

契約における時間的な拘束の  
意義と限界 (4)  
—— 存続期間規制と任意解除権 ——

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 (以上、246 号、247 号、248 号)
  - 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
    - III 小括
- 第 2 章 「期間の定め」と中途解除の自由
  - 序 節
  - 第 1 節 ドイツ法
    - I 履行期前の履行・解約告知の自由に関する規定 (以上、本号)
    - II 判例の展開と議論の状況
    - III 小括
  - 第 2 節 日本法
- 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

## 第2節 日本法

### I 時間的な拘束に限界線を引く法規定

#### 1 日本民法典

##### ——典型契約における存続期間に関する規定

日本民法典もまた、個別の典型契約に対し、時間的な拘束に限界線を引くような法規定を有している。ドイツ一般民法は、賃貸借・雇用・金銭消費貸借において、一定の長さを超える存続期間に対し、一定の期間が経過して以降に解約告知を認める規定を置き、長期拘束の緩和をもたらしていた。日本の民法典は、雇用に対し、ドイツ法と同様に、一定の期間を経過して以降に解約告知を認める規定を置いている。しかし、賃貸借の存続期間については、長期の拘束を、定められた上限までに強行的に短縮するという内容の規定を置いている。これらの規定は、債権法改正の検討対象となっていることから、改正をめぐる議論もあわせてみていくことにしよう。

##### (1) 賃貸借における存続期間規制——民法 604 条

民法 604 条によると、賃貸借において 20 年を超える存続期間を定め、その期間は 20 年に短縮される (1 項)。更新の場合も同様である (2 項)。民法 604 条は強行規定と解されているが、借地借家法が民法の特別法として制定されており、存続を保障する方向で修正が加えられている (借地借家法 3 条、4 条、29 条参照)。民法 604 条の立法趣旨を確認することから始めよう。まず、ボアソナード草案、旧民法典では、賃貸借という契約類型、すなわち債権としての賃借権は予定されていなかった。法典調査会において、賃貸借は典型契約の一つとされ、賃貸借契約における存続期間の上限について、10 年を超える場合、10 年に短縮されるという規定が当初提案された<sup>1)</sup>。起草委員の梅謙次郎は、次のよう

---

1) 法典調査会『民法議事速記録 四』第 85 回一第 100 回・法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書 4 (商事法務研究会、1984 年) 336 頁 (以下、『民法議事速記録 四』という)。

に説明する。旧民法財産編 125 条<sup>2)</sup>と規定の性質に変化はないが、日本の慣習に従って永小作は 10 年以上としたので、普通の賃貸借について 10 年以下としないと権衡がとれず、また普通の賃貸借が 10 年を超えることは極めて稀であり、それを超える期間の宅地利用については地上権が用意されているので心配はない<sup>3)</sup>。10 年の起算点は契約成立時であり<sup>4)</sup>、山林等の場合にも地上権を利用すればよい<sup>5)</sup>。このような説明は、もっぱら地上権や永小作権との対比で、10 年という期間が妥当であることを説明するものであるが、公序良俗違反であればともかく、なぜ契約自由を制限する必要があるのかという質問に対して、梅は以下のように答える。必要がないのに契約を制限することは最も嫌うところであり、上限を 20 年、30 年とすることに異存はないが、地上権または永小作権を利用できるので 10 年とした。しかし、制限はなければならない。なぜなら、借主にとって期間は長くてもよいが、貸主は利用せしめる義務を負い、地上権や永小作権のように利用者に任せるのとは異なる。50 年 60 年となると、子や孫の代まで親や祖父が結んだ契約に拘束され、当初の賃料に拘束されるとすれば経済上も不利益を被る。また、土地や家屋が改良されることがなくなり、経済上望ましくない<sup>6)</sup>。この説明において、貸主にとっての過度の負担、世代を超えての拘束が望ましくないこと、そして物への資本投下による改良が見込めなくなるという理由づけが登場することになる。その後、衆議院において、存続期間の上限

2) 物権としての賃借権について、旧民法財産編 125 条は、所有者の行う不動産の賃貸借が 30 年を超えるときはその賃貸借は永貸借となり、永貸借権・地上権に関する規定に従うと規定する。そして、旧民法財産編 155 条は、期間 30 年を超える不動産の賃貸借を永貸借といい、永貸借は 50 年を超えることはできず、この期間を超える場合、50 年に短縮されると規定していた。ポアソナード草案に同様の規定が存在しているものの、上限を 50 年とする理由については、詳細な注釈は行われていない (Projet de Code Civil pour l'empire de Japon accompagné d'un Commentaire par Mr. Gve Boissonade, Deuxième Édition, Tome I des Droits Réels, 1882, APPENDICE. 『ポアソナード氏起稿 再閲民法草案正條 財産編 物権人権 (1~600 条)』ポアソナード民法典資料集成前期 I (商事法務、2001 年) 112 頁、142 頁以下、『ポアソナード氏起稿 註釋民法草案 財産編 物権之部 (司法省記録文書複写版)』「附録」参照)。

3) 『民法議事速記録 四』337 頁。  
 4) 『民法議事速記録 四』338 頁。  
 5) 『民法議事速記録 四』340~341 頁  
 6) 『民法議事速記録 四』343 頁以下。

は20年とされた<sup>7)</sup>。梅の教科書では、本条について、長すぎる賃貸借は、貸主が賃借物の改良を行わないようになり、借主も他人の物に改良を施すことは稀なので、物の損傷・劣化を招くという理由が挙げられ、20年以上の利用を望む場合、地上権や永小作権を設定し、永小作人や地上権者は土地を自己の所有物とみなして改良を施すであろうという説明が行われている<sup>8)</sup>。立法者は、目的物の頽廃回避という社会経済的な理由、貸主にとっての加重負担の懸念と世代を超えた拘束の問題、地上権・永小作権との役割分担といった観点から上限設定の必要性を説いていたと言える。もっとも、起草者の予想と異なり、宅地・山林の利用について地上権は利用されず、借主に不利な短期間の賃貸借が行われたことから、借主保護を目的とする特別法の制定に至ったことは周知の通りである。本条の適用・解釈を争点とする判決も非常に少ない状況にある<sup>9)</sup>。

それでは、現在、債権法改正に向けて、民法604条について、いかなる議論が行われているのか。民法（債権法）改正委員会の『基本方針』では、民法604条が実質的に問題をもたらししているわけではなく、撤廃することによる問題発生の可能性は否定できないことなどを考慮してそのまま維持する案と、賃貸借の期間を積極的に限定する必要はなく、借地借家法ではむしろ長期を定めることについて制限しないという立場が採用されていることを考慮して、民法604条を削除する案とが示されていた<sup>10)</sup>。民法改正研究会による『有志案』では、現行条文の維持が提案されていた<sup>11)</sup>。そして、『中間的な論点整理』では、20年の上限を廃除

7) 梅謙次郎『民法要義 卷の三 [復刻版]』（有斐閣、1984年〔有斐閣書房、大正元年訂正増補版〕）637頁。

8) 梅・前掲注7) 635頁以下。

9) たとえば、20年よりも長期に及ぶ可能性のある不確定期限の合意の効力を問う判決がある。東京地判昭和48・8・29判時713号29頁は、駐留軍に提供するため、国が土地所有者と締結した土地賃貸借契約について、不確定期限が定められたとしつつ、民法604条の趣旨から、期限が到来することなく20年が経過するに至った場合には、契約は終了すると判示している。東京高判昭和53・5・31判タ368号247頁は、マンション分譲に伴う駐車場の賃貸借契約について、販売業者の広告・説明では、買主が駐車場付きマンションであると信じても仕方がなかった事情があった事案において、居住者が必要としなくなるまで、駐車場の賃貸借契約は継続すると判示している。

10) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約（1）』（商事法務、2010年）240頁以下。

11) 民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学会有志案』（法律時報増刊、2009年）205頁。

すべきか否かについて、20年を超える賃貸借を認める実務的な必要性や、特別法が手当てされる領域を除き長期にわたり拘束することの弊害の有無などに留意しつつ、更に検討を継続すべき事項とされていた<sup>12)</sup>。『中間試案』の段階では、民法604条の削除が提案され、借地借家法の適用のないゴルフ場敷地やプラントリースなどにおいて、20年を超える存続期間を定めるニーズがあるという指摘を踏まえたものである、という説明がされている。もっとも、目的物の損傷・劣化が顧みられない懸念はあることから、規定を維持しつつ、必要に応じて特別法で対処する、上限期間を50年とする、上限期間経過後に解約できるという規定に改めるといった考え方なども紹介されている<sup>13)</sup>。

## (2) 雇用契約における存続期間規制——民法626条

民法626条は、雇用の期間が5年（商工業の見習いを目的とする雇用の場合は10年）を超えるか、または雇用が当事者の一方もしくは第三者の終身の間継続することを予定している場合、当事者の一方は、5年経過した後は、いつでも、3か月の告知期間を保持することによって、雇用契約を解除できると定めている。本条は強行規定と解されている<sup>14)</sup>。有期雇用について、労働基準法14条は、労働契約は期間の定めのないものを除き、一定の事業の完了に必要な期間を定めるもののほかは、3年（専門知識等を有する労働者や60歳以上の者との労働契約については5年）を超える期間について締結してはならないと規定する。そして、労働契約法の2012年改正によって、有期労働契約が5年を超えて反復更新される場合に、労働者が無期労働契約に転換できるとする規定（同法18条）、雇止めについて解雇権濫用法理を類推する判例法理を条文化する規定（同法19条）、有期労働契約と無期労働契約との間の労

12) 法務省民事局参事官室『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務編版、2011年）354~355頁（以下、『中間的な論点整理』という）。

13) 法務省民事局参事官室『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年4月）』（商事法務編版、2013年）449頁以下（以下、『中間試案』という）。

14) 我妻栄『債権各論 中巻二（民法講義V3）』（岩波書店、1962年）589頁、広中俊雄・幾代通編『新版注釈民法（16）債権（7）』（有斐閣、1989年）80頁〔三宅正男〕。

働条件の相違が不合理であってはならないとする規定（同法 20 条）が同法に設けられた<sup>15)</sup>。有期雇用を規制する方向で、民法 626 条の特別法が展開している状況であり、また、民法 626 条の適用が現実の問題となった事例は殆どない<sup>16)</sup>。

同条の起草趣旨を確認しておこう。法典調査会においては、雇用の期間が 5 年を超過し、または当事者の一方もしくは第三者の終身の間継続するときは、当事者の一方は 5 年を経過した後、いつでも契約を解除でき、ただし、3 カ月前の予告が必要であるという規定が提案された。起草委員の穂積陳重によって、諸国では、提案のような規定は、人身の自由のみならず経済上の理由からも根拠づけられ、本人の考えが変わり、経済事情の変更によって労力の価値に変動を生じることもあるので、5 年経過したら解除できるようにしたと説明されている<sup>17)</sup>。法典調査会の議論では、習業契約では 5 年は短いという意見が多数を占め、習業を目的とする雇用の場合は、10 年とする修正案が採用される<sup>18)</sup>。起草委員の梅の教科書では、本条について、雇用の期間が長すぎると、当事者の自由を束縛し、人の品位・経済上の理由により公益に反するものとなると説明され、公益に基づくものとなれば、超過部分の無効、当然終了とすることが考えられるが、そのような効果規定は、實際上、不都合があるという。すなわち、束縛を受けた労務は自由な労務より劣等なものとなり、束縛を受けて人を使用する雇い主も十分に労務をなさしめることができないところ、双方ともに当該雇用契約を便とし、あえて解除を欲しないときは、品位を損ない、経済上不利益となることもないので、無効・当然終了ではなく解除権の付与としていると説明されている<sup>19)</sup>。旧民法典財産取得編 261 条においても、使用人、番頭、手代の雇用は 5 年、職

15) 菅野和夫『労働法 第 10 版』（弘文堂、2012 年）215 頁以下、西谷敏「労働契約法改正後の有期雇用—法政策と労働組合の課題」労旬 1783・84 号（2013 年）6 頁以下など参照。

16) 傍論として民法 626 条の趣旨に言及するものとして、大阪地判平成 17・3・30 労判 892 号 5 頁があるが、同条の趣旨を雇用の保障と述べる当該判決の理解が妥当であるかについては疑問が提起されている（奥田香子・篠原信貴「民法 626 条」土田道夫編『債権法改正と労働法』（商事法務、2012 年）66～67 頁参照）。

17) 『民法議事速記録 四』474 頁以下。

18) 『民法議事速記録 四』480 頁。

19) 梅・前掲注 7) 689 頁以下。

工その他の雇用は1年を超えた場合、当事者の一方はこの期限まで短縮できるとされていた。ほぼ同じ内容を規定するボアソナード草案の注釈は、フランス法では、被用者を終身雇用することについてのみ制限を加によると、雇用主については制限がないところ、草案においてかなり狭い制限を設けたのは、5年、1年という期間によって双方の需要を満足させるには十分であり、雇用主の側も不測の事情変動時に害を被ることはあるので、当事者の双方に上限期間まで縮減する請求権を認めたと解説されている<sup>20)</sup>。

債権法改正における議論の動向をみると、『基本方針』では、現行民法626条の規律は実質的に意義を失っているとして削除の方針が示された<sup>21)</sup>。『有志案』も同様に削除提案となっている。『中間的な論点整理』では、削除案とともに、一方では、民法626条を削除すると労働基準法が適用されない家事使用人との契約等について終身拘束が可能となってしまうのではないかという懸念や、逆に、家事使用人の終身拘束は公序良俗違反となり得るが、民法626条があることによって、かえって5年の拘束は有効となることへの懸念が示されている<sup>22)</sup>。『中間試案』では、民法626条1項本文の終身の定めに関する部分を削除し、5年を超える期間の定めがある場合、5年経過後はいつでも契約を解除できるとする規定を残すが、解除の際には2週間前の予告を要求する改正内容が提案されている。現行法の予告期間3カ月は長すぎるという考えに基づくものである<sup>23)</sup>。単純な削除案には、実務家からも、同居親族による事業や家事使用人など労働基準法が適用されない場合もあるので、民法626条を削除してよいかは慎重に検討すべきという意見がみられる<sup>24)</sup>。

20) ボアソナード民法研究会編『ボアソナード民法典資料集成前期I ボアソナード氏起稿 民法草案 財産取得編 第4巻』(2000年、雄松堂)273頁以下。Projet de Code Civil pour l'empire de Japon accompagné d'un Commentaire par Mr. Gve Boissonade, Nouvelle Édition, Tome 3, 1891, Livre III Des moyens d'acquérir les biens, pp.1003.

21) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針V 各種の契約(2)』(商事法務、2010年)251頁以下。

22) 『中間的な論点整理』434頁。

23) 『中間試案』507頁以下。

24) 大阪弁護士会編『民法(債権法)改正の論点と実務(下)』(商事法務、2011年)385頁。

## 2 その他の法律における存続期間に関する規制

### (1) 譲渡会社に対する競業避止特約—商法 16 条、会社法 21 条

ドイツ法では、商業使用人や労働者などに雇用関係終了後に競業避止義務を課す特約について、2 年という上限を設定する規定（HGB74 条 a、GweO110 条）が存在し、かかる規定の適用のない営業譲渡における譲渡会社や脱退組合員に対する競業避止特約については、BGB138 条により無効となるかを問う判例の展開を確認できた。日本法をみると、商業使用人や労働者の退職後競業避止特約に対し明確な限界線引きを行う規定を確認することはできないが、営業譲渡に際しての競業避止について、以下のような規定が商法・会社法に存在する。商法 16 条は、営業を譲渡した商人は、別段の意思表示がない限り、一定の地域・区域で 20 年間営業を行ってはならない（1 項）、競業禁止の特約を締結する場合には、（地域的限定を問わず）30 年に限り特約はその効力を有し（2 項）、そして、1 項 2 項にかかわらず、譲渡人は不正の競争の目的をもって同一の営業を行ってはならない（3 項）、と規定している。

これらの規定は、旧商法 25 条を引き継ぐものであるが、任意規定として、一定の地域・区域における 20 年の競業避止義務がまずは規定され、そのうえで、競業避止特約の存在が認定できる場合に、特約の効力の上限を 30 年としている点に特徴がある。労働者に課される競業避止義務については、明確な義務づけの合意がなくとも、労働契約における付随義務として、信義則上、当該義務の発生があり得ることになるが、退職後の競業避止義務に関しては、職業選択の自由（憲法 22 条 1 項）との関係から、特約（就業規則で足りるかは議論がある）がない限り、義務の発生は認められないという見解が有力である<sup>25)</sup>。これに対し、営業譲渡の場合は、営業譲渡契約の性質から、競業避止義務が原則として発生すると考えられている<sup>26)</sup>。もっとも、任意規定としての一定区域内にお

25) 土田道夫『労働法概説〔第 2 版〕』（弘文堂、2012 年）271 頁以下、菅野・前掲注 15）94-95 頁。

26) 会社法 21 条 1 項も任意規定の性質を有することについては、江頭憲治郎編『会社法コンメンタール 1』（商事法務、2008 年）201 頁以下〔北村雅史〕、江頭憲治郎・中村直人編『論点大系 会社法 1』（第一法規、2012 年）72 頁〔金丸和弘〕参照。なお、最判昭和 40・9・22 民集 16 卷 6 号 1600 頁の理解に関連して、「競業避止義務は営業譲渡の要件か効果か」「競業避止義務が排除された場合、営業譲渡ではなくなるか」といった問題設定が行われることがある。競



ける 20 年の競業避止義務と強行規定としての 30 年の上限については、いかなる理由をもってこの年数が設定されたのか、詳細な議論を確認することはできない状況にある。

## (2) その他

ドイツ法においては、金銭消費貸借における存続期間、消費者契約約款上の一定の継続的取引における存続期間条項、保険契約の存続期間などに対して、時間的拘束の上限を引き、あるいは上限期間経過後に解約告知を認めるという形で拘束を緩和する法規定の存在を確認できた。しかし、日本では、このような長期拘束の上限を探求して設定するというアプローチを採用する法規定は少ない。第 2 章でみるように、ドイツにおいて、限界線引きアプローチが採用されている領域で、中途解除権付与アプローチが採用されている場合もある。

## II 議論の状況

### 1 関連判決例

#### (1) 状況概観

ドイツにおいては、ビール供給契約・ガソリンスタンド契約・通信設備の賃貸借契約などにおける長期拘束の有効性について、BGH の判決が集積し、この判例理論の分析が、学説による検討の出発点とされていた。しかし、日本においては、長期にわたる拘束的な期間が設定された上で、その拘束の限界が訴訟において争われ、多数の判決が集積するという現象を確認することはできない。むしろ、事業者間取引において裁

---

業避止義務が営業譲渡にとって本質的な債務であれば、この義務を譲渡人が負わない場合、営業譲渡とは異なる別の行為と評価されるといった議論を行うことは可能である。しかし、競業避止義務がそのような意味での営業譲渡の本質的な債務にあたるとは解されないのではないか。仮に、商法 16 条 1 項や会社法 21 条 1 項が存在しない場合には、営業譲渡契約の解釈として、付随義務・保護義務論の文脈で、明示の合意がなくとも、契約上の競業避止義務が生じ得るか、あるいは、かかる義務が不法行為上の一般的注意義務として観念できるかといった議論を行うことになる。現行法下においては、商法 16 条 1 項や会社法 21 条 1 項が存在する以上、別段の意思表示が認定できなければ、譲渡人は競業避止義務を負うことになる（最判昭和 40・9・22 民集 16 卷 6 号 1600 頁については、藤田友敬「判批」商法〔総則・商行為〕判例百選第 5 版〔別冊ジュリ 194 号〕38 頁参照）。

判によって争われる紛争類型は、いわば契約関係の存続保障を争点とするものが比較的多く、たとえば、期間の定めのない継続的取引における一方的契約解消の可否（やむを得ない事由を要するか否か）、契約期間満了前の債務不履行解除の可否（信頼関係破壊を要するかなど）が争われてきた<sup>27)</sup>。また、日本では、期間の定めのある事業者間継続的取引についても、裁判所は、期間の定めをそれほど重視せずに、やむを得ない事由や不信行為があったなどとして期間内における契約の解消を比較的に容易に認める傾向にあると指摘されている<sup>28)</sup>。期間の定めを問ひ、拘束の長さそのものの有効性を検討するような判決は極めて少ないというのが現状である。

ただし、長期拘束の限界という問題が日本において全くリアルでない訳ではない。事業者間取引としては、とくにエネルギー供給契約などの領域で、数10年といった単位の長期契約の締結はみられるところである。また、消費者契約においては、新聞購読契約や通信契約などについて、長期拘束にかかわるトラブルを確認することができる。日本では、訴訟の場で、かつ長期拘束の限界を問うという形でこのような問題が争われてこなかったということである。

## (2) 関連判決例

それでは、少ないながら、長期拘束の限界が問われ、一定の判断が示されている日本の判決を概観しておこう。

古くは、土地の贈与における永久的な処分禁止を内容とする合意を無効とした判決があるが（大判明治32・3・15民録5輯3巻20頁）、親族間の土地売買における終身にわたる譲渡制限合意は有効とされており（大判明治32・3・15民録5輯3巻20頁、大判明治45・5・9民録18輯475頁）、地上権の処分禁止の合意の有効性も肯定される傾向にあった（大判明治34・6・24民録7輯6巻60頁、大判明治36・11・16民録9輯1244頁、大判大正14・4・14新聞2413号頁）。近時はこのような紛争自体みられなくなっている。

また、仕入れ先を制限する特約付きの物品供給契約などにおいて、長

---

27) 中田裕康『継続的売買の解消』（有斐閣、1994年）72頁以下、390頁。

28) 中田・前掲注27）81頁以下、391頁。

期拘束からの解放が争われた事例が下級審レベルで数件ある。たとえば、契約期間を20年とする取引先制限付きの雑誌卸購入契約について、取引上の優越的な地位の不当利用という行為自体により、企業努力を基本とする公正な競争秩序を阻害したものというべきであるから、独禁法19条、2条9項5号及び一般指定10にいう不公正な取引方法を用いたものと解され、しかもその違法の程度は重く、公序良俗に違反し、私法上無効というべきものであるとする判決（東京地判昭和53・9・30判時1045号105頁）などを確認できる。しかし、この種の事件について最高裁判決は存在せず、いずれも単発的な判決にとどまっている（大判明治41・11・13民録14輯1159頁、東京地判昭和53・1・23判タ364号266頁、大阪地判昭和58・3・28判時1096号102頁、浦和地判平成6・4・28判タ875号137頁など）。一定数の判決を確認できるのは、競争禁止特約の有効性をめぐる争いである。裁判所は、競争制限が公序良俗違反となる否かについて、制限の期間、場所的範囲、制限の対象となる職種の範囲、代償の有無等について、債権者の利益（企業秘密の保護）、債務者の不利益（転職、再就職の不自由）および社会的利害（独占集中のおそれ、それに伴う一般消費者の利害など）を総合的に考慮して検討すべきものとしており、期間の上限にかかわるような一定の指針が裁判例において示されているわけではない（奈良地判昭和45・10・23判時624号78頁、最判昭和52・8・9労働経済判例速報958号25頁、名古屋地判昭和54・2・9判タ392号162頁、名古屋高判昭和52・11・9判時884号69頁、東京地判平成5・10・4金商929号11頁、東京地判平成6・9・29判時1543号134頁、東京地判平成7・10・16判時1556号83頁など）。

したがって、日本では、ドイツとは異なり、時間的拘束の限界を問い、上限期間に関する一定の指針を示すような判決の集積を確認することはできない。このような状況を前提に、以下では、日本における公序良俗、不当条項規制、継続的契約に関する研究において、時間的な拘束の限界という問題がどのように位置づけられているのか、あるいは位置づけられることになるのか、確認しておこう。

## 2 公序良俗論、不当条項規制論、継続的契約論における問題の位置づけ

### (1) 公序良俗と長期拘束

#### (a) 拘束の上限を設定する強行規定と公序良俗

賃貸借において20年の上限を定める民法604条、雇用において5年経過以降に解約告知を認める626条、そして競業禁止特約の効力を30年とする商法16条2項・会社法21条2項は、強行規定と解されている。まず、ここで確認するのは、これらの規定と公序良俗違反（民法90条）との関係である。たとえば、動産の賃貸借において、50年という期間を定めても、民法604条1項によって強制的に20年に期間は短縮され、50年という合意の効力は否定される。また、たとえば、家事使用人と10年の雇用契約を締結しても、5年経過後は強行的に解除が認められ、この解除権を排除する特約は無効とされる。さらに、たとえば、営業譲渡において50年間同一営業を行わない旨を契約しても、その特約は30年に限り効力を有することになる。ドイツでは、民法の典型契約において長期拘束の緩和をもたらす強行規定について、長さだけでは良俗違反とならないところ、政策的配慮から強行規定として一定の拘束期間経過後に解約告知を認めるような規律が設定されるという説明が繰り返し行われていた。日本の民法起草過程においても、たとえば、民法604条に関しては、公序良俗違反とならなくとも、上限を設定する必要があるという理解が示されていた。

私法上の強行規定と公序良俗規定との関係をいかに理解するかについては議論がある。従来、強行規定違反の法律行為の効力についてその効果が明確に定められていない場合、全部・一部無効を導く根拠を、民法90条、民法91条、あるいはその強行規定自体のいずれに求めるのか、強行規定に抵触する法律行為は常に公序良俗違反ともなるのかという問題意識の下、検討が展開されてきた<sup>29)</sup>。このような問題意識に対し、長

29) 強行規定違反の法律行為が無効とされる根拠を民法91条に求めることに對し、まず、森田寛二による批判が行われ（同「反対解釈の力学」自治研究61巻8号〔1985年〕19頁）、民法学においては、取締法規違反の法律行為の私法上の効力の問題を中心に議論が展開し、法令（取締法規）違反という事実も含めて無効の判断を公序良俗違反に位置づけ、民法90条に無効の根拠を求めるという見解（大村敦志『契約法から消費者法へ』（1999年、東京大学出版会）163頁以下〔初出、1993年〕）や無効という効果が定められていない法令については、法令の政策目的実現のために裁判所が無効を認めるかどうかの問題と

期拘束合意に対する介入の是非や限界線引きの根拠を探り、法規定のあり方や役割を検討するという本稿の関心からは、仮に長期拘束を規制する強行規定が立法によって定められていない場合、ドイツや日本の立法過程での議論においてみられたように、同種の状況に対し民法 90 条は必ずしも無効をもたらさないとすれば、いかなる政策的目的をもって、法律行為の内容を直接的に制限する強行規定、ここでは長期拘束の限界線引きや一定拘束後に解除を認める強行規定の導入が正当化されるのか、という問題が意識される。しかし、民法 90 条に加えて、法律行為の内容を制限する強行規定の導入がどのように要請され正当化されるのか、とりわけ、保護の過少や過剰をかかえても、画一的規制基準を示す強行規定をあえて市場ルールとして導入するという判断はいかに正当化されるのか、という観点からのまとまった検討は、これまでみられないところである。

(b) 長期拘束と公序良俗違反

次に、公序良俗違反の判断枠組みの中で、拘束の長さという要素はどのように考慮されるのかという問題を確認しておく。

ドイツとは異なり、長期拘束の効力を争点とする裁判紛争が稀な日本においては、長期拘束と公序良俗という切り口を用いての検討は行われてこなかったと言える。

民法 90 条を、法律の全体系を支配する理念であると位置づける我妻栄は、従来の判例を分析した上で公序良俗違反となる法律行為の類型を示している。その類型とは、①人倫に反するもの、②正義の観念に反するもの、③他人の無思慮・窮迫に乗じて不当の利を博する行為、④個人の自由を極度に制限するもの、⑤営業の自由の制限、⑥生存の基礎たる財産を処分すること、⑦著しく射倖的なもの、である<sup>30)</sup>。著しく長期に

---

なり、無効の根拠は 90 条に求められ、個々の強行法規は民法 90 条の具体化とみればよいという見解 (山本敬三『公序良俗違論の再構成』(有斐閣、2000 年) [初出、1995 年]) 46 頁以下などが有力に主張されている。法令が存在する場合に、法令の目的実現という役割を民法 90 条が担い、法令の種類等に応じて、法令違反から直ちに、あるいは法令違反を重要な考慮要素として、民法 90 条による法律行為無効が帰結されると考えるとしても、本稿の関心は、市場ルールとして、強行規定の制度設計 (適用範囲・要件・効果の設定) を行う際の政策判断の在り方にある。

30) 我妻栄『新訂 民法総則 (民法講義 I)』(岩波書店、1965 年) 271 頁以下。

わたる拘束の問題は、④や⑤に関わる問題として位置付けられよう。また、山本敬三によると、近時の学説は、私的自治・契約自由に対する制約として公序良俗規定を位置づけたうえ、新たな類型化においては二つの方向性、すなわち 1) 「秩序維持と権利・自由保護の二元論」と 2) 「秩序維持の類型論」がみられるということである<sup>31)</sup>。1) においては、契約による拘束の長さという問題は、個人の自由の制約・程度にかかわる一要素という位置付けが与えられると考えられ<sup>32)</sup>、2) においては、市場秩序に影響を与える一要素として捉えていくことになると考えられる<sup>33)</sup>。いずれにせよ、ドイツでみられたような長期拘束という要素に主として着目する議論、たとえば、競業避止義務について、これを課す理由が維持される限度で拘束期間を有効とするといった議論や、排他的取引拘束について、長期拘束の有効性を給付の均衡論を用いて判断していくといった議論が、日本では、具体的に展開している訳ではない。

## (2) 不当条項規制と長期拘束

不当条項規制と公序良俗違反による契約規制との間に違いがあるのか、たとえば消費者契約法 10 条と民法 90 条との関係をどのように捉えるべきかについては議論がある<sup>34)</sup>。本稿は、不当条項規制と民法 90 条による規制とは、連続性を有し、重複するものの、不当条項規制は、その介入の契機と具体的要件・効果の設定の仕方において、民法 90 条とは区別される法理・規制手段として位置づけるべきではないかと考えている。すなわち、不当条項規制とは、契約の一方当事者よって、一方的に

31) 山本敬三「民法における公序良俗論の現況と課題」民商 133 巻 3 号 (2005 年) 401 頁以下。

32) たとえば、拘束期間の長さという要素に言及されるのは競業避止特約に関するものであるが、職業選択や営業自由という基本権と、投資の回収などにかかわる財産権たる基本権の衝突・調整問題としてアプローチされることになり、また長期拘束は総合判断における考慮要因の一つにすぎないことになろう。山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000 年) 214~216 頁、225~227 頁など参照〔初出、1999 年〕。

33) 長期であることだけをもって、当該契約が市場から適格性を欠くものとして排除されることはなく、取引・当事者の種類に応じ、拘束の長さの問題は、一方の保護の必要性とともに勘案され、あるいは競争阻害性の判断に吸収されるといった整理を行うことが考えられる。川島武宜=平井宜雄編『新版 注釈民法 (3) 総則 (3)』(有斐閣、2003 年) 141 頁以下〔森田修〕など参照。

34) 山本豊「契約の内容規制」『債権法改正の課題と方向—民法 100 周年を契機として—』別冊 NBL51 号 (1998 年) 57 頁以下など参照。

設定されたが故に、他方当事者の意思的関与が希薄な契約条件に不当性が見出される場面を対象とし(実質的に交渉され、または交渉可能であった条項は除かれる)、当該契約条件が受け入れ難ければ、契約相手を変更するのが通常である価格本体や主たる給付の内容を規制対象から除く、いわゆる付随的な契約条項への介入を行う規制手段・法理として原則として捉えていくという立場である。

このような理解に立った場合、「存続期間」は中心条項として、不当条項規制、具体的には消費者契約法 10 条の射程外となるのではないかが問われることになる。

この問題を早くから意識的に指摘してきたのは山本豊である。不当条項規制において、過量販売の問題は、不当勧誘や契約全体の無効規範の問題として解決するのが適切であるが、長期にわたる契約期間を定める条項は不当条項の問題として扱うのが適切であるという見解が示されている。その理由として、長期の契約期間を定める条項が無効となっても、期間の定めのない契約として維持することができ、契約期間条項には、消費者の解約告知権を排除する意味合いがあることということである<sup>35)</sup>。

消費者契約における長期拘束条項の規制のあり方については、画一的な基準を立てることが可能かつ適切なものか、といった指摘がなされているところであり<sup>36)</sup>、消費者契約においては、継続的取引において消費者の中途解除権を広く認める法改正の方向性<sup>37)</sup>や不当条項リストの充実化の文脈において消費者の解除権を不当に制限する条項の規制という観点から長期拘束への対応を考えるものが少なくない<sup>38)</sup>。

35) 山本豊「不当条項規制と中心条項・付随条項」『消費者契約法—立法への課題—』別冊 NBL54 号 (1999 年) 110 頁。なお、一括販売契約において分割給付が行われる商品の継続的供給契約の場合も、長期契約期間条項に準じて扱うことができないか一考に値すると述べられている。

36) 鹿野菜穂子「消費者の解除権を制限しまたは事業者の解除権を留保する条項」消費者契約における不当条項研究会『消費者契約における不当条項の横断的分析』別冊 NBL128 号 (2009 年) 128 頁。

37) 詳しくは第 2 章で取り上げるが、消費者契約において、ある種の任意規範として消費者中途解除権 (合理的な理由がある場合に合意による修正を認める) の導入を提案するものとして、『消費者取引法試案—統一消費者法典の実現をめざして—』消費者法ニュース別冊 (2010 年) 115 頁以下。

38) たとえば、圓山茂夫「権利行使期間の制限条項、履行期間の制限条項、長期拘束条項、脱法行為の禁止規定」消費者契約における不当条項研究会『消費者契約における不当条項の横断的分析』別冊 NBL128 号 (2009 年) 96 頁、大澤彩「消費者契約法における不当条項リストの現状と課題」NBL958 号 (2011 年)

不当条項規制による長期拘束への対応について、日本では、存続期間に関する合意を尊重しつつその限界を探求するという発想ではなく、一定限度の損害賠償などを消費者に負担させるとしても、消費者の解除自由を、消費者契約においては出発点とするべきではないかという方向で、法制度の構築や不当条項規制における解釈論の構築が模索されていると言える。

### (3) 継続的契約論と長期拘束

「継続的契約」は、民法典における13種類の典型概念とは異なるレベルで設定されるカテゴリーであるが、継続的契約の定義自体、従来さまざまなものがみられたところである。

現在行われている債権法改正の議論において、『基本方針』は、継続的契約の定義規定を置くことを試み、「継続的契約とは、契約の性質上、当事者の一方または双方の給付がある期間にわたって継続して行われるべき契約をいう。ただし、総量の定まった給付を当事者の合意により分割して履行する契約はこれに含まない。」と定義する<sup>39)</sup>。そのうえで、期間の定めのある継続的契約は、期間満了により終了することを明文化することを提案していた<sup>40)</sup>。しかし、『中間試案』においては、継続的契約には様々なものがあるので、定義規定を置かないとしたうえで、期間の定めのある契約は、その期間の満了によって終了するものとする、という規定の導入が提案されている。

ところで、平井宜雄の「継続的契約」に関する研究においては、「継続的契約」を、さしあたり「時間の経過に伴って債権債務関係を発生させる契約（したがって、一回的に発生した債権債務を分割して給付する契約は少なくとも除かれる）」と定義したうえで、継続的契約概念を法技術的に意味があるように再構成するため、契約を継続的たらしめているものは何かという観点を設定し、取引特殊性のある財の取引であるため、合理的な行動の結果、継続的契約となる場合と、当事者の意思のみに基づいて継続的契約とされている場合とを分けるという議論が展開さ

---

48 頁など。

39) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（21）403 頁以下。

40) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（21）409 頁以下。



れている。平井は、前者を組織型契約、後者を市場型契約と呼び、前者には独自の解釈準則、たとえば、取引特殊な投資を回収するに足る存続が確保されるべきであり、定められた存続期間（定められていない場合にも合理的期間）内の存続を保障する解釈論が採用されるべきという<sup>41)</sup>。

このような平井の議論は、ドイツの判例法において、投資の償還という観点から、民法典上の典型契約類型にかかわらず、長期拘束を正当化する理由として登場していたことと親和的である。また、このような観点からの解釈論の提示は、民法典が行ってきた、取引対象の財の性質・債務内容・対価性の有無等に着目する典型契約類型に対して、強行規定を設定することの是非、すなわち異なる観点から設定される類型化から要請される解釈論にとって、民法典の典型契約類型に対する強行規定が制約となり得るのではないか、という問題を提起する。さらに、ドイツの判例法の展開からは、当該取引からのみ回収され得る先行投資が行われたとしても、かかる投資を行う側が優越的地位に立って投資を行い、劣位者を長期にわたり取引に閉じ込めるような場合には、必ずしも、定められた存続期間中の存続保障コンセプトは妥当しない可能性が示唆されており、当事者の地位の格差といった切り口をどのように位置づけていくかも問われることになる。

### Ⅲ 小括

第1章第2節では、合意による存続期間の設定に対し、強行法的に長期拘束の上限を設定する日本の法規定や判決・議論の状況を確認してきた。

#### (1) 長期拘束の制限・緩和に関する強行規定

長期拘束を制限・緩和する法規定の状況に関して言えば、日本においても、ドイツ民法典と同様に、賃貸借、雇用について、長期の拘束を制

41) 平井宜雄「いわゆる継続的契約に関する一考察 —— 『市場と組織』の法理論』の観点から」星野英一先生古稀祝賀『日本民法学の形成と課題 下』（有斐閣、1996年）697頁以下。

限・緩和する規定が設けられていた。これらの規定は、自己に帰属する財産の処分自由や経済活動の自由を確保することにかかわる規定と言えるが、民法604条による賃貸借における20年の上限設定の目的について、日本においては、賃借物の損傷・劣化回避が強調される傾向にある。また、民法604条、民法626条ともに、債権法改正の議論において、削除意見も有力に唱えられているところであり、これらの規定の現実的必要性が低いことは事実である。ドイツにおける議論にみられたように、現実の適用場面が少ないとしても、重要な法原理を示す規定として、また直接適用外の事例に対しても一般条項等の運用に際し重要な手掛かりを与えるものとして規定を維持すべきなのか、それとも硬直的な上限規制による弊害のほうが大きいとして規定を削除すべきなのかが問われている状況にあると言える。その他、営業譲渡における競争避止特約における存続期間の上限に関わる規律が商法16条・会社法21条にみられたが、このような規定の在り方の妥当性については、議論自体が乏しかった。なお、日本においては、ドイツとは異なり、劣位性のある契約の一方当事者を、長期の固定支出から保護するために、契約における拘束の上限を設定する規律（ドイツにおける金銭消費貸借や約款規制法における存続期間の上限規律に類するもの）は設けられておらず、立法論としても、このようなアプローチには批判的な意見がみられたところである。

## (2) 判例・学説の議論状況

ドイツにおいては、長期拘束からの離脱が裁判紛争に至り、かかる紛争について良俗違反規定や約款規制の一般条項を用いて、拘束の限界に関する指針を示すような判例の蓄積を確認することができ、そのような判例の展開を前提とする学説による議論も一定程度確認することができた。しかし、日本においては、そもそも長期拘束の限界が問われるような取引形態（契約内容の形成）や裁判例が乏しい。ドイツでは、長期にわたる期間の定めが合意されているエネルギー供給・通信設備・ビール供給などの契約について、日本では、類似の裁判紛争を確認できない状況にある。この契約実務・紛争の現れ方の違い自体、興味深いものではあるが、ここでは、僅かに確認された長期拘束の限界に関わる日本の議論の仕方の特徴を、ドイツ法との対比において指摘しておこう。ドイツ

では、とくに拘束期間の長期性に着目し、許される最大基準値を探求するというアプローチを確認できたが、日本においては、民法 90 条を用いての判断を示す場合、いわば総合考慮アプローチが採用されており、拘束期間の長さを 1 つの考慮要素とすることがあっても、その上限を探求するといったアプローチは採用されていないことを指摘できる。

判例・学説の展開が乏しい日本にとって、ドイツの議論が示す、「競争制限的要素」、「取引必要性等を理由とする交渉力格差の濫用」「個人の職業的活動の過度の制限」「投資の償還」といった着眼点や、長期拘束の限界の問題に給付の均衡論を用いるなどの解釈論の展開は、現実には、長期拘束をめぐる紛争が生じたとき、示唆に富むものではあるが、日本における法制度設計・解釈論の方向性は、第 3 章においてドイツ法を批判的検討したうえで、示すこととする。

## 第2章 「期間の定め」と中途解除の自由

### 序 節

第2章では、期間の定めにかかわらず当事者の一方もしくは双方に付与される任意規定または強行規定としての解約告知権、解除自由を出発点にこの自由を制限する合意の有効性を問題とし、あるいは解除自由を認めつつ損害賠償による調整を試みるアプローチを採用する法規定、判例や学説の展開について扱う。ドイツにおいても、日本においても、解約告知・中途解除の自由を認める任意規定あるいは強行規定が存在し、関連する判例の展開を確認できるが、日本においては消費者契約を中心に中途解除権と清算に関する議論は学説においてもかなり活発に行われており、ドイツにはみられない立法の展開も確認できる。したがって、本章では、ドイツ法の確認後、日本における法規定や議論の展開を詳細に検討し、日本法における中途解除をめぐる問題へのアプローチの特徴を描き出すことが目的となる。

### 第1節 ドイツ法

#### I 履行期前の履行・解約告知の自由に関する規定

本章では、「期間の定め」と「任意規範・強行規範としての中途解除権」に着目するが、当初の期間の定めにかかわらず、当事者の意思によって契約の終了を導き得るものとして、任意解約告知を認める規定のほか、履行期前に履行を認める規定も関係することになる。期限は、それを過ぎると、債務者の遅滞責任を発生させる意味を有し、存続期間は、継続的債務関係においてその間の給付を確保する意味を有するものなので、その法的意義は異なる。しかし、とりわけ、物などの返還が主たる債務となるような契約類型では、二つの問題が重複して現れ、任意解約告知権と履行期前の履行権のいずれが制度設計として妥当なのかといった問題も発生するので、履行期前の履行に関する規定もここで取り上げることにする。

## 1 履行期前の履行

日本では、期限は、債務者の利益のために定めたものと推定し、期限の利益は、放棄できるとする民法 136 条が存在する。ドイツでは、弁済期に関する BGB271 条 2 項が次の内容を定めている。「BGB271 条 2 項

弁済期が定められている場合、疑わしい場合には、債権者は給付を弁済期前に請求できないが、債務者は弁済期前に履行できるものと推定する」。当事者の意思を推定する規定であり、別段の合意やこれと異なる内容の法規定があれば、そちらが優先する。起草過程における第一草案（第一草案 231 条 2 項）の段階から解釈準則として提案されていた規定であり、第一草案理由書では、普通法に起源があると説明されている<sup>1)</sup>。

債務者による履行期前の履行が認められる場合に、債権者がこれを受領拒絶すると受領遅滞となる<sup>2)</sup>。もっとも履行期前の履行によって、債権者が法律上の権利を失い、または法律上保護された利益を侵害される場合には、履行期前の履行は認められない<sup>3)</sup>。そして、この履行期前の履行権は、有償の（利息つき）金銭消費貸借の場合には排除されている（BGB488 条 3 項 3 文参照。BGH NJW2012,445）<sup>4)</sup>。債権者は、この場合、投資的利益を有するからであると説明されている<sup>5)</sup>（ただし、2008 年の EC 消費者信用指令を受けて、消費者の期限前弁済権が導入されている）。また、判例では、担保物権により担保された債権や土地債務（KG JW1935,1641）、手形債権（BGH NJW1970,41,42）について期限前弁済を否定した例があり、年金の前払いも一定範囲に限定されている（BGHZ 123,49,53）。

債務者が自己の債務を当初の期限よりも早く履行することは、契約関係を消滅させる解約告知などとは異なり、債権者の債権に早期に満足を与える行為である。履行期前の履行自体によって債権者のその他の権利

1) Mugdan, Die gesamten materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.2, 1899, S.20 ff.

2) Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 72 Aufl. 2013, § 271 BGB (Christian Grüneberg) Rn.11.

3) Palandt/ Grüneberg, Fn.2, § 271 BGB Rn.11; Münchener Kommentar zum BGB 6 Aufl. 2012, § 271 BGB (Wolfgang Krüger) Rn.35.

4) Palandt/ Grüneberg, Fn.2, § 271 BGB Rn.11; MK/Kürger, Fn.3, § 271 BGB Rn.35.

5) Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2009, § 271 BGB (Claudia Bittner), Rn.23.

や利益を侵害しないかぎり、期間の定めはもっぱら債務者の債務の履行を期限まで猶予するものとして、債務者の利益のためだけに設定されていると解釈される。その一方で、異なる法規定や合意の存在、履行期前の履行によって、債権者が法律上の権利を失い、または法律上保護された利益を侵害される事情が証明されれば、履行期前の履行は認められない。ドイツでは、従来から、期限前弁済が利息債権の不発生を導くことになる有償の金銭消費貸借について、履行期前の履行は原則として認められないと解釈されてきたのである。

## 2 解約告知の自由を定める任意規定

(1) 特別の信頼に基づく高級労務を提供する雇用契約—BGB627 条

BGB627<sup>6)</sup> 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の提供を目的とする雇用契約において、当該関係が BGB622 条にいう労働関係にはなく、確定報酬をともなった継続的雇用関係にもない場合には、解約告知が許されると規定している。特別の解約告知権は、この種の雇用関係は、相互の信頼なしには維持できないということから根拠づけられ、各当事者の個人的決断を広く保護するために、BGB626 条にいう重大な事由がなくても、即時の解約告知が認められている<sup>7)</sup>。

6) BGB627 条 1 項 622 条に規定する労働関係にない雇用関係の場合には、労務提供の義務を負う者が確定報酬を伴った継続的雇用関係に立たずに特別の信頼に基づいてゆだねられるのが常である高級労務を提供しなければならないときには、626 条の要件が満たされないときにも解約告知できる。2 項 労務提供義務者は労務提供権利者が他の方法で労務を用意できるときにのみ解約告知することができる。ただし、不利な時期に解約告知することについて重大な事由があるときにはこの限りではない。義務者が重大な事由なしに不利な時期に解約告知する場合には、労務提供権利者に対してそれによって生じた損害を賠償しなければならない。

7) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6 Aufl. 2012, § 627 BGB (Martin Henssler) Rn.1; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2011, § 627 BGB (Ulrich Preis), Rn.4. なお、BGB627 条の沿革、解釈・適用状況については、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) —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 (1996 年) 698 頁以下、同「契約における信頼要素と契約解消の自由 (二)」専修法学論集 86 号 (2002 年) 58 頁以下を参照されたい。解約告知権の消極要件として確定報酬を伴った継続的雇用関係ではないことが要求されているが、この継続的雇用関係は、義務者の社会的経済的依存性がなくても、恒常的な長期の使命が問題となっている場合に存在し得るとされ、第 1 章で扱った職業専門学校や寄宿舎付き私立学校との教育契約はこの要件を理由に BGB627 条による任意解約告知が認められないとされ、約款規制の一般条項を用いて、長期拘

起草過程<sup>8)</sup>において、BGB627条に該当する規定は第一草案の段階では存在していなかった。帝国司法庁準備委員会の審議段階で、委任が無償のものに限定される提案が出されたことに伴い、本条に相当する規定が提案された。医師に治療を、弁護士に訴訟を、教師に教授を委託するような場合を念頭に、雇用においても精神的な信頼なしには存続し得ない委任と同種の人的関係が存在する場合があるとされ、重大事由がある場合にのみ即時解約を認めるのでは不十分であるという意見が述べられた<sup>9)</sup>。第二委員会においても、医師、弁護士、教師を典型例として、待医、家庭教師、法律顧問など確定報酬のある継続的雇用関係については即時解約が妥当ではなく、また高級労務ではない通常の労務では信頼は重要視されないとし、現行法のような要件が提案され、決議された<sup>10)</sup>。

BGB627条が適用されているのは、起草過程でも挙げられた医師との診療契約、弁護士への訴訟委任のほか、税理士、コンサルタントなどとの事務処理契約、そして個人的な配慮や分別が必要となるパートナー仲介契約にも多くの判決は同条の適用を認めている<sup>11)</sup>。

ドイツでは、委任が無償のものに限定されているため、日本では準委任と性質決定されるような相手方の独立裁量によって処理される事務(事実行為)の委託も、多くの場合、雇用契約と性質決定され、その中でも、特別の知識量や資格などを要する高級労務の提供が個人的な信頼によって求められる場合に、更新可能性も見込まれるような継続的關係ではない限りで、任意解約告知権が承認されることになる。このBGB627条は任意規定であり、当事者の個別合意によって、修正や排除が可能であるが、単に期間を定めたことから、そのような合意を推認することはできない。また、約款によるBGB627条の排除は、BGB307

---

束を制限するアプローチが採用されていた (Vgl.,BGH Urt. v. 19.11.1992 NJW-RR1993,374)。

8) BGB627条の起草過程の詳細は、丸山・前掲注7) 専修法学論集 86号 87頁以下を参照。

9) Jacob=Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III,1983, S.821ff.

10) Mugdan, Die gesamten materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.2, 1899, S.912 ff.

11) BGB627条の適用を肯定・否定している判例の詳細は、丸山絵美子「契約における信頼要素と契約解消の自由(三)」専修法学論集 89号(2003年) 19頁以下に紹介している。

条によって無効になると解されている。BGB627条による解約告知が行われた場合、契約は将来に向けて終了することから、労務提供権利者は既履行給付に応じた報酬を支払い、解約告知が他方の契約違反行為に原因がある場合にのみ、損害賠償請求が可能となる（BGB628条）。

債務法改正に係る議論においては、リーブの鑑定意見<sup>12)</sup>が、BGB626条、627条による即時の解除をした場合の法律効果について問題を提起し、現行法は時間に応じて提供される労務提供債務には適格的であるが、プロジェクト関連型の労務提供債務においてはその妥当性に疑問があり、労務提供権利者による解約告知の事例に対しては、BGB649条のような規律が雇用契約においても考えられるのではないかという意見が示されていた。その一方で、ヴァイヤースやタイヒマンは、BGB627条のような規律は信頼が基礎となる高級労務を目的とするような請負契約に対しても妥当するものとし、効果においては既履行部分の報酬と報酬ではカバーされない費用部分について請負人に請求を認めるという方向での改正意見を示していた<sup>13)</sup>。もっとも、その後の債務法改正の審議過程で、BGB627条の改正が取り上げられることはなかった。

## (2) 請負契約における注文者の任意解約告知権—BGB649条

BGB649条<sup>14)</sup>によると、注文者は、仕事の完成までは、いつでも契約を解約告知でき、注文者が解約告知をした場合、請負人は報酬請求権（節約費や労力の転用益を除いたもの）を有する<sup>15)</sup>。

12) Manfred Lieb, Dienstvertrag, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III.1983. S.204f. この鑑定意見については、丸山絵美子「継続的役務提供契約の解消に関する一考察—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—（三・完）」法学61巻5号（1997年）1003頁以下も参照。

13) Hans-Leo Weyers, Werkvertrag, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III.1981.,1137f., Arndt Teichmann, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertrag ?, in ; Verhandlung des 55 Deutschen Juristentages, Bd. I 1984 , A S.99f. 丸山・前掲注12) 1004頁以下を参照。

14) BGB649条 注文者は仕事の完成前はいつでも契約を解約告知できる。注文者が解約告知した場合には、請負人は、合意された報酬を請求する権利を有すること。ただし、請負人は契約の終了によって節約した費用や労力を他に用いることによって得られたあるいは悪意に怠ったものを差し引かなければならない。

15) BGB649条の沿革・学説の展開について詳細に検討するものとして、坂口甲「ドイツにおける注文者の任意解除権の理論的展開（一）（二）」民商135巻1号（2006年）133頁、135巻2号（2006年）348頁。



起草過程の第一草案理由書によると、普通法ではこのような解除権を認めることについて見解が分かれる状況にあったが、現代的な法の展開や請負契約の性質にも合致するものとして、請負人の反対給付請求権を害することのない形で、仕事完成前における注文者の任意解除権を認めるという規定が起草されたと説明されている。仕事の製作にとくに利益を有しているのは注文者であり、請負人は反対給付請求権を失わないので損害はなく、またここでは、債権者の責めに帰すべき事由による給付不能時に債務者に反対給付請求権の存続を認める場合と同様、反対給付請求権の存続で十分であり、損害賠償義務を認めることは行き過ぎであるということである<sup>16)</sup>。現在も、この条文の正当化根拠としては、仕事の完成は注文者の利益のためだけに行われることが主として挙げられることが多く<sup>17)</sup>、請負人の利益は、損害が生じないよう報酬請求権が維持されることによって擁護されると説明される<sup>18)</sup>。また、このような規定は、注文者には協力義務や受領義務がないことと一貫している<sup>19)</sup>、BGB326条2項（債権者の責めに帰すべき事由により、あるいは債権者の受領遅滞において、債務者の給付義務を排除するような事情が生じたときは、債務者は反対給付請求権を有することを内容とする規定）やBGB615条（雇用における使用者の受領遅滞において、被用者に報酬の請求を認める規定）と類似の規定である、といった説明もみられる<sup>20)</sup>。もっとも、BGB649条のコンセプトに対しては、後述のような批判もあり、他の契約類型に対して指導形象機能をほとんど有しないといった評価もみられるところである<sup>21)</sup>。

BGB649条は、報酬債権の存続という効果論から、危険負担モデルの

16) Mugdan II, Fn.10, S.280f.

17) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6 Aufl. 2012, § 649 BGB (Jan Busche), Rn.2.

18) Mugdan II, Fn.10, S.281. 坂口・前掲注15) 359頁によれば、ドイツ法における学説の展開も踏まえ、任意告知権の論拠は、①仕事の完成利益がもっぱら注文者にあること（仕事完成利益の偏在性）、②請負人がもっぱら注文者のために仕事を行うこと（注文者利益の志向）、③注文者の債権者としての地位（注文者に受領義務や協力義務がないこと）が挙げられる、とまとめられている。

19) Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2008, § 649 BGB (Frank Peters=Florian Jacoby), Rn.5.

20) Staudinger/ Peters= Jacoby, Fn.19, § 649 BGB Rn.6.

21) MünKomm/Busche, Fn.17, § 649 BGB Rn.3.

影響がみてとれること<sup>22)</sup>、そして、ドイツの債務法改正に係る議論において、BGB649条の改正は一つのトピックであったということが注目される。後者について具体的にみると、債務法改正に向けてのヴァイヤースの鑑定意見<sup>23)</sup>においては、注文者の解約告知権に対し、請負がしばしば継続的債務関係の性格を有すること、たとえば、大型のプロジェクトにおいて、請負人が従業員の雇い入れを行い、あるいはノウハウ取得を見込んで報酬自体は安く設定しているような場合、注文者にBGB649条による解約告知を認めるのは適切ではないと指摘された。そして、多くの場合、当事者は、契約上の取り決めによって対応するであろうが、これが欠けている事態に備え、BGB649条に、「解約告知権は、請負人が契約の履行に特別の利益を有し、注文者が契約締結時にこれを認識し得る場合には、排除される」という一文を加えることが提案されていた。タイヒマンも、第55回法曹大会における請負法に関する報告で、BGB649条に関し、巨大プロジェクトにおいて請負人が材料の大量準備などをとする事態において、BGB649条の排除が適切であるとする<sup>24)</sup>。その後、債務法改正委員会の報告書<sup>25)</sup>では現行法の維持案が、連邦司法省の討議草案<sup>26)</sup>ではBGB649条の廃止案が提案された。しかし、注文者に仕事の受け入れを強制できないことや、注文者の終局的な受領拒絶はその責めに帰すべき不能となってBGB649条と異ならない帰結となること、そしてBGHは普通取引約款によるBGB649条の排除を不当なものと評価してきたことなどを理由に、BGB649条の維持を主張するペータースなどの意見が支持を得て<sup>27)</sup>、BGB649条の存続という結論に至ったのである。

---

22) 坂口・前掲注15) 364頁。

23) Weyers,Fn.13, S.1135ff.

24) Teichmann, Fn.13, S.96ff.

25) Bundesminister der Justiz (hrsg.), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992, S.273,301; 下森定=岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』181頁以下〔花立文子〕(法制大学出版局、1996年)。

26) Bundesminister der Justiz (hrsg.), *Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, 2000,S.525.

27) Frank Peters, *Das geplante Werkvertragsrecht II*, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform* (hrsg. v. Wolfgang Ernst/ Reinhard Zimmermann),2001,S.282. より詳細に議論状況を紹介するものとして、坂口・前出注15) 民商135巻1号162頁以下。

債権法改正の際に行われた一連の議論は、請負契約という典型に分類され得る契約の中に、従来の BGB649 条に関する説明がそのまま妥当し、普通取引約款による注文者の解約告知権が不当な変更と考えられるような消費者契約やスポット的な事業者間取引としての請負を念頭に置く者と、請負人により事前の投資が行われ、履行を通じてノウハウの取得が目指されるといったいわゆる中間組織型の契約としての請負をも念頭に置く者との意見の衝突とみることもできるが、後者のような取引では当事者が詳細な契約書によって対処するのが通常であるためか、実務上 BGB649 条の存在が大きな困難を招いたことがないという認識の下<sup>28)</sup>、最終的には、現行法維持という結論に至ったと言えよう。

### (3) 寄託における寄託者の返還請求権—BGB695 条

BGB695 条<sup>29)</sup> は、たとえ期間が定められていても、寄託者による返還請求は自由であることを定めている。寄託は寄託者の利益のために行われ、寄託物に関する処分自由を確保するという観点から BGB695 条が置かれており、この返還請求は解約告知の性質を有すると解するのが多数見解である<sup>30)</sup>。本条に反する合意を自由に行い得るかについては、一時的排除を認める見解、有償の場合に排除し得るという見解、解約告知可能性の排除は非典型契約の性質を帰結するという見解など様々である<sup>31)</sup>。有償寄託においても、返還までの給付に対応する報酬だけを、原則として、受寄者は請求できるとされるが (BGB699 条 2 項)、個別の事例において、異なる帰結となることは排除されていない<sup>32)</sup>。

BGB695 条は、債務法改正においては、特に取り上げられることもなく、維持された規定である。

---

28) Herbert Roth, Die Reform des Werkvertragsrechts, JZ 2001, 550f.

29) BGB695 条 寄託者は保管について期間の定めがあるときでも、いつでも寄託物の返還を請求することができる。

30) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6 Aufl. 2012, § 695 BGB (Martin Henssler), Rn.1 und 3.

31) MünKomm/Henssler, Fn.30, § 695 BGB Rn.2-3.

32) Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2006, § 699 BGB (Dieter Reuter), Rn.2.

### 3 強行規定としての任意解約告知権・期限前弁済権

ここでは、民法の特別法、あるいは民法典において、一方当事者保護の観点から置かれている強行規定としての任意解約告知権や期限前弁済権を確認する。

#### (1) 撤回権・返品権の位置づけ

いわゆるクーリング・オフを消費者に認める撤回権や返品権は、ドイツにおいて、訪問販売契約、隔地者間（通信）契約、タイムシェアリング契約、消費者信用契約、保険契約などで導入されている。契約への介入の契機・正当化根拠として、訪問販売などについては、不意打ちからの消費者<sup>33)</sup>の保護が、撤回権の目的として説明されるが、隔地者間契約では取引対象の視認困難性、消費者信用などでは取引対象・内容の複雑性などが理由として挙げられる。

長期にわたる拘束と撤回権との関係について、Oetker は、分割払い取引と保険契約における撤回権は、消費者が長期に及ぶ取引において予測に基づく決断をすることができず、処分自由に対する制限からの保護を目的に撤回権が導入されていると説明するが、同時に、将来にわたる処分自由の制限に対する保護手段として、撤回権は不十分なものであることを指摘している<sup>34)</sup>。Lorenz も、分割払い取引における撤回権について、過度に長期にわたる拘束の問題は、本来、解約告知権によって扱われるべきものであると述べている<sup>35)</sup>。

要するに、撤回権の導入目的において、過度に長期の契約に伴う危険（消費者の予見が及ばない、処分の自由が過度に制限される）からの保護が考慮要素の一つに掲げられることはあるものの、短期の熟慮期間の付与は、この保護目的に本来適した手段ではないという評価が支配的であると見えよう。

---

33) BGB13 条 消費者とは、その営業活動にも独立の職業活動にも帰せられない目的で法律行為を行うすべての自然人である。

34) Hartmut Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S.471-474.

35) Stephan Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S.188.

(2) 金銭消費貸借における借主の解約告知権・期限前弁済権

(a) 一般的な金銭消費貸借における解約告知権・期限前弁済権

第1章第1節I1(3)においてすでに確認したとおり、期間の定めのある金銭消費貸借において、固定金利が合意された場合、この利息の拘束が契約期間前に終了する場合には、借主は、その金利拘束の終了に向けて、1ヶ月の解約告知期間を保持して解約告知できる(BGB489条1項1号)。また、変動金利の場合には、3カ月の解約告知期間による解約告知が可能とされている(BGB489条2項)。金銭消費貸借契約自体に設定された弁済期限にかかわらず、利息の拘束に着目した解約告知権が置かれていることになる。

なお、理由を問わない任意解約告知権とは異なるものであるが、ドイツでは、不動産や船舶を担保とする固定金利での期間の定めのある金銭消費貸借において、借主に正当な利益がある場合の期限前解約告知権が、貸付金の完全な受領から6ヶ月を経過して以降、認められている(BGB490条2項)<sup>36)</sup>。これは、債務法現代化法による改正の際に導入された規定であり、1997年のBGH判決(BGH UrI. v. 01.07.1997 BGHZ136,161)以降の判例法理を明文化したものである。すなわち、BGHは、不動産の処分という借主の経済的行動の自由を確保するという観点と損害を金銭によって補償され不利益を被らないのであれば、貸主は期限前弁済に応じるのが信義公平に適うという観点から、補償金を支払っての借主の期限前弁済権を、契約内容の変更に関する借主から貸主への承諾請求権、すなわち、契約の廃止や契約の終了をもたらす権利ではなく、契約内容の修正を求める請求権と性格づけて認めた。不動産等を担保権の負担から解放することが要請される事例を対象とするものではあるが、消費者契約に限定されない取引領域で、このような正当な利益がある場合の解約告知権が強行規定として設定されたのである。BGB490条によって解約告知をする場合に、借主が支払う金銭の内容に

36) BGB490条(特別の解約告知権)

2項 借主の正当な利益がこれを要求し、かつ貸付金の完全な受領から6ヶ月を経過した場合には、借主は、利率が固定され、かつ不動産担保権や船舶担保権で担保された消費貸借を、488条3項2文の解約告知期間を保持して解約告知できる。正当な利益は、とりわけ、借主が、貸付金の担保とした物を他の目的に利用する必要性が生じた場合に存在する。借主は、貸主に、期限前の解約告知によって発生する損害を補償しなければならない。

については、従来の判例が述べてきたのと同様、Aktiv-Aktiv 計算方法として、利息マージン損害も、場合によって生じる利息低下損害も、累積的に請求可能であり、また、Aktiv-Passiv 計算方法として、残存期間に対応する期間について、投資市場において安定的な投資をした場合と約定利息との差額を基礎とする計算方法、いずれを選択してもよいという考え方が BGB490 条の説明としても踏襲されている<sup>37)</sup>。

(b) 消費者金銭消費貸借における期限前弁済権

(i) 2008 年改正以前

旧 BGB489 条 1 項 2 号は、消費者信用契約において、期間が定められ、金利が固定されている場合でも、消費者たる借主は、貸付金の受領から 6 カ月経過した後は、3 か月の解約告知期間を保持して、解約告知できると規定していた。この規定は、消費者保護の目的、具体的には、重利や期限前弁済時に支払う金銭の高額化を、消費者の経済的苦境を考慮して、回避しようとするものでもあると説明されていた<sup>38)</sup>。そして、消費者信用取引に関しては、この規定と並んで、消費者分割払い取引（いわゆる自社割賦）に対して旧 BGB504 条の規定が用意されていた<sup>39)</sup>。旧 BGB504 条は、存続期間に対する一定の上限と解約告知権の付与という方法ではなく、消費者に、任意の期限前弁済を認めつつ、貸主が請求できる補償金の範囲を制限するという規律の仕方が用いられていた（旧消費者信用法 14 条を引き継ぐものであり、1987 年の消費信用指令 8 条の移行措置として設けられたものである）。もっとも、分割払取引における期限前弁済の場合にも、金利と期間の経過に左右される費用を、事業

37) Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2011, § 490 BGB (Peter O. Mühlert), Rn.98-101.

38) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6 Aufl. 2012, § 489 BGB (Klaus Peter Berger), § 489 BGB Rn3.

39) 旧 BGB504 条 消費者が期限前に分割払い取引から生じる義務を履行した場合には、分割支払い額は、期限前弁済後の期間について段階づけられた計算において消失する利息その他経過期間の左右される費用に関して減額される。502 条 1 項 2 文による現金支払い価格が示されていない場合には、法定利息(246 条)が基礎とされるべきである。ただし、利息とその他の経過期間の左右される費用を、事業者は、当初予定された存続期間の最初の 9 か月に対しては、消費者がその義務をこの期間の経過前に履行した場合にも、請求することができる。

者は、当初予定されていた存続期間の最初の9か月に限っては、請求できることとなっていたのである。

(ii) 2009年改正による消費者の期限前返済権

以上のような法状況が、2008年に改正された消費者信用指令(RL2008/48/EG, Abl2008Nr.L133/66)の国内法への転換として、2009年のBGB改正によって変更された<sup>40)</sup>。BGB500条～502条<sup>41)</sup>によれば、消費者たる借主は、期間の定めがない場合に、いつでも解約告知できるほか(BGB500条1項)、期間の定めがあるかどうかにかかわらず、いつでも一部または全部の期限前弁済をなし得ることとなった(BGB500条2項)。

(iii) 期限前弁済の効果

そして、期限前弁済の場合、未経過の期間に発生するものとされていた利息や費用は費用総額から差し引かれることになる(BGB501条)。もっとも、貸主は、除外事例に該当しない限り(BGB502条2項)、固定金利の有期金銭消費貸借であった場合、期限前弁済と直接関連する損害について、相応の期限前弁済補償金を請求できることになっている

40) 消費者の期限前弁済に関する指令の詳細とドイツ法との関係については、Robert Freitag, *Vorzeitige Rückzahlung und Vorfälligkeitsentschädigung nach der Reform der Verbraucherkreditrichtlinie*, ZIP 2008, 1103などを参照。EC指令の紹介については、谷本圭子「2008年ヨーロッパ消費者信用指令(2008/48/EC)について」立命館法学336号(2011年)441頁以下を参照。

41) BGB500条1項 借主は、弁済のための期間が定められていない消費者消費貸借契約を、全部または一部、解約告知期間を保持せずに、解約告知できる。1か月を超える解約告知期間に関する合意は、無効である。2項 借主は、消費者消費貸借契約から生じる債務をいつでも全部または一部履行することができる。

BGB501条 借主が、その債務を期限前に履行し、あるいは合意された満期前に解約告知によって残債務の期限を到来させたときには、費用総額は、満期や履行の後の期間に割り当てられていた利息および期間の経過に左右される費用の分について減じられる。

BGB502条1項 貸主は、期限前弁済の場合、借主が、期限前弁済の時点において、契約締結時に合意された固定金利に義務づけられていた場合、期限前弁済と直接的に関係する損害に対する相応な期限前弁済補償金を請求できる。ただし、補償金は、以下の額を超えることはできない。1号 繰り上げ弁済額の1%、もしくは、期限前弁済時と合意された弁済時の間の期間が1年より短い場合には、0.5% 2号 期限前弁済時と合意された弁済時の間の期間に借主が支払うはずであった利息の額 2項 期限前弁済補償金請求権は、以下の場合には排除される。1号 弁済を保証するために貸付契約における義務に基づく締結された保険財源からの弁済である場合 2号 契約において、契約の存続期間、借主の解約告知権や期限前弁済補償金の計算に関する指示が不十分であった場合

(BGB502 条 1 項)。BGB502 条にいう期限前弁済補償金 (Vorfälligkeitsentschädigung) については、BGB249 条によって範囲が定まるような損害賠償請求権 (Schadensersatzanspruch) の性質を有するという見解<sup>42)</sup>、損失補償 (Aufopferungsentschädigung) の性格を有するという見解<sup>43)</sup>、上述の BGB490 条 2 項の前提となった判例 (BGH Urt. v. 01.07.1997 BGHZ136,161) と同様に修正された内容の履行の請求 (modifizierter Erfüllungsanspruch) と理解する見解<sup>44)</sup> などがみられる。請求できる額については、指令の趣旨と合致するか否かは問題となり得るものの<sup>45)</sup>、基本的には貸主の履行利益の賠償が認められると起草当時から理解されている (BGB502 条 1 項 2 文による限定の範囲内であるべきことは当然である)<sup>46)</sup>。貸主は、借主による期限前弁済によって、計画通りに貸付が行われていた場合に比し、不利な地位に置かれ不得ないということである<sup>47)</sup>。この損害計算として、やはり上述の BGB490 条 2 項の前提となった判例理論 (BGH Urt. v. 01.07.1997 BGHZ136,161) において示された考え方が出発点となると説明されている<sup>48)</sup>。もっとも、判例が選択できるとした Aktiv-Passiv 計算方法、すなわち残存期間に対応する期間について、投資市場において安定的な投資をした場合と約定利息との差額を基礎とする計算方法を、BGB502 条の計算方法として採用できるかは定かではないという見解もある<sup>49)</sup>。なぜなら、国内法転換の対象であった消費者信用指令 16 条 4 項 b は、Aktiv-Aktiv 計算方法、すなわち利息マージン損害、場合によって生じる利息低下損害を基礎とする計算方法を前提としていたからである<sup>50)</sup>。BGB500 条から 502 条は、その他の消費者信用取引にも準用されている (BGB506 条)。

42) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6 Aufl. 2012, § 501 BGB (Jan Schürmbrand), § 501 BGB R5.; BT-D.16/11643,S.87.

43) Peter Bülow/ Markus Artz, Verbraucherkreditrecht, 7 Aufl. 2011, § 502 BGB R5,17.

44) Staudinger/ O. Mülbelt,Fn.37, § 490 BGB, Rn.86; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2011, § 502 BGB (Sibylle Kessal-Wurf),Rn.1.

45) MünKomm/Schürmbrand, Fn.42, § 501 BGB Rn.5.

46) Peter Derleder, Die vollharmonisierende Europisierung des Rechts der Zahlungsdienste und des Verbraucherkredits, NJW2009,3201.

47) Staudinger/ Kessal-Wurf, Fn.44, § 502 BGB Rn.4.

48) Staudinger/ Kessal-Wurf, Fn.44, § 502 BGB Rn.5-6.

49) MünKomm/Schürmbrand, Fn.42, § 502 BGB Rn.9.

50) MünKomm/Schürmbrand, Fn.42, § 502 BGB Rn.9.;Freitag, Fn.40,ZIP 2008,1102,1104.



従来のドイツにおける法状況については、1987年の消費者信用指令<sup>51)</sup>8条に違反する可能性が指摘されているところ<sup>52)</sup>、2008年改正のEC消費者信用指令<sup>53)</sup>16条によって、全部または一部の期限前弁済が消費者に権利として認められ、期限前弁済時に請求できる費用や利息の制限についても、指令の詳細な指示に従い、改正が行われたことになる。

(3) 通信教育受講者保護法 (FernUSG) における受講者の解約告知権<sup>54)</sup>

通信教育受講者保護法は、1960年代からの通信教育契約をめぐるトラブルの増加、業者に対する批判の高まりに直面して、1977年から施行されたものである。受講者としての消費者を保護するための特別法であり、直接教育とは区別される通信教育だけを保護の対象とし (FernUSG1条参照)、事前の内容確認の困難さなどが特別の保護の必要性を理由づけると説明される。通信教育受講者保護法では、その4条に教材到着から2週間行使可能な撤回権が設けられるとともに、契約締結から半年の経過に向けて、半年経過後はいつでも3か月の告知期間を保持して、受講者は解約告知ができるとされている (FernUSG5条<sup>55)</sup>)。強行規定であり、その他、混合契約の場合の法律効果や分割払いの際の特則等も規定されている。

受講者の失望に対応するこのよう解約告知権は、例外的なものであるという理解を出発点に<sup>56)</sup>、受講者が自己の能力、通信講座の必要性、適合性を評価することが難しいことや、十分な情報も得られないままに高額な講座受講を決めなければならないという、立法者によって指摘され

51) VerbrKrRL 87/102/EWG ABI 1987 Nr.L 42/48.

52) Staudinger/ Kessal-Wurf, Fn.44, § 504 BGB Rn12; MünKomm/ Schürnbrand, Fn.42, § 504 BGB Rn15.

53) RL 2008/48/EG AbI Nr.L133/66.

54) 立法当時の議論等については、丸山・前掲注12) 1010頁以下で紹介している。

55) FernUSG5条1項 受講者は、6週間の解約告知期間を保持して契約締結から最初の半年の経過に向けて、そして最初の半年の経過後はいつでも3か月の解約告知期間を保持して、理由を告げることなく通信教育契約を解約告知することができる。主催者および受講者の重大事由による解約告知に関する権利はこれにより影響を受けない。2項 解約告知は書面方式を要する。3項 解約告知にあたり、受講者は全報酬のうち契約期間における主催者の給付価値に値する部分を支払わなければならない。

56) Harm Peter Westermann, Verbraucherschutz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III 1983, S.104.

た通信教育の特徴がその導入を根拠づけているものと考えられる<sup>57)</sup>。

### 3 解約告知権を排除・制限する条項に対する規制

任意規定として法律に規定されている解約告知権が、当事者の合意や約款によって排除・制限された場合、BGB138条やBGB307条による当該合意や約款上の条項の無効化が問題となり得るが、とりわけ、任意解約告知権等を排除・制限する条項の規制と密接に関わる約款規制法のグレイリスト・ブラックリストを取り上げる。具体的には、契約清算時の報酬・費用に関する条項（BGB308条7号）、損害賠償額の包括的予定条項（BGB309条5号）、違約罰条項（BGB309条6号）に対する規制である。これらの規定は、消費者約款に対して適用されるものなので、事業者間取引における類似の条項などは、BGB307条によって対応されることになる。また、解約告知権自体を直接的に排除・制限する条項は、ドイツの不当条項リストに含まれないため、これもBGB307条によってその不当性が審査されることになる。

#### (1) 契約の清算に関する条項の規制（BGB308条7号）

##### (a) 規制の趣旨

BGB308条7号<sup>58)</sup>は、契約の解除や解約告知が行われた場合の清算関係において、約款使用者が、物、権利の使用に対して、もしくは提供された給付に対して、不当に高い報酬を請求できるとする条項、または不当に高い費用の償還を請求できるとする条項を無効としている。

清算条項の適正化を図るBGB308条7号は、約款使用者が清算関係から不当な利益を引き出すこと、履行よりも契約関係を解消したほうが約款使用者にとって有利となるような事態を妨げるとともに、清算条項の存在が顧客による解除権や解約告知権の行使を困難にすることを回避

57) BT-D.7/4245,S.12f; BT-D.7/1337,S.6f.

58) BGB308条 普通取引約款において、とくに以下の条項は無効である  
7号（契約の清算） 契約の一方当事者が契約を解除するか、または解約告知する事例に対して、約款使用者が、次に掲げることを請求できるとする条項

a) 物、権利の使用に対して、もしくは提供された給付に対して、不相当に高い報酬

または

b) 不相当に高い費用の償還。

することにその目的がある<sup>59)</sup>。また、BGB308条7号は、損害賠償額の予定条項を規制するBGB309条5号を補充し、起り得る回避行為を防ぐものであるとも言われている<sup>60)</sup>。

(b) 適用領域

(i) 清算関係

BGB308条7号は、契約の清算関係の場面における約款使用者の報酬・費用償還請求権に関する条項を規制するものである。約款では、キャンセル料、解約金、前払い金不返還など様々な名称が用いられているが、ここでいう報酬・費用の請求条項にあたるかは解釈による<sup>61)</sup>。解除や解約告知の場合のみならず、期限前弁済、取消、撤回、停止条件の成就、合意解除の場面における報酬・費用に関する清算条項にも、BGB308条7号は適用・類推適用され、形成権行使による契約終了のほか、あらゆる法律行為による終了の事例を把握するというのが多数見解である<sup>62)</sup>。

これに対し、契約成立前や契約不成立時における費用の償還請求、契約存続中における費用の償還・追加報酬の請求に関する条項には、BGB308条7号の適用はないとされる<sup>63)</sup>。

(ii) 報酬請求権・費用償還請求権

BGB308条7号は、報酬・費用償還請求権が法律にその発生の基礎を有して予定されている場合にだけ適用されるというのが多数見解である<sup>64)</sup>。これに対し、そのように適用領域を制限する理由は明らかではな

59) BT-Drucks.7/3919, S.26; Peter Ulmer= Hans Erich Brandner= Horst-Diether Hensen (Hrsg.), AGB-Recht Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG, 11 Aufl. 2011, § 308 Nr.7 BGB (Harry Schmidt) Rn.3; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6 Aufl. 2012, § 308 Nr.7 BGB (Wolfgang Wurmnest) Rn.1; Manfred Wolf= Walter F. Lindacher=Thomas Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht Kommentar, 6 Aufl. 2013, § 308 Nr.7 BGB (Jens Dammann), Rn.1; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2013, § 308 Nr.7 BGB (Dagmar Coester-Waltjen) Rn.1.

60) Staudinger/Coester-Waltjen, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.1.

61) MünKomm/Wurmnest, Fn.59, 308 Nr.7 BGB Rn.4.

62) Ulmer/Schmidt, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.3; MünKomm/Wurmnest, Fn.59, 308 Nr.7 BGB Rn.4; Vgl., Wolf/Dammann, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.11 は、合意による契約終了や双方の意思に基づかない契約終了の場面では、約款使用者の相手方の契約解消に関する権利行使が妨げられる危険はないので、BGB308条7号の射程が広がりすぎているのではないかという指摘をしている。

63) Ulmer/Schmidt, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.1, Rn.7; Staudinger/Coester-Waltjen, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.2.

64) Ulmer/Schmidt, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.1; MünKomm/Wurmnest, Fn.59, § 308

く、本来請求できる額からの逸脱を基準とする不当性審査は可能であるとして、法律によって基礎づけられない報酬や費用償還等を請求することを認めるような条項も、BGB308条7号によって額の不当性を基準に無効とすることを認めるべきという見解もある<sup>65)</sup>。

(c) 相当性判断基準

相当性審査においては、条項がなければ法的に認められる報酬や費用償還の額が判断の指針となり、審査にあたり、個別の特別な事情ではなく、典型的な状況を重視すべきことについては異論がない<sup>66)</sup>。しかし、どの程度まで、本来、法律上の規定によって義務づけられた額とのかい離が許されるのかについては、説明の仕方が分かっている。法律上規定によって義務づけられる額とほぼ等しくない限り、不相当性が肯定されるという説明から、法律上の規定を「本質的に (wesentlich)」あるいは「著しく (erheblich)」逸脱していると評価できる場合に、不相当と評価される (Vgl. BGH Urt. v. 03.02.2005NJW-RR 2005,642,643) といった判例の立場を支持する見解などがみられる<sup>67)</sup>。なお、まったく役務の提供や物の利用がなかった状況に対しても、かなり高額な請求を予定しているような条項は、違約罰として、BGB309条6号によって審査される可能性もあると言われている<sup>68)</sup>。

(d) 無効の効果

原則として、条項がなければ適用されるはずの法律上の規定が補充され、それに基づく請求だけが認められることになる。直接的に関連する任意規範がない場合には類推適用が考えられ、また例外的に補充的契約解釈の可能性もある<sup>69)</sup>。

Nr.7 BGB Rn.6; Staudinger/Coester-Waltjen, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.3.

65) Wolf/Dammann, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.22.

66) MünKomm/Wurmnest, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.8-9; Wolf/Dammann, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.31.

67) Vgl. Wolf/Dammann, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.31-32.

68) Staudinger/Coester-Waltjen, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.4.

69) Ulmer/Schmidt, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.23; MünKomm/Wurmnest, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.14; Wolf/Dammann, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.40-49; Staudinger/Coester-Waltjen, Fn.59, § 308 Nr.7 BGB Rn.16.

(2) 損害賠償額の包括的予定条項の規制 (BGB309 条 5号)

(a) 規制の趣旨

BGB309 条 5号<sup>70)</sup> は、通常生ずべき損害や減価を超えて、包括的に設定されている損害賠償額の予定条項を無効としている。また、損害や減価が全くないか、予定額よりも著しく低いことを証明する機会を相手方に認めていない場合も、条項は無効となる。

損害賠償額の包括的予定条項は、約款使用者にとって、損害額の証明困難や額をめぐる紛争を回避できる点で、コスト削減などの合理化に役立ち (このコスト削減は顧客にも還元され得る)、さらに額の明示により警告機能を果たすなどの利点がある<sup>71)</sup>。また、約款使用者の相手方にとっても契約違反時の経済的負担を知ることができるという利点があると言われている<sup>72)</sup>。したがって、包括的な損害賠償額の予定条項を設定すること自体は、約款による場合でも、禁止されていない。しかし、損害賠償額の包括的予定条項によって、不当に高い金額を要求される危険から、約款使用者の相手方を保護し<sup>73)</sup>、損害賠償法上の利得禁止の潜脱を行わせないために<sup>74)</sup>、BGB309 条 5号は、通常予期される損害額を超える条項を無効としている。

(b) 適用領域

BGB309 条 5号は、損害賠償請求権あるいは減価賠償請求権の発生を

70) BGB309 条 法律上の規定からの逸脱が許されている場合でも、普通取引約款における以下の条項は無効である

5号 (損害賠償額の包括的予定) 次の場合における、包括的に予定された約款使用者の損害賠償請求権または減価賠償請求権の合意

- a) 予定額が所定の事例において事物の通常の経過に従い予期される損害もしくは通常生ずべき減価を超える場合、または
- b) 損害または減価が全くないこと、もしくは予定額よりも著しく低いことを証明する機会を相手方から奪っている場合。

71) Ulmer/A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.3; MünKomm/Wurmnest, Fn.59, 309 Nr.5 BGB Rn.1; Staudinger/Coester-Waltjen, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.1.

72) Ulmer/A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.3; MünKomm/Wurmnest, Fn.59, 309 Nr.5 BGB Rn.1; Staudinger/Coester-Waltjen, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.1; Wolf/Dammann, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.1,100 は、この利点は、約款使用者が条項に記載された損害額よりも高額の損害を立証して請求できるという見解に立つ場合には、殆ど認められないということである。

73) BT-D.7/3919,S.30; Ulmer/ A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.4; Wolf/Dammann, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.1; Staudinger/Coester-Waltjen, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.1.

74) Ulmer/ A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.4; MünKomm/Wurmnest, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.2.

前提に、これに包括的な賠償額を設定している条項を規制の対象とする。典型的な条項としては、売主が買主に対して商品不受領の場合に一定のパーセンテージの商品代金を請求できるとしている条項、金銭消費貸借における貸金不受領時の損害賠償条項、主催旅行のキャンセル料条項(これについては、BGB651条iによる規制がある)、レンタカーにおいて借主が車を損傷させた場合に、修理にかかる期間のレンタル料相当額を借主は支払うべきとしている条項などが挙げられる<sup>75)</sup>。BGB309条6号にいう違約罰との区別は困難な事例が多い<sup>76)</sup>。判例によれば、生じ得る損害の賠償請求を容易化・合理化することが主として意図されているのか、それとも、債務者への圧力的履行促進手段となることが主として意図されているのかによって区別されると言われる<sup>77)</sup>。しかし、損害賠償額の予定条項によっても履行の強制効果はあり、違約罰条項においても損害賠償請求の容易化が図られることから、この区別が機能的かについては疑問も提起されている<sup>78)</sup>。BGB308条7号が適用されるケースとは一部重複するが、BGB308条7号は先に確認したように、契約の清算の場面において、行われた給付や生じた費用について、請求権を問題とするものである。反証可能性に関するBGB309条5号bはBGB308条7号にも類推適用されることから、著しく異なる結論に結びつくことはない<sup>79)</sup>と説明されている<sup>79)</sup>。

BGB309条5号は損害賠償請求権等が存在することを前提に、その範囲を規制するものである。契約違反によって発生する損害賠償請求権のほか、約定解除権の行使による損害賠償請求権、たとえば、車の売買契約について約定の解除権が設けられ、その解除権の行使に対して損害賠償額が予定されている場合なども、BGB309条5号が適用される<sup>80)</sup>。これに対し、提供された給付に対する対価を包括的に定める条項は、

---

75) MünKomm/Wurmnest, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.1.

76) Ulmer/ A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.11.

77) BGH Urt. v. 27.11.1974 BGHZ 63,256,259; Ulmer/ A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.1.

78) MünKomm/Wurmnest, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.6; Staudinger/Coester-Waltjen, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.3.

79) MünKomm/Wurmnest, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.4

80) Ulmer/A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn18.

BGB309 条 5 号の対象外であるとされる<sup>81)</sup>。そして、キャンセル料を予定する条項の多くは、BGB308 条 7 号の規制対象となるとも言われる<sup>82)</sup>。BGH は、損害賠償義務の発生がそもそも基礎づけられない事例における条項無効の理由づけに、BGB309 条 5 号を持ち出すことがあるものの<sup>83)</sup>、これに対しては、BGB307 条で審査すべき事例であるという批判がある<sup>84)</sup>。

(c) 不当性判断基準

BGB309 条 5 号 a によると、予定額が所定の事例において事物の通常の経過に従い予期される損害もしくは通常生ずべき減価を超える場合が無効となる。この場合の審査基準は、部門典型的な平均的な損害額が基準とされることとなり (BGH Urt. v. 16.01.1984 NJW1984,2093)、個々の約款使用者に生じた個別事例における損害は問題とならない<sup>85)</sup>。

(d) 相手方の反証可能性確保

約款は、明確に、損害が生じていないか、著しく低いことの証明を、顧客に許しているものでなければならない。BGB309 条 5 号 b は、5 号 a とは異なり、包括予定額に対して、個別事情に基づく反証可能性を確保しようとするものである。BGB309 条 5 号 b の文言を約款において再現すれば、約款使用者は明らかに反証可能性を与えたことになるが、そうでない場合でも、条項の文言から、法律について素人の顧客にも、反証可能性の余地が一見して明らかであればよい<sup>86)</sup>。約款使用者の相手方は、損害がないか、著しく低いことを証明すればよいことになる。

(e) 無効の効果

損害賠償額の包括的予定条項における額が、部門平均的な損害額を上回っているとして BGB309 条 5 号 a により無効とされる場合、あるいは反証可能性が明確に与えられていないとして BGB309 条 5 号 b に無効とされる場合、この条項は全体無効となり、契約から消失することになる。もっとも、現実には損害が発生している場合には、約款使用者がこれ

81) MünKomm/Wurnnest, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.10.

82) Ulmer/A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.18.

83) BGH Urt. v. 08.03.2005 BGHZ162,294.

84) Staudinger/Coester-Waltjen, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.11.

85) Ulmer/A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.15. MünKomm/Wurnnest, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.11; Wolf/Dammann, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.62.

86) Ulmer/A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.26.

を証明して請求することは妨げられない。また、約款使用者の相手方が、現実の損害が著しく低いことの反証に成功した場合には、損害賠償額の包括予定条項は無効となるが、約款使用者は個々の事例における現実の損害額を請求できることになる<sup>87)</sup>。

なお、損害賠償請求権の包括的予定条項を設定している事業者が、損害額がより高額である場合に、そちらを選択して請求できる旨の留保条項を設けることが認められるべきか否かについては、見解が分かれている<sup>88)</sup>。

### (3) 違約罰条項の規制 (BGB309 条 6 号)

#### (a) 規制の趣旨

BGB309 条 6 号<sup>89)</sup> は、給付の不受領、受領遅滞、支払遅滞、相手方の契約解消に対して、約款使用者が定める違約罰条項を無効としている。民法は、違約罰条項が有効に合意できることを前提に、BGB343 条 1 項において、課された違約罰が過度に高額な場合に、債務者の申し出によって、判決を通じて適切な額への引き下げをする可能性を認めている。BGB309 条 6 号は、そこに示された事例に対する違約罰条項をただちに無効とするものである。AGBG 起草過程では、違約罰条項の全面禁止も議論されたが、禁止の範囲は、6 号に示された事例に対する違約罰条項に限定された。規定の目的は、約款使用者が、違約罰によって一方的に利得する可能性を排除し、契約相手方だけがその義務違反にサンクションを課せられ、あるいは不合理な履行強制を強いられることを回避することにある<sup>90)</sup>。

#### (b) 適用領域

BGB309 条 6 号は、給付の不受領、受領遅滞、支払遅滞もしくは相手

---

87) Wolf/Dammann, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.110-119.

88) 否定 : Ulmer/A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.31,肯定 : MünKomm/Wurmnest, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.25.

89) BGB309 条 法律上の規定からの逸脱が許されている場合でも、普通取引約款における以下の条項は無効である

6 号 (違約罰) 給付の不受領、受領遅滞、支払遅滞もしくは相手方の解約解消の事例に対して、約款使用者に対する違約罰の支払いを定めている条項。

90) Ulmer/ A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.6 BGB Rn.2; MünKomm/ Wurmnest, Fn.59, § 309 Nr.6 BGB Rn.1.



方の契約解消の事例に対して設定された違約罰条項のみを把握する。このような限定の理由について、列挙された事例では、違約罰を設けることについて承認すべき利益が約款使用者には認められず、損害賠償額の包括的予定条項で足りるという考え方に言及されている<sup>91)</sup>。しかし、違約罰条項が約款使用者の相手方に対して著しい危険（不相当な利得の獲得や損害賠償請求権の包括予定条項に対する規制の回避に利用される危険）をはらんでいるということから、立法者が詳細な理由づけなしに、上記のような範囲に限定したことについて疑念が示され、あるいは消費者契約においてはあらゆる種類の違約罰条項が禁止されてしかるべきと言われている<sup>92)</sup>。

「違約罰」としては、あらゆるサンクション、金銭支払い以外のサンクションを課す条項を含むほか、異論はあるものの、顧客が給付義務としては負っていない行為をしない場合に課せられる独立的違約罰、失権・利益喪失条項なども把握するものとして広く解釈されている<sup>93)</sup>。もっとも、一定の額を支払って履行から解放されるための解約金（Reugeld）については、履行の確保ではなく支払いにより履行からの解放を認めるものであることから BGB309 条 6 号の適用の対象となるのか問題となる。これについては、適用を肯定する見解があるほか<sup>94)</sup>、BGB353 条の意味での真正の解除権留保のための解約金は、契約関係の履行を確保しようとするものではないので、BGB309 条 6 号、BGB309 条 5 号、BGB308 条 7 号の適用はなく、もっぱら BGB307 条で規制されるべきものであるが、たとえば、リースにおける中途解除に対する違約金や仲介契約における違約金条項には適用があるといった説明がみられる<sup>95)</sup>。

### (c) 無効の効果

BGB309 条 6 号によって把握される違約罰条項は、無効となり、契約から抜け落ちることになる。

91) MünKomm/ Wurmnest, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.2

92) Ulmer/A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.6 BGB Rn.3; Wolf/ Dammann, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.1-9.

93) Wolf/ Dammann, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.10-20.

94) Wolf/ Dammann, Fn.59, § 309 Nr.5 BGB Rn.20.

95) Ulmer/A.Fuchs, Fn.59, § 309 Nr.6 BGB Rn.18; MünKomm/ Wurmnest, Fn.59, § 309 Nr.6 BGB Rn.2 ; Staudinger/ Coester-Waltjen, Fn.59, § 309 Nr.6 BGB Rn.9.

