The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	無効な約款条項の変更（二）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2018, 68(2), p. 27-82
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87150
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（二）

武田直大

第一章　序論
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（以上、阪大法学六八巻一号）
第二項　一方的変更権条項に関する議論
一　緒論
二　議論の整理
三　議論の分析
第三項　小括
第二節　合意による無効条項の変更
第一項　緒論
第二項　議論の整理
一　変更約款の指示と認識可能性の確保
二　相手方の同意の認定
第三項　議論の分析

一　合意による約款変更に関する議論の構造
二　合意による無効条項の変更（以上、本号）

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（承前）

第一節　約款使用者の一方的変更権（承前）

第二項　一方的変更権条項に関する議論

一　緒論

この項では、約款中に定められた一方的変更権条項の効力に関する議論を扱う。一方的変更権条項は、ドイツの実務において、とりわけ保険契約に見いだされるとされている。[82] この種の条項の内容規制に関する代表的な最上級審裁判例である後掲ＢＧＨ一九九九年判決も、保険約款に関するものである。学説にも、保険約款に焦点を合わせて検討を加えるものが多い。もっとも、より広く継続的・長期的契約における約款の変更の問題として、このような条項の効力を考察する研究も行われており、いずれのタイプの議論においても、語られている内容に大きな差はない。このことは、ＶＶＧに関して先に指摘したように、約款使用者に無効条項変更権を認めるか否かを論じる際に考慮されるべき要因が、保険契約に特有のものではなく、その他の契約にも当てはまりうるものであることに起因している、と考えられる。

さて、一方的変更権条項が条項無効を変更原因として挙げている限りにおいて、そのような条項は、救済条項としての性格を有することになる。それゆえ、そのような条項の有効性については、救済条項に関してされた議論が直接に当てはまることになる。もっとも、約款変更の主題の下で展開される一方的変更権条項の有効要件に関する

議論には、救済条項論に尽きない、むしろＶＶＧにおける無効条項変更権に関する議論と類似するものを見出すことができる。本項においては、前項におけるＶＶＧの議論との対応に留意しながら、条項無効を変更原因とする場合における一方的変更権条項の有効要件に関する議論を整理する。その他の変更原因に基づく一方的変更権の留保については、取り上げない。なお、一方的変更権条項の規制がＢＧＢ三〇八条四号[83]（ＡＧＢＧ一〇条四号）に基づくのか同三〇七条（ＡＧＢＧ九条）に基づくのかについては、見解が分かれている。後述のように、判例は、後者に依拠している。もっとも、いずれの規定に依拠する場合であっても、論じられている有効要件の内容は、大きくは変わらない[84]。それゆえ、以下では、各見解が依拠する条文を文脈に応じて示すが、内容的な観点から議論を整理する。

二　議論の整理

1　条項無効の変更原因としての正当性

一般に、約款使用者が一方的な約款変更権限を留保するためには、正当な変更原因が必要であると考えられている。条項無効が正当な変更原因となりうるかについては、ＶＶＧの無効条項変更権と同様、ＢＧＢ三〇六条二項（任意規定または補充的契約解釈による代替）との関係で、約款使用者の変更権がどのように正当化されるか、または正当化されないか、にかかってくる。この点に関する議論状況は、次のように整理することができる。

(1)　条項無効を原因とする一方的変更権の留保を一般的に許容しない見解

一部の学説は、条項無効を原因とする一方的な変更権の留保は一切許されないと論じる。約款使用者のリスク負

担および効力維持的縮減の禁止[85]、または、一方的に約款使用者の利益に方向づけられた規律によってＢＧＢ三〇六条二項を排除しえないこと[86]を理由とする。このような見解は、約款使用者の一方的変更権を同規定からの逸脱と考える点において、ＶＶＧ旧一七二条二項に関するシューネマンの見解と共通する、といってよいだろう[87]。

この見解に立つ論者の一人によれば、同意擬制条項にのみ可能性が残されている[88]。これに対して、一方的変更権条項の可能性を認める論者からは、適切に限定された条項について異議権（相手方が異議を唱えることによって約款変更を阻止する権利）は不要であることが説かれている。すなわち、変更権条項は、制定法規定が欠如し、補充的契約解釈が一義的な結論をもたらさない場合に、意義を有する。そのような場合に、約款使用者に欠缺ある契約の継続を強いることを、相手方の手に委ねることはできない、とする[89]。

(2) 補充的契約解釈が必要な場合にのみ正当な変更原因を認める見解

第二に、ＢＧＢ三〇六条二項における補充的契約解釈の要件とパラレルに、無効条項に代わる制定法規定がない場合にのみ、約款使用者による一方的変更が可能であるとする見解がある[90]。

そのような見解として、まずは、保険契約に焦点を合わせたヴァントの議論を挙げることができる。ヴァントによれば、ＶＶＧ上の無効条項変更権におけるのと同様に、一方的変更権条項の有効要件としても、約款使用者（保険者）による無効条項変更の必要性が要求される（ＡＧＢＧ九条に基づくとする[91]）。この必要性は、第一に、重大な契約障害の存在を要件とする。重大な契約障害は、給付確定条項が無効とされた場合には、保険保護と保険料の不均衡から生じうるが、さらに、規律欠缺により契約実行に際しての困難が生じる場合にも、認められる（後掲ＢＧＨ一九九九年判決に従う。）。そのうえで、ヴァントは、欠缺を適切に補充する制定法の規律が存在するか否かに

より、必要性の判断を分ける。すなわち、そのような規律が存在する場合には、保険者による代替は必要とされない。これに対して、適切な制定法規律が存在しない場合には、補充的契約解釈の要件が存在する場合であっても、大量取引における法的安定性（統一性）および迅速性の観点から、保険者による代替が必要とされる。もっとも、ＢＧＨが（個別事例から切り離された一般的な）補充的契約解釈を行った場合には、もはや保険者による変更の必要性はない。ヴァントは、このように場合を分けて「必要性」の有無を論じるが、他方で、制定法規律が存在する場合でも、それと内容的に対応する条項による代替は可能であるし、また、ＢＧＨが補充的契約解釈を行った場合でも、それによる規律と内容的に対応する条項による代替は可能であるとする。(92)

ＶＶＧ旧一七二条二項とＢＧＢ三〇六条二項との関係については、効果の違いに注目して後者の優先を説いていたバルトムスも、保険契約における一方的変更権条項の有効要件については、補充的契約解釈の要否に焦点を合わせている。ＡＧＢＧ一〇条四号に依拠する彼の見解によれば、契約内容について不確実性が存在する場合にも、約款使用者（保険者）の承認に値する変更利益が生じうる。このことは、とりわけ、約款条項が無効であるが任意法が存在せず、したがって、補充的契約解釈が行われなければならない場合について、当てはまる。補充的契約解釈には、全ての契約について統一的に適用されるための法律上の基礎が欠けているからである。(93) 他方で、この場合に、従来の約款内容を維持する相手方（保険契約者）の利益は、ごくわずかでしかないことから、ＡＧＢＧ一〇条四号にいう期待可能性が肯定される、とする。(94) 以上のようにバルトムスがＶＶＧ旧一七二条についてと考え方を異にしている背景には、ここでは契約条項の効力、すなわち、契約自由の限界づけが問題であることから、変更権の留保を許さない積極的な理由がない限り、当事者の意思が優先されなければならない、との考慮があるのではないかと考えられる。

(3) 条項無効を一般的に正当な変更原因とする見解

第三の見解として、条項無効の場合には、無効条項に代わる任意規定が存在するか否かにかかわらず、一般的に約款使用者の変更権限が正当化されるとするものがある。この見解に立つフロイント（Torsten Freund）は、AGBG一〇条四号における期待可能性の問題として、次のように論じている。すなわち、条項無効の場合において代替規律の内容を知ることは、両当事者の利益である。とりわけ、補充的契約解釈によって欠缺補充がされる場合には、両当事者の不安定性が大きい。また、効力維持的縮減の禁止により条項全部無効がもたらされる場合にも、制定法の規律が存在するのか、または補充的契約解釈が適用されるのかについて、問題が生じる。このように、無効条項の代替は、契約相手方にとっても利益であることから、変更原因として許容される。もっとも、条項無効は約款使用者の負担すべきリスクである。しかしながら、新条項が法律上の規律または補充的契約解釈によってもたらされる規律に合致するのであれば、契約相手方の法的地位の改善になり、少なくとも不利益はない。それゆえ、相手方に有利な変更として許容される、とする。[95] 以上のような見解は、VVGに関するローレンツの見解と同様、代替規律の明確性を重視して、BGB三〇六条二項のもとで代替規律がどのように確定されるかにかかわらず、約款使用者の一方的変更権を認めるものといえる。

その他に、相手方の利益に鑑みて制定法の規律と少なくとも同等な変更[96]や、制定法よりも相手方に有利な規律による代替[97]は、BGB三〇七条二項一号、三〇六条二項に反しないことを理由に、無効条項に代わる任意規定の有無を変更原因の正当性において考慮しない見解もある。この種の見解は、救済条項に関する議論をそのまま受け継いだものといえる。

(4) 判例の立場

一方的変更権条項の効力に関する最上級審の裁判例としては、ＢＧＨ第四民事部一九九九年三月一七日判決（BGHZ 141, 153）が、最も重要なものとして位置づけられる。[98] 同判決においては、法的保護保険における一方的変更権条項の差止めが問題となった。この条項は、約款条項が無効である場合およびその他の場合につき、保険者は個別条項を補充または代替する権限を有するものとしていた。[99] ＢＧＨは、このような条項の有効性をＡＧＢＧ九条一項に基づいて評価したが、[100] その際に、一方的な約款変更が認められる場面を次のように限定した。すなわち、①保険者が惹起したのでも影響を与えたのでもない予見不可能な事情変更により、契約締結時に存在した均衡関係が軽微でない程度に害された場合と、②判例が条項を無効とした場合など、規律欠缺が、変更または補充によってのみ除去されうる契約実行に際しての困難を生じさせる場合に限られる、と。問題の条項は、これらの場合を超えて保険契約者の契約上の地位を不利益に変更しうる点で、ＡＧＢＧ九条一項に抵触するものとされた。さらに、ＢＧＨは、法律が欠缺補充または不均衡の調整のための規律を用意している場合には、保険者による約款変更は必要ないものとした。とりわけ、約款条項の無効が変更の必要性をもたらす場合には、ＡＧＢＧ六条二項が介入することから、この規定を逸脱する契機は存在せず、逸脱すれば、ＡＧＢＧ九条二項一号違反に当たる。制定法規定による調整が功を奏さない限りで変更条項の余地がある、とされた。以上のようなＢＧＨ一九九九年判決の判示は、文字どおりに受け取れば、補充的契約解釈が必要な場合にのみ正当な変更原因を認める見解に立つものと理解することができる。このような理解をとるならば、ＢＧＨ一九九九年判決は、ＶＶＧ旧一七二条に関するＢＧＨ二〇〇五年判決と比較して、約款使用者の一方的な約款変更権限の要件を厳格に考えている、ということになる。

もっとも、ＢＧＨ一九九九年判決の立場が、任意規定の有無を問わない前述(3)の見解と異なるものであるかにつ

いては、別の理解も可能である。というのは、同判決で問題となった条項は、代替規律を無効な条項にできるだけ近い内容とするものであった[101]。この内容的な基準は、任意規定を契約相手方の不利に逸脱することを許すものと読むことができる。それゆえ、一九九九年判決は、そのような条項の効力を否定しただけであり、制定法と同等の利益調整を図る条項またはそれよりも相手方に有利な代替規律をもたらす条項を禁じたわけではない、と考えることも可能である。学説においては、このような理解も見受けられる[102]。

この点について、より近年の裁判例においては、異なるニュアンスが見受けられる。すなわち、インターネット接続契約および関連製品販売契約における約款等変更条項の差止めが問題とされたＢＧＨ第三民事部二〇〇七年一〇月一一日判決（NJW-RR 2008, 134）においては[103]、事情変更による均衡障害と規律欠缺による契約実行の困難という二つの場合に限って一方的変更権が正当化されることについて、ＢＧＨ一九九九年判決の判示が繰り返された。しかしながら、この判決には、制定法規定（ＢＧＢ三〇六条二項）との関係に関する判断が見られない。この点において、一九九九年判決の考え方が引き継がれていない可能性がある。

2　不利益変更の禁止

条項無効を正当な変更原因として認める場合においても、あらゆる変更が正当化されると考えられているわけではない。むしろ、条項無効を変更原因として承認する論者は、任意規定または補充的契約解釈の結論よりも契約相手方に不利な変更は許されないとする。代替規律の内容に関するこの基準は、不利益変更の禁止（Verschlechterungsverbot, Schlechterstellungsverbot）として表現されている[104]。このような考え方は、救済条項に関する議論において示されていた支配的見解、また、ＶＶＧの無効条項代替規定に関する判例および支配的見解に一致する。な

お、前掲ＢＧＨ一九九九年判決は、この基準を述べていないが、既述のように、異なる内容的基準――無効条項にできるだけ近い規律による代替――を規定する変更条項を無効としている。

3　条項無効の判断主体

前掲ＢＧＨ一九九九年判決は、条項無効を判断する権限が誰にあるのかが不明確な点においても、問題の約款変更条項を非難した。同判決によれば、この条項は、平均的な保険契約者を基準として、保険者自らが条項を無効と認めたに過ぎない場合でも契約内容を変更しうるものと、解釈することができる。しかしながら、このことは、約款変更の必要性の要件に合致しない、とされた。

学説においては、ＶＶＧ旧一七二条二項・現一六四条に関する議論の影響を受けて、最上級審の判断は不要であるが裁判所の既判力ある無効判断等を求める見解[105]や最上級審の判断を必要とする見解[106]がある。これに対して、約款使用者が条項の有効性に真摯な疑いを抱き、それをできる限り迅速に除去しようとすることで十分である、との見解も主張されている[107]。

4　その他の実質的な有効要件

一方的変更権条項のその他の有効要件に関する議論として、第一に、条項無効についての約款使用者の予見可能性の問題が挙げられる。学説の一部には、約款使用者が契約締結時に既に無効を認識していた条項について一方的変更権を留保しえないとする見解[108]、さらに条項の有効性について具体的な疑いがあった場合にも同様とする見解[109]がある。

第二に、一方的変更権条項一般に関しては、約款使用者の変更権に対する補償として――または、条項が十分に具体化されていないことの補償として――、契約相手方に解約告知権を与える必要があるかについても、議論がある。[110] もっとも、条項無効を原因とする一方的変更権については、次のような理由から告知権の付与が不要とされている。すなわち、一方的変更権条項に基づき許容される代替規律は、約款使用者（保険者）の給付を縮減するものではない。相手方は、無効条項の代替なき削除がもたらす利益を代替規律により受けられなくなるかもしれないが、そのような不利益は甘受しなければならない。また、相手方が別の同等の規律を好むというだけで、告知権を与えることはできない。これらの理由から、解約告知権の付与は、一方的変更権条項の有効要件とはならないとされる。[111]

5　具体化の要請

ここまで述べてきた諸々の有効要件は、一方的変更権条項に基づく変更権行使の段階で、初めて問題になるものとはされていない。むしろ、条項無効が約款変更の原因となること、その際に最上級審による無効判断等が必要なこと、[112] 不利益変更の禁止、[113] また、必要とする場合には、条項無効の予見不可能性の要件は、[114] 変更条項それ自体において具体化されていることが要求されている。

これに対して、変更の対象となる約款条項を特定する必要があるかについては、議論がある。ＢＧＨは、条項無効以外の原因も含む一方的変更権条項につき、契約相手方は、いかなる領域において変更を考慮しなければならないか、予見することができなければならないとして、変更のありうる条項範囲の具体化を要求する。[115] 学説においても、変更可能な条項を逐一列挙することが困難であっても、抽象的・主題的な特定が必要であるとする見解がある。[116] このような変更対象領域の具体化の要請に対しては、条項無効を原因とする約款変更につき、条項無効は通常、い

ずれの当事者にとっても予見不可能であり、対象の限定が困難であるとの反論がある。[117]

三　議論の分析

1　保険契約法における無効条項変更権と共通する議論

以上の整理からは、変更原因としての正当性、不利益変更の禁止、条項無効の判断主体といった点において、一方的変更権条項の有効要件についても、ＶＶＧ上の無効条項変更権についてと概ねパラレルな議論がされているといえる。すなわち、変更原因の正当性について、ＢＧＢ三〇六条二項が予定している任意規定および補充的契約解釈という枠組みとの関係で、約款使用者に無効条項変更権を留保する必要があるのかというかたちで、ＶＶＧに関する必要性についてと同様の議論が見いだされる。不利益変更の禁止として論じられているＢＧＢ三〇六条二項の内容的な基準性や、無効判断主体についての議論も、ＶＶＧにおけるのと同様である。これらの議論においては、ＶＶＧにおける議論に見いだされた考慮要因、すなわち、迅速性・統一性・明確性・濫用の危険といった観点が、同じく考慮されるといえよう。ただし、これらのプロセス的な観点が、救済条項論において問題とされた結果的な観点との間で、十分に仕分けされているとはいえない。

もっとも、これらの争点について、ＶＶＧ上の無効条項変更権と約款における一方的変更権条項とを、全く同一に考える必要があるかは、問題として残る。まず、バルトムスの議論について述べたように、前者では、ＢＧＢ三〇六条二項との法規定相互の関係が問題とされるのに対して、後者においては、契約自由の制限が問われている。この違いが、意味を有する可能性がある。次に、想定される契約の種類、約款使用者の性格なども問題となってくる可能性がある。ＶＶＧの無効条項変更権は、保険約款（それも一部の保険契約類型の）を対象としていた。これ

に対して、一方的変更権条項の議論においては、論者によるが、保険契約一般におけるそれが対象とされることもあれば、より広く、継続的あるいは長期的な契約における約款の変更一般が説かれることもある。BGHの裁判例においては、保険契約（一九九九年判決）とインターネット接続契約（二〇〇七年判決）とが問題とされていた。もっとも、このような議論の射程距離は、ほとんど議論の内容を左右しておらず、むしろ、VVGの無効条項変更権についてと同様の考慮が、一方的変更権条項の有効要件にもかなりの程度当てはめられていた、と見ることができる。判例も、両判決の対象契約の違いにかかわらず、類似の判示をしている。このことは、保険契約における無効条項変更権を基礎づけ、または逆に制約する諸要因が、保険契約にしか当てはまらないものではないことによる。もっとも、それら諸要因の評価・衡量は、どのような契約・約款使用者を想定するかによって、変わりうるのではないか。

2　保険契約法における無効条項変更権について見られない議論

(1)　条項無効の予見不可能性

一方的変更権条項の有効要件として、条項無効についての約款使用者の予見不可能性を要求する見解は、VVGの無効条項変更権には見られないものである。この種の見解については、次の二つの理解がありうる。

第一に、予見不可能な不当条項については効力維持的縮減の禁止が働かないとの考え方を前提に、それとパラレルに、一方的変更権の要件を定めようとしている、という理解である。実際、一方的変更権条項について予見不可能性を要求する論者は、このような論法を展開し、[118] または、救済条項に関する同種の議論を参照している。[119] もっとも、効力維持的縮減の禁止とパラレルに一方的変更権の要件を定めることには、次の諸問題を指摘することができ

る。まず、現在のドイツにおける判例および支配的見解は、効力維持的縮減の可否を約款使用者の主観的態様にかからしめていないことである。補充的契約解釈においては、これが考慮される可能性があるが、判例の傾向としては、条項無効によって約款使用者が受ける不利益の程度が重視されている。このような内容規制効果論の枠組みを前提とするならば、予見不可能な不当条項については効力維持的縮減の禁止が機能しないことを理由に、一方的変更権も認めることはできない。また、効力維持的縮減の是非についてどのように考えるにしろ、一方的変更権条項を介して認められる代替規律についてＢＧＢ三〇六条二項が内容的な基準を与えるのであれば、条項無効の予見可能性もその基準を形成する一要素として取り込むことで、一方的変更の可否自体について、この要素を問題とする必要はないはずである。ヴァントは、ＶＶＧにおける無効条項変更権に関して、この権利は保険契約者の利益にも資することから、保険者が条項無効について故意または重過失がある場合であっても、代替権は失効せず、これらの事情は、代替規律の内容確定に際して考慮される方が、より適切であるとしている。(120)

第二に、論者によって直接に述べられているところではないが、意図的にあるいは疑わしいにもかかわらず無効な条項を使用した約款使用者に代替規律の確定を委ねることは、濫用の危険が大きいことから、予見不可能性を一方的変更権の要件とする趣旨に理解することが、考えられる。このような理解によるならば、代替規律の内容の問題とは切り離して、もっぱら手続き的な側面から、予見不可能性の要件を位置づけることができる。もっとも、仮にこのような意味での予見不可能性要件を是とするならば、濫用の危険について一定の対処が図られる一方、迅速性や明確性といった、裁判外で代替規律が確定されることの契約相手方にとっての利点は、後退することになる。

(2) 解約告知権の必要性

一方的変更権の補償として契約相手方に解約告知権を与えることは、条項無効を理由とする変更において、不要と考えられる。ここでの変更権が、不利益変更の禁止に服し、ＢＧＢ三〇六条二項の内容的な枠組みにおいて可能な代替規律を、裁判外の手続きにおいて確定するに過ぎないものであるとするならば、ＢＧＢ三〇六条において、相手方に契約からの離脱が原則として認められていない以上（同一・三項を参照。）、変更権が行使された場合に、相手方に解約の選択肢を与える必要はないからである。

(3) 具体化の要請

変更権の有効要件の具体化は、ドイツ法において、約款変更条項だけでなく、約款使用者が契約内容を変更する権限を留保する条項について、広く設定されてきたものである。この要請は、約款使用者が表向き広範な権限を有するかのように見せかけることを阻止するものであり、やはり権限濫用の危険に対処するものであるといえる。

変更可能領域の具体化を要求することについても、仮に条項無効が原因となる場合にもそのような要求を課すのであれば、ＶＶＧの無効条項変更権には見られない議論である。しかしながら、無効条項の変更権限の留保について、このような要求を課すことには、問題がある。というのは、規制に服し無効とされうる条項は多岐に及び、意味のある形で変更可能範囲を画することは困難である、と考えられるからである。

第三項　小括

本節において見てきた約款使用者の一方的変更権に関する諸議論からは、無効条項に代わる規律を確定するうえ

でのプロセス的な問題を、次のような形で抽出することができる。すなわち、実体法的には（任意規定または補充的契約解釈による）代替規律の当然妥当、手続法的には（補充的契約解釈の名における）裁判所による代替規律の確定によっては、迅速かつ統一的な代替規律の確定が図られず、また、契約相手方にとっても代替規律の内容が明らかにならないのではないか、という問題が生じる。この問題は、とりわけ、契約内容が直接問われるわけではない差止訴訟においては補充的契約解釈が行われず、条項無効の判断と代替規律の判断とが同時に行われない可能性があることから、懸念される。

このような問題に対処するために、約款使用者に単独で無効条項を代替・変更する権限を認めることが検討される。この検討における考慮要因としては、まず、この種の権限を基礎づける方向に作用するものとして、迅速性・統一性・明確性の三つが挙げられる。すなわち、約款使用者が裁判外で無効条項の変更を行うことにより、迅速かつ統一的に代替規律を確定させることができるということ、また、この変更が通知されることにより、契約相手方にとっても契約内容が明確になることである。[12] これに対して、一方的変更権を阻害する方向に作用する考慮要因として、権限濫用の危険が問題とされる。

これらの考慮要因に基づく検討点としては、とりわけ次の二つを挙げることができる。第一に、一方的変更権と任意規定または補充的契約解釈との関係である。ごく簡単にまとめると、迅速性・統一性の観点からは、補充的契約解釈の必要性と一方的変更権が結びつくが、明確性の観点を加味すると、任意規定による補充がされる場合にも、それを契約相手方にとっても明確にする意味で、任意規定と同内容の規律を補充する一方的変更権が認められうる。第二に、一方的変更権の前提となる条項無効の判断の問題である。迅速性の点からは、約款使用者自身が無効判断を下した場合にも、一方的な変更が肯定されうる。これに対して、明確性や濫用の危険を重視するならば、公権的

な無効判断を要件とすることに行きつく。

以上のような一方的変更権に関する議論は、とりわけ保険法の分野において展開されてきたということができる。VVGにおける無効条項変更権に関する議論はもちろん、一方的変更条項に関する代表的な判例も保険契約に関するものであり、また、同条項に関する学説も保険契約を対象とするものが多い。このように保険法を中心に展開されてきた理論が、その他の契約においてどこまで当てはまるのかについては、なお検討の余地がある。本節において抽出した諸要因に基づいて抽象的にいえば、次のように考えることができよう。すなわち、①迅速な処理が要請される契約または契約上の問題について、②統一的な処理が要請される大量取引について、③任意規定が未整備の契約について、約款使用者による無効条項の変更が必要とされやすい。また、④約款使用者に適切な権限行使についての信頼性がある場合に、変更権限が認められやすい。

第二節　合意による無効条項の変更

第一項　緒論

既述のように、無効な約款条項をどのようなプロセスによって変更するかという問題意識からは、法律または契約（約款）に基づく約款使用者の一方的な無効条項代替権の可能性だけでなく、変更契約（BGB三一一条一項）[122]、すなわち、両当事者の合意によって無効条項を変更する可能性が浮上する。前節で見たように、一方的変更権に対して厳格な制約が課されるとするならば、すなわち、任意規定または補充的契約解釈によるのと同水準の代替規律しかもたらすことができず、また、最上級審判例等による公権的な無効判断が必要とされるならば、合意による条項変更は、約款使用者にとって考慮に値する選択肢となる。[123] つまり、約款使用者が、無効条項を修正した約款によ

り、新旧の契約についてその内容を統一したいと欲したとしても、この欲求は、可能な代替規律の内容に制限のある一方的変更権によって、完全には実現されない。また、公権的な無効判断が存在しない段階で無効の疑いのある条項を自発的に修正しようとする場合にも、相手方との合意が必要となる。さらに、一般的な無効条項変更権が確立されていないドイツ法の現状においては、そもそも法律上または契約上の一方的変更権が存在しない場合に、変更契約の方法に頼らざるを得ないことになる。そこで、合意による約款変更の枠組みが、検討されるべき課題として浮かび上がる。

合意による約款の変更についても、当初の約款の組入れと同様の法的な枠組みが、基本的に妥当すると考えられている。[124] すなわち、消費者契約においては、ＢＧＢ三〇五条二項[125]（ＡＧＢＧ二条一項）以下が（類推）適用される。[126] この規定によれば、約款変更を企てる約款使用者としては、新たな約款を指示し（一号）、相手方がその内容を認識することができるようにしたうえで（二号）、相手方の同意を得ることが必要となる。そこで、①約款使用者としては、変更約款の指示や認識可能性の確保をどのように行えばよいのか、[127] また、②どのような場合に相手方の同意があったと認められるのか、という問題が生じる。[128] これに対して、契約相手方が事業者である場合には、約款の変更に変更契約が必要であることは変わらないものの、ＢＧＢ三〇五条二項以下が適用されないが（ＢＧＢ三一〇条一項一文、[129] ＡＧＢＧ二四条一文）、本稿においては、事業者間の契約に関する検討を保留する。

先の二つの問題のうち、ドイツにおいて特に議論が集中しているのは、②の方である。変更契約が約款使用者にとって簡便な約款変更の方法となるか否かは、相手方からの同意の取りやすさにかかっている。約款使用者が変更の申込みをしても、相手方から明確な応答が得られないことが多いのではないか、と考えられる。そこで、相手方が明示的な同意をしていない場合においても、なお変更合意を成立させる可能性が問われる。具体的には、次の三

つの問題が議論の俎上に上がっている。第一に、約款使用者による変更申込みに対して相手方が沈黙していることをもって、相手方の同意と認めてよいか、という問題である。第二に、申込みに対して明示的に応答することなく契約関係を継続していることをもって、推断的に相手方の同意を認定してよいか、という問題である。第三に、予め約款中に同意擬制条項を設けておくことで、相手方から応答がない場合にも、同意を擬制することができないか、という問題である。以下では、①の問題に簡単に触れたうえで、②の問題についての議論状況を整理する。

第二項　議論の整理

一　変更約款の指示と認識可能性の確保

変更約款の指示および認識可能性の確保については、次のようなことが説かれている。

まず、変更約款の指示について、ＢＧＢ三〇五条二項一号にいう明示的な指示とは、「誤解の余地なく、顧客にとって明確に認識可能な形で」当該約款が指示されることであるとされる。[130] 約款の変更に関してこの要件に言及する諸学説においては、ほぼ一致して、次のように論じられている。すなわち、①何らのコメントも付さずに新約款を契約相手方に送付または交付するだけでは、明示的な指示とはいえない（相手方が誤って送られたものと勘違いする可能性があるから。[131]）、②単に計算書・納品書・領収書において新約款を指示するだけでは、十分でない（相手方は、それらに約款変更の申込みが含まれているとは想定しないし、想定する必要もないから。[132]）、③特別な書面などによって、約款変更の申込みであることを認識可能にする必要がある、[133] というようにである。また、いかなる変更が主題となっているのかを個別に指摘する必要性を説く見解もある。[134]

次に、ＢＧＢ三〇五条二項二号の下で約款変更の内容を相手方に認識可能にする方法については、約款中の変更

部分を強調する必要があるか、が問題とされている。この点について、ＡＧＢＧ制定当時の学説には、約款の組入れに際して条項を個別に指示する必要がないことから、変更部分を特別に挙示する必要はないとする見解も見られる。[135] しかしながら、その後の学説においては、新旧約款の対照表が必要であるかについては、見解が分かれているものの、[136] ほぼ一致して、少なくとも変更部分を強調する必要があることが説かれている。[137]

以上を要するに、約款変更の申込みに当たっては、ＢＧＢ三〇五条二項に基づいて、約款の変更が申し込まれていること、また、どのような変更が申し込まれているのかを、相手方が明確に認識することができるようにしなければならない、と考えられているといえる。

二　相手方の同意の認定

変更申込みに対する相手方の同意の認定についての議論の中には、一般法律行為論のレベルでの承諾の認定に関する議論と、約款変更について約款使用者が有する利益に基づく特別な処理についての議論とが混在している。また、合意による約款変更一般についての議論と、無効条項の変更に焦点を合わせた議論とがある。そのため、議論全体の見通しは必ずしも良くないが、以下では、なるべく各議論の行われているレベルを意識して、議論状況の整理を行う。

1　沈黙による同意の可能性

約款変更の申込みに対して相手方が沈黙していることをもって同意と認めてよいかについては、不利益変更と利益変更を区別した議論がされている。

(1) 不利益変更の場合

少なくとも相手方にとって不利益となる変更については、約款変更の申込みに対して相手方が沈黙したとしても、そのことをもって相手方の同意と評価することができないことについて、ほぼ議論が一致している。約款の変更についても、単なる沈黙は表示価値を有しないという一般法律行為論の原則が当てはまる、と考えられている[138]。また、仮に沈黙を同意と見てよいとするならば、ＢＧＢ三〇五条二項（ＡＧＢＧ二条）の保護目的が達成されないであろうことも、沈黙による同意を否定する理由として挙げられている。すなわち、この規定は、約款の組入れを契約相手方の明確な意思にかからしめんとするものである[139]。これに対して、ＡＧＢＧ施行前の判例は、約款の使用が当該取引部門において慣行となっており、相手方が約款の存在を知らなければならなかった場合には、異議を唱えなかったことで十分であるとしていた（Wissen-Müssen-Formel）[140]。ＢＧＢ三〇五条二項の規定は、このような旧法下の判例を克服しようとするものであるが、沈黙による同意を認めたのでは、再び相手方に異議を唱える負担を課すことになり、規定の目的が果たされないとされる[141]。

(2) 利益変更の場合

相手方にとって利益となる変更については、相手方の沈黙を同意と評価してよいとする見解が、相当程度支持を集めている[142][143]。また、意思実現の規定（ＢＧＢ一五一条[144]）に従い、相手方に有利な変更については、同意の表示を不要とする取引慣行があるとする見解や[145]、相手方の意思なしに出捐がされ、出捐者が相当な期間を定めて承諾の意思表示を求めた場合において、相手方がその期間内に贈与を拒絶しなかったときは、その期間の経過により贈与が承諾されたものとみなす、ＢＧＢ五一六条二項二文[146]の法意に依拠する見解もある[147]。これらの見解は、一般法律行為論

のレベルでの「相手方にとって利益となる契約については、承諾を緩やかに認めてよい」との考え方を、約款変更の場面にも当てはめようとするものといえる。

無効条項の変更についても、利益変更と位置づけることで、沈黙による同意を肯定する見解が存在する。この見解を主張するシュロッサー（Peter Schlosser）[148]は、内容規制により無効とされる条項が与える不利益に比して、有効な条項の方が相手方にとって有利であることから、無効条項の変更は、利益変更として処理することができるとする。しかしながら、このことは、論理必然的ではない。というのは、条項変更がされなければ、相手方は、BGB三〇六条二項の水準による代替規律を享受することができたはずであり、条項の有効化によって、この利益を奪われることになるからである。むしろ、無効条項の変更を利益変更と位置づける見解の基礎には、内容規制の効果（効力維持的縮減の禁止）を緩和することで、約款使用者の利益を保護しようとする意図がある。すなわち、シュロッサーは、約款使用者を効力維持的縮減禁止の効果に長期間拘束することは、BGB三〇五条以下の保護目的を超えるとの理由で、内容規制についての判例を顧慮した、または、内容規制を予防するための変更を、利益変更としている。[149]もっとも、シュロッサーは、判例と異なり、効力維持的縮減を容認する立場にある。[150]代替規律の組入れにおける同意要件の緩和は、内容規制効果論において判例に従ったうえでの、次善の策として構想されているものと考えられる。この見解の基礎となりうるもう一つの論拠は、反対説の論者によって指摘されているところだが、「無効条項の代わりとなる有効な条項が契約締結時に指定されたならば、相手方はそれに承諾したであろう。したがって、相手方は条項無効から利益を引き出してはならない」というものである。[151]この論拠も、効力維持的縮減を肯定する際の、あるいは無効条項を代替するための補充的契約解釈の論拠に通じる。[152]

以上のような利益変更における沈黙による同意論に対して向けられる批判も、一般的なものと、無効条項の変更

に焦点を合わせたものに分けられる。

一般的な批判としては、まず、変更の有利・不利の判断が相手方にとって困難である点が、指摘されている。というのは、平均的な相手方にとって、変更後の条項が契約内容についていかなる効果を有するか、必ずしも予見することができないからである。[153] もっとも、このような指摘を受けて、沈黙による同意を肯定する論者も、それが肯定されるのは、もっぱらまたは一義的に有利な変更に限られる、としている。[154] その他の一般的な批判として、①約款変更を申し込む約款使用者の側にとって、申込みの効力がいつまで持続するのか明らかにならず、むしろ一般的な承諾ルールが、消極的契約自由と法的安定性の望ましい実用的な整合を達成するとの批判や、[155] ②ＢＧＢ五一六条二項二文の規定は、既に出捐がされている場合についてのものであり、また、相当な承諾期間が設定され、それが徒過したことを要件としていることから、そこから沈黙＝承諾という定式は出てこないとの批判がある。[156][157]

次に、無効条項の変更を利益変更として処理することに対しては、まずもって、条項無効の場合の有利・不利の比較は、無効によって生じる法状況（ＢＧＢ三〇六条二項基準）との間で行われるべきであり、無効条項を適用した場合との比較が問題になるのではない、との反対論が主張されている。[158] また、この比較基準の問題について両論が存在することから、相手方にとって有利・不利の判断が困難であるとする見解もある。[159] さらに、無効条項の変更について特別な処理を導入することに対して、①違法な条項を使用した者は、組入れ規制に関して、約款の統一のために有効な条項を変更しようとする約款使用者よりも優遇されるに値しない、②相手方が有効な条項に同意したであろうという論拠は推論の域を出ない、③約款変更の原因を捨象したルールの方が法的安定性に資する、といった批判がある。[160]

2　契約関係の継続による推断的同意の可能性

(1)　推断的同意を肯定する見解

相手方に不利益な変更の場合に沈黙は同意と評価されないとする見解が支配的であるにもかかわらず、この場合でも、約款変更の申込みを受けた相手方が異議を唱えることなく契約関係を継続したときには、相手方の同意が推断されるとする見解が、約款法に関する主要なコンメンタールを中心に支持を集めている（支配的見解）[161]。この見解は、単なる沈黙ではなく、契約に基づく権利の行使や義務の履行に関する相手方の行為を捉えて、そこに推断的な同意を見出すものである[162]。例えば、保険契約についていえば、保険料の支払いや保険金の請求が、そのような行為として想定される[163]。また、保険料の口座引落しの忍容も、同意を推断させる行為に含まれるとする見解もある[164]。銀行取引においては、約款変更を知ったうえで異議を唱えることなく引き続き口座を利用した場合などが考えられる[165]。

これらの行為をもって推断的同意を肯定する見解の位置づけについては、見いだされる様々な理由づけのどこに焦点を合わせるかにより、複数の可能性がある。

まず、（約款による）契約成立についての一般法理、あるいは、継続的契約について一般法理として捉える可能性がある。例えば、推断的同意肯定説の論拠の一つとして、契約締結の際に約款を組み入れる場合と、パラレルな処理であることが指摘されている。すなわち、契約の締結に際して、相手方が、約款の指定に対して明示的に異議を唱えることなく給付を受領した場合には、約款に対する同意が推断される。これと同様に、変更約款の指定に異議を唱えることなく契約関係を継続させた場合にも、同意が認められるとされる[166]。このような論拠は、意思表示は推断的なものであってもよいという契約成立の一般法理、あるいは、この法理を約款による契約の場面について具

体化したものを、約款の変更にもそのまま当てはめるものといえる。もっとも、支配的見解は、「契約関係の継続」が常に承諾効果を生むとは考えていない。むしろ、契約締結後に初めて約款が組み入れられる場合については、一義的ないし明示的な同意を要求している。[167] このような契約締結後の組入れと変更の区別の基礎には、「前者が契約の締結を補うものであるのに対して、後者は相応に高められた誠実義務を伴う継続的な協力の枠内の問題である」との観念がある、という指摘がされている。[168] このような指摘を手掛かりにすると、契約関係の継続による推断的同意論には、これを継続的契約における相互的な誠実・協力義務の発現として理解する可能性がある。[169]

次に、とりわけ大量取引における約款使用者の約款変更に関する利益に基づいた特別な法理として、契約関係の継続による同意論を位置づける可能性がある。というのは、この論は、もっぱら約款使用者が変更申込みをした場合に焦点を合わせて展開されているからである。そして、このような特別法理としての観点からは、次のような理由づけが注目される。すなわち、多くの契約相手方は、経験上、約款使用者が繰り返し約款の変更を迫ったとしても、受動的であることから、契約関係が硬直化することになる。任意制定法によって十分に補充しきれない欠缺が生じることもありうる。一部の相手方が変更に同意し、他の相手方が同意しない場合には、契約の統一および約款の合理化効果が失われる。相手方の保護については、一方で、約款使用者の変更申込み（変更約款の指示）を明確化させ、かつ、意思表示擬制条項に関するＢＧＢ三〇八条五号（後述）を類推することで、他方で、変更された条項の内容規制において、考慮することができる、という理由づけである。[170] また、一部の学説が、主として銀行取引を念頭において、限定的な種類の契約においてのみ推断的同意を承認しようとしていることも、[171] この法理に特別法的な位置づけを与えていることの証左となる。

このように、契約関係の継続による推断的同意論を、約款変更に関する約款使用者の特別な利益に基づいて変更

を拒絶する相手方に異議の負担を課すものとして理解するならば、その内実は、条項の要否という点で違いはあるものの、後述する同意擬制条項に基づく相手方の同意の擬制と、かなりの程度まで接近することになる。すなわち、推断的同意が認められるためには、約款使用者の正当な利益がなければならないはずである。そのような利益の有無により、可能な変更の範囲も画されることになる。[172] また、ＢＧＢ三〇八条五号の類推が説かれているのも、このような接近の結果と見ることができる。

(2) 推断的同意を否定する見解

契約関係の継続に同意を見出す支配的見解に対しては、約款変更の問題を扱う近時のモノグラフィを中心に、批判が提起されている。そこでの批判も、一般法律行為論レベルのものと、約款変更に特有のものとがある。

まず、前者のレベルでは、意思表示解釈論の延長線上において、相手方の行為態様への意味付与のあり方が問われている。すなわち、否定説によれば、従来の契約に基づく権利の行使や義務の履行をもって、約款変更の申込みに対する相手方の同意を推断することはできない、とされる。[173] その理由として、まず挙げられるのは、これらの行為が、従来契約の確認として解釈できるにとどまり、約款変更と関連付けられるものではないことである。[174] 逆に、契約相手方の行為態様が変更後の約款条項に向けられている場合には、同意を推断してよいとされる――ただし、その場合でも、旧約款に従う選択肢が相手方に残されていることが要求されている。[175] ――。例えば、新条項から生じる権利を保険契約者が行使した場合や、約款補充の枠内で改定された保険料を支払った場合である。[176] また、契約締結時の約款組入れと契約締結後の約款変更とをパラレルに捉える見解に対しては、両者の違いが指摘されている。すなわち、約款変更の場面では、既に両当事者にとって拘束力のある条件で契約が締結されているところ、顧客が

既に義務付けられた給付を請求しつつ、約款変更に対して異議を唱えたとしても、実際の行為に反する異議（protestatio facto contraria）とはいえない。この点で、契約締結時の約款組入れとは異なる[177][178]、と。

次に、後者のレベルでは、次のような実質的な考慮をもって、推断的同意肯定説への反論がされている。すなわち、契約相手方には受動的に振る舞い、契約変更に同意しない自由がある一方、約款による契約の統一・合理化効果は、約款使用者の一方的な動機にすぎない[179]。契約の継続＝同意という定式は、約款使用者の利益を当初契約に忠実な相手方の犠牲において貫徹しようとするフィクションであり、BGB三〇五条二項が保護しようとする相手方の消極的契約自由に合致しない[180]、との考慮である。また、大量取引においても、善良な意思と通信手段の助けによって、個別の顧客からの返信を確保することは、十分に可能である、との指摘もされている[181]。さらに、組入れ要件を緩和する代わりに内容規制によって相手方の保護を図るとの考え方に対しても、①組入れ規制が内容規制に優先するうえに、相手方は、同意を表明しなかった新条項を内容規制にかける負担を課されることになる、また、②BGB三〇七条以下において組入れ時点を考慮する余地はなく、変更された条項について特別に強い内容審査を行うことはできない、との批判がある[182]。

このように、推断的同意否定説に立つ論者は、約款使用者の利益に基づく特別法理の定立に否定的であるが、他方で、約款変更に関する約款使用者の利益に対して、およそ法的な配慮を要しないとしているわけではない。むしろ、同意擬制条項その他の変更条項を使用することにより、対処することができるとする[183]。ここにおいて、推断的同意否定説は、次の同意擬制条項に関する議論と結びついている。

3　同意擬制条項に基づく同意の擬制

(1)　緒論――同意擬制条項活用論

直前に述べたように、契約関係の継続による推断的同意を否定する近時の学説は、相手方が相当の期間内に異議を唱えなかった場合に同意を擬制する旨の条項を活用することで、約款使用者には簡易に約款変更の合意を達成する道が残されているとする。この立場を最も明確にしているハウ（Wolfgang Jakob Hau）は、契約関係の継続による同意の否定と同意擬制条項との関係について、約款使用者に同意擬制条項の可能性を与えるならば、その他の場合には承諾獲得負担の原則によって相手方の保護に値する利益を考慮してよい、と主張する。[184] また、ここまで明確に契約関係の継続による同意の否定と同意擬制条項が関連付けられていない場合にも、近時の学説においては、契約関係の継続による同意の否定と同意擬制条項に関する緩やかな有効要件とが並行して論じられていることを、看取することができる。[185] 以下では、このように契約関係の継続による推断的同意を否定する代わりに同意擬制条項の活用を説く議論を、「同意擬制条項活用論」と呼ぶ。

このような議論は、ドイツにおいて、決して現実離れしたものではない。というのは、とりわけ銀行約款が同意擬制方式による約款変更条項を設けているほか、[186] クレジットカード契約・保険契約・モバイル通信契約などにも、この種の条項の使用例が見いだされるからである。[187] それゆえ、同意擬制条項を用意しておいた約款使用者とそうでない約款使用者とを差別化することに、一定の説得力がある。

一般法律行為論によれば、既述のように、もっぱら相手方に有利な契約は別として、少なくとも承諾を推断させる行為がなければ契約の成立は認められない。同意擬制条項は、相手方が異議を唱えなかったという、いわば沈黙をもって承諾を擬制するという点で、デフォルトルールを修正するものとなる。このような修正によって、約款使

用者は、多くの相手方が異議を唱えない限り、近似的に統一的な約款変更を達成することができる。[188] 他方で、相手方は、自らが実際には（包括的にすら）同意を与えていない約款条項に拘束され、変更前に有していた権利・利益を奪われうることになる。それゆえ、同意擬制条項は、それが約款条項として契約に組み入れられている限り、BGB三〇七条以下に基づく内容規制に服し、一般法律行為論のルールを逸脱することが正当化されるか、が問われることになる。また、擬制条項が適用される個々の場面においても、どのような制約が課されるかが問題となる。このような同意擬制条項に基づく同意擬制の有効性の問題は、手続的な要件と実質的な要件の両面から論じられている。以下では、この順序で、法状況を整理する。

(2) 手続的な有効要件

ドイツ約款法において、相手方の意思表示を擬制する条項を一般的に無効とする立場は、採られていない。[189] むしろ、後述のように約款使用者に擬制条項を用いる正当な利益があることを前提に、BGB三〇八条五号[190]（AGBG一〇条五号）において、そのような条項を有効とする最低限の手続的な要件が定められている。[191][192] この規定によれば、意思表示擬制条項が有効とされるためには、①相手方に明示的な意思表示をするために相当な期間を与え、かつ、②その期間の初めに相手方に対して自己の行為態様の意味、すなわち、いかなる場合にどのような意思表示が擬制されるのかを指摘する義務を、約款使用者が負う必要がある。約款を変更するための同意擬制条項も、これらの要件を充たさなければならない。それゆえ、約款使用者は、約款変更の申込みをするに際して、相当な異議申立て期間を定め、また、当該期間中に異議を唱えなければ当該変更に同意したことになる旨を、相手方に指摘しなければならない。[193]

これらＢＧＢ三〇八条五号の要請については、既述のように、契約継続による推断的同意を肯定する論者によっても、そのような同意の前提として類推適用されるべきことが、主張されている。そうすると、契約関係の継続による推断的同意を認める場合と同意擬制条項による場合とで、相当期間の付与と指摘義務の面で違いはないことになりそうである。しかしながら、両者の違いとして、適用場面の違いが存在する。すなわち、意思表示擬制条項に対するＢＧＢ三〇八条五号の適用については、擬制が問題となる個別の場面において初めて問われるものではなく、むしろ、条項それ自体の中に、相当な期間の付与および約款使用者の指摘義務を規定しておく必要がある、とされている。[194] したがって、条項それ自体と個別の適用場面の二度、相手方に対して注意喚起がされる仕組みとなっている。これに対して、推断的同意に同号を類推適用する場合には、そもそも条項が存在しないので、条項自体の定式化は問題とならない。個々の約款変更の申込みをする際に、相手方に相当期間を付与し、また、同期間内に異議を唱えずに契約関係を継続すれば同意が推断される旨を指摘することが、約款使用者に義務付けられるだけである。もっとも、この両者の差異は、擬制条項の定式に対する要求の度合いによって、次のように相対化される可能性がある。すなわち、主要なコンメンタール類を中心に支持されている見解によれば、条項自体にＢＧＢ三〇八条五号の要件を書き入れなければならないとしても、条文どおり「相当な期間」とだけ規定しておき、擬制が問題となる個別の場面ごとにそれを具体化するのでもよい、とされる。[195] また、指摘義務についても、法文を引き写す形で条項を定式化すれば十分である、とされている。[196] 仮にこの程度の表現でよいとするのであれば、擬制条項自体が果たす注意喚起の役割は、それほど大きなものではないといえよう。

これに対して、近時の同意擬制条項活用論に属する学説は、相当期間および指摘義務に関して、より具体的な条項の表現を要求している。まず、相当期間については、透明性の要請または内容規制を免れるべきでないことなど

を理由に、同意擬制条項自体において具体的な期間を記すことが要求されている。[197] また、指摘義務に関しても、既に条項それ自体において、（適時に）異議を唱えなければ約款変更が成立すること、[198] または、それに加えて異議を唱えることで変更を妨げうることを規定しなければならない、[199] との見解が主張されている。近時の同意擬制条項活用論においては、このような形で条項自体により大きな注意喚起機能を与えることで、擬制条項が使用された場合とそうでない場合との区別が実質化されている、と見ることができる。

(3) 実質的な有効要件

同意擬制条項に基づく相手方の同意の擬制が有効とされるためには、ＢＧＢ三〇八条五号に規定された手続き的な要件を充足するだけでなく、一般に、相手方の意思表示を擬制することについて、約款使用者に正当な利益がなければならないとされる。[200] この正当な利益の所在については、次の二つの見解が唱えられている。

第一に、多くの学説および判例において、約款使用者の正当な利益は、大量取引における組織上の必要性にあるとされている。より具体的には、大量・反復的な取引経過をできるだけ簡易に処理すること、または、同種契約の内容を簡易な方法で平準化することについて、約款使用者は正当な利益を有するとされる。[201] このような正当な利益の捉え方は、銀行取引や保険契約において意思表示擬制条項を用いることに正当な利益があることを認めて、そのような条項の一律禁止を採用しなかったというＡＧＢＧの立法経緯に手掛かりを有する。[202] もっとも、この種の利益を唯一正当なものとすると、大量取引に限って意思表示擬制条項の使用が許されるはずであるが、そのような主張は、ごく一部にしか見いだされない。[203]

第二に、近時の同意擬制条項活用論においては、大量取引であるか否かにかかわらず、変更契約の成立について

法的明確性または安定性を確保することに、約款使用者の正当な利益が求められている。[204] もっとも、擬制条項がいかなる点で法的明確性の確保につながるのかについては、詳細な説明はされていない。[205] この点は、次のように補足することができよう。すなわち、相手方が約款変更の申込みに対して応答しない場合、変更に同意しない意思を有しているのか、それとも単に返答を怠っているのか、明確でない。それゆえ、変更を望む約款使用者としては、相手方に同意するか否か繰り返し確認する必要が出てくる。また、一般法律行為論のルールによると、契約関係の継続による同意を認めないとしても、およそ明示的な承諾または拒絶の意思表示しか認めないというわけではない以上、変更契約の成立が不明確または不安定になる可能性は否定できない。さらに、利益変更の場合に沈黙による同意を承認したとしても、既述のように、そもそも利益変更であるか否かについて判断が困難な場合がありうる。これらの不明確性・不安定性を排除することに、同意擬制条項を使用する正当な利益を見出すことが考えられる。

いずれにせよ、同意擬制条項が有効とされるためには、約款使用者に一定の正当な利益が必要とされるが、近時の学説において、この利益に基づく同意擬制の許容範囲は、一方的変更権のそれよりも緩やかなものとされる傾向がある。[206][207] その具体的な議論内容は多岐にわたり、また、前述の正当利益論との関連付けも必ずしも明確でないが、以下では、無効条項の変更にかかわる部分に限定して、同意擬制の実質的有効要件として説かれているところを整理する。

まず取り上げられるべきは、同意擬制方式の約款変更において可能な代替規律の範囲に関する議論である。既述のように、一方的変更権については、条項無効を正当な変更原因として承認する場合であっても、任意規定または補充的契約解釈の結論よりも契約相手方に不利な変更は許されない、とされていた。これに対して、同意擬制条項に基づく無効条項の変更については、任意規定や補充的契約解釈よりも不利な変更も可能である、との指摘がされ

ている。[208] さらに、このことに対応して、同意擬制を正当化する変更原因の面においても、一方的変更権条項について議論があるのと異なり、任意制定法の有無は問題にならないとされる。[209] かくして、同意擬制による代替規律の規制は、ＢＧＢ三〇七条以下の基準に従ってのみ行われることになる。[210]

次に、前提となる条項無効の判断主体についても、一方的変更権と異なり、裁判所または所轄官庁による公権的な無効判断が下される必要はなく、単に無効の疑いがある条項を代替するためにも同意擬制条項を用いてよい、とする見解が主張されている。[211]

他方で、一方的変更権条項について条項無効の予見不可能性の要件を課す論者は、同意擬制に基づく約款変更にも同じ要件が当てはまるとする。すなわち、無効条項をそれと知りつつ、または具体的な有効性の疑いがあるにもかかわらず当初契約に組み入れた約款使用者は、契約相手方に異議の負担を課すことができない、としている。[212]

最後に、同意擬制条項においては、一方的変更権条項に比して、具体化の要請の程度が緩和されるとの指摘がされている。[213] それによれば、変更原因や変更の内容・範囲を条項自体において明確にすることは、必要とされない。[214] また、可能な代替規律の範囲や無効判断の主体についても、具体化を要するものとはされていない。[215] さらに、条項無効の予見不可能性を要求する論者は、この点についても条項自体における限定を要しないとする。[216] このような実質的な有効要件についての具体化の要請の緩和は、ＢＧＢ三〇八条五号の手続的要件についてより一層の具体化が志向されていることと、対照的である。

第三項　議論の分析

一　合意による約款変更論の傾向と構造

1　ドイツにおける合意による約款変更論の傾向

前項の整理からは、まず、ドイツにおける議論の全体的な傾向として、ＢＧＢ三〇五条二項の適用において変更申込みの明確化が主張されている一方で、その申込みに対する相手方の同意の認定は、それほど厳格に考えられていないことを、指摘することができる。すなわち、不利益変更について沈黙による同意を認めないとしても、契約関係の継続による推断的同意を認める見解が支配的であり、また、これを認めない見解においても、同意擬制条項を予め約款中に定めておくことで、相手方の明示的な同意なしに変更契約を成立させることが可能とされている。同意の認定に関して最も見解が分かれているのは、契約関係の継続による同意を認めるか否かであるが、この点に関する態度決定は、推断的同意の否定が同意擬制条項の活用と結びついていることから、必ずしも同意認定の厳格化につながっていない。契約関係の継続による同意を批判する論者は、一方で、相手方の消極的契約自由を強調するが、他方で、そのような自由は、同意擬制条項によって容易に制約されることになる。この制約は、同意擬制条項に対する相手方の（包括的な）同意によって、また、条項自体に求められる注意喚起機能によって、正当化されることになろう。このような緩やかな同意認定の傾向により、約款使用者には、比較的容易に合意による約款変更を達成し、新旧契約の内容を近似的に統一する道が開かれているといえる。

2　合意による約款変更論の構造

(1)　一般法律行為論上の法理と約款変更における特別法理の区別

次に、相手方の同意が緩やかに認定されるとして、それがいかなるレベルの法律構成によって達成されるのかについては、既に前項の整理に際して述べたように、複数の可能性が存在する。すなわち、一般法律行為論（約款による契約一般または継続的契約一般を含む。）のレベルで既に緩やかな認定がされる可能性と、約款変更の場面における特殊な処理としての可能性である。沈黙による同意を認めてよいか、契約関係の継続による推断的同意を肯定することができるか、といった問題には、これら二つのレベルの議論が含まれていた。このような議論のレベルは、分けて考えられるべきである――このことは、近時の同意擬制条項活用論においては、ある程度意識されているといえよう。――。そして、両者を分けて考えた場合、本来まず検討しなければならないのは、一般法律行為論レベルでの処理である。もっとも、本稿においては、このレベルの議論に深く立ち入る準備がないため、検討の必要性を指摘するに留める。

(2)　約款使用者の利益に基づく特別法理の構成

つづいて、約款使用者が有する特別な利益に基づいて、約款変更においては、一般法律行為論に比して同意の認定を緩和されるとする場合には、約款使用者のいかなる利益が特別なルールを基礎づけるのか、また、具体的にどのようなルールが構成されるべきなのか、が問題となる。これらの問題について、ドイツ法の議論からは、次のような示唆を得ることができる。

まず、第一の問題については、同意擬制条項に関する「正当な利益」論に、一定の解答を見ることができる。そ

こでは、承諾擬制を正当化する約款使用者の利益として、①大量取引において契約内容を統一する必要性と②変更契約の成立について法的明確性を確保することが挙げられていた。同様の利益は、契約関係の継続による推断的同意を肯定する論拠としても、見出すことができる。また、無効条項の変更を利益変更として処理するシュロッサーが挙げていた、効力維持的縮減の禁止の効果に長期間拘束されない利益も、新旧契約の統一にかかわるものであり、前記①の利益と重なる。いずれの利益を重視するかは、特別法理の射程にかかわる。すなわち、約款使用者の正当な利益を①にのみ求めるならば、特別な処理が正当化されるのは、大量取引に限定されるはずである――もっとも、「大量取引」という概念自体の外延の問題は残る。――。これに対して、②の利益に焦点を合わせるならば、または、①と②を共に正当なものと認めるならば、大量取引以外においても、相手方の同意認定を緩和する余地がある。

次に、第二の問題については、ドイツ法の議論状況から、沈黙による同意を認める、契約関係の継続から同意を推断する、同意擬制条項の活用に委ねるという三つの選択肢が見いだされる。もっとも、第一の選択肢のうち、利益変更として沈黙による同意を認める理論は、適切な法律構成ではないと考えられる。というのは、ここでは約款使用者の利益が相手方の権利・利益を制約してでも特別な処理を要請するかが問われているにもかかわらず、あたかも相手方の利益が実現されるかのように表現することで、このような利益衝突・衡量を隠蔽してしまうからである。このような理由から、無効条項の変更を利益変更とする処理も、適切ではないといえる。

そうすると、可能性として残るのは、相手方にとって利益変更であるというのとは別の理由から、沈黙による同意または契約関係の継続による推断的同意を認めるか、それとも、約款使用者の利益の実現は同意擬制条項の活用に委ねるかである。前二者と後者の実質的な相違は、条項の要否にある。また、前二者の間の違いとしては、契約関係の継続による同意が、その法律構成上、契約関係の継続に当たる行為を観念することができる継続的契約に限

って適用可能なものであるのに対して、沈黙による同意にはそのような制限がないことが挙げられる。

このような構成上の違いがある一方で、どの法律構成を採用した場合にも、ＢＧＢ三〇八条五号に規定された相当期間の付与と行為態様の意味の指摘が、共通の要件として位置づけられる可能性がある。契約関係の継続による推断的同意論においても、この規定の類推適用が主張されていたように、これらの要件は、特別な同意認定ルールを採用する際に一般的に要求される手続き要件であると見る余地がある。

二　一方的変更と比較した合意による無効条項の変更の特徴

いずれの法律構成にせよ、合意による無効条項の変更については、一方的な変更と比較したとき、可能な代替規律の範囲についてＢＧＢ三〇六条二項の適用がなく、また、約款使用者自身が無効判断を下した場合にも可能であると考えられる。これらの違いは、同意擬制条項活用論において明示的に説かれていたが、擬制条項に委ねない他の法律構成をとった場合にも同様に当てはまる。というのは、これらのことは、約款変更における特別な同意認定ルールが必要とされる理由から、または、一般的な契約自由の帰結として、次のように正当化されるからである。

まず、代替規律の規制基準については、第一に、約款使用者の利益として挙げられる、大量取引において契約内容を統一する必要性から、次のように説明することができる。すなわち、無効条項を修正した約款により新旧契約の内容を統一することに、約款使用者の正当な利益があるならば、このような利益を実現するためには、ＢＧＢ三〇六条二項の拘束を解く必要がある。他方で、相手方としても、単に異議を述べることでＢＧＢ三〇六条二項の適用を確保することができるのだから、[217] 代替規律の基準を緩めても、不当な不利益を負うことにはならない、との説明である。第二に、合意による約款変更であることから説明する可能性があり、現に同義擬制条項活用論には、そ

のような説明が見られる。[218] それによれば、同意擬制条項は、一方的変更権条項に異議権を付したものではなく、あくまでも合意による約款変更をもたらす条項である。[219] 合意によって新たな約款条項を契約に組み入れることは、当事者の契約自由に属する事柄である。これに対する制約は、ＢＧＢ三〇七条以下の内容規制しか存在しない、とされる。このような一般的な契約自由に依拠した説明は、同意擬制条項の効果に限らず、合意による約款変更に当てはまりうるものである。既に一般法律行為論の枠内で緩和された同意認定により変更契約が成立しうると考えるならば、その場合のＢＧＢ三〇六条二項基準の不適用は、このような説明によることになろう。また、同意認定の緩和は特別法理によるとした場合にも、それを基礎づける約款使用者の利益を法的明確性の確保に求める場合には、そのような利益自体からＢＧＢ三〇六条二項の不適用は導かれない。この場合にも、このような一般的な契約自由に依拠した説明に頼ることになる。

次に、約款使用者自身が無効判断を下した場合にも条項の変更が可能であることについては、第一に、一方的変更権との対比において、次のような説明が可能である。すなわち、一方的変更権において公権的無効判断が要求される理由は、代替規律の厳格な基準ゆえ契約内容が不安定化する可能性があること、また、権限濫用の危険があることに求められた。これに対して、同意擬制方式による変更の場合、前述のように、代替規律はＢＧＢ三〇七条以下の規制に服するだけとされ、変更が無効化される可能性はより小さく、法的不安定をもたらす危険は少ない。また、相手方は異議権を有しているため、濫用的な変更が達成される可能性も小さい。これらのことが、無効判断の主体を緩和すると考えられる。第二に、ここでも合意による変更であることを前面に出した説明がありうる。すなわち、契約を締結する動機が一般に契約の成否を左右しないのと同様に、約款変更の合意に際しても、約款使用者がどのような理由で変更の申込みをしたかは問われない、したがって、独自の無効判断に基づく変更申込みも可能

である、との説明である。

（未完）

(82) Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 95ff. を参照。そこでは、自動車保険の条項例が紹介されている。さらに、同書二二六頁以下で、その他の条項例が紹介されている。

(83) ドイツ民法典三〇八条　評価の余地のある禁止条項

普通取引約款において、とりわけ次のものを無効とする。

4．（変更留保）

変更または逸脱の合意が約款使用者の利益を顧慮しても他方契約当事者にとって期待可能ではない場合に、約束された給付を変更しまたはそこから逸脱する約款使用者の権利の合意。

(84) Peter Präve, VersR 1999, 697.

(85) Annemarie Matusche-Beckmann, NJW 1998, 112, 114f..

(86) MüKoBGB/Jürgen Basedow (7. Auflage, 2016), § 305 Rn. 85.

(87) その他に、ＶＶＧ旧一七二条および一七八ｇ条において生命保険及び疾病保険においてのみ保険者の条項変更が可能とされていたことから、他の保険部門では一方的な条項変更が不可能であるとの逆推論が成り立つ可能性も、指摘された（Reiß, EWiR § 9 AGBG 15/97. 962）。しかしながら、判例はそのような考え方に与せず（後掲ＢＧＨ一九九九年判決）、また、学説上も支持を得られなかった（Tobias Entzian, NVersZ 1998, 65; Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 160f.）。

(88) Matusche-Beckmann, a. a. O., (Anm. 85), 115ff. これに対して、MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 86), Rn. 86は、相手方に異議権が与えられる場合でもＢＧＢ三〇八条四号のその他の条件が満たされなければならないとしている。このことをそのまま受け取れば、同意擬制条項においても条項無効は正当な原因とならないということになるが、論者が本当にそう考えているのかは不明である。

(89) Christian Armbrüster, in: Prölss/Martin VVG (29. Auflage, 2015), Einleitung, Rn. 211; Wandt, a. a. O., (Anm. 23), 126f..

(90) 本文において紹介する論者の他に、Nils Abram, NVersZ 2000, 249, 253; Martin Fricke, VersR 2000, 257, 264; Babette Reimann, „Bedingungsanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen“, 2007, 141などが挙げられる。

(91) Wandt, a. a. O., (Anm. 23), 114.

(92) Wandt, a. a. O., (Anm. 23), 115ff.

(93) Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 177. また、別の個所では、補充的契約解釈によって認められるものが契約締結時から当然に契約内容であるということについて、扱い難い法律効果であり、より単純で実用的な解決が法政策的に望ましい、と述べている（Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 182, Fn. 885)。

(94) Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 181.

(95) Freund, a. a. O., (Anm. 14), 162ff..

(96) Armbrüster, in: Prölss/Martin, a. a. O., (Anm. 89), Rn. 207.

(97) Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 114.

(98) 透明性の要請の観点からこの裁判例および後掲注（110）ＢＧＨ一九九七年判決を扱う我が国の先行研究として、金岡京子「ドイツにおける生命保険約款の透明性原則の展開（四・完）」法研論集九八号（二〇〇一年）（一〇〇）頁以下を参照。

(99) 具体的な条項の文言は、次のとおりであった。

「⑴　保険者は、

—保険契約の諸規定が依拠する法律が改正された場合、

—最上級審判例または連邦保険監督局もしくはカルテル庁の行政実務に、直接的に保険契約に関する変更があった場合、

—条項が無効の場合、ならびに

—カルテル庁または監督局の異議を回避するために、

個別条項を既存契約についての効力を伴って補充し、または代替する権限を有する。新たな条項は、代替された条項に法的かつ経済的にできるだけ合致するものとする。新たな条項は、被保険者を、従来の解釈を顧慮したとしても、法的かつ経済的な観点において期待不可能な程度に不利に扱ってはならない。

「⑵　変更された条項は、保険契約者に対して書面によって通知され説明される。保険契約者が通知後一か月内に書面によって異議を唱えない場合には、変更された条項が同意されたものとする。保険契約者は、通知に際してこのこと

を指摘される。期間遵守のために、発信で足りる。適時に異議が唱えられた場合には、契約は、従来の条項を伴って継続する。

「(3)　解釈上の疑義を除去するために、保険者は、この変更が従来の条項文言に覆われ、かつ両当事者の客観的意思ならびに利益を顧慮するときは、条項の文言を変更することができる。前項の手続きが、遵守されなくてはならない。」

以上の条項は、第二項において保険契約者の異議権が定められていることから、保険者の一方的変更権を定めるものではなく、同意擬制条項として性質決定することが可能であった。しかしながら、BGHは、異議権と切り離して第一項を審査しており、その審査内容は一方的変更権条項についてのものとなっている。また、第二項の異議権自体にも、後述のように、疑義が向けられている。

(100)　BGH一九九九年判決は、AGBG一〇条四号が給付にのみ係わるのに対して、約款変更条項が全ての規律を対象とすることなどから、規制規範としてAGBG九条一項を選択している。

(101)　前掲注（99）に引用した条項第一項の文言を参照。

(102)　Armbrüster, in: Prölss/Martin, a. a. O., (Anm. 89), Einleitung Rn. 207を参照。

(103)　問題とされた条項の具体的な文言は、次のとおりであった。

「Yは、顧客にとって期待可能である限りにおいて、この約款または各給付記述・価格リスト、特別合意およびオンライン告示の内容を、変更する権利を留保する。」

(104)　Freund, a. a. O., (Anm. 14), 164f.; Abram, a. a. O., (Anm. 90), 257; Wandt, a. a. O., (Anm. 23), 118f.; Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 182; Wolfgang Hau, „Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag", 2003, 403; Reimann, a. a. O., (Anm. 90), 99; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 120f..

(105)　Wandt, a. a. O., (Anm. 23), 120ff.

(106)　Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 114f..

(107)　Armbrüster in: Prölss/Martin, a. a. O., (Anm. 89), Einleitung Rn. 215. 同一コンメンタールにおける法律上の約款変更権に関する見解（注（60）を参照。）と一致する。

(108)　Reimann, a. a. O., (Anm. 90), 139ff.; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 119.

(109) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 402f.

(110) 例えば、MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 86), Rn. 86は、相手方にとって不利益変更である限りにおいて、相手方に契約を解消する権利が与えられなければならないとする。もっとも、顧客にとって契約の継続が重要である場合には、この解消権は、補償とならないとする。これに対して、Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 130; ＢＧＨ第四民事部一九九七年一〇月八日判決（BGHZ 136, 394）は、解約告知権は条項の具体化の欠如を補うものではない、とする。ＢＧＨ一九九七年判決は、相互保険会社の定款に含まれていた保険料・約款等の変更条項について、無制限の変更権留保を透明性の要請違反としたうえで、解約告知権も条項の不相当性を除去しないとしている。

(111) Armbrüster in: Prölss/Martin, a. a. O., (Anm. 89), Einleitung Rn. 212; Wandt, a. a. O., (Anm. 23), 128.

(112) Fricke, a. a. O., (Anm. 90), 260f.; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 404f.; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 125ff..

(113) Freund, a. a. O., (Anm. 14), 165; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 405.

(114) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 405.

(115) 前掲注（110）ＢＧＨ一九九七年判決、前掲ＢＧＨ一九九九年判決（「個別の条項」を補充または代替する権利の一般的留保を否定する°）、前掲注ＢＧＨ二〇〇七年判決を参照°。

(116) Präve, a. a. O., (Anm. 84), 700; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 127f.

(117) Abram, a. a. O., (Anm. 90), 255; Fricke, a. a. O., (Anm. 90), 260; Jörg Freiherr Frank von Fürstenwerth, r + s 2009, 221, 228を参照°。また、Jürgen Prölss, VersR 2000, 1441, 1447は、例として法改正および最上級審判例の変更が変更原因となる場合について、同様の指摘をしている。

(118) Reimann, a. a. O., (Anm. 104), 139ff.

(119) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 405は、救済条項に関するリンダッハー（Walter F. Lindacher）の見解を参照している。その見解については、Lindacher, BB 1983, 158f.; 拙稿・前掲注（7）・（一）六二六頁以下を参照°。

(120) Wandt, Ersetzung, a. a. O., (Anm. 40), 19f.; MükoVVG/Wandt, a. a. O., (Anm. 18), § 164, Rn. 63.

(121) 契約相手方にとっての明確性の観点から重要なのは、一方的変更権が相手方に対する意思表示によって行われることであり、相手方に変更内容が通知されることである（ＶＶＧ一六四条二項も参照°）。既にJoachim Schmidt-Salzer, Allgemei-

ne Geschäftsbedingungen (2. Auflage, 1977), D. 99 が、一方的変更権条項の有効要件として、相手方に対する変更約款の指示を挙げている。

(122) ドイツ民法典三一一条　法律行為による、および法律行為類似の債務関係

(1) 法律に別段の定めがない限りにおいて、法律行為による債務関係の創設および債務関係の内容の変更のためには、当事者による契約が必要である。

(2)(3) 略

(123) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 175は、無効条項の合意による変更が意味を有するに至った理由として、判例により一方的変更権条項に対して厳格な制限が示されたことを指摘している。

(124) Mathias Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht (12. Auflage, 2016), § 305 Rn. 164; Thomas Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht (6. Auflage, 2013), § 305 Rn. 99; MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 86), Rn. 81; Staudinger/Peter Schlosser (2013), § 305 Rn. 172; Freund, a. a. O., (Anm. 14), 48; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 177; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 63 などを参照。また、債務法現代化法の政府草案理由書（BT-Drucks. 14/6040, 152）および連邦議会法律委員会報告書（BT-Drucks. 14/7052, 188）においても、ＢＧＢ三〇五ａ条の特則に関連して、約款の変更にもＢＧＢ三〇五条二項の規定が適用されるべきことが、述べられている。

(125) ドイツ民法典三〇五条　普通取引約款の契約への組入れ

(1) 略

(2) 普通取引約款は、約款使用者が契約締結に際して、

1. 他方の契約当事者に対して明示的に、または、明示的な指定が契約締結の方法ゆえに過度な困難のもとでのみ可能な場合には、契約締結の場所における明確に視認可能な掲示によって、その約款を指定し、

2. 他方の契約当事者が、約款使用者にとって認識可能な他方当事者の身体障碍をも相当に顧慮した期待可能な方法で、その約款の内容を知ることができるようにし、かつ他方の契約当事者がその約款の妥当に同意した場合にのみ、契約の構成要素となる。

(3) 略

(126) ＢＧＢ三〇五ａ条（ＡＧＢＧ二三条二項）の適用除外が妥当する場合は、この限りでない。条文は省略する。

(127) Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 124), § 305 Rn. 164は、ＢＧＢ三〇五条二項一号後段にいう掲示によって組み入れられた約款の変更についても、同前段にいう明示的な指示が必要であると指摘する。

(128) なお、保険約款の組入れについては、旧法下において、ＡＧＢＧ二条一項の要件を充たさなくても所轄官庁によって認可された保険者の約款が妥当する旨の規定が存在した（ＡＧＢＧ二三条三項）。それゆえ、保険約款の変更に関する学説には、この規定に応接するものがある。すなわち、Eberhard Seybold, VersR 1989, 1231, 1234は、この規定の援用可能性を指摘するが、後述するように、その他の理由から明示的な指示を要求している。また、Peter Präve, ZIV 1992, 221, 222は、そもそもこの規定が約款変更の場面には適用されないことを説いている。

しかしながら、この規定は、一九九四年に保険約款の認可制が廃止されたことにより空文化し、債務法現代化に際して削除された。もっとも、その後も、保険契約法における特則により、ＢＧＢ三〇五条二項の要求が遵守されなかった場合でも、保険者が契約成立後に保険約款を送付し、保険契約者が所定の期間内に異議を唱えなかった場合には、当該保険約款が契約に組み入れられるものとされていた（旧ＶＶＧ五ａ条）。しかしながら、この規定も二〇〇七年のＶＶＧ改正に際して廃止され、現在では、保険契約についても、ＢＧＢ三〇五条二項以下をそのまま適用するものとされている。

ドイツ旧約款規制法二三条　物的適用範囲

(3) 建築貯蓄契約、保険契約および投資会社と持分保有者との間の法律関係は、第二条一項一号および二号に規定された要求が遵守されていない場合でも、所轄官庁によって認可された、建築貯蓄銀行、保険者および投資会社の普通取引約款に服する。

ドイツ旧保険契約法五ａ条

(1) 保険者が保険契約者に契約の申込みに際して保険約款を交付せず、または保険監督法一〇ａ条に基づく消費者情報提供を怠った場合であっても、保険契約者が書類の交付後一四日以内にテキスト形式で異議を唱えなかったときは、契約は、保険証券、保険約款およびその他の契約内容を決定する消費者情報提供を基礎として締結されたものとみなす。生命保険契約において、異議を唱えるべき期間は、三〇日とする。（以下略）

(129) ドイツ民法典三一〇条　適用範囲

(1)　第三〇五条二項および三項、第三〇八条一号、二号ないし八号および第三〇九条は、事業者、公法上の法人または公法上の特別財産に対して使用される普通取引約款には、適用しない。（以下略）

(130)　ＢＧＨ第八民事部一九八六年六月一八日判決（NJW-RR 1987, 112）などを参照。

(131)　Freund, a. a. O., (Anm. 14), 55; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 178; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 64.

(132)　Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1234 Rn. 30; Präve, a. a. O., (Anm. 128), 222f.

(133)　Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1234; Präve, a. a. O., (Anm. 128), 222f.; Freund, a. a. O., (Anm. 14), 55; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 178f.; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 64f..

(134)　Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 65.

(135)　Schmidt-Salzer, a. a. O., (Anm. 121), D. 102.

(136)　Hau, a. a. O., (Anm. 104), 179は、新旧対照表が望ましいが、必然的に要請されるわけではないとする。これに対して、Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 67は、相手方に比較可能性を与えるために、そのような措置を要求する。

(137)　Hau, a. a. O., (Anm. 104), 179; Matthias Eckelt, „Vertragsanpassungsrecht", 2008, 137（変更部分の強調または変更部分のみの送付を要求する°）; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 65ff.; MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 86), § 305 Rn. 81（変更部分の強調または説明が必要であるとする°）; Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 124), § 305 Rn. 164などを参照。これに対して、Freund, a. a. O., (Anm. 14), 55は、新約款の全部または新条項のみを交付するか、変更部分を強調するか、新旧対照をするかは、透明性の要請によって限界づけられた約款使用者の義務的裁量による、としている。

(138)　Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1233f.; MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 86), § 305 Rn. 82; Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 124), § 305 Rn. 105; Präve, a. a. O., (Anm. 128), 223f.; ders., r + s 1998, 441, 445; Freund, a. a. O., (Anm. 14), 57ff.（せいぜいのところ、親族間での賃貸借などの属人的な関係がある場合にのみ、沈黙による同意が認められうるとする°）; Prölss, a. a. O., (Anm. 117), 1445; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 69ff. などを参照。

(139)　ＡＧＢＧ二条の目的については、Regierungsentwurf, BT-Drucks. 7/3919, 13, 17を参照。

(140)　このＡＧＢＧ施行前の判例については、Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 124), § 305 Rn. 108などを参照。

(141) Freund, a. a. O., (Anm. 14), 59f.; Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1233.

(142) この見解は、とりわけ保険法学説において展開された。Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1233; Präve, a. a. O., (Anm. 128), 224; ders., a. a. O., (Anm. 138), 446; Armbrüster, in: Prölss/Martin, a. a. O., (Anm. 89), Einleitung Rn. 40; Daniel Schaffrin, „Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich", 2015, 39を参照。また、約款の変更一般について、Freund, a. a. O., (Anm. 14), 63f. が、沈黙による同意の可能性を肯定している。

(143) 利益変更について沈黙による同意を肯定する論者は、その論拠として、保険契約者の有利に約款を改訂した場合に、保険者には、既存契約についても、将来的に当該約款が新規契約と同様に基礎に置かれるよう、契約延長交渉に際して努める義務があるとする判例（ＢＧＨ第四ａ民事部一九八一年九月二三日判決（BGHZ 81, 345））を指摘する。このような義務があることから、保険者は、延長交渉以前に利益変更を既存契約にも及ぼそうとする場合に、保険契約者がこの変更に同意することを、通常、出発点としてよいとする。Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1233; Präve, a. a. O., (Anm. 128), 224; Freund, a. a. O., (Anm. 14), 63を参照。

(144) ドイツ民法典一五一条　申込者に対する表示なき承諾

申込者に対する承諾の表示が取引慣行によれば期待されない場合、または申込者がそのような表示を放棄した場合においては、承諾が申込者に対して表示される必要なしに、契約は申込みの承諾によって成立する。申込みが失効する時点は、申込みまたは諸事情から引き出される申込者の意思によって決まる。

(145) Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 70ff.; Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 124), § 305 Rn. 172; MüKoBGB/Busche, a. a. O., (Anm. 86), § 151 Rn. 5.

(146) ドイツ民法典五一六条　贈与の概念

(1) 略

(2) 相手方の意思なく出捐がされた場合には、出捐者は、相手方に対して相当の期間を定めて承諾の意思表示を求めることができる。相手方がその期間が経過する前に贈与を拒絶しなかったときは、その贈与は承諾されたものとみなす。

（以下略）

(147) Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 69. また、約款変更の文脈に限らず、より一般的に、Claus-Wilhelm Canaris, Schweigen im

Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund. in: FS für Walter Wilburg (1975), 77, 78を参照。

(148) Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 124), Rn. 172を参照。他に、Eckardt Buchholz-Schuster, NVersZ 2000, 207, 208も、この見解に親近感を示すが、最終的には採用していない。

(149) Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 124), Rn. 172.

(150) Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 124), § 306 Rn. 25.

(151) Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1233; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 177; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 71.

(152) 無効部分の補充のための補充的契約解釈のリーディングケースとされるＢＧＨ第八民事部一九八四年二月一日判決（BGHZ 90, 69）は、補充的契約解釈により、「両当事者が、条項の無効を知っていたならば、両者の利益を適切に衡量して、信義誠実に従い誠実に合意したであろう」規律が認められる、とする。

(153) Freund, a. a. O., (Anm. 14), 62; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 70.

(154) Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1233（もっぱらかつ疑いなく有利な変更に限る。）; Armbrüster, in: Prölss/Martin, a. a. O., (Anm. 89), Einleitung Rn. 40（新条項が一義的に有利な場合）; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 72（一義的に有利な変更の場合）; Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 124), Rn. 172（変更された約款が契約相手方にとって完全に圧倒的に有利である場合）; Freund, a. a. O., (Anm. 14), 63f.（相手方が有利な変更後の条項の効果について十分な説明を受けた場合）.

(155) すなわち、承諾期間の定めのある申込みをした場合には、その徒過により契約の締結が失敗する（ＢＧＢ一四八条）。承諾期間を定めない場合には、客観的な相手方の視点から、新条項の問題が相手方にとって初めて具体化するまで申込みの効力があるものと解釈される、とする（Hau, a. a. O., (Anm. 104), 185f.）。もっとも、このような批判は、一定の異議申立て期間を定めた変更申込みを想定するならば、当たっていないと考えられる。

(156) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 185.

(157) その他、保険契約の延長交渉に際しての義務を引き合いに出す見解（注（143）を参照。）に対しては、このような義務から相手方の異議負担は引き出されない、との批判がある（Hau, a. a. O., (Anm. 104), 185）。

(158) Prölss, a. a. O., (Anm. 117), 1445.

(159) Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 70.

(160) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 177; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 71.

(161) 約款の変更一般についてこの見解を支持するものとして、Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 124), § 305 Rn. 164; Thomas Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 124), § 305 Rn. 105; MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 86), § 305 Rn. 82; Palandt/Christian Grüneberg (75. Auflage, 2016), § 305 Rn. 47などを参照。また、保険契約について、Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1232ff.; Buchholz-Schuster, a. a. O., (Anm. 148), 208が、この見解に与している（これらの保険法学説は、特に無効条項または無効の疑いのある条項の変更を念頭に、議論を展開している。）。さらに、銀行取引について、Norbert Horn, WM 1984, 449, 453; ders., in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG (4. Auflage, 1999), § 23 Rn. 623; Thomas Hoeren, NJW 1992, 3263, 3267; Hermann-Josef Bunte, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch (4. Auflage, 2011), § 6 Rn. 11を参照。

(162) 沈黙と推断的同意の一般的な区別の指摘として、Freund, a. a. O., (Anm. 14), 65を参照。

(163) Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1234f.; Präve, a. a. O., (Anm. 128), 225; Buchholz-Schuster, a. a. O., (Anm. 148), 208; Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 151.

(164) Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1234f.

(165) Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O., (Anm. 161), § 23 Rn. 623は、振込口座契約上の諸権利を引き続き行使した場合を、Hoeren, a. a. O., (Anm. 161), 3267は、銀行の給付を比較的長期間請求し続けた場合を挙げている。

(166) Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 124), § 305 Rn. 105; Buchholz-Schuster, a. a. O., (Anm. 148), 208.

(167) Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 124), § 305 Rn. 99; MükoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 86), § 305 Rn. 79.

(168) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 175f. ハウ自身は、このような区別を疑わしいものとする。

(169) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 400は、同意擬制条項の有効要件についてであるが、相互的な異議の負担を少なくとも考慮に値すると指摘する。

(170) 以上の理由づけについては、MükoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 86), § 305 Rn. 82を参照。

(171) Schmidt-Salzer, a. a. O., (Anm. 121), D. 101は、銀行との間の口座管理契約など、即時に解約可能な継続的契約において

のみ、契約関係の継続による同意を認めてよいとする。これに対して、解約告知の期間が定められている賃貸借・リース・保険契約などについては、相手方の明示的な同意を要求する。

また、Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 124), § 305 Rn. 173は、約款使用者が多様な新規サービスを提供する継続的取引関係においてのみ、顧客が約款変更を知った後に取引関係を継続したことによって、新約款が契約構成要素になるとしている。この見解は、銀行取引を念頭に、限られた契約類型においてのみ、契約関係の継続を同意と認める趣旨である。さらに、非本質的な変更であれば、新約款を送付し、相当期間内の同意を求めることによって、同意擬制が認められるとする（Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 124), § 305 Rn. 172）。もっとも、シュロッサーは、条項無効を理由とする約款変更について利益変更として沈黙による同意を肯定しているので（既述）、ここでの見解は、それ以外の理由による変更を対象とするものである。

(172) Horn, a. a. O., (Anm. 161), 453は、変更の性質によれば銀行が衡平にも顧客の同意を期待することができる場合にのみ、契約関係の継続を同意として解釈することができるとするが、このような見解は、本文に述べたような考慮に基づくものといえよう。

(173) 約款変更の一般準則として、Freund, a. a. O., (Anm. 14), 67ff; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 177ff; Phillip Hellwege, „Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre", 2010, 474f.; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 72ff. 保険契約について、Präve, a. a. O., (Anm. 128), 225; Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 150ff.; Schaffrin, a. a. O., (Anm. 142), 40ff. 銀行取引について、Rüdiger Pamp, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 124), Klauseln B 9. なお、事業者間の契約に言及する学説は、この場合についても同様に考えている（Freund, a. a. O., (Anm. 14), 76f.; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 84f.）。

(174) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 181; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 72f.

(175) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 182.

(176) Präve, a. a. O., (Anm. 138), 445; Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 150ff..

(177) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 182.

(178) 他の場面との比較という観点では、むしろ契約締結後に初めて約款を組み入れる場合と同様に考えるべき、との見解も

ある（Freund, a. a. O., (Anm. 14), 67ff.）。契約締結後の初回組入れについては、既述のように、支配的見解も一義的ないし明示的な同意を要求している（注（167）を参照。）。この見解を主張する論者は、ここから、「契約相手方の不利に法的地位を変更する場合には、推断的同意は許容されないか、給付を請求したからといって、そのような同意を認めることはできない」との命題を引き出し、これを約款変更にも転用して、明示的な同意を要求する。しかしながら、この見解に対しては、相手方の行為態様が変更後の約款に向けられるのであれば同意を推断してよいとの指摘の他（Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 74f.）、既に約款が契約の基礎にあり、継続的な関係の中でその変更の必要が生じることも前提としなければならない状況と、約款が契約内容を補充することをそもそも考慮しえない契約締結後の組入れとでは、状況が異なるとの批判がある（Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 74）。

(179) Hellwege, a. a. O., (Anm. 173), 474f..

(180) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 182.

(181) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 183.

(182) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 182f.; Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 197を参照。ここでハウは、両当事者の合意によって変更された約款条項の内容規制について、契約締結当初からある条項と同様の内容規制を行ったうえで、約款変更の濫用の有無（不利益変更の是非）を考慮するという判断枠組みをとる。しかしながら、それ自体としてＢＧＢ三〇七条以下のもとで疑義に曝されない条項が、不利益変更であるという理由だけで拘束力を否定されるのは、奇妙であるとする。というのは、合意による変更については、法律上の約款変更権や一方的変更権条項についていわれているような不利益変更の禁止が働かず、また、約款使用者には、相手方に対して新条項の不利益を説明する一般的な義務もないからである。そのうえ、ＢＧＢ三一〇条三項三文に基づき「契約締結に付随する事情」として組入れの時点を考慮することについても、従来、そのような議論がされてこなかっただけでなく、組入れ規制が十分に真摯なものであれば、厳格化する内容規制を抑制することができる、とする（Hau, a. a. O., (Anm. 104), 159f.）。

(183) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 183; Hellwege, a. a. O., (Anm. 173), 474.

(184) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 394.

(185) この点については、前掲注（173）と後掲注（206）の諸文献を比較せよ。

(186) ドイツ銀行連盟（Bundesverband deutscher Banken）による『顧客および銀行間での民間銀行約款の見本』（二〇一四年七月一日版）は、次の条項を設けている。

1．本約款および特別約款の適用領域および変更

(2) 変更

本約款および個別取引関係についての特別約款の変更は、顧客に対して、提案される効力発生時期の遅くとも二か月前に、テキスト方式で申し込まれる。顧客が銀行との間で取引関係の枠内において電子的通信手段に合意した場合には（例えば、オンライン・バンキング）、この方法でも変更を申し込むことができる。顧客が提案された変更の効力発生時期より前に拒絶を示さなかったときは、顧客の同意があったものとする。この同意作用を、銀行は、顧客に対して変更の申込みの中で特別に指摘する。顧客に対して支払いサービスについての約款（例えば、振込約款）の変更が申し込まれた場合には、顧客は、その変更にかかる支払いサービス枠契約を、提案された変更の効力発生時期より前に、即時かつ費用負担なしに解約することもできる。この解約告知権を、顧客に対して変更の申込みの中で特別に指摘する。

(187) Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 226ff..

(188) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 393は、同意擬制条項に基づく銀行約款の変更の一例――そこでは、顧客の信用調査のためにSCHUFA（一般信用保証のための保護団体）を用いる旨の条項を、その他の信用調査機関も用いるように変更することが企てられた。――において、一四七〇〇〇人の顧客中、一〇〇人に満たない者だけが異議を唱えたことを紹介している。

(189) もっとも、一九九〇年代初期頃までの議論においては、約款の変更に際して同意擬制はおよそ認められないとする見解が、一部で主張されていた（Walter Löwe, in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Gesetz (1977), § 2 Rn. 21; Horn, WM, a. a. O., (Anm. 161), 452f.; Hoeren, a. a. O., (Anm. 161), 3267などを参照°）。この見解によれば、約款が契約に組み入れられるためには、ＡＧＢＧ二条一項に基づき、契約相手方が実際に同意を与える必要がある。それゆえ、契約締結の場面において、相手方の同意を擬制することは許されない。約款の変更を含む契約の変更も契約締結の一場面なので、ＡＧＢＧ一〇条五号の要件を充たす同意擬制条項が存在するとしても、そのような条項に基づく同意擬制は認められない、とされる。しかしながら、このような見解に対しては、当初の契約締結に際しては未だ同意擬制の合意がないのだから、擬制が働かないとしても、既に契約関係の存する契約の変更においては同意擬制が可能である、といった批判が向けられた（Freund, a.

a. O., (Anm. 14), 103f.; Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 172f.; Matusche-Beckmann, a. a. O., (Anm. 85), 115などを参照）。この見解の主唱者であったホルンも、その後、契約の継続による推断的同意と実質的にほとんど区別することができないという理由で、態度変更している（Horn, in: Wolf/Horn/ Lindacher, a. a. O., (Anm. 161), § 23 Rn. 623）。また、債務法現代化法の政府草案理由書も、遠距離通信サービスおよびドイツポストの約款についてＡＧＢＧ二条の適用を除外していた同二三条二項一ａおよび一ｂ号の改正に関連して、銀行約款に代表される同意擬制方式の約款変更条項が所定の要件の下で許容される、との見解を示している（BT-Drucks. 14/6040, 152）。

(190) ドイツ民法典三〇八条　評価の余地のある禁止条項

普通取引約款において、とりわけ以下の規定は無効である。

5.（擬制された意思表示）

一定の行為がされたまたはされなかった場合に、約款使用者の契約相手方の意思表示がされ、またはされなかったものとみなす規定。ただし、次の場合にはこの限りでない。

ａ）契約相手方に明示的な意思表示のための相当な期間が与えられ、かつ

ｂ）その期間の初めに契約相手方に対して自らの行為態様の規定された意味を特別に指摘する義務を、約款使用者が負う場合。

(191) 二〇〇八年以前は、建設工事請負規程Ｂ部（VOB/B）を全体として組み入れた契約について、ＢＧＢ三〇八条五号の適用除外が存在した（同号旧規定、ＡＧＢＧ二三条二項五号）。しかしながら、この規定は、二〇〇九年一月一日から廃止された。

(192) 支払サービス枠契約を変更するための同意擬制については、ＢＧＢ六七五ｇ条が三〇八条五号の特則となる。

ドイツ民法典六七五ｇ条　支払サービス枠契約の変更

(1) 支払サービス提供者から働きかけた支払サービス枠契約の変更は、この者が、遅くとも提案された変更の効力発生時期の二か月前に、支払サービス利用者に対して民法典施行法第二四八条§二および§三に規定された方式で意図した変更を提供することを、要件とする。

(2) 支払サービス提供者と支払サービス利用者は、支払サービス利用者が支払サービス提供者に対して提案された変更

の効力発生時期より前に拒絶を示さなかった場合に、第一項に従った変更に対する支払サービス利用者の同意があったものとみなすことを、合意することができる。そのような合意がある場合には、支払サービス利用者は、提案された変更の効力発生時期より前に支払サービス枠契約を即時に解約する権利を有する。支払サービス提供者は、支払サービス利用者に契約変更の申込みとともに沈黙の効果および費用を要しない即時の解約告知権を指示する義務を負う。

（第三項以下略）

(193) これらの有効要件については、前掲ＢＧＨ一九九九年判決（BGHZ 141, 153）が判断例を提供している。この裁判例において問題とされた約款変更条項（注（99）を参照。）には、相手方（保険契約者）に一月の異議を唱える期間を与える旨の規定、および、適時に異議が唱えられた場合には、契約は「従来の条項を伴って」継続する旨の規定が含まれていた――後者の規定は、指摘義務に関連するものといえる。――。前者の規定について、ＢＧＨは、保険契約者が三週間の休暇中に約款変更の通知を受ける場合を考えると、法的な助言を受け判断を下すのに、一月の期間は短すぎるとした。また、後者の規定については、「従来の条項を伴って」という表現は、平均的な保険契約者から見て、契約が無効条項も伴って継続するものと読むことができ、保険契約者の権利行使を抑止しうるとの理由で、透明性の要請に違反するとされた。

(194) ＢＧＨ第三民事部一九八四年一〇月四日判決（NJW 1985, 617）; Harry Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 124), § 308 Rn. 11, 12; Jens Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 124), § 308 Rn. 43, 47（指摘義務については、個別合意により契約内容となっているのでもよいとする。）; Staudinger/Dagmar Coester-Waltjen (2013), § 308 Rn. 13, 14; MükoBGB/Wolfgang Wurmnest (7. Auflage, 2016), § 308 Rn. 12, 14などを参照。

(195) Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 124), Rn. 11; Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 124), Rn. 43; Staudinger/Coester-Waltjen, a. a. O., (Anm. 194), Rn. 13; MükoBGB/Wurmnest, a. a. O., (Anm. 194), Rn. 12などを参照。

(196) Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 124), § 308 Rn. 12; Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 124), § 308 Rn. 50を参照。

(197) Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 191（透明性の要請を理由とする。）; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 386f.; Kolm-

see, a. a. O., (Anm. 5), 141ff.（期間の適正さについて内容規制を免れるべきでないことなどを理由とする°）.

(198) Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 155f..

(199) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 396f., 407. これに対して、Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 156は、異議を唱えなければ変更に同意したことになると規定しておけば、反対解釈により、異議を唱えることで変更を阻止しうることは明確であるとして、異議を唱えた場合の効果の具体的な規定は必要ないとする。

(200) 正当な利益の要求について、一部の学説はＢＧＢ三〇八条五号に根拠を置いているが（Friedrich Graf von Westphalen, in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGBG (2. Auflage, 1983), § 10 Rn. 11; ders., Dauerschuldverhältnisse – Wirksamkeit von Änderungsklauseln zugunsten des AGB-Verwenders, in: FS für Peter Schlosser, 2005, 1111; Präve, a. a. O., (Anm. 128), 226)、判例および支配的見解は、ＢＧＢ三〇七条に基づく審査において、正当な利益の有無を問題にしている（ＢＧＨ第九民事部一九八九年一一月九日判決（NJW 1990, 761）; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 124), § 308 Rn. 7; Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 124), § 308 Rn. 67; Staudinger/Coester-Waltjen, a. a. O., (Anm. 194), Rn. 2 などを参照°）。これに対して、Thomas Nickel, „Die Erklärungsfiktion im Bürgerlichen Recht", 1997, 208ff. は、「正当な利益」という特別な要件を立てる必要はなく、相手方の保護の要否については、端的にＢＧＢ三〇七条（ＡＧＢＧ九条）における相当性審査において考慮すればよいとする。また、正当な利益の要求にかかる実質的な有効要件を、同意擬制条項の定式ではなく、個々の適用場面において問題とするならば、この要求は、権利行使規制レベルのものとなる。

(201) ＢＧＨ前掲注（200）一九八九年判決; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 124), § 308 Rn. 7; Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 124), § 308 Rn. 67; Staudinger/Coester-Waltjen, a. a. O., (Anm. 194), Rn. 2; Graf von Westphalen, in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, a. a. O., (Anm. 200), Rn. 11; Freund, a. a. O., (Anm. 14), 107; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 149f. などを参照°

(202) Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/5422, 7; Regierungsentwurf, a. a. O., (Anm. 139), 49f. を参照°

(203) Graf von Westphalen, in: FS für Schlosser, a. a . O., (Anm. 200), 1111は、ＢＧＢ三〇八条五号における不文の有効要件として、大量取引における条項であることがあるとする。

(204) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 394; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 154f.

(205) もっとも、Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 155は、利益変更の範疇においても、相手方が承諾意思を有していなかった場合に紛争が生じうることを、法的明確性または安定性の問題として挙げている。しかしながら、このような利益変更に焦点を合わせた説明よりも、本文に述べるような説明の方が、ここでの約款使用者の利益をより良く示すことができるのではないか、と考える。

(206) Freund, a. a. O., (Anm. 14), 206f.; Pröss, a. a. O., (Anm. 117), 1448; Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 216; ders., VuR, a. a. O., (Anm. 39), 301ff.; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 395ff., 405ff.; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 148ff.

(207) この点についての判例の立場は、明らかでない。もっとも、インターネット接続契約および関連製品販売契約における約款条項の差止めに関する前掲ＢＧＨ二〇〇七年判決が、一定の示唆を与えてくれる。同判決においては、一方的変更権条項（既述）と並んで、同意擬制形式の契約変更条項の効力が争われた。問題の条項は、次のような文言であった。

「Ｙは、さらに、この約款または各給付記述および製品記述を六週の期間をもって予め改訂する権利を有する。Ｙは、そのつどの改訂を、顧客に対して、Ｅメールまたは書面によって通知する。同時に、顧客に対して、明示的に、次のことを指摘する。すなわち、顧客がこの改訂に対して改訂の通知から六週の期間内にＥメールまたは書面によって異議を唱えない場合には、当該改訂が、契約当事者間に存在する契約の対象となることである。顧客が異議を唱える場合、各当事者は、通常告知について妥当する期間をもって、Ｅメールまたは書面によって、解約を告知する権利を有する。」

このような条項を前にして、ＢＧＨは、一方的変更権条項についての判断が、直ちに同意擬制条項にも当てはまるわけではないとした。また、その際に、同意擬制条項の代表例たる銀行約款中の条項の有効性について、従来、疑義が呈されてこなかったことにも付言した。これらのことからすると、二〇〇七年判決において裁判所は、同意擬制条項について一方的変更権条項よりも有効要件が緩和される可能性がある、と考えたのではないかと窺われる。

しかしながら、この判決において、同意擬制方式による約款変更条項の有効要件は、それ以上明らかにされなかった。というのは、約款変更に関する部分の不当性とは別の観点から、問題の条項は無効と評価されたからである。すなわち、当該条項が給付・製品既述の変更を可能とする点が、問題視された。そのような変更条項は、約款使用者にとって、契約構造を全体として変形し、給付の均衡を著しく自己に有利にする手段を保持するものである。そのような広範な、当事者間の法律

関係の基礎に関わる変更には、ＢＧＢ一四五条以下の要件を充足する変更契約が必要である。このような理由から、当該条項は、ＢＧＢ三〇七条一項に抵触する、とされた。さらに、約款に関する部分を個別に考察した場合に条項が有効であるかは、判断を要しないとされた。その理由として、約款使用者のサービス提供の完全な柔軟性を確保するという当該条項が全体として有する機能に鑑みて、約款に関する部分だけを有効とする意味がない、とされた。この給付・製品既述の変更に関する判示からすると、判例によれば、同意擬制方式による約款変更条項によって契約の中心部分を規律する条項を変更することはできない、と考えられる。

(208) Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 199; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 406f.

(209) Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 197; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 407を参照。もっとも、Prölss, a. a. O., (Anm. 117), 1448は、条項無効の場合に限らない一般的な文脈においてであるが、一方的変更権条項と同意擬制条項との間で、正当な変更原因の要求に関して違いはないとする。

(210) Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 198; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 406f.; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 153f. を参照。

(211) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 406, 408.

(212) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 406. また、Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 150も、約款の変更をもたらす事情を約款使用者が契約締結時または従来の約款の組入れ時に認識していた場合には、同意擬制が認められないとする。

(213) もっとも、同意擬制条項を扱う比較的初期の論稿においては、一方的変更権条項と区別することなく具体化の要請を論じる見解が見られる。Seybold, a. a. O., (Anm. 128), 1237; Präve, ZfV 1993, 214; ders, a. a. O., (Anm. 138), 446を参照。後二者は、同意擬制条項の代表例である銀行約款についても、この観点からの疑義を呈する。

(214) Freund, a. a. O., (Anm. 14), 206; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 396; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 156f. また、Prölss, a. a. O., (Anm. 117), 1448は、変更内容・範囲の具体化についてのみ、要求の緩和を肯定する。

(215) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 406, 408.

(216) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 408.

(217) Hau, a. a. O., (Anm. 104), 407.

(218) Bartmuß, Lückenfüllung, a. a. O., (Anm. 39), 199; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 407.

(219) このような性質決定について、Prölss, a. a. O., (Anm. 117), 1447; Heinrich Dörner, WuB IV C. § 9 AGBG 8.99 (unter 2); Bartmuß, VuR, a. a. O., (Anm. 39), 300f.; Hau, a. a. O., (Anm. 104), 383ff. を参照。