



Title	約款使用者による一方的な約款の変更（二・完）
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2022, 71(6), p. 19-67
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87405
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・完）

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、七一巻五号）
 - 第四節 手続的有效要件——相手方の契約解消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
 - 第一節 ドイツ法のまとめ
 - 第二節 比較と示唆
 - 第三節 残された課題（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

一 緒論

一方的変更権条項の有効性については、正当な変更原因に関わる実体的有効要件、条項の具体化に関わる形式的有効要件だけでなく、約款変更の手続きに関わる有効要件も問題とされている。そのような要件を包括的に「手続的有効要件」と呼ぶ。本節では、この手続的有効要件に関して、①約款変更を受けた相手方に契約関係を解消する権利を与える必要性の問題、および、②事前規制（監督官庁による変更約款の認可、独立監査人による事前審査）が一方的変更権条項の有効性判断に与える影響の問題を取り上げる⁽¹⁶⁾。

二 相手方に対する契約解消権の付与

1 緒論——価格変更に際しての契約解消権の要請

価格変更条項の規制に関する判例は、古くから、相手方に契約関係を解消する権利を付与することを、変更条項の有効要件の一つとしてきた。このような要件は、とりわけ一連のいわゆる時価条項判決において確立されたものである⁽¹⁷⁾。すなわち、BGH第八民事部一九八一年一〇月七日判決（BGHZ 82, 21）——第一時価条項判決⁽¹⁸⁾は、新車売買契約に含まれる価格変更条項に対する差止訴訟において、値上げ要因は多様であり、買主にとって跡付け可能なように条項を表現することはできないが、一般的に表現された変更留保であっても、一定の要件のもとで買主に解除権を与えることによって、不相当性を除去することができる、とした⁽¹⁹⁾。つづけて、BGH第八民事部一九八

四年二月一日判決（BGHZ 90, 69）——第二時価条項判決——は、価格変更条項の無効を理由に買主が既払い代金の一部返還を請求した事案において、無効な価格変更条項に代えて、補充的契約解釈により、売主の価格リストに基づく価格変更権を認める一方、買主にも解除権を認めた。その際、解除の要件としては、自動車価格の引上げが一般生活費用の上昇を軽微ではない程度に超えることを挙げた。BGHの判示によれば、このような要件設定は、次の理由によって正当化される。すなわち、「価格変更が衡平審査（BGB三二五条三項〔筆者注〕）に耐えるとしても、価格引上げが買主にとって負担となることがある。もつとも、買主は、契約締結に際して、価格および自己の給付能力が変動しうることを認識しており、一般物価上昇の枠内での価格引上げを計算に入れていたのだから、自動車価格の変動が一般価格動向を逸脱しない範囲で、価格引上げを甘受しなければならぬ。買主の解除権を明確な価格引上げ率に結び付けることは、著しい不確実性を伴い、具体的な全経済的経過によっては一方当事者の不当な不利益をもたらしうるため、一般生活費用に関連付ける方が、仮定的当事者意思および両当事者の利益に合致する」という理由である。ここでは、契約締結時に予測し得なかった価格変更に対する補償として、解除権が根拠付けられている。既述のように、判例は、契約締結時における相手方の予測可能性のために価格変更条項の具体化を要求しているが、そのような具体化が不可能な場合の次善の手段として、予測不可能であった価格変更から逃れるために、相手方に契約解消の可能性が付与されている。このような解消権付与の要請は、常にではないが、その後にも最上級審裁判例において繰り返されている。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

また、約款変更条項についてよく論じられている保険契約については、法律上、価格変更を受けた保険契約者の告知権が定められている。すなわち、VVG四〇条⁽¹⁴⁾は、保険者が変更条項に基づいて保険料を引き上げ、または、保険保護の範囲を縮小した場合に、保険契約者に告知権を認めている。しかも、この告知権は、前述の価格変更条

項に関する判例と異なり、一定限度（閾値）を超える価格引上げを要件としていない。ここでは、競争促進のために、無制限の告知権が要求されている。⁽¹²⁶⁾

このような価格変更条項に関する判例・法令の状況を受け、約款変更条項についても、ときに価格変更に関する議論と峻別されずにはあるが、相手方に契約解消の可能性を与える必要があるか、が論じられている。以下では、約款変更条項において相手方の契約解消権が必要とされる趣旨に着目して、一連の議論を整理・検討する。

2 約款変更条項における契約解消権の必要性

(1) 約款変更の実体的有効要件と関連付けた解消権の要求

相手方に契約解消権を付与する必要性は、第一に、約款変更の実体的有効要件と関連付けて説かれている。そのような解消権の説明は、次の二つの考え方に大別される。

ア 相手方の個別的利益または自由の保障としての解消権

まず、相手方の個別的利益あるいは法律行為的処分自由を保護するために、解消権を要求する見解がある。⁽¹²⁷⁾

このような見解を取る保険法学説の一つは、次のように論じている。すなわち、告知権付与の必要性は、相手方の利益に対する配慮の要請に基づく。この要請が変更内容に関わる限り、保険契約者全体の典型的利益が顧慮されるに過ぎない。しかしながら、保険契約者全体にとって期待可能な契約変更であっても、個別の保険契約者にとつては、個人的な理由から期待不可能なことがある。そこで、個別の保険契約者が、告知によって、このような事態を個別に考慮することができるようにすべきである、とされる。⁽¹²⁷⁾

また、別の保険法学説によれば、契約變更に結び付けられた告知権は、相手方の法律行為的処分自由そのものである。とりわけ、変更された規律が保険契約者にとって重要であった場合には、保険契約者は、契約を継続する利益を失う。そのような場合に、変化した契約状況に対応する可能性を与えないことは、利益適合的でない、とする⁽¹²⁸⁾。これらの見解は、約款變更の一方的な性質それ自体を變更させるものではない。變更それ自体は、合意によるものではなく、それに応じた実体的有効要件を要求されることに変わりはない。そのうえで、一方的變更において考慮されない相手方の個別的な利益ないし自由を、二次的に契約解消権の形で保障しようとするものである。

イ 不当な變更への対抗手段としての解消権

次に、約款使用者によって不当な變更が行われた場合に相手方がとりうる対抗手段として、契約解消権を位置付けることが考えられる。このような見解は、約款變更条項における相手方の解消権については見当たらないが、保険料變更条項に基づいて保険料が引き上げられた場合のVVG四〇条に基づき告知権については、保険者による變更権の濫用に対抗する手段として告知権を位置付ける学説が存在する⁽¹²⁹⁾。同説によれば、生命保険・疾病保険の領域では、独立監査人の配置によって不相当な保険料引上げを阻止しようとしているのに対して、その他の保険分野では、告知権を介した競争がこの任務を引き受けるものとされる。

この対抗手段としての解消権においては、相手方の個別的利益・自由の保障のための解消権におけるのと異なる判断が、相手方に期待されることになる。すなわち、後者の意味の解消権においては、相手方には、自己の事情や利害に基づいて、契約を解消するか、それとも変更された条件のもとで維持するかを選択を行うことが期待される。これに対して、対抗手段として解消権を位置付けるならば、相手方が行うべきは、当該變更が正当なものかという

法的な評価ということになる。

もつとも、このような対抗手段としての解消権という着想に対しては、批判が強い。まずもって、変更権限の濫用的な行使は法的な規制の対象となる、との批判がある⁽¹³⁰⁾。また、この批判に関連して、相手方に解消権を付与したからといって、約款使用者は、変更条項の実体的有効要件の制約を免れることができないことも、指摘されている⁽¹³¹⁾。さらに、権限濫用を受けた相手方に期待されるのは、契約の解消ではなく、法的手段に訴えることである、という批判もある⁽¹³²⁾。

対抗手段としての解消権の着想がこれらの批判をかわすことができるかは、相手方の能力やコストに鑑みて、約款変更の有効性を自ら争うことを相手方にどこまで期待することができるか、また、相手方自身によらない約款変更の適正さを確保するための措置がどの程度講じられているか、に左右されるだろう。そこで、後述する事前規制の問題に踏み込まなければならぬ。また、約款変更条項に基づく約款の変更については、約款変更条項自体に対する差止訴訟によって間接的にその適正さを確保する可能性はあるもの——既述のように、このことも変更条項の具体化が要請される一つの理由といえる。——、個々の約款変更の正当性については、消費者団体等が介入する余地がないことにも、留意する必要がある。

最後に、この趣旨での解消権の要件をどのように設定するのも、問題となる。仮に、約款変更が不当であること、あるいは、その正当性が疑われることを解消権の要件とするならば、相手方は、結局、これらの要件の充足をめぐって約款使用者と争わなければならないことになる。これでは、紛争を回避して契約から離脱することを認めるといふ解消権の趣旨に沿わない。これに対して、無制限の解消権を認めるのであれば、明らかに正当な約款変更が行われている場合にも、相手方は、自己の都合で契約を解消しうることになる⁽¹³³⁾。

(2) 約款変更の形式的有効要件と関連付けた解消権の要求

第二に、約款変更の形式的有効要件と関連付けて、すなわち、変更条項の具体性の欠如に対する補償として解消権を要求する見解が存在する⁽¹³⁾。このような趣旨での解消権には、具体化の要請が有する前述の二つの機能に応じて、次の二つの意義が認められうる。

ア 契約締結時に予測困難な変更に対する補償

まず、具体化の要請の機能を、契約締結に際して相手方に将来の変更可能性を考慮しうるようにすることに求めるならば、変更条項が抽象的であるがゆえに契約締結時に予測することができなかった変更について、現にその変更が生じたときに、それを受け入れるかどうかの判断機会を与えるという意味が、解消権に認められる⁽¹³⁾。このような意味での契約解消権は、前述の価格変更条項に関する判例においても示されていたところである。その判例の考え方に従うならば、解消権の付与は、条項の具体化についての要求度を引き下げるものではない。むしろ、契約や規律対象の性質上、それ以上の具体化が不可能であるという場合に、解消権の付与によって変更条項を有効なものとする余地があるのみである⁽¹³⁾。

このような意味での補償として解消権を要求する見解は、「変更を受け入れるかどうかを判断する機会を相手方に与えなければならぬ」との観念を基礎としている点で、前述の相手方の個別的利益・自由の保障のための解消権の考え方と共通している。そのうえで、「契約締結時に予測可能な変更であれば、相手方は、それを考慮し、契約締結判断に組み入れている。したがって、相手方は、そのような変更拘束されざるを得ず、解消権を与える必要はない」と考えるものである。また、ある変更が契約締結時に予測可能であるかどうかは、変更条項の表現だけ

で決まるものではないはずである。例えば、補充的契約解釈によって価格変更規律を補充した前述の第二時価条項判決は、買主は一般物価上昇の枠内での価格引上げを計算に入れていたものと判示しているが、このような計算は、条項の記載によるものではない。

イ 変更の正当性検査の不確実性に対する補償

次に、具体化の要請の機能を相手方による検査可能性の確保に求める場合には、条項の具体性の欠如を補う解消権にも、相手方による変更の検査に関連して意味が与えられなければならない。このような観点から解消権を説明する見解は、管見の限り見いだされないが、次のように考えることができるだろう。すなわち、変更条項に変更原因がある程度具体的に規定されているとしても、正当な変更が一義的に規定されているわけではない以上——仮に変更後の規律が条項に一義的に定められているのであれば、もはや約款使用者の変更権限の問題ではない。——、相手方が変更条項に照らして現に行われた約款変更の正当性を判断するうえで、一定の不確実性が伴う。そこで、正当性を十分に判断できない場合に、正当性の疑われる変更から逃れる手段として解消権が必要となる。⁽¹³⁾このような説明によると、具体化の欠如に対する補償としての解消権は、前述の不当な約款変更への対抗手段としてのそれに近いものとなる。

(3) 小括

右のような整理によると、約款変更条項において相手方に与えることが要求される可能性のある契約解消権には、大別して二つの意義があるといえることができる。

第一に、相手方の個別的な利益や自由の保障を図る、という意義である。約款変更条項の実体的有効要件との関係で、相手方の個別的利益または自由の保障としての解消権を説く見解は、まさにこのような意義を述べるものである。また、契約締結時に予測困難な変更に対する補償として解消権を要求する場合にも、その基礎にある考え方は同じである。このような解消権の意義付けは、価格変更条項における解消権付与の要請とも共通するところ、中間的な約款条項を対象とする変更条項について、良く当てはまるだろう。これに対して、付随的条項の変更については、とりわけ規律欠缺の補充として行われる場合については、当てはまりがたい。というのは、そのような条項については、解消権によって保護されるべき相手方の個別的利益があるかは疑わしい⁽¹³⁸⁾。え、正当な欠缺補充の結果には、相手方も拘束されざるを得ないはずだからである⁽¹³⁹⁾。

第二に、不当な約款変更が行われた場合、または、確実に不当とまではいえなくとも、正当性の疑われる変更が行われた場合の對抗手段としての意義である。不当な変更への對抗手段としての解消権の着想、あるいは、変更の正当性検査の不確実性に対する補償という考え方は、このような意義に注目するものである。このような解消権の意義付けは、付随的条項の変更にも当てはまる。このような意味での解消権の付与が要請されるかは、既述のように、相手方に法的手段をとることをどこまで期待できるか、また、相手方自身によらない約款変更の適正さの確保のための措置がどれだけとられているか、に左右される問題である。

いずれにせよ、約款変更に際して相手方に契約解消権を付与する必要があるかという問題に対する解答は、これら二つの解消権の意義に応じて、分けて検討しなければならない。

3 解消権付与の要請に対する一般的な批判

解消権の意義を前記のいずれに捉えるとしても、解消権付与の要請に対しては、一方的な契約変更に付随する解消権に広く妥当しうる批判が向けられる。そのような批判として、次の二つを挙げることができる。すなわち、第一に、契約解消権が相手方の利益とならないのではないか、との批判である。相手方が当該契約の存続に利益を有している場合に、契約解消はそのような利益を保護しない。また、相手方が従前の契約と同内容の代替取引を行うことが困難な場合にも、解消権は有益でない、とされる。とりわけ、標準約款が使用されている場合の問題が、指摘されている⁽¹⁴⁾。そして、第二に、約款使用者が取引特殊的投資をしている場合には、相手方の契約解消によって約款使用者も不利益を被る、との批判がある⁽¹⁵⁾。

もつとも、これらの批判によって、相手方への解消権の付与を完全に不要とすることはできないだろう⁽¹⁶⁾。というのは、相手方が当該契約の存続に利益を有している場合や、約款使用者の側に存続利益がある場合については、取引の種類ごとに場合を分け、または、解消権の要件設定において考慮すれば足りる⁽¹⁷⁾、と考えられるからである。さらに、代替取引の困難については、相手方が自己の利益に反する契約から離脱する消極的な自由を超えて、従来の契約を維持する積極的な自由までも保障されるべきなのか、という点も問題とされるべきであろう。

三 事前規制

つづいて、約款変更に対する事前規制の存在が一方的変更権条項の有効性に与える影響の問題に立ち入る。具体的には、監督官庁による約款変更の認可と独立監査人による事前審査を取り上げる。

1 約款変更の認可

約款の変更が監督官庁による事前規制に服し、その認可の対象となっている場合、このことは、一方的変更権条項の有効性にとってどのような意味を有するか。

一方で、監督官庁による変更約款の事前規制は、変更条項を正当化するものではない、とする見解がある⁽¹⁴⁾。論者によれば、事前規制は、裁判所による内容規制を排除せず、条項の有効性についての先例とならない。現に、事前規制にもかかわらず、多くの判例において約款規制法違反が認められている。このような理由から、監督官庁による事前規制は、約款変更の適正さについての適切かつ信頼のおける基準とはならない、とする。

他方で、前掲BCE一九九一年判決は、建築貯蓄約款における約款変更条項について、連邦金融監督庁による認可が必要なことを理由の一つとして当該条項を有効とした原審の判断を追認している。くわえて、ありうる変更の要件および内容を明確に記述する必要はなく、認可の必要性を規定することで、法令が定める監督官庁の審査基準と変更とが結び付けられていれば十分である、とする。このような判例を受けて、学説においても、監督官庁による認可が必要な限りで、一般的に表現された変更留保も許容される、とする見解が主張されている⁽¹⁵⁾。同見解によれば、認可の必要性は、根拠法令が設定する基準に変更を結び付けることで、とりわけ変更原因に関する具体化の放棄の十分な補償となる。このような見解においては、変更条項の具体化の要請が相手方の検査可能性の確保に資するものであることを前提に⁽¹⁶⁾、相手方自身による検査と監督官庁による審査の補完関係が構想されている、といえる。

2 独立監査人による審査

一九九四年の保険法改正において、保険約款の変更に対する連邦保険監督庁の認可権限が廃止されるとともに、

生命保険（VVG旧一二二条）および疾病保険（同一七八g条）について、保険者の約款変更権限に関する規定が設けられた。ここでは、監督官庁の認可に代わる機能を有するものとして、独立監査人による審査が変更の要件とされた。このことを受けて、約款変更条項に基づく一方的な約款変更に関しても、独立監査人による事前審査を要件とすべきか、また、そのような審査過程を設けることが他の有効要件との関係でどのような意味を有するか、が問題となった。

(1) 独立監査人必要説

前述のVVGの規定を受けて、保険法学説の中には、変更条項に基づく約款変更についても独立監査人による事前規制を必要とする見解が見られる。論者は、その理由について、次のように論じている⁽¹⁴⁾。すなわち、まず、①変更条項の具体化には、不可避的に限界がある。不可避的な具体性の欠如は、それ自体として相手方の不当な不利益を意味するものではないが、それに伴う相手方の不利益を補償することが必要である。そして、②条項の具体化が不十分な場合には、相手方にとって検査可能性が欠けることになる。また、変更条項ができる限り具体化されている場合においても、相手方は、変更要件を検査するために必要な能力を有していない。訴訟リスクを考慮すると、約款使用者（保険者）が変更条項を濫用する危険はわずかなものと評価することができるが、それでも、誤った方法で相手方の不利に変更権が行使される可能性は、排除できない。さらに、③裁判所による事後規制だけでは、不十分である。というのは、評価しがたい訴訟費用のリスクや訴えを提起する心理的な敷居を考慮すると、相手方が変更の適法性を裁判上争う可能性は、限定的である。また、契約上の変更権の行使は、差止訴訟の対象ともならないからである⁽¹⁵⁾。これらの理由から、独立監査人による事前規制が必要である、とされている。

この説によれば、右のような理由付けから明らかなように、独立監査人による事前審査は、変更条項の具体化の欠如に対する補償としての意味を有する⁽¹⁵⁰⁾。独立監査人は、変更条項に規定された変更原因が存在するか、約款使用者が変更権限の限界を順守しているか、を審査することを任務とする⁽¹⁵¹⁾。これに対して、独立監査人は、相手方の代理人として、約款変更の同意を与える地位や機能を有しているわけではない。そもそも、約款変更が要件を充足している場合に、独立監査人には同意しないという選択肢がない。また、独立監査人が約款使用者によって選任されることや、相手方全体の典型的利益を代表するに過ぎないことから、個別相手方の代理人たりえない、とされる⁽¹⁵²⁾。それゆえ、独立監査人の同意を約款変更の要件としたとしても、相手方の同意を得た変更となるわけではなく、可能な約款変更の範囲を実質的に拡大することはできない⁽¹⁵³⁾。せいぜいのところ、形式的な有効要件である具体化の要請の引下げが考えられるのみである⁽¹⁵⁴⁾。

(2) 独立監査人不要説

独立監査人必要説の手がかりとなっていたVVGの規定は、二〇〇七年に改正された。現VVGは、生命保険および疾病保険における保険料の変更（一六三条、二〇三条二項）のほか、疾病保険において保健衛生制度の事情変更があった場合における約款および保険料規定の変更（二〇三条三項）について、独立監査人による審査および同意または確認を要件としているが、条項無効の場面を対象とするそれ以外の約款変更に関する規定（一六四条、二〇三条四項）においては、独立監査人による事前審査を求めていない。二〇〇七年改正の政府草案理由は、独立監査人を不要とする理由を、次のように述べている。すなわち、独立監査人の介入は、過去の経験上、保険契約者の追加的な保護を達成しない。新条項が法律上の要件を充たしているとの独立監査人による確認は、裁判所にお

る新条項の有効性審査が初めから奏功しない、との印象を保険契約者に抱かせる。それゆえ、むしろ監査人を廃止し、裁判所による規制に仕向ける方が、保険契約者の利益に適う、と⁽¹⁵⁾。また、保健衛生制度に事情変更が生じた場合の約款変更について依然として独立監査人が要求されている点については、ここでは保険数理上の知見が必要となる費用および保険料計算への影響が問題である一方、無効条項の変更においては主として法的評価が問題であるから、とされている⁽¹⁶⁾。

このような改正を受けた保険法学説では、契約上の約款変更条項においても独立監査人の介入は必要ない、とする見解が主張されている⁽¹⁷⁾。論者によれば、監査人手続きは保険契約者の利益保護に適していないという立法理由は、契約に基づく約款変更についても同様⁽¹⁸⁾に当てはまる。また、解約告知か裁判所による変更規制で満足することを、保険契約者には期待することができる、とする。

さらに、保険約款の変更に限らない、より一般的な約款変更の文脈においても、独立監査人の要求に対しては、疑義が向けられている⁽¹⁹⁾。論者は、相手方に裁判手続きを期待することはできないという点では独立監査人必要説に同意するが、独立監査人は、裁判所その他による国家的規制と異なり、両当事者の利益を衡量し、欠缺補充または変更の課題を処理することができる、とする。また、監査人手続きは約款使用者にとって多額の費用が掛かり、大量に使用される約款においてのみ問題となるであろうことも指摘する。これらの理由から、独立監査人による審査は、総じて相手方にとって必要な保護作用を展開しない、とされる。

3 小括

約款変更に対する事前規制は、相手方自身による変更の適正さの検査と補完的な関係にある。それゆえ、事前規

制の存在は、相手方の検査可能性を確保する機能を有する具体化の要請を切り下げることが正当化し、また、対抗手段としての解消権の付与とも交換関係に立ちうるものと考えられる。これに対して、事前規制は、約款変更の法的な適正さを確保しようとするものであるところ、相手方の予測可能性を確保するための具体化の要請や、相手方の個別的利益・自由を保障するための解消権の必要性を左右するものではない。

このような意味を有する事前規制の要否は、独立監査人に関する議論がよく示すように、まず裁判所による事後的な変更規制の実効性についての評価に左右される。相手方自身による訴訟遂行——それは、相手方自身による検査の先にある。——を十分に期待することができるか、変更権の行使に対して団体訴訟が及ばないことをどう評価するか、が問題となる。また、事前規制自体が実効的に構成されているかどうかも、その要否の判断を左右する。監督官庁の認可が裁判所による無効判断を妨げてこなかったという指摘や、VVG改正において独立監査人手続きが廃止された経緯は、この点に関係する。

四 本節のまとめ

本節においては、約款に関する一方的な変更権条項の手続的有効要件として、相手方に対する契約解消権の付与と事前規制の二つを取り上げた。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、相手方の解消権が有する多義性が明らかになった。すなわち、一方で、相手方の個別的利益や自由を保障する意義があり、他方で、不当な約款変更または疑わしい変更への対抗手段としての意義がありうる。相手方への解消権の付与を約款変更条項の有効要件とすべきかを検討するに当たっては、これらの意義に応じて分けて考えるべきである。本節の検討によれば、相手方の個別的利益または自由を保障するための解消権は、給付または価格に

関連する中間条項を変更する場合に要求されうるが、付随的条項の変更においても必要となるかは、疑わしい。これに対し、対抗手段としての解消権は、後者の約款変更においても問題となるものである。また、具体化の要請との関係で解消権に補償的な意義があるとされる場合にも、解消権が条項具体化のいかなる機能を補うものであるかは、解消権の意義によって変わってくる。

次に、事前規制は、約款変更の法的な適正さを確保することに資するものであり、相手方自身による検査のための具体化の要請や対抗手段としての解消権の付与と、補完的あるいは交換的な関係に立つ。これに対して、事前規制が存在するからといって、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の具体化の要請は後退させられないし、相手方の個別的利益・自由を保障するための解消権または予測困難な変更に対する補償としての解消権も否定されない。このような事前規制の要否は、裁判所による事後的規制の実効性やその事前規制自体の実効性に左右される問題である。

第五節 一方的変更権の行使

一 緒論——変更通知の必要性

約款使用者が一方的変更権条項に基づいて実際に約款変更を行う際には、個別の相手方に対する通知が必要である、とされている。このことは、第一に、約款使用者の変更権は、形成権であり、その行使には受領を要する意思表示が必要である、との理由に基づく⁽¹⁹⁾。もともと、このような理由だけでは、どのような内容の通知をすればよいのか明らかにならないし、また、そもそもなぜ約款変更権限を形成権として構成する必要があるのかも、説明されていない。そこで、さらに、変更通知の内容に関する諸議論に立ち入らなければならない。

二 変更通知の内容

変更通知においては、まず、変更原因を通知しなければならない、とされている。というのは、約款使用者が適切に変更権限を行使したかを検査するには、変更原因を知る必要があるからである。⁽¹⁰⁾ ここでも、「約款使用者による一方的な変更において、相手方は、変更の正当性を検査する」という、具体化の要請や契約解消権に関して見られた考え方が姿を見せる。

次に、変更内容の通知について、変更された新たな約款を相手方に交付すべきことが説かれている。同説によれば、相手方は、いかなる規律が今や効力を有するのかわらなければならず、それゆえ、約款使用者にとつてコストがかかるとしても、交付を約款使用者の内部的行為に置き換えることはできない。特に、相手方が契約解消権を有する場合には、新約款とその契約上の給付構造への影響が解消権行使についての判断の基礎となるため、交付を放棄することはできない、とされる。⁽¹⁰⁾ また、新約款において変更部分を強調する必要性や、⁽¹⁰⁾ 変更内容を説明する義務も論じられている。説明義務を検討する論者は、合意による約款変更の申込みについては、このような義務を原則として否定し、新約款を全体として交付することで十分であると⁽¹⁰⁾するが、一方的変更権の行使については、説明義務が課される可能性があるとする。所論によれば、説明義務が課されるかは、①相手方の情報提供の必要性、②約款使用者の情報優位、③当事者間の信頼関係の三要素を衡量して判断されるべきであるが、①については、相手方に契約解消権が認められる場合に肯定され、②については、約款使用者が約款を用意していることから認められる。そして、③については、変更権への同意が、約款使用者が相手方の利益に配慮せずに権利行使しないことへの信頼を意味するものとされる。さらに、変更権限を有する約款使用者は、変更原因の発生を調査し、それに対処する役割を引き受けているといえることから、変更について説明する義務が約款使用者に課される、とする。⁽¹⁰⁾

最後に、相手方に解消権がある場合には、権利行使期間を含め、その権利を相手方に教示する義務も約款使用者に課される、との指摘がある。⁽¹⁶⁾

三 小括

右のような議論状況をまとめると、次のようにいうことができる。すなわち、個別の相手方に対する変更通知が要求されるのは、単に形成権の行使が問題であるからではない。約款変更の際して相手方に一定の対応が保障されていることとの関係で、個別通知が必要とされている。その対応とは、一つには、契約解消権の行使である。解消権の趣旨は、既述のように多様であるが、いずれの趣旨であれ、解消権を行使するか否か適切に判断しうるためには、どのような変更が行われたのかを知らなければならない。さらに、解消権自体の存在も、知っていなければならない。また、相手方に解消権が認められない場合においても、相手方は、約款変更の適正さについて検査権限を有し、場合によっては、法的手段に訴える可能性を有する。それゆえ、この場合においても、相手方が変更原因や変更内容を知ることができなければならない。このような理由から、個別の相手方に対する変更通知が要求されている。

第三章 結論

第一節 ドイツ法のまとめ

前章におけるドイツ法の検討結果は、次のようにまとめることができる。

一 適用法規の選択

前章第一節においては、約款の一方的変更権条項の規制にかかる適用法規の選択について、BGB三〇八条四号の規定が適用されるか、という問題を取り上げた。ここでは、各種の契約内容（給付と約款）を一元的に捉え、契約変更条項を同一の規範のもとで規制すべきか、契約内容を多元的に捉え、契約内容に応じて変更条項の規制規範を分けるべきか、が議論されていた。学説上は、約款変更と給付変更を区別せず、約款変更条項についても変更条項を原則無効とするBGB三〇八条四号によって一元的に規制しようとする見解も見られたが、判例は、約款使用者の主たる給付の変更留保に焦点を合わせた規定である同号を約款変更条項には適用せず、同条項については、一般条項たるBGB二〇七条に基づいて規制していた。また、支配的見解によれば、BGB三〇八条四号にいう「給付」とは、約款使用者の給付のことであり、相手方の給付、とりわけ対価に関する変更条項も、同号の適用対象とはならない。ドイツでは、多元的規制の考え方が大勢であるといつてよい。その結果、約款の一方的変更権条項については、（中間条項を含む広義の）付随的条項の変更がどのように規制されるべきか、という問題が論じられることになる。

二 約款の一方的変更権条項の有効要件

かくして、約款の一方的変更権条項に課される有効要件は、契約の中心部分とは区別された約款の性格や規律内容を考慮したものとなる。もつとも、約款の規律内容は一様ではなく、そのことが有効要件を多様化させる。前章第二節以下において取り上げた各種の有効要件に関する議論は、このような観点から次のように整理することができる。

1 実体的有効要件

前章第二節においては、どのような場合に約款変更が正当化されるかという、変更原因にかかる実体的有効要件の問題を扱った。各種の契約変更条項の規制枠組みを区別する判例は、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、約款の変更が認められるものとしていた。①要件は、変更対象に対する相手方の個別的嗜好を考慮していないという点において、BGB三〇八条四号における給付変更条項の規制基準と異なる一方、約款をもつばら経済的価値の面から把握しており、要件の定式を含め価格変更条項の有効要件に類似している。これに対して、②要件は、価格変更条項とも異なる約款変更条項に特有の基準である。①要件は、給付や価格に関連する中間条項の変更においてよく機能するものと考えられる一方、②要件は、それらとの関連性の薄い付随的条項の変更にも当てはまるものである。判例の掲げる二つの実体的有効要件は、このような形で約款の多様な規律内容を考慮したものとなっている、ということができる。

このような実体的有効要件においては、約款が有する広義の付随条項性が基礎に置かれている一方、大量取引性や団体性といった約款による契約の集合的な性質については、それを考慮することが否定されているわけではないものの、前面には出ていない。また、この要件枠組みによれば、給付の等価関係への影響の乏しい付随的条項については、前記②の規律欠缺要件に該当しない限り、変更の対象にならないことになる。ここでは、いわば「軽微な障害については約款使用者がリスク負担すべきである」との基本発想が採られている。このような考え方に対しては、約款の内容に対する相手方の無関心等を理由に、異論も存在した。

2 形式的・手続的有効要件および変更通知

約款の規律内容として、契約の中心部分と連続性を有する中間条項と、中心部分との関連の薄い付随的条項とが想定されるということは、前章第三節から第五節において取り扱った表題の三つの項目にも影響する。これらの項目においては、共通して、約款の一方的変更が実体的有効要件（正当な変更原因）によって認められる場合に、相手方のような地位ないし権利が保障されているのか、が問われていたということが出来る。そして、このような間に対する解答として、変更対象となる約款条項の内容に依じて、次の二種類の地位・権利が論じられていた。

第一に、契約締結時と実際の約款変更時のいずれかにおいて、自己の個別的な利益に即して、約款使用者によって一方的に行われる約款変更を受け入れるかどうかの判断をなしうる地位である。このような地位の保障は、まず、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の変更条項の具体化の要請に現れていた。この意味での具体化の要請からは、約款の規律内容が多様であるところ、変更原因を具体的に記載することだけでなく、変更対象となる条項あるいは領域の特定が重視される。次に、約款の一方的変更それ自体においては考慮されない相手方の個別的利益・自由を保障するための契約解消権によって、この地位が保障されていた。このような解消権は、具体化の要請と補充関係に置きうるものである。つまり、契約締結時に変更を十分に予測することが困難であった場合に、契約解消が要請される。最後に、約款使用者による一方的変更権の行使に際して要求される相手方への変更通知についても、この意味での解消権の行使判断を相手方に可能とするために要求されるものと、説明することも可能である。以上のような形で保障される相手方の地位は、給付変更や価格変更においても問題となっており、約款変更との関係では、主として中間条項の変更において考慮されるべきものである。これに対して、相手方がそもそも関心を抱きにくい付随的条項においては、問題となりにくい。

第二に、約款使用者による一方的な約款変更の法的な適正さ（変更の要件を充足しているか）を調査する権利である。この権利は、不当な約款変更に巻き込まれない相手方の利益に関わり、付随的条項の変更においても認められるべきものである。この権利の保障は、まず、変更条項の具体化の要請において、相手方が変更条項に照らして変更の適正さを調査することができるようにするため、という趣旨に現れていた。このような趣旨からは、変更原因の具体化が重視される。次に、相手方の契約解消権についても、不当な変更あるいは疑わしい変更への対抗手段としての意義を認める可能性があった。もともと、不当な変更に対しては法的手段をもって対応すべきではないかと考えられるところ、この意味での解消権を実際に承認するかは、慎重に検討する必要がある。また、相手方の検査権は、不当な変更の防止に関係するところ、その保障のための各種の要件は、約款変更に対する事前規制手続き（監督官庁による認可など）の存在とも補完関係に立つ。最後に、変更通知についても、相手方が変更の適正さを適切に検査することができるよう求められているものと、理解することができる。

第二節 比較と示唆

本節では、ここまで検討してきたドイツ法における約款の一方的変更権条項の規制理論を日本法における約款変更論と比較し、また、ドイツ法からいかなる示唆を得ることができるか、を論じる。

一 約款変更の問題に対する基本的なアプローチ

はじめに、基本的なアプローチのレベルでの比較を行うに、本稿が浮き彫りにした約款変更条項の規制理論は、端的にいえば、約款の付随条項性に焦点を合わせたものであり、「付随条項アプローチ」と呼ぶことができるもの

である。このようなアプローチは、日本法における定型約款変更の正当化論に見られるいくつかのアプローチと対比することができる。

まず、我が国における従来の議論には、約款の組入れに関する合意原則（相手方の同意の必要性）から出発するアプローチが見いだされる。個別の変更の際しての逐次的な合意に定型約款変更の正当化根拠を求め、一方的な変更といっても、実際には相手方の同意があるとみなしうる場合にしか認められない、とする見解が、このアプローチに属する⁽¹⁶⁾。この見解によれば、約款変更に関し相手方の同意があるとみなしうるために、①相手方に変更を通知すること、また、②相手方に契約から離脱する可能性を認めることによって、変更を拒絶する機会を与えることが要求される。②については、本来であれば、相手方の変更拒絶は既存の約款条項の維持に帰結するものと考えられるが、定型約款の画一性ゆえに既存条項を維持することができないとしても、少なくとも相手方に変更後の契約に拘束されない権利を認めるべきである、との論理によるものと理解される⁽¹⁶⁾。このような見解と比較すると、本稿の議論は、合意原則の延長線上に約款変更法理を捉えるものではなく、端的に一方的変更の可能性を論じるものである⁽¹⁶⁾。当初約款の組入れ法理との対比については、別に合意による約款変更に関する一連の議論に委ねられている⁽¹⁷⁾。この点に、まず彼我の相違を見いだすことができる。

次に、定型取引の性質から定型約款の変更を正当化しようとするアプローチがある。このアプローチによれば、「給付内容の均一性や平等的取扱いなどに基づく契約内容の画一性の要請が、新規のものも既存のものも含めたすべての相手方との関係において求められること」という意味での通時的・全面的な画一化の合理性が、定型約款の変更を基礎付ける。そして、変更法理の適用判断に当たっては、提供される財・サービスの全面的な均一化が、サービスの提供態様や財・サービスの公共的性質などによって十分に基礎付けられるものであるかどうかを考慮さ

れるべきである、とされる⁽¹¹⁾⁽¹²⁾。このようなアプローチが、定型約款を用いた取引（定型取引）の全体的な性質を考慮した変更法理を志向するものであるのに対して、本稿で扱ったドイツ法の議論は、既述のように全般的に見た場合、大量取引性や団体性といった約款による契約の性質が前面に出たものではなかった。そこでは、取引の目的となる財やサービスの性質についても、特段の考慮は見られない。他方で、給付目的の性質から出発するこのアプローチにおいては、契約の中心部分と付随部分を分ける発想が弱いのではないかと目されるが、これに対して、付随条項アプローチは、この両者の区別に重きを置くものといえる。

このように対比した場合、ドイツ法の議論は、従来の我が国の議論とは異なるアプローチを提示し、相手方がその内容を個別に認識することなく契約に組み入れられる付随的条項を内容とする約款の一方的変更が、どのような法的枠組みのもとで認められるのか、という問題を明確に提起するという点において、具体的な要件論の可否をひとまず措くとしても、日本法にとつても参考になるものである。

二 約款変更の実体的要件

1 ドイツ判例を日本法に移入することの是非

つづいて、約款変更の実体的要件について検討するに、ドイツ判例が掲げる二つの実体的有効要件、また、解釈上の疑いの除去が正当な変更原因たりえないとする考え方を日本法に直輸入することには、慎重にならなければならないだろう。というのは、本稿においては、これらの有効要件が中心部分と区別された約款の規律内容（中間条項または付随条項）に焦点を合わせたものであることを示すことはできたが、約款変更の要件として十分なものと評するには、依然として疑問や検討課題が残るからである。詳しくは、次のとおりである。

まず、ドイツ判例における二つの実体的有効要件は、「等価性障害」または「規律欠缺」という伝統的な契約法の概念の下で、約款変更の正当な原因の有無について、一定の評価的スクリーニングを行うものであるといえる。かたや、我が国の約款変更に関する裁判例に目を向けると、例えば公益的な目的を有する暴力団排除条項の補充が認められた裁判例⁽¹⁶⁾、携帯電話利用契約における料金の窓口払に係る払込取扱票発行手数料の導入を有効とした裁判例⁽¹⁷⁾などが知られている。後者の裁判例においては、窓口払のニーズが縮小していたなどの事情を考慮し、通信サービス利用者間の公平の実現を図る観点から、手数料を窓口払選択利用者の負担に変更する必要性が認められている⁽¹⁸⁾。これらの裁判例に現れた公益目的や顧客間の公平といった観点が、前記の概念において十分に考慮されるかは、俄かに断言しがたいであろう。

また、規律欠缺は正当な変更原因となるが、解釈上の疑いはそうではないという考え方については、①既述のように、これらの原因による約款変更が有する問題構造が共通すること、②我が国では、欠缺補充の必要を生じさせる不当条項規制に代えて、しばしば解釈による規制が行われてきたことなど、解釈と補充の問題の境界が流動的であることを顧慮すると、ドイツ判例と同様の考え方を採用すべきと断言することには、躊躇が残る。

さらに、ドイツ法自体の文脈においても、これらの有効要件が批判に耐えるものであるかについては、なお検証が必要である。特に、等価性障害要件については、既述のように、価格変更条項の実体的有効要件と類似性が見られるものであるところ——すなわち、「増加費用が生じた場合などに給付の均衡を回復する限りで、変更が認められる」との考え方が基礎に据えられている。——、同条項に関する夥しい判例・学説も検討しなければ、確固とした評価は下せない⁽¹⁹⁾。

2 ドイツ法からの問題提起

それでもなお、ドイツにおける約款変更の実体的要件論は、契約の中心部分と区別された付随的条項の変更要件をどのように設定すべきか、という問題を提起するものとして、日本法にとつても意義のあるものとして受け取ることができる。⁽¹⁷⁷⁾そして、この問題を考察するに当たっては、次のような諸課題に取り組む必要があるだろう。

第一に、ドイツ判例が示唆する、「軽微な障害については約款使用者がそのリスクを負担すべきである」という利益衡量を、どのように評価するかである。このような利益衡量に対し、ドイツにおいては、相手方の認識が及んでいない付随的条項を念頭に置いて批判が向けられていた。このような批判は、日本法の文脈では、いわゆる「希薄な合意」論に対応するものといえる。約款の組入れが「希薄な合意」に基づくものであることから約款変更の正当化を図るアプローチは、債権法改正の審議過程において見られたものである。⁽¹⁷⁸⁾しかしながら、その後、個別合意条項を変更対象から除外する旨の規定案は改められたことから、「希薄な合意」論による基礎づけは成り立たなくなったものと評されている。⁽¹⁸⁰⁾とはいえ、個別合意の対象となっていない付随的条項の変更の可否を考えるうえで、そのような条項が「希薄な合意」によって契約内容となっている、という事情をどう考慮するかという問題は、依然として残されているだろう。

第二に、欠缺補充や解釈上の疑いの除去のための約款変更という課題を、検討する必要がある。このことは、既に旧稿において約款条項が無効である場合の処理について検討したところだが、⁽⁸¹⁾条項無効によって補充（代替）が必要となった場合だけでなく、それ以外の理由による欠缺補充や解釈上の疑いの除去についても、同様の問題がある。契約の解釈や補充について一定の解釈準則・補充準則があり、その適用者として伝統的には裁判官が想定されていることは、それらの準則がどの程度明確に確立されているのか評価が分かれるとしても、異論がないであろう。

それら裁判手続きを想定して組み立てられてきた契約内容の確定ルールと、裁判外における変更措置との競合という問題が、ここにはある。

三 変更条項の意義

形式的有効要件に関する検討からは、具体的に定式化された変更条項を定めておくことの意義について、次のように論じることができる。

1 日本法における従来の議論

我が国における従来の議論においては、もっぱら相手方の予測可能性を確保するという観点から、変更条項を置くことの意義が論じられてきた。

まず、定型約款の変更に関する議論を見るに、変更の合理性を基礎付けるうえで変更条項の存否・内容は重要な意味を有しないとの評価も見られるが、相手方の予測可能性の観点から、変更条項を置いておくことの意義が認められている。すなわち、立案担当者によれば、定型約款に変更条項が含まれていたのであれば、相手方は一方的変更の可能性を予測しえたといえることから、変更条項の有無・内容が変更の合理性を肯定する事情になる。そして、このような変更条項の意義に応じて、単に定型約款を変更することがありうる旨を規定しておくのみでは、合理性を肯定する事情として考慮することは困難である、とされている。⁽¹⁸⁾さらに、この種の包括的な変更条項については、不当条項として、民法五四八条の第二項により合意しなかったものとみなされる可能性や、消費者契約において無効とされる可能性も指摘されている。⁽¹⁹⁾

これに対して、差止訴訟にかかる裁判例は、包括的な約款変更条項の消費者契約法一〇条該当性について否定的な判断を下している。すなわち、東京高判平成三〇年一月二八日判時二四二五号二〇頁は、「変更が客観的に合理的なものである場合に限り」という制限解釈を条項に施したうえで、そのような条項はそもそも同条前段に該当しないものとした。また、その原審た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は、前段該当性は肯定しているものの、同条後段要件の審査において、民法九〇条や消費者契約法一〇条の規制により約款変更が無効となる可能性があることを考慮して、変更条項により契約者が被る不利益は重大なものであるとはいえない、としている。これらの裁判例においては、一定の法的な制約を考慮すると結果的に消費者に不利な条項とはいえないものと評価されており、相手方の予測可能性の観点は重視されていない。

前掲東京高判平成三〇年に対しては、制限解釈された条項が有効とされて差止請求が否定され、契約内容を正確に表現しておらず、消費者の誤解を招くおそれの高い条項が引き続き使用される結果となる、との理由で批判がある⁽¹⁸⁾。そして、変更についての予測可能性を相手方に確保すべく、条項の明確性の観点から包括的な変更条項の不当性を認める可能性が説かれている⁽¹⁹⁾。

このように従来の議論においては、もっぱら相手方の予測可能性を確保するとの観点から、変更条項の意義を重視すべきか否か、変更条項の具体化を（どこまで）要求すべきか、が論じられてきたものといえる。

2 ドイツ法からの示唆

これに対して、ドイツ法の議論からは、約款変更条項において変更の要件（原因や対象となる条項）を具体的に規定しておくことには、次の二つの意味があり、それらの意味は区別されなければならないことが明らかになる。

第一に、約款変更条項を具体的に規定しておくことには、日本法においても論じられてきたように、相手方の予測可能性を確保する意味が認められる。この意味での具体化の要請は、契約締結時における透明性の要請の一環を成すものであり、また、相手方の個別的な利益や契約締結自由にかかわる。そして、この意味からは、変更原因の具体化と共に、変更対象の具体化が重視される⁽⁸⁷⁾。約款の規律内容は多様であり、変更原因が明確にされるだけでは、相手方は、どのように契約内容が変動するのかを十分に予測することができない、と考えられるからである。また、このような意味での変更条項の具体化は、変更リスクを相手方の契約締結判断に組み入れさせることを目的とするところ、とりわけ給付や価格に関連する中間的な条項の変更について要請される。さらに、条項の具体化により相手方の予測可能性が十分に確保されているならば、相手方に契約からの離脱可能性を与える必要はないと考えられ、この意味での具体化の要請には、相手方への契約解消権の付与との補完関係が認められうる。

第二に、相手方の検査可能性を確保する意味である。この意味での具体化の要請は、契約実行過程における透明性の要請の一部であり、また、約款変更の法的な適正さにかかわる。そして、この意味からは、もっぱら変更原因の具体化が重視される。これは、変更原因にかかる実的要件に、一方的な約款変更の法的な正当化根拠が現れているからである。また、このような意味での変更条項の具体化は、あらゆる約款変更について要請されるものである。さらに、この意味での具体化は、約款変更の適正化を図ることを目的とするものであるところ、適当な機関による事前規制など、相手方による検査・訴訟以外の変更適正化手続との間で、補完関係に立つ。

右のような具体的な変更条項の二義性を意識するならば、我が国の約款変更論における変更条項の位置づけについて、次のような指摘をすることができる。

まず、相手方の検査可能性を確保する意味について、より自覚的に論じるべきである。確かに、ドイツにおける

約款変更条項の有効性に関する議論は、同条項が変更権限の授權規範として唯一のものであり、その規範に照らして相手方が変更の法的な是非を判断することを前提としている。これに対して、日本民法五四八条の四における変更条項の位置づけは、合理性判断の一要素に過ぎない。変更権限の授權規範は、第一次的には同条の規定である。しかしながら、同条第一項二号の規定は、それだけで相手方が十分に変更の合理性を評価しうるほど明確なものとはいえないだろう。⁽⁸⁸⁾そこで、変更条項において同号の規定を具体化するような変更要件が定められていれば、そのことは、相手方の検査可能性にとってプラスになると考えられる。その意味で、具体的な変更条項の存在は、合理性判断の枠組みの中で積極的に評価されるべきである。

そして、相手方の検査可能性の観点からも、差止訴訟において制限解釈により、または消費者契約法一〇条等の規制を理由に、包括的な約款変更条項を適法なものと評価することには、やはり慎重であるべきである。というのは、約款変更がいかなる場合に正当化されるかが論議され、その結果が変更条項に反映されることは、相手方の検査可能性を確保するうえで、ひいては不当な変更に巻き込まれない相手方の利益の保護を図るうえで、有用だからである。また、後述のように、現行法下では個別の約款変更について団体訴訟を提起することが困難であることから、相手方自身による検査や法的手続きを重視せざるを得ず、その前提として変更条項に対する差止訴訟の積極活用が望まれる。前述の裁判例は、このような観点から問題があるといえる。⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾

最後に、民法五四八条の四第一項二号の合理性判断において変更条項の有無および内容が考慮されるとき、それが「その他の変更に係る事情」とどのような関係にあるかという点について、前述の整理が参考になる。すなわち、相手方の予測可能性を確保するという意味においては、変更条項の存在は、相手方への解除権の付与と関係する。これに対して、検査可能性を確保する意味では、変更規制手続きと関係する。

四 約款の一方的変更における相手方の権利

1 相手方の解除権

(1) 日本法における従来の議論

変更相手方に契約解消の可能性を付与することの要否の問題は、定型約款の変更にかかる我が国の議論においても、従来から意識的に論じられている。

まず、民法五四八条の四第一項二号における「その他の変更に係る事情」においては、変更によって相手方が受ける不利益の程度や性質を前提に、その不利益を軽減させる措置が取られているかなどが考慮されるものと、立案担当者によって説明されている。そして、軽減措置の具体的内容としては、特に、変更を望まない相手方に解除権を付与することが説かれている⁽¹⁹⁾。このような解除権の付与は、定型約款変更の正当化論との関係で、強く要求されてきたものである。すなわち、定型約款変更の正当化根拠を当事者の合意に求める見解においては、前述のように、相手方への解除権の付与が、約款変更が有効であるための必要条件として位置付けられてきた⁽²⁰⁾。

他方で、定型約款の変更の合理性を評価するうえで相手方の解消可能性の保障が持つ意味を、抑制的に評価する見解も存在する。まず、相手方が契約の継続に期待や利益を有している場合には、相手方に契約から離脱する機会が与えられているか否かに、重要な意味が与えられるべきでなく、離脱機会の保障という要素は、契約からの離脱が相手方にとって意味ある選択肢となるような契約であるにもかかわらず、その離脱の機会が与えられていない場合に、不利益軽減措置が不十分であることを基礎づける事由として考慮されるに過ぎない、との指摘がある⁽²¹⁾。また、相手方の選択行動に影響を与える契約条件の変更の場面では、相手方の自律的判断の確保の側面のみならず、競争の促進という観点からも、解約可能性を考慮要因とすべきであるが、変更により不利益を受ける相手方と利益を受

ける相手方が混在する場合、後者に解約可能性を与える必要はなく、また、相手方の選択行動に影響しない軽微な条件変更においても解約可能性の付与は不要である、とする見解も主張されている。^(四)

(2) ドイツ法からの示唆

相手方の解消権に関するドイツ法の議論からは、この権利が大別して二つの意義を有する可能性が示された。すなわち、相手方の個別的な利益や自由を保障する意義と不当な変更を逃れる可能性を確保する意義である。もつとも、約款変更の法的な正当性に解消権を関連付ける後者の意義については、そのような意義から導かれる解消権の要件設定が困難であり、また、そもそも不当な約款変更に対しては、法的手段をもって対抗すべきではないか、との疑問が生じる。このような難点に鑑みて、相手方の解消権の意義としては、前者を中心に考えるべきであろう。このような意義付けは、従来の日本法において論じられてきた解除権の意義と基本的に同様のものである。

本稿の検討によるならば、このような意味での解除権は、相手方の契約締結判断に組み入れられることが期待されない典型的な付随的条項の変更においては、必要とされない。また、契約締結時に十分に予測可能であった変更の際に際しても、解除権を与える必要はないと考えられる。

2 相手方の検査権

(1) 検査権の承認

約款の一方的変更の際に相手方が有する権利としては、解除権だけでなく、検査権も考慮されるべきである。相手方が約款変更の法的効力を争いうる立場にあることは、日本法においても異論はないだろう。このこととの関

係で、相手方には、約款変更の法的な適正さを検査する権限があると考えることができる。従来の議論においては、もっぱら解除権の要否が論じられてきたが、解除権が認められない場面であっても、この検査権だけは、最低限の権利として承認されるべきである。

ところで、約款条項の適正さの確保に向けた検査や監視の発想は、約款の組入れに伴う事前開示についても、意識されてきたものである。すなわち、約款の組入れについては、従来、いわゆる意思推定説を採用し、事前開示を要求しない判例が存在した一方、⁽¹⁹⁶⁾学説上、これを必要とする見解が多数を占めてきた。そして、このような事前開示の意義として、①相手方に契約締結判断を適切にさせること、②契約締結後も約款に則って適切な行動をとることを相手方に可能にすることの他、③社会的監視が容易になり、その分だけ約款使用者にも自己抑制が働くことも、挙げられてきた。⁽¹⁹⁶⁾しかしながら、定型約款に関しては、定型約款準備者による自発的な事前開示が組入れの要件とはされず、相手方からの請求があった場合に内容表示が義務付けられるに留められた（民法五四八条の三）。このような規定に対しては、社会的監視を困難にするとの懸念が示されている。⁽¹⁹⁷⁾また、準備者により開示されたならば定型約款条項を吟味したが開示請求まではしない相手方が出てくる結果、定型約款を認識し、吟味する相手方が減少し、市場におけるチェック機能も働きにくくなる可能性がある、との批判もされている。⁽¹⁹⁸⁾このように、約款の適正化に向けた検査や監視は、契約締結当初の組入れについても意識されている。

そこで、契約締結当初の約款の組入れの場面と比較すると、（定型）約款変更の場面において特に相手方の検査権を強調することには、次のような意味がある。⁽¹⁹⁹⁾

まず、約款に対する社会的監視や市場のチェック機能は、基本的に契約締結判断者の視点から行われるものであり、したがって、当初約款の適正さの確保についてよく機能しうるものと考えられる。これに対して、約款変更の

適正さについては、既存の契約当事者によって構成されるものではない社会や市場による監視があまり期待できず、相手方自身による検査が重要になってくる。もちろん、主要銀行が一齐に共通の約款条項を変更したり、携帯電話の大手三社が横並びで約款変更を実施したりというように、社会構成員の大多数に影響する（定型）約款変更の場合には、それが社会的な関心事となりうるだろうが、基本的には右のような相違があるものと想定される⁽²⁰⁾。また、社会的監視を制度化したものと捉えることができる不当条項に対する差止請求制度（消費者契約法一二条以下）も、⁽²¹⁾ 条項変更を対象としていない。

次に、約款変更の場面では、相手方自身による検査をより一層期待できることである。確かに、相手方は約款条項の適用場面が現に生じるまで約款に無関心であることや、変更内容を検査するためのコストといった、契約締結段階で約款の適性さが確保されたい原因ともなる諸事情を考慮するならば、変更が通知または周知されたとしても相手方がその検査に当たることは期待しがたい、とも考えられる。しかしながら、契約締結時と約款変更時とは、状況に違いがある。まず、契約締結時においては、相手方は、もっぱら契約の目的やその対価といった契約の中心部分に目を向けて契約締結判断をせざるを得ない一方、約款の膨大な内容を逐一検討してられない。これに対して、約款変更の場面では、中心部分から切り離して約款に目を向ければよいうえ、検討の対象は、約款全体ではなく、その一部分に限定されている⁽²²⁾。それゆえ、約款変更時において、相手方は約款に対しより関心を持ちやすく、また、検査コストもより低いものと想定できる⁽²³⁾。それでもなお、相手方による検査は期待しがたいとの評価もありうるが、そのことは、相手方の検査権を否定することによってではなく、団体訴訟などによって手当てされるべき問題である。

さらに、約款変更に際しての検査権は、契約上の権利として構成可能なものであることが重要である。これによ

り、約款変更について相手方がなしうる諸々の要求やそれらに応じた約款使用者（定型約款準備者）の負担を、契約上の権利義務の形で明確化する素地が与えられる⁽²⁰⁾。また、業務執行権を有しない組合員の検査権（民法六七三条）や委任者の報告請求権（民法六四五条）との比較可能性が生まれる。これにより、既存の法規定やそれらに関する理論を参照して、権利の根拠や内容を検討することが可能となる。

(2) 定型約款変更の合理性判断における顧慮

相手方の検査権の観点は、民法五四八条の四第一項二号の合理性判断において、次のような形で顧慮されうる。すなわち、前述のように、相手方の検査可能性の確保は、変更条項の具体化を要求する理由の一つとして挙げられるところ、「定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無」において考慮することができる。そして、相手方の検査権は、あらゆる条項の変更において問題となるものであることも、忘れてはならない。他方で、相手方自身による検査可能性は、他に実効的な事前規制が用意されている場合には後退しうるところ、「その他の変更に係る事情」としてそのような規制措置が斟酌されるのであれば、その分だけ重要性を失うものと考えられる。

(3) 周知義務の説明可能性

民法五四八条の四第二項が定める定型約款変更の周知義務についても、相手方の検査権との関係で説明する余地がある⁽²⁰⁾。

この周知義務については、従来の議論において積極的な評価・意義付けがほとんど見られない。まず、前述の逐次のな合意により定型約款変更の正当化を図るアプローチからは、相手方が解除権を行使する前提として、変更を

相手方が知りうる機会が確保されていなければならないことから、個別の相手方に対する変更通知が要求され、「周知」では不十分である、との指摘がされている。⁽²⁰⁶⁾ また、立案担当者も、合理性判断の枠内において、不利益軽減の措置として相手方に解除権を付与すべき場合や、相手方の不利益の程度が大きな変更に際しては、個別説明など、周知を超えた措置が要求されることがありうる、としている。⁽²⁰⁷⁾ これに対して、定型約款の変更は民法五四八条の四第一項の定める実的要件によって正当化されるものであるとする立場からは、周知要件を超えて個別通知までは必要とされないという規律内容も、合理性を有する取扱いとして理解されうる、との評価がされているが、⁽²⁰⁸⁾ かかる見解においても、周知義務の積極的な根拠が示されているわけではない。

これに対して、相手方の検査権を意識するならば、変更の周知には、相手方の検査可能性を確保するための措置として積極的な意味を見いだすことができる。まずもって、事前開示についての相手方請求構成（民法五四八条の三）に対し、定型約款の変更については、少なくとも定型約款準備者による自発的な周知が義務付けられ、不利益変更に関しては変更の効力発生要件とされている点を、肯定的に評価することができる。他方で、個別通知までは要求されていない点については、次のように理由付けることができる。すなわち、相手方の検査権は、最終的に約款変更の適正さを確保し、不当な変更に関係する相手方が巻き込まれないようにするためのものである。一部の相手方が検査や法的手段の遂行を行うに留まるとしても、その結果が全相手方との関係に反映されるのであれば、検査権の目的は達成されているものと考えられる。そうすると、検査の実効性が確保される程度の閲覧が期待できる方法で周知がされていれば、個別通知までは必要ない。このような理由付けである。⁽²⁰⁹⁾

また、相手方の検査権と結び付けることによって、周知の内容についても一定の示唆を得ることができる。すなわち、不利益変更の合理性についてはとりわけ変更の必要性（変更原因）によって正当化されるものと考えられる限り、

「定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期」だけでなく、変更を必要とする事情・理由についても周知を要求すべきである。

五 条項変更に対する団体訴訟の可能性

ドイツにおいては、変更条項の具体化や事前規制に関して、契約上の変更権行使が団体訴訟の対象とならないことも考慮されていた。このような団体訴訟の可能性の問題もまた、日本法でも検討されるべき問題であろう。⁽²⁰⁾ 現在のところ、約款変更の問題に対する消費者団体の介入可能性としては、事案によつては集団的被害回復手続に乗せることも可能であろうが、基本的には消費者契約法に基づいて約款変更条項に対する差止請求を行うしかない。そして、前述のように、差止訴訟において変更要件が解明され、それが条項自体に反映されることが望ましいが、仮にそのような状況が実現するとしても、個別の変更の適正さが直接に問題とされるわけではない。

そこで、消費者契約における条項変更についても団体訴訟の対象とすることも、立法論として検討すべきである。ドイツにおいては、契約上の変更条項に基づく約款変更については団体訴訟の対象とならないが、法令の規定に基づく約款変更については、判例により差止訴訟の対象となることが認められている。⁽²¹⁾ もっとも、このことは、無効条項の援用禁止も差止訴訟の対象とするドイツ法の枠組みを前提としている。⁽²²⁾ 我が国の差止請求制度は、消費者契約締結の意思表示を差し止めるといふ体裁をとっているところ（消費者契約法一二条三・四項）、⁽²³⁾ 条項援用にかか

第三節 残された課題

本稿では、ドイツにおける約款の一方的変更権条項の規制法理を分析し、日本法との比較やそこから得られる示唆を論じたが、依然として次のような諸課題が残されている。

第一に、約款の一方的変更を正当化する実的要件の問題について、なお検討の余地が残されており、問題提起の域を超える理論を示すことができなかった。さらに、民法五四八条の四第一項一号が規定する相手方の一般の利益に適合する一方的変更については、全く考察することができなかった。相手方の検査権に関する議論などは、この場合にも当てはまるものと考えられるが、実的要件としてのこの規定については、およそ分析できていない。

第二に、約款の一方的変更がそもそも正当化される根拠について、確固たる解答を提示することができなかった。本稿では、一方的変更権条項の規制を検討素材としたに留まるところ、この点について解答するには、やはり変更条項がない場合を含めた考察が必要であろう。

(116) 約款変更の手続きについては、約款使用者は、約款変更の権限を行使する前提として、相手方と約款変更について交渉する義務を負うか、という問題も提起されるかもしれない。このような問題が直接論じられることは少ないが (Lorenz Sylvestor Mitterer, „AGB-Korrektur in Dauer- und Langzeit Schuldverhältnissen“, 2013, 237ff.) は、この問題を直接に論じているが、義務内容が不確定であること、裁判・執行が困難であることなど、再交渉義務一般に対する疑義に基づき、約款変更についての再交渉義務を否定している。)、再交渉条項については一定の議論が見いだされる。ここでは、再交渉義務は約款の変更に適していないとの、否定的な評価が下されている。すなわち、再交渉は通常、個別の結果をもたらすものであり、契約条項が従来約款の性格を失うことになる。このことは、約款使用者の正当な標準化・合理化利益に合致しない、とされる。また、大量取引において全ての相手方と交渉することは、時間と費用を要し、実用的でない、とも指摘される (Freund, a. a. O., (Anm. 14), 90; Bartmuf, a. a. O., (Anm. 14), 152f.; Eckelt, a. a. O., (Anm. 14), 105; Kolmsee, a.

a. O. (Anm. 13), 94f.)。このような再交渉義務の約款変更に対する不適合性は、その義務が再交渉条項に基づくものであるか否かにかかわらず当てはまるだろう。そして、このような不適合性が約款の一方的変更が論じられる出発点となる¹¹⁶⁾、と評することができ¹¹⁷⁾。

(117) 既にAGBG政府草案の理由書において、「多くの場合、とりわけ継続的債務関係においては、支払義務を負う契約当事者のために、対価が引き上げられた場合に告知権を付与することが要請されるだろう」と指摘されている (BT-Drucks. 7/3919, 28)。

(118) 以下に紹介する時価条項判決の詳細については、拙著・前掲注(66)一三九頁以下(初出二〇〇九年)を参照。

(119) 同判決に先立って注(66)前掲BGH一九八〇年判決も、不可避的な価格引上げに際して相手方に契約解消権が認められることで相当な利益調整が図られる、としている。

(120) 実際に問題とされた条項は、そのような解除権を規定していないことから、AGBG九条により無効とされた。

(121) 例えば、事業者間契約における価格変更条項を有効としたBGH第八部民事一九八五年一月二六日判決 (BGHZ 93, 32) は、長期拘束とそれに応じて算定された先行給付を特徴とする契約において、価格変更を受けた相手方の告知権を契約の性格と矛盾する、としている。

(122) 前掲注(92) BGH一九八六年判決、前掲注(92) BGH二〇〇六年判決、前掲注(33) BGH二〇〇七年判決などを参照。

(123) 不当条項指令(93:13EWG)付表一も、最終価格が契約締結時に合意された価格に比して高額すぎる場合に解消権を付与しない価格変更条項を、濫用的な条項の例として挙げている。

(124) VVG四〇条 保険料引上げに際しての告知

(1) 保険者が変更条項に基づいて保険料を引き上げる一方、それに応じて保険保護の範囲が変更されない場合、保険契約者は、保険者による通知の到達後一月以内に契約を告知することができる。告知の効力は、即時に生じうるが、保険料引上げの効力が生じる時点までは生じない。保険者は、保険契約者に対し通知において告知権を指摘しなければならぬ。通知は、遅くとも保険料の引上げが効力を生じる一月前に、保険契約者に到達しなければならない。

(2) 前項の規定は、保険者が変更条項に基づいて保険保護の範囲を縮小する一方、それに応じて保険料を引き下げない

場合に準用する。

(15) Bf-Drucks. 12/6959, 101; Hau, a. a. O. (Anm. 113), 344 Anm. 60を参照。一九九〇年制定の VVG においては、闕値付きの告知権のみが定められていたが、一九九四年改正において、本文で述べたような理由により、無制限の告知権が認められるようになった。

(16) 本文に紹介する学説の他に、Armbrüster, in: Prüss/Martin, a. a. O. (Anm. 15), Einleitung Rn. 56^a、許容される変更留保の枠内での変更も、保険保護を減退させるので、個別保険契約者の正当な利益に反しうる、とする。また、Freund, a. a. O. (Anm. 14), 169が、約款使用者が契約の拘束力の原則から一方的に逃れる可能性に対する補償として解消権の意義を説いているのも、同様の趣旨に理解することができる。

(17) Wandt, a. a. O. (Anm. 13), 67もこのも、わずかな変更については、例外的に告知権が要請されない、と考えられている。すなわち、保険料の変更についてだが、外的事情の変更の不可避的な結果として保険保護が拡大され、それに応じて保険料がわずかに引き上げられた場合には、告知権の付与は必要ない、と説かれている。Wandt, a. O. (Anm. 13), 69を参照。

(18) Reimann, a. a. O. (Anm. 40), 45.

(19) BK/Friedrich Harter (1999) § 31 VVG Rn. 37もこのも、同説は、保険料引上げが無効な場合には告知権が認められなくとしており、その意図するところはよくわからない。

(20) Reimann, a. a. O. (Anm. 40), 45の他、価格変更条項に関する論稿であるが、Rainer M. Wiedemann, „Preisänderungsvorbehalt: Einseitige Preisänderung zwischen Bestimmtheitsgrundsatz und Verbraucherschutz“, 1991, 54を参照。また、Freund, a. a. O. (Anm. 14), 171も、約款使用者が重大な負担を与える変更によって告知や解除を誘発しうるかという問題に関してであるが、変更された条項が再び内容規制に服すること、したがって、重大な不利益は契約解消よりも条項規制に帰着することを指摘している。

(21) Wandt, a. a. O. (Anm. 13), 66f.; Bartmuß, a. a. O. (Anm. 14), 187f.; Hau, a. a. O. (Anm. 113), 346.

(22) Wandt, a. a. O. (Anm. 13), 66.

(23) 契約を後悔している相手方が変更を解消の契機としうる問題は、解消権付与の要請を批判する論者によって指摘され

てゐるといふのである。Kolnsee, a. a. O. (Anm. 13), 131を参照。

(134) 一部の判例・学説は、契約解消権による具体化の欠如の補償を否定している。前掲BGH一九九七年判決は、告知可能性は将来の負担の不確実性を除去するものではないから、条項の不透明性は、告知権によって除去されないし、緩和されることもない」とした。同旨の学説として、Kolnsee, a. a. O. (Anm. 13), 130を参照。

(135) この点に関連して、Hau, a. a. O. (Anm. 113), 344ff.は、解消権に相手方の個人的自由の保障としての意義を認め、具体化の欠如に対する補償としての側面から解消権を要求することに批判的であるが、現に変更に直面した相手方は、変更結果を契約締結時点よりもはるかによく見通すことができるという点に、具体化の要請との関係での解消権の意味があるとする。

(136) 学説における同様の見解として、Präve, a. a. O. (Anm. 41), Rn. 455; Wandt, a. a. O. (Anm. 13), 67f.を参照。

(137) Hau, a. a. O. (Anm. 113), 346は、価格変更条項に基づく価格変更についで、変更が過剰である可能性がある場合にこそ、相手方の私的な規制権限としての解消権が要請される」とする。

(138) 以上のことは、条項無効を理由とする約款変更について、旧稿でも述べたところである。拙稿・前掲注(67)(二)三六頁および四〇頁を参照。

(139) 確かに、BGB三〇六条三項は、約款条項の無効の効果について、同一項に規定された変更——任意規定による補充および補充的契約解釈——を顧慮したとしても契約への拘束が一方当事者にとって期待不可能な過酷さを意味する場合には、契約は無効になるとしている。しかしながら、「期待不可能な過酷さ」という要件からも明らかのように、この規定は例外的な性格のものであるうえ、もっぱら約款使用者を保護する機能を有している。Walter F. Lindacher/Wolfgang Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O. (Anm. 17), § 306 BGB Rn. 58; Harry Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Anm. 17), § 306 BGB Rn. 42を参照。

(140) Freund, a. a. O. (Anm. 14), 171; Präve, a. a. O. (Anm. 41), Rn. 455; Eckelt, a. a. O. (Anm. 14), 164, 205; Kolnsee, a. a. O. (Anm. 13), 130f.; MikoBGB/Basedow, a. a. O. (Anm. 41), § 305 Rn. 93を参照。

(141) Hau, a. a. O. (Anm. 113), 343; Eckelt, a. a. O. (Anm. 14), 207. 44. Kolnsee, a. a. O. (Anm. 13), 131を必要とするような変更を行った約款使用者が不利益を被ることを述べよう。

- (142) Hau. a. a. O. (Anm. 113), 344f. ♪ 同様に主張している。
- (143) 例えは Hau. a. a. O. (Anm. 113), 343f. は、約款使用者が取引特殊の投資をしている場合においても、一定の閾値を超えたことを要件とする解消権が原則として適切である、とする。
- (144) Freund. a. a. O. (Anm. 14), 161.
- (145) Präve. a. a. O. (Anm. 14), 216; ders. a. a. O. (Anm. 41), Rn. 461.
- (146) もともと、本文に挙げた論者は、判例と同様に、もっぱら契約締結時の透明性の観点から、変更条項の具体化を論じている。すなわち、変更留保は、契約締結時点でありうる変更事例を評価することを可能にしなければならない。また、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必要、と論じている。Peter Präve. ZfV 1992, 221; Präve. a. a. O. (Anm. 14), 214; ders. a. a. O. (Anm. 41), Rn. 451を参照。
- (147) BT-Drucks. 12/6959, 105.
- (148) Wandt. a. a. O. (Anm. 13), 54ff.
- (149) 論者は、さらに裁判外での事後的規制として、連邦保険監督庁による監督と独立監査人による事後的規制についても論じて、いずれも保険契約者に十分な保護を与えるものではない、としている。
- (150) 同様の見解として、Präve. a. a. O. (Anm. 41), Rn. 462も、変更条項の具体化が不完全な場合でも、独立監査人の同意を要件とする条項の方が、そうでない条項よりも内容規制に耐えやすいとする。もともと、全く具体化されていない条項については、独立監査人の設置は補償とならない、とする。
- (151) Wandt. a. a. O. (Anm. 13), 59.
- (152) Wandt. a. a. O. (Anm. 13), 61f. 独立監査人が相手方の代理人たりえないことに関連して、Reumann. a. a. O. (Anm. 40), 50は、独立監査人の設置は、約款変更に対する相手方の異議権の代わりとなるものではない、とする。
- (153) Armbrüster. in: Pröbss/Martin. a. a. O. (Anm. 15), Einleitung. Rn. 57によれば、変更留保に対する実質的な諸要求は、法による規定とされている。結論として、Bartmuth. a. a. O. (Anm. 14), 207f. ♪ 同旨。
- (154) Wandt. a. a. O. (Anm. 13), 64は、AGBG九条および一〇条四号のシステム上、独立監査人を設置したうえで可能な具

体化を放棄することは、原則として可能であるとする。もっとも、保険契約における変更条項については、保険契約の変更という規律対象に基づき不可避的な裁量の余地が存在しており、恣意的にさらなる裁量の余地を求める正当な利益は存在しない。¹⁶⁵⁾

- (151) BT-Drucks. 16/3945, 100.
- (152) BT-Drucks. 16/3945, 113.
- (153) Armbrüster, in: Prölss/Martin, a. a. O., (Ann. 15), Einleitung Rn. 57.
- (154) Kolnsee, a. a. O., (Ann. 13), 132f.
- (155) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 178; Präve, a. a. O., (Ann. 41), Rn. 465; Kolnsee, a. a. O., (Ann. 13), 134. ¹⁶⁴⁾ 給付変更留保に基づく変更権の行使におおむね同様に変更通知が要求されることについては Danmann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., (Ann. 17), § 308 Nr. 4 Rn. 35を参照。
- (160) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 178f.; Eckelt a. a. O., (Ann. 14), 212f.
- (161) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 179.
- (162) Kolnsee, a. a. O., (Ann. 13), 134.
- (163) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 55. 旧稿においても触れたように、約款変更の申込みに関するこのような見解は、少数説に留まる。この点については、拙稿・前掲注(3)(一)七二頁を参照。
- (164) Freund, a. a. O., (Ann. 14), 180ff.
- (165) Wandt, a. a. O., (Ann. 13), 76f.
- (166) 三枝健治「約款の変更」法時八九巻三号(二〇一七年)六九頁・とりわけ七二頁以下を参照。また、定型約款の変更において相手方の意思的関与を求める潮見佳男他編『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)および桑岡和久「定型約款の変更」法時九〇巻八号(二〇一八年)八一頁も、同様のアプローチに立つ見解として挙げられる。
- (167) 他に、いわゆる「希薄なみなし合意」を定型約款の変更の拘束力の根拠とする吉川吉衛『定型約款の法理——類型づけられた集団的意思のあり方』成文堂(二〇一九年、初出二〇一六年)二八五頁以下・とりわけ三一九頁以下の見解も、

このアプローチに類するものと位置付けることができる。すなわち、同見解は、変更を受けた相手方の契約から離脱するかそこに留まるかという選択に「みなし合意」を見出し、それを変更後の定型約款の条項の拘束力の根拠としている(同書三〇七頁・五三五頁以下を参照)。もっとも、同説は、「定型約款による継続的取引において、取引を行っている経済社会が相当に変化するれば、取引において程度の差はあれ、……取引条件は変更になる」という平均的顧客における通常の意思にも言及しており(同書三一八頁以下)、契約締結当初の当事者意思にも根拠を置いているものと見ることができる。

(168) 桑岡・前掲注(166)八四頁以下を参照。

(169) むろん、一方的変更権条項の規制法理であるから、当該条項に基づいて変更が正当化されるといふ限りでは、当事者の合意に約款変更の正当化根拠を求めうる議論である。

(170) 詳細は、拙稿・前掲注(3)を参照。

(171) 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的定位」現消三九号(二〇一八年)三〇頁・とりわけ三八頁以下を参照。

(172) これに対し、丸山・前掲注(66)一二六(二二)頁は、財やサービスの性質のみから一方的変更を正当化することに反対し、むしろコスト面からみた個別対応の非現実性に正当化根拠を求める。すなわち、「約款準備者のみならず相手方も交渉に時間その他のコストをかけられない取引であること。異議者への個別対応を一定以上行う場合には相当なコストがかかるため商品設計自体を維持できなくなり、不特定多数の相手方の全体利益を損なうような取引であること」に、一方的変更が志向される理由が求められる、とする。

(173) 福岡地判平成二八年三月四日金法二〇三八号九四頁、東京地判平成二八年五月一八日金法二〇五〇号七七頁、福岡高判平成二八年一〇月四日金法二〇五二号九〇頁を参照。

(174) 東京地判平成二七年一月一六日LEX/DB25524293。

(175) なお、クレジットカード契約の付帯サービスの変更を有効とした東京地判平成二八年一〇月七日LEX/DB25537885および東京高判平成二九年二月二二日LEX/DB25563570においては、変更を必要とする事情について特に積極的な認定がされていない。

(176) ドイツにおける価格変更条項規制の一端として、丸山・前掲注(66)一四六(二)頁は、電気・ガス料金の変更に對

する法的規制の問題を扱っている。同一二八(二九)頁においては、「ドイツにおいて料金の値上げを必要かつ相当なものと評価するにあたり根拠とされてきた継続的債務関係における給付均衡論については、たとえば、リスクヘッジをどちらがどの程度行うべきかという観点をも考慮すれば、必ずしもすべての事例で貫徹できるものではないであろうし、費用要因(コストベース)以外の値上げをすべて許されないものと評価してよいかも問題となり得る」との指摘がされている。

(177) ところで、本稿の主題ではないが、BGB三〇八条四号のもとで展開されている給付の変更留保についての規制法理からも、定型約款の変更規定の中で中心条項の変更も処理するのであれ、同規定の枠外で取り扱うのであれ、日本法に対して一定の示唆を得ることができる。すなわち、同号における期待可能性の評価において考慮されていた、給付目的に対する相手方の個別的选择という観点は、日本法の議論においてもやはり考慮されなければならないであろう。また、同号の趣旨として挙げられる債務不履行規律の回避の阻止という観点も、有益であろう。例えば、履行不能の認定や損害賠償責任に関して帰責事由を否定することにより債務者を免責することでは足りず、契約内容の変更を認めなければならぬのはなぜか、どのような場合か、という問いは、仮に定型約款の変更の枠内で定型約款準備者の主たる給付義務の内容の変更を認めようとする場合にも、やはり解答されなければならないのではないだろうか。

(178) 部会資料四二・三一頁、中間試案三七四頁。「相手方は個々の条項の内容を把握して約款の組入れに合意するのではなく、その内容が合理的に予期できる範囲内のものであるという信頼に基づいて組入れに合意する(ため)、変更がその範囲内のもにとどまる限り、相手方の期待を損なうわけではない」という理由により、約款の変更を正当化するものである。

(179) 部会資料七五B・一四頁。

(180) 森田・前掲注(5) 一四三頁以下。

(181) 拙稿・前掲注(1)を参照。

(182) 石川・前掲注(171)三九頁、潮見佳男『新債権総論I』信山社(二〇一七年)五〇頁。

(183) 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)二六〇頁、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)二二九・一三四頁。

(184) 大澤彩『「定型約款」時代の不当条項規制』消費者法研究三三(二〇一七年)一九九頁、松岡久和他編『改正債権法

コメンタール』法律文化社（二〇二〇年）六八七頁（大澤彩）。

(185) 山本豊「判批・東京高判平成三〇年」現消四八号（二〇二〇年）一二〇頁以下を参照。また、大澤彩「携帯電話利用契約における変更条項および契約内容変更をめぐる若干の考察」『BE』一一五号（二〇一九年）八頁は、差止訴訟は市場における条項使用の継続について定型的ないし抽象的な判断を求めるものであることから、条項の文言そのものから導かれる条項の内容に着目してその不当性を判断すべきであった、とする。

(186) 大澤・前掲注(185)七頁以下、松田貴文「判批・東京高判平成三〇年」リマークス六二号（二〇二一年）三三頁。

(187) 変更原因の具体化は、変更確率の予測可能性に関わり、変更対象の具体化は、変更による利益変動の程度の予測可能性に関わるといえる。単純にいえば、相手方は、変更確率と変更による利益変動の程度を掛け合わせて、契約締結判断に組み入れるものと考えられる。

(188) 山下友信「定型約款」安永正昭他監『債権法改正と民法学Ⅲ 契約(二)』商事法務（二〇一八年）一六九頁は、第二号の合理性要件につき、「合理的な変更として認められるのはどのような場合は、抽象的な考慮事情があげられているだけなので、甚だ難しい問題となる」と述べる。

(189) 差止訴訟における制限解釈の問題については、本文に取り上げた約款変更条項に関する裁判例の後に登場した、ポータルサイト利用契約中の不明確性を有する免責条項に対する差止請求を認めた東京高判令和二年一月五日裁判所ウェブサイトでおよびその原審たるさいたま地判令和二年二月五日判時二四五八号八四頁が注目される。東京高判は、「事業者を救済する（不当条項性を否定する）との方向で、消費者契約の条項に文言を補い限定解釈をするということは、同項の趣旨に照らし、極力控えるのが相当である。」と判示している。もともと、原判決を引用する形で、前掲東京高判平成三〇年との相違について、同裁判例は一般的な約款変更法理の存在を前提として、当該条項がその法理と同旨のものと解釈することができるとしたものにはすぎず、著しく明確性を欠く条項一般について判示したものではないとも述べ、両裁判例の両立可能性を説いている（両裁判例が矛盾するものではないとの理解については、野澤正充「判批・前掲東京高判令和二年」リマークス六三号（二〇二一年）二四頁も参照）。

(190) ところで、前掲東京地判平成三〇年は、実際に行われた約款変更を考慮して変更条項の差止の可否について判断しているところ、このような判断手法に対しては、抽象的な変更条項の有効性の問題と具体的な変更の可否の問題とを混線す

るものなどの批判が向けられている(山本・前掲注(185)一二二頁以下)。確かに、この批判はもつともであるが、このような裁判例は、後者の問題への消費者団体の関与という問題を投げかけているものとして、受け止めることができる。

(191) 筒井・前掲注(183)二六〇頁、村松・前掲注(183)一二九・一三五頁。

(192) 解除権の付与をはじめ、相手方の離脱可能性を確保する必要性を説く学説としては、既に挙げたもの他、大澤・前掲注(184)一九八頁、松岡他編『大澤』・前掲注(184)六八八頁、横山美夏『約款』法教三九四号(二〇一三年)一三頁、鹿野菜穂子『『定型約款』規定の諸課題に関する覚書』消費者法研究三三(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(二〇一七年)三三頁以下、同『改正民法における『定型約款』規定における若干の問題点』瀬川・吉田古稀『社会の変容と民法の課題』上巻』成文堂(二〇一八年)四八二頁などを参照。

(193) 石川・前掲注(171)四〇頁。また、千葉恵美子『改正民法が民事裁判実務に及ぼす影響』【第四回】『定型約款規定の新設、意思能力制度の明文化』判時二四一八号(二〇一九年)一二三頁も、相手方にとって離脱する機会を認めることに意味がある場合には、相手方に不利益を伴わない解除権を付与すべきとする。

(194) 丸山・前掲注(66)一二二(二五)頁。

(195) 大判大正四年二月二四日民録二一輯二二八二頁。

(196) 鹿野菜穂子『約款の開示』法時八九卷三号(二〇一七年)六六頁、同・前掲注(192)八四頁以下の整理を参照。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)一五六頁は、この最後の意義に大きな実際上の意味を認めている。

(197) 河上正二『『約款による契約』と『定型約款』』消費者法研究三三(二〇一七年)二二二頁。

(198) 桑岡和久『定型約款規定と消費者契約法』ジュリ一五五八号(二〇二二年)二四頁。

(199) 拙稿・前掲注(3)では、約款の組入れと変更の峻別アプローチを提示したが、以下の論述は、このアプローチの一方的変更への適用の一端である。

(200) なお、民法五四八条の二第二項の規定を定型約款の変更には適用しないものとする民法五四八条の四第四項も、契約締結当初と変更の場面では定型約款条項の適正さの評価基準が異なることを示している。

(201) なお、差止請求制度との関係では、消費者契約に関する検討会報告書（二〇二一年）二六頁において、適格消費者団体による契約条項の開示請求が提言されていることが注目される。また、丸山絵美子「約款論を問い直す——平成二九年改正民法施行後の課題——」現消五三号（二〇二一年）三八頁は、社会的監視には個別相手方に対する内容開示では足りないことを指摘している。

(202) 後者の点については、拙稿・前掲注（3）（二）四三頁以下で指摘した組入れと変更の性質・内容の違いが、一方的変更にも当てはまるだろう。

(203) 桑岡・前掲注（166）も参照。

(204) とところで、民法五四八条の第三一項が定める定型取引合意後の内容表示請求についても、約款変更の場面に限らず、相手方の検査権の観点から基礎づける余地があるだろう。

(205) 変更の周知あるいは個別通知の意義を、本稿において分析された相手方の検査権と変更を受け入れるかどうか判断しうる地位のいずれから説明することが十分であるかについては、留保が必要である。例えば、相手方の禁止事項が追加され、または、相手方に積極的な行為が新たに義務付けられるなど、約款変更が相手方の行動変容を迫るものである場合には、相手方がその行為規範を遵守しうるために、周知や通知が求められる、と考えることができる。

(206) 桑岡・前掲注（166）八六頁、大澤・前掲注（184）一九八・二〇三頁、松岡他編（大澤）・前掲注（184）六八八頁などを参照。

(207) 村松Ⅱ松尾・前掲注（183）一三六頁。

(208) 石川・前掲注（171）三九頁。

(209) このように考えると、相手方の検査権は、個別的な性質を有する解除権と異なり、集団的な性質を有する権利ということになる。むしろ、このような権利が実を上げるには、本文のように、ある相手方による検査結果が全相手方との関係で適切に反映される仕組みが必要であり、現状では制度的な仕組みが欠けていることは否めない。

(210) その他にドイツにおいて論じられていたような事前規制の可能性についても、検討が必要である。この点に関連して、丸山・前掲注（66）一一八（二九）頁は、「契約条件の変更の適正化を確保するという観点からは、業界・取引の種類に応じて、約款準備者側が合理的変更だけを行うことを事前に確保するような対応策を民法の枠外でも考える必要がある

う」と述べている。

(21) VVG 旧一七八g 条三項に基づき変更された疾病保険約款の条項の使用差止めを認めた BGH 第四民事部二〇〇七年二月二二日判決 (NJW 2008, 1160) および同 (NJW-RR 2008, 624) を参照。判例によれば、同項に基づく約款変更は、個別事情に左右されないものであることから、UKlaG 一条の類推適用により差止訴訟の対象となり、同項の変更要件を充たしているか、が審査される。もともと、UKlaG に基づいて請求可能なのは、無効条項の援用禁止および判決の公表 (UKlaG 七条) までであり、既履行契約の清算や契約相手方への条項無効の通知を請求することはできない。相手方への無効通知の請求は、不正競争防止法 UWG 八条に基づく除去請求権により認められうる。この点については、BGH 第一民事部二〇一七年二月一四日判決 (VersR 2018, 422) を参照。

(22) UKlaG 一条は、無効条項の「使用」(Verwendung) の差止めを認めているところ、条項援用が差止請求の対象となるかは、この「使用」概念の解釈の問題となる。判例は、条項援用も「使用」に該当するとしている。リーディングケースとして、BGH 第八民事部一九八一年二月二一日判決 (NJW 1981, 1511) を参照。

UKlaG 一条 普通取引約款における差止めおよび撤回請求権

普通取引約款において、BGB 第三〇七条ないし第三〇九条によれば無効な規定を使用し、または法律行為による取引のために推奨する者に対しては、差止めを請求することができる。推奨の場合には、差止めとともに、撤回を請求することができる。

(23) さらに、現在消費者契約法一二条三項以下に規定されている契約締結の意思表示の差止請求権が、「不特定かつ多数の消費者」の拡散的な利益の保護を目的としているのに対し、約款変更によつて利益を害される相手方は、多数ではあつても、特定されている。消費者団体が約款変更の無効確認に関与するとすれば、それは、集团的被害回復手続と同様、消費者の集合的利益の実現に向けられた制度となる。かくして、このような形で差止請求制度が拡張されてよいのかというのが、根本的な問題であろう。拡散的利益や集合的利益の概念については、千葉恵美子「集团的消費者利益の実現を巡る研究序説試論」千葉恵美子・長谷部由起子・鈴木将文編『集团的消費者利益の実現と法の役割』商事法務(二〇一四年)一〇頁を参照。