



Title	合意による約款の変更（二・完）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2021, 70(6), p. 19-66
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87332
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

合意による約款の変更（二・完）

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、七〇巻五号）

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（以上、本号）

第三章 相手方の同意（承前）

第四節 同意擬制条項による同意の擬制

一 緒論

約款変更の申込みに対する相手方の承諾のあり方について、最後に、約款に含まれる同意擬制条項に基づいて同意を擬制する可能性が論じられている。同意擬制条項とは、典型的には、約款使用者が変更を通知し、所定の期間内に相手方が異議を述べなかった場合には、当該変更について同意があったものとみなす旨の条項である。ドイツにおいては、とりわけ銀行約款がこのような方式による約款変更条項を設けている⁽¹¹⁾。また、クレジットカード契約・保険契約・モバイル通信契約などにも、同様の条項の使用例があるとされる⁽¹²⁾。

同意擬制条項については、次の諸問題がある。第一に、その法的性質の問題である。同意擬制条項という名称自体、それが相手方の同意を擬制する性質のものであることを前提としている。しかしながら、この性質決定は、自明ではない。より中立的に言えば、相手方に異議を述べる可能性（異議権）を付与する約款変更条項——相手方が異議を述べた場合には、変更の効力が生じない旨の条項——が問題となっており、そのような条項をどのように性質決定するのか、が問われる。第二に、約款変更のために同意擬制条項の使用がそもそも許されるのか、という問題である。第三に、同意擬制条項の使用が許される余地があるととしても、どのような要件のもとで許されるのかという、有効要件の問題がある。この問題は、手続的な要件と実質的な要件とに分けることができる。以下、この順序で、同意擬制条項に関する諸議論を整理する。

二 異議権付約款変更条項の性質決定

相手方が異議を述べた場合には約款変更の効力が生じない旨の条項の性質決定については、約款使用者の一方的変更権を定めたものとする説と、異議を述べなかった相手方の同意を擬制する条項とする説とが対立している。この対立は、合意による約款変更と一方的変更の対比や、異議型の変更規律をいずれに振り分けるかを考えるうえで、参考になる。

1 一方的変更権説

一部の保険法学説は、異議権付きの約款変更条項を、約款使用者の一方的な約款変更権限に解除条件または停止条件として相手方の異議権を結び付けたものである、と性質決定する⁽¹⁹⁾。また、このような性質決定に親和的な判例として、BGH第四民事部一九九九年三月一七日判決（BGHZ 141, 163）を挙げることができる。

同判決においては、法的保護保険にかかる約款における約款変更条項の差止めが問題となった。本条項は、法改正があった場合などに保険者が個別の条項を補充または代替する権限を有する旨を定めたうえで、保険契約者が変更の通知後一か月以内に書面によって異議を述べない場合には、変更条項に同意したものとみなす旨を規定していた⁽²⁰⁾。同判決は、このような条項の性質決定について、明示的には論じていない。しかしながら、保険者の変更権限を定める条項の前段について、保険者のみによって設定された新たな規律による変更は、既存の契約関係への介入であり、事情変更により軽微ではない等価性障害が生じた場合または条項無効などにより規律欠缺が生じた場合にのみ正当化される、と判示された。このような変更条項の評価基準は、一方的変更権条項について説かれているものである。また、同判決は、条項の中で保険者の権限を定める部分だけを取り上げて先行的に判断したうえで、相

手方の異議権を定める部分は、独自の意義を有しておらず、権限部分の無効により目的を失う、とした。このような保険者の変更権限を「主」、相手方の異議権を「従」とする判示も、条件付一方的変更権条項としての性質決定を窺わせる⁽¹²⁾。

このような一方的変更権条項としての性質決定からは、次のような可能性や帰結が導かれる。

第一に、BGH一九九九年判決が示すように、約款使用者の変更権限の有効性が相手方の異議権と切り離して論じられる可能性が生じる。後述のように、一方的変更権条項と同意擬制条項を区別する見解においては、両者について異なる有効要件が論じられているが、異議権付条項を一方的変更権条項と性質決定する場合には、異議権の有無により異なる有効要件の設定がされにくくなる。その結果、異議権付きの条項についても、とりわけ変更原因の面において厳格な要件が課されることになる。

第二に、後述のBGB三〇八条五号が適用されないことになる。相手方による異議を解除条件として位置づけるにせよ、異議を述べないことを停止条件とするにせよ、相手方の行為態様をもって意思表示が擬制されるわけではない⁽¹²⁾。したがって、相手方の表示を擬制する条項の有効要件を定める同号は、約款変更条項に適用されないことになる⁽¹³⁾。もともと、同号に依拠することなく、相当期間の付与や異議権の指摘といった要請を導き出す余地は、依然として残るだろう。

第三に、一方的変更権条項としての性質決定を前提として、異議権の非合目的性あるいは不許容性が説かれている。一部の保険法学説⁽¹⁴⁾に見られるこの見解は、次のようにまとめることができる。まず、等価性障害を回復するための約款変更条項において保険契約者に異議を認めることは、つじつまが合わない、とされる。というのは、従来の契約条件を従来の保険料で維持することができるのであれば、契約者は、みな異議を述べるはずであるが、その

結果、保険者は、等価関係を保険料の引上げによって回復することになり、異議権を与える趣旨に反して従来の契約内容の維持が実現されないからである。⁽¹²⁶⁾ 次に、異議権を付与する条項は、異議の重要性や異議を述べた場合に保険料引上げがありうることに十分な情報提供をしていない限り、透明性の要請に反して無効となる、とされる。⁽¹²⁶⁾ さらに、条項の透明性に欠けるところがないとしても、多くの保険契約者は、不注意から異議を怠ると思われる。しかしながら、その一義的に推定される異議の意思を表示しなかったという理由だけで彼らを不利に扱うことは、不当である。⁽¹²⁷⁾ 以上のように異議権の付与に否定的な見解が、一方的変更権条項であることを前提に主張されている。これらの見解は、その個別具体的な当否をひとまず措くとしても、一方的変更権条項に条件として相手方の異議権が付随している、という性質決定の納まりの悪さを示唆しているのではないかと考えられる。

2 同意擬制説

学説の多くは、異議権付きの約款変更条項を同意擬制条項として性質決定している。⁽¹²⁸⁾ すなわち、そのような条項は、異議を述べなかったという相手方の不作為に変更約款の組入れに対する同意の表示としての意味を付与するものである、と説明される。また、前掲BGH一九九九年判決に対しても、学説の批判は強い。⁽¹²⁹⁾

同意擬制条項としての性質決定を支持する学説は、次のように条項の性質決定の問題を論じている。⁽¹³⁰⁾ すなわち、相手方の異議を一方的変更にかかる条件と見る場合には、約款使用者の一方的変更権限に対する補償として相手方の異議権と告知権とが同一レベルに置かれることになる。⁽¹³¹⁾ しかしながら、このような見方は、異議権と告知権の異なる法律効果に鑑みてだけでなく、体系的に見ても誤りである。すなわち、明示的な意思表示により契約関係の変更も解消も封じることができる相手方の可能性は、約款使用者の一方的変更権に対する単なる補償ではなく、機能

的な觀察において、約款使用者の地位を一方的変更権と解釈することを既に排除している、と。また、相手方に告知権の認められない同意擬制条項においては、一方的変更権条項と異なり、契約関係の継続を相手方の処分に委ねずに済む点で、約款使用者にとっても利点がある、と指摘する。このような立場から、前掲BGH一九九九年判決に対しても、条項の機能を正しく評価しておらず、方法的に説得力を有しない、と批判される。

その後のBGHの判例にも、一方的変更権条項と同意擬制条項の有効要件を区別するものが現れている。BGH第三民事部二〇〇七年一〇月一日判決(NJW-RR 2008, 134)が、これに当たる。同判決においては、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異議権付きの契約変更条項⁽¹²⁾の差止めが問題とされたが、BGHは、そのような条項を両当事者の合意による変更を定めるものと性質決定したうえで、別に差止請求の対象とされていた一方的変更権条項についての判断が、この条項にも直ちに当てはまるものではない、とした。

このように異議権付きの約款変更条項を同意擬制条項と性質決定する場合には、一方的変更権条項と異なる有効要件を設定する方向へと議論が向かう。また、表示擬制の問題となるので、後述のBGB三〇八条五号が適用される。もともと、それら有効要件の内容を検討する前に、そもそも約款変更のために同意擬制条項を用いることができるのか、という問題に立ち入らなければならない。

三 約款変更における同意擬制の許容性

1 同意擬制否定説

異議権付きの約款変更条項を同意擬制条項として性質決定するならば、次に、そのような条項を約款変更のために使用することが許されるか、が問題となる。ドイツ約款法は、相手方の表示を擬制する条項を一律に無効とはし

ていない⁽¹³³⁾。むしろ、そのような条項が有効たりうることを前提に、BGB三〇八条五号⁽¹³⁴⁾（AGBG一〇条五号）が、最低限の手続的な有効要件を定めている。しかしながら、一九九〇年代初頭頃までの学説においては、約款変更のために同意擬制条項を使用することを、およそ認めない見解が主張されていた。

この見解は、BGB三〇五条二項（AGBG二条一項）の存在を主たる論拠としている。すなわち、同項によれば、約款が契約に組み入れられるためには、相手方が明示または黙示に同意を与える必要がある。変更約款の組入れについての同意を擬制する条項は、この規定に違反するものとして⁽¹³⁵⁾、あるいは、この規定の本質的基本思想（BGB三〇七条二項一号、AGBG九条二号一号）に合致しないものとして⁽¹³⁷⁾、無効とされる。このような論拠の背景として、幾人かの論者は、同意擬制条項を約款使用者の一方的な変更権限に帰着するものとして捉えている⁽¹³⁸⁾。このような理解に立つ限り、同意擬制条項は、合意による約款組入れの原則に真つ向から反することになる。また、一方的な約款変更権限と変更同意の擬制との区別を意識する場合でも、いかなる表示手段が認められるかについてBGB三〇五条二項が保護規範として作用すると考えるのであれば、同意擬制条項がない場合に認められる表示手段を逸脱する点を捉えて、同規定（の本質的基本思想）に対する違反をいうことができる。

さらに、BGB三〇八条五号の適用範囲についても論じられている。それによれば、この規定は、契約処理の領域における相手方の表示を擬制することを許容するが、契約締結の領域においてこれを認めるものではない。契約の変更も契約締結の一場面なので、同意擬制条項に基づく変更同意の擬制は、この規定によって正当化されないと主張される⁽¹⁴⁰⁾。

右のような同意擬制否定説の基本発想を単刀直入にいうならば、約款の変更を組入れと同視していることができる。組入れに関するBGB三〇五条二項への違反が問われていることもさりながら、契約変更を契約締結の

一場面とする立論にも、このことが明確に表れている。

2 同意擬制肯定説

以上のような同意擬制否定説は、現在では、ほとんど支持されていない。かつての否定説の論者も、肯定説へと見解を改めている⁽¹⁴⁾。同意擬制否定説に対しては、次のような批判が向けられている。

まず、BGB三〇五条二項違反または同項の本質的基本思想に反するものとして同三〇七条二項一号違反とすることに對しては、同項は相手方の同意表示のあり方について何も規定していない——同項の保護規範としての意義は、明示的な指示と認識可能性の確保にしかない⁽¹⁴⁾、あるいは、「沈黙は意思表示でない」との原則を逸脱しているが、当事者が合意によって沈黙に表示としての意味を付与することは自由であるので、同項に違反しない、といった反論が見られる。もともと、このような反論によると、契約締結に際して同意擬制条項だけを相手方の明示または黙示の同意によって組み入れ、当該条項に基づいて契約締結後に残りの約款全てを組み入れることも、可能ということになりかねない。しかしながら、そのような帰結を本当に認めてよいのかについては、疑問が残る。

そこで、同意擬制肯定説のさらなる理由付けが注目される。それは、約款の組入れと変更を区別する次のような議論である。すなわち、BGB三〇八条五号は契約締結に関して表示擬制を認めていない、との否定説の主張に對し、肯定説は、約款変更が契約処理の領域に属する、との反論を展開している。契約変更も、契約の処理を可能・容易にすべきものである限りにおいて、契約処理の領域に含まれ、BGB三〇八条五号によって規律される、あるいは、契約自体は既に締結されており、単にその具体的な形態を修正しようというのだから、約款変更は、契約処理の方法とみなされ、「契約締結」とみなされるべきでない、⁽¹⁵⁾といった主張がされている⁽¹⁶⁾。さらに、このような契約

処理過程における約款の変更が、継続的契約においては必要であることが強調されている。⁽¹⁴⁷⁾ これらの議論において同意擬制肯定説は、否定説と対照的に、約款の組入れ＝契約締結と約款変更＝契約処理とを区別している。⁽¹⁴⁸⁾

このような見解を推し進めると、契約の処理に資する範囲においてのみ、同意擬制条項の使用を許すことが考えられる。そうすると、契約締結に際しての組入れ規律を潜脱するような同意擬制条項の使用は、否定されることになる。前述の同意擬制条項だけを先に組み入れるという手法は、許されないことになろう。⁽¹⁴⁹⁾ このような考え方は、契約関係の継続による推断の同意に関する支配的見解とも平仄が合う。既述のように、契約締結後の初回組入れについては、推断的同意を否定する見解が支配的であった。

また、同意擬制条項が契約関係の継続による推断の同意に近いものと考えられるならば、当該条項がない場合に認められる表示手段の逸脱という点でも、同意擬制条項の有効性に異議を述べる必要はない、ということになろう。⁽¹⁵⁰⁾ もつとも、ドイツ法の議論動向においては、前述のように、推断的同意否定説に立つ論者によっても同意擬制条項の使用が肯定されている。⁽¹⁵¹⁾

最後に、約款変更に関する同意擬制条項が許容されるという見解は、BGB三〇八条五号またはその前身であるAGBG一〇条五号に関する立法者意思も論拠としていえる。すなわち、AGBG一〇条五号の立法理由⁽¹⁵²⁾においては、銀行や保険などの取引で表示擬制条項を用いることに正当な利益があるとされていた。⁽¹⁵³⁾ また、債務法現代化法の政府草案理由書⁽¹⁵⁴⁾においても、同意擬制条項の使用が原則として承認されている。⁽¹⁵⁵⁾ このような立法者意思に基づいて、約款変更のために同意擬制条項を使用することが許される、とする。

四 手続的な有効要件

同意擬制による約款変更の可能性を認める場合には、次に BGB 三〇八条五号による同意擬制条項の規制が問題となる。同号は、相手方の表示を擬制する条項を有効とする最低限の手続的な要件を定めている。すなわち、表示擬制条項が有効とされるためには、(a) 相手方に明示的な表示をするために相当な期間を与え、かつ、(b) その期間の初めに相手方に対して自己の行為態様の意味、すなわち、いかなる場合にどのような表示が擬制されるのかを指摘する義務を、約款使用者が負う必要がある⁽¹⁵⁶⁾。約款変更についての同意擬制条項も、これらの要件を充たさなければならぬ。約款使用者は、約款変更の申込みをするに際して、相当な異議申立て期間を定め⁽¹⁵⁷⁾、また、当該期間中に異議を述べなければ当該変更に同意したことになる旨を、相手方に指摘しなければならない⁽¹⁵⁸⁾。

BGB 三〇八条五号の定める二つの要求は、相手方に所定の行為の法的な意味を意識させ、これに備えることができるようにし、かつ、その行為をするか、場合によっては明示的な表示をするかについて決定するための十分な時間を相手方に残すことを、意図するものである⁽¹⁵⁹⁾。また、指摘義務については、契約締結後長時間が経ち、相手方が自らの行為に結びつけられた法律効果をもはや覚えていない場合を考慮して、必要とされている⁽¹⁶⁰⁾。このような規定の趣旨のうち、相手方に行為の法的な意味を意識させることについては、先に約款使用者による明示的な指示の必要性の箇所を取り上げた表示意識の問題につながるものといえることができる。すなわち、ドイツ判例は、表意者が現に意思表示をするという意識を有していることまでは意思表示の要件としていないが、自らの行為が意思表示として理解されうることの認識可能性を要求していた。相手方が自己の行為の意味を意識することができるよう措置することを求める BGB 三〇八条五号 b の規定は、表示意識または認識可能性を要求する意思表示理論と平仄が合う。また、相当期間の付与は、相手方が擬制される法律効果の発生を回避することができるのでなければならぬ

い、との考え方を基礎としている⁽¹⁶⁾。この考え方も表示意識に関する判例の要求するところ、すなわち、自らの行為が意思表示として理解される事態の回避可能性の要求と共通する。かくして、BGB三〇八条五号の定める二つの要求は、意思表示法の一般法理を基礎としたものとして位置づけることができる。

このようなBGB三〇八条五号の一般原則性は、同号の射程にかかわってくる。まず、既述のように、契約関係の継続による推断の同意を肯定する論者によっても、そのような同意の前提として同号を類推適用すべきことが、主張されている。また、同号を直接適用することができない事業者間取引においても（BGB三一〇条二項一文）、同様の要求を課す余地が出てくる。この点に関連して、BGB三〇七条の一般条項に基づく規制において、BGB三〇八条五号が微憑作用を有し、条項の不相当性を間接的に基礎づけるのか、が論じられている。判例には、BGB三〇八条五号の微憑作用を認めるものがある⁽¹⁶⁾。しかしながら、学説における支配的見解は、事業者には高度の注意と取引経験が期待されることから、BGB三〇八条五号の基準をそのまま適用することに否定的である⁽¹⁶⁾。もっとも、明示的な表示のための相当期間の付与については、消費者取引においてよりも短くとも、事業者間取引でもこれを要求する見解が強い⁽¹⁶⁾。これに対し、指摘義務については、不要な場合が多いとされる⁽¹⁶⁾。しかしながら、これも、ある作為・不作為が表示を擬制することは既に条項において定められているから、改めて個別の擬制場面で指摘をする必要がないとするに過ぎない、と考えられる。また、商取引において通例でない表示擬制については、BGB三〇八条五号の要件が遵守されていない限り、原則として無効である、との指摘もある⁽¹⁶⁾。このように見ると、事業者間取引においても、長短の差はあれども、明示的な表示のための相当期間が必要とされているうえ、相手方がおよそ自己の行為の意味を認識しえない状況において、表示擬制が正当化されているわけではない。

五 実質的な有効要件

同意擬制条項に基づく約款の変更は、BGB三〇八条五号の定める二つの手続的な要求を充たしてさえいれば、有効というわけではない。さらに、一連の実質的な有効要件が論じられている。

1 約款使用者の正当な利益

同意擬制条項に基づく相手方の同意の擬制が有効とされるためには、一般に、相手方の意思表示を擬制することについて約款使用者に正当な利益がなければならないとされる。⁽¹⁶⁸⁾ この正当な利益の所在について、二つの見解が唱えられている。

(1) 大量取引における組織上の必要性

第一に、多くの学説および判例において、約款使用者の正当な利益は、大量取引における組織上の必要性にあるとされている。より具体的には、大量・反復的な取引経過をできるだけ簡易に処理すること、または、同種契約の内容を簡易な方法で平準化することについて、約款使用者は正当な利益を有するとされる。⁽¹⁶⁹⁾ このような正当な利益の捉え方は、銀行取引や保険契約において表示擬制条項を用いることに正当な利益があることを認めて、そのような条項の一律禁止を採用しなかったというAGBGの立法経緯に手掛かりを有する。⁽¹⁷⁰⁾ この種の利益を唯一正当なものとすると、大量取引に限って同意擬制条項の使用が許されることになる。もともと、そのような積極的主張は、ごく一部にしか見いだされない。⁽¹⁷¹⁾

このような見解は、契約関係の継続による推断の同意に関して見られた約款の統一性・合理化効果の維持を根拠

とする肯定説と軌を一にするものであり、次の見解と対比すると、約款による契約の特殊性を考慮するものといえることができる。

（2）変更契約の成立についての法的安定性

第二に、大量取引であるか否かにかかわらず、変更契約の成立について法的安定性を確保することに約款使用者の正当な利益を求める見解がある。⁽¹⁷⁾ ある論者は、このことを次のように説明している。すなわち、相手方に有利な変更の場合に沈黙による同意を認めるとしても、相手方が沈黙の意義について争う可能性は否定されない。このような事態に対処し、変更合意の成立について法的明確性・安定性を確保するために、同意擬制条項が必要とされる⁽¹⁸⁾と。もっとも、このような説明だけでは、変更を拒絶したい相手方が本来明示的に異議を述べる必要はない場合（不利益変更の場合）に、なぜ同意擬制条項によって異議負担を相手方に課すことが許されるのか、明らかでない。この点についての正当化としては、その他の有効要件が相手方の利益を保護していること⁽¹⁹⁾、他、条項によってもたらされる明確な法律関係が相手方にとっても利益となること⁽¹⁶⁾、さらに、旧条項の存続について利益を有する相手方に異議負担を課したとしても不相当ではないことが挙げられる⁽¹⁷⁾。

異なる説明として、沈黙による同意や推断の同意の否定と同意擬制条項の使用肯定を連動させる見解がある。⁽¹⁸⁾ 沈黙による同意や契約関係の継続による推断の同意を認めない場合には、相手方の消極的契約自由が手厚く保護される一方で、約款使用者は、相手方の同意を得ることが難しくなる。そこで、論者は、約款使用者に同意擬制条項を当初契約に組み入れておく可能性を認める。逆にいえば、そのような可能性が認められるならば、同意擬制条項が使用されていない場合には、承諾獲得負担の原則を維持することで、相手方の保護に値する利益を考慮してよい、

とする。

いずれの説明によるにせよ、変更契約の成立についての法的安定性の確保は、約款による契約に限らず一般的に要請されうるものである。その点で、この第二の見解は、約款による契約（の中でも大量取引）に焦点を合わせる第一の見解と異なる。

2 変更原因の制限

つづいて、同意擬制による約款変更を正当化する原因の面において、法的な制限の有無が問題となる。約款使用者の一方的変更権を定める条項については、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軽微でない等価性障害を是正するためにのみ認められるとするのが、ドイツの判例である。⁽¹⁷⁾これに対して、同意擬制条項に基づく約款変更については、そのような変更原因における厳格な制限は課されないというのが、支配的見解である。⁽¹⁸⁾

既述のように、判例も、一方的変更権条項についての制限が、同意擬制条項に直ちに当てはまるわけではないとしている。⁽¹⁸⁾もともと、そのうえで、積極的にどのような変更原因の制限が課されるかについては、学説上、見解の差が見られる。

一方で、一方的変更権条項よりも緩やかではあっても、一定の正当な原因がなければ、同意擬制による約款変更は認められない、とする見解がある。①法的地位が無価値化させられることから相手方を保護するため、契約関係を事情変更に適させる必要がある場合に限り、約款使用者の正当な利益が認められるとする見解、⁽¹⁹⁾②条項の趣旨に鑑みて、等価関係にわずかでも障害が生じていなければならないとする見解、⁽²⁰⁾③あらゆる契約変更権限の基礎として給付価値の変動が要求されるとの理解から、給付関係に影響しない領域については、同意擬制条項による変更

であつても認められないとする見解⁽¹⁸⁴⁾、などがこれに当たる。また、これらの見解は、変更原因の制限に対応した変更内容の制限も説いている。例えば、前記①の制限を主張する論者は、相手方に本質的な不利益をもたらす変更は許されないとする⁽¹⁸⁵⁾。前記②の論者は、契約締結時に意図されたよりも相手方を不利に扱うことはできないとする⁽¹⁸⁶⁾。このように正当な変更原因を要求し、それに応じた変更内容のみを許容する見解においては、一方的変更権条項と同意擬制条項が区別されつつ、後者もまた弱い変更権限の留保として捉えられている、と見ることができる。

他方で、料金別納の返信ハガキ・無料通話・Eメールなどにより、相手方が費用をかけずに変更を拒絶する意思を表示することができるようになっていけば、純粋に内部的な組織転換措置を理由に自己の利益のために約款を修正したい、あるいは、価格形成に関して市場条件の変化を自己の利益のために考慮したいという約款使用者の願望も、不均衡ではない、とする見解がある⁽¹⁸⁷⁾。この見解においては、同意擬制条項に基づく変更も、あくまで合意による変更であり、それゆえ、可能な変更原因において特段の制限はないものと見られている。

3 本質的な変更の禁止

最後に、同意擬制によって契約内容を実質的に変更することの禁止が論じられている。

このような禁止については、まず、前掲BGH一〇〇七年判決が注目される。同判決においては、前述のようにインターネット接続契約等における同意擬制条項⁽¹⁸⁸⁾の有効性が問題となったが、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、契約関係の個別の細部だけでなく、給付記述および製品記述の変更を可能とするものである。同意擬制により、契約の要素、とりわけ主たる給付を含む約款使用者の給付のあらゆる変更が、無制限に可能とされる。これにより約款使用者は、契約構造を全体として変形し、給付の等価関係を著しく自己に

有利に変更し、相手方の地位を無価値化する手段を保持する。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り、同意擬制では十分でない。経験上、大多数の消費者は、要求された契約の変更を検証せず、「適切な変更である」と想定して、沈黙する。したがって、同意擬制条項は、實際上広範に、約款使用者の一方的かつ内容的に無制限な変更権限に帰着する。そのような法的な力は、重要性の低い変更については受け入れられるべきであるが、契約構造の広範な変更については認められない。BGHは、以上のような理由から、給付記述を可能とする同意擬制条項の効力を否定した⁽¹⁸⁾。このような判例によれば、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⁽¹⁹⁾。

学説においても、次のような見解がある。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⁽¹⁹⁾、と。

以上のような本質的な変更の禁止は、契約全体の構造を規定するような契約変更とより軽微な変更の区別を前提に成り立っている。このような区別は、本質的な変更については契約締結に関する諸規定に従うべきものとされていることから見て取れるように、契約締結と契約処理の区別に連なるものと位置づけることができる。

もつとも、このような本質的な変更の禁止に対しては、反対説も主張されている。まず、BGB三〇八条六号に依拠するアプローチに対しては、同号と異なり同条五号では特別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、契約変更が特別な意義を有することは、同意擬制の妨げとなるのではなく、むしろ、同意擬制によって法律関係の明確化を図る契機となる、との批判がある。⁽¹⁹⁾ 本質的変更の禁止が同意擬制による変更合意のいわば不完全性に基づいているのに対して、この批判は、同意擬制条項の合意による変更としての性質決定を重視し、法的明確性の確保という観点から条項の正当化を図ることを前提としている。また、合意による変更であることを強調して、同意擬制方式の価格変更条項・給付変更条項も可能である旨を説く見解もある。⁽¹⁹⁾

六 小括

1 同意擬制条項の使用を肯定する基礎

ここまで見てきた同意擬制条項に関する一連の議論をまとめると、まず、今日のドイツ法においては、一定の有効要件のもとで、約款変更のために同意擬制条項の使用を認めることが支配的見解となっていることを、指摘することができる。この使用承認の基礎には、次の二つの考え方が見いだされる。

第一に、相手方が異議を述べた場合に約款変更の効力が生じない旨の約款変更条項を、一方的変更権条項ではなく、相手方の同意を擬制する条項として性質決定する考え方である。そのような条項を一方的変更権条項として性質決定する見解においては、異議権の非合目的性または不許容性が説かれ、そのような条項の使用に対して消極的な姿勢が示されていた。これに対して、同意擬制条項として性質決定する見解からは、同意擬制条項に一方的変更権条項とは異なる機能や利点があることが指摘され、同条項の使用に積極的な態度が示されていた。

第二に、約款の組入れと変更を区別する考え方である。かつての学説においては、組入れと変更を同一視し、約款変更のために同意擬制条項を用いることはおよそ許されない、とする見解が主張されていた。これに対して、今

日の支配的見解は、契約締結の領域に属する組入れと契約処理の領域に属する変更を区別する発想をもとに、同意擬制条項に基づく約款変更を認めている。

2 同意擬制条項の有効要件

同意擬制条項に対して設定される各種の有効要件は、概ね以上の考え方を反映したものといえることができる。それらの有効要件は、次のようにまとめることができる。

第一に、同意擬制条項には、一方的変更権条項と異なり、BGB三〇八条五号の規定が適用される。この規定によれば、約款使用者には、相手方に異議を述べるための相当期間を付与し、また、同意擬制を指摘することが要求される。これらの要求は、相手方の認識可能性および回避可能性に配慮したものといえる。

第二に、実質的な有効要件の一つめとして、約款使用者の正当な利益が必要とされているが、ここでは、大量取引を簡易に処理することにそのような利益を認める見解が多数を占めている。このような見解においても、契約処理の次元に焦点が合わせられており、やはり組入れと変更の区別が基礎にあると見ることができる。また、ここでは、約款を用いた大量取引の特殊性から正当な利益が導かれているが、かかる見解に対しては、変更契約の成立についての法的安定性という、約款による契約に限られない一般的な要請から正当な利益を基礎づける見解も存在した。

第三に、同意擬制を正当化する原因面での制限については、一方的変更権との違いを意識して、これよりも緩やかな制限に留める見解が支配的であった。もっとも、一方的変更権との距離感に応じて、依然として一定の制限を設ける見解と特段の制限を設けない見解とに分かれている。

第四に、同意擬制による本質的な変更の禁止が説かれている。この禁止は、契約全体の構造を規定するような契約変更とより軽微な変更とを区別することを前提に成り立っているが、かかる区別もまた、契約締結と処理の区別と同種のものと見ることができる。

第五節 本章のまとめ

本章においては、約款変更の申込みに対して相手方が異議を述べなかった場合に同意ありとする一連の手法についての議論を取り扱ってきた。序論において提示した分析視角に照らすと、それらの議論は、次のようにまとめることができる。

一 契約締結と契約処理の区別——約款組入れと約款変更の違い

まず、一連の議論の随所で、約款の組入れと変更の違いが意識されていたことが注目される。約款の変更については、契約関係の継続による推断的同意を認める見解が支配的であるが、契約締結後の組入れについては、明示的な同意が必要であるというのが支配的見解であった。また、同意擬制条項に基づく約款変更を肯定する今日の支配的見解は、契約締結の領域に属する約款組入れと契約処理の領域に属する約款変更を区別していた。ドイツ法には、合意による約款変更にも組入れの規定が類推適用されることを出発点としながら、相手方の同意認定のあり方について組入れと変更を区別する傾向が見られる、ということが出来る。さらに、同意擬制条項の有効要件として論じられていた本質的な変更の禁止も、同様に、契約締結と契約処理の区別を基礎とするものと見ることが出来る。

これらの議論を総括すると、次のようにいうことができる。すなわち、契約の中心部分など契約構造の決定、お

よび、約款による契約の性格や構造を規定する約款の組入れについては、相手方の同意の認定が厳格に考えられている。これに対して、契約の処理の段階におけるより軽微な変更については、相手方の同意を緩やかに認定することが肯定されている。

二 同意認定の正当化根拠——約款変更と契約変更一般の違い

次に、異議を述べない相手方の同意を認定する実質的な根拠に注目すると、契約変更一般に通有しうる根拠だけでなく、約款による契約に特有の事情が考慮されていたことがわかる。そのような観点から、不利益変更と利益変更に分けて、緩やかな同意認定の正当化根拠を整理する。

1 不利益変更における正当化根拠⁽¹⁹⁶⁾

(1) 契約変更一般に通有しうる論拠

まず、契約変更一般に通有しうる論拠として、次の二つが論じられていた。

第一に、継続的取引における当事者間の信頼関係に基づいて、相手方の同意を緩やかに認める可能性である。この論拠は、次のような筋道をたどる。すなわち、当事者間に既に取引関係がある場合には、一方当事者から契約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ない。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。このような根拠は、事業者間取引における沈黙による同意や契約関係の継続による推断的同意について論じられていた。もつとも、このような当事者間の信頼関係に依拠した議論は、一般法律行為論のレベルでも疑義が呈されているうえに、約款変更にかかる相手方の同意に

ついて積極的に支持されているものではないことに、注意しなければならない。

第二に、約款変更についての合意の成否について法的安定性を確保するとの論拠が挙げられる。このことは、同意擬制条項の使用に関する正当な利益の第二のものとして、述べられていた。もともと、この論拠は、明示的な同意と対比して異議を述べなかった相手方の同意認定をどのように正当化するか、という観点に立っていない。むしろ、いかなる枠組みによれば変更合意の成否についての法的安定性が実現されるか、を重視するものである。それゆえ、各種の緩やかな同意認定手法が等しく根拠づけられるわけではなく、その中で法的安定性に資するものが是認されることになる。また、それによって安定的に変更契約の成否が決められるのであれば、明示的な承諾の要求が支持されることになる。

（2）約款による契約に特有の論拠——約款の統一性・合理化効果の維持

次に、約款の統一性・合理化効果を維持するために、相手方が明示的に異議を述べない限り、約款変更に同意したものとすると、との議論が見いだされた。契約関係の継続による推断の同意を肯定する論拠の一つが、まさしくこのようなものであった。また、同意擬制条項の実質的な有効要件である約款使用者の正当な利益として、大量取引における組織上の必要性が挙げられているのも、趣旨と見ることができる。このような論拠は、相手方の応答を期待しているのかどうかという点で、当事者間の信頼関係による正当化と異なる。すなわち、信頼関係に依拠する議論は、変更申込みに対する相手方の応答を期待するものであるが、ここでの論拠は、相手方に応答を期待しがたいことを前提に、約款取引を円滑に処理するために持ち出されている。このような論拠は、約款による契約に特有の事情、とりわけ画一的な処理の要請の高い大量取引に焦点を合わせたものということができる。これに対して、

信賴關係に依拠する議論は、少数で当事者間に密接な関係がある取引において、よりよく当てはまるものと考えられる。⁽¹⁹⁷⁾

合意による約款変更が合意による契約変更一般に対して独自の問題であるといえるかは、まずもって、このような正当化根拠をもつて相手方の同意の確保を容易にする手法を認めるかどうかにかかっている。この根拠を引き合いに出して契約関係の継続による推断の同意を認め、あるいは、同意擬制条項の使用に正当な利益ありとするドイツにおける支配的見解は、この点で合意による約款変更の問題の独自性を承認している、といえる。

2 利益変更における正当化根拠

利益変更についても、相手方に有利な契約変更一般に妥当しうる正当化根拠だけでなく、約款による契約に特有の根拠が見いだされた。

(1) 契約変更一般に妥当しうる論拠——相手方の通常的意思

第一に、利益変更における沈黙による同意の可能性について論じられていたように、相手方の通常的意思に依拠した正当化根拠がある。これは、「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」との觀念に基づいて、相手方の同意を緩やかに認めるものである。このような論拠によって沈黙による同意を肯定する見解は、具体的には、BGB 一五一条の意思実現の規定等を根拠としていた。このように、この論拠は、一般民法のレベルで成り立つものである。

(2) 約款による契約に特有の論拠——相手方に有利な約款を提供する約款使用者の義務

第二に、相手方に有利な約款を提供する約款使用者の義務に依拠して、利益変更における沈黙による同意を基礎づける見解が存在した。この論拠は、次のように理解することができる。すなわち、約款使用者は、相手方に有利な新約款を既存の顧客にも提供する義務を負うことがある。そのような場合には、この義務の履行を容易にするために、相手方の同意を獲得する簡易な手段が与えられるべきである。また、新約款を提供する義務がない場合でも、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り、そのために、やはり簡易な同意獲得手段が与えられるべきである。以上のような理解が可能である。⁽¹⁹⁾

このような義務に基づく論拠は、約款による契約に特有のものである。約款使用者の新約款提供義務がいかなる場合にどのような範囲で認められるかについては、さらに詰めて検討しなければならない。しかしながら、そのような義務が認められる限りにおいて、利益変更についても、合意による約款変更は、合意による契約変更一般に対して独自性を有するということになる。

三 一方的変更と合意による変更の区別

同意擬制条項に関する議論を参考にすると、約款使用者による一方的な約款変更と合意による約款変更の区別について、次の事柄を指摘することができる。

まず、変更と異議を述べなかった相手方の同意が認められるという変更規律は、機能的に見て、約款使用者による一方的変更と区別されるべきことである。異議権付の約款変更条項を同意擬制条項と性質決定する支配的見解に

属する論者がいうように、相手方に従来の約款による契約を存続させる選択肢を認めるのであれば、もはや約款使用者による一方的変更とはいいがたい。また、異議権付の変更条項を一方的変更権条項と性質決定する見解において異議権の非合目的性や不許容性が説かれていたことも、相手方に異議の可能性を認めることが一方的変更に馴染まないことを示している。

次に、一方的変更と同意擬制による変更とでは、有効要件において違いがある。その一つは、BGB三〇八条五号の定める手続的要件である。相手方が異議を述べなかったことをもって変更に同意したという場合にも、その相手方に自己の不作為の意味の認識可能性や回避可能性があることが要求される。二つには、約款使用者の一方的変更権に課されるような変更原因の面での厳格な制限が、同意擬制には課されないことである。とはいえ、同意擬制が変更原因において無制限とまでいえるかについては、また留保の必要などところである。同意擬制による変更合意を十分なものと評価せず、約款使用者による一方的変更の機能を依然として残すものと捉えるならば、より緩やかにはあっても、一定の正当な原因が要求されうる。

第四章 結論

第一節 ドイツ法のまとめ

前二章におけるドイツ法の分析を総合すると、次のようにまとめることができる。

一 約款の組入れと変更の相違

まず、約款の組入合意と変更合意の規律の違いとして、次の二点が明らかになった。

1 明示的な指示の要求における相違

第一点として、約款変更においては、契約締結に際しての組入れよりも広く、約款の明示的な指示が要求される。ドイツ約款法の体系によれば、BGB三〇五条二項が適用されない取引においては、相手方が約款の使用を知っていなければならない場合には、約款使用者が明示的に約款組入れの意思表示をしなくても、約款が契約に組み入れられる可能性がある。しかしながら、合意による約款変更について、そのような可能性は、存在しないか、または、非常に小さいものといってよい。これは、相手方が約款変更について知るべきであるといえる場面がほとんどないこと、さらに、仮に約款使用者が約款を改定したことが知れても、当該新約款を既存契約にも適用する意向であると知るべきであったとはいえないことによる。

このような明示的な指示の要求は、相手方の同意の意思表示における表示意識の問題と関係する。ドイツ判例は、表示意識を意思表示の成立要件とはしていないが、表示意識のない行為に意思表示としての作用を認めるために、表意者の認識可能性と回避可能性を要求している。約款変更に対し明示的に異議を述べなかった相手方に同意ありというためには、これらの可能性がなければならない。相手方にこれらの可能性を確保するために、約款使用者は、約款変更の意思表示を明示的に行わなければならない。さらに、これらの可能性を確保する必要は、BGB三〇八条五号が定める相当期間の付与や指摘義務と結びつけることができる。

2 合意の性質・内容の相違

第二点として、約款の組入れと変更とは、合意あるいはそれを構成する意思表示の性質および内容が異なるものと考えられる。BGB三〇五条二項二号に関する議論の背後に垣間見える意思表示の内容に関する異なる理解、

また、第三章で扱った相手方の同意認定に関して見いだされる契約締結と契約処理を区別する発想を総合すると、次のような形で両者の違いを示すことができる。すなわち、まず、約款の組入れについては、約款の総体を合意の内容とし、約款による契約としての性格を契約に付与する性質のものである、ということが出来る。これに対して、約款変更の合意は、約款による契約の処理を可能もしくは容易にするために、約款を修正または補充するものである。その内容は、個別の約款条項あるいは限られた数の条項からなる約款の一部に向けられている、と考える方が自然である。

約款の組入れ合意と変更合意の違いをこのように整理すると、契約締結に際しての約款の組入れはもちろん、契約締結後の初回組入れも約款変更ではなく組入れの問題として分類される。ドイツの支配的見解においても、約款変更と契約締結後の初回組入れの違いが意識されていたことは、既に述べたとおりである。さらに、既存約款を総体的に新約款に置き換える旨の合意についても、同意擬制条項による本質的な変更の禁止に関する議論などを参考にすれば、契約締結の領域に属する約款の（再）組入れの問題として位置づけるべきものと考えられる。

明示的な指示の要求における相違は、契約締結時と契約締結後のそれぞれにおける意思表示法の一般的要求の具体化の問題であり、いわば時的な相違に過ぎない。意思表示の主観的成立要件という点では、むしろ組入れの意思表示も変更の意思表示も共通であることを示している。これに対して、内容・性質面での相違は、組入れと変更の区別が単に時的区分に基づくものではないことを明らかにする。両者は、約款による契約の性格を決定するものとするような性格を前提とするものという点で性質上の違いがあり、また、約款の総体を内容とするか約款の一部あるいは個別条項を内容とするかという点で内容上の違いがある。このような相違ゆえに、前章の議論が示すように、契約締結後の約款の組入れと変更とは、相手方の同意認定について異なる規律が及びうる。また、内容上の違い

からは、合意による約款変更について、包括的な組入れルールがうまく当てはまらないことが導かれる。このことは、包括的な組入れと結びついた不意打ち条項規制（BGB三〇五c条一項⁽¹⁹⁾、AGBG三条）についても、機能しないか、機能する余地が小さいことを示唆する。

組入れ合意と変更合意の違いに関する以上の整理からは、ドイツ法の議論展開を次のように総括することができ。すなわち、AGBG制定後間もない時期の学説においては、組入れと変更の相違が十分に意識されておらず、むしろ両者をパラレルに扱う思考が強かった。認識可能性の確保に関する約款総体の開示で足りるとする説や、同意擬制条項に基づく相手方の同意を否定する見解は、まさにそのような思考の表れといえる。しかしながら、その後の学説において、これらの説は支持を失っていった。現在では、変更された個別条項の開示を要求する見解が一般的であり、また、約款変更のために同意擬制条項を用いることも許容されている。このような議論の変遷において、組入れと変更の違いがより意識されるようになってきている、ということができる。

二 約款変更と契約変更一般の違い

約款総体に向けられておらず、むしろ個別の約款条項を内容という点では、合意による約款変更は、単なる契約条項の変更に近い。しかしながら、合意による約款変更には、契約変更の合意一般とは異なる考慮要素が存在する。具体的には、約款の統一性・合理化効果の維持および相手方に有利な約款の提供義務という観点において、約款による契約の特殊性が考慮される可能性が示された。約款の変更においては、組入れと異なり約款の包括性は問題とならないが、定型化された契約条項であり、多数の契約を画一的に処理するために用いられているものであるという約款の性格が、依然として考慮されるものといえる。前者の観点において、このことは明らかである

が、後者の観点も、契約相手方を平等に扱うことを要請するものであり、やはり多数の契約が画一的に処理されている場面を前提とする⁽²⁰⁾。

三 約款の合意による変更と一方的変更の区別

合意による約款変更と約款使用者による一方的な約款変更の区別については、明示的に異議を述べなかった相手方の同意があったものとするというタイプの変更規律であっても、一方的変更と区別されるべきことが確認された。すなわち、約款変更の成否が相手方の意思に左右されることに鑑みて、両者は異なる性質のものとして位置づけられる。また、異議型の変更規律を一方的変更とは別に観念することは、約款使用者にとっても、相手方の告知権が要求されうる一方的変更を避け、顧客を失うリスクを冒さなくて済む点、また、変更原因の面でより緩やかな制限のもとで約款変更を達成しうる点で、メリットがある。

第二節 日本法への示唆

一 合意による約款変更の規律について

1 約款の組入れとの区別

本稿におけるドイツ法の検討から得られる第一の示唆は、約款の組入れと変更を区別するアプローチをとるべきではないか、ということである。序論において述べたように、定型約款の変更に関する従来の議論においては、相手方の意思的関与を確保すべく、約款の組入れと変更を平行に捉えるアプローチが存在した⁽²⁰⁾。しかしながら、同じく合意の範疇に置いたとしても、組入れと変更は同一ではない。約款の組入れ合意と変更合意とは、前述の

ように、合意の性質・内容が異なるものと考えることができる。⁽²⁰²⁾このように考える場合、契約締結後の約款の（再）組入れと約款変更とが区別される。広義には約款の変更と呼びうる措置の中には、組入れの範疇に位置付けられる再組入れと、まさしく変更と呼ぶべきものがある、といえる。

このような組入れと変更の峻別には、次のような実益がある。すなわち、一方で約款使用者の契約相手方にとっては、変更対象となる条項を認識可能とする措置を要求しうる点になる点に、利益がある。他方、約款使用者にとっては、約款変更について相手方の同意をより容易に取得しうる領域が確保されることになる。これに対し、約款変更を組入れと区別しないとすると、部分的な変更の場合にも新約款を全体として開示すればよく、また、常に相手方の明示的な同意をとらなければならない、ということになりかねない。そして、相手方の同意を得ることの困難さは、約款使用者による一方的変更の領域の拡大をもたらす危険もある。したがって、約款変更を組入れと同様の規律に服せしめることは、必ずしも相手方に有利というわけではない。さらに、一方的変更の領域拡大については、一見して約款使用者に有利なようであるが、要件の限定性や相手方に契約からの離脱可能性を与える必要を考慮すると、そうともいいきれない。このように考えると、約款の組入れ合意と区別された変更合意のカテゴリを設け、それについて独自の規律を模索することは、約款による契約の両当事者にとって実益がある。

最後に、このような峻別アプローチによると、定型約款の合意による変更については、定型約款の組入れにかかる民法五四八条の二を（類推）適用することができない。同条一項は、条項の総体たる定型約款を契約内容とする旨の合意を要件として、⁽²⁰³⁾個別条項についての合意を擬制している。これに対して、変更合意は、総体としての定型約款ではなく、定型約款の個別条項または限られた一部に直接向けられたものである。そこでは、同条一項に規定された合意擬制の規律が当てはまらない。また、包括的合意という前提を欠く結果、同条二項に包含される不意打

ち条項規制についても、機能しがたいものと考えられる。⁽²⁰⁴⁾

2 変更通知の必要性および意義

ドイツ法から得られる第二の示唆は、約款変更の合意を成立させるために、約款使用者は、明示的な変更申込みをしなければならない、ということである。定型約款の組入れについて、立案担当者は、約款の利用が予定された取引であることが法律上も予定されている場合や、約款が利用されている取引であることが一般的に認知されているといえる場合に、「定型約款を契約の内容とする旨の合意」が黙示的に成立する可能性を認めている。⁽²⁰⁵⁾ また、約款の組入れに関する代表的な判例である大判大正四年二月二十四日民録二二輯二二八二頁には、「当事者双方が特に普通保険約款によらない旨の意思を表示せずに契約したときは、反証がない限り、その約款による意思をもって契約したものと推定する」との趣旨の判示があり、⁽²⁰⁶⁾ このような射程の広い意思推定説の考え方が、旧法下において判例をリードしてきたことが指摘されている。⁽²⁰⁷⁾ このような両当事者黙示の意思表示による合意の成立あるいは推定という考え方は、約款変更の合意については、成り立ちがたい。⁽²⁰⁸⁾ 定型約款の変更について相手方の意思的関与を要求する従来の見解において変更通知の必要性が指摘されてきたことは、本稿の検討からも、筋が通っているものと評価することができる。

以上のことは、さしあたり結論的にそのようにいえるのではないか、と思われる。もつとも、ドイツ法の議論は、黙示の変更合意を否定するための理論構成について、課題を投げかける。ドイツでは、相手方の同意における意思表示の問題と関連付けて、約款使用者による変更約款の明示的な指示が要求されていた。そこでは、表示意識を意思表示の成立要件としない場合でも、行為者に自己の行為が意思表示として理解されることの認識可能性および回

避可能性がなければならない、との考え方が前提とされている。我が国の意思表示論は、このような表示意識に関する彼国の考え方を共有してきたわけではない。確かに、意思表示の成立のために表示意識を必要とする見解も主張されているが、通説は、これを不要としてきたうえ、ドイツ判例と同様の立場を採ってきたわけでもない。⁽²⁰⁾ そうすると、日本法において「約款変更を申し込まれており、異議を述べなければそれに同意したことになることを相手方が認識できるよう、約款使用者は、変更を明示的に通知しなければならない」との規律を確立しようとするならば、この規律が我が国における意思表示論の中にどのように係留されるのかについて、独自に考察していかねばならない。この課題については、本稿では問題提起に留めざるを得ない。⁽²¹⁾

3 相手方の同意の認定

約款変更の合意における相手方の同意認定のあり方についても、ドイツ法の議論は参考になる。

まず、約款変更について異議を述べなかった相手方の同意が認定されうるといふ処理が、日本法においても考慮に値する。前述のように、このような処理には、両当事者にとつての利益がある。すなわち、約款使用者としては、容易に相手方の同意を取得することができる一方、相手方にとつても、約款使用者による一方的変更の範囲拡大を抑制することができる。定型約款の変更において異議を述べなかった相手方の同意を認定してよいとするならば、民法五四八条の四の立法理由において述べられている⁽²¹⁾、相手方の承諾獲得に要する時間やコストという問題は、相当程度、合意による変更の範疇において解決することができる。

次に、なぜそのような同意認定が可能なのかという論拠の問題についても、ドイツ法の分析が参考となる。ドイツ法においては、約款の統一性・合理化効果の維持および相手方に有利な変更における新約款の提供義務というか

たちで、約款による契約に特有の考慮要素をもって緩やかな同意認定を正当化することが論じられていた。これらの論拠は、様々にありうる約款取引の中でも、とりわけ大量取引に焦点をあわせたものということができる。日本法の文脈でいえば、画一的な処理の要請が高い定型約款の変更について、特に当てはまりうるものである。定型約款の変更合意の規律においては、定型取引の性質を考慮するというかたちで、ドイツ法におけるのと同様の論拠を組み込む余地がある。

最後に、異議を述べなかった相手方の同意を認定する具体的手法については、どのように考えればよいか。ドイツ法では、沈黙による同意については消極的でありながら、契約関係の継続による推断的同意を認めるべきである、あるいは、そのような推断的同意にも消極的で、同意擬制条項の活用委ねるべきである、といった議論がされていた。このような議論については、その基礎にある実質的な考慮の次元と異なり、俄かに日本法に移入すべきものではないように思われる。まず、同意擬制条項に委ねればよいというのは、旧稿においても指摘したように、ドイツにおいて現にそのような条項の使用実績があることが前提となっていないか、と窺われる。同じ前提が日本法にも当てはまるのかは、疑わしい。また、契約関係の継続による推断的同意という手法については、次のような問題がある。すなわち、保険料の支払など一回的な履行行為から同意を認定する場合、いつそのような履行行為をするかは履行期に左右されるところ、履行期は、変更により異議を述べるための相当期間と必然的に連動するわけではない。保険金の請求など、一回的な契約上の権利行使についても、同じことがいえよう。これに対して、銀行口座を継続して使用した場合など、一定程度の継続的な権利行使から同意を推断する場合には、沈黙による同意を認めるのとはほとんど同じではないかと思われ、沈黙は同意に当たらないが、契約関係を継続すれば同意に当たるといった議論をすることには、違和感がある。端的に、変更申込みに対して相手方が相当期間異議を述べなかった場

合には同意が認定されるところで、十分ではないだろうか。⁽²¹³⁾

二 合意による変更と一方的変更の区別について

相手方が異議を述べなかった場合に同意を認定するという場合でも、合意による約款変更として一方的変更と区別されるならば、そのような変更規律は、一方的変更についての規定である民法五四八条の四に読み込むべきではない。合意による定型約款の変更についての規律は、五四八条の二でもなければ、五四八条の四でもない。民法は、明文の規定を設けていないというべきである。

第三節 残された課題

本稿の検討は、依然として次のような諸課題を残すものである。

まず、約款変更の合意の規律について、本稿では全く扱えなかった問題がいくつか存在する。

第一に、約款変更にかかる約款使用者およびその契約相手方の意思表示を考察の対象としたが、意思表示を論じるうえで付いて回る錯誤の問題については、立ち入ることができなかった。先に、ドイツ法では表示意識の問題と関連して論じられている明示的な変更通知の要求について、日本法における意思表示法上の位置づけを留保したが、かかる問題に回答するには、錯誤論にも視野を広げた検討が必要であろう。

第二に、変更された約款条項の内容規制についても、踏み込むことができなかった。本稿において取りまとめたドイツ法の議論を管見する限り、変更された条項の内容規制のあり方は、あまり問題にされていない。これは、おそらく、ドイツ約款法の構造上、組入れ規制と内容規制が切り離されており、一般的な見解によれば、⁽²¹⁴⁾ 内容規制は

超個別的・一般的な觀察によって行われるべきものとされていることに起因しているのではないか、と思われる。このような判断枠組みによる限り、内容規制において、契約締結当初からの条項と変更された条項は区別されがた⁽²⁵⁾い。しかしながら、約款の包括性や、相手方には約款を受け入れるか、そもそも契約をしないかの選択肢しか与えられないという、約款による契約の締結に際しての諸事情に鑑みて内容規制を正当化するならば、それらの事情は、本稿で扱った約款変更の合意には当てはまらない。そうすると、合意によって変更された約款をなお内容規制に服せしめようとする場合には、別に正当化根拠が必要となるのではないか。そのような変更約款の内容規制の問題については、さらに検討を加える必要がある。

第三に、前稿では、合意擬制型の約款変更と異議型と解除型があるとの整理をしたが、本稿においては、もっぱら異議型に焦点を合わせた検討を行った。本稿で示した合意による約款変更にかかる諸々の知見が、解除型にどこまで当てはまるものかについては、検証が必要である。

次に、相手方に有利な変更に関連して言及した約款使用者の新約款提供義務について、合意による約款変更の枠を超えて、さらに検討すべき諸問題がある。

第一に、このような義務は、約款変更の合意における緩やかな同意認定だけでなく、約款使用者による一方的な変更をも正当化する可能性がある。相手方の一般の利益に適合する場合に定型約款の一方的変更を認める民法五四八条の四第一項一号の正当化根拠として、このような義務を持ち出すことができまいだろうか。このような可能性について、さらに検討する必要がある。

第二に、先にも述べたとおり、具体的にどのような場面で新約款提供義務が課されるのかについても、依然として解明できていない。この点は、序論において取り上げた大判大正六年が保険契約者の有利に改正された約款の適

用を当然には認めなかったことも考慮に入れて、検討する必要がある。さらに、義務を課するのであれば、義務違反の効果についても、詰めた検討が要求される。

最後に、本稿で示した約款の組入れと変更の峻別というアプローチが、約款使用者による一方的な約款変更の規律にとってどのような意味を有するかという問題も、なお結論付けられていない。本稿では、合意による変更の範疇で考えたとしても、組入れと変更とが区別されうること指摘したに留まる。このことから、「組入れについては両当事者の合意が必要だが、変更については必要ない」といった結論が導かれるわけではない。もともと、約款の組入れと変更とは、ひいては契約の締結と変更とは、当事者の自律が果たす役割やそれが求められる程度に違いあるのではないか、という着想を示唆する程度には、本稿の検討は、一方的変更の問題にとっても意義があるのではないかと考える。

（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。）

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

「1. 本約款および特別約款の適用領域および変更

〔2〕 変更

「本約款および個別取引関係についての特別約款の変更は、顧客に対して、提案される効力発生時期の遅くとも二か月前に、テキスト方式で申し込まれる。顧客が銀行との間で取引関係の枠内において電子的通信手段に合意した場合に（例えば、オンライン・バンキング）、この方法でも変更を申し込むことができる。顧客が提案された変更の効力発

生時期より前に拒絶を示さなかったときは、顧客の同意があったものとする。この同意作用を、銀行は、顧客に対して変更の申込みの中で特別に指摘する。顧客に対して支払サービスについての約款（例えば、振込約款）の変更が申し込まれた場合には、顧客は、その変更にかかる支払サービス枠契約を、提案された変更の効力発生時期より前に、即時かつ費用負担なしに解約することもできる。この解約告知権を、顧客に対して変更の申込みの中で特別に指摘する。」

(118) Kolmsee, a. a. O., (Ann. 19), 226ff.

(119) 一方的変更権としての性質決定を明示する保険法学説として、Babette Reimann, „Bedingungsanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen“, 2007, 32ff. を参照。

(120) 具体的な条項の文言は、次のとおりであった。

(1) 保険者は、

- － 保険契約の諸規定が依拠する法律が改正された場合、
- － 最上級審判例または連邦保険監督局もしくはカルテル庁の行政実務に、直接的に保険契約に関する変更があった場合、
- － 条項が無効の場合、ならびに

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

〔2〕 変更された条項は、保険契約者に対して書面によって通知され説明される。保険契約者が通知後一か月内に書面によって異議を述べない場合には、変更された条項に同意したものとみなす。保険契約者は、通知に際してこのことを指摘される。期間遵守のために、発信で足りる。適時に異議が述べられた場合には、契約は、従来の条項を伴って継続する。

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

(121) Hau, a. a. O., (Ann. 19), 384⁹⁶, 以上と同様の判決理解を示している。

(122) Reimann, a. a. O., (Ann. 119), 49⁹⁷, 随意解除条件として性質決定している。

- (123) Reimann, a. a. O., (Ann. 119), 113ff.
- (124) Manfred Wandt, „Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen“, 2000, 73ff.; Armbrüster, in: Pröls/Martin, a. a. O., (Ann. 69), Einleitung Rn. 56, 77ff.; Reimann, a. a. O., (Ann. 119), 49ff. 74, 約款変更条項に異議権を必要としなければならない。
- (125) Wandt, a. a. O., (Ann. 124), 74.
- (126) Wandt, a. a. O., (Ann. 124), 75; Armbrüster, in: Pröls/Martin, a. a. O., (Ann. 69), Einleitung Rn. 56.
- (127) Armbrüster, in: Pröls/Martin, a. a. O., (Ann. 69), Einleitung Rn. 56.
- (128) Freund, a. a. O., (Ann. 19), 90f.; Bartmuß, a. a. O., (Ann. 83), 171ff.; ders., VuR 2000, 299, 300ff.; Hau, a. a. O., (Ann. 19), 383ff.; Eckelt, a. a. O., (Ann. 52), 119f.; Kolhsee, a. a. O., (Ann. 19), 93.
- (129) Pröls, a. a. O., (Ann. 57), 144f.; Bartmuß, a. a. O., (Ann. 128), 300; Heinrich Dörner, WuB IV C § 9 AGBG 8,99 (unter 2); Hau, a. a. O., (Ann. 19), 384.
- (130) Hau, a. a. O., (Ann. 19), 383ff.
- (131) 約款使用者の一方的変更権に対する補償としての告知権の考え方については、拙稿・前掲注（2）三三五頁を参照。なお、約款使用者が告知可能な契約においては、相手方の告知権不行使に約款変更への同意の意味を付与していることについて、同三三五頁以下を参照。
- (132) 問題の条項は、次のような文言であった。
「Yは、さらに、この約款または各給付記述および製品記述を六週の期間をもって予め変更する権利を有する。Yは、そのつどの変更を、顧客に対して、Eメールまたは書面によって通知する。同時に、顧客に対して、明示的に、次のことを指摘する。すなわち、顧客がこの変更に対して変更の通知から六週の期間内にEメールまたは書面によって異議を述べない場合には、当該変更が、契約当事者間に存在する契約の対象となることである。顧客が異議を述べる場合、各当事者は、通常告知について妥当する期間をもって、Eメールまたは書面によって、解約を告知する権利を有する。」
- (133) 表示擬制条項の禁止については、AGBGの立法過程で案が二転三転している。一九七四年に出された連邦司法相の作業グループの第一報告書（Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen

Geschäftsbedingungen: Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 1974. 邦訳として、北川善太郎＝安永正昭「約款に対する消費者保護の改善についての提案―連邦司法大臣の作業グループの第一部分報告書（一九七四年三月）試訳―（一）～（三）」民商七三卷一号一二八頁・三号一一一頁・六号一〇八頁（一九七五～一九七六年）がある。〕では、「顧客に一定の事実を認めさせ、もしくは、ある事実または表示を擬制する条項」（八条一八号a）が評価の余地のない禁止条項の一つとされていた。同年の参事官草案（DB Beilage 18/1974）も、この規定案を引き継いだ。これに対して、翌一九七五年のCDU/CSU草案（BT-Drucks. 7/3200）では、「普通取引約款において、期間が経過したこと、もしくは、その他の事実が生じたことまたは生じなかったことを理由に、表示がされたものとまたはされなかったものとみなすことはできない。契約上規定された表示がされないことによる契約の効果については、その表示が特別な方法で指摘された限りにおいて、この限りでない。」との規定が提案され、一律禁止の立場が採られなかった（後段においては、例えば、相手方の給付選択権の不行使が想定されている）。その後に出された政府草案（BT-Drucks. 7/3919）は、表示擬制条項の禁止についての規定を含んでいなかった。この政府草案に対し、連邦参議院の態度表明は、今日のBGB三〇八条五号と同一の規定の採用を提案した（BT-Drucks. 7/3919, 49f.）。連邦議会法律委員会報告書（BT-Drucks. 7/5422）は、この態度表明を受け入れた。

[134] 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。

[13] Walter Löwe, in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Gesetz (1977), § 2 Rn. 21; Hoeren, a. a. O., (Anm. 31), 3267.

(136) BGB三〇七条 一般条項

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

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

1. 約款規定が、それによって逸脱される法律上の規律の本質的基本思想に合致しない場合、または、
2. 契約の本性から生じる本質的権利義務を、契約目的の達成を危殆化するほどに制限する場合。

(3) 略

(137) Peter Præve, ZfV 1993, 214, 216.

(138) Löwe, in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, a. a. O. (Anm. 135), § 2 Rn. 21は、同意擬制条項を「約款の変更に關する約款における一方的な変更留保」と呼んでいる。また、Præve, a. a. O. (Anm. 137), 216は、約款使用者は同意擬制条項によって多かれ少なかれ一方的な確定権に帰着する手段を手に入れる、と指摘する。

(139) Horn, a. a. O. (Anm. 31), 452f.は、両者の違いを意識している。

(140) Löwe, in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, a. a. O. (Anm. 135), § 2 Rn. 21; Horn, a. a. O. (Anm. 31), 453; Hoeren, a. a. O. (Anm. 31), 3267.

(141) Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O. (Anm. 52), § 23 Rn. 623; Præve, a. a. O. (Anm. 57), 446; ders., „Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz“, 1998, Rn. 459; Friedrich Graf von Westphalen, in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz (2. Auflage, 1983), § 10 Nr. 5 Rn. 8 (同一論者ではないが、注

(135) の旧版からの改説である)。

(142) Thomas Nickel, „Die Erklärungsfiktion im Bürgerlichen Recht“, 1997, 185f. もともと、論者は、契約締結時の組入れ同意擬制条項については、そのような条項がそもそも組み入れられていないために効力を發揮しえないことはさておき、差止訴訟においては、「沈黙は表示価値を有しない」との原則に反するものとして、AGBG九条二項一号に違反するとしている。なぜ同じことが変更条項については当てはまらないのか、明らかにされていない。

- (143) Freund, a. a. O., (Ann. 19), 104f.
- (144) Freund, a. a. O., (Ann. 19), 103.
- (145) Annemarie Matusche-Beckmann, NJW 1998, 112, 115.
- (146) 約款変更に関する同意擬制条項もそもそも許されないものではなく、BGB 三〇八条五号によって規律されるとするその他の見解として、Harry Schmidt, in: Ullmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 6b; Jens Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 18; Staudinger/Dagmar Coester-Waltjen (2019), § 308 Nr. 5 Rn. 8; Barmuß, a. a. O., (Ann. 95), 172f. など⁵⁹⁾を参照。
- (147) Freund, a. a. O., (Ann. 19), 103; Präve, a. a. O., (Ann. 57), 446; ders., a. a. O., (Ann. 141), Rn. 459.
- (148) ちなみに、Jens Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 18⁵⁹⁾ BGB 三〇五条二項は約款の初回組入れのみを規律し、約款変更を規律していないという理由で、約款変更についての同意擬制条項は同項に違反しないとする。
- (149) このような手法を否定した判例として、BGH 第八民事部二〇〇九年十一月一日判決 (NJW 2010, 864) を挙げることもできる。そこでは、提携企業での買い物でポイントをためるによりキャッシュバックが受けられるサービスへの加入契約における、初回のカード使用により約款に同意したことになる旨の条項について、差止め可否が争われた。BGH は、この条項を「BGB 三〇八条五号違反とともに、同三〇五条二項と合わせた三〇七条二項一号により無効と判断した。もっとも、この判決では、契約締結に際して認識可能性が確保されていないことが三〇七条二項一号に抵触する理由とされており、約款の事後的組入れについての同意擬制がおよそ許されないことが理由とされているわけではない。しかしながら、本件条項においては、カードと共に約款が送付されることになっており、したがって、カード使用による同意の前に約款は認識可能であった、ということができる。そうすると、結論はよいとして——いずれにせよ、三〇八条五号 a および b の有効要件を充たしていなかった。——この理由付けが適切であったのかは、疑問が残る。」
- (150) Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O., (Ann. 52), § 23 Rn. 623⁶⁰⁾、まさにこのような理由から「同意擬制肯定説」と改説している。
- (151) Freund, a. a. O., (Fn. 19), 67ff., 206f.; Barmuß, a. a. O., (Ann. 95), 150ff., 216; Hau, a. a. O., (Ann. 19), 394; Kolmsee, a.

a. O. (Anm. 19), 72ff, 148ff. などを参照。

(52) BT-Drucks. 7/5422, 7.

(53) Freund, a. a. O. (Anm. 19), 103f.; Matusche-Beckmann, a. a. O. (Anm. 145), 115.

(54) BT-Drucks. 14/6040, 152. テレコムサービスおよびドイツポストの約款に同じ AGBG 二条の適用を除外しつつた同一三条二項一 a および一 b 号の改正に関連して、銀行約款に代表される同意擬制方式の約款変更条項が所定の要件の下で許容される⁵⁵⁾との見解を示している。

(55) Hau, a. a. O. (Anm. 19), 390.

(56) これらの要求は、擬制が問題となる個別の場面において初めて問われるものではなく、むしろ、条項それ自体の中に相当な期間の付与および約款使用者の指摘義務を規定しておくことが、必要とされている。BGH 第三民事部一九八四年一〇月四日判決 (NJW 1985, 617) —— AGBG 制定前の事案 —— : Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Anm. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 11, 12. Dannmann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O. (Anm. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 43, 47 (指摘義務に同じくは、個別合意により契約内容となつてゐるのでもなく、主要なコンメンタール類を中心に支持されている見解によれば、条項自体に BGB 三〇八条五号の要件を書き入れなければならないとしても、条文とおり「相当な期間」とだけ規定しておき、擬制が問題となる個別の場面にとそれを具体化するのでもよい。Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Anm. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 11; Dannmann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O. (Anm. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 43; Staudinger/Coester-Waltjen, a. a. O. (Anm. 146), Rn. 13, 14; MüKoBGB/Wormnest (8. Auflage, 2019), § 308 Nr. 5 Rn. 12, 14. などを参照。

(57) 条項における相当期間の定め方については、次のように争いがある。すなわち、主要なコンメンタール類を中心に支持されている見解によれば、条項自体に BGB 三〇八条五号の要件を書き入れなければならないとしても、条文とおり「相当な期間」とだけ規定しておき、擬制が問題となる個別の場面にとそれを具体化するのでもよい。Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Anm. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 11; Dannmann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O. (Anm. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 43; Staudinger/Coester-Waltjen, a. a. O. (Anm. 146), Rn. 13; MüKoBGB/Wormnest, a. a. O. (Anm. 156), Rn. 12. などを参照。これに対して、約款変更のための同意擬制条項を論じる学説では、透明性の要請または内容規制を免れるべきでないことなどを理由に、同意擬制条項自体において具体的な期間を記すことが要求されている。Bartmuf, a. a. O. (Anm. 95), 191; Hau, a. a. O. (Anm. 19), 386f.; Kolnsee, a. a. O. (Anm. 19), 141ff. を参照。また、Nickel, a. a. O. (Anm. 142), 204. 同様の見解を示す。

(58) これらの有効要件については、前掲 BGH 一九九九年判決が判断例を提供している。この裁判例において問題とされ

た約款変更条項には、相手方（保険契約者）に一月の異議を述べる期間を与える旨の規定、および、適時に異議が述べられた場合には、契約は「従来の条項を伴って」継続する旨の規定が含まれていた。前者の規定について、BGHは、保険契約者が三週間の休暇中に約款変更の通知を受ける場合を考えると、法的な助言を受け判断を下すのに、一月の期間は短すぎるとした。また、指摘義務に関係する後者の規定については、「従来の条項を伴って」という表現は、平均的な保険契約者から見て、契約が無効条項も伴って継続するものと読むことができ、保険契約者の権利行使を抑止しうるとの理由で、透明性の要請に違反するものとされた。

(159) Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 2.

(160) BT-Drucks. 7/5422, 7.

(161) これらの機能を果たす指摘のあり方について、判例は、次のように述べている。すなわち、「この指摘は、通常の事情のもとで認識が保障される方式で行われなければならない。指摘は、通常全てが注意深く読まれることのない多数の個別通知の中に隠されているのではない。指摘は、契約相手方の注意を喚起するのに適したものでなければならぬ。すなわち、印刷技術的に強調し、同一の通知の場合によつては含まれるテキストから明確に際立たせなければならぬ。というのは、さもなければ受領者によつて見過ごされるからである」とする。BGH第一一民事部二〇一四年一月二八日判決 (BGHZ 200, 121)。¹⁾ 前掲注 (156) BGH一九八四年判決を参照。

(162) 前掲注 (156) BGH一九八四年判決を参照。

(163) BGH第七民事部一九八七年九月一七日判決 (BGHZ 101, 357)。²⁾ BGH第一二民事部二〇一四年九月一〇日判決 (NJW 2014, 3722)。³⁾ 傍論であるがBGH第一一民事部二〇〇八年六月一〇日判決 (NJW 2008, 3348) を参照。

(164) Dannmann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 70; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 15; Markus Stoffels, AGB-Recht (3. Auflage, 2015), 282; MüköBGB/Wurmnest, a. a. O., (Ann. 156), Rn. 17⁴⁾を参照。

(165) Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 15; Staudinger/Coester-Waltjen, a. a. O., (Ann. 146), Rn. 17; MüköBGB/Wurmnest, a. a. O., (Ann. 156), Rn. 17.

(166) Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 15; Stoffels, a. a. O., (Ann. 164), 282.

- (169) Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 70.
- (168) 〃〃〃〃 Nickel, a. a. O., (Ann. 142), 208ff. 〃〃〃「正当な利益」という特別な要件を立てる必要はなく、相手方の保護の要否については、端的に BGB 三〇七条 (AGBG 九条) における相当性審査において考慮すればよいとする。
- (169) 正当な利益の要求に〃〃〃一部の学説は BGB 三〇八条五号に根拠を置いているが (Graf von Westphalen, in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, a. a. O., (Ann. 141), § 10 Rn. 11; ders., Dauerschuldverhältnisse - Wirksamkeit von Änderungsklauseln zugunsten des AGB-Verwenders, in: FS für Peter Schlosser, 2005, 1111; Präve, a. a. O., (Ann. 29), 226) 〃判例および支配的見解は、BGB 三〇七条に基づく審査におつて、正当な利益の有無を問題にしている (BGH 第九民事部一九八九年一一月九日判決 (NJW 1990, 761) ; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 7; Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 67; Staudinger/Coester-Waltjen, a. a. O., (Ann. 146), Rn.2, 〃〃〃〃や参照: Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 7; Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 19), § 308 Nr. 5 Rn. 67; Staudinger/Coester-Waltjen, a. a. O., (Ann. 19), 107; Kolmsee, a. a. O., (Ann. 19), 149f. 〃〃〃〃を参照: Freund, a. a. O., (Ann. 19), 107; Kolmsee, a. a. O., (Ann. 19), 149f. 〃〃〃〃を参照: (17) BT-Drucks. 7/5422, 7; BT-Drucks. 7/3919, 49f.
- (172) Graf von Westphalen, in: FS für Schlosser, a. a. O., (Ann. 169), 1111 〃〃〃BGB 三〇八条五号における不文の有効要件と〃〃〃大量取引における条項と〃〃〃があるとする。
- (173) Hau, a. a. O., (Ann. 19), 391ff; Kolmsee, a. a. O., (Ann. 19), 154f.
- (174) Kolmsee, a. a. O., (Ann. 19), 154f.
- (175) Kolmsee, a. a. O., (Ann. 19), 155 〃〃〃法的明確性の利益が同意擬制を正当化しているのは、相手方が変更申込みの到達に際して書面の意味と自らの行為の意味を知っていることを、約款使用者が正当にも前提とすることができる場合に限られる、としている。〃〃〃では、BGB 三〇八条五号が規定する手続的要件の充足などが、念頭に置かれているものと考えられる。

- (176) Präve, a. a. O. (Anm. 57), 446; ders., „Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz“, 1998, Rn. 459; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 19), 155.
- (177) Präve, a. a. O. (Anm. 57), 446; ders., a. a. O., (Anm. 176), Rn. 459.
- (178) Hau, a. a. O., (Anm. 19), 394.
- (179) 前掲BGH一九九九年判決、同二〇〇七年判決。
- (180) Graf von Westphalen, in: FS für Schlosser, a. a. O., (Anm. 169), 1110; Kolmsee, a. a. O., (Anm. 19), 151. これについて、Pröls, a. a. O., (Anm. 57), 1448は、一方の変更権条項と同様の正当な原因を要求する。
- (181) 前掲BGH二〇〇七年判決。もっとも、同意擬制条項の変更原因における制限について積極的な判示はされていない。
- (182) Seybold, a. a. O., (Anm. 30), 1236; Freund, a. a. O., (Anm. 19), 107f.
- (183) Bartmuß, a. a. O., (Anm. 95), 196f.
- (184) Eckelt, a. a. O., (Anm. 52), 219. 並びに Kolmsee, a. a. O., (Anm. 19), 151が、原因なき変更は禁じられるとする。
- (185) 注(181)を参照。
- (186) Bartmuß, a. a. O., (Anm. 95), 198; ders., a. a. O., (Anm. 128), 302f.
- (187) Hau, a. a. O., (Anm. 19), 399.
- (188) 注(182)を参照。
- (189) なお、BGH二〇〇七年判決は、約款変更に關する部分について独自の判断を行わなかった。同判決は、約款使用者のサービス提供の完全な柔軟性を確保するという当該条項が全体として有する機能に鑑みて、約款変更に關する部分だけを有効とする意味はないとした。
- (190) その後の裁判例として、BGH第八民事部二〇一五年二月九日判決 (NJW 2016, 2101) においては、ガス供給契約に含まれる「価格変更と契約上本質的な規律を除く」と記載された同意擬制条項の差止めが問題とされた。このような記載は、前掲BGH二〇〇七年判決を意識したものではないか、と思われる。BGHは、「契約上本質的な規律」の概念が十分にわかりやすいものではないとして、透明性の要請 (BGB三〇七条一項二文) 違反を指摘した。
- (191) 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。

- (192) Präve, a. a. O., (Anm. 29), 227; ders., a. a. O., (Anm. 137), 215. 他に Seybold, a. a. O., (Anm. 30), 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 Kolnsee, a. a. O., (Anm. 19), 151f. も参照。
- その他、同意擬制条項が使用された場合でなくとも、全体として軽微な細目の変更に過ぎない場合には、新約款を送付し、相当期間内に同意するよう要求することにより、同意の擬制を認めなければならない、とする見解もある (Staudinger/Schlosser, a. a. O., (Anm. 19), § 305, Rn. 194)。もっとも、この見解は、つづけて、継続的債務関係の継続における黙示の同意については、本質的な変更についても認められるものとしている。

- (193) Freund, a. a. O., (Anm. 19), 108f.

- (194) Hau, a. a. O., (Anm. 19), 398.

- (195) Graf von Westphalen, in: FS für Schlosser, a. a. O., (Anm. 169), 1111ff.

- (196) ここに不利益変更における正当化根拠としてまとめたものは、厳密に言えば、利益変更についても当てはまるのではないかと考えられる。

- (197) 当事者間に密接な関係がある場合に沈黙による同意を認める余地があるとする見解について、注 (68) を参照。

- (198) 約款変更の義務性に関しては、拙稿・前掲注 (1)・(三) 阪法六八卷三号一〇九頁以下 (二〇一八年) においても、約款使用者の無効条項変更義務について、ドイツの議論を紹介し、検討した。そこでは、約款上において無効な条項を除き、真の権利義務を明らかにすることが相手方の利益に適うことから、約款使用者が無効条項の変更義務 (オプリーゲンハイト) を負うのではないかと論じられていた。いまや約款使用者の約款変更義務が問題となりうる二つの領域が見いだされたことになる。無効条項の変更義務が、いわば約款の透明性に関する相手方の利益から生じる義務性の問題であったのに対して、利益変更における変更義務の問題は、約款の実質的内容に関する相手方の利益に基づく義務性の問題ということができる。

- (199) 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つて、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。

(2) 略

(200) 既述のように、相手方に有利な約款の提供義務論は、保険契約に関する判例に由来している。

(201) 注(11)を参照。

(202) 定型約款の変更について相手方の意思的関与を求める従来の見解においても、組入れと変更の状況の違いが全く意識されていなかったわけではない。そこでは、本稿において指摘した組入れ合意と変更合意の内容的な違い(約款全体を対象とするか、一部の約款条項に留まるか)という点も指摘されている(桑岡・前掲注(10)八四頁)。もともと、この見解は、組入れと変更の質的な区別を主張するまでには至っていない。

(203) 同項二号については、定型約款準備者の一方的表示による組入れを認めたものと解する見解も存在する。河上正二「民法(債権関係)改正要綱——とくに『定型約款』について」ジュリ一四八〇号八三頁(二〇一五年)、同「民法改正法案の『定型約款』規定を考える」法セ七四九号六七頁以下(二〇一七年)、森田修「約款規制・制度の基本構造を中心に(その二)」法教四三三三九頁(二〇一六年)、廣瀬久和「民法改正案『定型約款』規定についての覚書(一)」青山法務研究論集一三三〇一七三頁以下(二〇一七年)、同「『定型約款』規定についての覚書を再び掲載するに当たって」消費者法研究第三三三三六頁(二〇一七年)を参照。もともと、これらの見解は、そのように理解された二号の規定を積極的に支持しているわけではない。これに対して、立案担当者は、同号を「黙示の合意があるといひ得る局面を想定した規定である」と説明している(筒井・村松・前掲注(8)二四九頁以下)。学説においても、同号の積極的な理解として、同様の見解が主張されている。潮見佳男「民法(債権関係)改正法の概要」金融財政事情研究会(二〇一七年)二二七頁、中田裕康「契約法」有斐閣(二〇一七年)四〇頁、山本敏三「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」消費者法研究第三三三四五頁(二〇一七年)、鹿野菜穂子「『定型約款』規定の諸課題に関する覚書き」消費者法研究第三三八一頁(二〇一七年)以下、沖野真己「『定型約款』のいわゆる採用要件について」消費者法研究第三三一六頁以下(二〇一七年、初出二〇一五年)などを参照。本文の記述も、このような見解を基礎としている。

(204) 変更と区別される契約締結後の組入れについては、民法五四八条の二の規定が適用される。同条一項一号にいう「合

意」は、契約締結後に行われるのもよいとされている（村松＝松尾・前掲注（8）六七頁）。

（205） 村松＝松尾・前掲注（8）七八頁。

（206） もっとも、この部分の判示が判例としての意義を有するかについては、異論が存在する。すなわち、同判決の事案は、保険会社が作成した申込書に約款による旨の記載があり、保険契約者がそれに任意に調印したというものであった。このことから、同判決において判例としての意義を有するのは、「約款による旨を記載した申込書に保険契約者が任意調印して申込みをし、火災保険契約を締結した場合には、……一応これによる意思をもって契約したものと推定する」との判示である、との指摘がされている。山下友信「普通保険約款論（四）」法協九七卷一号七七頁（一九八〇年）を参照。

（207） 河上正二『約款規制の法理』有斐閣（一九八八年、初出一九八五年）一八二頁以下。

（208） ここにいう約款変更についての黙示の合意とは、あくまでも、相手方が変更により異議を述べなかったことをもって黙示の同意を認定するものである。相手方が変更後約款に応じた給付を受領するなどしたことをもって黙示の合意というのであれば、別の話である。

（209） 表示意識の問題については、佐久間毅「意思表示の存在と表示意識」岡法四六卷三＝四号二六三頁（一九九七年）を参照。

（210） ところで、約款使用者による明示的な指示の必要性やBGB三〇八条五号の規定の基礎に見いだされる相手方の認識可能性および回避可能性の要求は、意思表示の文脈をいったん離れて抽象化すると、「一方当事者が新たに作り出した危険や不利益を相手方に負担させようとするならば、当該相手方に当該危険または不利益の認識可能性および回避可能性がなければならぬ」という命題に表現することができる。このような命題は、我が国の判例においても考慮されてきたのではないかと窺われる。その例として、加入電話契約者Yの未成年子が利用したダイヤルQ2サービスに係る通話料の支払が問題となった最判平成一三年三月二七日民集五五卷二四三頁を挙げることができる。同判決の事案においては、契約者以外の者が契約者回線から行った通話についても、契約者が通話料の支払を要する旨の約款条項が存在していた。しかしながら、最高裁は、当該条項は家族等による電話利用が契約当事者の予想の範囲内にとどまっていることを前提とするところ、電話事業者XによるQ2サービスの開始により、契約のよって立つ事実関係が変化し、契約当事者の当初の予想と著しく異なる結果を招来することになったとして、契約者Yが料金高額化の事実およびその原因を認識してこれに

対する措置を講ずることが可能となるまでに発生した通話料については、信義則上、全額の支払を請求しえないものとした。このような判断は、約款条項は内容的に不変であるものの——したがって、法的には約款変更の問題ではない。——、約款使用者によって条項の前提事情が変更されたという場合について、そのような変更による危険を相手方に負担させるには、相手方にその危険の認識可能性および回避可能性がなければならぬ、との評価をしたものと見ることができる。むしろ、この判決は、通話料の五割減額という割合的解決をしたものであり、意思表示法のレベルにおいてもたらされる全か無かの処理とは異なっている。しかしながら、前述のような命題によって表現される共通の評価が基礎にあることは、窺うことができる。

(211) 注(8)を参照。

(212) 拙稿・前提注(1)五三頁。

(213) 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」(二〇二〇年八月)四〇頁は、サイト利用規約の変更について民法五四八条の四が適用されない場合につき、事業者による変更の告知後も利用者が異議なくサイトの利用を継続することをもって、黙示的に変更への同意があったと認定すべき場合があると考えられる、としている。このような見解に対しては、利用者に異議を述べるための相当期間が与えられているかに注意しなければならないことを、指摘することが出来る。

(214) Andreas Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Amn. 19), § 307 Rn. 110を参照。

(215) もっとも、消費者契約については、BGB三〇七条一・二項の審査において契約締結に付随する事情も考慮されうるものとされている(BGB三三〇条三項三号)。

BGB三三〇条 適用範囲

(3) 事業者と消費者の間の契約においては、この節の規定は、以下の条件のもとで適用する。

3. 三〇七条一項および二項に基づく不相当な不利益扱いの評価においては、契約締結に付随する事情も考慮されうる。