

契約における時間的な拘束の 意義と限界 (2) ——存続期間規制と中途解除権——

丸 山 絵美子

序 章 検討課題

第1章 「期間の定め」と時間的な拘束の限界線引き

序 節

第1節 ドイツ法

I 時間的な拘束に限界線を引く法規定

II 判決例の展開

序

1 物品供給型契約 (以上、246号)

2 利用型契約

3 役務提供型契約 (以上、本号)

4 その他の類型

5 横断的考察

III 時間的な拘束の限界に関連する学説の議論

IV 小括

第2節 日本法

I 時間的な拘束に限界線を引く法規定

II 議論の状況

第3節 第1章のまとめ

第2章 「期間の定め」と解除の自由

第3章 「契約における時間的な拘束の意義と限界」に関わる権利・義務の設計

2 利用型契約

ここでは、主として賃貸借・用益貸借の性質を有する利用型契約に着目する。取り上げる個別の取引類型は、長期の拘束的な存続期間が設定され、又は存続期間経過前の利用停止や解約告知に対する違約金等が合意されたが、期間経過前に一方当事者が解約や利用停止を希望し、他方当事者が履行請求や損害賠償・違約金請求を争うといった内容の紛争が生じているものである。

利用型契約に対する長期拘束規制に関わる規定として、すでに紹介したBGB544条(30年を超える賃貸借契約の解約告知規定)が存在するが、裁判では、30年には至らない拘束期間の有効性がBGB138条やBGB307条を根拠に争われている。また、消費者契約約款における存続期間条項等を規制するBGB309条9号は、前述の通り、利用型契約には適用されないが、BGB307条による条項無効が検討されることはある。その他、借家契約に特有の解約告知に関する規定等の適用・解釈が問われる紛争も生じているが、関連する規定の内容は、判決例の検討に際し、必要な範囲で紹介することとする。

(1) 自動機械設置契約—事業者間契約

自動機械設置契約 (Automatenaufstellvertrag) とは、飲食店経営者が、自動機械 (音楽機械、ゲーム機械など) の売上から配当を受けることと引き換えに、自動機械設置会社に対して、飲食店に機械を設置することを許可する契約である。判例によれば、飲食店経営者が飲食店内の場所の一部を提供するという意味で賃貸借の性質を内在させているということである (BGH Ur t. v. 22.03.1967 BGHZ47, 202; BGH Ur t. v. 15.03.1978 BGHZ71, 80)。また、場所利用の許可契約的な側面に加えて、自動機械が飲食店の営業に組み込まれ、その売上から飲食店も利益を得るという特徴に鑑み、人的・組合的要素もある混合契約であるという説明もみられる¹³²⁾。さらに、紛争となった事例の多くでは、自動機械設置契約と同時に、設置会社から飲食店経営者に金銭の貸付けも行われ (BGH Ur t. v. 10.11.1976 WM1977, 112; BGH Ur t. v. 06.06.1979 WM1979, 918; BGH Ur t. v. 06.10.1982 NJW1983, 159 WM1982, 1354; BGH Ur t. v. 29.02.1984

¹³²⁾ Westphalen, Fn. 94, Automatenaufstellvertrag 2008, Rn. 1.

NJW1985, 53 WM1984, 663)、自動機械の売上配当金がこの借入金の返済にあてられる内容となっている。契約書では、長期の拘束期間が定められた上で、競業他社の自動機械を置かないことを義務づける条項、飲食店経営者の交替時には、新たな経営者に契約上の義務を承継させる義務を契約当事者たる経営者が負うこと、及び新経営者による義務承継がない場合に、契約上の義務が存続することを定める条項、契約違反に対する包括的損害賠償額の予定条項とこれと並列する違約金条項等が定められている。また、飲食店経営者が用益賃借人であるにもかかわらず、用益賃借借期間を超える機械設置の存続期間が定められ、あるいは用益賃借借契約の終了に左右されない義務の存続を予定する条項が用いられることも少なくない (BGH Urt. v. 10.11.1976 WM1977, 112; BGH Urt. v. 29.02.1984 NJW1985, 53 WM1984, 663)。金銭消費貸借契約との結びつきや、競業他社との契約を禁止する条件の存在など、このような契約の内容形成の仕方は、ビール供給契約のそれと類似している。規制の根拠条文として、初期の判決はBGB138条やBGB242条に依拠しているが、1980年代以降は、約款による契約として、約款規制法の適用を肯定するものが多い。ビール供給契約について、BGB138条よりも約款規制法に依拠する場合の方が、許容される拘束期間は短くなると考える学説は、自動機械設置契約についても同様の議論をしている¹³³⁾。

(a) 存続期間条項

自動機械設置契約においては、「貸主（飲食店経営者）は、設置者が選定した場所の利用を、他社の自動機械と競合しない形で10年間認めること」といった形で、存続期間条項が置かれる。基本的に、BGHは、10年の存続期間条項について、飲食店経営者の経済活動の自由を不当に制限するものではなく、有効と判断する傾向にある (BGH Urt. v. 10.11.1976 WM1977, 112 [BGB242条]; BGH Urt. v. 06.10.1982 NJW1983, 159 WM1982, 1354 [BGB138条、242条]; BGH Urt. v. 29.02.1984 NJW1985, 53 WM1984, 663 [AGBG9条])。経営者が営業内容の変更を希望する場合、自動機械が店舗にそぐわなくなるといった問題があるとしても、飲食店経営者が、設置契約を締結するにあたって、「当該契約と結びつく飲食店の性格を意識的に考慮すべきである」とさ

133) Westphalen, Fn. 94, Automatenaufstellvertrag 2008, Rn. 8.

れる (BGH Urt. v. 06.10.1982 NJW1983, 159 WM1982, 1354; BGH Urt. v. 29.02.1984 NJW1985, 53 WM1984, 663)。ただし、控訴審裁判所が、長期の存続期間と反対給付との不均衡から10年の存続期間を無効とした判断に対して、BGH Urt. v. 29.02.1984 NJW1985, 53 WM1984, 663は、飲食店経営者が、自動機械の売上から比較的高い割合で配当金を受け取ることができる条件となっていることを考慮すれば、10年の存続期間は不当に不利なものではないと説明している。したがって、契約の条件によっては、10年の存続期間が無効とされる余地はあることになる。また、下級審では、飲食店経営者が貸付金を受け取ったものの、機械設置契約の存続期間が返済期間よりも長く設定され、売上金からの配当も低く設定されていた事例で、9年の存続期間を無効とし、期間の定めのない契約として、通常の解約告知が可能となつた判決がある (LG Konstanz Urt. v. 28.01.2005 NJW-RR2005, 991 [BGB307条])。

なお、新経営者による契約上の義務の引き受けがない限り、元経営者は契約上の義務から解放されない旨の条項については、元経営者の責めに帰すべき事由がなく、その危険領域にもない事情によって義務の履行ができなくなる場合に、なお拘束することが明らかな条項であれば無効となり、その旨が明らかではない場合には、その危険領域にない事情によって義務の履行ができなくなる場合に対してまで、元経営者を拘束する趣旨ではない条項として制限的に解釈されている (BGH Urt. v. 10.11.1976 WM1977, 112; BGH Urt. v. 06.06.1979 WM1979, 918; BGH Urt. v. 06.10.1982 NJW1983, 159 WM1982, 1354; BGH Urt. v. 29.02.1984 NJW1985, 53 WM1984, 663)。

学説においては、BGB307条による介入に関して、貸付金の交付がある場合には、原則として5年の拘束は許容され、また貸付額や貸付期間によっては10年の拘束も有効とされ得るが、貸付金の交付がない場合には、投資の償還は自動機械設置事業者自身のリスクであり、飲食店経営者が配当を受けられる立場であるとしても、それほど長期の拘束を正当化するものではないとして、異議を唱えられないであろう拘束的な存続期間は3年が目安となるという見解がある¹³⁴⁾。また、10年を有効と

134) Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2006, § 307 BGB (Michael Coester) Rn. 538; Westphalen, Fn. 94, Automatenaufstellvertrag 2008,

する判例は、配当金の高さに着目しており、貸付金の有無は決定的ではなく、貸付金の付与があっても、10年以上の拘束は容易には正当化されないだろうと述べる見解もある¹³⁵⁾。

この設置契約に関して、存続期間条項が無効とされた場合の効果について詳論するBGH判決はない。学説には、約款規制法による規制の場合、有効性を維持しての縮減適用は行われませんが、当事者の意思を示す十分な証拠がある場合には、まずは補充的契約解釈によって両当事者の意思と利益に合致する期間の補充が行われるという見解¹³⁶⁾、契約は期間の定めのないものとなって、通常の解約告知権が補充されるという見解¹³⁷⁾などがみられる。

(b) 更新・解約告知期間条項

契約終了の2年前までに解約告知しなければ、その都度3年で更新される旨の条項を、BGB307条によって無効とする判決がある。長い解約告知期間の必要性は明らかではなく、飲食店側は解約告知期限を失念する可能性が高くなり、さらに3年拘束されてしまう危険が存在し、承継条項などとも結びついて、飲食店の経営自由を制限するものであるというのがその理由である (BGH Urt. v. 06.10.1982 NJW1983, 159)。また、自動機械を変更した場合には、そこから10年の拘束が新たに起算されるという条項は、不意打ち的であり、かつ飲食店に不当に不利な条項として、無効とされている (BGH Urt. v. 29.02.1984 NJW1985, 53 WM1984, 663)。

学説では、1年を超える更新後の存続期間、3か月を超える解約告知期間は、BGB307条1項によって原則として無効となると解すべきという見解がある¹³⁸⁾。

(c) 違約金・包括的損害賠償額の予定条項

経営者側の契約違反の行動、とりわけ排他的設置条項の違反に対して

Rn. 11-12; Ulmer/H. Schmidt, Fn. 51, Bes. Vertragstypen Teil 2(3) Rn. 3; Palandt/Grüneberg, Fn. 2, § 307 BGB Rn. 62.

135) Wolf/Dammann, Fn. 51, Klauseln Rn. A310.

136) Wolf/Dammann, Fn. 51, Klauseln Rn. A310; Westphalen, Fn. 94, Automatenaufstellvertrag 2008, Rn. 13.

137) Staudinger/Coester, Fn. 134, § 307 BGB Rn. 538.

138) Westphalen, Fn. 94, Automatenaufstellvertrag 2008 Rn. 14, 15; Ulmer/H. Schmidt, Fn. 51, Bes. Vertragstypen Teil 2(3) Rn. 3.

は、違約金条項が置かれているが、額の高額さ (BGH Urt. v. 21.03.1990 NJW-RR1990, 1076 WM1990, 1198) 又は損害賠償と違約金の重複徴収 (BGH Urt. v. 29.02.1984 NJW1985, 53 WM1984, 663) を理由に無効とされている。また、廃業や経営者交替による自動機械設置の不継続等に対して、包括的損害賠償額の予定条項に基づく賠償請求が認められるか否かも問題となっているが、例えば、総収益の60%~70%を定める包括損害賠償額の予定条項を、額の観点から不当と評価する判決がある (BGH Urt. v. 06.10.1982 NJW1983, 159 WM1982, 1354)。そして、設置会社は、契約の残期間を基礎に計算した額の請求を行うもの (Vgl., BGH Urt. v. 06.10.1982 NJW1983, 159 WM1982, 1354; BGH Urt. v. 21.03.1990 NJW-RR1990, 1076 WM1990, 1198)、学説には、即時の解約告知との関連において、設置会社には、BGB254条 (双方過失) を根拠に当該機械の転用による損害軽減を要求でき、転用に通常必要な2~3か月が計算の基礎としては現実的といった指摘をするものがある¹³⁹⁾。

(2) 広告掲示板賃貸借契約—事業者間契約

広告掲示板賃貸借契約 (Werbeflächenmietvertrag) とは、営業のための広告を、一定の場所を賃借して掲示するという契約である。長期拘束からの解放は、広告掲示業者に不動産を賃貸した貸主が解約を望む場合、広告掲示業者から広告場所を賃借した借主が解約を望む場合、両ケースにおいて問題となっている。

(a) 通常の解約告知権排除条項 (貸主側の解約希望ケース)

判決には、まず、契約に期間の定めを置かずに、かつ通常の解約告知権を排除し、利用不能といった一定の場合にのみ解約できる契約内容であった場合に、広告場所の不動産所有者たる貸主が、広告掲示業者に対して解約告知した事例がある (OLG Hamm Urt. v. 15.11.1991 NJW-RR1992, 270)。OLGは、通常の解約告知可能性を排除している契約について、30年の枠内で、通常の解約告知権の排除は有効であるとする。そして、AGBG11条12号の適用がない賃貸借契約においては、AGBG9条によって、約款使用者が、濫用的に、相手方の負担で、保護に値する相手方の利益を顧慮せずに、自己の利益のみを貫徹しようとする場合に

¹³⁹⁾ Westphalen, Fn. 94, Automatenaufstellvertrag 2008 Rn. 37.

無効となるどころ、長期の拘束は貸主にとって特別なことではないなどと述べる。

(b) 存続期間条項（借主側の解約希望ケース）

存続期間条項に関しては、10年の存続期間を有効としたLGの判決がある（LG Frankfurt a. M. Urt. v. 17.02.2000 NJW-RR2001, 1350）。これは広告掲示業者の約款によって10年の存続期間が予定されていたものの、借主が廃業を理由に解約告知した事案である。LGは、賃貸借契約であるのでAGBG11条12号の適用がないこと、賃貸借契約は通常長期の継続を予定することを確認した上で、長期拘束の不当性は、約款使用者が、相手方の利益を顧慮せずに、相手方の負担で、自己の利益だけを濫用的に貫徹しようとするときに存在するが、ここでは、不利益扱いは明白ではないという。具体的には、借主は、契約締結時に長期の拘束を知っており、広告を長期にわたり一定金額で行うことができる地位を取得し、借主自身が、契約締結時に、自己の営業能力を査定することは期待されてよいこと、営業変更の場合、借主の費用負担において、広告内容を変更する可能性は排除されていないことなどから、10年間の拘束は有効であるとされている。

(3) 通信設備の賃貸借契約—事業者間契約/消費者契約

大型電話設備や通信サービス接続機器の賃貸借契約（Telefonanlagenmiete）においても、長期拘束の有効性が問題とされてきた。ドイツでは、固定・携帯電話、インターネット通信等いわゆる通信サービス契約は、主として雇用契約の性質を有することを前提に議論がされている¹⁴⁰⁾。これに対し、ここで取り上げる取引は、通信を行うための設備を事業者が賃借するといった契約であり、判例・学説によれば、主として賃貸借契約の性質をもつとされている¹⁴¹⁾。したがって、このタイプの契約が問題となる殆どのケースは事業者間契約となるが、ブロードバンド接続契約の存続期間条項に対し消費者団体が差止めを請求した事案において、BGHはこの契約を賃貸借と性質決定し、かつ商人間の

140) Westphalen/Martin Munz, Fn. 94, Telekommunikationsverträge 2007, Rn. 2-8. Martin Schöpflin, Der Mobilfunkvertrag, BB1997, 106.

141) Westphalen/Fritz Drettmann, Fn. 94, Telefonanlagenmiete 2011, Rn. 1.

電話設備賃貸借と同じ利益状況が非商人間取引においても存在すると判示しており、この差止訴訟判決もここで取り上げる。

(a) 存続期間条項及び包括的損害賠償額の予定条項

この種の契約に設けられている存続期間条項及び期間満了前の利用停止等に対する包括的損害賠償額の予定条項の有効性に関しては、指導的判決となっている二つのBGH判決が存在する。まず、この二つの判決の概要を紹介した上で、各判決の判断のポイントを整理し、これらのBGH判決に対する評価・議論をみることにしよう。

(i) 二つのBGH判決

まず、事業者間契約としての電話設備賃貸借契約において、存続期間条項及び期間経過前の取り外しや利用放棄に対して設けられている包括的損害賠償額の予定条項の有効性について判断しているのが、1985年のBGH判決である。

【BGH Ur. v. 13.02.1985, NJW1985, 2328 WM1985, 542

[事実の概要] Xは、1978年5月11日、電話設備を、月額約299DMで賃貸する契約を顧客Yと締結した。約款には以下の条項があった。「4.1号：賃貸借契約は、設置が行われる翌年の年始から10年の経過によって終了する……」「4.2号：借主が、Xの責めに帰すべき事由によらずに、設備の全部若しくは一部を取り付けず、又は契約期間の経過前に放棄する場合には、Xは、ただちに包括的な損害賠償額を請求できる。設備が取り外されない場合には、この損害賠償は、すでに行われた給付に加算して年賃料となる。それ以外の場合には、損害賠償は合意された契約期間の終了までに支払われるべき賃料の半額、しかし3年分の賃料を上限とする」。設備が取り付けられ、利用が開始されたが、1980年9月29日の書面によって、Yは、この設備の通信接続に常に問題があるとして、契約を解約告知した。Xは設備を点検し、他の設備の取り付けについて交渉したが、Yは費用を理由に新しい設備の取り付けを拒否した。Xは、解約には同意したが、損害賠償を請求した。Xは1981年6月30日に設備を取り外し、これを改良し、他の顧客の営業所に設置した。Xは約款4.2号2文に基づく損害賠償をYに請求するため訴訟を提起した。Xは、Yが苦情を述べていた接続の問題は、Yの操作ミスによるものであり、Yの解約に理由はないと主張。Yは、約款における10年の拘束はAGBG9

条にいう不当に不利な扱いであるとし、また、設備には瑕疵があるなどと主張した。

[判旨の概要] 控訴審裁判所は、AGBG11条12号aは賃貸借契約には適用されないことを確認し、民法は長期の賃貸借契約を許容しており、当該取引領域からすれば、大規模電話設備が長期で契約されることは知られているところであり、さらにこの種の設備に対して10年の拘束期間を予定している電信電話規則22条を考慮して、10年の拘束期間は、AGBG9条にいう不当に不利扱いとはならず、4.2号の損害賠償請求条項も問題がない(顧客からの重大事由による解約告知を妨げるものではないと制限的に解釈できる)として、Xの請求を認めたところ、BGHも、この判断を維持した。約款4.1号の10年以上の拘束期間はAGBGに違反するものではなく、その結果、無効の場合の効果について判断する必要はない。この契約ではたしかに組み立てやメンテナンスといった内容も含まれているが、利用を委ねる内容が主であり、賃貸借法に基づく契約の取り扱いを妨げるものではないという。AGBG9条1項にいう不当性は、BGHの判例によると、約款使用者が、契約相手方の負担において、予めその利益を十分に考慮することもなく、正当な調整をすることもなく、濫用的に自己の利益を押し通す場合に存在する。重要な徴候は、正義要請を示している任意法からの逸脱である(BGHZ89, 206, 210)が、契約期間の長さを制限する法律上の規定は存在しないと述べ、貸主の利益だけを考慮して借主の保護に値する利益を無視している条項とは言えないとする。10年の拘束期間を予定する電信電話規則22条も、不当な不利扱いではないことを示している。そして、一方で、貸主側の利益として、貸主は、高額の開発費用(Entwicklungskosten)や維持費用(Vorhaltekosten)を費やしており、これは長期の拘束期間でのみ償還されるものであり、さらに中古の設備は、限られた範囲でのみ、かつ費用のかかる加工を経てのみ転用できるようになることを考慮し、他方で、電話設備は、事業者の競争能力に影響を与える性質を有しており、通信技術の発展は非常に早いことを借主は主張しているが、こういったことは、契約締結時に認識可能で、商人としてのYには、その営業上の必要性を、長期にわたって査定できる能力が期待されるという。Yの事業内容が、電話設備の技術的刷新を必要とすることは主張されておらず、顧

客は最終的にその計算において経営の状況が賃貸借に適合するのか、購入に適合するのかを検討することができるとし、契約関係は、Yの一方的な解約告知によっては終了していないとした。また、約款4.2号について、YがAGBG11条5号a違反を主張した点についても、包括的損害賠償の額は、事物の通常経過によれば期待される損害を超えてはならないが、約款4.2号にいう残期間に対する賃料の50%（3年分の賃料を上限とする）を支払うべき条項はこれに違反しないとした。】

このBGH判決は、10年の拘束期間を有効であると判断し、これを前提に、上記の包括的損害賠償額の予定条項も有効であるとしている。判決が、AGBG9条にいう不当に不利な取り扱いが存在しないとした理由づけのポイントは、以下の点にある。①AGBG9条にいう不当性の重要な徴候は、正義要請を示す任意法規からの逸脱であるところ、当該契約は賃貸借契約であり、契約期間の長さを規制するような任意法は存在しない。②電信電話規則22条が10年の拘束期間を予定している。③貸主には高額の開発費・維持費がかかっており、これは長期の拘束期間でのみ償還でき、中古設備の転用には費用がかかる。④通信技術の進展によって時代遅れとなる設備の利用に拘束されることは借主の営業上の利益を損う可能性があるとしても、借主は長期契約であることを当初より知っており、商人としての借主には長期的評価能力が必要とされる。また、借主の事業が技術的刷新を必要とするものであることは主張されておらず、借主は契約時に料金は高いが拡張能力のある機器を選択する可能性があった、とする。さらに、包括的損害賠償額の予定条項に関しては、これは重大事由による解約告知を妨げるものではなく、AGBG11条5a号に違反するものではない、とされた。

次に、ブロードバンド接続契約における144か月の拘束期間に関する条項について、消費者団体が差止めを請求した事案に関するBGHの判断をみてみよう。

【BGH Urt. v. 10.02.1993 NJW1993, 1133 WM1993, 79

〔事実の概要〕消費者団体Xは、事業者Yに対し、ブロードバンド接続申込書で使用されている条項の差止めを求めて訴えを提起している。問題とされた条項のうち、存続期間・解約に関するものは、「5号 この契約は144か月の最低存続期間で締結されます。」というものであつ

た。約款5号に関しては、さらに裏面に「接続利用者は、12か月を経過した後は、4半期末に向けて3か月の解約告知期間を保持して、いつでも契約関係を解約告知できる。S社によって融資された接続料金、初期費用及び配線コストをカバーするために、期間経過前の解約告知の場合、最低利用期間の未消化分の各年に対して、4か月の利用料金額を損失補償金として支払う必要がある。第三者による契約引き受けの場合には、この損失補償金の支払いは不要である。」という約定が記載されていた。

【判旨の概要】144か月の存続条項を、更新条項・損失補償金条項とともに考慮して、無効とした控訴審裁判所に対し、BGHはAGBG11条12号aの適用がなく、存続期間は、AGBG9条によって審査可能ではあるが、12年の拘束期間に、AGBG9条にいう不当性は認められないとした。すなわち、不当性の徴候は、正義要請を表明している任意法規からの逸脱において確認されるところ、長期の存続期間を制限している法律上の規定は、存在せず、さらに、賃貸借又は賃貸借類似の契約は、継続的債務関係であり、通常、長期の契約期間で設定されるものである。それ故、賃貸借契約の性質を有する契約では、契約当事者を長期に拘束しているという観点だけでは、原則として不当に不利な取り扱いを表明しないとする。関連判決として、長期の遠隔暖房契約や10年の拘束期間を有効とした通信設備賃貸借契約に関する判決に言及した上で、電話設備に関する判決は、たしかに商人間取引ではあったが、非商人取引であっても、利益状況が類似していることから、同じことが妥当するとした。そして、従来のBGHは、高額な開発費用・維持費用を投じたため、長期契約でのみこれが償還できるという考慮すべき貸主の利益に、契約存続期間の長さは対応していると説明しており、ここでの関係も同様であるとする。さらに、Yは、顧客との契約締結の際に、ドイツ郵便に接続料金を支払い、その後も通信料金支払わなければならないこと、ケーブル施設に事前投資をしていることに言及し、このような投資を長期の期間によってはじめて償還できるものと評価し、12年の拘束は不当ではないとしている。】

BGHは、この種の契約において、商人間取引と非商人間取引の利益状況を等しいものと評価した。AGBG9条に照らし144か月の拘束期間を不当ではないとした理由づけは、1985年のBGH判決と多くの点で共

通する。すなわち、①AGBG9条にいう不当性判断にあたり、賃貸借法に契約期間の長さを規制する任意法規は存在せず、賃貸借は長期で設定されるという性質故に、長期拘束というだけでは不当に不利な扱いとはならない。②貸主は高額のコストを償還しなければならない。③顧客は設備設置について費用を負担していない。④通常の解約告知権を排除している存続期間条項は特別の解約告知権を排除するものではない。⑤存続期間条項と損失補償条項とは別個の条項であり、有効な存続期間条項が、顧客に損失補償金を伴う解約権限を付与したことによって不当な条項となる訳ではない、という理由が挙げられている。

(ii) BGH判決に対する評価・その後の判決

1993年のBGH判決の約半年後、電話設備賃貸借契約に関するOLG判決も、1993年判決に従い10年の存続期間条項を有効とし、当初設置された設備が借主の需要に合致しなくなる危険は借主側が負担すべきとして、要求不能を理由とする即時の解約告知権も認められないと述べている (OLG Urt. v. Karlsruhe Urt. v. 17.27.09.1993 NJW-RR1994, 952)。

通信設備の賃貸借に関する10年以上にわたる拘束を原則として有効と考えるBGHの判決に対して、学説から、二つの異なる評価が示された。

まず、Straußの論文¹⁴²⁾は、基本的に、BGHの判断・理由づけを支持する。Straußは、技術設備の賃貸借契約における長期存続期間について、賃貸借には、存続期間を規制する任意法規は存在せず、この点が保険契約法に特別の規制のある保険契約などとは異なっていること、賃貸借の場合、長期で契約が締結されることは通常であることから、AGBG9条の内容審査に耐え得るとする。AGBG11条12号aの立法過程において、立法者が意識的に賃貸借を適用外としたこと、顧客も長期の存続期間から利益を得ていることを強調する。このStraußによる評価に対して、Löweは批判的議論を展開する¹⁴³⁾。Löweは、1985年のBGH判決について、1985年当時の状況においては、支持されるべき判断であるが、現在においては、以下の点を考慮すべきであるとする。①この判決後の技術の進歩と費用・価格の下落：この領域では、素早い技術展開があり、

142) Jürgen Strauß, Langfristige Laufzeitklauseln in vorformulierten Verträgen über technische Anlagen, NJW1995, 697.

143) Walter Löwe, Langfristige Laufzeitklauseln in vorformulierten Verträgen über technische Anlagen, NJW1995, 1726.

設備は若干の年月の経過によって時代遅れのものとなること、技術の発展によって償却に何年も要するような投資は必要なくなっていることから、当時のBGHの判断を支えた事情が現代では当てはまらなくなっている。②電信電話局規則における存続期間規定の廃止：BGHが理由づけの一つとした、10年の存続期間を定める規則は廃止された。③保険契約の10年の存続期間を無効とするBGH判決の登場：1994年にBGHは、保険契約について10年の存続期間を無効とする判断を示した¹⁴⁴⁾。ここでは、市場適合的な行動をとる可能性や他の形でリスクを付保する可能性がないことから、処分自由がかなり制限されること、このような拘束は競争制限となり、あらゆる消費者に不利に作用することが指摘されている。④1993年のブロードバンド接続契約に関するBGH判決は、無条件に1985年のBGHの判決を踏襲するものではなく、高額な投資を強調しており、過剰評価されるべきではない。Löweは、その他、メンテナンス契約は別個の契約であり、賃貸借契約の論理をそのまま持ち込めないことや事業者は価格適合条項があることによって長期拘束リスクを回避しているが、値上げの際に相手方に特別の解約告知権が認められていないのであれば、これは相手方にとって非常に不利な契約であることを指摘する。

このように、Löweは、とりわけ通信設備賃貸借に関する1985年のBGHの判断及び理由づけは、1995年においては、技術の進展・費用低下などにより当てはまらなくなったという問題を提起した。

では、Löwe論文以降の裁判例は、この問題提起に対し、どのような判断を示したのか。判断は分かれている。一方では、1990年に締結された通信設備賃貸借における、10年を超える拘束期間を定める条項について、明示的にLöweの見解に従う旨を述べて、この部門の目覚ましい技術の進展と価格の下落を理由に、1985年のBGH判決に従うことができず、1993年のブロードバンド判決については、通常の通信設備の設置よりも費用が高額にかかっていたという事情があるとして、存続期間条項を無効とするLGの判決（LG Urt. v. Mönchengladbach 10.01.1997 NJW-RR1997, 1082）や、当事者の予測しなかった技術進展などを理

144) この判決は、保険契約における長期拘束に関わる判決として、第1章第1節II 4で取り上げる。

由に解約告知が認められるべきであり、10年の拘束期間とこれを前提とする包括的損害賠償額の予定条項に基づく損害賠償請求権には理由がないとするAGの判決（AG Leverkusen Ur t. v. 17.02.2000 MMR2001, 115）が存在する。他方では、1994年に締結された通信設備賃貸借における10年の存続期間及び包括的損害賠償額の予定条項について、通信設備の技術進歩を考慮しても、存続期間条項は、AGBG9条1項による内容審査に耐え得るものであるとして、事業者側の高額の開発費や維持費の償還の他、契約締結の処理費用や顧客獲得費用を低減ができる故に安い賃料が設定できること、契約締結時に技術進歩と営業の種類を考慮の上で設備を選定していたこと、商人たる顧客には、経営上の必要性を長期にわたって評価する能力が期待され、借主が有用性リスクを負担すべきことを考慮し、包括的損害賠償額の予定についても、損害が低額であることの証明はないとして、請求を認めているOLGの判決（OLG Cell Ur t. v. 21.07.1999 MDR2000, 19）や1985年のBGHの判決に従うとするLGの判決（LG Mönchenglandbach Ur t. v. 16.02.2001 NJW-RR2001, 1351）がある。後でみる更新条項を扱う判決も、10年の存続期間自体は有効であると述べている（OLG Düsseldorf Ur t. v. 31.07.2003 OLGR2004, 29 NJW-RR2003, 1496；OLG Düsseldorf 13.07.2006 OLGR2006, 709 NJW-RR2007, 1710）。1990年以降に締結された通信設備賃貸借契約における10年を超える拘束期間を定める条項については、このように判断が分かれているが、OLGレベルの判決は、従前のBGH判決に従い、10年を超える拘束的な存続期間を有効と判断するものが多い¹⁴⁵⁾。近時の学説では、事業者間契約では、費用償還の観点から10年を超える拘束は相変わらず有効と考え得るが、長期にわたる必要性を計算できない消費者との契約の場合、10年の存続期間はBGB307条の審査に耐えられないだろうと述べる見解がある¹⁴⁶⁾。

その他、1997年には、ケーブル接続サービス契約に関し、20年の存続期間条項の有効性を扱う新たなBGH判決も出ているが、1993年のBGH判決とは事案が異なっている。この1997年BGH判決で問題となった事案は、先にみた自動機械設置契約と類似し、アパート等の不動産所

145) Matthias Wenn, Anmerkung, jurisPR-ITR12/2006 Anm. 6.

146) Westphalen/Fritz Drettmann, Fn. 94, Telefonanlagemiete 2011, Rn. 7.

所有者が、通信業者による不動産への通信設備の設置と住人との通信接続サービスの利用契約締結を許可し、競業他者の設備取り付けを禁止されるという許可契約が問題となっている。もっとも、長期拘束の有効性を考慮するにあたり、BGHは、一方で、通信業者が高額の開発費・維持費を投じ、商品を経済的に意味のあるように市場に出すのに20年が一般的に必要なかどうかという観点を考慮する必要があるとし、他方で、不動産所有者の場所利用の許可に対する通信業者の反対給付は賃借物の価値が上がるという利点だけであるが、技術の発展によって設備が標準に合致しなくなった場合、所有者が当該契約から得られる利益はなくなることを考慮すべきであるとしている（BGH *Urt. v. 4.7. 1997 NJW*1997, 3022）。高額の開発費・維持費の償還という通信設備賃貸における考量との類似性があるので、2002年に、1997年のBGH判決を引用しつつ、「投資の償還（Amortisation der Investition）」の観点について詳述する通信設備設置許可契約に関するBGH判決をここで紹介しておこう。

【BGH *Urt. v. 06.12.2002 BGHZ*153, 148 *NJW*2003, 1313

[事実の概要] Xは、ケーブルサービス会社Yと、1991年8月13日、通信設備設置の許可契約を締結した。その内容は、Yは、Xの賃貸住宅に通信設備を設置し、古い設備との交換を行い、Yは「受信技術において問題のない状態と経済的技術的に正当化できる状態を保持することに義務づけられる」とされている。契約の拘束的な存続期間は25年であり、3か月前に告知されなければ、その後は1年で更新を予定している。YはXの賃貸世帯である7,158世帯について古い設備を除去し、新設備に入れ替えていった。契約から8年経過した1999年12月21日に、Xは契約の存続期間条項は無効であるとして、2000年3月31日をもって解約すると主張。Yは2000年4月18日に、賃借人に対し、Yに利用料を振替で支払うように請求。Xは、2000年4月以降、許可契約は終了していることの確認を裁判所に求めた。

[判旨の概要] 控訴審裁判所は、当該契約は個別に交渉されたものではなく、約款であり、25年の拘束はXにとって不当に不利であり、投資が12年で償却されないことをYは立証できておらず、補充的契約解釈により、契約の存続期間は12年になるとした。

BGHは、存続期間が無効となるかどうかは、AGBG9条1項による審

査の問題であり、指針となる任意法規や禁止規範は存在しないので、給付、権利、義務の全考量によって判断することになり、その場合、紛争当事者ではなく関係集団の典型的利益状況を中心とする考量を行うべきとする。契約の存続期間の判断における指導指針は、その投資を償還する約款使用者の正当な利益と、所有物の自由処分に関する不動産所有者の正当な利益であるとし、最低存続期間は、あらゆる事情の考慮の下で、信義に反して、契約バランスを崩すものである場合に、AGBG9条によって異議を唱えられるという。そして、投資の「償還 (Amortisation)」に関し、以下のように述べる。償還という概念を、AGBG9条1項に基づいて行われる考量においては、個々の経済的財に対して投じられた資本が経営に還流する時点……という意味に理解することはできない。このような理解は、経営の費用構造と事業利益を計算に入れていない。本民事部は、1997年7月4日の判決において、通信設備を経済的に意味のあるよう商品化し経営するため、いかなる拘束期間が必要であるかに注意を向けさせる方法で計算した、とする。そして、市場において基準となる典型的な状況との合致をYが示す必要があり、一致の有無は、その主張の全体関係から読み取られ、本件では、投資の償還は、25年の存続期間によってのみ可能であるとYが主張しているが、Yの提供したデータが典型的なものではなく、AGBGに違反するということは、今度は、Xが主張立証すべきとする。そして、控訴審裁判所は、判断にあたって、賃貸住宅の設備が技術的に可能な水準よりも劣ってしまうリスク、許可自体には対価が支払われていないということを考慮して、最終的な判断を示す必要があるとする。】

この判決によれば、投資の償還を考える際には、単に設備の製作費等が何時の時点で減価償却されるかという観点ではなく、経済的に意味のあるように商品を市場に出すため、一般的に、必要とされる拘束期間はどの程度かという観点から考察すべきことになる。そして、このような意味での投資の償還に典型的に必要な存続期間に関するデータを、約款使用者側がまずもって示す必要があり、その上で、顧客側は約款規制法に照らしての不当性を証明することになる。

(b) 更新・期間延長条項

通信設備賃貸借における10年の存続期間自体は有効であるとしつつ、

単純な通話機以外の部分について拡張が行われた場合、定められた期間で最低期間が延長される旨の延長条項を無効とするOLGの判決がある。無効とされた理由は、期間延長条項が、いかなる場合に、いかなる計算によって延長されるのかが不明確であるということにある（OLG Düsseldorf Urt. v. 31.07.2003 OLGR2004, 29 NJW-RR2003, 1496; OLG Düsseldorf 13.07.2006 OLGR2006, 709 NJW-RR2007, 1710）。

(4) フィットネス契約—消費者契約

フィットネス契約（Fitnessvertrag）は、スタジオや器械を利用させることに対して対価が支払われる契約として賃貸借と性質決定される場合、トレーニング指導などのサービス提供に着眼して雇用とされる場合、あるいは賃貸借の要素に加えて雇用の要素もあるとして混合契約とされる場合がみられる¹⁴⁷⁾。ここでは、賃貸借契約又は混合契約と性質決定されている場合を取り上げるが、賃貸借の要素が主とされた場合でも、雇用の要素があれば、それが法律問題の判断に影響を与えている点には注意が必要である¹⁴⁸⁾。フィットネス契約では、存続期間条項の他、更新条項の有効性が問題となる事例が多い。

(a) 存続期間条項

2000年代の初めに行われた研究によれば、80年代のフィットネス契約は18か月や2年といった拘束単位で締結されることが多かったが、スタジオの増加や判決の影響などから、90年代には短期化し、6か月や1年という単位で締結されることが多くなったということである。また、1年契約の場合には、6か月契約よりも利用料が安くなるという形で、顧客に6か月か1年かを選択させる形での提供もしばしばみられる¹⁴⁹⁾。

存続期間条項の有効性に関して、6か月の存続期間は有効であるとき

147) フィットネス契約の具体的態様と法的性質については、Patrick Schwefer, Die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Fitness-Verträgen, 2003, S. 27ff. 参照。Westphalen, Fn. 94, Fitneß-und Sportstudiovertrag 2010, Rn. 1.によれば、判決は賃貸借の性質を出発点とする傾向にあるが、いずれにせよ、現在の典型的なフィットネス契約は混合契約だろうと説明されている。

148) トレーニング指導コースなど雇用の性質を有するとされた上で、雇用契約の規定の適用が問題となっている判決は、役務型契約における教育契約類型の検討に含めることとする。

149) Schwefer, Fn. 147, S. 91.

れるものの (OLG Celle Urt. v. 19.10.1994 NJW-RR1995, 370)、1990年代半ばまでの裁判例は、6カ月を超える拘束的な存続期間について無効と判断する傾向にあった (LG Saarbrücken Urt. v. 09.04.1990 NJW-RR 1990, 890; LG Köln Urt. v. 12.06.1991 VuR1992, 160; OLG Hamm Urt. v. 10.10.1991 NJW-RR1992, 243¹⁵⁰⁾)。しかし、更新条項のところでは1996年のBGH判決が出てからは、24か月の拘束的な存続期間を不当ではないと述べる判決もある (LG Bielefeld Urt. v. 07.07.2004 NJOZ2005, 2224等)。

学説は、一方では、スタジオにとって計画的な投資回収のため一定期間の拘束単位は必要なものであり、他方では、顧客にとって月々の利用料金は経済的負担であり、将来における身体・健康状況や余暇時間の確保を契約締結時に見通せないという事情があることを前提としつつ、フィットネススタジオの場合、欠員の補充や一定数の受け入れが常に可能で、特定の顧客に対し高額な投資を行っている訳ではないことから、経営上の計画に過度に長期の拘束は必要ないなどとして、半年が上限となると考える見解¹⁵¹⁾、又は1年を超えることは許されないと述べる見解¹⁵²⁾がみられるところである。

後でみる1996年のBGH判決が示すように、存続期間がBGB309条9号aに方向づけられると考える場合には、1年～2年の存続期間に問題はないということになる¹⁵³⁾。しかし、フィットネス契約は、顧客の一定の状態を前提とし、長期拘束に関する事業者の経済的、計算的、組織的利益は、身体と健康の維持に関する顧客の利益の背後に退くと考える場合 (LG Saarbrücken Urt. v. 09.04.1990 NJW-RR1990, 890)、又はトレーナーによるサービスという雇用的要素が重要であると考えられる場合には¹⁵⁴⁾、1年、2年といった単位での拘束は疑問視されることになる。

150) この判決は、6か月の存続期間及び「解約告知がなされない場合、契約は期間の定めのないものとして更新される。解約告知期間は同様に月の終わりに向けて3か月必要である」という解約告知期間・更新条項について、存続期間条項と更新条項の密接性から、法律の素養のない平均的顧客には、もっとも早くて9か月経過後に契約の解消が可能となるような印象を与えることを問題とした。

151) Westphalen, Fn. 94, Fitness-und Sportstudiovertrag 2010, Rn. 16-17; Worf/Dammann, Fn. 51, Klauseln Rn. F25; Schwefel, Fn. 148, 104f.

152) Ulmer/G. Christensen, Fn. 51, Bes. Vertragstypen Teil2(29) Rn. 4.

153) Westphalen, Fn. 94, Fitness-und Sportstudiovertrag 2010, Rn. 15.

154) Westphalen, Fn. 94, Fitness-und Sportstudiovertrag 2010, Rn. 16.

さらに、半年の拘束期間と比べて安い料金で1年を超える拘束期間の選択肢が提供され、顧客が長期の拘束を選択しているという場合が問題となる。半年を超える拘束を疑問視する見解からは、本来、許されない長期の拘束期間が、一選択肢として顧客が選んだということによって有効となる余地は、与えられる選択肢間の価格の違いが適切なものであり、かつ短期の期間の方に設定されている料金の額が、顧客をひるませる効果（高額さ故に短期の存続期間を選ばせなくする効果）を有さないということが前提要件になると述べるもの¹⁵⁵⁾、あるいは料金・期間の選択肢が示されても約款であることに変わりはなく、個別交渉合意があると認定されない以上は、6か月を超えることは許されないという原則は維持されるといった見解が示されている¹⁵⁶⁾。もっとも、下級審には、4つのコースの選択肢がある場合に、安い料金設定と結びついた24か月の拘束期間は顧客にとって不当に不利なものとならないとする判決がある（LG Mönchengladbach *Urt. v. 30.05.2003 NJW-RR 2004, 416*）。

(b) 更新条項

(i) BGH 判決以前の下級審裁判例

更新条項については、先にも言及した1996年のBGHの判決が、それまで顧客に有利な判断を積み上げていた判決例の傾向を覆したのではないかとされている¹⁵⁷⁾。このBGH判決が登場する以前の下級審裁判例には、更新後18か月拘束される黙示の更新条項について、顧客の自由処分性が制限されること、契約の拘束において、顧客は場所的・時間的・経済的変化や肉体的状況の変化のリスクを負担することになるが、顧客が解約告知を失念する事態は珍しくないことから、AGBG9条にいう不当に不利な扱いであるとする判決があり（OLG Karlsruhe *Urt. v. 09.09.1988 NJW-RR1989, 243*）、この判決では、長期拘束故に価格が安くなるということは、この不当性を除去するものではないことも確認しつつ、ただし、顧客が安い価格で長期の拘束か、高い価格で短い拘束かについて自由選択の余地がある場合に、別の判断が行われる可能性があることを留保していた。その他、雇用としての性質決定をした事案にお

155) Schwefel, Fn. 147, 107f.

156) Westphalen, Fn. 94, *Fitness-und Sportstudiovertrag 2010*, Rn. 18.

157) Schwefel, Fn. 147, S. 93.

いて、更新による顧客の契約自由の制限とかなりの経済的負担を理由に、12か月の更新条項を無効とするもの (LG Köln Ur t. v. 16.12.1987 NJW-RR1988, 1084; Vgl. OLG Düsseldorf Ur t. v. 15.08.1991 VuR1992, 160; LG Dortmund Ur t. v. 08.11.1990 und 22.11.1990 VuR1990, 160)、6か月の更新期間条項を無効とするものがあつた (OLG Hamm Ur t. v. 16.12.1991 NJW-RR1992, 444)。

(ii) 1996年のBGH判決

更新条項に関するBGHの判決は、事案自体は、6か月の存続期間を前提に、6か月の更新条項が置かれていたものであり、6か月という存続期間や更新条項を有効とする判断は、それまでの下級審の判断を離れるものではないが、問題は、当該更新条項を有効とした理由づけである。

【BGH Ur t. v. 04.12.1996 NJW1997, 739 ZIP1997, 282

〔事案の概要〕消費者団体Xによる差止訴訟であり、問題となったのは、フィットネス契約における「契約が書面によって適時に解約されない場合には、その都度、黙示的に6か月の期間で更新される」という更新条項である。

〔判旨の概要〕控訴審裁判所は、契約は主として賃貸借の性質を有し、AGBG11条12号bは適用されず、雇用の規定も基準とならないが、この更新条項は、顧客の余暇の内容形成に関する自由処分性にかなり介入するものであるので、AGBG9条1項によって無効となるとした。これに対して、BGHは、契約の性質決定は判断しなくてよいとした上で、これまで更新期間の許容限度について一致した見解はないが、控訴審裁判所の判断には従えないとした。すなわち、立法者は、AGBG11条12号bにおいて、定期的な物品の供給及び役務・請負給付の提供について、更新条項は1年を超えている場合は無効となるとした。この規定が利用型契約には適用されないというのは正当である。しかし、このことは、立法者意思によれば、利用型契約に対してより強い規制を適用するということではない。立法者は意識的にあらゆる賃貸借契約を適用範囲から外した。これは立法者が賃貸借契約については、1年を超える更新条項でさえ一般的には禁止しようとしなかったということを意味する、と述べる。そして、AGBG11条12号bに表明されている規制の意図は、顧客の不当に不利な扱いがどのような場合に存在することになるかに關す

るAGBG9条1項の判断においても考慮されるべきである。考察される個々の禁止とは衝突しない条項が、禁止規範が把握していない特別の理由によって、無効となることは排除されない。しかし当該契約の特殊性が明らかではないのに、一般条項を介して、立法者の規制の意図を、逆転させることは許されない (BGHZ100, 373, 379)、とする。控訴審裁判所のいう顧客の自由処分性の制限は、立法者がこの観点を考慮していなかった場合にのみ、特有の事情としてAGBG9条によって考慮すべきものとなる。学説では、顧客が、しばしば、合意された告知期限を見逃してしまうことから不当性を説明するものがあるが、このような観点はフィットネスの利用に関する契約に特有のものではなく、より一般的に他の継続的債務関係の更新についても妥当し、立法者もこれを考慮していたとして、AGBG9条1項によって当該条項は無効とならないとした。】

この1996年のBGH判決は、フィットネス契約が、雇用であろうが、賃貸借であろうが、6か月の黙示の更新条項はAGBG9条の審査に耐え得るものとして有効としている。理由づけにおいて、注目すべきは、判旨に引用されている雑誌の定期購読契約における判決 (BGH UrI. v. 29.04.1987 BGHZ100, 373 NJW1987, 2012) と同様に、AGBG11条12号bに関する立法者意思を、立法過程において念頭に置かれていた契約については、2年の存続期間や1年の更新後の期間を原則として許容する趣旨であると捉え、賃貸型契約について、立法者は1年を超える更新期間でさえ一般には規制しようとしなかったこと、フィットネス契約には、立法者が考慮しなかった特別な要素が存在しないということから、AGBG9条違反もないと述べている点である。BGHは、AGBG11条12号の立法過程において考慮されなかった特別な事情がない限り、2年の存続期間や更新後の1年の存続期間という基準に達しない存続期間条項を無効とすることは難しいとするものである。これは、更新期間だけではなく、当初の存続期間についても妥当する論理であり、6か月を超える存続期間を無効とする傾向にあった下級審裁判例の傾向は否定されかねないということが懸念された。

(iii) 判決に対する評価

この1996年のBGH判決に対しては、これを支持する見解もみら

れるもの¹⁵⁸⁾、学説は批判的な見解が圧倒的に多い。BGB309条(旧AGBG11条12号)の起草にあたっては、それを超えると常に無効となる最高限度という意味で期間を設定したのであり、より短期の条項が常に許されるという趣旨ではなく、独自の利益考量がBGB307条(旧AGBG9条)における判断の際には行われ、BGB309条9号には徴候的効力はないこと言われている¹⁵⁹⁾。また、法施行後の状況の変化や実情を勘案すべきであり、消費者にとって6か月の更新による経済的負担は決して軽いものではないとも言われている¹⁶⁰⁾。存続期間に関し、6か月を超えてはならないとする学説からは、その場合の更新後の許される拘束期間は3か月が妥当とされているが¹⁶¹⁾、1年の拘束期間は許されるとの見解からは、顧客は最初の拘束期間において給付を知ることができるので、更新後に半年や1年拘束することは許されるとするものもある¹⁶²⁾。

(c) 解約告知期間条項

存続期間条項のところでも、取り上げた事例であるが、「解約告知がなされない場合、契約は期間の定めのないものとして更新される。解約告知期間は同様に月の終わりに向けて3か月必要である」旨の条項が無効とされている。理由づけにおいては、この条項が、もっとも早くて9か月後にのみ契約の解消が可能となるような印象を与えること、3か月の解約告知期間は、月末に向けてという条件によっては4か月近くに延長されることがあり得ることが指摘されている(OLG Hamm Urt. v. 10.10.1991 NJW-RR1992, 243)。学説には、1か月までの告知期間が適切であるという見解¹⁶³⁾、最初の存続期間がそれほど短期でなければ、3か月の告知期間は許されるとする見解¹⁶⁴⁾などがみられる。

158) Helmut Heinrichs, Kurzanmerkung, EWIR1997, 241.

159) Helke Heidemann, Anmerkung, VuR1997, 181; Ulmer/G. Christensen, Fn. 51, Bes. Vertragstypen Teil2(29) Rn. 4; Wolf/Dammann, Fn. 51, Klauseln Rn. F24; Schwefel, Fn. 147, S. 94ff.

160) Heidemann, Fn. 159, VuR1997, 181.

161) Westphalen, Fn. 94, Fitness-und Sportstudiovertrag 2010, Rn. 21; さらに、顧客が適時の意思表示を怠りがちなので、フィットネス契約における黙示の更新条項自体の妥当性に疑問を呈する。

162) Ulmer/G. Christensen, Fn. 51, Bes. Vertragstypen Teil2(29) Rn. 4.

163) Westphalen, Fn. 79, Fitness-und Sportstudiovertrag 2010, Rn. 22.

164) Ulmer/G. Christensen, Fn. 51, Bes. Vertragstypen Teil2(29) Rn. 4.

(5) 借家契約—消費者契約

借家契約における長期拘束の有効性に関わる規定として、2001年の賃貸借法改正後、スライド式家賃賃貸借 (Steffelmiete)¹⁶⁵⁾ に対して、借主の解約告知権を4年までは排除できること、逆に言えば、4年を超える期間について借主の通常の解約告知権を排除できないことが定められている (BGB557a条3項4項¹⁶⁶⁾)。その他、借家契約の通常の解約告知に設けられている告知期間は、借主に不利に変更できないとされている (BGB573c条¹⁶⁷⁾)。そもそも、借家契約においては、借主の存続利益保護 (貸主の解約からの保護) の観点から、期間を定めて居室を賃貸する、いわゆる定期借家 (Zeitmiet) は、一定の場合にのみ、締結が可能とされているが (BGB575条¹⁶⁸⁾)、長期拘束との関係で問題となったのは、

165) 契約締結時に、1年以上の間隔で、家賃の値上げを予め定めておく契約である。スライド式家賃賃貸借の合意をした場合には、その他の理由での家賃の値上げをすることはできなくなる。

166) BGB557a条3項 借主の解約告知権は、スライド式賃貸借の契約締結から長くとも4年までは排除できる。解約告知は、もっとも早くて、この期間の経過に向けて許される。

4項 借主に不利な合意は無効である。

167) BGB573c条1項 解約告知は翌々月の経過に向けて、遅くとも月の第3平日に許される。貸主についての解約告知期間は、借家の引渡しから5年後及び8年後に、その都度3か月間延長される。

2項 一時的な利用のために賃貸された借家の場合には、より短期の解約告知期間が合意され得る。

3項 549条2項2号にいう借家 (貸主住居内の家具付き居室) においては、解約告知は当月の経過に向けて、遅くとも当月の15日までに許される。

4項 1項から3項について借主に不利な変更は無効である。

168) BGB575条1項 賃貸借関係は、以下の場合に、期間を定めることができる。貸主が賃貸期間の経過後に、

1号 借家の物件を、自身、家族又は生計を同一とする構成員のために利用しようとする場合

2号 許される方法で物件を除去し、又は賃貸借関係の存続によってその措置が困難となるほどに本質的変更を加え、若しくは良好な状態にする場合

3号 労務給付を義務づけられた者に賃貸借する場合。

かつ、貸主は、借主に契約締結時において期限を定める理由を説明しなければならない。さもなければ、賃貸借関係は、期限の定めのないものとして締結されたものとみなされる。

2項 借主は、貸主に、期間の経過前の早くとも4か月前に、貸主が借主に、期限を定める理由がなお存在しているかどうかを通知するよう要求できる。この通知が遅れた場合には、遅れた期間について借主は賃貸借関係の延長を要求できる。

3項 期限を定める理由が後になってはじめて生じた場合には、借主は、対応する期間について賃貸借関係の延長を要求できる。理由が喪失した場合には、借主は定めのない期間での延長を要求できる。期限を定めた理由の発生並びに遅滞の継続期間の証明責任は貸主にある。

期間の定めのない借家契約において、借主の通常の解約告知権を一定の期間排除するという合意の有効性である。

(a) 通常の解約告知権を一定期間排除する条項

期間の定めのない借家契約において、通常の解約告知権を一定の期間排除するという合意の有効性について、2001年の賃貸借法改正後、訴訟が提起されるようになった。BGBには、通常の解約告知権の排除について明文の規定がないところ、貸主が通常の解約告知権を一定期間排除する条項を契約書に置き、借主が期間途中で解約告知の意思表示をするのに対し、貸主が拘束期間に相応する家賃の支払いを求めて訴えを提起するという事案が数多くみられるようになった。

この問題について、学説には、約款における通常の解約告知権の放棄はBGB307条によって無効となるという見解、普通取引約款において借主のみが一方的に通常の解約告知権を放棄する場合にはBGB307条によって無効となるという見解、貸主・借主双方による放棄であっても、解約告知権の放棄は、スライド式家賃貸借においてのみ許されるという見解などが主張される一方で、約款による通常の解約告知権の排除は無制限に許されるという見解などがあった¹⁶⁹⁾。

(b) BGHによる判例法理の形成

このような議論状況に対し、BGHは以下の判例法理を形成した。まず、登場したのは、約款ではなく、個別に交渉された契約において、借主側の通常の解約告知を60か月間にわたり排除する条項を有効とするBGHの判決である。

【BGH Urt. v. 22.12.2003 NJW2004, 1448 NZM2004, 216

〔事案の概要〕 貸主Xは、借主Yと、2001年10月17日、賃料月額1200ユーロにて賃貸借契約を締結し、契約は期間の定めなく締結され2002年1月1日から開始することとされた。契約書には、手書きで、次の条項が挿入された。「借主は60か月間、法定の解約告知権を放棄する」。2001年10月30日の書面によって、Yは、賃貸借関係の履行にもはや利益を有していないとして解約を伝えた。Yは2002年1月分までの

4項 借主に不利な特約は無効である。

169) 2004年ころまでの学説の議論状況については、Vgl. Patrick Brock/Cornelia Lattka, Kündigungsvorbehalt in Formularmietverträgen über Wohnraum, NZM2004, 729.

賃料を支払っていたが、その後の期間について支払いをせず、この物件は2002年4月1日から、他の者に賃貸された。XはYに、2月3月分の賃料の支払いを求めている。

【判旨の概要】BGHは、個別に交渉された合意による通常の解約告知権の排除は有効であるとした。まず、解約告知期間は、解約告知権が帰属して初めて問題となることから、解約告知権の排除条項は、BGB573c条4項によっては無効とならないとする。一方では、「現代社会において……ますます要求されている可動性と柔軟性、それに伴う短期の居住場所という課題、とくに仕事場所の変更、老人ホーム介護ホームへの健康を理由とする転居、を考慮しなければならない (BT-D. 14/4553, S. 2)」が、他方で、立法者は、解約告知権放棄の許容性を承認し、かつ契約自由の強化を、とりわけインデックス家賃 (変動指数) 賃貸借、スライド式家賃賃貸借、定期借家において強調し、それと対応して、BGB557a条3項は、スライド式家賃の賃貸借において、借主の解約告知権は4年まで排除できるとし、また、BGB575条は、合意された期間で終了する定期借家を許していると説明する。合意による解約告知権放棄の承認は、借主にとって要求できない負担ではなく、転賃によって借主の経済的負担を軽減する余地もある。そして、貸主が同じような方法で拘束されていなくても、合意された解約告知権を放棄する期間に関しては、借主は完全な存続保護を享受することができ、BGB575条4項に違反するものでもない、とする。定期借家とは、期間の経過によって自動的に終了する契約である。この規定は、住居の喪失から借主を保護しようとするものであり、長期の拘束から保護しようとするものではない、と説明した。】

このBGHによって、BGB573c条4項及びBGB575条4項は、通常の解約告知権の排除に関わるものでないことが明らかとされた。この点については、判旨の言うように、BGB573c条は、通常の解約告知権がある場合の告知期間について規定するものであり、また、BGB575条は、借主の存続利益保護の観点から、定期借家契約を締結できる場合を限定する規定であり、いずれも、期間の定めのない契約において、通常の解約告知権を一定期間排除することに関わる規定ではないという点は正当であろう。

その後、BGHは、個別交渉合意ではなく普通取引約款と認定された事案において、通常の解約告知権を、2年ないし1年の間、貸主借主双方について排除している条項を、有効とする判断を示す (BGH Ur t. v. 30.06.2004 NJW2004, 3117 NZM2004, 733; BGH Ur t. v. 14.07.2004 NZM2004, 734; BGH Ur t. v. 06.10.2004 WuM2004, 672)。このように、通常の解約告知権を排除する条項を有効とする判決が続く中、BGH Ur t. v. 06.04.2005 NJW2005, 1574 NZM2005, 419が、期間の定めのない賃貸借契約において、4年を超える期間、通常の解約告知を普通取引約款によって排除することは、借主と貸主の相互的な放棄であっても許されないという判断を示した。

【BGH Ur t. v. 06.04.2005 NJW2005, 1574 NZM2005, 419

[事実の概要] 借主Xと貸主Yとの間で、2001年10月31日に、借家契約が締結された。期間の定めのない契約において、5年間は解約告知権が放棄されるが、重大事由による解約告知権は影響を受けないと規定されていた。Xは、2001年11月2日の書面で、次に可能な時点において、遅くとも、2002年1月31日に向けて解約告知すると意思表示し、XはYに2002年1月31日に鍵を返却した。Yは2002年3月中旬から新たな借主にこの部屋を賃貸している。XはYに支払っていた賃貸借保証金の返還を求めた。Yはこれに対して、2月分と3月の半額分の家賃を引いた金額を返還すればよいと主張した。

[判旨の概要] BGHは、期間を定めることによって通常の解約告知権を排除することは可能であり、判例には、2年間について約款で両当事者の告知可能性を排除している条項はBGB307条1項の意味での不当に不利な取り扱いではないとしているが、今回の賃貸借における5年にわたり解約告知権を放棄する条項は、AGBG9条1項によって無効である、すなわち、5年間にわたる通常の解約告知権の放棄は、信義則に反して約款使用者の相手方を不当に不利に扱うものであるとする。賃貸借法改正法の政府草案の理由づけにもあるように (BT-D14/4553, S. 38)、今日の社会において、可動性と柔軟性はますます重要となっている。しかし、解約告知権の放棄によって、借主は、その自由処分性を著しく制約される。職業、家族、病気、その他に関して変化があった場合に、借主は、その変化が予測外の意図しないものであった場合でも、これによ

不適切となる住居を解約告知できないことになるとする。そして、付帯費用を含めた賃料は、収入のかなりの部分を占めるものであり、第二の住居を借りることは難しく、転借人を探す可能性は、借主の自由処分性を補うものとしては不安定であると評価する。しかし、解約告知権の放棄は、BGB573条574条によりも存続利益を保護するという意味では、借主にとっての利点もあるので、時間の観点において、見通すことができ、耐え得るものである限りでは、不当なものとはならないという。BGB544条1文によって、30年を超える期間で解約告知権を放棄することは排除されている。BGB557a条3項では、4年までの解約告知権の排除は認めている。法律上の規定は、スライド式家賃貸借にのみ妥当するようであるにもかかわらず、借主の解約告知権放棄に時間的制限を与えるべきことを示している。BGB557a条の前身規定は、住居を探している者の起こり得る苦境を考慮して、解約告知権の排除を4年に限定する必要があるとしていた（BT-D9/2079, S. 18）。これに従うと、約款による4年を超える解約告知権の排除は、不当に不利なものとなる。これは学説の有力見解にも合致し、5年にわたって解約告知権を排除している本契約の条項は、借主にとって不当に不利なものであり、有効性を維持しての縮減はなされないで（BGHZ143, 103）、期間の定めのないものとして通常の解約告知が可能となる、とした。】

普通取引約款における4年を超える通常の解約告知権の排除条項を無効とした理由づけのポイントは、通常の解約告知権の放棄は、借主の自由処分性を制限するものであり、借主が利用しない期間、転借人を探す可能性も不確かなものであるから、借主には存続保護がより確固たるものとなるという利点があるものの、見通すことができ、要求できる範囲でのみ、解約告知権の排除は有効となるという考え方を採用した点である。そして要求できる範囲の確定について、スライド式家賃貸借の規制を参照して、4年という基準を転用し、無効の効果としては、期間の定めのない契約となるとしている。その後、BGHは、従来の判例理論を維持しつつ、進路変更や留学などにより当該部屋を不要とする事態が頻繁に発生する学生を相手とする学生用アパートの場合には事情が異なるとして、2年にわたり通常の解約告知権を排除する条項を、BGB307条1項により無効とする判決も出ている（BGH Urt. v.

15.07.2009 NJW2009, 3506)。

その他、BGHは、借主の一方的解約告知権放棄を定める条項か、それとも相互的放棄を定める条項かという点に関し、スライド式家賃貸借における4年を超えない通常の解約告知権の放棄は、一方的な借主だけの放棄を定める条項であっても許されるが (BGH Ur t. v. 23.11.2005 NJW2006, 1056 NZM2006, 256; BGH Ur t. v. 12.11.2008 NJW2009, 353 NZM2009, 80)、それ以外の借家契約においては、借主にのみ一方的に通常の解約告知権を放棄させる条項は、BGB307条1項1文によって無効となるとの判断を示す (BGH Ur t. v. 19.11.2008 WuM2009, 47)。BGHは、通常の解約告知権の借主による一方的放棄が、スライド式家賃貸借では許されるが、それ以外の借家契約においては許されない理由について、BGB557a条3項の明文規定の存在を重視し、スライド式家賃貸借の場合、借主にも他の理由による値上げがなく安定化の利益があることを強調し、それ以外の貸借では、放棄に見合う補償的利益が借主に欠けていることを理由とする。もっとも、このような理由づけに疑問を提起する見解もみられるところである¹⁷⁰⁾。

以上、普通借家契約において一定期間にわたり通常の解約告知権を排除する条項に関する判例法理をまとめると、次の通りになる¹⁷¹⁾。

第一に、特別の解約告知権を排除している条項は無効となるが、一定の範囲で、通常の解約告知権の排除・制限することは許される。

第二に、個別に交渉された合意においては、4年を超える通常の解約告知権の排除も、一方的放棄も、原則として許される。

第三に、約款における通常の解約告知権の排除は、一般に、契約締結時から4年までは許されるが、学生用アパートの場合、より短期の拘束でも不当となり得る。許される拘束期間を超える場合には解約告知権の排除条項は無効となり、通常の解約告知が可能となる。

第四に、約款における通常の解約告知権の排除は相互に行われる必要があり、借主の権利だけを一方的に排除する条項は無効となるが、スライド式家賃貸借の場合には、一方的排除も許される。

学説では、4年に及ぶ拘束は、借主にとってかなりの負担と言えるこ

170) Ulf P. Börstinghaus, JurisPR-BGH ZivilR 3/2009 Anm. 4.

171) Ulf P. Börstinghaus/Schmidt-Futterer, Fn. 7, § 557a BGB Rn. 62-63, 81-90.

とが指摘されている¹⁷²⁾。

(6) 小括

ここでは、契約の主たる要素が賃貸借であると性質決定され、かつ長期拘束の有効性が争われている個別取引類型をみてきた。

利用型契約に対し、BGBは、賃貸借において30年を超える期間を定めた場合、30年の経過後に、解約告知を認める強行規定（BGB544条）を用意するが、期間の途中で随意に解約告知を認めるような法規定は存在せず、また利用型契約は約款規制法における存続期間条項等の規制（BGB309条9号）の対象外とされており、契約の性質として、本来的に長期を志向するものであることが出発点とされる傾向にある。BGB309条9号とBGB307条との関係をいかに捉えるかについては、物品供給型の雑誌定期購読契約に関して議論があったところであるが、同様の議論がフィットネスクラブ契約の更新条項についても行われていた。すなわち、BGHは、当該契約に立法者が考慮していなかったような特殊性が認められない限り、BGB309条9号に抵触しない条項は、BGB307条によっても無効とならないという考え方を採用している。

一般的には、利用型契約と認定された場合、とくに事業者間契約においては、賃貸借における長期の拘束は通常のことであり、期間途中での有用性リスクは借主が負担すべきなどとして、長期拘束を肯定するものが多かった（広告掲示板、通信設備賃貸借）。消費者契約の場合には、借主側の事情、例えば、利用の継続が受領者のコンディションに左右されるという性格を伴う場合であること（フィットネス）、あるいは頻繁な解約の必要性が典型的にみられること（フィットネス、学生用アパート借家）が、解消利益を肯定する方向で考慮に入れられ、借家契約については、利用が不要になった場合に、転貸という対応も容易ではないことが指摘されていた。ただし、ドイツの判例・学説は、借主側のこのような事情を理由に解除自由の承認にまで進むという形で議論を展開しておらず、許容される拘束期間の限度はどこまでかというアプローチで検討が行われている。

利用型契約に分類した個別取引の中でも、何らかの利益と引き換えに、

172) Ulmer/G. Christensen, Fn. 51, Bes. Vertragstypen Teil2(22) Rn. 29.

場所利用を許可した貸主に、競業他社との同種の契約を禁じる排他的取引に関する条項も置かれる場合、物品供給型のピール供給契約と同様に、給付の均衡（拘束を受ける側に対する反対給付の程度）の観点から、長期拘束の有効性を判断するにあたって持ち出されている（自動機械設置契約や不動産所有者に場所の利用許可を求める形での通信設備設置契約）。

そして、利用型契約においては、賃貸目的物の提供のために、貸主が開発費・維持費用など高額な投資を行っているといった事情がみられる場合があった。このような場合には、物品供給型のエネルギー供給契約においても述べられていたように、投資の償還という観点が長期拘束の正当化にあたり考慮されていた。そして、この場合の投資の償還は、BGHによれば、利益の出る形で有用な商品を生産・提供するために必要な拘束期間という意味で理解され、かかる事情は商人間取引でも、非商人取引でも妥当する旨が述べられていた。ただし、利用型契約の判決例の検討において、投資という場合、例えば、通信設備の賃貸借のように、当該契約相手に対する特有の投資があり、他者への転用による投資回収が困難なケースにおいては、相当長期の拘束が正当化され得ることが議論されているのに対し、フィットネス契約では、施設・設備に投資が行われているとしても、これは当該顧客に対する特有の投資ではなく、長期の拘束を正当化する理由にはならないという見解が示されていたことを指摘できる。また、通信設備の賃貸借の場合でも、技術の進展が著しい場合に、長期の拘束を疑問視する見解や、商人に対しては、技術の進展や営業の変更可能性も含め長期拘束に伴うリスクを自身で予測することを要求できるとしても、消費者は将来の需要（設備の必要性）を見通せないため、同種の議論をそのまま妥当させられないといった見解も示されていたところである。

なお、存続期間中の利用停止や設備の取り外し等に対して置かれる包括的な損害賠償額の前条項については、少なくとも、有効な残拘束期間の対価・収益全額について請求が行われ、又は認められている訳ではない。そして、実際、別の契約に目的物等が転用されるなどして、予定された存続期間中の収入に係る損害の軽減が図られている事案は少なくないことを指摘できる。

3 役務提供型契約

役務提供型契約の中でも、一定の種類契約には、契約において期間を定めても、理由を問わず随時に契約解消を可能とする特別の解約告知規定が任意法規としてBGBに用意されており（BGB627条、BGB649条）、このような任意法規の存在が、BGB307条による不当条項審査にあたり重要な役割を果たすことになる。また、特定の役務提供型の消費者契約に、強行法規として解約告知権が設けられていることもある（通信教育受講者保護のための法律：FernUSG5条）。しかし、第1章では、このような任意解約告知規定の適用がない役務提供契約について長期拘束の有効性が問われた事例、あるいは解約自由の不当な制限というアプローチを採用せず、長期拘束の限界という観点から裁判所がアプローチしている事例を取り上げる。

なお、消費者契約約款における長期の存続期間条項等を規制するBGB309条9号は継続的な役務・請負の提供を目的とする契約に対しても適用されるが、消費者契約においては、2年を超えない存続期間についても、時間的な拘束の有効性が争われる傾向にある。

(1) マネジメント・業務執行委託契約—事業者間契約

ホテルを経営する会社が、ホテルチェーンを展開する事業者に、長期にわたるマネジメント・業務執行を委託した事案に関するBGHの判決がある。事務処理委託契約における長期拘束の限界が問題となっている。

【BGH v. 05.10.1981 NJW1982, 1817 WM1982, 394

[事案の概要] Xは世界規模でホテル経営を行っている企業であり、Yは親族経営の合資会社ホテルである。Yは、新たなコンセプトでホテル経営をしたいと考え、外部資金を長期にわたって確保することなどを目的に、1976年3月15日、Xとマネジメント契約を締結した。契約によれば、Yは、Xの助言の下に、ホテルを建築し、Xの規格に基づいて装丁を行い、Xは、Yの名前、計算、費用で、Xのノウハウによってホテル経営を執行するとされている。条項では、YはXのマネージャーによるホテル業務の執行を妨害してはならず、この業務執行はまずは20年継続し、その後、マネージャーによって10年単位の更新が3回まで可能とされていた。この条件下で、1977年の半ばに、ホテル経営が開

始されたが、Yは、1978年4月以降、Xの配置した人員に活動をやめさせ、自身がホテルの業務を執行し、1978年6月2日にXに対して解約告知の意思表示をした。Xは、マネジメント契約の有効性を主張し、解約告知は無効であることを主張している。

【判旨の概要】争点のうち、BGB138条に関する判断において、BGHは、今回の事例において予定された50年は可能となるYの拘束は、その経済活動の自由において、是認できない方法で、Yを拘束するものであるという点について、控訴審裁判所に同意できるとする。マネジメント契約は、Yの事業の本質的部分を掌握するものであり、Yは事業の内容に影響を与える可能性も、事業変更の可能性も有さない状況に置かれる。広範囲にわたる経済活動の自由の制限として、50年の拘束は、BGB138条の要請に合致しない。しかし、Yの見解に反して、20年の拘束に問題はない。限界線は個々の事例の事情、契約上の権利・義務内容に左右されるが、考慮すべきは、相手方の給付の重要性、本人の業務執行に關与する余地がどの程度とどまるかという事情であり、今回、Yは事業に關与する権利を広範囲において手放しているが、Xの給付はYにとって極めて重要であった。Xによる業務執行の引き受けは、Yのホテル経営実現のための前提要件であり、総合考量において、20年の拘束期間は甘受でき、契約は全部無効とならず、20年の拘束は有効であるとした。著しい給付不均衡の主張については、十分な主張がされておらず、判断できないとされた】

委託者の営業の自由をかなり制限する内容ではあるが、受託者によるノウハウの提供やマネジメントがなければ、事業を継続し得なかった点が考慮され、50年の拘束を導く更新オプション付きの契約としては良俗違反であるが、最初の拘束期間である20年は甘受できるものと判断されている。

(2) クリーニング委託契約—事業者間契約

長期にわたって行われることを予定していた事業者間のクリーニングの委託について、次のBGH判決がある。

【BGH v. 25.05.1993 NJW-RR1993, 1460

【事案の概要】 クリーニング業者Xは、1974年7月30日、治療センター

Yと、センターにおけるすべてのクリーニングを行う旨の契約を締結した。契約書には「この契約は期間の定めなしに締結される。契約当事者が繰り返し義務に違反した場合には、他方当事者は、半年経過に向けて3か月の解約告知期間を保持して契約を解約できる。」旨の定めがあった。Yは、1989年4月10日の書面で、1989年12月31日に向けて、契約を解約告知する旨を通知した。これは契約書の条項に基づくものとされ、さらに1990年7月23日の書面によって、1990年の12月31日に向けて解約告知とするとされた。Xは、Yの解約告知に対し異議を唱えた。Xは、1989年12月31日に向けての解約告知によっては契約関係が解消されないことの確認を求め訴えを提起した。

[判旨の概要] 控訴審裁判所は、契約関係は、通常の解約告知権によって、1989年12月31日に向けて終了するとした。契約には期限の定めがなく、解約告知によってのみ終了されるが、通常の解約告知に関する規定がない場合には、BGB624条BGB723条が準用され、1989年12月31日に契約は終了に至ったとした。BGHは、通常の解約告知が認められるという控訴審裁判所の判断には従うことができないとする。控訴審裁判所は当事者の契約が雇用か請負かを判断していないが、請負の要素が主であり、BGB624条、BGB723条を準用した点に従い得ないという。条項によれば、当事者が、契約終了の可能性をかなり制限しようとしていたことは明らかであり、重大な契約違反がある場合に、なお契約が半年経過まで存続することを予定しているのに、自由な解約告知が単に6か月の解約告知期間によって認められるとするのは、自明のことではないという。期間の定めなく締結された契約がBGB138条によって無効となるかどうかという問題に答えるために、請負契約法には許される存続期間の限界について定める法規定は存在しないこと、債務法は一般的な契約自由の原則について規定し、長期間にわたる拘束に同意する可能性を提供していることを指摘し、賃貸借・用益貸借契約の特別規定を除いて、その他の継続的債務関係では、合意された長期の時間的に限定されない拘束の有効性は、個別の事例の事情に基づいて判断されるとする。具体的事例としては、暖房供給契約において、通常の解約告知権は時間的な制限なしに排除され得るとした判決があるが、事実関係が異なっており今回の事例に転用できるものではなく、また、ビール供給契約やエ

エネルギー供給契約の判断をそのまま転用することもできない。決定的に重要なのは、Xがこの特別の営業のために特別の施設を設置するなどしたか、いかなる特別の投資を、この契約のために行ったかである。他の条項も参照し、Yの独立性や経済活動の自由を制限しているか、どの程度しているか、YはXに繁栄・破滅を委ねられているか、Yがいかなる範囲で価格形成に影響を与え得たか、が考慮される。今回は15年経過後の解約告知であり、BGHの従来判決では、これを越えた期間の拘束は圧倒的に批判的に判断されていることも指摘されている。】

このBGH判決は、当事者が長期の拘束を意図していたが、明確な期間を定めなかった場合に、重大な義務違反がある場合でさえ解除に最低半年の経過を必要としていることから、契約解釈によって、通常の解約告知権では終了できない長期の拘束が合意されていることを前提とした判断である。判決はどの程度の拘束が許されるかに関し結論を示していない。しかし、重要な考慮要素として、特別な投資の有無、経済活動の自由侵害の有無・程度、被解約者側の営業存続に対する影響の観点が挙げられている。

(3) メンテナンス契約—事業者間契約/消費者契約

機器のメンテナンスをする契約 (Wartungsvertrag) に関するBGH判決としては、消費者が購入する電気機器に対する長期有償のメンテナンス契約が問題となった消費者団体による差止訴訟事案と、事業者間契約において購入した通信設備に対する長期メンテナンス契約が問題となった事案とを確認できる。

(a) 電気機器のメンテナンス契約—消費者契約

【BGH Urt. v. 17.03.1993 NJW1993, 1651

〔事案の概要〕消費者団体Xは、ビデオ機器販売業者Yの使用する約款上の条項の差止めを請求している。Yは顧客にビデオ機器を販売するにあたって、メンテナンス契約の締結を提案し、その内容は月々の確定した対価と引き換えに、年2回のメンテナンスと必要時の修理が行われるというもので、約款上に「上記の機器に対して、……から、2年の期間にわたり、メンテナンスが引き受けられる。」という条項が存在した。メンテナンス期間は、契約締結から6か月の担保責任期間を経過してか

ら、開始することとなっていた。

〔判旨の概要〕 AGBG11条12号aの存続期間は、契約締結時から計算される。これは規定の文言から自然である。契約は締結時から拘束的であることには疑いはない。このような解釈はとりわけ、禁止条項の保護目的によって確認される。この規定によって、顧客の自由処分性を侵害し、通常、約款使用者の営業上の利益にだけ役立つ過度に長期の拘束的存続期間は、妨げられる。顧客は限定された期間についてのみ、給付の必要性や関心の維持、事情の変化の可能性を予測できる。いかなる時点から給付上の義務の履行が開始されるかに関係なく、顧客の拘束は有効な契約の締結からすでに存在する、とした。】

この判決は、AGBG11条12号a違反を理由に、存続期間条項の差止めを認めるものである。この判決の意義は、学説では見解の分かれていた2年という上限期間の起算点が契約締結時か給付開始時かという問題について、契約締結時であることをBGHとして明らかとした点にある。

(b) 通信設備のメンテナンス契約—事業者間契約

【BGH Urt. v. 08.04.1997 NJW-RR1997, 942

〔事案の概要〕譲渡された債権（料金）の請求訴訟であり、譲渡された債権は、顧客YとAとの間のメンテナンス契約から生じている。AとYとは、1991年7月24日、通信設備の引き渡しとメンテナンス等に関する契約を締結した。この契約は、1991年6月1日から遡及して効力を生じるものとされ、通常の解約告知権は排除されること、特別の解約告知権も1995年12月31日に向けて1年間の解約告知期間を保持してはじめて行使できるとされている（第1契約）。また、AとYとは、特定の設備について、保険付きのメンテナンスサービス契約を締結した。この契約は、引渡日から開始し、契約の存続期間については、データシステムについては3年、その他の設備については10年となると定められている（第2契約）。Yは、1992年9月21日、即時解約告知の意思表示をした。XはYに2001年までの全報酬の支払いを求めている。

〔判旨の概要〕控訴審裁判所は、第1契約を、締め付け契約として、BGB138条によって無効であるとしたが、第2契約における存続期間条項を有効であるとし、10年の存続期間条項に問題はないとした。これに対し、BGHは、存続期間条項をAGBG9条1項によって無効とし

た。商人間契約なので、AGBG11条12号は適用されないが、存続期間条項の不当性は、個々の事例において、AGBG9条1項によって審査され得るとし、BGB138条1項あるいは2項による無効は否定されるが、AGBG9条1項の全考量において、その条項は維持できないとする。このサービス契約に基づいて行われる給付についてAが投資をしなればならなかった事実は確認されておらず、メンテナンスの対象はYの所有物であること、さらに、通信設備は時代遅れとなっており、長期のサービス契約は依頼者にとって非常に不利益なものとなるという。この契約は雇用契約関係に近く、無効な存続期間に補充されるのは、BGB620条2項であり、月々で報酬が支払われるので、BGB621条3号が補充されるとした。】

【BGH Urt. v. 17.12.2002 NJW2003, 886

〔事実の概要〕1995年4月27日に、Xは、Yから、通信設備を購入し、そのメンテナンス、保証に関する契約を締結した。契約は開始から10年目の終わりまで継続するものとされ、費用の変更等によりメンテナンス費用を値上げできる条項も置かれている。Xはメンテナンス費用を、翌年に値上げした。Yは、1999年3月31日の書面で、6月30日に向けて契約をやめるという解約告知をした。これに対しXは拘束的なものとして予定された期間に対応する支払いを求めている。

〔判旨の概要〕BGHは、商人間取引における約款上のメンテナンス契約に関する10年の存続期間条項が有効かどうかは、学説では争いがあるが、個別の事例において保護に値する両契約当事者の権利義務が考慮され、正当な双方の権利義務を対置することが重要となるとし、商人には契約締結時にその存続期間中の必要性を十分に考慮することが期待されるが、10年の拘束を正当化するには、通常は、特別の事情を必要とすると述べる。個人の自律性、自由、最低限の経済活動の自由を制限する場合には、不当性は肯定されること、今回の事例では、問題の設備を、賃借ではなく、購入していることが考慮され、別の設備に変更する必要がある場合に、メンテナンス契約はそれを妨げることになる。拘束の許容性に関しては、どの程度の反対給付があるか、すなわち、長期の契約期間でのみ償還される高度の開発費用や維持費用が考慮される。しかし、今回の事例は、設備の賃貸借ではないので、この点を約款使用者

側は援用できないとする。さらに、10年間、相手方に解約可能性を与えないにもかかわらず設けられている値上げ条項は、相手方を不当に不利に扱うものである。このような条項の存在によって、存続期間条項は、相手方にとって、価格面のメリットを何らもたらさないものとなるとし、AGBG9条によって10年の拘束期間は無効となり、Yの解約告知は有効である（BGB621条）とした。】

メンテナンス契約に関する二つのBGH判決は、商人間における10年の存続期間条項を無効としている。設備の賃貸借契約と異なり、高額な投資の回収という問題は生じないことから、10年の拘束は、商人間取引であっても正当化されないということである。また2002年のBGH判決は、値上げ条項の存在が、10年の存続期間の一方向的な不当性を理由づける根拠の一つとされている。なお、長期の存続期間条項が無効とされた場合、上記BGHは期間の定めのない雇用契約における通常の解約告知権を補充した（BGB621条）。学説も、ここでは、請負における注文者の即時解除権（BGB649条）の補充は適切ではなく、BGB621条が事案適合的解決をもたらすと述べるものがある¹⁷³⁾。

(4) 通信サービス契約—消費者契約/事業者間契約

通信サービス契約（Telekommunikationsverträge）とは、顧客に、通信ネットワークへのアクセスを許可し、他者との通信やネットワークを介しての情報取得・発信を可能とするサービスのことである¹⁷⁴⁾。

(a) 存続期間条項

固定電話の通信サービス契約では、一般に通常の解約告知が可能とされていることから、存続期間の規制という問題は生じていない¹⁷⁵⁾。携帯電話の通信サービス契約では、6か月から2年の拘束的な存続期間が設定され、更新条項も設けられており、長期拘束の問題が早くから学説

173) Westphalen/Fritz Drettmann, Fn. 94, Wartungsverträge 2009, Rn. 10.

174) Gerald Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Telekommunikations-Anbieter, 2000, Vertragstypen im Telekommunikationssektor (Andreas Imping), Rn. 3, 10.

175) Bernhard Hahn, AGB in TK-Dienstleistungsverträgen—Vertragsabschluß-, Leistungsbeschreibungs-, Bonitäts-, Rücktritts- und Laufzeitklauseln, MMR 1999, 251, 255.; Sven-Erik Heun (Hrsg.), Handbuch Telekommunikationsrecht, 2007, Kundenschutz und Universaldienst (Thorsten Sörup), Rn. 554.

では言及されていた¹⁷⁶⁾。学説の多くは、携帯電話サービス契約を雇用契約と考えている。したがって、消費者契約の場合、BGB309条9号の適用がある。2年を超えない存続期間をBGB307条によって無効とする可能性に関し、学説には、1年を超える拘束期間は原則として無効となると考えるべきだが、期間の長さ結びついて端末代金が安くなっているような場合には、2年まで許容されるというように、1年というラインに言及する見解もみられる¹⁷⁷⁾。しかし、携帯電話通信事業にかかるコスト等を考慮して、2年の拘束に問題はないと評価する見解は少なくない¹⁷⁸⁾。さらに、長期を選択することによって費用上の利益を顧客が得られる場合や端末の付与があるような場合には、個別交渉合意であるなどとして、3年の拘束は許容されるべきという見解もある¹⁷⁹⁾。このような学説の議論が先行していたが、近時、存続期間条項及び解約告知期間・更新条項に対し、団体が差止を請求した事案に対するOLG判決が登場している。

【OLG Ur. v. 08.04.2010 MDR 2010, 1175

〔事案の概要〕 差止訴訟法 (Unterlassungsklagengesetz: UKlaG) 4条による登録団体Xが、通信サービス事業者Yに対し、「携帯通信サービス契約の存続期間は24か月である。両契約当事者が書面で3か月の解約告知期間を保持して存続期間の経過に向けて解約告知しない場合には、その都度、12か月で更新される」という条項は、BGB307条1項1文によって無効であるとして差止請求をした。

〔判旨の概要〕 地方裁判所は、BGB309条9号に合致する条項は例外的にのみBGB307条1項1文によって無効となるとし、立法者が念頭に置いた以上の特殊な事情は認められず、当該条項は有効であるとした。

176) Schöpflin, Fn. 140, BB1997, 108.

177) Hahn, Fn. 175, MMR1999, 255; Spindler, Fn. 174, Mobilfunk (Stephan Kropf = Axel J. Harder), Rn. 215.

178) Schöpflin, Fn. 140, BB1997, 108; Walter F. Lindacher, Zur Zulässigkeit des formularmäßigen Ausbedingens von Vertragsabwicklungsgebühren bei Dauerschuldverhältnissen im Dienstleistungsbereich, ZIP2002, 50; Heun/Sörup, Fn. 175, Rn. 556.

179) Schöpflin, Fn. 140, BB1997, 108; Westphalen/Martin Munz, Fn. 94, Telekommunikationsvertrag 2007, Rn. 61; 具体的な期間の言及はないが, Ulmer/A. Fuchs, Fn. 51, §307 BGB Rn. 149も端末の安価な付与等は、本来不当な長期拘束を正当化し得るという。

Xは、BGB309条9号の立法当時、携帯電話サービスは立法者の念頭に置かれていなかったこと、転職、失職、その他の個人的事情により携帯電話の必要性がなくなり得ること、技術の進歩により他社のサービスに乗り換える必要性が発生し得ること、消費者の将来計画能力には限界があること、EU法は1年の存続期間を薦めていることなどを無効の理由づけとして挙げた。控訴審裁判所は、控訴を棄却。BGB309条9号とBGB307条との関係に関する雑誌の定期購読に関するBGH判決（BGH NJW 1987, 2012）やフィットネス契約のBGH判決（BGH NJW 1997, 739）に言及しつつ、技術革新の速い通信業者がどこかは一般に知られていること、BGB309条9号の立法時には採算性も考慮して2年が上限とされたこと、顧客にサービスが不要となった場合、月々の支払い義務は負担となるが、50ユーロ弱の月々の負担はとくに重いものではないと述べている。】

従来の学説と判決例は2年の存続期間を許容できるものと判断する傾向にある。不当性を主張する見解は1年という基準に言及するが、いずれにせよ、通信サービス契約の領域では、解約の自由を出発点とせず、拘束期間の限界線引きというアプローチが採用されていることになる。

(b) 回線利用停止料金条項

この他、携帯電話サービス契約の解約に関連して、回線停止料金条項の有効性がドイツでは問題とされていた。この問題に対し、BGHは、契約の終了時の回線停止作業は顧客への給付ではなく、事業者自身の事務と評価でき、回線利用停止料金条項は、自己の利益を擁護するための費用を顧客の肩代わりさせるもので、AGBG9条2項1号によって無効となるとした（BGH *Urt. v. 18.04.2002 NJW2002, 2386*）。したがって、判例理論によれば、回線利用停止料金条項は契約の拘束期間に関する条項ではない。ただし、学説の中には、この条項の本質的目的は、経過期間に左右されない費用（信用調査、メールボックスの設置、仲介者への支払いなど）の清算であり、法律上許容される2年の存続期間経過後に金銭を徴収することは許されないが、有効な存続期間中の解約に対しては清算金の請求は可能であるとし、その額は期間の経過に伴って低額化するといった議論を行うものもあった¹⁸⁰⁾。一時費用の清算条項という評

180) Lindacher, Fn. 178, ZIP2002, 49.

価が可能かは問題であるが、停止料金条項の性格をこのように解した場合には、一定の拘束期間による投資の償還と解約時の清算に関わる議論と共通することになる。

(5) 教育契約関係—消費者契約

教育契約 (Unterrichtsvertrag) とは、知識の伝授・技芸の指導を行う契約であり、ここで取り上げる教育サービスの態様は、趣味的な講座やセミナー、スタジオにおけるスポーツ指導のようなものから、資格取得のための専門学校、あるいは寄宿舎付きの学校までと広いが、判例・学説において存続期間が問題とされているのは、私的な教育契約である。ドイツにおいて、教育契約は雇用契約と性質決定されており、合意によって排除されない限りで、雇用契約に関する規定の適用を受ける。多くの場合、学校・教育機関が、約款において一定の存続期間を設定しており、これによって、通常の解約告知権は排除される (BGB620条1項2項参照)。期間の定めのある雇用契約は、期間の経過をもって終了することが原則となるものの (BGB620条2項)、期間経過前に、解約を望む受講者側からは、BGB626条、BGB627条による解約告知、BGB627条の解約告知権排除の不当性、存続期間の不当性が主張される。以下にみるように、直接の教育契約¹⁸¹⁾に関するBGH判決は、BGB627条の適用を否定し、許容される拘束的な期間の単位を探るという発想で問題にアプローチしている。教育契約にはBGB309条9号aが適用されるが、2年を超えない範囲での拘束もおお不当となり得るかが争われている¹⁸²⁾。

(a) 存続期間条項

(i) 前提—特別の解約告知規定の適用否定

1970年代から、直接教育契約の解約に関する判決が増加した。多くの契約においては、存続期間条項が設けられており、1年、18か月、20か月、2年といった存続期間中、受講者の解約告知可能性は約款上排除

181) 通信教育 (Fernunterricht) に対し、対面的に教授を行う教育契約を、ドイツでは、直接教育 (Direktunterricht) という。

182) ドイツにおける教育契約の解約を巡る紛争の詳細については、丸山絵美子「継続的役務提供契約の解消に関する一考察 (一)～(三・完) —ドイツにおける教育契約とパートナー紹介契約を中心として—」法学60巻4号677頁以下、5号892頁以下、61巻5号999頁以下 (1996～1997年) 参照。

されている。しかしながら、受講意欲の喪失、適性の欠如、経済的困難などを理由に、学生・受講者側が、BGB626条やBGB627条を根拠に解約告知し、解約告知権を排除する条項の不当性や存続期間条項の不当性を主張したのに対し、教育機関・学校側は、拘束力のある存続期間に対応する授業料の支払いを求めるという形で争われた。

BGB626条の重大事由による解約告知権は合意によって排除できない強行規定であるが、解約告知には重大事由が必要である。判決例では、職業専門学校における受講者の軍への召集（LG Köln Ur. v. 02.11.1970 BB1971, 290.）や寄宿舎学校における生徒の自殺未遂（BGH Ur. v. 24.05.1984 NJW1984, 2091）の事例において、重大事由の存在を認めるものがあるものの、適性・能力の欠如や経済的困窮、進路変更などは、この重大事由に該当しないとされ、BGB626条による解約告知は否定されている（OLG Nürnberg Ur. v. 23.09.1971 BB1972, 61; LG Frankfurt Ur. v. 17.09.1975 MDR1976, 313; BGH Ur. v. 08.03.1984 BGHZ90, 280 NJW1984, 1531; BGH Ur. v. 28.02.1985 NJW1985, 2585 usw.）。

また、BGB627条は、特別の信頼に基づいて委ねられるのが常である高級労務が、確定報酬を伴った継続的雇用関係に立つことなしに、提供される場合、随時の解約可能性を認める特別の解約告知権を規定する。BGB627条は、単に存続期間の定めがあっても、随時の解約可能性を両契約当事者に認めるものであるが、教育契約に対し、BGB627条の適用は、原則として否定されている¹⁸³⁾。多くの教育契約に関する事例では、1年を超える課程で構想された教育契約について、「確定報酬を伴った継続的雇用関係である」として、BGB627条による解約告知が否定されており（BGH Ur. v. 08.03.1984 BGHZ90, 280 NJW1984, 1531; BGH Ur. v. 28.02.1985 NJW1985, 2585 usw.）、また、個人教師ではなく教育機関（Institut）との契約であることから、特別な信頼は認められない（LG Berlin Ur. v. 16.01.1981 MDR1981, 670; OLG Karlsruhe Ur. v. 16.06.1981 NJW1981, 1671 usw.）¹⁸⁴⁾、あるいは教育内容にかん

183) ただし、1990年代において、人生・人格形成のためのセミナーについて、会社との契約であっても、特別の信頼に基づく高級労務であるとして、BGB627条による解約告知を認める判決がある（LG Essen Ur. v. 19.01.1993 NJW-RR1993, 758）。

184) Vgl. Wolf/Markus Stoffels, Fn. 51, Klauseln Rn. U5.

がみ個人的信頼が常に存在するとは言えないなどして (BGH Urt. v. 18.10.1984NJW1986, 272¹⁸⁵⁾)、BGB627条による解約告知が否定されている。

(ii) 存続期間の規制に関する三つのBGH判決

しかしながら、教育契約においては、解約告知可能性のない一定の存続期間が、AGBG9条1項にいう不当に不利な扱いとなるのではないかが、問題とされた。この問題については、代表的な三つのBGH判決がある。

【BGH Urt. v. 08.03.1984 BGHZ90, 280 NJW1984, 1531

[事案の概要] 通訳・通信員養成学校Xは、受講者Yと、全日制の英語・フランス語コースの受講契約を締結した。Xの約款には、1学年に対する受講料が4,140DMであり、契約は料金リストに基づき、夜間コースは1セメスター、全日制コースは2セメスター (1年) が拘束期間となるとされ、BGB627条による解約告知権は排除されることが定められていた。Yは英語の予備知識はあったが、フランス語の知識はなかった。1980年8月1日に授業が開始されたが、Xは授業についていけず、1980年8月26日に、フランス語に関する知識が欠如しているため、他の学校で集中的にフランス語を受講するため、1年間授業を中断し、次年度再び参加することにしたいと伝えた。Xはこれを許さず、1年間の授業料を請求した。

[判旨の概要] BGHは、まず、BGB620条2項、621条は、教育契約に期間が定められているため、適用されないとする。また、BGB627条の要件は満たされないとする。BGB627条による解約告知は、義務者が確定報酬を伴った継続的債務関係にない場合にのみ許されるが、Xは、更新可能性を伴った1年の期間、外国語教育を行うことに義務づけられており、判例 (BGHZ47, 303, 307) によると、継続的雇用関係は、1年で締結された雇用契約においても、恒常的な長期の使命が問題となり、両当事者が、更新の可能性と目的適合性を前提としている場合には、存在するとされ、2年の専門教育が設計されている今回の事例は継続的雇用関係であるとする。Dörner (NJW1979, 241) やHeinbuch (MDR1980, 980) の見解は採用できず、確定報酬を伴った継続的雇用関係を承認す

185) この判決は、短期の販売セミナーについて、高級労務であるが、特別の信頼は存在しないとす。

るのに、役務提供義務者の社会的経済的依存性は前提とならないとする。そして、本件においては、BGB626条の重大事由は存在せず、契約締結上の過失に該当する事情もないことが確認される。存続期間の定めには、AGBGが適用され、AGBG11条12号aは、契約は2年を超えていないため、介入しないが、存続期間条項は、AGBG9条の審査を受ける。条項が不当となるのは、約款使用者が、相手方の利益を考慮せずに、適切な補償も与えようとせずに、相手方の負担で自己の利益だけを濫用的に貫徹しようとする場合であるが、その徴候は、正義要請を表明している法律上の規定からの逸脱である（BGHZ74, 383, 390）。通信教育法5条は直接教育契約には直接適用も準用もされない。通信教育受講者は、主催者と隔てられた状態にあり、市場への見通しもつかないままに、高額のコースへの参加を決断しなければならず、保護の必要性が高いが、直接教育の受講者は、教育機関を訪問することも、在学生や教師から情報を得ることも、テスト受講や試行期間を設定するよう要求することもできる。したがって、通信教育法において前提とされている状況は直接教育とは異なっている。試行期間と解約告知について定める職業訓練法も異なる事実関係を規制するものであり、直接の教育契約に妥当するものではない。したがって、直接教育契約においては、適切な存続期間に関する一般的な規定は存在しないので、存続期間の不当性判断は、全事情の評価によるものとなる。契約はXに職業専門学校における教育として週に25時間の全日制授業を行うことを義務づけている。将来職業に役立つための複数言語の会話能力修得は、長期の教育への参加のみによって意味のある成果が得られる。1年の存続期間は、それによって教育目的を達成する平均的受講者の利益に適っている。教育機関は、経済的組織的理由から、長期の拘束を必要とする。教師の雇用や施設の確保、教材の調達は、教育契約が一定の存続期間で締結される場合にのみ可能となる。短い存続期間では、経済的必要な基準を下回る受講者の減少可能性が発生し、教育を受けたい受講者のための教育が続行できなくなる危険がある。さらに、AGBG9条の一般条項の使命は、十分な行為能力のある人を、軽率な十分に考慮していない契約の締結から保護するということにはないと述べる。】

このように職業訓練目的の外国語会話教育において、1年の拘束は不

当ではないとする判断が示された後、次のBGH判決が登場する。

【BGH Ur. v. 28.02.1985 NJW1985, 2585 MDR1985, 668

[事案の概要] 寄宿舎学校Xは、15歳のAの両親Yらと、1982年8月6日、寄宿舎学校契約を締結した。Xの用いた約款によると、Yは学年末に向けて、8週間の解約告知期間を保持して書留郵便によって契約を解約告知できるが、それ以外の場合には、Xの責めに帰すべき退学・退寮でない限り、残りの期間について10分の1を割引いた報酬支払義務をYは負うものとされていた。Aは1週間、寮に滞在したものの帰宅し、YがXに解約を希望したのに対して、Xは割引額を引いた1学年分の授業料を請求した。

[判旨の概要] BGHは、まず、BGB627条による解約告知は、確定報酬をともなった継続的雇用関係にあることから認められず (BGHZ47, 303, 307; BGHZ90, 280, 282)、寮生活に適應する生徒の能力は両親の危険・責任領域にあるものとして、BGB626条による解約告知も認められないとする。また、拘束期間は2年を超えていないので、AGBG11条12号aによっても無効とならず、年度末に向けてのみ解約告知を認めている条項の不当性はAGBG9条によって審査されることになるとする。その際に、期間の定めのある契約なので、BGB621条3号は、参照すべき任意法規とならないとする。また、通信教育法5条と職業訓練法13条15条を援用することもできず、問題は、契約解釈の枠内で判断され得るが、その場合に、一定の教育目的を達成するために締結された寄宿舎学校契約における利益状況に基づき、利害適正な契約条項の確定が必要となるという。寄宿舎学校契約の性質は、子供や成人になる直前の学生を教育するために授業その他の世話が提供されることによって特徴づけられ、これは、生徒の側にも、適應と協力に対する心構えを要求する。この前提要件が欠け、あるいは喪失した場合には、契約解消に対する利益が発生する。その一方で、寄宿舎経営者によって主張される教育上のコンセプトや追及されている教育目的は、長期での教育を前提とするものであり、その目的に他人との接触や適應における困難を克服することも含まれている。寄宿舎学校経営者は、その教育上の目的に必要な施設や物的手段、相応の資格をもった世話人や教師を、長期の期間について、計算の基礎が維持できることを前提とできる場合にのみ用意し、雇い入

れることができる。それ故、原則として、寄宿舎学校経営者には、一定の教育の単位について、生徒や両親の拘束期間を定める必要があり、そのためには、個々の事例において、教育目的や経済的可能性だけが基準となるのではなく、学年途中の生徒の受け入れ可能性も考慮しなければならないとする。そして、入寮する最初の年については、生徒の適応能力がないとわかる事態があり得、また、半年後に証明書が与えられ、一定の教育領域は半年の授業で行われ、半年で時間割も変わることから、半年は一定の基準となっている期間であるが、Xは、最初の年について試行期間も、追加的な通常の解約告知権も予定していないとして、これは、AGBG9条1項の意味での、両親及び生徒の不当に不利な扱いを示すとする。教育目的と計算の基礎の確保は、原則として、通常の解約告知を、学年末に制限することを正当化するが、最初の1年目の解消可能性に関する両親と生徒の特別の利益は、経営者が、その利益を、この期間については、背後に置くことを甘受するよう要求し、かつ、このような配慮は、経営者に要求可能なものであるという。経営者は、通常、これまでの人的あるいは学業的展開に両親が満足していない子供のためにも、有効な教育を提供し、子供の寄宿舎への適性判断は、不確実なものである故に、経営者は、契約特有の高いリスクの負担を両親だけに要求することは正当化されない。経営者は、子供が寮生活に入る際の適応困難の発生やそれを克服する能力がない危険性を多くの事例から、両親よりも良く認識している。それ故、その経験に基づいて、入寮適性が両親によって誤って判断され、状況の変化を克服できない子供のおおよその数を見積もることを要求することができる。これは前もってその計算において考慮されなければならない。その点では寄宿舎学校契約は、私生活の完全な変化に結びつかない直接教育契約とは区別される。ここで利益状況は、1年の拘束を有効としたBGHZ90, 280とは、異なる観点によって特徴づけられる。それ故、学年末まで解約できない条項は無効である。無効な条項のかわりに、AGBG6条2項によれば、法律上の規定が代替される。このための任意法規はこのケースでは存在しない。BGB621条は適用されない。契約期間中の通常の解約告知は法律では予定されておらず、むしろ契約の本性から導かれる。そのような事例では、契約解釈に基づいて妥当すべき法律状況が補充される。これは、半年

経過に向けての解約告知権の補充となる、とする。】

このように、BGHは、寄宿舎学校の特徴を強調し、1年目の1年間の拘束を不当とした上で、BGBには、存続期間中における通常の解約告知規定に関する適切な規定が存在しないことから、補充的契約解釈を行った。この判決後、再び、職業訓練目的の専門学校教育に関する次の判決が登場する。

【BGH Urt. v. 04.11.1992 BGHZ120, 108 NJW1993, 326

[事案の概要] ダンス・ミュージカル課程の職業専門学校Xは、2年で構成されたコースを開催していた。修了試験の合格によって、州の試験に合格したダンサーの称号が与えられる。Yは入学試験合格後、以下の内容でXと契約を締結した。「1. 1989年9月1日11時から専門教育は開始する。2. 専門教育は2年間継続し、カリキュラム上の授業を受講し、ディプローム試験によって修了する。3. 月謝は450DM、1990年からは500DM。月謝は1年について12回、月の開始までに支払われる必要がある。6. 契約の解除は、両当事者ともに、最初の3か月間は可能である。」1990年5月18日の書面によって、Yは、1990年8月31日までで契約を解約告知する意思表示をした。1990年9月からYは月謝を支払っておらず、他の学校でダンス教育を受けている。Xは契約の拘束期間を指摘して解約告知に異議を唱え、2年目のコース料金6,000DMの支払いを求めた。

[判旨の概要] BGHは、1年目の終了に向けた解約告知は有効であるとした。BGB627条の解約告知権は確定報酬を伴った継続的雇用関係であることから認められず、また、他の学校の方が職業チャンスがあるとして学校を変更したことは、BGB626条の重大事由でもなく、2年を超えていないので、AGBG11条12号aによる無効も問題とならない。3か月の試行期間の終了までは、拘束力のある存続期間は存在せず、拘束的な存続期間は21か月である。そして、BGHZ100, 373 (雑誌定期購読契約に関するBGH判決)が基礎とした事例と異なり、AGBG11条12号aの規定は、ここで判断すべき教育契約に対して、通常、2年までの解約できない存続期間はAGBG9条の意味での不当に不利な扱いではないという趣旨の徴候の効力を有さないと述べる。立法者は、AGBG11条12号aを起草したとき、雑誌の定期購読のみならず (BGHZ100, 373)、直

直接教育契約も視野に入れ、両契約類型は、立法資料において明らかに言及されている（BT-D. 7/3919, S. 37）が、他方で、直接教育契約は、通常、より高額な費用が顧客にかかるという点において、雑誌の定期購読とは区別され、教育提供の態様と目的、教育の集中性とそれに結びついた人的かつ経済的受講者の負担に関して、本質的な大きな違いが雑誌定期購読に対して存在すると説明する。直接教育は、趣味のコースから、今回の事例のような職業目的の長期にわたる全日制学校まで広範囲に及び、通常・例外関係の形成は、直接の教育契約では可能ではなく、AGBG11条12号aにおける立法者の価値判断、すなわち、僅かな人的・経済的負担を伴う教育契約でさえも拘束できるのは最高2年までであるという判断は、せいぜいのところ、職業教育のような、受講者にかなりの経済的人的要求を伴う契約は、それに応じて、より短期の拘束期間だけが適切であるということを示すものとなるという。学説では、全日教育の直接教育では、1年を超える拘束は通常適切ではないとされ、一部では、通信教育法5条に依拠して、より短期の拘束期間だけが支持されるというものもある。下級審の判決では、2年ないし20か月を無効とするもの、一部では、20か月24か月を有効とするものもあるがみられ、BGHの判決としては、全日制学校における1年の拘束は問題ないとした判決（BGHZ90, 280）、寄宿舎学校契約では、最初の学年の半年に向けての通常解約告知権が必要であるとした判決（NJW1985, 2586）がある。AGBG9条1項の不当性判断においては、法律上の規定からの逸脱が徴候となるが、通信教育法5条や職業訓練法15条は直接も準用もされず、期間の定めのある契約なので、BGB621条3号も基準とならない。期間を定めて締結された雇用契約は、その経過によってはじめて終了するというBGB620条1項も基準とならない。BGHの判決でも、雇用契約の特別の性質と関係者の典型的な利益状況から、役務受領者に、一定期間で成立した契約に対し解約告知権を認め（BGH1985.2. 28）、これは、寄宿舎学校について承認されたが、今回の事例にも当てはまる。この契約類型は、実りのある実行が、生徒の個人的前提要件に左右されるということ、純粋な役務給付に加えて、修了の成功という結果を得ようとしてされていること、その成功はその後の生徒の人生にとって重要な意味があることにおいて、共通する。この特徴は、長期の契約において、合意さ

れた存続期間経過前に、解約告知の可能性を要求する。この必要性はXの約款においても、3か月の試行期間という形で考慮され、他の学校でも、このような契約期間経過前の解約告知の可能性は通常予定されている。この契約に典型的な通常の解約告知権が、最初の3か月についてのみ与えられ、21か月については排除されていることが、AGBG9条1項にいう不当に不利な扱いとなるかが問題である。ここでこの不当性は、約款使用者が、相手方の利益を十分に顧慮せず、適切な補償も与えずに、濫用的に相手方の負担で自己の利益を貫徹しようとする場合に存在する。一方では、Xの提供する教育は、生徒の継続的長期の参加でのみ意味のある成果に至ることができ、生徒の長期拘束に対する利益を根拠づけ、さらに、Xがコースの維持のために、講師を雇い、施設を確保し計算の基礎を確保するのに経済的理由を根拠づける。他方で、参加者には21か月の期間中に必要であれば解約をする利益が生じる。これは、それ以上の参加を妨げる個人的領域の変化に加え、もはやその教育に魅力を感じなくなり、その目的を達成する価値を感じなくなるといったことに基づくこともある。ここで決定的となるのは、Xのコースが職業専門教育のためのものであるということである。職業の選択や教育の場所は、法秩序によっても承認される重大な意義を有する（基本法1条12項）。それ故、職業や教育場所の選択に関する誤った判断を重大な不利益なしに変更する個人の利益は、高いランクに位置づけられ、私法上の利益考量においても保護に値するものである。ここで判断すべき教育の特徴と生徒が成熟中であるということから、3か月の試行期間経過後はじめて、職業選択や教育場所の選択に関する適切な判断をしていなかったということを生徒が認識することがあり得る。そのような場合に、2年のコースを最後まで続けるか、あるいは全授業料を支払うかの二者択一では、問題がある。長期の解約できない存続期間は、必要と認識された職業・教育場所の変更をかなり妨げるものとなる。この著しい契約特有のリスクを、Xは知っている。したがって、生徒の利益を適切な利益考量によって顧慮しないといけな。21か月の解約できない存続期間は受講者に不当な負担である。AGBG9条1項に違反する21か月の存続条項は無効である。有効性を保持しての縮減はなされない。しかし、補充されるべき任意法規は存在しない。通信教育法5条や職業訓練法15条もBGB620

条1項、BGB621条も適用できない。試行期間経過後に必要な通常の解約告知権に関する法規範は存在しない。補充的契約解釈の方法によって、当事者が無効を知っていたならば、両当事者の適切な利益考量の下で合意したであろう内容が補充される。今回の事例では、最初の学年末に向けて解約告知しているので、今回の事例では、学年末に向けての通常の解約告知が適切か否かだけ判断すれば足りる。今回は告知期間も3か月以上確保されているので、適切な告知期間についてもそれ以上判断する必要はない、とした。】

以上のように、これらのBGH判決においては、いずれにおいても、BGB626条、BGB627条による解約告知可能性が否定されている。また、存続期間は2年を超えていないため、BGB309条9号aによって無効とされないものの、BGB307条による不当性の審査を受けるとされる。その際に、いずれの判決においても、通信教育法や職業訓練法、期間の定めのない契約に対する通常の告知権を定めるBGB620条1項、BGB621条は不当性判断において参照されるべき規範ではなく、BGB307条による審査にあたって参照すべき適切な存続期間に関する一般的な法規範は存在しないため、このような契約における典型的な利害状況を考慮して、存続期間条項の不当性が判断されるとしている。1984年のBGH判決は、職業資格取得のための語学専門教育における1年の拘束について、教育目的の達成、教師や施設の確保といった経済的組織的必要性の側面は長期の拘束を必要とするものであり、行為能力のある成人を軽率な判断から保護する必要はないとして、1年の存続期間条項を有効としている。これに対して、1985年の寄宿者学校契約における年度末に向けてのみ解約告知を認める条項（1学年拘束）については、教育目的の達成、人的物的設備の用意には長期拘束が必要であるとしても、入寮初年度について生徒の適応能力欠如が明らかとなる事態は計算可能であり、私生活の完全な変化が生じる寄宿舎学校とそれ以外の直接教育とは区別されるとして、学年末まで通常の解約告知可能性を排除する条項は無効であり、補充されるべき存続期間中における通常の解約告知権に関する任意規定は存在しないので、補充的契約解釈によって、最初の年度における半年経過後に向けての通常の解約告知権が補充されるとしている。さらに、1992年の、職業のためのダンス専門学校における3か月の試行期間を経

た21か月の拘束期間について、一方では、長期拘束に対する教育機関の利益を認めつつも、他方で、ここでの教育が職業専門教育であり、職業選択の自由やそのための教育場所の選択は利益考量において尊重されるべきものであり、3か月の試行期間経過後はじめて自分の選択の誤りを認識することがあるというリスクを教育機関の側も知っていることなどを考慮して、21か月拘束することになる条項はAGBG9条1項によって無効となるとする。その際、雑誌定期購読契約に関してBGHZ100, 373が示した判断と異なり、BGB309条9号は教育契約に対して徴候力をもたないことを確認している。無効の効果としては、補充的契約解釈によって、少なくとも現実に行われた学年末に向けての3か月以上の解約告知期間をふした解約告知は認められるとしている。

(iii) その後の判決例と学説による評価

このような判例を受けて、1992年のBGH判決以降の下級審判決では(事案は治療士専門教育に関するものが多い)、どの程度の拘束期間であれば、BGB307条1項(旧AGBG9条1項)によって無効となるかについて争われ、その判断は分かれている¹⁸⁶⁾。20か月(AG Krefeld Ur. v. 25.04.1994 NJW-RR1995, 55; OLG Düsseldorf Ur. v. 25.10.1996 NJW-RR1997, 1074)や14か月(OLG Dresden Ur. v. 24.11.1999 NJW2000, 3432; OLG Koblenz Ur. v. 08.12.2012 NJW-RR 2011, 1355)の拘束に問題はないとする判決がある一方で、20か月(LG Braunschweig Ur. v. 18.01.1995 MDR1995, 894; OLG Köln Ur. v. 15.07.1997 MDR1998, 1212)、14か月(LG Bremen Ur. v. 10.06.2004 VuR2004, 306)、1年(LG Gießen Ur. v. 02.02.2000 NJW-RR2001, 1714)といった拘束を不当に不利なものとして無効とする判決がある。

また、無効を認める判決では、その効果が問題となるどころ、多くの判決では、BGHの判決にならって補充的契約解釈によるとされるが、具体的に補充される解約告知権は様々であり、6か月经過後・ Semesterの終了に向けての解約告知権の補充を認めるものもあれば(KG Berlin Ur. v. 11.05.1993 MDR1994, 348; LG Braunschweig Ur. v. 18.01.1995 MDR1995, 894; LG Gießen Ur. v. 02.02.2000 NJW-RR2001, 1714)、受講者が随時に受講を開始できる体制であり、厳密な学習単位を予定し

¹⁸⁶⁾ Westphalen/Andreas Kappus, Fn. 94, Direktunterrichtsvertrag 2011, Rn. 6.

てないことに着目して、1か月の解約告知期間を保持して月末に向けての解約告知を認めている判決もある（OLG Köln *Urt. v. 15.07.1997 MDR1998, 1212*）。

学説は、1970年代は、BGB627条の適用可能性について議論していたが¹⁸⁷⁾、三つのBGH判決の登場により、BGB627条の適用に関する学説の議論は収束し、存続期間無効後の補充の仕方について、BGHのような補充的契約解釈を認めるもの¹⁸⁸⁾、期限の定めのない契約となつてBGB621条の通常の解約告知権が補充されると考える見解¹⁸⁹⁾、さらに先に言及したKöln判決を参考に、生徒の受け入れが随時可能な場合には、月の終了に向けて、月の15日まで解約の意思表示を認めるべきであるとする見解などが示されている¹⁹⁰⁾。なお、1990年代後半には、分割払いが行われる教育契約について、消費者信用法の適用が争われ多少議論となつたが¹⁹¹⁾、消費者信用法の適用は否定されるという結果となつている。

(b) 更新条項

更新条項については、雇用と性質決定されたボディトレーニングコースについて置かれている更新条項が問題とされ、期間経過の6週間前に告知しなければ1年間さらに継続されるという更新条項（AG Dülmen *Urt. v. 06.02.1985 NJW1986, 1718*）、期間経過の4週間前に告知しなければ1年間さらに継続されるという更新条項（LG Stuttgart *Urt. v. 04.04.1986 NJW-RR 1986, 990*）が、AGBG9条によって無効とされている。

(c) 解約告知期間条項

解約告知期間条項については、子供のための補習グループ契約において、12か月の存続期間に対して、6か月の解約告知期間を要求する条項を無効とした古い判決がある（LG Frankfurt *v. 17.9. 1976 MDR 1976,*

187) Vgl., Peter Gilles = Holger Heinbuch = Georgios Gounalakis, *Handbuch des Unterrichtsrechts*, 1988, S. 272ff..

188) Westphalen/Kappus, *Fn. 94, Direktunterrichtsvertrag 2011*, Rn. 10.

189) Jan Rombach, *Allgemeine Geschäftsbedingungen bei freien Dienstverträgen*, 1997, S. 196ff.

190) Elisabeth Müller, *Unwirksame Kündigungsklauseln in Direktunterrichtsverträgen*, *MDR1998, 1197*.

191) Vgl. Müller, *Fn. 190, MDR1998, 1197*; Hans-Gerd Wienands, *Neue Tendenzen im Recht des Direktunterrichts*, *MDR1996, 659*.

313)。

(6) ヘアケア契約—消費者契約

請負契約と性質決定されたヘアケア契約において、存続期間の長さによる無効が争点の一つとなったBGHの判決がある。このヘアケア契約においては、個別に交渉された合意であると認定され、約款規制法による条項規制が妥当しない場合であった。

【BGH Urt. v. 22.04.1986 NJW-RR1986, 982

[事案の概要] Xは1974年以来、A社のヘアケアサービスを利用しており、A社は、1981年にはB社経営となり、1982年にはY社経営となっている。サービスの内容は、現在ある毛髪の中に、人工毛髪を植え込み、その後の自然毛髪の成長に対応するため、定期的に補充サービスを行い、必要に応じて人工毛髪の除去や新たな人工毛髪の補充を行うというものであった。Xは、1980年7月9日に、B社と4年間にわたる固定サービスと二つの人工毛髪の提供に関する契約を締結した。1981年10月24日に、XはB社とさらに、4年の固定サービス契約を6,140DMで締結した。Xは契約において受領義務と1981年12月1日から6か月の分割払いに義務づけられている。Xは代金を完済した。1982年11月8日に、Xは、4年間にわたる補充部分の熱施術を4,000DMで契約した。古い契約の残額を計算に入れて、残代金の2,800DMを、4か月の分割で支払うことになり、Xはこれも支払った。最後に、Xは、Yと、1983年10月12日、二つの人工毛髪の購入契約を締結し、Xはさらに3,000DM支払うこととなったが、これについてはもはや支払いをしておらず、1984年2月10日の書面によって、Xは、1983年10月12日の契約を、割賦販売法によって撤回し、サービス契約については即時の解約告知すること、1981年10月24日と1981年11月8日の契約については、その撤回と前払い金の返還を求めている。その他、BGB626条、627条の解約告知権も援用している。

[判旨の概要] 当該契約が請負契約であること、1980年7月の契約の存続期間に引き続く形で行われた存続期間の合意は、結局、総じて7年の契約存続期間が合意されたものと評価できるという控訴審の判断を正当とした上で、撤回可能性については否定し、1981年10月24日の契約

上の存続期間条項は、個別交渉合意であるので、AGBG11条12号の適用も問題とならないとする。そして、1984年10月24日の契約を、良俗違反として無効とした控訴審の判断には従うことができないという。人的あるいは経済的自由を過度に制限する場合には良俗違反となり得るが、長期のビール供給契約や自動機械設置契約においては、拘束期間の長さ自体が決定的なものではなく、個別の事例の全事情、とりわけ、経済的活動の制限の程度と補償として与えられる反対給付の大きさが考慮されるべきとされてきたことを指摘する。AGBG11条12号aの基準は約款における条項にのみ適用され、BGBの請負法は時間的上限に対する規定を保持していないとする。BGB624条は被用者を5年を超えて拘束する場合に解約告知を与えるものであって、Xの解約告知権を根拠づけるものではなく、別の契約類型においては、許される拘束期間は、賃貸借法では30年であり、組合法でも30年の拘束は許されると考えられているという。したがって、継続期間を理由に、今回の契約が異議を唱えられるべきとは言えないとする。Xによって同意された拘束は、BGB138条による無効を根拠づけるような過剰性とは遠いものである、という。その他の事情も良俗違反を根拠づけないとされている。】

この判決は、この種の消費者サービス契約と排他的取引拘束と結びついたビール供給契約・自動機械設置契約との違いを意識しておらず、判決の示す理由づけに説得力があるかは疑問である。しかし、BGB627条及び約款規制法が適用される事例とは異なり、BGB138条による場合には、長期拘束の規制に関し、顧客にかなり厳しい判断がなされていることは指摘できよう。

(7) 小括

ここでは、取引の主たる要素として雇用・請負・その他事務処理委託等が存在する場合における、時間的拘束の限界に関わる個別取引類型をみてきた。

まず、事業者間契約においては、役務提供契約の場合でも、当該取引に特有の投資が行われ、解約を望んでいる役務受領者側の拘束の程度が全事業活動の拘束に至るものではない場合、長期の拘束期間が維持される可能性が示されていた（クリーニング委託契約）。また、事業の展開

のためにノウハウなどの提供を受けている事例では、20年という拘束は不当なものではないとされていた(業務執行委託契約)。

消費者契約においては、独立的雇用契約(日本でいう準委任型契約に該当する)の性質を有するものの、BGB627条に規定された特別の解約告知権の要件を満たさず、かつBGB309条9号に示された2年を超えない場合について、解約告知可能性を廃した存続期間条項の不当性審査がBGB307条1項によって行われていた。不当性審査にあたっては、消費者側の利用不要などを理由とする解消利益と事業者側の収益性のある商品設計・物的人的組織の計算可能性確保に関わる存続利益とが比較考量される。とりわけ、消費者側において、将来にわたる給付の有用性・適性の見通しがきかず、受け手のコンディションに給付の提供可能性や有用性が左右され、契約継続の負担が比較的大きい教育契約のような場合には、BGB309条9号aに示された2年を超えていなくとも、拘束期間は不当と評価されやすい。これに対し、通信サービス契約については、2年の拘束に問題はないと考えられる傾向にあり、また、日本とは異なり、中途解約を認めての違約金徴収という形ではなく、解約可能性のない拘束期間の有効性が正面から争われていた。そして、ヘアケア契約などでみられたように、消費者契約においても、個別交渉合意があると認定され、BGB138条1項による場合については、長期拘束合意の無効化については厳しい態度がとられていた。

ドイツでは、特別の信頼に基づく高級労務について随意的解約告知を認めるBGB627条の適用範囲は必ずしも広いものではなく、適用要件を満たさない事例では、役務提供型契約においても、解約自由を出発点とするのではなく、拘束の限界や許容される拘束単位を探るというアプローチで紛争の解決が目指されている。ただし、物品供給型契約や利用型契約に比べ、役務提供型契約においては、より短い拘束期間についても、その有効性が争われる傾向にあり、この傾向は、とりわけ、将来にわたる給付の有用性・適性が見通しがきかず、役務受領者側のコンディションが給付の有用性を左右し、経済的負担が相対的に大きいと言えるタイプの消費者サービス契約において顕著であった。

無効の効果について注目されるのは、教育契約に関する一連の判決である。職業教育専門学校や寄宿舎付き学校のような一定のカリキュラム

に基づき、コースの設定が行われている教育契約が問題となっている場合、拘束期間や解約告知可能性の排除に関する条項が無効とされた後も、期間の定めのない契約として通常の解約告知権を認めるという形ではなく、期間の定めのある契約の存続期間中において、一定の拘束単位や告知期間を伴う解約告知権の補充が、補充的契約解釈の活用によって行われている。これは、継続的な物品供給契約や賃貸借契約、さらにはメンテナンス・通信などの他の役務提供型契約と異なり、一定のカリキュラムが定まった教育契約は、市場において、両契約当事者が解約告知権を行使しない限り存続していくような期間の定めのない形態を予定していないという点に関わるものと考えられる。その点では、同じ教育契約であっても、厳密なカリキュラムがなく、随時に参加が可能な形態の場合、月末に向けての通常の解約告知権を補充する下級審判決も登場している点が注目されよう。