

契約の拘束力における意思主義とその現代的展開

——新たな約款規律の意義理解を通じて——

大久保 紀彦

2	1	目次
		はじめに
2		契約に関する基本原則・基本的規律
2	1	約款を利用した契約
2	2	契約自由の原則
2	3	私的自治の原則・意思自治の原則
2	4	契約の成立における意思主義
3		約款の拘束力に関する司法判断の枠組み
3	1	「契約」への組込み・意思推定説
3	2	意思の推定が及ばない条項
4		民法改正における約款規律
4	1	「定型約款」の定義

- 4—2 みなし合意の要件
 4—3 合意なしとみなされる条項（条項規制）
 5 おわりに

1 はじめに

一八九六年に制定された我が国の民法が「契約」に関するほとんどの項目を対象として約一二〇年ぶりに抜本改正される。二〇一五年二月二十四日、法制審議会から「民法（債権関係）の改正に関する要綱」^①が法相に答申されたが、これは「国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定」を検討対象とした二〇〇九年の諮問第八八号^②に基づいている。要綱に基づいた法案は、三月三十一日に閣議決定され、即日衆議院に提出された^③。改正案は、契約の諸原則を明文化する中で、契約になぜ法的拘束力が与えられるのかという根源的な問題に対し、意思主義を原則としたうえでそれに表示主義による修正を施すという立場を貫いた。

また、諮問で求められていた観点は「制定以来の社会・経済の変化への対応を図る」ことであった。中でも「約款」は、「現代の取引社会において」、運送・通信を中心とする役務や、保険、金融などに関わる「大量の同種取引を迅速かつ効率的に行うために広く利用され、必要不可欠なものとなつて」^④いるが、このような取引が未成熟であった一九世紀末に制定された民法には「約款に関する特別な規定は存在しない」。このため、新たな明文で規律する必要性が極めて高く、実務的に最も関心ある改正項目の一つだったといつてよいだろう。^⑤しかし明文化する以上、「契約の拘束

力」に関する意思主義の原則との関係を明確にしつつ、学理的観点から「約款」の新規律の意義を正確に理解しておかねばならない。

本稿では、以上の観点から「契約の拘束力における意思主義とその現代的展開」と題して、新しい約款ルールに着目したうえで、契約法見直しとしての民法改正全体像の中において「約款を利用した契約」がどのように位置づけられているかを明らかにしていきたい。まず、次節の第2節では、契約に関する基本原則・基本的規律が、今回の改正でどのように明文化されるかをみていく。

また、二十一世紀の民法として約款規律が明文化される意義を考えるうえで、明文規定を欠いたままの民法制定以来、約款に関する紛争においてどのような司法判断が重ねられてきたかを確認しておく必要がある。第3節では、約款の拘束力に関する判例・裁判例における司法判断のフレームワークを明らかにしておきたい。中でも、現代的取引の代表例でもある電気通信役務及び関連サービスに関わる司法判断に着目した分析を試みたい。

約款規律は、民法の中に「第三編債権第二章契約第一節総則」の「第五款定型約款」における三条文として新設される。本稿第4節では、第2節、第3節の分析をもとにこれら条文を用語レベルも含めて読み込んでいきつつ、意思主義を原則とする契約法としての性格が明確となった民法改正全体像において、現代的契約である約款がどのように位置づけられたかについて考察する。

数的にみれば現代における契約のほとんどは、事業者が約款を用いて締結するものである。そのような事業者の最終目的は、ステークホルダーである顧客との関係を良好に保ち、関係強化を図ることであるはずだ。そのためには、民法改正において明文化されなかった論点が、むしろ事業者にとっての指針になり得る。本稿では、それらの視点での考察も行っていきたい。

2 契約に関する基本原則・基本的規律

まず、本節では、民法改正で明文化される契約に関する基本原則や基本的規律の本質的意義について考察する。その結果として、「意思主義」が浮かび上がってくることになる。まず本節の分析を行ったのは、次節で電気通信役務の契約約款を含む約款の拘束力に関するこれまでの司法判断の枠組みを分析していく前提として、司法判断が依って立つ「意思主義」を理解しておくことが不可欠だからである。

そのような考えのもと、まず約款と契約の關係について整理をしていくこととしたい。

2-1 約款を利用した契約

前述のとおり、第一回部会で提示されたメモにおいても、また最終的な法制審議会の場での部会長からの発言においても、象徴的に用いられている表現だが、約款は「利用され」るものである。「利用」には二つの意味がこめられていると考えられる。

まず、約款は契約締結にあたって用いられるものであって、契約そのものではないということだ。事業者・顧客（法人である場合も含む）間には、諾成主義のもとで契約成立に足る条件を中心とする「中核的部分」については必ず合意がある。それ以外の「付随的条件」は現代社会の取引では極めて多くの条項に及ぶことになり、事業者があらかじめ「約款」として用意しておくことが多い。顧客が約款を利用することに合意していたとしても、個々の付随的条件についてまで読み込んだうえで現実の合意はしてはいないのであって、合意なき条項に両者は拘束されるのかという

問題が生ずる。どういう条件が満たされれば契約に組入れても構わないのかという趣旨で、中間試案では「組入要件」の問題とされていた。

いま一つの意味は必ずしも明示的ではないが、約款は利用するものであって悪用してはならないという意味である。すなわち、顧客側が約款を読まなくとも契約内容となることを良いことに、事業者側が、極端に顧客側に不利な条件を約款に「滑り込ませる」ことはあってはならないのである。これは、中間試案では「不意打ち条項」の問題とされていたが、顧客側にとって極端に不利な条項が最終的に契約内容とならないようにするという意味では中間試案で提示されていた「不当条項」の問題も含まれることになる。「約款」の問題とは、このように「契約」の根幹に関わるものだということをまず述べておきたい。

2-2 契約自由の原則

今回の民法改正を貫く一つのスタンスは、民法を「国民一般に分かりやすいものとする」というものだ。現行の民法では、起草時の「法典調査ノ方針」第十三条に基づき、基本的な定義規定などが盛り込まれていないとともに、民法上の重要原則が明文とはなっていない。「契約自由の原則」もその一つだが、これは、経済活動の自由を確保し市場競争メカニズムに任せることで社会的効用総和の最大化が実現されるとするアダム・スミスの主張の法的表現として、一九世紀の近代民法制定時に確立した原則であるとの理解が一般的だといつてよい。^⑨

しかし、ここで想定された市場プレイヤー像は、市民革命により自由を得て自己責任のもとで活動する対等な人格者^⑩であったのであり、その後の資本主義の進展は強者と弱者とを二極固定化させかねない状況を明確にした。そして、

経済政策面ではケインズ主義による市場介入が、法政策面ではまず労働者を弱者と捉えた社会法の拡充¹⁵⁾が進んだことは、ここで指摘するまでもないだろう。

我が国における高度成長期以降を振り返れば、契約法上の法的規制としては、「弱者」保護視点での消費者保護諸立法が進められ二〇〇〇年の消費者契約法制定に結実したとみることができる。内田貴教授が指摘されたとおり「契約自由の原則」は、我が国においては特別法制定という形をとりつつ、二〇世紀終盤に大きく修正されてきたのである。¹⁶⁾

そして、二十一世紀のいま、民法の抜本改正の中で「契約自由の原則」は異論なく認められたわけだが、民法改正でどう明文化されるかを確認することとする。

(契約の締結及び内容の自由)

第五二一条 何人も、法令に特別の定めがある場合を除き、契約をするかどうかを自由に決定することができる。

二 契約の当事者は、法令の制限内において、契約の内容を自由に決定することができる。

要綱「第二六 契約に関する原則」の一において、「契約自由の原則」が提示されていたが、その(一)における契約するかしないかの自由、つまり「締約の自由」¹⁷⁾が五二一条一項で、(三)の契約の「内容の自由」¹⁸⁾が同条二項で明文化されることとなった。

一般に狭義の契約自由の原則といえは「内容の自由」を指すこととされ最も重視される¹⁹⁾ところだが、五二一条二項においては「法令の制限内において、」として契約内容に対して強行規定による制約があることが明示されることとなった。これについては当事者の意思表示が任意規定に優先するとする九一条からも導くことができるため「法令の制

限内において、」を加えない選択肢もあつたはずだ。この点は、「制約には言及せず端的に内容自由の原則を明文化するという方法」がとられたとすれば、「合意した以上どのような内容の契約であっても拘束されるという誤ったメッセージを発信することになる」という点が考慮されたようだ。

民法改正における「契約自由の原則」は、レッセフェールの理念のみを法的に表現しただけのものではなく、その「修正」という歴史的経緯も含んだ内容となつていゝことに着目しておく必要がある。

2-3 私的自治の原則・意思自治の原則

日本経済団体連合会は、中間試案に対する提言において、民法は「個々人が自由な意思に基づき法律関係を形成することができるといふ私的自治・契約の自由を原則としてきた」と総論で述べたうえで、民法に約款規律を設けることは「規制強化」であつて「強く反対する」としていた。¹⁷⁾

前述のような「契約自由の原則」自体の歴史の変遷には敢えて触れていないのだろうが、私的自治の原則を契約自由の原則とほぼ同義一体のものとして理解していることは事実のようだ。

もちろん多くのビジネスパーソンが共感できる一つの見解ではあるが、これは既に四〇年以上前、星野英一教授が指摘されていた契約自由の原則と私的自治の原則との「混同」¹⁸⁾ではある。ここでは、本来の「私的自治の原則」の意味と、それが今回の民法改正の中にどのように反映されているかについて確認しておきたい。

「私的自治の原則」はドイツ法における *Prinzip der Privatautonomie* の訳ではあるが、契約自由の原則の思想的背景として捉えるのであれば、ドイツの概念のみを参照するのは適切ではない。またドイツにおいても、かつては契

約自由の原則との差が明確に説かれることが少なかったようだが、「自由な自己決定 (willkürliche Selbstbestimmung)」を私的自治の前提として重視し、フランスにおける「意思自治の原則」と共通する面を有する考えが出てきたとされている。²⁰⁾

一九世紀のフランスにおいて契約の根本原理として説かれた「意思自治の原則 (Principe de l'autonomie de la volonté)」とは、「人はなぜ契約によって拘束されるのかという、契約の拘束力の根拠づけの理論」である。契約自由の原則との関わりでいえば、「内容決定における契約自由の原則とされるものは意思自治の原則からの帰結」²²⁾とされているのであって、契約解釈にあたっては、「契約当事者の共通の意図」を探るべきとする以下に示すフランス民法第一一五六条につながっていくとされる。

フランス民法第一一五六条 合意においては、その文言の字義に拘泥するよりもむしろ、契約当事者の共通の意図がどのようなものであったかを探求しなければならない。²³⁾

また、「私的自治の原則」「意思自治の原則」の本質を見極めるためには、ドイツ、フランスにおける思想史的背景を振り返る必要がある、星野教授の論稿に詳説されているところであるが、その大枠について拙理解を示しておく。

ヨーロッパ大陸において近代民法が確立した一九世紀に先立つ一八世紀思想は、いうまでもなくフランスにおいてはジャン・ジャック・ルソー、ドイツにおいてはカントに代表される意志重視の哲学だったといつてよい。

「自由なものとして生まれた」²⁴⁾人間が他者と共同しながら自由であるにはいかにあるべきか、という問題意識から捉えられたのが「一般意志」を観念するルソーの社会契約論であり、フランスの意思自治の原則はその延長上に捉

えられる。また、ドイツにおいて私的自治の原則が唱えられる以前には、「意志の自律」と「道徳性の概念」が「必然的に結びついている」²⁶⁾とするカントの哲学が存在していたことはいままでもない。²⁷⁾ すなわち、一九世紀に成立した近代契約法上の「私的自治の原則」「意思自治の原則」は、いずれも意志を重視する一八世紀哲学と密接に結びついており、両者の本質を理解するには、意思（意志）を重視する「意思主義」という共通項²⁸⁾に着目すべきと考えられるのである。

したがって、「契約自由の原則」は、「私的自治の原則」のみを前提とするものではなく、「私的自治の原則」「意思自治の原則」の共通項²⁹⁾である「意思主義」のもとで理解されるべきなのである。

だとすると、契約自由の原則を、私的に締結された契約に対して国家が介入すべきではないということのみとして理解するのであれば、それは一面的である。契約の解釈にあたっては「意思主義」を原則と考えたうえで、「生まれながらに自由である」当事者の真の自由な意思が探求されるべきなのである。

2-4 契約の成立における意思主義

約款規律と密接に関連する契約成立に関する基本的規律として五二二条が新設されることとなるが、そこにおいても意思主義が反映されていることを確認しておきたい。

（契約の成立と方式）

第五二二条 契約は、契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示（以下「申込み」という。）に対して相

手方が承諾をしたときに成立する。

二 契約の成立には、法令に特別の定めがある場合を除き、書面の作成その他の方式を具備することを要しない。

一項は、要綱「第二七 契約の成立」の一において「申込みと承諾」として提示されていたものである。現民法では、章や節の冒頭に本来置かれるべき原則的規律が明文化されていない場合が多く、「第三編債権第二章契約」の冒頭にも原則的規律が明文化されていない。大正年間以降、ドイツ民法の考え方が紹介され、契約成立の要件は「相対立する数個の意思表示が合致すること（合意）」³⁰だとされてきており、上記のとおり新五二二条に明文化される。

しかし、ここでは二項において、「契約自由の原則」の一つとして、要綱「第二六 契約に関する原則」の「一 契約自由の原則」(二)に提示されていた契約方式の自由が併せて規定されることに注目しておきたい。つまり、契約成立について「意思表示の合致」が要件とされるが、それは前節に述べたとおり「契約自由の原則」から「私的自治の原則」「意思自治の原則」を通じてつながる「意思主義」とともに理解すべきだと解釈できるのである。

なお、もともと起草者の考えも「契約ハ二人以上ノ意思ノ合致」³¹により成立するとしており、「意思主義」をとっていたことは明確である。

さらに、契約成立に関する意思主義は、「意思表示において、行為者に正常な意思がなければ、これを無効とするべきだとの考え方」³²につながるが、これは要綱「第二一 意思能力」に提示され、条文としては「第一編総則第五章法律行為第二節意思能力」の中に、以下のとおり新設されることとなった。

第三条の二 法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかつたときは、その法律行為は、無効とする。

本節ではまず、今回の改正で「契約自由の原則」が明文化されることとなつたが、その前提となるのは「私的自治の原則」と「意思自治の原則」の共通項である「意思主義」であることを確認した。さらに、契約の成立に関する基本的規律である五二二条の構造上からも、また、意思能力に関する基本的規律が三条の二で明文化されたことから、今回の改正では原則としての「意思主義」が徹底されたとみることができるのである。次節では、その意思主義を前提とする「意思推定説」をとっていると理解できる司法判断についてみていくこととしたい。

3 約款の拘束力に関する司法判断の枠組み

前節で確認した意思主義に基づく伝統的な契約理論を貫徹すれば、約款を用いる契約における個々の付随条項については、現実には顧客側によつて読まれることがない以上、意思が存在せず合意はないのだから、約款の拘束力は認められないことになる。たとえば、顧客側が約款を用いることについて包括的承認を与えていたとしても、である。しかし、電気通信業務において用いられる場合をはじめとして、約款は大量取引を効率的に行うために事業者だけでなく顧客にとつても便利かつ不可欠なものなのであつて、事実としても、民法が制定された当時から厳然として存在してきたものである。

社会的にも極めて有用である約款について、その拘束力の明文規定を欠いた民法のもとで、紛争が起きた際の司法判断はいかに行われてきたのであろうか。

3-1 「契約」への組込み…意思推定説

約款を用いた契約において、約款の拘束力を認めたリーディングケースは、いみじくも民法改正内容が固まった二〇一五年のちょうど二〇〇年前にあたる一九一五年の大正四年大審院判決³⁴⁾である。

この事件は、明治四四年に北海道稚内町で起きた森林火災の延焼で家屋を焼失した原告が火災保険契約を締結していた保険会社を被告として起こした保険金請求訴訟を第一審とする。普通保険約款における「樹林の火災又は森林の燃焼より起れる損害」についての免責特約の有効性が焦点となり、第一審原告敗訴、控訴審原告勝訴の後、大正四年大審院判決で原告敗訴となったものである。

顧客は約款の交付は受けておらず免責特約については了知していなかったが、契約内容は約款による旨記載された契約申込書に任意調印しており、当該約款が保険業法のもとで認可を受けていたことなどを根拠として、「約款ニ依ラサル旨ノ意思ヲ表示セスシテ契約シタルトキハ反証ナキ限り其約款ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定スベキ」とされたのであった。

リーディングケースといわれるのは、この大正四年大審院判決以降、「黙示の意思」を広く認定することによって約款を契約に組入れ、その拘束力を認めてきた裁判が蓄積されてきているからであり、その判断の枠組みは「意思の推定」理論ないし「意思推定説」³⁵⁾といわれている。

契約の条項が拘束力を持つには意思の合致が必要だが、「意思推定説」は、約款を利用する場合にはその中の条項については読まれない以上、意思不存在であるという前提のうえに、本事件のような状況があれば顧客側の意思を推定するということなのだ。しかし「推定」である以上、顧客側がそれを覆すことができる可能性はある。顧客が「約款に依拠しない旨の意思」を有していたとの主張を行い、裁判所がそれを認定して「意思推定」が覆る余地が残されているのである。その場合には、約款に規定される例えば対価請求や免責などの効果を求める事業者側が、顧客側の「約款ニ依ルノ意思」を立証しなければならなくなるのである。事実、リーディングケースが出て間もない大正六年から推定が覆っている裁判例も出てはいる。⁽³⁷⁾

また、「契約締結過程における情報提供義務」の問題として、事業者側が情報提供ないし説明義務を怠った場合には、約款を契約に組入れないという法律構成も論理的にはありえる。この点、河上正二教授は一九八八年に著した『約款規制の法理』の中で、「契約締結上の過失」の問題として、「契約締結上の過失に対しては、効果として通常は損害賠償が結びつけられているが、一定条項についての合意の不成立を認めることも不可能ではないと思われる。」とされていたところである。⁽³⁸⁾

「契約締結上の過失」は、当初イェーリングによって提唱されたときは原始的不能のケースが典型例とされていたが、不法行為責任の要件が厳しいドイツにおいて、契約交渉当事者間の関係を律する理論として発展してきた。⁽³⁹⁾ 実際に紛争となるのは、契約締結過程における「契約交渉の不当破棄」と「情報提供義務（説明義務）違反」の問題であるが、約款の論点と密接に関わる情報提供義務については、我が国における裁判例では、特に一九九〇年代後半以降、不動産売買契約、⁽⁴⁰⁾ フランチャイズ契約⁽⁴¹⁾ から、保険契約や医療契約に至るまで幅広くその責任が認められてきている。

これらの責任の性格については、不法行為責任として構成するもの、または契約責任としての明示は避けるものがほとんどであるが、最近になって最高裁は、商品先物取引について最一判平成二一年七月一六日判タ一三一五号八四頁において、受託者の債務不履行責任としての解釈を判示事項の中で「委託契約上、委託者に対して負う説明義務及び通知義務」として明確にした。

なお、今回の民法改正議論においても、「契約締結過程における情報提供義務」は中間試案において、「第二七契約交渉段階」の二として提示されていた。要綱には盛り込まれなかったが、あくまで「情報提供義務が認められる場合には様々な場合があり、一律に規定を設けることにはなじま^④ない」という意見があつたことが考慮された結果であり、一定の場合に情報提供義務が生じるということ自体には共通の理解はできていたようだ。

以上みてきたように、判例の立場は、約款を利用した契約においても、あくまで伝統的法律行為論をとっていること、その上で「意思推定説」をとっているが、あくまで「推定」であるから覆る可能性があつたことを認識しておく必要がある。

また契約一般において、締結過程での一定の「情報提供義務」が、裁判で広く認められてきているとともに、最近では契約責任としても明示されているものも出てきたことも認識しておくべきだろう。そして、「情報提供義務」の考え方が、約款中の付随条件の中でも顧客にとって極めて不利なものについては、結果として拘束力が認められないこととなった近年の電気通信役務の契約約款に関する裁判例にも影響を与えてきているように思われる。その点について、以下に論じていくこととしたい。

3-2 意思の推定が及ばない条項

大正四年大審院判決の中の「約款ニ依ラサル旨ノ意思ヲ表示セスシテ契約シタルトキ」の表現においては、「意思」の対象は条項の集合体としての「約款」とされており、「約款」全体が契約に組込まれるか、組込まれないかという判断がなされることが想定されていた。

しかし、「約款を利用した契約」という考え方、すなわち約款の性格について「契約説」をとるときには、約款に対する顧客の包括的同意があったとしても、司法的判断において、問題となっている条項内容への顧客の認識可能性や期待を考慮し、「顧客の同意の射程距離を操作すること」で、不当な条項を契約内容から排除することはでき得る。河上教授は一九八八年時点で、この点を「理論的可能性を常に内包している」と指摘されていた。^⑧

一九八八年当時までは「実際には「推定」が覆された事例がわずかしかなかったが、その後、電気通信役務及び関連サービスに関する約款について、着目しておくべき司法判断が続いたのである。一九八九年に開始された加入電話回線から利用可能な有料情報サービスの回収代行についての司法判断を改めて振り返るが、筆者自身、当時における同サービスの積極的意義と周知活動を理解するところであり、この場でそれらの再評価について論ずるものではなく、約款規律の明文化にあたって、これまでの司法判断の枠組みを再確認することが目的であることはいうまでもない。

争点となった有料情報サービスに関する電話サービス契約約款の該当条項については、拘束力の肯定・否定それぞれの裁判例がある。該当条項とは、電気通信事業者の当時の電話サービス契約約款において、有料情報サービスにかかる情報料の回収代行を電気通信事業者が行うことの承諾条項である一六二条と、当該加入電話の契約者回線からの

「契約者以外の者が行った通話」に関する料金については加入電話契約者に支払義務が生ずることを定める一一八条が主たる対象である。

その中で、拘束力の肯定例である大阪簡判平成五年二月二四日判タ八一―号二五一頁及びその控訴審である大阪地判平成六年七月二五日判タ八五三号二九八頁においては、約款の拘束力がないとして争った顧客が「昭和五七、八年ころから電話取引業を営み、業として電話加入権の売買を行っている者」であり「有料情報サービスの内容及び利用規制制度を十分に知って」いたケースであつて、それが裁判所の決定的な考慮要因であつたとする考察が一般的だと思われる。

一方、いくつかの拘束力否定例においては法律構成や結論を決定づける根拠は区々であるが、次の二つの事実の指摘が目立つように思われる。一つは、当該加入電話契約者による新サービスに関する当該条項不知と、不知が周知徹底の不足分に起因し加入電話契約者に帰責させられるものではなかつたという事実である。二つ目は、単価が極めて高額な情報料債務が発生するサービスが加入電話契約者回線から利用できてしまうことが、当該加入電話契約者にとつて予測できるものではなかつたという事実である。

この点、平成五―六年の肯定・否定例の後に出された二八名の加入電話契約者からの通常共同訴訟に対する神戸地判平成七年三月二八日判タ八八七号三三二頁が注目される。同判決は、約款による取引がその拘束力を持つために「その約款の内容に妥当性があり、一般人がそれによる意思を有すると推定するに足りる状況が存在しなければならぬ」とする「意思推定説」に立つ。その上で、情報料回収代行に関する約款内条項の拘束力を結論として否定したわけだが、上記第一点については「本件の各Q2サービス利用当時、原告らが、このような各種改善措置を含め、Q2サービス及びこれに関する約款等の内容を十分認識し又は容易に認識しえたと認めるに足りる証拠はない。」との箇所のみ

られる。また第二点については「約款一六二条の拘束力を認めることは、一般市民の予測可能性を超えた著しく不合理的な結果を招来することにもなるので、信義則上も相当でないといふべきである。」と認定されている。

有料情報サービスの回収代行に関する約款の拘束力に関する一連の司法判断は、大正四年大審院判決のフレームワークにとどまるものではなく⁵⁶なってきたということができよう。

4 民法改正における約款規律

4-1 「定型約款」の定義

約款規律は、要綱「第二八定型約款」に盛り込まれ、「第三編債権第二章契約第一節総則」に「第五款 定型約款」として新設される三カ条に明文化される。そのうち五四八条の二第一項の中に、「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つて、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」定型取引において、「契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体」が「定型約款」として定義された。

「①不特定多数相手」「②画一的であることが双方にとって合理的」「③そのまま契約内容とすること」の三要件のうち、中間試案と要綱の間には、①相手方たる顧客が単に多数ではなく「不特定」、②契約内容が単に画一的から、画一的であることが「双方にとって合理的なもの」とされた点の差があり、要件は厳しくなった。

部会資料及び前述の法制審議会における質疑によれば製品原材料の供給契約等を含む企業間取引に用いられる約款や契約書雛形は基本的には含まないが、預金規定やコンピュータソフトウェアの利用規約のようなものは相手が法人である場合も含まれるとされている。⁴⁶これは、経済団体委員からの要望⁴⁷もあつたうえで結論であり、一律に含まれるまたは含まれないということではなく、定義と照らし合わせて判断されることになったと理解される。

定義要件は厳しくなったが、電気通信役務についていえば、例えば相手が法人であることがほとんどである専用サービスなどの契約約款についても三要件を満たすことは明らかである。電気通信の契約約款は、顧客の属性にかかわらず、「定型約款」に含まれるものと考えてよいだろう。現在用いている約款が定型約款の定義に該当して、明文化される約款規律にしたがうことになるとすれば、それは事業者にとつていかなる意味を有するかが重要であるが、それは「組入要件」を満たした場合の効果がどう定められたかによることから、次項で述べることにする。

なお、労働者団体の要望⁴⁸も検討のうえ、「不特定多数の者を相手方として行う取引」という定義となった結果、労働約款を含まないことが明確⁴⁹となつている。電気通信役務に関わるものではないが、電気通信事業者として認識しておくべき点であろう。

4-2 みなし合意の要件

契約締結にあたって、事業者が用意した定型約款が契約内容となるかどうか、いわゆる「組入要件」は、要綱「第二八定型約款」の「二 定型約款についてのみなし合意」の(一)と「三 定型約款の内容の表示」に盛り込まれ、条文では以下のとおり明文化される。

第一の組入要件として、五四八条の二第一項一—二号において「定型約款を契約の内容とする旨の合意をした」か「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」かという条件が定められた。また、第二の組入要件として、五四八条の三（定型約款の内容の表示）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示す」すか「定型約款準備者が」あらかじめ「相手方に対して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供」することが定められた。

なお、今回の民法改正にあたって各業界で行われてきている実務に対して何らかの手当てがなされているかどうかという視点から、民法改正法案とともに国会に提出された「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」（以下、「民法改正整備法」⁵⁰）についても確認しておかねばならない。電気通信事業法については、一点のみの一部改正が行われるが、それが、約款に関する第一の組入要件を規定する民法五四八条の二に関連する扱である。

民法改正整備法一—八条では、電気通信事業法一六七条の二（民法の特例）を設け、「電気通信事業による電気通信役務の提供に係る取引に関して民法（明治二九年法律第八九号）第五四八条の二第一項の規定を適用する場合においては、同項第二号中『表示していた』とあるのは、『表示し、又は公表していた』とする。」との規定を行うこととなる。鉄道営業法、海上運送法、道路運送法、航空法にも同様の規定が設けられるが、これらは事業の性格上、駅・バス停などにおいて、例えば「運送契約は別に規定する約款による」などの表示をしていなくとも、インターネットなどで「公表して」いればよいとする趣旨である。

電気通信事業者については、通常の顧客との契約締結にあたっては「相手方に表示」を行っており問題はないのだ

が、〇五七〇通話などについて、「このサービスは別に規定する約款によります」などの音声案内を行うことは非現実的であることから、別途インターネット等で公表していればよいとの趣旨であり、現在の実務が認められたと理解できる。なお、顧客へのサービスレベルの維持向上の観点のみならず、電気事業法についてはこのような一部改正は行われなければならないと考え合わせると、電気通信業務に関する通常の契約締結においてはこれまでどおり、「相手方に表示」しなければならないと解される。

次に、契約成立後に約款の内容を変更する場合に、変更箇所が契約内容となるための要件だが、要綱「第二八定型約款」の「四 定型約款の変更」に盛り込まれ、五四八条の四（定型約款の変更）に明文化される。同条では、「変更が、相手方の一般の利益に適合するとき」のほか「変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、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」についても、効力発生時期までに「インターネットの利用その他の適切な方法により周知」を行うのであれば、事業者側による一方的変更が認められることとなった。

これらは、第3節でみたように意思推定説のもとでの判例・裁判例による要件より厳しいものではないと判断できるが、それは今回の民法改正の基本的スタンスは蓄積された司法的判断の明文化である以上、当然のことでもある。したがって、電気通信事業者にとって現在の周知方法を大きく変更する必要はない。また当然ながら、かつての有料情報サービスと同様のものの導入を、当時と同様の適用条件のもと一方的に約款変更することは、その周知方法をいかに徹底するにせよ、五四八条の四の条文を見る限り認められないこととなる。

そしてこれらの要件が満たされた場合の効果が契約成立時、変更時のいずれにおいても、個別条項についての「みなし合意」として明文化されたのだが、これは第2節でみたように契約に関する原則や基本的規律について、「意思主

義」の立場で明文化が徹底されたことの必然的結果でもある。すなわち、個別条項については顧客に読まれないあるいは読まれる可能性が低く個別条項について意思の合致（合意）が認められないわけだから、その例外についても、バランス上明文化が必要であったのだと考えられる。

仮にはあるが、今回の改正で「意思主義」による契約に関する基本原則・基本的規律が明文化される一方で、約款規律が明文化されなければ、事業者側が裁判所に紛争解決を求めることは、明文の原則に対する例外判断を個々に求めることとなり、一般論としては事業者側にとつての予測可能性が低くなってしまうおそれがあったといえるだろう。

また「みなし合意」ではなく「合意の推定」として明文化される可能性もあった中で、「合意はなかった」との反証は認められないこととなるのだから、事業者として予測可能性が高まることになった⁽⁵⁾といえることができる。

4-3 合意なしとみなされる条項（条項規制）

中間試案から第三読会の終盤まで、「不当条項」「不意打ち条項」について二つの異なる規律を設けることとしていた。これを一本化した案が第九六回部会（平成二六年八月二六日）で提示され、ほぼそのまま、最終的に「第二八定型約款」の「二定型約款についてのみなし合意」の（二）に盛り込まれ、第五四八条の二第二項に以下のとおり明文化されることとなった。

二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一条第二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については、合意をしなかつたものとみなす。

上記の規定は、従前の「不当条項」規制とほぼ同じ内容だが、部会資料に説明されているとおり「不意打ち条項」規制も含まれるとの趣旨を理解しておく必要がある。約款を用いる取引には、顧客が事業者を信頼し、事業者もそれに応えるという前提があるだろう。したがって、事業者がもし顧客にとつて予測し難い条項を置くのであれば、その内容を顧客が容易に知り得るようしておく措置を事業者自らがとらなければ、信義則に反することとなる蓋然性が高まることになる。⁽⁸²⁾「この限度で不意打ち条項に果たさせようとしていた機能はなお維持される」ことになるとされているのである。

なお、判断基準として公序良俗（九〇条）違反ではなく、信義則（二条二項）違反の有無としたのは、第3節でみたように、司法判断として約款の個別条項の拘束力を否定する際には、当該条項の内容面における不当性のみに着目するだけではなく、顧客側が当該条項の存在について帰責なく不知であるという事情なども加味されてきていることを考慮した結果であろう。その点は最終段階の第九八回（平成二七年一月二〇日）の部会資料において「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⁽⁸³⁾」として明確に説明されている。

第2節でみたように、今回の民法改正においては「意思主義」のもとに契約に関する基本原則・基本的規律が明文化されているのだから、約款を用いた契約における内容規制においても、「意思主義」の立場から、意思の希薄性を加味した判断を行い、そもそも契約に取り込まないこととされたと理解することができる。

5 おわりに

民法改正の中では、債務不履行を核とする履行障害関連の一連の重要論点について、過失責任主義を契約責任にも徹底させる伝統的通説が克服され、契約法のパラダイム転換とも称することができる重要な改正がなされる。⁵⁴⁾

約款に対する我妻栄博士の立場はどうであったかといえ、意思主義と表示主義との対立の場面において「立法政策の問題」⁵⁵⁾ だとしたうえで、「一方の当事者の定める定型的な約款」については、当事者が具体的に承認しなかった内容について何らかの意思を推定したり、黙示の意思を認定したりするのではなく、裁判官が「当事者の意思を問題とせずに、社会経済上の立場に立つて」合理的に改訂し得るとすべきとの考えを示しておられた。今回の改正では、「意思主義」を原則とする契約原則を明文化したうえで、その例外としての約款規律を新設したのであって、この分野においても契約に関する過去四〇年間の学界の成果が、新しい民法の中に反映されたとみることができる。

資本主義の本格的発達が始まった一九世紀に制定された近代民法ないし契約法における「意思主義」は、意志を重視するルソー、カントの一八世紀哲学に基盤を置く骨太のものである。その「意思主義」が大量生産・大量消費が進展した二〇世紀を経てインターネット社会が確立した日本において、二十一世紀の新しい民法の中で改めて明文化された契約法の原則・基本的規律を支える思想として再認識されたのである。

今回の民法改正において新設される約款規律は、意思主義を前提とする意思推定説の元で、二〇世紀終盤のインターネット普及前夜における電気通信業務の多様化事象に伴い発生した法的问题も含め、これまで妥当な解決を目指してきた判例の判断枠組みをベースとして明文化がなされたといえる。

最終的な結論としての約款規律はシンプルなものであり、「組入要件」「不意打ち条項」「不当条項」という用語は消

えたが、それぞれの要素はすべて盛り込まれたうえで、「みなし合意」という、むしろ国民には分かりやすい言葉を用い、また事業者として新たな約款規律の積極的意義を理解しやすい形での明文化がなされたともいえる。

今回の民法改正による約款規律新設で、事業者・顧客のいずれかのセグメントに有利な結果がもたらされたと評価するのであればそれは一面的である。意思主義に基づく契約理論のうえに、現代社会において約款使用による契約コスト低減などの積極的意義も考慮のうえ、これまでの司法的コントロールの判断枠組みを尊重して明文化がなされたとみるのが妥当であろう。必ずしも司法判断の枠組みレベルまでの対応を図っていない業界については、ゼロベースの対応が必要な場合もあるだろうが、電気通信事業においては、第3節で述べた有料情報サービスに関する約款の拘束力否定に関する複数の司法判断を受け止めたうえで対応を既になしている企業がほとんどであろう。呼ごとの役務提供などについても、電気通信事業法の一部改正によって手当てが行われることも考え合わせると、改めてこれまでの司法判断の枠組みを再確認しておく必要性はあるが、電気通信事業者にとって大きな対応を行うことにはならぬであろう。

むしろ、事業者一般に通ずることではあるが、約款についての民法上の根拠が「みなし合意」という形でできるとは、現行約款における個別条項について予測可能性が向上することからも大きなメリットだ。ただし、事業者として、何らかの条項を約款に「滑り込ませる」ことなどあるはずもないだろうが、「みなし合意」があることを安心材料として、約款の内容検討が甘くなることはあつてはならない。これまでの判例の「意思推定説」のもとで、電気通信業務及びその関連サービスに関する契約約款の拘束力が否定されてきたレベルのものについては、五四八条の二第二項に基づき「合意をしなかつたものとみなす」とされ、反証が許されなくなるのである。「みなし合意」はあくまで信義則に照らしたうえで、顧客からの「自由な意思として」の信頼の範囲で認められるべきなのであつて、前述のお

り「不意打ち条項」という言葉は消えたものの、その考え方も一定限度で同項に盛り込まれているのである。

さらにいえば、電気通信事業における電気通信役務のような顧客との信頼関係が重視される継続的契約においては、顧客はまさに長期的視点でのステークホルダーなのであって、約款規律の明文化により、事業者として予測可能性が向上することは認識しつつも、むしろ民法改正議論を手掛かりに契約約款の内容や実務について何か改善点がないかどうかを検討していく姿勢が望まれる。そのような事業者こそ、顧客との関係性を強化でき、業界をリードし続けていくことができるものと考えられる。その点から、若干の手掛かりを提示したい。

柔軟な司法判断を確保するとの観点から「不当条項リスト」については中間試案の段階で盛り込まれなかったが、仮に約款の制定や加除修正を行うにあたって事業者が迷うことがあれば、共通欧州売買法（草案）第八五条に定められている二三の「不当条項リスト」⁵⁷⁾なども参考になるはずだ。

また、例えば約款の条項が不明瞭であった場合に働く「作成者不利に（Contra proferentem rule）の原則」は我が国の判例に関する限り定着していると言いき難い⁵⁸⁾とされるが、私法統一の流れの中で「UNIDTOIT Principles of International Commercial Contracts 2010」の Article 4.6 に規定⁵⁹⁾されており、着目しておくべきものの一つであろう。本稿をまとめるにあたり参照した文献は、契約法・約款法の国内の代表的研究をカバーするにもまだ十分ではない。また、新しい約款規律の解釈にあたっては、これまでの司法的コントロールや業法規制についてより多くのケースを分析していくことが必要だと感じている。これらの点については、今後に残された研究課題として記しておきたい。

(注)

- (1) 法制審議会第一七四回会議(平成二七年二月二四日)において採択後、法相に答申された。
- (2) 法制審議会「法制審議会第一六〇回会議(平成二二年一〇月二八日開催)配布資料二」。
- (3) 法務省「民法の一部を改正する法律案」(第一八九回国会議案番号六三)。
- (4) 法制審議会「法制審議会第一七四回会議(平成二七年二月二四日開催)議事録」十二頁。
- (5) 大久保紀彦「民法改正における約款規律に関する一考察―事業者にとっての契約論再考―」InfoCon REVIEW 第六五号(情報通信総合研究所、二〇一五)六五―七九頁を参照。本稿は、実務的観点を中心とする右記論文を、改題の趣旨で加筆したものである。
- (6) 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」岩部信喜ほか『岩波講座基本法学四―契約』(岩波書店、一九八三)三三二頁。
- (7) 法制審議会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(平成二五年二月二六日決定)。
- (8) 我妻栄『債権各論上巻(民法講義V二)』(岩波書店、一九五四)十七頁。
- (9) 内田貴『民法Ⅱ「第三版」債権各論』(東京大学出版会、二〇一一)十八―十九頁。
- (10) 我妻・前掲注(8)十一頁。
- (11) 我妻・前掲注(8)三頁。
- (12) 内田貴『契約の時代―日本社会と契約法』(岩波書店、二〇〇〇)五―七頁。
- (13) 我妻・前掲注(8)十七頁。
- (14) 我妻・前掲注(8)二二頁。
- (15) 大村敦史『基本民法Ⅰ―総則・物権総論、第三版』(有斐閣、二〇〇七)三三二頁。
- (16) 法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明」(平成二五年五月二日補訂)三三三頁。
- (17) 一般社団法人日本経済団体連合会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」に対する提言(二〇一三年六月十一日)。
- (18) 星野英一「現代における契約」『民法論集第三卷』(有斐閣、一九七二)七頁。

- (19) 星野・前掲注(6) 一〇—十三頁。
- (20) 星野・前掲注(18) 八頁。
- (21) 星野・前掲注(6) 一〇—十三頁。
- (22) 星野・前掲注(6) 十五頁。
- (23) 法務省民事局参事官室(参与室)編『民法(債権関係)改正に関する比較法資料』(商事法務、二〇一四) 五九頁。
- (24) 星野・前掲注(6) 十一—十四頁、十九—二〇頁。
- (25) ルソー(桑原武夫・前川貞次郎訳)『社会契約論』(岩波書店、一九五四) 十五頁。
- (26) カント(篠田英雄訳)『道徳形而上学原論』(岩波書店、一九六〇) 一三九頁。
- (27) 星野教授は、ドイツにおいて意思主義を唱えたフルーメが、私的自治の原則を「前実定法的な(自然法的な)ものとして、ややあいまいなところを感じられる」とされている。星野・前掲注(6) 十九—二〇頁参照。
- (28) 星野・前掲注(6) 二〇頁。
- (29) 英米では「意思理論(will theory)」がこれらと共通の立場をとるとされる。内田・前掲注(9) 十四頁。
- (30) 我妻・前掲注(8) 五四頁。
- (31) 梅謙次郎『民法要義卷之三 債権編』(有斐閣、一九二二) 三七九頁。
- (32) 星野・前掲注(18) 十二頁。
- (33) 内田・前掲注(9) 十七頁。
- (34) 内田貴『民法改正のいま—中間試案ガイド』(商事法務、二〇一三) 七一頁。河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、一九八八) 四七—四九頁。
- (35) 大判大正四年十二月二十四日(民録二十一輯二二八二頁)。
- (36) 河上・前掲注(34) 一九五頁。
- (37) 河上・前掲注(34) 一九五—一九八頁。

- (38) 河上・前掲注(34)二〇一頁。
- (39) 内田・前掲注(9)二四頁。
- (40) 例えば、東京高判平成一〇年四月二二日(判タ一〇〇三号二二〇頁)。
- (41) 例えば、京都地判平成三年一〇月一日(判タ七七四号二〇八頁)。
- (42) 法制審議会「部会第八四回会議(平成二六年二月二五日開催)部会資料七五B」二頁。
- (43) 河上・前掲注(34)一九四頁。
- (44) 中井英雄『約款の効力』(一粒社、二〇〇一)二三六頁。
- (45) 中井・前掲注(44)三三八頁。
- (46) 法制審議会「部会第九八回会議(平成二七年一月二〇日開催)部会資料八六一」一頁。
- (47) 法制審議会「部会第九六回会議(平成二六年八月二六日開催)議事録」三五頁)において、経済団体代表委員の発言「『法人間取引は除く』という限定を付けることに一部反対もありまして」を参照。
- (48) 法制審議会・前掲注(47)三四頁において、労働者団体代表委員の発言「定型約款の規定を民法に置くとしても、現提案では例示となっております『相手方が不特定多数』という部分を要件とするなど、労働契約への影響がないことを明確にするように条文化していただくようお願いを申し上げます。」を参照。
- (49) 法制審議会「部会第九八回会議(平成二七年一月二〇日開催)部会資料八六一」一頁。
- (50) 法務省「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」
- (51) 法制審議会「部会第八五回会議(平成二六年三月四日開催)議事録」二五―二七頁において経済団体側委員から、「飽くまで約款規制の民法への導入には反対という前提」としながら、「せっかく民法に約款規制を入れるとするなら」との発言があり、約款に民法上の法的根拠が明文化されるという事業者側のメリットも意識した議論が部会の場で実質的に始まっていった。
- (52) 法制審議会「部会第96回会議(平成二六年八月二六日開催)部会資料八三一―二三九―四〇頁。
- (53) 法制審議会・前掲注(49)三頁。

- (54) 大久保紀彦「電気通信事業者にとつての契約像再考序論―民法改正要綱仮案に接して―」InfoCom REVIEW 第六四号(情報通信総合研究所、二〇一四)七〇―八四頁を参照。
- (55) 我妻栄『新訂民法総則(民法講義I)』(岩波書店、一九六五)二八六頁。
- (56) 我妻・前掲注(8)二四頁。
- (57) 法務省民事局参事官室・前掲注(23)一七二―一七三頁。
- (58) 河上・前掲注(34)二七三頁。
- (59) 私法統一国際協会(UNIDROIT)(内田貴∥曾野裕夫∥森下哲朗∥大久保紀彦訳)『UNIDROIT国際商事契約原則二〇一〇』(商事法務、二〇一三)九八―九九頁参照。第四・六条において「当事者の一方により準備された契約条項が不明瞭なときは、その当事者に不利となるように解釈されることが望ましい。」として規定されている。

