

民法改正法案の第 192 回国会における審議状況 7 (1)

2017 年 4 月 28 日

前稿に引き続き、本稿では、定型約款を取り上げる。

7. 定型約款 (1)

まず定型約款に係る改正内容をお浸いしておこう。なお、すべて新設であるので、改正法案のみを記載する。

改正法案

第五款 定型約款【新設】

(定型約款の合意)【新設】

第 5 4 8 条の 2 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)【新設】

第 5 4 8 条の 3 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。

(定型約款の変更)【新設】

第 5 4 8 条の 4 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。

次に定型約款に係る質疑応答を引用する。なお、下線及びかっこ内は著者による。

11月25日

藤野委員：(前略) (賃貸借契約の約款の例として) 「本契約事項の一つたりとも違反した場合は、乙は甲に何らの催告をしないで本契約を直ちに解約し、乙は無条件で明渡すものとする。もし乙がこれに従わない場合は、甲が勝手に本物件内に入り、乙の遺留品その他一切の物品を処分するも、乙は異議なきものとする。一旦処分された後は如何なる理由であろうとも返還しない。又それらの物品の片付け、処分等に要した費用は乙負担とする。」(中略) 要は、契約者が一方的に契約内容を変更できるとか、それに対して消費者は異議なく承諾したと擬制する条項だとか、消費者の解除権は制限するだけけれども、一方で事業者はいつでも解約できますよというものだとか、あるいは損害賠償についても、事業者の損害賠償は上限を決めて制限する、あるいはそもそも清算義務を一切免除しちゃうとか、その一方で消費者には損害賠償義務を加重するとか。まあ、何というか、余りに不公正な条項が横行している。(中略) 中古品を購入した直後にキャンセルしたら違約金が何倍もとか、それは割合はいろいろなんですけど、物すごい違約金が請求されたとか、(中略) こうした被害が国民生活センターには多数寄せられております。(中略) こういう実態があるからこそ、今回、民法典で約款というところに足を踏み出されたという認識でよろしいでしょうか。

盛山副大臣：(前略) 定型約款、こういったことについていろいろな被害があるというのが、今回の民法の中にこういった約款というものを置く根拠づけ、大変大きな背景というのは、先生御指摘のとおりでございます。それぞれの個別の事業法その他で定めをしているものもあるんですけども、それ以外のものというのもやはり現在多数存在しているものでございますので、今おっしゃられたような、御指摘のような被害その他も起きている、こういうことでございます。

藤野委員：この条項、不当条項と言われるような条項なわけですけども、これはどうやって規制していくかという点で、法制審ではかなり議論がされたと認識をしております。その際、諸外国で、不当条項リストというものをつくって規制していこうというやり方、リスト化していくやり方というのも紹介されております。ドイツ民法やフランスの消費法典、EUの消費者の権利に関する指令案など、非常におもしろいと思っております。それらの特徴といいますのは、共通しているのは、不当条項リストを二種類あるいは三種類に分類する。例えばフランスの場合は、ブラックリストというものとグレーリストというのに分けまして、ブラックリストの方は反証の余地なく無効、これに対してグレーリストは、反証の余地は認めるけれども、その立証責任は事業者にあるということなんです。ちょっとこれは法務省にここだけ確認したいんですが、こういうことが法制審で議論された、資料も出たということ、それだけお答えください。

小川政府参考人：以上の点は議論されております。

藤野委員：(前略) フランスの消費法典、これはR百三十二の二条というらしいんですが、ここにはこう書い

であるんですね。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、濫用的であると推定されると。ですから、事業者が一定のグレーな条項について、ある意味直ちにブラックだ、無効とするのではなくて、反証を認めるということで、硬直的な運用ではない、バランスをとりつつも、しかしその際の立証責任は事業者ですよということであります。私は、約款をめぐる情報量やさまざまな力関係を考えれば、立証責任を事業者に負わせるというのは一つの知恵だなというふうに思いました。法務省にお聞きしたいんですが、なぜ検討したのにこれが入らなかったのか、主にどの団体がだめだと言ったんでしょうか。

小川政府参考人：今御指摘ありましたように、ブラックリストの問題ですとかグレーリストの問題なども議論されております。もちろん、いろいろ議論はございますが、グレーリストを設けることにつきましては、当事者は、形式的にグレーリストに該当していれば、それが不当条項には該当しないと確信を持って判断することができない限り、無効とされるリスクを回避するという観点から、その条項をできるだけ契約に用いないこととせざるを得ず、これによって取引に過度な萎縮効果が働くおそれがあると懸念する意見が強うございました。こういった懸念は、事業者団体の方から主に出されたところでございます。

藤野委員：反証というのは能力を持っていればできるわけで、過度に萎縮するなんというのは、全くそれはかみ合わないわけですね。実際、日本でも、公正取引委員会がかつてつくっていたガイドライン、独禁法上のガイドラインの一つである特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針（中略）には、黒条項、ブラックですね、灰黒条項、灰色と黒の間の条項、灰条項、グレー条項、こういう分類があったわけですね。契約の世界の中でも約款の世界というのは、力関係という点でいえば、私は独禁法に親和性があるなというふうに思っているわけですが、つまり、日本でもこういうのがあったわけですから、十分可能な制度だというふうに思うわけです。（中略）ある意味ブラックな条項をさんざんつくっておいて、自分たちは立証責任は嫌だと。これは随分勝手な主張だなというふうに私は思うんですが、大臣、率直な御感想はいかがでしょう。

盛山副大臣：先生おっしゃるように、その事業に対するいろいろなノウハウその他、力関係も含めて、契約者たる相手方の消費者と大きな力関係、差があるじゃないかというのはそのとおりかと思えます。ただ、これもいろいろな、ケース・バイ・ケースというんでしょうか、事業だとか、その会社によってさまざまなケースがあろうかと思えます。特に今、我々の法体系におきましては、公益事業その他のものにつきましては、それぞれの事業法で、標準約款その他の根拠も設けたりもしております。法制審議会でもいろいろな形で議論いたしまして、定型約款の内容を理解しないままに内容に拘束されるというその方の利益をどのように保護するべきかということを議論した結果でございますけれども、今回、このような形で民法の中に約款を設ける、これ自体についても大変大きな議論があったところでございますが、そんなふうに落ちついたものでございます。

藤野委員：結果として、今回はこうしたリスト形式は実現しなかった。これが到達点だということだと思わわけですが、しかし、やはり今後さらに、この不当条項への規制のあり方というのは、これは終わりではなく、もっと豊かにしていく、あるいは国民にわかりやすくしていく。今回の法改正の最大の趣旨は、国民一般にわかりやすい民法をということでありますから、そのリストというのは非常にわかりやすいわけであります。ぜひ、こういう方向も検討していただきたい。大体、萎縮効果とおっしゃっても、ヨーロッパではばんばんやっているわけです。本当にそんなことがあるのかというのもしっかり研究していただいて、ぜひ今後取り入れていただきたい。その意味で、今度は大臣にお聞きしたいんですが。今回、初めて民法で不当条項

が規制の対象になった、これは第一歩だということだと思うんですが、これで終わりではなくて、今後も、今回の不当条項の分野でも考え方をさらに発展させていく、そういう姿勢が大事だと思うんですが、大臣、そういう姿勢で臨まれるんでしょうか。

金田国務大臣：委員御指摘の点については、例えば経済団体でもさまざまだと思うんですね。良好な企業活動というものもあると思います。したがって、そういうものを尊重していくという場合も必要だ、こういうふうに思うわけであります。ただいまの質問に対しましては、一般法である民法において対応すべきものか否かという観点も踏まえながら、やはり改正法案施行後の定型約款を利用した取引の実情というものを注視していくことで対応をしていきたい、このように思っております。

藤野委員：（前略）幾つか質問させていただきたいと思っております。まず、組み入れ要件。いわゆる五百四十八条の二第一項で、約款を見ていないことが多いんだけども契約内容に組み入れるという規定があるわけですが、これは法制審の議論では、契約締結前に内容を開示させたらどうかとか、認識可能性というものを要件にしたらどうかとか議論はあったんですが、これは全部入りませんで、かなり緩い形で組み入れることが決まっているということなんです。しかし、これによって立場の弱い消費者が知らないものに拘束されるがままという状況は起きないことが必要だと思うんです。そのための担保として、条文上は明文として規定はされていないんですけども、事業者には、定型約款の重要部分について、信義則上の情報提供義務や説明義務があると解釈すべきだと思うんですが、法務省、この解釈で間違いありませんか。

小川政府参考人：説明義務の点でございますが、まず、説明義務としては、例えば保険業法などのいわゆる業法の中には、顧客保護の観点から、事業者に対して契約を締結する際の説明義務を課しているものがございまして、こういったものは、事業者は所定の説明義務を果たす必要がありますので、今回の改正法においても、そのことについては、当然のことながら変更はございません。

また、裁判例におきましては、民法第一条第二項の定める信義則を根拠として、契約の一方当事者が相手方に対して、契約を締結するか否かの判断に影響を与える一定の事項について説明をしなかったことにより相手方が損害を受けた場合には、当事者の一方が損害を賠償する責任を負うとしたものがありまして、これは事業者の説明義務を課したものと理解することができようかと思います。

定型約款を利用した取引についても、個別の事案に応じた解釈によって、事業者側に説明義務が課されることはあり得るものと考えられるところでございます。改正法案においては、一定の要件のもとで、定型約款の個別の条項について当事者が認識していなくても合意したものとみなすこととしておりますが、このような説明義務を履行する必要がなくなるものではないというふうに考えております。

藤野委員：信義則上の義務はあるということでありました。組み入れを緩やかに認めたわけですから、これはやはり重要な部分についてのそうした義務を果たしていくというのは当然必要だというふうに思います。そして、もう一点。組み入れを認める、みなしていくというこの規定とセットの問題として、しかし、そうはいっても、みなし合意として認めるには余りに不当だということで、除外規定というものも五百四十八条の二の第二項に設けられております。条文を読みますと、いわゆる不当条項だけを対象としているようにも見えるんですが、不当条項だけではなくて、いわゆる不意打ち条項ですね、通常予測しがたいような内容が盛り込まれているという不意打ち条項についてもこの条文で対応できる、適用される、こういう理解でよろしいですか。

小川政府参考人：改正法案におきましては、相手方にとって負担となるような条項、すなわち相手方の権利を制限し、または相手方の義務を加重する定型約款の個別の条項については、両当事者間の公平を図る基本原

則である信義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ときは、合意をしなかったものとみなすこととしております。

定型約款を利用した取引においては、画一性が高い取引であることなどから、相手方である顧客においても、約款の具体的な内容を認識しようとまではしないのが通常でございます。このような特質に鑑みますと、相手方である顧客にとって、客観的に見て、予測しがたい条項が置かれている場合において、その条項が相手方に多大な負担を課すものであるときは、相手方においてその内容を知り得るようにする措置を定型約款準備者が講じておかない限り、信義則に反することとなる蓋然性が高いと考えられるところでございます。このような定型約款を利用した取引の特質が考慮されることをあらわすために、五百四十八条の二の第二項におきましては、定型約款の個別の条項が信義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か否かについての考慮事由として、「定型取引の態様」という表現を用いております。

以上申し上げましたように、委員御指摘の、いわゆる不意打ち条項でございますが、「定型取引の態様」という文言を入れたという点から見ましても、改正法第五百四十八条の二第二項の規定によって排除され得るものと考えているところでございます。

藤野委員：何か、いろいろやっておられますけれども、やはり不当条項だけでなく、議論があつて、不意打ちであっても不当でなければいいとか、不当であっても不意打ちでなければいいとか、そういうことではなくて、両方、この条文で対応していくんだということだというふうに思うんですね。ですから、そこは、今の答弁でうなずいておられますので、確認されたと。ちょっと、もう一回確認しますけれども、大丈夫ですね。

小川政府参考人：いわゆる不当条項と不意打ち条項、いずれも含むものでございます。

12月2日

井出委員：（前略）定型約款の部分にも、五百四十八条の二の一（項）で、まず、定型約款について説明をしている。五百四十八の二の二項で「前項の規定にかかわらず、」「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つて、その定型取引の態様及びその実情並びに、またここで「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。」と。

ここは、今読み上げたところは、今回、定型約款を事業者と不特定多数の方とが結ばれるときに、約款を作成する側の方がいろいろな情報があつたり知識もあつたりして、そういうこともあつて、不特定多数の方いわゆる消費者を守る側の観点なのかなと思うのですが、そこにも「取引上の社会通念」と、その前段に「定型取引の態様及びその実情」ということもくつついているんですが、消費者側からすれば留保がかかつておるんです。

ここを少し私なりに分析をしますと、「定型取引の態様及びその実情」というのは、お互いの、物を買ったりするときの、要は契約の目的、趣旨だと思うんですが、ただ、それは不特定多数なので、なかなか個別の趣旨というわけにもいかないと思うので、恐らく、定型取引の態様、実情と、先ほどの債務不履行のときと比べると少し言葉を変えられているのかなと。その一方で、「取引上の社会通念に照らして」ということも併記をされているんですが、この二つの部分のもう少し具体的な意味を御説明いただきたいと思います。

小川民事局長：御指摘ありましたように、五百四十八条の二の第二項におきましては、定型約款の個別の条項が信義則に反して相手方の利益を一端的に害すると認められるか否かについて、いわゆる考慮事由として定

められておりまして、その内容が、「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」ということとございます。こういった考慮事由を定めました趣旨でございますが、定型取引の態様というのは、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、その内容の全部または一部が画一的であることがその双方にとって合理的であると言える、これが定型取引の定義でございます。

これにおいては、契約内容の画一性が高い取引であるため、相手方である顧客において、約款の具体的な内容を認識しようとまではしないのが通常であります。このような特質に鑑みますと、相手方にとって客観的に見て予測しがたい条項が置かれている場合において、その条項が相手方に多大な負担を課すものであるときには、相手方においてその内容を知り得る措置を定型約款の準備者が講じておかない限り、そのような条項は不意打ち的なものとして信義則に反することとなる蓋然性が高いと考えられます。こういった定型取引の特質を考慮するというを示したのが定型取引の態様でございます。

今の定型取引の態様は、いわば定型取引の一般的な特質を踏まえた考慮要素でございますが、これに加えて、個別の取引の実情を具体的に考慮し、問題とされた条項が信義則に反するかどうかを検討することも必要となるわけでございます。具体的には、その取引がどのような経済活動に関して行われるものか、その取引においてその条項が設けられた理由や背景、その取引においてその条項がその当事者にとってどのような利害得失を有するものかなどといった点も広く考慮されるべきものと考えられます。この趣旨で、個別の取引の実情という意味で、定型取引の実情とっております。

また、当事者間の公平を図る観点からは、条項が信義則に反するか否かに当たっては、その種の取引において一般的に共有されている常識、すなわち取引通念に照らして判断することも必要になると考えられます。このことをあらわす趣旨といたしまして、取引上の社会通念を考慮事由として示したものでございます。

井出委員：（前略）「その定型取引の態様」というのは、例えば携帯電話会社が携帯電話を販売するときに、基本的に、どなたであっても何かいろいろ書いたものを用意すると。その後の「実情」というところは、実際の個別の携帯電話を売る店舗での対応ですとか、私はそんなような思いで捉えていたんですが、そこが合っているか間違っているか、ちょっと事例に即して教えてください。

小川民事局長：定型取引の態様というのは、一般的な、まさに定型約款を用いた、画一性ですとか、余り条項の内容を読まないといった、そういう前提に立ったものでございますので、先ほどの御指摘でよろしいかと思えます。それから、定型取引の実情も、まさに個別の取引の実情ですので、販売店でどういうことが行われていたかとか、あるいはそこでの契約の締結に至る趣旨、経過なども含めて実情ということとございますので、御指摘のとおりかというふうに考えております。

井出委員：（前略）あと、「取引上の社会通念」、常識の部分なんですけど、そもそも定型約款の項目そのものは今回新設をされますので、さまざまなケースや判例があるのかもしれませんが、その常識というものは一体どういうふうに解釈をしていくのかなというところが大変気になるのですが。この定型約款というものは、弁護士会なんかもそうですけれども、やはり消費者の保護というものの視点に立って定型約款の部分を評価されていると。ただ、こうしたただし書きといいますか、留保のような条項が一体どのくらいの影響があるのかなというところは考慮していかなければいけないと思えます。

前に、参考人の質疑のときにも少しここを議論させていただいたんですが、きょうはまた別の専門家の方の視点を少し紹介したいんです。「民法改正案の評価」、信山社という会社から出ている、加賀山茂さんという方が書かれている本なんですけど、そこでは、最大の問題点は、無効とすべき不当約款の判断基準から任意規定という概念が落ちて、かわりに取引上の社会通念という、約款の無効ではなく、むしろ約款の有効性を

担保するのに好都合な概念を基準としている、約款が一旦作成をされ合意されたものとみなされると、それが取引上の社会通念とされることになるのであるから、それを約款の無効の判断基準としたのでは公正な判断基準とはなり得ない、定型約款の規定を新設した意義を大きく損ねていると。ちなみに、その加賀山さんも指摘をされているんですが、消費者の利益を一方的に害する条項の無効ということで、消費者契約法の第十条を見てもみますと、消費者契約法の第十条では、「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効」であると。

加賀山さんは、消費者契約法第十条、不当約款の判断基準は「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」だ、それが今回、民法の新法では取引上の社会通念に成りかわってしまっている、そういう意味では、極めてそこがまず曖昧になって、さらに約款の有効性を助ける書きぶりになってしまっているのではないか、そういうことを指摘されているんですが、その点についてちょっと御見解をいただきたいと思いません。

小川民事局長：今お話がありました消費者契約法自体はもちろん消費者と事業者との関係の問題には適用されますので、先ほど言われた内容も、広く、定型約款も含めた形で適用はされる前提でございます。ただ、民法の条文としては、消費者契約法のような任意規定との比較という基準には立たなかったということでございますので、今言われた批判は必ずしも当を得ていないのではないかというふうに思っております。

12月6日

逢坂委員：（前略）法律上で言うと相手方にとってというんでしょうか、本当にこれでいいのかなと思うところがあるんです。五百四十八条の二を読んでみますと、「定型取引を行うことの合意をした者は、次に掲げる場合には、定型約款の個別の条項についても合意をしたものとみなす。」、これがもともとの柱書きというか、五百四十八条の二の第一項の括弧を抜いた部分です。定型取引を行うことの合意をした者は、次に掲げる場合には、定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなす。私にしてみると、非常に唐突な文章だなという気がします。これは法文ですから唐突なのかもしれないんですけども。ちょっと、これを少し教えてもらいたいんですが、まず一つは、約款というものは、現行でいくと、それは個別法に定められている約款もあるとは承知しているんですけども、個別法以外にも約款の類いのものというのは法律上存在するというふうに理解していいんでしょうか。

小川民事局長：現代社会におきましては、大量の取引を迅速かつ安定的に行うために、契約に際して約款を用いることが必要不可欠となっておりますが、御案内のとおり、民法にはこれまで約款に関する特段の規定はございません。他方で、約款については、いわゆる業法においてその内容が規制されているものがありまして、その規制は、営業等を規制し、顧客の保護を図るため、その内容を適正化することなどを目的とするものでございます。ただ、さらに、業法などのない、インターネットで見ればそういう約款は多分幾らでも出てくるんだろうと思いますが、法律の根拠のないそういう約款というのも多数存在するというふうに思います。

逢坂委員：（前略）事業法にないものなのかもしれないんですが、それは、しかも約款というふうには書いていないかもしれないけれども、そういう日常の中で約款と言うか約款と言わないかはとにかく別として、今回の民法がまず大きなターゲットとしてどういうものを約款として捉えているのかというところは、何か説明できるでしょうか。

小川民事局長：もちろん、定型約款の定義ないしは定型取引の定義にかかわることだと思いますが、ここで言う定型約款の具体例として考えておりますのは、鉄道の運送取引における運送約款、あるいは電気供給契約における電気供給約款、保険取引における保険約款、インターネットサイトの利用取引における利用規約など、幅広い取引において利用されております契約書の類いが該当するものというふうに考えております。

逢坂委員：幅広い取引における契約書の類い、冒頭に例示を出していただいた電気とか鉄道とかについては、これは個別事業法で載っているものですね。だから、今回、個別事業法ではなくて一般法としてというか、民法を基本法として定めるからには、どこを一体対象にしているんだというところを明らかにしておかないと、私は、国民は多少混乱をするのではないかなという気がするんです。その上で、定型取引とは何かということを考えなきゃいけないような気がするんです。そうではないんでしょうか。そもそも定型取引があるというようなイメージなんじゃないかな。

小川民事局長：業法との関係でいえば、業法はやはり約款の内容について規制をするというのが、そのために一定の認可のようなものを経るとか、そういう仕組みとしてでき上がっているものが、いわゆる事業法、業法だというふうに理解しております。

今回の改正法案の民法の基本的な考え方は、定型的あるいは画一的な約款などについて、逐一、条項そのものについて認識を持たないでも契約が成立する、そういう問題、あるいは変更に対してどう対応するのか、あるいはその中に不当な条項があった場合にどう対応するのか。そういう意味では、事業法の切り口とは違う、基本法としての民法の一般的なルールとしてつくるというのが、今回の基本的な定型約款に関する枠組みだというふうに理解しております。

逢坂委員：その定型約款なるものでありますけれども、定型約款を作成するかしないかは、定型約款を作成しようとする者の自由意思というふうに理解していいんじゃないかな。

小川民事局長：もちろん、定型約款を作成するかどうかは、作成する者の意思に委ねられております。

逢坂委員：それでは、日常の取引の中で似たような商売というか事業をやっている人でも、A社には約款はあるけれどもB社には約款がないという、例えば類似の事業をやっているケースでも、それは事業法に規定がない限り、そういうことは存在し得るということではよろしいでしょうか。

小川民事局長：業務の内容が基本的に類似するのであれば、恐らく同じような形態になっていくのではないかなとは思いますが、もちろん、A社、B社によって取り扱いが違う、約款を使うところもあればそうでないところもあるというのは、そのとおりだと思います。

逢坂委員：それで、A社、B社で約款の内容が違っている、でも、A社、B社の取引の内容が、いわゆる法律で言うところの定型取引というふうにもし理解されるのであれば、そのA社、B社の内容の違う約款も定型約款というふうに法律上は位置づけられるということではいいんでしょうか。

小川民事局長：そういうふうに位置づけられるというふうに思います。

逢坂委員：これは国民からしてみると、いろいろな取引をするときにある約款が、定型約款であるか約款でないかということは、それは今後わかることになるんでしょうか。それとも、それはその中身に依拠して判断をするということになるんでしょうか。

小川民事局長：定型約款につきましては、定型取引というところから定義規定を設けておりますが、最終的に、ある約款が定型約款に該当するか否かというのは、恐らく具体的に紛争が生じた場合に、その事案ごとに裁判所によって判断されることになるというふうに考えております。もちろん、定型約款の該当性について、予見可能性が確保されることは重要でございますので、その趣旨や具体例については法務省としても周知に

努めることは必要だというふうに考えております。

逢坂委員：（前略）当該約款が定型約款であるかどうかというのは裁判によって明らかになるという今答弁だったかと思うんですが、だとするならば、消費者は、自分が今この取引をしていることに関する約款が、どういうルールで変えられるのか変えられないのかということは、必ずしも客観的にはわからないということになるんじゃないかな。

例えば、法務省が、これは定型取引ですよというふうに例示を今後いろいろ出してくれるということは、それはそれで理解します。それに照らし合わせると、ああ、こういう業務は定型取引なんだな、だからこの約款は定型約款なんだなということはわかる。でも、もし法務省が示さない業務があったとした場合には、それは定型約款かどうかであるかは裁判で争わなきゃわからないということですかね。

小川民事局長：恐らく裁判になる場面というのは、何かもちろんトラブルがあって、例えばその条項について問題があったとか、あるいは変更されたけれども不満があるということによって裁判に発展するんだろうと思いますけれども、そういうことにならなければ、特段、それが定型約款なのかどうかは別として、円滑に動いているという状態だろうとは思いますが、ただ、繰り返しになりますが、最終的に定型約款かどうかということ判断するのは、さきに申し上げました、トラブルが起きたときの裁判所の認定によるということでございます。

逢坂委員：（前略）定型約款であるか否かというのは最終的に裁判所が判断する、それはそうなんだろうとは思いますが、しかしながら、それぞれの事業者の皆さんが、自分がやっている取引、そしてそれに付随する取引のいろいろなルールを書いたもの、消費者と言っていいか、相手方等のルールを書いたもの、これが定型約款であるか否かということがやはりきちっとあらかじめわかっているなければ、この法の適用のしようがないのではないかという気がするんです。だから、自分では定型約款だと思っていたけれども定型約款ではなかったというのは裁判で争えばいいけれども、逆のケースもあるかもしれない。自分はこんな法には全く縛られていないんだというふうに思っていて、事実上定型約款だったのに、勝手にというか、このルールを外して変更してしまうなんていうことも場合によってはあるかもしれない。

このあたり、定型約款であるかどうかというのを最初にうまく認識させる行為というか、何か作業みたいなものが必要なんじゃないかと思うんですけれども、それなしにやっちゃうと法の適用というのはいまうまくできないんじゃないですか。どうなんですかね。

小川民事局長：定型約款につきましては、定型取引の定義あるいは定型約款そのものの定義を第五百四十八条の二に規定しておりますので、それをももちろんごらんいただくのが大事なことなんですけど、法務省といたしましても、定型約款の内容、性質について広報、周知に努めるのは当然のことでございます。

逢坂委員：広報、周知に努める、それは当然だというふうには思いますけれども、ちょっと疑問が残りますね。

（中略）定型約款とはかくなるものであるということがもっと具体的にわかるようになっていないと、なかなかこの法律の適用というのはしづらんじゃないかなと思うんです。定型約款だと思っていない人は、例えば第五百四十八条の二の一項の二号、定型約款を準備した者が相手方に表示していたときなんということは、場合によってはやらないかもしれないわけですから、このあたりは、もうちょっとPRする、アピールする、周知するというのはわかるんですけれども、それ以外に問題はないんじゃないかな。少し放任主義的なイメージを受けるんですけれども、どうなんですかね。

小川民事局長：もちろん法務省として広報、周知を徹底するということは、先ほども申し上げましたが、やはり広報、周知の方法としても、ある種のグループといいますか団体の方に行って説明会を開くであるとか、

あるいは、もちろん法律的な専門家の知見を活用するという事も十分考えられますので、弁護士さんですとか司法書士さんですとか、いわゆる法律の専門家の皆さんにこれについての知識、知見を得ていただいて、広く国民の皆さんに活用していただくということも考えられると思います。

逢坂委員：（前略）五百四十八条の二の第一項の二号、相手方に表示をしていたとき、これについては合意をしたものとみなすという規定でありますけれども、相手方に表示をするというのは、具体的にどのような行為を想定されているのでしょうか。

小川民事局長：相手方に表示をしていたときというのは、法律的な説明で申しますと、黙示的な合意がこれによって成立するというふうに見るとというのがこの制度の説明でございます。そういったしますと、この要件は、「表示していたとき。」という内容につきましては、定型約款を契約の内容とする旨の黙示的な合意があったと言えるような場合を意味するということになりますので、「表示していたとき。」というのは、取引を実際に行おうとする際に顧客である相手方に対して個別に面前で示されていないとすればならず、定型約款準備者のホームページなど、そういったところで一般的にその旨を公表していることだけでは表示とは言えないというふうに考えております。

また、ここに言う表示は、相手方がみずから契約内容の詳細を確認したいと考える場合には、その表示を踏まえて定型約款準備者に内容の開示を請求し、その内容を確認した上で、不満な点があれば契約を締結しないことが可能となるようなものでなければならないというふうに考えております。

逢坂委員：今のをもう少し国民生活でわかりやすく言うと、例えば携帯電話の契約をする際に、約款が店のどこかにぶら下がってあればそれでよいとするのか、それとも、携帯電話を契約するときに、今は大体カウンターに座って携帯電話の契約なんかをやりますけれども、目の前に指し示すということなのか、その辺はどうなんですかね。

小川民事局長：これは約款そのものの表示まで求めているわけではございませんで、定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示するわけですので、その内容についての具体的な表示が必要だということになります。

逢坂委員：それでは、契約の内容とする旨を相手方に表示する、だから、定型約款を契約の内容にするんですよということが書いてあればいいんですか。言葉で言えばいいんですか。それはどういうことなんですか。

小川民事局長：もちろん表示の方法は問いませんので、対面であれば言葉で、発言していただくのが一番適切かと思います。

逢坂委員：（前略）定型約款を契約の内容とする旨を言葉で言うか書いてあるかは別にしても、それをやるということが五百四十八条の二第一項の二号だということでもありますけれども、それを見た上で中身を見せてくださいよということ言う、そういう法律の順番だということなんですね。

小川民事局長：この法律では表示の請求という仕組みもございますので、もちろん今のような過程を経て、約款の内容を知りたいということであれば表示の請求をしていただくことになると思います。

逢坂委員：では次に、（中略）五百四十八条の二の二項なんですけど、「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、」云々かんぬんというふうにあります、「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。」ということですね。「合意をしなかったものとみなす。」。これは、要するに第二項というのは、相手方の権利を制限するとか相手方の義務を加重する条項が含まれているものも定型約款というふうに判断をしているのかどうかということですけども。

小川民事局長：条項の総体を定型約款というふうに称していますので、いわゆるこれは不当条項ということになると思いますが、その中にそういった不当条項というものが含まれている場合があって、それに対する対応として、合意はなかったものとみなされるというのがこの内容でございます。

逢坂委員：普通に考えると、例えば、相手方の権利を制限するとか、相手方の義務を加重する条項が含まれているもの、相手方の利益を一方的に害すると認められるようなもの、こういうことは定型約款とは言わないんですよ、これは定型約款には含まれませんよというのが何となく一般社会なのかなという気もしないでもないんですけども、なぜそうではない、これは法律的に何か意味があるんでしょうか。

小川民事局長：幾つか考え方はもちろんあると思います。これは、全体としてみなすということに対する例外として、合意はしなかったものとみなされる、そもそも最初から合意の対象から外されるということになるわけです。

もう一つ、こういう不当条項の仕組みとして考えられるのは、合意としては存在するけれども無効になるという考え方はあり得ると思います。改正法案の検討の過程でも、定型約款中の不当な条項の拘束力を否定する方法として、合意としては存在するけれども無効とするということも検討されましたが、従来からそういった考え方もございますし、類似する規定であります消費者契約法第十条は、そういう考え方をとっています。ただ、むしろ端的に、擬制の、みなしの対象に含めないということにしたのが今回の内容でございます。

逢坂委員：今回の民法の改正の大きな二つの柱、一つは社会情勢の変化に応じてさまざま新規に追加しなきゃならないものがあると同時に、わかりやすい民法。ここの条項は、そのわかりやすい民法の方の判例法理の条文化ではないと承知はするわけですけども、何か非常にわかりにくい印象がありますね。あえて、不当条項という言い方をしましたでしょうか、そういうものが載っているものも定型約款のカテゴリーの中に入れて、でもそれは合意をしなかったものとみなすと。合意をしなかったものとみなすということであれば、このことは、例えば相手方、要するに消費者の側がそういう（不当条項を含む）定型約款を前提にした取引をしていたというときに、その取引の相手方というのはどうやって保護されるんでしょうか。合意しなかったものとみなすよと言われても、と言われてもというか、その判断は、普通、消費者はなかなかできないような気が私はするんですけども、いかがでしょうか。

小川民事局長：先ほども若干申し上げましたが、現在でも不当条項規制に関する議論というのはあります。定型約款という形ではなくても、約款の中で、いわゆる不当条項になる場合があるという議論はあって、通常の場合は、先ほど申し上げました、効力が否定される、すなわち、合意としては存在するけれども無効であるというのが今の不当条項規制に関する考え方だと思いますが、そこでも同じ問題があるわけです。いわばそこがトラブルの出発点ということになるわけですので、そこから発展して、もちろん一定の解決を見る場合もあれば、そうではなくて、裁判という場面もあり得て、最終的には、合意の無効であれ、今回の改正法案であります合意をしなかったものとみなすという規定であれ、その効力は最終的には裁判所の判断によるということになると思います。

逢坂委員：私はここも、要するに、本当の意味で消費者の保護になっているのかなというふうに思うんですよ。今の五百四十八条の二の二項のような条項がある。確かに、こういう条項があるから、これは合意をしていないので、例えば裁判になったときに、それは消費者が保護される結論に場合によってはなるかもしれない。だけれども、日常の取引の中で、いわゆる不当条項が含まれているものであるかどうかなどということとはなかなかわからない。そして、相手方みずからが何らかの行動を起こさなければ自分が不利益な状態に置かれ

ていることを解決できないという法なのではないかなという気がするんですけども、この点、いかがでしょうか。

小川民事局長：御指摘の点も確かにあろうかとは思いますが、やはり一般的に、不当条項であるということについては、幾つかの例などを示しながら広報、周知することによって、広く問題意識を持ってもらうということは大事なことだと思っています。その上で、何かトラブルがあった場合には、もちろん全て裁判になるのがいいと言っているわけでもありませんで、いろいろな解決の方法もございますので、その中で一定のルールとして認められていくものがあり、その上で、最終的には裁判所の判断によるということだと思っています。

逢坂委員：この定型約款のところの全体を見ると、これは私の印象ですよ、印象は、やはり事業者の側に何となく、有利とまでは言わないけれども、若干都合のいい雰囲気を感じられるなという気がするわけです。定型約款とはいかなるものであるかということについても、必ずしも具体的な提示というものがこの条文上はあるわけではないわけですね。だから、相手方、消費者にしてみると、この民法の規定に沿っているものなのかどうか、沿う約款なのかどうかということとはなかなかわからないんだろうなという気が私はしております。

12月9日

枝野委員（前略）民法の定型約款、改正法の五百四十八条以下ですか、この規定は、事業者間の取引やあるいは労働契約などには適用がないというか、定型約款には該当しないという理解でよろしいですね。なおかつ、なぜそういうふうに読めるのでしょうか。説明してください。

小川民事局長 改正法案では、定型約款とは、「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その特定の者により準備された条項の総体」、これを定型約款ということとしております。

御指摘のありました事業者間の取引ですが、いわゆる契約書のひな形の問題として捉えますと、当事者の一方があらかじめ準備した契約書のひな形を利用して契約が締結されるということが事業者間取引では多いと考えられます。もっとも、事業者間の取引では、通常、ひな形どおりの内容で契約をするかどうかは当事者間の交渉で決まることが予定されておりまして、画一的な契約内容とすることが相手方にとっても合理的であるとは言いがたいと考えられます。したがって、先ほど申し上げました要件との関係でいいますと、事業者間の取引において用いられる当事者の一方が準備した契約書のひな形は、一般的には定型約款の定義には該当しないと考えられます。

次に、労働契約でございますが、労働契約は、使用者側が準備した契約書のひな形を利用して締結されることが少なくないと考えられます。しかし、定型約款の定義のうち、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ることという要件は、相手方の個性を重視せずに多数の取引を行うような場面を抽出するためのものがございます。このような要件を設けることとしたのは、定型約款の規律を及ぼす対象を選別する観点からは、契約内容を画一化することについて相手方も何らかの利益を直接間接に享受していると客観的に評価することができるようなものを、これも抽出する必要があると考えられるわけでもございますが、そのためには、前提として、相手方の個性に着目することなく行われる取引であることが必要でございます。すなわち、相手方の個性に着目して行われる取引においては、その個性に応じて取引を行うか否かを決めるのでございますので、定型約款の規律の対象として、取引を円滑、迅速に、安定的に行うことができ

るようにする必要性は乏しいと考えられます。

労働契約を締結するかどうかは、一般に、相手方の能力、人格などの個性に着目して判断されるものでございますので、不特定多数の者を相手方として取引するにも当たらないと考えられます。したがって、労働契約のひな形などにつきましても定型約款には該当しないと考えております。

枝野委員 継続的労働契約はそうなのかなと思うんです。そうすると、対象となる、例えば日雇い派遣的に、きょうは百人集めてみたいときというのは、実態として、個々の労働者、雇われる側の個性に着目していると言えるのかな。この場合、どっちになるんですか。

小川民事局長 もちろん個別の事案によるというふうには思いますが、基本的には個性を重視する形で、定型約款からは外れるというふうに考えております。

枝野委員 僕は、結論は外れるということで、別途規律をするべき対象のものだとは思っているので、結論はいいんですけども、ちょっと説明の仕方をうまくしないと、何か変なものが変に定型約款に入っちゃうんじゃないかなと。例えば、事業者間も、フランチャイズ契約みたいな話というのは、事実上、定型的なもので運用されていますが、これは、どこに店を出すかとかそういうのが違うからということで定型約款から外れるという理解でいいんですか。

小川民事局長 もちろん、フランチャイズ契約、いろいろと問題も指摘される場所もございますが、それは基本的に、定型約款の性質そのものというよりは、両者の交渉力の差の問題でございますので、その意味では事業者間の契約ということで整理をしております。

枝野委員 ぜひ、変なものが紛れ込まないか、整理をきちっともう一回していただければありがたいと思います。最後に、これは本当に何度か確認されていると思いますが、不意打ち条項が定型約款に入っていない、明示されていないというのは私も問題だと思いますので、これは最後、これでいいですねと大臣に聞きますから、よく答弁を聞いておいてください。不意打ち条項については、今回の改正法の条文に明示はされていないが、信義則に反して不当条項になる、なり得る、当然そういう理解であるということによろしいですか。まず、局長。

小川民事局長 御指摘のとおり、なり得るものでございます。

階委員 (前略) 新しい五百四十八条の二、定型約款の合意の条文であります。この柱書きに、「定型取引」というのが冒頭定義が出てきておまして、「ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部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。」という定義になっています。この中で「一部が画一的」という、この一部の意味ですね。画一的な部分が一〇%とか二〇%だったりすると、これは画一的でも何でもないような気がして、多分定型取引にも当たらないと思います。一部というのは大体どれぐらいの割合を指しているのか、「一部が画一的」というのはどんなイメージなのかというのを教えてください。

小川民事局長 もちろん、ごく一部が画一的であるとしても、これをもって「一部が画一的」ということには当然当たりません。まさに定型取引の特徴が画一的というわけですから、その特徴を維持するといえますか、その特徴を構成するにふさわしいだけの一部でないという意味がないわけございまして、基本的には、相当な部分ですとかあるいは重要な部分が画一的であるという意味でございます。

階委員 いや、普通、日本語では、そういう場合は、全部または大半がとか、ほとんどがとか、そういう言葉になると思うんですが、なぜここで一部という言葉になるんでしょうか。一部だと、一〇〇%のうちの五%

とか一〇%でもいいというふうに日本語としては理解されますけれども、何か今のお話だと、一部というよりも大半とかそういう言葉が正しいような気がするんですが、なぜ一部という言葉になっているのでしょうか。

小川民事局長 先ほども相当部分ですとか重要部分という表現を使いましたが、量で決めるということは、ではそれこそ例えば何割なんだというようなことについて、量的に決めるというのはなかなか難しい点もございまして、繰り返しになりますが、相当部分であったり重要部分が画一的であるということが必要というふうに考えているところでございます。

○階委員 ちょっと、日本語の語感とは大分離れている気がします、それはここでの答弁を優先するということで理解しておきます。

そこで、この定型取引をした方の中で適用される定型約款というものが問題になるわけですが、この定型約款は、今の一部とかの話でもないですが、言葉だけ見るとには意味が確定しがたい、そういう場合もあると思います。そういう、文言について解釈の余地というか解釈の幅がある場合、その幅の端と端で、作成者側に有利であるか、あるいは適用されるお客さんの側に有利であるか、これが変わってくるわけですが、その幅の中で、私は、つくった側、作成者側が不利になるような解釈をすべきだ、これは学説上もある程度人口に膾炙されている考え方だと思うんですが、この作成者不利の原則と申しますか、こういう考え方は今回定型約款の解釈ではとり得るのかどうか、お答えください。

小川民事局長 いわゆる作成者不利の原則のような考え方があることは承知しておりますが、その点については法制審議会においても検討されたところでございます。ただ、結論といたしましては、確立している考え方とは言いがたいということで見送られることとなりました。改正法案のもとでも、以上の点は解釈に委ねられるということになりますので、そういった解釈論をとることは可能だと思います。

○階委員 はっきりしない答弁でしたけれども、本当はここも何か明文の規定があればいいのかなという気がします。

あと、定型約款、例えば銀行取引約定書みたいなものが定型約款に当たるかどうかというのは議論の余地があると思いますが、仮に銀行取引約定書が定型約款だとして、そこに当事者がサインをした場合、これは定型約款にサインをしていますから、定型約款としての扱いになるのか、それとも、普通の契約と申しますか、一項一項の契約条項に合意した上での契約ということになるのか、これを区別する基準は何なのかというのを教えていただけますか。

小川民事局長 客観的な定型約款なのか、それ以外の契約書なのかということによって、いわば五百四十八条の二の定義によって決まる問題でありまして、当事者の署名捺印がある契約書であるからこれは定型約款に当たらないというようなことではございません。

○階委員 そうすると、定型約款に当たり得るし、また、通常の契約にも当たり得る。これは実は変更の規定の適用にかかわってくるわけで、もしその署名捺印したものが定型約款に当たるということになれば、当事者の一方的な変更権がある。しかし、普通の契約であれば、これは合意しないと変更は認められない。これは大きな違いになります。もし、そういう約款にサインがあったような場合、それはどういう変更権の扱いになるのか。一方的な変更権が認められるのかどうかということをお教えいただけますか。

小川民事局長 先ほども申し上げましたが、当事者の署名捺印そのものは、定型約款であるかどうかの性質に影響を及ぼすものではございません。定型約款に当たるとすれば、その意味では、仮に署名捺印があっても変更が認められるということになります。實際上、恐らく、保険契約のようなものは、約款であっても署名

押印をしていて、変更の議論もあり得るところだと思います。

階委員 ちょっと具体的に聞いていきたいんですけども、銀行取引約定書であるとか住宅ローンの契約書とか消費者ローンの契約書、これは定型取引の契約書であるけれども、定型約款にも当たるような気がするんですね。こういったものは、通常の契約書なのか、それとも定型約款なのか、どっちなのでしょう。

小川民事局長 先ほども例として出ました銀行取引約定書、これは個別に交渉して修正されることもあり、その意味では、画一的であることが合理的であるとは言いがたいので、定型約款には当たらないというふうに考えております。他方、住宅ローン契約書については、画一的であることが合理的であると言えるために、定型約款に該当すると考えられるところがございます。それから、消費者ローン契約書も定型約款に該当すると考えられるのではないかと考えております。

ただ、以上の点は、取引の実態についての私どもの認識を前提としておりますので、やはりあくまで取引の実態がどういうことかというのがポイントだろうというふうに思っております。

階委員 いや、先ほど言ったように、変更権が認められるかどうかにかかわってくるころなので、明確な基準がないとなかなか当事者としても困るのではないかと思います。

それと、五百四十八条の二の第二項の中に、いわゆるみなし規定の中で、「相手方の義務を加重する条項」というくだりがあります。相手方の義務を加重するというのは、何を基準に判断するのでしょうか。

小川民事局長 これは、消費者契約法にも同じような構造の条文があつて、それとの比較という点もございしますが、何を基準に判断するのかという点でございすけれども、任意規定、それから判例ですとか一般的に存在する法理と言われるものを基準とするというふうに考えております。

階委員 義務を加重するというのも、一義的にはちょっとよくわからないような気がします。その上で、「相手方」という表現が五百四十八条の二にはたくさん出てくるわけですが、例えば「相手方の義務を加重する」という場合の相手方というのは、定型取引の相手方ですから不特定多数いるわけですね。その不特定多数全体を指しているのか、それとも、当該取引の相手方ということで、義務を加重するかどうかというのは個別の相手方ごとに判断するのかどうかということについても確認させていただけますか。

小川民事局長 ここでの「相手方」は、個別の、個々の相手方という意味でございす。

階委員 そうすると、この第二項のみなし規定、「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つて、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第一条第二項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかつたものとみなす。」というものの適用範囲、何か、今話を聞いていますと余りクリアではないような気がするんですけども、本当にこの「合意をしなかつたものとみなす。」というものが適用される場面というものはあるのでしょうか。何か安易に、全部合意したという一項の方のみなし規定が適用されてしまうような気もするんですけども、この懸念は当たらないですか。

小川民事局長 この条文は、先ほどもちょっと触れましたが、消費者契約法十条などを参考にしたものでございまして、その意味では、消費者契約法の中で既に確立したものとなります表現などを用いたものでございす。決して曖昧なものというわけではございせん。それに加えて考慮要素を書き足しておりますので、その意味では、曖昧ということは当たらないというふうに考えております。

12月13日

井出委員 (前略) 定型約款のところ、前回最後に取り上げたんですが、みなしと推定です。五百四十八条の

二、定型約款に「合意をしたものとみなす。」。ここが推定じゃだめなのかというところで教えていただきたいんです。(中略) みなしと推定というものは、それだけ大きい違いが法律上あるんじゃないかなと思うんですが、その点についてまず教えていただきたいと思います。

小川民事局長 まず、みなすということですが、法律用語辞典などで見ますと、ある事物と性質を異にする他の事物について、一定の法律関係においてその事物と同一視して、ある事物について生ずる法的効果をその他の事物に生じさせることをいうというような定義がされております。また、推定するというのは、ある事柄について当事者間に取り決めがない場合に、法令が一応、一定の事実状態にあるものとして判断し、そのように取り扱うことをいうとされております。

両者の違いでございますが、みなすとされる場合には、一定の法律関係に関する限り、いわば絶対的にその法律関係がみなす対象とされることと同一視されますので、同一の事物でないということの反証を許さないということになります。これに対し、推定するとされる場合には、当事者間に別段の取り決めがあり、または反対の証拠があるということが証明されるときはその取り決めまたは証拠に基づいて判断されるという点において、両者は異なるものでございます。

井出委員 この約款の拘束力、みなしか推定かで、みなしの方が約款の拘束力は強いということだと思いますが、約款の拘束に関する判例、リーディングケースと言われているものが大正四年の火災保険に関するものでありまして、火災保険については、保険加入者は、反証のない限り約款の内容による意思で契約したものと推定すべきであると判示をし¹、これを意思推定説という。この意思推定説という言葉は、私は最近知ったんですけども、この世界の方であればどなたでも御存じのことかと思うんですが、判例のリーディングケースとかから見ても、果たして今回、定型約款の規定を「みなす。」とすることが、そこまで本当に拘束力が強いものなのかどうなのか、その点について伺いたいと思います。

小川民事局長 契約当事者が約款の条項に拘束される根拠につきましては、判例、これは大審院の大正四年という古い判例でございますが、この判例は、火災保険約款中の免責条項の効力が争われた事案の中で、当事者双方が特に保険約款によらない旨の意思表示をせずに契約したときは、その約款による意思で契約したものと推定すべきであるとしております。このような判例の立場を一般に意思推定説と呼んでおります。この判例は、約款による契約の成立要件について、約款の内容を認識していなくとも、特定の約款によることの合意があれば原則として契約の内容となるとしたものと解されてありまして、約款を利用した取引の安定を図るという観点からは、この判例の考え方を基本的に、まさに基本的には踏襲することが妥当であると考えられるところでございます。

また、実際上も、特定の約款によることの合意をしている当事者がその約款の内容に拘束されるのはみずからの責任に基づくものであると言えますし、約款の内容を認識していないことにより生じ得る不利益については不当条項規制を設けることによって対応することが可能でございます。

そこで、改正法案におきましては、定型取引をするという合意があった場合において、定型約款を契約の内容とする旨の合意があったとき、または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に、定型約款の個別の条項について合意があったものとみなすこととした上で、信義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については合意しなかったものとみなす、そういう制度としております。

では、合意をしたものと推定するというものでいいのではないかという御意見もあろうかと思いますが、そういう考え方の問題点として申し上げたいと思うんです。まず、意思推定説をとるとする判例の理解につ

いても、これは必ずしも一様ではございませんが、個別の条項について合意をしたものと推定するにとどまるといふ考え方であると理解いたしますと、改正法案におきましては、こういった推定によるという考え方を採用するといいたしますと、以下に申し上げるような問題があると考えられます。

まず、定型約款の規定を設けるというのは、定型約款中の条項の内容を認識していないにもかかわらず当事者がこれに拘束される根拠を与えるためのものがございます。そのため、合意があったことを推定する旨の規定を設けたとしても、定型約款については、当事者がその内容を認識していないということが通常であるということでございますので、そういうことを前提といいたしますと、先ほどの推定とみなすの違いで申し上げましたように、推定というのは覆される可能性がありますので、常に推定が覆されるということにもなりかねず、取引の安定を確保することができないと考えられます。その意味では、みなすという形にせず推定によるとする方法では、制度として設ける場合の対応としては不十分であるといふことが言えようかと思ひます。

また、合意があったことを推定する構成となりますと、推定が覆らない限りは当事者間には真に合意があったことを前提とするということになります。しかし、改正法案での不当条項の排除のルールは、そもそも個別の各条項についてまでは具体的な合意が存在しないという実態にあることを前提として設けたものでございますので、合意の推定という構成によると、このルールの創設も理論的には困難になりかねず、要するに、合意があったということをも前提として、例えば公序良俗のような形でその効力を無効とするといふような説明をせざるを得なくなりますので、少なくとも不当条項の説明の仕方としては大分変わってくるといふことが言えようかと思ひます。そういった点も考慮いたしますと、相手方保護の問題にも及ぶわけでございます。

以上のとおり、定型約款中の条項について合意をしたものとみなすこととしました改正法案の内容は、取引の安定の確保と、取引の相手方の保護の要請の双方に配慮した合理的なものであるのに対しまして、合意をしたものと推定する旨の構成には、取引の安定確保という観点、それから相手方保護の点から見ましても問題があるのではないかと考えられるところでございます。

井出委員 今、定型約款はみなし規定で不当条項の規定もある。それは恐らく、定型約款という大きい枠組みがあって、それにまず合意したとみなして、その中に何かおかしいものがあつたら、それは排除、取り除きますよ。では、定型約款のそもそもが推定だったら、恐らく丸がもっと小さくなるんじゃないかなと思ふんですね。いろいろなものを、何か問題があつたものを排除するといふよりも、小さな丸があつて、むしろ何か必要なものがあつたら加えてくれとか、そのぐらいの違いがあるんじゃないかなと思ふんです。(中略)

まさに裁判になったときにこの条文が問題になってくる。裁判になると、消費者側が何かしら反証する理由があつて、裁判にならなければ定型約款の画一性、定型約款をみなすといふことはお互いにとってメリットがあると思ふんですけれども、やはり、裁判になったらきちっと個別のものが争える場になっていかなきゃいけないんじゃないか。そのときに、みなし規定だから、この間の質問と一緒になんです、即却下、訴えは認められませんといふようなことになりかねないんじゃないか。その点について、改めて伺いたいと思ひます。

小川民事局長 五百四十八条の二は、確かに「個別の条項についても合意したものとみなす。」といふこととされているわけですが、その前提として、当然のように一定の要件、定義といふのがございますので、その定義に当たらないといふことでみなしの効力自体を争うことも当然のことながら可能でございます。それから、これもつけ加えますと、不当条項による争い方といふのも当然考えられようかと思ひます。

井出委員 定型約款を、最初、推定という言葉にして、小さい枠組みにして、その後いろいろ追加したり落したりするのか、それとも、定型約款をより大きな枠組みにして、不当条項、それから定型約款の定義というものをきちっとしているから、そこで消費者といいますか契約者側の主張も通ると解されるかというところなのかなと思います（後略）。

畑野委員 （前略）定型約款の観点から少し伺いたいんです。一体、定型約款とは何ですか。

小川民事局長 まず、現代社会の中では、多数の顧客との間で同種の取引を効率的に行うために、契約の当事者の一方が詳細な契約条件をあらかじめ準備することが広く行われております。このように準備された契約状態の総体については、これを作成した事業者はともかく、取引の相手方である顧客は実際上細部までその条項を読むことはございませんのが普通でございます。そのため、取引の安定を図る観点から、相手方がその内容を認識していなくてもその個別の条項について合意したものとみなす旨の規定などを設ける必要がございます。

その上で、要件としましては、画一的であることが当事者の双方に合理的なこと、それから、不特定多数の者を相手方とする取引、こういった点を要件といたしまして、改正法案の中では、具体的に、もう一度申し上げますと、「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」、これを定型取引と定義した上で、この定型取引において、「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」、これを定型約款と定義しております。

畑野委員 最後に確認です。一般にですが、賃貸借の契約は定型約款に当たり得るのでしょうか。

小川民事局長 一口に賃貸用建物の一室の賃貸借契約といいましても、さまざまな形態のものがございます。個人が自己の所有する建物の一室を第三者に賃貸するといった場合には、仮に市販のひな形などを参照して契約書を作成したとしても、それは事務の簡易化などを意図したにすぎず、取引内容が画一である必要性が存しません。このような事情は、自己の所有する土地上に比較的小規模な賃貸用の建物を建設し、その居室ごとの賃貸借契約を同一の契約書に基づいて締結しようとする場合でも基本的に同様でございまして、取引内容を画一にする必要性は高くございません。また、賃借人の側から見ても、契約内容が画一であることから利益を享受しているとは言えず、賃借人にとって、画一的であることに合理性があるとはいいがたいのが通常でございます。

他方で、複数の大規模な居住用建物を建設した大手の不動産会社が、同一の契約書のひな形を使って多数に上る各居室の賃貸借契約を締結しているといった事情がある場合には、契約内容を画一的なものとすることにより各種管理コストが低減し、入居者としても契約内容が画一であることから利益を享受することもあり得ます。そのような場合には、個別の事情により、例外的にひな形が定型約款に該当することがあり得ると考えられます。

したがいまして、賃貸借契約の契約条項のひな形は、同じ賃貸借契約といいましても、その取引実態は大きく異なるものであるため、定型約款に該当するか否かを一概に申し上げることはできませんが、今申し上げますような例外的な事案におきましては該当する余地はあるものと考えております。

現代社会では、不特定多数との定型的取引を効率的に行うため、鉄道運送約款のように約款を用いることが多くある。しかし、約款による取引については、約款を準備した者の相手方は約款の詳細を確認

することなく契約することが多く、約款の内容について合意していると言えるのか、また、社会経済情勢の変化により画一的に約款の一部を変更する必要があることがあるが、その際不特定多数の相手方との合意なしの一方的な変更が有効なのか等約款に係る問題が生じている。このような状況の中で、改正法案では、契約総則の中に新たに「定型約款」の款を立てて、約款についての規律を設けている。

約款については、法制審議会民法（債権関係）部会（以下「部会」という。）で最後まで紛糾した論点であり、平成26年7月の「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」の段階では、唯一項目全部がペンディングとされていた。民法の現代化を図るに際し、約款の規律を改正法案に設けないのは問題との学識経験者の認識に対し、経済団体は、約款の規律を民法に設けることは経済活動の委縮につながるおそれがあること等から、特にひな形を用いて行う事業者間取引が約款の規律の対象になることをはじめ規律を設けること自体に強く反対していた。労働団体も、労働契約が約款の規律の対象になることに反対していた。そこで、改正法案では、約款のうちの一部を新たに「定型約款」として切り出して、約款すべてではなく、定型約款を規律の対象とすることとしている。すなわち定型約款とは、①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、②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をいう（第549条の2第1項）。規律の内容に関しては、定型約款においては、個別の状況について合意がない場合であっても一定の要件の下で「合意をしたものとみなす」ことになる（第548条の2第2項）、一定の要件の下で個別の相手方の合意を得ることなく、定型約款を用意した事業者が契約の内容を変更できる（第548条の4）など、不特定多数との定型的取引を効率的に行う上で必要な規律が設けられているが、法制審議会民法（債権関係）部会（以下「部会」という。）では、消費者団体、日弁連、学識経験者から、この要件をどう規定するかについて多くの疑義が示されていたⁱⁱ。

約款から定型約款を切り出したこと、必ずしも合意されていない約款の内容を契約の内容に取込むこと等から、定型約款の合意の規定は難解な表現となっており、法務委員会でも質疑が集中した。いわゆる約款を用いる取引や、いわゆる約款を用いなくとも定型取引（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）に類似の取引を行う場合、それが改正法案に規定する「定型約款」の規律の適用を受けるのかが判然としないおそれがある。

法案審査において、ある取引が定型約款を用いた取引に該当するか否かは、最終的には、具体的に紛争が生じたときに裁判所が判断することになることが明らかになり、法務省としても規定の趣旨や具体例を周知に努めるとの答弁があった。また、定型約款の該当性について、次のことが明らかになった。

- ・事業者間取引で用いる契約書のひな形は、ひな形どおりの内容で契約をするかどうかは当事者間の交渉で決まることが予定されており、画一的な契約内容とすることが合理的であるとは言えないことから、一般的には定型約款には該当しない。
- ・労働契約で用いるひな形は、労働契約を締結するかどうかは、相手方の能力、人格などの個性に着目して判断されるものであり、不特定多数の者を相手方として取引するに当たらないことから、一般的には定型約款に該当しない。

・銀行取引約定書は、個別に交渉し修正されることもあり、画一的な契約内容とすることが合理的であるとは言えないことから、定型約款には該当しない。

・住宅ローン契約書、インターネット取引の利用規約は、画一的であることが合理的であると言え、定型約款に該当する。

・定型約款による取引について、当該定型約款に当事者が署名捺印したとしても、それは定型約款による契約である。

・建物の賃貸借契約は、個人が自己の所有する建物の一室を第三者に賃貸する場合や自己の所有する土地に比較的小規模な賃貸用の建物を建設し、その居室ごとの賃貸借契約を同一の契約書に基づいて締結しようとする場合には、仮に市販のひな形などを参照して契約書を作成したとしても、それは事務の簡易化などを意図したにすぎず、取引内容が画一である必要性が存しないことから、定型約款には該当しない。

・複数の大規模な居住用建物を建設した大手の不動産会社が、同一の契約書のひな形を使って多数に上る各居室の賃貸借契約を締結している場合は、契約内容を画一的なものとするにより各種管理コストが低減し、入居者としても契約内容が画一であることから利益を享受することもあり得ることから、例外的にひな形が定型約款に該当することがあり得るⁱⁱⁱ。

また、「一部が画一的」とは、相当な部分又は重要な部分が画一的であることが法案審査の中で示された。

業界団体のひな形を用いて行う不動産売買については、不特定多数の者を相手方としていないこと、それを用いることにより事務の簡素化を図るものであり、また、不特定多数の者を相手方としていないことから、画一的であることが双方にとって合理的とは言えないことから、定型約款には該当しないと考えられる。ビル使用細則は、定型取引における条項の総体ではないので、それ自体は定型約款に該当しないものと考えられる。

しかしながら、建物の賃貸借契約について考えると、どの程度多数の賃借人を相手にすれば画一性による合理性が生じるのか、サブリースで管理会社が多数の転貸を行う場合はどうかなど具体の紛争が生じ裁判例の蓄積がなされないと不明な点は多い。

何が定型約款に該当するかは判然としないところがあり、最終的には裁判によるのであろうが、定型約款について具体的な例示を幅広く示すなど国民にわかりやすく広報することを法務省に期待したい。なお、改正法案の規律は定型約款を対象にするものではあるが、この規律が定型約款以外の約款についても敷衍されることも想定され得る。この点については、裁判例の蓄積を待つ必要がある。

「合意をしたものとみなす」と言う表現もわかりにくく、「推定する」でよいのではないかとの質疑があった。この点について、「みなす」とされる場合には、ある事物と性質を異にする他の事物について、一定の法律関係においてその事物と同一視して、ある事物について生ずる法的効果をその他の事物に生じさせることであり、「推定する」とされる場合には、当事者間に別段の取り決めがあり、又は反対の証拠があるということが証明されるときはその取り決めまたは証拠に基づいて判断されることであり、「推定する」では、定型約款については、相手方がその内容を認識していないということが通常であることから常に推定が覆されるということにもなりかねず、取引の安定を確保することができないとの答弁があった。

定型約款が契約の内容になるのは、「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（第548条の2第1項第一号）」である必要があるが、「表示していたとき」とは、取引を実際に行おうとする際に顧客である相手方に対して個別に面前で示されていなければならない、定型約款準備者のホームページ等にその旨を公表していることだけでは表示とは言えない、また、対面であれば、その旨を発言することが適切なことが法案審査の中で明らかになった。

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れば、定型約款の内容をあらかじめ表示していなくとも、その内容について合意したものとみなされることになる。部会審議では、定型約款の内容をあらかじめ表示しておく必要があるのではないかとの意見もあったが、「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（第548条の3第1項）」せばよいことになった。

この点について、契約の一方の当事者が相手方に対して、契約を締結するか否かの判断に影響を与える一定の事項について説明をしなかったことにより相手方が損害を受けた場合には、当事者の一方が損害を賠償する責任を負うという裁判例^{iv}は、事業者の説明義務を課したものと理解することができ、定型約款を用いた取引についても、事案によっては説明義務が課せられ、契約を締結するか否かの判断に影響を与える重要な契約事項については表示しておかないと、契約の解除や損害賠償責任を負うことがあり得ることが法案審査の中で明らかになった。

第548条の2第2項は、「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（信義則）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」いわゆる不当条項は合意されたものとみなされず、契約の内容とはならないとするものである。

この中の「相手方の権利を制限し、又は相手方に義務を加重する」ことの判断基準は、条文で明文化されている任意規定だけでなく、判例や法理をも含むものであること、また、「相手方」とは、不特定多数の相手方全体ではなく、個々の相手方であることが法案審査の中で明らかになった^v。例えば、定型約款による建物賃貸借契約について、改正法案621条の規定と比し賃借人の義務を加重する通常損耗補修特約を定型約款により行うことはできないことになる。

加重等の判断は、①定型取引の態様、②定型取引の実情、③取引上の社会通念を考慮要素として行うこととされている。法案審査において、これらの考慮とは、次のとおりのものであることが明らかになった。

- ・「定型取引の態様」の考慮とは、「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」という定型取引の特質を考慮することである。そして、契約内容の画一性が高い取引であるため、相手方である顧客は定型約款の内容を認識しようとはまではしないのが通常であるという特質に鑑みると、相手方にとって客観的に見て予測しがたい条項が置かれている場合において、その条項が相手方に多大な負担を課すもの（いわゆる不意打ち条項）については、相手方にその内容を知り得る措置を定型約款の準備者が講じておかない限り、不意打ち的なものとして信義則に反することとなる蓋然性が高いとされた^{vi}。いわゆる不意打ち条項は、第548条の2第2項の規定により、排除される。

・「定型取引の実情」の考慮とは、その個別の取引がどのような経済活動に関して行われるものか、その個別の取引においてその条項が設けられた理由や背景、その個別の取引においてその条項がその当事者にとってどのような利害得失を有するものかなどといったことを広く考慮することである。

・「取引上の社会通念」の考慮とは、その種の取引において一般的に共有されている常識、すなわち取引通念を考慮することである。

不当条項については、その定義を行い判断の考慮要素を示しているだけであるので、具体的に、どのような条項が不当条項に当たるかは、具体の紛争が生じ裁判の結果が出なければ、わからないことが多くなるものと予想される。そこで、改正消費者契約法第8条から第10条などのように、不当条項となるものをブラックリストとして規定すること、また、定型約款準備者の反証がない限り、不当条項と推定されるものをグレーリストとして規定することにより、より明確にしておくことが考えられる。部会においてもリスト化について議論されたところであるが、リスト化等については、一般法である民法で対応するのは適当でなく、改正法案の施行状況を注視しながら、国民にわかりやすいように対応していく旨の答弁があった。この点については、今後改正法案の施行状況を踏まえ、消費者契約法の中で検討されていくものと思われる。

(大野 淳)

i 約款によらない旨の意思表示をして契約をしたという反証がない限り約款による意思で契約したものと推定すべき（大判大正4年12月24日・民録第21巻2182頁）

ii 第87回法制審議会民法（債権関係）部会会議議事録 pp12-34 第89回会議議事録 pp27-36 第93回会議議事録 pp12-32 第96回会議資料 pp33-48 第98回会議議事録 pp1-31 第99回会議議事録 pp6-15

iii 借地借家法の適用がある借地・借家に係る契約の更新等や賃料の増減などは、借地借家法の規律が優先される。

iv 例えば、最判平成23年4月22日・民集第65巻3号1405頁。契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合、不法行為による賠償責任を負うことがあるが、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはない。

v 井出委員の質疑中、加賀山茂「民法改正法案の評価」を引いて、消費者契約法第十条では、「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定（平成29年6月から施行される改正消費者契約法では「消費者の不作為をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項その他の法令の公の秩序に関しない規定」）だが、民法の新法では取引上の社会通念に成りかわってしまい、極めてそこがまず曖昧になって、さらに約款の有効性を助ける書きぶりとの指摘があるが、判断基準は、法令の任意規定のみならず判例法理を含むので、曖昧であるかもしれないが、約款の有効性を助けるものとは思われない。

vi 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」では、相手方が約款に含まれていることを合理的予測することができない契約条項（不意打ち条項）は、契約の内容とはならないとの提案がなされていた。例えば、商品の売買契約約款で、購入後メンテナンスを要し継続的にメンテナンス費用が生じる旨の条項が不意打ち条項に当たる可能性がある。また、建物賃貸借契約における通常損耗補修契約条項も、通常損耗は、通常は賃料に織り込まれているものであり、賃借人にとって予期しない特別の負担を課すものであるため、不意打ち条項に当たる可能性がある。