



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（三・完）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2018, 67(5), p. 77-111
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87045
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（三・完）

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 億格調整条項および利率調整条項
第五章 美觀修復条項
第六章 ドイツ連邦通常裁判所のその他の裁判例（以上、本誌六七巻一号）
第七章 ドイツ連邦労働裁判所の裁判例
一 本章の概要
二 裁判例の展開
三 検討
- 第八章 結論
一 ドイツ法のまとめ
二 日本法への示唆（以上、本号）

第七章 ドイツ連邦労働裁判所の裁判例

一 本章の概要

AGBGは労働契約を適用範囲から除外していたが（二二三条一項）、11002年の債務法現代化に伴い、労働契約についても、労働法の特殊性を顧慮したうえで、約款規制が適用されるようになった（BGB 111〇条四項⁽¹⁸⁸⁾二文）。それゆえ、その後においては、ドイツ連邦労働裁判所（以下、「BAG」と表記する。）においても、約款の内容規制に関する裁判例が登場している。本章においては、内容規制の効果論に関するBAGの裁判例を見ていく。労働契約に関する裁判例については、債務法現代化前の契約についてのものと――1100一年以前に成立していた労働契約に対しても、11003年一月一日以降は新法が適用される（民法典施行法 EGBGB 111九条⁽¹⁸⁹⁾§五）。――、その後の契約についてのものがある。前者については、法改正に関する特別な考慮が必要であるところ、稿を改めて扱うこととし、本稿においては後者のみを検討の対象とする。

二 裁判例の展開

1 職業教育費用の返還条項に関する裁判例

労働契約に関する最上級審裁判例としては、まず、職業教育費用の返還条項に関するものが、一群を成している。そこでは、仕事上必要な知識や技能を習得するために被用者が受ける教育の費用を使用者が支出したが、教育終了後、所定の期間を経ずに労働関係が終了した場合に、被用者は当該費用を返還しなければならない旨の条項の効力が、問題とされた。

このような条項が無効とされた場合について、多くのBAG裁判例は、補充的契約解釈によつて被用者に返還義務を課すことを否定している。⁽¹⁹¹⁾いくつかの裁判例は、期待不可能性基準のもとで、補充的契約解釈を不要なものとしている。例えば、【54】BAG第九部二〇〇七年一月二三日判決（NZA 2007, 748）においては、次のような条項が問題とされた。すなわち、使用者は、貸し付けたものとして被用者の教育費用を支弁し、被用者は、教育終了後、一月勤務する」とに貸付総額の三六分の一を免除されるものとするが、早期に労働関係が終了した場合には、被用者が残額を返還する義務を負う、という旨の条項である。使用者である反訴原告Yは、この条項に基づいて被用者・反訴被告Xに対して、貸付金の返還を請求した。BAGは、」」のような返還条項を、使用者によつて労働関係の終了が惹起された場合にも返還義務を課すものであり、それによつて被用者は不相当な不利益を被る、との理由で無効とした（BGB三〇七条一項一文）。そのうえで、補充的契約解釈によつて有効な返還規律をもたらすことも否定された。補充的契約解釈は、契約への拘束が約款使用者にとってBGB三〇六条三項にいう期待不可能な過酷さを意味する場合にのみ問題となるが、使用された条項の無効は、そのような極端な均衡障害をもたらさない、とされた。⁽¹⁹²⁾

他方で、期待不可能性基準に立ち入ることなく、「少なくとも」という必要条件の形ではあるが、「無効条項の代替なき削除が相当な解決を提供するか」という第二時価条項判決以来の定式のもとで、補充的契約解釈の可否を判断している裁判例も存在する。⁽¹⁹³⁾もつとも、これらの裁判例においても、結論的には、補充的契約解釈が否定されている。これらの裁判例が、期待不可能性基準よりも緩やかな基準を支持する趣旨であるとまではいえないだろう。いずれの基準によるかにかかわりなく、職業教育費用の返還条項に関するBAG裁判例においては、約款使用者の信頼保護に焦点を合わせて補充的契約解釈の可否を判断しているものが、多く見られる。例えば、【55】BAG第

三部10-1年一二月一三日判決 (NZA 2012, 738)⁽¹⁴⁾ は、被用者の解約告知によつて労働関係が終了した場合に例外なく返還義務を負わせる条項が無効とされた事案において、次のように述べ、補充的契約解釈の要件が充たされないとした。すなわち、当該使用者は、条項の維持について保護に値する利益を有していない。二〇〇六年一月末の条項の使用時点で、その原因を使用者の責任領域に帰せしめることができる終了事実に返還義務を結びつける返還条項が無効であることは、既に知られていた、と述べた。条項無効が明らかであつた根拠として、裁判例【55】は、一九九八年のBAG裁判例を挙げている⁽¹⁵⁾。これに対して、【56】BAG第九部二〇一四年三月一八日判決 (NZA 2014, 957) からは、信頼保護の異なる基準点が窺われる。すなわち、同裁判例は、同様に労働関係の終了事由を細分化していない返還条項が無効とされた事案において、このような条項の無効は、従来から判例において承認されており、二〇〇八年一一月の契約締結に際して、条項の有効性に対する約款使用者の保護に値する信頼は、存在しえなかつた、と指摘したが、その際に、二〇〇六年および二〇〇四年の諸判決を参照している。

このまで紹介してきた補充的契約解釈を否定する裁判例に対し、一定の場合に補充的契約解釈が認められるとするものとして、【57】BAG第三部一〇〇九年一月一四日判決 (BAGE 129, 121) が注目される。同裁判例においては、教育終了後、一月勤務する旨に返還総額の六〇分の一が免除される旨の規定を伴う返還条項が、五年という長期の拘束期間を生じさせることを理由に無効とされた (BGB三〇七条一項一文)。債務法現代化前からの判例によれば、返還義務によつて被用者を拘束することができる期間の上限は、教育期間に応じて、原則として定型的に決まつており、当該事案で問題となつた教育期間は三か月に相当するといふ、これに対応する拘束期間は一年までしか許容されなかつた。⁽¹⁶⁾ もつとも、この定型的な基準は、例えば、教育が被用者に非常に大きな利益をもたらし、または、使用者が極めて著しい支出をした場合に、個別的な逸脱を許すものとされていた。BAG第三部は、この

ここから、補充的契約解釈によって、許容される拘束期間を伴う条項を維持する余地があると指摘する。すなわち、個別事情が考慮される場合には、使用者としては、いかなる拘束期間が相当であるか、常に予見することができるわけではない。この予測リスクが個別事例において実現した場合には、その限りにおいて、教育費用を負担しなければならず、かつ、被用者を相当に拘束することができないことは、使用者にとって期待不可能な過酷さである、とする。もつとも、当該事案においては、このような個別事情が問題とならないことから、補充的契約解釈は否定された。⁽¹⁸⁾

2 その他の裁判例

その他の単発的な裁判例として、【58】BAG 第八部二〇〇八年一二月一八日判決 (NZA-RR 2009, 519) では、違約罰条項が問題とされた。その条項は、被用者が労働関係を契約に反して解消し、または全く勤務に就かなかつた場合に、月給の三倍の違約罰を科すというものであった。被用者Yが契約上の告知期間を遵守せずに解約告知をして、勤務を停止したので、使用者Xが違約罰の支払いを請求した。このような事案において、BAGは、不相当に高額であることを理由に、BGB二〇七条一項一文に基づいて違約罰条項を無効とし⁽¹⁹⁾、違約罰合意の無効は極端な均衡障害をもたらさないなどの理由から、補充的契約解釈も認められないとした。

【59】BAG 第九部二〇一〇年四月一三日判決 (NZA-RR 2010, 457)においては、私用も許された業務用車両の提供について、使用者が留保していた撤回権の効力が問題とされた。BAGは、この撤回権留保を、一方的な給付変更留保として性質決定し、BGB三〇八条四号に基づき、条項の定式上、実質的な理由がなくとも撤回が可能であることから、被用者にとつて期待不可能であるとの理由で、無効とした。そのうえで、補充的契約解釈によって、

具体的に挙げられた承認に値する事由を伴う撤回条項をもたらす」とも、問題にならないとされた。その際に、裁判例【59】は、BGB三〇六条三項にいう期待不可能な過酷さが明らかでない」となどを、指摘している。

【60】BAG 第八部一〇一三年一二月二二日判決（NJW 2014.1136）では、使用者Xの被用者Yに対する賃付けについて、Yからの契約解除による労働関係終了後に、Xが消費貸借契約を解除して残金の返還を請求したという事案において、完済前に労働関係が終了した場合には、Xは解約告知権を有する旨の条項の効力が問題とされた。BAGは、労働関係の終了がXの領域にある事由によって惹起された場合にも解約が可能となる点で、広く表現され過ぎており、Yを信義誠実の要請に反して不相当に不利に扱うという理由で、この条項を無効とした。さらに、補充的契約解釈によつて、許容される内容の条項を維持することもできないとした。すなわち、Xの利益はその他の解約告知権によつて十分に考慮されているなどとして、無効条項を代替なしに削除しても、Xに期待不可能な過酷さは生じないとした。

最後に、【61】BAG 第六部一〇一一年六月二八日判決（BAGE 142, 247）は、教会労働契約における動的参照条項（教会組織の定めた労働契約の指針の変更が、そのつど合意なしに妥当とする旨の条項）について、当該条項がBGB三〇八条四号の類推適用⁽²⁰⁾により無効であるとしても、教会労働法の特殊性（BGB三一〇条四項二文）から、補充的契約解釈が認められるとした。すなわち、教会の労働契約規律の動性は、直接的・強行的に作用する労働協約の拘束力によつてもたらしえないと、基本法上保障されている教会および教会施設の自己決定権を有効なものとするためであることなどを理由に、補充的契約解釈が要請されるとした。

三 検討

以上のように裁判例を整理すると、教会法の特殊な考慮に係わる裁判例【61】を考慮外に置くとして、BAGにも、BGHと同様の傾向を見出すことができる。

まず、BAGの裁判例においてもまた、ガス供給契約における価格調整条項に関するBGH裁判例と同様に、補充的契約解釈の可否を期待不可能性基準によつて判断する傾向が確認される。職業教育費用の返還条項に関する裁判例の一部に加え⁽²²⁾、裁判例【59】および【60】にも、この基準を見出すことができる。また、極端な均衡障害に言及する裁判例【58】も、同趣旨のものと見てよいだろう。これらの裁判例においては、やはり、条項無効によつて約款使用者が被る不利益の重大性が、補充的契約解釈の要件として考慮されているといえよう。期待不可能性基準に踏み込んでいない裁判例も、この点を考慮していないというわけではなかろう。

次に、裁判例【55】および【56】などにおいて、条項の有効性に対する約款使用者の信頼保護が考慮されていることに、請求即払保証に関するものなどBGHの裁判例と同様の傾向を見出すことができる。また、裁判例【57】における予測リスクの指摘も、条項の有効性に関する主観的因素を問題にしているという点で、信頼保護の問題と通じるものといえる。そして、この裁判例【57】については、同じ返還条項の問題について、もっぱら主観的因素に着目した補充的契約解釈の緩和が説かれていることが、注目される。つまり、期待不可能性基準には客観的因素と主観的因素とが含まれるとして、返還規律が認められなかつた場合に使用者が被る客観的不利益が等しいものであるとしても、主観的因素の差によって補充的契約解釈の可否が分かることになる。このような推論が成り立つとすれば、裁判例【57】においては、両要素が相関的に考慮されている、といえる。

一 ドイツ法のまとめ

1 ドイツ判例における補充的契約解釈の判断枠組み

前章までの検討をまとめると、BGH および BAG の判例において現在までのところ採られている、約款の内容規制による無効部分を補充するための補充的契約解釈の判断枠組みは、基本線において、次のようなものとしてまとめることができる。

第一に、補充的契約解釈による処理を肯定した裁判例の中には、適用可能な任意規定がそもそも存在しなかつた場合と見ることのできるものがあった。そのような例として、第六章において取り上げたBGHの諸裁判例、および、利率調整条項が無効とされた場合に補充的契約解釈により利率算定規律を補充する判例の処理を、挙げることができる。この種の補充的契約解釈は、旧稿においても述べたように、⁽²³⁾無効な条項がなかつたのと同じ状態に戻すという点で、任意規定による補充と同様に、原状回復的な処理とができるものである。したがって、効力維持的縮減の禁止を採用した場合においても、それと背理することなく認められうる。

第二に、ドイツ判例における無効部分を補充するための補充的契約解釈は、第一の場合に尽きるものではない」とが、明らかになつた。すなわち、当該補充的契約解釈がされなかつた場合に、条項規制の効果により約款使用者が負うことになる不利益の重大性を考慮して、補充的契約解釈が肯定される場合もあることが認められる。そのような例として、担保目的表示の事案における補充的契約解釈——もつとも、繰り返しになるが、私見によれば規制対象の画定のレベルで処理すべき事案である。——、契約履行保証における請求即払保証に関する判例、職業教育

費用の返還条項に関する裁判例【57】を挙げることができる。また、同様の観点から、逆に補充的契約解釈を否定した例として、瑕疵担保責任保証における請求即払保証に関する判例、ガス供給契約における価格調整条項について将来の値上げ無効確認の事例、美觀修復条項が無効とされた場合の判例、BAG のいくつかの裁判例を、指摘することができる。これらの裁判例において示された不利益の重大性の考慮は、とりわけガス供給契約に関する裁判例の展開において示された期待不可能性基準として、表現することができる。

このような第二の補充的契約解釈に当たっては、不利益の客観的な重大性だけでなく、条項の有効性に対する約款使用者の信頼保護の必要性も、しばしば問題にされていた。この観点は、既に担保目的表示の問題において現れていたが、請求即払保証の事案において補充的契約解釈が認められる期間が制限されたことで、判例法理に採用されたということができる。また、BAG の裁判例においても、約款使用者の信頼保護への言及が見いだされた。

かくして、期待不可能性基準の下での補充的契約解釈が、約款使用者の信頼保護をも考慮したものであるとするところ、このような補充的契約解釈は、旧稿において示した補充的契約解釈の分類との関係では、契約全部無効を回避するための契約内容の調整⁽²⁰⁾と繋がるものとして、位置づけることができる。そこでは、条項の有効性に関する約款使用者の主觀的態様も考慮して、補充的契約解釈なし契約調整の可否が判断されていた。ドイツ判例は、契約全部無効の回避という観点を前面に出しているわけではないが、約款使用者に生じる不利益が一定程度を超える場合に、第一の場合を超えて補充的契約解釈を肯定しているという点において、共通の判断枠組みを示しているといえる。

これに対しても、旧稿で取り上げた学説の議論に現れていたような⁽²⁵⁾、第二の場合の補充的契約解釈をもっぱら約款使用者の主觀的態様のみにかかるしめる見解は、判例において採用されていないことも、確認することができる。

例えば、請求即払保証に関する、契約履行保証の事案と瑕疵担保責任保証の事案との処理の違いは、約款使用者の信頼保護の観点よりも、当該保証を喪失することの重大性の観点から説明することができた。また、美観修復条項が無効とされた場合に補充的契約解釈が否定されていることも、たとえ美観修復条項の有効性について一定の信頼保護の余地を認めるとしても、条項無効によつて賃貸人が被る不利益の大きさから、基礎づけることができた。さらに、ガス供給契約に関する裁判例なども、もつばら客観的な期待不可能性を問題としていた。これらのことから、ドイツ判例は約款使用者の主觀的態様だけを問題にはしていない、と結論付けることができる。

以上をまとめると、本稿における最上級審裁判例の検討からは、第二時価条項判決後の学説の議論から示唆を得た旧稿における私見の枠組みが、現在までのドイツ判例にも基本的に当てはまる、ということができる。そして、第二時価条項判決において示された、「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、条項の無効によつ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」という補充的契約解釈の定式との関係では、判例の判断枠組みは、より精確化されたということができるだろう。⁽²⁰⁶⁾

2 期待不可能性の具体的判断

第二の場合の補充的契約解釈において、条項規制の効果が約款使用者にとって期待不可能なものであるか否かは、より具体的にどのように判断されるのか。裁判例の検討は、この点についても示唆を与えてくれる。

まず、BGHおよびBAGの諸裁判例から、約款の内容規制に一般的に妥当する一義的な具体的基準を見出すことは、困難であろう。一般的な命題としていえることがあるとすれば、既述のように、補充的契約解釈を行わなければ

れば契約全部無効が招来される程度の不利益が存することまでは要求されていないこと、約款使用者の主觀的態様も考慮されうこと、といった程度である。また、約款使用者に生じる客觀的な不利益の程度の評価と、信賴保護に関する事情・評価⁽²⁰⁷⁾とがどのような関係にあるのかについても、一般的な定式は立てがたい。例えば、既述のように、職業教育費用の返還条項に関する裁判例においては、従来の判例から条項無効が明確な場面で、期待不可能な過酷さが否定されている一方、条項の有効性の評価が困難な場合には、期待不可能性が肯定されていることから（裁判例【57】）、これら二つの考慮要素の相関的な関係が、導き出されるかもしれない。しかしながら、この関係がドイツ判例において一般的に承認されたものとまでは、断言することができない。

むしろ、期待不可能性の判断は、事案類型ごとに行われていると見るのが、判例の理解としてより精確であろう。ここで類型的というは、個々の裁判例ごとに事例判断が積み重ねられているというのではなく、例えば、担保目的表示の事案類型、請求即払保証の各事案類型、價格調整条項の各事案類型といった形で、それぞれの事案類型についてカテゴリカルな処理がされているということである。このような類型的考察は、既に前述の第二時価条項判決の定式において両当事者の典型的利益に焦点が合せられていたことにも、表現されていたものである。

もつとも、事案類型ごとの判断がされるうえで、一般化の余地を含みうる、一定の示唆や傾向を見出すことができる。

第一に、利益衡量に際しては、履行の前後が考慮されうるということである。すなわち、ガス供給契約に関する裁判例においては、履行の前後における利益状況の相違から、値上げ無効確認の事案と不当利得返還請求の事案とが、分けて処理されていた。ここには、不当条項に従つて現に契約が履行された状態を尊重すべきであるという意味での、ある種の現状尊重の思想が見いだされる。そして、履行の前後を分けて判断する場合には、履行後に問題とな

る不当利得返還請求の過大さの評価に際して、期間制限が顧慮されるべきことと、本稿の検討から示唆されることである。ガス供給契約の判例は、まさに期間制限の観点からの処理をしたものであり、また、美觀修復条項が無効とされた場合の補充的契約解釈の可否の判断にも、短期消滅時効の存在を結びつけることができた。もつとも、より一般的に履行の前後を考慮してどのような効果論の枠組みが作られるべきかについては、本稿で検討した限りのドイツ法から、直ちに引き出すことができるものではない。

第二に、期待不可能性基準による補充的契約解釈が問題とされた事案類型において無効とされた条項には、一定の傾向が存在する。すなわち、それらの条項は、多くの場合、契約の中心部分に近い条項（給付関連条項）であるか、または、担保に関する条項であったと見ることができる。前者に当たるものとしては、担保目的表示および価格調整条項が、まず挙げられる。また、価格論拠を正当とした場合には、美觀修復条項も給付関連条項として位置づけられる。さらに、BAGにおいて問題とされた職業教育費用の負担についても、被用者に対する給付と見ることができる。⁽²⁰⁸⁾ 後者（担保条項）に当たるものとしては、請求即払保証が挙げられる。

このうち、中心部分に近い条項については、そのような条項が無効とされた場合には、当事者間の給付の均衡に重大な障害が発生しやすい、あるいは契約目的の実現が危うくなるというのと、補充的契約解釈が問題とされる理由といえよう。⁽²⁰⁹⁾ もつとも、さらにつきの事柄が、指摘されなければならない。すなわち、まず、担保目的表示の事案に関する私見として既に述べたように、中心条項を予め不当条項規制の対象から除外するスキームをとる限り（BGB三〇七条三項一文）、規制規範を基準に規制対象を画定するという判断枠組みの下では、中心部分の効力は、既に補充的契約解釈の段階以前に守られていることになる。⁽²¹⁰⁾ また、中心条項を規制対象から外すという枠組みをとらない場合にも、中心部分を評価対象に含まないかたちで規制規範が構成されるならば、同様である。⁽²¹¹⁾ 次に、ドイ

ツ判例においては、中心部分に近い条項が無効とされたからといって、必ずしも緩やかに補充的契約解釈が認められていないわけではない。ガス供給契約の事案などを見る限り、価格調整条項の無効は、直ちにそれに代わる価格調整規律の補充をもたらすわけではない。また、美観修復条項の例からは、対価性を有するとされる条項が無効とされた場合にも、主要な対価とはいえないときは（賃料が別に存在する）、期待可能性の閾値を超えていないとの評価が、看取される。さらに、美観修復条項の規制規範において、具体的な有効性基準としては賃借人による負担の制御可能性が決定的な意味を有していることから、実際には美観修復条項の対価性は希薄であり、この条項は典型的な付隨的条項に近いものであると考えるならば⁽²¹²⁾、中心部分との繋がりが微弱な条項についても、補充的契約解釈は認められにくい、という傾向を見出すことができる。同様の評価や傾向は、BAGにおいて、職業教育費用の返還条項が無効とされた場合について補充的契約解釈に対して冷淡な対応が支配的であったことや、業務用車両の提供に関する裁判例【59】にも、当てはまるだろう。

担保条項については、それが契約の規範構造的には付隨的なものであるとしても、契約利益の実現にかかわることから、補充的契約解釈が要請される場合があるといえよう。請求即払保証の問題の分析からは、そのような推論が成り立つ。つまり、担保の効力について紛争が生じる場合には、既に被担保債権の実現が見込めなくなっていることが多いと考えられるところ、被担保債権が契約上の主要な給付を構成する場合には、約款使用者に期待不可能な不利益が発生していると見ることができる。このことが、補充的契約解釈を基礎づけると考えられる。他方で、給付関連条項についてと同様、問題とされている給付（担保の目的）が中核的なものとはいえない場合（例えば、瑕疵担保責任のみが担保されている場合）には、補充的契約解釈に消極的な対応がとられている、といえる。

さて、契約の中心部分に近い条項と担保条項とを別に論じたここまで記述は、契約の規範構造に照らして中心

部分と付隨部分とを区別する発想に依拠している。これに対しても、近時の我が国の消費者法学においては、「消費者にとって対価的に重視されるか」という側面から、すなわち、条項の顕著性の観点から、中心性・付隨性（周縁性）⁽²¹³⁾を論じる見解がある。⁽²¹⁴⁾この見解は、担保について、この観点から周縁とはいがたいとし、その問題性を、むしろ将来の不確実性の影響の大きさを見る。本稿は消費者契約に焦点を合わせたものではないが、このような分析を手掛かりにすると、本稿において期待不可能性基準による補充的契約解釈の可否が特に問題とされる事案類型として指摘した二つには、共通の性格を見出すことができる可能性がある。つまり、一方で、給付関連条項も担保条項も、契約相手方にとって不顯著な条項であるとは、必ずしもいえない。他方で、前者については、価格調整条項の例が特にそうであるように、給付負担が増大するかもしれないという将来的な不利益が問題となっている。また、担保は、まさに将来の不確実なリスクにかかるものである。⁽²¹⁵⁾このように両事案類型の性格を共通に捉えることができるとするならば、次のような推論が成り立つかもしれない。すなわち、「顕著性の高さが、条項無効によつて約款使用者が被る不利益と相対的に、契約相手方の保護を切り下げる⁽²¹⁶⁾ことを正当化する」という推論である。このような推論からは、さらに、同じく将来の不確実なリスクにかかる免責条項が無効とされた場合については、顕著性の低さという側面から、期待不可能性基準による補充的契約解釈に消極的な態度がとられうる、との推論が導出される。⁽²¹⁷⁾もちろん、以上のような推論がドイツ裁判例の傾向としてそういうえるかについては、さらなる検証を必要とする。しかしながら、仮にこのような推論が成立するとすれば、契約相手方の側からも、期待不可能性基準による補充的契約解釈を正当化することができる。

どのような形で正当化が図られるにせよ、問題とされた条項の内容・種類の面で期待不可能性の判断に一定の傾向が見いだされることは、この判断が決して無軌道な個別判断ではないことを示す。⁽²¹⁸⁾また、この傾向は、期待不可

能性基準による補充的契約解釈、すなわち、無効条項を考慮に入れて行われるそれが、そもそも当該条項がなかつたとしても認められる補充的契約解釈と区別されるべきことにつながる。つまり、前者が中心的な契約利益との関連の薄い付隨的条項において問題となりにくいのに対し、後者は、典型的な付隨的条項が無効とされた場合においても、問題となりうるものである。このような対象領域の違いは、既に旧稿において指摘した約款使用者の主觀的態様の顧慮とともに、両者を区別して論じることの一つの根拠となろう。²¹⁸⁾

3 補充的契約解釈の判断枠組みの意味

ここまで検討してきたドイツ判例における無効部分補充の枠組みには、次のような意味を指摘することができる。

第一に、期待不可能性基準による補充的契約解釈により、効力維持的縮減の禁止、すなわち、条項規制の効果として、当該条項がそもそも用いられないなかつた場合と等しく扱うという原則が、限定的に緩和されていることがある。しかしながら、この緩和によつて、禁止原則が掘り崩されているわけではない。この原則は、次の二つの理由から、原則性を維持していると考えられる。すなわち、第一に、かなり厳格な期待不可能性基準が設定されることにより、補充的契約解釈が認められる事案類型が、量的にわずかである、という理由である。そして、第二に、前述のように、中心的な契約利益との関わりが強い条項が無効とされた場合について、そのような補充的契約解釈が認められるとしても、伝統的に内容規制の典型的な場面として想定されてきた、そのような関連性の薄い付隨的条項については、効力維持的縮減の禁止が依然として妥当しうる、という理由である。典型的な場面で妥当するといふ意味でも、この禁止は原則性を保持しうる。

第二に、このような緩和は、規制対象の画定における限界事例がもたらす障害を和らげることに資する、といえ

る。つまり、「具体的な規制規範に照らして個別に違法性評価の対象になるのは何か」という基準によつて個別に規制対象となる条項の範囲を画するとしても、この基準の適用には、限界事例もありうる。⁽²⁹⁾ 例えば、第四章で取り上げたような価格調整条項を規制する際に、価格変動制それ自体と変動方法とを分別するか否かの判断は、時として微妙なものとならざるを得ないだろう。期待不可能性基準による補充的契約解釈は、このような分別を肯定したときと否定したときの最終的な効果の差異を小さくすることで、限界事例の処理の困難さを和らげる。

第三に、このような枠組みによつて、当事者がなぜその代替規律に拘束されなければならないのか、という問題に説明が与えられる。すなわち、任意規定と補充的契約解釈というドイツの通説的な枠組みの整序は、制定法と裁判官の関係、あるいは、典型的な規律による補充とより個別的な規律による補充との関係という問題に対する解答であると考えられるが、当事者がなぜそれらの代替規律に拘束されなければならないのかという問題については、解答していない。この問題に対する解答は、通説的な判断枠組みにおいては、もっぱら、無効範囲の問題として位置づけられている効力維持的縮減に関する議論が担つていると考えられる。しかしながら、補充的契約解釈においても効力維持的縮減と共通する要素が含まれている以上、任意規定と補充的契約解釈の段階化という整理だけでは、問題があるといわざるを得ない。これに対して、本稿の示す枠組みであれば、第一次的な原状回復（当該条項がなかった場合と等しく扱うということ）というかたちで、当事者の代替規律への拘束を説明することができる。このことは、とりわけ救済条項の規制を念頭におくと、重要な意味を有する。すなわち、ドイツにおける判例および支配的見解は、条項が無効とされた場合に備えて約款使用者が約款中に第二次的な規律を設けていた場合でも、そのような救済条項は、BGB三〇六条二項（任意規定または補充的契約解釈に基づく代替規律）を逸脱することができないとする。⁽²⁰⁾ ここで現れる同項の枠組みの拘束力は、裁判官の制定法拘束性や典型的規律の優先といったかたち

で、説明することができない。救済条項の効力がこのように制限されるのは、条項規制のサンクションとして原状回復が命じられているからである、という他ない。⁽²²⁾

第四に、条項使用者に対する行為統制という側面から見た場合——予防思想によつて基礎づけられる枠組みには、そのような側面があるといえる。——、原状回復的なサンクションに対する例外を限定的にしか認めない枠組みは、規制規範が不明確な状況においても、条項使用者に対して抑制的な行動を求めるものである、といえる。もつとも、このような行為統制が成功するためには、そのような状況においても、条項使用者が誠実な条項形成に努めていれば、簡単には規制に抵触しない、ということが前提となるべきではないか、と考えられる。この意味で厳格に過ぎない規制基準がドイツ法において達成されているかは、本稿の検討だけでは評価できないところである。

二 日本法への示唆

1 補充的契約解釈の分類からの示唆

ドイツにおける不当条項規制の効果としての補充的契約解釈の分析から得られる、日本法に対するまずもつての示唆は、ここでの補充的契約解釈の中に異質な処理が混在しあることを、日本法の議論をする際にも注意しなければならない、ということにある。繰り返しになるが、ドイツ裁判例において補充的契約解釈の名の下に行われている処理には、そもそも適切な任意規定が存在しない場合の代替規律を定めるものと、規制の効果として任意規定に拘束することの過酷さを緩和するものが含まれている。そのうえで、後者をどこまで認めるべきか、が問題となつていて、この分析に基づくならば、とりわけドイツ法の通説的な整理を念頭に、単純に任意規定と補充的契約解釈を並べるような効果論を展開することは、日本法の議論としても躊躇われるべきである。というのは、こ

の
よ
う
な
議
論
お
い
て
は、
ド
イ
ツ
お
い
て
生
じ
た
諸
問
題、
す
な
わ
ち、
効
力
維
持
的
縮
減
(
条
項
一
部
無
効
)
と
補
充
的
契
約
解
釈
の
関
係
如
何、
ま
た
は、
補
充
的
契
約
解
釈
が
ど
こ
ま
で
認
め
ら
れ
る
か
と
い
つ
た
問
題
に、
十
分
な
解
答
が
与
え
ら
れ
な
い
か
ら
で
あ
る。

説 論

2 期待不可能性基準による補充的契約解釈論からの示唆

(1) 不利益の重大性と主観的態様の考慮

第二の示唆は、期待不可能性基準による補充的契約解釈の分析からのものである。すなわち、条項一部無効・全部無効の問題を含む代替規律の確定の問題について、条項を無効とした場合に条項使用者が受けける不利益の重大性および条項使用者の主観的態様（信頼保護）を考慮する必要はないのか、ということである。

これらの要素は、従来の条項全部無効・一部無効論において、ほとんど考慮されてこなかつたといつてよい。一方で、条項全部無効論を支持する諸見解においては、条項全部無効に対する例外が認められてこなかつた。⁽²³⁾しかししながら、この種の例外なき条項全部無効ルールに対しても、近時の法制審議会における議論において、「全部無効しかあり得ないとすると、効果としても柔軟性を欠くことになつて、過大な結果を生むおそれがある」との批判が向けられている。⁽²⁴⁾他方で、条項一部無効を支持する学説においては、約款使用者の主観的態様を考慮するドイツ法の議論についても言及がされているが、日本法の文脈では、そのような觀点からの場合分けが、積極的には支持されてこなかつた。⁽²⁵⁾しかしながら、条項使用者がまさにそれと知りつつ不当条項を使用した場合には、条項全部無効のサンクションを認めるべきではないのか、また、条項使用者の主観面に基づいて原則・例外ルールを立てるとしても、客観面として、条項無効によつて生じる不利益の程度を考慮しなくてよいのか、といった疑問が生じる。従

來の条項一部無効論は、条項全部無効論と同様に、画一的で柔軟性を欠いていたのではないか。

このような従来の議論状況に鑑みて、今後の我が国における議論の展開としては、より多くの考慮要素を取り込んだ、柔軟な効果論の枠組みを構築することが、目指されるべきではないか、と考える。不利益の重大性と主観的情態様という、ドイツ法の分析から得られた二つの考慮要素は、そのような作業を進めるうえで有用である。

次に、不利益の重大性という考慮要素を組み込むことの最大の意義として、規制される条項の内容・種類がどのようなものであるかということを、効果論上の判断に取り込むことができる点を、挙げることができる。しかも、ドイツ裁判例の分析からは、ここでの考慮が全くのカズイスティックではなく、中心的な契約利益との距離という観点において、一定の傾向性を持つことが示唆された。この示唆は、日本法にとつても、次のような理由から重要であると考えられる。すなわち、我が国の議論においても、不当条項規制の対象となる条項が典型的な付隨的条項に限られるものではないことは、従来から指摘されてきていることである。⁽²⁷⁾ そして、消費者契約法に基づく不当条項規制については、後述する更新料条項の問題に代表されるように、現に、対価性を帯びる条項の効力が争われている。このように、我が国においても不当条項規制の対象となる条項の性格が一律でないとするならば、中心部分に近い条項とそうでない条項とで規制の効果が同一でよいのかについては、検討を要する問題である。

とはいっても、中間条項と典型的な付隨条項において、別個の効果論上の判断枠組みが構築されるべきかについては、また別の問題である。条項の種類に応じて複数の判断枠組みが設けられるるとすると、入り口において、どの種の条項であるかを判断する必要が出てくる。しかしながら、中間条項と付隨条項の截然とした峻別には、困難が伴うのではないか、と考えられる。⁽²⁸⁾ ここでは、「不利益の重大性」というより抽象的な考慮要素を掲げることによって、条項の内容・種類を効果論上の衡量に取り込む道が開かれることを指摘することに留めたい。

最後に、ドイツ判例における期待不可能性基準をそのまま日本法に導入すべきかという点については、不利益の重大性や主觀的態様といった考慮要素の採用とは別の問題として、留保が必要である。ドイツにおけるこの基準を一般的な定式でもって具体化することは、既述のように困難であるが、判例は、「期待不可能」という言葉からも窺われるよう、補充的契約解釈の可能性をかなり制限的に考えているといつてよいだろう。このことを日本法においても同じようにすべきかについては、どのような考慮要素を取り上げるのかと、また別に考えることが可能である。例えば、効力維持的縮減の禁止が原則として確立しているドイツ判例に対して、我が国においては、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。このような彼我の差異は、ドイツ法の基準をそのまま日本法にも当てはめることに対しても不利に働く。

(2) 履行段階の考慮

履行の前後を考慮するという点については、日本法の従来の議論に照らすと、取締規定違反の行為の効力に関する履行段階論が想起される。そこでの代表的な見解の一つは、取締法規と強行法規（効力規定）という分類が有用であるかという問いとともに、契約を有効か無効かという基準で処理すること自体に問題がありはしないかという問題意識に基づいて、⁽²²⁾ 物資統制法規違反の契約について、履行上の諸段階に着目して当事者の利益がいかに救済されるべきかを、直接的に検討する。⁽²³⁾ そして、物の引渡し債務が履行される前にあっては、法の目的により履行請求が制限されるが、履行がされた後にあっては、法規違反であつても当事者の履行についていかなる請求権も発生せず（双方履行済みの場合）、または、代金請求は妨げられない（物の引渡し後、代金未払いの場合）とする。⁽²⁴⁾ また、この見解に先立つ学説においても、無効主張の時間的制限として、履行前にのみ主張しうる抗弁権的無効と履行後

においても主張しうる請求権的無効の区別⁽²⁵⁾、さらに、法律行為の成立後長年月を経過し、いまさら無効の主張を許すことがかえつて既に確立している事実状態を不當に破壊し、当事者相互の公正を乱すおそれがある場合について、無効の時効が提起されている。⁽²⁶⁾これらの見解において問題視されているのは、契約が履行された後に公法上の規定に違反することを理由に原状回復を求めるのは、当事者間の公平や取引の安全に反するのではないかということであり、私法上の規制の効果に関する本論とは、問題関心に差がある。しかしながら、履行に関する時の経過により当事者間の利益状況が変化すること、そのことを法律行為の効力論において考慮すべきことといった点において、ドイツ法からの示唆は、履行段階論と共通する要素を有している。ドイツ法の展開は、履行段階論において提起された問題意識や道具立てを、不当条項規制の効果論においても考慮する余地はないか、という問題を提起する。

さらに、不当条項規制効果論と取締規定違反行為の効力論とを、より立ち入つて比較すると、類似の道具立てが指摘されるだけでなく、両者における考慮要因の共通性を見出すことができる。すなわち、前者においては、予防・制裁が条項全部無効を基礎づける要因として、当事者間の信義・衡平が条項一部無効を基礎づける要因として挙げられてきた、ということができる。これに対して、後者においては、伝統的に、①立法の趣旨、②違反行為に対する倫理的非難の程度、③取引安全、④当事者間の信義・公平の四つが、効力規定か否かの考慮要因として挙げられてきた。⁽²⁷⁾そして、公法上の禁止を理由に取引の私法上の効力を否定することが当事者間の公平に反するのではないかという懸念から、とりわけ、①と④の要因の対立が意識されていたとができる。しかしながら、①と同じく私法上の効力否定に有利に働く②の要因に焦点を合わせると、その中において予防・威嚇効果や制裁効果も考慮されるべきことが指摘されていることが、注目される。⁽²⁸⁾ここに、共通の考慮要因を見出すことができる。また、文字通りの違反行為に対する非難の程度についても、不当条項規制の効果論においても考慮される余地がある。

説
旧稿において指摘したように、無効部分を補充するための補充的契約解釈の是非については、無効基準の高低も考慮要因となりうる。無効基準に抵触する条項の悪性がより強いものと考えられる場合には、それだけ強い効果を与えてよい、といえる。このような考慮からは、②のレベルにおける二つの議論の共通性が、さらに明確になる。⁽²³⁾

伝統的な取締規定違反行為の効力論における考慮要因①と④の対立関係という図式が不当条項規制効果論において出てこないことは、以上のような共通性の指摘を妨げないだろう。既に指摘がされているように、①と④が対立するものと考えられたのは、取引とは直接に関係しない価値の実現を目的とする法令（「警察法令」）が問題となつていたことによる。これに対しても、取引と密接な関係を有する法令（「経済法令」）の中でも、個々の取引における当事者の利益を保護することを目的の一つとする法令（「取引利益保護法令」）が問題となる場合には、違反行為を無効とすることが、規制目的にも当事者間の信義・公平にも適うとされる。⁽²⁴⁾ 不当条項規制規範も、個別当事者の保護を目的とするものであるといえ、それゆえに、①と④の対立が問題とされていない、といえる。このように考えるならば、①と④がどのような関係にあるかは、問題となる規範の趣旨次第ということであり、いずれにせよ各要因が考慮されるべきことに変わりはないことになる。

このようにして二つの議論における考慮要因に共通性があるのは、両者とも、ある禁止規範に違反した取引がある場合に、その私法上の効力否定に関する効果をどのように定めるか、という共通の問題を扱っていることに帰着しよう。取締規定違反論において提示された考慮要因は、そのような問題を判断するうえでの一般的な理論を反映したものと考えられる。

3 具体例への応用

最後に、(1)更新料条項が不当とされる場合の処理、(2)生命保険契約における無催告失効条項の処理、(3)消費者契約法九条違反の効果という、三つの具体的な問題を取り上げて、ここまで述べてきた一般論をどのように具体化することができるかについて論じる。(1)と(2)は、条項の内容・種類に応じた評価にかかる。(3)は、条項一部無効の効果が法定されている場面と本稿で示した理論をどのように整合させるか、という問題についてのものである。

(1) 更新料条項が不当とされる場合の処理

更新料条項に関する周知の判例⁽²⁴⁾によれば、「賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載された更新料条項は、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間等に照らし高額に過ぎるなどの特段の事情がない限り」、消費者契約法一〇条後段に該当しない、とされる。それでは、更新料の額がこの基準に照らして高額に過ぎると評価される場合、更新料は、減額調整されるのだろうか。それとも、更新料条項は、全部無効とすべきなのだろうか。⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾最高裁判決の後に出自された、いくつかの下級審裁判例においては、減額調整に留めたものが見いだされる。

本稿で展開してきた議論からは、更新料を部分的に維持することに有利な事情とそのことに不利な事情とを、それぞれ挙示することができる。

一方で、更新料の減額調整に有利な事情として、まず、更新料に対価性が認められていること自体が、挙げられる。判例によれば、更新料は、一般に、賃料の補充ないし前払い、賃貸借契約を継続するための対価などの趣旨を含むとされる。更新料条項が無効とされるならば、賃貸人は対価を失うことになるから、重大な不利益を被るものと評価しやすい。次に、判例において情報・交渉力の差に関する事情として述べられていた、「従前、裁判上の和

解手続等においても、更新料条項は公序良俗に反するなどとして、これを当然に無効とする取扱いがされてこなかつた」という事情を、条項の有効性に対する賃貸人の信頼を基礎づける事情として、ここで考慮することができる。その他に、「高額に過ぎる」という判断基準自体の不確定性も、「高額過ぎない」という賃貸人の信頼に関連付けることができるだろう。

他方で、更新料条項の全部無効に有利に働く事情として、次のものを指摘することができる。まず、更新料が賃料そのものとは区別されていることが⁽²⁵⁾、更新料の維持する必要性を減じさせる。つまり、主要な対価ではない更新料を失うことの不利益は、賃貸人にとってなお甘受すべき範囲と見ることができる。また、学説において疑問視されているように、更新料の対価性がそもそも希薄なものと見るならば、そのことも更新料の維持に不利に働きうる。さらに、当該条項に対する非難の程度に関連して、高額性の度合いが考慮されるべきだろう。すなわち、より高額で非難の程度が高い条項については、より重大なサンクションを課すことを正当化しやすい。最後に、ドイツ裁判例において問題となっていた不当利得返還義務の過大性という観点については、基本的に考慮を要しないだろう。⁽²⁶⁾ というのは、更新料条項に関する事件は少額のものが多く、また、判例の基準による限り、更新料条項に対する不当判断は、個別的かつ例外的なものとならざるを得ないところ、多数の返還債務の積算的な過大性も問題にならない、と考えられるからである。

さらに、これらの事情に加えて、契約期間の長期性が賃貸人に重大な不利益をもたらす可能性を、考慮しなければならない。この可能性は、次のような推論によつてもたらされる。すなわち、継続中の契約において賃借人が更新料条項の無効を主張する場合には、更新料条項の全部無効を理由とする更新拒絶が認められないとすると、賃貸人には、更新料をおよそ得られない契約に、長期間拘束される危険性がある。かといって、賃貸人に更新拒絶が認

められるならば、契約の継続を望む賃借人にとって、敷蛇にしかならない。更新料条項について条項全部無効のサングクションが実効的に機能するには、賃貸人の更新拒絶を否定する必要がある。そうすると、契約継続中に更新料条項の効力が争われる場合に、条項全部無効による賃貸人の不利益は、重大なものと評価される。⁽²⁴⁸⁾

私見としては、この最後に述べた考慮から、判例に従い更新料の対価性を肯定する限り、更新料条項が高額に過ぎるものと評価される場合には、賃貸人が当該条項の違法性を認識していたなど、信頼保護の必要性を否定する事情がない限り、減額調整に留めるべきではないか、と考える。⁽²⁴⁹⁾契約期間中において一部無効しか主張しない条項について、契約終了後に全部無効を主張しうるというのも適切ではないから、契約終了後の不当利得返還請求においてのみ、賃貸人の信頼要素にかかる条項全部無効を認めることも、適切ではない。

(2) 生命保険契約における無催告失効条項の処理

筆者は、旧稿において、生命保険契約における無催告失効条項の規制に関して、判例⁽²⁵⁰⁾のもとになつた事案と異なり、一般的な督促実務はなかつたが、たまたま当該事案において督促がされたという場合には、判例を前提とする限り、失効条項は不当条項と評価されざるを得ず、条項全部無効の考え方を採用するならば、顧客が現に督促を受けていても失効が否定される、と述べた。⁽²⁵¹⁾この条項全部無効の効果は、本稿で得られた知見を手掛かりに、次のように基礎づけることができるだろう。

まず、無催告失効条項については、更新料条項と異なり、給付や対価の一部を構成する条項とはいえない。むしろ、契約不履行の効果を主題とする典型的な付隨的条項といつてよい。このような条項が無効とされたとしても、保険会社は、契約から得られる利益を直ちに失うわけではない。また、失効条項が全部無効とされる場合には、な

お、任意規定として、法定の催告解除の適否が問題となりうるところであり、督促が法定解除の要件を充たしてい
る限りにおいて、保険会社による契約解消は達成される。このように考えると、失効条項が全部無効とされた場合
に保険会社が被る不利益は、この効果を回避すべきほど、重大なものとはいえない。このことが、条項全部無効の
効果を正当化する、と考えられる。

(3) 消費者契約法九条違反の効果

法文上は条項一部無効の効果を明定する消費者契約法九条についても、本稿で示した枠組みに近づけたかたちで、
効果論を形成する余地がある。すなわち、信頼保護の要素を考慮して、条項使用者が各号の基準を超過する条項を
悪意で使用した場合には条項全部無効を命じるとの準則を、解釈論によつて導入する可能性である。少なくとも九
条一号については、平均的損害の額を超えるか否かの評価に困難を伴うこと、それにもかかわらず、この額をわず
かでも超過すれば違法とされることを理由として、条項の適法性に対する条項使用者の信頼の保護にも依拠した規
定として、理解する余地がある。同号の効果をこのよつた趣旨で理解するならば、平均的損害額を超えることを認
識しつつ条項を使用した事業者に対しては、条項全部無効のサンクションを課してもよい、と考えられる。

これに対し、年一四・六パーセントという明確な基準の定められている九条二号については、信頼保護の要素
を読み込むことは困難ではないか、とも考えられる。しかしながら、このような明確な無効基準をあえて超えてき
た条項使用者に上限の枠内で条項の効力を保障することは、やはり適切ではないと考える。したがつて、悪意の事
業者との関係では、九条二号の文言にかかわらず条項全部無効のサンクションを課し、文言どおり条項一部無効に
留めるのは、何らかの理由で事業者がこの規定の適用を見誤つた場合等に限定すべきである。

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（三・完）

(188) ドイツ旧款規制法二三条 物的適用範囲

この法律は、労働法、相続法、親族法および会社法の領域の契約に適用されない。

(189) ドイツ民法典三二〇条 適用範囲

この章は、相続法、親族法および会社法の領域の契約ならびに労働協約、経営体内合意および勤務所内合意に適用されない。労働契約に適用する場合には、労働法において妥当する特殊性を相當に顧慮しなければならない。三〇五条二項および三項は、適用されない。労働協約、経営体内合意および勤務所内合意は、三〇七条三項にいう法規定と同視される。

(190) ドイツ民法典施行法二二九条§五

二〇〇二年一月一日より前に成立していた債務関係には、別段の定めがない限り、同日まで妥当している民法典、約款規制法（中略）が適用されなければならない。第一文は継続的債務関係についても適用するが、二〇〇二年一月一日からは、第一文に掲げられた諸法律に代えて、同日に効力を有する民法典が適用されなければならない。

(191) その前提として、効力維持的縮減または条項削除を理由に、有効な返還条項を維持する」といふできないとする。」の点については、裁判例【54】などを参照。

(192) 期待不可能性基準をとる他の裁判例として、裁判例【57】、BAG後掲注（198）二〇〇九年判決、裁判例【56】、BAG第九部二〇一六年五月一〇日判決（ArbR 2016, 530）が挙げられる。

(193) 裁判例【55】、BAG第三部二〇一二年八月一一日判決（BAGE 143, 30）、BAG後掲注（194）二〇一二年判決、BAG第三部二〇一三年八月六日判決（NZA 2013, 1361）を挙げる」ことがである。」のうち、「二〇一二年判決と二〇一三年八月判決は、返還条項が透明性の要請に反するといった事案において、使用者は条項設定時に透明性を有する条項を定式化する」ことがやめたという理由で、補充的契約解釈を否定している。

(194) 裁判例【55】と同旨の裁判例として、BAG第三部二〇一三年五月一八日判決（NZA 2013, 1419）も参照。これらの裁判例は、救済条項（代替条項）の効力を否定している点でも注目される。

(195) BAG第五部一九九八年五月六日判決（BAGE 88, 340）が参照されている。同判決は、個別契約上の返還条項につき、「解約告知の理由がもっぱら使用者の領域にある場合には、BGB 二二八条一項および二四一条（前掲注（36）を参照。）に基づき、その有効性が否定されたとしたものである。

ドイツ民法典一三八条 良俗違反の法律行為、暴利行為

(1) 善良の風俗に違反する法律行為は、無効である。

(196) BAG 第九部二〇〇六年四月一一日判決 (BAGE 118, 36) よると BAG 第六部二〇〇四年六月一四日判決 (BAGE 111,

157) を参照している。

(197) 判例の定型的な基準については、裁判例【57】を参照。同判決は、債務法現代化前においても、BGB 二二八・二四二・三一五条に基づいて、拘束期間の制限がされてきたことを指摘する。

(198) 同様の判断が下された裁判例として、BAG 第三部二〇〇九年九月一五日判決 (NZA 2010, 342) がある。

(199) BGB 二〇〇九年六号は、BGB 二二〇条四項二文（前掲注（18）を参照）に基づき、適用する「い」とができないとした。ドイツ民法典二〇〇九年 評価の余地のない禁止条項

法律上の規定からの逸脱が許される限りにおいても、普通取引約款において次の各規定は無効である。

6. 約付の不受領もしくは受領遅滞、支払い遅滞、または他方契約当事者が契約を解消する場合について、約款使用者に違約罰の支払いを約束する規定

(200) 当該条項は、司教の最終決定権ゆえに給付変更条項と性質決定される可能性があるが、司教は、労働契約における使用者（病院）の代表機関ではないので、BGB 二二〇八条四号（前掲注（106）を参照）を直接適用することはできないとする。

(201) ドイツ基本法一四〇条

一九一九年八月一日のドイツ国憲法の第一三六条、第一三七条、第一三八条、第一三九条および第一四一条の規定は、この基本法の構成部分である。

ヴァイマル憲法一三七条

(3) 宗教団体は各々、全てのものに適用される法律の範囲内で、その事務を独立して処理し管理する。宗教団体は各々、国または市町村の関与を受けることなく、その役職を付与する。

以上のドイツ憲法の条文については、高田敏『初宿正典編訳』『ドイツ憲法集』信山社（第七版・二〇一六年）二〇〇七頁以下および一四一頁以下（とともに、初宿正典訳）を参考にした。

(202) いかなる基準を採用するかにかかわらず、職業教育費用の返還条項が無効とされた場合について補充的契約解釈が否定

やれでいる背景には、教育費用の支出も使用者による事業上の投資であり、それが無駄となつたことによる損失は、原則として——つまり、適正な返還条項がなければ——使用者が負担すべきである、との考慮が読み取れる。この点については、裁判例【55】およびBAG前掲注（194）二〇一三年判決を参照。

(203) 拙稿・前掲注（22）・（11）五一頁を参照。

(204) 拙稿・前掲注（22）・（11）四三頁以下を参照。

(205) 拙稿・前掲注（22）・（11）四四頁以下を参照。

(206) 第二時価条項判決が不相当性基準を採っているのに對して、近時の裁判例が期待不可能性基準をとつてているといふことから、判例の基準が厳格化されたと見るべきではないことは、とりわけ第四章において検討したとおりである。

(207) 約款使用者の信頼保護と一口にいっても、そこには様々なレベルが考えられる。すなわち、条項の効力に関する法令が改正され、新法が既存の契約にも適用される場合、判例変更があつた場合、判例が存在しなかつたなど規制規範が不明確であつた場合、不確定法概念を伴う規制規範においてあてはめが困難であつた場合などが考えられるが、それぞれの場合において、約款使用者の信頼を保護すべき要請は、一様とはいえないだろう。

(208) 実際、BAGは、被用者に対する教育費用の融資を、使用者による給付を位置づけている。すなわち、BGB三〇七条三項一文のもとで返還条項が内容規制の対象となるかという問題について、「約款使用者によってなされた主たる給付約束の周辺事情を形成する」条項は規制対象になるとの考え方を示し、「(i)ではまさにそのような条項が問題であるとしている。裁判例【55】【56】【57】などを参照。

(209) このような理由では、BGB三〇六条三項に基づいて契約全部無効が承認される場面として、条項無効によつて給付の不均衡が生じる場面や契約目的が実現されない場面が挙げられてゐるのも、平仄が合へ。Fastrich, a. a. O., (Ann. 58, 354f; Stoffels, a. a. O., (Ann. 23), Rn. 634; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 48), § 306 Rn. 52など)を参照。

(210) 裁判例【3】を参照。

(211) 例えば、担保目的表示の事案において、BGB七六七条一項三文を基に、保証引受けの原因となつた債権を超える保証責任の拡張を問題視する規制規範を立てる限り、規制の効果は、原因債権についての保証に及ばないと考えられる。

(212) 注(148)を参照。

(213) 西内康人『消費者契約の経済分析』有斐閣(110一六年)とりわけ二二五頁以下を参照。」)のよくな考え方は、ドイツ約款法の文脈でいえば、BGB 110七条三項一文において内容規制の対象とならない中心条項をどのように画定するかという問題に関する、いわゆる市場関連アプローチと共通する。これに対し、契約の規範構造に照らして中心条項と付隨条項を画定する考え方とは、契約関連アプローチと呼ぶことがやむ。ドイツ判例は、このアプローチを採用しているとされる。これらの用語および法状況については、Andreas Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 48), § 307 BGB Rn. 37ff. を参照。また、この問題に関するドイツの議論については、山本豊「不当条項規制と中心条項・付隨条項」別冊NB 11五四号(一九九九年)九四頁・とりわけ一〇三頁以下、桑岡和久「価格付隨条項内容規制(一)・(二)・完」——ドイツにおける銀行の手数料条項をめぐる議論を手がかりとして——民商一二七卷三号(110011年)三三頁・四二五号(11003年)一九四頁を参照。

(214) 以上のように考える場合には、第一章において取り上げた包括的な担保目的表示の本質的な問題性は、不意打ち性とは別のところに求められることになる。

(215) 免責条項が無効とされた場合について補充的契約解釈を否定した裁判例の一例として、拙稿・前掲注(22)・(1)三六頁においても紹介したBGH第六民事部一九八五年九月二十四日判決(BGHZ 96, 18)を参照。

(216) その際には、ドイツ判例が、市場関連アプローチを採用していないとされる」ととも、考慮しなければならないだろう。

(217) ドイツ学説上、判例における期待不可能性基準と感じる契約全部無効を回避するための補充的契約解釈(契約調整)という考え方に対しでは、極限的で定式化困難な要求を課すことになるとして、もっぱら約款使用者の主觀的態様に焦点を合わせるべきである、との批判が見られた(Canaris, a. a. O., (Ann. 29), 558f. 拙稿・前掲注(22)・(1)四六頁を参照)。期待不可能性の判断に一定の傾向があるということとは、このような批判に対する有力な反論となるだろう。

(218) 拙稿・前掲注(22)・(1)五五頁を参照。なお、主觀的態様の顧慮により、期待不可能性基準による補充的契約解釈は、経過措置的な処理として機能しうるという点でも、両者の差異が明らかになる。これに対して、任意規定がそもそも存在しない場合の補充的契約解釈においては、それによって見いだされた代替規律が、任意規定と同様の地位にあるものとして固定される。

(219) むろん、一般に限界事例の存在が法理論を無意味化しないように、限界事例がありうることは、規制対象の画定という判断過程を無意味なものとはしないだろう。

(220) 〔15〕 〔15〕 BAG 前掲注(194) 110-11年判決、BGH 第七民事部 110-11年二月 16 日判決(BGHZ 204, 346)を参照。また、救済条項と BGB 110-11条 1 項(AGBG 6 条 1 項)との関係に関する学説の議論については、拙稿「マイツ不当条項規制における『救済条項』の法的処理(1)」民商 111 四巻四=五号 105 頁以下(1100-6 年)を参照。

(221) ドイツ法においてさらに考慮すべきは、保険契約法一六四条の規定である。同条は、生命保険約款の条項が最上級審判例などによって無効とされた場合について、保険者（約款使用者）に代替規律を定める権限を認めている（同様の規定は、疾病保険（二二〇三条四項）および就業不能保険（一七六条）についても存在する）。この規定により保険者が定めることができた代替規律についても、BGB二二〇六条一項の枠組みによって制約されるとするのが、判例かつ支配的見解である（さしあたり、判例として、BGH第四民事部二〇〇五年一〇月一一日判決（BGHZ 164, 297）のみを参照）。救済条項に関する議論や保険者の無効条項代替権のこの制約を考慮すると、BGB二二〇六条一項の規定は、単に無効部分補充に際しての裁判官の権限ないし能力を定めたものと理解すべきではない。

(222) 山本・前掲注(5)二七頁以下、債権法改正の基本方針【3.11.38】および【1.5.48】などを参照。

(5) に挙げた諸文献を参照。

第二〇回金語録 首打湯(?) 四四東[同上]発言

いたあるいは知るまゝとしたとの嫌疑が生ずる場合には全部無効とすべきとする、ケツツの見解を紹介している。しかしながら

がら、同四一頁以下は、日本法の解釈論として、「具体的な禁止条項のカタログもないから、明確な法的ルールに抵触する条項を意識的に使用したとの非難を約款使用者に向けることは、多くの場合、困難である」、また、「約款の内容的規制に関する判例が乏しく、無効基準が充分に明らかになつていないわが国においては、なおさら、そのように（一部無効が原則であると）解すべきであろう」（括弧内は、筆者が補足した。）と述べている（消費者契約法制定前の議論）。また、同じ論

者は、後に消費者契約法の解釈においても、同八条一項二号、四号違反の条項を全部無効とすることに消極的姿勢を示している（山本豊「消費者契約法（三・完）——不当条項規制をめぐる諸問題」法学教室二四三号（二〇〇〇年）六四頁）。

(226) 廣瀬久和「内容規制の諸問題——比較法的考察を中心にして」私法五四号（一九九二年）四三頁以下は、「どれだけの割合の顧客がその条項を比較選択して購入しているか」という観点から、中心的な契約条項と周辺的条項、さらにそれらの中間に位置する条項を区別し、第一者については開示規制に重点を置き、第二者については直接的な内容規制を積極的に認めてよいこと、第三者については、開示規制を強めるべき場合と、直接的な内容規制がより緩やかに認められるべき場合がありうることを指摘した。このような中間条項論は、近時の学説においても、その重要性が認められている（山本豊「判批最判平成二三年三月二十四日」NBB九五四号二二頁）。

(227) 山本・前掲注(226)は、更新料条項と同時期に問題となつた敷引条項についても、対価条項と密接な関連を有する中間条項としての性質を有している、と指摘する。

(228) そもそも規制対象とならない中心条項と規制対象となる付随条項の峻別については、従来から困難さが指摘されている（潮見佳男『契約法理の現代化』有斐閣（二〇〇四年）二六〇頁以下（初出一九九九年）、同編著『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』経済法令研究会（二〇〇一年）八五頁〔松岡久和〕を参照）。規制対象となる条項の中にさらなる下位のカテゴリを設けて、それらを入り口において分けるという処理には、この二者の峻別以上に、困難が伴うだろう。

(229) 川井健「物資統制法違反契約と民法上の無効」同『無効の研究』一粒社（一九七九年、初出一九六七年）二六頁以下。

(230) 川井・前掲注(229)六二頁。

(231) 川井・前掲注(229)七〇頁以下、七五頁以下。

(232) 川井・前掲注(229)六十二頁以下。

(233) 川井・前掲注(229)七十三頁以下。

(234) 川井説は、私法上の請求に影響しない取締法規とこれを制限する履行請求制限法規を区別する（川井・前掲注(229)八頁以下）。これに対し、磯村保「取締規定に違反する私法上の契約の効力」民商法雑誌創刊五十周年記念論集I（一九八六年）一頁以下は、履行前については、法秩序における価値矛盾の回避という要請から、取締規定に違反する行為の履行請求は一律に認められないが、履行後については、当事者間の不公平や取引の安全性も考慮して、私法上の効果を考えるべき

きであるとする。

(235) 川島武宜・判例民事法昭和一五年度七一事件（初出一九四一年）、沢井裕「統制違反の契約」『契約法大系I（契約総論）』有斐閣（一九六二年）四七頁以下。

(236) 末弘巖太郎「無効の時効」同『末弘著作集II・民法雜記帳上巻』日本評論社（第二版、一九八〇年）一七〇頁（初出一九三五年）、沢井・前掲注（235）四八頁を参照。無効の時効に対しても、多くの場合には無効の時効を構成する必要はなく、無効に基づく請求権の時効で解決されうるであろう、との指摘がある（川島武宜『民法総則』有斐閣（一九六五年）四一七頁）。

(237) 我妻栄『新訂 民法総則』岩波書店（一九六五年）二六三頁以下などを参照。また、伝統的通説の基礎を成した学説として、末弘巖太郎「法令違反行為の法律的効力」法協四七卷一号（一九二九年）六六頁を参照。

(238) 山本敬三『公序良俗論の再構成』有斐閣（一〇〇〇年）二五七頁（初出一九九六年）、米倉明「法律行為（一〇）」法教五三号（一九八五年）三〇頁以下を参照。

(239) 抽稿・前掲注（22）・（二）五四頁以下を参照。

(240) 大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』有斐閣（一九九九年）一六三頁（初出一九九三年）・とりわけ一七〇頁以下および二〇一頁を参照。

(241) 最判平成二三年七月一五日民集六五卷五号二二六九頁。

(242) 最高裁は、敷引条項についても、その額が「高額に過ぎる」ものであるかに着目した判断基準を立てている（最判平成二三年三月二四日民集六五卷二号九〇三頁、同平成二三年七月一二日判時二二二八号四三頁）。仮に敷引にも対価性を見出すならば（注（22）を参照）、敷引条項規制の効果についても、以下に述べると類似の推論を展開する余地がある。ただし、更新料条項と全く同じには考えられないことについては、注（249）を参照。

(243) この問題を考えるうえでも、何が個別に規制対象となっているのかを明らかにしておくことが、前提となる。この規制対象の判定については、消費者契約法一〇条前段に関する判断から明らかになるだろう。すなわち、判例が、「更新料条項は、一般的には賃貸借契約の要素を構成しない債務を特約により賃借人に負わせるという意味において、任意規定の適用による場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重するものに当たる」と述べていることからすると、更新料条項は、それ

がない場合との対比において、全体として一つの評価対象を構成するものと捉えられている、といえる。更新料の授受自体に関する合意とその額に関する合意が分けられているわけではなく、仮に更新料条項を全部無効とする場合には、前者も無効であり、更新料の授受に一切の法律上の原因がなくなるものと考えてよい。

(24) 京都地判平成二四年二月二九日消費者法ニユース九二号二五七頁は、更新料の額を一五万円（賃料の三、一二五か月分）とし、更新される期間を一年間とする条項が消費者契約法一〇条後段に該当するものと認め、信義則に反する部分につき無効であり、これに反しない程度まで、その更新料の額を減額しなければならない、とした。具体的には、年額賃料の二割を上限とし、それを超える部分を無効とした（もともと、同事件については、控訴審において条項有効の判断が示されているようである。幡野・後掲注(245)二七五頁を参照）。また、敷引条項についても、西宮簡裁平成二三年八月二日消費者法ニユース九〇号一八六頁は、敷金五〇万円から無条件に四〇万円（月額賃料の約四・三倍）を控除する条項を高額に過ぎるものと評価したが、相当な敷引金の範囲（月額賃料三か月分二七万九〇〇円）を超える分のみを無効としている。これに対しても、大阪簡裁平成二六年一〇月二四日消費者法ニユース一〇二号三三六頁は、月額賃料の約四・三倍に相当する保証金全額を控除する旨の敷引条項について、範囲を限定することなく、消費者契約法一〇条により無効としている。

(25) 更新料が一般に賃料の補充ないし前払いの性質を含むものであるとしても、賃料そのものとは区別されて規制対象となつてゐる、といつてよいだろう。判例が更新料と賃料とを全く同じには見ていないことについては、桑岡和久「判批・前掲注(241)最判平成二三年」民商一四六卷一号(二〇一二年)一〇〇頁以下、幡野弘樹「判批・前掲注(241)最判平成二三年」法協一三〇卷二号(二〇一二年)二六三頁などを参照。

(26) さしあたり、前掲注(241)最判平成二三年の評釈の中で、後藤巻則「判批」判評六四四号(二〇一二年)四頁以下を参考照。

(27) 森富義明「判解・前掲注(241)最判平成二三年」最高裁判所判例解説民事篇平成二三年度五五〇頁を参照。

(28) 借地借家法二八条における正当事由の規定のもとで、更新料の授受も「建物の賃貸借に関する従前の経過」として正当事由の判断要素に含まれうる。稻本洋之助・澤野順彦編『コンメンタール借地借家法』日本評論社（第三版、二〇一〇年）二一九頁〔本田純二〕などを参照。もつとも、同書二二一頁は、借家に関して、権利金や更新料の授受は、正当事由の有無を決定するファクターとしてあまり考慮されていない、と指摘する。

- (249) 契約期間の長期性が決定的な意味を持つという点において、更新料条項と敷引条項とは、事情が異なる。更新が繰り返されることで賃貸人の不利益が増大しうるという事情は、敷引条項には当てはまらない。このことは、更新料条項よりも敷引条項の方が、条項全部無効のサンクションを課しやすい、ということを示す。
- (250) 最判平成二四年三月一六日民集六六巻五号二二一六頁。
- (251) 拙稿・前掲注(13)「事後の審査説」一八一頁を参照。