

ジュリスト

11

2018 November
#1525



小泉直樹
 岡村久道
 山内貴博
 井上由里子
 秋山卓也
 高部眞規子

HOT issue

中山信弘
 荒井寿光
 中村伊知哉

特集 Special Feature

知財制度の新たな動き

—不競法, 特許法, 著作権法改正を中心に

連載 働き手・働き方の多様化と労働法／債権法改正と実務上の課題
 知的財産法とビジネスの種 最高裁時の判例 第196回国会の概観

contents	title	number
連載	債権法改正と 実務上の課題	11

定型約款

深山 本日は、改正法において新たな明文規定が設けられた「定型約款」について、意見交換をさせていただきます。「定型約款規制による具体的な影響」というテーマのもとに、4つの設問が用意されていますが、設問の検討に入る前に、約款をめぐる従前の議論について確認しておきたいと思えます。

I. 従前の議論の確認

深山 まず、約款の定義や、約款の拘束力についての法的根拠など、約款に関して従前どのような議論がなされていたのかについて、山本敬三さん、ご説明いただけますか。

山本（敬） 約款については、戦前から議論があったところでして、初期の頃は、約款が拘束力を持つ根拠をどのように説明するかという拘束力の根拠論が議論の中心でした。そこでは、約款に法規性を認める見解や特殊な制度として説明する見解のほか、約款によることが商慣習になっているとする見解が有力に主張されました。

その後、1960年代から70年代にかけて、約款に関する問題を私的自治や意思自治の観点から批判的に検討する見解が有力に主張されるようになりました。その結果、特に80年代以降

index

- I. 従前の議論の確認
- II. 改正法の概要の確認
- III. 設問の検討
- IV. 終わりに

は、約款に拘束力が認められる根拠を「約款による」という合意に求める見解が多数を占めるようになりました。

このような動きとともに、議論の力点は、約款が契約の内容になるための要件と内容規制に移っていくことになりました。

約款が契約の内容になるための要件について、特に問題視されたのは、戦前の判例（大判大正4・12・24民録21輯2182頁）が採用した意思推定説です。それによると、当事者双方が約款によらない意思を表示せずに契約をしたときは、契約時に約款内容を知らなかったとしても、反証のない限り、その約款による意思を持って契約したものと推定されます。しかし、契約時に約款の内容を知る機会がない場合まで、約款が契約の内容になることを認めるのは、契約の拘束力に関する一般原則と相容れません。そこで、「約款による」という合意が認められるためには、約款の開示など、約款の内容を知ろうとすれば知ることができる機会が与えられている必要があるという見解が有力に主張されました。

ただ、そのようにして約款が契約の内容になったとしても、個々の条項について合意がされたわけではありません。そこで、当初は、不当な条項についてまで契約の内容にすることは合意されていないとして、そのような条項の効力を否定するという考え方が有力に主張されました。しかし、その後、そのような「隠れた内容規制」ではなく、不当な条項はその内容が不当であることを理由に効力を否定すべきであるとして、信義則に反して顧客に不当な不利益を



京都大学教授

山本敬三

YAMAMOTO Keizo



弁護士

深山雅也

MIYAMA Masaya



弁護士

山本健司

YAMAMOTO Kenji

case 設問

定型約款規制による具体的影響

- ☞ 定型約款の不当条項規制と公序良俗違反又は信義則違反との関係。
- ☞ 不当条項規制は、不意打ち条項に及ぶか。
- ☞ 定型約款の内容の表示義務を怠った場合の効果（合意前の不履行と合意後の不履行の違い）。
- ☞ 定型約款に含まれない約款の存在とそれら約款に対して定型約款規制は及ぶか。

与える条項は端的に無効とすべきであるという考え方が一般的になりました。

以上が約款に関するこれまでの議論の流れですが、そこで対象となる約款は、当初は、保険約款や運送約款のような不特定多数を相手にした画一的・定型的な取引で使用されるものが主として念頭に置かれていました。しかし、その後は、約款に拘束力が認められる要件と特別な内容規制の整備を図るという観点から、対象となる約款も、一方当事者があらかじめ作成した契約条項群を広く指すものとしてとらえられるようになったということができます。

深山 次に、改正法において設けられた定型約款の明文規定の内容について、設問に関係する部分につき確認しておきたいと思えます。

II. 改正法の概要の確認

1. 定型約款の定義

深山 定型約款の定義については、改正法548条の2第1項において、「ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものを「定型取引」と定義した上で、「定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体」を「定型約款」

と定義したわけですが、法制審議会（以下、法制審という）において、どのような議論がなされたのか、その経緯について、山本敬三さん、ご説明願います。

山本（敬） 法制審の部会審議で出発点とされたのは、「約款」を規制の対象として、これを「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」として定義するという考え方です。これは、先ほどご紹介した現在の学説の理解に対応しています。

しかし、このような考え方に対しては、事業者間取引で使われる契約書のひな形と就業規則が含まれるおそれがあり、適当ではないという批判が強く出されました。その結果、この両者が規制の対象から外れるようにするために、約款をどのように定義するかが議論の中心を占めることになりました。

定義の絞り込み方については、最初は、対象となる契約条項群を限定することが試みられましたが、中間試案以降は、約款が使われる取引を限定することによって対応することが検討されました。具体的には、定型的な取引とそうでない取引を区別して、規制の対象を定型的な取引に限定し、定型でない取引は規制の対象としない。先ほどの契約書のひな形が使われる事業者間取引や就業規則が使われる労働契約は、

定型的な取引に当たらないので、規制の対象から外れるという説明です。改正法548条の2第1項の「定型取引」への限定は、このような考慮によるものです。

規制の対象については、経済界から、最終段階に至るまで、事業者間取引を除外すべきであるという意見が強く主張され続けていましたが、最終的には、このような意見は採用されませんでした。改正法548条の2第1項の定義をみても、そのような限定は直接的にはみとれません。ただ、事業者間取引のうち、取引先との取引の多くは、「定型取引」、つまり「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」には当たらないとしますと、その当否は別として、定型約款の規制から外れるものが多くなるということになりそうです。

深山 この点について、山本健司さんは、どのように理解ないし評価されていますか。

山本（健） 「定型約款」の定義に関しては、ユーザーの立場から見て、具体的な該当性の判断が悩ましいと感じております。特に「定型取引」の範囲、具体的には「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取引」という要件の解釈や具体的なあてはめが難しいと感じております。

法務省の『一問一答』（筒井健夫＝村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』〔商事法務、2018年〕246頁。以下、『一問一答』と略す）では、鉄道の旅客運送取引における運送約款、宅配便契約における運送約款、電気供給契約における電気供給約款、普通預金規定、保険取引における保険約款等が、「定型約款」の具体例として例示されております。確かにこれらは不特定多数との画一的性の高い取引とそこにおける契約条項群である点において、定型取引、定型約款の典型例と言えそうです。

また、法制審における議論経緯から、労働契約における就業規則と、事業者間取引において修正があり得ることを前提に呈示される契約書

案（契約書のひな形）は、「定型約款」に該当しないという点は理解し易いところです。

さらに、法務省の『一問一答』（筒井＝村松・前掲246頁）では、建物賃貸借契約書のひな形について、個人が管理する小規模な賃貸用建物について、ひな形を利用して賃貸借契約を締結しているといった場合におけるそのひな形は定型約款には該当しないとされる一方、複数の大規模な住宅用建物を建設した大手の不動産会社が、同一の契約書のひな形を使って、多数に上る各居室の賃貸借契約を締結しているといった事情がある場合には、そのひな形は定型約款に該当し得るとされています。また、国会審議では、政府参考人から、実際の取引実態によるという留保付きで、銀行取引約定書は定型約款に該当せず、住宅ローン契約書は定型約款に該当すると考えるとの答弁がなされています。しかし、このあたりになってくると、定型取引、定型約款の該当性判断はかなり難しいように思います。

定型約款の該当性判断の問題は、山本敬三先生もご整理くださったように、問題となっている契約条項群が用いられている取引が客観的な画一性を有する「定型取引」に該当するかどうかをまず考察する必要があると思われそうですが、これまでに公刊されている文献を見ますと、要件の解釈や具体的なあてはめが難しいとされているものが少なくありませんし、私自身もそのように感じております。改正法が施行されるまでに十分な議論と共通認識が必要であると思います。

この機会に、山本敬三先生にご質問をさせていただきたいのですが、例えば、ある事業者のある事業活動において、99%の取引は不特定多数の顧客との画一的な取引で、そこでは事業者の用意した契約条項群が画一的に使用されている、残る1%の取引は極めて強い交渉力を持った一部の顧客との取引で、そこでは同じ契約条項群が個別交渉のたたき台として顧客に呈示され、一部に修正を付加する等の合意のもとに使用されているという事案を考えた場合、99%の

顧客との取引は定型取引で、そこで使用されている契約条項群は定型約款である一方、1%の一部顧客との取引は定型取引ではない個別取引で、そこで使用されている契約条項群も定型約款に当たらないと考えられるようにも思われます。その点、いかがお考えでしょうか。

山本（敬） 山本健司さんのご質問は、改正法が「定型取引」に当たるかどうかを適用範囲を画する要件に設定したことから出てきた問題です。問題は、不特定多数の者を相手に展開している取引において、個別合意がされる場合が一定程度あるときに、そのためにそもそも「定型取引」でなくなるのか、それとも、全体としては「定型取引」だけれども、その個別合意がされた者との取引は、「定型取引」には当たらないのか、改正法548条の2第1項の要件に即していいますと、事業者が当該相手方とした合意が「定型取引合意」に当たらない、あるいは、「定型取引合意」は行われているけれども、個別合意がされた限りで、その個別合意が優先することになるのかということだと思います。

規定の仕組みに従っていえば、そのような顧客がいることによって「不特定多数の者を相手方として行う取引」から外れるかということ、そうではないでしょう。問題はやはり、そのような顧客がいることによって「その内容の全部又は一部が画一的であることが双方にとって合理的なもの」といえないかどうかです。

この要件が設定されたのは、契約内容の全部又は一部を画一的にすることによって、不特定多数の者に対して一定の商品やサービスを一定の対価で提供するという取引が成り立つ、そのような取引を対象とする必要があると考えたためでしょう。実際の判断は、それぞれの取引の実情によって違ってくるといわざるを得ないと思いますが、全体としてそのような評価が可能か取引かどうか重要であって、特定の顧客がいることによってそのような評価ができなくなるかどうか分かれ目になるのだらうと思いますが、いかがでしょうか。

深山 個別合意がなされることがあるからと

いって、直ちに定型取引でなくなるというわけではないのでしょうか。

2. 定型約款の組入要件

深山 次に、定型約款の組入要件については、改正法548条の2第1項に「定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき」又は「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」に約款を構成する個別条項について「合意をしたものとみなす」との規律が定められましたが、法制審において、どのような議論がなされたのか、その経緯について、山本敬三さん、ご説明願います。

山本（敬） 組入要件に関しては、中間試案の段階までは、約款が契約の内容になるためには、①約款を用いることの合意のほか、②契約締結時まで、相手方が合理的な行動をと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ことを要件とするという考え方が提案されていました。①は、いわゆる組入合意に相当するもので、②は手続要件として位置づけることができます。これは、先ほどご紹介した現在の学説における多数の考え方に概ね対応しています。

それに対して、中間試案以降では、まず、②の手続要件、つまり相手方が定型約款の内容を知ることができる機会、原則として、組入要件から切り離されることになりました。

さらに、①の組入合意要件については、最終的に、改正法548条の2第1項1号で、「定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき」として明文化されましたが、それだけでなく、2号で、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」が追加されました。これを組入表示と呼ぶことにしますと、この組入表示については、最初は、「相手方が異議を述べないで」契約を締結したことが要件とされていました。しかし、異議が述べられた場合は、契約が成立することは實際上あり得ないと考えられること

から、「異議を述べないで」という部分は無意味なことを規定しているとして、最終的に、この部分は削除されることになりました。

さらに、組入合意であれ、組入表示であれ、定型約款が契約の内容になるためには、先ほどの定型取引を行うことの合意、つまり定型取引合意が必要とされることになりました。

なお、組入要件については、旅客運送をはじめとした一定の公共的な取引に関しては、表示すら難しいことを考慮して特則を定める必要があることが留保されていまして、最終的に、整備法（平成29年法律第45号）で、鉄道営業法等の8つの法律について、「表示していた」という部分を「表示し、又は公表していた」とすることとされています。

部会審議の経緯は以上のとおりですが、特に組入表示について、それだけでなぜ契約の内容となるのかという問題が、国会審議の場で指摘されました。それに対して、法務省の立案担当者からは、これは、黙示の合意があるといえる局面を想定した規定であるという説明がされました。つまり、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場合において、当事者が実際にその定型取引をしたのであれば、通常は定型約款を契約の内容とする旨の黙示の合意があったといえることができる。しかし、黙示の合意の認定は必ずしも容易でないこともあるので、定型約款を利用した取引の安定を図るという観点から、このような規定を置くこととしたというわけです。さらに、このような趣旨からすると、「表示」とは、取引を実際に行おうとする際に、相手方に対して定型約款を契約の内容とする旨が個別に表示されていると評価できるものでなければならない。例えば、ホームページなどで一般的にその旨を公表するだけでは足りない。インターネットを介した取引などであれば、契約締結画面までの間に画面上で認識可能な状態に置くことが必要であるという説明がされています。この説明は、法務省の『一問一答』（筒井＝村松・前掲250頁）にも記載されています。

深山 この点について、山本健司さんの理解ないし評価はどうですか。

山本（健） 約款内容の認識可能性は組入要件として規定した方が望ましかったと思います。

もっとも、改正法下においても、定型約款準備者は約款内容に関する相手方の認識可能性を無視してもよいということにはならないと思います。

まず、定型約款準備者には、定型約款の重要な事項について、業法上の説明義務や、民法の信義則に基づく説明義務があります。この点は国会における審議でも確認されているところです。

また、改正法548条の2第2項の規定には不意打ち条項は契約内容にならないという法規範も含まれていると解されておりますので、もし定型約款準備者が約款内容の認識可能性を無視した場合には、相手方から不意打ち条項として法的効力を争われるリスクがあります。

それらの点を考慮すれば、改正法下における定型約款準備者の実務的な対応としては、相手方と定型約款に基づいて定型取引をする旨の合意ないし表示をする際に、定型約款の具体的な条項内容も認識可能な状況にしておくこと、具体的には、定型約款の内容を見られる場所やWebサイトを併せ知らせておくことを、むしろ原則的な対応方針としておくことが無難であると考えられます。

なお、約款の事前開示に関しては、法制審における民法改正論議が終了した後、内閣府消費者委員会の消費者契約法専門調査会において、消費者契約法に規定することが検討されました。この専門調査会では最終的に継続検討事項となりましたが、平成30年6月8日に成立した消費者契約法の一部を改正する法律（平成30年法律第54号）には、参議院の委員会採決の際に「消費者が消費者契約締結前に契約条項を認識できるよう、事業者における約款等の契約条件の事前開示の在り方について、消費者委員会の答申書において喫緊の課題として付言されていたことを踏まえた検討を行うこと」とい

う附帯決議が付されておりますので、ご紹介させていただきます。

3. 定型約款の組入除外要件

深山 定型約款の組入除外要件として、改正法548条の2第2項において、「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」条項については、「合意をしなかったものとみなす」との規律が定められましたが、法制審において、どのような議論がなされたのか、山本敬三さん、ご説明願います。

山本（敬） 定型約款の組入除外要件については、部会審議の最後の段階に至るまで、先ほどの組入要件を満たして約款が契約内容になった上で、不当条項を無効とするという形で段階的に構成されてきました。これは、先ほどご紹介した現在の学説における多数の考え方に対応しています。さらに、不意打ち条項も、不当条項規制とは区別して、組入要件を補完する例外ルールとして検討されていました。

それに対して、部会審議の最終段階になって、組入要件と不当条項規制をいわば合体させるような構成が提案され、それが改正法548条の2となりました。それによると、まず、先ほどの組入要件を満たしたときは、「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」とされました。その結果、不当条項規制は、個別の条項について合意をしたものとみなされない場合として位置づけられることになりました。そうすると、不意打ち条項も同様であって、いずれも、その条項について合意したとみなすことができるかどうかという問題として一元的にとらえられることとなります。このような組入要件と内容規制を統合してとらえるという構成は、現在の学説からは異論が強いところです。

組入除外要件の中身については、最終的に、

「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」とした上で、考慮事由として、「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」を挙げ、判断基準として、「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」を挙げるといって形に落ち着きました。

このうち、考慮事由として「定型取引の態様」が挙げられたのは、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ためだとされています。不意打ち的な要素もこれによって考慮されると説明されています。「その実情」「取引上の社会通念」が挙げられたのは、信義則に反するかどうかを判断するに当たっては、当該条項そのものだけでなく、取引全体に関わる事情を取引通念に照らして広く考慮するためだとされています。

判断基準として信義則が加えられたのは、条項の内容面における不当性だけでなく、相手方が当該条項の存在を明確に認識していないことを加味した上で不当性を広めに判断するという現在の裁判実務の運用を阻害しないようにするために、「最も包括性・抽象性の高い指導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」（法制審議会民法（債権関係）部会資料86-23頁）と説明されています。

結果として、消費者契約法10条が挙げる基準とかなり重なってきますが、両者は、適用範囲を異にするだけでなく、その判断において重視すべき考慮要素も異なり、導かれる結論に違いが生ずることもあり得ると説明されています。

深山 この点について、山本健司さんの理解ないし評価は、どうですか。

山本（健） 不意打ち条項規制と不当条項規制は、本来別個の法制度であるはずですし、要件・効果の明確化という観点からも、中間試案のように別々の条文として規定した方が望ましかったと思います。

しかし、厳しい意見の対立があった中で、約款取引の手續の適正化と契約内容の適正化を図り得る明文の法規範ができたことには大きな意義があると思います。今後はこの規定を解釈・運用で充実した内容にしていくことが重要な課題であると思います。

この点、改正法548条の2第2項は、本来的に異なる2つの制度が1つの条文にされており、かつ、抽象的な条文であることから、法文だけを見ても具体的な内容や判断基準がわかりにくい規定となっています。最終的には裁判例の蓄積を待つ必要があるのですが、実務対応は待たないです。改正法が施行されるまでに、この規定が実務で使い易いものとなるよう、この規定の適用が問題となり得る種々の紛争事例における具体的な主張・立証の内容・方法、判断基準等に関する議論を深める必要があると思います。

なお、不当条項規制に関しては、法制審における民法改正論議が終了した後、内閣府消費者委員会の消費者契約法専門調査会において、消費者契約法における不当条項リストの追加が議論され、一部が立法化されております。

具体的には、平成28年5月25日に成立し、平成29年6月3日から施行されております平成28年改正法において、事業者が債務不履行等がある場合の消費者の法定解除権を排除する契約条項を無効とする規定（消費契約8条の2）が、新たな不当条項リストとして追加されております。また、消費者の不作為をもって意思表示をしたものとみなす条項で消費契約法10条の後段要件を満たす契約条項は無効である旨が確認されております。

さらに、平成30年6月8日に成立し、平成31年6月15日に施行予定の平成30年改正法において、消費者の後見等の開始のみを理由に事業者の解除権を肯定する条項を無効とする規定（消費契約8条の3）と、事業者が自らの損害賠償責任等の存否を自ら決められる条項を無効とする規定（消費契約8条・8条の2）が、新たな不当条項リストとして追加されております。

すので、ご紹介させていただきます。

4. 定型約款の内容の表示義務

深山 定型約款の内容の表示義務について、改正法548条の3第1項において、「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表示しなければならない」との規律が設けられましたが、法制審において、どのような議論がなされたのか、山本敬三さん、ご説明願います。

山本（敬） 定型約款の内容の表示義務については、中間試案以降になって、原則として、組入要件から切り離し、行為規制として定め、違反したときの効果を明示しないこととされました。

これは、実際には、相手方は約款の内容をあえてみようとしめない場合がほとんどであって、自ら合理的な行動をとってまで約款の内容をみようとするのはさらにまれであるという認識に基づきます。このような事情を考慮すると、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と考えられたわけです。

ただ、相手方が、自分が締結しようとし、又は締結した契約の内容を確認することができるようにすることは必要なので、相手方の請求があった場合には、定型約款準備者はその内容を示さなければならないこととしたと説明されております。

当初は、このような行為規制を定めることに限定されていたのですが、少なくとも悪質な事案に対応する必要があることが指摘されて、最終的には、改正法548条の3第2項として、定型約款準備者が定型取引合意の前において第1項の請求を拒んだときは、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を除いて、定型約款の組入れは認められないこととされました。

以上のような規定の問題点として、相手方か

ら請求されない限り、定型約款の内容を相手方に示す必要はないと誤解される可能性があることが指摘されています。現代の市場社会の公正なルールとして、当事者に自己責任を求める前提として、少なくとも自己責任を引き受ける上で重要となる事柄については事前にわかるようにしておくことが要請されていることと相容れないということもできます。特に、消費者には、事前の開示請求を要求することはできないので、対応が必要であるということも指摘されています。この点について、消費者契約法の改正に関してさらに議論があったことは、先ほど山本健司さんが紹介してくださったとおりです。

このほか、開示請求をして、そこに問題のある条項があることがわかったとしても、既に定型取引合意をしているときは、その契約から離脱する術が用意されていないということも、問題として指摘されているところです。

深山 この点について、山本健司さんの理解ないし評価は、どうですか。

山本（健） 前述のとおり、約款内容の認識可能性を組入要件として規定した方が望ましかったとは思いますが、表示義務違反の効果として一定の組入否定が規定されたことは有意義であると思います。

また、相談現場では「事業者が約款の開示に応じてくれない」といった相談案件も存在します。表示義務の明文化は、そのような相談事例の早期解決につながり得る点でも有益であると思います。

なお、表示請求によって問題のある約款条項の存在が判明した場合、実務上は、当該契約の締結経緯や契約内容に鑑みて、説明義務違反、不意打ち条項などの主張の可否を検討することになろうかと思っております。

深山 改正法548条の4の各項に定められた定型約款の変更の要件も非常に重要な規律ですが、設問とは直接関係しないので割愛することとし、設問の検討に入りたいと思います。

III. 設問の検討

1. 定型約款の不当条項規制と公序良俗違反又は信義則違反との関係

深山 1つ目の設問の「定型約款の不当条項規制と公序良俗違反又は信義則違反との関係」について、まず私の意見ないし理解を述べさせていただきます。

先ほど、山本敬三さんからもご説明いただきましたように、法制審の議論の過程においては、不当条項を規制する規律を独自の規律として明文化することが目指されていましたが、最終的に定められた不当条項規制は、定型約款の個別条項につき合意したものとみなされるための要件の例外則として、「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、信義則に反して「相手方の利益を一面的に害すると認められるもの」は「合意をしなかったものとみなす」という形で明文化されました。

このように「合意をしなかったものとみなす」という規制は、当該条項については合意の成立自体を否定するものであり、合意したことを前提として、その効力を無効とする公序良俗違反の規律とは、法律効果の構造を異にするものといえます。また、信義則違反についても、合意の存在を前提とした上で合意に基づく効力を主張することを許さないという規律であることから、定型約款の不当条項規制とは、法律効果の構造を異にするものといえます。

したがって、不当条項規制の適用される条項については、もはや公序良俗違反や信義則違反を問題とする余地はなく、他方、不当条項規制の適用されない条項については、理屈の上では公序良俗違反や信義則違反を問題とする余地があるということになろうかと思っております。

この点について、山本敬三さん、いかがでしょうか。

山本（敬） 問題は、改正法548条の2第1項の「個別の条項についても合意したものとみなす」、第2項の「合意をしなかったものとみ

なす」の意味をどう理解するかということだと思えます。

まず、前提として、第1項の「合意をしたものとみなす」については、大きく分けて、2通りの理解があり得ると思えます。

1つは、文字どおり、合意の存在を擬制するという理解です。これによると、個別の条項について合意があったものとされるわけですから、反証を許さないということになります。

もう1つは、これは、個別の条項が契約の内容になったということの意味するだけであるという理解です。「契約の内容になった」ということは、他に無効となる事由等がない限り、契約として「効力を生じる」ということです。「合意をしたものとみなす」というのも、そのような意味にすぎないと理解するわけです。

次に、改正法548条の2第2項の「合意をしなかったものとみなす」の意味についても、2通りの理解があり得ると考えられます。

1つは、当該条項について合意が存在しなかったものと擬制するという理解です。これによると、当該条項についておよそ合意がなかったものとされるわけですから、その条項を援用することが信義に反するという主張はもちろん、その条項を無効とすることも観念できないと理解する余地が出てきます。深山さんが指摘された可能性は、このような理解を前提にしているとみることができそうです。

もう1つは、当該条項は契約の内容として効力を生じないということの意味するだけであるという理解です。先ほどの第1項の2つ目の理解に従って、第2項も、契約として「効力を生じない」ということ以上の意味を持たないと理解するわけです。これによると、他に無効となる事由があるときは、「効力が生じない」事由が複数存在する場合にすぎないのだから、他の無効となる事由、例えば公序良俗違反を選択して援用することも認められる。また、無効を主張せず、その条項を援用することが信義に反すると主張することも、否定する理由はない。そう理解することになるでしょう。

ただ、いずれにしても、改正法548条の2第2項は、公序良俗と比べると「ハードルが低い」ということは、国会審議の場でも立案担当者が明言しているところですし（第193回国会参議院法務委員会会議録14号11頁）、信義則はこの規定の中に判断基準として取り込まれているわけですから、あえて公序良俗違反や信義則による援用制限を持ち出す必要は、例外的な場合を除いてないのではないかと思います。

深山 消費者契約法10条との適用関係も問題となろうかと思いますが、その点も含め、山本健司さんは、どのようにお考えですか。

山本（健） 改正法548条の2第2項に基づく主張が可能である場合には、例外的な場合を除き、あえて公序良俗違反や信義則による援用制限を持ち出す必要はないのではないかと思います。私も同意見です。

改正法548条の2第2項の「合意をしなかったものとみなす」の意味については、山本敬三先生が整理してくださったように、2つの考え方があり得ると思えます。

しかし、もともと本条が本来的に無効を効果とする不当条項規制と組入除外を効果とする不意打ち条項規制を1本化した規定であることを踏まえれば、その効果については、不当条項規制と不意打ち条項規制の双方の性格に適合し得る点で、後者の「当該条項は契約の内容として効力を生じないということの意味するだけである」という考え方で理解した方が合理的ではないかと思います。

また、実際上も、前者の「当該条項について合意が存在しなかったものと擬制する」という考え方に立てば、存在しない条項を無効とすることは観念できないことから、この規定に該当する不当条項には消費者契約法上の不当条項規制が及ばなくなるのではないかと、そうすると、例えば適格消費者団体が消費者契約法上の不当条項に該当することを理由として約款条項の差止めを求めた団体訴訟において、被告の事業者が「そもそも改正法548条の2第2項の要件を満たす不当条項であるから、消費者契約法に基

づく差止請求はできない」といった反論をすることが可能になるのではないかとといった新たな問題が生じ得るように思います。しかし、上記のような反論を認める必要性も、相当性も無いように思われます。このような点で前者の考え方には具体的な弊害もあるように思われます。

このような観点から、改正法548条の2第2項の「合意をしなかったものとみなす」の意味について、私は後者の「当該条項は契約の内容として効力を生じないということの意味するだけである」という考え方で理解すべきであると考えます。

なお、国会の法案審議の際、政府参考人は、改正法548条の2第2項と消費者契約法10条の両規定を消費者は選択的に主張可能と回答しています。また、上記両規定の関係について、平成27年3月6日に開催された内閣府消費者委員会消費者契約法専門調査会における法務省民事法制管理官の回答は「消費者契約法10条に該当するという主張に対して、それはそもそも契約内容となっていないという形で、その主張を否定する関係にはならないと理解しております」というものでした。これらの回答も後者の考え方を前提としているように思われます。

深山 改正法548条の2第2項の「合意をしなかったものとみなす」の意味については、第1項の「合意をしたものとみなす」と整合的に理解する必要がありますが、いずれの「みなす」も、反証を許さない法律上の擬制と解すべきではないとの点は私も同意見です。

2. 不当条項規制は、不意打ち条項に及ぶか

深山 次に、2つ目の設問の「不当条項規制は、不意打ち条項に及ぶか」について、まず私の意見を述べた上で、お二人のご意見を伺いたいと思います。

そもそも、不意打ち条項規制は、条項の内容が不当であることではなく、条項が含まれていること自体が相手方にとって合理的に予測しがたいことに着目した規律であり、条項の内容が不当であることに着目した不当条項規制とは、

その本質を異にするものです。先ほどご説明いただいたとおり、法制審における議論においても、当初は、不意打ち条項規制と不当条項規制とは別個の規律として明文化することが検討されてきました。そして、その効果についても、不意打ち条項は合意自体からの排除、不当条項は無効な合意というように、異なる規律として提案されていました。

しかし、最終的に定められた不当条項規制は、不意打ち条項規制と、いわば1本化されて、「合意をしなかったものとみなす」という形で規律されましたので、不意打ち条項についても、不当条項規制を定めた組入除外要件の適否の問題として判断されることになります。そして、相手方にとって予測しがたい条項が置かれている場合には、信義則に反すると評価される蓋然性が高いでしょうから、そのような意味合いにおいて、不当条項規制は不意打ち条項に及ぶものといえると考えます。

山本（敬） 改正法548条の2第2項の組入除外要件と不意打ち条項の関係と立案の経緯については、先ほども少しご紹介したところですが、両者の関係については、厳密にいうと、2通りの理解の可能性があります。

1つは、組入除外要件の中に不意打ち条項の規制が取り込まれたという理解です。部会審議でも、立案担当者は、この規定によって、組入除外要件と不意打ち条項規制を「一本化」することとしたという説明をしています（法制審議会民法（債権関係）部会資料83-2 39頁）。不当な内容の条項についてまで合意したとみなすことができないとすれば、不意打ち条項も同様であり、この両者は、その条項についてまで合意したとみなすことができるかどうかという問題に集約することができるかと理解するのでしょうか。深山さんが示された可能性も、このような理解によるとみることができそうです。

もう1つは、組入除外要件の中に不意打ち条項規制がそのまま取り込まれたわけではなく、条項内容の不当性ととも、その条項の「不意打ち的要素」もあわせて考慮することとされた

という理解です。国会審議の場では、不意打ち条項と改正法548条の2第2項との関係について、立案担当者は、定型取引の特質に鑑みれば、「相手方である顧客にとって客観的に見て予測し難い条項が置かれている場合において、その条項が相手方に多大な負担を課すものであるとき」は、「相手方において内容を知り得るようにする措置を定型約款準備者が講じておかない限り、これは信義則に反することとなる蓋然性が高い」。このような定型約款を利用した取引の特質が考慮されることを表すために、考慮事由として「定型取引の態様」を明記していると説明しています（第193回国会参議院法務委員会会議録12号23頁）。同じことは、法務省の『一問一答』（筒井＝村松・前掲253頁）でも指摘されていますが、そこではさらに、「信義則に反する不当な条項であるかを判断するに当たっては、不意打ち的要素が一つの重要な判断要素となるが、不意打ち的な条項であるからという理由で直ちに信義則に反する不当な条項とされるのではなく、内容的な不当性と総合考慮が予定されている」（筒井＝村松・前掲254頁注1）と明記されています。これが、立案担当者の理解だとみてよいでしょう。

ただ、このような理解を前提にすると、2つの事柄が検討課題になると考えられます。

1つは、内容の不当性にかかわらない、純粹の不意打ち条項はどうかと考えるべきかです。改正法548条の2第2項に直接該当しないとしても、このような条項は、組入合意又は組入表示、これは立案担当者によると、黙示の組入合意がある場合を意味しますが、そうした明示又は黙示の組入合意によってカバーされているとは考えられません。そうすると、このような純粹の不意打ち条項は、やはり契約の内容にならないということが、不文法、あるいは改正法548条の2第2項の趣旨の理解によっては、その類推によって基礎づけられるのではないかと。そうすると、深山さんが示された可能性と結論において重なることとなります。

もう1つは、改正法548条の2第2項の趣

旨、ないしそこでの信義則の内容をどのように理解するかという問題です。

定型約款や消費者契約等に関する不当条項規制で信義則が判断基準とされる場合、そこで求められる信義則の要請とは、突きつめれば、「自分の利益のみを考えて、相手方の利益を配慮しないような態度は許されない」というものだと考えられます。これによると、正当な理由もなく、双方の利益の間に不均衡をきたす条項が信義則に反しその効力を否定されることになります。

これに対して、「不意打ち的要素」が信義則違反の判断要素とされる場合は、前提となる信義則の要請が違っていると考えられます。それは、突きつめれば、「相手方と契約をするためには、相手方がその内容を明確に予測できるようにしなければならない」というものだと考えられます。これは、「透明性の原則」と重なるもので、そのような趣旨が改正法548条の2第2項に含まれていると考えられます。これによると、先ほどの純粹の不意打ち条項についても、改正法548条の2第2項を少なくとも類推する余地があると考えられることになりそうです。

山本（健） 改正法548条の2第2項は、法制審における議論経緯からも、不意打ち条項規制と不当条項規制が1本化された条文と理解すべきものと思われるが、1本化の意味合いや、1本化された後の具体的な判断基準や主張・立証の在り方に関しては、考え方が分かれ得ると思います。

本条の理解に関しては、1本化される前に議論されていたような不意打ち条項規制と不当条項規制という2つの制度が抽象度の高い1つの条文に統合された規定である、1つの条文で2つの意味を持ち、2つの局面に使える規定になったと理解すべきではないかと思えます。この点については、国会における法案審議の際も、「不意打ちであっても不当でなければいいとか、不当であっても不意打ちでなければいいとか、そういうことではなくて、両方、この条

文で対応していくんだ」という点に関する議員の確認や、「いわゆる不当条項と不意打ち条項、いずれも含むものでございます」という政府参考人の答弁もなされていたところであると思えます（第192回国会衆議院法務委員会議録11号15頁）。また、実際上も、手続的に問題のある不意打ち条項で、現実に相手方に予期せぬ不利益を与えている契約条項について、さらに不当条項性を肯定できなければ信義則違反とは評価できない、当該契約条項の効力を否定できないというのは、結論として不合理であるように思えます。そのような観点から、改正法548条の2第2項については、不意打ち条項規制と不当条項規制のいずれか一方の趣旨に抵触すれば信義則違反として契約条項の効力が否定される条文と理解すべきであると思えます。その点、本条項の適用に際しては、典型的な不意打ち条項事案と不当条項事案において、信義則違反の判断基準や重視されるべき考慮要素を分けて考える必要があるように思えます。そして、そのような基本的な理解に立った上で、本来的に異なる2つの制度が1つの条文に1本化されたことによって「合わせ技1本」的な信義則違反の主張にも条文上の基礎ができたと思えるべきではないだろうかと思えます。

深山 1つの条文の中に盛り込まれたとしても、不意打ち条項規制と不当条項規制とがそれぞれ独立の規制類型として機能すべきであり、さらに「合わせ技1本」という第3の規制類型を認めるべきであるとの山本健司さんのご意見に、全く賛成いたします。「結果的に」であれ、第3の規制類型を容認する基礎ができたと思えるならば、この条文に積極的な評価を与えることができると思えます。

3. 定型約款の内容の表示義務を怠った場合の効果（合意前の不履行と合意後の不履行の違い）

深山 次に、3つ目の設問の「定型約款の内容の表示義務を怠った場合の効果（合意前の不履行と合意後の不履行の違い）」について、まず私の意見を述べた上で、お二人のご意見を伺い

ます。

まず、定型取引合意前に内容の表示請求があった場合に表示を怠ったときについては、一時的な通信障害が発生した場合など正当な理由がある場合を除き、合意擬制が働かないことが明文で規定されています（民548条の3第2項）。

これに対し、定型取引合意後相当の期間内に内容の表示請求があった場合に表示を怠ったときについては、明文規定は設けられていません。そこで、解釈の問題となりますが、表示を怠ったことに起因する損害が発生すれば、相手方は損害賠償請求をなし得るものと解されます。もっとも、損害の範囲については、既に定型取引合意自体は成立していることを前提として、事後的な表示の懈怠と因果関係のある損害として発生したものに限定されるものと思われる。

また、因果関係のある損害の発生が認められるとしても、事前に表示を求めることなく定型取引合意を成立させている以上、事案によっては、相手方の過失の有無も問題となり得るように思われます。

他方、事後的な表示義務は、定型取引にかかる契約における付随的義務であると解されますが、軽微な義務違反と評価されることも少なくないと想定されます。そうすると、事案にもよりますが、定型取引後の表示義務違反を理由に定型取引にかかる契約自体を解除することは、原則的にはできないものと解されるのではないのでしょうか。

山本（敬） 定型取引合意後にこのような拒絶がされた場合について、法務省の『一問一答』（筒井＝村松・前掲256頁注4）でも、この場合は、定型約款準備者は約款の内容の表示をすべき債務を負うから、その強制的な履行を請求することができるほか、その債務の不履行により生じた損害の賠償を請求することが可能であるとしています。もっとも、そこで認められる損害賠償の内容については、特に明記していません。

賠償範囲については、一般原則、つまり改正

法416条によると考えられますので、表示義務の不履行から通常生ずべき損害、又は予見すべき特別の事情によって生じた損害が賠償されることとなります。深山さんが事後的な表示義務の懈怠と因果関係のある損害とおっしゃるのは、このようなものということでしょう。一般論としては、そのとおりだと思います。

この場合の表示義務とは、定型約款の内容を知る機会を与える義務ですので、相手方がその定型約款の内容を知っていれば回避できたはずの損害が賠償されるべき損害ということになるはずで、例えば、相手方が権利を行使する期間や契約不適合を通知すべき期間が短く設定されていたために、それを知らずに徒過してしまったというような場合は、その権利を行使していれば得られたであろう利益の賠償が認められるということになるでしょう。

この場合に、事前に定型約款の内容の表示を求めることなく定型取引合意をしていたことをもって相手方の「過失」とみてよいかどうかは、議論の余地があるところでしょう。改正法548条の3第1項が、相手方から請求があったときに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ぬとしたのは、その限りで相手方に定型約款の内容を知る権利を保障するためだと説明されています(第193回国会参議院法務委員会会議録13号32頁以下)。この規定の趣旨からしますと、相手方には、事前に定型約款の内容の表示を求める義務があるとして、それを怠ったことを相手方の「過失」とみることは、かなり飛躍があります。ここでは、定型約款準備者が、事前に定型約款の内容を知る機会を相手方と与えていなかったことが前提なので、そのような定型約款準備者が、相手方が事前に表示を求めていればよかったのだと主張することは許されないのではないかと思います。

最後に、定型約款準備者が事後的な表示義務の履行を怠った場合について、国会審議の場では、立案担当者は、改正法541条による解除も可能になることがあり得ると説明していました

(第193回国会参議院法務委員会会議録13号32頁)。しかし、法務省の『一問一答』では、解除については言及していません。これは、深山さんが指摘されるように、表示義務の違反は「軽微」な不履行に当たるので、解除は原則として認められないという理解に立つことになったのかもしれませんが。

ただ、定型取引合意の後、相当の期間内に定型約款の内容を示すよう請求したのに、それを示さない場合に、本当にそれが「軽微」な不履行にすぎないかどうかは、疑問の余地も残ります。契約の内容がわからなければ、自分がどのような債務を履行しなければならないか、相手方の履行が契約に適合したものかどうかといったことなどを判断しようがないわけですから、そのまま契約に拘束され続けることは危険でしょう。むしろ、原則として、解除を認めてもよいという考え方もあり得るところですが、いかがでしょうか。

山本(健) 山本敬三先生のご意見に異論ありません。最後の点については、事案によっては解除が認められて然るべき場合もあるように思いますので、一律に軽微な不履行と位置づけるべきではないと思います。

深山 その点は、個別条項の内容如何によって結論が変わるということかもしれません。

4. 定型約款に含まれない約款の存在とそれら約款に対して定型約款規制は及ぶか

深山 次に、4つ目の設問の「定型約款に含まれない約款の存在とそれら約款に対して定型約款規制は及ぶか」について、まず私の意見を述べた上で、お二人のご意見を伺います。

先ほどご説明いただいたように、定型約款の定義は、従来「約款」について議論されてきた定義よりも限定的であるといえることから、定型約款に該当しない約款も存在することになります。そして、改正法が「定型約款」という新たな概念について定義規定をおいて規制を設けた以上、定型約款に該当しない約款については、定型約款規制は、少なくとも直接適用はさ

れないといえるのではないかと思います。

しかしながら、定型約款に該当しない約款の効力を解釈するに当たっては、定型約款規制が参照されることは十分にあり得るし、場合によっては類推適用される場面もあると思われま。例えば、定型約款の変更の要件などは、定型約款に該当しない約款の変更の効力を解釈する際にも参照ないし類推適用されて然るべきであると考えます。

山本(敬) ご意見の前提として、改正法が規制の対象を「定型約款」に限定した趣旨と、そこでいう「定型約款」の範囲をどのようにとらえるかという問題があるように思います。「定型約款」の範囲について特に問題となるのは、「定型取引」の射程、特に「その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」という限定をどのようにとらえるかということです。

改正法の規定の内容について批判的な立場からは、そのような規定が適用される「定型約款」の範囲は狭くとらえるべきだと主張されることとなります。例えば、公共的な性格を持つサービスや独占的なサービスなどに関する取引で使われる約款、あるいは、法によって既に一般的な開示義務が定められ、内容の正当性が業法規制等によって担保されている特殊な業法上の約款に限られるという見解などが主張されています。

このように「定型約款」の範囲を狭くとらえるという考え方につながる理解は、立案担当者の説明にもみてとることができ。特に国会審議に移ってから後、定型約款に関する規制を定めることの正当化について、立案担当者は、客観的にみて画一性が高い取引であることなどから、相手方も約款の具体的な内容を認識しようとはしないのが通常であるという特質があることを強調するようになりました(第193回国会参議院法務委員会会議録12号22頁)。このような説明からすると、先ほどの学説ほどではないとしても、「定型約款」に当たるのは、不特定多数の者を相手とし、かつ客観的にみて

画一性が高い取引で用いられる、したがって相手方もその具体的な内容を認識しようとはしないのが通常であるといえるような約款に限られるとみる可能性があります。

それに対して、この要件がもともと意図していたのは、事業者間取引で使われるひな型や労働契約における就業規則に相当するものを規制の対象に含めないということだったという点を重視すると、それらに含まれない約款は広く「定型約款」に当たると考える余地もあります。立案担当者も、国会審議以降、法務省の『一問一答』(筒井=村松・前掲240頁)においても、定型約款に関する規律は、「約款を用いた取引の法的安定性を確保する」ためのものであり、それによって「適切な解決の枠組みが示され、紛争の未然防止にも役立つ」ものであることを強調するようになってい。これによると、「定型約款」の範囲を広くとらえることが適当だということになりそうです。

ただ、そのような立場でも、これまで約款に当たると考えられてきたもののすべてが「定型約款」に含まれるわけではないということは、部会審議の過程でも何度も確認されてきました。つまり、「定型約款」に当たらない約款が存在するということが、前提とされていたわけです。問題は、そのような約款についてどのような規律が妥当するかです。

先ほどのように、定型約款に関する規律によって「適切な解決の枠組み」が示されているという考え方によりますと、定型約款に含まれない約款についても、特別な事情がない限り、定型約款に関する規定の類推適用を広く認めてよいということになりそうです。深山さんが示された可能性も、そのようなものととらえてよいかもしれません。

それに対して、定型約款に関する規律の趣旨を狭くとらえて、「定型約款」の範囲を限定するという考え方からは、定型約款に含まれない約款については、定型約款に関する規律の趣旨が当てはまらないわけですから、定型約款に関する規定は類推適用されないということになる

その内容が充実したものとなるような解釈や実務運用を行っていく必要があると思っています。特に改正法 548 条の 2 第 2 項のみなし合意除外規定と改正法 548 条の 4 の約款変更の実体要件は今後の実務運用が非常に重要であると思っています。

IV. 終わりに

深山 定型約款をめぐる規律に関しては、今後様々な解釈問題が生じることと思いますし、立法的課題も残されているように思いますが、何か付言していただくことはありますか。

山本（敬） 改正法の内容についての立法論的な問題点は、私自身、既に別のところで述べていますので、ここでは繰り返しません。ただ、1 点、改正法を前提とした上での将来に向けての立法課題について、指摘させていただきたいと思っています。

改正法 548 条の 2 第 2 項には、組入除外規定が定められていますが、先ほども検討しましたように、これは、実質的には不当条項規制に相当するものです。ただ、特に定型約款のように不特定多数の者を相手にした定型取引で使われるものについては、個々の相手方が個別訴訟でこの規定を援用して拘束力から免れる道を開くだけで十分とはいえません。むしろ、条項の使用を差し止める可能性を認める方が、実効的な規制を実現することができるというよいでしょう。

実際、国会審議でも、立案担当者は、「立法論として、定型約款の無効を主張することによって効力を他に及ぼす」、「団体訴訟のようなものであるとか、あるいは一種の代表訴訟的なものであるとか、そういったものの検討は十分考えられる」と述べています（第 193 回国会参議院法務委員会会議録 14 号 12 頁）。

もちろん、民法の定型約款の規律は、消費者契約だけを対象とするものではありませんので、消費者契約法のような適格消費者団体による差止訴訟を認めるだけでなく、他の事業者等による差止訴訟のようなものも視野に入れて

検討しなければならないでしょう。考えなければならないことはかなりありそうなところですが、このような立法課題があることは忘れないようにしておく必要があると思います。

深山 本日は、定型約款に関する新たな規律について、充実した意見交換をさせていただき、誠にありがとうございました。

[2018 年 7 月 31 日収録]



information 2

学習院大学法務研究所主催 家事事件リカレント講座

日時	11月17日(土)14時～17時
場所	学習院大学中央棟4階402教室
講師	宋賢鍾氏(韓国・仁川家庭法院専門調査官)
テーマ	親の離婚における子どもの福利と権利を確保するための歩み——韓国での離婚制度の改革、新たな家事事件管理モデル、子どもの手続参加と情報提供の動きを中心として
定員	100名程度
受講料	無料

家事事件(家事調停・家事審判)について関心のある法曹の方(弁護士・司法修習生)、研究者、家事調停委員の方のご参加を歓迎します。

講演に先立ち、犬伏由子氏(前慶応義塾大学法学部教授・家事調停委員)による解説「韓国の離婚制度の概要——日本との比較の視点で」を予定しています。

どうぞ奮ってご参加ください。

申込み・問い合わせ

学習院大学法務研究所

電話：03-5992-1170

Mail：legaloff@gakushuin.ac.jp

上記アドレス宛に、お名前・ご住所・メールアドレス・電話番号を記載の上、11月7日(水)までにお申し込みください。