The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	約款変更論に関する覚書
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2019, 69(3-4), p. 317-339
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87238
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

約款変更論に関する覚書

武田直大

第一　本稿の目的

平成二九年の民法改正によって導入された定型約款に関する一連の規定（民法五四八条の二以下）は、従来の約款理論に必ずしも適合するものではなく、様々な論議を呼んでいる。その中でも、定型約款の変更に関する民法五四八条の四については、これまでの判例・学説において十分な議論の蓄積がなく、また、諸外国の類似法令を参考にしたものでもないため、この規定をどのように理解し、解釈すべきかが、大きな課題となっている。さらに、この定型約款に関する立法は、約款法学に対して、従来手薄であった約款変更の一般理論がどのようなものか、という問題を投げ返している。「定型約款」は、従来の一般的な定義による「約款」のうちの一部を捉えるに過ぎない概念と見られているだけに、約款変更の一般理論を明らかにすることの意義は、立法によって失われていない。

本稿は、このような約款変更論の諸課題に対して、比較法的なアプローチを試みる。具体的には、ドイツにおける約款変更に関する議論を取り上げる。ドイツ法は、定型約款の変更規定に対応するような約款変更に関する一般規定を有していないが、関係する法規定がおよそ存在しないわけではなく、また、約款変更の合意のあり方や約款

中の変更条項の規制という観点からも、約款の変更が論じられている。筆者は、先立って、このようなドイツにおける約款変更論のうち、無効条項の変更の問題について検討した。[1] これに対して、本稿においては、条項無効以外の原因による約款変更の問題に焦点を合わせる。

もっとも、紙幅の都合により、そして何より筆者の研究進捗状況ゆえに、本稿においては、ドイツ約款変更論の十分に詳細な説明および慎重な検討は行い難く、また、ドイツ法の議論が日本法に与える示唆についても、手厚く論じることができない。ここでは、ドイツ法の議論の概要を記述したうえで、そこから引き出される理論枠組みを試論的に提示し、その枠組みを日本法の検討において役立てる方向性を示すに留める。

第二　ドイツ法の状況

一　合意による約款変更

1　変更合意のプロセスに関する問題

前稿においても取り扱ったように、[2] 合意による約款変更に関するドイツの議論においては、合意プロセスについて様々な問題が論じられている。その出発点となるのは、約款の組入れに関する法規定である。ドイツ約款法においては、一般に、約款変更の合意についても、契約締結当初の約款の組入れと同様の規律が基本的に妥当するものと考えられており、消費者契約については、ＢＧＢ三〇五条二項が[3]（類推）適用される。この規定によれば、約款の変更を企図する約款使用者は、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。この規定が、約款変更（変更約款の組入れ）の場面においてどのように具体化されるのか、が問われている。

この変更約款の組入れの問題においては、前記一号・二号における約款の開示もさることながら、[4]どのような場合に相手方の同意を認めてよいか、が最大の争点となっている。議論の大勢は、約款変更に対する相手方の同意について、明示的に表明されることを要求していない。むしろ、相手方に有利な変更については沈黙による同意を認める見解が相当程度の支持を集めているほか、[5]不利益変更についても、相手方が変更に異議を唱えることなく契約関係を継続した場合に推断的同意を認める見解が支配的である。[6]また、そのような支配的見解に反対する論者においても、同意擬制条項を用いることで相手方の同意を擬制する可能性が認められている。[7][8]このように相手方の同意が推断または擬制されうることから、合意による約款変更のスキームの中には、実質的に見て、約款使用者による一方的変更に近いものが含まれている。もっとも、推断的同意や同意擬制が認められる場合でも、相手方が明示的に変更に対して異議を唱えれば、変更合意は成立しないため、その点に一方的変更との違いがある。

もっとも、以上のような緩やかな同意認定には、一定の手続的な要件が結びつけられていることに留意する必要がある。すなわち、BGB三〇八条五号[9]によれば、同意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、つまり、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、約款使用者は負わなければならない。そして、この規定については、契約関係の継続による推断的同意を認める見解においても、類推適用すべきことが説かれている。[10]このように、緩やかな同意認定は、約款変更に対して明示的に賛否を表明しない不作為を相手方に帰責しうるための一定の手続きを前提として、語られている。

以上のような議論において重要なのは、単に一般法律行為論の枠内における合意の成立や当初約款の組入れと区別されない変更約款の組入れが論じられているのではない、ということである。例えば、推断的同意の是非に関し

ては、契約関係の継続にかかる相手方の行為態様に約款変更への同意という意味を見出しうるかが、一般的な意思表示解釈の範疇で論じられているだけでなく、大量取引における約款使用者の約款変更に関する利益を考慮した議論がされている。[11] このように、約款変更に特殊な合意のあり方が問われている点に、留意する必要がある。

2　変更原因および変更内容に関する問題

(1)　変更原因における無制限性

合意による約款変更が契約自由の範疇の問題であるとすれば、可能な変更原因において、特段の制限は生じないとも考えられる。だが、前述のように、約款変更に対する相手方の同意は、推断または擬制されることがありえる。それらの場合には、一方的な約款変更への接近が生じる。このことから、緩和された合意による約款変更についても、後述する一方的変更と同様に、変更原因およびそこから帰結される変更内容において、何らかの制限が課されるのではないか、との問題が生じる。

同意擬制条項に対するこの点での制限については、一方的変更権条項よりも緩やかに考える諸見解が存在する。すなわち、後述するように、約款使用者による一方的変更については、無効条項の代替の他、予見不可能な事情変更により生じた均衡障害を是正するためにのみ認められるとするのが、約款変更条項に関する判例であり、そのような判例に対する学説の支持も強い。これに対して、同意擬制条項に基づく変更については、均衡障害に変更原因を制限すべきではないとする見解[12]や、純粋に内部的な組織転換を理由に自己の利益のために約款を変更することも不衡平ではないとの見解[13]が、主張されている。[14][15] また、判例も、右の一方的変更権条項の有効要件が、同意擬制条項に対して直ちに当てはまるものではないとしている。[16]

(2) 本質的な条項についての変更制限

変更原因における制限の有無とは別に、同意擬制条項に基づく約款変更については、変更の対象となる条項の内容に関して、一定の制限の存在が論じられている。すなわち、本質的な条項についての同意擬制の制限である。

この問題については、まず、ＢＧＨ第三民事部二〇〇七年一〇月一一日判決（NJW-RR 2008, 134）が注目される。そこでは、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同意擬制条項の効力が問題となった。ＢＧＨは、当該条項を次のような理由で無効とした。すなわち、本条項は、給付・製品記述の変更を可能とする点で、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、当事者間の法的関係の基礎に関わる変更には、ＢＧＢ一四五条以下（申込みと承諾に関する諸規定）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、本条項は、ＢＧＢ三〇七条一項[17]に抵触する。以上のような理由により、ＢＧＨは、同意擬制条項を無効とした。この給付・製品記述の変更に関する判示によれば、契約の中心部分を規律する約款条項についても、同意擬制条項に基づいて変更することはできない、と考えられる。

学説においても、同意擬制条項について、本質的な条項の変更禁止が説かれている[18]。この制限の代表的な主張者であるプレーヴェ（Peter Präve）は、次のように論じている。すなわち、ＢＧＢ三〇八条六号[19]は、特別な意義を有する約款使用者の意思表示が相手方に到達したものとみなす旨の規定を無効とする。これと同様に、本質的な問題に関する契約相手方の意思表示は、約款によって表示されたものとみなされてはならない。そのような意思表示は、むしろ明示または黙示に表示される必要がある。そのようにしてのみ、必要な相手方の同意が実際に存在することが保証されている[20][21]、と。

もっとも、このような制限に対しては、反対説もある。反対の論拠としては、ＢＧＢ三〇八条五号において本質的な意義を有する表示の擬制が禁じられていないことの他、約款全体の変更など実際にはほとんど行われないこと、相手方に有利であれば完全な変更も許すべきこと、相手方の保護手段としては、変更申込みに対する異議の可能性および新条項の内容規制があることなどが挙げられている。[22]

いずれにせよ、ここで問われているのは、契約内容の本質的な変更については、当事者間で明示的に合意されることが必要であり、擬制などの緩和された同意認定は認められないのではないか、ということである。この問題は、前記(1)で論じた変更原因の制限とは異なる。(1)の制限は、契約の中心部分についても問題となる事情変更の原則と共通するものである。それゆえ、そのような制限が課される場合には、後述のように、むしろ重要性の高い条項について変更が認められやすいことになる。

二　約款使用者による一方的な約款変更

1　一方的な約款変更の制限

(1)　変更原因の制限

ア　重大な事情変更を原因とする約款変更への制限

判例および大多数の学説は、約款使用者の一方的変更権を定める約款変更条項について、既存の契約関係に介入するものであり、契約の拘束力の原則に抵触するとの見方から、その有効性を制限しようとしている。

まず、判例によれば、約款使用者による一方的な約款変更は、ＢＧＢ三〇七条一項に基づく利益衡量に基づき、①約款使用者が惹起したのではなく、また、影響を与えることもできなかった予見不可能な事情変更によって、契

約締結時に存在した均衡関係が軽微ではない程度に害された場合、または、②判例により条項が無効とされた場合など、規律欠缺により契約実行に際して困難が生じ、変更または補充によってのみそれを除去することができる場合に限り、正当化される。[23] ①において、一方的な約款変更は、重大な事情変更に対処するためにのみ許されている。

次に、学説においても、同様の事情変更を原因とする変更への制限が説かれている。例えば、一方的変更権を留保する約款条項全般の許容基準として、変更原因が①予見不可能であること、および②約款使用者のリスク領域に由来せず統制不可能なものであることを挙げる見解[24]や、保険契約について、保険者にとって契約締結時に予見可能な事情が問題となる場合には、変更留保について承認に値する必要性は存在しないとする見解[25]などが挙げられる。また、後述するヴァントも、通常解約告知が不可能な期間における一方的変更権の基本要件として、事情変更によって給付の均衡が害されたことを挙げ、保険者は一定の原因なしに保険料または保険約款を変更する権限を留保してはならない、とする。[26] さらに、保険料および契約条件ができるだけ長く一定であることに、保険契約者は正当な利益を有しているところ、軽微ではない程度の均衡障害が必要である、と述べる。[27] また、事情変更が予見・評価・影響可能であれば、契約締結に際して顧慮することができるので、原則として変更留保に正当な利益はない、とする。[28]

イ　制限緩和の可能性

前記アのような考え方は、重大な事情変更が生じた場合にのみ約款変更が正当化されることとともに、給付関係に影響する条項に変更対象が限定されること、逆にいえば、より付随的な条項については変更の対象となりにくいことを、含意している。

このような考え方に対して、コルムゼー（Bastian Kolmsee）は、立法論としてではあるが、重大な均衡障害を要件とせずに約款使用者の一方的変更権を認め、したがって、付随的条項についても柔軟に変更の余地を与えることを説いている。彼は、前述のような判例による限り、一方的変更権条項は柔軟な約款変更に適しておらず、契約内容の標準化に向けられた約款使用者の正当な利益に完全には適合しないと結論付けたうえで[29]、次のように論じている。すなわち、一方的変更を制約する約款の継続性に対する相手方の正当な利益は、相手方が契約締結時に約款を読み、その内容を契約締結判断の枠内で顧慮し、それが維持されると信頼している、との想定に基づく。しかしながら、多数の顧客は、経済的理由から約款を読まず、異議を述べることもない。認識の欠如は、従来の約款の組入れについての希薄な合意をもたらし、くわえて約款の具体的内容に関心がないことの表明となる。したがって、従来の内容の継続に対する相手方の利益は、小さく評価され、約款使用者の標準化利益が優越する。これに対して、約款使用者が予め明示的に指摘した条項、広告において強調されていた条項、または契約関係について本質的な規律を含む条項などについては、相手方が認識しているものと想定され、一方的変更が正当化されない[30]。コルムゼーは、以上のような論理に基づいて、重大な均衡障害を要件としない一方的変更権の立法を提案している[31]。

(2) 相手方の告知権の意義

約款使用者の一方的な約款変更権限については、それによって相手方が被る不利益に対する補償という観点から、変更が行われた場合に相手方に告知権を認める必要があるか、が論じられている。その議論は、以下のようにまとめることができる。

まず、相手方に告知権を付与しさえすれば、変更原因の制限または条項の具体性に対する要求が緩和されるとい

う考え方に対しては、否定的な見解が多い。少なくとも、これらの側面における条項の不相当性が約款使用者にとって回避可能なものである限りにおいて、告知権の付与は、相手方の不利益に対する補償とはならない、とされる。[32] また、相手方が契約の存続に利益を有している場合[33]や、相手方に代替取引の可能性がない場合[34]には、告知権の付与が相手方の利益とならない、とも批判されている。[35]

これに対して、相手方の告知権に積極的な意義を認める見解も示されている。それによれば、告知権には、約款変更に伴う相手方の不可避的な不利益または変更条項の不可避的な抽象性に対する補償としての意義が認められる。[36] つまり、告知権の存在は、変更条項の実質的内容および具体性に対する要求を引き下げるものではないが、それらの側面において適法と評価される条項について、さらに告知権が要求されるのである。このような形で告知権が必要とされる理由は、次のように説明されている。すなわち、変更原因の制限を問題とする限り、相手方全体の典型的な利益だけを顧慮することができる。しかしながら、相手方全体にとって期待可能であり、したがって許容される契約の変更であっても、個別の相手方にとって、個別的な理由から期待不可能ということがありうる。個々の相手方は、告知によってこのような事態を顧慮することができるべきである、との説明である。[37]

2　約款使用者の告知可能性による区別

ここまで叙述してきた約款使用者による一方的な約款変更の制限に対しては、それがあらゆる場面における一方的変更に当てはまるものではないことが指摘されている。このような指摘は、とりわけヴァント（Manfred Wandt）によって、保険契約における約款変更条項の効力を検討する中で行われた。彼によれば、前記1の議論は、約款使用者が通常解約告知しえない場面についてのみ当てはまる。この場面における一方的変更権条項は、保険者

に合意内容からの事後的な離脱を可能とするものであり、契約の拘束力の原則に抵触する。それゆえ、事情変更に対応して契約内容を調整する場合にのみ、変更権限が正当化される。これに対して、通常解約告知が可能な場面において、保険者が告知不可能な契約期間の経過後に効力を有する形で契約内容を変更する権限を保有したとしても、保険契約者には、同一条件での契約の存続について正当な信頼が存在せず、契約の拘束力の原則との衝突は生じない。このような権限を定める変更条項は、告知不可能な場面についてのそれとは異なる性質を有しており、その有効性も別に考える必要がある。ヴァントは、このようにして約款使用者の告知可能性による区別を提唱する。[38][39]

さらに、ヴァントによれば、告知可能な場面における約款使用者（保険者）の変更権限および相手方（保険契約者）の告知権は、約款使用者による変更解約告知との対比において正当化される。すなわち、この場面において、保険者は、契約内容を変更するために、通常告知権を利用することができる。しかしながら、このような変更解約告知は、保険契約の更新における両当事者の利益に合致しない。というのは、更新手続きが簡易・安価であることに両当事者の利益が存するところ、変更解約告知は、典型的に見て、いずれの当事者の利益にも合致しないからである。保険者の変更解約告知に対して、保険契約者は、新たな契約の申込みに承諾するか、他の保険者と契約を締結するかの行動を迫られる。仮に適時に行動しなければ、保険保護を失うことになる。このリスクは、保険契約者の利益に反する。むしろ、約款が変更される場合においても直ちに更新され、変更内容が自己の観念に反する場合にのみ作為を要することが、保険契約者にとって有利である。[40] ヴァントは、このような利益衡量をもとに、保険契約者の告知権と結びつけられた保険者の変更権限を正当化する。そして、この場面において、保険契約者による告知権の不行使は、変更告知によれば契約継続のために必要な同意の意思表示に代わるものである、とする。[41]

右のような議論からは、ヴァントが、告知可能な場面における約款使用者による一方的な約款変更を、実質的に

合意による約款変更として捉えていることがわかる。このことは、次に述べるように、この場面における変更権限の制限にも表れている。[42] すなわち、ヴァントは、一方において、告知可能な場面では、告知不可能な場面のような変更原因に関する制限が課されないことを強調している。保険契約者の内容的な保護は、不意打ち条項規制（BGB三〇五c条一項）[43] および内容規制（BGB三〇七条以下）によって図られるのみである、とする。[44][45] 他方において、保険契約者を保護するための手続的な要求として、①変更内容の通知、②告知権とその不行使の結果の指摘、③適時の通知、④変更条項における形式要件の列挙を挙げている。このような内容的な制約の少なさと手続的な要求による相手方の保護は、合意による変更に関して論じられているところと共通する。

最後に、ヴァントは、告知可能な場合の保険者の変更権限が正当化されるために、さらに保険契約者に代替取引の可能性が存在しなければならないとしていることに、触れなければならない。すなわち、当該保険部門において競争が機能しており、保険契約者が契約の終了を選択したとしても、自らに有利な代替取引を締結することが可能であることが、議論の前提になるとしている。[46]

第三　結論に代えて

一　ドイツ法のまとめ

本稿で素描したドイツにおける約款変更論は、次のようにまとめることができる。

1　合意による約款変更

第一に、両当事者の合意による約款変更の可能性が認められている。ここでの相手方の同意は、約款やそれを利

用する取引の性格を考慮し、一定の手続的な要件を前提として、緩やかに認定することが肯定されている。もっとも、このような緩やかな同意による約款変更が、中心条項など本質的な約款条項の変更についても認められるかについては、否定的な見解が強い。

2　一方的変更

第二に、ドイツ法の議論からは、約款使用者による一方的な約款変更を正当化するための、いくつかの法律構成を提示することができる。

(1)　合意擬制構成

ア　異議型と解除型

まず、表面的には一方的な約款使用者の変更権限を、当事者間での変更合意を擬制するものとして正当化する可能性がある。このような一方的変更の正当化を「合意擬制構成」と呼ぶことにする。[47] ドイツ法の議論からは、この構成に属する約款変更の枠組みとして、次の二つの型を導き出すことができる。

第一に、同意擬制条項のように、変更に対する異議を唱えることで従前の約款の内容を存続させる可能性を相手方に認めたうえで、そのような異議権が行使されなかったことをもって、相手方の同意があったものとみなす枠組みである。このような枠組みを「異議型」と呼ぶことにする。

第二に、約款使用者の側から契約を解消することが可能であること――したがって、期間の定めのある契約において更新拒絶が可能なこと、または、期間の定めのない契約において解約申入れが可能なこと――、および、相手

方に解除権を付与することを要件として[48]、相手方が当該解除権を行使しなかったことをもって、変更に対する同意があったものとみなす可能性である。このような枠組みを、「解除型」と呼ぶことにする[49]。

イ　合意擬制構成の特徴

異議型であれ、解除型であれ、一方的な約款変更を合意擬制構成によって正当化する場合には、合意による約款変更と同様の規制方向が導かれる。

すなわち、一方で、実体面での制約に関しては、重大な事情変更の要求など変更原因に関する制限よりも、変更対象となる条項の内容に応じた制限が問題となる。とりわけ、契約上本質的な内容を含む条項の変更に対する制限が問われる。

他方で、不作為を相手方に帰責するための手続的要件の設定が問われる。異議型においては、ＢＧＢ三〇八条五号によれば、相手方が異議権を行使するための相当な期間を付与すること、また、異議権の不行使が変更に対する同意に当たるとの指摘することが、約款使用者に要求される。解除型についてもこれと並行に考えると、解除権行使について相当期間を付与すること、および、解除権の不行使が変更に対する同意を意味することを指摘することが、約款使用者に義務付けられる。

(2)　事情変更構成

ア　基本的な考え方

次に、契約締結時に予見不可能であった事情変更が生じたことを要件として、文字どおり約款使用者による一方

的な約款変更を正当化する可能性が見出される。このような正当化を「事情変更構成」と呼ぶことにする。このような法律構成は、一般的な事情変更の原則の要件設定に準ずる形で、一方的な約款変更を規制するものといえよう。

イ　事情変更構成の特徴

合意擬制構成と対比した事情変更構成の特徴として、次の二点を挙げることができる。

第一に、本質的な条項の変更も排除されない点である。それどころか、ドイツにおける支配的見解に従うならば、給付の均衡に影響を与えるような中心条項または中心に近い条項こそ、この法律構成による変更の対象となりうるものであり、より付随的な条項は、逆に一方的な変更の対象となりにくい。付随的な条項にも変更対象を拡大しようとすれば、コルムゼーのような議論が必要となる。

第二に、相手方に付与される解除権の意味が異なる点である。すなわち、解除型合意擬制構成において、相手方への解除権の付与は、約款変更に対する同意を擬制するための必要条件を成す。これに対して、事情変更型における相手方の解除権は、約款変更に伴う相手方の不利益に対する補償としての意味を有するにとどまる。そのような補償が必要であるかについては、相手方が被る不利益の内容・程度にも応じて、評価が分かれうるところである。

二　日本法への示唆

右のように整理したドイツ約款変更論は、日本法にとって次のような意義を有しうる。

1　約款変更の一般理論としての意義

まず、ドイツ法の整理により得られた法的枠組みを、約款変更の一般理論として捉える可能性がある。約款の組入れ・解釈・内容規制については、その内容にコンセンサスがあるわけではないにせよ、一般的な約款法理が形成されてきた一方、約款の変更については、これらに対応するような一般理論が存在しないことは、従来から指摘されていることである。[50] そのような約款変更の一般理論を補うために、ドイツ法の枠組みを参考にすることができるのではないか。ドイツ約款変更論は、変更合意および事情変更の原則という一般契約法において承認されている契約変更の原則的なスキームを基礎として、そこに約款取引に特有の事情を加味して構成されているものと見ることができる。このような理論枠組みには、約款変更の一般理論としての意義が認められる。そして、変更合意および事情変更の原則という出発点を共有するならば、そのような理論は、日本法にも移入することが可能であろう。[51]

2　定型約款の変更理論における意義

定型約款の変更に関する民法五四八条の四の正当化に関する従来の議論には、二つのアプローチがあることが指摘されている。[52] すなわち、①約款変更の一般理論を出発点として、それに対する修正として定型約款変更法理を基礎づけるアプローチ[53]と、②相手方の不特定多数性と画一化の双方合理性という定型取引の特質から変更法理の正当化を図るアプローチ[54]である。本稿の提示する約款変更論の枠組みが、定型約款の変更に対していかなる意義を有するかは、いずれのアプローチを採用するかに左右される問題である。

まず、前記①のアプローチによる場合、または、前記①と②のアプローチを併存させる場合には、本稿の理論が、民法五四八条の四の解釈論として導入されうるものとなる。このとき、同条の文言がどのように理論とすり合わせ

られるのかが問題となるが、その問題については検討を保留し、ここでは、従来から論じられている二つの問題について、本稿の整理から引き出されることを指摘しておく。すなわち、第一に、中心条項にも民法五四八条の四が適用されるかが問題とされているが[55]、この問題に対する回答は、合意による変更と事情変更に基づく変更のいずれを基礎とするかによって変わってくることである。第二に、相手方に契約からの離脱可能性を与えることの要否である[56]。この問題も、いかなる法律構成に立脚するかに左右される。相手方の離脱可能性は、解除型合意擬制構成において必要条件であるが、事情変更構成では考慮要因の一つに留まる。また、相手方に離脱可能性を与えさえすれば合意擬制が認められるのではなく、定型約款準備者に離脱可能性があることが解除型の前提である。

次に、もっぱら前記②のアプローチによる場合には、本稿の理論枠組みは、民法五四八条の四の解釈論として参照しえないものとなる。本稿で整理したドイツ約款変更論は、契約締結の時期を問わない取引内容の画一性の双方合理性が約款変更を正当化するという理論を提示していない。そのような理論は、本稿の枠組みの外部にある。もっとも、このことは、定型約款の変更理論を理解するうえで、本稿の提示する理論を無意味なものとはしないだろう。というのは、約款一般の変更理論と定型約款のそれとの距離を測るうえで、前者を具体化する本稿の理論は、益するところがあると考えられるからである。さらに、約款一般の変更理論を具体的に明らかにすることは、定型約款の変更理論の射程を画するうえでも、意味がある作業ではないかと考えられる。

三　おわりに

冒頭に述べたように、本稿において提示した約款変更論は、試論的なものに過ぎない。ドイツ法の詳細な検討を含めた本格的な立論は、今後の課題である。

（1） 拙稿「無効な約款条項の変更（一）～（三・完）」阪法六八巻一号一〇七頁・二号二七頁・三号一〇九頁（二〇一八年）。

（2） 拙稿・前掲注（1）・（二）四二頁以下。

（3） ＢＧＢ三〇五条　普通取引約款の契約への組入れ

⑵ 普通取引約款は、約款使用者が契約締結に際して次の各号に定める要件をすべて満たし、かつ、他方の契約当事者が約款の適用に同意した場合に限り、契約の構成要素となる。

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態様ゆえに過度な困難を伴う場合には、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、その約款を指定すること

2．他方の契約当事者が約款の内容を知る機会を、約款使用者にとって認識可能な同人の身体的障害をも相当に顧慮したうえで、期待可能な方法で与えたこと

（4） 変更約款の開示に関する議論については、拙稿・前掲注（1）・（二）四四頁以下を参照。

（5） 類似の見解を含めて、Eberhard Seybold, VersR 1989, 1231, 1233; Peter Präve, ZIV 1992, 221, 224; ders., r + s 1998, 441, 446; Christian Armbrüster, in: Prölss/Martin VVG (29. Auflage, 2015), Einleitung, Rn. 40; Daniel Schaffrin, „Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich“, 2015, 39; Torsten Freund, „Die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen“, 1998, 63f.; Bastian Kolmsee, „Die Anpassung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Dauerschuldverhältnissen“, 2011, 69ff.; Staudinger/Peter Schlosser（2013）, § 305 Rn. 172なども参照。

（6） Mathias Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht（12. Auflage, 2016）, § 305 BGB Rn. 164; Thomas Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht（6. Auflage, 2013）, § 305 BGB Rn. 105; MüKoBGB/Jürgen Basedow（8. Auflage, 2019）, § 305 Rn. 89; Seybold, a. a. O.,（Anm. 5）, 1232ff.; Eckardt Buchholz-Schuster, NVersZ 2000, 207, 208; 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などを参照。

（7） Freund, a. a. O.,（Anm. 5）, 206f.; Wolfgang Hau, „Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag“, 2003, 395ff.; Kolmsee a.

a. O., (Anm. 5), 148ff. などを参照。

(8) 以上の議論状況については、拙稿・前掲注（1）・（二）四五頁以下を参照。

(9) ＢＧＢ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。

(10) MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 6), § 305 Rn. 89.

(11) 拙稿・前掲注（1）・（二）五〇頁・五二頁を参照。

(12) Friedrich Graf von Westphalen, Dauerschuldverhältnisse – Wirksamkeit von Änderungsklauseln zugunsten des AGB-Verwenders, in: FS für Peter Schlosser, 2005, 1103, 1110; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 5), 151.

(13) Hau, a. a. O., (Anm. 7), 399.

(14) その他に、同意擬制条項については、条項定式の面で一方的変更権条項ほどの具体化が要求されない、とする見解もある。Freund, a. a. O., (Anm. 5), 206; Jürgen Prölss, VersR 2000, 1441, 1448 を参照。

(15) もっとも、相手方に不相当な不利益をもたらす変更は許されない、との指摘もされている。Seybold, a. a. O., (Anm. 5), 1236; Freund, a. a. O., (Anm. 5), 107ff; Harry Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 6), § 308 Nr. 5 BGB Rn. 7を参照。この指摘によれば、ＢＧＢ三〇七条以下に抵触する条項を同意擬制条項によって組み入れることはできない。

(16) ＢＧＨ後掲二〇〇七年判決。

(17) ＢＧＢ三〇七条　内容規制

(1) 普通取引約款中の規定が信義誠実の要請に反して約款使用者の契約相手方に不相当に不利益を与える場合には、その規

定は無効とする。不相当な不利益は、規定が明確でなく、またはわかりやすいものでないことからも生ずる。

(2) ある規定が次の各号のいずれかに該当する場合であって、疑いがあるときは、その規定は、不相当に不利益を与えるものと推定する。

1. その内容が法律上の規定を逸脱し、その法律上の規定の本質的基本思想と相容れないとき

2. 契約の性質から生ずる本質的な権利または義務を制限し、契約目的の達成を危殆化するとき。

(3) 本条第一項および第二項、ならびに第三〇八条および第三〇九条は、普通取引約款中の規定であって、法律上の規定を逸脱し、またはこれを補充する規律が合意されているものに限り、適用される。その他の規定については、本条第一項第一文と併せた本条第一項第二文により無効とすることができる。

(18) 本文に紹介するプレーヴェの他に、Seybold, a. a. O.,（Anm. 5), 1236は、主たる給付を保険契約者にとって容認できない方法で縮減してはならないとする。さらに、Kolmsee, a. a. O.,（Anm. 5), 151f. も参照。

(19) ＢＧＢ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。

6.（到達の擬制）

特別な意義を有する約款使用者の意思表示が相手方に到達したものとみなすことを定める規定。

(20) Präve, a. a. O.,（Anm. 5), 1992, 227.

(21) さらに、契約締結については同意擬制が認められないことを前提に、全約款の事後的変更も、契約締結時点での同様の約款の合意と同じ意義を有するとして、同意擬制の対象たりえない、としている。この点については、Peter Präve, ZIV 1993, 214, 215; ders., a. a. O.,（Anm. 5), 1998, 446; ders., „Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz", 1998, 159を参照。

(22) Freund, a. a. O.,（Anm. 5), 108f.

(23) 法的保護保険契約における約款変更条項が問題となったＢＧＨ第四民事部一九九九年三月一七日（BGHZ 141, 153）および前掲ＢＧＨ二〇〇七年判決を参照。

(24) Freund, a. a. O.,（Anm. 5), 158ff.

(25) Präve, Versicherungsbedingungen, a. a. O.,（Anm. 21), 153.

(26) Manfred Wandt, „Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen“, 2000, 19.

(27) Wandt, a. a. O.,（Anm. 26）, 21f.. なお、保険契約においてこの基準は契約の大量性を考慮して確定されるとし、その例として、ユーロ導入に伴う電算処理のコストを挙げる（Wandt, a. a. O.,（Anm. 26）, 22f.）。

(28) Wandt, a. a. O.,（Anm. 26）, 23f..

(29) Kolmsee, a. a. O.,（Anm. 5）, 134f..

(30) Kolmsee, a. a. O.,（Anm. 5）, 180ff..

(31) Kolmsee, a. a. O.,（Anm. 5）, 208.

(32) Wandt, a. a. O.,（Anm. 26）, 66f.; Präve, Versicherungsbedingungen, a. a. O.,（Anm. 21）, 156. ちなみに、Matthias Eckelt, „Vertragsanpassungsrecht“, 2008, 205f.; Kolmsee, a. a. O.,（Anm. 5）, 130は、回避可能性を問わず、一般的に告知権の補償作用を否定する。

(33) MüKoBGB/Basedow, a. a. O.,（Anm. 6）, § 305 Rn. 93; Freund, a. a. O.,（Anm. 5）, 169f.; Präve, Versicherungsbedingungen, a. a. O.,（Anm. 21）, 156; Kolmsee a. a. O.,（Anm. 5）, 130.

(34) Freund, a. a. O.,（Anm. 5）, 169f.; Eckelt, a. a. O.,（Anm. 32）, 205; Kolmsee a. a. O.,（Anm. 5）, 130.

(35) なお、価格変更条項における告知権に焦点を合わせた学説であるが、逆に、変更権者が取引特殊的投資をしている場合には、告知権の付与は変更権者に期待不可能である、との指摘もある。Hau, a. a. O.,（Anm. 7）, 343（もっとも、閾値を設定した告知権が原則であるとする。）; Eckelt, a. a. O.,（Anm. 32）, 207を参照。

(36) Wandt, a. a. O.,（Anm. 26）, 67f.; Präve, Versicherungsbedingungen, a. a. O.,（Anm. 21）, 156.

(37) Wandt, a. a. O.,（Anm. 26）, 67. Hau, a. a. O.,（Anm. 7）, 344も、価格変更条項における告知権について、同様の指摘をしている。

(38) Wandt, a. a. O.,（Anm. 26）, 15f.; ders., VersR 2000, 129, 137を参照。また、先立ってSeybold, a. a. O.,（Anm. 5）, 1236も、保険契約における同意擬制条項について、契約更新後の期間についての変更可能枠よりも固定期間中のそれの方が小さくなければならない、と指摘している。さらに、同様の場合分けは、価格変更条項についても論じられている。Manfred Wolf, ZIP 1987, 341, 349（商人間の約款における価格変更条項について）; Sven Marlow, Neuere Aspekte zur Zulässigkeit von

Beitragsanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen – Beliebigkeit durch Lösungsrecht?, in: FS für Horst Baumann, 1999, 209, 224f.（保険料変更条項について）を参照。

(39) ヴァントは、自動車責任保険における保険料率表の変更についての規定である保険法指令第三次実施法（VAGEWG-DG 3）一六条§八を、告知可能な場面における約款変更についての考察の手掛かりとしている。同規定は、一九九四年の認可制の廃止に伴う保険料率表（保険料およびその算定に用いられる契約条件である保険料規定）の変更につき、保険契約者への通知と告知権の教示により、次期保険期間の初めから保険料率表の変更が所定の既存契約にも適用されることを定めている。ヴァントは、この規定の中に、告知可能な場面における約款変更権限の規制についての一般準則を見出している。

VAGEWGDG 3　一六条　経過規定および最終規定

§八　保険者が保険契約者に対して、新旧の保険料規定の違いを知らせたうえで遅くとも施行の一月前に保険料規定の変更を通知し、かつ書面によって告知権について教示したときは、自動車責任保険についての保険料率表（保険料および保険料規定）の変更が、この法律の施行の時点〔筆者注：一九九四年七月二九日〕で存在する自動車責任保険関係に対して、次期保険期間の開始時から適用される。一九九四年七月二九日より前に監督官庁によって認可された保険約款に基づいて一九九四年一二月三一日までに締結された保険関係についても、同様とする。

(40) Wandt, a. a. O.,（Anm. 26）, 93f.; ders., a. a. O.,（Anm. 38）, 136.

(41) Wandt, a. a. O.,（Anm. 26）, 87.

(42) 以下の記述については、Wandt, a. a. O.,（Anm. 26）, 83f., 95ff.; ders., a. a. O.,（Anm. 38）, 131を参照。

(43) BGB三〇五c条 不意打ち条項および多義的な条項

(1) 普通取引約款中の規定であって、諸事情とりわけ契約の外形に照らして、約款使用者の契約相手方が考慮する必要がないほどに異常なものは、契約の構成要素とならない。

(44) とりわけ、不意打ち条項規制の適用においては、既存契約の条件の変更であることが考慮されなければならない、としている（Wandt, a. a. O.,（Anm. 26）, 96, Fn. 376）。

(45) もっとも、更新に際して新規顧客よりも既存顧客を不利に扱うことに、保険者の正当な利益はないとする。さらに、期限の定めのないまたは更新条項のある契約に低い保険料で誘引し、告知可能後に変更条項で保険者に有利に契約を変更する

可能性があるが、このような危険に対処するための内容的な制約は、定義しがたく、形式的要件による保護で十分であるとする。

(46) ヴァントは、考察の手掛かりとした自動車責任保険について、激しい競争があり、代替取引によって保険料が上らないことが保障されているとする。また、締約強制によって代替取引が保障されていることも、指摘している。以上につき、Wandt, a. a. O., (Anm. 26), 83f.; ders., a. a. O., (Anm. 38), 131を参照。また、他の保険部門についての一般論としては、Wandt, a. a. O., (Anm. 26), 95ff. を参照。

(47) 合意擬制構成に基づく約款変更が、一方的変更の範疇に捉えられるものか、合意による変更の枠に収めるべきものかについては、議論の余地があろう。ここでは、この問題に深く立ち入ることなく、便宜的に合意擬制による約款変更を一方的変更の項目で整理する。

(48) ヴァントが重視していた相手方における代替取引の可能性を解除型の要件とすべきかについては、慎重な考慮が必要であろう。というのは、法律上の存続保障が働くわけではない場面において、市場状況が代替取引を可能としないことのリスクを約款使用者が負担すべきなのか、また、負担すべきであるとすればその理由は何なのかについて、さらに検討が必要だからである。

(49) ドイツ法の文脈においては、「告知」という語を用いたが、以降は、日本法においても参照しやすい法的枠組みを提示するため、より馴染みがあり、従来の議論とも接合しやすい「解除」という言葉を使うことにする。

(50) 桑岡和久「定型約款の変更」法時九〇巻八号（二〇一八年）八二頁を参照。

(51) このように考えると、約款変更の一般理論は、合意による変更と事情変更に基づく変更の二本立てによって組み立てられる。そして、そこに変更条項の有無を加味するならば、次のような基本構造が得られる。

まず、約款中に変更条項が置かれている場合、そのような条項が有効とされるためには、合意擬制構成（異議型もしくは解除型）または事情変更構成のいずれかの構成によって正当化されることが必要である。

次に、約款中に変更条項が設けられていない場合、一方では、変更合意の成立を問うことになる。相手方の推断的同意を肯定するならば、合意擬制構成による変更条項が設けられている場合に近い形で、変更条項がない場合も処理することができる。他方で、事情変更の原則の枠内で約款の性格を考慮して約款変更を肯定する余地がある。

(52) 石川博康「契約改訂規範としての定型約款変更法理の特質とその理論的定位」現消三九号（二〇一八年）三七頁を参照。

(53) このアプローチに立脚する学説として、三枝健治「約款の変更」法時八九巻三号（二〇一七年）六九頁、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）一九三頁以下、桑岡・前掲注（50）、潮見佳男他編『詳解　改正民法』商事法務（二〇一八年）四一〇頁以下〔桑岡和久〕などを参照。これらの学説の共通項として、相手方に対する変更の通知と契約からの離脱可能性の付与を変更の要件としていることが挙げられる。

(54) このアプローチを支持する学説として、石川・前掲注（52）三七頁以下を参照。

(55) 中心条項への適用を肯定する見解として、まずもって立案担当者の説明（村松秀樹＝松尾博憲『定型約款の実務Q&A』商事法務（二〇一八年）三九頁・一三一頁以下）を挙げることができる他、丸山絵美子「定型約款をめぐる問題」法教四六八号（二〇一九年）九一頁を参照。これに対して、中心条項への適用を否定する見解として、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』信山社（二〇一七年）四八頁、河上正二「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＝吉田古希『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、桑岡・前掲注（50）八三頁などを参照。

(56) 注（53）において述べたように、相手方の契約からの離脱可能性は、とりわけ前記①のアプローチに基づく見解において要求されている。これに対して、立案担当者は、定型約款の変更を認める方向で斟酌される要因の一つとして、相手方に対する解除権の付与を挙げるのみである（筒井健夫＝村松秀樹『一問一答　民法（債権関係）改正』商事法務（二〇一八年）二六〇頁、村松＝松尾・前掲注（55）一二九頁・一三五頁）。