

定型約款に関する新規定とその解釈*

馬 場 圭 太

はじめに

2017年5月26日に可決された改正民法によって、定型約款に関する新規定（548条の2から548条の4）が導入された¹⁾。法制審議会の審議において激しい意見の対立がみられたこれらの規定は、紆余曲折を経た結果²⁾、従来研究者が約款規制について展開してきた法理論³⁾から「著しく乖離した内容」⁴⁾で立法化された。このため、新規定は多くの研究者から批判を受ける一方で、その難点を回避するための解釈論が展開されている。しかし、新規定の中には、意見が収斂しないまま条文化されたため、立法趣旨と文言との間に隔たりが生じている箇所が少なからず存在し、このことが法文の解釈を極めて難しくしている。

このように法的安定性を大きく損なう規定が新法に組み込まれたことは、法改正の本来のあり方からすれば異常な事態である。このような事態に直面したとき、過去を振り返って問題点を指摘することも大事ではあるが、改正民法が施行されたいま、我々はむしろ、前を向いてこれを生かす方法を探求するべきであろう。

そうであるとしても、債権法改正によって生み出された異物とも表現しうる定型約款規制を日

* 本稿は、2020年2月18日に関西大学法学研究所で開催された第151回特別研究会「日韓消費者法ミニセミナー—民法改正と消費者法」において報告した内容に若干の変更を加えたものである。セミナー開催に当たりご尽力くださった徐熙錫教授（釜山大学法学専門大学院）、李丙儒教授（韓国外国語大学法学専門大学院）、そして翻訳・通訳をご担当くださった金暎姝助教（広島大学）に心よりお礼申し上げる。

1) 民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）。改正民法の施行日は2020年4月1日であるが、定型約款に関する規定は、施行日前に締結された定型取引にかかる契約にも適用される。ただし、施行日前に、当事者の一方が書面により反対の意思を表示したときは、この限りでない（改正法附則33条）。

2) 審議過程を一言で表現すれば、「如何なる規定とするかをめぐって意見は根本的に対立し、その内容についておよそ一致した見解は見られ」ず（桑岡和久「定型約款の変更」法時90巻8号（2018年）81頁）、成立した規律は「異なる立場に立つ諸アクター間の妥協に次ぐ妥協の所産」であったとされる（山本豊「改正民法の定型約款に関する規律について」深谷格ほか編著『大改正時代の民法学』（成文堂、2018年）377頁）。審議過程の詳細については、森田修「約款規制——制度の基本構造を中心に（その1）」法教432号（2016年）以下の連載および立法資料「改正民法における「定型約款」について（2017年6月2日現在）」消費者法研究3号（2017年）247頁以下を参照。

3) 従来の理論については、山本（豊）・前掲注(2)378頁以下を参照。

4) 山下友信「定型約款」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅲ 契約（2）』（商事法務、2018年）137頁。

韓比較法研究の素材として提供することにどのような意義があるといえるだろうか。反面教師にはなり得ようが、現時点において、それ以上に積極的な意義を見いだすことは難しいようにも思える。とはいえ、この矛盾を抱えた新规定から出発して、そこから正常な法発展を実現することができれば、その過程に何らかの教訓を見いだすことができるかもしれない。また、定型約款規制の創設が一般契約法および消費者契約法の理論と実務に大きなインパクトを与えることは疑う余地がなく、その結果から参考にすべきことが見つかるかもしれない。

以上の現状認識のもと、本稿では、新制度の概要を紹介した上で、新规定の解釈の可能性について論じることとする。

1 新しい概念とその定義

新しい定型約款規制は、今回新たに創設された複数の概念（定型取引・定型取引合意・定型約款・定型約款準備者）を前提としている。これらは、判例・学説・実務においてこれまで用いられたことのないものである。定型約款規制について論ずる前に、これらの概念の意義と射程を明らかにしておく必要がある。

これらの概念は、改正民法548条の2第1項において次のように定義されている。

- ・「定型取引」とは、ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。
- ・「定型取引合意」とは、定型取引を行うことの合意をいう。
- ・「定型約款」とは、定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう。そして、
- ・定型約款を準備した者のことを「定型約款準備者」という。

(1) 定型取引とは何か

定型約款規制が適用される取引は、定型取引に限定される。定型取引が何を意味するかによって規制の範囲が画されることになるから、その定義は重要な意味を有することになる。

定型取引の定義をみると、まず、「ある特定の者が不特定多数の者を相手方とする」必要がある。この文言にはどのような含意があるのだろうか。立案担当者は、これは「相手方の個性を重視せずに多数の取引を行うような」場合であり、例えば、企業が複数の労働者と締結する労働契約は、相手方の能力や人格等の個性を重視して行われる取引であるから、定型取引に該当しないと説明する⁵⁾。しかし、一定の集団に属する者との間でしか行われない取引（例えば、婚活サービス）であっても、定型取引に該当する場合もありうるという⁶⁾。改正の経緯に鑑みると、このよう

5) 筒井健夫ほか編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018）243頁。

6) 筒井・前掲注(5)244頁。

な要件が置かれたのは労働契約を定型取引の定義から除外することに主眼があったのだから、「不特定多数を相手方とする」という文言にこだわるべきではないとの指摘もある⁷⁾。

次に、約款の「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」でなければならない。「内容の全部又は一部が画一的である」ことは約款が備えている性質であるが、これだけを基準とすると適用範囲が広くなりすぎるとの懸念から、「画一的であることがその双方にとって合理的なもの」という要件（合理性要件）が付け加えられた。この要件は、これまで講学上定義されてきた約款には見られなかったものである。合理性の有無の判断は規範的評価であるから、この文言だけを手がかりに定型取引の範囲を確定することは容易ではない。

合理性要件に対するアプローチは、次に見るように、これを実質的な判断基準として用いようとするものと用いないようにするものに分けることができそうである。

約款の内容が画一であることが当事者の「双方にとって」合理的であるためには、その取引の客観的態様やその取引に対する一般的な認識を踏まえて、相手方が交渉を行わずに一方当事者が準備した契約条項の総体をそのまま受け入れることが合理的といえるものでなければならないとの見解が示されている⁸⁾。この立場からは、規定の文言を尊重しつつ、相手方が交渉の余地なく契約条項を受け入れることが合理的かどうかを実質的に判断しようとする姿勢が窺える。

これに対して、この文言が定義に加えられたのは事業者間で使用される契約ひな形に対する定型約款規制の適用を除外するためであったのだから、事業者間で少しでも交渉の可能性がある場合の契約書等を定型約款から除外する趣旨と理解すれば足りるとの見解が主張されている⁹⁾。この立場にたつと、ひな形が用いられたとしてもさらに交渉する余地が残されている場合には、相手方にとって合理性がないとされ¹⁰⁾、逆に、事業者間の契約であっても個別交渉が行われる余地がなく定型取引による場合には、双方の当事者にとって合理性があるとされることになる。この立場は、「合理性」という文言と判断方法との乖離を認めつつ、あえてこのように考えるというものである¹¹⁾。

(2) 定型約款とは何か

定型約款にあたるといえるためには、定型約款準備者は、「契約の内容とすることを目的として」条項の総体を準備する必要がある。

ここにいう「契約の内容」の意味について、これに中心条項が含まれるかが議論されている。改正民法では「契約の内容とする」と定められているにすぎず、中心条項を定型約款規制

7) 山下・前掲注(4)142頁。また、道垣内弘人ほか編著『債権法改正と実務上の課題』（有斐閣、2019年）274頁以下の山本敬三教授の発言も同旨と思われる。

8) 大澤彩「定型約款（1）——みなし合意・不当条項規制・開示」潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』（商事法律、2018年）399頁。山本（豊）・前掲注(2)390頁も同旨と思われる。

9) 山下・前掲注(4)140-141頁。

10) 立案担当者は、このように説明する（筒井・前掲注(5)247頁）。

11) 山下・前掲注(4)140頁。

の対象から外すことは明示されていない。この問題は解釈に委ねられていると解されるが、学説は分かれている。明文上の規定がないことをもって中心条項も定型約款の一部として規制対象となるとする見解¹²⁾が示されている一方で、(定型)約款規制の対象となるべき条項は付随条項に限られるべきであり、中心条項はその対象から除外すべきとする見解¹³⁾も主張されている。

(3) 定型約款以外の約款

以上の要件を満たさない約款を用いた取引は定型約款規制が適用されないことになるが、そのような取引に対しては、定型約款規制以外の規定(消費者契約法や民法90条など)や従来判例、約款に関する一般理論が適用されることになる。

2 定型約款の組入れ

(1) 制度の概要

定型取引合意をした者が①定型約款を契約内容とする旨の合意をしたとき(548条の2第1項1号)、または、②定型約款準備者があらかじめその定型約款を契約内容とする旨を相手方に表示していたとき(同項2号)は、その者は、定型約款の個別条項についても合意したものとみなされ(この合意は「みなし合意」と呼ばれることがある)、これにより定型約款の契約内容への組入れが認められる。

リーディングケースとされる判例(大判大正4・12・24民録21輯2182頁)は、約款を使用することだけが契約締結時の書面に記載されていた事例において、相手方は約款の内容を知らなくても、約款による意思で契約したものと推定されたとした(意思推定)。これに対して、従来の約款理論では、約款準備者が一方的に作成した条項にその相手方が拘束される根拠が問題とされ、現在では、多くの学説が、契約説(約款を契約に組み入れることを内容とする当事者の合意が必要であるとする見解)を支持している¹⁴⁾。

新規定は、従前の判例や約款理論と比較すると、約款を使用する取引の「法的安定性」を重視した内容となっている。すなわち、(ア)定型約款準備者は定型約款を開示する必要がなく、(イ)判例にいう意思推定が覆される余地がなくなり、(ウ)黙示の合意を認定することが難しい場合でもみなし合意が認められる。

(ア)に関連して、定型約款準備者は契約締結以前に定型約款の内容を相手方に示すことが定型約款の組入れの要件とはされていないが、定型約款準備者は定型約款の内容を相手方に提示する義務がないわけではない。これは定型約款の内容の表示の問題であり、後述するように組入れと

12) 山下・前掲注(4)143頁、山本(豊)・前掲注(2)392頁。

13) 山本敬三「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」消費者法研究3号(2017年)39頁、潮見佳男『新債権総論I』(信山社、2017年)40頁、河上正二「改正民法における『定型約款』規定における若干の問題点」松久三四彦ほか編『社会の変容と民法の課題(上)』(成文堂、2018年)476頁など。

14) 契約説については、山本(豊)・前掲注(2)380頁の説明を参照。

は別に規定が置かれている。

(2) 解釈上の論点

改正民法の規定については、定型約款の拘束力の観点から疑問が投げかけられている。

第1に、相手方が約款の内容を実際に見ていなくても組入れを認める上記①の場合には、相手方が内容を知らないにもかかわらずそれに拘束されることになるが、これを理論的に説明することは困難であるとの指摘がある¹⁵⁾。

第2に、上記②の場合については、相手方との合意それ自体が存在しないが、それにもかかわらず相手方が契約に拘束されることも同様に説明が困難であると指摘される¹⁶⁾。この点については、相手方が定型取引合意をしたことの中に、定型約款を用いることの黙示の合意の存在が推認され、そこに拘束力の根拠を見いだす見方が示されているが¹⁷⁾、契約締結以前に約款の内容を相手方に示すことを必要とするとの見解も示されており¹⁸⁾、学説は一致していない。

3 みなし合意の例外

(1) 制度の概要

定型約款のみなし合意について、548条の2第2項に例外規定が置かれている。条項が、①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、②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、信義誠実の原則（民法1条2項）に反して相手方の利益を一方的に害すると認められる場合には、その条項は合意されなかったものとみなされる。

この規定の文言は、消費者契約における不当条項規制にかかる消費者契約法10条の文言と類似している。しかし、消費者契約法10条では任意規定を基準として当該条項が不当であるかどうかを判断すると定められているのに対して、この規定にはそれが欠けている。また、消費者契約法10条では不当条項であると判断された場合の効果は無効であるのに対して、この規定ではみなし合意から当該条項を除外するものとされている点で異なっている。

この規定は、審議過程の当初は、不意打ち条項規制（約款の組入れの段階において、契約内容となることが合理的に予測することができない条項が約款に挿入されていた場合に、この条項の組入れを否定するもの）として導入することが検討されていた。しかし、経済界の反対を受け、紆余曲折を経た結果、消費者契約法10条を参考とした不当条項規制案と一本化された。その結果、この規定は組入れの段階で行われる不意打ち条項規制と組入れ後に行われる不当条項規制を区別する従前の約款理論やそれを前提とする諸外国の立法と乖離することとなり、強い批判にさらさ

15) 大澤・前掲注(8)402頁。

16) 大澤・前掲注(8)402頁。

17) 民法（債権関係）部会資料75B10頁、山下・前掲注(4)146頁。

18) 大澤・前掲注(8)403頁。

れている¹⁹⁾。

(2) 解釈上の論点

複雑な経緯を経たこの規定は、審議過程において十分な検討を経ることなく、別個の規制を一体化したものである。このため、この規定の解釈は容易ではない。そもそも、2つの規制が一体化した結果新たな規制が創造されたのか、それとも別個の2つの規制は物理的に一体化されたにすぎず規制としては別個なままであるのかが問題となりうるが、見解は分かれている²⁰⁾。

前者の理解が広く共有されているとされるが、そうだとしても、そこからどのような解釈が導かれるかについて十分な手掛かりがあるわけではない。特に、要件②に関して、問題となる条項がどのような場合に「合意をしなかったものとみな」されるかが、文言からは判然としない²¹⁾。例えば、信義則違反の判断を行う際に、取引の具体的事情を考慮すべきなのか、それとも定型条項の定型性というより抽象的な特徴を考慮すべきなのか、さらにはその他の要素をも考慮すべきなのかは明確ではない²²⁾。一言でいえばこの論点は解釈に委ねられているということになるが、文言の不明確さと審議過程の議論の混乱が同条の解釈に大きな不安定をもたらしている。

なお、みなし合意から除外されない条項であっても、消費者契約法10条または民法90条が適用された結果、当該条項が無効とされる余地は残されている²³⁾。

4 定型約款の内容の表示

(1) 制度の概要

前述したように、改正民法では、約款の内容の開示はみなし合意の要件から外されたが、定型約款準備者に約款内容を開示する義務を課す別の規律が置かれることとなった。

改正民法548条の3は、定型取引合意をする前の開示請求（事前開示請求）と定型取引合意をした後の開示請求（事後開示請求）とを区別している。

(a) 事前開示請求

定型約款準備者が、定型取引合意前に相手方からされた開示請求を拒んだときは、みなし合意の規定は適用されない（548条の3第2項本文）。ただし、拒絶が一時的な通信障害その他の事由による場合には、みなし合意の適用除外は認められない（同項ただし書）。

19) 山本（敬）・前掲注(13)28頁、山本（豊）・前掲注(2)403頁。

20) 山下・前掲注(4)153頁以下を参照。

21) 消費者契約法10条との関係については、例えば、河上・前掲注(13)486頁以下を参照。

22) 大澤・前掲注(8)405頁以下、河上・前掲注(13)480頁以下。

23) 大澤・前掲注(8)407頁、山下・前掲注(4)166頁。

(b) 事後開示請求

定型取引合意後の開示請求は、合意後相当の期間内に行われなければならないが、この場合、定型約款準備者は、遅滞なく、相当な方法で開示しなければならない（548条の3第1項本文）。

(2) 解釈上の論点

(a) 事前開示請求

事前開示請求がされたが定型約款準備者が開示を拒んだ場合、通常は契約を締結しないと考えられるが、それでも契約を締結したときは、定型約款が組み入れられない契約が成立する。そのときには、組入れられなかった部分について契約内容を解釈により補充する必要が生じうる。

ところで、事前開示請求に対して約款内容を開示しなかったけれども、契約がそれよりも前に締結されたと考えることが合理的なケースがあるとされる（例えば、損害保険において、代理店が契約締結時に約款を所持していなかったために開示することができなかったが、顧客としては即時に契約を成立させて保険者の責任を開始させることに利益があるようなケース）。このようなケースについては、約款の組入れを認めない規定を適用することは適切でないと指摘されている²⁴⁾。理論構成としては、両当事者の了解があれば事前開示請求の撤回を認める構成²⁵⁾、あるいは、当事者の事後的合意をもって契約条件を定めたと解する構成²⁶⁾が示されている。

この規定は、部会資料81Bによれば、「特に詐欺的な消費者被害事案などでは、相手方から定型条項の内容の開示を請求されたにもかかわらず、定型条項の内容を知られないようにするために特段の問題のない内容であると誤信させる言動をとるなどして開示をあきらめさせるといった事案」がありうることが指摘され、そのような事案への対応策であると説明されている。そうであるとすれば、上記のようなケースにおいて当該規定を適用除外するという結論は立法趣旨に反しえないと言えそうである。しかし、そのような解釈の手掛かりを規定の文言に求めることはやはり難しい。そもそもこのような規定を設ける必要があったのかどうか、必要があったとしてこのような規定ぶりが適切であったのかどうか再検討されるべきであろう。

(b) 事後開示請求

一度みなし合意が認められると、相手方が事後開示請求をして定型約款準備者がこれを拒んだとしても、みなし合意が適用除外されることはない。この点が事前開示請求の場合と大きく異なっている。相手方が定型約款準備者に対して求めることができるのは、開示の強制履行（414条）または債務不履行に基づく損害賠償（415条）および契約解除（541条以下）にとどまる。この場合に問題のある条項の効力を否定するには、消費者契約法10条または民法90条を適用して無効とするほかない。

しかし、定型約款準備者が開示を拒否することには、通常、合理的根拠があるとは考えられ

24) 山下・前掲注(4)150-151頁。

25) 山下・前掲注(4)151頁。

26) 沖野眞巳「「定型約款」のいわゆる採用要件について」消費者法研究3号（2017年）148頁。

ず²⁷⁾、そのような場合には、約款準備者に有利にこの規定を主張することを認めないとする解釈が示されている²⁸⁾。

5 定型約款の変更

(1) 制度の概要

今回の改正によって定型約款の変更に関する規定が創設された。定型約款の変更に関する規律は、学説で一般的に議論されたことはなく、判例も存在せず、そして類似の外国法も存在しない。そのような中で設けられた独自のものである。

改正民法548条の4は、次のいずれかの場合に、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し、個別に相手方と合意することなく契約内容を変更することを認めている。

- ① 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。
- ② 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、変更の内容の相当性、民法548条の4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およびその内容その他の変更にかかる事情に照らして合理的なものであるとき。

①と②が具体的にどのような場合を意味するかが問題となる。

①は、文字通り、約款の変更が相手方にとって有利な場合である。この場合については、大きな問題はなく、そもそも相手方の同意がなくとも変更の効力を認めてよいとの指摘がある²⁹⁾。「相手方の一般の利益に適合するとき」とは、相手方全員の利益に適合する場合であるとされる³⁰⁾。

②は、約款の変更が相手方にとって有利とはいえない場合に関する条件である。相手方の同意(変更留保条項を含む)なくして変更を行うことができるかどうかは、主としてその変更が「合理的」であるかどうかにかかることになる。条文上列举されている(ア)変更の必要性、(イ)変更後の内容の相当性、(ウ)変更条項の有無とその内容は、変更が合理的であるかどうかを判断する要素を列举したものにすぎないのであって、変更にかかる他の事情を考慮することもできる。

(2) 解釈上の論点

まず、②が具体的にどのような場合に認められるべきかが特に問題となるが、条文上の文言が抽象的であるため判断の手掛かりに乏しく、現状では広い解釈の幅があることを認めざるを得な

27) いわゆる約款アプローチからは、そもそも開示されていない約款を合意内容とすること自体に対して批判的な目が向けられる(例えば、山本(敬)・前掲注(13)50頁)。

28) 山下・前掲注(4)151頁、沖野・前掲注(26)150頁。

29) 山下・前掲注(4)168頁。

30) 第193回国会参議院法務委員会議事録13号16頁〔小川秀樹政府参考人発言〕

い。それゆえに、実効的な規制を期待することはできないとの評価もある³¹⁾。定型約款規制に対してどのようなスタンスをとるかによって、「合理性」の解釈の仕方が大きく異なる余地がある。合意を実質化しようとする立場からは、例えば、とりわけ相手方にとって重要な変更において、変更約款の組入れを拒否する機会が与えられていたかどうかを考慮すべきであるとの見解が示されている³²⁾。

次に、中心条項について②による変更を認めることができるかが論じられている。これは、前述したように、定型約款規制全体にかかる論点である。中心条項は、相手方との個別合意に拘束力の根拠があり、その変更には相手方の同意が必要であるとする見解に立てば、中心条項は548条の4の適用範囲から外れ、付随条項のみが規律対象となる³³⁾。しかし、既に述べたように、中心条項が定型約款規制の適用範囲から除外されることが条文中明示されているわけではない。現行法の解釈としては、中心条項も規制対象に含まれると考えた上で同条の適用範囲を慎重に判断するアプローチも成り立ちうる。

まとめに代えて

定型約款制度に対しては、取引の効率性を優先し、相手方の意思を軽んじた内容となっているだけでなく、「特に相手方顧客から裁判には訴えられそうにない状況の事業者にとっては、大変有利で濫用の誘惑が大きい特別扱いが認められることになる制度」であるとの評価がある³⁴⁾。本稿では、定型約款制度の基本設計レベルの問題性について十分に触れることができなかったが、この点についても厳しい批判があることを指摘しておきたい。

ともかくも、新たな定型約款規制の実務への影響は小さくないと予測されている³⁵⁾。そうであるだけに、制度の予測可能性を高めて、安定的に運用することが一層強く求められることになる。そのためには、本稿で指摘した点を含む様々な問題を解消していくことが必要となろう。しかし、これらを一挙に解決することは、容易なことではない。消費者契約法が制定された際には、当初の規律内容に十分でない部分が含まれることを認めた上で、「小さく生んで大きく育てる」という方針が語られた。消費者契約法は制定から20年が経過し、その間に規定が拡充され、判例法理も徐々に形成されつつある。状況に違いがあることは確かであるが、今後、定型約款規制の法理が適切な形で発展することを期待したい。

31) 桑岡・前掲注(2)86頁。

32) 桑岡・前掲注(2)84頁、同「定型約款(2)——定型約款の変更」潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』(商事法務、2018年)416頁以下。その他、三枝健治「約款の変更」法時89巻3号(2017年)72頁を参照。

33) 桑岡・前掲注(32)411-412頁、河上・前掲注(13)482頁。

34) 広瀬久和「『定型約款』規定についての覚書を再び掲載するに当たって」消費者法研究3号(2017年)244頁。

35) 道垣内ほか・前掲注(7)295頁以下〔山本敬三・山本健司発言〕を参照。

