



Title	約款使用者による一方的な約款の変更（一）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2022, 71(5), p. 63-113
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87392
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

約款使用者による一方的な約款の変更（二）

武 田 直 大

目 次

第一章 序論

第二章 ドイツにおける一方的変更権条項の規制法理

第一節 適用法規の選択——BGB三〇八条四号の適用可能性

第二節 実体的有効要件——変更原因における制約

第三節 形式的有効要件——具体化の要請（以上、本号）

第四節 手続的有効要件——相手方の契約解消権および事前規制

第五節 一方的変更権の行使

第三章 結論

第一章 序論

一 本稿の目的

1 検討の課題

本稿は、約款使用者が一方的な約款変更権限を留保する約款変更条項（以下では、このような条項を「一方的変更権条項」という。）の内容規制に関するドイツの状況を検討素材とし、約款使用者が相手方との合意によらずして一方的に約款条項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、無効な約款条項の変更の問題を検討する一環として、あるいは、ドイツ法における約款変更論の概略を論じる際に、約款使用者による一方的な約款変更の問題を取り上げてきた。もつとも、それらにおいては、一方的変更の規律に焦点を合わせて、十分な検討を行うことができなかつた。また、前稿においては、両当事者の合意による約款変更の問題について論じたが、同稿は、「約款の変更は、もっぱら両当事者の合意によつて行われるべきである」と主張するものではない。むしろ、約款変更の規律は、合意による変更と一方的変更の両方から成り立つものと考えている。⁽⁴⁾このような理由から、本稿において、あらためて約款の一方的変更の問題について検討を行う。

2 検討の意義

約款の一方的変更権条項に関するドイツの議論を検討することには、日本法にとつて次のような意義が認められる。

第一に、定型約款の変更規定（民法五四八条の四）の内容を吟味し、その解釈を考えていいく上で、ドイツ法を

参照することに一定の益がある。確かに、本稿で取り上げようとするドイツ法の議論は、当初約款に含まれる変更条項によって初めて約款変更が正当化される場面に関するものであり、変更条項の存在を必要条件とはしていない定型約款の変更とは前提が異なる。日本法との対照でいえば、債権法改正の審議過程において事務局により提案されたものの、最終的に採用されなかつたアプローチに属するものである。⁽⁵⁾しかしながら、ドイツにおいては、日本民法五四八条の四に対応するような約款変更に関する一般的な法規定が存在しないところ、一方的変更権条項の規制に関する議論は、個別の契約類型に留まらず、約款一般を対象とした広がりを持つものであり、そこに約款変更の一般法理の反映を見ることが可能である。一方的変更権条項に課されている各種の有効要件の中には、変更条項に基づかない一方的な約款変更においても同様に問題となりうるものが含まれている、と考えることができる。それゆえ、ドイツにおける一方的変更権条項の規制法理を定型約款の変更規定と比較することは、ある程度可能である。

第二に、約款変更条項のあり方を考えるうえでも、ドイツ法の議論は参考になる。我が国においても、近時、包括的な約款変更条項の規制に関する裁判例が出現している。⁽⁷⁾また、変更条項の有無とその内容は、定型約款の変更の合理性審査における考慮要素の一つともなっている（民法五四八条の四第一項二号）。したがって、一方的変更権条項に課されるべき諸要求は、日本法においても検討されなければならない問題である。そのような検討を行うにあたり、対応するドイツの議論も参考となる。

二 本稿の構成

本稿の基本的な分析視角は、約款の一方的変更にかかる法的規制が、契約の中心部分の変更を典型として想定す

る契約の一方的変更一般と比較した場合に、どのような特徴を有するか、というものである。そこで、本稿では、しばしば給付変更条項や価格変更条項と約款の一方的変更権条項の規制法理を対比する。

まず、次章において、約款の一方的変更権条項の内容規制に関するドイツ法の状況を整理・検討する。その初めに、規制のための適用法規の選択にかかる議論を取り上げる（第一節）。ここでは、約款変更条項の規制に当たつての基本的な観点として、各種の契約変更条項の区別に関する対立が明らかにされるだろう。つづいて、約款の一方的変更権条項に課される各種の有効要件に関する判例・学説を、実体的有効要件（第二節）・形式的有効要件（第三節）・手続的有効要件（第四節）に分けて整理する。本稿では、実体的有効要件という語を、変更を正当化する原因あるいは事情およびそれに応じた正当な変更内容の要求の意味で用いるが、第二節では、約款変更に特有の正当な変更原因がどのようなものか、という問題が扱われる。形式的有効要件については、変更条項の具体的な定式化を要求するものであるが、それに関する議論からは、変更条項の具体化の要請について異なる複数の意味付けが見いだされる。そして、手続的有効要件においては、相手方に対する契約解消権付与の必要性および事前規制の存在が一方的変更権条項の有効性判断に与える影響についての議論を見る。ここでは、第三節の検討と合わせて、約款の一方的変更の場面において相手方に留保されるべき権利ないし地位に複数のものがありうることが示されるだろう。このような有効要件に関する議論を経た後、一方的変更権条項に基づく変更権の行使に関する議論を扱う（第五節）。ここでも、相手方が有しうる複数の権利が意識される。

次に、第三章においては、第二章の検討結果をまとめたうえで（第一節）、ドイツ法と日本法を比較し、ドイツにおける約款の一方的変更権条項の規制法理から日本法に対してもいかなる示唆を引き出すことができるか、を論じる（第二節）。

以上が本稿の構成であるが、本稿で取り扱うドイツ法の議論は、旧約款規制法（AGBG）の時期とそれが民法典（BGB）に統合された後の時期の両方に跨っている。参考する規定については、適宜文脈に応じて使い分ける。また、ドイツにおける法令・裁判所等の表記は、略称による。

第二章 ドイツにおける一方的変更権条項の規制法理

第一節 適用法規の選択——BGB三〇八条四号の適用可能性

一 緒論

ドイツにおける約款の一方的変更権条項の規制を語るうえでは、まず、同条項を規制するための適用法規の選択について論じなければならない。同条項に対する規制規範としては、内容規制の一般条項であるBGB三〇七条一・二項⁽⁸⁾（AGBG九条）の他に、同三〇八条四号⁽⁹⁾（AGBG一〇条四号）が考えられる。同号は、約束された給付を変更または逸脱する約款使用者の権利の合意を、約款使用者の利益を顧慮して相手方にとって期待可能である場合を除き、無効としている。事業者間契約においては、BGB三〇八条を適用することができず、一般条項による規制に委ねざるを得ない（BGB三〇八条一項一・二文⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾）。これに対して、消費者契約においては、約款使用者が約款の一方的変更権を留保する条項に対してもBGB三〇八条四号を適用すべきか、が問題となる。

仮にBGB三〇八条四号を適用することができなくとも、同三〇七条の一般条項による規制は行われる。また、前者の適用は、後者の重複的な適用を排除しない⁽¹²⁾。そして、BGB三〇七条一項のもとでは、当該条項が相手方に不相当な不利益を与えるものであるかの評価に当たり、当事者間の利益衡量が要求される一方、BGB三〇八条四号のもとでも、期待可能性要件において同様の利益衡量が行われる。これらのことを考慮すると、いの不当事項り

ストの適用問題は、ドイツ約款法の枠組みのもとでの法技術的な意味合いしか有しないようにも感じられる。学説の中には、いずれの規定によつても変更条項の規制の具体的なあり方は変わらないとして、同問題は实际上重要ではない、とするものもある。⁽¹³⁾

しかしながら、適用法規の問題についてこのような消極的な評価を下すことは早計である。というのは、この問題に関する議論は、主として約款変更とその他の契約変更との異同の観点から展開されているものであり、この観点は約款変更の規制を考えるうえで基本的な重要性を有するからである。そこで、本節においては、約款変更条項の規制にかかる適用法規の問題に関する議論状況を整理・分析する。

二 議論状況

1 適用肯定説

とりわけ約款変更に関する議論の比較的早期の段階——概ね、後述するBGH一九九九年判決が出現する前後の時期まで——においては、BGB 110八条四号に基づいて約款変更条項の効力を検討する学説が多く見られた。⁽¹⁴⁾それらの学説は、次のように整理することができる。

(1) 紹付変更と約款変更を区別しない見解

まず、紹付変更と約款変更の区別困難を理由に、約款変更条項にもBGB 110八条四号を適用可能とする見解がある。この見解の論拠は、次のようにまとめることができる。

第一に、BGB 110八条四号は「紹付」の変更を規制しているところ、約款に含まれる諸内容を紹付とそれ以外

の事項とに区別することは困難である、とされる。このことは、保険約款のほとんどの条項は最終的に何らかの形で給付を規定するものであるとして、とりわけ保険契約について指摘されている。⁽¹⁵⁾ さらに、保険契約に限らず一般的にこの区別の困難を指摘する論者は、BGB三〇八条四号にいう「給付」が主たる給付義務だけでなく広く付隨義務を含む概念であることを、その理由として挙げている。⁽¹⁶⁾ このような広い「給付」概念は、現在の解釈論において支配的な見解である。⁽¹⁷⁾

第二に、BGB三〇八条四号の趣旨を広く捉える理解が、付け加わる。例えば、同号が全ての契約内容に及ぶ契約の拘束力の原則を基礎としていることが指摘される。⁽¹⁸⁾ また、約款変更だけでなく広く一方的な契約変更条項の規制にかかる一般条項として同号を位置づける論者は、後述する支配的見解と異なり、相手方の給付についての変更留保も同号の適用対象となると主張し、その際に同号の保護目的として給付と反対給付の等価関係の維持を挙げている。⁽¹⁹⁾ このようにBGB三〇八条四号の趣旨を広く契約の拘束力や等価関係の維持に求める場合には、主たる給付に限らず契約内容の変更留保を広範に同号に服せしめてよく、約款の一方的変更権条項についても、その適用領域に含めて考えることができる。

(2) 約款変更と約款変更を区別する見解

右のような第一の見解と異なり、給付変更と約款変更を区別したうえで、約款の一方的変更権条項の規制についてもBGB三〇八条四号のもとで考える見解も存在する。この見解は、BGB三〇八条四号が相手方にとって期待可能な範囲で主たる給付の変更留保も有効としているならば、約款に典型的な付隨的条項の変更留保についてはなおさら可能である、との勿論解釈を主張するものである。⁽²⁰⁾ こゝでは、約款の一方的変更権条項の有効性を基礎づける

方向において、BGB 110八条四号の適用可能性が説かれている⁽²¹⁾。そして、給付変更と約款変更を区別する点では、次の適用否定説と考え方を共有している。

論

2 適用否定説

右のようなBGB 110八条四号適用肯定説に対し、判例は、約款に関する一方的変更権条項の規制を一般条項たるBGB 110七条に委ねている。また、学説上も、BGB 110八条四号の適用を否定する見解が主張されている。もとも、適用否定説の主張内容も、一様ではない。次に示すように、同説は、二種に大別することができる。

(1) 約款の変更留保を認めない見解

まず、BGB 110八条四号が約款変更に適用されない結果、約款の一方的変更留保はおよそ認められない、とする見解が存在する⁽²²⁾。この見解によれば、BGB 110八条四号（および同三一五条⁽²³⁾）が給付変更のみを規律していることから、約款使用者の一方的変更権は、給付の種類と範囲のみを対象とすることができ、契約のその他の法的形態を対象とすることはできない。したがって、約款全体を対象とする一方的変更権は許容されない、とする。

このような見解の背後には、契約上の義務負担を無制限に他者の決定に委ねることは、私的自治の基本要素である契約内容の確定性の要請に反する、との考慮がある⁽²⁴⁾。すなわち、給付変更であれば、前記の諸規定が一定の要件のもと明示的に許容しているうえ、給付概念によつて変更対象が限定される⁽²⁵⁾。これに対して、約款の規律内容は、給付以外にも多岐にわたるところ、約款全体の変更を留保することは、無制限な他者決定へとつながる。このでは、約款内容の多様性が、一方的変更権に対する障害として意識されている⁽²⁶⁾。

(2) 約款の変更留保をBGB 110七条によつて規制する見解

適用否定説の第二は、約款変更条項の規制を一般条項であるBGB 110七条に委ねるものである。前述のように、BGHの判例がこの立場に与している。確かに、約款変更条項の効力に関する初期の判例として挙げられるBGH第一民事部一九九一年七月九日判決 (NJW 1991, 2559) は、約款使用者の給付が問題となる限りにおいて当該変更条項はAGBG 10条四号に違反しないものとした原審の判断につき、法的瑕疵がないとしている。⁽²⁸⁾しかしながら、その後の判例は、いずれもAGBG九条一項またはBGB 110七条一項に基づいて、約款変更条項の有効性を審査している。⁽²⁹⁾そのような判例として、第一に、BGH第四民事部一九九九年三月一七日判決 (BGHZ 141, 153) を挙げることができる。同判決においては、法的保護保険契約における約款変更条項に対する差止めの可否が、AGBG九条一項に基づいて判断された。BGB 110八条四号の適用が特に説かれていた保険契約について、同号を規制の根拠としていることが注目される。⁽³⁰⁾また、BGH第三民事部一〇〇七年一〇月一一日判決 (NJW-RR 2008, 134) は、インターネット接続契約における約款・給付記述・価格のいずれの一方的変更権をも留保する条項について、約款変更・給付変更・価格変更に分け、約款変更に関してはBGB 110七条一項により、給付変更に関しては同三〇八条四号に依拠して、当該条項の有効性を判断している。⁽³¹⁾のべて約款変更条項と給付変更条項の内容規制における適用法規を区別する理由として、BGHは、一九九九年判決において、四号の規定が給付のみに關係するのに対し、約款変更条項は全ての規律を把握しようとするものである、と述べている。⁽³²⁾

右のような判例の考え方の補強として、BGB 110八条四号の構造・沿革および同号における「給付」概念を指摘することができる。

また、BGB 110八条四号の構造上の特徴は、給付変更留保を無効なものと推定し、それが相手方にとって期待

可能なものであることとの主張立証責任を約款使用者に課している点にある。⁽³³⁾期待可能性の判断において両当事者の利益衡量が必要であり、そのことは、一般条項であるBGB 110七条一項に基づく不相当性審査と異ならないとしても、後者において不相当性の主張立証責任は相手方にある。⁽³⁴⁾さらに、BGB 308条三号における解除留保の禁止が継続的債務関係には妥当しないとの対照的に、同四号の無効推定は、かかる適用除外を設けていない。このように主張立証責任の面で一般条項よりも強い規制を設けている点を、BGB 110八条四号の特徴として指摘することができる。

そして、前身であるAGBG 10条四号の沿革に目を向けると、同号は、主たる給付義務の変更留保に主眼を置いて厳格な規制を設けているものと、見ることができる。すなわち、AGBG 10条四号は、約款使用者が自ら責めを負うべき給付障害の効果を免れるために給付変更を留保する事態に対処するために、設けられたものである。立法過程では、問題となる条項の例として、材質・寸法・色その他の細部において注文と異なる物を提供することができる旨の条項が挙げられ、そのような留保は、家具販売や通信販売において特に頻繁に見られるものとされていいた。⁽³⁵⁾このような立法理由において主たる給付義務の変更留保が念頭に置かれていることは、明らかである。確かに、現在の解釈論において、BGB 110八条四号における「給付」には付隨的な給付義務や給付態様も含まれるとされているが、このような規定の沿革に鑑みると、BGB 110八条四号は、とりわけ主たる給付義務の変更留保に照準を合わせて、無効推定という厳格な規制を設けているものと見ることができる。⁽³⁶⁾BGB 110八条四号の趣旨をこのように捉えた場合、この規定は、約款変更条項の規制にとつて必ずしも適合的なものではない。⁽⁴⁰⁾

また、支配的見解によれば、BGB 110八条四号にいう「給付」は、あくまでも約款使用者の給付であり、したがつて、同号は、相手方の給付についての変更留保には適用されない。このことは、相手方の給付内容についての

変更権が「異なる給付をなす権利」という文言に当てはまらない」とも理由とするが、約款使用者が自己の不履行責任を免れることを阻止するという規定の趣旨から帰結される⁽⁴²⁾。このような支配的見解に従うと、たとえ全ての約款条項が最終的には給付に関わるものであると解しても、約款の中には相手方の給付義務に関わる条項も含まれていると考えられるにもかかわらず、BGB 111〇八条四号のもとでは、もっぱら約款使用者の給付義務の変更留保といふ観点から、約款変更条項を評価することになってしまふ。このような一面的な評価方法が適切か、という問題が生じてくる。⁽⁴³⁾この問題は、給付とそれ以外の事項との区別困難が指摘されてきた保険約款においても、回避しない。

ところで、相手方の給付義務の代表である対価の支払義務に關係する価格変更留保について、BGH 判例は、BGB 111〇九条一号⁽⁴⁴⁾（AGBG 一一条一号）により短期間の価格引上げが禁止されている場合を除き——同号は、継続的債務關係に適用されない。——、BGB 111〇七条に基づいて有効性を判断している⁽⁴⁵⁾。このことは、継続的債務關係においても給付変更留保を原則無効としているBGB 111〇八条四号と対照的である。判例は、主たる給付義務の変更の範疇においても適用法規を使い分けている。

三 小括

本節では、約款変更条項の規制にかかる適用法規の選択の問題として、BGB 111〇八条四号の適用可能性に関する議論を扱つた。この規定の適用の可否について立場を分けていたのは、まづもつて各種の契約変更条項において変更対象となる契約内容を一元的に捉えるか、多元的に捉えるかという問題についての、見解の相違であつたといふことができる。すなわち、適用肯定説の代表的な論拠は、給付と約款の区別困難をいうものであつたのに対しても、

約款変更条項の規制を一般条項に委ねる判例は、両者を区別したうえ、約款使用者の給付についての変更留保と相手方の給付（価格）についてのそれとの間でも、適用法規を分けている。

このような契約内容の捉え方の相違に、BGB三〇八条四号の趣旨の理解が付け加わる。同号の基礎に、広く契約の拘束力の原則一般を見たり、同号の目的を等価関係の維持一般に求めたりする場合には、適用肯定説に傾く。これに対して、沿革を重視し、約款使用者が給付障害の効果を免れるために自らの主たる給付義務の変更を留保する場合に、そのような変更留保条項の無効を推定することに、同号の趣旨を求めるのであれば、同号は、約款変更条項や価格変更条項の有効性評価に適していない。また、「主たる給付義務の変更留保が許されるならば、約款変更留保についてはなおさらである」という勿論解釈（適用肯定説（2））も、同号の核心的内容を給付変更留保の原則無効に見るならば、適切とはいがたい。

最後に、適用否定説（1）においては、契約内容の確定性の観点から、約款の変更留保を一切認めないことが主張されていた。この見解は、約款の規律内容が多様であるところ、約款変更条項は無制限の契約変更を可能にするものである、との考慮に出たものであった。このような見解の当否を判断するには、次節以降に扱うように、約款変更条項に課される具体的な制限をさらに検討する必要がある。

第二節 実体的有効要件——変更原因における制約

一 緒論

約款使用者が約款条項において一方的な約款変更権を留保したからといって、あらゆる変更が許されるわけではない。一方的な約款変更は、正当な変更原因がある場合に限り、そのような原因に応じた変更内容でのみ許容され

る。一方的変更権条項の規制においては、いかなる原因がある場合について約款変更を留保するものであるかが、条項の有効性を左右することになる。本節では、このような変更原因に関する変更条項の実体的有効要件を扱い、判例法理を出発点として議論状況を整理・検討していく。

二 実体的有効要件に関する判例法理

ドイツ判例は、次の二つの場合に限って、約款使用者による一方的な約款変更の正当性を承認している。すなわち、①約款使用者によって惹起されたのでなく、約款使用者が影響を与えたのでもない、予見不可能な事情変更により、契約締結時に存在した等価関係が軽微でない程度に害された場合、および、②条項無効などによって生じた規律欠缺が、契約の実行において困難を生じさせ、変更または補充によってのみその困難を除去することができる場合である。このような実体的有効要件は、まず保険契約に関する前掲BGH一九九九年判決において示された。その後、インターネット接続契約に関する前掲BGH二〇〇七年判決においても、同様の有効要件が提示された。後者は、インターネット接続契約と保険契約では同程度の顧客保護が要請されるわけではないとしつつ、前者を引き継いでいる。また、被告事業者が、インターネット・プロバイダ市場の競争および技術的変化の激しさを挙げ、必要な顧客ロイヤリティを維持し、それを競合他社に対して高めるために、前記①・②の制限を超える変更権限を留保する必要がある、と主張していたのに対し、同判決は、市場の変化が激しいとしても、包括的な変更権限は、変更解約告知を回避し、被告事業者の領域に属する競争リスクを契約相手方の負担で免れるものであり、正当化しえない、と述べている。前記①・②の要件には、契約の種類を問わない、約款の一方的変更に関する原則的な位置付けが与えられているものと見ることができる。

正当な変更原因の前記①・②への限定に関連して、前掲BGH一九九九年判決は、当初約款の内容規制における無効基準（不相当な不利益、AGBG九条一項）と約款変更の有効要件の違いを述べている。それによれば、AGBG九条一項は、相手方が不利益を甘受するか否か契約締結前に決定する機会があることを前提に、信義則に反する不相当な不利益扱いからの保護を図るものである。これに対し、約款変更条項は、契約締結後の期間、保険契約者が不利益を甘受するかの決定を下した後に焦点を合わせるものである。保険者は、両当事者の合致した意思により成立した契約内容から、変更条項によつて保険契約者の不利になるように解放されえない。事情変更による等価関係の回復または欠缺補充を超える変更を必要とするならば、行為基礎脱落の規律（現BGB三一三条⁽⁴⁷⁾）による変更を⁽⁴⁸⁾模索すべきである。⁽⁴⁹⁾同判決は、以上のように判示している。ここには、一般的な契約の拘束力の原則を出発点として、約款変更の正当な原因および内容についての一つの考え方が表されており、前記①・②の要件が一般性を持つ⁽⁵⁰⁾ことが示唆されている。

さらに、前掲BGH一九九九年判決においては、解釈上の疑いの除去を理由とする約款変更条項の効力も問題となつた。同判決は、不明確準則を定めるAGBG五条（現BGB三一〇五c条一項⁽⁵¹⁾）の本質的基本思想（AGBG九条二項一号）を逸脱するものとして、そのような条項を無効とした。同様の判断は、疾病保険契約における同趣旨の条項⁽⁵²⁾の差止めが問題となつたBGH第四民事部一〇〇八年一月一三日判決（NJW-RR 2008, 834）においても、繰り返されている。前記①・②の要件と並んで解釈上の疑いが存在する場合が挙げられていないことも合わせると、判例においては、解釈上の疑いの存在は、約款変更の正当な原因として承認されていないものと考えられる。

三 判例法理の分析——他の契約変更条項の規制基準との異同

右のような判例に表された約款変更の原因は、どのような意味を有するか。以下では、判例では正当な変更原因として承認されていない解釈上の疑いの除去を含め、等価性障害と規律欠缺・解釈上の疑いの二つに分けて、各種の変更原因の位置づけを分析する。その際、前節において述べたように、判例は、給付変更・価格変更・約款変更の各条項について適用法規を分けているところ、前二者の変更条項の規制基準と比較することで、約款変更条項の実体的有効要件の意味を明らかにする。

1 等価性障害

まず、前記①の等価性障害要件に関する、約款変更条項についての判例が述べる不利益変更の禁止は、BGB 110八条四号にいう給付変更留保の期待可能性の判断においても、次のように考慮されている。すなわち、判例によれば、両当事者の給付の等価関係の変更は、変更留保の期待不可能性の徴憑となりうる。⁽⁵³⁾また、学説においても、給付の均衡が軽微でない程度に相手方の不利に変更される場合には、変更留保は期待不可能なものとされている。⁽⁵⁴⁾しかしながら、ここでは、変更結果の面で不利益変更の禁止が問題とされているに留まる。⁽⁵⁵⁾これに対し、約款変更条項に関する判例のように、変更原因の段階で軽微でない等価性障害が要求されているわけではない。さらに、給付変更留保については、等価関係の変更が軽微なものに留まるならば、なお相手方にとって期待可能と評価される可能性があるのに対し、約款変更条項に関しては、およそ等価関係を当初よりも相手方の不利に変更することが禁止されている。

私見によれば、この相違の理由は、次のところに見いだすことができる。⁽⁵⁶⁾すなわち、給付変更留保の期待可能性

については、変更が不可避的な場合に限つて変更留保についての約款使用者の正当な利益が認められる、とされている。⁽⁵⁷⁾ 例えば、約款使用者が適切に業務執行していれば相手方に対し既に契約締結の時点で変更された形の給付を約束することができたであろう場合には、正当な利益が否定される。⁽⁵⁸⁾ しかしながら、この変更の不可避性においては、とりわけ給付目的の特性が顧慮されるものとされており、⁽⁵⁹⁾ これに対し、費用の増加や計算上の誤りの修正は、正当な変更事由にならないとされている。⁽⁶⁰⁾ さらに、期待可能性の評価においては、給付に対する相手方の個別的選好が考慮され、質的・価格的に同等の給付への変更を留保する条項であつたとしても、期待不可能なものと評価される。⁽⁶¹⁾ また、同様の考慮から、相手方に有利な変更というものが確定されない場合もある。⁽⁶²⁾ このように、BGB三〇八条四号のもとで給付変更留保の期待可能性を判断するうえでは、給付目的の特性やそれが個別的選好の対象となるかが重視されており、給付価値の変動という観点は、その分だけ前面に出てこない。⁽⁶³⁾ その結果、変更原因に関する要件が等価性障害に焦点を合わせたものとなつておらず、また、かかる利益衡量により変更留保が不可避と評価される場合には、給付が変更された場合に従来の等価関係を完全に維持することは困難ではないか、と考えられる」ともあり、軽微な等価関係の変更は甘受されるべきものとされている、と推論することができる。

このようなBGB三〇八条四号に関する考察を逆に考えると、約款変更条項に関する判例法理は、給付目的の特性や給付に対する相手方の個別的選好を利益衡量に組み入れていない、あるいは、少なくとも主要な考慮要因とはしていない、と評することができる。前記①の要件は、約款をもつぱら——いずれかの当事者にとつて有利・不利という判断が可能な——経済的価値の観点から把握したものである。このような要件設定の背景において判例は、約款を相手方の個人的な願望や必要の対象とは見ていない。このことは、一般に相手方は約款内容に無関心であり、契約締結判断に当たつて約款を考慮していないという、約款法の基本想定に即した態度といえる。このように考え

ると、等価性障害を約款変更の正当な原因の一つとする判例法理は、約款の特性を反映したものといえる。⁽⁶⁵⁾ なお、前記②の規律欠缺要件についても、給付内容を考慮したものではないことは明らかである。

他方で、前記①の等価性障害要件は、価格変更条項に関する判例との類似性を示す。すなわち、その判例によれば、BGB三〇九条一号の禁止が妥当しない長期契約における価格変更条項は、価格と給付の等価性を維持する適切な手段であり、増加費用を転嫁し、利益減少を回避する限りで正当であるが、それを超えて、当初合意された価格を無限定に引き上げ、約款使用者に追加的な利益の獲得を可能とする場合には、BGB三〇七条に抵触する。⁽⁶⁶⁾ インターネット接続契約に関する給付変更・約款変更・価格変更の三つの条項が問題となつた前掲BGH二〇〇七年判決も、価格変更条項については、この判例の基準に従つた判断をしている。このような価格変更条項の規制基準は、明らかに、約款変更条項に関する前記①の基準と類似している。これは、価格についても、もっぱらその価値的な高低が問題となり、個性が重要なものではないからである、といえる。また、逆に、価格変更条項の規制基準から約款変更条項を眺めるならば、前記①の要件が問題となる具体的な場面として、費用負担や付随的対価を定める条項など、中間的な性質を有する条項の変更が浮かび上がる。

2 規律欠缺・解釈上の疑い

次に、判例の掲げる第二の正当な変更原因である規律欠缺については、給付変更条項だけでなく価格変更条項の規制基準とも異なるものであり、条項の総体としての約款に特有の変更原因として見ることができる。判例の要件枠組みによれば、給付の等価関係に対する影響の小さい典型的に付随的な条項については、もっぱらこの変更原因のもとで変更の可否が問われるものと考えられる。また、規律欠缺の原因を内容規制による条項無効に求める場合

には、それを原因とする欠缺補充という課題は、約款に特有のものとなる。このような無効条項の変更の問題については、旧稿において論じたところであるが⁽⁶⁷⁾、そこでの検討を踏まえると、約款使用者による欠缺補充のための約款変更という問題の輪郭を、次のように示すことができる。

まず、欠缺補充のための約款変更は、契約補充のために存在する他の法規定や制度と競合関係にあり、それらとの優劣が問題となる。例えば、条項無効に代わる規律の補充については、BGB 二〇六条二項⁽⁶⁸⁾において規定が設けられている。判例および支配的見解によれば、いわゆる効力維持的縮減 (geltungserhaltende Reduktion) の禁止が妥当し、任意規定が無効条項に代わり、または、一定の厳格な要件のもとで補充的契約解釈がなされる。法が定めるこの枠組みを変更結果の面で逸脱することができないというのが、いわゆる救済条項 (サルベージ条項 salvatorische Klausel) 論において示されてきた判例かつ支配的見解である⁽⁶⁹⁾。これに対して、任意規定による補充や補充的契約解釈が存するところ、どのような場合にそもそも約款使用者が変更手続きを取りうるのか、という問題については、見解が分かれている。少なくとも、任意規定による補充と補充的契約解釈のいずれに対しても約款使用者による変更を劣後させるべきとする見解は、少数に留まる⁽⁷⁰⁾。条項無効以外の場面においても、このような形で、任意規定による契約の補充や補充的契約解釈と約款使用者による約款変更との競合関係の処理が、問題となつてこよう。

また、誰が変更原因たる規律欠缺の存在を判断するのか、という問題もある。約款使用者が自らある約款条項を無効と評価した場合にも、約款変更が認められるのか、それとも、一定の公權的な無効判断が要件とされるのか、という問題である⁽⁷¹⁾。

そして、このように競合する規定や制度がありながら、欠缺補充のための約款変更が問題とされるのは、裁判外

における変更課題の迅速な処理・約款の統一性の確保・法律関係の明確化といった点で、利点が存在すると考えられるからである。⁽⁷²⁾

右のような問題構造は、判例においては正当な変更原因として承認されていない——学説においても、このようない判例に賛同する見解が強い。⁽⁷³⁾——解釈上の疑いを除去するための約款変更についても当てはまる。すなわち、そこでは、前掲BGH一九九九年判決などにおいて不明確準則の逸脱を理由に解釈上の疑いを除去するための約款変更条項が無効とされていたように、契約解釈に関する諸準則との競合関係が問題となる。また、解釈上の疑いの存在についての判断主体も問題となる。前掲BGH一九九九年判決は、約款使用者自身に解釈上の疑いがあつたに過ぎない場合にも変更が認められるのか、という問題を指摘している。他方で、約款条項の解釈に疑いがある場合に裁判手続きを経ずにその解釈を確定させることには、やはり迅速性・統一性・明確性といった点で長所があるう。⁽⁷⁴⁾それゆえ、学説では、解釈上の疑いの除去も正当な変更原因たりうる、とする見解も主張されている。⁽⁷⁵⁾

四 実体的有効要件に関する学説

ここまで一方的変更権条項の実体的有効要件に関する判例法理を検討してきたが、以下では、同要件に関する学説において注目すべき見解を取り上げる。

1 実体的有効要件における集合的観点の考慮

判例の掲げる二つの実体的有効要件においては、内容規制における一般的・類型的利益衡量が前提とされていると見ることはできるものの、約款による契約の大量取引性や団体性といった性質は、前面に出ていがない。これに対

して、学説においては、これらの取引の性質も考慮に入れて約款変更の可否を判断することを説くものも見られる。まず、保険約款の変更について判例と同様の要件を設定するある学説は、等価性障害の有無につき、保険契約の大量取引性を顧慮して確定されるべきである、と主張している。すなわち、事情変更が個別の契約に与える影響ではなく、契約の総体に与える影響に焦点を合わせなければならない。個別的な観察においては軽微な障害であっても、契約集合に組み入れて考へると重大といえる場合がある、と指摘する。⁽⁷⁶⁾

また、保険約款の変更に限られない約款変更一般を論じる別の論者は、契約の基礎となる法的枠組みの変更を原因とする約款変更について、次のように論じている。⁽⁷⁷⁾ すなわち、旧条項の存続が法律上可能だとしても、新たな法状況が相手方にとって有利であれば、相手方に有利な変更という観点から約款変更が許容される。これに対して、新条項が相手方にとって不利益を含む場合には、変更の許容性について一般的なことはいえないが、例えば、全ての相手方に新条項を導入することで個別の相手方の不利益を防止することができるとときは、変更が許容される、と。ここでは、保険契約や建築貯蓄契約の団体性が念頭に置かれ、そうした契約においては、顧客間の利益調整も考慮して、可能な変更の外延が画定されようとしている。また、市場環境が変化し、それが相手方にとってマイナスに作用する場合についても、全ての契約相手方にリスクを転嫁することによって個別の相手方にとってのリスク緩和が達成されるときは、約款変更を許容することができる、とする。もつとも、論者は、こういった団体性を、右のような契約類型の特殊性として位置づけ、他の契約類型においても無制限に考慮される要素とは見ていない。そのうえ、あくまで一部の相手方に生じた不利益やリスクを全体に分散する場合を述べているだけであり、網羅的な検討とはなっていない。

かくして、学説上は右のような見解が一部にあるものの、一部の契約類型に留まつたものとなつていて、約款変

更条項の実体的有効要件に関するドイツ法の議論は、全体的に見た場合、集合的な観点が前面に出たものとはなっていない。

2 等価性障害要件に対する批判⁽⁷⁹⁾

約款変更の原因として軽微でない等価性障害の発生を要求することに対しては、次のような批判が向けられている。すなわち、大抵の約款は、契約の要素を含んでいないので、約款の障害は、ほとんど等価関係に影響しない。そのため、前記①のような要件を設定すると、約款変更条項の適用領域が制限され、約款使用者が有する約款の標準化に対する利益が、十分に顧慮されない、との批判である⁽⁸⁰⁾。また、論者によれば、このような要件設定の背景には、相手方が契約締結時に約款の内容を認識し、約款を契約に組み入れるか否かについて情報に基づく決定をしている、という想定がある。しかしながら、大多数の相手方は、経済的な理由から約款を読まずに甘受するところ、このような想定に基づく要件の設定は、方法論的に誠実ではない⁽⁸¹⁾。

このような批判を展開する論者は、立法論として約款使用者の一方的変更権の導入を提案しているが、そこでは次のような利益衡量を展開している。すなわち、一方で、約款の標準化・柔軟化は、法的安定性・明確性・新規サービスの導入など給付目的の発展と最適化、約款使用者の費用低減による価格低下といった点で、相手方にとって利益となる⁽⁸²⁾。他方で、大多数の相手方は、約款を読まず、その内容を認識していないことを前提とすると、そのような相手方の態度は、約款の具体的な内容に关心がないことの表明であり、従来の内容の継続に対する相手方の利益は、低く評価されなければならない。具体的には、単に新約款によって不相当な不利益を受けないことについて、保護に値する利益が認められる⁽⁸³⁾。もつとも、相手方が約款の内容を認識し、その継続について保護に値する利

益を有する場合もあり、例として、約款使用者が予め明示的に指示した条項、広告において強調された条項、契約関係において本質的な規律を含む条項などが挙げられる。また、当該契約が相手方にとって有する重要性による細分化や、給付・価格関連条項と付隨的条項の区別が必要である⁽⁸⁴⁾。このような利益衡量に基づいて、論者は、最終的に、等価性障害を要件とすることなしに、契約にとつて重要な法規定の改正または市場状況の変化が生じた場合に、約款使用者による一方的変更を認める旨の法規定を提案している⁽⁸⁵⁾。

右のような批判の核心は、相手方が契約締結時に関心を払っていない付隨的な約款条項の変更について、判例の掲げる要件は厳格に過ぎる、という点にあるものと理解することができる。判例の枠組みによれば、前述のように、等価性障害要件は価格変更条項の有効要件と共通項を有するところ、中間的な条項を主たる適用対象とするものと考えることができ、等価関係に対する影響の少ない付隨的条項については、もっぱら規律欠缺要件のもとでしか一方的変更の対象とならない。このような帰結の妥当性が、批判に曝されている。

なお、このような批判に対し判例を擁護するならば、先に取り上げた学説に見られるように、等価性障害の有無を個別的ではなく集合的に考えることによって、この要件の充足を柔軟に認めることができる、という反論が考えられる。また、「約款の欠缺」概念についてのより立ち入った検討が必要であるが、付隨的条項の一方的変更については規律欠缺要件で十分であり、また、同意擬制条項の活用など合意による変更の可能性もある⁽⁸⁶⁾、と回答するこもありえよう。

五 小括

本節の検討結果は、次のようにまとめることができる。

まず、ドイツ判例は、①予見不可能な事情変更により等価関係が軽微でない程度に害された場合、または、②規律欠缺によって契約の実行に困難を生じている場合に限り、約款使用者による一方的な約款変更の留保を認めている。このような実体的有効要件は、契約の中心部分と区別された約款の規律内容を意識したものとなつていて、要件は、もっぱら経済的価値の変更の面から約款変更の可否を決めるものであり、中間条項の変更に適している。これに対し、②要件は、付隨的条項を含む条項総体としての約款の特性に基づくものである。このような形で、判例は、前節で扱つた適用法規の選択においてだけでなく、具体的な有効要件においても、約款変更条項を契約の中心部分に係る変更条項と区別している。

このように、判例においては、（中間条項を含めた広い意味での）約款の付隨的条項性が重視されているといえるが、他方で、約款による契約の持つ集合的な性質（大量取引性や団体性）は、前面に出ていない。これに対して、学説の一部には、このような取引の性質を顧慮して約款変更の可否を判断することを説くものがあるが、やはり全般的にそのような議論傾向は強くない。

最後に、前記①要件のもとでは、給付の等価関係への影響の小さい典型的な付隨的条項については、変更が認められがたいものと考えられる。このような帰結に対しても、約款の内容に対する相手方の無関心などを理由に、より緩和された要件のもとで約款変更を認めるべきである、とする批判がある。

約款使用者による一方的な約款の変更（一）

第三節 形式的有効要件——具体化の要請

一 緒論

一方的変更権条項に基づく約款変更においては、個々の変更に際して正当な変更原因の有無や変更内容の正当性

が問われるだけでなく、予め条項自体に変更の原因・対象・程度を具体的に規定しておくことが求められている（具体化の要請Konkretisierungsgebot）。）ののような要求は、BGB 110七条一項二文に基づく透明性の要請の一環を成す。本稿では、この具体化の要請を「形式的有効要件」と呼ぶ。

）の形式的有効要件については、どのような趣旨で変更条項の具体化が要求されるか、が問題となる。具体化が要求される理由しだいで、いつの時点での条項の具体性が重要となるのか、また、条項のどの要素を特に具体的に書いておく必要があるのか、も変わってくる。そこで、本節では、具体化の要請の趣旨に焦点を合わせて、ドイツ法の状況を整理・検討する。この観点からは、契約締結時における具体性を要求する見解と約款変更時における具体性を要求する見解とを区別することができる。

二 契約締結時における具体性を要求する見解

1 判例の展開

まず、約款変更条項に関する判例は、契約締結時における相手方の予測可能性を確保するために、変更条項を具体的に形成することを要求している。

その嚆矢となるのが、BGH第四民事部一九九七年一〇月八日判決（BGHZ 136, 394）である。本判決は、相互保険会社の定款に含まれる、保険約款・保険料規定および保険料に関する複数の一方的変更権条項^{〔87〕}に対する差止訴訟についてのものである。BGHは、いずれの条項も AGBG 九条に基づく透明性の要請に反するものと断じた。判示によれば、状況が要求し得る限りで、約款条項が経済的不利益と負担を認識させるものであることが、信義則上要請される。ところが、本件条項は、無制限の変更権を留保するものであり、変更について何等の限界も含んでいな

い。保険契約者は、いかなる要件・いかなる範囲で追加的な負担を課されるか、契約締結時はおろか、契約締結後であっても予測することができないまま、変更の正当性および必要性についての保険者のあらゆる評価に身を委ねることになる。そのような広範な確定権は、不相当であり、相互保険会社の特殊性を理由としても正当化されない。本判決は、このように述べている。

つづく前掲BGH一九九九年判決においては、変更原因を列挙しているものの、変更対象に関しては「個別条項」とだけ規定する変更条項⁽⁸⁸⁾に対し、具体性の観点から疑義が呈された。同判決によれば、このような一般的な留保は、その形成可能性において具体化を必要とする。相手方は、いかなる領域において変更を考慮しなければならぬか、予測することができなければならない。

さらに、前掲BGH二〇〇七年判決は、「顧客にとつて期待可能な限りで」という以外に無制限の変更条項⁽⁸⁹⁾について、先行する二つの裁判例と同様の観点から批判を加えた。それによれば、約款において留保された約款使用者の補充・代替権限は、その形成可能性において具体化を要する。相手方は、いかなる領域・いかなる要件・いかなる範囲で変更を考慮しなければならないか、予測することができなければならない。顧客の期待可能性による限定は、形成可能性の必要な具体化を含んでいない。相手方は、この基準から、考慮すべき変更領域・変更原因および変更の程度を引き出すことができない、とした。

以上の諸判決に示された判例の考え方をまとめると、次のようにいうことができる。すなわち、判例においては、相手方が予めどのような約款変更がありうるのかを予測することができなければならないという観点から、約款のうちのどの部分について、どのような原因があつた場合に、どの程度の変更がありうるのか、変更条項自体において具体的に規定することが要求されている。前掲BGH一九九七年判決は、契約締結後の予測可能性にも言及して

いるが、このような判例においては、やはり契約締結時における予測可能性のための条項具体化が重視されているものと考えられる。

そして、契約締結時における具体性を要求する判例においては、変更原因だけでなく、変更対象の特定が要求されている。ある学説は、変更対象となりうる条項の具体化には、いかなる点で不利益変更がありうるのか相手方が知ることができるようにするという意味で、「警告機能」があるとする。⁽⁹⁰⁾ 判例において、少なくとも領域的に変更対象となる約款の部分を具体化することが求められてきたのは、このような趣旨によるものと理解することができる。

2 その他の契約変更条項に対する具体化の要請との比較

同様の趣旨での条項具体化は、約款変更条項以外の契約変更条項に対しても、判例においてしばしば要求されている。

まず、給付変更条項について、判例は、どのような給付変更がありうるのかに関して少なくとも一定程度の計算可能性が相手方に保障されるよう、条項を要件・効果において具体的に形成することを要求している。⁽⁹¹⁾ このような理由から、前掲BGH二〇〇七年判決は、給付記述の変更留保について、一方的給付変更権を正当化する事由を条項に列举することを要求し、変更要件の規定を欠いていた当該条項を、相手方に予測可能性を与えないものとして、無効としている。また、BGH第一一民事部二〇〇九年六月三〇日判決（NJW-RR 2009, 1641）は、金オプション証券の発行約款に含まれていた、明白な錯誤がある場合に約款を変更しうる旨の条項——発行銀行の主たる給付の全内容・範囲を無制限に対象とするものと認定された。——を無効としたが、その理由として、前述の要求に照ら

し、当該条項が許容される変更を内容的・対象的にいかなる方法によつても限定していないことを挙げている。

次に、価格変更条項についても、具体化の要請は、長い判例の伝統となつてゐる。既に一九八〇年代の初頭において、BGH 第八民事部一九八〇年六月二一日判決 (NJW 1980, 2518) が、「価格引上げ条項の有効性にとつて決定的なのは、買主が、いかなる範囲で価格引上げが自らに降りかかるのか、既に契約締結に際して条項の表現から認識することができ、かつ、現に行われた価格引上げの正当性を授權条項に照らして評価することができることである」と述べ、雑誌定期購読契約における無制限の価格変更条項を、AGBG 九条に基づいて無効としている。このでは、後段において後述の検査可能性も問題とされているが、前段において契約締結時の透明性が要求されている。⁽⁹²⁾ 同様の要求は、その後も多数の最上級審裁判例において繰り返されている。

このように見ると、約款変更条項の具体化を要求する判例は、給付変更条項や価格変更条項といったその他の契約変更条項に関する判例と平仄の合つたものといつてはいられない。

3 判例の基礎にある考え方

(1) 契約締結判断のための情報提供

約款変更条項の具体化を要求する判例は、第一に、契約締結時における透明性の要請の目的として一般的に説かれるところにしたがつて、正当化することができる。すなわち、契約締結時における透明性の要請の目的は、契約締結に結びついた権利義務について正しく・見通しよく情報提供がされることで、相手方の実質的な決定を可能にし、もつて市場競争が機能する条件を作り出すことにある、とされる。⁽⁹³⁾ この趣旨での透明性の要請は、とりわけ価

格透明性の問題として、価格関連条項について要求されたものである。透明性の要請違反を理由に条項を無効とする処理の端緒となつた判例も、銀行の対価に関連する条項に関するものであった。⁽⁹⁴⁾ 同時期の判例の一つは、次のように説示している。すなわち、「まさに顧客に不利益となる価格付随合意において、透明性の要請には特別な意義が認められる。……法律（AGBG〔筆者注〕）は、顧客が価格合意に特別な注意を払い、相当な市場適正価格に対する自己の利益を自ら守ることを前提としている。しかしながら、顧客にとってこのことが可能なのは、契約内容が顧客に対し価格の種類と額について完全かつ正しい像を伝え、顧客に市場における比較を可能ならしめる場合だけである。追加的な負担と引き上げられた実効価格をもたらす価格付随合意が約款においてなされる場合には、顧客がその意義を誤解せず、できる限り容易に、かつ追加の説明なしに理解することができるよう、約款の形式的な構成において高度の注意を払わなければならない。その場合にのみ、顧客は、自らの交渉可能性と市場機会を適切に利用することができる」と。⁽⁹⁵⁾ 価格変更条項について契約締結時の予測可能性が要求されていたことも、このような判例の文脈に位置付けることができる。

さらに、このような趣旨から具体化の要請を説く見解は、約款変更条項に関する学説にも見いだされる。例えば、判例と同様の見解を示す保険法学説は、保険契約者は、可能な変更が一義的に認識可能な場合にのみ、変更留保から生じるリスクを評価し、そのようなリスクに備えることができる、とする。⁽⁹⁶⁾ また、他の保険法学説によれば、相手方は、契約そのものの締結判断を、特定の契約要素が確実に存続することに係らしめようとする可能性がある。そのため、相手方が自ら法律家の助力なしに変更可能な部分を特定することができるよう、当該部分を精確に挙示しなければならない、とされる。⁽⁹⁷⁾

(2) 私的自治の放棄の限界

契約締結時における具体性の重視、とりわけ変更対象の具体化の要請は、BGB 110八条四号の適用可能性の箇所（第一節二二2(1)）で取り上げた、約款変更の留保をおよそ認めない適用否定説の基礎にある考え方からも、説明することができる。同説においては、私的自治の原則に鑑みて、内容が多岐にわたる約款の一方的変更権限を契約の一方当事者に委ねることはできない、とされていた。このことを逆にいふと、相手方は、特定の範囲についてならば、自らの法的地位（の不利益変更）を約款使用者の変更権限に委ねることに同意することができる。このような理由から、約款の特定された一部についてであれば——変更対象となる条項または領域を特定したうえであれば——、約款に関する一方的変更権条項の使用が許容される、と考えることができる。⁽⁹⁸⁾

い)のように考へるならば、約款の内容が多様であるからといって、約款使用者による一方的変更の留保を全面的に否定する必要はない。約款変更留保をおよそ認めない見解が支持を広げなかつた理由の一つとして、このい)とを挙げることができる。

三 約款変更時における具体性を問題とする見解

1 契約締結時における具体性を要求することへの批判

約款変更条項につき契約締結時における具体性を要求することに対しては、学説において一連の批判が存在する。

第一に、そのような具体化の要請は、約款の内容に关心を持たない相手方にとつて意味がない、との批判がある。例えば、BGH が立てる条項の具体化に関する諸要求は、契約締結に際して約款に立ち入る敏感な顧客グループにとって意味があるだけであり、経済的理由から約款を認識しない顧客にとつて、約款変更条項の具体的な形成は重

要でない、といった批判である。⁽⁹⁹⁾ また、契約締結判断において顧慮することができるよう変更条項の射程を相手方に意識させることが競争上重要であるかは、非常に疑わしい、とする指摘もある。⁽¹⁰⁰⁾

第二に、実体的有効要件において変更原因が限定され、不利益変更が禁止されている以上、そのような趣旨での具体化は必要ない、との批判が存在する。このような批判を展開する学説は、次のように論じている。⁽¹⁰¹⁾ すなわち、変更可能な条項を具体的に列举することは、いかなる権利義務が事後的に不利益変更を被る危険があるか、契約を締結する相手方にとって明確にするためのものであり、約款中の重要な条項の変更可能性について警告機能を有する。⁽¹⁰²⁾ 全ての条項を変更対象とする一般的な変更留保は、この機能を果たさない。しかしながら、約款変更が、等価性障害の存在を要件とし、従来の等価関係の回復に必要な限度で許されるならば、不利益変更を被る危険がないのだから、変更可能条項の列举による警告は、必要ない。このような理由から、変更可能な条項の具体化の要請には、実質的な理由がない、とされる。また、それゆえに、いかなる種類の条項、どれだけの数の条項を変更留保の対象とすることが許されるのかについても、基準が存在しない、とする。⁽¹⁰³⁾

これらの批判は、契約締結時における透明性の要請一般に対しても向けられている批判と、基本的に共通するものであるといつてよい。相手方が、取引費用の問題ゆえに、契約締結に際して約款を読み、その内容を知ろうとしないこと、また、その結果として生じる約款の不透明性や市場競争の機能不全が内容規制の正当化根拠となつており、内容規制と契約締結時の透明性の要請とは両立しないことは、契約締結時における透明性を要求する判例を批判し、契約実行過程における透明性を唱導する論者によつても、主張されてきたところである。⁽¹⁰⁴⁾ また、契約締結時の透明性は内容規制の対象とならない価格や給付について要求されるものであり、それらに近い条項であるほど既に契約締結に先立つて透明性が要求される、という同論者による指摘も、意識されなければならない。約款変更条項にお

いては、付隨的条項をも対象とする変更条項が問題となっている。そのような条項に対する具体化の要請について
は、給付変更条項や価格変更条項と同列に語りえない可能性がある。

2 相手方による検査可能性の確保

これらの批判を展開する論者は、相手方の検査可能性の観点から、約款変更条項の具体化の要請を基礎づけてい
る。すなわち、個別の約款変更に際して、相手方は、当該変更の正当性を変更条項に照らして検査することができ
なければならない。そのために、変更条項において変更要件を具体的に規定しておく必要がある、とする。⁽¹⁰⁶⁾また、
約款使用者の自己拘束により不当な裁量を妨げ、相手方の法的地位を保障することも、合わせて変更条項の具体化
の機能として挙げられている。⁽¹⁰⁷⁾

この相手方の検査可能性の確保という観点からは、変更対象の具体化よりも、変更原因の具体化が重視されてい
る。すなわち、一方で、この観点からの具体化の要請は、特に変更原因の具体化について説かれている。例えば、
ある論者は、約款使用者が実際に挙示された原因に基づいて変更を行おうとしているのか、それとも単に自らの契
約上の地位を改善しようとしているのかを、相手方が検査することができるようにするために、変更原因の具体化
が要請されうるとする。⁽¹⁰⁸⁾他方で、前述の不利益変更の可能性に対する警告機能を説く見解が示すように、契約締結
時における透明性の要請に対する批判は、とりわけ変更対象の具体化について展開されている。さらに、契約締結
時における透明性と変更時のそれの両方を論じている論者においても、前者が変更対象の具体化について説かれる
一方、後者の観点は、変更原因の具体化についてより強く打ち出されている。例えば、約款変更条項の構成要素ご
とに具体化が要求される理由や要求される程度を考察している学説は、次のように論じている。すなわち、変更対

象の具体化について、相手方は、契約締結に際して、いかなる契約要素が固定的であり、どの範囲で変更を考慮しなければならないのか、知ることができなければならない。というのは、相手方は、契約そのものの締結判断を、特定の契約要素が確実に存続することに係らしめようとする可能性があるからである。そこで、相手方が自ら、法律家の助力なしに変更可能な部分を特定することができるよう、当該部分を精確に挙示することが要求される。⁽¹⁰⁾ これに対して、変更原因の具体化については、一方で、変更対象の具体化と同様に、「それによって契約の経過が相手方にとって予測可能なものとなる」と、契約締結時に焦点を合わせた理由付けがされているが、他方で、相手方が変更条項の適用事例において変更の正当性を検査することができるようになる、との指摘もされている。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

また、相手方の検査可能性を重視する見解においては、条項の具体性が、わかりやすさよりも優先されている。

透明性の要請には、条項内容の具体化・確定性の要請だけでなく、条項が相手方にとってわかりやすいものであることの要請も含まれている。⁽¹³⁾ 変更条項をより具体的に定式化しなければならないとする、それだけ条項が複雑化し、相手方にとって却つてわかりにくいものとなるおそれがあることから、両者の要請は、緊張関係に立つ。このとき原則として、条項のわかりやすさを犠牲にしても、確定性が優先されなければならない、とされる。というのは、わかりやすさの欠如は、約款変更の事前審査を行う独立監査人（後述）の導入や、相手方が法的助言を受けることによって補うことができるが、具体性の欠如によつてもたらされる約款使用者の不当な裁量の余地は、矯正することができないからである。⁽¹⁴⁾ このような行論にも、変更条項に照らした実際の変更の検査可能性という思想が、色濃く表れている。

ところで、具体化の要請が変更の正当性の検査可能性にかかるものであるとすると、そもそも変更条項において変更原因等を具体的に規定しておかなくても、個別の約款変更に際して、変更通知において正当な原因の存在を

明らかにする義務を約款使用者に課せば、事足りるのではないか、との疑問が生じる。このような疑問に対する回答として、次のような見解が提示されている。すなわち、具体化の要請を一方的変更権の行使の平面に位置づけることには、①個別事案における裁判上の権利行使規制の重要性が高まり、不十分な司法リソースの利用を増大させる、②差止訴訟によつて疑わしい変更条項を削除する見込みが減退する、といった短所がある、との見解である。¹⁵⁾ このような指摘のうち、差止訴訟の可能性の確保という観点については、特に留意しなければならないだろう。

最後に、個々の約款変更の正当性を相手方自身が検査することができるよう変更条項を具体的に規定しなければならないのだとすると、変更の適正さを確保する他の（事前の）手段が確保されていれば、条項自体の具体化の要請は、後退させてもよいのではないか、という発想が出てくる。このような交換関係については、次節の手続的有効要件の箇所で検討する。

四 小括

本節の内容は、次のようにまとめることができる。すなわち、約款変更条項に対しても、形式的な有効要件として、変更原因や変更対象となる約款の部分を具体的に規定しておくことが求められてきた。このような具体化の要請には、その趣旨に関して二種の見解が存在する。

第一に、契約締結に際して約款変更の予測可能性が確保されていることが必要である、との観点から、条項の具体化を要求する見解である。この見解は、約款変更のリスクを相手方の契約締結判断に組み入れさせ、もつて市場競争が機能する条件を作り出さんとするものである。このような趣旨に基づく具体化の要請によれば、変更原因の具体化だけでなく、とりわけ変更対象の具体化が重視される。また、変更対象の具体化については、自己の法的立

位の変更を無制限に相手方に委ねることはできないという思想によつても、正当化されうる。このような趣旨での条項の具体化は、給付変更条項や価格変更条項についても要求されってきたものである。約款変更条項について契約締結時の具体性を重視する見解（判例）は、給付・価格と約款という変更対象の違いを重視していない、といえる。このような考え方は、給付や価格に関連する約款条項の変更留保にはよく当てはまるだろうが、付隨的条項の変更留保には妥当しにくい。

第二に、実際の約款変更に際して変更条項が具体的であることが重要になる、とする見解である。この見解によれば、相手方が現に行われた変更の適正さを変更条項に照らして自ら検査することができるよう、変更条項が具体的に規定されていなければならない。この観点からは、実体的有効要件たる変更原因の具体化が重視される。また、条項の具体性は、そのわかりやすさよりも優先される。このような趣旨で約款変更条項の具体化を要請する見解は、給付変更や価格変更と約款変更の違いを意識し、相手方の関心の対象とならず、その契約締結判断において考慮されるものではないという、約款の基本的な性格を重視するものといえる。このような考え方には、付隨的条項の変更留保にも当てはまる。

（1） 摘稿「無効な約款条項の変更（二）～（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）を参照。

（2） 摘稿「約款変更論に関する覚書」阪法六九巻三二四号（二〇一九年）三一七頁を参照。

（3） 摘稿「合意による約款の変更（一）・（二・完）」阪法七〇巻五号五五頁・六号一九頁（二〇二一年）を参照。

（4） 摘稿 前掲注（1）および（2）では両方の問題について論じたが、このような基本構想は、本稿に至るまで変わらない。

（5） 部会資料81B・一二頁においては、「定型条項において、条項準備者が定型条項の変更をすることにより、個別に相

約款使用者による一方的な約款の変更（一）

手方と合意をすることなく、契約内容を変更することができる旨が定められているときに限（り）」、個別相手方との合意によらない変更を認めることが提案されていた。また、このような約款変更条項の存在を変更要件とする一元的な提案がされる前段階において、変更条項がない場合であっても一定の要件のもとで変更を認めつつ、変更条項がある場合にはより緩和された要件の下で約款変更の可能性を認める提案がされていた（部会資料75B・一四頁は、変更条項がない場合について、相手方が多数または不特定であり、全ての相手方から変更についての同意を得ることが著しく困難であるときに限つて、さらに変更の必要性等の要件のもとで変更を認める一方、変更条項がある場合には、変更後の内容が相当であれば、これら変更条項がない場合の要件を問題にしない規律を提案していた。また、つづく部会資料77B・一四頁においても、変更条項がない場合であつても、相手方から個別に同意を得ることが著しく困難であるときは変更を認めるが、変更条項がある場合には、個別合意の困難性を問題としない規律が提案された）。このような提案も、約款変更条項がある場合には、特にその条項を根拠として変更が正当化されるとの理解に立ったものと見ることができる。森田修『債権法改正』の文脈——新旧両規定の架橋のために』有斐閣（二〇二〇年、初出二〇一六年）一四一頁は、約款変更条項の挿入に拘泥する諸提案の動機について、「約款の一方的変更は契約法理の原則に照らすとイレギュラーである」という審議における共通認識を踏まえた、一種の理論的な躊躇いおよびその正当化根拠の供給という動機に出たものと思われる。」と考察している。

しかしながら、約款変更条項の定めを変更の要件とすることに対しては、相手方にとつて利益となる変更ですら変更条項を要件とするのは硬直的すぎる（第九三回議事録一五頁〔神作幹事〕、同二一頁〔山下委員〕、第九六回議事録三五頁〔佐成委員〕）、変更条項がない場合であつても変更を認める規律こそが本筋ではないか（第九三回議事録一七頁〔沖野幹事〕）、といった批判が出された一方、変更条項が不当条項に該当するのではないかとの疑義も呈され（第九三回議事録二〇頁〔山下委員〕、同二四頁〔山本（敬）幹事〕、第九六回議事録四六頁〔山本（敬）幹事〕）、最終的に、変更条項の存在は、変更の合理性判断の一要素に留められた。

（6） 摘稿・前掲注（1）（2）一一九頁以下で取り上げた保険契約法（WVG）一六四条のように、個別契約類型に関する約款変更規定は存在する。

（7） 東京高判平成三〇年一月二八日判時二四二五号二〇頁およびその原審である東京地判平成三〇年四月一九日判時二

四二五号二六頁を参照。

(8) 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、不相当な不利益を与える場合に、無効である。不相当な不利益は、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も、生じうる（第二文は、AGBG九条にはない〔筆者注〕）。

(2) 不相当な不利益は、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

(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、とりわけ次のものは無効である。

4. (変更の留保)

約束された給付を変更し、または、これと異なる給付をなす権利を約款使用者に認める合意。ただし、給付の変更や異なる給付をなす合意が、約款使用者の利益を顧慮して、契約相手方にとって期待可能であるときは、この限りでない。

(10) BGB三一〇条 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對して使用される普通取引約款には、適用しない。第三〇七条第一項および第二項は、この場合において、第三〇八条第一号および第二号ないし第八号ならびに第三〇九条に列挙された契約条項の無効をもたらすときにも、適用される。

(11) また、パック旅行契約については、BGB六五一_f条および六五一_g条が価格変更留保および給付変更留保に関する規定を置いており、BGB三〇八条四号（および同三〇九条一号）は適用しないものとされてる（BGB六五一_f条三項）。

(12) 後掲BGH一九九九年判決は、AGBG一〇条四号の禁止は約款使用者が超えてはならない最外延の限界を定めるのみ

やあら、他の他の理由で、契約を譲り受け、それを批評したこと、あります。

- (13) Manfred Wandt, „Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen“, 2000, 10; Bastian Kolmsee, „Die Anpassung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Dauerschuldverhältnissen“, 2011, 102ff. 参考文献。

- (14) Eberhard Seybold, VersR 1989, 1231, 1237; Peter Präve, ZfV 1993, 214, 216; Martin Fricke, VersR 1996, 1449; Annemarie Matusche-Beckmann, NJW 1998, 112, 114; Torsten Freund, „Die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen“, 1998, 135ff.; Horst Baumann, JZ 1999, 881, 883f.; Heinrich Dörner, WuB IV C, § 9 AGBG 899; Ralph Bartmuß, „Lückefüllung im Versicherungsvertrag“, 2001, 161f. 参考文献。 参考文献。 索款変更は限るが、一方的変更権条項を含むBGB 111〇八条四項の規定に照らすと、Matthias Eckelt, „Vertragsanpassungsrecht“, 2008, 198ff. 参考文献。

- (15) Matusche-Beckmann, a. a. O., (Ann. 14), 114; Baumann, a. a. O., (Ann. 14), 883; Christian Armbüster, in: Prölss/Martin VVG (31. Auflage, 2021), Einleitung Rn. 47f.

- (16) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 144; Eckelt, a. a. O., (Ann. 14), 89, 199 Ann. 175.

- (17) Jens Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht (7. Auflage, 2020), § 308 Nr. 4 Rn. 7ff.; Harry Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht (12. Auflage, 2016), § 308 Nr. 4 Rn. 4 参考文献。

- (18) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 140.

- (19) Eckelt, a. a. O., (Ann. 14), 199.

- (20) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 144.

- (21) Bartmuß, a. a. O., (Ann. 14), 161ff. BGB 111〇八条四項が約款変更条項の原則的な許容性を示唆するとの理解が示す。

- (22) Norbert Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG (4. Auflage, 1999), § 23 Rn. 459; ders., NJW 1985, 1118, 1123.

- (23) BGB 111〇五條 一方の契約当事者は、約款の確定

(1) 約款が契約当事者の一方による確定されたものである場合において、疑いがあるときは、公平な裁量に基づいて確定すべきであるとする。

- (2) 約款の確定は、他方の契約当事者に対する意思表示によるもの、これを行へ。

(3) 紹付の確定が衡平な裁量に基づいて行われるべき場合には、確定が衡平に適うとき限り、他方の契約当事者を拘束する。紹付の確定が衡平に反するときは、判決によつて紹付を確定する。確定が遅延したときは、同様とする。

(24) Norbert Horn, *Globalbürgschaft und Bestimmtheitsgrundsatz*, in: *FS für Franz Merz* (1992), 217, 224f. も参照。

(25) もへいも、論者は、BGB 110八条四号における「紹付」を主たる紹付に限定してゐるわけではない。むしろ、適用肯定説の論者と同様、主たる紹付義務と付隨義務の両方、また、履行場所・履行期・危険負担などの紹付態様も含むものと解してゐる。

(26) この見解によると、約款条項を変更するためには、相手方の同意が必要となる。この同意のあり方について、本見解の論者は、かつて同意擬制の可能性を否定し（拙稿・前掲注（3）（1）二四頁以下を参照）、再交渉の必要性を指摘していた（Horn, a. a. O., (Ann. 22), 1123）。しかしながら、その後に改説し、同意擬制条項の活用を認めるに至つてゐる。もつとも、その場合であつても、無効条項の変更など相手方の地位を著しく改善する変更を除き、無制限の変更留保は許されない、としている（Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O., (Ann. 22), § 23 Rn. 459）。

(27) これに対し、相手方の紹付が問題となる限りでは、AGBG 九条を規制規範としている。

(28) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 145は、この判例（およびその原審・原々審）を適用肯定説の根拠の一つとしている。

(29) 本文において紹介するBGH一九九九年判決および同二〇〇七年判決の他に、後掲BGH一九九七年判決も参照。

(30) 本判決において問題となつた条項は、具体的には次のとおりであつた。

〔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庁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つた場合、一条項が無効の場合、ならびに

—カルテル庁または監督庁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つて補充し、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つてはならない。

約款使用者による一方的な約款の変更（一）

〔2〕 変更された条項は、保険契約者に対して書面によつ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つ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、従来の条項を伴つて継続する。」

BGHは、本文に挙げた二つの場合を超えて、保険契約者の地位を契約締結時よりも不利に変更する権利を留保するものであるとして、この条項を無効と評価した。

なお、この条項は、第二項が示すとおり、相手方に異議を述べる可能性を認めるものであり、同意擬制条項と性質決定することができるものであった。しかしながら、本判決は、保険者の権限を定める部分と相手方の異議可能性を定める部分を切り離して評価しており、また、いずれにせよ、後者の部分を独自に無効と評価している。その結果、本判決は、一方的変更権条項についての判断となつてゐる。

〔3〕 当該条項の文言は、次のとおりであつた。

「T株式会社（約款使用者〔筆者注〕）は、顧客にとつて期待可能である限りにおいて、この約款またはその時の給付記述・価格リスト・特別合意およびオンライン告示の内容を変更する権利を有する。」

〔32〕 もともと、注（12）に示したように、つづけて、AGBG 10条四号が同九条の適用を排除するものではない」とも述べてゐる。

〔33〕 BGH第一民事部1100四年一月一七日判決（BGHZ 158, 149），BGH第二民事部1100七年一一月一五日判決（NJW 2008, 360），Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 94を参照。

Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 49; Schmidt, in: Ulmer/

〔34〕 なお、Baumann, a. a. O., (Ann. 14), 88は、AGBG 10条四号に「期待可能性」と同九条の不相当な不利益とを、実質的にも異なる基準として捉えている。しかしながら、注（13）に挙げた諸文献のように、いずれの規定を適用しても実質的な利益衡量のあり方は異なる、とする見解が強い。

〔35〕 BGB 110八条 評価の余地のある禁止条項

普通取引約款において、とりわけ次のものは無効である。

3. (解除の留保)

実質的に正当であり、かつ契約において明示された理由なしに、自己の給付義務から解放される権利を約款使用者に認める合意。ただし、継続的債務関係については、いの限りでない。

(36) 政府草案理由書 (BT-Drucks. 7/3919, 25f.) を参照。

(37) Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O., (Ann. 22), § 23 Rn. 459 も、いのりとを指摘している。

(38) 注 (16) を参照。

(39) もへふも、AGBG の政府草案は、実際に制定された AGBG 1〇条四号および現 BGB 11〇八条四号と異なり、期待不可能性の主張立証責任を相手方に配分する規定を提案している (BT-Drucks. 7/3919, 5)。これに対して、政府草案に先立つ連邦司法相の作業グループの第一部分報告書 (Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 1974, 27. 60ff. 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—(1) ~ (11)」民商七三(巻一)号一一八頁・三号一一一頁・六号一〇八頁 (一九七五、一九七六年) がある) や参事官草案 (DB Beilage 18/1974, 2, 12) は、約款使用者に主張立証責任を負わせる提案をしてきた。政府草案に対する連邦参議院の態度表明が後者を支持 (BT-Drucks. 7/3919, 49)、やがて連邦議会法律委員会報告書 (BT-Drucks. 7/5412, 5; 7/5422, 7) がこれに与したために、現行の規定になった。

(40) ハーベード、Babette Reinann, „Bedingungsanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen“, 2007, 111ff. は、本文に述べたよった BGB 11〇八条四号の趣旨に鑑みて、同号は無制限の給付変更留保に焦点を合わせた規定であり、予め具体的な変更原因を明示している約款変更条項には適用されないと主張する。いの見解は、規定の趣旨を考慮する点では注目すべきもの、変更原因が明示されないかは同号の期待可能性審査においても考慮されるべき、変更原因を明示しない約款変更条項の場合に同号が適用されない理由を示す」とができない点でも、問題を抱えている。

(41) Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 6a; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 4; MikroBGB/Wolfgang Wurnfest (8. Auflage, 2019), § 308 Nr. 4 Rn. 7 なども参照。いの解釈は、労働契約における配置換条項の有効性にかかる BAG の判例においても示されよう。BAG 第九部 100 六年四月一日判決 (BAGE 118, 22)、BAG 第 100 部 100 10 年八月 15 日判決 (NJW 2011, 329) を参照。これに対して、

Staudinger/Dagmar Coester-Waltjen (2019), § 308 Nr. 4 Rn. 5; Peter Präve, „Versicherungbedingungen und AGB-Gesetz“, 1998, Rn. 452 などは、相手方の給付に係る変更留保の適用対象にならぬ。

(42) Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 6a.

(43) 約款変更条項を BGB 110 条に基づいて評価する判例に付く。Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 6; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 など、約款全体の変更留保を含む、約款使用者の給付の変更が留保され得る場合には、この觀点から BGB 110 条の適用が可能であるとしている。しかしながら、本文に述べたように、このよつた評価方法が適切であるかについては、疑問が残る。少なくとも重複的だ BGB 110 条に基づく評価を行なうべきである。

(44) BGB 110 条 評価の余地のない禁止条項

法律上の規定からの逸脱が許容される場合においても、普通取引約款において次のものは無効である。

1. (短期間の価格引上げ)

契約締結後四ヶ月以内に引き渡されるべき商品または提供されるべき給付について、対価の引上げを予定する規定。ただし、継続的債務関係の枠組みにおいて引き渡される商品または提供される給付については、この限りでない。

(45) 注 (66) を参照。

(46) ところが、AGBG 110 条四号の立法過程を振り返ると、現行法のもととなつた提案とは別に、個別合意の優先原則に基づく一方的な給付変更の規制も提案されてきたことが目に入る。それでは、一方的な給付変更・履行期の変更・価格引上げが、いずれもこの観点から禁止された (CDU/CSU 草案九条, BT-Drucks. 7/2200, 4, 13f)。また、現行法下でも、主たる給付の変更留保については、個別合意の優先 (BGB 110 条五五条、AGBG 110 条) による効力を有しない可能性が指摘られる (Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 40; Walter F. Lindacher/Wolfgang Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 305b Rn. 12f)。このもとへん個別合意の優先に基づく変更条項の規制どころ法理も、約款変更条項については妥当しない。

CDU/CSU 草案九条

普通取引約款において、一方の契約当事者は、次に掲げる権利を一方的に有することができない。

1. 合意された物の代わりに、契約において前提とされたのと著しく異なる性質を有する他の物を引き渡す権利。合意された給付の事後的な変更についても、同様とする。

2. 合意された引渡しまたは給付の時期を変更する権利

3. 價格引上げの合意が法律によつて許されていない場合に、合意された引渡しまたは給付についての價格を引き上げる権利

BGB 110条 個別合意の優先

個別的な契約合意は、普通取引約款に優先する。

(47) BGB 111条 行為基礎の障害

(1) 契約の基礎となつた諸事情が、契約締結後に重大な変更を受け、両当事者がこの変更を予見していたならば、契約を締結しなかつたか、または異なる内容で締結したであらう場合において、個別事例のあらゆる事情、とりわけ契約上または法律上のリスク分配を顧慮したうえで、一方の当事者に変更されない契約への拘束を期待することができないときは、契約の変更を請求することができる。

(2) (3) 略

(48) 学説上の理解によれば、前記①における軽微ではない程度の等価性障害という要件は、BGB 111条による契約変更の要件と同一ではない。前者は、あくまでも契約上の変更条項に対する制約であり、当事者の合意への介入である行為基礎障害規律の適用と同視できなからである。この点については、Kolmsee, a. a. O., (Ann. 13), 117; Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 21; Ralph Bartmub, VuR 2000, 301などを参照照。

(49) さらに、後掲BGH 1100八年判決においては、疾病保険契約における約款変更条項に対し、被保険者に期待不可能な不利益を与えてはならないと記載されており、「単純な」不利益変更は保険契約者に期待可能なものとされていいることから、前掲BGH一九九九年判決が判示し、疾病保険契約にも転用可能な不利益変更の禁止に反する、と指摘されている。

(50) 約款変更条項の有効性を考える出発点を契約の拘束力の原則におく学説とし、Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 16を参照。同説は、告知不可能な期間における保険約款の変更留保につき判例と同様の変更原因制限を掲げるに当たり、有効な変更条項がある場合には、契約上の権限に基づいて從来合意された内容から解放されることになるのだから、契約の拘束

約款使用者による一方的な約款の変更（一）

力の原則に直接反することにはならないが、相手方が期待する契約内容の約款による掘り崩しから相手方を保護するいふが内容規制の目的の一ひである」とから、いの原則が変更条項の有効性を考えるうえでの基準点になる」とする。いのよな見解に対し、Eckelt, a. a. O., (Ann. 14), 141ff. は、契約の拘束力の原則は単に変更規律の合意を要求するのみであり、変更契約の必要性を逸脱してゐる」とがBGB 111〇七条一項における相手方の不利益に該当する、と反論する。

（51） BGB 111〇五c 条 不意打ち条項および多義的な条項

（1） 略

（2） 普通取引約款の解釈に疑いがあるときは、約款使用者の不利に解釈しなければならない。

（52） 具体的な条項の文言は、次のとおりであった。

「解釈上の疑いを除去するために、保険者は、監査人の同意を得て、約款の文言を変更する」とがどうか。いの場合における変更は、従来の条項テキストの範囲内に留まり、かつ、両当事者の客観的意思および利益を顧慮してゐる」とを条件とする。〔以下略〕

（53） BGH 第一民事部111〇九年六月11〇田中決 (NJW-RR 2009, 1641) を参照。

（54） Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 24; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 9; MukoBGB/Wurmenst, a. a. O., (Ann. 41), § 308 Nr. 4 Rn. 9.

（55） なお、いりじめ、変更強制が等価性障害をもたらすか、に焦点が合われるのである、個別的な変更権の行使が等価関係を害するか、が問われてゐるのではないか。いの点についていざ Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 24を参照。

（56） Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 22は、保険契約に関するいののような相違を次のように説明している。すなわち、まや、変更原因の段階で軽微でない等価性障害が要求されるのは、保険契約者は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正当な利益を有しているからだ、とする。また、約款変更に関して不利益変更が一切禁止されるのは、保険者には、契約の団体への組入れから生じる特別な裁量の余地が既にあり、その裁量を行使しても不利益変更の禁止に反しないからである、とする。そして、保険者が、多数の軽微な不利益から正当化されない利益を引き出すことができるようすべきではない、とも主張する (Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 27f.)。

しかしながら、この説明が十分なものであるかについては、疑問が残る。ところは、軽微でない等価性障害が生じて、ない限度で相手方の維持利益が約款使用者の変更利益に優越するという利益衡量が仮に適切であるとしても、それだけでは、なぜ主たる給付の変更を視野に入れ、BGB 111〇八条四号の期待可能性について同様のことが言えないのか、明らかにならないからである。主たる給付については、なおさら相手方の維持利益が重視されるべきではないか、と考えられる。また、保険契約の団体性の顧慮という点についても、BGB 111〇八条四号のもので軽微な不利益変更の可能性があることの積極的な説明にはないところ。

- (57) 前掲注 (33) BGH 111〇九年判決、Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 24; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 9; MükoBGB/Wurmnest, a. a. O., (Ann. 41), § 308 Nr. 4 Rn. 8
- (58) 前掲注 (33) BGH 111〇九年判決。
- (59) Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 9.
- (60) Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 25; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 9; Staudinger/Dagnar Coester-Waltjen (2019), § 308 Nr. 4 Rn. 7.
- (61) ノリヤ考慮されねば、当該個別事案における相手方の選好ではなく、当該項における変更留保の対象とされるべき給付にヘレ、類型的に相手方が個別的な選好を有し得るに由れば。したがへて、ノリヤのやへな考慮は、内規規制における一般的・類型的利益衡量の原則に反するものではな。BGB 111〇八条四号の期待可能性における利益衡量の一般性・類型性にヘレば、BGH 第一〇民事部 111〇111年111月111日判決 (NJW 2014, 1168)、Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 24; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 16), § 308 Nr. 4 Rn. 9; MükoBGB/Wurmnest, a. a. O., (Ann. 41), § 308 Nr. 4 Rn. 8などを参照。
- (62) BGH 第八民事部 111〇111年9月111日判決 (NJW 2005, 3567) を参照。同判決は、ネット通販に使用された約款における「確定された商品を「も渡す」」が「も渡さない」場合には、個別に質的かつ価格的に同価値の商品（代替品）を交付する」との条項に対し差止請求がされた事案において、多くの商品が顧客によって個人的な願望と必要によつて選択されるといふを考慮していない、と指摘した。

約款使用者による一方的な約款の変更（一）

- (63) 前掲注（33）BGH 1100七年判決は、ペイTVの視聴契約に使用された約款に含まれる「視聴者に有利」なプログラムパケット変更の留保について、個人的な願望と必要に応じて具体的なパケットを選択した視聴者にとって、いかなる変更が「視聴者に有利」であるかを評価することができず、期待不可能なものとした。
- (64) 個人的な選好の考慮については、その他に前掲注（61）BGH 1101三年判決も参照。
- (65) 注（56）で紹介した保険法学において、本文に述べたような給付変更と約款変更の違いが論じられなかつた理由として、保険約款における給付義務と付隨的条項の峻別困難の発想があるものと考えられる。
- (66) AGBG 制定後間もない時期のBGH 第八民事部一九八〇年六月一日判決（NJW 1980, 2518）、BGH 第八民事部一九八一年一〇月七日判決（BGHZ 82, 21）などから続く判例である。その他にも、価格変更条項の有効性に関する最上級審裁判例は、枚挙にいとまがない。内容規制効果論の観点からのそれらの整理については、拙著『不当条項規制による契約の修正』弘文堂（1101九年）一三九頁以下（初出1100九年）・一二五頁以下（初出1101七年）を参照。また、ドイツにおける価格変更条項規制に関するその他の邦語文献として、石原全『価格変動条項論序説』関東学院一九四号一頁（1101〇年）、同「ドイツにおける価格変動条項の内容規制」関東学院一〇巻二号一頁（1101〇年）、中村肇「ドイツにおける価格変更条項の規制について——BGHの判例の検討を中心に」松本還暦『民事法の現代的課題』商事法務（1101二年）六六九頁、丸山絵美子「エネルギー供給契約における料金変更」法学研究九一巻一〇号（1101九年）一二八（九）頁以下などを挙げることができる。
- (67) 摘稿 前掲注（1）を参照。また、いの問題に関するドイツにおける最新の文献として、Christian Hess, „Dynamische AGB-Kontrolle – Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der Wirksamkeit von AGB im Dauerschuldverhältnis“, 2021, 246ff. が挙げられる。
- (68) BGB 110六条 組入れがない場合と無効の場合の法律効果
- (1) 略
- (2) 約款規定が契約の構成要素となつてないか、または無効である限りにおいて、契約の内容は、法律上の規定に従う。
- (3) 略

- (69) ドイツにおける救済条項論については、拙著・前掲注（66）1199頁以下（初出1100六年）を参照。
- (70) ノの問題に関する議論状況については、拙稿・前掲注（1）（12）119頁以下を参照。また、VVVG 1六四条（旧VVVG 1七二（案）1項）に関する同様の議論については、拙稿・前掲注（1）（1）1111頁以下を参照。
- (71) 無効判断の主体の問題については、拙稿・前掲注（1）（1）1111頁以下などにおいて指摘したように、①迅速性、②統一性、③明確性といふ長所と④濫用の危険といふ短所をふかに衡量するかが、欠缺補充のための一方的な約款変更権の問題の基本構造である。ヘッヘルがややく。
- (72) 拙稿・前掲注（1）（1）1111頁以下・（11）四〇頁以下・（11）1116頁以下などにおいて指摘したように、①迅速性、②統一性、③明確性といふ長所と④濫用の危険といふ短所をふかに衡量するかが、欠缺補充のための一方的な約款変更権の問題の基本構造である。ヘッヘルがややく。
- (73) Martin Fricke, VersR 2000, 257, 263f.; Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 115; Peter Präve, VersR 1999, 699, 700; Wolfgang Römer, r+s 2000, 177, 184; Nils Abram, NVersZ 2000, 249, 255; Kolmsee, a. a. O., (Ann. 13), 115f. など参照。
- (74) Kolmsee, a. a. O., (Ann. 13), 115f. も、条項解釈の明確化が約款使用者だけでなく相手方にとっても利益となることを、指摘している。
- (75) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 119; MükoBGB/Jürgen Basedow, a. a. O., (Ann. 41), § 305 Rn. 92.
- (76) Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 22f. 例として、論者は、ドイツマルクからユーロへの転換に際しての端数処理を挙げている。はいふるの契約は、保険金額や保険料額を端数がないように規定しているが、ユーロに換算すると、これらが「いびつ」になら。といふが、電算処理プログラムは、しばしば「いびつ」な金額を処理するよう設計されておらず、小数点以下に全く対応していないこともある。この点を調整するための設備投資に五〇〇〇万マルクを要する保険者も報告されている。個別契約に注目すると、保険者の利益は、通常数ペニヒ程度のわずかなものである。しかしながら、契約の総体との関係では、その存続に著しい影響があり、契約変更について保険者に正当な利益があるといえる、とする。
- (77) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 165f., 168.
- (78) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 154f.
- (79) 規律欠缺要件についての判例と異なる見解を含めた検討は、拙稿・前掲注（1）（11）118頁以下に譲る。
- (80) Kolmsee, a. a. O., (Ann. 13), 112, 117f. やるに、論者は、この要件では編集上の文言変更や法改正に伴う参考条文の変更に対応である。法的明確性・安定性についての両当事者の正当な利益に反する、とする。しかしながら、ノのような表

向き内容に影響しない変更が許容されるかどうかは、等価性障害の要件とはまた別の問題であろう。

(81) Kolmsee, a. a. O., (Ann. 13) 118-175.

(82) Kolmsee, a. a. O., (Ann. 13) 178ff.

(83) Kolmsee, a. a. O., (Ann. 13) 180f. ものと、いの点に関する論者の見解は、一貫していなし。ところは、最終的な立法提案に際して、不利益変更の禁止を導入しようとしているからである。Kolmsee, a. a. O., (Ann. 13) 212f. を参照。

(84) Kolmsee, a. a. O., (Ann. 13) 181ff.

(85) Kolmsee, a. a. O., (Ann. 13), 218. 具体的には、約款の組入れ規制および内容規制の効果に関するBGB 110-44条の後に、次の規定を挿入する)とを提案している。

「BGB 110-44条 普通取引約款の変更

(1) 既存の継続的債務関係において、約款使用者は、法規定を逸脱しまはれを補充する規律が合意された普通取引約款の規定を、次の各場合に限り変更することができる。

—約款規定が無効と宣告された場合、または、

—契約にとって重要な法律上の規定または市場状況の変更が生じた場合

変更が行われる場合には、約款使用者は、契約相手方の利益を相当地に顧慮しなければならない。

(2) 新たな約款規定は、第三〇五条二項一号および二号に掲げられた要件を充たしたうえで契約相手方に通知された場合にのみ、契約の構成要素となる。」

(86) 合意による約款変更については、拙稿「前掲注（3）」を参照。

(87) 第一の条項は、約款変更については変更可能な条項の種類を限定して、取締役会の変更権限を定める条項であった。その文言は、次のとおりである。

「取締役会は、総会の賛同を得て、保険料規定、保険料および保険約款の変更を、既存の保険関係についても決議することができる。ただし、保険約款については、保険保護、保険契約者の義務、意思表示および告知についての規定に限る。」

第一の条項は、監査役会の暫定的な変更権限を定めるものであったが、変更対象については限定せず、変更原因について

て「緊急の必要がある場合に」とだけ規定していた。その文言は、次のとおりである。

「そのうえ、監査役会は、普通保険約款、保険料規定および保険料を、緊急の必要がある場合に暫定的に変更する権限を有する。万一、監督官庁の認可が必要な場合には、それを不要としない。」この権限は、既存の保険関係について効力を有する変更にも及ぶ。第六条三項（保険契約者は二週間に内に解約告知することができる旨の規定〔筆者注〕）を準用する。変更は、次回の会合において総会に提出され、総会が要求する場合には失効する。」

第三の条項は、変更後の次期保険期間からであるが、無制限に保険料規定の変更を留保するものであった。その文言は、次のとおりである。

「保険料規定の変更は、既存の保険関係にも及ぶ。その変更は、変更後に開始する保険期間から適用されるものとする。」

(88) 条項の文言については、注（30）を参照。

(89) 条項の文言については、注（31）を参照。

(90) Wandt, a. a. O. (Ann. 13), 44f.

(91) 本文に紹介する裁判例の他に、前掲注（33）BGH 1100年判決、前掲注（62）BGH 1100五年判決、前掲注

(33) BGH 1100七年判決などを参照。

(92) BGH 第七民事部一九八五年五月一〇日判決 (BGHZ 94, 335)、BGH 第八民事部一九八六年五月一六日判決 (NJW 1986, 3134)、BGH 第一〇民事部 11001年一月一九日判決 (NJW 2003, 507)、BGH 第一〇民事部 11001年一月一九日判決 (NJW 2003, 746)、前掲注（33）BGH 1100七年判決などを参照。また、BGH 第八民事部 1100五年九月一一日判決 (NJW-RR 2005, 1717)、BGH 第八民事部 1100六年一一月一一日判決 (NJW 2007, 1054) も、あらべる価格変更の予測可能性を問題としている。

(93) 透明性の要請の市場関連的な理解の主唱者として、Johannes Kündgen, NJW 1989, 943を参照。その他、一般的な解説として、Andreas Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Ann. 17), § 307 BGB Rn. 326; Thomas Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O. (Ann. 17), § 307 Rn. 236を参照。

(94) 利息計算条項に関する BGH 第二民事部一九八八年一月一四日判決 (BGHZ 106, 42)、利息起算日条項に関する

約款使用者による一方的な約款の変更（一）

- BGH 第一民事部一九八九年一月一七日判決 (BGHZ 106, 259) を参照。) これらの判例については、倉持弘「約款の透明性について」奥田還暦『民事法理論の諸問題』ト巻』成文堂（一九九五年）四三七頁・四四〇頁以下、鹿野菜穂子「約款による取引と透明性の要請——ドイツ法を手振りに——」長尾治助他編『消費者法の比較法的研究』有斐閣（一九九七年）九六頁・一〇五頁以下において、詳しく述べられてる。
- (95) BGH 第一民事部一九九〇年七月一〇日判決 (BGHZ 112, 115)。
- (96) Peter Präve, ZfV 1992, 221. 他) Präve, a. a. O., (Ann. 14), 214. ders., a. a. O., (Ann. 41), Rn. 451. を参照。
- (97) Fricke, a. a. O., (Ann. 14), 1452. ders., a. a. O., (Ann. 73), 259f.
- (98) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 146f. 他) 具体化の要請) 〇 〔文〕のよべな理解を示してる。
- (99) Kolnsee, a. a. O., (Ann. 13) 122.
- (100) Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 46.
- (101) Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 45ff. 他) Armbuster, in: Prößl/Martin, a. a. O., (Ann. 15), Einleitung Rn. 55 を参照。
- (102) 論者は、相互保険会社の保険約款の変更が既存契約にも適用されるために定款において変更可能な条項を明示する) を要求する保険監督法の規定（現 VAG 一九七条三項〔文〕）) のよべな警告機能を認めてる。
- VAG 一九七条 普通保険約款の変更
- (1) (2) 略
- (3) 定款または普通保険約款の変更は、被保険者が変更に明示的に同意した場合にのみ、既存の保険関係に対しても効力を有する。ただし、既存の保険関係に対しても効力を有する変更が可能である旨が明示的に定款に規定されてる条項については、この限りでない。
- (103) 変更対象の具体化については、) の他に、法改正・判例変更・条項無効といった変更原因については、変更対象となる条項を特定する) と) が) ある。) の批判も存在する。Jürgen Prößl, VersR 2000, 1441, 1447; Abram, a. a. O., (Ann. 73), 255; Fricke, a. a. O., (Ann. 73), 260; Jörg Freiherr Frank von Fürstenwerth, r + s 2009, 221, 228 を参照。
- (104) Ingo Koller, Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: FS für Ernst

Steindorff (1990), 667, 668ff, 674ff; Lorenz Fastrich, „Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht“, 1992, 323.

- (15) Koller, a. a. O., (Ann. 104), 676f., 686. 他に「倉持・前掲注(94)四二二頁の指摘も参照。」
比較がなされないのが通常でなく付隨的契約条件に関する部分については、他の提供者の約款との比較のために透明性を要求するいとは、約款の膨大化や説明とこつた多大なコストを約款使用者に課しながら、顧客にとっては実際上ほとんどメリットがなうことになるのではないか、と指摘われてゐる。
- (16) Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 134; Kolnsee, a. a. O., (Ann. 13), 125 など、契約締結時における相手方の認識・予見可能性と並んで検査可能性を問題にすれど見解とし、Fricke, a. a. O., (Ann. 14), 1452, ders., a. a. O., (Ann. 73), 259ff. も参照。
- (17) Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 36.
- (18) Kolnsee, a. a. O., (Ann. 13), 125 など、Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 41 も、変更原因の具体化との関係で相手方の検査可能性を論じてゐる。セリドゼ、変更原因としての判例変更について、下級審判例の変更も含むとするところと並んで検査不可能であるいふか、最上級審判例の変更に制限すべきである、とわれてゐる。
- (19) Fricke, a. a. O., (Ann. 14), 1452, ders., a. a. O., (Ann. 73), 259.
- (20) Fricke, a. a. O., (Ann. 14), 1452, ders., a. a. O., (Ann. 73), 260.
- (21) 契約変更条項一般についての論述であるが、Eckelt, a. a. O., (Ann. 14), 189ff. も、同様の傾向を見いだすいふがやあ。すなはち、セリドゼは、変更原因における確定性の要請について、顧客に少なくとも濫用規制の糸口を与えることが目的であるとされる。これに対して、変更対象の確定性については、ありうる変更後もなお契約が自らの等価觀念に合致するものであるか、顧客が自ら評価することができるよへに、変更対象を精確に列举しなければならない、としている。
- (22) 透明性の要請の具体的な内容についての一般的な解説とし、Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., (Ann. 17), § 307 BGB Rn. 335ff. を参照。
- (23) Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 36f.; Bartmuh, a. a. O., (Ann. 14), 186f.; Kolnsee, a. a. O., (Ann. 13), 123f. など、價格変更条項についてだが、Wolfgang Hau, „Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag“, 2003, 359 は、同様のことを指摘してゐる。

約款使用者による一方的な約款の変更（一）

- (114) Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 36f.; Kolmsee, a. a. O., (Ann. 13), 123f.
(115) Hau, a. a. O., (Ann. 113), 357f.