



Title	近年のドイツにおける事業者間契約についての約款規制緩和論（1）
Author(s)	武田，直大
Citation	阪大法学．2024，73(6)，p. 1-42
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/94782
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

近年のドイツにおける事業者間契約に ついての約款規制緩和論（１）

武 田 直 大

目次

第一章 序論

第一節 本稿の目的

第二節 研究の意義

第三節 先行研究との関係

第四節 本稿の課題と構成

第二章 議論展開の通時的整理

第一節 規制緩和論の出発点

第二節 解釈論の展開

第三節 立法論の展開

一 立法論の登場

二 経済界の態度表明（以上、本号）

第一章 序論

第一節 本稿の目的

事業者間契約に約款規制が及ぶか、また及ぶとして、どのような形で規制が行われるのかは、約款を使用する事業者にとって大きな利害関心を有する問題であり、債権法改正の立法過程においても議論を呼んだことは、記憶に新しい⁽¹⁾。その事業者間契約における約款の内容規制について、ドイツでは、2000年代に入って規制緩和が盛んに論じられるようになった。ドイツ約款法は、1976年に制定された旧約款規制法（AGBG）以来、消費者契約と事業者間契約を共に約

論 説

款法の適用対象としつつ、一部の規定を事業者間契約に適用しない建付けとなっている（ドイツ民法典 BGB310条1項、2001年までは AGBG24条⁽²⁾）。もっとも、このような法律上の区別にもかかわらず、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）の判例は、両種の契約において広範に共通の厳格な規制を課してきたものと評価され、事業者間契約における契約自由を不当に制限するものとして、批判を集めることとなった。このような批判に基づいて、規制緩和の是非に関する一連の議論が、2000年代から2010年代にかけて活発に展開された。

本稿は、概略以上のようなドイツ約款法における事業者間契約の規制緩和論（以下、「ドイツ規制緩和論」と略称することがある。）について、その展開とそこに現れた様々な改正提案を整理・検討し、この議論の到達点を明らかにすることを目的とする。

第二節 研究の意義

それでは、ドイツ規制緩和論を研究することによってどのような意義があるのか。以下では、本稿がこの主題を取り扱う理由を説明する。

一 定型約款規定の解釈論とは直結しないこと

まず、本稿は、民法548条の2以下の定型約款に関する諸規定の解釈に対し直接的な示唆を得ることを期待して、ドイツ法の検討を行うものではないことを、断っておきたい。我が国の定型約款規定とドイツ約款法とでは、議論の前提となっている法規定の内容が異なっているうえ、基礎にある考え方がどこまで共通するかについても、慎重な検討を必要とする。ドイツ規制緩和論は、あくまでもドイツ法の枠組みやそれに基づいて発展してきた判例・実務を前提として展開されたものであり——このことをしっかりと意識しておかなければ、同論について適切な分析・評価を行うことはできないだろう。——、安易に我が国の法規定の解釈に接続すべきものではない。

二 比較法的な意義

それにもかかわらずドイツ法の議論を取り上げる理由は、第一に純粋に比較（阪大法学）73（6-2）1046〔2024.3〕

法的な意義にある。ドイツ約款法は、これまでも我が国において幾度となく参照されてきた。本稿で取り上げる議論は、そのドイツ約款法における過去20年の重要な展開の1つである。日本法の解釈論に直ちに影響するものではないとしても、とりわけドイツ約款法を比較法の対象としてきた約款法研究者であれば、その内容・経過を押さえておくべきものである。

とはいえ、ドイツ規制緩和論の顛末については、本論において詳述するように、かなり強い改正論が展開されたにもかかわらず、改正論者が主張するような形で全面的な法改正は現在に至るまで実現しておらず⁽³⁾、判例の動向にも大きな変化は見られない。改正を支持してきた研究者の記述には、改正の努力がわずかな成果しか挙げていないと評するものもある。また、このような顛末抜きにしても、先に「過去20年」と述べたように、本稿は、ドイツ約款法の最新動向を伝えるものではない。そうすると、目立った成果を上げたわけでもない「古い」議論を取り上げることに、何の意味があるのか、という疑義が呈されよう。⁽⁴⁾

このような疑義に対しては、次のように答えることができる。すなわち、まず、なぜ全面的な法改正や判例変更に至らないのかということ自体が、ドイツ約款法の動向および到達段階を理解するうえで興味深い問題だからである。また、議論が一段落した今だからこそ、空間的にだけでなく、時間的にも距離を取って、俯瞰で議論全体を観察することができる。そのうえ、次述のように、ドイツ規制緩和論には、約款法の基礎理論レベルの議論が数多く含まれており——そのレベルでの議論の成果は、十分に認めることができる。——、日本人研究者にとっても学ぶところが多い。

三 約款法の基礎理論についての意義

ドイツ規制緩和論は、我が国の実定法解釈論に直結するものではないとしても、いくつかの次元において、実定法の解釈あるいは立法の基礎となる理論を思考するうえでの材料を提供してくれる。

第一に、内容規制一般の正当化根拠を考えるうえで、ドイツ規制緩和論は有益である。本論で詳述するが、同議論の第一の争点は、事業者間契約における

内容規制の適用範囲をどのように画定するかという問題であった。この問題に答えるには内容規制の正当化根拠——それは、もちろん一定の契約法理解を前提とする。——を踏まえる必要があることが、早い時期に指摘された。そして、そのような約款規制の基礎を問い直すためのいわば素材として、事業者間契約の規制が論じられた⁽⁵⁾。この点でドイツ規制緩和論は、事業者間契約に限定されない内容規制の一般論としての性格を有している。

第二に、表題のとおり、事業者間契約における約款規制のあり方というレベルでも、ドイツの議論は示唆的である。例えば、近年の我が国の議論においては、事業者間契約における不当条項規制の基準として「健全な商慣行（good commercial practice）」など消費者契約法における不当条項規制と異なる基準を支持する見解が見られる⁽⁶⁾。このような基準をはじめ、内容規制の基準のあり方は、ドイツ規制緩和論においても争点の1つとなったところであり、その議論内容から学べるところがある。また、ドイツ規制緩和論は、消費者（契約）と事業者（間契約）の峻別、さらには後者における大企業と中小企業の峻別が約款規制においてどのような意味を持つのか、という問題も投げかける。その点では、本稿で取り上げる議論は、消費者・事業者という人概念の問題との関係においても参考となる。

第三に、特定の条項類型についての規制の必要性やそのあり方の次元である。ドイツ規制緩和論は、事業者間契約の規制緩和を一般的に論じるものであるにもかかわらず、具体的に規制緩和の必要性が指摘されたのは、もっぱら責任制限条項であった。そのため、責任制限条項の規制については、具体的な議論から各論的な示唆を得ることができる。他方、従来どおりの規制の必要性が特に指摘された条項類型として、責任拡大条項——損害賠償額の予定・違約金・損害担保など、広い意味で責任要件を緩和する条項——が挙げられる⁽⁸⁾。責任拡大条項に関する議論からは、責任制限条項と合わせた責任条項全般の現象形態や問題構造について、示唆を得ることができる。責任条項は、まさにドイツ規制緩和論がそうであるように、ときに約款規制・不当条項規制を論じる際の典型例あるいは代表例として措定されてきたものである⁽⁹⁾。その問題構造を把握することは、先に述べた内容規制一般の次元との関係でも重要である。

第四に、ドイツ規制緩和論が法秩序間の競争を意識して展開されたということも、この議論を興味深いものとする。規制緩和の代表的な論拠の1つは、厳格な約款規制が取引におけるドイツ法の選択を回避させており、ドイツ法の競争力を高めるために規制緩和を図るべきである、というものであった。このような主張を契機として、約款規制を回避するための「外国法への逃避」の法技術的可能性が論じられ、また、約款法が法選択に与える影響について、実証研究を含む研究が現われた。このような展開は、我が国でも債権法改正に際し「契約法の国際標準をめぐる競争」⁽¹⁰⁾が説かれたことなどを思い返すと、参考となるところがあるだろう。

このように、ドイツ規制緩和論の議論領域は、約款法の総論・各論からその前提となる契約理論、さらには法選択に関する国際私法上の問題や法秩序間の競争という法政策的な課題に至るまで、特殊ドイツ的な文脈を離れても意味を持ちうる諸問題に広く跨っている。換言すると、それら様々な問題の結節点に位置する議論ということができる。そのような位置づけゆえに、この議論は、我が国においても追跡されるべき価値を有している。

第三節 先行研究との関係

つづけて、我が国の関連する先行研究と本稿の関係について説明する。

まず、本稿の主題であるドイツにおける事業者間契約の約款規制緩和論については、既にこれを紹介するものがある。石上敬子「約款規制の事業者間契約における意義——ドイツにおける議論の変遷と現状——」損害保険研究82巻3号（2020年）35頁は、議論の動向を全般的にまとめている。また、マテオ・フォルナゼーア＝寺川永訳「事業者間取引における約款規制——現在の法状況および法改正への展望」中田邦博他編『ヨーロッパ私法・消費者法の現代化と日本私法の展開』日本評論社（2020年）339頁は、議論の一端を担った研究者の講演原稿の翻訳であり、議論状況を紹介するとともに、自説を開陳している。山下友信「不当条項規制と企業間契約」同『商事法の研究』有斐閣（2015年、初出2011年）292頁以下所収・302頁以下も、公表時期の制約上2011年頃までの動向をフォローするに留まっているが、議論の概要を伝えている。もっとも、

これらの論稿は総じて概括的であり、議論の詳細に踏み込み切れていない。とりわけ不十分と評せざるを得ない点として、①規制緩和に一貫して反対の論陣を張ってきたフォン・ヴェストファーレンの論説を始め、規制緩和に反対ないし慎重な論者の議論が十分に汲み取られていないこと——これは、前述のように法改正や判例変更が実現していない理由を探るうえでも、大きな欠落である。——、②議論の到達点を見定めるうえで重要なロイシュナーの受託研究（とりわけ実証研究の部分）について、立ち入った検討がされていないことが挙げられる。本稿は、これら不十分な部分を補うことで、これら先行研究との差別化を図る。

次に、ドイツ規制緩和論の主要な一角を占める事業者間契約における個別合意に関する議論を参照する研究がある。伊藤雄司「約款と個別合意——約款の内容規制の法的根拠をめぐる」落合古稀『商事法の新しい礎石』有斐閣（2014年）465頁は、ドイツにおける商議要件に関する判例の展開やその事業者間契約への妥当を批判するベルガーの見解を取り上げ、背景にある約款規制の根拠論と共に論じている。また、栗田晶「約款契約法における個別的合意の意義——約款使用の交渉拒絶表示としての表示価値に着目して——」信経法6号（2019年）29頁・52頁以下も、商議要件に関する判例の展開を追うと共に、事業者間契約における商議要件に関して複数の論者の見解を取り上げている。これら個別合意に関するドイツ法研究と本稿との相違点としては、本稿が個別合意論に限らず、事業者間契約の規制緩和論に含まれる諸問題について、幅広く論じることを企図していることが挙げられる。その分、個別合意の要件に関するドイツ法の議論を細かく検討することはできない。その点で、本稿は、中途半端なものとならざるを得ない。しかしながら、前述のように、ドイツ規制緩和論は諸問題の結節点に当たるところ、個別問題相互の関係にも留意して、全体の見通しを付けることが肝要である。そこで、本稿では、ドイツ規制緩和論を全般的に検討対象とする。

最後に、前世紀におけるドイツ法の議論を取り上げる先行研究との関係を説明する。事業者間契約にも約款規制を（どのように）及ぼすかについては、AGBG 制定の際にも議論があったところである。当時の議論については、河

上正二『約款規制の法理』有斐閣（1988年、初出1985年）364頁以下が、詳述している。また、AGBG 施行後10年を迎えた1980年代後半にも議論があったことが紹介されている⁽¹³⁾。これら前世紀の議論を扱う先行研究との関係を一言でいえば、本稿ではそれに立ち入らないということに尽きる。本稿で扱う21世紀の議論は、比較的独立性の高いものであるが、最終的には歴史的な連続性から切り離されるものではなく、特に AGBG 制定時の議論との対照は、本来重要である。そこを欠落させる本稿は、不十分との評価を免れないだろう。しかしながら、とりわけ内容規制の根拠論における当時と現在の到達点の違い、したがって、その点での AGBG 制定後現在に至るまでの議論展開を具体的に明らかにしなければ、前世紀の議論との間で有意義な比較検討を行い、先行研究に付け加えることはできない。その点について十分な研究が未だできていないため、前世紀の議論との接続については、今後の課題とせざるを得ない。

第四節 本稿の課題と構成

かくして本稿は、2000年代から2010年代にかけて展開されたドイツ約款法における事業者間契約の規制緩和論を、それ以前の議論文脈から切り離して独立に、かつ、包括的に取り扱う。これにより、ドイツ規制緩和論の全体像を示すとともに、現在に至るまで全面的な法改正に結実していない理由がどこにあるのか、また、法改正等の具体的な成果は別として、本議論の成果といえる到達点がどこにあるのかを明らかにしたい。

もっとも、このような限定的なアプローチのうえに、さらに限定を加えなければならない。すなわち、「外国法への逃避」に関連する諸問題については、逃避現象の実態に関する議論のみを取り上げる。それ以外の国際私法上の法技術的・解釈論の問題には、筆者に検証能力がないため、およそ立ち入ることができない⁽¹⁴⁾。

本稿は、以下のように構成される。まず、ドイツ規制緩和論の経過を通時的に整理する（第二章）。これにより、個別論者の主張を超えて、議論全体がどのような問題意識から開始され、どのような方向に推移していったのか、を明らかにする。つづけて、議論の過程で提示された様々な改正案を、内容に即し

て整理・検討する（第三章）。最後に、結論として、先に挙げた法改正が実現しない理由や議論の到達点といった問いについて、筆者なりの回答を提示するとともに、ドイツ規制緩和論が我が国における約款法学に与える示唆についても論じたい（第四章）。

第二章 議論展開の通時的整理

第一節 規制緩和論の出発点

一 議論の契機と問題意識

本稿が主題とする事業者間契約における約款規制の緩和論は、2004年頃に始まったとされる⁽¹⁵⁾。AGBG の制定から数えて既に30年近くを経たこの時期に、この問題が注目を浴びるようになった理由として、次の2つを挙げることができる。

第一に、2002年の債務法現代化を契機として、事業者間取引が約款規制の主要な対象と認識されるようになったことである。消費者契約に関する強行的な規定がBGBに設けられたことにより、消費者契約における約款規制の役割が減少する一方、このようなBGBの改正が事業者間契約における約款規制を変容させるのか、という問題が投げかけられた。例えば、2004年に開催された約款法に関するシンポジウム報告をまとめた書籍の序文においては、次のような問題提起がされている。すなわち、消費動産売買によって約款規制から核心部分が取り去られ、約款を用いる余地は、本質的に事業者間取引にのみ残されることとなった。このことが必然的に指導形象の変容と結びつき、場合によっては、規制にかからない事業者の形成裁量を広げるという意味で、約款規制の明確な変容を生じさせるのかが、とりわけ考慮されなければならない、と。このような問題意識からは、規制緩和のための2つのアプローチが導かれる。1つは、消費者と対比した事業者の人間像に焦点を合わせたアプローチである。もう1つは、事業者間取引を主要な対象とする内容規制そもそもの正当化根拠・保護目的を問い直すアプローチである。次節以下で論じるように、第一のアプローチから議論が始まったが、まもなく第二のアプローチが有力となって

いく。

第二に、グローバリゼーションの進展に伴い、法秩序間の競争が意識されるようになったことである。この時期、とりわけ大企業の法務にかかわる実務家の間から、厳格な約款規制が取引におけるドイツ法の選択を回避させ、外国法——とりわけ、ドイツよりも約款規制が緩やかで、なおかつ構造的・制度的にドイツ法に類似し、ドイツ語でアクセスすることができるスイス法⁽¹⁷⁾——への逃避を生じさせている、との指摘がされるようになった。また、「Law made in Germany」⁽¹⁹⁾の標語のもとドイツ法を「輸出品」として国際取引において普及させることが企図されたが、その際に厳格な約款規制が障害となることが危惧された。このような「外国法への逃避」⁽²⁰⁾のリスクは、研究者にも深刻に受け止められており、規制緩和論にとって大きな推進力の１つとなったものと考えられる。⁽²¹⁾

以上のように、ドイツ規制緩和論は、21世紀初頭にドイツが置かれた法的・経済的状況と密接に関連して、開始された議論であった。第一章で述べたように、前世紀の議論と切り離して同論を取り上げることができるのは、このような事情による。

二 批判の対象となった約款法の規律

それでは、ドイツ約款法のいかなる規律が、具体的に批判の対象となったのか。以下では、規制緩和論者による具体的な批判の対象を整理する。また、併せて、ドイツ規制緩和論を理解するうえで前提となるドイツ約款法の諸規定や判例を説明する。

1 内容規制の適用範囲

（１）問題とされた法状況—— BGB305条 1 項 3 文に関する厳格な判例

まず批判されたのは、内容規制の適用範囲を画する要件である。ドイツ約款法による事業者間契約の内容規制（BGB307条以下）は、BGB305条 1 項において定義された普通取引約款（以下、「約款」と略称することがある。）を対象として行われる。⁽²²⁾⁽²³⁾

同項1文によれば、普通取引約款とは、多数の契約のために予め定式化されたあらゆる契約条件であって、一方の契約当事者（約款使用者）が契約の締結に際して他方の契約当事者に対し設定するものをいう。この約款の定義規定は、支配的見解に従う限り、約款規制の適用範囲を限定する機能をほとんど有していない。というのは、まず、ここにいう「予めの定式化」（Vorformulierung）は、個別具体的な契約のために定式化されたものではないということであるが、書面化を要求するものではなく、むしろ約款使用者やその代理人の頭の中に記憶されていた契約条項であっても構わない。また、約款使用者自身によって定式化されている必要もない⁽²⁴⁾。次に、「多数の契約のために」使用する意図については、ここにいう「多数」は最低3回で十分であり、そのうえ、当該約款使用者自身が多数回使用する意図を有している必要はなく、第三者がそのような意図をもって条項を定式化したのでもよい⁽²⁵⁾。これに対し、「設定」（Stellen）の意義については説が分かれており、一方当事者が一方的に契約形成自由を行使したといえる場合にのみ、この要件の充足を肯定する見解もあるものの⁽²⁶⁾、支配的見解は、この要件に約款使用者を確定する機能のみを認め、一方当事者に約款使用者の地位が帰責されるためには、その者が約款を契約交渉過程に持ち出し、組入れを要求したことで十分である、としている⁽²⁷⁾。かくして、支配的見解によれば、BGB305条1項1文の規定は、内容規制の適用範囲を限定するうえで、ほとんど意味を持たない。

それゆえ、内容規制の適用範囲を限定するための規定として、同項3文が重要となってくる。この規定によれば、契約条件が契約当事者間で個別に商議（Aushandeln）されている限りにおいて、普通取引約款は存在しない。判例は、商議の存在を極めて厳格に認定している。判例の定式によれば、『商議』は、交渉（Verhandeln）以上のものを意味する。……『商議』ということができるのは、約款使用者がさしあたり自らの約款に含まれる法律と異なる核心内容、したがって法律上の規律の本質的内容を変更または補充する規定を真摯に処分に供し、かつ、少なくとも契約条件の内容形成に影響を与える現実の可能性を伴って、交渉相手方に自己の利益を擁護するための形成自由を与える場合に限られる。したがって、約款使用者は、明示的かつ真摯に、個別条項の

変更要望に応える用意があることを表明しなければならない。通常、そのような用意は、予め定式化されたテキストの認識可能な変更にも表れる。せいぜい特段の事情がある場合にのみ、最終的に根本的な討議の後に設定された原案に留まるときでも、ある契約条項を商議の結果と評価することができる⁽²⁸⁾」。交渉過程で変更されなかった条項が個別合意と認められるための「特段の事情」については、相手方が当該規律の実質的正当性を確信し、これに同意したことが必要とされる⁽²⁹⁾。また、BGB305条１項３文の規定により個別合意に当たるかは、個別条項ごとに判断されるため（「商議されている限りにおいて soweit」）、契約テキストの一部について商議があっただけでは、当該テキスト全体が個別合意であるとは認められない——「放射作用」（Ausstrahlungswirkung）の否定⁽³⁰⁾——。さらに、BGB305条１項１文の要件については、内容規制による条項無効を主張する相手方の側が主張立証責任を負うのに対し、同項３文の要件については、約款使用者の側がこれを負う⁽³¹⁾。以上のような理由から、予め定式化された条項を契約交渉に持ち込んだ当事者が、当該条項が個別合意であることを理由に約款規制を免れることは、極めて困難であるとされる。

このような個別合意に関する厳格なルールの事業者間取引への適用について、ドイツ規制緩和論が展開された時期に特に話題となった最上級審裁判例として、BGH 第 7 民事部 2012 年 11 月 22 日判決（NJW 2013, 856）を挙げることができる。事案は、次のようなものであった。すなわち、ゴミ焼却場を営む事業者 X は、相手方事業者 Y との間に、Y が X に廃棄物を供給し、その処理代金を支払う旨の契約を締結した。本契約では、年間・四半期ごとに Y が供給すべき廃棄物の最低量が定められていたが、さらに、「Y は、四半期ごとに合意された量の廃棄物を供給せず、かつ、次期四半期の初月に不足分相当の廃棄物を追加で供給しなかった場合には、合意された全量についての代金を支払わなければならない。」と規定する条項（ブリング・オア・ペイ条項 bring-or-pay-Klausel）が規定されていた。本条項は、X が契約締結交渉に際し Y に提示した契約書原案に由来するものであった。Y は、X に対し同条項の変更を要求していたが、X は、この変更要求に応じず、さらに両者の間で交渉が重ねられた後、本契約が締結された。X が契約書原案を Y に送付してから本契約が締結されるまで

の交渉期間は、半年を超えていた。さらに、Yが廃棄物の供給を開始してまもなく、Yが供給した廃棄物の量と品質について当事者間に意見の相違が生じ、再交渉の末、代金額と不足分の追加供給期限について、契約内容の変更が行われたが、本条項については、変更の対象とならなかった。このような事案において、BGHは、①契約締結過程において、Xが本条項を交渉不可能なものと表明しており、Yの異議も奏功しなかったこと、②当事者間で詳細な契約交渉が行われ、Yが集中的な法的吟味のうえで契約書原案を承認したとしても、それだけでは、Yが本条項に対する疑義を交渉プロセスの結果として放棄し、本条項を実質的に正当なものとして自らの法律行為意思に組み入れたとはいえないこと、③契約変更の過程でXが本条項を処分⁽³²⁾に供したともいえないことを理由に、BGB305条1項1文の要件を充足するとされる本条項につき同項3文の適用を認めなかった。そのうえで、BGHは、ゴミ処理場の資金調達と収益性に関するXの事業上のリスクをYに転嫁するものであること、Yが利用しなかった処理場の容量を用いて他から利益を得る可能性をXが有する一方、Yはこれによって利益を得ることができないことなどを理由に、BGB307条1項1文に基づいて本条項を無効とした。このような判例の処理が、事業者間取引における約款規制の厳格さを示す一例として、議論の俎上に上った⁽³³⁾。

(2) 批判の概要

以上の商議に関する判例に対しては、以下のような批判が向けられた。

- ① 今日の事業者間取引では、交渉が予定されていない大量取引においてだけでなく、M&Aやプラント建設など、経済的に重要で複雑な交渉を伴う取引においても、交渉の基礎として標準化された契約条件が一方当事者により提示される。判例によれば、そのような場合も含め、モデル契約テキストに由来する条項は、ほとんど常に約款とみなされ、内容規制に服することになってしまう⁽³⁴⁾。
- ② とりわけ前掲BGH2012年判決に対して向けられた批判であるが、各条項を真摯に処分⁽³⁵⁾に供さない限り個別合意と認められないとすると、事業者のビジネスモデルの基礎を成しており、変更に応じるわけにはいかない条項についても規制に服することになり、合理的なビジネスモデルが禁止されてしまう⁽³⁶⁾。逆

説的にいえば、条項使用者には、特に重要な条項について、個別合意として有効性を確保するために相手方に変更用意を示すことが、推奨されることになる。⁽³⁷⁾

③ 逆に、条項案の提示を受けた相手方に対しては、後に紛争になったとしても約款として無効判断が下ることを期待して、自らに不利な条項の変更交渉をしないことが推奨される（「約款の罠 AGB-Falle」の問題）。⁽³⁸⁾

④ 法律と異なる核心内容を処分に供することを要求する判例によれば、例えば責任限度額や違約罰を定める条項が個別合意と認められるためには、その額を変更する用意をただけでは足りず、責任限度額や違約罰の定めそのものの変更用意が必要となる。しかしながら、事業者にとっては、金額のような経済的要素の変更で十分なことが多い。⁽³⁹⁾

⑤ 事業者間の交渉実務においては、しばしば、契約全体の利益・不利益が考慮され、ある条項がもたらす不利益を価格や他の条項の利益で補償する（「価格組込み Einpreisen」、「包括的解決 Paketlösung」）。しかしながら、商議の放射作用を否定する判例によれば、そのような場合でも個別合意と認められないことになる。⁽⁴⁰⁾

⑥ 条項使用者には、商議があったことを証明するために、交渉の全プロセスを詳細に書面化する必要が出てくるが、このことは現実的ではない。⁽⁴¹⁾ また、変更用意の真摯性や相手方の確信といった当事者の主観に関わる事情をどのように証明すればよいのか、という疑問も呈されている。⁽⁴²⁾

⑦ その他、判例の掲げる基準の背景にある保護目的が問題とされた。それら内容規制の正当化根拠に関する議論については、後述する。

2 内容規制の基準

つづいて、事業者間契約の条項に対する内容規制の基準について、以下に挙げる諸点が問題とされた。

（１）BGB308・309条の微憑作用

BGB308条および309条は、評価の余地のある、または、評価の余地のない一連の禁止条項を定めている。BGB310条1項は、これらの規定（BGB308条⁽⁴³⁾

論 説

1a・1b号を除く。)が事業者間契約には適用されないこと(第1文)、および、逆に禁止条項に掲げられた条項が事業者間契約において常に有効というわけではなく、一般条項(BGB307条1・2項)⁽⁴⁴⁾が適用されること(第2文前段)を定めている。このような禁止条項リストの不適用にもかかわらず、判例は、BGB308条以下の規定に不相当性の徴憑作用(Indizwirkung)を認め、禁止条項に該当する条項が事業者間契約において使用された場合でも、例外的に特別な利益や必要性から反対の評価が導かれるのでない限り、当該条項を無効としてきた。⁽⁴⁵⁾

この判例に対しては、例外がほとんど認められておらず、BGB310条1項の規律に反して、事業者間取引が広範囲において消費者契約と同じ内容規制に服せしめられている、との批判が向けられた。⁽⁴⁶⁾

(2) BGB310条1項2文後段の無視

BGB310条1項2文後段は、BGB307条に基づく事業者間契約の内容規制において、「商取引において妥当する慣習および慣行に相当に配慮しなければならない」と定める。判例は、前述の禁止条項リストの徴憑作用との関係でも、またBGB307条による相当性審査との関係でも、この規定に基づいて事業者間取引の特殊性を十分に顧慮していない、との批判がなされた。⁽⁴⁷⁾その原因として、同規定がHGB346条と同一の文言を用いており、規範性を確立した商慣習の顧慮を命じるに過ぎないように読めることや、信義則(BGB242条)⁽⁵⁰⁾の厳格な基準に合致する限りでしか実務慣行が顧慮されていないことが指摘された。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

(3) 責任制限条項の規制

以上(1)および(2)の問題は、内容規制の基準一般に関わるものだが、規制緩和論者による批判の対象となったのは、そのような一般的規律だけではなかった。それどころか、一般的規律に対する批判も、特定の具体的な規制法理を念頭に置いていたと見ることができる。それは、責任制限条項の規制に関する判例法理である。⁽⁵²⁾以下、この判例法理とそれに対する批判を説明する。

まず、BGB309条7号aは、生命・身体または健康の侵害から生ずる損害に

についての減免責を禁じている。BGHは、この規定に上記の徴憑作用を認めており、事業者間取引においてもそのような条項は禁止されている⁽⁵⁴⁾。この点については、目立った批判はない。

次に、同号bは、約款使用者の重過失または同人の法定代理人・履行補助者の故意・重過失による義務違反に基づく責任の排除または制限を禁止している。判例上この規定にどこまでの徴憑作用が認められるかは、明確でない。少なくとも、約款使用者およびその指導的従業員の故意・重過失による責任の全部免除については、個別的な例外を除いて、事業者間取引においても認められない⁽⁵⁵⁾。この禁止が単純履行補助者の故意・重過失についての責任にまで及ぶか⁽⁵⁶⁾については、評価が分かれている。責任制限の可否についても、判例は明示的な態度決定を行っていないものとされる⁽⁵⁷⁾。いずれにせよ、これらの点についても、大きな批判はない。

このように禁止条項リストの徴憑作用がどこまで認められるのかについては不明確であるが、同作用の及ばないところにおいても、BGB307条に基づく規制が行われる。そして、判例によれば、同条2項2号に基づき、本質的な契約上の義務の履行については、約款使用者またはその履行補助者に単純過失しかない場合であっても全部免責が禁止される⁽⁵⁸⁾。責任制限に関しては、契約上典型的な予見可能な損害の賠償可能性に影響しない限りにおいて、許容される（以下、「予見可能性ルール」と呼ぶ⁽⁵⁹⁾）。その結果、判例上、完全に自由に責任排除・制限条項を用いることができるのは、非本質的な契約上の義務に単純過失によって違反した場合に限られる⁽⁶⁰⁾。

特に批判の対象となったのが、最後に挙げた本質的義務に関する判例法理である⁽⁶¹⁾。それによれば、まず本質的義務とそれ以外の義務の区別について、判例は跡付け可能な基準を展開出来ていない。また、損害の予見可能性という基準も曖昧で、潜在的な損害賠償額が明確にならず、実効的な責任制限に寄与しない⁽⁶²⁾。さらに、法律上も相当因果関係による責任制限があることから、予見可能性ルールでは、責任制限がほとんど拡張されない⁽⁶³⁾。このような状況は、予見可能な損害についても当事者間で分配する実務上の必要性に合致しない⁽⁶⁴⁾。例えば、大規模なプラント建設において一部の設備・部品を供給する場合、それら設備

等の瑕疵によりプラント全体が操業停止に追い込まれ、莫大な損害が発生することが予見できるが、供給業者がその全損害の賠償責任を負うことは、対価の額と比較して経済的に割に合わない⁽⁶⁸⁾。このような批判を展開する論者は、本質的義務か否かを問わず、一定の責任限度額を定める条項の使用を可能とするべきである、との旨を主張した⁽⁶⁹⁾。

3 小括

以上のように、厳格さを批判された約款法上の規律は、内容規制の適用範囲に係る商議要件から内容規制の基準に関する種々の処理まで、多岐にわたる。それらの批判は、直接的には、事業者間契約に対する約款規制一般に向けられている。もっとも、具体的に問題視されたのは、もっぱら本質的義務違反を理由とする責任制限条項の規制であった。このことを考慮すると、全体として見た場合に規制緩和論の核にあったのは、「個別合意を緩やかに認定するか、内容規制の基準を見直すことにより、莫大な責任リスクを伴う取引において責任限度額条項を有効に使用することができるようにすべきである」という主張であった、と理解することができる。

第二節 解釈論の展開

つづいて、ドイツ規制緩和論の具体的な展開に話を進める。同論は、初めから立法論として展開されたわけではなかった。むしろ当初は、解釈論のレベルで厳格な判例法理の修正を図ることが目指された。以下では、2010年頃まで続いたこの解釈論期の議論を整理する。

一 ベルガーの見解

1 事業者一般の自己責任を強調する議論

この時期の議論をリードした論者として、ベルガー（Klaus Peter Berger）が挙げられる。ベルガーは、消費者と対比した場合における事業者の高度の自己責任および要保護性の小ささを出発点として⁽⁷⁰⁾、内容規制の適用範囲と基準について、それぞれ議論を展開した。

まず、内容規制の適用範囲については、相手方事業者は、交渉可能性を利用することを期待され、交渉後に当該条項を認識したうえで契約を締結すれば、その条項を自己の自由な法律行為形成意思に組み入れたことになる、と論じた。そして、商議があったというためには、この意味で交渉があったといえればよく、判例がいうように、条項を真摯に処分に供し、その内容形成に影響を与える現実の可能性を与えることまでは必要ない、とした。⁽⁷¹⁾さらに、この意味での商議＝交渉の有無を判断するために、一連の指標を提示した。⁽⁷²⁾

次に、内容規制の基準についても、事業者の要保護性の小ささを考慮すべきことが説かれた。すなわち、BGB308条以下の禁止条項を包括的に事業者間取引に拡張するのではなく、それぞれの事例ごと、個別の禁止条項ごとに、禁止条項の正義内容と事業者の要保護性の小ささを考慮した抽象的・一般的評価が行われるべきとした。また、その評価基準となる平均的な相手方として、自己の取引上の問題について典型的に高い責任を負う事業者を挙げた。⁽⁷³⁾

２ 事業者間取引の場合分けを主張する議論

このように事業者間取引一般について相手方事業者の高度の自己責任・要保護性の小ささを論じたベルガーであるが、その後、事業者間取引の内部における場合分けの必要を前面に出すようになった。それによれば、BGB310条１項は、消費者取引と事業者間取引の峻別だけでなく、後者の内部において相手方の類型的な保護の必要性に基づく場合分けを要請する。⁽⁷⁴⁾

これを内容規制の適用範囲の画定について見ると、判例によって展開された商議の定義は、小規模事業者の保護の必要性には適合的だが、より大規模な事業者においては、契約が全体として交渉された場合でも個別合意を承認すべきである。さらに、その前提として、交渉による自己の利益の擁護を相手方に類型的に期待しうることが必要であるが、当該取引を自己の中心領域に収め、法的なノウハウを有し、約款使用者に明らかに経済的に依存していない事業者においては、このことを前提としうる、とした。⁽⁷⁵⁾⁽⁷⁶⁾

また、内容規制の基準についても、BGB310条は事業者間取引そのものを語ることを禁じているとして、個別の顧客類型ごとの要保護性の観点から、有効

性の限界を確定すべきとした。⁽⁷⁷⁾⁽⁷⁸⁾

二 実務家の見解

ベルガーが以上のような議論を展開したのに続き、実務家（大規模な法律事務所や大企業に所属する弁護士）からも解釈論が提示された。それらは、総じてベルガーの見解と同様、消費者契約とは異なる事業者間契約の特殊性に焦点を合わせたものと評することができる。

1 内容規制の適用範囲に関する議論

リシェク（Jan Lischek）とマーンケン（Volker Mahnken）⁽⁷⁹⁾は、事業者間取引の中でも複雑な交渉が行われる取引を念頭に、ベルガーと同様、商議要件を単なる交渉で十分なものとして緩和すべきことを主張するとともに、BGB305条1項1文の設定要件によって内容規制の適用範囲を画することを論じた。それによれば、同要件では、既述の支配的見解と異なり、不当かつ一方的な形成力の行使があったかどうか、が問題となる。そして、商議＝交渉についても設定が否定される最も明確な一例として位置づけられる他、①一方当事者が提案した契約条件を相手方が全体として相当なものとした場合、②契約条件について議論・説明・教示が行われた場合——この場合には、相手方が当該条件の実質的正当性・相当性を理解したものとされる。——、③起案当事者に交渉用意があることを前提に、相手方が交渉可能性を利用しなかった場合——ここでは、取引規模も考慮されとする。——にも、設定が否定されとした。⁽⁸⁰⁾

ケッセル（Christian Kessel）とジュットナー（Andreas Jüttner）⁽⁸²⁾は、契約交渉プロセスを段階的に分析し、各段階において各当事者にオプリーゲンハイトを課すことで、「約款の罨」の問題に対処しようとした。それによれば、事業者間取引における典型的な商議プロセスは、導入段階・交渉段階・締結段階の3段階に区分される。⁽⁸³⁾導入段階では、約款使用者に商議を申し込むオプリーゲンハイトが課され、申し込まなければ約款があったものと認められる。他方で、商議の申込みを受けた相手方には、変更提案のオプリーゲンハイトが課される。相手方が変更提案をせず、提案された契約内容を受け入れた場合には、

近年のドイツにおける事業者間契約についての約款規制緩和論（１）

個別合意とされる。⁽⁸⁴⁾ 次の交渉段階では、相手方の変更提案を受けた約款使用者に、当該提案について確証をもって態度決定するオプリーゲンハイトが課される。約款使用者がこのオプリーゲンハイトに違反すれば、個別合意が認められない。これに対し、このオプリーゲンハイトに従って変更提案を拒絶された相手方は、新たな変更提案をしなければならず、それをせずに契約を締結すれば、個別合意とされる。⁽⁸⁵⁾ 以上のような相互的なオプリーゲンハイト・システムによっても残る法的不安定性については、締結段階における相手方の表明によって補完される。すなわち、相手方がさらなる商議を不要と表明すれば、個別合意が認められ、逆にさらなる商議を必要と表明すれば、約款が存在することの徴憑となる。相手方がいずれの表明もしない場合には、導入・交渉段階の結果に留まる。⁽⁸⁶⁾ このような形で事業者間の契約交渉過程をモデル化し、各当事者にオプリーゲンハイトを課すことで、約款と個別合意の峻別を図ることが提案された。

２ 内容規制の基準に関する議論

レンカイティス（Karlheinz Lenkaitis）とロエーヴィツシュ（Stephan Löwisch）⁽⁸⁷⁾ は、ベルガーと同様、事業者の要保護性の小ささを強調した。それによれば、BGB には、消費者保護の指導形象とならび、よりわずかな事業者保護という不文の指導形象も見いだされる。このことから、BGB308条以下の徴憑作用を否定し、また、BGB310条１項２文後段に基づき事業者の相当性の推定を要求する。⁽⁸⁸⁾ さらに、BGB307条の基礎にある信義則に基づき条項の有効性が否定されうるとし、具体的には、事業者相手方が消費者と類似の状況にあるかという観点から、①約款使用者が独占的地位を有する場合、②相手方が末端販売事業者である場合、③相手方が約款使用者の給付を消費者同様に利用する場合を挙げる。⁽⁸⁹⁾ これに対し、ベルガーの説く事業者間契約内部での細分化については、法律上の根拠がなく、予測可能性も欠くものとして退けている。⁽⁹⁰⁾

また、ケッセル（Christian Kessel）とシュトンプス（Andreas Stomps）⁽⁹¹⁾ は、事業者間契約における責任制限条項の審査について、判例による消費者契約との同一取扱いは適切でなく、次のような２段階の相当性審査を行うべきことを⁽⁹²⁾

主張した。すなわち、①約款使用者による「一方的な契約自由の行使」の有無を問うたうえで、②BGB307条の基準に基づき、約款使用者が自己決定侵害を相手方に不利な条項の実現のために利用したか、このことが契約の均衡の障害をもたらしたか、を審査する。⁽⁹³⁾さらに、①段階については、①約款使用者が独占的地位を有し、約款を強制したか、②情報格差に基づく市場の機能停止が見られるか、が問われるとする。⁽⁹⁴⁾

三 修正不要論——フォン・ヴェストファーレンの見解

後の立法論期に至るまで規制緩和に反対する論陣を張った代表的な論者として、フォン・ヴェストファーレン（Friedrich Graf von Westphalen）が挙げられる。彼は、これまで取り上げてきた解釈論上の諸提案に対し、多岐にわたる批判を展開した。⁽⁹⁵⁾

まず、内容規制の適用範囲を画する商議要件について、フォン・ヴェストファーレンは、事業者も安定的な判例に順応しているとしたほか、⁽⁹⁶⁾相手方の契約内容形成自由を保障するものとして、実質的にも判例を擁護した。⁽⁹⁷⁾それによれば、相手方が内容形成に影響を与える可能性があったというためには、約款使用者が約款条項の「法律と異なる核心内容」を真摯に処分に供する必要がある。また、交渉によって変更されなかった条項についても、「根本的な討議」と「特段の事情」の要件が備わる場合にのみ、相手方の自己決定・自己責任の表現といえることができる、とする。このようなフォン・ヴェストファーレンの論は、判例の基礎にある保護目的の理解に立ち返れば、消費者契約と事業者間契約とを区別する本質的な理由はない、と指摘するものである。

次に、フォン・ヴェストファーレンは、内容規制の中核的な基準が任意規定の正義内容（BGB307条2項）にあることを強調した。この観点から、相手方事業者の要保護性の小ささに焦点を合わせるベルガーやレンカイティスとローヴィッシュの議論が批判された。⁽⁹⁸⁾また、BGB308条以下が有する徴憑作用への批判に対しても、事業者間取引における約款法の展開の原動力となってきたのは、BGB308条以下ではなく、もっぱら一般条項たる BGB307条の解釈であること⁽⁹⁹⁾を指摘した。さらに、BGB310条1項2文についても、BGB307条の

枠内で「相当」である限りにおいて、商慣習の顧慮を要求するものに過ぎない、とする。⁽¹⁰⁰⁾このように内容規制の基準についても、任意法の正義内容を実現させるという規制目的に照らして、相手方の性質に本質的な意味はない、との旨が主張された。

さらに、フォン・ヴェストファーレンの議論において注目すべきは、購入約款（Einkaufs-AGB）における責任拡大条項の問題を指摘したことである。⁽¹⁰¹⁾既述のように、規制緩和論が具体的に問題視していたのは、責任制限条項に対する厳格な規制であった。責任制限条項は、財やサービスの供給に伴う責任を軽減するために、それらを供給する側の当事者が使用する約款において用いられる条項である。これに対し、フォン・ヴェストファーレンは、購入者側が用いる約款では、逆に供給者側の責任を任意法よりも拡大する条項が使用されている実態を指摘した。また、通常、同一の事業者が、一方で責任拡大条項を伴う購入約款を使用し、他方で責任制限条項を含む販売約款（Verkaufs-AGB）を使用しているというのとは、一面的な見方である、と論じた。このような購入約款の問題は、その後の立法論期の議論においても無視できないものとなっている。

四 情報格差論に基づく商議解釈論

BGB305条1項3文の商議に関する判例は、フォン・ヴェストファーレンが論じたように、相手方の契約内容形成自由を保障することを根拠としたものといえる。しかしながら、このような規制根拠の理解に対しては、相手方に消極的な契約締結自由が保障されていれば、契約内容形成自由の欠如は規制を正当化しないとの批判が向けられ、異なる規制根拠の理解——情報格差に規制根拠を求める理解——から商議要件の解釈を展開する見解が現れた。

1 ロイシュナーの見解

そのような議論を展開した代表的論者としてロイシュナー（Lars Leuschner）が挙げられる。⁽¹⁰³⁾ロイシュナーは、約款の分析に要する費用と契約価値

(契約が相手方にとって有する価値)の不均衡に起因する当事者間の情報格差に約款問題の原因があることを前提に、そのような情報格差に加えて合理的・自己責任的行動能力の欠如ゆえに相手方が消極的契約締結自由を行使しないことから生じる他者決定から相手方を保護すること、および、約款の受入れを促進して取引費用を低減することに、内容規制の正当化根拠を求めた。論者は、このような正当化根拠が消費者契約にも事業者間契約にも当てはまるとして、ベルガーらによる両契約の峻別論を批判した。すなわち、上記のような約款使用の基本問題に鑑みると、そのような峻別の契機は存在しない。むしろ、判例に見られるような事業者領域と非事業者領域との間での内容規制の広範な平準化も、目的論的に十分に正当性を有する、と。このような批判を展開したうえで、ロイシュナーは、内容規制の適用範囲を画する商議の統一的な解釈として、取引費用と契約価値との関係が消極であれば商議を否定し、これが積極であれば商議を肯定すること（反証不可能な推定）を提案した。⁽¹⁰⁴⁾⁽¹⁰⁵⁾⁽¹⁰⁶⁾⁽¹⁰⁷⁾⁽¹⁰⁸⁾⁽¹⁰⁹⁾⁽¹¹⁰⁾

2 ミートハーナーの見解

同時期に内容規制の正当化根拠から説き起こして商議要件の解釈論を展開した論者として、ミートハーナー（Tobias Miethaner）も挙げられる。⁽¹¹¹⁾彼もまた取引費用に起因する当事者間の情報格差に規制根拠を求めるが⁽¹¹²⁾、そこから先の考え方は、ロイシュナーと異なっている。すなわち、約款の存在に鑑みて契約締結をそもそも放棄するという選択については、約款を使用しない供給者を見つけることが困難であること、また、条項によって把握されるケースが実現する蓋然性の低さに鑑みて、契約放棄は過剰反応であることから、不可能であるとする。⁽¹¹³⁾そのため、相手方は、約款の質を契約締結判断に組み入れることなく、契約締結を事実上強制される。ミートハーナーは、この点での相手方の決定自由の侵害に、内容規制の根拠を見いだす。⁽¹¹⁴⁾

このような規制根拠論を基礎に、ミートハーナーは、相手方が当該条項を契約締結判断に組み入れたといえる場合には、裁判官による相当性審査は必要ないものとして、商議が認められる、と論じた。⁽¹¹⁵⁾そのためには、①相手方が条項を認識していたこと、②条項の実質的内容を理解していたこと、③情報の支配

可能性という観点から、当該条項に契約の中で重要な意義が与えられたことが必要である、とする⁽¹¹⁶⁾。また、非常に高額（100万ユーロ以上）の契約においては、付随的条項についての交渉が費用に見合うとの理由で、相手方に交渉オプリーゲンハイトを課し、相手方が交渉を怠れば、もはや内容規制を援用することができないものとする⁽¹¹⁷⁾。

以上のような商議の判断基準をもとに、ミートハーナーは、これらの一般原則を正しく適用すれば、事業者間契約においてより広く個別合意を認めることは可能である、と主張した。すなわち、事業者間契約において相手方は、自己の取引対象を知悉し、条項内容を通常理解することができるので、上記①から③の要件は、消費者契約においてよりも容易に認められる。それゆえ、BGB310条１項２文等に基づく事業者間取引とその他の取引の峻別は不要であるとして、ベルガーらの議論を批判した⁽¹¹⁸⁾。

五 小括

本節では、2004年頃から2010年頃までの解釈論期の議論を整理した。その後の議論との関係と共に、この時期の議論展開を改めて手短にまとめると、次のようにいうことができる。

まず、事業者の人間像に焦点を合わせるアプローチから規制緩和論が主張された。そこでは、事業者には消費者に比して高度の自己責任が求められるという理由から、内容規制の適用範囲または基準あるいはその両面において、消費者取引と事業者間取引の峻別を説く議論が展開された。しかしながら、このような峻別論に対しては、内容規制の根拠に立ち返れば消費者・事業者の区別に本質的な意味はない、との反論が立ちはだかることになった。判例の修正を不要とする論陣を張ったフォン・ヴェストファーレンの主張は、商議判例における契約内容形成自由の保障や内容規制の基準における任意法の正義内容の実現といった目的が事業者間契約でも妥当する、というものであった。また、商議要件に関しては、もっぱら情報格差の面からこれを解釈する見解も主張されたが、そのような見解においても、消費者・事業者の峻別に本質的な意味は見いだされなかった。このような議論展開の結果、次の立法論期においても、消費

者・事業者の峻別を核とするアプローチが相対的に力を落としていく一方、約款規制の根拠をどのように捉えるかという問題に、より焦点が合わせられていくこととなる。このようにして、事業者間契約における約款規制の緩和論は、約款法一般に関する議論としての色彩が強めることになった。

次に、規制緩和論が具体的に問題視していた責任制限条項の規制に対しては、購入約款における責任拡大条項という逆の問題が指摘された。財やサービスの供給者側が使用する約款（以下、「供給約款」という。）における責任制限条項とそれらを購入する側が使用する約款（以下、売買に関するものに限定せず、財やサービスを購入する側の当事者が使用する約款を総称して、「購入約款」と呼ぶ。）における責任拡大条項の対比は、次の立法論期においても考慮され、さらに約款規制の根拠論と結びついていく。

第三節 立法論の展開

2010年代に入ると、規制緩和論の中心は、立法論へと移行する。本節では、それら立法論が展開された時期の主要な出来事および議論展開を整理する。その際、個別の改正提案については、第三章にて詳細に取り扱うため、簡潔に言及するに留める。

一 立法論の登場

1 実務家・研究者による個別的な改正提案

2009年の終盤に弁護士のミュラー（Werner Müller）・グリーベラー（Carsten Griebeler）・プファイル（Julia Pfeil）が連名で改正提案を公表したのを皮切りに、⁽¹¹⁹⁾ 個別の研究者または実務家による改正提案が相次いで提示されるようになった。

そのミュラーらは、BGB305条1項3文が有する法的不安定性を解消するために、商議の存在を反証可能な形で推定するための基準を列挙した規定をBGB305条に設けることを提案した。⁽¹²⁰⁾ また、内容規制の基準については、商慣習の配慮を求めるBGB310条1項2文後段を「事業者間取引の必要性に相当に配慮しなければならない。」という形で改正すべきことを主張した。⁽¹²¹⁾

近年のドイツにおける事業者間契約についての約款規制緩和論（１）

ベルガーも、2010年になると立法論に足を踏み入れた。⁽¹²²⁾ ここにおいてベルガーは、もはや裁判実務のための具体的な補助ではなく、判例に消費者契約と事業者間契約のより強い場合分けを促す抽象的・一般的な法律上の規律が問題であるとした。⁽¹²³⁾ そこで、内容規制の適用範囲については、事業者間契約では相当な交渉があれば商議があったものとみなす旨の規定を BGB305条に設けることを提案した。⁽¹²⁴⁾ また、内容規制の基準については、商慣習に加え、事業者間取引の実情、とりわけ消費者と比較した場合の要保護性の小ささを顧慮すべき旨の規定に、BGB310条 1 項 2 文後段を改正することを主張した。⁽¹²⁵⁾

2 保護目的論の展開

上記の諸提案は、前節で整理した解釈論期の判例修正論の延長線上にあり、消費者契約と事業者間契約の峻別を核とするアプローチに立脚するものであった。そのため、これらの立法論に対しては、とりわけ BGB305条の改正案を標的として、約款規制の保護目的論の欠如が指摘された。特にロイシュナーは、情報格差論に应接していないという点で、彼らの提案が保護目的論の到達点を踏まえていないことを批判した。⁽¹²⁶⁾ また、ミュラーらの基準カタログに対しては、相手方の契約内容形成自由の保護という判例と同様の保護目的理解を前提としたとしても、具体的に掲げられている基準がそれに適合していない、との批判も向けられた。⁽¹²⁷⁾ このように、規制緩和論は内容規制の保護目的・正当化根拠を踏まえたものでなければならない、との見方が強まっていく。消費者契約と事業者間契約の峻別についても、規制根拠の理解の上に行われるべきことが、意識されるようになった。⁽¹²⁸⁾

このように約款規制の保護目的論が重視されていく中で、約款規制の正当化根拠を取引費用に基づく情報格差に求める立場からも、相次いで改正案が提示された。⁽¹²⁹⁾

その第一は、BGB305条 1 項 3 文の商議要件とは別に、契約の規模が一定基準を超える場合に内容規制の適用を除外する旨の改正案である。先に商議の解釈論として契約価値に焦点を合わせていたロイシュナーは、契約上の主たる給付義務に基づいて確定される契約規模が一定限度（具体的には、100万ユー

口)を超える事業者間取引については、カテゴリーカルに規制対象から外す旨の改正を提唱した。⁽¹³¹⁾その他に、50万ユーロを基準とする見解、⁽¹³²⁾55万ユーロでは低すぎるとする見解、⁽¹³³⁾10万ユーロを提示する見解も現れた。⁽¹³⁴⁾

第二は、当該契約が相手方事業者にとって事業の中心に属する取引か、それとも付随的な取引に過ぎないのかに、特に焦点を合わせる見解である。相手方事業者も反復継続的に行う中心的取引であれば、約款の内容に関心を向けることが過大な要求ではない、との考慮による。例えば、ダウナー＝リープ (Barbara Dauner-Lieb) とアクサー (Constantin Axer) は、個別合意の有無について、この判断基準を提示した。⁽¹³⁵⁾これに対し、内容規制の基準において、この点を考慮すべきとする見解も現れた。⁽¹³⁶⁾

二 経済界の態度表明

このように法改正が議論されていく中、経済団体からも改正の是非について態度表明が行われた。

1 フランクフルト・イニシアティヴ

まず、2011年1月に、「約款法の継続発展のためのフランクフルト・イニシアティヴ」(Die Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts)が独自の改正案を公表した。⁽¹³⁷⁾同イニシアティヴは、約款法の改正を目指して2008年に経済団体および法律事務所によって発足し、VDMA (ドイツ機械工業連盟)、ZVEI (ドイツ電気電子工業連盟)、フランクフルト・アム・マイン商工会議所、経済弁護士、法学者および企業内弁護士によって支援されたものであった。その改正案は、既述のような現行法の問題点や「外国法への逃避」の問題に言及したうえで、次のように提案する。すなわち、第一に、BGB305条について、「事業者としての自己決定的判断」を事業者間契約における個別合意の判断基準とすべきものとする。第二に、内容規制の基準については、DCFRの規定(後にはCESLの規定も)を参考に、事業者の慣行を著しく逸脱する契約条項のみを不当とする旨の規定をBGB310条1項に設けるべきものとする。その後、2015年と2018年に改訂版の改正案が公表されているが、大

筋は変わっていない。

２ 約款法を支持するイニシアティヴ

つづけて、2011年５月18・19両日に開催された第82回州司法相会議は、その決定において、事業者間取引のための現在の契約法の枠組み条件は法的不安定性の存在に鑑みて議論の必要があるとし、事業者間契約についての約款法を適切に再検討し、場合によっては、企業にとってより法的に安定した規律のために、必要な改正を提案するよう、連邦司法相に要請した⁽¹⁴⁰⁾。この要請について、連邦司法省は、経済界に質問書を送付した。これを受けて、約款法の改正に反対の立場をとる業界団体は、「約款法を支持するイニシアティヴ」（Initiative pro AGB-Recht）に結集し、2012年から2013年にかけて一連のプレスリリースおよび共同声明を公表した⁽¹⁴¹⁾。

本イニシアティヴに名を連ねた業界団体は、建設業団体・金属加工業団体・繊維アパレル業団体・手工業団体など多岐にわたる——その数は、2023年２月の段階で40団体近くに及ぶ。その中に建設業団体が含まれることが、本イニシアティヴが維持すべき約款規制の対象としてどのような約款を念頭に置いていたのかを窺い知るうえで、注目される。建設業は、注文者が使用する約款に含まれる請求則払保証⁽¹⁴²⁾や違約罰⁽¹⁴³⁾の規制において、約款法の恩恵を受けてきた業種である⁽¹⁴⁴⁾。このことから、購入約款における責任拡大条項が、維持すべき規制の対象（の少なくとも一部）として考えられていたものと推測される。さらに、この推測を裏付ける材料として、繊維アパレル業団体の弁護士シェーファー（Christoph Schäfer）が、規制緩和に反対する際に、市場の集中が進み、中小の供給業者が販売先を選択できない状況を指摘したことも挙げられる⁽¹⁴⁵⁾。かくして、経済界における規制緩和反対論も、学界の反対論者であるフォン・ヴェストファーレンと同様、購入約款・責任拡大条項を問題視していたものと見ることができるといえる。

３ 経済的劣位者保護論の展開

以上のような経済界からの態度表明は、内容規制の保護目的論との関係でも

重要な内容を含んでいる。中小企業の利益代表を自認する「約款法を支持するイニシアティヴ」が掲げた主要な改正反対の理由は、現行約款法が経済的劣位者の保護機能を有しているところ、規制緩和によって経済的に優位な当事者の契約自由が高められる一方、経済的に劣位の当事者が犠牲になる、というものであった。購入約款の問題は、そのような経済的優位性の問題として認識されたのである。他方、規制緩和を主張するフランクフルト・イニシアティヴも、事業者間取引であっても、とりわけ具体的な状況において経済的に従属している企業について、承認に値する要保護性が存在しうる、としている。⁽¹⁴⁶⁾このように、経済界においては、経済的に劣位にある事業者の保護が、約款規制の保持すべき機能として承認されていたのであった。

このような約款規制の機能は、とりわけ内容規制の正当化根拠をもっぱら情報格差に求める論者にとって、対峙しなければならないものである。というのは、ここでは、相手方が契約条件に関心を有しているとしても——したがって、情報格差がないとしても——、経済的優位性ゆえに約款使用者の意思に屈しなければならないことが問題だからである。そこで、この時期、学説からも見解が表明された。ロイシュナーは、実際上の観点において、BGB305条以下が現状の取扱いを基礎として事業者間取引において経済的劣位からの保護を与えることを認めつつも、これをもって約款規制の保護目的とすることはできないとした。⁽¹⁴⁷⁾また、やはり情報格差を民事法上の条項規制の根拠とするフォルナゼーア（Matteo Fornasier）は、カルテル法上の条項規制に委ねるべきことを主張した。⁽¹⁴⁸⁾

これに対し、前述のシェーファーは、約款法が条件濫用を効果的に阻止することに広範に成功しているとし、約款法の補充的カルテル法としての機能を積極的に評価した——約款法を改正する余地があるとしても、この機能が危殆化されない範囲に限られる、とする。さらに、学説では、次項で取り上げるように、事業者間取引における内容規制の根拠をもっぱら市場支配力に基づく交渉力格差に見いだし、この観点から適用範囲の制限を論じる学説も登場した。また、これも後述するように、ロイシュナーも、後には経済的劣位者の保護を規制根拠の1つとして受け入れることとなった。⁽¹⁵⁰⁾

近年のドイツにおける事業者間契約についての約款規制緩和論（１）

〔付記〕 本稿は、JSPS 科研費 JP21K01220の研究成果の一部である。

- （１） 法制審議会民法（債権関係）部会第11回会議議事録 1 頁以下、同第87回会議議事録18頁以下、同第89回会議議事録28頁以下、同第96回会議議事録34頁以下、同第98回会議議事録 2 頁以下を参照。
- （２） 他方で、1996年以降、不当条項指令（Richtlinie 93/13/EWG）を転換する形で、消費者契約に関する特則も設けられている（BGB310条 3 項、AGBG24a 条）。注（23）を参照。
- （３） もっとも、2023年12月に成立した将来保障投資の金融のための法律（Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen, Zukunftsfinanzierungsgesetz – ZuFinG）において、BGB310条に1a 項を追加する改正が行われた。この改正は、国内において許可制となっている金融事業者間の金融取引のみを対象として、約款法上の不安定性を解消するために、内容規制（BGB307条および308条1a・1b 号）の適用除外を設けたものである（Regierungsentwurf, 101ff）。このような限定的な規制緩和の措置に対し、全面的な規制緩和を推進してきた後述のフランクフルト・イニシアティブは、金融部門に限定されない規制緩和を訴えている（Stellungnahme der Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts zum Referentenentwurf, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/Stellungnahme-frankfurter-initiative-agb-recht.pdf?__blob=publicationFile&v=2〔2024年 1 月 8 日最終アクセス〕）。

BGB310条 適用範囲

（1a）第307条ならびに第308条第1a および第1b 項は、事業者が契約の目的である取引を適法に営業として行い、かつ、次の各号に掲げる者との間で契約を締結する場合には、第 2 文に規定する取引にかかる契約に適用しないものとする。

1. その種の取引を自己の本店その他の営業所所在地において契約類型的な給付の提供者としても適法に営業として行うことができる事業者
2. 第 3 文にいう大規模事業者であって、第 2 文に規定する取引を自己の本店その他の営業所所在地において契約類型的な給付の提供者としても適法に営業として行うことができる者

第 1 文に規定する取引は、次の各号に掲げるものをいう。

1. 信用制度法第 1 条第 1 項第 2 文にいう銀行取引
2. 信用制度法第 1 条第1a 項第 2 文にいう金融サービス
3. 証券会社法第 2 条第 2 項にいう有価証券サービスおよび同法第 2 条第 3 項に

論 説

いう有価証券付随サービス

4. 支払サービス監督法第1条第1項第2文にいう支払サービス
5. 資本投資法典第20条第2項および第3項に規定する資本管理会社の取引
6. 取引所法第2条第1項に規定する取引所およびその運営主体の取引

ある事業者が契約締結に先立つ2年のいずれにおいても次の各号に掲げる3つの基準の内の2つを充たしていた場合には、その事業者は大規模事業者とみなす。

1. 商法典第267条第5項に基づく年平均において、そのつど最低250人の労働者を雇用していたこと
2. そのつど5000万ユーロを超える売上を達成していたこと
3. 商法典第267条第4a項に基づく貸借対照表総額が、そのつど4300万ユーロを超えていたこと

第1文は、次の各号に掲げる機関が契約の一方または双方の当事者である場合にも適用するものとする。

1. ドイツ連邦銀行
2. 復興金融公庫
3. 信用制度法第2条第1項第3a号に基づく公的債務管理機関
4. 安定化基金法第8aおよび第8b条を基礎として設立された処理機構
5. 世界銀行、国際通貨基金、欧州中央銀行、欧州経済領域の加盟国ならびにグレートブリテンおよび北アイルランド連合王国の国内中央銀行、欧州投資銀行またはそれらに類する国際的な金融組織

(4) Lars Leuschner, AcP 221 (2021), 596, 601.

(5) 例えば, Matthias Wendland, „Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit. Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, 2019は、事業者間契約における約款規制を題材として、契約自由と契約正義の関係といった契約法の古典的な基礎理論を問い直そうとする。ただし、同書における契約自由と契約正義の関係を論じる総論と約款の内容規制を論じる各論の関係については、不明瞭さも指摘されている。Phillip Hellwege, AcP 221 (2021), 279, 284f.

(6) 山本敬三『契約法の現代化Ⅲ——債権法改正へ』商事法務（2022年、初出2017年）238頁以下、法制審議会民法（債権関係）部会第11回会議事録26頁以下〔山本（敬）幹事〕、同第51回会議事録22頁以下〔山本（敬）幹事〕、同23頁以下〔山下委員〕、同第96回会議事録44頁以下〔山本（敬）幹事〕を参照。

(7) 近時、消費者・事業者という二項対立的な人概念の限界が論じられているところである。大澤彩「消費者・事業者概念を問い直す」現消53号（2021年）13頁、

近年のドイツにおける事業者間契約についての約款規制緩和論（１）

同「いわゆる『消費者的事業者』に関する一考察」国民生活60巻2号（2020年）75頁、同「事業者間契約と消費者契約法」法教441号（2017年）10頁、寺川永「消費者契約法と事業者の消費者」ジュリ1558号（2021年）16頁、後藤巻則「消費者保護と事業者間契約の規律」田山古稀『民事法学の歴史と未来』成文堂（2014年）125頁、特集「中小事業者の保護と消費者法」現消17号（2012年）4頁の諸論稿、近畿弁護士会連合会＝大阪弁護士会編『中小事業者の保護と消費者法』民事法研究会（2012年）などを参照。

- （８） 責任拡大条項の概念については、Lars Leuschner in: Leuschner, AGB-Recht, 2021, Teil 3 Haftungserweiterungen Rn. 1f. を参照。
- （９） 我が国における一例として、山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』有斐閣（1997年、初出1980年）3頁以下は、附随的契約条項の規制一般を論じるに際し、瑕疵ある物を給付した売主の責任を排除・制限する条項を素材としている（同4頁を参照。）。
- （10） 内田貴『債権法の新時代——「債権法改正の基本方針」の概要——』商事法務（2009年）31頁以下、同『民法改正——契約のルールが百年ぶりに変わる』筑摩書房（2011年）77頁以下、同『民法改正のいま——中間試案ガイド』商事法務（2013年）10頁以下を参照。
- （11） 石上・前掲57頁は、改正必要論と不要論・慎重論とが拮抗しているとの見方を示しているが、後者の具体的な主張内容に踏み込んでいない。また、山下・前掲303頁は、規制緩和反対論につき「現状が望ましいという以上の反論にはなっていないという印象がある」としているが、まさしく印象論であり、反対論の具体的な内容に触れていない。フォルナゼーア＝寺川訳・前掲338頁以下は、反対派の論拠として中小事業者に有利な保護水準を簡潔に挙げているに留まる。
- （12） 石上・前掲55頁以下は、ロイシュナー受託研究の概要を紹介しているが、その成果には立ち入っておらず、そのため、結論として提示されているロイシュナーの改正案についても、どのような研究結果から導き出されたものなのか、明らかにしていない。
- （13） 山下・前掲301頁以下を参照。
- （14） 関連する論稿として、Jörg Kondring, RIW 2010, 184; Thomas Pfeiffer, Flucht ins schweizerische Recht? Zu den AGB-rechtlichen Folgen der Wahl schweizerischen Rechts, in: FS für Friedrich Graf von Westphalen, 2010, 555; ders., NJW 2012, 1169; Eva-Maria Kieninger, AGB-Kontrolle von grenzüberschreitenden Geschäften im unternehmerischen Verkehr, in: FS Uwe Blaurock, 2013, 177; Wendland, a. a. O., (Fn. 5), 729ff.; Antonia Sommerfeld, „AGB-Reform und Rechtsflucht“, 2021, 85ff.などを参照。

- (15) Wendland, a. a. O., (Fn. 5), 713.
- (16) Manfred Lieb, Einleitung, in: Michael Abels/Manfred Lieb (Hrsg.), „AGB und Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform: AGB-Symposium 2004“, 2005, 7. 続く2005年および2006年の同シンポジウムをまとめた Michael Abels, Vorwort, in: Michael Abels/Manfred Lieb (Hrsg.), „AGB im Spannungsfeld zwischen Kautelarpraxis und Rechtsprechung, Linklaters AGB-Symposien 2005 und 2006“, 2007, 8 も参照。また、債務法現代化と事業者間契約における約款規制の問題との関係については、Barbara Dauner-Lieb/Constantin Axer, ZIP 2010, 309, 311 も参照。
- (17) スイス法を解説したうえで、その選択を推奨する論稿として、Nathalie Voser/Christopher Boog, RIW 2009, 126; Bernd Ehle/André Brunschweiler, RIW 2012, 262 を参照。
- (18) Paul Hobeck, SchiedVZ 2005, 112; Sebastian Brachert/Andreas Dietzel, ZGS 2005, 441; Jan Lischek/Volker Mahnken, ZIP 2007, 158, 163; Abels, Vorwort, in: Abels/Lieb, 2007, a. a. O., (Fn. 16), 9; Kondring, a. a. O., (Fn. 14), 184f. などを参照。後述のフランクフルト・イニシアティヴや DAV 改正案も、この問題を取り上げている。
- (19) 同名のパンフレットの第3版（2014年）は、https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/international/140829-broschuere-law_en.pdf において閲覧可能である（2024年1月8日最終アクセス）。
- (20) Wendelin Acker/Claudia Bopp, BauR 2009, 1040, 1041f.; Dauner-Lieb/Axer, a. a. O., (Fn. 16), 309.
- (21) Thomas Pfeiffer, ZGS 2004, 401などを参照。
- (22) BGB305条 普通取引約款の契約への組入れ
- (1) 普通取引約款とは、多数の契約のために予め定式化されたあらゆる契約条件であって、一方の契約当事者（使用者）が契約の締結に際して他方の契約当事者に対し設定するものをいう。諸規定が外形的に独立した契約構成要素となっているか、それとも、契約書自体に取り込まれているか、いかなる範囲を有するか、いかなる書体で書かれているか、契約がいかなる方式を有するかは、これを問わない。契約条件が契約当事者間で個別に商議されている限りにおいて、普通取引約款は存在しない。
- (23) 消費者契約については、BGB310条3項1・2号の特則も適用される。
- BGB310条 適用範囲
- (3) 事業者と消費者の間の契約（消費者契約）においては、この節の規定は、以下の基準のもとで適用する。

近年のドイツにおける事業者間契約についての約款規制緩和論（１）

- １．普通取引約款は、事業者によって設定されたものとみなす。ただし、消費者によって契約に持ち込まれた場合には、この限りでない。
 - ２．この法律の第305c条第２項、第306条ならびに第307条ないし第309条および民法典施行法第46b条は、予め定式化された契約条件が１回的な使用のために規定されたものである場合にも、消費者が事前に定式化されていたためにその内容に影響を与えることができなかった限りにおいて適用される。
 - ３．第307条第１項および第２項による不相当な不利益扱いの評価においては、契約締結に付随する諸事情も顧慮されるものとする。
- (24) 以上につき、Mathias Habersack in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § 305 BGB Rn. 20ff.; Lars Leuschner in: Leuschner, a. a. O., (Fn. 8), Teil 2 § 305 BGB Rn. 12ff.などを参照。
- (25) Habersack in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 24), § 305 BGB Rn. 23ff.; Leuschner in: Leuschner, a. a. O., (Fn. 8), Teil 2 § 305 BGB Rn. 18ff.などを参照。
- (26) Thomas Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 30などを参照。
- (27) Habersack in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 24), § 305 BGB Rn. 26ff.などを参照。判例も、出発点としては、同様の基準を提示している。第三章で取り上げるBGH第8民事部2010年2月17日判決（BGHZ 184, 259）などを参照。Leuschner in: Leuschner, a. a. O., (Fn. 8), Teil 2 § 305 BGB Rn. 32は、約款規制の適用範囲を制限しようとする前説の試みに理解を示しつつも、BGB305条１項３文との体系的な関係の観点から支配的見解に与している。
- (28) この定式は、BGH第7民事部1986年10月9日判決（NJW-RR 1987, 144）で示され、以後、確定判例になっているが、基本的な考え方は、BGH第4民事部1976年12月15日判決（NJW 1977, 624）に遡るものとされる。1976年判決から1986年判決までの展開については、栗田・前掲53頁以下を参照。この定式が事業者間契約にも妥当することを明示する近年の判例として、BGH第11民事部2017年7月4日（NJW 2017, 2995）および同2018年4月17日判決（NJW-RR 2018, 1316）を参照。
- (29) BGH第11民事部2015年7月28日判決（BGHZ 206, 305）、後掲BGH第7民事部2012年11月22日判決（NJW 2013, 856）などを参照。
- (30) Habersack in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 24), § 305 BGB Rn. 44, 55を参照。近年の判例として、BGH第11民事部2019年3月19日（NJW 2019, 2080）が挙げられる。
- (31) Habersack in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 24), § 305 BGB Rn. 62.
- (32) さらに、同様の廃棄物供給契約に関するBGH第7民事部2015年10月22日判決

(NZBau 2016, 213) は、傍論ながら、廃棄物供給者側が定められた供給量を下回った場合に支払うべき金額の減額に交渉を通じて成功した場合でも、条項の核心内容が真摯に処分に供されたとはいえない、とした。

- (33) BGH2012年判決を批判する論稿として、Werner Müller, LMK 2013, 342776; ders., BB 2013, 1355, 1357 Fn. 16; Barbara Dauner-Lieb, AnwBl 2013, 845などを参照。他方、同判決を支持する論稿として、Friedrich Graf von Westphalen, BB 2013, 1357を参照。
- (34) 約款法の観点から M&A 契約を検討する論稿として、Mathias Habersack/Jan Schürnbrand, Unternehmenskauf im Wege des Auktionsverfahrens aus AGB-rechtlicher Sicht, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (2007), 359を参照。
- (35) Lischek/Mahnken, a. a. O., (Fn. 18), 158ff.
- (36) Müller, LMK 2013, a. a. O., (Fn. 33); ders., BB 2013, a. a. O., (Fn. 33); Dauner-Lieb, a. a. O., (Fn. 33), 848f.; Peter Berger/Lucas Kleine, BB 2007, 2137; Peter Berger, NJW 2010, 465; Tobias Miethaner, „AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung“, 2010, 168.
- (37) Christian Kessel/Andreas Jüttner, BB 2008, 1350, 1351; Menderes Günes/Tobias Ackermann, ZGS 2010, 454, 456. また、Werner Müller/Carsten Griebeler/Julia Pfeil, BB 2009, 2658, 2660は、判例の論理によれば、相手方に変更要求を強いるために、さしあたり受入れ不可能な条項を提案することが、条項使用者にとって有利であるとする。
- (38) Peter Berger, ZIP 2006, 2149, 2152; Lischek/Mahnken, a. a. O., (Fn. 18), 161; Kessel/Jüttner, a. a. O., (Fn. 37), 1351; Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2660; Christian Kessel, AnwBl 2012, 293, 298などを参照。古くは、Dieter Rabe, NJW 1987, 1978, 1979において指摘されていた問題である。
- (39) Kessel, a. a. O., (Fn. 38), 296.
- (40) Lischek/Mahnken, a. a. O., (Fn. 35), 159f.; Berger/Kleine, a. a. O., (Fn. 36), 2137; Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2660; Dauner-Lieb/Axer, a. a. O., (Fn. 16), 311; Miethaner, a. a. O., (Fn. 36), 157f.; ders., NJW 2010, 3121, 3127; Günes/Ackermann, a. a. O., (Fn. 37), 456; Kessel, a. a. O., (Fn. 38), 298; Christian Kessel. Referat 69. DJT (2012), I 57, I 61などを参照。
- (41) Oliver Langer, WM 2006, 1233, 1236f.; Berger, a. a. O., (Fn. 38), 2152; Berger/Kleine, a. a. O., (Fn. 36), 2137; Günes/Ackermann, a. a. O., (Fn. 37), 456.
- (42) Miethaner, a. a. O., (Fn. 36), 165f.
- (43) BGB310条 適用範囲

- (1) 第305条第2項および第3項、第308条第1号、第2号ないし第8号および第

近年のドイツにおける事業者間契約についての約款規制緩和論（１）

309条は、事業者、公法上の法人または公法上の特別財産に対して使用される普通取引約款には、適用しない。第307条第1項および第2項は、この場合において、第308条第1号および第2号ないし第8号ならびに第309条に列挙された契約条項の無効をもたらすときにも、適用される。商取引において妥当する慣習および慣行に相当に配慮しなければならない。〔以下略〕

(44) BGB307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。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、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。

(45) リーディングケースとして、BGH 第7民事部1984年3月8日判決（NJW 1984, 1750）を参照。

(46) Berger, a. a. O., (Fn. 38), 2150; Berger/Kleine, a. a. O., (Fn. 36), 2137; Karlheinz Lenkaitis/Stephan Löwisch, ZIP 2009, 441, 442, 445; Acker/Bopp, a. a. O., (Fn. 20), 1048f.; Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2660; Dauner-Lieb/Axer, a. a. O., (Fn. 16), 310f.などを参照。

(47) Lenkaitis/Löwisch, a. a. O., (Fn. 46), 442; Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2658f.などを参照。

(48) HGB346条

商人においては、作為および不作為の意味と効果を顧慮して、商取引において妥当する慣習および慣行に配慮しなければならない。

(49) Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2658f.

(50) BGB242条 信義誠実に従った履行

債務者は、取引の慣習を考慮し、信義誠実が要請するところに従って履行をなすべき義務を負う。

(51) Lenkaitis/Löwisch, a. a. O., (Fn. 46), 442.

(52) これに対し、DAV, AnwBl Online 2012, 180, 182は、責任制限条項は決して唯一の問題ではないとし、問題となる条項例を多数列挙している。しかしながら、それらの条項例について、立ち入った検討はされていない。

(53) BGB309条 評価の余地のない禁止条項

7. (生命、身体、健康の侵害があったとき、および故意または重大な過失があったときについての免責)

a) (生命、身体、健康の侵害)

約款使用者の過失による義務違反、または約款使用者の法定代理人もしくは履行補助者の故意もしくは過失による義務違反に基づく、生命、身体または健康を侵害したことにより生じた損害に対する責任の排除または制限

b) (故意または重大な過失)

約款使用者の重大な過失による義務違反、または約款使用者の法定代理人もしくは履行補助者の故意もしくは重大な過失による義務違反に基づく、その他の損害に対する責任の排除または制限

〈以下略〉

(54) BGH 第 8 民事部2007年 9 月19日判決 (NJW 2007, 3774) を参照。

(55) 注(53)を参照。

(56) 故意免責の禁止については、BGB276条 3 項も適用される。

BGB276条 債務者の責任

(3) 故意による責任は、債務者に予め免除することができない。

(57) 前掲注(54)BGH2007年判決を参照。

(58) Guido Christensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 24), § 309 Nr. 7 BGB Rn. 45; Jens Dammann in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Fn. 26), § 309 Nr. 7 BGB Rn. 163; Leuschner in: Leuschner, a. a. O., (Fn. 8), Teil 3 Freizeichnungsklauseln Rn. 102は、前掲注(54)BGH2007年判決に述べられている禁止の趣旨（本質的義務違反についての免責禁止）などに鑑みて、単純履行補助者への禁止の拡張を肯定している。これに対し、Staudinger/Matthias Wendland (2019), § 307 Rn. 347; Markus Stoffels, AGB-Recht (4. Aufl., 2021), Rn. 982などは、BGH による終局的な態度決定はなされていないとする。MukoBGB/Wolfgang Wurmnest (9. Aufl., 2022), BGB § 309 Abs. 7 Rn. 37は、違反された義務が本質的なものである場合には免責が禁止されるというのが、判例の立場であるとする。

(59) 前掲注(54)BGH2007年判決を参照。そのうえで、Christensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 24), § 309 Nr. 7 BGB Rn. 46; Dammann in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Fn. 26), § 309 Nr. 7 BGB Rn. 153は、事業者間取引では責任制限であれば可能と論じる。これに対し、Leuschner in: Leuschner, a. a. O., (Fn. 8), Teil 3 Freizeichnungsklauseln Rn. 106は、判例の傾向からして、約款使用者および指導的従業員の故意・重過失について責任制限が認められることはおそらく、とする。

(60) 一例として、BGH 第 8 民事部1994年 1 月12日判決 (BGHZ 124, 351) を参照。

近年のドイツにおける事業者間契約についての約款規制緩和論（１）

- (61) BGH 第 8 民事部 1992 年 11 月 11 日判決（NJW 1993, 335）などを参照。
- (62) 責任排除・制限条項の規制に関する判例の全体像については、Leuschner in: Leuschner, a. a. O., (Fn. 8), Teil 3 Freizeichnungsklauseln Rn. 116 のマトリックスを参照。
- (63) Christian Kessel/Andreas Stomps, BB 2009, 2666, 2667f. は、本質的義務違反に関する判例の本質を給付の均衡の確保に見たうえで、このような判例を事業者間取引において失当と評する。その理由として、条項が契約の均衡を変化させるのか、それとも契約条項に表れていない当事者の別の経済的考慮によって補われているかについて、明確な基準がなく、裁判所にとってしばしば評価不可能であることを挙げる。
- (64) Kessel/Stomps, a. a. O., (Fn. 63), 2667; Leuschner in: Leuschner, a. a. O., (Fn. 8), Teil 3 Freizeichnungsklauseln Rn. 91.
- (65) Oliver Langer, WM 2006, 1233, 1235f.
- (66) Leuschner in: Leuschner, a. a. O., (Fn. 8), Teil 3 Freizeichnungsklauseln Rn. 81, 92.
- (67) Leuschner in: Leuschner, a. a. O., (Fn. 8), Teil 3 Freizeichnungsklauseln Rn. 92; Patrick Ostendorf, ZGS 2006, 222, 225. Langer, a. a. O., (Fn. 65), 1236 も、自己の責任を制限する必要性を、経済的かつ法的に正当なものとする。
- (68) DAV, a. a. O., (Fn. 52), 182; Langer, a. a. O., (Fn. 65), 1235; Berger/Kleine, a. a. O., (Fn. 36), 2138; Anke Frankenberger, AnwBl 2012, 318.
- (69) Langer, a. a. O., (Fn. 65), 1236f.; Kessel/Stomps, a. a. O., (Fn. 63), 2674f.; Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2659.
- (70) Klaus Peter Berger, NJW 2001, 2152f.; ders., ZGS 2004, 415; ders., Einbeziehung von AGB in b2b-Verträge, in: Abels/Lieb, 2005, a. a. O., (Fn. 16), 31, 32.
- (71) Berger, NJW, a. a. O., (Fn. 70), 2153; ders., ZGS, a. a. O., (Fn. 70), 421.; ders., in: Abels/Lieb, 2005, a. a. O., (Fn. 16), 44f.
- (72) Berger, a. a. O., (Fn. 38), 2152f. において、次の指標が提示された。
- ① 約款使用者が具体的な契約条項を処分に供した場合には、それだけで常に商議が存在する。
 - ② 約款使用者が条項を明示的に処分に供さない場合でも、以下の客観的事情があるときは、商議が認められる。
 - i) 約款使用者が明示的に、自らが特別な利益を有する特定の条項を指摘し、相手方がこれを承認した。
 - ii) 相手方が自ら特定の条項に言及し、確かに他の規律を望むが、その条項の経済的な実質の正当性を承認する旨を理解させた。

iii) 約款使用者は、特定の条項または対価など契約の経済的部分で妥協し、それゆえに他の条項では交渉に乗らなかった。

以上の指標の前身として、ders., NJW, a. a. O., (Fn. 70), 2154; ders., in: Abels/Lieb, 2005, a. a. O., (Fn. 16), 45も参照。これら先行文献においては、② ii) の代わりに、単に相手方が条項に言及したことが挙げられていた。

もっとも、上記の指標に該当する場合でも、競争環境（自己の市場支配力および市場における選択可能性）または具体的な交渉状況に鑑みて、相手方が実際に期待可能な費用で交渉可能性を利用することができたと評価できない場合には、商議が否定されるものとする。そのような障害事由については、相手方が主張・立証すべきものとされる。この点については、Berger, a. a. O., (Fn. 38), 2153を参照。

- (73) Berger, a. a. O., (Fn. 38), 2153f. さらに、事業者間取引の内部においても、経済的状况（当該取引の中心領域性、依存性など）および顧客類型による場合分けが必要であるが、相手方事業者に有利な事情については、典型的に縮小された要保護性に鑑みて、相手方が主張・立証すべきものとする。Berger, a. a. O., (Fn. 38), 2155を参照。
- (74) Berger/Kleine, a. a. O., (Fn. 36), 2138f.
- (75) Berger/Kleine, a. a. O., (Fn. 36), 2140.
- (76) 以上のようなベルガー説に対し、事業者間の対等性や経済的な力関係を考慮することを批判する見解として、Acker/Bopp, a. a. O., (Fn. 20), 1046f. も参照。
- (77) Berger/Kleine, a. a. O., (Fn. 36), 2140.
- (78) 事業者間取引における個別事情の顧慮を主張するものとして、Helmut Merkel, AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Bankentgelten im Geschäftsverkehr mit Unternehmen, in: FS für Gerd Nobbe, 2009, 141, 148ff. も参照。
- (79) Lischek/Mahnken, a. a. O., (Fn. 18). 両名は、ジーマンスの企業内弁護士である。
- (80) Lischek/Mahnken, a. a. O., (Fn. 18), 160f.
- (81) Lischek/Mahnken, a. a. O., (Fn. 18), 161ff.
- (82) Kessel/Jüttner, a. a. O., (Fn. 37). 両名は、フランクフルト・アム・マインの国際法律事務所オフィスに所属する弁護士である。
- (83) Kessel/Jüttner, a. a. O., (Fn. 37), 1352f.
- (84) Kessel/Jüttner, a. a. O., (Fn. 37), 1353.
- (85) Kessel/Jüttner, a. a. O., (Fn. 37), 1353f.
- (86) Kessel/Jüttner, a. a. O., (Fn. 37), 1354f.
- (87) Lenkaitis/Löwisch, a. a. O., (Fn. 46). 両名は、ボーフムの経済法律事務所に所属する弁護士である。

近年のドイツにおける事業者間契約についての約款規制緩和論（１）

- (88) Lenkaitis/Löwisch, a. a. O., (Fn. 46), 445f. この推定は、条項が通例ではなく、事業者間取引または具体的取引部門の典型的な規律必要性を反映したものでもないことの立証によって覆される、とする。
- (89) Lenkaitis/Löwisch, a. a. O., (Fn. 46), 446f.
- (90) Lenkaitis/Löwisch, a. a. O., (Fn. 46), 447.
- (91) Kessel/Stomps, a. a. O., (Fn. 63). 両名は、フランクフルト・アム・マインの国際法律事務所オフィスに所属する弁護士である。
- (92) Kessel/Stomps, a. a. O., (Fn. 63), 2667f.
- (93) Kessel/Stomps, a. a. O., (Fn. 63), 2671ff.
- (94) Kessel/Stomps, a. a. O., (Fn. 63), 2673.
- (95) Friedrich Graf von Westphalen, ZIP 2007, 149; ders., NJW 2009, 2977.
- (96) von Westphalen, 2007, a. a. O., (Fn. 95), 150ff; ders., 2009, a. a. O., (Fn. 95), 2981.
- (97) von Westphalen, 2007, a. a. O., (Fn. 95), 151ff; ders., 2009, a. a. O., (Fn. 95), 2982 も参照。
- (98) ベルガーに対する批判として、von Westphalen, 2007, a. a. O., (Fn. 95), 156f. を参照。また、レンカイトイスとロエーヴィッシュに対する批判として、von Westphalen, 2009, a. a. O., (Fn. 95), 2979f. を参照。
- (99) von Westphalen, 2009, a. a. O., (Fn. 95), 2978; von Westphalen, 2007, a. a. O., (Fn. 95), 157f.
- (100) von Westphalen, 2009, a. a. O., (Fn. 95), 2977f.
- (101) von Westphalen, 2007, a. a. O., (Fn. 95), 149f. なお、同人による購入約款のモデルとして、ders., „Allgemeine Einkaufsbedingungen“, 8. Aufl., 2023がある。
- (102) さしあたり、Lars Leuschner, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007), 491, 497f. の他、本稿が対象とする議論の直前期の文献として、Claus-Wilhelm Canaris, AcP 200 (2000), 273, 323f.; Ulrich Wackerbarth, AcP 200 (2000), 45, 64f. を参照。
- (103) Leuschner, a. a. O., (Fn. 102).
- (104) Leuschner, a. a. O., (Fn. 102), 494ff.
- (105) Leuschner, a. a. O., (Fn. 102), 501.
- (106) Leuschner, a. a. O., (Fn. 102), 503ff.
- (107) Leuschner, a. a. O., (Fn. 102), 505ff.
- (108) Leuschner, a. a. O., (Fn. 102), 523.
- (109) Leuschner, a. a. O., (Fn. 102), 524f.
- (110) ロイシュナー以前に契約額が一定限度（300万ユーロを例示する。）を超える場合に商議要件を緩和する（交渉で足りるものとする）旨の改正を提案していたも

のとして、Pfeiffer, a. a. O., (Fn. 21), 401も参照。

- (111) Miethaner, a. a. O., (Fn. 36); ders., NJW 2010, 3121.
- (112) Miethaner, a. a. O., (Fn. 36), 64ff.
- (113) Miethaner, a. a. O., (Fn. 36), 69ff.
- (114) Miethaner, a. a. O., (Fn. 36), 72f.
- (115) Miethaner, a. a. O., (Fn. 36), 201f.
- (116) Miethaner, a. a. O., (Fn. 36), 204ff.; ders., a. a. O., (Fn. 111), 3127.
- (117) Miethaner, a. a. O., (Fn. 36), 209ff.; ders., a. a. O., (Fn. 111), 3127.
- (118) Miethaner, a. a. O., (Fn. 36), 206f., 209; ders., a. a. O., (Fn. 111), 3127.
- (119) Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37). 筆者は、いずれも国際法律事務所に所属する（または、していた）弁護士である。
- (120) Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2662.
- (121) Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2658.
- (122) Berger, a. a. O., (Fn. 36).
- (123) ベルガーが消費者契約と事業者間契約、さらに事業者間契約内部における細分化の要請を再論している同時期の論稿として、Klaus Peter Berger, Schiedgerichtsbarkeit und AGB-Recht, in: FS für von Westphalen, 2010, 13も参照。
- (124) Berger, a. a. O., (Fn. 36), 467.
- (125) Berger, a. a. O., (Fn. 36), 467.
- (126) Berger, a. a. O., (Fn. 36), 469.
- (127) Leuschner, JZ 2010, 875, 883.
- (128) Friedrich Graf von Westphalen, BB 2010, 195, 198; Leuschner, a. a. O., (Fn. 127), 883.
- (129) 内容規制の根拠論を踏まえて兩種契約の相違を論じるものとして、Dauner-Lieb/Axer, a. a. O., (Fn. 16), 313f. を参照。
- (130) 注(110)も参照。
- (131) Leuschner, a. a. O., (Fn. 127), 883f.
- (132) Felix Becker, JZ 2010, 1098, 1104ff.
- (133) Patrick C. Leyens/Hans-Bernd Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 793ff.
- (134) Tim Drygala, JZ 2012, 983, 988.
- (135) Dauner-Lieb/Axer, a. a. O., (Fn. 16), 314.
- (136) Matteo Fornasier, Die Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – Für eine Neubestimmung der zivil- und kartellrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit, in: FIW, Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V. Köln (Hrsg.), Schwerpunkte des Kartellrechts 2011: Referate des

39. FIW Seminars, 2012, 113, 119ff. フォルナゼーア＝寺川訳・前掲347頁以下も参照。

- (137) Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, Vorschlag für eine Gesetzesänderung, 2011.
- (138) Die Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2015. https://www.zvei.org/fileadmin/user_upload/Themen/Maerkte_Recht/Allgemeine_Geschaeftsbedingungen_im_unternehmerischen_Geschaeftsverkehr/pdf/AGB-Initiative-Positionspapier-Stand-04-2015.pdf（2024年2月9日最終アクセス）
- (139) Die Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2018. https://www.zvei.org/fileadmin/user_upload/Themen/Maerkte_Recht/Allgemeine_Geschaeftsbedingungen_im_unternehmerischen_Geschaeftsverkehr/pdf/AGB-Initiative-Positionspapier-Stand-06-2018.pdf（2024年2月9日最終アクセス）
- (140) https://mj.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MJ/MJ/jumiko/I_16_Recht_der_AGB.pdf（2024年1月8日最終アクセス）
- (141) <http://www.pro-agb-recht.de/presse/pm22032012.pdf>; <http://www.pro-agb-recht.de/presse/pml18092012.pdf>; <http://www.pro-agb-recht.de/presse/pm0413.pdf>（2024年1月8日最終アクセス）
- (142) ドイツにおける請求則払保証の規制については、潮見佳男「ドイツにおける請求則払保証・損害担保の法理」論叢154巻4＝5＝6号（2004年）207頁、拙著『不当条項規制による契約の修正』弘文堂（2019年、初出2017年）211頁以下（効果論の観点から）を参照。
- (143) 建設請負契約における違約罰規制については、Andreas Fuchs/Martin Zimmermann in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Fn. 24), § 309 Nr. 6 BGB Rn. 40; Rüdiger Pamp in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Fn. 26), Klausel B 233ff. を参照。
- (144) 後述の第69回ドイツ法曹大会の討論において、建設業界の弁護士フライターク（Martin Freitag）は、これらの具体例を挙げて、ドイツ約款法は極めて良好に機能していると評価している。Martin Freitag, Diskussion I 156を参照。
- (145) Christoph Schäfer, BB 2012, 1231, 1233.
- (146) Initiative, a. a. O., (Fn. 137), 2.
- (147) Leuschner, a. a. O., (Fn. 127), 878f.

- (148) Fornasier, a. a. O., (Fn. 136), 115ff. するために、競争制限禁止法 (GWB) の改正も論じている。フォルナゼーア = 寺川訳・前掲343頁以下も参照。
- (149) Schäfer, a. a. O., (Fn. 143), 1233f.
- (150) 取引費用に基づく情報格差と並んで、経済的劣位者の保護目的を承認する学説として、Drygala, a. a. O., (Fn. 134), 986f. も参照。