負わなければならない。

(2) 賃借人は、賃貸人に対して合意された賃料を支払う義務を負う。

(128) さらに、BGB 五三八条も、次のように定めている。

ドイツ民法典五三八条　契約適合的な使用による賃借物の損耗

契約適合的な使用によって生じた賃借物の変更または劣化について、賃借人は責めを負わない。

(129) 他に、賃貸人の瑕疵担保責任との関係も問題となる。BGB 五三六条四項によれば、住宅の使用賃貸借関係において、瑕疵担保責任に関する同条の規律を、賃借人の不利に逸脱する合意は、無効とされる。この点、判例は、「修復対象が、通常、賃借物の使用可能性を左右しない」との理由で、美観修復条項はこの規定に反するものではないとしている。BGH 第八民事部一九九二年五月六日判決（BGHZ 118, 194）を参照。

(130) 丸山絵美子『中途解除と契約の内容規制』有斐閣（二〇一五年）四〇三頁以下（初出二〇一三年）は、主として価格論拠の観点から、ドイツにおける美観修復条項の規制に関する法状況を検討している。

(131) 合意がなくとも任意規定に優先して妥当する慣習という意味ではない。この点については、Hans Langenberg, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht (12. Auflage, 2015), § 538 Rn. 112 を参照。

(132) 社会的住宅（Sozialwohnung）における費用賃料（Kostenmiete）を算定するための規定である。

第二計算令二八条　保存費用（一九八四年八月一日～一九八八年六月三〇日）

(4) （前略）賃貸人がこの美観修復を負担する場合には、年間・居住面積平方メートルあたり最高で八・三〇ドイツマルクを見積もることができる。この基準額は、大部分に壁紙が貼られていない住宅について、〇・八〇ドイツマルクだけ引き下げられる。基準額は、暖房器つき住宅につき〇・六五ドイツマルク、大部分に二重窓または結合窓を備えている

住宅につき〇・七〇ドイツマルクだけ、引き上げられる。美観修復は、壁紙張り、壁および天井の塗装または漆喰塗、床、暖房用パイプを含む暖房器、内部扉ならびに窓および外部扉の内側の塗装だけを含む。

(133) モデル使用賃貸借契約一九七六（BAnz. Nr. 22 vom 3.2.1976, Beil. 2/76）

七条　美観修復

(2) 美観修復には次のことが含まれる：

壁紙張り、壁および天井の塗装または漆喰塗、床、暖房用パイプを含む暖房器、内部扉ならびに窓および外部扉の内側の塗装。

七条脚注

1) 一般に、賃貸住宅における美観修復は、以下の時間間隔で必要となる。

台所、浴室、シャワー　三年ごと

居室、寝室、玄関、トイレ　五年ごと

その他の部屋　七年ごと

(134) このことの背景として、二〇〇二年の民事訴訟法改正によって賃貸借事件の上告可能性が広がったこと、また、二〇〇一年の賃貸借法改正に際して美観修復条項の問題が立法化されなかったことが指摘されている。Dietrich Beyer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Schönheitsreparaturklauseln, in: Klauseln zum Mietvertrag im Licht der Rechtsprechung (2006), 3, 4f. を参照。

(135) その他、固定期間の定めを理由に美観修復条項を無効とした裁判例として、BGH 第八民事部二〇〇四年九月二二日判決（NJW 2004, 3775）、BGH 第八民事部二〇〇六年四月五日判決（NJW 2006, 1728）、BGH 第八民事部二〇〇六年四月五日判決（NJW 2006, 2113）、後掲裁判例【33】、BGH 第八民事部二〇〇九年一月一四日判決（NJW 2009, 1075）などがある。これに対して、期間の定めを柔軟なものあるいは拘束力のないものと解釈し、条項を有効とした裁判例として、BGH 第八民事部二〇〇四年一〇月二〇日判決（NJW 2005, 425）、BGH 第八民事部二〇〇五年二月一六日判決（NJW 2005, 1188）、BGH 第八民事部二〇〇五年三月九日判決（NJW 2005, 1426）、BGH 第八民事部二〇〇五年七月一三日判決（NJW 2005, 3416）、BGH 第八民事部二〇〇八年一〇月二二日判決（NJW 2009, 62）などがある。

(136) 学説には、柔軟な期間だからといって直ちに有効とされるべきではなく、柔軟であっても短すぎる期間は不相当である、とする見解も存在する。というのは、そのような期間の定めは、賃貸人に、通常の基準によれば必要のない改装作業を請求する手段を与え、賃借人に改装が必要ないことの証明負担を課すからである。Hans Langenberg, „Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau", 4. Auflage (2011), 62f.; Helmut Heinrichs, NZM 2005, 201, 207 を参照。

(137) その他の裁判例として、BGH 第八民事部二〇〇九年二月一八日判決（NJW-RR, 2009, 656）、BGH 第八民事部二〇〇九年九月二三日判決（NJW 2009, 3716）、BGH 第八民事部二〇〇九年一二月一六日決定（WuM 2010, 184）、BGH 第八民事部二〇一〇年一月二〇日判決（NJW-RR 2010, 666）などを参照。

(138) その他の裁判例として、BGH 第八民事部二〇一〇年一月一三日判決（NJW 2010, 674）、BGH 第八民事部二〇一〇年二月一〇日判決（WuM 2010, 231）などがある。前者の裁判例によれば、少なくとも相当な補償規律がない場合には、条項が無効とされる。

(139) 後掲裁判例【40】も同様の判断をしている。

(140) 絶対的・相対的の区別については、Langenberg, a. a. O., (Anm. 136), 83ff. を参照。

(141) 絶対的終了時改装条項に関する他の裁判例として、後掲裁判例【41】、BGH 第八民事部二〇〇三年六月二五日判決（NJW 2003, 3192）、BGH 第八民事部二〇〇六年四月五日判決（WuM 2006, 310）、BGH 第八民事部二〇〇七年九月一二日判決（NJW 2007, 3776）などを参照。

(142) 相対的終了時改装条項に関する他の裁判例として、後掲裁判例【42】を参照。

(143) 裁判例【35】においては、他に、ラッカーの塗られた木材部分について契約開始時と同じ色調で返還すべき旨の条項が、問題とされた。BGH は、ラッカー塗の部分については色調の回復が困難であるとの理由で、賃借人の形成自由の広範な制限を是とした。

(144) 当該事案で問題となったのは、次のように書かれた条項である。

「賃貸借関係が美観修復実施義務の発生前に終了する場合には、賃借人は、美観修復費用の負担割合を、賃貸人によって選ばれた塗装業者の費用見積もりに基づいて、賃貸人に、以下の基準で支払わなければならない。すなわち、水回りについて、賃貸借期間中の最終の美観修復が一年より前のことである場合には、賃借人が三三パーセントを支払い、二年よ

り前のことである場合には、六六パーセントを支払う。その他の部屋について、賃貸借期間中の最終の美観修復が一年より前のことである場合には、賃借人は、この費用見積もりに基づく費用の二〇パーセントを賃貸人に支払い、二年よりも前である場合には四〇パーセントを、三年より前である場合には六〇パーセントを、四年より前である場合には八〇パーセントを支払う。」

(145) 他に BGH 第八民事部二〇〇七年三月七日判決（WuM 2007, 260）を参照。

(146) BGH 第八民事部二〇〇七年九月二六日判決（NJW 2007, 3632）、BGH 第八民事部二〇〇八年三月五日判決（NJW 2008, 1438）を参照。

(147) 先に BGH 第八民事部二〇一四年一月二二日決定（WuM 2014, 135）も、同様の考慮から代償条項に対する原則的な疑義を述べている。

(148) 美観修復条項における価格論拠に対しては、丸山・前掲注(130)においても述べられているように、学説において批判が存在する。その批判的見解を展開した代表的論者として、ゾネンシャイン（Jürgen Sonnenschein）を挙げることができる（Jürgen Sonnenschein, NJW 1980, 1713 ; ders., JZ 1985, 430 ; ders., JZ 1988, 100 ; ders., JZ 1989, 196 を参照°）。ゾネンシャインは、美観修復義務の分だけ実際に賃料が引き下げられているならば、美観修復条項の不相当性を否定することができるが、市場経済において価格は第一次的に需要と供給の関係によって決定されるところ、賃料（価格）と美観修復（費用）とを事後的に関連付けることは、事実上困難であるとする（同様の批判として、Volker Emmerich, Dauerthema Schönheitsreparaturen, in : FS für Johannes Bärmann und Hermann Weitnauer (1990), 240f. ; ders., JuS 1986, 16, 17 も参照°）。

このような価格論拠の証明不可能性という批判は、美観修復条項の問題に限って見られるものではない。むしろ、責任制限条項ないし免責条項を典型として論じられる価格論拠一般に対する有力な批判の一つである。この批判は、既に一九六〇年代にクリーゲ（Helmut Kliege）によって、経済学的分析を交えて詳細に論じられている（Helmut Kliege, „Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Wirtschaftswissenschaftlicher Analyse", 1966, 48ff.）。クリーゲは、価格と販売量の関係・リスク負担に伴う費用と製造量の関係・企業の行為態様（利益最大化または費用の充足）などについて複数のモデルを設定して、免責条項が価格引き下げをもたらすか否かを検証し、その可能性を肯定するが、約

款が価格に与える影響には様々なものがありえることから、実際の影響を確実に探究することは、実際上困難であるとした。そのうえ、約款の影響は、その他の要素によって隠蔽されているので、免責条項と価格引き下げの間の因果関係を証明することはできず、例外的に、開かれた料金選択が存在し、両者の因果関係が明らかである場合にのみ、価格論拠が認められるとした。このようなクリーゲの分析については、既に広瀬久和「約款規制への一視点（上）・（中）――対価との関連性」ジュリスト八二八号九五頁、八三一号八〇頁（一九八五年）が、補足を交えて紹介しているところである。

このような価格論拠に対する批判を考慮すると、美観修復条項の規制において賃借人の負担能力が問題とされていることは、改めて無視しえない重大な事柄であると考えられる。つまり、価格論拠が根拠の薄いものであるとしても――したがって、美観修復条項が対価性を有しない典型的な付随的条項またはそれに近いものであるとしても――、負担能力を考慮したうえで美観修復の負担を賃借人に配分することは、直ちに不相当とまでいえない可能性がある。

(149) 前掲注(135) BGH 第八民事部二〇〇四年九月二二日判決も同旨。

(150) 前掲注(138) BGH 第八民事部二〇一〇年一月一三日判決も同旨。

(151) 野田・前掲注(70)八七頁は、この効果を「増幅作用」と呼ぶ。

(152) さらに、BGH 第八民事部二〇〇六年四月五日判決（NJW 2006, 2116）は、それ自体としては固定期間を定めたものでない契約期間中の美観修復条項を、個別合意とされた退去時の改装規定との累積効果を理由に、無効としている。

(153) 裁判例【34】も参照。

(154) 他の裁判例として、BGH 第八民事部二〇〇八年一一月一八日決定（WuM 2009, 36）がある。

(155) 以上のような判例法理の基礎には、美観修復条項を本体部分と補充部分とに分ける発想があるものと考えられる（Langenberg, a. a. O.(Anm. 136), 92f. を参照°）。すなわち、代償条項については、直近に述べたように、判例が明示的に、補充的な規律であるとしている。また、相対的終了時改装条項について独立した履行期の規定であるとするのも、美観修復義務そのものに関する規定ではないという趣旨に、解することができる。これに対して、絶対的終了時改装条項については、賃借人の修復義務そのものを規律する条項であるから、美観修復条項の本体部分となる。さらに、実施期間・実施方法・実施範囲の定めも、賃借人に課される実施義務の内容を具体化するものであることから、義務の転嫁それ自体と一体的に扱われる。BGH は、このような形で美観修復条項の内容を整序し、無効範囲に反映させているものと窺われ

る。

(156) 裁判例【32】も、改装されていないまたは改装を要する状態で住宅が引き渡された場合に美観修復条項が無効とされた事案について、裁判例【43】を参照し、信頼保護の観点から条項を有効とすることを否定している。

(157) 当該事案においては、固定期間の定めを理由に、契約期間中の美観修復条項が無効とされた。

(158) 裁判例【44】に同旨の裁判例として、BGH 第八民事部二〇〇八年七月九日判決（WuM 2008, 487）、BGH 第八民事部二〇〇九年二月一一日判決（NJW 2009, 1410）がある。

(159) ドイツ民法典五五八条　地域に通常の比較賃料までの賃料増額

(1) 賃貸人は、増額が生じるべき時点において賃料が一五か月間変更されていない場合に、地域に通常の比較賃料までの賃料増額への同意を、請求することができる。賃料増額請求は、最も早い場合で、最終の賃料増額の一年後から行うことができる。五五九条ないし五六〇条による増額は、顧慮されない。

(2) 地域に通常の比較賃料は、その市町村または比較可能な市町村において比較可能な種類、規模、設備、性状および場所の住宅について過去四年間に合意されまたは変更された通常の対価から構成される。法律によってまたは援助約束との関係で賃料額が拘束されている住宅は、除かれる。

(3)〜(6) 略

(160) BGH 第八民事部二〇一〇年八月三一日決定（WuM 2010, 750）

(161) 本文に紹介したウフマンの見解の他に、判例の処理を批判するモノグラフィとして、Malte Schulz, „Geltungserhaltende Reduktion formularvertraglicher Schönheitsreparaturklauseln", 2012 を挙げることができる。同書は、①美観修復条項の全部無効が不衡平な結果をもたらすこと、②賃貸人が条項の使用に際して悪意でないこと、③条項が無効部分の削除によって有効な残部に還元されうること、④条項の残部が文言的かつ内容的に意味のある規律をなさない限りにおいて、文言の変更または補充によって意味のある規律が形成されうることを要件に、不相当とされた美観修復条項の効力維持的縮減が認められるべきであるとする。また、その際に、縮減された規律は、⑤従来意図された規律にできる限り近くなければならず、⑥異なる規律対象を有し、または完全に従来の規律を逸脱してはならず、かつ⑦両当事者にとって相当な解決でなければならないとする（S. 133ff.）。この見解は、効力維持的縮減を一定の要件のもとで例外的に許容しようとする

立場（Canaris, a. a. O., (Anm. 28) を基にしたものである（S. 111f., 132)。

このような見解に対しては、効力維持的縮減の是非に関する態度決定にかかわらず、無効範囲の画定に関して、次の問題点が指摘されなければならない。すなわち、この見解は、賃貸人が悪意であった場合など、条項全部無効が少なくとも理論的にありうることを認めているが、その全部無効の範囲を決めるための基準を明らかにしていない。例えば、悪意で不相当な代償条項が使用された場合、美観修復条項の本体まで無効範囲に含まれるのか。このような疑問が生じるのは、この見解が、前記③要件において顕著なように、効力維持的縮減と条項画定の問題の区分を意識していないからである。

(162) Uffmann, a. a. O., (Anm. 25), 165ff.

(163) BGH 第八民事部二〇〇三年六月二五日判決（NJW 2003, 2899）等を参照。

(164) 判例に対して同様の疑義を呈するものとして、MüKoBGB/Martin Häublein (6. Auflage, 2012), § 535 Rn. 122 などがあるほか、Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 78), § 306 Rn. 20 ; Schmidt, in : Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 48), § 306 Rn. 12 Fn. 69 なども、裁判例【27】を不当としている。

(165) Langenberg, a. a. O., (Anm. 136), 88ff., 93.

(166) 野田・前掲注(70)八八頁は、「増幅作用」（累積効果）の問題を、「約款中のある条項がそれ自体では許容される内容である場合に、別の条項が共働作用することによって契約相手方の不利益を増幅させ、結果として不当性を帯びることがありうるのか」と定式化している。ここでは、複数の条項の総計が問題とされている。これに対して、「条項」という語を個別に不当性評価の対象となるものに割り当てるならば、累積効果の問題は、単数の規制対象＝条項の画定の問題に他ならない。

(167) 既述のように、判例は、代償条項の補充的な性質を理由に、代償条項のみを無効としている。しかしながら、規制規範が何を個別に規制対象として把握するかを画定基準とするならば、この理由だけでは、美観修復条項本体の維持を正当化することができない。美観修復の作業実施義務と代償条項とが別個の評価対象となるかどうかという点が、決定的である。

(168) BGH 第八民事部二〇一一年五月四日判決（NJW 2011, 1866）、同二〇一二年六月二〇日判決（NJW 2012, 3031）を参照。

(169) ドイツ民法典一九五条　一般時効期間
一般の時効期間は、三年とする。
ドイツ民法典一九九条　一般時効期間の始期および最長時効期間
(1)　一般時効期間は、異なる時効の始期が定められているのでない限りにおいて、次の各号を充たす年の終了とともに、進行を開始する。
1．請求権が発生しており、かつ
2．債権者が、その請求権を基礎づける事情および債務者を知り、または重大な過失がなければ知らなかったはずの年

(170) ドイツ民法典五四八条　賠償請求権および収去権の時効
(1)　略
(2)　賃借人の費用賠償請求権または設備の収去許可請求権は、使用賃貸借関係の終了後六月で時効にかかる。

(171) 以下では、主要なコンメンタール――Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 48), § 306; Lindacher/Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 49), § 306; Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 78), § 306――において参照されている裁判例の中で、注目すべきと思われるものを取り上げる。したがって、ここでの紹介は、ドイツ裁判例の網羅的な整理を企図したものではなく、また、筆者の問題関心に基づく一定の選別を得たものである。

(172) BGB 六二一条三項を基準とすることは、期間の定めのある契約であることを理由に否定された（BGB 六二〇条二項を参照。）。また、通信教育受講者保護法および職業教育法の援用も否定された。この点については、BGH 第九民事部一九八四年三月八日判決（BGHZ 90, 280）も参照。

(173) ここで、BGH は、条項無効の場合の補充的契約解釈に関するリーディングケースである第二時価条項判決（第一章一2を参照。）などを参照している。

(174) 同様の判断は、ダンス・ミュージカル専門学校の在学契約における解約告知権の制限が問題となった BGH 第八民事部一九九二年一一月四日判決（BGHZ 120, 108）においても繰り返された。同裁判例においては、二年の就学期間のうち最初の三か月のみ契約解除が可能とする旨の条項が問題とされた。BGH は、契約の性質上、役務の受け手側に通常解約

告知権が認められるとし、告知権の制限として条項の相当性を問うた。結論として、三か月の試行期間後二一か月の告知権排除は不相当・全部無効とされ、補充的契約解釈によって、告知権の行使時期の規律が補充されるべきものとされた。もっとも、本件では、契約相手方（被告）が実際に行った第一学年末での解約告知が認められるかのみが問題とされ（肯定）、より一般的な代替規律は確定されなかった。

(175) ただし、当該契約の個別事情に依拠した補充的契約解釈ではなく、在学契約の本質から導かれる類型的な規律形成が行われたものといえる。

(176) Canaris, a. a. O.,(Anm. 28), 555f. は、このような補充的契約解釈の典型例として、裁判例【46】を挙げている。

(177) ところで、近時のドイツ学説においては、裁判例【46】や前掲注(174)一九九二年判決における補充的契約解釈を、不相当性評価基準の厳格さとの関係で正当化する見解が見られる（Peter Schlosser, IPRax 2012, 507, 511f.）。この見解は、裁判例【46】について、問題の告知権制限条項を「濫用的」とまでいうことはできず、判決自体も信義則違反の存在を指摘するのみであり、このことが補充的契約解釈を正当化するとしている。しかしながら、同判決は、「原告の約款は、在学契約と入寮契約の内容および本質によれば相当な規律を著しく逸脱する」（傍点、筆者）としており、また、一九九二年判決も、約款使用者が濫用的に契約相手方の負担で自己の利益を実現しようとする場合という基準の下で、条項の不相当性を審査している。ゆえに、裁判例そのものの論理としては、濫用性の有無による補充的契約解釈の可否の区別は、導かれないといえる。

(178) この問題に関するドイツの法状況については、野田和裕「過剰担保の規制と担保解放請求権（一）・（二・完）――ドイツ法の分析を中心に――」民商一一四巻二号二六頁、三号四三頁（一九九六年）、同「過剰担保の規制と担保解放請求権」私法六一号一七四頁（一九九九年）、インゴ・ゼンガー（野田和裕訳）「包括的担保における不確実性は解決したか？」龍法三四巻一号一二五頁（二〇〇一年）を参照。

(179) 裁判例【47】は、ここで次のように述べている。すなわち、「……この行き過ぎた条項に代えて、当該契約について決定的な制定法が妥当する。まさにこの法律効果が、本件においても実現される。……解放請求権の顧慮は、無効な条項がなければ存在したであろう法律状態を作出する。」と。

(180) BGH 第一一民事部一九九六年一月二三日決定（NJW 1996, 1213）、同一九九六年五月一四日判決（BGHZ 133, 25）、

BGH 第九民事部一九九六年七月一一日決定（NJW 1996, 2786）、同一九九六年七月一一日決定（NJW 1996, 2790）

（181） Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 48), § 306 Rn. 11a; Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 78), § 306 Rn. 12

（182） BGH 第七民事部二〇一五年三月二六日判決（BGHZ 204, 346）は、建築請負契約に付随する瑕疵担保保証の解放条項が無効とされた事案において、裁判例【47】を参照したうえで、補充的契約解釈により、注文者は、通常、合意された期間の経過後、この時点で実現可能な瑕疵担保請求権が存在しない限りにおいて、保証を解放しなければならないとした。

（183） 具体的にどのような代替規律が妥当するかは、述べられていない。

（184） 補充的契約解釈の前提として、裁判例【49】は、保険契約法においては任意制定法が提供されていないのが典型的であるとしている。

（185） 当該条項は、透明性の要請に反するものとして無効とされた。

（186） 契約締結費用の清算についての任意規定の不存在を指摘する学説として、Manfred Wandt, „Ersetzung unwirksamer AVB der Lebensversicherung im Treuhänderverfahren gemäß § 172 VVG", 2001, 13ff.; ders., VersR 2001, 1449, 1457f. も参照。これに対して、Wolfgang B. Schünemann, Rechtsgutachten zu den tatbestandlichen Voraussetzungen, dem Inhalt und den Rechtsfolgen des § 172 Abs. 2 VVG (einseitiges Klauselersetzungsverfahren unter Treuhändervorbehalt), in: Michael Bäuerle/Wolfgang B. Schünemann, „Ersetzung unwirksamer Klauseln in der kapitalbildenden Lebensversicherung aus verfassungs- und zivilrechtlicher Sicht", 2002, 63, 108f. は、「有効な転嫁合意がなければ、費用が発生した者がその費用を負担する」との一般契約法上の原則が妥当し、そもそも契約締結費用の控除が認められないとする。

（187） ただし、具体的な補充方法は示していない。