

## 調査事項：ドイツにおける約款規制と仲裁条項

## 1 仲裁条項に対する約款規制の妥当性

有効な仲裁条項は、国家裁判所への提訴の自由を奪い、権利保護の可能性を制限するものとして作用しうる。そのためドイツにおいては、相手方に「不当な不利益」を与える条項を無効(unwirksam)とする旧約款規制法(AGBG)9条の一般条項が、仲裁法上の方式要件を満たす仲裁条項にも適用されると解されてきた<sup>(1)</sup>。なお、2002年1月1日より施行された債務法現代化法によってAGBGは効力を失い、その実体規定は民法典(BGB)305条ないし310条に取り込まれた。その結果、AGBG9条はBGB307条1項2項に場所を移したが、その基本的内容は維持されている<sup>(2)</sup>。以下においては旧AGBG9条の解釈を紹介するが、それは現行法であるBGB307条の解釈についても妥当するものと解される。

約款規整は商人間での仲裁合意にも妥当しうるが、この場合には合意の有効性が原則的な出発点とされる<sup>(3)</sup>。これに対して、消費者が相手方となる場合には、より厳格な審査が求められる。但し、この場合の規整のあり方については、論者によってニュアンスの違いも見られる。例えば、約款規整に最も消極的なものとして、シュヴァーブ=ヴァルターの概説書は、仲裁法上の方式規制<sup>(4)</sup>により、既に消費者には十分な保護が与えられているという<sup>(5)</sup>。同じくミュンヒは、消費者につき仲裁法が特別の方式規制をおくことを指

(1) Palandt,BGB,61.Aufl.,2002, § 9 AGBG Rz.126; Thomas/Putzo,ZPO,23.Aufl.,2001 § 1029 Rz.5; Erman,BGB,10.Aufl.,2000, § 9 AGBG Rz.304 (Hefermehl/Werner); Münchner Kommentar ZPO,2.Aufl.,2001, § 1029,Rz.11 ff.(Münch); Schwab=Walter, Schiedsgerichtsbarkeit,6.Aufl., 2000, S.50; von Westphalen (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, S.271 (von Westphalen); Ulmer=Brandner=Hensen,AGB-Gesetz,8.Aufl.,1997,Anh. § § 9-11 Rz.621; Wolf=Horn=Lindacher, AGB-Gesetz,4.Aufl.,1999, § 9 Rz.S1 (Wolf)ほか。

(2) 但し、従前の判例理論に従い、「不当な不利益は、条項が明瞭かつ理解可能な形で書かれていない場合にも認められうる」との規定が、新たに1項後段に挿入された。

(3) von Westphalen, a.a.O.,S.272 f.; Erman,a.a.O.; Münch,a.a.O.;Ulmer-Brandner-Hensen,a.a.O.

(4) ZPO 1031条5項(消費者が関与する仲裁契約につき、独立の自署書面によることを原則的に要求する)。このほか、内国における家屋賃貸借の存続をめぐる紛争について仲裁可能性を否定するZPO 1030条2項も、仲裁法上の消費者保護の一種と見ることが許されようか。

(5) 「ZPO 1031条1項の書面要件により、既に相手方への十分な警告がなされているうえ、経済的・社会的優越性の濫用に対してはZPO 1031条5項が十分な保護を与えているとすれば、AGBG9条をここで援用することは不必要ではなかろうか」。

Schwab=Walter, a.a.O.,S.50.

摘しながら、仲裁条項の原則的無効性を出発点とすることの不当性、個別審査の必要性を説く<sup>(6)</sup>。しかしながら、とりわけ商人間での仲裁合意との比較において、消費者に対する仲裁合意については、その原則的無効性を出発点とした記述をする文献がむしろ多い。これらの文献においては、一般に、約款利用者が仲裁条項の利用について「特別な利益」をもつ場合にのみ、例外的に仲裁条項の有効性が推定される<sup>(7)</sup>。いずれにせよ、これらは適用方針についてのニュアンスの相違にすぎず、結局は、個々の約款中の仲裁条項の中身いかんということにならざるをえないであろう。

仲裁条項への約款規制の具体的適用事例としては次の二件があり、いずれにおいても仲裁条項の効力が否定されている。

(1) BGH,U.v.10.10.1991,BGHZ 115,325=NJW 1992,575

ブドウ栽培用木製杭の売買契約をめぐる紛争。商人間での約款中におかれた仲裁条項は、それ自体が他方当事者に不当な不利益を課すものとはいえないが、なお A G B G 9 条の内容規制に服する。本件のように、約款利用者側だけが仲裁を申し立てうるような普通取引約款中の仲裁条項は、A G B G による保護の可能性を他方当事者から奪うおそれがあるので、A G B G 9 条により無効である、とされた。

---

(6) 「通常の場合、企業間での仲裁合意は、妥当を欠く(あるいは不意打ち的な)ものとはならない。……これに比べて、消費者に対するそれは、かなり厳格に審査されることになる。ここでは、実際に仲裁合意が正当なものか、それとも A G B G 9 条 1 項の意味において不当に不利益を課すものかが問われる。しかしながら、企業間のそれとは逆の目的設定から、いわば一種の推定として、原則的に、あるいは通常的に疑いがある、という前提から出発することは許されない。1031 条 5 項による具体的手続的な許容、それは個人間での合意に限ることもできたであろうが、は、それに反対する。個別事案のあらゆる事情を衡量することが常に必要なのだ。無骨な不利益性推定は、あまりにも粗雑なやり方であり、それは利用者に、要らざる根拠付けないし正当化義務を強いることになる。このことは、E C 約款指令が、消費者を『法の適用されない仲裁手続に専らよらしめる』ような条項(付表 1 号 q)につき、厳格な禁止だけを定めるという点にも顕在化している。従って、国家が提供した法的保護の中から、国家が規定した法的保護(1025 条以下)へと選択を行うことは、約款上許される。仲裁の可否(1029 条 1 項)は全く問題でなく、ただその態様(1042 条 3 項)だけが、場合によって問題になるのだ。確かに、1042 条以下からの微細な乖離は、なお妨げられない。しかし、例えば、善と衡平による判断(1051 条 3 項)への白紙委任や、重大な相違の抗弁(B G B 764 条)を排除するような法選択は、不当なものといえよう」、と。Münch,a.a.O.

(7) 例えば Erman, a.a.O.は、「仲裁条項は、国家裁判所への提訴の自由を奪うものであるから、権利保護の制限として作用する。従ってそれは、利用者側に相当の理由があるときにのみ、許容される。非商人間の取引においては、そのような理由は原則として認められない」、という。ほぼ同旨を説くものとして、Wolf,a.a.O.,S4; von Westphalen,a.a.O.,S.273; Ulmer=Brandner=Hensen,a.a.O.

(2) OLG Düsseldorf, U.v.1.6.1995, BB 1996 Beilage 15, S.21.

約款利用者（本件では商品取引業者）の利益代表者が第三仲裁人の選定権をもつなど、仲裁人選定について相手方消費者に十分かつ平等な関与の機会が保障されていない場合には、Kompetenz-Kompetenz-Klausel（仲裁人に自己の管轄権の最終判定権限を認める条項）のみならず、仲裁条項自体が A G B G 9 条 2 項により無効となる。

## 2 EU 消費者保護指令付表 1 号 q 号「法の適用されない仲裁」の意義

ドイツは同号を国内立法に取り入れていないため、これについて述べた文献はあまり見あたらないが、タム＝ピルガーのコメントールには次のような記述があり、この用語の意味が明確でないことを示している。即ち、「EU 指令は、その付表 1 号 (q) において、理解不能な文言で、約款条項は次の場合にも濫用的であると規定した。……（条文内容省略）……『法の諸規定に服しない仲裁手続』という文言は、おそらくは、中立的な構成やフェアな進行を基礎としない手続を念頭におくものなのであろう」と<sup>(8)</sup>。

他方、フォン・ヴェストファレンは次のようにいう。即ち、「このこと [(q) に該当して約款が濫用的とされること] は、仲裁裁判所が専属的管轄をもつものと定められている場合には、常に肯定される。手続の形式、態様ならびに内容に関する定めが法規定に反する場合には、1 号 (q) の禁止事由が 9 条 1 項に従って顧慮される。それによると、全く疑念を生じないのは、正確に Z P O 1025 条以下を遵守し、1027 条 [方式規定：現行法では 1031 条に該当] の方式をふんだ仲裁手続だけである。もっとも 1025 条以下は、非現実的にも、2 人制仲裁裁判所を定めることに注意が必要である。従って、1 人制ないし 3 人制の仲裁裁判所もまた、1 号 (q) に適合すると解してよいであろう。専属的な判断権限をもたない仲裁裁判所手続は、1 号 (q) の禁止事由には該当しない。このことは、とりわけ和解・調停のように、通常裁判所への道を閉ざさない手続について妥当する」と<sup>(9)</sup>。ここでいう「専属的管轄」(ausschließlich zuständig) が何を意味するのかが今ひとつ明らかでない (Kompetenz-Kompetenz を念頭におくものかもしれない) が、いずれにせよ、ここではドイツ仲裁法の規定が遵守される手続かどうか念頭におかれているようである。

---

(8) Thamm=Pilger, AGB-Gesetz, 1998, Anhang § 9: Schiedsgerichtsklauseln, Rz.2. ちなみに、末尾の推量表現は「könnte vielleicht gemeint sein」である。

(9) von Westphalen, a.a.O., S.276.

### 3 約款規制の場所的妥当範囲

2000年の改正で旧A G B G 12条は削除され、新たに設けられたE G B G B 29条 a に包摂された。新規定では、消費者保護に関する複数のE C指令の適用範囲を、欧州圏かどうかを基準に定めるという形になっているが、密接関連性を要件とすることやその認定基準などは基本的に踏襲されている。

「1項 契約が、法選択に基づき、欧州連合加盟国の法ないし欧州経済圏に関する条約の他の加盟国の法に準拠しないが、これらの国の領域と密接な関係を示しているときには、これらの国において妥当する消費者保護指令導入のための諸規定が適用される。

2項 密接な関連は、とりわけ次の場合に認められる。

1 契約が、欧州連合加盟国ないし欧州経済圏に関する条約の他の加盟国において行われる、公開の申込み、公開の広告又は類似の活動に基づいて成立し、かつ

2 相手方が、契約締結に向けた自己の意思表示をなすに際して、欧州連合加盟国ないし欧州経済圏に関する条約の他の加盟国に常居所を有していること」。

(3項、4項は省略)

(以上)