

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は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、契約締結時までには、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なら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は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が指摘されている。

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ふべきである。」

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、約款の使用人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、通説といつてよい。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。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思われる。

(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、それをもたらすだけの「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）が要求されると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ふ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。』（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こと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「普通契約条項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ふべきであろう（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」をめぐって、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思われる）。

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ろうし、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ろう。

(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、店頭へ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（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）。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。そこでの約款内容の開示は、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）補完するものでもある（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も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・）取消しをもたらず場合もある。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、借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、任せるといえることではないか。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っ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って、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。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）。