

民法改正案「定型約款」規定についての覚書 (1)

廣瀬 久和

序¹

現在 100 年ぶりの民法大改正が実現しつつあることは画期的なことであり、関係されている方々のご努力には頭が下がる思いである。特に、自分なりに勉強だけは長年して来たつもりの約款論²について、「定型約款」という項目の新規定群が導入される運びとなったことには特別の感慨を禁じ得ない。そして、法案の行方なども、次世代やその次の世代等多くの有能な人たちに任せるべきだと考え自分としては距離を置いてきたつもりだったが、特に、たまたま昨年末、定型約款の定義や約款の事後の変更可能性についての国会における議論に接し、この難問にここまで挑戦され法案化を実現された関係諸氏のご尽力には大いに敬意を表しつつも、もう少し同法案を改善する余地が考えられないものか、このままではいまだわれわれ国民にとっても問題が残らないとも言えないのではないか、との思いが強くなり、拙いメモにすぎないが、気の付いた点を研究ノートとして取り敢えず書き留めておくことにした次第である。

(1) さてテーマである「定型約款」とは何か。現下の民法改正案によれば、次の 2 段階構成の定義が示されている。先ず、第 1 に、これが用いられる取引形態が「定型取引」に限定される。その「定型取引」とは、「ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」だという。「定型約款」概念の前提となるこの「定型取引」概念にこそ、実は本法案全体にかかわるユニークな特色があるとともに問題も潜んでいる。そして、第 2 に、この「定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体」が「定型約款」だというのである³。

この定義からすると、例えば、(i) JR の鉄道運送とか郵便制度、さらに電気・ガス・

¹ 本稿は、民法改正案「定型約款」規定に関する個人的な覚書に過ぎない。このようなものを、本格的な研究発表を旨とする本機関誌に載せていただくのは恐縮であるが、現下の民法改正にあたり、少しでも学界等への参考になればと思い、あえて掲載をお願いした次第である。

² 本稿では従来から用いられてきた約款をめぐる議論を広く「約款論」と呼んでおく。「約款」も同様の伝統的な広い概念とし、より厳密な定義の下に用いられる、本法案における「定型約款」、ドイツ法における「普通取引約款」(Allgemeine Geschäftsbedingungen)、フランス法における「一般取引約款」(conditions générales) 等とは区別することにする。特に最後の仏語和訳については後述。

³ 定義は本文で後述の 548 条の 2 (定型約款の合意) [第 1 項] 参照。なお、本文中の下線は筆者による。

等の供給制度など、以前日本では国（公）営でもあったような公共的なサービスについての約款規定が、顧客の不特定多数性、取引内容の画一性、及びその画一性についての双方の合理性からも、特定の主体により準備された条項の総体という性格からも、最も典型といえそうだ。(ii) また、保険約款・銀行約款による取引なども本規定をめぐる法制審議会ではしばしば議論の対象にされてきた。これらの取引においては(i)に見られる公共的性質は相対的に弱まり、不特定多数性、画一性に関連する要素にも(i)とは違いが認められようが、これらの取引約款が定型約款の定義に含まれることには問題はあるまい。ところで、保険や銀行の取引には継続的契約関係を伴うものが多いが、そうした継続性の観点からは不動産賃貸借契約にかかわる約款もこのカテゴリーに加えておいてよいものと思う。同審議会でも賃貸借関連判例等がとりあげられている。(iii) なお、例えば医療・介護サービス付き高齢者マンション販売（或いは賃貸）契約のように団体法的な要素が加わる取引でも約款が用いられることが多い。この例では「画一性」は少なくとも一部存在するし、本法案の「定型約款」概念に含まれる可能性がある。また、クレジットカード契約の会員規約も団体法的性格をも併せ持つ定型約款の一種と言えよう。団体法関係という労働契約における法律関係が想起され、従来特に就業規則について約款論との関係が論じられてきたたが、少なくとも近年の民商法における約款論では、比較対象としてもそこまでは扱われない傾向があり、本法案でも相手方労働者は団体内部の「特定多数」のメンバーで、「不特定多数」という要件から漏れるため労働契約は適用除外とされる可能性が大である⁴。しかし例えば就業規則等に関する労働法の法理と団体的性格を有する約款についての法的取扱いとの間には、比較検討されるべき多くの共通問題が存在することが忘れられてはなるまい。(iv) 近年世界的規模で急速に普及しつつあるインターネット取引にも約款問題が存在するが、特別に検討されるべき側面があり、わが国を含め世界各国でこうした問題への対応が課題となっている。本法案の定型約款規定の策定にあたってインターネット等による電子的取引が視野に入れられてきた。さらには、インターネット契約で生ずる問題が、審議会での議論対立の場面で決め手となる参考事例に挙げられたこともあった。定型取引約款の一つとして重要な位置を占めるべきものではあるが、インターネット問題に振り回されて定型約款論の基本が疎かになっては本末転倒であろう⁵。(v) 以上の外、製品の

⁴ 法制審議会民法（債権関係）部会第96回会議事録〔以下、「〇〇回部会議事録」のように引用。〕34頁などに適用除外の要望が出ている（<http://www.moj.go.jp/content/001137511.pdf>）。

⁵ この点を示唆する一例を以下に紹介する。後半は、インターネット事例に限らない定型約款の基礎理論との関係に及ぶが、敢えて言及しておくことにした。さて、中間試案（2013年2月26日決定。<http://www.moj.go.jp/content/000109163.pdf>）までは、約款の組入れにつき、相手方に対する「約款内容を知ることができる機会の確保」の要件が定められていた。しかしこの要件は、法制審議会事務局による部会資料75B「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(11)」

（<http://www.moj.go.jp/content/000121260.pdf>）において、初めて落とされた。その理由として同部会資料「2 定型条項の内容の表示（説明）」は、「約款を掲載していたウェブページが一時的に見られ

製造・流通（物品運送など）・販売やサービス等にかかわる様々な営利的商事取引等で、約款が極めて広範に用いられているが、それらに本法案の適用があるかという点、必ずしも明確ではない。まず、商人間取引では相手方は「多数」でも「特定」していることが多いので「不特定多数」を相手方とする「定型取引」には当たらず、また、元請・下請間の契約も両者の間の力関係の存在から、そこでの約款における画一的な契約内容は「双方にとって合理的」とはいえないという理由で定型取引から外される可能性が指摘されている。特にこの（v）の領域について、後で見るように、例えばドイツの普通取引約款やフランスの附合契約などの法制（力関係のアンバランスの存在はむしろ両者の制度では前提となっており、この（v）の領域が最も典型的の少なくとも一つに位置付けられている。）と比較した場合の本法案の著しい特色の一つが認められることになる。

（2）そして、今回の「定型約款」諸規定案全体を読めると、上の（i）から（v）に並べてみたどの取引に関わる事業者たちも、一たび上記の定義に合致した場合には、これまで以上に堂々と自分の準備した約款を契約内容に組み入れられ、必要があれば変更することができることになりそうな印象を受ける。これには良い面もあるだろうが、相手方顧客の側は、いつの時代にも存在する、極めて営利的・短期戦略的にふるまう約款準備事業者に対しても、契約内容の決定をゆだねざるを得ない可能性が増大し、紛争が起き、後から気づいた定型約款条項について文句をつけたくても、訴訟をしなくては結果が分からないという事態に追い込まれることが多くなるのではないかと、という危惧を筆者は感じざるを得なかった。こうした危惧感の出所を自分なりに探っていくと、いくつかさらに思い当たることが出てくる。

第 1 に、そもそもこうした定型取引や定型約款のどこに問題があるのか に関する認識

ない状態であったにもかかわらず、それに気づかずに契約締結をしようとした場合に、相手方が敢えて約款を見ようとしていなかったときであってもそれが契約内容とならないとすれば、効果として過大である...（以下略）。という点を挙げている（11 頁）。なお、同資料は 2014 年 2 月 25 日開催の 84 回部会にて配布されたが、その「約款」の部分は 2014 年 3 月 4 日開催の 85 回部会で議論に付された。この部会資料についての審議が行われた 85 回部会では、松本恒雄委員から、ウェブページが一時的にダウンした場合に、相手方がそれを口実にして約款は契約に組み入れられていなかったという主張をするのは確かに不当だ。しかし、こうした不当な主張を封じようとするなら、そのようなケースに対応できる例外的ルールを設けるべきで、中間試案の原則の方は維持すべきだ、との意見が出された（85 回部会議事録 <http://www.moj.go.jp/content/000125618.pdf> 24 頁）。また山本敬三委員も、何が契約内容になるかということをおおよそ知りえないのに契約内容になってしまうということは民法の基本原則からは本来許されないことである。中間試案でも既にかなり緩くなってしまったが、そこまでがぎりぎりの限界であり、ここでさらに緩めるのなら、ドイツ民法のように組入れについての例外規定を別途整備するなどの検討がなされるべきだ、という意見を表明していた（同議事録 30 頁）。その後の審議会（例えば、93、96、98 回部会）でも上記山本、松本両氏だけでなく他の学者委員たちや実務家委員の中からも同様の意見がたびたび出されたが、しかし結局中間試案における上記のような要件がその後の審議会案としてまとまることも、そもそも事務局案として出されることもなかった。なお、インターネット取引につき後注 42 も参照。

につき、立法に携わる論者の間や、それらの論者と自分を含めた学界での意見との間にか
 かなりの開きがあるところがあり⁶、それぞれの見解の根拠をもう少し掘り下げて検討してみ
 る必要がありはしないか、と思われる点である。これは、定型約款等の定義や要件・効果
 のあり方にも直接関係しているところだが、より基本的には、以下のような問題領域とも
 つながっている。たとえば、①不特定多数の顧客を相手とする定型取引約款の問題は、市
 場全体を視野に入れる経済学の視点となじみやすい⁷。特に近時注目を集めている行動経済
 学は、消費者契約約款を素材とすることが多く、この点で有益な示唆を得ることができそ
 うである⁸。②さらに根本的には、故平井宜雄先生が開拓された法政策学⁹にもかかわると
 ころがある。平井・法政策学は、経済学が得意としてきた（主として効率性に注目する）
 「市場的決定」と、法学（基礎的には公権力を背景とする裁判制度）が扱ってきた（主と
 して正義に注目する）「権威的決定」の双方を対置した上で、両者の総合的な検討を試みた
 画期的業績であるが、約款問題はこの大きな図式の中に置かれて一段とその特色が明らか
 にされる部分がある。近時、この平井理論に対抗した壮大な契約理論を提示したのが今回
 の民法改正の立役者でもある内田貴氏である。同氏は、現代の契約には、一方における、
 市場における経済的取引としての伝統的な契約（「取引的契約」と呼ぶ。）のほか、他方に
 は、例えば電気・ガスの供給や鉄道や郵便事業等の公共サービス事業（さらには保育、介
 護、学校教育、契約企業年金等の契約も含める）についての事業主体と顧客との契約のよ
 うに、すべての顧客間の平等性・公平性が本質的要請として重視される（そのゆえに、事
 業者には個別の顧客との間の交渉による内容決定や内容修正は、両者がいくら明確に合意

⁶ 約款に対する、顧客の「意思の希薄性」ということが法制審議会でもしばしば言われたようだが、その言葉は、ただ、条項を見ていない、読む暇がない、という事を指すのか、読んでも意味を理解できないということも含むのか、さらには、理解したうえで約款準備事業者には抵抗できないという交渉力格差による沈黙〔約款内容への承諾〕まで含むのか（商人間でも、約款による取引ではこういう事態が存在するということがドイツ約款規制法制定過程では指摘されていた。Bundesminister der Justiz, Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 1974, S.103.）などが改めて問われる。また、もう一方の、約款を準備する事業者側の立場にも注意する必要がある。契約の方式には様々なものがあり得る中で、あえて「約款」という、契約の内容も、提示方法も一方的に事前に準備でき、画一的に提示できる手段を選べるという有利な立場にあること、約款はその事業者が契約という制度を利用するうえでのひとつの手段に過ぎなかったはずであることが認識されなければならない。

⁷ 昨年の法と経済学会では、東京大学の田中亘、清水剛の両氏とともに、この観点から「定型約款」立法に関する小シンポジウムを開かせていただいた。なお、上記シンポジウムの成果は当該学会誌（掲載予定）の外、特に田中教授の報告内容については、田中亘「限定合理性と約款規制」法律時報 89 巻 3 号（2017 年）80 頁以下も参照。

⁸ 西内康人『消費者契約の経済分析』（有斐閣、2016 年）、オレン・バー＝ギル（太田勝造監訳『消費者契約の法と行動経済学』（木鐸社、2017 年）は近時の行動経済学を視野に入れた研究成果であり示唆に富む。ただし筆者としては浜田宏一『損害賠償の経済分析』（東大出版会、1977 年）が、特に欠陥商品の経済分析（第 5 章以下。製造物責任の契約による減免も視野に入れられている。）において唱えた、リスク対応における市場と法制度とのいわば「協働」の必要性の指摘が、約款問題についても多くの示唆をもたらすものとして今もって高く評価している。

⁹ 平井宜雄『法政策学（第 2 版）』（有斐閣、1995 年）

しても許されない）「制度的契約」と同氏が呼ぶ契約とが存在しているという¹⁰。同氏の唱える「制度的契約」論は本法案の「定型約款」とは異なる概念であることは、「約款」と「制度的契約」概念の違いにつき同氏自身が述べていることから明らかである¹¹が、「定型取引」の概念と「制度的契約」との間には筆者には一定の関係性が認められるように思われる。特に「画一性」重視の公共サービス領域（本文上記（i））及び団体法関連領域（本文上記（iii））につき、内田氏のいう「制度的契約」論と少なくとも部分的には重なるところがあると解釈している。しかし、事柄はそれほど簡単ではなさそうである。話がやや逸れるが、本法案全体の検討に当たっても意義があると思うので、ここでもう少し踏み込んだ検討をしておくことにする。

実は、上の点にかかわる興味深い議論が、2012年9月4日の法制審第2分科会における約款変更に関する審議¹²においてなされている。そこでの問題を私なりに要約すれば、
 <約款を事後的に変更した場合、契約を結んだ多くの相手方〔顧客〕の中の一部に実質的な不利益を受ける者が出てきても、約款準備者側や他の多くの当事者にとって利益になるなら、この変更が認められるだろうか？>ということである。内田氏は、そういう場合、例えば「就業規則の不利益変更や年金の減額等について、不利益を受ける人たちの利益を代弁できる何らかの主体を組み入れた団体的な意思決定のプロセスを入れる必要がある」（下線筆者）と主張する。そうしたプロセスが存在したうえでなら¹³、「それによって個別に同意しない人間がいても強制的に拘束力を及ぼすという制度を作ることはあり得ると思う。「しかし、約款一般についてそんなことをやろうという議論をしているわけではない。」
 「実質的な不利益の有無の問題」であり、「名目上不利益があるように見えるが、制度全体としてはそうやって運用するほうがはるかに個々の顧客にとってメリットがあるということはあると思う」ので、「そこがうまく書けるかどうかという事だと思」う、と述べて、事情変更原則の緩和につながる約款変更肯定派の意見に対し慎重な見解を示していた。就業規則の不利益変更や年金の減額は、内田氏の「制度的契約論」の素材として引用される事例である¹⁴。約款論でいえば、先述の分類で（iii）の団体的性格が強い領域に当たろうが、就業規則も企業年金の取り決めともに団体内部の「特定多数」の相手方に対する条項群であり、「不特定多数」を相手とする「定型取引約款」の定義には含まれない。この分科会の審議は、2013年2月の中間試案のさらに前の時期のものであったから、まだ「定型取

¹⁰ 内田貴『制度的契約論—民営化と契約』（羽鳥書店、2010年）特に57頁以下。

¹¹ 内田（前注10）91-92頁。

¹² 同分科会議事録（<http://www.moj.go.jp/content/000105903.pdf>）43頁。

¹³ 制度的契約において重視される、合理性を担保するための「参加原則」に対応するものと位置づけられよう。内田（前注10）91頁。

¹⁴ 特に就業規則について内田（前注10）95頁、年金についての同書111頁以下参照。

引」という概念も、それが「不特定多数」性により限定づけられることも、全く議論に上っていなかった。この段階において内田氏は、一方で、約款問題と「制度的契約論」とは少なくとも契約内容の変更について、以上のように一線を描すべきものとして捉えていたようであるが、他方で、団体的性格の強い約款については、手続き的な正義を満たすような要件を課すことで、条項内容を変更できる制度を採り入れることはあり得るかもしれないとも考えていた可能性がある。現在の法案 548 条の 4 における「定型約款の変更」規定案とのつながりや、定型取引などの定義との関係など、興味深いのが、この点の検討は後にまた行なうことにしたい。

第 2 に、「定型取引」概念には、一従ってこれを前提とする「定型約款」の方にも一特にそこで取り上げられている「画一性」の在り方や事業対象について、例えば上記 (i) ～ (v) に挙げたような複数の異なる性格のものが混在し、現代における法的取扱いも、それぞれの領域に応じて、(i) は（既に存在する関連の業法などを含めた）公法にもまたがる法制度、(ii) は継続的契約関係論、(iii) は団体法理、(iv) は電子的媒体を通じた契約（並びに意思表示）に関わる法制度、(v) は民商法ばかりでなく競争法を含む経済法などとの関連にも踏み込みつつ、より大きな観点に立った再検討が必要ではないか、と思われてくることがある。しかもそれらを正面から行うのはもちろん大変なことであり基本的には学説の仕事であるが、立法に当たっても、この点に留意する必要がある。例えば、同じ契約条項やルールの変更に対する法的評価も、上記 (i) 公共サービス、(ii) 継続的契約関係、(iii) 団体における団体とメンバーとの契約関係、(iv) インターネット取引、(v) そのほかの商事取引などの間では、法的介入の根拠を含めそれぞれ性格を異にするところがあるはずである。そして、もしこれらの各領域ごとに特有な要件や手続きのもとでのみ条項内容の変更が認められるのが本来だとすれば、本法案 548 条の 4 で規定される「定型約款の変更」という一括手続きの導入により、これらの特有の要件等を充足することなく変更ができる道を開くということにもなりかねない。このことは、判例においてこれまで極めて例外的にしか肯定されて来なかった「事情変更の原則」をかいくぐる手段としても 548 条の 4 の規定が悪用される危険性があることを示していないであろうか。また、せっかく契約成立時の不当条項規制が例えば本案の 548 条の 2 第 2 項で後に取り上げるように厳しく設定されても、事後的約款変更により同条の不当条項規制が潜脱され、その変更が有効か否かは裁判をしてみて初めて分かる、ということになる可能性もある¹⁵。

第 3 に、こうした諸問題への危惧感の背景には、筆者自身も含め、日本社会における「契約」や「市場」制度等の基本的理解についての危うさが—実はこの現代においてもなお—存在しているのかもしれない、という思いに駆られる。昨年フランスでは 200 年ぶりの民

¹⁵ 三枝健治「約款の変更」法律時報 89 巻 3 号（2017 年）73 頁も、この点を問題視している。

法改正が行われ、そこでは「附合契約 (contrat d'adhésion)」や (ドイツの普通取引約款 Allgemeine Geschäftsbedingungen と類似の概念である)「一般的取引約款 (conditions générales)」¹⁶ の規定が初めて導入され、契約法制の現代化が図られた。しかしかの地での議論の方向は、日本における本「定型約款」法案とはやや異なるものが見受けられる。フランスでは、一方で、現代型の大量定型取引に適応しうる制度を導入しながらも、他方で、契約の基本である申込と承諾による合意の基本構造、特に顧客側の「承諾」という判断枠組みを大切に維持し尊重する姿勢が存在し、さらには、新民法典全体に流れる思想の一つとしての、契約における弱者への配慮が働いているようである (それが後で触れる附合契約規定の 1171 条などに現実化しているものと捉えられる¹⁷)。この新民法債権編の誕生には、大いに考えさせられるものがある。(フランスから少し視野を広げると、この改正の背景に EU 全体の動きがあることがわかる¹⁸。また、その EU の動きは、特に約款問題についてはドイツ法の影響が相当程度認められる。ドイツにおける約款法理の長年にわたる発展は、こうしてヨーロッパ諸国をはじめ世界の多くの国々の立法や学説等に影響を及ぼしてきたものである¹⁹。そして、長期的な歴史的視野で眺めると、そのドイツにおいても約款判例法が 1976 年約款規制法に、またそれが 2001 年民法典にと組み入れられるに際してと、契約の基本構造 (申込と承諾) の原則的尊重がその度に確認され維持されてきた経緯が認められる。他方で、運用の柔軟性により現実的要請に対応してきた側面も存在する²⁰。) もちろん、古い伝統に、伝統であるがゆえに固執することは、歴史の発展を妨げることだ。また、法制度は新しい時代の要請にも敏感でなければならない。しかし、個人の自由とその意思の尊重、もっと言えば個人の人間としての尊厳につながる契約制度の基本は、現代においても、また将来においても、尊重に値する重要な価値があると筆者には思われてならない。以下、各論的に、本法案につき筆者なりに感じた問題点を具体的に取り上げ、本法案の定型約款に関する議論の御参考に供したい。叙述は必ずしも条文順とはならない。

¹⁶ “conditions générales”は、“condition”という言葉が使われているが、実務から来た誤用で、日仏の両民法典に規定されている「条件」とは異なり、“clause” (条項)の意味に過ぎない、とされている (Olivier Deshayes/Thomas Genicon/Yves-Marie Laithier, *Reforme du droit des contrats, du regime general et de la prevue des obligations*, LexisNexis 2016 [以下, Deshayes/Genicon/Laithier, *Reforme*] p.120, note 88)。本稿では、ドイツの「普通取引約款」概念とも敢えて区別するため、「一般取引約款」と訳しておく。

¹⁷ Gaël Chantepie/ Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations*. 2017, p.31. [以下 Chantepie/Latina]

¹⁸ Chantepie/Latina (前注 17) pp.9-12.

¹⁹ 例えば、1993 年の EC 不当条項指令におけるドイツ約款法の影響は顕著だが、昨年のフランス新民法における「一般的取引約款」の定義等につきドイツ普通取引約款法理の影響を示唆する Deshayes/Genicon/ Laithier, *Reforme* (前注 16), p.67 等参照。

²⁰ たとえば、約款の個別契約への組み入れ要件の一つである、条項の相手方への認識可能性につき後注 29 参照。

第1章 定型約款の組み入れと顧客の認識可能性

(1) 法案548条の2〔第1項〕:「定型取引合意」と定型約款条項に対する「みなし(見做し)」合意

(あ) 本法案における第1の問題は、顧客が約款条項の内容を事前に全く知る機会がなくとも、それに取り敢えず拘束されることになる、という点である。この点に最もかかわる規定が改正民法案548条の2(定型約款の合意)第1項である。定型約款の各内容について顧客側に認識可能性が全く無い場合でも、本項1号(定型約款を契約の内容とする旨の合意がある場合)、2号(定型約款を契約の内容とする旨の表示がなされた場合)のどちらかに当たる場合には、それらの条項のすべてが契約内容に取り込まれることになる。約款条項が顧客に認識不可能な約款条項も契約内容に組み込まれるというこの制度の採用に対して、本改正法案は顧客の側の保護にも配慮し、第1に、548条の2の第2項で、定型約款のうち、不当な内容の条項に対してはこれを除外する特別の規制を置くこと、第2に、548条の3で顧客の側に、約款条項開示請求権を与えること、で対応しようとしている。これらの対策で、その憂慮される事態が解消されるのか、が問題であるが、この点は後に論ずることにし、ここではまず、約款の組み入れに関する要件の問題だけを見ておくことにしたい。以下がその条文である。

第548条の2(定型約款の合意)〔第1項〕

定型取引(ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。以下同じ。)を行うことの合意(次条において「定型取引合意」という。)をした者は、次に掲げる場合には、定型約款(定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう。以下同じ。)の個別の条項についても合意をしたものとみなす。【以下、便宜的に「みなし(見做し)」合意の規定と呼ぶ。なお、下線は筆者による。以下同様。】

- 一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。
- 二 定型約款を準備した者(以下「定型約款準備者」という。)があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき。

(い) 少し詳しく見てみよう。上記法案548条の2、第1項は、①「定型取引を行うという合意」(=「定型取引合意」)を前提とし、しかもさらに、②次の2つのいずれかの場合についてだけ、「定型約款の個別の条項についても合意をしたものとみなす。」(各条項に

ついで「みなし（見做し）」合意と呼んでおく。）ということになっている²¹。即ち、（あ）でも触れたがもう一度整理すれば、②-(i)「定型約款を契約の内容とする旨の合意」がある場合（「合意型」と呼んでおく）、あるいは②-(ii)「その定型約款を契約の内容とする旨」の「あらかじめ」の「表示」がある場合（「表示型」と呼んでおく）である。

（う）顧客側の合意や意思にも配慮しているように一見思われる内容だが、①の「定型取引合意」は、既に序で言及したとおり、「定型取引」という、上記条文によれば不特定多数の顧客を相手とする、契約内容が少なくとも一部は画一的であることが双方にとって合理的な取引を行う、ということの合意である。例えば、電車やバスに乗るとか、手紙を郵便で送るためにポストに投函するというような場合はもちろん、コンビニ店やレストランに入る場合にも、そうした顧客の行為があれば、顧客は、少なくとも、「契約内容の一部」である料金については「画一的」に決められていると認識しているし、この取扱の画一性は、事業者はもちろん顧客にとっても「合理的」なことはおそらく間違いない²²から、「双方にとって合理的」といえ、上記定義に合致するわけで、「定型取引合意」は認められることになる、というわけである。この段階では、定型約款各条項の個別の内容についての合意や認識（可能性）などは問題とされていない。

（え）次に②の、各条項についての「みなし（見做し）」合意については、まず第1の、②-(i)「定型約款を契約の内容とする旨の合意」がある合意型の場合では、合意の対象は「定型約款」という「条項の総体」（上記第1項中の定義参照。）を契約の内容とする、ということであり、ここでも、個別の条項についての顧客の合意や認識（可能性）などは特に要求されていない。たとえば、「この契約の細かいところは、われわれの定型約款によるけれど、いいよね？」と事業者に言われた契約相手（顧客。特に商人の場合を念頭に置いているが、素人や消費者でももちろんよい。）が、これに対し、「いや、それでも一応各条項を見せてください。」と言うことは、相手を信用していません、という意味表明とも捉えられようし、難しい状況も予想される。特にとにかく取引を成功させたいという場合には「はい」と合意してしまう顧客が多いことであろう。こうして、各条項の中身が全く見られないままにその約款条項が契約内容になってしまう、という事態が本条文による合法的な取り扱いとして、多発しうることになりかねない。特に、「業界の定型約款だからほかの企業も同じようなものだ。」というような説明を受ければ、いちいち見ないでもよしとしよう、という気持ちになりがちである（銀行約款も、近時は競争が導入され、銀行により相違いが出てきている、といわれるが、保険の領域、特に火災保険などでは、定型約款条

²¹ なお、一般に「みなす」は、「推定する」よりも強い効力があり、反対の証拠を挙げても覆すことはできない、とされるが、ここでもその意味で用いられている。

²² 料金が、顧客ごとに交渉で決められるとか、人によって違っていたら大いに問題である。

項は、事業者により付保の範囲等、相当大的な違いがある。現在の保険事業では、絵入りの内容説明を保険勧誘員が契約締結前に顧客に対し個別的に行うことが慣行として行われており、筆者自身この個別説明の恩恵に浴しこの慣行は大変有意義かつ重要だと実感している。これが民法上不要とされ、経費削減の要請からも省略されるようになると誠に残念である。ただし、濫用がなされる可能性が高いのは、上述の銀行や保険よりもっと小規模の、短期的利益を追求する営利性の強い事業体であろうと推測される²³⁾。

第2の、②-(ii)「その定型約款を契約の内容とする旨」の「あらかじめ」の「表示」がある場合では、さらに顧客側の条項に関する合意や認識（可能性）の扱いが軽くなる。たとえば、筆者の体験した参考事例として、近所の床屋に行った折に、店主との世間話の中で民法改正や定型約款規定導入が話題になった際、「では、床屋の料金表は、外から見えるようにしておかなくてもよいということですか？」と店主に聞かれたことがある。サービス内容は、定型化して、不特定多数のお客さんに対して平等に、画一的に対応することは前提としての話であるから、床屋は「定型取引」を行っていると行ってよい。この法律案がこのまま通ると、「料金等のメニューは、当店の定型約款によります。」と掲示しておけば、民法上はそれ以上の表示はいらないことになるだろう。問題はこうした料金表など、中心的な契約内容の表示に留まらない。たとえば現在もかなり流行っている100円ショップは、全商品の料金が100円（＋税金）のみという契約内容の画一性で人気を集めているが、この画一性も双方にとって合理的だといえ、ここでの取引は定型取引になる。そこで、掲示を出して、「当店では、契約の細かな内容は、すべて当社の定型約款によります。」としておけば、その定型約款の各条項は（この場合料金以外の内容だが）全く表示されていなくとも構わないことになる。このような事態を容認し、有効視する今回の法案には、これで大丈夫であろうかという危惧感を覚えるのだが、これは筆者だけであろうか。

（2）他国の法制度瞥見

（あ）ここで、ほかの国での状況を見ておこう（詳しい検討は別稿に譲る）。先ず参考になるのは、フランスの昨年の契約法改正に伴う、附合契約及び一般的条件についての制度

²³ 筆者が受けた大学生からの相談の中に、その学生の友人が芸能プロダクションとの契約を定型約款の中身を十分認識せぬままに結んでしまったケースがあった。マスコミでは、街でスカウトされてビデオ撮影のモデルになるといった契約の問題もしばしば取り上げられている。今は被勧誘者が、撮影内容について事前に一応はチェックリストに記入というような形式が採られているところもあるようだが、今後は、「定型約款による。」ということに同意すれば、あとは、どんな内容の条項が出てくるかわからない、という事態がまかり通ることになるかもしれない。JRや日本郵便、また銀行や保険といった大所の定型約款についてなら、顧客も堂々とクレームを付けるかもしれないし、役所の眼も光つていよう。しかし、定型約款の濫用は、より小さな事業者による、また顧客側もクレームをつけにくいような状況のもとで行われることの方が多いであろう。ここに大きな問題があることが忘れられてはなるまい。

の導入である。“フランス民法改正 2016 年 2 月 10 日のオルドナンス 第 2016-131 号(契約法, 債権総論, 及び債権証明の改正について)”は, 序でも言及したが, 民法典に, 初めて附合契約 (contrat d'adhésion) の規定を採り入れた。附合契約とは, 「その契約のうち, 交渉を免れた [soustraites à la négociation] 一般取引約款 [conditions générales] が前もって一方当事者により確定されたものである。」と定義されている (1110 条 2 項)。そして, この一般取引約款が契約内容となり他方当事者を拘束するためにはどのような要件が必要か, につき, 1119 条 1 項は「一方当事者により援用された一般取引約款 [conditions générales] は, それらが他方当事者に知らされ, 且つ他方当事者がそれらを承諾したのでなければ, 他方当事者に対する効力を生じない。」と規定し, 申し込みと承諾という 2 本の意思表示の合致を基礎とする「契約」的構成を明確に提示している。これは, 一般取引約款が, 契約の相手方に実質的には知られないままに契約内容になりがちであるという現実の危険性に鑑み, 敢えてこのような規定をここに入れたもの, といわれている²⁴。特にフランス以外の国の企業がフランスの企業と安心して取引に入れるようにとの趣旨が含まれていると理解しているという説明を同国の民法のある教授から最近耳にした²⁵。この附合契約制度の導入は, さらに基本的には—これにより一方で契約の現代化現象に応接するとともに他方では—契約における本来の合意の尊重を再建しようという企図に出たものでもある, とされている²⁶ (なお, フランス民法の新規定は, 日本の定型約款規定の法案にも類似性が存在する, 附合契約における不当条項規制の制度 (1171 条) など, 他にも参考にされるべきものを含む。後に (か) などに触れることにする)。

(い) 次にアメリカでの最近の動向も見ておく。米国法律家協会 (American Law Institute. 以下「ALI」) は, 近時, 消費者契約法リステイトメント暫定案を策定したが, そのセクション 2 では, 定型契約条項 (Standard Contract Terms) の, 契約への採用につき, 顧客が定型契約条項の合理的な通知を受け, 約款条項自体を吟味する有意義な機会を得たうえで, 承諾の表示をすれば契約内容に採用される旨定めている²⁷。顧客の承諾を正面から要求しており, 認識可能性などよりもはるかに契約本来の合意に近づけたもので

²⁴ Deshayes/Genicon/ Laithier, *Reforme* (前注 16), p.121.

²⁵ リオン・カトリック大法学部長 Michel Cannarsa 教授より。なお, Deshayes/Genicon/ Laithier, *Reforme* (前注 16) p.120 も本条の趣旨の中に, 外国人の契約相手の保護があることを指摘する。

²⁶ Deshayes/Genicon/ Laithier, *Reforme* (前注 16), p.63.

²⁷ 本暫定案については, 昨年 9 月慶応大学において開催されたシカゴ大学と同大学ロースクールとの共同セミナー「約款規制をめぐる基本問題」においてオムリ・ベンジャハー教授の報告資料の一部として配布されたものを見せていただき感謝している (同セミナーについては法律時報 89 巻 3 号 (2017 年) 54-85 頁に金山直樹教授による「企画趣旨」以下, 6 本の報告を載せた小特集が組まれていることを本稿脱稿直前に知った)。本暫定案については, 他の関係資料を含めワイオミング大 Dee Pridgen 教授 (ALI の本リステイトメント策定メンバーの一人) からのご教示頂いたが, Pridgen 教授によると, 暫定案ということを明記すれば, この資料を日本の民法改正案を検討する際の参考資料として拙稿等の中で紹介してもよいとの了承を ALI スタッフから得たということであった。しかし, 上記小特集における公表には慎重な姿勢を受け止め, 内容のみ紹介するにとどめた。

ある。暫定案の段階であり、また消費者契約に限った規定だが、大変参考になる²⁸。

(う) 長年にわたり普通取引約款 *Allgemeine Geschäftsbedingungen* (以下単に「約款」と訳す場合もある。)の問題を法制度として正面から扱ってきたドイツでも、その民法典の「普通取引約款」に関する特則(305条以下)の内、「普通取引約款の契約への組み入れ」を定める305条は、以下のように、前提として普通取引約款適用についての顧客の「了解」(第2項)あるいはあらかじめの「合意」(第3項)を要求している。そして、そのいずれの場合も、少なくとも、普通取引約款の中の各条項についての顧客の認識可能な状況(2項1号あるいは2号に挙げられているような状況)が必要だとしている²⁹。この背景には長い歴史があるが、今は立ち入らない。いずれにせよ、契約乃至意思表示の基本からはあまり離れない、というフランスにも見られた姿勢がドイツにも看取できる。

ドイツ民法 305 条 (普通取引約款の契約への組み入れ)

(1) (普通取引約款の定義—省略)

(2) 約款は、次の各号に定める要件をすべて満たし、かつ、他方当事者【顧客】が普通取引約款の適用につき了解した場合に限り、契約に組み入れられるものとする。

1. 約款使用者が、他方の契約当事者に対して普通取引約款を明示的に提示し、または、契約締結の形態故に明示的な提示が不相当に困難を伴う場合には契約締結の場所に普通取引約款を明確に認識可能な状態に置くこと、
2. 約款使用者が、他方の契約当事者【顧客】に対して、普通取引約款の内容を認識する機会を、約款使用者に認識できる同人の身体的障害も考慮したうえで期待可能な形で与えたこと。

(3) 契約当事者は、本条第2項の定める要件に鑑みて、特定の種類の法律行為のための普通取引約款の適用につき、あらかじめ合意をすることができる。」

(え) なお、今回の日本の定型約款規定(特に約款の契約内容への容易な組み入れを認めた548条の2の「みなし合意」の規定)で典型として念頭におかれていた1つの約款類型は、SUICAなどの鉄道運送約款やポストに投函する日本郵便などの公共サービス関

²⁸ なお後注42も参照。

²⁹ ドイツでは、先ずは1976年のドイツ約款規制法において、またこれが2001年施行のドイツ民法典にもおおそ同じ形で採り入れられ、本文のような定めとなった。ただし、この間、若干文言に修正が加わっている。特に現行305a条(旧約款規制法第23条)については、内容的にも形を変えている部分がある。なお、ここで規定されているものは *Obliegenheit*(責務)であって *Pflicht*(義務)ではなく、その違反も損害賠償責任には直結しないとされていることに注意すべきである。例えばここでは、約款条項の契約内容化という約款準備者側の意図した利益を享受できないという効果が結びつくということになる。

連の約款であったが、これらについては、ドイツでは特別扱いが以下のように設けられている点にもここで注目しておく必要がある。

ドイツ民法 305 a 条 （特別な場合における契約の組み入れ）

次に掲げる各号のいずれかに該当する場合において、契約相手方が普通取引約款の効力を了解したときは、第 305 条第 2 項第 1 号および第 2 号所定の要件を満たさなくとも、普通取引約款は契約に組み入れられる。

1. 権限ある交通当局が認可した料金表または国際条約に基づいて告示された料金表、運送契約のための定期交通に関する鉄道の施行規則、旅客運送法に準拠して認可された市街電車、トロリーバスおよび自動車の運送規定。
2. テレコミュニケーションおよび郵便のために監督官庁の官報において公表され、かつ、約款使用者の営業所に用意された約款であって、次に掲げるいずれかに関するもの。
 - a 営業所以外の場所にある郵便ポストに郵便物を投函することにより締結される郵送契約、
 - b テレコミュニケーション、情報その他のサービス提供に関する契約であって、直接、隔地的コミュニケーション手段の使用によりもたらされ、かつ、当該テレコミュニケーションサービスが 1 度に履行される場合であって、契約締結前に契約相手方に対して約款を入手可能にすることが極めて困難であるとき。」

つまり先に（う）で取り上げた、ドイツ民法 305 条において主として問題とされている原則的・典型的な普通取引約款は、日本の今回の典型的規制対象の一つである JR や郵便の定型約款など、一般公衆相手の公共的なサービス約款（こちらは、ドイツ民法では、例外的な 305a 条で、主に規律。）とは区別された、より営利的・非公益的な、民間事業者の使用する営業約款であったということになる。日本の JR や郵便のように契約の中心的給付内容や対価までもがすべて原則として画一的に定型化した取引類型については、ドイツでは、意思表示の合致に基づく契約構成を極力貫こうとすること（すなわち、305 条第 2 項の第 1 号および第 2 号で、顧客を約款条項内容につき認識可能な状態に置くこと）まではもはや諦め、上記 305 a 条で「第 305 条第 2 項第 1 号および第 2 号所定の要件を満たさなくとも、普通取引約款は契約に組み入れられる。」と定めて、例外的な法的根拠（民法 305a 条）に基づく、特別扱い（つまり、従来の契約構成における、条項に対する認識可能性を問わない扱い）を民法における普通取引約款の特則のまたさらに特則として肯定していると見得るのである。これは鉄道営業約款等が認可されていることとも関係しているよ

うである³⁰。ただし、この 305 a 条も、他方で、「契約相手方が普通取引約款の効力を了解したときは、」との要件を残しているから、広い意味での契約的構成にはとどまっているわけだ。日本の規定案と比べると、このドイツ民法 305 a 条の例外的場合では、約款各条項についての認識可能性の要件が外されており、この点で、実質的には日本の定型約款規定に近づいている。至極大雑把に、また極端に単純化していえば、日本法案における定型約款の契約への組み入れは、ドイツ民法の公共サービスに関する例外規定 (305 a 条) の制度を、原則的な規定として導入したものに近い、と捉えうる³¹。

(お) さらに、ドイツ民法 305 b 条は「個別的取り決めの優先」というタイトルの下、「個別の契約取決めは、約款に優先する。」と明文で規定する。この点も日本の定型約款規定では、想定されていない特徴である。つまりドイツ民法では、①契約当事者間では、普通取引約款とは異なる個別的合意を想定できるようなタイプの取引が念頭に置かれており、しかも、②そうした個別的合意は定型約款よりも優先して適用、解釈されることも規定されているのである。日本法案 548 条の 2、第 1 項では、定型約款の条項は一括して合意したものと「みなされる」から、定型約款条項と異なる個別の合意をしてもその合意部分は無意味になるか、場合によっては契約全体につき錯誤の問題を生じさせることになるかもしれないが、個別合意が定型約款条項に優先する形で契約内容になるとは考えにくい。日本法案では、契約内容の定型約款による画一性が、より徹底、貫徹する形で定められているわけである。また、ドイツ民法典では (フランス新民法典でもそうであるが)、約款関係の規定における契約内容面での規制対象は、主として、付随的な条項群に絞られ、給付の中心的内容や対価については、こうした約款ならではの不当条項規制が実質上及びにくい制度になっている (同法 307 条 3 項)³²。条項内容の性格を区別しない日本法案とはここにも違いがある。ドイツ法は、少なくとも以上の 2 点において、当事者による契約内容形成の自由を日本より広く認めているわけである。

³⁰ ドイツ法における公法と私法のこの点の関係をさらに検討する必要がある。

³¹ 法制審議会のまとめの段階では次のような内田貴委員の発言があった。「新たな規律としては組入れと変更ということになりますが、組入れの要件はかなり緩くなっています。緩くした理由は、典型的には公共交通機関とか、公共サービスといった、約款によることが不可欠な場面において、間違いなく組み入れられるということを確保してほしいという声が強くなり、それに対応するためになんか緩くなっている。且つ変更についても、限定的ですけれども、ルールを置くということです。そうなることこれらの規律が適用されるものはそんなに広げるわけにはいかないわけで、そこで定義は相当絞って、典型的な付合契約と呼ばれているもののコアの部分を捕捉できるような定義を試みているということだと思います。」法制審議会民法 (債権関係) 部会第 89 回 (2014 年 5 月 24 日) 議事録 (<http://www.moj.go.jp/content/001128466.pdf>) 35 頁 (下線は筆者)。「経済界の懸念に最大限対応しよう」といた定義 (同頁) とも述べている。

³² 1976 年の約款規制法制定以前、判例・学説は価格や給付それ自体は普通取引約款の対象外、と捉える傾向が強かったが、約款規制法以降、「普通取引約款」の概念に含めて捉えられるようになった。しかし、最も重要な不当条項規制については、その後も、給付自体や価格は (表示の明白性は要求されるが) 規制の主要な対象からは外されるという構造が残されている。詳細は後述。

(か) 実は、この点は、フランス新民法典の「附合契約」制度においても垣間見られる。先に紹介した 2016 年 2 月 10 日のオルドナンス 第 2016-131 号の「附合契約」の定義が、「附合契約とは、その契約のうち、交渉を免れた普通取引約款 (conditions générales) が前もって一方当事者により確定されたものである。」と規定されていた。ドイツにおける約款の扱いと似て、普通取引約款とは別に、契約当事者による個別交渉が部分的には存在する余地があること（その部分は交渉結果の方が優先すること）を示唆している。また、以下の条文も見てください。

フランス民法 1171 条

- (1) 附合契約においては、契約当事者間の権利義務の間に著しい不均衡をもたらすすべての条項は、書かれていないものとみなされる (reputée non écrite)。
- (2) 著しい不均衡の判断は、契約の中心的な目的についても、給付に対する価格の相当性についても、下されてはならない。

この 1171 条 2 項は、ドイツ以上にはっきりと、契約の中心的給付内容や、対価についての内容規制を外している。つまり、それらの中心的契約内容については、当事者間の契約の自由を残し、附合契約の特殊な規制は、それらには敢えて及ばないように定めているわけである。

(3) 再び、日本の改正法案の定型約款規定の意味

以上に比べ、日本の本法案では、内容の画一性が著しく貫かれるべき大量の取引を想定した「定型約款」が念頭におかれ、約款の契約への組み入れ、内容規制、変更のどの段階についても対象となる約款条項は全体が「定型約款」として一括して、画一的に、顧客間でも平等に取り扱われる。フランス民法やドイツ民法のように、内容規制の段階では中心条項（給付自体や対価）か付随条項かの区別が意味を持つといった複雑さは存在しない。また、約款条項についての当事者間の個別的交渉可能性も想定されていない。この点もドイツやフランスとの相違であり、本法案に関しこの点の疑義が生じないという利点はあろう。そして、個々の条項の内容についての相手方顧客の認識可能性も不問とされ、「約款によるのでよい。」という合意が当事者間に認められる合意型の場合はまだしも、その合意が無く約款準備者側の「当社の定型約款によります。」という一方的な表示のみなされれば(各条項が相手方には認識できない場合にも)、契約内容化が擬制されるという表示型の場合には、顧客の約款条項に対する承諾の意思表示は問題とされない。つまり顧客の意思決定の自由は無視されることになる。総じて、日本の法案は、大量取引の効率性を優先し、契約

当事者、特に顧客の側の意思、あるいは契約関係における自由な内容形成、というものを軽んじていると言わざるを得ない。自己にかかわる法律関係を自分で自己決定し、形成する自由が、近代私法によりすべての個人に与えられたはずであった。これが法律行為自由の原則であり、私的自治（意思自律）の原則である。これは憲法が国民に付与した基本的人権の一環とも位置付けられる。表示型についての見なし合意の規定には、これだけを取り出すと憲法違反の要素すら筆者には感じられないではないが、同規定は、一方では 548 条の 2 第 2 項の不当条項規制との、また他方では、548 条の 3 の条項の開示請求制度との兼ね合いの中で評価されるべきものであるから、それらの検討を以下で先ずは行うことにしよう。ところで、私的自治の権能を本人が自ら放棄することは、どこまで自由なのだろうか。実はそれもそう簡単な問題ではない。そして、その意味では、先述の他方の合意型みなし合意規定にも問題がある。個人は、自己にかかわる契約（給付）内容の決定権限をどこまで他人に契約あるいは意思表示によって委ねることが認められるか、という問題の一環でもあり、これは 1 つの大きなテーマでもある³³。詳しくは別稿で論じたい。

「定型約款」の定義自体では、以上に述べたような対象条項の区別、あるいはドイツ法におけるような二分類（約款一般の原則規定と公共事業約款の例外規定）は考えられておらず、すべてを包含する広いものになっているわけだが、他方、「定型約款」の定義の前提とされる「定型取引」の概念は、前述のように「画一性」の対象の広さ及びその双方向的合理性のほか、相手方の「不特定多数」性に特色がある。この最後の点につき若干付言すると、「不特定多数」性はドイツ民法 305 条 1 項の約款の定義では「多数」（Vielzahl）性とされている—相手方は通常、3 人以上なら「多数」とされるようである³⁴—が。フランス民法は附合契約の定義規定でも、顧客の数は示されていない。これは、そもそも一対一の契約関係における「附合」性（特に「非・交渉（可能）」³⁵性）を、その条項が自由に交渉され（得）³⁶る契約と定義される「交渉契約（contrat de gré à gré）」³⁷との対比において問題とするがゆえに、附合される側＝顧客の人数には注目しないということではない

³³ 前注 5 末尾（下線部）に採り上げた山本敬三教授が指摘する「民法の基本原則」の中には、この問題も含まれていると筆者は考えている。この点は、ドイツ民法 315 条の「当事者の一方による給付の確定」という制度に係る。同制度は明治民法制定過程でも既に問題としては採りあげられ得たテーマであったが当時の法典調査会でも議論されぬままに終わったものである。

³⁴ Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht Kommentar, 12. Aufl., 2016, S.103 (Ulmer/Habersack).

³⁵ Deshayes/Genicon/Laithier, Reforme(前注 16), p. 66 によると、附合契約性となるための基準は、一般取引約款についての交渉の欠如ではなく、交渉が不可能だという点である。力を有する立場の約款準備者が、契約相手方に対し、この一般取引約款は交渉可能ではない、という事を多かれ少なかれ明示的に（explicitement）知らせた場合には、その契約は附合契約になる。

³⁶ 附合契約についての全中の説明をうらがえすと本文のようになる。

³⁷ contrat de gré à gré はこれまで民法典の規定には無く、学説上の契約分類の用語として用いられてきた。「随意契約」とか「談合契約」（山口俊夫『フランス債権法』（東大出版会、1986 年）12 頁）などと訳されてきたが、今回民法 1110 条に「附合契約」と対の形で規定され、その定義も本文のように自由な「交渉」に注目したものになっているので、「交渉契約」と訳しておく。

かと思われる。しかし、立法趣旨の説明にはしばしば現代契約の特徴の一つとしての大量契約性が言及されており³⁸、多数契約が典型として念頭におかれていることは間違いない。しかし、日本の法案のように、不特定多数性までは要件としては要求されていない。日本の本法案規定はこの点でも特徴的である。日本の法案では画一性の双方にとっての合理性の要求とあわせり、所謂公共的サービスが最も典型として想定されている感じがしてならない。この点を、内田氏の先に取り上げた制度的契約論との関係で敢えて読み込めば、制度的契約の典型例として挙げられていたもののうち、就業規則や、企業年金等、団体の法的性格のものは、本案の「不特定多数性」から外され、残る主な領域は、やはり公共的サービスの分野ということになる。その分野の事業が民営化により、「契約」という形に変わることによって出てきた問題を受け止める、という所に、制度的契約論と、本案における規定との重なる部分があるのではなかろうか。ここにおいては、内田氏の言う公平性、平等性、つまり契約内容の画一性が著しく尊重され、形の上では契約でありながら、意思の要素は相対的に重視されないことになり、個別的な交渉などもたとえ両当事者が求めても認められないことになる。以上、今回の法案における定型約款の定義やみなし合意規定を内田氏に無断で、その制度的契約理論の一つの現実的展開として解釈してみたのだが、まったく誤解していると言われてしまうかも知れない。

とにかく、以上のように、外国の約款法制と比較した場合、日本の定型約款規定における諸概念の特異な性格には注目しておく必要がある。そして、しばしば現実の世の中で取りあげられている、営利に走る事業者による約款の濫用問題についても明確に正面から向き合うべく、また、顧客（消費者を含む）による自律的な契約形成を支援すべく、先ず、第1の約款の組み入れの場面において、法案の「みなし合意」のための要件の容易化は再考されるべきではないだろうか。少なくとも、約款条項の顧客による認識可能性が、特に多くの営利的な営業約款について、契約構成のための最小限の要件として加えられるべきである。その上で、顧客による認識可能性を事業者に要求することが酷な取引類型や、契約内容が著しく定型化・画一化しており、個別的取扱いが想定しにくいような公益的サービス等の定型約款については、たとえばドイツなどの例を参考にしつつ、扱いを別にする例外規定を分かりやすい形で設けることが検討されてよい。それが難しいのであれば、むしろ、「定型取引」の主たる対象を、審議会事務局も最も念頭に置いていたと窺われる公共サービス等に限定し、その趣旨を、すでに特徴的な「不特定多数性」に加えて、取引内容の「画一性」の徹底という形で「その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」という要件のうちの、「又は一部」という文言を削除してはどうだろうか（「全部が画一的」という文言では強すぎれば、その部分も削除し、「その内容が

³⁸ Deshayes/Genicon/ Laithier, *Reforme* (前注 16), p. 63.

画一的であることがその双方にとって合理的なもの」としておくこともあり得よう。

第2章 起草者側からの反論（その1）：約款条項の開示請求権

第1章で見た、みなし合意規定の導入に対し、本法案は「約款が気になる顧客は、約款条項の開示請求ができるような規定を別の条文で置いたから、これで十分なはずだ。」というのが起草者側からの第1の反論になるのだろとうと思われる。以下の規定である。

第548条の3（定型約款の内容の表示）

定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法でその定型約款の内容を示さなければならない。

ただし、定型約款準備者が既に相手方に対して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供していたときは、この限りでない。

2 定型約款準備者が定型取引合意の前において前項の請求を拒んだときは、前条の規定は、適用しない。ただし、一時的な通信障害が発生した場合その他正当な事由がある場合は、この限りでない。

しかし、事前に情報が開示され、これに気づいて検討するというのと、事前に何も見られないところで、時間と労力を使って、また相手方の反感を買いながらも、あえて約款の開示を「請求」するのでは、顧客にとっての負担に関して大きな差がある（特に、これから取引に入ろうという立場の契約当事者としては、「約款を見せてください」とは言い出しにくい状況が一弱い立場にあればことさら一容易に想像される³⁹。そういう「請求」は、相手方を信じていない、という表明になりうるから）。

そもそも約款条項、つまり契約内容は、できるだけ分かりやすく事前に理解してもらったうえで契約を締結する、ということが基本のはずである。特に、重要な条項については、目につくように、事前に情報開示して理解させることが判例によってもしばしば事業者に要請され、立法においてもその傾向が認められるところだ。（例えば、定型約款と近いとされることがある「就業規則」については、労基法、労契法など⁴⁰。又、賃貸借契約では、更新料条項などにつき、顧客がどのくらい条項内容を認識していたかに注目した最高裁の判例（最判平成23年7月15日民集65巻5号2269頁等）がある。さらに情報開示に加え、重要事項の口頭による「説明」義務まで課している宅地建物取引業法等の規制もある。）。

³⁹ 第1章（1）（え）で述べた状況に類似する。

⁴⁰ 貸付信託法なども参照。

それなのに、本規定案では、顧客から請求されない限り開示の準備すらしないでよい、という約款準備者側の消極的姿勢にお墨付きを国が与えることになる。市場の健全な競争を促進する情報開示とは真逆の傾向を促すことになり、なるべく約款は表示しないという事業者が、特にきわどい商売を目論む業者の間で増えることになりかねない（経済学者の中には、「優良な事業者は、自分の優良な約款条項について積極的に開示するはずだから、国家は放っておけば長期的には良くない条項の事業者は市場競争で淘汰され、顧客の望む条項を準備する企業が残ることになる。」と言うかもしれない。しかし、そこまで至るのには何年かかるのか。「そこに至るまでの間の正義」をも、つまり個々の契約における顧客の一つずつの意思決定についての正義をも重視するのが法律学であり、法制度の重要な役割の一つである）⁴¹。

どうして定型約款条項一般の問題になると、急に、条項内容が開示されないでよくなるのであろうか？特に、顧客にとって将来問題が起きうるような危険性が予測されうるような事項に関わることは、ちょうど製品安全や品質問題同様、約款による契約についても、重要事項として、事前に表示が義務づけられてしかるべきではないか⁴²。「不当な内容の約款条項は 548 条の 2，第 2 項の方で制限するから、良いではないか」、という次の第 2 の反論に移る前に、本来は重要事項の表示，説明義務を課すべきなのが基本原則だ，ということ強調しておきたい（アメリカにおける，オバマ政権下で情報開示以上の義務を課することになった金融制度改革については，この点の評価を間違えないようにしないといけな

⁴¹ 浜田宏一『損害賠償の経済分析』（前注 8）「第 V 章欠陥商品」117 頁以下，特に 131 頁以下などでは，経済学者の立場からも，市場による長期的な調整が行われる以前の被害者問題にも注目する必要性を述べている。

⁴² 前注 27 で紹介したセミナーにおいて，報告者の一人オムリ・ベンシャハー教授は特にインターネット上の長文約款問題を念頭に，もはや条項開示自体無駄だとして約款一般の開示規制も一般に不要とするような見解を披露された（オムリ・ベンシャハー＝金山直樹「約款規制のための基本的手法」法律時報 89 巻 3 号（2017 年）58 頁以下参照。詳しくは Omri Ben-Shahar and Carl E. Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, 2014）。筆者は，「同教授の開示規制不要論によると，牛乳パックの消費期限表示のような条項（これも、『定型約款』条項ともいえるわけである），つまり食品等の製品安全における情報開示規制も不要ということにならないか。自分を含めこの条項を気にしつつ購入する日本人は多いと思うが。」と質問したところ，時間もおしえており十分な議論には展開しなかった。米国連邦取引委員会（FTC）など行政側からは業者に対し約款内容を簡潔な分かりやすい形で表示せよとの要請が出されているようである。約款問題に対し，こういうインターネット取引での問題点だけが特に注目され，他の約款問題一般が切り捨てられてしまつては本末転倒の感もあるが，日本でもインターネット取引に特有乃至そこで頻出する約款問題についてはさらに正面から検討してゆく必要がある。本文で述べたように，約款開示の問題も製品の品質の開示の問題も，契約の給付等にかかわる情報開示の問題である。むしろ，製品やサービスの安全と同様，約款についても（開示を不要とするのではなく，逆に）重要事項は開示を義務付ける方向こそが必要なのではなからうか。この点で，同セミナーで報告された鹿野菜穂子教授のご意見に賛成である（鹿野菜穂子「約款の開示」法律時報 89 巻 3 号（2017 年）63 頁以下，特に業法の縦割りを越えた，より一般的な（恐らくは私法的な）ルールの設定を説かれる 68 頁参照。）また，今の我々としてはリステイトメント暫定案に表れた，アメリカ契約法における合意尊重の思想にこそ学ぶべきものがある。

い。決して情報開示をやらなくてよいという方向になっているわけではないのだ⁴³⁾。今回のこの日本民法案のように、相手方顧客があえて約款の開示を請求していかないと、条項内容まで到達できない、ということを常態にしてしまい、約款条項の内容は、重要事項も隠されたままになっていくことを推進するような立法をしてよいのであろうか？

なお、上で見た 548 条の 3 第 2 項には、「2 定型約款準備者が定型取引合意の前において前項の請求を拒んだときは、前条〔548 条の 2〕の規定は、適用しない。」とある。その段階で、顧客が「こういう事業者とはもう契約はしたくない」と思っても、この契約からは離脱できないという説明をしていた専門家がいた。これは 既に定型取引合意があったから契約関係に入ってしまったいて、契約から離脱するには、契約の有効要件が欠けていた（例えば錯誤があったこと）などの主張立証が必要だというのである。定型取引合意が黙示でも容易に認められたうえで、約款開示を拒絶するような事業者から離脱しようにもできない、というのはおかしい気がする。実はまだ本格的な内容についての実質合意には至っていないのが実態で、その意思の希薄性を問題の一つとしている定型約款制度が、「定型取引合意」を、通常の契約と同じ効力のものと捉えてしまうことに問題があるように考える。

さて、548 条の 3 第 2 項には、定型取引合意の前に、事業者が開示請求を拒んだ場合のみ書かれているが、約款条項の開示請求は定型取引合意の後、相当の期間内に、なされることも上記条文上、想定されている。すなわち、548 条の 3、第 1 項本文に「定型約款準備者は、・・・定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法でその定型約款の内容を示さなければならない。」とある。そして、この開示請求に対して、定型約款準備者が拒んだ場合にも、上と類似の問題が生じうる。また、定型約款準備者が拒まず、約款条項を示した場合に、顧客側でこれを吟味したうえで、「このような約款条項では、契約はしたくない。」と考えた場合、この顧客は契約から離脱ができるのであろうか？この最後の場合については、先ほどのアメリカ法律協会のリステイトメント暫定案は、取消し・解除ができるとしていたが、日本の今回の法案は、離脱は認めない、という事ようである（既に、定型取引合意がある以上、契約関係に有効に入ってしまったているから、この契約に無効、取消の特別の事由---例えば錯誤---が立証されないと離脱はできない、と考えるのであろう）。しかし、ここで離脱を、そのように通常の伝統的な契約の場合のように制限して果たして本当に良いのであろうか？こういう熱心な顧客が、約款内容を吟味したうえで、「やはりこの契約はやめたい、」という場合には、むしろその

⁴³ ディー・プリジャン (永井洋士訳)「米国消費者金融保護における変革：規制機関と法規制の強化」青山法務研究論集 12 号 (2016 年) 115 頁以下参照。

判断を尊重し、離脱をも自由に認めるべきではないであろうか？そこにこそ、個々の契約主体の自立した自己決定があり、真の意味の市場競争が生まれる基礎が存在するはずではないのか。約款条項の内容が、多くの人々にとって些末な事柄ばかりであれば（本当にそうなら、約款にも定められないように思うが。）、もしかしたら、そのような顧客の自由は認めない、という処理も肯定される余地があるかもしれない（それでも、私はそういう処理には、違和感を覚える。多くの人間にはどうしてもよいことがらでも、当該の顧客にとっては、極めて重要な意味を持つ品質とか条項というものもありうる。この場合に個人的な好みから取引に入ることができるところに、契約制度や市場制度の一つの積極的な意義があるのである）。しかし、そこは—大量定型処理によるコストダウン論を優先させるような場合はあり得るとして—措くとしても、条項内容について、人により意見が分かれるような、一概に些末なものとは言いきれないものについては（しかも契約からの離脱の主張が、権利濫用のようなものでないのなら）、離脱を認めるべきである。アメリカ法律協会のリステイトメント案における取消・解除の肯定は、この点でも参考にされるべき価値がある⁴⁴。

（未完）

⁴⁴ 途中だが、本稿は諸事情により今回はここで打ち切らざるを得ない。新倉教授をお送りする記念号の末端に、しかも中途半端な形の拙稿を加えていただくことになり心苦しい限りであるが、何卒お許し願いたい。末筆ながら新倉先生はじめ皆様のご健康、御活躍をお祈り申し上げる。なお本稿は、その基になる約款法論の研究につき全国銀行学術研究振興財団からの研究助成〔2004年度〕を受けた成果とされるべき部分があることを記しておく。