

消費者保護と定型約款

五味 千夏

羽鳥 雄祐

牧野 雄介

(片山研究会 3 年)

- I はじめに
 - 1 民法改正と定型約款
 - 2 本稿の目的
- II 「定型約款」規定新設の背景
 - 1 約款を巡る従来の学説
 - 2 定型約款規定新設に至る過程——事前開示の周辺について——
- III 「定型約款」規定の問題点——消費者保護の観点から——
 - 1 改正民法548条の2
 - 2 改正民法548条の3
 - 3 諸外国との比較
- IV 是正手段
 - 1 解 釈
 - 2 法改正
- V まとめ

I はじめに

1 民法改正と定型約款

(1) 約款とは

約款とは、多数の取引に用いる目的であらかじめ定型化され、当事者の一方により提示される契約条項をいう¹⁾。約款の利用は、伝統的契約法にとってはかなり異質な性格を帯びている。伝統的な契約の観念によれば、契約の内容となるべ

きものは、申し込み・承諾の意思表示の形で、互いの相手の主観的認識領域に到達し、明示・黙示にせよ、契約条件の全てにわたって合意されたとの前提に立っている。しかし、約款による取引では、もはや対等当事者間の協議・交渉と熟慮の成果としての契約合意という理念像とは異なり、私的自治を語る基盤が構造的に失われているからである。約款は、もとより当事者の主観的認識から遠ざけられ、意思的要素が希薄化しているのが常態である²⁾。

こうした約款は今日においては、鉄道、携帯電話、インターネットショッピングの利用や、保険、銀行取引など、生活の至る所で用いられており、多くの利点がある。①約款は、大量の取引を迅速に行うことを可能にし、取引処理費用の低減に資する。②事業者は、約款を多数の取引に画一的に適用することにより、将来生じうる問題の法的解決を予見してあらかじめ対処することができる。③また、事業者は、複雑な仕組みの契約を定型的な条項を用いて設計し、商品化することができる³⁾。反面、①相手方に交渉可能性がなく、「約款の契約条件をすべて受け入れて契約を締結するか、契約を締結しないか」しか自由がない点（附合契約⁴⁾）、②経済的優位にある約款使用者が、相手方に不当に不利な契約条項を約款に滑り込ませる余地を生じさせる点⁵⁾、などの問題がある。

(2) 改正の趣旨

社会の中で重要な役割を担う一方、様々な問題点を孕む約款であるが、現行民法には約款について直接定めた規定は存在していない。民法が起草された19世紀末には、ヨーロッパでも、約款や附合契約の法的問題はまだ広く認識されていなかった。民法起草者も約款による契約の問題点を認識していなかったと推測される⁶⁾。

このため、現代の大規模な消費社会においては、企業等から画一的な財やサービスの提供を需要者が受ける際に、財等の提供側が作成する約款が契約内容の詳細を規定しているという現実があるにもかかわらず、約款の拘束力の根拠やその変更の際の取り扱いについて、民法典に何らの規定がないという状態が続いていた。従来、約款をめぐる法的問題および規制の必要性は、種々の角度から繰り返し論じられてきたものの、包括的立法は実現されていなかった。ドイツでは、2002年に約款規制法⁷⁾が民法典⁸⁾に組み込まれ、多くの諸外国でも、約款に関する規定は明文化されているため、日本の法制化の遅れが指摘されていた。こうした中で、約款を用いた取引の安定性を高めるため、約款の定義や法的拘束力等に

関する規定を民法典に置くことが検討されるようになった。

約款の中には各種の業法によって個別に適正化が図られているものもあったが、業法の目的によって適正化の観点は異なった。そこで、業法ではなく、基本法典である民法において、約款規制の基本ルールを明確化し、統一的に規制を行う必要があった。

このようにして、約款に法理論的に安定した基盤を与えること、約款取引の適正化を図ることを目的として、新しい時代の契約法のインフラとして、民法に定型約款規定が導入されることになった。実務上「約款」と呼ばれるものは多数あるため、適用対象を限定しなければ、取引実務への影響が甚大であることから、改正民法は、適用対象を限定して、「定型約款」に関する規定を導入した。

(3) 定型約款規定の概要

定型約款に関する規定は、定型約款が当事者の合意に組み入れられるための要件（改正民法548条の2）、定型約款の内容の表示義務（改正民法548条の3）、定型約款の変更要件（改正民法548条の4）の3箇条である。

規制の対象となる「定型約款」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」と定義され、定義中の「定型取引」とは「ある特定のものが不特定多数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」とされる（改正民法548条の2第1項柱書）。

契約当事者が契約内容に拘束されるのは、当事者の合意があるからこそであるが、定型約款については、下記のいずれかの要件を満たすことにより、契約当事者が個別の条項の内容について合意をしていなかったとしても合意をしたものとみなされることとなった（改正民法548条の2第1項）。それは、①定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき、②定型約款を準備した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である。ただし、定型約款が組入要件を満たしているとしても、ある条項が「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、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」場合には、その条項については例外的に合意をしなかったものとみなすとされている（改正民法548条の2第2項）。

定型約款に関する規定で特に注目すべきは、定型約款そのものを取引の相手方

に対して契約締結に先立って開示することが必ずしも求められていない点である。あくまで、取引の相手方から定型取引合意の前後に請求があった場合に、相当な方法で定型約款の内容を示すことが求められているに過ぎない（改正民法548条の3第1項）。契約内容を確認するための定型約款の開示は、取引の相手方のインシティブに委ねられているという点が特徴的である。

2 本稿の目的

約款が生活の至る所で用いられるようになった今日の複雑かつ高度な取引社会において、約款の定義や拘束力に関する規定を置き、約款を用いる取引について法理論的に安定した基盤を与えることは極めて重要である。その際、約款の組入については、約款を基軸とする限りは、消費者契約における約款に特有の問題ではないため、基本法典である民法に規定するのが適切である⁹⁾。その意味で、民法改正によって定型約款規定を導入するという試み自体は好ましいことであったといえる。

しかし、定型約款に関する規定をそのまま消費者契約に適用することが適切であるかについては、改めて検討する必要がある¹⁰⁾。消費者保護の観点から定型約款規定を見ると、いくつかの点で問題があると考ええる。

そこで、本稿では、まず、約款をめぐる従来の学説、定型約款規定新設に至る審議過程という大きな文脈を踏まえ、そして諸外国の法制度と比較する形で、定型約款規定の問題点を明らかにする。その上で、いくつかの手段を検討しつつ、問題点を解決するための提案を行うことを目的とする。

Ⅱ 「定型約款」規定新設の背景

改正民法における定型約款の問題点の前提として、明文化されていなかった従来の学説および新設に至る過程について簡単に触れたい。

1 約款を巡る従来の学説

(1) 初めに——約款アプローチについて——

あらかじめ作成され、主として相手方が不特定多数であることを想定して、典型的に反復使用される多数条項からなる契約文書である約款が使用される契約、すなわち「附合契約」という現象は、現代の契約法が直面する特徴的な状況の一

つである。そこでは、情報と判断力を十分に備えた両当事者が自由で対等な立場での交渉を通じて契約の合理的内容を形成するという構造が機能不全に陥っている。

そこで民法は、約款が使用される契約に固有の規制を構想するアプローチを採用した。これを約款アプローチという（消費者契約法における交渉力アプローチとの対比で用いられる）。つまり、約款の合理性にも留意しつつ、特殊な契約である約款を用いた契約に、契約理論上のしかるべき位置を用意して、適切な調整的法規を用意する方向性が採られているのである¹¹⁾。

今回の民法改正は、従来と同様このアプローチに属する。

（２） 約款の法的性質論

約款取引において相手方が契約締結に際して約款の内容を知らない場合に、約款に拘束力が認められるか。この点に関して、いわゆる事前開示要件をめぐる変遷を軸として学説の展開を整理する。

（a） 法規説

最初に登場した法規説は、相手方に同意のないことを前提とするものの、約款の拘束力を端的に認める。この学説は、合意によって契約が結ばれるという単純な取引と差異がない点で、整合的である。しかし、個別法による授權がない場合に、なぜ約款準備者である単なる私契約の一方当事者に法規制規定が生まれるのか、という根本的な問題をはらむ。したがって、両当事者が自由で対等な立場での交渉を通じて契約の合理的内容を形成するという古典私法の契約法の理論とは相いれない。

（b） 契約説

そこで、あくまで約款の拘束力を当事者の合意に求める考え方が登場した。契約説の出発点の一つとして、大正4年判決がある。

事案の概要：X₁・X₂（原告・控訴人・被告人）は、日本で火災保険事業を営んでいるY外国保険会社（被告・被控訴人・被告人）との間において、自己所有の家屋についてそれぞれ保険金額500円の火災保険契約を締結した。明治44年5月12日頃、山火となり、X₁ら所有の家屋が焼失した。そこでX₁らは上記の火災保険契約に基づきYに対して保険金請求をした。しかし、Yの普通保険約款には、樹林火災または森林の燃焼による損害についてはてん補

の責に任じない旨の条項があり、Yは保険金の支払を拒否した。第1審判決は、X₁らの請求を棄却した。原審判決は、約款の内容を契約の内容とするためには、予めその全ての条項を告知するか、相手方に約款を交付して内容を知らせる必要があるが、Yはそれをしていないと判示してXの請求を認容した。Y会社は、普通保険約款は当事者間にこれに反する特別の意思表示のない場合は当然に保険契約の内容となるべきもので、当事者がその内容を知ると否とを問わない、と主張して上告した。

判旨：「保険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故ニ火災保険契約当事者ノ一方タル保険者カ我国ニ於テ営業スル以上ハ其内国会社ナルト外国会社ナルトラ間ハス苟モ当事者双方カ特ニ普通保険約款ニ依ラサル旨ノ意思ヲ表示セスシテ契約シタルトキハ反証ナキ限り其約款ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定スヘ」し¹²⁾。

「約款に依るの意思」を介して個別約款条項がその「内容に通曉しない」保険契約者を拘束するとする契約説の骨格が示されている。さらに、本判決は組入意思を推定している点で、古典私法の契約意思と比較すると「希薄な合意」で足りるとする方向が示されている。

上記判例への批判として、あくまで約款による契約を意思表示と同じ構造に立ち返らせる立場が現れた（＝厳格な契約説）。この立場は、上記判例における「組入意思」を批判し、古典的な意思表示理論を堅持する。つまり、この立場において約款に拘束力を持たせるためには、全ての条項への完全な合意が必要である。

一方、緩和された契約説は、契約の拘束力をあくまで当事者の合意に求めはしつつ、その完全性の基準が古典私法の想定とは異なり、「約款によるという意思」（＝組入意思）は、「希薄な合意」であると捉えている。この立場では、組入意思があったとしても、約款の各条項に厳格に合意したとは認められない。したがって、約款の相手方の知りようのない事柄は契約内容にはならないという前提も容認されるため、各条項への合意の推定を覆す余地がある。大正4年判決、通説はこの立場である¹³⁾。

(3) 契約説による約款規制の構造

従来の約款規制の要件論は、組入要件と内容規制論という二元構造を採用していた。

(a) 組入要件

契約説において、組入要件はさらに、約款によるという合意（＝組入意思）の要件と事前開示の要件という二つの要件から構成される。組入意思は個別条項に直接向けられた契約意思ではなく、約款の個別条項が契約内容となるか否かに関する合意であり、厳格な契約説と緩和された契約説どちらの立場でも必要な意思である。一方、もう一つの要件である事前開示の要件は、従来の契約説に分岐点をもたらす。厳格な契約説においては、個別条項への合意を厳格に解釈する前提として、個別条項にきちんと目を通すことが求められる。つまり、事前開示は組入意思の理論的前提となるため、組入要件の不可欠な要素と位置付けられる。一方、緩和された契約説においては、個別条項への合意は希薄なもので足りるために、事前に目を通すことが必須とはいえず、少なくとも目を通す機会が与えられることのみが求められる。開示が形骸化した結果、事前開示の要件は、約款の相手方保護の要請と約款準備者のコストを勘案する政策的調整として位置付けられる。すなわち、事前開示の要件は同意の手続的保障としての役割のみ与えられることとなり、事前開示は約款準備者の大量事務の要請と役割の相手方の知る利益との調和として、幅広く解釈されるようになっている。

(b) 内容規制

たとえ組入要件を充足したとしても、約款においてはその特殊性から、内容規制による例外的介入があり、民法における公序良俗論とは別に議論されている。

また、組入要件を満たしていても、その条項の内容が約款に含まれると通常は想定できないものである場合、相手方が一般に合理的に予測しえないような条項には、たとえ内容規制の不当性を帯びていなくても拘束力を認めるべきでないとする考えがある。これが不意打ち条項である。

約款を用いた契約において、以上二つの要件が従来の通説であった。しかし、後述する民法改正においては、特に事前開示の要件に学説との違いが現れることとなる。

2 定型約款規定新設に至る過程——事前開示の周辺について——

(1) 第1読会、第2読会・中間試案

中間試案が出されるまでの第1読会、第2読会においては、緩和された契約説が軸となって議論が進められた。この考えに従えば、契約をするときに、およそ知ることでできなかったものにまで同意を与えることはできないとされるため、契約時に知りようのなかった約款についてまでは、組入合意には拘束力を認めることはできない。よって、組入合意には、契約する際に相手方が約款を見ようと思えば見られる状態にするという意味での開示があって初めて拘束力が認められるとされ、中間試案においても、「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。」¹⁴⁾とされた。希薄な合意論において、個別条項の認識可能性はとても重要な部分であるため、このように、中間試案においても開示の要件が明記された。ただ、ここで要求されるのは、相手方の約款内容についての認識ではなく、相手方の約款内容についての認識可能性である。

この認識可能性を支える開示要件を、中間試案のように、「組入合意」かつ「事前開示」とし、組入要件の論理的前提としていることは、緩和された契約説において中核をなす、重要な点である。しかし、この段階で既に約款準備者に求められる開示義務の程度は緩和され、単に、相手方が個別条項の内容を知る機会を保障されていればよいとされた。コストなどの約款準備者に対する負担から、さらに義務を緩和させるべきという趣旨の発言もなされたが、中間試案までは、開示の事前性の要件は緩和された契約説の生命線として拘泥された¹⁵⁾。

(2) 第3読会での事務局の提案

第3読会に入り、初めて約款について審議がなされた際に事務局により提案されたものは、「定型条項は、契約の当事者が特定の定型条項によることを合意した場合のほか、次に掲げる場合において相手方が異議を述べないで契約を締結したときは、契約の内容となる。ア 定型条項を準備した者が、契約の締結前に、当該定型条項によることを相手方に表示した場合 イ 上記アによることが契約締結の態様に照らして期待することができない場合において、その契約と同種の

契約において定型条項によるのが通常るとき。ただし、条項準備者が特定の定型条項を用いることを公表しているときに限る。』¹⁶⁾ というものであった。このように、組入合意を前提としない、定型条項によることの表示がなされれば、組入合意がなくとも組入が生じる「表示による組入」と、慣習の存在という条件はあるものの、相手方に対する表示すらない「慣習による組入」という新たな組入が現れた。この提案では、緩和された契約説の組入合意が組入の一つの方法としては残されたが、表示による組入において、個別条項の事前開示は求められなくなった。

(3) 第3読会・最終法文案

さらにその後、最終法文案にまで残ることとなる「みなし合意」が明示的に示されることとなった。それはつまり、表示による組入において、定型取引合意をした場合には、定型約款の個別の条項についても合意したものとみなすというものである。この場合、個別条項に対する合意は存在しないが、これがあったものと擬制されるのである。

また、中間試案までは、組入要件の理論的前提として開示の要件が存在したため、約款準備者が開示をしなかった場合には組入要件が欠けるとされていた。しかし、第3読会以降においては事後開示が許容されることとなった。これにより、相手方の開示請求を前提としてのみ開示義務が発生し、契約締結時における相手方の約款内容についての認識可能性は必ずしも組入の前提ではなくなり、事後の開示の開示義務は、契約上の義務となった。そのため、開示義務違反があったとしても、それによって組入を否定することができなくなり、原則として単に義務違反としての損害賠償を請求できるだけとなった。

これらには批判も加えられ、修正がなされた上で最終法文案となった。開示義務違反には、約款準備者が、正当な事由がないにもかかわらず、開示の請求を拒んだときという絞りはあるものの、開示義務違反があった場合には組入否定の効果を認め、事後開示の期間については、条文に相当の期間内という文言があり制限が加えられているが、その相当の期間の起算点を契約の終了したときとすることによって、契約が終了するまでであれば常に開示の請求を行えることとなった¹⁷⁾¹⁸⁾。

このように、これまでの緩和された契約説からは離れ、開示の要件は組入の前提ではなく、相手方の保護のための政策的制度とされた。このような考え方は新

緩和された契約説とでもいうべきであろうか。

Ⅲ 「定型約款」規定の問題点——消費者保護の観点から——

1 改正民法548条の2

改正により新設される548条の2では、定型約款を契約内容とする旨の合意がある場合だけでなく、定型約款準備者が定型約款を契約内容とすることを相手方に表示しさえすれば定型約款の個別条項についても合意したものとみなすとされており、相手方の契約内容に対する事前の認識可能性の要素は、緩和された契約説からは著しく後退させられている。推定規定ではなく、みなし規定を用いたことによって、準備した定型約款を契約の内容とすることを表示するだけでよく、約款の個別の条項を事前に開示する必要がないというように受け取ることもできてしまう¹⁹⁾。

2 改正民法548条の3

改正民法548条の3には、相手方により、事前又は事後に、約款準備者に対して請求がなされた場合には、準備者は約款の内容を示さなければならない旨が規定されている。しかし、相手方、特に消費者がこういった請求をする可能性はかなり低いといえるであろう。また、事後の請求に関していえば、単なる確認作業となり、これにより相手方が同意しかねるような条項を見つけたとしても、錯誤による無効や誤認による取消しが認められるケースでない限り、契約関係を解消することは困難である²⁰⁾²¹⁾。

3 諸外国との比較

(1) ドイツ民法305条2項（約款の契約への組入れ）

約款は、契約締結に際し、次の各号に定める要件をすべて満たし、かつ、他方当事者が約款の適用を了解した場合に限り、契約に組み入れられるものとする。

1. 約款使用者が、他方の契約当事者に対して約款を明示的に提示し、または、契約締結方法ゆえに明示的な提示が不相当な困難を伴う場合には契約締結場所に約款を明確に掲示しておくこと
2. 約款使用者が、他方の契約当事者に対して、約款の内容を了知する機会を、約款使用者に認識できる同人の身体的障害も相応に考慮したうえでの期待可

能な方法で与えたこと²²⁾²³⁾

(2) 台湾消費者契約法

(a) 11条の1

企業経営者は、消費者と附合契約を締結する前に、消費者がすべての条項の内容を精読できるよう、30日以内の合理的期間を設けなければならない。前項規定に違反した場合、その条項は契約の内容を構成しない。ただし、消費者は、当該条項が依然として契約の内容を構成すると主張することができる。中央主務官庁は、特定の業種を選び、定型化された契約条項の重要性、係る事項の多寡及び複雑さの程度などの事項を参酌した上で、附合契約の精読期間を公告することができる。

(b) 13条

定型化された契約条項が附合契約書に記載されていない場合、企業経営者はその内容を消費者に明示しなければならない。その内容の明示が明らかに困難である場合は、目立つ方法でその内容を公告しなければならない。また、その拘束を受けるという消費者の同意を得た場合、当該条項は契約の内容となる。前項の状況につき、消費者が要求した場合、企業経営者は定型化された契約条項のコピーを渡すか、又は当該コピーを当該契約の添付資料として添付しなければならない²⁴⁾。

(3) フランス民法改正2016年2月10日オルドナンス第2016——131号1119条1項

一方当事者により援用された一般取引約款は、それらが他方当事者に知らされ、且つ他方当事者がそれらを承諾したのでなければ、他方当事者に対する効力を生じない²⁵⁾。

これらを見ればわかるように、諸外国では、約款準備者は、相手方に事前に約款を提示するなどし、相手方がそれを認識・吟味する機会が提供され、原則としてはそれに対する同意があつて初めて、約款が契約内容になるものとされている。

このことから考えても、我が国の定型約款規定の事前開示に関する部分の異常性が見て取れる²⁶⁾²⁷⁾。

Ⅳ 是正手段

1 解 釈

以上の問題点の解決方法としてまず有効であるのは、解釈によって本規定にかかる約款の範囲を縮小することである。改正民法は、548条の2における「定型約款」に当たる要件として、①「定型取引」に用いられるものであること②契約の内容とすることを目的として準備されたものであること③当該定型取引の当事者一方により準備されたものであることを掲げる。特に、548条の2は「定型取引」として、「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、その内容の全部また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」という定義を示し、①′不特定多数性と②′画一性を要件としている。

だが、この「定型取引」概念の内容やそれを支える論理には不明確な部分があるように思われ、施行後、判例法理が確立するまでには不安定である可能性を否定できない。例として、労働契約は労働者の個性に着目した契約であると解釈されるため、「不特定多数の者を相手方とする取引」に該当せず、定型約款に当たらないという説明が、事務当局からされている。けれどもこの説明には不合理な点が見受けられる。「契約当事者の個性に着目する」とは幅のある概念であり、当事者の個性に着目する契約は少なくなく、このような解釈では定型取引に該当させるべき契約でも、ほとんどが定型取引に当たらないのである。施行後、定型取引の解釈を巡ってこのような曖昧な解釈による混乱が起こることは当然予想される²⁸⁾。

そこで、消費者保護のため、①′不特定多数性と②′画一性の要件をより狭く解釈し、適用範囲を狭めることが望ましい。たとえば、ある企業が製品の原料取引契約を企業とで締結する場合、原料の量、仕入れの期間等について、「取引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」とまではいえないため、一方当事者によって準備された約款は定型約款には当たらないと説明する（②′画一性）。さらに、特定の地域住民に限定して結ばれた約款契約である場合には、他の地域と比較して相対的に特定されており、「不特定多数」であるとはいえないため、一方当事者によって準備された約款は定型約款には当たらない（①′不特定多数性）。

また、上記「定型取引」に当てはまったとしても、定型約款に該当するには、

②契約の内容とすることを目的として準備されたものであることとあるように、契約の内容とする、すなわち、定型約款が契約に一括して組み入れられることが目的となって準備された条項の総体であることが必要である。そのため、契約内容中の一条項でも多少なりとも吟味するのが通常と想定される場合、契約書案が当事者の一方によってあらかじめ用意され、その案のまま契約締結したとしても、「契約の内容とする」目的があるとはいえず、定型約款性は否定されると解釈する。

このように適用範囲を狭めると、本論文のテーマである消費者保護の観点からは一定程度効果があるものの、本規定は事業者間の約款取引においても適用される規定であるために、事業者間での適用機会も狭まってしまう。しかし、事業者間契約においても本規定に関する懸念は残り、本規定が必ずしも歓迎されているとはいえない。本論文のテーマ上文字数は割けないが、懸念としては、従来消費者契約法8条・9条において不当条項リストとして明文化されていた不当条項規制が、リストのない抽象的な形で事業者間契約においても適用される点が挙げられる。このことから、事業者間契約においても適用範囲が狭められることの弊害は少ないといえる²⁹⁾。

以上、上述した雇用契約も含め、なるべく適用除外していこうという方向性で本規定を運用するのである。特に保護の必要性が高い消費者契約において、この方向性をより強固なものにする手段として、以下で述べるような消費者契約法による保護が考えられる。

2 法改正

(1) 改正の必要性

改正民法は、定型約款準備者があらかじめ定型約款の内容を相手方に開示（表示）することを、定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなすための要件とはしていない（548条の2第1項）。定型約款準備者は、相手方から請求があった場合には、定型約款の内容を示さなければならないとされている（548条の3第1項）。

定型約款の内容の表示については、改正民法の審議過程において、法務省から次のような説明がなされていた。すなわち、定型約款を用いて契約を締結する場面では、相手方も定型約款の中身を逐一見ようとしない場合が多くあると考えられるため、常に相手方に事前に内容を開示しなければ契約内容とならないとすると、かえって煩雑になると考えられる。他方で、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と考えられる。そこで、双方の要請を踏まえ、相手方の請求があった場合には、条項準備者は、定型約款の内容を示さなければならないとする規定を設ける、というものである³⁰⁾。

しかし、定型約款の開示(表示)を相手方の請求に係らしめている規定には大きな問題がある。消費者契約において定型約款が用いられた場合、開示請求には一定の時間と労力がかかることや、事業者の反感を買うことをおそれ、あるいは遠慮があつて開示請求を抑える消費者も想定される³¹⁾。定型約款による取引のような附合契約的性格の強い取引で、契約上の給付を望む顧客が定型約款を準備している事業者に向かって開示請求権を行使することは現実的には期待できない³²⁾。そのため、立法者の意図に反して、悪質な事業者が、「詳細は約款による」との表示をし、相手方から請求がなされないのをよいことに、約款の内容は開示せず、自己に一方的に有利な契約条件を契約内容とみなされるように取引を行うことが考えられる。消費者としては、何らかのトラブルになった後に、事業者により定型約款の内容を開示されると、訴訟において約款の内容の不当性を争うほかないという事態に追い込まれる可能性がある³³⁾。こうした悪質な事業者による濫用的主張を防ぐためにも、約款の事前開示を原則化し、市場を透明化することが必要である。

事前開示をしても、全ての消費者が常にそれを読み、内容を把握しようとすることは期待できない。しかし、そうであるからといって事前開示が無駄であり省略されてよいということにはならないはずである。約款準備者の行動を待つまでもなく、顧客側が契約内容を知ろうと思えば自力でそれを知りうる状態にあることが「手続として」保障されていることこそが重要である³⁴⁾。

なお、事前開示が原則化されていないことではなく、改正民法548条の2第1項が「みなす」という擬制構成をとっていることが問題であり、改正によって擬制構成こそを見直すべきであるとの指摘もありうる。たしかに、擬制構成が改められ、推定規定となれば、相手方に「そのような条項が内容になっているとは知らず、合意はしていない」として、反証する余地が与えられるため、そのように改正されることは望ましいであろう。しかし、そのような改正は、相手方に反証の余地という最低限の救済ルートを確保することにはなるものの、事前開示を積極的に促すことにはならないため、それだけでは消費者保護という面では不十分である。

したがって、契約内容を知る機会を手段として保障し、消費者を保護するためにも、改正によって、定型約款の事前開示を原則化することが最も重要であると考えている。擬制構成の見直しも考えるべきところではあるが、本稿では、事前開示の原則化に焦点を当てて、以下検討することにする。

(2) 改正の対象

(a) 民法

定型約款の事前開示を原則化するにあたって、どの法律を改正し事前開示義務を法定するかが問題となる。

この点については、第1に民法の定型約款規定を改正することが考えられる。前述したように、民法は、定型約款準備者があらかじめ定型約款の内容を相手方に開示（表示）することを、定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなすための要件とはしていない（548条の2第1項）。そこで、たとえば、みなし合意の要件に事前開示を要求するというような改正が考えられる。中間試案においては、「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（以下「約款使用者」という。）によって、契約締結時までに、相手方が合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が確保されている場合には、約款は、その契約の内容となるものとする。」というように規定された³⁵⁾。このように、約款内容を知る機会を手段として保障する規定にすることによって、事前開示が原則化され、消費者保護という観点からも望ましい。

しかし、まだ施行前の条文について、実務での運用実態が明らかでない現段階において、改正の方向へ議論が大きく進むことは、現実的には考え難いとの問題がある。

(b) 消費者契約法

もう一つの方法として考えられるのは、消費者契約法の改正である。

定型約款規定は、あくまでも定型取引に適用される規定であり、消費者保護のための規定ではないため、その適用対象は、消費者契約にとどまらず、事業者間契約にも及ぶ。しかし、事前開示義務が法定されていないことによって問題が生じるのは、主として消費者契約である。事業者は多数の取引を反復継続して行うため、その取引に関する情報は事業者に集約されることになる。その一方で、消費者は、通常、自己の行う取引について十分な情報を持っていない。このように事業者と消費者との間には情報の格差があり、また、消費者が当該契約のために

かけることができる時間と労力には限りがあるため、交渉力にも格差が生ずるものと考えられる。そこで、情報・交渉力の格差を是正し、消費者契約の適正化を図る観点からは、事業者としては、消費者が契約条項の内容を知ろうとしたときには事業者に対する開示請求をすることなく容易に知ることができるようにすることが求められると考えられる³⁶⁾。

この点、消費者契約法は、事業者の努力義務として、事業者が消費者契約の内容についての必要な情報を消費者に提供する旨を定めており（消費者契約法3条1項）、この規定の趣旨に照らすと、消費者契約については約款を事前に開示する旨の規定を消費者契約法に設けることが望ましいといえるだろう。

よって、以下では、民法ではなく消費者契約法において、消費者契約における約款の事前開示を原則化するために、どのような改正を行うべきかについて検討する。

（３）改正の方向性

（a）開示義務の位置付け

消費者契約法3条1項は、「事業者は、消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮するとともに、消費者契約の締結について勧誘をするに際しては、消費者の理解を深めるために、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供しよう努めなければならない。」と規定している。消費者契約法1条の目的に沿って、事業者は契約条項の明確化と情報提供に関する努力義務を課している規定である。この規定の趣旨に照らし、約款を事前に開示する旨の規定を設けるべきであると考えられるが、その際の開示義務の位置付けが問題である。3条1項と同様に努力義務として規定すべきか、あるいは、法的義務として規定すべきかという問題である。

この点については、3条1項とは異なり、法的義務として規定すべきであるとする。事前開示義務が規定されていない現在においても、健全な事業者は、自主的に契約条項の開示に努めていると思われる³⁷⁾。事前開示義務をあえて規定する意味は、現在事前開示を行っていない、あるいは、改正民法下で事前開示を行わないと思われる一部の悪質事業者対策にある。悪質事業者は努力義務を遵守するとは考えられないため、努力義務として規定してしまうと、悪質事業者対策にはならず、新たな手当ては実効性を欠く無意味な規定と化することになる。した

がって、努力義務ではなく、法的義務として事前開示義務を規定しなければならない。

たしかに、3条1項については、努力義務として規定することもやむを得ない側面があった。どこまでの情報を提供するかという情報提供義務の範囲について、「社会通念上一般的な情報」、あるいは、契約の締結に「通常影響を与える」情報といっても、その具体的範囲は不明確である上、必要な情報の内容・種類は消費者にとって異なりうる³⁸⁾。情報提供義務について、法的義務として規定すると、予見可能性が十分に確保されていないことから、事業者に過大な負担を強いるとして、懸念を示す意見もあった。

しかし、事前開示義務については、法的義務を課したとしても事業者に過大な負担を課すことにはならない。事業者が消費者に対して開示すべきものは、「契約条項」である。開示すべき対象が極めて明確であり、何を開示すべきであるかという意味での予見可能性は十分確保されている。また契約条項を開示するという行為自体は現実的に困難な行為ではなく、多くの健全な事業者はすでに行っているというのが実情であるため、法的義務化によって根本的に企業活動が変わるといったことはなく、新たな負担が加わることはないであろう。

(b) 開示義務違反の効果

開示義務を法的義務と位置付けた場合、義務違反の効果が問題となる。

第1に考えられるのが、損害賠償である。情報提供義務については、従来から判例や学説において、民法上の信義則により、不動産取引や先物取引、変額保険契約等一定の状況の下でこれが肯定され、情報提供義務違反を理由とする損害賠償が認められてきた³⁹⁾。また、一部の業法には、信義則上認められる情報提供義務について当該業法分野において具体化して規定しているものもあり、中には民事効として、損害賠償義務が課されているものもある（金融商品の販売等に関する法律）。

このように、情報提供義務違反について、損害賠償義務が認められている実情を鑑みると、情報提供義務と趣旨を同じくする事前開示義務についても、違反した場合の効果として、損害賠償義務が理論的に認められるべきである。また、原状回復では補えない損害が発生するケース、あるいは契約を続行することが必要ではあるものの損害賠償を求めたいというケースも想定されるため、事案に応じた柔軟な解決を図るという実務上の観点からも、損害賠償義務を認めることは合理的である。

第2に考えられるのが、契約の効力を否定するアプローチであり、具体的には、契約条項の組入の否定である。前述したように、民法は、定型約款準備者があらかじめ定型約款の内容を相手方に開示することを、個別の条項について合意をしたものとみなすための要件とはしていない(548条の2第1項)。しかし、契約当事者が契約内容に拘束されるのは、当事者の合意があるからこそであり、相手方に約款が事前に適切な方法で開示されて、見ようと思えば見ることができる状態に置かれて、初めて、その約款は契約の一部となる資格があるはずである⁴⁰⁾。ドイツをはじめとして、諸外国では、約款準備者は、相手方に事前に約款を提示するなどし、相手方がそれを認識・吟味する機会が提供され、原則としてはそれに対する同意があって初めて、約款が契約内容になるものとされていることは前述した通りである。相手方に認識可能性がそもそも与えられていない場合については、個別条項の組入は成立しないと考えられるべきである。

では、事前開示がなされない場合の組入の否定について、どのように規定すべきか。前述したようにドイツでは、民法において個別条項の組入の要件として、そもそも事前開示が要求されている⁴¹⁾ため、別途このような規定を置く必要はないが、日本では、民法において組入の要件に事前開示を課していないため、規定のあり方が問題となる。この点については、消費者契約法において、事前開示がなされない場合に組入を否定する趣旨の規定を置くことで対応するべきである。消費者が定型約款を準備している事業者に向かって開示請求権を行使することは現実的には期待できないため、少なくとも消費者契約においては、事前開示を義務として課し、開示がなされない場合には、個別条項の組入を否定するというものである。前述した台湾の消費者契約法においては、企業経営者は、消費者と附合契約を締結する前に、消費者がすべての条項の内容を精読できるよう、30日以内の合理的期間を設けなければならない、これに違反した場合、その条項は契約の内容を構成しない⁴²⁾とされており、同趣旨の規定として参考になる。

以上のように、事前開示義務違反の効果としては、損害賠償と組入否定の二つが考えられる。これら二つの請求は競合関係にあり、主張権者はいずれについても主張できると解すべきであり、そうすることによって、当事者の意思に合致した柔軟な解決が可能になる。そして、義務違反の効果をこのように規定することによって、事後的な損害賠償や組入否定が可能になるだけでなく、被害の発生が抑止され、市場が健全化されるという効果も期待できることから、その意義は大きいといえる。

(c) 開示義務の要件

法的義務を課することになる以上、具体的に事業者にとどこまでの行為が求められるのかという点が明確にされなければならない。

かつて情報提供義務については、情報提供義務の発生要件および同義務の範囲について、事業者の予測可能性を害さないように明確な基準を検討する必要がある議論となった。一方、事前開示義務は、契約条項を用いる消費者契約において課される義務であり、その開示範囲は契約条項という点で、発生要件と義務の範囲は明確である。

問題の核心となるのは、事業者に要求される具体的行為である。①条項全体を明示的に提示すること、②消費者が条項全体を容易に認識することができる状態に置くこと、③消費者から請求があったときに対応できるように準備をしておくことなどが考えられる⁴³⁾。

まず、①について開示義務を充足する点では争いがないはずである。そして、③については開示義務を充足したとはいえないと考えるべきである。請求があったときに対応できるよう準備しておくということは、すなわち、開示について消費者の請求に係らしめていることになるが、消費者が定型約款を準備している事業者に向かって開示請求権を行使することは現実的には期待できないため、不十分な行為である。②については、検討が必要となるが、開示義務を充足したと考えるべきである。そもそも、開示義務を要求する趣旨は、相手方が知ろうと思えば知ることができる状態に置かれている契約条件でなければ契約の内容とはなりえないという観点から、約款内容を知る機会を保障するという点にある。消費者が条項全体を容易に認識することができる状態に置くことは、この趣旨に合致した行為であり、また、業態や取引の内容、態様によっては、①のように明示的に提示することが現実的に困難であることも想定されることからすれば、②については開示義務を充足したと考えることが合理的である。

ドイツ民法においては、「約款使用者が、他方の契約当事者に対して約款を明示的に提示し、または、契約締結方法ゆえに明示的な提示が不相当な困難を伴う場合には契約締結場所に約款を明確に掲示しておくこと」⁴⁴⁾を組入の要件として課している。上記①のみならず、②についても併せて開示義務の要件について柔軟に規定している点で参考になる。

では、どのような場合に①ないし②の行為に当たるのであろうか。たとえば、オンライン取引の場合、ウェブサイトを利用規約等が表示されれば①に当たる。

また、契約の締結までに利用規約を案内する画面が表示されれば、「容易に認識することができる状態に置く」といえるため、②に当たると考えられる。店舗取引の場合は、契約条項を消費者に対して個別に面前で示した場合は①に当たる。そして、定型約款を契約の内容とする旨を消費者に対して表示する際に、約款が備え置かれた場所や、約款が掲載されているウェブサイトを含わせて案内することで、「容易に認識することができる状態に置く」といえ、②に当たると考えるべきである。最後に、旅客運送・電気通信サービス等、特別法により、定型約款を契約内容とする旨を公表していれば個別の条項についても合意したもののみならずとされている取引類型については、定型約款を契約内容とする旨を公表する際に、定型約款をウェブサイトに掲載した上で、あわせて当該ウェブサイトを案内することで、「容易に認識することができる状態に置く」と判断され、②の行為に当たると考えられるべきである⁴⁵⁾。

(4) 改正条文案

以上を踏まえて、消費者契約法に新設すべきと考える条文を提案する。

第3条の2 消費者契約において、事業者は、契約締結前に、合理的な方法で、契約条項（民法548条の2以下の「定型約款」を含む）を、消費者に対して明示的に提示し、またはそれが困難な場合には、消費者が容易に認識することができる状態に置かなければならない。

2 前項の規定に違反した場合は、当該条項について、合意したものとならない。

この規定は3条1項に定められ情報提供義務と趣旨を同じくする関連規定でありながら、規定のあり方に違いがある。現行の3条1項は、事業者の情報提供義務に関する一般的規定であり、努力義務という形式を採用している。それに対して、新設する3条の2は、事業者の情報提供義務のうち、特に「契約条項」についての事前の情報提供義務、すなわち、「事前開示義務」について個別具体的に定めた規定であり、法的義務という形式を採用する。このように、事業者に課された義務の位置付けに違いがあるため、3条3項ではなく、3条の2に規定を新設して整理することにした。

3条の2では、1項で事前開示を法的義務として明確に定めたため、違反する

場合は、損害賠償の請求が効果として認められる。また2項で、組入の否定という効果も定めたため、消費者は、契約の効力そのものについて争うこともできる。そして、これら2つの請求は競合関係にあり、主張権者はいずれについても主張することができるという規定になっている。

V まとめ

新設された定型約款規定は、現代社会において重要な役割を果たしつつも、明確なルールが設けられていなかった約款について、法理論的に安定した基盤を与えようとするものであった⁴⁶⁾。その試み自体は好ましいことではあるが、事前開示が組入の要件とされなかった点については、相手方保護、とりわけ消費者保護の観点から問題がある。審議過程において中間試案までは、事前開示が組入の要件とされていたが、最終的には、従来の緩和された契約説からは離れ、開示の要件は組入の前提とはされない形で規定が置かれることとなった。諸外国の立法と比較しても、我が国の定型約款規定の事前開示に関する部分については異常性が見てとれる。

この問題を解決するためには、定型約款の概念を狭く解釈し定型約款規定の適用を限定すること、あるいは定型約款規定を改正することも一応は考えられる。しかし、事前開示が不要とされることが主として問題となるのは、消費者契約の領域であることを考えれば、現実的かつ効果的な解決策としては、消費者契約法において、約款の事前開示を法的義務として規定することである。そこで、条文の要件や効果を検討した上で、本稿では一つの立法提案を行った。

現代社会においては、インターネット取引、約款取引をはじめとして、契約内容の複雑化・多様化が進行し、また、急速な社会変化への対応力に乏しい高齢者の増加などによって、事業者と消費者との間の情報力の格差はますます拡大しつつある⁴⁷⁾。こうした中で、事業者側の不当な利益追求を阻止し、消費者の利益を保護するための方法としては二つのモデルがあるとされている。第1に契約の内容自体に着目して、内容的に不当な契約条項の効力を否定するという方法（内容規制モデル）である。第2のモデルは、契約締結過程に着目し、契約の締結に際して契約の内容を知る機会を相手方に与えることを義務付ける方法（情報提供モデル）である⁴⁸⁾。本稿で行った提案は第2のモデルに該当する。

内容規制モデルについては、かつては民法90条（公序良俗）による規律のみで

あったが、消費者契約法における不当条項規制（消費者契約法8条～10条）、定型約款規定における組入の除外（改正民法548条の2第2項）というように、社会の変化、時代の要請に応じて3種の判断構造が明文化されるに至った。それに対して、第2のモデルについては、判例や学説において、民法上の信義則により、一定の状況の下で情報提供義務が肯定され、また一部の業法で情報提供義務が明文化されているものの、情報提供義務に関する一般的規定については、消費者契約法3条1項において訓示規定・努力義務として規定されているにとどまる。第1の内容規制モデルがあれば第2の情報提供モデルが不必要になるのではなく、むしろこの二つは、互いに補完し合って、契約自由とそれによる当事者間の適切な利害調整を実現するための手段として機能することが望ましい⁴⁹⁾。

そうした中で、事前開示を法的義務とし、契約の内容を知る機会を手続として保障することは、市場を透明化し、第2のモデルによる消費者保護を充実化するという意味においても意義があるように思われる。

- 1) 横山美夏「約款」法教394号（2013年）4頁。
- 2) 河上正二「約款による契約」法セ739号（2016年）75頁。
- 3) 河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）281頁。
- 4) 潮見佳男『債権各論〈1〉契約法・事務管理・不当利得』（新世社、第2版、2009年）18頁。
- 5) 山本豊「債務不履行・約款」ジュリ1392号（2010年）91頁。
- 6) 横山・前掲注1）5頁。
- 7) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: AGB-Gesetz.
- 8) Bürgerliches Gesetzbuch: BGB.
- 9) 沖野眞巳「『消費者契約法に関する調査作業チーム』論点整理の報告 第3章約款規制」河上正二編著『消費者契約法改正への論点整理』（信山社、2013年）45頁。
- 10) 坂東俊矢「民法改正による約款規制と消費者法—不動産取引を中心に」日本不動産学会誌30巻1号（2016年）41頁。
- 11) 森田修「第四講 約款規制：制度の基本構造を中心に（その1）」法教432号（2016年）92、93頁。
- 12) 大判大正4年12月24日民録21輯2182頁。
- 13) 森田・前掲注11）94、95頁。
- 14) 法務省「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」<http://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>（2017.11.24）51頁。
- 15) 森田修「第四講 約款規制：制度の基本構造を中心に（その2）」法教433号（2016年）92-94頁。

- 16) 法制審議会「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（11）」<http://www.moj.go.jp/content/000121260.pdf>（2018.1.18）9頁。
- 17) 法務省「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」（案）<http://www.moj.go.jp/content/001132328.pdf>（2018.1.18）47、48頁。
- 18) 森田・前掲注15）95-98頁。
- 19) 法務省「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」<http://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf>（2017.11.24）47、48頁。
- 20) 法務省・前掲注19）48頁。
- 21) 河上正二「民法改正法案の『定型約款』規定と消費者保護」法教441号（2017年）31、32頁。
- 22) 佐成実「比較法資料（ドイツ約款規制法全訳）」<http://www.moj.go.jp/content/000121270.pdf>（2017.11.24）2頁。
- 23) 廣瀬久和「民法改正案『定型約款』規定についての覚書（1）」青山法務研究論集第13号（2017年）170頁。
- 24) 台湾知的財産権情報サイト「消費者保護法」http://chizai.tw/uploads/20120419_387649908_消費者保護法201203.pdf（2017.11.25）364頁。
- 25) 廣瀬・前掲注23）169頁。
- 26) 廣瀬・前掲注23）168頁以下。
- 27) 河上・前掲注21）31頁。
- 28) 山本豊「定型約款の新規定に関する若干の解釈問題」ジュリ1511号（2017年）48、49頁。
- 29) 山本・前掲注28）49頁。
- 30) 法制審議会「民法（債権関係）部会資料75B」（2014年）11頁。
- 31) 内閣府「第43回消費者契約法専門調査会資料1」（2017年）3頁。
- 32) 河上正二「民法改正法案の『定型約款』規定を考える」法セ749号（2017年）68頁。
- 33) 内閣府「第43回消費者契約法専門調査会資料2」（2017年）2頁。
- 34) 河上・前掲注32）68頁。
- 35) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013年）365頁。
- 36) 前掲注31）5頁。
- 37) 前掲注33）2頁。
- 38) 消費者庁「消費者契約法の運用状況に関する検討会報告書」（2014年）14頁。
- 39) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法』（商事法務、第2版増補版、2015年）47頁。
- 40) 河上正二「民法と消費者契約・約款法」東北ローレビュー3号（2016年）75頁。
- 41) ドイツ民法（BGB）305条。
- 42) 台湾消費者契約法第11条の1。
- 43) 内閣府「第45回消費者契約法専門調査会資料1」（2017）2頁。

- 44) ドイツ民法（BGB）305条1号。
- 45) 前掲注43）4頁。
- 46) 伊吹健人「現代社会における約款の役割と課題—民法改正における『定型約款』を巡る議論の概観」御池ライブラリー41号（2015年）19頁。
- 47) 前掲注38）13頁。
- 48) 鹿野菜穂子「約款による取引と透明性の原則—ドイツ法を手掛かりに—」長尾治助ほか編『消費者法の比較法的研究』（有斐閣、1997年）96頁。
- 49) 鹿野・前掲注48）97頁。