

# 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<sup>(1)</sup>。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」<sup>(2)</sup>ないし「高度に洗練された緻密で複雑なもの」<sup>(3)</sup>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<sup>(4)</sup>、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<sup>(5)</sup>

#### (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<sup>(6)</sup>。

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<sup>(7)</sup>。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<sup>(8)</sup>。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、「公衆奉仕の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<sup>わな</sup>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<sup>(9)</sup>。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」<sup>(10)</sup>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<sup>(11)</sup>。

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<sup>(12)</sup>、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<sup>(13)</sup>。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<sup>(14)</sup>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<sup>(15)</sup>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、企業の自立法である「約款そのもの」と規範性をもたらす動力因である「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<sup>(16)</sup>。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<sup>(17)</sup>。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か否かは、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<sup>(25)</sup>、②ではより広くなり<sup>(26)</sup>、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<sup>(27)</sup>。現在、契約説が多数説だが<sup>(28)</sup>、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<sup>(29)</sup>を考えると、伝統的約款論もなお根強いかもしれない<sup>(30)</sup>。

---

(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<sup>(31)</sup>。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<sup>(32)</sup>。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<sup>(33)</sup>。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<sup>(34)</sup>

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にではなく、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) 大塚龍兎「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)<sup>(35)</sup>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<sup>(36)</sup>。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がる可能性がある。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、広がる。

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<sup>(37)</sup>、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<sup>(38)</sup>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<sup>(39)</sup>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<sup>(40)</sup>。

「〈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。」<sup>(41)</sup>

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り、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<sup>(42)</sup> 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<sup>(43)</sup>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<sup>(44)</sup>。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<sup>(45)</sup>、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<sup>(46)</sup>。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<sup>(3)</sup>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<sup>(7)、7a)</sup>。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<sup>(47)</sup>。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<sup>(48)</sup>。「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<sup>(49)</sup>。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なかなか難しいのではない。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、現実的に約款を使用する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<sup>(50)</sup>。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<sup>(51)</sup>。

## 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疊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<sup>(52)</sup>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相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」としたうえで、「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」に限定したうえで、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。