

平成 23 年 3 月 15 日

金融法委員会¹

債権法改正に関する論点整理（約款に関する内容規制）

法制審議会民法（債権関係）部会では、約款に関する規律について、約款の定義、組入れ要件、約款に関する不当条項規制等が議論されている²。ここでは、約款に関する具体的規律として組入れ要件及び不当条項規制が検討されるとともに、約款の定義は、それぞれの規律の適用対象を画する概念として別個独立に検討されるべきであり、約款に関する全ての規律に適用される一つの約款の定義を設ける必然性がないことが指摘されている³。

本稿では、このうち、約款に関する不当条項規制と、その適用範囲を画する概念としての約款の定義を検討対象とする。具体的には、事業者間契約に適用のある約款を対象とする内容規制を設けることの適否について検討する。

※ 約款の組入れ要件に関しても、検討を要する点が多い。約款の組入れ要件と通常の契約に関する合意成立要件との関係（約款に関して通常の契約に関する合意成立要件より厳格化又は緩和した要件を定めるのであれば、その正当化根拠）⁴や、約款の変更に関する要件⁵がその主な例である。本稿では、これらの点は問題の指摘にとどめ、それ以上の検討対象とはしない⁶。

¹ 金融法委員会は、国際化・自由化の進展や技術革新等を背景に金融取引の生成発展の速度が高まっている中、わが国における法的不確実性を少しでも除去することを目的として金融取引について実務経験を有する弁護士及び金融取引に関する法律を専門とする研究者が自発的に設立した委員会である。本稿は、主として、同委員会の弁護士委員有志によりドラフトされ、同委員会での議論・コメントを踏まえて作成された。なお、本稿は、各弁護士委員が属する組織を代表する意見ではない。また、民法（債権法）改正検討委員会の委員であった金融法委員会の委員及び法制審議会民法（債権関係）部会の委員又は幹事である金融法委員会の委員は、本稿の取りまとめには参加していない。

² 法制審議会民法（債権関係）部会資料（以下「法制審部会資料」という。）11-1（10頁以下）及び13-1（1頁以下）、法制審議会民法（債権関係）部会第11回会議（平成22年6月29日開催）議事録（以下「法制審部会議事録」という。）1頁以下。

³ 法制審部会議事録3頁〔山本敬三発言〕、8～9頁〔岡本雅弘発言〕、16頁〔松本恒雄発言〕等。

⁴ 法制審部会議事録10～11頁〔藤本拓資発言、道垣内弘人発言〕、14頁〔山川隆一発言〕等。

⁵ 法制審部会議事録4～5頁〔岡本雅弘発言〕、17～18頁〔藤本拓資発言〕等。

⁶ なお、約款に関する内容規制が国際的な側面を有する契約について問題となる場合、内容規制に関する準拠法はどの法域の実質法によるかという問題も存するので、内容規制の立法に当たってはこのような点についても議論されることが望ましいが、本稿では問題の指摘にとどめ、それ以上の検討の対象とはしない。

1. 問題の整理

(1) 約款に関する内容規制を導入することの意義

わが国においては、既に消費者契約法の制定により消費者契約を対象とする一定の内容規制が行われており、今般の債権法改正の議論においても、(消費者契約法上の内容規制の民法への統合・拡充が議論されてはいるが)消費者契約を対象とする内容規制を放棄することは議論されていない。そこで、約款に関する内容規制を定めることの是非は、主には、事業者間に適用のある内容規制を約款というメルクマールに着目して導入することの是非の問題となる⁷。以下では、さしあたり事業者間契約のみを念頭に置き、約款に関する内容規制を導入することの是非について検討する。

(2) 約款の定義

なお、約款に関する内容規制の検討にあたり、そもそも「約款」をいかに定義するかについては、議論の余地がある。この点については、法制審部会資料において、「約款」を「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」とする定義が言及されているが⁸、同時に、このような定義では、現在の契約実務で約款規制の対象になるとは必ずしも想定されていないものまで規律の対象とされる可能性がある等の指摘もなされている⁹。

この点、従前から、「約款といわゆる標準契約書式 (model form, standard form) は区別して取り扱われることが必要である」との指摘が存する¹⁰が、他方で、約

⁷ 「消費者契約について不当条項規制を定めることは変更しないとしますと、それと並んで約款規制を定めることの実践的な意味は、事業者間で約款が使われる場合にも特別な内容規制を行うところに求められます」との説明がある(法制審部会議事録27頁〔山本敬三発言〕)。この点、消費者契約を、約款によるものと約款によらないものに分け、前者については後者と比較しても一層情報格差・交渉力格差が著しいから後者に適用のある内容規制の他に前者にのみ適用のある追加の内容規制を設け消費者契約に関する内容規制を二層構造化する、という行き方も一応論理的には考えられる。しかし、そもそも消費者契約の多くは約款によるものであるといえるであろうし、いずれにしてもそのような議論は消費者契約アプローチの枠内における内容規制の具体的内容に関わる議論であると整理し得る。また、非事業者間契約はここでは検討の対象としない。

⁸ 法制審部会資料11-1(11頁)、民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針(別冊NBL126号)』(商事法務、2009)(以下「基本方針」という。)105頁。

⁹ 法制審部会資料11-1(11頁)。

¹⁰ 「標準契約書式は各個の企業が個別的契約を締結し、または約款を作成するための一つの標準ないし模範とされるものに止まるものであり、集团的取引の画一的処理そのものを目的とする約款であるとはいえない」とするものとして、鈴木祿彌編『新版注釈民法(17)債権(8)』(有斐閣、1993)264

款といわゆる標準契約書式を区別するのは困難であり、また区別する意味もない旨の指摘も存する¹¹。この点、基本方針では、約款の定義上これら両者の区別は設けられておらず、契約書雛形の類も多数の契約に用いるために定式化された条項を用いていけば、「約款」に該当することになる¹²。

確かに、標準契約書式の類が約款の定義に含まれることとなれば、従来約款として想起されてきた対象と比較して相当に広い範囲の契約条項が約款に関する規律に服することとなるように思われるが、他方で、「従来約款として想起されてきた対象」を定義上切り出そうとすれば、そのメルクマールをどこに求めるかは困難な問題となる¹³。そこで、以下の検討の前提としては、約款が「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」と定義されることを差し当たり前提とする。なお、個別に交渉された契約条項¹⁴についての内容規制上の取扱いについては、以下に触れる。

2. 事業者間契約について想定し得る内容規制の類型と根拠

契約成立プロセスの正統性に着目して事業者間契約上の不当条項を規制する枠組みは、大きく、約款アプローチと交渉力アプローチに整理し得る¹⁵。

頁〔谷川久〕。

¹¹ 「市販の契約書式、例えば『不動産賃貸借契約書』は『約款』に入らないと一般に考えられている。しかし、ある不動産業者がこれを利用して一律に自己の顧客との契約を行っている、又は行おうとした場合はどうか。(中略)この『契約書』は『書式』と呼ばれてはいるが、現実には単なる容器でなく、しばしば相当数の契約条項を含み(その上、不当に賃貸人に有利な内容である場合が多い)、一応『標準契約書』の体裁はととのっている。そして、我々の経験から明らかなように、業者・賃貸人は最小限の必要事項を空欄に埋め、場合により特約条項を記入することはあっても、既存の条項の修正に応ずることなく、顧客に、ある箇所を指差して署名・捺印を要求するだけである。これはまさに『約款』ではないか!『契約書式』もひとたび多数取引で用いられるや、『約款』と区別する理由はなくなるのである。」とするものとして、河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、1988) 131頁。

¹² インタビュー『債権法改正の基本方針』のポイント」NBL910号(2009)33頁〔横山美夏発言〕。

¹³ 内容規制の一般的趣旨として隠蔽効果を重視するとすれば、約款の定義に、条項の量・範囲・複雑さ・難易度の基準を持ち込み、これによって約款と標準契約書式とを区別するアプローチも考えられる。但し、その場合、具体的にいかなる要件を定立することができるかは更に問題となる。また、約款規制の一般的趣旨のうち定型条款の提示に伴う交渉力不均衡に着目すれば、たとえば「多数の契約」の要件について単に複数の契約に用いられるという程度(ましてそれが予定されているという程度)で交渉力不均衡がもたらされるかを疑問視し、約款使用の団体性ないし対公衆性(ここでいう対公衆性の観念は金融商品取引法上の対公衆性の概念と直接関係しないことは言うまでもない)等に着目した要件を立てることも考えられる。しかし、この場合もその要件の外延をどのように画するかは更に問題となる。

¹⁴ 法制審部会資料13-1(2頁)、基本方針105頁。

¹⁵ これらのアプローチの他、消費者契約アプローチといわれる考え方は、対象を消費者契約に限定して内容規制を及ぼすものであるが、既に消費者契約法により採用されており、事業者間契約を問題

法制審では約款アプローチによる内容規制が議論され、基本方針においても約款アプローチが提案されている。そこで、その内容についてまず検討する。

(1) 約款アプローチとその根拠

約款アプローチは、約款を用いて締結された一定の契約について内容審査を及ぼそうとする。法制審部会資料及び基本方針では、約款アプローチによる内容規制の根拠として、以下のような考え方が示されている。

- ① 合理性保障： 約款使用者の相手方は、契約内容の形成に実質的に関与することができず、また、約款の内容を認識しないままその適用を承諾してしまうなどの問題があるといわれており、当事者双方が契約内容の形成に関与することによる合理性の保障が働かないという点で、契約自由の原則が妥当する基盤が失われる¹⁶。
- ② 構造的交渉力格差・隠蔽効果： 約款が多数の取引に用いられているという事実が交渉力の構造的な不均衡を生じさせ（構造的交渉力格差）、また、約款の条項が多数にわたる場合には特に個別の条項の内容について十分に理解し吟味するだけの注意を向けることが難しくなる（隠蔽効果）¹⁷。
- ③ 競争・他手段選択可能性： 約款使用の相手方が事業者である場合であっても、特に約款使用の相手方に当該約款を用いた契約を締結する以外の選択肢を与えるような競争が存在しないとき（約款が広範囲に画一的に使用されている場合、特に約款使用者が当該取引について独占的な地位を占めているとき）には、前述①の指摘が当てはまり得る¹⁸。

ところで、当事者の合意内容には原則として（公序良俗等の一般原則に反しな

とするここでの検討の対象とはしない。また、不当条項アプローチといわれる考え方は、約款アプローチ・交渉力アプローチ・消費者契約アプローチと異なり、契約成立プロセスの正統性に着目するのではなく、（公序重視の観点から）契約内容の不当性そのものを契約の効力を否定する根拠として内容規制を及ぼす（契約成立プロセスの正統性は不当性判断の一要素と見るに過ぎない）（山本豊「契約の内容規制」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向（別冊 NBL51 号）』（商事法務研究会、1998）75 頁。大村敦志『消費者法（第3版）』（有斐閣、2007）116 頁参照。）。しかし、現在のところ、今般の債権法改正の文脈で一般的な規律として不当条項アプローチの導入を主張する提言はないようである。

¹⁶ 法制審部会資料 13-1（1～2 頁）。

¹⁷ 基本方針 105 頁。

¹⁸ 基本方針 106 頁。

い限り) その内容どおりの効力が認められるという契約自由の原則の建前との関係では、それにもかかわらず法が内容規制を通じて当事者の合意内容に後見的に介入することが正当化される根拠は何かが問われる。

この点、前述①は、契約自由の原則を、当事者の交渉を通じた契約内容の合理性の保障があることを前提とする制度と捉え、その前提が不完全である場合に内容規制が正当化されるとする説明と理解される。前述②及び③についても、同様の理解が可能である。つまり、構造的交渉力格差や隠蔽効果がある場合や競争・他手段選択可能性がない場合には、当事者の交渉を通じた契約内容の合理性の保障に期待しがたいために、契約自由の原則の適用の前提が欠け、契約内容への後見的介入が正当化されるとする考え方である。また、②及び③は、契約自由の原則を当事者の自己決定の尊重という価値の体現と見る立場からも強調され得る。自己決定の尊重という価値を重視する観点からは、尊重されるべき自己決定と評価されるためには、契約当事者が、契約条項の内容を理解し、相手方との交渉や別の契約条件を提示する相手方の探索、当該契約の目的の断念等の実質的選択肢が与えられた中で、当該相手方と当該契約内容で契約を締結することを任意に選択する自己決定を行ったといえなければならないから、そのような前提に欠ける場合は内容規制が正当化されるという考え方である¹⁹。

つまり、約款アプローチは、(知的・経済的能力、情報能力を含めた)交渉能力の均衡、契約条件の変更可能性、他の選択肢の存在等に照らし、契約当事者が相手方との関係で実質的交渉力を備えなければ契約自由の原則の適用の前提を充足しないと見るとともに、そのような実質的交渉力が典型的に不完全なケースを約款使用というメルクマールによって切り出す立場であると理解される。

そうすると、約款アプローチについては、第一に、事業者間契約について実質的交渉力に着目した後見的な介入を行うことが正当視されるかが問題となり、第二に、そのような介入が正当化される余地があるとして介入の対象を約款使用というメルクマールによって切り出すことに過不足がないか(すなわち、約款使用の相手方は常に実質的交渉力に欠けるのか、実質的交渉力に欠けるのは約款使用の相手方となる者だけであるのか)が問題となる。第一の問題については3において、第二の問題については4において後に触れることとし、次に、交渉力アプローチとその根拠について検討する。

¹⁹ 以上につき、山本・前掲注(15)70頁以下。

(2) 交渉力アプローチとその根拠

交渉力アプローチは、当事者の知識・経験、契約締結交渉の状況、競争の有無、他の選択肢の現実性等、諸般の事情を考慮して契約当事者の一方の実質的交渉力が不完全であると認められるときに、内容審査を及ぼそうとする。

交渉力アプローチは、実質的交渉力が不完全なまま締結された契約について内容審査を及ぼそうとする点で、約款アプローチと共通する²⁰。契約自由の原則の建前との関係における内容規制の正当化根拠に関しても、約款アプローチについて前述(1)①ないし③に述べたところと基本的に同様の視点から説明することが可能であろう。つまり、交渉力アプローチも、交渉能力の均衡、契約条件の変更可能性、他の選択肢の存在等に照らし、一方当事者の実質的交渉力が不完全な場合に、合理性保障・自己決定の尊重という契約自由の原則の適用の基礎が欠けることを根拠に事業者間契約への内容規制を正当化する点では共通すると見ることができる。

交渉力アプローチが約款アプローチと異なるのは、内容規制の適用対象の把握の方法においてである。すなわち、交渉力アプローチは、内容規制の適用対象を切り出すために「約款使用」のような一定のメルクマールを予め定立することなく、個別の事案毎に諸事情の総合考慮を基に実質的交渉力が不完全であるかどうかを問題とし、実質的交渉力の不均衡が認められるときに内容審査を及ぼそうとする。交渉力アプローチにおいては、約款使用は他の多くのファクターと並ぶ交渉力不均衡につながる一要素と位置づけられる可能性があるに過ぎないこととなる²¹。

そうすると、交渉力アプローチについては、第一に、約款アプローチに関するのと同様、事業者間契約についての内容規制の正当性が問題となり、第二に、内容規制の対象の捉え方が適切かが問題となる。第一の問題については、約款アプローチと交渉力アプローチに共通の問題として 3 において検討する。第二

²⁰ 約款アプローチに関しては実質的交渉力を減殺する要素として隠蔽効果が挙げられるが、契約一般について実質的交渉力を問題とする交渉力アプローチにおいては、隠蔽効果は特に約款が用いられた場合に問題となる特殊な考慮要素に過ぎない（山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』（有斐閣、1997）9頁）。しかし、もともと事業者間契約の文脈では隠蔽効果によって実質的交渉力が減殺されると見るべき場合は少ないといえるであろう。通常契約審査等の手続を経て契約締結に至る事業者間の取引においては、隠蔽効果は消費者契約の場合と比較して典型的・相対的に小さいように思われるし、仮に契約書が長文であるために理解が及ばないままともかく契約を締結するというような事業者がいるとしてもそのような者が後見的な保護に値するか疑問があるからである。

²¹ 山本・前掲注（20）75頁。

の問題については、4において、仮に事業者間契約に内容規制を導入するとすれば、いかなる要件・効果の下に内容規制を定めることができるか、約款アプローチと交渉力アプローチの長短を含め、検討する。

3. 事業者間契約に適用される内容規制を導入することの適否

事業者間契約について、実態として一方当事者の実質的交渉力が不完全な場合が全くと断ずることはできないとしても、そのような事態に内容規制により介入することが立法政策として妥当であるかについては、議論の余地も存すると思われる。

この点は、法の建前として、事業者をどのような主体として想定するかにかかる問題であるが、事業者は、原則として、まさに契約自由の原則が前提とする自己責任が典型的に妥当する主体と想定することもあながち不当ではないと思われる。事業者は事業を行う以上その情報不足・交渉力不足のリスクを自己の責任で引き受けるべきである旨の指摘も見られるところである²²。そうであるとすれば、事業者は、原則として自らが締結する契約の内容について法の後見的介入を期待すべきでなく、看過しがたい不当条項に限って公序良俗等の一般原則に基づく介入を認めれば足りるとする考え方もあろう²³。

なお、基本方針は、消費者契約法及び基本方針の事業者・消費者概念によれば、法人その他の団体は消費者ではなく、事業者となり、そこには NPO 法人など、取引に関

²² 法制審部会議事録 29 頁〔岡本雅弘発言〕。

²³ この点、後述するとおり、約款アプローチを採用して事業者間契約への内容規制を肯定するドイツ法においても、約款使用の相手方としての事業者の要保護性は、消費者の要保護性に劣るものと考えられている。そこでは、「商人は、消費者よりも多くの取引経験・知識を一般的にはもっているから、取引経験・知識が問題となるような条項については、消費者取引よりも保護の必要性は少ないと考えられる。また、透明性の要請 (Transparenzgebot) も、商人にあっては一般に消費者よりも高度の理解の水準が要求されるので、商人に対する適用にあっては制限される」、「商取引にあっては約款による一定のリスク配分が、取引上の他の利益によってカバーされたり、事態に即して計算し、付保することでリスクを容易に除くことが可能である」とされている (石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法 (改訂普及版)』(同文館、1996) 149 頁、312 頁。)。同様に、ドイツ約款規制法上、事業者間取引の以下のような特性が考慮に入れられているとする。「事業者間取引において商品・サービスの提供者の契約相手方に位置するものとして想定されている (法レベルでの)『典型的な事業者』は、みずからの事業につき取引経験が豊富で、かつ専門知識も豊富である (取引から生ずる不利益につき取引経験・専門知識の不足をもって反論なしえないのが原則である)。それゆえに、①契約相手方たる事業者は、みずからが遂行する事業についての契約条項の存在と意味を合理的に認識し、選択をなし、行動をすることが可能である。②また、一方的契約内容形成とこれに対する相手方の附合について特別に考慮する必要性が低い。③さらに、事業者は、提供された商品・サービスを事業の目的に供するのであるから、みずからが遂行する事業全体でバランス・シートを考慮に入れ、取引を介してコスト・リスクの分散ができる。」(潮見佳男「不当条項の内容規制」河上正二ほか『消費者契約法 - 立法への課題 (別冊 NBL54 号)』(商事法務研究会、1999) 131 頁)。

する専門性が低い者が多数含まれることに留意すべきである旨を指摘する²⁴。しかし、この点は、事業者・消費者の定義の見直しによって解決を図るべき問題であるように思われ、取引に関する専門性が低くない多数の事業者も含めて一律に規制を及ぼすとするのは妥当でないように思われる。

取引に関する専門性が低い者を除外するよう事業者概念を見直すことを前提とすれば、そのような新しい事業者概念による事業者間契約については、そもそも立法の方法論（約款アプローチと交渉力アプローチの長短）を議論するまでもなく、内容規制の導入は不要とも考えられる。

また、事業者概念の広狭にかかわらず、約款アプローチと交渉力アプローチのいずれの立場に立つ場合であっても、内容規制を適用すべき範囲を、上述した内容規制の正当化根拠に則して注意深く検討することも必要である。内容規制の正当化根拠を合理性の保障に求める立場は、契約自由の原則の前提として契約内容の合理性を保障する仕組みが必要であるとし、当事者間の実質的な交渉が契約内容の合理性を保障すると考えて、当事者間の交渉能力の不均衡を内容規制の根拠とする。この点、契約内容の合理性を保障する仕組みは当事者間の交渉に限られるのか、言い換えれば、当事者間の交渉以外の方法により別途契約内容の合理性が担保され得るような場合には、当事者間の交渉がなく又は交渉能力の不均衡がある場合でもなお、内容規制を適用する必要が認められない（内容規制の適用が正当化されない）ケースがあり得るのではないかと、という指摘が妥当し得る。たとえば、約款の作成過程に事業者・消費者双方の立場を代表する者や学識経験者等が相応に関与している場合や、約款の内容について監督官庁が特別法に基づく内容審査を及ぼしている場合等においては、当該約款を用いた契約の当事者間に交渉能力不均衡が存する場合であっても、約款制定の過程で一定の合理性の保障が既に働いており、それに加えて内容規制を及ぼす必要性・正当性に乏しいという見方もあり得るように思われる。

なお、約款アプローチを導入したドイツにおいては連邦通常裁判所の判例が約款規制法の制定につながるような約款規制法理を樹立していったのに対し、日本の（裁）判例はそのような一般的定式化には極めて謙抑的で、むしろ、公序良俗・信義則等の一般条項の適用や契約解釈を通じて問題を解決してきたとされる²⁵。また、ドイツ法を参考にしながら同じく約款アプローチを採用した韓国においても、約款を用いた事業者に有利な契約慣行が社会的に問題視され、それが約款アプローチの採用につながっ

²⁴ 基本方針 106 頁。

²⁵ 山本豊「約款規制」ジュリスト 1126 号（1998）114 頁。

たとのことであるが²⁶、消費者契約アプローチを採用済みである現在のわが国において、約款アプローチの採用を通じて事業者間契約に係る内容規制を導入を図ることに對して同様の社会的ニーズが存するかも明らかでない²⁷。これらのことから、わが国で事業者間契約への適用を主眼とする約款アプローチを導入する必要があるか、検討の余地があるように思われる²⁸。

4. 内容規制を導入する場合の方向性

前述3に對し、事業者を自己責任原則の適用対象と見るよりは、むしろ、場合により実質的交渉力に劣る場合があるという現実を重視し、かつ、実質的交渉力の不均衡が認められる場合には内容規制を及ぼすという立場を採る場合には、事業者間契約に適用のある内容規制の導入を検討するに際し、約款アプローチと交渉力アプローチの長短を含め、いかなる要件・効果の下に内容規制を定めるべきか検討することとなる。

(1) 内容規制の要件

前述のとおり、約款アプローチについては、実質的交渉力が類型的に不完全なケースを約款使用というメルクマールによって切り出すことに過不足がないか、すなわち、約款使用の相手方は常に実質的交渉力に欠けるのか、実質的交渉力に欠けるのは約款使用の相手方となる者だけであるのかが問題となる。

この点、約款使用の相手方が常に実質的交渉力に欠けるとはいえない例として、以下のようなケースが考えられる。たとえば、ISDA マスターアグリーメント（ISDA 作成）を用いた金融機関間のデリバティブ取引では、新規にある相手方とデリバティブ取引を開始しようとする金融機関は、マスターアグリーメント

²⁶ 鄭鐘休「韓国における約款法の制定」ジュリスト 893号（1987）111頁、韓雄吉「韓国の約款規制法における不公正条項規制—日本の消費者契約法との比較」ジュリスト 1200号（2001）146頁。

²⁷ 法制審部会資料や基本方針も、約款による不当条項の押しつけが約款使用の相手方たる事業者の権利・利益を不当に制限しているという社会的事実の認識や、構造的交渉力格差及び隠蔽効果の存否・程度について実証的裏付けを提示するものではないようである。約款の内容規制を導入する必要性について疑問を提起し、どのような立法事実アプローチにしようとしているのかを明確にすべきで、何か問題があるとすればその実態は何なのかを把握する必要がある旨を指摘するものとして、法制審部会議事録 2～3頁〔奈須野太発言、木村俊一発言〕。

²⁸ 事業者間契約に関する不当条項のリストを導入することは、約款使用者側にとっても、予見可能性の向上の面で実際的な利点があることが指摘されることもある（基本方針 113頁。小粥太郎「不当条項規制と公序良俗理論」民商法雑誌 123巻 4・5号（2001）606頁以下。）。しかし、約款使用者の側から、予見可能性の向上を期待して不当条項リストの導入を望む声はあまり聞かれないうである。

別紙 (Schedule) の作成などを通じて特に関心のある条項やマスターアグリーメント上当事者の選択に任されている事項について交渉することはあるとしても、マスターアグリーメントの一箇条ごとについて条件交渉することは通常考えられない。そうすると、ISDA マスターアグリーメントが「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」として約款に該当し、個別交渉も現に行われていないことを前提にすれば、約款アプローチの下では内容規制が及ぶこととなる。しかし、条件交渉が行われぬのは、当事者の一方が実質的交渉力に劣っているからではない。むしろ、マスターアグリーメントは大多数の市場参加者がおおむね合理的と考える条項によって標準化されており、そのことによって新規契約締結毎に契約交渉を行うコスト・手間を省くことができるから、交渉が行われぬのである。このようなケースでは、ISDA マスターアグリーメントが金融機関にとって隠蔽効果を持たないことはもちろん、ISDA マスターアグリーメントの提示が構造的交渉力格差を生じさせているわけでもない。契約内容におおむね異議がないために互いにその都度個別の交渉を行わないのであるが、その場合に約款が使用されたことを理由として内容規制を及ぼす必要があるとは言い難いのではないだろうか。

他方で、実質的交渉力に欠けるのは約款使用の相手方となる者だけであるのかも疑問である。1 回だけの使用のために作成された契約書であっても、一方当事者が経済的強者であるために一方的に有利な内容となっている場合に、事業者間契約への内容規制を是とする限りは、当該契約が「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された」ものでないことを理由に内容規制の対象にしないことが妥当か、実質的交渉力に欠ける事業者間の契約に内容規制を及ぼそうとする一般論を支持する立場からは、疑問を呈する余地がある。

さらに、約款が用いられるという一事のみをもって内容規制を及ぼす場合には、内容規制の正当化根拠が当てはまりにくいと見うる局面にまで一律に規制を及ぼす結果になってしまう虞もある。たとえば、前述の ISDA マスターアグリーメントについては、その内容策定について多くの市場参加者が関与し、おおむね合理的と考える条項によって標準化されており、その生成過程を通じて既に合理性の保障が働いていると見ることもでき、それにもかかわらず内容規制を及ぼすことの必要性・正当性が問われることとなるように思われる。

以上からすると、約款アプローチは、「約款使用」を内容規制の対象のメルクマールとするために介入の必要性・正当性の乏しい契約に内容規制を及ぼしてしまうなど、規制対象の切り出し方に過不足が生じ、適用範囲の具体的妥当性を

犠牲にするくらいがあるように思われる。

この点、交渉力アプローチは、個別の事案毎に諸般の事情を考慮して実質的交渉力不均衡の有無を判定しようとする立場であるから、約款使用の一事のみをもって内容規制の適用範囲を画する約款アプローチと比較して、適用範囲の具体的妥当性において長ずる。たとえば、約款が用いられた契約についてもその他の要素を勘案して交渉力格差が認められない場合には規制対象としないという調整が可能である。また、交渉力アプローチの実質的根拠が契約内容の合理性保障にあり、契約内容の合理性保障は当事者間の交渉以外の事情によっても担保され得るという立場に立つ場合には、一般論としては約款使用の事実をもって交渉力不均衡につながり得る一要素と捉えるとしても、約款使用が必ずしも合理性保障の障害となるものではない（約款の生成過程において合理性の保障が働いている）と見られるような場合には、約款使用をもって内容規制を正当化するような交渉力不均衡の徴表とは見ないという解釈も、（約款使用の一事をメルクマールとする形式的な約款アプローチとの比較においては）より柔軟に可能となる余地が存するに思われる。或いは、ISDA マスターアグリーメントのように、およそデリバティブ取引に従事する当事者は（交渉力格差があるうがなかろうが、それに関わりなく）遍くこれを利用することが前提とされているような場合には、約款使用の事実をもって交渉力不均衡を推認させる事由として捉えることはできない、といった説明も妥当し得よう。

しかし、交渉力アプローチは、規制対象を明確なメルクマールをもって定めなため、内容規制の適用範囲の客観的予見可能性において劣る面がある。たとえば、「契約の性質、各当事者の地位、契約締結時の事情等に照らして、当事者の一方が交渉上不当な不利益を被るおそれがあると認められる場合」に内容規制の適用がある等と要件立てをすることが考えられるが、それ以上に具体的・一義的な要件を規定することには交渉力アプローチの性質上自ずから限界が存する²⁹。しかし、それでもなお一般条項による規律に委ねるよりは規律の明確化

²⁹ 山本・前掲注（15）96頁は、交渉力アプローチを支持する立場から、「広義での交渉力不均衡状態（狭い意味での経済的力関係の格差というだけではなく、取引経験や法的知識の差、さらには約款の使用等の契約締結の態様から生ずる交渉上の優位・劣位も含んだ意味である）を立法技術的にどのように定式化するか」という問題を立てた上で、消費者契約に限らない契約一般に関し、「一方当事者により予め準備され個別的に交渉されなかった契約条項」について原則として交渉力不均衡状態があるものと見た上で、「その条項について個別的交渉を行うことが期待可能であったことを条項使用者が証明したとき」は、例外的に交渉力不均衡状態があるものとは見ないという要件立てを提案している。しかし、「一方当事者により予め準備され個別的に交渉されなかった契約条項」は「約款による契約」というメルクマールにより切り取られるものとはほぼ重なるか、或いは、読みようによってはその外延は更に拡がる可能性もあり、「その条項について個別的交渉を行うことが期待可能

に資するという判断に立てば、このような立法にも検討の余地があることとなり、交渉力アプローチの実益を害さない範囲で適用範囲の明確性を確保する方法について工夫が望まれることとなる。

(2) 内容規制の効果

事業者間契約に適用のある内容規制を導入する場合、その効果はどのように規定すべきか。特に問題となるのは、不当条項リストを定めるか否かである。

この点、約款アプローチを採用するドイツ債務法においても、商人間契約には、内容規制に関する一般規定のみ適用があり、不当条項リストは適用がない³⁰。ここでは、脚注 23 に示したように、商人が約款使用の相手方となる場合には、消費者契約の場合と比較して、相手方保護の必要性が低いことが考慮されている³¹。また、消費者契約の場合には交渉力不均衡が典型的に存在する確度が比較的高いものに対して、事業者間契約においては、当事者間の関係はより多様であり、実質的交渉力の不均衡が存在しないケースや存在するとしてもその程度には幅があるから、不当条項リスト（特にブラックリスト）による規律のような硬直的な規律にはなじまないと考えられている³²。

不当条項規制の効果の面で、不当条項リストを設けない場合には、それを設ける場合と比較して明確性に劣ることは否定できない。それでもなお、事業者間契約は消費者契約に比しても交渉力のバランスが一様ではないから³³、規律の柔

であったこと」の反証がどの程度認められるかの不透明さと相俟って、交渉力不均衡状態を推定すべき場合を過不足なく捉えているか疑問がある（その点に目を瞑るのであれば交渉力アプローチを採用する実益がない）ように思われる。

³⁰ ドイツ債務法第 307 条（一般条項）、第 308 条及び第 309 条（不当条項リスト）並びに第 310 条第 1 項（商人間契約への第 308 条及び第 309 条の適用排除）参照。ドイツ債務法上の一般条項と不当条項リストとの関係は、わが国の消費者契約法上の第 10 条と第 8 条・第 9 条との関係に似るが、ドイツ債務法上の一般条項と不当条項リストとの解釈上の関係には留意を要する。石田・前掲注（23）149 頁参照。

³¹ 但し、韓国約款規制法では、事業者間契約に適用のある不当条項リストを設けているようである（法制審部会資料 13-2（39 頁））。

³² 「事業者間契約においては、当然に不公正とみなされる契約条項のリスト化は、契約の多様性ゆえに、ほとんど不可能であると一般に考えられている。」（オーレ・ランドーほか編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則 I・II』（法律文化社、2006）251 頁）、「商人間で合意された契約条件のコントロールには柔軟性のある基準が適用されるべきであるし、消費者取引の場合よりも個々の諸事情をよりいっそう考慮しなければならない。」（ハイン・ケッツ著・（潮見佳男ほか訳）『ヨーロッパ契約法 I』（法律文化社、1999）268 頁）、「かなり割り切った判断の仕方をするものであるため、リスト[筆者注:ブラックリスト]の適用対象は消費者契約に限定すべきであろう。」（山本・前掲注（15）86 頁）。

³³ 「不当条項リストについてですけれども、ある条項が不当であるか否かというのは、その条項だけではなくて、ほかの条項であるとか契約の締結過程であるとか、あるいは契約外の事情であるとか、

軟性を重視して、不当条項リスト（特にブラックリスト）を設けることには慎重な検討を要するようと思われる。

そうすると、効果の面で、現行の消費者契約法第 10 条に相当するような、一般的な規定を設けるにとどめることが望ましいようと思われる。また、その場合でも、確認規定か創設規定かについて、同法第 10 条に関するような議論が残らないよう、その位置づけを明確にしておくことが要請されるものと思われる³⁴。

5. まとめ

以上から、事業者概念の見直しを行うことを前提に、新しい事業者概念による事業者間契約を対象とする内容規制については、①約款アプローチ・交渉力アプローチのどちらを採用するかの問題以前に、そのような内容規制は不要と考えることもできるように思われる。また、②仮に内容規制を設ける方向を検討する場合には、(i)要件面では、約款アプローチによる場合には、実質的交渉力不均衡のケースを過不足なく切り出して規律の対象とし得るかについて疑問があり、他方、交渉力アプローチによる場合には要件の明確性確保について工夫が望まれ、(ii)効果面では、規律の柔軟性を確保するため不当条項リストの導入には慎重であるべきで、一般的な効力規定を置く場合にも創設規定か確認規定かを含めその位置づけを明確にしておくことが要請されるものと思われる。

以 上

そういったこともひっくるめまして契約を全体として見て決めることではないかと考えておりまして、条項をカテゴリー的に取り出して不当かどうかを決めるということについて、そもそも論としての疑問がございます。ある条項は一方に有利だけれども、対価がその分安いであるとか、ほかの条項では逆になっていて全体として釣合いが取れているとか、そういったことは十分にあり得るわけございまして、一定の類型に該当することで直ちに不当条項とみなす、あるいは推定することによりまして、契約全体から判断すれば合理的な条項であっても不当条項とみなされあるいは推定されるというおそれが生じるのではないかという危惧を持っております。特に反証を許さないブラックリストにつきましては、そういった弊害が大きいのではないかと考えます。」とする、法制審部会議事録 40～41 頁〔岡本雅弘発言〕。

³⁴ 消費者契約法第 10 条の位置づけについて、法制審部会議事録 47～48 頁〔潮見佳男発言〕、48 頁〔岡本雅弘発言〕、山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL686 号（2000）20 頁。