

Title	合意による約款の変更（一）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2021, 70(5), p. 55-102
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87318
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

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

Osaka University

合意による約款の変更（一）

武
田
直
大

目次

- 第一章 序論
- 第二章 約款使用者の意思表示——変更約款の指示と認識可能性の確保
 - 第一節 緒論
 - 第二節 明示的な指示
 - 第三節 認識可能性の確保
 - 第四節 本章のまとめ
- 第三章 相手方の同意
 - 第一節 緒論
 - 第二節 沈黙による同意
 - 第三節 契約関係の継続による推断的同意（以上、本号）
 - 第四節 同意擬制条項による同意の擬制
 - 第五節 本章のまとめ
- 第四章 結論

第一節 ドイツ法のまとめ
第二節 日本法への示唆

第一章 序論

一 本稿の目的

本稿は、約款による契約の両当事者が合意によって約款を変更する場面の規律について考察することを目的とする。筆者は、これまでもいくつかの論稿において、合意による約款変更を取り上げてきた。もともと、それは、無効な約款条項の変更の問題を検討する一環として取り上げ^①、または、ドイツ法における約款変更論の概略を述べるうえで簡潔に論じたのみであり、合意による約款変更の規律に照準を合わせて、十分に立ち入った検討を加えたものではなかった。そこで、本稿では、あらためてこの問題に焦点を絞った検討を行う。

約款の変更については、定型約款準備者による一方的変更を認める民法五四八条の四の規定ができたこともあり、合意による変更よりも、むしろ、一方的変更の当否やその要件に目が向くかもしれない。しかしながら、約款による契約も契約の一種である以上、両当事者の合意によって約款を変更することも原則として可能であると考えられ^②、そのような合意がどのように規律されるのか、が問題となる。本稿は、そのような問題に取り組むものである。

この序論では、以下、合意による約款の変更に關する従来の日本法の状況を概観したうえで、本稿の分析視角と検討方法を示す。

二 従来の日本法における合意による約款変更

1 保険契約に関する裁判例・学説

従来の日本法の中では、まず、保険契約に関する若干の裁判例および学説において、合意による約款の変更に關する議論が見いだされる。

(1) 大判大正六年二月三日民録二三輯二一〇三頁と関連学説

表題判例の事実関係は、次のようなものであった。すなわち、被保険者Aは、保険会社Yとの間で生命保険契約を締結した。当該契約では、自殺は全て免責とされていた。契約締結から五年後に、Aは、銃を用いて自殺した。この間、Yは、普通保険約款を改正し、第一回保険料の払込みの時から三年を経過した後の自殺に対しては保険料を支払う旨を定めていた。そこで、保険金受取人Xが、この改正約款の適用を主張し、Yに保険金を請求した。一審・原審ともに敗訴したXが上告した。

このような事案において、大審院は、次のように判示した。すなわち、「保険契約カ一旦其契約当時ノ普通保険約款ニ依リ有効ニ締結セラレタル以上ハ、後日保険者ニ於テ其普通保険約款ヲ改正スルモ、其改正カ相手方ニ利益ナル場合ハ固ヨリ、利益ナル場合ト雖モ、当然ニ改正約款ノ効力ヲ改正前ニ締結セラレタル保険契約ニ及ホスヘキモノニアラス。勿論、当事者カ普通保険約款改正後其改正約款ニ依リ保険契約ノ内容ヲ変更スル旨ノ合意ヲ為スカ、若クハ少クトモ改正約款カ単ニ相手方ニ利益ナル場合ニ於テ、保険者カ旧約款ニ依リ權利ヲ主張スル利益ヲ拋棄スル旨ノ意思ヲ表示シタリト認ムヘキ事実存スルカ如キ場合ニ於テハ、改正約款ニ依リ其改正前ニ締結セラレタル保険契約ノ効力ヲ判定スルコトヲ得ヘシト雖モ、X主張ノ如ク、保険契約ノ当事者ハ、契約締結当時、将来普通

保険約款改正ノ場合ニ於テハ自己ニ利益ナル場合ト否トヲ問ハス、常ニ改正約款ニ従フ意思ヲ有スルモノト推定スルコトヲ得ルモノニアラス。」(傍線は、筆者による。)と。

本判例は、約款の拘束力の根拠につき意思推定構成を採用した大判大正四年一二月二四日民録二一輯二一八二頁を基礎に、推定される意思是、契約締結当時の約款による意思であり、常に改正約款に従う旨のものではないとすることで、変更約款の適用を否定したものである。その前提として、傍線部にあるように、当事者が改正約款に従って契約内容を変更する旨を合意すれば、改正約款が適用されるとしている。とはいえ、この合意のあり方については、特に述べられていない。

これに対して、同裁判例を受けた保険法学説では、合意による約款変更に必要な相手方の同意の認定に関し、若干の言及がされている。ある論者は、当時のドイツ法の状況を踏まえて、変更約款が保険契約者に不利益である場合には、同意の認定が慎重になされるべきであるとする⁽⁴⁾。また、もう少し具体的に、保険契約者の承諾は、黙示の承諾でもよいが、特に保険契約者に不利な約款変更の場合には、保険者の申込みに対し保険契約者が沈黙しているというだけで、承諾の意思表示があったものとはいえない、返答がない場合には承諾として取り扱う旨を保険者が通知していた場合も同様である、とするものがある。他方で、同学説は、保険契約者に有利な変更の場合には、黙示の承諾を比較的容易に認めてよいだろう、とする⁽⁵⁾。これらの学説は、全体として簡潔な叙述に留まっているが、約款変更にかかる相手方の同意の認定について厳格な方向性を示している、と評することができる。

(2) 東京地判平成二九年一〇月二三日判タ一四五四号二二七頁

合意による約款変更を肯定した最近の裁判例として、表題のものが挙げられる。事実関係は、次のようなもので

あった。すなわち、Aは、居住するマンションの吹き抜け部分から転落して、死亡した。Aは、生前、生命保険会社Yが事業承継したZ社との間で、自らを被保険者とする生命保険契約を締結していた。当該契約では、被保険者が不慮の事故で死亡した場合には、災害死亡給付特約による災害死亡保険金五〇〇万円が支払われるものとされていた。保険金受取人Xが保険金の支払を請求したところ、Yが、免責事由（重過失）ありとして災害死亡保険金を支払わなかったため、Xが提訴した。

本件訴訟では、この免責事由の有無の他、災害死亡保険金の支払時期が問題となった。AがZと契約を締結した際の約款には、「事実の確認その他の事由のため特に時日を要する場合は、必要書類の到達から五日以内に保険金を支払う」旨の条項があった。しかしながら、Yは、二〇一〇年の保険法施行に伴い、特約内容の具体的説明や異議を述べることができ旨を記載した文書により、既契約条項の変更特約（以下、「本件変更特約」とする。）を付加する旨をAに通知した。また、ホームページ上にも、その文書を掲載した。Aは、文書の受領後も異議を述べずに、Yに保険料を支払い続けた。本件変更特約には、保険金の支払時期について、保険金の支払事由の発生の有無の確認が必要な場合には、必要書類の到達から四五日または六〇日後とする旨の条項が含まれていた。本判決は、支払期限を明確化する点で、本件変更特約は契約者にとっても利益があるとしたうえで、Aが異議を述べずに保険料を支払い続けたこと、本件変更特約新設の目的、本件変更特約の内容からして、変更の必要性、相当性が認められることおよび適切な方法により周知が図られていることからすれば、Y・A間には、本件変更特約により支払期限を変更することについて、黙示の合意があったとした。

この判示は、定型約款の変更にかかる民法五四八条の四の規定を明らかに意識しており、前述の保険法学説とは対照的に、一定の要件の下で約款変更を積極的に認めようとする態度が窺われる。もともと、定型約款の変更規定

を意識した結果として、合意による変更と一方的変更の要件が区別されておらず、述べられている全ての要件が充足されれば、約款変更にとって十分であると考えられていることはわかるが、黙示の合意ありといえるための必要十分条件が何なのかは、明確でない⁷⁾。

2 定型約款の変更に関する議論

つづいて、定型約款の変更に関する議論が注目される。前述のように、定型約款の変更については、民法五四八条の四に規定が設けられている。もつとも、この規定は、定型約款準備者が相手方の同意を得ることなく一方的に約款を変更する可能性を認めたものであり、相手方との合意による約款変更を規律したものではない。立案担当者は、次のように説明している。すなわち、民法の一般理論によれば、契約の事後的変更には相手方の同意を要するが、定型約款を用いる取引では、相手方の所在の把握が困難である場合があり、仮に所在の把握が可能であっても相手方の承諾を得るのに多大な時間やコストを要することがある。また、一部の相手方が変更を拒否した場合には、定型約款の目的である契約内容の画一性が維持できなくなるという問題も生じる。このような考慮から、一方的な変更の制度が設けられた、とされる⁸⁾。このような説明においては、合意による約款変更に述べられているような課題があることはわかるが、それらの課題について変更合意の枠内においてどのような対応が可能なのかを含め、合意による約款変更の規律のあり方は、明確にされていない。

この新たに設けられた約款変更制度の基礎づけについては、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構想するアプローチと、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があることが指摘されている⁹⁾。合意による約款変更との関係

では、前者のアプローチが注目される。このアプローチは、約款の組入れと変更をパラレルに捉え、定型約款の組入れが相手方との合意によるものとされていることから、定型約款の変更規律についても、相手方の意思的関与を確保しようとする点に特徴がある。そのために、具体的には、①相手方に変更を通知すること、②相手方に変更を拒絶する機会を与えること——それは、相手方に契約から離脱する可能性を与えることによつて達成されるとする⁽¹²⁾が要求されている。かかる要求は、相手方との個別合意が困難であることを前提に立法された民法五四八条の四に相手方の意思の要素を組み込もうとするものであり、合意による約款変更の規律そのものを表しているわけではない。しかしながら、そこには、約款変更の合意に通底する基本発想が示されているのではないか、と考えられる。

3 小括

右のような日本法の状況は、次のようにまとめることができる。

まず、近年、定型約款の変更規定に関する議論がされるまで、合意による約款変更の規律について立ち入った検討はされてこなかった。このような検討の不足は、約款変更論一般についても指摘されていることであるが、合意による約款変更にも当てはまる。とりわけ、前掲大判大正六年やそれを取り巻く保険法学説は、原則的あるいは概括的な議論に留まっており、単に契約の変更に関する一般的な考え方を述べているだけではないか、との印象を与える。他方で、近年の裁判例（前掲東京地判平成二九年）では、多様な考慮要因が挙げられることで、かえって何が決定的なのかがわかりにくくなっている。

これに対して、定型約款の変更規定にかかる議論は、合意による約款変更の規律についても、一定の示唆を与え

ている。もっとも、先に挙げた第一のアプローチに対しては、約款の組入れと変更をパラレルに位置づけるその出発点において、問題を指摘することができるとは、確かに、定型約款準備者による一方的変更に対抗し、相手方の意思的関与を確保するために、相手方の意思的関与が要求されている組入れとの共通性を示すという戦術は、理解できないものではない。しかしながら、契約締結当初の約款の組入れと契約締結後の約款変更を同じ合意の次元で考察するとしても、両者は、共通のものということができるのだろうか。組入れ合意と変更合意がパラレルであるという観念は、契約締結合意と変更合意とがパラレルであるという、素朴な伝統的契約法の発想に基づくものといえる。このような発想に対しては、近年、契約を修正する自由は契約自由⁽¹³⁾に解消されるものではなく、前者には後者がない制約があるのではないか、との問題意識に基づく研究が現れている。このような動向を考慮すると、約款の組入れ合意と変更合意が並列であるとは、検討なしにはいいがたいように思われる。⁽¹⁴⁾

三 分析視角と検討方法

そこで、本稿では、次の三つの分析視角を中心に、合意による約款の変更の規律を検討する。

第一に、約款の組入れ合意と変更合意の違いという視角である。前述のように、従来の議論においては、この両者の違いが十分に意識されてきたとはいえない。本稿では、約款変更の合意を単に組入れ合意の状況に応じた変種と見てよいのか、を問題としたい。

第二に、契約の変更と約款の変更の違いという視角である。従来の議論においては、合意による約款変更の規律が、契約変更の合意一般についての規律とどう違うのかについても、十分に明らかにされてきたとはいえない。とりわけ、前述のとおり、やや古い保険法学説では、両者の違いが意識されていないように見受けられる。これに対

して、本稿では、約款の組入れ合意に関する規律が契約締結の合意に関する規律を修正しているのと同様、約款変更の合意に関する規律にも契約変更の合意に関する規律からの修正点があるのではないかと考え、それを探究する。第三に、合意による約款変更——その中でも、黙示の合意とされるもの——と約款使用者による一方的な約款変更の対比という視角である。この両者の相違は、前稿¹⁵⁾においても示したところである。もつとも、前稿では、十分な比較法的検討ができておらず、また、変更合意を擬制する法律構成を便宜的に一方的変更についてのものとして整理した。しかしながら、本稿では、むしろ両者の区別を明確にする方向で考えており、改めてこの二者の異同について検討したい。

これらの分析視角に基づく検討のために、本稿では、筆者のこれまでの研究と同様、ドイツ約款法における議論を取り上げる。ドイツ法における合意による約款変更の議論は、契約締結と同様の枠組みが妥当する契約変更に関する、当初の約款組入れと同様の規制にかかることを出発点としている。その点では、ドイツ法の議論は、従来の日本法と同様の発想に立っており、逆に、先に挙げた分析視角のうちの前二者を明確に意識しているわけではない。しかしながら、子細に観察するならば、組入れと変更の違いを意識した議論や、契約変更一般とは区別された約款変更特有の考慮が見いだされる。さらに、合意による変更と約款使用者による一方的変更とが分けて論じられていることは、既に旧稿においても示したところである。

具体的に本稿で取り扱うのは、次の諸問題である。まず、約款使用者の変更申込みの意思表示にどのような要求が課されるか、という問題である（第二章）。次に、どのような場合に変更に対する相手方の同意（承諾）があったといえるかという、同意の認定の問題である（第三章）。後者の問題に関連して、前稿では、変更合意の擬制構成に異議型と解除型があるとした。¹⁶⁾ 本稿では、このうち異議型に該当するもの、すなわち、相手方が変更申込みに

対し異議を述べなかった場合に同意ありとする法律構成に焦点を合わせる。解除型については、本稿での検討を踏まえて、異議型との異同を含め、後日改めて検討する。これらの諸問題に関するドイツ法の状況を整理した後、結論として、先の分析視角について何がいえるか、また、日本法に対してどのような示唆を得ることができるか、を論じる（第四章）。

なお、本稿で扱うドイツ法の議論は、旧約款規制法の時期とそれが債務法現代化により民法典に統合された時期の両方に跨っている。基本的に現行規定を参照するが、必要に応じて旧法も指示する。その際、ドイツ民法典については「BGB」と、旧約款規制法については「AGBG」と表記する。

第二章 約款使用者の意思表示

——変更約款の指示と認識可能性の確保

第一節 緒論

先にも少し述べたように、ドイツ法における一般的な理解によれば、合意による約款の変更は、契約締結と同様の有効要件に服する契約の変更（BGB三二一条一項⁽¹⁷⁾）に該当し、当初の約款の組入れと同様の法的な枠組みが妥当する。それゆえ、まずもってBGB三〇五条二項⁽¹⁸⁾（AGBG二条一項）の規定が（類推）適用される⁽¹⁹⁾。この規定は、約款使用者の意思表示に関して、二つの要件を課している。すなわち、約款の組入れを意図する約款使用者は、当該約款を明示的に指示し（一号。明示的な指示が困難な場合には、掲示で足りるものとされている）、かつ、相手方がその内容を認識することができるようにしなければならない（二号）。もともと、BGB三〇五a条⁽²⁰⁾に列挙されている所轄官庁が認可するなど公的モメントの介在する約款については、前記一・二号の要求を遵守せずとも、相

手方の同意があれば、契約に組み入れられるものとされている。また、契約相手方が事業者である場合においては、変更契約に相手方の同意が必要なことは変わらないもの（BGB三〇五条二項が適用されなく（BGB三二〇条一項一文⁽²¹⁾、AGBG二四條一文））。

このような基本的枠組みを共有するとはいえ、契約締結当初における約款の組入れと約款変更の間には、看過しえない違いがある。約款変更の場面におけるBGB三〇五条二項の規定する二つの要件に関する議論は、そのことを示している。以下では、このような観点から、当該議論の内容を整理・紹介する。

第二節 明示的な指示

一 明示的な指示の趣旨

約款変更における約款の指示のあり方に関する議論に入る前に、明示的な約款の指示を要求するBGB三〇五条二項一号前段の趣旨を確認する。この規定は、約款使用者による組入れの意思表示が付随的事情の解釈、とりわけ取引慣習（BGB一五七条⁽²²⁾）に基づく解釈によつて認定されることを阻止する趣旨を有するものとされている。これによつて、約款の組入れに関するAGBG制定前の判例法理が排除される。このかつての判例法理は、約款の使用が当該業界で一般的であるか、または、取引慣習に合致しており、それゆえ、相手方が約款の使用を知っていなければならなかった場合に、相手方が明示的に異議を述べない限り、約款の組入れを肯定していた（Wissen-Mis-sen-Formel⁽²³⁾）。明示的な約款の指示を要求する現在の規定は、このような法理を克服しようとしたものである。したがつて、BGB三〇五条二項一号前段は、相手方が明示的には約款の組入れに同意していない場合を想定した規定であり、そのような場合にも同意が認められるためには、約款使用者が約款を契約に組み入れようとしているこ

とを、相手方が知っていなければならず、そのために明示的な指示を要求するものと見ることができると。

このような規定の趣旨からすると、明示的な指示が必要なものは、相手方の明示的な同意がない場合に限られるのではないかと考えられる。しかしながら、BGB三〇五条二項の文言は、相手方の同意を明示・黙示に分けてはいない。これに対して、学説には、前記のような規定の趣旨に鑑みて、相手方が明示的に同意を表明していない場合には、明示的な指示が同意の要件となる旨に、BGB三〇五条二項を定式化すべきことを主張するものもある²⁴。もっとも、約款使用者が明示的な組入れの意思表示をしていないにもかかわらず、相手方が明示的な組入れ表示をすることはほとんど考えられず²⁵、このような学説によっても、実際上の結論は、大きく変わるものではない。

二 約款変更における明示的な指示の必要性

つづいて、約款変更における指示のあり方に関する議論に目を向けると、契約締結当初の約款組入れよりも広い範囲で明示的な指示が要求されていることが、見て取れる。すなわち、BGB三〇五条二項には、いくつかの適用除外が存在する(した)。したがって、あらゆる約款取引において、組入れに際し明示的な指示が条文中要求されているわけではなく、前述のAGBG制定前の判例法理(Wissen-Müssen-Formel)が依然として妥当しうる場面も残されている。しかしながら、そのような取引においても、約款変更の場合には、変更約款の明示的な指示が必要とされている。

そのような場面として、まず、BGB三二〇条一項一文によりBGB三〇五条二項が適用されない事業者間取引を挙げることができる。事業者間取引には、一般論としていえば、従前の判例法理が引き続き適用される。しかしながら、契約締結当初の約款の組入れについては、取引慣習等に基づき相手方が約款の使用を知っていなければなら

ない取引があるとしても、約款変更についても、同じようにいうことはできない。事業者間取引における約款の変更について検討している学説には、約款使用者が変更約款を指示しなければ、相手方は約款変更について知りようがないとの考慮から、変更約款の一義的な指示を要求するものがある⁽²⁶⁾。さらに、新約款を受領した相手方は、それを既存の契約と関係づけることができず、誤って送られたものとする危険性があることから、コメントを付すことなく変更約款を相手方に送付するというだけでは十分な指示ではない、とも指摘されている⁽²⁷⁾。このような指摘においては、約款変更を知らせることに加えて、変更約款を既存契約に組み入れるか否かの意思表示が求められていると相手方に気づかせることが求められている。このことも、約款変更と当初の約款組入れの違いとして挙げることができるとすなわち、当初の約款組入れにおいては、約款使用者が約款を使用しているということがわかれば、当該約款を今まさに締結しようとしている契約にも組み入れようとしているものと知れるが、約款の変更においては、約款使用者が約款を変更したということがわかって、新たな約款を既存契約にも組み入れる意思を有しているのか、定かでない。このような状況の違いからも、約款使用者の明示的な意思表示がなければ、変更約款の組入れは認めがたい、といえる。

次に、保険約款の変更に関する保険法学説の議論が注目される。所轄官庁によって認可された保険約款については、もともと、BGB三〇五条二項の前身であるAGBG二条一項が適用されない旨の規定が存在した（AGBG二三条三項⁽²⁸⁾）。ところが、保険約款の変更はこの規定を適用することには、保険契約者の同意は必然的に相応の通知を前提とするなどの理由から、反対説が主張されていた⁽²⁹⁾。そして、とりわけ後述する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の前提として、相手方に約款変更を認識させるために、約款使用者による明示的な指示が必要であることが説かれてきた⁽³⁰⁾⁽³¹⁾。例えば、次のように論じられている。すなわち、相手方の同意は、彼に判断が期

待されているという意識を前提とする。約款使用者は、このような意識を相手方に呼び起こすために、明示的で相手方が気づかないということがない指示をする必要がある、と。⁽³²⁾ また、一方的な変更ではなく、諸否の可能な変更申込みであることを知らしめなければならない、との指摘もある。⁽³³⁾ この指摘も、単に約款が変更されたことではなく、約款変更への同意が求められていることを知ることが、同意の要件であることを前提とする。さらに、具体的な措置として、単に保険料計算書において変更約款を指示するだけでは十分でなく、特別な書面によって指示されなければならない、とも主張されている。⁽³⁴⁾ というのは、保険契約者は、計算書のような書類において新約款が指示されているとは考えないし、また、そのように考える必要もないからである。この主張は、保険契約者は、保険者から送られた情報資料をそもそも読まないか、せいぜいのところ表面的に読むだけである、という経験則を基礎としている。

最後に、掲示（BCB三〇五条二項一号後段）によって組み入れられた約款についても、継続的債務関係におけるそのような約款の変更のためには明示的な指示が要求される、とする見解がある。⁽³⁵⁾ このように説かれるのも、掲示によって約款の使用を知りうるのは、契約締結の場面に限られるからである、と考えることができる。

以上を要するに、契約締結当初の約款の組入れについては、明示的な指示以外の諸事情から、相手方が約款の使用を知っていなければならないことがあるとしても、約款変更については、通常、相手方がこれを知っているとはいえず、また、知るべきであるともいいがたい。さらに、相手方が約款の変更それ自体を知っていたとしても、新規約にのみ新約款を適用するとの方針がありうる以上、約款使用者が当該約款を既存契約にも組み入れる意思を有していることまで知った、あるいは、知るべきであるとは、これまたいいがたい。このような状況の違いゆえに、約款変更の場面では、契約締結当初の約款組入れにおけるBCB三〇五条二項の適用領域を超えて、明示的な指示

が要求されている。

三 相手方の現実の認識の要否

約款変更が申し込まれていることを相手方が認識できるよう明示的な指示が要求されるとしても、相手方が現実に変更申込みを認識していたことが相手方の同意の要件となるかは、また別の問題である。これは、相手方の同意の意思表示における表示意識の要否の問題であり、本来であれば、相手方の同意の箇所で論じるべきものであるが、明示的な指示の問題との関連性を考慮して、ここで取り上げる。

表示意識の要否の問題について、ドイツ判例は、「誤解を与える方法で行った者が、取引において必要な注意をしたならば、自らの行為に存する表明が信義誠実および取引の慣習に基づき意思表示として理解されてよいことを認識し、そのような事態を回避することができたのであり、かつ、表示受領者が当該表明を実際にも意思表示として理解した場合には」、表示意識がない行為にも意思表示としての作用が認められる、としている。⁽³⁶⁾ 約款変更について推断的同意の可能性を説く論者は、このような判例を基礎として、約款使用者が相応な方法で相手方に変更への注意を喚起したならば、信義誠実に反することなく、契約関係の継続に係る相手方の行為に同意の意味を付与してよい、と述べている。⁽³⁷⁾ ここでは、相手方の現実の意識までは要求されていない。

これに対して、相手方の同意の基礎に表示意識を要求する場合には、相手方が現実に約款変更の申込みを意識したうえで、明示または黙示の同意をすることが必要となる。もつとも、意思表示の構成要件として表示意識を必要とする見解においても、表意者において表示意識の不存在を立証することの困難が指摘され、また、表意者が自らの行為の意味から「目を逸らしていた」場合には、表示意識不存在の主張が禁止されるべきことが、主張されてい

る。⁽³⁸⁾ これらのことを考慮するならば、表示意識の要否についていずれの見解を採用するにせよ、変更約款の指示が適切にされた場合に、実際の結果の差異は小さいものと考えられる。

このような表示意識の要否という問題も、約款変更にて特有のものといつてよい。契約締結に際しての約款の組入れにおいては、通常、相手方の契約締結の意思表示自体は存在するので、約款への同意が黙示的なものであったからといって、表示意識の欠如は問題にならない。⁽³⁹⁾ これに対して、約款の変更について沈黙による同意または推断的同意を認める場合には、相手方が意思表示としての意味を有するとは意識しない可能性が高い不作為または作為が問題となるので、表示意識の欠如が問題となる。

第三節 認識可能性の確保

一 一般的な認識可能性の確保の要請

BGB II〇五条二項二号が定める相手方の認識可能性の確保については、同項が適用されない取引における要求という形では、当初約款の組入れと約款変更との間で顕著な違いは現れていない。むしろ、事業者間取引など同項の適用のない取引においても、一般に、約款内容の認識可能性は、有効な組入れのために必要と考えられている。⁽⁴⁰⁾ このことは、「何人も、認識可能性すら有していないものに拘束されない」という原則によって、⁽⁴¹⁾ あるいは、この要件を契約内容の確定可能性の問題に位置づけることによつて、⁽⁴²⁾ 説明される。そのうえで、事業者たる相手方には、認識の確保について非事業者よりも高度の要求が課されている。⁽⁴³⁾ 例えば、事業者は、期待可能な注意をもつて自ら取引関係の明確化に寄与しなければならず、約款を請求しまたはその他の方法で調達することを期待することができる、と説かれる。⁽⁴⁴⁾ 約款変更についても、このような一般的な見解に依じて、相手方が事業者の場合に、そうでな

い相手方の場合に比して認識可能性の要求を引き下げる見解がある。⁽⁴⁵⁾

二 約款変更における認識可能性確保の方法

約款変更における認識可能性の確保について注目すべきは、その方法に関する一連の議論である。そこでは、一見したところ、技術的な要求に関する問題が扱われているに過ぎないが、その背景には、約款変更の意思表示の内容に関する根本的な認識の違いが垣間見える。以下、そのような観点から、議論の内容を整理する。

まず、AGBG制定当時の代表的な約款法論者の一人は、約款中のどの条項が変更され、どれが変更されていないのか、個別に挙示する必要はない、⁽⁴⁶⁾としていた。その理由として、BGB三〇五条二項（当時AGBG二条一項）のもとで約款使用者には、約款のテキスト全体を伝達するオプリーゲンハイトはあっても、個別条項を指示するオプリーゲンハイトはないことから、既存契約に新約款を組み入れる場合にも、変更された条項を個別に指示する必要はない、とする。⁽⁴⁷⁾さらに、そのような約款それ自体ではなく、個別条項に関する指示オプリーゲンハイトは、個別交渉された契約条項においてしか正当化されないだろう、とも述べる。ここには、約款の組入れとは、約款総体の組入れの問題であり、このことは、約款の変更の場面においても同様である、との理解が現れている。論者によれば、一方的に形成された契約条項としての約款は、個別条項が認識されたうえで承諾されたものとして相手方に帰責されるのではなく、相手方の意思表示の内容は約款の妥当に限定される。⁽⁴⁸⁾そして、BGB三〇五条二項二号の規定も、相手方が約款に異議を述べなかつたことをもって個別条項に対する内容的な承認があったものと評価するとの帰結をもたらすわけではない。⁽⁴⁹⁾このような約款の組入れメカニズムに関する理解が、約款変更の場面にもそのまま引き写されている。

その後の学説においても、新約款のテキスト全体を交付するか、それとも新条項だけを交付するか、はたまた新条項を強調するかといったことは、約款使用者の裁量である、という見解が見られる。この見解もまた、BCB三〇五条二項のもとで約款使用者には個別条項を説明する義務がないことを、基礎としている⁽⁵⁰⁾。他方で、この見解は、相手方に新旧約款の比較を期待することができるかも問題としており、例えば約款の構造を体系的に組み替えた場合などは、それについて説明することが約款使用者に求められるが、それ以外の場合には、変更された条項を明確に視認可能なように指示することが、せいぜい望ましいというに過ぎない、としている⁽⁵¹⁾。

右の諸見解に対して、その余の学説は、変更された条項を強調もしくは説明する⁽⁵²⁾、または変更部分だけを交付する⁽⁵³⁾、といったかたちで、相手方の認識可能性の確保のために、新条項だけに焦点を合わせた措置を約款使用者に要求している。前述の見解の背景にある約款組入れと変更の平行的な理解と対比するならば、このような要求は、約款変更における意思表示の内容を構成するのは新条項だけである、との理解と結びつけることができる⁽⁵⁴⁾。

さらに進んで新旧対照が必要であるかについては、見解が分かれている。新旧対照表が望ましいとしても、必然的にそれが要求されるわけではないとする学説がある一方⁽⁵⁵⁾、相手方に新旧の法的状況の比較可能性が与えられなければならないとする見解も唱えられている⁽⁵⁶⁾。この後者の見解は、さらに、契約締結がかなり前に遡る場合には、従来の約款が紛失してしまっているなどの可能性があること、そのうえ、約款使用者は、相手方が契約締結後長期にわたって従来の法状況を覚えていることを前提としないことを挙げ、新約款または変更された条項を送付されるだけでは、相手方は、新たな法状況を評価することができない、とする。

以上の議論は、次の二つの観点によって規定されているということが出来る。すなわち、第一に、約款変更の意思表示の内容が何かという観点であり、第二に、相手方が認識可能性を得るために約款使用者がどこまでの措置を

講じるべきかという観点である。BGB三〇五条二項二号の規定との距離としては、第二の観点がより直接的な問題といえることができるが、第一の観点を見逃すべきではない。というのは、ここには当初約款の組入れの意思表示と約款変更の意思表示の大きな違いが現れている、と見ることができからである。そして、このような意思表示の内容のあるいは性質的な差異は、次章で扱う相手方の同意認定に関する議論においても、随所で姿を見せる。

第四節 本章のまとめ

BGB三〇五条二項が規定する約款使用者の意思表示に関する二つの要求に関する議論の整理からは、約款の組入れと変更の相違として、次の二つの事柄が見いだされた。

第一に、約款の変更においては、契約締結当初の組入れよりも広く、約款の明示的な指示が要求される。というのは、契約締結に際しては、相手方が約款の使用を知るべきであるといえる取引があるとしても、約款変更について知るべきであるといえる場面は、ほとんどないと考えられるからである。さらに、約款使用者が約款を変更したこと自体は知れたとしても、新約款を既存契約にまで適用する意向であると知るべきであった、と直ちにいえるわけではない。そして、このような明示的な指示の要求が、相手方の同意の意思表示における表示意識の要否の問題に関係づけられたものであることも、明らかにされた。ドイツ判例は、表示意識そのものを要求してはいないが、表示意識のない行為に意思表示としての作用が認められるには、表意者の認識可能性と回避可能性が必要であるとしている。表示意識必要説に立つ場合はもちろん、このような判例に立脚する場合にも、そのような意思表示の一般理論との関係において、約款使用者は、明示的に約款変更の申込みをしなければならぬ。

第二に、認識可能性の確保に関する議論から、約款組入れの意思表示と約款変更の意思表示とは、その内容が

異なる可能性があることが示唆された。前者は、約款の総体に向けられたものと考えられる。これに対して、後者については、同様に約款全体に向けられたものと解する見解もあつたが、むしろ、変更された条項だけに向けられたものとする理解と親和的な見解が主流であつた。

第三章 相手方の同意

第一節 緒論

本章では、約款使用者による約款変更の申込みに対する相手方の同意（承諾）の認定に関する諸問題を扱う。書面であれ、口頭であれ、相手方が明示的に同意すれば、変更合意の成立について問題は少ない。しかしながら、我が国において定型約款の変更規定の必要性との関係で相手方の同意を個別に獲得することが困難であるとされている。そのと同様、ドイツにおいても、相手方から明確な形で同意を得ることが困難であることは認識されている。そこで、より緩やかに相手方の同意を認定することができないか、が模索される。そのために、変更申込みに対し相手方が異議を述べなかつた場合に、同意ありとしてよいか、が論じられることになる。序論においても予告したように、本章では、このような同意認定に関する諸議論を取り上げる。具体的には、変更申込みに対する相手方の沈黙をもって同意の意思表示と評価してよいかという「沈黙による同意」の問題（第二節）、相手方が異議を述べることなく契約関係の継続に該当する行為をした場合に、変更への同意と認めてよいかという「契約関係の継続による推断的同意」の問題（第三節）、相手方が異議を述べなかつた場合に同意ありとする「同意擬制条項」の問題（第四節）である。本稿では、これらの手法によって相手方の同意を認定してよいかということもさりながら、序論で挙げた三つの分析視角がどのように作用しているか、換言すると、約款の組入れと変更の違い、契約変更一般と

約款変更の違い、合意による変更と一方的変更の違いがどのように意識されているかという点に注目して、諸議論を観察する。

第二節 沈黙による同意

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。

一 不利益変更の場合

1 沈黙による同意の原則的否定

相手方にとって不利益となる変更については、後述する例外の可能性をひとまず留保するならば、変更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、議論が一致しているといつてよい。その理由として、大別して次の二つが挙げられている。

第一に、合意による約款の変更に対しても、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上の原則が当てはまることである。⁽⁵⁷⁾ すなわち、沈黙に表示記号としての意味を付与する合意が両当事者間に存在する場合（後述する同意擬制条項が存在する場合）や、取引関係の枠内における当事者間の慣例において沈黙に意思表示としての意味が認められてきたなどの事情がある場合を除いて、沈黙は、同意の意思表示にも拒絶のそれにも当たらない、との考え方が⁽⁵⁸⁾基礎に置かれている。

第二に、BGB三〇五条二項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、沈黙による同意を認め、したがって、変更を拒絶する相手方に異議を述べるオプリーゲンハイトを課すならば、AGBG制定前の判例が採用していた Wissen-Müssen-Formel（既述）の復活を意味する。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、規定の目的が果たされない、とする。⁵⁹もともと、この理由付けは、前述のように明示的な指示の要求（BGB三〇五条二項一号）によって旧判例の克服が図られていることに鑑みると、約款使用者による明示的な変更申込みを前提とするならば、当を得ていない。それゆえ、約款変更に対する沈黙による同意を否定する主要な論拠は、沈黙による意思表示を否定する一般原則にあり、約款による契約に特殊な事情にあるのではない、と見るべきである。

2 事業者間取引における例外の可能性

事業者間取引については、判例において、約款を使用する取引慣習がある場合や当事者間に継続的取引関係がある場合に、非事業者間取引におけるよりも緩やかに組入れ合意の成立が認められてきたことが指摘されている。⁶⁰そこで、約款の変更についても、沈黙による同意によって緩やかに合意の成立を認めることができるか、が論じられている。

この問題に関して、まず、AGBG制定後の判例において、継続的取引関係がある場合について新約款の異議を留めない受領による黙示の組入れを認めたものとして、BGH第一民事部一九九〇年二月六日判決（NJW-RR 1991, 570）が目に入る。同判例においては、物品運送に関して継続的取引関係にある当事者間において、運送人の新約款が有効に合意されたか、が問題とされた。BGHは、事業者間取引において黙示の服従でも十分であると

いう従来の判例^⑥を基礎として、従来既に約款が基礎とされていた継続的取引関係の枠内において、計算書において特別な注記をもって新約款が明示的に指示された場合には、当該約款の組入れが認められるとした。もっとも、ここで新約款の組入れが肯定されたのは、取引関係の枠内にある将来の契約についてである。したがって、この判例は、既存契約における約款の変更にも直ちに当てはまるものではない。

次に、当事者間に契約関係が既にある場合の沈黙による意思表示については、著名な判例としてBGH第二民事部一九五一年四月四日判決（BGHZ 1 353）があり、約款変更における沈黙による同意についても、この判例の参照可能性が論じられている。同判決の事案は、次のようなものであった。すなわち、XがYに第三者の製造する製品を供給する旨の売買契約が締結されたが、その中でXは、価格変更を留保していた。それから一年以上が経過した後、Xは、Yに対し書面で、近いうちに製品の供給が見込まれることとともに、価格変更を通知した——この通知は、原審により、Yによる承諾も拒絶も可能な申込みとして解釈された。——。Yは、この書面およびその後のXの問い合わせに応答せず、さらにその後、前記の書面に基づく注文の成立を否定した。そこで、Xは、Yに対し、変更価格に基づく代金の支払を請求した。以上のような事案において、BGHは、次のように述べて、Xの変更申込みに対するYの沈黙を、承諾の意思表示に当たるものとした。すなわち、「確かに、通常、商取引における契約申込みに対する沈黙は、同意と評価することができない。しかしながら、信義誠実によれば申込み受領者の異議が要求されたであろう場合には、沈黙を同意と評価しなければならぬ。両当事者が既に以前から取引関係にあった場合、当事者間にそのときまでなお解消されていない契約が存在した場合、そしてさらに、本件でそうであるように、相手方にとって認識可能な形で、書簡差出人が迅速な回答に利益を有していた場合には、とりわけ異議が要求される。……この状況において、Yには、明示的に従来の契約関係に関係づけられた申込みに折り返し異議を述

べる義務があったらう。しかし、Yは、何週間も沈黙していたので、その沈黙は、この特殊な事案において、YはXの新たな申込みに同意を表示したものと理解されなければならない。」

このBGH一九五一年判決における当事者間に契約関係がある場合に異議が要求されうという判示を、一般的な射程距離を有するものと受け取るならば、事業者間取引における合意による約款変更においても、容易に沈黙による同意を肯定することができる。また、申込者が迅速な回答に利益を有している場合における異議の要求についても、同様のことがいえるだろう。⁽⁶²⁾しかしながら、この判決からそのような一般的な判例法理を引き出すことには、既に一般法律行為論のレベルで批判があり、また、約款の変更を論じる学説にも、同判決に依拠することに否定的な見解が見られる。

前者の批判としては、次のようなものが挙げられる。すなわち、①当事者間に取引関係がある場合において、申込みに対して異議を述べないときは、申し込まれた契約関係が成立すると、一般的にいうことはできない。申込みに対して異議を述べない限り契約を成立させるという取引実務が当事者間にある場合にのみ、それが認められる。⁽⁶³⁾また、②申込者は、迅速な回答に対する利益を有していたとしても、申込受領者に表示を強制することができない。⁽⁶⁴⁾以上のような批判である。さらに、本件の特殊事情として当初から価格変更が留保されていたことも、一般化を妨げる事情として挙げられている。⁽⁶⁵⁾もつとも、この価格変更という事情については、変更前後の価格差に鑑みて、客観的に見ると沈黙が同意の推断的表現であるとは必ずしもいえなかつたはずである、との指摘もある。⁽⁶⁶⁾

次に、約款変更の場面について、次のような指摘が目される。すなわち、この場面では、約款使用者に、相手方の迅速な回答に対する信頼を正当化するような事情がなく、相手方に表示を強制することはできない、との指摘である。⁽⁶⁷⁾

以上の議論を要するに、事業者間取引における主たる問題は、当事者間に継続的な取引関係がある場合に、約款変更について沈黙による同意を認めてよいか、という点にあったといえることができる。ここで沈黙による同意を肯定する論理は、次のように整理することができる。すなわち、既存の取引関係がある場合には、一方当事者から約款変更の申込みを受けた相手方は、信義誠実の要請に基づき応答しなければならぬ。とりわけ、申込者が迅速な回答に利益を有しているときは、そうである。もし応答しなければ、当該申込みに承諾したものととして、自らに不利な意思表示にも拘束される。このような論理である。⁶⁸これに対して、沈黙による同意を否定する論理として、約款変更の場面では相手方の迅速な回答に対する約款使用者の信頼を正当化するような事情がない、と指摘されている。この指摘は、約款による契約では相手方の積極的な応答が期待できないことをいうものである。このような基本認識は、約款変更の問題をその他の契約変更の問題と区別するうえで重要である。

二 利益変更の場合

1 沈黙による同意肯定説

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考え方が、相当程度支持を集めている。⁶⁹この場合に沈黙による同意を認める論拠には、大別して二種類のものが見いだされる。

第一に、一般民法レベルの規程を手掛かりに、相手方の通常的意思に根拠を置くものである。その一つは、意思実現の規定（BCB一五一条一文）⁷⁰に依拠する見解である。この見解によれば、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上の慣習がある。もつとも、同条の規定は、相手方の承諾意思を不要とするものではなく、外形的に見て相手方の承諾意思を推断させる行為態様が存在しなければならない。相手方に有利な申込みが

された場合には、相手方が明示的に拒絶しない限り、そのような行為態様がある。意思実現を根拠とする見解は、このような論理によって沈黙による同意を肯定している。⁽⁷¹⁾この見解は、相手方の沈黙に、約款使用者に対する表示としての価値は認めないが、沈黙している相手方の通常の意味、つまり、「利益変更は、通常、相手方も望むものであり、拒絶されることはない」との考慮に基づいて、沈黙による同意を肯定するものといえる。⁽⁷²⁾さらに、BGB 五一六条二項二文⁽⁷³⁾の法意に依拠する見解もある。⁽⁷⁴⁾この規定は、相手方の意思なしに出捐がされ、出捐者が相当の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、とするものである。この規定も、贈与申込みが通常拒絶されないことを基礎として⁽⁷⁵⁾⁽⁷⁶⁾

第二に、保険約款の変更に関する判例を引き合いに出す見解が注目される。⁽⁷⁷⁾この判例、BGH 第四 a 民事部 一九八一年九月二三日判決 (BGHZ 81, 345) によれば、保険者は、保険契約者の有利に約款を変更した場合に、契約更新交渉に際し、信義則 (BGB 二四二条)⁽⁷⁸⁾に基づき、当該新約款が新規契約と同様に将来的に契約の基礎に置かれるよう努める義務を負う。そして、過失によってこの義務に違反した場合には、損害賠償として、相手方を当該新約款が契約内容になったのと同じ地位に置かなければならない。このような判例が何故沈黙による同意を基礎づけることになるのかについては、さらに説明が必要である。次の二つの説明が考えられる。一つは、新約款が提供されたならば、相手方は、その組入れに同意したであろう、との説明である。このような説明では、結局のところ、第一の論拠と同じことになる。そして、そのような論拠がここでも妥当していることは、否定しえない。しかしながら、二つに、約款使用者に新約款の妥当に努める義務を課す以上、義務を果たすための簡易な手段が与えられるべきである、との説明がありうる。⁽⁷⁹⁾このような説明によるならば、有利な約款の提供義務と相手方の沈黙に

よる同意を、より直接的に結び付けることができる。

もつとも、このような約款使用者の義務に基づく論理は、あくまでも約款使用者が新約款の提供義務を負うことを前提としている。前述の保険契約に関する判例は、契約の更新に際しての義務を認めたものであった。この判例をもつて、契約期間中にも新約款の提供義務を負うとはいえない。しかしながら、なお次のように考える可能性がある。すなわち、新約款を提供する義務がないとしても、約款使用者が自ら、相手方に有利な新約款を既存契約にも組み入れることを意欲したならば、その組入れがなるべく広く実現されるよう努めるべきである。そのような義務を果たすために、やはり簡易に同意を得る手段が与えられるべきである、と。このように考えれば、前記判例の論理をより一般化することができる⁽⁸⁰⁾。

以上をまとめると、利益変更の場合に沈黙による同意を肯定する論拠には、二種類のものがあるといえることができる。第一に、相手方の通常の意思に適用との論拠であり、第二に、相手方に有利な新約款を既存契約にも適用すべき約款使用者の義務に基づく論拠である。これら二つの論拠は、相互に排他的なものではないが、前者が意思実現の規定など一般法律行為論のレベルで基礎づけられるものであるのに対して、後者は約款の使用を前提としたものである、という違いがある。ここに、契約変更一般とは異なる約款変更における特有の考慮の一つが見いだされる。

2 沈黙による同意否定説

利益変更の場合に沈黙による同意を認めることに対しては、まずもつて、変更の有利・不利の判断が相手方にとって困難である、との批判が向けられている。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⁽⁸¹⁾。このような批判は、沈黙による同意が相手方の意思によって支えられたものでなければならぬと考えられていることの帰結といえる。もつとも、このような批判を考慮して、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相手方に一義的に有利な変更に限られる、などとしている⁽⁸²⁾。また、変更条項の法律効果について相手方に十分な説明がされたことを要件とする見解もある⁽⁸³⁾。同じ論者は、相手方に有利な変更の場合の契約関係の継続による推断の同意についても、同様の要求をしている⁽⁸⁴⁾⁽⁸⁵⁾。これに対して、事業者間取引については、そのような説明がされなくても、利益変更に対するこれらの方法による同意を認めてよい、とされる。というのは、事業者には、変更された約款を指示されたならば、それを旧版と比較し、変更の法的意味を理解することが要求されるからである⁽⁸⁶⁾。以上のように、同意肯定説においても沈黙による同意が肯定される場面が明確な利益変更の場合に限定されるならば、この第一の批判は、決定的なものではない。結局のところは、どのような場合に相手方の承諾意思を認めてよいかという問題に収れんする。

さらなる批判として、変更合意の成立に関する法的安定性を重視する見解がある。同見解によれば、まず、そもそもある変更申込みが相手方に有利か不利かを判定する基準について一致を見出すことができない⁽⁸⁷⁾。約款の多様性に鑑みて、法的安定性の要請を充足する単純な基本準則を用いた限界づけは、初めからほとんど成功しえない⁽⁸⁸⁾。また、給付プログラムを修正する場合には、厳密に法的な観察に留まるならば、経済的な得失の分析が捨象されてしまふ、とする。

さらに、同見解は、沈黙による同意を認めるよりも、民法上の申込みと承諾に関する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調和をもたらす、と主張する。すなわち、利益変更の申込みを受領した相手方が、当初は沈黙していながら、後になって変更を主張してくる一方、申込者は、もはや申込みが時間経過により失効し

ていると考えていることもありうる。沈黙による同意を認めることは、このような問題に対し十分な解決を提供しない。⁽⁸⁹⁾むしろ、法律行為論の枠組みで処理すべきとする。すなわち、承諾期間の定めのある申込みがされたならば、その経過により契約の締結が失敗する（BGB一四八条⁽⁹⁰⁾）。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。⁽⁹¹⁾

以上のような法的安定性の観点からの批判は、やはり約款変更に特有の問題を指摘しているというものではなく、むしろ変更合意一般に通有するものといえる。

三 小括

ここまで取り扱ってきた沈黙による同意に関する諸議論は、次のようにまとめることができる。

まず、不利益変更については、原則として沈黙による同意は認められないものとされつつ、事業者間取引において両当事者間に継続的な取引関係がある場合につき、沈黙による同意を認める可能性が論議されていた。この可能性は、信義則に基づき変更申込みを拒絶する相手方に異議を要求し、異議を述べなければ、承諾があったものとして不利な意思表示にも拘束される、とするものである。このように沈黙による同意を認めることに対しては、既に一般法律行為論のレベルで批判が見られたほか、約款変更が問題となる場面においては、相手方の迅速な回答に対する約款使用者の信頼を正当化するような事情がない、との批判が向けられていた。

次に、利益変更については、沈黙による同意を肯定する論拠として二つのものが見いだされた。第一に、意思実現の規定等を参照する見解の背後に窺われる、相手方の通常の意味に適うとの論拠である。そして、第二に、保険約款に関する判例から導かれる、相手方に有利な約款を提供する約款使用者の義務による論拠である。これら二つ

の論拠は、両立可能であるが、前者が一般法律行為論レベルのものであるのに対して、後者が約款法の次元に位置するという違いがある。また、利益変更の場合に沈黙による同意を認めることに対しては、相手方にとって有利・不利の判断が困難であるとの批判の他、沈黙による同意を認めるよりも、民法上のルールに則る方が相手方の消極的契約自由と法的安定性の調和をもたらす、との批判があった。これらの批判も、変更合意一般に妥当しうるものであり、約款変更特有の問題を指摘するものではない。

第三節 契約関係の継続による推断的同意

一 緒論

ここまで見てきたように、相手方に有利な約款変更が申し込まれた場合を除き、沈黙による同意を否定する見解が支配的であった。それにもかかわらず、不利益変更の場合でも、相手方が約款変更を知ったうえで異議を述べ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、約款法の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⁹²）。また、AGBG制定前の判例にも、新約款の導入を知ったうえで取引関係を継続したことをもって、変更約款の妥当を認めたものがある⁹³。

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、そこに同意の意思表示を見いだすものである⁹⁴。例えば、保険契約については、保険料の支払や保険金の請求が、そのような行為として想定される⁹⁵。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⁹⁶。銀行取引においては、約款変更を知ったうえで異議を述べることなく引き続き口座を利用した場合などが挙げられる⁹⁷。

このような推断的同意の是非については、意思表示の解釈方法のレベルと実質的な根拠のレベルで議論が存在する。以下では、この順序でそれぞれの議論を整理する。

二 契約関係継続行為の解釈

契約関係の継続による推断的同意を肯定する論者は、契約締結時の約款組入れとパラレルな処理として、このような同意が認められるとする。すなわち、契約締結に際して、相手方が約款の指示に対し明示的に異議を述べることなく給付を受領した場合には、約款の組入れに対する同意が肯定される。これと同様に、変更約款の指示に異議を述べ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。⁽⁹⁸⁾

このような行為解釈に対しては、従来の契約に基づく権利の行使や義務の履行をもつて、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、との批判が向けられている。⁽⁹⁹⁾ その理由として、まず挙げられるのは、これらの行為が、従来の契約の確認として解釈できるとどまり、約款変更と関連付けられるものではないことである。⁽¹⁰⁰⁾ 逆に、契約相手方の行為態様が変わ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。⁽¹⁰¹⁾ 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。⁽¹⁰²⁾ 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ことに対しては、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、既に両当事者にとつ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述べたとしても、実際の行為に反する異議（*protestatio facto contraria*）とはいえない。⁽¹⁰³⁾ この点で、契約締結時の約款組入れとは異なる、とされる。

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⁽¹⁰⁾。契約締結後の初回組入れについては、後述のように、支配の見解も一義的ないし明示的な同意を要求している。論者は、このことから、「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、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は、状況が異なるとの批判がある⁽¹⁰⁾。

三 実質的な根拠

1 推断的同意を肯定する実質的根拠

契約関係の継続による推断的同意を肯定する見解は、純然たる行為解釈だけを展開しているわけではない。むしろ、同見解は、一定の実質的な根拠によって支えられている。そのような根拠として、次のようなものが浮かび上がる。

まず、継続的契約における誠実・協力義務に根拠を求めることが考えられる。支配的見解は、契約関係の継続が常に承諾の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⁽¹⁰⁾。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、との指摘が、推断的同意を否定する論者によつてされている。⁽¹⁰⁾ 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。⁽¹⁰⁾ この第一の根拠は、不利益変更における沈黙による同意の箇所を取り上げた、継続的取引関係に
おける信義則を根拠とする見解と共通するものといえる。もつとも、このような考え方は、推断的同意肯定説にお
いて積極的に論じられてはいない。

推断的同意肯定説の論者によるものとしては、むしろ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つたとしても、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。任意制定法によつ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、表示擬制条項に関するBCB
三〇八条五号（後述）⁽¹⁰⁾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。
以上の理由づけである。⁽¹⁰⁾

この第二の議論は、次の二点において、誠実・協力義務に依拠する議論と異なっている。すなわち、一点目とし
て、約款使用者が約款変更について有する利益、とりわけ約款の統一性・合理化効果の維持に対する利益が基礎を
成している。これに対して、継続的取引関係における誠実・協力義務は、約款使用の場面に限定されないものであ
る。そして、二点目として、第一の議論では相手方の応答が期待されているのに対して、第二の議論は、相手方の
応答を期待しないことが出発点になっている、という違いがある。

その他、一部の学説において、限定的な種類の契約においてのみ契約関係の継続による推断的同意を認める見解

があり、そこから追加的な根拠を引き出すことができる。まず、銀行取引など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、相手方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、とする見解が挙げられる⁽¹⁰⁾。ここでは、当初から契約内容の変更が予定されているような種類の契約であることが、推断的同意を認める根拠の一つになっている、と考えられる。また、銀行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、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見解がある⁽¹¹⁾。この見解においては、相手方に契約からの離脱可能性があることが、約款変更に対する緩やかな同意を認める理由の一つになっている。

2 推断的同意を否定する実質的根拠

推断的同意を否定する見解においても、一定の実質的な考慮が示されている。それによると、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⁽¹²⁾。契約の継続⁽¹³⁾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⁽¹⁴⁾に合致しない。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り、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、とされる⁽¹⁵⁾。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、との反論がある。⁽¹⁵⁾

もつとも、推断的同意否定説の論者は、約款変更に関する約款使用者の利益におよそ配慮していないわけではない。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、約款使用者は約款変更の課題に対処することができる⁽¹⁶⁾とする。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。

四 小括

契約関係の継続による推断的同意に関する一連の議論は、次のようにまとめることができる。

まず、行為解釈論のレベルで、契約に基づく権利の行使や義務の履行に当たる相手方の行為に、約款変更への同意の意味を付与するか、が問題とされていた。推断的同意肯定説は、契約締結に際して約款の組入れに異議を述べることなく給付を受領した場合と同様、変更に異議を述べることなく契約関係を継続すれば、変更に対する同意を認めてよい、としていた。しかしながら、推断的同意否定説が論じるように、契約締結の場面とパラレルな処理として契約関係の継続による推断的同意を基礎づけることには、困難がある。他方で、契約締結後の約款組入れについては、明示的な同意を要求する見解が支配的であり、そのような場面と約款変更との違いが指摘されていたことも注目される。このような指摘において、約款変更は、契約締結時の組入れだけでなく、契約締結後の組入れとも異なる問題として捉えられている。

次に、契約関係の継続による推断的同意を支える実質的な根拠としては、沈黙による同意についてと同様、継続的取引関係における信義則に依拠する考え方は積極的に主張されておらず、約款の統一性・合理化効果の維持を掲げる見解が主張されていたことが注目される。このような実質的根拠は、約款使用にかかる約款使用者の利益に焦

点を合わせている点、および、相手方の応答を期待していないという点で、前者の考え方と異なる。(未完)

(本研究は、公益財団法人 全国銀行学術研究振興財団の助成を受けた。)

- (1) 拙稿「無効な約款条項の変更(二)」阪法六八巻二四二頁以下(二〇一八年)。
- (2) 拙稿「約款変更論に関する覚書」阪法六九巻三〇四号三二七頁以下(二〇一九年)。
- (3) 合意による変更が許されない(定型)約款というものもあるかもしれない。そのような約款を用いた取引は、約款と異なる合意(新約款を排して旧約款を維持するという合意を含む。)をすることを、契約相手方だけでなく、約款使用者(定型約款準備者)にも許さないものといえる。そのような取引があるとすれば、それを析出し、そのような契約自由の制限が適切であるか、が吟味されなければならないだろう。
- (4) 山下友信「判批・前掲大正大正六年」別ジュリ九七号生命保険判例百選(増補版・一九八八年)一六頁以下。
- (5) 中西正明「保険約款の改正と既存契約」阪法一四九一一五〇号(一九八九年)四四頁。
- (6) 堀伸夫「本件判批」共済と保険二〇一九年九月号三〇頁の指摘を参照。また、山下典孝「本件判批」青法六一巻四号(二〇二〇年)四四〇頁以下も、本判決を定型約款の変更規定に照らして評価している。
- (7) さらに、一方的変更の要件としても、民法五四八条の四第一項が掲げる二種の要件が並列されるような形になっており——一方で相手方の利益となる変更といいつつ、不利益変更の要件も考慮している。——、必要十分条件を確定するという観点からは、明確性に欠ける。
- (8) 筒井健夫・村松秀樹「問一答・民法(債権関係)改正」商事法務(二〇一八年)二五七頁、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)二二五頁。
- (9) 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。同論文では、後者のアプローチが支持されている。
- (10) このアプローチに与すると目される学説として、横山美夏「約款」法教三九四号(二〇一三年)一二頁以下、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) 七四頁、三枝健治「約款の変更」法時八九卷三号(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、桑岡和久「『定型約款の変更』」法時九〇巻八号(二〇一八年) 八一頁、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。
- (11) 三枝・前掲注(10) 七三頁は、「そもそも約款の変更は、実質的には新しい内容の約款に締結し直すことと評価できるから、約款の変更は約款の成立とパラレルに考えるべきものである。」と論じている。また、桑岡法時・前掲注(10)も、約款の一般理論として、「約款の変更についても、組入れと同様に、拘束力の根拠として組入合意に相当する相手方の意思的関与が必要だと考えられる」(八二頁)との考え方を示したうえで、この考え方に即して定型約款の変更法理を解釈しようとしている。
- (12) 離脱可能性の要求については、注(10)に掲げた諸文献の他、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、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) 四八二頁なども参照。
- (13) 森田修「合意による契約の修正(一)」(七・完)——契約改訂における意思自律——」法協一二八巻一二号一頁・二九巻一頁一頁・二二号一頁・三三〇巻一頁八〇頁・三三〇巻一頁九〇頁・九号一頁(二〇一〇—二〇一三年)。
- (14) 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) 四二五頁は、「変更条項の効力に基づかない定型約款の変更規定を構想する場合には、その前提として、定型約款の規律と変更の規律をパラレルなものと考ええるか、異なるものと考えるかという基本的な問題を意識しておく必要がある」と指摘するが、筆者は、「異なるものと考ええる」問題意識が重要ではないか、と考える。
- (15) 拙稿・前掲注(2) 三二七頁以下。
- (16) 拙稿・前掲注(2) 三二八頁以下。
- (17) BGB三二一条 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

(18) BGB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、明示的な指示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、その約款を指示し、

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害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

(19) Peter Ulmer/Mathias Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht (12. Auflage, 2016), § 305 Rn. 164; Thomas Pfeiffer, in: Wolf/Jindacher/Pfeiffer, AGB-Recht (6. Auflage, 2013), § 305 Rn. 99; MüköGB/Jürgen Basedow (8. Auflage, 2019), § 305, Rn. 88; Staudinger/Peter Schlosser (2019), § 305 Rn. 193; Torsten Freund, „Die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen“, 1998, 48; Wolfgang Hau, „Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag“, 2003, 177; Bastian Kolmsee, „Die Anpassung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Dauerschuldverhältnissen“, 2011, 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三〇五条の特則に關連して、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。

(20) BGB三〇五条 a 条 特別な場合における組入れ

次に掲げる各号のいずれかに該当する約款は、他方の契約当事者が約款の妥当に同意した場合には、第三〇五条第二項第一号および第二号所定の要件を充たさなくとも、各号所定の契約に組み入れられる。

1. 権限ある交通当局によって認可され、または国際条約に基づいて公布された鉄道の料金表および施行規則、ならびに旅客運送法に準拠して認可された路面電車、トロリーバスおよび路線交通自動車の運送約款 運送契約

2. 電気、ガス、テレコミュニケーション、郵便および鉄道についての連邦ネットワーク庁の官報において公表され、かつ約款使用者の営業所に用意された普通取引約款

a) 営業所以外の場所で郵便ポストへの郵便物の投函によって締結される郵送契約

b) 他方の契約当事者にとって普通取引約款を契約締結前に入手可能なものとすることが著しい困難を伴う場合において、テレコミュニケーション、情報その他のサービスであって、直接に隔地的コミュニケーション手段の使用によって、かつテレコミュニケーションサービスの提供の間に一度に提供されるものに関する契約

(21) BGB三二〇条 適用範囲

(1) 第三〇五条第二項および第三項、第三〇八条第一号、第二号ないし第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)

(22) BGB一五七条 契約の解釈

契約は、取引の慣習を考慮し、信義誠実が要請するところに従って解釈しなければならない。

(23) Ulmer/Habersack. in: Ulmer/Brandner/Hensen. a. a. O. (Anm. 19), § 305 Rn. 108, 119; Pfeifer. in: Wolf/Lindacher/Pfeifer. a. a. O. (Anm. 19), § 305 Rn. 62. MüKoBGB/Basedow. a. a. O. (Anm. 19), § 305, Rn. 54f. などを参照。また、AGBG二条の立法理由に「BT-Drucks. 7/3919, 17」を参照。

(24) Philip Hellwege. „Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgelehrtheit“, 2010, 439ff.

(25) Hellwege. a. a. O. (Anm. 24), 432.

(26) Kolmsee. a. a. O. (Anm. 19), 81.

(27) Freund. a. a. O. (Anm. 19), 73f.; Kolmsee. a. a. O. (Anm. 19), 81.

(28) AGBG二三条三項の規定は、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。もともと、その後も、保険契約法 (VVG) 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述べなかった場合には、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 5 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。

AGBG 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。

旧 VVG 5 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述べなかったときは、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、異議を述べべき期間は、三〇日とする。(以下略)

- (29) Präve, ZfV 1992, 221, 222.
- (30) Seybold, VersR 1989, 1231, 1233ff.; Präve, a. a. O., (Ann. 29), 222f.; Buchholz-Schuster, NVersZ 2000, 207, 208.
- (31) 銀行約款の変更に関する同様の学説として、Norbert Horn, WM 1984, 449, 453; Thomas Hoeren, NJW 1992, 3263, 3267を参照。
- (32) Seybold, a. a. O., (Ann. 30), 1234.
- (33) Präve, a. a. O., (Ann. 29), 223.
- (34) Seybold, a. a. O., (Ann. 30), 1234f.; Präve, a. a. O., (Ann. 29), 222f.
- (35) Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 19), § 305 Rn. 164.
- (36) BGH 第五民事部二〇一〇年六月一日判決 (NJW 2010, 2873) / BGH 第二民事部二〇〇九年二月一六日判決 (BGHZ 184, 35) / BGH 第一民事部一九九四年一月二九日判決 (NJW 1995, 953) / BGH 第九民事部一九八四年六月

- 七日判決 (BGHZ 91, 324) など参照。
- (37) Seybold, a. a. O., (Anm. 30), 1235.
- (38) Claus-Wilhelm Canaris, Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, in: FS für Walter Wilburg (1975), 77, 80; ders., „Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“, 1971, 23; Werner Plume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft (4. Auflage, 1992), 69; Paulo Mota Pinto, Über Willensmängel bei schlüssigem Verhalten, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (2007), 886f.
- (39) Canaris, a. a. O., (Anm. 38), 82.
- (40) 事業者間取引に関する判例におきても、相手方は「約款を直ちに認識することができなければならない」とするものがある (BGH 第七民事部一九八七年二月三日判決 (BGHZ 102, 293))。もっとも、この判例については、約款の指示が明確であることを求めるものであり、約款の内容について期待可能な認識可能性を要求するものではなく、この指摘がある。Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 19), § 305, Rn. 176⁴³⁾参照。
- (41) Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 19), § 305 Rn. 131.
- (42) Hellwege, a. a. O., (Anm. 24), 407ff. 44「(規範的解釈の原則によれば) 約款内容は、契約相手方の立場にある合理人にとりて、……少なくとも確定可能でなければならぬ。このことは、通常、この合理人が約款内容を認識する可能性を有することを要求する。」というかたちで、「一般法律行為論から認識可能性の要求を説明している。さらに、Hellwege, a. a. O., (Anm. 24), 412ff. 45「意思表示の到達の問題としてその要求を位置づけつつある。その他にKolmsee, a. a. O., (Anm. 19), 82⁴⁴⁾、変更約款の確定可能性のために、事業者間取引におきその認識可能性を要求しつつある。
- (43) Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 19), § 305 Rn. 131; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 19), § 305 Rn. 109, 109; MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 19), § 305, Rn. 103; Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 19), § 305, Rn. 176⁴⁵⁾参照。
- (44) Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 19), § 305 Rn. 131.
- (45) Kolmsee, a. a. O., (Anm. 19), 82. 新約款を請求することや相応に調達することを期待することができるから、申込み新約款を添付することは、望ましくはあっても義務ではなく、変更部分の強調ならびに新旧対照も必要ない」とする。

- (46) Joachim Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen (2. Auflage, 1977), D. 102.
- (47) なお、BGB三〇五条に一項が適用されない事業者間取引については、やむを得ず約款のテキストを伝達する義務も期待可能な認識可能性を確保する必要も約款使用者にはない、とする。
- (48) Schmidt-Salzer, a. a. O., (Anm. 46), D. 12.
- (49) Schmidt-Salzer, a. a. O., (Anm. 46), D. 25.
- (50) Freund, a. a. O., (Anm. 19), 55. 但し Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 19), § 305, Rn. 193-97. 説明の必要性を否定しない。
- (51) Freund, a. a. O., (Anm. 19), 56.
- (52) MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 19), § 305, Rn. 88. Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Anm. 19), § 305 Rn. 164; Norbert Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG (4. Auflage, 1999), § 23 Rn. 623; Präve, a. a. O., (Anm. 29), 223; Hau, a. a. O., (Anm. 19), 179 (以下、相手方が事前交渉に基いて一定の変更を考慮するが、事前に議論されなかったような変更を考慮しなごう場合など、強調だけでは不十分であり、特別な個別の指示が要請される場合を参照) : Matthias Eckelt, „Verragsanpassungsrecht“, 2008, 137; Kolnsee, a. a. O., (Anm. 19), 65ff. (以下を参照)。
- (53) MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 19), § 305, Rn. 88; Eckelt, a. a. O., (Anm. 52), 137.
- (54) Eckelt, a. a. O., (Anm. 52), 137ff. 約款変更の場合には、顧客は、特に約款の変更された章句だけを認識するよう呼びかける必要はない。
- (55) Hau, a. a. O., (Anm. 19), 179.
- (56) Kolnsee, a. a. O., (Anm. 19), 67.
- (57) Seybold, a. a. O., (Anm. 30), 1233f.; MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Anm. 19), § 305 Rn. 89; Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Anm. 19), § 305 Rn. 105; Präve, a. a. O., (Anm. 29), 223f.; ders., r + s 1998, 441, 445; Freund, a. a. O., (Anm. 19), 57f.; Jürgen Proß, VersR 2000, 1441, 1445; Kolnsee, a. a. O., (Anm. 19), 69 (以下を参照)。
- (58) Canaris, a. a. O., (Anm. 38), 77f.; Plume, a. a. O., (Anm. 38), 64; Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (11. Auflage, 2016), 359f. (以下を参照)。

- (5) Freund, a. a. O. (Anm. 19), 59f.; Seybold, a. a. O. (Anm. 30), 1233.
- (6) Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Anm. 19), § 305 Rn. 172ff.
- (7) BGH 第八民事部一九六四年六月一五日判決 (BGHZ 42, 53) 前掲注 (4) BGH 一九八七年判決。
- (8) Freund, a. a. O. (Anm. 19), 75f.; Kolmsee, a. a. O. (Anm. 19), 84.
- (9) Flume, a. a. O. (Anm. 38), 658.
- (10) Flume, a. a. O. (Anm. 38), 658f.
- (11) Flume, a. a. O. (Anm. 38), 660f.; Freund, a. a. O. (Anm. 19), 76; Hau, a. a. O. (Anm. 19), 167.
- (12) Canaris, a. a. O. (Anm. 38), 87.
- (13) Kolmsee, a. a. O. (Anm. 19), 83f.
- (14) 同様の論理に基づくものとして理解することが可能な例外として、親族間での貸借関係など、当事者間に密接な関係または人的な関係がある場合に、沈黙による同意を認める可能性がある」とする見解がある (Freund, a. a. O. (Anm. 19), 60)。⁶⁾ もともと、このような場合でも、相手方に異議オプリーゲンハイトを課すことには抑制が求められ、個別の事情を注意深く考慮すべきである」としている。その点では、事業者間取引においても沈黙による同意を否定する見解に近づく。
- (15) この見解は、とりわけ保険法學説におおつて展開された。Seybold, a. a. O. (Anm. 30), 1233; Präve, a. a. O. (Anm. 29), 224; ders., a. a. O. (Anm. 57), 446; Christian Armbrüster, in: Pröbss/Martin VVG (29. Auflage, 2015), Einleitung, Rn. 40; Daniel Schaffrin, „Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich“, 2015, 39を参照。また、約款の変更一般にこつて Freund, a. a. O. (Anm. 19), 61f. が、沈黙による同意の可能性を肯定している。
- (16) BGB 一五一條 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。

- (71) Kolmsee, a. a. O. (Anm. 19), 70ff.; Staudinger/Schlosser, a. a. O. (Anm. 19), § 305 Rn. 195; MüKoBGB/Jan Busche (8. Auflage, 2018), § 151 Rn. 5.
- (72) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 185f.; BGB 一五一条を根拠とすることに対し、望ましいと思われる結論から出発しているに過ぎない」と批判する。しかしながら、この規定の背後に相手方の意思適合性という実質的な論拠を見いだすならば、同条を持ち出すことは無意味な言明とはいえない。
- (73) BGB 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)
- (74) Kolmsee, a. a. O. (Anm. 19), 69. また、約款変更の文脈に限らず、より一般的に、Canaris, a. a. O. (Anm. 38), 78も参照。
- (75) MüKoBGB/Jens Koch (8. Auflage, 2019), § 516 Rn. 48.
- (76) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 185f.; BGB 五一六条二項二文を根拠とすることに対しても、この規定が既に出捐がされている場合についてのものであるうえ、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、この規定から沈黙＝承諾という定式は出てこない」と批判する。しかしながら、単純な演繹論理として捉えるのではなく、この規定の背後にある相手方の意思という実質的な根拠を重視するならば、贈与の規定を持ち出すことも無意味ではない。
- (77) Seybold, a. a. O. (Anm. 30), 1233; Präv. a. a. O. (Anm. 29), 224; Freund, a. a. O. (Anm. 19), 63も参照。
- (78) BGB 二四二条 信義誠実に従った履行
債務者は、取引の慣習を考慮し、信義誠実が要請するところに従って履行をなすべき義務を負う。
- (79) Freund, a. a. O. (Anm. 19), 63も参照。
- (80) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 185は、相手方に有利に変更された約款を提供する義務から、相手方が異議を述べなければならぬとの結論は出てこない」と批判している。しかしながら、本文のように考えれば、保険契約に関する判例を引き

合意に出すことにも、一定の論拠性が認められる。

- (18) Freund, a. a. O., (Ann. 19), 62; Kolmsee, a. a. O., (Ann. 19), 70.
- (22) Seybold, a. a. O., (Ann. 30), 1233 (そのうちかゝる疑いなく有利な変更に限る) ; Armbrüster, in: Pröbbs/Martin, a. a. O., (Ann. 69), Einleitung Rn. 40 (新条項が一義的に有利な場合) ; Kolmsee, a. a. O., (Ann. 19), 72 (一義的に有利な変更の場合) ; Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Ann. 19), Rn. 195 (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) .
- (23) Freund, a. a. O., (Ann. 19), 61ff.
- (24) Freund, a. a. O., (Ann. 19), 69.
- (25) ちやうど Freund, a. a. O., (Ann. 19), 70f. 240では、利益変更への限定なしに、相手方が新約款の法律効果について説明された場合に推断的同意が認められうるとする記述がされているが、積極的な論証はされておらず、不利益変更の場合にも同様に考えているのか、定かでない。
- (26) Freund, a. a. O., (Ann. 19), 76f.
- (27) Hau, a. a. O., (Ann. 19), 184.
- (28) 論者は、その例として、無効条項の変更が利益変更といえるかという問題に関する見解の対立を挙げている。この問題については、拙稿・前掲注(一) 四六頁以下を参照。
- (29) なお、BGB 一五一条の規定が申込者にとって契約の成立について不明確性を残すことは、一般に指摘されているところである。Flume, a. a. O., (Ann. 38), 65f.; MüKoBGB/Busch, a. a. O., (Ann. 71), § 151 Rn. 255を参照。
- (30) BGB 一四八条 承諾期間の定め
申込者がある申込みに対する承諾のために期間を定めるときは、承諾は、この期間内におのみすることができるといふ。
- (31) Hau, a. a. O., (Ann. 19), 185f.
- (32) 約款の変更一般についての見解を支持するものとして、Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 19), § 305 Rn. 164; Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 19), § 305 Rn. 105; MüKoBGB/Basedow, a. a. O., (Ann. 19), § 305 Rn. 895を参照。また、保険契約について、Seybold, a. a. O., (Ann. 30), 1232ff.; Buchholz-

Schuster, a. a. O. (Anm. 30), 208が、この見解に与つてゐる。よゐに、銀行取引に於て、Horn, a. a. O. (Anm. 31), 453. ders., in: Wolf/Horn/ Lindacher, a. a. O. (Anm. 52), § 23 Rn. 623; Hoeren, a. a. O. (Anm. 31), 3267; Hermann-Josef Bunte, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch (5. Auflage, 2017), § 6 Rn. 11を参照。

(93) BGH第二民事部一九六九年五月五日判決 (BGHZ 52, 61)を参照。貯蓄銀行の振替口座契約への新約款の組入れが問題となった事案に関するものである。もともと、この裁判例が契約関係の継続による推断の同意を認めたものとして一般的な意義と射程を有するといつてよいかについては、次の二点において留保が必要である。第一に、本件事案には契約相手方(Y)が約款使用者たる貯蓄銀行(X)の役員であつたという特殊な事情があり、この事情が考慮された可能性がある。少なくとも原審は、明示的にこの事情を考慮して、新約款の組入れを認めている。第二に、本判决は、契約関係が継続されたことにより変更約款の妥当が認められる理由として、BGB二四二条に基づき、Yは、旧約款での取引関係の継続を望むのであれば、Xに対してその旨を表明しなければならず、それをしなかつた以上、自らの意思を主張することができない、としている。このような判示に鑑みると、BGHは、推断的な同意ではなく、信義則違反を新約款の妥当根拠と考えていた可能性がある。

(94) 沈黙と推断の同意の一般的な区別については、 Freund, a. a. O. (Anm. 19), 65を参照。

(95) Seybold, a. a. O. (Anm. 30), 1234f.; Präve, a. a. O. (Anm. 29), 225; Buchholz-Schuster, a. a. O. (Anm. 30), 208; Ralph Bartmuß, „Lückenfüllung im Versicherungsvertrag“, 2001, 151

(96) Seybold, a. a. O. (Anm. 30), 1234f.

(97) Horn, in: Wolf/Horn/ Lindacher, a. a. O. (Anm. 52), § 23 Rn. 623f.; 振替口座契約上の諸権利を引き続き行使した場合、 Hoeren, a. a. O. (Anm. 31), 3267f.; 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。

(98) Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O. (Anm. 19), § 305 Rn. 105; Buchholz-Schuster, a. a. O. (Anm. 30), 208

(99) 約款変更の一般原則については、 Freund, a. a. O. (Anm. 19), 67ff.; Häu, a. a. O. (Anm. 19), 177ff.; Hellwege, a. a. O. (Anm. 24), 474f.; Kolnsee, a. a. O. (Anm. 19), 72ff. 保険契約に於て、 Präve, a. a. O. (Anm. 29), 225; Bartmuß, a. a. O. (Anm. 95), 150ff.; Schaffrin, a. a. O. (Anm. 69), 40ff. 銀行取引に於て、 Rüdiger Pamp, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O. (Anm. 19), Klauseln B.9. 事業者間取引に於て、 Freund, a. a. O. (Anm. 19), 76f.; Kolnsee, a. a. O. (Anm. 19), 84f.

なお、既述の如く Freund, a. a. O. (Anm. 19), 69f. は、相手方に有利な変更において十分な説明がされた場合には、契約関係の継続による同意を認めようとする。これに対して、事業者間取引については、そのような説明なしに、利益変更に対する推断的同意を認めようとする (ders., a. a. O. (Anm. 19), 76f.)。

- (90) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 181; Kolmsee, a. a. O. (Anm. 19), 72f.
- (10) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 182.
- (20) Präve, a. a. O. (Anm. 57), 445; Bartmuß, a. a. O. (Anm. 95), 150ff.
- (30) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 182.
- (40) Freund, a. a. O. (Anm. 19), 67ff.
- (50) Kolmsee, a. a. O. (Anm. 19), 74f.
- (90) Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O. (Anm. 19), § 305 Rn. 99; MikoBGB/Basedow, a. a. O. (Anm. 19), § 305 Rn. 86.

(70) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 175f. 論者自身は、このような区別を疑わしいものとする。

(80) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 400f. 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し、値するを指摘する。

- (60) MikoBGB/Basedow, a. a. O. (Anm. 19), § 305 Rn. 89を参照。
- (11) Staudinger/Schlosser, a. a. O. (Anm. 19), Rn. 197.
- (11) Schmidt-Salzer, a. a. O. (Anm. 46), D. 101.
- (12) Hellwege, a. a. O. (Anm. 24), 474f.
- (31) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 182.
- (14) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 183.
- (15) Hau, a. a. O. (Anm. 2), 182f.; Bartmuß, a. a. O. (Anm. 95), 197を参照。この点については、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三二〇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「*Justabwägung*」とする (Hau, a. a. O., (Anm. 19), 159f.)。

(11) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 183; Hellwege, a. a. O., (Anm. 24), 474.