



Title	普通取引約款とひな型契約
Author(s)	ケメラー, エルンスト・フォン; 櫻田, 嘉章//訳
Citation	北大法学論集, 28(1), 1-14
Issue Date	1977-07-25
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/16230">http://hdl.handle.net/2115/16230</a>
Type	bulletin (article)
File Information	28(1)_p1-14.pdf



[Instructions for use](#)

## 普通取引約款とひな型契約

エルンスト・フオン・ケメラー  
櫻 田 嘉 章 訳

### 目 次

- I 普通取引約款とひな型契約の利用と問題性
- II 問題の規制のための立法上の手段
- III 普通取引約款とひな型契約の判例による取り扱い
- IV 改革立法

(訳者まえがき。既に本誌一二七巻二号一五六頁―で紹介されているように、フライブルク大学名誉教授であるケメラー教授は、表記の講演を北大でされたが、本稿はそれを訳出したものである。同一テーマでは、ニュージーランド、韓国に於ても講演された由であるが、わが国では北大以外では行われなかったもので、訳出の価値があると思われたからである。しかしその後西ドイツにおいては、昨年二月九日「普通取引約款規制に関する法律」が公布され、本年四月一日に施行されることになったので、本講演の翻訳の時期を失った憾みなしとしないが、ケメラー教授の立法に対する態度は、今後の西ドイツにおける法発展をみる上で一つの参考になるであろう。)

## I 普通取引約款とひな型契約の利用と問題性

## 1. 利用分野

普通取引約款とひな型契約は、ドイツ法をはじめとしてヨーロッパ大陸では非常に広い範囲で用いられている。それは英米法圏においても同様であろう。たとえば、卸売りの供給約款、工業界の購売・販売約款、自動車取引の販売約款、融資付割賦販売における契約書、銀行の普通取引約款、小切手に関する銀行の取引約款、全保険部門における包括的な保険約款、住宅貯蓄組合の約款書、抵当約款、公社債約款、運送約款、家主組合あるいは借家人連盟の住居賃貸契約、分譲住居取得のためのひな型、カー・レンタルの取引約款等々がある。

ドイツの判例はしばらくの間、契約当事者が明示或いは黙示で用いた一般的引渡し約款とひな型契約を区別すべきかについて動揺していた。ひな型契約においては、たとえば、賃貸借契約、割賦購買、抵当付消費貸借等におけるように、全約款書が当事者により署名された契約の中にとりこまれている。法政策的には、その区別には理由がなく、従って、普通取引約款とひな型契約は、現在ではドイツの連邦通常裁判所の判例によってはすべての点において同一の取扱いをうけている。

## 2. 普通取引約款とひな型契約の機能

普通取引約款とひな型契約は、立法者が立法に際して考慮に入れることができなかったような、ある業種の特別な必要性や、関係者の特殊な契約目的が顧慮されうる特殊な特別規則を樹立することを可能にする。このようにして、大量契約が合理化され、その危険性が、予測可能なものとされる。銀行は、有価証券に関する売り注文、買い注文のようなその顧客の対応する注文を自己取引 (Inschlaggeschäfte) によって処理することができるので、証券取引所では

単にその差額清算を行えば足りる。但し、それには、銀行がその顧客からうける売り・買いの注文が、同一形式の約款によってなされることが前提である。保険契約では、危険の典型化とそれによってその計算が可能となることが被保険性の本質的前提である。

約款を確定することにより取引を典型化すれば契約締結は単純化され、C I F取引、F O B取引、或いは信用状発行においては、単純な電信による締結が可能である。短い符号の使用で一つのまとまり全部の規則が示される。最後に、ひな型の使用や取引約款を指示することで、ひな型を単に補充するか、或いは若干の商売上の専門的要点を合意するだけで、法律上の予備教育をうけていない商人達も、本来法的に極度に複雑な取引をすることが可能となる。このような合理化と標準化がなければ、銀行・保険取引、或いは商人としてのみで法律上の訓練をうけていない者によるその他の多くの複雑な貿易取引の締結は全く考えられないことになる。最後に、通例標準約款からの逸脱に権限を与えられていない関係する直接当事者(Untertändler)の代理権の明瞭な範囲限定を、供給約款及びひな型の利用が可能にしている。

### 3. 普通取引約款及びひな型契約に対する疑問

普通取引約款やひな型の利用は、従って大量取引の合理化、標準化と、そもそもそれを可能にすること、又個別業種の特別目的を顧慮するという根拠からは全く正当であるのだが、同時にそれには大きな危険が伴っている。普通取引約款を作成し、ひな型を作り上げることのできる者は、そのことだけでささいであるとはいえない交渉力の優位を占めるに到り、法律によって定められた責任を排除し、或いは制限することも可能となるであろう。引渡し約款やひな型の中に含まれている、いわゆる「免責約款(Freizeichnungsklauseln)」についていえば、船荷証券上の免責約款に対する判例・立法の闘いが良く知られている。取引約款とひな型は、更に立法者が定めた保証をこえる優先権や保

説 証を約定するのに用いられる。銀行がその取引約款でその顧客との取引関係から生ずるすべての債権について約定する取引約款に従った質権や、運送業者、倉庫業者、陸上・海上運送人の約款に従った質権が知られている。

論 ドイツ法上は、すべてのいわゆる延長 (Verlängerungen) と拡張 (Erweiterungen) を伴う、ここで認められている売主の所有権留保が重要な役割を果している。供給約款の概ね非常に広きにわたる所有権留保条項においては、その所有権留保は供給された原料から製造された製品や、供給された商品或いは製造された製品の販売から生じた債権にまでおよんでいる。所有権留保は更に個々の取引から生ずる売買代金債権だけではなく、買主との継続的な取引関係から生ずるすべての債権を担保すべきものである。最後に普通取引約款やひな型契約に裁判管轄の合意や仲裁条項を挿入しようとするが、これは自由に交渉される個別契約では決して実行されえないだろう。

普通取引約款とひな型契約はこのように、各業種に即した法の分裂の危険を内包しているのだが、殊にその約款に服すべき者の利益を極度に損う、全く一方的につくられた規則の作成にもなりかねない。普通取引約款とひな型契約の問題にせまることに成功するか否かの問題は、当事者の自治の保証ということが核心となる。

## II 問題の規制のための立法上の手段

### 1. 強行法の拡充

立法者は普通取引約款とひな型契約の濫用に対して、まず広い範囲で強行法をつくることによって対応することができる。ドイツでは既に前世紀の九〇年代に割賦販売について、これが行われた。買主は、一度の賦払金支払いの遅滞によってすぐに債権全体の期限到来とし、同時に売主に買主から売却された物を取り戻す権利を与える失権約款

(Verfallklauseln) に対して保護されたのである。近年この割賦購入者の保護は、「消費者保護」という見出しの下に分割払い信用の為の多くの強行規定の制定によって一層拡充された。鉄道・バス会社等の乗客輸送会社は、その運送約款の中でその法律上定められている責任を排除、或いは制限することはできない。借家法はこの数年間に借家人に有利に多くの強行規定によって広範に変更され、契約の自由がここでは最も大きな制限を蒙らねばならなかったのである。

保険契約法は、ドイツでは一九〇八年まで何らの制定法によらない純粹の取引約款法であったが、現在では、多くの点においてその規定は強行性を持たないとしても「値切る余地のない」、つまり保険契約者に有利にそれから逸脱することはできても、不利にはなしえないものとなっている。

最後に、有名なのは、一九二四年ハーグ・ルール (Hague Rules, 1924) において達成された船荷証券上の免責の制限である。

## 2. 方式規定

強行法の拡充は、立法者がひな型契約や取引約款中の特定の条件を阻止しようとする場合に、全世界の立法者によってとられている一つの方途である。しかし、内容上は特定の約定について全く異存はないが、それが普通取引約款やひな型契約にとり入れられることを阻止だけはいかなる場合がある。この場合にドイツの立法者は特別の方式規定を選択し、他の合意が、当該条項と結合することを無効の制裁をもって禁止したのである。

これは仲裁条項の例に即すれば最も明らかとなる。仲裁裁判の合意、仲裁条項は、ドイツの立法者によっておうように認められている。しかしながら民事訴訟法は書面の方式を要求しており、仲裁裁判手続にかかわる他の合意はそれ自体としてはその文書に含まれてはならないと定めている。これによって仲裁条項が普通取引約款やひな型契約に

とりこまれることを阻止しており、その都度特別の、その他の合意と分離された書面による仲裁契約を必要としている（勿論、これは通常の市民についてのみいえるのであって、商人間の契約に際しては仲裁条項のための特別的方式は定められていない。つまり普通取引約款の中へでも取り入れられうるので、ハンブルクの輸入者は、その購入約款中にその条項を挿入しうる。これが「ハンブルク友好仲裁」(“Hamburger Freundschaftliche Arbitrage”)であり、それによってハンブルク仲裁裁判所の管轄が合意されている)。しかし更に最も重要なのは、それによって取引約款に対する通常の国家的裁判権のコントロールが保証されるので、仲裁裁判所がひな型、或いは取引約款に従って合意されうることである。

### 3. カルテル法

(a) 普通取引約款の利用に関する重要な規定は、ドイツではカルテル法に含まれており（カルテル法は、一九五七年・一九六六年の競争制限禁止法中に定められている）、その法はいわゆる条件カルテルを本来許容している。この条件カルテルは、たとえば大きな化学コンツェルンの製造する繊維あるいは布地を織り、染色し、プリントする織物の仕上げ加工業のような市場で弱い産業や下請け産業や特定のサービス企業にとっては非常に重要である。従ってこの条件カルテルは許されているが、届出義務があり、そのカルテルの合意は、カルテル官庁が三カ月以内に異議となえない場合にのみ有効である。この手続においては、カルテル官庁は、市場の他方の側を審尋するので、それによって矛盾する諸利益の調整がなされうる、普通取引約款の内容に関する審理にいたるのである。

(b) 更にカルテル官庁は、市場支配的企業については取引約款の濫用的な形成、利用に対して介入することができるので、一方的に作成された取引約款の使用に際しての介入が、この場合に可能である。

### 4. 国家的監督

それ以外でも、普通取引約款の使用が国家的監督と認可に服すべきであるとの主張もあつたが、そのような国家的認可実務の従来の経験は、しかしながら力づけられるものではない。銀行は国家的銀行監督に服しており、保険企業も、監督官庁の本来非常に厳格かつ周到な私的保険に対する監督下にあるが、それでも銀行約款並びに保険約款には、個々の場合に非常に一方的で、顧客にとって負担になることがわかるような条項が含まれている。国家的監督官庁が監督されている業界と一種のなれあい関係に陥りがちであるというのが昔からの経験である。保険業界が、異議を唱えられた条項について、それが危険の制限に必要で、それがないと保険上の危険の安定性や計算があやうくするような非常な財政的負担となるおそれがあると主張し、それについて監督官庁にその責任が押しやられるような場合には、その保険監督庁は困難な状況におかれている。それ故にドイツの判例は、特定の約款が監督法上認可されたという事実は、そのような条項の裁判官による審査を妨げるものではないという立場に常に立ってきた。

### III 普通取引約款とひな型契約の判例による取り扱い

ドイツの判例が若干の動搖の後に、普通取引約款とひな型契約を正当にも同等に取り扱に到つたことは既に述べた。その境界を定めることは、個々の場合には困難だろう。普通取引約款においては、当事者がそれを契約内容としたかどうかというこれまではっきりしない特別問題が生ずる。たとえばいわれる“*battle of forms*”は当然のことながら普通取引約款においてのみ生ずる。ひな型契約ではその条件文書が契約内容となつたかどうかの問題は、契約書式への当事者の署名によって疑問の余地がないこととされる。しかしそれ以外ではその法政策上の状況は、本質的に同じで従つてドイツの連邦通常裁判所が最近のいくつかの判決の中で、普通取引約款とひな型契約を対等に取り扱



説  
うよう判断したのは歓迎すべきことである。

1. 最上級裁判所による審査（上告の可能性）

論  
フランスの破毀院やドイツの連邦通常裁判所のような最上級裁判所は、法律問題のみを扱い、事実問題は審理しない。契約による合意の解釈は、一つの事実問題であり、従って連邦通常裁判所や破毀院に属しない。従って一八七九年から一九四四年まで存在したドイツのライヒ裁判所が、既に普通取引約款とひな型契約を、それに当事者が服する一つの法秩序のように取り扱い、現在では連邦通常裁判所が同様に行っているのは決定的な一歩であったのである。それによって普通取引約款の上告可能性がまとめられ、普通取引約款の最上級審によるコントロールがそもそもはじめで可能となったのである。普通取引約款とひな型契約の問題性の核心をつくにこれが全く決定的な一歩であったのである。

2. 解釈原則

ドイツの判例は、多くの他の国の法律と同様に不公平な条項について救済を可能となしうるような、普通取引約款とひな型契約のための一定の解釈原則を發展させてきた。これに属するのが、いわゆる「不明確原則」（“Unklarheitsregel”）であるが、これは既に古代ローマの法律家の判断格律であった。ある契約条項が不明確で疑問の余地があれば、それはその規則を作り、その定式化に責任を負っている者の不利に解釈されるのである。これは一定の保護を保障するが、当該の経済団体が、このようにして最高裁判所の判例によって排除された条項をより明確につくり、それによって同様の批判に対して安全策を講ずることを阻止するわけではない。

判例は更にいわゆる予期されなかった、或いは不意打ち的条項に対する保護を与えている。商人はひな型、或いは普通取引約款の約款書を読むことはないのが現実であり、信頼に値するパートナーとの取引が九九パーセントの場合

に手はず通りに進行し、例外的一パーセントの場合には裁判所が自らに保護を与えてくれるだろうと信じているといえる。このわずかの数の問題となる場合のために、取引約款についての交渉で契約締結を危くすることは彼にはできないのである。だとすれば、取引約款やひな型を受け入れた契約当事者は、その中に取引生活上通常でない全く予期されなかった条項が含まれていることに対しては、少くとも保護されるべきであろう。署名する者が予期する必要のない契約条項は、従って合意されなかったものとみなされる。世界中の裁判所で再三用いられたこの格律は、しかしながら、単に一時的保護を与えるにすぎず、そのような条項が目立つように印刷され、長年の使用で周知のものとなっていた場合には、何らの助けとならないのである。

### 3. 普通取引約款とひな型契約の自由な内容的コントロール

疑問のある条項に対する真の救済は、しかし、最高裁判所の判決が普通取引約款とひな型契約の自由な内容的コントロールを決意した場合にのみ可能である。ドイツの判例は、その決意のできなかったフランスやスイスの判例と異なり、この一步を踏みだした。

契約自由の限界は、民法によれば強行法と善良の風俗にある。法律上の禁止に違反する契約や、強行法がそれによっておかれる契約上の定めは無効である。第二の限界をなすのが善良の風俗である。善良の風俗に違反する契約も、法律によって無効とされるが、ある契約がこの両者の極度の限界にふれない限りは、原則として有効で実行される。

しかしながら裁判所は特定の取引約款条項を用いる商人に良俗違反の行動の非難を浴びせるには勿論ある抑制を感じるので、すべての責任免除やすべての広い範囲の担保の合意が直ちに良俗違反とみなされうるわけではない。ライヒ裁判所は、多くの取引約款において、良俗違反の独占の濫用を認定することで救済しようとしたが、それは正当な

説  
論  
観点であったとはいえなかった。取引約款法にもたしかに独占状況はあるが、不適正な条項は、そのような独占状況が存在しなかったか、或いはいずれにしろ証明されえなかった場合にも用いられたのである。

ドイツの連邦通常裁判所はここで一九五六年のある原則を打ち立てる一つの判決によって、非常に重要な一步を踏み出し、自由に交渉される個別契約と普通供給約款やひな型契約の使用を区別した。法律中に設定されている契約自由の限界は、両契約当事者がいわば同等の“bargaining power”を有する自由に交渉される個別契約に由来している。この場合には任意規定から自由に逸脱することを当事者にみとめるのも正当である。

普通取引約款とひな型契約ではちがっており、これらは交渉によって個々のに変更しうることのないままに契約当事者が受け入れなければならない約款書なのである。これらに対しては他の限界がみとめられねばならない。多数の事例や多くの者に適用さるべき定めを一方的に作成する者は、立法者としての地位を占めるのだから、立法者のように、すべての関係者の利益を適切な方法で顧慮する釣り合いのとれた規制を創らなければならない。ローマ法上の *bonae fidei* 契約に由来する信義・誠実の古くからの定式（民法二四二条）からは、契約上の定めが公平でバランスがとれており、かつ適正であること、それが信義・誠実に合致することが要求される。判例は、それによって利用さるべき普通取引約款やひな型契約規定をそのバランスのとれていることと公平さについて吟味することを当然要求するので、すぐに良俗違反の非難はなしえないとしてもあまりに一方的だと思われるようなすべての定めを裁判所が排除することができる。このドイツの連邦通常裁判所の行う内容的コントロールは、当初は下級審の判例では次第次第に実施されてきたにすぎなかったが、今日では全く一般的に行われている。殊に保険契約、ブローカーの取引約款、サービス業・運送業や商取引の供給約款の責任規定では、あまりにもゆきすぎた免責をめだつて緩和したのである。

ドイツの判例がここで用いた標準は、アメリカの UCC § 2-302 が unconscionable contract や unconscionable

clause の貫徹を拒んでいる場合に意図しているものと一致している。

ドイツの判例がなぜ、又どのようにして自由に交渉される個別契約と普通取引約款を伴う契約とを区別するかは例をとれば明らかになるだろう。

ある知人に自分の自動車売る私人は、そのような個別契約では古くからの *caveat emptor* の原則に従うので、買主と瑕疵に対するすべての責任が排除される旨合意することができる。これは、ドイツ売買法上、売主がその瑕疵を悪意で (*arglistig*) 告げなかった場合以外はゆるされている (民法四七六条)。それに対して判例は自動車メーカー又はディーラーの供給約款についてはそこまで広く認めてない。従ってここでは、瑕疵担保責任を制限して、買主が要求しうるのは補修のみに限られること、又、売主は自動車自体についての直接損害に対してのみ責任を負い、買主の蒙った間接損害には責任を負わない旨定めることまではできるとしても、その販売約款が買主を完全に無権利状態にすることは許されない。そしてその補修ができないか、或いはそのような補修が既にくりかえしていつも新しい瑕疵について必要とされていて、補修がもはや期待できない場合には、契約上の制限があっても法定の瑕疵に関する権利が復活し、買主はその自動車を返還し代金の返却を求めることができる。

ドイツの判例は、普通取引約款とひな型契約中の免責約款の内容的コントロールのために、更に広い重要な考え方をうちだした。即ちそのような条項による免責は、それが契約上の確約の効力を実際上失わしめる場合には無効である。その他の判決が同じ意味でそれに従った一九六八年のリーディング・ケースにおいては、次のような事案が問題とされていた。売主が買主に天井プレートと共に接着剤を届けるにあたり、その接着剤がその天井プレートを天井にはりつけるのに適している旨確約したのであるが、実際にはそうではなくて、天井にはられたプレートが落下し、相当の損害と修繕上の出費が生じた。売主はその供給約款に次のような条項があることを理由にその賠償を拒んだ。

「理由のある瑕疵については、買主は代品引渡しのみを請求しうる。商品の加工に際する損害に対する損害賠償請求権は排除される。」そのような条項と、買主の権利を代金減額或いは商品返還へ制限する合意とによって、その接着剤を確約があつたがために買った買主は、無権利状態にされる。しかし、ある契約上の確約を實際上無に帰せしめる責任排除は、ドイツ判例上は無効とされるが、これは、英国の判例上発展した doctrine of fundamental breach とある類似性を有している。しかし、責任制限条項がその明瞭かつ疑問の余地のない文言にもかかわらず無効とされる点で、これは英国の判例より進んでおり、英国の裁判所は、これまでのところまだそこまで決意していないように思われる。

ドイツ法上も、いわゆる “battle of forms” の場合がより大きな役割を果たすようになってきている。両契約当事者は自らの取引約款を契約締結の基礎におこうとし、売主は自らの供給約款を、買主は自らの購入約款を指示する。この両約款書の規定は、お互いに真向から対立しており、どの約款が通用すべきかという明瞭な合意は成立しなかつたのである。それにもかかわらず、その契約は実際上行われる。

当事者がその契約を実際上実行した場合には、その不一致のために契約全体を無効とするのは適切とはいえないだろう。両当事者はその契約が実行されるべきことから出発しており、取引約款に関する合意のみが成立しなかつたのである。裁判所は長きにわたって個々の場合に誰が自己の約款を基礎にするよう要求することにおいて決定的発言権を留保したかを各々明らかにしようとするのであつたのであるが、それはしばしば全くの偶然によるもので、事態に即した解決策へと導くものではない。今日では次のような立場に立っている。即ち用いられる取引約款についてはっきりした合意が意図されなかつた場合には、その契約は成立したが、任意的制定法が妥当し、場合によっては当該の業種においてこの種の契約に通常使用されるような供給約款の定めによって修正をうける。

述べてきたような普通取引約款の内容的コントロールや、責任を再び制限する条項よりは個別的に与えられる確約を優先させることにとって、又“battle of forms”の諸問題の適当な解決のためには、通常裁判所がそのような係争について決定しうる状態にあり、仲裁裁判所によって駆逐されないことがもつとも重要である。ドイツの立法者が普通取引約款中の仲裁条項に対して定めた制限は、ここでは特に重要であることが分る。その立法者が商人間の契約にもそれを拡張すべきでないかは、十分に考えられるべきである。

#### IV 改革立法

ドイツの判例の今まで述べてきた発展にもとづいて、ドイツの立法者は目下のところ、普通取引約款法の規則のために、ひな型契約にも及ぶべき法律を制定しようとしている。その法律は本質的には、連邦通常裁判所の判例が発展させてきた諸原則を法典化しようとして試みている。その法律の基本原則は次のようだという。「普通取引約款中の定めは、それが契約の当事者の利益を信義・誠実の要請によれば適正に調整していない場合には無効である。」標準としては、たとえそれが強行性をもたなくても制定法規の中に含まれている利益考量の諸原則が用いられる。

更に、契約の性質から生ずる本質的な権利・義務がそれによって契約目的の達成が危くなるような制限を蒙るような条項は無効であるという。

更に草案は、実務の観察からえられた、又、許されないような条項がそこで問題となっていることが推定される条項の全体的カタログを列挙している。従つてそのような条項の一つを使用する者に、正当な利益の保障のために必要な公正な定めである旨の証明義務(Darlegungslast)がある。

個別契約中であれば許されるようなそれ以外のカタログの条項は、取引約款の中では端的にゆるされていない。個々のにはこれらのカタログについては、勿論まだ多くの争いがあり、私個人としては、判例の方が立法者よりもどの条項が妥当でないかをずっとよく判定しうるものと考えている。

判例並びに立法者の改正の努力の重要な成果は、目下のドイツにおいて数多くの取引約款書が審査を受けている点にある。私営銀行は、一九七六年一月一日現在、一世代以上も変更されずに通用してきたその非常に広範囲に及ぶ普通取引約款に、銀行顧客の利益によりよく合致する根本的な改訂を加えたのである。