The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	無効な約款条項の変更（一）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2018, 68(1), p. 107-152
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87140
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

無効な約款条項の変更（一）

武田直大

第一章　序論
一　問題の所在
二　約款変更論一般との関係
三　救済条項論との関係
四　本稿の構成
第二章　約款変更の「権利論」――約款使用者による無効条項変更の可能性
第一節　約款使用者の一方的変更権
第一項　保険契約法上の無効条項変更権に関する議論
一　緒論
二　議論の整理
三　解約返戻金等算定条項の処理
四　議論の分析（以上、本号）

第一章　序論

一　問題の所在

ある約款条項が不当条項規制により無効とされた場合、従来一般的な思考法によると、当該条項が規律していた問題について、任意規定が適用され、または、任意規定以外の何らかの規律が補充されることになる。この不当条項に代わる規律がどのように確定されるかという問題について、筆者は、これまでいくつかの論稿において検討してきた。[1] そこでの検討は、一つの前提に立脚していたということができる。すなわち、実体法的にいえば、不当条項は当然に無効であり、任意規定等の代替規律も自動的に妥当するが、手続法的には、裁判官が条項無効の判断を行い、さらに、いかなる代替規律が妥当すべきかを判断する、という前提である。裁判手続きにおいては、紛争を解決するための契約規範を見出すために、代替規律の確定作業が必要となる。

しかしながら、不当条項に代わる規律の確定は、裁判手続きにおいてのみ必要とされるわけではない。契約当事者、とりわけ約款使用者は、訴訟外においても、契約関係を適切に処理するために、契約内容が確定されることを必要とする。例として、契約者が定期的に一定額を積み立てていくタイプの契約において、中途解約時の解約払戻金の額を算定するための約款条項が不当条項であると判明した場合を、考えてみたい――契約内容の確定が問題とならない差止訴訟において不当条項の判断がされたため、裁判所によって代替規律が確定されなかった、という展開を想像されたい。――。[2] このような場合、解約の申入れを受けた約款使用者は、払戻額をどのように算定すればよいのかという問題に直面する。不当条項に基づいて算定するというのでは、後に相手方から訴訟を起こされるおそれがあるし、少なくとも不誠実であるように感じられる。かといって、裁判において代替規律が確定されなけれ

ばならないというのでは、迅速な処理が妨げられるし、異なる裁判所において異なる判断がされる可能性もある。また、解約を申し入れてきた契約相手方と逐一協議して払戻額を決定するというのでは、やはり迅速性に欠けるし、約款による多数契約の統一的な処理がもはや達成されないことになる。このように考えると、約款使用者は、無効な約款条項に代わる規律が、裁判外においても統一的に確定されることに、利益を有しているといえる。さらに、任意規定が単純に適用されるなどの理由で裁判手続きを経なくても代替規律の内容が明確であり、約款使用者はそれに従えばよいという場合でも、条項が無効であることや任意規定の内容は、法的な知識に乏しい契約相手方にとって明確でない、ということが考えられる。そのような場合、相手方は、不当条項を有効なものと考えて、本来可能な権利行使を躊躇する可能性がある。例えば、満足な払戻金が得られないと考えて、解約を思いとどまるという具合である。このような問題を考えると、裁判外において代替規律が明確になることは、相手方にとっても利益となる。

これらの利益を実現するために、約款使用者は、裁判外で自らのイニシアティヴで無効条項を変更することができないだろうか。約款使用者の主導による条項変更の方法としては、まず、約款使用者に一方的な無効条項変更権を認めることが考えられる。仮にこのような権利が認められれば、約款の統一性を維持しつつ迅速に、既存契約における無効条項の変更が可能となる。また、一方的な変更権が認められないとしても、相手方の同意を得て無効条項を変更することは、契約自由に基づいて可能なはずである。むろん、個々の相手方から逐一実際に同意を得なければならないとすれば、迅速かつ統一的な処理は達成されないおそれがある。しかしながら、何らかの方法で簡易に多数の相手方から同意を得ることができるならば、合意による約款変更の方法も、迅速かつ統一的な代替規律の確定に資するものとなる。そこで、無効条項を変更するための一方的変更権や変更合意は、いかなるルールの下で

認められるのか、が問題となってくる。本稿においては、このような問題を、約款使用者にとっての約款変更の可能性の問題という意味で、約款変更の「権利論」と呼ぶことにする。

約款使用者のイニシアティヴによる無効条項の変更の問題は、このような「権利論」に留まるものではない。さらに、約款使用者は無効条項について変更措置をとらなければならないのか、という問題が存在する。というのは、約款使用者による無効条項の変更は、先に述べたように、契約内容の明確化あるいは迅速な確定という意味で、相手方にとっても利益となりうるからである。以下、このような約款使用者の変更義務にかかわる問題を、約款変更の「義務論」と呼ぶ。この「義務論」においては、とりわけ、約款使用者が義務に反して無効条項の変更を怠った場合にいかなるサンクションを課されるのかという問題が、興味を引く。というのは、変更義務違反が、これまで筆者が検討してきた代替規律の確定のための判断枠組みに影響する可能性があるからである。すなわち、約款使用者が変更措置をとらなかったという事情が、この判断枠組みに取り込まれ、約款使用者の不利に作用する可能性がある。それゆえ、約款使用者の無効条項変更義務という問題は、従来的な不当条項規制の効果論に新たな考慮要素を付け加えうるものとなる可能性を有している。

以上のような約款使用者による無効な約款条項の変更についての諸問題は――以下、本稿における条項無効は、既に述べてきたところから明らかなように、不当条項規制によることを前提とする。――、保険法の分野における若干の先行研究[3]を除いて、これまで我が国においてほとんど論じられてこなかった[4]。これに対して、ドイツ約款法においては、いくつかの関連する法規定および判例・学説の議論が見いだされる。本稿は、それらを分析することによって、約款使用者による無効条項の変更という問題が有する基本構造、すなわち、この問題が基本的にどのような法的な枠組みによって規律されるものであるか、そして、その枠組みにおいてどのような要因が考慮されてい

るかについて、検討することを目的とする。確かに、この問題が現在の我が国においてどれほど実際上の重要性を有しているかについては、疑問を呈する向きもあろう。ドイツにおいてこの問題が論じられている背景として、極めて積極的に約款の内容規制が行われているという事情を無視することはできず、同様の事情が日本にもあるとはいえない。しかしながら、無効条項の変更という問題は、従来裁判手続きを前提に展開されてきた不当条項規制の効果論について、裁判外における当事者の役割という観点から光を当てるものであり、少なくとも理論的には検討に値する問題である。そこには、契約規範の確定理論におけるプロセス論的な展開の一端を見ることができる。

二　約款変更論一般との関係

無効な約款条項の変更という問題は、むろん、約款の変更という問題の一部を成す。ドイツにおける約款変更を対象とする近時の研究においても、条項無効は、経済的または法的な事情変更と並んで、約款変更を必要とする原因の一つとして扱われている。(5) しかしながら、本稿は、約款変更の問題を包括的に扱うアプローチを採用しない。条項無効を原因とする変更だけを切り出して論じることは、さしあたり、次のような問題状況の相違によって理由づけることができる。

第一に、不当条項規制による条項無効は、契約締結時からの状況の変化あるいは事情変更ではない。不当条項規制は、一般的な理解によれば、基本的に契約締結時を評価基準時として行われ、不当条項は契約締結当初から無効なものとして扱われる。実際に裁判所において無効が宣告されることによって、初めて無効となるのではない。せいぜいのところ、約款使用者の目から見て、条項無効が後から判明することがあるに過ぎない。しかも、約款使用者にとって条項無効が予見不可能であった場合にのみ、無効条項の変更が可能であり、さらにそれが要請されるの

かについても、定かではない。このような相違は、約款変更の正当化に当たって、説明の仕方に違いをもたらしうる。もっとも、本稿においても扱うように、不当条項規制に関する法改正があり、その効力が既存契約にも及ぶとされた場合には、ある種の事情変更の問題を生じる。

第二に、両当事者の対立する利益状況が異なっている。無効条項の変更において、従来の条項を維持することについての相手方の利益は、ほとんど考えられない。せいぜいのところ、相手方が法的な保護を受けることを望まないという場合に、そのことにどれだけ配慮すべきか、という問題でしかない。このことは、約款使用者の変更利益と相手方の現状維持利益の対立を基本構造とする、その他の約款変更の場面と異なっている。それゆえ、無効条項の変更に関するルールを形成するに際しては、その他の原因による約款変更と異なる利益衡量が要請されるはずである。

第三に、不当条項の代替については、制定法規定によって既に具体化されているのであれ、裁判官による具体化を要するのであれ、法が一定の代替規律を用意している――この総体を、以下では「代替規律秩序」と呼ぶ。――。したがって、約款使用者による無効条項の変更を認めないとしても、最終的に裁判所による判断がされれば、代替規律は確定される。これに対して、約款変更の原因として想定されるその他の事情については、当該事情に応じた変更を法が自動的に達成し、または、裁判所においてそのような変更が認められるとは、必ずしもいえない。このような相違からも、約款変更の必要性について、異なる説明が要求されうる。また、無効条項の変更に当たっては、法が用意している代替規律秩序と当事者による約款変更との相互関係が、一つの問題として浮上する。(6)

以上のような問題状況の相違から、条項無効を原因とする約款変更は、約款変更論の一部として位置づけられるとしても、その他の原因による約款変更に対して独自性を有する特殊の問題ということができる。仮に約款変更の

問題を包括的に論じる場合でも、この特殊性は十分に考慮されなければならない。そして、逆に本稿のように条項無効の問題だけを単独で取り上げることも、許されると考える。

三　救済条項論との関係

本稿が主題とする無効条項の変更の問題は、筆者もかつて検討した救済条項（salvatorische Klausel）の問題と重なりを有する。[7] すなわち、無効条項の変更の一つの手段として、約款使用者が一方的な変更権限を有する旨の条項――本稿では、この種の条項を「一方的変更権条項」と呼ぶ。――など、約款変更条項を予め契約に組み入れておくことが考えられる。そのような条項は、条項無効による不利益から約款使用者を救済するものとして、救済条項として性質決定されうるものである。それゆえ、本稿で扱う無効条項の変更論、とりわけ「権利論」は、救済条項論と部分的に重なるものである。もっとも、これら二つの議論の間には、問題設定の違いが存在し、そのことから具体的に検討される条項にも違いが生じてくる。以下では、このことを、本稿が直接的に検討の対象とするドイツ約款法の展開から説明する。

まず、前提として付言すると、ドイツにおいては、二つの問題が論じられた主要な時期が異なっている。救済条項の効力が議論されたのは、主として、一九七六年に旧約款規制法――以下、本文においては「ＡＧＢＧ」と表記する。――が制定された直後の時期から、内容規制の効果論が最も盛んであった一九八〇年代においてである。これに対して、約款変更条項を初めとして条項変更の問題について本格的な研究や裁判例が現れたのは、一九九〇年代以降である。したがって、無効条項の変更論は、それまでの救済条項論の成果も踏まえて、次の議論を展開したものということができる。

それでは、救済条項論においては、どのような問題が議論され、また、いかなる問題が残されたのか。救済条項論の問題設定は、次のようなものであった。すなわち、内容規制による無効リスク、とりわけ、効力維持的縮減（geltungserhaltende Reduktion）――我が国における条項一部無効にほぼ対応する。――が判例により禁止されていることから、条項全部無効のリスクを回避するために、約款使用者が無効条項に代わる規律を定めるための条項（代替条項 Ersetzungsklausel）を予め用意していた場合に、そのような条項が有効と認められるか、というものであった。また、「法律上許容される限りにおいて」（soweit gesetzlich zulässig）という付記を含む条項の効力も、救済条項の一環として論じられてきた[8]。約款変更論と直接関係するのは、代替条項に関する議論である。そこでは、現ドイツ民法典三〇六条二項[9]（ＡＧＢＧ六条二項）――以下、本文においてはドイツ民法典を「ＢＧＢ」と表記する。――からの逸脱の可否が、主要な争点となった。この規定は、一般的な理解によれば、任意規定または補充的契約解釈が無効条項に代わる規律を定めるとするものである。議論の初期においては、同項は、条項が無効でも契約自体は存続することに対応する単なる合目的的な規定にすぎず、無効条項にできるだけ近い代替規律を定める条項も有効とする見解もあったが、支配的見解は、この規定を両当事者間の相当な利益調整を実現するためのものと見て、この規定により認められる代替規律を逸脱する代替条項を、ＢＧＢ三〇七条二項一号[10]（ＡＧＢＧ九条二項一号）を介して無効とする。この考え方は、現在では、最上級審判例によっても支持されている[11]。もっとも、ＢＧＢ三〇六条二項によるのと同等の代替規律をもたらす代替条項は有効と考えられており、支配的見解は、代替基準により条項の有効性を区分するというものであった[12]。

このような救済条項に関する議論は、代替条項によってどのような代替規律を妥当させることができるか、という問題に一定の回答を与えたものの、代替規律を確定するためのプロセスについては、あまり意識されないもので

あった。このことは、代替条項の例として、プロセス的に多様な条項が挙げられていたことに、見て取ることができる。すなわち、代替条項には、一方的変更権条項の他にも、無効条項に近い規律が自動的に妥当する旨の条項、両当事者に代替義務を課す条項、第三者に代替権限を付与する条項、予め具体的な代替規律を定めておく条項などが含まれる。[13] 上記のＢＧＢ三〇六条二項からの逸脱の可否という議論は、これらの代替プロセスの違いにかかわらず、代替条項全般に当てはまるものとして展開された。その結果、代替プロセスの適切さ・相当性については、後に残された問題となった。

約款変更条項に関する議論を含む約款変更論は、この残された問題に対応するものであり、約款変更のプロセスにも関心を向けている。それゆえ、そこでは、救済条項論においては念頭に置かれなかったタイプの条項も、議論の俎上に現れている。すなわち、約款変更の申込みに対して相手方が明示的に異議を唱えない場合に、相手方の同意を擬制することによって約款変更を達成する条項である――本稿では、このような条項を「同意擬制条項」と呼ぶ。――。同意擬制条項は、一方的変更権条項と異なり、少なくとも形式的には相手方との合意（変更契約）のプロセスによって約款を変更するものである。近時の約款変更論においては、このような条項の有効性も含め、合意による約款変更が論じられている。他方で、自動的な代替条項や具体的代替規律については、主要な検討の対象とはなっていない。前者については、プロセス的に見て裁判官による代替規律の確定と区別することができず、したがって、約款変更論の問題意識からして射程に入らないといえる。[14] また、後者については、契約締結時に条項無効や代替規律を予見することができないからこそ変更の問題が生じると考えるならば、現実的な選択肢でない。[15] このような問題意識に基づく取捨選択により、約款変更論において本格的に論じられている条項の種類は、一方的変更権条項と同意擬制条項の二種類に限られている。

このようなドイツ約款法の展開に基づくと、救済条項論と約款変更論とでは、問題設定が異なっており、それゆえ、扱われる条項の種類にも違いがある、ということができる。

四　本稿の構成

本稿は、無効な約款条項の変更にかかわるドイツ法上のいくつかの問題を取り上げて、検討を加える。その際、最も大きな括りとして、前述の「権利論」（第二章）と「義務論」（第三章）とを区別する。そして、それぞれの論について、次の諸問題を扱う。

まず、「権利論」について、約款使用者の一方的変更権に関する問題（第一節）と合意による約款変更の問題（第二節）を、この順序で扱う。当事者間で合意がなければ契約を変更することができないのが原則であることからすると、合意による変更を先に扱うのが論理的な順序ではないかとも考えられる。しかしながら、本稿においては、約款使用者にとってより簡便な変更方法は一方的変更権であることから、この方法にどのような制約が課されるのかを見たうえで、一方的変更権が認められない場合にどのような手法が採れるかという観点から、原則に立ち戻った議論を検討する。また、この順序は、救済条項論との接続も意識している。すなわち、一方的変更権に関する議論は、救済条項に関する議論を引き継いだものであり、筆者旧稿と本稿の接続を考えて、先に扱うことにした。

一方的変更権については、次の二つの議論を取り上げる。第一に、保険契約法上の無効条項変更権についての議論である（第一項）。ドイツ保険契約法――以下、本文中においては「ＶＶＧ」と表記する。――は、保険約款の使用者たる保険者が無効条項を変更する権限を有することを定めている。この規定についての議論は、一般約款法に対する特別法上のものではあるが、一方的変更に関する「権利論」の構造を把握するうえでわかりやすく、また、

その議論の際に念頭に置かれた適用例を見ることで、問題の具体的なイメージをつかむことができる。それゆえ、この議論を最初に扱うことにする。第二に、一方的変更権条項の規制についての議論である（第二項）。ここでは、約款条項の有効要件という形で約款使用者の一方的な約款変更権限に対する制約が語られるが、その内容の多くの部分について、ＶＶＧに関する議論と一致することが確認される。なお、ドイツ法においては、約款使用者の一方的な約款変更権を定める一般的な制定法上の規定は存在しない。近時のモノグラフィには、そのような規定を設けることを提案するものがあるが[16]、この種の立法提案については、議論が深まっているとはいえない。それゆえ、条項に基づかない一般的な約款使用者の一方的変更権についての議論には、本稿において立ち入らないことにする。もっとも、そのような権利を認めるべきか否かを考えるうえでの手掛かりは、本稿の検討を通じて得られるだろう。

合意による約款変更について、ドイツにおいては、特に相手方の同意の認定のあり方が論じられている。すなわち、合意による変更が約款使用者にとって有用な方法であるためには、相手方の明示的な同意が得られなくても変更契約を成立させることが、必要である。そこで、沈黙による同意・推断的同意・同意擬制条項といった手法を用いて、変更申込みに対して明確な応答をしてこない相手方からも同意を得ることが可能か、という問題が検討されている。本稿も主としてこれらの議論に焦点を合わせる。

次に、「義務論」については、主として、約款条項の効力に関する法改正に際しての約款変更義務に関する議論を取り上げる（第一節）。ドイツにおいては、無効条項の変更を義務づける一般的な法律上の規定は存在しない。しかしながら、約款条項の効力に関する近時の立法においては、その効力が既存契約にも及ぶものとされる一方、経過規定において約款の変更が認められた。そこで、判例・学説において、「約款使用者は、これらの規定に従って約款を変更しなければならず、変更を怠った場合には、補充的契約解釈または効力維持的縮減といった信頼保護

に依拠した裁判所による規制効果の緩和措置が否定される」とする見解が登場し、賛否を呼んでいる。この議論は、法改正という特殊な状況に関するものであるが、無効条項の変更義務一般を考えるにあたり参考とすべき要素を多数含んでおり、大きく取り上げるに値するものである。さらに、ＶＶＧにおける無効条項変更権の規定に関しても、一部の学説により義務性が論じられている。本稿では、法改正に関する議論を分析したうえで、そこから得られた知見をもとに、ＶＶＧに関する議論についても若干の言及をする（第二節）。なお、ここまで「権利論」と対比する形で「義務論」という言葉を使っているが、具体的なドイツ法解釈論のレベルで論じるのは、約款変更を怠った場合のサンクションとして補充的契約解釈または効力維持的縮減の否定に着目していることから明らかなように、約款変更の義務（Pflicht）ではなく、オブリーゲンハイト（Obliegenheit）である。

以上が本稿で取り上げる具体的な諸問題である。本稿は、これらを分析・検討することで、無効な約款条項の変更に関する「権利論」および「義務論」の基本構造およびそこでの考慮要因を明らかにすることを試みる。そして、それぞれの検討を終えた後に、結論として、ドイツ法における問題の基本構造を整理し、また、ドイツ法の議論から日本法にどのような示唆を得ることができるかを論じる（第四章）。

序論の最後に、本稿では、便宜上、ドイツ語の「変更」（Änderung）と「調整」（Anpassung）とを特に区別せず、全て「変更」の訳語を当てることにする。

第二章　約款変更の「権利論」――約款使用者による無効条項変更の可能性

第一節　約款使用者の一方的変更権

第一項　保険契約法上の無効条項変更権に関する議論[17]

一　緒論

1　ドイツ保険契約法における無効条項変更権の規定

ＶＶＧは、約款使用者たる保険者の無効条項変更権について、明文の規定を設けている。すなわち、同一六四条は、生命保険について、次のように規定している――同様の規定は、疾病保険（二〇三条四項）および就業不能保険（一七六条）についても存在する。――。

ドイツ保険契約法一六四条　約款の変更

(1)　保険者の普通保険約款における規定が最上級審の裁判または確定力を有する行政行為によって無効とされた場合において、契約の継続のために必要であるとき、または新たな規律なしに契約に拘束することが、一方当事者にとって、他方当事者の利益を顧慮したとしても、期待不可能な過酷さを意味するであろうときは、保険者は、その規定を新たな規律によって代替することができる。新たな規律は、契約目的を維持したうえで保険契約者の利益を相当に顧慮する場合にのみ、有効である。

(2)　第一項に基づく新たな規律は、新たな規律およびこれについて決定的な理由が保険契約者に通知されてから二週間をもって、契約構成要素となる。

このような保険者の無効条項変更権に関する規定は、一九九四年の保険法改正に際して、生命保険（ＶＶＧ旧一七二条二項・三項二文）および疾病保険（ＶＶＧ旧一七八ｇ条三項二文・四項）について創設され、二〇〇七年のＶＶＧ改正の際に、就業不能保険についても規定が追加された[18]。規定導入の背景には、連邦保険監督庁の約款変更権限[19]が廃止され（一九九〇年）、また、同庁による約款の事前審査も、ＥＣ指令（生命保険についての第三指令および損害保険についての第三指令）の転換に際して廃止する必要が出てきたことがある。その結果、内容規制に抵触する約款条項が増大し、約款の欠缺の問題が重大性を増すことが予想されたため、裁判官[20]や保険業界[21]から、法律により保険者の一般的な無効条項変更権を創設するよう、要求が出された。もっとも、立法者は、これらの要求を全面的に受け入れることなく、前述のように、生命保険と疾病保険に限定して、規定を設けた。契約類型を限定した理由として、ＶＶＧ現一六四条の立法理由書は、約款変更による既存契約への介入が保険契約者の不利に働く可能性がある一方、他の保険類型において、変更権が認められていないことによる問題は従来認められていないとする[22]。

今日のＶＶＧ一六四条は、旧一七二条のもとでの学説の議論および判例を踏まえて、定式化されたものである。旧一七二条は、現一六四条と異なり、保険料の変更に関する規定を準用するかたちで、次のように定められていた――傍線部分（筆者による。）が、無効条項の変更に関する規定である。――。

ドイツ保険契約法旧一七二条

(1)　生命保険契約が、保険者の義務の発生が不確実な危険について保険保護を提供する場合には、技術的な計算基礎およびそこから算出される保険料に対して給付需要の変動があり、それが単に一時的とはみなされず、かつ

予見不可能なときにのみ、保険者は、保険給付の継続的な履行可能性を担保するために必要とみなされ、かつ独立した監査人が計算基礎および変更のためのその他の要件を審査し、変更の相当性を確認した限りにおいて、修正された計算基礎に応じて保険料を新たに設定する権限を有する。剰余金配当についての規定の変更について、第一文を準用する。第一項および第二項に基づく変更が監督官庁の認可を要する場合には、監査人の関与を要しない。

(2) 生命保険の保険約款において規定が無効である場合において、契約の継続のためにその補充が必要であるときは、前項を準用する。

(3) 別段の合意がない限りにおいて、第一項に基づく変更は、保険契約者への通知から二か月目の開始をもって有効となる。前項に基づく変更は、保険契約者への通知後二週間をもって有効となる。

この規定についての争点は多岐に及ぶが、本稿の関心からは、とりわけ次の二つの問題が注目される。

第一に、「契約の継続のためにその補充が必要であるとき」――以下、「必要性要件」とする。――の解釈論である。そこでは、任意規定および補充的契約解釈という代替規律秩序が存在するところ（BGB三〇六条二項）、何故・いかなる場合に保険者による無効条項の変更が必要とされるのか、が問題とされた。また、両者が重複する場面があるとした場合には、両者の優劣関係が問題とされた。

第二に、現一六四条一項と旧一七二条二項を比較すると、前者が「保険者の普通保険約款における規定が最上級審の裁判または確定力を有する行政行為によって無効とされた場合」としているのに対して、後者が単に「保険約款において規定が無効である場合」としていることが、注目される。つまり、現行法の規定は、無効の判断主体に

ついて一定の制限を加えている。この点についても、明確な限定のない旧法の下では、解釈が分かれていたところである。ここでは、無効判断という代替規律確定の前段階における当事者と裁判所（または行政機関）の役割分担が、問題となってくる。

以下では、これら二つの問題に焦点を合わせて判例・学説の議論を整理するが、その他の争点についても、ここで簡単に言及しておく。まず、旧一七二条一項にいう「保険者の義務の発生が不確実な危険」についての生命保険においてのみ、同二項の変更権が認められるのか、それとも生命保険一般について認められるのか、という問題が存在した。この問題に関する学説は分かれていたが、[23] 判例[24]は後者の立場を示し、現一六四条も、保険料の変更規定（ＶＶＧ現一六三条）とは切り離すことで、生命保険一般を適用領域とすることを明らかにしている。また、旧一七二条が独立監査人の関与を定めている一方、現一六四条は、そのような手続きを定めていない。これは、旧法下での経験上、この制度が保険契約者の利益保護に資するものではなく、逆に、独立監査人のお墨付きが、新条項の無効を裁判所に審査させても功を奏しないであろうとの印象を保険契約者に与えてしまう、という考慮によるものである。[25]

2　解約返戻金等算定条項の問題

保険者の無効条項変更権が実際に行使された代表例であり、旧一七二条二項に関する判例の基礎ともなったのは、保険料支払義務からの解放後の保険金額および解約返戻金の算定方法を規定する条項が無効とされた事案であった――以下、これらの条項を「解約返戻金等算定条項」と総称する。――。これらの条項がドイツ連邦通常裁判所――以下、「ＢＧＨ」と表記する。――において無効とされたため、保険者は無効条項変更権を行使して契約補充

を図ったが、その補充後の条項についても、ＢＧＨは、無効判断を下した。その際に、旧一七二条二項の解釈問題について、判例の立場が示されることとなった。学説も、この問題に少なからず関連して展開されており、議論の念頭に置かれた具体例として、この問題を外すことはできない。そこで、さらに、この問題がどのようなものであったかを、もう少し詳しく説明する。

まず、問題の出発点となったのは、二つのＢＧＨ第四民事部二〇〇一年五月九日判決（BGHZ 147, 354; BGHZ 147, 373）である。ともに差止訴訟の裁判例であり、次の条項の有効性が問題とされた。すなわち、保険契約者が解約した場合の解約返戻金（Rückkaufswert）および保険料支払義務から解放された場合の保険金額の算定ならびに解約控除（Stornoabzug）についての条項[26]（BGHZ 147, 354; BGHZ 147, 373）、ならびに、解約返戻金の基礎となる保険料積立金（Deckungskapital）を算定する際に契約締結費用を初回の保険料から控除する方式（チルメル式）をとる旨の条項[27]（BGHZ 147, 354）である。チルメル式によると、保険契約者が初めの二年のうちに解約した場合、解約返戻金がゼロかそれに近いことになる（保険料支払義務から解放された場合の保険金額も同じ。）。ＢＧＨは、この経済的な不利益を明確に認識させないとの理由で、これらの条項を透明性の要請違反により無効とした。差止訴訟であることから、無効な条項の代わりにいかなる規律が妥当するかは、判断されなかった。

これらの最上級審判決および確定した下級審裁判例[28]を受けて、保険会社は、ＶＶＧ旧一七二条二項の手続きに従って、無効とされた条項を、保険会社自身の見解によれば透明性のある内容的に同一な条項によって変更した。しかしながら、保険契約者の側から、この条項変更の有効性に対して異議が唱えられ、契約締結費用の控除および解約控除のない解約返戻金の計算が主張された。この方法で計算された解約返戻金額についての情報提供請求およびその支払請求を受けて、ＢＧＨ第四民事部は、二〇〇五年一〇月一二日の二つの判決（BGHZ 164, 297; BGHRe-

port 2006, 24）において、旧一七二条二項のもとで条項の変更がどのように行われるべきか、また、条項の変更が無効とされた場合のさらなる契約補充手続きについて、判断することとなった。なお、両判決における被告保険会社は、BGHZ 147, 373の被告と同一であった。

二　議論の整理

1　契約継続のための補充の必要性

前述のように、必要性要件については、ＢＧＢ三〇六条二項が任意制定法または補充的契約解釈による無効部分の補充を定めているところ、どのような場合に保険者による補充が必要とされるのかが、ＶＶＧ旧一七二条二項のもとで論じられた。提示された諸見解は、必要性要件をどこまで広く捉えるかという観点から、次のように整理することができる。

(1)　ドイツ民法典三〇六条二項が機能しない場合にのみ必要性を認める見解

必要性要件を最も狭く捉える見解として、シューネマン（Wolfgang B. Schünemann）の説を挙げることができる。[29] 同説によれば、ＶＶＧ旧一七二条二項の変更権は、ＢＧＢ三〇六条二項に基づく欠缺補充が機能しない場合における最終手段としてのみ認められる。必要性要件は、このＢＧＢ三〇六条二項に対する旧一七二条二項の補充性を表現するものとする。[30]

シューネマンと共同歩調をとっていたボイアーレ（Michael Bäuerle）の議論を参考にすると、[31] この見解の基礎には、次のような考慮を見出すことができる。すなわち、契約自由・契約の拘束力の原則に鑑みて、[32] 約款使用者の

一方的な変更権限を法律上認めることには問題がある。[33] さらに、内容規制の効果としても、保険者が自己の利益を優先して代替規律を形成すれば、相当な利益調整が実現されないうえ、一般予防機能も働かない。[34] それゆえ、保険者の変更権を認める範囲を限定すべきものと考える。以上のような考慮である。

また、シューネマンは、旧一七二条二項の変更手続きが、迅速性・確実性および統一性という観点において、補充的契約解釈に比して利点を有するものではないことを指摘する。すなわち、旧一七二条二項に基づいて補充された代替規律も裁判所による内容規制を免れるわけではなく、さらに同項の要件も裁判所の審査に服する。それゆえ、旧一七二条二項によったからといって、個々の訴訟において異なる判断が下されるリスクはなくならない。他方で、最上級審において到達された個別当事者間の結論は、大量取引において事実上の法統一をもたらしうる。このような理由から、保険者の変更権は、補充的契約解釈に対して優位性を有しないとする。[35][36]

さらに、シューネマンは、代替規律の明確性を理由に宣言的条項の補充を認めるローレンツの見解（後述）を、次のように批判する。すなわち、BGB三〇六条二項が適用される場合に、当事者は、既存の法律上の規律を契約に組み入れて考えなければならない。その際に、これらの規律が明確であるか、また、保険契約者が専門知識を有しているか否かといったことは、およそ問題にならない。不明確性を除去することは、法治国家において最終的に司法の仕事である。この場合に、宣言的条項を事後的かつ一方的に組み入れることは、契約の継続のために必要であるとはいえない、とする。[37]

必要性要件についてシューネマンと同様の解釈をとる論者[38]として、バルトムス（Ralph Bartmuß）を挙げることができる。[39] バルトムスもまた、任意制定法や補充的契約解釈が適用可能な場合には、VVG旧一七二条二項の必要性要件が充たされないとする。もっとも、宣言的条項や相手方により有利な条項を補充する権限は、保険者に認め

られるとする。法定の要件が備わらない以上、この権限はＶＶＧ旧一七二条二項に基づくものとはいえないと考えられるが、権限の根拠は明確にされていない。また、バルトムスは、ＢＧＢ三〇六条二項のＶＶＧ旧一七二条二項に対する優先を、もっぱら両者の効果の違いから説明する。すなわち、前者においては、任意規定または補充的契約解釈に基づく規律が契約締結時点から法律上直接に妥当する。これに対して、後者の下では、保険者が変更権を行使した場合に、初めて新規律が妥当する。それゆえ、契約締結から変更権の行使までは、前者のみが適用されるとする。いずれにせよ、バルトムスの見解は、必要性要件の制限的な解釈にもかかわらず、結論的には、次に述べるより広い解釈を示す見解に近づいている。

(2) 補充的契約解釈が認められる場合にのみ必要性を肯定する見解

つづいて、ＶＶＧ旧一七二条二項がなかったとした場合の補充的契約解釈の可否に焦点を合わせるヴァント（Manfred Wandt）の見解が挙げられる。(40)

ヴァントは、旧一七二条二項を、補充的契約解釈が有する問題点に対処するための規定として理解する。すなわち、保険契約においては、欠缺補充のための制定法規定がしばしば欠如している。その場合には補充的契約解釈が行われなければならないが、補充的契約解釈は、個別訴訟においてのみ問題となり、差止訴訟においては行われないため、契約補充を達成するために、各保険契約者が訴訟を遂行しなければならない。そして、訴訟において契約内容が明確になるまでには、何年もかかる。また、個別の判決の既判力は当事者間にしか及ばないため、統一的な結論がもたらされない可能性がある。このように迅速性・統一性に欠けるがゆえに、裁判官による補充的契約解釈は、保険契約のような大量取引には適していない。このような補充的契約解釈の欠点を回避するために、旧一七二

条二項があるとする。[41]

このような規律目的から、ヴァントは、補充的契約解釈の可否とパラレルに必要性要件を判断することを説く。すなわち、この要件が充足されるのは、条項無効によって重大な契約障害――保険保護と保険料との間の不均衡または契約実行に際しての困難[42]――が発生する場合に限られるが、そのような契約障害の有無は、補充的契約解釈の要件にしたがって判断されるとする。[43] このような補充的契約解釈の可否による基準は、ＶＶＧ現一六四条についての最近の注釈においても維持されている。そこにおいて、ヴァントは、補充的契約解釈の許容性に関する近時のＢＧＨ判例によれば、契約構造が完全に一方的に契約相手方の有利になる場合にのみ補充的契約解釈が許容されるが――したがって、無効条項変更権の要件も充足するが――、相手方の有利がそこまでに至らない場合には、規律欠缺が残存する――このことが、約款使用者に対するサンクションとなる。――としている。[44][45]

さらに、ヴァントは、必要性要件が充足される限りにおいて変更権が許容されることから、変更後の新条項の内容についても、補充的契約解釈の原則が評価枠を形成するとする。すなわち、裁判官による補充的契約解釈の内容として許容されるであろうもののみが、代替規律の内容として認められる、と述べる。このように考えると、新規契約において許容される条項が既存契約に組み入れられないことも、ありうることになる。[46]

もっとも、ヴァントは、補充的契約解釈が認められない場合の補充を、完全に否定するわけではない。むしろ、任意制定法の規定が適用される場合でも、宣言的条項を挿入する形での条項変更が可能であり、このことは、透明性を理由として要請されうるとする。[47] この点において、ヴァントの説と次説との間に、実質的な差異はない。

(3) 代替規律の明確性を基準とする見解

ローレンツ（Egon Lorenz）[48]は、VVG旧一七二条二項の機能を、BGB三〇六条二項による欠缺補充の結論を全ての関連する契約に迅速かつ統一的に導入することに求める。この点だけを見れば、ローレンツの見解は、ヴァントの見解と大きく変わらない。しかしながら、ローレンツは、BGB三〇六条二項の規定による契約補充の問題点は、補充的契約解釈だけでなく、制定法規定による補充についても存在すると考える。例えば、法律において規定も排除もされていない権利を無効条項が基礎づけようとしていた場合など、制定法規定の有無の判断は必ずしも容易ではない、と指摘する。[49]

このような考慮から、ローレンツは、旧一七二条二項における必要性要件について、条項が無効とされれば原則として常に必要性が認められるとしつつ、具体的には代替規律が明確であるかによって場合を分ける。すなわち、無効条項に代わる法律上の規律が存在せず、補充的契約解釈が要請される場合には、特別な法的知識を有しない平均的保険契約者にとって代替規律が不明確である。よって、この場合には、VVG旧一七二条二項に基づく変更権が認められる。これに対して、法律上の規律が存在しかつ明確であるならば、旧一七二条二項の手続きは必要ない。もっとも、そのような明確性が備わっていない場合がしばしばあり、また、仮に専門知識を有する保険契約者にとって明確性があるとしても、例えば約款全体の読みやすさ・透明性に資する場合など、変更が要請されうるとする。[50]これらの場合において、代替規律の内容は、BGB三〇六条二項の方法で認められるもの――法律上の規定または補充的契約解釈の結論と同内容――でなければならない、とされる。[51][52]

必要性要件の解釈について、二つのBGH二〇〇五年判決は、ローレンツと同様の見解を示した。すなわち、約款条項が無効とされた場合には、一般的に、契約に規律欠缺が生じ、契約継続のための補充の必要性が承認されう

るだろう、とする。両判決は、つづけて、いずれにせよ条項無効によって両当事者の給付義務および請求権が害される場合には、補充が必要である、とする。当該事案においても、保険契約者に対する給付義務に関連する条項であることから、必要性を認めている。したがって、判例は、このような条項について特に補充の必要性を認めているが、その他の場合について必要性を否定しているわけではない。

また、二〇〇五年判決によれば、ＶＶＧ旧一七二条二項は、いかなる基準・いかなる内容によって補充がされるべきかを述べていないところ、このことは、約款条項の無効の場合を規律する一般規定であるＢＧＢ三〇六条二項から明らかになる。すなわち、旧一七二条二項にいう補充の概念のもとで、ＢＧＢ三〇六条二項において考慮されるあらゆる欠缺補充の可能性――すなわち、任意制定法による補充、補充的契約解釈、または無効条項の単純削除――が、理解されなければならない。保険者または監査人が、無効条項を単純に削除し、または、制定法規定によって代替するとの見解であるならば、その旨を保険契約者に伝えることが、透明性の要請に基づき必要とされる。このようなＢＧＨの見解によれば、単純な削除・制定法規定または新たな条項のいずれが適切であるかは、ＶＶＧ旧一七二条二項の手続き開始の要件ではなく、保険者によって行われた補充の有効性を判断する基準ということになる。この点につき、二〇〇五年判決は、任意制定法が適切な解決を提供するかという、必ずしも容易かつ明確に答えることができるわけではない問題を手続き開始の要件にするならば、手続きの許容性が、最終的に結論の法的有効性に左右されることになってしまう、と指摘する。

2　保険者による約款変更と任意規定または補充的契約解釈による補充との優劣関係

必要性要件と関連して、ＶＶＧ旧一七二条二項とＢＧＢ三〇六条二項との優劣関係が問題となる。ＢＧＢ三〇六

条二項に基づく契約補充が機能しない場合にのみ必要性要件の充足を認める見解によれば、同項がＶＶＧ旧一七二条二項に対して優先する。補充の順序は、任意規定・裁判官による補充的契約解釈・保険者による無効条項の変更ということになる。これに対して、補充的契約解釈が認められる場合、またはそれに加えて任意規定による補充が可能な場合にもＶＶＧ旧一七二条二項の必要性要件を肯定する論者の中では、両規定の関係について、次のように見解が分かれている。

第一の見解として、コルホッサー（Helmut Kollhosser）は、ＶＶＧ旧一七二条二項が特別法としてＢＧＢ三〇六条二項を排除するとした。[53] コルホッサーは、必要性要件や代替規律の内容についてローレンツと同様の立場を示したうえで、[54] 次のように論じている。すなわち、旧一七二条二項が補充的であるとすると、この規定は広範に意味を失うことになる。また、同項が三〇六条二項に劣後する――すなわち、保険者による変更がされるまで、三〇六条二項が適用される――とすると、保険者による条項変更が行われるまでの期間、多数の個別訴訟において様々な結論がもたらされる危険があり、旧一七二条二項の規律目的が達成されない。したがって、規律目的に従えば、旧一七二条二項が三〇六条二項に優先し、前者の適用領域において後者に基づく個別訴訟の可能性は排除される。裁判所は、保険契約者によるそのような個別訴訟を、さしあたり許容されないものとして棄却しなければならない。もっとも、保険者による条項変更が遅延している場合には、ＢＧＢ三一五条三項二文後段[55]を類推し、保険契約者は裁判所による条項変更を申し立てることができる、とする――前提として、コルホッサーは、保険者に契約上の変更義務を課している（第三章第二節にて後述）。――。[56] 以上のようなコルホッサーの見解に対しては、保険者に変更義務がないことを前提に、保険契約者は条項変更を請求することができず、[57] また、欠缺が補充されないために契約上の請求権も否定されざるを得なくなる、[58] との批判が向けられている。

第二の見解として、ＢＧＢ三〇六条二項とＶＶＧ旧一七二条二項の競合が説かれた。例えば、ヴァントは、両規定が択一的競合の関係にあるものとし、具体的な契約について裁判官による補充的契約解釈が行われたときは、もはや契約の継続のために必要ないことから、保険者による変更が排除されるとした。[59]

判例は、この問題に関する一般的見解を示してはいない。しかしながら、ＢＧＨ二〇〇五年判決においては、後述のようにＶＶＧ旧一七二条二項に基づく保険者による変更が無効とされたため、再度保険者に変更の機会を与えるために訴えを棄却すべきか、という問題が扱われた。この問題について、ＢＧＨは、訴えを棄却する必要はなく、契約締結費用の控除について、裁判所が補充的契約解釈を行わなければならないとした。

3　条項無効の判断主体

無効条項を変更する前提として、誰が条項の無効を判断しうるかという問題について、最も積極的な立場をとったのが、コルホッサーである。彼の見解によれば、保険者は自己の責任で無効判断を下し、ＶＶＧ旧一七二条二項の手続きを開始することができる。無効判断を広く認めることが、できる限り迅速に統一的・明確かつ相当な代替規律を作出するという規定の目的により合致する、とする。コルホッサーは、無効判断の主体に制限を加える見解に対して、次のような疑義を呈した。すなわち、保険者は、条項無効を確信するに至った場合に、なぜ訴訟を待つか主導しなければならないのか。狭い見解は、保険者に無効認識後も無効条項の違法な使用を強いることになる、と。さらに、無効判断を広く認めても、保険者が自らに不都合だが有効な条項を無効とみなして代替する危険は、わずかであるとする。その理由として、①その行動が裁判上非難され、イメージダウンを強いられるおそれがあること、②いずれにせよ代替規律には内容的な基準があり、保険契約者の地位を不利に変更することはできないこと、

③独立監査人が介在すること、さらに、④保険者は変更権を有するだけでなく変更義務を負うため、その義務を履行する可能性を有しなければならないことを挙げる。[60]

このような批判があるにもかかわらず、VVG旧一七二条二項に関する支配的見解および判例は、法的明確性および濫用の危険を理由に、条項無効の判断主体を制限した。例えば、ヴァントは、最上級審の判断は不要であるが、保険者自身（さらに独立監査人）が無効判断をしただけでは不十分であり、連邦保険監督庁またはカルテル庁による確定力ある無効判断もしくは既判力ある裁判所の判断が必要であるとした。[61] これに対して、BGH二〇〇五年判決は、さらに厳格に、監督庁またはカルテル庁による確定力ある行政行為のほか、最上級審裁判官の判断によってのみ、条項無効を確定することができるとした。そのような判断のみが終局的な法的明確性を作出し、また、そこから補充のための基準を引き出すことができるからである。さらに、コルホッサーの見解に対しては、保険契約者の契約自由が甘受しえない方法で制限され、保険者には、自らに都合の悪い条項を無効とし一方的に自己の有利に変更することで、契約の均衡に恣意的に介入する手段が与えられてしまう、と批判する。このVVG旧一七二条二項に関する判例が、現一六四条において明文化され、既述のように、「最上級審の裁判または確定力を有する行政行為によって無効とされた場合」にのみ、保険者の変更権が認められることとなった。なお、判例および支配的見解は、右のような無効判断を実際に受けた保険者だけでなく、同様の条項を使用する全ての保険者に、変更手続きが開かれるとする。[62]

三　解約返戻金等算定条項の処理

1　二〇〇五年判決前の学説の諸見解

前述のシューネマンとヴァントの見解は、解約返戻金等算定条項の問題を念頭に置いたものであり、この問題についても一定の立場を示していた。それぞれの見解は、次のようにまとめることができる。

(1)　シューネマンの見解

解約返戻金の算定における契約締結費用の控除の問題について、シューネマンは、チルメル式を採用する条項が無効とされた場合には、ＢＧＢ三〇六条二項にいう「法律上の規定」として、「有効な転嫁合意がなければ、費用が発生した者がその費用を負担する」との一般契約法上の原則が妥当し、そもそも契約締結費用の控除が認められない、と考えた。[63] 既述のように、シューネマンの見解によれば、ＢＧＢ三〇六条二項に基づく補充が機能しない場合にのみＶＶＧ旧一七二条二項の要件が充足されるので、このような任意規定が存在する以上、保険者が変更権を行使して異なる代替規律を定めることはできない。また、ＢＧＢ三〇六条二項に基づいて、このような任意規定が妥当すると考えるならば、必要性要件に関する異なる見解をとったとしても、保険者の変更権によって何らかの費用転嫁規律をもたらすことは、不可能ということになる。

(2)　ヴァントの見解

契約締結費用の控除の問題について、ヴァントは、無効な条項に代わりうる任意規定が存在しないとした。ヴァントによれば、チルメル式の条項が無効とされたからといって、非チルメル式の契約になるわけではない。非チル

メル式が法律上の原則であり、チルメル式はそこからの合意による逸脱に当たるという段階関係は、法律の解釈によって基礎づけられない。そもそも非チルメル式というカテゴリは、チルメル式をとらないというだけの消極的なものであり、締結費用の清算方法について、積極的に規定するものではない。また、VVG旧一七六条三項[64]は、解約返戻金が保険数理の承認された準則に従って計算されるべきことを規定しているが、この承認された準則の枠内でいかなる区別もしていない（保険料支払義務から解放された場合の保険金額の算定に関するVVG旧一七四条二項[65]についても同じ。）。BGHも、前述の二〇〇一年判決において、保険数理の承認された準則の指定により、契約上の合意によって補充されるべき裁量域が開かれていることを認めている。以上のことから、ヴァントは、契約締結費用の清算に関する制定法上の規律は存在しないとする[66]。さらに無効条項の単純削除も相当な解決をもたらさないため、補充的契約解釈が要請され[67]、また、VVG旧一七二条二項の必要性要件も充足されるとする[68]。補充される規律の内容としては、不透明性を除去したうえで、異議を唱えられていないチルメル式の規律に留まるものとされる[69]。

他方で、解約控除については、明文の規定として、VVG旧一七四条四項[70]および旧一七六条四項[71]の存在が指摘される。すなわち、これらの規定において、契約上有効な合意がある場合にのみ控除が認められていることから、合意が無効である場合には、控除は認められないことになる[72]。もっとも、ヴァントは、BGH二〇〇一年判決の具体的な状況のもとで、これらの規定は欠缺補充に適していないとする。二〇〇一年判決において不透明性が直接問題とされたのは、チルメル式の締結費用控除のみであり、解約控除それ自体の内容または透明性が問題視されたわけではない。条項の可分性の原則によれば、解約控除に関する規定は維持することができた。それにもかかわらずBGHがそれらの規定まで無効としたのは、条項全体の透明性を確保しようとしたためと考えられる。また、保険料

支払義務からの解放および解約についての条項が無効とされたとしても、補充的契約解釈がされることから、解約控除の間接的な不透明性も、一時的なものに過ぎない。これらのことからすると、ＶＶＧ旧一七四条二項および旧一七六条二項による補充は適切でなく、補充的契約解釈が必要とされ、ＶＶＧ旧一七二条二項の必要性要件も充足されるとする。(73)

2　二〇〇五年判決における処理

ＢＧＨ二〇〇五年判決は、被告保険会社が行った解約返戻金等条項および契約締結費用の控除条項の変更について、次のように判断した。

まず、ＶＶＧ旧一七二条二項における無効要件について、ＢＧＨ二〇〇五年判決の事案においては、次のような問題があった。すなわち、被告が行った締結費用清算規定の変更手続き（二〇〇〇年七月一日に終了）においては、ＢＧＨ二〇〇一年五月九日判決が基礎とされず、確定した下級審裁判例(74)のみが基礎とされた。(75)それゆえ、最上級審における無効判断のみが保険者による条項変更を基礎づけるとの見解に立つと、この変更に関する限り、手続き開始の要件を充足しないはずであった。しかしながら、ここで二〇〇五年判決は、当初は欠如していた無効要件が事後的に――すなわち、ここでは、ＢＧＨ二〇〇一年判決によって――充足していたものとみなされうるか、という問題について、判断を留保した。いずれにせよ、被告保険会社の行った条項変更は、内容的な基準により無効とされることから、この問題については判断を要しないとされた。

つづいて、ＢＧＨは、次のように述べて、旧一七二条二項に基づき補充された代替規律が無効であるとした。すなわち、解約控除については、ヴァントの見解と異なり、本件においてもＶＶＧ旧一七四条四項および旧一七六条

四項が欠缺補充に適しているとされた。したがって、有効な合意がない以上、解約控除は認められないことになる。これらの規定を逸脱する新たな条項は、無効とされた。これに対して、契約締結費用の控除については、ヴァントの見解と同様に、欠缺を適切に補充する法律上の規定が提供されておらず、単純な条項削除も適切でないとされた。もっとも、ヴァントと異なり、ＢＧＨは、無効条項を内容的に同一の規定により変更することは、認められないとした。そのような処理は、ＢＧＢ三〇七条一項による無効の法律上のサンクションを潜脱し、補充的契約解釈の原則に合致しない。このことは、透明性の要請違反の場合についても、当てはまるとした。

以上の判断をしたうえで、ＢＧＨは、契約締結費用の清算について自ら補充的契約解釈を行い、依然としてチルメル式の計算方法に留まるものの、保険料支払義務から解放された場合の保険金額および解約返戻金額が、最低金額を下回ってはならないとした。この最低金額は、保険料計算の計算基礎によって算定された非チルメル式の保険料積立金――その後の判例[76]によれば、契約締結費用をおよそ考慮せずに算定された積立金とされる。――の半額であるとした。

3　その後の展開

非チルメル式の保険料積立金の半額という最低額を設けるＢＧＨ二〇〇五年判決の処理は、保険契約法改正委員会の法律案に倣ったものであった[77]。これに対して、二〇〇七年に改正された現行法においては、最低額は採用されているものの、その計算方法は、二〇〇五年判決および委員会の提案とは異なるものとなっている。すなわち、ＶＶＧ現一六九条においては、解約返戻金の最低額として、締約費用および販売費用を初めの五年間に均分した場合の保険料積立金の額が定められている。立法理由によれば、この規定の方が、非チルメル式の保険料積立金に焦点

を合わせる委員会案よりもわかりやすく、また、保険契約者にとって有利な計算になる、とのことである。[78] このような二〇〇七年ＶＶＧ改正の後においても、ＢＧＨは、二〇〇七年以前の契約について、二〇〇五年判決の処理を維持している。[79]

さらに、この間、最低額を設けないチルメル式の条項は、判例において、内容的にも不相当と評価された。というのは、資本形成型の生命保険契約は、死亡事故リスクの保障だけでなく、投資および財産形成も目的としているところ、意図されていた長期の契約継続を早期に取りやめなければならない大多数の保険契約者について、契約締結費用が課されることで、この契約目的が極端に害され、または無に帰せしめられるからである。このような理由から、ＢＧＨは、チルメル式の条項を、ＢＧＢ三〇七条二項二号および一項一文に基づいて無効とした。[80]

四　議論の分析

1　無効条項変更権の基本構造

以上のようなＶＶＧにおける保険者の無効条項変更権に関する法状況からは、まず、約款使用者の一方的な無効条項変更権について、無効判断と代替規律の確定という二つの段階において約款使用者の権限が問題となることを、確認することができる。前者においては、約款使用者が自ら無効判断を下してよいのか、それとも、裁判所等による公権的な無効判断がなければ、約款使用者の変更権限は基礎づけられないのか、が問われる。これに対して、後者においては、法が用意する代替規律秩序（ＢＧＢ三〇六条二項）との関係において、どのような場合に約款使用者の変更権限が必要とされるか、また、変更手続きによっていかなる代替規律が可能であるか、が問題とされていた。このような二段階の問題構造が、約款使用者の無効条項変更権の基本構造を成している。

条項無効の判断主体という論点が浮上したことは、救済条項論との対比おける約款変更論の新たな展開として注目される。プロセス論的な関心の希薄な救済条項に関する一九八〇年代までの議論において、誰が無効判断を下すのかという問題は、扱われていなかった。これに対して、内容規制による契約内容の修正をプロセス的な側面から見たとき、代替規律の確定だけでなく、無効判断についても、その主体が問われてくることになる。

2　無効条項変更権に関する考慮要因

(1)　考慮要因の内容

次に、ドイツ法の議論からは、約款使用者の無効条項変更権の是非を考えるうえでの要因として、①迅速性、②統一性、③明確性、④濫用の危険という四つを見出すことができる。これらの考慮要因は、いずれも、裁判手続きによる無効判断および代替規律の確定との対比における、無効条項変更権のプロセス的な長短にかかわるものといえる。これに対して、無効条項変更権の行使によってもたらすことのできる代替規律の内容については、ＢＧＢ三〇六条二項が機能しない場合にのみ保険者の変更権を認めるシューネマンの見解を除き、ＢＧＢ三〇六条二項によって認められる範囲内のものとされていた。この点については、救済条項論における判例・支配的見解（既述）と同様の考え方が採られている。①から④の各要因の内容を整理すると、次のとおりである。

第一の要因は、無効条項の代替を迅速に行うことの要請である。裁判官による代替規律の確定は長期の裁判手続きを要するところ、そのような手続きを避けて迅速に契約内容を確定することができるようにすることが、無効条項変更権の根拠の一つとされる。これに対して、保険者によって定められた代替規律も、裁判所による審査を免れるわけではなく、異なる判断が下されるリスクがあることを重視すれば、保険者による変更手続きは、裁判官によ

る代替規律の確定に比して、迅速とはいえないことになる。

第二の要因は、多数の契約を統一的に処理することの要請である。裁判官による代替規律の確定では、同一の約款条項の代替について異なる結論がもたらされる可能性があるところ、統一的な代替規律を定めるために、保険者の変更権が有用であるとされる。これに対して、個別当事者間の紛争においてであっても、大量取引に関して最上級審レベルの判断がされれば、事実上の法統一が達成されることに鑑みれば、この観点において保険者の変更権が特に優れているわけではない、ということになる。

第三の要因においては、法に基づく代替規律の内容が必ずしも明確ではないことから、また、約款全体の通覧性の観点から、保険者による条項変更手続きは、保険契約者にとっても契約内容を明確化するとされる。とりわけこの明確性の観点において、保険者の無効条項変更権は、保険者自身にとってだけでなく、保険契約者にとっても利益を有するものとされる。これに対して、当事者は、法律上当然に妥当する規律を明確であるか否かにかかわらず考慮しなければならないとするならば、明確性の観点は、保険者による変更手続きを基礎づけないことになる。

第四の要因として、保険者が自己の利益を図るために変更手続きを濫用する危険性が、変更権を広く認めることに対して消極に働く。これに対して、裁判上の非難や名声の低下、また代替規律に内容的な基準が設定されることなどをもって、権限濫用の危険に対する十分な抑止力と見るならば、保険者の変更権を広く認めてよいことになる。

(2) 具体的なルール形成における考慮要因の作用

次に、迅速性・統一性・明確性のいずれの要因を重視するかによって、また、濫用の危険をどの程度深刻に考えるかによって、無効条項変更権の具体的なルール形成に差異が生じてくることを、見て取ることができる。

このことは、必要性要件の解釈に、まず現れていた。補充的契約解釈に比しての迅速性および統一性を強調する場合には、保険者の変更権は、任意規定による補充が可能か否かに左右されることになる。これに対して、代替規律の明確性を強調するならば、補充的契約解釈の要否は問題とならない。任意規定が適用される場合でも、変更権を行使することでそれと同内容の規律を導入することは、保険契約者にとっても契約内容の明確性に資するものとして、否定されない。また、ＢＧＢ三〇六条二項が機能しない場合にのみ変更権を認めるシューネマンの見解の基礎には、権限濫用の危険を重視し、変更権の認められる範囲をなるべく限定しようとする意図を窺うことができる。

ＢＧＢ三〇六条二項と無効条項変更権の関係の優劣関係については、迅速性と統一性のいずれを重視するかが、見解の分かれ目であったということができる。すなわち、ＶＶＧ旧一七二条二項がＢＧＢ三〇六条二項を排除するとするコルホッサーの見解は、多数の個別訴訟における区々の結論を危惧するものであり、保険者による統一的な処理を重視しているといえる。これに対して、迅速性を重視する場合には、裁判手続きに先んじて変更権を行使することには意味があるが、裁判所による代替規律の確定を遅らせてまで変更権を優先する必要はないことになる。

さらに、条項無効の判断主体についても、保険者自らが無効判断を下してよいとするコルホッサーの見解は、とりわけ迅速性の要請に力点を置くものと見ることができる。これに対して、一定の公権的な無効判断を要求する旧法下の支配的見解および判例、そしてＶＶＧ現一六四条は、代替基準が明確になることを重視している。ここでは、代替規律がＢＧＢ三〇六条二項の狭い枠内でのみ有効とされるところ、保険者が代替基準を見誤った場合に、契約内容が不安定・不明確になることが危惧されている。この意味で、無効確認方法の制限も、明確性の論拠に関連付けられる。また、濫用の危険性からも、公権的な無効判断を要件とすることが説明されうる。

(3) 考慮要因の一般性

以上のように作用している諸考慮要因については、これらが保険契約、あるいは、ＶＶＧが無効条項変更権を規定している一部の保険契約類型に特有のものではないことを、指摘することができる。迅速性および明確性の要請については、法が具体的な代替規律を既に用意しているか否か、そしてそれが明確であるか否かに左右されるが、保険契約においてのみ、そのような規律がしばしば欠如している、あるいは不明確である、とはいえない。また、統一性の観点についても、約款が有する定型化機能が重視される限り、保険約款以外にも妥当しうる。少なくとも、他の典型的な大量取引にも当てはまるといえよう。最後に、約款使用者に無効条項変更権を認めた場合に濫用の危険が生じることも、一般的な問題である。このように見ると、ＶＶＧにおける無効条項変更権を基礎づけるあるいは制約するものとして抽出された諸要因は、保険契約に特に当てはまるといえるかもしれないが、いずれも保険契約にしか当てはまらないものではない。それゆえに、ＶＶＧに関する議論は、保険契約を超えた一般化の余地を含んでおり、次項で扱う一方的変更権条項の規制論においても、同様の考慮が見いだされることになる。

3 解約返戻金等算定条項の問題

具体的に問題とされた解約返戻金等算定条項の事案については、次のような指摘をすることができる。

第一に、この事案は、迅速性・統一性・明確性という観点から、保険者による無効条項の変更が支持されやすい場面であったということができる。まず、明確性についていうと、ＢＧＨにおいて解約返戻金等算定条項の効力が否定された当初、それらを算定するための具体的な法律上の規定は存在しなかった。それゆえ、代替規律が不明確であった。次に、保険契約の早期解約に係わるルールが問題とされたことからは、迅速な代替規律の形成が要請さ

れ、裁判所による規律形成を待つことは、現実的でなかったということができる。すなわち、チルメル式の計算の影響を強く受ける早期解約希望者にとっては、迅速に払い戻しを受けることに強い必要性がある、と考えられる。裁判所の判断が出るまで待たなければならないというのでは、この必要性が害される。ましてや、算定ルールを確定するために、自ら訴訟を提起しなければならないとすれば、その負担は大きい。また、解約申請等を受ける保険者としても、返戻金等の算定ルールが決まらなければ、それらに対応できないことになる。最後に、統一性の観点において、解約返戻金等の算定ルールが、個々の保険契約者ごとに区々であるべきでないことは、いうまでもないだろう。以上のように考えると、解約返戻金等算定条項の事案は、保険者による無効条項の変更が基礎づけられやすい場面であった、ということができる。

第二に、解約返戻金等算定条項の例を抽象化すると、保険者による無効条項の変更が正当化されやすい場面の一つとして、数学的な一義性が要求される場面が浮上する。既述のように、ＢＧＨ二〇〇五年判決は、非チルメル式の保険料積立金の半額という最低金額を付けたチルメル式の計算方法を、代替規律として定めた。これに対して、ＶＶＧ現一六九条は、費用を当初五年の均分にして、この最低額を算定するものとしている。このような経緯に鑑みると、適正な算定規律が一つしか存在しないというわけではなく、二〇〇五年判決の処理が唯一相当な解決というわけではなかった、と見ることができる。このように、数学的な厳密さをもって定められるべき規律が問題となっている場合には、適正な規律が一つに限られないことが多いのではないか、と考えられる。また、このことは、代替規律に対する実質的な評価枠となるＢＧＢ三〇六条二項が、なお一定の裁量の余地を残していることも示唆する。この枠は、当初の約款形成を規制するＢＧＢ三〇七条以下の枠よりも狭いとしても、依然として当事者による契約形成を語る余地を残すものであるといえる。[81] さらに、契約相手方にとってより有利な代替規律も可能であると

すれば、形成の余地は、より広いものとなろう。

第三に、保険者が定めた代替規律がＢＧＨ二〇〇五年判決において効力を否定され、裁判所自身による代替規律の形成がされたという経緯からは、次のような疑問が生じるかもしれない。すなわち、変更権が正当化されやすいはずの、この事案においても、保険者による条項変更は、結局のところ、うまく機能しなかったのであり、したがって、保険者の変更権自体にどれほどの意味があるのか、という疑問である。しかしながら、この事案において保険者による変更が功を奏しなかった最大の理由は、当初ＢＧＨが、透明性の要請違反に基づいて、解約返戻金等算定条項の効力を否定していたことにある。つまり、そこでは、問題の条項が有する実質的な問題点が、明確にされていなかった。その後の判例の展開によれば、最低額を定めないチルメル式の条項は、実質的にも不相当なのであり、このことが当初から明らかにされていれば、余計な訴訟は回避された可能性が高い。このことから得られる教訓は、保険者の変更権が無意味ということではなく、実質的な問題を抱える条項について、安易に不透明性に基づく非難に終始すべきでない、ということである。

（未完）

（1）拙稿「ドイツ不当条項規制効果論における補充的契約解釈に関する裁判例の展開（一）～（三・完）」阪法六七巻（二〇一七～二〇一八年）一号六五頁・二号四五頁・五号七七頁、同「ドイツ約款法における時価条項判決の問題について――不当条項規制効果論に関する一考察――（一）・（二・完）」阪法五八巻（二〇〇九年）五号一一三頁・六号二七頁を参照。

（2）より具体的には、第二章第一節第一項において紹介する生命保険契約における解約返戻金算定条項の問題が一例となる。また、日本法の文脈においては、拙稿「不当条項差止訴訟における一部無効条項の処理」阪法六六巻三＝四号（二〇一六年）二一九頁以下において取り上げた、冠婚葬祭相互扶助業者の解約金条項の例をイメージしてもらうと、わかりやすいだろう。

（3）　後掲注（17）を参照。

（4）　昨今の民法改正作業およびその結果として成立した定型約款の変更に関する改正民法五四八条の四についての議論においても、管見するところ、無効条項の変更の問題についての配慮は見いだされない。法制審議会の資料を見る限り、約款変更の必要性については、「約款を使用した契約関係がある程度の期間にわたり継続する場合には、法令の改正や社会の状況の変化により、約款の内容を画一的に変更すべき必要性が生ずることがある」といったことが述べられている（「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf）三七二頁）。また、審議の過程で見られる具体例は、銀行取引における暴力団排除条項の既存契約への組入れ（第一一回会議議事録（http://www.moj.go.jp/content/000051605.pdf）四頁〔岡本発言〕）、公的医療保険制度と連動した医療保険の公的医療保険制度改正に応じた変更（第一一回会議議事録一八頁〔藤本発言〕）、インターネットサービスなどビジネスモデルの変化が早い分野における新規サービスの提供（部会資料七五B（http://www.moj.go.jp/content/000121260.pdf）一六頁）といったものである。

（5）　例えば、Bastian Kolmsee, „Die Anpassung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Dauerschuldverhältnissen“, 2011, 13ff. は、約款の変更を必要としうる典型的な事情として、市場状況の変化・法律的な枠組み条件の変化・判例変更・条項無効の宣告・その他を挙げている。

（6）　森田修「合意による契約の修正（一）――契約改訂における意思自律――」法協一二八巻一二号（二〇一一年）一三頁以下は、当事者の一方的意思による契約の修正と法律の明文によって許容された判事による修正との相互依存性の問題を指摘している。本稿の扱う無効条項の変更の問題においても、このような問題の一端が出現するということができる。

（7）　拙稿「ドイツ不当条項規制における『救済条項』の法的処理（一）・（二・完）」民商一三四巻（二〇〇六年）四＝五号七四頁・六号一八五頁。救済条項については、近時、「サルベージ条項」と呼ばれている（「消費者契約法専門調査会報告書」（二〇一七年、http://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2017/doc/20170808_shoukei_houkoku.pdf）一二頁を参照。）。しかしながら、本稿においては、筆者の旧稿における「救済条項」の語を維持する。

（8）　拙稿・前掲注（7）・（一）七五頁以下を参照。

（9）　ドイツ民法典三〇六条　組入れがない場合と無効の場合の法律効果（ＡＧＢＧ六条も、同一の文言である。）

(1)　普通取引約款が、その全部あるいは一部において契約の構成部分とならない場合、または無効である場合、契約は

その他の部分で依然として有効である。

(2) 約款規定が契約の構成部分となっていないか、または無効である限り、契約の内容は、法律上の規定に従う。

(3) 契約に拘束することが、第二項に規定された変更を考慮しても、一方の契約当事者にとって、期待不可能なほどに過酷であるだろう場合には、契約は無効である。

(10) ドイツ民法典三〇七条　一般条項

(1) 約款における規定は、約款使用者の契約相手方に、信義誠実の要請に反して、不相当な不利益を与える場合に、無効である。不相当な不利益は、約款規定が明確かつわかりやすいものではないことからも、生じうる（第二文は、ＡＧＢＧ九条にはない。）。

(2) 不相当な不利益は、疑わしいならば、次の各場合にも承認されなければならない。

1. 約款規定が、それによって逸脱される法律上の規律の本質的基本思想に合致しない場合、または、

2. 契約の本性から生じる本質的権利義務を、契約目的の達成を危殆化するほどに制限する場合。

(3) 略

(11) ＢＧＨ第七民事部二〇〇一年一一月二二日判決（NJW 2002, 894）、ＢＧＨ第一二民事部二〇〇五年四月六日判決（NJW 2005, 2225）、ＢＡＧ第五部二〇〇五年五月二五日判決（BAGE 115, 19）、ＢＡＧ第三部二〇一一年一二月一三日判決（NZA 2012, 738）、ＢＡＧ第三部二〇一三年五月二八日判決（NZA 2013, 1419）、ＢＧＨ第七民事部二〇一五年三月二六日判決（BGHZ 204, 346）を参照。

(12) 救済条項とＢＧＢ三〇六条二項（ＡＧＢＧ六条二項）との関係に関する学説の議論については、拙稿・前掲注（7）・（一）一〇五頁以下を参照。

(13) 拙稿・前掲注（7）・（一）一〇〇頁を参照。

(14) また、代替規律の確定基準を具体的に記述していくと、結局のところ、具体的代替規律を定める条項に近いものとなり、実用性を欠くことになろう。このような観点から実用性の欠如を指摘する見解として、Torsten Freund, „Die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen", 1998, 88を参照。

(15) Markus Stoffels, AGB-Recht (3. Auflage, 2015), 271は、具体的な代替規律を定める条項が実際上ほとんど見られないこ

とを指摘している。このようなニーズのなさも、この種の条項が論じられなくなったことの背景の一つといえよう。

(16) Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 218 は、BGB三〇六b条として次の規定を設けることを提案している。

ドイツ民法典三〇六b条　普通取引約款の変更

(1) 既存の継続的債務関係において、約款使用者は、法規定を逸脱しまたはこれを補充する規律が合意された普通取引約款の規定を、次の各場合に限り変更することができる。

―約款規定が無効と宣告された場合、または

―契約にとって重要な法律上の規定または市場状況の変更が生じた場合

(2) 変更が行われる場合には、約款使用者は、他方契約当事者の利益を相当に顧慮しなければならない。新たな約款規定は、第三〇五条二項一号および二号に掲げられた要請を遵守したうえで他方契約当事者に通知された場合にのみ、契約の構成要素となる。

また、Lorenz Sylvester Mitterer, „AGB-Korrektur in Dauer-und Langzeitschuldverhältnissen", 2013, 256 は、行為基礎障害に関するBGB三一三条の類推適用によって対応可能としながら、BGB三〇六条の中に次の規定を設けることを提案している――厳密にいえば、約款使用者の一方的変更権ではなく、変更承諾請求権についての規定である。――。

ドイツ民法典三〇六条四項

継続的または長期的債務関係において、BGB三〇六条二項の諸事例において、個別事例の諸事情を顧慮したうえで、変更されない契約に拘束することが約款使用者にとって期待不可能な場合において、BGB三〇六条三項に基づく終了が少なくとも一方の契約当事者にとって期待不可能な負担を意味するであろうときは、約款使用者は、例外的に顧客に契約の変更を請求することができる。

(17) VVGにおける無効条項変更権および解約返戻金の規律に関する我が国での先行研究として、清水耕一「ドイツ保険契約法の保険料調整条項と生命保険契約の法的枠組み」保険学雑誌五八五号（二〇〇四年）四四頁・とりわけ五一頁以下のほか、一連の業績である金岡京子「ドイツにおける生命保険約款改正――透明な生命保険約款実現の動向――」法研論集一〇一号（二〇〇二年）一〇七頁、同「医療保険の既契約の条件変更について――最近のドイツの事例を参考として――」生命

保険論集一五二号（二〇〇五年）一二二頁、同「ドイツにおける生命保険契約の透明化の動向について――連邦憲法裁判所及び連邦通常裁判所判決の影響を中心として――」保険学雑誌五九五号（二〇〇六年）九七頁、同「解約返戻金の規律に関する一考察」生命保険論集一六〇号（二〇〇七年）三一頁・とりわけ五五頁以下、同「解約返戻金の約款規制」保険学雑誌六〇三号（二〇〇八年）一〇七頁・とりわけ一一九頁以下、同「ドイツにおける生命保険約款規制の新たな展開」生命保険論集一八六号（二〇一四年）一頁、クリスティアン・アルムブリュスター（金岡京子訳）「生命保険約款規制における連邦通常裁判所の方向転換」同一三頁、同（同訳）「無効な条項に関する判決の帰結」同二八頁、同（同訳）「生命保険の最新動向」同一八九号（二〇一四年）三八頁・とりわけ四九頁以下が挙げられる。

(18) 以下、無効条項変更権の沿革については、Müko VVG/Manfred Wandt (Band 2, 2011), § 164, Rn. 9ff. を主として参照した。

(19) 普通保険約款適用令（Verordnung über die Anwendung Allgemeiner Versicherungsbedingungen）。

(20) Wolfgang Römer, VersR 1994, 125. 当時のＢＧＨ判事による要求である。

(21) 保険業界からの要求については、Reinhard Renger, VersR 1994, 753, 755 が述べている。

(22) Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 16/3945, 100.

(23) 危険型生命保険またはそれに関する条項に限定する見解として、Wolfgang B. Schünemann, Rechtsgutachten zu den tatbestandlichen Voraussetzungen, dem Inhalt und den Rechtsfolgen des § 172 Abs. 2 VVG (einseitiges Klauselersetzungsverfahren unter Treuhändervorbehalt), in: Michael Bäuerle/Wolfgang B. Schünemann, Ersetzung unwirksamer Klauseln in der kapitalbildenden Lebensversicherung aus verfassungs- und zivilrechtlicher Sicht, 2002, 63, 69ff.; Michael Bäuerle, Rechtsgutachten zu den verfassungsrechtlichen Fragen der Ersetzung unwirksamer Vertragsbedingungen in der kapitalbildenden Lebensversicherung, in: Bäuerle/Schünemann, a. a. O., 17, 51 を参照。全ての生命保険契約を適用領域とする見解として、Manfred Wandt, „Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen“, 2000, 110ff. を参照。

(24) 後掲ＢＧＨ二〇〇五年判決。

(25) BT-Drucks. 16/3945, 100.

(26) BGHZ 147, 354 の事案を例にすると、次の文言の条項であった。

「解約告知および解約返戻金の支払い

(3) 解約告知の後、あなたは、未払い保険料を控除したうえで、契約により規定された解約返戻金を受け取ることになります。解約返戻金は、あなたが支払った保険料の額ではなく、保険数理の承認された準則により計算された解約時点での保険料積立金から、相当とみなされる控除を減じたものとなります。」

「保険料支払義務のない保険への転換

(6) 第一項による解約告知の代わりに、あなたは、そこに規定された期限と期間を守ったうえで、書面により、保険料支払義務からの解放を請求することができます。この場合に、我々は、保険金額を、保険契約法一七四条二項に基づいて保険数理の承認された準則に従って計算された、保険料支払義務のない保険金額へと縮減します。あなたの保険から保険料支払義務のない保険金額の構成のために提供される金額は、未払い保険料を控除したうえでの解約返戻金です。」

(27) BGHZ 147, 354においては、次の文言の条項が問題となった。

「契約締結費用は、どのように徴収され清算されるか。

相談費用、健康情報の請求のための費用および保険証券の交付のための費用など、あなたの保険の締結に結びつき、あなたの保険に割り当てられる費用は、あなたに個別に請求されません。我々は、保険料積立金の算定に際して評価されるこれらの費用の一部を、監督法により規律された手続きに従って、あなたの保険開始時に入金された保険料と、それが保険級および管理費用のために規定されているのでない限りにおいて、清算します。」

(28) OLG Stuttgart 一九九九年五月二八日判決（VersR 1999, 832）。

(29) Schünemann, in: Bäuerle/Schünemann, a. a. O., (Anm. 23); ders., NVersZ 2002, 145; ders., VersR 2002, 393.

(30) Schünemann, in: Bäuerle/Schünemann, a. a. O., (Anm. 23), 89ff., 97ff.; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 29).

(31) Bäuerle, a. a. O., (Anm. 23).

(32) ボイアーレは、これらの原則が基本法二条一項において保護されていることを出発点とする。Bäuerle, a. a. O., (Anm. 23), 27ff. を参照。

(33) Bäuerle, a. a. O., (Anm. 23), 32f., 41.

(34) Bäuerle, a. a. O., (Anm. 23), 41ff. さらに、条項変更手続きは、相手方が保護を受けるプロセスを長期化し予見困難にするとも指摘する。

(35) Schünemann, in: Bäuerle/Schünemann, a. a. O., (Anm. 23), 98f.; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 29), 396.

(36) なお、シューネマンおよびボイアーレは、ＶＶＧ旧一七二条二項に基づく変更権が認められるためには、さらに有効な変更条項が契約に組み入れられている必要があるとする（Bäuerle, a. a. O., (Anm. 23), 51f.; Schünemann, in: Bäuerle/Schünemann, a. a. O., (Anm. 23), 111ff.）。契約の拘束力の原則に鑑みて、条項変更について保険契約者側の同意が必要であると考えるからである。もっとも、変更条項の有効性について、シューネマンは一定の緩和を認めている。すなわち、本来無効な変更条項であっても、保険契約者が一定の期間内に異議を唱えない限り、有効に契約内容になるとしている（Schünemann, in: Bäuerle/Schünemann, a. a. O., (Anm. 23), 114f.）。

(37) Schünemann, in: Bäuerle/Schünemann, a. a. O., (Anm. 23), 90f..

(38) 本文に紹介するバルトムスの見解の他に、Hans Peter Schwintowski, in: Berliner Kommentar zum VVG (1999), § 172 Rn. 25 がある。

(39) Ralph Bartmuß, VuR 2000, 299, 305f.; ders., „Lückenfüllung im Versicherungsvertrag", 2001, 130ff..

(40) Wandt, a. a. O., (Anm. 23), 107ff.; ders., „Ersetzung unwirksamer AVB der Lebensversicherung im Treuhänder-verfahren gemäß § 172 VVG", 2001; ders., VersR 2001, 1449 を参照。他に同様の見解として、Ute Kirscht, VersR 2003, 1072, 1074f. などがある。

(41) Wandt, a. a. O., (Anm. 23), 117; ders., Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 38f.; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1451.

(42) Wandt, a. a. O., (Anm. 23), 115. この記述は、ＶＶＧ旧一七二条二項ではなく、契約上の一方的変更権条項の有効要件に関するものであり、ヴァント自身、別稿においてそのことを強調している（Wandt, VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1452, Fn. 29）。しかしながら、同じ箇所において、重大な契約障害要件が補充的契約解釈の要件とパラレルであることを指摘しており、また、ＶＶＧ現一六四条の注釈においても両者を同義に説明している（後述）。これらのことからすると、一方的変更権条項の有効要件に関する記述は、ＶＶＧ旧一七二条二項の要件についてもあてはまるものとして考えられていたのではないか、と窺われる。

(43) Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 39; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1452.

(44) Müko VVG/Wandt, a. a. O., (Anm. 18), Rn. 50.

(45) 以上のような補充的契約解釈に関する判例の理解は、拙稿・前掲注（1）「裁判例の展開」において論じた期待不可能性基準に対応するものである。

(46) Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 40f.; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1452.

(47) Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 40, Fn. 52; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1452.

(48) Egon Lorenz, VersR 2001, 1146, 1147f.; ders., VersR 2002, 410, 411.

(49) Lorenz, 2001, a. a. O., (Anm. 48), 1147; ders., 2002, a. a. O., (Anm. 48), 411.

(50) Lorenz, 2001, a. a. O., (Anm. 48), 1147f.; ders., 2002, a. a. O., (Anm. 48), 411.

(51) Lorenz, 2001, a. a. O., (Anm. 48), 1148; ders., 2002, a. a. O., (Anm. 48), 412.

(52) 他に結論において同様の見解として、Jürgen Prölss, in: Prölss/Martin VVG (27. Auflage, 2004), § 178g Rn. 35.

(53) Helmut Kollhosser, VersR 2003, 807; ders., in: Prölss/Martin, a. a. O., (Anm. 52), § 172. 結論的に同様の見解として、Martin Fricke, NversZ 2000, 310, 313f. も参照。

(54) Kollhosser, a. a. O., (Anm. 53), 809ff.; ders., in: Prölss/Martin, a. a. O., (Anm. 52), Rn. 25f., 33.

(55) ドイツ民法典三一五条　一方当事者による給付の確定

(1) 給付が契約当事者の一方によって確定されるものとされるとき、疑わしい場合には、その確定が衡平な裁量により行われるべきものとする。

(2) 確定は、相手方に対する表示によって行われる。

(3) 確定は、衡平な裁量によって行われるべきとき、衡平に合致する場合に限り、相手方を拘束する。確定が衡平に合致しない場合、判決によって確定が行われる。確定が遅延するときも、また同じ。

(56) Kollhosser, a. a. O., (Anm. 53), 811f.; ders., in: Prölss/Martin, a. a. O., (Anm. 52), Rn. 36.

(57) Müko VVG/Wandt, a. a. O., (Anm. 18), Rn. 24.

(58) Bartmuß, VuR, a. a. O., (Anm. 39), 306; ders., Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 131.

(59) Müko VVG/Wandt, a. a. O., (Anm. 18), Rn. 24.

(60) Kollhosser, a. a. O., (Anm. 53), 809; ders., in: Prölss/Martin, a. a. O., (Anm. 52), Rn. 23. 他は、Jürgen Prölss, in: Prölss/Martin, a. a. O., (Anm. 52), § 178g Rn. 34a も、約款の無効について真摯な疑いがある場合には、保険者に代替権限が認められなければならないとする。

(61) Wandt, a. a. O., (Anm. 23), 120ff.; ders., Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 44f.; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1453.

(62) 前掲BGH二〇〇五年判決、Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 44f.; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1453; Kirscht, a. a. O., (Anm. 40), 1074 などを参照。

(63) Schünemann, in: Bäuerle/Schünemann, a. a. O., (Anm. 23), 108f..

(64) ドイツ保険契約法旧一七六条

(3) 解約返戻金は、保険数理の承認された準則に従って、継続中の保険期間の終了時について、保険の時価として算定されなければならない。

(65) ドイツ保険契約法旧一七四条

(2) （保険料支払義務のない保険への）転換において、保険料支払義務がない場合の保険給付の算定は、保険数理の承認された準則に従って、保険料計算の計算基礎によって行われなければならない。

(66) Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 13ff.; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1457f..

(67) Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 25f..

(68) Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 39f.; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1458.

(69) Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 27ff., 41ff.; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1459f..

(70) ドイツ保険契約法旧一七四条

(4) 保険者は、控除が合意されかつ相当な場合にのみ、控除の権限を有する。

(71) ドイツ保険契約法旧一七六条

(4) 保険者は、控除が合意されかつ相当な場合にのみ、控除の権限を有する。

(72) Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 17f.; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1458.

(73) Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 33ff; ders., VersR, a. a. O., (Anm. 40), 1458f..

(74) 注（28）を参照。

(75) これに対して、解約返戻金の算定等に関する条項の変更手続きについては、ＢＧＨ判例が基礎とされた。

(76) ＢＧＨ第四民事部二〇一三年六月二六日判決（VersR 2013, 1381）。

(77) Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004, 259, 393ff..

(78) BT-Drucks. 16/3945, 102.

(79) ＢＧＨ第四民事部二〇一三年九月一一日判決（BGHZ 198, 195）。

(80) ＢＧＨ第四民事部二〇一二年七月二五日判決（BGHZ 194, 208）、同二〇一二年一〇月一七日判決（NJW-RR 2013, 146）、同二〇一二年一二月一九日判決（VersR 2013, 565）。

(81) Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 41.