

資料：西ドイツにおける「普通取引約款に
関する法律」報告者草案（普通取引約款法
規整及び民法典変更に関する法律）（訳）

石 原 全

近時、諸外国では不当約款是正手段として立法的規整が脚光を浴びてい
⁽¹⁾る。特に、ドイツでは、連邦司法大臣任命の約款に対する消費者保護改善に
関する研究委員会が創設され、これにより1974年3月にその第1次一部報
⁽²⁾告、ついで同年6月表題の報告者草案が公表された。⁽³⁾本稿は後者の訳出を意
図するものであるか、その前に簡単に本草案の内容を素描しておく。

-
- (1) 立法化された例として、Israel, Standard Contract Law (No. 5724, 1964) 及び Sweden, Act of 30 April 1971 (No. 112) Prohibiting Improper Contract Terms. 前者につき、Siehe, Yadin, U.: Legislative Control of Standard Contracts. In: *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. (Arbeiten zur Rechtsvergleichung. Bd. 41)* Frankfurt/M. Berlin 1968, S. 143 ff 及び条文 (英訳) につき, a. a. O. S. 175 ff. 後者につき, See, King, Donald B.: *Consumer Protection. Experiments in Sweden.* South Hackensack N.J. 1974; Sheldon, James E.: *Consumer Protection and Standard Contracts: The Swedish Experiment in Administrative Control*, 22 *A.J.C.L.* pp. 19~70. (1974); Bernitz, U.: *Consumer Protection and Standard Contracts.* 17 *Scan. S. in Law* pp. 1~50. (1973).
- (2) 伊藤, エンゲルレ「西ドイツにおける“消費者保護のための普通取引約款規制法案”(上)」ジュリスト 587号 66頁以下参照.
- (3) *Referentenentwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches. DB Beilage Nr. 18/74.* (以下, RefEW と略記). その他の立法私案につき, Vgl. Duden u. ä (hersg.): *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft.* Karlsruhe 1972, S. 78 ff; Hagemann, u. ä (hersg.): *Der Skandal des Kleingedruckten,* Bremen 1973. なお, 第50回ドイツ法曹大会では, Kötz 教授が報告し, これにつき討論がなされている. Vgl. *Verhandlung des 50. Deutschen Juristentages Hamburg 1974. Bd. I., Gutachten Teil A: Abteilung Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Welche gesetzgeberischen Maßnahme empfehlen sich zum Schutze des Endverbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingon und Formularverträgen?* von Hein Kötz und Bd. II., *Sitzungsbericht. Teil H. Referent: Peter Ulmer,* München 1974.

立法目的は、民法典の基本観念たる契約における自由な当事者の自由な交渉という尺度が約款利用の場合にも適用されるべきとする。つまり、両者の利害の妥当な衡平、約款領域において自由な発展の結果阻止されている私法の機能を再生させることにある⁽⁴⁾。そして、その基準として、任意法の秩序機能の再評価を採用しているといえよう。

まず、1条では、約款概念規定として、事前に一方的に作成され、多数（不特定多数ではない！）契約に使用され、契約関係を規定するものとし、その範囲、活字の態様、形式対象如何を問わないとする。これによって最大限に本法適用して消費者の保護を図る⁽⁵⁾。2条は、挿入における要件を厳格化して、顧客の約款内容認識可能性を法的に保証し、更に、特殊事情も勘案すると共に顧客の要求に基づき約款を交付すべき旨を規定する⁽⁶⁾。3条は、前条の要件充足するもなお一定の不意打条項は契約要素とならないとする。顧客の信頼保護を目的とするものであり、判例の立場でもある⁽⁷⁾。4条は、個別合意の優越性を明定する。約款は通常多数事例のための定型的規定で個別事案の特殊性を勘案していないが故に、約款修正の個別合意に劣位することになる⁽⁸⁾（一般法特別法的関係）。判例もこの立場をとる。5条は、不明確原則を採用する。学説上批判が強いが判例上多用される是正手段である。草案は、約款が通常交渉されず顧客が内容形成に影響を及ぼしえないことから不明確性

(4) RefEW DB Beilage Nr. 18/74 S. 4. 私法機能阻害要因は知的、経済的劣位であるが、この点からみると個別契約にもこの要因は存する。しかし、草案は、約款の場合、両者の利害の妥当な衡平が典型的に阻害されていること、約款の大量利用により弱者たる契約相手方の保護のために緊急な立法規整を要すること、個別契約も含めた法改正は必要だが、それには長期間を要すること等により、約款のみの特別立法を採用。Vgl. RefEW, a. a. O. S. 4.

(5) 標準書式契約、公証人により公証された契約にも適用される。Vgl. RefEW, a. a. O. S. 6.

(6) イタリア民法 1341 条 II 項は特定条項につき書面性プラス署名を要求するが、本草案は不採用。

(7) RefEW, a. a. O. S. 8. なお、不意打ちか否かは、当該顧客の知識・理解力によるのではなく、平均的顧客の見地から、つまり客観的に判断される。Vgl. RefEW, a. a. O.

(8) RefEW, a. a. O. S. 8. なお、約款上の約款修正には書面乃至は企業側の承認を要するとする条項は当然拘束なし。Vgl. RefEW, a. a. O. S. 9.

の責任を問えないとして、企業側の責任とする。⁽⁹⁾ 6条は、既述の立法目的に相応した規定は全ての者にとって理解し易く空白がないこと（7, 8条の補完）を要し、かつ、契約当事者の利益の妥当な衡平を達成しなければならないとして、一般条項を採用し、これにシグナル機能を期待する。⁽¹⁰⁾ I項は、「全契約関係を顧慮して」妥当であるときのみ有効（相対的一般条項）、⁽¹¹⁾ II項は、「任意法の正当性内容侵害」、「契約の本質又は取引見解に反し契約当事者の基本的権利義務侵害」するときは常に無効とする（絶対的一般条項）。⁽¹²⁾ 他方、一般条項はその不特定性、広い裁量余地、種々の解釈可能性の故に、実際の効用は、特に裁判外での適用領域では制限される。そこで、法的安全及び法的明確性のために、7条、8条で具体的に特定条項及び約款による形成を、約款付合者にとって特別な危険性を示すものとして列挙する。⁽¹³⁾ 7条は、全契約関係を具体的に顧慮して一定内容の条項を禁じ（darf 条項）、約款危険ゾーンを設定する。8条は、当該条項（19項目）は具体的事情を勘案せず濫用が明白であるが故に即座に絶対的に無効として、約款封鎖ゾーンを設定する。⁽¹⁴⁾ 9条は、脱法行為、特に、7, 8条の脱法行為につき本法適用を明定する。⁽¹⁵⁾ 10条は、一部無効、制定法による一部無効の補完、最終的には全部無効を明定し、民法139条（全部無効を原則）適用を回避し、できる限り残余契約の保持を狙う。⁽¹⁶⁾ 11条は、現今の経済的取引が国際化していることに相応して、内国の顧客の保護を意図して国際的適用を一定条件の下で認

(9) RefEW, a. a. O. S. 9. 立法例として、イタリア民法1370条、フランス民法1162, 1602条参照。

(10) RefEW, a. a. O. S. 9.

(11) 挙証責任は企業側に存する。なお、価格論拠は積極的に肯定していない。Vgl. RefEW, a. a. O. S. 10.

(12) RefEW, a. a. O. S. 10. なお、本条I項の具体化が7条、II項の具体化が8条とされる。Vgl. RefEW, a. a. O. S. 11.

(13) RefEW, a. a. O. S. 10.

(14) RefEW, a. a. O. S. 10. 7, 8条の具体的説明については、Vgl. RefEW, a. a. O. S. 11 ff.

(15) RefEW, a. a. O. S. 21. 但し、1条の約款定義をこえて個別合意にも本法を適用するものではない。

(16) RefEW, a. a. O. S. 21. これは、学説判例の立場でもある。

(17) 容する。12条は、人的物的適用範囲を規定する。人的範囲としては、完全商人（登記基準）で契約がこの者の商業経営内に属するとき及び公法上の法人等には不適用、かつ、小商人も一定条項は不適用とする。これは、商人は知的・経済的能力の点で一般消費者ほどには保護するに値せぬこと、緊急に保護を必要とするのは消費者であることによるが、消費者概念定義は本法上なされていない。物的範囲としては、一定の法領域の契約には、特別立法の存在及び法領域の特殊性の故に不適用とする。(19) 更に、修繕費用を売主に課するため、民法 476 a として民法上の規定を補完し、(20) ついで、ベルリン条項を定める。

以上のように、本草案は実質法に関するものであり、草案は手続法的規整の重要性を認識するも、起草は今後の検討に委ねる。(21) なお、この点については、スウェーデンの契約不当条項禁止法が、消費者オンブズマン（例外的に、企業、消費者、労働者の各々の団体）による市場裁判所（1審かつ最終審）への使用差止請求の訴を規定し、(22) キリスト教民主法曹団の連合研究会による「約款に関する法律草案」27条以下が、契約相手方及び消費者団体による使用差止請求権につき訴訟法的側面で詳細な規定を定めている。(23)

(17) RefEW, a. a. O. S. 22.

(18) RefEW, a. a. O. S. 23 f. 但し、この点は非常に争われている。Vgl. bes. *Verhandlung des 50. Deutschen Juristentages Hamburg 1974, Bd. II., Sitzungsbericht. Teil H.*, a. a. O. H. 76 ff.

(19) RefEW, a. a. O. S. 23.

(20) RefEW, a. a. O. S. 24.

(21) RefEW, a. a. O. S. 4.

(22) 詳しくは註(1)の文献参照。

(23) この草案の具体的内容につき、Siehe, *Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)*, BB Beilage Nr. 9/74. なお、イスラエルにつき、拙稿「英国における免責約款の司法的規整(Ⅰ)」商学討究 23巻1号 71頁以下参照。但し、これは企業側の任意申請によるため実効性疑問とされ、近時、認可強制主義が西ドイツで強力に主張されている。Vgl. E.v. Hippel, *Präventive Verwaltungskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen?*, ZRP 1972, S. 110f; ders., *Verbraucherschutz*. Tübingen 1974, S. 70ff. bes. 77ff; Gudian *Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, ZRP 1972, S. 147 f. 但し、学説の大勢は否定的である。

第1 普通取引約款法の規整についての法律草案

1条 [概念規定]

普通取引約款とは、法律規定の変更又は補充のために、事前印刷され複製されて、契約締結の場所で掲示されたか又はさもなくば多数契約のために事前作成された契約条款で、契約当事者の一方（利用者）が契約相手方（顧客）に契約締結に際して提供されるものの全てをいう。規定が契約の外形的に分離された構成要素を形成するか又は契約書自体に記載されているか、いかなる範囲を有するか、いかなる種類の活字で作成されているか、契約がいかなる形式・対象を有するかは、これを問わない。

2条 [挿入条件]

(1) 普通取引約款は、書面による契約締結並びに契約成立に要する意思表示が書面をもってなされているときには、次の要件をみたしたときのみ契約の構成要素となる。

1. 利用者が顧客に対し重要条項を平易に読解しうる文言で伝達し、かつ、
2. 適用につき書面をもって顧客が同意すること。

但し、2号に基く書面による同意は、利用者が書面による契約申込において約款を指示し顧客が無条件で申込を承諾したときは必要としない。このことは民法150条Ⅱに基く利用者の申込のときには適用しない。

(2) Ⅰ項で規定された場合を除いて、普通取引約款は次の要件をみたしたときのみ契約の構成要素となる。

1. 利用者が顧客に対して明示的に又は技術的理由により明示的指示が極度に困難であるときは契約締結場所で明確に公然と掲示することにより約款を指示し、顧客に無理なくその内容を認識する機会が与えられていること、かつ、
2. 顧客の行態が事情に基づき適用合意とみなされうること。

利用者は顧客に対し請求に応じて重要な普通取引約款を交付することを要する。

(3) 1項2項は、契約当事者が特定種類の法律行為につき相互に前以って特定普通取引約款の適用を合意したるときは適用しない。

3条 [不意打ち条項]

普通取引約款は、事情により、特に、契約の外形に基づき、非常に異常で顧客が予期しえないものであるときには、契約要素とならない。

4条 [個別合意の優先]

個別契約合意はそれがなされている形式を問わず普通取引約款に優先する。法定の要式規定は除く。

5条 [不明確原則]

普通取引約款解釈においては疑わしきは利用者の負担とする。

6条 [妥当な利益衡平の原則]

(1) 普通取引約款は全契約内容を顧慮して両者の利害を適切に調整したるときのみ有効とする。

(2) 普通取引約款は次の場合は常に無効とする。

1. 一般又は特別な制定法規定が修正されて、その正当性内容が本質的に侵害されたる時。又は、
2. 契約の性質又は取引見解により形成された契約の典型から生ずる本質的権利又は義務が非常に制限され、契約目的達成が危殆に頻する時。

7条 [評価余地あるも原則として許容されない条項]

普通取引約款によって次のものは合意しえない。

1. 申込の承諾又は拒絶、商品の供給又は役務給付又は請負給付をなすことにつき不当に長期又は不十分な一定期間を利用者に留保したる規定
2. 利用者がなすべき給付につき民法326条I項に反して付加的給付期間又は不当に長期の期間延長を利用者に留保したる規定
3. 次の利用者の権利
 - a) 客観的に是認しうる理由なく、かつ、継続的債務関係が存する場合を除いて、契約上示された理由なくして自己の給付義務を免れる権

利，又は，

- b) 約束された給付を変更若くは修正する権利。但し，変更若くは修正が顧客に予期しうるときはこの限りではない。
4. 契約関係の解除に際して，商品利用をなさしめたること又は給付したる役務に対して不当に高額な補償を利用者が要求しうるとする規定

8条〔評価余地なく許容されない条項〕

普通取引約款においては次のものは常に無効とする。

1. 契約締結後4ヶ月以内に給付又は調達されるべき商品若くは給付につき対価の増額を予め規定する規定。但し，継続的債務関係の範囲内で給付又は調達される商品若くは給付，並びに，給付価格が競制限法99条Ⅱ項1号の意味における契約，決定若くは勧告に基づくときはこの限りではない。
2. 以下の規定
 - a) 民法320条により顧客に帰属する給付拒絶権を排除又は制限したる規定，又は，
 - b) 同一の契約関係に基づく限りにおいて，顧客の留置権を排除又は制限，特に，瑕疵につき利用者の承認を要するとしたる規定。
3. 争われていないか又は確定判決をもって確定された債権と相殺をなす顧客の権能を排除する規定。
4. 期間経過後は給付受領を拒否する旨顧客に催告，再猶予又は警告すべき法律上規定された責務を利用者に免除する規定。
5. 損害賠償，費用補償又は価値減少に対する利用者の総額請求権。但し，次の場合はこの限りではない。
 - a) 総額が，規定事案において事物の通常経過に基づき予見されるべき損害，通常なすべき費用又は通常生ずる価値減少よりも高額でなく，かつ，
 - b) 損害又は費用が全く存在しないか若くは総額の額では発生していないか支出されていないか又は価値減少が全く生じていないか若くは総

額の額では生じていないことにつき立証の余地を顧客に明示的に留保したるとき。著作権及び隣接保護権の侵害における損害賠償計算に関する原則は除く。

6. 顧客の違約金約束。
7. 債務者の給付遅滞又は給付不能に際して損害賠償請求若しくは契約を解除しうる顧客の法定権利を排除又は制限したる規定。
8. 民法325条、326条の規定に反して、債務者の負担する給付の一部不能又は債務者の一部遅滞において、顧客が契約全部に関して反対給付義務免除若しくは契約全部の解除又は完全な債務不履行に基づく損害賠償請求をなす権利を制限したる規定。
9. 新たに製作された物品の売買契約、請負契約又は加工引渡契約における以下の規定
 - a) 契約相手方に対する顧客の担保給付請求権を事情によっては可能な修繕請求権及び代替給付請求権も含めて全て若しくはその一部につき排除するか又は第三者に対する請求権の認容に制限する規定。
 - b) 顧客の担保給付請求権を全て若しくはその一部につき、修繕又は代替給付に制限したる規定。但し、修繕若しくは代替給付が不能、失敗又は予期しえぬ遅滞となりたる際には、顧客の選択に基づき契約の解除又は対価の減額を要求しうる権利が明示的に顧客に留保されたるときはこの限りではない。
 - c) 瑕疵除去の義務を負いたる利用者が、修繕に際して必要とされる費用、特に、運送費、通行料、労賃、材料費を負担する債務を排除又は制限したる規定。
 - d) 利用者が、瑕疵除去又は瑕疵なき物の代替給付を対価の前払に依存させたる規定。
 - e) 利用者が顧客に対し隠れたる瑕疵の通知につき除斥期間を設定したる規定。
 - f) 担保給付請求権についての時効期間を短縮したる規定。

10. 売買契約、請負契約又は加工引渡契約において、保証せられたる性質を欠くために民法 463 条、480 条Ⅱ項、635 条による顧客の損害賠償請求権を排除又は制限したる規定。
11. 利用者の重過失による契約違反又は法定代理人若しくは自己の義務の履行に用いたる者の故意若しくは重過失による契約違反に基づく損害に対する責任の排除又は制限。契約交渉に際しての義務違反に基づく損害についてもまた同じ。
12. 顧客の商品の定期的購入又は役務給付若しくは請負給付の定期的利用又は住居を除いて動産の賃借を対象とする契約関係における次の規定。
 - a) 顧客を 1 年をこえて拘束する契約有効期間
 - b) 顧客を拘束する黙示的契約関係の更新が每期 3 ヶ月以上にわたるか、又は、
 - c) 顧客の負担で、当初の又は黙示的に更新された契約期間の終了前 2 ヶ月以上の告知期間
13. 売買契約、労務契約又は請負契約において、利用者の代りに第 3 者が契約から生ずる権利又は債務に加入するか又は加入しうるとする規定。
14. 顧客が他人によって代理されるときにおける次の規定。
 - a) 顧客の契約上の責任の他に、明示かつ特別な表示なくして代理人の責任又は保証義務を定めたる規定、又は、
 - b) 民法 179 条をこえる無権代理人の責任を顧客に保留する規定。
15. 顧客が法定債務をこえて権利追求の費用を負担しなければならないとする規定。但し、利用者により提起されたる第 3 者異議の訴はこの限りではない。
16. 利用者の責任領域に存する事情の立証責任を顧客に課す規定。
17. 顧客の通知又は表示につき簡単な書面よりも厳格な要求若しくは特別な到達条件を課する規定。
18. 次の規定
 - a) 顧客が一定事実を確認したとか又はある事実若しくは顧客の表示を仮

定する規定。但し、何ら別異の表示を含まない特別な証書上の受領承認はこの限りではない。

b) 意思表示又は通知が到達したるものとみなす規定。

19. 顧客が本法適用領域に住所又は通常居所を有するときに外国法適用の合意。

9条 [脱法禁止]

本法は、別異の形成により本法の規定が回避されたるときにも適用する。

10条 [一部無効における法効果]

(1) 普通取引約款が契約要素とならないか又は無効であるとは、契約は残余部分につき有効性を保持する。

(2) 規定が契約要素とならないか又は無効である限りにおいて、契約内容は法律上の規定、これが欠けたるときは契約の性質又は取引見解により形成された契約典型にもとづき決定する。

(3) II項にもとづきなされた変更を顧慮しても契約の保持が不当な結果をもたらすならば契約は無効とする。

11条 [国際的適用範囲]

契約が外国法に服するときでも、次の要件が存するときは本法の規定が顧慮されなければならない。

1. 契約が公の申込、公の広告又は本法適用領域でなされる利用者の同様な営業活動に基づいて成立し、かつ、
2. 顧客が契約締結のための自己の意思表示交付に際して本法適用領域に住所又は通常居所を有し、かつ、その意思表示を本法適用領域内でなしたるとき。

12条 [人的、物的適用範囲]

(1) 本法の規定は次の場合には適用されない。

1. 顧客が商業登記簿に登録されたる商人で、契約がこの者の商業経営に属するとき。
2. 顧客が公法上の法人又は公法上の特別財団であるとき。

3. 契約が労働法，相続法，親族法及び会社法の領域のものであるとき。

(2) 8条1号，6号及び9号eは，顧客が営利行為をなすことにおいて契約を締結するときは適用しない。同じ条件の下で，8条12号aは1年という期間を5年に変更して，8条12号bは3ヶ月という期間を1年に変更するという条件の下で適用される。住居所有権における共同所有物の管理を対象とする契約には8条12号は適用しない。

第2 民法476条の次に以下の規定を入れる。

476a条

買主の解除権又は減額権の代わりに修繕権が合意されたときは，修繕義務を負った売主は修繕に要する費用，特に，運送費，通行料労賃及び材料費を負担しなければならない。但し，移転が商品の用途に適合したる利用に相応しているときを除き，購入された商品が供給後に受領者の住所又は営業所以外の地に移転されたが故に費用が増加したるときは，適用しない。

第3 ベルリン条項（略）

第4 施行期日（略）