

約款条項の不当性判断と比例原則

——ドイツ法の検討と日本法への示唆——

山田孝紀

- I 序章
- II 日本の議論状況
- III ドイツの議論状況
- IV ドイツ法のまとめと日本法への示唆
- V 結章

I 序章

1 本稿の目的と課題

「普通取引約款」(以下、「約款」と称する)とは、一般的に、「多数の取引に対して一律に適用するために、事業者により作成され、あらかじめ定型化された契約条項のこと」と定義される⁽¹⁾。この約款を使用する者(以下、「約款使用者」と称する)は、契約自由の原則の範囲内において、約款の内容を自由に決めることができる。しかし、約款使用者により作成された条項が、約款使用者の相手方(以下、単に「相手方」と称する)に過大な不利益を生じさせることがある。そのような不当条項は、公序良俗や信義則といった一般条項の適用又は約款の解釈によって、さらに消費者・事業者間の契約においては消費者契約法(以下、「消契法」と略称する)

(1) 潮見佳男「普通取引約款」谷口知平=五十嵐清編『新版 注釈民法(13) 債権(4) [補訂版]』173頁(有斐閣, 2006年)。

によって規制されてきた。これに加えて、本年5月に成立した改正民法⁽²⁾によって定型約款の規定が新設され、約款規制に対する新たな局面を迎えることとなった。

もともと、これらの解釈論や法規制によって約款規制をめぐる議論が進展してきた今日においても、なお重要な課題として残されている問題がある。それは、約款規制がいかなる法的根拠に基づき、どのような判断基準の下で行われるのかという問題である。

そこで、本稿は、約款条項の不当性の判断方法を明らかにすることを目的とする。この目的を達成するにあたって、具体的な課題を設定しておきたい。本論Ⅱ章でわが国の従来の議論状況を整理・分析するが、そこでの結論を先取りするならば、次の二つの課題を明らかにする必要があると考えられる。

第一に、約款条項の不当性判断において、約款使用者が約款の使用から得られる利益とそれによって失われる相手方の不利益を衡量し、両者の間が不均衡であってはならないという基準が用いられるのか、用いられるならばその理由は何かという問題である（以下、「不均衡性の問題」と称する）。例えば、旅行バス会社が、約款において、乗客の乗車券の紛失に対して乗車券の再発行や払戻しに応じないとする条項を設けたとする。この条項の不当性を判断する際に、条項の使用によりバス会社が得られる利益とそれによって失われる乗客の不利益との不均衡性の判断基準が考慮要素に加えられるのだろうか。この不均衡性の問題は、後述の通り、消費法10条後段を対象に一定の議論がなされてはいるものの、約款規制全体において不均衡性の判断基準が用いられるのかについては必ずしも明らかにされ

(2) 平成29年5月26日に「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）が第193回通常国会で可決成立した。本稿では、単に「改正民法」と称する。

ていない。

第二に、約款条項の不当性を判断する際に、約款使用者が約款を定める目的を達成するために相手方に不利益の少ない代替手段がある場合、その不利益の少ない手段の有無が考慮されるのか、考慮されるならばその理由は何かという問題である（以下、「代替手段の有無に関する考慮の問題」と称する）。例えば、上記のバス乗車券の紛失事例では、バス会社が乗車券の再発行や払戻しに応じないとする条項を設ける目的が二重給付の危険を回避することにあるとする。このとき当該目的が乗客に不利益が少ない他の手段で達成されるならば、約款条項の不当性を判断する際にその代替手段の有無が考慮されるのだろうか。この第二の問題は、消契法10条においてもほとんど議論されてこなかったが、一部の学説がその重要性を指摘している。そのみならず、事業者間取引においても相手方に不利益の少ない手段の有無を考慮すべき場面が想定される。それゆえ、この問題は、消費者契約法だけでなく、約款規制全体においても議論されるべき課題である。

2 分析の視点——ドイツ法を検討する意味

本稿は、上記の二つの課題を検討する際にドイツ法を検討の題材とする。

ドイツでは、民法典において約款規制の規律が設けられている。そこでは、約款条項の不当性を判断する際に、「比例原則」を考慮して、約款使用者の利益と相手方に生じる不利益との不均衡性の判断基準が用いられている。さらに、同原則を考慮して、約款条項の不当性判断において代替手段の有無を考慮すべきか否かが議論されている。例えば、バス乗車券の紛失事例に関して、ドイツでは、乗客に不利益の少ない代替手段の有無を考慮する試みがみられる。このようにドイツでは、約款規制における比例原則・不均衡性の問題及び代替手段の有無に関する考慮の問題について豊富

な議論の蓄積がある。そこで、ドイツ法を検討することは、日本法にとって有益な示唆を与えうると考えられる。

さらに、ドイツ法の検討は、比例原則の諸相を明らかにすることにつながると考えられる。前稿では、給付拒絶の根拠を検討する際に、ドイツにおける一般的な比例原則の議論状況をまとめた⁽³⁾。その際、ドイツでは、比例原則が、信義則の下では、給付拒絶のように①債権者・債務者間の利益や給付に客観的な不均衡が存在する場面と、②債務者の義務・責務違反の程度とそれに対する制裁の重大性を調整する場面において適用されていることを確認した⁽⁴⁾。ただし、給付拒絶が①に属する場面であったため、前稿では②の場면을十分に検討することができなかった。これに対して、本稿で扱う約款規制は、約款使用者が相手方の責務違反に対して制裁を課す約款条項を設ける場面であるため、②に属する可能性がある。この意味において、本稿は、約款規制の場面で比例原則がどのように機能しているのかを示し、同原則の意義を明らかにするための研究の一環としても位置づけられる。

3 叙述構成

本稿では、まずⅡ章において、日本の約款規制をめぐる議論状況を整理・検討する。そのことによって日本の約款規制に関する議論の到達点を示すとともに、そこに残されている問題点を指摘する。その後、Ⅲ章では、不均衡性の問題や代替手段の有無に関する考慮の問題について議論がみられ

(3) 山田孝紀「比例原則を基礎とする給付拒絶の根拠——ドイツにおける判例・学説の考察」法と政治67巻4号(2017年)177頁以下。

(4) 山田・前掲注(3)175-176頁以下参照。この分類は、Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Mohr Siebeck, 2009, S. 393ff. に従ったものである。

るドイツの判例及び学説を客観的にまとめる。その上で、判例・学説から示される問題点を分析する。Ⅳ章では、ドイツ法の状況をまとめた上で、問題の所在に照らしてわが国への示唆を得る。Ⅴ章では、本稿のまとめと今後の課題を簡潔に指摘する。

Ⅱ 日本の議論状況

本章では、まず約款規制をめぐる日本の議論状況について時系列順に概観し、つづいて消費者契約法制定に至るまでの経緯及び同法制定後から今日までの議論状況をまとめる。その上で、改正民法における約款規制の規律の内容をみる。そして最後に、日本の議論状況をまとめ、約款規制に関する問題点を提示する。

1 日本における約款規制の概要

(1) 公序良俗・信義則、約款の合理的解釈による規制⁽⁵⁾

学説において、約款法研究の主たる関心が約款の濫用規制に向けられるようになったのは1960年代以降とされる⁽⁶⁾。その後、1970年代には、等価交換の観点から不合理条項に拘束力を認めないとする見解や、約款の解釈により約款内容を是正する動き⁽⁷⁾がみられた。また同時期には、消費者保護⁽⁸⁾

(5) 以下の議論の概況を整理する際には、河上正二『約款規制の法理』61-107頁、306頁-317頁（有斐閣、1988年）〔初出1985年〕、大澤彩『不当条項の構造と展開』73頁以下（有斐閣、2010年）〔初出2009年〕を参照した。

(6) 河上・前掲注(5) 61頁。この時期の論稿として、塩田親文「普通契約約款の濫用」末川博先生古稀『権利の濫用（中）』227頁以下（有斐閣、1962年）、大村須賀男「普通取引約款における内容的限界について(1)-(2)」神戸法學雑誌14巻4号740頁以下、15巻1号79頁以下（1965年）等。

(7) 安井宏「普通約款の拘束力に関する一考察」法と政治24巻2号（1973年）109頁以下。

との関連で約款規制がクローズアップされるようになった。⁽⁹⁾

1980年代には、民法の一般条項による約款規制を提案する見解がみられた。⁽¹⁰⁾ 具体的には、個別条項規制についての本格的な研究として、免責約款⁽¹¹⁾ に関して信義則や公序良俗の活用を指摘する見解や、過大な違約金・賠償額⁽¹²⁾ の予定を公序良俗違反により無効と認める見解、給付の均衡法理や公序良俗⁽¹³⁾ の弾力的活用を主張する見解が現れた。さらに、約款規制に関する包括的な研究も登場した。例えば、ドイツ法を参考に、裁判官による直接的⁽¹⁴⁾ 内容吟味を根拠づけるものが、顧客の喪失した契約内容形成への自由と、それに対する実質的見返りとしての約款使用者側の相手方への適切な顧慮義務であるとする、法規上この考え方に最もなじむのは「信義則」であると指摘する見解や、知的ないし経済的交渉力の格差を問題とする交渉力⁽¹⁵⁾ アプローチから内容規制のあり方を検討する見解が現れた。それらの研究においては、日本の判例では約款条項の解釈等によって約款の効力を限定しているが、その解釈の基準が不明確であること⁽¹⁶⁾、そして信義則や公序良

(8) 青谷和夫「普通取引條款についての若干の研究——とくにその解釈を中心として」國士館法學5号(1973年)1頁以下。

(9) 私法40号(1978年)3頁以下、広瀬久和「免責約款に関する基礎的考察」私法40号(1978年)180頁以下。

(10) 山田卓生「約款規制」私法44号(1982年)12頁。

(11) 加藤一郎「免責条項について」同編『民法学の歴史と課題』227頁以下(東京大学出版会, 1982年)。

(12) 能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制(1)－(5・完)」法協102巻2号249頁以下, 5号833頁以下, 7号1225頁以下, 10号1781頁以下, 103巻6号997頁以下(1985－86年)。

(13) 大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣, 1995年)[初出1987年]。

(14) 河上・前掲注(5)393頁。

(15) 山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』75頁(有斐閣, 1997年)[該当箇所初出1980年]。

(16) 河上・前掲注(5)269-282頁。

俗等の一般条項のすみ分けが曖昧である状況が示されている。⁽¹⁷⁾

その後、1990年代には不当条項規制の立法の必要性が説かれる。例えば、後述の消費者契約法の制定に向けた動きを念頭に、ドイツの議論から交渉力不均衡に基づく約款規制のあり方に注目しつつも、定型的に交渉力不均衡が存在する取引類型を析出することが困難であるために、ひとまず消費者契約を対象に絞った立法構想を支持する主張がなされた。⁽¹⁸⁾ さらに、契約条件の適正化の面からはドイツのような約款規制法の立場が適切としつつ、わが国の状況に鑑み、消費者保護法を対象とした立法の必要性が示された。⁽¹⁹⁾ この時期の議論では、約款の規制基準は確立してはいないものの、公序良俗や信義則等の一般条項を具体化した基準を設ける意識は共有されていた。ただし、約款規制の根拠については「消費者アプローチ」を支持する有力な動きがある一方、「約款」に着目して規制範囲を画するアプローチもみられ、どちらが適切か結論が出ているわけではないと評価される。⁽²⁰⁾

(2) 消費者契約法に関する議論

——不当条項規制に関する一般規定の議論を中心に

a 国民生活審議会の議論⁽²¹⁾

以上の議論を経て、1996年の第15次国民生活審議会消費者政策部会

(17) 山本豊・前掲注(15) 87-93頁, 99-103頁。

(18) 山本豊「約款規制」ジュリ1126号(1998年)115-117頁。この見解の要約として、大澤・前掲注(5)101頁も参照。

(19) 石原全「契約条件の適正化について」ジュリ1139号(1998年)48-49頁。

(20) 大澤・前掲注(5)104-105頁。

(21) 国民生活審議会の審議の経過に関しては、山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制——第17次国民生活審議会消費者政策部会報告の検討」NBL 686号(2000年)15頁以下、山本豊「消費者契約法10条の生成と展開——施行後10年後の中間回顧」NBL 959号(2011年)10頁以下を参照。

(以下、「第〇次部会」と略称する) 報告では、消費者契約における不公正条項に関する EC 指令を参考に、信義則等の一般条項を具体化した包括的民事ルールの立法化が必要であると指摘された。

続く第16次部会中間報告(1998年1月)は、「消費者契約法において、不当条項は、その全部又は一部について効力を生じない」という提案を行っ⁽²²⁾た。ここにいう不当条項とは、「信義誠実の要請に反して、消費者に不当に不利益な契約条項」を意味する⁽²³⁾。

その後、第16次部会最終報告(1999年1月)は、信義則の要請から、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、「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」ことを示した⁽²⁴⁾。

第17次部会報告(1999年12月)は、8つの不当条項リストとこれに該当しない場合の不当条項規制に関する一般規定案を採用した⁽²⁵⁾。この一般規定案は、「その他、正当な理由なく、民法、商法、その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合よりも、消費者の権利を制限することによって又は消費者に義務を課すことによって、消費者の正当な利益を著しく害する条項」と定める。同案の「正当な理由」とは、「その条項を有効とすることによって消費者が受ける不利益が大きければ大きいほど、それを無効とすることによって事業者が受ける不利益が重大なものでなければならぬ」ということを意味し、両者の利害が均衡しているならば、『正当な理由』があるとされ、均衡を失っているならば、『正当な理由』

(22) 第16次部会中間報告27頁。

(23) 第16次部会中間報告28頁。

(24) 第16次部会最終報告37頁。

(25) 第17次報告14頁以下。

がないとされる。⁽²⁶⁾この均衡性の考え方は、第16次部会報告で示された事業者が消費者に負う配慮義務と共通する発想に基づき、それによると、「消費者が大きな不利益を受けるような条項は、原則として契約の中に定めては」ならないとされる。⁽²⁷⁾またこうした衡量の基礎にあるのは比例原則⁽²⁸⁾であると指摘される。

その後、2000年4月28日に消費者契約法が成立した。しかし、第17次部会報告と消契法10条には次の相違点が存在する。すなわち、前者では「消費者の正当な利益を著しく害する条項」という文言であったのに対し、後者では「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して」や消費者の利益を「一方的に害する」という文言が入っている。しかし、この変化が⁽²⁹⁾いかなる考慮に基づくのかを明らかにする立法資料がないと指摘される。

b 消費者契約法制定後の議論

以上の経緯を経て成立した消費者契約法は、「約款アプローチを採らず、事業者・消費者間取引に特化した不当条項規制の方向」を打ち出すものと理解されている。⁽³⁰⁾その規定の内容について、消契法10条には、従来民法90条では無効とされなかった条項を無効とするものであるとの好意的な評価が与えられている。⁽³¹⁾その一方で、以下の通り、同法の解釈上の問題点も議

(26) 山本敬三・前掲注(21) 23頁。

(27) 山本敬三・前掲注(21) 23頁。

(28) 山本敬三・前掲注(21) 31頁。

(29) 山本豊・前掲注(21) 12頁。

(30) 潮見佳男『契約法理の現代化』224頁（有斐閣、2004年）〔該当箇所の初出1999年〕。

(31) 潮見佳男「消費者契約法と民法理論」法セ549号（2000年）14頁。山本敬三『契約規制の現代化Ⅰ——契約規制の現代化』264-265頁（商事法務、2016年）〔該当箇所の初出2001年〕も同旨。

論されている。

(a) 消費者契約法10条前段と後段との関係

第一に、「法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項⁽³²⁾」という前段要件と、「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方向的に害するものは無効とする」という後段要件との関係である。

両要件の関係につき、一応契約当事者双方の利害に配慮した合理的な内容を定めている任意規定から乖離する条項を信義則に基づき無効とする見解⁽³³⁾や、前段要件と後段要件に「給付の対価的均衡という観点からの有機的関連性を認め、任意規定から乖離する条項は、それを正当化する合理的な理由がない限り⁽³⁴⁾」、信義則違反になるとする見解等がある。

これに対して、多くの学説⁽³⁵⁾及び裁判例⁽³⁶⁾は、消契法10条の無効を判断す

(32) 消契法10条前段は、「民法、商法、その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し」という文言であったところ、最判平成23年7月15日民集65巻5号2269頁では、「明文規定のみならず、一般法理等も含んだ」任意規定からの乖離の程度が消契法10条前段の判断の対象になりうるとした。これを受けて、平成28年6月3日に成立した消費者契約法の一部を改正する法律（平成28年法律第61号）では、「民法、商法、その他の法律の」という文言が削除・修正された。

(33) 四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第8版〕』250頁（弘文堂、2014年）。

(34) 後藤卷則「消費者契約法10条の前段要件と後段要件の関係について」松本恒雄先生還暦『民事法の現代的課題』80-84頁（商事法務、2012年）。

(35) 落合誠一『消費者契約法』149頁（有斐閣、2001年）、山本豊・前掲注(21)18頁、中田裕康「消費者契約法と信義則論」ジュリ1200号（2000年）74頁、道垣内弘人「消費者契約法10条による無効判断の方法」野村豊弘先生古稀『民法の未来』378頁（商事法務、2014年）。

(36) 裁判例については、道垣内・前掲注(35)379-385頁に詳しい。

る際に両要件を別個に解しており、後段こそが10条の要諦であるとの見解も主張⁽³⁷⁾されている。

(b) 消費者契約法10条後段要件該当性の判断

第二は、消契法10条後段の「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」の意味である。この文言について、判例は、「消費者契約法の趣旨、目的に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存在する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考慮」して判断している⁽³⁸⁾。学説も、「約款使用による一元的処理を通じての取引の合理化・効率化の要請を考慮に入れて、不当性判断することが認められていること」と、個別事情を考慮することとは矛盾しないと主張する⁽³⁹⁾。

それでは、こうした個別事情の考慮をどのように行うのか。この点に関して、第16次報告が示した事業者が消費者に負う配慮義務を手がかりに、その基礎には「自己の利益のみを考えて、相手方の利益を配慮しないような態度は許されない」という考え方があり、「正当な理由もなく、双方の利益の間に不均衡をきたし、その意味での均衡性ないし相互性を破るような」条項が信義則に違反するとみる見解がある⁽⁴⁰⁾。また、この見解をふまえて、消契法における信義則の要請とは、「立法趣旨からして消費者と事業者の情報格差・交渉力格差を是正する原理としての均衡性原理にもとづくもの」とし、「その条項を無効とすることにより事業者の受ける不利益が、その条項を有効とすることにより消費者の受ける不利益と同等以上のもの

(37) 山本豊「消費者契約法(3・完)」法教243号(2000年)62頁。

(38) 最判平成23年7月15日民集65巻5号2269頁。

(39) 道垣内・前掲注(35)392-393頁。

(40) 山本敬三・前掲注(31)265-266頁。

でなければ、その条項は『消費者の利益を一方的に害する』ことになる』と主張する見解もみられる⁽⁴¹⁾。裁判例も、「当該契約条項を有効とすることにより消費者が受ける不利益と当該契約条項を無効とすることにより事業者が受ける不利益との衡量⁽⁴²⁾」という基準を明示するものや、事業者の不利益も考慮した上で契約条項が消費者に一方的に不利益を与えているか否かを判断するものがある⁽⁴³⁾。

さらに、不均衡性の判断基準に関連して、問題の条項自体の合理性や、「その条項を設けることが不利益回避の手段として合理的であるか（目的合理性）、その条項以外に事業者の不利益回避の方法はないか（必然性）、他の代替的条項がある場合それと比較して消費者に与える不利益が最小のものといえるか（相当性）」という基準が考えられるが、「かなりの部分は不利益の均衡性要素と重なりうるものであり、今後の理論的整理を要する」と指摘する見解がある⁽⁴⁴⁾。裁判例でも、継続保険料の不払いに対する無催告失効条項に関して、当該条項を無効にすることによって保険者が被る不利益は、催告に関する約款の規定を置けば容易に回避できるため、さしたるものではないとして事業者の代替的な手段の有無を考慮して、当該条項を

(41) 中田邦博「消費者契約法10条の意義」法セ549号（2000年）39頁以下、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタル消費者契約法〔第2版〕』202頁（商事法務研究会、2015年）〔初版2001年〕。また、山本敬三・前掲注(21) 23頁・31頁及び上記中田見解及び日本弁護士連合会消費者問題対策委員会の見解を要約するものとして、潮見佳男編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』91頁〔松岡久和〕（経済法令研究会、2001年）。同旨の見解として、山本健司「契約適合性判定権条項など4種類の契約条項について」別冊 NBL 128号（2009年）22頁、道垣内・前掲注(35) 393-394頁等。

(42) 大阪高判平成22年3月11日（平成20(ワ)3152）。

(43) 東京地判平成15年11月10日判時1845号78頁。

(44) 潮見編・前掲注(41) 91頁〔松岡〕。

無効と判断したものが⁽⁴⁵⁾ある。しかし、こうした代替手段の有無が考慮される理由は、これまで十分に議論されていないといえよう。

(3) 民法改正論議における約款規制

約款規制は民法改正論議の組上にも載せられた。⁽⁴⁶⁾部会資料13-2では契約条項の不当性の判断基準につき各種の立法提案や比較法が示された。⁽⁴⁷⁾そして、これらについて、部会資料42では、「信義則に反して一方の当事者の利益を害する条項が不当な条項とされている点でほぼ共通している」とされ、こうした条項は、消契法10条後段の「規定とも共通するものであると考えられるところ、民法に不当条項に関する規定を設けるに当たって、このような考え方を直ちに変更する必要はない」との見解が示された。⁽⁴⁸⁾

中間試案では、約款の組入要件を満たし、「契約の内容となった契約条項は、当該条項が存在しない場合に比し、約款使用者の相手方の権利を制限し、又は義務を加重するものであって、その制限又は加重の内容、契約内容の全体、契約締結時の状況その他一切の事情を考慮して相手方に過大な不利益を与える場合には、無効」とされた。同案に対しては、民法90条や消契法10条よりも厳格に有効性を判断するようにみえるとの意見が寄せられた。そこで、部会資料75B第3の4では、そのような意図がないことを示し、現在も信義則に「反するとされる契約条項のみを無効とするものであることがより明らかになるように」、⁽⁴⁹⁾「定型条項の契約条項は、

(45) 東京高判平成21年9月30日判タ1317号72頁。

(46) 議論の経過については、森田修『債権法改正』の文脈——新旧兩規定の架橋のために」法教434号（2016年）87-91頁を参照した。

(47) 民法（債権関係）部会資料（以下、「部会資料」とする）13-2第3（1）5（PDF版），11-13頁。

(48) 部会資料42第3の3（PDF版），47-50頁。

(49) 部会資料75第3の4（PDF版），13-14頁。

当該契約条項が相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重するものであって、民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方に過大な不利益を与える場合には、無効」とする規定に変更された。

その後、要項仮案では、「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、当該定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものは」、定型約款の内容に含まれないこととされた⁽⁵⁰⁾。

こうした議論をふまえて、改正民法は、約款規制の対象を定型約款に限定する⁽⁵¹⁾。約款の個別条項について合意したものとみなされるためには、定型取引を行うことを合意した者が、「定型約款を契約の内容とする旨の合意」又は「定型約款を準備した者があらかじめその定型約款を契約内容とする旨を相手方に表示」⁽⁵²⁾することで足りる（改正民法548条の2第1項）。ただし、「前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみな」される（同条2項）。

この文言は、「取引上の社会通念」という部分を除くと、消契法10条と極めて類似している。ただし、改正論議では、「消費者契約以外の事業者間取引にも適用される可能性のある規定であるとするならば、消費者契約

(50) 部会資料83-1第28の2(PDF版)、46頁。

(51) 潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』224-225頁(金融財政事情研究会、2017年)。

(52) 定型約款のみなし規定の問題点は、河上正二『約款による契約』と定型約款』河上正二責任編集『消費者法研究第3号』20頁以下(信山社、2017年)に詳しい。

法とはやはり違う、つまり無効になる範囲がより限定されるような規定であることが必要ではないか」⁽⁵³⁾との意見が出されている。この見解もふまえると、消契法10条と改正民法548条の2第2項はほぼ同様の文言ではあるが、約款の組み入れに関するみなし合意が具体的にいかなる基準の下で否定されるのかは、解釈上の問題点として残されているといえることができる。

2 日本法のまとめと問題点

以上の整理によれば、1960年代から約款規制の必要性が指摘され、70年代以降には、信義則や公序良俗等の一般条項、約款の解釈を用いた約款規制が試みられてきた。その後、交渉力の不均衡に基づく約款規制や約款規制法の制定を指向する見解もみられたが、ひとまず消費者保護への対処のために消費者契約法の制定がなされた。さらに、民法改正により定型約款の規定が新設されるに至った。

このように約款規制に関して一定の議論が積み重ねられ、立法による規制もなされている。ただし、これまでの議論をふまえると、約款規制に関して次のような問題がなお残されているといえよう。

第一に、約款条項の不当性を判断する際に、約款の使用から約款使用者が得られる利益とそれにより失われる相手方の不利益を考慮する不均衡性の判断基準が用いられるのか、用いられるならばその理由は何かが必ずしも明らかではないということである。こうした不均衡性の判断基準は、約款が使用される場面に一般的に妥当する可能性がある。しかし、これまでの議論では、均衡性原理を、消費者契約法の立法趣旨をふまえて消費者と事業者の情報格差・交渉力格差を是正する原理と捉える見解があり、その

(53) 法制審議会民法（債権関係）部会第96回会議事録 PDF 版45頁（山本敬三委員発言）。山本敬三「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」河上編・前掲注(52) 63頁以下も参照。

対象は一部の場面に限定されていたといえよう。さらに、均衡性の衡量の基礎には比例原則があると指摘する見解があるが、この原則が約款規制一般においてどのように適用されるのかについて十分な議論の蓄積があるとはいえない状況にある。こうした日本法の現状をふまえると、約款規制における不均衡性の判断基準についてより詳細な検討を加える必要がある。

第二に、約款条項の不当性を判断する際に、約款使用者が約款を定めた目的を達成するために相手方に不利益の少ない代替手段が存在する場合、その代替手段の有無が考慮されるのか、代替手段の有無が考慮されるのならその理由は何かが明らかでないということである。この問題は、消契法10条後段の解釈において一部の見解がその重要性を指摘していたものの、未だ十分な議論がなされていない。また事業者間取引においても、相手方に不利益の少ない代替手段の有無が考慮される可能性がある。それゆえ、代替手段の有無に関する考慮の問題は、消契法10条や同法と同様の文言を採用する定型約款の規律だけでなく、約款規制一般において検討される必要性があるといえよう。

本稿では、上記の二つの問題を検討するために、以下のⅢ章においてドイツ法の状況を詳しくみていく。

Ⅲ ドイツの議論状況

I章でも触れたように、ドイツでは、約款規制において、約款使用者の利益と相手方の不利益の不均衡性の判断基準や相手方に不利益の少ない代替手段の有無を考慮要素に加える見解がみられる。本章では、まずドイツの約款規制の概要を確認した上で、ドイツの判例・学説を詳しくみていく。そして、判例・学説から示される問題点を解決するために一般的な比例原則の議論を概観し、同原則が約款規制に妥当する理由を検討する。

1 ドイツにおける約款規制の概要

ドイツでは、1977年に約款規制法（AGBG）が制定された。それ以前においては、連邦通常裁判所（BGH）によって、約款使用者が相手方への信義則上の義務に違反したために、条項を無効とする考え方が形成されていた。⁽⁵⁴⁾このように内容規制の起源が信義則にあることは、約款規制の一般条項である AGBG 9 条からも明らかとなる。⁽⁵⁵⁾同条 1 項によれば、「普通取引約款の条項は、信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手方に不相当に不利益を与えるときには無効」とされるからである。同条 2 項は、約款中の条項が、次の場合に、「不相当に不利益を与えるとの疑いは認められる」と定める。すなわち、法律の規定とは異なる条項が、その法規定の本質的な基本思想と一致していないとき（1号）、契約目的の達成が危殆化されるほどに契約の本質から生じる権利及び義務を制限するとき（2号）である。

その後、2002年のドイツ債務法改正を経て、AGBG 9 条は BGB 307 条に取り込まれた。⁽⁵⁶⁾BGB 307 条 1 項は、308 条（評価可能性を伴った条項の禁止）・309 条（評価可能性のない条項の禁止）に包摂されず、さらに BGB 307 条 2 項に基づき無効とされない場合の受け皿規定である。このように約款規制法が民法典に組み入れられたという体系上の変更はあるが、

(54) AGBG 制定前の判例法理については、原田昌和「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——内容規制の法理論的基礎の検討に向けて(1)-(2・完)」立教法学73巻105頁、75号215頁（2007-2008年）に詳しい。

(55) 同条の訳出に際しては、石田喜久夫編『注釈 ドイツ約款規制法〔改訂普及版〕』97頁〔鹿野菜穂子〕（同文館、1999年）を参照した。

(56) AGBG 9 条 1 項は BGB 307 条 1 項に、AGBG 9 条 2 項は BGB 307 条 2 項にそれぞれ対応しているが、BGB 307 条 1 項 2 文において、「不当な不利益は、条項が明確でなく、又は平易でないことから生じる。」との文言が追加された点が、AGBG 9 条 1 項とは異なる。

その規定の内容は原則的に変えるつもりはなかったと評価されている。⁽⁵⁷⁾

2 ドイツの判例

以下では、後述する学説によって、約款規制において不均衡性の基準や代替手段の有無について考慮されたドイツの判例をみる。その際には、複数の学説が挙げている判例を対象を絞って検討を進めていく。

(1) 判例の紹介⁽⁵⁸⁾

【判例 1】BGH 1989.10.4 (NJW 1990, 767)

a 事実の概要

原告 X は、1975年と1981年に、被告 Y 会社と全体で 150 DM の疾病入院給付金が支払われる内容の保険契約を締結した。同契約に際して、1976年の民間の健康保険業者の団体の模範約款である MB/KK 76 が適用された。その 9 条 5 項は、「他の疾病入院日額給付保険は、保険者の同意によってのみ締結しうる」と定めていた。そして、同 10 条 2 項は、「9 条 5 項に挙げられているオプリーゲンハイト⁽⁵⁹⁾に違反があったときは、その保険者は保険契約法 6 条 1 項の基準に基づき、そのことを知ってから 1 カ月以内に解約権を行使した場合には、給付義務から免責される」と定めていた（これらの条項を本件条項とする）。

1986年 1 月に、X は、C 保険グループとの間には 100 DM で、N 健康保険との間には 150 DM で疾病入院日額給付の保険契約の締結を申請したが、

(57) 半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』378頁（信山社、2003年）。

(58) 以下の判例では、事実及び判旨を適宜省略している。

(59) オプリーゲンハイトとは、債務者の義務とは異なり、その不遵守に対し、それを負担する者が自らの権利を喪失、縮減されるものとされる。奥田昌道『口述債権総論〔第二版〕』207頁（成文堂、1990年）。

それらの保険契約についてYに知らせなかった。Yは、同年2月に本件条項により、Xとの保険契約を解約した。第一審は保険関係の存続の確認を求めたXの訴えを認め、控訴審はYの控訴を棄却した。これに対して、Yが上告を申し立てた。

b 判旨

破棄差戻し。BGHは、本件条項がAGBG9条に違反しないと判断した。

まず、BGHは、本件条項による解約権がもたら保険契約の基礎に置かれているような信頼関係の喪失に起因し、有責なオプリーゲンハイトの違反に制裁を課すものとみる。しかし、被保険者の契約信義に関して保険者の信頼が損なわれた場合には、保険者は、場合によっては将来起こりうる正当化できない被保険者による欺瞞的な請求に対して、解約によって保護されねばならないとする。その点では、もっぱら被保険者の不当な扱いは存在しないという。

そして、BGHは、「制裁の厳しさがオプリーゲンハイトの重大さと不釣り合いな関係にあるであろう場合には、不当な扱いとみなされうるであろう」と一般論を示しつつ、保険契約の利害関係人双方の利益を考慮する。その考慮によれば、一方では、解約によって被保険者が保険保護を享受できないという重大な影響が生じうることは、オプリーゲンハイトに対する制裁の均衡性に不利に作用するかもしれないとする。しかし、他方では、保険者にとっては通知のオプリーゲンハイトの契約上の合意に正当な利益が存在しており、保険者が社会的なリスクの高まりに対して保護しようとする。さらに、複数の保険の禁止及び同意なく得られた複数の保険保護に対する解約による制裁は、分別のある被保険者にとってはそのような条件を考慮に入れる必要がないほどに異常なものとはいえないと判示する。

その上で、BGHは、控訴審が、Xが重大な精神病を理由にCとの保険

の締結時点までに責任無能力であったか否かを確認しなかったとして、事案を控訴審に差し戻した。

【判例2】BGH 2005.2.1 (NJW 2005, 1774)

a 事実の概要

原告Xは、消費者の利益を保護するためにUKlaG（差止訴訟法4条1項・2項）に基づき登録された団体である。被告Yは、国際的なバス旅行交通を営む事業者である。

顧客が旅行を予約した場合には、当該顧客に乗車券つづり (Fahrscheinheit) が発行された。その乗車券には番号が付され、旅行の方法、日程、乗客の氏名が記載されていた。Yは、顧客による行程及び旅行日の事後的な変更を認めている。旅行の出発の際には、バスの運転手は乗車券をチェックし、手渡された乗客のネームリストと照合していたが、乗客の本人確認は行っていなかった。顧客が旅行の出発前に乗車券を紛失した場合には、運送約款によれば、紛失又は盗難された乗車券について乗車券の再発行は認められず、当該乗車券の払戻しも行われないとされていた（以下、本件条項とする）。さらに、乗車券を紛失した乗客に旅行を始めることも認められなかった。

Xは本件条項がBGB 307条に反するとし、Yに条項の使用停止を求めた。第一審及び控訴審ともにXの訴えは棄却された。そこで、Xにより上告がなされた。

b 判旨

上告認容。BGHは、本件条項がYの顧客を不当に不利に扱うということが双方の利益衡量に基づき明らかであるとする。なぜなら、紛失した乗車券の再発行及び払戻しの例外のない排除は、Yの正当な利益を保持する
80(604) 法と政治 68巻3号 (2017年11月)

ために必要以上に行き過ぎたものだからである。

その判断に際して、BGHは、乗車券の紛失の場合にすでに支払った反対給付を失わないようにする利益と、反対給付を二重に提供する必要はないというYの利益を衡量する。その結果、本件条項は、Yが二重給付の危険を簡単に回避できる場合も含んでいるとする。それは、元の乗車券の予約が変更されなかった場合である。そのときには、申請者が旅行日、走行距離、乗客の名前を申し出た場合には、Yはネームリストに基づき、運送給付請求権が申請者に帰属しているか否かをチェックすることができるという。その際に、Yが、運転手用のネームリスト上に特定の乗客のために乗車券を再発行した旨を簡単にメモすれば、それによって運転手は元の乗車券が無価値なものであると認識できる。乗車券の再発効後に、元の乗車券の予約の変更がなされる場合にも、Yが乗車券の再発行時に、ネームリスト上に乗車券が再発行された旨をメモしておけば、それによって元の乗車券が無価値であることが判明するという。反対に二重給付の危険が存在するのは、紛失を単に偽装した不誠実な乗車券の取得者又は不誠実な第三者が、他の乗客として元の乗車券の旅行日や走行区間等の予約を変更し、変更された旅行がすでに行われ、その後、代替乗車券が発行・現金化(einlösen)された場合であるという。

このように判示した上で、BGHは、後述の学説3(2)bの見解を引用し、「正当な使用者の利益に基づき契約相手方に課せられる義務と制裁は、過剰侵害の禁止(Übermaßverbot)に服し、具体的かつ相当な限定を必要とする」と判示する。しかし、本件条項は乗車券の再発行及び払戻しの排除を二重給付の危険が存在する事例に限定していないため、Yは顧客の利害を十分に考慮していないどころか、自己の利益を過度に保護しているとして、条項は全部無効であると判示された。

【判例3】BGH 2010.4.29 (NJW 2010, 1958)

(60)
a 事実の概要

原告Xは、ドイツにおける消費者センターの総同盟である。被告Yは、イギリスに所在を有する航空会社である。ドイツ語でも検索できるYのインターネットのウェブサイトでは、Yは、「航空券に記載された旅程の順序に従ってすべての搭乗用片が利用されない場合には、Yによって当該航空券の使用が認められず、その航空券は無効である」と定める約款3c号1のもとで飛行を提供していた。また約款3a号5では、「顧客が有効な航空券を提示できない場合には、航空運送請求権が存在しない」とされていた。

これらの条項（以下、「本件条項」とする）をYが使用したのには次の理由がある。⁽⁶¹⁾ Yは、O2空港までの乗継便を提供しており、この空港を基点に、長距離飛行を行っている。Yは、この長距離飛行の搭乗人数を確保するために、例えばO1空港からO2空港までの乗継便を自国からの直行便よりも安い値段で提供している。Yは、本件条項によって、直行便に関心のある乗客が、乗継便を予約することによって安い料金を選択し、しかし、長距離飛行は利用しないという事態を回避しようと考えている。さらに、Yは、一定の滞在期間となる観光目的の旅行者に対して、往復運送を、ただちに帰還するビジネスマン（Geschäftsleute）よりも安い料金で提供している。Yは、顧客が、最低滞在期間を伴う二つの航空券を安く取得し、その片道だけを各々使用する事態を回避しようと考えている。

(60) 【判例3】は、丸山絵美子『中途解除と契約の内容規制』466頁以下（有斐閣，2015年）〔該当箇所の初出2010年〕において詳しく紹介されている。

(61) 【判例3】の事実の理解を容易にするために、下級審で示された事実の概要（OLG Frankfurt, Urt.v. 18.12.2008-16U76/08）も含めて紹介する。その際に、丸山・前掲注(60) 452-453頁を大いに参照した。

Xは、消費者との航空運送契約において条項 3c 号 1 を取り入れないようにすること、1977年4月1日以降に締結された契約に際して本件条項を使用しないように請求した。また予備的に、消費者の居所及び飛行機の出発地がドイツである場合に当該条項を求めないように差止めを求めた。第一審はXの訴えを認容したが、控訴審は予備的請求の範囲でXの請求を認めた。上告手続きにおいて、Xは、2009年12月17日以降に締結された契約に訴えを制限した。

b 判旨

破棄差戻し。BGHは、まずYによって提供される航空運送給付が法律上も経済上も分割可能であるとする。その上で、旅客の一部給付請求権は、原則として信義則に基づき排除できないという。ただし、旅客が、希望している出発空港から最終目的地までの直行便が提供されているにもかかわらず、契約締結時にすでにYの全給付を利用する意図を有さず、むしろ、例えば、乗継ぎを理由とする不便さや時間のロスを引き受ける顧客のためにYが提供している価格上の利益を獲得するためだけにYの給付を予約している場合には請求権が排除されうるといふ。しかし、本件条項はそのような事例に限定されておらず、旅客が計画の変更を理由に、主たるフライト（長距離飛行）のための出発空港もしくはその近辺にいる場合又は顧客が乗継便（Zubringerflug）に遅れ、ほかの方法で主たるフライトに乗ることができる場合も含んでいると指摘する。

BGHによれば、Yは、本件条項を使用することにより、乗継便と結びついた一定の長距離飛行及び一定の往復便を、個々の飛行よりも一層安く提供する利益を有するという。さらに、一定の最低滞在期間を予定する往復フライトの提供によって、Yは、典型的には、目的地に比較的より長い滞在を計画し、その予定計画が柔軟で、より好都合な価格と引換えに不便

な飛行時間帯を甘受する傾向があるという旅行客の価格イメージを正當に評価できるとする。

しかし、Yの利益は、計画の後発的変更やその他の事情の変更の場合に、Yに対する全ての給付請求権を喪失するという顧客の利益と対立するという。顧客は、予約された運送給付の枠内で予約されたチケットを利用する自由を有しうる。旅客が支払った航空代金は、少なくともなお利益を有する等価物を具体化すべきものであり、新たに場合によってはより高い値段でこの部分を予約することは強いられないという。さらに、Yの利益は、他のより穏やかな条項によって同じように維持しうるのに対して、本件条項により、一部給付の不使用に際して、旅客運送契約の等価関係が完全に顧客の負担に移動すると指摘する。約款使用者の正當な利益に基づき契約相手方に課せられる普通取引約款における義務と制裁は過剰侵害の禁止の下にあり、少なくとも条項が給付に関連する等価関係について顧客に責任を加重に移転させている場合には、当該条項は具体的かつ相當な限定を必要とする（【判例2】、後述の学説3(2)b, fの見解を引用）。そして、Yの価格構造を迂回する行為を回避するためには、一部搭乗券の不使用の際に、残りの給付により高額の支払いを顧客に課す条項を定めれば足りるという。例えば、一部給付の利用がなかった場合、残部給付の予約時点で当該給付に要求されている価格が実際合意された価格よりも高い場合には、当該価格の支払いを定めることで十分であるとする。Yは、本件条項に基づき、旅行の各飛行場において条件が遵守されているかを審査して、給付を完全に利用していない顧客を拒絶し、顧客が場合によっては生じる追加料金を支払うかどうかによって対応できるとする。

BGHは、このような理由から、本件条項が信義則に反して顧客を不当に不利に扱うことになるとする。

(2) 判例のまとめ

以上の判例では、相手方に課せられた責務の不遵守に対して制裁を課す条項の不当性が問われている。具体的には、保険者の同意を得ずに複数の保険契約を締結した被保険者に対する保険契約の解約を定めた条項（【判例 1】）、バス旅行乗車券の紛失に対して乗車券の再発行又は払戻しに応じないとする条項（【判例 2】）、航空券の一部不使用により残部の航空券を失効させる条項（【判例 3】）が問題となっている。

約款条項の不当性を判断する際に、判例は、まず約款使用者が約款を使用することによりいかなる利益が得られるのかを検討する。【判例 1】は、被保険者が事前の通知義務を果たすことによる保険者の正当な利益を、【判例 2】は、二重給付の危険を回避するバス会社の利益を認める。【判例 3】では、航空会社が直行便よりも安い価格で提供している乗継便を利用しつつも、その航空券に記載された一部経路を利用せず、価格の利益のみを得ようとする乗客の行動を防止することに航空会社の利益があるとされた。

これらの利益を得るための約款条項の有効性は、相手方に与える不利益の程度との関係で決定される。具体的には、【判例 1】は、「制裁の厳しさがオプリーゲンハイトの重大さと不釣り合いな関係にあるであろう場合には、不当な扱いとみなされうる」と一般論を示した上で、責務違反に対する解約が普通の被保険者にとっては考慮する必要がないほどの制裁であるため、当該条項を AGBG 9 条 1 項に反しないと結論づけた。他方で、【判例 2・3】では、「約款使用者の正当な利益に基づき契約相手方に課せられる義務と制裁は過剰侵害の禁止の下に服し、当該条項は具体的かつ相当な限定を必要とする」ところ、約款条項がそうした限定を超えるものであったと評価された。

その際に、【判例 2・3】に特徴的なのは、相手方に不利益が少ない他

の手段で約款使用者が約款を定めた目的が達成されるかどうかを考慮されているということである。【判例2】では、運転手に配布されるネームリストにメモすることによって、乗車券を紛失した乗客による乗車券の再発行の有無等を確認し、これによって元の乗車券の効力がなくなることを認識できるため、バス会社が二重給付の危険を簡単に回避できるとする。

【判例3】も、一部のチケットを意図的に利用しなかった顧客により高額の支払いを課す条項だけで、航空会社が約款を定めた目的を達成するには十分であるとする。

以上のように、判例では、約款規制に際して、約款使用者の利益と相手方の不利益との不均衡性や、相手方に不利益の少ない代替手段の有無が考慮されている。それでは、学説ではこれらの基準についてどのような議論がなされているのだろうか。

3 ドイツの学説

学説では、AGBG 9条やそれを引き継いだ BGB 307条に関して「比例原則」の適用を主張し、この観点から不均衡性や代替手段の有無に関する考慮の問題が検討されている。そこで、各見解の内容を理解するために、簡単に比例原則の概要を示す。

(1) 比例原則の構成要素とその内容

比例原則 (der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit*) とは、①適合性の原則、②必要性の原則、③均衡性の原則 (相当性の原則、狭義の意味の比例性) から成る原則と理解されている。各原則の内容は、次の通りである。⁽⁶²⁾

(62) 各原則の定義について、Vgl. Karl Larenz, *Richtiges Recht*, C. H. Beck, 1979, S. 130ff.; Reinhold Singer, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, München, Beck, 1995, S. 93.; Marcus Bieder,

①の適合性の原則とは、「ある手段によって、望まれた目的が達成される場合には、その手段が適格的であること」をいう。次に、②の必要性の原則とは、「介入又は制限は、関係者の利益の保護のために必要以上であってはならないこと」や「複数の手段の下では個人を最も侵害しない手段が選択されなければならないこと」と定義される。最後に、③の均衡性の原則とは、「使用された手段が追求された目的との関係において、不相当又は不合理であってはならないこと」とされる。③の原則は、異なった利益の対立を衡量によって調整する形式的な原則であるとされる。以上の3つのうち、必要性の原則と均衡性の原則を合わせた概念として、「過剰侵害の禁止」という用語も用いられる。⁽⁶³⁾

(2) 学説の紹介

次に各学説をみていく。a～dまでがAGBG 9条、e～hまでがBGB 307条を対象とする学説である。

a Graba の見解

Graba は、AGBG 9条のコンメンタールにおいて「比例原則」という項目を設ける。そこでは、約款により排除された任意規定に含まれる正義の内容が強ければ強いほど、そして相手方にとって権利の喪失の程度が大きければ大きいほど、それだけいっそう約款使用者の任意規定から相違する利益が重大でなければならないという。そうでなければ、その約款は、不利な扱い (Benachteiligung) を理由に異議が唱えられるとする。⁽⁶⁴⁾

Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, C. H. Beck, 2007, S. 2ff.

(63) Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, München, S. 19.

(64) Schollosser/Coester-Waltjen/Graba, Kommentar zum Gesetz zur Regelung

さらに、AGBG 9条における比例原則の適用は、同条の文言から明らかとなるという。つまり、同条1項の一般条項を具体化する2項であげられる事例は、基本的には違反が推定され、約款が2項で規定する状況により近い関係にあればあるほど (stehen)、ますます約款に対して異議が唱えられるとする。その見解によれば、約款規制法制定前の判例も比例原則を認めていると指摘される⁽⁶⁵⁾。

b Brandner の見解

Brandner は、AGBG 9条に含まれている信義則には次の機能があると説明する。第一に、不当に不利な扱いの禁止が BGB 242条 (信義則) の基準と結びつくこと、第二に、そのような禁止は約款使用者が信義則に反するほど一方的に自己の利益を追求する場合に生じるということである。こうした信義則違反は客観的な基準によって判断され、契約相手方を重大に (Gewicht) 不利に扱う場合にのみ肯定されるという。その判断においては、相手方が批判的な条項によって負担を課されれば課されるほど、それだけいっそう相手方の不利な扱いが認められることになる。そのため、相手方に負担をかける条項は約款使用者の利益と相当な関係でなければならず、法律上又は契約上の典型的な規定からただできるだけわずかな限りでのみ相違することが許されるという⁽⁶⁶⁾。

そして、【判例2】で引用されているように、「正当な約款使用者の利益に基づいて契約相手方に課される義務及び制裁は過剰侵害の禁止の影響下にあり、具体的かつ相当な限定を必要とする」と指摘する⁽⁶⁷⁾。

des Rechts der AGBG, §9, 1977, Rn. 47.

(65) NJW 64, 1123.; NJW 75, 163.; NJW 75, 165.

(66) Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 7. neubearb. Aufl. 1993, §9, Rn. 73.

c Fastrich の見解

Fastrich は、上記 a, b の見解を参照し、約款が不相当か否かを判断する際には、双方当事者の利益を衡量するために比例原則が援用されうるとする。その結果、任意法の模範と比べて不利な扱いは、次の場合に不相当ではないという。すなわち、不利な扱いに関して、「受益者 (Begünstigte)⁽⁶⁸⁾ の利益状況にとって客観的な必要性 (実質的な理由、正当な利益) が存在しており、受益者の利益に必要以上に不利な扱いが行き過ぎたものではなく (最も些細な介入の原則)、そして不利な扱いが正当と認められる目的と並外れた関係にない (狭義の意味の比例性)」場合である。⁽⁶⁹⁾

d Wolf の見解

Wolf は、約款が AGBG 9 条 1 項に基づき不相当となるのは、「約款使用者が契約の相手方の利益を十分に顧慮せずに、その相手方に相当な調整を認めることなく、濫用的に自己の利益を相手方の負担で貫徹しようとする場合」であるという。また約款使用者の利益が存在するところでも、その利益によって契約相手方の利益の排除が正当化されない限りでのみ、相手方の利益は考慮されなければならないとする。そして、相手方の利益について、「必要性及び均衡性が顧慮されなければならない」と指摘する。⁽⁷⁰⁾

さらに、BGH が、「契約相手方の価値の高い利益が考慮されず、比例原則が遵守されない場合、特に極めて重大な制裁が軽過失と結びつけられる

(67) Brandner, AGBG §9, Rn.74.

(68) ここにいう受益者とは、約款使用者を指していると思われる。

(69) Lorenz Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Bd. 60, C. H. Beck, 1992, S. 317.

(70) Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4., völlig Neubearb. Aufl. 1999, §9 Rn.100.

場合には十分な顧慮が欠けている」場合に約款を不相当であると認めている⁽⁷¹⁾とし、具体例として【判例1】をあげる。

e Pfeiffer の見解

Pfeiffer は、BGB 307条の無効が認められるためには、信義則に反して、契約上の権利義務の均衡及び契約上のリスク分配が著しく害されていることが必要であるとする。また同条による約款規制の判断に関して、dの見解と同様に、「契約相手方より高い価値を持つ利益が十分に考慮されず、比例原則が顧慮されない場合、特にあまりにも重大な制裁が⁽⁷²⁾軽過失と結びつけられる場合には十分な顧慮が欠けている」と指摘する。

f Coester の見解

Coester は、2006年のBGB 307条のコンメンタールではb, cの見解を、2013年の同コンメンタールでは後述gの見解を引用して、「評価の基準として認められた比例原則は、約款使用者の信義の拘束 (Treuebindung) と特に密接な関連を有している」と指摘する。この比例原則からは、相手方の権利へのできる限りほんのわずかな介入又は相手方を寛大に扱う (schonen) 介入が生じるとし、その例として【判例3】を指摘する。ただし、gの見解を引用し、約款使用者に一定の約款形成の余地が認められなければならないという。そして、この余地の限界も信義誠実の原則から示されるとし、【判例2・3】⁽⁷³⁾を引用する。

さらに、狭義の意味の比例性も、相手方の相対的に些細な契約違反が不

(71) Wolf, AGB-Gesetz, Rn.114.

(72) Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, BGB, 6. Aufl. 2013, §307, Rn.177.

(73) Staudinger/Coester, BGB, §307, Neubearb., 2006年及び2013年ともに Rn.98.

相当に重大な制裁をもたらす場合に役割を担うという。その際、dの見解や【判例1】を指摘し、例えば、私的な疾病保険における些細なオプリーゲンハイトに対する給付の免責について狭義の意味の比例性が適用されるとする。⁽⁷⁴⁾

g Fuchsの見解

Fuchsも、約款規制の判断における信義則の機能について述べる。その際に、b, c, e, fの見解や【判例1～3】を引用し、比例原則や過剰侵害の禁止が判断基準として用いられることを示す。

まずBGB 307条1項1文にあげられている信義則からは、第一に、内容規制と信義則の客観的な基準との結びつきが明確となり、普通取引約款を作成することが一方的に相手方に配慮することなく自己の利益の追求に資する場合には信義則に反するものとみなされるという。第二に、fの見解と同様に、約款使用者の信義への拘束は、評価の補充を必要とする不相当性の概念の内容を方向付けるとする。具体的には、普通取引約款においても評価基準として認められている比例原則との密接な関連が存在するとい⁽⁷⁵⁾う。

ここにいう比例原則とは、必要性の原則及び狭義の意味における比例性を意味しており、⁽⁷⁶⁾これらの原則からは、相手方に負担となっている約款が約款使用者の利益と相当な関係になければならないという。このことは、まず、約款が正当と認められる約款使用者の価値の追求のために必要以上

(74) Staudinger/Coester, 2013, §307 Rn.98, Vgl. Rn.162.

(75) Fuchs, in: AGB-Recht, Kommentar zu den §305-310 BGB und zum Uklag, Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), 12.neubearb. Aufl.2016, §307 BGB, Rn.97.

(76) Fuchs, §307, Rn.105.

に顧客の利益を侵害してはならないことを意味する。そして、そのことから約款が法律上又は契約類型による規定からできる限り些細な限りでのみ相違してもよいこと、できる限り顧客に好意的なように形成されるべきであるということが導かれるという。ただし、私法における信義則の発露としての比例原則からは、常に約款使用者と顧客との利益対立に関する唯一の解決が導かれるというように解釈されてはならず、約款使用者の約款形成の自由も相当な範囲で与えられなければならないと指摘する。したがって、約款規制は、権利義務の著しく一方的で不公平な権利義務の配分の場合にのみ行われるのであり、顧客をほんの少しだけより良い状態に置くであろう代替的な形態（Gestaltung）が考えられうる場合に行われるわけではないとする⁽⁷⁷⁾。

さらに、Fuchsは、約款使用者の利益を保持するために、必要性の意味において顧客の利益に負担を課している約款の行き過ぎを緩和するという基本的な要請は、過剰侵害の禁止によって補充されるという。すなわち、約款使用者の正当な利益を保護するために契約相手方に課せられる義務及び制裁は、追求された目的に対して不相当な関係にあってはならず、とくに軽過失はあまりにも重大な制裁によって罰せられてはならないと指摘する⁽⁷⁸⁾。

h Stürner の見解

Stürner は、条項が不快（anstößig）か否かを判断する際には、BGB 307 条 2 項 1 号においてみられるように、約款がなければ相手方がどのような状態にあったのかが確定されなければならないとする。この任意法から

(77) Fuchs, § 307, Rn. 105.

(78) Fuchs, § 307, Rn. 106.

の乖離は、相手方を不利な地位に置くことでは足りず、一定の重大性が要求される。この客観的な乖離の審査には契約内容のすべて及び契約当事者相互の利益を考慮する相当性審査が行われるという。そこでは確定された利益の重要性の程度が判定されるなどの衡量が行われ、その際には信義則が特別な役割を担うとする。⁽⁷⁹⁾

さらに、信義則には AGBG の起源を明確にし、約款使用者による度を越した一方的な自己の利益の追求が信義に反することを表すという。そのことから、約款規制の目的は、相当な利益調整を確保することではなく、不相当な規律を阻止しようとするものであることが重視されるとする。⁽⁸⁰⁾

こうした信義則の評価補充的な役割の核心は、比例原則に認められるという。この比例原則に関して、Stürner は、f、g の見解を脚注であげるとともに、c の見解を紹介し、「必要性の原則」を適用する見解が学説では支配的であるとみる。その上で、「厳格な判断基準」としての必要性の原則は、ただ唯一の可能な解決を認め、最も侵害的でない又は最も緩やかな手段を要求するという。しかし、BGH はそうした手段を採用していないという。⁽⁸¹⁾つまり、相手方に負担となる条項が調整的な措置によってできる限り緩和されなければならないということは判例に一致するものの、判例では必要性の審査にとっては典型的でない利益衡量が行われているとみる。⁽⁸²⁾Stürner は、ある条項を用いることにより約款使用者によって追求された目的を同様に達成し得る穏当な手段が存在する場合には利益衡量で足りると述べ、そこでは「狭義の意味における比例性」が問題になると主張する。

(79) Stürner, a. a. O., S. 121 ff.

(80) Stürner, a. a. O., S. 122 ff.

(81) Stürner, a. a. O., S. 123.

(82) Stürner, a. a. O., S. 124. その際、【判例 2】を脚注で指摘する。

これに加えて、Stürner は、契約法全体を対象として、必要性の原則の適用が私的自治の原則にとって重大な結果をもたらすと批判する。なぜなら、この原則は必要最小限度の手段を要請するため、自由な判断に基づく私的自治の原則とは相いれないからである。⁽⁸³⁾

(3) 学説のまとめ

以上の通り、約款規制の一般規定である AGBG 9 条や BGB 307 条に関する学説をみた。これらの規定では、普通取引約款が信義則に反して相手方に不相当に不利益を与えるときには無効とされ、その規定の解釈に際しては信義則が機能するとされる。つまり、信義則に反するほどに、約款使用者がその相手方の利益に配慮することなく自己の利益を追求しようとする場合（d, e, g, h の見解）、具体的には、相手方を重大に不利に扱う場合（b の見解）、契約上の権利義務の均衡が害されている場合（e, g の見解）には約款が規制されることになる。この約款規制の方法について、学説では比例原則の観点から論じられている。その内容は、以下の a, b に要約される。

a 均衡性の原則

学説では、約款条項の不当性判断に際して、比例原則や過剰侵害の禁止、相当性の審査に言及する見解がみられる。これらの見解では、約款使用者の利益と相手方の不利益との不均衡が衡量されている。

詳しくいえば、a の見解は、比例原則という項目において、任意規定からの相違により相手方に生じる不利益を正当化するほどよりいっそう約款使用者の利益が重大でなければならないとする。b の見解は、相手方が批

(83) Stürner, a. a. O., S. 319 ff.

判的な条項によって負担を課されれば課されるほど、それだけいっそう相手方の不利な扱いが認められるという。hの見解も、約款の任意規定からの乖離の程度を判断する際に、双方当事者の利益を衡量する相当性審査を行う。これらの見解では、約款使用者の利益と相手方の不利益との衡量によって約款の不当性が判断されていることからすると、比例原則のうち、利益衡量の手段である均衡性の原則が適用されていると考えられる。これに加えて、eの見解も、契約上の権利義務や契約上のリスク分配の不均衡を約款規制に際して考慮する。さらに、dの見解は「均衡性」が顧慮されることを指摘し、c、f、gの見解も「均衡性の原則」と同義語である「狭義の意味における比例性」「相当性」に言及する。したがって、約款規制において均衡性の原則が適用される点で学説は一致しているといえよう。

b 必要性の原則

さらに、学説では、約款規制に際して相手方に不利益が少ない代替手段の有無を考慮すべきか否かという問題について必要性の原則の観点から論じられている。

この原則を肯定するのはc、d、f、gの見解とみられる。過剰侵害の禁止を必要性と均衡性の原則を合わせた概念とみるならば、bの見解も必要性の原則を肯定するものとみうる。これに対して、a、eの見解は必要性の原則に言及しておらず、hの見解は明確にその適用を批判する。

肯定説によれば、必要性の原則からは、約款使用者が必要以上に顧客の利益を侵害してはならないことになる（c、f、gの見解）。その中でも、「必要以上に不利な扱いが行き過ぎたものであってはならないこと」を「最も些細な介入の原則」と理解する見解（cの見解）がある。その見解によれば、約款使用者は相手方の利益を最も侵害しない手段を使用しなければならないと考えられる。これに対して、必要性の原則の適用に際して

も約款使用者に約款形成の自由が認められるとする見解がある（f, gの見解）。この見解によれば、私法における信義則の発露としての比例原則からは約款使用者と顧客との利益対立を解消する唯一の解決が導かれるわけではないと主張される（gの見解）。

否定説においても、必要性の原則は相手方に最も侵害的でない手段の使用のみを認めることから、私的自治の原則と矛盾するとみる見解がある。（hの見解）。ただし、この見解は、相手方に不利益の少ない代替手段の存在が判例で考慮されていることを否定しておらず、そうした代替手段の考慮は「均衡性の原則」で足りるとする。

（4）学説から示される課題

以上の整理からは、約款規制に際して、均衡性及び必要性の原則の適否が議論されていることが確認される。しかし、なぜそれらの原則が約款規制において適用されるのだろうか。この点について、学説ではその理由は詳しく説明されていない。

そこで、次にこれらの原則の妥当性の根拠についてももう少しふみ込んでみてみたい。

4 均衡性及び必要性の原則の妥当性の根拠

（1）均衡性の原則

前稿における検討によれば、均衡性の原則とは、異なった利益の対立を⁽⁸⁴⁾ 衡量によって調整する手段であり、形式的な性質を有するものと理解される。したがって、その内容は具体的な事例において該当する価値や利益によって⁽⁸⁵⁾ 補充される。その原則は、あらゆる法的地位の対立を調整するため

（84） 山田・前掲注（3）169頁以下。

に適用される司法上の方法（juristische Methode）であり、衡量の対象となる法的地位を制限するものではないとされる。⁽⁸⁶⁾ 法律上又は事実上可能な限り高い基準で実現されるという「最適化要請」（Optimierungsgebot）の性質を持つ原理が対立する際には、原理の対立を調整する均衡性の原則が⁽⁸⁷⁾導かれると指摘される。

この原則は私法・民法領域に適用され、特に信義則の場面で用いられている。⁽⁸⁸⁾ 信義則は、一方の当事者に他方当事者の利益に十分に配慮して行動することを要請する。この要請から、債権者は信義則に適合する限りで給付を要求することができる。債権者の権利行使が信義則に反するか否かは、具体的な事例における権利行使への債権者の利益とそれにより生じる債務者の不利益とを対比することによって明らかとなる。それゆえ、形式的な衡量手段である均衡性の原則は、信義則の下に位置づけられると理解される。均衡性の原則による衡量によって、債権者の権利行使が債務者の些細な義務違反と比較して過大な制裁として用いられる場合や、債権者の些細な利益が債務者の優越的な利益と対立する状況にあると評価される場合⁽⁸⁹⁾には、債権者の権利行使が信義則違反を理由に制限されることになる。

（2）必要性の原則

私法・民法領域における必要性の原則の妥当性については、次の見解が

(85) Stürner, a. a. O., S. 329 ff.; Anna Haßfurter, Form und Treue, Herbert Utz Verlag, München, 2016, S. 332.

(86) Stürner, a. a. O., S. 334.; Haßfurter, a. a. O., S. 213 ff., 219.

(87) Stürner, a. a. O., S. 332.; Haßfurter, a. a. O., S. 215.

(88) Stürner, a. a. O., S. 388 ff. また信義則と比例原則との関係性については山田・前掲注(3) 174頁以下及びそこに挙げられた文献も参照。

(89) Stürner, a. a. O., S. 394 ff. 二つの適用場面については、山田・前掲注(3) 175頁以下を参照。

みられる。

a 当事者間の不平等状態による自己決定の喪失の回復

第一に、比例原則全体を対象に述べられたものであるが、相手方の喪失した自己決定や契約法の機能不全を回復させるために、同原則が適用されるとする見解がある⁽⁹¹⁾。

この見解によれば、法秩序は契約自由の拘束力を基本的に承認しており、自己決定の行使によってなされた合意を当事者の正当な利益調整として認めているとする。そのため、合意が当事者の自由な自己決定でなされた場合には、比例原則による利益調整は行われぬ。しかし、相手方がより強大 (mächtiger) で、かつ劣位当事者の負担で自己の利益を貫徹する場合、つまり、契約当事者の一方が非常に強く、契約条件を事実上一方的に設定しうる場合には、相手方の自己決定が危険にさらされることになる。そのような場合には契約法が機能不全に陥ってしまうために、比例原則による正当な利益調整の確立が求められるとする⁽⁹²⁾。

この利益調整は、立法によって実現される。その一例が約款の内容規制である。特に、AGBG 9 条は不平等な利益状態の修正であり、同条には比例原則が表れているという⁽⁹³⁾。この見解からは、約款規制において代替手段の有無が考慮されるのかが明確には読み取れない。ただし、他の具体例である解約保護法では、解約告知以外の代替手段の有無が考慮されると主張される⁽⁹⁴⁾。

(90) そのため以下では必要性の原則ではなく、比例原則という用語を使用する。

(91) Ulrich Preis, *Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung*, in: FS für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, 1999, S. 429 ff.

(92) Preis, a. a. O., S. 439 ff.

(93) Preis, a. a. O., S. 455 ff.

この見解は、公法において国家と市民の上下関係がある場合に比例原則が適用される状況に類似して、私人間においても構造的格差がある場合に同原則を適用しようとする試みであると学説によって評価されている。⁽⁹⁵⁾

b 信義則の一類型としての許されざる権利行使

第二に、信義則の一類型としての「許されざる権利行使」や「権利濫用」の観点から比例原則を説明する試みがある。

この試みの出発点となるのは、Hubmann の見解である。その見解によると、「些細な利益の侵害は可能な限り最小の措置に制限されなければならず、その措置は最も緩やかな手段、最も害が少ない方法が選択されなければならない」という。⁽⁹⁶⁾

その後、Siebert⁽⁹⁷⁾ が信義則のコンメンタールにおいて Hubmann の見解を採用して以降、多くの学説が信義則における比例原則の適用を主張する。⁽⁹⁸⁾ そこでは、比例原則を「複数の制裁手段の中でより徹底的ではない (einschneidend) 手段のみを要請するもの」と捉え、要請されている手段よりも一層強い手段を選択することを権利濫用とみる見解がある。⁽⁹⁹⁾ さらに、

(94) Preis, a. a. O., S. 454 ff.

(95) Stürner, a. a. O., S. 21, 424 ff.

(96) Heinrich Hubmann, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155, 1956, München, S. 127 ff.

(97) Siebert-Knopp, Soergel Kommentar, 10. Aufl. 1967, § 242 Rn. 258.

(98) Harald Hohmann, 242 BGB und unzulässige Rechtsausübung in der Rechtsprechung des BGH, JA 1982, 112, 115.; MünchKomm/Roth, BGB, 1985, § 242 Rn. 409.; Kohlhammer/Teichmann, BGB, 1990, § 242 Rn. 306 ff.; Staudinger/Schmidt, BGB, 1995, § 242 Rn. 779 f.; Staudinger/Looschelders/Olzen, BGB, 2009, § 242 Rn. 280a. E.; MünchKomm/Schubert, BGB, 7. Aufl., 2016, § 242 Rn. 450 ff.

(99) Kohlhammer/Teichmann, § 242, Rn. 306 f.

同原則を「権利の行使が相手方に不均衡に過大な不利益を与え、かつ権利者の利益を同様に良く顧慮し、又は権利者に少なくとも期待しうるであろう他のより重大でない措置が可能である場合には権利の行使が許されない」と定義づける見解もある⁽¹⁰⁰⁾。このように「必要性の原則」の意味で理解される比例原則は、「相互の配慮（Rücksichtnahme）のための要請」から導かれるという⁽¹⁰¹⁾。

債権者の権利行使がいかなる場合に濫用と評価されるのかについては、次の判例が参考になる。事案は、権利者が不動産の仮登記の抹消を求めたが、その抹消に不動産の流通価格の約33倍もの著しく過大な費用を要するというものである。BGHは、当該仮登記の抹消請求を信義則により排除した⁽¹⁰²⁾。なぜなら、抹消請求の相手方には著しく過大な費用が生じる一方、権利者は損害賠償という他の手段によって利益を満足し得るからである。この判例からは、相手方に不利益の少ない代替手段があるにもかかわらず、過大な不利益を与える権利の行使が濫用と評価されているとみうる。こうした代替手段の存在は、瑕疵ある目的物を給付された買主が有する追完請求権（瑕疵修補、代物給付）と損害賠償請求権等の関係等でも考慮されており、その適用場面は広範囲にわたっている⁽¹⁰³⁾。

5 約款規制における均衡性及び必要性の原則

次に、4の一般的な比例原則に関する議論をふまえて、約款規制における同原則の適用について検討してみたい。

(100) MünchKomm/Roth, § 242, Rn. 409.

(101) Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242, Rn. 279.

(102) この判例について、山田・前掲注(3) 141-142頁。

(103) MünchKomm/Schubert, § 242, Rn. 450 ff.

(1) 均衡性の原則

均衡性の原則とは、異なった利益の対立を衡量によって調整する形式的な手段である。それは、あらゆる法的地位の対立を調整するための方法として、私法・民法領域において、特に信義則の場面で用いられている。本章3(3)でみたように、約款規制においても信義則が機能し、約款使用者が相手方の利益に配慮することなく自己の利益を一方的に追求するような約款条項は、不当であると評価される。この条項の不当性を判断する際には、約款使用から得られる約款使用者の利益とそれによって失われる相手方の不利益が考慮される。そして、この両者の利益対立を衡量する方法として、均衡性の原則が用いられると考えられる⁽¹⁰⁴⁾。この原則は、特に相手方の責務違反の程度とそれに対する制裁の重大性を衡量する手段として具体化される。この衡量の結果、判例や学説によると、相手方の責務違反の程度に比べて過大な制裁を課す約款条項が不当であると評価されることになる。

(2) 必要性の原則

代替手段の有無の考慮に関する問題は、3の学説では主に必要性の原則の観点から論じられていた。この原則の根拠について、4でみた一般的な比例原則の議論では次の見解がみられた。第一に、契約当事者の一方が強大でかつ劣位にある他方当事者の負担の下で自己の利益を貫徹するために、相手方の自己決定が喪失することを理由とする見解である（a説）。第二に、信義則に基づく配慮の要請から、債権者が債務者にとって不利益の少ない手段を使用せずに、債務者に過大な不利益を与える手段を使用することを権利濫用とみる見解である（b説）。

(104) Haßfurter, a. a. O., S. 332.

以上の見解を約款規制の場面で敷衍すると、次のようになると考えられる。a説によれば、優位にある約款使用者が劣位にある相手方の負担の下で一方的に約款を定めるために、相手方の自己決定が喪失しているとみる。そのように当事者間に不平等な状況がある場合には、相手方の自己決定を回復させるために比例原則が適用され、約款規制に際して相手方に不利益の少ない手段の有無が考慮されると考えられる。他方で、b説からは、信義則に基づく配慮の要請に基づき、約款使用者は相手方に配慮した行動をとらねばならないことになる。そのため、約款使用者が約款を定めた目的を相手方に不利益が少ない手段で達成できるにもかかわらず、相手方に過大な不利益を与える約款を使用することは権利濫用と評価されうる。そのように評価される場合には、約款使用者には相手方の利益に配慮した他の穏当な手段の使用が求められると考えられる。

3の学説では、比例原則が約款使用者への信義の拘束と特に密接な関連を有すると指摘する見解や、比例原則を私法における信義則の発露と捉える見解がみられた。⁽¹⁰⁵⁾ これらの見解では信義則に言及していることからすると、b説を前提にしていると考えられる。⁽¹⁰⁶⁾

次に、ドイツ法の議論状況に関して改めて整理・分析を行い、本稿の問題の所在に照らして、わが国に得られる示唆を検討する。

IV ドイツ法のまとめと日本法への示唆

1 ドイツ法のまとめと分析

(1) ドイツ法の検討から判明したこと

本稿では、ドイツの約款規制の一般条項である AGBG 9 条及び BGB

(105) III 3 (2) f, g の見解。

(106) III 3 (2) g の見解。

307条に関する不当性の判断方法をみた。これらの規定では、普通取引約款が信義則に反して相手方に不相当に不利益を与えるときには無効とされる。具体的には、約款使用者が信義則に反して相手方の利益に配慮することなく自己の利益を追求するような約款を定めることは認められない。

ドイツ法の検討の結果、この約款規制の判断方法について次の二点が明らかとなった。第一に、約款条項が信義則に違反するか否かを判断する際には、約款使用者が約款から得られる利益とそれによって生じる相手方の不利益との不均衡性の判断基準が用いられているということである。第二に、約款規制においては、約款使用者の相手方に不利益が少ない代替手段の有無を考慮する見解が多くみられるということである。以下、上記二点について詳しくまとめる。

(2) 約款使用者の利益と相手方の不利益との不均衡性

まずⅢ章2の判例では、約款使用者が相手方の責務違反に対して制裁を課す約款条項の不当性が問題となっていた。この条項の不当性を判断する際には、約款の使用から得られる約款使用者の利益とそれによって失われる相手方の不利益が考慮されていた。両者の利益を衡量した結果、判例では、「制裁の厳しさがオプリーゲンハイトの重大さと不釣り合いな関係にある場合」には約款が無効になると判断されていた。

Ⅲ章3の学説でも、約款使用者の利益と相手方の不利益を衡量する不均衡性の判断基準が用いられ、判例と同様に、相手方の軽過失に対して極めて重大な制裁が与えられる場合には約款が無効となると考えられていた。学説では、この不均衡性の判断基準について「比例原則」を構成する個別原則の一つである「均衡性の原則」として捉えられていた。

Ⅲ章4の整理によれば、「均衡性の原則」とは、異なった利益の対立を衡量によって調整する手段である。その原則は、特に信義則の下で機能し

うるとされる。信義則は、債権者に対して債務者に配慮した行動を要請する。債権者の権利行使が信義則に反するか否かを判断する際には、権利行使への債権者の利益とそれに対する債務者の不利益が考慮される。この両者を衡量する手段が均衡性の原則であると理解される。

約款規制においても信義則が考慮され、約款使用者が相手方の利益に配慮せず自己の利益を追求することは認められないと考えられている。ここでは約款条項が信義則に反するか否かを判断する際に、約款使用から得られる約款使用者の利益とそれによって失われる相手方の不利益が考慮される。そして、この両者の利益の対立を衡量する手段として均衡性の原則が適用されると考えられる。この原則は、相手方の責務違反の程度とそれに対する制裁の重大性を衡量する手段として具体化され、責務違反に対して過大な制裁を課す約款が信義則に反するものと評価されることになる。

(3) 代替手段の有無に関する考慮

さらに、約款規制においては、相手方に不利益の少ない代替手段の有無が考慮されるか否かが議論されている。この議論は、次のように整理される。

まず【判例1】や学説の一部で見られるように、約款条項の不当性を判断する際に、代替手段の有無を「考慮しない」立場(①)と、【判例2・3】や多くの学説で見られるように、代替手段の有無を「考慮する」立場(②)に分けられる。この後者②の立場は、さらに二つに分類される。すなわち、約款使用者が相手方に不利益の少ない手段を「常に使用しなければならない」とする立場(②-A)と、約款使用者の約款形成の自由も考慮して、不利益の少ない代替手段の使用を「厳格に要求しない」立場(②-B)である。ドイツでは、この②-Bの立場が有力であるとみられる。そして、②-Bの学説のなかには、比例原則が約款使用者の信義の拘束と密

104(628) 法と政治 68巻3号 (2017年11月)

接な関連を有すると指摘する見解や、同原則を私法における信義則の発露とみる見解が一部にみられる。もっとも、Ⅲ章2・3の判例・学説の議論では、代替手段の有無が考慮される理由は詳しく説明されていなかった。

そこで、代替手段の有無が考慮される理由について、Ⅲ章4では比例原則の一般的な議論を概観した。その議論を約款規制の場面に敷衍すると、二つの根拠を指摘することができる。第一に、約款使用者が強大でかつ劣位にある相手方の負担の下で一方的に約款を定める場合には相手方の自己決定が喪失することから、両当事者の正当な利益調整を回復させるために、相手方に不利益の少ない手段の使用が求められるとする見解である（a説）。第二に、信義則に基づく配慮の要請から、約款使用者には相手方に配慮した行動が求められ、相手方に不利益の少ない手段で約款を定めた目的を達成しうるにもかかわらず、相手方に過大な不利益を与える約款を使用することを権利濫用と評価する見解である（b説）。

以上の議論を総体的にみるならば、Ⅲ章3の②-Bの学説において信義則を指摘する上記見解は、Ⅲ章4で検討した上記のb説を前提にしていると把握されよう。

(4) 代替手段の有無の考慮と約款条項の不当性の判断方法

それでは、相手方に不利益が少ない代替手段の有無を考慮するか否かによって、約款条項の不当性の判断方法にどのような違いがあるのだろうか。

まず代替手段の有無を考慮しない立場（①）によれば、約款の使用から得られる「約款使用者の利益」とそれによって生じる「相手方の不利益」を衡量することのみによって、約款条項の不当性が判断される。

これに対して、代替手段の有無を考慮する立場には、まず約款使用者が約款を定めた目的やその目的を達成することにより得られる利益を検討する。その上で、その目的を達成することができると考えられる複数の手段

を比較する。具体的にいえば、②-Aによれば、約款の使用から生じる「相手方の不利益」と、約款使用者が約款を定めた目的を達成しうる他の手段から生じる「相手方の不利益」を比較する。この立場は必要最小限度の手段を求めるため、両者の手段から生じる「相手方の不利益」の程度を比べた上で、約款使用者には相手方に最も不利益の少ない手段の使用が常に求められることになる。他方で、②-Bも、約款の使用から生じる「相手方の不利益」と他の手段から生じる「相手方の不利益」を比較する。ただし、②-Bでは、②-Aとは異なり、約款使用者の約款形成の自由が認められ、相手方に不利益の少ない手段の使用が厳格に要請されるわけではない。この立場によると、他の手段を使用したときに生じる相手方の不利益と比べて、約款の使用が相手方に「過大な不利益」が生じさせる場合には、約款条項の不当性が認められると考えられる。

以上の検討を整理すると、代替手段の有無を考慮しない立場では、「約款使用者の利益と相手方の不利益」の衡量のみにより約款の不当性が判断される。他方で、代替手段の有無を考慮する立場では、約款の使用から生じる「相手方の不利益」と、約款を定めた目的を達成しうる他の手段から生じる「相手方の不利益」の衡量に重点が置かれているとみうる。後者はさらに、両者の手段の中で常に相手方に不利益の少ない手段の使用が求められるか（②-A）、他の手段に比べて約款が相手方に過大な不利益を生じさせる場合に他の手段の使用が求められるか（②-B）によって、不当性の判断方法が異なると考えられる。

2 日本法への示唆

次に、ドイツ法の議論からわが国にいかなる示唆が得られるのかについて検討する。

(1) 約款使用者の利益と相手方の不利益との不均衡性の判断基準

本稿では、第一に、約款使用者が約款を設定することにより得られる利益とそれにより失われる相手方の不利益の不均衡性の判断基準が約款規制一般に用いられるのか、用いられるならばその理由は何かという点を検討課題とした。なぜなら、日本では、不均衡性の判断基準が約款規制一般において用いられるのかということは必ずしも明らかではなかったからである。

まずドイツでは、先にまとめた通り、約款規制に際して信義則が考慮され、約款使用者が相手方の利益に配慮せずに自己の利益を追求しようとする約款条項が不当であると評価される。そして、約款が信義則に違反しているか否かを判断する際には、約款の使用から得られる約款使用者の利益とそれによって生じる相手方の不利益が考慮される。これらの利益を調整する衡量手段が「均衡性の原則」であると理解されている。

翻って、日本法においても約款規制において信義則が考慮されることが認められている。例えば、Ⅱ章1(1)でみたように、ドイツ法の影響を受けて信義則を根拠として約款規制を試みる見解があるほか、⁽¹⁰⁷⁾ 消契法10条や定型約款に関する改正民法548条の2第2項においても、「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるもの」という文言が使用されている。さらに、消契法10条の立法過程では、事業者が消費者に負う配慮義務を手がかりに、その基礎には「自己の利益のみを考えて、相手方の利益を配慮しないような態度は許されない」という考え方が⁽¹⁰⁸⁾あることが示されていた。

このように、約款規制において信義則が考慮されているという点では、

(107) 河上・前掲注(5) 393頁。

(108) 山本敬三・前掲注(31) 265-266頁。

日独法には共通性が認められる。そこで、ドイツ法の上記議論を敷衍して考えるならば、ここにいう信義則とは、相手方の責務違反に対して過大な制裁を課す約款を設けるなど、「約款使用者」が相手方の利益に配慮することなく、自身の利益を追求することは認められないという考え方であると捉えられるのではないだろうか。この配慮義務とは、事業者だけでなく、一方的に約款を作成する立場にある約款使用者が相手方に対して負う義務であると考えることができる。この考え方からは、日本法においても、約款条項が信義則に違反するか否かを判断する際には、「約款規制一般」において、約款使用者が約款から得られる利益とそれによって失われる相手方の不利益との不均衡性の判断基準が妥当すると考えることができる。具体的には、不均衡性の判断基準について従来議論がみられた消契法10条だけでなく、改正民法548条の2第2項のほか、民法1条2項の信義則を適用して約款規制が行われる場合においても、「均衡性の原則」に基づく衡量を行うことによって不均衡性の判断基準が用いられると考えられる。

(2) 代替手段の有無に関する考慮の問題について

本稿では、第二に、約款条項の不当性を判断する際に、約款使用者が相手方に不利益の少ない代替手段の有無が考慮されるか、考慮されるならばその根拠は何かということを検討した。

まず日本法においても代替手段の有無を考慮すべきであろうか。そもそも約款取引では、相手方は約款の内容を知らないまま契約を締結することも多く、さらにその内容を交渉する余地がないという特殊事情が内在しているといえる。したがって、相手方を保護する要請が高いといえよう。このことをふまえると、ドイツ法の分析②の立場のように、代替手段の有無が考慮されるべきである。なぜなら、代替手段の有無を考慮し、約款の使用から相手方に生じる不利益と他の手段から相手方に生じる不利益を比較

した上で、相手方に過大な不利益を与える約款条項の不当性が認められるならば、そのことは相手方の利益の保護に資すると考えられるからである。

それでは、代替手段の有無を考慮すべきであるとして、どのような手法が採用されるべきであろうか。まずドイツ法の分析②-Aのように、約款使用者に相手方の不利益が最も少ない手段の使用を常に求めることは妥当でないとする。なぜなら、この手法が採られれば、約款使用者に約款形成の自由が認められなくなるからである。そこで、日本法でも、ドイツ法の分析②-Bのように、代替手段から相手方に生じる不利益と比較して、「相手方に過大な不利益を与える」約款を使用する場合には、約款条項の不当性が認められるとの見解を採用すべきである。このように約款の不当性が認められる場合を、代替手段から生じる相手方の不利益と比べて、約款の使用が相手方に「過大な不利益を与える」場面に限定することにより、約款使用者の約款形成の自由と相手方の保護との調和が図られると考えられる。

その上で、この結論を採る場合に、代替手段の有無を考慮すべき根拠をどのように考えるべきか。本章1(3)のドイツ法の議論を参照すると、約款使用者の一方が強大でかつ劣位にある相手方の負担で自己の利益を貫徹する状況を重視する立場と(a説)、信義則の配慮義務に基づき、相手方に不利益の少ない手段があるにもかかわらず、相手方に過大な不利益を与える約款条項を使用することを権利濫用とみる立場(b説)がみられる。

それらの根拠を日本法下の議論にあてはめてみると、まずa説によれば、消費者契約において、事業者が劣位にある消費者の負担で一方的に約款を設定し、消費者の自己決定が喪失している場合には、消契約10条において代替手段の有無が考慮されると考えられる。また定型約款に関する改正民法548条の2第2項においても、一方当事者が強大で他方当事者が劣位にある場合においては、同じく代替手段の有無が考慮されうるといえよう。

他方で、b説では、当事者間の不平等な状況の有無を問わない。つまり、約款使用者が相手方に配慮することなく、相手方に過大な不利益を与える場合には約款の使用が濫用的であると評価される。こうした状況は、消費者・事業者間や事業者間に不平等な関係がある場面だけでなく、約款を使用する場面全体において生じうる。そうすると、この説によれば、約款規制が行われる場面では代替手段の有無が考慮されると考えられる。

上記の整理によると、a説によれば、当事者間に不平等状況が存在していない場合には、代替手段の有無は考慮されないと考えられる。他方で、b説は、当事者間に不平等な状況がある場合だけでなく、約款が使用される場面一般において代替手段の有無が考慮されるといえよう。そうすると、両者のうち、代替手段の有無を考慮すべき根拠として約款規制一般に妥当するのは、b説であると考えられるのではないだろうか。

(3) 個別場面の検討

本稿は、約款規制の不当性の判断方法を明確化することを目的としており、種々の約款が問題となる個別場面での解釈論を提示するものではない。ただし、ドイツ法の検討をふまえて、日本法において具体的に約款規制がどのように行われるのかについて、本稿の冒頭であげた旅行バスの乗車券の紛失条項を題材に考えてみたい。

ドイツ法では、Ⅲ章2【判例2】でみたように、旅行バスの乗車券を紛失した乗客に対して乗車券の再発行や払戻しに応じないとする約款が設けられていた。この約款の目的は、バス会社が二重給付の危険を回避することにあった。この事案では、乗車券に名前が登録されており、出発時に運転手が有するネームリストと乗車券が照合されていた。判決では、ネームリスト上に乗車券を紛失した乗客に乗車券を再発行したことをメモすることによって、バス会社が二重給付の危険を簡単に回避できるとされた。そ

れにもかかわらず、乗車券の再発行や払戻しに一切応じないとする約款条項は、顧客の利益を不当に不利に扱うものと評価された。

一方、日本では、観光バスに適用される一般貸切旅客自動車運送事業標準運送約款9条によれば、「乗車券を契約責任者若しくは旅客が紛失した場合又は契約責任者に交付した乗車券が災害その他の事故により滅失した場合には、契約責任者の請求により、配車の日の前日において乗車券の再発行に応じ」る旨が定められている。この規定によれば、例えば、旅客が乗車券を紛失した場合、バス会社と運送契約を結ぶ契約責任者がバス会社に乗車券の再発行を求めることができる。もっとも、この文言からは、乗車券を旅行の当日に紛失した場合には、バス会社が二重給付の危険を回避するために乗車券が再発行されない可能性がある。それでは、この約款条項は不当だろうか。まず観光バスにおける旅客運送取引は、相手方の個性に着目せずに行われるものであり、定型取引の要件である「不特定多数の者」を対象とする取引であるため、改正民法548条の2第2項の対象となると考えられる。さらに、相手方が消費者の場合には消契法10条が、そのほか一般条項として信義則が適用される可能性がある。その上で、具体的な適用方法を検討すると、まず二重給付の危険を容易に回避する手段が存在しない場合には、バス会社の利益と相手方の不利益との不均衡性の判断基準が適用されることだろう。しかし、搭乗名簿にメモをするなど乗車券の再発行の有無を確認する手段があれば、バス会社は二重給付の危険を回避しうるかもしれない。そのような手段があるにもかかわらず、乗車券の再発行に応じないならば、代替手段から生じる不利益と比べて約款条項が相手方に過大な不利益を与えるものと評価される可能性がある。その際には、改正民法548条の2第2項や消契法10条、信義則によって当該約款の不当性が判断されるのではないかと考えられる。

V 結章

本稿では、約款条項の不当性を判断する方法を明確化することを目的に、第一に、約款使用者の利益と相手方の不利益が衡量されるのか、その根拠は何か、第二に、約款使用者の相手方に不利益の少ない代替手段がある場合、約款規制においてその手段の有無が考慮されるのか、代替手段の有無が考慮されうるならばその根拠は何かという点についてドイツ法を検討した。

その結果、第一の課題について、ドイツでは、約款規制に際しては、約款使用者が相手方の利益に配慮せず、自己の利益を一方的に追求する場合には、約款条項が信義則に反して相手方を不相当に不利に扱うものと評価されることが分かった。そして、約款が信義則に違反するものであるかを判断する際に、約款使用者の利益と相手方の不利益が衡量されており、この衡量手段が均衡性の原則として理解されていることを明らかにした。第二の課題については、ドイツでは、約款規制の判断において、相手方に不利益の少ない代替手段の有無を考慮する立場が有力であることを示した。代替手段の有無が考慮される理由については、約款使用者の一方が強大で劣位にある相手方の負担の下で約款を設定する状況を重視する見解と、信義則に基づく配慮義務の観点から約款使用者が相手方に不利益の少ない手段があるにもかかわらず、相手方に過大な不利益を与える条項を使用することを権利濫用とみる見解を明らかにした。

その上で、日本法においても、第一の課題について、約款規制一般において約款使用者の利益と相手方の不利益との不均衡性の判断基準が考慮される可能性を示した。第二の課題については、日本においても約款規制の判断において代替手段の有無が考慮されるべきであることを指摘し、その適用方法について検討した。

契約の相手方に不利益が少ない代替手段の有無に関する考慮の問題について、ドイツでは約款規制以外の場面においても議論されている。そのため、今後は他の場面も含めたドイツ法の考察を行った上で、わが国において代替的な手段の有無が一般的に考慮されるのか、そしてドイツ法から得られた根拠が妥当しうるのか否かについて詳細な検討を行う必要がある。

また本稿によって約款規制の場面で比例原則がどのように適用されているのかを示すことができたが、今後も同原則の他の適用場面を検討することによって、民法における比例原則の意義を明確にしていきたいと考えている。

Eine Beurteilung der Unangemessenheit bestimmter Klauseln
in Allgemeinen Geschäftsbedingungen
mit Hilfe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit
—Ein Vergleich mit dem deutschen Recht und Vorschläge
für das japanische Recht—

Takanori YAMADA

Im japanischen Recht kann der Verwender den Inhalt der Klauseln in den AGB grundsätzlich bestimmen. Aber die Klauseln können für die Vertragspartner zu unangemessenen Benachteiligungen führen. Es ist anerkannt, dass solche Klauseln unwirksam sind. Dabei handelt es sich um die Begründung der Beschränkung solcher Klauseln und das Kriterium für die Beurteilung der Unangemessenheit solcher Klausel. Das Ziel meiner Arbeit liegt darin, eine Beurteilungsweise für die Beschränkung solcher Klauseln zu erklären.

Dabei beschäftigt sich diese Arbeit mit der Klärung folgender zwei Fragen. Als Erstes ist bei der Beurteilung der Unangemessenheit der Klauseln die Frage, ob man das Kriterium der Unverhältnismäßigkeit berücksichtigen kann und somit den Vorteil des Verwenders mit dem Nachteil dieses Partners abwägen sollte. Als Zweites ist bei der Beurteilung der Unangemessenheit der Klauseln die Frage, ob der Verwender dem Vertragspartner gegenüber weniger schwerwiegende Maßnahmen nutzen müsste, wenn es mehrere Maßnahmen gibt, die den Interessen des Verwenders ebenso gut Rechnung tragen würden. Die Diskussion bezüglich dieser Frage ist im japanischen Recht noch nicht geklärt.

In Deutschland gibt es unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine lebhaftere Diskussion dieser beiden Fragen als in Japan. Daher wird in dieser Arbeit die Diskussion zu dieser Frage in Deutschland bewertet und anschließend Vorschläge für das japanische Recht gemacht.