

Title	約款の包括的変更条項と合理的限定解釈(東京高判平 30・11・28) : 判例における約款法理の全体像・試論(2・完)
Author	吉川, 吉衛 / 福永, 清貴
Citation	経営研究. 72(4); 175-210
Issue Date	2022-02-28
ISSN	0451-5986
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学経営学会
Description	

Osaka City University

約款の包括的変更条項と合理的限定解釈 (東京高判平 30・11・28)

——判例における約款法理の全体像・試論(2・完)——

吉川吉衛・福永清貴

- 1 はじめに
 - 1.1 問題の所在
 - 1.2 約款の変更等に関する判例や裁判例
 - 1.3 本稿の構成等
 - 2 判決
 - 3 論点の整理
 - 4 原判決援用の裁判例
 - 4.1 [J7-2] 福岡高判平 28・10・4
 - 4.2 [J6-1] 東京地判平 28・5・18
 - 4.3 小括 —— 原判決の検討を兼て
 - 5 本判決援用の判例や裁判例
 - 5.1 「昭和45年最高裁」最判1小昭45・12・24
 - 5.2 [J7-2] 福岡高判平 28・10・4
 - 5.3 [J5-1] 東京地判平 27・1・16
 - 5.4 「平成5年最高裁」最判2小平5・7・19
 - 5.5 小括 —— 本判決の検討を兼て(以上、前号)
 - 6 その他の判例や裁判例 —— 重要なピース(以下、本号)
 - 6.1 [J1-3] 大判民1大4・12・24
 - 6.2 [J4-1] 神戸地判昭62・2・24
 - 6.3 [J8-2] 東京高判平 29・2・22
 - 6.4 [J9-1] 東京地判平 29・10・23
 - 6.5 小括
 - 7 考察
 - 7.1 「約款法理は確立している」——判例の全体像
 - 7.2 合理的限定解釈と、適格消費者団体の差止訴訟
 - 7.3 総括 —— 判例における約款法理の全体像と、客観的合意説や定型約款の規定補遺 鉄道事業における契約の締結の仕方 —— R. サレイユ、W. フルーマ、吉川吉衛、2017年改正民法立案担当者の考え方、池田悠太の方法と大澤彩の指摘との関連、また、丸山絵美子の批判
 - 8 むすび —— 本稿の主張
- あとがき

キーワード：包括的変更条項、合理的限定解釈、判例の約款法理、信頼、定型取引合意、客観的合意

[受理日 2022年1月9日]

6 その他の判例や裁判例——重要なピース

本節で、原判決（〔J10-1〕）や本判決（〔J10-2〕）が援用するものではないが、〔J1-3〕大判民1大4・12・24と〔J4-1〕神戸地判昭62・2・24、また、〔J8-2〕東京高判平29・2・22や〔J9-1〕東京地判平29・10・23を取り上げたい。

6.1 〔J1-3〕大判民1大4・12・24

〔J1-3〕大判民1大正4年12月24日民録21輯2182頁（大正4年（オ）第345号）

【事実】Xほか1名（原告・控訴人・被上告人。個人）は、その所有の家屋を目的として、外国会社であるY（被告・被控訴人・上告人。リバプール、エンド、ロンドン、エンド、グローブ保険株式会社）と、保険金額を各500円とする火災保険契約を締結した。当該家屋は、明治44年5月17日に森林火災の延焼により焼失した。Xらは、日本の内国会社の約款中にはその例が無い、森林延焼損害免責条項の効力を争った。Yが、契約成立前ないし成立時に約款を交付するとか、約款中の免責条項の存在を告知するという事はなかった。「営業案内書」が、単に約款の存在を指摘しているだけである²⁸⁾。

第一審（横浜地方裁判所）で、X敗訴。

原審（東京控判大正4年3月17日新聞1011号21頁（大正3年（ネ）第272号））では、「其約款の規定を知らざるXに於ては少くとも我内国火災保険会社の責任を負ふべき損害に付てはYに於ても責任を負ひ保険金の支払を得べきものと思推し従て森林火災の延焼に付ても損害填補の責に任ずべく毫もYの責任を免することを以て契約の内容と為すの意思なかりしを以て敢て約款に反する思意を表示するをなかりし者と認むること取引の通念に適するものな〔り〕」（22頁。傍点は引用者。以下同じ）²⁹⁾ ³⁰⁾としてX勝訴。Yが上告したところ、破棄差戻。

【判旨】「内国会社タルト外国会社タルトヲ問ハス苟モ我国ニ於テ保険事業ヲ営ム者ニ対シテハ国家カ各保険業者ノ定ムル普通保険約款ニ付テ干涉シ其約款ノ当否ヲ監査シテ之ヲ許否シ以テ世間一般ノ保険契約者ヲ保護スル所以ニシテ、又實際保険契約者カ普通約款ノ内容ニ通曉セスシテ之ニ依リ契約スルハ多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適当ナルヘキニ信頼シテ契約スルモノニ外ナラス、故ニ火災保険契約当事者ノ一方タル保険者カ我国ニ於テ営業スル以上ハ其内国会社ナルト外国会社ナルトヲ問ハス苟モ当事者双方カ特ニ普通保険約款ニ依ラサル旨ノ意思ヲ表示セスシテ契約シタルトキハ反証ナキ限り其約款ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定ス」（2186頁。読点と傍点、斜体は引用者。以下同じ）。

「本件事実ノ如ク我国ニ於テ火災保険事業ヲ営メル外国会社ニ対シ其会社ノ作成ニ係ル

書面ニシテ其会社ノ普通保険約款ニ依ル旨ヲ記載セル申込書ニ保険契約者カ任意調印シテ申込ヲ為シ以テ火災保険契約ヲ為シタル場合ニ於テハ仮令契約ノ当時其契約ノ内容ヲ知悉セサリシトキト雖モ一応之ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定スルヲ当然トス」（2186頁）。

この判例は、約款の拘束力根拠に関する判例「意思の推定」理論のリーディング・ケースとして知られている。事案は、B to Cである火災保険契約の約款免責条項に関するものである。

ここで、遠まわりのようだが、約款による契約の実情をみてみたい³¹⁾。それは、事柄の本質において昔も今も、それほど変わらないのではないだろうか（第7節7.3補遺における、1901年のR. サレイユ、1960年を経て1975年等のW. フルーマーや、2017年改正民法立案担当者の言説などをみられたい）。

「顧客の少なからぬ人々（people）は、約款の存在を知らない。あるいは、知っていたところで、その内容を理解できない。かりに理解できたとしても、納得³²⁾のできない約款の条項に、そのまま付き従わざるをえないというのが、実情の一斑である³³⁾。/ それでは何故、そのようなものであっても、約款による契約をするのか。それは、約款を用いる契約の相当数のものが、人々にとって、生活やビジネスに必需だからであり、かつ、そのような契約の仕方により、取引コストが節約され、互いに合理的だからである。」（吉川（衛），2019，2頁。引用に際して修文した）。

取引コスト（transaction costs）とは、これを見出したロナルド・H. コース（Coase, 1960）によれば、市場取引を実行するために必要となるコストであり、そのなかには、「どのような条件で取引しようとしているのかを人々に伝えること、成約にいたるまでにさまざまな駆引きを行なうこと、契約を結ぶこと、契約の条項が守られているかを確かめるための点検を行うこと、等々の事柄」（Coase, 1988, p. 6; コース, 1992, 9頁）がある。

判例に戻ろう。反証なき限り約款による意思を推定するという「意思の推定」理論の構造は、どのようなものか³⁴⁾。

筆者の理解は、約款による意思の推定の根拠は、多くは、人々の納得と対の、(a)「国家カ……約款ノ当否ヲ監査シテ之ヲ許否シ〔ているがゆえに〕……実際保険契約者カ普通約款ノ内容ニ通曉セスシテ之ニ依リ契約スルハ多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適当ナルヘキニ信賴シテ契約スル」ので、「其約款ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定ス」という、裏付けのある信頼に基づく契約者の約款による意思と、(b)「其会社ノ作成ニ係ル書面ニシテ其会社ノ普通保険約款ニ依ル旨ヲ記載セル申込書ニ保険契約者カ任意調印シテ申込ヲ為シタル場合」において、「仮令契約ノ当時其契約ノ内容ヲ知悉セサリシトキト雖モ一応之ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定スル」ということである（吉川（衛），1976a, 107頁。引用にあたり修文した）。

判例は、約款拘束力の根拠として、多くは、人々の納得と対の、(a)「国家カ〔約款を監査・許否しているがゆえに〕……多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適当ナルヘキニ信賴シテ契約スル」という、裏付けのある信賴に基づく契約者の約款による意思、端的に、信賴して約款による意思³⁵⁾を重視しているのである。このように、契約者の意思を捉えているからこそ、大審院は、(a)と、先の (b) あわせて、「約款による意思の推定」を説くのである（詳しくは、同、2019, 12 頁, 534 頁参照）。

ただし、そうすると、約款拘束力根拠の(a)に関して、論理的には問題が2つ発生する。第1に、「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適当ナルヘキニ信賴シテ契約スル」という、契約者の約款による意思のあり方に伴うものである。それは、外部から規制されたものではない、かれの内在的な意思のあり方に伴う問題である。それゆえ、そのような、かれの内在的な意思のあり方の、内容的限界づけ³⁶⁾がなされなければならないことになる。この問題については後に、筆者の学説との関係で、第7節7.3.2.1で論ずる。

第2に、契約者の信賴の論理的前提として、本件森林延焼損害免責条項は、客観的に合理的なものでなければならない筈であるという問題がある。もっとも、論理的前提としてある、この問題が正面から取り上げられるのは、「昭和45年最高裁」最判1小昭45・12・24においてであった（第5節5.1）。

本判決（〔J1-3〕）においては、論理的にはであるが、本件免責条項の客観的合理性は、「国家カ〔約款を監査・許否しているがゆえに〕」、暗黙の前提とされているのであろう。

ところで、学説をみると、河上正二は、本判決につき、「理論的に見ると、『特段の合意』についての反証の可能性を認めている点、『概して適当なるべき』ことへの信賴が基礎にある点」（同、2016, 77 頁〔2017b, 8 頁〕）等が注目されるという。松田は、本判決が示したルールは、「約款の拘束力が認められるためには、意思の存在が必要であるが、個別の事前開示がなくとも意思の存在は推定されうる、というもの」（同、2018, 95 頁）だと言う。

このような文脈において、鈴木（正）が、〔J10-1〕東京地判平30・4・19の判例批評において、〔J1-3〕大判民1大正4・12・24や「昭和45年最高裁」を援用する（同、2018, 15 頁注7）理由を、筆者は自己の考え方（吉川（衛），2019, 2021a）において理解することができる。

さて、〔J1-3〕の判例理論は、「昭和45年最高裁」を経て、その後どのように展開されたであろうか。

6.2 〔J4-1〕神戸地判昭62・2・24

〔J4-1〕神戸地判昭和62年2月24日判タ657号204頁（昭和55年（ワ）第1477号）

【事実】A（訴外会社）は、昭和47年8月頃O連合会の会員であり、X（原告。個人）は、その代表取締役であった。O連合会は、その頃、大同生命保険相互会社が生命保険

を、Y（被告。エイアイユー保険会社）が傷害保険を引き受ける「経営者大型総合保障制度」をつくった。Aは、所定の手続きを完了し、Yとの間で、傷害保険普通保険約款（旧約款）に準拠し、一年毎に自動更新される本件保険契約が締結された。昭和50年10月15日、保険金額の引き上げを主たる内容として旧約款が改正され、あわせて保険料率を引き下げ、これに際し、当該期日から契約更新日までに発生した保険事故については、新約款増額調整保険金を支払うこととし、その旨、保険契約者等に通知された。

Xは、昭和49年11月15日の交通事故の後遺症として廃疾状態（寝たきりの状態）となった。廃疾保険金は、旧約款では基本金額の半額だが、改正約款ではその全額、新約款増額調整となる。Xは、主位的請求として、新約款増額調整は新規契約更新前一年間につき適用あると主張し、第二次予備的請求として、旧約款規定の「両足の喪失」は、その機能完全喪失（いわゆる用廃）にも適用すべきと主張して、保険金請求の訴訟を提起した。一部認容・確定。

【判旨】「本件保険契約が旧約款に準拠して当事者間で締結された以上、その後に約款の改正があった本件の場合も新約款が契約当事者間に当然には適用されるものではないと解するのが契約理論の原則的な帰結であるが、本件においては、約款改正並びに保険料率の引下げがともに被保険者に有利なものであったから、もし新約款が既存契約者に適用されないとすると既存契約者の犠牲において新規契約者が利益を受ける結果となり衡平の理念に反する状態を招くところ、Yは既存契約者に対する旧約款上の権利を放棄することによって改正日以降の事故については新約款を既存契約者の有利に改正された部分に限り既存契約者に対しても適用されることを承認したものと認められる。……新約款増額調整の適用期間は昭和50年10月15日から各契約更新日までと認められる。」（210頁。傍点は引用者。以下同じ）。

「普通保険約款は多数の加入者を相手方として大量に締結される保険契約の性質上保険業者において保険契約の内容とするため予め主務官庁の認可を受けて定めるものであること、保険契約を締結する者はこれを除外する特約をなさないかぎりはその普通保険約款による意思で契約するのが常態であること、主務官庁は普通保険約款につき保険者・被保険者の利益を比較衡量して審査をなしたうえでその許否を決しその内容の合理性を担保しており、保険契約者も通常普通保険約款が合理的内容をもつものと信頼して契約すること、本件保険契約の特質並びに前記約款の文言が明確に手足の切断の場合に限っていることによれば、右文理解釈を離れて右条項を拡大解釈する余地はないものというべきである。」（211頁）。

予め、お断りをしたい。本判決を詳しく記したのには、理由がある。本判決は誠に興味深い判示をしているのだが、事実関係が複雑であり、正確な理解を要請するものだからである。

B to B のいわゆる法人保険の傷害保険契約に関する、この判決は、既存の契約につき、約款変更前に発生した事故に変更後の約款が適用されるが、変更約款の変更時よりも遡る遡及適用はないと判示した。

本判決につき、山下(友)は、「保険契約者に有利な約款変更の際して保険者が旧約款による権利を放棄したが、約款変更時よりも遡る遡及適用まではなかった」(同、2005、117頁注59)と言い、野村豊弘は、「改正された約款が適用されることを前提としているが、契約者にとって変更された内容が有利であるから」(同、2015、51頁)だと言う。

さて、Y によれば、変更改正約款につき、当事者の合意も権利放棄も「いずれも存しない」(判タ657号209頁)。しかし、判決は、次のように示す。新規と既存の契約者の衡平の理念から、Y は「権利を放棄する……承認したものと認められる」(同、210頁)と、判示したのである。もっとも、保険契約者は、通常、主務官庁の認可を受けた約款が合理的内容をもつものと信頼して契約するので、特約をなさない限り、その旧約款は文理解釈される(同、211頁)という。

「事実」との関係で注目すべきは、上記したように、Y が当該の権利放棄等は「存しない」と争っていたにもかかわらず、裁判所が、Y は相手方有利の権利放棄を「承認したものと認められる」と事実認定したことである。

この〔J4-1〕の判示は、部会審議で永野委員³⁷⁾のいう「契約の解釈というものの中には事実認定の問題、あるいは評価の問題、あるいは修整という形での法創造的な性格のものもあり……事案に応じて数々のテクニックを使って妥当な解決を導いているというのが実情」(85回(H26[2014].3.4)7頁)を示す典型例の1つだと、筆者には思われる。長くなったが、その点からも、判決文を詳しく引用した次第である。なお、2021年(令和3年)8月現在、その判例評釈はない。

6.3 〔J8-2〕東京高判平 29・2・22

〔J8-2〕東京高判平成 29 年 2 月 22 日 LEX/DB25563570 (平成 28 年(ネ)第 5207 号)

【事実】X(原告・控訴人。P1)は、クレジットカード事業等を行うY(被告・被控訴人。株式会社ジェーシービー)に対し、Yが、「Y又はサービス提供会社が必要と認めた場合には、Y又はサービス提供会社は、付帯サービス及びその内容を変更することがある。」と定める会員規約に基づきポイント利用プログラム規定を変更し、年間2000円(税別)の手数料を5000円(税別)値上げ(ほか3社は数年前より6000円(税別))したことは無効等と主張し、値上げ前の契約関係に基づく地位確認等を求めて訴訟を提起した。

第一審(〔J8-1〕東京地判平成 28 年 10 月 7 日 LEX/DB25537885 (平成 27 年(ワ)第 36343 号)が、「多数の会員に対して統一した扱いをすることは、取引の安全やコストの削減に

結びつき、契約当事者双方に利益をもたらす合理性があると考えられることからすれば、個々の会員のクレジットカードの有効期限に関わりなく付帯サービスの変更ができると解すべきであり」としたうえで、「本件契約は、消費者契約法 10 条の適用の基礎を欠く……マイル移行手数料の変更が信義則に反するともいえない。」（傍点は引用者。以下同じ）として、一部棄却、一部却下したので、X は控訴した（控訴棄却。上告）。

【判旨】「Y 以外のカード会社における……移行手数料のほか、本件会員規約、本件利用規定及び本件会員特約のいずれにも各約款を変更することがある旨の定めが存在すること等を併せてみれば、Y がした今般の……移行手数料の変更は合理的なものといえる」³⁸⁾。

〔J8-3〕 最決 1 小平成 29 年 10 月 5 日 LEX/DB25563569（平成 29 年（オ）第 814 号・平成 29 年（受）第 1017 号）

最高裁は、上告人兼申立人（P1）の上告につき、〔J8-2〕の「違憲をいうが、その実質は事実誤認又は単なる法令違反を主張するものであって、明らかに上記各項〔民訴法 3 1 2 条 1 項又は 2 項〕に規定する事由には該当しない。」として棄却し、また、上告受理の申立てにつき、「民訴法 3 1 8 条 1 項により受理すべきものとは認められない。」として不受理と決定した。

B to C であるクレジットカード事業会員規約におけるポイント利用プログラム規定に関する、本事案には、第一審判決（〔J8-1〕）と本判決（〔J8-2〕）を通じて大きな特色がある。会員規約に基づくポイント利用プログラム規定の変更につき、合理性の有無を判断基準にしていることである。そこにおいて、両判決が、「昭和 45 年最高裁」最判 1 小昭 45・12・24 や、これをふまえた〔J4-1〕神戸地判昭 62・2・24 の流れを承けたものであることが明らかである。

ところで、本件は、変更条項が有りの場合の、548 条の 4 第 1 項 2 号に関する「合理的なもの」についての解釈の適切な参考事例となるであろう³⁹⁾。

さて、第一審は、X 主張の民法改正案の参照は「現時点で成立、公布されていない法律の趣旨を考慮することは相当でない」とした。

本判決では、「削除」とされているのが、おそらく第一審の当該部分であろう。

この問題点について、第 4 節 4.3 もみられたい。

6.4 〔J9-1〕東京地判平 29・10・23

〔J9-1〕東京地判平成 29 年 10 月 23 日判タ 1454 号 227 頁（平成 29 年（ワ）第 2513 号）

【事実】D が保険会社との間で締結した生命保険契約の保険金受取人である X ほか 1 名（原告。個人）が、D が居住するマンションの 8 階吹き抜け部分から階下に転落し死亡し

たため、災害死亡保険金の支払い事由が発生したとして、保険事業を承継した Y（被告。メットライフ生命保険株式会社）に対し、保険金等を求めて訴訟を提起した。

裁判では、Y が保険法施行に伴い生命保険約款につき、本件変更特約を付加して変更し、D にその旨の通知を行ったところ、D が異議を述べず約 5 年間にわたり保険料の支払いを続けていたことにつき、黙示の合意があった否か等が争われた（なお、重過失免責事由該当性の争点については割愛する）。一部認容、一部棄却（控訴(後和解)）。

【判旨】「D が本件変更特約付加についての異議を述べず、保険料の支払を続けていることに加え、本件変更特約新設の目的、本件変更特約の内容からして、変更の必要性、相当性が認められること及び適切な方法により周知が図られていることからすれば、Y と D との間には、本件変更特約により災害死亡保険金の支払期限を変更することについて、黙示の合意があったものと認めるのが相当である。」(237 頁。傍点は引用者)。

さて、B to C の生命保険契約における生命保険約款の変更特約に関する、本件判決につき、石川は、2017 年改正民法の「新规定に沿った内容の判断を下した裁判例」(同, 2018, 36 頁) と捉えたうえで、548 条の 4 が個別の通知までは要求していないことに鑑みれば、その変更法理に関して、「黙示の合意という法的構成によって基礎づけることは困難であろう。」(同, 37 頁。38 頁も参照) と言う⁴⁰⁾。

これに対し、堀仲夫は、「『黙示の合意』を認めるにあたり……改正民法の約款変更の要件に、〔異議を述べずに保険料を支払い続けた〕契約者側の事情も加味している判断に賛成」(同, 2019, 30 頁) と言う。しかし、山下典孝は、保険契約者側の事情については、「個別の合意がなくとも一定の要件が充足できれば約款の変更が認められることは判例学説においても認められている……本件ではその要件を充足している」(同, 2020, 442 頁。傍点は引用者) としたうえで、「改正民法の基準に照らしても妥当なものと評価できる」(同, 441 頁) と主張している。梅村悠は、「本判決も、〔(J5-1) 東京地判平 27・1・16、(J7-2) 福岡地判平 28・3・4、(J8-1) 東京地判平 28・10・7 と〕同様の判断枠組みに依拠しており、その結論共に妥当（平成 29 年改正民法 548 条の 4 を適用した場合も同様の結論が導かれる）」(同, 2020, 89 頁) だと言う。笹本幸祐は、「Y と A〔D〕 との間の黙示の合意の成立を認めており、その判断枠組みとしては妥当なもの」(同, 2021, 24 頁) だと言う。笹本に対し、研究会座長 竹瀆修は、「本件は、改正民法の施行前の事案である。この時期には、判旨のいう黙示の合意という構成は法的安定性という点では、やや不安が残る部分があるように思われる」(同, 26 頁) と指摘している（この指摘の問題については、第 4 節 4.3 や、第 6 節 6.3 末尾をみられたい）。

筆者は、黙示の合意の成否について、定型約款に関する規定の構造と論理に即する形で考えてみたい。

さて、D⁴¹⁾ が、本件変更特約付加について、leave か留まるかのみしか無いなかで、leave

しなかつたことには、かれの、保険契約者としてのそのような意思があると認められる。この意思を、法律構成において無視することはできない。2017年改正民法第3編第2章第1節第5款「定型約款」、すなわち、548条の2から548条の4までの規定を、同一範疇のなかの規定と捉える筆者の理解に基づき、当該の意思は、「平均的顧客の通常の意味」につき、信義則の遵守に照らしてみれば（吉川（衛），2019，第4章第5節5.3，321-322頁）、「社会通念」を取り込んだ〈希薄な黙示の合意〉（筆者の造語）だと、筆者は考える（同，補遺2の2.2.2，343頁）。

筆者は、定型約款の契約への組み入れや、定型約款の個別の条項の内容的限界づけについては、黙示の合意が基礎となる（同，第4章補遺1）が、これに対し、定型約款の変更や変更された定型約款の条項の内容的限界づけについては、「社会通念」を取り込んだ〈希薄な黙示の合意〉がそれだと考えている。

さて、以上を踏まえて、本節の小括を行うこととしたい。

6.5 小 括

大きく、2つ論じたい。第1である。〔J9-1〕東京地判平 29・10・23 は、事案につき「黙示の合意」があったという。異議を述べず約5年間にわたり保険料の支払いを続けていた相手方（D）に、「本件変更特約付加についての異議を述べず、保険料の支払を続けていること」（判タ 1454号 237頁）についての、どのような意思があるのか。筆者は、「社会通念」を取り込んだ〈希薄な黙示の合意〉だと主張した（第6節6.4）。

しかしながら、そこにおいて、意思決定にかかわる、如何なる選択的契機が、相手方（D）にあるのか。後に、第7節7.3.1において、法律行為の真髄である自己決定（W. フルメ）という、筆者がよって立つ見地から論ずることとしたい。

さて、第2である。〔J4-1〕神戸地判昭 62・2・24 につき、改めて判決文をみる。「主務官庁は普通保険約款につき……その許否を決し……保険契約者も通常普通保険約款が合理的内容をもつものと信頼して契約する」（判タ 657号 211頁。傍点は引用者。以下同じ）と判示されている。

ここで、〔J4-1〕が判示する、行政規制があるがゆえに、「保険契約者も通常普通保険約款が合理的内容をもつものと信頼して契約する」につき、立ち入って論じたい。〔J1-3〕大判民 1大 4・12・24 は、約款免責条項の拘束力根拠には2つあり、その1つが、多くは、人々の納得と対の、約款に対する行政規制があるがゆえに、「概シテ適当ナルヘキニ信頼シテ契約スル」（民録 21輯 2186頁）という契約者の約款による意思、端的に、信頼して約款による意思であると判示していたのであった（第6節6.1）。そうして、同判決は、約款免責条項の合理性を問題とする「昭和 45 年最高裁」最判 1小 昭 45・12・24 を経て、〔J4-1〕において、「通常普通保険約款が合理的内容をもつものと信頼して契約する」という形であらわれているのである。

さらに、その点は、〔J1-3〕が、同じく「昭和 45 年最高裁」を経て、〔J8-1〕東京地判平

28・10・7において「合理性がある」(LEX/DB25537885)、また、〔J8-2〕東京高判平29・2・22において「変更は合理的なもの」(LEX/DB25563570)という形であらわれている。これらのことは、判例における約款法理の全体像を把握したいと願う筆者にとって刮目に値する。

こうして、判例や裁判例の流れをみても、“約款準備者による「約款条項の合理性」と、これに対する相手方(顧客)の「信頼」”は、またしたがって、それを示す判決は、約款変更に関する判例や裁判例のなかで、重要なピースの位置を占めている。

そのことは、いったい、何を物語るのか。

結論のエッセンスを先取りする。本判決(〔J10-2〕東京高判平30・11・28)の“「当事者の個別の同意がなくても約款を変更できる場合がある」との約款法理は確立している”に関する当該判決の論理においては、重要なピース(全体の一部)である或る判決が明示されていない、と筆者には思われてならないのである。いいかえれば、当該の判決文において、その重要なピースである判決、端的に〔J1-3〕が援用されていないと、筆者は考えるものである。つまり、〔J1-3〕の、約款による契約の相手方は、その約款による意思において、約款条項の内容が、行政規制があるがゆえに「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適当ナルヘキニ信頼シテ契約スル」という論理は、本判決、〔J10-2〕という裁判例にとって重要なピースである判決だ、と筆者は考える。

本判決(〔J10-2〕)の理論は、〔J1-3〕も援用することで、いっそう完成度が高まると、筆者は考えるものである。

またしたがって、契約相手方の「信頼」の保護のために、本判決(〔J10-2〕)にいう本件変更条項につき、合理的限定解釈(「平成5年最高裁」最判2小平5・7・19)がなされなければならないということが、いっそう明確となるのである。

このような筆者の理解については、後に第7節7.1.2, 7.1.3で、改めて詳しく論ずることとしたい。

7 考察

7.1 「約款法理は確立している」——判例の全体像

7.1.1 判例における約款法理の確立と合理的限定解釈

判例において「約款法理は確立している」か否かについて、山本(豊)は、「本判決〔〔J10-2〕東京高判平30・11・28〕のあげる諸事情に照らしても、到底首肯しうるものではない」(同, 2020, 120頁)と主張している。しかし一方で、山下(典)は、第6節6.4で引用したように、〔J9-1〕東京地判平29・10・23の判例批評のなかで、「個別の合意がなくとも一定の要件が充足できれば約款の変更が認められることは判例学説においても認められている」(同, 2020, 442頁)と言う。

果たして、如何であろうか。本判決(〔J10-2〕)に至るまでの判例や裁判例の主な流れを要

約する。

〔J7-2〕福岡高判平 28・10・4 は、定型の取引約款（普通預金規定）による契約には、既存顧客との個別の合意がなくとも、必要な範囲で契約上当然に、その条項の合理的な変更が予定されているという（これにつき、〔J7-3〕最決 3 小平 29・7・11 は、上告棄却・上告不受理と決定した）。〔J6-1〕東京地判平 28・5・18 は、同じく、普通預金規定につき、実体的なものを総合考慮し、周知手続きも満たされていることを指摘したうえで、暴排条項追加による規定の変更を認めた。

ところで、原判決（〔J10-1〕東京地判平 30・4・19 判時 2425 号 26 頁）は、それらの裁判例を「下級審レベルの裁判例であるにとどまる」（同、30 頁）という。また、山本（豊）（2020）は、同判決による当該の指摘を承けて、「この裁判例〔〔J7-2〕〕の存在をもって『約款変更法理』の確立の一証左とするのは、無理がある」（同、119 頁）と主張するのである。

これらの原判決（〔J10-1〕）や、山本（豊）の指摘は、一定程度は首肯できるものである。すなわち、下級審判決は、確かに、三審制の下では上訴可能であり、訴訟手続的観点からは、第一審判決・第二審判決で判示する場合、常に判示内容の事後的可変性（変更可能性）を内包しており、その法解釈論や法理の確定性を有するものではない（新堂，2019，108 頁，923 頁，939 頁）。

しかしながら、そのことは、下級審と上級審（特に最高裁）判決に、内容における法理論（法解釈論）の妥当性につき、差があるとはいえない。つまり、最終審（最高裁）と下級審の違いはあれども、そのことが直ちにその判決内容（法理・法解釈論）の価値の優劣を基礎づけるものではないからである。

さて、「昭和 45 年最高裁」最判 1 小昭 45・12・24 は、船舶海上保険約款の、契約締結時に既に変更されていた免責条項につき、相手方の同意がなくとも、「強行法規や公序良俗に違反しあるいは特に不合理なものでない限り」（民集 24 卷 13 号 2191 頁）、業法認可を欠缺しても、私法上有効としていた。〔J5-1〕東京地判平 27・1・16 は、携帯電話利用契約の包括的変更条項による約款の変更につき、利用者の個別合意がなくとも、目的にかない、「社会通念上必要かつ相当な範囲で合理的〔な〕変更」（LEX/DB25524293）であれば、消契法 10 条、民法 90 条に違反しないという。

約款免責条項の合理的解釈をいう「昭和 45 年最高裁」をふまえて、「平成 5 年最高裁」最判 2 小平 5・7・19 は、普通預金契約のキャッシュカード取引規定中の免責約款につき、合理性のある限定文言を付加して、合理的限定解釈⁴²⁾をした。

こうした判例や裁判例の流れを承けて、本判決（〔J10-2〕）は、携帯電話利用契約における約款の包括的変更条項につき、約款の変更は、その有無にかかわらず、必要に応じて合理的な範囲で契約上予定されており、「当事者の個別の同意がなくとも約款を変更できる場合がある」との約款法理は確立しているとしたうえで、同条項を合理的限定解釈し、消契法 10 条の要件該当性を否定して、差止請求を棄却した（これにつき、〔J10-3〕最決 2 小令 1・7・24 は上告棄

却・上告不受理と決定した)。

筆者の結論を記す。判例や裁判例の流れを上記のように捉える筆者は、本判決 ((J10-2)) の判旨に、先ず、賛成するものである。そうして、「昭和45年最高裁」と「平成5年最高裁」をふまえた合理的限定解釈という裁判の手法(第6節6.2で論及した部会審議における永野委員の言説を改めてみられたい)に基づく、「本件変更条項は、『当社は、この約款を変更することがあります。この場合、料金その他の提供条件は、変更が客観的に合理的なものである場合に限り、変更後の約款によります。』との趣旨と解するのが相当である」(第3-1-(3)-イ。判時2425号24頁。傍点は引用者。この傍点部分は、本件変更条項に文言を付加した部分)との判決は、適切かつ妥当なものだと、筆者は考えている。

いま、1つ論じたい。合理的限定解釈につき、小川政府参考人の国会答弁(第7節7.3.2.1)もふまえると、それは的確には、「客観的に合理的限定解釈」と呼ぶべきである。すなわち、政府参考人は、548条の4第1項2号が定める「合理的なもの」とは、端的に「客観的に見て合理的」(193参法委議事録(H29[2017].5.23)13号16頁)だと答弁しているからである。これはまた、本判決((J10-2))が判示する、合理的限定解釈だとして示す具体的文言そのもの(傍点部分を改めてみられたい)である。本稿では、合理的限定解釈とは「客観的に合理的限定解釈」という意味合いにおいて用いることとする。後に、第7節7.1.3で改めて論ずる。

さて、しかしながら、上記の本件を除く判例や裁判例は、個別訴訟であり、本件は、差止訴訟である。この点については、後に款を改めて検討する(第7節7.2)。

7.1.2 判例の約款法理における重要なピース——相手方(顧客)の信頼

〔J1-3〕大判民1大4・12・24は、約款の拘束力根拠に関する判例「意思の推定」理論のリーディング・ケースである。筆者は、その根拠は2つあり、1つが⁴³⁾、多くは、人々の納得と対の「国家カ……其約款ノ当否ヲ監査シテ之ヲ許否」(民録21輯2186頁)しているがゆえに、「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適当ナルヘキニ信頼シテ契約スル」(同頁)という契約者の約款による意思、端的に「信頼して約款による意思」だと捉えている(吉川(衛), 1976a, 107頁、同, 2019, 11-12頁。引用にあたり修文した)。河上も、「信頼が基礎にある点」(同, 2016, 77頁〔2017b, 8頁〕)等が注目されると言う。

ここで、思い起こされるアカロフの言説がある。AGB-Qualität(約款の品質)が識別できない市場では、市場の失敗が生ずるがゆえに、市場への政府による介入があり得るのであって、このような市場では、「信頼」が重要だという主張である(第1節1.1)。改めて、視野に入れることとしたい。

〔J1-3〕は、本節7.1.1で論じた、合理性を問題とする「昭和45年最高裁」最判1小昭45・12・24を経て、〔J4-1〕神戸地判昭62・2・24において、「保険契約者も通常普通保険約款が合理的内容をもつものと信頼して契約する」(判タ657号211頁)という形で、また、〔J8-1〕

東京地判平 28・10・7 において「合理性がある」（LEX/DB25537885）、〔J8-2〕東京高判平 29・2・22 において「変更は合理的なもの」（LEX/DB25563570）という形であらわれている。

そこで、“約款準備者による「約款条項の合理性」と、これに対する相手方（顧客）の「信頼」”は、またしたがって、それを示す判決は、約款変更に関する判例や裁判例のなかで、重要なピースの位置を占めている、と筆者は主張するものである（第 6 節 6.5）。

7.1.3 判例における約款法理の全体像

それでは、約款法理の全体像は、判例において如何なるものか。(a) 〔J1-3〕大判民 1 大 4・12・24 において、「實際保險契約者カ普通約款ノ内容ニ通曉セスシテ之ニ依リ契約スルハ」（民録 21 輯 2186 頁）、なにゆえか。約款に対する行政規制があるがゆえに、「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適當ナルヘキニ信頼シテ契約スルモノニ外ナラス」（同頁）だからである。すなわち、そこには、「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適當ナルヘキニ信頼シテ契約スル」という契約者の約款による意思、端的に「信頼して約款による意思」がある。

さて何故、そのような契約の締結の仕方であるのか。普通預金規定につき、〔J7-2〕福岡高判平 28・10・4 が判決し、〔J7-3〕最決 3 小平 29・7・11 が決定したように、「定型の取引約款によりその契約関係を規律する必要性が高 [い]」（金法 2052 号 95 頁）からである。したがって、約款の個別の条項が、「必要に応じて合理的な範囲において変更されることも契約上当然に予定されている」（同頁）のであって、「既存顧客との個別の合意がなくとも、既存の契約に変更の効力を及ぼすことができる」（同頁）のである。

ところで、(b) 「昭和 45 年最高裁」最判 1 小昭 45・12・24 が判決したように、「保険約款の内容を保険業者の定めるところに委ねても、必ずしもその合理性を確保しえないものではない。」（民集 24 卷 13 号 2191 頁）。それゆえ、—— 本事案では、約款の個別の条項の変更は契約締結前になされていたのだが—— 「変更された条項が強行法規や公序良俗に違反しあるいは特に不合理なものでない限り、変更後の約款に従った契約もその効力を有する」（同頁）。すなわち、約款の個別の条項は、（契約者の信頼に値する（〔J1-3〕）べく）合理的である限りで有効である。

したがって、(c) 「平成 5 年最高裁」最判 2 小平 5・7・19 が判決したように、普通預金契約のキャッシュカード取引規定中の免責約款の解釈にあたっては、（契約者の信頼に値する（〔J1-3〕）べく、約款の条項が合理的であらねばならない（「昭和 45 年最高裁」）がために）必要な場合には、適切な文言を付加して、合理的限定解釈がなされねばならない（集民 169 号 258 頁参照）のである。

以上のゆえに、本判決（〔J10-2〕東京高判平 30・11・2）が判示し、〔J10-3〕最決 2 小令 1・7・24 が決定した、本件変更条項に文言を付加しての合理的限定解釈、すなわち、的確には「客観的に合理的限定解釈」は、適切かつ妥当なもの（第 7 節 7.1.1 第 11 段落）だと、改めて主

張することができるだろう。

このように、(b)「昭和45年最高裁」と(c)「平成5年最高裁」が判決した、約款準備者による約款の個別の条項が合理的であらねばならないこと、それゆえ、必要な場合には、文言を付加しての合理的限定解釈がなされることと、これに対する(a)〔J1-3〕が判決した、相手方(顧客)の「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適当ナルヘキニ信頼シテ契約スル」という契約者の意思とは、すなわち、(b)(c)と(a)これらのことは、本判決((J10-2))が判示し、(J10-3)が決定した、「本件変更条項の有無にかかわらず、必要に応じて合理的な範囲において約款が変更されることは契約上予定されており、少なくとも、『当事者の個別の同意がなくても約款を変更できる場合がある』という限度では、約款法理は確立している」(判時2452号24頁)において、すなわち、確立した約款法理において、重要なピースである。

言い換えれば、本判決((J10-2))が援用した(b)(c)だけでなく、(a)も重要なピースなのである。

7.2 合理的限定解釈と、適格消費者団体の差止訴訟

ここで、本件変更条項に関する合理的限定解釈について、大きな問題がある。適格消費者団体が行う差止訴訟において、当該条項の合理的限定解釈が許されるかという問題である。許されるべきでないという見解がある。山本(豊)は、「差止訴訟にそのまま応用すると、限定解釈された条項はその限定された内容で有効とされて、差止請求は否定されることになる。すなわち、……法的知識に乏しい平均的消費者の誤解を招くおそれの高い契約条項が引き続き使用される結果となる」(同, 2020, 120頁)と主張する。大澤(2019)8頁, 同(2021c)40頁、国民生活センター消費者判例情報評価委員会(2020)36頁、丸山(愛)(2020)500頁[166頁]注6は、おおむね同様の意見である。鈴木(正)は論及していない。

この点について、原判決((J10-1)東京地判平30・4・19)は、長くなるが正確に引用すると、次のように判示した。すなわち、「(なお、Xは、……適格消費者団体の訴訟においては、本件変更条項に個別救済的な限定解釈を施してはならない旨主張するものとも解されるが、差止請求権を規定した法12条3項は、その要件の一つとして『第10条(中略)に規定する消費者契約の条項』と規定するのみであるから、本件変更条項が法10条に該当するとして法12条3項に基づき同条項を含む消費者契約の申込み等の差止を請求する訴訟と、その中で本件変更条項の法10条該当性が問題となる訴訟とで、法10条後段の解釈を異にすべき文言上の根拠は存しない。)」(判時2425号30頁)である。

また、本判決((J10-2)東京高判平30・11・2)は、改めて引用すると次のように判示した。すなわち、「Xは、不当条項による将来の消費者被害を差し止めることを目的とする適格消費者団体の訴訟においては、本件変更条項に個別救済的な限定解釈を施してはならない旨主張するものと解されるが、差止請求権を規定した法12条3項は、不当契約条項(法8条から法10

条までに規定する消費者契約の条項）を要件の1つとして規定しているものであり、法10条の該当性について、本件変更条項を限定解釈してはならないとする根拠も見出せない。」（同、24頁）である。

要するに、消契法の解釈としては、こうだという。すなわち、原判決は、差止訴訟と個別訴訟とで「法10条後段の解釈を異にすべき文言上の根拠は存しない」といい、本判決は、本件変更条項の限定解釈を禁止する根拠も見出せないという。

今後の判例や裁判例の展開を、筆者は慎重に見守ることとしたい⁴⁴⁾。

なお、最高裁が、〔J10-2〕の申告につき、〔J10-3〕最決2小令1・7・24において、申告棄却、申告不受理と決定したことは、改めて指摘するまでもない。

最後に、興味深い指摘についてふれたい。松田は、包括的変更条項につき、差止訴訟と合理的限定解釈の有無との関係を詳しく論じたうえで、たとえば、武田直大が論じている包括的差止請求という論点（武田（直），2019，115-116頁）を検討し、かつ、有益な情報の生産という視点が重要だと指摘（松田，2021，33頁）している。

7.3 総括——判例における約款法理の全体像と、客観的合意説や定型約款の規定

7.3.1 吉川（衛）（同，2021a）の到達点——〔J9-1〕東京地判平29・10・23との関連も兼て

さて、筆者の一人である吉川（衛）は、前稿（同，2021a）において、定型約款による取引が「定型取引」であることに基づく⁴⁵⁾、定型約款の規定が有する根幹の論理は、「表示に関する請求構成」（548条の3）だと捉えて、当該の規定に関する全体の論理や構造と解釈を論じた。

ポイントを平たく言えば、こうである。「定型約款による取引には、特質がある。取引が画一的なので、相手方（顧客）が、定型約款の内容を具体的に認識しないまま、契約を締結するかどうか、ときには、契約を継続するかどうかを決定するという特質である。

たとえば、定型約款準備者が、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（顧客）に表示していた場合において、定型約款準備者と相手方が定型取引合意をしたときは、定型約款による契約が成立する（548条の2第1項2号）。」（同，166頁。引用にあたり修正した。以下同じ）。

また、「相手方（顧客）は、定型約款の個別の条項を認識しないまま、契約を締結するというのが立法の大前提である……いわゆる変更条項の有無を問わず、相手方との個別合意なくして、定型約款の変更ができる定められた（548条の4第1項2号）。」（同，166-167頁）。

ところで、「定型約款の合意においては、相手方の take it or leave it という選択がある。これに対して、定型約款の変更においては、相手方の leave か留まるかということしかない。しかし、いいかえれば、相手方には、定型約款の変更において、leave か留まるかという選択がある。」（同，2019，307頁⁴⁶⁾）。

「そこ〔定型約款の合意や変更〕には、法律行為の真髓である自己決定（W. フルーム）に基づく、契約締結の自由や、契約継続の自由がある。」（同，2021a，166頁⁴⁷⁾）。この点につき、W. フルームの立論の対象（社会＝経済現象）にふれてみたいが、これは第7節7.3の補遺に付す。

さて、上の段落において括弧で引用したことは、国会審議において、小川政府参考人が言うように、まさに、「改正法案の規律は、民法の意思主義の原則……その特則を定めるもの」（193参法委会議録13号（H29〔2017〕.5.23）31頁）を裏付けるものだ、と筆者には思われる。

そうして、吉川（衛）は、「定型約款の規定が定める『定型取引合意』とは、筆者の学説にいう『客観的合意』にはかならない」（同，2021a，143-144，156-157，167頁）と主張した。

そのうえで、そのような定型約款の規定と判例法理との関係を指摘していた。たとえば、「定型約款の変更の規定（548条の4）について、定型の取引約款による契約には、既存顧客との個別合意がない約款の変更が、必要に応じて合理的な範囲で契約上当然に予定されているとの判例法理が、制定法に定着したとみることができる（吉川（衛），2019，334頁以下，とりわけ337-341頁。本稿注89参照）」（同，2021a，124頁）と主張していたのであった。この主張を、次に項を改めて深めたい。

その前に最後に、法律行為の真髓である自己決定（W. フルーム）という考え方と（J9-1）東京地判平29・10・23との関連を論じたい。「本件変更特約付加についての異議を述べず、保険料の支払〔異議を述べず約5年間にわたる保険料の支払い〕を続けている」（判タ1454号237頁）相手方には、本件変更特約付加という約款条項の変更につき、leaveか留まるかという選択がある。そこには、法律行為の真髓である自己決定に基づく、契約継続の自由がある。筆者はやはり、相手方の当該の行為は、「社会通念」を取り込んだ〈希薄な黙示の合意〉だ（第6節6.4）と主張するものである。

7.3.2 判例の全体像と、客観的合意説や定型約款の規定との関係

7.3.2.1 判例の全体像と客観的合意説との関係

約款による取引が、「定型の取引約款」（（J7-2）福岡高判平28・10・4金法2052号95頁）による契約であることに基づく、判例における約款法理の全体像（以下、「判例の全体像」ということがある）のポイントは、3つないし4つである（第7節7.1.3）。

要するに、(a)〔J1-3〕が判決したように、契約者は、「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適当ナルヘキニ信頼シテ契約スル」（民録21輯2186頁）のであるから、(b)「昭和45年最高裁」が判決したように、約款の個別の条項は、（契約者の信頼に値する（（J1-3））べく）合理的である限りで有効である。したがって、(c)「平成5年最高裁」が判決したように、約款の個別の条項の解釈にあたっては、（契約者の信頼に値する（（J1-3））べく、条項が合理的であらねばならない（「昭和45年最高裁」）がために）必要な場合には、適切な文言を付加して、合理的限定解釈がなされねばならない。更に、本判決（（J10-2））も対象とすると、(d)本判

決が判示し、〔J10-3〕が決定したように、約款の変更にあたっては、個別の合意は必要ないが、変更後の約款の条項につき、（契約者の信頼に値する（〔J1-3〕）べく、合理的であらねばならない（「昭和 45 年最高裁」）がために）必要な場合には、適切な文言を付加して、合理的限定解釈がなされねばならない、のである。

これらが、判例の全体像の骨格（本稿において、単に「全体像」ということがある）をなす。

ところで、小川政府参考人は、国会審議において、約款の変更に関する 548 条の 4 第 1 項 2 号について、契約目的に反せず、「合理的なもの」であるときの合理的とは、「事業者側の事情のみならず、相手方の事情も含めて総合的に考慮した上で客観的に見て合理的であると言えなければならないという趣旨」（193 参法委議事録（H29 [2017].5.23）13 号 16 頁。筒井・村松編著，2018，260 頁。傍点は引用者。以下同じ）だと答弁している。要するに、条文が定める「合理的なもの」とは、客観的に見て合理的だということである。

さて、ここで、約款論の第一人者である河上正二による、筆者の客観的合意説（吉川〔衛〕，1978b，1980（同，2019，第 1 章から第 3 章まで））の捉え方を記したい。それは、「従来の〔石井，1957，に始まる〕約款本質論が主観的意思を克服するために、『約款による』という、包括的な、いわば白地の意思を考えたのに対して、吉川説はさらにこの包括的な白地の意思に客観化された具体的内容を盛り込むことによって同意の範囲に一定の枠を設け〔判例のいう合理的限定解釈ないし「客観的に合理的限定解釈」〕、約款設定者からの一方的な約款内容の押しつけを阻もうとしている〔合意擬制・除外〕。論理的なフレームとしても非常に整っており、当事者意思の客観化の一つの極と思われる。」（河上，1988，85 頁。傍点は引用者）であった（吉川〔衛〕，2019，154-159 頁，161-163 頁。初出 1978 年）。

ここにいう〔合意擬制・除外〕は、筆者の理論枠組みの根幹である。筆者は近時、2014 年を初出とする論考で、『定型取引合意』（548 条の 2 第 1 項柱書き）がされたとしても、これは、包括的な白地の合意、すなわち“みなし合意”であるから、定型約款の個別の条項は、『不意打ち条項や不当条項が紛れ込んでいるかもしれないという問題含みなのである』（吉川〔衛〕，2014，5 頁⁴⁸⁾）。それゆえ、定型約款の個別の条項から、そのような不意打ち条項や不当条項を『除外』しなければならない」（同，2019，298 頁）と論じた。

すなわち、定型約款準備者と相手方との合意（客観的合意）は、包括的な白地の合意であるから、相手方が、客観的かつ合理的に意思したであろうところのものに即して、定型約款の個別の条項、あるいは、変更後の定型約款の条項の内容的限界づけ、つまり「除外」がなされなければならない（同，図 4-3，298 頁参照）。これは、相手方の、契約締結、あるいは、約款変更の際の契約継続にあたっての、意思の内在的なあり方に伴う解釈作業である（ここで、第 6 節 6.1 で提起した問題の第 1 を思い起こされたい）。

また、近年の約款論の主要な論者である大澤彩は、筆者の〔合意擬制・除外〕についてコメントしている。すなわち、「前述した吉川論文〔吉川〔衛〕，2019〕で指摘されていたように、……

個別の組み入れ意思を前提にしない以上、内容規制を厳格に行って不当な内容の条項を排除することが求められる」(大澤, 2021b, 139頁)と言うのである。大澤は、〔合意擬制・除外〕が、客観的合意説の論理構造であることを指摘している⁴⁹⁾。この点について、第7節7.3補遺もみられたい。

ところで、そのような筆者が説く客観的意思や客観的合意は、判例の約款法理の全体像における契約者の意思であり、約款準備者と契約者(相手方)との合意だ、と主張するのは、我田引水が過ぎるであろうか。

筆者の前稿(吉川(衛), 2021a)の到達点である「定型約款の規定が定める『定型取引合意』とは、筆者の学説にいう『客観的合意』にほかならない」(第7節7.3.1参照)を、吉川(衛)『定型約款の法理』(2019)に即して、やや詳しく記してみよう。ここで、やはり大澤による、「問題となるのは個別の組み入れ意思だけではなく、……吉川論文〔同, 2019〕で指摘されていたように、より集団化された意思」(大澤, 2021b, 139頁)だとの主張(第1節1.1参照)を思い起こされたい。

定型約款の規定に関する解釈にあたり、ふまえるべきことがある。「定型約款による取引は、1対不特定多数⁵⁰⁾だという外在的観点と、定型約款のみなし合意という内在的論理」(吉川(衛), 2019, 306頁)の認識である。

「定型約款による契約は、個別の取引だけでなく、個別の取引からなる集団の取引でもある。いかえれば、この取引には、空間的な広がりがあり、定型約款による取引の特質を有する。このような『定型取引』における、定型約款準備者と相手方との『定型取引合意』(548条の2、548条の3)は、これを契機として特定の場合には、みなし合意となる。このような定型取引合意は、当事者の主観的意思と、定型約款準備者の相手方(顧客)の、筆者のいう客観的意思(「集団的意思⁵¹⁾」)に基づく、当事者の客観的合意とからなる。

また、定型約款による契約のなかの継続的契約⁵²⁾には、空間的な広がりだけでなく、時間的な広がりがある。そして、これは、法令の変更や経済情勢の変動があるなかで、持続可能なビジネスでなければならない。そこでの『定型約款の変更』(548条の4)に関する合意は、〈希薄なみなし合意⁵³⁾〉であって、ここには、上記とはやや異なる、主観的意思と、筆者のいう客観的意思に基づく客観的合意⁵⁴⁾とがある。このように、筆者は考えている。」(同, 306-307頁)。

ところで、筆者の客観的合意説には、いま1つキーストーンがある。

定型約款準備者の相手方(顧客)の客観的意思(「集団的意思」⁵⁵⁾)とは、立ち入ると、集団的取引における対価性確保へ向けられた意思であり、これは、顧客圏における平均的顧客の一般的な合理的理解可能性に基づき、不当条項等の判断を行うときの基準となるものである⁵⁶⁾。それゆえ、定型約款の個別の条項につき、「制度の技術的構造の必要に基づく諸条件については、相手方も客観的に合意したとみなしてよいだろうし、また、その諸条件が、適正な利潤をうむ

ものであれば、そのように推定してよい。しかし、当該諸条件が、仮に適正な利潤を超えるものだとすれば、相手方は客観的に合意したと推定することは出来ない」（吉川（衛），2019，449頁。初出 1978 年）と主張するものである。つまり、客観的合意とは、みなし合意を擬制し、また、意思の推定を行うものである。ただし、これは基本的な見取り図であって、具体的な作業は、定型約款の条項の文言に則して行われる。

さて、それでは改めて、判例の約款法理と客観的合意説との関係はどうか。この第 7 節 7.3.2.1 で論述してきた流れをふまえると、客観的合意がもつ機能は、河上による、客観的合意説の捉え方に即して筆者が、括弧付きの引用文章の中に、〔判例のいう合理的限定解釈ないし「客観的に合理的限定解釈」〕、〔合意擬制・除外〕として書き込んだように、また、大澤が、筆者の〔合意擬制・除外〕につき、コメントしたように、更に、筆者の客観的合意説のいま 1 つのキーストーンにつき、立ち入って論じたように、判例の約款法理の全体像がもつ機能と類似である、と主張することが許されるのではないだろうか。

7.3.2.2 判例の全体像と定型約款の規定との関係

判例における約款法理の全体像と定型約款の規定との関係について、その約款法理の全体像を定型約款の規定に則して論じてみよう。

(a) (J1-3) 大判民 1 大 4・12・24 がいう、「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適当ナルヘキニ信頼シテ契約スル」という契約者の約款による意思、端的に「信頼して約款による意思」は、約款による契約の成立にあたり、約款の個別の条項につき、(契約者の信頼に値する ((J1-3) べく) 個別の条項の或る種の合理的でないものを撥ね付けて合意しなかったものと推定する。いいかえれば、(b) 「〔契約締結前に〕変更された条項が强行法規や公序良俗に違反しあるいは特に不合理なものでない限り、変更後の約款に従った契約もその効力を有するものと解する」(「昭和 45 年最高裁」最判 1 小昭 45・12・24 民集 24 卷 13 号 2191 頁)。

また、(c) 約款の個別の条項(免責条項)の解釈にあたり、必要な場合には、(契約者の信頼に値する ((J1-3) べく、条項が合理的であらねばならない(「昭和 45 年最高裁」)がために)適切な文言を付加して、約款の個別の条項を合理的限定解釈する(「平成 5 年最高裁」最判 2 小平 5・7・19)。或いは、(d) 約款の変更にあたり、「当社は、この約款を変更することがあります。この場合には、料金その他の提供条件は、変更後の約款によります。」との包括的変更条項は、(契約者の信頼に値する ((J1-3) べく、条項が合理的であらねばならない(「昭和 45 年最高裁」)がために)『当社は、この約款を変更することがあります。この場合、料金その他の提供条件は、変更が客観的に合理的なものである場合に限り、変更後の約款によります。』との趣旨と解するのが相当である」((J10-2) 東京高判平 30・11・28 判時 2425 号 24 頁。傍点は引用者)と判示する。

以上は、定型約款の規定において、(定型約款の合意) 548 条の 2 第 1 項・第 2 項と類似であ

り、また、(定型約款の変更) 548条の4第1項と類似である。すなわち、定型約款の規定において、定型取引合意した者は、定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき(548条の2第1項1号)、または、定型約款準備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とき(同項2号)、定型約款の個別の条項についても合意したものとみなされる(同項柱書き)。判例の「意思の推定」という法律構成とは異なり、定型約款の規定は、合意を擬制するものであり、判例のように反証をゆるすものではない。

定型約款の規定と判例とでは、みなすと推定という法律効果の違いはあるが、約款による契約の成立要件として、約款の個別の条項の内容の認識を求めるものではないという、約款による契約の根幹にかかわる点では一致している(曾野ら, 2021, 61頁(丸山(絵)筆)、丸山(絵), 2021, 35頁参照)。

ところで、定型約款の規定においては、そのような定型約款による取引がもつ特質(第7節7.3.1)を組み込むために「表示に関する請求構成」(548条の3)となり、その結果、定型約款による契約の成立(548条の2第1項。合意擬制)と、定型約款の個別の条項に関する不当な条項の取扱い(同条第2項。除外)を一体・表裏の関係⁵⁷⁾とする、一元論となる。

これはまた、定型約款の変更においては、定型約款の変更それ自体(548条の4第1項。合意擬制)と、変更後の定型約款の条項に関する不当な条項の取扱い(548条の4第1項。除外)とは、合意擬制と除外が融合の関係⁵⁸⁾であって、やはり一元論である。

このように、判例における約款法理の全体像は、定型約款の規定と機能的に類似であり、そのような意味で、定型約款の規定に定着していると見ることができるのではないだろうか。

7.3.3 判例における約款法理の全体像と、客観的合意説や定型約款の規定を貫く論理 ——信頼して約款による意思

筆者は、自己の客観的合意説に基づき、定型約款の規定のあり方は「論理的に一貫し透明なもの」だと捉え、解釈してきた(吉川(衛), 2016, 146-148頁、2019, 322-324頁)。規定をそのように捉える解釈は、たとえば、谷江陽介によって注目された(田高ほか, 2017, 86-87頁(谷江筆))。

筆者は、当該規定に関する自己の解釈をふまえ、前稿(吉川(衛), 2021a)において、「定型約款の規定が定める『定型取引合意』とは、筆者の学説にいう『客観的合意』にはかならない」(第7節7.3.1参照)と論じた。

それでは、判例の約款法理の全体像における合意、或いは意思とは何か。果たして、「定型取引合意」と「客観的合意」とをあわせて、これらの3者を貫くことができる論理はあるか。

まず、判例につき、2017年改正民法の立案担当者(村松秀樹・松尾博憲⁵⁹⁾)に、尋ねてみよう。すなわち、答えていわく。長くなるが正確を期したい。「判例((J1-3)大判民1大4・12・24)は、火災保険約款中の免責条項の効力が争われた事案において、当事者双方が特に保険約

款によらない旨の意思表示をせずに契約したときは、その約款による意思で契約したものと推定すべきであるとしていた。この判例の理解自体は一律でないが、保険加入者は約款による意思で契約したものと推定すべきであるとしており、約款の内容を認識していなくとも約款による意思があれば当事者は約款に拘束される余地を認めているものと考えられる。」（同，2018，8頁。判例の識別番号と傍点は引用者。以下同じ）である。判例の傍点部分につき、第6節6.1における松田の言説（同，2018，95頁）も参照されたい。

さて、立案担当者の先例（〔J1-3〕）の認識により、定型約款による取引の特質（第7節7.3.1）が見出されたであろうことは、引用文の傍点箇所において明らかである。

しかし、筆者が思うに、立案担当者や松田⁶⁰⁾がいう「約款による意思」だけでは、事態は、ダイナミックには動き出さない。

当該の意思が、〔J1-3〕がいう、約款に対する行政規制があるがゆえに、「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適當ナルヘキニ信頼シテ契約スル」という契約者の約款による意思、端的に「信頼して約款による意思」であることを思い出す必要がある（第6節6.1）。これは、単なる約款による意思とは異なる。そして、河上とともに、「信頼が基礎にある点」（同，2016，77頁〔2017b，8頁〕）に注目すべきである。

そうすると、〔J1-3〕の「信頼して約款による意思」が、「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適當ナルヘキニ信頼シテ契約スル」という契約者の約款による意思として、「昭和45年最高裁」最判1小昭45・12・24、そして、「平成5年最高裁」最判2小平5・7・19、また、本判決（〔J10-2〕東京高判平30・11・28）と連動するものであることが明瞭になる（第7節7.1.3）。

ところで、定型約款の合意に関する548条の2には、その第2項において、信義則（1条2項）が定められている。信義則とは、「契約等の社会的接触関係に立つ相手方から向けられる信頼を裏切らないように誠意をもって行動しなければならないという原則」（石川，2007，54頁）である。すなわち、信義則を定める当該の規定は、〔J1-3〕が判示する契約者の約款による意思、つまり「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適當ナルヘキニ信頼シテ契約スル」意思と、呼応するものだと言うことが出来るだろう。

端的に言えば、相手方（顧客）の信頼に対して、定型約款準備者は誠意を持って行動しなければならないことが、定型約款の規定として定められているのである。

こうして、判例における約款法理の全体像と、客観的合意説や、定型約款の規定を貫く論理は、「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適當ナルヘキニ信頼シテ契約スル」という契約者の約款による意思、端的に「信頼して約款による意思」だ、と筆者は考えるものである。

なお、念のために記しておく。筆者が、自己の客観的合意説に基づき、定型約款の規定のあり方は「論理的に一貫し透明なもの」だと捉えていることに変わりはない。本稿での考察に基づく寄与は、こうである。第1に、定型約款の規定のそのようなあり方が、〔J1-3〕の「信頼し

て約款による意思」に即応する形で、信義則を定める規定、すなわち、定型約款準備者は相手方の信頼に対して誠意をもって行動すべきことを定める規定を有するものであることを見出したことである。第2に、判例の約款法理の全体像が、定型約款の当該の規定の存在という裏付けをもち、〔J1-3〕の「信頼して約款による意思」を動因とすることにより、〔J1-3〕、「昭和45年最高裁」、「平成5年最高裁」・〔J10-2〕が、ダイナミックに動き出すことを見出したということである。

こうして、日本の判例法理は、約款に関して、「著しい独自のダイナミクス (beachtliche Eigendynamik)」を有して確立しているのである (括弧書きの語彙について、詳しくは、第8節末尾をみられたい)。

**補遺 鉄道事業における契約の締結の仕方 —— R. サレイユ、W. フルーマ、吉川吉衛、
2017年改正民法立案担当者の考え方、池田悠太の方法と大澤彩の指摘との関連、また、
丸山絵美子の批判**

W. フルーマは、いわゆる生活配慮の領域における事実的契約関係理論につき、「集団取引の均一性を根拠に、私的自治の原理の変容を論ずるのは誤っている」(Flume, 1992, S. 97 [ebd., 1975, S. 97]) として否定したうえで、次のように主張している。電車の乗客は、無償で乗せてもらえるとは思っていない。「契約の締結に、それ以上のことは必要ない。」(ebd., 1992, S. 98 [ebd., 1975, S. 98]) と言うのである。

上記で引用のフルーマの文章は、次のなかにある。同『法律行為論』第1章「意思表示と法律行為の本質」第8節「事実的契約関係理論」第2款「集団取引におけるサービス関係の法律行為的根拠づけ」である。

ところで、たいそう興味深い比較法上のファクトがある。フランスの R. サレイユが1901年に著書『意思表示について』で示した「附従契約 (contrats d'adhésion)」(附従の諸契約)の対象のことである。それは、大企業の労働契約における就業規則 (règlement d'atelier) とともに、「大きな鉄道会社との間の運送契約 (contrats de transport avec les grandes compagnies de chemins de fer)」(Saleilles, 1901, Art 133, No 89, p. 230. 池田, 2020 (6), 686頁)であった。

すなわち、ドイツで1960年代に上梓された W. フルーマ『法律行為論』(正確には、その当該部分)が立論の基礎とし、また、フランスで R. サレイユ『意思表示について』(上記に同じ)がそのようにした社会=経済現象は、鉄道事業であったのである。

本稿で筆者が主張したいことは、こうである。すなわち、立論の対象が、同一の鉄道事業である R. サレイユや W. フルーマ、また、筆者の一人である吉川(衛)(同, 2019, 474-484頁, 534頁, 2021a, 157-158頁, 166頁)や、2017年改正民法立案担当者(村松・松尾, 2018, 65頁注1。なお、筒井・村松編著, 2018, 242頁注2もみられたい)の主張は、当該の鉄道事業に伴う契約締結の仕方という一斑に関するものではあるが、普遍的な事柄を含んでいるのではないか

ということである。

もっとも、池田悠太が指摘する、「附合契約」という法現象の考察については、「サレイユの法律行為論の例外的ないし周辺の部分で対象とされるにとどまっている。」（同、2020(10)、1318頁）ことに留意が必要ではある。とはいえ、池田の教示によれば、同時期の G. ドゥルーの博士論文（1905年刊行）では、保険契約が主に取り上げられている（同、2020(8)、954頁以下）と言う。鉄道事業であれ保険事業であれ、典型的な「定型取引」であることに注目すべきだと筆者は考える。

さて、ここで池田の方法と、大澤彩の或る指摘、また、丸山絵美子の或る批判を取り上げたい。まず、まことに浩瀚な 869 頁に及ぶ、池田（2020）の方法の 1 つは、乖離と繫留で対象を分析し論述することである。ところで、吉川（衛）の方法の 1 つに、区別と関連（共通性）という対象の把握の仕方（たとえば、同、2019、536-537 頁。第 3 節）があり、池田の方法は、まことに興味深いものである。

彼我の比較はしばらく措くとして、そのような池田の方法論ないし対象の把握の仕方は、対象を十全に捉え説明できるものだと考えられる。筆者の問題意識に引き付けて言えば、「定型取引」においては、事実的な意思からいかに乖離して、いかに繫留されるのか。この手法を使うと、筆者の客観的合意説は、いっそう説得的に論ずることができる、ないし明晰となるように思われる。たとえば、拙著『定型約款の法理』286 頁の記述を取り上げる。

客観的合意説に対して、河上と石川から相反する批判ないし要望がある。一方で河上は、吉川（衛）のいう客観的合意は、「当事者意思からの乖離」（同、1991(3)、39 頁）だと批判している。そこでは、当事者の事実的な意思への繫留が求められているわけである。

これに対し、石川は、「『客観的合意』は当事者意思から質的に乖離したものであることが求められよう」（同、2018、38 頁注 25）と指摘している。ここでは、当事者の事実的意思との乖離が求められているわけである。

河上と石川の筆者に対する要望は、相反するものである。しかしながら、筆者は、どちらも客観的合意説に対する適切な要望であり指摘だと考える。結論を言うと、筆者の客観的合意説は、当事者の事実的な意思からの乖離であり、かつ「繫留」だからである。この点は、既に拙著で、「繫留」という語彙は用いていないが、おおむね論じたところである（同、2019、286 頁参照）。

すなわち、客観的合意説とは、具体的に記すと、このようなものだからである（第 7 節 7.3.2.1 の第 12 段落、第 13 段落も参照されたい）。(a) 当事者の主観的意思と、(b) 定型約款準備者の相手方（顧客）の、筆者のいう客観的意思（「集団的意思」⁶¹⁾）に基づく、(c) 当事者の客観的合意とからなるものだからである（たとえば、同、2019、306-307 頁）。また、(a) 相手方の主観的意思是、見方を変えれば同時に、(b) かれの客観的意思（「集団的意思」）である。平たく言えば、(a) は (b) でもある。ただし、(a) では、相手方が個別であり、(b) や (c) で

は、相手方が顧客圏という集団の一員である(同, 537頁)。

ここにみられるように、(a)は、当事者の事実的な意思への繋留であり、(b)と(c)は、そこからの(繋留しつつ)乖離である。そして、「定型取引」における契約締結の意思や、契約変更にあたっての契約継続の意思は、まさに当事者の事実的な意思そのものであり、そこへの繋留である。それゆえ、そこには、法律行為の真髓である自己決定(W.フルーム)に基づく、契約締結の自由や、契約継続の自由があると主張することができる。

次に、大澤の或る指摘とは、このようなものである。すなわち、2017年改正民法における「定型取引」概念誕生による約款・不当条項規制の変容と今後を論ずる大澤は、論考の末尾で「当事者の『意思』をどのようなものとして捉えるか」(同, 2021b, 138頁)を問題提起し、「問題となるのは個別の組み入れ意思だけではなく、前述した吉川論文〔同, 2019〕で指摘されていたように、より集団化された意思と言えよう。その場合に、個別の組み入れ意思を問題としない以上、内容規制を厳格に行って不当な内容の条項を排除することが求められる」(同, 139頁。傍点は引用者)と指摘する。

大澤の指摘につき、筆者はまさに、この第7節3.2補遺第12段落、第13段落のことから、意を強くする(吉川(衛), 2019, 297-300頁, 316-317頁)ものである。

さて、しかしながら一方では、ごく最近接したものだが、丸山(絵)による批判がある。「『契約』、『合意』、『意思』といった法概念のもつ意味に取り組む研究の重要性」(同, 2021, 40頁)を指摘する文脈で、「個別の意思を重視しない立場にあっても、『客観的合意』等の概念を用いて説明が試みられているが、そこでの『意思』がもはやフィクションにすぎないなら、意思概念を用いない説明が探求されるべきであろう。」(同, 同頁)との批判である。

ただちに、反論の筆を執りたいところであるが、筆者は、上記で既に池田の方法や大澤の指摘との関連で論じて来たように、「個別の意思を重視しない」ものではない。また、フィクションについては、既に、河上の批判に対する応答の形で論じている。ここでは、紙幅の都合上それらのことだけを指摘するに留める。なお、丸山(絵)(2017)に対する筆者の見解や、フィクションに関する応答について、吉川(衛)(2019)352-353頁、419-421頁をみられたい。

以上のように、筆者は考えるものである。詳しくは、稿を改めて論ずることとしたい。

8 むすび——本稿の主張

東京高等裁判所は、平30・11・28(2018/11/28)に、判例において、“約款の変更は、包括的変更条項の有無にかかわらず、必要に応じて合理的な範囲で契約上予定されており、「当事者の個別の同意がなくても約款を変更できる場合がある」との約款法理は確立している”と、判決した((J10-2)東京高判平30・11・28)⁶²⁾。

筆者(吉川吉衛・福永清貴)は、それを肯定できると主張した。ただし、本判決に関する個別訴訟・差止訴訟の議論については、今後の判例や裁判例の動向などを慎重に見守ることとし

たい。

また、筆者の主張は、重要なピースである或る判決を組み込む、判例における約款法理の全体像のなかで、いっそう明確になることを論じた。

さて、判例における約款法理の全体像とは何か。

約款の拘束力根拠に関する判例「意思の推定」理論のリーディング・ケースは、〔J1-3〕大判民 1 大 4・12・24（1915/12/24）⁶³⁾である。当該の根拠は 2 つある⁶⁴⁾。1 つが、多くは、人々の納得と対の「国家カ……其約款ノ当否ヲ監査シテ之ヲ許否」しているがゆえに、「多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラス概シテ適當ナルヘキニ信賴シテ契約スル」という契約者の約款による意思、端的に「信賴して約款による意思」である。

約款に関する我が国の判例に、当該の〔J1-3〕判決を重要なピースとして投げ入れると、判例における約款法理の全体像の骨格が浮かび上がる。すなわち、〔J1-3〕が判決したように、約款による契約において、相手方（顧客）は、「約款カ……概シテ適當ナルヘキニ信賴シテ契約スル」という約款による意思をもって契約を締結する。それゆえ、「昭和 45 年最高裁」最判 1 小昭 45・12・24（1970/12/24）⁶⁵⁾が判決したように、約款準備者が準備する約款の条項は、信賴に値するべく、合理的である限りで有効である。つまり、約款条項は、合理的なものでなければならない。またしたがって、「平成 5 年最高裁」最判 2 小平 5・7・19（1993/07/19）⁶⁶⁾が判決したように、約款の条項の解釈にあたっては、条項が合理的であらねばならないがために、必要な場合には適切な文言を付加して、合理的限定解釈がなされなければならないのである。

これらのゆえに、〔J10-2〕東京高判平 30・11・2（2018/11/28）が判決した、本件変更条項に文言を付加しての合理的限定解釈ないし「客観的に合理的限定解釈」⁶⁷⁾は、判例における約款法理の全体像において、適切かつ妥当なものだと、筆者は主張することができるだろう。

こうして、日本の判例法理は、約款に関して、「著しい独自のダイナミクス (beachtliche Eigendynamik)」を有して確立しているのである。そのことは、P. ウルマーらが言うように⁶⁸⁾、ドイツにおいては、AGB-G 施行後最初の 5 年間であった。しかし、日本では既に、2017 年改正民法の施行前に、その関連する定型約款の規定をおおむね先取りする形で、判例において、約款法理の全体像を確立していたのであった。

以上が、一試論ではあれ、本稿のメインの主張である。

あとがき

清田 匡 教授、翟 林瑜 教授に、筆者の一人である吉川吉衛は、かつて同僚としてご交誼をいただいた。退任を、心よりお祝い申し上げます。

往時、大学院生の頃、『判例百選』で執筆者の肩書に「大阪市立大学」をみるとき、それは燦然として輝いていた。大阪市立大学を冠する研究紀要の本巻本号は最終のものである。まことに、哀惜の念に堪えない。

注

- 28) 河上 (1988) 47 頁参照。
- 29) 我が国の判例や裁判例、上告理由において、「取引ノ通念」や、「取引上ノ社会通念」が見えることは誠に興味深い。この点につき、吉川(樹) (2020) 351-356 頁、また、吉川(衛) (2019) 333 頁、346-347 頁参照。
- 30) 判事に、水口吉蔵の氏名がみえる。
- 31) 第5節 5.1 で取り上げた「昭和45年最高裁」最判1小昭45・12・24の原審の判示もみられたい。
- 32) 納得という言葉につき、筆者の一人である吉川吉衛は、吉川(衛) (1978b)(1) 7 頁や、同 (1992) 81 頁で使用してきた。
- 内田貴の契約理論において、納得はキー・コンセプトである。たとえば、内田の、当事者の意思よりも社会的な関係に注目する関係の契約論では、信義則の柔軟な活用による紛争解決において、広い意味での取引共同体の一員である相手方との関係における『『納得』の合理性』（「共同体の道徳的直感」、「共同体の……共感」）がキー・コンセプトだという（同、2000、153-154 頁、158 頁。初出、シンポジウム、1992、59-60 頁（内田筆））。
- 「納得」は、内田の言う、広い意味での取引共同体において、「信頼」と対のものであろう。
- 吉川(衛)もまた、従来の研究において、「納得」については本注の冒頭で記したが、「信頼」については、本文で考察している〔J1-3〕大判民1大4・12・24につき、吉川(衛) (1976) 107 頁や、同 (2019) 12 頁などで分析してきた。そうして、同 (2019) 520 頁を経て、「裏付けのある信頼に基づく納得」（引用に際して修正した）として、取り纏めた次第であった（同、534 頁）。
- この対価関係の均衡にもかかわる問題について、大澤 (2021b) 124 頁が注目している。対価関係の均衡に対する信頼につき、大澤 (2021c) 36 頁も参照されたい。この最後の問題については、稿を改めて論ずることとしたい。
- 33) 納得のできない約款の条項につき、約款の変更に関して、実例を挙げてみよう。たとえば、鉄道の運送約款につき、部会第2分科会5回 (H24 [2012].9.4) において、松岡分科会長（京都大学教授 松岡久和）から、「エクスプレス予約のポイントが知らない間に交換率が下がってしまった。非常に腹立たしく思いました。あれは確かに恩恵として与えられていた内容が変わるということになるのでしょうか、不利益といえかなり大きな実質的不利益になります」（39-40 頁）と発言があった。
- 34) 判例「意思の推定」理論の構造理解につき、一般的には、河上 (1988) 47-48 頁、潮見 (1996) 168-169 頁、同 (2006) 174-176 頁、また、最近の松田 (2018) 94-95 頁など参照。
- 35) 本稿注 32 の第4段落もみられたい。
- 36) 筆者のいう「内容的限界づけ」とは、一般に「内容規制」と呼ばれている問題である。しかし、両者は質的に異なる問題である。前者の問題は、内在する事柄を明確にする作業である。これに対し、後者のそれは、ある事柄を外的なものによって修正・改定する作業である。詳しくは、吉川(衛) (2019) 163 頁の図 3-1 をみられたい。
- 37) 永野委員（最高裁判所事務総局民事局長永野厚郎）。
- 38) 〔J8-2〕東京高判平 29・2・22 の裁判長裁判官の氏名につき、本稿注 20 をみられたい。
- 39) 山下(友) (2018a) は、変更条項が無い場合の〔J6-1〕、〔J7-1〕、〔J7-2〕につき、また、それが有りの場合の〔J5-1〕、〔J8-1〕、〔J8-2〕につき、「これらは民法 584 条の 4 による定型約款の変更にしても参考となるものとされている」（同 185 頁注 152）と言う。
- 40) 〔J9-1〕と類似のケースにつき、山本(豊) (2017b) は、黙示の承諾とは評価し得ない（同、426 頁）と言う。この点について、吉川(衛) (2019) 359 頁をみられたい。

- 41) 本文の D の表記は、LEX/DB25539678 にならう。
- 42) 合理的限定解釈の事例としてほかに、保険事故発生のお知らせに関する 60 日条項を限定解釈した「昭和 62 年最高裁」最判昭和 62・2・20 民集 41 巻 1 号 159 頁等がある（曾野ら，2021，59 頁（丸山（絵筆）参照）。本稿第 5 節では、本判決（〔J10-2〕東京高判平 30・11・28）援用の判例や裁判例を検討しているので、当該判例等については、稿を改めて論じたい。〔J11-2〕東京高判令 2・11・5 を取り上げる次稿で論ずる予定である。
- 判例につき、更に詳しくは、丸山（絵）（2021）34 頁参照。
- 43) 判例「意思の推定」理論における約款拘束力根拠の、いま 1 つのものについては、第 6 節 6.1 参照。詳しくは、吉川（衛）（2019）12 頁，71-72 頁をみられたい。
- 44) 注目すべきは、〔J11-1〕さいたま地判令和 2 年 2 月 5 日判時 2458 号 84 頁と、〔J11-2〕東京高判令和 2 年 11 月 5 日 LEX/DB25566893 である。これらの取扱いについては、本稿注 13 に対応する本文をみられたい。
- 45) 第 1 節 1.1 で引用の大澤（2021b）や、同（2021c）のタイトルをみられたい。
- 46) 詳しくは、吉川（衛）（2019）第 7 章第 2 節 2.2.2.1 の第 5 段落をみられたい。
- 47) 詳しくは、吉川（衛）（2019）第 7 章第 4 節 4.2 をみられたい。
- 48) 本注の本文のことは、部会資料 8 3-1（要綱仮案（案））に則してのものである。
- 49) 〔合意擬制・除外〕に関する吉川（衛）（2014）5 頁を発展させた 同（2016）109-110 頁につき、大澤（2020a）668 頁参照。
- 50) 改正民法 548 条の 2 第 1 項は、「ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引」と定めている。
- 51) 集団的意思という言葉につき、筆者は、内田貴の発言（討論．制度的契約論の構想，2008，383 頁 [140 頁]）や著書（同，2010 等）に多くを教えられた。ここに記して、謝意を表します。なお、吉川（衛）（2019）第 6 章注 80 をみられたい。
- 52) 継続的契約について、中田（2021）75-76 頁、曾野ら（2021）23 頁（曾野筆）参照。
- 53) 〈希薄なみなし合意〉とは、筆者の造語である。吉川（衛）（2019）287-288 頁をみられたい。
- 54) 筆者の主張における主観的意思や、客観的意思、客観的合意というタームにつき、吉川（衛）（2019）第 7 章第 3 節 3.3 の冒頭や、同第 4 節 4.3 の末尾で詳論している。
- 55) 「集団的意思」について、本稿注 51 をみられたい。
- 56) 吉川（衛）（2019）447-449 頁。
- 57) 吉川（衛）（2019）296 頁，313 頁参照。
- 58) 吉川（衛）（2019）296 頁，304 頁参照。
- 59) 村松・松尾編著（2018）i 頁参照。
- 60) 松田は、同（2020）（2）419 頁 [135 頁] で、「約款による意思」と約款の変更に関する立案担当者の、部会審議第 2 ステージで中間試案前のものだが、興味深い考え方を引用している。長くなるが正確を期したい。「相手方は……その〔約款条項の〕内容が合理的に予期できる範囲内のものであるという信頼に基づいて組入れに合意することが多いと考えられるため（約款の内容がこのような合理的な予期の範囲の外にある場合に、その組入れを否定しようとするのが、不意打ち条項である。）、変更がその範囲内のもにとどまる限り、相手方の期待を損なうわけではない」（部会資料 42 第 2 の 4（補足説明）1。傍点は引用者）である。
- 当該のものを直接取り上げているわけではないが、部会や分科会での審議状況について、松田（2020）（2）424-426 頁 [140-142 頁]、同（2021）32 頁参照。

- 61) 「集団的意思」について、本稿注 51 をみられたい。
- 62) 〔J10-2〕東京高判平成 30 年 11 月 28 日判時 2425 号 20 頁。
- 63) 〔J1-3〕大判民 1 大正 4 年 12 月 24 日民録 21 輯 2182 頁。
- 64) 判例「意思の推定」理論における約款拘束力根拠の、いま 1 つのものについては、本稿注 43 をみられたい。
- 65) 「昭和 45 年最高裁」最判 1 小昭和 45 年 12 月 24 日民集 24 卷 13 号 2187 頁。
- 66) 「平成 5 年最高裁」最判 2 小平成 5 年 7 月 19 日集民 169 号 255 頁。
- 67) 第 7 節 7.1.1 をみられたい。
- 68) Ulmer/Brandner/Hensen (1982) Vorwort zur vierten Auflage, S. v. 詳しくは、吉川(衛)(2019) 第 6 章補遺 1, 1.2.5, 467 頁参照。

参考文献

欧 文

- Akerlof, George A. (1970) *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. 488.
- (1984) The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism, in AN ECONOMIC THEORIST'S BOOK OF TALES: ESSAYS THAT ENTERTAIN THE CONSEQUENCES OF NEW ASSUMPTIONS IN ECONOMIC THEORY, Cambridge University Press, 1984, pp. 7-22 (ジョージ・A. アカロフ(幸村千佳良=井上桃子訳)『ある理論経済学者のお話の本』第 2 章(ハーベスト社, 1995 年))。
- Coase, Ronald H. (1960) *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. ECON 1 (1960).
- (1988) The problem of social cost, in THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW, Chicago: University of Chicago Press, 1988, pp. 95-156 (ロナルド・H. コース(宮沢健一=後藤晃=藤垣芳文訳)『企業・市場・法』第 5 章(東洋経済新報社, 1992 年))。
- Flume, Werner (1975) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft*, 2. Aufl., Berlin Heidelberg NewYork: Springer-Verlag.
- (1992) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft*, 4. unveränderte Aufl., Berlin Heidelberg NewYork: Springer-Verlag.
- Kötz, Hein (1974) *Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, (dargestellt an Beispielen aus dem Kauf- und Werkvertrags- sowie dem Maklerrecht)*, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Hamburg 1974, Bd. I (Gutachten) Teil A, S A 5-A 100, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- (2003) Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS, 2003, SS. 209-214.
- Saleilles, Raymond (1901) *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art.116 à 144)*, Paris: F. Pichon.
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether (1982), *AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 4. Aufl., Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG.

邦文

- 浅田隆（2017）「定型約款——銀行取引を念頭に（その1、その2）」債権法研究会編『詳説 改正債権法』金融財政事情研究会，373-400頁，401-434頁。
- 阿部裕介（2019）『『第三の法制改革期』の民法学』『法律時報』第91巻第9号23-29頁。
- 池田悠太（2020）「事実的基礎としての意思とその法的構成——サレイユ民法学における法学的なもの（1-10・完）」『法学協会雑誌』第137巻第9号1644-1717頁，第10号1865-1947頁，第11号2106-2194頁，第12号2228-2308頁（2020年），第138巻第2号439-538頁，第3号630-713頁，第4号715-806頁，第5号937-1024頁，第6号1069-1163頁，第7号1263-1353頁（2021年）。
- 石井照久（1957）『普通契約条款』勁草書房。
- 石川博康（2007）「信義誠実の原則」『民法の争点』（ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ 1）54-55頁（有斐閣，2007年）
- （2008）『『信賴』に関する学際的研究の一動向』中山信弘編集代表・藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』有斐閣，67-98頁。
- （2018）「契約改訂規範としての定型約款変更法理の特質とその理論的的定位」『現代消費者法』第39号30-40頁。
- 伊藤進（1990）「真正のカードと正しい暗証番号による不正の現金引出と銀行の免責」『私法判例リマークス』第1号74-78頁。
- 岩原紳作（1990）「キャッシュディスペンサーによる無権限者への支払と銀行の免責」『判例評論』第375号33-42頁。
- 内田貴（2000）『契約の時代 日本社会と契約法』岩波書店。
- （2010）『制度的契約論 民営化と契約』羽鳥書店。
- （2011）『民法改正——契約のルールが百年ぶりに変わる』ちくま新書（筑摩書房）
- （2019）「契約責任の将来像——債権法改正過程から見えたもの」瀬川信久＝能見善久＝佐藤岩昭＝森田修編『民事責任法のフロンティア』有斐閣，117-144頁。
- （2020a）『改正民法のはなし』民事法務協会。
- （2020b）『民法Ⅲ [第4版] 債権総論・担保物権』東京大学出版会。
- 梅村悠（2020）「商事判例研究 3388 転落事故の重過失免責と保険金給付の履行期が争われた事例」『ジュリスト』第1548号86-89頁。
- 遠藤美光（1996）「真正キャッシュカードによる不正払戻と免責約款による免責」『ジュリスト』第1095号194-197頁。
- 大澤彩（2019）「携帯電話利用契約における変更条項および契約内容変更をめぐる若干の考察」『NBL』第1151号4-10頁。
- （2020a）「第5款 定型約款」松岡ら編662-689頁。
- （2020b）「第5款 定型約款」鎌田ら編64-79頁。
- （2021a）「オンラインサービス利用規約における条項の『不明確』性について——モバゲー利用規約判決の検討」『NBL』第1193号4-12頁。
- （2021b）「<特集> 民法と消費者法 4 『定型取引』概念誕生による約款・不当条項規制の変容と今後（序論）」『消費者法研究』第9号111-139頁。
- （2021c）「日本私法学会シンポジウム資料 転換期の民法・消費者法 4 取引の『定型化』と民法・消費者法の役割——『定型取引』概念導入後の契約内容規制」『NBL』第1199号32-41頁。
- 大村敦志（2020）「債権法改正の『契約・解約法』観」同『民法のかたちを描く 民法学の法理論』東京

- 大学出版会, 192-211頁〔初出2017年〕。
- 桶舎典哲(1992)「CD(現金自動支払機)による無権限者への支払と銀行の免責 東京高判平成元年7月19日・判例時報1321号129頁」『法政法学』第17号47-79頁。
- 尾島茂樹(1995)「預金者以外の者によるキャッシュカード使用と銀行の免責」『消費者取引判例百選』(別冊ジュリスト第135号)138-139頁。
- 河上正二(1988)『約款規制の法理』有斐閣。
- (1991)「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(1-4・完)」『NBL』第469号14-22頁, 第470号44-53頁, 第471号34-44頁, 第472号36-49頁。
- (1993)「キャッシュ・ディスペンサーからの現金引出しと銀行の免責——現代契約法における『契約のしくみ』考」鈴木祿彌=徳本伸一編『幾代通先生献呈論集 財産法学の新展開』有斐閣, 341-368頁。
- (1994a)「キャッシュカードによる無権限者のCD機からの預金不正払戻しと銀行の免責」『判例セレクト'93』(法学教室第162号別冊付録)24頁。
- (1994b)「キャッシュカードの不正使用と銀行の免責」『平成5年度 重要判例解説』(ジュリスト臨時増刊6月10日号, 第1046号)86-87頁。
- (1996)「キャッシュカードの不正使用と銀行の免責」『民法判例百選Ⅱ債権〔第四版〕』(別冊ジュリスト第137号)88-89頁。
- (2001)「キャッシュカードの不正使用と銀行の免責」『民法判例百選Ⅱ債権〔第五版〕』(別冊ジュリスト第160号)88-89頁。
- (2005)「キャッシュカードの不正使用と銀行の免責」『民法判例百選Ⅱ債権〔第五版 新法対応補正版〕』(別冊ジュリスト第176号)88-89頁。
- (2016)「ロー・クラス 債権法講義〔各論〕(5) 第1部 序論・契約総則 第2章 契約法序論 第6節 約款による契約」『法学セミナー』第739号75-87頁。
- (2017b)「ロー・クラス 債権法講義〔各論〕-特講 民法改正法案の『定型約款』規定を考える」『法学セミナー』第749号66-74頁。
- (2019)「改正消費者契約法の課題と適切な運用に向けて」『消費者法研究』第6号127-158頁。
- (2021)『遠隔講義 消費者法 <第2版> 2021』信山社。
- 川添利起(1960)「47 一、保険業法第一〇条第三項にいう『保険契約者、被保険者又は保険金額を受取るべき者の利益』の意義 二、保険業法第一〇条第三項の主務大臣の処分と保険契約者に対する告知の要否 三、新憲法施行後裁判所は法律が旧憲法に反するか否かの実質的審査権を有するか」『最高裁判所判例解説: 民事篇 昭和三十四年度』法曹会, 127-137頁。
- 川田悦男(1993)「カード・暗証による支払機からの預金の不正払戻しと銀行の免責——最高裁平成5年7月1日判決と今後の検討課題」『手形研究』第483号12-21頁。
- (1994)「カードによる預金の無権限払戻しと実務の課題(実務の羅針盤)」『金融法務事情』第1379号4-5頁。
- 国民生活センター消費者判例情報評価委員会(2020)「携帯電話利用契約における約款変更条項の有効性」『国民生活』2020.8, 33-36頁。
- 後藤紀一(1997)「CDカードによる支払免責」『手形小切手判例百選〔第五版〕』(別冊ジュリスト第144号)216-217頁。
- 後藤卷則(2021a)「<特集> 民法と消費者法 1 人と消費者——消費者の個別化・集団化の進展と民法」『消費者法研究』第9号1-56頁。

- （2021b）「日本私法学会シンポジウム資料 転換期の民法・消費者法 1 人と消費者——消費者の個別化・集団化の進展と民法」『NBL』第 1199 号 6-15 頁。
- 笹本幸祐（2021）「転落の重過失、保険金支払期限」『保険事例研究会レポート』第 339 号 12-26 頁。
- 佐藤岩昭（1994）「預金者以外の者が真正なキャッシュカード及び暗証番号を用いて現金自動支払機から預金の払い戻しを受けた場合と銀行の免責」『判例タイムズ』第 855 号 27-32 頁。
- 潮見佳男（1996）「序説Ⅶ普通取引約款」谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）』有斐閣，166-215 頁。
- （2006）「序説Ⅷ普通取引約款」谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）〔補訂版〕』有斐閣，173-224 頁。
- 消費者庁消費者制度課編（2019）『逐条解説 消費者契約法〔第 4 版〕』商事法務。
- 新堂幸司（2019）『新民事訴訟法〔第 6 版〕』弘文堂。
- 杉田雅彦（1994）「預金者以外の者が真正なキャッシュカードを使用し、正しい暗証番号を入力して現金自動支払機から預金の払戻しを受けた場合、カード取引規定の免責約款により銀行は免責されるとされた事例（平成 5 年度主要民事判例解説）」『判例タイムズ』第 852 号 46-47 頁。
- 鈴木仁史（2017）「反社対応に関する注目すべき最近の 2 つの最高裁決定——暴排条項の追加変更および犯罪歴の検索結果削除」『金融法務事情』第 2071 号 6-7 頁。
- 鈴木正人（2018）「消費者契約法と約款変更における課題——大手通信会社事件の分析」『銀行法務 21』第 830 号 12-19 頁。
- 曾野裕夫＝松井和彦＝丸山絵美子（2021）『民法Ⅳ 契約』有斐閣。
- 武田直大（2019）『不当条項規制による契約の修正』弘文堂。
- （2021）「合意による約款の変更（1-2・完）」『阪大法学』第 70 巻第 5 号 811-858 頁 [55-102 頁]、第 6 号 1305-1352 頁 [19-66 頁]。
- 田高寛貴＝熊谷士郎＝伊藤栄寿＝高秀成＝谷江陽介＝滝久範（2017）「学界回顧 2017 民法（財産法）」『法律時報』第 89 巻第 13 号 69-92 頁。
- 谷川久（1972）「普通保険約款変更の効力」『ジュリスト増刊 商法の判例 第二版』243-247 頁。
- 筒井健夫・村松秀樹編著（2018）『一問一答・民法（債権関係）改正』商事法務。
- 長尾治助（1994）「キャッシュカードの不正使用と銀行の免責」『私法判例リマックス』第 9 号 47-50 頁。
- 中田裕康（2021）『契約法 新版』有斐閣。
- 西尾信一（1993）「キャッシュカードの不正使用と免責約款による免責」『判例タイムズ』第 824 号 25-26 頁。
- 西島梅治（1972）「(判評) 船舶海上保険において主務大臣の認可なしに変更された普通保険約款の拘束力」『民商法雑誌』第 65 巻第 6 号 977-986 頁。
- 野田宏（1971）「99 船舶海上保険において主務大臣の認可なしに変更された普通保険約款の効力」『最高裁判所判例解説：民事篇 昭和四十五年度（下）』法曹会，1079-1093 頁。
- 野村豊弘（1993）「コンピュータを利用した銀行取引と銀行の免責約款——最二小判平 5. 7. 1 9 を中心に——（特集Ⅰ キャッシュカードの不正使用と金融機関の免責 2）」『金融法務事情』第 1369 号 9-13 頁。
- （2015）「約款の変更総論」金融法務研究会『金融取引における約款等をめぐる法的諸問題（金融法務研究会報告書（26））』48-62 頁（全国銀行協会，2015 年）
- 秦光昭（1994）「現金自動支払機による預金の支払と銀行の免責」『NBL』第 538 号 44-48 頁。
- 林部實（1995）「第 1 章 預金・為替・付随業務 9 キャッシュカードの不正使用と銀行の免責（戦後 50

- 年特集 戦後金融判例 50 選)『金融法務事情』第 1433 号 38-39 頁。
- 林部實・菅原胞治(2000)「第 1 章 預金・為替・付随業務 10 キャッシュカードの不正使用と銀行の免責」『金融法務事情』第 1581 号 24-25 頁。
- 藤田友敬(1994)「キャッシュカードの不正使用による預金払戻と銀行の免責」『ジュリスト』第 1038 号 157-160 頁。
- 堀伸夫(2019)「保険法・判例研究 81 免責事由『重過失』該当性と約款の変更合意の成否」『共済と保険』第 61 巻第 8 号 24-31 頁。
- マシャド・ダニエル(2018)「商事判例研究 3314 預金契約締結後に追加された約款の暴排条項に基づく解約」『ジュリスト』第 1521 号 134-137 頁。
- 松尾博憲(2020)「小特集 利用規約をめぐる東京高判令和 2・11・5 の実務への影響を読み解く 改正民法の視点から」『NBL』第 1184 号 24-26 頁。
- 松田貴文(2018)「46 約款一般の拘束力——約款による意思の推定」『民法判例百選Ⅱ 債権 [第 8 版]』(別冊ジュリスト第 238 号) 94-95 頁。
- (2020)「定型約款(1-3・完)——債権法改正立法資料集成(5)」『民商法雑誌』第 155 巻第 6 号 1232-1319 頁 [156-243 頁]、第 156 巻第 2 号 392-489 頁 [108-205 頁]、第 3 号 639-730 頁 [149-240 頁]。
- (2021)「携帯電話の通信サービスに関する約款の変更条項についての適格消費者団体による差止訴訟」『私法判例リマックス』第 62 号 30-33 頁。
- 松本恒雄(2017)「平成 28 年改正消費者契約法の成果と残された課題」『現代消費者法』第 34 号 4-11 頁。
- 丸山絵美子(2017)「『定型約款』に関する規定と契約法学の課題」『消費者法研究』第 3 号 155-175 頁。
- (2021)「約款論を問い直す——平成 29 年改正民法施行後の課題」『現代消費者法』第 53 号 33-41 頁。
- 丸山愛博(2020)「包括的変更条項の不当性判断における定型約款変更規定の役割」『法学』第 84 巻第 3・4 号 498-517 頁 [164-183 頁]。
- 宮川博史(1990)「真正なカードと正しい暗証番号により不正に現金自動支払機から預金の払戻がされたときに、カード取引規定中の免責特約により銀行は免責されるとされた事例」『判例タイムズ』第 735 号 92-93 頁。
- 村松秀樹・松尾博憲(2018)『定型約款の実務 Q&A』商事法務。
- 森田修(2020)『『債権法改正』の文脈 新旧両規定の架橋のために』有斐閣。
- 山川一陽(1995)「預金者以外の者が真正なキャッシュカードを使用し正しい暗証番号を入力して預金自動支払機から預金の払戻しを受けた場合と免責約款による銀行の免責」『経理情報』第 754 号 16-17 頁。
- 山下友信(2005)『保険法』有斐閣。
- (2018a)『保険法(上)』有斐閣。
- (2018b)「定型約款」安永正昭=鎌田薫=能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅲ 契約(2)』商事法務, 137-171 頁。
- 山下典孝(2020)「<判例研究> 生命保険契約に付帯する災害死亡給付特約における免責事由たる『重過失』該当性と保険約款変更の黙示の合意」『青山法学論集』第 61 巻第 4 号 421-442 頁。
- 山本豊(1994)「預金者以外の者による現金自動支払機からの現金引出しと銀行の免責」『金融法務事情』第 1396 号 7-10 頁。
- (2014)「約款」『法律時報』第 86 巻第 1 号 30-38 頁。

- （2017b）「改正民法の定型約款に関する規律について」深谷格＝西内祐介編著『大改正時代の民法学』377-430頁（成文堂）。
- （2020）「携帯電話通信サービス提供契約中の約款変更条項に対する差止請求の成否（東京高判平 30・11・28）（判例研究）」『現代消費者法』第48号116-124頁。
- 横山美夏（2013）「約款」『法学教室』第394号4-13頁。
- 吉川吉衛（1973）「保険契約に対する国家規制（1-4）——普通保険約款に対する許可・認可を中心として」『法学新報』第80巻第10号1-60頁，第12号55-122頁（1973年），第81巻第8号97-147頁，第9号37-90頁（1974年）。
- （1974）「判例研究 船舶海上保険において主務大臣の変更認可を欠缺する普通保険約款の効力」『法経論集』第34号65-79頁。
- （1976a）「（判例解説）普通保険約款の拘束力」戸田修三編『別冊法学セミナー 判例商法Ⅰ』日本評論社，107-109頁。
- （1976b）「（判例解説）主務大臣による基礎書類の変更命令と既存契約」戸田修三編『別冊法学セミナー 判例商法Ⅰ』日本評論社，109-110頁。
- （1976c）「（判例解説）主務大臣の認可を受けずに変更した約款の効力」戸田修三編『別冊法学セミナー 判例商法Ⅰ』日本評論社，110-112頁。
- （1978a）「保険契約に対する国家規制をめぐる問題」『私法』第40号214-219頁。
- （1978b）「普通取引約款の基本理論——現代保険約款を1つの典型として（1-3・完）」『保険学雑誌』第481号1-48頁（1978年），第484号98-174頁，第485号99-148頁（1979年）。
- （1980）「普通取引約款の内容的限界づけ——約款解釈のこんにちの課題」石田満編集代表『田辺康平先生還暦記念 保険法学の諸問題』文真堂，323-365頁。
- （1981a）「〔創刊30周年記念号・法学の課題と展望〕保険法の将来（商法）」『ジュリスト』第731号136-144頁〔一部を加筆補正して、同，1992，3頁〕。
- （1981b）「保険料支払と銀行振替——神戸地裁尼崎支部昭和55年7月24日判決を機縁として」『生命保険経営』第49巻第5号113-136頁〔同，1992，207頁〕。
- （1986）「保険と市場と時代思潮——自動車保険改革論の基礎視座」『損害保険研究』第48巻第3号1-117頁。
- （1988）『事故と保険の構造 自動車事故の抑止と補償の理論』同文館。
- （1992）『現代の保険事業——企業規制の論理』同文館。
- （2014）「民法（債権関係）改正と約款に関する考察——約款の変更を焦点として」『国士館法学』第47号1-106頁〔190-85頁〕。
- （2016）「定型約款の規定に関する解釈」『国士館法学』第49号95-160頁。
- （2019）『定型約款の法理 類型づけられた集団的意思のあり方』成文堂。
- （2021a）「定型約款の規定の論理と解釈——立案担当者と、W.フルーメ、森田修、筆者の考え方の対比」『経営研究』第72巻第1号123-181頁。
- 吉川吉樹（2020）『履行請求権と損害軽減義務 履行期前の履行拒絶に関する考察』増補新装版，東京大学出版会。

*** 特集・注釈書・シンポジウム・討論**

- 特集（2021a）後藤卷則＝原田昌和＝山城一真＝大澤彩＝三枝健治＝石川博康「〈特集〉民法と消費者法」『消費者法研究』第9号1-224頁。

特集(2021b) 沖野眞巳=大澤彩=河上正二=山城一真=丸山絵美子=後藤卷則「特集 消費者私法の重要論点を問い直す」『現代消費者法』第53号4-48頁。

鎌田薫・潮見佳男・渡辺達徳編(2020)『新基本法コンメンタール 債権2 民法第521条～第696条』(別冊法学セミナー no.264)日本評論社,

松岡久和・松本恒雄・鹿野菜穂子・中井康之編(2020)『改正債権法コンメンタール』法律文化社。

シンポジウム(1992) 星野英一=岩城謙二〔司会〕/〔報告〕 野村豊弘=河上正二=広瀬久和=内田貴=岩城謙二=星野英一「シンポジウム/ 現代契約法論——約款・消費者契約を機縁として」『私法』第54号3-125頁。

シンポジウム(2021) 後藤卷則=原田昌和=山城一真=大澤彩=三枝健治=石川博康「日本私法学会シンポジウム資料 転換期の民法・消費者法」『NBL』第11994号4-59頁。

討論. 制度的契約論の構想(2008)『北大法学論集』第59巻第1号394-369頁[129-154頁]。

韓国語

吉川吉衛著, 丁炳大=李秉奭訳(1998)『事故と保険の理論——自動車保険に関する法経済学的考察』(大韓民国慶南大学出版社)。

付記

特集(2021)を、本稿において、特集(2021a)に改める。

A Preliminary Overview of the Principle of Standard Contract Terms in Case Law : Research of the Tokyo High Court Decision of 28 November 2018 (2)

Kichie Yoshikawa and Kiyotaka Fukunaga

Summary

The Tokyo High Court ruled on 28 November 2018 that the following principle relating to standard contract terms is established in case law: with or without a comprehensive amendment clause, amendments of standard contract terms to a reasonable extent as necessary are contemplated by the contract and “standard contract terms may be amended without individual consent of the parties.”

The authors (Kichie Yoshikawa and Kiyotaka Fukunaga) argue that this decision can be supported. However, regarding the discussion of individual proceedings and injunctions relating to this decision, we would like to carefully monitor future precedents and trends in the proceedings.

We argued that more support for our argument can be found if we take into account the principle of standard contract terms in case law including one important decision.

What do we mean by the principle of standard contract terms in case law?

The leading case on “presumption of intention” theory relating to the basis of the binding force of standard contract terms is the Great Court of Cassation decision of 24 December 1915. One basis of the binding force of standard contract terms presented by that decision is the contracting parties’ trust in the standard contract terms and their intention to be bound by them. There is wide support for this. Since there is governmental intervention, contracting parties trust that the contents of the standard contract terms of contract are appropriate (will based on justified trust).

If we throw that decision into Japanese case law relating to the standard con-

tract terms, the skeleton of the principle of standard contract terms in case law emerges out. That is, the other party (customer) concludes the contract “with confidence that the standard contract terms are generally appropriate.” Therefore, as the Supreme Court decision of 24 December 1975 decided, the standard contract terms of the contract prepared by the preparer of the standard contract terms are valid as long as they are rational and deserves to be trusted. Furthermore, the Supreme Court decision of 19 July 1993 decided that, since standard contract terms of contract must be rational, in interpreting standard contract terms, a rational limited interpretation must be made, and if necessary, appropriate wordings must be added.

Thus, the rational limited interpretation of the amendment of standard contract terms, which was decided by the Tokyo High Court decision of 28 November 2018, is appropriate and reasonable in light of the existing case law. We can argue that it is valid.

In this way, the Japanese case law on standard contract terms of contract emerges from a “significant and unique dynamics (beachtliche Eigendynamik).” In Germany, that was the first five years after AGB-G came into force (P. Ulmer et al). However, Japan had already largely established a principle of standard contract terms in case law in advance of the enforcement of the 2017 revised Civil Code.