

約款の拘束力について

——規範性の観点から——

和 食 光 洋

(法学専攻 法政リサーチ・コース

推薦教員：臼井 豊)

はじめに

第1章 学説史の検討

第1節 法規説について

第2節 契約説について

第2章 現代の約款論

第1節 民法と商法の「意思」観

第2節 山下分析と河上理論

第3章 「定型約款」に関する問題

第1節 約款規制の当初の方針と「歪み」

第2節 実務の約款に関する懸念と慣行

第3節 法律案における「定型約款」

第4節 「定型約款」の問題点と議論状況

第4章 現代の「意思」・「合意」に関する検討

第1節 2号要件と包括的「合意」

第2節 「包括的」合意の射程と「他律と自律の融合論」

第5章 約款論と「定型約款」の連続性の考察

第1節 「定型約款」の規範性

第2節 組入要件の連続性

おわりに

は じ め に

(1) 問題意識

「約款」という「(契約)条件の束」に関する拘束力の根拠は、次の約款の性質論と関連づけて論じられてきた。当初は、一定の団体内部で「規

範」として通用しているもの（以下、規範性を有するもの）が「約款」であり、その社会学的な規範通用性（規範性）を、拘束力の根拠として法理論に還元し、「団体内の自治法規」あるいは「商慣習法」という性質決定・拘束力の基礎づけがなされてきた。しかし、現代では、約款像の拡大によって、性質決定を契約説的に捉える見解が通説を占めるようになり、「約款による」という約款全体に対する包括的な「意思」（以下、当事者を拘束する根拠として意思を用いる場合は「意思」・「合意」などという）が、約款を契約の内容とする（組入れの）根拠とされている。このため、近時は、この包括的な「意思」の意味内容についての議論に焦点が移り、「個別条項のどこまでが当事者の主観的意思で説明できる範囲か」という段階で議論されることがほとんどである¹⁾。

しかし、今般、国会に提出された「民法の一部を改正する法律案²⁾」（以下、法律案という）」における「定型約款」に関しては、上記の従来の議論（約款論）からは説明が困難と思われる点が、いくつか存在する。その1つは、そもそも約款論が、約款の組入れには、包括的な「意思」を求めてきたのに対し、法律案では、この「意思」が一見認め難い場合でも、組入れを認めているように読める規定が新設されたことにある。つまり、法律案においては、「定型約款」の組入要件を、従来通り「意思」で統一して説明できるのかという連続性の問題がある。

そこで本稿では、「約款」を用いた取引で、どのような場合に「意思」が観念できるのかという点に立ち返り、約款論と、法律案で新設される「定型約款」の連続性を検討することとしたい。その際、初期の約款論から示唆を得た「規範性」を手掛かりに、契約責任論で近時論じられる「合意（意思）の柔軟化³⁾」という傾向に触れ、初期の約款論の拘束力の根拠であった規範性は、それ自体を「法規」あるいは「商慣習法」として援用したことに問題はあるが、「意思」を導き出す根拠として用いるならば、現代的にもその有用性は十分にあることを示したい。

(2) 本稿でのアプローチ

以上の問題意識から、本稿では具体的に以下の検討を加えることとする。

第1章では、約款論に関して、各学説がどのような「約款」を念頭に置いて拘束力を議論したのかという約款像に焦点を当てて検討したい⁴⁾。その上で、第2章では「約款による」という包括的「合意」を基礎として、一定の個別条項にまで拘束力を認める現代的な契約説について検討を加え、個人の責任を基礎づける「意思」について論じる。

そして、上記の約款法学の到達点を踏まえながら、第3章では法律案の「定型約款」に関する規定に焦点を移し、そこで生じた約款論から説明困難であると思われる「歪み」について検討を加えたい。特に、先に少し触れた通り、約款論では「約款による」という包括的「合意」によって「個別条項」の拘束力を説明してきたが、法律案では、この「合意」の存在が疑わしい場合であるにも関わらず、個別条項の拘束力を認めるような規定が設けられることになった。そこで、「定型約款」においても、拘束力の根拠は従来通り「合意（意思）」で説明できるのかといった、「歪み」が存在することを確認する。また、「定型約款」に関する理解を深めるためにも、改正に関する議事録や座談会などを参考にしながら、実務の慣行と懸念という前提の問題を検討する。その上で、「定型約款」の説明や解説⁵⁾などを参考にしながら、上記で示した「歪み」を中心に、その射程と問題点を明確にしたい。

上記で示したような「歪み」が約款論と「定型約款」の間には存在するが、これについて、第4章で理論的な説明を試みる。その際、契約解釈の場面で、「合意」の捉え方について「柔軟化」という傾向が指摘されており⁶⁾、それをより理論的に説明づけた「他律」と「自律」の融合論に示唆を得たい。そこでは、「自律（合意）」の中に「他律（任意法規など）」が積極的に組み込まれていく余地が示されており、それはつまり、「規範」を介して拘束性が説明されていた部分が、「合意」の解釈によって説明されるようになった（「合意」が柔軟化した）と考えられる。それを「約款」

に応用すれば、「約款」の規範性からして、「契約（自律）」に「約款（他律）」が組み込まれるといえ、「約款」の拘束性は「意思」で説明づけられるのではないかということになる。

以上を踏まえて、法律案における「定型約款」は、その名称の通り、初期の約款論が念頭においていた、社会学上の規範通用力を持つような狭い「約款」を対象としており、そうであるからこそ、約款論よりも緩和された組入要件で、契約に組み入れられることが可能になったと示したい。また、この示唆は、契約解釈の場面で指摘されているように、「規範」を「意思」の内部へと取り込む傾向からも正当化することができ、これによって、「定型約款」の「歪み」についても説明することができると考えたい。

第1章 学説史の検討

本章では、本稿の目的との関係上、「約款」の拘束力に関する代表的な見解を、従来の分類通り法規説と契約説に2分し、それぞれの学説が念頭においていた約款像に焦点を当てたい。なお、多元説と呼ばれる見解については、一部の約款については法規の性質を有するものと扱うものの、その他の「約款」に関しては意思理論の立場から統一的に検討しようとしたものとして評価されている部分もあり⁷⁾、本稿では契約説の一部として扱う。

これらを検討するにあたり、1つ留意しておかなければならない点として、「法規説」や商「慣習説」という学説のネーミングからわかるように、初期の約款論は「約款」を「団体（社会）」の中の「規範」として捉えていた点⁸⁾、約款像の拡大がその理解を困難にし、その性質は「契約」であるという傾向に移り変わる点を指摘しておく。

以下では、上記の大きな約款論の流れを念頭に置き、各学説を時系列順に検討していく。

第1節 法規説について

(1) 法規説の現代的評価

法規説には、『社会あるところに法あり』の法諺を援用して、私的団体の自主制定法にも法源性を認める」(田中説)あるいは、『当該取引圏という部分社会における自治法』として規範性を承認する」(西原説) 2説があると指摘される。これら法規説に対しては、国家からの授権に依らない企業の「法」制定は不可能であると同時に、自治法的な理論も『団体』を想定するのは通常契約に関する限り余りに非現実的」という2点の批判がある⁹⁾。

以上の批判は、法規説の問題点を的確に示しているが、本稿では、なぜ法規説が約款を「法規」とまで評価したのか、法規説の約款像に立ち入ってみる。

(2) 法規説の「約款像」

法規説は、「約款」の拘束力を「社会的團體」の存在から説明するため、この「團體」が観念し得る範囲の「定款、取引所の業務規定、普通保険約款」など、狭い「約款像」を持っていたと考えられる。このような約款が用いられる場面においては、「其の社會に加入する者は欲すると否とを問はず當然之に拘束せらるる」という前提が存在し、それをもって「約款」には「社会的團體」の自主制定法として、法規範性が認められるとした¹⁰⁾。

しかし、約款像が普通取引約款にまで拡大するようになると、明らかに取引当事者間に「團體」が観念できるとはいいい難くなり、「團體」についてさらなる説明を試みることになる。第一に、企業を中心に多数の契約関係が存在することを挙げ、次に、取引の継続性・定型性のような一定の関係を求めることで「團體」を観念し、その内部で継続的あるいは定型に行われる取引に用いられるものを、「約款」とであると捉えたようである¹¹⁾。

しかし、別の問題として、仮に普通取引約款をも「社会的團體」に取り込むことが可能だとしても、「約款」の規範性を、法的評価として「法規」と捉えることは困難と思われる¹²⁾。

(3) 法規説の実質論としての意義と、田中耕太郎博士の法律・契約観

「約款＝法規」という認識は、当時から批判されていたにもかかわらず、なぜその認識を維持したのかについては、およそ3つの理由が考えられる。保険約款の「解釈」を法律行為同様に行うことの不当性と、意思「推定」の反証可能性に対するアンチテーゼとして「法規」的な性質決定が提唱されたという2点は、従来から指摘されているため、そちらを参考された¹³⁾。本稿で着目するのは、田中博士の「法と契約」に対する認識が、この考え方に影響を及ぼしたのではないかという点である。

田中博士は、契約自由に関して（身分法や物権関係に比して）「債権関係は人と人との関係ではあるが……純法律の世界に於て自由に想像する所のものである」とする。しかし「實際上に於いては、人間の経済生活が經常的に要求する所の契約の種類は無限に存在するものではない」と指摘し、売買などの典型契約は「法は單に頻繁に繰返さるる種類の契約關係に付き、當事者の通常有する意思を想定して其の規定を設け」ているに過ぎないとしている。その理由は、取引の煩雑さを免れるためである。そして、保険契約法が当時の保険約款よりも発達していることを援用しながら、「定型的契約に關する法律規定は……當事者が契約内容と爲したる所のものの法規化に外ならない」としている¹⁴⁾。

もっとも、留意しなければならない点として、上記の「定型化→頻繁化→規範化」という規範と契約の連続的な理解は、約款論において直接援用されていたわけではない。

(4) 小 括

以上の法規説の検討を経て、再度確認しておきたい点について述べる。

法規説は当初、狭い「約款像」のもとに、「約款」を「團體」の中のルール（規範）と捉えていた。そして、この「約款」の規範としての性質と、それをもとにした狭い「約款像」、画一的な処理の要請、意思「推定」の反証可能性に対するアンチテーゼから、「約款」を法規と捉えることとした。もっとも、社会学的な規範通用力を法「規範」として引き直すこと

には批判が強く、現代ではこの考え方は容れられていない。

しかしながら、法規説を現代的に捉え直すと、2つの点において示唆に富むと考えられる。1つは、「其の社會に加入する者は欲すると否とを問はず當然之に拘束せらるる」という「約款」の規範的な側面が指摘できる点にあり、もう一つは、定型契約などの規範は「當事者の通常有する意思を想定して其の規定を設け」ているに過ぎないという「規範」と「意思」の連続的な理解である。これらの理解は、「約款」の規範的性質を、「意思」に還元して議論できる余地を示し得るものではないだろうか。

第2節 契約説について

(1) 契約説の現代的評価——「古典的約款論」、特に「意思推定理論」——

「約款」の性質を、契約と評価する契約説は、基本的には判例（大判大正4年12月24日民録21輯2182頁）の立場とされている¹⁵⁾。この判例も、保険契約に関するものであったように、契約締結の際に「約款に同意する」類型が当時の「約款」のほとんどであり、この当事者間の包括的「合意」が、約款の個別条項についてまでの「意思」を「推定」する要素となっている。これに対して学説は、「約款」の性質論・拘束力の根拠について、附合契約説などを展開しながらも¹⁶⁾、契約説の内部で「約款」の規範性を強調し、「約款」は慣習・慣習法として「直接」契約の内容になると説明する議論が多くあり、いまだ法規説寄りの議論を展開していた。これらの議論を経て、多元説と呼ばれる見解は、約款の拘束力の根拠を一部は「規範」の側面から説明し、残りの約款を「商慣習を手掛かりにして」、「意思」の問題として議論することになった。このように、約款の性質決定の場面では「契約」として扱うことが主流になったものの、現代的な約款論に至るまでには、約款像の拡大に伴って、「約款」の規範性そのものが失われていくという過程を経る必要があったと思われる。

また、これらの学説は、「約款」の個別条項について一括して拘束力を認めようとしてきたものであり、近時「古典的約款論」と評されている¹⁷⁾。

これらの点に留意しながら、上記「古典的約款論」を検討し、「現代的な契約説」に至るまでの流れ、問題点を検討する。

（2）初期商慣習説について

初期商慣習説の根本的な問題意識は、法規説の指摘するところと類似している。まず、石井照久博士は、約款は解釈の場面では（特に保険契約についての）定型化・合理化の要請があり、法律行為と同様に、当事者の個別的な「意思」が解釈されるとすれば重大な問題が生じることを指摘する¹⁸⁾。もっとも商慣習説は、企業が「約款」の内容について「優位の維持・強化に奉仕するものを盛る危険に富むこと事実であ」ること¹⁹⁾や、「約款」の多くは形成過程において国家的な価値判断を経たものではないと認識していたこと（約款像の拡大）から、「約款」の性質を「法規」と捉えることは困難と考えた²⁰⁾。そこで、石井博士は「約款」の性質を「商慣習」であると捉え、拘束力の根拠は、民法92条又は慣習法であるとの議論を展開した。

慣習の成立するケースは3つに分類され、その1つは①「企業者側の團體と顧客圏」が共同で、普通契約約款を制定した場合²¹⁾であり、また、②当事者ではない公正な第三者が「約款」を設定するケースにおいても、事業者と顧客圏で構成される「團體」の内部で、慣習が成立すると考える。これらの場合のみならず、③約款使用者が一方的に約款を設定するケースでも、「企業者との取引を欲する以上個々の取引当事者が該條款に依らざるを得ざる状態に在り、事實該條款を中心として集團取引が進展する」のであれば、慣習の成立を認める²²⁾。このため、①②③の類型で「一般に『普通契約條款に依る』といふ慣習（民法九二條）又は慣習法が成立して」と評価できるとする²³⁾。

（3）多元説的理解

これまでの約款像の拡大を受けて、谷川教授は「約款」の細分化を図る。その主眼は石井博士同様、約款の形成過程・規制態様に着目し、①行政庁の約款に関する審査・監督の存否、②法による直接の内容規制、③約

款による契約締結が法によって強制されているかを分類の基準とした。そして、結論として「約款」の拘束力の根拠を法規性からの説明が妥当するものと、意思理論の説明が妥当するものに2分している。具体的には、①②③の全ての要素が充足される約款においては、「法が補充的規律の作成を授権した」と解し法規として扱う²⁴⁾。これに対し、その他の約款については「約款による」という慣習が存在し、それは「当事者の意思に拘束性を根拠づけるための前提要件」であると説明した²⁵⁾。

(4) 小 括

初期商慣習説の大きな歴史的意義は、「約款」の性質論と解釈論を分離したことにある。法規説は「約款＝法規」と性質決定する理由の一つに、仮に「約款＝契約」とすれば個別当事者の「意思」が問題となり、画一的処理が困難になるということを挙げていた。これに対し初期商慣習説は、上記「約款」解釈の問題を、性質論とは別の問題であるとして、議論を分離した。その背景には、約款像の拡大に伴って、「約款＝法規」で説明を加え続けることが困難となったことが挙げられるだろう。

もっとも、法規説と初期商慣習説は「約款」を、いまだ「規範性を持つもの」として認識していたことは共通する²⁶⁾。つまり、法規説は「約款」を「社会的団体」内部のルール（法規）として捉えており、石井博士も、企業と顧客の取引及びその取引の状態に着目して、「約款」を「経済的利益団体」内部のルール（慣習）として捉えていたのである。

むしろ、明確に「約款」が規範性の側面からではなく、「意思」の側面から説明されるようになったのは多元説に至ってのことである。つまり、初期商慣習説においては、約款を商慣習法として説明する場合、当事者の「約款」の知・不知（「意思」）を問題にしていなかったが、多元説は一部の「約款」について、「当事者の意思に拘束性を根拠づけるための前提要件」（意思解釈の手段）として慣習を用いることから²⁷⁾、あくまで拘束力の根拠を「意思」の内部で論じることとなる。上記のように、多元説には「約款」の性質論・拘束力を、「規範」から「意思」で説明する段階へ移行さ

せた、大きな歴史的意義があると思われる²⁸⁾。このようにして、現代的な約款論では、その拘束力の根拠である「意思」の意味内容について論じることが重要な意味を持つようになり、その点について次章で検討する。

第2章 現代の約款論

本章では「現代的な約款論」として、約款の拘束力の根拠である「意思」について検討することとなるが、そもそもなぜ「古典的約款論」、特に「意思推定理論」では足りず、このような議論をする必要があるのだろうか。つまり、「意思推定理論」で包括的に拘束力を認めておいて、事後的規制を行えばよく、拘束力の根拠をそれ以上詳しく論じる実益はないとの指摘も可能である²⁹⁾（特に認可約款などにおいてはその傾向が強いと思われる）。

この指摘を受けてもなお、拘束力の根拠、特に個人を約款に拘束する根拠たる「意思」について論ずる実益は存在する。たとえば、「約款」の個別条項に通常の契約同様の「意思」が推定されるとすれば、「約款」の個別条項には自己決定に基づく「意思」が観念され得ることになる。そうすると、内容的に不当な約款に対して司法が介入すること（不当条項の規制）は、すなわち自己決定・私的自治に対する介入となり、規制に謙抑的になる可能性がある³⁰⁾。

このような「古典的約款論」に対する問題意識もあり、現代的な約款論は、「約款」の拘束力の根拠について契約説に基づきながら、「意思」の内容・範囲を中心に論じている。以下では、約款受領者の「意思・自己決定」が極めて薄弱な最判昭和42年10月24日のケース（以下、本件という）を素材として、「意思」がどのように捉えられているのかを検討したい。本件は、火災保険約款の故意免責条項が争われたケースであるが、判例は、「保険契約者が、保険会社の普通保険約款を承認のうえ保険契約を申し込む旨の文言が記載されている保険契約の申込書を作成して保険契約を締結

したときは、反証のないかぎり、たとい保険契約者が盲目であつて、右約款の内容を告げられず、これを知らなかつたとしても、なお右約款による意思があつたものと推定すべきものである」とした。

以下では、この本件に、現代的な約款論をあてはめ考察する。具体的には、伝統的な「意思」理解である民法の立場（河上教授）から考察し、次に比較的柔軟な「意思」理解である商法の立場（山下教授）について触れることとしたい。

第1節 民法と商法の「意思」観

(1) 伝統的「意思」理解

伝統的な民法学者の「意思」理解からすれば、結論はともかくとして、本件に「意思」を観念することには問題があるとする。つまりは、「常識的に考えて、盲目の保険者が約款の内容を告げられることなく、その内容を知らないままに契約申込書に署名した場合に、そうして意思推定説に従って約款の拘束力が承認されるのか……結果的に約款の拘束力を認めたことに異論を唱えるつもりはないが、やはりそこには釈然としないものが残らざるを得ない」というものである³¹⁾。このような評価になる理由は、民法学者が「帰責や介入の正当化としては、唯一ではないにせよ、当事者の『意思』の要素が最も重要な源泉である」³²⁾と捉えている点にある。このように、「意思」は、当事者を拘束し得る根拠である「具体的当事者の内心の意思、自己決定」として、ことさらに厳格に扱われていたことが挙げられ³³⁾、その基盤（約款の内容を不知、不読、しかもそれは保険契約者の責任によらない）が極めて脆弱な本件で、「意思」が「推定」されることに違和感を覚えるのであろう。それを、さらに敷衍していえば、「約款」のような附合契約的側面が強い場面で、個別条項の拘束力の基礎になる「意思」が存在するのかという懸念が生ずる（「意思」の擬制）。

(2) 柔軟な「意思」理解

もっとも、本件において「意思」を観念し得ると考える立場も存在する。

後述する山下教授が、「約款による」という「包括的同意」を「何らかの給付を合理的に得ることができるという意図のもとに約款の一括的拘束力を承認している」と読み替えるように、そもそも「約款による」という「意思」があるのだから、「約款」というパッケージの採用という意味で、個別条項にも「意思」が存在すると評価することも可能であろう³⁴⁾。この立場からすれば、伝統的民法学のような「意思」の考え方そのものが、硬直的であるとの結論になる。

これは商法学からの指摘に限らず民法学内部でも、「同じ『意思』」といっても当事者の『具体的意思』が強調されている場合と『理性的意思』『社会化された合理的意思』が強調されている場合」というように「意思」は柔軟に捉えられていた側面もある³⁵⁾。以上の基本的な「意思」理解を踏まえながら、河上・山下両教授の提唱する「現代の約款論」について、時系列順に検討していく。

第2節 山下分析と河上理論

(1) 「約款による意思」からの説明

山下教授は「約款による」という包括的「同意」を基礎として、それが及んでいる範囲内であれば、個別条項の「意思」が観念し得るという議論を展開する。

たとえば、上記の保険約款取引を例に挙げてみれば、仮に「約款」が開示されていなくとも、① 約款使用者が約款を使用すると相手方に示し、② それに対し相手方が包括的に「同意」をした場合、法律行為論における表示主義を援用し、「何らの異議を留めずして相手方が契約締結の意思表示をすれば、約款を契約内容に組入れる意思表示がその内に包含されると解することが可能」としている。もっとも、約款を使用するという表示は、「約款を契約内容に組入れるという意思を推断せしむるに足るものでなければならない」とする³⁶⁾。

このように山下教授は、表示主義との関係から、約款についての包括的

「同意」を、「約款」の個別条項の「意思」にまで読み替えるわけであるが、「古典的約款論」とは異なり、この包括的「同意」によって約款の個別条項全てに「意思」が及ぶとは考えない。その理由は、「約款による」という包括的「同意」は、「合理的な給付の範囲内での同意」と解釈されるために、約款の個別条項が契約に組み入れられる範囲（「意思」で拘束力を説明できる範囲）は、その「同意」の範囲に限定されるのである。具体的には、「説明に反するような条項、契約において交渉のうねなされた約束に反する条項、契約締結の意味を実質的に失わせるような条項については意思表示の合致がない」と説明する。また、上記の枠組みは、約款の開示がなされている場合でも基本的には同様であり³⁷⁾、これは、現代的にいえば不意打ち条項規制の役割を果たす。

(2) 河上理論の「意思」観

河上教授の基本的な問題意識は、民法の立場（本章第1節(1)）で少し述べたところではあるが今一度確認しておく。まず、「約款」の拘束力の根拠が究極的には契約（「意思」）で説明されなければならない理由は、「意思」を個人が拘束される根拠の重大な1要素として捉えているからである。

次に、どの程度の「意思」が存在すれば、個人を拘束することが正当化できるのかについては、以下の文章に集約されていると思われる。たとえば、「同意を与えることについての手続的保障を欠いたところで、人が拘束されるなら、自由な意思を持つ主体としての個人の存立基盤が失われる」というように、自由意思に基づく「意思」観を前提として、「約款」のような、それが観念し難い場合においては手続的な保障（約款でいえば開示）によってその拘束力の説明が補充されるべきと考えている³⁸⁾。

以上の考え方を基礎として、河上教授の提唱する理論について詳しく検討する。

(3) 河上理論の「意思」と「責任性」

河上教授は、上で見た厳格な「意思」観に見られるように、「約款」取引には「意思」の及んでいる部分と、そうでない部分があることを指摘す

る。たとえば、売買代金、数量、目的物の種類など契約の中心的な部分（核心的合意部分）に関しては両当事者の主観的な「意思」が当然観念できるとし、この部分に加え、引渡日時・場所、代金の支払い方法などといった、「技術的な問題について定めた部分」までであれば「主観的意思の関与が共通して認められる」とする。

次に「極めて特殊な場合や、取引関係が正常に進行しない場合、その他通常の取引過程外の要素が加わった場合に発動することを予定した条件群であり、そもそも正常な取引関係の進行を望む両当事者の主観的意図とは相容れない性格を持つ場合が多い」ものに関しては、「意思」が及んでいないとする。この部分は、「付随的条件群・紛争処理のための条件群」と定義づけられる。

このように河上教授は、契約において当事者の自己決定の範囲（「意思」が認められる範囲）とそれ以外のものを分離し、それぞれ拘束力の根拠を検討する。「核心的合意部分」に関しては、当事者の主観的意思が、その拘束力の根拠となり得るが、「付随的合意部分」の契約内容への組み入れは「核心的合意部分の成立に伴って、一定の取引環境①に置かれた顧客が相手方に与えた同意の外観とその責任性②にもとづき、核心的合意部分に連動③する形で、個別契約に入り込んだ特殊な法律行為的所産（傍線部筆者）」と説明する。

これらを少し詳しくみると、まず当事者が①「一定の取引環境」にあることを要求する。これは、顧客圏の属性や条項の重要性などいくつかの要素が考慮されるが、特に約款の内容が示され、「少なくとも自己が締結しようとする契約に、約款が結びづけられているのを知っていること」を重要と捉えている。そして、その「一定の取引環境」において、約款受領者が相手方に同意を与えた場合、②「外観とその責任性」が実質的な下支えとなって、③核心的合意部分に「連動」する形で組み入れられることになる。このように、「付随的条件群」の組み入れを「核心的合意部分」との「連動」で説明するため、契約の趣旨に反するような内容の個別条項は

そもそも「連動」され得ないし、「付随的条項群」は純粹に「意思」が存在するわけではなく、「一般の『合意』以上に強い国家的規制に服するに値する」と説明される³⁹⁾。

(4) 小 括

以上が現代的な約款論であるが、これらは、約款取引の中心的部分には「意思」があり、それが個別条項についての、拘束力の理論的な基礎となっている点についてまでは共通している。現代的な約款論の意義は、この「意思」の意味内容・射程を詳しく論じることによって、①「古典的約款論」のような、「約款」の拘束力の一括承認を否定し、②「約款」の不当条項規制を正当化しようとしたことにある。

まず、①の点から見てみると、山下教授は「約款による」という「意思」を、「合理的な期待」の範囲での包括的「同意」に読み替えた。「約款」の個別条項が拘束力を持ち得るのは、あくまでこれら「同意」が及んでいる範囲に限られるので、「古典的約款論」のように個別条項について一括して拘束力を承認せず、理論的な限界を説明づけようとした。これは、包括的「同意」からは約款受領者の「意思」を観念し得ないような「不意打ち」的な条項を、合意成立「前」段階のレヴェルで排除するものである。また、河上理論も「意思」の及んでいる契約の中心的部分に「連動」する形でその他の部分の拘束力を説明づけようとするため、実質的には、「意思」の及んでいる範囲からかけ離れたような「不意打ち条項」を排除している。しかし、「連動」の根拠である「顧客が相手方与えた同意の外観とその責任性」の説明など、少し複雑な説明を要することになった点は指摘できよう。

むしろ、河上理論の大きな意義は②の点にあると思われる。上でも触れた通り、河上理論は、約款取引を「意思」で説明可能な部分と、そうでない部分に分けて拘束力の根拠を考える。「約款」が中心的に機能する場面である後者の部分については、直接的に「意思」が及んでいないために、不当条項規制をかけることについて、私的自治への介入という問題を生じ

させず、正当化することが容易になったと思われる。この点、「約款」の内容的規制の必要性を鑑みれば、「意思」が及んでいるとする山下教授の議論に比して、河上理論は優れている。

以上の議論をまとめると、「古典的約款論」の内部において、拘束力の根拠は「規範」から「意思」へと移り変わり、「現代的な約款論」では「意思」の意味内容が論じられることとなった。その結果、個別条項についての拘束力の根拠は、最低限「約款による」という包括的「合意」が必要であるという議論であったのが、① 包括的「同意」で、個別条項のどこまでであれば拘束力を基礎づけられるかという点（「不意打ち条項規制」）と、②「意思」の薄弱な（あるいは存在しない）約款取引で不当条項規制を行うことを正当化したという点にまで、議論が深化したといえる。

第3章 「定型約款」に関する問題

以上では、約款論を検討したことによって、「約款」とはどのようなものを指すのか（約款像）と、約款の拘束力の根拠はどこに求めるべきかを論じてきた。本章では、これら約款論の到達点を踏まえながら条文化が検討された、民法（債権法）改正についての議論を概観する。

法律案での「定型約款」の規律は、定義や組入要件についての問題点が多数の委員から指摘されつつ、将来的な見直しが望まれながらも、最終的な決定がなされた⁴⁰⁾。指摘された問題点については後に検討するとして、本章では、まず今回の改正で念頭におかれていた、「約款」規制の方針について、これまでの学説の検討を踏まえながら、少し触れることとする。次に、「定型約款」の規定にはいくつかの問題点があり、これが生じるきっかけとなった、実務の「約款」規制に対する懸念を考察する。その上で新設される「定型約款」の規定内容について触れていくこととしたい。なお、これらの規律内容について触れた後、その問題点にも言及するが、本稿の目的との関係から、あくまで「定型約款」に設けられた定義規定と

積極的組入要件について検討することに留めたい⁴¹⁾。

第1節 約款規制の当初の方針と「歪み」

当初の約款規制は、基本的には第2章第2節(4)で検討したような約款論の到達点を理論的な基礎として条文化が検討されていた。現代的な取引では、当事者の一方が用意した契約条項群を、内容を認識しないまま「包括的」に「同意」することが広く行われるようになったため、個別条項に対する具体的な「意思」(以下、具体的意思という)が観念し難くなり、拘束力の根拠が不安定な場面が生じることとなった。このため、最低限「約款による」という包括的「同意」が存在することを前提に(組入要件として要求し)、「約款」の個別条項についてまで、拘束力を認めようとしていた⁴²⁾。さらに、約款取引では具体的意思は観念し難い条項が、契約書中に存在する場合があります、その特殊性への配慮(不意打ち条項規制)が規制枠組みとして必要になる。また、不当条項規制については、上記観点のみならず、約款取引の当事者間の能力的な格差から「不当約款の一方的押し付けという弊害」などが生じやすく「交渉力の回復措置もしくは最低基準の強行的保護といった国家による後見や保障」の必要性も説かれる⁴³⁾。

このような方針のもとで改正が検討されていたが、法制審議会での議論を経る中で、法律案に、約款論からは説明することが困難な「歪み」が生じることになった。具体的には、① 包括的「同意」しか存在しない場面を規制対象とする、広い「約款」像より狭い「定型約款」という定義が設けられたこと、② 組入要件として、一見すれば、約款受領者の包括的「同意」が観念し難いような場合も含まれており、この点「意思」で説明できるのかという問題を生じさせ、その正当化根拠を論じるにあたって、「定型約款」に関する定義の広狭の問題をも生じさせること、③ 包括的「合意」から個別条項に対して拘束力を導きえない場合について、「合意成立前段階」で規制する不意打ち条項規制と、「合意を前提とする」不当条項規制が同一の条文・要件で考慮される点、④ 包括的「合意」から、具

体的意思を「推定」するのではなく「みなす」という点が、従来の考え方とは異なる可能性がある。

このような「歪み」が生じた理由は、法律案で約款に関する規定を設けること自体への経済界の強い懸念に起因し、およそ次の2点が指摘できると思われる⁴⁴⁾。

第2節 実務の約款に関する懸念と慣行

(1) BtoB に関する懸念と慣行

BtoB の取引は、BtoC のそれとは異なり、専門家同士の取引であるため、外形的には「約款を使用する」という合意しか存在していないと見える場合であっても、実務は、具体的意思を含んだ「合意」と扱うことが相当と考えているようである⁴⁵⁾。このような実務の「合意」に対する感覚と慣行からすれば、自らの行う契約が「包括的」合意しか存在しないと扱われることによって、種々の規制に服することに強い懸念を覚えることになる。結果として、具体的に、どのような取引が包括的「同意」しか存在しない場面で、規制に服するのかを一目で明らかにして欲しいという要望が強くなる⁴⁶⁾。そして、それは上記実務の慣行からすれば、そもそも BtoB の契約は「約款」にはあたらないのであって、「定型約款」として規制に服するものではないとの主張がなされた。これに配慮する形で、「定型約款」の定義規定について縮小の傾向を辿ることとなったと思われる。

(2) 多様な約款取引の一律的な規制への懸念

そもそも社会に存在する約款取引を一括りにし、一律の規制をかけることに対する問題意識もあった。特に、「約款の変更」に関する議論で顕著であったが、公共事業系の大規模な BtoC 事業の場合、業法規制・公聴会を開くなど実質的に内容的規制・手続的規制が加えられており、法律案でさらに規制をかければ負担感が大きくなる。この要望に配慮すれば、比較的緩やかな、一方的に約款の変更が可能になるような規定が求められることになる。他方で、約款受領者の立場からすれば、緩やかな要件で約款の

変更を認めることになった場合、BtoB・BtoC いずれの場面においても、不都合が大きいということになる⁴⁷⁾。上記のように、社会に存在する約款取引には多様な利益状況があり、それらを一律に規制するということに対して懸念が持たれていた。

第3節 法律案における「定型約款」

「定型約款」（法律案の規律全体を指す場合は「定型約款」といい、規律内部で設けられている定義規定を指す場合は単に定型約款という）は法律案では548条の2から規定される。

法律案548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^[1]。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^[2]。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^[5]。

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^[3]。

- 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^[4]。

（傍線部筆者）

以上の法律案548条の2は1項と2項に分かれ規定され、典型的には「鉄道やバス、宅急便、生命保険、損害保険、倉庫取引、電話やインターネットを利用するための契約」適用の対象であるとされる⁴⁸⁾。1項では、主に定義規定と組入要件が規定されている。具体的には、行う取引が「定

型取引」であり（要件1）、そこで用いられる契約条項の総体が定型約款にあたり（要件2）、定型約款を契約の内容とする合意又は表示がある場合（要件3）、個別条項について合意したものとみなされる（効果5）。ただし、以上の同条1項の（要件1-3）を満たす場合であっても、同条2項の（要件4）にあたるような条項は、合意したものとみなされない。以下では、（要件1）を定型取引の定義、（要件2）を定型約款の定義、（要件3）を積極的組入要件、（要件4）を消極的組入要件、（効果5）をみなし合意と呼び、それぞれについて理解を明確にすることとしたい。なお、それぞれの要件における理論上・実際上の問題点については、後にまとめて検討する。

（1）定型取引の定義

この要件は、法律案548条の2-1項〔傍線部1〕の「不特定多数の者を相手方として行う取引」と「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2つの文言について解釈が必要となる。

「不特定多数の者を相手方として行う取引」とは、「相手方の個性に着目せずに行う取引か否かに注目」するとされる⁴⁹⁾。典型的には「相手方が不特定多数であり給付が均一である場合」とされ⁵⁰⁾、具体的には、預金規定やコンピューターのソフトウェアの利用規約などが挙げられる。なお、この要件は、「企業間取引において用いられる約款が基本的には定型約款には含まれないことをさらに明確になるように修正すべきであるとの指摘や……実質的な規律内容をよりイメージし易い定義とする観点から」最終的に修正・立案されたものである⁵¹⁾。BtoBの取引においては、相手方の個性に着目することが多く、かなりの場面で「不特定多数の者を相手方として行う取引」に該当しないことになると考えられる。

次に、「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」か否かは、契約内容について社会通念上、交渉可能性があるか否かを考慮する。たとえば、「（定型約款は）事実上の力関係等に

よって交渉可能性がないこともあるが、そういった場合であっても、プロ同士の取引であって、画一的であることが両当事者にとって合理的といえないのであれば、定型約款には当たらない」と説明される。この点、基本的にプロ同士の取引となる BtoB の領域については、定型取引の定義に、多くの場合当てはまらないことになる⁵²⁾。また、一般的に交渉可能性が觀念しにくい場合（たとえば、保険約款）でも、特別に交渉などが行われた場合は、この定義に当てはまらないことになる⁵³⁾。

(2) 定型約款の定義

定型約款の定義部分は、法律案548条の2-1項〔傍線部2〕の「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」が問題となる。この定義は、およそ契約書の「ひな型」と呼ばれるものに対して、「定型約款」の規律が及ぶことの懸念⁵⁴⁾に配慮して設けられたと考えられる。

ここでは、「契約条項」が交渉可能性を有するか否かが検討される。つまり、交渉可能性がある条項の総体（典型的には「ひな型」）は一方的に「契約の内容とする」目的で用意されたわけではなく、当事者双方が契約の内容について認識しているため、定型約款にはあたらない⁵⁵⁾。

(3) 積極的組入要件

以上で見たように、取引の特徴が定型取引の定義に当てはまり（要件1）、用いられる条項の総体が定型約款である場合（要件2）、この積極的組入要件の問題になる。このような場合においては、通常「契約を締結する意思」しか存在しないのであって、個別条項に対する具体的意思を觀念するためには、従来の議論からいけば、「約款による」という包括的「同意」を、組入要件として求めることになる。このため組入要件（要件3）として、「定型約款を契約の内容とする旨の合意」が設けられた（1号要件）。さらに、法律案ではそれに留まらず、「定型約款を準備した者があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示」していた場合であっても、約款の個別条項が契約に組み入れられる（2号要件）。

注意すべき点として、後者の「定型約款を契約の内容とする旨」を表示すればよく、約款の「内容」についてまでの開示は、相手方の請求がある場合に限って、規定されている。

法律案548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……（後略）。

ここには、「バスや電車などの交通機関を利用する場合などを考えると、個々の相手方に約款を交付・提示することは極めて困難」という配慮があったとされる⁵⁶⁾。このように、規定上は「契約締結前」に約款内容の開示が義務づけられていないのであるが、次で検討するように、消極的組入要件との関係で実質的には開示が義務づけられる契約条項もあると考えられている⁵⁷⁾。

（4）消極的組入要件

積極的組入要件が充足される場合であっても、例外的に「合意したものとみなさない」場合について、法律案548条の2-2項に規定されている。

この消極的組入要件は、① 契約締結過程での考慮（約款取引の特殊性、契約締結過程における態様、取引慣行など）、及び ② 契約条項の不当性を総合考慮する。そして、この要件に該当する場合、法律案548条の2-2項の効果は「合意したものとみなさ」ないため、契約の成立を前提とした「不当条項規制」ではなく、理論上は「不意打ち条項規制」とされていたものである。他方で、内容の不当性も考慮要素に含むため、実質的には「合意成立後」の規制である不当条項規制の役割も担っている⁵⁸⁾（ただし、不意打ち条項と不当条項規制を同じ要件で扱うことに関しては理論・実質両論から問題があると強く指摘されている）。

文言の構造は消費者契約法10条の規定と似た構造であるが、消費者契約法10条はいったん契約の成立を認めた上で無効の判断をするのに対し、法

律案では「不当条項はそもそも契約に組み込まれない」ことを規定する点に理論上の差異がある。また、法律案は実際上の判断要素としても、約款は具体的意思が観念し難いという「合意内容の希薄性」を前提とし、それに応じた契約締結の様態、「その他取引全体に係る事情を広く考慮にいられて当該条項の不当性の有無」を評価する点に消費者契約法との差異がある⁵⁹⁾。

(5) 「みなし合意」

以上の、「定型取引の定義→定型約款の定義→積極的組入要件」が充足された場合で、「消極的組入要件」に抵触しない場合には、約款の「個別」条項について合意したものと「みなす」ことになる。中間試案段階との比較でいえば、中間試案は組入要件の充足時に「契約の内容となる」⁶⁰⁾と表現していたのに対し、文言が変更されている。

文言を変更した趣旨について、立案担当者によれば、民法は具体的意思が存在する場面を「合意」と評価するが、約款では「そういった細部についての認識はないままに合意があったものと扱われる結果、契約の内容になったと扱われていくというようなところを表現したい」ためであるとされる⁶¹⁾。このように、立法の必要上「みなす＝法律上擬制される」と表現されているのであって、「推定」でない理由は明らかではない。

第4節 「定型約款」の問題点と議論状況

(1) 定型取引・定型約款の定義について

法律案には2つの定義規定が含まれているが、これら定義のうち、特に定型取引の定義については「不安定な評価要素」と評されている⁶²⁾。その理由は、定型取引に該当するかどうかについて、「相手方の個性に着目せずに」行う取引かで判断することになるなど、評価の要素を含む規定となっているからである。そこで、検討の材料として不動産関係の取引を例にとって検討してみたい。

たとえば鹿野教授は、不動産賃貸借契約の通常損耗特約について「問題

となった契約条項は不特定多数の賃借人に対して適用するものとして賃借人によって準備されたものであるから、法案にいうところの定型約款に該当する⁶³⁾としている。確かに、BtoC（具体的には大規模不動産業者と、個人）の不動産賃貸借契約では、「相手方の個性に着目せず」、契約内容に交渉可能性がないことが多い。しかし、賃貸借契約の基礎には信頼関係が存在するとの考え方、不動産という財産的価値の大きな取引、事業者の規模など、実際に「契約の相手方の個性」に着目するかどうか評価の問題が大きく、契約当事者あるいは、その事例について判断する者によって、定型取引の要件を充足するかの判断が分かれる可能性がある⁶⁴⁾。

また、以上のように定型取引の要件は評価の要素を多く含むため、その範囲は明確ではないが、定義自体が BtoB のほとんどの領域をカバーしないことなどから、従来の「約款」よりも狭い定義規定となったと考えるべきであろう。

また、拘束力の根拠を論ずる際に、組入要件との関係から、「定型約款」の定義の広狭をどのように捉えるべきかという問題が生じる。それについては、以下で論じることとしたい。

（2）積極的組入要件について

約款論においては、個別条項が契約内容に組み入れられる要件として、取引の両当事者に「約款による」という包括的「合意」（「定型約款」では1号要件に相当）を求めてきた。

法律案では、約款使用者が「一方的に『約款による』という表示（「約款による一方的表示」という）」を行った場合（2号要件）についても、個別条項が契約内容に組み入れられる。この点、約款論との連続性を保つとすれば、約款使用者による「約款による一方的表示」がなされている場合とは、つまり当事者に包括的「合意」が観念できる場合であると説明ができなくてはならない。この点についての正当化根拠を見いだせなければ、条文を読む限りでは、約款の組入れに「意思」は必要なく、単に上記「表示」があればよいとも考えられるわけであり、「定型約款」の拘束力の根

拠は「意思」に立脚せず、「規定そのもの（法規）」とも読めるわけである⁶⁵⁾。

この点、鹿野・沖野両教授は、2号要件を約款論と連続性を持つものとして理解している。まず沖野教授は、立法審議過程の検討から、2号要件には隠れた要件として、『相手方が異議を述べなかったとき』が書かれざる前提であって、異議を述べたときは定型取引に係る契約は成立しない……その点で、同条同項2号は、消極的な合意、あるいは黙示の合意と扱われる類型ないし場面を示そうとしている」と理解している⁶⁶⁾。鹿野教授も、「(定型取引に対する「合意」の存在から) 相手方が異議を留めずに定型取引についての合意をしたこと、つまり、約款を契約内容とすることについて少なくとも消極的な形で承諾があったと見ることができる場合」として、2号要件についても「意思」からの説明が可能であるとしている⁶⁷⁾。

筆者もこれらの見解が、基本的には正しいと考える。ただ、上で見たように、「定型約款」の組入れには、「推定」ではなく「みなす」という強い効果が与えられている。そうすると、2号要件の充足によって、約款受領者の包括的「同意」を観念するならば、その正当化根拠は詳しく論じる必要があろう。さらにいえば、「定型約款」が2号要件で組入れを認めていることからすれば、「定型約款」が対象にしているのは、約款使用者の「約款による一方的表示」で、相手方が沈黙していることを「約款に同意した」と「みなす」ことができるような、普遍的に使用されている（規範性を持った）「約款」に限定される狭い「約款像」なのであるとも考えられる。

そこで、まずは次章で、どのような場合に沈黙が「同意」として評価できるのかについて検討することとしたい。

第4章 現代の「意思」・「合意」に関する検討

前章までで見たように、「定型約款」においては、2号要件を包括的

「合意」が存在する場合として説明できるのかという問題が生じることとなった。さらに、その包括的「合意」が観念できるとして、なぜ個別条項の拘束力を導くことができるのかという現代の約款論が議論してきた問題も残されている。

そこで本章第1節では、2号要件を包括的「合意」として扱うことが可能であるのかという問題を考えるにあたって、従来の黙示の合意論と、契約解釈の場面で指摘される「合意の柔軟化」という傾向に示唆を得る。それらを踏まえて、2号要件充足時には包括的「同意」が観念できるとした上で、第2節では、その「合意」からなぜ個別条項の拘束力を導くことができるのかについて、山本敬三教授の「他律と自律の融合論」について検討する。

第1節 2号要件と包括的「合意」

(1) 2号要件と黙示の合意

従来、「沈黙の法的評価」を論じる際には3つの類型が検討されていた。それは、① 黙示の意思表示、② 単なる沈黙、③ 擬制された表示とされる。① 黙示の意思表示とは、表示から当該意思を有するものと理解するほかない場面を指すものとされる。たとえば、民法921条が黙示の意思表示の具体化であるという点について、「相続財産を相続人が管理している場合に、これを処分してしまうと、これは相続するという黙示の意思表示である……つまり、自分のものとする（＝相続する）意思があるからこそ自分のものとして処分する」と説明される⁶⁸⁾。

上記のように、沈黙が黙示の意思表示と理解される以外の場合については、2種類の取り扱いが検討されている。1つは② 単なる沈黙であり、この場合「意思」は観念され得ない。約款取引に引き直して考えれば「客が約款について何もいわないのを黙示の意思表示というのは何としても無理」と評価されるように、沈黙は基本的には「意思」とは評価されないものである⁶⁹⁾。ただ、この場合であっても「一定の積極的な法規範の力でそこ

に意思表示と同じ効力を与える」場合は、③ 擬制された表示として扱われる⁷⁰⁾。具体的には、商法509条の諾否通知義務のように、申込みに対して法的に応諾義務（同条2項）を課し、「商法の規定によって……黙っていると『承諾シタルモノト看做ス』」場合を指す⁷¹⁾。これを「定型約款」に引き直すと、2号要件の「表示」がされていながら定型取引を行うことが法律上の要件となって「意思」を「みなす」ことになり、法規説の結論に至ることになる⁷²⁾。

(2) 「合意」の柔軟化

上記でみたように、従来、黙示の意思表示として扱うことのできる場面は、限定的であったと考えられる。しかし、近時の研究ではこのような黙示の意思表示と扱うかどうかは別として、「意思・合意」を柔軟化して捉える傾向が見られる。以下ではこれらの傾向を確認の上、参考にすることとしたい。ただし、検討に入る前に留意しておくべき点として、「合意の柔軟化」という傾向は、「約款」に関して論じられているものではない。債務不履行などの契約責任の射程を画定する際に「契約でどこまで合意したか」を明らかにするという合意解釈の議論において、指摘されているものである。

山本（敬）教授は、近時の特定物ドグマの否定などから、「柔軟な合意観」という傾向を指摘する。たとえば、契約条項の「表層」に「一定の品質のもの」を給付することを合意していなくても、売買契約の「深層」レベルでは、その代金などから「一定の品質のもの」の給付が「合意」されているとして、補充的解釈を行う傾向があると分析する。ここにおいては、当事者の「合意」というものを厳格に解するのではなく、比較的「柔軟に」解釈しているという傾向が見出されているといえよう⁷³⁾。

(3) 「約款による一方的表示」に対する沈黙の法的評価

以上の検討を踏まえて、2号要件をどのように考えるべきだろうか。「定型約款」が約款論で議論されてきたような、広い約款像のもとにおいて理解されるのであれば、約款使用者の「約款による一方的表示」に対し

て相手方が沈黙していることを、「約款による」という包括的な黙示の意思表示であるということは不可能であろう。それは、法規説や初期商慣習説が「約款」を「団体」概念で包摂しきれなかったように、「約款」が多様化しているため、相手方の沈黙を「意思」で評価できない場合が多く含まれるためである。

他方で、「定型約款」の「約款像」が、初期約款論における約款像のような、電気事業約款など約款による締約義務が課されているものや、保険約款など「企業者との取引を欲する以上個々の取引当事者が該條款に依らざるを得ざる状態に在り、事實該條款を中心として集團取引が進展する」⁷⁴⁾ ような場合に限定されるならばどうだろうか。この場合、第2章第2節(1)で前述した山下教授の考え方に倣えば、2号要件に規定される約款使用者の「約款による一方的表示」に異議を述べないことが、約款の社会通念上の規範通用力（規範性）⁷⁵⁾ によって、単なる沈黙以上の意味を持ち得ると解釈できるのではないだろうか。

それは、「合意の柔軟化」（第4章第1節(2)）という傾向からも正当化できると思われる。「約款」を用いた取引では、取引そのもの（法律案にいう「定型取引」）に対する「合意」がある。そこで、「定型約款」を上記のように規範性を持ったものに限定すれば、「取引そのものの『合意』」の前提には、「社会一般に通用する（規範性を持った）『約款』に従うという包括的『合意』がなされている」とみることができるのではないだろうか。もっとも、包括的「合意」自体が附合契約的な側面から導かれていることから考えれば、個別条項に及んでいる「合意」も従来の黙示の合意と捉えられるべきではなく、不当条項規制など私的自治を補助するための介入を行う必要性はあろう。

以下では、さらに進んで「約款」における包括的「同意」によって一体、個別条項のどの範囲までであれば「意思」を観念できるのか、その射程を検討したい。特に、上記「柔軟な合意」を理論的に説明し、その範囲を画定しようとした、山本（敬）教授の「規範」と「合意」の融合論について、

その基礎である私的自治に関する考察も含めて検討することとしたい。

第2節 「包括的」合意の射程と「他律と自律の融合論」

(1) 「私的自治」と「融合論」

山本（敬）教授の理論を端的に表したのは、「2人の人の行為を契約の締結と理解するためには、そこで観察しうる自然的な行為をはじめて法的な行為とするような法制度——つまり契約制度——を構成するルールが前提とされ」、「こうした契約制度を構成するルールには……その種の契約について一般的に問題となる事柄に関して形成されてきた多くのルールもふくまれる」という部分であると思われる⁷⁶⁾。つまりは、契約（「自律」）は、一般的なルールも含めた任意法規などの「他律」を前提に成立しているのであって、双方は融合的に捉えるべきであるとの説明になる。

この背景には、「私的自治」に対する山本（敬）教授の理解がある。まず、私的自治を「生活空間を自分の意思で規律して行くという性格」のものとして定義づける。そして、法規範、「例えば所有権をはじめとした財産の帰属にかかわる諸制度も、私的自治が実効的に実現されるための前提」という意味で、私的自治を支援する「制度」であると捉える。これと同様に、契約も、私的自治の実効性を確保するという意味では、「まさに個人が協働して私的自治を実現して行く上で不可欠な、いわば私的自治を支援する制度」であるとの考え方を示す⁷⁷⁾。

以上のように、「契約」と「法規範」はそれぞれが「私的自治」の実効性を確保するための「制度」であって、その本質からみても「契約（自律）」と「規範（他律）」を融合的に考える基礎があると理解できるならば、「合意」内容として規範的（制度的）なものが取り込まれていくことは、私的自治に反することではなく、むしろ私的自治の目的に適合的であると考えられる。また、同様の傾向は慣習に関する議論でも指摘できると思われる⁷⁸⁾。

この理解は「定型約款」の議論において、包括的「合意（自律）」に

「約款の個別条項」というルール（「他律」）が補充されていくことに対する一つの説明として考えられ得るものであると思える。特に「定型約款」が、規範性を有するものを対象にしているとするならば、「定型約款」は一般的にルール（規範）として適用されることが念頭に置かれているという認識に繋がり、「定型約款」という「他律」が、契約（「意思」）という「自律」に取り込まれることは私的自治の立場からも正当化できるのではないだろうか。

第5章 約款論と「定型約款」の連続性の考察

以上において、約款論、「定型約款」、「意思」の柔軟化という3つの場面から「約款」の拘束力を中心に検討した。約款論では、それぞれの学説が持つ約款像を明らかにしつつ、法規説・商慣習説が持つ「団体」の規範としての約款像と、現代的な契約説が持つ「意思」理解を検討した。このような到達点を踏まえて、「定型約款」の規律を概観し、約款論と「定型約款」の連続性に関する説明困難な部分を明らかにした。この点、約款論が「約款」の拘束力の根拠を「意思」に求めた点に意義を見出し、「定型約款」の規定も「意思」から説明されるべきであるとの考えのもと、「意思・合意」そのものの柔軟化の傾向を探ることとした。以下では、本稿で論じてきた点について具体的に検討を行う。

第1節 「定型約款」の規範性

本節では、「約款」の定義・範囲と組入要件（拘束力の根拠）について、それぞれの相関性を確認しながら検討する。

まず、現代の約款論が包括的「合意」しか存在しないものを「約款」と呼んできたことに比して、BtoBの排除など定義規定のレベルで、「定型約款」が狭い定義となったことは、「後退」と呼ぶべきものであると思われる。他方で、ここに積極的な意義を見いだせるとすれば、約款論におけ

る多元説が指摘したように、「約款」の多様性に配慮して、「約款」を振り分け、社会的な規範として通用しているものを「定型約款」として採用したと考えることができよう。そうすると、「定型約款」の範囲について、バス・鉄道・保険など典型的な「約款」が挙げられているように⁷⁹⁾、法規説や商慣習説が念頭に置いていた「約款像」に近いもの、つまり「規範性」を有するものと捉えるべきであるように思われる。

上記の理解は、「定型約款」における組入要件と効果からも説明できるように思われる。「定型約款」では「約款による」という「同意」のみならず、約款使用者の「約款による一方的表示」であっても個別条項が組み入れられ、効果としても「推定」ではなく「みなす」という規定になっている。そうすると、そもそも「定型約款」は、これらの約款論よりも緩和された要件で組み入れられることを正当化する理由として、規範性を有するような、より狭い「約款像」を念頭に置いていると解すべきではないだろうか。

以下では、この「定型約款」の狭い「約款像」をもとに、(1) 現代的な契約説の「意思」理解と(2)「意思」の柔軟化という傾向を応用し、これらを踏まえて、約款論と「定型約款」の拘束力の側面における連続性について検討する。具体的には、(3) 包括的「合意」の存否というレベルで検討した上で、さらに(4)「定型約款」の個別具体的な条項に対する「意思」(具体的意思)を導き出す根拠について論じる。

第2節 組入要件の連続性

(1) 現代的な契約説の「意思」に関する議論

約款論は、その拘束力の根拠を「意思」に求めつつ、約款受領者が「約款による」という形で包括的に「同意」しかしていない場合でも、個別条項に対して拘束力を認めてきた。この「約款による」という包括的「同意」から、約款の個別条項に対してどこまで「意思」を観念できるかが現代的な契約説の中心的論点であった。一方は、包括的「同意」+「約款

の開示」によって、個別条項にまで一定の範囲で「意思」が及んでいるとし（山下説）、他方は「意思」を厳格に捉え、価格などの契約の核心的な部分以外の個別条項には厳密な意味での「意思」はないが、約款受領者が与えた同意の「外観とその責任性」によって拘束力を説明する（河上説）。

これらの議論を見るに、「約款」の拘束力を論じるにあたっては、結局「意思」をどのように捉えるかが本質的な問題であり、これについて検討する必要性が認められよう。山下分析は、「意思」自体を柔軟に捉え、「約款」の包括的「合意」や開示から個別条項についての「意思」を観念できるとした。これは組入れのレベルの問題でいえば、包括的「同意」によってどこまでの具体的意思が観念できるのかを論じるのであって、理論的な説明は非常に明確である。他方で、「意思」が及んでいるとなると、なぜ不当条項規制をかけることができるのか、自己決定に対する法の介入ではないか、という問題が生じる。

このような考え方からすれば、「約款」の多くの部分には「意思」は及んでおらず、厳密には「意思」とは異なる原理で、拘束性が説明づけられること（河上理論の「意思」に基づく責任性）になろう。これは、不当条項規制の場面ではメリットがあるものの、「約款」の拘束力を論じるにあたって他の原理を持ち出すため、組入れの場面でいえば少し理解に困難が伴うものと思われる。

そこで、上記山下分析と河上理論、それぞれの利点を活かしながら「約款」の拘束力を説明づけられないか、さらに論じることとしたい。それには、「意思」を拡張させるか、「意思」以外の責任原理の中身について説明を加えるか、いずれかのアプローチになろうが、本稿では、契約解釈の場面での「意思の柔軟化」という傾向から示唆を得たため、そちらの検討の内容を明らかにする。

（2）契約責任論における合意の「柔軟化」

契約責任論では、その責任の射程を論じるにあたって、特定物ドグマの否定のように「規範」を「意思」の中に取り込んで説明する傾向が指摘さ

れており、その意味で、「意思」は柔軟化されている。さらに、この傾向は「契約」と「規範」の「融合論」という考え方で研究がなされている。そこでは法規のみならず「一般的なルール」も「意思」の中に取り込んで説明する余地が示されており、現代的にはさらに「意思」が柔軟化していると思われる。そこで「定型約款」とされる規範性を有する「約款」（たとえば、保険・運送・預金など）においては、その拘束力の根拠を「意思」に求めやすくなる素地が現代の柔軟な合意観にはあると思われる。以上の議論に示唆を得て、「定型約款」の組入要件において、「約款による」という包括的「同意」を観念し得るかどうかというレベルから論じることとする。

(3) 「定型約款」における包括的「合意」の存否

約款論が拘束力の根拠として必要としてきた、約款受領者の「約款による」という包括的な「意思」が明示的に存在する場面は、「定型約款」の1号要件に規定されている。他方、2号要件に関しては、約款使用者が「約款による」と「一方的に表示した場合」でも組入れが可能であるとしており、この点、約款論が必要としてきた「約款による」という包括的「同意」が観念できるのかという問題がある。

これに関して、約款使用者の「約款によるという一方的表示」に異議を留めなかったこと（2号要件）が、当事者の「約款による」という包括的「合意」として評価できるとすれば、そこには沈黙以上の意味が含まれていたと評価できる事実が存在する必要がある、その事実として、約款が「規範性を有すること」が必要であると思う⁸⁰⁾。つまり、当該取引において、「約款」が社会一般に規範として通用しているという事実が、「約款によるという一方的表示」に対する単なる沈黙を、それ以上の意味、すなわち「黙示の意思表示」のレベルに押し上げると考えるべきであろう。

この前提のもとに2号要件が理解されるならば、同要件の充足をもって「約款による」という包括的「合意」を観念することは可能であろう。さらに、次の問題として、約款の個別条項に対して「意思」（具体的意思）

を「みなす」ことが可能な根拠について検討する必要がある。この点についても、規範性を手掛かりに、「定型約款」における「意思」の意味内容の観点から検討していきたい。

（４）「定型約款」における包括的「合意」の射程

「合意」内容の解釈において「自律（契約）」の背景には「他律（任意規定など）」が存在するとされるように⁸¹⁾、約款取引においても「約款による」という包括的「同意（自律）」の背景には、社会一般に通用している規範としての「約款（他律）」が存在するといえよう。これが、「約款による」という当事者の包括的「合意」から、個別条項についての拘束力を導く根拠になると考えたい。

この議論は、すなわち包括的「合意」によってどの範囲の個別条項にまでであれば「意思」を導けるかという「包括的『合意』の射程」・「不意打ち条項規制」の問題に直結する。つまり、「約款による」という「黙示の合意」で、個別条項が契約の内容になるとみなされるとしても、それは「同意（「自律」）」に対して「一般的な他律」が補充されていると考えられるため、組み入れられる条項は、その範囲に限定され则认为すべきである。さらに、山下分析や河上理論が指摘するように、どこまで約款の開示がなされていたのかという要素も、「黙示の合意」の射程を判断する上で重要な要素であろう。

以上をまとめると、「定型約款」に存在する「黙示の合意」の射程は、① 当該定型取引において、どの程度の条項までであれば社会通念上規範として通用しているのか、② 開示の程度など個別事案において、一般的な相手方がどの程度内容を認識し得たか⁸²⁾ という２つの要素で判断すべきであると思われる。この要素が認められない約款の個別条項は、具体的意思が存在しないことを理由に、合意成立前の段階で排除されることになろう（不意打ち条項規制）。

お わ り に

(1) 総 括

第1章では、初期の約款論が、「約款」の社会通念上の規範通用力（規範性）を直接拘束力の根拠としていたことを検討した上で、第2章では、拘束力の根拠が「意思」へと移り変わったことを確認し、その「意思」の意味内容を、現代的な約款論に考察を加えながら検討した。この時期の議論における共通した認識として、① 約款の個別条項の拘束力は、当事者の「約款による」という包括的な「意思」に求めている点に触れた。

これを踏まえて、第3章では法律案における「定型約款」の規定と約款論に、①の点について、連続性の問題があることを確認した。特に「定型約款」は、約款使用者が「契約の内容は約款による」と相手方に一方的に表示した場合であっても、個別条項の拘束力を認めるように読める規定が存在するため（2号要件）、② この要件の充足によって、従来から要求されてきた、「約款による」という包括的「合意」が観念できるのかというレベルの問題が生じたことを明らかにした。また、2号要件を、約款受領者の包括的「同意」が存在する場合と理解するならば、「定型約款」は、その緩和された要件で組み入れられることを正当化する理由として、規範性を有するような狭い「約款像」が必要であることを示唆した。

第4章では上記②の問題について、詳しく検討するにあたり、「合意の柔軟化」という契約責任論の傾向に着目した。そこでは、「契約（自律）」に対して「規範（他律）」が取り込まれており、その意味で「意思」は柔軟化していると考えられる。

そして、これら第4章までの検討を第5章でそれぞれ詳細に論じ、「定型約款」の評価できる部分を明らかにした。具体的には、柔軟化された「意思」（第4章第1節(2)）と、狭い「約款像」（第3章第4節(1)-(2)）に共通する「規範性」（第1章第1節）という側面から、2号要件はあくまで

包括的「同意」が明示的には存在しないが、黙示のレベルでは存在している場合を明文化したものであると結論づけた。

（2）残された課題

もっとも、残された課題は数多く存在する。まず、「定型約款」という狭い定義からすれば、「定型約款」には含まれないが、従来から「約款」とされてきた場面の拘束力をどのように説明するかという問題がある。この点、法制審議会では従来の「約款法理（恐らくは、意思推定理論）」が適用されることが確認されているが⁸³⁾、「古典的約款論」が抱えている約款の事後・事前的規制に関する不明瞭さは第2章冒頭で指摘したところであり、今後の検討課題となろう。

また、本稿で検討した、規範性を手掛かりにした2号要件の「意思」からの説明も、不当条項規制の場面では、「古典的約款論」や山下分析と同様の問題を抱えている。つまり、本稿の考え方も、「約款」の個別条項の拘束力を「意思」から説明できるとしたため、なぜ不当条項規制がかけられるのか（私的自治の介入にならないか）という問題が依然残されている。この点は、約款取引の当事者間の能力の格差に基づく、不当条項の「押し付け」の側面などに配慮しつつ、「交渉力の回復措置もしくは最低基準の強行的保護といった国家による後見や保障」という観点⁸⁴⁾を基礎としながら、包括的「同意」が附合契約的性質から導かれているということを手掛かりに、私的自治の回復のため、不当条項規制などの規制をかけることになろうが、いまだ詳細な検討の及んでいないところである。この問題のみならず、本稿で示した「約款」の社会学的な規範通用力を「意思」に還元する考え方は、事実として「約款」が通用しているのかということを判断基準とするため、事実的契約関係論と接近する部分があり、その批判の当否についても論じる必要が生じよう⁸⁵⁾。

さらに、本稿ではあまり触れることがなかったが、第3章第3節(4)でみた「定型約款」の消極的組入要件をどのように説明するのかという問題も

残されている。従来の「約款論」が合意成立前後でそれぞれ適当な規制をかけることを念頭においていたのに対し、法律案の消極的組入要件は、合意成立前に内容的規制を行う条文に読めるためである。これは理論的な問題のみならず、河上教授が正しく指摘されたように⁸⁶⁾、約款の条項が「不意打ち条項」として、包括的合意の射程が及ばないため排除されるのか、合意は認められるが内容が不当であるから排除されるのか、それぞれの役割を不明確ならしめ、「隠れた内容コントロール」を生じさせる危険性がある⁸⁷⁾。さらに、定型約款の消極的組入要件は、不当条項を「合意したもの」とみなさない⁸⁸⁾が、そうであれば、問題となる条項を消費者契約法で「無効」として争うことができるのかという条文の適用関係の問題も残されており、この点に関する解釈が重要な課題となろう⁸⁸⁾。

以上、本稿では議論の及んでいない点が数多くあるが、消費者契約法の改正動向も注視しながら今後の検討課題としたい。

- 1) 特に、1979年から1980年にかけて論じられた、山下教授の「普通保険約款論（1）-（5・完）」に始まり、1988年の河上教授による『約款規制の法理』にかけては、「当事者の主観的な意思はどこまで観念可能か」というアプローチで論じられている。
- 2) 法律案の条文については、法務省「民法の一部を改正する法律案」(<http://www.moj.go.jp/content/001142181.pdf>)（最終閲覧日2016年3月16日）から適宜引用する。
- 3) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ1318号（2006年）100-101頁（以下、山本・契約責任という）。
- 4) 学説史の個別詳細な検討は、河上教授の優れた先行研究（河上正二『約款規制の法理〔初版〕』（有斐閣、1988年）（以下、河上・法理という））が存在するため、本稿ではあくまでいくつかの学説に焦点を当て、約款の拘束力の根拠が「法規」から「意思」に移り変わるまでの過程、及び拘束力の根拠たる「意思」の捉え方に着目した分析を行う。
- 5) 法務省「法制審議会民法（債権法）部会議事録」（以下、議事録という）、同「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）補充説明」（以下、部会資料という）(http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html)（最終閲覧日2016年3月16日）。
- 6) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治——私法関係における憲法原理の衝突（2）——」論叢133巻5号（1993年）1-29頁（以下、山本・私的自治という）。
- 7) 谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）』（有斐閣、1996年）175頁〔潮見佳男〕。
- 8) 田中耕太郎『改正商法総則概論〔第14版〕』（有斐閣、1938年）193-194頁、石井照久「普通契約條款（一）」法協55巻10号（1937年）1848-1849頁参照。
- 9) 河上・前掲注(4)法理179頁。

約款の拘束力について（和食）

- 10) 田中・前掲注(8)193頁。
- 11) 田中耕太郎『商法学 特殊問題 中』（春秋社、1956年）98-100頁。
- 12) 河上・前掲注(4)法理179頁，岩崎稜「普通契約条款の法源性」谷川久＝龍田節編『商法を学ぶ』（有斐閣、1973年）12-13頁参照。
- 13) 山下友信「普通保険約款論（1）」法協 96巻 9号（1979年）1129-1133頁参照。
- 14) 田中・前掲注(11)34-36頁。
- 15) 谷口＝五十嵐編・前掲注(7)168頁〔潮見〕参照。
- 16) 杉山直治郎「附合契約の觀念に就て（一）－（四）」法協42巻 8-11号（1924年）。
- 17) 山下友信『商事法の研究〔初版〕』（有斐閣、2015年）217-218頁。もっとも、この分類は「法規」と「契約」という「約款」の性質論による分類ではなく、「約款」の個別条項についての拘束力を一律に承認するかという基準で分類しており、その意味では、法規説も「古典的約款論」に分類される。
- 18) 石井照久「普通契約條款（二）」法協55巻11号（1937年）2035頁，田中・前掲注(11)100-102頁参照。
- 19) 石井・前掲注(8)1830頁。
- 20) 石井・前掲注(18)2036頁。
- 21) 石井・前掲注(8)1846頁参照。
- 22) なお，ほとんどの約款が，約款使用者が一方的に約款を設定するケースであるため，国家の価値判断を経ていないという前述した「約款＝法規」の否定に繋がる。
- 23) 石井・前掲注(8)1847-1849頁。
- 24) もっとも，谷川教授自身は，「極論」と留保しながらも「法が普通契約条款の作成を義務付けている場合」だけで「約款」の法源性を認める可能性を示唆していた（谷川久「企業取引と法」矢沢惇編『現代法と企業』（岩波書店、1966年）156頁）。
- 25) 谷川・前掲注(24)150-156頁。
- 26) 詳しくは，山下友信「普通保険約款論（4）」法協 97巻 1号（1980年）74頁（以下，山下・約款論(4)という）参照。
- 27) 大塚龍児「普通取引約款の拘束力」法教（第二期） 8号（1975年）61頁。
- 28) 谷口＝五十嵐編・前掲注(7)175頁〔潮見〕参照。
- 29) 岩崎・前掲注(12) 8頁参照。
- 30) たとえば，山本豊「不当条項規制と中心条項・付随条項」別冊 NBL 54号（1999年）95頁。この傾向は，廣瀬久和「内容規制の諸問題——比較法的考察を中心に」私法54号（1992年）39-41頁の比較法的検討から既に示唆があった。
- 31) 河上・前掲注(4)法理183頁。
- 32) 河上正二「契約の成立段階——『意思』の取り扱いを中心に——（シンポジウム資料）」私法54号（1992年）25頁（以下，河上・シンポという）。
- 33) 河上・前掲注(32)シンポ28頁。
- 34) 山下・前掲注(26)約款論(4)78頁。
- 35) 河上・前掲注(32)シンポ26-31頁。
- 36) 山下・前掲注(26)約款論(4)77頁。

- 37) 山下・前掲注(26)約款論(4)79-80頁。
- 38) 河上・前掲注(4)法理184頁。
- 39) 河上・前掲注(4)法理250-254頁。
- 40) 99回議事録8頁〔〔鹿野〕発言〕, 10-11頁〔〔山本(敬)〕発言〕など。
- 41) この他の理論的な問題点について網羅的に検討したものととして, 沖野真己「約款の採用要件について——『定型約款』に関する規律の検討——」高翔龍=野村豊弘ほか編『日本民法学の新たな時代(星野追悼)』(有斐閣, 2015年)527-586頁所収。
- 42) 河上正二「約款による取引」法時86巻12号(2014年)96-98頁(以下, 河上・取引という), 山本豊「約款」法時86巻1号(2014年)32-33頁, 潮見佳男=笹井朋昭=長谷川雅典=望月治彦=渡辺光昭=山野目章夫「企業実務からみた民法(債権関係)の改正に関する中間試案(下)」NBL 1015号(2013年)35-36頁(以下, 座談会という)〔〔潮見〕発言〕参照。
- 43) 河上・前掲注(4)法理6-11頁, 13-16頁も参照。
- 44) 少なくとも, 96回議事録34頁〔〔佐成〕発言〕までは一貫して規定を設けること自体に反対の意見を示している。
- 45) 前掲注(42)座談会40-41頁〔〔望月〕発言〕, 他にも, 98回議事録24頁〔〔佐成〕発言〕。
- 46) 最も極端なものは, 89回議事録28頁〔〔佐成〕発言〕の「具体的に限定列挙するような定義にしてもらえないのか」との提案があったことなどが挙げられる。
- 47) 87回議事録19頁〔〔佐成〕発言〕から〔〔道垣内〕発言〕まで。
- 48) 山野目章夫「民法(債権関係)改正のビューポイント」NBL 1047号(2015年)56頁。
- 49) 潮見佳男「民法(債権関係)改正法案の概要」(金融財政事情研究会, 2015年)203頁(以下, 潮見・概要という)。
- 50) [部会資料83-2] 37頁。
- 51) [部会資料86-2] 1頁。
- 52) [部会資料83-2] 38頁。
- 53) 89回議事録29頁〔〔山下〕発言〕, 潮見・前掲注(49)概要204頁も参照。
- 54) 85回議事録30-31頁〔〔山川〕発言〕から〔〔村松〕発言〕まで。
- 55) [部会資料83-2] 38頁。
- 56) 鹿野菜穂子「民法改正と約款規制」曹時67巻7号(2015年)1823頁。
- 57) 鹿野・前掲注(56)1824頁, 河上・前掲注(42)取引98頁。
- 58) 鹿野・前掲注(56)1828-1829頁, 河上・前掲注(42)取引98頁, 山野目・前掲注(48)58頁。
- 59) 潮見・前掲注(49)概要207-208頁。
- 60) 法務省「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」51頁(<http://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>) (最終閲覧日2016年3月16日)。
- 61) 96回議事録39頁〔〔松村〕発言〕。
- 62) 河上・前掲注(42)取引97頁。
- 63) 鹿野・前掲注(56)1814頁。
- 64) 山野目・前掲注(48)56-57頁は, 不動産の「売買」については, 相手方の個性に着目する点から定型取引にあたらないと評価している。この点, 「売買」という形式に着目す

ば、賃貸借とは区別することも考えられるわけであるが、実際不動産など財産的価値の大きな取引の場合にどこまで相手方の個性に着目していないと評価できるのかは疑問が残りそうである。

- 65) 河上正二「民法（債権関係）改正要綱—とくに『定型約款』について」ジュリ1480号（2015年）83頁（以下、河上・改正という）。
- 66) 沖野・前掲注(41)550-551頁。
- 67) 鹿野・前掲注(56)821頁。
- 68) 原島重義「契約の拘束力」法セ345号（1983年）46頁。
- 69) 原島・前掲注(68)48頁。
- 70) 原島・前掲注(68)46頁。
- 71) 原島・前掲注(68)48頁。
- 72) 河上・前掲注(65)改正83頁の「法規説に舵を切ったものとも読める」との懸念は、この理解からくるものと思われる。
- 73) 山本（敬）・前掲注(3)契約責任100-101頁。
- 74) 石井・前掲注(8)1836頁。
- 75) 規範性を有するか否かは、事実「ルール（規範）」として通用しているかということのみならず、多元説（谷川・前掲注(24)）の理解のように、約款による締約義務が課せられているかどうかとも問題となるだろう。
- 76) 山本（敬）・前掲注(3)契約責任101頁。
- 77) 山本（敬）・前掲注(6)私的自治4-5頁。
- 78) 山本敬三「法律行為通則に関する改正の現況と課題」法時86巻1号（2014年）21頁では、「『自分たちにかかわる事柄は自分たちで決める』と考えるならば、より小さな社会単位でそのような決定がおこなわれ、その積み重ねの結果として慣習が形成されているときには、それを尊重することが要請される」と論じられている。
- 79) 山野目・前掲注(48)56頁。
- 80) この点は、石井・前掲注(8)1836頁の考え方に示唆を得ている。
- 81) 山本（敬）・前掲注(3)契約責任100-101頁参照。
- 82) この点、山下・前掲注(26)約款論(4)80-81頁のアプローチを参考にしている。
- 83) 85回議事録32-33頁 [『中田』発言]、98回議事録18頁 [『沖野』発言]、28頁 [『佐成』発言]、沖野・前掲注(41)543-544頁も参照。
- 84) 河上・前掲注(4)法理8頁。
- 85) 加藤雅信「債権法改正法案の総合的検討に向けて——債権法改正の実相を探る——」消費者105号（2015年）123-125頁参照。
- 86) 河上正二「約款（附合契約）論」星野英一ほか編『民法講座5 契約』（有斐閣、1985年）31頁。
- 87) 鹿野・前掲注(56)1827頁も参照。
- 88) 97回議事録37-38頁 [『山本（敬）』発言]の懸念など参照。