



Title	無効な約款条項の変更（三・完）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2018, 68(3), p. 109-160
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87163
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（三・完）

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（以上、阪大法学六八巻二号）

第三章 約款変更の「義務論」——約款使用者の無効条項変更義務

第一節 法改正に際しての約款変更に関する議論

第二節 保険契約法上の無効条項変更義務に関する議論

第四章 結論

第一節 ドイツ法のとめ

第二節 日本法への示唆（以上、本号）

第三章 約款変更の「義務論」——約款使用者の無効条項変更義務

第一節 法改正に際しての約款変更に関する議論

第一項 緒論

約款を規制する法律が改正され、または、新たに制定された場合において、それ以前に成立していた契約（以下、

「旧契約」とする。)にも新法の効力が及ぶとされたとき、それら旧契約に対する規制の効果はどのようなものか。規制に抵触する条項を全部無効とする効力維持的縮減禁止の法理は、旧契約に対する約款規制についても適用されるのか。

この問題は、かつてA G B Gが施行(一九七七年四月一日)された際にも生じた。A G B G二八条二項⁽²⁰⁾は、内容規制の一般条項である同法九条が、同法の施行前に締結された一定の継続的契約にも適用されることを、定めていた。それゆえ、法律効果の面において、新法の下で判例となった効力維持的縮減の禁止が旧契約にも当てはまるのか、が問題となった。この問題について、B G Hの判例は、旧法下で(結論的に)条項を縮減する処理がされているた事案において、新法の下でも不当条項を適法な範囲で維持することを認めた。例えば、B G H第八民事部一九八四年六月二〇日判決(BGHZ 91, 375)においては、無制限の相殺禁止条項の効力が問題とされた。A G B G制定前の状況下においては、そのような条項自体は有効であるが、争いがなければ既判力をもって確定された反対債権が問題となる場合には、B G B二四二条⁽²²⁾に基づき援用を禁止する処理がされていた。B G Hは、A G B Gの下では条項の定式自体において相殺禁止の働く場面を限定することが要請されるが——A G B G一条三号⁽²³⁾を参照。同条が適用されない旧契約についても、A G B G九条を介してこの規定の法理が考慮された。——、旧契約中の条項については、A G B G一条三号によれば許容される範囲で維持されたとした。その理由として、A G B Gの憲法適合的解釈から、旧契約を変更せずに存続させることがA G B Gの基本的評価基準と耐えがたく矛盾する限りにおいてのみ、それらの契約に介入すべきだが、A G B Gは単に形式的な刷新として定式化を要求していることに鑑みて、旧法下の縮減的処理を維持することに、そのような矛盾はないとされた⁽²⁴⁾。

このようなA G B Gに関する判例に対して、約款規制に関するより近年の立法については、旧契約中の条項にも

効力維持的縮減の禁止を含む内容規制の一般的な法律効果枠組みを適用する裁判例が最上級審において出されており、論議を呼ぶこととなった。論議の対象となったのは、二つの立法である。一つは、二〇〇一年の債務法現代化に際しての労働契約への約款規制の適用であり、もう一つは、二〇〇七年のVVG改正である。これらの立法の経過規定においては、一定の移行期間後に旧契約にも新法を適用するものとされた。そこで、約款使用者はこの移行期間内に旧契約の約款内容を新法に適合するよう変更すべきであり、そのような変更を怠った以上、特別な信頼保護——効力維持的縮減ないしそれと機能的に重複する補充的契約解釈——を与える必要はないのではないか、という問題が生じた。すなわち、法改正に際しての約款使用者の約款変更オプリーゲンハイトと、それに違反した場合の条項全部無効というサンクションの是非という問題である。

以下では、労働契約とVVGに関して、それぞれ判例・学説の状況を整理したうえで、それらの検討素材から、この問題についてより一般的にどのようなことがいえるか、分析を試みる。

第二項 労働契約への約款規制の適用

一 問題の概要

二〇〇一年の債務法現代化により、AGBGの実体法部分はBGB三〇五条以下に統合されたが、それに伴い、AGBGの適用対象外であった労働契約についても（AGBG二三条一項⁽²⁵⁾）、労働法において妥当する特殊性を相対に顧慮したうえで、約款規制が及ぶものとされた（BGB三二〇条四項二文⁽²⁶⁾）。そこで、二〇〇一年以前に成立した労働契約も規制に服するのか、が問題となってくる。この問題については、債務法現代化法の経過規定である民法典施行法（以下、本文中においては「EGBGB」とする。）一二九条§五⁽²⁷⁾が適用される。この規定によれば、

新法施行日の二〇〇二年一月一日より前に成立していた債務関係には旧法が適用されるが、継続的債務関係については、二〇〇三年一月一日から新法が適用されなければならない。二〇〇一年以前からある労働契約も、二〇〇三年以降は約款規制の対象となる。他方で、この経過規定は、新法施行から一年の移行期間の間に、債務関係の当事者が何をすべきか、または、何をなしうるのかといったことについては、何も具体的に規定していない。それゆえ、二〇〇三年までに労働契約の内容が約款法に適合するよう修正されなかった場合の内容規制の効果において、使用者が自ら変更を試みなかったことがどのように考慮されるか、が問題となった。

二 裁判例の状況

この問題について、ドイツ連邦労働裁判所（以下、本文中では「BAG」と表記する。）の裁判例は、判断が分かれることとなった。

1 ドイツ連邦労働裁判所第五部の見解

一方において、BAG第五部は、使用者が契約内容の変更に動かなかった場合にも、補充的契約解釈により一定の信頼保護を与える処理を支持した。

このような処理を行った裁判例として、まずBAG第五部二〇〇五年一月一二日判決（BAGE 113, 140）を挙げることができる。事案は、一九九八年に締結された労働契約において、使用者は追加手当その他の支給をいつでも無制限に撤回することができる旨が定められており、この規定に基づいて使用者Yが、二〇〇三年に追加手当および交通費の支給を撤回したのに対して、被用者Xが撤回の無効確認等を請求したというものであった。BAG第五

部は、撤回事由を規定せず、いつでも無制限に撤回可能としていることから、BGB三〇八条四号の形式的要求（留保された給付変更の要件および範囲の具体化）を満たさず、契約相手方にとって期待不可能なものであるとの理由で、この撤回条項を無効としたが、旧契約における無効な撤回条項は、代替なしに脱落しないとされた。判決理由は、形式的要求（十分明確な条項の表現）の終了した事実（労働契約の締結）への遡及適用から、このことを正当化した——学説の状況において後述のように、旧法下においても、権利行使規制の枠内で実質的に同様の規制がされていた。——。すなわち、条項表現に対する要求は真正の遡及効に帰着するので、比例原則を守った憲法適合的な解釈および適用が必要とされる。撤回可能性なしに合意された給付に使用者を拘束することは、私的自治への過剰な介入となる。そのような法律効果は、何人も考慮することができず、考慮せずともよく、かつ、考慮してはならなかったし、当事者の典型的利益を考慮する相当な解決を提供しない。約款使用者は契約締結に際してBGB三〇七条以下を顧慮することができず、かつ、新たな形式的要求を充たさないという理由でのみ条項は無効であるので、欠缺補充のために補充的契約解釈が要請される。BAG第五部は、このように述べて、少なくとも経済的損失が生じた場合の撤回可能性を肯定した。⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾

その後、後述するように、BAG第九部において、約款変更が試みられなかった場合に補充的契約解釈を否定する判断が出された後、BAG第五部二〇一一年四月二〇日判決（BAGE 137, 383）は、再び手当りの撤回条項の効力が問題となった事案において、補充的契約解釈を肯定した。同判決は、二〇〇五年判決と同様に、撤回事由が明記されていないという理由から、BGB三〇八条四号に基づき条項を無効としたうえで、補充的契約解釈により、少なくとも使用者に経済的損失が生じた場合について撤回可能性が認められるとした。その際、BAGは、補充的契約解釈を否定する見解に対して、次のように反論した。すなわち、約款変更のための使用者の交渉オプリーゲン

ハイトや使用者の変更申込みに対する被用者の承諾義務は、E G B G B 二二九条§五から引き出すことができない。合法的な契約を一方的に実現する可能性は、存在しなかった。⁽²³⁾くわえて、判例の展開を依然として予見することができなかったため、二〇〇二年の時点で合法的な契約を定式化することは、著しく困難であっただろう、と。そのほか、B G Hにおいて旧契約中の撤回条項が二〇〇三年以降に無効とされた場合に補充的契約解釈を認めた裁判例があること、新契約⁽²⁴⁾（新法下で締結された契約）において補充的契約解釈を許容しつつ、旧契約においては排除することは、矛盾であることなども指摘された。

もっとも、B A G 第五部は、旧契約に関する全ての事案について、補充的契約解釈を肯定したわけではない。B A G 第五部二〇〇七年一月二八日判決 (NZA 2008 293) においては、補充的契約解釈の適用が否定された。ここでは、契約上の請求権の除斥期間を定める条項の効力が問題とされた。⁽²⁵⁾裁判所は、期間の短さを理由に当該条項をB G B 三〇七条に抵触するものとしたうえで、補充的契約解釈により相当な期間の規律を導入することを否定した。その理由として、まず、撤回留保と異なり制定法 (B G B 一九五条⁽²⁶⁾による通常の時効期間) が相当な解決を提供することが挙げられたが、さらに、B G B 三〇五条以下が契約締結時に顧慮されえなかったという事情も、補充的契約解釈の必要性を基礎づけないとされた。また、この判決は、効力維持的縮減により除斥期間を維持することもできないとした。その理由として、B A G は、E G B G B 二二九条§五の経過規定の存在を指摘する。すなわち、契約当事者は、経過規定によって法的状況の変化に対応する時間的余地を与えられていたうえ、労働関係の全期間を通じて法的評価が不変であることを、前提とすることはできなかった。無効となった除斥期間が一般的にぎりぎりなお許容される程度に延長されることに対する約款使用者の信頼は、正当でないし保護に値しないだろう、と述べている。

以上の裁判例に表されたBAG第五部の見解をまとめると、次のようになる。すなわち、EGGBB二二九条§五の移行期間中に約款変更を試みなかったとしても、条項の有効性に対する使用者の信頼は、補充的契約解釈の枠内でのみ保護される。⁽²⁴⁾これに対して、効力維持的縮減の禁止は、旧契約についても妥当する。それゆえ、使用者が実際に信頼保護を享受することができるのは、任意規定によって相当な解決が得られない場合に限られ、不当条項のぎりぎりなお許容される程度への縮減を、常に期待できるわけではない。

2 ドイツ連邦労働裁判所第九部の見解

他方において、BAG第九部は、使用者が契約変更を試みなかった場合に補充的契約解釈を認めない見解を示した。

まず、BAG第九部二〇〇六年四月一日判決(BAGE11836)を挙げることができる。当該事案においては、使用者Xが被用者Yのために支出した職業教育費用の返還が争われた。二〇〇〇年に締結された労働契約においては、教育終了から二年を経過する前に労働関係が終了した場合に、Yはこの費用を（一部）返還する義務を負うものとされていた。二〇〇二年八月の教育終了後、Yが、翌二〇〇三年六月末付でXの重大な契約違反を理由に解約したため、⁽²⁵⁾Xが教育費用の一部返還を請求した。BAGは、労働関係の終了が誰の責任・リスク領域であるかで区別せず、例外なく返還義務を課している点で、BGB三〇七条一項一文に抵触するとの理由で、この返還条項を無効とした。そのうえで、補充的契約解釈によって何らかの返還規律を認めることも否定した。所論によれば、補充的契約解釈は、契約への拘束が約款使用者にとってBGB三〇六条三項の意味で期待不可能な過酷さを意味することを、要件とする。しかしながら、本件返還条項の無効は、補充的契約解釈を要請するほどの均衡障害をもたらさ

ない。この程度のリスクに制限的で有効な条項表現によって対処することは、X次第であった。X自身、他の条項において両当事者の責任領域による区別をしていたので、そのような措置をとる特別な誘因もあった。また、EGB B二二九条§五が全ての使用者に一年間の移行期間を与えていたので、Xは、弁護士に相談し条項変更を行うために、この期間を使用することができた。相応の契約変更の申込みがあれば、Yは誠実に対応しなければならなかったであろう。BAG第九部は、このように述べて、補充的契約解釈による代替規律の補充を否定した。

つづけて、BAG第九部二〇〇六年十二月十九日判決(BB 2007, 1624)においても、同様の判断が示された。

本件事案は、公用車の私用に関するものであった。すなわち、使用者Yが外勤従業員Xとの間で二〇〇一年に締結した公用車契約において、Xには公用車の私用が許可されていたが、Yは自動車の貸与をいつでも撤回することができる旨の条項が存在した。Yは、二〇〇四年に、Xを労働から解放したのに伴い、公用車の私用許可についても撤回し、その引渡しを要求した。Xは、この要求に応じた後、自動車の使用利益の賠償を請求した。このような事案において、BAGは、実質的な理由なしに撤回が可能になっているとの理由で、BGB三〇八条四号に基づき本件撤回条項を無効とした。⁽²³⁾そのうえで、補充的契約解釈により有効な撤回規律を定めることもできないとした。本判決の見解によれば、補充的契約解釈は、契約への拘束が約款使用者にとって期待不可能な過酷さを意味する場合または、BGB三〇七条以下が、有効な契約表現への要求に関して、旧契約にとって真正の遡及効に帰着する場合にのみ、問題となる。本件は、これらの場合に該当しないとされた。まず、当該条項の無効は、補充的契約解釈を要請するほどの極端な均衡障害をもたらさず、このリスクへの対処は、EGBGB二二九条§五第二文により、約款使用者に委ねられていた。さらに、立法者は、移行期間の付与によって、条項の有効性に対する約款使用者の信頼の保護を図ったのであり、この期間中に契約変更が試みられなかったならば、無効な条項の存続に対する約款使

使用者の信頼は保護に値しない。このような理由により、補充的契約解釈による処理は否定された。また、本判決は、逆にYがXに対して相応の契約変更の申込みをしていたならば、Xは誠実に承諾しなければならなかったであろうとする。仮にXが契約変更に同意しなければ、撤回条項の全部無効はYにとって期待不可能な負担であり、そのような場合には、補充的契約解釈により代替規律が探求されなければならない。その際には、Yによってされた契約変更の申込みが、仮定的当事者意思の探求の基礎になるとする。

以上のようなBAG第九部の見解に対して、同第一〇部も、最終的な結論を留保しつつ、傍論において賛同する姿勢を見せている。すなわち、BAG第一〇部二〇〇八年十二月一〇日判決（DB 2009, 684）および同二〇〇九年二月一一日判決（NZ A 2009, 428）は、移行期間中に契約変更の試みがされなかったことは、補充的契約解釈を否定するのに有利に働くとしている⁽²³⁷⁾。

三 学説の状況

BAGの裁判例において、使用者の信頼保護が補充的契約解釈の枠内で問題とされたのに対して、学説においては、AGBG制定時の判例における処理と同様に、旧契約については効力維持的縮減を認めるべきとの見解が、複数の論者によって主張された⁽²³⁸⁾。これらの論者は、予防思想（約款使用者が、少なくとも法的に許容される範囲で条項が維持されることを期待して、不当条項を用いることを、阻止すべきとの思想）や透明性の要請（相手方の真の権利義務が約款自体から明らかになるようにすべきとの要請）といった効力維持的縮減の禁止を基礎づける論拠が、旧契約については当てはまらないとする。旧法下において、BAGは、再三にわたり、労働契約上の過大な規律を限定された範囲で維持してきた⁽²³⁹⁾。前掲BAG第五部二〇〇五年判決などで問題となった撤回条項についても、旧法

下の判例は、条項表現における撤回事由の限定を要求することなく、個々の事案における撤回事由を権利行使規制の枠内で評価していた。⁽²⁴⁾ 使用者がこのような判例を信頼して契約を形成したならば、そのような信頼は保護されなければならない。⁽²⁴⁾ 判例よりも賢くあることや、二〇〇一年の法改正を予見することは、使用者に対して要求できない。⁽²⁴⁾ このような理由から、旧契約にも二〇〇三年から新法に基づく約款規制が及ぶとしても、効力維持的縮減の禁止は、旧契約に及ぼすべきではない——その点で、E G B G B 二二九条§五の経過規定を制限解釈すべきである。——とされた。⁽²⁴⁾

効力維持的縮減による信頼保護を支持する論者は、B A G 第五部の見解（補充的契約解釈による処理）を支持する論者⁽²⁴⁾とともに、E G B G B 二二九条§五第二文における一年の移行期間による契約変更の可能性だけでは、使用者の信頼保護に十分ではないとする。その理由として、第一に、移行期間中の約款変更を認めても、何が許容される条項であるか明らかでなかったことが、挙げられる。⁽²⁴⁾ すなわち、二〇〇二年の段階においては、その後の判例の展開を予見することができず、有効な条項の定式化が困難であった、と。⁽²⁴⁾ 第二に、経過規定の不出来も指摘されている。つまり、E G B G B 二二九条§五は、使用者に交渉オプリーゲンハイトの存在を認識させない。⁽²⁴⁾ そのうえ、使用者が一方的に契約変更を行うメカニズムも規定されていない。⁽²⁴⁾ さらに、被用者としては、多くの条項について判例の基準がなかったことから、変更の必要なしとの立場も可能であり、また、別の代替規律を主張することもありえたので、使用者の申込みに対する承諾義務を認めることもできない。⁽²⁴⁾ このような理由から、この経過規定が労働関係における現実と法的可能性とを相当に考慮しているかは疑わしく、⁽²⁵⁾ 使用者に変更オプリーゲンハイトを課せば、信頼保護がほぼ完全に無効化する、⁽²⁵⁾ と主張された。

他方で、B A G 第九部と同様に、変更オプリーゲンハイトを肯定する学説も存在する。⁽²³⁾ それらの学説の中では、

オプリーゲンハイト否定説において条項の有効性基準が不明であったことが指摘されているのに対して、撤回条項の定式に対する要求については従来から学説においてされていたものであり、使用者は変更の機会を有していた、との主張が注目される。⁽²⁹⁾

四 小括

A G B G 二八条二項が、特に移行期間を設けることなく、一定の旧契約にも新法が適用されるとしたのに対して、債務法現代化におけるE G B G 二二九条§五は、旧契約への新法の適用について、一年の移行期間を設けた。そして、A G B G 制定前の契約についてB G H判例が条項内容の縮減に留めたのに対して、労働契約への約款規制の適用に関するB A G裁判例においては、裁判部によって意見が分かれたものの、使用者が約款変更を怠ったことを理由に、補充的契約解釈による信頼保護を認めない見解が現れた。学説の議論を含め、使用者が約款変更を行わなかった場合の補充的契約解釈または効力維持的縮減のは非について、それぞれの見解を整理すると、次のようになる。

まず、使用者の信頼を保護するためにこれらの処理を肯定する見解の論拠は、次のようにまとめられる。第一に、具体的な判例の展開が予見不可能であり、どのように変更すれば有効な条項となるか不明であったとされる。第二に、使用者には、簡易な約款変更の手段が与えられていなかったとされる。すなわち、E G B G 二二九条§五のもとで、約款変更の申込みに対する被使用者の承諾義務はないとし、使用者には一方的に約款変更を実現する方法がなかったとする。第三に、同規定は、使用者のオプリーゲンハイトについても規定しておらず、または、使用者にオプリーゲンハイトの存在を認識させないとする。

これに対して、信賴保護のための補充的契約解釈または効力維持的縮減を否定する見解の論拠は、肯定説の論拠に対応させると、次のように整理することができる。第一に、判例展開の予見可能性に関して、弁護士への相談を含めて変更すべき約款内容を把握することを、使用者に期待している。また、複数の裁判例において問題とされた給付撤回条項については、変更の必要性を認識可能であったことが指摘されている。第二に、EGBGB二二九条§五の解釈として、被用者には約款変更の申込みに対して承諾義務があったとする。

第三項 二〇〇七年改正保険契約法の旧契約への適用

一 問題の概要

VVGは、二〇〇七年一月二三日に改正され、翌年一月一日に改正法が施行された。この新VVGが二〇〇七年以前に成立していた保険契約にどのように適用されるのかについては、保険契約法施行法（以下、本文中においては「EGBVG」とする。）⁽²⁵⁾ 一条が規定している。同条一項によれば、旧契約には、二〇〇八年一月三十一日まで旧法が適用され、二〇〇九年一月一日以降は新法が適用される⁽²⁶⁾——ただし、同二項により、二〇〇八年一月三十一日までに保険事故が発生した場合には、その限りで旧法が適用される。——。それゆえ、旧法に合わせて作られた旧契約の保険約款が新法の規定に反している場合の処理が、問題となってくる。ここで、EGBVG一条は、債務法改正におけるEGBGB二二九条§五と異なり、明示的に約款変更のための規定を設けた。すなわち、同三項によれば、保険者は、二〇〇九年一月一日までに、所定的方式で旧契約の約款を変更することができるものとされた。それでは、保険者がこの規定に基づく変更をしなかった場合に、このことは、新法に基づく約款規制の効果において、どのような意味を持つのか。

この問題は、具体的には、保険契約上のオプリーゲンハイト違反の法律効果に関して、議論されることになった。二〇〇七年以前の旧VVG六条は、⁽²⁵⁷⁾契約上のオプリーゲンハイト違反の効果について、保険契約者の故意・過失の程度にかかわらず、保険者が給付義務から完全に解放されることを認めていた（「全か無かの原則 All-oder-Nichts-Prinzip」。同条一項一文、三項一文を参照。）。これに対して、新VVG二八条は、⁽²⁵⁸⁾重過失によるオプリーゲンハイト違反の場合について、保険者の過失の程度に応じた給付縮減権のみを保険者に認めた（同二項二文）。⁽²⁵⁹⁾同条は片面的強行規定であり、保険契約者の不利に逸脱することは許されない（VVG三二条一文）。⁽²⁶⁰⁾旧法に合わせ重過失による違反の場合に給付全部解放を定めたオプリーゲンハイト条項は、新法に違反する。そこで、この違反の結果、どのような法律効果がもたらされるのか、具体的には、重過失による違反の場合について、依然として保険者に給付縮減権が認められるのか、それとも給付解放の効果はもはや認められないのか、が議論されることとなった。

本稿の関心事は、効力維持的縮減または補充的契約解釈の文脈において、保険者が約款変更をしなかったことがどのような意味を有するかにある。もつとも、オプリーゲンハイト条項においては、効力維持的縮減や補充的契約解釈に先立ついくつかの問題が存在する。すなわち、第一に、そもそもいかなる条項が新法に違反するのかという問題である。例えば、「オプリーゲンハイト違反の場合に、保険者は給付義務から解放される」とだけ書かれた条項は、違法なのか。第二に、VVG二八条二項二文が、法律上の給付縮減権を規定しているのか、それとも単に契約条項を規制する趣旨なのか、という問題である。仮に前者であるとする、契約上の給付解放規定が全部無効であるとしても、法律上の給付縮減権が認められることになる。もつとも、その前提として、オプリーゲンハイトそれ自体は、存続している必要がある。それゆえ、オプリーゲンハイトそれ自体と違反の効果についての規律を区別

し、後者だけを無効とすることができるとなる（規制対象の画定の問題）。効力維持的縮減または補充的契約解釈によつて給付縮減権を認めることができるか否かは、VVG二八条二項二文が法律上の権利を定めるものではないという場合に、初めて意味を持つてくる。以下では、これらの前提問題も含めて、学説・判例の状況を整理する。

二 学説の状況

1 前提問題のレベルでの処理

(1) 保険契約法からの逸脱の否定

多くの論者が、オプリーゲンハイト条項が新VVGに違反していることを前提に議論を展開する中、そもそもいかなる条項が新法を逸脱しているのかという問題に焦点を当てた学説がある⁽²⁶⁾。

この学説によれば、まず、オプリーゲンハイト条項の中には、給付解放の範囲と要件について単に契約締結時の法状況について情報提供するだけの宣言的条項と、独自の法律行為上の効果規定を含むものとがありえ、後者のみがVVG二八条を逸脱しうる。すなわち、平均的な保険契約者の地平に立った解釈によれば、旧法の規定（旧VVG六条）を明示的に参照する規律は、宣言的条項として解釈される。そのような規律は、当事者意思によれば、法改正後も貫徹されんとするものではない⁽²⁷⁾。これに対して、法規定を明示的に参照していない場合には、たとえ法規定と同一内容であっても、法改正に対しても貫徹されんとする独自の法律行為上の効果規定である⁽²⁸⁾。

さらに、独自の効果規定であるとしても、いつ・いかなる範囲で新法を逸脱しているのか、が明らかにされなければならぬ、とされる。ここでは、まず、VVG二八条二項一文が、「給付義務を負わない」旨の契約規定に結

びつけられていることから、給付解放のさらなる要件（故意・過失、因果関係）が明示されていない条項——単にオプリーゲンハイト違反の効果として給付解放のみを規定する条項——であつても有効であり、法律上の規定によつて補充される、とされる⁽²⁶⁾。オプリーゲンハイト条項を全部無効とした場合の特別重大な結果が、透明性思想の後退を正当化することから、このことは、実質的にも正当化されるとする。以上のことは、VVG二八条二項二文による割合的处理の不記述についても、当てはまるとされる⁽²⁶⁾。これに対して、約款条項が故意・過失に言及しつつ、その程度に応じて細分化されていない条項——例えば、オプリーゲンハイトに「有責なかたちで」(schuldhaft)違反した場合に、保険者は給付義務から解放されるとする条項——は、単純過失の場合にも給付解放を生じるものと解釈されることから、VVG二八条を逸脱していると⁽²⁶⁾する。

(2) 法律上の給付縮減権の肯定

一部の論者は、約款中のオプリーゲンハイト違反の効果規律が無効であつても、法律に基づく違反の効果としてVVG二八条二項二文が適用される、と主張した。この見解によれば、オプリーゲンハイトそのものの合意とその違反の効果についての合意とは可分であり、後者のみが新VVGに違反し無効となる。そして、VVG二八条二項二文は、同一文と異なり、「契約が、……給付義務を負わない旨を規定している場合」とは書かれていないことから、法律上の給付縮減権を定めたものである。ゆえに、契約に基づく違反の効果が無効であつても、存続しているオプリーゲンハイトについて、法律上の効果が当然に妥当するとされる（BGB三〇六条二項⁽²⁸⁾）。

2 効力維持的縮減または補充的契約解釈による処理

保険者に給付縮減権を認める論者の多くは、契約締結後の法改正により約款条項が違法となった場合には効力維持的縮減の禁止が妥当しないことを主要な論拠として、VVG二八条二文の適用を説いた。すなわち、オプリーゲンハイト違反の効果に関する規律が新法に抵触するとしても、効力維持的縮減により、オプリーゲンハイトそれ自体、または、それに加えて給付解放そのものの合意は存続し、VVG二八条二文を適用することができるとする⁽²¹⁾。また、効力維持的縮減の禁止が作用するとしても、補充的契約解釈によつてVVG二八条二項と同内容の規律を補充することができる、とも主張された⁽²²⁾⁽²³⁾。

これらの見解を支持する論者は、EGVG一条三項に基づく約款変更権の不行使を理由にこれらの処理を排することに對して、次のような批判を向けた。まず、そもそもEGVG一条三項は保険者の権利を規定しているだけであり、同項からも、その他の観点からも、法律上または契約上の変更義務は引き出されない。それにもかかわらずオプリーゲンハイト違反のサンクションを認めないことは、事実上、保険者に変更義務を課すに等しい、とすら⁽²⁴⁾。また、同項の定める期間内に約款変更を行うことは、現実的ではなかったと指摘された。すなわち、新VVGが認証されたのは二〇〇七年一月二三日であり、EGVG一条三項によれば、二〇〇八年一月三〇日以前に変更の通知を保険契約者に到達させなければならない。保険者にはこのわずかな期間しか与えられていなかったのに対して、既存の保険契約の件数は、ドイツ全体で四〇〇万件を超えていた。そのうえ、各保険者が使用していた約款・条項は、多様であった。このような状況において約款変更は、多大なコストを要し、経済的現実にも鑑みて困難であった。現に多くの保険者は、約款変更を行わなかった、と⁽²⁵⁾。さらに、保険者が変更を試みたとしても、訴訟において新旧条項の対照が十分でないといわれる場合や変更通知の到達を証明できない場合など、保険者に手続き的

な負担があることも、批判として挙げられた⁽²⁷⁶⁾。

最後に、これらの論者は、保険契約者の保護についても、保険者による約款変更とは別の方法で十分であり、また現に保護が図られているとする。第一に、保険監督法の文脈においてであるが、保険者が約款変更を行わずとも、新法が当然に妥当することにより、保険契約者の利益は保護されているとする⁽²⁷⁷⁾。そして、保険者が組織的に、旧契約についても新法を適用し、それに反する条項が援用されないことを確保しておけば、同法上の疑義は生じないとする⁽²⁷⁸⁾。実際のところ、多くの保険者は、既に二〇〇八年の段階で、旧法が適用される旧契約・保険事故を含め、保険契約者に有利なように新法を適用していたことも、指摘されている⁽²⁷⁹⁾。第二に、保険契約者が誤って新法に合致しない約款に従う恐れがある点についても、保険者が新法について情報提供すれば問題は生じないとし、その点で情報提供義務の存在も指摘されている⁽²⁸⁰⁾——この情報提供義務の根拠については、契約上の付随義務とする見解やVVG六条四項⁽²⁸¹⁾を挙げる見解がある。——。法改正についての情報提供が通常行われていることも、いわれている⁽²⁸²⁾。さらに、保険者は、保険契約者から請求があれば、新法に対応して変更済みの約款を交付しなければならないことも指摘されている⁽²⁸³⁾（VVG七条四項⁽²⁸⁴⁾）。

3 約款変更を怠った保険者に給付解放の効果を認めない見解

後述の判例と同様に、約款変更を怠った保険者に給付縮減権を認めない見解も存在する。この見解によれば、VVG二八条二項二文は法律上の給付縮減権を定めたものではなく、また、効力維持的縮減や補充的契約解釈によって同様の結論に至ることもできない。なお、効力維持的縮減を否定した場合の無効範囲については、オプリーゲンハイトそのものまで無効とする見解が強い⁽²⁸⁵⁾。

まず、法律上の給付縮減権の承認に対しては、この規定が給付解放についての契約上の合意を要件としており、その合意が無効とされる以上、同規定を適用することはできない、との指摘がされる⁽²⁹⁾。この指摘は、給付縮減権を認める論者によっても受け入れられており、ゆえに、効力維持的縮減や補充的契約解釈による処理が主張されることになる。

効力維持的縮減または補充的契約解釈を介して給付縮減権を認めることに對しては、次のような批判が向けられた。第一に、保険者の信頼保護については、立法者がEGVG一条三項において終局的に考慮しているとす。すなわち、立法者は、契約上のオプリーゲンハイトの問題も認識したうえで、透明性のある新たな契約内容への迅速な転換と、変更を怠った場合のオプリーゲンハイト脱落によるサンクションを意図して、この規定を設けた⁽²⁹⁾。この立法者意思に反し、EGVG一条三項の規定を不要とするような解釈は、許されないとする⁽²⁹⁾。また、この規定の存在が、BAG第五部において補充的契約解釈の認められた労働契約の事案との違い——EGGB二二九条§五には、一方的な約款変更権の規定がなかった。——として指摘される⁽²⁹⁾。第二に、条項の無効について認識可能であったことも、効力維持的縮減または補充的契約解釈を否定する論拠として挙げられる。すなわち、保険者は、遅くとも二〇〇八年一月一日までに、——とりわけ、オプリーゲンハイト条項における全か無かの原則については——旧契約における約款の一部が違法となることを認識することができた。それにもかかわらず、保険者が約款変更を怠ったならば、効力維持的縮減を基礎づける信頼保護は働かない⁽²⁹⁾。また、当事者の企図に反する欠缺があるとは認められず、条項の代替なき削除が期待不可能であるともいえないため、補充的契約解釈も不可能である、とされる⁽²⁹⁾。第三に、契約上のオプリーゲンハイトがその効力を否定されたとしても、法律上のオプリーゲンハイト規定としてVVG二三条以下（危険増大）、三〇条以下（保険事故の通知）、八二条（損害回避・軽減義務）、九七条（物

保険における譲渡の通知）があり、補充を要する規律欠缺は生じないとされる。⁽²⁹⁶⁾

三 判例の状況

オプリーゲンハイト違反の問題について、BGHの判例は、約款変更を行わなかった保険者に給付解放の効果を認めない立場をとった。そのリーディングケースとなったのが、BGH第四民事部二〇一一年一〇月一二日判決（BGHZ 191, 159）である。事案は、次のようなものであった。すなわち、Xは、二〇〇七年三月にYの住宅保険に加入し、二〇〇九年一月に確認された水道の損害について保険給付を請求した。当該契約の保険約款において、保険契約者には、不使用建物を適切に管理すること、不使用建物の水道設備を空の状態にしておくことなどのオプリーゲンハイトが課されており、これらのオプリーゲンハイトの一つに違反した場合について、「保険者は、VV G六条に従って解約告知権を有し、または給付義務を免れる。……違反が故意または重大な過失に基づかないときは、給付義務からの解放は生じない。」とされていた。この約款は、旧法下で作成されたものであり、Yは、新VV Gに合わせた変更を行っていなかった。Xの請求に対して、Yは、前記のオプリーゲンハイトに対する違反を主張し、損害除去費用の半分のみを支払うとした。

本判決は、前記のオプリーゲンハイト違反の効果規律を、重過失の場合にも給付全部解放を定める旧VV G六条に関連付けられているという理由で、新VV G三二条一項に反して、同二八条二項二文を逸脱しているとした。そして、このことは、BG B三〇七条一項一文に基づき、規律の無効をもたらすとした。したがって、BGHは、旧法を参照する条項を単なる宣言的なものと解釈する一部の学説には、従わなかった。

そのうえで、本判決は、いづれにせよ効果規律を補充することはできないとの理由で、オプリーゲンハイトその

ものが、可分な条項として、あるいは効力維持的縮減により存続するかについては、判断を要しないとした。

まず、VVG二八条二文については、この規定が法律上の給付縮減権を定めたものではないこと、また、EGVG一条三項が特別法としてBGB三〇六条二項を排除することを理由に、この規定による契約の補充は不可能とした。後者の理由づけに関して、保険約款の透明性を改善することが立法者の関心事であったが、BGB三〇六条二項を介してVVG二八条二文による補充がされると、保険契約者にとって完全に不透明なサンクション規律が存続することになる、と述べる。また、保険者に高い変更コストがかかることも、立法者は織り込み済みである、とした。

次に、補充的契約解釈も問題にならないとされた。BGHによれば、約款使用者が条項無効を認識したうえでその条項を引き続き使用した場合には補充的契約解釈が拒絶されるのと同様、約款使用者が条項無効を知ったうえで法律上与えられた一方的な変更権を行使しなかった場合にも、——企図に反する契約欠缺が認められないので——補充的契約解釈の余地はない。保険者は、遅くとも二〇〇七年一月の新VVG公布によって、オプリーゲンハイト違反の効果規律の無効およびEGVG一条三項に基づく変更オプションを認識していた。また、旧契約の変更オプションが規定されていなかったEGGB二二九条§五とは、状況が異なる。さらに、法律上の受け皿規定としてVVG二三条以下、八一条（保険契約者が故意または重過失により保険事故を招来した場合の給付解放規定）、八二条があることから、補充的契約解釈の要件である保険者にとつての期待不可能性は、存在しないとした。かくして、BGH第四民事部二〇一一年判決は、オプリーゲンハイト違反の効果規律の補充を否定したが、最終的には、最後に挙げたVVG八一条に関する原審の判断——Yの主張は、Xの重過失による保険事故の招来を十分に立証していないとする。——を否定し、事件を原審に差し戻している。オプリーゲンハイト違反の効果規律につ

いての判断は、その後、法的保護保険に関する同二〇一四年四月二日判決（RuS 2015, 347）において踏襲された。

四 小括

EGVG 一条三項は、EGBGB 二二九条§五と異なり、明示的に約款変更のための規定を置き、保険者の変更権を認めた。この規定を背景に、BGHは、約款変更を怠った保険者について、補充的契約解釈による信頼保護を否定した。これに対して、学説においては、見解が分かれていた。効力維持的縮減または補充的契約解釈の是非について両説を整理すると、次のようになる。

まず、これらの措置を肯定する論者は、EGVG 一条三項は約款変更の権利を規定しているだけであり、その他の観点を含め変更義務を引き出すことはできないとする。さらに、変更のための期間が短すぎることや、新旧対照が不十分とされるリスクおよび到達に関するリスクの存在が指摘される。また、約款変更とは別の方法による保険契約者の保護として、保険者が内部的に新法の適用を確保することや、保険者が新法について情報提供することを挙げる（実際に、これらの対応がされているとする）。

これに対して、効力維持的縮減または補充的契約解釈を否定する論拠としては、まず、EGVG 一条三項が明確な変更権規定を設けていることが挙げられる。ここにEGBGB 二二九条§五との違いがあり、また、この規定によって終局的に保険者の信頼保護を図ることが、立法者の意思であるとする。さらに、保険者は条項無効を認識することができたことが、論拠として付け加わる。具体的に問題となった契約上のオプリーゲンハイトについて、給付全部解放を定める条項が新法に違反することは、認識可能であったとする。

第四項 議論の分析

一 ドイツ法の傾向

ここまで紹介してきたA G B G制定に際しての法状況、労働契約への約款規制の適用に関する議論およびV V G改正に際しての処理を比較すると、それぞれ問題となっている法改正の内容・範囲は異なるものの、約款規制に関する法改正に対する約款使用者の信頼保護に関して、大まかに、次のようなドイツ法の傾向を指摘することができ。すなわち、ドイツの法令・判例は、近年、効力維持的縮減または補充的契約解釈といった裁判上の信頼保護手段を、約款使用者の一方的変更権（または相手方に承諾義務を課したうえでの変更合意）という裁判外的手段によって置き換える傾向にある、といえる。A G B G施行前に締結された旧契約に対する同法の適用において、判例は、効力維持的縮減を認めていた。これに対して、労働契約への約款規制については、B A Gの裁判部によって見解が分かれたものの、合意による約款変更の可能性を指摘し、約款使用者が変更を怠った場合に、補充的契約解釈による保護を否定する裁判例が現れた。それに続いて、V V G改正に関する判例は、約款変更権の存在を理由に、補充的契約解釈を拒絶した。

裁判外の信頼保護手段は、約款使用者にとつて、単に権利性を有するだけではなく、義務性を有している。すなわち、同時に約款使用者には変更オプリーゲンハイトが課され、変更を怠った場合に、裁判上の信頼保護を拒絶する根拠とされる。このような形で変更が義務付けられるところでは、契約内容の迅速な明確化が重視されているといえる。すなわち、「相手方にとつて、制定法の適用または裁判手続きにおいて初めて実際の契約内容が明らかになるのではなく、既に約款上において、無効な条項が除去され、真の権利義務が明らかにされなければならない」との考え方が採られている。

二 変更オプリーゲンハイトの是非

上記のような傾向にもかかわらず、変更オプリーゲンハイトを肯定することができるか否かについては、学説を含めて賛否が存在した。肯定・否定の論拠を改めて整理すると、次のような諸点が考慮されていたといえる。

第一に、条項無効の認識可能性である。ある条項が無効であることをそもそも認識不可能であった場合には、約款使用者に変更を期待することができない。裁判例の判断が分かれた労働契約の事例においては、判例を含め、BGBに統合された内容規制に関する規範の全てが問題となるところであり、約款使用者にとって条項無効を認識したい場合が多かったのではないかと考えられる——ただし、既述のように、給付撤回条項の規制については異論がある。——⁽²⁹⁾。これに対して、二〇〇七年VVG改正の事案においては、具体的に契約上のオプリーゲンハイト違反の効果に関する規律が争点となっており、これに関する新法の規定は明確であった。さらに、条項無効の認識可能性に関連して、約款使用者にどこまでの調査義務を課すのかも問題となる。BAG第九部は、弁護士への相談まで期待しているが、そこまでの負担を求めうるかは、異論の余地がある。また、労働契約の場合には、法的知識の有無に関して多様な使用者がありうるのに対して、保険約款を使用する保険会社については、一定の法的知識を前提としたのではないかと考えられる。

第二に、変更オプリーゲンハイトの明確性である。オプリーゲンハイト自体の認識可能性ということもできよう。労働契約の事案においては、EGBGB二二九条§五のもとでオプリーゲンハイトの存在が規定されていないことが、効力維持的縮減または補充的契約解釈を認める見解の論拠の一つとなっていた。また、VVG改正の事案においても、EGBVG一条二項が明確な変更権規定を設けていることが、これらの措置を否定する論拠となっていた一方、同項が権利しか規定していないことが、肯定する側から指摘されていた。

第三に、変更手続きに伴う約款使用者のコストやリスクである。労働契約の事案においては、両当事者の合意による約款変更を前提に、使用者の変更申込みに対する被用者の承諾義務（オプリーゲンハイト）があるか否か、が議論されていた。また、VVG改正の事案においては、EGVG一条三項が明示的に保険者の約款変更権を定めていた。相手方の承諾義務を伴う合意による変更と一方的変更権とは、一見したところ、実質的な相違は存在しないようにも見える。しかしながら、合意による変更においては、承諾義務があるとしても、約款使用者に承諾の意思表示を受領するコストが発生する⁽³⁰⁾。この点で、変更合意よりも一方的変更権の方が、約款使用者にとってより低コストな変更手段であるといえる。さらに、一方的変更権についても、変更の意思表示をするうえでのコストやリスクがある。すなわち、EGVGにおいては変更権の行使期間に一年の制限が存在し、その間に多数の約款を処理しなければならなかったことや、約款使用者は、新旧約款の対照不備などの理由により変更通知が有効とされないリスクや到達に関するリスクを負担しなければならないことが、指摘されていた。

第四に、契約相手方を保護するための別の手段との比較である。約款使用者に変更オプリーゲンハイトを課すことは、裁判外で約款変更が迅速に行われることを促進し、真の権利義務が明らかになるという点で、契約相手方にとって利益となる。しかしながら、適正な約款の適用に関する契約相手方の利益を保護する方法は、約款変更に限られない。VVG改正に関する議論において指摘されたように、違法な約款条項が援用されないための内部的な措置を約款使用者にとらせること、また、契約内容を左右しない情報提供義務を約款使用者に課することも考えられる。これらの方法と比較して、契約相手方の保護という観点から、契約内容に影響する変更オプリーゲンハイトが要請されるか、が問われる。

これら四点は、比例原則の枠組みによって整理することができる⁽³⁰⁾。まず、第一点と第二点は、適合性の原

則、すなわち、約款使用者の変更オプリーゲンハイトという手段が、真の契約内容の迅速な明確化という目的に適合していることの要請にかかわる。条項が無効であることとその条項を変更しなければならないことの両方が認識可能でなければ、約款使用者は約款変更の手続きに動くことができない。そのような場合にも変更オプリーゲンハイトを課すことは、目的達成に役立たないと考えられる。次に、第四点は、手段が目的の達成に必要不可欠であるかという、必要性の原則にかかわる。つまり、ここでは、より低負担な保護措置がありうるにもかかわらず、変更オプリーゲンハイトを課す必要があるのか、が問われている。最後に、第三点は、目的と手段の均衡を要請する均衡性の原則に関係する。すなわち、約款の変更には一定のコストやリスクが伴うところ、それらを約款使用者に負担させることが、契約内容の迅速な明確化という目的と均衡しているか、が問題とされているといえる。

約款使用者の信頼保護が問題となる場面は、本稿で扱った法改正の他にも、判例変更が行われた場合、ある条項の有効・無効について具体的な法令・判例がなく法的状況が不明確な場合なども考えられる。これらの場合において、従来のBGH判例が、補充的契約解釈の枠内で約款使用者の信頼保護を図ってきたことは、別稿において指摘したとおりである。⁽³⁰⁾しかしながら、これらの場合においても、裁判上の補充的契約解釈による保護が、一方的変更権あるいは相手方の承諾義務と併せた変更合意といった裁判外の保護に置き換えられる、すなわち、変更権等の存在を理由に裁判上の信頼保護が拒絶される可能性がある。それぞれの場面で実際に変更オプリーゲンハイトが正当化されるかを考えるうえで、ここで示した諸考慮要素が参考になるだろう。

第二節 保険契約法上の無効条項変更義務に関する議論

一 議論の状況

無効条項変更義務または変更オプリーゲンハイトについては、VVGにおける無効条項変更権の規定においても、若干の議論を見出す。VVG一六四条（旧一七二条二項）は、文言上、保険者が無効条項を変更する権利のみを規定している。しかしながら、第二章第一節第一項において述べたように、この規定の目的が迅速・明確かつ統一的な代替規律の確定にあるとすると、それは一人保険者のためというわけではなくなる。それゆえ、この規定のもので、保険者には、変更権限が認められるだけでなく、変更義務またはオプリーゲンハイトが課される、とする見解が主張された。その中には、公法（保険監督法）上の義務のみに触れるものもあるが、私法上の義務またはオプリーゲンハイトを説く見解も、次のように主張された。

まず、コルホッサーは、旧規定下の議論において、保険者に契約上の変更義務があると主張した。所論によると、保険契約者が個別訴訟において自ら代替規律を明確化させる権利を奪われることは（VVG旧一七二条二項によるBGB三〇六条二項の排除、第二章第一節第一項二二にて既述）、保険者が変更権を行使する義務を負う場合にのみ正当化される。規定目的からも契約上の信義則（先行行為に基づく義務）からも、保険者は、自ら作出した条項の無効を確認した場合に——既述のように（第二章第一節第一項二三）、コルホッサーの見解によれば、保険者自ら無効確認すればVVG旧一七二条二項の要件を充足する。——、即時に変更権限を行使しなければならない。さらに、この義務を履行するために、保険者は条項無効を遅滞なく審査する義務を負う、とする。³⁰⁴ 以上の議論において、コルホッサーは、義務違反の効果について述べていないが、義務（Pflicht）を論じていることからすると、損害賠償が想定されていると考えられる。

これに対して、ヴァントは、保険者に適切な条項変更についてのオプリーゲンハイトを課す。ヴァントによれば、条項変更は保険者の自由裁量に委ねられたものではなく、保険者はその権限を、無効確認後相当な期間内に適切に行使しなければならない。もし、保険者が適切に権限を行使しなかったならば、保険者による変更が無効とされた結果として生じる補充的契約解釈の問題において、そのことが考慮され、保険者に不利な結果をもたらされる。すなわち、補充的契約解釈の原則の適用において、保険者が変更権限を行使しなかった、もしくは、適切または適時に行使しなかった場合に、両当事者が双方の利益を適切に衡量したならば信義誠実に照らして何を合意したであろうか、が問われなければならない。このアプローチにより、代替規律が保険者の不利になることや、極端な場合には、保険契約者に負担を課す規律が、代替なく脱落することもありうるとする。⁽³⁶⁾

二 議論の分析

以上の議論について、前節第四項での整理をもとに若干の分析を加えると、次のようにいうことができる。

まず、条項無効の認識可能性に関して、二つの対立する見解が見出される。一方で、保険者に積極的な条項審査義務を課す見解があり、他方で、最上級審において無効判断が下された場合等に限って、変更義務またはオプリーゲンハイトを認める見解がある。既述のように、コルホッサーは前者を支持するが、VVG一六四条の文言に従えば、また、旧規定下におけるヴァントの見解によっても、後者となる。なお、当然のことながら、いずれに見解においても、一定の法的知識を期待される保険会社が、義務ないしオプリーゲンハイトの主体として想定されている。次に、変更義務ないしオプリーゲンハイト自体の明確性については、法文においてそのようなものが明記されているわけではない。すなわち、VVG一六四条（旧一七二条二項）は、保険者の変更権限を規定するだけであるが、

そのような場合にも義務・オプリーゲンハイトを課することが説かれている。なお、いずれの見解においても、保険者の無効条項変更権と変更義務ないしオプリーゲンハイトとは、VVGにおける同一の要件のもとで考えられているといっているだろう。

変更手続きに伴う保険者のコスト・リスクおよび他の保護手段との比較に関しては、新たな知見は見出されない。

第四章 結論

第一節 ドイツ法のまとめ

一 これまでの検討結果

本稿においては、約款変更の「権利論」（約款使用者が無効条項を変更する可能性の問題）と「義務論」（約款使用者の無効条項変更義務の問題）を区別したうえで、約款使用者の一方的変更権・合意による変更・約款使用者の変更義務（オプリーゲンハイト）に関する個別の主題を扱ってきた。これまでの検討結果をごく簡単にまとめると次のとおりである。

第一に、約款使用者の一方的変更権については、無効な約款条項の変更一般に妥当するルールが形成されているとはいえず、VVGが一部の保険契約類型について保険者にそのような権利を認めている他、一方的変更権条項の規制について議論を見出す程度であった。もっとも、それらの検討を通じて、一般化可能な一定の知見を導き出すことができた。すなわち、まず、約款使用者の一方的変更権の基本構造として、条項無効の判断と代替規律の確定の二つの段階において、約款使用者に権限を認めてよいのかが問題となることを、指摘することができた。また、これらの問題について判断する際の考慮要因として、迅速性・統一性・明確性・権限濫用の危険の四つを抽出した。

そして、異論があるものの、判例・支配的見解の傾向としては、条項無効の判断については、最上級審裁判所等による公権的な判断が要求され、代替規律の確定については、B G B 三〇六条二項の枠内に留められていた、ということが出来る。

第二に、合意による約款変更については、まず、ドイツ法の全体的な傾向として、約款変更の申込みに対する相手方の同意が比較的緩やかに認められていることを、指摘した。もともと、この緩やかな同意認定を達成する法律構成については、様々な射程を持つ議論が混在していた。その中で、約款変更の場面において約款使用者が有する利益に基づく特別法理を構成しようとする際には、そのような利益として、大量取引において契約内容を統一する必要性または変更契約の成立についての法定明確性の確保が見出された。また、そのような特別法理を構成する際には、同意擬制条項を用いるか否かにかかわらず、B G B 三〇八条五号に規定された要件が適用されうることも指摘した。最後に、合意による無効条項の変更については、可能な代替規律の限界付けについてB G B 三〇六条二項の適用がなく、また、公権的な無効判断も要件としないことを示した。

第三に、無効条項の変更義務については、相手方にとって真の契約内容を迅速に明確化するために、約款使用者に変更義務を課することが問題とされていた。そして、変更義務の構成としては、オプリーゲンハイトを課する方法が見出された。これによれば、変更を怠った約款使用者は、裁判上の代替規律確定において不利に扱われることになる。さらに、そのようなオプリーゲンハイトを課すことの是非に関する考慮要因として、条項無効の認識可能性・オプリーゲンハイト自体の明確性・変更手続きにおけるコストやリスク・他の保護手段との比較を挙げることができた。

二 横断的な整理

次に、主題横断的な観点から、ドイツ法の検討をまとめる。具体的には、①一方的変更権と合意による変更との関係、②変更権と変更義務との関係、および、③従来の裁判手続きを前提とした不当条項規制と裁判外での無効条項の変更との関係について、それぞれ整理する。

1 約款使用者の一方的変更権と合意による変更との関係

約款使用者の一方的変更権に基づく無効条項の変更と合意による変更とを比較すると、ドイツ法においては、両者の機能が次のように分配されていたとすることができる。まず、一方的変更権については、BGB三〇六条二項の限界内での変更のみが認められており、裁判手続きにおけるのと同じの実体ルールに服したうえで、裁判外において迅速かつ明確に統一的な代替規律を確定する機能だけが持たされていた、ということが出来る。これに対して、BGB三〇七条以下の内容規制規範にのみ服する合意による無効条項の変更には、一方的変更が認められない場合に右の機能を果たす他に、新旧の契約における約款の内容を統一する役割が与えられていた。また、前提となる条項無効の判断のあり方についても、公権的な無効判断を要件とする一方的変更と、自己の無効判断に基づく変更も可能な合意による変更というかたちで、両者を対比することが出来る。このような対比が成り立つとすれば、無効判断の点においても、一方的変更権は、合意による変更に比して、裁判手続きと強く結びつくことになる。

一方的変更権と合意による変更との間には、以上のような違いが見いだされる一方、接近も見られる。すなわち、合意による変更については、推断的同意の方法によるのであれ、同意擬制条項の活用にあたるのであれ、相手方の明示的な同意がなくとも変更契約を成立させることができるというのが、支配的見解であった。このような同意認

定の緩和により、一方的変更と合意による変更の差異は、小さくなっているということができる。それにもかかわらず両者において前記のような差が設けられていることは、相手方が変更を拒絶する可能性の有無に、大きな意味を持たせているということになる。

2 無効条項変更権と変更義務との関係

約款使用者の無効条項変更権と変更義務との関係については、次の二点を指摘することができる。

第一点として、約款使用者に一方的な無効条項変更権が認められることと、約款使用者に無効条項を変更する義務が課されることとの間に、必然的な関係はない。というのは、変更義務が肯定されるためには、既述のように、

①条項無効の認識可能性、②変更義務の明確性、③約款使用者のコスト・リスク、④他の保護手段との比較といった、独自の考慮要因に基づく検討が必要だからである。VVG上の無効条項変更義務に関する議論においては、権利の所在と義務の所在を一致させる議論がされていたが、一致させない選択肢もありうる。例えば、約款使用者に自己の無効判断に基づく変更権を認めつつ、変更義務が課されるのは公権的な無効判断がされた場合に限定すること、または、公権的な無効判断を変更権の要件としつつ——この場合には、①の要因は消極に作用しないだろう。——、そのような判断がされた場合でも——②ないし④の要因に鑑みて——変更義務まではないとしても、端から否定されるものではない。

第二点として、一方的変更権の承認が変更義務の承認を論理必然的に意味するものではないにもかかわらず、前者をより緩やかに認めることは、変更義務を課すことに積極的に作用すると考えられる。というのは、変更義務に関する③の考慮要因として挙げたように、約款使用者により低コスト・低リスクな約款変更の手段が提供されてい

る場合には、変更義務が認められやすくなるからである。一方的変更権がある場合には、それが無い場合よりも変更義務を肯定しやすい。また、ドイツにおいて一般に議論の前提とされていたように、一方的変更権の行使において相手方への個別的な通知（意思表示）を要する場合よりも、日本民法五四八条の四第二項におけるように、個別の通知が不要とされている場合の方が、変更義務を課しやすいといえよう。もつとも、後者の場合には、変更義務を課すことの目的の一つである相手方にとっての契約内容の明確性が、達成されにくいことになるが。

3 裁判手続きを前提とした不当条項規制と裁判外での無効条項の変更との関係

従来の裁判手続きを前提とした不当条項規制と本稿で扱ってきた無効条項の変更との関係については、次の三つのことを指摘することができる。

第一に、約款変更の「権利論」においては、一方的変更権に関する議論を振り返ると、約款使用者に代替規律確定権が認められるとしても、その前提となる無効判断については、公権的な判断を待たなくてはならないという考え方が、支配的であった。このことは、二つの段階において、当事者の関与しうる度合い、逆に裁判官が果たす役割が異なることを示唆している。当事者が成した規律に対する法的評価である条項無効の判断については、裁判官が法適用者としてより強くその権限を保持する一方、積極的な契約内容の確定に関する代替規律の確定については、当事者（一方当事者であっても）がその権限を留保することができ——つまり、当事者の役割がより強く——、その分だけ裁判官の役割は後退する、という構造が、ここには見出される。約款変更の「権利論」からは、このような形で、不当条項規制の各段階において各アクターが果たしうる役割の違いについて、知見を得ることができる。⁽³⁰⁾

第二に、約款変更の「義務論」からは、約款使用者による無効条項変更の可能性が、裁判手続きにおける代替規

律の確定に与える影響を見出すことができる。すなわち、変更オプリーゲンハイトの存在を介して、約款使用者が変更手続きを（適切・適時に）行わなかったことが、裁判上の代替規律の確定において約款使用者に不利に働きる。このことに、従来の不当条項規制効果論の枠組みが、BGB三〇六条二項の拘束力という形で、約款使用者の変更権を制約していたことを合わせると、裁判手続きにおける不当条項の修正と裁判外における変更との間には、相互的な影響関係が認められるといえる。

第三に、変更オプリーゲンハイトの具体的な作用については、次のように考えられる。すなわち、法改正に際しての約款変更の問題がまさにそうであったように、条項の有効性に対する約款使用者の信頼が問題となる場面において、変更可能性が考慮されうる、と。そして、ドイツ法令・判例の動向として既に指摘したように、補充的契約解釈または効力維持的縮減という、条項の有効性に対する約款使用者の信頼を保護するための措置が、変更権の承認によって置き換えられる可能性がある。いいかえれば、変更権をより緩やかに認めることは、その分だけ裁判手続きにおける信頼保護を切り下げることにつながる。もともと、約款使用者の信頼保護が問題となる場面においてだけ、変更オプリーゲンハイトが意味を持つのかについては、明らかでない。代替規律として任意規定が適用される場合には、約款使用者の信頼保護は問題とならない。また、私見によれば、条項無効による欠缺を補充するために行われている補充的契約解釈にも、約款使用者の信頼保護を顧慮しないものが含まれる。³⁰⁾ これらの場合には、約款使用者が適切に変更手続きを行ったか否かにかかわりなく、同様の処理がされるのではないかと考えられる。しかしながら、事実上、変更権の有無が影響を与える可能性を、否定しきれないのではないか。例えば、VVG改正に関する議論において、オプリーゲンハイト違反に対して法律上の給付縮減権を認めるべきか否かを考える際に、正当化の論拠としては述べられていなくとも、旧契約への対応として保険者に変更権が認められることが、實際上、

消極的態度決定の要因として影響した可能性は、疑いうるものである。

第二節 日本法への示唆

本稿の最後に、結論と各論に分けて、ドイツ法の検討が日本法に対してどのような示唆を与えるか、を論じる。

一 総論的な示唆

ドイツにおける無効な約款条項の変更に關する法状況の検討には、まずもって、裁判外における無効な約款条項の変更という問題が、少なくとも理論的に存在することを指摘する点で、日本法にとっても意義がある。この問題は、次の二つのことを認識させてくれる。すなわち、第一に、約款の変更は、法令の改正や社会状況の変化を原因とする場合だけでなく、無効条項の変更という局面においても問題となることである。そして、第二に、不当条項規制の効果論は、裁判手続きにおいてだけでなく、裁判外においても問題となることである。従来の不当条項規制効果論は、裁判官による無効判断・代替規律の確定を前提に、実体法的には、不当条項の当然無効・自動的な代替規律の妥当を思考してきたということが出来る。このような思考においては、不当条項に対して条項使用者が何をしうるか、また、何をすべきかといった問いは、表面に浮上してこない。無効な約款条項の変更の問題は、このような思考に反省を促す。

二 各論的な示唆

以上のような総論的な示唆とともに、より具体的な問題についても、ドイツ法からは様々な示唆を得ることがで

さる。もつとも、その多くは、問題提起に留まるものである。各問題についての最終的な解答は、さらに我が国の法状況をよく吟味したうえで行う必要がある。以下、一方的変更権・合意による変更・変更義務の順に論じる。

1 約款使用者の一方的変更権に関する議論からの示唆

(1) 一方的変更権に関する一般的な検討課題

まず、ドイツ法の検討からは、不当条項の一方的な変更権限について、一般的に、次のような検討課題を指摘することができる。

第一に、一方的変更権にどのような機能を割り振るかである。ドイツにおいては、合意による変更によつては、内容規制規範（BGB三〇七条以下）の限界内での変更が可能とされていたが、一方的変更権によつて可能なのは、BGB三〇六条二項の枠内での変更とされていた。つまり、裁判手続きによるのと同じの実体ルールに服したうえで、裁判外で迅速・統一的かつ明確に代替規律を確定する機能だけが、一方的変更権に割り当てられていた。このような両制度の機能分配を、日本法においても採用すべきか、が問われる。この機能分配は、法が定める代替規律秩序の当事者にとつての拘束力——条項使用者の一方的な決定による逸脱を許さないという意味での拘束力——を前提とするが、そのような力を日本法においても認めるかである（私見は、積極である）。

第二に、一方的変更権の要件をどのように構成するか、が検討されなければならない。そこには、任意規定・補充的契約解釈といった法または裁判官による代替規律の確定との関係において、どのような場合に約款使用者による変更が必要とされるか、また、公権的な無効判断を要件とすべきかなど、ドイツにおいて議論されていた諸問題の他に、どのような範囲の契約において一方的変更権を認めるべきか、という問題が存在する。約款規制が行われ

る場合一般を対象とすること、または、それよりは限定して、定型約款の条項が規制される場合に限り認めるといように、一般的な射程をもった変更権ルールを構成する可能性もあるが、慎重姿勢をとるのであれば、VVGがそうであったように、特定の契約類型についてのみ変更権を認めることも、ありうる選択肢である。また、ある程度信頼のおける約款使用者を想定するのか、それとも、悪質事業者のような者を想定するのかによっても、判断が分かれうる。

(2) 民法五四八条の四における処理の可能性

つづいて、改正民法において導入された定型約款の変更に関する民法五四八条の四を、規制に抵触する定型約款中の条項の変更に利用することができるかについて、検討する。そもそもこの規定が無効条項の変更を想定して立法されたものであるかという問題があるが、仮に、定型約款において規制に抵触する条項の一方的変更を認めるとするならば、この規定を活用することが考えられる。その際には、次のように同条の要件を問題とすることができらう。

まず、根拠規定を第一項一号と第二号のいずれに求めるか、が問題となる。不当条項の変更は、一般的に「相手方の一般の利益に適合する」とはいいい難いことから、第二号に依拠するか、実質的に同一の考慮に基づいて利益性を判断すべきであらう。⁽³¹⁾

次に、第二号に基づく場合には、「変更の必要性」要件において、ドイツ法の議論内容を参考にすることができる。すなわち、(1)において指摘した要件論上の諸問題について、この要件の中で論じることができる。また、第二号において「変更後の内容の相当性」が要件とされる一方、第四項において、五四八条の二第二項の不適用が定め

られていることは、一方的変更権によって可能な代替規律の内容的基準が、当初条項の無効基準とは異なるという見解に立つ場合に、都合が良い。つまり、五四八条の四が無効基準よりも厳しい基準によって変更内容を審査することを命じていることに、⁽³²⁾無効基準と代替基準の違いを読み込むことができる。

他方で、既述のように、第二項において「インターネットの利用その他の適切な方法により周知」すること足りるとされ、必ずしも個別的な通知が要求されていないことについては、相手方にとっての明確性という観点から一方的変更権を基礎づけようとする場合に、消極に作用する可能性がある。

最後に、学説においては、変更に不服の相手方に契約から離脱する権利を与える必要があるとの指摘がされている。⁽³³⁾しかしながら、無効条項の変更については、第二章第一節第二項三(2)において述べたような理由から、変更権がなかったとした場合に認められる代替規律を導入しうるに留まると解するならば、解除権の付与は不要と考えられる。

2 合意による無効条項の変更に関する議論からの示唆

変更契約が契約自由の一環として認められる以上、合意による約款の変更は、特別な規定の有無にかかわらず、日本法においても可能であると考えられる。これが具体的にどのような規律されるのかを検討する必要があるが、ドイツ法の研究からは、次のような課題を指摘することができる。

第一に、ドイツ約款法においては、約款の組入れ要件を定めるBGB三〇五条二項を所与として、この規定が合意による約款変更の場面にも類推適用されることを前提に、議論が展開されていた。このようなドイツ法の議論を日本法にも移入するためには、①日本法においても、合意による約款変更は、当初の約款組入れの法的枠組みを類

推・修正することで規律すべきこと、また、②両法において約款の組入れ要件が共通することが、前提となる。とりわけ、②に関して、ドイツ法における組入れの前提としての約款開示の要請が、日本法においても同様であるのか、が問題となろう。民法五四八条の三において、定型約款の内容及組入れの関係が弱められていることに留意するならば、少なくとも定型約款の合意による変更においては、ドイツ法における変更の明確化のあり方に関する議論を、直ちに持ち込むことはできないと考えられる。

第二に、ドイツ法において議論の中心にあった相手方の同意認定の問題について、日本法においてどのように処理するのかを、検討する必要がある。ドイツ法の議論を参考にと、支配的見解が肯定していた契約関係の継続による推断的同意を我が国においても認めるべきか、また、同意擬制条項にどのように対応するのか、といった検討課題が浮かび上がる。⁽³⁴⁾そして、これらの課題を検討するに際しては、相手方の同意認定を緩和することで約款変更の合意をある程度緩やかに認める必要があるという、ドイツにおける議論の共通了解といつてよい評価——そこには、一方的変更権に対する厳格な態度も結びついていると考えられる。——を、日本法においてどう受け止めるのか、が問われよう。

第三に、ドイツ法において同意認定の緩和と対になっていることができる、BGB三〇八条五号の定める手続的な要件について、日本法ではどのように考えるのか、が問われる。すなわち、約款変更の申込みに対する相手方の同意を緩やかに認める代わりに、相当期間の付与や行為態様の意味の指摘を約款使用者に義務付けるのか、また、直接の根拠となる条文が日本法にないだけに、仮にこれらを解釈論において義務づける場合、どのように根拠付けるのか、といった問題が投げかけられる。

3 約款使用者の無効条項変更義務に関する議論からの示唆

無効条項の変更義務（オプリーゲンハイト）に関する議論からは、このような義務を日本法においても導入すべきか、という問題を提示することができる。より分節化すると、①条項無効の場合に約款使用者は裁判外において当該条項の変更措置をとらなければならないかという問題³¹⁶、また、②義務違反に対するサンクションとして、ドイツ法に見られたようなオプリーゲンハイトを導入すべきか、という問題がある。①の問題に関して、約款使用者に変更義務を課すことは、内部的に無効条項が援用されないようにするだけでは足りず、相手方に対して条項無効および代替規律の内容について情報提供させることを、意味する。このような措置を義務づけたうえで、その義務を、代替規律の内容を左右する要素として位置づけるべきか、が問われる。

また、変更義務論の認識は、約款の変更に関する議論一般のあり方にも、反省を促すのではないかと考えられる。というのは、この議論が約款使用者にとって有利なばかりのものではないことが、示されるからである。本稿では立ち入る用意がないが、無効条項の変更以外に約款変更の義務が課せられる場面があるかについても、検討する必要がある。また、変更権を論じる際にも、簡易な変更の可能性は変更義務を肯定する方向に作用することが、意識されるべきである。

(220) ドイツ旧約款規制法二八条

- (2) 第九条は、この法律の施行前に締結された、商品の定期的な供給、役務または仕事の定期的な提供または物の使用委譲についての契約にも、これらの契約がなお実行されていない限りにおいて、適用される。

(221) リーディングケースとして、BGH民事第七部一九八二年五月一七日判決（BGHZ 84, 109）を参照。

(222) ドイツ民法典二四二条 誠実さと信義に従った給付

債務者は、誠実さと信義が取引慣行を顧慮したうえで要求するように、給付を行う義務を負う。

(223) ドイツ旧約款規制法十一条 評価の余地のない禁止条項

普通取引約款において、次の各号に掲げるものは無効とする。

3. (相殺の禁止)

約款使用者の契約相手方から、争いのないまたは既判力をもって確定された債権による相殺の権限を奪う規定

(224) その他の裁判例として、BGH第八民事部一九八五年二月二七日判決 (NJW 1985, 2693) ——ビール供給契約の契約期間に関する事案——も参照。

(225) ドイツ旧約款規制法二三条 物的適用範囲

(1) この法律は、労働法、相続法、親族法および会社法の領域の契約に適用されない。

(226) ドイツ民法典三二〇条 適用範囲

(4) この章は、相続法、親族法および会社法の領域の契約ならびに労働協約、経営体内合意および勤務所内合意に適用されない。労働契約に適用する場合には、労働法において妥当する特殊性を相当に顧慮しなければならない。第三〇五条二項および三項は、適用されない。労働協約、経営体内合意および勤務所内合意は、第三〇七条三項という法規定と同視される。

(227) ドイツ民法典施行法二二九条§五

二〇〇二年一月一日前に成立していた債務関係には、別段の定めがない限り、同日まで妥当している民法典、約款規制法(中略)が適用されなければならない。第一文は継続的債務関係についても適用するが、二〇〇三年一月一日からは、第一文に掲げられた諸法律に代えて、同日に有効な民法典が適用されなければならない。

(228) その後、BAG第五部二〇〇六年一〇月一日判決 (NJW 2007, 536) も、交通費支給の撤回の有効性が争われた事案において、二〇〇五年判決を踏襲している。

(229) この二〇〇五年判決には、直接の参照がされているわけではないが、前掲BGH一九八四年六月二〇日判決との繋がりが見出される。

(230) 変更解約告知も、比例原則に耐えなかったであろうとする。

(231) もっとも、ここで参照されたのは、預金契約における利率調整条項の規制に関するBGH第一一民事部二〇〇八年六月一日判決 (NJW 2008, 3422) およびBGH第一一民事部二〇一〇年四月一三日判決 (BGHZ 185, 166) である。私見によれば、この事案における補充的契約解釈は、約款使用者の信頼保護や無効リスクの負担を顧慮すべき性質のものではなかった (拙稿・前掲注(一)) 「裁判例の展開 (二)」五八頁以下を参照)。ゆえに、BAG第五部がこれらの裁判例を引き合いに出したことは、説得力をもたないと考ええる。

(232) 具体的には、二〇〇〇年の契約における「相手方が請求を拒絶し、または、請求権の行使後二週間以内に意思表示をしなかった場合において、拒絶または期間経過から二か月以内に裁判上行使されなるときは、その請求権は失効する。」との条項であった。原告が二〇〇三年から翌年にかけての報酬の支払等を請求したのに対して、この条項の効力が問題となった。

(233) ドイツ民法典一九五条 通常の時効期間
通常の時効期間は、三年とする。

(234) ドイツ判例の採用する補充的契約解釈の枠組みにおいて、条項無効によって約款使用者が被る不利益の重大性が重視されており、信頼保護の観点が絶対的な意味を有していないことについては、拙稿・前掲注(一) 「裁判例の展開 (三)」八四頁以下を参照。BAG第五部が用いた判断枠組みも、このような判例の枠組みであるといえる。もっとも、付随的給付に関する条項が無効とされた場合に補充的契約解釈に消極的な、新契約に関する裁判例 (拙稿・前掲注(一)) 「裁判例の展開 (三)」七八頁以下) と比較すると、仮に手当等の撤回条項が新契約のものであれば、使用者に期待不可能な (または不相当な) 不利益が存しないことを理由に、補充的契約解釈が認められなかったのではないかと推察される。そうすると、BAG第五部は、法改正という使用者の信頼保護が強く要請される場面において、相対的に、補充的契約解釈の価値となる不利益の程度を引き下げたことになる。

(235) 仮に、実際にXに重大な契約違反があったとすれば、この事案においては、たとえ補充的契約解釈によって代替的な返還規律が定められたとしても、Xの返還請求は認められなかったと考えられる。

(236) その際、前掲BAG第五部二〇〇五年判決とは異なり、形式的な理由から無効なのではないとされた。当該条項はいつでも理由なしに撤回可能なことを明記しており、その点で透明性の要請に反しない、との理由による。

(237) これらの裁判例よりも前に、BAG第一〇部二〇〇七年一〇月二四日判決(BAGE 124, 259)は、契約変更の試みが補充的契約解釈の要件となるかについて、完全に判断を保留していた。結論として、BAG第一〇部のいずれの判決も、別の理由から補充的契約解釈を認めなかった。

- (238) Ulrich Preis, Sonderbeilage zu NZA 16/2003, 19, 28f.; Peter Hanau/Wolfgang Hromadka, NZA 2005, 73, 78; Markus Stoffels, NZA 2005, 726; ders., ZfA 2009, 861, 893ff.; Patrick Mückl, Jura 2005, 688, 692f.; Peter Hanau, Intensitätsstufen arbeitsvertraglicher Bindung, in: FS für Erwin Deutsch, 2009, 1051, 1054f.; Björn Gaul/Patrick Mückl, NZA 2009, 1233.
- (239) Stoffels, NZA 2005, a. a. O., (Anm. 238), 728.
- (240) Hanau/Hromadka, a. a. O., (Anm. 238), 74f.
- (241) Stoffels, NZA 2005, a. a. O., (Anm. 238), 728; Preis, a. a. O., (Anm. 238), 29.
- (242) Hanau/Hromadka, a. a. O., (Anm. 238), 78; Mückl, a. a. O., (Anm. 238), 693.
- (243) ちぢ' Stoffels, NZA 2005, a. a. O., (Anm. 238), 728f. ち' 無制限の撤回条項なぢ' 過剰性ではなく透明性の要請違反が問題となる場合には、縮減とはいくほどの理由から、それらの条項を補充的契約解釈による処理に委ねる。もことぢ' その際には、信頼保護の要請から、補充的契約解釈の要件が緩和され、裁判官の形成権限が拡大するとする。
- (244) Rüdiger Linck, Rechtsfolgen unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen, in: FS für Jobst-Hubertus Bauer, 2010, 645, 655ff.; Birger Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht (4. Aufl., 2014), § 306 BGB Rn. 24aを参照。ただし、後者は、効力維持的縮減による処理を積極的に否定しているわけではなぢ' (Rn. 18a)。
- (245) Linck, a. a. O., (Anm. 244), 658.
- (246) Bonin, a. a. O., (Anm. 244).
- (247) Gaul/Mückl, a. a. O., (Anm. 238), 1234.
- (248) Gerlind Wiskirchen/Thomas Stühm, DB 2003, 2225, 2226; Gaul/Mückl, a. a. O., (Anm. 238), 1234f.
- (249) Gaul/Mückl, a. a. O., (Anm. 238), 1236.
- (250) Stoffels, NZA 2005, a. a. O., (Anm. 238), 727.

- (251) そもそも立法者は、EGBGB二二九条§五の制定に際して、立法過程の最後に浮上した労働契約に対する約款規制を考慮していなかったのではないかと、いついとも指摘されうる。Preis, a. a. O., (Ann. 238), 28; Hanau/Hromádka, a. O., (Ann. 238), 78; Gaul/Mückl, a. O., (Ann. 238), 1234.
- (252) Stoffels, ZfA 2009, a. a. O., (Ann. 238), 894.
- (253) Helmut Heinrichs, NZM 2003, 6, 9 (ただし、使用貸借契約について) ; Reinhard Singer, RdA 2003, 194, 203f.; ders., RdA 2006, 362, 373; Christoph Bergwitz, AP BGB § 308 Nr. 1 - Anmerkung 12.1.2005; Michael Coester, Das AGB-Recht in den Händen des BAG, in: FS für Manfred Löwisch, 2007, 57, 69ff.
- (254) Singer, RdA 2006, a. a. O., (Ann. 253) を参照。また、オプリーゲンハイトを否定する論者によっても、撤回条項に関する旧法下の労働法判例がBGH判例と一致しないことは、従来から知られていた、との指摘がある (Preis, a. O., (Ann. 238), 28)。
- (255) ドイツ保険契約法施行法一条
- (1) 第二項および第二条ないし第六条において別段の定めがない限りにおいて、二〇〇八年一月一日における二〇〇七年一月二三日付保険契約法 (BGBI. I S. 2631) の施行までに成立していた保険関係 (旧契約) には、従来有効な保険契約法が二〇〇八年一月二三日まで適用されなければならない。
- (2) 旧契約において保険事故が二〇〇八年一月二三日までに発生した場合には、その限りにおいて、二〇〇七年二月三日まで有効な保険契約法が引き続き適用されなければならない。
- (3) 保険者は、二〇〇九年一月一日までに、旧契約についての自らの普通保険約款を二〇〇九年一月一日発効で変更することができる。このことは、それらの保険約款が保険契約法の規定を逸脱しており、かつ保険者が保険契約者に対して変更された保険約款を、違いが分かるようにしたうえで、遅くともこの時点の一月前にテキスト形式で通知した限りにおいて認められる。
- (4) 略
- (256) この規定については、EGBGB二二九条§五を範としていることが指摘されている。Oliver Brand, in: Looschelders/Fohmann, VVG-Kommentar (2. Auflage, 2011), Art. 1 EGVVG Rn. 2 を参照。

(257) ドイツ旧保険契約法六条

- (1) 契約において、保険事故の発生前に保険者に対して履行されるべきオプリーゲンハイトに違反があった場合に保険者は給付義務から解放される旨が規定されている場合において、その違反が故意または過失に基づくものでないときは、合意された法律効果は発生しない。保険者は、違反を知った後一月内に、告知期間を遵守することなく、解約を告知することができる。ただし、違反が故意または過失に基づくものでないときは、この限りでない。保険者は、一月内に解約を告知しなかった場合には、合意された給付解放を援用することができない。
 - (2) 保険契約者によって危険の減少または危険増大の防止のために保険者に対して履行されるべきオプリーゲンハイトに違反があった場合において、その違反が保険事故の発生または保険者が義務を負う給付の範囲に影響しなかったときは、保険者は合意された給付解放を援用することができない。
 - (3) 保険事故の発生後に保険者に対して履行されるべきオプリーゲンハイトに違反があった場合について給付解放が合意された場合において、その違反が故意または重過失に基づくものでないときは、合意された法律効果は生じない。重過失による違反の場合に、保険者は、その違反が保険事故の確認または保険者が義務を負う給付の確認もしくは範囲に影響しなかった限りにおいて、依然として給付義務を負う。
 - (4) 保険者がオプリーゲンハイトの違反に際して解除権を有する旨の合意は、無効とする。
- (258) ドイツ保険契約法二八条 契約上のオプリーゲンハイトの違反
- (1) 保険契約者によって保険事故の発生前に保険者に対して履行されるべき契約上のオプリーゲンハイトに違反があった場合、保険者は、その違反を知った後一月内に、期間を遵守することなく解約を告知することができる。ただし、その違反が故意または重過失に基づくものでないときは、この限りでない。
 - (2) 契約が、保険者は保険契約者によって履行されるべき契約上のオプリーゲンハイトに違反があった場合に給付義務を負わない旨を規定している場合において、保険契約者がオプリーゲンハイトに故意に違反したときは、保険者は給付から解放される。重過失によるオプリーゲンハイト違反の場合には、保険者は、保険契約者の過失の重大さに応じて自己の給付を縮減する権利を有する。重過失の不存在についての立証責任は、保険契約者が負う。
 - (3) オプリーゲンハイト違反が保険事故の発生もしくは確認または保険者の給付義務の確認もしくは範囲について因果関

係を有しない限りにおいて、第二項と異なり、保険者は給付義務を負う。

- (4) 第二項による保険者の全部または一部給付解放は、保険事故発生後に存する情報提供または説明オプリーゲンハイトの違反においては、保険者が保険契約者にテキスト方式の個別の通知によってこの法律効果を指摘したことを要件とする。

- (5) 保険者が契約上のオプリーゲンハイトの違反に際して解除権を有する旨の合意は、無効とする。

- (259) また、単純過失によるオプリーゲンハイト違反については、そもそも解約告知・給付解放といった効果が認められないこととなった(VVG二八条一・二項を参照)。

- (260) ドイツ保険契約法三二条 特約

- 第十九条ないし第二八条四項および第三二条一項二文は、保険契約者の不利に逸脱することができない。(以下略)

- (261) Dominik Klimke, Die Folgen einer unterlassenen Anpassung Allgemeiner Versicherungsbedingungen an das neue VVG, in: Liber Amicorum für Jürgen Proß (2009), 101, 104ff.

- (262) Klimke, a. a. O., (Anm. 261), 105f. Christian Armbrüster, VersR 2012, 9 ㊦同旨。

- (263) 類似の見解として、Bernd Honsel, VW 2008, 480 は、法律上の規定の参照はその時々の規定を意味するものとして理解され、新法が自動的に妥当する²⁶²と主張する。

- (264) Klimke, a. a. O., (Anm. 261), 106ff.

- (265) 同様の見解として、Karl Maier, VW 2008, 986; Honsel, a. a. O., (Anm. 263).

- (266) Klimke, a. a. O., (Anm. 261), 109f.

- (267) Klimke, a. a. O., (Anm. 261), 110f. 同様のことは、旧法下の因果関係要件を反復する条項についても、当てはまるとする。

- (268) Jens Muschner/Domenik Henning, Wendt, MDR 2008, 949, 951; Oliver Brand, VersR 2011, 557, 562; ders., in: Looschelders/Pohmann, a. a. O., (Anm. 256), Art. 1 EGVVG Rn. 34.

- (269) 他に、VVG二八条二項二文の要件論に言及するところなく、オプリーゲンハイトそのものと違反の効果との可分性を理由に、同規定の適用を説く見解もある。Bianca Hövelmann, VersR 2008, 612, 616; Dirk-Carsten Günther, zfs 2010, 362,

364 を参照。また Winfried Schnepf/Stefan Segger, VW 2008, 907 中 VVG 二八条二項二文が給付解放の合意を要件とすることを認めている。当該合意が有効となることも同規定が適用されることである。

(270) 給付解放の合意の存続を条項の可分性から導く見解もある。Klimke, a. a. O. (Anm. 261) 115ff.; Armbrüster, a. a. O. (Anm. 262), 13f.; ders., Prölss/Martin, VVG (29. Auflage, 2015), Art. 1 EGVVG Rn. 39 を参照。

(271) Jörg Funck, VersR 2008, 163, 168; Dirk-Carsten Günther/Stefan Spielmann, r + s 2008, 133, 143f.; Ulrich Weiner, r + s 2008, 368, 370f.; Hövelmann, a. a. O. (Anm. 269), 615f.; Stefan Spielmann, „Aktuelle Deckungsfragen in der Sachversicherung“, 2009, 222f.; Hermann Stockmeier in: Vogel/Stockmeier, Umwelthaftpflichtversicherung/Umweltschadensversicherung (2. Auflage, 2009), G Rn. 17ff.; ders., Vers 2011, 312, 314 und 317; MükOVVG/Dirk Looschelders (2010), EGVVG Art. 1 Rn. 27; Günther, a. a. O. (Anm. 269) 364; Stefan Segger/Julia K. Degen, VersR 2011, 440, 443f.; Jens Muschner, in: Rüffer/Halbach/Schminkowski, VVG (2. Auflage, 2011), Art. 1 EGVVG Rn. 33; Armbrüster, a. a. O. (Anm. 262), 12f.; ders., a. a. O. (Anm. 270), Rn. 38.

(272) Klimke, a. a. O. (Anm. 261), 117ff.; Muschner, a. a. O. (Anm. 271), Rn. 35ff.; Armbrüster, a. a. O. (Anm. 262), 13f.; ders., a. a. O. (Anm. 270), Rn. 39; Petra Pohlmann, NJW 2012, 188, 191ff.

(273) 中 VVG 二八条二項二文が給付解放の合意を要件として直接適用が困難であることが故意によるオブリゲンメント違反の場合については補充的契約解釈を用いる見解として Muschner/Wendt, a. a. O. (Anm. 268), 951ff.; Brand, VersR, a. a. O. (Anm. 268), 563f.; ders., in: Looschelders/Pohlmann, a. a. O. (Anm. 268), Rn. 38ff. を参照。

(274) Hövelmann, a. a. O. (Anm. 269), 613ff.; Looschelders, a. a. O. (Anm. 271), Rn. 27; Günther, a. a. O. (Anm. 269), 366; Armbrüster, a. a. O. (Anm. 262), 11f.; ders., a. a. O. (Anm. 270), Rn. 28ff.

(275) Günther, a. a. O. (Anm. 269), 365f.; Muschner, a. a. O. (Anm. 271), Rn. 44; Schnepf/Segger, a. a. O. (Anm. 269); Hövelmann, a. a. O. (Anm. 269), 613.

(276) Muschner, a. a. O. (Anm. 271), Rn. 45; Armbrüster, a. a. O. (Anm. 262), 12.

(277) Hövelmann, a. a. O. (Anm. 269), 615; Weiner, a. a. O. (Anm. 271), 369; Armbrüster, a. a. O. (Anm. 270), Rn. 32.

(278) Schnepf/Segger, a. a. O. (Anm. 269); Günther, a. a. O. (Anm. 269), 366; Armbrüster, a. a. O. (Anm. 270), Rn. 32.

- (279) Günther, a. a. O., (Anm. 269), 366.
- (280) Looschelders, a. a. O., (Anm. 271), Rn. 27.
- (281) もっとも, Hövelmann, a. a. O., (Anm. 269), 613f. は、情報提供義務の存在すら否定する。とりわけ、オプリーゲンハイト違反における全か無かの原則の廃止については、①重過失の有無の判断は保険契約者にとって難しく、完全な給付解放を定めた約款を読んだからといって、請求を思いとどまらないこと、②VVG改正の要点については、既に政府広報などによって情報提供がされていることを理由に、保険者の説明義務を否定する。また、Schnepp/Segger, a. a. O., (Anm. 269) は、差止訴訟の可否に関して、保険者が無効となった条項の援用を防ぐ措置を内部的にとっており、このことを大量取引においても組織的に確保していれば、各保険契約者への精確な情報提供がなくても、差止請求は認められないとする。
- (282) Weidner, a. a. O., (Anm. 271), 371.
- (283) ドイツ保険契約法六条 保険契約者への助言
- (1) 保険者は、提供された保険について判断することの困難さまたは保険契約者の人物および状況によれば契機が存在する限りにおいて、保険契約者の願望および需要について質問し、助言費用と保険契約者によって支払われるべき保険料との相当な関係も顧慮したうえで助言し、かつ特定の保険について与えた各助言についての理由を示さなければならない。(以下略)
- (4) 契約締結後も保険関係が継続する間、保険契約者への照会と助言についての契機が保険者にとって認識可能である限りにおいて、第一項一文の義務は存在する。保険契約者は、個別事例において、書面による表示によって、助言を放棄することができる。
- (284) Günther, a. a. O., (Anm. 269), 366. の見解によれば、法改正について特別な契機に基づかない一般的な情報提供義務は、存在しない。Armbrüster, a. a. O., (Anm. 270), Rn. 30 も、一般的な情報提供義務を否定する。
- (285) Segger/Degen, a. a. O., (Anm. 271), 444.
- (286) Armbrüster, a. a. O., (Anm. 270), Rn. 32; Stockmeier, in: Vogel/Stockmeier, a. a. O., (Anm. 271), Rn. 6.
- (287) ドイツ保険契約法七条 保険契約者への情報提供

(4) 保険契約者は、契約期間中いつでも保険者に対して、普通保険約款を含む契約条項を文書において送付することを請求することができる。初回の送付費用は、保険者が負担しなければならない。

(288) Kai-Jochen Neuhaus, r + s 2007, 441, 445; Knut Hora, r + s 2008, 89, 90; Maier, a. a. O., (Anm. 265); Oliver Wagner, VersR 2008, 1190, 1193f.; von Fürstenwerth, a. a. O., (Anm. 117), 223.

(289) Neuhaus, a. a. O., (Anm. 288), 445; Christian Fitzau, VW 2008, 448; Ansgar Staudinger/Daniel Kassing, ZGS 2008, 411f.; Holger Fahl/Daniel Kassing, VW 2009, 320; Jens Rogler, r + s 2010, 1, 5; Peter Schimikowski, r + s 2010, 195.

(290) Looschelders, a. a. O., (Anm. 271), Rn 25; Pohlmann, a. a. O., (Anm. 272), 189.

(291) 立法過程における次のような経緯が指摘されている。すなわち、連邦司法省等は、約款が新法により無効となった場合について、両当事者が法改正を顧慮していたならば合意したであろう内容が妥当し、また、契約上のオプリーゲンハイトは存続する旨の規定を提案していた。しかしながら、立法者は、そのような提案を採用することなく、保険者の約款変更権を規定したとされる。von Fürstenwerth, a. a. O., (Anm. 117), 224 を参照。

(292) von Fürstenwerth, a. a. O., (Anm. 117), 223f.; Maier, a. a. O., (Anm. 265); Staudinger/Kassing, a. a. O., (Anm. 289), 414; Wagner, a. a. O., (Anm. 288), 1193; Rogler, a. a. O., (Anm. 289), 4f.; Schaffrin, a. a. O., (Anm. 142), 234f.

(293) Maier, a. a. O., (Anm. 265); Staudinger/Kassing, a. a. O., (Anm. 289), 414; Schaffrin, a. a. O., (Anm. 142), 235f.

(294) Wagner, a. a. O., (Anm. 288), 1193.

(295) Staudinger/Kassing, a. a. O., (Anm. 289), 413f.; Fahl/Kassing, a. a. O., (Anm. 289).

(296) Staudinger/Kassing, a. a. O., (Anm. 289), 413.

(297) BGH 第七民事部二〇〇二年七月四日判決 (BGHZ 151, 229) を参照。この裁判例については、拙稿・前掲注(一)「裁判例の展開(一)」八六頁以下において紹介した。

(298) さらに、約款変更を怠った使用者にも補充的契約解釈による保護を認めたBAG第五部の見解も、旧契約へのBAG適用に関する判例と比較すると、信頼保護のハードルを上げているものと考えられる。つまり、既述のように、BAG第五部は、使用者の信頼保護を理由に一律に補充的契約解釈を肯定したわけではなく、任意規定によって相当な解決が得られるかを考慮している。この客観的な利益衡量を重視する点に、効力維持的縮減による保護との違いを見出すことがで

をいう。

(299) いずれにせよ、労働契約のケースにおいては、公権的な無効判断が存在しなかったものと考えられる。第二章第一節において扱った一方的変更権に関する議論を振り返ると、このケースで約款使用者に一方的な変更（相手方の承諾義務によつてであれ）を認めることは、「権利論」における評価と相容れない可能性がある。

(300) ここでは承諾義務違反の効果として、約款使用者の変更申込みの内容を考慮した補充的契約解釈が想定されていることから、約款使用者が相手方の承諾の意思表示を求めて裁判をするコストは考慮されない。

(301) 比例原則については、山本敬三「公序良俗論の再構成」有斐閣（二〇〇〇年・初出一九九九年）二一九頁を参照。

(302) 拙稿・前掲注（一）「裁判例の展開」を参照。

(303) Lorenz, 2001, a. a. O. (Anm. 48), 1148.

(304) Kollhosser, a. a. O. (Anm. 53), 811; ders., in: Prölss/Martina, a. O. (Anm. 52), Rn. 35.

(305) Wandt, Ersetzung, a. a. O. (Anm. 40), 45f.; Wandt, a. a. O. (Anm. 18), Rn. 82ff.

(306) 近時、契約締結後の事情変動を理由とする契約の改訂の問題について、契約の改訂の可否を判断する局面と新たな契約内容の形成という局面において、紛争の性格が異なり、それに応じて法および裁判官の果たす役割に相違があることが指摘されている（吉政知広『事情変更法理と契約規範』有斐閣（二〇一四年・初出二〇〇七―二〇一一年）一六七頁以下を参照）。この見解によれば、前者の局面における紛争が過去志向的・二分法的判断といった性格を有する一方、後者の局面の紛争は、将来志向性を有し、多様かつ重層的に存在する諸々の利益を衡量・調整した判断が求められる。このような紛争の性格の違いに応じて、前者の紛争については、裁判所が法規範を適用することによって解決するのに適しているが、後者の紛争については、裁判所が予め定められた基準を適用して判断するのに適した者とはいえない。本文において示した不当条項規制の二つの段階の違いは、この事情変更論に関する学説が指摘するところと、似たところがあるのではないかと考える。さしあたっての共通項としては、条項無効の判断が、——効力維持的縮減を認めない（したがって、全体として違法と評価される条項の内部における無効範囲の問題を觀念しない）ドイツにおける判例・支配的見解を前提とすると——各規制規範の構成要件該当性を判断する二分法的な判断であるのに対して、代替規律の確定が、より複雑な利益衡量を要する問題であることを（この点については、拙稿・前掲注（一）「裁判例の展開」を参照）、指摘す

ることができる。もつとも、これに対して、過去志向と将来志向の対比という観点で、不当条項規制の二つの段階にも当てはまるのかについては、問題がある。というのは、代替規律の確定には、遡及効が認められ、既発生の問題を処理するための規範を探求する作業としての側面があるからである（例えば、既に生じた履行障害に関する免責条項の効力をめぐる紛争を考えよ）。このことは、約款使用者による代替規律の確定においても異ならない、と考えられる。本論において立ち入ることができなかったが、VVG旧一七二条に関する判例（第二章第一節第一項において取り上げたBGH二〇〇五年判決（BGHZ 163, 297）を参照）も、この規定に基づく代替は、契約締結時に遡って効力を有するとしている（もつとも、VVG現一六四条に関して、立法理由書は、当事者の合意がない限り、約款変更には将来効しか認められないと述べており（BT-Drucks. 16/3945, 100f.）の点については、さらに検討が必要である）。また、前述の見解において重視されている第二の局面における当事者の自律の尊重という観点からは、約款による契約における両当事者の非対称性や一方当事者の変更権を念頭に置いた議論であることに鑑みて、どこまでこの観点を強調しうるのか、という問題が指摘されよう。さらに、事情変更と法的規制という変更原因のレベルでの違いが、どのような差異をもたらすのかについても、前者の原因に立ち入らなかった本稿においては、解答することができない。事情変更の問題と無効条項の変更の問題との共通項および非共通項を精確に提示するためには、これらの問題を説明する必要があるが、今後の検討課題である。

(307) 拙稿・前掲注(一)「裁判例の展開(三)」八四頁を参照。

(308) 実際にこの問題が日本法においてどの程度深刻に発生するかについては、さらに検討の必要があろう。

(309) 民法五四八条の二第二項による規制を前提とする場合には、効果が、無効ではなく、不都合の擬制となる。しかしながら、いずれにせよ内容規制への抵触が問われることに変わりなく、この効果の別を重視すべきではない、と考える。また、規制の効果として不都合とされた条項に代わる条項を入れることができるかという問題は、当事者自身、当初は入るつもりがなかった条項を事後的に組み入れる問題とは、異なるはずである。

(310) 注(4)を参照。

(311) いずれの号によるのかで第三項の適用の有無が異なるという問題があるが、相手方への通知や周知と変更の効力発生との関係については、本稿において検討できていないので、最終的な判断を保留する。

(312) 立法資料においても、第四項を設ける理由として、定型約款の変更については、より厳格な規制基準が妥当し、かつ、

考慮要素も異なることが述べられている。部会資料八八一(<http://www.moj.go.jp/content/001132329.pdf>) 六頁を参照。

(313) 横山美夏「約款」法教三九四号(二〇一三年)一三頁、三枝健治「約款の変更」法時八九卷三号(二〇一七年)七二頁以下、鹿野菜穂子「定型約款」規定の諸課題に関する覚書き」消費者法研究三号(二〇一七年)九六頁、丸山絵美子「『定型約款』に関する規定と契約法学の課題」消費者法研究三号(二〇一七年)一六九頁以下、大澤彩「『定型約款』時代の不当条項規制」消費者法研究三号(二〇一七年)一九八頁および二〇三頁、河上正二「民法改正法案の『定型約款』規定と消費者保護」法教四四一号(二〇一七年)三三頁以下、同「改正民法における『定型約款』規定における若干の問題点」瀬川・吉田古稀「社会の変容と民法の課題」上巻」成文堂(二〇一八年)四八二頁などを参照。なお、部会資料八三一(<http://www.moj.go.jp/content/000126620.pdf>) 四一頁も、第二号に基づく変更について、相手方に解除権を与えるなどの措置が講じられているか否かといった事情が考慮されるとしている。

(314) (定型) 約款の変更の問題を組入れ規律とバラレルに、または、その修正によつて規律しようとするアプローチを指摘する従来の学説として、潮見佳男「判批・福岡地判平成二八年三月四日」金法二〇四九号(二〇一六年)七五頁以下、三枝・前掲注(313)六九頁以下、山本豊「改正民法の定型約款に関する規律について」深谷格・西内祐介編著『大改正時代の民法学』成文堂(二〇一七年)四二五頁以下を参照。なお、前二者の学説においては、変更内容を開示・通知のうえ、変更を拒絶する相手方に契約から離脱する可能性を与えれば、合意による変更のスキームに乗ると解されている。しかしながら、相手方の同意があつたとみなすためには、従来の条項を維持する選択肢(無効条項の変更においては、法が用意する代替規律の適用を確保する選択肢)が与えられていることを条件とすべきではないか。解除権の付与は、約款使用者の一方的変更権に対する補償としての意味を有するに留まり——そして、既述のように、無効条項の変更においては不要である。——、または、約款使用者による変更解約告知(Änderungskündigung)の問題、つまり、約款使用者に解除権が認められるか否かの問題として処理すべきではないか、と考える。

(315) なお、日本法において利益変更の場合に沈黙による同意を認めることについては、無効条項の変更を処理するのに適していないという既述の問題の他に、次のような問題を指摘することができる。すなわち、定型約款の変更に関する民法五四八条の四第一項一号は、利益変更を一方的変更として認めている。また、保険法学説には、相手方に有利な約款変更は、権利放棄または債務免除の問題として、一方的意思表示により可能である、とする見解が見られる(山下友信「判

批…大判大正六年十二月一日」生命保険判例百選（増補版・一九八八年）一七頁、中西正明「保険約款の改正と既存契約」〔阪法一四九＝一五〇号（一九八九年）三七頁・四六頁を参照。なお、BGB三九七条は、債務免除を契約として規定している。〕。これらのことから、日本法では利益変更については一方的に可能と考えるならば、あえて合意によって利益変更を図ろうという場合には、むしろ同意認定を嚴格にすべきではないか、と考えられる。というのは、この場合に条項使用者は、相手方が同意した場合にのみ変更するという意思を有しているということができ、そのような意思を尊重するには、一方的変更と合意による変更を明確に区別すべきだからである。このように考えるならば、ドイツ法における沈黙による同意論は、日本法に移入すべきものとはいえない。

（316）なお、ドイツにおいて実際に無効条項変更義務（オプリーゲンハイト）が認められていた法改正の場面については、当然のことながら、改正法の効力が既存契約にも及ぶことが前提となる。改正民法における定型約款に関する経過措置（附則三三三一条但書）のように、旧法下で生じた契約の効力がそもそも妨げられないとされている場合には、変更義務の問題も生じようがない。