



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（3・完）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2024, 74(2), p. 25-72
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/97621
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 についての約款規制緩和論（3・完）

武 田 直 大

目次

- 第一章 序論
- 第二章 議論展開の通時的整理
(以上、73巻6号・74巻1号)
- 第三章 改正案の内容
 - 第一節 内容規制の適用範囲に関する改正案
 - 第二節 内容規制の基準に関する改正案
 - 第三節 責任制限条項の有効化に関する改正案
 - 第四節 本章のまとめ
- 第四章 結論
 - 第一節 前章までのまとめ
 - 第二節 日本法への示唆（以上、本号）

第三章 改正案の内容

本章では、ドイツ規制緩和論の議論過程で登場した様々な改正案を、その内容ごとに整理・評価する。それらの改正案は、①内容規制の適用範囲に関するもの、②内容規制の基準一般に関するもの、③責任制限条項の有効性に関するものに大別することができる。

第一節 内容規制の適用範囲に関する改正案

事業者間契約における内容規制の適用範囲に関する改正案としては、①個別

合意について商議要件を定める BGB305条 1 項 3 文の修正を図る一連の提案、
② BGB305条 1 項 3 文を基本的に維持しつつ、同項 1 文の実質化を図る提案、
③一定の取引の適用除外を規定しようとする諸提案が挙げられる。

一 BGB305条 1 項 3 文の修正

BGB305条 1 項 3 文の修正を企図する改正案は、多数存在し、そこで考慮されている要素も多岐にわたるが、一応、次のように整理することが可能である。

1 商議認定の基準カタログ

BGB305条

(1a) 事業者間契約において次の各号のいずれかに該当する場合には、契約条件が当事者間で商議されたことが反証可能な形で推定される。

1. 契約についての当事者間の交渉が2か月以上つづいた場合
2. 契約相手方が、その契約条件を含んだ契約原案に対し、少なくとも1回書面により意見を述べた場合
3. 取引が100万ユーロ以上の価値を有する場合
4. 契約相手方が契約締結に際し弁護士に相談した場合
5. 契約相手方が、提案された契約条件のテキストに対し1つ以上の変更を実現した場合
6. その契約条件が、約款使用者と契約相手方が以前に商議した契約条件と本質的に一致する場合

2009年に立法論の火ぶたを切ったミュラー＝グリーバラー＝プファイルは、判例によれば交渉過程で変更されなかった条項について個別合意が認められるための最低条件が不明確であると⁽²⁴⁾し、法的不安定性を解消することを目的に、⁽²⁵⁾上記の改正案を提示した。第1号から第6号に掲げられている諸基準は、条項使用者に自己の契約提案を変更する用意があるといえる状況を列挙したものとされる。ミュラーらは、そのような変更用意が条項使用者側にあれば、一方当

事者が定式化した契約条件であっても、「両当事者の自由かつ自己責任的な意思決定」の表現と認める。しかも、これらの基準に該当する場合には、契約全体が商議されたことを前提とすべきものとする。もっとも、このカタログは、典型的な状況を列挙するに留まることから、推定作用のみを有し、相手方の異議を真摯に考慮する用意が条項使用者になかったことを相手方が立証すれば、推定は覆される、とする⁽²⁴⁶⁾。

2 交渉要件による商議要件の置き換え

ミュラーらの基準カタログに対しては、カズイステイクに過ぎ、商議の認定には個別事情の包括的な考慮が必要である、具体的な基準は考慮すべき付随的⁽²⁴⁷⁾事情として立法理由に書き入れるに留めるべきである、⁽²⁴⁸⁾といった批判が向けられた。そこで次に、商議を交渉に改めつつ、抽象的・一般的な規定を設けることが提案された。そのような提案として、以下のものが挙げられる。

（1）ベルガーの改正案

BGB305条1項4文または1a項

契約条件が事業者、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場合において、契約の両当事者がその条件について個別にまたは同じ契約の他の規定と共に契約の目的および契約締結の状況によれば相当な方法で交渉したときは、その条件は商議されたものとみなす。

解釈論としては商議を適切に認定するための具体的な指標の提示に努めていたベルガーであるが、立法提案としては、立法論と解釈論の違いを意識し、上記のような抽象的・一般的な規定を提案している。本改正案は、消費者契約と比較して小さい相手方の要保護性を考慮して、個別合意の要件を引き下げようとするものである。そして、事業者間の交渉シナリオが多様であることに鑑み、⁽²⁴⁹⁾このような規定により、あらゆる個別事情を顧慮した評価を可能にしようとする⁽²⁵⁰⁾。さらに、「……同じ契約の他の規定と共に……」とすることで、包括的⁽²⁵¹⁾解

決や価格組込みへの対応を企図する⁽⁵²⁾。

(2) キーニングの改正案

BGB305条1項

- (1) ……³ 契約条件が約款使用者によって処分に供され、契約の両当事者によって交渉された場合には、約款は存在しない。

キーニングは、処分提供の「真摯性」を要件とせず、「商議」を「交渉」に改めることで、個別合意の基準を判例よりも引き下げることを提案した。また、本提案においては、BGB305条1項3文の「限りにおいて soweit」を「場合⁽⁵³⁾には wenn」と改めることで、個別条項がそれぞれ商議されたことを要件とせず、包括的解決も可能とすることが意図されている。他方、あくまで契約条件の交渉が必要であり、単に契約について交渉しただけでは足りないことも含意⁽⁵⁴⁾されている。

(3) ミュラーの提案

BGB305条

- (1a) 契約条件が事業者、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場合において、両当事者がその条件について個別にまたは同じ契約の他の規定と共に契約の目的および契約締結の状況に照らして相当な方法で交渉されたときは、その条件は商議されたものとみなす。予め定式化された契約テキストの変更は、必要ない。

普通取引約款が零細企業（HGB 第267a 条準用）に対して使用される場合には、第1文は適用しない。契約相手方が零細企業であることを約款使用者が認識できなかったときは、契約相手方は、自己の零細企業としての性質を援用することができない。約款使用者は、零細企業に対し自己の零細企業としての性質についての表明を求めるオブ

リーゲンハイトを負う。

商議の基準カタログを提案していたミュラーも、2018年に至ると、新たに上記の改正案を発表した。本改正案は、ベルガー案と後述のフランクフルト・イニシアティヴ案を結合したものとなっている。

3 交渉オプリーゲンハイトの考慮

単に商議要件を交渉要件に改める提案に対しては、依然として当事者間のコミュニケーションが要素とされているところ、相手方が条項無効を期待して交渉に応じない「約款の罠」の問題にうまく対処することができないのではないかと、との批判が向けられた⁽²⁵⁶⁾。同様の批判は、ミュラーらの基準カタログの提案に対しても向けられている⁽²⁵⁷⁾。約款の罠に対処するには、実際に交渉したかではなく、交渉すべきであったかという規範的評価に基づいて、内容規制の適用範囲を画定することが必要となる⁽²⁵⁸⁾。そのような考慮に基づく改正案として、以下のものが挙げられる。

（1）DAV の改正案

BGB310条

（1） 第305条ないし第309条を事業者、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契約条項に適用する場合には、以下の基準による。

1. 普通取引約款は、次に掲げるいずれかのときには存在しない。
 - （a） 契約について当事者間で個別に交渉されたとき。
 - （b） 契約条項について当事者間で以前に個別に交渉された場合において、同一の契約条項が新たな交渉なしに変更されずに同一当事者間の新たな契約に引き受けられたとき。

〔内容規制の基準に関する第2号および第3号は、後述する。〕

4. 契約相手方は、信義誠実の要請に反して次に掲げるいずれかのとき

には、第307条第1項および第2項に基づく無効を援用することができない。

(a) 第1号(a)にいう交渉を要求しなかったとき。

(b) 第1号(a)にいう交渉についての約款使用者の申込みに応じなかったとき。ただし、第307条1項第2文の場合には、この限りでない。

(2) 〔現310条1項3文に同じ。〕

(3) 以下 〔現310条2項以下の繰下げ。〕

DAV が2012年の DAV/DJT 合同シンポジウムを踏まえて公表した上記の改正案は、商議を交渉に改める点では既述の諸提案と共通しつつ、第4号において、信義則に照らして相手方事業者に交渉オプリーゲンハイトを課すことで、約款の罨への対処を図っている。その際、BGB307条1項2文の除外により、相手方が不明確性ゆえに誤解して契約交渉の必要を見なかった場合についても手当てしている⁽²⁵⁹⁾。また、本提案は、契約全体に焦点を合わせることで（第1号(a)「契約について」）、契約交渉において変更されなかった条項も規制から除外されるものとし、包括的解決を可能としている⁽²⁶¹⁾。

(2) フランクフルト・イニシアティヴの改正案

BGB305条

(1) ……⁴ 契約条件が事業者、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た場合には、契約相手方がその条件または契約全体に事業者としての自己決定的判断に基づいて同意した限りにおいて、普通取引約款ではない。予め定式化された契約テキストの変更は、必要としない。⁵ 普通取引約款が零細企業（HGB 第267a 条準用）に対して使用される場合には、第4文を適用しない。

フランクフルト・イニシアティヴは、BGB305条1項につき上記の改正を提
(阪大法学) 74 (2-30) 364 [2024.7]

案している。第5文は、2011年に公表された当初の改正案⁽³⁶²⁾ではなく、2015年の改訂版⁽²⁶³⁾において付け加えられたものである。これは、この間の議論により、小規模企業が厳格な約款規制に望ましい「防壁」を見いだしていることが示された、との理由による。その後の2018年版では、条文案に変更はない。⁽²⁶⁴⁾⁽²⁶⁵⁾⁽²⁶⁶⁾

本改正案は、相手方の自己決定の有無を直接的に個別合意の判断基準としつつ、「事業者としての」という修飾を加えることで、契約テキストを吟味し、交渉可能性を利用するなど、事業者⁽²⁶⁷⁾に課される諸要求を顧慮しようとする。また、契約全体に同意した場合にも個別合意を認めることで、包括的解決を可能とする⁽²⁶⁸⁾。この点は、DAVの改正案と類似している。⁽²⁶⁹⁾

（3）シュトンプスの改正案

BGB310a 条

（1） 契約条項が事業者に対して使用された場合には、第305条、第307条、第308条および第309条は適用しない。契約条項が事業者に対して使用された場合には、相手方が契約締結に際して法律行為上の自己決定を著しく侵害されたときにのみ、普通取引約款が存在する。特に次の各号に掲げるときが、これに当たる。

1. 相手方が契約締結に際して条項使用者に経済的に依存していたとき。
2. その条項の本質的な作用を認識することが、相手方に期待不可能であったとき。特に相手方が期待可能な方法で自己決定に必要な情報を得ることができなかったときが、これに当たる。契約目的の価値が50万ユーロを超える場合には、第2号の意味で法律行為上の自己決定の侵害がなかったものと推定する。

2011年に公刊された博士論文において、シュトンプスは、上記の改正案を提示した。⁽²⁷⁰⁾ここでは、商議要件に代えて「法律行為上の自己決定の著しい侵害」が約款の有無の中心的な基準とされるとともに、具体的に経済的依存と情報格差を併記することで、相手方事業者の自己責任が問われる場合を明確にしよう

としている。その点では、後述の契約の規模による適用除外に関するロイシュナー案に類似している。それゆえ、とりわけ最後の契約価値による推定について、同案に向けられるのと同じ批判が当てはまるだろう。

(4) アクサーの改正案

BGB305条

(1a) 予め定式化された契約条件は、その合意が契約の両当事者の自己決定的な決定自由の表現である限りにおいて、第1項にいう普通取引約款ではない。契約条件が消費者に対して使用される場合、その契約条件が当事者間で個別に商議されている限りにおいて、その合意を自己決定的な決定自由の表現とみなす。契約条件が事業者に対して使用され、かつ、その契約がその業界の事業者によって行われるべき法律行為の中心領域に関わる場合において、契約条件が十分な事前経過を伴って顧客に提供され、使用者が変更の用意を示したにもかかわらず、顧客が変更提案を提示しないときは、自己決定的な決定が推定される。事業者たる顧客が提示された契約条件の変更を提案する場合には、両当事者が個別の契約条件または契約全体について相当な方法で交渉した限りにおいて、自己決定的な決定が推定される。予め定式化された契約テキストの変更は、これについて必要ない。

2012年に公刊された博士論文において、アクサーは、上記の改正案を提示した。⁽²¹⁾ 本改正案は、「自己決定的な決定自由」を第一の基準としたうえで、事業者間契約については、ケッセルとジュットナーによって提唱された相互的オプリーゲンハイト論（第二章第二節21）を推定則として採用することで、規範的評価を明確にしようとする。もっとも、相手方が交渉に応じなかった場合については、独自の推定規定が設けられているものの、交渉段階の評価については、「相当な方法で交渉した」という抽象的な要件に委ねられており——その点では、ベルガーの案に近い。——、ケッセルらが主張していた段階的なオプ

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（3・完）
リーゲンハイトの仕組みが厳密に定式化されているわけではない。

（5）フートの改正案

BGB305条

- （1）〔現第1項第1文および第2文に同じ。〕
- （2）〔現第1項第3文に同じ。〕
- （3）¹ 契約条件が事業者、公法上の法人または公法上の特別財産（事業者たる契約相手方）に対して設定される場合において、次に掲げるときは、契約の両当事者が個別に商議したかにかかわらず、契約の全ての条件を第2項に基づいて個別に商議したものとみなす。
 - 1. その契約に基づく事業者たる契約相手方の主たる給付義務が、その者の行う取引活動の中心領域に属し、
 - 2. 約款使用者が事業者たる契約相手方に契約締結に先立ち、契約条件の内容に全体として影響を与える可能性を与え、かつ
 - 3. 事業者たる契約相手方による契約条件についての内容的な変更要求が、契約締結に際して、その契約条件の相当な変更またはその契約のその他の条件において受け入れられたとき。

² 事業者たる契約相手方が個別に内容的な変更を要求したが、その要求が第1文第3号によれば契約に受け入れられなかったときは、その変更要求にかかる契約条件は、依然として普通取引約款である。
- （4）〔現第2項に同じ。〕
- （5）〔現第3項に同じ。〕

フート（Elise Huth）は、2017年に刊行された博士論文において、上記の改正案を提示した。⁽²²⁾ 同人は、アクサーと同様、相互的オプリーゲンハイト論に基づいて個別合意の有無を判断することを支持しているが、⁽²³⁾ その枠組みについては、立法理由において言及すべきとするに留めている。⁽²⁴⁾ 結果的に提案された上記の規定においては、相手方による実際の変更要求が商議の要件とされており

(第3項第3号)、相手方の交渉オプリーゲンハイトが適切に導き出せないように読める。

4 小括

以上のように、BGB305条1項3文の修正に関する提案は、多岐にわたる。それらにおいて特に問題とされていたところを若干の評価を交えて整理すると、次のようにいうことができる。

(1) 規定の具体性

まず、個別合意を認定するための具体的な基準を定めるべきか、契約締結過程の諸事情を包括的に考慮しうる抽象的な規定を設けるべきか、が議論されていた。ミュラーらによって提案された商議推定の基準カタログが前者に当たる一方、その他の諸改正案は、概ね後者の考え方に立脚している。ミュラーも後に抽象的な規定を提案しているところ、この議論については、後者の考え方で総意が得られたとあってよいだろう。

また、ミュラーらの基準カタログは、その内容においても成功したものとはいえない。すなわち、同カタログは、条項使用者の変更用意を示すものとされる。しかしながら、そのような用意があったと推定してよいのは、せいぜい相手方が1つ以上の変更を実現した場合(第5号)だけである。その他の基準は、個別合意を認定すべき場合があるとしても、条項使用者の変更用意とは異なる理由によるのではないかと考えられる。⁽⁷⁵⁾

なお、相互的オプリーゲンハイト論を支持する論者によって、その厳密な条文化はなされていないことも、規定の具体性と関係づけることができる。そもそも交渉オプリーゲンハイトの導出に不適であるフートの改正案はさておき、アクサーの改正案においても、交渉過程の諸事情は、包括的に評価される仕組みとなっていた。このことは、交渉過程をさらに段階化して評価することの困難を示唆している。

（2）約款の罨への対応

次に、抽象的な規定を設けるに際し、規範的評価をどのように盛り込むべきかが問題であった。「商議」を「交渉」に改める諸提案は、交渉過程で相手方がどのような行動を取るべきであったかという評価に基づいて個別合意の存否を判断しうる点では、規範的評価を組み入れた改正案である。しかしながら、実際に何らかの形で交渉があったということが前提となるものと読めるところ、それだけでは「約款の罨」の問題に対処しえない。この点に、交渉要件への改正案の限界があったということが出来る。そこで、没交渉の場面でも、「契約条件を吟味し、交渉すべきであったか」という規範的評価に基づいて、内容規制の要否を判断すべきことが要請される。そのための規範的な基準のあり方について、交渉オプリーゲンハイトを直接的に規定するのか（DAV の改正案）、「事業者としての自己決定的判断」など、約款規制の保護目的を表現した基準を採用するのか（フランクフルト・イニシアティヴの改正案）、という点において手法の対立があった。

（3）包括的解決への対応

さらに、包括的解決や価格組入れとの関係で、どの範囲で個別合意を認定すべきかについても、諸改正案の立場は分れている。すなわち、一方では、契約全体について交渉等の要件が備わる場合に、全ての契約条件を個別合意と認めるとする提案があった（DAV およびフランクフルト・イニシアティヴの改正案の他、推定則だがミュラーらおよびアクサーの改正案も）。他方、実際に別の契約条件と関連付けた交渉を要求する改正案も提示された（ベルガー、キーニンガーの改正案）。前者の案に対しては、主たる給付やその対価について交渉があっただけで、その他の契約条件も全て約款ではないということになるが、これは行き過ぎであり、内容規制を机上の空論としかねない、との批判がある。⁽²⁷⁶⁾ この批判は、正当なものといえる。これに対し、契約全体に焦点を合わせる提案は、契約の中心部分についてのみ交渉があった場合でも、相手方事業者には契約条件についての交渉も期待されることを含意しているのかもしれない。しかしながら、このような期待可能性は、前述した約款の罨にかかる規範的評価

の問題である。

二 BGB305条 1 項 1 文の実質化

BGB305条 1 項 3 文の修正を企図する諸提案は、同項 1 文の要件が規制範囲の限定機能を有しないとする支配的見解を前提にしている。これに対し、2010年に同項 1 文の設定要件について新たな判例が登場したことを契機として、同項 1 文の見直しにより事業者間契約における規制範囲の適切な画定を図ろうとする提案が現われた。以下では、この判例を紹介したうえで、当該提案を取り上げる。

1 BGH 第 8 民事部2010年 2 月17日判決 (BGHZ 184, 259)

問題の判例は、次のような事案に関するものであった。すなわち、X（買主）と Y（売主）は、中古車甲の私人間売買を行ったが、その際に第三者が作成し「中古車売買契約——私人間販売専用」と題された契約書式（以下、「本件書式」とする。）を使用した。この書式は、Y が提供したものであったが、両当事者は事前に電話で、誰が契約書式を持ち寄るか話し合い、最終的に Y の所に既にあった本件書式を用いることで合意した、という事情があった。X は、Y に対し、甲には引渡しの前に事故による著しい損傷があったと主張して、代金減額等を求めた。本件書式には、約款条項であるとすれば BGB309条 7 号により無効な瑕疵についての免責条項が含まれていたため、本件書式が約款に当たるのか、BGB305条 1 項 1 文にいう「設定」があったのか、が争点となった。

この点について本判決は、まず、約款規制の保護目的に照らし、一方的に負課され、相手方がその内容形成に影響を与えることができない状況を表すものとして設定要件を捉え、予め定式化された契約条件の組入れが、その使用提案に直面した相手方の自由な判断の結果である場合には、設定が欠如している、とした。そして、設定が否定されるためには、相手方が問題となる契約テキストの選択において自由であり、とりわけ、実効的な実現可能性を伴って自己のテキスト提案を選択的に交渉に持ち込む機会を有していたことが必要である、

と判示した。本件では、そのような書式選択の自由がXにあったとして、Yによる設定を否定した。

2 カウフホルドの改正案

BGB305条

- (1) ¹一方当事者（約款使用者）が相手方に対して契約締結に際して使用する、予め定式化された契約条件は、すべて普通取引約款である。
²契約条件が個別交渉のために規定されたのではなく、それゆえ相手方がその内容に影響を与えることができなかった、または、確かに個別交渉のために規定されたが、それにもかかわらず相手方が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、契約条件は予め定式化されている。……⁴契約条件が契約当事者間で個別に交渉され、かつ、両当事者の意識的な表示に基づいて合意された限りにおいて、普通取引約款は存在しない。

弁護士のカウフホルド（Sylvia Kaufhold）は、それ自体として消費者間の契約に関する BGH2010年判決を、消費者契約や事業者間契約にとっても意義を有するものと評価し、この判例に示唆を受けて、BGB305条1項1文の実質化を提案した。

同人によれば、契約交渉に焦点を合わせる前に、その前段階において、契約テキストの持込みに際し、その使用者が交渉の用意を表明していたかどうか、が問われなければならない。⁽²⁷⁾ カウフホルドは、交渉用意のないテキストを真正約款（echte AGB）、交渉用意のあるテキストを不真正約款（unechte AGB）と呼んで区別し、両者を区別する要件として、「予めの定式化」を挙げ⁽²⁸⁾る。そして、BGB305条1項3文の厳格な判例法理を、真正約款の場合および不真正約款の交渉約束を約款使用者が実際には守らなかった場合のみ適用されるものとして、擁護する。これに対し、相手方が不真正約款に変更要望を出さなかった場合には、個別合意が認められるとする。⁽²⁹⁾

さらに、カウフホールドは、商議に関する判例の本質を、ある条項または契約全体を個別合意とする両当事者の合意に求め、論争の絶えない商議概念に代えて、このことを直接条文で表現することで、法適用を容易にしようとする。その際、相手方が個別に確認しただけでは条項規制を免れないことを明らかにするためなどの理由から、個別交渉の要件も存置すべきとする。⁽²⁸¹⁾

以上のような考察に基づき、カウフホールドは、BGB305条1項の文言を上記のように改正することを提案した。⁽²⁸²⁾

3 評価

BGB305条1項1文に実質的な規制範囲の限定機能を持たせ、そのことを前提に商議に関する判例を擁護する見解は、一見したところ説得力がありそうである。しかしながら、この2段階で内容規制の適用範囲を画定するアプローチには、次のような問題点がある。

まず、このアプローチは、約款の有無を判断するに際し、契約締結過程を時系列的に2段階——契約条件が提示される段階とそれに続く交渉の段階——に区分し、第一段階の評価に特別な位置づけを与えるものといえる。このような判断枠組みに対し、ロイシュナーは、評価矛盾を指摘する。すなわち、第二段階においては、条項ごとに非常に高い要求の下でのみ個別合意と認められるのに対し、第一段階では、単に契約全体の交渉用意を表明するだけで内容規制を免れることになってしまう、と。そして、この評価矛盾を解消するためには、第1段階の評価に契約締結までの全過程を組み入れなければならないが——カウフホールドは、まさにそのように論じている。⁽²⁸³⁾——、それでは2つの段階を混同することになり、このアプローチが成功していないことを示すことになる、と指摘する。⁽²⁸⁴⁾

まさにこのような評価の重複をもたらしかねないことが、このアプローチの問題点である。2段階の判断枠組みは、包括的に評価すべき契約締結過程の諸事情について、評価の場を分裂させてしまう。支配的見解がBGB305条1項1文から限定機能を奪ってきたのは、まさにこの評価の場を集約するためであると考え、カウフホールドの改正案は支持しがたいものである。

三 一定の取引の適用除外

1 契約の規模

BGB310条

(1a) ¹ 契約の規模が100万ユーロ以上である場合には、第305c条、第307条、第308条第1a, b号および第309a条〔後述の責任制限条項に関する改正案〕についても、事業者、公法上の法人または公法上の特別財産に対し使用される普通取引約款に適用しない。ただし、契約相手方が約款使用者の相対的な市場支配力に基づきこれに依存しているときは、この限りでない。² 契約の規模が契約締結に際し確定されない場合には、他方契約当事者の期待を問題とする。

既述のように、取引費用に基づく情報格差に内容規制の正当化根拠を求める立場から、大規模な取引を内容規制の適用範囲から除外することが提案された。その種の提案の代表かつ最終盤に登場したものとして、ここではロイシュナーの改正案を取り上げる。ロイシュナーは、2010年の段階で100万ユーロを超える事業者間契約を適用除外とすることを提案していたが、⁽²⁶⁵⁾その後、2014年の受託研究報告書を経て、2015年に改めて上記の条文案を提示した。⁽²⁶⁶⁾

契約の規模を基準とする趣旨は、繰り返しになるが、次のようなものである。すなわち、大規模な契約であれば、取引費用と契約価値の不均衡が存在しないため、約款の内容を吟味し、必要であれば変更交渉を求めるか、そもそも契約を締結しないことが、相手方に期待される。このように情報格差が克服される以上、内容規制による保護は必要ないものとする。

このような趣旨に基づく上記改正案において、契約の規模は、主観的な契約価値の相関詞として用いられている。⁽²⁶⁷⁾すなわち、本来、契約条件に取り組む費用と比較されるべきは、当該契約の締結が相手方にとって有する主観的な価値である。しかしながら、主観的な価値は、その開示を相手方に期待することができない多くの要素に左右されるため、法的安定性を確保すべく、多くの場合に合意された反対給付に基づいて探求可能な契約の規模を、代わりの基準とし

ている。その際、契約の規模に比例して主観的な契約価値も上昇する一方、契約の規模に応じて契約条件が複雑さを増し、取引費用も増加するが、規律の必要性が飽和することから、一定の規模以上になると、もはや取引費用は有意に増加しない、との想定が取られている。⁽²⁸⁾

もっとも、本提案は、単純に契約の規模によって適用除外を判断するものとなっておらず、その点で契約の規模を単一の指標として主張してきた同種提案から後退している。具体的には、まず、第1文ただし書において、経済的劣位者の保護が情報格差と並ぶ保護目的として承認されている。次に、契約の規模を基準とすることに対しては、しばしば、設定金額の恣意性や契約規模の確定困難——とりわけ枠契約や継続的債務関係の場合、契約締結時に最終的な契約規模の確定が困難とされる。——が批判されている。⁽²⁸⁾そこで、本提案は、恣意性の批判に対し、基準額を高額にすると共に、BGB305条1項3文を存続させることで、手当している。⁽²⁹⁾さらに、確定困難の批判に対しては、相手方の期待に焦点を合わせる第2文を設け、条項使用者としても、少なくとも相手方に問い合わせる事が可能である、としている。⁽²⁹⁾このような趣旨の第2文においては、やはり契約交渉段階での当事者間のやり取りを問題とせざるをえないだろう。これらの手当の結果、本提案は、もはや契約の規模を単一の指標として内容規制の適用範囲を画定するものではなくなっている。

2 企業の規模

市場における当事者間の経済的な力の格差に内容規制の根拠を求める立場からは、企業の規模を基準として適用除外を定めることが考えられる。そのような趣旨の改正案として、条文の形では提示されていないが、ヘレスタール⁽²⁹⁾ (Carsten Herresthal) の見解が見出される。この見解は、簡単にいえば、企業の規模を大企業、中規模企業、小規模・零細企業の3段階に分類し、相手方の企業規模が約款使用者と同じかそれ以上である場合には、規制範囲から除外するというものである。企業の規模が市場における強さを典型的に示しているものと捉え、相手方の企業規模が同等以上である場合には、約款使用者による一方的な契約形成自由の行使に対抗することを期待でき、典型的に保護の必要

性を欠いている、との理由による。また、小規模・零細企業同士の契約を適用除外とする点については、事業者としてのより大きな自己決定・自己責任も理由とされている。⁽²⁶⁾ もっとも、これら企業同士の契約については引き続き規制対象とするプラン B も提示されている。⁽²⁶⁾

このような改正案については、取引費用に基づく情報格差に規制根拠を求める立場に応接していない点が、批判されなければならない。この立場によれば、たとえ相手方事業者の規模がより大きい場合であっても、取引費用の面で割に合わなければ、約款を自ら精査せずに内容規制に頼ることが正当化される。⁽²⁹⁷⁾ また、供給約款においては企業規模と市場支配力との間に正の相関関係が見られないとのロイシュナー受託研究の調査結果に、どのように応接するかも問われるだろう。

3 合意による適用除外

BGB310条

(1a) 第1項第1文にかかわらず、第305c条および第307条は、普通取引約款が告示2003/361/EGという大企業または株式会社法第15条にいう大企業の結合企業に対して使用され、かつ、これらの契約当事者が特別な証書においてこれらの規定の適用を放棄した場合に、事業者間取引に適用しない。

未公表であるが、上記のように、大企業に限り合意による約款規制の排除を認める旨の規定を設けることも提案されているようである。⁽²⁶⁸⁾

このような提案に対する批判としては、合意の有無によって規制の必要性が左右されるわけではないことが挙げられる。規制根拠を取引費用に基づく情報格差に求める見解によれば、約款を吟味することに伴う費用の問題が、規制放棄の合意によって解決されるわけではない。⁽²⁹⁹⁾ また、大企業同士の契約であれば経済的に対等な当事者間のものとして規制を要しないと考えるとしても、そのことは、合意の有無にかかわらず当てはまるはずである。⁽³⁰⁰⁾

4 国際取引の適用除外

「外国法への逃避」の問題に関連して、ドイツ法の競争力向上を法改正の主たる目的とする場合には、国際取引において約款法を適用除外とすることが考えられる。しかしながら、そのような趣旨の法改正を積極的に唱道する見解は、ほとんど見いだされない。当事者の準拠法選択に基づいてドイツ法が適用される場合に、約款規制を除外あるいは制限する旨の実務家による提案が、わずかに1つある程度である。⁽³⁰¹⁾

約款法改正と「外国法への逃避」の関係に焦点を合わせた研究を展開したゾマーフェルトは、上記の目的から帰結される法改正のあり方について、次のように論じている。すなわち、事業者の法選択には、多様なファクターが影響し、とりわけ言語（英語・多言語性）ならびに裁判官および裁判所の質および経験が重要である。そのため、約款法を改正するだけでは、ドイツ法の魅力向上に与える影響はわずかであり、英語による国際商事部の導入による訴訟法改正など、他のファクターに作用する法改正との組み合わせが合目的的である。⁽³⁰²⁾ また、外国法への逃避のリスクは企業の規模に左右されることおよび中小企業の要保護性を考慮して、大企業に限って適用除外を認めることが合目的的であるとする。⁽³⁰³⁾ しかしながら、BGB305条以下の改正がそもそも必要であるかについては、改正論議の全ての側面を検討しなければならないとして、このような法改正を積極的に主張しているわけではない。⁽³⁰⁴⁾

国際取引の適用除外に対する決定的な批判は、約款規制の保護目的論の観点から評価矛盾を来す点に向けられている。⁽³⁰⁵⁾ この点については、取引費用に基づく市場機能の不全に内容規制の根拠を求める立場から、キーニンガーが比較的詳しく論じている。⁽³⁰⁶⁾ それによれば、国際取引であるというだけで、約款の競争がより良く機能するということはない。国際取引の規模が一般に国内取引よりも大きい、ともいえない。逆に、国際取引においても約款に関しては市場が機能しないので、ドイツ企業がドイツ法に従って提供するより公正な約款は、競争上の利点とならず、厳格な責任に比例して高い価格が依然として決定的である。市場機能不全理論の出発点からすると、約款の公正さに配慮しない法秩序は、不正である。ドイツが国際取引の適用除外によって競争圧力に屈するな

らば、「底辺への競争」に帰着することになるだろう。同じことは、当事者の準拠法選択に基づいてドイツ法が適用される場合を適用除外とする提案にも当てはまる。⁽³⁰⁷⁾ キーニンガーは、このような理由を挙げて、国際取引の適用除外は推奨されないものとする。

以上のように、国際取引を適用除外とする改正は、ほとんど支持されていない。「外国法への逃避」の問題は、結局のところ、それ自体として具体的な改正案を帰結するものではなく、約款規制のあり方については、あくまで規制の正当化根拠・保護目的に基づいて検討すべきとの立場が、⁽³⁰⁸⁾ 支配的であるといつてよい。

5 小括

以上のように見ていくと、一定の取引をカテゴリカルに適用除外とする改正案は、いずれも保護目的論の観点からの批判に耐えうるものではなかった、といえることができる。特に、約款規制の保護目的を多元的に捉える限り、契約の規模または企業の規模といった、一見して説得力のありそうな指標も、単一の指標としては成立しえない。くわえて、複数の論者によって主張されてきた「契約の規模」については、最終的に登場したロイシュナーの改正案が、BGB305条1項3文を存続させ、また、契約の規模を確定するために、契約交渉過程における当事者間のやり取りに目を向けざるを得ない規定（同改正案第2文）となっていたことにも、留意しなければならない。このことは、契約締結過程の諸事情と切り離して「契約の規模」にだけ焦点を合わせる判断枠組みが、いかに貫徹しがたいものであるかを示している。

第二節 内容規制の基準に関する改正案

つづいて、事業者間契約における内容規制の基準に関する改正案を取り上げる。その内容は多岐にわたるが、一応、以下のように整理することができる。

一 「健全な事業者の慣行」を基準とする改正案

まず、商慣習への配慮を求める BGB310条1項2文後段に代えて、「健全な

論 説

事業者の慣行」またはこれに類する基準を立てる諸提案が挙げられる。2011年に公表されたフランクフルト・イニシアティヴの改正案を皮切りに、この種の提案が主流となっていった。2012年の第69回 DJT においても、同趣旨の改正を支持する決議が採択されたことは、既に第二章で見たとおりである。

1 フランクフルト・イニシアティヴの改正案

BGB310条

- (1) ……²第1文に掲げられた場合において、第307条第1項第1文および第2項を適用するときは、信義誠実の要請に反して健全な (gut) 事業者の慣行を著しく逸脱する契約条項のみを不相当とする。

フランクフルト・イニシアティヴは、2011年に公表した改正案を2015年に改訂しており、ここでは新版を取り上げる⁽³⁰⁾。旧版については、「健全な」の箇所が「一般的な」(gängig)となっていたことを除き、新版と同じである⁽³¹⁾。なお、2018年の改訂版では、条文案に変更はない。

本提案は、信義則と「健全な事業者の慣行」の指示によって実質的な正義価値を考慮しつつ、事業者間取引にそのつど存在する諸事情を評価基準にしようとするものである。また、BGB308条以下の徴憑作用を否定するとともに、経済団体などにより中立的立場から作成された契約条件を顧慮できるようにすることを企図している。さらに、DCFR⁽³¹⁾、2011年のヨーロッパ支払遅延指令およびCESL⁽³²⁾に倣うことで、BGBのヨーロッパ化と現代化をも狙いとしている。

2 DAV の改正案

BGB310条

- (1) 第305条ないし第309条を事業者、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契約条項に適用する場合には、以下の基準による。

2. 第305条第2項および第3項ならびに第308条および第309条は、適用しない。第307条第1項および第2項は、適用される。
3. 契約の全内容および契約締結に付随する諸事情ならびに当該産業部門の実情を顧慮したうえで、その条項が健全な（vernünftig）事業者の慣行を著しく逸脱しない場合には、第307条第1項および第2項にいう不相当な不利益扱いは、存在しない。

本提案は、まず現行のBGB310条1項1文および2文前段を組み替えた第2号において、BGB308条以下が徴憑作用を有しないことを明確にしようとする。つづく第3号は、商慣習を「健全な事業者の慣行」に改めるとともに、契約の全内容等の顧慮すべきことを規定することで、様々な慣行・実情・事実上の制約、さらに具体的な機能連関を超えた条項間の補償効果も考慮できるようにしようとする。「著しく逸脱しない場合には、……存在しない」という消極的な定式は、健全な事業者の慣行・当該産業部門の実情および契約締結に付随する諸事情の立証責任が約款使用者にあることを示す。それと共に、BGB307条の一般的基準が引き続き妥当することも意味するものとされる。もっとも、事業者間契約においては、透明性の要請（BGB307条1項2文）や法律上の規律の本質的基本思想との不合致を理由とする不相当な不利益扱いについて、消費者契約とは異なる基準が妥当しうることを、いずれにせよ立法理由において明確にすることが適切である、とする。

3 個別論者による改正案

（1）キーニンガーの改正案

BGB310条

- （1）……健全な（vernünftig）事業者の慣行に相当に配慮しなければならない。

2012年の DAV/DJT 合同シンポジウムにおいてキーニンガーも、BGB310条 1 項 2 文後段について、「商取引において妥当する慣習および慣行」に代えて、「健全な事業者の慣行」に焦点を合わせることを支持した。⁽³¹⁵⁾これにより、健全な事業者の慣行に合致する条項を、BGB308条以下に該当する場合や、任意法を逸脱する場合でも、有効にしようとする。他方で、フランクフルト・イニシアティブの改正案等のように「著しい逸脱」を要件とすることに対しては、個別合意に当たらず規制対象とされた条項について広範な例外領域を設けることは規制目的の没却に繋がるとして、反対する。現行法を大きく変更することに消極的な点では、後記二の諸提案に近い。

(2) ハネマンの改正案

BGB310条

- (1) ……²もっとも、第 1 文に掲げられた場合において、第308条および第309条に掲げられた契約条項は、例外的に第307条第 1 項および第 2 項の枠内において無効となりうる。³契約の全内容、とりわけ契約に規律された約款使用者の契約相手方に有利な他の補償、および、その契約がその中心的取引に属するところの業界のそのつど通常の慣行を考慮したうえで、条項が客観的に健全な (vernünftig) 事業者の慣行をわずかに逸脱するに過ぎない場合には、第307条第 1 項および第 2 項にいう不相当な不利益扱いは、存在しない。その際、事業者の要保護性が消費者に比して原則として小さいことが、顧慮されなければならない。

弁護士のハネマン (Thomas R. Hannemann) は、2012年の DAV/DJT 合同シンポジウムにおいて、「議論の土台」として上記の改正案を提示した。⁽³¹⁶⁾⁽³¹⁷⁾

（3）ミュラーの改正案

BGB310条

（1） ……²第1文に掲げられた場合において、第307条第1項第1文および第2項を適用するときは、信義誠実の要請に反して健全な（gut）事業者の慣行を著しく逸脱する契約条項のみを不相当とする。その際、第305条第1a項第2文および第3文〔「普通取引約款が零細企業（HGB第267a条準用）に対して使用される場合には、第1文は適用しない。契約相手方が零細企業であることを約款使用者が認識できなかったときは、契約相手方は、自己の零細企業としての性質を援用することができない。約款使用者は、零細企業に対し自己の零細企業としての性質についての表明を求めるオプリーゲンハイトを負う。」との内容である。〕を準用する。

ミュラーは、2018年の段階において、フランクフルト・イニシアティヴの提案に倣い、内容規制の基準について上記の提案を行っている。⁽³¹⁸⁾ 相手方が零細企業である場合には、従前どおりの基準を妥当させようとする点に特徴がある。⁽³¹⁹⁾

4 評価——「健全な事業者の慣行」基準を導入することの問題点

以上の諸提案に見られる「健全な事業者の慣行」基準は、ヨーロッパ法の動向とも平仄が合い、一見したところ説得力のある改正選択肢のように見える。しかしながら、この基準に対しては、内容規制の一般条項である BGB307条との関係が問われざるを得ない。前述の諸提案は、いずれも BGB307条の適用を排除していないが、新たな規定の導入によって、同条の規範がどのように変容するのか。この観点から、とりわけフォン・ヴェストファーレンによる一連の批判が注目される。⁽³²⁰⁾

同人は、まず、「健全な事業者の慣行」基準の参照元である CESL の規定と BGB307条を比較し、両者の基準は異ならないのではないかと論じる。すなわち、判例によれば、約款使用者が、初めから相手方の利益を十分に顧慮することなく、相手方の負担で自己の利益を「濫用的に」実現しようと試みた場合

に、BGB307条1項にいう不相当な不利益扱いが認められる。ここにいう「濫用的」は、(321) (健全な商慣行からの)「著しい」逸脱とそれほどかけ離れたものではない。また、契約のその他の内容の顧慮という点についても、判例によればBGB307条の下でも、累積効果 (Summierungseffekt) や補償効果 (Kompensationseffekt) といった形で考慮されている。契約締結に付随する諸事情の顧慮を要請しているかという点でも、消費者契約についてそれらの事情の顧慮を明示的に定める BGB310条3項3号が、(322) 実際にはほとんど内容規制に影響を与えていないことから、実質的な違いはない。さらに、BGB307条2項の規定についても、これらの規定は信義則を基に形成されたものであり、これらが適用される場合には、CESLの規定の下でも信義誠実に反する条項と認められるはずだ、とする(323)。これらの理由から、「健全な事業者の慣行」基準は、現行法を変更する力を有しないのではないかと疑義を呈する。

また、フォン・ヴェストファーレンは、「健全な事業者の慣行」という基準が、信義則に基礎を持つ現行法とかけ離れて、事実としての慣行を規範的な評価基準に高めるものである、と批判する。(324) このような基準によれば、原則として事実としての慣行が明らかにされない限り、条項の効力を評価できないことになってしまう。また、かかる改正が実現したとして、従来の判例に忠実な約款形成とこれに従わない約款形成のいずれが「健全な事業者の慣行」とされるのか、とも問いかける。(325)

さらに、「健全な事業者の慣行」基準を導入した場合に、現行法下の判例がどうなるのかという点についても、疑問が向けられる。この点について、フォン・ヴェストファーレンは、判例において解決が図られてきた事業者間契約の諸条項に関する幾多の問題を列挙し、(326) 改正により従来の判例形成がご破算になることを危惧する。そして、そのような結果をもたらすには、それら判例が実際にドイツ法および約款使用者の契約自由により不利に働いてきたことが、詳細に説得力をもって証明されなければならないが、そのような証明は、(327) 少しもされていないとする。

以上を要するに、「健全な事業者の慣行」基準の導入は、従来のBGB307条を修正するものなのかが明確でなく、仮に修正(緩和)するのだとすれば、

BGB307条を基盤とする諸々の判例法理が基礎を失いかねない。このことが「健全な事業者の慣行」基準を導入するうえでの決定的な問題点である、ということができる。

二 BGB307条における考慮要因の再規定

次に、事業者間契約における内容規制の基準としては BGB307条を維持しつつ、そこで考慮すべき要因を BGB310条 1 項において再規定し、同項 2 文後段が本来有する趣旨を確認・強調しようとする諸提案が見られる。

1 ミュラー＝グリーベラー＝プファイルの改正案

BGB310条

- (1) ……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〔第 2 文後段〕。……

2009年にミュラーらが公表した上記の改正案⁽³²⁸⁾は、BGB310条 1 項 2 文後段の「商取引において妥当する慣習および慣行」を「事業者間取引の必要性」に改めるものだが、ここでは純粹に事実的な必要性への配慮を要求している。これにより、現代の商取引の諸要求に規範を適合させ、同時に、場合を分けた約款審査という規範目的を実現しようとする。

この改正案に対しては、「事業者間取引の必要性」という概念が不明確であり、とりわけ誰にとっての必要性かが明らかでなく、約款使用者の必要性によって相手方の保護が制約されることになるのではないかと、との懸念⁽³²⁹⁾が示された。このような指摘を容れてか、ミュラーは、翌2010年には、次のような修正案⁽³³⁰⁾を提示している。

BGB310条

- (1) ……事業者間取引においては、その事案のあらゆる事情（とりわけ、

通常、事業者の要保護性がより小さいこと）を考慮したうえで、両当事者企業の必要性を相当に顧慮しなければならない。

2 ベルガーの改正案

BGB310条

- (1) ……³商取引において妥当する慣習および慣行ならびに事業者間取引の実情、とりわけ一定の事業者の要保護性が消費者と比較して小さいことを、顧慮しなければならない。……

この提案においてベルガーは、消費者と比較した事業者の要保護性を明示し、「配慮しなければならない」(Rücksicht nehmen)を「顧慮しなければならない」(beachten)と改めることで、消費者契約と事業者間契約の場合分けの要請を強調しようとする。また、「事業者間取引の実情」を挙げることで、商慣習⁽³²⁾に加え、事実に基づく特殊性の顧慮を求める。これにより、事業者間取引における約款使用者の主観的な必要性ではなく、その基礎となる事業者間取引の特別な事情を BGB307条の評価に組み込もうとする。

3 アクサーの改正案

BGB310条

- (1) ¹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ついて、第305条第2項および第3項ならびに第308条および第309条は、適用しない。それらの者に対して使用された契約条件が第308条および第309条に掲げられていることは、その契約条件が第307条によれば無効であることを排除しない。²その契約がその業界で活動する事業者によって行われるべき法律行為の中心領域に属する限りにおいて、当該事業者取引圏の客観的な特殊性および消費

者に比して通常小さい事業者の要保護性を、第307条第1項の最終的な利益衡量において常に相当に顧慮しなければならない。

アクサーは、ミュラーらおよびベルガーの改正案を踏まえて、上記の改正案を提示した。⁽³³³⁾ 本改正案は、BGB310条1項2文前段の明確化を図るとともに（第1文）、事業者間契約と消費者契約の峻別において必要な指針を条文に統合しようとする（第2文）。その際、「当該事業者取引圏の客観的な特殊性」については、ベルガーに示唆を受けているが、ベルガーが事実的な特殊性を顧慮しようとしているのに対し、法的な特性も含む概念としている。

4 ヴェントラントの改正案

BGB310条

- (1) 事業者間取引の諸利益と必要性に相当に配慮しなければならない〔第2文後段〕。

ヴェントラントは、規制緩和論者の主張と異なり、BGH判例は、BGB308条以下の徴憑作用を常に認めているわけではなく、事業者間取引における事態の特性を相当に顧慮してきたものと評価する。⁽³³⁴⁾ そして、BGB307条1項が既に、当該事案のあらゆる事情と全契約内容を顧慮したうえでの両当事者の利益の注意深い衡量を要求しているところ、BGB310条1項2文後段の改正は、本来的には必要ないものとする。⁽³³⁵⁾ そのうえで、以上のような現行法下でもなすべき処理を明確化するものとして、上記の改正を提案している。⁽³³⁶⁾ この改正案は、BGB308条以下の徴憑作用に基づく不相当性が例外的に認められない場合に關する判例の定式に基づいている。⁽³³⁷⁾

5 小括

以上のような BGB310条1項2文後段の改正は、同規定の趣旨を再度強調するに留まり、いわば最小限度の措置である。⁽³³⁸⁾ このような改正を必要と見るかは、

現行法下において事業者間契約に対する BGB307条の適用が適切な形で行われていると評価できるかに左右される。規制緩和論者は、まさにその点で消極的な評価を下しているのであるが、⁽³³⁹⁾ 反対の評価も示されている。このことが、かかる小規模な改正が実現しない理由であると考えられる。なお、ベルガーやアクサーの改正案に見られる「事業者の要保護性の小ささ」の規定の問題点については、既に前章で述べたとおりである。

三 その他の改正案

以上の整理にうまく当てはまらない改正案として、下記のものがある。これらの案は、いずれも現行の BGB307条の判断枠組みを大きく修正するものであり、「健全な事業者の慣行」基準に対するのと同じ問題点を指摘することができる。

1 シュトンプスの改正案

BGB310a 条

(2) 事業者に対して使用される普通取引約款における諸規定は、とりわけ契約の均衡を特別な程度に害しているために、相手方に不相当な不利益を与える場合に、無効である。相当性の審査は、個別に当該個別事案についての衡量によって行われる。免責条項の内容的な相当性の審査においては、とりわけ次の事項が顧慮されなければならない。

1. その条項が事業者間取引において一般的であるか、または、特定の業界において通常であるか。
2. どのような付保可能性が存在したか。
3. 確定された契約均衡の障害が、他の契約上の規律によって補われたか。
4. 主たる給付義務の危険性もしくは困難性または危険負担の効率性の観点がその条項を正当化するか。

シュトンプスは、事業者間取引の諸事情を相当性審査に組み入れるために、BGB307条に基づく一般的・抽象的審査に代えて、個別具体的審査を導入することを提案する。そして、このような審査は、とりわけ責任条項について要請されるとするが、他方で、法的安定性を確保するために、一連の考慮要因を挙げて動的システムに基づく判断を行うべきことを主張している。⁽³⁴⁰⁾

2 フートの改正案

BGB310条

- (1) 第305条第4項ならびに第5項および第308条ならびに第309条は、事業者に対して使用される普通取引約款に適用しない。ある契約条件が基準となる事業者間取引の内部において通常である場合には、その契約条件は事業者たる契約相手方を不相当に不利益に扱うものではないと推定する。ある契約条件が第1文の意味で通常でない場合には、その有効性は、一般規定に従う。その際、そのつどの契約締結における特別な事情を顧慮しなければならない。

フートは、当該条項がその種の取引において通常のものである場合に相当性が推定されるとして、上記の改正を提案している。⁽³⁴¹⁾ また、当該条項が通常でない場合には、BGB307条に基づく一般的な審査が行われるものとするが、その際には、当事者の意思、契約のその他の条件などが、「そのつどの契約締結における特別な事情」として考慮されるべきものとしている。⁽³⁴²⁾

第三節 責任制限条項の有効化に関する改正案

最後に、責任制限条項の有効化に的を絞った改正案を取り上げる。既述のように、ロイシュナーは、2014年に報告書を公表した受託研究を踏まえて、内容規制の適用範囲に関する改正案と共に、責任限度額条項を一定の要件の下で有効とする旨の規定の新設を提案した。⁽³⁴³⁾ この提案に批判を加えたフォン・ヴェストファーレンも、いささか意に反するものとしつつ、責任制限条項の使用を可

論 説

能とするための自己の提案を披露した。⁽³⁴⁾以下では、それぞれの改正案について、その内容を紹介したうえで、両者の間で展開された議論に言及しつつ、評価を加える。

一 ロイシュナーの改正案

1 改正案の内容

BGB309a 条

次に掲げる各号のいずれにも該当する場合には、事業者、公法上の法人または公法上の特別財産に対し、普通取引約款において過失による義務違反についての責任の額を制限することができる。

1. 責任制限にもかかわらず、約款使用者が注意をもった行動を十分に促されるとき。
2. 約款使用者が契約相手方に対し適切な方法で責任額の制限を指摘したとき。

上記の提案においてロイシュナーは、責任限度額条項の有効性を承認すべき理由として、比較法的に見てドイツ以外では責任限度額条項の使用が可能なこと⁽³⁴⁵⁾の他に、その経済的効用を挙げる。⁽³⁴⁶⁾それによれば、法秩序は、公益のために起業家精神と技術革新を促進すべきである。ところが、事業者間取引では品質不適合や遅延の結果として莫大な逸失利益が購入者に発生する可能性があるところ、革新的技術の開発者やそのような技術に対応する給付の提供者は、責任制限がなければ、計算不可能で対価と釣り合わないリスクに曝される。このような事態は、国民経済上、技術革新の放棄につながる、とする。このような理由付けは、受託研究報告書において、責任制限の必要性和無制限責任の必要性との調整を図るのに経済分析の知見も踏まえた議論が必要である、と結論付けられたこと⁽³⁴⁷⁾を受けてのものといえる。

本提案は、判例の予見可能性ルールを修正するとともに、単に「過失による義務違反」とすることで、約款使用者に重過失がある場合にも責任制限を認め

るものとなっている。これにより、BGB309条7号bの徴憑作用を部分的に排除している。注意の促しに関する第1号は、BGB307条2項2号における相手方の地位の空洞化禁止（Aushöhlungsverbot）の思想を具体化したもので、国民経済的に重要な責任の予防作用を確保しようとする。また、第2号は、不意打ち防止を図ると共に、条件競争を可能にしようとするものである。責任限度額のような容易に知覚可能で比較可能な情報については、規模の小さい契約においても、競争が生じうるとする。⁽³⁴⁸⁾

2 評価

以上の改正案に対し、フォン・ヴェストファーレンは、多岐に渡る批判を展開している。⁽³⁴⁹⁾ その中で、次の2点の批判が特に注目される。⁽³⁵⁰⁾

第一に、フォン・ヴェストファーレンは、供給事業者が責任制限条項を含む約款を使用する一方、相手方も法律上の規定に従った無制限責任を含む購入約款を使用する可能性を指摘する（いわゆる「書式の戦い」）。⁽³⁵¹⁾ この場合には、両約款が矛盾する限りにおいて、不合意の結果として任意制定法に従った無制限の責任が妥当するので（いわゆる「残部有効説 Restgültigkeitstheorie」）、供給者は、自己の責任リスクを有効に制限することができない。改正案第2号の定める指摘も、この結果を覆すものではない、とする。⁽³⁵²⁾

以上の批判は、効率的な責任制限が責任制限条項の有効化によって実現されない可能性を示唆するものとして、重要である。すなわち、いかに供給事業者が責任制限を必要としても、相手方が一方的に購入約款を貫徹できる場合——相手方の方が経済的に優位である場合——、または、少なくとも書式の戦いに持ち込める場合には、相手方は、合法的に無制限責任を実現することができる。そうすると、責任制限条項を有効化しただけで、経済的に最適な責任制限が実現される保証はない。ロイシュナーの改正案は、この点で十分な説得力を有しないものであった、と評することができる。

第二に、フォン・ヴェストファーレンは、第2号の意義について、①責任制限を個別合意とするものではなく、単に形式的な意義しか有しないこと、②第1号の要件がある以上、指摘オプリーゲンハイトを履行したからといって責任

限度額条項が有効となるわけではないことを挙げて、疑義を呈している。⁽³³³⁾

この批判は、個別合意が認められるには商議が必要であるとの立場を前提としたものであるが、裏を返せば、ロイシュナーが本改正案において、内容規制の適用範囲に関する従来の主張を後退させている点を突いている。すなわち、ロイシュナーの元来の見解によれば、責任限度額条項が明示されることで条件競争が働くのであれば、当該条項に対する内容規制は必要ないはずである。それにもかかわらず、本改正案が第1号と第2号の2つの要件の充足を求めていることは、従来の主張からの後退といわざるを得ない。このような後退は、契約の規模による適用除外に関するロイシュナーの改正案（既述）と共に、取引費用に基づく情報格差の有無によって一元的に規制範囲を画する試みが破綻していることを示している。

二 フォン・ヴェストファーレンの改正案

1 改正案の内容

BGB305条

(1) ……⁴事業者間取引（BGB310条1項）において、予め定式化された責任制限条項については、第3文に基づき商議があったというために、約款使用者がその条項の法律と異なる核心内容全体を契約相手方に対し真摯に処分に供することを要しない。契約相手方の要求に応じて、予め定式化された条項を相手方に有利に軽微ではない程度に変更したことを、約款使用者が証明することで、十分である。

フォン・ヴェストファーレンは、個別合意の認定ルールによって責任制限の必要性に応えることを提案した。ここにおいて論者は、リスク制限が広く行われている契約において、任意規定の基準で責任を負うところまで相手方事業者に譲歩することを、約款使用者に期待することは、現実離れしているとする。そこで、相手方との合意によって責任限度を引き上げたことで十分とするが、あくまでも相手方の自律的で自己責任的な決定がなければならない、とする。⁽³³⁴⁾

2 評価

以上の提案に対し、ロイシュナーは、2つの批判を加えている。

第一に、責任制限に焦点を合わせた改正案は狭すぎる、との批判である。「条項全体の処分提供を期待することは、現実離れしている」というフォン・ヴェストファーレンの認識は、BGB305条1項3文に関してこれまでも強く指摘されてきたところであり、責任制限の文脈を離れて一般化可能である、とする。また、責任制限と責任要件の緩和を結び付ける広く流布している慣行を指摘し、判例の定式によれば、そのような慣行によって利益を受ける事業者は、個別合意を認められるために、その慣行を放棄する用意を示さなければならないが、このことも現実離れしているのではないかと疑義を呈する。フォン・ヴェストファーレンが上記の改正案を本心から支持しているわけではないことには留保する必要があるものの、以上の批判は説得力を有する。

第二に、ロイシュナー案の第1号に相当する実質的基準を放棄する代わりに、同第2号の指摘オプリーゲンハイトに代えて交渉の実施を要求していることに對して、交渉プロセスの要求は、責任制限の有効性基準としてほとんど適切でない、と批判する。経済的理由から最大で対価の限度で責任リスクを引き受けることができる供給者は、最終的に譲歩できるよう、それ以上の責任制限を携えて交渉に入るべきなのか、また、相手方が単純に当初提案を受け入れた場合はどうするのか、と指摘する。そして、立法者が免責条項の許容される内容を規律しようとするならば、条項の有効性（見せかけの）交渉実施に結びつけるのではなく、実質的な基準を定めることが首尾一貫している、とする。

この第二の批判は、ロイシュナー自身の元来的見解に立脚する限り、失当である。というのは、取引費用に基づく情報格差に規制根拠を求める立場からは、交渉実施の要求に代えて実質的な有効基準を主張するのではなく、ロイシュナー改正案第2号の指摘オプリーゲンハイトを擁護することが首尾一貫しているからである。この点でもロイシュナーは、当初の主張を貫徹できなかったものといえる。

第四節 本章のまとめ

本章では、ドイツ規制緩和論の議論過程において提示された様々な改正案を整理・評価してきた。その結果は、次のようにまとめることができる。

一 内容規制の適用範囲に関する改正案

内容規制の適用範囲に関する諸提案は、①商議要件を定める BGB305条 1 項 3 文の修正を図るもの、②約款の積極的定義を定める同項 1 文の修正を図るもの、③一定の取引を適用除外とするものに分けられる。これらのうち②・③の改正案は、いずれも問題を抱えていた。すなわち、②については、契約締結過程を段階化して評価することが困難である以上、評価の場の重複をもたらすという問題があった。また、③の諸提案については、いずれも保護目的論の観点からの批判に耐えないものであった。特に契約の規模や企業の規模に焦点を合わせる提案が成功しない背景には、第二章で見たように、保護目的論が多角的に展開したことがあった。

残る①については、個別合意の具体的な認定基準を列挙するのではなく、契約締結過程の諸事情を包括的に考慮しうる抽象的な規定を設ける方向性が支持された。そのような抽象的な規定においては、「約款の罨」の問題に鑑みて、相手方が交渉しなかった場合についても規範的評価に基づいて規制範囲を判断しうることが求められた。その規範的評価のあり方は、やはり約款規制の保護目的論に左右される。また、包括的解決の可能性をどのように規定するかについても、争いがあった。このような課題があるところ、既に簡潔で抽象的な規定である BGB305条 1 項 3 文に対し、実効的で、広範な支持を得られる修正を施すことは、容易ではない。このことが、多くの改正案がありながら、どれ 1 つとして決定的な支持を得られず、BGB305条 1 項 3 文の改正が実現しない、大きな理由であると考えられる。

二 内容規制の基準に関する改正案

事業者間契約における内容規制の基準に関しては、2011年以降、「健全な事業者の慣行」基準を掲げる提案が支持を集めていった。しかしながら、このよ

うな基準については、BGB307条の基準との異同を問わざるを得ない。規制緩和のために一般条項を修正することは、その波及効果、とりわけ現行の判例がその基礎を喪失しかねないことに鑑みて困難であった、ということができる。

そうすると、残る改正の選択肢は、BGB310条1項2文後段をその趣旨に即して再規定する程度である。しかしながら、事業者間契約の特殊性が十分に考慮されておらず、消費者契約と異ならない規制が行われているという規制緩和論者らによる現状評価に対しては、これと異なる評価も示されていた。このことが、かかる小規模な改正も十分な推進力を得られない理由である、と考えられる。

三 責任制限条項の有効化

ロイシュナーは、第二章で取り上げた受託研究をもとに、責任制限条項の有効化に絞った改正案を提示した。しかしながら、この改正案は、責任制限条項の規制緩和を達成するうえで、決定打となるものではなかった。むしろ、フォン・ヴェストファーレンとの間で交わされた議論を通じて、厳格な約款規制が事業者間契約における責任制限条項の使用を困難にしている、という規制緩和論の出発点に対し、疑義が投げかけられた。書式の戦いが生じる場合を含め、購入約款の使用を考慮すると、供給事業者の責任制限条項が貫徹されない原因は、法的規制の存在よりも、むしろ購入事業者の交渉力に求められる可能性がある。また、ロイシュナーが内容規制の適用範囲に関する当初の立場を維持できていないことが、ここでも明らかになった。

第四章 結論

第一節 前章までのまとめ

第二章ではドイツ規制緩和論の展開を概ね通時的に追っていき、第三章では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した。第一章で設定した本稿の課題に即してここまでの検討をまとめると、次のようにいうことができる。

一 法改正が実現しない理由

ドイツ規制緩和論は、具体的な法改正には結実しなかった。その理由として、とりわけ以下の3点を挙げることができる。

第一に、事業者間契約における約款規制の規制緩和は、経済界および学界の総意ではなかったということである。フランクフルト・イニシアティヴやDAVによって改正案が提示され、第69回DJTにおいて規制緩和を支持する決議がされた流れは、規制緩和論に対する広範な支持の表れであるようにも見える。しかしながら、経済界においては、多数の業界団体が名を連ねる「約款法を支持するイニシアティヴ」が、規制緩和に反対の姿勢を取ってきた。また、学界においては、フォン・ヴェストファーレンが議論の初期から規制緩和論を批判する論陣を張り続けた他、主要な約款法コンメンタル類の執筆者らも、法改正に慎重な見方を示した。これらの反対派・慎重派の議論は、決して無視するものではなかった。

第二に、規制緩和論の主張が必ずしも批判や検証に耐えるものではなかったことである。まず、規制緩和論者らは、判例がBGB308条以下に徴憑作用を認める一方、BGB310条1項2文後段を十分に顧慮しないことで、事業者間契約においても消費者契約と同様の規制を行っている、との旨を主張していた。しかしながら、このような主張に対しては、事業者間契約における内容規制の中核を成しているのは一般条項たるBGB307条である、BGB308条以下の全ての規定について徴憑作用が認められてきたわけではない、などの批判が向けられた。また、具体的に批判の対象とされた責任制限条項の規制については、購入約款およびそこに含まれる責任拡大条項にも目を向ける必要が指摘された。この指摘は、供給約款における責任制限条項の規制を典型として事業者間契約における約款規制一般のあり方を論じることの難点を突くものである。そのうえ、責任制限条項の障害となっているのは、厳格な規制ではなく、購入事業者の経済的優位性に起因する交渉力ではないか、という疑念も抱かせる。さらに、厳格な約款規制ゆえに「外国法への逃避」が生じているとの訴えに対しては、そのような事態は大量現象として生じていないことが、実証研究によって示されたうえ、約款規制単体が事業者の法選択に与える影響は大きなものではないこ

とも指摘された。このような展開は、規制緩和論の主張が、しばしば批判・検証に十分に耐えるものではなかったことを示している。

第三に、多くの改正案が提示されながら、決定的な改正案が存在しなかったことが挙げられる。これを改正課題ごとに見ていくならば、まず内容規制の適用範囲の画定については、最も多岐にわたる改正案が示されていたが、それらの中には、理論的な問題点を抱えるものも少なくなかった。結局のところ、契約締結過程の諸事情を包括的に考慮しうる抽象的規定を設けるしかなかったものと考えられるが、既にBGB305条1項3文がそのような規定であるところ、これに実効的な修正を施すことは、容易ではなかった。次に内容規制の基準については、確かに、比較的広範な支持を集めた提案として「健全な事業者の慣行」基準の導入案が存在した。しかしながら、この基準については、長年通用してきた一般条項であるBGB307条の基準との関係が不明確であり、安易に導入することはできなかったといえる。さらに、責任制限条項の有効化については、有力な論者による積極的な提案としてはロイシュナーの改正案があるのみであり、また、前述のように、責任制限条項の規制緩和の必要性という前提自体に疑義が呈されたのであった。

以上に述べたところを総括するならば、ドイツ規制緩和論の立法の実現を困難にしている根本的な理由は、次の2点に集約できるだろう。すなわち、一点目としては、ドイツ約款法が事業者間契約をも対象として長年通用してきたことである。それゆえに、約款規制の恩恵を受けてきた業界も少なくなく、また、多数の判例の基礎にもなっている基本的な規定を変更することは容易でなかった。二点目としては、事業者間契約における約款問題の多様性が挙げられる。このことが、BGB305条1項のもとで事業者間契約の条項が広く規制範囲に含まれうることと相まって、保護目的論について複数の考え方を生じさせ、責任制限条項を典型に据える議論に疑念を向けさせ、また、そもそも事業者間契約に対する現在の規制は厳格に過ぎるとの単純な評価を困難にしたものと考えられる。

二 ドイツ規制緩和論の成果

具体的な法改正には結実しなかったからといって、ドイツ規制緩和論の学問的な意義が否定されるわけではない。多くの論者によって多岐にわたる議論が展開されたこと自体に、ドイツ規制緩和論の意義を認めることができる。その議論の成果・到達点として、特に以下の事柄を挙げることができる。

まず、約款規制の正当化根拠・保護目的が問い直され、事業者間契約における約款規制が多面的な保護目的を有しうることが明らかにされたことである。この点、学説においては、取引費用に基づく情報格差に約款規制の根拠を求める見解が、広く支持されていた。しかしながら、このような見解は、経済界においてあまり支持を得られなかった。そこでは、むしろ経済的に劣位の事業者を保護する制度として、約款規制が認知されていたのであった。このことは、理論的な無理解によるものとはいえない。約款規制を擁護する事業者側から特に提起されたのは、購入約款の問題であった。ここでは、情報格差論がうまく当てはまらない。情報格差論からは、相手方事業者の事業の中心に属する取引については、規制を不要とし、または、少なくとも規制を緩和することが説かれていた。事業者間における主たる規制対象は、相手方にとって付随的で重要度の低い取引ということになる。しかしながら、事業者にとって約款規制が重要な意味を持つとすれば、それは、「本業」において保護を享受できるからであろう。このことを汲み取れていない点で、情報格差論の限界が明らかになったものと評することができる。⁽³⁵⁸⁾

このような保護目的論の展開は、事業者間契約における約款規制の具体的なあり方を構想するうえでは、特に内容規制の適用範囲を画定する際に手がかりを提供する。すなわち、契約の規模や企業の規模を指標とする、一見したところありえそうな画定準則が、なぜ採用しえないのかを説明する。また、規範的評価の方向性を示すことで、約款の罣の問題を解決する糸口となる。

さらに、このような保護目的論の展開は、ロイシュナーの受託研究における実証的な成果にもつながっている。すなわち、責任制限条項に責任要件の緩和を結び付ける業界慣行の存在が明らかにされたことや、供給者サイドと購入者サイドを分ける形でアンケート調査が行われ、企業の契約実態に関するデータ

が得られたことは、購入約款の問題を考慮した議論展開を踏まえたものである。

その他、ロイシュナーの受託研究については、仲裁手続きにおける約款法の適用実態や外国法への逃避の実態に関して知見が得られたことも、重要な成果といえる。とりわけ、外国法への逃避については、その後のゾマーフェルトの研究も含め、耳目を引きやすい言説に対し学問的な検証が加えられたこと自体に、大きな意義があったものと評価できる。

第二節 日本法への示唆

それでは、以上のように総括することができるドイツ規制緩和論は、我が国の約款法学にとってどのような意義を有するであろうか。

まず、具体的な法規定を離れて、事業者間契約における約款規制のあり方を抽象的に考察するというレベルであれば、ドイツ規制緩和論の議論成果は、次のような思考モデルを提供するものとして、我が国においても参考になるだろう。すなわち、事業者間契約では、供給者・購入者いずれの当事者が約款を使用するかで、問題となる条項や約款問題の生じる原因が異なってくる。供給事業者が約款（供給約款）を使用する場合には、そこに含まれる責任制限条項の効力が問題となる。その規制の要否については、当事者間の情報格差に規制根拠を求める考え方がよく当てはまる。これに対し、購入事業者が約款（購入約款）を使用する場合には、責任要件の緩和を図る責任拡大条項の効力が問題となる。ここでは、購入者側が経済的な優位性に基づき強い交渉力を有していることが、約款問題の原因として挙げられる。さらに、両当事者が約款を使用し、書式の戦いが生じる場合や、責任制限と責任拡大を組み合わせることで、両当事者の利益の均衡が図られる場合もありうる。事業者間契約については、このような多様なシナリオを考慮に入れたうえで、約款規制のあり方を考える必要がある。ここに、もっぱら供給事業者による約款使用を前提とすることができる消費者契約との違いがある。⁽³⁵⁹⁾

このような思考モデルは、財やサービスの供給に関する契約における責任条項に焦点を合わせたものであり、それ以外の契約類型や条項類型にどの程度当てはまるかは、さらに検討が必要である。その点で、事業者間契約の多様性が

留保されなければならない。しかしながら、もっぱら供給約款に焦点を合わせた思考モデルよりは、多様な実態を捉える可能性を有している。

このような抽象的なレベルでは兎も角、具体的な法規定のレベルでは、ドイツ規制緩和論を単純に日本法に引き写すことは困難である。とりわけ、民法548条の2以下の定型約款規定については、第一章で述べたように、ドイツ約款法とかなり建付けを異にしており、ここにドイツ法の議論をそのまま当てはめることはできない。それでも、日独の相違点を指し示し、日本法の特徴を明らかにするための尺度としての意義は、認めることができる。この点、ドイツ規制緩和論と日本の定型約款規定を比較した場合、特に次の事柄を指摘することができる。

まず、ドイツ規制緩和論は、約款の積極的な定義規定である BGB305条1項1文が規制範囲の限定機能を大幅に喪失している、という前提のもとで展開された議論であった。事業者間契約の条項が幅広く規制対象となりうる状況において、規制範囲を適切に画定するために、BGB305条1項3文の修正や一定取引の適用除外が模索され、さらにその前提として、内容規制の正当化根拠・保護目的が改めて問われたわけである。このようなドイツ規制緩和論の様相は、取引内容の画一性に焦点を合わせた定型約款の定義（民法548条の2第1項柱書）によって規制範囲を狭く画定する我が国の定型約款規定と対照的である。

規制範囲の広狭に関して具体的に顕著なのは、購入約款の取扱いである。ドイツ規制緩和論においては、購入約款が現代における重要な規制対象として取り上げられていた。これに対し、我が国では一般的に、その種の約款は、定型約款の定義に当てはまらない例として挙げられている⁽³⁶⁾。このような相違の背景には、日独両国の取引社会において購入約款の比重に違いがあることも存在するのかもしれない。この点については、近時、欧米・ドイツにおける約款を用いたサプライヤー管理の定着が、我が国の企業実務との相違点として指摘されている⁽³⁶⁾。このような取引実態の差異が、事業者間契約の規制に対する考え方に影響を与えている可能性がある。

その他、各論的なレベルでは、約款の罨や包括的解決の問題にどう応えるのか、責任制限および拡大条項の規制のあり方をどのように考えるのかなど、ド

イツ規制緩和論からいくつもの問題提起を引き出すことができるだろう。もっとも、そのような各論レベルの問題の日本法における検討については、他日を期すこととし、ここで本稿を閉じたい。

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

- (244) Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2660.
- (245) Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2662.
- (246) Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2661f.
- (247) von Westphalen, a. a. O., (Fn. 128), 197f.; Berger, a. a. O., (Fn. 36), 468; Elise Huth, „Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung geltender Gewohnheiten und Gebräuche“, 2017, 271.
- (248) Kieninger, a. a. O., (Fn. 155), 305, 306, 307.
- (249) 注 (72) を参照。
- (250) Berger, a. a. O., (Fn. 36), 467f.
- (251) Berger, a. a. O., (Fn. 36), 468.
- (252) Berger, a. a. O., (Fn. 36), 468f.
- (253) Kieninger, a. a. O., (Fn. 155), 307. なお、キーニンガーと同様に、情報格差論に基づき「商議」を「交渉」に改めることを提案する学説として、Drygala, a. a. O., (Fn. 134), 985f. も参照。
- (254) Kieninger, a. a. O., (Fn. 155), 305.
- (255) Werner Müller, IWRZ 2018, 153, 159; ders., TranspR 2018, 276, 282.
- (256) Constantin Axer, „Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, 2012, 272f., 276.
- (257) Leuschner, a. a. O., (Fn. 127), 883.
- (258) Leuschner, a. a. O., (Fn. 127), 882 も参照。
- (259) DAV, a. a. O., (Fn. 52), 180.
- (260) DAV, a. a. O., (Fn. 52), 187f.
- (261) DAV, a. a. O., (Fn. 52), 186.
- (262) Initiative, a. a. O., (Fn. 137), 3.
- (263) Frankfurter Initiative, a. a. O., (Fn. 138), 4.
- (264) Frankfurter Initiative, a. a. O., (Fn. 138), 5.
- (265) Frankfurter Initiative, a. a. O., (Fn. 139), 5.

(266) なお、正式には提案されていないが、フランクフルト・イニシアティヴの内部において、「契約相手方が零細企業であることを約款使用者が認識できなかったときは、契約相手方は、自己の零細企業としての性質を援用することができない。約款使用者は、零細企業に対し自己の零細企業としての性質についての表明を求めるオプリーゲンハイトを負う。」との補充が議論されていたことが紹介されている。Müller, IWRZ, a. a. O., (Fn. 255), 158; ders., TranspR, a. a. O., (Fn. 255), 282を参照。

(267) Initiative, a. a. O., (Fn. 137), 3; Frankfurter Initiative, a. a. O., (Fn. 138), 5.

(268) なお、条文案には含めていないものの、理由において、「事業者としての自己決定的判断」の存在徴憑の例示として、①長期の契約交渉、②同一条件での以前の契約締結、③変更要望の契約テキストへの採用、④事前に定式化された契約条件の法的・経済的意義の認識または重過失による不知、⑤法律家の助言による助力、⑥企業規模が挙げられている。

また、フランクフルト・イニシアティヴに参加する Kessel, a. a. O., (Fn. 38), 300は、本提案の下で考慮される重要な事情として、本文①から⑤の事情の他に、当事者が純粋な買い手市場または純粋な売り手市場で活動していることを挙げる。さらに、事業者としての自己決定的判断が欠如していることの典型的な徴憑として、①約款使用者がそもそも交渉を拒絶し、または相当な交渉を拒絶したこと、②大量取引における約款の使用（もっとも、このことは必然的でなく、大量取引にもかかわらず相手方が変更提案をした場合には、明らかな例外であろう、とする。）、③他の企業に逃避する十分な期待可能性がないことによる約款使用者への経済的依存を提示している。

(269) Initiative, a. a. O., (Fn. 137), 4; Frankfurter Initiative, a. a. O., (Fn. 138), 6.

(270) Andreas Stomps, „Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, 2011, 282ff., 320f.

(271) Axer a. a. O., (Fn. 256), 277.

(272) Huth, a. a. O., (Fn. 247), 347f.

(273) Huth, a. a. O., (Fn. 247), 317ff. なお、フートが中心領域性に関して約款使用者の給付ではなく契約相手方の給付に焦点を合わせていることは、もっぱら供給約款に関して中心領域性への着目が論じられてきたことに鑑みて、不精確であると評することができる。

(274) Huth, a. a. O., (Fn. 247), 345.

(275) Leuschner, a. a. O., (Fn. 127), 883も、ミュラーらの掲げる基準に一貫性がないことを指摘している。

(276) DAV の改正案に対する批判として、Kieninger, a. a. O., (Fn. 155), 305; Huth, a.

- a. O., (Fn. 247), 298f.; von Westphalen, a. a. O., (Fn. 238), 1105.
- (277) Sylvia Kaufhold, ZIP 2010, 631. 同様の評価に立脚する BGH2010年判決の評釈として、Friedrich Graf von Westphalen, ZIP 2010, 1110ff. も参照。これに対し、Leuschner, a. a. O., (Fn. 127), 875 Fn. 1 は、同判決を、書式テキストによって契約内容を終局的に規定しようとするケースに限定された狭い判断と評価する。
- (278) Kaufhold, a. a. O., (Fn. 277), 632.
- (279) Kaufhold, a. a. O., (Fn. 277), 632ff. では、BGH2010年判決と同様、設定の問題として交渉用意の有無を論じているが、その後、説を改めている。
- (280) Sylvia Kaufhold, BB 2012, 1235, 1237ff.
- (281) Kaufhold, a. a. O., (Fn. 280), 1240f.
- (282) Kaufhold, a. a. O., (Fn. 280), 1241.
- (283) Kaufhold, a. a. O., (Fn. 280), 1237.
- (284) Leuschner in: Leuschner, a. a. O., (Fn. 24), Teil 2 § 305 BGB Rn. 32.
- (285) 注 (131) を参照。
- (286) Leuchner, a. a. O., (Fn. 212), 1047.
- (287) Leuchner, a. a. O., (Fn. 212), 1049.
- (288) この想定については、Becker, a. a. O., (Fn. 132), 1104 Fn. 111 も参照。
- (289) Leuschner, a. a. O., (Fn. 212), 1051.
- (290) Fornasier, a. a. O., (Fn. 136), 119; Kieninger, a. a. O., (Fn. 155), 302; Wendland, a. a. O., (Fn. 5), 913f. などを参照。
- (291) Leuschner, a. a. O., (Fn. 212), 1049. ders., a. a. O., (Fn. 127), 883f. も参照。
- (292) Leuschner, a. a. O., (Fn. 212), 1049f.
- (293) Carsten Herresthal, „Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich“, 2020, 91ff. 同書は、2019年5月にレーゲンスブルク大学で開催されたワークショップ「事業者間取引における約款規制の改正」を元にしており、同ワークショップにおいても企業の規模に焦点を合わせた適用除外が論じられたことが記録されている（S. 65ff.）。
- (294) 分類の基準としては、ヨーロッパ委員会勧告2003/361が提示されている。Herresthal, a. a. O., (Fn. 293), 98ff.
- (295) Herresthal, a. a. O., (Fn. 293), 95.
- (296) Herresthal, a. a. O., (Fn. 293), 96ff.
- (297) Kieninger, a. a. O., (Fn. 155), 303; Wendland, a. a. O., (Fn. 5), 754.
- (298) Müller, IWRZ, a. a. O., (Fn. 255), 159, Rn. 76が紹介する弁護士のヴェセルス（Wessels）による提案である。ヨーロッパ法の文脈においては、Nils Jansen, ZEuP 2010, 69, 92f.; Horst Eidenmüller/Nils Jansen/Eva-Maria Kieninger/

Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann, JZ 2012, 269, 280などが、事業者間契約における合意による内容規制の排除を支持している。

- (299) Kieninger, a. a. O., (Fn. 155), 305.
- (300) その他に、このような合意が濫用される危険性を指摘する見解もある。
Wendland, a. a. O., (Fn. 5), 757を参照。
- (301) Johannes Landbrecht, RIW 2011, 291. イングランド法を参考とする。
- (302) Sommerfeld, a. a. O., (Fn. 14), 396ff.
- (303) Sommerfeld, a. a. O., (Fn. 14), 404ff.
- (304) Sommerfeld, a. a. O., (Fn. 14), 424.
- (305) 評価矛盾の指摘として、本文に紹介するキーニンガーの他に、Berger, a. a. O., (Fn. 36), 467も参照。
- (306) Kieninger, a. a. O., (Fn. 155). 303f. その他、Wendland, a. a. O., (Fn. 5), 754ff. も参照。
- (307) その他、このような提案に対しては、ローマ I 規則への適合性についても疑義を呈している。
- (308) この立場を明確にするものとして、Leuschner, a. a. O., (Fn. 4), 809を参照。
- (309) Frankfurter Initiative, a. a. O., (Fn. 138), 6ff.
- (310) Initiative, a. a. O., (Fn. 137), 5f.
- (311) DCFR II.-9: 405条 事業者間契約における「不公正」の意味
この節の規定の適用に当たっては、事業者間の契約における条項は、当事者の一方により提示された約款の一部となる条項であって、かつ、それを用いることが、信義誠実及び取引の公正に反して、健全な商慣行から著しく逸脱しているときに限り、不公正である。
(クリスティアン・フォン・パール他編＝窪田充見他監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則——共通参照枠草案 (DCFR)』法律文化社 (2013年) 119頁を参照。)

(312) 第7条 不公正な契約条項及び慣行

1. 加盟国は、支払期日若しくは支払期間、支払遅延利息の利率又は回収費用の補償に関する契約条項又は慣行が、債権者に対して著しく不公正であるときは、執行することができず、又は、これらにより損害賠償請求権が生じることを規定するものとする。

契約条項又は慣行が、前段の意味で債権者に対して著しく不公正なものに該当するか否かを決定するに当たっては、次の事項を含むすべての個別事情を考慮するものとする。

(a) 信義誠実と公正取引の原則に反して、良き商慣行から著しく逸脱するも

のであるものか否か。

〔以下略〕

(313) 第86条 事業者間契約における「不公正」の意義

1. 事業者間契約においては、次の要件のいずれをも充たす場合に限り、当該契約条項は不公正とされる。

(a) 〔略〕

(b) その使用が健全な商慣行から著しく逸脱し、信義誠実と公正取引に反するような性質の条項であること。

2. 本節にいう契約条項の不公正性を評価するにあたっては、次に掲げる事項を考慮しなければならない。

(a) 契約に基づく給付の性質

(b) 契約を締結する間に一般的であった諸事情

(c) 他の契約条項、および

(d) 当該契約が前提としている他の契約の条項。

（内田貴他訳『共通欧州売買法（草案） 共通欧州売買法に関する欧州議会および欧州理事会規則のための提案』別冊NBL140号（2012年）99頁以下を参照。）

(314) DAV, a. a. O., (Fn. 52), 180, 187.

(315) Kieninger, a. a. O., (Fn. 155), 306f.

(316) Thomas R. Hannemann, AnwBl 2012, 314, 317.

(317) 相手方事業者の要保護性の顧慮を明記することについては、その後、Werner Müller, NZM 2016, 185, 191も好意的な評価を示している。

(318) Müller, IWRZ, a. a. O., (Fn. 255), 159; ders., TranspR, a. a. O., (Fn. 255), 282f.

(319) この点については、Müller, a. a. O., (Fn. 317), 192も参照。

(320) Friedrich Graf von Westphalen, NJOZ 2012, 441, 444ff.; ders., AnwBl 2013, 850.

(321) von Westphalen, 2012, a. a. O., (Fn. 320), 447.

(322) von Westphalen, 2012, a. a. O., (Fn. 320), 447f.; ders., 2013, a. a. O., (Fn. 320), 851.

(323) von Westphalen, 2012, a. a. O., (Fn. 320), 448f.

(324) von Westphalen, 2013, a. a. O., (Fn. 320), 851f. 同様の批判として、Wendland, a. a. O., (Fn. 5), 978ff. も参照。

(325) Friedrich Graf von Westphalen, ZIP 2018, 1101, 1108f. も参照。

(326) von Westphalen, 2013, a. a. O., (Fn. 320), 852ff. ①性質保証、②責任制限、③包括保証、④過剰担保の解放請求権、⑤損害賠償額の予定、⑥違約罰、⑦証明責任条項、⑧リース契約におけるサプライヤーの破産、⑨販売代理店契約における地

域変更および価格変更の諸問題を取り上げている。

- (327) von Westphalen, 2013, a. a. O., (Fn. 320), 857.
- (328) Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2658ff.
- (329) von Westphalen, a. a. O., (Fn. 128), 196; Huth, a. a. O., (Fn. 247), 287.
- (330) Axer a. a. O., (Fn. 256), 278が紹介するところによる。
- (331) Berger, a. a. O., (Fn. 36), 469f.
- (332) なお、ベルガーは、「事業者間取引の実情」の具体例として、①当該条項が取引業界で通例であること、②相手方に不利益を与える契約目的危殆化を回避する取引業界に典型的な特別事情、③当該条項によって基礎づけられる不利益・リスクの、消費者には1回的な契約締結において与えられないその他の経済的利益（有利な価格形成または契約のその他の条項における類似の経済的特典の付与、迅速な継続的供給など）による調整、④相手方による当該リスクについての保険加入の期待可能性・通例性（最安価保険加入者）、⑤相手方によるリスク回避のためのその他の支配可能性または能力（最安価費用回避者）、⑥相手方による費用および負担の転嫁についての一般的な可能性、⑦相手方の企業規模などを挙げている。Berger, a. a. O., (Fn. 36), 470を参照。
- (333) Axer a. a. O., (Fn. 256), 279ff.
- (334) Wendland, a. a. O., (Fn. 5), 926ff. 判例における BGB308条以下の徴憑作用の使い分けについては、Leuschner in: Leuschner, a. a. O., (Fn. 8), § 310 BGB Rn. 29も参照。
- (335) Wendland, a. a. O., (Fn. 5), 972ff.
- (336) Wendland, a. a. O., (Fn. 5), 976ff.
- (337) 第二章第一節二 2 (1) を参照。
- (338) Müller/Griebeler/Pfeil, a. a. O., (Fn. 37), 2660は、最小介入的なアプローチと称する。
- (339) 第二章第一節二 2 を参照。
- (340) Stomps, a. a. O., (Fn. 270), 300ff., 321.
- (341) Huth, a. a. O., (Fn. 247), 341ff., 345, 348.
- (342) Huth, a. a. O., (Fn. 247), 339ff., 346.
- (343) Leuchner, a. a. O., (Fn. 212), 1045ff. なお、2014年の受託研究報告書においては、BGB308条に規定を設けることが提案されていたが（Leuschner/Meyer, a. a. O., (Fn. 178), 289）、「無効とする」という消極的な定式を避けるため、独立した規定とされている。
- (344) Friedrich Graf von Westphalen, ZIP 2015, 1316, 1326.
- (345) 注 (185) を参照。

(346) Leuchner, a. a. O., (Fn. 212), 1046f.

(347) 第二章第三節五 4 を参照。

(348) 以上につき、Leuchner, a. a. O., (Fn. 212), 1047.

(349) von Westphalen, a. a. O., (Fn. 344), 1322ff.

(350) 本文に取り上げる以外の主要な批判としては、以下のものが挙げられる。

第一に、第 1 号の規定は抽象的であるところ、約款使用者または裁判官は、具体的な責任限度額がこの規定に適合しているかを、適切に評価できないのではないか、との批判がされている（von Westphalen, a. a. O., (Fn. 344), 1323f.）。これに対し、ロイシュナーは、かかる不確定法概念への対応は、BGB307条や308条においても同様であると応じている（Leuschner, ZIP 2015, 1326, 1331.）。

第二に、BGB307条 2 項 2 号に鑑みて、本質的義務違反や重過失がある場合にも責任制限を認めるべきではないのではないか、との批判が挙げられる（von Westphalen, a. a. O., (Fn. 344), 1324.）。この批判に対し、ロイシュナーは、単純過失と重過失の間の線引きについて予見困難であることの他、それらの場合の責任制限によって相手方の地位の空洞化が生じるというのは、不適切な一般化であると反論している（Leuschner, a. a. O., 1330f.）。

第三に、約款使用者に付保可能性がある場合にまで責任制限を許容すべきでない、との批判が向けられている（von Westphalen, a. a. O., (Fn. 344), 1324f.）。この批判に対しては、遅延損害や品質不適合による損害については、①営業保険や製造物責任保険の対象外であるところ、費用のかかる追加の保険加入を広範に要求することはできないこと、②保険金の額にも限度があり、責任限度額条項と組み合わせることで、初めて完全なリスク保証が可能となることなどが、反論として挙げられている（Leuschner, a. a. O., 1331.）。

(351) von Westphalen, a. a. O., (Fn. 344), 1322. なお、供給約款と購入約款の衝突については、既に von Westphalen, a. a. O., (Fn. 95), 149f. において論じられている。

(352) von Westphalen, a. a. O., (Fn. 344), 1325f.

(353) von Westphalen, a. a. O., (Fn. 344), 1325.

(354) von Westphalen, a. a. O., (Fn. 344), 1326.

(355) 第二章第三節五 2 を参照。

(356) Leuschner, a. a. O., (Fn. 350), 1331.

(357) Leuschner, a. a. O., (Fn. 350), 1331f.

(358) 情報格差論が適合しない約款としては、1 行約款（Ein-Satz-AGB）など単純で平易な約款の存在が指摘されることもある。Phillip Hellwege, „Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre“, 2010, 560; Wendland, a. a. O., (Fn. 5), 432ff.,

514f, 563f, 683を参照。しかしながら、取引社会における重要性に鑑みて、購入約款の指摘には、はるかに重大な意義を認めることができる。

- (359) 消費者が財やサービスの提供者となる消費者契約もあるが、ここでは、どのような典型的事情の下で法のあり方を思考するか、が問題である。
- (360) 民法（債権関係）部会資料78B16頁は、「例えばある企業が製品の原料取引契約を多数の取引先企業との間で締結する場合には、画一的であることが通常とまではいえない場合も多いと考えられるし、仮に当該企業が準備した基本取引約款に基づいて同じ内容の契約が多数の相手方との間で締結されることがほとんどである場合であっても、契約内容に関して交渉が行われることが想定されるものである限り、相手方がその変更を求めずに契約を締結することが取引通念に照らして合理的とはいえない。」として、そのような事例において一方当事者が準備した契約条項の総体は定型約款（定型条項）に該当しないとする。この説明に依拠し、交渉による変更が想定されることを理由として、定型約款該当性を否定する学説として、渡辺達徳編『新注釈民法(11)Ⅱ』有斐閣（2023年）350頁〔後藤卷則〕、松岡久和他編『改正債権法コンメンタール』法律文化社（2020年）672頁〔大澤彩〕などを参照。これに対し、内容の画一性が発注者の交渉力に起因することを理由に定型約款該当性を否定するものとして、大村敦志＝道垣内弘人編『解説民法（債権法）改正のポイント』有斐閣（2017年）380頁〔角田美穂子〕を参照。なお、同書は、地方公共団体が使用する工事請負契約約款（最判平成26年12月19日判時2247号27頁を参照。）については、定型約款に該当するものとしている。
- (361) 小林一郎『日本の契約実務と契約法——日本的契約慣行の研究』商事法務（2024年、初出2023年）41頁以下、248頁以下、282頁以下を参照。