

ドイツ旧約款規制法制定以前における連邦裁判所の約款規制法理について(一)
——内容規制の法理論的基礎の検討に向けて——

原田 昌和

第一章 はじめに

第二章 独占濫用理論および信義則に基づく条項援用制限法理の形成と展開(以上、本号)

第三章 連邦裁判所の約款規制法理の展開

第四章 検討——まとめにかえて——

第一章 はじめに

一 契約内容を規制する立法として、消費者契約法が二〇〇一年四月一日からその施行をみている。⁽¹⁾ 同法は、消費者と事業者との間で締結された契約に包括的に網をかぶせるものであり、内容的には、大きく分けて、契約締結過程での欺瞞的あるいは威圧的な勧誘行為に対する規制と不当条項に対する規制とを定めている。⁽²⁾ 本法により、消費者と事業者の間で締結された契約中の不当条項に対して立法的な規制が行われるに至った。しかし、これはあくまで消費者契約を対象とするものであって、約款を含む付随的契約条項一般を対象とするものではない。

付随的契約条項に対する内容規制へのアプローチとしては、情報・交渉力・判断力といった、相当な利益調整を生じさせないような、事業者に対する能力や力の格差⁽³⁾に着目し、消費者対事業者間の契約に固有のルールを適用しようとする「消費者アプローチ」⁽⁴⁾、画一的な契約処理のために予定された定型契約条件である「約款」には不正な契約を生み出す諸要素が集約されているとして、これを介入指標とすべきとする「約款アプローチ」⁽⁵⁾、介入指標として決定的なのは契約当事者間の交渉力の格差（知的ないし経済的交渉力格差）であって、約款による契約条件か否かの区別は考慮されるべき諸ファクターの一つにすぎないと考える「交渉力アプローチ」⁽⁶⁾がとくに主張されている⁽⁷⁾。まず、約款規制の思想が、消費者保護の思想と単純に同一視されてはならないこと、すなわち約款アプローチと消費者アプローチとが相違することは、ほぼ承認されているものと思われる。約款アプローチにおいては、約款設定者の優位は、能力や力の格差とは必ずしも関係なく、約款の使用という状況によって条件づけられたものだからである⁽⁸⁾。約款アプローチによれば、事業者間取引も規制の対象とすることができるが、消費者契約法は、意識的に「約款」という言葉を排除したために、事業者間で用いられる約款は規制対象外となってしまう⁽⁹⁾。したがって、事業者間で用いられる約款に対する内容規制は、民法九〇条などの一般条項を介した司法的規制によるほかない⁽¹⁰⁾。他方、約款アプローチについても、旧約款規制法（現ドイツ民法三〇五条以下）を有するドイツでは、約款アプローチの限界が意識され、司法的内容規制を一般契約法に内在化しようとする理論的傾向も生じている⁽¹¹⁾。また、交渉力アプローチに対しては、「交渉力」はあらゆる契約当事者間で問題になりうるもので、その性質上すべての個別事情の総合判断によらざるをえず、ルール化には不適切であるといった問題点も指摘されている⁽¹²⁾。

契約内容への司法的介入の理論的根拠について、消費者契約法はどのように考えているのだろうか。法律行為法上の財産分配の基礎は当事者意思にあり、当事者意思が法律行為規範の内容を決定し、その拘束力を基礎づける。消費者契約法八条以下の内容規制規定は、条項の無効を定めているが、これは当事者意思に基づく財産分配の否定

を意味する。この財産分配否定の正当化根拠として、国民生活審議会第一六次報告書⁽¹³⁾は以下のような認識に立つ。すなわち、「消費者取引においても、契約当事者の一方である事業者が、大量取引を迅速かつ画一的に処理しながら安定した契約を確保するために、その契約において種々の権利を留保したり、相手方の権利を制限するなど自己に一方的に有利な契約をなすことが可能な場合があり、「このことが、一般に消費者が取引経験や法律知識に欠けていることとあいまって、消費者トラブルの主な原因の一つとなっている」。右報告書はここから、「事業者が自己に一方的に有利に契約条項を定める場合は、その内容が公序良俗（民法九〇条）に反するようなものであったり、当該契約条項の適用が消費者に不測の損害を与えるようなものであってはならない。すなわち、事業者が、契約内容を形成する過程で不利な立場にある消費者の利益について適切に配慮する義務を負うことは、信義則（民法一条二項）の要請するところである」とし、「事業者の定める契約条項が、消費者取引の信義則に照らして、消費者に不当に不利益なものであると判断される場合には、その効力は否定されるべきである」とする。ここでは、消費者と事業者との取引経験や法律知識の差だけでなく、事業者が事前に一方的に契約条項を作成するという状況的要素も問題とされている。しかし、立法においては、このような状況的要素は介入指標として取り入れられていない。そのため、財産分配否定の理論的基礎が、事業者は消費者の同意を得てもなお、消費者の利益を不当に害することとなる条項を合意してはならないという点にあるのか、それとも、事業者が事前に一方的に契約条項を作成するという状況の下では、事業者は、消費者の利益を不当に害することとなる条項を合意してはならないという点にあるのかが不明確になっている。⁽¹⁴⁾したがって、たとえば、一般条項を介した司法的内容規制の際に、消費者契約法の趣旨を考慮するとしても、やはり司法的内容規制の理論的基礎が問題となつてこざるをえないから、消費者契約法定後も、依然として、付随的条項に対する司法的内容規制の理論的基礎を検討すべき状況に変わりはない。

二 本稿は、わが国における付随的条項に対する司法的内容規制の理論的基礎を検討する準備作業として、ドイツにおける約款規制法制定以前の連邦裁判所による約款規制法理の形成過程を追い、若干の検討を加えることを目的とするものである。ドイツでは、すでにライヒ裁判所の時代から約款規制法理の検討が進められ、同裁判所は、ドイツ民法一三八条⁽¹⁵⁾に基づく条項無効化法理(独占濫用理論)とドイツ民法二四二条⁽¹⁶⁾に基づく条項の援用制限法理の二本立ての規制を行った。連邦裁判所も当初はこれを踏襲したものの、次第にそこから離れ、二四二条に基づく条項無効化法理を完成し、これが最終的に旧約款規制法制定へと結実したという経緯がある。後述するように、ライヒ裁判所による二本立ての規制、とりわけ独占濫用理論は、決して理論そのものにおいて問題があるというのではなく、法律行為の内容的限界として良俗違反規定を置く民法の体系にはむしろ整合的と見ることもでき、かつ、一三八条二項の暴利構成要件の基礎にある価値評価に即して要件が立てられている点で一三八条一項の解釈論としては適当なものであった。これが、なぜ、どのような経過をたどって信義則に基づく条項無効化法理にとって代わられたのか、また、このことは契約内容への司法的規制の理論的基礎、要件、効果にとってどのような意味を持つのか。これが本稿の問題関心である。ドイツ判例の変遷については先行研究が存在し、その内容規制の理論的基礎についても検討が行われているところであるが、本稿では、右のような問題関心から、あらためて検討を行うものである。

ドイツ法を取り上げる理由であるが、わが国の付随的契約条項規制論はドイツにおける議論を参考に進められた部分も多い。また、ライヒ裁判所が、契約自由を強く意識しながら、独占濫用理論を完成させ、それが連邦裁判所における信義則に基づく条項無効化法理へと変遷していく過程を追うことは、わが国においても、条項無効化規範の意味は、契約自由等の諸原理との関連を視野に入れて考慮されるべきであるという点において、参考になる点が多い。消費者契約法が適用されない場面をも視野に入れて、わが国における司法的内容規制の今後の方向性を検討

する上では、旧約款規制法制定以前における連邦裁判所による契約内容規制の理論的基礎を検討することは、重要な示唆を与えるであろう。

なお、約款規制の理論的基礎については、ドイツにおいても以前より多数の見解が主張されている。しかし、それらすべてを一度に検討することは、筆者の力量では到底なしうところではないため、本稿では、わが国における付随的条項に対する司法的内容規制の理論的基礎を検討する準備作業として、ドイツ連邦裁判所の内容規制法理の理解とそこから得られる示唆の提示に努め、諸学説の検討は別稿を期したい。⁽¹⁸⁾

三 以下では、まず第二章でライヒ裁判所の約款規制法理を概観した後、第三章において連邦裁判所における信義則(ドイツ民法二四二条)に基づく約款規制法理の形成過程を概観する。そして、第四章において、以上に見たところを総括し、旧約款規制法制定前における連邦裁判所の約款規制法理について分析を加える。

- (1) 消費者法ないし消費者契約法に関する文献には多数のものがある。近時のものとしては、岩村正彦他編『岩波講座 現代の法13 消費生活と法』(一九九七年)、落合誠一『消費者契約法』(二〇〇一年)、山本豊監修『消費者契約紛争ハンドブック』(二〇〇一年)、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法』(二〇〇一年)、後藤巻則『消費者契約の法理論』(二〇〇二年)、大村敦志『消費者法』(第2版) (二〇〇三年)、内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説 消費者契約法(補訂版)』(二〇〇三年)、日本弁護士連合会編『消費者法講義』(二〇〇四年)、後藤巻則・村千鶴子・齋藤雅弘『アクセス消費者法』(二〇〇五年)、長尾治助編『レクチャー消費者法(第3版)』(二〇〇六年)、などを挙げるこができる。

(2) さらに二〇〇六年改正により適格消費者団体による差止訴訟制度が設けられた(二〇〇七年六月七日施行予定)。

(3) 消費者と事業者の間の構造的格差については、大村敦志『消費者・家族と法』三頁以下(一九九九年、該当部分の初出は一九九一年)が詳細に検討している。同前掲『消費者法(第2版)』二〇頁以下も参照。

(4) 不公正な契約への対処として立法を行った諸国のうち、約款規制法ではなく、あるいはそれと合わせて、消費者保護の立法を行った国は少なくないが、そこには「消費者」であることを介入指標として規制を行った方がよいとの考えが認められる。一九七〇年代までの各国の法制を分類比較する文献として、広瀬久和『附合契約と普通契約約款』戸部信喜他編『岩波講座 基本法字4―契約』三一―三頁以下(一九八三年)を

参照。

- (5) 河上正二「約款規制の法理」四二九頁以下(一九八八年、以下「法理」と略称する)、同「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(3)」NBL四七一号三四頁以下(一九九一年)を参照。もつとも、約款の概念が、考察目的・規制目的との関係で画一的ではありえないことについて、谷川久「約款論」鈴木祿弥編「新版・注釈民法(初債権)」二六三頁以下(一九九三年)を参照。また、約款概念の個別要素を詳細に検討するものとして、河上「法理」二二五頁以下を参照。
- (6) 山本豊「不当条項規制と自己責任・契約正義」七四頁以下(一九九七年、該当部分の初出は一九八〇年)を参照。
- (7) 各種アプローチの整理検討として、山本豊「契約の内容規制」山本敬三他著「債権法改正の方向と課題——民法一〇〇周年を契機として——」別冊NBL五一号七五頁以下(一九九八年)、河上正二「総論」河上正二他著「消費者契約法——立法への課題——」別冊NBL五四号二頁以下(一九九九年)が詳細である。
- (8) ドイツにおいても同様の指摘がある。ケスター (Coester, Staudinger Kommentar zum BGB, 13.Aufl., 1998, § 9 AGBG Rn.2 (S.205)) は以下のように述べる。約款使用者は時間の制約なしに、しかも通常は法的助言を受けてみずからの意向を条項に表現できるのに対して、相手方は、具体的な締結状況という圧迫のもとにあり、約款を読み理解することも困難であり、印刷物の外見上の権威に容易に屈し、約款を読み変更を求めることを——そのような努力は主観的だけでなく、客観的にも見合うものではないために——放棄してしまう、と。
- (9) 河上「総論」(前掲注(7))一四頁は、「消費者契約法」が、適用対象を「消費者取引」にかぎったのは、契約締結過程と条項内容規制に関する規定を一本の法律のなかにおさめる上での便宜以上のものではない」と述べる。
- (10) なお、ドイツでは、旧約款規制法は二〇〇二年債務法現代化法により民法典へ編入されているが、その際、労働契約にも、ドイツ民法新三〇五条以下の内容規制規定が適用されることとなった(同新三〇条四項。Vgl. BAG, Urt.v.25.5.2005, NJW 2005, 3305; Reim, Jus 2006, 120)。わが国の消費者契約法四八条(旧一二条)は労働契約を適用対象外としているが、わが国においても労働契約に対する内容規制が必要であるとするれば、ここでも、その規制は一般条項を介した司法的規制によるほかない。なお、消費者契約法四八条(旧一二条)については、労働契約も消費者契約に含まれるとした上で、創設的規定として適用除外を定めたものと理解されている(落合・前掲書(注(一))一六八頁、山本豊「消費者契約法(一)」法学教室二四二号八二頁(二〇〇〇年)。また、大内伸哉「労働法と消費者契約」ジュリスト二二〇〇号九〇頁(二〇〇一年)も参照。
- ドイツ民法新三〇条四項 本章は、相続法、家族法および会社法の領域の契約ならびに労働協約、営業および雇用上の合意には適用されない。労働契約への適用に際しては、労働法において妥当な特殊性が適切に顧慮されるべきである。三〇五条二項および三項は適用されるべきでない。労働協約、営業および雇用上の合意は、三〇七条三項の意味での法規定と同視される。
- 旧ドイツ約款規制法二三条一項 本法は、労働法、相続法、家族法および会社法の領域の契約には適用されない。
- (11) Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S.55 ff. 藤田貴宏「ドイツにおける司法的内容規制の一展開——内容規制論の一般契約法への統合をめぐる——」早稲田法学会誌四七巻二〇五頁(一九九七年)。

- (12) 河上「総論」(前掲注(7))一三頁。
- (13) http://wp.cao.go.jp/zenbum/kokuseishin/spc16/honkoku_c/spc16-honkoku_c-contents.html
- (14) 消費者と事業者との間で個別的に交渉された条項も消費者契約法による不当条項規制の対象になるかどうかが争われているのも、この点と無関係ではないだろう。この論点につき山本敬三「民法講義Ⅰ 総則」[第2版]二七八頁(二〇〇五年)参照。
- (15) ドイツ民法一三八条 ① 善良の風俗に反する法律行為は無効である。
 - ② 特に、相手方の強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思薄弱を利用して、ある給付に対し自己または第三者に財産的利益を約束または提供させる法律行為は、その財産的利益が給付に対して著しい不均衡にあるならば、これを無効とする。なお、一九七六年改正前は、二項は、「相手方の窮迫、軽率または無経験を利用して」であった。
- (16) ドイツ民法二四二条 債務者は、取引の慣行を考慮し信義誠実の要求に従って、給付を行う義務を負う。
- (17) 河上「法理」三一八頁以下。
- (18) なお、約款の拘束力の根拠については、これまでさまざまな議論がなされてきたが、これは内容規制の理論的基礎とも関係している。すなわち、約款を当事者間の契約であると解する立場に立つときは、その内容規制もまた、一般の契約に対する内容規制として(少なくともそれと関連付けて)検討されるのに対し、約款を一種の法規範であると解する立場に立つときは、その内容規制もまた、法規範に対する内容規制としての位置づけが検討される。ドイツにおける諸説の比較検討として、vgl. Fastich, a.o. (Fn. 11), S.29 ff.; また、吉川吉衛「普通取引約款の基本原理論(一)——現代保険約款一つの典型として——」保険学雑誌四八二頁以下(一九七八年)も参照。
- ただ、ドイツ判例の立場は、第二次大戦中から戦後の一時期(RG, Urt.v.31.1.1941, DR 19411210(1212))は、明確に「法秩序」という表現を用いて注目された)を除けば、約款の拘束力の根拠を契約的合意に求めているから(vgl. BGH, Urt.v.8.3.1965, BGHZ 17, 1(2))、本稿でも、約款を当事者間の契約であるとして検討を進める。約款の拘束力の問題についても別稿を期したい。

第二章 独占濫用理論および信義則に基づく条項援用制限法理の形成と展開

第一節 ライヒ裁判所による独占濫用理論および条項援用制限法理

ライヒ裁判所は、約款中の不当条項規制について、ドイツ民法一三八条による条項無効化法理(独占濫用理論)とドイツ民法二四二条による条項の援用制限法理の二本立てで、これを行い、連邦裁判所も当初はこれを踏襲して

いた。次章において信義則に基づく条項無効化法理の形成過程を検討する前提として、本章では、独占濫用理論および信義則による援用制限法理の形成と展開の様子を概観する⁽¹⁹⁾。

一 ライヒ裁判所における独占濫用（独占的地位の利用）理論の形成と展開

(1) 普通取引約款に対する直接的 content 規制について、良俗違反の思想の導入可能性を明らかにした最初の判決は、ライヒ裁判所一八八八年二月一日判決⁽²⁰⁾である⁽²¹⁾。

事案は以下のようなものである。Xは、Yに四三〇樽の糖蜜を輸送のために引き渡した。輸送には船舶が使われたが、橋を通過する際に、輸送船が砕氷船に衝突し、積荷と共に沈んでしまった。そこで、Xはこれにより生じた損害の賠償をYに求めた。Xの主張は、輸送船の曳き船の操縦士には橋を通過する際に過失があり、曳き船の所有者であるYは操縦士の過失につき責めを負うというものであった。これに対して、Yは以下のような運送約款（とりわけ②）を援用して、賠償義務の存在を否定した。すなわち、①輸送のために引き渡された物の全部喪失、欠陥または破損によって、受取りから引渡しまでに生じた損害について、運送人は責任を負う。ただしこれは、運送人、船舶の操縦士または船員固有の過失が、荷送人または荷受人によって証明されうる限りにおいてである、②運送人は海損事件において、運送人、運送人の従業員または第三者に関して、海損についての責任を特別な合意に従って引き受け、これを船荷証券上に明示的に記載するときのみ責任を負う。地裁、高裁ともに請求棄却。Xより上告。

これについて、ライヒ裁判所は以下のように述べた。右契約条項の法的有効性が一般的法命題に基づいて異議を申し立てられうるのは、運送人自身の悪意または重過失について責任が排除されている限りにおいてである。これに対して、輸送の実施の際に運送人が用いた者の悪意および重過失についての責任の排除に関しては、すべての事

例において、運送人が良俗に違反するとみなされるとは限らない。公衆に対して、彼らの利益を他の方法で擁護する可能性をまったく、またはかなり困難な条件下でしか与えない場合、もしくは、特別な諸事情（アメリカを例にとれば、いわゆるトラスト等の企業連合の形成）の結果として、運送人の要求に従うことを荷送人が強制される場合には、運送人の責任制限に良俗違反が見出されうる。

本件では、このような事情はまったく主張されていないとして、上告は棄却された。

(2) これに続き、はじめて独占的地位の濫用の法理（独占濫用理論）に基づいて約款条項を無効としたのが、ライヒ裁判所一九〇六年一月八日判決⁽²²⁾である。

事案は以下のようなものである。カイザー・ヴィルヘルム運河において、Xの所有する汽船が、Y（国）の所有する浚渫船と、浚渫船の乗員の過失により衝突した。Xが衝突によって生じた損害の賠償を求めたところ、Yは、カイザー・ヴィルヘルム運河営業規則を援用して、運河当局の従業員によるすべての賠償義務を拒絶した。同規則によれば、船舶が運河内において、双方の停泊地において、または運河にある投錨地において被った損害の賠償については、運河案内人または運河当局のその他の従業員の過責が問題となる場合であっても、国はその賠償義務を負わない、と定められていた。

これについて、ライヒ裁判所は以下のように述べた。運河当局が、運河の使用を、市民法上の諸制限を契約によって引き受けること、とくに法において基礎づけられる請求権を契約によって放棄することにかからしめようとする場合、このことは、公的な水上交通として一般取引に奉仕すべく制定法によって定められた運河規定に矛盾する。また、そのような行動には、良俗違反も見つけられなければならないだろう。不公正、不均衡な犠牲を一般取引に負担させたり、不公正かつ不均衡な諸条件を設定するために、個人が彼に事実上帰属する独占または競争可能性の排除を濫用する場合には、これに対して法的承認を与えることはできない。ライヒ裁判所が繰り返し主張して

きた、このような一般原則は、公衆にとって他の方法によって自己の利益を確保することが不可能であり、それゆえ、設定された諸条件に服従することを強制される場合に、制定法に基づいて生じる責任を契約によって排除することに對して、とくに当てはまる。以上によれば、Yは、乗員の過責に関する制定法上の責任を契約によって排除したことを援用できない。

(3) このように独占濫用理論の採用が明らかとされたが、その後のライヒ裁判所の諸判決は、独占濫用の意義を以下のように具体化している。まず、①独占が個々の事業者に帰属していたのか、それとも、事業者グループがその提携によって独占を獲得したのかは関係がなく、②独占が一定の地域に限定された事実上のものであっても構わない。⁽²⁴⁾ また、③問題になっている事業者の絶対的独占が問題になっていない場合でも、事業者が一つのグループを形成しており、取引上の見解によれば、そのグループに属する者が、その取引の要求に合致する行為の実行のための保証を本質的に唯一提供しており、かつ責任発生的事例において賠償要求に応じうる十分な財産上の支えを有しているという理由から、取引界の特定範囲の者が自己の取引を展開するに際して、そのグループを利用することを頼りにしている場合にも、独占類似の強力な地位があるものとして、独占濫用理論の適用が可能である。⁽²⁵⁾

他方で、以下の場合には、約款条項は良俗違反とならないと判示されている。すなわち、①両当事者が完全な経済的独立性と権限の同等性の上に立って契約を締結した場合、⁽²⁶⁾ ②他に代替手段があり、むしろそちらの方が一般的であるために、当該手段の利用について公衆の強制状態が存在するとはいえない場合、⁽²⁷⁾ ③当該普通取引約款が、関係諸団体の共同の交渉と合意に基づいて成立し、その妥当を獲得している場合、⁽²⁸⁾ である。

二 ライヒ裁判所における信義則に基づく援用制限法理

(1) 以上の独占濫用理論による条項の無効化と並んで、ライヒ裁判所は、信義則（ドイツ民法二四二条）に基づ

く条項の援用制限を行うことで、結論の妥当性を一定程度保っていた。このような二本立ての規制がとりわけ明瞭に判示されているものとして、一九四一年八月一四日判決²⁹⁾を紹介する。

本稿との関係で事案をまとめると、以下のようなものである。合成樹脂を原料とする新型のひげ剃りブラシを開発したXは、長期の交渉の後、製造業者Yとの間で、一〇万個のひげ剃りグリッブおよび内蔵式クリームチューブを製造してもらう契約を締結した。納入期日について、注文書では、約六週間で最初の納入が可能とされ、それに先立つ申込書では、まず工具を作成する必要があるため四から六週間で納入できるとされていた。支払約款によると、Xは即時にプレスの型枠のために前払金を支払わなければならなかった。また、確認書において、Yの売買約款が指示されていたが、それには、「どのような損害賠償請求権に関してもYは責任を負わない。納入の遅滞を理由とする損害賠償は、これを履行しない。国家権力に由来する出来事は、契約の履行から、全部または一部またはその障害の継続する期間中、Yを解放する。申込書および確認書における納入期日は、単におおよそその変更可能なものとみなされるべきである。一定の期間で納入する義務は締結されていない」と書かれていた。一方で、Xは、Yは六週間以内に可能な範囲で納入する義務を負う旨を書面で確認していた。右前払金を、Xは即時に支払った。Yは、型枠製造のためにB社と連絡を取ったが、YがB社に別途約束の前払金を支払わなかったために、この話はうまくいかず、続いてG社と連絡を取った。G社は、Xの代理人を交えての協議を提案したが、Xが拒絶したため、交渉は滞った。そうこうするうちに第二次世界大戦が勃発し、ドイツ国の命令により、未形成の合成樹脂が徴収され、合成樹脂の加工が禁止されてしまった。XがYに対して遅延損害金の支払を求めたところ、Yは、右売買約款を援用して、支払を拒絶した。

これについて、ライヒ裁判所は以下のように述べた。責任排除の許容性は、ドイツ民法二七六条二項（現二七六条三項³⁰⁾）やドイツ民法一三八条によって広く制限されるだけでなく、むしろドイツ民法二四二条もそのような諸条

件の主張を妨げうる。Yの供給約款は、供給の遅滞を理由とする責任を完全に一義的に、かつ、それが制定法上許される限りで、無制限に排除しており、さらに基本的な種類の考量からはこの責任排除は良俗違反とは考えられない。そのため、Yによる責任排除の援用が許されないものと考えられるのは、Yが供給を故意に不当な仕方遅らせた場合（ドイツ民法二七六条二項（現二七六条三項））、または、免責条項の主張が事案の特別な事情により信義誠実に反するとされる場合（ドイツ民法二四二条）だけである。原審は、故意による供給の遅れを詳細な理由をもって否定した。しかし、これとは別に、免責条項の主張が事案の特別な事情により信義誠実に反するかどうかを検討する必要がある。Xの主張によれば、本件では、YはB社に型枠製造のための前払い金を約束したのに、B社による再三の催告にもかかわらず支払わなかったため、B社が契約から離脱することとなったが、これが型枠製造の本質的遅滞を招いたのである。Xの主張の通り、型枠製造のためにすでにXから支払われていた前払金をB社に支払うことを怠る正当な理由もなしに、YがB社に対して契約信義に反する行動を故意にしたという事情が存在するのだとすれば、B社に対する故意の契約違反の結果をYがXに転嫁しようとすることは、信義誠実に反し、権利濫用となりうるだろう。よって、この点を審理させるために、遅延損害の賠償請求が棄却された限りで、原審判決を破棄差戻しとする。

(2) このように、本判決では、良俗違反による条項の無効化と並んで、信義則に基づく条項の援用制限を行うという、二本立ての規制がとりわけ明瞭に示されている。後に連邦裁判所において示されることとなる信義則に基づく条項無効化法理と比較すると、とりわけその当てはめにおいて明確なように、援用制限法理は、個別事案の特別な事情を考慮に入れて援用の可否を判断するというものであって、約款の対象となりうる顧客層の利益を一般的に判断するものではないという点に注意が必要である。つまり、援用制限法理は、約款内容そのものを規制するといふものではなく、当該条項の当該場面での主張の仕方を規制するものにすぎなかったのである³¹⁾。

三 連邦裁判所によるライヒ裁判所の立場の踏襲

(1) 連邦裁判所は当初、ドイツ民法一三八条による条項無効化法理（独占濫用理論）とドイツ民法二四二条による条項の援用制限法理の二本立てというライヒ裁判所の立場を踏襲していた。ライヒ裁判所の立場を踏襲する判決の代表例として、ここではその点が明瞭に表れている一九五六年三月六日判決⁽³²⁾を紹介する。

事案は以下のようなものである。Xは、ココア粉末三〇〇〇キロ（価額六一五〇マルク）をハンブルクから西ベルリン（当時）へ輸送するため、長距離運送業者Yにこれを依頼した。Yは、輸送のため、Bの運転するA会社のトラックを用いることとした。そこで、Yの事務所の閉店後に、Bが商品を受け取るためにYを訪ねたところ、Yの従業員Cが一人で働いており、他のトラックの荷降ろしをしていた。Cは、商品証券（Yの事務所で指導的従業員Dが準備したもの）を交付してほしいとBに述べ、Bはこれに応じた。しかし、これには送り状がついていなかったため、翌日、すべての商品が占領地区境界線（当時）で押収され、後に没収された。運送取扱保険会社は、没収による損害はどのような種類の没収であっても保険の対象とならない旨を定める運送取扱人保険証書五条六号を用いて、損害の填補を拒絶した。そこで、Xは、損害賠償としてYに六一五〇マルクの支払を求めた。これに対してYは、普通ドイツ運送取扱人約款（以下ADSpと表記する）五四条a項に基づいて、一五〇〇マルクへの責任制限を主張した⁽³³⁾。

これについて、原審は、以下のように述べた。すなわち、ADSp五四条a項二号に含まれる、指導的従業員または運送人自身によって引き起こされた損害にも関連する責任制限の法的有効性は、運送取扱人保険の導入および運送業の標準的な利益代表者と注文者団体との共同の交渉と合意を基礎として成立した——一九二七年七月七日および一九三〇年七月一日のADSpの改正の後には、かつてライヒ裁判所によって承認された運送取扱人の強力な地位の濫用という観点からは、それ自体としては、もはや疑われるべきではない。しかし、運送取扱人または

指導的従業員の重過失が存在する場合には、運送取扱人がこの責任制限を援用することは、良俗違反である⁽³⁴⁾。これに対して、Yが上告した。

連邦裁判所は、結論としては原審に賛成すべきであるとしながらも、Yによる責任制限の主張は信義誠実(ドイツ民法二四二条)に合致しないものと評価すべきであるとして、以下のように述べた。すなわち、諸事例の事情に基づいて要求される運送品に関する注意義務が、指導的従業員の側または運送取扱人自身によってはなほだしい形で違反された事例についてまで、運送取扱人がADSp五四条a項の責任制限を援用できるとすれば、これは、商取引における両当事者の利害間の公正な調整という要請に反するであろう。商品の送り主は、占領地区間で取引活動をあてにできなければならないからである。これに対して、占領地区間での取引について別の運送取扱人もしくは連邦鉄道をを用いることや、または、ADSp五一条c項に基づいて特別な報酬と引き換えにADSp五四条を超える責任をYと合意することが、送り主にとって自由であったという見解は、説得的ではない。本件条項の援用が信義誠実に反するかという問題にとつては、問題となった運送をXが連邦鉄道にも行わせることができたかどうか、したがって、鉄道と貨物契約を締結する可能性がXにあったかどうかは、取るに足らない事柄である。すなわち、本件輸送について運送取扱人を用いることはXの自由な意向に属するのであって、このことを理由にXに不利益をもたらすことはできない。また、運送取扱人は一般的にADSpを契約の基礎とするのが常であるから、Xは他の運送取扱人と別の条件で契約を締結する可能性を持たなかった。そして、このゆえに、YはXに対して事実上の独占的地位にあったのであり、特別な報酬と引き換えにADSp五四条を超える責任をYと合意することは、Xに期待できなかった。送り主にこのような費用負担をさせるとすれば、これは、耐えられない仕方取引に負担を課すことになるだろう⁽³⁵⁾。

(2) 本判決においては、原審がADSp五四条a項を良俗違反としたのに対して、信義則による条項の援用制限へと構成し直されている。このことから、本判決が、良俗違反に基づく条項無効化法理（独占濫用理論）と信義則に基づく条項の援用制限の二本立てというライヒ裁判所の構成を踏襲していることは、明らかであろう。また、他の代替手段（ここでは鉄道）の利用可能性についても、独占濫用が問題でない以上、問題とされることがないのは当然である。なお本判決は最後に、Yの事実上の独占的地位についても語っているため、独占濫用理論との相違がやや見えにくくなっている。しかし、ADSpに独占濫用理論の適用がないことは、原審も述べるようにライヒ裁判所以来確定しており、判決全体を整合的に読むならば、あくまで、特別な報酬と引き換えにADSp五四条を超える責任を合意する可能性を主張する見解への反論として、信義則判断の枠組みの中で本件に関する事情の一つとして述べられたにすぎないものと考えられる。³⁶⁾

第二節 独占濫用理論に対する学説の評価

以上のように、ライヒ裁判所および初期の連邦裁判所は、良俗違反に基づく条項無効化法理（独占濫用理論）と信義則に基づく条項の援用制限法理の二本立てで約款条項の規制を行い、連邦裁判所も当初はこれを採用した。ところが、次章で見られるように、連邦裁判所は、次第にここから離れて、最終的に信義則に基づく条項無効化法理を完成させるに至る。本稿の課題は、その過程を追い、そこから一定の示唆を得ることにあるが、その前提として、本稿では、このような二本立ての規制を行う立場が諸学説によってどのように評価されていたのかを概観する。

一 独占濫用理論について肯定的な立場

ここでは、独占濫用理論を肯定的に評価する代表的な論者として、フォン・ブルンの見解を紹介する。³⁷⁾ 彼は次の

ように述べる。ライヒ裁判所民事大部⁽³⁸⁾がいうように、窮迫等に乘じるといふ要件がなくても、給付間の著しい不均衡がある場合には、過度の利益を要求する者の心情が、法律行為の内容、動機および目的から見て健全な民族感情に反するように確定されるべき場合に、その法律行為はドイツ民法一三八条一項に基づき良俗に反する。無効という法律効果は、著しい不均衡という客観的構成要件にのみ結び付けられているのではなく、それ以外の搾取者の主観的構成要件要素にも結び付けられているのである。そこで、ドイツ民法一三八条一項の適用を正当化する行態が主観的に存在するのはどのような場合かが問題となる。良俗に反する行為に基づいて利益を獲得しようとする者は、汚名を負い、誠実な同胞の軽蔑にさらされる。このような非難を正当化するためには、契約から利益を得ている当事者が実際に非難されるべき行為態様について責任があつたということが確定されなければならない。そのような構成要件が存在するのは、過度の利益を獲得するために、ある者が経済生活において他の者の弱い状態を故意に利用する場合である。なぜなら、この場合、彼は許されざる利己心を示し、それゆえに彼の行為は非難されるからである。同様に、相手方が不利な条項に自己に不利な状態のみから応じたという認識から、故意または重過失による軽率さによって目を閉ざした者も、良俗に反する。そして、ライヒ裁判所が、独占濫用が存在する場合に良俗違反の主観的要件が満たされるとしたのは、正当である。競争が市場における正当な価格の形成に努力するように、競争は適正な条項の成立を保証するはずである。なぜなら、大量の契約締結を意図する書式契約は、個別契約以上に、市場および市場への開示から生ずる圧迫のもとにさらされるからである。

右見解の特徴としては、まず、良俗違反という非難を道徳的非難と結び付け、そこから主観的構成要件要素の必要性を引き出す点を挙げることができる。フォン・ブルンは、主観的構成要件が満たされる場合として、①過度の利益を獲得するために、ある者が経済生活において他の者の弱い状態を故意に利用する場合、②相手方が不利な条項に自己に不利な状態のみから応じたという認識から、故意または重過失による軽率さによって目を閉ざした場合

を挙げ、独占濫用理論に賛成している。ここでは、普通取引約款による契約と個別的合意による契約とを区別せず、一律に良俗違反の下で処理するという、ライヒ裁判所と共通する前提を見ることができるとは思われる。

二 独占濫用理論について批判的な立場

以上に対して、独占濫用理論に対して批判的な立場も少なくなかった。ここではまとめて紹介する。

(1) まず、実際上の問題として、独占濫用要件の判断にはさまざまな問題があることが指摘されている。すなわち、顧客が、彼にとって圧迫となる約款を適用する事業者に対して、独占濫用の犠牲者であるといつてよい程度に依存しているのは、どのような場合なのか。顧客にとって到達可能な外部者の数や質は、独占濫用の判断にとって重要なのか。いくつかの事業者が同一の約款を用いている場合に、彼らの間で使用に関する合意または義務が存在していなければならないのか、などである。⁽³⁹⁾

また、独占濫用要件の不明確性に関連して、アウエルは、ライヒ裁判所は、独占判例により、実際には間接的な契約修正を行ったのだと主張する。すなわち、たいていの判例は、独占状態とその濫用によって生じた公衆の利益の侵害の検討に取り組むことをせず、事業者が独占的地位を有することと不当な条項がそれゆえに無効であることを確定して満足しているのであって、独占濫用という基準は、内容的に不当な標準契約へとドイツ民法一三八条の適用領域を拡張するためだけに展開されたものである。⁽⁴⁰⁾

(2) ライヒ裁判所は、普通取引約款による契約と個別的合意による契約とを区別せず、一律に良俗違反の下で処理しようとし、独占的地位の濫用という要件を定立した。このように、介入の指標が独占濫用とされたことよって、重点は、約款の内容そのものではなく、約款の貫徹の仕方に置かれることとなった⁽⁴¹⁾が、これに対しても批判が強い。まず、ムロツホは、ライヒ裁判所の判例は出発点からすでに誤っていると批判する。すなわち、たしかに、

経済的に優越的な地位の利用は、不当な取引条件がしばしば使用される事例である。しかし、独占の存在はその態表ではない。逆に、独占的地位が存在しない場合であっても、不当な取引条件の使用は可能であり、かつしばしば見られるところである。よって、契約内容の問題に比べると、その貫徹の仕方というのはあまり重要ではない⁽⁴²⁾と。

また、ライザーも以下のように述べている。すなわち、法が対応しなければならぬ生きた現実には、真に注意を向けておればもつとよい条件を得られたであろうにも関わらず、経済的な劣位により説得され、または事業者の評判を信頼して約款の射程を見極めなかったために、顧客が約款を承認してしまう十分な諸事例が存在する。同じように顧客に不利益を与える内容の約款が、前者の事例では良俗違反であり、後者の事例ではそうでないとすべきなのだろうか？顧客の無関心や法的な無経験をあてにした事業者は、経済力を利用した事業者より保護に値するのだろうか？内容的に不当な普通取引約款の普及によって公共の福祉が侵害された場合、そこには、事業者の自由の良俗違反的濫用が存在する。その際、事業者がどのような方法で顧客にこの普通取引約款を承認させたかはどうでもよい。独占に対する闘争という立場は一方的であり、狭すぎる。闘争は、全体的利益のために引かれた契約自由の制限からの逸脱に関連づけられるのである、と⁽⁴³⁾。ライザーの見解は、不当な約款条項の設定は、全体経済および公共の福祉を危殆化するものであり、契約自由の濫用——共同体の価値に矛盾する契約自由の利用——であるという考えを前提にしており、これに対しては批判もある⁽⁴⁴⁾。しかし、独占濫用理論が、不当な取引条件が使用される諸事例の一部しか捉えていないのだと主張する点では、他の批判説と主張を共通にしている。

独占濫用理論に対して批判的な学説には、問題の本質を、個別契約と普通取引約款による契約の相違に求めるものが多い。まず、フェールは以下のように、両者を区別しないライヒ裁判所の立場のデメリットを指摘している。すなわち、独占判例は、普通取引約款を基礎として締結された大量契約は個別契約と比較して特別な問題を有しな

いとした。このことは、契約法の体系的統一性という点で長所を有したが、他方で重大な短所にも直面した。すなわち、独占企業にとつては、その契約内容形成が——大量契約か個別契約かを顧慮することなしに——司法的規制に服するために、契約自由そのものが制限され、あるいはほとんど排除されたのに対して、経済的に支配的な力のある地位を有するが、経済的に独占的とはいえない、独占に近い事業者にとつては、このような規制や契約自由に対する厳しい制限は行われなかった。また独占判例は、商人よりも非商人の方が普通取引約款に対して明らかに保護を要するにもかかわらず、商人と非商人との区別をしなかった。さらに、大量契約と個別契約を区別せずに独占的地位を顧慮したために、独占判例は、経済的な力の非対等状態の進展に対して抵抗できなかった。経済的な力の非対等状態は、個別契約よりもむしろ、普通取引約款を使用した大量契約の領域で、とりわけ、普通取引約款が、経済団体によつて、ある経済部門全体について統一的に設定された場合に促進される、と。⁽⁴⁶⁾

次に、普通取引約款の一方的設定が有する問題点に関するフィッシャーの指摘は明瞭である。すなわち、普通取引約款と個別契約との基本的かつ決定的な相違を相応に顧慮する場合にのみ、普通取引約款の内容に関する限界を公正に定めることができる。この観点では、個別契約と異なつて普通取引約款は契約自由の原則を決定的に変更するという事実には、決定的な法的意味がある。普通取引約款は、特定の経済分野に関する契約活動の一般秩序を作り出し、部分的に古びて不十分となつた制定法を發展させる責務を有するが、その際、普通取引約款の効力は、交渉によつて排除可能な任意法規以上のものとなる。なぜなら、普通取引約款は、この契約活動の一般秩序に対する契約相手方の内容形成の自由をなきものとしているからである。このような事実上の権限は制限に服さなければならぬ。これは、契約活動の一般的規律は両当事者の利害を正当に衡量して行われるべきであり、その際に、一方のかつ実質的に正当化されないほどの一方当事者の優遇や耐え難くかつ不当な相手方の負担を惹起すべきではないという要請からくるものである。この一般的契約秩序創出権限の内在的制限は、個別契約の内容形成の場合の制限と

は原則的に異なっている⁽⁴⁷⁾、と。

また、ブランドナーも、普通取引約款に対して置かれる内容的制限は、良俗によって引かれる外部的限界のはるか手前にあると主張している。すなわち、普通取引約款に対する内容規制は、機能化した契約自由の領域で、自由に締結された個別契約の場合には有効とみなされるが、普通取引約款によって定められた場合には非難されうところの、良俗違反ではないが、一方的で不当で過剰に有利とされる規律の領域に関するものである⁽⁴⁸⁾、と。

(3) なお、無効という効果に関して、ドイツ民法一三八条の定める法律行為の全部無効という効果はここでは不適当または少なくとも硬直的にすぎ、目的は、許容された制限内において法律行為を保持することであればならないという批判があるが⁽⁴⁹⁾、ライヒ裁判所は、条項のみの無効という効果を当然のこととしている。この点を捉えて、アウエルは、独占判例は間接的契約修正であると批判する。すなわち、標準契約の良俗違反の場合には常に個々の条項が問題であるので、法律効果の規律としてはドイツ民法一三九条が基準となるところ、同条によれば、一部の良俗違反の場合でも、無効な一部がなくてもその法律行為が行われたであろうということが承認されない限り、法律行為全部が無効が推定される。しかし独占判例は、標準契約を全部無効とせず、個々の約款条項ないしその良俗に反する一部を独立したものとみなし、ドイツ民法一三八条をそこにだけに適用する。この構成は、契約の一方当事者のためにする契約介入のためにドイツ民法一三八条を適用することの帰結であって、それゆえに、独占判例が標準契約に対する間接的修正であることを指し示している⁽⁵⁰⁾、と。しかしこの批判に対しては、全部無効とすれば、まさに保護されるべき契約の相手方に不利益を与えることになってしまうから、個々の条項だけが良俗に違反する場合には、この規範の保護目的がすでに、無効を当該条項にだけかからしめ、契約全体にかからしめないことを要請する、という反論が可能だろうから、条項のみの無効の問題をもつて、独占濫用理論が決定的な問題を含むとまではいえないだろう⁽⁵¹⁾。

三 小 括

独占濫用理論を支持する見解は、約款使用者に対する道徳的非難を要求し、そこから主観的構成要件要素の必要性を引き出した。そして、主観的構成要件が満たされる場合として、①過度の利益を獲得するために、ある者が経済生活において他の者の弱い状態を故意に利用する場合、②相手方が不利な条項に自己に不利な状態のみから応じたという認識から、故意または重過失による軽率さによって目を閉ざした場合が挙げられ、独占的地位の濫用はこれを満たすものとされた。この見解は、個別契約と普通取引約款による契約とを区別せず、一律に良俗違反の下で処理しようとするものであるが、フェールも指摘するように、契約法の体系的統一性の維持という長所を有しており、学説上の批判も、理論的な問題点を指摘するものではないようである。

独占濫用理論を批判する見解の重点はむしろ、独占濫用理論が、不当な取引条件が使用される諸事例の一部しか捉えていないという点にあった。批判説の多くは、個別契約と普通取引約款による契約との相違を指摘する。すなわち、独占濫用理論に理論的な問題点があるというのではなく、フィッシャーの言葉を借りれば、この理論が、普通取引約款の使用という状況において契約相手方の契約内容形成自由がなきものとされていることを見落としてい

る点を問題としたのである。

他方、このような目で独占濫用理論を見直すならば、ライヒ裁判所は独占要件を緩和し、また、独占濫用理論に重ねて、信義則に基づく条項の援用制限法理を形成した。さらに、アウエルの指摘によれば、その実際の適用に関しても、ライヒ裁判所は独占状態とその濫用によって生じた公衆の利益の侵害の検討に取り組むことをせず、事業者が独占的地位を有することと不当な条項がそれゆえに無効であることを確定して満足していた。このようなことからすれば、ライヒ裁判所自身も、普通取引約款における不公正条項という問題を独占濫用理論によって捉えることの限界を認識していたとみることも不可能ではないだろう。しかしながら、ライヒ裁判所の時代においては、

これ以上の内容規制法理が創出されることはなかった。その理由は明らかではないが、ひとつは、学説の百家争鳴状況⁽⁵²⁾に現れているように、その基礎付けの難しさ、そして今ひとつは、内容規制法理が、ライヒ裁判所の立場の長所でもある契約法の体系的統一性を崩すことにつながる点にあったのではないだろうか。この後連邦裁判所は、普通取引約款が相手方の服従によって契約内容となる点を基軸とした内容規制法理を完成させるが、あたかも右の点を反映するように、この形成過程もまた、次章で見えるように、必ずしも明瞭とはいえない経緯を示すのである。

- (19) 検討する判例の選択については、河上『法理』三一九頁以下、L. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1961, S.303 ff.; Graba, Schlosser/Coester-Walten/Graba, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977, Vorben. zu §§ 9 bis 11 Rn. 8 (S.188 ff.) を参考にした。また、二〇〇二年債務法現代化法以前の条文は、原論文・原判決のまま挙げた後、() 内に現番号を表記する。
- (20) RG, Urt.v.11.2.1888, RGZ 20,115.
- (21) L. Raiser, a.a.O. (Fn.19), S.303; 大村須賀男「普通取引約款における内容的限界について」(一)「神戸法学雑誌第一四巻第四号七四五頁(一九六五年)」、河上『法理』三二〇頁。なおライヒ裁判所は、すでに一八八三年六月一六日判決(RG, Urt.v.16.6.1883, RGZ 11,100〔広範な免責を定める船荷証券中の条項が問題になった事案〕)において、普通取引約款の内容規制の必要性を認識しつつも、契約自由に対する制定法上の制限が欠けている以上、「この関連で当該合意の有効性を拒絶する可能性はない(S.110)」としていた。
- (22) RG, Urt.v.8.1.1906, RGZ 62,284.
- (23) RG, Urt.v.15.3.1920, RGZ 99,107 (110). 運送取扱人の損害賠償責任をわずかな額に制限するフランクフルト運送取扱人回状の条項が問題になった事案である。なお、フランクフルトに存在するほぼすべての運送業者がこの回状に署名していた。
- (24) RG, Urt.v.26.10.1921, RGZ 103,82 (84). 自身の過失による責任を問わずかな一定限度額に制限するマンハイム運送取扱人回状の条項が問題になった事案である。
- (25) RG, Urt. v. 8. 11. 1926, RGZ 115,218 (220). 自身の過失による責任をわずかな一定限度額に制限するケルン運送業者団体約款の条項が問題になった事案である。なお、ケルンの運送業者の五分の四がこの団体に加盟していた。Vgl. auch BGH, Urt.v.13.3.1956, NJW 1956,1065 (1066).
- (26) RG, Urt.v.22.2.1922, RGZ 104,98 (101). 時価条項や瑕疵を理由とする異議の排除などを定める売主Xの条項が問題になった事案である。本

判決は次のようにいう。すなわち、経済的に独立した状態にある会社であるYは、ライプツィヒの家具見本市において売主Xと出会った。その際、Yは明白な強制なしに交渉をした。Yは家具を利用する目的で自由な意思でその取引において取得したが、Xと同様に他の出品者と交渉することもできた。他方、Xは、当時の経済状況によれば自己防衛のために不可欠と評価できる約款で注文を受けたにすぎない。原則としてすべての売主が、自由な交渉において締結されるすべての売買において、自身の売買約款の設定に関して完全な自由を有するというに、疑問の余地はありえない。そのような約款の設定の中に良俗違反が見出されるべきとすれば、暴利的搾取や容認できない強制の利用、経済的桎梏などのような、それにより初めて反良俗性を基礎づけるまったく特別な諸事情が付け加わらなければならない、と。

(27) RG, Urt.v.19.3.1927, RGZ 117.102 (104). 飛行への参加は乗客のみの危険において行われる旨や乗客自身やその荷物に生じた損害の賠償を放棄する旨を定める飛行船輸送約款が問題になった事例である。本判決は次のようにいう。すなわち、航空交通が発展した後に公衆が航空業の利用に依存するようになり、航空運輸会社がその独占的地位や公衆の強制状態を利用して、法が付与した防衛の権利を放棄するよう乗客に強い場合、そのような行為は許される限界の外にある。しかし、「事故のおきた」一九二五年にはそのような公衆の強制状態は問題ではなかった。当時はまだ飛行はわずかであった。訴外Aコンツェルンが軌道に乗せた定期的な航空交通の樹立と維持は、まだ初期であり、交通はもっぱら陸上および水上で行われていた。それゆえ当項においては、まだほとんど吟味されていない飛行船航行の危険を、新興産業が乗客との合意によりできるだけ乗客に転嫁しようとするには、良俗に反する可能性はなかった、と。

(28) RG, Urt.v.6.2.1932, RGZ 135.174 (176 f.). 運送取扱人に対するすべての請求権は、たとえどのような法的根拠に基づくものであれ、三ヶ月の消滅時効にかかると定める普通ドイツ運送取扱人約款が問題になった事案である。荷送人Xは運送取扱人Yの故意による義務違反を主張していた。本判決は次のようにいう。すなわち、ここでは、ドイツ民法二二五条二文（現在削除）において定められている、契約による消滅時効の軽減、とくに消滅時効期間の短縮は許されるという原則が妥当する。この原則の、契約上または契約外の過責に基づく請求権への適用可能性は、ライヒ裁判所の判例において承認されており、故意の過責にも及んでいる。その際、顧慮されるべきことは、——かつてのライヒ裁判所の判例が繰り返し取り扱ったドイツ運送取扱人協会の普通輸送約款とは異なり——ここで問題になっている普通ドイツ運送取扱人約款は、ドイツ運送取扱人協会やドイツ運送業ライヒ連盟、ドイツの標準的な諸委託者団体の共同の交渉と合意に基づいて成立し、その妥当を獲得したことである、と。なお現在は、ドイツ民法新二〇二条一項によれば、消滅時効は、故意による責任の場合は、法律行為によってあらかじめ軽減することはできない。

(29) RG, Urt.v.14.8.1941, RGZ 168.321.

(30) ドイツ民法二七六条二項（現二七六条三項）故意に基づく債務者の責任をあらかじめ免除することはできない。

(31) なお、本判決以前に、信義則に基づく「悪意の抗弁」として条項の援用を制限した判決として、RG, Urt.v.30.11.1929, RGZ 126.324〔損害発生の際には遅滞なく曳き船事業者に連絡しなければ賠償請求ができなくなるとする曳き船約款の条項が問題になった事案〕も参照。

(32) BGH, Urt.v. 6. 3. 1956, BGHZ 20,164 = NJW 1956,908.

(33) なお、Yは、運送取扱人保険証書五条六号は後続損害にしかかかわらないとして、運送取扱人保険に加入した運送取扱人はこの保険によつ

て填補されるあらゆる損害について責任を免れる旨を定めるADSp四一条a項を援用し、免責を主張していたが、運送取扱人保険証書五条六号は後続損害にのみかわるものではないとして、この主張は排斥されている。

(34) 第一審がXの請求を一五〇〇マルクの範囲でのみ認めたのに対して、原審は、これに加えて四六五〇マルク（合計六一五〇マルク）をXに認めた。

(35) 結論としては、指導的従業員Dには、①本事件の前年から働き始めたばかりの商人としての教育が不十分な配管工Cに、トラックによる発送手続きを監督なしで行わせた点（しかもCはそれまで発送手続きを単独で行ったことがなかった）、②書類は個別に運転手に交付され、運転手と共に確認されなければならないことをCはきちんと教えられておらず、送り状が欠けていたという点で、運転手への商品証券の交付は注意を払って準備されたものではなかった点、③運転手に交付する書類をCのために準備する際、付属書類が全て揃っていることについて再確認しなかった点に、重過失での注意義務違反があるとして、Yの上告は棄却された。

(36) 後に連邦裁判所一九六二年一月二十九日判決（BGHZ 38,183 (185)（第三章参照））は、この部分について、判決の支柱となる理由付けてはなしていない。

(37) v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Aufl., 1956, S.109 ff. Vgl. annähernd v.Godin, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd.3, 2. Aufl., 1963, § 346 Rn. 17 d (S.56 ff.).

(38) RG, Beschl. v.13.3.1936, RGZ 150,1.なお呈示された問題は以下のようなものであった。すなわち、給付と反対給付とが著しい不均衡にある行為の無効は、暴利（ドイツ民法一三八条二項）のすべての要件が存在する場合、または、給付不均衡と結びついて、内容・動機・目的の総体から生ずる全形成内容に基づいて、契約を良俗違反と考えさせる他の諸事情が付け加わった場合にのみ承認されるべきなのか、それとも、著しい不均衡の存在がそれだけで、他の諸事情が付け加わることもなければ、行為の当事者の物の考え方を顧慮することもなしに、純粹に客観的に、ドイツ民法一三八条一項に基づき無効を生じさせるのか。これに対するライヒ裁判所民事大部の回答は以下のようなものであった。すなわち、給付と反対給付とが互いに著しい不均衡にあるが、暴利（ドイツ民法一三八条二項）の他のメルクマルが存在しない法律行為は、給付不均衡以外に、過度の利益を要求する者の心情が、法律行為の内容、動機および目的から見て健全な民族感情に反するように確定されるべき場合に、ドイツ民法一三八条一項に基づき無効である。このような心情は、場合により、不均衡から引き出すことができる。すなわち、他方当事者が不利な条項に自己に不利な状態から応じたという認識から、一方当事者が悪意または重過失によって目を閉じた場合、このことは、給付不均衡と結びついて、法律行為を無効とする。

(39) L. Raiser, aa.O. (Fn.19), S.285.

(40) Auer, Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, 1964, S.21.

(41) L. Raiser, aa.O. (Fn.19), S.283.

(42) Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteeren Geschäftsbedingungen, 1960, S.24 f.

(43) L. Raiser, aa.O. (Fn.19), S.284.

- (44) ライザーは明確に、ライヒ裁判所は個々人を独占から保護するのに対して、ライザーの見解は権利義務の不当な分配から公衆を保護しようとするのである、と述べる (L. Kaiser, aa.O. (Fn.19), S.286)。
- (45) たとえばフルーメは次のようにいう。すなわち、個人主義に対する論駁は、この問題においては場違いである。普通取引約款の制限は、まさに個人主義的原理を顧慮して行われるのであって、何らかの共同社会の神秘的傾向を顧慮して行われるのではない。普通取引約款においては、一方的な規律が問題なのだから、普通取引約款を契約に挿入する者は、彼が望むものを定めることができるのではなく、彼に任された規律を「公平な裁量によって」(ドイツ民法三二二条) 定めるべく義務付けられているのである、と (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, Das Rechtsgeschäft, 4.Aufl., 1992, S.671)。さらに、吉川吉衛「普通取引約款の内容的限界づけ——約款解釈のこんにち的課題——」石田満他編『保険法学の諸問題：田辺康平先生選歴記念』三二七頁以下(一九八〇年)も参照。
- ドイツ民法三二二条 ① 契約当事者の一方によって給付が確定されるべき場合において、疑わしいときには、公平な裁量によって確定が行われるべきことが承認されるべきである。
- ② 確定は相手方に対する意思表示によって行う。
- ③ 確定が公平な裁量によって行われるべき場合には、確定が公平に合致するときに限り、行われた確定は相手方を拘束する。確定が公平に合致しない場合には、判決によって確定を行う・確定が遅延する場合も、同様とする。
- (46) FehI, Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1979, S.62 f.
- (47) Fischer, BB 1957, 481 (485 f.). ラーレンツの次の指摘も同旨であろう。すなわち、決定的なのは、取引約款の内容でなければならぬ。ここでは、個別契約の場合に交渉と両当事者の合意の中に存在した「正義規制」が欠けているため、取引約款の内容は、それがなお公平に合致してゐるかどうかを審査されなければならないのである (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1 Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1957, S.78)。
- (48) Brandner, AcP 162 (1963), S.237 (246 f.).
- (49) L. Kaiser, aa.O. (Fn.19), S.281, vgl. auch S.320 ff.
- (50) Auer, aa.O. (Fn.40), S.21 f. トロッコの次の指摘も同旨であろう。すなわち、条項のみの無効ないし条項の可分な一部の無効という法律効果は、結果として正当であるが、良俗違反の条項を良俗に反する部分と公平に合致する本体とに分割することは、明らかな契約の修正であり、当事者意思の表現ではもはやなく (Mroch, aa.O. (Fn.42), S.25)。
- (51) FehI, aa.O. (Fn.46), S.57.
- (52) 諸見解の横断的検討としては、大村須賀男「普通取引約款における内容的限界について」(一)、「二」神戸法学雑誌一四卷四号七四〇頁、一五卷一七九頁(一九六五年)、吉川吉衛「普通取引約款の基本理論」(2)——現代保険約款を一つの典型として——」保険学雑誌四八四号一—二四頁以下(一九七九年)が詳細である。