

約款の法的性質論序説

石原 全

I 序

⁽¹⁾ 約款と一般契約間には質的差異が存するとされる。相手方は約款内容不知といえども約款利用の認識可能性（必然性）又は約款によるという意思推定により拘束される。解釈は、客観的になされるべきであり（法律解釈への接近）、解釈上告可能性も、解釈統一性（規範的制度的性格）からみて事実問題とされず肯定される。⁽²⁾ より大きな差異は、約款には一般契約よりも強度な内容コントロールが要求され、⁽³⁾ 顧客の合理的期待可能性、良俗、信義則、公平なる裁量（BGB 315）、任意法の秩序機能等の諸基準が発動される。⁽⁴⁾ このような特質を有する約款の法的性質論には大別して法規範説と契約説（広義での）が存する。通説は契約説で把握し、約款設定行為は単なる事実行為であ

原稿受領 1976年10月26日

(1) 約款が今日の法取引上不可欠な存在であることは広く承認されている。Vgl. statt aller Esser-Schmidt, *Schuldrecht. Bd I. Allgemeiner Teil, Teilb. 1.* 5. Aufl., Karlsruhe 1975, S. 99 ff. これに反して, Schreiber: „Die rechtliche Beurteilung allgemeiner Geschäftsbedingungen,“ *NJW* 1967, S. 1441 f. は約款否定論を主張するが, これは約款の機能の一面（それも悪しき面での）を強調するにすぎぬし, 意思表示における白地授權を無視するものである。Schreiber に対する一般的反論として, Vgl. Bydlinski; „Zur Einordnung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht,“ *FS für W. Kastner*, Wien 1972, S. 47.

(2) 石井・鴻『商行為法』上巻40頁参照。

(3) OLG Celle, *BB* 1960, S. 105; BGH *NJW* 1971, S. 1036.

(4) Vgl. statt aller, Lukes, „Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen,“ *FS für A. Hueck*, München und Berlin 1959, S. 463 ff.; Baumbach-Duden, *HGB.* 21. Aufl., München 1974, Einl. Buch III Nr. 3 ff. なお, かかる処置に反対するものとして, 特に, Vgl., Brandner, „Die Umstände des Einzelnen Fall bei der Auslegung und Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen,“ *AcP* 162, S. 237 ff. bes. S. 252 ff.

り、約款は個別契約締結前は一片の紙片であり法的にはなんら価値を有しないとするか、それにもかかわらず、個別契約における約款処理の点では、⁽⁵⁾約款の法規性（社会学的にみれば規範性を有し、したがって事実上規範と同様に機能している）が顧慮される。⁽⁶⁾しかし、単なる事実が個別契約における評価の場で大きな比重を占めるのはなぜか、一般契約と約款との法的処理が異なる根拠如何、は十全に説明しえない。⁽⁷⁾もともと、契約説・法規説の対立は今日結果的に差異はなく意味を失っているともいわれる。⁽⁸⁾しかし、若干の差異はいずれかの説をとるかで生じうるし、法理論上も約款そのものの解明は等閑視しえない。

(5) Vgl. z.B. Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*. Bad-Homburg v.d.H. (Neudruck) 1961, S. 109 ff; Ballerstedt, „Kartellverbot und Einzlevertrag,“ *JZ* 1956, S. 270; Isele; „Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,“ *JuS* 1961, S. 311; Brandner, *AcP* 162. S. 252; Bydlinski, a.a.O. 50 ff. なお、世界的傾向としても契約説に立脚していることにつき、Siehe, von E. Caemmerer (herg.), *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (Arbeiten zur Rechtsvergleichung 41). Frankfurt/M. Berlin 1968.

(6) 我国で有力な、約款によるという白地慣習又は白地慣習法説（石井『普通契約条款』（法学選集 4）33頁）も、約款設定行為は事実行為であり約款は事実すぎず、結局は当事者意思推定に立脚するものといえる。

(7) Vgl. Esser-Schmidt, a.a.O. S. 102 f. 契約説の立場を貫く限りでは、純粹契約説（Weber, H., *Inhaltsgrenzen für Allgemeine Geschäftsbedingungen*. Marburger Diss. 1966, S. 15 ff）は妥当といえる。なお、近時、法規説を否定しながらも約款の設定行為そのものを法的評価対象とする見解として、法律行為説（Lukes, a.a.O. S. 478; ders.: „Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,“ *JuS* 1961, S. 303）、単独行為説（Naendrup, P.-H.; *Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Bielefeld 1966, S. 64 ff.）、契約以前の契約形成説（Diederichsen; „Die Aufstellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und ihre Aufrechterhaltung bei Nichtigkeit einzelner Klauseln,“ *ZHR* 132, S. 246 f.）が主張されている。約款設定行為の解明の志向は正当といえるが約款そのものの解明には未だ不十分であり、既成理論からも支持を得ていない。Vgl. Palandt-Heinrichs, *BGB*. 34 Aufl., München 1975, Einf. v. S. 145 6A d.

(8) Esser-Schmidt, a.a.O. S. 104 は、両理論のいずれによっても、約款の法的正当性（Legitimation）の根拠づけ不可能を認めることが学問上の誠実さの命令である。そして、現在の経済生活における約款の事実上の役割の面から社会的現象として法的に重要であり、したがって社会的国家的チェックを要する、とする。

Ⅱ 従来の法規範説概観

ドイツの判例上、法規範説を採用したとされるが1940代から50年代初頭にかけてのRG, BGHの判例である。その先駆的判例において「全く一般的に言うと、しばしば非常に包括的な約款の引用の下で締結される契約の締結は、決してこの契約内容を形成する規定の全てにつき真正の契約上の合意を意味するものではなく、むしろ既に準備されている法秩序 (fertig bereitliegende Rechtsordnung) への付合を意味する。そして、この法秩序に(任意で)加入する者に具体的にその内容が良く知られていることを要しない」とされた⁽⁹⁾。本件は約款に署名した者が約款を読んだか否かには何ら関係しない(付合概念の説明)とするものであり、一般的に約款の法的性格を論じたものではない⁽¹⁰⁾。更に、約款解釈の客観的解釈(法律類似の解釈)に「法秩序」概念が利用された⁽¹¹⁾。次いで、BGHは、当初はRGにならって規範的法秩序 (normative Rechtsordnung) という表現を採用した。例えば、「一般的規範として、多数の他の既存又は将来締結されるべき契約関係を支配すべき規範的契約条款」とか「多数の契約のために規範的に確定された契約条款」とする⁽¹²⁾。しかし、いずれも付合としており、規範的とか法秩序という文言が一体何を意味するかは疑問である⁽¹³⁾。その後、BGHは明確に「(ADSpは)客観的一般的に拘束的は法規範ではない。というのは、その場合、付合を

(9) RG. U. v. 31. 1. 1941 DR 1941, S.1210 (12). Vgl. auch, OGHBZ Köln, NJW 1949, S. 905.

(10) 本判例の射程距離につき, Kersting; „Anmerkung“ zum obengenannten Urt. des RG, DR 1941, S. 1213 f (15). Vgl. Auch, Weber, *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. (Sonderausgabe aus Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 11 Aufl. Bd. II, Teil 1 a, Recht der Schuldverhältnisse) Berlin 1976, N 182. なお, 既に準備された法秩序という意味での約款につき, Vgl. Clauss; „Zur Systematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,“ MDR 1959, S. 166.

(11) RGZ 170/233 (40); 171/43 (46, 48).

(12) BGHZ 1/83 (85); 3/200 (203); 8/55 (56); 9/1 (3); 12/136 (42), Vgl. auch BGH NJW 1953, S. 220.

(13) Vgl. v. Brunn, *Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft*. 2 Aufl. Köln • Berlin 1956, S. 73.

全然必要としないのではなく、むしろ、その規定への両者の付合として効力 (Wirksamkeit) を取得しうる一般的に確定された契約基礎 (Vertragsgrundlage) にすぎないからである。したがって、勿論その内容を詳細に知ることを要しないが、相手方が明示又は黙示的に同意を表明した場合に契約要素となる……⁽¹⁴⁾とし、以後、これが確定した判例となっている。むしろ、法規範説を直接採用したかと思われるのは下級審に存する。例えば、KG (west) U. v. 22. 10. 49 は「一般的に拘束力を有する完型的取引約款は法秩序 (Rechtsordnung) という意義、つまり、民法施行法 2 条の意味における実質法であり、契約上の合意という意味を有しない。約款の規範性承認によって決定的なのは……均一な事実につき、大規模な範囲に関して統一的な規整をなそうという目的決定 (Zweckbestimmung) である」とし、ADSp は内容不知かつ非商人にも適用されるとした⁽¹⁵⁾。但し、これも、ADSp の長期間使用、一般的周知性に基づいており全く実質法と同一視したものではないとされるし、民法施行法 2 条の法規範とされる理由づけは十分でない⁽¹⁷⁾。他方、学説上は、「約款は法 (Recht) であり、経済の自成法である。このことは、法概念の拡大であるが、国家法と異なり約款は個別契約に対して直接的ではなくて、むしろ当事者の相応な合意、つまり、当事者意思に基づいて適用される⁽¹⁸⁾」、「経済団体によって審議された法秩序はこれらの者によって設定され、したがって、客観化され、団体がこの秩序にサンクションを付与し経済

(14) BGHZ 18/1 (2). なお, BGH の判例につき, Siehe, Weber, a. a. O. N 185.

(15) SJZ 1950, S. 666 (67); Vgl. auch, OLG Freiburg JZ 1951, S. 223; OLG Hamburg DB 1951, S. 977; OLG Hamm. MDR 1947, S. 263.

(16) Raiser; „Anmerkung“ zum obengenannten Urt. des KG, SJZ 1950, S. 668 f.

(17) 通説は約款は民法施行法 2 条の法規範ではないと解する。Vgl. Soergel-Siebert, BGB. Bd. 7. Stuttgart • Berlin • Köln • Mainz 1970, Anm. 9 zu § 2 EGBGB (Hartmann).

(18) Großmann-Doerth, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*. Freiburg 1933, S. 5 f.; Eilles: „Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Gerichte,“ *DGWR* 1941, S. 121 ff; Herschel: „Rechtsnatur und Verbindlichkeitserklärung der Vertragsordnung,“ *DGWR* 1942, S. 251 f.; ders; „Die Vertragsordnung als Rechtsnorm,“ *DR* 1942, S. 753 ff. 但し, これらの説は約款=国家法と主張するものではないことに注意をする。

的力をもって団体がこの秩序の背後に存することで十分⁽¹⁹⁾とし、法規範説が強力に主張された。だが、これは事実上の規範性を主張するにすぎず、法理論としては成熟していない。したがって、発生源と資格づけ源を混同していると批判される⁽²⁰⁾。更に、近時、制度理論に依拠した法規範説が主張されている⁽²¹⁾が、支持は得られていない。

他方、我国においては判例は多く意思推定理論に立脚し、僅かに認可に依拠した法規的性格を有する⁽²²⁾という立言が見られるにすぎない。学説では、制度理論⁽²⁴⁾、認可説⁽²⁵⁾、自治法説⁽²⁶⁾、約款を多元的に構成しつつ、認可約款ないしは認可約款による利用強制ある場合に法規範性を認める諸説⁽²⁷⁾が存する。自治法⁽²⁸⁾

(19) Eilles, a.a.O. S. 122.; Großmann-Doerth, a.a.O.

(20) Rehbinder, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts*. Berlin 1972, S. 16 f.

(21) Meyer-Cording. *Die Rechtsnormen*. Tübingen 1971. これに対する批判として、Vgl. Wolf. M.: „Normsetzung durch private Institution?“ *JZ* 1973, S. 229 ff.

(22) 大判, 大4. 12. 24民録 21輯 2182頁.

(23) 甲府地判, 昭29. 9. 24下民 5-9-1583. 東京高判, 昭41. 4. 18下民 17-3-4-301. なお、我国の約款に関する判例概観として、菅原「普通取引約款の法律問題」*商事法務* 325, 326号; 高田「判例からみた約款の拘束力とその回避」*法律時報* 31巻3号 15頁以下.

(24) 米谷『約款法の理論』, 伊沢『保険法』54頁. この説に対しては制度概念が法的に熟していないとか、「カトリック社会信奉者でない者にとっては興味のないドグマ」(岩崎「普通契約条款の法源性」)(谷川・龍田編, 『商法を学ぶ』所収 16頁)とか批判される. われわれ当面本理論の評価を差し控えるが、約款そのものと約款による契約との峻別及び約款を国家法と契約との中間に位置づけることには裨益するところ大である.

(25) 大橋『保険法講義』第1分冊 78頁以下, 野崎『保険契約法論』28頁. 主務官庁の認可は行政官庁の1つの見解にすぎず、法規範説を認めるのは無理である.

(26) 田中(耕)『商法則概論』188頁; 『法律学概論』44頁, 西原『商行為法』52頁, 同「現代法における銀行取引約款の地位」*金融法務* 671号, 服部『商法総則』30頁; 野津『保険法』82頁, 実方前学長も商事自治法説に立たれる. (実方『商法学総論』36頁). なお、最近の学説概観として、大塚「普通取引約款の拘束力」(*法学教室*第二期 8, 60頁以下)参照.

(27) 多元的構成はドイツでも近時主張されている. Vgl. Clauss, *MDR* 1959, S. 165 ff.; Götz, *Zun Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr*. Bad Homburg v.d.H. • Berlin • Zürich 1968, S. 114 ff. 157 ff. われわれは当面、制定法への接近程度に差を生ずるにすぎないと解する.

(28) 谷川「現代における企業取引と法」(『現代法9 現代法と企業』所収) 156頁以下; 石田「法律行為の解釈方法」(3・完) *法学協会雑誌* 93巻2号 77頁及び88頁. もっとも、石田説は法律が約款の拘束力を承認する、とする. なお、谷川説類似の見解は、既に Goldschmidt: „Die Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen im Guterkehr,“ *ZHR* 4, S. 585 ff. が展開している.

説については、規範の出所源と性質づけ源を混同しているし、国家に由来しない独立かつ国家より先在して帰属する法設定権力を持つことは近代法治国家では原理的に排除されるという適切な批判が加えられる⁽²⁹⁾。殊に、取引社会よりの授権（服部説）というものは、取引社会概念の確定は不明確であり法的団体とは認め難いのではなからうか。又、認可等の留保の下での約款制定権の授権説は、認可等が主務官庁と企業との関係（監督法上の効力）に関するものにすぎず、法規範の自治的制定への授権と解しうるかは問題である⁽³⁰⁾。仮りに授権の前提要件を充足しなかった場合、当該約款はどう性質づけられるのか不明である。

以上簡単に法規範説の旧来の理論につき検討したが、いずれも難点が存する。そこで、以下においては、約款法規範説の新たな根拠づけを試みる。

Ⅲ 約款法規範説の展開

われわれは差し当り規範及び法規範については以下の定義に従う。規範とは、人々の行態（Verhalten）につき外部から規整づけ、均一な秩序づけという影響力を有する規準（Regeln）であり、違反につき何らかのサンクションが課される行態規範（Verhaltensnorm）である⁽³¹⁾。法規範とは、「政治的に組織された社会の、その成員によって一般的に承認され、かつ、究極においては物理的強制力にささえられた支配機構によって定立され又は直接に強行される規範」⁽³²⁾であり、構造的には2重構造規範である⁽³³⁾。そこで、約款はこの法規範要件を充足するかを以下で検討する。

(29) 岩崎, 前掲論文, 12頁: Reh binder, a. a. O. S. 16 f; Lukes, a. a. O. S. 477; Sieg: „Der Tarifvertrag im Blickpunkt der Dogmatik des Zivilrecht,“ AcP 151, S. 252 f.

(30) 就業規則につき, 石井『労働法の研究Ⅱ経営と労働』105頁以下, Vgl. auch, Claus, MDR 69, S. 166.

(31) Vgl. Helm, FS für Carolsfeld, S. 127; Meyer-Cording, a. a. O. S. 6; 碧海, 『法哲学概論』(第3版) 57頁.

(32) 碧海, 前掲書 62頁以下. Vgl. auch. Helm, FS für Carolsfeld, S. 128; Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. All. Teil 1. Halbb., 15 Aufl., Tübingen 1959, § 32; Meyer-Cording, a. a. O. S. 7.

(33) 浜上「過失による表示」阪大法学 39号 10頁.

(1) 一般承認性 制定法又は国家により立法を委任された場合には、国家構成員の代表たる国会を通じて、一般的承認性は肯定されることになる。このような明示のもではなくても黙示的であっても足りる⁽³⁴⁾ (慣習法)。約款の場合、われわれは法律による直接授權説又は慣習法 (自地慣習 (法) 説を含めて) を採用していないから、この要件を充足するかが問題となる。通説は法制定権の国家独占が近代法の建前として法規範性を否定する⁽³⁵⁾。しかし、一般承認性は私人間の法律関係につき当事者自治、つまり、私的自治を前提とする限り、国家により公序良俗、強行法に反しない限度で是認されている⁽³⁶⁾といえる。つまり、私的自治は法設定力の委任であり、国は当事者の契約内容通りに裁判所を通じて強制的に実現する。つまり、国が社会関係の形成につき私人に授權するのである⁽³⁷⁾。この私的自治のみから約款法規範説を簡単に論⁽³⁸⁾

(34) Vgl. Manigk, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquelle*. Berlin 1935, S. 97; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 49.

(35) Vgl. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. 1. Allg. Teil*. München 1968, § 8 IV; Esser-Schmidt, a.a.O. S. 103; Brandner. *AcP* 162, S. 249 f.

(36) 公序良俗等は私的自治の外在的制限であり、更に、価値尺度として任意法の機能が注目され、任意法は予備的機能 (Reservfunktion) のみならず枠付け機能 (Rahmenfunktion) を有する点から、内在的制約を課する。Vgl. Wolf: „Privatautonomie,“ *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrecht* (Athenäum-Zivilrecht 1). Frankfurt/M. 1972, S. 36 ff; Esser-Schmidt, a.a.O. S. 16 und S. 87 f; Westermann, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft*. Berlin • Heidelberg • New York 1970, S. 40 f. この機能に着目すれば約款の内容コントロールとして任意法の秩序機能が活用されることになる。Vgl. Lukes, a.a.O. S. 479 ff; Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. B! 2. Das Rechtsgeschäft*. Berlin-Heidelberg • New York 1965, S. 670 ff; Raiser, a.a.O. S. 293; Haupt; „Vertragsfreiheit und Gesetz,“ *ZAkDR* 1943, S. 85 und S. 87; Westermann, a.a.O. S. 55; LG München *SeuffBl* 1911, S. 217 f; BGHZ 41/151, 60/243, 353; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. 2 Halbb. 1960, § 163 VI; Mroch, *Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen*. Karlsruhe 1960, S. 46 f.

(37) Esser-Schmidt, a.a.O. S. 84; Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*. Tübingen 1965, S. 45; Danz, *Auslegung des Rechtsgeschäft*. 1. Aufl., 1897, S. 6. Oftinger, „Die Vertragsfreiheit,“ *Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht*. zürich 1948, S. 318 は機能的には契約は当事者に制限付で正に当事者関係のみに関する法秩序を創造する権能 (Befugnis) を与えるとする。

(38) 星野「現代における契約」(『現代法 8 現代法と市民』所収) 225 頁。(但し、契約自由に関する); Reuter, *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen*. Frankfurt/M. 1973, S. 59; Ryck: „Der Irrthum bei Rechtsgeschäften,“ *FG für G. Beseller*. Berlin 1855, S. 126 f. Vgl. auch, Esser-Schmidt, a.a.O. S. 104; Raiser, a.a.O. S. 64 f.

定しえない。というのは、人が自己の絶対的権力からのみ創造しようとする法作用は、一般的意思（*Gemeinwille*）の承認を欠いており、授權規範を要するからである。⁽³⁹⁾この授權規範は、現行法上、任意法の存在自体；殊に、日民91条に求められる。⁽⁴⁰⁾強行法・任意法間の対立は客観法に関するが、同時に、私的意思、つまり法律行為を締結する法主体の意思と客観法との関係にも関連する。私法は、私人の利害を問題とし私人の必要性充足に奉仕する。この必要性及び利害がどのような態様か、どのように充足されるべきかは、私人が最良の判断者であり、かつ、自身で決定することを欲する。他方、国家は、特に債務法の分野で法取引活動にもとづき私人の全ての必要性を事前に規定し法典化することは不可能だし、私人の全活動を厳格に規範化することについては何らの利害を有しない。そこには合目的性考慮と私人の意思の尊重が存する。⁽⁴¹⁾とはいえ、完全な自由保障では無制限な抗争が生じるから、社会秩序保持のために国家は私法関係が整然とした方法で行われることにつき直接的利害関係を有する。そこで、強行法が規定されることになる。したがって、2種の法規範、全ての法活動を拘束する強行法と自身で任意に規整をなしうるといふ当事者への授權法たる任意法が存する。⁽⁴²⁾この授權は明示的規定（例えばスイス債務法19I）又は強行法が何ら存在しないことによる默示的授權のいずれかでなされ。⁽⁴³⁾但し、この授權法は当事者の行為によって任

(39) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 49 I. 理由づけは異なるが授權規範を要するものとして, Manigk, a.a.O. S. 54 und S. 88; Krüger; „Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtsetzung,“ *RdA* 1957, S. 202 f. 但し, Herschel, *DGWR* 1942, S. 255 は, 授權を要せず, とする.

(40) 91条が一般的規定であることにつき, 梅『訂正増補民法要義』卷之一総則(34版) 202頁以下; 穂積(重)『民法総論』下卷(11版) 34頁以下; 岡松『民法理由』総則169頁以下.

(41) Vgl. Wolf, a.a.O. S. 26f.; Thoma, *Bürgerliches Recht. Allg. Teil.* Stuttgart 1975, S. 99.

(42) Fröhlich, *Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht.* Züricher Diss. 1922, S. 2 f. Vgl. auch, Bucher, a.a.O. S. 19 ff, bes. S. 21.

(43) Fröhlich, a.a.O. S. 4. Siehe auch, Oser-Schönenberger, *Kom. zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. V. Das Obligationenrecht.* 2 Aufl., Zürich 1929. Nr. 7 zu § 19. 更には, 制定法が現実になされる合意に法効果を結合していることによって默示的授權は是認される. Siehe, Westermann, a.a.O. S. 46; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 49 I. Vgl. auch, Wolf, a.a.O. S. 21.

意に客観法（任意法）を変更・廃止しうるものではない。というのは、不遵守及び違反を認容し法制化する法律というものは矛盾だからである。⁽⁴⁴⁾したがって、任意法は、任意法によってなされた規整づけ（Regelung）は唯一の可能態ではないことを規定しているにすぎず、当事者により異なる規整づけが可能であることを最初から留保し、その規整を適法とするものである。任意法は法主体に異なる規整をなしうることを授権するものであり、この権限を行使する者は任意法の授権において適法行為しているのであり、任意法に違反しているものではない。⁽⁴⁵⁾ところで任意法は補充法とも解されているが、補充法自体他の合意が欠けている場合に適用されるのであり、そこには別異の合意が許容され法的に効力を有するという授権が存する。したがって、常に補充法には授権が存する。⁽⁴⁶⁾ところで、私的自治の授権により、その行使により創造されるのは客観法なのか、法規範なのか、それとも主観的権利なのか。これにつき、「法律行為は国家により制定された法規範と同様に法規範（私的な法 *lex privata*）であり、授権された者が何が適用されるべきかを宣言して初めて法規範が生ずる。表示によって客観法が創造される。個々人には私的自治が与えられている」とする見解が存する。⁽⁴⁷⁾この見解は、授権及び意見表示に基づき法規範が生ずると解するのは妥当であるが、国家法と同一視したのは、名宛人範囲・正当性保障等で差異が存するから妥当でない。通説は、法関係の私的自治による形成は法設定（*Rechtsetzung*）ではなく、主観的権利（*subjektives Recht*）が創造される。というのは、私人はその規整に自身で法拘束性を付与しえず、むしろ、これは既に制定化された法に基

(44) Bülow; „Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung,“ *AcP* 64, S. 43 ff.

(45) Fröhlich, a.a.O. S. 89; Bülow, a.a.O. S. 9 und S. 45; Westermann, a.a.O. S. 41 und S. 45; Manigk, a.a.O. S. 127 ff. Vgl. auch, Bucher, a.a.O. S. 53. (自由推定である, とする).

(46) Fröhlich, a.a.O. S. 87f; Westermann, a.a.O. S. 46. Vgl. auch, Bülow, a.a.O. S. 77 f und S. 83. 任意法と強行法との差異につき, Vgl., Bülow, a.a.O. S. 46 f.

(47) Danz, a.a.O. Vorwort und S. 20 ff. (但し, 第2版以後はこの見解を削除).

いて与えられるものだからである⁽⁴⁸⁾。確かに、私的自治に基く権能により創造されるものは客観法ではないが、私的自治を、「個々人が自己の生活関係を法秩序の承認の下で法拘束的に規整しうる領域⁽⁴⁹⁾」とされる限り、当為則 (sollensatz) としての論理構造を有し規範であり、訴訟の承認は、当該規範の当該法秩序への算入の結果、法規範として適用されることとなる⁽⁵⁰⁾。したがって、法律行為は、単なる法律効果を発生させる法律要件ではなく、法規範である⁽⁵¹⁾。ただ、個々人が法規範を定立しうるとしても、それは、国家からの授権に基づくのか、それとも、人は意思主体であることそのことに基づいて、他の者との間に法規範を定立しうるものか、が問題となる⁽⁵²⁾。これは、私的自治自体国家の授権によると同時に、具体化するの意思主体たる人であるから、高権的授権プラス行為者の意思であると解される⁽⁵³⁾。問題は約款である。約款が機能上(法)規範性を有することは広く承認されている⁽⁵⁴⁾が、その根拠たる私的自治が不存在といわれるからである⁽⁵⁵⁾。つまり、一般契

(48) 否定説が通説といえるが論拠は必ずしも一致しない。Vgl. Wolf, a.a.O. S. 22; Flume, a.a.O. S. 5; Schmidt-Rimpler; „Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrecht,“ *AcP* 147. S. 159 ff; Fikentscher, *Schuldrecht*. 4. Aufl., Berlin · New York 1973, § 21 III 1; Sieg, *AcP* 151, S. 253; Wolf, E., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. Köln · Berlin · Bonn · München 1973, S. 317.

(49) Wolf, a.a.O. S. 22. なお、星野『契約総論』(民法概論Ⅳ第1分冊)12頁は、私的自治を権利義務の変動特に義務の負担の根拠づけの理論、哲学とされる。

(50) Bucher, a.a.O. S. 48. Vgl. auch, Manigk, a.a.O. S. 106 f; Raiser, a.a.O. S. 63 ff; Oftinger, a.a.O. S. 321; Krüger, *RdA* 1957, S. 205.

(51) Danz, a.a.O. S. 7, 13 und S. 19 ff; Glimmer, *Die Rechtsfiguren einer „Normativität des Faktischen.“* Berlin 1971, S. 51 ff; Ryck, a.a.O. S. 123 ff. und S. 129.

(52) 浜上「現代法律行為論について」民商法雑誌42巻4号424頁 註(1); 同「機関と代理の相違について」阪大法学35号6頁 註(1). なお、教授は後者とする)特に、阪大法学35号4頁). Vgl. auch, Oftinger, a.a.O. S. 321.

(53) Westermann, a.a.O. S. 27. Vgl. auch, Bucher, a.a.O. SS. 7, 56, 62 und S. 68; Naendrup. a.a.O. S. 64 f. なお、浜上前掲論文は、法的規範とされるが、われわれは適用範囲の広狭は法規範概念上何ら障害とはならないから、法規範といって差支えないと解する。Vgl. Manigk, a.a.O. S. 92.

(54) Helm, *FS für Carolsfeld*, S. 129 und S. 131 Fn. 26; Naendrup. a.a.O. S. 58 ff.

(55) Helm, *Jus* 1965, S. 127; Lukes, a.a.O. S. 477. Vgl. auch, BGHZ 41/151 (54).

約においては両当事者間の交渉により私的自治の発現がみられるのに対し、約款の場合には、かかるディアロックは存せず、内容形成につき一方当事者のみが発現しないが故に、モノロック（しかも、自身のものについてのみの）⁽⁵⁶⁾しか存在しない。しかし、このこと自体は法秩序が是認している。法原則としての私的自治の存在は、私人が当事者の関係でこの自治をどのように利用するかについては何も述べていない。それはその事実上の利用の程度について何も規定していず、むしろ、常に自由な法律行為上の行態（Verhalten）⁽⁵⁷⁾のチャンスのみを保障している。したがって、約款も設定者側の私的自治に基く法規範創造であり、相手方は約款による契約を通して付合形態で自己の法規範創造のチャンス⁽⁵⁸⁾を放棄しているといえる。したがって、約款も私的自治の発現であり、法規範と解しうる。

ところで、約款には正当性保障が欠けているが故に、法規範ではない、と⁽⁵⁹⁾される。正当性保障の存否は、一般的承認性取得の難易と考えられるが、制定法自体にもこのことは問題となる（違憲立法審査権 憲 81）から絶対的要請とはいえずその存在の蓋然性が高いという程度問題である。又、一般契約

⁽⁵⁶⁾ Krüger, *RdA* S. 204.

⁽⁵⁷⁾ Vgl. Oftinger, a.a.O. S. 328; Biedenkopf: „Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht,“ *FS für F. Bohm*, 1965, S. 117 und S. 122. なお、星野「現代における契約」前掲 248 頁は、契約自由の原則とは法律の明文によらない私人に対する法律関係形成の授権であり、一方当事者の専制を認容しているといつてよい……社会的強者に対する立法権の明文のない授権というのが真実なのではあるまいか、とされる。Vgl. auch, Biedenkopf, a.a.O. S. 115.

⁽⁵⁸⁾ 但し、Lukes, a.a.O. S. 477 は私的自治権能の委譲とは解されない、とする。Schmidt-Salzer, *Das Recht der allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen*. Berlin 1967, S. 67 ff は、契約説に立脚するも、挿入合意（Einbeziehungsvereinbarung）は、約款によって形成された契約内容につきその形成への協同を顧客が放棄する契約又は一方的形成への契約的に生ずる授権、とする。この見解につき、Vgl. Bydlinski, a.a.O. S. 48 Fn. 7. なお、See also, Slawson: „Standard Form Contracts and Democratic Control of Law-making Power,“ 84 *Harv. L. Rev* 529 (1971), esp. p. 532 f. p. 541 f.

⁽⁵⁹⁾ Vgl. Statt aller, Lukes, a.a.O. S. 476 f. und ders, *Jus* 1961, S. 304, Schmidt-Rimpler, *Acp* 147, S. 161; Helm, *Jus* 1965, S. 122 f. 例え認可を受けた約款にもこの正当性保障は存しないとされる。これにつき、Helm, *Jus* 1965, S. 123.

において正当性保障が存在するとされるが、それは対立する2当事者意思の自由な活動の所産を理由とし、それが客観的に正当とされなくとも承認される。⁽⁶⁰⁾ となると、現実には、一般契約における正当性保障はそれほど強くない。ところで、約款は設定者たる企業が自己の取引のために設定するものであり、相手方の利益観慮が不十分であるという病理現象が存在する⁽⁶¹⁾（知的・経済的取引能力の差異、免責約款の存在⁽⁶²⁾）。しかし、いかなる制度にも病理現象は存在するのであり、これに目を奪われて本来の機能を過少評価すべきでない。約款は制定法の欠缺又は不備を補完して法取引を円滑に行うものであり、これによって企業側の大量取引処理を可能とすると共に、相手方にとっても個別契約による複雑さ、時間のロス、更には難解な法律知識を有せずとも法取引を可能にする機能を有する⁽⁶³⁾。それは、取引の円滑化と合理化とい

(60) 財産法上の契約につき、契約メカニズムによって正当性保障 (Richtigkeitsgewähr) が存することにつき、Vgl. Schmidt-Rimpler, a.a.O. S. 151 ff; ders.: „Zum Vertragsproblem,“ *Funktionswandel der Privatrechtsinstitution. FS für L. Raiser*. Jübingen 1974, S. 4 ff.

(61) 移款形成態様として、一方的形成、双方的形成、中立的形成が存し、それに応じて正当性保障存否には程度が異なると考えられるが、全ての形成につき、企業側の経済的優位の維持、強化に利用される傾向を指摘する見解も存する。形成態様一般につき、石井、前掲書 17 頁以下、米谷、前掲書 114 頁以下、441 頁以下、Raiser, a.a.O. S. 47 ff.

(62) この是正が約款の国家的規整として古くから論じられているが、近時、消費者保護の見地から殊に司法的規整の欠陥（個別性、偶発性、規整力の相対性）克服のため立法的規整がドイツで脚光を浴び、立法化が押し進められている。実質法面につき、*Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)*, Deutscher Bundestag 7. Wahlperiode, Drucksache 7/3919; 手続法面として、*Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Zweiter Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz. März 1975. ドイツにおける近時の論争状況については、Vgl. *Verhandlung des 50. Deutschen Juristentages Hamburg 1974. Bd. I., Gutachten Teil A: Abteilung Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Welche gesetzgeberischen Maßnahme empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?* von H. Kötz und. Bb. II. Sitzungsbericht. Teil H. München 1974.

(63) この機能は契約説、法規範説を問わず肯定されている。近時、アメリカでこの見地を主張するものとして、See, Slawson, Supra, p. 532.

う商法の理念によって支持される⁽⁶⁴⁾。したがって、正当性保障というものは、制定法程ではないが、やはり約款も有するといえる。

更に、法規範には平等取扱原則が存し一般承認性は肯定されるが、約款にはこれが欠けるとされる⁽⁶⁵⁾。一般に、平等取扱とは、積極的には同一の事態は同一に取扱うことであり、消極的には客観的でない理由で同一の構成要件を異なって判断すること、つまり、差別待遇又は恣意的区別を禁ずることを意味する。客観的に是認される区別は許容される⁽⁶⁶⁾。私法上も本原則は適用されるが、それには影響又は力の所有を前提条件とし、適用領域は団体法的分野に重点がおかれる⁽⁶⁷⁾。したがって、私人間の法取引には平等取扱義務は原則として不存在である。これは、私的自治の任意の行使によって個々人は他人に対して危険を配慮すべき影響を有しないことに基づく⁽⁶⁸⁾。となると、契約も法規範と解する立場からは、平等取扱原則は全ての法規範の共通項ではないことになる。とはいえ、約款を一般契約から区別するわれわれの立場からは、制定法程ではないが本原則の存在は肯定される⁽⁶⁹⁾。というのは、約款設定目的は個別商議を回避して大量取引を迅速に完了することであり、最大限平等な適用を意図するものだからである。ただ、現実には、約款の個別顧客への利益又は不利益への変更は行われているが、これは、私的自治の容認上客観的な差別化といえるし、更に、平等取扱原則は個別的な優先的取扱を排除する

(64) 西原『商行為法』(法律学全集29) 52頁(但し、法規としての妥当性、とする)。なお、牧野『民法の基本問題』第5編155頁。米谷、前掲書435頁以下。

(65) Wolf, JZ 1973, S. 231.

(66) Vgl. Meyer-Cording; „Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht,“ *FS für Nipperdey*. Bd. I., München und Berlin 1965, S. 539. 平等取扱原則一般につき, Vgl. auch. Raiser; „Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht,“ *ZHR* 111, S. 75 ff; Wolf: „Gleichbehandlungsgrundsatz und privatrechtliches Teilhaberrecht,“ *FS für L. Raiser*, Tübingen 1974. S. 597 ff.

(67) Meyer-Cording, *FS für Nipperdey*, S. 541 ff bes. S. 545; Raiser, *ZHR* 111, S. 93 ff. Vgl. auch. Wolf. *FS für L. Raiser*, S. 601 ff.

(68) Meyer-Cording, *FS für Nipperdey*, S. 540; Raiser, *ZHR* 111, S. 93: Vgl. auch, Wolf, *FS für L. Raiser*, S. 603.

(69) Meyer-Cording, *Die Rechtsnormen*, S. 108. 米谷、前掲書438, 569頁は、信義則に基づき約款への適用を肯定する。

ものではない点から首肯される。⁽⁷⁰⁾

以上、簡単に一般承認性につき検討したが、約款を私的自治による授権に基づく法規範と把握することは可能であり、正当性保障、平等取扱原則の点ではいずれも制定法程ではないが約款も帶有しており何ら障害とはならない。そこで、第2の要件の検討に入る。

(2) 国家機関による定立又は直接強行性 法規範といえるためにはこの要件を充足することを要するが、両条件を満たす必要はなく、いずれか一方が存すれば足りる。⁽⁷¹⁾ 国家機関による定立は当面約款につき無視してよいから、問題は直接強行性である。これは、裁判所による援用に求められる。この場合、ある規範がそれ自体裁決規範としてそのまま強行される場合と、ある規範が行為規範として裁判所によって実質的に援用される結果、それに対応する裁決規範があらたに形成され強行される場合とに区別され、後者の場合は間接的担保といえる。⁽⁷²⁾ 約款についてはこのことはそのまま妥当するとはいえないが、ここに法律行為による規範の存在に着目すれば、同じく肯定される。法律行為による規範は、通常一般的かつ抽象的に表明されている制定法たる規範に比較すれば、しばしば個別的で具体的であるが、その規範としての、つまり、当為命題 (Sollensatz) としての構造は同一である。しかも、その個別的かつ具体的表現 (Fassung) は規範の適用及び効力範囲 (Anwendungs- und Geltungsbereich) のみに関し、規整命題 (Regelsatz) としてのその構造には無関係である。⁽⁷³⁾ 更に、国家規範と私人による規範とは、前者が法典形態ですっかり用意され確固不動的に一回限りで立法者によって設定されているのに対し、後者は個別法律行為の締結によって初めて発生し出現

(70) Vgl. Wolf, *FS. für L. Raiser*, S. 616.

(71) 碧海, 前掲書 65 頁. Vgl. auch, Bucher, a.a.O. S. 48. なお, 規範設定者と制裁の何い手が同一である必要はないことつき, Vgl. Grimmer, a.a.O. S. 50.

(72) 碧海, 前掲.

(73) Reh binder, a.a.O. S. 18; Manigk, a.a.O. S. 67. S. 90 und S. 92; Danz, a.a.O. S. 6; Bucher, a.a.O. S. 49. Meyer-Cording, a.a.O. S. 28 f は, 社会的射程距離の相違とする. RG JW 1922, S. 910 も, 契約の法源性を承認している. なお, 広浜, 「契約の自由」法学論叢 10-6-92 も, 当事者間の取極めは, 当事者にとって法規である. 当事者は債権関係を自ら立法する, とする.

する点及び前者ではその存否につき立証問題が生じないが後者には生ずると⁽⁷⁵⁾いう点に差異があるにすぎない。そして私人による規範は、その規範適用には一定の規範とシステムへの算入を必要とし、これが契約であり、契約を通して裁判所が強制することになる。⁽⁷⁶⁾つまり、国家は司法 (Rechtsptlege)⁽⁷⁷⁾において制度化された強制力を合意実施のために専権する。国家はこれを契約自由による私的自治の承認においてなす。国家による強制力発動の可能性によって個々人の決定自由から強制的拘束が生ずる。自己の契約自由を利用する者は常にその自由の一部を不自由へと交換している。その代りに、執行権 (Exekutivgewalt) を取得し、そして、交換相手方の自由を縮小する。国家による強制をもって、約束された行為の遵守を強要しうる。⁽⁷⁸⁾したがって、自己の自由を相手方に対する支配と交換している。この面からいうと、国家がその実施を保障する法的拘束は、原則として、全ての関係者の同意 (契約原則) が必要となるのである。⁽⁷⁹⁾したがって、約款は、約款による契約を通して強行される。このことは、既に約款による契約は抽象的法規範たる約款の起発力・動力因であると指適されている。⁽⁸⁰⁾このようにみると、約款は契約法で処理すべきであり法規範性は認められないという疑問が提起されようが、これは法規範の多様性及び約款による契約の特殊性を無視している。⁽⁸¹⁾前者の点⁽⁸²⁾

(74) Danz, a.a.O. S. 13.

(75) 牧野『民法の基本問題』(全) 380頁.

(76) Vgl. Bucher, a.a.O. S. 46 ff.

(77) Vgl. auch, Flume, a.a.O. S. 8; Bucher, a.a.O. S. 68; Helm, *JuS* 1965, S. 124; Danz, a.a.O. S. 7; Clauss, *MDR* 1959. S. 165 und Fn. 7.

(78) 「合意は守られるべし (Pacta sunt servanda)」が、近代自然法思想及び教会法の影響を濃厚にうけたものであることにつき、星野、前掲論文 222頁以下参照.

(79) Helm, *FS für Carolsfeld*, S. 134. したがって、Helm, a.a.O. S. 133 は、契約は機能的には規範であり、その適用は当該関係者の個別行為としての契約、私的自治に基づく、とする.

(80) 米谷、前掲書 453頁以下、455頁。従来の法規範説の多くも、約款による契約の必要性は無視していない。Vgl. Großmann-Doerth, a.a.O. S. 5; Herschel, *DGWR* 1942, S. 252; ders, *DR* 1942, S. 754; Eilles, *DGWR* 1941, S. 122.

(81) Vgl., Wolf, E., a.a.O. S. 318, Brandner, *AcP* 162. S. 252 ff.

(82) Helm, *FS für Carolsfeld*, S. 132 は、約款が契約上の合意によってのみ作用するとしても、このことから約款の適用要求及び適用力 (Geltungsanspruch und Geltungskraft) については根拠づけうるが、約款の作用の種類態様、機能的規範性を根拠づけえない、とする。Vgl. auch, Meyer-Cording, a.a.O. S. 29.

については既述のことから明らかであるから後者の点につき述べると、制定法は、国家等の領土団体 (Territorialkörperschaft) によってわれわれの意思を顧みずに又は反して、したがって、他人決定で上から強制的に課される。これは、議会の承認を得て定められ、われわれは、この他律的に自由を制限する規整権 (Regelungsgewalt) への服従を甘受し、一般的権力関係、つまり、公権力をもって形成された制度の影響力の及ぶ範囲 (Bannkreise od. Machtbereich) に入る。その規範は、われわれの権利義務、市民又は住民としての地位を決定する (地位に関連した法関係形成)。それは、全ての住民 (Gebietsbewohner) に強制された地位として平等に課される。このような規範は、強制規範、つまり、義務づけられたか又は議会の承認を得て定められた規範と表示される。この強制規範の特色は、通常万人に対して、つまり、全ての住民に対して発せられる点及び個々人の同意を顧慮せずに課される点に存する⁽⁸³⁾。これに反して、私的自治を媒介とする法規範設定は、当該法秩序及びその法規範を、その勢力圏、しかも制限された作用領域においてのみ創造する。それは、その秩序 (Ordnung) をもって自己との関係に入ってくる不特定かつ変動する者を把握し、その規範をもって関係者の権利義務を規制し、その領域における地位 (Status) を定める⁽⁸⁴⁾。したがって、その規範も地位規範である。しかし、議会承認を得た法律と異なり、決して強制的地位ではなく、むしろ、任意に入る選択地位のみを規定する。それを選択すれば全ての関係者 (加入者) に対して承認された規範が制定法と同様に完全に適用される。というのは、人は自己の選択で加入乃至は付合によって当該規範に服するからである。強制規範との差異は、規範適用が高権的に生ずるのではなく、法規範が規範関係に入ってくる者の範囲で規定している地位を

⁽⁸³⁾ Meyer-Cording, a. a. O. S. 45 f.

⁽⁸⁴⁾ Meyer-Cording, a. a. O. S. 47. Reh binder, a. a. O. S. 19 は、地位という語はヒエラルヒーな秩序システムにおける身分 (Position) を示すにすぎないから、役割 (Rolle) の語を採用すべし、とする。Reh binder の役割概念については、Vgl. ders: „Status-Kontrakt-Rolle,“ *Berliner FS für Ernst E. Hirsch*, 1968, S. 141 ff. なお、広浜、法学論叢 10-6-86 は、契約によって成立せしめられる関係は「作った関係」とする。正に、約款による契約においては、「作った関係」と同時に「与えられた関係」とか混在しているといえる。

個々人が承認するという契約上の構成要件と結合して効力を生ずるという点にある。⁽⁸⁵⁾このような選択規範は制定法上も存在しており（例えば、任意法、婚姻、養子縁組）、何ら新奇なものではない。では、強制規範・選択規範の区別を肯定するとしても、（選択）地位契約はどのようなものか。地位契約は債務法的要素と規範要素とから構成される。⁽⁸⁶⁾前者は、実際の合意が口頭又は書面でなされる部分（例えば、売買契約における数量及び価格等）で一般契約法が適用され、⁽⁸⁷⁾実際上の具体的な合意の本来的場である。そこにおいては、両当事者の私的自治による授権に基づく法規範設定権が発動し、したがって、個別合意の優先性、⁽⁸⁸⁾特別約款の存在、約款上の特定条項のみの採用も⁽⁸⁹⁾肯定される。その限りで、約款は任意法的存在であり、個別合意、約款、任意法という優先順位が生じうる。⁽⁹⁰⁾但し、この種の特別合意をなす機会、約款設定者側は全体としての約款適用を意欲しており、現実には少ない。とはいえ、⁽⁹⁰⁾少なくとも、口頭又は契約書面上での「当契約は当該約款による」旨の指定は不可欠であり、これに対する単なる肯定（Ja）は不可欠である（付

⁽⁸⁵⁾ Meyer-Cording, a.a.O. S. 47 und S. 101 ff. Vgl. auch, Reh binder, a.a.O. S. 19. なお、強制規範性承認は、人格尊重、より私法的に言えば、私的自治の原則上、不可、Vgl. Meyer-Cording, a.a.O. S. 141 f.

⁽⁸⁶⁾ 米谷、前掲書 455 頁以下は、約款そのもの（制度法）と約款による契約（制度的契約）に分け、両者を架橋するのが了解乃至義務づけ行為とされ、約款による契約を、提供と付合行為、そして个性化的な給付契約とに分析される。Vgl. auch, Schmidt-Salzer, a.a.O. S. 24, 24, 159; Naendrup, S. 93, 114, 130, 160, 171.

⁽⁸⁷⁾ Meyer-Cording, a.a.O. S. 104.

⁽⁸⁸⁾ Meyer-Cording, a.a.O. Helm, *FS für Carolsfeld*, S. 142. ドイツ判例上確定した原則といえるし、近時の約款規制法案（連邦政府草案（Drucksache 7/3919））4条、これに対する法律委員会案（Drucksache 7/5412）4条も採用している。なお、米谷、前掲書 490 頁以下参照。

⁽⁸⁹⁾ Helm, *FS für Carolsfeld*, S. 140 f. なお、Helm, a.a.O. S. 141 は、黙示的付合は、契約相手方が正当に（billiger- und gerechterweise）顧慮しうる規範のみを把握すべきという判例（BGHZ 17/1(3), 33/216(219)）は解釈上支持しうる、とする。Slawson, supra. p. 547 は、約款は、通例、意図された目的に適合するという黙示的担保の対象となる、とする。

⁽⁹⁰⁾ Meyer-Cording, a.a.O. なお、米谷、前掲書 490 頁参照。牧野『民法の基本問題』第5編 34 頁以下及び 37 頁以下は、約款は当事者が一否、当事者の一方の一その任意の意見表示をもて定める強行法規である、とするが、これは疑問である。

(91) 合)。後者（規範的要素）は、約款を商議の対象とするのではなく、約款は、契約より高次のレベルから契約法を支配し、契約関係に作用することを示す。つまり、約款は具体的な契約締結以前に存在して、多様な既存又は将来の契約関係を支配し、契約関係の内容を外部から決定する、その意味で規範的なのである。(92) そして、債務法的要素と規範的要素を架橋するのが付合である。(93) 付合合意は適用（*Ingeltungssetzen*）を純粋な内容とする契約であり、その作用は契約に対して約款の規範的支配を理由づける点にのみ存する。これは、国際私法上の指定理論、つまり、合意された外国法は契約を通してのみ債務関係への適用力を取得するのと同様であり、約款は通常付合に基づいて適用される。(94) 架橋手段としての付合を認める実益は、当事者間で約款内容に十分な商議がなされた場合はそれをもって地位契約は十全に効力を生ずるから余りない（但し、かかる状況は現実には殆んど存しないであろう）。約款による契約においては、通常、当事者は価格・目的物等しか交渉せず細目は全て約款に委ねるとか、特定事項についてのみ交渉し他は約款条項に重ねることになるが、その場合、約款内容不知にも拘らず約款の適用、つまり、約款の規範的要素を発動させるのが、この付合である。但し、債務法的要素

(91) Meyer-Cording, a.a.O. S. 104 f.

(92) Meyer-Cording, a.a.O. S. 105 ff; Helm, *Jus* 1965, S. 125; Krüger, *RdA* 1957, S. 205. なお、提供と付合との関連については、米谷、前掲書 471 頁以下参照。

(93) 通常は、契約の通常な締結、そして、付合と、1つの契約で行われることになる。これらの分析については、Vgl. Herschel, *DR* 1942, S. 754; Eilles; „Gedanken zur Auslegung und Anwendung Subjektiven Privatrechts,“ *ZJP* 62, S. 5. 尤も、Herschel, *DR* 1942, S. 755 und ders., *DGWR* 1942, S. 252 は、合同行為とする。

(94) Helm, *FS für Carolsfeld*, S. 140 und ders., *Jus* 1965, S. 125 ff; Naendrup, a.a.O. S. 71 f; BGHZ 33/216(19). Vgl. auch, Meyer-Cording, S. 103 Fn. 11.

(95) このことは国際私法上、渉外的債権契約の関係において、当事者が特定の外国法によるべき旨を合意する場合にも、本文論述の形態が存し、前者が国際私法上の指定で当事者（意思）自治の原則上承認され、後者は実質私法上の指定で準拠実質法における契約自由の原則の一態様とされるのに対応するといえる。国際私法上のこれらについては、折茂『国際私法各論』法律学全集 60) 98 頁（四）；江川『国際私法』（有斐閣全書）218 頁以下；実方『国際私法概論』204 頁以下。約款は主たる契約を補充するものであることを、指摘する見解として、Schmidt-Salzer, a.a.O. S. 26 f und S. 109 f.

で述べたように、相手方の認識必然性（約款の存在を知り又は知りうべきこと）は付合の効力発生には必要である。⁽⁹⁶⁾

IV 結 語

以上の検討から約款そのものは抽象的法規範であり、具体化には起発契約としての約款による契約を要すると結論づけられる。この構成は、法律が国会の議決で成立するが拘束性は公布施行後であることに類比される。約款の法規範性を承認しても、我国の憲法上、「唯一の立法機関は国会」（憲 41）、「裁判官は憲法及び法律に拘束される」（憲 76 III）とされているから、これをどう考えるか、問題となる。先ず、41条との関連では、41条は成文法の立法権者のみについて規定したものと解されているから、⁽⁹⁷⁾ 厳密には成文法と同一視しえない法規範たる約款には作用しない。次に、76条 III 項との関連では、法律とは全ての法規、したがって、成文法に限らず慣習法や判例法も含まれ、しかも、民事については実定法規の不明瞭不存在を口実にして、裁判を拒否しえず、この場合は条理に従って裁判する外ない、と解されている。⁽⁹⁸⁾ となると、法規範性を有する約款も含まれると解される。このことは一見おかしいと思われるかもしれないが、約款の法規範性は私的自治の権能範囲内での制限的なものであるから、別段の疑義は生じない。したがって、憲法上の障害は生じない。

⁹⁶⁾ 認識必然性の要件は約款の拘束力肯定（これにつき、Vgl. Weber, a.a.O. N 228 f.）するためにドイツでは判例上確定しているし、近時の約款規制法案（政府草案 2 条、法律委員会案 2 条）もこの要件を明定する。なお、米谷、前掲書 472 頁以下。なお、付言すれば、規制法案は、商人に対して全面的に不適用とするのではなく、原則として適用あるも、部分的に商人特性上不適用とする立場をとるにすぎない（政府草案 12 条、法律委員会案 24 条）。しかし、立法目的が契約が一方にとってのみの自由であり他方にとっては不自由と化している現況から私法の機能の再生しようとするものである限り、「契約が商人の商業経営に属するとき」には一定規定不適用とするのは疑問。というのは、知的・経済的取引能力の差は、消費者に顕著であるとはいえ商人にも存在するからである。

⁹⁷⁾ 法学協会『註解日本憲法』下巻 714 頁。Vgl., Meyer-Cording, a.a.O. S. 40.

⁹⁸⁾ 法学協会、前掲書 1139 頁。Vgl., Meyer-Cording, a.a.O.

かくて、約款は制定法と契約法の間⁽⁹⁹⁾に位置づけられ、その点から、部分的には規範に適用される法原則が、部分的には契約に適用される法原則が適用されると同時に、両者の対立の克服が不可⁽¹⁰⁰⁾欠となるが、その細目的展開は今後の研究課題である。

〔補記〕本稿脱稿後、「普通取引約款法規整に関する法律」が西ドイツで成立し、1977年4月1日より施行されることになった。脚注で引用した草案当該条文は、いずれも明定されている。

⁽⁹⁹⁾ 米谷、前掲書524頁以下で既に指摘されているし、石井、前掲書43頁も解釈につきこれを展開される。モランディール「法律行為論に関して仏国判例に及ぼせる社会的思想の影響」(『現代法の諸問題』所収)208頁も、個人及びその特殊利益、国家及びその普遍的利益、この2者の中間に集団的利益なるものが存し得、これは法規行為とも称するものの存すべきことを認めねばならぬ、とする。

⁽¹⁰⁰⁾ Vgl. Helm, *FS für Carolsfeld*, S. 136. Helmの具体的展開については、ders, a.a.O. S. 136 ff.