九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

ドイツ法と欧州共同体法の緊張関係の中における約款法

ケスター, ミヒャエル
ミュンヘン大学法学部

河内, 宏
九州大学大学院法学研究院

角松, 生史
神戸大学大学院法学研究科

https://doi.org/10.15017/7606

出版情報：法政研究. 72 (4), pp.215-226, 2006-03-23. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

ドイツ法と欧州共同体法の緊張関係の中における約款法

ミヒャエル・ケスター
河内　宏／角松生史（訳）

A　はじめに

消費者契約における不当条項に関する一九九三年四月五日欧州経済共同体指令（指令93/13EEC）が発せられた時点において、約款に関するドイツ国内法は、すでに何十年もの間、独自の発展を遂げていました。共同体法とドイツ法の規律の方向性は、部分的には合致するものの全面的に合致するものではなかったため、同指令の国内法化は困難をもたらしました。一九九六年にドイツの立法者が行った決断は、国内法と異なる部分についてのEC法の要請に対して、ドイツ法の最小限の改正によって応えるというものでした。しかしこれによって同一になったのは、両法体系の基本構造のみです。ドイツ約款規制法の解釈と今後の発展にEC法がそれ以上どのような影響を与えているか、あるいは与えるべきかという問題は、今なお活発に論じられています。その間に下された国内約款規制法とヨーロッパ約款規制法の関係をめぐる初めての欧州裁判所判決も、試行錯誤の域を出るものではありません。国内約款規制法とヨーロッパ約款規制法との緊張関係は、まさに本シンポジウムのテーマによって特徴付けられています。一方には継受があり、他方に衝突があるのです。この衝突の解消は、おそらく将来にわたって継続的課題となるでしょう。

以上の点をもう少し詳細に示すために、まずドイツ約款規制法の発展と基本的方向性（B）、ついで一九九三年のEC指令の基本構想（C）を略述します。最後にこれら二つの方向性の並存と統合について述べることにしましょう。

B　ドイツ約款規制法

すでに第二次世界大戦前に、約款規制法の問題を分析し理論的に取り組もうとする重要なモノグラフィが存在しました。[1] 裁判所は、連邦共和国の最初の十年間において、法律の根拠を欠きながらも、一般条項（特に民法一三八条、二四二条）あるいは法の一般原理（例えば独占的地位の濫用といった）に基づいて、統制の端緒を生み出し、強化していきました。[2] 豊富な個別事例の集積の中から諸原理や構造が形成され、それをBGHの一九七四年判決が総括しました。[3] その基盤の上に立って、立法者による確立といっそうの発展が見られます。すなわち立法者は、膨大な準備作業の上に立って、一九七七年四月一日の普通取引約款規制法（AGBG）によって、約款の司法的規制にとっての実定法的に確実な基盤を初めて用意したのです。普通取引約款規制法は（契約内容への）組入規制、内容規制、手続問題を明確に構造的に区別しますが、その点は今日に至るまでドイツ法を特徴付けています。新たな法律上の根拠に基づいて、判例はいっそう包括的・具体的・詳細なものになりましたが、そのことの法政策的な評価は非常に争われています。[4] 二〇〇二年の債権法の現代化によってようやく普通取引約款規制法は解体され、その実体法的部分は民法（三〇五―三一〇条）に統合、手続法的部分は特別法に組入れられました（差止訴訟法UKlaG）。その際、約款規制法の実質的な内容について大きい改正が加えられることはなく、個別の点の明確化と改正債権法への適合が行われただけにとどまります。

法政策的指向としては、ドイツ約款規制法は私法全体にかかわる問題―契約メカニズムの機能不全―への部分的解答と言えます。民法の立法者は、情報を与えられ、自己決定能力を有し、自己責任的な個人（「市民」）という人間像から

出発しました。そのような個人が、周囲世界との法的関係を自律的に自由な交渉過程によって規律するのです。正義にかなった秩序の生成についての第一次的責任を有するのは国家ではなく市民とされます（私的自治の原則）。その際、およそ契約当事者が自らの利益の損失や譲歩を受け入れるのは、その反面として取引による利益が期待でき、最終的には均衡の取れた利益調整が予期される限りにおいてである、ということを前提にすることができます。後年になって、これに関してSchmidt-Rimplerは「契約による正当性の保障」という概念を作り上げました。[5] その帰結として、国家法は、（正当性規制という意味における）実体法的な内容規制を断念し、（強行法規や良俗といった）私的自治による形成の自由の外的な限界を確定するのみで足ります。典型契約（売買契約、請負契約）に関してそれ以上の詳細な規律がなされているのは、基本的には公正な利益調整のモデルだと理解されます。それは契約当事者が別段の定めをしない限りにおいてのみ妥当するものなのです（任意法規）。

ここで、約款の利用は、次のような危険をはらんでいます。任意法規が作り出した両当事者の公正な利益調整に替えて、一方当事者のみの一面的な利益のみを貫徹する目的で、契約条件の一方的な事前形成が濫用されるというものです。[6] 例えば顧客に広範にリスクを転嫁したり、法状況を不明確にすることで顧客が適切な利益擁護を行うことを妨げたりするなどです。状況上、このような約款に対しては、顧客の有効な防禦武器は通常存在しません。契約の自律性―概念上それは両当事者に等しく付与されているものですが―が一方の側のみによりこのように簒奪されることは、契約を統制しないことを正当化しているところの「実質的正当性の保障」から、その基礎を奪ってしまうことになります。ドイツ約款規制法は、事前に形成された契約条件を押し付けることによって生じるところの一定の不均衡状態に対処するために―原則的には当事者のその他の状況を考慮することなしに―作られているのです。なかんずく、約款規制法を消費者保護法の一側面と理解することは度外視されていました。約款規制法の正当化根拠とされたのは、専門営業者と未経験の消費者という人的な不均衡ではなく、契約交渉メカニズムが状況上欠落していることだからです。このことの帰結と

して、約款規制法では、顧客として約款の反対当事者となる場合は、商人であっても保護されます（民法三一〇条一項。）

約款からの保護の内容的構想については、ここでは概略を示すにとどめざるを得ません。なにをもって「約款」の存在が認められるかが法律上定義され（民法三〇五条一項）、その場合契約内容に約款を組み込むことにすでに厳しい規制が課される（民法三〇五条二・三項、三〇五a、三〇五b、三〇五c条）とともに、組入れられた約款の条項は、「不当な不利益」の有無という基準（民法三〇七―三〇九条）によって、内容的にも有効性が問われることになります。

C　EC指令 93/13EEC

一九九三年のEC指令は、中心的な諸点においてドイツ約款規制法に類似しています（約款の定義、内容統制の構造、団体訴訟）が、概念上、営業者と消費者との契約（消費者契約）に限定されています（指令一条・二条）。約款の顧客が状況的に従属的であることと、消費者が企業に対して人的観点から従属的であることとは区別されていません。また、同指令がドイツ法と類似の規制を含んでいる場合であっても、概念が異なることもあります。同指令が「濫用的契約条項」について語るとき、それは、相互の権利義務の「重大かつ正当化されない不均衡」（指令三条一項）を指しています。これに対して、ドイツ約款規制法の中心概念は、「不当な不利益」（民法三〇七条一項一文）です。一九七七年のドイツ約款規制法よりも明確に、約款条項の内容的形式的明確性の要請が規定されています（透明性要請、指令四条一項、五条）。指令も濫用的条項の具体例を列挙していますが、それはドイツ法（民法三〇八、三〇九条）と異なり、直接の規範的効力を有さない付表においてです。(7)

D ドイツ約款規制法へのEC法の影響

I 指令の効力：総論

1 直接的国内法化

EC指令は、加盟国に、一定期間内に国内法を指令の内容に一致させるという義務を課します。ドイツの立法者は、当時の約款規制法が既に本質的には指令の要請を満たしているという見解を取り、消費者契約の特別規定において若干の例外規定を定めるにとどめました（約款規制法二四a＝現在の民法三一〇条三項）。指令が効力を主張するのは消費者契約に対してのみだからです。[8] これによって、ドイツ約款規制法は多層的なものとなりました。「通常の市民」に対してはその基本形態が妥当し、事業者に対しては緩められた規制が妥当し（民法三一〇条一項）、消費者契約にはさらに、EC指令によって課された修正が加えられた（民法三一〇条三項）のです。

2 指令の優位の継続

「欧州共同体法の優位」の理論に従えば、共同体法は国内における具体化法に対しても最終的な法源でありつづけ、[9] それに加え、その他の、主題上関係する国内法に対しても優位を主張できます。[10] この優位を保障するため、二つの方法の選択肢があります。[11]「指令適合的解釈」と「解釈問題の欧州裁判所（ルクセンブルグ）への移送」です。

指令適合的解釈を行うべき国内裁判所の義務は、欧州裁判所によってもドイツ裁判所によっても認められています。指令93/13ECについてもこのことは当然あてはまります。それは指令の国内法化のために公布された法令についてのみならず、主題上関係する国内法のすべてに対して関連を有します。[12] 指令適合的解釈の前提は、第一に、指令を尊重

するような解釈を行う余地がドイツ法に存在することです。ドイツ約款規制法が用いる不確定法概念の多さにかんがみれば、この点は通常問題ありません。第二に、指令が具体的に何を意味するのかについて、確定性がなければなりません。指令の条文はドイツ法よりもさらに不確定ですから、約款規制法の指令適合的解釈には、今日ではあまり大きい意義はないといえます。

だからこそ、欧州裁判所への移送手続がより重要になります。それによって指令の要請がより明確になるのです。ドイツの裁判所は全て、具体的事例におけるEC指令の解釈が判決にとって重要である場合、訴訟を中止して事前決定のために欧州裁判所に移送することができますし、それが最終審であれば、そうしなければなりません（欧州共同体条約二三四条）。移送義務が生じないのは、当該解釈問題について既に欧州裁判所において判断が下されている場合と、結論が「あまりに明白で、合理的な疑いの余地がない」ときのみです。[13] 欧州裁判所による事前決定は、加盟国の国家機関による共同体法の統一的解釈と適用を保障します。共同体法を解釈し、司法権によりさらに発展させていくことについては、欧州裁判所が独占権を有します。事前決定手続は、この独占の実効性を助けるための、国内裁判所と欧州裁判所の間のコミュニケーション手段です。とはいえ、事前決定手続のテーマはEC条約二三四条上、共同体法の解釈に限定され、また、(1)移送のきっかけとなった事例への共同体法の基準の適用や(2)国内法の解釈は、欧州裁判所の判断に服しないとされます。

結局のところ、欧州裁判所の事前決定は、共同体法の内容についての抽象的な法的教示です。国内裁判所は、移送のきっかけとなった手続を再開する際に、この教示を基礎におかなければなりません。

II　約款規制法における個別問題

1　指令適合的解釈の射程

既に述べたように、ドイツ約款規制法には複数のバリエーション—通常の市民、事業者、消費者それぞれに対しての法—があります。指令が妥当するのは消費者に関する法についてのみであり、その限りでのみ指令適合的解釈が問題になるのです。しかしここで、同一の法律問題が、ある場合は消費者契約において、他の場合には他の人々の間の契約において生じるということがあります。たとえば契約有効期間の相当性であるとか、顧客の従たる給付義務条項の透明性などです。ドイツ法上の概念をある場合には指令適合的に、他の場合にはドイツ的基準で解釈するとしたら、同一の概念が、それがおかれる契約の文脈に応じて異なった意味を持つということになるでしょう。そうなると、ドイツ法の内的統一性が危険にさらされてしまうことになります。そうならないようにするのであれば、指令が妥当する範囲の外においても、約款規制法を指令適合的に解釈することが薦められるということになります。[14] それは必要なことでしょう。ただしその際、国内法の内的統一性は、自律性の放棄の代償と引換えにのみ達成されるということを明確に認識していなければなりません。EC法がいったんいくつかの部分的な主題領域を自らの領域にしてしまった場合、それ以降は、法的統一性は共同体法に準拠することによってしか成立し得ない、ということになるのです。

2　欧州裁判所への移送義務と決定権限

(a)　問題設定

欧州裁判所への移送義務の存立と射程は、約款規制法において特に争われている点です。背景にあるのは、約款条項が顧客に「不当な不利益を負わせる」（民法三〇七条一項一文）ものであるか、指令の用語では「契約当事者の契約上

の権利義務の重大で正当化されない不均衡」（指令三条一項）があるかどうかに関する抽象的判断は絶対に不可能であるという事情です。常に比較モデルが必要となります。逸脱の有無を確定し評価するためには、仮に約款条項がなかったとしたら法状況がどうなっていたかということがわからなければならないのです。しかし、批判論によれば、全ヨーロッパ私法は（まだ）存在しないのだから、約款条項は常に国内私法を背景においてのみ評価されうるとされます。国内私法は、EC法についてのみ権限を有する欧州裁判所の判断権には属さない[15]、そしてEC法も、特定条項の濫用性の有無を判断するための実質的基準を有していないため欧州裁判所は、「文字通り、無の前に立っている」というのです。[16]結局同裁判所が指令の諸概念を具体化することはできないのだから、移送義務は不要だと批判論は主張します。[17]

これに対する反論としては、欧州裁判所は関係国内法を背景において指令の諸概念を具体化することが可能であり、その場合、国内法の判断や適用自体がなされるわけではないと主張されます。また、特に消費者法において「ヨーロッパ債権法」の端緒が既に存在するのだから、欧州裁判所はそれを評価の基準として援用することができる、とも言われます。[18]

(b)　欧州裁判所の裁判例

以上の論争に鑑みて、欧州裁判所がどのような立場をとるのかということに、期待を込めて注目が集まりました。これまで下された関連裁判例は二つのみですが、なお変動的傾向の下にあり、まだ明確な路線が示されているとはいえません。

二〇〇〇年の最初の判決[19]においては、訴訟時の裁判管轄を販売者の事業所所在地に統一的に確定する、百科事典販売業者の約款が問題となりました。欧州裁判所は、当該条項が消費者の実効的裁判的保護―ヨーロッパ消費者保護法の中心原理の一つ―を危うくするという理由で、当該条項を無条件に「濫用的」（指令三条一項）と判断しました。

二〇〇四年の第二の判決[20]は、学説によって裁判所の「転回」と評されているものです。ここで問題になった請負契約条項は、注文者に事前給付を義務付けるものです。注文者が事業者に対して銀行保証によって守られている場合、注文者は請負内容の完成以前の支払いが課せられます。ドイツ連邦通常裁判所はこの条項を承認するつもりでしたが、欧州裁判所の見解が異なるかもしれないとして、移送しました[21]。欧州裁判所の判断によれば、同裁判所の権限は原則として、指令の「一般基準」の解釈に限定され、具体的事例における特定の条項にその一般基準を適用することには及ばないとされました。それは国内裁判所の扱う事項だというのです。例外的に欧州裁判所が判断権を有する場合について―第一の判決とこの点で一線を画するのですが―、判決は三つの基準をあげます。(約款条項の)欧州裁判所による直接の破棄が考慮されるのは、(1)当該約款条項がもっぱらその利用者にのみ有利なものであり、顧客に対する反対給付を含んでいない場合(2)当該条項が、契約の類型・契約の状況、関係国内法の内容と無関係に判断できる場合(3)消費者の裁判的保護の実効性が問題になっている場合です。欧州裁判所は、この三つの観点を独立した例外類型として相互に区分するのではなく、お互いに関連するものととらえます。積み重ねによって、欧州裁判所の例外的判断権が根拠付けられることもあります。当該移送事例においては、上の条件が存在しないとして、欧州裁判所は事例をドイツ連邦通常裁判所に差し戻しました。問題の条項が、ドイツ法を背景においた上でEC指令にいう「濫用的」とみなされるべきかどうかを、ドイツ連邦通常裁判所自身が確定しなければならないとされたのです。

(c) 評価

欧州裁判所のこれら両判決は矛盾するように見えますが、より詳細に検討すれば、相互に両立しうるものです。第一の判決は例外事例についての判断に過ぎず、裁判所の基本的立場は第二の判決に示されています。欧州裁判所は、一種の「司法の自制」によって、指令の具体化を国内裁判所に委ねました。指令の具体化は、EC加盟各国が、当該国内法

秩序を背景においてなすべきものとされたのです。その際、同一の条項が例えばドイツの裁判所によっては有効とされるがスペインの裁判所によって濫用的で無効とみなされるという可能性がありますが、それはやむをえないものと考えられています。しかし、二〇〇四年判決によって示された例外は、欧州裁判所が、約款規制法に関して一般的に「降りてしまう」つもりはないことを示しています。裁判所は、一般的な指令解釈を超えて、自らが判断可能と考える具体的条項については、独自の、また優先的判断権を要求しています。現在のところそれにあたるものとして、共同体法の価値基準が既に示されている場合（例：第一の決定（「オセアノ・グルポ」）における実効的権利保護の原理）や、約款条項が明確―あるいは本来的（per se）に―濫用的であって、国内私法の内容が結局問題にならない場合があげられます。しかし、どのような場合がそれにあたるかはオープンであって、欧州裁判所による個別事例の判断ごとによってしか明確にされえません。そこで明らかになるのは、欧州裁判所の判断権を後退させることが、国内裁判所の自律権を真に増大させることをもたらすものではないということです。当該約款に関する判断を下すに十分な実質を共同体法が有しているかどうかについて欧州裁判所が判断を下すことができるように、これからも原則的に移送がなされなければならないことになります。ヨーロッパ私法の現在の状況に照らす限り（判断可能な）場合は例外的ですが、これから重心が変わってくることはありえますし、そうなっていくでしょう。私法のヨーロッパ化は前進し続けるのです。今日においても既に、ヨーロッパ消費者保護法から、指令の具体化に有用な、包括的原理をいくつか見て取ることができます。[22] やがてはそれを超えて、しばしば論じられるヨーロッパ共通法（ius commune）が徐々に輪郭を獲得し、共通の共同体法的価値基盤を形成することになるでしょう。それにより、約款条項の相当性に関するヨーロッパ裁判所の判断権も増大します。今日では例外に過ぎないものが、長期的には原則になっていくかもしれません。

E まとめ

約款規制法という法領域は、国内法とヨーロッパ共同体法の相互影響のみならず緊張関係をも明らかにするのに非常に適しています。約款規制法は、ヨーロッパにおける私法の現在の状況をスナップショットのように映し出していますが、将来的には私法の共通化の増大傾向に加わっていくことでしょう。欧州裁判所は、国内約款規制法についても同様に調和達成機能をよりいっそう果たしていくでしょうから。その過程における摩擦／衝突は甘受しなければなりません。共同体法上の法原則を発見するに当たり、そのような摩擦／衝突は実り多いものですらあるかもしれません。

（1）参照、*Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht (1933); *Raiser*, Allgemeine Gesciäftsbedingungen (1935).

（2）部分的には、かつてのライヒ裁判所の判例（RGZ 62, 266; 99, 109; 102, 397; 103, 83; 168, 329）を引き継いでいる。

（3）BGHZ 63, 256

（4）*Staudinger/Coester* (1998) AGBG § 9 Rn.5, 6 および同所引用文献参照。

（5）AcP 147 (1941) 130ff.; ders., Festschrift Raiser (1974) 3ff.

（6）普通取引約款規制法の草案理由書（BT-Drucks 7/3919 S.9）参照。

（7）これについてはEuGH vom 7.5.2002, EuZW 2002, 465: vom 1.4.2004, ZIP 2004, 1053ff.

（8）その他に、国際私法に関する改正（§ 12AGBG＝現在ではArt29aEGBGB）が行われた。また、二〇〇二年債権法改正の枠内では、指令に対応した透明性原則が法本文に書き込まれるという更なる改善がなされた。

（9）EUGH NJW 1984, 2021

（10）EuGH Slg 1990, 4135, 4159

（11）その他の可能性をあげるものとして、MünchKomm/*Basedow*, vor § 305 Rn.39ff.

（12）基本文献として、*Brechmann*, Die richtlinienkomforme Auslegung (1994)

(13) EuGH Slg 1982, 3415 ff.（いわゆる明白法規の原則（acte-clair doctrine））
(14) MünchKomm/*Basedow*, vor § 305 Rn.45
(15) 特に *Heinrichs* NJW 1996, 2190, 2196: 議論の詳細については *Staudinger/Coester* (1998) AGBG § 9 Rn.57ff.
(16) *Nasall* JZ 1995, 689, 890f.
(17) 以下のように述べる連邦通常裁判所の一九九八年の判例は、本文のような趣旨である。「問題の条項がAGBG 9-11条の基準に沿った審査を免れているかどうかという問題に関する解答は、ドイツ国内裁判所の判断事項であって、欧州裁判所がEC条約二三四条に基いて決定すべき事項ではない」
(18) Nasall JZ 1995, 689, 692ff.; 詳細には Staudinger/Coester aaO.; ders., Festschrift Heinrichs (1998) S.99ff.
(19) Urteil vom 27.6.2000, ZIP 2000, 1165 ("Oceano Gruppo")
(20) Urteil vom 1.4.2004, ZIP 2004, 1053ff. ("Freiburger Kommunalbauten")
(21) BGH ZIP 2002, 1197
(22) 参照, Nasall JZ 1995, 689, 692ff.

〈付記〉　ミヒャエル・ケスターMichael Coester教授は、フライブルグ大学で法学を学ばれ、バーデン＝ブュルテンベルグでの修習と第二次国家試験を経、ツェレにおいて弁護士活動を行っておられたが、その後アウグスブルグ大学の助手に就任され、一九七三年に労働法に関する論考をもって博士号を取得された。一九七五年にはアメリカ合衆国ミシガン大学にてLL.M.取得、一九八一年にアウグスブルグ大学において比較家族法の論考にて教授資格を取得され、一九八三年ゲッティンゲン大学に民法および商法の教授として招聘されたが、一九九四年にはミュンヘン大学の招聘をお受けになり、はじめは民法担当教授、一九九七年からは民法・労働法の教授をお務めである。また客員教授として南京（中国）、オックスフォード（イギリス）、アン・アーバー（アメリカ・ミシガン）各大学の招聘を受けられた。また学内でも学生部長、副学部長を歴任されるなど、学内外で国際的にご活躍の家族法、労働法、比較法研究者である。シンポジウム講演者のお一人であるケスター＝ヴァルチェン教授とは

ご夫婦。

氏は平成一七年二月末から約一週間の日程で来福され、本シンポジウムにおける他、LL.M./LL.D.講演会にて「同性関係：比較法的概説」と題する講演を行うなど、本学法学府の大学院教育にもご尽力いただいた。

［訳者　記］