

《論 說》

## 定型約款の規定に関する解釈

吉 川 吉 衛

### 【目次】

#### プロローグ

- 定型約款の規定の構造
- 定型約款のみなし合意
- 定型約款の内容の表示に関する請求構成
- 定型約款の内容規制（内容的限界づけ）
- 定型約款の変更
- 規定のあり方と客観的合意説の位置
- 規定のさらなる解釈のあり方

#### 第1節 定型約款の組入れ——「定型取引合意」（合意と表示と公表 〔特例規定〕）

#### 第2節 「定型取引合意」における主観的意思と客観的合意

- 2-1 「定型取引合意」における主観的意思
- 2-2 「定型取引合意」における客観的合意——平均的顧客
- 2-3 相手方における主観的意思と客観的同意との関係——一枚のものの表と裏
- 2-4 「定型取引合意」における主観的意思と客観的合意との関係——関連づけられる、定型約款準備者と相手方の意思（〈関連づけられる意思〉）

#### 2-5 まとめ

#### 第3節 定型約款の内容規制（内容的限界づけ）における主観的意思と客観的合意——定型約款の拘束力の根拠と内容的限界づけの基準

#### 第4節 定義を踏まえた、組入れ、内容規制（内容的限界づけ）のまとめ

#### 第5節 「定型約款の変更」における主観的意思と客観的合意

- 5-1 平均的顧客における通常の意味——定型約款の変更と変更条項の有無
- 5-2 変更後の定型約款の条項に関する拘束力の根拠

5-3 変更後の定型約款の条項に関する内容規制（内容的限界づけ）の規準

5-4 まとめ

第6節 まとめ——定型約款による契約とその継続的取引  
エピローグ

2014年（平成26）から2015年（同27）にかけての民法改正作業  
——どういふ事態であったのか（取引コストの節約と約款規律）

補論 希薄な合意

## プロローグ

「民法の一部を改正する法律案」は、その施行整備法案とともに、第189回国会、第190回国会に提出された<sup>(1)</sup>。

本稿では、この法律案の規定を、便宜的に改正民法X条、または単にX条という。たとえば、改正民法548条の2、または548条の2というごとくである。

### 定型約款の規定の構造

改正民法<sup>(2)</sup> 第3編債権第2章契約第1節総則第5款定型約款は、約款に

---

(1) 第189回国会 議案番号63・64、第190回国会 議案番号37である。審議経過情報につき、次を参照。[http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_gian.nsf/html/gian/keika/1DBF9B6.htm](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/keika/1DBF9B6.htm) 最終閲覧2016/08/15現在、衆議院審議結果は、閉会中審査である。

(2) 全体を概観するものに、たとえば、岡 [2015a]、中井 [2015]、高須 [2015]、深山 [2015]、岡 [2015b]、潮見 [2015] がある。また、山野目 [2014] が、要綱仮案の順序に従い継続中、その⑨⑩が定型約款である。

部会審議の概況等につき、鎌田 [2015] 参照。部会の構成は、「民法・商法・民事訴訟法・労働法などの研究者のほか弁護士会・裁判所・経団連・日商・全銀協・労働団体・消費者団体などの代表を含む多数の委員・幹事と関連省庁の関係官」（鎌田同5頁）である。

つき 548 条の 2 から 548 条の 4 までの規定<sup>(3)</sup>を有する<sup>(4),(5)</sup>。これらは、どのような規定か。ここ、プロローグの本文では、改正民法において定型約款の規定が有する構造につき、簡潔に論じた。

いま問われているのは、所与としての改正民法の規定の解釈である。また、従来の約款法学の総括を踏まえた、それとの接続（たとえば、沖野

(3) 定型約款に関する経過措置として、改正民法 548 条の 2 から 548 条の 4 までの規定は、施行日前に反対の意思表示を書面でない限り、施行日前に締結された契約にも適用される（改正民法附則 33 条）。

(4) 約款全体につき、たとえば、鹿野 [2015]、河上 [2015]、深山 [2015] 30-31 頁、山本（敬） [2015]、山下（友） [2015b] があり、組入れ要件について、山下（友） [2015a]（初出は、2013 年）、沖野 [2015] がある。

日弁連は、保証と約款を重要な戦略的論点だと、捉えていたという（岡 [2015a] 9 頁。なお、日弁連会長声明 [2014] 参照）。

なお、たとえば、「債権法改正の基本方針」につき、座談会（山本（敬）ほか [2009]）、また、それや「民法改正研究会案」に関する山本（豊） [2010] がある。部会 11 回までの不当条項に関する後藤 [2013] がある。

中間的な論点整理につき、たとえば、企業法務・金融法務からの座談会（青山ほか [2012]）や、座談会（井上ほか [2012]）がある。部会 50 回までの中村 [2013] がある。

中間試案につき、たとえば、内田 [2013]、沖野ほか [2013]、横山 [2013]、山本（豊） [2014] がある。その審議経緯等につき、筒井 [2013]、実務の観点から検証する高須 [2013]、企業の視点から論ずる島岡ほか [2013] がある。

また、中間試案の取りまとめを見据えて「シンポジウム 債権法の未来像」（NBL980 号 8 頁（2012 年））、特に民法改正を素材に議論する「シンポジウム アジア市場の形成に向けた日本の役割」（NBL984 号 5 頁（2012 年））、その日本企業の国際活動につき太田 [2012]、中間試案の取りまとめに向けて足立 [2012]、司法書士の視点からの座談会（山野目ほか [2012]）、企業実務からみた座談会（潮見ほか [2013]）がある。

要綱仮案（案）につき、たとえば、河上 [2014]、吉川（衛） [2014] がある。

(5) 改正民法と消費者契約法との関係につき、河上 [2015] は、消契法 8 条以下の規律はこれまで通り無効条項・一般条項として整備し充実させていく必要があるが、「両者の関係は微妙に交錯する可能性がある」（83 頁）という。

消契法改正につき、河上編 [2013]、足立 [2015]、青山ほか [2015]、大澤 [2015] がある。2016 年 6 月、その一部改正が公布された。

[2015]<sup>(6)</sup>である。本稿は、前者に比重を置く。それは、何故か。後に、

- (6) 大きく3つを論じたい。第1は、沖野 [2015] について、第2は、沖野説と筆者の見解との対比であり、第3は、それらを踏まえた、本稿における筆者の見解の要点である。

第1を論じよう。沖野眞已は、改正民法の規定につき、先ず、「契約説に依拠しつつも、……後者の観点〔「一対多」という約款による取引が持つ特性（内容の画一性・大量取引性）を見据えた規律を置くという観点〕を打ち出すもの」（同 [2015] 535 頁）と捉えて、同頁注13で吉川（衛）[2014] 4-5 (187-86) 頁。以下、拙稿の引用は横書きの頁数による）を引用する。そのうえで、548条の2第1項の法律構成は、特徴的であり、「定型約款中の個別条項についての合意擬制（「個別条項合意擬制」）」（同 546 頁）だとして、これをキー概念とし論旨を展開する（同 546 頁以下）。鋭い指摘の連続であるが、筆者には、疑問に思われる箇所が幾つかある。

すなわち、① 548条の2第1項1号につき、「個別条項合意擬制をもたらすには、基本的に、どの定型約款であるのかが特定される必要がある」（同 546 頁）であり、また、② 548条の3第2項につき、(a) 「(a-1) 『素地』には……全契約条件については吟味をしようとする者に吟味ができるようにすること〔があり〕…… (a-2) 不開示は約款が契約内容となることを阻止するはずであ〔る〕」（570-73 頁。記号は、引用者。以下同じ）ところ、同条同項が(b) 「拒絶類型のみに個別条項合意擬制の排除を限定しているかに見えるのは、説明が困難ではある」（573 頁）である。

第2につき、それらの疑問を検討する前に論じておこう。沖野の「個別条項合意擬制」の概念をめぐって、沖野と筆者の考え方を対比したい。沖野 [2015] において、548条の2第1項と2項との関係は、約款法学50年以上のあゆみの到達点から、つまり、組入れ規制と内容規制（内容的限界づけ。本稿注(7) 参照。以下本注では、筆者本来の「内容的限界づけ」を用いる）を切断する観点から捉える（本稿注(37) に対応する本文参照）のであろう。それに対して、筆者は、両規制の関係を切断ではなく一体化したものと捉える（プロローグ「定型約款のみなし合意」、補論）。

さて、このような筆者の考え方にに基づき、沖野の主張の①を取り上げる。問題の状況を、改正民法の規定が立脚する契約説の観点で、先ず、確認したい。前提は、特定の定型約款準備者の特定の定型約款による契約であることである。仮に、かれに複数の定型約款があれば、そのなかのどの定型約款による契約であるのかは特定されている。いいかえれば、定型約款一般が、ここで問題なのではない。そのような特定されている定型約款を、以下、当該の定型約款

という。

次に、問題の状況を規定に則して、整理したい。548条の2第1項柱書は、「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」という。つまり、「定型約款の個別の条項」についてのみなし合意であり、包括的合意である。

このみなし合意のなかで、「定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき」の1号と、「あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を……表示していたとき」の2号がある。この差異は、当該の定型約款につき「合意をした」1号と、当該の定型約款につき「あらかじめ……表示していた」2号とにある。そのような組み入れにおいて、どちらも、「定型約款の個別の条項」は、みなし合意、すなわち包括的合意される。この組入れ段階では、「定型約款の個別の条項」の内容は問われない。むしろ、問われないがゆえに、問題だというのが、筆者の客観的合意説である。つまり、そのような組入れであるがゆえに、論理必然的に次に、「定型約款の個別の条項」の内容的限界づけが問われるのである。このような意味で、組入れ規制と内容的限界づけの規制は、一体化している。

問題の状況を、そのように確認し整理したうえで、沖野の主張①を、改めて見てみよう。「個別条項合意擬制をもたらすには、基本的に、どの定型約款であるのが特定される必要がある」（546頁）というが、その論旨は不透明と、筆者には思われる。つまり、特定される必要があるどの定型約款とは、2つ考えられるからである。(a)筆者が上記した当該の定型約款のことであろうか。しかし、これは、548条の2第1項1号の適用の前提として、既に特定されている。それとも、(b)「定型約款の個別の条項」のなかの特定の条項であろうか。しかし、そのような特定の条項が問題とされるのは、「定型約款の個別の条項」の内容的限界づけ、すなわち、同条2項の段階のことである。

沖野主張の①は、沖野の当該箇所の文脈からすると、(a)を指しているように、筆者には思われる。仮にそうだとすると、①は、不適切な主張だと筆者は言わざるをえない。ただし、それは、既に特定されているからである（もっとも、白地商慣習法説を考えれば、沖野のように言うことには、意味がある。山下（友）[2015a] 324頁参照。しかし、同説につき、改正民法の規定は、想定していないと、筆者は考える）。あるいは、(b)を指すとしても、これは、筆者の理解では、内容的限界づけ段階の問題なのであって、やはり不適切だと、筆者は言わざるをえない。

沖野の主張の②を取り上げる。これは、改正民法の規定が採る、定型約款の内容の表示に関する請求構成（沖野[2015] 565頁以下は、「開示請求に対する開示義務」という）のあり方にかかわる根本問題である。その②につき、(a)はその通りである。しかし、(a-1)と(a-2)は、論理的に直ちには繋がらな

「定型約款の内容規制（内容的限界づけ）<sup>(7)</sup>」で論ずるように、改正民法の規定は、約款法学 50 年以上の歩みの到達点とは異なるもの（山本（敬）幹事 98 回（H27.1.20）7 頁<sup>(8)</sup>）だからである。

い。その媒介項として、不開示は、如何なる場合にそうなったのかが必要である。しかして、548 条の 3 は、定型約款の内容の表示に関する請求構成を採ったわけである。この構成を前提（媒介項）として初めて、(a-1) と (a-2) は、論理的に繋がる。すなわち、相手方が請求したが、定型約款準備者が正当な事由なく拒み不開示だという場合だからである。つまり、当該の規定においては、不開示一般が問われているわけではない。そこでは、相手方が請求したが、定型約款準備者が拒み不開示だという場合が問われているわけなのである。

さて、そのうえで、(b)を検討してみよう。こうしてみれば、(b)は、改正民法の規定が有する構成、すなわち定型約款の内容の表示に関する請求構成の論理的な帰結なのだと理解できる。そのような意味で、沖野 [2015] 573 頁がいう「説明が困難」だとは、筆者は思わない。

第 3 を論じたい。筆者は、定型約款の組入れ、内容的限界づけ、変更という基本的な争点について簡潔に、次のように考えている。すなわち、定型約款による契約につき、定型約款についての希薄な合意によるみなし合意（548 条の 2 第 1 項）、したがって、その論理的帰結としての、定型約款の個別の条項に関する内容的限界づけ（同条第 2 項）と捉えている。

また、定型約款による取引のなかの継続的取引については、定型約款の変更についての〈希薄のうえに希薄な合意〉（後に、本文で論ずるように筆者の造語）によるみなし合意（548 条の 4 第 1 項）、したがって、その論理的帰結としての、変更後の定型約款の条項に関する内容的限界づけ（同第 1 項、4 項）と捉えている。

筆者の見解については、以下、本文でさらに展開しよう。

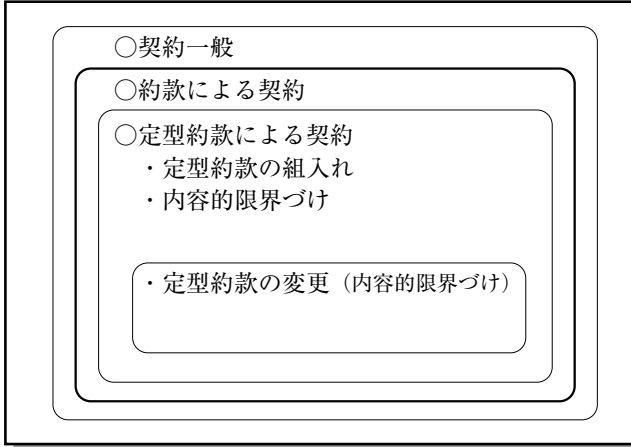
- (7) 吉川（衛）[1992] が論ずるように、内容コントロールには、内容規制と内容的限界づけとがあり、そのような内容規制と内容的限界づけとは、区別と関連において把握されるべきものである（同 105-06 頁、および 106 頁の図参照）。

しかし、本稿では、読者の理解の容易性を先ず優先して、特に断らない限り、内容規制（内容的限界づけ）と記しておくにとどめる。

- (8) 本文の表記は、山本（敬）幹事（山本敬三京都大学教授）発言部会第 98 回議事録 7 頁を簡略にしたものである。肩書は、会議用資料の部会委員等名簿に記載された当時のものである。議事録は法務省ウェブサイト ([http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai\\_saiken.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html) 最終閲覧 2016/06/17) による。以下同じ。

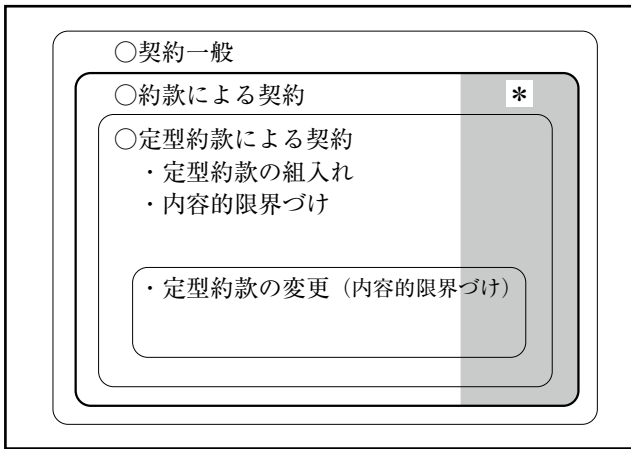
さて、約款論においては、約款の組入れ、内容規制（内容的限界づけ）、変更、そして、これらの前提として、定義が争点である（図1、2参照）。

図1 契約一般と約款や定型約款による契約



（出所） 吉川（衛）[2014] 図1を一部修正。

図2 公共サービス等の取引類型に関する約款や定型約款による契約



\* 公共サービス等の取引類型に関する約款

（出所） 図1に加筆等して筆者作成。

定義は、範疇の問題であり範囲画定の問題であって、その広狭は、約款規律のあり方と相関関係にある<sup>(9)</sup>。定義は、改正民法において、「定型約款」<sup>(10)</sup>である。すなわち、「定型約款（定型取引〔ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの〕において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体）」（548条の2第1項柱書）<sup>(11)</sup>であ

- (9) 沖野ほか〔2013〕は、「厳格な定義を前提にして、組入要件や条項規制については比較的緩やかに定めるのか……幅広い定義を前提として組入要件や条項規制を厳格化させるのか」（32頁（沖野発言））という。また、内田委員（内田貴法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与）89回35頁参照。
- (10) 河上〔2014〕は、要綱仮案（案）の定型約款につき、「多数契約（不特定多数である必要もない）の画一的処理のために予め定型的に策定された契約条件であれば足りる」（96頁）と批判する。

沖野〔2015〕は、やや長くなるが適切な把握と指摘なので引用すると、改正法案の定義につき、「中間試案、ひいては現代的な・近時の約款のイメージ〔古典的・伝統的な約款のイメージ〕（539頁）と異なる」と対比すると、……定型取引という中間概念が置かれたほか、不特定多数の者を相手方とする取引を想定する場合に限定されたこと、契約内容の画一性が契約の当事者の双方にとって合理的なものである旨の限定が付加されていることが特徴的であり、いずれも、中間試案から約款の範囲を限定するものとなっている」（540頁）と捉えうえて、「改正法案の規律が妥当する『定型約款』はかなり狭いものとなるように思われ、少なくともそのような余地を残した定式」（543頁）という。

- (11) ここで、2つ論じたい。第1に、「条項の総体」という定義の仕方について、第2に、中心条項や附随的条項についてである。

第1に、定義の「条項の総体」は、中間試案第30の1を引き継ぐ。山本（豊）〔2014〕は、それにつき、「約款を条項の塊のように捉えるから、条項の個別交渉という事情が約款の定義レベルでは問題とされない……先行の立法提案・立法例〔約款（allgemeine Geschäftsbedingungen）も定型条項（standard terms）も複数形〕等が契約条項に焦点を当てた定義を採用しているの」と対比して、中間試案の定義の特色」（32頁、同頁注14）と捉え批判し、「約款条項の集積」（34頁）を提案する。理由は、「(a)『交渉による修正が予定されているもの』と(b)そうでないものがある場合もある」（同頁。記号は、引用者）



る。

この定義に該当しない、定型約款ではない約款（以下、特に断らない限り、約款という）があり、これによる契約は、単に約款による契約である。したがって、契約には、契約一般、約款による契約、そして定型約款による契約があることになる（「三層の規律（沖野 [2015] 543 頁）<sup>(12)</sup>」。図1）。

定型約款の組入れは、「定型取引を行うことの合意（「定型取引合意」）（548 条の2 第1 項）である。この定型取引合意の効果は、「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。」（548 条の2 第1 項柱書）で

からだという。

しかし、筆者は、疑問である。(a)はひな形であり、(b)は定型約款であって、山本豊の主張は、改正民法の規定においては、概念上の混乱となる。

第2は、約款規律の対象の問題であり、定義の問題である。約款規律の対象は、中心条項と付随的条項（周辺条項）とを分けたうえで、それは付随的条項だというのが、伝統的な学説だと一般に思われて来た（松本委員 98 回 8 頁。同 85 回 35-36 頁も参照。河上 [2014] 101 頁も参照）。中間試案段階では、見解が分かれているので、解釈に委ねるとされていた（民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明第 30 の 5（補足説明）2、377 頁）。なお、「債権法改正の基本方針」【3.1.1.32】も同様であったがこれに関して、山本（豊）[2010] 91 頁を見られたい。

当該の問題につき、部会資料 7 5 B が審議された部会 85 回において、事務局から、定義上は中心条項と周辺条項の区別はないと回答された（村松関係官 36-37 頁。同 98 回 20 頁も参照）。筆者も、改正民法の定義には、価格やサービス内容の変更など中心条項も含まれると理解する（吉川（衛）[2014] 47-48 頁）。横山 [2013] は、「中心的部分とそれ以外の区別という考え方は、〔携帯電話等の通信契約に見られる〕現代的約款にどれだけ妥当するかについて、なお議論の余地がある」（11 頁）という。

- (12) 沖野 [2015] は、定型約款ではない約款については、「定型約款の規律の類推適用[か] ……従来の約款法理を基礎とする[か]」（543 頁）と問い、後者になるのが、今後の課題として「定型約款の規律のうち定型取引ゆえに妥当する部分がどれであり、定型取引にとどまらず約款一般に妥当しうる考え方が何か ……従来の約款法理がどのような変容を受けることになるのか」（544 頁）を説明すべきだと指摘する。

あり、その要件には、合意、表示<sup>(13)</sup>や、公共サービス等の取引類型に関する公表という3類型がある(548条の2第1項1号、2号、特例規定。また、548条の3)。

### 定型約款のみなし合意

規定の説明が見出しである。改正民法において、548条の2のそれは「**定型約款の合意**」<sup>(14)</sup>であるが、その意味するところは、**定型約款のみなし合意**<sup>(15)</sup>である。

そこには、法制審議会民法(債権関係)部会(以下、部会という)の部会資料8 3-1(要綱仮案(案))や同8 6-1(要綱案の原案(その2))の補充説明がいう、特色と特殊性が反映されている。すなわち、「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」<sup>(16)</sup>、すなわち、take it or leave itがあり、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」<sup>(17)</sup>、すなわち、みなし合意がある。つまり、契約当事者の現実の個別合意なくして行われてい

---

(13) 正確には、後に本文で論ずるように、「定型約款を契約の内容とする旨の表示」(定型約款による旨の表示)である。

(14) 民法の一部を改正する法律案548条の2の見出し。

(15) 筆者が「定型約款のみなし合意」というのは、部会資料8 8-1(要綱案(案))第28の2の見出しが「定型約款についてのみなし合意」であり、これと本稿注(14)で記したものとを、明示の根拠としては参考にしたものである。

(16) 部会資料8 3-2(要綱仮案(案)補充説明)第28の1(説明)(2)、38頁。本文のことは、いいかえれば、そのことが、日常的に必要な商品やサービスの場合には、事実上強制されているということである(星野[1986]237-38頁)。

(17) 部会資料8 3-2(要綱仮案(案)補充説明)第28の2(2)(説明)40頁、同8 6-2(要綱案の原案(その2)補充説明)第28の2(2)(説明)3、4頁。

るのが、定型約款による取引である<sup>(18)</sup>。

ところで、立ち入って考えたいことがある。改正民法が定型約款の規律を有さねばならない理由である。それは、「『一対多』という約款による取引が持つ特性（内容の画一性・大量取引性）を見据え」（沖野 [2015] 535 頁）れば、その先に、約款による取引は、取引コストが節約され合理的であるが、一定の場合には、そのような特性がもたらす、take it or leave it という特色と、みなし合意という特殊性が認識されるがゆえにである（吉川（衛）[2014] 4 頁参照）。そして、この一定の場合を画したものが、定型約款という定義である。なお、既に、「中間試案では、……大量性とか画一性という約款の性質に配慮」（潮見ほか [2013]（下）37 頁（笹井発言<sup>(19)</sup>））することはなされている<sup>(20)</sup>。だが、沖野の新しさは、それを「一対多」という問題意識で捉えたところにある<sup>(21)</sup>。

さて、そのみなし合意の論理の帰結（コロラリー）が——筆者はそのように考えるのだが——、定型約款の個別の条項の内容的限界づけである（548 条の 2 第 2 項）。

このように、定型約款の組入れ規制と内容規制（内容的限界づけ）とは、

---

(18) 定型約款ではない約款による契約も、当事者の個別合意なくして行われているがゆえに、約款による契約なのだ、筆者は考える。当該の約款のなかで個別交渉が予定されている部分は、概念的にひな形である。改正民法の規定は、そのような理解へと影響を及ぼして行くのではないか。山川幹事（山川隆一東京大学教授）85 回 31 頁、村松関係官同回同頁、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）85 回 41 頁、村松関係官同回 42 頁、山川幹事 87 回 14 頁、村松関係官同回同頁などが参考となる。

(19) 笹井朋昭（法務省民事局付）は、本文の発言に先だち、相手方の知る機会の確保と合意が、中間試案の組入れ要件だ（潮見ほか [2013]（下）37 頁）と述べている。

(20) なお、「債権法改正の基本方針」における約款の定義「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をいう」【3.1.1.25】と「個別の交渉」につき、山本（敬）ほか [2009]（上）33-35 頁（横山美夏発言）参照。

(21) 沖野幹事（一橋大学教授）11 回 6 頁、本稿注(6)の第 1 など。また、吉川（衛）[2014] 注 7、8、9、および対応する本文参照。

改正民法において、融合<sup>(22)</sup>ではないが一体化している。一体化とは、喩えて言えば、二枚のものを合わせて一枚とした、そのものの表と裏の関係である。念のために言うが、一枚のものの表と裏の関係ではない。つまり、融合したものではない。

そのことを、2点にわたり、これは一連の規定の要の箇所であるので、やや詳しく論じたい。第1に、548条の2第1項2号と、548条の3との関係についてである。これを踏まえて、第2に、548条の2第1項と同条2項との関係について論じたい。

### 定型約款の内容の表示に関する請求構成

第1は、定型約款の内容の表示に関する請求構成の問題である。これは、部会審議における最大の争点の1つであり<sup>(23)</sup>、「部会での合意形成という観点から〔の〕……取りまとめの方向」(筒井幹事<sup>(24)</sup>)部会93回26頁)を示す問題である<sup>(25)、(26)、(27)</sup>。

(22) 潮見幹事98回15頁。また、河上〔2014〕98頁参照。

(23) 民法改正法案提出の理由を見られたい。

(24) 筒井健夫法務省大臣官房参事官。参事官とは、平たくいえば、課長である。課長は、組織の要である。経営トップの意思決定を日常業務に落とし込み、現場を動かす者だからである。また、課長は、現場の声を集約して上に伝え、現場を教育し、関連する部や課との協力・調整などを行う。

(25) 部会93回では、部会資料81Bに基づく激しい議論がなされた。肝心な箇所であるので、詳しく引用する。

潮見幹事は、「基本的に契約で約款になぜ人が拘束されるのかということを考えてときに、相手方の意思というものを抜きにしてその約款への拘束などということを考えるというのは無理ではないか……78Bがギリギリ……今回のこの案を見たところでは、……基本的な枠組みというものが完全に変質してしまっている / ……民法理論とそごを来すのではないか……私は賛成できません」(18頁。傍点は引用者。以下同じ)と主張する。

また、山本(敬)幹事(山本敬三京都大学教授)も、「本来は、約款によるという合意が必要であって、そしてその前提として、契約内容を見ようと思えば見られる状態にすること、原則として開示が必要であるということが出発点

だったはずですが、それだけではいけない場合が、取り分け公共交通機関の約款などを見ればあるということは従来からも認められていて、それをどう表すかということが課題になっていた／……〔しかしながら〕開示に当たる要件をここまで、開示とすら全く言えないようなものにまで上げるとするならば、何人かの方がおっしゃっていましたように、これはもう維持できない」（19-20頁）という。

しかし、たとえば、高須幹事は、5年に及ぶ改正作業のなかで、約款による取引は、契約一般の1対1ではなく、1対多数のものであって、すなわち「通常の契約法理と同列に論じることのできない異質なものであるということが明らかになってきた……これはこのメンバーだけではなくて、この法制審議会の審議の内容を見守っている多くの法律家や、その他にもいろいろな方が同じような意見を持ったような議論の経過ではなかったかと思えます」（23頁）と主張した。

- (26) 部会 99回では、山本（敬）幹事が、「今回は、全体のコンセンサスを得るためにやむを得なかったとはいえ、本当にこれで問題がないのかどうか、近い将来にもう一度見直すことが必要である……とりわけ『3 定型約款の内容の表示』を2の組入れ要件から基本的には切り離れたというところがやはり大きな異論の余地のある部分ではないか」（10頁）と、改めて指摘している。

これとの関連で、松本委員の「シュリンクラップ契約を完全に有効化しようとすることになりかねない……消費者契約法においては、少なくともシュリンクラップ契約を完全に有効とするようなものにならないような特則を置かなければならない」（12頁）との発言がある。

民法と消費者契約法について、かねてより部会 89回（H26.5.27）において岡田委員（岡田ヒロミ消費生活専門相談員）より、消費者の立場から発言があった。すなわち、「消費者契約法の大きな柱が約款規定……裁判の場では機能しない……それは民法の中に根拠となる規定がないからだとも私は思っています。民法の中に消費者契約法に沿ったような規定を入れろとは言いませんが、少なくとも約款の基本的な定めは入れていただきたい。その上で、消費者契約法の約款規定をより充実させてもらいたい」（36頁）という。岡田委員から、99回 12頁で再度の発言がある。

- (27) ここで、学説を引用しておく。河上〔2015〕は、548条の3に相当する規律につき、「その正当化根拠は明らかでない」（83頁）と批判する。

また、沖野〔2015〕は、「改正法案の採用要件からの事前開示の切り離しが生む『問題点』への対応として、改正法案の下でも、……消費者・消費者契約といった相手方の属性等に応じた特則は別途考えられる（改正法案がそれを排

定型約款を契約の内容とする旨の表示（以下、特に断らない限り、定型約款による旨の表示という）の問題（548条の2第1項2号）と、定型約款が契約の内容となるかの問題とは別であり切斷されている。けだし、規定は、「定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法でその定型約款の内容を示さなければならない。」（548条の3第1項本文）ということとどまっているからである。

つまり、定型約款の内容の表示に関する請求構成である。これをいいかえれば、定型約款準備者が定型約款の内容を相手方に開示<sup>(28)</sup>しなければ、

---

斥するわけではない）」（586頁）という。

さて、河上正二は、何故、疑問なのだろうか。それは、筆者には、河上が、契約形成は、意思自律のみだという考え方から、いったん抜け出そうとしないからではないかと思われてならない。比較的最近たとえば、山城一真は、契約形成原理には、意思自律と信頼があると言い（山城 [2014]、本稿注(125)参照）、また、原田大樹は、意思自律を不可欠の前提としない思考を展開している（原田 [2008]、本稿注(58)参照）。内田貴は、つとに關係的契約や制度的契約を論じていた（内田 [1990]、[2010]、本稿注(58)参照）。

筆者は、改正民法の規定につき、部会のコンセンサス方式に基づき生み出された、所与のものだとして、これを契約説の立場から捉えようとするものである。

山下（友）[2015a]（初出、2013年）は、「組入要件として約款内容の開示……を厳格に設定するという規律は過剰規律として疑問となる」（336-37頁）とし、「組入要件を緩和すべき事情を類型的に整理した上で、約款内容の開示要件の緩和を検討すべきである」（341頁）と主張していた。

- (28) 開示の意味につき、沖野 [2015] 561-63頁は、精緻に分析し「当該相手方が約款を構成する全契約条件を知ることができるようにすることを『(定型)約款内容の開示』」（563頁）と呼ぶ。なお、「開示」が求められるのは、約款を契約内容に組み入れるための手続き保障だと考えられている（河上 [1988] 252頁、山下（友）[2015a] 336頁、横山 [2013] 7頁、沖野 [2015] 535頁参照）からである。また、「約款による契約の解釈にあたって顧客に約款による意思表示の意味を帰責しうるための要件が、約款が拘束力を有するための開示の要件の最小限となる」（上田 [2003] 280、289頁）という。

定型約款が契約の内容にならないのではない、ということである<sup>(29)</sup>。

当該の法律構成は、中間試案とは異なる。中間試案第30の2には、「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。」と定められていたからである<sup>(30)</sup>。

### 定型約款の内容規制（内容的限界づけ）

このような、定型約款の内容の表示に関する請求構成は、第2のことだが、次のことをも示すものだと、筆者は考える。合意、または、上記のような表示や公表がなされて、みなし合意がされたとしても（548条の2第1項）、これは「希薄な合意」<sup>補論</sup>（岡委員<sup>(31)</sup>と筒井幹事の発言（部会71回7頁）<sup>(32)</sup>）

部会において、市場と開示につき、山野目幹事（山野目章夫早稲田大学教授）から、表示に関わる規制は、市場整備だとの指摘（部会85回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）があった。

三枝 [2005] は、「同業他社が存在し、〈市場〉が観念できる場合は、……開示に実質的な意味を伴うことも十分ありうる」（5・完）245-46頁注481頁）と論じていた。また、河上 [1988] 156頁も社会的監視と約款使用者の自己抑制をいう。

- (29) 「『約款』の開示は、それによって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も必ずしも大きな効果を期待できない」（部会資料75B第3の2（説明）12頁）。そこには、費用対効果分析がある。それは、*Fiat iustitia, et pereat mundus* の世界観と異なる。

また、内田 [2011] 181頁は、約款の問題は、そもそも「市場の失敗」の事例だという。

- (30) 中間試案では、「開示と同意（合意）とが約款が契約内容となるための両輪」（沖野 [2015] 563頁）という。ただし、その合意につき、本稿注(32)も見られたい。中間試案は、「現行実務を踏まえた柔軟な提案」（足立 [2012] 18頁）との意見がある。

- (31) 岡正晶弁護士（第一東京弁護士会所属）。

- (32) 中間試案につき、「この〔同第30の2の〕合意は必ずしも明示的な合意であ

であって、定型約款の個別の条項は、「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」（吉川（衛）[2014] 5頁）。それゆえ、定型約款の個別の条項から、そのような不意打ち条項や不当条項を「除外<sup>(33)</sup>」しなければならない（図3参照）。

そのことを定めているのが、548条の2第2項である。すなわち、「前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、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、その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第1条第2項に規定する基本原則〔信義則<sup>(34)</sup>〕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については、合意をしなかったものとみなす。」という。これは、定型約款の個別の条項の内容的限界づけにはほかならない（吉川（衛）[2014] 90頁）。

要するに、定型約款の内容の表示に関する請求構成と定型約款の内容的限界づけとは、表裏一体のものである。的確にいえば、定型約款の内容の表示に関する請求構成と、定型約款の個別の条項の内容的限界づけとは、表裏一体の関係にある。それは、二枚あわせて一枚としたものの表と裏の

---

る必要はない」（中間試案（概要付き）129頁）という。

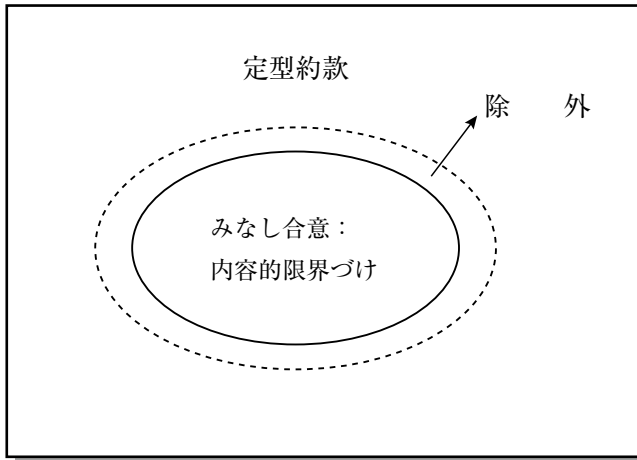
(33) 部会資料8 3-2第28の2(2)（説明）、40頁、同8 6-2第28の2（説明）3、4頁。

(34) 信義則が採用された理由は、たとえば「相手方の認識の程度を加味した上で当該条項の不当性を広めに判断するという……裁判実務の運用〔を踏まえ〕……最も包括性・抽象性の高い指導的理念を示した条項である信義則によることとするのが適切である」（部会資料8 6-2要綱案の原案（その2）補充説明第28の2（説明）3、3頁）からである。また、中田委員98回28頁（本稿注(53)に対応する本文）参照。

なお、信義則については、部会審議の最終段階においても、佐成委員（佐成実東京瓦斯株式会社総務部法務室長）の「公序良俗の中の市場公序」（部会98回4頁）という独特の理解と、他の委員や幹事との間で、なお激しい論争があった（たとえば、山本（敬）幹事7頁、鹿野幹事（鹿野菜穂子慶應大学教授）11頁、能見委員14頁、潮見幹事16頁、山野目幹事20頁、中田委員28頁など参照）。



図3 改正民法（要綱仮案（案））



（出所）吉川（衛）[2014] 図5を一部修正。

関係である。

かくして、改めて指摘するが、改正民法の規定においては、定型約款の組入れ規制と内容規制（内容的限界づけ）は、一体化している。しかしながら、これは、単一ロジックだと批判される（松本委員<sup>(35)</sup> 98回8頁<sup>(36)</sup>）。

以上のような、組入れ規制と内容規制（内容的限界づけ）を一体とする考え方は、従来の、約款の組入れ規制と内容規制を切断してきた、50年以上に及ぶ約款法学のあゆみの到達点<sup>(37)</sup> に反する（山本（敬）幹事 98回7頁<sup>(38)</sup>）という。

(35) 松本恒雄独立行政法人国民生活センター理事長。

(36) 単一ロジックとは、「信義則による組入規制であるとともに内容規制」（松本 98回28頁）だという。

(37) たとえば、河上 [2014] 97-98頁参照。なお、鹿野 [2015] 1827頁も参照。

(38) 同旨、大村幹事（大村敦志東京大学教授）98回13頁。

## 定型約款の変更

到達点に反するという問題は、ひとまず措き、ここで一連の規定の最後のものを取り上げよう。

ところで、定型約款の相当数のものは、継続的取引において用いられるものである。継続的取引は、持続可能なビジネス<sup>(39)</sup> でなければならない。このために求められることの1つが、取引を行っている経済社会の相当の変化に伴う取引条件の変更である。しかし、それは、厳格な要件のもとで認められるものでなければならない<sup>(40)</sup> と、いちおう言える。

規定をみると、定型約款の変更は、実体要件につき、**変更条項の有無を問わず<sup>(41)</sup>**、「相手方の一般の利益に適合するとき」(548条の4第1項1

(39) ビジネス (business) につき、ここでは、事業、すなわちライセンス等の対象になることもある事業という意味で用いている (吉川 (衛) [1989] 6 頁)。事業という用語は、多義的であり、産業 (industry) や企業 (enterprise) を含む (同論文同頁)。

このビジネスを持続可能とするためには、企業は経済活動を行うだけでなく、環境や社会の問題を解決し、かつ成果等につき利害関係をもつ人々 (ステークホルダー) に説明する責任がある (吉川 (衛) [2007] 7-8 頁、吉川ほか [2010] 8、14-26 頁参照。最近のものとして、八木 [2011] 参照)。むろん、顧客は、ステークホルダーの一員である (吉川 (衛) [2007] 図 1-2 参照)。

ここに、持続可能などは、周知のように、Sustainable Development にゆらいする。この点、こんにち 2015 年 9 月に国連で採択された 2030 アジェンダのなかで示された持続可能な開発目標 (Sustainable Development Goals: SDGs) が、企業の持続可能性を考えるうえで注目されている。

(40) 青山大樹は、「当初の組入要件と比較して考えたときに、変更後約款の内容は知りようがない分の埋め合わせといえますか、プラスアルファの要件が必要」(青山ほか [2012] (中) 44 頁) という。

部会における実務の認識について、部会資料や、内田委員、村松関係官の発言 (本稿注(III)、および対応する本文) 参照。

(41) この変更条項の有無を問わないという要件は、最終の部会 99 回において部会資料 88-1 に基づき審議・決定されたものである。それに至るまでの委員や幹事らの意見、および部会資料の変遷は、まことに興味深いものであった。変更条項の有無を問わず定型約款の変更が可能とすべきだと主張する筆者の

号)<sup>(42)</sup>、または「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、この条の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及び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」(同項2号)<sup>(43)</sup>に限定されており、かつ、手続要件として、1項各号の「とき」によりやや異なるが「周知」(同条2項、3項)が求められる。

このような場合においてのみ、「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があったものとみな[す]」(548条の4第1項柱書)。そうして、そのみなし合意の論理の帰結として、変更後の定型約款の条項につき内容規制(内容的限界づけ)が行われるが、この要件は、定型約款の組入れの場合の内容規制(内容的限界づけ)と対比して、いっそう厳格なものであるべきである。

それは、改めていったい何故か。定型約款の組入れ規制のみなし合意が、希薄な合意であるのに対して、定型約款の変更に関するみなし合意は、筆者が現実を捉えるに、〈希薄のうえに希薄な合意〉(筆者の造語)だからである。

さて、変更後の定型約款の条項に関する内容規制(内容的限界づけ)の規定をみると、「第548条の2第2項の規定は、第1項の規定による定型

考え方(吉川(衛)[2014]65頁および99-100頁注6)にとって、法務省等、学者や法曹の意見、実務界、とくに経団連推薦委員の見解、そして、内閣法制局の絡み合いは、まことにスリリングなものであった。

- (42) この規定は、内田委員の発言、すなわち「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」(第2分科会5回43頁)場合があるにつき、定式化したものであり、その具体例の1つが、最高裁大法廷判決昭和34年7月8日民集13巻911頁だと、筆者は考えている。
- (43) 山野目[2014]⑩59頁では、通信サービスに即して、規定のそれぞれの文言につき、具体例が記されている。銀行取引における利率変更条項につき、中村[2013]237-38頁、同[2015]参照。

約款の変更については、適用しない。」(548条の4第4項)という。これは部会審議における、定型約款の個別の条項に関する内容規制(内容的限界づけ)と変更後の定型約款の条項に関する内容規制(内容的限界づけ)との関係は、必ずしも明瞭ではないとの指摘をうけたものである<sup>(44)</sup>。

それでは、548条の4第4項の規定は、どのように解釈されるべきか。規定振りは変わり<sup>(45)</sup>、部会で審議された<sup>(46)</sup>が、難しい問題である<sup>(47)</sup>。

筆者は、定型約款の組入れ規制と内容規制(内容的限界づけ)の希薄な合意を、みなし合意の論理として<sup>一</sup>体<sup>で</sup>捉<sup>え</sup>る<sup>も</sup>の<sup>で</sup>あ<sup>る</sup>の<sup>で</sup>、定型約款の変更と変更後の定型約款の条項の内容規制(内容的限界づけ)の〈希薄なうえに希薄な合意〉も、みなし合意の論理として<sup>一</sup>体<sup>で</sup>捉<sup>え</sup>る<sup>こ</sup>と<sup>が</sup>出<sup>来</sup>る<sup>。</sup>

そうであるがゆえに、548条の4第4項の規定は、先ず、548条の2第2項の規定と同一方向(信義則)において捉えるべきである<sup>(48)</sup>。しかし次

(44) 部会資料88-2第28の4(説明)2、6頁。

(45) 部会資料86-1(要綱案の原案(その2))第28の4と、同88-2(要綱案(案))第28の4を対比すると、後者において、前者にはなかった第28の4(4)の規定が新設された。

(46) 部会99回8-10頁において、鹿野幹事、村松幹事、鎌田部会長(鎌田薫早稲田大学総長)が行っている。念のために、事務当局の回答を記すと、「『4』の『(4)』[548条の4第4項]に書いてあります『2』の『(2)』[548条の2第2項]の規定は『定型約款の変更』については適用しないというのは、飽くまでも変更の場面で、このルールに従って実質を審査するということではなくて、『4』の『(1)』の『イ』[548条の4第1項2号]の要件で変更にまつわる事情をもろもろ考慮して合理的と言えるかどうかというのを具体的に判断していく、それから先ほど議論のあった契約目的に反しないという要件を検討していくと、こういう枠組みだということを確認的に規定していく必要があるだろうという指摘を踏まえてこのようにしています。」(村松幹事9頁)である。

(47) 鹿野[2015]は、論じていない。潮見[2015]211頁には、理由づけがない、あるいは不十分だと思われる。

(48) 最判平成13年3月27日民集55巻2号434頁(ダイヤルQ<sup>2</sup>事件判決)の440頁、443頁も、信義則によるべきことをいう。

には、定型約款の変更は、〈希薄なうえに希薄な合意〉に基づくものなのだから、その内容規制（内容的限界づけ）は、548条の2第2項の規定の要件とは、同一方向の信義則であっても、それはいっそう厳格なものであり、したがってこの表現として、異なる要件が求められる。

しかも、筆者の考え方は、繰り返すが、みなし合意の論理であり、定型約款の変更と変更後の定型約款の条項の内容規制（内容的限界づけ）を、論理が一体のものとして捉えることが出来る。そうであるがゆえに、変更後の定型約款の条項の内容規制（内容的限界づけ）は、定型約款の変更に関する548条の4第1項1号、2号の要件で規律されるべきである。

そうして、そのことをネガティブに確認したのが、548条の4第4項の規定だと部会資料88-2の説明、すなわち「定型約款の変更については、より厳格であり、かつ、考慮要素も異なる4(1)各号〔548条の4第1項1号、2号〕の規律による」<sup>(49)</sup>と同様に、結論として、筆者もそのように考えるものである。

しかし、なお立ち入って考えたい。何故、定型約款の変更については、その変更の規定、つまり548条の4第1項1号、2号の要件が、同一要件のまま、変更後の個別の条項の内容的限界づけの要件となるのか。

ここで、(a)組入れ要件と(b)変更要件とを対比したい。(a)合意、表示、公表（548条の2第1項、特例規定）は、形式的なものである。それゆえ、別途、内容的限界づけを受けなければならない（同条2項）。これに対し、(b)一般の利益に適合するや、目的に反せず合理的であるもの（548条の4第1項）は、それ自体として、既に内容的なものである。つまり、変更要件は、それ自体として、既に内容的限界づけ要件なのである。

組入れ規制と内容的限界づけ規制は、一体化したものである。これに対し、変更規制とその変更の内容的限界づけ規制は、その性質上、融合している。

---

(49) 部会資料88-2第28の4（説明）2、6頁。本稿注(46)も見られたい。

喩えて言えば、前者は、二枚のものを一枚としたものだが、後者は、一枚のものそれ自体である。

### 規定のあり方と客観的合意説の位置

かくして、改正民法の規定は、約款の定義、組入れ、内容規制（内容的限界づけ）、変更という自足的な体系をもつ（図1、2参照）。しかし、このような規定のあり方は、民法改正作業の出発点、また、途中においても——吉川（衛）[2014] 2. や 3. で明らかにしたように——そのようなあり方のもものではなかった。

当該の体系は、部会の中間試案がパブリック・コメントをうけて、部会資料75B<sup>(50)</sup> や部会資料83-1（要綱仮案（案））などにより質的に転換され<sup>(51)</sup>、かつ部会最終の99回において、部会資料88-1に基づき取りまとめられたものである<sup>(52)</sup>。

これに先だつ部会資料86-1の規定につき、「今回の規律によってむしろ従来の裁判実務との連続性が保たれるのではないかと思います。従来

(50) この部会資料75Bによって、定型約款の表示に関する請求構成となった。これは、既に吉川[2014] 50-52頁や、先に本文中で論じたように、中間試案の質的転換である。なお、沖野[2015] 564-65頁の分析がある。

同資料につき、部会85回において、松本委員から、それは「行き過ぎで〔あり〕……中間試案……が妥当ではないか」（23-24頁）と批判され、山下委員（東京大学教授）も、「緩くなりすぎている」（43頁）と批判した。詳しくは、吉川（衛）[2014] 50-52頁参照。

(51) 中間試案が、部会資料75Bや同81Bを経て、同83-1（要綱仮案（案））へと質的に転換されたことにつき、吉川（衛）[2014] 50-53頁を見られたい。

部会資料81Bにつき、部会93回において、潮見幹事は、「78Bがギリギリ……今回のこの案を見たところでは、……基本的な枠組みというものが完全に変質してしまっている / ……民法理論とそごを来すのではないか……私は賛成できません」（18頁）と主張している。

(52) 部会資料88-1において顕著なことは、改正民法548条の4第4項の新設とともに、定型約款の変更が変更条項の有無を問わないとされたことである。

から契約解釈や信義則によって解決してきたのを引き継ぐという意味もありますので、その意味でもいい」（中田委員 98 回 28 頁<sup>(53)</sup>）<sup>(54)</sup> や、「多くの人がそれぞれ応分に不満をもった規律というのは評価に値する……何か落ち着きがいいものになった」（高須幹事同 30 頁<sup>(55)</sup>）という評価がある<sup>(56)</sup>。なお、「信義則は、とりわけ日本では極めて広くかつ柔軟に用いられる法原理である」（内田 [2005] 482 頁）という。

部会において、2009 年（平成 21）11 月から 2015 年（同 27）2 月まで実質 5 年 3 か月、足掛け 7 年にわたり審議を積み重ね、かつ、民法改正作業におけるコンセンサス方式（筒井 [2014] 407 頁<sup>(57)</sup>）により、実務との調整

(53) 中田裕康東京大学教授。この発言は、中田 [1994]、同 [2000] の著者に相応しい発言と、筆者には思われる。

(54) 「契約の解釈」について、内田 [2011] 146-47 頁参照。

(55) 高須順一弁護士（東京弁護士会所属）。この発言は、同幹事による、中間試案に関して、一般法に約款の規定がなく、司法府の個別具体的判断に委ねるのは好ましくない（高須 [2013] 34 頁）との指摘や、部会資料 8 1 B の第 3 約款についての「5 年間の改正作業の中で……約款というのは……通常の契約法理と同列に論じることのできない異質なものであるということが明らかになってきた」（93 回 22-23 頁）をうけている。なお、同発言の詳細につき、本稿注 (25) 参照。

高須幹事は、「民法の守護者としての弁護士・弁護士会の使命」（高須 [2010] 63 頁）を強調しており、分科会すべてに出席し、部会と併せて 116 回の会議に出席した（欠席 1 回）という。岡 [2015] 9 頁参照。

(56) 他方で、学説による批判がある。たとえば、河上 [2015] は、「判例の立場〔意思の推定説〕を変更して、かつての約款＝法規説あるいは制度説に大きく舵を切ったかに見える」（83 頁）と指摘する。

しかし、筆者は、本文で論述したように（また、吉川（衛）[2014] 86-93 頁参照）、改正民法の規定は契約説だと考える。

沖野 [2015] は、規定を批判的に検討しながらも、「意思（表示）に拘束力の基礎を置く見解を立脚点とし……契約説」（535 頁）だという。鹿野 [2015] 1820 頁も同旨。

(57) 奥田ほか [2014] 9 頁（松岡発言）も見られたい。

を経たうえで、改正民法の規定は、現実を写し取ったものである<sup>(58)</sup>。

(58) ここで、制定法と契約実務との関係を、2点にわたり論じたい。第1に、内田 [1990]、同 [2010]、同 [2015] に即して論ずる。

筆者は、改正民法の定型約款のコンセプトにつき、内田貴の制度的契約論 (同 [2010]) との高い親和性を感じる。個別交渉の許容が同契約では不公平を生むと主張し、これとの関連で約款を理解する内田の理論 (同書 91、126、168 頁) と、定型約款による取引の特色と特殊性を指摘する、部会資料 8 3-1 (要綱仮案 (案)) や同 8 6-1 (要綱案の原案 (その 2)) の補充説明、そしてこれらに基づく改正民法の規定とは、高い親和性を有するからである。

ところで、内田理論と改正民法の規定とのそれは、原田大樹の指摘からも言える。原田は、内田 [2010] に所収される内田 [2008] に対する行政法学からのコメントのなかで、次のようにいう。

すなわち、原田 [2008] は、民営化をめぐる制度的契約論に関して、公法・私法に通底する契約内在的な規範を示したものであり (116 頁)、法関係の内容形成につき、個人の意思の自律 (120-01 頁) を従来とは異なり不可欠の前提としない理論 (123、128 頁) とまず捉え、2つのことを導く。1つは、制度的契約における法関係の内容形成は、「合意」による、すなわち法関係を生じさせることを双方が承諾することだという把握である (123 頁)。

いま1つは、法関係の内容形成における個人の意思の自律をカウンターパートとした行政法学のアイデンティティ構築の困難さの指摘である (116、123 頁。原田 [2013] 22 頁も参照)。しかし、これは、民営化につき、「規制のための法技術」の蓄積が行政法学の1つの使命だとして、その克服を主張する (124、128 頁。なお、118 頁)。

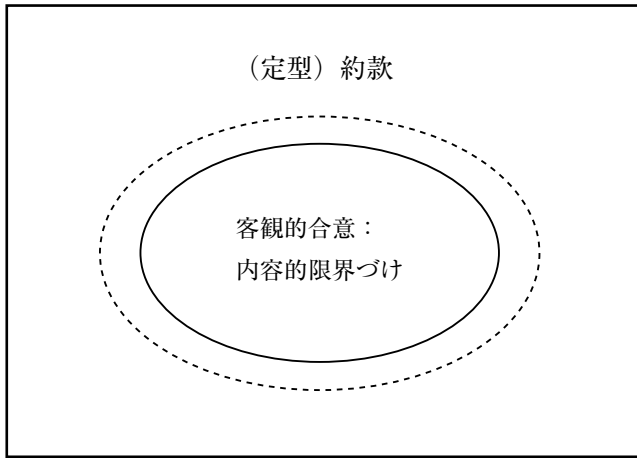
原田大樹による制度的契約論の把握は、制度的契約論と改正民法の定型約款の規定とが高い親和性をもつことを見事に示す。定型約款による取引は、take it or leave it という「特色」(部会資料 8 3-2 第 28 の 1 (説明) (2)、38 頁) をもつものだからである。

また、筆者はかつて、関係的契約論に関する内田 [1990] につき、「契約規範を、実定法を代表とする契約外在的規範と、契約実践の生ける法としての契約内在的規範という二元構造において捉える関係的契約理論は、関係的契約のあるところその内在的規範が存在し徐々に実定契約法のなかに進出しつつあると認識するものであって、この理論の想定する契約規範の二元性は、継受法と生ける法の二元構造を有する日本に適合的だとされて、刺激的かつ壮大である」(吉川 [衛] [1992] 98 頁注 4) と評した。

ところで、制度的契約論は関係的契約論と、「『関係的契約』概念は、……



図4 客観的合意説



(出所) 吉川 (衛) [2014] 図3を一部加筆。

『取引的契約 / 制度的契約』の対概念」(内田 [2010] 94-95 頁) の関係にある。そうであるならば、筆者が内田 [1990] につき指摘したことは、同 [2010] についても言えるのであって、(定型) 約款による取引を含めての制度的契約の契約内在的規範が徐々に制定法に「進出」したのが、足掛け7年の99回に及ぶ部会のなかの当該の審議であり、その結晶が改正民法の規定であったと言えることができるであろう。

このような制度的契約等の制定法への反映につき、内田 [1990]、同 [2010] と問題意識を共通にしつつ、さらに大きく日本の法や法学の歴史的あり方を、世界の法や法学のそのあり方のなかで対象化して捉えようとするのが、同 [2015] である。内田が近年論ずるものの鋭さ、深さ、広がり感に感銘を受ける。

第2に、立法担当者の部会発言を取り上げたい。

定型約款による取引の特殊性をいう、上記の、部会資料83-1や同86-1の補充説明に、後日、繋がる発言だと筆者は考えるのだが、村松関係官は部会87回(H26.4.22)において、「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ふしかない……約款取引の実務をうまく法的に位置付ける」(25頁)という。制定法と契約実務との関係につき、立法担当者の問題意識は、判例を含めて(筒井ほか [2015] 19頁参照)、「約款取引の実務をうまく法的に位置付ける」(部会87回25頁)ことにあるということが、典型的に表れた箇所だと筆者には思われる。

このような流れの一端に、筆者の客観的合意説（図4参照）は位置づけられるのではないかと、筆者は思うものである（吉川〔衛〕[2014] 93頁）。

さて、潮見幹事<sup>(59)</sup>は、「組入規制と内容規制を融合するルールについても、これは先祖返りだと思っているんです」（98回15-16頁）と批判する。そうすると、改正民法のロジックには、先祖があったことになる。もし仮に、その先祖の一人が筆者であった（河上〔1988〕<sup>(60)</sup>補論とすれば<sup>(61)</sup>、まことに光栄なことである。筆者の考え方が、改正民法のロジックを先取りしていたということであり、これは学者冥利に尽きる。

はたして、如何であろうか。

もっとも、改正民法の規定のあり方は、先祖返りだろうか。筆者には、それを超えたものだと思われる。当該の規定のあり方は、約款による契約の、その一部（定型約款による契約）ではあれ、時代を超えた深層の基本構造を捉えたものだと、筆者は考えるからである<sup>(62)</sup>。

---

(59) 潮見佳男京都大学教授。

(60) 河上〔1988〕は、吉川の論考に対し、「吉川説では拘束力の根拠についての法的構成から内容の限界に至るまで一貫した理論づけが可能とされるわけである。……従来の約款本質論が主観的意思を克服するために、『約款による』という包括的な、いわば白地の意思の存在を考えたのに対して、吉川説はさらにこの包括的な白地の意思に客観化された具体的内容を盛り込むことによって同意の範囲に一定の枠を設け、約款設定者からの一方的な約款内容の押しつけを阻もうとしている。論理的なフレームとしても非常に整っており」（85頁）、「現在のところ体系的に最もまとまった研究」（95頁注160）であり、「特筆される」（194頁注46）と評した。

(61) むろんのことながら、筆者の考え方に対しては、批判や指摘がある。これらについては、稿を改めて論ずる。ここでは、一言だけしておく。それらの批判や指摘は、改正民法がいう定型約款による取引が有する特色や特殊性（本稿注(16)、(17)、およびそれらに対応する本文参照）を思うならば、私見の客観的合意説に対する適切な評価ではないのではないかと、筆者には思われてならない。

(62) 筆者の考え方（吉川〔衛〕[1978]、同〔1980a〕）も、ある時代の特定の状況についてではあったが、そこを深掘りすることによって、約款による契約の、

### 規定のさらなる解釈のあり方

改正民法の規定の解釈は、どのようにしてさらに深めて行くべきか。2つのことを論じたい。1つは、規定についてのこれまでの解釈の総括である。総括として、外在的観点と内在的論理が得られた。すなわち、定型約款による取引は、1対不特定多数<sup>(63)</sup>（1対多数ないし1対多<sup>(64)</sup>）だという外在的観点と、定型約款のみなし合意という内在的論理である（図3）<sup>(65)</sup>。

いま1つは、定型約款のそののみなし合意の論理につき、改正民法の規定の解釈をさらに深めて行くべき方向として、筆者には1つの主張があることである。定型約款による契約は、個別の取引だけでなく、個別の取引からなる集団の取引でもある。いいかえれば、この取引には、空間的な広がりがあり、定型約款による取引の特色と特殊性を色濃く有する。定型約款準備者と相手方との「定型取引合意」（548条の2、548条の3）は、希薄な合意であり、それらの側面をうけて、主観的意思と、筆者のいう客観的意思に基づく客観的合意（同意）とからなると言うものである。

また、定型約款による契約のなかの継続的取引には、空間的な広がりだけでなく、時間的な広がりがある。これは、持続可能なビジネスでなければならない。そこでの「定型約款の変更」（548条の4）に関する合意は、〈希薄のうえに希薄な合意〉であって、ここには、上記とはやや異なる、主観的意思と、筆者のいう客観的意思に基づく客観的合意とがある。このように、筆者は考えている。

---

その一部（改正民法の定型約款による契約に相当するもの）ではあるが、その深層の基本構造をそれなりに捉えたものであったのではないだろうか。

ビートルズ（1962-1970）を、大阪は彩都のキンダーキッズの幼児たちが、いま歌っている。これは、ビートルズの歌が、かれらの、カール・G. ユングのいう普遍的無意識にうったえかけるからだろう。

(63) 改正民法 548 条の 2 第 1 項は、「ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引」と定めている。

(64) 吉川（衛）[2014] 100 頁注（8）、沖野 [2015] 535 頁参照。

(65) 吉川（衛）[2014] 4 頁、29 頁も参照。

以下で、定型約款の組入れ、内容規制（内容的限界づけ）、そして変更在即して、その主張を展開することとしたい。

## 第1節 定型約款の組入れ

### —「定型取引合意」（合意と表示と公表〔特例規定〕）

定型約款の組入れは、「定型取引を行うことの合意（「定型取引合意」）」（548条の2第1項）であり、この規定の意味するところは、定型約款のみなし合意である<sup>(66)</sup>。このことにつき、大きく3つを取り上げる。その1として、「定型取引合意」について、細かい経緯は注に付し<sup>(67)</sup> 端的に、要件と効果を論じたい。要件には、特例規定も含めると3つの類型があり、効果は1つである。

要件の第1類型は、「合意」である。希薄な合意である定型取引合意をした場合であって、「定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき」（同項1号）である。これは、たとえば一方で、「当事者が合意をしてサインをした」（内田〔2011〕180頁）場合である。具体的には、たとえば、損

---

(66) プロローグ「定型約款のみなし合意」、とりわけ本稿注(15)参照。

(67) 要綱案の原案（その2）において、要綱仮案（案）が基本的に維持され、改正要綱となり改正民法となった。要綱案の原案（その2）において、定型取引合意（定型取引を行うことの合意）をした者は、次の場合に、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される。すなわち、第1に、「定型約款によって契約の内容を補充することの合意をしたとき」（部会資料86-1の第28の2(1)ア）であり、第2に、定型約款準備者が「あらかじめその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ていたとき」（同イ）である。

改正要綱・改正民法では、第1に、「定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき」（改正要綱第28の2(1)ア、改正民法548条の2第1項1号）であり、第2に、定型約款準備者が「あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき」（改正要綱第28の2(1)イ、改正民法548条の2第1項2号）である。

害保険業界において見られる、重要事項<sup>(68)</sup>は事前に説明され「合意」したが、定型約款は契約締結後に送付される場合である（内田同書183頁、山下（友）[2015a] 339頁参照）。いま一方で、黙示の合意や、民法92条に基づく慣習に従い認められる場合である（沖野[2015] 559頁注43）<sup>(69)</sup>、<sup>(70)</sup>。

第2類型は、「表示」である。当該の場合であって、定型約款準備者が「あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき」（同項2号）である。わかり易くいえば、定型取引合意に先だち定型約款が個別に表示されている場合である（村松幹事<sup>(71)</sup> 98回22頁参照）<sup>(72)</sup>。

548条の2第1項2号の「表示」につき、「それに異議が述べられなかったという消極的な場面なのだけれども、それを要件として立てて証明等をしていくというようなものとしては、想定されていないのだといったような解釈や説明というのがされていくのではないか」（沖野幹事<sup>(73)</sup> 98回18頁）

(68) 重要事項につき、本稿注(140)参照。

(69) 沖野[2015]は、民法（債権法）改正検討委員会編[2009] 88、91頁や山下（友）[2015a] 335頁を引用しつつ、「合意」は、黙示の合意を超えて民法92条に基づく慣習に従い認められる場合を含むかと問題提起し、あり得るが、しかし同種事業のB to Bで標準約款を用いる場合等ごく限定的だという（559頁注43）。

筆者も、特定の定型約款準備者の特定の定型約款（本稿注(6)参照）が、そのような特定の約款によるという慣習に合致するものであれば、あり得ると考える。なお、「実務的な感覚からすると、92条が問題になる事案はめったにな[い]」（沖野ほか[2013] 19頁（深山発言（深山雅也弁護士（第二東京弁護士会所属）））という。

(70) 部会資料86-1につき、事務当局より、「ア〔改正民法548条の2第1項1号に相当〕の方はむしろ取引の合意の後に約款による補充の合意をすることもあり得るという前提だ」（村松幹事98回22頁）と説明されている。

(71) 村松秀樹法務省民事局参事官。

(72) なお、組入れ要件と切り離された形での、548条の3が定める定型約款の内容の表示に関する請求構成については、プロローグで記したが、部会において激しく議論されてきた。本稿注(25)、(26)参照。

(73) 沖野眞已東京大学教授。

との発言がある（沖野〔2015〕551頁<sup>(74)</sup>。同旨、鹿野〔2015〕1821、1824頁）。

第3類型は、公共サービス等の取引類型の定型約款に関する特例規定という「公表」である<sup>(75)</sup>。定型取引合意をする前に、その定型約款を契約の

(74) 沖野〔2015〕547-51頁は、本文のことを緻密に分析し、548条の2第1項が「契約説に立脚する」（同551頁）ことを主張する。

また、改正民法は、特例規定も含めて「多元説によっていない、あるいは多元説において行政法規の存在により約款に法規範性が認められる場面を極めて限定している」（同552頁）という。

沖野はさらに、「表示していた」の内容につき、次のようにいう。沖野〔2015〕の実践的に最も重要なポイントであり、長くなるが引用しておく。すなわち、「二号の表示は個々の契約の締結に際して、相手方の認識を確保する形で示される必要がある。例えば、店舗に表示されているという場合、相手方が見るとは限らないのだから、それだけでは二号の『表示していた』には当たらないだろう。また、相手方が署名する書面に特定の定型約款が契約内容となることが記されているような場合にも、相手方が認識する形で記されている必要があり、文書中に一行記載されているというような隠蔽効果のある形では二号の『表示していた』には該当しないだろう。……これに該当しないときの効果……個別条項合意擬制〔同546頁〕が働かないから、定型約款は当該契約の内容とはならない。」（555-56頁）という。

(75) 要綱仮案（案）において、第2類型の「表示」であっても困難な取引のなかで、「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」（部会資料83-1の第28の2(1)（注））、すなわち公共サービス等の取引類型のものについては、「公表」との特例規定を設けることとされた。

要綱案の原案（その2）においては、当該の注に相当する文言は、案文としては取り上げられていない（なお、部会資料86-1の第28の2(1)参照）。しかし、民法の一部を改正する法律の施行に伴う整備として、当該の特例規定は、民法以外の法律において設置する予定であり、2015/01/20現在で、関係省庁と検討・調整中であるという。そして、具体的な検討対象として、①鉄道・軌道・バス等による旅客の運送に係る取引、②高速道路等の通行に係る取引、③郵便事業や電気通信事業関係の取引などが挙げられている。部会資料86-2（要綱案の原案（その2）補充説明）第28の2（説明）2、2-3頁参照。

改正民法については、本文で鉄道営業法18条ノ2に則して論ずるように、「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」のなかで、民法548の2第1項の規定の適用に付ては、同項第2号中「表示して

内容とする旨を相手方に「表示し、又は公表していた」（たとえば、鉄道営業法18条ノ2<sup>(76)</sup>）ときである。わかり易くいえば、定型取引合意に先だち定型約款の「個別の表示は……しなくていいよ」（村松幹事98回22頁）である。

これら3種類のいずれかの要件が満たされると、「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〕」（548条の2第1項柱書）という1つの効果が発生する（村松幹事98回22頁参照<sup>(77)</sup>）。いうならば、八岐大蛇にならっていえば、三岐大蛇である。つまり、頭は3つ（要件の種類）だが、胴体と尾は1つ（効果）である<sup>(78)</sup>。

ところで、「公表」とは、何だろうか。定型取引合意に先だち、その定型約款を契約の内容とする旨の公表は求められるが、しかし、その個別の表示まではしなくてよいというのは、具体的に、いったい何か。

筆者は、旅客鉄道事業を営む幾つかの企業の駅の掲示物につき、2014年（平成26年）の夏から翌年の春にかけて学生とともに、また単独で実態調査を行った<sup>(79)</sup>。これを踏まえた考察の結論を記せば、それは、「定型約

いた」とあるは「表示し、又は公表していた」とす、とされた。

(76) 民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案第303条。

(77) 公表の場合にも、「たとえばみなしから規定からの除外規定に係らなくなるわけではもとよりございません。その他の規定も全部係ります。……実際に紛争解決の際に指標となるものという点では、ほかの契約とは変わらない」（村松幹事98回22頁）。

(78) もっとも、八岐大蛇には、8つの尾がある。

(79) 実態調査の一部が、吉川 [2014] 49-50、56頁。

款による旨<sup>(80)</sup>と主要条項趣旨の揭示<sup>(81)</sup>」<sup>(82)</sup>である<sup>(83)</sup>。

ただし、この公表は特例であって、この場合には、特別な手当が付加されていなければならない。端的に言えば、当該の事業がライセンスの対象であれば、それにつき事業の免許やその約款の変更認可がなされていなければならない。もっとも、定型約款による取引であっても、契約なのであるから、第一義的には当事者の意思なのであって、業法で認められた約款といえども、民事紛争で効力が否定されることはありうる（548条の2第2項）。筆者の客観的合意説にいう公的モメントに関する問題である<sup>(84)</sup>、<sup>(85)</sup>。

さて、取り上げることの2は、548条の2第2項の規定の表現についてである。これについても、細かい経緯は注に付す<sup>(86)</sup>。

(80) 定型約款の組入れに関する、「公表」の当該要件として、先ず注目すべきは、「あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していた〔表示し、又は公表していた〕とき」（たとえば、鉄道営業法18条ノ2が引用する548条の2第1項2号。傍点は引用者）である。

このことから、本文で言うように、「定型約款による旨の揭示」が求められる。

(81) 本稿前注にいう当該要件に続いて、注目すべきは、部会での事務当局からの発言、すなわち、定型約款の個別の表示はしなくていいよ（村松幹事98回22頁）である。

1つには、このことから、本文の主要条項趣旨の揭示が求められる。

(82) なお、三枝[2005]は、「旅客運送契約のように、顧客が日常頻繁に定型的に従事する約款取引については、開示によって条項の内容を知る機会を顧客自ら放棄していると構成しうる場合もある」（(5)246頁注481）という。

(83) 沖野[2015]は、本文のことは、「相当な方法」（548条の3第1項）の解釈問題（563頁）であり、実際上最も重要なものだ（575頁）という。

(84) 本稿第2節2-4末尾参照。

(85) 沖野[2015]554-55頁は、行政法規による適正化措置がある約款について論じている。

(86) 当該の規定につき、要綱案の原案（その2）の表現が、要綱案（案）において改められ、これが、改正要綱に引き継がれて、改正民法となった。すなわち、まず、要綱案（案）において、要綱案の原案（その2）の第28の2(2)では、(1)の条項には、民法1条2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を



部会資料8 6-1（要綱案の原案（その2））では、従来「含まないものとする」と表現されていたものが、法律の一般的な表現に改められ<sup>(87)</sup>、改正

---

一方的に害すると認められるものは、「含まないものとする」と表現されていたものが、これは「合意をしなかったものとみなす」（部会資料8 8-1の第28の2(2)）との法律の一般的な表現に改められた（部会資料8 8-2（要綱案（案）補充説明）第28の2（説明）、5頁）。

次いで、改正要綱においても、(1)の条項のうち、当該のものについては、「合意をしなかったものとみなす」（同第28の2(2)）とされ、この表現が、改正民法となった。

- (87) 本稿の前注、すなわち注86の当該箇所参照。これに関する沖野の理解につき、一言したい。沖野は、「個別条項合意擬制の除外（個別条項合意擬制の働く条項には「含まれない」）から、個別別条項不合意擬制（「合意をしなかったものとみなす」）へと転じ、これが最終的なものとなっている」（同〔2015〕582頁注72）という。

ところで、「除外」の意味について、筆者は、沖野と理解を異にする。「除外」とは、そもそもみなし合意の論理との関係で用いられたものである。すなわち、「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、一定の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8 3-2第28の2(2)（説明）、40頁）、また、「個別条項についての合意がないことを前提としつつ、一定の範囲の条項を除いた上で合意の効力を認めようとするものである」（同8 6-2第28の2（説明）3、4頁）である。

つまり、みなし合意という組入れ規制と内容的限界づけ規制が一体化した論理において使われ始めたものである。

この論理の法律上の一般的な表現として採用されたのが、548条の2第2項の文言であるに過ぎない。それゆえ、沖野の「個別条項合意擬制の除外から、個別別条項不合意擬制へと転じ[た]」という言い方には、違和感を覚える。転じたのは、法律上の表現に過ぎない。みなし合意の論理自体は変わらない。すなわち、繰り返し引用するが、「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。）」（部会資料8 3-2、40頁）は変わらないのであって、単に「法律の表現として……『合意をしなかったものとみなす』と表現を改めることとした」（同8 8-2、5頁）だけである。

民法においては、548条の2第1項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、当該のものについては、「合意をしなかったものとみなす。」(548条の2第2項)とされた。

取り上げることの3は——2とかかわるが——、定型約款のみなし合意の論理についてである。筆者は、これに関して、既に吉川(衛)[2014]において、その論理は、中間試案のような(組入れと切断された)内容規制<sup>(88)</sup>(図5)から、要綱仮案(案)においては、(組入れと一体化した)内容的限界づけ(図3)へと転換したと論じた(89-90、93頁参照<sup>(89)</sup>)。

この筆者の理解は、改正民法においても、まことに適切にあてはまる(プロローグ「規定のあり方と客観的合意説の位置」)。

## 第2節 「定型取引合意」における主観的意思と客観的合意

### 2-1 「定型取引合意」における主観的意思

改正民法548条の2第1項は、定型約款の組入れにつき、「定型取引合意」だという。

それは、いったい何か。これは、1対1の合意ではなく、1対不特定多数の「希薄な合意」である。それは、約款規律は受けなくなる「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〔ではない〕……細かいこ

---

筆者の主張に即して言えば、本稿の図3における「除外」の、改正民法における意義は変わらない。

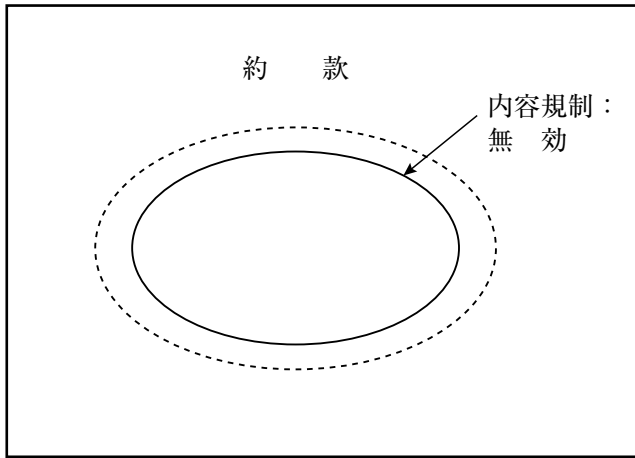
なお、沖野[2015]のキー概念である「個別条項合意擬制」について、本稿注(6)、とくに第1の①につき検討の箇所も、本注の議論に関して参照されたい。

(88) 吉川(衛)[2014]図4の「内容コントロール」につき、同[1992]105-06頁、図に即して、「内容規制」に改める。

(89) 内容規制と内容的限界づけの区別と関連については、本稿注(7)参照。

なお、当時は認識が浅く、「融合」(本稿注(22)、および対応する本文参照)と記していたが、本文のように「一体化」と改める。

図5 中間試案



(出所) 吉川(衛) [2014] 図4を一部修正。

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」(岡委員71回7頁)のものである。補論を参照されたい。

筆者は、そのような希薄な合意という意味での「定型取引合意」とは、主観的意思と、筆者のいう客観的意思に基づく客観的合意<sup>(90)</sup>とからなるものだとして理解し、そのように解釈するものである。

それは、いったい何故か。ここで、部会資料8 3-1(要綱仮案(案))や同8 6-1(要綱案の原案(その2))の補充説明がいう定型約款による取引の特色と特殊性<sup>(91)</sup>を思い起こす必要がある。

約款による取引を行う相手方は、当該取引を take it or leave it におい

(90) 筆者のいう客観的合意とは、客観的意思に基づくものである(吉川(衛) [1978] (1)44-45頁等。なお、内田 [2010] 29-30頁も見られたい)。そのことは、本文で記すとおりである。ただ、第2節等のタイトルに記すことについては、タイトルが長くなることに配慮し、単に客観的合意とのみ記しておく。

(91) たとえば、本稿注(16)、(17)参照。

て行うというとき、それを行おうというのであるから（定型約款による取引の特色<sup>(92)</sup>）、このこと自体には、相手方の個別具体的な意思があり、これは、相手方の主観的意思である。

また、そこには、当該取引を行う定型約款準備者においても、むろんのことながら同じく、主観的意思がある。

## 2-2 「定型取引合意」における客観的合意——平均的顧客

さらに、定型約款による取引において、相手方は——主観的意思をもってtake itをすれば——、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（548条の2第1項柱書。定型約款による取引の特殊性<sup>(93)</sup>）。

さて、具体的に認識しなくとも、何故、合意をしたものとみなすことが正当化されるのか。これは、相手方が予測しておく必要がなかった不意打ち条項や、不当条項が、当該の合意から「除外<sup>(94)</sup>」されるからである。すなわち、民法548条の2第2項が定めているように、民法548条の2第1項が合意をしたものとみなす定型約款の個別の条項のうち、「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、その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〔以下、当該の条項という〕については、合意をしなかったものとみなす。」からである（図3参照）。

ところで、当該の条項かどうかを判断する基準は何か。すなわち、不当

---

(92) 本稿注(16)、および対応する本文参照。

(93) 本稿注(17)、および対応する本文参照。

(94) 部会資料8 3-2（要綱仮案（案）補充説明）第28の2(2)（説明）、40頁、同8 6-2（要綱案の原案（その2）補充説明）第28の2（説明）3、4頁。

条項規制に一本化された不意打ち条項規制（吉川（衛）[2014] 73-74 頁）<sup>(95)</sup>を行う判断基準は何か。それは、既に論じたように、当該の定型約款による取引において、抽象的・客観的なものである。すなわち、当該定型約款が向けられた顧客圏における平均的顧客の合理的理解可能性が基準である（吉川（衛）[2014] 87 頁<sup>(96)</sup>）<sup>(97)</sup>。

それでは、そのような平均的な顧客において見られる、主観的意思と関連づけられているであろう、あるいは言い方を換えれば、主観的意思と関連づけられていなければならない「定型取引合意」は何か。それは、筆者のいう客観的意思に基づく客観的合意である。

さらに問うて、それは、いったい何故か。また、当該の客観的合意とは何か。

(95) 河上 [2014] は、「契約締結に至る具体的事情や交渉の経緯を勘案」(99 頁) する不意打ち条項規制と、「できる限り抽象的・客観的に判断され[る]」(同頁) 不当条項規制は、分けて考えるべきだと批判する。

(96) 詳しくは、吉川（衛）[1978] (2)123 頁、(3)111、117 頁参照。

(97) 中間試案は、約款の解釈の基準は解釈に委ねていた。すなわち、その第 30 の 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」（傍点は引用者。以下同じ）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（島岡ほか [2013] 46 頁も参照）に基づき、部会資料 7 5 B 第 3 の 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」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）となった。

学説では、「約款使用者の約款が……対象とする顧客圏の平均的顧客の理解可能性を基準」（上田 [2003] 279、288-89 頁。なお、262、264 頁も参照）が「有力である」（横山 [2013] 9 頁）。筆者も、そのように考える。ただし、上田誠一郎は、それは、一般の契約解釈の方法の例外として特別に許されるのであって、個別事情が存在する場合には、その考慮を排除するものではないと主張する（上田同書 279、288-89 頁）。

## 2-3 相手方における主観的意思と客観的同意との関係

### — 一枚のものの表と裏

さて、客観的合意を掲げる筆者の学説とは、「類型づけられた集団的意思による客観的合意に基づく約款の規律という考え方」（吉川（衛）[2014] 86頁。図4）である。この客観的合意ないし同意は、当該の集団、すなわち、当該定型約款が向けられた顧客圏において一般的に見られるものであり、それを捉えたものである。これは、一般的に見られるものであるがゆえに、個別具体的な相手方の主観的な意思と繋がりを有する。

喩えていえば、相手方において、そのような主観的意思と、客観的意思に基づく客観的同意とは、一枚のものの表と裏の関係にある。すなわち、同一のものにつき、どちらから見るかという見方の問題である。

相手方を個別具体的に見れば、かれは主観的意思をもつ。しかし、その相手方は、当該の定型約款による取引を行っている集団の一員である。この側面から見れば、かれは、その集団において一般的に見られる同意、すなわち客観的意思に基づく客観的同意を行っている。

こうして、相手方における主観的意思と、客観的意思に基づく客観的同意との関係が、明らかになった。それは、一枚のものの表と裏の関係である。

## 2-4 「定型取引合意」における主観的意思と客観的合意との関係

### — 関連づけられる、定型約款準備者と相手方の意思

#### （〈関連づけられる意思〉）

さて、ひるがえって考えてみると、主観的意思を持ち、客観的意思に基づく客観的合意ないし同意を行う相手方は、何故そうするのか。言い方を換えれば、相手方には、当該定型約款に〈関連づけられる意思〉<sup>(98)</sup>がある

(98) 吉川（衛）[2014] 40、67頁参照。

のか。有りとするれば、どのような意味で有りといえるのか。場合を2つに分けて論じよう。

第1は、合意や表示の場合である(548条の2第1項1号、2号)。相手方は、定型約款準備者一般と契約するのではない。特定の定型約款準備者と当該の定型約款による取引を行う。この意味で、相手方には、当該の定型約款の準備者を特定する主観的意思は、たしかに有ると改めて言える。

しかし、その意思は、同時に、次のような客観的意思であり、かつ客観的合意でもある。相手方は、考えているだろう。そのような定型約款準備者だから、まあ将来トラブったとしても、常識の範囲で、そう悪いようにはならないだろう。何故なら、その定型約款準備者と、まわりの不特定多数の者とが、私と同様に、信頼して取引をしている<sup>(99)</sup>。支払いに値するだけのものは、得られるだろう(「対価関係の均衡」<sup>(100)</sup>)。なお、鉄道事業法16条参照<sup>(101)</sup>)。また、この対価的均衡は、仮に契約内容が変更になっても、変わらないだろう(青山ほか[2012](中)45頁の道垣内弘人の発言参照)。

それらが、相手方の客観的意思である。

では、何故、そのように信頼しているのか。そのような約款や定型約款につき、裁判所が公平に裁判するだろう(内田[2011]179-80参照)からである。司法制度が背後にある、相手方の信頼である。

このようなポイントがあるからこそ、相手方は、主観的意思と客観的意思に基づき、客観的合意を行っているのである。そこには、相手方において、定型約款準備者の当該定型約款に〈関連づけられる意思〉がある。すなわち、相手方は、定型約款準備者の当該定型約款につき、〈関連づけら

(99) 本稿注(124)、(125)、(126)、および対応する本文参照。

(100) 部会資料77B第3の(説明)2、14頁。詳しくは、吉川(衛)[2014]86-89頁で論じている。

(101) この鉄道事業法は、いうまでもなく本文で次に論ずる「公表」に関するものである。しかし、その箇所では、本文に掲げるところがないので、本文のこの箇所て援用することとした。

れる意思)において、「定型取引合意」を行う。

第2は、公表の場合である(特例規定)。「表示し、又は公表した」を行う公共サービス等の取引類型の定型約款については、相手方の信頼は、ありていに言えば、さらに増すだろう。これは、何故かといえ、定型約款準備者である会社が、たとえば、JR各社や小田急電鉄、富士急行、あるいは阪神電鉄のような会社だからである。かつ、そのような会社を監督する行政機関が存在するからである。

これらの取引類型の定型約款の場合には、司法制度とともに、行政機関が背後にある、相手方の信頼がある(吉川(衛)[2014]56-59頁<sup>(102)</sup>)。

筆者は、そこにおいて、たしかに、約款による取引も契約であり、私的なものがメインだが、しかし、このような私的なものには還元し尽くされない、公的なものもある。筆者のいう客観的合意説における公的モメントの存在である(同[1978](1)41-43頁、(3)100-01頁、同[2014]88頁など)。

そして、そのような公的モメントも背後にあるからこそ、相手方において、定型約款準備者の当該定型約款に〈関連づけられる意思〉があり、相手方は、〈関連づけられる意思〉において、「定型取引合意」を行うのである。

## 2-5 まとめ

まとめを、548条の2第1項1号、2号などに則して行う。民法における、施行整備法案も含めた、みなし合意の要件は、「合意した」、あるいは、「表示していた」、「表示し、又は公表していた」であり、これらの効果は1つであった。それぞれに即して、当事者の主観的意思や、客観的意思、客観的合意の有無、そして、その有り様などを検証してみよう。

先に、筆者は、当該の要件と効果を表して、三岐大蛇といった<sup>(103)</sup>。

(102) この点につき、さらに内田貴発言(「討論・制度的契約論の構想」北大法学論集59巻1号139-40頁)参照。

(103) 第1節参照。



3つの頭につき、それぞれ、主観的意思と、客観的意思に基づく客観的合意は有るか。有るとして、どのようなものか。要件の第1類型の「合意した」につき、相手方の主観的意思と、客観的意思に基づく客観的合意はある。

その第2類型の「表示していた」につき、定型取引合意に先だち、定型約款による旨の表示がなされているのであるから、定型約款を take it する相手方の主観的意思はあるだろう。かつ、その相手方は、取引集団の一員なのであるから、その意味で客観的意思に基づく客観的合意もある。

第3類型の「公表していた」については、どうか。この類型では、そのような「個別の表示は……しなくていいよ」(村松幹事 98回 22頁)なのだから、定型約款を take it する相手方の主観的意思は、率直に言って見出しがたい。もっとも、定型約款による取引を take it する主観的意思はある。だが、問うているのは、定型約款を take it する主観的意思である。それは、実際には見出しがたい。

しかしながら、それにも拘わらず、改正民法の解釈者は、法規説ではなく契約説に基づき(吉川(衛) [2014] 86頁)、何とかそれを、文字通りの擬制であっても<sup>(104)</sup> 見出さなければならない。

このような意味合いにおいて、相手方の定型約款に〈関連づけられる意思〉は、どのように考えたら“見出す”ことが出来るのであろうか。ここで、やはり、第2節 2-4で論じたように、筆者のいう司法制度とともにある行政機関の存在、つまり公的モメントが背後にある、相手方の信頼を持ち出すほかはないだろう<sup>(105)</sup>。

すなわち、司法制度とともに、行政機関が背後にある、相手方の信頼があるからこそ、相手方の、定型約款準備者の定型約款に〈関連づけられる意思〉があると言えるのではないだろうか。相手方の信頼は、相手方の客

---

(104) 吉川 [1978] (1)38頁。

(105) 本稿注(126)の第3、および対応する本文も見られたい。

観的意思であり、〈関連づけられる意思〉は、客観的合意である。

### 第3節 定型約款の内容規制（内容的限界づけ）における 主観的意思と客観的合意

#### — 定型約款の拘束力の根拠と内容的限界づけの基準

「定型取引合意」（548条の2、548条の3）には、筆者の考え方によれば、主観的意思と、筆者のいう客観的意思に基づく客観的合意とがある。これらが、定型約款の個別の条項の拘束力の根拠であり、そして、筆者のいう客観的合意がその個別の条項の内容的限界づけの基準である。それは、何故か。

主観的意思と、客観的意思に基づく客観的合意とが、定型約款の個別の条項の拘束力の根拠であることは、既に論じた（第2節）。ここでは、その客観的合意が、定型約款の個別の条項の内容的限界づけの基準であることを論じたい。

さて、判例のいう「当事者の通常的意思……当事者の合理的意思」（最判平成5年3月30日民集47巻4号3265頁）<sup>(106)</sup> や、「当事者の通常的意思」（最判平成15年2月28日集民209号148頁）<sup>(107)</sup> につき<sup>(108)</sup>、2点を指摘したい。

---

(106) 事案は、B to Cの自家用自動車保険普通保険約款（PAP）に関するものである。もっとも、「自家用」には、Bもあるだろう。

(107) 事案は、B to Bであり、宿泊約款に関するものである。

(108) 契約の解釈において、相手方の意思が不明な場合には、当事者の通常的意思や相手方の通常期待が基準になることがある。相手方の通常期待につき、ウィーン売買条約（本稿で、CISGという）最終草案に関するUNCITRAL事務局注釈において見られる。

たとえば、事務局注釈では、国際物品売買契約における売主の義務に関し、物品の適合性が問われる場合の条文につき、次のようにコメントされている。すなわち、「物品は、しばしば、その物品が使用される目的に関して売主に何も示されることがないままに、一般的な品名（description）によって注文される。こうした場合には、……契約上に表示された物品を購入する者の通常期

第1に、当該の意思は、いうまでもなく定型約款準備者とその相手方の意思である。第2に、それは、「通常の」であるから、相手方においてその抽象的な意思である。これは、どこに見出せるか。むろん、相手方ではあるが、その個別的な意思であるとともに、当該定型約款が用いられる取引の集団において見出せる、合理的な、その意味で客観的な意思である。

これは、個別の取引からなる集団の取引における客観的な意思である。そのような相手方の客観的の意思と、定型約款準備者の意思が合致すれば、これは、「客観的合意」だと言うことが出来る。

この客観的合意が、判例がいうように、約款による契約の解釈基準になっているのである。この解釈ということ<sup>(109)</sup>をいっそう的確にいえば——既に吉川(衛) [1992] 105頁で指摘しているように——、それは、約款による契約で用いられる条項の内容的限界づけである。

したがって、約款による契約の解釈基準が、「当事者の通常の意味……当事者の合理的な意思」、つまりは客観的合意であるということは、すなわち、それが、契約で用いられる条項の内容的限界づけの基準だということである。

かくして、内容的限界づけの基準が、客観的合意だということが明らかになった。かつ、この客観的合意は、定型約款の個別の条項の拘束力の根拠の1つなのである。

以上を要するに、定型取引合意には、主観的意思と、客観的意思に基づく客観的合意とがあり、これらが定型約款の個別の条項の拘束力の根拠であること、かつ、その客観的合意が内容的限界づけの基準であることが明

---

待 [normal expectations] に照らして確定されなければならない。」(吉川(樹) 訳 / 曾野補訳 [2015] CISG 最終草案 33条 (CISG 35条) 注釈パラグラフ 5.) と、コメントされている。

なお、CISGは、日本の裁判所において、直接適用される(曾野 [2009a] 6頁、同 [2009b] 20頁参照)。

(109) なお、中田委員 98回 28頁参照。本稿注(53)に対応する本文を見られたい。

らかになったということである。

それでは、定型約款の個別の条項の、そのような内容的限界づけの基準の内容は、どのようなものか。次に、節を改めて論じよう。

#### 第4節 定義を踏まえた、組入れ、内容規制 (内容的限界づけ) のまとめ

ここで、定義（プロローグ「定型約款の規定の構造」）を踏まえた、第1節、第2節、第3節の総括を行う。それは、何故かといえば、第1節、第2節、第3節が、定型約款による契約の一般的なものだからである。いいかえれば、次の節で論ずる定型約款の変更は、定型約款による継続的取引という特別なものである（図1、2参照）。

さて、当該の総括とは、定型約款の個別の条項の拘束力の根拠と内容的限界づけの基準であるところの、筆者のいう客観的合意とは、どのような内容のものであるかを論ずることである。

ところで、そのような客観的合意とは、何処で見出せるのか。それは、当該の定型約款を用いる定型約款準備者と、その相手方との間においてである。この相手方は、ある集団に属する。すなわち、既に第2節2-2で論じたように、当該定型約款が向けられた顧客圏である。そうだとすれば、当該の客観的合意の内容とは、その顧客圏の平均的顧客における通常的意思にほかならない。

もっとも、何故、第2節2-2では、平均的顧客であるのに対して、ここ第4節では、平均的顧客における通常的意思であるのか。

念のために、さらに立ち入って論じよう。第2節2-2は、定型約款の合意、表示や公表に関する相手方という形式の問題の箇所である。つまり、合意、表示や公表は誰に対してかという形式が問われている。それゆえ、

「抽象的な相手方一般<sup>(110)</sup>」、つまり平均的顧客が問題となる。

これに対して、第4節は、定型約款の個別の条項に関する相手方の理解という内容の問題の箇所である。つまり、そこでは、誰かの意思や合意という内容が問題となっている。それゆえ、ここでは——先の第2節2-2における「平均的顧客」だけでなく——「平均的顧客における通常の意味」が問題になってくるのである。

以上を要するに、定型約款の個別の条項の内容的限界づけの基準の内容は、平均的顧客の通常の意味だということが明らかになった。

## 第5節 「定型約款の変更」における主観的意思と客観的合意

### 5-1 平均的顧客における通常の意味——定型約款の変更と変更条項の有無

さて、平均的顧客における通常の意味は、定型約款による継続的取引において、何を考えているだろうか。現在の取引条件が、永続すると思っ  
ているだろうか。否、通常は、その逆ではないか。つまり、取引を行っている経済社会が相当に変化すれば、取引において程度の差はあれ、取引条件は変更になると思っているのではないだろうか。

内田委員は、「実務では現に今変更されています」（第2分科会5回38頁）という。村松関係官は、次のようにいう。すなわち、「現在の契約実務、現に約款の変更は事実としては行われているんだと思います。/ 実務界においては、ということになります。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ということだと思ひます」（87回22頁）という<sup>(111)</sup>。村松関係官の発言は、B to B も B to C

(110) 部会資料75B第3の3（説明）12頁。本稿注(97)参照。

(111) 部会資料等における関係箇所につき、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」第30の4（概要）は、「実務上は約款使用者による約款の変更がしばしば行われて〔いる〕」（131頁）といい、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」第30の4（補足説明）1は、「現在でも、

でも、約款の変更は行われている、とくに B to B においては、相手方は、そのことを知っているだろうとの趣旨であろう。

このことは、いわゆる変更条項<sup>(112)</sup>の有無に関係するだろうか。その有無には、関係しない(吉川(衛)[2014]65頁<sup>(113)</sup>)。それは何故かといえば、定型約款による取引の特殊性からして、そもそも相手方は、定型約款の個別の条項を具体的に認識していないのである<sup>(114)</sup>。だから、みなし合意なのである<sup>(115)</sup>。

このような定型約款による取引の条項を法律で規律するのが、改正民法であるところ、その当該規定において、定型約款の変更は、変更条項がある場合に限定するというのは、矛盾撞着であろう。もっとも、部会 93 回(部会資料 8 1 B)から<sup>(116)</sup>部会最終段階の 99 回(部会資料 8 8-1(要綱案(案)))に至るまでは、部会資料は、変更条項の存在を必要とするもので

---

約款の変更は一定の取引類型においては実務上しばしば行われていると言われており、判例にも、一方当事者による変更後の約款が相手方に適用されることを認めたものがある。たとえば、最判平成 13 年 3 月 27 日民集 55 卷 2 号 434 頁〔いわゆる Q<sup>2</sup>事件判決〕……もっとも、これは、定型約款の変更が主たる争点となった事案ではな[い]』(373 頁)という。

なお、部会資料 7 5 B、同 8 1 B、同 8 3-2、同 8 6-2、同 8 8-2 には、そのことの言及はとくには、ない。

- (112) 変更条項とは、「定型条項の変更に関して定める契約条項」(部会資料 7 5 B 第 3 の 5 (説明) 1、15 頁)である。また、「定型約款に民法の規定による定型約款の変更をすることができる旨の定め」(部会資料 8 8-2 第 28 の 4 (説明) 1、5 頁)である。

当該条項につき、特定変更条項という言葉が使われることはあったが(部会資料 8 6-2 綱案の原案(その 2) 4 (説明)、5 頁)、最終の部会資料 8 8-2 では、変更条項とのみ記されている(部会資料 8 8-2 第 28 の 4 (説明) 1、5 頁)。

- (113) 吉川(衛)[2014]99-100 頁注 6 も見られたい。  
(114) 内田委員第 2 分科会 5 回 37-38 頁参照。  
(115) 本稿プロローグ「定型約款のみなし合意」。  
(116) 吉川(衛)[2014]63-64 頁参照。

あった<sup>(117)</sup>。

## 5-2 変更後の定型約款の条項に関する拘束力の根拠

先ず、これまでの関係箇所における考察を要約する。希薄な合意である「定型取引合意」(548条の2、548条の3)には、主観的意思と、筆者のいう客観的意思に基づく客観的合意とがある。これらが、定型約款の個別の条項の拘束力の根拠であり(第2節2-4)、その客観的合意が、この個別の条項の内容規制(内容的限界づけ)の基準であった(第3節)。その内容規制(内容的限界づけ)の基準の内容は、「平均的顧客における通常的意思」であった(第4節)。

そうして、本節5-1において、平均的顧客における通常的意思は、定型約款による継続的取引において、取引を行っている経済社会が相当に変化すれば、取引において程度の差はあれ、変更条項の有無にかかわらず、取引条件は変更になると思っていると、議事録等に基づき推測した。

さて、「定型約款の変更」(548条の4)において、主観的意思や、客観的意思に基づく客観的合意は、如何であろうか。

平均的顧客の通常的意思において、当該の、定型約款による継続的取引をtake itするのであるから、相手方には、もちろん定型約款準備者にも、主観的意思はある。また、個別取引であるとともに、集团的取引であり、

---

(117) この争点は、吉川(衛)[2014]にとって、最大の関心事項であった(59-68頁)。

相手方の客観的意思もある。

部会最終の99回において、中原委員<sup>(118)</sup>が、「具体的な個々の契約の相手方の契約をした目的に着目するのではなくて、抽象的、一般的な契約相手方を想定していると理解していいのか」(7頁。傍点は引用者。以下同じ)と問うた<sup>(119)</sup>のに対して、村松幹事は、「相手方の主観的な目的というもののみでこれを判断するわけではない、そこを御確認されたいということだと思うんですけども、それはそのとおりでございまして、客観的にこの契約の目的はどのようなものであるのかというのを判断されます」(7頁)と回答した。

要するに、ここで想定されている相手方は「抽象的、一般的な契約相手方」(中原委員)であり、当該解釈は「相手方の主観的な目的〔とともに〕……客観的にこの契約の目的は……判断され[る]」(村松幹事)。つまり、相手方の主観的意思と客観的意思が判断される。

さて、そのような相手方の客観的意思と、定型約款準備者の意思が合致すれば、これは「客観的合意」だと言うことができる。こうして、その客観的合意において、変更後の定型約款の条項の拘束力は、いちおう根拠づけられる。

ただし、「定型約款の変更」についての当事者の合意は、希薄な合意である定型約款の組入れに比して、〈希薄のうえに希薄な合意〉である(プロローグ「定型約款の変更」)。したがって、「定型約款の変更」を行うことが出来る場合は限定され、かつ、その実体要件は、厳格化されなければならないとともに、手続要件として、1項各号の「とき」によりやや異なるが、その周知が求められる(548条の4第1項1号、2号、同第2項、3項)。

---

(118) 中原利明株式会社三菱東京UFJ銀行法務部長。

(119) この点につき、中間試案が解釈にゆだねた(本稿注(97))のに対し、銀行界は重要論点事項の1つとして「標準的な相手方を対象とすることを明確にすべき」(川邊[2014]10頁)と主張していた。



### 5-3 変更後の定型約款の条項に関する内容規制（内容的限界づけ）の規準

変更後の定型約款の条項の内容規制（内容的限界づけ）の規準は何か。相手方の客観的意思、またしたがって客観的合意は、その規準につき、具体的に何か。キーワードは、持続可能なビジネスである。

ビジネス<sup>(120)</sup>を運営して経営する企業<sup>(121)</sup>は、ステークホルダー（利害関係者）との関係において存在している。ステークホルダーとは、たとえば、顧客（事業者と消費者）であり、サプライヤー（取引先）や金融機関などである（吉川（衛）[2007] 図1-2）。ステークホルダーが一樣に望むのは、通常、持続可能な企業の経営<sup>(122)</sup>でありビジネスの運営である（最高裁大法廷判決昭和34年7月8日民集13巻911頁<sup>(123)</sup>）。この持続可能なビジネスは、ステークホルダーの信頼なくしては、これを行い得ない<sup>(124)</sup>。そこで、必須のことは、信義誠実の原則の遵守である。

---

(120) ビジネスにつき、本稿注(39)参照。

(121) 企業は、単一または複数の事業（ビジネス）を経営している。単一事業を経営する企業は、喩えていえば、単一学部の単科大学である。また、複数の事業を経営する企業は、複数学部からなる総合大学である。吉川（衛）[2007] 21頁参照。

(122) 吉川（衛）[2007] 7-8頁、吉川ほか[2010] 8、14-26頁参照。

(123) もっとも、なかには、最高裁大法廷昭和34年7月8日判決のXのように、個別利害を優先させる者もいるだろう。しかし、そのような個別利害は、契約者等の利益ではない（914-15頁）というのが、同判決である。

本判決のような考え方は、内田貴が指摘する（第2分科会5回43頁）ところであり、これは、民法548条の4第1項1号の規定に繋がる（本稿注(42)参照）。

(124) 既に、大判大正4年12月24日民録21輯2182頁が指摘している。すなわち、「實際保險契約者カ普通約款ノ内容ニ通曉セスシテ之ニ依リ契約スルハ多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラ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」（2186頁。傍点は引用者）という。

この約款の拘束力に関する判例「意思の推定」理論のリーディング・ケースについての筆者の理解につき、吉川（衛）[1976] 107-08頁参照。

信義則の遵守が、企業すなわち定型約款準備者と、ステークホルダーの一員であるその相手方との取引において求められている。定型約款準備者と相手方との取引は、個別の取引であるとともに、当該定型約款が用いられる集団の取引でもある。このような取引において、繰り返すが信義則の遵守が求められている。信頼<sup>(125)</sup>が、相手方の客観的意思であり、信義則の遵守が、当事者の客観的合意である<sup>(126)</sup>。

---

(125) 信頼につき、山城 [2014] がある。山城一真は、契約形成原理には、意思自律（本稿注(58)も参照）と正当な信頼があり（同 25、209、420 頁）、後者の正当化根拠は、契約締結過程における行動によって相手方の意思決定に影響を与える誤信を生じさせたという帰責性に求められるという（同 411-13、450 頁）。そこには、次注で取り上げる CISG 最終草案 14 条(2)(b)、CISG 16 条(2)(b)等に見られる思考パターンと同様のものがあると、筆者には思われる。

(126) 本文の見地から、石川 [2007] と同 [2008] は、まことに興味深い。信義則に関する同 [2007] に即しながら、3つ論じたい。第1に、石川博康は、「民法1条2項は、契約等の社会的接触関係に立つ相手方から向けられる信頼を裏切らないように誠意をもって行動しなければならないという原則を定めている。これが、信義誠実の原則（信義則）であ[る]」（同 [2007] 54 頁）という。この文章につき、信頼（trust）と信頼性（trustworthiness）を1つには論ずる同 [2008] も参照して、筆者は、次のように理解したい。

すなわち、定型約款に関して、相手方の信頼は、相手方の客観的意思であり、この信頼を裏切らないように誠意をもって行動すること（信義則の遵守）が、当事者の客観的合意である。つまり、この筆者の理解は、筆者がこの注の本文で論述していることである。

第2に、石川は、(a)「先行行為などに基づく個別的な信頼」と(b)「一般的かつ制度的な期待・信頼」をいう（同 [2007] 55 頁）。これにつき、(a)は、上記の第1にかかわるが、国際物品売買契約における信義の遵守の原則としても、たとえば、相手方の合理的な信頼（rely on）に関する申込みの撤回可能性についての CISG 最終草案 14 条(2)(b)、CISG 16 条(2)(b)に見られるものであることである。詳しくは、吉川（樹）訳 / 曾野補訳 [2015] 6 条注釈パラグラフ 2. から 4. まで、14 条注釈パラグラフ 8. 参照。また、同書 27 条（CISG 29 条）注釈パラグラフ 9. も見られたい。

第3は、2つある。1つは、石川 [2007] のいう(a)と(b)は、たとえば、「信頼と契約とが結び付く場合において契約は関係的なものとなり得る」（同 [2008]

定型約款の変更においても求められるのは、定型約款の内容規制（内容的限界づけ）の判断基準（548条の2第2項、すなわち信義則）と同様に、信義則の遵守である。このことは、2点で裏付けられる。一番目は、両者の合意に関する論理が、同じみなし合意だということからである。二番目は、契約継続中に一方当事者により変更された後の約款の条項が、相手方に適用されることを認めた最判平成13年3月27日民集55巻2号434頁（ダイヤルQ<sup>2</sup>事件判決）において、「信義誠実の原則に照らして考察すべきである」（440頁）、また「信義則ないし衡平の観念に照らして」（443頁）とされていることである。

もっとも、定型約款の変更の合意は、定型約款の組入れの場合に比して、〈希薄のうえに希薄な合意〉なのであるから、その変更後の定型約款の条項についての内容規制（内容的限界づけ）の要件は、同じ信義則だが、厳格化されなければならない。それが、筆者の考えでは既に論じたように（プロローグ「定型約款の変更」）、変更後の定型約款の条項に関する内容規制（内容的限界づけ）の基準につき（548条の4第4項）、改正民法548条の4第1項1号、2号の適用なのである。

---

97頁）や、「信頼という問題に関し、……互酬性や信頼性という関連概念についても考察する」（同98頁）なども踏まえて理解すると、それらは、関係するということである。

2つは、その(a)と(b)が関係することについて、改正民法の定型約款の規定に関する筆者の解釈に引きつけて言うと、次のように、主張することが出来るのではないだろうか。

すなわち、改正民法が定める定型約款に関する相手方の信頼は、(a)と(b)が関係する、司法制度を背後におく信頼であり、相手方の客観的意思であって、このような信頼に基づく信義則の遵守が当事者の客観的合意である。

ただし、特例規定が定める、定型約款が公共サービス等の取引類型のものである場合には、相手方の信頼は、司法制度とともに行政機関も背後におく信頼であり、相手方の客観的意思であって、このような信頼に基づく信義則の遵守が客観的合意だと考えられる（第2節2-4）。

#### 5-4 まとめ

以上を要するに、2つのことが明らかになった。第1に、定型約款の変更につき、〈希薄のうえに希薄な合意〉における主観的意思と、客観的意思に基づく客観的合意とが、変更後の定型約款の条項の拘束力の根拠であり、かつ、その客観的合意が、その変更後の定型約款の条項の内容規制（内容的限界づけ）に関する規準だということである。第2に、変更後の定型約款の条項の内容規制（内容的限界づけ）に関する548条の4第4項の解釈が明らかになったことである。

### 第6節 まとめ — 定型約款による契約とその継続的取引

改正民法に関する考察の簡潔なまとめを行う。定型約款に関する548条の2から548条の4までの規定は、論理一貫した透明なものである。

当該の規定を範疇で捉える（改正民法第3編第2章第1節第5款）。捉える外在的観点は、1対不特定多数であり、内在的論理は、みなし合意である。1対不特定多数は、空間的な広がりをもつ集団的取引である。したがって、そこでは、当事者の合意は希薄な合意であり、これは、みなし合意として概念的に把握される（548条の2、548条の3）。

定型約款による取引は、規定において合理的なものである。それがもたらす、定型約款による取引の特色と特殊性にゆらいするみなし合意<sup>(127)</sup>は、その論理の帰結として内容規制（内容的限界づけ）を求める（548条の2第2項）。つまり、希薄な合意につき、定型約款の個別の条項は、「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」（吉川（衛）[2014]5頁）から、これを「除外<sup>(128)</sup>」する、内容規制（内容的限

---

(127) プロローグ「定型約款のみなし合意」。

(128) 部会資料8 3-2 第28 定型約款の2(2)（説明）40頁。

界づけ)を論理的に要請するのである。

かくして、定型約款の組入れ規制とその内容規制(内容的限界づけ)は、一体化したものと捉えられる。

さて、定型約款による取引が継続的取引である場合には、1対不特定多数は、空間的だけでなく時間的な広がりも有する集团的取引である。そこでは、取引社会が相当に変化すれば、取引において程度の差はあれ、取引条件である「定型約款の変更」(548条の4)を不可避のものとする。これに関する合意は、筆者の理解では、定型約款の組入れに比して〈希薄のうえに希薄な合意〉である。それゆえ、一方で、変更条項の有無にかかわらず定型約款の変更を行うことができるが(548条の4第1項柱書参照)、しかし他方で、その変更を行い得る場合が限定され、かつ厳格化されるとともに、その周知が求められる(548条の4第1項1号、2号、同第2項、3項)。

ところで、筆者がその解釈は難しいと指摘した<sup>(129)</sup>条文の規定がある。変更後の定型約款の条項の内容規制(内容的限界づけ)に関する548条の4第4項の規定である。その解釈は、改めて如何であろうか。定型約款の組入れ規制や定型約款の個別の条項の内容規制(内容的限界づけ)と、定型約款の変更規制や変更後の定型約款の条項の内容規制(内容的限界づけ)と、この両者の規制の内在的論理は、みなし合意であり、同一である。何故か。筆者は、定型約款の組入れ規制とその内容規制(内容的限界づけ)は、一体化したものと捉えているからである。希薄な合意につき、一体化しているのだから、〈希薄なうえに希薄な合意〉についても、一体化しているだろう。後者は、一体化どころか、融合している。

したがって、改正民法の当該の規定は、定型約款の変更に関するみなし合意の論理的帰結の規定として解釈されるべきである。具体的には、変更後の定型約款の条項の内容規制(内容的限界づけ)は、548条の4第1項1号、2号の規定に則して行われるべきである。

---

(129) 本稿注(47)、および対応する本文参照。

以上において、定型約款に関する改正民法の規定は、論理的に一貫し透明なものとして把握された。このように、筆者が主張することはゆるされるであろう。

## エピローグ

### 2014年（平成26）から2015年（同27）にかけての民法改正作業

#### — どういう事態であったのか（取引コストの節約と約款規律）

民法に約款規律を定めることにつき、おおむね、経済界のなかで、全中、日商・東商など中堅・中小企業やネット取引関連業界は賛成しており、かつ部会において、消費者、労働者や弁護士の代表者も賛成である<sup>(130)</sup>。しかし、これらに対し、大企業の利益を代表する経団連（日本経団連）だけでなく、経済同友会も反対していた（吉川（衛）[2014] 7頁）。それは、どういう事態であったのか。これを先ず、問うたうえで、民法改正の意義を明らかにしたい<sup>(131)</sup>。

改正要綱案の原案取りまとめの検討がなされた部会97回（H26.12.16）では、日弁連会長より、留保されている約款規律につき<sup>(132)</sup>、約款に関する定義規定、組入要件、不意打ち条項禁止、不当条項規制、約款変更に関する規定を設けるべきだとの声明の形で、委員等提供資料において、そのことが求められた（日弁連会長声明 [2014]<sup>(133)</sup>）。このような、国民の1つの

(130) 消費者代表の岡田委員（部会85回27頁、同89回36頁、同93回19頁）、労働者代表の安永委員（安永貴夫日本労働組合総連合会副事務局長）（部会85回21頁、安永 [2014] 3頁）や、弁護士代表の、たとえば中井委員（中井康之弁護士（大阪弁護士会所属））（部会85回27頁、同93回24-25頁、大阪弁護士会 [2014]）や、岡委員、高須幹事の発言などを参照。

(131) 民法改正作業の、国会における現在の状況については、本稿注(1)参照。

(132) 部会における留保につき、部会96回48頁、52頁参照。

(133) <http://www.moj.go.jp/content/001130020.pdf>（最終閲覧2016/06/17）。日弁連の見解につき、岡 [2015a] 9頁も参照。

代表的な声にもかかわらず、事態の打開はなかなかされなかった。

ところで、最近の大きな法律改正である平成26年会社法改正において、社外取締役の義務化<sup>(134)</sup>をめぐる経団連は反対であった。そのような意味で、経団連の行動は、主な法律改正に関するいつものパターンだともいえる。

しかし、経営者が個人の資格で参加し自由な提言をするのが特長であるはずの経済同友会までもが何故、反対しているのでしょうか。

---

(134) 会社法は平成17年(2005年)成立、翌年5月施行されたが、改正法が同26年(2014年)6月20日成立し、同月27日公布された。1つには、取締役に対する監督のあり方を中心に、コーポレート・ガバナンスを強化するために、社外取締役の機能の活用が図られた。すなわち、①従来の監査役会設置会社と委員会設置会社(改正後、指名委員会等設置会社)に加えて、監査等委員会設置会社制度が創設され、②社外取締役等の要件が厳格化され、③社外取締役を置くことが相当でない理由の説明が求められることとなった。<http://www.moj.go.jp/KANBOU/KOHOSHI/no47/2.html#report02> 最終閲覧 2016/08/28。遵守か説明かアプローチにつき、吉川(衛)[2007] 86頁参照。

しかしながら、コーポレートガバナンス・コードの策定に関する有識者会議(座長 池尾和人慶應義塾大学教授)において取りまとめられ、平成27年3月に公表の「コーポレートガバナンス・コード～会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上のために～」原則4-8.により、上場企業は社外取締役を2名以上起用することが事実上義務化されている。<http://www.fsa.go.jp/singi/corporategovernance/> 最終閲覧 2016/08/28; <http://www.jpx.co.jp/equities/listing/cg/tvdivq0000008jdy-att/code.pdf> 最終閲覧 2016/08/28。

このコードは、ソフトロー(藤田[2008] 4-6頁、図参照)のなかの、神田秀樹のいう「上からの規範」である(神田[2008] 153-54頁)。

今井[2016]は、東芝事件を分析し検討して、内部統制の限界論や、会社法、金融商品取引法というハードロー、本コードのようなソフトローがどうかといった制度論だけでは不十分であり、「制度とその運用と経営者資質の三位一体の改善・改革」を主張する。

事態は不可解というしかない<sup>(135)</sup>。しかしながら、1970年代から約款規律を研究して来た一学徒として、筆者には推測出来ることがある。多くの大企業が使用している約款は、基本的には当時から依然として変わっていないのではないかということである。つまり、“約款がわがもの顔に振る舞っている”という状況は、あまり変わらないのではあるまいか。

たしかに、生活に必需の、たとえば保険等については、1980年代に国民生活審議会消費者政策部会約款取引委員会（委員長北川善太郎）（当時）による約款適正化報告をうけて改定がなされた<sup>(136)</sup>。当時、(社)生命保険協会の定例研究会講師を務めていた筆者<sup>(137)</sup>は、その現場に居合わせた<sup>(138)</sup>。

しかしながら、いまもってたとえば部会85回（H26.3.4）において、能見委員<sup>(139)</sup>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[る]」

---

(135) 経団連の会員企業や経済同友会の経営者のなかには、制定法に対する忌避感があるのかもしれない。

経団連には、ソフトローのなかの、神田 [2008] のいう「下からの規範」である企業行動憲章がある（同 154、163 頁）。これが、企業は従いたくないが従うという規範だとすると、ハードロー（法規範）にしない方が社会的なコストは低く合理的な場合がある、何故なら、除名というサンクションが企業のレピュテーション（評判）を著しく損ない実際上の意味は大きいからだと、神田はいう（同 164 頁参照）。

(136) 吉川（衛）[1992] 94 頁参照。

(137) 1981 年（昭和 56）10 月から 1984 年（同 59）1 月まで。生命保険協会々報 62 巻 2 号 176 頁、同巻 3 号 62 頁、65 巻 1 号 124 頁参照。

(138) 当時の論考として、吉川（衛）[1992] 第 8 章がある。

(139) 法制審議会委員 能見善久学習院大学教授。



(44頁)との発言があり<sup>(140)</sup>、他にも類似の発言がある<sup>(141)</sup>。

既存の大企業は、むろん全てではないであろうが、既成の約款を使用しており、契約書、なかでも国際的な契約書作成のための拠り所を、中小企業とは異なり求めてはいないのかもしれない<sup>(142)</sup>。それゆえ、民法における約款規律の必要性を感じていないのであろうか<sup>(143)</sup>。

ここにおいて、筆者が強く思うことが2つある。第1は、事態が、1988年発効のウィーン売買条約（本稿で、CISGという）につき、日本が2008年

---

(140) なお、中間的な論点整理（H23.4.12決定）がなされた年の12月28日に開催された座談会のなかで、林真二（東京海上日動火災保険法務部長）は、「保険業法ないしはその関係府令、監督指針等で各種ルールが義務付けられています。保険募集の実務上、最も関係が深いのは、監督指針に定められている契約概要と注意喚起情報等から成る重要事項説明だと思っています」（井上ほか[2012] 27-28頁）という。また、松原功（日本生命保険法務室長）は、「重要事項の説明というのは、かなり広範囲、かつ、相当に網羅的なもの……例えば、契約を締結するか否かの判断を左右する事項を考えても、おおむね包含している」（同29頁）と認識し、そのうえで、「開示の時期の問題は、……開示の程度の問題に収斂[し]……『求められれば開示しますよ』という最も緩いもの」（同39頁）があるという。

(141) 約款の変更に関して、実例を挙げてみよう。たとえば、鉄道の運送約款につき、部会第2分科会5回（H24.9.4）において、松岡分科会長（松岡久和京都大学教授）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」（39-40頁）と発言があった。

(142) 内田[2011] 76、216頁参照。ダニエル・フット（東京大学教授）は、シンポジウム「債権法の未来像」（2012年）において、ビジネスパーソンはUCC（米国統一商事法典）と同様に、日本民法でも重要な名宛人であって、中小企業勤務のかれらに分かり易いものでなければならないと主張した（NBL980号30頁参照）。

(143) しかし、債権法改正は、日本企業、とりわけ中小企業の国際活動はむろんのことながら、国内活動にも資すると、太田[2012] 15-16頁は主張する。また、同17頁は、それが遅延すれば、後日はマーケットの力により、海外の取引ルールを全面的に取り入れた法改正を余儀なくされるという。

に加入し、翌 2009 年 8 月に発効までにいたる過程とよく似ていることである<sup>(144)</sup>。

第 2 は、経団連等はコストのかけ方を勘違いしているのではないかということである。B to C であれ B to B であれ、公正かつ透明で、オーソライズされた、明確なルールを要請する法化社会の到来は、誰の目にも明らかである。それにもかかわらず、約款規律を忌避する既存大企業は、おそらくは既成の約款等のチェックにコストをかけ、実務を改めることを躊躇しているのであろう<sup>(145)</sup>。そのような意味で、取引コストの節約を考えているのであろう。

しかし、取引コスト (transaction costs) とは、これを見出したロナルド・H. コースによれば、市場取引を実行するために必要となるコストであり、そのなかには、「どのような条件で取引しようとしているのかを人々に伝えること、成約にいたるまでにさまざまな駆引きを行なうこと、契約を結ぶこと、契約の条項が守られているかを確かめるための点検を行うこと、等々の事柄」(Coase [1988] p.6; コース [1992] 9 頁) がある。

このような、定型約款による取引の全プロセスにつき、かつ中長期的に見れば、既存大企業であっても、自己のビジネスにおいて、何が取引コストの節約になるかは、明らかではないだろうか。それは、この国がオーソライズされた約款規律の規定を有することであり、かつ、この規定を拠所として、各企業が自己の定型約款の条項をいっそうリファインすること

---

(144) 内田 [2011] 72-75 頁を見られたい。また、曾野 [2009a] 5 頁、同 [2009b] 26 頁参照。

(145) 本文のことが、筆者には推測される経団連推薦の佐成委員による、次の発言がある。すなわち、「約款とは異なる名称で実務上処理されている基準とかマニュアルといったものの類いが、定型約款に含まれないという保証が全くない……これまで問題なく行われてきた企業実務というのが変容される」(98 回 3-4 頁の佐成発言) である。

また、本稿注(135)も見られたい。

である<sup>(146)</sup>。

## 補論 希薄な合意

### 2006年現在の理論状況

約款による契約の内容規制（内容的限界づけ）を行うにあたり、当事者の合意のあり方を論ずる手法がある。安井 [1995]（初出、1973年）は、『『同意の範囲』……を論ずる手法をいち早く提示』（河上 [1991]（3）39頁）した。この手法を、「さらに徹底した形で体系化」（同40頁）したのが、客観的合意理論を唱える吉川（衛） [1978]、同 [1980a] であったと、河上は評価した。

しかし、河上は、そのうえで、吉川のいう客観的合意は「当事者意思からの乖離」（同頁）だと批判した。

そうして河上 [1991]（3）は、「一般契約法の世界……〔の約款による契約という〕一定の領域では『意思』が定型的に希薄化していることを前提としたうえで」（35頁）、「個別の約款条項の公正さを担保し、不公正な約款条項を規制するための手続と論拠を厳格に要求」（潮見 [1996] 178頁、同 [2006] 184頁）したと、潮見は評価した。その厳格さとは、河上 [1988] が、組入れ規制と内容規制を切断し、個別に論じたうえで、それらを「合わせて一本」（加藤（雅）ほか編 [2008] 216、251頁（河上発言）、初出2005年）と捉えるものである。

以上を要するに、2つある。第1に、当事者の合意のあり方を論ずる手法があり、それは一方で、組入れ規制と内容的限界づけを一体視したが、他方は、それを切断したこと、第2に、約款による契約につき、希薄な意思や、希薄な合意（加藤（雅）ほか編 [2008] 236-37頁（河上発言））が観念

---

(146) CISGの加入をうけて、2009年4月現在、「各社〔日本のある総合商社3社〕で現在対応を検討中である」（杉浦 [2009] 32頁注2）という。

されたことである。これが、2006年現在の理論状況であった。

### 中間試案から部会資料75Bへ——表示に関する請求構成

民法改正作業の出発点を実質的に用意した、民法（債権法）改正検討委員会（2006年）は、約款による契約につき、「意思の希薄さ〔があり〕……不当に害する条項については、……除去する必要がある」（14回全体会議資料21頁）と指摘し、【II-2-2】（約款の組み入れ要件）すなわち、開示と（希薄な）合意を組み入れ要件として提案した。

この提案された組み入れ要件は、中間試案第30の2（約款の組入要件の内容）となった。中間試案を審議した部会71回7頁において、既に部会11回7頁で「希薄な合意」を問題提起していた岡委員と、筒井幹事との間で、中間試案の当該要件の合意は、その「希薄な合意」であることの確認がなされた。

さて、しかしながら、パブ・コメをうけて、部会資料75B第3の2（定型条項の内容の表示）は、表示に関する請求構成となった。この法律構成は、事務局より、部会での合意形成という観点からの取りまとめの方向づけだと念押しをされた（筒井幹事部会93回26頁）。

ここにおいて、「希薄な合意」は、開示と（希薄な）合意という要件のものから、質的な変化を遂げたと、筆者は考えている。それは、どのようなものか。本文（プロローグ「定型約款の内容規制（内容的限界づけ）」等）で論じたところを見られたい。また、そこにおける当事者意思が、筆者の、本稿の客観的合意説をもって説明できることにつき、第2節、第3節、第5節を見られたい。

### 引用文献

青山ほか [2012]：青山大樹 = 小野傑 = 高山崇彦 = 田中俊平 = 道垣内弘人 = 松尾博憲 = [司会] 中田裕康「座談会 / 民法（債権法）の改正を考える（上）～（下）・完——約款、債権譲渡、不実表示を中心に」NBL970号8頁、971号42頁、972号64頁（2012年）

- 青山ほか [2015]：青山大樹＝小田大輔＝〔司会〕中村廉平＝野村修也＝松田知文「座談会／消費者契約法と金融実務への影響」金融法務事情 2019 号 6 頁（2015 年）
- 足立 [2012]：足立格「約款」金融法務事情 1959 号 16 頁（2012 年）
- 足立 [2015]：足立格「消費者契約法の改正」金融法務事情 2019 号 4 頁（2015 年）
- 石川 [2007]：石川博康「信義誠実の原則」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』54 頁（有斐閣、2007 年）
- 石川 [2008]：石川博康「『信賴』に関する学際的研究の一動向」中山信弘編集代表＝藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』67 頁（有斐閣、2008 年）
- 井上ほか [2012]〔司会〕井上聡＝岡本雅弘＝篠原孝典＝道垣内弘人＝林真二＝松原功＝望月洋幸＝山野目章夫「座談会／民法（債権関係）改正と金融実務——説明義務・情報提供義務、約款、不当条項規制を中心に」金融法務事情 1940 号 22 頁（2012 年）
- 今井 [2016]：今井祐『東芝事件と「守りのガバナンス」』（文眞堂、2016 年）
- 上田 [1990]：上田誠一郎「約款による契約の解釈——いわゆる約款の客観的解釈を中心に」同志社法学 42 卷 4 号 49 頁（1990 年）〔同『契約解釈の限界と不明確条項解釈準則』（日本評論社、2003 年）243 頁所収〕
- 上田 [2003]：上田誠一郎『契約解釈の限界と不明確条項解釈準則』（日本評論社、2003 年）
- 内田 [1990]：内田貴『契約の再生』（弘文堂、1990 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 [2008]：内田貴「講演 制度的契約論の構想」北大法学論集 59 卷 1 号 82 頁（2008 年）〔同『制度的契約論』（羽鳥書店、2010 年）133 頁所収〕
- 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）
- 内田 [2013]：内田貴『民法改正のいま——中間試案ガイド』（商事法務、2013 年）
- 内田 [2015]：内田貴「『日本民法学の出発点』——補遺の試み」高翔龍＝野村豊弘＝加藤雅信＝廣瀬久和＝瀬川信久＝中田裕康＝河上正二＝内田貴＝大村敦志編『星野英一先生追悼 日本民法学の新たな時代』1 頁（有斐閣、2015 年）
- 太田 [2012]：太田穰「国際企業活動と債権法改正」NBL984 号 13 頁（2012 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

- 75B『約款』部分に関する提案」 <http://www.moj.go.jp/content/000121273.pdf> (2014年)
- 大澤 [2015]: 大澤彩「消費者契約法における不当条項規制の在り方について——『消費者契約法改正への論点整理』を踏まえて」金融法務事情 2019号 31頁 (2015年)
- 岡 [2015a]: 岡正昌「いよいよ決まった『民法(債権関係)改正』民法(債権関係)改正の検討経過と日弁連の対応」自由と正義 66巻5号8頁 (2015年)
- 岡 [2015b]: 岡正昌「いよいよ決まった『民法(債権関係)改正』重要項目解説4 契約各論」自由と正義 66巻5号32頁 (2015年)
- 沖野 [2015]: 沖野眞己「約款の採用要件について——『定型約款』に関する規律の検討」高翔龍 = 野村豊弘 = 加藤雅信 = 廣瀬久和 = 瀬川信久 = 中田裕康 = 河上正二 = 内田貴 = 大村敦志編『星野英一先生追悼 日本民法学の新たな時代』525頁 (有斐閣、2015年)
- 沖野ほか [2013]: 沖野眞美 = 深山雅也 = [聞き手] 道垣内弘人「対談 / 法律行為及び契約総論」ジュリスト 1456号 17頁 (2013年)
- 奥田ほか [2014]: 奥田昌道 = 松岡久和「[インタビュー] 債権関係規定の見直し——要綱仮案を読んで」法律時報 86巻12号4頁 (2014年)
- 加藤ほか [2005]: 河上正二(ゲスト)・加藤雅信 = 加藤新太郎(ホスト)「鼎談 民法学の新潮流と民事実務(第6回) 約款論を語る」判例タイムズ 1189号 4頁 (2005年)
- 加藤ほか [2008]: 河上正二(ゲスト)・加藤雅信 = 加藤新太郎(ホスト)「第12章 約款論の意味と機能」加藤雅信 = 加藤新太郎編著『現代民法学と実務(中)——気鋭の学者たちの研究のフロンティアを歩く』211頁 (判例タイムズ社、2008年。初出2005年)
- 鹿野 [2015]: 鹿野菜穂子「民法改正と約款規制」法曹時報 67巻7号 1801頁 (2015年)
- 鎌田 [2015]: 鎌田薫「民法(債権関係)改正のエッセンス: 序論『民法(債権関係)の改正に関する要綱』の決定——民法(債権関係)部会の審議を終えて」NBL1045号 4頁 (2015年)
- 河上 [1988]: 河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、1988年)
- 河上 [1991]: 河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(1-4・完)」NBL469号 14頁、470号 44頁、471号 34頁、472号 36頁 (1991年)
- 河上 [2014]: 河上正二「約款による取引」法律時報 86巻12号 96頁 (2014年)
- 河上 [2015]: 河上正二「民法(債権関係)改正要綱——とくに『定型約款』について」ジュリスト 1480号 82頁 (2015年)
- 川邊 [2014]: 川邊光信「『民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案』と『民法

- (債権関係)の改正に関する中間試案』の相違点——パブリックコメントはどこまで反映されたか」金融法務事情 2005 号 6 頁 (2014 年)
- 神田 [2008]: 神田秀樹「企業の社会的責任をめぐる規範作成——日本経団連の企業行動憲章や OECD の多国籍企業行動指針を例として」中山信弘編集代表 = 藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』153 頁 (有斐閣、2008 年)
- 後藤 [2013]: 後藤卷則「不当条項規制」円谷峻編著『民法改正案の検討 第 3 巻』2 頁 (成文堂、2013 年)
- 三枝 [2005]: 三枝健治「UCC 第二編改正作業における約款の『採用』規制の試み——『内容』規制との関係を念頭に (1-5・完)」法政理論 37 巻 3・4 号 80 頁 (2005 年)、38 巻 3 号 14 頁、38 巻 4 号 1 頁、39 巻 1 号 95 頁 (2006 年)、39 巻 3 号 209 頁 (2007 年)
- 潮見 [1996]: 潮見佳男「普通取引約款」『新版注釈民法 (13)』166 頁 (有斐閣、1996 年)
- 潮見 [2006]: 潮見佳男「普通取引約款」『新版注釈民法 (13) [補訂版]』173 頁 (有斐閣、2006 年)
- 潮見 [2015]: 潮見佳男『民法 (債権関係) 改正法案の概要』(金融財政事情研究会、2015 年)
- 潮見ほか [2013]: 潮見佳男 = 笹井朋昭 = 長谷川雅典 = 望月治彦 = 渡辺光昭 = [司会] 山野日章夫「座談会 / 企業実務からみた民法 (債権関係) の改正に関する中間試案 (上)(下)」NBL1014 号 10 頁、1015 号 33 頁 (2013 年)
- 島岡ほか [2013]: 島岡聖也 = 貞包慎太郎 = 佐成実「民法 (債権関係) 改正の論点 企業の視点から」法律の広場 2013 年 5 月号 41 頁 (2013 年)
- 杉浦 [2009]: 杉浦保友「実務的インパクトの検討」ジュリスト 1375 号 (特集 ウィーン売買条約) 32 頁 (2009 年)
- 曾野 [2009a]: 曾野裕夫「ウィーン売買条約 (CISG) の意義と特徴」ジュリスト 1375 号 4 頁 (2009 年)
- 曾野 [2009b]: 曾野裕夫「ウィーン売買条約 (CISG) の締結とその文脈」法の支配 153 号 20 頁 (2009 年)
- 高須 [2010]: 高須順一『民法 (債権法) 改正を問う——改正の必要性とあるべき姿』(酒井書店、2010 年)
- 高須 [2013]: 高須順一「みえてきた平成民法の姿——実務の観点からの検証」法律のひろば 2013 年 5 月号 32 頁 (2013 年)
- 高須 [2015]: 高須順一「いよいよ決まった『民法 (債権関係) 改正』重要項目解説その 2 債権者代位権、詐害行為取消権、保証等」自由と正義 66 巻 5 号 18 頁 (2015 年)
- 筒井 [2013]: 筒井健夫「民法 (債権関係) 改正の中間試案に至る審議経緯」ジュ

- リスト 1456 号 12 頁 (2013 年)
- 筒井 [2014]: 筒井健夫「総括: 日独法から見た債権法改正 コメント」只木誠 = ハラルド・バウム編『債権法改正に関する比較法的検討』405 頁 (中央大学出版部、2014 年)
- 筒井ほか [2015]: 筒井健夫 = 村松秀樹「債権法改正の動向」NBL1041 号 18 頁 (2015 年)
- 中井 [2015]: 中井康之「いよいよ決まった『民法(債権関係)改正』重要項目解説 1 消滅時効、法定利率、契約解除、危険負担、錯誤」自由と正義 66 巻 5 号 11 頁 (2015 年)
- 中田 [1994]: 中田裕康『継続的売買の解消』(有斐閣、1994 年)
- 中田 [2000]: 中田裕康『継続的取引の研究』(有斐閣、2000 年)
- 中村 [2013]: 中村肇「約款(定義及び要件)」円谷峻編著『民法改正案の検討 第 2 巻』221 頁 (成文堂、2013 年)
- 中村 [2015]: 中村肇「ドイツの銀行取引における利息調整条項について」円谷峻 / 三林宏編著『新たな法規律と金融取引約款』59 頁 (成文堂、2015 年)
- 日弁連会長声明 [2014]: 日本弁護士連合会会長村越進「民法(債権関係)改正法案に関する法規範を規定することを求める会長声明」<http://www.mojo.go.jp/content/001130020.pdf> (2014 年)
- 原田 [2008]: 原田大樹「コメント 2 行政法学から見た制度的契約論」北大法学論集 59 巻 1 号 115 頁 (2008 年)
- 原田 [2013]: 原田大樹『例解 行政法』(東京大学出版会、2013 年)
- 深山 [2015]: 深山雅也「いよいよ決まった『民法(債権関係)改正』重要項目解説その 3 債権譲渡、債務引受・契約上の地位の移転、弁済、相殺、定型約款」自由と正義 66 巻 5 号 25 頁 (2015 年)
- 藤田 [2008]: 藤田友敬「はじめに」中山信弘編集代表 = 藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』1 頁 (有斐閣、2008 年)
- 星野 [1986]: 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」同『民法論集第 6 巻』201 頁 (有斐閣、1986 年。初出 1983 年)
- 民法(債権法)改正検討委員会編 [2009]: 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ——契約および債権一般(1)』(商事法務、2009 年)
- 八木 [2011]: 八木俊輔『現代企業と持続可能なマネジメント——環境経営と CSR の統合理論の構築』(ミネルヴァ書房、2011 年)
- 安井 [1973]: 安井宏「普通約款の拘束力に関する一考察」法と政治 24 巻 2 号 255 頁 (1973 年)〔同『法律行為・約款論の現代的展開』(法律文化社、1995 年) 3 頁所収〕



- 安井 [1995]：安井宏『法律行為・約款論の現代的展開——フランス法と日本法の比較研究』（法律文化社、1995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）
- 山下（友） [2013]：山下友信「約款の組入要件の立法論的検討」『前田重行先生古稀記念 企業法・金融法の新潮流』605頁（商事法務、2013年）〔同『商事法の研究』（有斐閣、2015年）317頁所収〕
- 山下（友） [2015a]：山下友信『商事法の研究』（有斐閣、2015年）
- 山下（友） [2015b]：山下友信「講演録 民法（債権関係）改正と保険——改正の意義及び今後の保険実務」損害保険研究77巻2号139頁（2015年）
- 山野目 [2014]：山野目章夫「民法（債権関係）改正のビューポイント①-⑨⑩」NBL1038号8頁（2014年）、1046号56頁、1047号56頁（2015年）
- 山野目ほか [2012]：山野目章夫 = 恩田英宜 = 齋藤毅 = 野口善一 = [司会] 赤松茂「民法（債権関係）改正に関する座談会——中間試案を控えての司法書士の視点」月報司法書士489号22頁（2012年）
- 山本（敬） [2015]：山本敬三「公開講演会 民法（債権関係）の改正に関する要綱と保険実務への影響」生命保険論集191号1頁（2015年）
- 山本（敬）ほか [2009]：山本敬三 = 磯村保 = 横山美夏 = [聞き手] 児島幸良 = 児島政明「『債権法改正の基本方針』のポイント——企業法務における関心事を中心に④⑤ 民法（債権法）改正検討委員会・第2準備会 法律行為、約款・消費者契約、契約の成立、売買（上）（下）」NBL910号24頁、911号86頁（2009年）
- 山本（豊） [2010]：山本豊「債務不履行・約款」ジュリスト1392号84頁（2010年）
- 山本（豊） [2014]：山本豊「約款」法律時報86巻1号30頁（2014年）
- 横山 [2013]：横山美夏「約款」法学教室394号4頁（2013年）
- 吉川（衛） [1976]：吉川吉衛「普通保険約款の拘束力」戸田修三編『判例商法I』107頁（日本評論社、1976年）
- 吉川（衛） [1978]：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） [1980a]：吉川吉衛「普通取引約款の内容的限界づけ——約款解釈のこんにち的課題」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）[1980b]：吉川吉衛「普通保険約款に対する内容コントロール」損害保険研究 42 巻 2 号 113 頁（1980 年）〔同『現代の保険事業』（同文館、1992 年）99 頁所収〕
- 吉川（衛）[1989]：吉川吉衛「保険事業とは何か」保険学雑誌 524 号 5 頁（1989 年）
- 吉川（衛）[1992]：吉川吉衛『現代の保険事業 企業規制の論理』（同文館、1992 年）
- 吉川（衛）[2007]：吉川吉衛『企業リスクマネジメント——内部統制の手法として』（中央経済社、2007 年）
- 吉川（衛）[2014]：吉川吉衛「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」国士館法学 47 号 1（190）頁（2014 年）（横書きの頁数は 1 頁。引用はこれによる）
- 吉川（衛）ほか [2010]：吉川吉衛 = 大谷秀幸 = 高野一彦 = 小滝晃 = 吉田良夫『企業と法を見る目に確かさを』（成文堂、2010 年）
- 吉川（樹）訳 / 曾野補訳 [2015]：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、2015 年）

#### 附記

次に掲げる拙稿も、ご参照いただければ幸いです。

- 吉川（衛）[2017a]：吉川吉衛「改正民法と定型約款に関する考察——その基礎視座」経営研究 67 巻 4 号（青山和司教授退任記念号）111 頁（2017 年）
- 吉川（衛）[2017b]：吉川吉衛「定型約款と希薄な合意——河上（2016）について」経営研究 68 巻 1 号（掲載予定）