

UCC 第二編改正作業における 約款の「採用」規制の試み（一） ——「内容」規制との関係を念頭に

三 枝 健 治

- I. はじめに
 - 1. 問題意識
 - 2. なぜ UCC 第二編改正作業か
 - 3. 考察の対象と構成
- II. 我が国での議論の状況
 - 1. 序
 - 2. 約款開示規制
 - 3. 不意打ち条項規制（以上、本号）
 - 4. 問題状況の確認
- III. UCC 第二編改正作業における約款の「採用」規制の試み
- IV. 我が国への示唆
- V. おわりに

I. はじめに

1. 問題意識

本稿は、約款の「採用」規制について、アメリカの統一商事法典（Uniform Commercial Code、以下 UCC）第二編の改正作業での試みとその推移を検討しながら、そこに求められるべき規制の内容とその意義を明らかにし

ようとするものである。

約款規制は、支配的な見解に従うと、大別して、①約款を介して契約に組み込まれる約款条項の範囲を確定する「採用」規制と、②こうして組み込まれた約款条項の中で不当な内容のものを排除する「内容」規制の二つから成る。約款条項の内容の当否の判断はそれが契約内容となっていることを前提に行われるので、理論上、①は②に先行する前提問題である。しかし、判例は、大審院大正4年12月14日判決⁽¹⁾以来、概して、「約款による」との意思(以下、約款意思⁽²⁾)を推定し、消費者が条項全てを「まるごと呑み込んだ」ものとして包括的同意を緩やかに認定することで、實際上、この①採用規制に、これまで規制としてあまり実効的な役割を与えてこなかったように思われる。むしろ、約款規制において大きな機能を果たすよう期待されてきたのは、公序良俗違反や信義則の名の下で公然となすか、解釈の名の下で隠れてなすかは別にせよ、どちらかという、契約条項の内容の不当性を契機に介入する②内容規制のほうであろう。言ってみれば、入口の①では間口を広げ、出口の②で絞り込もうというのが一般的なスタンスである。

この②内容規制をより重視する傾向は、近時、消費者契約法が制定されたことで、更に強まる可能性がある。というのは、従来からの②の主要な道具立ての一つである公序良俗が大がかりな概念で、実際にはその活用に控えめとなってしまうことを受けて消費者契約法8・9・10条の各規定が新たに整備され、②内容規制の強化が図ろうとされたからである。しかも最

(1) 民録21輯2186頁。

(2) 本稿で「約款意思」とは、本文で述べた通り、約款を契約に組み入れると消費者側の意思を指す。徒に独自のネーミングで混乱を生じさせる意図はないが、自己の約款を用いるとの約款使用者たる事業者側の意思を意味するものでないことに留意されたい(後者の使用法をとるものとして、北川善太郎「約款と契約法(約款一法と現実4)」NBL242号(1981)75頁以下がある)。

終的に、消費者契約法はこうして、一方で②内容規制の強化に資する規定をもうけながら、他方で①採用規制に対応する規定は何らもうけておらず、そうであるが故に、②内容規制がますます重視される反面、①採用規制がますます等閑視される可能性をいっそう現実的なものとして受け止めざるを得ない。

仮に出口の②で相当に絞り込むことができるようになるのであれば、入口の①では、現時点で既にチェックは緩いが、更にノーチェックとなっても構わない——このような②内容規制を重視する流れが今以上に加速しう
る中で、もはや①採用規制に期待すべき役割はないのであろうか。後述するように、学説の多くは、消費者契約法の制定前からその意義をなお認め、同法に①採用規制に対応する規定を別途盛り込むべきであると提言してきた。しかし逆に、①は②内容規制に実質的に吸収されるとして、その実効性を疑問視する異論もあり、結局、成立した消費者契約法は後者の立場に与するに至った。この点に対する批判は今なお根強く、同法の改善すべき点の一つと夙に指摘されるところである⁽³⁾。そこで、付帯決議が2006年4月を消費者契約法の見直し時期の目途と一応していることを受けて、現時点で改めて、①約款の「採用」規制に求められるべき規制の内容とその存在意義を、特に②「内容」規制との関係において、明らかにしようというのが本稿の狙いである⁽⁴⁾。

(3) 例えば、「座談会・消費者契約法とその他の消費者立法」ジュリスト1200号（2001）15頁及び21頁〔河上・潮見発言〕、山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商123巻4・5号（2001）523頁以下、山本豊「契約適正化ルールの充実に向けて」国民生活2003年5月号12頁等参照。

(4) 消費者契約法は民法の特別法とはいえ、「その名のもとでなされたのは『民法の現代化』の作業そのものである」（潮見佳男「消費者契約と民法理論」法セミ549号（2000）10頁）から、本稿は、実際には、消費者契約法を裏付ける民法理論上の問題として検討することをむしろ意識している。

2. なぜ UCC 第二編改正作業か

実は、同じ問題状況は、近時、アメリカにおいても見られるものであった。UCC 第二編改正作業において、前レポーターの Richard E. Speidel は新たに①採用規制に関連する規定を導入しようと試みたが、結局、紆余曲折を経て、その実現を図ることはできなかった。すなわち、我が国と同時期に、①の規制強化が企図されたものの、その目論見はやはり「不成功」に終わったのである。

そもそも現行 UCC 第二編において、後述の通り、元々の起草者である Karl Llewellyn は、基本的には、約款の規制にあたり、「包括的同意(blanket assent)」のテクニックにより、原則として約款条項全てを「まるごと呑み込んだ」ものとしてその拘束力を広く認め、後は非良心性法理に従い、こうして組み込まれた契約条項の中で不当な内容のものを排除することを意図していた。非良心性法理は、契約内容上の不当性に着目した実体的非良心性のみならず、契約締結上の不当性に着目した手続的非良心性を同時に相関的に顧慮するので、純粹に②内容規制とは言えないようにも思われようが、一般に、手続的非良心性だけでは非良心性法理は発動しないと指摘されていることから明らかな通り⁽⁵⁾、②内容規制の要素を色濃く反映したものである。従って、我が国と同様に、現行 UCC 第二編の規制構造それ自体としては、どちらかというところ、包括的同意のテクニックにより、入口の①採用規制の問題では間口を広げ、非良心性法理により、出口の②内容規制で一気に絞り込もうとするものであると評価し得よう。

Speidel は、この②を中心とした現行 UCC 第二編の規制構造に対して、消費者保護の実践的意図を持って①の規制強化を唱え、そのような観点か

(5) 1 E.Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts* § 4.28, at 585 (3d ed. 2004).

ら新たな規制を盛り込もうとした。しかし後に詳述するように、Speidelの提案は②の非良心性法理による規制だけで十分であると説く産業界から強い批判を招き、その後苦難の道を歩んだ末、遂に改正作業の途中で挫折することとなった。というのは、UCC改正作業はアメリカ法律協会（American Law Institute、以下ALI）と統一州法委員会全国会議（National Conference of Commisioners on Uniform State Laws、以下NCCUSL）の協力（partnership）の下に進められるところ、長期にわたる激しい議論の対立の果てに、①の規制を新たに盛り込んだSpeidelの改正草案がALIの承認を得て後はNCCUSLの承認を受けんとする段階に至り、1999年7月、同執行部が突如断りもなくこれを総会の議題からはずしたことで、彼が抗議の意を込めてレポーター職を辞する波乱の事態となったからである。彼の辞任後はHenry D. Gabrielが新レポーターに任命され、改正作業はゼロから再スタートしたが、この事件を契機に、UCC第二編の「改正（revision）」作業は現行規定の手直しにとどまる「修正（amendment）」作業へと縮小し、それ故、ようやく2003年5月にその主要な作業を一応完了したときには⁽⁶⁾、一定の達成感は伴いつつも、足かけ10年以上に亘る結末である割に、いささか冷淡な受け止め方をされた向きもあるように思われる⁽⁷⁾。無論、最終的な改正UCC第二編の中には、

(6) 「一応」というのは、改正UCC第二編が現実に施行されるには、更に各州で州議会がそれを州法として制定する作業が残っているからである。1999年に一度、改正作業が仕切り直しとなった後、現行法と大幅に異なる論争的な改正は試みられなくなったので、改正UCC第二編が各州で内容の統一性を保ちながら導入される見込みは高まったが、しかしそうであるが故に逆に、各州議会が現行法に代えて新たに改正法を急ぎ制定する必要があるようなものではなくなったのではないかと指摘されている。Gregory E. Maggs, *The Waning Importance of Revisions to U.C.C. Article 2*, 78 Notre Dame L.Rev. 595, 628 (2003).

(7) これが、2003年秋までの2年間のアメリカ合衆国・ボストンでの留学及び在外研究中に接した契約法に関心を持つ研究者らとの会話から受けた筆者の主観的な、しかし率直な印象である。アメリカ国内における改正UCC、と

Speidel が盛り込もうとあれだけ情熱を傾けた①の新たな規制は見られるものでない。

このように改正 UCC 第二編の評価全体にまで影響を及ぼす Speidel の抗議の辞任が、①約款の採用規制の導入の可否をめぐる対立を引き金に生じたことは、我が国の問題状況に照らすと、注目に値する。Speidel 自身は振り返って ALI と NCCUSL の両組織の性格の違いに触れたうえ、自らの改正草案が「正しくすること (getting it right)」を任務とする ALI によって理念的には承認されながら、「立法できるほどに正しくすること (getting it right enough to get it enacted)」を任務とする NCCUSL によって政治的に握りつぶされたと、その悔しさと怒りを露わに述べている⁽⁸⁾。彼にとって、②に加えて①の規制を新たに盛り込むことはあくまで「正しい」ことで、だからこそ、それを押し通そうとしたのであるが、現実には反論が強くてそう立法することはできなかったわけである。

このような経緯を見ると、UCC 第二編改正作業における①約款の「採用」規制の試みとその推移をたどり、目指された改正の方向を確認しながら、①の導入を②「内容」規制と同時に図ることの理念的正当性をどのように——②の規制で足りるとの激しい批判を受けつつも——確保しようとしたのか、その点を検証することは、②との関係で求められるべき①の規制の内容とその存在意義を考えるうえで、大きな示唆を与えてくれるもの

りわけ改正 UCC 第二編に対する、ある種の失望感や消極的評価は、後掲注 (9) で言及するシンポジウム等でも広く垣間見られるもので、その意味では、このような印象が筆者及び筆者の接した契約法研究者限りの特異なものでは決してないように思われる。もっとも、評価はどうあれ、早速、契約法の概説書では改正 UCC 第二編に言及する改訂が出されている (See 1 Farnsworth, *supra* note 5.)。

- (8) Richard E. Speidel, *Revising UCC Article 2: A View from the Trenches*, 52 *Hastings L.J.* 607, 608 (2001) [hereinafter "View"]. See also Richard E. Speidel, *Introduction to Symposium on Proposed Revised Article 2*, 54 *SMU L Rev.* 787 (2001) [hereinafter "Introduction"].

と期待しうる。とりわけ我が国において、なおも消費者契約法に①の導入を企図する学説が強いことから、こうして UCC 第二編改正作業の議論に示唆を受けることは、単に過去の同法制定を後ろ向きに振り返るという意味ではなく、むしろ将来の同法見直しに向けて今後の展望を切り開くという意味において、有用なものである。無論、UCC 第二編改正作業で、結局は、理念的に「正しい」はずの①約款の採用規制の試みも不成功に終わったので、立法のあり方を含め、その事情を見定めることが同時に必要となるが、そのこと自体、我が国においても、消費者契約法がその立法作業の過程で当初目指された内容からは大きく後退したとの評価があることに照らせば、①の規制導入を改めて図るうえで不可欠な検討材料であろう⁽⁹⁾。

- (9) アメリカでは、後に紹介する通り、UCC 改正作業（第二編に限らず、その他、特に第九編の改正も含め）を契機に、その最終的な内容に当初の改正草案から後退した点が少なからず見られるようになったことで、立法過程における産業界側によるロビー活動の影響をはじめ、その立法のあり方について、早くから活発に議論が交わされている（なお、叙述を簡明にする便宜上、統一法としての UCC の改正作業についても本稿では「立法」という用語を時に用いることもあるが、正確には、州法として採択されるまでは法律でない点に留意されたい）。例えば、UCC の改正過程における政治的側面を巡る議論につき、Linda J. Rusch, A History and Perspective of Revised Article 2: The Never Ending Saga of a Search for Balance, 52 SMU L. Rev. 1683, 1687-1689 n. 13 (1999) の引用する膨大な文献リストを参照されたい（Rusch は Speidel がレポーターの時代にアソシエイトレポーターを務めており、やはり 1999 年 7 月に彼と共に辞職している）。See also Uniform Law Process Symposium, 27 Okla. City U.L. Rev. 497 (2002). 更に、これらの議論を踏まえたうえ、特に UCC 第二編の改正作業を主要な素材にした重要なシンポジウムが幾つか開かれている。E.g., Symposium: Perspectives on the Uniform Laws Revision Process, 52 Hastings L.J. 603 (2001) ; Symposium on Revised Article 1 and Proposed Revised Article 2 of The Uniform Commercial Code, 54 SMU L. Rev. 787 (2001). See also Essays in Honor of William D. Hawkland: Unifying Commercial Law in the 20th Century: Understanding the Impulse and Assessing the Effort: A Symposium, 62 La. L. Rev. 991 (2004).

他方、日本でも、同様に最終的に成立した消費者契約法が、同様に当初の

本稿が、先述した問題意識を背景に、アメリカのUCC第二編改正作業に目を向けるのは以上の理由による⁽¹⁰⁾。

提言から大きく内容を後退させたことで、その立法のあり方に関心と反省が寄せられている(例えば、前掲注(3)「座談会」9-12頁参照)。大村敦志「もうひとつの基本民法・第一回(意思表示)」法教259号(2002)43頁注(10)は、「このような後退の原因究明には、消費者契約法の立法過程(とりわけ1998年10月の『中間報告』以降の審議の経緯)を精査する必要がある」と指摘し、同法の立法作業の中心にいた落合教授の次のような発言に注目している。「『消費者と事業者』それぞれの立場からの激しい利害対立があって、〔立法の過程では、特に事業者側から〕自分たちの利益からすると絶対に守らなければならない、譲れないという議論が横行した……」(前掲注(3)「座談会」11頁[落合発言]。〔 〕内は三枝補足)。立法のあり方という観点からも、立法過程を精査し、消費者契約法の内容が後退した原因を明らかにする必要があるとの大村教授の指摘は、直接には、錯誤・詐欺・強迫の拡張と期待された消費者契約法4条を念頭に述べられたものであるが、同じ「後退」は①約款の採用規制にも見られるのであり、本稿ではその点につき、パラレルの状況にあるアメリカでの議論を踏まえ、やはり立法のあり方という観点からも考察を試みたい。

- (10) UCC第二編の改正作業については、曾野裕夫「UCC第二編(売買)の改正作業に見る現代契約法の一動向(上)」北大法学論集44巻4号(1993)837頁以下、44巻5号(1994)1293頁以下が、改正の必要性ありと決定されてその正式な起草作業が始まる1991年頃までの初期の状況を先駆的に詳しく紹介している。曾野教授は、その後の改正作業の動向についても、UCC第二編及びその最終形である統一コンピューター情報取引法(Uniform Computer Information Transactions Act、以下UCITA)の立法過程を紹介する際に、情報契約法に重点を置きながらも併せてフォローアップしている(同「資料・NCCUSL年次総会(2000年)におけるUCC第2編とUCITAの審議」法政研究67巻3号(2001)922頁以下、同「情報契約における自由と公序」アメリカ法1999年(2000)181頁以下、同「UCC第2B編(コンピューター情報取引)起草作業のその後」財団法人ソフトウェア情報センター報告書・情報取引におけるライセンス契約法理—米国統一商事法典(UCC)第2B編を中心として(1999)1頁以下、同「情報取引における契約法理の確立に向けて(中間報告)(上)―UCC第2B編(ライセンス)起草作業のめざすもの―」NBL626号(1997)24頁以下、628号(1997)32頁以下)。本稿は主に、公表された草案や論文等の文献を基礎にUCC第二編の改正作業

なお、アメリカの UCC は基本的に商事立法なので、消費者保護を目的とする我が国の消費者契約法に引きつけることは不自然であると考えられるかもしれない。確かに UCC 第二編改正作業においても、それが消費者保護の役目を担うべきか否か、そのスタンスの違いが議論に影響を与えたことは否定し得ない。しかしいずれにせよ、そこで①約款の採用規制の導入の可否が議論された際に念頭に置かれたのは、まさしく「消費者対事業者」の消費者契約で、両者の対立が余りに激しかった故に UCC 第二編の改正が他編のそれより長引いたとの指摘もあるほどである⁽¹¹⁾。そうであれ

の終了までを理論的に検証しようとするにとどまるが、曾野教授のこれらのフォローアップは NCCUSL 年次総会への参加を踏まえた臨場感ある貴重な資料となっている。

なお、アウトサイダーである研究者等による UCC 改正作業の検証には、その改正作業で実際に何が起きたか事実を正しく認識せずに、外からの観察を頼りに彼ら自身の理論を勝手に形成しているとの批判が、インサイダーである改正作業の責任者からなされることがある (E.g., Fred H. Miller, *Realism Not Idealism in Uniform Laws - Observations from the Revision of the UCC*, 39 S. Tex. L. Rev. 707, 709-710 (1998)). Miller は NCCUSL の執行理事 [executive director]、執行部会議長 [chair of the Executive Committee] を経て、現在はその会長 [president] で、同時に ALI のメンバーでもある)。かかる批判は、改正過程への産業界側のロビー活動の影響を研究者が指摘したことに、改正作業責任者が反論したもので、インサイダーによって「不正確」とそこで批判されているのが、本当にアウトサイダーによる認識事実それ自体か、あるいは現実にはその事実評価か、微妙なところもある。しかし、いずれにせよ、アウトサイダーにとって、いかにインサイドに入り込もうとしても、結局、公表資料の限定性や非公開性ゆえに、事実認識に限界があることは確かで、本稿にも、程度は別にして、そのような点はある。

- (11) Robert E. Scott, *Is Article 2 the Best We Can Do?*, 52 Hastings L.J. 677, 682-683 (2001) は、UCC 第二編改正作業が第九編のそれよりも長引いたのは、金融担保取引を規律する第九編の改正作業では、消費者相手の小規模な取引ではなく、法人間の大規模な取引が念頭に置かれたため、それに利害関係を持つ商業的な金融機関が政治的なキープレーヤーとなり、消費者保護はメイン論点にならなかったのに対して、動産売買を規律する第二編の改

ば、この問題に関しては、等しく「消費者対事業者」の規律が意識されている以上、UCC 第二編改正作業の議論を参照しても不合理な点はないと言えよう。また、UCC 第二編は消費者契約法と異なり、専ら動産売買への適用を予定するものでしかないが、この点も、それが実際には広く契約法の一般理論として機能することを考えれば、本稿にとって、示唆を受けるに大きな問題にはならないことをここで付言しておきたい⁽¹²⁾。

3. 考察の対象と構成

ところで、本稿では①約款の採用規制として、具体的には、(a)約款開示規制と(b)不意打ち条項規制を考察の主な対象とする。約款も契約である限り、ある条項が契約に取り込まれたと評価し得るには、少なくとも第一に、合意の対象となる条項が開示され、相手方にその存在や内容を知る機会が与えられていること(→(a)約款開示規制)、第二に、そのような機会が与えられたとしても、約款に全て目を通すことが現実には期待しえないので、存在を予想もしないような条項は、例外的に、契約内容にならないとされること(→(b)不意打ち条項規制)が必要であると論者により提唱されてい

正作業では、むしろ事業者と消費者間の消費者契約も主要な規律対象と意識されたことで、政治的なキープレーヤーが事業者と消費者の二者出現し、膠着状態に陥ったからではないかと、政治力学を踏まえた鋭い洞察を披露している。但し、UCC 第二編改正作業がより長引いた原因としては、改正作業過程における政治的妥協をどの程度受け入れるか、各レポーターで違いがあったからと、より表面的にレポーター個人の気質ないし性格の違いに求めるのが一般的であるように思われる(筆者が留学及び在外研究期間中に交わした研究者との議論ではそのような趣旨の発言が多かった)。

- (12) もっとも、法の適用対象が違ふことで、念頭に置く具体的な約款イメージを異にし、それが理論構成に影響を及ぼす可能性はある。この点に留意する必要性を一般的に指摘するものとして、河上正二・約款規制の法理(1988)64頁参照。

る⁽¹³⁾。

①約款の採用規制としては、この他に、ドイツ法に倣い、約款条項を明確かつ平易な言葉で表現することを求める(c)いわゆる透明性原則も考えられるが、本稿では必要に応じて簡単に言及するに止め、これを独立に考察の対象とすることはしない⁽¹⁴⁾。(c)透明性原則は(a)(b)の基底にある約款条項

(13) ドイツ法では、約款の司法的規制には、約款の「採用」「解釈」「内容」の三つの局面があるとされており、そのうち、どのような要件を満たせば約款が契約内容に取り込まれるかという、本稿の課題である①約款の「採用」規制に関しては、ドイツの旧約款規制法2条（現在はドイツ民法305条2項）が積極的要件として(a)約款開示規制を、旧約款規制法3条（現在はドイツ民法305c条1項）が消極的要件として(b)不意打ち条項規制を定めている。我が国でもドイツ法に影響を受けた研究者はこのような規制の基本的枠組みを受け入れたうえで議論を展開している（山本豊・不当条項規制と自己責任・契約正義（1997）27頁以下、河上・前掲注（12）219頁以下）。

なお、約款の「解釈」は、確かに約款の「採用」「内容」規制の一部でもある面があるが（河上・後掲注（17）「(3)」NBL471号41頁参照）、本稿では純粋な意味での約款の「採用」問題に限り、「解釈」問題には触れない（但し、契約内容の確定という観点から考察する場合は、約款の「採用」問題である(a)約款開示規制と(b)不意打ち条項規制に加え、約款の「解釈」問題、とりわけ(d)不明確準則にも言及するのがむしろ通常である。例えば、山本敬三・前掲注（3）526頁以下、同・後掲注（14）87頁以下参照）。

(14) ドイツ法では、判例上確立した(c)透明性原則について、議論はあったものの、最終的にドイツ民法307条1項において明文で定められるに至っているが、ドイツの有力説やEC指令の規定ぶりの影響もあって、少なくとも具体的な法律効果を持つ実体的なルールとしては意義が乏しいと消極的に評価される向きが強い（例えば、河上正二「総論」NBL別冊54号・消費者契約法—立法への課題（1999）18頁以下）。山本敬三「消費者契約における契約内容の確定」NBL別冊54号・消費者契約法—立法への課題（1999）92頁注（66）が、(c)透明性原則について、それを実体的ルールというより、(a)約款開示規制、(b)不意打ち条項規制、更には(d)不明確準則全てに共通する抽象的な一般理念と捉えるのも、同旨であろう。消費者契約法3条1項に(c)透明性原則が努力義務として規定されたのは、このような向きを反映してのことと思われるが、しかし同時にその具体化として導入が説かれたはずの上記(a)(b)(d)のいずれもが、同法には盛り込まれずに終わっている。

の「開示」のあり方を表現したもので、(a)(b)議論に還元しようと捉えられること、またアメリカでは、UCC 第二編にもその存在を窺わせる規定はあるが⁽¹⁵⁾、基本的には州法による特別規定のある場合に限って個別に問題となるにとどまること⁽¹⁶⁾、以上が(c)透明性原則を独立の考察対象から除外する理由である。

そこで、本稿では、「消費者対事業者」の消費者契約の場面を念頭に、主に(a)約款開示規制と(b)不意打ち条項規制に焦点を当て、これら①約款の「採用」規制が②「内容」規制の他に果たして別途必要なのか、必要とすればどのような内容の規制が必要なのか、すなわち、②との関係で①に求められるべき規制の内容とその存在意義を明らかにすることを目的に、まずは我が国での消費者契約法の制定前後の議論を振り返って問題状況を確認し(Ⅱ)、そのうえでアメリカのUCC 第二編改正作業における議論の紹介・検討を通じて(Ⅲ)、我が国への示唆を引き出すことにしよう(Ⅳ)。

Ⅱ. 我が国での議論の状況

(15) UCC § 2-316 (2).

(16) See generally 1 Farnsworth, *supra* note 5, § 4. 26, at 566. いわゆる plain language law (簡明用語法) がドイツ法に言う透明性原則に近いと言えよう。簡明用語法については、山下友信「取引条項の開示」現代契約法大系第4巻(1985)128頁以下参照(良く引用されるニューヨーク州の N.Y. Gen. Oblig. Law 5-702の他、各州法の関連規定を Larry Bates, Administrative Regulation of Terms in Form Contracts: A comparative Analysis of Consumer Protection, 16 Emory Int'l L. Rev. 1, 38 n. 132 (2002) が幾つか紹介する。Cf. David M. LaPrairie, Taking The "Plain Language" Movement Too Far: The Michigan Legislature's unnecessary Application of The Plain Language Doctrine to Consumer Contracts, 45 Wayne L. Rev. 1927 (2000) [plain language の規制強化に批判的].).

1. 序

我が国において、最終的に消費者契約法で、同法8・9・10条により②内容規制の強化が図られたものの、①約款の採用規制に対応する規定は何ら盛り込まれなかったことから、②がますます重視される反面、①がますます等閑視されるおそれがあることは既に述べた通りである。確かにこれまでの判例では、「開示の要件が約款の拘束力発生を阻害するケース〔＝①採用規制……三枝注〕はごく稀であるが、他方で直接的な内容規制〔＝②内容規制……三枝注〕の方も、残念ながら十分でないという最悪のパターンであ」⁽¹⁷⁾ったとの評価があるように、②の規制手段である公序良俗が大かりな概念で使いづらく、これまで不当条項の無効判断が実際になされることは期待されるほど多くはなかったとも言う。しかし、消費者契約法の制定により、②内容規制の規定の整備が図られたからには、少なくとも今後、②の規制のほうは、これまで以上に活発に判例上展開する可能性は高まったと言えよう。

無論、消費者契約法10条に②内容規制の一般条項が受け皿として置かれたとはいえ、その判断枠組みとその効果が明確には確立していないし、同法8・9条のいわゆる不当条項の（ブラック）リストが限定であること、制定過程で見られた不当条項のグレイリストの導入が見送られたこと等を考えると、これらの②内容規制の規定ぶりになお不十分なところもあり、現時点でその先行きを断言できるものではない⁽¹⁸⁾。しかし、「民法90条の

(17) 河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(3)」NBL471号(1991) 39頁。

(18) 立法作業が進むにつれて不当条項リストが限定化する等して②内容規制が必ずしも期待通りに拡充したものにならなかった経緯を、消費者契約法の成立直前の時点に詳しく検証したものとして、山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制—第17次国民生活審議会消費者制政策部会報告の検討」NBL686号(2000) 14頁以下。また、不当条項リストの限定化に伴う問題点を指摘する小粥太郎「不当条項規制と公序良俗理論」民商123巻4・5号(2001) 586

公序良俗違反の規定ではなかなか超えられなかった壁が、消費者契約法10条の規定を中心に、徐々に乗り越えられようとしていることは、最近の前期授業料不返還条項の不当性、敷金の減額返還条項の不当性をめぐる訴訟に、端的にあわられて」おり、「不当条項の内容規制に関するルールについては、非常に活用されている印象を受ける」⁽¹⁹⁾こともまた事実である。こうして消費者契約法により強化・拡充された②内容規制の各規定が実際に活用されはじめることになれば、規制の契機を約款条項の内容の当不当に求めることが容易となるだけに、②重視の傾向に拍車がかかり、その前提にあるはずの①約款の採用規制はますますその影が薄くなることも考えられる⁽²⁰⁾。

頁以下も参照。なお、①内容規制の最終的な受け皿となる、その一般条項である消費者契約法10条については、(a)要件を巡って、中心条項にも適用されるものか否か、個別交渉条項にも適用されるものか否か、(b)効果を巡って、一部無効なのか全部無効なのか、なお争いがあるし(山本豊「消費者契約法(3)・完」法教243号(2000)62頁以下参照)、(c)更にはその基本的性格を巡って、創設規定と解するのが学説の多数であるのに対して、立法過程ではそれが確認規定であるかのように捉えられていたようでもあり(山本敬三・前掲19頁参照)、同条の実際の運用の見通しは明らかでない。但し、山本豊・前掲62頁は、「この一般規定が……どのようなインパクトを与えていくかは、事態の推移を見守らなければ答えられない問題であるが、大きな潜在力を秘めた条文であるということはできよう」と述べたうえ、「少なくとも10条が導入されても従来と何も変わらないとは考えにくい」と指摘している。

(19) 潮見佳男「消費者契約法一年の成果」消費者法ニュース53号(2002)1頁。

(20) なお、消費者契約法成立後、学習塾の受講契約等の中途解約を認めない旨の解約制限特約の拘束力が争われた東京地判平成15年11月10日判時1845号78頁につき、野口恵三「判批」NBL785号(2004)75頁は、「判決は右に述べた解除制限特約が成立したか、どうかという最大の難関をさりと回避して、ただちにこの解除制限特約が、『消費者契約法10条により無効となるか否かについて検討する』と、論点をこの一点にしぼって、急ピッチにその結論を下しています」と評価している。かかる評価は本文で述べた②重視の傾向を感じ取ったものと言えようが、ただ本判決に対する具体的評価としては疑問なしとしない。本件では、(ア)講習と(イ)年間模試の受講契約が問題となり、それぞれについて解除制限特約が契約に取り込まれたか否か問題となるところ、

そこで、以下では、(a)約款開示規制と(b)不意打ち条項規制に分けて（→2・3）、消費者契約法に①採用規制が盛り込まれるに至らなかった経緯と背景をまとめ、アメリカの UCC 第二編改正作業の議論に示唆を受ける前に、この点に関する我が国における現下の問題状況をまず確認しておこう（→4）。

2. 約款開示規制

(1) 判例の展開

そもそも、先述の通り、初めから判例において、「開示の要件が約款の拘束力発生を阻害する〔=①採用規制……三枝注〕ケースはごく稀であったのは、リーディングケースの大審院大正4年12月14日判決によるところが大きい。

周知の如く、大審院大正4年判決は、外国の保険会社の火災保険普通約款中に定められた森林火災に関する免責条項の拘束力について争われたケースで、以下のように述べ、約款条項の拘束力の根拠を当事者の意思に依拠させつつ、「約款意思」を推定するというテクニックを用いて、顧客に約款内容に関する現実の認識がなくとも、約款条項全てに拘束されることを正当化づけた。

(ア)「苟も当事者双方が特に普通保険約款に依らざる旨の意思を表示せずして契約

(ア)については原告の消費者側も当該特約の存在を認めたため争点になっておらず、この点の判断がそもそも不要であったし、また(イ)については、当該特約の記載された案内書が契約締結後に交付されたので契約内容にはならないとの原告主張を認め（他に、文言解釈からして(イ)年間模試は当該特約の対象に含まないと解されることも理由としている）、むしろ同特約不成立との判断を下している。従って、少なくとも本判決を①約款の採用規制に無関心な具体例と評価するに筆者自身は抵抗がある。

したるときは反証なき限り其約款に依るの意思を以て契約したるものと推定すべく」(イ)「本件事実の如く……其会社の作成に係る書面にして其会社の普通保険約款に依る旨を記載せる申込書に保険契約者が任意調印して申込を為し以て火災保険契約を為したる場合に於ては仮令契約の当時其約款の内容を知悉せざりしときと雖も一応之に依るの意思を以て契約をしたるものと推定するを当然とす」⁽²¹⁾

ここでポイントとなる「約款意思」の推定は、判旨(イ)の部分からすると、約款によるとの記載がある申込書に顧客が署名したことを根拠にしており、これを素直に受け止めれば、約款条項が契約に取り込まれたと評価されるには、少なくとも約款の存在が顧客に事前に開示されている必要があるとされたものと理解される。これは、原審判決が、以下のように述べて、約款条項が契約に取り込まれるには、顧客に当該条項の内容につき現実の認識があることを必要とし、その前提に、約款の具体的な内容が顧客に事前に開示されていることを求めたのとは対照的である。

「保険契約成立前に控訴人に対し……保険約款を交付したること若くは被控訴会社の約款中に係争の免責規定の存在を告知したることなかりし事実を認め得るを以て控訴人が右保険契約の免責規定を保険契約の内容とする意思表示を為して契約申込を為したるものと認むるを得ず。従て……本件保険申込書中被控訴会社の保険約款を承認し申込を為す旨の記載あるも同申込書は其用紙の示す如く被控訴会社に於て印刷を附したる保険申込人[マ]は単に主要事項を訴入するに止まるものなれば此記載のみに因りて控訴人が約款を承認し契約の内容たらしむる意思表示ありしものと認めるを得ず。又保険申込前に控訴人に交付された被控訴会社の保険営業案内書……には保険金の支払は被控訴会社の保険約款の条項に抵触せざる範囲内に於て之を為す旨を掲ぐると雖ども同案内書には其所謂保険約款の

(21) 民録21輯2186頁(原文のカタカナを平仮名に表記し直したうえ、便宜的に(ア)(イ)の記号を付した)。周知の如く、判旨(ア)(イ)のいずれに重点を置いて理解するかで広狭二通りの可能性があることを指摘したものとして、山下友信「普通保険約款論(四)」法協97巻1号(1980)77頁。

条項を掲ぐることなきを以て之に依りても控訴人ら被控訴会社の右免責約款に依るの意思ありしものと認むることを得ず」「其約款の規定を知らざる控訴人に於ては……被控訴会社の責任を免ずることを以て契約の内容と為す意思なかりしを以て敢て約款に反する意思を表示するをなかりし者と認めること取引の通念に適するものなれば商法の規定〔419条（現665条）……三枝注〕に反して森林火災の延焼に因る損害に付き被控訴会社をして責に任ぜざらしむるの意思を為したるものと認むるを得ず」⁽²²⁾

原審判決は、約款を通常の個別的契約と同様に捉え、契約＝両当事者の意思の合致という図式に従い、約款内容を現実に認識したうえでの顧客の同意を求めたものであった。大審院大正4年判決がかかる立場を否定し、顧客による約款内容の現実の認識なしにその拘束力を認めたのは、約款取引の大量処理の現実を前に、理論的には、企業が顧客に自己の約款の使用を示し、それに何の異議もとどめずに当該顧客が契約を締結すれば、表示主義的立場からすると、実際の顧客の内心の意思にかかわらず、約款を契約内容に組み入れる意思表示がそこに含まれていると観念しうると考えたからであろう⁽²³⁾。ただ、大審院大正4年判決は、あくまで、異議をとどめずに契約を締結したという表示行為が、そこに約款を契約内容に組み入れる顧客の意思表示が含まれていると認めるに足るものでなければならぬとするので、顧客に約款内容の現実の認識がなくとも構わないが、少なくとも「約款による」旨の明示、すなわち約款の存在が開示されている必要はあるとした。こうして、約款条項が契約に取り込まれるための要件とし

(22) 法律新聞1011号21-22頁（原文における旧字体の漢字を新字体に表記し直してある）。

(23) 山下友信・前掲注(21)「(四)」法協97巻1号77-78頁。河上・前掲注(12)184頁以下及び249頁以下で打ち出された機械的契約観という斬新なアイデアの下では、顧客の「意思」に基礎づけられる契約の核心的部分に連動する形で、同意を与えたかのような外観を作出した「責任性」に基づいて付随的部分にも拘束力が認められると説明されることになる。

て、大審院大正4年判決が、具体的な約款内容に関する顧客の現実の認識を外しながらも、顧客による約款使用の了解があったと推定する前提に、約款の存在の開示を求めた点で、一応の縛りはかけられていたが、それが約款の内容の開示までは不要とし、しかもそれを原則とした点で、①約款の採用規制が緩やかにしか機能しない構図は既にスタート時点から定まっていた。早くも直後、関東大震災を契機に問題となった火災保険普通約款中の地震免責条項の拘束力について、大審院大正15年6月12日判決⁽²⁴⁾が、具体的な当該条項の内容が契約締結前に開示されていなかったにもかかわらず、顧客が署名した申込書に「約款による」旨の記載がある（すなわち、約款の存在の開示がされていた）ことで、①約款の採用規制を断念し、専ら②内容規制からのみこれにアプローチした——但し、当該条項は公序良俗に反せず有効と判示——のも、この文脈で理解できる。

しかも、その後の判決例のなかには、既に指摘される通り⁽²⁵⁾、判旨(ア)の部分に重点を置いてこれを広く理解し、反対の意思表示がない限り、顧客の「約款意思」を自動的に推定して、言わば、その擬制をしたと評価せざるを得ないものも多く見られるほか⁽²⁶⁾、大審院大正4年判決が、判旨(イ)で、あくまで企業による約款の存在の開示があることを前提に「約款意思」を推定したのに、そのような前提としての開示を問わずに約款の拘束力を認

(24) 民集5巻495頁。但し、上告理由が地震免責条項は公序良俗違反であることを強調したために、結果として判決は、当該条項が契約に取り込まれたか否かの①採用規制に触れず、専ら②内容規制について判断を示したという事情はある（河上・前掲注（12）50－51頁の指摘参照）。

(25) 河上・前掲注（12）182－184頁、大塚龍児「普通約款の拘束力」損害保険判例百選第二版（1996）4頁。

(26) 例えばその最たる例として、河上・前掲注（12）183頁の言及する盲人ケース（最判昭和42年10月24日裁判集民88号741頁）や、国鉄列車延着ケース（名古屋地判51年11月30日判時837号28頁）参照。山本豊「約款規制」ジュリスト1126号（1998）113頁は、「実際には、意思推定理論というよりは、しばしば意思擬制理論として機能したことは、周知の通りである」と述べる。

めるものさえ出現するに至っている⁽²⁷⁾。ここまで来れば、判例が①の規制にあてがった約款意思の推定理論は、例外を除き、全般的には「安易な拘束力の肯定を導きこそすれ、約款規制の道具となることはほとんど無かった」⁽²⁸⁾と評価されるのも頷けるところである。結局、約款開示という観点から、判例における①採用規制を捉えると、約款の内容の開示でなく、約款の存在の開示で足りるを以て原則として、当初より、緩やかな規制がセットされてきたに止まり、しかも実際は、その緩やかな約款の存在の開示さえ注視されないことも往々にして見られる状況にあることを確認できよう⁽²⁹⁾。それ故、約款規制の中心は、概して判例では、①の採用規制ではなく、どちらかという②の内容規制のほうに——それも不十分で最悪のパターンだったとの評価さえあることは既に触れた通りであるが——先送りされてきたわけである。

(27) 河上・前掲注(12)192頁注(39)で言及する判決例など参照。

(28) 河上・前掲注(12)183頁。

(29) 近時は、阪神大震災に関連する一連の火災保険金請求訴訟で、地震免責条項の事前開示があることを認定して初めてその拘束力を肯定するかのような表現をとる下級審判決が幾つか現れるに至ったことを以て、「約100年の歴史を有する火災保険契約、とりわけ、地震免責約款について、判例の意思推定説が動揺を示している」との評価もある（松村弘康「意思推定説の動揺と再建一火災保険契約における開示・説明義務試論」北大法学研究科ジュニアリサーチ・ジャーナル6号（1999）1頁以下）。しかし、約款の拘束力に関する判例の現状理解としては、かかる評価に疑問も投げかけられており（木下宏治「判批」私法判例リマックス26号（2003）108頁）、いずれにせよ、少なくとも判例のとり意思推定説が過去のものになったとまでは言えるわけではない。

なお、最判平成15年12月11日民集57巻11号1887頁は、地震免責条項に関して、その拘束力を認めたうえ（確認欄の押印による地震保険の不付帯方式をとっていることで、地震免責条項の開示自体はいずれにせよ肯定されよう）、保険会社の説明不足によって地震保険に加入する機会を喪失したことを理由に保険契約者が求めた慰謝料請求も否定した。

(2) 学説の展開

他方、学説はというと、「我が国における約款研究においては、1940年代には約款の拘束力はいかにして生じるかという約款の法的性質論が展開されたが、1970年代以降はその不当性をいかにして是正するかという内容規制論が主流となっているといえる」⁽³⁰⁾と指摘されるように、一般的な傾向としては、消費者保護の課題にダイレクトに取り組むため、とりあえず入口の①採用規制はさて置き、約款規制の勝負の場と判例上位置づけられた出口の②内容規制で、いかに不当条項を実効的に排除するか、そこに大半の関心が向けられてきたように思われる——例えば、免責条項に対する公序良俗の弾力的適用の提唱はその一例で⁽³¹⁾、これは上述の判例における②重視の構図をひとまず受け入れ、そのうえで②の規制手段の実践的強化を目指したものであろう。そしてこのような②内容規制に関する学説の営為は、約款論の中で、あるいはそれを超えた契約一般ないし消費者契約一

(30) 石原全・約款法の基礎(1995)はしがき1頁。他にもこの一般的傾向を同様に指摘するものは多い。例えば、「[約款研究]の多くは、かつて好んでなされた約款の拘束力の根拠づけに関するものから、むしろ約款内容の妥当性確保、約款の法的規制をめぐる論理へとその中心的テーマを移してきている」(安永正昭「民法学のあゆみ」法時53巻7号(1981)102頁)、「このような約款をめぐる法律問題として、何が故に一方当事者の作成になる定型化され印刷された形の約款が契約内容として両当事者を拘束するのかという、約款の拘束力の根拠をめぐる問題が、従来の約款研究の一つの重要なテーマであった。しかし、現在においては、その理由づけについて学説上多岐にわたる見解が対立しているとはいえ、約款が一般的に両当事者を拘束するという原則的機能についてこれを否定する立場は存在しない。このような約款の一般的機能を前提としつつ、約款に含まれている個々の条項が有効であるか否か、妥当であるか、合理的であるか、……といったことが、最近における約款をめぐる問題の焦点となっている」(谷川久「序論」私法44号(1982)4頁)等。

(31) 加藤一郎「免責条項について」加藤一郎編・民法学の歴史と課題(1982)260頁以下。

般の議論の中で、本格的な理論研究と結びついて更に深められ⁽³²⁾、結局、先述の通り、なお不十分との批判はありながら、最終的に消費者契約法8・9・10条へと形のうえで実を結んだのである。

しかし、このように判例と同様に主な関心を②に向けがちであった学説の大勢にありながら、他面、約款を契約法理の枠組みの中で捉え直して①採用規制の重要性を自覚する動きが出現し、今日では、その主張の基本的要素が、支配的な見解において、共有されるに至っていることは注目される。すなわち、約款の拘束力につき、法規說的立場から白地商慣習法説を経て、契約說的立場へとその理解が進展し、約款も契約であるとの意識が定着するとともに、①に関して、これまで、約款の拘束力を無条件に肯定したうえでそれをどう根拠づけるか、その説明の仕方の問題でしかなかったのが、そもそも契約法理に照らし、約款に拘束力はあるのか、あるとし

(32) 潮見佳男「普通取引約款」谷口知平＝五十嵐清編・新版注釈民法(13) (1996)

200頁は、大村敦志・公序良俗と契約正義 (1995) について、加藤・前掲注 (31) が端緒となった個人 (=消費者) のための公序良俗の弾力的運用という問題意識を、付随的条項を対象とする「約款論の呪縛を超えて展開」させ、中心的条項にまで及ぶ暴利行為・給付の均衡をめぐる議論の中で、内容規制の契約法の一般理論という観点から体系化したものと評価している。同じく伝統的な社会秩序維持のための公序良俗から、個人 (=消費者) の法益保護のための公序良俗へと再構成し、その積極的活用を説く山本敬三・公序良俗の再構成 (2000) も参照 (小粥・前掲注 (18) 590頁以下が両者を対比する)。

なお、こうして暴利行為・給付の均衡と、消費者契約における約款の内容規制、すなわち、いわゆる不当条項規制がクロスオーバーしたことで、両者の関係につき議論が生じている (消費者契約法成立後、同法10条が中心的条項にまで適用されるか、という問題となってそれが現れている)。山本豊・後掲掲注 (41) 60頁以下、同「不当条項規制と中心条項・付随条項」NBL別冊54号・消費者契約法—立法への課題 (1999) 94頁以下と、潮見佳男・前掲212頁以下、同・後掲注 (42) 125頁以下とを比較されたい (潮見佳男編・消費者契約法・金融販売法と金融取引 (2001) 84頁以下 [松岡久和執筆] 参照)。但し、いずれの見解も、中心的条項よりも付随的条項に対する内容規制が厳格であるべきであるとする点については一致があると指摘されている (小粥・前掲注 (18) 604頁注 (45) 参照)。

たらどのような要件が充足された場合かを改めて問うて、かかる視点から約款の拘束力を限界づける理論が提示されることになったのである。河上教授に代表されるように、この立場では、②内容規制に劣らず、①採用規制についても、その規制としての役割の大きさが等しく強調される⁽³³⁾。

それによると、約款が契約である以上、特別な場合を除き、その規範性（拘束力）は当事者の合意に基礎づけられるから、約款が拘束力を持つには、顧客が、約款に対する認識可能性を与えられたうえで、約款適用について明示又は黙示に了解することが最低限必要となり、企業には、この前提としての、約款に対する認識可能性を顧客に保障すべく、「開示」が特に求められることになる。契約の拘束力の一般原則に照らし、少なくとも「『知り得ないものに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及んでいると看做するための手続き的保障」⁽³⁴⁾として、企業による顧客への事前の約款開示が不可欠なものと観念されるのである。かくして最近の支配的な学説にあっては、①採用規制において、約款適用についての顧客の了解の前提条件として、約款開示が重要となり、それが、約款の拘束力を限界づけるうえで、相応の役割を果たすよう期待されるに至っている。問題は、ここで求められる「開示」の程度である。この点は論者により、微妙な違いが見られる。

学説上、開示の程度に関して大きく分けて二つの考え方があり、結論だ

(33) 河上・前掲注(12) 171-255頁。更に、河上正二「英法における免責条項の個別契約への『組み入れ』と『通知』の法理（一）（二完）」千葉大学法経研究17号（1985）1頁以下、千葉大学法学論集1巻1号（1986）99頁以下が、①約款の採用規制に関心を特化して論じている。消費者契約法の制定前後の時期において、②内容規制に劣らず、①約款の採用規制の重要性を強調するものとして、鹿野菜穂子「約款による取引と透明性の原則—ドイツ法を手掛かりに」長尾治助他編・消費者法の比較法的研究（1997）96頁以下、山本敬三・前掲注(14) 67頁以下等参照。

(34) 河上・前掲注(12) 252頁。

け切り取れば、一方で、約款の内容を知らせず、単に約款を使用する旨を概括的に顧客に示す「約款の存在の開示」で足りるとする(i)見解⁽³⁵⁾、他方で、それにとどまらず、個々の約款条項の具体的な内容まで顧客に示す「約款の内容の開示」まで求める(ii)見解⁽³⁶⁾が存在する。

ところで、約款適用についての顧客の了解として、あくまで通常の個別的契約の場面と同じく、個々の約款条項の内容に対する顧客の具体的な意思まで求める立場もあり得ようが⁽³⁷⁾、今日では、約款が個々の条項について交渉を経ることなく、一括して契約に組み込まれる特性を持つことに鑑み、判例と同様に、「約款による」との包括的な意思（約款意思）が顧客にあれば足りるとするのが学説の大半であろう。前者の(i)見解は、約款意思で足りるとするこの学説の主流の立場を踏まえ、約款意思の前提条件として求められる開示も、これに対応して必然的に、顧客をして「約款によ

(35) 例えば、山下友信・前掲注(21)「(四)法協97巻1号78頁が「約款の拘束力は企業がその使用を相手方に明示し、相手方が異議なく契約締結にしたがった場合に認められるといえることになる。もちろん、約款内容の開示は当然の要件ではありえないということになる」と述べ、(i)見解に立つことを明言する（同84頁注(48)も参照）。約款内容の事前開示が不要であることは、山下友信・前掲注(16)125-126頁、同「銀行取引と約款」金融取引法大系第1巻(1983)100頁、同「約款による取引」現代企業法講座第4巻(1985)24頁でも繰り返し述べられている。

(36) 例えば、原島重義「約款と契約の自由」現代契約法大系第1巻(1983)53頁が「[約款の妥当と私的自治の]矛盾を解消するためには、約款による契約を通常の契約締結に近づけるほかない。一言でいうならば、約款使用者が約款による旨を相手方に告げるだけでなく、意思表示一般と同じように、相手方に到達すること、すなわち約款内容につき了知可能な状態に置くことが必要である。その上で相手方が承諾してはじめて、約款が契約内容に入る、というのが最小限の要件であろう」（傍点原著者）と述べているのは、(i)見解に立つものと評価し得よう（河上・前掲注(17)「(3)NBL471号43頁注(46)は、これを「かなり徹底した約款内容への認識可能性を要求する」ものと言う）。他に、野村好弘「約款」谷口知平＝加藤一郎編・新民法演習4(1968)64頁。

(37) 河上・前掲注(12)185頁注(2)で紹介する、いわゆる普通契約説。

る」との認識を可能ならしめる程度の開示、すなわち約款の存在の認識可能性を付与する「約款の存在の開示」で足りるのが原則である、こう考えるものである。知り得ないものに同意はできないというが、約款意思の対象は総体としての約款であって、個々の約款条項ではないから、総体として存在を知り得る約款であれば、その内容を知り得ないとしても、契約に取り込む対象として、これに同意を向けることはできるというわけである⁽³⁸⁾。この(ii)見解は、リーディングケースの大審院大正4年判決が元々、実際は判旨(i)で「約款の存在の開示」を約款意思の推定の前提条件としていたにもかかわらず、後の判決例でこの前提条件がルーズに外されがちとなっている現状に反省を迫るだけで、後述の不意打ち条項規制による例外を予定しつつ、原則として、本来の判例が求める程度以上に約款開示を課そうとするものではない。

これに対して後者の(ii)見解は、顧客の了解として、個々の約款条項の内容に対する顧客の具体的な意思を想定する立場からは勿論、包括的な約款意思を以てこれに代置する学説の主流の立場からも導かれる。すなわち、知り得ないものに同意はできないという形式論について言えば、約款意思の対象が総体としての約款であろうと、これにより実際に契約に組み込まれるのは個々の約款条項であるから、約款内容たる条項まで具体的に知る機会が与えられていなければ、その知り得ない約款内容を契約に取り込むことに顧客が——約款意思という特別な形を介しても——同意したとは観念できないこと、また実質論で言えば、約款意思によって契約に取り込まれる約款条項を、事前に顧客がその内容を知る機会の与えられたものに限らなければ、事後的に企業が契約条件を無断で組み込む、いわば後出しジャンケンを認めることになって不当であること、以上より⁽³⁹⁾、約款意思の

(38) 要するに、内容は一切抜きにして包括的に「あの約款による」と顧客が了解すること自体は可能である。

(39) 河上・前掲注(12) 252頁以下（但し、河上教授自身は、後掲注(41)の通り、後述の(iii)見解に立つものであろう）、山本敬三・前掲注(14) 75頁（但

前提条件として、約款の内容の認識可能性を顧客に事前に付与する「約款の内容の開示」まで求められて然るべきである、こう考えるものであろう。もっとも、この(ii)見解でも、「約款の内容の開示」はあくまで約款内容の認識可能性を顧客にもたすためのもので、そのような可能性自体が与えられていれば、あとは(i)見解と同様、顧客がその内容を現実認識していなくとも、約款の拘束力は認められる点に留意する必要がある。「約款の内容の開示」を通じてその内容を知る機会が与えられた以上、顧客がその機会を利用せず約款内容を現実認識しないまま契約を締結しても、それは顧客自身の責任で、約款の拘束力を否定するという形で企業にその責任を転嫁する筋合いのものではないからである⁽⁴⁰⁾。いずれにせよ、「約款の内容の開示」まで求めるこの(ii)見解は、(i)見解とは対照的に、本来の判例が課した「約款の存在の開示」の程度以上に約款開示を要求せんとするものである。

以上の通り、最近の支配的な学説にあつては、適切な開示が必要な点で一致するが、その求められるべき適切な開示が実際にどの程度のものか、(i)(ii)の二つの異なる見解が存在する。近時は開示の意義が強調され、(i)見解よりも(ii)見解が強いように見受けられるが、しかしだからといって、全ての場合に「約款の内容の開示」まで求める見解は少ない。むしろ、約款の内容を知る機会を保障することが必要であることは(ii)見解に賛成しつつ、その具体化としての開示の程度は一律にでなく、取引の種類や状況に応じ、二つの見解の間をとる形で、(ii)見解のように、約款の交付を事業者が自らなし、約款の内容まで開示する必要がある場合もあれば、(i)見解のように、

し、山本敬三教授も、同頁注(25)で約款の内容を知る機会を与える具体的な開示の程度については留保しており、やはり(ii)見解に立つようにも見える)の記述を参照。

(40) 山本敬三・前掲注(14) 77頁。前掲注(23)で触れたように、河上・前掲注(12) 184頁以下及び249頁以下によれば、まさに顧客の「責任性」が問われるわけである。

事業者としては約款の存在を開示し、後は消費者自らが自発的に約款の内容を調べることができるような別段の措置をすればそれで足りる場合もあるとする中間的な(iii)見解に支持が集まりつつあるように思われる⁽⁴¹⁾。これはドイツの旧約款規制法2・23条（現在はドイツ民法305・305a条）を忠実に反映したもので、それによると、約款が契約に取り込まれるには、旅客運送約款等の一定の例外を除き、企業は「約款の存在の開示」に加え、期待可能な方法で顧客に約款の内容を知る機会を与えなければならないとされており、この期待可能な方法を具体的にどう解するかで(i)見解にも(ii)見解にも近くなりうる。従って、それだけに、求めるべき開示の程度については更に議論を尽くすことが、いずれにせよ、なお課題として残されている状況にあると言えよう⁽⁴²⁾。

そもそも開示の程度に関して、このように大別して(i)(ii)の二つの見解が存在するのは、求める約款開示の程度を高くすればするほど、約款に対する顧客の認識可能性が高まる反面、取引コストが上昇して約款取引の大量処理の要請を満たしづらくなり、その調和点をどこに取るか、スタンスが異なるからであろう。①採用規制の局面で、『約款の拘束力の根拠』をめぐる議論の眼目は、不当な契約条件を排除するために一般の契約法の場合よりも要件を厳格にして間口を狭くすることにあるのではなく、『約款の採用（合意）』という特殊な理論構造を使って、一定の契約条件を契約のなかに取り込みやすくするための議論である、という特性をもっている

(41) 例えば、安永正昭「消費者保護から見た約款」現代契約法大系第4巻（1985）96頁、河上・前掲注（17）「(3)」39頁、山本豊「契約の内容規制」別冊NBL51号・債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として（1998）92頁及び100—101頁。

(42) 開示の程度について検討を加えるものとして、河上・前掲注（17）「(3)」NBL471号39頁、潮見佳男「不当条項の内容規制」NBL別冊54号・消費者契約法—立法への課題（1999）177—181頁、沖野・後掲注（44）「(5)」NBL656号56—57頁。

点は見逃すべきではない」⁽⁴³⁾（傍点原著者）と指摘される通り、確かに約款適用についての顧客の了解を、その実像に照らし、約款意思という包括的なもので緩く捉え、約款を「契約のなかに取り込みやすくする」ことを認めるにしても、その約款意思の前提条件として求められる約款開示について、これをどの程度、「契約のなかに取り込みやすくする」形で考えるかは別問題で、それぞれの見解で強弱がありうる。

そうであれば、「約款の存在の開示」で足りるとする(i)見解は、②内容規制に関心を向けがちな学説の一般的な傾向にあって、一定の約款開示を明示的に要求して①採用規制の意義を強調しようとするものではあるが、しかしそれでも「約款の内容の開示」まで求める(ii)見解に比べると、実際には、後述する不意打ち条項規制による例外を予定しつつ、一般的なベースラインとしては開示の程度をやや緩めにしておこうとするものであったと評価しうる。すなわち、出口の②で不当条項を排除することを見越して入口の①では内容の「公正」な約款条項を取り込みやすいように、間口を広めに確保しておこうとの意識が相対的により強く基底で働いていたわけである。その意味で、約款開示の程度を巡る議論は、②との関係で①にどれだけ規制の意義を認めるか、かかる問題に結びついている面があることは否定できない。求められるべき開示の程度につき、(i)(ii)の異なる二つの見解が存在するのは、この問題に対する答えがそれぞれで微妙に異なることを物語っている。

(3) 消費者契約法の制定前後の動向

最近の支配的な学説では、開示の程度はともかく、約款開示が必要なこと自体については一致しており、研究者サイドから、消費者契約法にも、①採用規制として約款開示について明文規定を置くことが提唱された——但し、同法はその適用を約款取引に限定しないので、約款論に固執しなけ

(43) 河上・前掲注(17)「(3)」NBL471号36頁。

れば、実際に導入が目指されるのは、形のうえでは、広く契約条件の開示についての一般規定ということになる⁽⁴⁴⁾。しかし、結果として成立した消費者契約法にこの約款ないし契約条件の開示に関する規定が置かれなかったというだけでなく、その過程で立法の方向を決めた第16・17次国民生活審議会消費者政策部会(以下、国生審。特に断らない限り、同部会の下に設置された委員会⁽⁴⁵⁾も含め、総称として呼ぶ)において、その導入に向けた実質的な議論が積極的に展開した様子も窺えるものでなかった⁽⁴⁶⁾。同法

(44) 沖野真巳「消費者契約法(仮称)の一検討(1)」NBL652号(1998)20頁(2-1-1-2)、同「(5)」NBL656号(1999)56-57頁、山本敬三・前掲注(14)67頁以下。

(45) 消費者契約適正化委員会(16次国生審)及び消費者契約法検討委員会(17次国生審)。

(46) 但し、16次国生審において、後述の不意打ち条項規制を議論する中で、以下の通り、その前提としての約款開示について規定を置く必要性が指摘されたことがある(第16次国民生活審議会消費者政策部会第7回(消費者契約適正化委員会との第5回合同会議・平成10年9月25日)の議事録参照[<http://www5.cao.go.jp/98/c/19980925kokuseishin.html>])。その場に出席された河上教授による同旨指摘として、河上正二「消費者契約法(仮称)について」法教221(1999)70頁、同・前掲注(14)17-19頁参照。しかし、この点の実質的な議論は国生審において以後展開することはなかった(なお、それ以前の16次中間報告公表後のヒアリング調査で、生命保険契約において事前交付される「契約のしおり」に着目して質疑がなされており、規定化の動きにつながらなかったものの、約款開示の実態に関心が全く寄せられていなかったというわけではない。第16次国民生活審議会消費者政策部会消費者契約適正化委員会第9回平成10年5月22日議事録参照[後掲注(78)記載URL])。

【以下、議事録からの抜粋】

「〔委員〕不意打ち条項そのものの問題ではないのですけれども、ここで発言させていただきたいと思います。先ほどの意見に関係するのですが、約款という言葉が中間報告及びその後の議論において実質的に対象にしていながら、注意深く避けられているところがあるかと思います。しかし、問題の対象は約款だろうと思います。約款について、従来言われてきたことの中で1つの大きな点というのは、事前の約款内容の開示という問題だったと思います。その問題が、例えば不意打ち条項とか、情報提供義務と

制定過程の途中で公表された国生審の報告レベルで言えば、16次中間報告・16次報告・17次報告⁽⁴⁷⁾のいずれにも、約款開示を規定化の対象として独立に取り上げて検討した記述は見られず、16次中間報告・16次報告を踏まえ、法務省民事局内に設置された「現代契約法制研究会」やその他学説が立法の方向性を検討した際に、その必要性を指摘しても⁽⁴⁸⁾、流れは変わらなかった。

このように最後まで、消費者契約法の制定過程において、約款開示の規定を導入しようとの動きがその内部で必ずしも強く見られなかった理由は、国生審の説明するところでないが、主に以下の三つ考えられる。すなわち、第一に、消費者契約法が約款規制立法でないので、約款論を前提にした①採用規制としての約款開示を同法に取り込むことが整合的でないと考えら

か、いろいろなところに分散して取り込まれていて、約款の事前内容開示というその思想は、今検討されている消費者契約法の中に受け継がれているものと思いますが、しかし、その意図があまりうまく表現されていないように思います。1つの方法としては、約款内容の事前開示、あるいは認識可能性というものがなければ契約内容に取り込まれないというのを明確なルールとして考えるのも、1つの可能性です。しかし、それがどうも消費者契約法という全体の枠組みの中でうまく整合しないというのであれば、どこかにルールのレベルではなく、説明のレベルでだろうと思うのですけれども、約款内容の事前開示というものと、考えている方向が共通しているのだということをうまく表現するといいいのではないかと思います。その点について書きませんと、作業をしている側は十分にそこは気持ちは通じ合っている、なかなか外部にはそのことが伝わらないという懸念が残るように思います。

〔委員〕報告書の説明の中で、そういう部分について、忘れないように明確に書いておくことが必要かと思います。〕

- (47) 第16次国民生活審議会消費者政策部会「消費者契約法（仮称）の具体的内容について」（1998）〔以下、16次中間報告〕、同「消費者契約法（仮称）の制定に向けて」（1999）〔以下、16次報告〕、第17次国民生活審議会消費者政策部会「消費者契約法（仮称）の立法に当たって」（1999）〔以下、17次報告〕。

- (48) 現代契約法制研究会「消費者契約法（仮称）の論点に関する中間整理」NBL 664号（1999）50頁、及び前掲注（46）の河上教授の指摘参照。

れ、その導入に消極的となった可能性があること、第二に、仮に第一の点をクリアーしても、約款開示は、実質的には情報提供義務の問題に還元しうると考えられ、そのために別途独立の規定をもうける必要はないと判断された可能性があること、第三に、約款開示の程度について学説上争いがある状況の下で、②内容規制を重視する意識が働き、①採用規制としての約款開示は特に明文化する必要があるものではないと考えられた可能性があること、以上の三つである⁽⁴⁹⁾。

このうち、前二つの理由については、既に山本敬三教授によって説得的に解き明かされており、ここで筆者が重ねて詳論する必要はない。従って、

- (49) 16次国生審における以下の議論からすると、この他に、(i)(ii)見解に分かれる状況では、必ずしも開示の程度を確定的に定めることができないためにその規定化が見送られた可能性が考えられることも、独立の(第四の)理由と指摘できるかもしれない(第16次国民生活審議会消費者政策部会消費者契約適正化委員会第13回(平成10年7月8日)の議事録参照[<http://www5.cao.go.jp/98/c/19980708kokuseishin.html>])。もっとも、それは、結局、開示の程度については現在の判例に委ねるということであるから、後掲注(53)の本文で述べるのと同じで、第三の理由の中に吸収して実質的に議論しうるとも言える。

【以下、議事録からの抜粋】

「〔委員〕…約款について、通知をしていないと効力を否定されるかのような発言をされましたが、中間報告にそのようなことはどこにも書いてないと私は思います。約款交付義務ですら書いてないくらいですから、約款の内容をきちんと説明して、通知して、理解してもらわない限り無効だということは、どこにも書いてないはずです。…」

〔定期航空協会〕…私どもの、航空法の下で要求されております約款の備付け、掲示をもって通知を足りるという理解でよろしいということでしょうか。

「〔委員〕違います。通知のことについては、何も書いてないはずなのです。約款は、通知しない限り有効だとか無効だとか、どこかに備えておけば無効だとか有効だとかいうことは、中間報告では、確か書いてないはずですよ。そうでないと、附合契約は処理できませんから、約款といってもいろいろありますから、一律にそんなことは決められないので、書いてないはずですよ。」

この二つの理由とそれらに対する的確な批判の詳細は、全て同教授の論稿に委ねる⁽⁵⁰⁾。ただ、第一の理由に関しては、消費者アプローチ又は交渉力アプローチを基礎とする消費者契約法に、約款アプローチを前提とする規制は導入しえないと解すべき必然性はないし、また仮にそう解するとしても、前者のアプローチに合わせ、広く契約条件の開示という形で規定することは可能で、いずれにせよ契約内容の開示という実質的な意味での約款開示の明文化を完全に見送る理由にはならないこと⁽⁵¹⁾、第二の理由に関しては、約款開示と情報提供義務は、開示ないし情報提供する対象・根拠、そしてその違反の効果を異にし、両者同一視することはできず、約款開示を情報提供義務と別に規定する必要があるので、やはりその規定化を見送る理由にはならないこと⁽⁵²⁾、少なくとも以上は改めて確認しておきたい。

こうして、山本敬三教授が論じるように、規制の形式に関する第一の点も、規制の実質に関する第二の点も、消費者契約法が約款ないし契約条件の開示について明文規定を置かない理由としてはいずれも十分根拠があるものではないことになる。にもかかわらず、その規定化に向けた議論が消費者契約法の制定過程において見られなかったのは、更に上述の第三の点が理由として影響を及ぼしていたからでもあるように思われる。この第三の理由については少し説明を要しよう。

①採用規制で求められる約款開示の程度について、大別して、「約款の存在の開示」で足りるとする(i)見解と、「約款の内容の開示」まで必要と

(50) 山本敬三・前掲注(14)と、同・前掲注(3)523-532頁の部分。

(51) 山本敬三・前掲注(14)92-93頁参照。沖野・前掲注(44)「(2)」NBL653号(1998)14-15頁も参照。

(52) 山本敬三・前掲注(14)71-76頁、同・前掲注(3)523-524頁参照。国生審自体において約款開示と情報提供義務が混同されていたふしがある例証として、16次中間報告22頁にある「例えば、契約の締結に際して、約款を渡し情報提供義務がクリアーされたとしても」との記述が挙げられている(山本敬三・前掲注(14)72頁注(15)、同・前掲注(3)531頁注(29))。後掲注(91)も参照。

する(ii)見解があり、立場の違いが収束するに至っていないことは既述の通りである。先に触れたように、(i)見解に従うと、原則として求められる開示の程度は、本来の判例が要求する以上のものではなく、判例が適切に機能する限り⁽⁵³⁾、これを改めて明文で定める必要は特にない——但し、(i)見解も、後述のように、いわゆる不意打ち条項に関しては、結果として例外的に、判例の求める程度以上の「約款の内容の開示」、しかもより実質的な方法でのそれを要求するので、この不意打ち条項規制についてだけは明文規定を置く必要がある。これに対して、(ii)見解は、不意打ち条項規制による例外的な場面に限らず、まさに原則として全ての場面で、本来の判例が求める程度以上の開示を要求し、実質的に判例の立場を修正するものなので、その実現を図るには、その旨明文で定めることが不可欠となる⁽⁵⁴⁾。これを踏まえると、消費者契約法の制定過程において、後述の通り、不意

(53) 従って、既に確認したように（Ⅱ.2.(1)）、判例が適切に機能していないことが往々にして見られる現状にあつては、原則として「約款の存在の開示」が必要であるとの規定を置くことも、本来の判例の立場を改めて確認するという限りで、全く意味がないというわけではない。前掲注（46）で述べたように、前提としての約款開示を明文化する必要性が指摘されたのは、この意味も込められてのことであろう。

(54) 山本敬三・前掲注（14）75頁が「契約条件の開示がことさら問題とされなければならないのは、契約条件の内容を消費者が知る機会がなかったにもかかわらず、現行法によるとそれが契約内容とされる可能性がある場合である。いうまでもなく、約款による契約がそれにあたる。この場合、現在の判例法によると、約款による意思があると推定され、顧客がその内容を知っているかどうかにかかわらず拘束力が認められる。しかし、約款の内容、つまり契約条件の内容を知る機会がない場合にまで、そのようなことを認めるのは、契約の一般原則と相容れない。したがって、約款に関しては、単に約款によるという表示があればよしとするのではなく、消費者が実際に約款内容を確認する機会を保障する必要がある。そうした機会、つまり十分な開示がおこなわれていなければ、その約款は消費者に対して拘束力を持たない。つまり、そもそも契約の内容にならないとすべきであろう」と述べるのも本文と同趣旨であろう。

打ち条項の規定を置こうという動きはありながら、約款開示の規定を置こうという動きが積極的には見られなかったのは、国生審にあって、求められる開示の程度につき、意識すると否とを問わず、どちらかという(ii)見解ではなく、(i)見解に与するのが支配的であったからかもしれないとの推測が成り立ちうる。すなわち、(i)見解に立って、原則として本来の判例と同じく「約款の存在の開示」で足りることを消費者契約法で明文で改めて定める必要は——より実質的な「約款の内容の開示」まで求める例外的な不意打ち条項規制の場面を除き——特にないと考える者が多かったとすれば、その規定化の動きが国生審においてなかったことも納得しうる。

この(i)見解は、既に触れた通り、出口の②内容規制に約款規制の中心的な役割を委ね、入口の①採用規制では——開示自体は求めて全くのノーチェックとなることを拒否しつつ——、求める開示の程度を弱め、そのチェックをやや緩くしておこうとの意識が、(ii)見解に比べると相対的により強いものであった。出口の②で不当条項がはじかれるのであれば、入口の①では約款の採用を厳しくするのではなく、むしろ最小限のチェックを確保したうえ、公正な約款のために、それを取り込みやすく間口を広くするよう気をかけるべきであるというわけである。②との関係で①に規制の意義をそう大きく認めようとしないこうした向きが、自覚されると否とにかかわらず、広く流布していた可能性があることは、例えば、消費者契約法の私案を公表した沖野教授にもそれが窺えることによって例証される。沖野教授は、「なお整理の必要があろう」との留保付きで、基本的には、約款開示——但し、実際は、積極的に約款アプローチに固執するわけではないので、私案では広く契約条件の開示という形で論じられる——につき、「約款の内容の開示」まで原則として必要であるが、場合によって「約款の存在の開示」で足りるとする(iii)見解に立ったうえ、約款ないし契約条件の開示を明文で以て消費者契約法に定めるべきであると主張しながら、そのような適切な開示がなされなかったときでも、内容が公正であることが証明される限り、不開示の条項も契約内容へ取り込まれるべきであると提言し

ていた⁽⁵⁵⁾。これは、開示の程度について(ii)見解に近い形で(iii)見解をとってはいるが、他方で、②内容規制で不当条項の排除の確実性が担保されるならば、結果として①での約款開示の規制が「有名無実」となっても現実には致し方ないと考えようなので、実際の効力としては、むしろ(i)見解、あるいはそれ以上に約款開示の意義を認めないものであろう⁽⁵⁶⁾。

このように意識のうえで、②の規制を重視し、それ故に①での約款開示に実際上の意義をあまり認めようとしない向きが、沖野教授に限らず、広く一般に流布していて、それが国生審でも多数派により共有されていたとすれば、そもそも、かくして実際上の意義が大きくはないと考えられた約

(55) 沖野・前掲注(44)「(1)」NBL652号20-22頁(2-1-1-2, 3-1-2, 3-3-1)、同「(5)」NBL656号56-59頁(留保部分は58頁)。同「(5)」NBL656号64頁注(174)は、内容が公正なものであれば、結果として不開示の契約条件にも拘束力を認めることについて、「理論的な説明は、もはや『合意』に基礎づけることはできず、それ以外の『適正な取引慣行』や『慣習法規』を基礎と」するしかないと述べる。このような表現からは、取引慣行や慣習法規が実体的に存在するから契約条件の開示が不要になると考えているわけではなく、むしろ逆に、不開示の契約条件でも内容が公正であれば契約に取り込まれるとの結論が初めにありきで、その正当化のために後づけで取引慣行や慣習法規の存在が理論的にあてがわれているだけのようにも窺える。

(56) 沖野・前掲注(44)「(5)」NBL656号58頁は、「契約条件の事前開示が理論的にも実際的にも重要なことは認めるが、しかしそれが有名無実的なところもあることにかんがみ」、契約条件の事前不開示の効果として、結論的には「開示されなかった条件のうち不公正なもののみの効力否定」を提唱している(傍点三枝)。沖野教授が不開示の契約条件の効力を認めるのは、内容が公正であれば、不開示を理由に①ではじかれても、結局は任意法規で同じような公正な内容のものが後で補充されるだけなので、予め①で拘束力を否定するまでもないとの認識があるからであろう(同64頁注(175)参照)。但し、ここで想定されるほど任意法規による補充が実現する場合が実際に多いかは問題となりうる。というのも、「約款が用いられる一つの理由は法典の中に適切な規定が十分に用意されていないということにあるが、そのような不備を補うために約款が作成・利用される場合、不当性の判断に際して依るべき任意規定も存在しない」ことが十分考えられるからである(磯村保「法律行為の課題(上)―当事者の意思の観点から―」民法研究2号(2000))。

款開示について、わざわざ消費者契約法の中に新しく規定をもうけようと思われなかったとしても不思議ではない。まして具体的に、開示の程度につき、(i)見解のように、原則として「約款の存在の開示」で足りると考えるのが支配的であったならば、それが本来の判例の立場に要件加重するものではないから、消費者契約法で約款開示の規定を改めて置くことが不可欠なわけではなく、従って、より実質的な「約款の内容の開示」まで例外的に求める不意打ち条項規制を規定化する動きが現れることになるだけの話である⁽⁵⁷⁾。消費者契約法に約款ないし契約条件の開示の一般規定が置かれ

(57) 本稿での以上の推論は、16次国生審において、不意打ち条項を議論する際、以下のような議論が交わされたことから裏付けられる（第16次国民生活審議会消費者政策部会第7回（消費者契約適正化委員会との第5回合同会議平成10年9月25日）の議事録参照〔前掲注（46）記載URL〕）。そこでは、約款開示の規定の要否に関して、例外としての不意打ち条項規制を規定化することだけが必要で、原則としての約款開示は判例に委ねるを以て足りるとする〔委員〕発言(エ)で議論が締めくくられている。現に、国生審で約款開示の規定を置くことが実質的に検討されたことは最後までなかったが、しかし後述の通り、不意打ち条項規制については、その規定を置くことが16次中間報告・16次報告の段階までは提案され、議論されていた。

【以下、議事録からの抜粋：但し(ア)～(エ)、及び〔 〕内は三枝】

〔ア〕〔委員〕今の点、つまりドイツでは〔旧約款規制法〕2条で、約款条項の個別契約への採用の要件を積極的に規定されており、その例外というような形で〔不意打ち条項規制につき〕3条が定められるという仕分けになっているのだけれども、そうすると、2条に相当する〔約款開示の〕部分をどのように消費者契約法の中で考えるべきかというご指摘がありました。…この点についてのご意見はいかがでしょうか。

(イ)〔委員〕現在の判例の立場というのは必ずしも明確ではなくて、確かに、意思推定でもって包括的に約款内容が契約内容になっているという判例が主流ではありますが…ただ、現在の学説、それから恐らく司法実務の一般的な考え方は、ある程度開示がされていて、認識の可能性があれば、包括的に顧客は同意しているのだというルールで動いているのだと思います。…ここで積極的にこういうような形で開示しておけばよろしい、という形の要件を付けた方が、私は、むしろ良いのではないかと考えております。ただ、これは約款独自の問題だとしますと、一般の契約法

ず⁽⁵⁸⁾、また同法制定過程においてその導入に向けた実質的な議論の展開さえ見られなかった点は、現在、批判されているが、その理由に以上のような事情が影響していた可能性も考えられるところである。

3. 不意打ち条項規制

(1) 判例の展開

いずれにせよ適切な——その具体的な程度はさて置き——約款開示がされても、顧客が実際に個々の約款条項を逐一読むことはないのが普通である。なぜなら、顧客は、少なくとも同種の取引をした場合に一般に用いら

上のルールとそれとが1つの法律の中で混在しますので、その辺をどのように仕分けをすべきかということはもう少し検討する必要があるかもしれません。

(ウ)〔委員〕その問題について明確なルール化というものがないと、不意打ち条項だけでは機能しないと理解するのか、それはいわば解釈・判例、その他に任せておいて、前提の部分については、不意打ち条項だけを置いてても十分実益はあるというふうに考えるのか、どちらなのでしょう。

(エ)〔委員〕一般的に言えば、2条に相当するような、判例というのはあると思いますので、それに対応する3条を消極的な要件として立てておくというのは意味があるかと思います。』

- (58) 但し、前掲注(52)で触れた通り、国生審で約款開示が情報提供義務の一環と捉えられたふしが窺えることを踏まえると、努力義務としての情報提供義務を定めた消費者契約法3条の中に約款開示も規定されたと考える立場もありうる。しかし、このような考え方は、そもそも情報提供義務と約款開示が別物であるとの繰り返し指摘される批判の他に、同法3条1項の「消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供するように努めなければならない」との文言の意味が「契約条件の開示等であれば少なくとも事前開示に関するかぎり、契約条件を開示しなければ契約内容にならないことは、民法・契約法の原則上当然であり、『配慮』したり『努め』するような話ではない」との批判に耐えられるものではなかろう（沖野眞巳「『消費者契約法（仮称）』における「契約締結過程」の規律—第17次国民生活審議会消費者政策部会報告を受けて」NBL685（2000）27頁参照）。

れるであろう通常の内容の約款が使われていると期待し、改めて読むまでもないと思っているからである。従って、この期待に反するような、顧客の通常予期せぬ条項は、顧客に不意打ちを与えるもので、顧客の約款意思が及んでいないとして、契約に組み込まれないと考える。顧客が予期しえないほど異例な約款条項、すなわち不意打ち条項まで、契約内容とすることに顧客は同意しているわけではない、というのである。こうして不意打ち条項の拘束力を例外的に認めないとするのが不意打ち条項規制である。

この不意打ち条項規制については、現時点で、判例がそれを法理として採用していると評価することはできない。先に紹介した、約款の拘束力についてのリーディングケースである大審院大正4年判決において、争点となった森林火災に関する免責条項は、当時の日本の保険会社の約款にはなく、外国の保険会社の約款にだけ含まれていた、その意味で異例な条項であった。しかし、大審院大正4年判決は、問題の条項が不意打ち条項であるとしてこれを特別に扱うことはしなかった。約款に含まれた条項が顧客の予期した範囲内のものか否か、すなわち不意打ち条項であるか否かにかかわらず、「約款による」との意思で、約款条項の全てがまさに文字通り、「まるごと呑み込んだ」ものとして、契約に包括的に取り込まれるとするのが判例の基本的立場であると言えよう⁽⁵⁹⁾。

もっとも、このような判例の立場にかかわらず、その後の判決例には、顧客の通常予期せぬ条項を契約に取り込む対象から外そうとの姿勢が見られるとも評価しうるものがごく少数存在したことは既に指摘されている⁽⁶⁰⁾。例えば、札幌地判昭和54年3月30日⁽⁶¹⁾である。本件では、自動車保険で標準の約款条項にオプションとして付け加えられた若手運転者制限特約の効

(59) 原島重義「契約の拘束力—とくに約款を手がかりに」法セミ345号（1983）45頁。

(60) 河上・前掲注（12）195—198頁。以下の判決例については同書によるところ大である。

(61) 判時941号111頁。

力が争われ、以下のように述べた。

「特約の存在を明記した保険証券を契約の後日 Y1 [保険契約者] に送付したのみで、本件契約に右特約が存在していたものと解することは相当でなく、したがって Y1 [保険契約者] と Y2 [被告保険会社] の間の契約内容に右特約は含まれていないと解するのが相当である。」

札幌地判昭和54年は、問題となったのが、あえてオプションとして付けられるような、標準の約款にはない特約条項であることを捉え、その拘束力を否定したのである。このような非標準的な約款条項が契約に取り込まれるには、顧客が約款の内容を認識しうる「約款の内容の開示」、しかも単に当該特約が細かい字で印刷された約款を提示するだけでなく、相手方がそれを一見して理解できるよう、より実質的な方法での「約款の内容の開示」をなす必要があるとされた。本件で問題となった特約条項が厳密な意味で不意打ち条項と言えるか否か⁽⁶²⁾、また事案解決としての具体的な結論が妥当か否か⁽⁶³⁾は別にして、顧客の予期せぬ条項の拘束力を否定しようとする姿勢がそこに窺える。

また、山口地判昭和62年5月21日⁽⁶⁴⁾は、警備請負契約約款に定められた、途中解約の場合には期間満了までの警備料相当額の解約料を要する旨の条

(62) 山本敬三・民法講義Ⅰ総則(2001)261頁は同判決を約款開示規制の問題を扱ったものと位置づけている。(a)約款開示規制と(b)不意打ち条項規制が「開示」という面では共通し、条項の内容に応じてその程度を異にする問題でもあることがここから確認できる。だからこそ、実務的には、(b)不意打ち条項であるか否かをカテゴリーカルに区別せず、前提としての(a)約款開示も含め一括して、とにかくにも「開示」の程度を明確に定めることを敢えて拒否し、その求められるべき度合いを全て個々の状況に応じてアドホックに判断し、操作性を確保しようという立場もありうる。

(63) 同種事案では、むしろ東京高判昭和57年11月30日(判タ490号152頁)は十分な開示があったとして若手運転者制限特約の拘束力を認めている。

(64) 判時1256号86頁。

項の効力につき、それ以外の条項の説明が口頭でされながら、本件解約金の条項の説明が全くなかった事実を認定したうえ、次のように述べて、当該条項の拘束力を制限的にしか認めなかった。

「本件解約金条項は本件契約において重要な意味を有することは明らかであるところ、右認定したところによれば、Y〔会社事務所の警備を依頼した顧客〕において営業上クレジット契約に関わることが多かったことを考慮に入れても、Yが本件解約金条項の存在を知らなかったことも無理からぬことであり、右条項はYにとって予期しないものと言うべきであるから、右条項が当事者双方にとって合理的なものと認められない限り、合意の対象になっているものとは言いがたく、これに当事者を拘束する効力を認めることは相当でない。」

これも、約款の拘束力を認める範囲を、顧客が通常予期する条項に限ろうとする姿勢を窺わせるものである。但し、本件は、事案として②内容規制で処理することも可能なように思われるもので、本判決も当該条項が顧客の通常予期する範囲内のものか否か決するにあたり、その内容の当不当を考慮に入れて判断したふしがあり、どこまで①採用規制ならではの意義を②内容規制との関係で認めていたかは微妙である。

いずれにせよ、このように何らかの形で、顧客が通常予期せぬ条項につき、それが不意打ちとなることを理由に、契約内容にならないとする判決例の数はそう多くない⁽⁶⁵⁾。判例において、大審院大正4年判決以来、①採用規制において、約款意思の推定理論で、約款条項全てを包括的に契約内容に取り込んだうえ、後は②内容規制において、不当な内容のものを排除

(65) なお、近時、判決例の中には「不意打ち条項」に明示的に言及するものも現れているが、いずれも不意打ち条項には該当しないと判示している。例えば、様式変更一定期間後に旧回数券が失効する旨の規程について争われた名古屋地判平成3年3月15日（判タ765号245頁）、火災保険の地震免責条項について争われた神戸地判平成14年3月26日（平成9年（ワ）第10号）、神戸地判平成14年9月3日（平成9年（ワ）第1211号）等。

するとの姿勢が顕著であり、その結果、規制の関心は②に向けられ、①で「不意打ち条項」だけ特に取り出し、これを契約の拘束力の対象から外そうとする動きは一般に見られない。従って、不意打ち条項規制が法理として判例上定着している事実はなく、ごく限られた場合に事案限りで、同意の範囲を操作して約款条項の拘束力を調整することが散発的に見られるにすぎないのが現状と言えよう。このような状況では、そもそもこの不意打ち条項規制が必要なものなのか、また不意打ち条項規制で拘束力を否定すべき「顧客の予期せぬ条項」は具体的にどのようなものなのか、これらの点の詳細な検討は全て、①の規制として不意打ち条項規制が担うべき役割を明確にすることとともに、学説に委ねられることになる。

（2）学説の展開

不意打ち条項規制は、ドイツの旧約款規制法3条（現在はドイツ民法305c条1項）に由来するもので、我が国でも、ドイツ法に影響を受けた約款研究を中心に、既に好意的に紹介されてきた。ドイツ法では、同条により、「諸事情、とりわけ契約の外見に照らし、約款使用者の契約相手方が予期する必要がないほどに異例な約款条項」が不意打ち条項としてその拘束力を否定されるものと定められており、条項の不意打ち性は、単に顧客が当該条項に気づかなかったというだけで認められるのではなく、同種取引での当該条項の慣用性や、契約締結の過程で具体的に形成された顧客の合理的期待を基礎に、顧客が通常予期しないほどに「異例」なものか否かで判断される。しかも、文字通り、顧客に不意打ちを与えるようなものでなければならないので、それが契約内容となることで顧客にとって奇襲を受けるような要因が、条項の異例性ととともに、契約の外形や企業の言動の作用に結びつけて求められることが多い⁽⁶⁶⁾。不意打ち条項の具体例として類型

(66) 河上・前掲注(12) 236頁は、「約款には、本質的に一種の隠蔽効果がある以上、顧客にとって不利益な条項には、多かれ少なかれ不意打ち的效果が

的によく挙げられるのは、イ）顧客の主たる義務を約款で追加的に創設したり、これを本質的に変更したりする条項（例えば、コーヒーメーカーの売買契約の約款で買主にコーヒー豆の購入義務を課す旨定める条項）、ロ）契約の外形及び広告から予期せぬ形に契約の特性を修正する条項（例えば、旅行業者が自らを旅行主催者であるかのようにパンフレットで表示しておきながら、旅行契約の約款で仲介者としての責任しか負わない旨定める条項）、ハ）同種の取引において通常定められている内容とは異なる条項（例えば、約款で管轄合意として、契約とは全く無関係の場所を定める条項）等である⁽⁶⁷⁾。これら顧客の予期せぬ不意打ち条項は、たとえ包括的に約款適用に同意されていたとしても、約款意思の及ぶところではないと考えられ、契約に取り込まれず、その拘束力が否定される。

我が国では、約款意思の推定理論で余りに約款が取り込まれやすくなっている判例の現状に鑑み、以上の不意打ち条項規制を①採用規制として有用かつ必要なものと認めるのが学説上有力である⁽⁶⁸⁾。これにより、約款意

ある。ただ、通常の場合、その条項が単に顧客にとって不利益であるという理由だけで合意の不存在を認定することは困難である。しかし、もし約款や個々の条項、約款使用者の言動に顧客を誤った観念に導くような事由が認められる場合、これに反する条項に合意が及んでいないとすることは比較的容易であろう。……その際、基準となるのが顧客の主観的概念というよりは、むしろ客観的な法規範内容であることに注意されたい」（傍点原著者）と言う。同245頁注（80）も「単に『非慣行的』であるというだけでは充分ではなく、ある程度の『奇襲的效果（Überrumpelungseffekt）』ないし『ペテン的效果（Übertölpelungseffekt）』が必要である、と言われる。……従って、顧客の適正な期待と条項内容との間に相当の乖離が要求される。恐らく、かかる乖離は、単に顧客がその条項に気づかなかったというだけでなく、何らかの要因で積極的に誤った観念へと導かれたのでなければ生じないのではあるまいか」と指摘する。

(67) 以上、ドイツ旧約款規制法3条全般につき、石田喜久夫編・注釈ドイツ約款規制法（1999）41頁以下〔増成牧執筆〕参照。

(68) 例えば、河上・前掲注（12）253頁以下、同・前掲注（14）17頁以下、同・前掲注（46）70頁、山本敬三・前掲注（14）76頁以下、同・前掲注（3）

思で包括的に約款を契約に取り込みやすくしつつ、なお①の段階で、別途、個々の約款条項の採用に一定の絞りをかける余地が残されることになる。もっとも、特定の条項を約款から外すというのであれば、②内容規制の段階で不当条項を排除すれば足り、これに重ねて①において予め「不意打ち条項」だけ取り出し、その拘束力を否定するまでもないとの議論はあり得よう。一般的な傾向として、学説の関心が②に向けられ、①では、まさに実態がそうであるように、とにもかくにも約款条項の全てを「まるごと呑み込んだ」ものと扱い、後は②で絞り込もうという姿勢が強いのであれば、なおさらそうである。学説上、不意打ち条項規制に反対するわけではないが、これを②の一環に組み込む見解⁽⁶⁹⁾が現に見られるのも、そもそも②で対応すれば十分との意識が暗黙裡にあるからと読みとれないわけではない。

しかし、①採用規制としての不意打ち条項規制は、顧客の通常予期する範囲を超える条項について、約款意思の射程外と捉え、その拘束力を否定しようとするものであって、本質的には、②内容規制のように、ひとまず拘束力は認めたい、主として対価的均衡に関心を寄せて条項内容の当不当を問い、その効力を否定しようとするものでないことは既に繰り返し指

525頁以下、山本豊・前掲注(41) 92-92、102-103頁等。直接には消費者契約法に明文規定を置くことを提唱する記述もあるが、その前提には、民法解釈論としても当然、不意打ち条項規制が有用であると考えているものであろう。

- (69) 磯村・前掲注(56) 26頁は、「約款による意思に限界を画するという規範的な判断を介してはじめて、不意打ち条項が契約内容確定の問題として位置づけられるのであるから、反対に、契約内容の確定としては約款による意思をもって合意に取り込む要件としては足りるとしたうえで、不意打ち条項の内容規制を図るという方法も十分に可能ではないか」と述べ、任意規定が条項内容の不当性を判断するに際して重要な指標となると指摘している。これは、約款意思があればひとまずそれが契約内容になることを認め(①)、後は任意規定に照らした厳格な内容規制をする(②)との構図の下、不意打ち条項規制を②による規範的調整の「るつば」に溶解させたものと理解しうる。

摘されている⁽⁷⁰⁾。内容が公正な条項でもそれが顧客の予期しないものであれば顧客に不意打ちを与えることもあるし、内容が不公正な条項でもそれが顧客の予期するものであれば不意打ちにはならないこともある。不意打ち条項か否かは、不当条項か否かとは異なる視点で、別個に判断しうる。事実、ドイツ法において、前述の不意打ち条項規制の規定と内容規制の各規定（旧約款規制法9・10・11条、現在はドイツ民法307・308・309条）が分けて定められていることは、両者が理論的に区別しうることを端的に示している。

もちろん、不意打ち条項が同時に不当条項でもあることが実際には多く、あえて両者を相容れない関係と評価する必要もないが、しかしそれぞれ、基本的に、固有の適用領域を持つ別概念であることは確認されてよい。そうすると、②でカバーされない領域がある以上、それと別に①で不意打ち条項規制を用意することに一理あるが、そこにどれだけ実際上の意義を認めるかは、②重視の意識次第で、強弱がありうる。出口の②で不当条項が排除できるのであればそれで足り、むしろ入り口の①では、不意打ちになろうとも、「公正」な約款条項である限り、それを契約に取り込みやすいように、間口を広く確保しておこうと考えるのも一つの立場としてないわけではない。後述するように、現に、そのような考えが消費者契約法の制定過程で主張されるに至っており、不意打ち条項規制を巡る議論も、やはり約款開示と同様、②との関係で①にどれだけ規制の意義を認めるか、かかる問題に結びついている面があることは否定しえないように思われる。

ところで、①採用規制として不意打ち条項規制を認めるとしても、同じ①で既に約款開示が求められるので、なぜ更にこのような規制が必要とな

(70) 河上・前掲注(12) 229頁以下が詳しい。増成・前掲注(67) 43頁、44－45頁も参照。条項の不意打ち性と不当性が違うからこそ、長期の使用で慣用化されると、不当条項は規制できても不意打ち条項は規制できないという限界がそこにあると指摘されるわけである（河上・前掲注(12) 248頁、潮見・前掲注(42) 189頁）。

るか、議論はありうる。約款開示の程度につき、大別して(i)(ii)の二つの見解があることは既に触れた通りで、「約款の存在の開示」で足りるとする(i)見解に立つと、顧客には約款内容の認識可能性が与えられていないからこそ、不意打ち条項規制でこれを補う必要があると説明することは可能である。しかし、当初から「約款の内容の開示」まで求める(ii)見解に立つと、顧客に約款内容の認識可能性が与えられていることで、なぜそれ以上に不意打ち条項規制が必要となるか、とりわけ検討が迫られる⁽⁷¹⁾。そもそも、法律行為の一般原則からすると、契約条件の内容の認識可能性が与えられている状況で契約締結をすれば、その契約条件を現実認識していなくとも、自己責任の観点から、それに対応した意思はあるものと解され、当該契約条件に拘束されないと言うことはもはやできなくなるはずである。不

(71) (i)見解が「約款の存在の開示」で足りるとし、ベースラインの約款開示の程度を少し緩めたのは、②内容規制で不当条項が排除されるに加え、これと同様に、①採用規制でも、例外としての不意打ち条項規制で顧客の約款内容に対する合理的な期待が担保されるからこそという面がある（「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でも認識すべきであるから、その意味では、消費者の期待に反する条項については合意は存しないと考えうるのであり、逆に約款を事前に開示することは消費者に生じうる期待を打ち消すというかぎりでは法律的に意味を持ちうると考えうる」(山下友信・前掲注(16)126頁、傍点三枝))。その意味では、(i)見解によると、不意打ち条項規制は約款開示の程度を緩める条件として初めから必要な規制ということになる。これに対して、(ii)見解からすると、そもそも初めから約款開示として全面的に「約款の内容の開示」を求めるので、ベースラインの緩やかな約款開示を補うために不意打ち条項規制が必要になるわけではない。顧客に約款内容の認識可能性を初めから与えている以上、更に不意打ち条項規制がなぜ必要となるかを明らかにする必要がある(増成・前掲注(67)43頁の表現を用いて換言すれば、契約内容の認識可能性がある場合にまで、不意打ち条項に関しては、たとえ同意を与えたような外観を作出していてもその責任性を問われることがないという意味において「法律行為の一般原則の発展だと評される」わけであるが、その「発展」=修正を認める必要はなぜあるか、問われるのである)。

意打ち条項についても、約款開示を通じてその内容の認識可能性が顧客に与えられていれば、本来、その拘束力は否定されることはない。(ii)見解にあって、にもかかわらず、その拘束力を否定しようというのであるから、既に説かれるように、ここでは法律行為の上記一般原則を修正する特則を定めたものと理解するほかない。では、その特則性を正当化する根拠は何か、すなわち、なぜ不意打ち条項については、その内容の認識可能性が与えられていても、例外的にその拘束力が否定されることになるのか、その説明が求められる。

この点、山本敬三教授は、その根拠を消費者契約の特性、すなわち消費者と事業者の情報・交渉力の格差に求める。「消費者は、十分な知識や能力をそなえていないため、たとえ契約内容を確認する機会が与えられていても、それを正確に理解することができない。あるいは、一般にはそうした知識や能力をそなえているときでも、十分な時間的余裕がないために、契約内容を吟味できないこともある。こうしたことから、消費者は、思わぬ契約に拘束される危険性がいわば定型的に存在する。そこで、このような危険性から消費者を保護するために」、法律行為の一般原則を不意打ち条項の場面に限って例外的に修正する特則が必要になるというのである⁽⁷²⁾。これに対して、特則性の根拠を約款取引の特性、すなわち約款の隠蔽効果に求めるのが河上教授である。約款は「その定型性ゆえに顧客の認識が十分に及びがたい」ところがあり、「約款という顧客にとって見過[ご]しやすい手段」が用いられたことによって、思いもしない約款条項が滑り込まされ、不意打ちの原因となるもので、「『不意打ち条項の禁止』……は、『約款』ならでは[の]問題性を契機とする介入であるといった方が素直

(72) 山本敬三・前掲注(14) 80頁。なお、山本豊・前掲注(41) 101頁は、「契約条項が一般的・反復的に使用されること(約款性)」を不意打ち条項規制の前提に求める立場も考えられるが、自身は不要とする立場に立つとして、やはり交渉力アプローチに依拠する。

である」と評価される⁽⁷³⁾。消費者対事業者間の約款取引である限り、この特則性の根拠のいずれの説明の仕方もありうるが、前者は消費者アプローチ又は交渉力アプローチに、後者は約款アプローチに依拠しており、不当条項のみならず、不意打ち条項の規制の場面でも両アプローチが見え隠れするのは興味深い⁽⁷⁴⁾。

こうして、(i)見解のように「約款の存在の開示」にとどまる場合は勿論、(ii)見解のように「約款の内容の開示」がされた場合にも、それによって与えられるのはあくまで顧客に個々の約款条項を確認しようと思えばできる機会だけで、いずれにせよ、実際に顧客が約款条項を読まないのが通常で、しかも消費者契約又は約款取引の特性に鑑みると、それがむしろ当然であるから、約款意思が及んでいるとは考えられないような例外的な不意打ち条項にまで、自己責任をことさら強調し、その拘束力を認めるのは行き過ぎであるということになる。約款開示がされても、なお不意打ち条項規制が求められる所以はそこにある。但し留意すべきは、条項の不意打ち性は顧客が当該条項を現実認識すれば解消されるので、そのような場合はかかる規制が不要となる点である。その意味で、約款開示の程度についてどの立場をとろうとも、不意打ち条項に関しては、顧客の現実認識に至る開示、すなわち顧客が一見して理解できるような、より実質的な方法での「約款の内容の開示」が期待されることになる——従って、「約款の存在の開示」しか求めない(i)見解によっても、それ自体認めるように、不意打ち条項に限っては、結果として「約款の内容の開示」、しかもより実質的

(73) 河上・前掲注(12) 236頁、同・前掲注(14) 14-15頁。

(74) 従来、交渉力アプローチに立つ山本豊教授（前掲注(13)、前掲注(26) 115頁以下）と約款アプローチに立つ河上教授（前掲注(12)、前掲注(17) 「(3)」NBL471号34頁以下）は、従来、主に不当条項の②内容規制の適用範囲を巡って議論してきたように思われる（山本豊・前掲注(41) 75頁以下、河上・前掲注(14) 12頁以下）。不意打ち条項規制に関しても両アプローチがあることで、その適用範囲についても同様の議論が当てはまることになりそうである。前掲注(72)で紹介した山本豊教授の指摘参照。

なそれが例外的に求められるわけである。結局、開示がなされ、かつ約款適用に包括的に同意さえしていれば、その内容を顧客が現実認識していなくとも、これに拘束されるのが原則であるのに対して、不意打ち条項規制はその例外として機能するものであり、顧客の通常予期せぬ条項に関しては、たとえ開示がされても、消費者契約又は約款取引の特性ゆえに、現実認識されない限り、拘束力を持たないとされるべきことになる。

以上の通り、学説の主流は、②内容規制とは別に①採用規制として、不意打ち条項規制が約款開示を超えてなお必要であることを説き、見解は分かれるものの、その理論的な説明を試みてきた。しかし更に一歩進んで、具体的に何をもって、これにより拘束力を否定すべき不意打ち条項、すなわち「顧客の通常予期しない」条項と言うか、その点の考察には、消費者契約法の制定が現実意識されるまで、あまり関心が向けられることは少なかったように思われる。もとより、不意打ち条項規制が、あくまで例外的に約款条項の拘束力を否定しようとするものである以上、これに一定の縛りがかかるのは当然で、仮に専ら顧客の主観的期待を基礎に現に予期したものか否かで判断すると、顧客にとって不利益な約款条項は全て不意打ちとも言いかねず、それでは約款取引が成り立たなくなってしまう。ドイツ法で、既に見た通り、法文上、条項の「異例性」という客観的指標を用いて縛りが強くかけられ、顧客の期待と条項内容に相当な乖離があって初めて不意打ち条項となることを認めるのも、この文脈で理解できる⁽⁷⁵⁾。我が国で従来、不意打ち条項の範囲について必ずしも十分検討されてこなかったのは、それが示唆を受けたドイツ法の通り、「異例性」という客観的要件の縛りをそのまま受け入れるのが大勢であるからと推察されるが、果たして拘束力を否定すべき不意打ち条項をそこまで限るべきかは、最終的な結論は別にして、検討の余地はある——例えば、顧客の予期する対象を

(75) 山本敬三・前掲注(14) 80—81頁。前掲注(66)で紹介した河上教授の指摘も参照。

具体的に約款条項の内容とするか、抽象的にその性質とするか、あるいは、条項の異例性まで求めずとも、顧客の合理的期待から乖離すればそれだけで不意打ちと認めるに十分でないか等々、議論はありうる⁽⁷⁶⁾。いずれにせよ、どの程度これを絞るかによって、不意打ち条項規制の役割の大きさは変わるが、余り広くし過ぎると、開示があれば個々の約款条項に対する現実の認識が顧客にあるか否かにかかわらずその拘束力を認めるという原則を、その例外である不意打ち条項規制が根底から切り崩すことになりかねない。その意味で、先に、①としての不意打ち条項規制は不要で、専ら②で対応すれば足りるとの見解がある旨述べたが、これは、不意打ち条項規制による例外が、その適用範囲を明確にされないまま、無限定に広がるおそれがあることに懸念を抱いていたものとも評価し得よう。

(3) 消費者契約法の制定前後の動向

成立した消費者契約法には、結局、不意打ち条項規制は盛り込まれなかったが、その必要性和有用性が学説の主流によって説かれたことを受け、当初、その導入に向けた議論が制定過程で見られた。国生審の報告レベルで言えば、まず16次中間報告で、「交渉の経緯等から消費者が予測するこ

(76) 山本豊・前掲注(41) 101頁では、条項の不意打ち性を、相手方の合理的予測の範囲内かを基準に判断するとしたうえ、その予測対象を条項の内容でなく、条項の性質とするとの考えが示されている。これは、条項の異例性を判断基準にするドイツ法の考え方ではなく、相手方の合理的期待を判断基準とするユニドロワ原則第2.20条に従ったものであろう。この点につき、後掲注(81) 参照。

【ユニドロワ国際商事契約原則第2.20条】(以下の訳文は曾野和明他訳・UNIDROIT 国際商事契約原則(2004)による。)

- (1) 定型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かった性質の条項は、効力を有しない。ただし、相手方がそれに明示的に同意していたときはこの限りではない。
- (2) ある条項が前項の性質を有するか否かを判断するにあたっては、その内容、言語および表示の仕方が考慮されなければならない。

とができないような契約条項（不意打ち条項）は、契約内容とならない」旨のルールを定立することが唱えられた⁽⁷⁷⁾。しかし、この報告に対しては、各種団体からのヒアリングで、特に産業界側から、不意打ち条項の範囲が不明確である等の意見が次々に出され⁽⁷⁸⁾、その後16次報告で、拘束力を否

(77) 16次中間報告28頁。

(78) 16次中間報告公表後、国生審のヒアリング調査で、例えば、以下の発言等を通じて、不意打ち性の基準が不明確であることに対して産業界側の懸念が次々に表明された。なお、下記⑥では不意打ち性基準の客観化を確認する〔委員〕発言がある。

【以下、議事録からの抜粋】

①第16次国民生活審議会消費者政策部会消費者契約適正化委員会第8回同年5月14日 [<http://www5.cao.go.jp/98/c/19980514kokuseishin.html>]

「〔社団法人不動産流通経営協会〕…例えば、情報提供義務違反、威迫・困惑行為、不意打ち条項、不当条項による取消や無効というのが書かれてございますが、これはまだ法制局その他の審議を経ているものではないので、ここでいちいち原案をあげつらうつもりはございませんけれども、この程度の要件で取消権を付与するということは、法的安定性を阻害する大変な要因になろうかと思います」

②同委員会第9回同年5月22日 [<http://www5.cao.go.jp/98/c/19980522kokuseishin.html>]

「〔日本証券業協会〕…そもそも『消費者が予測することのできないような契約条項』が契約内容となりうるのかどうかは疑問のあるところではございますし、一般法としてこのような規定を設ける必要性は乏しいのではないかと考えられます」

③同委員会第12回同年6月24日〔後掲注（87）記載 URL〕

「〔社団法人日本病院会〕私どもは、この報告書に見られるような、不意打ち条項とか不当条項というのは、これは医学には絶えず付いているわけで、これがあるから契約はだめだと言われると、医療はもう成り立たないということを申し上げておきたいと思います。」

④同委員会第13回同年7月8日〔前掲注（49）記載 URL〕

「〔旅客鉄道株式会社グループ〕…『不意打ち条項』のお話でございませけれども、…消費者の予測と異なるものである場合は、不意打ち条項になることがあると書かれております。こういう漠然とした形で書かれますと、消費者がどのような予測を行うかということは、特に私どものような1日に2000万人というお客様がいらっしゃる時には、非常に心配でございま

定すべき不意打ち条項に絞りがかけられた。すなわち、「当該取引におけ

す。予測と異なるという理由だけで、不意打ち条項が適用になりますと、どうすればいいか、悩まざるを得ませんので、こういう形での適用がないようにお願いしたいと思います。」

「〔社団法人全日本トラック協会〕…不意打ち条項ですが、これも先ほど申しましたように、どのような場合が不意打ちになるのか、具体的なものが明確化されていない。明確にされていない以上、むしろトラブルの原因になるのではないか。先ほど申し上げましたように、こういった不意打ち条項が悪意、悪質消費者に逆に悪用される余地が生じるのではないか、と判断しております。」

⑤同委員会第14回同年7月17日〔<http://www5.cao.go.jp/98/c/19980717kokuseishin.html>〕

「〔社団法人全国レンタカー協会〕…情報提供・不実告知に関する規制、威迫・困惑に乗じた契約の規制要件を明確化することは必要ですが、『不意打ち条項』を独自に設ける必要があるかは疑問であると思います。例えば、契約条文中で明記されているにもかかわらず、口頭でした説明は記録に残らないだけに、説明がなかったと後で言われると対抗できないという事例が起こると思います。」

「〔社団法人日本旅行業協会〕…不意打ち条項の事例として、旅行代金の増額の事例が新聞でも書かれておりましたが、旅行契約内容が変更される場合あるいは旅行代金が増額される場合がございます。しかし、ここに書いてございますとおり、厳格な要件を課した上で契約内容の変更等に伴う旅行代金の増額ができることになっております。したがって、旅行代金の増額がされる場合もあるのですが、これをもって不意打ち条項であるというわけにはいかない、ということを述べさせていただいています。」

⑥同委員会第15回同年7月23日〔後掲注(87)記載URL〕

「〔全国銀行協会連合会〕…『重要事項』、『威迫・困惑』、『不意打ち条項』といった用語につきましては、定義を明確にさせていただきたいと思っております。……『不意打ち条項』についてですが、報告書の22ページに『交渉の経緯等から消費者が予測できないような契約条項は、契約内容とならない』と書いてございます。これは文章の問題かもしれませんが、この定義はやや疑問がございます。どういうことかといいますと、交渉の経緯は個々に異なっており一般化は困難と考えられます。逆に、個々の消費者の予測によってある条項が不意打ち条項であるか否かが左右されるという結果を招くのではなかろうかと心配いたしております。さらに報告書の

る個々の消費者にとって不意打ちとなるばかりでなく、そもそも当該条項

22ページで、《情報提供義務が十分果たされていれば『不意打ち条項』の問題は生じないというのが一般的であろうが、例えば契約の締結に際して約款を渡し情報提供義務が仮にクリアされたとしても、個々の契約条項についてその内容が消費者の予測と異なるものである場合には、『不意打ち条項』となることがある。》とされていますけれども、これは事業者にとってみれば逆に『不意打ち』ではなかろうかと考えております。いずれにいたしましても、『不意打ち条項』の定義はより厳密にしていきたいと思いますと思っております。

〔委員〕…ただ、中間報告のご理解で若干誤解されているのではないかという点があります。例えば『不意打ち条項』について、かえって事業者にとっても不意打ちになってしまうというご説明がございましたけれども、必ずしも内心の状態を計りながらというようなことではなくて、そういう状況下におかれた消費者一般、合理的な消費者が一体どう反応するだろうかということをもまずは考えることになりますし、それにプラスして事業者によって知られた事情から見て不意打ちかどうかということ判断しますから、必ずしもその人がどう考えたかということにこだわっているわけではないと私は理解しております。〕

⑦同委員会第16回同年7月31日 [<http://www5.cao.go.jp/98/c/19980731kokuseishin.html>]

〔〔社団法人リース事業協会〕…さらに、私どもリース事業では考えられないことではございますが、不意打ち条項についても具体例を明示されてはいかがでございましょうか。…説明義務等の範囲について、あるいは不意打ち条項の問題についてどこまで説明すれば良いのかということをとことん考えていきますと、事業者の義務が無限大に広がっていきまして、それではとても商売をやってられないという、極論すればそうした結論になってしまいます。したがって、ある程度客観的な基準を設けていただかないと、事業者としては対応しきれないと感じております。〕

〔〔社団法人日本訪問販売協会〕…中間報告を読んで私が申しあげたいのは、例えば、不意打ち条項とか、重要事項、グレイリスト、ブラックリストといったように様々なケースが出ていますけれども、中間報告だけでは大変分かりにくいのです。一体どういう基準で判断するのか明確に書いていないと申しますか、非常にはっきりしないということです。こういう場合は結果がこうなるとはっきり書いてあるのであればわかるのですが、中間報告ではそれが分からないのです。〕

自体が、当該契約類型においては通常ではない場合、すなわち、契約の全体については消費者が了解していたが、当該条項が、締結された契約の類型からみて、社会通念（当該契約に対し典型的に抱く期待）に照らして異常（異例）であり、かつ、その内容についての事業者からの説明が十分でなかったために、そのような異常な条項の存在を消費者が到底予測できないような場合、当該条項（不意打ち条項）は契約とはならないという規定」を置くことが提言されたのである⁽⁷⁹⁾。これは、専ら個々の消費者の主観的期待を基礎に条項の不意打ち性を判断するかに見える16次中間報告のような定式では、かなりの契約条項が不意打ち条項となるおそれがあるので、産業界側の懸念に配慮し、「本〔16次〕報告は、予見可能性を担保する観点からは、ドイツ〔旧〕約款規制法における『異常性』に相当するような一般的な要件（同種の契約に消費者として関与することが想定される消費者の通常の予測という基準）が必要であり、それをできる限り明確化することが重要である」と考えたからであろう⁽⁸⁰⁾。16次中間報告公表後、ようやく学説でも不意打ち条項の範囲を巡る問題が認識され、その範囲を限定するために何らかの客観的要件による縛りの必要なことが説かれるに至り⁽⁸¹⁾、そうした中で16次報告は法的安定性を懸念する声に最大限譲歩し、消費者の合理的期待から単に逸脱しているというだけでは不意打ちと言うに不十分であるとして、「異常性」「異例性」というより厳格な客観的要件を求め、不意打ちを理由に拘束力を否定する条項の範囲を相当に絞り込む立場を打ち出したわけである。立法の方向を検討した前述の「現代契約法制研究会」は、不意打ち条項規制による拘束力の否定が例外であること

(79) 16次報告44頁。

(80) 16次報告52頁。以上の立法過程については、山本敬三・前掲注（14）76－77頁が既にその流れを的確に整理している。

(81) 沖野・前掲注（44）「(5)」NBL656号59頁及び64頁注（181）が、前掲注（76）で引用した山本豊教授の考えに触れながら、不意打ち条項の範囲を限定化する必要があるのではないかと問題提起した。

に鑑み、このような立場に支持を寄せた⁽⁸²⁾。

かくして16次報告までは、不意打ち条項規制を消費者契約法に盛り込むとの議論が、その予定する適用範囲を変えながらも続けて見られたが、しかし17次報告になると、文字通り忽然と、同規制への言及が姿を消すに至った⁽⁸³⁾。少なくとも議事録上は、国生審の審議過程を追っても議論自体がない——そこで議論の末に同規制の導入を見送ると決められたわけではないようである——ので、この経緯は必ずしも定かでないが、国会審議における政府答弁では、消費者契約法に不意打ち条項規制を導入することが当初検討されながら最終的に見送られた理由として、以下の三つが指摘されている⁽⁸⁴⁾。すなわち、第一に、拘束力を否定すべき不意打ち条項の範囲

(82) 現代契約法制研究会・前掲注(48) 54－55頁。

(83) 沖野・前掲注(58) 28頁も、17次報告（及びそれがそのまま承認し掲載した部会下の消費者契約法検討委員会の報告書）には、「不意打ち条項（およびその前提となる約款等の開示）については何ら言及がない」と指摘する。不意打ち条項規制について、前掲注(58)で述べたように、約款開示規制と同様、努力義務としての情報提供義務を定めた消費者契約法3条の中に規定されたと考える立場もあり得ようが、やはり、情報提供義務と不意打ち条項規制は別物であるうえ、「一種の訓戒という意味しかない」（沖野・前掲注(58) 27頁）同条に仮に盛り込まれたとしても法的に意味はない（落合誠一・消費者契約法（2001）61頁以下は同条を「法的義務」を課したものと性格づけるが、それは同条により、これまでに民法解釈上確立した情報提供義務の実体法上の効力は否定されることはない、というだけのことのようなのである（特に同61頁）。山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明・現代法の展望—自己決定の諸相（2004）152頁注(43)の指摘も参照）。

(84) 簡潔には、国会審議の回答要旨として言及する、経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・逐条解説消費者契約法（2000）14頁参照。より具体的には、例えば、以下の堺屋太一経済企画庁長官〔当時〕の答弁参照（なお、下記②との関係で、民主党案は不意打ち条項規制を含むものであったが、不当条項の具体的内容を「政令」に委ねている点などに問題があるとされ、採択に至らなかった事実を付言しておく。落合・前掲注(83) 38－44頁）。

【以下、会議録からの抜粋】

を明確に定めることができず、法的安定性を害すると考えられたこと、第二に、誤認による取消について規定(消費者契約法4条1項・2項)を置いたことで、不意打ち条項規制は改めて規定化せずとも実質的にある程度カバーできると考えられたこと、第三に、②内容規制による対処(同法8・9・10条)で足り、これと別に①採用規制として不意打ち条項規制を用意する必要は基本的にはないと考えられたこと、以上の三つである。この他、政府答弁で触れられてはいないが、第四に、消費者契約法は約款規制立法ではないので、約款論を前提とした不意打ち条項規制を同法に取り込むことは整合的でないと考えられ、その導入に消極的となった可能性があることも指摘できる。

最後の第四の理由は、前述の「現代契約法制研究会」が16次中間報告・

①「…いわゆる不意打ち条項についてもお尋ねがございました。議員御指摘のような場面につきましては、本法案第2章における誤認類型や第3章の規定により相当程度カバーできるものと考えております。また、契約条項に関して法律行為の要素に消費者の錯誤があった場合には、民法第95条の錯誤の規定により意思表示は無効になります。こうしたことから、我が国の取引やトラブルの実態に照らして、不意打ち条項を規定する実益は乏しいものだと考えております。」(官報号外平成12年4月19日参議院会議録18号4頁(同日の参議院本会議))。

②「…それから、民主党案の方では、政府案に比べますと、情報の不提供による消費者の契約の取り消し権、不意打ち条項、契約条項に係る消費者有利解釈原則というようなものが入っておりますが、これは消費者の立場から見ると有利かもしれませんが、これから一般的な規定としてどんなものが出てくるかわからない、いろいろなものが出てくる、そうなりますと、どういうことを最初から書いておいた方がいいのか。したがって、政令で総理大臣がその都度書けばいいということになるのかもしれませんが、取引全体としての安定性から申しますと、消費者と事業者とのバランスというものがやはり必要なんですね。そういう点から申し上げまして、趣旨と方向においては全く一致しておりますが、そういう内容、行政に権限を付与するところの大きさ、予想可能性、そういった面ではやはり政府提案の方が完成度が高いのじゃないか、こう考えております。」(第147回衆議院商工委員会議事録9号10頁(平成12年4月12日の同委員会))。

16次報告を踏まえて問題提起した点にかかわる。同研究会は、不意打ち条項規制を約款アプローチならではの規制と捉え、消費者契約法が消費者アプローチ又は交渉力アプローチを基礎としていることとの整合性を問い、「国生審においては、……約款論を必ずしも前提としない消費者契約法において、不意打ち条項を採用する理論的根拠は必ずしも明らかにされてないように思われる」と述べたうえ、「当研究会の議論としては、消費者契約法において不意打ち条項を採用することについて積極的に否定するものではないが、仮に採用するとした場合には、その理論的な根拠について、消費者契約法の基本理念との関係において、より明確な説明をすることが望ましいという方向であった」とした⁽⁸⁵⁾。これが実際、17次報告に向けたその後の国生審の議論にどう影響を及ぼしたかは判断しえないが、受け止め方次第で、消費者契約法に不意打ち条項規制を盛り込むに躊躇する理由になった可能性はある。しかし、消費者アプローチ又は交渉力アプローチを基礎とする消費者契約法に、約款アプローチを前提とする規制は導入しえないと解すべき必然性はないし、また仮にそう解するとしても、既に見た通り、不意打ち条項規制は約款アプローチのみならず、消費者アプロー

(85) 現代契約法制研究会・前掲注(48) 54頁。なお、16次中間報告公表後、既に国生審でも以下のような問題点の指摘があった（第16次国民生活審議会消費者政策部会第7回（消費者契約適正化委員会との第5回合同会議平成10年9月25日）の議事録参照〔前掲注(46) 記載 URL〕）。

【以下、議事録からの抜粋】

「〔委員〕今までのご議論を聞いていますと、約款の場合と、そうでない個別契約の場合とで、不意打ち条項という問題もかなり性質が違っているのではないかと思います。今までの事務局のご説明で参考として参照されていたドイツの規制は、あくまで約款規制法でございますので、ただ、約款であればこうで、個別契約だとそれは全然関係ないというわけにも契約の実態からいけばいけないことも良く分かります。しかし、法律を作る上では、一応それは別の問題として、しかし、同じような記述をするならするで、そこはきちんと整理をしておかなければいけないのではないかと、そういう意見だけを申し上げます。」

チ又は交渉力アプローチからも説明は可能である。従って、どのアプローチを取るかはなお議論はあり得ようが、現代契約法制研究会による問題提起を契機に、むしろ不意打ち条項規制がいずれのアプローチからも正当化しうることが明らかにされたことで、これを消費者契約法に盛り込む道が更に開かれたと評価すべきものであろう⁽⁸⁶⁾。

そうすると、政府答弁で触れられた残りの前三つの理由がやはりもっともらしく見える。このうち第一の点は、政府答弁で最も強調されており、立法者自身の考えでは、それが不意打ち条項規制の導入見送りの最大の理由と捉えられていると目される。しかし、確かに16次中間報告公表後、ヒアリングの過程で、特に産業界側から、不意打ち条項の範囲が不明確であるとの批判は寄せられたが、それが「一応」、合理的な批判と受け止められたのは⁽⁸⁷⁾、同報告で条項の不意打ち性が専ら消費者の主観的期待を基礎に判断されるかのような定式となっていたからにすぎない。その後16次報

(86) この点は約款開示規制にも同様に言えることである（前掲注（51）の本文参照）。山本敬三・前掲注（14）81頁注（37）は「契約条件の開示や不意打ち条項に関する問題は、たしかに約款が用いられる場合にとくに問題となるが、通常の契約書のみが用いられる場合でも問題となりうる。その意味で、これはかならずしも約款論を不可欠の前提とするものではない」と述べる。

(87) 本文で「『一応』、合理的な批判」と、括弧くりにしたのは、16次中間報告公表後、国生審においてヒアリング調査のために招かれた産業界側が不意打ち条項規制に関して述べた批判の中には、同規制に対する誤解も含まれるからである。不意打ち条項規制と情報提供義務を混同している発言は随所に見られる他に（もっとも、この点の誤解は国生審の委員の側にも時に見られる）、例えば、以下のやりとり等参照。同種誤解は、第16次国民生活審議会消費者政策部会消費者契約適正化委員会第10回平成10年6月10日での〔社団法人シルバーサービス振興会〕の発言、同委員会第12回同年6月24日での〔社団法人日本病院会〕の発言、同委員会第18回同年8月11日での〔社団法人全国学習塾強化〕の発言等、いずれも主に一定期間の役務契約を締結することになる業界関係者の発言に多く見られる〔<http://www5.cao.go.jp/98/c/19980610kokuseishin.html>; <http://www5.cao.go.jp/98/c/19980624kokuseishin.html>; <http://www5.cao.go.jp/98/c/19980811kokuseishin.html>〕。

告は、既に述べた通り、「異常性」「異例性」という客観的指標を用いて要件の明確化に努め、しかもそうするに、消費者の主観的期待に単に合理性の枠をはめてそこから逸脱すれば直ちに不意打ち性を認める方法もあり得たことを考えると、あえてより踏み込んで更に制限的な客観的指標を基準に選び、拘束力を否定する条項の範囲を相当に絞り込もうとしたとも言

【以下、議事録からの抜粋】（第16次国民生活審議会消費者政策部会消費者契約適正化委員会第15回平成10年7月23日）議事録 [<http://www5.cao.go.jp/98/c/19980723kokuseishin.html>]）。

「〔社団法人全国信用金庫協会〕…不意打ち条項につきましては、消費者保護という観点では賛成でございますけれども、次のような問題点も指摘できるのではないかと考えております。まず第1に消費者への情報提供を行なう際に、『消費者の理解能力に応じた説明』の困難性が挙げられるのではないかと思います。事業者にとりまして、消費者が果たしてどこまで将来にわたります事故について予測しているかを判断することができるかどうかという問題がございます。仮に、将来にわたります事項について予測が可能とするならば、『消費者が予測することができないような契約』について明確にしなければ、事業者は将来起こるであろうあらゆることを想定した契約を考えなければならないということになって、結果といたしまして、約款が複雑・膨大になり、平易性も失われるなど、逆に消費者にとっても不利益を及ぼすおそれがあるのではないかと考えてございます。

〔委員〕…『不意打ち条項』という言葉自身があるいは不明瞭だからかもしれないのですが、ちょっと誤解をされているように見受けられます。というのは、『予測することができないような契約条項』ということ、何か、将来の事態を予測して、それについてあらかじめすべて契約で定めておかねばならないかのように考えて、それ故に契約が膨大化するから不利益だという危惧につながっているのですが、ここで言っている『予測することができないような契約条項』というのは、『将来の事態を予測して』という意味ではなくて、現在、契約条項や約款の中に既に書かれている条項の話でして、パンフレットの記載やあるいは個別の勧誘を受けている段階では、およそそうした条項が入っているということまで思いつかないような条項という意味であり、消費者からすれば『話が違う』という場合であります。将来の事態を予測するという話ではありませんので、この点については少々誤解されているのではないかと思います。…」

える。にもかかわらず、このような経緯を無視し、評価の余地が全くない要件化しか受け入れないとの立場を前提に、なおも条項の不意打ち性の要件を一義的に明確に出来ていないと際限なく批判し続けるのでは、ここに至って「明確性」の強調は、もはや単に何としても規制導入に反対しようとするためだけの政治的スローガンでしかないと思われる。かかる「明確性」の主張は、産業界側から立法作業全般にわたって繰り返し持ち出され、それゆえに17次報告が16次報告よりもその内容を実質的に大きく後退させたことは既に知られるところである⁽⁸⁸⁾。17次報告で不意打ち条項規制が抜け落ち、それが最終的に消費者契約法に盛り込まれなかったのも、合理的な理由かはともあれ、こうした事情が大きいと言えよう。

第二及び第三の理由は、いずれも、不意打ち条項規制がなくとも他の規制により実質的に手当てするという主張である。16次報告でこの点は批判的に検討されたが⁽⁸⁹⁾、17次報告において応接は一切なく、そのまま政府答弁で改めて不意打ち条項規制が不要である理由として持ち出されるに至った。ただ、少なくとも第二の理由は不十分であろう。というのも、これは、元々は、情報提供義務があれば不意打ち条項規制は不要であると説かれたこと⁽⁹⁰⁾に等しい——最終的に成立した消費者契約法が、結局、取消の効果を与えることとの関係では、情報提供義務を一般的に認めず、消費者

(88) 立法作業が具体化されるにつれて、その全体にわたって産業界側から要件の明確化が(唯一の)至上命題のように繰り返し唱えられたことで、消費者保護に相応しいと当初提言された新たな規制が次々に切り詰められ、最終的に成立した消費者契約法の内容が骨抜きになったことにつき、一般には星野英一「『消費者契約法(仮称)の具体的内容について』を読んで」NBL683(2000)15頁以下。その具体的な検証として、情報提供義務等の契約締結過程に関しては、沖野・前掲注(58)、不当条項リスト等の内容規制に関しては、山本敬三・前掲注(18)参照。

(89) 16次報告44-45頁。

(90) 16次中間報告42頁は、後掲注(91)で述べる通り批判的にはあるが、「情報提供義務について規定が設けられている以上、不意打ち条項について特に規定を設ける必要はないとの考えもある」と紹介していた。

を誤認させる何らかの作為がある場面に限り認めるとするにとどめたことで、そのような表現になっただけの話である——が、しかしかかる主張は情報提供義務と約款開示を混同しているうえ⁽⁹¹⁾、仮にそこで言う情報提供義務が約款開示の意であるとしても、開示を超えて不意打ち条項規制が必要となることは既述の通りだからである。16次中間報告公表後、既に沖野教授は「そもそも開示規制と内容の公正さの規制とをおくならば不意打ち条項になるものは少なくあえてこれをもうける意義をどう考えるか」⁽⁹²⁾と問い、「開示の問題に解消したり、あるいは、不公正な条項の規制にとりこむことも一案である」⁽⁹³⁾と述べていたが、その意味では、第二の理由が本来意味するところ、すなわち「開示の問題に解消」することについてはそれで尽くし切れるものではないと言うべきである。

(91) 16次中間報告も16次報告も、恐らく両者区別すべきことを必ずしも踏まえないままに、不意打ち条項規制が、情報提供義務を超えて（約款開示規制を超えてではなく）必要となることを示唆していた（16次中間報告42頁、16次報告45頁）。より詳細に述べる16次報告45頁によると、「事業者から消費者への情報の適切な提供の確保に関する規定における『重要事項』でカバーされない範囲については、不意打ち条項に関する規定を別途設ける実益があると考えられる。一方で、『重要事項』でカバーされる範囲については、不意打ち条項に関する規定の対象にする意義は少ない。ただし、事業者から消費者への情報の適切な提供の確保に関する規定と不意打ち条項に関する規定は、効果の面で大きな相違がある。不意打ち条項に関する規定を適用した場合、その不意打ち条項は契約内容とならないことになる一方で、不意打ち条項以外の契約条項は引き続き有効である。他方、事業者から消費者への情報の適切な提供の確保に関する規定を適用した場合には、消費者がいったん契約を取り消した上で新たに契約を締結することとなり、不意打ち条項に関する規定を適用した場合に比べ、消費者にとって交渉に要するコストが高くなることから、この点においては、不意打ち条項に関する規定を別途設ける意義を見いだすことができる。」ということである。ここで不意打ち条項規制と情報提供義務との違いとして意識されていることは、むしろ約款開示規制と情報提供義務の違いであろう。前掲注（52）参照。

(92) 沖野・前掲注（44）「(5)」NBL656号58頁。

(93) 沖野・前掲注（44）「(5)」NBL656号59頁。

問題は第三の理由、すなわち「不公正な条項の規制にとりこむ」ことが可能かというほうである。16次中間報告後早くも、例えばやはり沖野教授は「『不意打ち条項』も結局は〔内容の〕公正さが問題であり不公正条項の一つと扱うべきではないか」と主張していた⁽⁹⁴⁾。ドイツではかつて、旧約款規制法に不当条項リストが整備される以前、内容の不当性を理由に契約に直接介入することに消極的であった際に、不意打ち条項規制がいわばその間接的な手段として活用されたものの、同リスト整備後は、それを手がかりに、端的に内容規制に直接踏み込んで行く枠組みが整ったことで、不意打ち条項規制が隠れたる内容規制としての使命を終え、現在では、かつてほど実際上の意味はなくなっているとの指摘があることに鑑みると⁽⁹⁵⁾、確かにそのような主張に頷ける面はある。そうすると、やはり規制のポイントは②内容規制にあり、その充実が図られれば、実質的な開示が不十分であることを理由に介入する①採用規制としての不意打ち条項規制は、もはや不要になったとも言えそうである。しかし16次報告は、更なる整理の必要性を留保しつつも、このような主張が「完全な誤解」とする論者の見解に従い⁽⁹⁶⁾、「不意打ち条項の考え方である予見可能性の観点からの『異

(94) 沖野・前掲注(44)「(5)」NBL656号58頁。磯村・前掲注(56)25-26頁も同旨か(前掲注(69)参照)。

(95) 河上・前掲注(12)229-223頁、特に注(70)(74)の本文に詳しい。ドイツにおいて、立法上、不当条項のリストが整備され、内容規制が拡充されるまでは、判例上、不意打ち条項規制がその仮託的な役割を担っていたことは繰り返し指摘されている(山本豊・前掲注(13)5頁及び28頁、増成・前掲注(67)48頁等)。沖野・前掲注(44)「(5)」NBL656号64頁(176)のこの点に関する事実認識も参照。

(96) 河上・前掲注(14)17頁。但し、そこでの文章表現上、実際に「完全な誤解」と批判されるのは、情報提供義務の存在を以て不意打ち条項規制は不要と解する第二の理由のような考え方に対してだけのようにも見えるが、続けて、不意打ち条項の存在は「内容の当不当とも直接には関係ない」と述べられており(同頁)、「完全な誤解」との批判は内容規制の存在を以て不意打ち条項規制は不要と解する第三の理由のような考えにも向けられていると言

常性』と、不当条項の考え方である『不当に不利益』というものとは概念的に異なる」ことを強調し、いかに内容規制が充実しようとも、不意打ち条項規制の全てがカバーされるわけではない、すなわち、いかなる意味でも内容上不当と言えない場合にも、まさに「不意打ち的」であることを理由に規制すべき領域があるとして、固有の適用領域が残されていることを以て不意打ち条項規制の存在意義を示唆していた⁽⁹⁷⁾。もっとも、沖野教授

って差し支えなからう。つとに河上教授が両概念の区別を主張していたことにつき、前掲注（70）参照。消費者契約法成立後ではあるが、山本敬三・前掲注（3）532頁注（37）も、河上教授同様に、あくまで条項の不意打ち性と不当性は異なる概念であって、不意打ち条項規制には不当条項規制でカバーできない問題が残ることを理由に、第三の理由のような考えを「不意打ち条項の意義を誤解したものと」批判する。

(97) 16次報告45頁。16次中間報告公表後、国生審においても両者の区別の必要を説く以下の議論があった（第16次国民生活審議会消費者政策部会第7回（消費者契約適正化委員会との第5回合同会議平成10年9月25日）の議事録参照〔前掲注（46）記載URL〕）。このような議論で確認されたことが16次報告に反映したものと言えよう。

【以下、議事録からの抜粋】

「〔事務局〕…先ほどのドイツのような考え方をとりますと、不意打ち条項の場合は『異常な』ものということがメルクマールになりまして、不当条項の場合は『不当な』ものということで、『概念的に異なるが、別途規制する実益をどのように整理するか。』という点が問題になろうかと思われます。…」

「〔委員〕…私は、このまとめ方で良いのではないかという感じがします。不意打ち条項を置くということは、それなりの意義があるのではないか、特に契約の中心部分については、後の議論にかかりますけれども、不当条項の規制を及ぼさないということになりますと、その中心部分を広げるような、例えば、ガスレンジを買ったら、その保守契約を結ばなければいけないことになっていたとか、そういう部分について非常に意義があるのではないかという感じがいたします。もう一つ、付随的部分については、異例ということと不当ということは、往々にして、その内容が異例であれば、異例な内容は不当なので、どうせ不当になるので、これは必要ないのではないかという疑問も生ずるわけですが、私は、異例と不当は違いうるので残しておいても害はないし、むしろ、残しておいた方が安心かなという感

自身、両概念の区別を知らないわけではなく、にもかからわず不意打ち規制独自の存在意義を否定するのは「不意打ち的条項をすべりこませた事業者の行為の悪性に着目しているとも言い難い。不意打ち条項をしのびこませたことはそれだけでは『悪性』とはいえず、そういえるのはそれが不当な不利益を消費者に課す場合であろう」と評価しているからに他ならない⁽⁹⁸⁾。内容が不当でない限り、実質的な開示の不十分さだけでは特に規制根拠を提供するものではないと考えているわけである。公正であるが不意打ちである条項について規制が必要か否かは、論者により評価は分かれる⁽⁹⁹⁾。17次報告ではこの点をどう受け止めるか示されず、結局、成立した消費者契約法において、不意打ち条項規制は盛り込まれるには至らなかった。そこでは、②内容規制に実質的に解消しようと述べる政府答弁の示すように、沖野教授同様、②重視の意識があったことが少なからず理由になった可能性は否定しえないであろう⁽¹⁰⁰⁾。

じがします。…」

「〔委員〕…不意打ち条項の場合、どちらかと言えば、内容的な悪さといえますか、対価的なバランスも含めてその内容的な悪さを問題にしますけれども、その点については問わないで、なおかつ契約内容から落とせるという場合が出てくると思います。特に新種事業の場合はそういう問題が多いのではないかという気がいたしますので、存在理由は、恐らく過渡的な救済手段であるということになるかと思えます。慣れてくれば、それは皆さんがご存じのことになりますから不意打ちにならないと思うのですが、過渡的な救済手段としては相当意味があるだろうとういことでもあります。…」

(98) 沖野・前掲注(44)「(1)」NBL653号14頁。

(99) 沖野・前掲注(44)「(5)」NBL656号64頁注(175)は、「公正だが不意打ちとなるものをどう扱うかが一番の問題であろう」と述べる。

(100) もっとも、仮にそうであれば、そこで重視されたはずの②内容規制のほうも、結局は、例えば、消費者契約法には当初の提案より縮小した不当条項リストしか盛り込まれなかったこと等からして、少なくとも立法上、空手形に終わったと言える(但し、実際には内容規制の一般規定である同法10条の運用次第という余地はある)。かかる②内容規制の「後退」は、やはり産業界

側の「明確性」の主張を理由にした反対が強かったからで（山本敬三・前掲注（18）参照）、こうして①採用規制についても②内容規制についても、とにもかくにも「明確性」の要請を盾に、現状からのルール変更を一切拒否しようという姿勢が消費者契約法の立法過程においては広く見られたのである。