

金融取引における約款等をめぐる法的諸問題

2015年12月

金 融 法 務 研 究 会

は し が き

本報告書は、金融法務研究会第2分科会における平成22年度の研究の内容を取りまとめたものである。

金融法務研究会は、平成2年10月の発足以来、最初のテーマとして、各国の銀行取引約款の検討を取り上げ、その成果を平成8年2月に「各国銀行取引約款の検討—そのⅠ・各種約款の内容と解説」として、また平成11年3月に、「各国銀行取引約款の比較—各国銀行取引約款の検討 そのⅡ」として発表した。平成11年1月以降は、金融法務研究会を第1分科会と第2分科会とに分けて研究を続けている。

第2分科会で取り上げたテーマは、巻末の報告書一覧のとおりであるが、平成22年度は「金融取引における約款等をめぐる法的諸問題」をテーマとして取り上げ、検討を行った。研究当時、法制審議会民法（債権関係）部会において、約款について審議がなされており、本報告書は、そうした審議状況を踏まえた当時の研究会委員の報告資料をもとに取りまとめたものである。

本報告書では、第1章で「約款の定義」（中田裕康担当）、第2章で「約款の『組入れ』、『開示』」（沖野眞巳担当）、第3章で「約款の変更（総論）」（野村豊弘担当）、第4章で「具体的ケースを素材とした約款変更の検討」（山田誠一担当）、第5章で「団体による標準契約書等の作成」（森下哲朗担当）、第6章で「商品の観点から見た約款の問題」（山下純司担当）を取り上げている。

このうち第1章では、約款の概念の多様性を踏まえ、約款の諸定義を検討し概念の明確化を図りつつ、約款に関する立法を行う場合の定義のあり方について検討する。第2章では、約款の「組入れ」・「開示」について、法制審議会民法（債権関係）部会における議論および従来の判例・学説を踏まえ、開示等における具体的な課題を整理・検討する。第3章では約款による契約とよらない契約における契約条項変更時の取扱いの比較、特に約款による契約の変更条項の有効性に係る解釈の厳格性を検討する。第4章では、預金規定等の変更または条項追加の具体的なケースを取り上げ、約款変更を検討する。第5章では、金融取引に関する標準契約書や約款等の作成に携わっている団体における当該作成状況を概観したうえで、団体が作成することの意義や法的問題を検討する。第6章では、保険および信託の約款の構成・位置づけ、契約締結・変更時の論点を整理しながら、預金約款・債権法改正との関係を指摘する。

本報告書が銀行実務家をはじめ、各方面の方々のお役に立つことができれば幸いである。

なお、本研究会には、銀行の法務分野から実務を担当する方にオブザーバーとしてご参加いただいている。また、事務局を全国銀行協会業務部にお願いしている。

最後に、同分科会では、平成27年度には「民法（債権関係）改正に伴う金融実務における法的課題」をテーマとして取り上げ、研究を続けている。

平成27年12月

金融法務研究会座長

岩 原 紳 作

目 次

第1章 約款の定義（中田裕康）	1
1 はじめに	1
2 約款の概念の機能	2
(1) 約款論の展開	2
(2) 約款の概念の諸機能	6
(3) 小括	10
3 約款の諸定義と具体例	10
(1) 各種の定義	10
(2) 具体例の検討——モデル契約条項	14
4 立法における約款の定義	16
第2章 約款の「組入れ」、「開示」（沖野眞已）	19
1 債権法改正における検討状況	19
(1) 民法（債権関係）部会における問題提起	19
(2) 先行する立法提案	20
(3) 部会での審議状況	22
2 従来の判例・学説	24
(1) 判例	24
(2) 学説	26
3 検討	32
(1) 「開示」の位置づけ、基本となる一般契約法の考え方	33
(2) 約款の場合	34
(3) 「開示」をめぐるその他の問題	38
(4) その他	42
4 銀行取引における約款の「組入れ」、特に開示	43
5 その他（雑）	43
第3章 約款の変更（総論）（野村豊弘）	48
1 はじめに	48
(1) 約款による契約と約款によらない契約	48

(2) 「変更」の意味	48
(3) 銀行取引における変更条項の具体的事例	49
2 約款の変更に関する学説	50
3 約款の変更に関する裁判例	51
(1) ダイヤルQ 2 事件	51
(2) 神戸地判昭和62・2・24判タ657号204頁	51
(3) 東京高判昭和48・6・25判時710号59頁	52
(4) 最判昭和45・12・24民集24巻13号2187頁	52
(5) 主催旅行における旅行内容の変更が債務不履行にあたるか	52
4 約款に含まれる変更条項と不当条項の判断基準	53
(1) ドイツ法	53
(2) フランス法	53
(3) 日本法	56
5 問題検討の視点	58
(1) 契約の種類	58
(2) 変更の対象	58
(3) 変更の内容（方法）	59
(4) 変更内容の通知方法	60
(5) 変更の効力発生時期	60
第4章 具体的ケースを素材とした約款変更の検討（山田誠一）	63
1 はじめに	63
2 約款変更の具体的なケースの検討	63
(1) 預金者からの相殺に関する規定の追加（各種の預金規定）	63
(2) 口座の強制解約に関する規定の追加（普通預金規定）	67
(3) 偽造変造カードによる払戻し（カード規定試案）	69
(4) 預金等の不正な払戻し（普通預金規定）	71
(5) 暴力団排除条項の追加（普通預金規定、貸金庫規定）	73
3 関連するその他のケース	75
4 暫定的なむすび	75

第5章 団体による標準契約書等の作成（森下哲朗）	79
1 団体による標準契約書等の作成の状況	79
(1) 各種の団体	79
(2) 取決めの形態	84
(3) 作成の背景・意義	86
2 団体による取決めのメリット・デメリット	89
(1) メリット	89
(2) デメリット	93
(3) 小括	94
3 団体による取決めに關する幾つかの法的視點	94
(1) 約款規制	95
(2) 独占禁止法	95
4 より良いひな型・標準契約書のために	96
第6章 商品の觀點から見た約款の問題（山下純司）	99
1 問題状況	99
2 保險	99
(1) 約款の構成、位置づけ	99
(2) 契約締結と約款	100
(3) 契約変更と約款	103
3 信託	103
(1) 約款の構成、位置づけ	103
(2) 契約締結と約款	105
(3) 契約変更と約款	107
4 付記	108
(1) 預金約款との關係	108
(2) 債權法改正との關係	109
(3) まとめ	109
（参考） 金融法務研究会第2分科会の開催および検討事項	110

第 1 章 約款の定義

中 田 裕 康

1 はじめに

「約款」という言葉について抱くイメージは、実務界と民法研究者とでは、違いがあるように思われる⁽¹⁾。実務界では、約款とは、保険約款、運送約款、電気供給約款のように「企業が不特定多数の取引に使用するために作成した、多数の条項を含む浩瀚な文書」⁽²⁾ないし「高度に洗練された緻密で複雑なもの」⁽³⁾であって、商慣習にも支えられた制度的な規律だというイメージがあるようである。これに対し、民法研究者には、「クリーニング預かり札・駐車場のパーキングカード・フィルム預かり票等の文言」も約款であるという見解や、「口頭の約款条項もありうる」という見解もあり⁽⁴⁾、一般的にも、少なくとも実務界の認識よりはかなり広くとらえているようである。

本報告は、まず、このようなイメージの相違が生じた原因を、約款の概念が何のために用いられるのかという、この概念の機能の面から検討する（→2）。これにより、約款の概念が複数あり得ることを示す。次に、約款の諸定義を検討し、概念の明確化を図る（→3）。最後に、約款に関する立法をする場合の定義のあり方について検討する（→4）。

(1) このことは、約款に関する検討がされた法制審議会民法（債権関係）部会第11回会議（平成22年6月29日）における出席者の多様な発言にも現れている。同会議議事録1頁～16頁参照。

(2) 山本豊「約款規制」ジュリスト1126号（1998）112頁・114頁〔以下、山本・前掲①として引用する〕。なお、本文では、更に「契約書や申込書とは切り離された存在で、いわば客の目にはさらされずに引き出しにしまっておくもの」と続くが、本論文公刊後10余年を経た現在の一般的なイメージは、ここまでは限定しなくなっているのではないかと考えた。

(3) 河上正二『約款規制の法理』（1988）113頁〔初出1985〕。

(4) 前者の見解は、河上・前掲128頁、後者の見解は、山本豊「約款」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（2007）219頁〔以下、山本・前掲②として引用する〕。後者につき、大村敦志『消費者法〔第3版〕』（2007）195頁〔以下、大村・消費者法として引用する〕〔同『消費者法〔第4版〕』（2011）200頁〕は、「店員がスピーカで連呼している条件」も約款に含まれるという。

2 約款の概念の機能

(1) 約款論の展開⁽⁵⁾

(a) 伝統的約款論の形成

大審院では、約款とみられる文書の定型的条項の問題は、かなり早い時期に現れる。物品運送において船長の過失で船舶が沈没した場合の免責条項（大判明27・11・22。石原・前掲143頁からの再引用）、預金払戻しの際の銀行の義務に関する特約（大判明41・11・2民録14輯1079頁）について、条項の解釈及び効力が判断された。いずれも条項を有効とし免責を認めたもののだが、約款という言葉は用いられていない。

約款が本格的に意識されるようになったのは、保険約款についてである。1900年に公布された旧々保険業法（明治33年法律69号。昭和14年法律41号で全部改正）は、保険会社の免許申請に普通保険約款の添付を要件とし（5条・6条）、かつ、同約款の規定事項を定めた（7条）。また保険業法施行規則（明治33年農商務令15号）は、保険証券に保険約款の全文を記載し又は記載した書面を添付すべきこととした（6条）。保険業界でも、1900年前後から保険約款の統一作業に取り組んだ⁽⁶⁾。

約款に関する議論が展開したのも、保険約款をめぐるものである。1911年に起きた北海道の森林火災に際して火災保険契約の免責規定が問題となった。大審院は、1915年の判決で、「仮令契約ノ当時其約款ノ内容ヲ知悉セサリシトキト雖モ一応之ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定スルヲ当然トス」と述べ、免責規定の効力を認めた（大判大4・12・24民録21輯2182頁）。ここでは、顧客が約款の内容を知らなくても拘束されるという約款の拘束力が問題となっていたこと、大審院が約款を契約として捉えたうえ、「意思の推定」の方法により拘束力を認めたことが注目される。その後、1923年の関東大震災の後、火災保険普通約款中の地震免責条項の効力をめぐって、商法学者を中心に学説の議論が発達した⁽⁷⁾。1926年の大審院判決は、この特約を付した契約は、火災保険契約の本旨にもとることも、公序良俗にも反することもなく、主

(5) 広瀬久和「附合契約と普通契約約款」『岩波講座基本法学4——契約』（1983）313頁〔以下、広瀬・前掲①として引用する〕、吉川吉衛「普通取引約款の基本理論——現代保険約款を一つの典型として」『保険学雑誌』481号1頁・484号98頁・485号99頁（1978～79）、山下友信「普通保険約款論——その法的性格と内容的規制について」『法協』96巻9号61頁・10号1頁・12号67頁・97巻1号37頁・3号53頁（1979～80）〔以下、山下・前掲①として引用する〕、同「約款による取引」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座4企業取引』（1985）1頁〔以下、山下・前掲②として引用する〕、河上・前掲46頁以下、石原全『約款法の基礎理論』（1995）129頁以下、潮見佳男「普通取引約款」『新版註釈民法（13）〔補訂版〕』（2006）173頁、大澤彩『不当条項規制の構造と展開』（2010）73頁以下。

(6) 山下・前掲①97巻1号55頁、石原・前掲130頁。吉川・前掲481号6頁注2は、約款という名称が確立したのは、1900年保険業法の制定によるという。

(7) 民法学者も地震約款無効論の立場で見解を表明していたといわれる（河上・前掲49頁）。

務官庁が認可した以上、その締約は当事者の自由に委ねられていると述べ、地震免責特約を有効とした（大判大15・6・12民集5巻495頁）。しかし、この判決は、約款の本質論に立ち入ることはしなかった。

これらが保険約款に関する具体的問題をめぐる議論であったのに対し、約款の理論的検討も進んだ。まず、フランスのサレイユが『意思表示について』（1901）の中で用い、その後のフランス法学で受け入れられた「附合契約」の観念に関する杉山直治郎博士の研究が1924年に現れた⁽⁸⁾。これは、「狭義の附合契約」を中心として、その観念の分析や法的性質の検討をするものである。「狭義の附合契約」とは、「公衆奉仕的営利組織の制定に成る、複雑なる不可動的条項の、開示を要件とする物的恒常提供に対し、各人が任意に包括承認即ち附合を為すに依って包括的合意を来たし、其権力に従属して之を利用するの関係を生ずる、有償、定型、大数、公信用の私法的契約態様」である。ここでは、提供条項の事前開示を要件としたり、提供者の濫用（締約手続における「かけ^{わな}騙的方法」と条項内容にある「獅子的条件」）を防止するための監督の必要に言及するなど、現代的問題も意識されているが、「産業革命以来の大企業」に由来する「新事象」を法的に把握することが主たる関心事であり、対象もかなり広い⁽⁹⁾。これは「不可動的条項」を含む点で約款論と重なるが、「附合契約は約款そのものに正面から取組むものではなく、契約の側面から約款そのものを眺めている」⁽¹⁰⁾と評され、その後に展開される約款論においては、参照概念として位置づけられるに留まった⁽¹¹⁾。

日本の約款論が本格的に発達したのは、1930年代後半以降である。それにはドイツのライザーの著した『約款法』（1935）の影響が大きい。田中耕太郎博士は、かねてから団体の自主的法規の1つとして普通保険約款を挙げていたが⁽¹²⁾、ライザーを引用しつつ、商法上の法律関係の

(8) 杉山直治郎「附合契約の観念に就て」同『法源と解釈』（1957）507頁〔初出1924〕。本論文は、サレイユ（単独行為説）とは異なる特殊契約説（包括的共同意思説）を提唱する（561頁）。なお、「狭義の附合契約」のほかに、公法的附合契約等を含む「広義の附合契約」（519頁・570頁）、提供者が独占権を有し、公衆は提供を受けざるをえない生活必需物資を対象とする「最狭義の附合契約」（610頁）があるという。

(9) 保険契約、水道・ガス・電気供給契約、運送契約のほか、公募による労働契約、就業規則、割賦払い契約、銀行業の諸契約、公社債等の応募、経済的団体への加入、劇場等への入場等を例とし、更に、旅館、病院、学校、土地の分割売買、百貨店取引、新聞広告などの提供も入ることがあるという。

(10) 米谷隆三『約款法の理論』（1954）231頁。

(11) 約款論ないし後述の約款アプローチ以外の問題の捉え方の背景になっていることについて、河上・前掲118頁。

(12) 田中耕太郎『商法総則概論』（1932）188頁〔以下、田中・前掲①として引用する〕は、団体の自主的法規を商法の淵源とし、定款、取引所の業務規程、普通保険約款をその例とする。このことから、約款論における自治法規説の提唱者といわれることもあるが、ここでは団体の内部規律という観点があることに留意すべきである。なお、同書は、次注の論文完結後に改訂されたが、この部分の記述は変わっていない（同『改正商法総則概論』（1938）193頁）。

定型化の1つである「行為法に於ける定型化」として「普通取引条款」を取り上げ、その合理性と問題点を指摘した⁽¹³⁾。この立場は、後に自治法規説と呼ばれるものである。同じころ、石井照久博士⁽¹⁴⁾は、約款の本質・解釈・国家的規制についての検討をし、「ある種の企業取引では一般に『普通契約条款による』という慣習（民法92条）または慣習法が成立しているといえる」と述べて、白地商慣習（法）説⁽¹⁵⁾を提唱し、約款の解釈における「法律の解釈」への接近と差異の分析をした（石井・前掲①35頁以下・②52頁）。白地商慣習（法）説は、一時期には、通説的地位を占めるようになった。第二次大戦後には、保険法及び制度理論についての長年の研究を背景とする米谷博士の包括的研究（米谷・前掲）が公刊された。これは、企業の自成立である「約款そのもの」と規範性をもたらし動力因である「約款に據る契約」を分け、後者を「制度契約」として分析するものであり、制度説と呼ばれる。

このように、日本における約款論は、附合契約論を別とすると、20世紀初めから中葉にかけて、保険約款の免責条項の効力をめぐる議論を中心にして出発し、ドイツの学説を参照しつつ発展した。その中心となったのは商法学者であり、そこでの主たる関心は、保険約款を典型とする約款について、その拘束力を説明するという観点からの約款の法的性格論にあり、それに約款の解釈論及び国家的又は公益的観点からの規制論が付加されたものであったといえよう⁽¹⁶⁾。以下では、これを「伝統的約款論」と呼ぶことにする（附合契約論は含まない）。その後、商法学者の関心は、約款の公正さの担保を積極的に探求する方向へと広がるが、研究対象の中心には保険約款が据えられることが多い⁽¹⁷⁾。このようにして形成された保険契約を典型とする約款のイメージが、現在の実務界にも影響を与えているものと思われる。

（b） 契約内容の適正化への関心

（i） 拘束力から適正化へ

1960年代半ばから、契約内容の適正化を意識する研究が民法学者を中心に発展し始める。「現

(13) 田中耕太郎「商法上の法律関係と其の定型化」同『商法学 特殊問題 中』（1956）9頁〔初出1933～37〕。本論文は、初出時、1933年に前半が公表された後、中断し、1937年に後半が公表された（ライザーの著作の公刊は1935年）。本論文後半においてライザーが引用されている。

(14) 石井照久『普通契約条款』（1957）〔初出1937・1940〕〔以下、石井・前掲①として引用する〕、同『商法総則（商法I）〔第2版〕』（1971）50頁以下〔以下、石井・前掲②として引用する〕。

(15) 白地商慣習（法）とは、「特定の取引について「約款による」ということを内容とする商慣習法ないし商慣習」のことであり、その成立を媒介として、約款は個々の具体的取引の内容として一括して採用されるべきものである（石井・前掲①33頁・②51頁以下）。

(16) 広瀬久和「免責約款に関する基礎的考察」私法40号（1978）180頁・181頁以下は、田中・石井・米谷各博士の研究がライザーの理論のうち約款利用者を有利にする面のみを取り入れ、その内在的制約論を切り捨てたと批判する（山本・前掲113頁①も参照）。

(17) 吉川・前掲、山下・前掲①。これらは、従来の商法学説とは異なり、契約説に立脚し、約款の公正さの担保に積極的に取り組むものであり、次項（b）の民法学説からの検討とも共通項をもつ。

代における契約」の特徴の1つとして約款の発達が挙げられ、その検討の必要性が指摘された(18)。1976年に西ドイツで約款規制法(19)が成立したことも、日本における約款研究に刺激を与えた。1980年代後半には、民法研究者による本格的な研究が公表された(河上・前掲)。この研究は、約款規制を、約款の個別契約への採用(拘束力)・約款の解釈・直接的な内容規制の3段階に分析し検討するものであるが、その対象は、保険契約等のいわば典型的約款のみならず、クリーニング預かり札等にまで及ぶ広いものである。ここでは、約款の法的性格は契約であるとする契約説がとられている。なお、商法学説においても、1960年代半ばに伝統的な見解を批判し、約款の拘束力を場合を分けて多元的に説明する学説(20)が出現した後、前述の通り、1970年代末頃からは、契約説に立ち、約款の公正を担保する方法を考察するものが現れている(吉川・前掲、山下・前掲①。山下・前掲②30頁以下参照)。

(ii) 不当条項規制

他方、1970年代頃から、ヨーロッパにおいて、消費者契約を中心とする契約の不当条項の立法的規制が発達し始める。不当条項の規制については、「約款」であることに着目する方法のほか、当事者の情報・交渉力の格差や消費者という属性に着目する方法もある。この観点から、諸立法例を「『標準』約款型規制」・「『消費者保護』型規制」・「『混合』型規制」と分類する研究(広瀬・前掲①317頁以下)や、問題の捉え方として「約款アプローチ」(21)に対し、「交渉力アプローチ」(22)又は「消費者アプローチ」(23)を提唱する研究が登場する。交渉力ないし消費者に着目する観点からは、約款は不当条項規制が及ぶかどうかの判定の一資料だという位置づけになり(24)、約款自体の概念の意義は後退することになる。

(c) 約款論と約款の概念

(18) 星野英一「現代における契約」同『民法論集第3巻』(1972) 1頁〔初出1966〕。

(19) そのうち、実体法規定及び適用範囲の部分は、2001年のドイツ民法典改正の際、改正を伴いつつ、民法典第2編第2章として編入された(305条～310条)。

(20) 谷川久「企業取引と法」『岩波講座 現代法9』(1966) 143頁・154頁以下。

(21) 河上・前掲114頁がとる。約款の使用という外形的徴表に着目し、約款による合意をそれ以外の合意に比べて、より厳しい内容規制に服させるという考え方である(山本・前掲①115頁参照)。

(22) 山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』(1997) 42頁・75頁・83頁〔初出1980〕〔以下、山本・前掲③として引用する〕がとる。問題は、当事者の知的ないし経済的交渉力格差なのであり、約款による契約条件可否かは、考慮されるべき諸要素の1つにすぎないという考え方である(河上・前掲87頁参照)。なお、この論者は、消費者アプローチは、交渉力アプローチを立法論のレベルで部分的に具体化・定型化したものだという。

(23) 大村敦志『消費者・家族と法』(1999) 5頁〔初出1991〕がとる。消費者であることをメルクマールとして規制するという考え方である。なお、この論者は、交渉力アプローチは、約款論の中で約款の背後にある実体を直視する見解であると位置づけ、消費者アプローチとは区別する。

(24) 山本・前掲③42頁、大村・消費者法204頁〔4版209頁〕。

約款論の展開という観点からは、①保険約款などのいわば典型的約款を中心として、約款の法的性格や約款の拘束力を検討するもの（伝統的約款論。（a））、②契約内容の適正化のために約款の規制を試みるもの（約款アプローチ。（b）（i））、③契約内容の適正化のために、交渉力格差や消費者という属性に着目し、約款であることは条項の不当性についての考慮要素の一つとするもの（交渉力アプローチ・消費者アプローチ。（b）（ii））がある。約款論の中心的関心が約款の拘束力（①）から契約内容の適正化（②③）へと推移するに伴い、約款の概念も拡張する傾向を示すことになる（山本・前掲①114頁）。約款の概念は、①では多数の条項からなる比較的明瞭で狭いものであり、それを確定することが探求されるが⁽²⁵⁾、②ではより広くなり⁽²⁶⁾、③では不当条項自体が考慮対象となるため、約款の概念を厳密に確定する必要は乏しく、この概念は拡散することになる（山本・前掲③75頁参照）。

次項では、このことを約款の概念の機能という観点から観察する。なお、その際、①を伝統的約款論と呼ぶのに対し、②③を約款適正化論と呼ぶことにする。

（２） 約款の概念の諸機能

（a） 拘束力

約款の概念が最も機能するのは、約款使用者の相手方が具体的に認識していない条項であっても約款の拘束力が及ぶという面である。ここには２段階の問題がある。

第１は、約款の拘束力の根拠をどのように説明するのか、すなわち、約款の法的性格の問題である。伝統的約款論では、自治法規説、白地商慣習（法）説、制度説がある。約款適正化論では、契約説に立つものが一般的である⁽²⁷⁾。現在、契約説が多数説だが⁽²⁸⁾、冒頭に掲げた実務界における約款のイメージや伝統的な商法学説⁽²⁹⁾を考えると、伝統的約款論もお根強いのかかもしれない⁽³⁰⁾。

(25) 石原・前掲は、保険約款には限らないが、約款概念を詳細に検討し、約款の拘束力を論じる。

(26) 河上・前掲113頁以下。山本・前掲①114頁は、①でとられる狭い概念は、ドイツの書式契約（Formularvertrag）に対応すると指摘し、採用（組入れ）のレベルではこの概念が意味をもつと考えられたとしても、内容規制の必要性の点では、これを約款と区別する理由はないという。

(27) 伝統的約款論の中でも、白地商慣習（法）説には、契約説に分類され得ることにつき、山下・前掲①97巻1号65頁以下、河上・前掲179頁。

(28) 河上・前掲178頁以下は、法規説・契約説・多元説・制度説に分類する。大村・消費者法198頁〔4版203頁〕は、最近20年来の意思主義の復権という流れに乗って、約款理論の主流は約款を法的なものとする見解（石原・前掲など）から契約とみる見解（河上・前掲など）にシフトしているという。

(29) 戦後も法規説（自治法理論）をとるものとして、西原寛一『商行為法』（3版、1973）52頁、約款の法規規範性を認めつつ、制定法と契約法の間位置づけるものとして、石原・前掲265頁。

(30) 大村・消費者法207頁〔4版212頁〕は、約款の使用を監督官庁のコントロールに服させる法律の規定がある場合には、その規定は同時に約款の法規規範性をも認めるものとの解釈を提示する。

第2は、約款の拘束力の前提として何を求めるのかである。伝統的約款論では、自治法規・白地商慣習（法）・制度法（企業の自立法）など、客観的な規範の存在が求められる。ここでは、約款の開示は、国家の制定法の公布とのアナロジーで言及されるに留まり、その方法は、個別的な通達だけでなく一般的な広告でもよいとされる⁽³¹⁾。ここでは、約款の公正さの担保方法としては、立法的規制が重視される（西原・前掲56頁以下）。これに対し、約款適正化論では契約説がとられ、約款の開示は、約款の組入れ（採用）の要件として位置づけられる。その中でも、現実の合意にできるだけ近づけようとする約款の現実の具体的開示の可能性を求める方向になるが、平均的な顧客層を基準として判断する立場では、より緩やかな開示方法が許容される余地がある⁽³²⁾。なお、約款の変更の問題も、この問題のコロラリーとして捉えることができるだろう。

このように、約款の拘束力の問題は、約款の法的性格論を背景にして、具体的には開示の位置づけ及び求められる開示の程度の問題として現れる。ここで、どのような約款が想定されているのか。伝統的約款論では、主務官庁の認可等が想定される保険約款のような「多数の条項からなる複雑緻密な書面」が念頭に置かれる。約款適正化論では、それよりも緩やかな概念となるが、開示が約款の「隠蔽効果」の抑制のためにあると考えると、そこで問題となる約款は、やはり、多数の条項からなる複雑緻密な書面が主要なものとなるだろう。つまり、拘束力が問題となり、開示の要件が論じられる場面では、約款の概念は、いずれにせよやや限定されたものとなる。

（b） 内容規制

約款の内容が問題となる場合、具体的には特定の不当な条項の問題であることが多い。そうすると、約款の概念を用いなくても、直接的に当該条項の効力を問題とすればよいということにもなりそうである。しかし、約款の概念に個別条項の集積を超える意味があり、あるいは、各条項の効力を考える際にそれが約款に含まれていることが考慮されるのであれば、約款の概念にはなお意味があることになる。以下では、内容規制について、行政庁による規制、約款の解釈、直接的な内容規制の各面から検討する。

(31) 西原・前掲48頁、米谷・前掲125頁。谷川・前掲157頁は、伝統的約款論とは区別されるが、約款の事前開示は拘束力の根拠には関係がないという。

(32) 両者の相違は、いわゆる不意打ち条項の位置づけについても現れる。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Ⅴ契約および債権一般（1）』（2009）94頁以下〔以下、「民法改正検討委編」として引用する〕参照。吉川・前掲461号48頁は、約款の拘束力の根拠として、「広義の公企業約款」においては監督官庁の免許・認可（それによる政策の挿入）と当事者の「客観的合意」を挙げ、その他の企業の約款においては「客観的合意」を挙げたうえ、後者について開示を要件とする。この開示は、「客観的合意」取得のためのものなので、一般的なものが想定されることになるう。

(i) 法律に基づく行政庁の規制

約款による取引が主務官庁の認可等によるコントロールの対象となる場合には、個別条項ではなく、約款が規律対象の単位となることが多い。たとえば、保険約款（保険業4条）、運送約款（道路運送11条、航空106条、貨物自動車運送事業10条）、電気・ガスの供給約款（電気事業19条、ガス事業17条）、郵便・信書便の約款（郵便68条、民間事業者信書送達17条）、有料放送契約約款（[旧]放送52条の4）[有料基幹放送契約約款（放送147条）]、信託約款（貸付信託3条）、倉庫寄託約款（倉庫業8条）、旅行業約款（旅行業12条の2）、自動車運転代行業約款（自動車運転代行業業務適正化13条）、前払式割賦販売契約約款（割賦販売15条）などである。ここで問題となる約款の多くは、非常に多数の相手方に財・サービスを供給するための、多数の条項からなる複雑緻密な書面である。ここで約款が取扱いの単位とされることは、行政庁及び約款使用者の双方にとって文書管理の面で便宜だという事情がありそうである⁽³³⁾。ここでは、約款の概念は、それぞれの法律の規定に委ねられることになるが、その法律の目的を実現するための規制を伴う具体的で限定的なものとなるだろう。

(ii) 解釈⁽³⁴⁾

約款の隠れた内容規制の方法の1つとして、約款の解釈がある。約款の解釈の方法は、伝統的約款論では、法律解釈の原理による（田中・前掲①188頁）、法律の解釈への接近と差異を考察すること（石井・前掲①37頁・②52頁）、法規・約款・法律行為のいずれも客観的に解釈すること（米谷・前掲575頁）など、法律の解釈との類比がされるが、契約説からは契約（法律行為）の解釈方法によることになる。両者の違いは、「法規の解釈では法の統一的秩序の全体構造の中に組み込まれねばならず、法思想の具体化である必要があるのに対して、法律行為の解釈ではそれは必要でない（私的自治の原則）」といわれる（大塚・前掲90頁）が、実際上はそれほど大きな相違をもたらすわけではない（河上・前掲259頁）。

具体的な解釈基準としては、客観的解釈（個々の顧客の理解ではなく、客観的にみて、顧客圏の合理的平均人がどう理解するのかを基準にする）、目的論的解釈（約款の条項を孤立的ではなく、全条項から形成される目的との関連づけにおいて解釈する）、制限的解釈（約款使用者の相手方に負担・責任を課する条項を厳格かつ制限的に解釈する）、不明確準則（不明確

(33) 約款の効用として、企業における契約の管理が合理化されることが指摘されることがある（石原・前掲2頁）。これは社会的機能であり、法的機能とは区別されるべきものだが、これも約款の限定的概念に影響を及ぼしそうである。

(34) 大塚龍児「約款の解釈方法」加藤一郎＝米倉明編『民法の争点Ⅱ（債権総論・債権各論）』（1985）90頁、河上・前掲257頁以下。

な条項は約款作成者又は約款使用者の不利益に解釈する)⁽³⁵⁾などが挙げられる。

これらの解釈基準が約款特有のものであるとすると、その前提となる約款とはどのようなものが問題となる。伝統的約款論では、これらの基準が適用されるべき約款は、法律そのものではないが、法律に引きつけて考え得るものであり、拘束力や行政的規制についてみたのと同様に、限定された概念となるだろう。約款適正化論（契約説）では、これらの解釈基準のうち契約解釈一般には還元できないものがあるかどうか、あるとするとその解釈基準が適用されるべき約款はどのようなものが問題となる。たとえば、不明確準則を約款特有の解釈基準と認めるとすると、不明確さによる不利益を受けるのが約款の作成者か使用者かを定める必要が生じる。これを約款の概念の側からみると、約款はその使用者自身が作成したものであることを要するかどうかの問題となる。このように、約款特有の解釈基準を考える際、約款の概念は、伝統的約款論よりも約款適正化論（契約説）の方が広くなり、後者においては、どの解釈基準を約款の解釈基準として認めるのかに依存することになる。

(iii) 直接的内容規制

約款の内容が公序良俗に反して全体として無効となる場合も考えられなくはないが、それは約款の問題というより、そのような取引自体の問題となる。約款における内容規制が問題となるのは、むしろ、約款を構成する個別の条項の効力の問題である⁽³⁶⁾。これは伝統的約款論では関心が薄く、約款適正化論が取り組む問題である。ここで、約款アプローチをとる場合には、約款の拘束力（具体的には、組入れの要件）について想定される約款の概念よりも、内容規制で問題となる約款の概念の方が広くなる可能性がある。交渉力アプローチないし消費者アプローチをとる場合には、その条項の不当性を評価するにあたって約款に含まれていることを考慮要素とするにすぎないので、約款の概念を厳密に確定する必要はなく、むしろ、狭い約款概念を設定することは有害だということになる可能性さえある。こうして、拘束力における約款の概念に比し、内容規制における約款の概念は、広くなる。

なお、2006年の消費者契約法改正で導入された不当条項使用差止請求権に関して、「不特定かつ多数の消費者との間で第8条から第10条までに規定する消費者契約の条項（中略）を含む消費者契約」（同12条3項・4項）という概念が導入された。この「消費者契約」は約款であることが多いだろうが、それには限らないので、これは約款よりも広い概念である（山本・前

(35) ドイツ民法305c条2項。

(36) もっとも、個々の条項による使用者の利益・相手方の不利益は僅かだが、その差異が各条項においてみられ、全体としてみると微差の集積の結果として使用者の利益に大きく傾いているというタイプの約款もあり得る。これも規制対象とする場合には、約款を単位とする規制が検討されるべきことになる。

掲②221頁)。

(3) 小括

以上の分析から、約款の概念が多様であることの原因が明らかになった。すなわち、①伝統的約款論と約款適正化論とは想定する約款像が異なること、②約款の拘束力については、伝統的約款論ではもとより、約款適正化論でも隠蔽効果を問題にすることを考えると、多数の条項からなる複雑緻密なものが想定されること、③法律に基づく行政庁の規制との関係では、規制の単位とされる約款は、多数の条項からなる複雑緻密な書面が想定されていること、④約款解釈については、伝統的約款論では法律に引きつけて考え得る約款を想定しているのに対し、約款適正化論ではどの解釈基準をとるかによって想定される約款像が変わり得ること、⑤直接的内容規制については、約款適正化論の検討が発達しているが、約款の概念の重要性は、約款アプローチと交渉力アプローチ・消費者アプローチとは異なることが確認された。つまり、約款の法的性格についての見解の違い、及び、約款の概念が用いられる場面によって、想定される約款像が異なっている。

理論的検討においては、問題ごとに概念の広狭があることは差し支えないが⁽³⁷⁾、立法を考える際には、整理が必要になる。

3 約款の諸定義と具体例

(1) 各種の定義

(a) 紹介

ここで約款に関連する各種の定義をみておく。まず、制定法として、約款規制法を統合したドイツ民法 (①)、立法提案として、民法 (債権法) 改正検討委員会⁽³⁸⁾の案 (②) を取り上げる。次に、学説として、伝統的約款論のうち自治法規説 (③)、約款適正化論における約款アプローチ、交渉力アプローチ、消費者アプローチの各論者の定義を取り上げる (④～⑥)。最後に、約款自体の定義ではないが、不当条項規制に関するEC指令も一瞥する (⑦)。なお、引用に際しては、欧文表記や参照記号等は省略したものがある。

(37) 山本・前掲②221頁は、問題となる場面によって対象となる契約条項の範囲が異なるのだから、各場面について検討すべきであり、約款という包括的概念の法技術的意味に懐疑を表明する。

(38) 研究者を中心とする私的団体である (委員長は鎌田薫教授)。

① ドイツ民法305条1項⁽³⁹⁾は、普通取引約款 (allgemeine Geschäftsbedingungen) を、次のように定義する。「普通取引約款とは、多数の契約に用いるために予め定式化された全ての契約条件であって、一方の契約当事者（約款使用者）が他方の契約当事者に対し、契約締結の際に設定するものである。約款の諸規定が、外形的に契約の分離された構成部分となっているかそれとも契約書自体の中に取り込まれているか、どのような範囲に及ぶものか、どのような字体で記載されているか、契約の方式がどのようなものであるかは、問わない。契約条件が契約当事者間で個別に交渉されて取り決められたものである場合には、普通取引約款があるとはいえない」。

ドイツ民法においては、約款の概念は、組入れ、解釈、内容規制等において用いられている。

② 民法（債権法）改正検討委員会が2009年に公表した「債権法改正の基本方針」の【3.1.1.25】は、約款を次のように定義する⁽⁴⁰⁾。

「〈1〉約款とは、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。

〈2〉約款を構成する契約条項のうち、個別の交渉を経て採用された条項には、本目〔約款による契約〕および第2款第2目〔契約条項の無効〕の規定は適用しない。」⁽⁴¹⁾

これは、約款の法的性格について契約説をとったうえ、約款の概念を、組入要件、解釈、不当条項規制において用いる。上記のドイツ民法（①）の影響が伺われる。

③ 自治法規説をとるものとして、西原博士の約款概念を挙げる。「普通取引約款とは、企業がその業種に属する多数の契約の締結を合理化するため、あらかじめ定型的な契約内容を設定しておき、将来の契約をして画一的にこれによらしめる自治的法規」であるという。それは、将来締結される具体的な「約款による契約」そのものでなく、その予約でもない。通常は不動文字で印刷された書面で開示されるが、単なる契約の見本にすぎない標準書式ではなく、一種の規範そのものであるとされる（西原・前掲45頁）。

このほかの伝統的約款論として、次の諸見解がある。（③a）白地商慣習（法）説に立つ石井博士は、定義ではないが、「大規模企業経営形態における集团的・大衆的取引」において、企業者が顧客との取引にあたり、個別に契約内容を協定する煩をとることなく「予め定型的に定められた条件を以て一律に契約を締結する」、これらの条件は通常不動文字に印刷され、同種

(39) これは、約款規制法（1976年）1条の1項と2項を合体したものである。翻訳にあたっては、河上・前掲459頁、石原・前掲100頁、石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法』（1998）12頁、岡孝編『契約法における現代化の課題』（2002）193頁、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（2003）450頁を参考にした。

(40) 民法改正検討委編・前掲80頁参照。なお、民法改正研究会（代表・加藤雅信）編『民法改正 国民・法曹・学界有志案』法律時報増刊（2009）192頁でも同一の定義が採用されている（468条①）。

(41) 〔 〕内は引用者が付加したものである。

の取引に対し共通の内容を盛る、このような取引条件を定めたものが約款だという（石井・前掲①7頁）。(③b) 制度説を提唱する米谷博士は、約款に法規範性を認めつつ、制定法と契約との中間に位置づけ、「約款とは、企業の理念実現のため予め制定的基礎の上に制定された定型性をもつ制度法にして、これが将来締結せらるべき各個の後続契約への契約要素としてその内容となるものである」と定義する（米谷・前掲89頁・524頁）。(③c) 法規説を新たに擁護する石原教授は、ドイツ約款規制法の定義が妥当であるという（石原・前掲151頁）。

④ 約款適正化論のうち、約款アプローチをとるものとして、河上教授の約款概念を挙げる。「多数契約の画一的処理を予定して作成された定型的契約条項ないし契約条項群は、契約書式・標準契約書も含めて全て『約款』とみることができ、その際、条項の量・範囲・複雑さ・難易度、内容の片務性、国家的承認の有無、提示の形態は問わず、しかも必ず不動文字である必要もない」という（河上・前掲132頁）。同説は、個別的合意があれば約款規制から除外されることを認めるが、個別的合意の認定について慎重な態度を示す（同137頁以下）。

⑤ 約款適正化論のうち、交渉力アプローチをとるものとして、山本豊教授の約款概念を挙げる。「約款とは、①一方当事者により一般的かつ反復的な使用のためにあらかじめ準備された契約条項であること、②実質的な交渉を経て合意された条項（交渉条項）でないことという、2つの基準を満たしたものをいう」と定義し、書面性を要件としない（山本・前掲②219頁）。

⑥ 約款適正化論のうち、消費者アプローチをとるものとして、大村教授の約款概念を挙げる。約款とは、「予め事業者によって設定され、顧客に対して一律に適用されることが予定されている契約条件」である。多くの場合、印刷された書面の形で存在し、付随的契約条件に関する定めが多く含まれているが、これらは要件ではない（大村・消費者法195頁〔4版200頁〕）。

⑦ 消費者契約における不公正条項に関する1993年EC指令⁽⁴²⁾ 3条1項は、「個別的に交渉されなかった契約条項(contractual term)」が一定の要件のもとで不公正とみなされると規定する。同条2項は、「条項が予め起草されており、それゆえ消費者がその条項の内容に影響をもたらしえなかった場合、とりわけ、予め定型化された標準契約（pre-formulated standard contract）による場合」には、常に個別的に交渉されなかったものとみなしている。同指令は、また、条項の不公正さの評価においてその契約の他の条項を考慮要素とし（4条）、条項の解釈においては契約が書面による場合の規律を規定する（5条）。

このように、同指令においては、約款の特徴とされる諸要件が条項の不公正さを評価するなどの場面で考慮されている。反面、約款であることから諸規律を導いているわけでない。

(42) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJEC 21.4.93, L95/29.

このほか、(7a) 2009年に最終版が公表されたヨーロッパ私法共通参照枠組み草案⁽⁴³⁾は、「標準条項 (standard terms)」について「様々な当事者に係わる多数の取引のために予め定式化され、当事者により個別的に交渉されなかった条項」と定義する (DCFR I.-1:109)。更に、「個別的に交渉されなかった」という意味を具体的に示し (DCFR I.-1:110)、個別に交渉されなかった条項を提供する当事者に平明な文言を用いる義務 (duty of transparency) を課し、事業者・消費者間、非事業者間、事業者間の各契約における条項の「不公正」の判定基準を標準条項との関係で規定する (DCFR I.-9:402~405)。

(b) 分析

①から⑥の定義に共通することは、「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」であることである。行政庁の認可等の存在、約款の内容 (付随的契約条件であることを要するか) については、どの定義でも特に限定されていない。書面であることも要件とされていない⁽⁴⁴⁾。現実には、書面であることが通常であろうが、電子情報の画面で表示されることも増えているし⁽⁴⁵⁾、口頭でもあり得なくはない (録音テープなど)。約款を用いる取引の相手方が消費者であることは、それを前提とするもの (⑥⑦) とそうでないもの (①~⑤) があるが、これは不当条項規制の観点から約款をみるかどうかの違いである。約款使用者が企業又は事業者であることは、これを明示するもの (③⑥) とそうでないものがある。多くの場合、約款使用者は企業又は事業者であろうが、たとえば市販の契約書式を非事業者間の契約で用いた場合に相違が生じ得る。これは、約款の使用者が作成者であることを要件とするかどうかの問題ともなる。この点については、約款の作成者と使用者の一致を想定するもの (③⑤⑥) と、約款使用者が作成者でもあることは不要とするもの (①②④) がある。もっとも、①では「契約締結の際に設定するもの」という要件があるので、標準書式集等は具体的契約で利用されない限りは妥当しないことになる (石原・前掲101頁)。最後に、個別的合意との関係では、明示的に除外するもの (①②④⑤) とそうでないものがある (自治法規説では、そもそも個別的合意は予定されないことになろう)。

以上の検討の結果、民法 (債権法) 改正検討委員会の案 (②) が、各定義におおむね共通す

(43) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, 2009. なお、ユニドロワ国際商事契約原則でも、standard termsのもとでの契約の成立及び解釈に関する規律を置いている (UNIDROIT 2004, arts 2.1.19-2.1.22, art 4.1 comment 4, art 4.6 [UNIDROIT 2010 も同じ])。他方、ヨーロッパ契約法原則は、一般的条件 (general conditions) の衝突についての規定を置く程度である (PECL 2:209)。

(44) ドイツ約款規制法の解釈として、書面が要件とされないことにつき、石田編・前掲20頁 [高畠英弘]。

(45) 電子商取引における約款につき、小林一郎「日本の契約実務と契約法〈6〉・完」NBL935号 (2010) 96頁参照。

るものであると評価することができる⁽⁴⁶⁾。約款作成者と使用者の一致の要件については、諸定義の間で分かれるが、同案はこれを求めない立場に立つ。

これに対し、約款の概念が最も限定的なのは、自治法規説（③）であり、自治的法規となっていることを求める。他方、約款の概念が最も拡散しているのは、不当条項規制の観点から言及される場合である（⑦、⑦a）。ここでは、条項の不公正さを評価する場面に依じて約款の特徴の一部が要件とされており、統一的な約款概念が設定されるわけではない。両者の相違は、約款の拘束力の根拠及び限界の問題又は行政庁の認可等の問題を想定しているのか、不当条項規制の問題を想定しているのかの相違が反映しているものといえる。

（２） 具体例の検討 —— モデル契約条項

約款にあたるかどうかの問題となる具体例として、「標準契約書」「契約書式」「ひな型」「会員規約」などがある。同種のものは既に江戸時代にあり、多くの「契約雛形集」が出版され、契約文言も定式化・例文化していたといわれる⁽⁴⁷⁾。伝統的約款論でも、共同海損についての国際法学会制定のヨーク・アントワープ規則その他国際的な団体が制定するモデル約款に言及されていた⁽⁴⁸⁾。「標準契約書」等の内容は多様であり、約款の概念も多様であるので、その約款該当性は不明確である。たとえば、銀行取引においては、各銀行が作成し使用する預金取引規定等は、どの定義をとっても約款に当たることになるだろうが、全国銀行協会が作成する各種規定・約定書等のひな型が約款かどうかの問題となる。

この問題を検討するために、少し一般化し、Aがモデル契約条項（以下、「甲」という）を作成し、Bがこれを利用して、顧客Cと契約をする場合を想定する。AとBの関係は、様々なものがありうるものとする。ここでの問題は、第1に、BC間で用いられた甲は約款かという問題、第2に、BC間で用いられる前の段階において甲は約款かという問題に分析することができる。

第1の問題は、約款とは約款使用者が作成したものであることを要するかということであり、(1)の通り、見解が分かれる。もっとも、消極説に立っても、Bが甲を修正して自らの定式化

(46) 片岡義広「民法（債権法）改正における企業法務からの視点」NBL934号（2010）8頁は、民法（債権法）改正検討委員会の定義の「用いるためにあらかじめ」の部分「用いるため、それによらなければ契約しないものとしてあらかじめ」と変更することを提言する。約款の限定的概念を前提とするものだが、提言の趣旨は、検討委員会の定義でも読み込むことができるだろう。

(47) 高橋弘「『江戸時代における契約と契約書』覚書」広島法学16巻2号135頁・3号259頁・4号381頁（1992～93）。本文の記載については、2号135頁・4号406頁以下に、明治初期の大阪府提示の「諸証案文雛形」の例が掲載されている。

(48) 石井・前掲①22頁。谷川・前掲149頁は、同規則等は契約又は約款の中に援用されることによってその一部分を構成するにすぎないという。

された契約条項とするときは、Bが「作成者」となる余地はある。他方、積極説にたっても、B自身も甲の個々の条項についての認識がない場合には、その条項の効力が例文解釈等の方法によって否定される可能性は、約款使用者が作成者である場合よりも増えるだろう。また、BC間で甲がいわば叩き台とされる場合には、個別交渉による通常の契約の成立が認められることがあるだろう。

第2の問題は、Bのもとでどうなるのかと、Aのもとでどうなるのかに分けて考える。

Bが甲を手元に置き、将来現れるかもしれないCとの取引に使用する予定である場合、それは単に将来使用する予定の条項群の総体だということになる。これは、①使用者以外の者が作成したものも約款たりうるか、②「契約書式」等は約款たりうるか、③具体的取引で使用される前の文書は約款たりうるか、という問題である。このほか、具体的には、④消費者契約法12条3項の差止請求の対象となりうるか、という問題がある。①は前記第1と同じ問題である。②はBの「約款とする意思」の問題だという指摘、③は約款の概念にどのような機能を営ませるのかにかかっているという指摘（河上・前掲132頁）があり、説得的である。④については、約款であるかどうかはともかく、同法の目的に照らして、対象となり得るといふべきだろう。

Aのもとにある段階でどうなのかは、甲の修正可能性と約款概念の機能の双方から考える必要がある。この段階の甲が約款であるかどうかは、Bによる甲の修正可能性が低いほど、肯定される可能性が高まるだろう⁽⁴⁹⁾。すなわち、①AB間の内部関係により、Bが甲を修正せずに使用することが義務づけられている場合、②AB間の内部関係により、Bが甲を修正して用いることが許容されているが、実際には修正されずに用いられている場合、③AB間の内部関係により、Bが甲を修正して用いることが許容されていて、実際にも、Bその他の同等の立場にある者が甲を修正して用いている場合、④AB間には内部関係はなく、Bが単に甲を利用している場合（ここでも、甲の修正が実際上あるか、ないかで分かれる）などが考えられる。AB間の内部関係としては、Aが団体でBがその構成員であったり、AがメーカーでBが代理店であったりすることが考えられる。

Aのもとの甲が約款であることの具体的な意味は次の通りである。第1に、Aによる甲の公示等が将来のBC間の取引における組入要件を満たすことになるか。これは、Bのすべき開示を事前にAが代行できるかどうかの問題だが、ABが一体的と認められる場合でないと難しいのではない。第2に、主務官庁の認可等が要件である場合にAがB及びそれと同等の地位にあ

(49) 河上・前掲130頁以下は、「約款のひな型」も約款であるとするが、その説明として、「ひな型はほとんど無修正で約款として活用されて」いることを指摘する（同131頁）。他方、谷川・前掲150頁は、企業者集団の作成した条款そのものは未だ普通契約条款ではなく、一種の標準契約書式（モデル）に留まるという。

る他の者のために一括して認可等を受けることができるか。これは当該法律の規定の仕方の問題だが、現実には約款を使用するBが認可等を受けることになるのが通例であろう。ただし、Aが主務官庁とも協議のうえ統一約款を作成している場合には、事実上、Bが認可等を受けやすくなるだろう。第3に、約款の解釈についても、Aのもとでの甲の解釈が、事実上、BCの取引に影響を及ぼすことはあり得る。第4に、最も大きいのは、差止めの対象となるかどうかである。消費者契約法12条3項に定める消費者契約の申込み等についての差止請求権の対象として、同条4項は、ある事業者（A）の代理人（B）が消費者契約の締結をする場合に、Bの行為の停止又は予防に必要な措置をとることをAに義務づけており、これは、Aが委託者・Bが受託者である場合などにも及ぶと解されている⁽⁵⁰⁾。AB間の内部関係に鑑み甲の使用を実効的に制約する必要がある場合を考慮したものである。Aが業界団体であって自主規制として甲を作成した場合など、その競争制限効果を始めとする問題が生じることがあるという指摘もかねてからあり（山下・前掲②38頁）、その意味でもこの規律の意義が認められよう。ここでの消費者契約の概念は約款の概念とは一致しないが、多くの場合は重なるであろう。なお、フランスにおいて、1995年の消費法典改正により、事業者団体がその構成員に提案している消費者向けの契約ひな型が消費者団体訴権の対象とされていたという立法例がある⁽⁵¹⁾。

4 立法における約款の定義

現代社会において約款のもつ重要性に鑑みると、民法に約款に関する規定を置くことには、一定の意味があるだろう。それは、単に不当な約款を規制するという抑止の意味だけではなく、約款を用いる取引の法律関係の安定性・明確性の向上に資するという積極的意味をもつ。そこで、約款をどのように定義するかが問題となる。

本報告においては、①約款の拘束力の根拠と限界、②法律に基づく行政庁の規制、③約款の解釈、④直接的内容規制において、約款の概念のもつ意味が異なり、その広狭も異なり得ることを示した。このような約款概念の多様性・不確定性を前提として、民法で約款の定義をどうすべきか。いくつかの方法が考えられる。

第1は、約款の概念を用いるが、その定義規定を置かない方法である。民法では、上記の①

(50) 消費者庁企画課編『逐条解説・消費者契約法〔第2版〕』（2010）262頁。

(51) 消費法典L421-6条（1995年改正。2001年改正前）は「事業者団体によってその構成員に提案された消費者を対象とする合意モデルに含まれる濫用的条項（*clauses abusives dans les modèles de conventions ... destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leurs membres*）の廃止を求めることができる」とする。同条は2001年に改正され、より一般的な規定となった。改正の経緯については、大澤・前掲287頁・297頁以下・321頁以下・330頁以下。

③④の規律が考えられるが、それぞれの局面における約款の意味は、解釈に委ねることにする。この方法は現実的ではあるが、将来、混乱が生じる可能性がある。

第2の方法は、①③の機能をもつ約款（様々な相手方との多数の契約を予定し、付随条項を中心とする多数の条項が含まれている書面たる約款が典型例として想定される）の定義をする一方、④については約款の概念を用いずに、その要素を分解して規定に取り入れる方法である（④につき前述の1993年EC指令を参照）。この方法の問題は、①③の機能をもつ約款と④で現れる約款の特徴の一部との関係が不明確又は複雑になる恐れがあることである。

第3の方法は、①③④を通じて、緩やかな約款概念による定義規定を置く方法である。ドイツ民法や民法（債権法）改正検討委員会の案がこれである。ここで問題となり得るのは、③④だけでなく①でも緩やかな約款概念を用いることに支障がないかだが、おそらく具体的な支障はないのではないかと。より大きな問題は、④に関する規律が約款の面と消費者契約の面とから重畳的にされることになり、複雑になることである。その複雑さは、規定の形式的複雑さと、約款と消費者契約のそれぞれの規制根拠⁽⁵²⁾の混淆による実質的複雑さから成る。この問題が適切に解決できるかどうかは課題である。

第4の方法は、①③④を通じて、約款の概念を用いず、条項に着目した概念（標準条項、不公正条項等）を用いて規定する方法である。前述のDCFRの規律は、この方向を進めたものとして参考になる。この場合の問題は、わが国で既に定着し、また、行政庁の認可等の単位ともなる約款の概念が民法上に現れず、①③の規律及び②との関係が不透明なままとなることである。

分かりやすい立法という観点からは、第3の方法が、その課題を解決できるのであれば、最も適切であるだろう。もし、その解決が困難であるとすれば、第2又は第4の方法も選択肢に入ってくると思われる。

【付記】

本稿は、2010年11月1日に金融法務研究会で報告した際の報告原稿に最小限の修正を施したものである。修正は、誤字脱字の訂正、表現の調整、若干の補充のほか、引用した法令の変更

(52) 約款の規制根拠につき、山本・前掲①115頁は、約款使用者による一方的契約内容形成の自由は相手方を不当に不利にするために利用されてはならないという考え方と、約款が使用されたという事実は当事者間に交渉力の不均衡が存在していることの徴表であると捉える考え方（更に分かれる）に整理する。消費者契約の規制根拠は、消費者と事業者の情報及び交渉力の格差を是正することによる消費者の自己決定の基盤の回復という説明と、弱者たる消費者に対するパターナリスティックな保護という説明が考えられるが、現在では、前者が広い支持を得ていると思われる。

や文献の新版刊行がある場合に〔 〕で示すことに留めた。それ以外には報告後に公刊された文献等の補充はしていない。報告原稿であり、完成度の低いものだが、法制審議会民法（債権関係）部会での審議が始まって1年目の頃のスケッチとして、ご覧いただければ幸いである。

周知の通り、法制審議会は、2015年2月24日、「民法（債権関係）の改正に関する要綱」を決定し、新たに「定型約款」に関する規律を設けた。これに基づき、同年3月31日、「民法の一部を改正する法律案」（第189回国会内閣提出法律案63号）が衆議院に提出された。この法律案は、「定型約款」を、次のように定義する（548条の2）。まず、「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」としたうえ、「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」であるとする。そのうえで、定型取引を行うことの合意をした者は、一定の要件のもとで、定型約款の個別条項についても合意したものとみなすことにし、その要件の設定を通じて、定型約款を用いる取引の適正化を図る。これは、約款一般についての定義をするのではなく、対象を「定型取引」に限定したうえ、そこで用いられる約款について定義するものであり、本報告の末尾で考えたどの方法とも異なっている。約款は、上記部会において、最後まで審議が続いたテーマであり、改正法案の規律は、これまでの約款に関する判例・学説の蓄積を踏まえたうえで、現代の取引の状況も十分に考慮して、到達したものである。この規律は、従来の判例・学説と切り離されたものではなく、これまでの蓄積は解釈に反映されるであろう。また、「定型取引」以外の取引は、従来の約款法理の直接の対象となる。したがって、本報告で試みた検討は、なお無意味にはならないだろう。

第 2 章 約款の「組入れ」、「開示」

沖 野 眞 巳

【前注】 下記は、2010年12月16日の金融法務研究会第2分科会報告レジュメに、見出しの追加や、箇条書箇所についての文章の挿入、記述の順序の入れ替え、文献表記の略記の改め等の手を加えたものである。

1 債権法改正における検討状況

(1) 民法（債権関係）部会における問題提起

債権法改正に関して、「約款（による取引）」という観点からのアプローチとそのもとでの約款の採用・組入要件が検討されている。

法制審議会（債権関係）部会においては、次の問題提起がされている。

＜部会資料11より抜粋＞

「第5 約款（定義及び要件）」

3 約款を契約内容とするための要件（約款の組入れ要件）

約款を用いた契約においては、約款の内容を相手方が十分に認識しないまま契約を締結することが少なくないとの問題が指摘されている。そのため、大量の取引事務の合理的・効率的処理の要請に留意しつつも、契約内容を認識することについての相手方の利益との調和を図る必要があるとの指摘がされている。

そこで、約款を個別の契約の契約内容とするための要件（約款の組入れ要件）については、例えば、原則として約款が相手方に開示されていることが必要であるとした上で、約款の開示が現実的に困難である場合の例外要件を設定するといった考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（関連論点）

不意打ち条項について

約款の組入れ要件を満たしていても、相手方が合理的に予測することのできない内容の条項（不意打ち条項）は、契約内容とならないとする考え方がある。この考え方は、条項の不

当な内容を規制する問題とは別に、それに先行する問題として、約款の組み入れにおいて不意打ち条項を排除するという考え方である。これに対して、不意打ち条項は、条項の内容規制の問題であると理解する考え方もある。そこで、約款についての規定を設ける場合に、不意打ち条項の規定を設けることについて、どのように考えるか。

（２）先行する立法提案

この問題提起は、先行する提案を受けている。主要なものとして、民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」における提案および民法改正研究会による試案がある。また、民法典100周年を契機とした「債権法改正の課題と方向」における提案（山本（豊））がある（それぞれ、部会資料11- 2に掲載されている）。

いずれの見解においても、（少なくとも採用要件については約款に着目した規律を提唱し）約款が契約（内容）を構成するためには、契約締結に先立つ約款の内容についての知る機会の付与が要求されている。ただし、子細にみれば、３案には次の違いがある。

第１は、約款を用いることについての両当事者の合意の明示である。基本方針ではこれが打ち出されているのに対し、研究会試案や山本案ではこの要件は正面からは打ち出されていない。

第２に、約款の内容の事前の知る機会の付与は３案いずれも要件とするが、その内容として、基本方針および研究会試案では「約款の提示」が要求され、山本試案では、書面交付が要求されている。

第３に、例外的に、約款の提示や書面交付の要件を緩和できる場合があることを３案ともに認めているが、その定式化として、基本方針はそれが「契約の性質上」「著しく困難な」場合、研究会試案では「契約の性質に照らし」「困難な」場合、山本案では「契約締結の態様からして」「困難な」場合としている。

第４に、例外的な場合における緩和措置として、基本方針は「相手方に対し契約締結時に約款を用いる旨の表示」と「締結時までに約款を相手方が知りうる状態に置くこと」を、研究会試案は、約款使用者が「約款を用いるであろうことを契約の締結時に相手方が知り、または知ることができ」ることと約款使用者が「相手方が約款の内容をあらかじめ知ることができる状態にしていた」ことを、山本案では、「契約締結場所におけるみやすい掲示等によって約款の内容を知る機会を与え」ることを、要件としている。

第５に、不意打ち条項の規律や具体的に知っていた条項の扱いについて異同がある。約款を用いることの同意を基軸とし、開示をその同意の前提条件とする基本方針にあって、同意の範囲画定という観点から、予測し得ない異常な条項・相手方にとって不意打ちとなる条項についてまでは同意が及ばないとするのが不意打ち条項の考え方であるが、基本方針では、内容規制

とは別に不意打ち条項の規律を設けることはしていない。これに対し、研究会試案では、異常な条項の排除の規律を提案しているが、そこには、相手方の利益を害するという形で内容の不当性が部分的に取り込まれる定式となっており、また、効果において公序良俗違反として無効となるという規律につなげている。内容規制と融合した形、あるいは内容規制の一ルートとして提案されていると言える。これに対し、山本案では、内容規制とは別に不意打ち条項の規律が提唱されている。

＜部会資料11-2より抜粋＞

○参考資料1 [検討委員会試案]・107頁 [頁数はNBL904号による。]

【3.1.1.26】（約款の組入要件）

＜1＞約款は、約款使用者が契約締結時までに相手方にその約款を提示して（以下、開示という。）、両当事者がその約款を当該契約に用いることに合意したときは、当該契約の内容となる。ただし、契約の性質上、契約締結時に約款を開示することが著しく困難な場合において、約款使用者が、相手方に対し契約締結時に約款を用いる旨の表示をし、かつ、契約締結時までに、約款を相手方が知りうる状態に置いたときは、約款は契約締結時に開示されたものとみなす。

＜2＞＜1＞の規定にもかかわらず、約款使用者の相手方は、その内容を契約締結時に知っていた条項につき、約款が開示されなかったことを理由として、当該条項がその契約の内容としないことを主張できない。

○参考資料2 [研究会試案]・192頁 [頁数は法律時報増刊「民法改正国民・法曹・学会有志案」による。]

第468条（約款とその効力）

①（略）

② 契約の申込み又は承諾の一方が約款によりなされた場合において、次の各号のいずれかに当たるときは、申込みと承諾が合致し、契約が成立したものとみなす。

一 約款を提示した者が、契約の締結時までにその約款を提示していたとき。

二 契約の性質に照らし、契約の締結までに約款を提示することが困難な場合において、約款を使用する者が約款を用いるであろうことを契約の締結時に相手方が知り、又は知ることができ、かつ、約款を使用する者が相手方が約款の内容をあらかじめ知ることができる状態にしていたとき。

③（略）

④ 前項に当たらない場合であっても、相手方が知らず、また取引の慣行に照らし異常な条項で相手方の利益又は相手方の合理的な期待を一方的に害するものは、(新) 第五十条(法律行為の効力) 第三項に反するものとし、無効とする。

○「契約の内容規制」山本豊(「債務法改正の課題と方向－民法100周年を契機として－」別冊NBL51号) 約款の契約への採用(100頁)

一方当事者により一般的かつ反復的な使用のためにあらかじめ準備され使用された契約条項(約款)は、それらの条項を知らない契約相手方に対しては、条項を使用した当事者が、契約締結時またはそれ以前に、契約相手方に約款の内容が記載された書面を交付するか、または、契約締結の態様からしてそれが著しく困難なときは、契約締結場所におけるみやすい掲示等によって約款の内容を知る機会を与えた場合にのみ、契約の構成部分となる。

不意打条項(101頁)

一方当事者によりあらかじめ準備され使用された契約条項に含まれる条項のうち、相手方が合理的に予期しえないような性質の条項は、その内容が相手方により契約締結時まで理解されていたことを条項使用者が証明した場合をのぞき、契約の構成部分とならない。

(3) 部会での審議状況

民法(債権関係)部会において、約款の採用・組入れの問題は、部会資料11で提示され、また、第11回会議(2010年6月29日)でとりあげられた。その際の指摘には、次のようなものがみられた。

総論的に、個別の事業法が存在するものについて、それらによる対応ではなく民法において一般的に規律することの是非や民法で対象とすべき範囲について問題提起がされた。そのように個別の事業法が存在するものとして、運送約款、保険約款と並んで、銀行取引約款に言及されている。また、消費者取引における約款については、消費者契約法の存在との関係も考慮する必要があると指摘されている。さらに、労働法、就業規則との関係、それへの影響についての留意が必要であることも指摘された。

これに対し、約款に関する問題のうち、採用・組入れ要件と内容規制とでは性格が異なり、内容規制については必ずしも約款という切り口ばかりではない(例えば消費者契約という切り口、消費者契約法10条など)のに対し、採用・組入れ要件については、条項について個別の同意なく契約内容としうるのか、どういう要件が備われば約款が契約内容となりうるのかは民法一般の問題であり、個別事業法の存在にかかわらず問題となる事項であり、また、事業者間契約、消費者契約を問わず、契約一般として問題になる事項であることが指摘されている。

また、約款の性質や拘束力については、従来の議論の展開があり、制度説的な発想による補完の可能性があるが、契約説に依拠することが適切であると指摘されている。

その上で、提示されている規律が、そうではない場合、つまり契約の一般則から契約内容となる要件を加重しているのか、緩和しているのかという視点が提示された。出発点としての理解の問題であり、その上でどのような規律とするかはポリシーの問題ともなること、すなわち、これは、一方で、要件を緩和するものであればその正当化の根拠や事情が問われることになり、また、その視点が、約款の定義において何を取り込むかに関わることが指摘された。なお、対象となる約款は、採用・組入れの要件と内容規制の要件とで必ずしも一致しないことも指摘されている。また、上記の視点が、定義に取り込まれなかったものについての扱いにも関わることも指摘されている。

採用・組入れ要件の内容に関して、約款による旨の合意（相手方の同意）と約款内容の認識可能性（了知可能性）とが従来の立法提案では示されているが、その位置づけに違いがあることが指摘されている。また、認識可能性について、大部の約款を交付することが相手方の理解の確保に資するとは限らず、そのような形式的な開示に力点を置くよりも、むしろ、コンパクトに重要な契約条件を理解可能な形で示し、説明する実質的な開示が重要であることが指摘された。

また、採用・組入れ要件について、不意打ち条項の位置づけ、約款の変更への影響、内容規制との相関の可能性などが、指摘された。

民法の一般則からの正当化の問題と並んで、とくに採用・組入れ要件は、行為規制となる側面があり、コスト・ベネフィットの観点も重要であり、認識可能性の確保が要求されると、コンプライアンスの観点から事業者が行動することになるが、形式だけが積み重なることになりかねず、それが必ずしも相手方や消費者の実質的な利益となるわけではないという視点も重要であることが指摘された。

約款の社会的機能や社会全体のコストの観点が指摘され、民法の一般則との関係でも、さらに、約款によることが慣習・慣行となっている場合には、約款による意思を認めることができること、開示のあり方・認識可能性の確保の仕方についても柔軟な対応・方策が検討されるべきことが指摘された。

採用要件・組入れ要件の内容いかんによっては、後に、その不備を指摘して不利な条項のみの効力を否定するというような、相手方の使い方が懸念されるという意見も出されている。

2 従来の判例・学説

(1) 判例

A. 約款の拘束力に関するリーディングケースが、①大判大正4年12月24日民録21輯2182頁である。

「普通保険約款ハ保険業者カ予メ之ヲ定メテ主務官庁ノ認可ヲ受ケ保険契約ヲ為スニ当リ相手方ト特約ヲ為ササル普通一般ノ場合ニ於テ其契約ノ内容ト為スヘキ約款ニシテ保険業法ニ依リ又外国保険会社ニ付テハ明治三十三年勅令第三百八十号ニ依リ営業免許ノ条件トシテ必ス適当ニ之ヲ定メ主務官庁ノ認可ヲ得ルコトヲ要スルモノトス而シテ世間一般ノ実情ニ依レハ火災保険契約ヲ為スニ当リ当事者カ特別ニ保険約款ヲ定メサル限りハ保険会社ノ定メタル普通保険約款ニ依ル意思ヲ以テ契約スルヲ普通トシ保険契約者カ申込ノ当時其普通保険約款ノ条項ヲ詳細ニ知悉セサルモ尚ホ之ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シ其申込ハ単ニ保険会社ノ作成ニ係ル保険申込書ニ任意調印スルノミニ依リテ之ヲ為スコト少シトセス且夫レ保険約款ハ通常之ニ包含スル事項煩瑣多岐ニ亘リ普通一般ノ世人ニハ容易ニ了解通曉シ難キモノアリ而カモ世間ノ實際ニ於テ保険契約者カ申込ノ際保険会社ノ定メタル普通保険約款ノ各条項ヲ一査閲シ之ニ通曉シタル後契約スルカ如キハ甚タ多カラサル所ニシテ寧ロ多クハ能ク之ニ通曉セサルニ拘ハラス尚ホ之ニ依ルノ意思ヲ以テ契約スルヲ通例トス斯ノ如キ実情ハ火災保険契約当事者ノ一方タル保険業者カ内国会社ナルト外国会社ナルトニ依リテ異ルコトナシ是レ畢竟如上ノ法令ニ依リ内国会社タルト外国会社タルトヲ問ハス苟モ我国ニ於テ保険事業ヲ営ム者ニ対シテハ国家カ各保険業者ノ定ムル普通保険約款ニ付テ干涉シ其約款ノ当否ヲ監査シテ之ヲ許否シ以テ世間一般ノ保険契約者ヲ保護スル所以ニシテ又實際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賴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ヲ問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ク本件事実ノ如ク我国ニ於テ火災保険事業ヲ営メル外国会社ニ対シ其会社ノ作成ニ係ル書面ニシテ其会社ノ普通保険約款ニ依ル旨ヲ記載セル申込書ニ保険契約者カ任意調印シテ申込ヲ為シ以テ火災保険契約ヲ為シタル場合ニ於テハ仮令契約ノ当時其約款ノ内容ヲ知悉セサリシトキト雖モ一応之ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定スルヲ当然トス」

同判決は「約款の拘束力を顧客の意思に基礎づけるべきことを前提としたうえで、顧客の意思を推定するという技術を用いて、顧客が約款内容を知らなくても当然約款を用いた契約に拘束される結果を正当化したもの」(谷口知平=五十嵐清編・新版注釈民法(13)169頁〔潮見佳男〕)

とされている。

ここには、約款の内容に通暁しないまま、またその条項を詳細に知悉していなくとも、約款による意思をもって契約をするのが通例であること、約款の内容に通暁しないままこれによる契約をするのは、その約款が概して適切さを備えているものと信頼するためであることが示されている。

組入れとの関係では、「その会社の普通保険約款による旨を記載した申込書に保険契約者が任意調印して申込みをなし、もって火災保険契約をなした場合においては」、たとえ契約の当時、その約款の内容を知悉していなかったときでも、「一応これによる意思をもって契約したものと推定するを当然とする」としている。「約款による意思」が、約款が契約内容となる基礎であることが示されている。なお、本判決については、申込書に約款による旨が記載され、それに任意調印して申込みをした場合についての判示であり、そのような記載がなく、およそ約款の存在について示されなかった場合にも約款による意思が推定されるのかは、明らかではない。本判決の前半部分が、約款による旨が示されている場合であることを明示しない判示となっているため、両方の読み方がある（山下友信「普通保険約款論」（5）法協97巻1号76～78頁）。その後の判例・裁判例でも、2つの流れがある（上柳克郎「普通保険約款の拘束力」損害保険判例百選（初版）11頁、大塚龍児「普通保険約款の拘束力」損害保険判例百選（2版）4頁）。

大正4年判決は、約款による旨の意思を問題とするものであって、約款内容の開示についての立場は必ずしもはっきりしないが、当該事案が、外国保険会社の約款であって必ずしも知られていない内容の条項であったことなどの事案からして、同判決は、約款の交付や提示までは要求していないと理解される。

同判決は、約款の採用・組入れ要件について、その性質や拘束力の根拠において契約であることを基礎とし、当事者の意思に、契約内容となる根拠を求めているが、その意思については、意思推定説を採っているといえる。また、事案は、保険約款のような古典的な約款の場合であり、約款について認可等行政的なコントロールが及んでいることも重視している向きがある（大塚・上記5頁、山下友信・保険法111頁注48参照）。

その後の判例・裁判例（河上正二・約款規制の法理195頁以下）も基本的に、大正4年判決の意思推定の立場を採用している（実質は、意思擬制といえるものもあると指摘されている）。

B. 近時の判例として、注目されているのが、②最判平成17年12月16日判決判例時報1921号61頁である。建物賃貸借の終了時の賃借人の原状回復義務の範囲に関する定めに関し、それが相手方を拘束するかについて、明確な合意がないような場合には義務自体が認められないとしたものである。

「賃借人は、賃貸借契約が終了した場合には、賃借物件を原状に回復して賃貸人に返還する

義務があるところ、賃貸借契約は、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払を内容とするものであり、賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものである。それゆえ、建物の賃貸借においては、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる賃借物件の劣化又は価値の減少を意味する通常損耗に係る投下資本の減価の回収は、通常、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に含ませてその支払を受けることにより行われている。そうすると、建物の賃借人にその賃貸借において生ずる通常損耗についての原状回復義務を負わせるのは、賃借人に予期しない特別の負担を課すことになるから、賃借人に同義務が認められるためには、少なくとも、賃借人が補修費用を負担することになる通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、仮に賃貸借契約書では明らかでない場合には、賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められるなど、その旨の特約（以下「通常損耗補修特約」という。）が明確に合意されていることが必要であると解するのが相当である。」

「本件契約書には、通常損耗補修特約の成立が認められるために必要なその内容を具体的に明記した条項はないといわざるを得」ず、また、本契約締結の際に「通常損耗補修特約の内容を明らかにする説明はなかったといわざるを得ない。」「そうすると、X 1 は、本件契約を締結するに当たり、通常損耗補修特約を認識し、これを合意の内容としたものということとはできないから、本件契約において通常損耗補修特約の合意が成立しているということとはできないというべきである。」

平成17年判決の事案は、事業者（公社・賃貸人）が共同住宅団地を一括して借り上げ、多数の賃貸借契約に用いるべく予め用意した賃貸借契約書や付属書（別紙）（その他「すまいのしおり」など）を用いて契約をしていた事案である。問題の条項を約款と捉えることができるか自体が、約款の概念との関係で問題となりうる。少なくとも、古典的・伝統的に、約款として捉えられてきた運送約款や保険約款とは、性格が異なっているものであり、また、平成17年判決自体、約款の問題として判示をしているわけではないが、約款の採用要件に関連しうるものとして、注目されている（山本豊「約款」内田貴＝大村敦志編・民法の争点220頁）。

（2）学説

A. 約款の拘束力の根拠をめぐる見解——契約説へ

約款をめぐる学説は、見解とともに、問題意識や問題設定にも変遷がある。大正4年判決やその後の関東大震災を契機とした地震約款の社会問題化などを通じて、学説では、約款について、一般の法律行為と同様と考える見解から、むしろ、相手方が約款内容を知らないままに契約を締結していても約款が相手方を拘束することをいかに説明し、正当化できるかという観点

から、法規説や制度説、白地商慣習説（白地慣習説・白地慣習法説）などが説かれていた。法規説および白地商慣習説が有力で、支持を集めたが、もっとも、法規説に対しては、約款の使用者や準備者が法規のような策定権限を持つことを説明・正当化できないこと、白地商慣習説に対しては、約款によるという慣習が認められる取引が限定されることやそもそも白地商慣習つまり約款によるという慣習が約款の拘束力を基礎づけるのはそのような慣習を当事者が前提として契約をしているからであって、結局、民法92条と同様に、当事者の約款による意思に基礎づけられるものだと整理された。

現在では、約款の拘束力の根拠や約款の性質を契約としてとらえる契約説が、通説といっぴよい。これに対し、あらゆる約款が、契約説によって基礎づけられるのかについては、各種の行政法規によって約款の使用が監督官庁のコントロールに服せしめられている場合には、法律によるコントロールを根拠に約款の法規範性や行政法規および監督官庁との協働による約款使用者の策定権限（法による授権）が認められ、また、内容の公正さを保障しうる公的性質をもった主体が約款の作成主体となっているときは、そのような主体によって作成された標準約款に慣習法的性質を認める見解がある（大村敦志・消費者法（第3版）207頁、なお最新版は第4版、212～213頁）。多元説と言える。その場合も、中核は契約説であるが、当事者の意思の介在が認められないときにも、契約説以外の基礎づけが認められる場合があるとする点が特徴的である。（多元説としては、谷川説が著名であるが、谷川説については、白地慣習説を基調としつつ契約説への接近を図るものという整理がある（谷口・五十嵐・前掲新版注釈民法〔潮見〕））。

約款の「組入れ」や「採用」（による契約内容化）という用語は、それ自体が約款の拘束力の根拠に関する契約説と親和的である。もっとも、「組入れ」を当事者による作用を意識せずに、約款の拘束力を法規や商慣習に求める場合には、そのもとでの契約内容化（あるいは法規であれば、その適用・妥当）の要件が問題となる。例えば、法規説によるなら、それが当事者を拘束する要件として、周知措置が必要であり、公表や公示（その意味での「開示」）がなお問題となりうる。

以下では、契約説を基盤とした学説に限定して、組入れ・採用に関する見解を概観する（学説については、河上・前掲46頁以下、谷口=五十嵐・前掲166頁以下〔潮見〕、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）（2）法政理論〔新潟大学〕37巻3・4号80頁、38巻3号14頁を参照）。

B. 契約説のもとでの組入れ・採用

（ア）契約説からは、約款の拘束力は、約款によるという当事者の合意に基礎づけられる。したがって、「約款による」という当事者、特に相手方の合意（同意）が必須となり、そのためのプロセスとして、約款の指定（プロセスとして、約款使用者から指定され、相手方がそうし

て指定された約款によることを同意するということになる。その意味で、約款使用者からの指定ということになる。)が必要となる。

もっとも、前述の立法提案のように、この約款による旨の合意（相手方の同意）と約款の指定の2つを要件として明示するのかについては、必ずしも一致がみられるわけではない。しかし、要件として明示していない提案にあっても、基本的にはそのような指定と同意が必要であることは前提となっていると理解される。

(イ) これに対し、約款の内容の開示、相手方にとっての約款の認識可能性については、実質的にも見解が分かれる。

これを採用・組入れの要件とする見解、少なくとも理論的には同意（意思表示）があれば十分であってその前提状況としての認識可能性は必須ではないとする見解（むしろ、理解の確保という意味での実質的開示の方が重要であるとする見解でもある）、場合によるとする見解がある。

現在では、第1の、これを採用・組入れの要件とする見解（契約を締結した顧客の行為から、約款を契約内容に組み入れることにも同意したという判断を下すためには、少なくとも顧客が約款の内容について知っていたと当然に認められるような客観的状況の存在が必要であり、約款の事前開示はそのような状況を作り出すものとして拘束力発生の要件であるとする見解。山下・後掲「約款による取引」24頁の要約による。）が主流であると見られる（先駆として、野村（好）「約款」新民法演習64頁（「約款があらかじめ開示されていなければ、すなわち、契約者が約款を見ようとすればすぐ見られるような状態になっていなければ約款は拘束力をもたない」とするのが「一般公衆の立場も考慮して」相当であるとする））。前述の立法提案や部会資料11の記載もこのような立場に立脚していると見られる。

(ウ) 学説の状況を一步立ち入ってみると、考え方は一様ではない。

まず、通説と目される、約款内容の形式的全面提示（内容の認識可能性の機会の確保）を必要とする見解には、その根拠づけ・法律構成およびその程度について、考え方が必ずしも一致していない。むしろ、多様な見解があると言ってよい。例えば、根拠・法律構成については、約款たる契約条件・契約条項も意思表示の一部である以上、意思表示の効力の発生には相手方への到達が必要であるという基本原則から、約款もまた相手方に到達する必要があるとする見解（原島）、意思表示の合致という観点から、約款に具現した使用者の意思表示について、相手方がどのような意味のものとして理解したかという、顧客側にとっての約款使用者の意思表示の意味についての理解可能性・認識可能性が問題となり、開示はこの観点から不可避の事項であって、顧客側への約款内容の開示が約款内容に関する顧客の理解可能性にとって前提条件となるとする見解（上田）、「知り得ないものに同意を与えようがない」という考え方を基礎と

する見解（河上）、約款を契約内容とする旨の同意のための手続保障として内容の認識可能性・認識の機会を必要とする見解（河上）などがある。

河上説は、約款の適切な開示を前提として、核心的合意部分に連動して契約内容化するという構造で約款による契約を捉えている点にも特色がある。この「連動」は包括的合意という形で意識的に行われる（そのような外観を作出したという点（責任性）にも求められる。同意の外観とその責任性による「連動」）として、当事者自身の意思の関与と責任性が拘束力を基礎づけるとする。顧客の意思と責任性に基礎づけられるため、それをもたらしだけの「開示」が要求される。すなわち、「「知り得ないものには同意を与えようがない」という自然な反論に対処するため、約款を顧客の認識し得る状態におき、しかも顧客の同意が約款にまで及んでいるとみなすための手続的保障と言えなくもない。顧客が現実的に約款内容を了知したかどうかはともかく、少なくとも自己が締結しようとする契約に、約款が結びつけられているのを知っていること、事前にその内容を吟味しようと思えば可能であったことの2点は、連動を導くための手続的保障として最低要件であろう。言うまでもなく、顧客の責任性を問うための適正な手続的保障として、場合によっては更に厳格な開示も要請されうる。」（河上・法理252頁）「少なくとも約款の存在と主たる条項の意味を予期し、事前に内容を吟味しようという手続的前提（開示）を必要とする。不適切な開示は、連動阻害要因となりうるし、取引環境整備義務という契約準備段階における信義則上の義務の違反として契約締結上の過失の問題を発生させる」（河上・前掲253頁）。

また、開示の方法や程度については、約款の連動を導くために、約款使用者側によって整備される取引環境がどの程度のものであるかは、個々の問題となる取引圏に即して判断しなければならないとしつつ、一般的に次の要因が考慮されるべきだとされる（河上・前掲253頁）。

- ①顧客圏の性格、特に消費者・非消費者。
- ②取引慣行、一般的実務。
- ③開示の方法・態様についての技術的可能性やコスト。国家法上の開示規制。
- ④条項内容の重要性——とくに当該条項によって影響を受ける顧客の利益。
- ⑤契約締結の態様など。

このうち、③は、コスト等や法律の規制に言及している点で、④は条項の重要性に応じた、一律でない開示を導く点で、興味深い。

（エ）第2に、約款内容の契約締結前の開示が望ましいことではあるものの、理論的にそれが必須であることを基礎づけることは困難であるとする見解は、次の山下教授の見解に代表される。

「法律行為論上は、顧客は約款内容を知らないまま約款を一括して契約内容に組み入れる旨

の合意をなすことも可能であり、一律に事前開示を要求する根拠は存せず、ただ事前開示は、それがなければ顧客の予期しない条項について一般的拘束力が排除されることになるという意味での消極的要件にとどまる」という見解である（山下「普通保険約款論（４）」法協97巻1号73頁以下、同「約款による取引」現代企業法講座4巻企業取引24～25頁参照）。

「最近では、約款の拘束力の発生するための要件として約款の事前開示が必要であるとする見解も有力になりつつある。しかし、何故事前開示が必要かという理論的根拠は必ずしも十分に説明し尽くされているとはいいがたいように思われる。

それでは、何故に、事前開示を約款の拘束力の要件とすることが理論的に成功しないかといえば、現在の法律行為論にかわる消費者取引に即した新しい法律行為論（ないしは契約法の基礎理論）構築の試みが未完成であり（この点については本稿では立ち入らない）、また、他方、現在の法律行為論の中では、約款の事前開示ということを拘束力発生のための一律の要件とする手がかりを論理的に見出すことは不可能であるからにほかならない。

もっとも、現在の法律行為論のもとでも、約款の事前開示が全く無意味であるということではない。すなわち、約款の拘束力は、約款によるという法律行為的合意（これは、いわゆる約款によるという白地商慣習を媒介としても認められる）の効果として発生するが、消費者取引の性格からみて、消費者は約款の内容を知らされないにもかかわらず契約を締結するのは約款の内容が自己の抱いた期待に反しないであろうと考えるからにほかならず、また、そのことは約款を使用する企業の側も認識すべきであるから、その意味では、消費者の期待に反する条項については合意は存しないと考えうるのであり、逆に、約款を事前に開示することは消費者に生じうる期待を打ち消すというかぎりでは法的に意味をもちうるものと考えられるのである。もっとも、消費者の一般的理解力に照らしても、期待を打ち消すためには、単に約款そのものを示すのみでは足りない場合が少なくなく（約款を読んでもその正確な意味を理解しうる消費者はきわめて少ない）、消費者にとって理解可能な態様で開示がなされること（場合によっては口頭での説明なくしては理解しえないということもありうる）が要求されることが考えられることに留意すべきである。

以上の約款の事前開示が拘束力発生要件かという問題とは逆に、事前開示のなされた場合、約款の拘束力あるいは効力に何らかの影響があるかという問題が次に検討されねばならない。実際には約款を記載した契約書面が作成され、それに両当事者が署名・捺印をして契約が締結されるような場合、約款の一部の条項について、消費者が合意していなかったという理由で拘束力を否定することはきわめて困難であろう（とくに、わが国の裁判所はこのような判断の仕方には消極的であるように思われる）。しかし、消費者は約款を開示されたとしても、その複雑さ、難解さの故に容易にその意味を理解することはできないのであり、そのことに鑑みれば、

開示がなされたということをもって、約款によらない対等の取引力を有する者の間の契約と同様に約款の内容について合意していたと判断することの根拠となしえないことはもはや明らかであろう。消費者が理解しうるような開示がなされてはじめて消費者の抱く期待が打ち消されるというかぎりにおいて約款の開示は意味をもちうるのである。

以上のように考えうるとすれば、ここでも残されたもっとも重要な問題は、取引条項の開示の有無そのものというよりも、消費者にとって理解可能な開示をいかになすかということになるだろう。」(山下友信「取引条件の開示」現代契約法大系第4巻124～127頁)。

(オ) 第3に、場合によって区別する見解としては、力関係が拮抗する当事者間においては、相手方が当該約款の内容につき説明や開示を受けていなくても、当該約款により契約を締結することに同意をした以上、当該約款は契約内容となるとするが、当事者の力関係が著しく異なる場合には、約款作成者が約款の内容について説明や開示をしない限り、相手方がその約款によって契約を締結することに同意をしても、その約款は契約に組み入れられるべきではない、とする見解がある(石田穰・契約法18頁)。

場合によって区別する見解と分類されるものに、開示の実現可能性・現実性の観点から区別する見解がある。個々の約款条項の具体的内容の開示までは不要とされる場合がある。開示がされていない場合(認識可能な機会の作出)、契約の構成部分にはならない。しかし、大量取引処理のための合理化の要請のあるところでは、約款を使用するというものの開示が要求されるだけで、個々の条項内容の開示までは要求されないことがあるとする見解(山本(豊))である。この見解は、基本的には第1の見解であり、開示の方法や程度について区分けをするものと見られなくもない。

(カ) なお、「開示」や認識可能性については、約款の内容の開示や認識可能性という問題と、約款の存在の開示や認識という問題が、あわせて扱われている面があり、「開示」というときにいずれを指すか必ずしも明瞭でないものもある。例えば、谷川論文は、次のように述べている。「事前に開示されていたかどうかは、拘束性の根拠には関係がない。ただ、相手方当事者がその内容を知ろうとすれば容易に知り得る状態におかれていなかったということが、当該契約についての拘束性を阻害する要因となりうるというにすぎない。もっとも、普通契約条款の内容が予め開示されていることは、相手方当事者に利益である。そこで、法は多くの場合について、普通契約条款の公示を要求している。実際問題としては、公示によっていかなる効果が期待しうるかは、料金・運行予定表等特殊の条件を除けば、疑問である。さしずめ、通常の場合には、紛争を生じた場合において、企業の側に、公示してあったのだから知らないとは言わせないと抗弁の根拠を与える役割が期待されるというところであろうか。」(谷川久「企業取引と法」岩波講座現代法9巻現代法と企業157～158頁)

この記述からは、内容を知りうる状態に置くことや公示が問題とされているから、約款内容の開示が念頭に置かれているが、その一方で、谷川論文では、約款によって契約が締結されるという商慣習法または商慣習が存しない場合の約款の拘束力の基礎は、その約款に従って契約を締結すべき旨が相手方に開示されているときに、それを承認しつつ契約を締結した当事者は、そのような形で契約を締結する意思の効果として当然に約款に拘束されるとして、意思に拘束力の根拠を求める。そこでは、「開示」は約款の指定ないし約款の存在の開示であって「普通契約条款の内容が提示されている必要はない」とされる。

また、おそらく第1の見解とみられる安永論文には次の記述が見られる。「約款による契約の成立については、約款によるとの当事者の意思の合致によるものと解すべきであるから、約款を使用する事業者としてはその前提として、少なくとも約款による旨、消費者に対し何らかの形で指示する必要がある。そして約款の内容については、相当な方法で（事前の交付、あるいは事業所等への掲示などで）消費者に知る機会を与えておかななくてはならない。もっとも、個々の契約毎に現実の指示を要求することが取引の態様上不都合である場合も少なくないであろうから（旅客運送など）、このような場合には、事業所等に約款を掲示するなどの方法により、約款によるとの意思を一般的に表示しておくことで足るというべきであろう（西ドイツ約款規制法2条参照）。」（安永正昭「消費者保護からみた約款」現代契約法大系第4巻95頁～96頁）ここでは、旅客運送の場合には、約款の掲示という方法が示されているが、それは「約款によるとの意思」の表示と捉えられている。

また、開示として、約款の内容を提示することにとどまらず、説明の意味を含むものとして用いる見解がある（実質的開示）。消費者契約の場合に、事業者による説明の意味を含む、契約条件の開示がなされ、消費者がその意義、内容を理解し、納得のうえで選択の意思表示をすることで、当該条項は契約内容となるとする見解（長尾）や、企業の側で十分に顧客に理解できるよう約款内容を説明し、顧客が納得して合意したときのみ、契約の成立を認める（ただし、顧客からの錯誤主張の放棄を認めるべき場合はあるとする）見解（石田（喜））である。

（キ）以上を見ると、近時の学説は、契約説を採用し、約款による旨の相手方の同意を拘束力の基礎とし、また相手方の約款内容についての認識可能性を重視するものであると、概ね総括できるものの、子細を見ると、言葉の使い方を含めて、学説は錯綜した状態にあると言える。

3 検討

約款の組入れ・採用要件については、特に「開示」をめぐる、開示の程度・態様・時期が現実的・具体的な問題である。

以下では、それを考えるにあたり、そもそもなぜ「開示」が要求されるのか、その根拠から改めて確認していく。

(1) 「開示」の位置づけ、基本となる一般契約法の考え方

まず、約款の拘束力について、現在の主流は契約説であり、少なくとも、原則は契約説であるといってよいだろう（ただし、契約によっては白地慣習説、法規説などが適合する場面もありうると考えられる）。

次に、当事者の合意が約款の拘束力の基礎付けであるとする、合意内容となっていることが必要となる。前提問題として契約一般ならどうかを考えてみる。

鍵となるのは、当事者がそれを契約内容とする旨を合意していることである。約款に即していえば、「約款による旨の合意」ということになる。

一方当事者が作成した契約条件・契約条項が合意内容となることは契約一般として妨げられない。そのためには、当事者のその旨の合意、特に相手方のそれを契約条件とすることの同意が必要である。そのとき、相手方の同意があり、両当事者の合意があるというためには、その契約条件が相手方に「提示」され、相手方に吟味の機会が与えられて、相手方が了承することが必要である。

また、「提示」は、相手方がそれを吟味できるよう相手方に示されること、一般には書面（当事者にとって書面に代わるときは電磁的記録）が交付されることが、同様に通常のプロセスである。相手方に対し、相手方が「見に行く」行動をとることを要請するのは、異例である。それが正当化されるのは、相手方がその点についても同意をしている場合、取引慣行がそれを要請する場合（取引慣行に依拠する場合も相手方の同意があるものと解される）、法規がそれを認めている場合（等）であろう。

契約内容化が提案される契約条件・契約条項が一方当事者の作成ではなく、第三者の作成にかかるものである場合も、相手方当事者側の関与がなく一方当事者側の作成にかかるものであるときは、上記と変わることはないと考えられる。一方当事者が、その所在を指摘するという方法（「提示」に該当しない）では足りず、それでよいというのは相手方がそのこと自体に同意していたり、取引慣行等などの正当化事由がある場合に限られる。

この場合、相手方が、個々の契約条件について逐一認識し（読み）、理解していることは要求されない。相手方が、読んだうえで同意をするか、読まずに同意をするかはその選択であり、後者であったときも、それによるという同意がある限り契約内容化は妨げられない。また、読まずに同意をしたことによって、特定の契約条件についての錯誤の主張を考えうるけれども、相手方が自らそのリスクを引き受けている以上は、錯誤の主張は認められない（「読む義務」）。

したがって、相手方が後の主張について「留保」をし、作成者がそれに同意をするならば、別である。

提示の時期について、吟味の機会の付与である以上、そのための期間が必要である。相手方が不要とするならば、相手方がリスクをとることになる。

状況によっては、相手方が読むことが期待されない場合や期待できない場合がある。相手方が作成者に対して信頼を寄せている場合、契約締結の時的制約から吟味の現実的な機会がない場合などである。このような場合には、相手方の同意の内容は、自身の利益にも適切な配慮がされているものであることを想定し、それを前提とした同意であると考えられ、その前提を欠く契約条件・契約条項が存することが判明したときは、同意の基礎を欠くものとしてその契約条件・契約条項は効力を有しないという効果が導かれうる。この効果は、作成者にはその信頼に依って配慮することが要請されることを前提とするから、相手方が信頼を寄せる場合はそのように信頼を寄せることを正当とする事情の存在が必要であらうし、また、契約締結の時期が迫っているために吟味の現実的な機会がないまま締結を余儀なくされる場合はそのような時的制約を作成者が知り、かつ、作成者に配慮を要請できる事情があることが必要であらう。

（２）約款の場合

以上の契約についての一般則を基礎に約款についてその採用要件、組入れと開示をみると、契約一般から導かれるものと、約款ゆえの特殊の扱いとなるものがある。そのことを念頭に置きつつ、具体的に見ていくと、次のようになろう。

①まず「約款があらかじめ提示され、そのうえで、相手方がそれを契約内容とすることに同意すること」が要求されるのは、この一方当事者の作成による契約条件の契約内容化の通常のプロセスから要請されるものである。

②「提示」は相手方の吟味機会を付与するものでなければならず（約款の存在のみならず内容についての認識可能性の確保）、吟味機会は相手方がそのまま、つまり、吟味に要するアクションに加えた追加のアクション（「特別のアクション」（詳解・基本方針））なくして、吟味ができる状態で与えられる必要がある。この点も通常のプロセスの要請である。

具体例をみよう。③店頭で備え置かれて、顧客が見ようと思えば見られる状態（吟味に要するアクションのみが要請される）にあるときに、店頭でそれを指し示すことも、②の「提示」を満たすと解される。これに対し、備え付けられた場所以外の場所で、店頭等の場所にある約款の存在を指し示すことは、店頭に赴けば見られる状態ではあっても「提示」に該当しない。吟味そのものに要するアクションにとどまらない「特別のアクション」を要求することになるからである。

④約款CD・DVDの送付は、両当事者にとっての媒体の問題であり、相手方にとってCDやDVD等が契約条件・契約条項を示す媒体として利用できる状態にあるのであれば、書面交付による「提示」と同様に考えられる。したがって、相手方にとってCDやDVD等に馴染みがないなどの事情があるときは、「提示」とはいえない。

⑤webへの約款の掲示の場合については、webへの掲示で「提示」をするのは複数の取引、一般には多数の取引を想定するものと考えられ、上記の契約一般の通常のプロセスでは具体的には問題にならないように思われる。したがって、約款固有の問題ということになる。その場合も、一般的な基準の点では変わりがない。店頭でPCが備え付けられ、webへのアクセスができ、web約款を見ることができる状態に置かれているときに、店頭で、web約款を見ることができる状態にあることを指し示すことは「提示」に該当する。また、自宅等の場所でweb約款へのアクセスができる状態にあり、相手方がそれを見ることができる状態にあるときに、リンクを示すなどしてその所在を示すことは「提示」に該当する（相手方が店頭等別の場所にいるときに、自宅のPC等から見られるリンク等を示すことは、後日の契約締結が想定されているときは「提示」といってよいが、その場での契約締結が想定されているときは「提示」には該当しない）。相手方（顧客）が、PC等の立ち上げからweb約款の画面表示までに要する「アクション」は、比喩的にいえば、約款の同封された封筒の開封等にあたるようなもので吟味のためのアクションであって、それに追加された特別のアクションとは考えられない。

webへの掲載について、万人に開かれているのではなく、ログイン情報が求められる場合も、その情報が利用しやすい形であわせて提供されているならば、「提示」の該当性に欠けることはないと考えられる（相手方がそれを利用可能な人的・物的態勢にあることは必要である）。

⑥契約の締結自体がweb経由でされる場合、契約締結に先立って、約款が画面に示され、あるいは、リンクが示され、「約款に同意する」をクリックするという方法がとられるとき、約款の提示と約款による旨の同意という両要件を満たすと言える。リンクが提示されるだけで、web約款が必ず画面上に現れるわけではないという場合も「提示」としては、予め電子メールでリンクが送られて来ているという場合と変わりがなく、「提示」というに妨げないと解される。リンク情報が直ちにわからない・わかりにくい形になっているといった場合は、リンク自体が適切に示されていない以上、「提示」はないということになる。リンクが示されているだけで、画面上に約款が登場することが確保されない形になっていることに対し、必ず画面上の約款表示を経由することを要求することも考えられるが、それは、一方当事者の作成にかかる契約条件の契約内容化のために一般的に要請される通常のプロセスからの要請ではなく、インターネット取引におけるエキストラの消費者保護等の要請によるものと位置づけるべきであろう（通常のプロセスからの要請ではなく、また、約款であることからの要請でもない）と解される。

もとより、こう解することでそれが要請されないというわけではない)。

以上は、一方当事者が作成した契約条件・契約条項を契約内容化する場合の通常のプロセスから導かれる帰結であり、必ずしも約款であるゆえの特殊な規律ではない。

これに対し、定型性（交渉可能性がない・附合契約性）や大量・迅速処理という、一方当事者による作成という以外の約款の特質から、通常のプロセス（いわば契約の一般ルール）から導かれるのとは異なる帰結が考えられる。次の諸点である。

⑦〔タイミング・提示の時期の問題〕 吟味可能性の観点から考えるならば、約款が提示されて後、吟味のための合理的な期間が意思決定までに設けられる必要がある。通常の契約プロセスの場合、相手方が不要として内容化に同意するのであれば、そのまま効力が認められる。吟味のための期間を不要とする意思が示されない、あるいは示されても実質的な意思形成がない場合にも、約款については、(取引の大量・迅速処理の要請からそれが合理的であるような場合には) 組入れの要件を満たす（「開示」がされている）とされうるのではないか（たとえば空港での海外旅行傷害保険の購入など）。

⑧約款についていわれる、提示が困難／著しく困難な場合の緩和措置である。これについては上記のとおり、一方当事者の作成にかかる契約条件の契約内容化の場合に、そのような相手方に追加のアクションを要請するのは異例である。しかし、その場合も両当事者、特に相手方がそれを諒とするならば、契約内容とすることは妨げられないであろう（その場合に、相手方の同意の範囲、その同意が前提としていた内容を超える部分があるときの扱いの問題が残る）。そのように考えるなら、一定の場合の「緩和」があり得ること自体は、約款による取引を支えるための特別な緩和措置というわけではない。約款についていわれるルールの特殊性は、その緩和が、「提示が困難／著しく困難」という客観的状況によって発動することである（契約の一般ルールからすると、その場合の処理も基本的には当事者の意思の解釈に委ねられることになるだろうし、「開示」態様を緩和して契約内容化を可能にするための措置をあえて設ける一般的な必要はないと考えられる）。

⑨提示が「困難」であるか「著しく困難」であるかは、原則の強調の程度にかかわるものだと考えられる。「提示が困難／著しく困難」というのは、個別の当事者の意思を超えた類型的な判断を基準とするものだと考えられる。約款による取引の有用性に鑑み、契約の種類や「商品」の性質等を考慮して、一般的な顧客ならばそれを諒とするだろうといえる合理的な状況の存在が、「困難さ」の判断を支えるのではないだろうか。

⑩「緩和」措置を発動させる合理性を基礎づける事情として、契約締結の時期の切迫があげられる。旅客運送約款の場合が好例であろう。海外旅行の障害保険は、空港での契約であれば約款が提示されることを考えると、例として必ずしも適切ではないかもしれないが、旅行直前

に顧客の自宅等で契約を締結するような場合がありえよう。

⑪提示に膨大な費用がかかることが合理性を基礎づける事情となるかについては、特に集団的な取引、きわめて大量の取引については、それを肯定しうるようにも思われる（それだけの費用を「商品」価格に転嫁することは、当該「商品」のあり方として一般的な顧客が望むものではないといえるだろうか）。もっとも、上記のようにwebの活用など費用を下げる方法はあるように思われる。コストを理由とする「困難さ」の正当化には他の措置の利用可能性についても考慮する必要がある。

⑫「緩和」措置の内容をみていくと、契約締結時までに「特別のアクション」をおこせば約款内容を確認することのできる状況が作り出され、そのことについて相手方が認識できるようになっていることが要求されている。ここには、契約締結後の提示や書面交付が用意されている場合（保険約款の事後送付など）と、そのような用意はなく「特別のアクション」が恒常的に要求される場合（バスの旅客運送約款の営業所備付けなど）とがある。

この2種があることは意識されてよいのではないか。前者の事後提示については、意思決定のための吟味の機会の確保という観点からは、履行開始前の契約からの無条件・無理由の離脱が認められている場合に、事後の提示を起点とした一定の再考期間が保障されるときは、約款の組入要件を満たす（満たしうる）と考えることができるのではないかと（たとえば、損害保険の場合）。

⑬（前者についても該当しうる場合があるが）特に後者については、吟味の機会の付与、認識可能性や知る機会の付与といってもその現実性・実効性はきわめて薄く、ほとんど擬制的である。たとえば、「基本方針」について例示されているバス停の例（バス停でバスに乗車する（＝旅客運送契約の締結）ときには、その乗車の時までに営業所等に約款が備え置かれ、その旨と当該約款による旨が各バス停において表示されていることで、認識可能性が付与されるとする）は、当該契約の締結において認識可能性が確保されているとは言えないと思われる（顧客は、バスへの乗車前に営業所に赴いて約款を見ることができるという状態であるが、契約締結までの時間の短さと契約の性質として一定の場所から一定の場所への輸送であるのに、別の輸送を要求されることからすると、認識可能性が確保されているとは言えないのではないかと）。ここでの認識可能性は、当該顧客ごとのものではなく、より抽象的・一般的なものであろう。かといって、実効性ある認識可能性の確保を求めることは、契約の性質から適切ではない。そうだとすると、当事者の契約前の接触・交渉から契約の締結および履行までの時間が短く、契約締結時までの約款の提示が困難／著しく困難である場合については、約款の存在についての指示と内容についての抽象的／一般的な開示で足りるとしてはどうか。そこで約款内容の開示は、個別契約における締結意思との関係では間接的なものであって、約款の適正化の確保、顧

客の信頼の基礎の保障といった意義をもつものという位置づけではないか。

⑭約款の特質である、個別の交渉の主題とされない契約条件・契約条項であることという点は、一方では、契約内容化に向けた意思の希薄さ（契約条件を吟味して内容化の可否を判断し、交渉することは想定されていない）をもたらし、内容規制を正当化する根拠となる。それと並んで、組入れに関して、交渉可能性がなく交渉対象ではないものについて、それを開示することがどのような意味を有するのかという問いを生むことになる。「現実には読むわけではなく、また読むことが期待されていないものについて、重厚な開示が何故必要なのか」という問いはこれに関わるものである。

この点については、前記の契約のプロセスにおける一般則からすると、約款によるという意思の前提として約款内容を提示することが当然の要請となるということのほか、多くの場合は現実には読むわけではないとしても、約款は対価を払う対象を構成しており、他との比較による契約締結の決定や、通常は影響を及ぼす事項ではなくとも当該顧客が重視している事項についての確認を通じて契約の締結の意思決定の基礎となるなどが考えられる。内容自体についての形成可能性とは別に、契約締結の意思決定の基礎となる情報として約款内容の開示が要請されると解される。

⑮開示については、約款による意思の前提としての開示である場合、顧客が開示を不要とする意思を表明した場合、開示の程度や方法等開示の要件を緩和できるのかという問題がある。一般的には、顧客が不要とするのであれば、否定する理由はないと思われる。しかし、その場合にも、次の留保が必要である。(i) 顧客が約款の開示を不要とするのは、全面的にその内容を引き受けるという意思があると解されるが、どこまでの内容を引き受ける意思があるのかはその意思の表示の解釈問題であり、引受けの外であるとして、一定の契約条件・契約条項の合意内容化が否定される場合はある。(ii) 当然、「約款の開示を不要とする意思」は、実質的なものである必要がある。(iii) 「全面的にその内容を引き受けるという意思がある」と解されるためには、それが合理的であるという事情を伴うのが通常である。そのような事情として、約款内容が公知となっている、すでに顧客が知っている（従前と同一条件での更新の場合など）、などが考えられる。

（３）「開示」をめぐるその他の問題

A. 開示がされなかったときの効果

約款による意思とその前提としての開示の要件を満たさないときは、約款は契約内容とはならないというのが論理的な帰結である。

このとき、顧客（約款相手方）が知っていた条項の場合の扱いや、顧客に有利な条項の場合

の扱いが問題となる。

「基本方針」においては、知っていた条項については、開示がないことを理由として契約内容とならないという主張はできないとしている（約款による意思は必要である）。約款による意思があり、その前提として約款内容を知っていたという場合であれば、開示がないことを理由として契約内容とならないとの主張はできないという効果が適切であるが、約款中の一部の条項について知っていたというとき、その条項を約款内容全体から切り離すことができるか、また適切なのかという問題を生じるように思われる。

また、「有利な条項」については一層そうである。有利な条項について、開示の放棄、追認などの構成が考えられるところであるが、部分的な内容化（特に顧客の側からのチェリーピッキング）には疑問がある（単純な不採用ではなく使用者に不利益な部分のみの採用というのは開示懈怠の責任というには効果が重いように思われる。少なくとも、当該条項のみで意味があるかを問う必要があるのではないか）。

これは、約款単位で法律関係を規律することがどのような意味を持つのか、条項単位で考えればよいのではないかという指摘に関わる。

B. 情報提供義務・説明義務との関係について

約款の「開示」については、膨大な契約条件・契約条項をそのまま提示されても顧客の理解は及ばないのであり、重要事項説明などが実効的であることを理由に、約款の事前開示に消極的な見解もみられる。ここでは、情報提供義務・説明義務と約款の開示との関係、特に情報提供義務・説明義務が約款の開示を不要とし、あるいは緩和するか、が問われている。

これについては次のように整理するべきであろう。

上記のとおり、約款の「開示」は一方当事者が作成した契約条件・契約条項を契約内容とするために通常要請されるものである。これに対し、情報提供義務・説明義務は、契約締結の意思決定を行うにあたって必要な情報の収集能力・分析能力・情報の偏在等の事情から情報の収集に関する負担の切り分けとして、一方当事者が他方当事者に対してそのような情報の提供・説明義務を負うというものである。特に保険契約（銀行取引についても同様に言えるだろうか？）のように契約条件が商品そのものを構成しているというときには、約款の「読解」が契約締結の意思決定に持つ意味は特に大きい。また、約款に示される契約条件が契約締結の意思決定を通常左右しうる条項であるという場合は一般にある（解除の条件など）。両者は別のものであって、情報提供義務・説明義務を尽くすことで、約款の事前開示を不要とするものではないし、逆に約款の事前開示が情報提供義務・説明義務をカバーするものでもない。

情報提供義務・説明義務は、相手方の契約締結の意思決定に通常影響を及ぼすべき重要な事

項について課されるものである（相手方が個別に重要視していることを告げた事項についても及びうる。情報提供義務・説明義務の対象範囲は一般に信義則に照らした判断となる）。そのような事項ではない（あるいは、個別に重要視している事項があるが、相手方は、他方当事者にピンポイントの要請はしていない）事項について、相手方が確認し、選択する（他の商品・契約との比較など）ための契約条件についての情報の提供を約款の開示が担うことで、約款の開示は、情報提供義務・説明義務を（意思決定のための情報の提供という面で）補完するものである（なお、上記の意味の情報提供義務・説明義務と、約款自体がわかりやすい形で示される必要があること（透明性原則）はまた別である）。

情報提供義務・説明義務が約款中の契約条件を対象とする場合、①約款の開示と情報提供義務とのいずれかが尽くされていない場合、②両方が尽くされている場合、③約款は開示されたが情報提供義務は尽くされていない場合、④約款の開示は尽くされていないが情報提供義務は尽くされた場合の4場面が考えられ、その場合の効果の問題がある。情報提供義務・説明義務の違反の効果は一般に損害賠償であるが、意思表示の（無効・）取消しをもたらし場合もある。契約条件について情報提供義務が尽くされなかった場合、当該契約条件についての錯誤無効、不実告知（不実表示）等の取消しも想定できる（条項の錯誤無効はともかく、条項の取消しを認めることはできるか？）。以上を前提にすると、①の場合はそもそも当該契約条件は契約内容とはならない。②の場合は契約内容となる（不当条項規制等は次の段階に控えている）。③の場合は契約内容とはなるが、情報提供義務の対象となる契約条件について無効・取消しによる効力否定の余地がある。また、損害賠償の問題となる。④の場合は契約内容とはならない（契約内容とならないものについて情報提供をしたため、結果的に虚偽の事実を含む情報提供となったことをどう評価するかという問題は残る）。

もう一つ問題となるのが、平成17年判決との関係である。平成17年判決は、賃貸借契約における賃料という使用の対価に本来は含まれるものを、別立てとして上乘せる形で実質的に対価を増加させる契約条件（「予期しない特別の負担を課す」契約条件）について、それが合意内容となるためには、「少なくとも」賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、仮に賃貸借契約書では明らかでない場合には、賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められるなど、その旨の特約が明確に合意されていることが必要であるとしている。「予期しない特別の負担を課す」契約条件については、その条項自体の認識を確保するような開示がされたうえで、契約内容とすることへの同意がある必要があるということになる。これは、情報提供義務・説明義務の効果として、それがされないときの契約内容化の否定を認めるものとも言える。賃貸借契約書に書かれるということと「約款」との関係は明らかではないが、約款の問題へと平行移動させるなら、「予期しない特別

の負担を課す」条項がどう位置づけられるのかが問題であろう。平成17年判決で問題視されたのは、それは、特に対価との関係で本来の対価に加えたものであるという点ではないだろうか。そして、そのような性格の契約条件については、約款による意思ではカバーできず、個別契約条項自体の認識とその内容化への同意が要求されるということであろう（言辞は不意打ち条項を想起させるが、不意打ち条項よりも、むしろ核心的合意部分（あるいはそれに準ずる事項）の問題ではないだろうか。いわゆる中間条項という指摘がある）。

C. 内容との関係（内容と組入れとの連動）

内容についての規制との関係では、不意打ち条項の扱いがある。合意の範囲画定という観点からは、内容規制とは別に不意打ち条項の規律を設けることは、正当なものと思われる。現実的・具体的な問題は、何を「不意打ち」と見るかである。予測を期待しがたい異常な条項であるが、想定される顧客層を基準とした異常性に着目するのか、当該相手方を基準として実際になされた情報提供なども勘案しつつ判断されるのかという問題がある。

なお、実際の情報提供や説明に関しては、説明をしたことが不意打ちとは言わせないという形で作動することは当然である。不意打ち条項の規律はその意味で、実質的開示の確保に資することになる（実質的開示の問題は別途情報提供の問題としうるが、効力の否定、合意範囲からの除外という効果を認めるならここで手当てをすることになる）。

銀行取引における約款についての指摘として、個々の契約条件・条項に対する合意ではなく、約款についての一括した合意であるという特色から、顧客の「合理的な意思解釈としては、自己がその契約に対して期待した目的を達成できるという、より上位の意思が存在すると認められ、また、そのことは企業の側も当然意識すべきことであるから、そのような顧客の期待に反する条項については、前記のような一括的合意によりカバーされず拘束力が発生しないのである。これに対して、顧客の期待に反する条項については、企業はそのような条項を明確かつ顕著に開示すれば拘束力が発生するものとする」（山下友信「銀行取引と約款」鈴木禄彌＝竹内昭夫編・金融取引法大系100頁）という指摘のあることが着目される。

D. 「認可」が約款の契約内容化において持ちうる意義

個別の事業法が存在し、監督官庁・行政機関が約款について一定のコントロールを及ぼしていることをどう見るかは、約款の性質や拘束力に関して議論がある。

もっとも、銀行取引約款や普通預金規定については、認可等の手続も、個別事業法における基礎づけもないことから、ここでは措く。

(4) その他

A. 約款として問題をとらえることの意義

以上を通じて、「約款として問題をとらえることにどのような意義があるのか」「約款というとらえ方をしなかったときどうなるのか」という問いがある。

「約款として問題をとらえる」ことの意義は、約款という形で契約条件の内容化にあたり、一括性、包括性を持たせるという点がある。これには事実上の意義と法的な意義とがある。包括的に「約款」として契約条件が提示され、開示についての要請の充足も約款単位で行われる場合も、それは事実上のもので個別契約条件・契約条項単位で、内容化に向けた意思と開示が行われている（その集積・束である）と見ることもできよう。

合意内容を中核部分と約款部分に分け、約款部分について「組入」「解釈」「内容規制」を問うという構造や手順についても、個別契約条件・契約条項単位で同様の判断が可能であろうし、さらには、核心的部分、個別交渉契約条件・契約条項、付随的契約条件・契約条項という区別に対しても、個別契約条件・条項単位で考えることができ、また、個別契約条件単位で考えることによってより柔軟な区分の導入も可能となる。

約款として総体としての処理が、法的にも意義を持ちうるのは、「約款による」という意思という形で、附合契約的状况のもとでの希薄化された意思でよいとする点、約款内容が分断されないことを保障する点が考えられる（この意義は大きいのか？）。

B. 書面交付（自体の）持つ意義

約款内容の開示については、契約締結の意思決定の基礎となる情報の提供という面が大きい。それと並んで、紛争というわけではなく権利行使のための要件の確認であるとか、紛争になったときの契約条件の確認など、関心・問題が生じたときの契約内容の確認という意義もある（山下「約款による取引」18頁）。そして、実際に、特に消費者契約の場合に、約款内容の認識「可能性」が語られることに現れているように、相手方がその内容を読むことは期待されていない。相手方にとって、意味があるのは、契約締結の際に認識の機会が付与されたこと——これ自体も、実際に中味を見て意思決定をしようという主体にとっては意味があるが——もさりながら、むしろ、何か事が起こったときの権利義務の確認の手段としての意味であろう。

そうだとすれば、例えば、web約款等のあり方は、後者の観点からも検証する必要がある。具体的には、掲示の期間や恒常性などの点である。

4 銀行取引における約款の「組入れ」、特に開示

以上の一般論から、銀行取引における約款の採用・組入れについて個別に検討することが課題である。従来の議論では、銀行取引約款が、古典的な約款の1種として言及されることが少なくなかったが、銀行取引における約款には様々なものがありうる。

このうち、預金規定を念頭に置くと、「組入れ」や開示につき検討を要する場面として、次のような場合が考えられる。

①メールオーダーの場合、②仕組定期預金（デリバティブ預金）の場合、③ATMでの振込の場合、④インターネット・バンキングの場合、⑤自動更新の場合。

なお、銀行取引における約款について、社債の場合との異同も観点としうるのではないか。

5 その他（雑）

約款の組入れ・採用や開示に関して、手がかりとなりそうな検討として、次のような事柄が考えられるのではないか。順不同で掲げると――、

①賃貸借契約における通常損耗補修条項についての最高裁判決の位置づけを約款論の観点から、行う。

②一般論・仮設事例として、一方当事者は、どこまで他方当事者に契約内容の策定を委ねることができるかを、検討する。

たとえば、売買契約において、目的物、代金、主要な条件（支払時期など）は、合意している。目的物も確認している。後の契約条件は、知見のある者に委ねる、ただ勝手はできない、一方的に有利な条件にしているときは効力を否定される、という前提で、任せるということはできないか。少なくとも、認識可能性は必要なのだろうか。

③契約締結前の認識可能性を要求することが、実質として、どのような機能を果たしうるのかを、検討する。

現実に見る、読むことが期待されないとすると、ごく一部の見るかもしれない者のために、多くのコストをかけて開示をすることにどれほどの意味があるのか。

契約条件の主要なものについては、個別説明を行う。これは約款の形式的な開示とは別である。不意打ち的な条項の排除、内容規制では図れないどのような機能を開示が果たすのか、また、果たしうるのか。

吟味の可能性があるといっても、その吟味によって、契約内容の変更が期待できるわけではない。契約をするかしないかの意思決定、サービスの比較に資する面があるが、それにとどまるともいえる。とすると、常に、開示が必要か。むしろ、求められれば交付する、説明する、

という方法でもよいのではないか。そのような交付も無理というものがあるか。それでは、現実には応じないといったことになるので、一律、事業者側から提示させることに意味がある、といえるか。

意思決定にあたっての、商品比較のための機会という面についても、しかし、それは、契約当事者でないとなしえないことだろうか。

意思決定のための開示というより、問題が生じたときの契約内容の確認のための役割が大きいとはいえないだろうか（そのための契約条件へのアクセス、しかも、問題が生じているからこそ、事業者を通じずに、相手方のみでアクセスできることが重要になる）。

④銀行取引に関わる「約款」の開示について、商品、類型ごとに、現在の状況、可能性のある開示方法、あるべき開示方法、さらには、あるべき開示ルールを探る（そのほか、具体的な開示方法など。銀行取引以外のものを含めた比較検討が考えられる）。

⑤商慣習、白地慣習（白地委任）、といった考え方にも、見るべきものがあるのではないか。

⑥約款の「認可」の意義、役割について、契約説からは、等閑視されてきたように思われる。それは、「認可」があれば、約款の私法上の効力についてお墨付きが得られるというものではない、という点を強調することにより、警告するという意味があった。

しかし、私法上は全く意味がない、といえるだろうか。この意義、役割について、検討する必要があるのではないか。

そして、その意義・役割を探ると、では、「認可」ではなく、「〇〇」であったらどうか、という検討が可能になるのではないか。たとえば、業界ルール、自主規制（機関のルール）などである。

⑦ここでも「約款」性の問題が生じる。約款という問題として、領域を区切る場合、そこでは、何が要素になっているのだろうか。たとえば、賃貸借契約の場合と比較するとどうだろう。大量性、日常性が1つの切り口である。約款による処理で、契約のルールの例外処理が認められるとすると、その例外処理を認めることを基礎づける、事由、事情は何なのか（画一処理の要請。日常、公共的サービス。例えば、自動販売機・券売機ならどうか）。

（参考）外国法制～部会資料から（略）

<外国法制に関して>

なお、米国・UCC第2編の改正において、結局は明文化に至らなかったが、約款の採用要件の明文化をめぐる攻防がある（事象としてはシュリンク・ラップ契約が端緒であった模様である。三枝・前掲（1）～（5・完））。

【付記】

約款の採用・組入れ要件については、民法の一部を改正する法律案（2015年3月31日第189回国会提出）において、548条の2、548条の3として、下記の規定の新設が提案されている。採用・組入れの基本は、当該約款を契約内容とする当事者の意思であり、これは、その旨の明示・黙示の合意のある場合と、定型約款準備者が契約締結前に相手方にその旨を表示しており、それを受けて相手方が契約締結の意思表示をした場合の2つである（548条の2第1項。なお、後者の表示については、後述のとおり、整備法案により、契約締結ごとの個別の表示が困難なものについて個別法で公表をもって足りる旨の規律が設けられている）。

同意の前提ないし手続保障と言われていた内容の提示・開示については、相手方による開示請求に係らしめる規律となっている（548条の3第1項）。また、相手方の請求およびそれによる開示については、契約の締結前のみならず、契約の締結後（一定の期間を想定する契約にあつては契約終了後相当な期間を含んでいる）についても、規定されている。不開示の効果については、契約締結前の開示請求に対する拒絶の場合には、当該約款が契約内容とならない（法律構成としては、契約内容化が個々の条項への合意擬制という構成が採用されているため、契約内容とならないという法律構成はこの個別合意につき、そのような擬制がされない——不合意擬制——という構成がとられている）という形で、採用・組入れと連動が図られている（同条第2項）。

不意打ち条項規制については、内容を加味して判断する立場が取られている（548条の2第2項）。一見、消費者契約法10条に似た定式となっているが、不意打ち条項規制と内容規制とが融合した形の規律であり、不意打ち条項規制の明文化が見送られたわけではない。

（定型約款の合意）

第五百四十八条の二 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ものをいう。以下同じ。）を行うことの合意（次条において「定型取引合意」という。）をした者は、次に掲げる場合には、定型約款（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。以下同じ。）の個別の条項についても合意をしたものとみなす。

- 一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。
- 二 定型約款を準備した者（以下「定型約款準備者」という。）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。

2 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、合意をしなかったものとみなす。

(定型約款の内容の表示)

第五百四十八条の三 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。ただし、定型約款準備者が既に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していたときは、この限りでない。

2 定型約款準備者が定型取引合意の前において前項の請求を拒んだときは、前条の規定は、適用しない。ただし、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は、この限りでない。

このように民法に規定が設けられるとともに、それを受けて、同時に提出されている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において、改正後民法548条の2第1項の「表示していた」という規定を「表示し、または公表していた」と読み替える規定が、いくつかの個別法において設けられている。具体的には、電気通信事業法167条の2、鉄道営業法18条の2（原文はカタカナ書）、軌道法27条の2、海上運送法32条の2、道路運送法87条、航空法134条の3、道路整備特別措置法55条の2に、「民法の特例」として、上記の読み替え規定を置くことが定められている（整備法案118条、303条、304条、309条、310条、320条、325条）。約款準備者が個々の契約の締結に先立って当該約款を契約内容とする旨の表示をすること（それを受けて契約締結の意思表示を相手方がすること）という548条の2第1項2号の採用・組入れ要件を、このような表示をしなくとも公表で足りるとする規定である。個別の法律によって、約款についての行政的なコントロールや、内容の開示に関して公表や掲示、備置きなどが義務づけられている約款があるが、改正前にそのような個別法の規律のある約款のすべてについて、公表で足りるとされているわけではなく、日常的な鉄道やバスへの乗車など、契約締結に際して逐一そのような表示を行うことが困難のものについて個別の立法で手当てをすることとしたものである。逆に、このような手当てのされていないものについては、個別法の規律の遵守だけでは、私法上、約款が契約内容となって相手方を拘束するという帰結は導けず、民法の規律による必要があることになる。以上は、民法改正法案の規定する「定型約款」に該当する約款についてであるが、それに該当しないが従前「約款」として捉えられていたも

のについては、解釈問題となる（当然に、通常の契約として扱われるわけではなく、従来の約款についての議論が妥当する。ただし、定型約款についての改正法案の規律の影響、それによる従来の議論の変容の可能性という問題が生ずることになる）。

第 3 章 約款の変更（総論）

野 村 豊 弘

1 はじめに⁽¹⁾

（1）約款による契約と約款によらない契約

本稿においては、約款による契約における変更条項について考察する。すなわち、約款による契約と約款によらない（個別的交渉により契約内容が定められた）契約とで、契約条項の変更について、取り扱いが異なるかどうか、とくに、前者の場合の方が、変更条項の有効性について、より厳格に解されるべきかどうかを検討する。

（2）「変更」の意味

この問題を考察する前提として、「変更」という言葉の意味を明らかにしておく必要がある。

（i）契約条件の未確定と変更

まず、契約の成立時に、契約条件の一部が確定していない場合に、後から、それを確定する旨の条項は、変更に関するものとはいえないであろう。たとえば、ヨーロッパにおける自動車の売買契約においてかつて用いられていた「代金額は引渡日の市場価格とする」旨の条項は、契約の成立時には、目的物の引渡日の価格が未確定であるために（それまでの間に、変動する可能性がある）、定められているもので、変更条項とはいえないであろう（もっとも、変更条項でないからといって、条項の不当性が否定されるものではなく、むしろ、このような価格に関する条項は不当なものと考えられている）。

結局、「変更」というのは、契約の成立時に確定していた契約のある条件がその後変更されることを意味するものと考えられる。そして、その変更の具体的な内容が確定していない場合をいうものと考えられる。もちろん、変更されることが予想されていることが少なくないが、

(1) 後述のとおり本稿は、原則として、金融法務研究会における報告当時（平成22年8月2日）の資料に従って記述したものであり、法令・規則等について現在と異なる記載がある。

変更される内容が契約の成立時に確定していなかったのであれば、「変更」に関する条項といえるであろう。

これに対して、契約の成立時において、将来の契約条件を定めているものであっても、必ずしも、「変更」とはいえない場合がある。たとえば、長期に分割返済する消費貸借において、当初の金利を一定の数値（たとえば、2%）に定めるとともに、一定期間ごと（3年ごとに）に一定の割合を加える（+0.1%）あるいは一定割合を乗ずる（ $\times 1.1$ ）というような条項が定められている場合には、契約の全期間にわたって金利を定めているものであって（どの時点の金利についても、それを確定した数値で示すことができる）、必ずしも、「変更」とはいえないと考えられる⁽²⁾。

（ii）契約内容の変更と約款の変更

次に、約款の条項そのものが変更される場合と約款の条項そのものが変更されているのではないが、契約の内容が変更されている場合とを区別する必要がある。ここでは、主として、前者の場合、すなわち、当初の契約において、当事者の一方に契約に定められている条項の変更権が留保されている場合を「変更」の問題として取り上げている。

（3）銀行取引における変更条項の具体的事例

銀行取引における変更条項の具体的な事例として、次のようなものが見られる。

（i）普通預金規定（三井住友銀行）

14【規定の変更等】

- （1）この預金規定の各条項および前記11（4）にもとづく期間・金額その他の条件は、金融情勢その他諸般の状況の変化その他相当の事由があると認められる場合には、店頭表示その他相当の方法で公表することにより、変更できるものとします。
- （2）前記（1）の変更は、公表の際に定める1ヶ月以上の相当な期間を経過した日から適用されるものとします。

(2) 判例において、建物賃貸借と解されている（最判平成15・10・21民集57巻9号1213頁、最判平成15・10・21判時1844号50頁等）いわゆるサブリース契約における賃料自動増額条項（一定期間ごとに賃料を一定割合で増額する旨の条項）は、このような例であると考えられる。

(ii) 総合口座取引規定（みずほ銀行）

14. 規定の改定

この規定を改定する場合は、当行本支店の窓口またはATMコーナーにおいて、改定内容を記載したポスターまたはチラシ等にて告知することとし、改定後の規定については、告知に記載の適用開始日以降の取引から適用するものとします。

(iii) フランスの銀行取引約款

フランスの銀行取引約款を十分に調査したわけではないが、日本のような変更条項はないように思われる。たとえば、クレディリヨネの普通預金口座では、次のような規定が置かれている。

顧客の必要性あるいは技術の進展に伴って、約款を進化させることができる（変更）。その場合に、変更は、遅くとも、その変更が効力を生ずる1ヶ月前までに、文書または他の媒体によって通知する（とくに、取引明細書に同封するなど）。そして、変更が効力を生ずるまでに、取引契約の解除がない限り、同意したものとみなされる。

(iv) 銀行取引以外の変更条項の例

たとえば、クレジットカード会員規約（アメリカン・エクスプレスのカード会員規約）には次のような条項が見られる。

アメリカン・エクスプレスのカード会員規約

第32条（規約の改正および契約の譲渡）

1. 当社は随時基本カード会員に対し通知することによって本規約の各規定を改正することができます。会員が改正の通知を受領した後にカードを使用した場合、会員は改正後の規約に拘束されるものとします。改正の通知を基本カード会員が受領後に家族会員がカードを使用した場合においても、基本カード会員は改正後の規約に拘束されるものとします。

2. (省略)

2 約款の変更に関する学説

これまで、不当条項についての一般的基準については論じられているが、約款に含まれる変更条項の不当条項性（あるいは有効性）に関する研究はあまりなされていないようである。

たとえば、長尾治助『約款と消費者保護の法律問題』三省堂（1981年）333頁以下は、「契約で変更する場合のあることを定めていれば内容、手続とも不合理でない限り当事者はそれに拘

束されることになる」(334頁)と述べ、具体的な例として、銀行ローン約定書に定める利率の変更条項、建築工事請負契約に定める請負代金の改訂についての協議条項をあげている(事情の変更に備え、あらかじめ契約でそれへの対応を図ったものとしている)。ただし、長尾教授は、事情の変更の場合とそうでない場合とを区別しているようであり、この引用部分は、事情の変更に関するものであると思われる。

3 約款の変更に関する裁判例

約款条項の変更に関する裁判例として、以下のようなものがある。

(1) ダイヤルQ2事件(大阪地判平成6・7・25判時1463号116頁〔判批:河上・ジュリ1036号、近藤・判評422号(判時1482号)〕)

判旨は、電話加入契約約款の変更について、「新たに導入された有料情報サービスシステムに基づき、情報料等の回収代行とその支払負担者に関する事項を電話加入契約約款に追加して約款を変更し、右変更約款が加入契約者に適式に開示、放置され、発効するに至ったと認められる場合には、右加入電話を使用しこれから情報の提供を受けた者に対し、NTTは、情報提供者に代わって自己の名をもって右情報料をダイヤル通話料と併せて請求することができ、現実には情報提供を受けた者が右加入電話契約者以外の者であっても、右加入電話契約者は利用者として右情報料等の支払義務を免れない。」と述べているが、電気通信事業法では、約款の公表、開示義務を課し、その開示方法として営業所その他の事業所における掲示を命じているので、その手続きによって、相手方において約款の変更が認識可能な状態に置かれたものと解している。

(2) 神戸地判昭和62・2・24判タ657号204頁

判旨は、傷害保険契約約款の変更について、「傷害保険契約において保険契約者にとって有利な約款の改正(保障額の引上げ)および保険料の引下げがなされたが、既存の保険契約者との関係では改正以後更新までの期間保障額の増額調整措置をとることとした場合、右措置が適用されるのは改正以後更新までの期間についてのみであり、それ以前の期間について遡及して適用されるものではない」と述べている。判決は、改正された約款が適用されることを前提としているが、契約者にとって変更された内容が有利であるから、変更された条項の拘束力を問題としていないものと考えられる。

(3) 東京高判昭和48・6・25判時710号59頁〔判批：石外・法時46巻3号〕

判旨は、工事請負契約における工期の変更について、「工事請負約款に『正当の理由がある時は請負者は速やかにその理由を示して注文者に工期の変更を求めることができる』旨定められている場合に、請負人がその理由を示して工期の変更を求めた時は、注文者は工期の変更日数について請負人と協議する義務があり、当初定められた工期内に完成する見込みがないというだけの理由で直ちに契約を解除することは許されない」と述べている。判決は、請負人に工期の変更を求める権利があり、注文者がそれについて変更日数の協議に応ぜず、契約の解除をすることができないとしたものである。

(4) 最判昭和45・12・24民集24巻13号2187頁〔判批：金沢・ジュリ482号、鴻・損害保険判例百選〔第2版〕(別冊ジュリ138号)、吉川・法経論集(静岡大)34号、江頭・商法判例百選〔第2版〕(別冊ジュリ121号)等〕

判旨は、船舶海上保険に関して、普通保険約款における免責条項の変更について、「船舶海上保険につき、保険業者が普通保険約款中の免責約款を一方的に変更し、変更につき主務大臣の認可を受けないでその約款に基づいて保険契約を締結しても、その変更が保険業者の恣意的な目的に出たものでなく、変更された条項が強行法規、公序良俗に違反し、とくに不合理なものである場合でない限り、変更後の約款は、当事者を拘束する効力を有する」と述べている(ただ、いったん契約された後に、約款を変更することが問題となった事案ではない)。

(5) 主催旅行における旅行内容の変更が債務不履行にあたるか

なお、主催旅行における旅行内容の変更が問題となったものとして、次のような裁判例がある。これらの事件では、旅行内容の変更が旅行業者の債務不履行になるかどうか争われているが、約款そのものの変更の問題ではないと考えられる。

たとえば、東京高判昭和55・3・27判タ415号117頁〔判批：高橋・消費者取引判例百選(別冊ジュリ135号)〕は、「主催旅行において旅行内容を変更したことが旅行業者の債務不履行にあたる」と判示し、債務不履行の成立を認めている。また、神戸地判平成5・1・22判時1473号125頁〔判批：大村・ジュリ1122号〕も、同様に、バック旅行で、宿泊施設がホテルから自炊を前提とするコンドミニウムに変更されていたのに、それを説明しなかった場合に、債務不履行を認めている(旅行客に契約解除の機会が与えられなかったことがその理由とされている)。また、東京地判平成9・4・8判タ967号173頁も、旅行社の主催するオーストリア新婚旅行において、その主催旅行の特徴の1つである豪華クルーザーによるクルージングの予定が変更されたことが、旅行社の指示によるものではなく、クルーザーの運行会社が一方的にシー

プレイン（水上飛行機）に変更したことによる場合であっても、債務不履行に該当すると判示している。また、大阪高判平成10・11・17判タ1015号235頁〔判批：弥永・ジュリ1182号、武田・判タ臨時増刊1065号〕も、航空会社には、悪天候のため目的外空港に降機するなど、経路変更の場合には、運送約款上、会社の他の航空便で旅客を運送するか、他の運送機関に乗客を目的地まで運送するよう依頼する義務があり、その前提として、乗客がそのことを理解できるように説明し案内する義務がある（日本語しか理解できない乗客には、日本語で説明する）と判示し、航空会社には説明を怠った債務不履行があるとしている。

これに対して、東京地判平成7・10・27判タ915号148頁は、中国旅行のツアーにおいて、「ガイズ村への小旅行」が現地ガイドやバス運転手のサボタージュによって中止になった場合に、債務不履行にあたらないとしている。

4 約款に含まれる変更条項と不当条項の判断基準

（1）ドイツ法

ドイツ民法308条4号は、次のように規定している。

評価の余地を伴う禁止条項として、（変更権の留保）条項をあげている。

4.（変更権の留保）

約束された給付を変更し、または、これと異なる給付をなす権利を約款使用者に認める旨の合意。ただし、給付の変更や異なる給付をなす合意が、約款使用者の利益状況に照らし、契約の相手方に期待し得るものであるときはこの限りではない。

（2）フランス法

フランスでは、1978年に不当条項に関する立法がなされたが、現在では、消費法典の中に組み込まれている。

当初は、不当条項委員会の勧告による規制が行われていた（勧告をデクレとして法規範化することが想定されていたが、デクレがほとんど制定されず、その後、1993年のEU指令に従って、改正され、不当条項リストが付加された。現行の消費者法典では、以下のような規定が定められている。

フランス消費法典

L132-1条

①事業者と非事業者または消費者の間の契約において、非事業者または消費者を害する形で、

契約当事者の権利義務の間の判然とした不均衡を生みだすことを目的または効果とする条項は、濫用的である。

- ②L.132-1条によって設置される委員会の意見の後に定められたコンセイユ・デタのデクレが、濫用的であると推定される条項のリストを決定する。このような条項を含む契約に関する紛争の場合、事業者は、争われている条項が濫用的な性質を持たないことの証明を提出しなければならない。
- ③同様の条件のもとで定められたデクレは、契約の均衡に対してもたらされる侵害の重大性を考慮に入れながら、反証の余地のない形で第1項の意味で濫用的であるとみなされなければならない条項の類型を決定する。
- ④これらの規定は、契約の形式、媒体が何であれ、適用される。自由に交渉された条項もしくはそうでない条項、または既に作成された約款への参照を含んだ注文書、請求書、保証書、引渡明細書もしくは引渡証書、切符もしくは券についても同様である。
- ⑤民法典1156条から1161条、1163条および1164条に規定された解釈の規律を損なうことなく、条項の濫用的な性質は、契約締結時における締結を取り巻くすべての状況、およびすべての他の契約条項を参照しながら評価される。2つの契約の締結または履行が法的に相互に依存している場合には、条項の濫用的な性質は、他方の契約に含まれている条項も考慮に入れて評価される。
- ⑥濫用条項は書かれていないものとみなされる。
- ⑦第1項の意味における条項の濫用的な性質の評価は、条項が明確かつ理解可能な形で規定されている限り、契約の主たる目的の決定、および売買された物または提供された役務の代金または報酬の適合性を対象としない。
- ⑧契約は、濫用的であると判断された条項なしに存続可能である場合、それらの条項以外のすべての契約条項は依然適用可能である。
- ⑨本条は公序規定である。

R.132-1条

事業者と非事業者または消費者の間の契約において、以下のような目的または効果を持つ条項は、反証の余地のない形で、L.132-1条第1項及び第3項の規定の意味で、濫用的であると、したがって禁止されていると推定される。

.....

- 3. 契約期間、または引渡すべき物もしくは提供すべき役務の特徴もしくは代価に関する契約条項を一方的に修正する権利を事業者に留保すること。

....

R.132-2条

事業者と非事業者または消費者の間の契約において、以下のような目的または効果を持つ条項は、事業者が反証を提出した場合を除いて、L.132-1条第1項及び第2項の規定の意味で、濫用的であると推定される。

.....

6. R.132-1条第3号に規定された条項以外のもので、当事者の権利義務に関する契約条項を一方的に修正する権利を事業者に留保すること。

.....

R.132-2-1条

- ①以下の場合、R.132-1条第3号並びにR.132-2条第4号および第6号は適用されない。
- a) 価格が、事業者の制御していない相場、指標または率の変動に結び付けられている、有価証券、金融証券およびその他の商品または役務に関係する取引。
 - b) 外国通貨、並びに郵便局で作成され、外国通貨の単位で作成された旅行小切手または外国為替の売買。
- ②R.132-1条第3号およびR.132-2条第6号は、金融サービスの提供者が、非事業者または消費者が負う利率または金融サービスに関するすべての負担の額を、正当な理由がある場合に予告なく修正する権利を留保する条項の存在を妨げない。ただし、当該条項の存在を妨げないためには、事業者は他の契約当事者に速やかにその情報を提供する義務を負い、他の契約当事者は、契約を直ちに解約する自由を有していなければならない。
- ③R.132-1条第8号およびR.132-2条第6号は、金融サービスの提供者が、期限の定めのない契約を正当な理由がある場合に予告なく終了させる権利を留保する条項の存在を、事業者は契約相手方に直ちにその情報を提供する義務を負わなければならないことを条件として、妨げない。
- ④R.132-1条第3号およびR.132-2条第6号は、期限の定めのない契約が締結された場合に、引渡される物または提供される役務の価格に関連する修正を事業者が一方的に行うことができることを規定する条項の存在を、消費者が、場合によっては解約することを可能とする合理的な期間内に、そのことについて知らされていなければならないことを条件として、妨げない。
- ⑤R.132-1条第3号およびR.132-2条第6号は、事業者が技術の進展に関連する契約の一方的修正を行うことを可能とすることを規定する条項の存在を、そこから価格の上昇や品質の変更を

生じさせず、その義務により非事業者または消費者がどのような特徴に従うのか契約に示されていた場合には、妨げない。

(3) 日本法

(i) 現状

契約に関する一般法である民法には、契約の変更、約款の変更に関する規定は定められていない。また、消費者を対象とする消費者契約法についても同様である。

しかし、特別法には、若干の規定例が見られる。たとえば、信託法では、信託の変更に関する節が置かれていて、次のような規定が定められている。

(関係当事者の合意等)

第149条 信託の変更は、委託者、受託者及び受益者の合意によってすることができる。

この場合においては、変更後の信託行為の内容を明らかにしてしなければならない。

2 前項の規定にかかわらず、信託の変更は、次の各号に掲げる場合には、当該各号に定めるものによりすることができる。この場合において、受託者は、第一号に掲げるときは委託者に対し、第二号に掲げるときは委託者及び受益者に対し、遅滞なく、変更後の信託行為の内容を通知しなければならない。

一 信託の目的に反しないことが明らかであるとき 受託者及び受益者の合意

二 信託の目的に反しないこと及び受益者の利益に適合することが明らかであるとき 受託者の書面又は電磁的記録によってする意思表示

3 前二項の規定にかかわらず、信託の変更は、次の各号に掲げる場合には、当該各号に定める者による受託者に対する意思表示によってすることができる。この場合において、第二号に掲げるときは、受託者は、委託者に対し、遅滞なく、変更後の信託行為の内容を通知しなければならない。

一 受託者の利益を害しないことが明らかであるとき 委託者及び受益者

二 信託の目的に反しないこと及び受託者の利益を害しないことが明らかであるとき 受益者

4 前三項の規定にかかわらず、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる。

5 委託者が現に存しない場合においては、第一項及び第三項第一号の規定は適用せず、第二項中「第一号に掲げるときは委託者に対し、第二号に掲げ

るときは委託者及び受益者に対し」とあるのは、「第二号に掲げるときは、受益者に対し」とする。

(特別の事情による信託の変更を命ずる裁判)

第150条 信託行為の当時予見することのできなかった特別の事情により、信託事務の処理の方法に係る信託行為の定めが信託の目的及び信託財産の状況その他の事情に照らして受益者の利益に適合しなくなるに至ったときは、裁判所は、委託者、受託者又は受益者の申立てにより、信託の変更を命ずることができる。

- 2 前項の申立ては、当該申立てに係る変更後の信託行為の定めを明らかにしてしなければならない。
- 3 裁判所は、第一項の申立てについての裁判をする場合には、受託者の陳述を聴かなければならない。ただし、不適法又は理由がないことが明らかであるとして申立てを却下する裁判をするときは、この限りでない。
- 4 第一項の申立てについての裁判には、理由の要旨を付さなければならない。
- 5 第一項の申立てについての裁判に対しては、委託者、受託者又は受益者に限り、即時抗告をすることができる。
- 6 前項の即時抗告は、執行停止の効力を有する。

また、投資信託法16条（内閣総理大臣への届出）、17条（重要な変更についての書面による決議）、著作権等管理事業法11条（文化庁長官への届出・委託者への通知）などにおいても、変更に関する規定が置かれている。

(ii) 日本における債権法改正の議論（法制審議会民法（債権関係）部会）

法制審議会において、平成21年に開始された債権法改正の審議の過程でも、約款の変更の問題が取り上げられている。会議資料13-1「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（8）」、会議資料13-2「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（8）詳細版」、議事録（第11回）によると、審議の状況は以下の通りである。

まず、不当条項リストの具体例のうち、グレーリストに「条項使用者に契約内容を一方的に変更する権限を与える条項」があげられている。また、会議資料によると、「いったん成立した契約は当事者双方の合意によらなければ変更できないのが原則であり、条項使用者に契約の主要な内容の一方的変更権を付与する条項は、不当条項と推定されるべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1「検討委員会試案」・116頁、沖野眞已「『消費者契約法（仮称）』

の一検討（１）」NBL652号22頁、日弁連意見書33頁、横断的分析30頁以下）。

諸外国の立法例をみると、ドイツ民法第308条第4号、1993年EC指令付表1（j）（k）（l）、フランス消費法典R132-1条第3号、R132-2条第6号、イギリス不公正条項法第3条第2項b（i）、オランダ民法第6編第236条i、同第237条c、韓国約款規制法第10条第1号、第309条第1号に関連する規定がある。」と説明されている（「資料13-2」20頁）^{（3）}。

5 問題検討の視点

以下においては、約款の変更に関して、どのような視点から検討すべきかを整理する。

（１）契約の種類

この問題を検討するにあたっては、対象となる契約が継続的契約か一回的給付を目的とする契約かを区別する必要がある。すなわち、預金（消費寄託）契約、消費貸借契約などのような継続的契約か、売買契約のような一回的給付を目的とする契約かによって、考え方が異なるものと思われる。とくに、約款の変更が問題となるのは、前者の場合であると考えられる。

ところで、法律が、契約条件の変更を想定した規定を定めている場合もある。たとえば、借地借家法32条（旧借家法7条）がその例である。この場合に、賃料の改定に関する契約条項については、必ずしも無効とは解されていない。かつては、借家法7条が最高裁判例により強行法規と解されていることから、賃料改定条項は無効と考えられていたが、その後、賃料改定条項は、借家法7条の適用を排除するものではない（改定条項に従った賃料額が不相当になれば、当事者の一方は、同条による賃料増減請求ができる）と考えられるようになり、借地借家法（平成3年）の制定時においても、あえて、賃料改定条項が有効であることを明文で規定しないこととしたのである。

（２）変更の対象

次に、変更の対象となっているのが、契約の中心的部分であるのか、付随的部分であるのかも考慮する必要がある。前者は、契約の両当事者にとって、契約の重要な部分であって、後から変更する必要性があるとしても、その変更を認めるには、慎重でなければならないと考えられる。それに対して、後者は、比較的重要でない事項の変更であることが多いと考えられ、ある程度契約当事者の一方による変更を認める余地があると思われる。ただし、具体的な条項が、

（3） なお、本文の記述は、研究会において報告した当時（平成22年8月2日）のままである（「追記」参照）。

契約の中心部分であるか付随部分であるかを区別することは、困難であるように思われる。

また、契約の成立時に、将来の変更が想定されている事項と想定されていない事項とがある。たとえば、賃貸借契約における賃料、消費貸借・消費寄託における金利等については、契約期間がある程度長期にわたることから、経済事情の変化によって、変動することが想定されるので、変更条項を設けることが少なくない。そして、変更についても合理性が認められることが多いと考えられる。

(3) 変更の内容（方法）

契約条項の変更方法についても、いくつかの類型がある。

(i) 当事者間の合意によって契約内容を変更するもの

第1に、当事者間の合意によって契約内容を変更する条項である。このような条項については、契約の成立後に、何らかの事情によって、契約の条項を修正する条項であっても、変更の内容について、当事者の合意が存在するものであるから、その条項の有効性について、あまり問題とされないであろう。

(ii) 当事者の一方的意思によって契約内容を変更するもの

第2に、当事者の一方的意思によって契約内容を変更することを認める条項である。約款の変更に関して最も問題となる典型的な条項であって、変更の合理性・変更の周知方法などが考慮されなければならないであろう。

(iii) 一定の指標の変動に応じて、契約内容を変更するもの

第3に、一定の指標の変動に応じて、契約内容を変更する条項である。固定資産税の変動によって、賃料を変動させるような条項である。客観的な指標に従って変更されるのであるから、当事者の恣意によるとはいえないが、当該契約において、その指標によることが合理的であるかどうかを考慮されなければならないであろう（たとえば、東京地判昭和45・2・13判時613号77頁は、家賃および更新料について、東京・大阪間の国鉄運賃を標準として、それに準じて変化することを承諾する旨の特約を無効としているが、鉄道運賃は家賃を定める指標としての合理性に欠けるということであろう）。

(iv) 当事者の意思と無関係な事実（法律等の改正など）によって契約内容を変更するもの（変更に関する条項のない場合も含めて）

第4に、当事者の意思と無関係な事実（法律等の改正など）によって契約内容を変更する条項である。許認可約款の変更もこれにあたると考えられる。この場合にも、契約当事者の一方の恣意的な変更とはいえ、変更の合理性、変更の周知方法などが考慮されなければならないであろう。

（４）変更内容の通知方法

当事者の一方が約款内容を変更できる場合にも、その変更をどのように契約の相手方に通知するかも問題となる。

（i）契約内容の変更を相手方に個別に通知するもの

第1に、契約内容の変更を相手方に個別に通知する条項である。周知方法としては、最も、確実な方法である。前述のクレジットカードの会員規約は、その例である。画一的に大量に行われる取引においては、必ずしも現実的ではない⁽⁴⁾。

（ii）店頭に表示するなどの方法によるもの

第2に、店頭に表示するなどの方法による条項である。前述の総合口座規定は、その例である。

（５）変更の効力発生時期

変更後の約款が効力を生ずる時点（契約の相手方を拘束する時点）についても、いくつかの種類が見られる。

（i）変更の効力発生時期をその都度定めるもの

第1に、変更の効力発生時期をその都度定める条項で、前述の普通預金規定がその例である。

（ii）変更後、相手方が変更に同意したと判断される事実があった時に効力が生ずるとするもの

(4) なお、現在のアメリカン・エクスプレスのカード会員規約では、この規定は、以下のように修正されていて、文書による通知以外の通知方法も認められるようになっている。

第26条（規約の改定および契約の譲渡）

1. 当社は随時基本カード会員に対し文書またはその他の方法により通知することによって本規約を改定することができます。会員がかかる通知の後にカードを使用した場合、会員は改定後の規約に拘束されるものとします。

の

第2に、変更後、相手方が変更同意したと判断される事実があった時に効力が生ずるとする条項で、前述のクレジットカード会員規約がその例である。

〔追記〕

本稿は、原則として、金融法務研究会における報告当時（平成22年8月2日）の資料に従って記述したものである。

その後、法制審議会における債権法の改正については、民法（債権関係）部会において、審議が続けられ、まず、平成23年4月12日に「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」が決定され、公表するとともにパブリックコメントに付され、さらに、平成25年2月26日に「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」が決定され、公表するとともにパブリックコメントに付された。そして、最終的に、民法部会において、平成27年2月10日に「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」が決定され、同年2月24日の法制審議会総会において、「民法（債権関係）の改正に関する要綱」が決定され、法務大臣に答申され、公表された。その後、要綱に従った民法改正案が国会に提出されるに至っている。

改正要綱では、定型約款の変更について、以下のように定められている（最終的に、「定型約款」という言葉が用いられることになった）。

「第28 定型約款

1～3（省略）

4 定型約款の変更

定型約款の変更について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 定型約款準備者は、次に掲げる場合には、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し、個別に相手方と合意をすることなく契約の内容を変更することができる。
 - ア 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。
 - イ 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、変更後の内容の相当性、この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。
- (2) 定型約款準備者は、(1)の規定による定型約款の変更をするときは、その効力発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。

- (3) (1) イの規定による定型約款の変更は、(2)の効力発生時期が到来するまでに(2)による周知をしなければ、その効力を生じない。
- (4) 2 (2)の規定は、(1)の規定による定型約款の変更については、適用しない。」

民法改正要綱では、定型約款の変更について、一定の要件を充たしている場合には、相手方の個別的な同意がなくても、約款の変更をすることができる旨を定めている。すなわち、①定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合する場合、あるいは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、変更後の内容の相当性、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係る事情に照らして合理的なものである場合である。しかも、定型約款に変更できる旨の条項が定められていることは必要ではない(変更条項があることは要求されていない)。

なお、この改正要綱の内容は、民法改正案では548条の2～548条の4に定められている(定型約款の変更については、548条の4)。

第 4 章 具体的ケースを素材とした約款変更の検討

(平成22年12月16日に配付した研究会席上資料について、平成27年4月、誤記等を訂正し、付記を追加したもの)

山 田 誠 一

1 はじめに

全国銀行協会により各種規定のひな型の一部改正が行なわれたため、同協会の各加盟銀行は、その取り扱っている各種規定の内容の一部変更を行なったことと推測することができる場合がある。本報告では、そのような問題の具体的ケースを素材として、約款変更の検討を行なおうとするものである。何を約款と理解するかは慎重な検討を要するが、本報告では、各銀行が「〇〇規定」等の名称で預金者等の顧客との間の契約のために用いているものを約款と理解し、したがって、全国銀行協会が作成し公表している「〇〇規定ひな型」は、具体的な契約のために用いられているものではないため約款とは理解しないものの、加盟銀行が取り扱っている「〇〇規定」の内容が、各種規定のひな型と同一かまたは実質的に共通する内容であって、全国銀行協会の「〇〇規定ひな型」一部改正と同一かまたは実質的に共通する内容の変更が、加盟銀行が取り扱っている「〇〇規定」にも行なわれたとして、検討を行なうこととする。

約款の変更について、預金者等の顧客が個別に銀行との間で合意をすれば、変更後の内容が公序良俗に反するか、または、預金者等の顧客が消費者である場合は、消費者契約法8条から10条の規定に違反するかというテストを経ることにはなるものの、約款変更に固有の問題はないと考えられる。したがって、ここでは、約款は変更されたが、そのことについて預金者等の顧客が個別に銀行との間で合意をしていない場合において、その変更後の内容が、当事者である預金者等の顧客を拘束するかどうかということが、問題となる。この問題について、具体的なケースを本報告では検討することとしたい。

2 約款変更の具体的なケースの検討

(1) 預金者からの相殺に関する規定の追加 (各種の預金規定)

(a) 概要

全国銀行協会は、平成12年6月20日、「預金保険事故発生時における預金者からの相殺に関

する各種預金規定ひな型の一部改正等について」と題する通達を会員宛に発出した（全銀協平成12年6月20日付全事会第30号、平成12年12月19日付全事会第58号により一部改正）。この通達については、全国銀行協会事務システム部「預金保険事故発生時における預金者からの相殺に関する各種預金規定ひな型の一部改正等について」金融法務事情1586号80－87頁に述べられている（以下では、解説①として引用する）。

（b）改正された約款およびその内容

改正された約款は、各種定期預金規定、通知預金規定、譲渡性定期預金規定、総合口座取引規定等、全部で19種類ある（解説①81頁）。解説①によれば、自由金利型定期預金（○型）が、代表的な預金であるとされ、また、自由金利型定期預金（○型）規定ひな型（単利型—証書式）が、解説①に掲載されているので、これについて検討をすることとする。

自由金利型定期預金規定ひな型（単利型—証書式）は、9条が新設されている。9条は全体で5項から構成されている。その1項および2項は、次のようなものである。

9.（保険事故発生時における預金者からの相殺）

- （1）この預金は、満期日が未到来であっても、当行に預金保険法の定める保険事故が生じた場合には、当行に対する借入金等の債務と相殺する場合に限り当該相殺額について期限が到来したものとして、相殺することができます。なお、この預金に、預金者の当行に対する債務を担保するため、もしくは第三者の当行に対する債務で預金者が保証人となっているものを担保するために質権等の担保権が設定されている場合にも同様の取扱いとします。
- （2）前項により相殺する場合には、次の手続によるものとします。
 - ① 相殺通知は書面によるものとし、複数の借入金等の債務がある場合には充當の順序方法を指定のうえ、預金証書は届出印を押印して直ちに当行に提出してください。ただし、この預金で担保される債務がある場合には、当該債務または当該債務が第三者の当行に対する債務である場合には預金者の保証債務から相殺されるものとします。
 - ② 前号の充當の指定のない場合には、当行の指定する順序方法により充當いたします。
 - ③ 第1号による指定により、債権保全上支障が生じるおそれがある場合には、当行は遅滞なく異議を述べ、担保・保証の状況等を考慮して、順序方法を指定することができるものとします。

（以下、略）

本規定9条1項前段は、自働債権である定期預金債権の弁済期が到来してないため、民法上相殺適状が生じていない場合であっても、銀行に預金保険法の定める保険事故が生じた場合に

は、預金者から相殺をすることができる旨定めたものである。民法505条によると相殺をすることができない場合について、預金者からの相殺を可能とした内容である。同項後段は、自働債権について質権が設定されている場合、相殺することができないという民法505条の解釈（我妻榮・新訂担保物権法191頁参照）とは異なり、銀行に預金保険法の定める保険事故が生じた場合には、定期預金債権に銀行のために質権が設定されていても、預金者は相殺することができる旨を定めたものである。

本規定9条2項1号本文は、①預金者のする意思表示は書面によって行なわなければならない旨、②預金者が相殺の充当の順序の指定をすることができる旨、③預金者は預金証書に届出印を押印のうえ提出しなければならない旨を定めている。同号ただし書は、預金者が充当の順序を指定した場合であっても、自働債権とする預金債権に担保が設定されているときは、その担保されている債務（預金者の銀行に対する債務）から相殺される旨を定めている。同項2号は、預金者が相殺の充当を指定しない場合は、銀行が相殺の充当の指定をする旨を定めている。同項3号は、預金者が相殺の充当を指定した場合であっても、債権保全上支障が生ずるおそれがあることを要件として、その預金者の充当の指定を銀行が覆し、銀行が相殺の充当の方法を指定することができる旨を定めている。

本規定9条2項1号本文のうち①の点は、民法によれば相殺の意思表示は書面で行なうことを必要としていないため、それとは異なる規律を定めていることになる。同じく②の点は、2号、3号とともに、相殺の充当の指定に関する規律を定めているが、民法512条、および、同条により準用される488条の内容と比較すると、相殺をする者である預金者の充当を指定することができる範囲が狭められ、その相手方である銀行が充当を指定することができる範囲が広がられていることを指摘することができる。なぜならば、民法488条1項により、弁済をする者（512条により準用されて、相殺をする者）の充当の指定は、弁済を受領する者（512条により準用されて、相殺をする者の相手方）により覆されることはないが、3号は、一定の要件のもとではあるが、相殺をする者の相手方である銀行が、相殺をする者である預金者の充当の指定を覆すことができとしているからである。1号ただし書については、民法では相殺ができない場合（預金債権が担保となっている場合であるため）に相殺を可能としていることが前提となっていて、その際の充当の問題であるため、民法とは異なることを規律する結果となっている。

（c）関連する約款

預金者からする相殺については、銀行取引約定書ひな型（平成12年4月廃止）にも、規定が

ある。7条の2（同前）（同前とは、7条が差引計算のため、差引計算を意味する）1項は、「弁済期にある私の預金その他の債権と私の貴行に対する債務とを、その債務の期限が未到来であっても、私は相殺することができます。」と定め、9条の2（同前）（同前とは、9条が充当の指定のため、充当の指定を意味する）1項は、「第7条の2により私が相殺する場合、私の債務全額を消滅させるに足りないときは、私の指定する順序方法により充当することができます。」と定め、同条3項は、「第1項の指定により債権保全上支障が生じるおそれがあるときは、貴行は遅滞なく異議を述べ、担保、保証の有無、軽重、処分の難易、弁済期の長短、割引手形の決済見込みなどを考慮して、貴行の指定する順序方法により充当することができます。」と定めている。

銀行取引約定書ひな型（平成12年4月廃止）7条の2、1項は、民法上相殺ができる場合に相殺をすることができるとするものである。9条の2、1項と3項は、民法の相殺の充当の指定の規律（512条、同条により準用される488条）と比較すると、相殺をする者（預金者）が充当を指定することができる場合を狭めたものとなっている。

（d）変更後の約款規定にもとづく銀行の主張に対して、預金者が約款の変更に同意をしていない旨を主張した場合の解決

本規定9条1項前段は、預金者が行なう相殺について、この約款変更がなければ相殺できない場合について、相殺できるとするものであり、預金者が約款の変更に同意していないという主張は實際上想定できず、また、そのような主張があった場合も、預金者が相殺の効力を主張する場合には矛盾するものとなるため、預金者が約款の変更に同意をしていないと主張した場合の解決を検討する必要はないと考えられる。

これに対して、本規定9条2項には、民法の規律と比較して、預金者の権利を制限している箇所（預金者の充当の指定が覆る場合があること）、または、預金者の権利行使を困難にしている箇所（相殺の意思表示を書面で行なうことを要するとしていること）がある。これは、この点を取り出して民法の規律との相違を強調すると、約款変更に同意をしていない預金者は、この変更後の約款の内容に拘束されないとする主張を許すことになるようにも思われる。しかし、民法の規律と比較して預金者の権利が制限され、預金者の権利行使が困難となっている点は、いずれも、本規定9条1項前段により、民法上の規律によれば、預金者が相殺できない場合に相殺できる場合であるため、このような権利が制限され、また、権利行使が困難となった範囲で、民法上の相殺できない相殺が可能となったと考えることができる。したがって、約款

変更同意していない預金者も、銀行に預金保険法上の保険事故が生じ、本規定9条1項前段にもとづいて相殺をする場合には、本規定9条2項によって生ずる制約には服すると考えてよいだろう。

(2) 口座の強制解約に関する規定の追加（普通預金規定）

(a) 概要

全国銀行協会は、平成12年12月19日、「普通預金規定ひな型等における預金口座の強制解約等に係る規定の制定について」と題する通達を会員宛に発出した（全銀協平成12年12月19日付全事会第58号）。この通達については、齋藤秀典（全国銀行協会事務システム部）「普通預金規定ひな型等における預金口座の強制解約等に係る規定の制定について」金融法務事情1602号11～18頁に述べられている（以下では、解説②として引用する）。

(b) 改正された約款およびその内容

改正された約款は、普通預金規定ひな型、貯蓄預金規定ひな型、および、カード規定試案である（解説②12頁）。普通預金規定ひな型が、解説②に掲載されているので、これについて検討をすることとする（カード規定試案も解説②には掲載されている）。

普通預金規定は、変更前に10条（解約）があったが、変更により10条（解約等）となり、10条については、変更前は単一の項で構成されていたが、変更後は4項から構成されることとなった。変更前の単一の項は、変更後1項となり、2項から4項が新設された。その2項は、次のようなものである

10.（解約等）

(1)（略）

(2) 次の各号の一にでも該当した場合には、当行はこの預金取引を停止し、または預金者に通知することによりこの預金口座を解約することができるものとします。なお、通知により解約する場合、到達のいかんにかかわらず、当行が解約の通知を届出のあった氏名、住所にあてて発信した時に解約されたものとします。

- ① この預金口座の名義人が存在しないことが明らかになった場合または預金口座の名義人の意思によらずに開設されたことが明らかになった場合
- ② この預金の預金者が前条第1項に違反した場合
- ③ この預金が法令や公序良俗に反する行為に利用され、またはそのおそれがあると認められる場合

(以下、略)

本規定10条2項は、①同項各号が定める場合について、銀行が預金取引を停止することができ、または、預金口座を解約することができるとし、②解約には通知が必要であるとして、③解約の通知は、到達したかどうかを問わずに、届出の住所氏名に宛てて発信した時点で解約がされたものとみなすとしている。同項各号とは、1号が、名義人の不存在、または、名義人の意思にもとづかずに開設された場合を定め、いずれもいわゆるなりすましの例であり、2号が、本規定9条1項が禁止する預金契約上の地位等の譲渡質入れをした場合を定め、3号が、預金が法令違反行為または公序良俗違反行為に利用される場合を定めている。

これらを民法の規律と比較すると、「普通預金契約は、期限の定めのない契約として、また、消費寄託を重要な要素とする契約として、銀行がいつでも解約することができそうである」が、「普通預金契約の性質に鑑みると、それは期間の定めのない契約ではあるが、銀行はやむを得ない事由がなければ解約することができないという黙示の合意が一般的に組み込まれているものと解釈すべきであろう。普通預金規定（10条2項・3項）は、約款という形式でその内容を具体化したものと理解することができる」(中田裕康「第3章 銀行による普通預金の取引停止・口座解約」、金融法務研究会・最近の預金口座取引をめぐる諸問題（2005年9月）27頁）と理解すれば、本規定10条2項のうち①と②の点は、同項各号が定める要件を個別に吟味する必要はあるものの、やむを得ない場合に、銀行は普通預金契約を解約することができるという点では、民法の規律とは異ならないと考えることができる。それに対して、③の点は、「たとえば預金口座が犯罪に利用されていることが明らかになった場合等には、当該口座を直ちに解約する必要があるためである」と、このようにする必要性が説明されてはいる（解説②13頁）が、③のうち発信主義の点は民法の規律とは異なるというべきである。なお、③のうち発信主義を除く部分は、本規定11条が「届出のあった氏名、住所にあてて当行が通知または送付書類を発送した場合には、延着または到達しなかったときでも通常到達すべき時に到達したものとみなします」とすることと、共通の規律内容である。

（c）変更後の約款規定にもとづく銀行の主張に対して、預金者が約款の変更に同意をしていない旨を主張した場合の解決

銀行が、変更後の約款規定にもとづき、預金口座の解約を主張した場合に、預金者は、約款変更に同意をしていないとして、預金口座の解約が行なわれていないと争うことが考えられる。（b）に見たように、民法上の規律は、やむを得ない場合には銀行は普通預金契約を解約することができるというものであると考えられ、したがって、仮に、変更後の約款に拘束力がないとしても、銀行は預金口座の解約を主張することができると考えられる。ただし、その場合、

例えば、本規定10条2項3号が、預金が法令違反行為や公序良俗違反行為に利用されるおそれがある場合に銀行は解約することができるとしていることについて、「おそれ」の解釈として、客観的にみて具体的なおそれがあることを要するとするなどのやむを得ない場合に該当するかどうかの観点からの慎重な対応を要することになると考えられる（この点は、中田・前掲27頁参照）。

しかし、本規定10条2項のうち③の発信主義については、預金者が約款変更同意をしていないとして、本規定11条により解決すべきであると主張する場合に、なお、発信主義が預金者を拘束するかどうかは疑問なしとしない。解説②が説明するように、犯罪のための利用が明らかとなるときは、犯罪のために利用した者が、仮に約款変更同意していないとしても、約款変更同意していないことを理由として変更後の約款に拘束されない旨の主張を認めることは、違法な結果を助長することとなり、そのような主張を信義則上許さないというような解決を考えることができる。しかし、犯罪のための利用と、公序良俗違反行為のための利用とは、やや、その反社会性の程度の点で異なることがあるとも考えられ、常に、信義則を根拠に、発信主義が預金者を拘束するとの解決を導くことには困難があるように思われる。

（3）偽造変造カードによる払戻し（カード規定試案）

（a）概要

全国銀行協会は、平成18年2月10日、カード規定試案の一部を改正した。この改正については、大坪直彰（全国銀行協会企画部次長）『『カード規定試案』改正等の概要』金融法務事情1756号9－18頁に述べられている（以下では、解説③として引用する）。

（b）改正された約款およびその内容

本改正では、カード規定試案の9条（カード・暗証の管理等）、10条（偽造カード等による払戻し等）、11条（盗難カード等による払戻し等）が新設された（改正されたカード規定試案は、解説③に掲載されている）。

改正前の本規定は、10条（暗証照合等）の2項が、「当行が、カードの電磁的記録によって、支払機または振込機の操作の際に使用されたカードを当行が交付したものとして処理し、入力された暗証と届出の暗証との一致を確認して預金の払戻しをしたうへは、カードまたは暗証につき偽造、変造、盗用その他の事故があっても、そのために生じた損害については、当行および提携先は責任を負いません。ただし、この払戻しが偽造カードによるものであり、カードおよび暗証の管理について預金者の責に帰すべき事由がなかったことを当行が確認できた場合の

当行の責任については、この限りではありません」と定めていたが、改正により、同項は削除された。

改正後の10条は、以下のようなものである。

10. (偽造カード等による払戻し等)

偽造または変造カードによる払戻しについては、本人の故意による場合または当該払戻しについて当行が善意かつ無過失であって本人に重大な過失があることを当行が証明した場合を除き、その効力を生じないものとします。

この場合、本人は、当行所定の書類を提出し、カードおよび暗証の管理状況、被害状況、警察への通知状況等について当行の調査に協力するものとします。

偽造または変造による払戻しは、①本人の故意の場合、または、②銀行が払戻しについて善意無過失であって本人に重大な過失がある場合を除いて、効力が生じないと定めている。これを、偽造カード等及び盗難カード等を用いて行われる不正な機械式預貯金払戻し等からの預貯金者の保護等に関する法律（平成17年 8月10日法律94号）（以下、預金者保護法という）の規定と比較すると、同法4条1項は、①本人の故意の場合、または、②銀行が払戻しについて善意無過失であって本人に重大な過失がある場合に、払戻しの効力が生ずるとし、あわせて、同法3条が、民法478条の規定を、カードによる払戻しに適用せず、ただし、真正のカードによる払戻しの場合にはこの限りでないとするにより、改正後のカード規定試案10条の規律内容は、預金者保護法の規律内容と同一であることが分かる（カード規定試案10条は、効力が生ずる要件を実体要件とはせずに、証明したことを要件としている点で、預金者保護法と異なるが、この点は、実質的な相違ではないと考えてよいと思われる）。

（c）変更後の約款規定にもとづく銀行の主張に対して、預金者が約款の変更に同意をしていない旨を主張した場合の解決

預金者保護法と、改正後のカード規定試案の関係を、（b）のように理解することができるならば、預金者が約款の変更に同意していないとしても、変更後の約款の内容が、預金者保護法の適用として、預金者を拘束することとなる。また、この変更により、偽造カードで払戻しが行なわれた預金者は、改正前カード規定試案10条2項と比較して、改正後カード規定試案10条の方が、払戻しの効力が生ずる場合が狭められているため、預金者の権利は拡張されているともいえ、預金者が、約款の変更に同意していないことを理由にして約款の変更に否定する主張をすることは、實際上、考えられないということもできる。

(4) 預金等の不正な払戻し（普通預金規定）

(a) 概要

全国銀行協会は、平成20年2月19日、預金者保護法の対象となっていない盗難通帳およびインターネット・バンキングによる預金の不正払戻しにつき、銀行が無過失の場合でも、預金者に責任がない限り、積極的に補償に応じる旨の申し合わせを行ない、公表した。この申し合わせについては、岩本秀治（全国銀行協会企画部長）・辻松雄（同業務部長）「盗難通帳およびインターネット・バンキングによる預金の不正払戻しに対する自主的な取組み」金融法務事情1831号25～87頁に述べられている（以下では、解説④として引用する）。この申し合わせでは、普通預金規定（個人用）（参考例）を添付している。解説④は、この普通預金規定（個人用）（参考例）を掲載している。

(b) 改正された約款およびその内容

普通預金規定（個人用）（参考例）は、個人を対象としたものであり、普通預金規定ひな型に修正追加を行なったものである（解説④29頁参照）。例えば、9条（盗難通帳による払戻し等）が新設され（解説④30頁参照）、また、5条（預金の払戻し）に2項が新設追加された（解説④31頁参照）。

普通預金規定（個人用）（参考例）9条1項等は、次のようなものである。

9.（盗難通帳による払戻し等）

(1) 盗取された通帳を用いて行われた不正な払戻し（以下、本条において「当該払戻し」という。）については、次の各号のすべてに該当する場合、預金者は当行に対して当該払戻しの額およびこれにかかる手数料・利息に相当する金額の補てんを請求することができます。

- ① 通帳の盗難に気づいてすみやかに、当行に通知が行われていること
- ② 当行の調査に対し、預金者より十分な説明が行われていること
- ③ 当行に対し、警察署に被害届を提出していることその他の盗難にあったことが推測される事実を確認できるものを示していること

(2) 前項の請求がなされた場合、当該払戻しが預金者の故意による場合を除き、当行は、当行へ通知が行われた日の30日（・・・中略・・・）前の日以降になされた払戻しの額およびこれにかかる手数料・利息に相当する金額（以下、「補てん対象額」といいます。）を前条本文にかかわらず、補てんするものとします。

ただし、当該払戻しが行われたことについて、当行が善意無過失であることおよび預金者に過失（重過失を除く）があることを当行が証明した場合には、当行は補てん対象額の4分の3に相当する金額を補てんするものとします。(3) (略)

- (4) 第2項の規定にかかわらず、次のいずれかに該当することを当行が証明した場合には、当行は補てんしません。
- ① 当該払戻しが行われたことについて当行が善意かつ無過失であり、かつ、次のいずれかに該当すること
- A 当該払戻しが預金者の重大な過失により行われたこと
- B (略)
- C (略)
- ② (略)
- (以下、略)

普通預金規定（個人用）（参考例）9条1項等は、全体として、盗難カードによる払戻しのためのカード規定試案11条と基本的な点で同等の規定を、盗難通帳による払戻しのために定めたものである（解説④30頁は、普通預金規定（個人用）参考例9条1項から4項は、カード規定試案11条1項から4項を、ほぼ踏襲した内容としているとする）。また、カード規定試案11条は、基本的には、預金者保護法の内容を忠実に織り込んだものとされている（解説③10頁参照）。なお、預金者保護法では、盗難カードによる払戻しの場合、預金が存在したならば得られた利息や払戻しにかかる手数料については、補てんの対象外となっているが、カード規定試案11条2項では、手数料・利息も、補てんの対象としている（解説③11頁参照）。したがって、この利息・手数料の点では、カード規定試案は、預金者保護法を上回る保護を、預金者に与えていることになる。

預金者保護法、カード規定試案11条、および、普通預金規定（個人用）（参考例）9条は、以上のような関係にあるが、預金者保護法と、普通預金規定（個人用）（参考例）9条とは、対象が盗難カードと盗難通帳とで異なり、したがって、普通預金規定（個人用）（参考例）9条の規律は、民法の規律との比較が行なわれるべきである。この両者を比較すると、民法478条では銀行が免責され、また、銀行が415条により債務不履行にもとづく損害賠償を負うことのない場合であっても、普通預金規定（個人用）（参考例）9条によると、銀行が預金者に対して、補てんをしなければならない場合があるということが明らかになる。

(c) 変更後の約款規定にもとづく銀行の主張に対して、預金者が約款の変更に同意をしていない旨を主張した場合の解決

(b) のように、民法と普通預金規定（個人用）（参考例）9条との関係を理解すると、預金

者が約款の変更不同意を主張することは、預金者にとって有利な規律による解決を否定することであり、現実には想定し難い。しかし、なんらかの事情があり、預金者が、約款変更不同意を理由として、約款の拘束力を否定する場合は、盗難通帳による払戻しがあり、変更後の約款にもとづけば銀行が預金者に補てんすべきときであっても、銀行は預金者に補てんする義務はないことになるように思われる。あるいは、預金者にとって有利であれば、約款の拘束力を預金者が否定していても、預金者を拘束するという考え方もあろうか（しかし、変更後の約款にもとづけば銀行が預金者に補てんすべき場合であるとされるためには、預金者が少なくとも個数の要件に該当する事実を主張し立証することが必要であり、そのため、そのような事実の主張立証をしながら、約款の変更には同意していないので、変更後の約款に拘束されることを預金者が否定することは、ほとんど想定できないように思われる）。

（５）暴力団排除条項の追加（普通預金規定、貸金庫規定）

（a）概要

全国銀行協会は、平成21年9月24日、「普通預金規定・当座預金規定・貸金庫規定に盛り込む暴力団排除条項の参考例」を制定した。このことについては、小田大輔（弁護士）「普通預金規定・当座預金規定・貸金庫規定に盛り込む暴力団排除条項の参考例」金融法務事情1880号13-19頁に述べられている（以下では、解説⑤として引用する）。なお、これと関連するがこれとは別に、全国銀行協会は、平成20年11月25日、「銀行取引約定書に盛り込む場合の暴力団排除条項の参考例」を取りまとめた（日付については、解説⑤13頁参照）。このことについては、岩永典之（全国銀行協会コンプライアンス室調査役）・小田大輔（弁護士）「『銀行取引約定書に盛り込む場合の暴力団排除条項の参考例』の解説」金融法務事情1856号8-15頁に述べられている（以下では、解説⑥として引用する）。

（b）改正された約款およびその内容

本参考例は、普通預金規定、当座預金規定、貸金庫規定のそれぞれについての参考例からなる。普通預金規定については、○条（反社会的勢力との取引拒絶）と、11条（解約等）から構成されているが、当座預金規定については、○条（反社会的勢力との取引拒絶）と、24条（解約）から構成され、貸金庫規定については、○条（反社会的勢力との取引拒絶）と、11条（解約等）から構成されていて、基本的な構成は共通する。普通預金規定11条は、3項が新設される。

普通預金規定11条（解約等）3項は、次のようなものである。

11.（解約等）

(1)（略）

(2)（略）

(3) 前項のほか、次の各号の一にでも該当し、預金者との取引を継続することが不適切である場合には、当行はこの預金取引を停止し、または預金者に通知することによりこの預金口座を解約することができるものとします。

- ① 預金者が口座開設申込時にした表明・確約に関して虚偽の申告をしたことが判明した場合
- ② 預金者が、次のいずれかに該当したことが判明した場合
 - A. 暴力団
 - B. 暴力団員
 - C. 暴力団準構成員
 - D. 暴力団関係企業
 - E. 総会屋、社会運動等標ぼうゴロまたは特殊知能暴力集団等
 - F. その他前各号に準ずる者
- ③ 借主または代理人が、自らまたは第三者を利用して次の各号に該当する行為をした場合
 - A. 暴力的な要求行為
 - B. 法的な責任を超えた不当な要求行為
 - C. 取引に関して、脅迫的な言動をし、または暴力を用いる行為
 - D. 風説を流布し、偽計を用いまたは威力を用いて当行の信用を毀損し、または当行の業務を妨害する行為
 - E. その他前各号に準ずる者

本規定11条3項2号は、預金者が暴力団または暴力団員であることが判明した場合、銀行は、預金口座を解約することできる旨を定めている。

民法上の規律には、普通預金契約の一方当事者である預金者が暴力団、または、暴力団員であったことが契約締結後に判明した場合、預金者が暴力団または暴力団員であることを理由として、普通預金契約を銀行が解約することができることを、直接根拠づける規定はないように思われる。しかし、(2)で検討した通り、やむを得ない事由があれば普通預金契約を解約することができると考えられる。また、普通預金契約には、預金者を委任者とし、銀行を受任者とする委任契約の性質を有するとも考えられる（最判平成21年1月22日民集63巻1号228頁参照）ため、委任者が反社会的な属性を有する者であることが明らかになり、その結果、受任者の委任者に対する信頼関係が崩れた場合には、受任者からの解除により委任者の利益が害されると

しても、受任者からの解除を認めるべき根拠は強まると考えれば、普通預金契約の一方当事者である預金者が暴力団、または、暴力団員であったことが契約締結後に判明した場合、預金者が暴力団または暴力団員であることを理由として、普通預金契約を銀行が解約することができると思える余地は生ずるように思われる。

(c) 変更後の約款規定にもとづく銀行の主張に対して、預金者が約款の変更に同意をしていない旨を主張した場合の解決

銀行が、変更後の約款規定にもとづき、預金者が暴力団または暴力団員であることが判明したことを理由に、普通預金契約を解約した場合が問題となる。(b)のように、民法上の規律にしたがって、銀行は、普通預金契約を解約または解除をすることができるとするならば、民法の規律にしたがった解決を図ることができる。しかし、仮に民法上の規律にしたがうならば、銀行は、普通預金契約を解約できず、解除もできないとするならば、約款変更に同意していないとする預金者の主張を覆すことは容易ではない。解説⑤は、このことに関連して、既存の顧客や取引について遡及的に適用することも可能と考えられるが、その前提として、各金融機関所定の適正な規定変更手続を経る必要がある点には留意が必要であるとして、各金融機関所定の適正な規定変更手続とは何かという問題に、実質的な解決を委ねている(18頁)。なお、解説⑥は、暴力団排除条項導入前の銀行取引約定書が適用される既存取引先については、当該既存取引先の同意がない限り暴力団排除条項の効力は及ばないとの考え方を示している(15頁)。

3 関連するその他のケース

関連する他のケースとしては、民事再生法の制定および和議法の廃止と期限の利益喪失条項の変更(銀行取引約定書)(「座談会 民事再生法の施行と銀行取引約定書ひな型5条」金融法務事情1573号16頁以下、天野佳洋「民事再生法と期限の利益喪失条項」金融法務事情1576号4頁以下参照)と、キャッシュカードをデビットカードとして使用することが可能となること(カード規定試案)があるように思われる(これらの他にも、あるかもしれない)。これらの検討も参考になると思われるが、本報告では、検討を行っていない。

4 暫定的なむすび

本報告で検討した5つのケースには、いくつかの異なるパターンがあることが明らかになった。

預金者からの相殺に関する規定の追加(各種の預金規定)(2(1))は、民法では預金者は相殺できない場合に、変更後の約款により相殺をすることができるようにするものである。変

更後の約款により相殺をしようとした場合には、約款の変更に同意したことを擬制することもできるのではないと思われる。しかし、なによりも、約款の変更に同意していないことを理由として、変更後の約款の拘束力を預金者が否定することは實際上、考えにくい例であることを指摘すべきである。

口座の強制解約に関する規定の追加（普通預金規定）（２（２））は、基本的な部分は、民法上の規律にもとづいても銀行ができることを、約款変更により、約款で銀行ができる旨定めたものである。しかし、通知のみなし到達自体は、同規定の他の条項（11条）を根拠とすることができるものの、その発信主義の点については、約款変更に同意していない預金者を拘束することは、一般的には困難であるように思われる。ただし、約款変更に同意していないことを理由として、変更後の約款の拘束力が及ばないとの主張が、犯罪目的で預金を利用する預金者がする場合は、信義則に反するとして許されないことも考えられ、現実の対応には、なお余地が残されていると考えることができる。

偽造変造カードによる払戻し（カード規定試案）（２（３））は、法律の規定通りであり、約款変更の問題は、現実化しない。

預金等の不正な払戻し（普通預金規定）（２（４））は、預金者に有利に約款内容を変更するものである。預金者からの相殺に関する規定の追加（各種の預金規定）（２（１））と同様の位置づけをすることができる。

暴力団排除条項の追加（普通預金規定、貸金庫規定）（２（５））が、最も困難な問題を抱えている可能性がある。ポイントは、民法上の規律として解約または解除できるかどうかであり、もし、それが可能であれば、基本的には、口座の強制解約に関する規定の追加（普通預金規定）（２（２））と同様の位置づけをすることができる。しかし、そのような解釈ができないとすると、約款変更に同意していない預金者から、変更後の約款にもとづく解約の拘束力が及ばないとする主張があった場合、対応は容易ではないように思われる。そのような約款変更に、社会的な必要性があることは明らかではあるが、民事法によって規律される私人間の法律関係として、社会的な必要性を根拠として、約款変更が特別に許容されるとは考えにくい。このような約款変更を念頭におくと、民法等により、約款の変更内容と変更手続について一定の規定をおき、その規定に従う約款変更であれば、当事者（本報告での例では、預金者など）の同意を得ずに、変更後の約款の拘束力が当事者に及ぶとする旨を定めることは、検討に値すると思われる。

最後に、約款中に約款変更に関する規定が置かれる場合がある。約款変更に関する規定を含む約款により当初契約が締結された場合には、その約款変更に関する規定自体の効力が、規定の内容に立ち入って検討されてよい。しかし、そのような検討の結果、約款変更に関する規定自体の効力が承認される場合には、その規定にもとづいた約款変更は、基本的に支持されてよ

いと考え。しかし、これとは区別すべきものとして、約款変更に関する規定を含まない約款により当初契約が締結され、その後、約款変更に関する規定が、当事者の個別合意なく、約款中に新設された場合がある。この場合は、約款変更に関する規定の新設自体について、当事者に不利な点がないかどうかの検討が行なわれる必要があり、多くの場合には、その約款変更に関する規定の新設自体が支持されないのではないと思われる。

(資料)

- * 全国銀行協会事務システム部「預金保険事故発生時における預金者からの相殺に関する各種預金規定ひな型の一部改正等について」金融法務事情1586号80-87頁（解説①）
- * 齋藤秀典（全国銀行協会事務システム部）「普通預金規定ひな型等における預金口座の強制解約等に係る規定の制定について」金融法務事情1602号11-18頁（解説②）
- * 大坪直彰（全国銀行協会企画部次長）『『カード規定試案』改正等の概要』金融法務事情1756号9-18頁（解説③）
- * 岩本秀治（全国銀行協会企画部長）・辻松雄（同業務部長）「盗難通帳およびインターネット・バンキングによる預金の不正払戻しに対する自主的な取組み」金融法務事情1831号25-87頁（解説④）
- * 小田大輔（弁護士）「普通預金規定・当座預金規定・貸金庫規定に盛り込む暴力団排除条項の参考例」金融法務事情1880号13-19頁（解説⑤）
- * 岩永典之（全国銀行協会コンプライアンス室調査役）・小田大輔（弁護士）『『銀行取引約定書に盛り込む場合の暴力団排除条項の参考例』の解説』金融法務事情1856号8-15頁（解説⑥）

以上

(付記)

2015年3月31日、内閣から国会に、民法の一部を改正する法律案が提出された（閣法63号）。この法律案には、民法第3編債権第2章契約第1節総則中に、第5款定型約款が新設され、また、同款中に、548条の4として、定型約款の変更に関する規定が新設されている。同条の規定は、以下のようなものである。

(定型約款の変更)

第五百四十八条の四 定型約款準備者は、次に掲げる場合には、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し、個別に相手方と

合意をすることなく契約の内容を変更することができる。

一 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。

二 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。

- 2 定型約款準備者は、前項の規定による定型約款の変更をするときは、その効力発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。
- 3 第一項第二号の規定による定型約款の変更は、前項の効力発生時期が到来するまでに同項の規定による周知をしなければ、その効力を生じない。
- 4 第五百四十八条の二第二項の規定は、第一項の規定による定型約款の変更については、適用しない。

第 5 章 団体による標準契約書等の作成

森 下 哲 朗

金融取引の分野では、国家が制定する法以外に、銀行と顧客との間の契約内容に関して、各種の団体が作成した取決めが存在し、重要な役割を果たしている。標準契約書、統一約款、ガイドライン、行為規範、統一規則など、そうした取決めの形態や機能は多様である。また、国際的な団体が作成したものもあれば、国内の団体が作成したものも存在する。

本稿では、第一に、そのような団体における標準契約書等の作成に関する状況を概観したうえで、幾つかの切り口からそうした団体による標準契約書等の作成の意義や法的問題について検討することとしたい。

1 団体における標準契約書等の作成の状況

(1) 各種の団体

まず、金融取引に関する標準契約書や約款等の作成に携わっている国内外の団体のうち、代表的と思われるものの幾つかについて、見ておくこととしたい。

ア. 自主規制団体

幾つかの金融監督法は、自主規制団体によるルール形成を制度として取り込んでおり、そうした自主規制団体が、その定める規則を通じて、約款の具体的内容について定めている例がある。

例えば、金融商品取引法に基づく自主規制団体である日本証券業協会の規則である有価証券の寄託の受入れ等に関する規則の3条1項では、「会員は、顧客から単純な寄託契約又は混蔵寄託契約により有価証券の寄託を受ける場合には、当該顧客と保護預り約款に基づく有価証券の寄託に関する契約（以下「保護預り契約」という。）を締結しなければならない。」とし、2項では、「前項の保護預り約款には、次の各号に掲げる事項を定めなければならない。ただし、会員の

業務内容等に鑑み、あらかじめ顧客との間で保護預り契約を締結する必要のないことが明確な事項についてはこの限りでない。」として、15項目が列挙されている。規則の末尾には、参考様式としての保護預り約款が添付されている。同様に、外国証券の取引に関する規則3条2項は、協会員が顧客と外国証券の取引に関する契約を締結しようとするときは、「外国証券取引口座に関する約款を当該顧客に交付し、当該顧客から約款に基づく取引口座の設定に係る申込みを受けなければならない」とし、協会によって同規則3条2項による外国証券取引口座に関する約款の参考様式としての外国証券取引口座約款が定められている。なお、外国証券取引口座約款は、かつては、一字一句変更できない「統一約款」と位置付けられてきたが、平成17年2月、商品の多様化等に伴い実務との乖離が指摘され、内容が硬直的となりがちで全ての協会員が画一的な取扱いを強いられる等の問題点が指摘されたことから、各社が柔軟に創意工夫できるようにするため、統一約款としての取扱いを止め、参考様式としての位置付けに変更されている⁽¹⁾。

イ. 全国銀行協会

全国銀行協会は、国内で活動する銀行、銀行持株会社および各地の銀行協会を会員とする組織で、わが国の銀行界を代表する団体である。銀行法は金融商品取引法とは異なり自主規制団体についての規定を有しておらず、全銀協は日本証券業協会とは異なり、自主規制団体として活動しているわけではない。

しかし、全銀協はこれまで、銀行取引に関する多くのひな型・試案・参考例を公表しており、それを日本の多くの銀行がそのまま採用することを通じて、わが国の銀行法務に大きな影響を与えてきている。

(全銀協作成の図表)

ひな型	試案	参考例
銀行取引約定書ひな型〔廃止〕	財形年金預金規定試案	消費者ローン契約書ひな型
総合口座取引規定ひな型	カード規定試案	(非提携月利方式)
普通預金規定ひな型	E B規定試案	名称にかかわらず参考例の
貯蓄預金規定ひな型	当座勘定貸越約定書試案	取扱い。
通知預金規定(証書式)ひな型	請求払無因保証取引約定書	銀行取引約定書に盛り込む
通知預金規定(通帳式)ひな型	試案	暴力団排除条項の参考例

(1) 日本証券業協会「『外国証券取引口座約款』の参考様式化に伴う規則等の整備について」(平成17年2月9日)。

納税準備預金規定ひな型 期日指定定期預金規定（証書式・通帳式）ひな型 自動継続期日指定定期預金規定（証書式・通帳式）ひな型 積立定期預金規定ひな型 財産形成積立定期預金規定ひな型 譲渡性預金規定ひな型 自由金利型定期預金規定ひな型 自動継続自由金利型定期預金規定ひな型 自由金利型定期預金（○型）規定ひな型（単利型・複利型） 自動継続自由金利型定期預金（○型）規定ひな型（単利型・複利型） 変動金利定期預金規定ひな型（単利型・複利型） 自動継続変動金利定期預金規定ひな型（単利型・複利型） 代金取立規定ひな型 振込規定ひな型 外国送金取引規定ひな型 貸金庫規定ひな型 保護預り規定（セーフティ・バック）ひな型 当座勘定規定ひな型	磁気テープ交換およびフロッピーディスク交換による預金口座振替契約書試案	普通預金規定・当座勘定規定・貸金庫規定に盛り込む暴力団排除条項の参考例 劣後特約付金銭準消費貸借契約証書（参考例） 公共工事の金銭的保証措置における「支払承諾依頼書」および「保証書」の参考例
---	-------------------------------------	---

ウ．日本ローン債権市場協会（JSLA）

JSLAは、①市場の健全な拡大、②標準的契約書の整備、③標準的取引方法の整備、④広報活動を目的として掲げている⁽²⁾。ローン債権が容易に売買されるためには、ローン債権や取引の標準化、すなわち、債権を基礎付けるローン契約や譲渡契約の標準化が重要となる。

JSLAではこれまで、タームローン契約書（2003年）、リボルビング・クレジット・ファシリティ契約書（2001年）、貸付債権譲渡に関する基本契約書（2001年）等を発表しており、個々の案

(2) JSLAのホームページによる（<http://www.jsla.org/ud0101.php>）。

件に応じて修正されながら、広く活用されているようである⁽³⁾。このうち、2001年のリボルビング・クレジット・ファシリティ契約書の公表文では、「JSLAローン・シンジケーション委員会では、本年1月の協会発足以降、最初の活動として、シンジケート・ローン組成の標準化及び簡易化を図るために、リボルビング・クレジット・ファシリティ（平時において利用されることを前提とする貸出枠）の標準的と思われる契約書の検討を進めて参りました」「今回の協会契約書発表にあたっては、シンジケート・ローンが本邦市場において発展途上の面もあること、また、市場慣行や法的解釈について標準的なルールや通説と呼べるものがそれほど多い状況ではないこと等を理由に、委員会の議論において結論に至らなかった点もありました。但し、委員会としては内部で議論を継続するよりも、使用状況に応じて必要な修正を加えることを前提に、現時点で結論に至った事項を中心に契約書案を示すことが市場の発展に寄与するものと判断し、今次公表に至っている点をご理解下さい。」と述べられている。

その後、2003年には、シンジケート・ローン取引が円滑かつ安定的に行われるために市場参加者が共通に理解すべき事項として、「ローン・シンジケーション取引における行為規範」が公表された。この行為規範では、組成段階でアレンジャーによって開示されるべき情報の範囲、アレンジャーやエージェントの責任等についてのJSLAとしての基本的な考え方が示されている。さらに、2007年10月には、行為規範を前提に、取引参加者に望まれる行動と役割についてのベスト・プラクティスを示すことを試みるものとして、「ローン・シンジケーション取引に係る取引参加者の実務指針について」を公表している⁽⁴⁾。2013年2月には、標準契約書の改訂が行われ、タームローン契約書、コミットメントライン契約書（リボルビング・クレジット・ファシリティ契約書から名前が変更された）、貸付債権譲渡に関する基本契約書、貸付債権等譲渡契約書の改訂版が公表されている。

エ. ISDA

広く利用されている標準的な契約書を作成した国際的な団体として代表的なものはISDA (International Swaps and Derivatives Association) である。ISDAは、1985年に創設された団体であり、もともと、スタンダードな契約書の作成を目指した11の金融機関のグループからスター

(3) 佐藤正謙監修『シンジケートローンの実務 改訂版』（金融財政事情研究会、2007年）、48頁。

(4) 以上につき、拙稿「シンジケート・ローンにおけるアレンジャー、エージェントの責任」上智法学論集51巻2号16頁以下（2007）。

トした⁽⁵⁾。ISDAは、デリバティブ取引に用いる英文の標準契約書（マスター・アグリーメント）と関連する定義集等を作成しており、国際的に広く使用されている。ISDAは、1987年に“Interest Rate Swap Agreement”と“Interest Rate and Currency Exchange Agreement”という2つの標準契約書を公表し、その後、1992年にはマルチ・カレンシー版とシングル・カレンシー版の2つのMaster Agreementを、2002年には1992年版を改良した2002年版のMaster Agreementを公表している⁽⁶⁾。

標準的な契約書を作成する団体としてのISDAは、金融機関に限らず、事業者団体等も参加者となっており、全国銀行協会のように取引の一方の立場に立つ事業者だけが集まった団体というわけではない。様々な立場の参加者による共同作業として作成される標準契約書については、様々な関係者の利益をより適切に考慮し⁽⁷⁾、ある当事者に一方的に有利、といったような疑念を持たれにくいといったことが考えられる。また、ISDAのマスター・アグリーメントが業界団体が作成する他の契約書と異なる点として、取引の性格が、金融機関は何をし、事業法人は何をする、といったかたちで、特定の当事者が契約の一方サイドに立つことが固定されたものではなく（例えば、融資契約では、金融機関は常に貸し手側に立つ）、金融機関であるか、事業法人であるかにかかわらず、やることは同じであるし、契約条項の適用のされ方も同じであることから、標準契約書をよりバランスの取れたものにしようというインセンティブが働きやすいとの指摘もなされている⁽⁸⁾。

オ．LMA（Loan Market Association）、LSTA（Loan Syndications and Trading Association）

シンジケート・ローンの分野では、わが国のJSLAに対応するものとして、欧州にはLMA、米国にはLSTAが存在する。LMAは、プライマリー及びセカンダリー市場における推奨契約書の提供や市場慣行の確立をその目的として1996年に設立された団体である。シンジケート・ローン取引等に関して数多くの標準的な契約書を作成・公表しており、その標準契約書は広く利用されているようである。米国のLSTAも同様に様々な書式を作成・公表している。

LMAでは、基本となる契約書の一つであるMulticurrency Term and Revolving Facilities

(5) Flanagan, The Rise of a Trade Association: Group Interactions Within the International Swaps and Derivatives Association, 6 Harv. Negotiation L. Rev. 211, 234 (2001)

(6) Castagnino, Derivatives: The Key Principles, 3rd edition (OUP, 2009) at 188ff.

(7) Perillo, Neutral Standardizing of Contracts, 28 Pace L. Rev. 179, 184. (2008)

(8) Patterson, Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications, 52 William and Mary L. R. 327, 383ff. (2010)

Agreementの作成にあたり、貸し手、借り手、法律事務所からのメンバーによって構成されたグループで市場慣行についての議論を重ねたとされ、この契約書はLMAのみならず、the Association of Corporate TreasurersやBritish Bankers Associationによっても契約交渉の出発点として用いられるひな型として推薦されているとのことである⁽⁹⁾。単に貸し手側のみならず、借り手側や、法律事務所といった立場が異なる当事者が積極的に参加して標準契約書の作成がなされたという点は、当該契約書が特定の当事者にとって過度に有利なものとならず、公正な標準契約書として多くの利用者に受け入れられるために、重要な要素であると思われる。

(2) 取決めの形態

事業者団体が顧客との契約内容に関する何らかの取決めを作成・公表する場合も、その形態にはバリエーションがみられる。事業者団体による取決めの提示は、必ずしも契約書、約款といった形を取る必要はなく、マーケットのニーズや作成者側の目的等に応じて、様々な形態を取り得るということである。

ア. 全銀協におけるひな型・試案・参考例

例えば、全国銀行協会は、「ひな型」「試案」「参考例」といった複数のタイプの取決めを公表している。ひな型の位置付けについては、銀行取引約定書に関して、「『ひな型』の位置付けは、あくまで各銀行が自行の銀行取引約定書を作成する際の参考例であった。各銀行が独自の約定書を作成することについては、何ら制限を加える趣旨のものではなかった。…しかし、金融法務専門誌などによって各銀行の事情をみると全銀協『ひな型』をそのまま採用しているものも多かった。この要因としては、銀行取引（貸出取引）自体が基本的に定型的なものであり、わざわざ独自の取引用に修正する必要もなかったこと、また『ひな型』によって、取引先と銀行との契約関係の明確化・合理化が図られることにより、銀行、取引先双方がメリットを享受できたことなどをあげることができる」と説明されている⁽¹⁰⁾。なお、ひな型は「一種の標準書式」であるとはいえ、これらは「多数の顧客との取引に妥当せしめられることを予定して作成されたものであり、現実にはほとんどの銀行でほぼそのままの形で約款として採用、使用されているのであるから、検討に際してそれら自体をいわゆる約款であるとみてさしつかえあるまい」と

(9) Mugasha, The Law of Multi-Bank Financing: Syndicated Loans and the Secondary Loan Market (OUP, 2007), at 204ff.

(10) 加藤史夫・阿部耕一「『銀行取引約定書ひな型』の廃止と留意事項の制定」金融法務事情1579号7頁(2000)。

の見方も示されていた⁽¹¹⁾。

試案については、カード規定試案（当時は、CDカード規定試案）が作成された際の記述によれば、「カードの利用は、銀行の新しいサービスとして急速に普及してきているが、現状においては、①各銀行における採用機種の違いから、カードによるCD（筆者注：キャッシュ・デイスペンサーのことである）の利用方法が必ずしも同一でないこと、②カードは現金自動預金機あるいは他行代理受払提携の場合に利用されるなど単にCDの利用にとどまらず、今後、その利用方法・範囲の拡大も予想されること」などが理由で、「普遍性をもつ『ひな型』とせず『試案』とすることとした」とされている⁽¹²⁾。

「ひな型」や「試案」とは別に、「参考例」も公表されている。「ひな型」も参考例として位置付けられていることを考えるならば、「ひな型」と「参考例」の区別はやや分かりにくい、「銀行取引約定書に盛り込む暴力団排除条項の参考例」のように、個別条項のモデルを示すという際には、「ひな型」とは呼びにくいということであろうか。なお、前記の表の参考例の欄にある「消費者ローン契約書ひな型」については、名称にかかわらず参考例としての取扱いがなされているが、これは、平成6年7月の大蔵省通達「住宅ローンの取扱いについて」によって住宅ローンの商品設計が自由化されたことに伴い、同ひな型を参考的な取扱いとすることとされたからであるとのことである⁽¹³⁾。

イ．ISDAのマスター・アグリーメント

ISDAのマスター・アグリーメントは、当事者間で繰り返し行われる様々なタイプのデリバティブ取引を規律する基本契約書であり、柔軟性と拡張性という点で優れた標準的な契約書であるといつてよいと思われる。

このマスター・アグリーメントは、契約書本体とスケジュールから構成される。スケジュールにおいては、マスター・アグリーメント本体を修正したり、マスター・アグリーメントで当事者の選択に委ねられている事項について選択したり、マスター・アグリーメント本体に規定されていない事項を規定したりすることが可能になっており、標準契約書でありながら、一定の柔軟性も兼ね備えている点が優れている。

マスター・アグリーメントは様々なタイプのデリバティブ取引に共通した基本的な事項のみ

(11) 林良平・安永正昭「銀行取引と約款」加藤一郎・林良平・河本一郎『銀行取引法講座<上>』（金融財政事情研究会、1976）10頁以下。

(12) 早川淑男「CDカード規定試案の解説」金融法務事情804号4頁（1976）。

(13) この点については、金融法務研究会の事務局の方に御教示を頂いた。

を定めており、個々のデリバティブ取引が行われるたびに、個々の取引の取引条件の詳細を記載したコンファメーションが作成される。このコンファメーションは、マスター・アグリーメントと一体となって一つの契約を構成すると規定されている（マスター・アグリーメント 1条(c)）。コンファメーションで用いられる用語については、デリバティブ取引のタイプに応じて、定義集（Definitions）が作成されている。このような定義集を用いることによって、単一のマスター・アグリーメントを多様なデリバティブ取引の基本契約書として用いることが可能になっている。

ウ．標準契約書とモデル条項

既述のように、シンジケート・ローンの分野における団体であるLMA、LSTA、JSLAはいずれも標準契約書を作成している。興味深いのは、欧州のLMAはプライマリー市場及びセカンダリー市場の双方について標準契約書を作成しているのに対して、米国のLSTAはセカンダリー市場については標準契約書を作成して広く用いられているものの、プライマリー市場についてはモデル契約条項（Model Credit Agreement Provisions）のみが作成されており、これまでのところ、標準契約書という形のものとは作成されていない点である。筆者が現地で実務関係者に聴取したところによれば、これはもともと、プライマリー市場では銀行等が従来の自分たちのフォームを使いたいと考えており、LSTAによるモデル契約書の作成を期待していなかったからのようである。

また、取引に関する包括的な契約書ではなく、特定の目的に的を絞った契約条項が業界団体によって提示された例としては、全国銀行協会が公表した銀行取引約定書等に盛り込む場合の暴力団排除条項の参考例がある。

（3）作成の背景・意義

ひな型、標準契約書等が作成される主な理由が契約を標準化したいという点にある点では共通するものの、その背景や意義については、様々なものがある。以下では、網羅的ではないにしても、幾つかの例を挙げてみたい。

① 取引費用の低減

銀行取引約定書ひな型が制定される以前は、各銀行が独自に約定書を定めていたが、形式、内容、表現方法等には違いがあった。各銀行が行っている与信取引はいずれも大差がないにも

関わらず、銀行によって約定書の形式、内容等が異なることは、取引当事者にとっても、また、社会的にみても好ましくない、といった観点から、全銀協では昭和29年に銀行取引約定書ひな型の検討を決定した⁽¹⁴⁾。「銀行取引は・・・定型化された取引であって、銀行によって取引の種類や内容にそれほど差があるわけではない。顧客の側からいえば、銀行取引は、すべての企業活動に必然的に随伴するものであり、また異なった銀行を相手にする場合も少なくない。その場合に銀行によってそれが異なったのでは、甚だ不便であり、また、紛争を生ずる可能性がある。」といったことが、銀行取引約定書の統一化・定型化が必要な理由として指摘されていた⁽¹⁵⁾。

取引コストの削減は、他の標準契約書作成作業においても、重要な要因となっている。例えば、ISDAによるMaster Agreement作成前には、個別に交渉して契約を作成せねばならず、そのための費用が高額に上っており、こうしたコストの削減が標準契約書作成の動機の一つとなつたとされている⁽¹⁶⁾。

また、シンジケート・ローン市場における標準契約書との関係でも、①どのような取引にも共通し、あまり交渉の余地がないような条項についても、金融機関や弁護士事務所が好む文言や規定ぶりがある、実務的にはあまり意味のない議論がなされ、時間や弁護士費用が無駄に費やされたこと、②取引によって契約書が異なることにより、毎回、契約書の全てを一から検討しなければならなかったこと、といった不効率が存在していた⁽¹⁷⁾。

② 内容の適切さの実現

銀行取引約定書の作成に際しては、契約内容の適切さの実現も重要な要因であった。いうまでもなく、契約内容の適切さというときには、誰の視点からみて適切か、といったことが問題となる。

既に昭和29年頃から、銀行の取引約定書はあまりに銀行に一方的に有利であり、「顧客の利益を無視した規定が多すぎるとの批判」が国会等でもなされるようになっていたとされ⁽¹⁸⁾、こうした批判に応え、顧客の視点からみて銀行取引の契約内容を適切なものとするのが、銀行

(14) 松本貞夫「銀行取引約定書の成立と発展」『銀行取引約定書－その理論と実際』（経済法令研究会、1985）4頁以下。

(15) 矢沢惇「銀行取引約定書雛型についての一考察」手形研究61号8頁以下（1962）。

(16) Castagnino, *supra* note 6, at 188.

(17) Campbell, ed., *Syndicated Lending: Practice and Documentation*, 6th edition (Euromoney), at 329.

(18) 松本・前掲注（14）、4頁。

取引約定書作成の動機の一つであった。他方で、実際の銀行取引約定書作成作業の引き金となったのは、預金の差押えと銀行の買戻請求権に基づく相殺を巡る訴訟において銀行側が敗訴した事件であり、銀行の利益がより適切に守られるような約定書にする必要性であったようである⁽¹⁹⁾。

③ 事業者団体による一定の政策目的の実現

団体が自らある政策を実現したいと考えた際に、標準的な契約条項等を構成員に示し、その採択を働きかけることによって、一定の政策目的の実現が目指されることもある。国家が一定の政策目的を実現しようとした際に、事業者団体に協力を求め、その団体の構成員が採択すべき標準的な契約条項を示してもらうことにより、法令を制定することなく、あるいは、法令に加えて契約上の取決めを行うことにより、そうした政策目的を実現することも可能である。

その好例としては、平成20年11月に全国銀行協会が公表した「銀行取引約定書に盛り込む場合の暴力団排除条項の参考例」が挙げられる。全国銀行協会では、政府が平成19年6月に取りまとめた「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」を踏まえ、同年7月24日に反社会的勢力介入排除に向けた取組みを強化する旨、申し合わせを行ったが、更に一歩進んで、「不当な資金源獲得活動の温床となりかねない取引を根絶し、反社会的勢力との関係遮断ができるよう、融資取引の契約等に盛り込むべき、いわゆる暴力団排除条項の参考例」を取りまとめ、「会員銀行宛に通知」した⁽²⁰⁾。また、平成21年9月24日には、同様に、普通預金規定等に盛り込むべき暴力団排除条項の参考例を公表した。これらは、反社会的勢力の排除という政策目的を実現するため、事業者団体が会員団体に対する事実上の影響力を行使して、契約条項の標準化を実現した例であるといえよう。

④ 金融取引の商品化

シンジケート・ローンのセカンダリー市場においてローン債権の売買が円滑に行われるためには、ローン債権の商品性がある程度統一されること、すなわち、契約書の内容がある程度統一されていることが重要であり、実際、LMAによる標準契約書作成の際の一つの動機となっ

(19) 松本・前掲注 (14)、5頁。

(20) 全国銀行協会のホームページ (<http://www.zenginkyo.or.jp/abstract/news/detail/nid/2978/>) 参照。

たとされている⁽²¹⁾。契約書が統一されることによって、ローン債権の取引にあたり、個々の契約書の契約条項の違いが自己の権利、ひいては、債権の価値にどのような影響を及ぼすかを気にすることなく、借入人、金利、担保といった、より客観的な情報に集中して取引を行いやすくなる。金融取引を、有形の商品の売買取引のように取引しやすくするための一つの方法が、契約内容の定型化であるといえる。

2 団体による取決めのメリット・デメリット

(1) メリット

事業者団体が標準契約書、モデル契約書、モデル条項等を作成し、それが幅広く用いられることになる場合には、様々なメリットが存在する⁽²²⁾。

① 取引コスト

一回の取引ごとに契約内容を検討・交渉する必要がなくなることによる取引コストの低減は、一事業者による標準契約についても言えることであるが、業界横断的な標準契約書が用いられる場合には、取引コスト低減効果はより大きなものとなる。

標準契約書は、必ずしもそのまま用いられる必要はなく、交渉の出発点として用いられるだけでも、交渉コストの削減に寄与する。実際、LMA等が作成する標準契約書は、そのまま用いられることはなくても、標準契約書をどのように修正するか等のかたちで交渉がなされることにより、一から契約内容を交渉する場合に比べて、交渉に要する時間や手間を削減することに役立っている。

② 比較可能性の向上

いずれの事業者も同一の契約を用いている場合には、顧客は、権利義務に関する個々の規定の差違を気にすることなく、より客観的な金利、手数料、その他のサービス内容を比較することによって、いずれの提案・金融商品が最も自分のニーズに合ったものかを比較検討しやすくなる。

(21) Hughes, Creating a Secondary Market in Loans: A Review of the Key Issues, [1998] 9 JIBFL 352, 354.

(22) 標準契約書の様々なメリットについては、Patterson, *supra* note 8, at 331ff. を参照。

③ 取引相手の変更コストの低下

上記の比較可能性と通じるが、他の事業者と比較した結果、別の事業者の提案の方が魅力的である場合、他の事業者に取引相手を変更したとしても、同様の契約内容が期待できるのであれば、取引相手の変更に伴うコストは低下する⁽²³⁾。この結果、顧客が取引事業者を変更しやすくなり、事業者間の競争が増すという効果が期待できる場合も考えられる⁽²⁴⁾。

④ 金融取引の商品化

上記の②や③は、金融取引を、一般の商品の取引におけるように（そこでは、契約書等に記載された買い手の権利義務に関心を払うことなく、商品の品質や価格に着目して取引が行われるのが通常である）、金額、金利、手数料等、商取引上の観点から特に関心の高い要素に着目して行うことを、より容易にする。これは、銀行が販売する金融商品についても当てはまるし、ローン債権のセカンダリー市場における取引についても当てはまる。さらに、デリバティブ取引との関係でも、ISDAのマスター・アグリーメントを使うことによって、当事者は取引に係るリスクを「商品化（commoditise）」できる、すなわち、同じ契約書、同じ定義を使って、簡単にやり取りできるようにするといったメリットがあるとの指摘もなされている⁽²⁵⁾。

⑤ 法的明確性の向上

団体によって契約内容が標準化され、同一の条項が広く用いられるようになった場合には、各事業者がバラバラの契約を用いている場合に比べ、当該条項を巡る裁判例・学説等の集積が起こりやすく、そうした条項の意味や効果に関して、法的安定性・明確性の向上が生じる⁽²⁶⁾。

⑥ 内容の適切性の確保

事業者団体が契約書の内容について、関係当事者の利益にも配慮したバランスのとれた検討を行うことにより、内容の適切性が確保される。内容の適切性の確保は、特に、消費者取引など、顧客側が契約書の内容を検討する十分な能力を有しない場合には、非常に重要である。

例えば、銀行取引約定書の作成の目的の一つが、銀行にとって過度に有利であると批判されていたかつての銀行取引約定書の内容の適切性の確保にあったことは既述のとおりである。また、全国銀行協会が作成した預金規定のひな型については、「銀行が、顧客の利益をも十分に

(23) Patterson, Id., at 342.

(24) Patterson, Id., at 333.

(25) Hudson, The Law on Financial Derivatives, 4th ed. (Sweet & Maxwell, 2006), at 103.

(26) Patterson, supra note 8, at 343.

考慮しつつ、各行ごとにばらばらである各種の銀行取引に関する約定書や規定を統一することは、一方において業務の合理的な処理と能率の向上を促し、他方において、取引先との間における利害の調整と不必要なトラブルの回避を可能ならしめ、予防法学的見地からみても有意義なことはいうまでもない」との指摘もなされていた⁽²⁷⁾。

内容の適切性を確保するための検討にあたっても、事業者団体等が行う場合には、より広い範囲の専門家、関係者の意見を聴取し、多角的な検討を行いやすいといったことも挙げられるのではないと思われる。

実際のところ、個別の銀行ではなく、事業者団体における検討を経た方が、常によりバランスのとれた内容の契約書が作成されるかどうかは、定かではなく、この点は、個々の銀行の経営方針、力量、品格等や事業団体における検討作業の実態等によると言わざるを得ない。とはいえ、銀行取引約定書ひな型が廃止された際には、「何千という金融機関があるのに、いったいどのくらいの金融機関が独自の諸約款を改正して作成する能力があるのか、という疑問をもった」⁽²⁸⁾、「各個別銀行が『独自の判断と責任において改訂』することになれば、そこでは、各銀行の営利主体としての顕著なエゴイズムが必然的に発揮され、取引先は、いよいよ細心の警戒心と、万一の場合になく覚悟が不可欠だ、ということになろう」⁽²⁹⁾、といった見方も学者から示されていた。銀行取引約定書について、そうした事態が発生していないとすれば⁽³⁰⁾、各金融機関には十分な能力があることを示したものであるとの見方も可能である一方、少なくとも伝統的な与信取引については、「定型化された取引であって、銀行によって取引の種類や内容にそれほど差があるわけではない」⁽³¹⁾という実態や、内容面でも、ひとたび形成されたスタンダードからの逸脱は容易ではなく、各銀行によるひな型廃止後の改訂も、ひな型を出発点としているが故に、顕著なエゴイズムを発揮してバランスを欠いた契約書を作成する余地が乏しかったからである、という見方も可能であると思われる。

⑦ 法令によらない政策等の実現

自主規制団体における取決めは、公的な監督権限の一部のアウトソーシングというべきもの

(27) 本間輝雄「各種預金規定等ひな型の制定について」手形研究202号12頁（1973）。

(28) 後藤紀一「銀行取引約定書の新展開」銀行法務21、32頁（2001）。

(29) 鈴木祿弥「ひな型廃止をめぐるの老兵の懐旧的主張」金融法務事情1580号9頁（2000）。

(30) 結局のところ、「各個別ひな型が廃止され、各銀行が個別に銀行取引約定書を定めるようになった後であっても、各銀行の銀行取引約定書の実質的内容は、各銀行とも大差はなく、ほぼ同様のものを定めて」いるとの指摘がある（片岡宏一郎「銀行取引約定書の今日的課題（下）」金融法務事情1847号54頁（2008））。

(31) 矢沢・前掲注（11）、9頁。

であり、また、暴力団排除条項の例も、一定の政策を迅速に実現するためのツールとしての役割を、事業者団体の取決めが果たした例であるといえよう。このような事業者団体による取決めについては、実務を熟知した当事者がルールを形成することにより、より現実的・实际的であり、実務の状況を適切に反映したルールが、迅速かつ柔軟に形成されることが期待できるといったメリットがあるとの指摘もある⁽³²⁾。

また、業界団体による標準契約書等の見直しは、国家による新たな規制に向けた動きを牽制する（国家による規制がなくても、自分達で十分に規律可能であることを示す）役割を果たすことも考えられよう。

さらに、国際的な取引、事業活動の規律という点では、国家による規制には限界もあり、そのような場合、国家という枠には囚われない国際的なレベルでの自主規制の方が有効であるとも考えられる⁽³³⁾。また、関係国で一致したルールを採用することが望ましいものの、統一法を作成することがなかなか難しい場合には、国際的な事業者団体が作成する標準契約書を通じて、ある種の国際的な法統一を実現することも可能である。最近の実例では、ISDAが2014年12月に公表したISDA Resolution Stay Protocolが挙げられる⁽³⁴⁾。これは、国際的な金融機関の破綻処理に際して、クローズ・アウト・ネットティングによる清算を一定期間停止し、その間に破綻金融機関の事業の移転を行って、秩序ある破綻処理を可能にするためには、例えば本店所在地国法に従ってなされたネットティングによる清算を停止するとの処分の効力を他の関係国においても承認する必要があるが、そのような国際的な法的枠組みの形成は容易ではなく、相当の時間がかかると思われるところ、デリバティブ取引の主要なプレイヤーがISDAが公表したプロトコルを採用することによって、契約上、清算を一定期間停止するという効果を実現しようとするものである。

⑧ スピード感ある見直し

全国銀行協会が作成した各種のひな型は、一旦制定されると、頻繁に見直しが行われるということはなかったが、LMAが作成するシンジケート・ローン契約書については市場の状況の

(32) Karmel and Kelly, The Hardening of Soft Law in Securities Regulation, 34 Brooklyn J. Int'l L. 883, 885. (2009)

(33) Karmel and Kelly, Id., at 886.

(34) <https://www.isda.org/functional-areas/protocol-management/protocol/20>

変化や実務の発展に応じて頻繁に見直しがなされているようである⁽³⁵⁾。定期的な見直しの必要性や容易さ等は、契約書の内容や機能によっても異なるが、国家による法令に比べれば、市場の実勢の変化等に応じて、迅速かつ柔軟な見直しを行いやすいということも、事業者団体による取決めのメリットの一つとして挙げることができると思われる。

(2) デメリット

① 選択・交渉の機会の喪失

契約書等が統一されることによって、取引相手方は、様々な異なる契約内容から最も自分に有利なものを選択するといった機会が奪われることになる⁽³⁶⁾。これは、かつて多くの銀行で、銀行取引約定書が、そこからの逸脱を全く認めず、一言一句変更を許さないといったスタンスで用いられていた時期においては、特に当てはまる⁽³⁷⁾。

標準契約書が契約交渉の出発点にすぎず、最終的にどのような契約内容とするかは当事者間の自由な交渉に委ねられている場合であっても、通常受け入れられている標準的な契約条項からの変更を求めにくくなるといったことも考えられる。

ただし、これらの点は、いずれも、標準契約書を作成すること自体の問題というよりも、事業者側が顧客との交渉に応じないといった頑なな姿勢をとるかどうかな等の実務運用に基づく部分が大きいように思われる。

② 個別事情に適さない契約内容の放置

本来であれば、具体的な取引内容に応じて、標準契約書を修正する等して異なる約定を行うべき場合であっても、各取引における個別の事情に十分意を払うことなく、安易に、標準契約書を使い続けるといった弊害も考えられる⁽³⁸⁾。標準契約書が、全ての取引に適した契約内容を提供するわけではない場合も考えられ、標準契約書をベースにしつつも、個々の取引に応じた修正を行うことが望ましい場合もある。標準契約書をそのまま用いることは便利であるが、そ

(35) たとえば、LSTAが作成する標準契約書について、“Many of the documents developed by the LSTA have been revised numerous times to reflect changing market practice and, often, increased efficiency.”とされる。(Taylor and Sansone, *The Handbook of Loan Syndications and Trading* (McGraw-Hill, 2007), at 76.)。

(36) Patterson, *supra* note 8, at 344.

(37) 現在、各銀行がどの程度銀行取引約定書の修正に応じているかは定かではないが、ひな型廃止後についても、「実際に個々の約定について交渉によりその内容を修正確定したうえで取引を行うということは非常に困難であり、取引先・銀行双方にとって負担が大き」い、といった指摘がなされている(天野佳洋監修『銀行取引約定書の解釈と実務』(経済法令研究会、2014) 24頁)。

(38) Hudson, *supra* note 25, at 103は、デリバティブ契約との関係でこの点を指摘する。

れが故に、個別事情に応じた検討が疎かになるようであれば、それは標準契約書を用いることによる弊害の一つと言うべきであろう。

③ バランスを欠いた契約内容

銀行取引約定書に対しては、過度に銀行に有利なのではないか、といった指摘がなされてきた⁽³⁹⁾。事業者団体が事業者側に過度に有利な標準契約書等を作成し、事業者がそれを共通して用いた場合には、取引相手方は選択の余地なく不利な条件を押し付けられることになってしまう。

他方で、事業者団体が作成した標準契約書を事業者が一致して用いている場合であっても、その内容がバランスのとれたものであり、当事者間の権利義務内容の明確化に資するものである場合には、そうした批判の対象とはならないであろう。実際、銀行取引約定書について独禁法上の問題を指摘する論稿においても、「ひな型のすべてが問題というわけではなく、これによって、契約条件の明確化、債権者および債務者間の合理的な危険負担の配分等に資するものである場合、必ずしも問題とはならないであろう（消費者ローン契約書ひな型は、このような例といえようか）」との指摘がなされている⁽⁴⁰⁾。

（３）小括

上に見てきたところから明らかなように、事業者団体が標準的な契約書等を作成することについては、様々なメリットが存在する。他方で、デメリットも存在するが、そのデメリットの多くは、標準的な契約書の作成それ自体によるものというよりも、不適切な内容と不適切な使い方をした場合に顕在化するものであり、適切な内容の標準的な契約書を、適切に用いる場合には、問題になりにくいものであると思われる。

３ 団体による取決めに関する幾つかの法的視点

以上のような団体による取決めとの関係で、約款規制、及び、独占禁止法との関係から、簡単な検討を行っておくこととしたい。

(39) 細田孝一『「ひな型」廃止を銀行の自主性発揮の契機に』金融法務事情1580号12頁（2000）。

(40) 細田・前掲注（39）、12頁。

(1) 約款規制

債権法改正作業の結果、現在の民法改正法案では定型約款についての規定を新設することが提案されている。提案されている規律の内容は、要するに、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当該特定の者が準備したものを定型約款というとしたうえで、定型約款の内容が契約内容となるためには、①定型約款を契約の内容とすることを相手方に表示しておかなければならず、また、②相手方から請求があった場合には、遅滞なく定型約款の内容を相手方に示さなければならない。そして、③相手方の権利を制限し、または、相手方の義務を加重する条項であって、当該取引の態様・実情・取引上の社会通念に照らして信義誠実の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は、効力を有しない、というものである（民法の一部を改正する法律案による新548条の2、548条の3）。

本稿の検討の対象である団体の取決めとの関係では、どのようなひな型、標準契約書等が、ここでの定型約款に該当するかが問題となる。交渉の出発点として用いられるにすぎない標準契約書が定型約款に該当しないことや、相手方が消費者であって顧客との交渉が想定されにくい各種預金約款などが定型約款に該当することは明らかである。銀行取引約定書については、顧客の要望に応じて主要な条項にも変更を加えることがあるので定型約款に該当しないのではないか、といった見方もあるが⁽⁴¹⁾、個別の交渉による修正は非常に困難といった銀行実務の認識に従えば、実際に個別の交渉を経た場合は別として（その場合には、もはや定型約款である銀行取引約定書ではなく、カスタマイズされた銀行取引約定書が締結されたと解することができる）、定型約款に該当するという見方に説得力があるように思われる。

定型約款に該当した場合、顧客から要請があった場合の内容の開示という点が銀行取引との関係で問題となることは考えにくいことから、結局は、規律のポイントは、その内容が信義誠実の原則に照らして相手方の利益を一方的に害するかどうか、という点に帰着するものと思われる。

(2) 独占禁止法

銀行取引約定書については、公正取引委員会から、銀行間の横並びを助長するとの指摘があったことが、ひな型の廃止の理由の一つとして挙げられている⁽⁴²⁾。この点に関しては、公正取引

(41) 井上聡「定型約款に関する立法提案」金融法務事情2014号5頁（2015）。

(42) 加藤・阿部・前掲注（10）、7頁。

委員会の担当者によって、「各銀行の取引約定書の齟齬一化を通じて、たとえば、融資の回収等について同調的な横並び行為を助長することに繋がるおそれがあることも指摘できよう。それが直ちにカルテル等として独占禁止法上問題となるわけではないが、各銀行が独自の行動をとることを阻害するという意味では競争政策上問題であるともいえよう」との指摘もなされた⁽⁴³⁾。但し、公正取引委員会は、事業者団体が標準契約書やモデル条項を作成すること、それが事業者によって一律に利用されること自体を問題としているわけではなく、結局は、内容次第であり、内容が顧客等の利益を不当に害さないのであれば、独占禁止法上も問題ないと考えているようである。

例えば、消費者ローン契約書ひな型に関しては、契約条件の明確化や合理的な危険負担の配分に資するために、独占禁止法上、問題にならないのではないかといった趣旨のコメントがなされている⁽⁴⁴⁾。また、事業者団体が暴力団との取引を排除するような条項を作成し、それを会員企業に通知することについては、公正取引委員会によって、社会公共的な目的に基づくものであり、反社会的勢力でなくなったことが明らかになった場合にまで契約の締結から排除されるものではないこと等から、独占禁止法上問題ないとの見解が示されている⁽⁴⁵⁾。

なお、この点に関しては、「全銀協が金融機関にとり一方的に有利すぎる取引形態を傘下の会員に通知して行わせたりするならば同法違反も問題となろうが、もともと約款は、ある企業または企業集団において、得られる経済的効果を大ならしめるべく、自主的に作成・使用するものであって、その妥当性へのチェックは必要であるにせよ、作成・使用自体を制限または禁止することには慎重でなければならない」との指摘がある⁽⁴⁶⁾。

ISDAのマスター・アグリーメントやJSLAの契約書ひな型との関係では、今のところ、独占禁止法の問題は生じていないようである。結局、どのような標準契約書、ひな型であれば独占禁止法上問題なのかは、必ずしも明らかではない。要は、内容次第、ということであることのように思われる。

4 より良いひな型・標準契約書のために

以下では、本稿のまとめを兼ねて、事業者団体が作成する標準契約書やひな型が、より多く

(43) 細田・前掲注 (39)、12頁。

(44) 細田・前掲注 (39)、12頁。

(45) 公正取引委員会「独占禁止法に関する相談事例集（平成23年度）」事例10 (<http://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h24/h23nendomokuji/h23nendo10.html>)。

(46) 椿寿夫「銀行取引約定書ひな型の廃止をめぐって」銀行法務21 583号5頁以下（2000）。

の価値を社会にもたらすためにはどうしたらよいかについて考えてみたい。

既に本稿でみたように、事業者団体がよりバランスのとれた標準契約書等を作成し、それが適切に用いられる場合には、幾つかのデメリットの存在を考えたとしても、それを上回る多くの価値を社会に提供することができ、かつ、そうしたデメリットの多くは、適切な内容、適切な運用によって対処可能である。

標準契約書やひな型が用いられる取引は多様であり、相手方が事業者であるか、消費者であるかによっても、問題状況は異なり得ることを承知の上で、以下では、作成プロセス、内容、運用の3つの側面について、幾つかのポイントを指摘することとしたい。筆者自体は、こうした標準契約書やひな型の作成プロセスに関与した経験はないことから、既に実践されていることを、さも偉そうに書いている場合があるかもしれない。また、実務的な制約、困難等を度外視して、理想論を述べている場合もあり得ることも自覚している。

① 作成プロセス

作成の過程においては、できるだけ透明性を確保し、契約内容によって影響を受ける関係者の意見を聞く機会を設けることが重要である。この点では、ISDAのように、団体の構成員自体が、多様であることは一つの強みである。

事業者からのみ構成される団体の場合、作成過程において、適切な関係者を選定し、十分に意見を聞く機会を設けることは、非常に重要となる。内容が良くてもプロセスが悪ければ、内容自体に対する不信感にも繋がる。逆に、プロセスが高く評価されるならば、それは、内容に対する評価にも繋がり得る。

ニーズのない契約書、ひな型は利用されず、また、取引の実情についての正確な理解に基づかない契約書、ひな型は悲劇である。関係者からの情報収集は、検討の当初の段階でまず綿密に行われたうえで、その後、作業の進行に従って、数次にわたり行われることが望ましい。

この点で、取引相手方の側が、作成過程に関与したという事実をもって、後になって当該契約書やひな型等の問題点を指摘しにくくなるのではないかという点を心配し、作成過程への参画を躊躇することもあるようである。取引相手方の側のこうした姿勢は望ましいものとは思われないが、事業者団体側もそうした懸念に対応すべく、②に述べるように定期的なレビューの機会を設け、作成に関与したら問題点を指摘できなくなるのではなく、作ったあとも問題点が明らかになれば継続的に意見を聞き、必要に応じて見直しを行うという姿勢を示すことが必要であると思われる。

② 内容

本稿で繰り返し述べてきたように、標準契約書やひな型の価値は、結局は内容次第である。どのような内容であれば良いのかを一般論として述べることは困難であるが、やはり、権利義務の内容の明確化に資するものであって、当事者が取るリスクの配分という点でバランスが取れたものであることが大切であると思われる。

この点で、全国銀行協会が平成19年3月に公表した「消費者との契約のあり方に関する留意事項」⁽⁴⁷⁾は、望ましい契約・約款等とは何かについて検討した優れたチェックリストであると思われる。こうしたものが積極的に作成・利用・発展されていくべきであると思われる。

取引への参加者、規模、実情等が変われば、適切な内容も変化する。また、契約書等を使ってみて、初めて気付く問題点もあると思われる。標準契約書の質を高いものに維持するためには、継続的に内容の適切性をチェックし、必要に応じて見直しを行う体制が備えられるべきであると思われる。幸い、債権法改正によって、定型約款の変更について、法的手当てが設けられる見込みであり、約款変更の効力の不確かさといった、より良い内容を目指した継続的な見直しの障害の一つは取り除かれる見込みである。

③ 運用

特に、事業者との取引の場合、取引の個別事情によっては、標準契約書やひな型を修正すべき場合、して差支えない場合、も少なからず存在するはずである。そのような修正にはコストがかかるが、契約内容の修正によるメリットがコストを上回る場合もあるはずである。標準契約書やひな型を絶対視するのではなく、顧客の要請に対して、メリットとコストを比較して、必要な場合には柔軟に対応できるような運用を実現すべきである。このことは、積極的に修正に応じるべきであるということを必ずしも意味しない。自分が作成した標準契約書やひな型の利用を提案する側としては、同一の契約書を用いることによるメリット・デメリット、それを修正することによるメリット・デメリットを客観的に評価できる能力、そして、それについて顧客と対話できる能力を持つことが望ましい。

(47) <http://www.zenginkyo.or.jp/abstract/efforts/consumer/protection/attention/>

第 6 章 商品の観点から見た約款の問題

山 下 純 司

1 問題状況

- (1) 約款各論の不在と困難性
- (2) 商品ごとに約款の検討をする意味
- (3) 検討対象、検討方法

2 保険

- (1) 約款の構成、位置づけ

①契約の特徴、約款の位置づけ

保険契約は「当事者の一方が一定の事由が生じたことを条件として財産上の給付を行うことを約し、相手方がこれに対して当該一定の事由の発生の可能性に応じたものとして保険料を支払うことを約する契約」である（保険法 2 条 1 項）。保険契約の当事者となる者は、保険者と保険契約者である。保険における約款は、保険者たる保険会社が、保険契約者たる顧客との関係を規律するために作成する⁽¹⁾。

保険契約では、保険金の給付を受ける者（損害保険契約にあっては被保険者、生命保険契約にあっては保険金受取人）が、保険契約者自身とは限られない。「第三者のためにする」保険契約が可能であり、その場合保険金の給付を受ける者は受益の意思表示なく権利を取得する（保険法 8 条・42 条・71 条）。しかし、保険契約者は、第三者の権利を変更、もしくは消滅させる権利を留保していると考えられる。すなわち、保険金請求権は保険事故の発生を停止条件とする権利に過ぎず、保険契約者は保険事故発生前に保険契約を任意解除できる（保険法 27 条・54 条・

(1) 損害保険約款は、共同保険・再保険の必要から業界に共通の約款が用いられることがあるのに対して（保険業法 101 条 1 項 2 号イ）、生命保険約款は、各保険者で異なる（江頭憲治郎『商取引法 [第 6 版]』416 頁（弘文堂・2010）。ただし、損害保険約款でも共通約款が使用される範囲が狭まっていること、生命保険契約でも生命保険協会においてモデル約款が作成されることがあることについて、山下友信『保険法』103-105 頁（有斐閣・2005）。

83条)。したがって保険金の給付を受ける第三者の権利の内容は、保険契約当事者間の合意の内容に従って決定される。

②普通保険約款+特約条項

保険契約は、普通保険約款によって規律される部分と、特約条項によって規律される部分から成り立つ。前者は基本約款であり、後者は基本約款の保険保護の範囲を拡大あるいは縮小し、あるいは一部条項の適用除外を定める特約を定める約款である。保険契約者は特約条項を選択することができる限りにおいて、保険契約の内容を決定する自由を有する。しかし普通保険約款も、特約条項も、そこに記載される事項について保険者があらかじめ定めていることには違いがなく、約款であることには変わらない⁽²⁾。

③免許制、登録義務の存在

保険業を行うためには、内閣総理大臣の免許を受ける必要がある（保険業法3条1項）。免許申請手続の際には、申請者は普通保険約款を免許申請書に添付する必要があるほか（保険業法4条2項3号）、特約条項の内容は事業方法書に明記の上やはり添付しなければならない（保険業法4条2項2号、保険業法施行規則8条1項6号）。免許審査に当たっては、保険契約の内容が、保険契約者等の保護に欠けるおそれのないものであるか、不当な差別的取扱いをするものではないか、公序良俗に反する行為を助長または誘発するものではないか、保険契約者にとって明確かつ平易といった基準から審査が行われる（保険業法5条1項3号）。また普通保険約款、特約条項の内容を変更しようとする場合にも、内閣総理大臣の認可が必要であり、同様の基準から審査が行われる（保険業法123条～125条）。

したがって、保険業において用いられる約款は、すべて行政による審査を経ていることが原則である⁽³⁾。

（2） 契約締結と約款

①契約締結前の説明義務と約款

保険契約締結前に、保険の募集を行う者は、保険契約者に対して約款を示す義務があるか。一般論としては、保険募集に当たって顧客に対して説明すべきとされている事項は限られてお

(2) 山下・前掲注(1) 110頁。

(3) ただし、審査を経ない約款により保険契約が締結されたとしても、私法上当然に無効になるものではない。

り（保険業法294条、保険業法施行規則227条の2）、保険契約の内容についての説明の義務は存在しない。

ただし、変額保険等リスクの高い投資型の保険については、保険会社は顧客に契約内容を説明すべき信義則上の義務があるとする裁判例が数多く存在し、金融商品販売法による民事上の説明義務が課されている。また、行政規制としても、保険業法による金融商品取引法の規定の準用により、契約締結前に書面交付義務が課されており、契約内容の概要を説明する義務がある（保険業法300条の2、金融商品取引法37条の3第3号）。

これら説明義務と約款の関係が問題となるが、金融商品取引法は適合性の原則により、業者に顧客の知識、経験、財産の状況等に応じた勧誘を行う義務を課しているから（金融商品取引法40条1号）、約款を交付しただけでは説明義務を果たしたことにはならず、逆に適切な説明があれば約款が提示されなくても勧誘の責任は生じない。民事上の説明義務についても、同様のことが言える。

いずれにしても、保険において約款の提示は現行法上は必須とはされていない。

②契約締結時の書面交付と約款

保険者は、保険契約を締結したときは、遅滞なく、保険契約者に対して、法定の事項を記載した書面を交付する義務がある（保険法6条・40条・69条）。いわゆる保険証券の交付を義務づけるものである。この書面は、保険契約の成立および内容に監視、保険契約者側の契約の成立および内容に関する証明を容易にするための証拠証券に過ぎないとされている⁽⁴⁾。したがって、これは約款そのものではない。保険法では、契約締結に際しての約款の提示をとくには義務づけていないことになる。

ただし、この契約締結時交付書面は契約内容に言及するものであるから、書面の記載と約款に定める契約内容に不一致が生じたような場合に、問題が生じる。この点は、書面に保険契約者に不利な内容の記載がある場合と、保険契約者に有利な内容の記載がある場合に分けて考えることができる。保険法制定前、保険証券に保険契約者に不利な内容の記載がある場合を念頭に、このような場合に保険契約者が異議を唱えなければ、保険証券の内容が契約内容となるとの立法論もあったが、前述の保険証券の法的性質を考えれば、少なくとも法律上の根拠無くそのような取扱いを行うことはできないと考えられる⁽⁵⁾。

問題は、契約締結時交付書面の内容が、約款記載の内容よりも保険契約者にとって有利な内

(4) 山下友信・米山高生編『保険法解説 生命保険・傷害疾病定額保険』229頁（有斐閣・2010）。

(5) 山下・米山・前掲注(4) 231頁。なお、立法例についてはドイツ保険契約法5条参照。

容である場合に、保険契約の内容が変更されるかという点である。この場合も、当該書面が約款そのものではなく、かつ契約締結後に「遅滞なく」交付されればよい書面であって、契約締結時に提示されているとは限らない点を考えると、書面の記載内容が一般論として当然に契約内容となると考えることには無理があるように思われる。神戸地裁平成9年6月17日判例タイムズ958号268頁は、地震保険約款が約款の規定に反する内容で締結されてしまった場合で、保険証券にも約款に反する記載がなされていたにもかかわらず、約款の内容を優先する解釈を行っている。この判決には学説から批判もあるが⁽⁶⁾、契約時交付書面の記載を信頼した保険契約者の期待が保護に値すると考えられる場合に、禁反言の法理により、保険者は信義則上書面と異なる約款の内容を主張できない場合があるといった解決も考えられるところであり、必ずしも契約内容化にこだわる必要はないようにも思われる。

③約款外合意の有効性

上記の問題は、保険者と保険契約者が、約款の内容とは異なる合意をした場合に、その合意は契約内容となるかという問題と関係してくる。この点について、さらに2つに分けて検討する必要がある。

第1は、保険者が約款と異なる内容の説明をして、保険契約者がそれを信じた場合である。この場合に、保険事業が支払保険金額と保険料が均衡を保つように設計されていることなどを重視し、保険契約者の期待よりも約款の客観的な解釈を優先させる裁判例が存在する（佐賀地判昭和58年4月22日判例時報1089号133頁、大阪高判昭和51年11月26日判例時報849号88頁）。

第2は、保険者（あるいはその代理人）と保険契約者が意図的に約款とは異なる内容を合意した場合である⁽⁷⁾。特に、保険契約者に有利な内容の合意をした場合に、契約内容となるかが問題となる（保険者に有利な内容の合意を約款外で行った場合、約款届出義務違反となり、民法90条、消費者契約法10条との関係で無効となる可能性が高いのではないか）。

この点、保険業法は、保険募集に際して、保険契約者または被保険者に対して、保険料の割引、割戻しその他の特別利益の提供を約すことを禁じている（保険業法300条1項5号）。保険会社が特定の顧客との間で、約款とは異なる内容の扱いを約すことは、この特別利益の提供に該当するおそれがある。

(6) 山下・前掲注(1) 114頁注54。

(7) 江頭・前掲注(1) 418頁注4。札幌地裁平成2年3月29日判例タイムズ730号224頁。木下孝治「ドイツ法における保険約款を変更する個別的合意の効力について」文研論集121号161頁。

そこで、この特別利益提供の禁止に違反した場合の、契約の効力が問題となる。この点は、特別利益の提供を約した場合でも、保険契約は私法上は有効であると解するのが一般的であるとされている。ただし、提供の約定については保険契約者が違法性を認識していれば無効であるとする説がある一方、提供の約定も原則としては無効とならず、ただその内容が保険契約に内在する保険契約者間の衡平を著しく害するような不合理なものであるときには、提供の約束が公序良俗に反して無効となるとする説もある⁽⁸⁾。

この問題は、保険者が保険契約者を平等に取扱うという原則が、保険法上実体的規範として存在しているかという問題に関わる。かつては、保険の社团性を強調し、上記の特別利益の提供禁止規定から、保険契約者の平等取扱に関する一般原則を導くという見解が唱えられていた。しかし現在の保険法学説ではこのような保険の社团性を強調する解釈論は支持されておらず、むしろ保険契約の個別契約性を強調する見解が有力である⁽⁹⁾。

(3) 契約変更と約款

約款の変更権留保条項（特約条項についてのみ変更）

約款の内容を、保険契約の継続中に一部変更する必要が生じる場合がある。約款が保険契約の内容を構成する以上は、本来なら改めて保険者、保険契約者間で新しい約款による旨の合意をする必要がある。しかし、そのような手続を逐一踏むことは煩雑であるから、約款にあらかじめ変更権を留保する条項を挿入しておくことが考えられる。

ただし、わが国の普通保険約款には、変更権留保条項が置かれていないようであり、保険事故の発生率が著しく増加した場合に備えて保険料率の計算基礎に関して保険者による変更権が留保されている場合や、公的医療保険制度等の改正があった場合に備えての支払事由の変更権などが特約条項の中で定められている。

3 信託

(1) 約款の構成、位置づけ

信託業法は、運用型信託会社について免許制を採っている。しかし、免許申請の際の添付書類の中には、約款、契約書面の類は含まれていない。

①他益信託型

信託の設定が契約で為される場合には、委託者と受託者が契約の当事者である。信託におい

(8) 山下・前掲注(1) 176-177頁。

(9) 山下・前掲注(1) 62頁。

ても、第三者のためにする信託契約を締結することができる（他益信託）。その場合、委託者と受託者の間で交わされる約款により受益権を取得するのは、契約当事者でない第三者ということになる。

いわゆる投資信託のうち、委託者指図型投資信託は、委託者の指図に基づいて投資運用を行い、その受益権を分割して複数の者に取得させることを目的とする信託とされているため、他益信託である（投資信託及び投資法人に関する法律2条1項）。委託者指図型投資信託では、金融商品取引業者を委託者、信託会社等を受益者として信託契約（委託者指図型と委託者非指図型に分かれる）が締結されるが（同3条1項）、その際、信託約款が作成される。委託者となる金融商品取引業者が投資信託契約を締結しようとするときは、あらかじめ当該投資信託契約に係る信託約款の内容を内閣総理大臣に届け出る義務があり、かつその記載内容についても詳細な規定がある（同4条）。

②自益信託型

これに対して自益信託、すなわち委託者と受益者が同一の場合については、信託契約約款が直接に問題となる。信託銀行の約款を見ると、総合口座に関する取引約款を交わした上で、例えば指定金銭信託約款が交わされる。

貸付信託は、1個の信託約款に基づき、受託者が複数委託者との間で締結した信託契約により受け入れた金銭を、主として貸付、手形割引などの方法により合同運用する金銭信託であり、受益証券によって受益権が表示されるものとされており（貸付信託法2条）、自益信託型の商品類型である。この貸付信託については、信託約款の記載事項についても詳細な規定があり（同3条1項および2項）、かつ信託約款について内閣総理大臣の承認を受けることを要する（同4条）。信託約款の変更についても、内閣総理大臣の承認を必要とする（同5条）。

投資信託のうち、委託者非指図型投資信託は1個の信託約款に基づき、受託者が複数委託者との間で締結した信託契約により受け入れた金銭を、委託者の指図に基づかずに主として特定資産に対する投資として合同運用する金銭信託であり（投資信託及び投資法人に関する法律2条2項）、かつ受益証券の取得は委託者の権利義務の承継原因とされるから（同51条）、委託者が受益者を兼ねる自益信託である。信託会社等がこの投資信託契約を締結する場合に作成する信託約款も、内閣総理大臣への届出を必要とし、その記載事項についての詳細な規定がある（同49条1項および2項）。

(2) 契約締結と約款

①契約締結の際の説明、書面交付義務

信託業法25条は信託契約の内容説明義務を課している。これは、信託会社の商号、信託目的、信託財産の管理処分の方法、受益権の譲渡手続に関する事項、受託者の公告の方法などについて説明をする義務であるが、その説明の内容、方法、程度については、委託者の知識・経験等に応じて、適合性の原則（信託業法24条2項）に従って行うことが求められている。したがって約款の内容をただ説明することでは済まされない。

信託業法26条は、信託会社が信託契約により信託の引受けを行ったときに、「遅滞なく」、同条に列挙される事項について明らかにした書面を交付する義務を課している。個々に列挙される事項の多くは、信託契約書・信託約款に記載される事項が多いため、これら書面の交付によって、義務が果たされたとみることができるが、逆に言えば信託業法上は、契約締結前の約款交付義務は存在しないことになる。

元本割れリスクがあり投資性の高い特定信託契約については、信託業法24条の2により金商法の準用を受けるため、損失を生ずるおそれなどについて特に説明をする義務があり、また契約締結前の書面交付義務が存在する（金融商品取引法37条の3）。ここでの書面交付義務の内容は、前述の26条の契約締結時交付書面と重複する部分も多いため（信託業法施行規則30条の23）、同じ書面を二度交付することもある⁽¹⁰⁾。

委託者指図型の投資信託においては、委託者たる金融商品取引業者が、当該投資信託契約に係る受益証券を取得しようとする者に対して、投資信託約款の内容等を記載した書面を交付する義務がある。ただし金融商品取引法2条10項に規定する目論見書に当該書面に記載すべき事項が記載されている場合などはこの限りでない（投資信託及び投資法人に関する法律5条1項）。

投資信託約款の内容を記載した書面の交付義務は、委託者非指図型の投資信託に準用される。この場合、受託者となる信託会社等が、委託者兼受益者に対して書面交付義務を負うことになる（同54条）。

②約款外合意の可能性についての一般論

契約締結前の説明、あるいは契約締結前に交付された書面が、信託約款と一致していない場合については、他益信託型の信託商品と、自益信託型の信託商品で分けて考える必要がある。

他益信託型の信託商品の場合、受益権の内容は委託者と受託者の間の契約で決まるのであつ

(10) 小出卓哉『信託業法』125頁（清文社・2008）。

て、受益者に対して受益権購入契約の段階においていかなる説明が為されたかは、受益権の内容を左右しないと考えられる。特に、委託者指図型投資信託の受益権は受益権を平等に分割することを意図しており、信託の元本の償還及び収益の分配に関して、受益権の口数に応じて均等の権利を有するものとされる（投資信託及び投資法人に関する法律6条3項）。委託者たる金融商品取引業者の不適当な説明や書面交付は、不法行為説明責任を発生させる根拠とはなり得ても、受益権の内容に影響を及ぼすことは予定されていないと言わざるを得ない。

これに対して、自益信託型の信託商品の場合は、委託者が受益者を兼ねるから、信託約款とは一致しない契約内容の説明ないし書面交付があった場合に、信託契約がいかなる内容のものとして成立するかという問題が生じる。委託者非指図型の投資信託の受益証券については、受益者が均等の権利を有する旨の規定はない（投資信託及び投資法人に関する法律50条3項は、同法6条3項を準用していない）。ただし、この種の投資信託商品でも合同運用が為されるため、一部の受益者について異なる扱いをすることは実務上予定されていないことは確かである。

そこで、合同運用の為される信託の受益者間で、異なる取扱が約された場合、どのような効果が生じるかという問題を考察する必要がある。この点、合同運用信託の受益者間の公平取扱義務は、信託法33条が規定する公平義務の問題ではなく、個々の信託関係における善管注意義務の問題であると整理されている⁽¹¹⁾。したがって、一部の受益者を特に有利に扱うことを約したような場合には、そのような合意は有効とし、他の受益者との関係で善管注意義務違反の問題として処理する可能性があることになる。

③投資信託における損失補てん合意の有効性

信託業法24条1項4号は、信託会社が委託者・受益者に元本補填を行うことを禁じている。これは信託会社を破綻のリスクから保護するためである。信託兼営金融機関については、十分な財産的基礎が認められることを理由に、一定の信託について元本補填等を行うことが認められている（金融機関の信託業務の兼営等に関する法律6条）。

そこで、この業法規制に反して元本補填契約を締結した場合の私法上の効果が問題になる。この点は証券取引についての、最判平成9年9月4日民集51巻8号3619頁が損失補償が証券取引秩序において許容されない反社会性の強い行為であるとの社会的認識の形成を根拠に、そのような契約を無効としており、信託取引についても同様の結論を導くことができよう⁽¹²⁾。

(11) もっとも、信託法33条の公平義務自体が受託者の善管注意義務の具体化と位置づけられていることについて、寺本昌弘『逐条解説 新しい信託法〔補訂版〕』135頁（商事法務・2008年）。

(12) 公序の判断時点について最判平成15年4月18日民集57巻4号366頁を参照。

(3) 契約変更と約款

①信託法における信託の変更

信託の変更に関する規律は信託法に規定がある（信託法149条以下）。原則は委託者、受託者、及び受益者の合意による（同149条1項）。受益者が複数いる場合、受益者の意思決定は全員一致によるのが原則であるが、信託行為に別段の定めをおくことができ（同105条）、また受益者集会を組織して多数決による意思決定を行うことも可能である（同106条以下）。なお、受益証券発行信託の場合、受益者集会における多数決による意思決定が原則となる（同214条）。

いずれにせよ、他益信託を利用した投資商品において、契約内容が変更される場合には、受益者が契約内容の変更にある程度関与することが可能である。なお、信託の変更に異議ある受益者は、受益権取得請求権を行使することで投下資本の回収を行うことができる（同103条）。

ただし、信託の変更に関する規律は任意規定であり、信託行為において変更の方法を定めることは可能である。したがって約款に変更権を留保することで、約款の内容を受益者の意思に反して変更することは可能である。

②貸付信託、投資信託の規律

貸付信託について信託約款の変更に内閣総理大臣の承認が必要であることは既に述べた（貸付信託法5条）。受託者は、信託約款の変更について承認を受けた後、直ちに、1か月以上の期間を定めて、変更の内容および変更について異議のある受益証券の権利者が異議を述べるよう公告する義務がある（同6条1項および2項）。受益証券の権利者が期間内に異議を述べなかった場合には、当該権利者はその変更を承諾したものとみなす（同3項）。異議を述べた受益証券の権利者は、受託者に対して受益証券の買い取りを請求できる（同4項）。

委託者指図型投資信託の信託約款の変更については信託約款の変更内容を内閣総理大臣に届出義務がある（投資信託及び投資法人に関する法律16条）。この場合、投資信託約款の重要な内容を変更する場合、書面による決議が必要である（同17条、同法施行規則29条）。書面決議において当該重大な約款の変更に反対した受益者は、受託者に対して受益権買取請求権を行使できる（同18条）。これらの信託約款変更に関する規定は、委託者非指図型投資信託の場合に準用される（同54条）。

③信託の変更に関する規律の及ぶ範囲

上記のように、信託の変更の規律は、委託者もしくは受益者の関与を原則とし、受託者が変

更権を一方的に行使できるものとはされていない⁽¹³⁾。

そこで、信託約款に記載された事項について変更をする場合、常にこのような規律が及ぶと考えるべきなのかが問題となる。例えば、信託業法26条が記載を要求している受託者の公告の方法や信託財産に関する租税に関する事項などを信託契約書に記載して、契約締結時に交付した場合、広告方法や租税に関する事項を事後的に変更する場合に委託者の承諾等が必要かという私法上の問題が発生する⁽¹⁴⁾。

この問題は、信託法の適用を免れ得るかというレベルと、委託者と受託者の間の契約としての性質を免れ得るかというレベルに分けて議論する必要がある。前者については、これらの記載は信託約款に記載されていても、信託契約そのものの内容ではないと考えることは可能であると思われる（したがって、信託の変更に関する規律は及ばない）。そこで後者、すなわち信託契約とは別の、委託者と受託者の合意内容と見ることが可能であるかという問題が残る。この点は、解釈によると言わざるを得ない。

4 付記

ここでは、ここまでの検討を踏まえた上での最低限の指摘のみに留める。

（1）預金約款との関係

預金契約は、基本的に銀行と預金者の二者間の契約であり、保険や他益信託の場合とは異なり、第三者が関与することは原則として生じない。預金約款では、普通預金、定期預金といった預金の種類ごとに約款が定められているのが普通であり、また顧客の選択によって、特約条項を付加する形になっていることが多い。銀行業自体は免許制が採られている（銀行法4条）が、保険のように、個別の約款について行政的な審査があるわけではない。

銀行法上の規定としては、12条の2第1項において、預金者等に対する情報の提供を定めており、「内閣府令で定めるところにより、預金等に係る契約の内容その他預金者等に参考となるべき情報の提供」が義務付けられる。具体的な情報提供の内容は、銀行法施行規則13条の3

(13) 実際の約款もそのようなつくりになっている。たとえば2010年11月現在使用されている住友信託銀行指定金銭信託約款19条1項には、「当社は、受益者の利益のために必要と認められるとき、またはやむを得ない事情が発生したときは、金融庁長官の認可を得て、または委託者及び受益者の承諾を得て、この信託約款を変更できるものとします。」と規定する。

(14) 小出卓哉『信託業法』129頁。こうした問題を避けるために、①信託契約と契約締結時交付書面とを別々に交付する方法や、②信託契約書に、当該記載事項については、委託者の承諾なしに変更される可能性がある旨を規定する方法を推奨する。

が定めているが、約款そのものの提示を要求しているわけではない。

契約内容の変更については、約款の中に銀行が変更内容等を公表するなどしかるべき手続を経れば、契約内容を変更できる旨の条項を置くのが一般的である。

（２）債権法改正との関係

今般の債権法改正により定型約款に関する規定が置かれる予定である。上記で検討した保険約款、信託取引の約款、預金約款は、そこでの定型約款の定義である、「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」に該当するものが多いと思われるため、これらの約款を各契約の内容とするためには、一定の要件をみたす必要がある（改正法案548条の2）。もっとも、ここにいう「定型取引」の定義である「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」の範囲については必ずしも明らかでなく、また契約内容化の要件についても条文言言からは不明な点が多い。

金融機関の用いるある契約条項が定型約款に該当する場合には、定型約款準備者である金融機関は、顧客の請求に応じて、当該定型約款の内容を表示する義務がある（改正法案548条の3）。同条の反対解釈として、顧客の請求がなければ約款を示す必要はなく、従来通り、約款の提示あるいは交付は必須ではないことになろう。また、この義務に違反した場合の効果については、条文上は明らかではない。

また、今回の改正によって定型約款の変更に関する規定が設けられ、一定の場合には、定型約款を変更することにより、相手方と個別の合意をすることなく契約内容を変更することが可能になった（改正法案548条の4）。ただし、どのような場合に定型約款の変更が認められるのかについては、条文上は必ずしも一義的に決まる文言にはなっていないように思われる。

（３）まとめ

一口に約款といっても、その商品特性に応じてその契約内容は様々であり、また規制についても個別の業法的な規制によって行われてきた。従来の約款論は保険約款を念頭において行われたものが多いが、保険約款の議論が他の商品にも当てはまるのかは慎重な検討を要する。債権法改正により定型約款に関する規定が置かれることにより、約款の契約内容化要件、約款提示義務、約款変更の領域においては、より一般的な議論が進展することが期待される。

金融法務研究会第2分科会の開催および検討事項

第53回（平成22年6月7日）

- ・ 金融取引における約款等をめぐる法的諸問題（事務局）
- ・ 個別分担テーマの選定およびフリー・ディスカッション

第54回（平成22年8月2日）

- ・ 約款の変更（総論）（野村豊弘委員）
- ・ 団体における取り決め（森下哲朗委員）

第55回（平成22年11月1日）

- ・ 約款の定義（中田裕康主査）
- ・ 商品の観点からみた約款（山下純司委員）

第56回（平成22年12月16日）

- ・ 具体的ケースを素材とした約款変更の検討（山田誠一委員）
- ・ 約款の採用・組入れ（沖野眞己委員）

○ 会合の回は、平成11年からの通番。

以 上

金融法務研究会委員

顧問	青山善充	東京大学名誉教授
	前田重行	元学習院大学法科大学院教授
	野村豊弘	学習院大学名誉教授
運営委員 (座長)	岩原紳作	早稲田大学大学院法務研究科教授
運営委員 (第1分科会主査)	神田秀樹	東京大学大学院法学政治学研究科教授
運営委員 (第2分科会主査)	山田誠一	神戸大学大学院法学研究科教授
運営委員 (第2分科会幹事)	沖野眞己	東京大学大学院法学政治学研究科教授
運営委員 (第1分科会幹事)	森下哲朗	上智大学法科大学院教授
委員	中田裕康	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	神作裕之	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	松下淳一	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	山下純司	学習院大学法学部法学科教授
研究員	加藤貴仁	東京大学大学院法学政治学研究科准教授
	加毛明	東京大学大学院法学政治学研究科准教授

(平成27年11月現在)

**金融法務研究会第2分科会委員
(平成22年度)**

座	長	岩 原 紳 作	東京大学大学院法学政治学研究科教授 (現・早稲田大学大学院法務研究科教授)
主	査	中 田 裕 康	東京大学大学院法学政治学研究科教授
委	員	野 村 豊 弘	学習院大学法学部法学科教授 (現・学習院大学名誉教授)
		山 田 誠 一	神戸大学大学院法学研究科教授
		沖 野 眞 己	東京大学大学院法学政治学研究科教授
		森 下 哲 朗	上智大学法科大学院教授
		山 下 純 司	学習院大学法学部法学科教授
オブザーバー		浅 田 隆	三井住友銀行 法務部業務開発グループグループ長 (現 同行法務部長)
		城 市 智 史	三井住友銀行 法務部法務グループグループ長 (現 同行管理部 CRE マネジメント室長)
		斉 藤 智 之	三井住友銀行 経営企画部全銀協会長行室推進役 (現 同行総務部企画グループ長)
事 務 局		相 澤 直 樹	全国銀行協会業務部長 (現 同協会事務システム部長)

※ 本報告書のテーマ検討期間における検討メンバー。

金融法務研究会報告書一覧

発行年月	報 告 書 名	巻数
1996.2	各国銀行取引約款の検討ーそのⅠ 各種約款の内容と解説ー	(1)
1999.3	各国銀行取引約款の比較ー各国銀行取引約款の検討 そのⅡー	(2)

以下、第1分科会と第2分科会とに分けて研究を行う。

第1分科会

発行年月	報 告 書 名	巻数
2000.4	チェック・トランケーションにおける法律問題について	(3)
2002.4	金融機関のグループ化と守秘義務	(5)
2002.10	チェック・トランケーション導入にあたっての法的課題の再検証	(7)
2004.7	社債管理会社の法的問題	(9)
2005.9	電子マネー法制	(11)
2006.10	金融持株会社グループにおけるコーポレート・ガバナンス	(13)
2008.5	金融機関の情報利用と守秘義務をめぐる法的問題	(16)
2010.6	金融機関における利益相反の類型と対応のあり方	(17)
2012.9	金融取引における信用補完に係る現代的展開	(20)
2013.7	有価証券のペーパーレス化等に伴う担保権など金融取引にかかる法的諸問題	(22)
2013.12	金融規制の観点からみた銀行グループをめぐる法的課題	(23)
2014.9	金融商品の販売における金融機関の説明義務等	(24)

第2分科会

発行年月	報 告 書 名	巻数
2002.5	消費者との銀行取引における法律問題について	(4)
2002.4	金融取引における「利息」概念についての検討	(6)
2003.10	預金の帰属	(8)
2004.9	債権・動産等担保化の新局面	(10)
2005.9	最近の預金口座取引をめぐる諸問題	(12)
2006.10	担保法制をめぐる諸問題	(14)
2008.3	銀行取引をめぐる消費者保護の現代的展開	(15)
2010.6	動産・債権譲渡担保融資に関する諸課題の検討	(18)
2012.6	預金債権の消滅等に係る問題	(19)
2013.2	相殺および相殺的取引をめぐる金融法務上の現代的課題	(21)
2015.1	近時の預金等に係る取引を巡る諸問題	(25)
2015.12	金融取引における約款等をめぐる法的諸問題	(26)

金融法務研究会事務局

〒100-8216 千代田区丸の内1-3-1

一般社団法人 全国銀行協会（業務部）

電話 東京（03）3216-3761（代）

本報告書は研究会としてのもので、当協会としての意見を表明したものではありません。