

《論 說》

民法（債権関係）改正と約款に関する考察
——約款の変更を焦点として——

吉 川 吉 衛

1. 問題の構造と課題
2. 法制審議会民法（債権関係）部会や分科会における審議の経緯
 - 2-1 第1ステージ——論点整理
 - 2-2 第2ステージ——中間試案
 - 2-3 第3ステージ——改正要綱案
3. 約款の変更等に関する議論の推移
 - 3-0 前段階の議論
 - 3-0-1 「債権法改正の基本方針」(H21.3.31)
 - 3-0-2 「民法改正研究会案」(H21.10.25)
 - 3-1 部会等の議論・第1ステージ
 - 3-1-1 部会第1回 (H21.11.24)
 - 3-1-2 部会第11回 (H22.6.29)
 - 3-1-3 部会第22回 (H23.1.25)
 - 3-1-4 部会第26回 (H23.4.12) ——論点整理
 - 3-1-5 部会第29回 (H23.6.28)
 - 3-2 部会等の議論・第2ステージ
 - 3-2-1 部会第50回 (H24.6.26)
 - 3-2-2 第2分科会第5回 (H24.9.4)
 - 3-2-3 部会第67回 (H25.1.22)
 - 3-2-4 部会第71回 (H25.2.26) ——中間試案
 - 3-3 部会等の議論・第3ステージ
 - 3-3-1 部会第85回 (H26.3.4)
 - 3-3-2 部会第87回 (H26.4.22)
 - 3-3-3 部会第89回 (H26.5.27)
 - 3-3-4 部会第93回 (H26.7.8)
 - 3-3-5 部会第96回 (H26.8.26) ——要綱仮案〔要綱仮案(案)〕
 - 3-3-6 部会第97回
4. 要綱仮案(案)に関する考察——関連づけられる意思

- 4-1 中間試案、部会資料75B、同77B、同78B、同81B、要綱仮案（案）
- 4-2 約款の定義
 - 4-2-1 約款の定義語
 - 4-2-2 約款定義の要件
 - 4-2-3 ひな形
- 4-3 定型取引合意と定型約款の個別の条項——中心条項と周辺条項
 - 4-3-1 約款による契約の分析
 - 4-3-2 契約一般の中心部分と周辺部分
 - 4-3-3 約款による契約の中心条項と周辺条項
- 4-4 「組み入れ」から「契約内容の補充」へ——「公表」に関する解釈論
 - 4-4-1 中間試案に関するパブ・コメ
 - 4-4-2 部会資料75B——「表示」に関する「請求」構成
 - 4-4-3 部会資料81B
 - 4-4-4 要綱仮案（案）——「契約内容の補充」と「表示」や「公表」
 - 4-4-4-1 「契約内容の補充」と「表示」
 - 4-4-4-2 「契約内容の補充」と「公表」
 - 4-4-5 「公表」に関する解釈論
 - 関連づけられる、定型約款準備者と相手方の意思
- 4-5 約款の変更
 - 4-5-1 中間試案に関するパブ・コメ——変更条項の有無と約款の変更
 - 4-5-2 部会資料75B
 - 4-5-3 部会資料77B——考え方の基本的な対立
 - 4-5-4 部会資料81B——要件立ての逆転
 - 4-5-5 要綱仮案（案）
 - 4-5-5-1 要綱仮案（案）のパースペクティブ
 - 4-5-5-2 関連づけられる意思——黙示の合意
- 4-6 約款による取引の契約構造——新しい酒は新しい革袋に
- 4-7 不意打ち条項規制と不当条項規制の一本化——平均的な顧客層
 - 4-7-1 中間試案に関するパブ・コメ——解釈の判断基準
 - 4-7-2 部会資料75B——経済界のチリング・エフェクト
 - 4-7-3 部会資料77B——不意打ち条項の典型例
 - 4-7-4 部会資料81B
 - 4-7-5 要綱仮案（案）
 - 不当条項規制に一本化された不意打ち条項規制
 - 4-7-6 不意打ち条項規制における根本問題
 - 解釈の判断基準（再論）

- 4-8 ドイツにおける解釈の判断基準
- 5. 要綱仮案（案）のまとめと客観的合意説の位置
 - 類型づけられた集団的意思のあり方
 - 5-1 最高審の3つの判断と要綱仮案（案）
 - 5-1-1 大判（大4.12.24）、最高裁大法廷判決（昭34.7.8）、最判（昭45.12.24）
 - 5-1-2 要綱仮案（案）と約款という範疇
 - 5-2 中間試案から要綱仮案（案）への流れ
 - 5-3 要綱仮案（案）と客観的合意説
 - 5-3-1 客観的合意説の骨子
 - 5-3-2 中間試案等と要綱仮案（案）の相違（その1）—— 構成
 - 5-3-3 要綱仮案（案）における不当条項規制に一本化された不意打ち条項規制がもたらすもの
 - 相手方の類型化（相手方類型ごとの抽象的客観的判断）
 - 5-3-4 中間試案等と要綱仮案（案）の相違（その2）
 - 約款準備者の類型化
 - 5-3-5 まとめ
 - 5-4 パブ・コメと部会等審議の成果

1. 問題の構造と課題

民法（債権関係）改正（以下、民法改正という）作業における大きな争点の1つに、約款がある⁽¹⁾⁽²⁾（約款は、後に詳しく論ずるように、法制審議会民法（債権関係）部会（以下、部会という）において2014/08/26現在、最大の争点の1つとなり⁽³⁾、2014/09/02現在で唯一の争点となった⁽⁴⁾。〔平成26年9月8日掲載〕の法務省：「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」（平成26年8月26日決定）には、第28定型約款〔P〕として、保留であることが示されている⁽⁵⁾⁽⁶⁾）。従来の民法典にはなかった、約款を規律する規定を設けるべきか否か。仮に設けるとして、その規定振り、要件立てを如何にするかが問われている。部会等の審議過程を丁寧にフォローしたい。これが、本稿の第1の目的である。

さて、約款による取引とは、何だろうか。取引一般と対比して、如何な

るものか。要綱仮案（案）によると、「定型約款による取引は、交渉が行われず、相手方はそのまま受け入れて契約するか契約しないかの選択肢しかないといった特色を有」（要綱仮案（案）補充説明第28定型約款、1（説明）38頁）し、かつ相手方は、「契約の内容を具体的に認識しなくとも定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなされるという定型約款の特殊性」（同、2（2）（説明）40頁）があるという。

これを、どのように法律で規律すべきか。規律するときには、その内在的論理、あるいは外在的観点があるだろう。これを得るには、約款による取引の本質的な特色を明らかにする必要がある。それは、いったい何か。

部会等において、1対1の取引を基本とする考え方⁽⁷⁾と、そうではない、1対多数の取引⁽⁸⁾だとする考え方⁽⁹⁾とが対立した。中間試案から、パブ・コメをうけて、審議を経るにしたがい、部会資料において順次後者の考え方が明確となって行ったと言ってよいのではないだろうか。本稿の見取り図を作成するために、約款による取引に関する筆者の理解を率直に言えば、約款による取引とは、1対1の亜種ではなく、1対多数という種類のものである。このように解しないと、約款に関する諸規定を統一的に捉え、かつ消費者取引（B to C）や事業者間取引（B to B）における事業者・消費者、あるいは事業者・事業者双方の予測可能性を高めることが出来ないとと思われるからである（後に、詳しく論ずる）。

ここに、多数とは、私見によれば集団であり、空間的に、かつ継続的な取引⁽¹⁰⁾の場合には時間的に広がりを持つものである。このような広がりを持つ取引を行うために、契約諸条件をあらかじめ定型化した約款（要綱仮案⁽¹¹⁾（案）がいう定型約款）が用いられ（約款は定型条項の総体⁽¹²⁾）、かつその画一的な取り扱いが求められる。

しかし、上記の特色や特殊性を有し、当事者間の合意を経ない約款には、相手方がその存在を合理的に予測することができない事項に関する契約諸条件（部会資料81B第3約款、4。不意打ち条項）や、相手方に過大な不利益を与える契約諸条件（同5。不当条項）が、紛れ込むことになりはし

ないか。要綱仮案（案）によれば、「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、当該定型取引の様態及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるもの」（同第28定型約款、2（2）。不当条項規制に一本化された不意打ち条項規制）が、紛れ込みはしないか。

しかしながら、これらの問題を抱えつつも、約款による取引は、約款の使用とその画一的な取り扱いを求める。これは、1対多数の取引が本来的に求めるものであり、一体のものである（約款の画一的な取扱い⁽¹³⁾）。

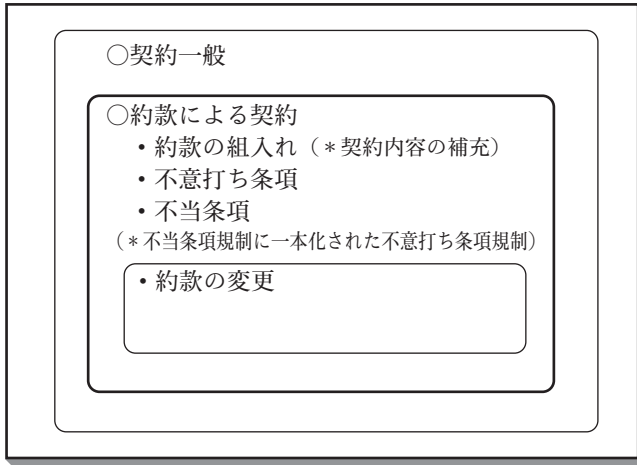
空間的な広がりを持つ1対多数の取引を行うために、約款の契約への組み入れ、ないし約款による契約内容の補充（以下、特に断らない限り、組み入れ）が、画一的な取り扱いをもって行われる。かつ、時間的な広がりを持つ当該の取引の場合にはこれを行うために、その約款の変更が有り得る、そして変更が有る場合には、これも画一的な取り扱いをもって行われる。

ところで、約款の契約への組み入れや変更は、どのように行われるのか。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾約款それ自体は、単なる紙切れに過ぎない（戒能 [1959] 8頁参照^(15a)）。約款が当事者間において拘束力を持つためには、1対多数の多数である集団の意思を媒介しなければならない。こうして、約款による契約となる。

それでは、集団の意思とは何か。ここにおいて、集団的意思のあり方が探究されることになる。かつ、集団は、後に論ずるように2点で類型づけられる。このように類型づけられた集団的意思のあり方を探究しなければならない。

言い方を変えれば、当該の集団の意思の探究とは、約款による契約の拘束力を根拠づけるとともに——先ほど述べたように、不意打ち条項や不当条項が紛れ込んでいるかもしれないという問題含みなのであるから——、その拘束力を限界づけるものの探究でなければならない。これに対する回答が、筆者の客観的合意説である（吉川（衛）[1973]をふまえた同[1978b]、

図1 契約一般と約款による契約



* 要綱仮案（案）
（出所）筆者作成。

同 [1980]、再論・同 [1992a]、補論・同 [1992b]、ポイントの詳論・同 [2007b]、[2007c]、[2007d]）。

以上が、約款に関する問題の構造と課題だと、筆者は考えている（図1 契約一般と約款による契約、参照）。

さて、このたびの、民法改正作業とは、改めて問うと約款に関して何だろうか。「〔民法〕制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする⁽¹⁶⁾」改正要綱案（法務大臣諮問第88号（平成21年10月28日総会）。以下、諮問といい、必要に応じて前者を諮問1、後者を同2という）取りまとめをめざす部会においては、約款に関して、どのような審議がなされて来たのであろうか（第2節、第3節）。また、その審議の結晶である要綱仮案（案）とは如何なるものか（第4節）。これらの分析と検討を経て、民法改正における客観的合意説の位置を探ることとする。これが、本稿の第2の目的である（第5節）。

当該の分析と検討においては、「約款の変更」に焦点を絞る。それが、

1 対多数の取引においてこの取引は、空間的だけでなく、継続的な取引の場合には時間的な広がりを持つ取引であることを典型的に示すものだからである⁽¹⁷⁾（図1）。

ここで、幾つか事実関係につき、記しておきたいことがある。第1は、約款の変更という論争点は、部会等の審議において、当初からあったものではない。部会第11回において、岡本委員（岡本雅弘株式会社みずほ銀行法務部担当部長）や藤本関係官（藤本拓資金融庁総務企画局企画課調査室長）らから約款の変更という問題が存在することの指摘（4、18頁）がなされて以降、審議されているものである。

第2に、約款において、約款の変更に関して定める変更条項（そのなかには、包括的な変更条項である包括条項もある⁽¹⁸⁾）の取り扱い、いいかえれば、変更条項の有無と約款の変更との関係という論点は——部会においては、審議されていたが（後に、3-2-2で詳しく論ずる）、中間試案には、その定めがなかった——、中間試案に関するパブ・コメにおいて寄せられたもの⁽¹⁹⁾ということである。約款の変更は、学者にはなかなか考えられなかった問題⁽²⁰⁾だという側面もある。

第3として、興味深い事実を指摘したい。民法改正、わけても約款規律について、社会の受け止め方に、温度差があることである。温度差があること自体は、事柄の性質上、一般的なことである。ところが、中央と地方と、また大企業と中堅・中小企業との間で、さらに業種間で温度差がある。例えば、当該のニュースを報ずる新聞は、最近の特定の時点についてのものであるが、全国紙では限られており、専門紙は意外に少数である。これに対し、一般紙（地方紙）は驚くほど多数が報じている（専門紙と一般紙に関する情報は、主に日経テレコムによる⁽²¹⁾）。経済界は、約款規律に否定的だといわれるが、それは、日本経済団体連合会（経団連）や経済同友会などのことであって、対面取引ではない、約款重視のネット取引関連業界や、全国中小企業団体中央会（全中）、日本商工会議所・東京商工会議所（日商・東商）は賛成している⁽²²⁾。

このような事実も、念頭に置きながら、本稿では、考察を加えて行きたい。

2. 法制審議会民法（債権関係）部会や分科会における審議の経緯

「法制審議会民法（債権関係）部会の審議の進め方について」⁽²³⁾に依り、約款に関する審議の経緯を記す。

2-1 第1ステージ——論点整理

第1ステージ論点整理（H21.11～H23.4）では、部会第1回（H21.11.24）から第26回（H23.4.12）までの、部会第11回（H22.6.29）、第22回（H23.1.25）、第23回（H23.2.8）で審議が行われて、第26回会議（H23.4.12）において、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理（H23.4.12決定。H23.6.3補訂）⁽²⁴⁾」の第27、第31として、下記のように取りまとめられた。⁽²⁶⁾なお、「【参考】民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明 平成23年5月 法務省民事局参事官室（平成23年6月3日補訂）⁽²⁷⁾」がある。

論点整理

「第27 約款（定義及び組入要件）

1 約款の組入要件に関する規定の要否

現代社会においては、鉄道・バス・航空機等の運送約款、各種の保険約款、銀行取引約款など、様々な分野でいわゆる約款（その意義は2参照）が利用されており、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として重要な意義を有しているが、個別の業法等に約款に関する規定が設けられていることはあるものの、民法にはこれに関する特別の規定はない。約款については、約款使用者（約款をあらかじめ準備してこれを契約内容にしようとする方の当事者）の相手方はその内容を了知して合意しているわけではないから、約

款が契約内容になっているかどうか不明確であるなどの指摘がある。そこで、約款を利用した取引の安定性を確保するなどの観点から、約款を契約内容とするための要件（以下「組入要件」という。）に関する規定を民法に設ける必要があるかどうかについて、約款を使用する取引の実態や、約款に関する規定を有する業法、労働契約法その他の法令との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

2 約款の定義

約款の組入要件に関する規定を設けることとする場合に、当該規定の適用対象となる約款をどのように定義するかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、例えば「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」という考え方があるが、これに対しては、契約書のひな形などが広く約款に含まれることになるかすれば実務における理解と異なるという指摘や、労働契約に関する指摘として、就業規則が約款に相当するとされることにより、労働契約法その他の労働関係法令の規律によるのではなく約款の組入要件に関する規律によって労働契約の内容になるとすれば、労働関係法令と整合的でないなどの指摘もある。そこで、このような指摘にも留意しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

3 約款の組入要件の内容

仮に約款の組入要件についての規定を設けるとした場合に、その内容をどのようなものとするかについて、更に検討してはどうか。

例えば、原則として契約締結までに約款が相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要であるという考え方がある。このうち開示を要件とすることについては、その具体的な態様によっては多大なコストを要する割に相手方の実

質的な保護につながらないとの指摘などがあり、また、当事者の合意を要件とすることについては、当事者の合意がなくても慣習としての拘束力を認めるべき場合があるとの指摘などがある。

このほか、相手方が個別に交渉した条項を含む約款全体、更には実際に個別交渉が行われなくてもその機会があった約款は当然に契約内容になるとの考え方や、約款が使用されていることが周知の事実になっている分野においては約款は当然に契約内容になるとの考え方もある。

約款の組入要件の内容を検討するに当たっては、相手方が約款の内容を知る機会をどの程度保障するか、約款を契約内容にする旨の合意が常に必要であるかどうかなどが問題になると考えられるが、これらを含め、現代の取引社会における約款の有用性や、組入要件と公法上の規制・労働関係法令等他の法令との関係などに留意しつつ、規定の内容について更に検討してはどうか。

また、上記の原則的な組入要件を満たす場合であっても、約款の中に相手方が合理的に予測することができない内容の条項が含まれていたときは、当該条項は契約内容とならないという考え方があるが、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

4 約款の変更

約款を使用した契約が締結がされた後、約款使用者が当該約款を変更する場合があるが、民法には約款に関する規定がないため、約款使用者が一方的に約款を変更することの可否、要件、効果等は明確でない。そこで、この点を明らかにするため、約款使用者による約款の変更について相手方の個別の合意がなくても、変更後の約款が契約内容になる場合があるかどうか、どのような場合に契約内容になるかについて、検討してはどうか。」

「第31 不当条項規制

1 不当条項規制の要否、適用対象等

(1) 契約関係については基本的に契約自由の原則が妥当し、契約当事者は自由にその内容を決定できるのが原則であるが、今日の社会においては、対等な当事者が自由に交渉して契約内容を形成することによって契約内容の合理性が保障されるというメカニズムが働かない場合があり、このような場合には一方当事者の利益が不当に害されることがないように不当な内容を持つ契約条項を規制する必要があるという考え方がある。このような考え方に従い、不当な契約条項の規制に関する規定を民法に設ける必要があるかについて、その必要性を判断する前提として正確な実態の把握が必要であるとの指摘などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

(2) 民法に不当条項規制に関する規定を設けるとする場合に対象とすべき契約類型については、どのような契約であっても不当な契約条項が使用されている場合には規制すべきであるという考え方のほか、一定の契約類型を対象として不当条項を規制すべきであるとの考え方がある。例えば、約款は一方当事者が作成し、他方当事者が契約内容の形成に関与しないものであること、消費者契約においては消費者が情報量や交渉力等において劣位にあることから、これらの契約においては契約内容の合理性を保障するメカニズムが働かないとして、これらを不当条項規制の対象とするという考え方（消費者契約については後記62、2④）である。また、消極的な方法で不当条項規制の対象を限定する考え方として、労働契約は対象から除外すべきであるとの考え方や、労働契約においては、使用者が不当な条項を使用した場合には規制の対象とするが、労働者が不当な条項を使用しても規制の対象としないという片務的な考え方も主張されている。これらの当否を含め、不当条項規制の対象について、更に検討してはどうか。

2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項

不当条項規制の対象とすべき契約類型に含まれる条項であっても、契約交渉の経緯等によって例外的に不当条項規制の対象から除外すべき条項があるかどうか、どのようなものを対象から除外すべきかについて、更に検討してはどうか。

例えば、個別に交渉された条項又は個別に合意された条項を不当条項規制の対象から除外すべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、どのような場合に個別交渉があったと言えるか、一定の契約類型（例えば、消費者契約）に含まれる条項は個別交渉又は個別合意があっても不当条項規制の対象から除外されないという例外を設ける必要がないかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、契約の中心部分に関する契約条項を不当条項規制の対象から除外すべきかどうかについて、中心部分とそれ以外の部分の区別の明確性や、暴利行為規制など他の手段による規制の可能性、一定の契約類型（例えば、消費者契約）に含まれる条項は中心部分に関するものであっても不当条項規制の対象から除外されないという例外を設ける必要性はないかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

3 不当性の判断枠組み

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、問題となる条項の不当性をどのように判断するかが問題となる。具体的には、契約条項の不当性を判断するに当たって比較対象すべき標準的な内容を任意規定に限定するか、条項の使用が予定されている多数の相手方と個別の相手方のいずれを想定して不当性を判断するか、不当性を判断するに当たって考慮すべき要素は何か、どの程度まで不当なものを規制の対象とするかなどが問題となり得るが、これらの点について、更に検討してはどうか。

4 不当条項の効力

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、ある条項が不当と評価された場合の効果が問題になるが、この点に関しては、不当条項規制の対象となる条項は不当とされる限度で一部の効力を否定されるとの考え方と、当該条項全体の効力を否定されるとの考え方がある。いずれが適当であるかについては、「条項全体」が契約内容のうちどの範囲を指すかを明確にすることができるか、法律行為に含まれる特定の条項の一部に無効原因がある場合の当該条項の効力をどのように考えるか（後記32、2（1））にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、不当な条項を無効とするか、取り消すものとするかについて、更に検討してはどうか。

5 不当条項のリストを設けることの当否

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、どのような条項が不当と評価されるかについての予測可能性を高めることなどを目的として、不当条項規制に関する一般的規定（前記3及び4）に加え、不当と評価される可能性のある契約条項のリストを作成すべきであるとの考え方があるが、これに対しては、硬直的な運用をもたらすなどとして反対する意見もある。そこで、不当条項のリストを設けるという考え方の当否について、一般的規定は民法に設けるとしてもリストは特別法に設けるという考え方の当否も含め、更に検討してはどうか。

また、不当条項のリストを作成する場合には、該当すれば常に不当性が肯定され、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することができないものを列挙したリスト（ブラックリスト）と、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することによって不当性の評価を覆すことができるものを列挙したリスト（グレーリスト）を作成すべきであるとの考え方がある。これに対し、ブラック

リストについては、どのような状況で使用されるかにかかわらず常に不当性が肯定される条項は少ないのではないかなどの問題が、グレーリストについては、使用者がこれに掲載された条項を回避することにより事実上ブラックリストとして機能するのではないかなどの問題が、それぞれ指摘されている。そこで、どのようなリストを作成するかについて、リストに掲載すべき条項の内容を含め、更に検討してはどうか。」

論点整理が、パブリック・コメント（以下、パブ・コメ⁽²⁸⁾）の手続を経て、次のステージとなる。その手続が実施されているなかで、部会第27回（H23.6.7）、第28回（H23.6.21）、第29回（H23.6.28）と、3回、各団体からのヒアリングが行われた。

2-2 第2ステージ——中間試案

第2ステージ 中間試案に向けての審議（H23.7～H25.2）〔分科会の設置〕では、部会第30回（H23.7.26）から第71回（H25.2.26）までの、部会第50回（H24.6.26）、第51回（H24.7.3）、第2分科会第5回（H24.9.4）、第67回（H25.1.22）で審議が行われて、第71回（H25.2.26）⁽²⁹⁾において、「中間試案（H25.2.26決定。H25.7.4補訂）⁽³⁰⁾」の第30として、下記のように取りまとめられた。なお、「【参考】民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）平成25年3月 法務省民事局参事官室（平成25年7月4日補訂）⁽³¹⁾（H25.7.4補訂）」や「【参考】民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明平成25年4月 法務省民事局参事官室（平成25年7月4日補訂）⁽³²⁾」がある。

中間試案

「第30 約款

1 約款の定義

約款とは、多数の相手方との契約の締結を予定してあらかじめ準

備される契約条項の総体であって、それらの契約の内容を画一的に定めることを目的として使用するものをいうものとする。

（注）約款に関する規律を設けないという考え方がある。

2 約款の組入要件の内容

契約の当事者がその契約に約款を用いることを合意し、かつ、その約款を準備した者（以下「約款使用者」という。）によって、契約締結時まで、相手方が合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が確保されている場合には、約款は、その契約の内容となるものとする。

（注）約款使用者が相手方に対して、契約締結時まで、約款を明示的に提示することを原則的な要件として定めた上で、開示が困難な場合に例外を設けるとする考え方がある。

3 不意打ち条項

約款に含まれている契約条項であって、他の契約条項の内容、約款使用者の説明、相手方の知識及び経験その他の当該契約に関する一切の事情に照らし、相手方が約款に含まれていることを合理的に予測することができないものは、上記2によっては契約の内容とはならないものとする。

4 約款の変更

約款の変更に関して次のような規律を設けるかどうかについて、引き続き検討する。

（1）約款が前記2によって契約内容となっている場合において、次のいずれにも該当するときは、約款使用者は、当該約款を変更することにより、相手方の同意を得ることなく契約内容の変更をすることができるものとする。

ア 当該約款の内容を画一的に変更すべき合理的な必要性があること。

イ 当該約款を使用した契約が現に多数あり、その全ての相手方

から契約内容の変更についての同意を得ることが著しく困難であること。

ウ 上記アの必要性に照らして、当該約款の変更の内容が合理的であり、かつ、変更の範囲及び程度が相当なものであること。

エ 当該約款の変更の内容が相手方に不利益なものである場合にあっては、その不利益の程度に応じて適切な措置が講じられていること。

(2) 上記(1)の約款の変更は、約款使用者が、当該約款を使用した契約の相手方に、約款を変更する旨及び変更後の約款の内容を合理的な方法により周知することにより、効力を生ずるものとする。

5 不当条項規制

前記2によって契約の内容となった契約条項は、当該条項が存在しない場合に比し、約款使用者の相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重するものであって、その制限又は加重の内容、契約内容の全体、契約締結時の状況その他一切の事情を考慮して相手方に過大な不利益を与える場合には、無効とする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。」

この中間試案の規定は、相互に関係づけられたものである。

約款につき(1)、約款使用者により契約締結時までに相手方が合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が確保されている状態で、契約当事者が「合意」した場合には、契約の内容となる(2)とともに、特定のときにおいては、相手方の「同意」を得ることなく契約内容の変更をすることができる(4)。かつ、不意打ち条項によって、約款の範囲が画され(3)、不当条項規制によって内容がコントロールされる(5)。以上が、中間試案の骨子である(図4参照)。

なお、念のために記しておくが、中間試案の規定における「合意」とは、1対1の取引におけるそれではない。部会の理解によれば、1対多数の取

引における「稀薄な合意」である。この点は、部会第71回（H25.2.26）7頁において、「○岡委員〔弁護士（第一東京弁護士会所属）〕……約款を見せて普通の個別合意と同じように折衝した場合は、約款規律は受けなくなるわけですので、約款を用いるというのは、希薄な合意をするという意味であることを、（概要）か、補足説明で書いていただきたいという声が非常に強うございました。細かいことはここでは折衝せず、細かいことは約款によりますよと、そういう趣旨と理解していいんでしょうか。/ ○筒井幹事〔法務省大臣官房参事官〕そのとおりだと思います。」と明記されている。

中間試案（H25.2.26）が、パブ・コメ⁽³³⁾の手続を経て、次のステージとなる。

2-3 第3ステージ——改正要綱案

第3ステージ改正要綱案の取りまとめに向けての審議（H25.7～）では、部会第74回（H25.7.16）から再開となり、審議の進め方に関し、異論が少ないものについては、事務局から提示された部会資料「要綱案のたたき台」につき検討を深め、他方、議論が分かれているものについては、同様の「論点の検討」につき議論を深めることとされた（2-3頁）。審議は、平成27年1月ないし2月の法制審議会答申、同年通常国会における法案提出に向けた、平成26年7月末の「要綱仮案」取りまとめと、その後の「改正要綱案」取りまとめをめざしている（2頁）。なお、第76回（H25.9.10）において、事務当局から、資料番号に関して、「要綱案のたたき台」タイプにはA、「論点の検討」タイプにはBを付す旨の説明⁽³⁴⁾があった。

第74回（H25.7.16）において、パブ・コメの結果の概要が、速報版として部会資料64-1、同64-2にもとづいて報告された。中間試案の第30約款につき、後日の第80回（H25.11.19）部会資料71-5によれば、その規定設置に賛成が、全中、日商・東商や、公益社団法人日本消費生活アドバイザー・コンサルタント協会消費者提言特別委員会（NACS）、特定非

営利活動法人消費者機構日本（消費者機構日本）、また、日本弁護士連合会（日弁連）、同消費者問題対策委員会（日弁連消費者委）、ヤフー、損害保険協会（損保協）、慶大、広大、早大など団体32、個人16名である。反対が、JR、一般社団法人日本ガス協会（ガス協会）、同日本クレジット協会（クレ協）、日本クレジットカード協会（クレカ協）、公益社団法人リース事業協会（リース事業協）や、日本経済団体連合会（経団連）、経済同友会（同友会）など団体23、個人2名であった（同45-46頁）。

1 定義について。賛成が、全銀協、日弁連、日弁連消費者委、ヤフー、日大、早大など団体28、個人が13名である。反対が、ガス協、一般社団法人不動産協会（不動協）、JRなど団体17、個人は不明である（同47-48頁）。

2 約款の組入要件の内容について。賛成が、損保協、外国損保協、NACS、日弁連、日弁連消費者委、ヤフー、日大、早大など団体33、個人が14名である。反対が、JR、一般社団法人新経済連盟（新経連）、クレ協、クレカ協など団体15、個人2名である（同49、52頁）。

3 不意打ち条項について。賛成が、NACS、日弁連、日弁連消費者委、慶大、日大、早大など団体33、個人が18名である。反対が、日商・東証、新経連、全銀協、ガス協、クレ協、クレカ協、JR、経団連など団体35、個人2名である（同53-54頁）。

4 約款の変更について。賛成が、全国銀行協会（全銀協）、損保協、外国損害保険協会（外国損保協）、NACS、日本貸金業協会（貸金業協）や、日本司法書士会連合会（日司連）、日弁連、日弁連消費者委、慶大、早大など団体35、個人14名である。反対が、新経連、クレ協、不動協、JR、クレカ協、流通系クレジット会社協議会（流通クレ協）など18団体、個人4名である（同56頁）。

5 不当条項規制について。賛成が、NACS、日司連、日弁連、日弁連消費者委、慶大、早大など団体32、個人が21名である。反対が、経団連、全銀協、ガス協、クレ協、クレカ協、損保協、JR、生保協、新経連、流通クレ協など団体40、個人2名である（同59、60-61頁）。

機会が平等にあるパブ・コメにおいて、例えば、約款の規定設置に賛成と反対が、ほぼ3対2であり、しかも、約款の変更についての賛成と反対も、ほぼ3対2である。民法における約款の規律のあり方に関する団体や個人の意思のありようは、注目に値する。

第85回（H26.3.4）において、約款につき、以下のように記述された部会資料75Bに基づき、審議された。

部会資料75B

「第3約款

いわゆる約款に関する規律として、例えば、次の1から5までのような規律を設けることが考えられるが、どのように考えるか。

1 定型条項（仮称）による契約

(1) 定型条項とは、約款その他いかなる名称であるかを問わず、当事者の一方が契約の内容を画一的に定めるのが合理的であると認められる取引において、その契約の内容とするために準備された契約条項の集合（当事者が異なる内容の合意をした契約条項を除く。）をいう。

(2) 定型条項は、契約の当事者が特定の定型条項によることを合意した場合のほか、次に掲げる場合において相手方が異議を述べないで契約を締結したときは、契約の内容となる。

ア 定型条項を準備した者（以下「条項準備者」という。）が、契約の締結前に、当該定型条項によることを相手方に表示した場合

イ 上記アによることが契約締結の態様に照らして期待することができない場合において、その契約と同種の契約において定型条項によるのが通常であるとき。ただし、条項準備者が特定の定型条項を用いることを公表しているときに限る。

2 定型条項の内容の表示

定型条項により契約を締結し、又は締結しようとする条項準備者

は、契約の締結前又は契約の締結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、相当な方法で当該定型条項の内容を示さなければならない。ただし、相手方に対して定型条項を書面又は電磁的方法により提供した場合は、この限りでない。

3 合理的に予測し得ない事項に関する契約条項

定型条項の契約条項については、それが契約の主たる給付の内容、同種の他の契約の内容その他の事情及び取引通念に照らしてその契約の内容となることを合理的に予測し得ないと認められる事項に関するものであって、相手方に不利益を与えるものであるときは、前記1(2)を適用しない。ただし、相手方が、当該事項に関する契約条項があることを知り、又は容易に知り得たときは、この限りでない。

4 相手方に過大な不利益を与える契約条項の効力

定型条項の契約条項は、当該契約条項が相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重するものであって、民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方に過大な不利益を与える場合には、無効とする。この場合において、無効かどうかを判断するに当たっては、当該契約の内容の全部（定型条項以外の部分を含む。）、契約の締結の態様その他一切の事情を考慮するものとする。

5 定型条項の変更

(1) 条項準備者は、次に掲げるときは、定型条項の変更をすることにより、個別の相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。ただし、当該定型条項を契約の内容とした相手方が多数であり（複数の定型条項について同一の変更を行う場合にあっては、それらの定型条項に係る相手方が多数である場合を含む。）、又は不特定である場合において、その全ての相手方から契約内容の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る。

ア 定型条項の変更が、相手方の利益に適合することが明らかであるとき。

イ 定型条項の変更が、契約をした目的に反しないことが明らかであり、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。

(2) 条項準備者は、定型条項において、予想される変更の内容の概要が定められているときは、当該契約条項に従って定型条項を変更することができる。ただし、変更後の内容が取引通念に照らして相当である場合に限る。

(3) 上記 (1) (2) に基づく定型条項の変更は、条項準備者が定型条項を変更する旨及び変更後の定型条項の内容を相当な方法により周知しなければ、その効力を生じない。この場合において、条項準備者が変更の効力の発生時期を定めたときは、その時期が到来しなければ、変更の効力を生じない。

(4) 上記 (1) から (3) までは、定型条項の変更によっては契約内容は変更されない旨の合意がある場合には、適用しない。」

この部会資料75Bの規定は、相互に関係づけられたものである。

定型条項につき (1) (1)、契約当事者が「合意」した場合 (1) (2) のほか、条項準備者が表示し、または定型条項によることが通常であり公表している場合において、相手方が異議なく契約締結したときには、契約の内容となる (1) (2) ア、イ、2) とともに、特定のときにおいては、個別の相手方と「合意」をすることなく、契約内容を変更することができる (5)。かつ、合理的に予測し得ない事項に関する契約条項によって、定型条項の範囲が画され (3)、相手方に過大な不利益を与える契約条項によって、内容がコントロールされる (4)。以上が、部会資料75Bの骨子である。

第87回 (H26.4.22) において、約款につき、以下のように記述された部会資料77Bに基づき、審議された。

部会資料77B

「第3 約款

いわゆる約款に含まれる合理的に予測し得ない事項に関する契約条項や、約款の変更に関する規律として、例えば、次の1と2のような規律を設けることが考えられるが、どのように考えるか。

1 合理的に予測し得ない事項に関する契約条項

定型条項の契約条項については、それが契約の主たる給付の内容、同種の他の契約の内容その他の事情及び取引通念に照らしてその契約の内容となることを合理的に予測し得ないと認められる事項に関するものであって、相手方に義務を課すものであるときは、部会資料75B第3、1(2)(注：定型条項のいわゆる組入れの規律)を適用しない。ただし、相手方が、当該事項に関する契約条項があることを知り、又は容易に知り得たときは、この限りでない。

2 定型条項の変更

(1) 条項準備者は、次に掲げるときは、定型条項の変更をすることにより、個別の相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。ただし、当該定型条項を契約の内容とした相手方が多数であり(複数の定型条項について同一の変更を行う場合にあっては、それらの定型条項に係る相手方が多数である場合を含む。)、又は不特定である場合において、その全ての相手方から契約内容の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る。

ア 定型条項の変更が、相手方の利益に適合するとき。

イ 定型条項の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、定型条項に変更に関する定めがある場合にはその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。

(2) 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、個別の相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場合には、上記（1）ただし書は、適用しない。

（3） 上記（1）本文に基づく定型条項の変更は、条項準備者が定型条項を変更する旨及び変更後の定型条項の内容を相当な方法により周知しなければ、その効力を生じない。この場合において、条項準備者が変更の効力の発生時期を定めたときは、その時期が到来しなければ、変更の効力を生じない。

（4） 定型条項において、上記（1）本文に基づく定型条項の変更をしない旨の定めがある場合には、上記（1）から（3）までは、適用しない。」

第89回（H26.5.27）において、約款につき、以下のように記述された部会資料78Bに基づき、審議された。なお、2014/11/03現在、この回以降の議事録準備中。以下、同じ。

部会資料78B

「第4 約款（定型条項の定義）

定型条項とは、契約の内容が画一的であることが通常である取引において、当事者の一方により準備された契約条項の総体であって、相手方がその変更を求めずに契約を締結することが取引通念に照らして合理的であるものをいう。ただし、当事者が異なる内容の合意をした契約条項を除く。」

第93回（H26.7.8）において、約款につき、以下のように記述された部会資料81Bに基づき、審議された。

部会資料81B——定型条項の変更につき、従来の審議と180度の転換

「第3 約款

定型条項について次のような規律を設けるものとするのが考えられるが、どうか。

1 定型条項の定義

定型条項とは、契約の内容が画一的である取引において、当事者の一方により準備された契約条項の総体であって、相手方がその変更を求めずに契約を締結することが取引上の社会通念に照らして合理的であるものをいう。ただし、当事者が異なる内容の合意をした契約条項を除く

2 定型条項が契約の内容となるための要件

定型条項は、契約の当事者が特定の定型条項によることを合意した場合のほか、次に掲げる場合において当該定型条項に係る契約が締結されたときは、契約の内容となる。

(1) 定型条項を準備した者（以下「条項準備者」という。）が、契約の締結前に、特定の定型条項によることを相手方に表示したとき。

(2) (1) の表示をすることが契約締結の態様に照らして困難である場合において、その契約と同種の契約において定型条項によるのが通常であるとき。ただし、条項準備者が特定の定型条項によることを公表しているときに限る。

3 定型条項の内容の開示

(1) 定型条項により契約を締結し、又は締結しようとする条項準備者は、契約の締結前又は契約の締結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、相当な方法で当該定型条項の内容を示さなければならない。ただし、相手方に対して定型条項を書面又は電磁的記録により提供した場合は、この限りでない。

(2) 条項準備者が、契約の締結前において、(1) の請求に対して相手方が定型条項の内容を認識することを妨げる目的で不正にこれに応じなかったときは、2の規定は、適用しない。

4 合理的に予測し得ない事項に関する契約条項

定型条項の契約条項については、それが契約の主たる給付の内容、

同種の他の契約の内容その他の事情及び取引上の社会通念に照らし、その契約の内容となることを合理的に予測し得ないと認められる事項に関するものであって、相手方に新たに義務を課すものであるときは、2を適用しない。ただし、相手方が、当該事項に関する契約条項があることを知り、又は容易に知り得たときは、この限りでない。

5 相手方に過大な不利益を与える契約条項の効力

定型条項の契約条項は、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重するものであって、民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害するものであるときは、無効とする。この場合において、無効か否かについて判断するに当たっては、当該契約の内容の全部（定型条項以外の部分を含む。）、契約の締結の態様その他一切の事情を考慮する。

6 定型条項の変更

(1) 条項準備者は、次のいずれかに該当するときは、定型条項の変更をすることにより、個別に相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。ただし、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る。

ア 定型条項の変更が、相手方の利益に適合するとき。

イ 定型条項の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、定型条項に変更に関する定めがある場合にはその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。

(2) (1)の規定に基づく定型条項の変更は、条項準備者が定型条項を変更する旨及び変更後の定型条項の内容を相当な方法により周知しなければ、その効力を生じない。この場合において、条項

準備者が変更の効力の発生時期を定めたときは、その時期が到来しなければ、変更の効力を生じない。」

この部会資料81Bの規定は、相互に関係づけられたものである。

定型条項につき（1）、契約当事者が「合意」した場合のほか、条項準備者が表示し、または定型条項によることが通常であり公表している場合において、定型条項の内容が開示され、当該定型条項に係る契約が締結されたときは、契約の内容となる（2（1）、（2）、（3））とともに、特定のときにおいては、個別に相手方と「合意」をすることなく、契約内容を変更することができる（6）。かつ、合理的に予測し得ない事項に関する契約条項によって、定型条項の範囲が画され（4）、相手方に過大な不利益を与える契約条項によって、内容がコントロールされる（5）。以上が、部会資料81Bの骨子である。

第95回（H26.8.5）において、部会資料82-1の要綱仮案の第二次案について審議されたが、その案では、約款の項目全体が保留となっている。すなわち、「第28 約款 【P】」である（同 vi、45頁）。

第96回（H26.8.26）において、以下のように記述された部会資料83-1要綱仮案（案）が審議され、「第28 定型約款」については項目全体をP（保留）し引き続き検討することとされたうえで、それ以外の項目については、所要の微修正を行ったものをもって「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」とすることが決定された。

部会資料83-1 要綱仮案（案）

「第28 定型約款

1 定型約款

定型約款の定義について、次のような規律を設けるものとする。

定型約款とは、相手方が不特定多数であって給付の内容が均一である取引その他の取引の内容の全部又は一部が画一的であることが当事者双方にとって合理的な取引（以下「定型取引」という。）において、契約の内容を補充することを目的として当該定型取引の当

事者の一方により準備された条項の総体をいう。

2 定型約款によって契約の内容が補充されるための要件等

定型約款によって契約の内容が補充されるための要件等について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 定型取引の当事者は、定型約款によって契約の内容を補充することを合意した場合のほか、定型約款を準備した者（以下この第28において「定型約款準備者」という。）があらかじめ当該定型約款によって契約の内容が補充される旨を相手方に表示した場合において、定型取引合意（定型取引を行うことの合意をいう。以下同じ。）をしたときは、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。

（注）旅客鉄道事業に係る旅客運送の取引その他の一定の取引については、定型約款準備者が当該定型約款によって契約の内容が補充されることをあらかじめ公表していたときも、当事者がその定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなす旨の規律を民法とは別途に設けるものとする。【P】

- (2) (1) の条項には、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、当該定型取引の態様及びその実績並びに取引上の社会通念に照らして民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものは、含まれないものとする。

3 定型約款の内容の開示義務

定型約款の内容の開示義務について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 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、相当な方法で当該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、(1)の請求を拒んだときは、2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。

4 定型約款の変更

定型約款の変更について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 定型約款準備者は、次のいずれかに該当するときは、定型約款の変更をすることにより、変更後の定型約款の条項について合意をしたものとみなし、個別に相手方と合意をすることなく契約内容の変更をすることができる。ただし、定型約款にこの4の規定による定型約款の変更をすることができる旨が定められているときに限る。

ア 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。

イ 定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、定型約款に変更に関する定めがある場合にはその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。

- (2) 定型約款準備者は、(1)の規定による定型約款の変更をするときは、その効力の発生時期を定め、かつ、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当該発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。
- (3) 定型約款準備者は、(1)イの規定による定型約款の変更をするときは、(2)の時期が到来するまでに(2)による周知をしなければ、定型約款の変更は、その効力を生じない。」

この要綱仮案(案)の規定は、相互に関係づけられたものである。ただし、要綱仮案(案)補充説明によれば、「構成」すなわち約款規律の仕

方の論理構造が、従来のものとは異なる。

従来のような、「組み入れ」られた条項につき、不意打ち条項や不当条項を無効とするという論理構造（図3を見られたい）から、一定の場合において、特定のときは、合意があったものとみなすとの論理構造への転換である。すなわち、定型約款準備者があらかじめ当該定型約款によって契約の内容が補充される旨を相手方に表示した場合において、定型取引合意をしたときは、定型約款の個別条項についても合意をしたものとみなすという論理構造になった（詳しくは、5-2-2で分析・検討する。さしあたり、図4を見られたい）。

中田〔2014〕は、「契約の内容を補充する」という表現は、新しいビジネス・モデルの定型約款を含めにくいと指摘している。⁽³⁵⁾

3. 約款の変更に関する議論の推移

3-0 前段階の議論

約款に関する議論の推移を、約款の変更在即してまとめてみよう。なお、ここでは先ず、法制審議会民法（債権関係）部会⁽³⁶⁾の審議に先立つ、形式的には関連がないが、実質的には影響があると思われる「債権法改正の基本方針」（H21.3）に言及する。また、「民法改正研究会案」（H21.10）にも言及する。

3-0-1 「債権法改正の基本方針」（H21.3.31）⁽³⁷⁾

これは、約款の規律につき、当該契約の当事者ごとに規律する考え方の提案であり、【3.1.1.26】（約款の組み入れ要件）において、「提示して（以下、開示という。）、……合意したとき」と定めて、契約の内容の組み入れにつき、個別的に判断している。したがって、【3.1.1.A】（不意打ち条項）に関する規定は設けていない。

私見に基づき、それを内在的論理において正確に言えば、「債権法改正の基本方針」は、不意打ち条項に関する規定を設けることが出来ないので

ある。何故かと言えば、同基本方針自体が示しているように、不意打ち条項の該当性の判断基準というものが、個別的ではなく、平均的な顧客層だからである（「ドイツ民法305c条に関する一般的な理解」⁽³⁸⁾。後に、4-7で詳論する）。仮に不意打ち条項規制の規定を設けるならば、これは、約款の組入れ要件に関する同基本方針の当該規定（組入要件の規定一般ではない）——すなわち、当該契約の当事者ごとに規律する考え方——と相矛盾し、内在的論理を構築し得ないだろう。

なお、約款の変更は、取り扱われていない。

3-0-2 「民法改正研究会案」⁽³⁹⁾（H21.10.25）

改正提案「約款による契約の成立」として、新設468条（契約とその効力）、469条（約款作成者不利の原則）が定められている。かつ、不意打ち条項に関する規定（468条4項）もある。

しかしながら、不意打ち条項の該当性の判断基準如何と組入れ要件等の規定との関係、すなわち如何なる内在的論理によって2つの規定の関係（この関係の問題性格について、上記の3-0-1参照）を改正提案は理解しているのであろうか。筆者は、疑問に思うところである。

なお、約款の変更は、取り扱われていない。

3-1 部会等の議論・第1ステージ

3-1-1 部会第1回（H21.11.24）

部会資料2に、運送約款、保険約款、銀行約款などを例として、23約款⁽⁴⁰⁾がある。

3-1-2 部会第11回（H22.6.29）

この回において、部会資料11-1には無かったが、岡本委員（岡本雅弘株式会社みずほ銀行法務部担当部長）から約款の変更という問題が存在することの指摘がなされ（4頁）、審議された。

そこでは、約款の変更に関する事例として、岡本委員から、銀行の預金約款につき、法令等の改正に伴い反社（反社会的勢力）条項を新たに設け

たこと（4頁）。また、藤本関係官（藤本拓資金融庁総務企画局企画課調査室長）から、公的医療保険の改正に応じて、これと連動した医療保険において、支払事由等が変更されたこと（18頁）などが挙げられている。

3-1-3 部会第22回（H23.1.25）

約款の変更は、部会資料22における第24 約款（定義及び組入要件）の「4 約款の変更 約款を使用した契約が締結された後、約款使用者が当該約款を変更した場合に、変更後の約款が相手方に対する拘束力を有するかどうか、有するとしてそのための要件は何かについて、検討してはどうか」（30頁）として、取り上げられた。

部会第22回で約款の審議がおこなわれたが（40頁から45頁まで）、しながら、約款の変更の問題は、取り上げられなかった。なお、第23回（H23.2.8）は、不当条項規制の審議である（1頁から3頁まで）。

3-1-4 部会第26回（H23.1.25）——論点整理

第27約款（定義及び組入要件）の「4 約款の変更」として取りまとめられた（上記2-1）。第31不当条項規制がある。

3-1-5 部会第29回（H23.6.26）

日本損害保険協会からのヒアリング、生命保険協会に関する事務当局によるヒアリングの概要【PDF】⁽⁴¹⁾があるが、約款の変更についての申述や聴聞はない（1頁から8頁まで、58頁）。日本弁護士連合会（消費者問題対策委員会）からのヒアリングでは、約款の変更についての質問につき、不当条項規制のグレーリスト等で検討すべきという検討はしてきたが、組入要件の規定振りと関係しての具体的な提案はないとの応答があった（33-34頁）。

3-2 部会等の議論・第2ステージ

3-2-1 部会第50回（H24.6.26）

第2ステージの今回において、「4 約款の変更」（変更権）についても審議され（48頁から55頁まで）、経済界からの三上委員の要請（三上徹株

式会社三井住友銀行法務部長49頁)、佐成委員(佐成実東京瓦斯株式会社総務部法務室長53頁)や、中田委員の賛成がある(中田裕康東京大学教授50頁)一方で、松本委員(松本恒雄一橋大学教授51頁)、潮見幹事(潮見佳男京都大学教授53頁)などの慎重意見があった。

そこには、約款につき、約款の組入れと変更は一体のものだ、パラレルなものだとの把握がある(三上委員54頁。また、岡委員(岡正品弁護士(第一東京弁護士会所属)50頁)一方で、変更を安易に認めると組入れ要件の尻抜けになる、潜脱になるとの理解がある(深山幹事(深山雅也弁護士(第二東京弁護士会所属)52頁、鹿野幹事(鹿野菜穂子慶應義塾大学教授52頁)。

当該の規定のあり方を分科会で審議するという括りの発言をもって(内田委員55頁)、そこで検討となった(鎌田薫部会長55頁)。なお、第51回(H24.7.3)は、不当条項規制の審議である。

3-2-2 第2分科会第5回(H24.9.4)

約款の変更につき、争点は大きく2つあり、それらのなかで意見が分かれる。第1は、要件立てに入る前の議論として、約款による契約をそもそもどう捉えるかの対立である。①当該契約は、1対1のいわば亜種とみる見解では、約款の変更を事情変更の1適用(潮見幹事34頁)、またはプチ事情変更(松岡分科会長(松岡久和京都大学教授)37頁)と理解する。しかし、これに対しては、そもそも事情変更は限定的に捉えないと立法化は厳しいという観点⁽⁴²⁾から、また「〔約款を使用しない、1対1の〕一般の契約の場合に、約款のように細かな条項をたくさん合意して、大きな法務部を持つ企業同士が詳細な契約書を作ったという後で、変更の条項なしに一方当事者が契約内容を一部でも変更できるか」というと、そんなことはあり得ない話です。ですから、どんな些細な部分であれ合理性があれば〔個別合意がなくとも〕変更できるという議論は契約の一般理論からは出てこない」との批判がある(内田委員37、38頁)。②約款による契約は、1対多数ないし類似のものとする見解では、約款の変更は、そのような「ある

種の特種なカテゴリーの契約について……〔のみ認められる〕特例」（内田委員38頁。同旨、三上委員34頁、岡委員37頁）ということになる。

第2は、要件立てに入ったときに、約款における変更条項の有無で、効果を分けるかどうかという議論である。①有無で分けるという意見が弁護士会のなかにあるとの指摘（高須幹事（高須順一弁護士（東京弁護士会所属））33、36頁）や、変更条項が無いときに、約款の内容を変更できるという約款の変更の規定を設けるのは、議論が熟していないだけでなく、「一般的にこんなものが本当に妥当するのかわからない、私はよく分かりませんし」（潮見幹事33頁。なお、鎌田委員39頁）、時期尚早だ、また、そのときは不当条項規制の問題だ（潮見幹事33頁）との意見がある。

これに対して、②変更条項の有無で、効果を分けるというのは、もともと個別合意が無いことを前提としている約款論にそぐわない（内田委員37-38頁。なお、三上委員41頁）だけでなく、あまりにも大きく分水嶺が分かれすぎる（三上委員35頁）との意見がある。これに関して、要件立てに入ったときに、それを如何に定めるかに審議の力点を置くべきだ（岡委員37頁、内田委員38頁など。なお、潮見幹事42頁、高須幹事42頁）との発言があった。

「名目上は不利益があるかのように見えるけれども、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いますので、……それを踏まえて条文が書けるかどうか……その上でないと先へなかなか進めない」（内田委員43頁）との括りの発言があった。

3-2-3 部会第67回（H25.1.22）

約款の変更は、部会資料56における、第9約款の「4 約款の変更」として、初めて具体的な形で（筒井幹事46頁）下記のように取り上げられた。なお、「第10不当条項規制」である。

「4 約款の変更

約款の変更に関して次のような規律を設けるかどうかについて、引

き続き検討する。

- (1) 約款が前記2によって契約内容となっている場合において、次に掲げる要件のいずれにも相当するときは、約款使用者は、当該約款を変更することにより、相手方の同意を得ることなく契約内容の変更をすることができるものとする。
 - ア 当該約款の内容を画一的に変更すべき合理的な必要性があること。
 - イ 当該約款を使用した契約が現に多数あり、その全ての相手方から契約内容の変更についての同意を得ることが著しく困難であること。
 - ウ 上記アの必要性に照らして、当該約款の内容が合理的であり、かつ、変更の範囲及び程度が相当なものであること。
 - エ 当該約款の変更の内容が相手方に不利益なものである場合にあっては、その不利益の程度に応じて適切な措置が講じられていること。
- (2) 上記(1)の約款の変更は、約款使用者が、当該約款を使用した契約の相手方に、約款を変更する旨及び変更後の約款の内容を合理的な方法により周知することにより、効力を生ずるものとする。」

本回で約款の審議が、「第10 不当条項規制」とともに行われた(32頁から47頁まで)。^①民法典に約款の規定を置くことにつき、現時点でも経済界で反対意見が強いことが紹介されたが(佐成委員32頁)、法的安定性が高まり、経済活動の安定性に資するだけでなく、理論的にも個別合意との関係等が明確になると中田委員から指摘された(43頁)。^②不当条項規制につき、審議の経緯はあるが約款のなかのサブ項目にすべきことが、大村幹事(大村敦志東京大学教授35頁)から指摘され、事務当局より、そのようにすることが回答された(筒井幹事36頁)。^③不意打ち条項の該当性判断基準の「相手方の知識及び経験」につき、法務省の見解は、人ごとか、

それとも条項ごとかは、解釈にゆだねるとのスタンスであることが示された（筒井幹事39頁）。

約款の変更については、「学界だけでなく」経済界も議論が十分ではないことが紹介され（三浦関係官（三浦聡経済産業省経済産業政策局産業組織課長44頁）、部会でも十分な審議がないので「引き続き検討する」という文末表現となっていると、事務当局から回答があった（筒井幹事46頁）。

約款の変更について、議論が熟していないとの点につき、第2分科会第5回の審議においてであったが、三上委員から、「〔変更条項を〕入れたときも、チェックしてもらった弁護士やたまたま意見を伺うことができた学者の先生方はみんな『この条項を入れたって効力は期待できないでしょう』とおっしゃった。……金融実務に携わる者も、金融実務の先輩も含めてそんな条項を入れても無駄だし、不当条項として指弾を浴びるようなことにならないかというネガティブな意見も多かった」（当該の35頁）、しかしながら、「実際に必要な場面が多々起こっている……学者の先生などに意見を伺うと当たり前のように無効ですねと言われて、現行の民法解釈ではそれ以上議論が進まないから、ここで立法の議論をしているわけです」（34頁）という指摘がある。

3-2-4 部会第71回（H25.2.26）——中間試案

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案⁽⁴⁴⁾」が決定された（上記2-2参照⁽⁴⁵⁾）。これには、「【参考】民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）⁽⁴⁶⁾」と、「【参考】民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年7月4日補訂）⁽⁴⁷⁾」などがある。

3-3 部会等の議論・第3ステージ

3-3-1 部会第85回（H26.3.4）

第3ステージの今回において、約款につき、以下の項目が記され、2-3で掲げた部会資料75Bに基づき、審議された。

第3 約款

- 1 定型条項（仮称）による契約
- 2 定型条項の内容の表示
- 3 合理的に予測し得ない事項に関する契約条項
- 4 相手方に過大な不利益を与える契約条項の効力
- 5 定型条項の変更

総論として、民法に約款の規定を置くことの是非がある。経団連推薦の佐成委員⁽⁴⁸⁾から、中間試案からの実質的な変更がほとんどなく、この審議は消費者契約法の方でなされるべきだとの理由で（もっとも、約款の変更は、民法だから出来るのであり経済界は有り難い、消費者委員会では、論点にも上らないだろうが）、設置反対が述べられた（24、27、28、35、38、40頁）。パブ・コメにおいて、たしかに経団連や経済同友会などは反対だが、しかし、⁽⁴⁹⁾全中や日商・東商などは賛成している（1.、2-3参照）。銀行界（中原委員34頁）や労働者の立場（安永委員21頁）、また、消費者の立場（岡田27頁）から賛成があった。

中田委員から、佐成委員発言は、部会の全体的な考え方からは、やや極端だ（26頁）、また、沖野幹事から、事業者間契約を含めて、約款規律は、民法が土台だと主張された（38頁）。また、中井委員から、設置の方向で、大阪弁護士会有志意見書（大阪弁護士会 [2014]）を提出したとその趣旨説明があった（27頁）。

各論の大きな争点については、4. で詳しく論ずる。

3-3-2 部会第87回（H26.4.22）

約款につき、以下の項目が記述され、本稿2-3で記した部会資料77Bに基づき、審議された。

第3 約款

- 1 合理的に予測し得ない事項に関する契約条項
- 2 定型条項の変更

先ず、約款規律の総論的な問題が、審議の途中で提起されたので、これを論ずる。松本委員から、部会審議の落ち着きどころは、「消費者契約の

ところでもう少し具体的なルールを」(29頁)ということだ、そうだとすれば、スケールダウンもありうるのではないかと発言があった。これに対して、佐成委員から、同じ意見が出されたが(30頁)、ほかに賛同意見はなかった。

さて、立法論の課題は、一に要件立てにある。約款の変更の要件立てに関する難問の1つが、「契約の相手方が少数かつ特定となると、『予想される変更の内容の概要』が定められていない限り〔逆にいえば、よく見かける、本規約の内容は当社の都合により変更されることがありますという包括的な変更条項では〕この規律による定型条項の変更ができなくなる」か否かという問題(部会資料77B15頁。それまでも、同部会資料75B第3約款、5(説明)5の選択肢①②③を記した問題提起(16頁)で指摘されていた)である。

約款の変更につき、実務において必要性があり、多々実践されているにも拘らず、議論や研究は未熟だという(第2分科会第5回参照)。それは何故だろうか。約款の変更という問題自体が、学界や行政(少なくとも法務省⁽⁵⁰⁾)においてあまり知られていなかったという側面が、確かにある(部会第11回参照)。しかし、根本的な問題は、当該の問題が、約款論の構造のなかで十分に捉えられていないことにあるのではないだろうか(第2分科会第5回審議を分析し検討した3-2-2参照)。

(a) 約款による契約を1対1の亜種と把握すれば、約款の変更は異例の事態であり、約款において変更条項が無ければ認められないものだということになる。民法の当該規定は、法律によってはじめて、約款の変更の効果が認められるという意味での特別の規定だということになる。

これに対して、(b) 約款による契約を1対多数(空間的だけでなく、継続的な時間的にも多数)という特別の種類だと把握すると、約款の変更は通常の事態であり、約款において変更条項が無くても認められる当然のものということになる。民法の当該規定は、約款の変更の効果は、法律によるまでもなく認められるものだが、これを念のために記した注意的な

規定だということになる。そうだとすると、難問の1つである「契約の相手方が少数かつ特定となると、『予想される変更の内容の概要』が定められていない限りこの規律による定型条項の変更ができなくなる」か否かという、先の問題（部会資料77B15頁）については、ポジティブに解されることになろう。理由は、(b)の考え方では、約款の変更は通常の事態として見込まれているのであり、約款による契約の締結の段階で、将来においてあり得るかも知れない約款の変更も、相手方は認めていると考えられるからである。相手方が「少数かつ特定」となったとしても、相手方は、そもそも認めていたのである。もっとも、不当条項の規制は、かかるであろう（部会資料77B16頁参照）。

部会資料75Bにおいては、約款の変更につき、約款における変更条項の有無によって、規定の要件を変えている。本文(1)では、約款において変更条項が無い場合であっても、相手方が多数又は不特定で個別に同意を得ることが「著しく困難」（ただし書）であることを要件として、約款の変更を認める規律である。しかし、本文(2)では、変更条項が有れば、相手方が多数又は不特定で個別に同意を得ることが著しく困難であることは求めない規律である。規律の相違が、「著しく」という量的な相対的なものであることは、変更条項の有無の差が、相対的なものであることを物語る。いいかえれば、同資料において、約款の変更の規定は、約款において変更条項が無いときにおいても（有ればむろん）効果が認められるという意味での注意的な規定であることを物語る。これは、約款の変更に関する、同資料の規定が、1対多数のものであることの論証になるのではないかと、筆者は考えるものである。

本項の第1パラグラフで引用した部会資料75Bの問題提起に即していえば、筆者は、①を選択するものである。部会85回審議において、中原委員は同旨である（中原利明委員（株式会社三菱東京UFJ銀行コンプライアンス統括部法務室長）発言44頁）。筆者のそのような考え方は、要綱仮案（案）第28約款、4（説明）3の第2パラグラフの後半部分と一致する。

定型条項の変更の要件立てにつき、部会資料77Bにおいて、実質的な変更はない。変更箇所は、①部会資料75B第3、5（1）アと同イの「明らか」が、主張立証の容易性と相手方保護のバランスに鑑みて削除されたこと（説明）16頁）と、②部会資料77B第3、2（1）イにおいて「、定型条項に変更に関する定めがある場合にはその内容」の文言が付加されたことである。

後者の②の新規挿入文言は、第3、2（1）において一見、浮いている感じがする。何故かといえば、（1）は、変更条項がない場合の規定だと理解して来たからである（部会資料75B第3、5の（説明）15頁も同旨）。しかしながら、同（1）は、変更条項の有無にかかわらないレベルで、一般的なことも定めていると解釈すれば、当該の新規挿入文言は、同（1）のなかで、素直に収まる。

（説明）2検討（2）は、本文（1）と（2）の差異は「著しく困難」の有無だということ（16頁）。これは、変更条項の有無は、約款の変更の規律において相対的なものだということを端的に物語る。

以上を要するに、部会資料77Bは、約款が1対多数のものであるとの、部会資料75Bの考え方を、改めて採用したものである。

3-3-3 部会第89回（H26.5.27）

約款につき、以下の項目が記述され、本稿2-3で記した部会資料78Bに基づき、審議された。2014/10/28現在、議事録準備中である。以降も、同じ。

第4 約款（定型条項の定義）

当該資料については、4-2で、綿密に分析・検討する。

3-3-4 部会第93回（H26.7.8）

約款につき、本稿2-3で記した部会資料81Bに基づき、審議された。当該資料は、約款規律の全項目にわたるもの（図1参照）であるので、4.の該当箇所、それぞれ考察する。

3-3-5 部会第96回(H26.8.26)——要綱仮案〔要綱仮案(案)〕

部会資料83-1 要綱仮案(案)が審議され、「民法(債権関係)改正に関する要綱仮案」が決定された。しかし、定型約款は保留となった(2-3)。この要綱仮案(案)の定型約款につき、4. で主題として考察する。

3-3-6 部会第97回

この回は、法制審議会開催予定表(8月)のなかに記載されていたが、法制審議会-民法(債権関係)部会のページには、2014/09/15現在で、アップされていない。毎日新聞2014年(平成26年)9月3日号が報じてい⁽⁵¹⁾る。

4. 要綱仮案(案)に関する考察——関連づけられる意思

4-1 中間試案、部会資料75B、同77B、同78B、同81B、要綱仮案(案)約款による契約につき、中間試案は、1対1の取引の亜種という側面も有していた。しかし、パブ・コメをうけて、部会資料において順次、1対多数の取引という種類の契約となった。このことを部会資料75B、同77B、同78B、同81B、また要綱仮案(案)に即して、本節では考察する。

1対多数の取引といえども、契約であるから、当該の約款は、個々の契約において、その具体的な契約当事者の意思との接続がなければならない。定型約款準備者(要綱仮案(案))の意思は、その約款による申し込みにて明らかであるが、この申込みは、具体的に如何なるものであるか。また、相手方の意思は、これは難問であるが、具体的にいったい如何なるものであるか。そして、これが要の問題だが、両者の意思は、個別具体的な契約において、関連づけられていなければならない。〈関連づけられる意思〉が、それらに存在していなければならない。この関連づけられる意思の探究が、本節の主題である。

特に、従来の用法でいえば、約款の組み入れ、また要項仮案(案)の用法では、約款による契約内容の補充、および、約款の変更において、その

関連づけられる意思が見出されなければならない。そうでなければ、約款による契約に関する契約説は、その存立の根拠を失うことになる（1.）。

4-2 約款の定義

4-2-1 約款の定義語

本款では、3つの問題を論ずる。約款の定義語、約款定義の要件、そしてひな形である。第1に、約款の定義語についてである。中間試案では、「約款」であったものが、部会資料75Bにおいて、「定型条項」となり、以降、同75B、同81Bと同様の要件立てであった。定型条項という造語を用いる理由は、実務において約款は多義的であり、法律上の定義語として用いると混乱を招くからだという（部会資料75B第3約款、1（説明）1、9-10頁）。しかし、実際に使われている言葉ではない造語の使用というのは、諮問2にいう「国民一般に分かりやすいものとする」ことに反する側面があるのではないか。

要綱仮案（案）に至って、「定型約款」となった。その理由は、定型条項では、個別の条項を指す範疇と誤解されかねないからだという（要綱仮案（案）補充説明第28約款、1（説明）（1）、37頁）。実務で使用されている用語をもちいることは、国民の分かりやすさにかなう。混乱を招くかどうかは、定義語の的確さにある。この点、要綱仮案（案）においては、定型約款として、約款を使用しながら、定型という特定のものの特徴を取り出したのは、適切であると筆者には思われる。

中田〔2014〕は、定義語に関するアイデアとして、定型取引約款という文言の方が、定型取引におけるものであることをよく示すといい、これが定義語としてベターだという（同4頁）。しかし、それは、やや冗長であるだけでなく（日本語では、漢字四字のものが使いやすい）、中田の趣旨は、定型約款で十分に汲み取ることが出来るのではないかと、筆者には思われる。

約款の定義語の問題は、後にひな形との関係において、改めて論ずる。

4-2-2 約款定義の要件

第2は、約款定義の要件立てについてである。約款の定義につき、中間試案と要綱仮案（案）とでは、部会資料75Bを転機に、大きな変更がある。中間試案の要件は、「契約の内容を画一的に定めることを目的として使用するもの」（第30約款1）という判断基準であった。しかし、このような目的という主観的な判断基準では、区別の基準として不明確だ等の批判があり（パブ・コメ、部会資料71-5、49頁等参照）、部会資料75Bでは、「当事者の一方が契約の内容を画一的に定めるのが合理的であると認められる取引」（第3約款、1（1））において用いられるものであるかどうかという、合理性という意味で客観的な判断基準となった（同（説明）2、10頁。傍点、引用者。以下、同じ）。

部会資料75Bの定義要件は、78Bや81Bに引き継がれ、要綱仮案（案）において「取引の内容の全部又は一部が画一的であることが当事者双方にとって合理的な取引」（第28定型約款、1）となった。なお、要綱仮案（案）の定義要件には、いま1つ、「契約の内容を補充することを目的として……準備された」ものであることがある。このいま1つの要件については、4-4で論ずる。

ここで、注目したいのは、約款定義の要件についての、主観的な判断基準から客観的なそれへの変更である。前者であった中間試案に対する、先にみたパブ・コメの批判をうけて、部会資料75B以降、要綱仮案（案）に至るまで、「合理的であると認められる取引」という客観的な判断基準となっている。

この中間試案における主観的なものから、パブ・コメをうけての部会資料75Bにおける客観的なものへの変更は、約款定義の要件立てについてのみ見られるものではない。不意打ち条項（合理的に予測し得ない事項に関する契約条項）の規律につき、その合理的に予測し得ないか否かについての判断基準は、中間試案では、解釈にゆだねられていたが（中間試案（概要付き）第30約款、3（概要）130頁）、パブ・コメの多数の意見をうけて、

部会資料75Bでは、抽象的な相手方一般を基準として客観的に判断することとされた（同第3約款、3（説明）12頁）。これらのことは、いったい何を物語るのか。

筆者は、そこに、約款による取引の基本的な性格を見出すものである。すなわち、約款による取引は、1対多数の取引であって、これを成り立たせるためには基本的に、主観的なものではなく——1対1の取引の亜種とみれば、中間試案のように、主観的なものに力点が置かれることになるが——、一般的・客観的なものが用いられていなければならないということ⁽⁵²⁾である。

なお、ここで、言及したいことがある。「合理的であると認められる取引」（部会資料75B第3約款、1（1））についての「合理的である」についてである。当該文言については、部会第85回で、法制的に成立可能な文言かどうかという疑問が提起された（山野目委員28頁）。しかし、合理的という用語自体は、例えばウィーン売買条約で頻出するものである。

部会資料75Bの後も、同78Bにおいて、「取引通念に照らして合理的であるもの」（第4約款、同（説明）15頁）とされ、続く同81Bにおいても、「取引上の社会通念に照らして合理的であるもの」（第3約款、1）とされ、要綱仮案（案）において、「当事者双方にとって合理的な取引」（第28定型約款、1）とされている。

4-2-3 ひな形

約款（中間試案）または定型約款（要綱仮案（案））と、その外形が類似したものに、いわゆるひな形（ひな型）がある。ひな形は、これを基礎として取引交渉が行われ、相手方ごとに異なった内容の契約が締結されるものである（中間試案（概要付き）第30約款、1（概要）129頁）。ここで、2点が問題となる。第1は、ひな形は何故、約款と同様の外形を有するものであるにもかかわらず、約款と区別され、約款の規律から外れるのか。第2は、ひな形に関する要件立てである。第2点については、中間試案と、部会資料や要綱仮案（案）とでは、約款の定義の要件立ての変更があった

ので、その分析は、なかなか難しい。分析し検討する視点を明確にする必要がある。

第1点について、ひな形が、約款規律から外れるのは、ひな形による契約にあっては、契約当事者の意思が明確に存在しているからである。そこには、両当事者において、ひな形によることの、関連づけられる意思が存在している。

中間試案においては、第2点につき、約款の定義の要件立てが、使用目的という主観的判断基準であるので、例えば、市販のひな形が、多数の相手方との間で、そのまま画一的に契約内容とする目的で用いられるならば、約款に当たり得るという（中間試案（概要付き）同頁）。

しかしながら、部会資料75Bを経て、同78Bや、81B、要綱仮案（案）においては、定型約款の定義の要件立ては、客観的な判断基準へと変更された（4-2-2）。これに伴い、ひな形は、どのように取り扱われることになるのか。

部会第85回審議において、三浦関係官から、中間試案から〔4-2-2で論じた〕経緯で定型条項の要件立てが変更された、旧案に文言を戻せとはいわないが質疑がある、普通は、取引交渉が行われるひな形は、約款の定義から外れるという理解でよいかとの質疑があった（三浦聡経済産業省経済産業政策局産業組織課長41頁）。これに対して、事務当局から、普通、交渉するものだという取引類型については、約款の定義から外れる、この点は、従来の理解と同様であり変わらないと回答された（村松関係官42頁）。

さらに立ち入って、山川幹事から、パートタイマーの契約書につき、労働時間とか勤務場所を契約当事者で話し合い、後から書き込んでいくという形の場合には、当事者が異なる内容の合意をしたのだから、当該の契約条項は除かれるという理解でよいかとの質問があった（山川隆一東京大学教授31頁）。これに対して、事務当局から、当該の契約書につき、話し合いのうえで埋める部分については、定型条項から外れるが、話し合って埋めない部分が、契約書の後半にあるならば、その部分は、なお定型条

項だとの扱いであると回答された（村松関係官31頁）。

部会第87回において、山川幹事からの、細かいが類似の質疑に対して、事務当局から、交渉が予定されている取引は、約款定義の要件で外れると、回答された（村松関係官14頁）。

さて、部会資料75Bにつき、事務当局の回答を筆者の言葉でいえば、契約当事者においてひな形によるとの関連づけられる意思があるかどうかが基準だということである。当該意思がある定型条項の形のもものは、ひな形となるが、そのような意思がないものである部分は、なお、定型条項だということである。

そうだとすれば、約款の定義について、「従前の案とは表現を異にしているが、その趣旨に変更はな〔い〕」（要綱仮案（案）補足説明38頁）要綱仮案（案）においても、契約当事者のひな形によるとの関連づけられる意思の有り無しによって、約款とこれから外れるひな形は、区別されると理解することが出来るであろう。

本稿4-2において、キー・ワードは、関連づけられる意思であった。

4-3 定型取引合意と定型約款の個別の条項——中心条項と周辺条項

4-3-1 約款による契約の分析

要項仮案（案）に即して、約款による契約を分析すると、3つの部分からなる。①「約款全体を了解して行う契約の意思」（要項仮案（案）第28 定型約款、2（1）（説明）39頁）、ならびに、定型取引を行うことの合意である②「定型取引合意」、およびこれにより補充される契約の内容である③「定型約款の個別の条項」である。

これらのなかで、①については、約款全体が取引交渉等により了解されて行われる約款による契約であるから、特段の問題はない。②と③に関するものだが、約款による契約内容の補充については、4-4で、また同様のものだが、約款の変更については、主に4-5で論ずる。③に関する不意打ち条項規制と不当条項規制については、4-6で論ずる。

要項仮案（案）の規定振りは、事務当局によれば、中心条項と周辺条項を分けないという考え方である（第85回における村松幹事の発言、36頁参照）。しかし、これは、最高裁判例を含む、従来の有力な考え方と異なるものである（同松本委員35-36頁）。それゆえ、考察を要する問題である。

4-3-2 契約一般の中心部分と周辺部分

さて、ここで、契約一般を考えてみたい。契約一般は、取引交渉力（bargaining power）が対等な事業者間の売買契約において、典型的に明確な形で、見て取ることができる。事業者間の売買契約において、契約の中心部分と周辺部分とは、いったい何だろうか。

企業実務において、QCD がいわれる。すなわち、品質（quality）、コスト（cost）、納期（date of delivery）が、ビジネスにおいて重視すべき3つの要素である（吉川（衛）[2007a] 8頁参照）。これを踏まえて、契約の中心部分と周辺部分を考えてみよう。

契約の中心部分とは、契約において、先ず、申込みが確定するための条件だと考えられる。例えば、ウィーン売買条約14条（1）は、契約を締結するための申入れが申込みとなるためには、それが十分に確定していなければならないと定め、続けて、申入れは、物品を示し、かつその数量および代金を定め、またはそれらの決定方法について規定しているときには、十分に確定しているものとする規定している（吉川（樹）訳 / 曾野補訳 [近刊] 第12条の注釈8. から16. まで参照）。次に、筆者が思うに、確定している申込みにつき、相手方が承諾し、個別の契約として成立するときには、納期も定められることになろう。内田 [2011] は、契約の中心部分は、「目的物、価格、納期など」（174頁）であるという。

以上を要するに、契約の中心部分とは、目的物につき、および、数量、価格、納期、またはそれらの決定方法につき規定する条件であり、これら以外は、周辺部分であると、筆者は考えるものである。

4-3-3 約款による契約の中心条項と周辺条項

約款による契約について、その典型例の1つである保険取引の約款を考

えてみよう。保険取引は、空間的だけでなく時間的にも広がりをもつことによって、大数の法則が作動し、そのシステムが成り立っている。大数の法則の作動ということでは、それに基づき貸倒れ引当金を積む必要がある銀行取引も、銀行はこんにち「リスク管理ビジネス」（池尾 [2001] 297頁）であり、同様である（吉川（衛） [2002] 216頁）。それゆえ、約款の変更を、不可避なものとする（部会第85回における中原委員（中原利明株式会社三菱東京 UFJ 銀行コンプライアンス統括部法務室長）34頁参照）。

その約款の変更に関する条項のなかには、保険料率（保険商品の価格）等の変更に関するものがある。1900年（明治33）に成立した保険業法は、1927年（昭和2）の金融恐慌、1929年（昭和4）の世界大恐慌をうけて抜本改正され、既存契約についても、必要な場合には、保険契約者の意思とかわりなく主務大臣の行政行為によって変更されうることとなった（旧保険業法10条3項。本規定につき、5-1-1をみられたい）。

1995年（平成7）成立の改正保険業法では、旧業法10条3項の規定は削除された。しかしながら、1997年（平成9）の金融恐慌のなかで相次いだ、長期契約を有する生命保険会社や損害保険会社の経営破綻をうけて、再び、2005年（同17）の改正により、筆者の見るところでは、旧業法10条3項と同じ趣旨の規定が、保険業法10章1節「契約条件の変更」（240条の2から240条の13まで）として、よみがえった⁽⁵³⁾。

そこにおいて、見ることが出来るのは、約款の変更につき、「名目上は不利益があるかのように見えるけれども、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」（第2分科会第5回における内田委員43頁）との理解の仕方、または考え方である。

経済のサービス化の流れのなかで、銀行契約や保険契約、運送契約などだけでなく、サービス契約は、今後ますます国民経済において、重要となるであろう。そこにおいて、サービス料金等の変更は大きな問題であり、約款の規律を行うことが求められている（パブ・コメにおいて、約款

の変更の規定を設けることにつき、賛成は、全銀協、損保協、外国損保協、NAIC、貸金業協会など。ただし、新経連は反対である。部会資料71-5、56頁参照)。

部会資料75B が審議された部会第85回において、事務当局の説明では、中心条項と周辺条項につき、定型条項（要綱仮案（案）では、定型約款）の定義上は、両者を区別していない。そうすると、定型条項の変更のところでも、定型条項で変更が出来る対象として、また、不意打ち条項規制のところでも、代金など中心的な条項も、除外するものではないとの整理となるとされた（村松関係官36-37頁）。

4-4 「組み入れ」から「契約内容の補充」へ

——「公表」に関する解釈論

4-4-1 中間試案に関するパブ・コメ

2014/10/28現在で法務省 HP にアップされている部会議事録で見ると、いま確認できる範囲で、少なくとも中間試案の取りまとめ以降、正面からは審議されていない論点がある（ただし、すぐ後に論ずるように、公共サービスと約款に関する審議が、第87回29頁から32頁までに行われている）。それが、部会資料75B 第3約款、1（2）イの要件である。これは、鉄道の自動改札につき IC カードを使って通過する場合や、はがき等をポストに投函する場合などの取引だという。「このような種類の契約については、〔条項準備者が特定の定型条項を用いることを公表しているときに限る〕としたうえで〕相手方が特に異議を述べずに契約を締結したときは、定型条項を契約の内容とすることとしている」（同第3約款、1（説明）3（3）の10頁）ものである。

ところで、筆者は、中間試案に関するパブ・コメにおける JR の対応に不可思議なものを覚えていた。部会第1回において、運送約款が、約款事例の筆頭に挙げられ（3-1-1）、運送業は、筆者の理解では、Public utilities を含む、銀行・保険業、水道・電気・ガスの供給業などとともに、

広義の公企業（吉川（衛）[1978b]（1）11頁）であるにもかかわらず、JRは、民法において約款の規律を設けることに反対していたからである。JRは、いうまでもなく日本経済のリーディング・カンパニーの1つである。その反対は、徹底しており、約款の規定を設けることに反対し（部会第80回、部会資料71-5の46頁）、定義につき（48頁）、約款の組入要件の内容につき（52頁）、不意打ち条項規制につき（54頁）、約款の変更につき（56頁）、そして不当条項規制について（61頁）と、全ての項目にわたりことごとく反対であった。

このゆえもあり、筆者は、2014年夏、学部3年生ゼミで学生企画の一泊二日研修旅行につき、学生による、JR上野駅や同新宿駅などと富士急河口湖駅を通過し、河口湖畔で研修し周遊などをする企画に乗った。河口湖遊覧船のりばの切符売場の左手上方に運送約款が掲示されていた。富士急行株式会社本社で運送約款につきレクチャーをうけ、一般乗合旅客自動車運送事業運送約款（以下、F約款という）を頂戴した（記して、謝意を表します）。同第4章第54条から第59条までに「責任」が定められているが、例えば免責金額の定めはない。

後日、ゼミ生は例えば、JR上野駅中央口みどりの窓口で、学生証を提示しF約款を示したうえで（以下、同じ）、JRのそれを見せて欲しい旨を述べると、暫くまたされたうえで、『東日本旅客鉄道株式会社旅客営業規則 旅客営業取扱基準規程』の表紙コピーを渡され、内容はJR東日本のHPにアップされていることを告げられた⁽⁵⁴⁾。調べたところ、「JR東日本旅客営業規則」⁽⁵⁵⁾に行き着いた⁽⁵⁶⁾。そこには、第1編総則第5条に、契約の成立時期及び適用規定があり、また第2編第1章通則第13条に、乗車券類の購入及び所持があるが、例えば、免責金額の規定はない。上野駅の4つの改札口には、「ご案内」があり、末尾に「その他のお取り扱いにつきましては、当社の『旅客営業規則』等の諸規則及び法令によります」とある。なお、貸しロッカーのうえに「Suica対応 貸しロッカー使用約款」が対応する英文とともに、短いものであり、かつトラブルが予想されるゆえか、

掲示されている。

牛久駅では、改札口に、「ご案内」があり、上記と同様のことを依頼すると、事務所の奥から、「東日本旅客鉄道株式会社旅客営業規則（昭和62年4月1日東日本旅客鉄道（株）公告第4号）平成26年4月1日現行 お客さまご案内用」を持参し、手渡しされた。高田馬場駅のみどりの窓口では、いちおうこれなんだけど、トラブルのとき、駅員が見るものだから渡せないとの対応であった。

別のゼミ生は、小田急代々木上原駅の或る切符売り場の左側に「営業のごあんない」という大きな掲示を見つけ読むと、その末尾に「ICカード乗車券の取扱いに関する詳細につきましては、当社『ICカード乗車券取扱規則』等の定めるところによります」とあった。また、小田急梅ヶ丘駅にも、そのような案内がある。

小田急経堂駅では、身分を名乗り運送約款を見せて欲しいということ、事務所のなかから、「旅客営業規則 小田急電鉄株式会社」と題され、「旅客営業規則 昭和49年9月30日社達第1387号制定」が印刷されてあるファイルを持参し、手渡された。

このようなことを踏まえながら、中間試案から要綱仮案（案）に至る、「組み入れ」、およびこれに相当する「契約内容の補充」（部会資料83-2 補充説明第28定型約款、1（説明）38頁）に関する要件立てを分析し検討してみよう。

4-4-2 部会資料75B——「表示」に関する「請求」構成

中間試案にいう約款の開示（「相手方が合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が確保されている」という合理的機会の確保）（同第30約款、2）は、これにより相手方が現実に認識する可能性が乏しく、相手方保護の観点から大きな効果を期待できない反面で、ウェブページが一時的に見られないような状態であって、かつ本人はそれを見ようとしなかったときでも、契約内容とならないのは、効果として過大である。それゆえ、部会資料75Bは、定型条項の内容の表示の問題（組入れ要件）

と、それが契約内容となるかという問題とを別個のものとしたうえで、契約締結前を含めて相手方は、条項準備者に対して定型条項の内容の開示を求めることができるとした（同第3約款、1（2）ア、2。同2（説明）11-12頁）。

事務当局の提案は、「表示」に関する「請求」構成である（部会第93回忍岡関係官20頁）。

質疑応答がなされた。中田委員から、そのように構成することで、「当事者の意思の前提となる……何とか対応できるのではないかということだと思います」（33頁）が、しかしながら、条項準備者が、請求に応じないときにはどうなるのかという問題（例えば、その典型の1つは、コンピュータソフトの購入者がパッケージの封を破ることで、使用許諾契約に同意したものとみなす契約方式であるシュリンクラップ契約。松本委員23-24頁）が出てくることになるので、「当事者の意思との関係について、何らかの形でそれと結び付けることができるような具体的な規律を考えていくべきではないか」（33頁）との指摘があった。

これに対して、松本委員自身から、部会資料75Bは行き過ぎであり、中間試案を原則とするが、ウェブページが一時的に見られないような状態であって、かつ本人はそれを見ようとしなかったということであれば、その点は考慮しないという例外ルールを設けるとか（23-24頁）、また、山野目委員から、義務違背が契約の解除原因になり、これを排除する定型条項の定めは効力を有しないとの約款規律の規定を置く（28-29頁）などの提案があった。山下委員から、部会資料75Bは、緩くなり過ぎているとの指摘があった（43頁）。

消費者の立場から、岡田委員より、当該の条件は一定程度評価するが、消費者にとって大変厳しいので、経済界の状況はあるようだが、もうひと頑張りしてほしいとの発言があった（27頁）。

また、山野目幹事から、表示に関わる規制は、市場経済のインフラであるとの指摘があり（28頁参照。山本（敬）幹事30頁は、広い意味での開示

がそうだという)、山本(敬)幹事から、組入れと表示を分けて、義務違反については損害賠償を認めるというのは、再検討の余地があるとの発言があった(30頁)。

事務当局のまとめ発言として、経済界と難しい調整が続いているが、「表示」につき、どう整理をすれば、実務と折り合い、合理的なものになるか再考することが述べられた(村松関係官32、46頁)。

4-4-3 部会資料81B

「表示」に関する「請求」構成について、部会資料75Bの事務局提案が、繰り返された(部会資料81B第3約款、2(1)、3。同第3約款(説明)3(1)16-17頁)。そのうえで、条項準備者が、契約の締結前において、「表示」(部会資料81B第3約款、2(1))の「請求」に対して、「相手方が定型条項の内容を認識することを妨げる目的で不正にこれに応じなかったとき」(4-4-2の松本発言参照)は、定型条項が契約の内容とならない旨の要件立てとしたと説明された(同第3約款(説明)3(2)17頁)。

4-4-4 要綱仮案(案)

——「契約内容の補充」と「表示」や「公表」

4-4-4-1 「契約内容の補充」と「表示」

要綱仮案(案)は、部会資料75Bや同81Bとは、旅客運送取引等を除き、表現を異にするが、実質的な内容に変更はないという(要綱仮案(案)補充説明第28約款、2(1)(説明)39頁)。

要綱仮案(案)は、約款全体を了解して行う契約の意思とは異なる、定型取引を行うことの合意である「定型取引合意」が、一定の場合に認められると規定している。それは、定型約款準備者が、あらかじめ約款による旨(「当該定型約款によって契約の内容が補充される旨」)を相手方に「表示」した場合において、「定型取引合意」をしたときは、「定型約款の個別の条項」についても——たとえその具体的な内容について認識していなくとも——、合意をしたものとみなす(要綱仮案(案)第28約款、2(1))という要件立てである。

定型約款準備者は、「定型取引合意」の前またはそ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当該定型約款の内容を示さなければならない。すなわち、定型約款準備者は、相手方の請求に対して、定型約款の開示を義務づけられる（要綱仮案（案）第28約款、3（1））と、要件立てされた。

部会資料75Bの要件立て、すなわち「表示」に関する「請求」構成は、中間試案からの行き過ぎだとか（松本委員第85回23頁）、緩すぎる（山下委員43頁）、再検討の余地がある（山本（敬）幹事30頁）などの批判にもかかわらず、同81Bにおいて、事務局提案は、基本的に維持された（4-4-3）。さらに、これは、要綱仮案（案）において、定型約款準備者が当該請求を拒絶したときにどうなるかという問題（松本委員発言第85回23頁）につき、定型約款の内容が補充されないのは、定型約款準備者に、その拒絶に関し、一時的な通信障害の発生等の正当な事由が無い場合に限定するとの要件立てとして、「表示」に関する「請求」構成は維持されている。

要綱仮案（案）のような要件立ての理由は、同じことの表と裏だが、2つあるのではないかと、筆者は考える。第1は、経済界との厳しい調整の結果によるものであろう。4-4-2における事務当局のまとめの発言を見られたい。しかし、第2に、それだけではないだろう。

約款による取引が1対多数のものだという、その基本的な性格が次第に現れてきたのだと筆者には思われる。要綱仮案（案）の要件立てが、約款による取引の実態であって、それ以上でもそれ以下でもない。1対1の垂種の取引とは異なるのである。

こうして見ると、「契約説における支配的見解と共通する」（横山〔2013〕7頁）側面を有する中間試案からの行き過ぎ等を批判する松本委員等の考え方は、そのような理解において、批判それ自体としては、筆者は納得できるのである。

4-4-4-2 「契約内容の補充」と「公表」

定型約款による取引のなかで、例えば、旅客鉄道運送取引においては、上記4-4-4-1と事態が異なる。本款の冒頭(4-4-1)を見られたい。それゆえ、これに関する手当が、要綱仮案(案)においてなされた。当該の取引については、定型約款準備者が当該定型約款によって契約の内容が補充されることをあらかじめ「公表」していたときは、当事者がその定型約款の個別の条項について「合意をしていたものとみなす」旨の約款規律を特別法に設けるといのである(第28約款、2(1)(注))。

「公表」とは、何だろうか。そもそも、当該の取引類型の契約は、如何にして成立するのか。ちなみに、ウイーン売買条約1978年草案事務局注釈には、『不特定多数への申込み(public offer)』もあり得ることが認められている。……継続的申し込み〔であり〕……物品が販売のために展示されている事実〔がその1つ〕(吉川(樹)/曾野補訳〔近刊〕第12条注釈4.)だという。もちろん、これは、国際物品売買契約に関するものである。だが、ここで、ドイツにおけるいわゆる事実的契約関係論(神田[1958])を思い起こすのは、筆者だけではないだろう。走っている、あるいは停車している電車とプラットホームや駅舎などを含めて、旅客鉄道施設と仮にいうと、この存在が申込みだとされる。そうだとすると、ICカードによる自動改札の通過が承諾だとして契約は、成立することが考えられる。

とはいえ、ドイツと日本では、大きく事情が異なる。ドイツでは、切符等を購入して、そのまま、電車等に乗り降車して、駅から出る。しかし、日本には、乗車するときに、改札がある。

そこで、改めて、JRの「旅客営業規則」を見てみると(4-4-1参照)、その5条1項に、「旅客の運送等の契約は、……旅客等が所定の運賃・料金を支払い、乗車券類等その契約に関する証票の交付を受けた時に成立する」とある。それゆえ、顧客が「ご案内」を見て(?!-筆者)行おうであろう運賃・料金の支払いが申し込みであり、JRの乗車券等の交付が承

諾なのだと、筆者にも考えられる。

しかしながら、現下では、公衆の目に触れない旅客鉄道運送約款が「公表」だといえるのであろうか。それは、如何にして契約の内容として補充されるのであろうか。

山本（豊）[1998] は、約款による取引で書面の交付が適切でない場合には、「約款による旨の掲示と営業所における約款の備え付け」の組合せ等で足りるという（92頁）。現行の、ご案内と事務所の奥にある、あるいは、あるかもしれない「約款の備え付け」だけでは、不十分だ、おかしいというのが、現実に体験した、筆者のゼミ生の率直な意見である。

そのような文脈において、JR が、中間試案の約款規律の全項目にわたってことごとく反対したのは、JR にとって十分に理由があることであったと思われる。

筆者の結論をいえば、例えば、鉄道の料金表や業務規程については、交通主務官庁の認可等に依拠するほかないのではないかということである。つまり、それらの「公表」の前に、手続きとして、当該の認可等を得ることを求めるべきだということである。その例は、比較法的に見れば、ドイツ民法305a 条 1 号にある。すなわち、「交通主務官庁の認可を得て告示された鉄道の料金表及び業務規程は、第305条第 2 項第 1 号及び第 2 号所定の要件〔約款の契約への組入れ要件〕が満たされない場合であっても、相手方がその料金表及び業務規程の効力について同意⁽⁵⁹⁾（*einverstehen*）したときは、当該の契約に組み入れられる」と定められている。

そうして、筆者の客観的合意説の考え方によれば、Public utilities を含む、銀行・保険業、運送業、水道・電気・ガスの供給業などの広義の公企業についての、筆者のいう公的モメントに依拠することである。筆者は、当該の企業による取引には、むしろ私的モメントである当事者の客観的合意が必要だが、公的モメントも欠くことができないと主張した。公的モメントとは、監督官庁の行政行為である「監督官庁の免許ないし認可を得た……約款」であることである（吉川（衛）[1978b]（1）4、11、41、47頁）。

監督官庁の認可も視野に入れて理論に取り込むのが、筆者の客観的合意説である⁽⁶⁰⁾。筆者の学説は、1つには、JRその他の旅客鉄道運送取引の実態を見ると、現下の、特定企業の約款による契約について、次のように現実的な意味をもち、かつ合理的なものであったと考えるものである。

仮に、旅客鉄道運送業が、将来において、特別法によって、次のことを求められたとする。例えばJRを例にとると、各駅のみどりの窓口の台において、時刻表等とともに、当該の運送約款を備え置くことを要請されるとすれば、それは、現状の変更であり、相当のコストを要するであろう反面で、これによって相手方が現実に認識する可能性は乏しく、相手方保護の観点から必ずしもコストに見合う効果を期待できないと思われる（部会資料75B第3約款、2（説明）12頁参照⁽⁶¹⁾）。

これに対して、そのようなコストの代わりに、国民の租税でまかなわれている行政府が、当該約款に対してコストを掛けて審査し、認可等の有無を決定することは、これは、現行のことであり、国民経済的に十分納得できることである。

コストと効果の点を含めて、改めて論じてみよう。

4-4-5 「公表」に関する解釈論

——関連づけられる、定型約款準備者と相手方の意思

さて、要綱仮案（案）第28約款、2（1）（注）における要件である「公表」につき、旅客鉄道運送約款を例にとって、その解釈を論じたい。定型約款準備者が、当該定型約款によって契約の内容が補充されることを「公表」していたとき、相手方が、定型取引合意をしたならば、定型約款の個別の条項についても合意したものとみなされるのは、何故か。定型約款準備者の意思と、相手方の意思とは——旅客鉄道運送事業の現状を踏まえ（4-4-1）、これに即して——、如何にして関係づけられるのか。

電車への乗客を、仮にAとしよう。Aには、切符またはICカードを購入して、当該電車に乗る意思があり、かつ、次の意思もあると思われる。すなわち、電車は事故ることがあり、そのときには、上限があるだろうけ

れども、補償してもらえらるから、まあこの点はひとまず安心して乗ろう。
契約の締結を行う。この意思は、確かにある。

問題は、このAの契約を締結する意思と、Aが旅客鉄道運送約款を契約の内容として補充する意思との関連である。筆者は、次のように考えれば、両者を関係づける意思は、ギリギリあると思うものである。

Aの運送約款を契約内容として補充する意思は稀薄なものだが、「信(63)頼」というテクニカル・ターム(64)を入れると見えて来るものがある。この点、部会第87回において、佐成委員は「公共サービスに関しては業法規制というのがきちっと掛かっている……。つまり、約款がそもそも個別の交渉なしで契約に組み込まれるというのは、そういう何らかの内容規制がきちっと掛かっている、あるいはそういう内容の合理性について信頼が置けるという状態が前提になっている」(30頁傍点、引用者)と発言している。

Aは、定型約款による取引を信頼している。信頼の対象は、何だろうか。3つある。まず、①会社である(例えば、JRや小田急電鉄)。しかし、会社を信頼するのは、何故かといえ、会社の背後に、後見人として、②政府がいるからだろう。政府が、会社を見ているからだAは思い、信頼している。また、裁判になっても何とかなると、③裁判所はそう悪いようにはしないだろうと信頼している(内田[2011]179-80頁参照)。

さて、②政府を信頼するのは、政府が公共交通機関の会社を監督していると思うからである。事業免許(のようなもの)があるとは、おそらく理解しているだろう。事業免許には、政府の審査があるとは、漠然としてではあれ思うだろう。その審査のなかに、会社が顧客とトラブルを起こしたときに解決の手段となるルールがあるとも思うのではないか。何故かといえ、③のことを思っているのだから、会社には、そのようなルールがあると考えて信頼しているだろう。——このように、「信頼」を入れて順序を追って、考えて来ると、Aの契約を締結する意思と、Aが運送約款を契約内容として補充する意思とは、関連づけられていると、主張することが出来るであろう。

以上のようなことを法学徒の言葉でいえば、こうである。例えば、旅客鉄道運送事業者は、紛争解決手段である運送約款を有しており、これは、政府の審査である事業免許を得たものである。運送約款につき、政府の行為である事業免許があるから、Aは、信頼している。信頼という意思を有している。運送約款の具体的なありようでいえば、当該の約款につき、政府の事業免許があるということである。なお、事業免許を得た後の約款に対する政府の行為は、認可となる。

上記のAが有する信頼という意思において、Aの契約を締結する意思と、Aが運送約款を契約内容として補充する意思とは、関連づけられると、筆者は考えるものである。この解釈問題は、上記の4-4-4-2でも一定程度を論じたが、筆者の客観的合意説における公的モメントの世界のことである。

運送約款の「公表」に関して、主務官庁の事業免許・認可を持ち出す筆者の論法には、批判が予想される。それでは、その批判者は、解釈論の主張として、「公表」は、当該の旅客運送事業者が、例えばJRの各駅のみどりの窓口の台の上に旅客鉄道運送約款を備え置くことだと主張するのだろうか。そうでなければ、当該約款を公に対し表すこと、publicにofferするなかで行うことにはならないだろう。公衆の目に触れることはないだろう。公衆は、単なる公衆一般ではない。現実に当該の切符やICカードを購入するAを、one of them とする、その公衆である。

しかしながら、みどりの窓口の台に旅客鉄道運送約款を備え置くことと、免許や認可を得た約款であることとの相異は、50歩100歩である。その50歩と100歩は、約款による取引を1対1の亜種とみる論者には、歩くことが出来ない、関連づけることが出来ない距離であろう。しかし、1対多数の取引という種類の契約と捉える論者からみれば、そのパースペクティブにおいて、似たものである⁽⁶⁵⁾。

ところで、約款を「公表」するには、例えばみどりの窓口の台の上でのその備え置きが求められる。しかし、これは、現状の変更であり、コスト

がかかるだけでなく、当該コストとAのベネフィット（利益）を比較したら（コスト/ベネフィット・アナリシス）、どうだろうか。このC/B・Aの観点から、運送約款の当該備え置きは、定型約款準備者と相手方とともに、合理的な行動とは言えない。

「公表」が、特別法に規定されたときの、法学研究者の解釈を注視したい。

4-5 約款の変更

4-5-1 中間試案に関するパブ・コメ

——変更条項の有無と約款の変更

中間試案は、4つの実体要件（第30約款、4（1）ア、イ、ウ、エ）と周知という手続要件（同（2））を満たせば、約款の変更が可能であると定めた。しかしながら、この規定振りには、約款の変更につき定める変更条項（そのなかには、包括的な変更条項である包括条項⁽⁶⁶⁾もある）の有無に関する明文の記述がない（同（概要）、（補足説明）参照）。これに対し、パブ・コメにおいて、変更条項についても、その取扱いを明らかにする必要があるとの意見が寄せられた（部会資料75B 第3約款、5（説明）1、15頁）。

そこで、部会資料75Bでは、変更条項の有無により異なる規律が設けられ、これは、同77Bにおいても引き継がれた。しかし、同81Bでは、その要件立てにおいて、180°の転換がなされた。すなわち、約款の変更が、変更条項が有りの場合に限定されたからである（第3約款、6（1）ただし書）。これは、何故なされたのであろうか。

さて、そのような限定されている要件立ては、要綱仮案（案）においても、同様である。しかし、その補充説明では、特定の種類の約款による取引においては、変更条項が無い場合であっても、約款の変更が出来るものとするとの方向性が示されている（部会資料83-2 第28約款、4（説明）3、42頁）。

先ず、本款では、変更条項の有無と約款の変更に関する要件立ての流れ

をフォローしたい。これを通じて、その要件立ての仕方が、約款による取引の構造に関する考え方と関連があることを明らかにする。特に、先にも触れたが、部会資料77B から同81B への180°の転換に至った経緯が目される。

次いで、本款のむすびで、それらの要件立てにおいて、〈関連づけられる意思〉が見出されるか否かを分析し検討したい。

4-5-2 部会資料75B

この資料に基づき、部会第85回で審議がなされた。約款の変更につき、「比較法資料（ドイツ約款規制法全訳⁽⁶⁷⁾）」を提供した佐成委員の、比較法的にみて直接定めるものはないようだがとの発言（27頁）は、日本法がガラパゴスと指摘されないために、約款の規律は、まず消費者契約法でという主張に繋がる（35頁）。これに対し、山下委員から、ドイツ民法308条4号に評価余地ある禁止条項（グレーリスト）としてあり、この点、予測可能性を高める観点から、是非設置すべきだとの発言があったが（29頁）、一方で、中田委員の、部会資料は緩やかにすぎ、一般ルールの適用にゆだねるべきだとの発言もある（33頁）。

さて、定型条項の変更の規定振りをみる。第3、5（2）は変更条項がある場合の規定であり、この反対解釈として、同（1）は、変更条項がない場合の規定であって、ただこの場合は、ただし書により、個別相手方が多数または不特定であり、当該の同意を得ることが著しく困難であるときに限ると限定されている。部会資料75B が、変更条項の有無にかかわらず、約款の変更の規律をしていることは、明白である。指摘するまでもないが、同（説明）も同旨である（15頁）。

中井委員から、部会に提供された大阪弁護士会〔2014〕は、部会資料75B の提案内容につき、これは提案に基本的に賛成したうえで（同7頁）、修正可能な範囲を示したものと紹介された（27頁）。具体的には、（1）の要件立ては、「変更の必要性、変更後の内容の相当性その他……事情」に照らして「合理的」としているが、全ての事情を並列的に総合考慮

して合理的かどうかを判断するのではなく、変更の必要性とこれに照らした変更の内容・範囲・程度の相当性という枠組みとすべきだと提案するものである（大阪弁護士会〔2014〕7頁）。

しかしながら、当該提案についてはその後、部会資料77B第3約款、2(1)イで、要件立ての文言の変更（後に論ずる）がある外は、その枠組みは維持され、これは、部会資料81B第3約款、6(1)イや、要綱仮案（案）第28約款、4(1)イにおいても変わらない。

4-5-3 部会資料77B——考え方の基本的な対立

部会第87回で審議がなされたが激しいものであった。これを、諮問の2つの観点から、まとめてみよう。第1に、「〔民法〕制定以来の社会・経済の変化への対応を図〔る〕」とは、民法典において、現行のビジネス実務、すなわちB to BやB to Cを規律することである。

約款取引の実務では、約款の変更は事実として行われている（村松関係官22頁）。このとき、不合理な変更は、もともと出来ないのだということが分るルールが必要である（内田委員25頁）。そこで、部会資料77Bにおいて、変更条項がある場合であっても、定型条項の変更が、相手方の利益に適合するとき（同第3約款、2(1)ア、(2)）、または契約をした目的に反せず、かつ合理的なものであるとき（同イ、(2)）に、個別の相手方と合意をすることなく、契約内容を変更できると定められた（2(1)本文）。ただし、変更条項がない場合には、相手方が多数であり、又は不特定であって、その全ての相手方から同意を得ることが著しく困難であるときに限るとされている（2(1)ただし書）。

これにつき、大きく2つ批判された。その1は、変更条項があるときに、2(1)ただし書を外すことについてである（2(2)）。山本（敬）幹事から、契約内容の変更には個別の合意が必要だから、これを要しないとするのは、相手方が多数あるいは不特定であり、それが著しく困難である場合に限るとすべきであり、これが(1)ただし書である。ところが、変更条項があれば、そのただし書を外すというのはよくない（16-17、24頁）。

この批判は、その2に続く。それは、諮問のいま1つである「国民一般に分かりやすいものとする」という観点からのものである。包括的な変更条項が一人歩きするという危惧である（中田委員17頁、岡田委員18頁）。

しかしながら、内田委員から、変更条項についても、不当条項の規律は当然及ぶのであって、これを前提としたうえで有効とされる変更条項についての規律であると発言された（25-26頁）。

これに対してもなお、規定の文言には、危惧があることが述べられ（大村委員27頁、中田委員27頁）、山下委員から、B to B でも B to C でも、「こういうタイプの変更はやっていいものが世の中の常識にしたがえばある一方で、こういうのは絶対に駄目だというのがある」ので、2（2）のドラフティングのうえに、さらに要件を盛り込めないかと発言があった（33頁）。鎌田部会長から、要件立てについてのいっそうの工夫の要望がなされた（34頁）。

部会の今回の審議において、筆者の見方だが、見えて来るものがある。今回の審議では、(1) ただし書につき、「コンセンサス」が得られたようである。すなわち、山本（敬）幹事による、(1) ただし書については、「コンセンサスが得られている部分」（29頁）だとの発言が魔法のように効いたのか、後の部会資料では、変更条項がない場合には、約款の変更が出来ないとの要件立てとなったからである。しかしながら、その「コンセンサス」には、約款による取引に関する考え方の根本的な対立が含まれている。

この対立が、今回の審議では、際立った形で表れているので、長くなるが正確に引用したい。山本（敬）幹事が、当該のものを認めたのは、「(1) のただし書は、定型条項一般の規定にはなっていないのです。そうではなくて、相手方が多数、あるいは不特定である場合で、全ての相手方から契約内容の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関するルールになっている……つまり、定型条項ないし約款一般の規定ではなく、このような場面についての規定である」（29頁。傍点、引用者。

以下、同じ）からである。また、部会第85回において、不当条項規制に即しながら、同趣旨の発言をしている。すなわち、「これ〔不当条項規制〕は、定型条項であるからではなくて、包括的に契約内容に取り込まれるがゆえの特別な内容規制であ〔る〕」（45頁）との発言である。

山本（敬）幹事による部会第85回や第87回における発言には、約款による取引を1対1ないしその亜種としてしか理解しない考え方がある。

それに対して、例えば、村松関係官から、部会第87回において、「ある意味、契約が一方的に変更できないのに、そんなことをやっていいのかというのは、相手方が一応多数になりましたといえば、本当にそれでいいのかという部分もあるような気がしてはおりまして、その部分に対する答えは定義のところでもう一度ということになるかもしれませんが、この種の取引の特殊性なんだということで説明というか、正当化を根拠付けるというしかないのかなという気はしています。……そもそも、相手方が多数や不特定でないというような場合、あるいは多数であっても頑張っただけで同意を取ればいいではないかという場合には行った方がいいと、取りに行きなさいということでない、契約法理として説明がつかないということであるとすると、正直、今の実務、特に典型的には約款取引の実務をうまく法的に位置付けるのは、難しい」（25頁）と発言されている。

その発言は、約款による取引を1対多数と捉えるものである。そのように理解しないと、諮問の第1を果たすことが出来ないということである。

このような対立は、要綱仮案（案）に如何に反映されているであろうか。まずは、本部会資料に続く部会資料81Bを見てみよう。

4-5-4 部会資料81B——要件立ての逆転

定型条項の変更の要件立てが、大きく真逆の方向で変更された。部会資料81B第3、6（1）において、定型条項の変更は可能だが、変更条項があるときに限ると、そのただし書きに明記されたからである。

同（説明）4によれば、「〔変更条項が〕定められている必要があることは、引き続き要件とすることとしている。このような要件を設けることに

伴い、この定めがない限りは定型条項を変更して契約内容を一方的に変更させることができないことにな〔る〕」(18頁。傍点、引用者)という。

引き続き要件とは、何を根拠にして「説明」するのであろうか。たしかに、部会資料77Bを審議した部会第87回では、審議の流れとして、同資料第3約款、2(2)に定める変更条項があるときに、同(1)ただし書を外すことについては強い批判があったことは、先ほど見たところである(4-5-3)。しかしながら、立法担当者が、パブ・コメで寄せられた意見によるのであればともかく、部会審議の最終局面で、要件立てを真逆の方向で変更し、しかも、それが「引き続き要件」だと説明することには、首を傾げざるを得ない。

案の定、変更条項があるときにのみ約款の変更を認める立法提案は、要綱仮案(案)に即してだが、佐成委員から批判されることになる。後に、改めて論ずる。

4-5-5 要綱仮案(案)

4-5-5-1 要綱仮案(案)のパースペクティブ

要綱仮案(案)は、2つの実体要件(第28定型約款、4(1)ア、イ)と、周知という手続要件(同(2)、(3))を満たせば、約款の変更という効果が生まれると定めている。

すなわち、第28約款、4(1)は、定型約款準備者による定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合する場合、あるいは、契約をした目的に反せず、かつ変更の必要性等諸事情に照らして合理的なものである場合において、周知がなされたときには、合意をしたものとみなし、相手方と個別の合意をすることなく、契約内容を変更することができる定めている。

しかし、4(1)ただし書において、「定型約款にこの4の規定による定型約款の変更をすることができる旨が定められているときに限る」とされている。約款の変更は、変更条項がある場合に限定された要件立てとなっている。

この立法提案につき如何なる審議がなされたのであるかは、2014/10/28

の時点で議事録準備中であるので、定かではない。しかしながら、佐成委員による批判が、新聞紙上で公にされた。すなわち、変更条項があるときにのみ約款の変更を認める立法提案は、変更条項を有しない事業者が少なくない現状では経過措置が必要だとして反対している⁽⁶⁸⁾。

問題は、佐成委員主張の、激変緩和措置である経過措置で済むのだろうか。筆者には、根本的な疑問がある。変更条項がない場合にも、むろん厳格な要件を課したうえで、約款の変更は認められるべきだと考えるものである。そうでないと、諮問第1のいう「〔民法〕制定以来の社会・経済の変化への対応を図〔る〕」にはならないだろう。

このような筆者の考え方が、要綱仮案（案）に即して一定程度は成り立つものであることを——言葉尻を捉えるようで恐縮ではあるが——、要綱仮案（案）の補充説明を分析し検討することによって明らかにしたい。

結論を先に言うと、要綱仮案（案）をうけた同補充説明には、約款の変更につき、論理的に矛盾があるが、しかし、約款に関する或る考え方のパースペクティブにおいては、当該の補充説明は理解することができると、筆者は主張するものである。

要綱仮案（案）補充説明は、一方で（a）、「相手方にとって利益となる変更（4（1）アによる変更。以下「利益変更」という。）について、（1）ただし書の要件を設けないこととするかどうかについては、従前の案を維持している」（同41頁）という。従前の案とは、部会資料81Bにいう、変更条項が有る「必要があることは引き続き要件とする」（同18頁）である。しかし、他方で（b）、「4（1）ただし書の要件については、①（事業者の種別を問わず）利益変更、②顧客の数が極めて多数であり、継続的契約であるといった要件を満たす種類の契約（保険、預金取引など）については、4（1）ただし書の条項〔変更条項〕が定型約款に設けられていなくとも約款の変更を行うことができるようにする（例えば、4（1）ただし書の条項があるものとみなすなどの方法による。）必要があるものと考えられる」（要綱仮案（案）補充説明42頁）という。

これらの (a) と (b) は、率直にいて論理矛盾ではないだろうか。すなわち、(a) では、変更条項が有りでなければ約款の変更は不可といながら、(b) では、変更条項が無しでもそれは可能だと記述しているからである。しかし、約款に関する或る考え方を採れば、説明できる。

要綱仮案(案)は、定型約款について、いったいどのような考え方を採用しているのだろうか。変更条項が無くても、約款の変更ができるとの考え方(上記の(b))は、潮見幹事がかつて指摘したように、「一般的にこんなものが本当に妥当するののかというのは、私はよく分かりません」(部会第2分科会第5回33頁)というものである。鎌田委員(部長早稲田大学総長)は、同会議で、勇気を持って要件立てできるまでに議論は熟していないと発言した(39頁)。また、内田委員が主張したように、当該のことは、「契約の一般理論からは出てこない」(38頁)のものである。

当該の考え方は、約款による取引を1対多数と捉えることによって、逆にいえば、「契約の一般理論」が立脚する1対1の取引(約款による取引では、1対1の亜種となろう)ではないと捉えることによって、初めて可能となるものである。

このように考えて来ると、要綱仮案(案)は、約款による取引を1対多数と捉えていると理解せざるを得ないのである。

なお、要綱仮案(案)には、4(1)イにおいて「定めがある場合にはその内容」(傍点、引用者)との要件がある。この要件は、部会資料77B第3、2(1)イにおいて、新規に付加された文言であり、この文言を素直に解釈すれば、要綱仮案(案)4は、その逆の場合のこと、すなわち当該の定めがない場合のことも、そのパースペクティブに収めていると理解される。

4-5-5-2 〈関連づけられる意思〉——黙示の合意

定型約款準備者の相手方は、約款の変更につき、〈関連づけられる意思〉を有しているであろうか。内田委員は、部会第87回において、「法律の知識のある人が誰もいないような小さな町工場というBになりますと、

意思がない……変更条項は相手の約款に入っているのだけれども、どういう趣旨でそれに同意をしたのかなんて聞かれても、そんな意思はない」（33頁）という。たしかに、当該のBの場合には、そうであるかもしれない。しかしながら、村松関係官が同回において発言しているように、「実務界においては、……相手方が実は契約の変更の効力を受けていないと思っておられる方は、余りいらっしやらない」（22頁）というのも、事実であろう。

この実務界とは、B to B だけでなく B to C も、そうなのではないだろうか。内田委員が第2分科会第5回でいう「名目上は不利益があるかのように見えるけれども、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」（43頁）場合があるというのは、B to B であれ B to C であれ、現実のビジネスの世界において有るだろう。要綱仮案（案）第28約款、4（1）アは、「相手方の一般の利益」（傍点、引用者）と定めている。この文言は、部会資料75B から、77B、81B までの「相手方の利益」が改まったものであり、内田委員のいう先の場合を定式化したものだと考えられる。⁽⁶⁹⁾

そうだとすると、補充説明がいう、「①（事業者の種別を問わず）利益変更、②顧客の数が極めて多数であり、継続的契約であるといった要件を満たす種類の契約（保険、預金取引など）」（42頁）については、相手方において、約款の変更に関する黙示の合意があると主張することが出来るのではないだろうか。そのような意味で、相手方には、約款の変更につき、〈関連づけられる意思〉がある。

中田委員は、定型条項による変更につき、部会第85回において、「事情変更についての黙示的な約定が含まれていると理解すると〔いう〕……解釈」（44頁）を示唆している。

しかし、真の問題は、その先にある。何故、当該の黙示的な約定が含まれていると言えるのかという、その根拠の問題である。そうなると、これは、約款による取引の構造理解から導き出されるものでなければならない。

それは、当該のものを1対多数と捉える考え方以外には無いのではないだろうか。

4-6 約款による取引の契約構造——新しい酒は新しい革袋に

問題を改めて論じてみよう。山本（敬）は、先に4-5-5-1で引用したように、変更条項がある場合であって、相手方が不特定・多数であり相手方の同意を得ることが著しく困難なときに限界事例としてのみ、約款を変更する合意があると認められるという。

しかし、何故、限界事例だから認められるのか。それが限界事例だというだけでは、説明にならない。理屈が、必要である。如何に困難とはいえ、現実の個別の同意なくして、何故、法律効果を有する合意が認められるのか。要は、諮問第1の要請があるからであろう。

しかしながら、理論の世界では、現実の同意なくして法的合意を認めることは、約款による取引を1対1ないしその亜種としか捉えない理解の仕方の論理破綻ではないだろうか。何故かといえば、現実の同意から法的合意が生まれるというのが、理論の出発点だったであろうからである。

約款の変更を限界事例に限ってとはいえ、認めることは、現実の個別の同意なくして法的合意を認めるものだから、現実の個別の同意をもって構築しているはずの堤防の、蟻の一穴に等しいものになるのではないか。当該のものを認めれば、やがて堤防は崩壊する。何故かといえば、1対1ないしその亜種の限界事例の集積をまとめたものが、1対多数の約款による取引という範疇に外ならないからである。

この新しい範疇の取引は、諮問第2が必要としている「国民一般に分かりやすいものとする」説明の仕方を求める。それが、1対多数の取引による契約である「約款」ないし「定型約款」という項目（範疇）のものである。これは、いうまでもなく、要綱仮案に収まるべき新しい項目である。この新しい項目を設けるということ自体は、部会審議を読むところ、発言者のなかでは、佐成委員以外は賛成しているようである。

しかしながら、その項目のなかで、約款の変更を如何に理論的に位置づけるのであろうか。

山本（敬）は、4-5-5-1で引用したように、「定型条項一般の規定にはなっていないので」、約款の変更を認めたのだと発言している（部会第87回29頁）。端的に言えば、それは、「約款」ないし「定型約款」という範疇（項目）を実質的に認めないという主張である。つまり、内在的理論体系を有するものとしては、「約款」ないし「定型約款」という範疇（項目）を認めないということだからである。

しかしながら、筆者は、諮問第1の要請が醸し出す新しい酒は、諮問第2が必要とする新しい革袋に入れなければならないと考える。「約款」ないし「定型約款」という新しい酒は、1対多数の取引による契約という内在的理論体系を有する、新しい革袋に入れなければならない（図1、2）。

4-7 不意打ち条項規制と不当条項規制の一本化——平均的な顧客層

4-7-1 中間試案に関するパブ・コメ——解釈の判断基準等

さて、約款の変更が認められるのは、不意打ち条項規制であれ（大村幹事第87回23、24頁。なお、村松関係官24、25頁）、不当条項規制であれ（山本（敬）幹事同16頁、内田委員同25頁。また、約款の変更との関連で、藤本関係官第11回17頁）、これらの規制を受けるもとにおいてであった。約款の変更の問題は、筆者が考えるに基本的には、それに関する条項の存否ではなく、その条項の内容の当否の問題であるから、後者だと考える⁽⁷⁰⁾。ただし、筆者が、変更条項の有無と約款の変更とは、約款の規律にとって、本質的に重要な問題だと考えていることについては、既に論じた（4-5）。

ところで、要綱仮案（案）では、後に詳しく分析・検討するが、不意打ち条項規制と不当条項規制の規定は一本化された。本款では、両者をともに扱うことにしよう。それでは、それらの規制に関する部会資料の規定の要件立ては、如何なるものであり、どのように解釈されるのか。

実は、中間試案の規定振りには、これによる規定の解釈の判断基準につき、パブ・コメにおいて批判があった。中間試案の規定の要件立てと、批判をうけた後の部会資料75Bや、同77B、同81B、要綱仮案(案)とでは、質的に大きな変化がある。この大きな変化のあった解釈の判断基準の問題は、後に4-7-5で、予め不意打ち条項規制と不当条項規制の一本化を論じて、その次に、4-7-6で、不意打ち条項規制の根本問題であるその解釈の判断基準を論ずることとする。

まずは、部会資料のそれぞれの要件立ての変遷をフォローしよう。

4-7-2 部会資料75B——経済界のチリング・エフェクト

この部会資料を、中間試案と対比すると、当該規定の見出しが、不意打ち条項から、合理的に予測し得ない事項に関する契約条項へ、また、不当条項から、相手方に過大な不利益を与える契約条項へと変わった。これらは、一見、諮問の2の「国民一般に分かりやすいものとする」ことに資するようだが、しかし、その要請は、規定の中身の問題であって、規定の見出しの問題ではないように思われる。それだけでなく、国民一般が規定を使いこなそうとすると、テクニカル・タームが用いられていない規定の見出しは、むしろ使い勝手が悪いのではないだろうか。

さて、まず、不当条項規制につき、中間試案では、民法90条や消費者契約法10条との関係につき、これらの判断の基準と、定型条項の個別の条項の、不当条項に関する有効性を判断する基準との関係が必ずしも明らかではなかった(部会資料75B第3約款、4(説明)13頁)。そこで、パブ・コメにおいて、それらの規定よりも、中間試案が当該の有効性を厳格に判断するよう見えるので反対だとの意見が多く寄せられた。これをふまえて、現在も民法1条2項に反するとされる、定型条項の個別の条項のみを無効とするものであることがいっそう明らかになるような要件立てとされた。すなわち、「民法1条2項の規定する基本原則に反して」という文言が付加された(同(説明)13-14頁)。

部会第85回では、不意打ち条項の規定が「相手方に不利益を与えるもの

であるときは、……適用しない」との文言につき、大島委員（22頁）や、佐成委員（25頁）、山本（敬）幹事（37頁）から、不適切だとの意見が出された。また、中井委員から、大阪弁護士会〔2014〕5頁を援用して、当該条項が「相手方の利益に適合するときは、この限りでない」と定めるべきだと提案された（33頁）。

この提案につき、村松関係官から、再検討はするが、しかしながら、不意打ち条項規制については、経済界において、チリング・エフェクト（萎縮効果）が生じ現行実務が変わるのではないかとの負担感があり、警戒心・懸念が非常に強いとの発言があった（45-46頁）。

能見委員から、実際の経験に即しながら、「保険約款なんかで、約款は確かに提示はされているんですが、その中の条項で本当にこんな規定があり得るのかというほど、何か予想外の規定というのがあったことがありまして、具体的にはここでは申し上げませんが、そういうような場合であっても、この規定は本来、適用されるべきものであるのではないかと思っております」（44頁）と発言があった。

次いで、不当条項規制については、中井委員から、大阪弁護士会〔2014〕6頁をふまえながら、部会資料75B、4第1文の「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重するものであって」の前に——中間試案にはあった——「存在しない場合に比し」を追加することが提案された（34頁）。

山本（敬）幹事から、当該第1文の冒頭について、「定型条項の契約条項は」ではなく、「1、2より内容になった定型条項」という限定があるべきだとの発言があった（38頁）。また、同第1文の「過大な不利益」という文言について、民法90条との差別化がうまく出来るものであるべきだと発言された（45頁）。

4-7-3 部会資料77B——不意打ち条項の典型例

この資料では、不意打ち条項規制の要件が、「相手方に不利益を与えるもの」から「相手方に義務を課すもの」へと修正された。当該の典型例で

ある、物品売買契約に、その付属品の継続的な購入義務が課されているケースが念頭におかれている（部会資料77B 第3約款、1（説明）13頁）。

これに対し、例えば、電子書籍の講読権を入手したところ、想定していなかった使用制限特約があった等の場合は、「相手方に不利益を与えるもの」とはいえるが、「相手方に義務を課すもの」に該当するとの評価は困難である。この背景には、取引が複雑に高度化し、サービスの内容が多様化した現代という時代がある。この時代背景を認識すれば、取引上の「不利益」等は、その判断が困難な不意打ち条項規制ではなく、当該の特約が「対価関係の均衡を崩すなど相手方に過大な不利益を与えている場合に当該契約条項を無効とするとの規律（部会資料75B 第3、4参照）等に委ねるのが妥当〔だ〕」（14頁）と説明された。——この対価関係の均衡という問題意識は、筆者の約款論である客観的合意説のなかの客観的意思の内容そのもの（吉川（衛）[1978b]（3）103頁）であり、後に5-3-1で論ずることとする。

さて、部会第87回の審議において、山野目幹事から、不意打ちを判断する比較参照の指標が明確であれば、相手方に不利益を与えるものであれ、義務を課すものであれ、解釈運用の適正を期すことが出来るところ、「同種の他の契約の内容その他の事情及び取引通念に照らして」という箇所が重要であり改めて注目される、また、これとの関連で、部会資料75Bの不当条項規制では、比較参照の基準が明らかでなく検討を望むと発言があった（20-21頁）。

これに対し、事務当局から、不意打ち条項規制につき、指摘の点は、問題意識として有しており、（説明）にあるように、不意打ち条項規制から、一定の取引類型を外したのも、そのような意味であると回答された（村松関係官22頁）。

不意打ち条項規制の規定に関する解釈の判断基準については、筆者に考え方があがるが、行論の関係上、4-7-6以下で論ずる。

不意打ち条項規制については、経済界に警戒心等が非常に強いところ

（4-7-2）、佐成委員から、「相手方に義務を課す」も、限定的な文言にしてほしいとの要望があることが報告された（22-23頁）。

4-7-4 部会資料81B

この資料では、要件が、不意打ち条項規制につき、部会資料77B 第3約款、1と対比して、「取引通念」から「取引上の社会通念」へ、また、「相手方に義務を課すもの」から「相手方に新たに義務を課すもの」へ修正された。この「新たに」の付加は、部会第87回審議において、佐成委員が伝える産業界の要望をうけたものである。

また、不当条項規制につき、同75B 第3約款、4と対比して、「当該契約条項」が削除され、「相手方に過大な不利益を与える場合」が、「相手方の利益を一方的に害するものであるとき」へと修正された。その他、2点、細かな修正がなされた。

部会資料81B 第3約款の（説明）において、関係する項目はない。

4-7-5 要綱仮案（案）

——不意打ち条項規制と不当条項規制の一本化

要綱仮案（案）においては、不意打ち条項規制と不当条項規制が一体とされた。これは、何故であろうか。

要綱仮案（案）は、定型約款によって契約の内容が補充されるための要件等につき（1）に続いて、「（2）（1）の条項〔定型約款の個別の条項〕には、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、当該定型取引の態様及びその実績並びに取引上の社会通念に照らして民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものは、含まれないものとする」という。

すなわち、補充説明によれば、「従前の案においては、不当条項規制及び不意打ち条項規制を二つの異なる規律として設けることとしていたが、これを一本化することとしている」（同39頁）。その理由は、補充説明によれば、「契約の内容を具体的に認識しなくとも定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなされるという定型約款の特殊性を考慮するこ

ととするもの」(同40頁。傍点、引用者)だからである。——なお、補充説明は、当該箇所先立ち、「みなされて当事者を拘束するという点は部会資料81Bと変更はない」(同頁)という。これは、適切でない。同資料81B、第3約款、2は「契約の内容となる」との要件立てだからである。

たしかに、「みなされる」ことになれば、いいかえれば、みなされてしまえば、後は、補充説明がいうように、「みなしの対象となるべき条項から一定の条項〔不意打ち条項や不当条項〕を除外するとの構成(除外されなかった条項について合意があったものとみなす。)を採ること」(同40頁)に論理必然的になるだろう。

4-7-6 不意打ち条項規制における根本問題——解釈の判断基準 (再論)

さて、不意打ち条項規制に関しては、約款の規律についての根本的な問題があった。当該条項の解釈の判断基準の問題である。不意打ち条項規制が不当条項規制と一本化され、その「一考慮要素」(要綱仮案(案)補充説明40頁)となったとしても、その重要性は変わらない。ひいては、条項の総体である定型約款の解釈における判断基準の問題だからである。端的にいて、それは、具体的なものなのか、それとも抽象的・客観的なものなのか。

中間試案は、第30、3において「約款に含まれている契約条項であって、他の契約条項の内容、約款使用者の説明、相手方の知識及び経験その他の当該契約に関する一切の事情に照らし」(傍点、引用者)と要件立てをしていた。これは、「判断を、個別の相手方ごとに具体的にするか、想定している相手方の類型ごとに抽象的にするかについては、解釈に委ねる」(同補足説明371頁)ものである。

しかしながら、パブ・コメにおいて多く寄せられた意見に基づき、部会資料75B第3、3は「契約の主たる給付の内容、同種の他の契約の内容その他の事情及び取引通念に照らして」⁽⁷¹⁾との要件立てとなった。「〔想定している相手方の類型ごとに〕抽象的な相手方一般を基準として客観的に判断

することとしている」（同（説明）12頁。傍点、引用者）となったのである。

要綱仮案（案）においては、如何なのであろうか。まずは、当該箇所に関する要件立ての変遷を追ってみよう。部会資料77B第3、1は、同75B第3、3と全く同様であり、このなかで、「取引通念」が、同81B第3、4においては、「取引上の社会通念」と変更された外は同様である。

要件立ての当該部分に関する説明は、部会資料77Bや81Bにおいて言及がなく、これは、要綱仮案（案）の補充説明においても、同様である。

ひとまず、以上を要するに、要綱仮案（案）における約款、少なくとも不当条項規制に一本化された不意打ち条項規制につき、解釈の判断基準は、抽象的・客観的なものである。このことは、諮問がいう「社会・経済の変化の対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする」ことだと、筆者には思われる。

4-8 ドイツにおける解釈の判断基準

部会資料の規定振り、要件立て全体について、「ガラパゴス」だとの批判がある（佐成委員第85回35頁）。しかし、果たして、そうだろうか。グローバルに、しかし、個別具体的に、4-7で分析・検討した不意打ち条項規制の解釈問題を手懸かりとして、部会資料が、そうであるのか否かを考察することとしたい。

筆者の結論を予め記すと、部会資料のそれは、B to Bにとっても B to Cにとっても、相当に、適切なものだと思われる。2014/11/03の段階で、要綱仮案（案）につき、公にされている見解として、山本（健）/佐成〔2014〕がある。そのなかで、約款の立法による規律を求める、日弁連消費者対策委員会副委員長である山本（健）弁護士は、次のように主張する。「立法提案は企業活動への十分な配慮がなされており、事業者の正当な事業活動を阻害するとは考え難い」という。

変更条項がない場合には、約款の変更を認めない要綱仮案（案）には、

その点で、筆者には疑問があるが（これにつき、同旨、佐成委員（山本（健）/佐成 [2014]）、全体としてよくまとまっているものだと思う。それは、ガラパゴスの地に落ちているものではなく、天にある北斗七星の北極星だ、導きの星だと考える。念のために、それは何故かといえば、要綱仮案（案）の約款規律は、約款による契約内容の補充（約款の組入れ）、不意打ち条項規制、不当条項規制をセットで有し、かつ、約款の変更も定めているからである。これは、約款についての現行の法動態を叙述したものであり（4-5-3等）、理屈にもかなうものである（1.、図1）。

さて、実体法の解釈問題として、論じてみよう。グローバルには、如何であろうか。例えば、ドイツにおいて、不意打ち条項⁽⁷²⁾に関する、2001年制定のドイツ民法305c条につき、その該当性の判断基準は平均的な顧客層だというのが、2009年現在で一般的な理解だと、日本でいわれている（「債権法改正の基本方針」109頁）。この点を、まず確認し、次いで当該規定の源流である、1976年制定のドイツ約款規制法（AGBG）3条の解釈の流れから、そのことを辿ってみよう。

Erman-Roloff [2011] は、「異例かどうか（非慣行性）は、全状況をもとにして客観的に決定されなければならない。規準となるのは、平均的な取引層が、問題の条項を予測しておく必要があるかどうかである」（Ebd., § 305c Rdnr. 9）とか、「ある条項の不意打ちの効果を判断するための客観的・一般的な基準」（Ebd., Rdnr. 10）という。また、MünchKomm-Basedow [2012] は、「規準となるのは、……平均的な取引経験、注意力、および思慮深さを持つ誠実（実直）な顧客が〔有する〕……イメージと期待である」（Ebd., § 305c Rdnr. 6）という。

要は、平均的な取引層という客観的・一般的な基準（シュテファニー・ローロフ）や、平均的な顧客が有するイメージと期待（ユルゲン・バーゼドー）が、不意打ち条項可否かを解釈する判断基準だということである。

それでは、このような考え方は、約款規制法制定時においても、定説であったのであろうか。そのようなことはない。

1976年同法制定時の不意打ち条項の解釈に関する判断基準は、例えば、Koch/Stübing [1977]⁽⁷³⁾ や、Löwe/von Westphalen/Trinkner [1977]⁽⁷⁴⁾、Schlosser/Coester-Waltjen/Graba [1977]⁽⁷⁵⁾、Ulmer/Brandner/Hensen [1978]⁽⁷⁶⁾ などの約款規制法注釈書においては、個別の相手方ごとにそのつど具体的に判断するというものであった。これらが、支配的な見解であった。

しかしながら、特筆すべきは当時であっても、民法典という広い見地から、あるいは、「現下の約款」を把握しようとの意思をもって執筆された書物においては、解釈に関する客観的な判断基準が採用されていたことである。すなわち、Erman-Hefermehl [1975] は、「平均的な顧客の視点から客観的に判断すべきである」（Ebd., Vorb. § 145 BGB Rdnr. 40）と、既に述べていた。また、連邦司法省の役人である Dietlein/Rebmann [1976] は、「注意深く平均的な取引経験のある契約相手方が、具体的契約の全状況を考慮して、当該条項を予測する必要がなかったかどうかである（客観化された判断基準）」（Ebd., § 3 AGBG Rdnr. 4）という。

時が経過するに連れて、不意打ち条項解釈の判断基準は、こんにちにおいて、先に論じたような状況となっている。このことを、先行的な MünchKomm-Kötz [1978] によって見てみよう。筆者が、特にハイン・ケッツによる約款規制法の注釈を取り上げるのは、彼の注釈が先行的であっただけでない。同法は、そもそも、彼のある提案がいわゆるたたき台になってつくられたものだからである。その提案とは、1974年に開催された第50回ドイツ法曹大会の民事法関係部会のテーマ「約款や書式契約から最終消費者を保護するために如何なる立法的措置が勧告されるべきか」のための鑑定報告書（Kötz [1974]）⁽⁷⁷⁾ である。

さて、ケッツは、「規準となるのは、……平均的な取引経験、注意力、および思慮深さを持つ誠実（実直）な顧客が〔有する〕……イメージと期待である」（MünchKomm-Kötz [1978], § 3 AGBG Rdnr. 4）という。この定式化を、同じくケッツによる MünchKomm-Kötz [1984] や MünchKomm-

Kötz [1993] を経て、バーゼドーは、MünchKomm-Basedow [2001] において、引き継いでいたのであった。すなわち、その後、MünchKomm-Basedow [2003]; MünchKomm-Basedow [2007] を経て、MünchKomm-Basedow [2012] と至ったのであった。

バーゼドーが、2001年に、ケッツの注釈を引き継いだ時点では、ケッツのそれと全く同一であった（ミュンヒコム・4版）。これが、民法典制定後の2003年には、民法典305c条の注釈となり（同・4版）、次いで、2007年のミュンヒコム・5版においては、脚注3つと、「結局、……顧客のイメージと期待に当てはまるのは、取引慣習を考慮に入れて、当該の顧客がどう理解する（verstehen）のがもっともかという、主観的状况により蓄積され、一般化された客観的基準である」（MünchKomm-Basedow [2007] § 305c Rdnr. 6）を加筆した。そうして、2012年には、2007年の加筆箇所の前に、会社役員賠償責任保険（D&O保険）に関する保険約款を事例として論じて、この脚注とともに、追加したのであった（ミュンヒコム・6版）。

不意打ち条項規制における解釈の判断基準は、ドイツの支配的な見解において大きく変化した。180°の転換だと言ってよいだろう。個別の相手方ごとに判断する具体的なものから、抽象的・客観的な平均的顧客層へと変わったのである。この判断基準の変遷は、約款規律のなかの一斑に過ぎない。しかし、問題の考え方のあり方としては、約款論全体を相当程度において推し測ることが出来るのではないかと、筆者は考えている。

そこにおいて、約款規律の問題を長い期間にわたって、あるいは実態等も把握し密度濃く議論すると、支配的なとみられる考え方が如何なる軌跡を描くのであるかを、鮮やかに読み取る、ないし見て取ることが出来る。

そして、そのような軌跡は、実は日本でも、部会資料において、同様なのではないかとと思われる。次の章で、論ずることとしたい。

5. 要綱仮案（案）のまとめと客観的合意説の位置 ——類型づけられた集団的意思のあり方

5-1 大審院および最高裁の3つの判決と要綱仮案（案）

要綱仮案（案）は、約款という範疇を内在的理論体系において捉えない、約款による取引を1対1の取引の亜種と考える学説から決別して（4-5-3）、当該の3つの判決を統一的に説明しうるものである。

当該の説明とは、約款という範疇（項目）を創造し（要綱仮案（案）第28定型約款。図1）、約款による取引を、その背後にある市場の秩序維持者としての行政も視野に入れて（要綱仮案（案）第28定型約款、2（注））、統一的に説明することができる考え方である（図2）。

要綱仮案（案）を曲解するものだと、筆者は批判を受けそうだが、それはともかくとして、以下、そのことの説明を行いたい。

5-1-1 大判（大4.12.24）、最高裁大法廷判決（昭34.7.8）、最判（昭45.12.24）

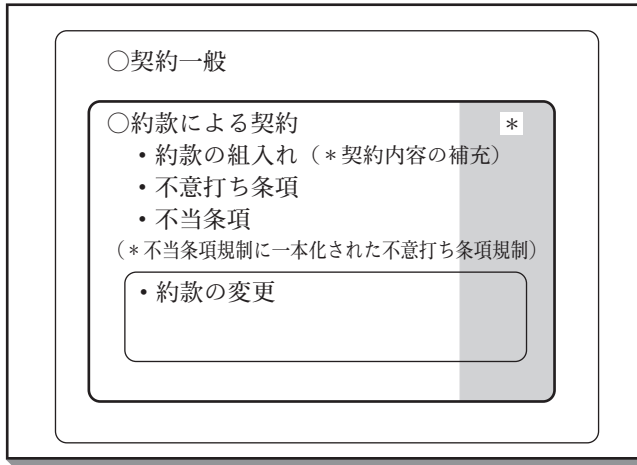
大判大正4年12月24日民録21輯2182頁

【事実】 Xほか1名（原告・控訴人・被上告人）は、その所有の家屋を目的として、外国会社であるY（被告・被控訴人・上告人）と、Yの「普通保険約款ニ依ル旨ヲ記載セル申込書」により火災保険契約を締結したが、日本の内国会社の約款中にはその例が無い、森林延焼損害免責条項の効力を争った。Yは、契約成立前ないし成立時に約款を交付するとか、約款中の免責条項の存在を告知するという事はなかった。

B to Cである火災保険に関する、この判決は、判例「意思の推定」理論のリーディングケースである。

【判旨】 国家が約款の当否を審査して「許否」しているがゆえに、保険契約者は、約款の内容に通曉せずとも、「約款カ内容ノ如何ニ拘ラ

図2 公共サービス等（広義の公企業）と約款による契約



* 網掛けは、公共サービス等（広義の公企業）の約款による契約（出所）図1に加筆等して筆者作成。

ス概シテ適当ナルヘキニ信頼シテ契約スルモノニ外ナラス故ニ……当事者双方カ特ニ普通保険約款ニ依ラサル旨ノ意思ヲ表示セスシテ契約シタルトキハ反証ナキ限り其約款ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定ス」

本判決を当時の大審院判決の流れのなかで見ると、興味深い事実が浮かぶ。前後の大審院判決は、監督当局の許可・認可を重視している。本判決に先立つ2年前の、同じく民事一部の判決大2.10.21民録19-849は、銀行条例2条の認可を会社の設立要件すなわち成立要件と捉えている。本判決の翌日の民事連合部判決大4.12.25民録21-2199は、銀行条例2条の認可は会社の成立要件ではないとしたが、その欠缺は会社の解散をもたらすといい、また、保険事業において発起認可は会社設立の前提条件であるというものであった。本判決と民連判決を下した裁判長は、同一人物である、商法修正案起草委員の一人である田部芳その人であった。

これらの大審院判決は、訴訟としては相互に無関係であるが、その動態

把握を意図すれば、相互に無視しえないものがある。

最高裁大法廷判決昭和34年7月8日民集13巻911頁

【事実】 X（原告・控訴人・上告人）は、Y（被告・被控訴人・被上告人）との間で生命保険契約を締結したが、主務大臣による基礎書類の変更命令により、既存契約へも保険料増額が請求されたので、これを争い、訴えた。B to Cの典型である生命保険に関するものである。

【判旨】「同条項〔法一〇条三項〕にいわゆる『保険契約者、被保険者又ハ保険金額ヲ受取ルヘキ者ノ利益』というのは、保険契約関係の前記特質〔危険団体的性質〕に照らし、保険契約者、被保険者、保険金額を受取るべき者の立場を全体的に考察した上で、これらの者の利益の有無を判断すべきものといわなければならない。それ故同条項による既存契約の保険料の増額は、単に当該契約を個々の観念すれば一見不利益であっても、保険事業の維持経営の破たんを救う道が、保険料の増額以外には存在しないと主務大臣が認めて法一〇条三項の処分をした本件のような場合において、若しそれをしないがため保険経済の破たんを来たし、保険金の受領さえ不可能な状態になるとすれば、保険料の増額による不利益以上の不利益を蒙ることになるのであって、このような場合における既存契約の保険料の増額は、結局は契約者等の利益を確保する所以であり、また新契約と既存の契約との間に負担の衡平を期することができ〔る〕……法一〇条三項はこのような見地から保険料の増額を、同条項の設けられる以前の契約者をも含めて、既存の契約に及ぼし得ることとし、これを主務大臣の処分に委任した趣旨と解するを相当とする」、また、旧憲法下において制定施行された法律が旧憲法に違反するか否かを実質的に審査する権限は、憲法第八一条によっても、裁判所に認められていないと解すべきである。

本判決の裁判長は、商法学者で、世界法の理論を構想し、東大教授、文部大臣を歴任した、商法学の泰斗である最高裁判所長官田中耕太郎である。

この判例解説は、「新旧契約者の平等待遇の要請ないし衡平という観点からすれば、〔旧〕保険業法一〇条三項の適用を契約者らに有利な改正に限るべき理由は必ずしもない」（川添 [1960] 134頁）という。

最判昭和45年12月24日民集24卷2187頁

【事実】X（原告・控訴人・被上告人）は、その所有の船舶を目的として、Y（被告・被控訴人・上告人）と船舶海上保険契約を締結した。Xが保険金を請求したところ、Yが約款に基づく免責を主張したので、訴えにおよんだ。海賊行為損害免責条項は、契約当初より存在していたが、保険業法10条1項に定める主務大臣の認可を得ることはなかった。B to Bの典型である海上保険に関するものである。

【判旨】「船舶海上保険においては、一般の火災保険や生命保険と異なり、……船舶海上保険につき、保険業者が普通保険約款を一方的に変更し、変更につき主務大臣の認可を受けないでその約款に基づいて保険契約を締結したとしても、その変更が保険業者の恣意的な目的に出たものでなく、変更された条項が強行法規や公序良俗に違反しあるいは特に不合理なものでない限り、変更後の約款に従った契約もその効力を有するものと解するのが相当である」。

この判例解説は、本判決は、海上保険と生命保険等とを識別しているという（野田 [1971] 1089-90頁⁽⁷⁸⁾）。

これら3つの判決を統一的に理解するために、筆者は、客観的合意説を考えた。すなわち、約款の拘束力根拠とその内容的限界づけとを行うために、私的モメントである客観的合意と、特定の種類の取引の場合には、公的モメント、つまり主務大臣の許・認可を得ていることが必要だという考え方である（吉川（衛） [1978b]）。

5-1-2 要綱仮案（案）と約款という範疇

5-1-1のような考え方の実証が、要綱仮案（案）だと、筆者は思う。それは、何故だろうか。要綱仮案（案）は、約款による取引という現実を

把握するために、その現実を範疇として捉える約款という項目を、部会審議に基づき設置した。そして、この約款という範疇を認めない、約款による取引は、1対1取引の亜種だと考える学説とは、決別したからである。

山本（敬）は、例えば、部会第87回において、約款の変更は、限界事例としてのみ、かつ当該の規定が、「定型条項であるからではな〔い〕」（29頁）がゆえに認められるのだと主張した。これに対し、村松関係官は、それは、「この種の取引〔約款による取引〕の特殊性」（25頁）でしか「説明というか、正当化を根拠付けるといふしかない」（同頁）と回答した。そして、この回答が、要綱仮案（案）に結実していることは、4-5-3、4-5-5などで考察した。

改めていえば、要綱仮案（案）は、第28定型約款という項目（範疇）を設置し、約款による取引をトータリティをもって説明するものである（図1。筆者のいう私的モメント）。さらに、要綱仮案（案）は、第28、2（1）に（注）を置くことによって、約款規律において特別法の存在（図2。同じく、公的モメント）をも視野に入れるものである（4-4-4-2、4-4-4-5）。

このように、分析・検討すると、要綱仮案（案）は、筆者の客観的合意説を実証するものだと一定程度ではあれ言うことが出来るであろう。

それでは、客観的合意説とは、具体的に何か。まず、中間試案から要綱仮案（案）への流れを概括したうえで（5-2）、次に、それを論ずる（5-3）。

5-2 中間試案から要綱仮案（案）への流れ

日本における約款規律の議論の軌跡を、2009年（平成21年）から2014年（同26年）までの民法改正の部会審議等や部会資料に即して、改めて簡潔に捉えてみる。

当該審議に先立つ、「債権法改正の基本方針」（H21.3とりまとめ）では、約款の組入要件につき、「提示して（以下、開示という。）、……合意した

とき」と定めた。これは、約款の規律について、そのつどの当該契約当事者を基準とするものであって、それゆえ、内在論理的に、平均的な顧客層をその該当性の判断基準とする不意打ち条項規制は、設けることが出来なかった。約款の変更は、取り扱われていない（3-0-1）。

中間試案（H25. 2. 26）は、一方において、約款組入要件につき、「合意し、かつ、……機会が留保されている場合」（第30約款、2。傍点、引用者。以下、同じ）と定める。この要件立ては、例えば横山〔2013〕により「契約説における支配的な見解と共通する」（7頁）と評された。しかし、中間試案では他方において、不意打ち条項の規制も設けられた（同、3）。約款の変更は、引き続き検討する事項とされた。

約款組入れの当該の要件立てと不意打ち条項規制の要件立てとは、お互いに矛盾するものではないか——「債権法改正の基本方針」参照——とも思われようが、中間試案では実は、不意打ち条項該当性の判断基準を、個別の相手方ごとに具体的にを行うか、それともその類型ごとに抽象的に行うかは、解釈にゆだねる（同、3（概要）130頁）ことによって、あやうい論理的な統一が保たれていた。このように、筆者には思われる。

しかし、パブ・コメで多く寄せられた意見に基づき、部会資料75B（H26. 3. 4）は、不意打ち条項該当性の判断基準を「抽象的な相手方一般を基準として客観的に判断すること」（第3約款、3（説明）12頁）とした。これに伴い、組入要件は、「合意した場合のほか、……〔特定の場合において一定のときは〕契約の内容となる」（第3約款、1（2））と規定された。

部会資料75Bにおいて、それらの2つ、すなわち組入要件の規定や約款の変更の規定の要件立てと、変更条項の有無にかかわらず定型条項の変更を認める要件立て（第3約款、5（1）、（2））とをあわせてみると、同資料は、横山〔2013〕のいう支配的な見解とは、考え方を明らかに異にするものになった。率直に言えば、約款規律につき、中間試案における1対1の亜種の側面も持つもの（後に、再論する）から、1対多数の種類のも

のへと、明確に変わったのである。

さて、ところが、部会資料81B（H26. 7. 8）において、定型条項の変更について、変更条項がなければこれを行うことが出来ないとされた（第3約款、6（1）、ただし書。同（説明）4、18頁参照）。

しかしながら、要綱仮案（案）（H26. 8. 26）では、約款による契約内容の補充要件につき、部会資料75B とほぼ同様の要件立て（第28定型約款、2（1））であり、また、不当条項規制に一本化された不意打ち条項規制につき、同75B や77B と——「取引通念」が「取引上の社会通念」となった外は——全く同様の要件立て（同、2（2））であり、かつ、定型条項の変更につき、変更条項がない場合には、これを行うことが出来ないとの要件立て（同、4（1）ただし書）であるにもかかわらず、その補充説明では、当該ただし書の要件は、特定の種類の契約については、変更条項がなくとも「約款の変更を行うことができるようにする必要があるものと考えられる」（要綱仮案（案）補充説明第28定型約款、4（説明）3、42頁）との方向が示されている。

以上を大きな流れで捉える。約款規律につき、中間試案（H25. 2. 26）は、学説の見方では、「契約説における支配的な見解と共通する」（横山〔2013〕）ものであった。

ところが、中間試案が、パブ・コメをうけ、部会で審議を重ねるに連れて、部会資料75B以降は、その要件立てから明確なように、1対多数の種類のものとなった。

このように見て来ると、民法改正における約款規律の考え方は、そのあり方が、中間試案の「合意〔稀薄な合意〕し、かつ、……相手方が合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が確保されている場合には、約款は、その契約の内容となるものとする」（第30約款、2）という1対1の亜種という側面も持つ1対多数の取引から、要綱仮案（案）の「合意した場合のほか、……表示した場合において、定型取引合意をしたときは、定型約款の個別の条項についても合意〔稀薄な合意〕をしたもの

とみなす」(第28約款、2(1))という明確な1対多数の取引のものになったとすることが出来る。

5-3 要綱仮案(案)と客観的合意説

——類型づけられた集団的意思のあり方

5-3-1 客観的合意説の骨子

2014/09/02現在で、民法改正作業の結晶である要綱仮案(案)における約款規律の要件立ては、1対多数の取引による契約についてのものである(4、5-2)。これは、いまや大方が認めるところであろう。しかし、その一方で、契約である以上、法規説⁽⁷⁹⁾ではなく、契約説に立脚しなければならないことも認めざるを得ないところであろう。それでは、そのような契約における意思とは、如何なるものであるか。

筆者は、従来、客観的合意説という考え方を提唱してきた(1、5-1-2参照)。類型づけられた集団的意思による客観的合意にもとづく約款の規律という考え方である。ささやかなものだが、要綱仮案(案)の規定立てを解釈する形で、次の款以降で再論してみよう。

先ずは、**集団的意思**とは何か。それは、(α) 集団的取引における対価性確保の期待へ向けられた意思である。そうして、このような意思は、(β) 集団的取引の顧客圏において一般的な意思であり、その意味で客観的な意思である。前者(α)が、客観的意思の内容であり、後者(β)は、その形式である(吉川(衛)[1978b](1)44頁、(3)103頁)。それゆえ、約款につき、客観的合意の画定、いいかえれば、内容的限界づけがなされなければならない。客観的合意が約款拘束力の源であり、約款の内容的限界づけの枠になるからである。

さて、(α)の「対価性確保の期待」とは、何だろうか。これは、いいかえれば、不当な条項の除外である。要綱仮案(案)は、約款による契約の中心条項と周辺条項を区別せず(4-3-3)、かつ——「対価関係の均衡を崩すなど相手方に過大な不利益を与えている場合に当該契約条項を

無効とする」(部会資料75B 第3、4、14頁。要綱仮案(案)第28定型約款、2(2)では、「相手方の利益を一方的に害すると認められるもの」ものである——不当条項規制を定めている(同第28定型約款、2(2))。

これは、定型約款による契約内容の補充にあたり、「合意があったものとみなす……〔その〕みなしの対象となるべき条項から一定の条項を除外する」(要綱仮案(案)第28定型約款、2(2)(説明)40頁)結果として、明らかになるものである。

それが、筆者の理論にいう(α)「対価性確保の期待」の内実にはほかならない。これは、定型約款による契約の内容の補充だけでなく、約款の変更においても、同様のことが言える。後者においても、それがあからこそ、客観的に合意していると考えられるからである。

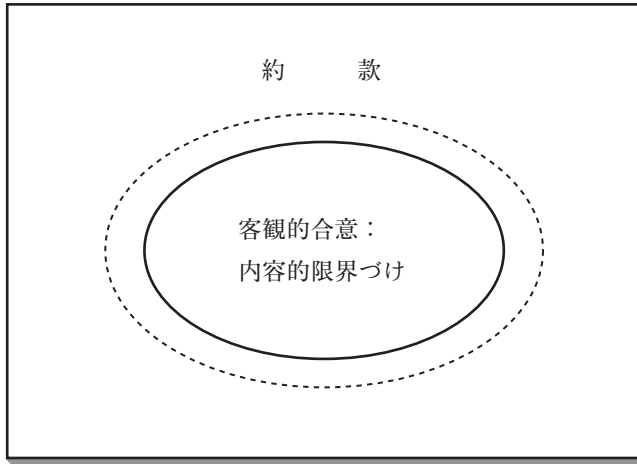
ところで、この不当性の判断は、如何にしてなされるのか。それは、一定の形式において行われるというのが、筆者の見解である。すなわち、(β)の問題である。不当性の判断、いかえれば、客観的合意の画定の判断は、約款が特定の顧客圏に対し定型的に予定する諸事情につき、客観的に、その顧客圏における平均的顧客の合理的理解可能性を基準として行われる(同[1978b](2)123頁、(3)111、117頁。図3)。

これは、いったい、どのようなことか。例えば、約款準備者である企業が用いる制度を分析し検討して、その作業を行う。制度の技術的構造の必要にもとづく諸条件については、相手方も客観的に合意したとみなしてよいだろうし、また、その諸条件が、適正な利潤をうむものであれば、そのように推定してよい。しかし、当該諸条件が、仮に適正な利潤を超えるためのものだとすれば、相手方は客観的に合意したとはいえないと、筆者は主張した。

そうして、解釈例を3つ挙げて具体的に論じたのであった。すなわち、保険制度に関するものだが、承諾前死亡問題、「責任持ち」特約問題、そして保険料支払場所問題である(同[1978b](3)106-07頁、118-45頁)。

ここにち、改めて考えてみても、法律学や隣接分野において制度が注目

図3 客観的合意説



(出所) 筆者作成。

され(内田 [2010] 58頁以下に詳しい)、かつ、部会資料や要綱仮案(案)において、「対価関係の均衡」が重要な解釈の判断基準であり、キーワードであるなかにおいて、筆者の理論の主張には、それなりの存在意義があると思われる(後に、5-3-2以下において、更に論じたい)。

閑話休題。集团的^{●●●●}意思に戻ろう。集団は類型づけられる。Public utilitiesを含む、銀行・保険業、運送業、水道・電気・ガスの供給業などの広義の公企業の用いる約款ないし供給規程に関する集団と、その外の集団である(同 [1978b] (1) 11、47頁)。前者の集団の約款等に対しては、市場秩序維持の観点から、政府が規制を行っており、このあり方は、時代の流れとともに変化する。時代の流れのなかで、約款の規律を論ずるのであれば、混合経済体制といわれる時代である「現代」⁽⁸⁰⁾においては、その政府規制の側面も、理論に取り込まなければならない(吉川(衛) [1978a])。筆者のいう公的⁽⁸¹⁾モメントであり(4-4-4-2、5-1などで具体的に論じた)、これは、当事者の客観的合意である私的モメントとともに、現代の約款規律を形づくる(同 [1978b] (1) 1-4頁。図2)。

さて、類型づけられた集団において、約款準備者も相手方も、類型づけられている。すなわち、約款準備者である企業は、上記のように類型づけられ、かつ、その相手方である顧客も顧客圏としてタイプ化され類型づけられる（同 [1978b] (1) 44頁、(3) 103頁。詳しくは、同 [2007c] 12-13頁）。

こうして、そのように類型づけられた集団的意思のあり方を探究したものが、筆者の客観的合意説であり、以上がその骨子である。

ここで、筆者の問題意識を改めて記しておく。相手方のためだけでなく、約款準備者のためだけでなく、約款による取引の安定のために、約款使用の予測可能性・計算可能性を高める必要があると考えるものである（同 [1978b] (1) 1-4頁、(2) 117頁）

5-3-2 中間試案等と要綱仮案（案）の相違（その1）——構成「構成」とは、要綱仮案（案）補充説明において用いられている言葉で、約款規律の仕方の論理構造を示す。これが、①中間試案や部会資料75B、同77B、同81Bと、②要綱仮案（案）とでは変化した。すなわち、②は、「契約の内容を具体的に認識しなくとも定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなされるという定型約款の特殊性を考慮すること〔に基づき、つまり〕……合意があったものとみなすとの構成を採ったことに鑑み、〔①のように〕一定の条項〔不意打ち条項や不当条項〕を無効とするのではなく、みなしの対象となるべき条項から一定の条項を除外するとの構成（除外されなかった条項について合意があったものとみなす。）を採ることとしたものである」（部会資料83-2要綱仮案（案）補充説明第28定型約款、2（2）（説明）40頁。傍点、引用者。以下、同じ）からである。ここで、当該取引の特殊性でしか、約款による取引の正当化を根拠づけることが出来ないとの、部会第87回における村松関係官の発言が想起される（4-5-3）。

さて、従来のような、①「組み入れ」られた条項につき、不意打ち条項や不当条項を無効とするという論理構造から、上記の②の論理構造への転

換である。いいかえれば、①の不意打ち条項規制により範囲を画定し不当条項規制により無効とし内容コントロールをするという論理構造（図4参照）から、②みなしの対象となるべき条項につき内容的限界づけを行い、一定の条項（不意打ち条項や不当条項）を除外し、合意があったものとみなすとの論理構造（図5参照）への転換である。この転換は、何をもたらしたか。

なお、要綱仮案（案）における約款規律の仕方の論理構造の新しいあり方と、筆者の客観的合意説のそのあり方とにつき、筆者は、近似していると考えたものである（図3と図5参照）。

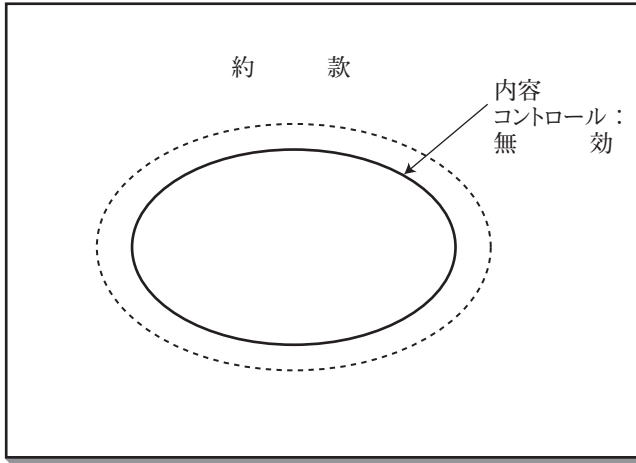
5-3-3 要綱仮案（案）における不当条項規制に一本化された不意打ち条項規制がもたらすもの——相手方の類型化（相手方類型ごとの抽象的客観的判断）

要綱仮案（案）第28定型約款、2（2）は、「(1)の条項〔定型取引合意をしたときに合意をしたものとみなされる定型約款の個別の条項〕は、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、当該定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものは、含まれないものとする」と規定する。

ここに、当該の要件である「当該定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして」の解釈が問題となる。その解釈の判断基準は⁽⁸²⁾何か。

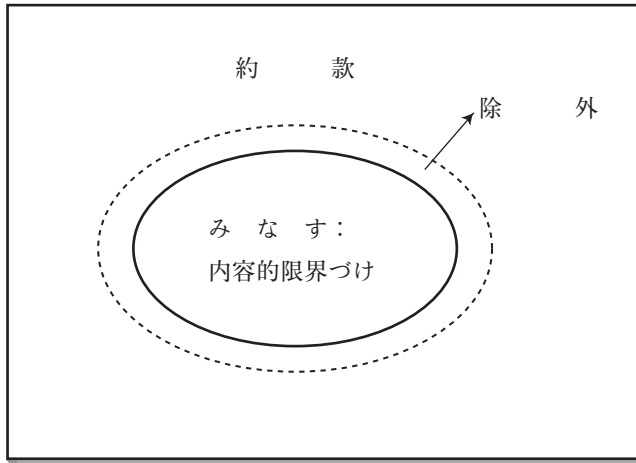
一本化された不意打ち条項規制の該当性の判断基準は、何だろうか。従前、部会資料75Bにおいては、「抽象的な相手方一般を規準として客観的に判断すること」（同第3約款、3（説明）12頁）であった。要綱仮案（案）において、「一考慮要素」（要綱仮案（案）第28定型約款、2（2）（説明）40頁）である不意打ち条項に関する判断基準が、「総合考慮」（同頁）される、一本化された不当条項規制の判断基準になることになる。すなわち、不当条項規制に一本化された不意打ち条項規制の判断基準が、不

図4 中間試案



（出所）筆者作成。

図5 要綱仮案（案）



（出所）筆者作成。

当条項規制に関する判断基準となる。

解釈の当該の判断基準は、「抽象的な相手方一般を規準として客観的に判断すること」（部会資料75B第3約款、3（説明）12頁）、つまりは、“相手方類型ごとの抽象的客観的判断”である。

したがって、相手方の類型づけが必要になる。これは、筆者の理解によれば、約款準備者の相手方である顧客を、顧客圏としてタイプ化し類型づけることに外ならない。すなわち、相手方の類型化である。

5-3-4 中間試案等と要綱仮案（案）の相違（その2）

——約款準備者の類型化

中間試案において引き続き検討事項であった約款の変更は、部会資料75Bにおいて、変更条項の有無にかかわらず——むろん有無により要件立てに違いはあるが——「変更することができる」（同第3約款、5（1）、（2））とされた。しかし、部会資料81Bにいたり、約款の変更は、「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〔変更条項が有り〕に限る」（同第3約款、6（1）ただし書）とされた。

ところが、要綱仮案（案）それ自体においては、「定型約款の変更をすることができる旨が定められているときに限る」（同第28約款、4（1）ただし書）とされたのだが、この4（1）ただし書の要件につき、その補充説明（説明）3において、「顧客の数が極めて多数であり、継続的契約であるといった要件を満たす種類の契約（保険、預金取引など）については、4（1）ただし書の条項が定型約款に設けられていなくとも約款の変更を行うことができるようにする必要があるものと考えられる」（同42頁）」とされた。すなわち、特定の種類の契約については、変更条項がなくとも約款の変更が出来るとの方向が示されているのである。

九九

刮目すべきは、「保険、預金取引など」の種類の契約が特別に扱われていることである。これは、定型約款準備者の類型化に外ならない。しかも、銀行・保険業等が特別視されている。筆者の客観的合意説は、Public utilities を含む、銀行・保険業等の広義の公企業が用いる約款に関する集

団と、その外の集団を区別し、類型化するものである。要綱仮案（案）補充説明が示す方向づけには、筆者の客観的合意説の主張と相通するものがあるのである。それは、約款準備者の類型化に外ならない。

5-3-5 まとめ

要綱仮案（案）とその補充説明における著しい特色は、2つある。第1は、約款規律の仕方の論理構造である。端的に言えば、図4から転換した図5である。この図5は、筆者の理解では、図3と、論理構造が同じなのだから、近似している。第2は、定型約款準備者と相手方の類型化である。これは、筆者と同様の考え方である。

そのようであれば、筆者の客観的合意説は、これまでに論じたことをもって、民法改正の流れにおいて一定の位置を占めていると、主張することがゆるされるのではないだろうか。

5-4 パブ・コメと部会等審議の成果

パブ・コメの多くの意見をうけて、密度濃く審議することが——むろん、法務省HPに2014/10/28現在でアップされている議事録や部会資料などを筆者が読み込む限りにおいてだが——、如何なる成果をもたらすのか。本稿の目的の第1と第2の達成を通じて筆者の観点からだが、その具体的な像を一定程度においてだが、示すことが出来たと思われる。

本稿の第2の目的達成は、もとより不十分なものである。しかし、その第1については、本稿の検討対象が、現在96回ないし97回を重ねる部会審議のなかで消滅したものもあるので、この本稿はこれからも存在意義があるのではないかと考えている。

2014/10/28現在で執筆

九
八

引用文献

Erman- Hefermehl [1975] : Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., Münster 1975.

Erman-Roloff [2011] : Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl.,

- Köln 2011.
- Koch/Stübing [1977] : Eckart Koch/Jürgen Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Neuwied Darmstadt 1977.
- Kötz [1974] : Hein Kötz, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, Gutachten A zum 50. Deutschen Juristentag, München 1974.
- Löwe/von Westphalen/Trinkner [1977] : Walter Löwe/Graf von Westphalen/Reinhold Trinkner, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelberg 1977.
- MünchKomm-Kötz [1978] : Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1. Aufl., München 1978.
- MünchKomm-Kötz [1984] : Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2. Aufl., München 1984.
- MünchKomm-Kötz [1993] : Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 3. Aufl., München 1993.
- MünchKomm-Basedow [2001] : Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4. Aufl., München 2001.
- MünchKomm-Basedow [2003] : Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4. Aufl., München 2003.
- MünchKomm-Basedow [2007] : Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 5. Aufl., München 2007.
- MünchKomm-Basedow [2012] : Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 6. Aufl., München 2012.
- Schlosser/Coester-Waltjen/Graba [1977] : Peter Schlosser/ Dagmar Coester-Waltjen/Hans-Ulrich Graba, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1977.
- Ulmer/Brandner/Hensen [1978] : Peter Ulmer/ Erich Brandner/ Horst-Diether Hensen, AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 3. Aufl., Köln 1978.
- 池尾 [2001] : 池尾和人「日本の金融制度」経済研究52巻4号289頁(2001年)
- 石田編 [1999] : 石田喜久夫編『注釈 ドイツ約款規制法〔改訂普及版〕』(同文館, 1999年)
- 石原 [1995] : 石原全『約款法の基礎理論』(有斐閣, 1995年)

- 石原 [2006]：石原全『約款による契約論』（信山社，2006年）
- 内田 [2005]：内田貴『民法Ⅰ〔第3版〕総則・物権総論』（東京大学出版会，2005年）
- 内田 [2006]：内田貴「制度的契約と関係の契約——企業年金契約を素材として」新堂幸司＝内田貴編『継続的契約と商事法務』1頁（商事法務，2006年）
- 内田 [2010]：内田貴『制度的契約論——民営化と契約』（羽鳥書店，2010年）
- 内田 [2011]：内田貴『民法改正——契約のルールが百年ぶりに変わる』（筑摩書房，2011年）
- 大阪弁護士会 [2014]：大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志「部会資料75 B『約款』部分に関する提案」<http://www.moj.go.jp/content/000121273.pdf> (2014/11/15)
- 大澤 [2010]：大澤彩『不当条項規制の構造と展開』（有斐閣，2010年）
- 沖野・深山 [2013]：沖野眞美・深山雅也「対談／法律行為及び契約総論」ジュリスト1456号17頁（2013年）
- 戒能 [1959]：戒能通孝「約款と契約——契約概念の未熟と約款の制度理論」法律時報31巻3号4頁（1959年）
- 神田 [1958]：神田博司「公益企業における法律関係の一考察——いわゆる事実的契約関係」私法19号101頁（1958年）
- 河上 [1988a]：河上正二『約款規制の法理』（有斐閣、1988年）
- 河上 [1988b]：河上正二「西ドイツ約款規制法」同『約款規制の法理』459頁（有斐閣、1988年）
- 川添 [1960]：川添利起「判例解説」127頁『最高裁判所判例解説民事篇 昭和三十四年度』（法曹会、1960年）
- 佐成 [2014]：佐成実「比較法資料（ドイツ約款規制法全訳）」<http://www.moj.go.jp/content/000121270.pdf> (2014/11/15)
- 新堂＝内田編 [2006]：新堂幸司＝内田貴編『継続的契約と商事法務』（商事法務，2006年）
- 瀬川編 [2014]：瀬川信久編『債権法改正の論点とこれからの検討課題』（商事法務，2014年）
- 東京弁護士会 [2014]：東京弁護士会法制委員会バックアップ会議有志『『契約の趣旨』及び『契約の解釈』に関する意見』<http://www.moj.go.jp/content/000121274.pdf> (2014/11/15)
- 中田 [2000]：中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣，2000年）
- 中田 [2014]：中田裕康「部会資料83-1に関するコメント」<http://www.moj.go.jp/content/000126621.pdf> (2014/11/15)
- 野田 [1971]：野田宏「判例解説」1079頁『最高裁判所判例解説民事篇（下）』昭

- 和四十五年度』(法曹会、1971年)
- 日本新聞協会 [2014]: 日本新聞協会『日本新聞年鑑 2014』(日本新聞協会、2014年)
- 広瀬 [1978]: 広瀬久和「免責約款に関する基礎的考察」私法40号180頁(1978年)
- 法務省民事局参事官室(参与室)編 [2014]: 法務省民事局参事官室(参与室)編『民法(債権関係)改正に関する比較法資料』(商事法務、2014年)
- 升田 [1999]: 升田純「現代型取引をめぐる裁判例(20) - (31) 第3継続的契約をめぐる裁判例」判例時報1683号32頁(1999年) - 1701号46頁(2000年)
- 民事法研究会編集部編 [2011]: 民事法研究会編集部編『民法(債権関係)の改正に関する検討事項——法制審議会民法(債権関係)部会資料〈詳細版〉』(民事法研究会、2011年)
- 民法改正研究会編 [2009]: 民法改正研究会(代表・加藤雅信)編『民法改正 国民・法曹・学界有志案●仮案の提示(法律時報増刊)』(日本評論社、2009年)
- 安永 [2014]: 安永貴夫「民法(債権関係)部会資料75A、75Bについての意見」<http://www.moj.go.jp/content/000121271.pdf> (2014/11/15)
- 山下 [2005]: 山下友信『保険法』(有斐閣、2005年)
- 山城 [2014]: 山城一真『契約締結過程における正当な信頼——契約形成論の研究』(有斐閣、2014年)
- 山本(敬) [2014]: 山本敬三「民法(債権関係)部会資料75B 第2『契約の解釈』に関する意見書」<http://www.moj.go.jp/content/000121264.pdf> (2014/11/15)
- 山本(豊) [1997]: 山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』(有斐閣、1997年)
- 山本(豊) [1998]: 山本豊「契約の内容規制」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向——民法100周年を契機として』(別冊NBL51号、1998年) 57頁
- 山本(豊) [2014]: 山本豊「約款」法律時報86巻1号30頁(2014年)
- 山本(健)・佐成 [2014]: 山本健司・佐成実「金曜討論」産経新聞2014年(平成26年)9月26日号朝刊
- 横山 [2013]: 横山美夏「約款」法学教室394号4頁(2013年)
- 吉川(衛) [1973]: 吉川吉衛「保険契約に対する国家規制(1-4)——普通保険約款に対する許可・認可を中心として」法学新報80巻10号1頁, 同12号55頁(1973年), 81巻8号97頁, 同9号37頁(1974年)
- 吉川(衛) [1974]: 吉川吉衛「船舶海上保険において主務大臣の変更認可を欠缺する普通保険約款の効力〔判例批評〕」法経論集34号65頁(1974年)
- 吉川(衛) [1978a]: 吉川吉衛「保険契約に対する国家規制をめぐる問題」私法40号214頁(1978年)

- 吉川（衛）[1978b]：吉川吉衛「普通取引約款の基本理論——現代保険約款を1つの典型として（1-3・完）」保険学雑誌481号1頁（1978年），同484号98頁，同485号99頁（1979年）
- 吉川（衛）[1978c]：吉川吉衛「保険業の公企業・特許企業性格——公企業・特許企業法研究序説」相馬勝夫博士古稀祝賀記念論文集『現代保険学の諸問題』65頁（専修大学出版局，1978年）
- 吉川（衛）[1979]：吉川吉衛「普通取引約款法の規制に関する法律〔全訳〕（西ドイツ・普通取引約款法の規制に関する法律）」生命保険文化研究所・所報47号157頁（1979年）
- 吉川（衛）[1980]：吉川吉衛「普通取引約款の内容的限界づけ」田辺康平先生還暦記念『保険法学の諸問題』323頁（文真堂，1980年）
- 吉川（衛）[1981]：吉川吉衛「保険法の将来」ジュリスト731号（創刊30周年記念号・法律学の課題と将来）136頁（1981年）
- 吉川（衛）[1992a]：吉川吉衛「普通取引約款」（同『現代の保険事業 企業規制の論理』〔同文館，1992年〕所収，79頁）
- 吉川（衛）[1992b]：吉川吉衛「普通保険約款に対する内容コントロール」（同『現代の保険事業』〔同文館，1992年〕所収，99頁）
- 吉川（衛）[2001]：吉川吉衛「保険——1つの金融商品」大阪市立大学商学部編『金融』203頁（有斐閣，2001年）
- 吉川（衛）[2007a]：吉川吉衛『企業リスクマネジメント——内部統制を手法として』（中央経済社，2007年）
- 吉川（衛）[2007b]：吉川吉衛「約款と制度的契約——契約と制度と約款（1）」経営研究57巻4号1頁（2007年）
- 吉川（衛）[2007c]：吉川吉衛「契約キューブと関係的契約——保険約款に関する若干の研究（資料1 約款規制に関するドイツ民法の規定（法第2編債務法第2章普通取引約款による法律行為上の債務関係の形成）」経営研究58巻1号1頁（2007年）
- 吉川（衛）[2007d]：吉川吉衛「大数の法則と保険プール——普通保険約款に関する若干の研究」経営研究58巻2号1頁（2007年）
- 吉川（樹）訳／曾野補訳〔近刊〕：吉川吉樹訳／曾野裕夫補訳『注釈 ウィーン売買条約最終草案』（商事法務，近刊）

- (1) 部会における論点整理以前の2010年（平成22年）7月末に行われた日本弁護士連合会の研修（岡〔2011〕141頁）では、項目として、約款・不当条項（中井・林〔2011〕50-53頁）や、約款（内田・筒井〔2011〕82-83頁）が取り上げられている（なお、岡〔2011〕142-43頁も見られたい）。

中間試案に関して特集を行う、たとえば法学教室（横山 [2013]）、ジュリスト（対談 沖野 / 深山 [2013]）、法律時報（山本（豊） [2014]）は、いずれも約款を単独論文として、または対談の項目として取り上げている。なお、要綱仮案について、瀬川編 [2014] では、約款は取り上げられていない。

- (2) 2014/07/22に、共同通信が配信した（琉球新報朝刊で共同通信と明記）記事が、一般紙（地方紙）で報じられた。一部カットも含め、岩手日報朝刊、福島民報、静岡新聞、中国新聞朝刊、四国新聞朝刊、愛媛新聞、高知新聞朝刊、西日本新聞朝刊、長崎新聞、琉球新報朝刊、沖縄タイムスである。07/21で、共同通信、山陰中央新報 ON LINE NEWS（共同通信社と明記）が報じている。専門紙は、08/01に、ニッキン、08/15に、同が報じている。なお、本稿において、全国紙や新潟日報以外の新聞情報は、主に日経テレコムによる。

共同通信配信に基づく（と思われる）、新潟日報2014年（平成26年）7月22日号朝刊では、2014年7月21日に、法務省が民法部に提示する方針を固めたこととされる、その「改正原案」の内容として、個人保証や法定利率とともに、約款がとりわけ大きく取り上げられている。

当該の時点で、全国紙である、読売新聞、朝日新聞、毎日新聞、日本経済新聞、産経新聞（2013年発行部数順。日本新聞協会 [2014] 120、128、138、147、154頁）には、その記事はない。

しかしながら、社会や経済界が注目する民法改正とは何かを理解するにあたり、共同通信や一般紙の、そのような報道の仕方は、注目に値する。しかも、2014/09/02の段階で、要綱仮案（案）のなかで、約款が唯一ペンディングになったことを思うと、驚きに近いものがある。

- (3) <http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900226.html>. 2014/08/27に、読売新聞、朝日新聞、毎日新聞、産経新聞、日本経済新聞が一斉に、また、08/26で、共同通信ニュース、時事通信ニュースや山陰中央新報 ON LINE NEWSが報じている。08/30には、毎日新聞、日本経済新聞が社説で論じた。

一般紙は、08/27に、共同通信配信によると思われるが、北海道新聞、東奥日報、岩手日報、秋田魁新報、福島民報、下野新聞、東京新聞、信濃毎日新聞、静岡新聞、中日新聞、京都新聞、中国新聞、四国新聞、愛媛新聞、西日本新聞、佐賀新聞、長崎新聞、熊本日日新聞、宮崎日日新聞、琉球新報、沖縄タイムスが報じている。

08/28に、北海道新聞、08/29に、佐賀新聞、08/31に、神戸新聞、高知新聞、09/02には、徳島新聞が、社説等で論じた。

専門紙は、08/26で、住宅新報、08/27に、日刊工業新聞、FujiSunkei Business i、建設工業新聞、08/28に、建設通信新聞、建設工業新聞、日刊

不動産経済通信、09/01に、週刊住宅新聞、09/09に、住宅新報が報じている。

毎日新聞2014年（平成26年）8月27日号朝刊は、「約款」は議論継続、経済界が法制化反対と見出しを掲げ、記事のなかで「経団連推薦委員の佐成実・東京ガス法務室長が反対したため、今後も議論が続くことになった」が、しかし、日弁連消費者対策委員会副委員長の山本健司弁護士は「ルール化によって無用なトラブルや悪徳事業者は確実に減っていくだろう。消費者、事業者双方にメリットがあるはずだ」と強調と、また全国中小企業団体中央会（全中）の担当者は「『新事業に乗り出す時や事業転換を迫られる時に、法律に明記されていた方がありがたい』と話す」と報じている。

また、日本経済新聞同日号は、記事のなかで、ネット関連業界は導入歓迎だが、経団連が強く反発し、「約款」につき結論を持ち越し、来年2月の答申まで綱引きが続きそうだと報じた。

- (4) 2014/09/03には、読売新聞、09/08に、朝日新聞が社説で論じた。毎日新聞2014年（平成26年）9月3日号は、部会において約款に関する最終案合意は、年末に先送りされたと報じている。

09/05には、下野新聞、京都新聞、宮崎日日新聞、09/06には、岐阜新聞、静岡新聞、09/07には、長崎新聞、09/08には、山陽新聞、西日本新聞、09/09には、北海道新聞、河北新報が社説等で論じた。

- (5) <http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf>

- (6) 産経新聞2014年（平成26年）9月26日号朝刊は、山本健司弁護士と佐成実弁護士（民法部会委員）の主張を、同紙の「金曜討論」で報じている。論争点は、大きく2つある。山本（健）は、約款規律に関する「立法提案は企業活動への十分な配慮がなされており、事業者の正当な事業活動を阻害するとは考え難い」という。これに対し、佐成は、約款の定義が狭くトラブルの種類になり、変更条項があるときにのみ約款の変更を認める立法提案は、変更条項を有しない事業者が少なくない現状では経過措置が必要だとして反対する。

筆者は、後に4-5で詳しく論ずるが、変更条項が無い場合には、約款の変更を認めない立法提案は、不適切であり、また、経過措置で足りるものではないと考えている。それは何故かといえば、約款による取引のなかで継続的な取引については、その本来的なあり方からして、変更条項の有無にかかわらず約款の変更の規律を設けるべきだからである。

約款の規律は、まず消費者契約法で対応すべきだという佐成のメインの主張につき、山本（健）は、批判する。約款トラブルは、1対多数の取引という約款による取引の性格に起因するものであり、これは、消費者取引だけでなく、事業者間取引でも発生し得るものであって、消費者契約法にゆだね切べき問題ではないと反論する。

筆者は、本文ですぐ後に論ずるように、約款による取引の本質的な特色は、1対多数の取引にあると考えており、佐成の上記の主張には、大きな疑問を感じるものである。

- (7) 例えば、部会等審議における潮見幹事や山本（敬）幹事らの発言にみえる。後掲9参照。
- (8) 例えば、部会等審議における内田委員、岡委員や、村松関係官らの発言にみえる。後掲9参照。また、内田 [2011] 171頁、山本（健）・佐成 [2014] における山本健司弁護士発言がある。なお、1対多というのは、沖野幹事（沖野眞巳一橋大学教授）部会第11回議事録6頁。以下、議事録という言葉は省略する。なお、本稿において肩書きは、その当時のものによる。
- (9) 本稿全体が、その分析・検討であるが、とりわけ3-2-2や4-5-3において行う。
- (10) 継続的取引や継続的契約について、中田 [2000]、新堂・内田編 [2006]、また、升田純 [1999] がある。
- (11) 約款は、1対多数のある種の取引（1対多数の取引一般ではない）を行うために、そもそも必要不可欠のものである。むろん、当該取引を合理的に行い、取引コストを節約するためでもある。しかし、約款は、当該取引の存立そのものにかかわるものだという認識は、重要だと筆者は考える。
- この点の理解の深淺が、約款による取引につき、1対多数という種類のものど捉えるか、それとも1対1の亜種と理解するかとの差異になるのではないかと、筆者には思われてならないのである。
- ひな形は、取引を合理的に行い、取引コストを節約するために、用いられるものである。約款とひな形について、後に詳しく論ずる。本稿4-2-3を参照されたい。
- (12) 要綱仮案（案）第28定型約款、1によれば、「定型約款とは、……〔定型〕条項の総体をいう」と定められている。
- (13) これは、約款に関する、世の中の人びとの考え方である。たとえば、部会資料75Bの（説明）において見られる、次の記述や援用する実務の指摘を参照のこと。すなわち、不意打ち条項の判断基準につき、「〔中間試案の〕パブリック・コメントにおいて、定型条項〔約款〕の契約条項が契約内容となるか否かを個別の相手方の知識や経験によって判断すると、全ての相手方を画一的に扱おうとする定型条項の意義に反することとなるという意見が多く寄せられた」（部会資料75B第3約款、3（説明）12頁）との記述や、「〔約款につき〕本来画一的なサービス提供を意図して定型条項を用いてい〔るとい〕う……実務〔の〕……指摘」（同5（説明）5、16頁）である。

ここで、記しておきたいことがある。正義・衡平の観点から優れた法の解

釈とは何かについて、内田 [2005] 11頁が、「社会一般の常識、取引行為の場合なら取引社会の常識とかけ離れた解釈は優れているとはいえない」と論じていることである。

- (14) 実務では、約款の変更は「約款の組入れとパラレルになる議論」だと考えられている（部会50回54頁）。4-5も参照のこと。
- (15) 横山 [2013] 12-13頁は、約款の組入れと変更の違いを意識し、「変更の組入要件は、顧客全体との関係で定めざるを得ない」（13頁）という。
 約款による契約を1対多数と捉え、顧客を、組入れや変更において、その要件の立て方として平均的な顧客層と捉える考え方では、約款の組入れと変更で差異があると考えられる。また、顧客は組入れを意識して行い、変更は無意識のうちに行われる可能性があるという違いがある。
 継続的な取引の場合には、時間的な広がりがあり変更があり得ることを、顧客は、組み入れ時にある程度意識しているであろう。部会第87回における村松関係官の発言をみられたい（4-5-5-2）。
- (15a) 「約款は誰かが作ったにちがいないが、それだけのことである」（戒能 [1959] 8頁）。約款それ自体は紙切れに過ぎないとの言葉を、誰かの著作で読んだような記憶があるが、あるいは、戒能通孝のその文章であったのかもかもしれない。
- (16) 内田 [2011] 150頁によれば、当該のことは、民法の現代化であり、①時代に合わなくなった規定の現代化：消滅時効、法定利率など、②存在しなかった現象に対応するための規定の創設：約款、サービス契約や銀行取引など、③自然災害に適した規定の民法とすることという3つにおいて法典の現代化を図り、国民一般に分かりやすいものとするのだという。また、内田・筒井 [2011] 69頁を参照のこと。
- (17) 約款の変更は、筆者の研究者としての出発点のテーマであった（吉川 [1974]、また、同 [1978c]）。不思議な縁を感じる。
- (18) 包括条項とは、「本規約の内容は、当社の都合により変更されることがあります。」といった規定である。部会資料75B 第3約款、5（説明）1、16頁、部会第85回21頁参照。
- (19) 部会資料75B 第3約款、5（説明）1、15頁。
- (20) 第2分科会第5回審議における三上委員発言（34-35頁）、山本（豊）の記述（「従来ほとんど議論されておら [ない]」同 [2014] 38頁）など参照。
- (21) 前掲注2、3、4参照。
- (22) 前掲注3、および2-3のパブ・コメに関する記述を参照。
- (23) <http://www.moj.go.jp/content/000103339.pdf>
- (24) 部会第3回（H22.1.26）から第20回（H22.12.14）まで、部会資料として、

「民法（債権関係）の改正に関する検討事項 詳細版」（1）から（15）までが提出された。これを、一冊にまとめた民事法研究会編集部編〔2011〕がある。

- (25) <http://www.moj.go.jp/content/000074989.pdf>
- (26) <http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900074.html>
- (27) <http://www.moj.go.jp/content/000074988.pdf>
- (28) 金融財政事情研究会編『「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の概要』（金融財政事情研究会、2012年）参照。
- (29) <http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900183.html>
- (30) <http://www.moj.go.jp/content/000112242.pdf>
- (31) <http://www.moj.go.jp/content/000112244.pdf>
- (32) <http://www.moj.go.jp/content/000112247.pdf>
- (33) 約款については、部会資料71-5「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対して寄せられた意見の概要（各論4）」（<http://www.moj.go.jp/content/000119458.pdf>）参照。
- (34) <http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900190.html>
- (35) 中田〔2014〕6頁は、要綱仮案（案）全体につき、他の規定から導けること、当然のこと、具体的効果が一義的でないものは規定しないとの、ドイツやフランスの民法に比較しての日本独自の方針が感じられるが、原則を示したうえ、その例外を規定するとすべきだと批判する。
筆者の、約款規律の項目に関する外在的観点については、図1参照。筆者は、要綱仮案（案）による、定型条項に関する規律の中身は日本独特の論理構造だと考えている。ただし、その適否は、別問題である。要綱仮案（案）全体に関する、筆者の評価については、4-8の冒頭で論ずる。
- (36) 部会第1回3頁参照。
- (37) 『シンポジウム「債権法改正の基本方針」』別冊NBL127号、2009年、32-34頁等がある。なお、「特集『債権法改正の基本方針』を読む」法律時報81巻10号、2009年、また、「特集 民法（債権法）改正 基礎法学・法の歴史の視座から」法律時報82巻10号、2010年、「特集 民法（債権法）改正と労働法」法律時報82巻11号、2010年、がある。
- (38) 「債権法改正の基本方針」109頁。
- (39) 民法改正研究会（代表・加藤雅信）編『民法改正 国民・法曹・学界有志案●仮案の提示（法律時報増刊）』（日本評論社、2009年）。
- (40) <http://www.moj.go.jp/content/000046718.pdf>
- (41) <http://www.moj.go.jp/content/000076498.pdf>
- (42) 事情変更の法理は、中間試案では項目として挙げられたが（中間試案第32、

事情変更の法理)、パブ・コメ等によって経済団体等が示した意見が反映されてか(パブ・コメ、部会資料71-5第32、事情変更の法理68-70頁)、要綱仮案(案)では落ちた。

- (43) 不当条項には約款に限定されないものがあるが、約款論の現在の審議では、組み込まれた条項のみが対象になるので、「第9約款」のなかに入れ込むこととされた。
- (44) <http://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>
- (45) <http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900184.html>
- (46) <http://www.moj.go.jp/content/000109163.pdf>
- (47) <http://www.moj.go.jp/content/000112247.pdf>
- (48) 脚注3において、毎日新聞が報ずる佐成委員の紹介記事による。
- (49) 部会第84回配付の全中意見書(全国中小企業団体中央会「民法(債権関係)改正に対する意見」【添付省略】<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900204.html>)、また、脚注3において、毎日新聞が報ずる全中担当者の話がある。
- (50) 部会第11回4頁、また部会資料11-1、同13-1参照。
- (51) 脚注4参照。
- (52) 部会第85回では、部会資料75B第2契約の解釈についても審議され、裁判官委員と学者幹事との間で激しい応酬があった。冒頭、山本(敬)幹事から、山本(敬)[2014]に基づき、意見が述べられた(同2-4頁)。裁判官委員から、当該の規律は、事実認定のルールないしこれに極めて酷似したプロセスのものであって、他の規律とは異質のものだとの疑問・懸念が示され、また、経験則は、当事者基準ではなく、「類似的な一般人を基準にした経験則」(永野委員(永野厚郎最高裁判所事務総局民事局長)6頁)であると述べられた(同5-7、17、18頁)。学者幹事から、当該の規律は、手順であり、事実認定そのものの問題ではない、当事者が合意したときの法律効果は、その合意の内容によるという現行法の不文のルール(私的自治の原則)を前提としたものだと反論があった(山本(敬)幹事12、18頁)。
- 契約の解釈の項目は、要綱仮案(案)から削除された。要綱仮案においても、同様である。
- (53) なお、山下[2005]630頁もみられたい。
- (54) 山本(豊)[1998]92頁は、約款による取引で書面の交付が適切でない場合につき、論じている。
- (55) <http://www.jreast.co.jp/ryokaku/>
- (56) JR各社のなかで、例えばJR東海は、ICカード連絡運輸運送約款(平成24年4月10日社通達第4号)をネットで公開している(<http://railway.jr->

central.co.jp/ticket-rule/carriage/_pdf/11.pdf)。

- (57) JR 東日本 旅客営業規則第5条 旅客の運送等の契約は、その成立について別段の意思表示があつた場合を除き、旅客等が所定の運賃・料金を支払い、乗車券類等その契約に関する証票の交付を受けた時に成立する。2前項の規定によって契約の成立した時以後における取扱いは、別段の定めをしない限り、すべてその契約の成立した時の規定によるものとする。
- (58) JR 東日本 旅客営業規則第13条 列車に乗車する旅客は、その乗車する旅客車に有効な乗車券を購入し、これを所持しなければならない。〔以下、略〕
- (59) BGB が定める *einverstehen* について、「同意」と翻訳する理由は2つある。第1は、要綱仮案(案)において、「了解」は、「約款全体を了解して行う契約の意思」(同第28約款、2(説明)39頁)という文脈で使用されているからである。第2は、筆者が従来から、思案のうえで「同意」と訳語を付けて来たことである(ドイツ約款規制法第2条(1)につき、吉川(衛) [1979] 159頁、また、ドイツ民法第305条(2)および第305a条に関する吉川(衛) [2007c] 20頁。同じ訳語は、約款規制法第2条(1)に関する石田編 [1999] 26頁(田中康博筆)。しかし、河上 [1988b] 460頁、山本(豊) [1997] 27頁、法務省民事局参事官室(参与室)編 [2014] 163頁、佐成 [2014] 2頁は「了解」とする)。
- (60) 筆者の考え方に、最近注目した学説として、内田 [2010] 29-30頁があり、大澤 [2010] 490頁には、吉川(衛) [1978a] が、文献としてある。
- (61) 念のために記しておくが、JR 東日本の、例えば京葉線舞浜駅においてのように、事務室の奥に約款を備え置くというだけでは、公衆の目に触れず、「公表」とは言えないだろう。
- (62) なお、本文のことは、直接には、定型条項の内容の「開示」に関する部会資料の説明であるけれども、旅客鉄道運送約款の「公表」についても妥当しよう。
- (63) 大判大正4年12月24日民録21巻2186頁。
- (64) 正当な信頼を論ずる、山城 [2014] 212頁以下が筆者には興味深い。
- (65) 内田 [2011] 173頁は、1対1の取引において、当事者の合意によって担保される契約の内容の合理性は、1対多数の場合には、国による約款認可だと捉えている。
- (66) 包括条項とは、「本規約の内容は、当社の都合により変更されることがあります。」といった規定である。部会資料75B 第3約款、5(説明)1、16頁、部会第85回21頁参照。
- (67) <http://www.moj.go.jp/content/000121270.pdf>

- (68) 脚注12をみられたい。
- (69) 旧保険業法10条3項に関する最高裁大法廷判決をみられたい（5-1-1）。なお、吉川（衛）[1978c]も、同判決に言及している。
- (70) ここで、部会等であげられた実例を幾つか記しておきたい。例えば、第2分科会第5回では、岡委員から「百貨店のポイントの料率下げ」（39頁）、松岡分科会会長から「エクスプレス予約のポイントが知らない間に交換率が下がってしまった。非常に腹立たしく思いました。あれは確かに恩恵として与えられていた内容が変わるということになるのですが、不利益といえばかなり大きな実質的不利益になります」（36-40頁）がある。
- (71) 部会資料75Bにつき、中井委員から、パブ・コメをうけて、事務当局が、部会審議の合意形成をはかったギリギリのものだとの評価がある（中井康之弁護士（大阪弁護士会所属）部会第85回26頁参照）。
- (72) 石田編 [1999]（増成牧筆）によれば、「不意打ちとなるかどうかは、当該契約における具体的な事情をもとにしつつも一般的観点から判定される……（generell-konkreter Maßstab）」（同48頁）という。
- (73) Koch/Stübing [1977], § 3 Rdnr. 7.
- (74) Löwe/von Westphalen/Trinkner [1977], § 3 Rdnr. 13.
- (75) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba [1977], § 3 Rdnr. 11.
- (76) Ulmer/Brandner/Hensen [1978], § 3 Rdnr. 9.
- (77) 約款の内容コントロールについて、1937年から1978年1月までの世界各国の主な学会やシンポジウムを一覧表にしたものがある。吉川（衛）[1978b] (2) 132-33頁参照。
- (78) 野田 [1971] は、最判（昭45.12.24）につき、「本判決は、その理由付けにおいて、船舶海上保険にあっては、利用者側と保険業者との経済的地位の優劣の点で、他の生命保険等一般大衆相手の保険とは区別されるものであり、……船舶海上保険に限定して右の結論を示したのであり、これは、従来論じられることの少なかった新しい視点からの解釈」（1089頁）だという。
- (79) 自治法規説を採る近時の業績として、石原 [1995]、同 [2006]がある。
- (80) 筆者が用いる「現代」の定義につき、吉川（衛）[1978b] (1) 3頁参照。また、同 [1981] 136頁参照。
- (81) 広瀬 [1978] は、免責約款の基礎的考察において「将来は、免責約款の規制と国家全体の産業・経済政策との関係が検討されざるを得なくなるであろう」（187頁）と論じていた。
- (82) 部会資料75B、第2契約の解釈についてだが、興味深い議論のやりとりがある。岡委員「取引通念の考慮というのは敬三先生の意見でも入っておかしいんですか」、山本（敬）幹事「……重要な判断基準の一つとして位置

付けられることになる」(部会第85回19頁)。

付 記

要綱案の原案等の分析・検討や、私見への評価・批判・反論も論じた、拙著『約款規律の理論——類型づけられた集団的意思のあり方』(成文堂、近刊)がある。ご参照をいただければ、幸いである。