

## 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の概要（各論3）

- この資料は、中間論点整理第22から第27までに関する意見を内容としている。
- 略語及び団体名等の略称は、部会資料33-1参照。

### 目次

第22	契約に関する基本原則等	1
1	契約自由の原則	1
2	契約の成立に関する一般的規定	7
3	原始的に不能な契約の効力	14
4	債権債務関係における信義則の具体化	18
第23	契約交渉段階	24
1	契約交渉の不当破棄	24
2	契約締結過程における説明義務・情報提供義務	35
3	契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任	56
第24	申込みと承諾	62
1	総論	62
2	申込み及び承諾の概念	64
(1)	定義規定の要否	64
(2)	申込みの推定規定の要否	67
(3)	交叉申込み	75
3	承諾期間の定めのある申込み	77
4	承諾期間の定めのない申込み	82
5	対話者間における承諾期間の定めのない申込み	87
6	申込者の死亡又は行為能力の喪失	89
7	申込みを受けた事業者の物品保管義務	92
8	隔地者間の契約の成立時期	94
9	申込みに変更を加えた承諾	99
第25	懸賞広告	103
1	懸賞広告を知らずに指定行為が行われた場合	103
2	懸賞広告の効力・撤回	105
(1)	懸賞広告の効力	105

(2) 撤回の可能な時期 .....	107
(3) 撤回の方法 .....	108
3 懸賞広告の報酬を受ける権利 .....	110
第26 第三者のためにする契約 .....	111
1 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等（民法第537条） .....	112
2 受益者の権利の確定 .....	118
3 受益者の現存性・特定性 .....	119
4 要約者の地位 .....	121
(1) 諾約者に対する履行請求 .....	121
(2) 解除権の行使 .....	123
第27 約款（定義及び組入要件） .....	125
1 約款の組入要件に関する規定の要否 .....	125
2 約款の定義 .....	146
3 約款の組入れ要件の内容 .....	164
4 約款の変更 .....	185

## 第22 契約に関する基本原則等

### 1 契約自由の原則

契約を締結しようとする当事者には、①契約を締結するかしないかの自由、②契約の相手方を選択する自由、③契約の内容決定の自由、④契約の方式の自由があるとされており（契約自由の原則）、明文の規定はないものの、民法はこの原則の存在を前提にしているとされている。そこで、これを条文上明記する方向で、明文化する内容等を更に検討してはどうか。

契約自由の原則を条文上明記すると当事者が契約内容等を自由に決定できるという側面が過度に強調されるとの懸念から、これに対する制約があることを併せて条文上明記すべきであるとの考え方がある。制約原理の具体的な内容を含め、このような考え方の当否について、契約自由に対する制約と法律行為一般に対する制約との関係、契約自由に対する制約として設けられた個々の具体的な制度との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料1 1-2 第1, 2 [1頁], 同 (関連論点) [2頁]】

#### 【意見】

- 特別法などにより契約自由の原則の例外規定が多くなっていることに鑑みると、契約自由の原則を明文化しておくことはそれなりに意味があると思われ、明文化することに賛成する。(札幌弁)
- 契約自由の原則を明文化するという考え方に賛成する。(愛知県弁)
- 相手方との間で契約を締結するか否か、契約を締結するとして契約内容及び形式をどのようなものとするかについて、「契約の内容・契約の趣旨」が強行法規又は公序良俗に反しない限り、各当事者は、自由に決定することができる旨明文化すべきである。(福岡弁)
- 実務上は CISG が排除されることが多く、国際契約の準拠法として（CISG を含まない）日本法を利用する場合があります。これを前提とすると、契約自由の原則が明確に規定され、その限界が任意法規と強行法規の明確化等により明らかにされること自体は望ましい。ただ、国際的に見て特異であったり厳格すぎたりする制約原理や規制が置かれると、国際契約の準拠法としては使いにくいと思われる。

また、表明保証条項等のように英米法に基づき発展してきた契約技術に悪影響が及ぶことのないよう、契約自由の制限については慎重な検討を求めたい。(国際取引有志)

- 契約自由の原則を条文上明記することに賛成である。分かりやすい民法の観点から、契約法の大原則は基本的に明文化すべきである。契約法の大原則の中で

も契約自由の原則は、民法の前提である大原則であるので、特に明文化すべきである。また、民法になじみのない者は任意規定を強行規定と誤解していることもあるので、当該誤解をなくすためにも、契約自由の原則は明文化して広く知らしめるべきである。内容については既存の法解釈と異なる表現とならないよう検討するべきである。(三菱電機)

- 民法ないし私法の基本原則の一つであり、具体的な条文の形で示すことが適切である。この原則も、無制限に認められるものでないことは明らかであり、必要に応じて、民法第206条におけると同様に、制限がありうる趣旨を逢わせて規定すれば足りるのではないか。(大学教員)
- 契約自由の原則については、これが原則である以上定めるべきである。制約があり得る旨の何がしかの留保文言は入れるべきと考えるが、契約自由の原則を定めることによって、契約自由が過度に強調されるというのはやや極端である。(大学教員)
- 契約自由の原則は、実務上も理解が必須の概念であることから、明文化する内容等を条文上明記する方向で検討すべきである。なお、契約内容等に対する制約を設けるべきとの考え方については、そもそも消費者取引等における消費者保護など、消費者契約法において規定すべき内容であり、民法としては、公序良俗違反ないし信義則に著しく違反するような内容である場合以外の要件を規定するべきではない。(会社員)
- 民法は契約自由の原則の存在を前提にしていることから、これを条文上明記すべきである。当事者の自由な意思決定が尊重されるという原則を明らかにする意義がある。なお、現行法上も、要物契約が例外として規定されていることから間接的に諾成主義の原則を読み取ることができるようになっている。

なお、契約自由の原則に一定の制約があることを併せて規定すべきかどうか。契約自由の原則に対する制約原理として強行規定や公序良俗が想定されているのであれば、このような制約は契約だけでなく法律行為一般に妥当するものであるから、制約原理は民法第90条など法律行為に関する規定に委ね、契約に関する規定の箇所では端的に契約の自由を明文化すれば足りると思われる。なお、仮に公序良俗や強行規定を超える制約原理が想定されるのであれば、そのような制約原理を認めることの影響を慎重に検討すべきである。(弁護士)
- 契約自由の原則は、契約に関する大原理であるが、現行法にはこの原則に関する明文は存在しない。分かりやすい民法という観点から入れる方が好ましい。

しかしながら、契約自由の原則は、強行法規及び公序良俗といった契約自由の原則を制約する法理の範囲内で許容される原則であるため、この点について明文化しないまま、契約自由の原則のみを明文化することは許されない。なお、契

約自由の原則を制約する法理としてどの範囲まで明文化するかについて、業法による規制等も踏まえて、今後検討する必要がある。(日弁連)

- 特に反対しない。ただし、契約自由の原則を規定するのであれば、その限界や制約原理（強行規定、公序良俗等）を意識する必要がある。(兵庫県弁)
- 契約自由の原則を明文化するという方向性には賛同できる。分かりやすい民法という観点からは、同時に原則の例外としての制約原理についても明文規定を設けるべきである。制約原理の規定方法については種々議論が必要であり、制約原理を適切な方法で規定することが困難である場合には契約自由の原則そのものを明文化することの是非も改めて検討するという視座に立った上で、論点として取り上げ議論を深化させるべきである。

なお、要物契約の存在により諾成主義の原則は分かるから、これを敢えて明文化すると混乱をまねく。(親和会)

- 近代法の大原則として定着している契約自由の原則を明文化するとともに、弱者保護の観点からその制約原理を明らかにすることについては異論がない。そして、方式の事由（諾成主義の原則とその例外）は、主に契約の成立に関わる問題であり、その一般的規定の中で扱われるのが適当である。そこで、明文化されるべき契約自由の原則としては、相手方選択の自由も包含した契約締結の自由と、内容決定の自由に集約される。また、その制約原理については、契約締結に際しての平等取扱い（差別禁止）や経済的弱者たる当事者の保護などを考えると、契約自由の原則に関連させて規定を設けることに意味がある。なお、制約原理の書き方についてはさらに検討を要する。(「改正を考える」研)
- 契約自由の原則は近代市民法の大原則であり、その原則自体は現在も維持されるべきであるが、他方、その弊害も深刻化している。特に、大企業と中小企業・事業者と消費者間の格差は大きく、立場の互換性も喪失していることから、「契約自由」が情報に劣る当事者の被害を合理化する論理として使用されるおそれもある。よって契約自由の原則が絶対的なものではないことを明示することが必要である。(仙台弁)
- 契約自由の原則を確認することに賛成。契約自由が無制約でないことを示す必要はあるが、他の箇所の規定全てに言及することは不可能ないし煩雑なので、例外は、信義誠実と強行規定による制約があることを示すにとどめる。(堂島有志)
- 明文化に賛成である。ただし書で公序良俗違反は無効と入れる。国家の保護という観点から、民法第206条と同じ形式にするかは検討を要する。(広大有志)
- 契約自由の原則、それ自体については、当然であり、分かりやすい民法の観点から、明文化については、賛成する。ただし、契約自由の原則の明文化には、かかる原則が独り歩きして、濫用されないか、特に消費者・弱者の利益が害され

ないかという懸念があり、明文化の弊害の有無が検証されるべきである。契約自由の原則に対する制約原理のあることも同時に確認されるべきであり、それが同時になされる限りにおいて、契約自由の原則の明文化も賛成する。

明文化する際の契約自由の原則の内容としては、中間論点整理に提示された①から④まで、個別に明記するか、抽象的に契約自由の原則を簡潔に規定するにとどめるか等が考えられるところであるが、詳細に規定することによる弊害がないか、の観点から、慎重に検討すべきである。

契約自由の原則はもとより最重要ではあるが、これとともに、これに対する公序良俗、及び取引ないし契約上の信義誠実、公平、公正、ないし正義(格差是正を含む)、並びに強行規定、その他の制約原理が整備されて、初めて契約自由の原則が適正に適用・運用されるのであるから、かかる原則を明文化する場合は、これに対する制約原理の規定を整備・充実したうえで、制約原理と合わせて、債権法の制度全体としての妥当性・バランスを図らなければならない。そして、契約自由の原則に対する制約原理があることについては、個々の規定において、具体的な制約原理を規定するほか、契約自由の原則と同一条項に契約自由の原則に対する制約があることを規定すべきである。その際の規定の方法としては、例えば、ヨーロッパ契約法原則1:102のように「本文で契約自由の原則を規定し、ただし書において制約原理による制約があることを規定する方法」や、所有権に関する民法206条等のように「『制約原理の範囲内において（又は制約原理に反しない限り）契約自由の原則が妥当する。』という方向性で規定する方法」が考えられる。(大阪弁)

- 契約自由の原則を明文化することには反対はしない。しかし、「合意原則」「合意重視」の流れが伺われる今般の債権法改正において「契約自由の原則」が一人歩きする懸念が存する。したがって、契約自由も、強行規定は勿論のこと、契約正義や公正・公序（良俗）の制約を受けることも併記すべきである。現代では契約自由から契約正義へと言われるように契約自由の再検討がむしろ重要であると位置づけられている。また、契約自由の原則の由来を確認し、そこから導かれる制約原理も同時に検討すべきである。(日弁連消費者委有志)
- 契約自由を強調しすぎることは妥当ではない。契約正義（公正取引，契約弱者保護。狭い意味の公序良俗だけではなく，エクイティ的な制限も含む。）という制約があることを明確にすべきである。(弁護士)
- 契約自由の原則を明文化することが望ましいと思われるが，労働契約や労務提供型の典型契約，下請負契約など，一方に強い立場が生じる場合に，一方的に不利益を被る契約内容を強いることができないように配慮すべきであると考えられる。(団体職員)

- 契約自由の原則は、契約締結上の過失、片面的強行規定等の様々な例外規定を持つものであり、必ずしも明確に規定内容を整理できるものではない。敢えて明文規定に踏み切ることによって逆に民法の運用を混乱させることも充分にあり得るものであって、契約自由の原則に対する制約規定の内容は、必ずしも実益を伴うものとは限らない。よって、明文化そのものに反対はしないが、同規定があることによって現在の民法典の運用を混乱させる要素が少しでも見受けられるのであれば、明文化を回避すべきである。(広島弁)
- 契約自由の原則を法文化する方向性については基本的には賛成するが、その制約原理の明文化の要否、内容、規定の位置等については、契約自由の原則を明文化し、その制約についても同じ箇所に規定を置くという考え方、総則規定に制約が規定されれば良いという考え方、制約について同じ箇所に適切な規定を置くことができないなら、契約自由原則の明文化を見合わせるべきであるという考え方など、意見が分かれているので、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 検討することに異論はなかったが、仮に規定するのであれば、制約原理にも言及するのが相当とする意見が複数あった。(最高裁)
- 契約自由原則を明文化すべき具体的な立法事実とその必要性の摘示がないままに議論が行なわれているために、審議会における議論も「国民に分かりやすい民法」の創造という理念が先行しており、「何のために明文化するのか？」がすり合っていない。

契約自由原則を明文化することによって生じうる紛争類型をあらかじめ想定したうえで明文化の要否を検討すべきである。「国民にわかりやすい民法」の創造に重きが置かれるあまり、パターンリスティックに分かりやすくすることが、かえって新たな紛争類型を招来する可能性はないのかという着眼点を欠いている。併せて、仮に明文化した場合、当該条文は「一般条項」に位置づけられるものと考えられるが、そもそも基本法に一般条項を新設することの可否について整理が必要と考えられる。

契約自由原則を国民に周知することは、必ずしも立法(明文化)だけが唯一の手段ではなく、国民教育や業者規制・商慣習などの他のさまざまな手段・方法によっても実現しうるはずであるが、制約原理とのセットの条文化の要否が議論されているように、法律において必要十分かつ分かりやすい条文を実現しようとするかえって国民にわかりにくい規定を創出する懸念がある。

「契約自由」に関連する論点として「契約を破る自由」「契約を解消する自由」の考え方の是非があるはずであるが、この点について整理しておく必要があるのではないか。

上記のとおり、明文化の必要性と相当性について十分な摘示がされないままに、

「国民にわかりやすい民法」の創造を理由とした明文化には反対である。現に、国民（消費者）が締結する契約の大半は約款取引またはこれに準ずる附合的・定型取引なのであって、こうした実態と想定される条文内容とが齟齬を来たしかえって国民を混乱させ、「国民にわかりやすい民法」の創造という目的に反する結果になるのではないか。真に重要なのは国民への周知とその理解であるはずであり、これは立法（明文化）によってのみ解決するものではないとも考えられる。（日大民研・商研）

- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。この点、「契約自由の原則」の明確化を行うことは、交渉力の強い者の優越性を高めるおそれがある。今後の検討過程で労働者の権利水準を後退させることが確実となる場合、法改正には賛成できない。（連合）
- 契約自由の原則は、言うまでもなく近代法の3大原則のうちの1つであるが、同原則は、既に20世紀の初頭からその変容を余儀なくされており、各種の社会政策立法による公法的制限及び私法的制限が広範囲に存在するところである。20世紀末から21世初頭の時期において米国等に台頭した、規制緩和を求める新自由主義は、平成20年のリーマンショック以来その理念を疑問視する見解も多い。現在、日本の資本主義社会はその転換期を迎えており、いまさら「契約自由」をスローガンとして掲げることは時代感覚にそぐわない感がある。現代におけるその意義について、更に十分検討してはどうか。特に、約款による契約の成立を明文で認める場合の「自由」の文言のすわりの良さも更に検討されるべきである。（横浜弁）
- 各種の業法には、顧客保護等の観点から契約内容を規制するものも多く、正当な理由なく依頼を拒否することを禁じている立法例などもあることから、民法に契約自由の原則が規定されても、実際の社会では必ずしもそのとおりにならないことになる。契約自由の原則とこれに対する制約原理の内容について、実務的に通用するほど議論が成熟していないという状況のもとで、契約自由の原則についてのみ規定を設けることは、かえって一般国民に対する混乱を招きかねないことから、無理に条文化する必要はないと考えられる。（弁護士）
- 規定は不要。債権法改正の範囲として契約法を含めることに反対。企画の趣旨が異なる。（弁護士）
- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）



## 2 契約の成立に関する一般的規定

契約の成立について、民法は申込みと承諾を中心に規律を設けているが、申込みと承諾に分析できない合意による契約の成立もあり得るなどとして、契約の成立一般に関するルールが必要であるという考え方がある。このような契約の成立に関する一般的規定を設けるかどうかについて、成立要件と効力要件との関係にも留意しながら、規定内容を含めて更に検討してはどうか。

契約の成立に関する一般的規定を設けることとする場合の規定内容については、例えば、契約の核心的部分（中心的部分、本質的部分）についての合意が必要であるという考え方があるが、このような考え方によれば、契約の成否と当事者の認識が食い違いかねないとの指摘もある。そこで、このような考え方の当否について、契約の核心的部分（中心的部分、本質的部分）の範囲を判断する基準（客観的に決まるか、当事者の意思や認識に即して決まるか。）にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料1 1－2第1，3 [4頁]】

### 【意見】

- 契約の成立時期に関する一般原則（ルール）を民法に規定することによって、契約交渉のどの時点で契約が成立したことになるのか（どの時点から効力が発生し破棄できないことになるのか）が事前に予測できることになるので、明文化すべきである。

契約が成立するために必要な合意に関して、当事者が契約の内容とすべきであると考えた事項について、当事者間で合意が成立した時点で契約が成立する旨の規定を置くべきである。例えば、売買契約を例にとると、当事者において、目的物と代金が決めれば他の事項については合意しなくても契約が成立したと評価できる事例もあれば、細かい点まで合意しなければ契約が成立したと評価できない事例もある。当事者双方が契約に盛り込むべきであると考えた事項（上記のとおり幅がある）について合意した時点で契約が成立する、と考えられる。（福岡 弁）

- 債務発生原因たる契約成立要件のファンダメンタルな総則（通則）規定が是非とも必要と考えられる。

中間論点整理において提示された規定内容にも賛成する。意思表示ないし法律行為の解釈として論ずれば良い。（横浜 弁）

- 契約の成否そのものが争点となる紛争が少なからず存在し、このような紛争類型の処理に当たって、その判断基準となる要素が事前に規定されていることは望ましいから、契約の成立に関する一般的規定を設けるかどうかについてさらに検

討することについては賛成する。また、契約の核心的部分の範囲を判断する基準に関する検討を行うことについても賛成する。しかし、現実の契約類型には多様な類型が存在し、これらの契約類型を対象に一定の指標を提示することは相当な困難を伴う。その規定内容が実体と整合しないような規定を設けることは、逆に民法典が社会関係を不安定にし、若しくは社会の発展を阻害することにもなりかねず、規定内容を検討するに当たっては、極めて慎重な検討が求められるというべきである。(広島弁)

- 特に反対しないが、慎重な検討を要する。多種多様な契約について、通則的な規定を設けることができるかという技術的な問題、できるとしてその必要があるか、規定を設ける場合、何をもって契約の成立とするかによって不都合が生じないか、規定を設けるとして何をもって契約が成立すると規定するのか等、様々な点について議論の余地がある。(兵庫県弁)
- 契約の成立の一般則として申込みと承諾という整理に馴染まないものがあることは提案のとおりであり、契約成立に必要な合意について一般的規定の内容および方法などについて議論すべきである。(親和会)
- 契約の成立に関する一般的規定を置くか否かにつき検討することに賛成する。内容については、「契約において基本となる部分についての意思の合致があれば契約が成立する」という趣旨の一般規定を設けるべきであるという考え方、何が「契約において基本となる部分」かは、当事者の意思や契約の性質に左右されるので、明文化が困難であるという考え方、契約の成立に必要な合意についての一般規定を置くのは、却って国民の混乱を招くので適切でないという考え方などがあることを踏まえて慎重に検討すべきである。(東弁)
- 契約の成立時期に関する一般原則(ルール)を民法に規定することによって、契約交渉のどの時点で契約が成立したことになるのか(どの時点から効力が発生し破棄できないことになるのか)が事前に予測できることになる反面、すべての契約に適用されるルールの具体的内容を特定することが困難であるという事情もある。したがって、このような明文の規定を置くべきか否か、置くとした場合の具体的内容については、今後検討する必要がある。(日弁連)
- 契約の成立に関する一般規定を置くことには反対しない。ただし、その内容は慎重な検討を要し、契約には様々な要素があることから、一般的な形で規定することは困難であると思われる。(仙台弁)
- 契約成立の形態が多様化している現状において、行為規範ないし裁判規範としての基本的なルールを設ける必要性は否定できない。その規律内容については考え方が分かれるであろうが、当事者の合意(意思)をどの程度尊重すべきかについてなお検討を要する。当事者の自律的な合意(自律的決定)と信義則などによ

る他律的規範による補充（他律的決定）のいずれに重点を置いて契約法規範を捉え、民法典における規定を考えるべきかという問題に帰着する。（「改正を考える」研）

- 契約の成立にあたって当事者間の合意が重要との議論には賛成するものの、成立要件の中核となる合意の要件にかかる設定が不明確であれば、かえってその運用において実務の混乱を招くことが危惧される。よって、契約の成立に関する一般的规定を設定するにあたっては、明確な要件設定が不可欠である。（損保協会）
- 契約の成立に関する一般的规定を設けることについて、例えば、契約の核心的部分(中心的部分, 本質的部分)の合意が必要との考え方は、理論的には首肯できても、それを条文化することにより紛争が増加するおそれがある。売買の対象は、さまざまな動産、不動産があるが、これをすべてカバーする核心的部分の法文化は、おのずから抽象的、一般的にならざるを得ない。不動産の売買契約の成立又は不成立については、実務界では規範化されており、まれにその成否が争われることがあるが、すべて当事者の意思のほか客観的事情を総合して判断している。この規定の明文化によって、その規定が、成立又は不成立を不当に主張する者の拠り所となる可能性が高い。（不動協）
- 契約の成立に関する一般的规定を設けることに必ずしも反対するものではなく、規定を設ける場合には、契約の核心的部分についての合意の成立を必要とする方向性についても異論はないが、その場合には、かかる核心的部分の判断に当事者の意思を取り込む等の方法により、契約の成否が当事者の認識と合致するよう適切に規定する必要があると考える。（長島・大野・常松有志）
- 電子取引における契約の成立要件に関しては、過去にも法務省による「電子取引法制に関する研究会(実体法小委員会)報告書」(平成11年12月)等で検討がなされているが、今般の民法(債権法)改正においても、電子取引における契約の成立要件について特則を設ける必要がないか、その後の議論の進展も踏まえて、改めて検討されるべきである。例えば、電子取引の特則である電子契約法は、契約の成立要件について「申込みと承諾」という構成を前提として民法の特則を定めているが、仮に、民法において「申込みと承諾」以外の契約の成立要件を定めるのであれば、そのような新たな成立要件についても電子取引の特則を定める必要がないか検討する必要がある。また、契約の申込みと承諾の関係で電子メール等の到達時がいつか明らかではないという問題については、経済産業省の「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」(平成20年8月)において一定の考え方が示されている。電子メール等を用いた取引に関しては、かかる考え方を含めて、意思表示の到達の意義を民法上明確化する必要がないか検討されるべきである。

なお、中間論点整理では、いくつかの場面で、書面による意思表示や書面によ

る契約に関して新たな規律を設けることが検討されている。これらの規定との関係では、保証において規定され、また贈与において規定することが検討されているのと同様に、電磁的記録による場合の規律も併せて検討される必要がある。(西村あさひ有志)

- 定式化は容易でないとしても、契約が成立するのはどのような場合であるかを明らかにする必要があるのではないか。(大学教員)
- 民法は申込みと承諾という概念を中心に規律を設けているが、これらの規律は隔地者間の契約についてのルールであり、原則はむしろ意思の合致である。契約の成立に関する一般的規定を設けることの要否については、申込みと承諾に分析することになじまない合意による契約の成立もある。しかし、現在でも一定のルールがあるからこそ契約の成否が判断できているのであり、このようなルールを適切に抽出することができれば、これを条文化することには反対しない。(弁護士)
- 不動産取引の契約慣行(当事者の署名押印で契約成立)に影響が出ないように配慮いただきたい。(全宅連)
- 交渉を重ねて段階的に契約が締結される場合を想定した契約の成立に関する一般規定があることにより、契約の成立の判断が容易になったり、これまで救われなかった消費者が救われる場面も生じ得るかもしれない。しかしながら、多種多様な契約が存在することからすると、こうした一般的な規定を置くことによって、契約成立のための合意の概念が固定化して、契約成立と認められるべきものが認められなくなる可能性もあり、実務の混乱も予想される。また、悪用の危険も払拭できない。

申込みと承諾の定義規定を置くことを検討している以上、まずは、これらの定義規定について慎重に検討したうえで、かかる規定があることを前提に、契約の成立に関する一般規定が必要か、規定を設けるとして申込みと承諾の定義規定と整合するか、慎重に検討する必要がある。

本論点においては、契約の成立に関する一般規定として、抽象的な規定を設けようとするのか、具体的な規定を設けようとするのかも問題である。また、具体的にどのような場面に対して対応するために一般規定を設けるのかにもよる。こうした点の違いによって検討の仕方が異なってくるし、規定を設けることに対する賛否も異なってくる。

この点、少なくとも、契約内容を確定したのち、別途契約を成立させる合意が必要な場合はあることから、それを明文化するという範囲では、反対はしない。

契約の成立に関する一般的規定の規定内容として、契約の核心的部分(中心的部分、本質的部分)についての合意が必要であるとする考え方があるが、契約の

核心的部分（中心的部分，本質的部分）というものの自体が、あいまいであり、契約成立の基準となりうるかどうか問題である。また、契約の核心的部分（中心的部分，本質的部分）とした場合には、契約の成立時期について、当事者相互間に食い違いが生じる可能性がある。また、当事者双方が契約が成立していないと考えているのに、契約が成立してしまう場合も考えられる。契約の核心的部分（中心的部分，本質的部分）の合意が必要であるとするのが、契約の成立に関する一般規定の規定内容として妥当かどうか、慎重な検討を要する。（大阪弁）

- 「契約の核心的部分（中心的部分，本質的部分）」についての合意が必要であるという考え方によって、契約の成立について明確性が高まるかは疑問である。また、これを約款による取引にあてはめると、書式の戦いの場合に合意の「中心的部分」よりむしろ最後に送られた約款を基準として合意の内容を判断するラスト・ショット・ルールとは決別するという考え方にもつながりそうだが、そのような趣旨であれば、明確に論点として取り上げることが望ましいとの指摘があった。（国際取引有志）
- 「契約の核心的部分」については、概念が不明確で、逆に紛争を惹起することになるので、なお慎重に検討されたいとの意見が大勢を占めた。（最高裁）
- 契約成立の認定において手がかりとなる規定を置くことは行動指針・裁判規定として望ましいが、何について合意があれば契約が成立するかは、契約ごとに異なり、一義的に定めることできない。なお、現行法にも、このような一般規定はないが、これがないことによる格別の不都合は生じていないと思われる。（堂島有志）
- 一般的規定でさえその内容を定めるのが困難と言うことであれば、わざわざ規定を設ける必要性に乏しいと思われるため、規定を設けることに反対する。（札幌弁）
- 一般的規定としての要件を明確に定めることは困難である。また、現実の取引形態の多様性を考慮すると、一般的規定によって「合意」の概念が広がり、かえって不明確になることも懸念される。むしろ、申込みと承諾の概念やその成立に関するルールを明確化することによって対応するのが望ましい。一般的規定を設けることには反対する。（愛知県弁）
- 契約の成立要件について、これが権利義務の発生根拠となることからすれば、一般的な規定を民法上に置くことは有用であるといえるが、社会には多種多様な契約類型が存在しており、かつ一つの契約類型をとってみても個別の状況によっては契約の成立時期が前後することもあるため、その成立要件を一律に規定することがかえって紛争の解決を複雑にするおそれもある。そのため、契約の成立要件を規定することについては、慎重な検討を要する。（日司連）

- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。この点、契約成立に必要な合意についての一般的な規定を設ける場合、黙示の合意の認定を困難化にするおそれがある。今後の検討過程で労働者の権利水準を後退させることが確実となる場合、法改正には賛成できない。  
(連合)
- 契約の成立に関する一般的規定を設けることに反対である。契約の成否をめぐる紛争は、事案毎に個別具体的に異なり、それらを網羅する内容の一般的規定を設けることは困難であり、仮に設けようとするれば、抽象的な内容にならざるを得ず、紛争解決の手がかりとはなりえないと考えられる。比較法にある立法例を見ても、どれも抽象的であり、一般的規定を設ける意義はないと思われるので、契約の成立に関する一般的規定は設けるべきではない。(三菱電機)
- 申込と承諾によらない場合は、当事者が自発的に契約の成立につき取り決めるべきであり、些細な規定ならば不要と考える。(広大有志)
- 契約成立に関する一般的規定を設けるべき具体的な立法事実とその必要性の摘示がないままに議論が行なわれている。既に問題提起されているが、国民(消費者)の目線而言えば契約が成立しているかどうかではなく法律上有効なのかどうかの方が重要かつ関心事であって、契約の有効性に関する一般則を設けることの方が重要なのではないか。契約の成立にせよ有効性にせよ、一般則を設けることがかえって取引実務に思わぬ一定の制約を課すことにならないかの議論が十分でない。  
以上から、提案の是非についてさらに議論を尽くす必要がある。(日大民研・商研)
- 個々の取引に関する実務に関しては、申込み(注文書)と承諾(注文請書)により個別契約が成立するという理解に基づいて運用されているのが一般であり、現行法に基づく運用にそれほど不都合は生じていない。また、実務においては契約が成立するために必要な合意というもの(まして、契約書の中のどの部分が中心的部分、本質的部分であるか等ということ)を意識せずに契約交渉が行われており、これを契約成立の要件とすれば、当事者の意に反して契約が成立してしまったり、逆に、当事者は契約が成立したと考えていたのに成立要件を満たしていなかったりするリスクがある。契約の成立に関する一般的規定は設けない方向で検討されるべきである。(会社員)
- ある意味では当たり前のことであり、今になってわざわざ規定する必要はない

のではないかと思われる。(弁護士)

- 申込と承諾に関する規定は、他の立法例にも見られるとおり、契約の成立の基本的な考え方であり、残すべきである。成立についての一般ルールは、事案により、また当事者により様々である可能性があり、中心的部分・本質的部分という区別が実務的に使える基準なのか疑問もあり、規定を設けるのは困難ではないか。(大学教員)
- 契約が成立したか否かという問題は、当事者間で契約成立の合意があったか否かという事実認定の問題を含むものであり、安易な定式化は危険である。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。特に、複雑な規定を設けることには反対する。(個人)
- 契約については当事者の共通の意思にしたがって解釈されなければならない、とすることについては積極的に反対はしない。表示と当事者の意思が異なるときの契約の解釈については、不当約款、不当条項を助長する方向での議論は慎むべきである。当事者の内心の意思を解釈の基礎とする見解を条文上明示する必要性は否定できない。また、補充的契約解釈の要素を慣習、任意規定、条理に限定する理由はなく、できるだけ当事者の意図に近い解決を図るための要素を検討することは、消費者保護にも資する結果となるため、一般市民の意識と乖離しない解釈要素を採用することに反対はしない。(弁護士、弁護士)
- 内心の意思を過度に重視すると、契約の核心部分は何であったか、核心部分に関して合意があったかを外部から推断することが困難になり、契約成立の有無について判断できなくなることから、契約の安定が阻害されるおそれがある。(個人)
- 宅建業者が関与している場合には、宅建業法との関係も考慮する必要がある。もし当事者が合意しているがまだ重要事項説明書を交付して説明していない場合に、契約が成立したとすると、宅建業法第35条違反ということになってしまうので、宅建業者の立場からは契約が成立したとは言いたくない。一方、成立後には宅建業法第37条書面を交付することになっているので、37条書面交付後には契約が成立したと言いたくなる。宅建業法には同法第35条または第37条に違反した場合に「契約の効力」がどうなるかは明記していないので、公法上はともかく民法の特別法としては不備である。(翻訳・出版関係)

### 3 原始的に不能な契約の効力

原始的に不能な契約の効力については、民法上規定がなく、学説上も見解が分かれていることから、明確ではない。この点について、契約はそれに基づく債務の履行が原始的に不能であることのみを理由として無効とはならないという立場から、その旨を条文上明記するとともに、この規定が任意規定であることを併せて明らかにすべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、原則として無効とはならないという規律は当事者の通常の意味や常識的な理解に反するとの指摘などがあることも踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第1, 4 [7頁]】

#### 【意見】

- 原始的に履行不能な契約であっても、それだけの理由で無効とならない。契約が無効か有効かは、「当事者の合意・合意の趣旨」により判断される趣旨の明文を設けるべきである。

なお、現実には、原始的不能の契約の効力が争われた紛争類型はほとんどないようであるが、法律学の論点の一つであり、一定の明確な基準を示すことによつて予測可能性が生まれ、行動基準となるので、このようなルールを明文化すべきである。(福岡弁)

- 原始的不能の契約も有効に成立することを規定すべきである(履行不能による損害賠償の処理に委ねられる)。契約の成立時期と不能事由発生との先後だけで取扱いを異にする合理性はない。(堂島有志)
- 契約はそれに基づく債務の履行が原始的に不能であることのみを理由として無効とはならないとすることに賛成である。瑕疵担保責任、危険負担等との理論的整合性の観点から、契約を無効とする必要はない。ただし、契約の解消には、別途解除の意思表示が必要となることの不都合性について検討すべきである。

当事者の意思によつて例外的に無効とすることを否定する必要はなく、任意規定であることを明確にすることが分かりやすい民法の理念に適う。(大阪弁)

- 契約当事者に、当初から実現が不可能であるとの可能性を認識して契約した場合には、それを無効とまでする必要はないため、原始的不能のみを理由に契約を無効としてはならない旨明記することに反対はしない。(仙台弁)
- 履行不能の原因が生じたのが契約締結の直前か直後かにより、債務者に債務不履行責任が生ずるかどうかが左右されることの妥当性には疑問があり、有効と解すべきであるが、そうすると、従来の判例理論を変更することになること、危険負担や売主の瑕疵担保責任等多くの問題点に影響することから、理論的整合性に十分な注意が払われるべきである。(兵庫県弁)



- 特定物ドグマの否定や瑕疵担保責任の契約責任説化との理論的な整合性の観点から、「原始的に不能であるというだけで直ちに無効となるわけではない」という方向で規定することに賛成する。しかし、債務者が原始的不能であることを知らないで契約を締結した場合には、債務者の錯誤主張は容易に認められるであろうし、債務者が原始的不能であることを知って契約を締結した場合には、このような意思表示は諧謔的な意思表示であって、意思表示としての効力を有せず、契約は不成立ということになるのではないか。仮にこのような契約の有効性を否定できない場合があるとしても、債権者の履行利益の賠償請求は公序良俗や権利濫用、信義則などの一般法理で阻止されることになろう。このように、「無効とはならない」旨の規定を置いても、実際的には無効と扱うのと同様の結果に至るのではないかと思われる。(大学教員)
- 契約は原始的に不能であることを理由にして無効とはならない旨の規定を設けるべきである。契約前後で法律関係が異なることの不均衡や、不能と隣接する概念との差異がないのに契約全体が無効となる不均衡を理由して挙げることはできる。(大学教員)
- 原始的不能の契約を一律に無効とする考え方には問題があるが、大部分の事例では、原始的に契約が不能であれば契約も無効とするのが当事者の通常の意味や常識に合致し、有効となるのは飽くまで例外である。よって、無効とはならない旨を条文上明記すべきでなく、条項化するとしても、原則として無効であるが、例外的に有効になる場合があると規定すべきである。(一弁)
- 原始的に不能な契約の場合、損害賠償の範囲は信頼利益にとどめられるべきであるから、その効力については、無効として明文化する必要性がある。(愛知県弁)
- 原則有効説に立つとき、契約を無効としたい当事者は、履行が不可能・期待不可能であったことを主張・立証しただけでは足りず、「反対の合意」まで主張・立証しなければならない。しかも、契約締結の段階で履行が不可能であり、債務者に対する履行請求権が認められないにもかかわらず契約としての効力を認めることは、実務には受け入れ難い。したがって、原始的不能な給付については、原則として無効とみて、当事者の意思により(不能の場合のリスクを甘受する意思が存する場合、債務者による履行可能性の保証など)例外的に有効とする処理が適当である。〔改正を考える〕研)
- 原始的に不能な契約は、無効とする裁判実務が定着しているところであり、これを変更することについては、他への影響を慎重に検討すべきとの意見があった。(最高裁)
- 我妻教授に代表される我が国の伝統的理論・判例によれば、「契約目的の実現

可能性」が契約の有効要件とされてきた。一般人の感覚からしても違和感はない。

これに対し、学説上は反対である説も有力であり、2002年の改正ドイツ民法もその旨定めたとされるが、我が国では当該事案にかかる実例が殆んど見当たらず、実務上は、それほど議論の実益はない。当該契約を有効と明文で定めることは、「国民にとって分かりやすい民法」を目指す観点からも問題が残るところである。また、有効とした場合でも、その損害賠償の範囲については争いがある。実務では信頼利益と履行利益の峻別は、明確になされてはおらず、「原始的不能の契約」を有効とする場合と従来からの理論により不法行為で処理する場合でも、損害賠償については結局のところ、予見可能性、相当因果関係の問題になると考えられる。(横浜弁)

- 原始的に不能な契約は原則として無効とすべきである。なぜなら、原始的に不能な契約が有効であるとすれば、債権者は履行利益の賠償を請求することができ、契約当事者としてはこれを前提に契約交渉をしなければならないこととなって、取引実務に悪影響を及ぼすおそれがある契約当事者は、不能であることを知っていれば契約を締結しないのが通常であるから、原始的に不能な契約は無効であると考えるのが自然だからである。(弁護士)
- 解釈に委ねるよりも明文化すべきであるが、どちらを採用するかについては更に議論が必要である。(札幌弁)
- 契約成立の前後によって全く異なる法律構成となることの妥当性を含めて議論すべきである。(親和会)
- 原始的に不能な契約も有効として損害賠償の範囲が履行利益となるとすると、事業者はそのことを見込んで契約交渉に当たることになり、取引実務に悪影響が出るという指摘、両当事者又は一方当事者が原始的不能であることを知らないで契約した場合の処理は債務不履行の処理の方が良いという指摘、原始的不能であったものはその効力がないということが従来理解であり、国民の法的理解として一定程度あると考えられるという指摘などがあることを踏まえて慎重に検討すべきである。(東弁)
- 目的物不存在といった原始的かつ物理的に履行不能の契約の効力が争われた紛争類型はほとんどないようであるが、法律学の論点の一つであり、一定の明確な基準を示すことによって予測可能性が生まれ行動基準となるので、このようなルールを明文化すべきである。

その具体的内容については、考え方が分かれうるところであり、今後検討する必要がある。(日弁連)
- 「具体的な効果を議論すべきである」との意見に賛成である。有効無効の二者択一的な立法措置よりも、かかる類型に対していかなる法律効果が与えられるの

かこそが重要である。(日大民研・商研)

- 原始的に不能な契約を有効とするのが国際的な傾向であることは承知しているが、この場面での実際の問題は契約の有効性を信頼して支出した調査その他の費用の賠償である。そうした費用の賠償の問題が、原始的に不能な契約を有効とすることによって本当に解決できるのかどうか、むしろ契約を無効としたうえでそれらの費用の賠償を可能にする規定を設けた方が適切ではないのかといった点について、今一度検討すべきである。(大学教員)
- 全く現実不能な契約は市民も無効と考えるが、実現可能と考えたが「結果的に」不能であった場合は、「契約」としては不能とは考えず不履行となるのだから、特に規定は不要と考える。もっとも、債務不履行の問題となることを明示するという利点はある。効果については、現行の他人物売買に関する担保責任が参考になると考える。(広大有志)
- 検討することに敢えて反対はしない。しかし、原始的不能である場合に契約を有効とするか無効とするかは実際の紛争解決の場面では大きく問題にはならない。ましてや、そのような案件では、不法行為、契約締結上の過失等の構成によって争われることから、原始的不能であることを前提に主張を展開する場面が想定できない。このような規定について検討すること自体、実益がないと考える。ましてや、その規定を任意規定とすることについて何の実益があるのか不明である。(広島弁)
- 契約の原始的不能の問題について、判例上は原始的に不能な契約を無効と評価しているが、学説上は見解が分かれているところである。したがって、実務上の明文化の要望も特段なく、学説上の見解が定まっていないため、明文化は慎重に検討すべきである。(日司連)
- 全く現実不能な契約は市民も無効と考えるが、実現可能と考えたが「結果的に」不能であった場合は、「契約」としては不能とは考えず不履行となるのだから、特に規定は不要と考える。もっとも、債務不履行の問題となることを明示するという利点はある。効果については、現行の他人物売買に関する担保責任が参考になると考える。(広大有志)
- 原始的に不能な契約の効力については、これを原則として有効とする旨の立法提案があるが、事案によっては当事者が当然に無効と考えるような契約まで有効とされるおそれがあり、このような不都合を公序良俗違反や錯誤の規定だけで解決できるとは思われない(そもそも、解釈上の不都合を公序良俗違反等で補わなければならないような立法提案は、お世辞にも一般国民にとって分かりやすいものとは言えず、それ自体欠陥商品である)。原始的に不能な契約の効力をどこまで認めるべきかについては、契約やその目的物の性質など具体的事案によっても

結論を異にし得るものであり、現時点での立法による定式化は時期尚早である。  
(弁護士)

- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 原始的に不能な契約の効力の有無については、実質的差異がない限り、特段コメントない。ただし、今回の改正で信頼利益と履行利益の概念を明確にして(分かりやすい民法の観点から、明確化を望む。)、実質的差異が生じることになるのであれば、再度検討する必要があるので、まずは信頼利益と履行利益の概念を明確にした上で検討すべきである。(三菱電機)

#### 4 債権債務関係における信義則の具体化

債権債務関係においては、当事者は相手方に対し、民法第1条第2項の信義則の現れとして、債権債務の内容や性質等に応じて、本来的な給付義務に付随する義務(例えば、契約目的を実現するために信義則に従って行動する義務や、相手方の生命・財産等の利益を保護するために信義則に従って行動する義務)や弁済の受領に際しての協力義務などを負うことがあるとされている。このことは従来からも判例上認められていることから、これらの義務の法的根拠となる規定として、債権債務関係における信義則を具体化した規定を設けるべきであるとの考え方がある。他方、付随義務等の内容は個別の事案に応じて様々であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘や、特定の場面についてのみ信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもある。そこで、債権債務関係における信義則を具体化するという上記の考え方の当否について、具体的な規定の内容を含め、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第1, 5 [10頁]】

##### 【意見】

- 内容を一律に定めることは困難であることから、具体的な内容を明文化することは困難であるが、実務上認められている内容であることから、一般的規定を置くべきである。(札幌弁)
- 債権の規定の中に信義則を具体化した規定を置く方向性で検討すべきである。債権関係において信義則が強く働く以上は、これを具体化した規定(説明義務や情報提供義務の規定など)を置くことが合理的であり、かつこれにより信義則違反を理由とした救済(特に、取引における弱者の保護に有効)を積極的に行うことができる。(東弁)
- 債権債務関係における信義則を具体化した規定を明文化すべきであるという考え方に賛成する。(愛知県弁)

- 現行民法第1条第2項のみでは、具体的事案における信義則上の義務の具体的内容が導き出しにくく、確立された判例理論を踏まえた明文規定を置くことが望まれる。但し、汎用的な義務規定が置かれることにより、本来義務を課せられるべきでない者が義務を負うことにならないよう配慮すべきである。具体的事案における信義則上の義務の認定にあたって考慮すべき要素（例えば、契約の性質、当事者の属性等）を例示することも検討されるべきである。（兵庫県弁）
- 債権関係において具体化した規定があったほうが信義則違反を主張しやすくなる。規定の内容および方法などについて議論すべきである。（親和会）
- 実際の契約関係においては、契約関係における相対的強者が一方の相対的弱者に対して、自己に有利な契約内容を求めることが多く、中には、不当な契約内容を求めるケースも散見されるところである。したがって、契約後の債権債務関係における信義則を具体化するにあたっては、これらを考慮した規定を置くべきである。具体的には契約に関する様々な付随義務（情報提供義務等）や協力義務である。（日司連）
- 民法第1条第2項の信義誠実の原則を債権債務関係において一般的に定めることには反対しないが、更にこの原則を根拠とする義務を具体化する場合には、労働契約にかかる信義誠実の原則に基づく義務として労働契約法及び判例で定着している内容に抵触しないようにすべきである。（経営法曹）
- 信義則を債権債務関係において具体化する明文の規定を設けるべきである。安全配慮義務（労働契約法第5条）、受領義務等の総括的根拠規定となりうる条文であり、明文化すべきである。（福岡弁）
- 債権債務関係における信義則は、安全配慮義務（労働契約法第5条）、受領義務等の根拠規定となる概念であり、信義則の内容を具体化した明文を置くべきであるとの意見が多数である。  
その具体的内容については、例えば、契約の種類・性質、当事者の地位・属性を考慮しつつ、さらに、契約当事者に準じる社会的接触関係にある者に対しても一定の義務を負担する場合があることも念頭に置いて、決定される必要がある。（日弁連）
- 信義則を具体化した規定を設けることに賛成である。分かりやすい民法の観点から、判例法理は基本的に明文化するべきである。内容については、既存の法解釈と異ならず、また、法構成、制度の整合性にも問題がないように検討するべきである。（三菱電機）
- 債務の本旨以外にも義務が在ることを明示するのは、市民にとって有益と考える。（広大有志）
- 民法第1条第2項が権利行使全体に関する規定と解し「契約関係における信義

則の具体化」は、契約に限定された具体的事項を折り込むことに相応の理由がある。この場合、同項との関係が問題となるが、同項は、必ずしも契約関係にある当事者のみに適用される原則と限定すべきでなく、「人は当該具体的事情の下において相手方から一般に期待される信頼を裏切らないように誠意をもって行動すべきである。」という原則と理解される。同条は禁反言の原則、クリーンハンドの原則を内包し、債権法以外の領域（物権法、家族法、訴訟法）や社会的接触関係に立つ者同士の間（相隣関係、夫婦関係）にも適用されるものである。一方で、契約法上の信義則は、契約関係に入ろうとする当事者間での締結に至る段階から終了後の善処義務も含めて適用されるものであることを確認するものとし、さらに文言を少し具体化して規定することを更に検討すべきである。（横浜弁）

- 債権債務関係における信義則の具体化について、その内容も含めてさらに検討することについては賛成する。債権債務関係における信義則の具体化規定として、判例上認められているものについては、具体化することに賛成する。

近年、信義則上の義務として、付随的義務や保護義務があるとされ、また、これらの義務は契約締結前（契約交渉段階）や契約（債権債務関係）終了後にも認められるとされている。この点、契約締結前の義務については、第23において具体的に検討されているが、契約終了後の義務（いわゆる余後効）については検討されていないため、その具体化・明文化の要否や内容について検討すべきである。

債権債務関係における信義則の具体化を検討するにあたっては、消費者契約等において弱者たる消費者等に対し不当な義務付けとならないよう十分な配慮が必要である。（大阪弁）

- 基本的に賛成であるが、その具体化が問題である。信義則の判断要素としては、契約当事者の現実の地位・属性、契約の性質、契約に至る事情等を挙げ、判断基準としては、具体的社会実態を踏まえた社会通念とし、これを個々の事案に適用するほかない。（仙台弁）
- 法制審においては、当事者の合意に基づく給付義務のみならず、その他種々の付随義務・保護義務等の存立根拠として信義則を観念しており、そこでの債権債務関係は従来よりも広範な構造を有する概念と解している。このような構造把握は、合意を基礎とする義務と信義則上の義務を関連づけた義務（債務）構造の理解を前提としなければならない。したがって、本来的義務（給付義務）に関する規律とこれに対比させた広範な債権債務関係上の義務に関する規律について検討されるべきである。この点に関し、ドイツ債務法は、「義務違反」という給付障害を包括する統一的概念を採用するとともに義務の存立根拠規定を設けており、参考とされるべきである。（「改正を考える」研）

- 「信義則を具体化した規定」が、判例をリステイトすることを想定しているのであれば、一定期間毎に条文の見直しが不可欠となるが、はたして立法技術としてかかる手法が可能であろうか。付随義務として一般化抽象化した一般条項を設けるアプローチと、判例をリステイトした個々の義務条項を新設するアプローチと両様のアプローチの当否を検討する必要があるのではないか。

一般化・抽象化した一般条項を設けるアプローチは現行民法第1条第2項を補充する意味しかないと考えられる。信義則に係わる諸義務を具体化する目的を实效性あるものにするためには、判例をリステイトした個々の義務条項を新設するアプローチが望ましい。しかし、仮に後者の立法政策を採用しようとする場合に、一定期間毎に条文の見直しを要することになるが、基本法の条項において比較的頻繁に改正が予定される条項をおくことについて、なお慎重に検討する必要がある。(日大民研・商研)

- 契約上の債権債務の根拠は意思にあるのが基本だとすると、信義則からも債権債務が生じ得ることは、たとえ抽象的な規定にすぎないとしても、明文化すべき。(大学教員)

- 民法第1条第2項の一般規定に加えて債権債務関係について信義則を具体化した規定を設けることを支持する。債権債務関係における信義則には、債権の行使や債務の履行に当たって誠実に行動すべきであるという誠実行動原則としての意味のほか、民法第1条第2項の背後にあるより広い指導原理としての信義則から契約上の義務が発生するという理解がされており、信義則に基づく義務が発生することを明らかにするために契約に関する基本原則の箇所に規定を設ける意味がある一般規定としての信義則が適用されるのは限定された場面であって利用しにくいことから、契約に関して信義則を具体化した規定があれば利用しやすく、実務上大きな意味がある。

信義則上の義務の存否を判断するに当たって考慮すべき事情として、契約の性質・内容、当事者の地位・属性、契約交渉の内容・経過などを具体的に例示すべきである。(弁護士)

- 信義則が適用される場面のうち、特に契約締結時の説明義務や情報提供義務については、社会的弱者の保護という観点に照らし、民法に一般的規定を設けることが望ましいと考えられる。不当解雇を無効とする規定(労働契約法第16条)など、これまでも信義則の適用を明文化した立法例はあるが、これらの立法によって信義則の一般規定としての性格が不明確になったという話も特に聞いたことはない。(弁護士)

- 信義誠実の原則を債権債務関係において具体化し一般的規定を設けるべきであるという考え方には賛成する。ただし、債権法における信義誠実の原則の判断

要素として、契約の性質、各当事者の地位・属性などといった具体的要素を例示列挙すべきである。

信義誠実の原則の具体化例として、後掲の契約締結過程での説明義務などがあるが、これにとどまらない。裁判例上、契約締結過程での信認義務や適合性原則上の義務、契約関係終了後の余後効などが、信義則を具体化したものとして認められており、これらについて検討対象とすべきである。（日弁連消費者委有志）

- 裁判実務における個々の事案の個別具体的な事情に即した妥当な解決やそれを通じた判例の着実な発展を阻害することを強く懸念し、信義則を具体化することには消極的な意見が多かった。

なお、特に労働契約については、信義則上の義務を具体化することには、判例で定着している内容との抵触等が強く懸念され、消極であるとの意見があった。

（最高裁）

- 信義則のような一般条項は個別具体的な事案や状況によって様々な活用がされるものであり、信義則の規定内容を具体的に定めることは困難である。ましてや、一般的な規定のみを設けるのであれば、民法総則における信義則と何ら異なるものではなく、特段、債権法の分野に限定して信義則の規定を設けることには実益がない。よって、同規定を設けることは反対である。（広島弁）
  - 民法総則の一般原則で足り、債権編に重ねて規定する実益は見いだせない。信義則に従えと規定したからといって、付随義務や保護義務・安全配慮義務が生じることが直ちにわかるわけではない。受領義務や債権者の義務違反による解除・損害賠償が帰結されることは、個別に規定しなければ明確にならない。したがって、民法第1条第2項で足りる。（堂島有志）
  - 信義則は民法全体にわたって適用される基本原則であり、仮に、債権債務係に特化した具体的な規定を設けるとすると、民法全体に対して適用される基本原則であることが不明確になるという弊害がないか懸念する指摘がある。仮に具体化するとした場合でも、従来の規律を変更する趣旨ではないことを確認すべきという指摘もある。現行法の下でも判例上、信義則にもとづいて認められていることを明文で規定することに留まるという趣旨であれば大きな問題はないとも考えられるが、新たな内容の規律を設けることによって現行の一般条項による規律の射程範囲との相違点が出てくるのか等を詳しく検討する必要がある。以上の点に留意すべきである。
- 現行法上、信義則にもとづいて認められている事柄を明文で規定するという事に留まるとすれば、現行の民法の第1条第2項があれば足りると言え、敢えて規定する必要はない。（全銀協）
- 信義則を具体化した規定を設けることは適切でない。不動産取引をめぐる紛争



で信義則を根拠にある権利を認めたり、否認する裁判例があるが、その判断は当該事案に応じて個別に判断しているので、一般的な具体的規定を設けることは困難であり、仮に設けたとしても抽象的にならざるを得ず、意味がないか、都合の良いように解釈され、悪用される規定になるおそれがある。(不動協)

- 信義則等の一般条項に関し、判例において相当程度に類型化され一般的に見える判示がなされたとしても、その判示は、あくまでも具体的な事実関係の下に行われた事例判断であり、事実関係次第で内容及び結論が異なり得るものである。このように、一般条項に関する判例法理が事実関係の影響を大きく受けるものであることを考慮すれば、一般条項の明文化については、判例の具体的な事実関係及び正確な射程範囲に留意した慎重な検討を要するものと考ええる。

また、一般条項に係る判例法理が安易に明文化された場合、その要件の抽象性及び対象の広範性から、その規定の効力が本来は及ぶべきではない場面においても効力が及んでしまう可能性が生じることから、かかる観点からも、安易な明文化には慎重であるべきと考えられる。

以上より、判例法理を踏まえつつ信義則を具体化した規定を明文化することについては、判例が具体的な事実関係の下に行われた事例判断であることに留意しつつ、安易な明文化が行われないように慎重に検討すべきである。(サービサー協)

- 信義則を債権債務関係において具体化するにあたり、結果として現行第1条第2項と異なるところがないのであれば、新たに規定を置く意義は小さい。むしろ、一般則である民法第1条第2項の位置づけが曖昧になる懸念がある。新たに規定を置くのであれば民法第1条第2項との相違点を明確にすべきである。(損保協会)
- 民法総則の信義則規定を存置するのであれば、債権債務関係について、これとは別個に信義則を具体化する一般規定を設けることの必要性があるかどうか疑問である。契約上の義務の発生という問題は、より一般的に民法1条2項においても問題となりうる。

むしろ、規定として必要であるのは、以下に問題とされている「契約交渉の不当破棄に対する損害賠償義務」のような意味での具体的規定ではないか。(大学教員)

- 付随義務等の内容は個別の事案に応じて様々で、一般的な規定を設けるのは困難であり、現行法のとおり、包括的規定のみで対応する方向で検討するべきである。(会社員)
- 債権債務のみについて、信義則という一般規定を置く理由があるとは思えない。(個人)

- 開発フェーズと契約方式のマトリックスで協力範囲は決まるべきものであり、予め両社の合意に基づいて判断すべきものである。情報システムの開発にはソフトウェア知識、ハードウェア知識のほかに業務知識が必要である。業務知識を十分に持たない開発ベンダーが開発を引き受けることは、発注者側は、どこまで詳しく説明せねばならないのか？の疑念を持たざるを得ない場合もまま見受けられる。「業務引き受け者が基本的知識・技術をどの程度所持しているのか」について発注者側も注意せねばならないが、受注者側も慎重に判断することが肝要である。

国のルールとしても、システム知識以上に業務知識・プロジェクト管理能力を明確にする資格制度なども検討してほしい。現状は受注社のあるいはプロジェクトマネージャーの過去のプロジェクト開発実績などを詳しく確認するしか発注者側にこの問題発生を回避する手段はない。(システム・ユーザー協)

## 第23 契約交渉段階

- 契約交渉段階で問題となるものとしては、たとえば、誠実交渉義務・守秘義務・安全配慮義務など他にも重要な類型があると考えられるので、新たに取り上げるべき論点として、広く検討すべきである。(親和会)

### 1 契約交渉の不当破棄

当事者は契約を締結するかどうかの自由を有し、いったん契約交渉を開始しても自由に破棄することができるのが原則であるが、交渉経緯によって契約交渉を不当に破棄したと評価される者が信義則上相手方に対する損害賠償義務を負う場合があることは従来から判例上も認められていることから、契約交渉の不当破棄に関する法理を条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、契約交渉の破棄が不当であるかどうかは個別の事案に応じて判断される事柄であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘や、規定を設けると悪用されるおそれがあるとの指摘、特定の場面について信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもあることから、契約交渉の不当破棄に関する規定を設けるという上記の考え方の当否について、規定の具体的な内容を含めて、更に検討してはどうか。

これを明文化する場合の規定内容を検討するに当たっては、損害賠償の要件に関しては契約交渉の破棄が原則として自由であることに留意した適切な要件の絞り込みの在り方が、効果に関しては損害賠償の範囲や時効期間等がそれぞれ問題になることから、これらについて、契約交渉の不当破棄に基づく損害賠償責任の法的性質などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【意見】

- 契約交渉を不当に破棄した場合の損害賠償責任を明文化することに賛成する。判例理論を明確にするものであり、明文化する意義はある。(愛知県弁)
- ある程度実務上認められている内容であることから明文化することは差し支えないが、契約自由の原則と抵触することから、その関係を併せて明示しておく必要がある。(札幌弁)
- 基本的には、契約交渉を不当に破棄した者に対する損害賠償責任についての判例を法文化する方向で検討すべきである。ただし、不当破棄という概念が明確でないなどの問題点が指摘されており、要件・効果については慎重に検討する必要がある。(東弁)
- 契約関係における信義則の具体化という観点から明文化には意義が認められるので、要件を中心とした規定の内容および方法などについて議論すべきである。(親和会)
- 契約交渉の不当破棄が一方当事者に損害を与え、これを破棄当事者が補填しなければならないことがあるという点については争いはない。その限りでは、契約交渉の不当破棄を規定することには実益はあると考える。しかし、契約交渉の不当破棄条項が契約締結の自由を侵害しないよう、その規定内容については極めて慎重に検討する必要がある。(広島弁)
- 契約交渉過程において、相手方に対して、契約が確実に締結できる旨信頼を抱かせた当事者が、正当な事由なく契約締結を拒否した場合、当該当事者は、相手方が被った損害(信頼したこと起因する損害)を賠償しなければならない旨明文化すべきである。このような取扱いは判例上認められたもので、条文化されていない。一定の明確な基準を示すことによって予測可能性が生まれ、行動基準となるので(一定の時点から損害賠償義務が発生するおそれがある)、このようなルールを明文化することは有益である。(福岡弁)
- 確立した判例法理の明文化による可視化、それによる契約交渉に臨む当事者責任の予測可能性を与えるという意味で有用である。ただし、その責任の法的性格、損害賠償の範囲については解釈に委ねるべきであろう。(横浜弁)
- 一般的な規定を設けるのは困難であると思われるが、規定すること自体に反対はしない。ただし、規定する際には、事業者との契約交渉に際し、断ることができない消費者や意思表示が明確にできない消費者にとって、広くこのような規定

をもうけることは、弊害を被る可能性が高い。よって、要件の絞り込みが必要である。

損害賠償の範囲については、「信頼利益」に限定する必要はない。いわゆる履行利益と信頼利益の区別が曖昧である上、履行利益の範囲の賠償を認めることが妥当な事例もあると考えられるため。(仙台弁)

- 契約準備段階における過失の理論（「契約準備段階にある当事者は、信義則の支配する緊密な関係に立ち、相互に相手方を害しないよう行動すべき信義則上の義務を負う」）を明文化するにあたり、契約が締結されなかった場合においても、交渉当事者が責任を負うべき場合があることを条文上明らかにすることは、有意であるとする。

その規定の仕方については、契約準備段階の当事者が負う信義則上の具体的義務（例えば、契約の成立に向けて誠実に交渉すべき義務、契約する意思がないにもかかわらず相手方の契約成立に対する信頼を惹起して不測の損害を被らせないようにする義務など）を定める方法や、損害賠償義務を負う場合の要件・効果を定める方法等が検討される場所であるが、いずれにしても、当該条項は、契約自由の原則（契約しない自由）の例外規定となるため、契約しない自由に対する過度の制約として機能することが懸念される。特に、消費者契約では、契約交渉がもっぱら事業者のペースで進められ、消費者が交渉打ち切りを言い出せず、外形上、契約交渉が継続されるケースもありうる。そのような場合に、消費者が不当破棄の責任を問われることを恐れて、意に添わぬ契約を締結してしまう虞もある。よって、契約交渉の不当破棄に関する条項を定めるにあたっては、不当な交渉破棄とそうでない交渉破棄とを峻別しうる合理的な要件を定立することが検討されるべきである。(兵庫県弁)

- 判例上、契約締結上の過失に基づく賠償義務は多々認められているので、明文化には賛成する。法的性質は解釈に委ねるということでよい。

交渉から離脱する自由があることの原則は明示すべき。

損害賠償の範囲については、信頼利益・履行利益という概念にこだわることなく、交渉に要した費用や契約が成立すると信じたために相手が投じざるを得なかった費用、他の申込みを断ったことによって取引機会を逃した損害といったものは損害として認められるべき。(堂島有志)

- 以下の理由により、契約交渉の不当破棄に関する法理を条文上明記することには賛成である。

建設工事は、「単品生産」「現地生産」「注文生産」が原則であり、請負契約締結に辿り着く前に、注文者と請負者間で時間をかけて交渉が行われるのが一般的である。請負者は、注文者がどのような建物を希望しているのかどうかを把握す

るとともに、建設予定地の法規制（容積率等）を調べた上で、建物を図面化し、注文者のニーズ（予算を含め）と合致しているかどうか、何回も話し合いの場を設け、図面を何度も書き直した上で、徐々に具体的な建物図面を完成させていく。図面の作成費用等、これら交渉に際してかかった費用の一切は請負者が負担するが、それは今後当該注文者から、建設工事の注文を受けることが前提となっている。これら交渉を経た上で、最終的に請負契約が締結されることになるが、いざ契約締結となった時点で、注文者が、請負者に帰責事由がないにもかかわらず、契約締結を拒否してくる場合もある。

現状、いわゆる「契約締結上の過失」の交渉破棄型については、条文上の明文化がされていないため、上記のような場合で請負者が費用請求する場合は、判例法理に基づき請求訴訟を提起するしかないが、訴訟経済性の観点から、結果的には「泣き寝入り」せざるを得ない。したがって、契約交渉の不当破棄について条文上で明記されることになれば、仮に交渉が成熟した後に交渉が破棄された場合の費用負担が明確化され、訴訟に至る前に問題が解決するとともに、不用意に交渉を破棄するような行為を押しとどめる効果があると思われる。

この場合、不当破棄と評価されるための要件としては、現状の判例等を参照すれば、交渉の成熟度が高いと客観的に判断できるものについて検討されるべきと考えるが、不当破棄の範囲が過度に広がるような要件を設けた場合、商取引上で委縮効果を招き、自由な経済活動に支障を与える恐れもあることから、ある程度要件の絞り込みは必要と思われる。（日建連）

- 第22の1、4とは別に効果の規定を入れるのであれば、市民の行動指針に有益と考える。消費者契約法との調整が必要である。（広大有志）
- 明文規定を設けることには反対しない。ただし、消費者を害しないよう配慮することが必要である。交渉を破棄したことのみによって責任を負うものではないという原則を明示するなど、責任の発生する範囲が広がり過ぎないような規定とすべきである。

法的性質を明示する必要はない。

「自らの行為によって相手方に契約成立への信頼を与えた」という要件を要求する考え方があるが、契約する意思がなく、相手方が準備・費用出捐をしているのを知りつつ、漫然と交渉を続けたという場合も有り得、不作為の場合もあり得る。そもそも、裁判例も、信義則に基づく義務であって、諸般の事情を考慮して信義則上の義務違反があるかを判断している。自らのどのような行為によって相手方に信頼を与えたかも、信義則違反の有無の一要素として考慮されるべきで、明確な要件とする必要はないものと思われる。

損害賠償の範囲として、「信頼利益」という講学上の概念を用いて範囲を画す

る必要はない。とはいえ、現在の判例の状況等よりも拡大されることも不当。適宜、バランスのとれた条項案を検討すべき。(大阪弁)

- 具体的にどのような事実関係の下で契約交渉の「不当破棄」があったといえるかどうかは別として、交渉当事者が契約交渉の不当破棄を理由として損害賠償義務を負うことがありうるとの一般原則自体は、判例・学説において広く承認されているところである。このようなルールを、明文の規定を設けずに引き続き判例・学説に委ねるのは適切とは思われない。(大学教員)
- 契約交渉を不当に破棄した場合の損害賠償義務は、従来から、信義則を根拠として判例上認められている。この点についても、適切な要件を検討した上で、これを条文上も明らかにすることには合理性がある。交渉が成立するという期待を相手方に持たせながら契約を破棄して損害を与えるという事案が現実であり、契約の不当破棄を理由として損害賠償が認められる場合があることは判例上も認められていることから、適切な要件を検討した上で、これを明らかにすることには意味がある。ただし、契約交渉の破棄が不当と評価されるための要件については、契約交渉の破棄が原則として自由であることに配慮して、要件を相当絞り込む必要がある。成立について積極的な信頼を与えたとか、契約締結のつもりがないのにいたずらに契約交渉を継続したとか、正当な理由なく破棄したなどの要件を検討する必要がある。(弁護士)
- 正当な理由がなければ不当破棄に当たるとの意見には賛同できない。少なくとも、契約締結の見込みがなくなった後も契約成立の見込みを積極的に与えたという程度の要件が必要である。(個人)
- 契約交渉を不当に破棄した場合の損害賠償責任については、現実にもこれが問題となる事案があることから、適切な要件を検討した上で、その法理を条文上明らかにすることが望ましいと考えられる。ただし、このような規定は悪用のおそれもあることから、契約交渉の破棄が原則として自由であることを踏まえ、適切な要件の絞り込みを行う必要があるほか、不当破棄という用語の意味もかなり不明確であり、実際の立法化にあたっては、一般国民に誤解を与えないような用語の選択も考慮する必要がある。(弁護士)
- 損害賠償責任が認められることの明文化は必要である。(消費生活専門相談員)
- 事業者間においては、契約締結交渉における相手方の言動を信頼した側の過失が大きい場合が多く、情報提供・説明についても、多くの事項について自ら情報収集・調査すべきである。したがって、これを明文化するにしても、特に事業者間の契約交渉については慎重な適用が要請されるのであり、条文もそれを反映させた文言にすべきである。(弁護士)
- 「契約破棄の自由」を逆手にとって、一方的に下請負に不利益を生じさせない

法律を制定することが必要だと考える。一方、個別事案によって判断が困難な件も存在するが、損害賠償義務を負う事態はどのような場合であるのかという議論は必要であり、それを反映した水準での法的整備が必要と考える。(団体職員)

- 契約交渉を開始した一方当事者がこれを破棄した場合に、一定の要件を具備すれば相手方当事者に対して損害賠償責任を負担することは、明文の規定はないが、判例上認められている。これを明文化するか否かであるが、交渉過程において契約の破棄は本来自由であること、明文化することによって悪用されるおそれがあることなどに配慮しつつ、明文化するか否か、仮に、明文化するとすれば、不当破棄が許されなくなる(賠償義務が発生する)時期がいつからか、賠償はどの範囲かについて検討する必要がある。(日弁連)
- 「判例法理の明文化」と説明されているが、判例は個別のどちらかというとは異なる事案についての判断であることに十分に配慮し、実務に悪影響を及ぼさないよう慎重な検討をすべきである。(国際取引有志)
- 判例法理を踏まえつつ、信義則を具体化した規定を明文化することについては、判例が具体的な事実関係(事情)の下に行われた事例判断であることに留意しつつ、安易な明文化が行われないように慎重に検討すべきである。(サービサー協)
- 判例に基づく信義則違背という一般条項的解決ではなく、不法行為法による紛争解決を指向することの是非を議論する必要があるか。事業者同士の契約、事業者対消費者の契約、消費者同士の契約といった類型別に差異を設けることの是非など、当事者の類型別に検討することが必要ではないか。(日大民研・商研)
- 契約交渉の破棄が不当であるかどうかは最終的には個別の事案に応じて判断される事柄であり、また、契約交渉の態様も多様であることから、一般的な規定を設けることにより却って紛争が誘発されることが危惧される。加えて、契約交渉段階における不当破棄については、責任を認めることの是非だけでなく、責任の性質や責任の範囲といった諸点につき判例・学説の見解は分かれており、そのような中での規定化は慎重であるべきであり、仮に明文化されるとしても、適用要件は実務への影響を踏まえ慎重に検討されるべきである。(損保協会)
- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。契約交渉の不当破棄における損害賠償責任については、保護義務違反類型、例えば差別的理由による交渉破棄等、公序良俗違反や強行法規違反となりうる交渉破棄の場合の成立要件を現行より加重しないことが必要である。今後の検討過程で、上記配慮がなされず、労働者の権利水準を後退させる

ことが確実となる場合、法改正には賛成できない。

契約交渉の不当破棄について、法改正をした場合、組合側が団体交渉を途中打ち切した場合に損害賠償責任を追求されるおそれがある。集团的労使関係について、現行法制上の権利義務関係を修正し、労働組合の地位を弱めるおそれのある法改正には賛成できない。仮に、法改正をすとしても、労働組合活動に影響が及ばないように措置する必要がある。(連合)

- 個々の事案の個別具体的な事情に即した妥当な解決をするためには、信義則によって個別に対応することが相当であるとする意見、明文化によって不合理な主張を誘発しかえって紛争を惹起することとなる懸念があるとする意見が多かった。(最高裁)
- 民法においては、契約自由の原則が基本理念であり、交渉途上での破棄も自由であるため、現在の裁判例等においても、契約交渉を不当に破棄した者に対する損害賠償責任は例外的に認められている。消費者契約の交渉段階における事業者の不当な勧誘行為の多くは、特別法において行為規制がなされているところであり、かかる行為規制違反がなされたのであれば、消費者が契約交渉を破棄したとしても、当該契約交渉の破棄が不当性を有しないことは明らかである。しかしながら、本規定が明文化されるのであれば、訴訟外において消費者側の契約交渉破棄の申し入れに対し、事業者側が本規定を根拠にかかる申し入れを撤回させるなどの悪用による弊害が懸念される。よって、契約交渉を不当に破棄した者に対する損害賠償責任の明文化については、慎重に検討すべきである。(日司連)
- 消費者と事業者の間の契約において、契約交渉の不当破棄規定を設けることには反対である。消費者は事業者と契約交渉を互角にはできないこと、複雑な契約では事業者からの情報を理解できない場合があることから考えると、契約締結前に破棄したからと言って、不当と評価されるものではない。事業者による情報提供が不十分なため契約締結直前に初めてリスクが判明する場合があり、契約締結前の離脱は消費者トラブルを穏当に回避するものであり、まったく不当ではない。(全相協)
- 契約交渉を不当に破棄した者に対し、一定の場合に損害賠償責任を負わせること自体については賛成である。しかし、隣接領域、例えば、不法行為、契約成立論、本来の予約など隣接領域との関係、責任の法的性質が明確にならない限り、これを立法化することには反対である。〔改正を考える〕研)
- 特に不動産の媒介では、売主・買主双方の要望・条件に開きがあるのが通常。媒介業者はこれを調整し成約に向け交渉するが、条件が折り合わず契約に至らない場合あるいは逆に成約見込みの低い取引について媒介業者が粘り強く交渉する行為が、「不誠実な交渉」であるとして、法の濫用をもたらすおそれはないか。



不当な破棄の判断は、消費者・事業者等当事者の立場によって異なるものであり、明文化するのは困難ではないか。(全宅連)

- 不当破棄については、判例上「契約締結上の過失」理論として確立しているが、この法理を条文上明記すべきとの考え方は適切でない。この理論の根拠は「信義則」であるが、個別事案に応じて判断すべきものであり一般的規定は困難であり、また不動産取引においては、その条文の表現次第では、その規定が悪用されるおそれがある。

不当な破棄の判断基準は、当事者の立場によって異なり、交渉のどの段階から破棄が許されなくなるのか、どのような場合に不当と言えるか個別の事案によって判断が異なるため、統一的な「適切な要件」を規定することは困難と考える。もし明文化されるとしても、規定を理由に申入れを撤回させない等、契約交渉の自由な破棄が損なわれることがないように、また、条件の折り合いがつかず成約見込みの低い取引について粘り強く交渉する行為や交渉過程で相手方が反社会的勢力に該当することやローン審査が通らないことが判明し契約を取りやめた場合が不当と評価されないよう、契約交渉の破棄が原則自由であることを前提に要件を厳格化する等の慎重な検討をお願いしたい。(不動協)

- 事業者間の大規模取引等では、契約は、例外なく、書面により締結され、交渉においては、当事者は、契約書の調印に至らないときには契約が成立しないことを覚悟しているのが通常である。従って、そもそも契約交渉の不当破棄が問題なのは例外的な場合であるうえ、いかなる場合に契約交渉が「不当」に破棄されたと言えるかは事例毎に判断せざるを得ないため、その要件は、法文化には必ずしも適さないとと思われる。

事業者間の大規模取引等においては、契約交渉の継続や中止の条件(排他的な交渉かどうか、優先交渉権の内容など)、第三者との交渉の可否、あるいは交渉破棄に関する違約金等について、当事者間に合意があることが多い(いわゆるLOI、ビッド案件における入札要項とこれに対する同意、「買付申込書」や「売渡意向表明書」などと題する書面、その他契約交渉前やその過程で締結される「契約締結に向けた交渉に係る合意書」)。当然ではあるが、このような当事者の合意に従って交渉を中止した場合は、「不当」な交渉破棄とは評価されるべきではない。仮に、契約交渉の不当破棄に関する規定を設けるのであっても、この点が明らかとなる要件設定をすべきである。(長島・大野・常松有志)

- 信義則は民法全体にわたって適用される基本原則であるため、信義則の具体化に当たっては、民法全体に対して適用される基本原則であることが不明確になるという弊害がないか懸念する指摘がある。そもそも、いったん契約交渉を開始しても自由に破棄することができるのが原則であることを確認しておく必要があ

る。仮に契約交渉の不当破棄に関する法理を明文化した場合には、契約交渉の破棄が認められにくくなることにならないか強く懸念される。銀行実務において、融資実行を例にあげると、「案件受付→案件組成→稟議作成・決裁→契約締結→融資実行」という一連の手続きが存在するが、その段階が進むにつれ、当事者の融資実行への期待が増すことが一般的である。しかしながら、全ての案件が融資実行になるわけではない事情を勘案すると、銀行は顧客に対して、現状以上に慎重な交渉・説明を行わないと相手方の期待を裏切った（融資を受けられると期待させた）として損害賠償請求を受ける可能性が高くなることが懸念される。

また、別の例をあげると、交渉過程で相手方が反社会的勢力に該当することが判明し、謝絶せざるを得ないことに加え、謝絶の理由を明確に伝達できない場合もある。このような場合において、契約交渉を不当に破棄したとして紛争化する可能性が増すのは、不合理であると考えられる。

仮に契約交渉の不当破棄に関する法理を明文化するのであれば、その要件、特に不当性の要件について具体的に規定する必要がある。どのような場合に不当性が認められるのか、その内容が明確でないと濫訴の危険が増すことが懸念される。

以上の点に留意すべきである。

現行法上、信義則にもとづいて認められている事柄を明文で規定するという事に留まるとすれば、現行の民法の第1条第2項があれば足りると言え、敢えて規定する必要はない。（全銀協）

- 交渉経緯によって契約交渉を不当に破棄したと評価される者に信義則上損害賠償義務が生じるとの契約交渉の不当破棄の法理を明文化することが検討されているが、契約を締結するか否かは自由であるのが大原則であるにもかかわらず、かような規定を新設すれば、それを契機に、ぎりぎりの交渉を行った末、結果として商談が破談した場合などに、（言いがかり的なケースも含め）責任追及を受けることが常態化するなど、紛争解決コストが増大し、ひいては自由な契約交渉が著しく阻害されることが考えられる。とりわけ、これが債務不履行責任なのか不法行為なのか法的性質についても学説上意見が分かれているような現状に鑑みても、拙速に抽象的な規定を設けても、弊害ばかりが懸念される。民法第1条第2項の定める信義則、及び民法第709条以下の不法行為により規定等により、現行法の下でも十分に対応できていることから、あえて明文化する必要性も認められない。したがって、契約破棄に関する法理を民法の条文上明文化することには反対する。（電情産協）
- 契約交渉の不当破棄に関する規定を設けることに反対である。契約自由の原則を不明確にしてしまいかねない規定は設けるべきではない。仮に明文化するのであれば、責任の性質（不法行為責任あるいは契約責任）を明確にすべきである。

(三菱電機)

- 契約交渉の不当破棄に関する判例，裁判例においては、「交渉の成熟度が高いかどうか」「信義則違反と評価される帰責性が認められるか」という，必ずしも明確であるとはいえない要件のもと，契約交渉の不当破棄の有無が判断されている。従って，契約交渉の不当破棄に関する規定が設けられた場合，要件が明確化されない懸念があり，要件が明確化されない場合，どのような交渉継続行為もしくは契約締結拒絶行為が契約締結上の過失となるかが明らかにならず，当事者に対して委縮効果を及ぼす可能性がある。また，判例が明文化される場合，判断の基になった具体的事案自体は明文に記載されることはないことから，事案が異なる場面であるにもかかわらず，当該規定が濫用される懸念がある。従って，契約交渉の不当破棄についての規定を設けることは不要であり，従来と同様，判例法理として個別事例に適用する限度に留めるべきではないか。(ソフトウェア協)
- 契約交渉破棄の不当性については個別の事案に応じて判断されるべき事項であり，一般的な規律を定立することは困難であるし，その必要性にも欠ける。よって，契約交渉の不当破棄に関する法理を条文上明記することに反対する。

なお，労働契約の実務においては，条件明示に関する独自の規制が存在しており，これを超えて一般的な説明義務・情報提供義務に関する規律を適用する必要性は認められない。また，労働契約法第4条の違反が損害賠償責任を発生させるものではないと理解されていることとの関係も問題になり，さらに，労働者側にとってもプライバシー情報等について使用者が情報提供を求める根拠として利用されるおそれもある。したがって，説明義務・情報提供義務について仮に条文上明記する場合には，労働契約を適用除外とすべきである。(森・濱田松本法律事務所)
- ある程度操作可能な要件効果が設定できるのか疑問である。それができないのであれば，第22，4「債権債務関係における信義則の具体化」の規定に含まれると考えれば十分ではないか。(大学教員)
- 契約交渉についての契約があったと考えるか，不法行為で処理すればよく，特別の規定を設ける必要があるとは思えない。(個人)
- 規定の導入は不要，不適當。(弁護士)
- 契約締結前の契約撤回は，最初の契約離脱のチャンスである。契約締結前の交渉段階で契約を撤回することのどの点に不当破棄と言える側面があるのか。消費者契約において契約締結前に契約から自由に離脱できる事は，最初のトラブル回避，契約についての経験の始まりと思われしますので，不当破棄などはあり得ない。検討には反対である。(個人)
- 消費者と事業者との契約においては，商品やサービスについての具体的な内容

もイメージもあやふやなまま、事業者の一方的な勧誘の中で明確な契約意識を持たないまま事業者の話を聞いてしまう事により一方的に事業者から契約の成立を主張されたり、「今更断るのか」、あるいは交渉過程で知り得た情報を元に本人ないしは家族、職場まで嫌がらせ的な行動をされることもある。「規定を設けると悪用されるおそれがあるとの指摘」は的を得ている。(消費生活相談員)

- 社会の仕組みの複雑化、技術の進歩、グローバル化、さらに IT 化の進展により商品やサービスの内容は、専門的に細分化され素人には理解できないものが多数ある。このため消費者にとっては商談において、今まで以上に十分な説明を受け、検討をする時間が必要である。そして、その上で最終的に意思決定をする必要がある。ところが、通常商談は、情報量、交渉力の格差により、事業者のペースで進むことが多く、消費者が明確に契約締結をしない旨の意思表示をするに至るには、一定の商談時間が経過をした後になることも多い。消費者にとっては、ようやく契約内容を理解して契約締結を拒否したいと思う結論に達する、または強引なセールストークに対してようやく勧誘を断ることを強行に推し進めるべきだと意を決するにいたる時点は、事業者側から見れば、あと一步で契約締結となる時点であることも多い。このような場合、本来は契約成立前であり双方は契約関係にないにもかかわらず、契約締結の期待が現実化しなかったことを事業者の損害として消費者に負わせることは、消費者保護に反すると考えるからである。契約交渉時点において消費者を拘束することは、消費者が不当な契約をするに至ること、つまり消費者トラブルを招くことを助長することになる。よって、契約交渉の不当破棄規定を設けることには反対である。(消費生活相談員)

- 消費者と事業者の間の契約に関し、契約交渉の不当破棄規定を設けるべきではない。

消費者契約において、事業者が説明不十分のまま、時には長時間に渡り、強引とも思える執拗な勧誘によって、消費者が十分な理解のないまま断り切れず契約に至るケースが見受けられる。そもそも消費者と事業者には、情報量や交渉力の格差があり、契約交渉自体を対等にはできない。交渉途中で断る際に、「これまでの経費を払え」「謝罪しろ」などと脅されるケースも見受けられる。特に悪質業者の場合は顕著である。契約交渉段階の破棄により生じた事業者の「損害」を補償することは、消費者が損害賠償を恐れて望まない契約を迫られることになり、消費者被害の拡大につながると思われる。契約交渉段階の契約破棄は、消費者がトラブルからの回避の機会を得ることであり、不当とは思わない。(消費生活センター相談員)

- 消費者と事業者の間には情報力、経済力、交渉力には以前より格差がありその格差を縮める事はできない。最近特に通信部門や金融関係の複雑な契約について

事業者からの情報を消費者が十分に理解できない場合も多々ある。消費者が事業者の情報を理解できないまま強い勧誘を受け契約に至る事は消費トラブルになる。契約締結直前に交渉破棄することは決して消費者にとって不当とは言えない。よって、消費者と事業者間の契約において、契約交渉の不当破棄規定を設けることは反対である。(個人)

- 契約が締結されるまでは交渉の打ち切りは自由であるというのが最も基本的な原則であり、また、イレギュラーなケースを除いてはそれで充分であることから、明文化をするのであれば、そちらを原則にしないと契約締結の客観性が失われかねないこと、交渉のどの段階から破棄が許されなくなるのか、どのような場合に契約交渉の破棄が不当と言えるかなどは事案ごとの判断であり、明文の規定を設けることは困難であること、契約交渉の不当破棄について規定を設けると立法の意図を超えた形で悪用されるおそれがあることから、明文化は不要との方向での整理を行うべきである。(会社員)
- 契約交渉を破棄することは自由になし得るのが原則であり、不当破棄という例外的場合のみを条文化することには賛成できない。不当破棄による責任を明文化することで、悪質事業者が規定を悪用し、消費者に契約締結を強要する事態(損害賠償責任をちらつかせ契約締結を迫る等)が生じたり、消費者に交渉破棄を委縮させる効果が生じたりして、消費者の利益が不当に害される可能性が極めて高い。また、そもそも不当破棄が問題となる場面は限られており、かつその場合には一般不法行為により十分カバーし得るのであるから、不当破棄について特別の明文規定を置く実益もない。

なお、万一明文化がなされるような場合であっても、契約交渉の破棄が自由であるという原則を明示し、交渉破棄が不当と評価される要件を明確化するなど、規定の悪用によって消費者が不当に害されることのないよう十分配慮すべきである。(日弁連消費者委有志)

## 2 契約締結過程における説明義務・情報提供義務

契約を締結するに際して必要な情報は各当事者が自ら収集するのが原則であるが、当事者間に情報量・情報処理能力等の格差がある場合などには当事者の一方が他方に対して契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務を負うことがあるとされており、このことは従来からも判例上認められている。そこで、このような説明義務・情報提供義務に関する規定を設けるべきであるとの考え方があるが、これに対しては、説明義務等の存否や内容は個別の事案に応じて様々であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘、濫用のおそれがあるとの指摘、特定の場面について信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性

格が不明確になるとの指摘などもある。そこで、説明義務・情報提供義務に関する規定を設けるという上記の考え方の当否について、規定の具体的な内容を含めて更に検討してはどうか。

説明義務・情報提供義務に関する規定を設ける場合の規定内容を検討するに当たっては、説明義務等の対象となる事項、説明義務等の存否を判断するために考慮すべき事情（契約の内容や当事者の属性等）などが問題になると考えられる。また、説明義務・情報提供義務違反の効果については、損害賠償のほか相手方が契約を解消することができるかどうかも問題になり得るが、この点については意思表示に関する規定（特に後記第30、4及び5参照）との関係などにも留意する必要がある。これらについて、説明のコストの増加など取引実務に与える影響などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第2, 3 [15頁]】

#### 【意見】

- 各当事者は、契約の交渉過程において、信義則に基づき、一定の事項に関して説明する義務を負うが、説明義務の対象を特定することは非常に難しい。したがって、説明義務の内容については、上記提案のように抽象的なものとせざるをえないと思われるが、説明義務は判例上認められたもので、条文化されておらず、たとえ、抽象的な内容であっても、一定の明確な基準を示すことによって予測可能性が生まれ、行動基準となるので（一定の事項について説明しなければ損害賠償を受けるおそれがある）、このようなルールを明文化することは有益である。そこで、次のような内容の明文の規定を設けるべきである。
  - ① 契約の交渉過程において、当事者は、相手方当事者において契約を締結するか否かを決定するために重要な事実、その他契約の種類・内容、目的物の状況・対価、当事者の業態・地位、交渉の進行状況等に鑑み、必要と認められる事項に関して、相手方に対して説明を行なう義務を負う。
  - ② この義務に違反して説明をせず又は十分な説明を行なわないまま契約を締結した当事者は、相手方当事者が被った損害（説明がなく又は十分な説明がなされなかったことに起因する損害）を賠償しなければならない。ただし、詐欺、錯誤等による無効・取消しの主張を妨げない。（福岡弁）
- 契約締結過程における説明義務・情報提供義務を明文化するという考え方に賛成する。ただし、損害賠償の範囲については、一般法理に委ねてもよいと考える。判例理論を明確にするものであり、明文化する意義はある。（愛知県弁）
- 民法において説明義務・情報提供義務を設け、その義務違反について取消権が付与されれば、消費者トラブルの解決に大きく寄与することができるから、説明

義務・情報提供義務に関する規定を設けることに賛成する。(全相協)

- 基本的には、契約締結過程における信義則上の説明義務又は情報提供義務についての判例を明文化する方向で検討すべきである。ただし、判例を踏まえた要件の定式化に困難を伴うとか濫用のおそれもあるとの意見もあるので、これによる損害賠償責任の要件、効果等については慎重に検討すべきである。(東弁)
- 契約締結過程における説明義務・情報提供義務があること自体には争いはないと思われる。したがって、契約締結過程における説明義務・情報提供義務について規定を設けることについては反対しない。しかし、契約締結過程こそ事案に応じて個性が多々存在し、一義的に説明義務等を導くことは困難に過ぎると思われる。ましてや、「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項」は、各契約当事者の意思、目的によって千差万別なものであり、その説明義務等を肯定することは不可能に近い。よって、民法典において説明義務の具体的内容を規定することには非常な困難が想定され、その契約締結過程の事情を考慮せず具体的規定を設けるとすることは、同規定が社会の健全な発展を阻害することになる。よって、民法典において説明義務等の具体的内容を規定することには反対であり、その規定内容は一般的な内容にとどめるべきである。(広島弁)
- 判例理論で確立された信義則上の義務としての説明義務・情報提供義務を明文で定めることについて賛成である。

しかし、いかなる者が、いかなる事項についての説明・情報提供を行うべきかをどのように規定するかは一義的でない。また、当事者の属性等に照らして、説明義務、情報提供義務を課するのが適当でない場合もありうる(たとえば、消費者側の告知義務違反が問題にされるなど)。そこで、規定の仕方については検討を要する。(兵庫県弁)
- 情報提供義務(説明義務)については、契約締結過程における信義則上の情報提供義務を規定する方向で検討すべきである。情報提供義務の具体的内容・範囲については契約の種類、契約当事者の地位、情報力及び交渉力の格差等に鑑み決められるものとする方向で検討すべきである。(日司連)
- 消費者取引においては、事業者と消費者との間で知識、情報の相対的格差があることは明らかであり(同様の問題は、大企業と中小企業間等の事業者間でもある。)、それによって消費者被害が生じている。消費者契約法3条に規定されている努力義務を、法的義務に格上げしたものであり、かかる規定を設けることには賛成である。

ただし、上記最高裁平成23年4月22日判決は、いわゆる「契約締結上の過失」の一類型とされ、債務不履行責任が発生するという考え方もあった契約締結前の説明義務違反の事案において、不法行為責任(のみ)の発生を認めた。この

判例もふまえて、規定の配置やその内容について整理・検討する必要がある。(仙台弁)

- 契約関係における信義則の具体化という観点から明文化には意義が認められるので、要件を中心とした規定の内容および方法などについて議論すべきである。(親和会)
- 説明義務・情報提供義務の規定を設けることに賛成する。規定を新設する場合には、当事者間の知識・情報・交渉力の格差を考慮することができるようにその要件を定めるべきである。説明義務・情報提供義務違反の効果として損害賠償責任を検討するにあたり、その法的性質について、債務不履行責任・不法行為責任のそれぞれにおける損害賠償請求権の消滅時効期間に留意すべきである。説明義務・情報提供義務違反の効果として取消権を認めるべきかを検討するにあたり、別に検討されている「意思表示に関する規定の拡充」及び「沈黙の詐欺」のそれぞれの規定の在り方に留意すべきである。(青司協)
- 説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることに賛成する。規定内容として、説明義務・情報提供義務の判断における考慮事情や判断枠組みを規定上明記すべきである。規定上明記すべき考慮事情として、「当事者間の情報の質、量、情報処理能力、及び、交渉力の格差」「各当事者の属性・専門性」を明記すべきである。

説明義務・情報提供義務違反の効果として、少なくとも構造的格差のある当事者間でなされる取引類型においては、損害賠償責任に加え、取消権の付与も検討されるべきである。

説明コスト増加等の取引実務への影響については、既に多くの場面において説明義務・情報提供義務が具体化されており、それほど大きな影響はないと考えられるため、説明義務・情報提供義務に関する規定を否定する決定的理由とはならない。(電話リース弁護団)
- 契約締結前の責任について明文化することは意義のあることである。ただし、本来の自由な交渉を妨げない範囲で、より明確化に努めるべきである。このような意見の根拠として、検討組織に置いては、立場が弱く、不当に破棄される状況に陥りやすい中小企業にとって、自らを守るメルクマールとなる、判断基準やどこまで責任を負わされるのかははっきりしていない、あまり細かく規定されると自由な交渉の支障になるなどの意見があった。(名商)
- 明文化に賛成だが、賠償責任を伴う説明義務は、①当事者の属性を限定し(事業者・消費者間に限ることも考えられる)、②対象となる情報は、「その契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす重要な事項」に限定すべきである。説明義務違反については取消しまでは認めず、賠償義務にとどめることで、商品取引にお



ける説明不足等，成立範囲を必要に応じて柔軟に解釈し，救済範囲を広げうるのではないか。（堂島有志）

- 契約締結過程における説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることに賛成する。ただし，説明・情報提供の対象となる事項が「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項」という曖昧なものでは，実務上支障が出るおそれがあるので，より具体化・明確化された要件や説明時期等を検討すべきと考える。

建設工事は，専門的な学問を修め，国家資格である一級建築士等の資格を有した技術者が関与した上，建築基準法等の諸法規に従い，様々な建設技術を駆使して施工が進められる。また建設業界特有の専門用語も多数存在するため，建設工事に係る図面や仕様書，工事費の内訳書はもちろん，企画書や提案書においても，注文者によっては，工事に対する理解レベルに著しい差や誤解が生じる場合もある。また，一般的な商品と違い，建設工事の目的物たる建物には「見本」や「サンプル」もないため，建物が完成するまでは，注文者は自分が注文した「商品」を眺めたり，使用したりすることが出来ない。

これらのことから生じうる事象（トラブル）としては，図面等に記載があるにもかかわらず，「自分の意図した建物ではない」と注文者が主張したり，「こうした材料や工法を使うこと」や「こうした高さ，奥行きとすること」の説明を請負者から受けていないと注文者がクレームを付けたりすることが考えられるし，実際にそうしたトラブルも起きている。こうしたトラブルの際に注文者から，請負者の説明義務・情報提供義務違反を問われる可能性もある。このため，「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項」とは具体的に何を指すのかを明確に規定すべきではなかろうか。請負者にとって些細な事項でも，注文者が内心で「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項」だと考えれば，請負者にとって反証することは極めて難しいように思われる。

併せて，本項でいう説明義務・情報提供義務は，単に図面等に記載されているだけでは履行されたとはいえず，注文者との実際の協議までを必要とするのか，不動産売買契約時の重要事項説明書のようなものを必要とするのか，無用なトラブルや過剰な説明資料の作成の強制等を避けるため，説明や情報提供の方法まで法文上に規定すべきと思われる。（日建連）

- 第22の1，4とは別に効果の規定を入れるのであれば，市民の行動指針に有益と考える。消費者契約法との調整が必要である。（広大有志）
- 契約の交渉過程において各当事者が，信義則に基づき，一定の事項に関して説明義務・情報提供義務を負担することは，明文の規定はないが，判例上認められており，これを明文化することに賛成する意見が多数である。

その具体的内容については，説明義務・情報提供義務の対象とすべき範囲を一

義的に決定することは容易ではないが、特に、事業者・消費者間の情報量や交渉力の格差を考慮する方向で検討すべきである。(日弁連)

- 契約締結当事者間において、情報格差があることは当然であるが、一定の場合には当事者の一方に説明義務や情報提供義務を負う場合があるものとされている。ただし、いかなる場合にこのような義務を課すのが相当かを判断することは難しい。この点について、経済活動の領域にあつては、「公正な競争原理に反するか否か」によって判断されるべきであるとの意見があつた。(山口県弁)
- 説明義務・情報提供義務に関する規定を設けるべきである。

説明義務・情報提供義務の対象となる情報は、当該契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項に限定すべきと考える。ただし、「相手方の生命・身体・財産に対する危険を防止するための情報」や「契約締結に際し当然知っているべき情報」についても、本来債務や付随義務等により一般に(あるいは少なくとも契約成立時以後ないし契約履行過程段階において)説明義務・情報提供義務が生じる(負う)ことを別途明文化するなど、十分な配慮をすべきである。

規定内容として、説明義務・情報提供義務の判断における考慮事情や判断枠組みを規定上明記すべきである。規定上明記すべき考慮事情として、「当事者間の情報の質、量、情報処理能力、及び、交渉力の格差」「各当事者の属性・専門性」を明記すべきである。

責任の性質(不法行為、債務不履行、または、独自の法領域)は明示せず、解釈に委ねてよい。

損害賠償の損害の範囲について、「契約を締結しなければ被らなかつた損害」のみに限定せず、「契約により得られたであろう利益」も一定の場合には損害の対象となり得る方向で検討すべき。

説明義務・情報提供義務違反の効果として、少なくとも構造的格差のある事業者消費者間においては、損害賠償責任に加え、消費者に対する取消権の付与も検討されるべきである。

説明コスト増加等の取引実務への影響については、既に多くの場面において説明義務・情報提供義務が具体化されており、それほど大きな影響はないと考えられるため、説明義務・情報提供義務に関する規定を否定する決定的理由とはならない。(大阪弁)

- 説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることに賛成する。説明義務・情報提供義務の判断における考慮事情や判断枠組みを規定上明記すべきである。考慮事情として、「当事者間の情報の質、量、情報処理能力、及び、交渉力の格差」「各当事者の属性・専門性」を明記すべきである。説明義務・情報提供義務違反の効果として、少なくとも構造的格差のある当事者間でなされる取引類型におい

ては、損害賠償責任に加え、取消権の付与も検討されるべきである。(弁護士)

- 現状は、努力義務にとどまっており、契約の相手側の理解力や年齢、経験を考慮した説明や情報提供は行われていないのが実態である。契約の相手側の個別の事情に配慮した説明義務を課すことには賛成である。(個人)
- 消費者契約において、事業者と消費者との間に情報量・情報処理能力等の格差があることは明白であり事業者が契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務を負うことが明文化され、事業者が義務を果たさなかった場合に契約の取消が可能となることになると考える。(消費生活相談員)
- 契約締結過程における説明義務・情報提供義務を設けることに賛成する。

消費者契約に関し、事業者の説明や情報提供が不十分だったために消費者が誤解して契約に至るケースが後を絶たない。特に高齢者においては、その傾向がある。民法において、説明義務・情報提供義務を設け、違反の場合は取消権を付与するなどすれば、消費者トラブルの解決に役立つと思われる。(消費生活センター相談員)
- 消費者と事業者には情報力格差があり、またその格差は個々によって異なる。それぞれの消費者にあった理解が出来る説明はぜひ必要である。民法において説明義務、情報提供義務違反について取消権が与えられれば、消費者トラブルの解決に大いに役立つ。よって、契約締結過程における説明義務・情報提供義務を設けることに賛成する。(個人)
- 消費生活相談には、契約者の経験や理解力に応じた説明や情報提供がなされていないことによるトラブルが多数寄せられる。消費者契約において、個々の消費者の理解できる程度に、事業者の説明義務、情報提供義務を課すことは、特定商取引法、金融商品取引法をはじめとする各法で規定されているが、民法において説明義務・情報提供義務を設けて、その義務違反について取消権が付与されれば、消費者トラブルの解決に大きく寄与することができる。よって、契約締結過程における説明義務、情報提供義務を設けることに賛成する。(消費生活専門相談員)
- 説明義務等についての規律を設けるかどうかについては、一方の当事者が信義誠実の原則に基づいて説明義務等を負うことがあること自体は判例によって一般的に認められており、これを適切な形で明文化できれば規定を設けることを否定する理由はない。ただし、情報提供義務等の規定が設けられることによって過大な範囲で情報提供が必要であると曲解されるおそれや濫用されるおそれがあり、聞きたくない説明を聞かされるおそれが生ずることに留意すべきである。また、金融商品取引法は顧客の属性によって書面交付義務や説明義務の存否を区別してきめ細かな調整を行っているが、民法という一般法で説明義務等を規定すれば、このような調整を行うことが困難にならないかという観点も考慮すべきで

ある。(弁護士)

- 契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることに賛成である。ただし、明文化に当たっては、事業者・消費者間等の各当事者の情報・交渉力の構造的格差や属性・専門性に十分配慮すべきである。

説明義務等の対象となる事項について、「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項」に限定する考え方に賛成である。ただし、それ以外の事項についても、本来債務や付随義務により損害賠償責任が生じ得ることにつき別途配慮すべきである。

説明義務等の存否を判断するために考慮すべき事情として、契約の内容・性質、当事者の地位・属性・専門性の有無、交渉経緯、勧誘の態様、問題となっている情報の重要性・周知性、情報の偏在の有無、当事者間の信認関係の有無等を明記すべきである。

説明義務違反等の効果として、少なくとも事業者・消費者間においては、損害賠償責任に加え、消費者が契約を解消することができる権利（取消権）を認めるべきである。(日弁連消費者委有志)

- 事業者の消費者に対する重要事項についての情報提供義務を定め、この義務違反による消費者の意思表示による取消権を付与すべき。(消費生活専門相談員)
- 情報システムの開発委託契約等では、ベンダーはもとよりユーザーについても、適時の情報開示と判断が特に重要である。ユーザーが思い描く情報システムの業務要件等を可視化した要件定義書その他の情報の開示はベンダーの開発作業に関して先履行の関係に立ち、それがなければ、ユーザーの欲する要件を充足する成果の引渡しは不可能となるからである。債権法改正の検討にあたっては、情報システムの開発契約に関し、契約締結前の交渉過程はもとより開発の各工程においても、ユーザーの適時の情報開示及び判断を促し、情報開示及び判断が適時にかつ十分になされなかった場合にベンダーがその影響の及ぶ範囲で開発を中止し、それにより被った損害があればユーザーに損害賠償を請求し、契約を解除することもできる特則を検討する必要がある。ユーザーの適時の情報開示及び判断は、債権者の一般的な信義則上の誠実義務にとどまらず、要素たる債務として位置づけられ、情報システムの開発においてユーザーの情報提供が必要とされる場面での適用が可能となるように具体的に明示されることが望ましい。(情サ産協)
- 使用者は、労働者を採用する際には、労働者の様々な個人情報入手しようとし、労働者のプライバシーや思想良心等に関する事項も取得しようとしがちであり、弱い立場にある労働者が使用者の要請に対して抵抗することは困難であるから、民法により、労働者に対して説明義務・情報提供義務を課すことは労働者の利益を害するおそれが高い。(労働弁護団)

○ 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。この点、契約締結過程での説明義務、情報提供義務については、労働契約の応募者のプライバシー保護との調整が必要となる。今後の検討過程で労働者の権利水準を後退させることが確実となる場合、法改正には賛成できない。(連合)

○ 最判平成23年4月22日(平成20年(受)第1940号)は説明義務違反を不法行為責任として位置づけた。改正後もこのような理解が行われることを回避するためには、契約責任であることを明文で規定して置く必要があるのではなからうか。

また、契約交渉当事者以外の第三者の説明や情報提供が契約を締結するか否かの判断に与えた場合における、この第三者の責任に関しても規定を置いてはどうか。この点については、ドイツ民法311条3項が参考となろう。(大学教員)

○ 契約締結過程における情報提供・表示等に関する規律の検討に当たっては、規定内容・要件を明確に定める方向で検討すべきである。また、情報量・情報処理能力の格差という観点だけではなく、当該契約の趣旨や特性を考慮した合理的な対応が許容されるよう慎重に検討いただきたい。

説明義務・情報提供義務の内容が拡大する、あるいはその外延が不明確となる場合には、相手方に提供される情報量が過大となり、かえって相手方の理解が妨げられるおそれがあり、また、事業者間取引においては、取引相手事業者の専門的知識等から、必ずしも情報提供・説明が要求されない場合が想定されることから、説明義務・情報提供義務の対象となる事項の内容・要件について明確に定め、その範囲が拡大することで相手方に提供される情報量が過大とならないよう、また、当該契約の趣旨や特性を踏まえた合理的な対応が許容されるよう(例えば、事業者間取引を一律に対象とはしない)、慎重に検討すべきである。(生保協会)

○ 労働契約については、必要な説明義務・情報提供義務が職業安定法第5条の3、労働基準法第15条第1項、同法施行規則第5条、労働契約法第4条などに規定されているところ、更に民法に説明義務等の規定を設けることは条規の規定との整合性を損ない、労働契約に関する説明義務・情報提供義務の範囲を不当に拡大するおそれがあるので、反対である。仮に規定が設けられる場合には、労働契約を適用除外とするなど、労働契約に適用されないことを明文化すべきである。(経営法曹)

○ 当事者の一方が、相手方に対して説明義務・情報提供義務を負う場合があるこ

とを明文化する方向で検討すること自体については賛成である。もっとも、一般的には情報格差がないことを前提とすれば、契約当事者は自らの判断と責任において取引を行うのが原則であるはずである。この原則論を明文化する必要はないのか。

説明義務・情報提供義務の発生根拠は何か。

立法化する場合、説明義務・情報提供義務を負う対象事項を一定の範囲に限定することは必要であるが、「当該契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項」という抽象的な要件では、曖昧すぎて限定の役割すら果たせないのではないか。かといって、宅建業法のような具体的列挙も現実には困難である。

特に、詐欺、錯誤、不実表示との関係に留意する必要がある。認めるかどうかは別として、解除の可否についての検討は不要なのか。

説明義務と区別すべき問題として、誤解是正義務や助言義務があるが、これらについてはどのように考えるのか。（「改正を考える」研）

- 事業者間においては、契約締結交渉における相手方の言動を信頼した側の過失が大きい場合が多く、情報提供・説明についても、多くの事項について自ら情報収集・調査すべきである。したがって、これを明文化するにしても、特に事業者間の契約交渉については慎重な適用が要請されるのであり、条文もそれを反映させた文言にすべきである。（弁護士）
- 各種の業法で業者に義務付けられている説明義務と債権法上の説明義務の意義・効果の異同について整理する必要がある。特に、金融取引分野では「取引前に説明すべき内容」がソフトローによって詳細に定められつつあるが、これらの内容と債権法が想定する説明すべき内容に齟齬があってもよいのか齟齬があってはいけないのか、業者に対する行為規制と民事ルールとの関係を整理する必要がある。金融取引分野については既に「適合性ルール」が導入されている分野もあるが、民事ルールとして適合性ルール導入の是非を整理する必要がある。事業者同士の契約、事業者対消費者の契約、消費者同士の契約といった類型別に差異を設けることの是非など、当事者の類型別に検討することが必要である。仮に説明義務・情報提供義務を明文化した場合、義務違反に伴う法律効果について伝統的な信頼利益賠償・履行利益賠償の二分論を維持するかどうか、不法行為の効果との異同等を含めて整理する必要がある。（日大民研・商研）
- 投資信託の販売は、あくまでも金融商品取引法に基づき、販売会社が媒介者となって行うものであり、契約締結前交付書面や説明義務に係る責任はもっぱら販売会社に存するものである。このような場合に、販売者側と商品の製造側が混同されたような説明義務や情報提供義務が課せられるのは望ましくなく、業法がある場合には個別の業法に従えば足りるかという観点からも検討していただきたい

い。(三菱UFJ投信)

- 契約締結過程において、何が契約内容に係る重要な情報であるかについては、契約の特性等に応じて異なってくることから、契約の特性等に関わらず一律の説明義務・情報提供義務を設けることは、適切でない。この点、共済契約の締結過程においては、契約の特性等を踏まえ、利用者により効果的・効率的に内容を理解してもらうため、保障内容・支払限度・免責事由・解約等に関する留意事項を記載した「契約概要」・「注意喚起情報」を説明し、交付することで契約内容に係る重要な情報を提供しており、これは各団体を監督する法令(農業協同組合法等)の中で制度化されている。契約締結過程における説明義務・情報提供義務が不明確な内容で規律された場合、説明する側の予測可能性を奪うことにもなる結果、相手方に提供される情報が膨大になり、共済契約の内容に係る重要な情報についての理解の妨げとなることや、説明義務・情報提供義務違反の効果のあり方によっては、「第30 意思表示—5 意思表示に関する規定の拡充」とも関連し、契約の成立を不安定にする懸念がある。(共済協会)
- 基本的には意思表示の瑕疵に関する規定で対応することができ、専門家の関与や消費者取引に関する場合には特別法で対応することが可能であることから、規定を設けることに反対する。(札幌弁)
- 説明義務の内容等は様々であるのに義務を一律に定式化することは困難であり、規定の内容によっては過大で無意味な負担が課されるほか、濫用の弊害・トラブルが増加するおそれがある。よって、説明義務・情報提供義務の規定を設けることに反対する。(全警協)
- 判例法理における信義則上の説明義務・情報提供義務は、当事者間の格差や取引内容等の個別具体的な事情を考慮したうえで認められている。民法において一義的に説明義務・情報提供義務を規定することは、一方当事者に対して過大な負担を課すおそれがある。そもそも、契約の両当事者は利益相反の関係にある以上、一方当事者が他方に対して説明義務・情報提供義務を負うことは限定的にすべきであり、現行の信義則やその他の業法の規制で十分であると考え。消費者との情報量・情報処理量格差の是正については、消費者契約法やその他の業法によって図る方が、柔軟な対応が可能ではないか。(国際企業法務)
- 説明義務や情報提供義務の有無や内容は、個別の事情によって異なり、発生要件、内容、効果について、判例法理を網羅した規定を設けることは困難であるし、規定を設けると個別具体的な事情に即した妥当な解決を図ることが困難であるとする意見、これを避けるため一般的な規定を設けると、不合理な主張を誘発してかえって紛争を惹起する懸念があるとする意見が大勢を占めた。(最高裁)
- 契約を締結しようとする当事者に説明義務・情報提供義務を課す規定を置くこ

との当否やその内容いかんにつき検討すべき論点として挙げられているが、そもそもこの様な規定を置く弊害はとても大きい為、規定の内容に立ち入るまでもなくこの様な規定は設けないとの結論をとって頂き、更なる検討を行なわずもはや論点と扱うべきでないを考える。(貿易会)

- 個別の義務の内容は、契約内容、当事者の属性等によって異なるのであるから、義務の内容を適切に規定するのは難しいのではないかと。仮に、これを規定すると、個別の現実の取引において、過度の説明・情報提供がなされ、結果として相手方に必要な情報が伝わらず、また、取引のコストのみ増加するという事にならないかを危惧する。(オリックス)
- 説明義務・情報提供義務を明文化するのであれば、民法ではなく、消費者法制や労働法制等、政策的に規定が必要な分野の特別法で規定するのが望ましいと考える。(農中)
- 情報提供が必要となる場面、提供すべき情報の範囲、情報の提供方法等は、取引によって様々であり、一般法である民法において、これらを網羅する規定を定めることは困難であり、また、金融分野においては、資金決済法、銀行法等の個別法によって既に情報提供義務が課されている現状に鑑みれば、説明義務・情報提供義務については、民法に規定を設けるのではなく、個別法に委ねるべきである。(決済協)
- 説明義務、情報提供義務の有無範囲は、当事者の属性や取引の内容及び性質、取引に至る経緯など様々な個別的事情により判断されているものであるところ、一般法たる民法において、説明義務、情報提供義務を定める場合には、その内容を客観的に明確に定めることが困難であり、合理的な行為規範たり得るか疑問があるうえ、民法の規定を国民一般にとって分かりやすいものとするという趣旨にもとることにもなりかねない。また、既に、貸金業法など多くの業法において契約締結前の書面交付義務、説明義務などが規定され、あるいは自主規制などによって、業の特質などに応じた説明を尽くすことが定められているところ、これらの規律に整合する内容で民法に客観的に明確に定めることは困難である。以上から、民法において説明義務、情報提供義務を定めることについては賛成できない。(貸金業協)
- 事業者間の取引においては、一般に情報はそれ自体に財産的価値があり、各事業者は自ら時間やコストをかけて、相手方又は第三者から必要な情報を入手する等の努力を行なっている。言い換えれば、ある事業者が持つ情報量は基本的には当該事業者の企業努力に比例しており、かつ、どの程度、そのような企業努力を行うかは、各事業者の責任の問題である。それにもかかわらず、かかる規定を新設した場合、過大な範囲で情報提供が必要であると曲解されるおそれや濫用され



るおそれがある懸念も指摘されている。このような懸念を払拭するためには、現在の迅速且つ円滑な取引実務及びそれを支える取引慣行を見直さなければならなくなり、説明コストの増加などによる時間的且つ手続的な負担は、最終的には消費者を初めとするすべての取引関係者に転嫁されることになる。また、契約締結時に過度な説明や情報提供を一律に行うことを余儀なくされれば、ネット取引等、大量の取引を瞬時に行っている利便性の高い実務慣行が機能不全に陥るおそれもある。また対消費者の取引については、景表法、特商法等の特別法による規制に加えて民法までも規定を拡充させると、当該特別法と一般法の関係や個々のケースごとに要求される説明の範囲を始めとした基準などが、事業者や消費者から見て却ってわかりづらくなることも懸念される。更に、IT・家電業界の商品・サービスを購入する消費者は、事前にインターネット等で知識・情報を得ていわゆる指名買いを目的に来店するケースが多く、本規制に対応しようと店頭等において事業者が時間を掛けて説明を行うと、消費者によっては不要な説明を無理やり聞かされる形となるために却ってトラブルやクレームの原因となることも予想される。一般法である民法の条文上、契約締結過程における説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることには反対する。(電情産協)

- 比較法的に説明義務自体を定式化した一般規定はほとんど存在しない点を考慮すべきである。また、説明義務違反の効果については、「取消し」が妥当であるが、そうだとすると、沈黙による詐欺による取消しや錯誤無効との関係に留意する必要がある。重複して規定を設けてもあまり意味がない。(北海学園大民研)
- 判例が一般的な規範を提示するまでには至っていない状況下での明文化は、義務内容の固定化と過度な負担の発生可能性がある。また、提供される情報量が過度に多くなり、却って相手方の保護を阻害するなどの弊害が懸念される。

保険契約締結段階における保険契約者への保険契約に関わる情報提供は、保険業法の規定に基づき、「契約概要」、「注意喚起情報」という形で行われており、このような中で、一律に抽象的な要件の説明義務・情報提供義務を課すことは説明義務者(事業者)側に過度な負担を課し、予測可能性を欠くことで実務が混乱することが危惧される。契約の相手方に対して提供すべき情報は契約の性質によって異なるものであり、契約の性質に応じた規制の方がその実効性が期待できる。

以上から、一般的に説明義務、情報提供義務の規律を設けることに反対する。仮に明文化するのであれば、判例が提示する考慮要素を整理し明確化すべきである。(損保協会)

- 説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることに反対である。契約を締結するに際して必要な情報は各当事者が自ら収集する原則を不明確にしまいかねない規定は設けるべきではない。(三菱電機)

○ 説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることには反対する。説明義務や情報提供義務が明文化されてしまえば、様々な事業者は契約締結事務に際してこれまで以上に慎重を期することになり、契約締結事務が円滑に進まず、結果として中小企業者に対する金融の円滑化に支障が生じる虞がある。このような規定を設けなくとも、信義則等の一般条項により同様の目的を達成することは可能であると思われる。また、信用保証協会が中小企業者との間において保証委託契約を締結する場合、中小企業者と直接接点のある金融機関に事務を依頼するケースが多い。このような明文の規定が置かれることにより、金融機関にも過度の負担をかけてしまうこととなる。(全信保連)

○ 特に不動産取引は専門性が高いため、知識レベルが多種多様である一般消費者(特に売り主の場合)に一律に説明義務を課すことは問題ではないか。(全宅連)

○ 契約締結過程における説明義務・情報提供義務に関する規定、及び、不実表示に関する規定を民法に設けることが提案されているが、反対である。

原則として、取引においては、各取引主体が自己の責任とリスクにおいて、必要な情報を必要なだけ収集し、情報内容の依拠可能性についても、自己にとっての当該取引の重要性に応じて、必要な努力をすることによって確認し、契約を締結することが大前提である。

にもかかわらず、一方当事者に説明・情報提供がなかった、または、たまたま「不正確な情報」が表示されたというだけで、情報の収集・評価のために必要な自助努力を怠った相手方が、一方的に取引を事後的に覆すことができたり、さらには損害賠償請求までもできるとすれば、取引の安定性は大きく害されるのみならず、取引コストも増大するため、かかることを容認するような一般的な規定を創設することには充分慎重でなければならない。

また、改正後、民法が行為規範として機能することを考えると、事業者間取引のみならず消費者取引においても、大多数の正常取引においては意味のない説明・情報提供に当事者双方が時間・費用を浪費することとなる懸念が大きい。

民法は私法の一般法として対等な当事者間の法律関係の原則を定めるべきであり、当事者間に情報力・交渉力の格差があるような場合を想定した規定を安易に導入すべきではない。万が一、何らかの格差是正が必要だとしても、それに伴うモラルハザードやフリーライドの弊害を防ぐための方策を同時に組み合わせた設計が不可欠である。従って、そのようなテクニカルで、特定の政策目的をもった規定は、景品表示法や消費者契約法等の特別法において慎重かつきめ細かく規律すべきであり、民法に一般的な規定を設けることには反対である。(経団連)

○ 説明義務・情報提供義務に関する一般的な規定を設けることは、不動産取引、なかでも宅地建物取引業者が関与する取引において顧客からの過剰ないし不当な

要求に業者がさらされる恐れがあり、問題である。すなわち、すでに宅建業法において極めて詳細な重要事項説明義務と告知義務が規定されており(第35条、47条1号)、この規範を基準として業務が運用されている。新たに、民法にかかる一般的な規定が設けられた場合、宅建業法を超えた説明義務、情報提供義務があるとの過剰ないし不当な要求の根拠とされる可能性が大である。説明・情報提供の必要性と程度は、個別の事業領域ごとに異なるはずであり、それぞれの業種ごとに特別法が規定することにより紛争防止を図ることが妥当である。

当事者間に情報量・情報処理能力等の格差がある場合には、当事者間の一方が他方に対して契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務があるという明文の規定を設けることは賛成できない。いわゆるビジネス上の駆け引きを行うことに対する制約となるし、不動産取引においては、重要説明義務(宅建業法35条)、重要な事項の説明義務(宅建業法第31条、第47条)で説明義務は尽くされており、これに加えて一般条項を設けることは、却って「モンスタークレーマー」に格好の根拠を与えることとなり、それに対応するため事業者に過度な負担をかけ、結果的に売買コストに反映し、多くの消費者にとってもコスト増を甘受させる結果となってしまうのではないか。

宅建業者・金商業者については、それぞれ宅建業法・金商法等において、顧客に対する説明義務及び行為規制等が規律されている。これらの義務に直接的に由来する説明義務違反によって民事上の効果が考えられることは否定するものではないが、民法によって上乘せして義務が生じるような形になれば、宅建業者・金商業者の行為についてのリスク料が更に上昇し、業務運営に過度な足かせとなる懸念がある。特に、損害賠償義務並びに契約解除等の効果については、合理性が担保されるように配慮されるべきである。

民法に明文化されることで、宅建業法という特別法で詳細に明文化された宅建業者としての説明義務・情報提供義務以上の義務が課されることがないよう(その場合、重説の内容が膨大になり、手間、コスト増となることが懸念される)、慎重な検討をお願いしたい。

義務違反があった場合に取消権を付与すべきとの意見があるようだが、取引の安定性の確保の観点から取消権付与については賛成できない。(不動協)

- サービスーとしては、債務者との間で条件変更の合意や和解合意を締結する際に、債務の内容及び存否並びに和解合意により生じる債務者の責任の内容を知らせることが必要であると認識している。しかしながら、以上のような契約の締結過程において、債務者から債権の譲受価格の開示を求められることがあるが、その開示は不要であり、その内容が漏えいする場合には、サービスーの経営上、多大な悪影響が生じる。以上のような点も考慮し、契約締結過程における信義則上

の説明義務・情報提供義務を明文化する場合には、適切かつ可能な範囲で説明義務・情報提供義務を課することになるよう要件について慎重な検討が必要である。

(サービサー協)

- 民法という一般法に説明義務・情報提供義務の規定を設けるとした場合に、利用者保護と取引の円滑や利用者利便といったバランスを取ることが困難にならないかという観点から慎重に検討すべきであり、改正にあたっては、既存の実務に影響を及ぼさないよう十分な配慮をお願いしたい。

中間論点整理で示されている考え方では、どの範囲で説明義務等が課せられるのか曖昧であり、説明義務や情報提供義務が課せられる側はおよそ一般人であれば知っているであろう常識的な知識や情報についてまで際限なく説明を行わなければならない。しかし、金融商品取引は、取引対象物が目に見えるものではなく、将来の価値の変動に期待することを主要な動機の一つとする取引であることから、説明が適切とされる基準が画一的でなく、一般的な物の取引とは性格を大きく異にするものである。そのような金融商品取引において金商業者等に際限ない説明義務や情報提供義務を課すことは、既に金商法や金販法で説明義務や民事責任が加重されている金商業者等の顧客に対する立場をいたずらに不利なものとするものと言える。

金商業者等による金融商品取引に関しては、ここで拡充される説明義務や情報提供義務が重畳的に適用されることのないように配慮すべきである。(日証協)

- 情報提供義務等の規定を設けることについては慎重であるべきと考えられる。その理由は次のとおりである。第1に、情報提供義務等の規定が設けられることによって過大な範囲で情報提供が必要であると曲解されるおそれや濫用されるおそれがある。第2に、消費者契約を念頭に置いた場合、本規定が設けられることによって、消費者が聞きたくない説明を聞かされ、利便性や緊急性を害するおそれがある。第3に、消費者保護の観点では既に消費者契約法等で手当てがなされているところであり、その趣旨を一般法である民法に取り込むことにより、事業者間取引への悪影響が危惧される。具体的には、情報・ノウハウ・コンサルティングの提供サービスを行う企業にとって、どこまでの情報提供を行えば説明義務・情報提供義務が果たされるのかが曖昧であり、従前有償で行われてきた各種サービスが説明義務・情報提供義務の名の下に無償提供を要求される事態等が危惧される。第4に、業態によっては、義務違反の責任の所在が不明確になるおそれがある。具体的には、ソフトウェアベンダーによっては、ソフトウェアの販売を自社直販ではなく、代理店経由での販売を実施しており、代理店については、1次代理店、2次代理店・・・と複数の代理店を経由してソフトウェアの販売がなされる場合がある。この過程で説明義務・情報提供義務の違反が生じた場合、

説明資料は必ずしも代理店独自のものとは限らないことから、責任の所在が不明確になるのではないかという危惧がある。第5に、新規のビジネスモデルにおいては、対象情報の分析・経験の蓄積が十分でないため、情報提供義務違反・説明義務違反のリスクが常に伴う点が危惧される。

規定を設ける場合の規定内容については、説明等の対象となる事項は取引の安全の観点から明確に規定すべきであり、「契約を締結すべきか否かの判断に影響を及ぼす事項」という規律では、どの範囲で説明義務が課せられるのか曖昧で取引に支障が出ると考えられる。具体的には、システム開発について、顧客における現状業務の検討やそれにマッチしたシステムの提案等のコンサルティングサービス業務では、契約締結前段階においてどこまでの情報提供を行わなければならないかを判断することは非常に困難である。したがって、情報提供義務等に関する規定を設ける場合には、取引が円滑に進むような分かりやすい文言を検討すべきであると考えられる。(ソフトウェア協)

- いかなる場合に一方の当事者に説明義務・情報提供義務を課して、当事者間の情報格差を是正する必要があるかは、事例毎に判断せざるを得ないため、義務の要件や内容は、法文化には必ずしも適さないと思われる。また、情報において定型的に優位な当事者の情報提供義務については、各業規制において規定がある。業法では、提供すべき情報の細目を定めた上で、業者に情報提供義務を課しているものが多いところ（不動産取引における宅地建物取引業者規制（重要事項説明書）、金融商品取引における金融商品取引業者規制（契約締結前書面）等）、もし、民法の一般的規定が、業規制を超えた情報提供義務がある可能性を示唆するのであれば、各業者は業務の基準を失い、実務上支障を来たすことが明らかである。

仮に判例法理の明文化を超えて、広範な情報提供義務を定めることを考える場合、これを果たすための費用や時間、価格の上昇、これらを負担できない（価格に転嫁できない）者の取引からの撤退、提供すべき（可能性のある）大量の情報を十分に理解できない者との取引を自粛する可能性等も考えるべきである。情報を受ける権利のある側の立場としても、提供されなくても知っている情報を聞かなければならない（聞かないと、取引してもらえない）という負担も考慮すべきである（たとえば、同種の物、同じ物を何度も買う場合など）。(長島・大野・常松有志)

- 反対である。第22、4の信義則の具体化によってカバーされることで十分である。

各契約に共通と言えるか、あるいは契約当事者の属性によって異なるのではないかの議論もあり、明文化するほど、議論が煮詰まっていない。例えば、労働契約締結過程（採用過程）では、契約締結の申込みをする労働者に対し、採用の

自由を有する使用者が強い立場にあるところ、契約締結過程における説明義務・情報提供義務を認めると、同義務の名の下に、労働者のプライバシーや思想良心の自由が侵害される危険が大きい。こういった点も十分踏まえつつ、さらに慎重に検討すべきである。(横浜弁)

- 説明義務・情報提供義務の範囲については、信義則を根拠に個別事案ごとに救済されてはいるものの、裁判例が一般的な規範を提示するまでに至っていない。このような状況で、民法で説明義務・情報提供義務が明文化され行為規範化されると、義務の内容が固定化され、個別事案の中で妥当とされた範囲を超えて事業者側で説明義務・情報提供義務を過度に負担する可能性が発生し、形式的な義務違反を理由とした濫訴の弊害が危惧され、さらには単純な結果平等の意味合いで解釈される可能性もある。また、事業者側の説明義務・情報提供義務を過度にすることで、相手方に提供される情報量が過大になり、却って情報を受領する側の理解を困難にする可能性もある。したがって、民法において一般的な明文規定を設けるべきではない。

仮に説明義務・情報提供義務に関する規律を設けるとしても、説明義務・情報提供義務の範囲及び責任の範囲を限定すべきである。また、説明義務・情報提供義務の考慮要素については、相手方に提供される情報量や契約交渉時の手続や書面等が増加し、契約当事者双方の負担が増加するおそれもあることから、拡大解釈や実務上妥当でない結論を導くことのない明確な基準とする方向で検討を進めていただきたい。

なお、貸金業者としては、貸金業法や監督指針において定められた契約締結にかかる説明を行っているため、基本的には民法上の説明義務違反等になる可能性はないと理解している。しかしながら、説明義務違反の効果が、民事上の効果(契約の無効、取消し)と結びついた規定となると、個別具体的な件において説明不十分な点があったとして債務者等から主張がなされる可能性は、現状より拡大するおそれがある。そこで、以下の点を踏まえた検討を進めていただきたい。

①様々な金融事業者に対して、業法等で商品内容や顧客属性等に応じた説明義務が課されていること。

②①の義務と民法上の義務との関係を適切に整理できるか、という問題があること。

③現実の金融実務では、金融機関側の説明に不十分な点があった場合には個別交渉により合意解約等を行っている点などを指摘し、明文化に際して慎重な検討が必要と考えられること。(消費者金融協)

- 当事者間に情報量・情報処理能力等の格差がある場合に、当事者の一方が他方に対して契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務があるという

明文の規定については、説明義務等の存否や内容は個々の契約及び業態等により様々であり一律に規定することが極めて難しいと思われる。またそういった政策的に必要な保護については、業法等の特別法において情報格差等の実態に応じて手当てすることが望ましい。(不動産証券化協)

- 従来より、説明義務・情報提供義務の範囲については、信義則を根拠に、個別事案ごとに救済されてはいるものの、裁判例が、一般的な規範を提示するにまで至っていない。このような状況で、説明義務・情報提供義務が明文化され行為規範化されると、義務の内容が固定化され、個別事案の中で妥当だとされた範囲を超えて事業者側で説明義務・情報提供義務を過度に負担する可能性が発生し、形式的な義務違反を理由とした濫訴の弊害が危惧され、さらには単純な結果平等を志向したパターンリスティックな意味合いで解釈される可能性もある。また、事業者側の説明義務・情報提供義務を過度にすることで、相手方に提供される情報量が過大になり、却って情報受領する側の理解を困難にする可能性もある。したがって、一般的な規律を設けることには反対する。

仮に、説明義務・情報提供義務に関する規律を設けるとしても、上記の観点から、説明義務・情報提供義務の範囲及び責任の範囲は限定すべきである。

また、説明義務・情報提供義務の考慮要素については、相手方に提供される情報量や契約交渉時の手続や書面等が増加し、契約当事者双方の負担が増加するおそれもあることから、拡大解釈や実務上妥当でない結論を導くことのない明確な基準とすべきである。(法友会)

- 契約締結過程における説明義務・情報提供義務を規定することに反対である。

企業間の取引においては、取引を開始するに当たり自ら商品やサービスの内容を調査することが期待されておりますので、この調査を怠った場合に、そのリスクを相手方当事者に押しつける結果となることは合理的でない。消費者契約においては、消費者に対して誤解の生じないように説明する義務が事業者に対して課されるべきであると考えますが、それは民法とは別の合目的な消費者契約法等の特別法で規律されるべき問題である。また、予め相手方が確認できるように表示しなければならないとする規制が近年の他の法律においても多く規定されているが、本件においても想定される不利益を全て表示しなければならないということになると、情報過多となり消費者にとって何が本当に重要なことなのかが認識することができなくなり、かえって消費者を害する恐れがある。(ヤフー)
- 契約締結過程における説明義務・情報提供義務の内容は、個別の事案に応じて判断されるべき事項であり、一般的な規律を定立することは困難であるし、その必要性にも欠ける。よって、契約交渉の不当破棄に関する法理を条文上明記することに反対する。(森・濱田松本法律事務所有志)

- 信義則は民法全体にわたって適用される基本原則であるため、信義則の具体化に当たっては、民法全体に対して適用される基本原則であることが不明確になるという弊害がないか懸念する指摘がある。金融取引では、例えば金融商品取引法は顧客の属性によって書面交付義務や説明義務の存否を区別してきめ細かな調整を行っている。金融商品取引法では、金融取引の円滑化等を目的として機関投資家や特定投資家との取引の場合には義務が免除されているが、このことは顧客に対する説明や情報提供として求められる程度・内容が、顧客の属性ごとに差異があることを踏まえたものであると考えられるため、一般法である民法で説明義務等を規定すれば、このような調整を行うことが困難になるのではないかということが懸念される。契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務を負うことがあるということが判例法理で認められていることは理解するが、判例法理を明文化する場合には、適切に規律を書くことができるか、これまでに問題となっていないような場面にまで波及し、経済取引を萎縮させるような悪影響が出ることはないよう慎重な検討が必要である。

説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることにより過大な範囲で情報提供が必要であると曲解されるおそれがあるという懸念の指摘がある。

以上の点に留意すべきである。

現行法上、信義則にもとづいて認められている事柄を明文で規定するというように留まるとすれば、現行の民法の第1条第2項があれば足りると言え、敢えて規定する必要はない。(全銀協)

- ある程度操作可能な要件効果が設定できるのか疑問である。それができないのであれば、第22、4「債権債務関係における信義則の具体化」の規定に含まれると考えれば十分ではないか。(大学教員)
- 説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることに反対する。特別法・業法などにおいて適切な規律が行われており、民法で一般的に規律する必要性は見いだしがたいこと、説明義務等の内容は契約の性質や当事者の属性等によって様々であり、一般化が可能かどうかについて疑問があること、説明コストの増加やサービスの差別化戦略が困難になるなどの弊害が多いこと、説明義務の法的性質や違反の効果などについて議論が未成熟であり、妥当な結論を導くことは困難と考えられることが、その理由である。(弁護士、弁護士)
- 契約交渉についての契約があったと考えるか、不法行為で処理すればよく、特別の規定を設ける必要があるとは思えない。(個人)
- 少なくとも、消費者保護のために事業者には義務を課すことを前提とした検討は避けるべきである。(個人)
- 今回の債権法改正についてはヨーロッパ契約法原則、ウィーン売買条約等、商



事取引当事者間における対等の当事者間のルールを重視して契約内容の合意を尊重すること、またEU指令の内消費者保護の明文化の2つの要因があると思われるところ、信義則の具体化は主として前者の商事取引の中で問題となる。しかし、商事取引でなく、立場の互換性を欠く当事者間での取引や、一般民事取引の場合にまで信義則を強調する必要はなく、商事取引についてはあくまで商法での規律が望ましいし、消費者を含む立場の互換性を欠く当事者間での取引や一般民事取引においては現状の総則における信義則の規定で足りると言うべきである。よって、債権債務関係における信義則の具体化については慎重に検討すべきである。(弁護士)

- 説明義務は業法で規定すべき問題であり、民法で義務化するには無理がある。弱者が説明義務を負いさらに不利になる危険がある。(会社員)
- 事業者間の取引においても説明義務・情報提供義務を課すことの妥当性について重大な疑問があり、特に事業者間取引においては不合理な結果を招きかねないため、明文化それ自体に反対である(これが論点として取り上げられること自体に、実務上、疑問を禁じ得ない)。

説明義務・情報提供義務は、おもにB to Cの分野において、必要以上に高度な領域(医療、金融など)においては、提供者と消費者との間の情報格差が大きく、一消費者として債務の本旨に沿った履行か否かを判断する能力を期待することが合理的にも困難である場面があることから、当該場面における消費者の能力を補充するために設けられた規定であり、それ自体は、消費者取引という側面に限ってみれば、ある程度の合理性を有している。しかし、これらの前提は、事業者取引には全く当てはまらない。むしろ、お互いが取引商材に関する「プロ」であり、余計な説明は省き、取引の迅速・簡易化を図るのが事業者取引の一般的な原則であり、事業者取引に説明義務・情報提供義務を持ち出すことは、この原則を大きく歪めることになる。

明文化に賛同する論者からは、この点、中小事業者保護の観点を持ち出されることがあるが、そもそも、事業者を名乗る以上は、当該分野において他の一般事業者が有しているのと同等の専門知識を有しているべきであり、一律に保護すべきという結論にはならない。逆に、説明義務・情報提供義務を安易に肯定すれば、無知を装った能力の低い(あるいは欺瞞的な)業者ほど事後的に救済されやすくなり、事業者取引全体(特に買主側の)のモラルハザードを招く危険がある。また、トラブル解決の指針としても、事業者間取引においては、一般化は妥当な解決を導かないと思われる。更に、一般化は、取引間における当事者間のバランスを、不合理に買主側有利に傾けかねない危険が大きい。

そもそも、個別の事情が問題になる場面の問題を詳細に条文化するなど元より

不可能であり、実務に携わらない者特有の無責任な議論であると言わざるを得ない。(会社員)

- 説明義務・情報提供義務の有無やその内容は、契約の内容や契約当事者の個性等によって様々なものがあるため、契約一般に妥当する規定を民法に設けるのは困難ではないかと思われる。また、民法に規定が設けられることにより、特別法で説明義務等を免除することが困難となり、実質的に無用な説明や情報提供が義務づけられてしまうおそれもあることから、慎重に検討すべきである。(弁護士)

### 3 契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任

当事者が第三者を交渉等に関与させ、当該第三者の行為によって交渉の相手方が損害を被ることがあるが、このような場合に交渉当事者が責任を負うための要件や効果は必ずしも明らかではない。そこで、これらの点を明らかにするため、新たに規定を設けるかどうかについて、その規定内容を含めて更に検討してはどうか。

規定内容について、例えば、被用者その他の補助者、代理人、媒介者、共同して交渉した者など、交渉当事者が契約の交渉や締結に関与させた第三者が、契約前に課せられる前記1又は2の信義則上の義務に違反する行為を行った場合に、交渉当事者が損害賠償責任を負うとの考え方があるが、これに対しては、交渉当事者がコントロールすることのできない第三者の行為についてまで責任を負うことにならないかとの懸念も示されている。そこで、交渉当事者の属性、第三者との関係、関与の在り方などにも配慮した上で、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第2, 4 [18頁]】

#### 【意見】

- 契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任について規定を設けることについては賛成する。また、その規定内容については、独立した第三者であっても、一方当事者が本来行うべき行為を行っているような場合であれば、その一方当事者が責任を負担する方向で積極的に検討すべきである。(広島弁)
- 一定の要件の下において第三者の行為について、関与させた本人が責任を負担することは争いがないと思われるので、これまでの裁判実務を明確にする方向で明文化すべきである。(札幌弁)
- 当事者が第三者を交渉等に関与させ、当該第三者の行為によって交渉の相手方が損害を被る場合に交渉当事者が責任を負うための要件や効果を明文化することについては賛成である。

交渉補助者を関与させた交渉当事者が、当該交渉補助者の行為をコントロールすることができない場合であっても、交渉の相手方との関係では、いずれの当事者が交渉補助者の行為について責任を負うべきかというリスクの分担が問題となるところ、当該交渉補助者の行為につき、当該交渉補助者から義務違反の行為を受けた被害者側ではなく、当該交渉補助者を関与させた交渉当事者が責任を負うことになるのは、やむを得ない。(大阪弁)

- 当事者の使用人、その他当事者と密接な関係にある者の行為に関して当事者が責任を負担することについては、異論がないと思われ、問題となるのは、当事者からある程度独立した地位にある第三者の行為について、当事者が責任を負担するかどうかである。当事者の指示によりなされた場合は、当事者が責任を負担することは当然と思われるが、当事者の指示に基づかずに行った場合でも、リスクの配分という観点から考えると、原則として当事者に責任を負担させても問題ないと思われる。ただし、当事者の責任を否定する必要がある事例が出てくる可能性がないというわけではないであろう。そこで、当事者に代わって契約交渉等を行った第三者の行為に関して、当事者も責任を負うが、当事者に責任を負担させることが相当でないと判断された場合を除く旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 賛成である。ただし、条文化の内容については入念な検討を望む。(横浜弁)
- 基本的には、契約の締結や交渉に関与させた第三者の行為により相手方に生じた損害についての交渉当事者の責任について、判例を踏まえて明文化する方向性を検討すべきである。ただし、判例を踏まえた要件の定式化に困難を伴うとの意見もあるので、要件については慎重に検討すべきである。(東弁)
- 契約当事者である事業者の何らかの責任は負うべき場合はあるが、この点、消費者契約法5条では、媒介の委託を受けた第三者又は代理人の場合についてしか規定しておらず、事案によっては消費者保護にとって不十分なものであり、このような規定の必要性も認められる。しかしながら、規定の仕方によっては、範囲が不当に広がり、濫用の危険性もあるため、慎重に検討されるべきである。(仙台弁)
- 契約関係における信義則の具体化という観点から明文化には意義が認められるので、要件を中心とした規定の内容および方法などについて議論すべきである。(親和会)
- 当事者が第三者を交渉等に関与させ、当該第三者の行為によって交渉の相手方が損害を被る場合に交渉当事者が責任を負うための要件や効果を明文化することに賛成する。

交渉当事者が契約の交渉や締結に関与させた第三者が、契約前に課せられる説

明義務等に違反する行為を行った場合に、交渉当事者が損害賠償責任を負うとすることに賛成である。交渉補助者を関与させた交渉当事者が、当該交渉補助者の行為をコントロールすることができない場合であっても、交渉の相手方との関係では、いずれの当事者が交渉補助者の行為について責任を負うべきかというリスクの分担が問題となるところ、報償責任・信義誠実の原則等に鑑みれば、当該交渉補助者の行為につき、当該交渉補助者から義務違反の行為を受けた被害者側ではなく、当該交渉補助者を関与させた交渉当事者が責任を負うことになるのは、当然である。(電話リース弁護団)

- 明文化・定型化には反対しない。交渉当事者が自らその第三者を交渉等に関与させたかどうかは重要な判断基準になると考えるが、法定代理の場合も含めてよいのではないか。(堂島有志)
- 代理人同様に第三者を使った当事者が責任を負うべきであり、代理人同様の規定を入れておくことが市民の行動指針に有益と考える。(広大有志)
- 契約交渉等に関与させた第三者に情報提供義務違反がある場合は、交渉当事者に同義務違反があった場合と同視する規定を置く方向で検討すべきである。なお、被用者・補助者・使用者等の行為については、これまで錯誤、詐欺、強迫等の意思表示規定あるいは、特別法に基づく取消権についても、契約当事者と同視して各規定が適用されてきたところであり、これらのものを第三者から除外する規定を置くこともあわせて検討すべきである。(日司連)
- 交渉に第三者を関与させるかどうかは、当該交渉当事者が自由に決めることができる事柄であり、その第三者を利用して交渉する場合には、自らが交渉していれば負ったであろう損害賠償義務について、第三者を関与させたことによって軽減されると解する理由はないのではないか。この点では、債務不履行について債務者が第三者を関与させた場合と同様に考えることができる。(大学教員)
- 当事者が交渉等に関与させた第三者の行為によって交渉の相手方が損害を被る場合に交渉当事者が責任を負うための要件や効果を明文化することに、賛成する。交渉当事者が関与させた第三者が説明義務等に違反する行為を行った場合に、交渉当事者が損害賠償責任を負うとすることに賛成である。(弁護士)
- 金融関係の法令には、民法第715条の特則として、利用者保護のために、銀行代理業者や生命保険募集人、保険代理人等の行為に対する責任の特別規定が設けられており、今次の民法改正にあたっては、これらの規定との関係を整理した上で、これらの一般法となる規定を民法に設けることが望ましいと考えられる。(弁護士)
- 契約交渉等に関与した第三者の行為について、交渉当事者の責任を明文化することに賛成するが、第三者の範囲は限定すべきである。不動産業者等、高度の独

立性ないし専門性のある第三者（契約当事者のコントロールが及ばない第三者）の行為についてまで、契約当事者に責任を負わせるのは酷であり、このような第三者は除外されるべきである。（愛知県弁）

- 当事者の使用人，その他当事者と密接な関係にある者の行為に関して，当事者が責任を負担することを明文化することに賛成する意見が多い。

当事者からある程度独立した地位にある第三者（例 売主が委託した不動産業者，買主が委託した弁護士）の行為について，当事者が指示をしなかった場合（民法 716 条参照）において，当事者に責任を負担させることが妥当か否か等の論点を含めて，条項の具体的内容については，今後検討する必要がある。（日弁連）

- 交渉当事者が管理監督責任をもたない第三者の行為についてまで，交渉当事者が責任を負うこととならないよう，交渉当事者と第三者との関係性については慎重に検討すべきである。相手方に加えた損害の発生の防止に努めた場合などには別途免責されるなど，第三者との関係や関与のあり方について慎重に検討すべきである。（ACCJ）

- 契約交渉又は締結に第三者が関与した場合に当該第三者が契約の相手方に損害を与えたときの本人の責任負担については，貸金業法等で既に規定済みである。

中間論点整理において提示されている考え方では，その適用範囲が必ずしも明確でないことから，不特定かつ多数の者の行為に対してどこまでの責任を負担するかが明らかにならず，契約の交渉に第三者を関与させる者に対して過大な責任を負担させる帰結となるおそれがある。そこで，このような規定の要否及び責任を負担する第三者の範囲を限定的に考えるなどを前提とした慎重な検討をお願いしたい。（クレカ協）

- 第三者の行為について，交渉当事者が過大な責任を負担することのないように，慎重な検討が必要である。（サービサー協）

- 契約の交渉や締結に関与させた第三者の行為に関する交渉当事者の責任にかかる規定について，「関与」という語句の意義が広範であることから，交渉当事者がコントロールすることのできない第三者の行為についてまで責任を負うことになるものと懸念されるため，交渉当事者が管理監督責任を負う第三者の行為に限定して規定すべきものと思料する。その理由は以下のとおりである。

まず，「関与させる」の意義が広範であるため，裁判上この意義についての争いが多発することにより，紛争が増加することが想定される。また，消費者が独立の取引上の地位を有している者を交渉等に関与させる場合に，このような者の行為について消費者に責任を負わせることは必ずしも妥当ではない場合がある。さらに，交渉当事者の責任の有無は事案ごとに様々な要素を総合して判断されるものであるから，あらかじめ一般的な要件を法律で規定することは難しいことが

想定され、抽象的な規定となると、一般国民にとっての分かりやすさの観点から問題である。(弁護士、弁護士)

- 契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任に関する規定を設けることに賛成である。交渉当事者が第三者をコントロールすることができない場合にまで責任を負わされるのは妥当でなく、要件を限定するなどの配慮が必要であるから、消費者が事業者に媒介を委託する場合等を念頭に、委託する交渉当事者の属性、交渉当事者と第三者との関係、交渉当事者の関与の在り方等を考慮し、要件を限定する考え方に賛成である。(日弁連消費者委有志)
- 第三者の行為による交渉当事者の責任を明文化すべき具体的な立法事実とその必要性の摘示がないままに議論が行なわれている。審議会で言及されているとおり、金融関係業法では使用人・代理人等の行為に関する業者本人の責任が法定されているが、それらは民法第715条の特別法と解されている。これらの場面以外で、具体的に立法を要する必要性や同条との関係についてさらに議論を深掘りする必要がある。「責任の法的性質は解釈に委ねる」と説明されているが、これを明らかにしないまま立法作業を先行させることには、むしろ、後々解釈問題を惹起することになり問題があるのではないか。(日大民研・商研)
- 新たに明文規定を設けることについて、規定内容を含めて検討することに賛成である。例えば、クレジット契約における販売店などのような独立的関与者の責任を信販会社に負わせるためには、現在の不法行為法制(使用者責任)では不十分であるため、新たに規定を設ける必要がある。(兵庫県弁)
- 第三者には様々なタイプがあり、また、常に「交渉当事者が契約の交渉や締結に関与させた」ことのみを原因として当事者の責任が認められるのか疑問があることなどから、一律の規定を置くと、個別具体的な事情に即した妥当な解決が阻害されることを懸念する意見が多かった。(最高裁)
- 契約締結交渉等に第三者が関与した場合であっても、当該第三者の関与について交渉当事者の委託や承認が欠けている場合など、交渉当事者が第三者の行為をコントロールできない場合もあり得ることに鑑みれば、客観的に契約締結交渉等に第三者が介在していたとしても、そのことだけで第三者の行為について交渉当事者が責任を問われるのでは、過度な責任を負担することにもなりかねない。よって、契約締結交渉等に第三者が関与した場合の第三者の行為による交渉当事者の責任については、慎重に検討すべきであり、特に第三者の範囲を明確かつ合理的な範囲に限定するべきである。(貸金業協)
- 媒介業者が宅建業法35条や37条の説明を怠った場合に、依頼者たる一般消費者も責任を問われることになるのであれば問題。宅建業法上の説明義務との関連がどうなるのか不明。(全宅連)

- 履行補助者の法理及び各種業法の規制で足りるものと思われる。「交渉等に関与させる」程度は千差万別であって、それらの場合において、仮に、使用者と使用人との間の支配関係と同等の関係があるものとみなし、使用者責任と同程度の責任を負わせるとすれば、それは妥当でない。(長島・大野・常松有志)
- 契約交渉過程において第三者が関与する場合に、その関与の態様・程度は個別の事案ごとに様々であり、一般的な規律を定立することは困難であるし、その必要性にも欠ける。よって、契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任に関する規定を導入することに反対する。(森・濱田松本法律事務所 有志)
- 契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任については、債務不履行又は不法行為といった一般法理による責任を超えた責任を一般法である民法において課すべき根拠はないと思われるし、交渉当事者及び関与者の属性や関与の態様は千差万別であるから、債務不履行や不法行為責任が課される要件及び効果を明文を持って定めることも困難であるものと考えられる。(山口県弁)
- ある程度操作可能な要件効果が設定できるのか疑問である。それができないのであれば、第22, 4「債権債務関係における信義則の具体化」の規定に含まれると考えれば十分ではないか。(大学教員)
- この場合の交渉当事者の責任は履行補助者論によって処理すれば足り、特に規定する必要はないのではないかと。交渉当事者のコントロールに服しない第三者の行為については、当該第三者自身の責任が問題とされるべきではないか。(大学教員)
- 契約交渉についての契約があったと考えるか、不法行為で処理すればよく、特別の規定を設ける必要があるとは思えない。(個人)
- 不法行為の問題である。(会社員)
- 交渉当事者がコントロールすることのできない第三者の行為についてまで責任を負うことにならないかとの懸念があり、規定を設けない方向で検討すべきである。仮に設けざるを得ない場合であっても、責任を負う範囲を、交渉当事者が完全にコントロールできる第三者に限定するべきである。(会社員)
- 第三者の行為についての交渉当事者の責任に関する規定必要はない。なお、金融関係の法令には、民法第715条の特則として、利用者保護のために、銀行代理業者や生命保険募集人、保険代理人等の責任を規定するものがあり、民法に規定を設けると、これらの規定との関係にも疑問が生じる。(弁護士)

## 第24 申込みと承諾

### 1 総論

民法は、「契約の成立」と題する款において申込みと承諾に関する一連の規定を設けている。これらの規定を見直すに当たっては、申込みと承諾の合致という方式以外の方式による契約の成立に関する規定の要否（前記第22，2参照）のほか、多様な通信手段が発達している今日において、発信から到達までの時間的間隔の存在を前提とした規定を存置する必要性の有無や程度、隔地者概念で規律されている規定を発信から到達までの時間的間隔がある場合や契約締結過程に一定の時間を要する場合などの問題状況ごとに整理して規定を設けることの要否などについて、検討してはどうか。

【部会資料11-2第3，1 [20頁]】

#### 【意見】

- 「隔地者」という概念が国民に分かりにくいこと、現在ではメールのように発信から到達まで時間的間隔が殆ど生じない新たな通信手段が普及していること等を踏まえて、申込みと承諾の規定を整備する方向性で検討すべきである。（東弁）
- 現行法が予定していない通信手段等により契約の締結過程が多様化している以上、ある程度これらを意識した規定を設けることに賛成する。（札幌弁）
- 発信から到達までの時間的間隔の存在を前提とした規定を存置する必要性の有無については、なお慎重に検討すべきである。現行民法における「発信から到達までの時間的間隔の存在を前提とした規定」を、522条（承諾の通知の延着）、526条（承諾の発信主義）及び527条（申込みの撤回の通知の延着）と整理する限りにおいては、かかる規定は不要であると考えるが、今日においても、郵便等発信から到達までに時間的間隔を要する通信手段は存在し、一般的に用いられている以上、別途、かかる場合を想定した規定が必要か否かについては、慎重に検討する必要がある。

発信から到達までの時間的間隔がある場合や契約締結過程に一定の時間を要する場合などの問題状況ごとに整理して規定を設けることについては賛成する。現行民法における申込みと承諾の規定においては、問題となる状況が異なる異質な規律が混在して並べられており、市民にとって分かりやすい民法という観点からは、申込みと承諾の規定を問題状況ごとに整理することが望ましい。

いわゆる書式の戦いの場合や、交渉を重ねて段階的に契約が締結されていく場合（さらには途中で履行行為に入ってしまうような場合）について、実務的には、これを申込みと承諾とに分けて、契約の成立を認定するという分析を行うことは



必ずしも一般的ではなく、端的に合意の成否・その内容を認定していくというのが一般的であるとも思われる。申込みと承諾の規律（とりわけ変更を加えた承諾の規律）については、申込みと承諾を契約成立のための唯一の要件と考えて、あらゆる契約成立の場面を申込みと承諾に分けて検討することとしてこれらの規律を及ぼすのか、あるいは、申込みと承諾の規律の及ばない契約成立の場面（例えば交渉を重ねて段階的に契約が締結されていく場合など）があるのか、慎重に検討した上で、申込みと承諾の規律（とりわけ変更を加えた承諾の規律）の適用範囲を明確にすべきである。（大阪弁）

- 現行民法の契約成立に関する規定では不十分であり、必要な範囲でこれを見直すことに賛成である。

その範囲であるが、中間論点整理第24の2から9までにおいて検討する事項のすべてを明文化するのではなく、現在の取引において契約の申込みと承諾の意思表示が果たす役割を勘案して、必要と思われるものに限定すべきであるという意見が強い。（日弁連）

- 契約が当事者の意思の合致を前提として成立することの原則を定めることは意義がある。（横浜弁）
- 現行法には、発信から到達まで相当な時間を要することを前提とした規定（発信後の死亡等）があり、現代的状況にマッチしているかの検証が必要である。（兵庫県弁）
- 問題状況ごとに整理したうえで、規定の必要性を検討するとの方向性に賛成する。

以下のような問題状況ごとに整理したうえで、規定の必要性を更に検討すべきである。

- ・前記第23の2の「契約の成立に関する一般的規定」との関係はどうするのか。
- ・この第24は現行民法の同じく隔地者間の契約を対象とするのか。
- ・そこでいう「隔地者間の契約」とは何を指すのか。
- ・練り上げ型の契約についても申込みと承諾の間に時間的な間隔があるという点は同じだかここに含ませることに無理はないのか。（日大民研・商研）

- 民法の規律内容を分かりやすくするという観点からは、隔地者・対話者の相違を明確にするとともに、その用語が適切か否かを検討する必要があると思われる。通信手段の発達した現在においては、発信から到達まで時間的な間隔がある場合よりも、媒介としての通信手段を用いることによる意思表示変形のリスクが現実的に想定しうる。そこで、実務における契約締結プロセスを検証することにより、現実に即した契約成立モデルを確立すべきである。（「改正を考える」研）
- 第22、2「契約の成立に関する一般的規定」との関係を分かりやすく整理す

べきである。(親和会)

- 申込み及び承諾に関する規定を整理することに賛成する。(愛知県弁)
- 契約成立に関する規定について検討することは必要であると考えため、検討することには賛成する。(広島弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 全ての契約成立について申込みと承諾に分解できるのではなく、これらがあるのは契約の成立の一部にすぎないが、今日の社会においては、電話、ファクス、電子メール様々な通信手段が発達しており、申込みと承諾というタイプの契約の成立の仕方についての基本的な考え方を示しておくことは意味がある。その際には、申込みと承諾の間の時間的な間隔には、通信手段を利用することによって生ずるものと、段階的にプロセスを踏んで話が詰まっていくという契約締結プロセスが採られることによって生ずるものとがあり、いずれの適用場面を想定しているのかを整理した上で具体的な規定内容を検討すべきである。(弁護士)
- 賛成。(大学教員)
- 特に異論はない。(弁護士)
- 民法においては、申込みと承諾に関する基本的な規定のみ設けておけば十分と思われる。レアケースについてまで詳細な規定を設ける必要はないであろう。(福岡弁)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 隔地者間は時間差に規定し直すべきである。(広大有志)
- 申し込みと承諾の合致という方式以外の他の契約成立を検討するならば、相互の認識が一致した場合のみを契約の成立とみなすことを前提にしなければならない。(団体職員)

## 2 申込み及び承諾の概念

### (1) 定義規定の要否

民法上、申込みと承諾の意義は規定されていないが、申込みと承諾に関する一連の規定を設ける前提として、これらの概念の意義を条文上明記するものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

申込みと承諾の意義を条文上明記する場合の規定内容については、学説上、申込みはこれを了承する旨の応答があるだけで契約を成立させるに足りる程度に内容が確定していなければならないとされ、承諾は申込みを応諾して申込みどおりの契約を締結する旨の意思表示であるとされていることなどを踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料 1 1 - 2 第 3, 2 [ 2 1 頁 ]】

## 【意見】

- 申込み及び承諾の意義を条文上明確にする方向で検討すべきである。その場合、申込みは「これを了承する旨の応答があるだけで契約を成立させるに足りる程度に内容が確定していなければならない」こと、承諾は「申込みを応諾して申込みどおりの契約を締結する旨の意思表示であることを踏まえた規定内容とする」ことに賛成する。(東弁)
- 申込みと承諾の意義を明文化することに賛成である。また、申込みと承諾の意義の規定内容を、上記の学説上の見解を踏まえた内容とすることに賛成である。市民にとって分かりやすい民法という観点からは、申込みと承諾の意義については、明文の規定があった方が望ましいからである。(大阪弁)
- 申込みはこれを了承する旨の応答があるだけで契約を成立させるに足りる内容的な確定性が必要であるとされていることや、承諾は申込みを応諾して申込みどおりの契約を締結する旨の意思表示であることは、おおむね共通の理解とされている。これらを踏まえ、申込みと承諾に関する一連の規定を設ける前提として、これらの用語の意義を条文上明らかにすべきである。(弁護士)
- 大部分の契約(一般人が日常生活上利用する契約)は、申込みと承諾によって成立しているのであるから、契約は、申込みの意思表示に対する承諾の意思表示がなされることによって成立する旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 申込み及び承諾に関する定義規定を設けることに賛成する。(愛知県弁)
- 申込みと承諾の意思表示について具体的内容を明らかにする規定を設けること自体には特段の支障があるとは考えられないので賛成する。(広島弁)
- 分かりやすい民法の観点から明文化を検討すべきである。(親和会)
- 申込み、承諾の意義を分かりやすく明示すべきである。(仙台弁)
- 文言の意義を条文上明確にすることには、特に反対しない。(兵庫県弁)
- 定義規定を設けること自体に異論はないが、とくに非対等当事者間における契約成立の場面(消費者契約など)において、いわゆる弱者が不利益を被らないように留意する必要があると思われる。「改正を考える」研
- 申込みの定義規定をおくことで、申込みの誘引との区別は概念上可能となり、当該行為がいずれにあたるかの解釈指針となり得るとと思われるので、この点は賛成である。しかし、定義の内容、及び「これを了承する旨の応答があるだけで契約を成立させるに足りる程度に内容が確定していなければならない」との点は、交渉によって内容を詰めていく契約もあることから、総論における議論を考慮しつつ、規定の必要性及び内容を慎重に検討すべきである(日大民研・

商研)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 申込み及び承諾について、包括的な定義を明文化する必要性があるのか(事実認定の問題ではないのか)、また、多種多様な契約を網羅する定義を明文化することができるのかといった疑問点があり、今後検討する必要がある。(日弁連)
- 賛成。(大学教員)
- 申し込みと承諾についての規定は必要と考える。(団体職員)
- 申込みの概念そのものや申込みの誘引との区別は明確でないが、定義規定を設けたとしてもこれらを明確に区別して申込みを行うとは限らないので、結局は具体的事例の解釈の問題になると思われることから、明文化の必要はない。(札幌弁)
- 申込みや承諾の意思表示の解釈として論ずればよく、明記する必要まではない。(横浜弁)
- 申し込みと承諾の意義を条文上明記することに反対である。これらの意義について争いになる事例はないので、分かりやすい民法の観点から、不要な条項はいたずらに設けず、真に必要なもののみを規定すべきである。(三菱電機)
- 特に定義の必要性があるとは考えられない。(広大有志)
- 特段定義規定が必要であるとは思われない。(長島・大野・常松有志)
- 法律行為を厳密に定義することは容易ではないが、「意思表示に基づいて…」という定義を置くとすると、「意思表示」の概念自体についても定義が必要である。

また、法律行為の分類として「合同行為」という概念を認めるかどうか、それをどのような内容とするかについては、学説上一致していない状況にあり、このような概念を取り込むことは適切とはいえない。(大学教員)
- 契約は、一般的に申込みと承諾によって成立するというのが現行民法の立場であるところ、申込みがこれを了承する旨の応答によって契約を成立させる意思表示であるなどと規定するのは、単なるトートロジーであり明文化する意味はない。また、実際における契約の成立過程は、現行民法の申込みや承諾の概念に当てはまらないものもあるといった見解も有力に主張されており、現段階で申込みや承諾の概念を固定化することの必要性・相当性も極めて疑わしい。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

## (2) 申込みの推定規定の要否

申込みと申込みの誘引の区別が不明瞭である場合があることから、店頭における商品の陳列、商品目録の送付などの一定の行為を申込みと推定する旨の規定を設けるべきであるとの考え方がある。例えば、民法に事業者概念を取り入れる場合に、事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示し、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、当該提示行為を申込みと推定するという考え方が示されている（後記第62、3(2)②）。これに対しては、応諾をした者が反社会的勢力である場合など、これらの行為をした者が応諾を拒絶することに合理的な理由がある場合もあり、拒絶の余地がないとすると取引実務を混乱させるおそれがあるとの指摘もある。そこで、このような指摘も踏まえ、申込みの推定規定を設けるという上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3、2（関連論点）1 [23頁]，  
部会資料20-2第1、3(2) [16頁]】

### 【意見】

- 推定規定を置くことで、想定外の場面において契約の締結がされてしまい、不利益を被る者が出ないような手当が必要である。具体的には、対等当事者と非対等当事者、より具体的には事業者間取引と事業者対消費者の取引を区別して規定を設ける（一部例外規定を設ける）などが望ましいのではないか。（「改正を考える」研）
- 従前、申込みか申込みの誘引かの区別が不明確であったが、一定の場合について、申込みと推定すれば、それ自体で申込みであることが明確化されるとともに、それを欲しない者に申込みではない旨の表示を促進することで、申込みの誘引であることも明確化され得る。

事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示し、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、当該提示行為を申込みと推定するという考え方に賛成である。相手方の重要性（誰と契約するかが重要である場合、ex.求人広告）、履行の可能性（履行能力を超えて大量の注文が殺到する可能性がある場合、ex.通信販売）などの要素も考慮してしまうと、推定規定の明確性が相当程度損なわれることとなり、推定を欲しない者に申込みではない旨の表示を促進することで、申込みの誘引であることを明確化することも阻害することになりかねない。

もっとも、従前、申込みの誘引とされてきたものも申込みと推定されると、契約上の義務の負担の時期も従前より早まることになり、これに応じた

- 者にかえって不利となるケースも一応想定され得る。推定規定はあくまで事業者のした表示に対する信頼の保護に着目するものである以上、表示した側に有利に援用されない配慮がなされるべきである。(大阪弁)
- 定義規定自体が不要であると考えてるので推定規定も不要であるが、定義規定を設ける場合には原則的な定義との関係で推定規定を置く必要がある。(札幌弁)
  - 申込みの推定規定を設けることについては、その定義次第と考える。適切なメルクマールができることは取引実務上有益であるので、まずは申込みの推定規定とされる「一定の行為」の定義内容について検討するべきである。(三菱電機)
  - 適切な推定規定を置くことが困難である一定の行為を申込みと推定する規定の要否については、慎重に検討するべきである。事業者がその事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合において、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、その提示を申込みと推定することについては、趣旨には賛成するが、商法に規定するのが妥当である。(東弁)
  - いわゆるクーリング・オフ(特定商取引法9条、宅建業法37条の2、等々)にも「申込み」という語は出てくる。そちらでは申込みは顧客側がするものと想定されているので、そちらとの関係も考慮すべきである。(翻訳・出版関係)
  - 検討することに反対はしない。申込みと推定する範囲を広くすると契約の相手方選択の自由が狭まりすぎる危険があるので、検討の際、申込みと申込みの誘引の線引きをどう定めるべきなのか等について、慎重に議論すべきである。(兵庫県弁)
  - 裁判実務では、様々な間接事実を基に申込みか否かを認定しているところであり、一律の推定規定を置くと事案に応じた適切な解決が図られるか疑問があるとする意見が多かった。(最高裁)
  - 申込みと申込みの誘引の区別は容易でなく、規律することは困難である。推定規定は不要であり、解釈に委ねればよい。(愛知県弁)
  - 実務上、申込みと推定されないための予防的規定を設けるなどの行動誘発の可能性が高く、混乱をまねく。また、とくに申込者が消費者等の場合など外形的行為で申込みを推定することには弊害が大きい。(親和会)
  - 申込みの推定規定の要否については、導入する必要性の不明確性、取引の安定性に対する混乱等を考慮した場合、不要である。(eビジネス連)
  - 不特定の者に対する契約内容の提示についてはこれを契約の申込みの意思表示とする推定規定を事業者間の契約に導入することの必要性について再考

を促したい。従来は、同じ行為が申込みの誘引として解されてきたこともあり、Web サイト等において不用意に契約内容を提示すれば相手方の一方的な意思表示のみで意に反して契約が成立してしまう懸念が生じる。(情サ産協)

○ 電子マネーやインターネットを利用した送金サービスでは、ウェブサイト上にサービスの内容を提示し、利用者が「確認ボタン」をクリックすることにより、サービスの利用を申し込む場合が想定されるが、これが申込みと推定される場合には、サービスを提供する事業者側にとって、利用者のサービス利用を拒絶する機会がなくなるおそれがある。資金移動業者及び前払式支払手段発行者は、反社会的勢力との関係遮断が義務づけられており、利用者との間の契約が成立する前に、反社会的勢力か否かを審査し、結果によっては当該利用者に対するサービスの提供を拒絶する機会がなければ、反社会的勢力との取引を排除することが極めて困難になる。以上より、申込みの推定規定を設ける考え方には、反対である。(決済協)

○ 申込の推定規定を設けることについては慎重に検討すべきである。また、事業者が、事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示し、提示した事項によって契約内容を確定することができるときは当該提示行為を申込と推定するとの考え方には賛成できない。(貸金業協)

○ 申込みの誘引と申込みには現実に区別しがたい点が存在することは認めるものの、そのことを明確に区別する実益に乏しい。申込みの推定規定を設けた場合には、その申込みの推定における前提事実を行った者が想定していなかった相手方が承諾行為を行ったときに不都合が考えられるのであり、そのような不都合を容認してまで推定規定を設ける意義に乏しい。

契約締結前の知識・情報・交渉力などの格差を是正するため消費者保護の規定を消費者契約法等に設けることは理由のあるものであるが、契約締結前の段階で事業者を拘束することによって格差の是正による消費者保護に繋がるのか疑問がある。

また、事業者にも契約締結の自由があるところこれを制約するような推定規定は適切ではない。特に消費者であっても反社会的勢力のような取引をすべきでない相手方もあるのであり、こうした者とも契約締結を余儀なくされてしまうことは妥当でない。

さらに消費者を含めた取引の相手方に対し契約内容を明確にすればするほどそれが契約の申込と推定されやすくなってしまいうのでは、事業者としては提示する事項を曖昧にして推定規定の適用を免れようと行動することとなり、結局、消費者を含めた取引の相手方にとって契約内容が確定しにくいという不利益も生じかねない。

よってこうした特則を定めることは反対である。(広島弁)

- 相手方の応諾があった場合にそれを受け入れるかどうかの選択の余地のない一定の事項を申込みと推定するという規定を設けるべきではない。(福岡弁)
- 申込みと申込みの誘因が区別されることは事実であるが、一定の行為に関して申込みと推定するという明文の規定をわざわざ設ける必要があるのか、事実認定の問題ではないかという観点から、明文化については、今後検討すべきと思われる。(日弁連)
- 事業者との関係でのみ、そのような規定を設けることが民法全体の構成からして正しいものか疑問がある。いずれにせよ、推定規定は不要である。(横浜弁)
- 一定の行為を申込みと推定する規定を置くことには反対である。陳列や広告のみで申込みと推定されると、たとえばクレジットの不正利用者が承諾した場合などにも契約が成立してしまうことになるため、申込みの誘引にとどめた方がよい。(仙台弁)
- 対等な当事者を前提とした価値中立的な規律を定める民法において、「事業者」という一定の属性を前提とした規律を設ける必要性はない。このような規定を民法に設けることについては、反対である。

また、「事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合に、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、その提示を申込みと推定する」規律が一律に定まると、事業者が一定の事項の提示を申込みと推定されることを恐れ、利用者に多様な事項を提示することを躊躇し、ひいては活発な商取引の発展を阻害することになる可能性も想定されるので、本論点の検討に際しては、理論的な側面だけでなく、実務的な側面も踏まえた慎重な検討が必要と思われる。(法友全期)

- 例えば通信販売においては、特定商取引法によって事業者の広告(広告媒体は問わない)は申し込みの誘引であって消費者の申し込みを受けて商品・サービスを提供すると規定されており定着している。カタログ等は極めて広範な対象に送付されており、受け取ったものが契約の申し込みと認識することは困難である。さらにテレビショッピングなど電波媒体を使用した通信販売についてはまさに不特定多数に対し申し込みを行っていることになる。仮にカタログ等の送付が事業者からの申し込みとなった場合、無用の混乱を招くことになる。また、事業者から承諾を拒絶された場合、無用な紛争を惹起しないか。(通販協)
- 商取引においては事業者が承諾の可否を判断することが必要な場合も多い中で、申込みの推定規定が設けられた場合、事業者が申込みの拘束力を回避す



るためにはその旨を留保する必要があるなど、推定規定を設けることによるメリット以上の実務上の弊害が想定される。よって、申込みの推定規定を設けることには反対する。仮に明文化されるとしても、現行実務を踏まえ、限定的に定めるべきである。(損保協会)

- 例えば保険商品に関して、加入タイプを選択すると自動的に値段も決まる商品パンフレットを不特定の者に案内する場合がある。定義によっては「申込み」にあたると推定されることになり、引受拒絶に合理的な理由がある場合でもその余地がないとされる危惧がある。取引実務が混乱するおそれがある以上、推定規定を設けるべきではなく、設けるとしてもその必要性のある対象に限定の上、検討すべきである。(損保協会)
- 商取引においては、商品の金額、性質、取引の継続性等によって、申入れ(注文)から応諾(受注)にかけての判断が必要な場合も多い。申入れ(注文)があつて即刻、契約成立となるわけではない。さらに、コンプライアンスや企業倫理の観点から、反社会的勢力との取引を遮断する必要もある。そのため、事業者には、申入れ(注文)を受け入れるかどうかの選択の余地を残しておく必要があり、この観点から全ての商品パンフレットや商品説明において、申込みの誘引である旨を明記、明示しなければならなくなってしまう。また、債務者に混乱を生じさせることなく、このような明記、明示を行うことは困難であり、債務者も民法上の規定を知っている必要があるが、一般的な商習慣に反するこのような規定の設置は、民法を分かりやすいものにするというこの度の改正の趣旨にも合致しないと思われる。そこで、敢えて民法で一律的な推定規定を設けるよりも、従来のとおり個別の判断に委ねる方向で検討を進めていただきたい。(消費者金融協)
- 申込みと申込みの誘引の区別が不明瞭である場合があることから、店頭における商品の陳列、商品目録の送付など一定の行為を申込みと推定する旨の規定を設ける考え方は、およそ不動産取引については現実の実務とかけ離れたものとなる。例えば、新規分譲でも中古物件の仲介でも、モデルルームや店頭における物件紹介はもちろん、パンフレット等の送付も、業者側は明らかに申込みの誘引にすぎないと考え、また取引の相手方も当該物件を購入したい旨の意思表示は「承諾」ではなく、あくまでも「申込み」と理解している。不動産取引では、取引の相手方が反社会的勢力である場合は当然のことながら、商品価格が高いことから、宅建業者は諸般の要素を検討し、ケースによっては取引を拒絶しているが、この考え方は、たとえ推定規定として定めても、クレームを申し出てくる者にクレームの口実を与える結果となる。(不動協)
- 本項目の規定の内容によっては、条件交渉等の局面におけるサービスの担

当者による条件の打診・提案等の一定の言動が広く申込みと推定される可能性が生じる。具体的には、条件交渉等を継続中であるにもかかわらず、サービスの一定の行為が申込みと推定され、債務者がその申込みに対して承諾したもものとして条件交渉等が成立したと主張するケースが多発する可能性が生じるものと思われる。サービスとしては、例えば、債務者との交渉の都度、書面により「これは申込みではありません。」という説明をするといった対応が必要になる可能性があるが、これでは、サービスが柔軟かつ弾力的に債務者と交渉をして、債務者と信頼関係を維持しつつ債務者の再生の検討を進めることに悪影響が生じることになりかねない。

また、取引実務に照らし、申込みの推定規定を設けるべき立法事実があるかについても十分な議論が行われていないように見受けられる。

そこで、申込みの推定規定を検討するに際しては、その必要性も含め、取引実務への影響に留意しつつ、慎重に検討すべきである。(サービス協)

- 商取引においては、商品の金額、性質、取引の継続性等によって、申入れ(注文)から応諾(受注)にかけて、相手方の支払能力等の判断が必要な場合も多い。あるいは、企業倫理の観点から、反社会勢力との取引を遮断する必要もあり、事業者には、申入れ(注文)を受け入れるかどうかの選択の余地が残される必要がある。インターネット上のeコマースサイト(電子商店)においてもウェブ画面に掲載された在庫情報と実際の在庫数が異なる場合があるため、在庫を確認した後に契約を成立させる必要がある。

申込みと推定するとの規定が設けられることにより、事業者は申込みの拘束力を回避するために、その旨を留保することが必要になるが、実務への支障が懸念される。一般的な商習慣に反するような規定の設置は、民法を分かりやすいものにするというこの度の改正の趣旨にも合致しないと思われる。

商品の金額、性質、取引の継続性等、取引の形態は様々であり、敢えて民法において一律的に推定規定を設けるよりも、従来のおり個別の判断に委ねるべきだと考える。(法友会)

- 申込みの推定規定が設けられることによって取引実務に混乱を招くおそれがある。具体的には、製品の紹介やパートナー制度等、公開資料であるWebやカタログなどで開示している内容は、従来は「申込の誘引」として認識して業務を行ってきた企業もあるところ、これらが「申込みと推定」され、注文により契約が成立する可能性があれば、大量発注やサービス開始遅延などが生じた場合に、債務不履行リスクが生じるのではないかという懸念がある。

また、応諾をした者が反社会的勢力である場合の他にも、与信上問題がある者である場合、以前に取引上トラブルがあった者である場合など、提示行為を

した者が応諾を拒絶することに合理的な理由がある場合もある。

契約を締結しない可能性を留保する旨の注記を入れるにしても、自社が公開している全ての公開資料をチェックして網羅する作業、コスト負荷について危惧がある。さらに、具体的に契約条件を提示しながらその契約条件で契約を締結しない可能性がある旨をカタログ等に記載することは、販売店としての立場を曖昧にし、取引の円滑を害するおそれがある。

よって、申込みの推定規定を設けることについては慎重であるべきと考えられる。(ソフトウェア協)

- 送りつけ商法など、弊害の方が大きく規定の必要性があるとは考えられない。(広大有志)
- 現在のECサイトでは、出店者がウェブサイト上に個別の商品の販売条件(商品の種類、価格、型番、色、在庫数等)を掲載し(これが法的には申込みの誘引に当たる。)、これを閲覧した購入者がECサイトのウェブ画面上で注文し(これが法的には申込みに当たる。)、当該申込み内容を出店者が確認した上で承諾メールを購入者宛に送付するなどして(これが法的には承諾に当たる。)、出店者・購入者間に契約が成立することを前提にして行われている。これがECサイトにおける確立された慣習であると理解しており、利用者も含めた一般的な共通認識となっているものを考えている。

これに対し、本件の申込みの推定規定は、現在の確立された慣習とは立場を異にし、出店者がウェブサイト上に個別の販売条件を掲載することを申込みとし、購入者が注文することを承諾とすることを原則にするものである。現在の慣習は、画面をみて申込みを受けた後に出店者側が購入者の与信などの状態を判断し、在庫の確認、配送状態の確認などを行った後に契約の成否について判断を行うことが合理的であるということに基づいていると考えている。つまり画面を見て行われる申込みに対して無条件に契約を成立させる意思は通常の出店者は有していないということである。仮に、画面をみて購入者が承諾をするものだと考えると、ウェブ画面に掲載された商品の販売条件、特に在庫情報については、実際の在庫数をリアルタイムで把握することが困難な状態がしばしば生じ得るにも拘わらず(例えば、新商品やTV番組で紹介され一気にブームとなった商品などは、一時に多数の注文が殺到するため、どんなに勤勉な出店者でもウェブサイトの更新がどうしても間に合わないことがある。)、ウェブ画面上にたまたま「在庫有り」のように表示されている時に購入者が注文をすれば、それで契約が成立してしまうことになる。

この結果、出店者は、實際上履行不可能な契約に拘束されることになるが、もともとの原因が出店者にもやむを得ないものですので、この帰結は著しく不

合理的なものとなる。

さらに、過去に実際に存在した、出店者が金額を誤表示していたため購入が殺到したようなケースでは、出店者が、購入者の「注文」を受け付けないこと、すなわち、承諾の意思表示を行わないことにより契約の成立を否定し、解決している。金額の誤表示は、どんなに注意深く確認をしていたとしても一定数は存在してしまうものであるため、実務上、このような処理はやむを得ないものと考えられている。しかし、購入者の注文のみで契約が成立するとすると、このような処理もできなくなり、不可避免的に生じる危険を一方的に出店者に負担させるという不合理な結論となる。

このような不合理な帰結を招来し、また、実態にもあっていないので、現在の確立された慣習は、上述のように、ウェブサイトへの記載を申込みの誘引であると一般的に理解している。

もっとも、この意見に対しては、ウェブサイトの記載が単なる申込みの誘引である旨を当該ウェブサイト等に記載すれば解決するのではないかと、との反対意見も考えられる。しかし、既に一定の慣習が成立していると考えられる状況にあることに照らすと、当該慣習とは異なる取り扱いを民法上の原則とすることには違和感を覚えるものであり、逆に現在の慣習を原則として明記し、申込みの誘因にすぎないことを原則とするというアプローチも検討に値するのではないかと考える。ただし、もちろん民法はインターネット取引だけを想定しているわけでもないことも十分に理解しているので、様々な取引態様を前提として何を原則とすべきかを慎重に検討することを求めたい。(ヤフー)

- 民法に事業者に関する特則の規定を入れることについて慎重に検討すべきである。

仮に事業者に関する特則を民法に規定するとしても、実務がこのような仕組みに反対しており、現実には推定を覆す記載をすることが多いことが予想されるとの指摘が議事でもなされており、承諾者が混乱をする可能性もあるため、規定の必要性を慎重に検討すべきである。(日大民研・商研)

- 一定の行為を申込みと推定する旨を規定することは、当該「一定の行為」が明確に規律されなければ、申込みと推定される行為であるのか、申込みの誘引であるのかが不明瞭となり、広告等により申込みの誘引を行った場合であっても、申込みと推定されてしまうおそれがある。また、申込みと推定される行為を受けた側にとっても、自らが受けたのは申込みの誘引であるのか否かが不明瞭となり、混乱を生じかねない。金融商品の広告を出したことをもって申込みありと推定されると、広告した者による審査の余地がなくなるほか、反社会的勢力チェックの機会を失う等の問題があり、実務に混乱が生じることが懸念さ

れる。また、金融商品の販売の場合は、現在の金融商品取引法で定められている説明義務、適合性の原則等への対応が必要とされている。そこで、広告の段階で申込みがあるものと推定されるとなると、広告の段階から、上記対応が求められることとなり、そもそも金融商品に関する広告を行うことが不可能となってしまうことを懸念する指摘がある。以上の点に留意すべきである。

一定の行為を申込みと推定する規定を設けることには強く反対する。(全銀協)

- このような場合であっても、申込みの誘因であるとして事業者がこれを選択し得る余地を残すことが適切な場合もあるのではないか。一律に申込みと推定することは必ずしも妥当とはいえない。(大学教員)
- 反対。適切な要件を設定できるほどの議論が現時点では蓄積していないのではないか。(大学教員)
- 商品の陳列や広告はどのような者が申込みを行うが不明な状態で行っており、これを申込みと推定すると承諾を拒絶できなくなる。このような相手先選択の自由を否定する提案には賛同できない。(個人)
- 申込みの誘引と申込みそのものの区別が不明確なことに関しては、申込みと申込みの誘引が異なるものであることを定義規定などで明記すれば足りる問題である。申込みの推定規定については、業者がインターネット等で通販を行う際に誤って合理的でない価格を入力してしまった場合等の処理が煩雑になりかねないことや、応諾をした者が反社会的勢力である場合など、これらの行為をした者が応諾を拒絶することに合理的な理由がある場合もあり拒絶の余地がないとすると取引実務を混乱させるおそれがあることから、当該規定を申込みない方向で検討すべきである。(会社員)
- 任意規定としてこのような規定を設けても、実務上は拒絶の余地がなくなることによる混乱等が生じることをおそれて、推定を覆すために「この提示は契約の申込みではありません」などといった記載が多用されることになるだけであり、実際には何の意味もないと思われる。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

### (3) 交叉申込み

交叉申込み（当事者が互いに合致する内容の申込みを行うこと。）によって契約が成立するかどうかについては明文の規定がなく、学説上も見解が分かれている。交叉申込みによって契約が成立するという立場から、その旨を条文上明記すべきであるとの考え方があがるが、これに対しては、多数の申込みが交叉した場合にどのような組合せの申込みが合致したのが特定できない場合が生ずるなどの

指摘もある。そこで、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 2 (関連論点) 2 [23頁]】

【意見】

- 当事者が互いに合致する内容の申込みを行う以上、契約の成立を認めて差し支えない。(大阪弁)
- 中間論点整理では、多数の申込みが交叉した場合にどのような組合せの申込みが合致したのか特定できないとの問題が指摘されている(第24の2(3))。

この点、電子記録債権法においては、電子記録権利者と電子記録義務者の双方が電子債権記録機関に電子記録の請求をしたときに、電子記録がなされ、電子記録債権が発生するとされているが、このような規律は、法的には、電子債権記録機関に対する交叉申込みによって当事者間に合意が成立し、電子記録債権が成立すると説明されている。

このような議論を踏まえれば、少なくとも、電子記録債権のようにある程度の定型性をもった取引が行われる場面であれば、交叉申込みによる契約の成立を認めて良いと思われる。また、そもそも、多数の申込みが交叉した場合であっても、申込みと承諾の場合と同じく、内容が合致していると認められるのであれば、その時点で当該内容による契約が成立すると考えれば足りるようにも思われる。更に、交叉申込みは、必ずしも当事者が互いに合致する内容の申込みを行う場合に限らず、(当事者間に法律効果を生じさせることが予定されている一定の)第三者に対して各当事者が合致する内容の申込みを行った場合を含めて良いと考えられる。(西村あさひ有志)
- 交叉申込みによって契約が成立することを条文上明記することに賛成である。見解が確立されておらず、取引実務上争いが生じるおそれがある事項については、見解を明確化して、条文化するべきである。(三菱電機)
- 交叉申込みによって契約が成立する旨の規定を設けるべきである。(弁護士)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 解釈上複数の見解のある論点についてその立法的解決を図る観点から検討すべきである。(親和会)
- 定義規定自体が不要であると考えるので、その特殊なケースに当たる交叉申込みに関する規定も不要であるが、定義規定を設ける場合には、原則的な定義との関係で交叉申込みに関しても規定を置く必要がある。(札幌弁)
- 交叉申込みによる契約の成否について、更に検討することに賛成する。(東弁)

- 交叉申込みによる契約の成立規定を検討することには反対しない。しかし、交叉申込みという事例が現実の社会でどれだけ存在するのか不明であり、そのような事例は寡聞にして聞かない。また、そのような事例に対して民法典が事前に規定を設けておくことが実際の紛争解決にどれだけ意味のあることなのか不明といわざるを得ない。(広島弁)
- 特段異論はない。(横浜弁)
- 交叉申込みという現実にはほとんど発生せず、又紛争にまでは至らない事態を想定してことさら明文化する必要があるのか、事実認定の問題ではないかという観点から、明文化については、今後検討すべきと思われる。(日弁連)
- 申込みと承諾の定義をするのであれば、交叉申込の場合に契約が成立する点が不明確であるため、条文上明記することに賛成する。申込みの合致部分の特定については、契約の成立に関する一般的規定に関する議論との関連において、更に検討すべきである。(日大民研・商研)
- 交叉申込みは認めるべきではない。交叉申込みを認める実務上の必要性が低いこと、多数の申込みが交叉した場合に特定できない場合も生じること、さらに、申込みと承諾の概念を定義することにより契約の成立に関するルールを明確化するという立場によれば、理論的にも認めがたい。(愛知県弁)
- 契約の成否という重大な問題に関し、当事者にとって不意打ちとなるような規定を設けるべきではなく、申込みに対する承諾ないし両当事者の合意と観念できないような行為による契約の成立を認めるべきではない。(弁護士)
- 交叉申込みはいずれも申込みの意思表示であるが、両者は一致しており契約の成立を認めることに異論はない。しかしながら、このような極めて例外的な場面を想定して、わざわざ条文を設ける必要はないではないか。(福岡弁)
- 理論的な問題であり、実際は再度当事者で確認・調整すればよいのであり、規定は不要と考える。(広大有志)
- 基本的に交叉申し込みは成立すると考えるが、複数の申込みが生じた場合にもどのように推定すべきなのかは困難であり、明文化は慎重に対応すべきと考える。(団体職員)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

### 3 承諾期間の定めのある申込み

承諾期間の定めのある申込みについては、次のような点について検討してはどうか。

- ① 承諾期間の定めのある申込みは撤回することができない(民法第521条第1項)が、承諾期間の定めのある申込みであっても申込者がこれを撤回する権

利を留保していた場合に撤回ができることについては、学説上異論がない。そこで、この旨を条文上明記するものとしてはどうか。

- ② 承諾期間経過後に到達した承諾の通知が通常であれば期間内に到達するはずであったことを知ることができたときは、申込者はその旨を通知しなければならないとされている（民法第522条第1項本文）が、承諾について到達主義を採ることとする場合（後記8参照）には、意思表示をした者が不到達及び延着のリスクを負担するのであるから、同条のような規律は不要であるという考え方と、到達主義を採った場合でもなお同条の規律を維持すべきであるとの考え方がある。この点について、承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間内に到達すべき承諾の通知が延着した場合の規律（後記4③）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。
- ③ 申込者は遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができる（民法第523条）が、申込者が改めて承諾する手間を省いて簡明に契約を成立させる観点からこれを改め、申込者が遅延した承諾を有効な承諾と扱うことができるものとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間経過後に到達した承諾の効力（後記4④）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 3(1) [26頁], (2) [30頁], (3) [32頁]】

### 【意見】

- 申込者が申込みを撤回することができる旨を明文化することに賛成する。民法第522条を削除することに賛成する。遅延した承諾を有効な承諾と扱うことができるという考え方に賛成する。（愛知県弁）
- ①は確立した解釈を明文化するものであり、賛成する。②及び③について、更に検討することに賛成する。（東弁）
- 中間論点整理において提示された考え方の①には賛成する。②について、第522条は内容が不明確である上、到達主義に反することから、削除すべきである。③について、遅延した承諾を有効な承諾と扱うことができることとすべきである。（札幌弁）
- 承諾期間の定めのある申込みは、撤回する権利を留保しない限り撤回できないとする規定を設けることには反対しない。民法522条1項本文の規定についてさらに検討することには反対しない。民法523条の規定について、遅延した承諾を有効な承諾と扱うことができる旨の規定に改めることに賛成する。（広島弁）
- 承諾期間の定めのある申込みであっても、申込者がこれを撤回する権利を留保した場合には撤回できるとすることに賛成する。



到達主義をとる以上、不到達のリスクは受領する側でなく発信した側が負担すべきであること、申込者が承諾期間内に到達しえた旨を通知しなかったというだけで、契約成立という過大な効果を与えるべきではないことから、承諾につき到達主義を採用する場合、522条は削除すべきである。ただし、承諾の到達主義の当否については、なお検討を要するため、本条についてもさらに検討を要する。

承諾期間に遅れた承諾につき、申込者が、新たな申込みではなく有効な承諾と扱うことができるとすることに反対する。承諾期間に遅れた承諾は一律に効力を失うとしたうえで、申込者が契約を望む場合には、新たな申込みとみなし、改めて申込者の承諾を必要とするのが明快である。(仙台弁)

- 承諾期間の定めのある申込みであっても、申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合には申込者は申込みを撤回することができる旨を明文化することに、賛成である。

承諾の効力の発生時期について発信主義を改めて到達主義を採用すべきであるとする立場を前提に、延着した承諾が通常の場合には期間内に到達すべき時に発送したものであったときであっても、期間内に到達していない以上、原則として、承諾の意思表示がなされなかったものとして扱う(現行民法522条を削除する)ことに、賛成である。

民法523条について、遅延した承諾を新たな申込みとみなすのではなく、有効な承諾と扱うことができるという規定に改めることについて、賛成である。(日弁連)

- 承諾期間の定めのある申込みであっても、撤回可能性を留保していた場合には、撤回を認めることに賛成である。承諾期間経過後に到達した承諾の通知が通常であれば期間内に到達するはずであったことを知ることができたときは、申込者はその旨を通知しなければならないとする民法第522条第1項本文の規律は不要であり、削除してよい。遅延した承諾も申込者において有効な承諾として扱うことができるものとし、その場合には遅延した承諾が到達したときに契約成立を認めてよい。(大阪弁)

- 承諾期間の定めのある申込みであっても、申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合には撤回することができる旨の規定を設けるべきではない。このような事態に関する規定を設ける必要はなく、民法第521条第1項が任意規定であること(強行法規ではないこと)を示しておけば十分である。

承諾の意思表示についても到達主義を採るべきであり、承諾期間内に到達しない場合に、申込者にわざわざ通知義務を課すべきではないから、民法522条1項本文は削除すべきである。

承諾期間内に到達しない承諾の意思表示は効力が発生しないのが原則であり、

この原則さえ定めておけば、民法としては十分ではないか。延着した承諾の効力について、わざわざ明文化する必要はないから、民法523条は削除すべきである。(福岡弁)

○①は、学説上、特に異論がないので、賛成である。

②は、検討することに対する理由は見当たらず、前向きに検討すべきである。

③は、申込者が改めて承諾する手間を省くことができるので、前向きに検討すべきである。(兵庫弁)

○ 承諾期間の定めのある申込みであっても申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合に撤回ができることを条文上明記することに賛成である。分かりやすい民法の観点から、通説は基本的に明文化すべきである。

民法第522条第1項本文を削除することに賛成である。維持すべきという考え方は、到達主義と矛盾すると思われるので、採用すべきではない。

遅延した承諾を有効な承諾と扱う考え方は、遅延した承諾を新たな申込みとみなす現行規定と、取引実務上、差異が感じられないため、採用すべきではない。分かりやすい民法の観点から、不要な変更を行うべきではない。(三菱電機)

○① 申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合

専門家にとっては当然のように思えるが、一般の人には判断が難しいと思われる部分であるので、条文上明記することに賛成である(もっとも、改正の議論全体において、任意規定であることを示すかどうかの何らかの基準が設定されるべきであると考え)。

② 承諾期間内に到達すべき承諾の通知の延着

民法第522条は承諾についての発信主義のもと、承諾期間内に到達するよう承諾を発信したにもかかわらず、到着していないという場合に承諾を発信して契約が成立したと考えている承諾者を保護するために規律されたものである。到達主義は、承諾の発信では契約が成立しないのであるから、承諾の不到着・延着のリスクは承諾者が負担するというものであり、到達主義のもとでは、このような規律は不要であると思われる。また、承諾が延着した場合には、新たな申込みとみなすとの現行法でも手当が可能であるうえ、さらに下記のような提案がなされているため、承諾者にとって大きな負担とはならないのではないかと考える。

③遅延した承諾の効力

申込者が契約の成立を望み、承諾者からのそのような意思が表明されているのであるから、迅速に契約の成立を認める方向性は賛成である。もっとも、論理的に、承諾が承諾期間内に不到達だった時点で、申込みの効力は失われているはずであるから、これに関する手当が必要であり、この点も含めて更に検討すべきである。(日大民研・商研)

- 特段異論はない。(横浜弁)
- ①には賛成する。②については、紛争防止のために、民法第522条第1項本文のような規定は維持すべきである。③については、民法第523条の規定を維持すべきである。実質的な問題は、申込者から承諾者に対して契約が成立した旨を伝えさせるべきかどうかにある。承諾がかなり遅延した場合には、承諾者としても、これで契約が成立するのかどうか不明と考える場合も少なくないように思われるから、申込者から承諾者に契約が成立した旨を伝えさせるべきと考える。(大学教員)
- ①については、特に異論はない。②については、承諾について到達主義を採用する場合でも、不測の事態により承諾通知が期間内に到達しなかった場合における承諾者の保護は必要であり、民法第522条第1項本文に相当する規律は必要である。③については、契約の成立時期や存続時期が当事者にとって重要な場合もあり得る(例えば、売買契約でも承諾期間経過後では商品が品切れになっている、物価が高騰しているなどの理由により、申込者が有効な承諾とみなしたくない場合は大いにあり得る)ことから、遅延した承諾も有効な承諾とみなす旨の特約の効力を認めるのであればともかく、遅延した承諾を常に有効な承諾と扱うことができるものとする法改正を行うことは、慎重に検討すべきである。(弁護士)
- 民法第522条は、承諾期間の定めのある申込みに対する承諾の通知が期間経過後に到達した場合について比較的緩やかな要件で申込者に通知義務を課し、懈怠の効果として大きな効果を与えている点は見直すべきである。承諾が本来であれば期間内に到達したはずであることを申込者が知っている場合に、到達主義の下で相手方がリスクを負担すべきであるとして何らの義務を負わないのは相当でなく、信義則上申込者が通知すべきであるという場面はある。(弁護士)
- 申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合の取扱いなど、解釈上複数の見解のある論点についてその立法的解決を図る観点から検討すべきである。また、到達主義採用との関連を含めて、たとえば承諾通知延着時の取扱いなどについて検討すべきである。(親和会)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合に撤回ができることについては、明文化する方向に賛成である。ただ、一部において下請法上の規制等が関係する分野であることから、下請法等の規制等に配慮をするべきである。(会社員)
- ①撤回する権利の留保は、私的自治で敢えて設定したので当然に有効であり、条文化の必要性は感じない。②③当事者が協議すればよい問題であり、条文化の必要性は感じない。(広大有志)

- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

#### 4 承諾期間の定めのない申込み

承諾期間の定めのない申込みについては、次のような点について検討してはどうか。

- ① 承諾期間の定めのない申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは撤回することができない（民法第524条）が、申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合には撤回ができることについては学説上異論がない。そこで、この旨を条文上明記するものとしてはどうか。
- ② 申込みについて承諾期間の定めがない場合であっても、撤回されない限りいつまでも承諾ができるわけではなく、承諾適格（対応する承諾によって契約が成立するという申込みの効力）の存続期間が観念できると言われている。隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みの承諾適格の存続期間については民法上規定されていないが、これに関する規定の要否について、その具体的な内容（例えば、承諾期間としての相当な期間又は承諾の通知を受けるのに相当な期間の経過により承諾適格が消滅するなど。）を含め、更に検討してはどうか。その際、承諾期間の定めのない申込みが不特定の者に対してされた場合について特別な考慮が必要かどうか、更に検討してはどうか。
- ③ 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達したが、通常であれば申込みの承諾適格の存続期間内に到達したと考えられる場合については、規定がない。このような場合に、申込者が延着の通知を発しなければならないなど民法第522条と同様の規定を設けるかどうかについて、承諾期間内に到達すべき承諾の通知が延着した場合の規律（前記3②）との整合性に留意しながら、更に検討してはどうか。
- ④ 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達した場合には、申込者は遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができる（民法第523条）とされているが、申込者が改めて承諾する手間を省いて簡明に契約を成立させる観点からこれを改め、申込者がこれを有効な承諾と扱うことができるものとすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、承諾期間の定めのある申込みに対する遅延した承諾の効力（前記3③）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 3(2)(関連論点)[31頁], (3)(関連論点)[33頁], 4(1)[35頁], 同(関連論点)[36頁], (2)[38頁], 同(関連論点)[38頁]】

#### 【意見】

- 中間論点整理において提示された①及び②に賛成する。③について、民法第522条と同様の規定を設ける必要はない。④について、承諾期間の定めのある申込みの効力について規定を設けるため、新たな規定を設ける必要はない。(愛知県弁)
- 中間論点整理において提示された考え方の①には賛成する。②については、契約の成否に関わる場面である以上、可能な限り明文化しておこうことが望ましいことから、明文化することに賛成する。また、不特定の者に対する申込みについても、相当期間の経過により一律に効力が失われると規定すべきである。③について、第522条は内容が不明確である上、到達主義に反することから、削除すべきである。④について、遅延した承諾を有効な承諾と扱うことができることとすべきである。(札幌弁)
- ①、③及び④について賛成する。②については更に検討することに賛成する。(東弁)
- 承諾期間の定めのない申込みについて、撤回する権利を留保しない限り、相当期間を経過するまで撤回できないとすることには反対しない。承諾期間の定めのない申込みに対する承諾適格について検討することには反対しない。承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達したが、通常であれば期間内に到達すべき時に発送したものであったときについて、民法522条と同様の規定を設けることについて反対しない。民法523条の規定について、遅延した承諾を有効な承諾と扱うことができる旨の規定に改めることに賛成する。(広島弁)
- 申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間が経過する前であっても、申込者が申込みの意思表示を撤回することができることをあらかじめ明示しておけば、これを撤回することができる旨の規定を設けるべきではない。このような事態に関する規定を設ける必要はなく、民法第524条が任意規定であること(強行法規ではないこと)を示しておけば十分である。  
 申込みの意思表示が撤回される前であっても、相当な期間が経過することによって申込みの意思表示は効力を失う旨の明文の規定を設けるべきである。  
 承諾の意思表示についても到達主義を採るべきであり、承諾適格の存続期間内に到達しない場合に、申込者にわざわざ通知義務を課すべきではないから、承諾適格の存続期間経過後に承諾の意思表示が到達した場合の申込者の通知義務について明文化すべきではない。  
 承諾適格の存続期間内に到達しない承諾の意思表示は効力が発生しないのが原則であり、この原則さえ定めておけば、民法としては十分ではないか。延着した承諾の効力について、わざわざ明文化する必要はない。(福岡弁)
- 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みについて、申込者がこれを撤回す

る権利を留保していた場合には申込者は申込みを撤回することができる旨を明文化することについては、賛成である。

承諾期間の定めのない申込みの効力（承諾適格）が存続する期間について一定の内容を明文化することに賛成である。具体的内容については、特に、不特定の者に対してなされた申込みの効力について、今後検討する必要がある。

承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達したが、通常であれば期間内に到達すべき時に発送したものであったときであっても、期間内に到達していない以上、承諾の意思表示がなされなかったものとして扱うことについては、賛成である。

承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達した場合に、遅延した承諾を新たな申込みとみなすのではなく、有効な承諾と扱うことができるものとするべきであるという規定に改めることについて、今後検討する必要がある。（日弁連）

- 承諾期間の定めのない申込みについても、撤回可能性を留保していた場合には、撤回を認めることに賛成である。

承諾期間の定めのない申込みの効力（承諾適格）の存続期間を条文上明確化することには賛成する。その際には、現在の通説的見解に従い、申込みの①「撤回」可能な期間と②「承諾」可能な期間を別異に捉え、②の期間がより長くなり得る規律を設けることでよい。不特定の者に対する承諾期間の定めのない申込みについて、承諾適格の存続期間に特則を設けることには特段反対しない。

承諾適格の存続期間経過後に到達した承諾の通知が通常であれば同期間内に到達するはずであったことを知ることができたときは、申込者はその旨を通知しなければならないとする民法第522条第1項本文と同様の規律は不要である。承諾について到達主義をとる以上、承諾の到達遅延は、承諾者の責任というべきである。

遅延した承諾も申込者において有効な承諾として扱うことができるものとし、その場合には遅延した承諾が到達したときに契約成立を認めてよい。申込者が認める限りにおいて、遅延した承諾を有効な承諾として差し支えない。（大阪弁）

- ①について賛成である。撤回を留保した場合にそれを妨げる理由はない。

②について賛成であるが、存続期間の定め方については検討を要する。承諾期間のない申込みがあれば承諾者が永久に承諾できるとするのは適切でない。承諾適格の存続期間を設けるべきである。ただ、期間の決め方については、相当期間の徒過により承諾適格が消滅する、承諾な通知を受けるのに相当な期間、承諾通知が到達しなかったときは承諾適格が消滅する、相当期間内に承諾通知を発しなかったときは承諾適格が消滅する等の考えがある。承諾についての到達主義の当否とも関連するため、なお検討を要する。また、不特定多数の者に対する申込みの場合、一定期間経過により一律に承諾適格が消滅するなどの配慮が必要である。

③について、到達主義をとる以上、不到達のリスクは受領する側でなく発信した側が負担すべきであること、申込者が承諾期間内に到達しえた旨を通知しなかったというだけで、契約成立という過大な効果を与えるべきではないことから、承諾につき到達主義を採用する場合、522条は削除すべきである。ただし、承諾の到達主義の当否については、なお検討を要するため、本条についてもさらに検討を要する。

④について、承諾期間に遅れた承諾につき、申込者が、新たな申込みではなく有効な承諾と扱うことができることに反対する。承諾期間に遅れた承諾は一律に効力を失うとしたうえで、申込者が契約を望む場合には、新たな申込みとみなし、改めて申込者の承諾を必要とするのが明快である。(仙台弁)

○① 条文上明示することを検討することに賛成する。

② 検討することには反対しない。

③ 検討することには反対しない。

④ 検討することには反対しない。

なお、条文上明示することを検討することは構わないが、21世紀の通信事情を踏まえ、現在それほど問題となっていないことを明文化することには疑問がある。そもそも「隔地者」概念が21世紀の通信事情を踏まえ必要かどうかも疑問である。(兵庫県弁)

○ 申込者が承諾期間の定めのない申込みを撤回する権利を留保していた場合には撤回ができることを条文上明記することに賛成である。分かりやすい民法の観点から、通説は基本的に明文化すべきである。

隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みの承諾適格の存続期間は、その具体的な内容を明らかにすることが出来ない限り、規定すべきではない。なお、「相当な期間」という表現では具体的とは足りない。具体的ではない不明確な判断基準を設けても、有益性がなく、むしろ混乱を招くおそれもあるので、規定すべきではない。

民法第522条と同様の規定を設けることに反対である。承諾について到達主義を採ることとする考え方に賛成であり、意思表示をした者が不到達及び延着のリスクを負担するのであるから、同条のような規律は不要であると考えため、同条と同様の規定を設けるべきではない。(三菱電機)

○ ①申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合に撤回ができることを条文上明らかにすることについては賛成する。

②承諾期間の存続期間について規定を設けることに賛成である。その文言については、様々な契約があることを前提に、解釈の指針となるような文言になるよう、更に検討すべきである。

③承諾の定めのない申込みについても現行民法第522条と同様の規定を設けるかどうかについては、承諾の定めのない申込みにおいても、到着主義を採用場合には民法第522条が不要であると考えるので、設ける必要がないと考える。

④承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達した場合にこれを有効な承諾と扱うことができる規定をおくことについては、方向性には賛成するが、申込みの効力との整合性について更に検討すべきである。(日大民研・商研)

- 特段異論はない。(横浜弁)
- ①及び②には賛成する。③については、紛争防止のために、民法第522条第1項本文のような規定を設けるべきである。④については、民法第523条の規定を維持すべきである。実質的な問題は、申込者から承諾者に対して契約が成立した旨を伝えさせるべきかどうかにある。承諾がかなり遅延した場合には、承諾者としても、これで契約が成立するのかどうか不明と考える場合も少なくないように思われるから、申込者から承諾者に契約が成立した旨を伝えさせるべきと考える。(大学教員)
- ①については、特に異論はない。②については、検討すること自体を妨げる趣旨ではないが、「相当な期間」という概念は不明確であり、仮に規定を設けても実務上意味のあるものにはならないのではないか。③については、②で承諾適格の存続期間について明確な規定(例えば、承諾適格について別段の意思表示がないときは、申込みから30日を経過しても承諾の通知がないときは申込みの効力を失うものとするなど)を設けるのであれば併せて検討する余地はあるが、単に「相当な期間」としか書かないのであれば、このような詳細な規定を設ける必要はないと思われる。④については、上記3の③と同様の理由により、慎重に検討すべきである。(弁護士)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 申込みの存続期間、承諾適格を明確にすることに賛成する。(「改正を考える」研)
- 到達主義採用との関連を含めて、たとえば承諾通知延着時の取扱いなどについて検討すべきである。(親和会)
- 承諾期間の定めのある申込みであっても申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合に撤回ができることについては、明文化する方向に賛成である。ただ、一部において下請法上の規制等が関係する分野であることから、下請法等の規制等に配慮をするべきである。

また、承諾適格の存続期間についても、明文化を検討すべきである。(会社員)

- ①撤回する権利の留保は、私的自治で敢えて設定したので当然に有効であり、



条文化の必要性は感じない。②相当な期間による承諾適格の喪失は規定すべき。  
③④当事者が協議すればよい問題であり、条文化の必要性は感じない。(広大有志)

- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

## 5 対話者間における承諾期間の定めのない申込み

対話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力がいつまで存続するかについては、民法上規定がなく、明確でないことから、その存続期間を明確にするための規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、その規定内容も含めて、更に検討してはどうか。規定内容として、例えば、対話が継続している間に承諾しなかったときには申込みの効力が失われる旨の規定を設けるべきであるとの考え方があるが、このような考え方の当否を含め、対話者間における申込みの効力の存続期間について、更に検討してはどうか。

【部会資料 11 - 2 第 3, 5 [39 頁]】

### 【意見】

- 対話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力の存続期間の規定を設けることで規律が明確となるから、中間論点整理において提示された考え方に賛成する。(東弁)
- 対話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力がいつまで存続するかについての規定を設けることに賛成である。明文化すべことにより明確になるため。なお、商法と同様の規律で支障はないと考えられる。(仙台弁)
- 対話者間において承諾期間の定めのない申込みがなされた場合、対話が継続している間に承諾しなかった場合には、申込みの効力は失われる旨明文化すべきである。(福岡弁)
- 対話者間の承諾期間の定めのない申込みの効力を条文上明確化することに賛成である。その際には、対話が継続している間に承諾しなかったときには申込みの効力が失われる旨の規定を設けることでよい。(大阪弁)
- 対話者間における承諾期間の定めがない申込みについて、対話終了時に効力が喪失する旨の規定を設けることに反対しない。(広島弁)
- 特段異論はない。(横浜弁)
- 対話が継続している間に承諾しなかったときには申込みの効力が失われる旨の規定を設けることに賛成である。分かりやすい民法の観点から、商法の通説的見解であって、民法としても採用できるものは基本的に明文化するべきである。(三菱電機)

- デフォルト・ルールとしては、対話が継続中に承諾しないときは申込みの効力が失われるというのが簡明である。(大学教員)
- 商法第507条の規定が常識に沿うように思われることから、同条と同様に、直ちに承諾がされないときは申込みの効力が失われる旨の規定を設けるべきである。(札幌弁)
- 対話が継続している間に承諾しなかったときには申込みの効力が失われる旨の規定を設ける方向で検討するべきである。(会社員)
- 商法第507条を参考に、対話者間における承諾期間の定めのない申込みについて、直ちに(対話が継続している間に)承諾しなかった場合には効力が失われる旨の規定を設けるべきである。(弁護士)
- 対話者間における申込みの定義を整理したうえで、合理的な範囲において存在期間を設けるべきと考える。(団体職員)
- 対話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力の存続期間について、明文化することに賛成する。(愛知県弁)
- 話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力の存続期間について、明文化することについて賛成である。(日弁連)
- 分かりやすい民法の観点から明文化を検討すべきである。(親和会)
- 隔地者と対話者の区別の基準を明確にすべきである。その上で、対話者について一定のルールを設けることは必要であろう。「(改正を考える)研」
- 対話者間における承諾期間の定めのない申込みの存続期間についての規定を設けることには賛成である。文言については、更に検討すべきである。(日大民研・商研)
- 検討することに異論はなかったが、民法の一般的ルールとして新たに設ける必要性について疑問を呈する意見があった。(最高裁)
- 解釈論に委ねるべき問題で、民法に規定を置くべき問題ではない。  
隔地者、対話者概念は不明確であり、21世紀の通信事情を踏まえて整理し直すべきである。(兵庫県弁)
- 労働契約における申込みと承諾に係る事情は、新規学卒者であるか中途採用かなどによって様々であり、申込みと承諾の効力に関して一般的な規制を設けることは労働契約には適しない。また、退職の申込みについては、使用者の承諾の意思表示がされるまでは撤回が可能であることは実務で定着しており、退職の申込みに対して使用者が速やかに承諾しない限り退職の申込みが効力を失うとするのは、現在の判例や実務と異なる取扱いをすることとなり、適当でない。従って、対話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力は、対話が継続している間に承諾しなかったときには失われる旨の規定を設けることには反対であり、仮に

このような規定が設けられる場合には、労働契約に適用されないことを明文化すべきである。(経営法曹)

- 当事者が協議すればよい問題であり、条文化の必要性は感じない。(広大有志)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 特に異論はないが、民法にこのような規定を設ける場合、商法第507条の実質的存在意義は失われるので、同条の規定は削除すべきではないか。(弁護士)

## 6 申込者の死亡又は行為能力の喪失

隔地者に対する意思表示は、発信後の表意者の死亡又は行為能力の喪失によっても効力が失われない(民法第97条第2項)。同項は申込者が反対の意思表示した場合には適用されないとされている(同法第525条)が、これは同法第97条第2項が任意規定であることを示すものにすぎず、これを明記する必要があるとしても(後記第28, 3参照)、同項の規定ぶりによって明記すべきであると考えられる。そこで、同法第525条のうち「申込者が反対の意思表示した場合」という文言を削除する方向で、更に検討してはどうか。

また、死亡等の発生時期については解釈が分かれているところ、申込みの発信後到達までに限らず、相手方が承諾の発信をするまでに申込者の死亡又は行為能力の喪失が生じ、相手方がこのことを承諾の発信までに知った場合にも同条が適用され、申込みの効力は失われることとすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 6 [41頁]】

### 【意見】

- 中間論点整理において提示された考え方の前段について、そもそも民法第97条第2項が強行規定ではない以上、反対の意思表示をした場合に効力が生じないのは当然である。また、後段については、承諾の発信前に死亡等を知っていた場合にまで契約を成立させる必要はない。したがって、中間論点整理において提示された考え方のいずれにも賛成する。(札幌弁)
- 民法525条の規定を削除することに賛成する。また、その適用範囲について、承諾の発信時までと明記することに賛成する。申込者が死亡している場合等、あえて契約を成立させる必要性はない。(愛知県弁)
- 民法第525条の「申込者が反対の意思表示をした場合」という文言は削除すべきである。また、相手方において、承諾の意思表示をするまでの間に、申込者の死亡又は行為能力喪失の事実を知った場合には、申込の意思表示の効力は消滅する旨明文化すべきである。(福岡弁)

- 申込者が反対の意思を表示した場合についての規定の削除は賛成である。97条2項が任意規定であると述べているに等しく、記載不要。  
 申込者が承諾を発するまでに知った場合に525条を適用することに賛成である。申込みの到達までに知った場合に限定する理由はない。(仙台弁)
- 特段異論はない。(横浜弁)
- 当事者の私的自治だから「申込者が反対の意思を表示した」は削除すべきである(広大有志)
- 中間論点整理において提示された考え方のいずれにも賛成。(大学教員)
- 民法第525条は、同法第97条第2項が適用されない場面を定めているが、このうち、「申込者が反対の意思を表示した場合」を削除すべきである。(弁護士)
- 前段について 削除すべき理由がないので、存続させるべきである。  
 後段について 学説上争いのあるところであり、検討することには賛成である。(兵庫県弁)
- 現行民法525条の「申込者が反対の意思を表示した場合」を削除する必要はない。  
 死亡等の発生時期については、相手方が承諾の発信をするまでに申込者の死亡又は行為能力の喪失が生じ、相手方がこのことを承諾の発信までに知った場合にも適用されるものとしてよい。  
 現行民法525条のような例外規定としての定め方はわかりにくいため、改めるべきである。(大阪弁)
- 民法525条の規定のうち、「申込者が反対の意思を表示した場合は、民法97条2項の適用がない」との規定の削除に反対する。申込者が反対の意思を表示した場合は「民法97条2項の適用がない」旨の規定は、法律を知らない一般市民にとっては当然のこととは言えないので、分かりやすい民法実現のためにはむしろ維持すべきである。  
 相手方が承諾の発信をするまでに申込者の死亡等の事由を知ったときには、申込みの効力を失わせることが合理的であるから、申込みの発信後到達までに限らず、被申込者が承諾の発信をするまでの間に死亡又は行為能力を喪失した場合に民法525条が適用される旨の明文規定を置くことに賛成する。(東弁)
- 民法第525条の上記規定を直ちに削除する必要性があるとまでは言えず、削除すべきか否かは、今後検討を要する。  
 申込者において、自身が死亡し又は行為能力を喪失した場合にまで契約を成立させる意思があるとは言えない事例が少なくなく、承諾の意思表示をするまでの間に上記事実が発生したときは、申込みの効力を消滅させるべきである。(日弁連)

- 民法第525条の規定を削除するかどうかについては、さらに議論を行い、検討をする必要がある。申込者の死亡等について、承諾者の発信までに同人が申込者の死亡等の事実を知ったときにはその申込みの効力が喪失する旨の規定を設けることについては反対しない。(広島弁)
- 現行民法第525条の「その相手方が申込者の死亡若しくは行為能力の喪失の事実を知っていた場合」の解釈について、申込み到達後、被申込者が承諾の発信をするまでの申込者の死亡又は行為能力の喪失の場合にまで適用されるとする考え方に対しては賛成である。しかし、その立場を前提とするのであれば、同条は同法第97条第2項の単なる特則として位置づけられるのではなく、申込みと承諾による契約の成立に関して独立した規定と解されることとなると思われる。そして、そのことからすれば、「申込者が反対の意思を表示した場合」についても、条文上削除せずに残すのが望ましいのではなかろうか。「改正を考える」研
- 文言は、民法第97条2項が任意規定であることを示すものであり、法律の専門家にとっては当然であっても、法律を知らない一般市民にとっても当然のことであるとまではいえない。よって、上記文言を削除すべきではない(ただし、単に規定を民法第97条第2項に移すのであれば、特に反対しない)。
 

被申込者が承諾の発信をするまでに死亡又は行為能力を喪失した場合についても、民法第525条が適用されるものとするには、特に異論はない。被申込者が承諾の発信をするまでに、申込者が死亡又は行為能力を喪失した場合であって、被申込者がその事実を知らない場合には、被申込者の利益を保護する必要があると考えられるからである。(弁護士)
- 到達主義採用との関連を含めて、解釈上複数の見解のある論点についてその立法的解決を図る観点から検討すべきである。(親和会)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 申込者が反対の意思を表示した場合」の文言については、今回の改正法全体において、任意規定であることを示すかどうかの基準が明確になっていないことから、賛否の判断ができない。
 

死亡等の発生時期については、論理的には申込みはその到達により効力が生じているから、申込みの発信後到達までの間と解されるが、これを政策的に広げることについては、到達主義との整合性を考慮しながら、更に検討すべきである(到達主義との整合性からは、承諾の到達までに申込者の死亡又は行為能力の喪失が生じ、相手方がこのことを承諾の到達までに知った場合の方が無難ではないかと考える)。(日大民研・商研)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

## 7 申込みを受けた事業者の物品保管義務

事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合には、申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないこととすべきであるとの考え方（後記第62, 3(2)③）の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料20-2第1, 3(2) [16頁]】

### 【意見】

- 商法第510条の趣旨は、事業者一般について適用が認められて良い考え方であるので、基本的に賛成する。（弁護士）
- これは契約当事者の一方が事業者である場合に限らず、一般的に妥当することではないか。また、これを明文で規定しなくとも、付随的な物の保管契約ないし信義則上の保管義務を肯定することができる。（大学教員）
- そもそも、商法510条については、人的範囲につき何の制限もないのは行き過ぎであり、平常取引をなす者相互間に限定すべきではないか、および、申込者が速やかに物品を引き取らない場合に被申込者のとりうる措置が明確でないといった問題がある、との指摘がある。よって、人的範囲、負うべき保管義務の程度等について、慎重に検討するべきである。また対象を商人から事業者に拡大することもさらに慎重に検討するべきである。（仙台弁）
- 当該事項の必要性を含めて、検討すべきと考える。（団体職員）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 物品保管のためにはその場所が必要となり、その費用を負担してまで保管義務を課すことは妥当ではない。保管義務の検討については、費用負担の問題も含めて検討すべきである。

当該特則に対応する商法510条は商人間の商取引について、商取引を迅速かつ円滑に進め、取引界の信用を高めるために認められたものであるが、申込を受ける者が商人であったとしてもこのような義務を一律に課すのはやや厳しすぎると指摘されているところである。このような規定をより一般法として営利目的を有する商人同士だけでなく広く事業者が関わる取引に適用することはあまりに事業者に厳しい義務を負わせることとなり妥当でない。またこうした特則を設けることによって知識・情報・交渉力などの格差の是正に直接繋がるものともいえない。

よって、現在商法にある規定を適用範囲を広げる形で民法に取り込むべきではない。（広島弁）

- 事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合に、申込みとともに受

け取った物品を保管しなければならないという考え方の当否自体はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、上記考え方を規定することについては反対である。(日弁連)

- 慎重に検討すべきである。事業者概念と商人概念の異同を明確にすることと併せて、民法上の事業者にこのような義務規定を織り込むことの意義を深く議論すべきである。(横浜弁)
- 契約の申込みとともに受け取った物品の保管義務を負う場合を現行商法510条の「商人がその営業の部類に属する契約の申込みを受けた場合」から「事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合」に拡張する考え方があるが、商法510条については、その規定の合理性に疑問無しとしないところであり、少なくとも商取引の敏活という要請すらない非営利事業者を含む事業者にまで拡張することには慎重であるべきである。(大阪弁)
- 事業者概念の民法への取り入れに反対であることから、申込みを受けた事業者の物品保管義務に関する規定にも反対である。(札幌弁)
- 事業者に関する特則は、商法に規定した方が、事業者に関する特則の改正を適宜・迅速に行うことができ、事業者の利益に資する。商法第510条の趣旨は、事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合一般にも妥当するが、商法の規定を改正するのが妥当である。民法に規定することについては、強く反対する。(東弁)
- 事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合に、申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないという規定を民法に設けることに反対する。民法に事業者に関する規定を取り入れるべきではない。(愛知県弁)
- 事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合には、申込みとともに受け取った物品を保管しなければならない旨の規定を設けるべきではない。事業者の活動に関する規定は商法に定めるべきであり、民法にその旨の規定を置くべきではない。(福岡弁)
- 今般の民法改正においては、検討をしないほうがよい。商法510条との関係を整理する必要があるが、民法と商法の関係全体を検討する必要があるからである。(兵庫県弁)
- 対等な当事者を前提とした価値中立的な規律を定める民法において、「事業者」という一定の属性を前提とした規律を設ける必要性はない。このような規定を民法に設けることについては、反対である。

申込みを受けた事業者の物品保管義務に関する規律については、商取引に関する規律を定める商法において適切な規律を定めれば足りる。なお、商法第510条の内容と同様の趣旨の内容とする方向の検討であれば、内容そのものには特段

の意見はない。(法友全期)

- 事業者概念を取り入れること自体に反対であり、論点として取り上げるべきでない。(親和会)
- 事業者概念を民法に取り入れることについては慎重に検討すべきであり、本提案も同様である。仮に事業者概念を民法に取り入れ、このような商法の規定をここに規定するのであれば、事業者でない場合にはそのような義務はない(自己物における注意義務でよい)ことをまず原則として規定したうえで、事業者における義務を規定するべきでないかと考える。(日大民研・商研)
- 民法に事業者概念を取り入れること自体に反対であるため、この議論は不要である。また、仮に、民法に事業者概念を取り入れざるを得ないとしても、事業者側としては、履行遅滞・履行不能に陥らない限り、受け取った物品を保管して当該物品を履行するか、同一物を他から調達して履行するかの選択肢を有しており、また当該理解に基づいても消費者に不利益があると考えられないことから、受け取った物品の保管義務を殊更に事業者に課す必要はないものとする。(会社員)
- 特に必要性を感じない(広大有志)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

## 8 隔地者間の契約の成立時期

隔地者間の承諾の意思表示については、意思表示の効力発生時期の原則である到達主義(民法第97条第1項)の例外として発信主義が採用されている(同法第526条第1項)が、今日の社会においては承諾についてこのような例外を設ける理由はないとして、承諾についても到達主義を採用すべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

承諾について到達主義を採る場合には、申込みの撤回の通知の延着に関する民法第527条を削除するかどうか、承諾の発信後承諾者が死亡した場合や能力を喪失した場合について同法第525条と同様の規定を設ける必要があるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 7 [43頁], 同(関連論点) [45頁]】

### 【意見】

- 中間論点整理の前段については到達主義を採用すべきである。後段について、民法第527条は不要であり、申込みとのバランス上、同法第525条と同様の規定を置くことも差し支えない。(札幌弁)
- 承諾の意思表示についても到達主義を採るべきである。また、民法第527条を削除し、承諾の意思表示についても同法第525条と同様の規定を設けるべき



である。(福岡弁)

- 現行民法において承諾について発信主義の例外が採用されていること自体の合理性も疑わしく、承諾の発信主義の採用が、申込みと承諾に関する規定の解釈を錯綜させる一因にもなっている。今日の発達した通信手段を前提とする限り、到達主義を採用して何ら差し支えない。

申込みの撤回の通知の延着に関する民法527条については削除してよい。民法527条の規定についても、申込みの撤回の到達遅延は申込者の責任として、承諾の到達との先後で決するのが簡明である。

承諾について到達主義を採用する以上、承諾の発信後の承諾者の死亡等について、規律を設けておく必要がある。民法525条と同様の規定を設けることに賛成である。(大阪弁)

- 民法第526条第1項を削除して、承諾の意思表示についても到達主義の原則を適用すべきであるという考え方に、賛成である。

承諾の意思表示について到達主義の原則を採用した場合に、申込みの撤回の通知の延着に関する民法第527条の規定の改正、承諾の通知発送後における承諾者の死亡又は能力喪失に関して民法第525条と同一の規定を設けるべきことについても、方向性としては賛成であるが、具体的内容については今後検討を要する。(日弁連)

- 通信技術の進歩や郵便制度の整備等により到達までの時間的間隔を考慮する必要はほとんどなく、迅速性の観点から発信主義を採用するメリットは低い一方、不到達のリスクは発信した側が負担すべきという価値判断から、到達主義を採用すべきであるとの意見がある。他方、(b)承諾者のコスト増への懸念、発信主義が適する業界もあること(保険では発信主義の方が早く契約関係に入り、保障を付けられる)、受取を拒絶された場合の処理、等の観点から発信主義を維持すべきとの意見もある。

不到達のリスクは依然として存在し、そのリスクは発信した側が負担することが公平であること(現に「電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律」4条により電子承諾通知(メールやFAXによる承諾通知)に関してはすでに到達主義が採用されている)②発信から到達までの時間短縮により迅速性を考慮する必要性は低いこと、承諾者のコスト増の懸念よりも、到達という明確な基準によることの安定性を重視すべきこと、等から到達主義が望ましいと思われる。

ただし、発信主義を廃止することの影響の範囲・程度、受領拒絶との関係等につき、なお検討の必要がある。

承諾につき到達主義を採用するのであれば、承諾につき到達主義を採用する以

上、承諾の到達と申込撤回通知の到達との先後関係を承諾者は知り得ないから、承諾者に申込撤回通知の延着の通知義務を課す意味はなく527条は不要である。また、到達主義の下では525条が規定する場面が想定できるため、同様の規制を設ける必要がある。(仙台弁)

- 特段異論はない。(横浜弁)
- 承諾について到達主義の原則を採用し、民法527条は削除すべきである。現代の通信事情からすれば、発信主義を維持する合理的理由はなく、意思表示の原則どおり、到達主義とすべきである。(愛知県弁)
- 隔地者間における契約の承諾について到達主義による方向性で検討すべきである。民法第526条第1項は隔地者間契約の承諾について発信主義を採用しているが、これは同法第521条第2項との整合性が取れておらず、現代においては通知承諾が延着する現実的な可能性が低いので、民法の到達主義の原則に対する例外を設ける必要性が乏しい。

承諾について到達主義を採用する場合には、同法第527条が規定された前提が変わるから、同条を削除するか否かを検討することに賛成する。また、承諾の発信後承諾者が死亡した場合や能力を喪失した場合について同法第525条と同様の規定を設ける必要があるか否かを検討することに賛成する。(東弁)

- 現在の郵便事情や意思疎通に関する環境からすれば、承諾の意思表示だけについて特別に発信主義を採用する必要性に乏しいことから、承諾の意思表示について到達主義を採用することに賛成する。承諾の意思表示について到達主義を採用することによる関係規定の整備については今後検討する必要がある。(広島弁)
- 承諾に関する発信主義については、通信技術の発達により発信から到達に要する時間が短くなっていることからメリットは減っていながらも、不到達や延着のリスクは依然としてあることからデメリットは大きいといえる。そのため、到達主義とすることに賛成する。

現行民法第527条については、発信主義をとるがゆえの規定であり承諾の申込者への到達と申込みの撤回の承諾者への到達のどちらが先かは承諾者には不明であるので、削除し、その到達の先後で効力を定めるべきであると考えます。

また、総論での議論(この第24の規定の対象が何か)を考慮しながら、電子消費者及び電子承諾通知に関する法律の規定との整合性についても検討する必要がある。(日大民研・商研)

- 承諾についても到達主義にすべきである。(広大有志)
- 承諾についても到達主義を採用することに賛成である。分かりやすい民法の観点から、例外はできるだけなくすべきである。(三菱電機)
- 隔地者間の契約の成立時期に関する民法第526条第1項は、意思表示の到達

主義（同法第97条第1項）の例外として承諾について発信主義を採用しているが、現代においては承諾通知が延着する現実的な可能性は低いから、承諾についても到達主義によるものとすべきである。

申込みについては到達主義が採られていることから死亡や能力喪失に関する規定が設けられている（民法第525条）が、承諾について到達主義を採ることとする以上は、同条と同様に、承諾についても発信後承諾者が死亡した場合や能力を喪失した場合に関する規定を設ける必要がある。（弁護士）

- 承諾について到達主義を採ること、これに伴い申込みの撤回の通知の延着に関する民法第527条を削除すること、及び承諾の発信後承諾者が死亡した場合等について民法第525条と同様の規律を設けることについては、いずれも特に異論はない。（弁護士）
- 到達主義を採用する方向で、関連諸規定との関係も考慮しながら、検討すべきである。（会社員）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 学説上争いのあるところであり、検討することには反対しない。（兵庫県弁）
- ここでの隔地者の概念が、発信から到達までの通信手段によって生じる時間的間隔のみを指すものとするれば、現在においては通信手段が高度に発達していることから、承諾の到達をもって契約の成立とするのが確かに合理的であると考えられる。しかし、ここでの隔地者概念が、練り上げ型の契約をも含むものとするれば、練り上げ型の契約も申込みと承諾による契約の成立に含まれることになると思われる。しかし、練り上げ型の契約をも申込みと承諾による契約の成立に含める場合には、特に消費者取引において混乱を生じるおそれがあると考えられ、また練り上げ型の契約における契約の成立については、申込みの誘引や契約交渉段階との区別などを明確にした別個の規定を設ける必要があると思われる。したがって、申込みと承諾による契約の成立は、申込みによって契約の重要な内容が確定していて、相手方がこれに同意するか否かによって契約の成立が決められる類型（承諾により直ちに契約が成立する）のみを指すものとするのが望ましく、仮に練り上げ型の契約成立についての規定を民法におくのであれば、承諾の到達によって契約が成立するという規定の仕方ではなく、別の形式で契約の成立に関する規定を置くことが望ましいと考える。（「改正を考える」研）
- 現代の通信技術の状況をふまえて検討すべきである。（親和会）
- 現代の取引の現実や郵便事情を考えると、発信主義でも到達主義でも通常は大きく結論が変わることはないと考えられるが、東北関東大震災のように長期にわたり交通機関の途絶、郵便事情の悪化、居所の不明などの事態が生じた場合には、どちらを採るかで結論が大きく変わる。そのような天災等の場合をも考慮に入れ

て、どちらに危険を負担させるのがよいのか、今一度検討すべきである。(大学教員)

- 隔地者間の契約の成立時期が承諾の意思表示の到達時とされることについては、これが強行規定である場合には賛成できない。いつ承諾の意思が申込者に届いたかを確認しなければ割賦販売法第35条の3の56や貸金業法第17条第2項に基づく契約年月日を通知する義務を適切に行うことができなくなる懸念がある。(クレ協, クレカ協, 全信販協)
- 貸金業法第17条に基づいて交付が義務付けられている書面の記載事項として契約年月日が挙げられている。契約年月日として承諾の意思表示の到達日を記載するには、契約承諾の意思表示を書面で送付し、その到達時を確認して法定書面を交付することになってしまい、書面交付事務が繁雑となってしまう。また、貸金業法上、個人である資金需要者との間で貸付けに係る契約を締結した場合には、所定事項を遅くとも貸付けから1日以内に指定信用情報機関に登録する必要があるところ、登録すべき事項には契約年月日が含まれている。上記のような改正がなされた場合、当該義務を適切に果たすことができない懸念がある。よって、現行法での隔地者間の契約の成立時期の定めで実務上は問題が生じていないのであるから、少なくとも上記改正内容を強行法規とするべきではない。(貸金業協)
- 承諾について到達主義を採用した場合に、貸金業者における郵送等を利用した申込受付を行う商品については、申込に対する貸金業者の承諾の意思表示が顧客に到達した時点で契約が成立することになる。他方で、貸金業者は、貸金業法に基づく契約締結時書面(貸金業法17条に基づく書面)等の「契約年月日」の記載を行う必要性等から契約成立時期を管理しているが、当該貸金業者の承諾の意思表示が顧客に到達した時点を管理することが困難になる。また、信用情報機関への情報提供や、帳簿の保存期間など「契約年月日」を踏まえた義務の遵守が困難となりかねない。そこで、承諾について到達主義を採用するのであれば、当該規定を任意規定とする方向で検討を進めていただきたい。(消費者金融協)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律第4条により、事実上相当程度の隔地者間の取引については到達主義が採用され、実務が運用されている。

民法第527条には実務上も特に違和感がなく、削除する必要性を強く感じない。(ISDA)
- 例えば通信販売において、FAX、はがきなどによる申し込みがあった場合通常、承諾の通知は商品を発送することにより、契約は成立となるが、到達主義と

なった場合、商品を発送した時点では契約は成立しておらず、商品が届いた時点で受け取り拒否された場合はどのように対処したら良いのか。発送に要した費用はどちらが負担することになるのか。(通販協)

## 9 申込みに変更を加えた承諾

民法第528条は、申込みに変更を加えた承諾は申込みの拒絶と新たな申込みであるとみなしているが、ここにいう変更は契約の全内容から見てその成否に係する程度の重要性を有するものであり、軽微な付随的内容の変更があるにすぎない場合は有効な承諾がされたものとして契約が成立するとの考え方がある。このような考え方の当否について、契約内容のうちどのような範囲について当事者に合意があれば契約が成立するか(前記第22, 2参照)に留意しながら、更に検討してはどうか。

また、このような考え方を採る場合には、承諾者が変更を加えたが契約が成立したときは、契約のうち意思の合致がない部分が生ずる。この部分をどのように補充するかについて、契約に含まれる一部の条項が無効である場合の補充(後記第32, 2(2))や、契約の解釈に関する規律(後記第59, 2)との整合性に留意しながら、検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 8 [48頁]】

### 【意見】

- 申込みに軽微な付随的内容の変更がなされた場合に、契約の成立を認めることには積極的意義がある場合もあり、基本的には賛成である。ただし、仮に軽微な付随的内容の変更であっても、変更された内容の部分については意思の合致がない以上(たとえ履行行為に入っている場合であっても)、一律に変更後の内容での契約成立を認めるべきではなく、契約の成立が認められるのは、変更が加えられていない範囲についてであること、何をもって軽微な変更というのかについて、予測可能性のある判断基準を定立することが可能かを十分に検討し、少なくとも具体的な例示を行うべきであることに留意すべきである。

契約のうち意思の合致がない部分の補充については、契約に含まれる一部の条項が無効である場合の補充や契約の解釈に関する規律との整合性に留意して、慎重に検討するべきである。

申込みに変更を加えた承諾の規律の適用範囲をどのように想定するのも明確にすべきである。(大阪弁)

- 現行民法第528条を基本的に維持しながら、軽微な変更にすぎない場合には契約を成立させるとの方向性には賛成である。また、変更を加えた範囲について

は拘束力がないとする（いわゆるノックアウトルールの採用）方向性についても当事者の意思を尊重するものとして、賛成である。しかし、軽微な変更か否かの判断基準は難しく（要件事実としても主張立証の内容が不明確とならないか）、また変更を加えた範囲が当事者にとって契約に不可欠な場合もありうることから、規定内容について更に検討すべきである。

なお、このような規定をおくのであれば、前記第23の2で検討されているような契約の成立に関する一般的規定（文言については更に議論すべきであるが、「本質的部分」についての同意が必要とするもの）を、原則を示すものとして設けることが望ましいと考える。（日大民研・商研）

- 特段異論はない。（横浜弁）
- 第22、2「契約の成立に関する一般的規定」における議論状況と関連させながら議論すべきである。（親和会）
- 民法第528条に定める変更とは、契約の全内容から見てその成否に係する程度の重要性を有するものをさし、軽微な付随的内容の変更がある場合には、適用されず、契約が成立したとする考え方については、今後検討する必要がある。  
上記考え方を採った場合に、承諾者が変更を加えた部分については意思の合致がない部分が生じるが、この部分の補充については一部無効、契約の解釈に関する規律に従って整理すべきであるとする考え方について、今後検討する必要がある。（日弁連）
- どの程度の変更であれば当該承諾がなお有効となるかについての判断基準についてはいまだ議論が不十分であり、これを踏まえて更に検討することに賛成する。（東弁）
- 労働契約においては、申込みに加えられた変更内容は労働条件に関するものであるから、一般の取引とは異なり、変更内容の程度が重要か軽微かは一概には判断できず、仮に変更内容の重要性が高くなくても、これを承諾と取り扱うことにすれば、紛争が多発したり、労働条件が不統一になり、公平な処遇にも反することになる。従って、軽微な付随的内容の変更があるに過ぎない場合は有効な承諾がなされたものとして契約が成立するとの考え方には反対であり、このような規定を設ける場合には、労働契約には適用されないことを明文化すべきである。（経営法曹）
- 民法第528条の規定自体は合理性があるので維持すべきである。変更が軽微で付随的内容に関するものである場合には有効な承諾として契約が成立すると解釈することも問題ないとするが、どの程度の変更が「軽微で付随的内容に関するもの」と考えるかは解釈によるべきであり、具体的規定を設けることは適当でない。（札幌弁）

- 提案の考え方に反対する。契約に「部分的な成立」は考えられない。法的安定性や契約成立に関する紛争を回避するため、このような規定を設けるべきではない。契約当事者にとって「実質的変更」の判断は負担であり、このような規定を設けることにより、円滑な取引を阻害する結果を招く。(愛知県弁)
- 軽微な付随的内容等の概念が不明確に過ぎ、現実の紛争事例においてその軽微性、付随性を明確に判断することが困難である。このような規定は、逆に契約の有効性、契約の解釈に無用な紛争を招くだけと思われ、かかる取り扱いを認める実質的意義に欠ける。(広島弁)
- 軽微な付随的内容の変更があるにすぎない場合は有効な承諾がされたものとして契約が成立するという規定を設けることに反対であり、特に現行法をかえる必要はない。「第222条 契約の成立に関する一般的規定」の仙台弁意見のとおり、契約には様々な要素があることから、一般的な形で規定することは困難であると思われる。(仙台弁)
- 事実認定の問題であり、民法にこのような場合に関する規定を設ける必要はない。(福岡弁)
- 重要か軽微かは相対的な問題であり、不明確であるから、中間論点整理において提示された考え方を取ることに疑問がある。(兵庫県弁)
- どの程度の変更をいうのか不明であり、かえって紛争を生じさせるおそれがあることなどから、軽微な付随的内容に変更があるに過ぎない場合には有効な承諾があるものとして契約が成立するとの考え方については、反対する意見が多かった。  
また、仮にこの考え方を採用する場合には、一律の労働条件で採用される多数の労働者の労働条件が不統一となることは、公平さを欠く等の問題があるため、労働契約については適用除外とするのが相当であるとの意見があった。(最高裁)
- 付随的な内容の変更がある承諾により契約が成立するとみなすことには反対である。当事者が、ある特定の条項について合意できなくても、他の条項に合意できるなら契約を成立させて良いと受け容れていた場合(又は、受け容れるべき場合)については、当該条項について変更を加えた承諾があっても、残りの部分により契約が成立するとすることに合理性がある場合もあるであろう。しかし、何がかかる条項にあたるのかはケースバイケースであり、一般化して民法に規定するには馴染まない(長島・大野・常松有志)
- 軽微な付随的内容の変更がされたに過ぎないと認められるケースにおいては、これを新たな申込みとみなす現行法の規定の下でも、相手方の明示又は黙示の承諾を認められるケースが多いと思われ、このような規定を明文で設ける必要はないと思われる。

また、使用者の変更解約告知に対して労働者が留保付承諾をした場合、これが「軽微な付随的内容の変更」と認められれば雇用契約が成立するという帰結をもたらしかねないが、「軽微な付随的内容の変更」とはどのような場合かが極めて不明確であり、このように予測可能性を欠く改正がされると、労使間の無用なトラブルが増大することが懸念される。よって、軽微な付随的内容の変更があるに過ぎない場合は有効な承諾がされたものとして契約が成立するとの考え方を採用することに反対する。(森・濱田松本法律事務所有志)

- 当事者の私的自治だから協議の結果が最終的に終わった段階で成立と認定すれば良く、現行規定のままでよい。(広大有志)
- 申込み承諾による契約の成立のなかに、練り上げ型の契約も含めるのか否かについての考察が前提になると思われる。そして、「練り上げ型の契約」と「申込みと承諾によって成立する契約」とを区別する必要がある、それぞれ別々の規定を置くのが望ましいと考える立場からすれば、申込みは、契約の重要な内容が明確に確定しているものを指し、それに対する承諾は、その申込みどおりの内容で契約を成立させる意思表示と解することから、ここで検討されているような変更の加えられた承諾の有効性の判断基準を置く必要はないと考える。(「改正を考える」研)
- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。この点、申込みに変更を加えた承諾については、合意による契約内容決定の軽視につながる点で、労働者に影響が及ぶ懸念がある。今後の検討過程で労働者の権利水準を後退させることが確実となる場合、法改正には賛成できない。(連合)
- 軽微な付随的内容の変更があるにすぎない場合は有効な承諾がされたものとして契約が成立するとの考え方に反対である。「軽微な付随的内容」では具体的内容を明らかに出来ておらず、具体的ではない不明確な判断基準を設けても、有益性がなく、むしろ混乱を招くおそれもあるので、規定するべきではない。(三菱電機)
- 中間論点整理において提示された考え方は発想としては理解できるが、実務的に使える適切な基準を提示できるかどうか疑問がある。(大学教員)
- 現行の民法528条に基づく処理の方が、当事者の合意事項の明確化という意味で妥当であり、変更しない方向で検討するべきである。(会社員)
- 申込みに変更を加えた承諾によって契約の成立を認めることは、契約条項に関



する交渉が完了しないうちに契約が成立してしまうことを認めることになり、取引実務に重大な悪影響を与えるおそれがある。よって、申込みに変更を加えた承諾は、たとえ変更が軽微な付随的内容に過ぎないものであっても、申込みの拒絶及び新たな契約の申込みとみなす現行法の実質的規律を維持すべきであり、申込みに変更を加えた承諾によって契約が成立したとみなす考え方を採用することには強く反対する。

もっとも、いわゆる「書式の戦い」に関する問題として、例えばA社とB社が量販品のスポット売買取引を行うにあたり、両社がともに自社の約款を相手方に送付し、どちらの約款を契約の内容とするのか明確な合意がなされないまま、なし崩し的に取引が始まってしまい後日その効力が問題となるという例は国際取引上も散見されるようであるが、このような場合の処理は契約の成否というよりも、いわゆるラスト・ショット・ルール（最後に送付した側の約款が適用されるという考え方）とロック・アウト・ルール（明確な合意がみられない部分の約款は両者共に無効であり、無効とされた部分は任意規定によって補充されるという考え方）の対立という形で問題になることから、むしろ約款の効力という形で規定を設けることを検討すべきである。（弁護士）

- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）
- 変更の定義を明確にすべきと考える。複数回におよぶ変更をどう考えるのか、またそれにより当初は変更とされる内容であったものが、結果的には申し込みの拒絶と新たな申し込みとみなされるべきと考えることが合理的である事象が生じた場合は、どのように考えるべきなのか考慮する必要性がある。（団体職員）

## 第25 懸賞広告

### 1 懸賞広告を知らずに指定行為が行われた場合

懸賞広告（指定行為をした者に一定の報酬を与える旨の広告）を知らずに懸賞広告における指定行為を行った者が報酬請求権を有するかどうかは民法の条文上明らかでないが、学説上はこれを肯定する見解が有力であり、この立場を条文上も明記すべきであるとの考え方がある。これに対し、懸賞広告は報酬によって指定行為を促進することを目的とする制度であり、偶然指定行為を行った者に報酬請求権を与える必要はないとの指摘もあることから、このような指摘にも留意しつつ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第4, 2 [52頁]】

#### 【意見】

- 報酬請求権を有することを明文化することに賛成する。（札幌弁）

- 「懸賞広告は報酬によって指定行為を促進することを目的とする制度」という認識は誤っている。祝祭的な懸賞広告もあり、例えば10万人目の市民にプレゼントというのは、促進というより祝祭や記念を目的とするものである。知らずに指定行為をしたものを排除するかどうかは、結局は懸賞をかけた本人が決めれば良い事であるが、その指定がない場合は、本人の意思の推定としては、排除しないとするのがよい。(会社員)
- 契約の成立という理論的な点からは問題となるが、実際には報酬請求を認め、支払わせるべきであるから、契約の成否とは別に、申込者の義務として「支払わなければならない」と規定してはどうか。(広大有志)
- 懸賞広告を知らずに懸賞広告における指定行為を行った者についても報酬請求権を有するという点でよく、この点を条文上明確にすべきである。報酬の負担者である懸賞広告者からみれば、指定行為が行われたことに変わりはなく、指定行為者の報酬請求権を否定する必要はないからである。(大阪弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 第22において、契約の成立要件は「申込」と「承諾」によるものと詳細に規定するのであれば、「懸賞広告」が契約なのか、単独行為なのか一応議論されるべきであろう。この点、従来から契約説と単独行為説があるが、「契約」とするならば、懸賞広告のあることを知らずに一定の行為をした者に対して、報酬を与える債務を負うかの問題がある。単独行為説によれば、上記の場合でも債務を負担することになる。現在の実務で行われている懸賞広告の殆どのものが、事業者の販売促進ないし、広告の一貫として行われていることに鑑みれば「不特定多数に対する単独行為」と考えるのが妥当ではないか。以上にも留意しながら、国民一般の基本法に規定する条項として相応しいかを検討すべきである。契約説が説得的でないのであれば、次に述べる「約款」とともに、(申込と承諾以外の方法による契約の成立)として規定の配置をするのが好ましい。さらに、懸賞広告と約款からんで、意思実現による契約の成立(526条2項)の理解(解釈)自体を掘り下げる必要がある。(横浜弁)
- 従来この点については、懸賞広告の法的性質が契約と解するか、単独行為と解するかにより異なる点として議論されてきたものであり、この法定性質との関係における検討が必要であると考えられる。懸賞広告を知らずに指定行為をした場合にも報酬請求権を認めると規定するためには、単独行為と解する説が親和性があると思われるが、条文の位置と一般人への分かりやすさからは、懸賞広告を不特定多数の人への申込みと捉え指定した行為をした者が意思実現行為として承諾をしたという、申込みと承諾の枠組みで捉えるという能見委員の提案も十分尊重すべきであり、更に検討すべきである。(日大民研・商研)

- 懸賞広告を知らずに指定行為を行なった者であっても懸賞広告者に対して報酬請求権を有することを明文化することについては反対する。懸賞広告を知らずに指定行為を行うという事態は考えにくく、明文化する必要性について疑問である。(愛知県弁)
- 懸賞広告は、指定行為を促進することを制度趣旨とするものであり、懸賞広告の存在を知らないで偶然に指定行為を行ってしまった者にも懸賞を与えるか否かは懸賞広告者の意思によるべき問題であるから、たとえデフォルト・ルールとしてであっても、広告者の意思に反する結果となるおそれのある規定を設けるべきではない。(東弁)
- 懸賞広告を知らずに指定行為を行った者について報酬請求を認めるかどうかについて、規定を設ける必要性自体疑問である。(広島弁)
- 懸賞広告を知らずに指定行為を行うという事態が現実にはどの程度発生するか不明であり、このような事態に関する明文を設ける必要性があるのか疑問である。今後検討すべきである。(日弁連)
- 理論的には様々な論点が考え得るとしても、ここを精緻に議論する実益はない。(親和会)
- 懸賞広告を知らないまま指定行為をした者が報酬請求権を有するかどうかは、民法の条文上明らかでないが、このようなことまで規定する必要はない。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 懸賞広告は、これによって指定行為を促進することを制度趣旨とするものであり、懸賞広告の存在を知らないで偶然に指定行為を行ってしまった者についても懸賞を与えるか否かは懸賞広告者の意思によるべき問題であるから、例え広告者が特段の意思を表示していない場合のデフォルト・ルールであっても、広告者の意思に反する結果となるおそれのある規定を設けるべきではない。(弁護士)

## 2 懸賞広告の効力・撤回

### (1) 懸賞広告の効力

懸賞広告の効力の存続期間(いつまでに指定行為を行えば報酬請求権を取得することができるか。)は民法の条文上明らかでないことから、これを明らかにするため、懸賞広告をした者が指定行為をする期間を定めた場合には当該期間の経過によって効力を失うものとし、その期間を定めなかった場合には指定行為をするのに相当の期間の経過により効力を失う旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料 11-2 第4, 3(1) [53頁]】

### 【意見】

- 中間論点整理案に提示された考え方に賛成する。(札幌弁)
- 懸賞広告の効力の存続期間について、規定を設けることに賛成する。(愛知県弁)
- 特段異論はない。(横浜弁)
- 懸賞広告の効力期間について規定を置くことに賛成する。(広島弁)
- 懸賞広告の効力の存続期間について、懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めたか否かによって区別し、期間を定めた場合には当該期間の経過により効力を失い、期間を定めなかった場合には指定行為をするのに相当の期間の経過により効力を失うとする規定を設けることに、賛成である。(日弁連)
- 懸賞広告の存続期間については条文上明確化することには賛成する。申込みの規定と対比して、懸賞広告の存続期間が規定されていないというのは、現行民法の欠落であり、期間の定めのない懸賞広告においては、懸賞広告者は、広告を撤回しない限り、いつまでも義務を負い得る状況に置かれることとなりかねず、不都合である。この点については、申込みと同様の規律を条文上明確化することが合理的である。したがって、期間を定めた場合には当該期間、期間を定めなかった場合には指定行為をするのに相当の期間、としてよい。(大阪弁)
- このような規定を設けることに賛成である。(日大民研・商研)
- 「相当な期間」というのは、任意規定としてはあいまいすぎて意味がない。明確に何ヶ月と定めるべきである。(会社員)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 指定行為をする期間を定めた場合には懸賞広告は当該期間の経過によって効力を失うという規定は一般市民にとっても当然のことを定めるものに過ぎず、期間を定めなかった場合の規律は抽象的過ぎて、実務上機能するとは思われないから、特に規定を設ける必要はない。(東弁)
- 相当な期間の経過で効力を失うとしても、1と同様の問題が生じるため、1と同様の取扱いが好ましく、結果としては規定は不要と考える。(広大有志)
- 前者は一般市民にとっても当然のことを定めるものに過ぎず、期間を定めなかった場合の規律は抽象的過ぎて、実務上機能するとは思われない。(弁護士)
- 具体的不都合という立法事実がないまま改正すべきではない。現行法で不足する点を付加する程度として、大部分の論点は検討対象から除外すべきである。(一弁)
- 理論的には様々な論点が考え得るとしても、ここを精緻に議論する実益はな

- い。(親和会)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

## (2) 撤回の可能な時期

懸賞広告をした者が懸賞広告を撤回することができる時期について、指定行為に着手した第三者の期待をより保護する観点から、民法第530条第1項及び第3項の規定を改め、指定行為をすべき期間が定められている場合にはその期間内は撤回することができないものとし、また、第三者が指定行為に着手した場合には撤回することができないものとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、懸賞広告をした者にとって第三者が指定行為に着手したことを知ることは困難であるとの批判があることも考慮しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第4, 3(2) [54頁]】

### 【意見】

- 中間論点整理案に提示された考え方に賛成する。(札幌弁)
- 特段異論はない。(横浜弁)
- 懸賞広告についても、期間の定めがある場合については、申込みと同様の規律を及ぼすべきであり、また、第三者が指定行為に着手していれば、これを完了していなくとも既に報酬に対する正当な期待が発生しているというべきであり、懸賞広告の撤回を認めるべきではない。よって、懸賞広告は、反対の意思表示がない限りは、期間の定めがある場合には期間内は撤回することができないものとし、第三者が指定行為に着手した場合には撤回することができないものとするのでよい。(大阪弁)
- 提案内容の規定を設ける方が、市民の行動指針に有益と考える。(広大有志)
- 懸賞広告の撤回について合理的内容の規定を行うことについては異論はない。その内容については今後検討すべきである。(広島弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 期間の定めがある場合に、その期間内には撤回ができないとする点については賛成であるが、一定の場合(指定行為に当たる発明・発見が海外でされた場合など)には撤回を認めることも更に検討してはどうか。第三者が指定行為に着手した場合にも撤回することができないとすることにより、指定行為に着手した第三者を保護する方向性には賛成であるが、懸賞広告をした者がそれを知るのは困難であるから、要件等を慎重に検討すべきである。(日大民研・商研)
- 懸賞広告者が指定行為をすべき期間を定めた場合、第三者が指定行為に着手

した場合には、撤回できないという規定を設けることについて、今後検討すべきである。(日弁連)

- 第三者が指定行為に着手した場合には撤回できないという規定を設けることについては、慎重な検討を要する。(愛知県弁)
- 現行法の規定でも特に不都合が生じているわけではなく、また懸賞広告をした後、指定行為に当たる発明・発見が海外でされた場合や、懸賞広告者自身の努力によって指定行為がされた場合などには、懸賞広告を撤回する実益があることから、法改正によって懸賞広告の撤回を制限すべきではない。(東弁)
- 懸賞広告をした後、指定行為に当たる発明・発見が海外でされた場合や、懸賞広告者自身の努力によって指定行為がされた場合などには、懸賞広告を撤回する実益があるため、撤回を制限すべきでない。(弁護士)
- 現行法の規定でも特に不都合が生じているわけではなく、また懸賞広告をした後、指定行為に当たる発明・発見が海外でされた場合や、懸賞広告者自身の努力によって指定行為がされた場合などには、懸賞広告を撤回する実益があることから、法改正によって懸賞広告の撤回を制限すべきではない。(弁護士)
- 具体的不都合という立法事実がないまま改正すべきではない。現行法で不足する点を付加する程度として、大部分の論点は検討対象から除外すべきである。(一弁)
- 理論的には様々な論点が考え得るとしても、ここを精緻に議論する実益はない。(親和会)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

### (3) 撤回の方法

懸賞広告の撤回の方法については、民法上、懸賞広告と同一の方法による撤回が不可能な場合に限って他の方法による撤回が許されている(同法第530条第1項・第2項)が、撤回の効果がこれを知った者に対してのみ生ずることを前提に、同一の方法による撤回が可能な場合であっても異なった方法による撤回をすることができるものとすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第4, 3(3) [56頁]】

#### 【意見】

- 特段異論はない。(横浜弁)
- 広告を行った方法と同様の効力が期待できる方法であれば撤回を認めるのが合理的であることから、必ずしも同一の方法ができない場合に限定する必要

- 性は認められない。(札幌弁)
- 撤回の方法によって効果の差が設けられていれば、撤回の方法を制限する合理的理由はない。よって、中間論点整理において提示された考え方に特に異論はない。(東弁)
  - 撤回の方法を、現行法のように、一次的には懸賞広告と同一の方法により、同一の方法によることができない場合には、二次的に他の方法によることができるとする必要はなく、懸賞広告者は撤回の方法を自由に選択できるものとするのでよい。懸賞広告者が、他の方法により撤回してその効力が制限されることのリスクを負担するのか、そのようなリスクを回避するべく懸賞広告と同一の方法によって撤回するのかは、その自由な判断にゆだねるべき問題であり、一方、懸賞広告が撤回されていないと信じて指定行為をした者の保護は、他の方法による撤回の場合について、撤回の効力がそれを知った者に対してしか生じないとする必要十分だからである。(大阪弁)
  - 撤回の効果をそれを知った者に限定するのであれば、懸賞広告と異なる方法による撤回を第2次的なものとする必要はない。(弁護士)
  - 懸賞広告の撤回の方法について合理的内容の規定を行うことについては異論はない。その方法については今後検討すべきである。(広島弁)
  - 特に異論はない(弁護士)
  - 検討することに異論はなかった。(最高裁)
  - 具体的不都合という立法事実がないまま改正すべきではない。現行法で不足する点を付加する程度として、大部分の論点は検討対象から除外すべきである。(一弁)
  - 同一の方法による撤回が可能であるにもかかわらず、異なった方法による撤回を認める必要性について疑問であり、異なった方法による撤回をすることができるという規定を設けることに反対する。(愛知県弁)
  - 原則は、広告と同じ方法を課すべきである。(広大有志)
  - 同一の方法による撤回が可能であるにもかかわらず、これ以外の方法による撤回を認める必要性がどの程度あるか疑問である。今後、検討すべきである。(日弁連)
  - 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
  - 理論的には様々な論点が考え得るとしても、ここを精緻に議論する実益はない。(親和会)

### 3 懸賞広告の報酬を受ける権利

懸賞広告に定めた行為をした者が数人あるときの報酬受領権者の決定方法については、指定行為をした者が数人あるときは最初にした者が報酬を受ける権利を有する等の規定（民法第531条）が設けられているが、同条に対しては、その決定方法を一律に法定するのではなく懸賞広告をした者の意思に委ねれば足りるなどの指摘もある。このような指摘を踏まえ、同条をなお存置するかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、優等懸賞広告における優等者の判定方法（民法第532条）に関して、広告中では判定者ではなく判定方法を定めるものとする等の見直しをするかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料11-2第4, 4 [57頁]】

#### 【意見】

- 前段について、決定方法が指定されない懸賞広告がなされること自体想定されないことから、わざわざこれを法で規定しておく必要性は乏しいと思われ、民法第531条を削除すべきである。

後段について、判定者を定めるよりも判定方法を定める方が合理的であると思われることから、判定方法を定めるとの考え方に賛成する。（札幌弁）

- 特段異論はない。（横浜弁）
- 専ら懸賞広告者の意思に委ねることを前提に、民法531条を削除することには反対である。指定行為をした者が数人いるときに、だれが報酬請求権を有するかについて、懸賞広告者の意思が明確でない場合にどうするかということで紛争が生ずることがあり得るのであり、任意規定といえども、安易に規定を削除すべきではない。

優等懸賞広告における優等者の判定方法については、広告中に判定者を定めることでよい。優等者の判定において、具体的に判定方法を定めることは困難を伴うことが想定され、仮に判定方法についての異議を認めるとすると、法律関係を不安定にし、紛争を誘発するおそれもある。一方で、判定方法についての異議を認めないとすると、結局は判定者の裁量に委ねられるに等しく、判定者を定める場合と実質的に異ならない。懸賞広告に関しては、報酬を負担する懸賞広告者が、優等者の判定を行う判定者を自由に定め、あるいは自ら優等者を判定するという制度を維持することも、一つの合理的な選択肢であると考えられる。（大阪弁）

- 民法第531条の規定は、指定行為をした者が数人いるときに誰が報酬を受ける権利を有するかについて、広告者の意思が明確でない場合のデフォルト・ルー



ルを定めるものであり、少なくとも削除する必要はない。

判定者の氏名をあらかじめ広告中で明らかにすると選定方法の公正が害されるおそれがあることから、優等の判定方法については、広告中に定めた者が判定するとするよりも、広告中に定めた方法によって決定するものとした方が妥当である。(東弁・弁護士)

- 現行民法第531条は第3項で「広告中にこれと異なる意思を表示したときは、適用しない」としているため、懸賞広告をした者が判定方法を定めることは可能である一方、広告者の意思が不明確である場合には第1項により判定が可能であるので、同条を存置する方向で、更に検討すべきである。

また、優等懸賞広告については、現にある広告では「該当者なし」として優等者を決定しない場合もあり、これも是認されていると考えられるが、紛争を防止する観点からはこれに関する規定を設けることも検討してはどうかと考える。

(日大民研・商研)

- 指定行為をした者が数名あるときの報酬受領権者に関しては懸賞広告の中で明記されることが多いであろうが、明記されない場合が想定できなくもなく、任意規定を設けておく必要性がないとは言えない。懸賞広告の判定方法についても、任意規定不要とまで言い切れるかは疑問である。今後、検討すべきである。(日弁連)
- 指定行為をした者が数人あるときの報酬受領権、優等懸賞の判定方法について今後検討する必要がある。(広島弁)
- ニーズがあるのであれば、見直しすること自体に特に反対する理由はない。(愛知県弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 私的自治の問題であるから規定は不要と考える。(広大有志)
- 理論的には様々な論点が考え得るとしても、ここを精緻に議論する実益はない。(親和会)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

## 第26 第三者のためにする契約

### 【意見】

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- 第三者のためにする契約は、実務上は殆ど目にするものない契約形態であり、理論的には様々な類型が考え得るとしても、ここを精緻に議論する実益はないものと思われる。(親和会)

- 第三者のためにする契約において、要約者から諾約者に対して履行請求が出来るかどうかについては、二重訴訟の問題、要約者、諾約者間の実体判決の既判力・執行力の範囲等について混乱が生じるおそれがある。したがって、民事訴訟法における既判力・執行力の範囲等の規定を整備すべきである。(弁護士、弁護士)

### 1 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等（民法第537条）

民法第537条第2項は、受益者（第三者）の権利は、受益者が契約の利益を享受する意思（受益の意思）を表示したときに発生すると規定している。これに対し、第三者のためにする契約の内容によっては、受益の意思の表示がなくても受益者の権利を発生させることが適当な場合があるとして、受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を必要とすべきか否か等の観点から、第三者のためにする契約の類型化を図り、その類型ごとに規定を明確にすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、受益の意思の表示を要せずに債権を取得することが受益者にとって不当な場合もあることを指摘する意見があることなどに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6, 2 [58頁]】

#### 【意見】

- 第三者のための契約は、類型毎に異なる性質を有するので、個別類型的に要件化する必要性はある。しかし、受益の意思表示については、受益者の意思の尊重という立法趣旨に鑑み、受益者に権利放棄するか否かの判断を委ねるべきであるから、受益の意思表示自体を不要とすべきである。(弁護士、弁護士)
- 受益の意思表示を不要とする類型を創設することに賛成。第三者のためにする契約において、明確な受益の意思表示がない（できない）場合も多いと考えられる（成年後見人就任前の被成年後見人）、また、債権を取得するだけであれば、受益者にとって基本的には不利益はないから、後で放棄ができれば十分である。(堂島有志)
- 第三者のためにする契約の類型化を図り、その類型ごとに規定を明確化することについては、賛成である。第三者のためにする契約に該当するか否かは、民法に概括的な規定があるのみで、判例・学説・慣習に委ねられる余地が大きかったところ、これまでの議論の集大成として、具体的な類型化を試みることは、分かりやすい民法の実現に資する。債権取得型の第三者のためにする契約類型において、受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を必要としないと定める点については、賛成する。債権取得型の第三者のためにする契約の典型例である保険契約において、受益者の意思表示を必要としない旨の立法がなされている（保険

法8条、簡易生命保険法31条等)。新生児のための診療契約等、契約の効力を認めるべき合理的必要性がある場合にもかかわらず、受益者の(黙示の)意思表示が認定しづらい場合であっても、契約の効力を容易に認めることができる。(横浜弁)

- 受益の意思表示が不要とすべきか否か等の観点から、第三者のためにする契約の類型化を図り、その類型ごとに規定を明確にすべきであるとの考え方に賛成するが、類型の内容は慎重に検討すべきである。契約類型として、①債権取得型、②負担付債権取得型、③契約成立型、④債務免除型、⑤条項援用型が考えられるが、少なくとも、③契約成立型については、諾約者・受益者間で契約を実際に締結することが本則であり、一般に第三者のためにする契約を認めることは疑問である(愛知県弁)
- 単に権利を取得するだけの場合の第三者のためにする契約と契約関係が成立する場合のそれとは、当事者の態様が異なることから、第三者のためにする契約について、具体的な事例を類型化したうえで、類型ごとに規定を置く必要がある。類型化する考え方として、①債権取得型、②負担付債権取得型、③契約成立型、④債務免除型、⑤条項援用型がある受益者が何らの負担なく債権を取得する①のような場合には、受益者が望まない債権を取得することも考慮して、受益者が単に権利を取得する場合であっても、受益の意思表示が必要であると構成すべきである。(日司連)
- 検討されている類型化された第三者のためにする契約のうち、「債権取得型」においても、受益者による受益の意思表示が必要であることを原則として定め、要約者及び諾約者の契約(合意)によって、受益の意思表示がなくても受益者に債権を取得させることができる、とする方が望ましいと考える。また、「債権の取得を望まない受益者は、諾約者に対する意思表示により、これを放棄することができる」とする部分は、受益の意思表示を行使することができる期間を要約者及び諾約者間の契約(合意)によって定めることによって、代替することができると思われるため、必ずしも唯一の新設規定案ではない、と考える。(弁護士)
- 保険法や信託法などにおいて、保険金受取人や受益者は受益の意思表示なく当然に権利を取得すると規定されていることなどのバランスを考慮する必要がある。また、第三者のためにする契約を、ある程度類型化し、例えば、①受益者に諾約者に対する債権を取得させるもの(債権取得型)、②受益者に諾約者に対する債権を取得させる場合において、受益者に付随的な負担が伴うもの(負担付債権取得型)、③受益者が、諾約者から財産権の移転又は役務の提供を受ける債権を取得するのに対し、反対給付の債務を負う契約を成立したものと扱うもの(契約成立型)、④受益者の諾約者に対する債務を免除させるもの(債務免除型)、⑤

要約者と諾約者の間で合意された受益者の諾約者に対する責任の制限や免除に関する条項を受益者が援用できるようにするもの（条項援用型）などに分類して検討することも必要である。（「改正を考える」研，日大民研・商研）

- 特に意見はない。（金沢弁消費者委）
- 第三者のためにする契約の類型化を図り，その類型ごとに規定を明確化すべきであるとの考え方については反対しないが，実際のニーズ以上に細分化させすぎて，複雑すぎる内容にならないように留意して検討すべきである。債権取得型において，受益者の権利発生のため，受益者の意思表示を必要とすべきか否かについては，受益者の意思表示を不要とすることによる不都合性がないかについて充分に検討すべきである。（大阪弁）
- 受益の意思表示なく受益者の権利を発生させるとした場合，債権取得型であっても，①債権の維持・管理に費用がかかる，②債権取得時期が不明確になることから時効管理・会計処理等に困難が生じる，③課税上の負担（贈与税）が発生する，④債権放棄に要する労力・コストが多である，等の受益者に発生しうる不利益を考慮の上，慎重に検討頂きたい。（貿易会）
- 第三者のためにする契約の類型化を図るにあたっては，特別法との関連に留意すべきである。保険法第8条は，民法第537条第2項の特則を規定している。また，保険法第27条では第三者のための保険契約であっても，契約者が契約解除するに当たり被保険者の同意を要するものとは定められておらず，実務もこれに従っている。よって，契約の類型化を検討するにあたっては，特別法との関係にも留意していただくよう要望する。（損保協会）
- 第三者のためにする契約とは，要約者と諾約者との間で，受益者に対して，権利・利益（債務免除，責任の限定・免除を含む）を付与する合意をいう旨明文化すべきである。第三者のためにする契約は，受益者に権利を取得させるだけでなく，債務の免除，責任の限定等のように，権利・利益を取得させる場合を含む。これ以外にも第三者のためにする契約の類型が存在しうることは理解できるが，明文化までは不要であろう。受益の意思表示は必要とすべきである。受益者は自らの意向を無視した権利・利益を取得することを拒絶できるはずであり，受益の意思表示を不要とすることはできない。（福岡弁）
- 受益の意思の表示を要しないで契約の成立を認める制度設計が望ましいとする需要が定かでない。判例（新生児の事案）は，例外的な事態であるうえに，他の法的説明が可能な事案であって，制度設計の適否を論ずるうえで一般的なメリットとして取り上げるに値しないものである。どのような人がどのような論拠から提案しているのかがよく分かるように情報提供をしていただけるよう期待する。（兵庫県弁）

- 権利取得型の第三者のためにする契約について、受益者の受益の意思表示を不要とする考え方に対して両論の指摘がある。一つは、反社会的勢力に対する権利のようなものを受益の意思表示なく取得するのは適切ではないという指摘である。もう一方で、すでに発行済みの社債に対して、事後的に保証をつける場合等、受益の意思表示を不要とする方が便利な場合もあるという指摘もある（全銀協）
- 反対する。現行法を維持すべきである。（札幌弁）
- 受益の意思の表示が不要とすべきか否か等の観点から、第三者のためにする契約の類型化を図り、その類型ごとに規定を明確にすべきであるとの考え方には、反対意見が強い。（仙台弁）
- 不要である。現行法で特段の不都合はない。類型化については、そもそも多様な事例を類型化することが可能か疑問であるし、類型ごとに区別して規定を設けるのは煩雑である。（広島弁）
- 受益の意思の表示を不要とすべきか否か等の観点から、第三者のためにする契約の類型化を図り、その類型ごとに規定を明確にすべきであるとの考え方には、反対意見が強い。契約の類型ごとに規定を明確化する必要性は乏しいうえに、具体的事案においては、負担のない債権取得型に該当するか、負担付債権取得型に該当するかなど、どの類型に該当するか判断に迷う場合もあると想定される。また、負担のない債権取得型であっても税金の負担など受益者にとって負担となる場合があり、受益の意思の表示なしに効果発生を認めるのは必ずしも適切ではないと思われる。そのため、受益者の権利発生のために受益の意思表示は必要とすべきとする現行法を維持する方向で検討すべきである。（日弁連）
- 第三者のためにする契約の類型化を図り、受益の意思の表示を不要とするなど各類型毎に取り扱いを異にする必要性はなく、基本的には現行法を維持すべきである。そもそも第三者のためにする契約の類型を条文上明確化しても、典型的な形態が例示されるに過ぎず、必ずしも第三者のためにする契約に該当するかどうか明確に判別できるわけではない。むしろ、負担のない債権取得型に該当するか、負担付債権取得型に該当するかなど、どの類型に該当するか判断に迷う場合があることも想定される。また、負担のない債権取得型であっても税金の負担など受益者にとって負担となる場合があるのであって、受益者の受益の意思の表示がまったくないにもかかわらず当然にその権利が発生するというのは行き過ぎであると思料される。（東弁）
- 受益者に諾約者に対する債権を取得させる類型（「債権取得型」）を創設し、これについては受益の意思表示がなくても受益者の権利を発生させるとすることには反対である。また、第三者のためにする契約の類型化を図ることについては、そのような必要性があるかの立法事実を鑑み、慎重に検討すべきである。「債権

取得型」については、私的自治の例外である以上、たとえ債権取得のみであっても、その取得は、第三者（受益者）の意思に委ねられることを原則とすべきであり、要約者・諾約者間の契約により当然第三者の債権取得がなされるのを原則とするという規定にすべきではない。なお、債権を当然取得することのメリットとして、黙示の意思表示が問題となるケース（出産に関する医療において胎児に対する医師の義務を導く法律構成など）では、積極的に承認せずとも受益者が債権を取得することの実益があるという意見もあろうが、この点については、従前黙示の承認を解釈すること等により問題の解決は図られてきたところであり、また、そもそも第三者のためにする契約によるのではなく固有の法理を生成することによる救済も検討されるべきであり、当該一事をもって、原則と例外を変えるべき積極的理由にはならないと思われる。一方、例えば反社会的勢力が関係する債権を押しつける等、悪用の可能性も生じ得るのではないかとの不安も払拭できない。また、第三者のためにする契約を5つの類型に分類するといった考えがあるようであるが、果たしてそのような必要性があるのか、かえって民法が膨大となりわかりやすい民法に反する結果になるのではないのか等の観点から、慎重に検討すべきである。（二弁）

- 受益の意思表示は必要。受益者が何らの負担なく権利を取得する場合だからといって、本人の意思と無関係に債権を帰属させることは、私的自治との関係で問題である。医療契約に関する事例は、胎児と医療機関の間の契約という構成によらなければいけないのか、よるべきなのかについての検討をむしろ必要とする。（大学教員）
- あくまで受益者の利害に関係する契約なのであるから、受益者の意思を契約の成否にかからしめるのが当然であり、受益者の意思を不要とする合理的な理由が乏しいことから、現行法のままとする方向で検討されるべきである。（会社員）
- 受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を不要とする第三者のためにする契約の類型を創設することについては、反社会的勢力が関係する債権等を押し付けられることになりかねないことや、受益者が債権を取得したことに気付かずに納税の機会を逸してしまうおそれがあることなどから、反対する。契約の類型ごとに規定を明確化する必要性は乏しいうえに、具体的事案においては、負担のない債権取得型に該当するか、負担付債権取得型に該当するかなど、どの類型に該当するか判断に迷う場合もあると想定される。（弁護士）
- 第三者のためにする契約において、受益の意思表示を不要とする類型を設けると、例えば、反社会的勢力が関係する場合であっても、受益者の関与なく法律関係が生じてしまう。このような事態を回避する観点からも、受益の意思表示を不要とする類型の創設については反対であり、慎重に検討を進めて頂きたい。（消

費者金融協)

- 第三者のためにする契約において、受益の意思表示を不要とする類型を設けることについては賛成できない。このような類型を設けた場合、反社会的勢力が関係する場合であっても、受益者の関与なく法律関係が生じてしまうなどの不都合が生じてしまうためである。(貸金業協)
- (社債の保証のための保証引受契約のような例外的な場合を除き,) 受益者の権利の発生のために受益の意思表示を不要とする類型の創設は不要と考える。確かに、受益の意思表示なしに権利を発生させても問題がない場合はあり得るが、そのような場合に意思表示を求めたとしても、特段の不都合はない。むしろ、諾約者が履行をしてしまった後で受益者が権利放棄をした場合の調整のほうが問題が大きいに思われる。誰かと権利義務関係に入る前に相手方の属性をチェックすることは、今や多くの事業者にとって当然のこととなっているから、この点も問題が大きい。なお、不動産の流動化・証券化案件においても、第三者のためにする契約が使われることがある。この場合、特段書面による受益の意思表示がなされるわけではないが、明示又は黙示に、受益の意思表示をしていると考えられる。なお、信託の場合と同列に論じるべきではない。第三者のためにする契約では、諾約者と要約者との間に信託におけるような特別な信頼関係があるわけではない。(長島・大野・常松有志)
- 受益の意思表示を不要とする類型を創設する必要性について疑問を呈する意見があったほか、提案されているタイプのどれに該当するのか判然としない事案が生ずる場合があり得ることを考えると、類型化は、新たな類型に対応できなくなったり混乱を生じさせたりするおそれがないかと危惧する意見があった。(最高裁)
- 受益の意思表示を不要とすべき場合の処理については、民法第537条を以下のような規定に改めれば足り、類型化を図る必要は無い。(弁護士)
- 第三者のためにする契約において、受益者が単に権利を取得する場合であっても、受益の意思表示が必要であるとする方向で検討すべきである。受益者が何らの負担なく債権を取得する債権取得型のような場合には、受益者が望まない債権を取得することも考慮して、受益者が単に権利を取得する場合であっても、受益の意思表示が必要であると構成すべきである。(東京青司協)
- そもそも、第三者のためにする契約は市民には解り難く、単に契約当事者以外の者に権利を帰属させることができると規定すべきであり、その際に受益の意思表示の必要性を検討すべきである。(広大有志)

## 2 受益者の権利の確定

民法第538条は、受益者の受益の意思の表示があつて初めて受益者（第三者）の権利が発生するという前提の下で、「第三者の権利が発生した後は、当事者は、これを変更し、又は消滅させることができない」と規定しているが、仮に受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を不要とする類型を設ける場合（前記1参照）には、この規定に関し、例えば、受益者が取得する権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはやその変更や撤回を認めるべきでないなどの観点から所要の修正をするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6, 2（関連論点）[63頁]】

### 【意見】

- 受益者が取得する権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはやその変更や撤回を認めるべきでないと修正すること賛成する。（大阪弁）
- 基本的に賛成である。（「改正を考える」研，日大民研・商研）
- 敢えて第三者のために契約する以上、権利が確定して以降は、任意の撤回は認めない方向で規定すべきである。（広大有志）
- 民法第538条の適用範囲は第三者の権利が発生する場合に制限すべきである。受益の意思表示をすることなく受益者の権利が発生することを認める以上、契約当事者による受益者の権利の変更・撤回を認めるのは論理矛盾であり、所要の修正を行う必要はある。（個人）
- 受益者が取得する権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはやその変更や撤回ができない、とする規定を設けることに賛成。受益者が得られる権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはや変更・撤回を認めないという趣旨に基づくもので、現行民法の解釈を維持するものである。いずれも任意規定であり、契約で要約者もしくは諾約者の変更権等を留保することは可能であるから、要約者もしくは諾約者の利益を不当に制限することにもならない。（堂島有志）
- 受益者が取得する権利・利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはやその変更や撤回を認めるべきではない旨明文化すべきである。（福岡弁）
- 受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を不要とする類型を設ける場合、受益者が取得する権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはやその変更や撤回を認めるべきでないなどの観点から所要の修正をすべきである。債権取得型において受益の意思表示を不要とした上で、受益者の権利の確定を受益の意思表示にかからしめるというのでは、論理矛盾とも思われるところであるが、受益の意思表示を不要とするのは権利の取得に対してであり、受益の意



意思表示が必要となるのはその権利の確定（不可撤回効）の場面であるから、場面を異にする以上矛盾とまでは云えないと考える。（横浜弁）

- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 当事者間の権利関係をいたずらに不安定化させないために権利確定の必要がある。そこで、受益の意思表示を全面不要とすることを前提として、受益者の放棄権が消滅したときに権利を確定させるのが妥当である。（弁護士，弁護士）
- 類型論を前提とすれば賛成であるが、受益者の正当な期待を保護するための要件について慎重に検討すべきである。（愛知県弁）
- 「受益の意思の表示を不要とする類型を設ける場合」という前提について、反対意見が強い。仮に「受益の意思の表示を不要とする類型」を前提とするときは、受益者の正当な期待を保護するための規定を設けることに賛成であるが、その要件について慎重に検討すべきである。（仙台弁）
- 受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を不要とする類型を設けることには反対であり、民法第538条を修正する規定を設けることには反対である。（二弁）
- 反対する。（札幌弁）
- 修正の必要はない。現行法で特段の不都合はない。（広島弁）
- 受益者の受益の意思表示を不要とすること自体が不当であり、この議論は不要である。（会社員）
- 「受益の意思の表示を不要とする類型を設ける場合」という前提について、上記1のとおり反対する。なお、仮に「受益の意思の表示を不要とする類型」を前提とするときは、受益者の正当な期待を保護するための規定を設けることに賛成であるが、その要件について慎重に検討すべきである。（弁護士）
- 受益者の権利の発生のためには、受益の意思表示が必要であるとすべきであるので、本論点については意見を留保する。（東京青司協）
- 「受益の意思の表示を不要とする類型を設ける場合」という前提について、反対意見が強い。（日弁連）
- 第三者のためにする契約の類型化を明文上図る必要はないため、受益者の権利が発生した前後で変更や撤回の可否について異なる取扱にすればよい。負担のない債権取得型か負担付債権取得型かで、変更や撤回の可否の時期が異なるとすれば、法律関係が不安定になりかねない。（東弁）

### 3 受益者の現存性・特定性

第三者のためにする契約の締結時において、受益者が現存することや特定されていることが必要かどうかに関し、判例は、受益者が現存する必要も特定されている
---

必要もないとしていることから、これを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6, 3 [64頁]】

【意見】

- 第三者のためにする契約の締結時において、受益者が現存している必要も特定されている必要もないとの規定を設けることについては賛成する。(大阪弁, 大学教員, 仙台弁, 愛知県弁, 福岡弁, 日弁連)
- 受益者の現存や特定は締結時には必要ないことを条文上も明らかにする考え方については、賛成である。判例を明文化することは、国民に分かりやすい民法に資する。(弁護士, 横浜弁, 東京青司協, 札幌弁, 東弁)
- 第三者のためにする契約には多様なものがあるから、規定が整備・明確化されることは望ましい。「改正を考える」研, 日大民研・商研)
- 第三者のためにする契約を締結する時点において、受益者が存在していることや特定されることは必要ないことを明文化すべきである。判例も認めるところであり、条文上明らかにしておくことが望ましい。消費者紛争などの受益者が特定していない類型で第三者のためにする契約を締結する必要性も認められる。(堂島有志)
- 第三者のためにする契約の締結時においては受益者の現存性または特定性は必要ではないことを、条文上も明らかにする方向で検討すべきである。なお、受益者が不存在または不特定であることが確定した場合には、受益者が受益の意思表示をしない場合または受益を放棄した場合と同様に考えるべきである。(日司連)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁, 二弁)
- 受益の意思表示を不要とする場合、契約締結時に即時に契約の効果が受益者に帰属することとなるが、このときに受益者が現存又は特定されていない場合に、明確なルールが必要となる。したがって、契約の効果発生 of 基準時を明示する規定を設けることが望ましい。(弁護士, 弁護士)
- 将来生まれてくる子に受益させるなどは通常は可能であると考えられるであろうから、特に明文化する必要性を感じない。(広大有志)
- 明文化の必要はない。契約の締結時に受益者の現存や特定が不要としても、受益の意思表示や権利行使をする際には必要であり、そのような事項について細かい規定を設ける必要性は認められない。(弁護士)
- 明文化の必要性はない。現行法で特段の不都合はない。問題となる事例は実務上それほど多くないと思われる。あらゆる判例法理を明文化する必要はない。判

例法理の存在で十分である。(広島弁)

## 4 要約者の地位

### (1) 諾約者に対する履行請求

第三者のためにする契約において、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することができることについては、条文上は明らかでないが、学説上は一般に肯定されている。そこで、このことを条文上も明記するかどうかについて、要約者による履行請求訴訟と受益者による履行請求訴訟との関係等を整理する必要を指摘する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6, 4(1) [65頁]】

#### 【意見】

- 要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することを認める規定を設けることについて賛成するが、当該規定を設けた場合には、民事訴訟法において、実体判決の既判力・執行力の範囲等について、規定することが必要である。(大阪弁)
- 賛成である。要約者による履行請求権と諾約者による履行請求権は内容を異にするものであり、何ら矛盾しない。(大学教員)
- 学説上一般に認められている内容であり、これを明文化することは国民に分かりやすい民法に資する。ただし、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求する訴訟をした場合については、二重起訴の問題や、判決の既判力・執行力の範囲等が不明確であると混乱を生じるおそれがあるから、民事訴訟法・民事執行法等の関連規定を整備する必要がある。(仙台弁)
- 要約者に諾約者に対する履行請求を認めなければ、社会生活上不都合が生じるおそれがあるため、これを法定する要請はあるが、受益者の放棄権に不当に干渉することは避けるべきである。(弁護士、弁護士)
- 諾約者の履行を確保するには、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することができることを条文上も明記する必要がある。そのためには、要約者による履行請求訴訟の既判力の及ぶ範囲やその執行方法、受益者による履行請求訴訟との関係などについても整理して置くことが求められる。「改正を考える」研，日大民研・商研)
- 第三者のためにする契約において、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することができる旨を条文上明記することに賛成。但し、二重訴訟の問題、実体判決の既判力・執行力の範囲等について、別途規定が必要。第三者のためにする契約が受益者に対する贈与の趣旨で行われたときのように、要約者

からの履行請求を肯定しなければ第三者のためにする契約の趣旨を貫徹できない場合がある。(堂島有志)

- 要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することができることにつき、明文規定を設けるべきである。ただし、二重訴訟や判決相互の既判力の問題から、受益者固有の履行請求権との関係を明らかにする立法的な手当が必要である。債権者代位訴訟等を参考にした立法的手当が同時に必要である。(横浜弁)
- 要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することを条文上も明記する考え方に賛成する。(愛知県弁)
- 要約者は諾約者に対して受益者への履行を請求することができるとして規定する方向で検討すべきである。要約者は諾約者に対して契約成立時から第三者に対して債務履行を請求する権利を有するとする判例(大判大正3年4月22日民録20輯313頁)があり、とくに有力な反対説もないので、確立している判例法理として条文に規定する方向で検討すべきである。(東京青司協)
- 条文上明記することについて賛成する。分かりやすい民法に資する。(札幌弁)
- 要約者は、諾約者に対して受益者への履行を請求することができる旨を規定する方向で検討すべきである。判例において、要約者は諾約者に対して契約成立時から第三者に対して債務履行を請求する権利を有するとしており(大判大正3年4月22日民録20輯313頁)、これに対して特に反対する見解も見られない。(日司連)
- 要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することを条文上も明記する考え方については、賛成意見が強い。ただし、その場合には、二重起訴の問題、要約者・諾約者間の実体判決の既判力・執行力の範囲等について混乱を生じるおそれがあるため、民事訴訟法等の改正を検討する必要がある。(日弁連)
- 受益者は諾約者に対して、第三者のためにする契約に定められた履行を求めることができる旨明文の規定を設けるべきである。要約者の諾約者に対する履行請求権については明文化すべきではない。(福岡弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁, 二弁)
- 要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することができることを条文上も明記するためには、要約者による履行請求訴訟の既判力の及ぶ範囲やその執行方法、受益者による履行請求訴訟との関係等について整理しておく必要がある。(弁護士)
- 契約内容から当然に履行請求権はあると考えられることから、条文化の必要性を感じない。(広大有志)

- 反対する。第三者のためにする契約により第三者が受ける権利又は利益は、その第三者固有のものであり、放棄することもできるのであるから、要約者による直接請求を認めることは妥当でない。また、仮にこれを認める場合、そのための訴訟や強制執行についても特別の規律が必要となり、実務上混乱を生じさせるおそれがある。(弁護士)
- 明記の必要性はない。現行法で特段の不都合はない。明記するには効果や手続についても整備する必要があるが、実務上そこまでの要請があるとも思われない。(広島弁)
- 要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することを認める規定を設けることは反対。要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求する訴訟をした場合、判決の既判力がどうなるのか、執行がどのように行われるのか不明確である。民法においては、受益の意思の表示により、受益者に権利が発生することを認めれば足り、履行請求については、受益者についてのみ認めれば足りる。なお、要約者から諾約者に対して受益者への履行を請求することを明文で認める場合には、判決の既判力、民事執行がどのようになるのか、民事訴訟法・民事執行法上で規定される必要がある。(東弁)

## (2) 解除権の行使

第三者のためにする契約において、諾約者がその債務を履行しない場合に、要約者が当該第三者のためにする契約を解除することができるかどうかに関し、受益者の意思を尊重する観点から、要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができることを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6, 4(2) [66頁]】

### 【意見】

- 要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができることを条文上明記することに賛成する。(大阪弁, 大学教員, 会社員, 広大有志, 福岡弁, 札幌弁)
- 契約の有効性に関する主導権は受益者に認めるべきであるが、これを妨げない範囲で要約者による解除を認めることは、要約者に過大な負担を与えないために必要である。したがって、受益者の権利を侵害しない程度で賛成する。(弁護士, 弁護士)
- 要約者は、受益者の承諾を得て、第三者のためにする契約を解除できることを条文上も明記する考え方については、賛成する意見が強い。契約解除の要件

を充たしていても、受益者の承諾がなければ要約者は解除できないとすることは、重要な利害関係を有する受益者の意思を尊重するものであり、適切な内容である。(仙台弁)

- 要約者は、受益者の承諾を得て、第三者のためにする契約を解除できることを条文上も明記する考え方に、賛成する。契約解除の要件を充たしていても、受益者の承諾がなければ要約者は解除できないとすることは、重要な利害関係を有する受益者の意思を尊重するものであり、適切な内容である。(弁護士)
- 第三者のためにする契約の類型にもよるが、規定が整備・明確化されることは望ましい。「改正を考える」研，日大民研・商研)
- 第三者のためにする契約において、諾役者がその債務を履行しない場合に、要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができる、とする方針に賛成。要約者において解除する必要性が生じる場面が認められる。しかし、受益者は諾約者に対して履行請求権を有しており、無断でこれを奪うことは妥当ではないから、受益者の承諾を得ることが必要というべきである。(堂島有志)
- 要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができることを条文上も明記すべきである。受益者が権利を取得している以上、受益者の意思に関わらず契約を解除できるとすることは、受益者の正当な期待を害するから、受益者の承諾を要するとすべきである。(横浜弁)
- 要約者が、受益者の承諾を得て、第三者のためにする契約を解除できることを条文上も明記する考え方に賛成する。要約者は契約の当事者であるが、受益者の承諾を条件として、解除権を認めるのが妥当である。(愛知県弁)
- 要約者は、受益者による受益の意思表示後においては受益者の承諾を得なければ、契約を解除することができないと条文に規定する方向で検討すべきである。要約者による第三者のためにする契約の解除権の行使について、受益の意思表示により受益者は諾約者に対して債権を取得し、これにより受益者は契約当事者に準ずる地位を得たとも解することができるので、債権を取得した受益者の権利を要約者の解除権の行使により一方的に奪うことは相当でないことから、受益の意思表示がなされた後においては、要約者が第三者のためにする契約における解除権を行使するためには、受益者の承諾を要すると規定すべきである。(東京青司協)
- 要約者は、受益の意思表示後においては受益者の承諾を得て、第三者のためにする契約を解除することができる旨を規定する方向で検討すべきである。受益の意思表示により受益者は諾約者に対して債権を取得し、これにより受益者は契約当事者に準ずる地位を得るとも解されることから、債権を取得した受益

者の権利を要約者の解除権の行使により一方的に奪うことは相当でない。不動産取引において、契約成立型の第三者のためにする契約が利用される場面も考えられるが、このような場合に受益者から受益の意思表示が示された後には、受益者と諾約者との間に不動産売買契約が成立すると解されるから、受益者の承諾なくして契約解除をなしうるとすると、受益者だけでなく諾約者についても不測の損害を被る可能性がある。このような場面も考慮し、要約者の解除権については、一定の制限が設けられるべきである。(日司連)

- 要約者は、受益者の承諾を得て、第三者のためにする契約を解除できることを条文上も明記する考え方については、賛成する意見が強い。契約解除の要件を充たしていても、受益者の承諾がなければ要約者は解除できないとすることは、重要な利害関係を有する受益者の意思を尊重するものであり、適切な内容である。(日弁連)
- 賛成。契約解除の要件と受益者の承諾があれば、要約者が契約を解除することができるとすることについて何ら問題はない。(東弁)
- 検討することに異論はない。(最高裁，二弁，弁護士)
- 改定の必要はない。民法538条で定められているとおりと考える。(個人)
- 明記の必要性はない。現行法で特段の不都合はない。(広島弁)

## 第27 約款（定義及び組入要件）

### 1 約款の組入要件に関する規定の要否

現代社会においては、鉄道・バス・航空機等の運送約款、各種の保険約款、銀行取引約款等など、様々な分野でいわゆる約款（その意義は2参照）が利用されており、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として重要な意義を有しているが、個別の業法等に約款に関する規定が設けられていることはあるものの、民法にはこれに関する特別な規定はない。約款については、約款使用者（約款をあらかじめ準備してこれを契約内容にしようとする方の当事者）の相手方はその内容を了知して合意しているわけではないから、約款が契約内容になっているかどうか不明確であるなどの指摘がある。そこで、約款を利用した取引の安定性を確保するなどの観点から、約款を契約内容とするための要件（以下「組入要件」という。）に関する規定を民法に設ける必要があるかどうかについて、約款を使用する取引の実態や、約款に関する規定を有する業法、労働契約法その他の法令との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第5, 1 [60頁]】

## 【意見】

- 現代取引において、約款の必要性は否定できないところであるが、契約当事者の一方が作成する約款が、何故相手方を拘束することになるのか(拘束力の根拠)、また、どのような場合に契約当事者を拘束するのか(拘束力の認められる要件)が不明確であることは否定できない。約款取引の重要性に鑑み、その拘束力の根拠を明確にし、その契約への組入れ要件に明示することは不可欠である。

就業規則については、労働契約法7条の定めがあり、内容の合理性および周知手続きという要件が定められていること、労働契約法は民法の特別法であり、民法が任意規定を中心とするのに対し労働契約法は強行規定が多いことからして、労働契約法による規制に任せることが適切であると考え。よって、労働契約については民法の約款規制から適用除外とする旨明記すべきである(それ故、民法の約款規制の検討において、もし労働契約法の解釈に影響を与えるような方向での検討をするのであれば、その検討の方向性については反対する。)

事業者の義務として、契約条項の明瞭化・平易化を明示すべきであり、「事業者は、消費者契約の条項を定めるにあたっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容について消費者にとって明確かつ平易な表現を用いなければならない」とする規定を設けるべきである。(大阪弁)

- 約款の組入要件については判例もあり、約款に基づく取引を安定的なものにするためには、組入要件について明文の規定を置く必要があるから、組入要件について民法に規定を設ける方向で検討すべきである。(東弁)
- 約款は契約内容としての合意が希薄であることから、これを組み入れるための要件を明確に規定する必要があると思われるため、約款の組入要件に関する規定を民法に設けることに賛成する。(札幌弁)
- 約款が契約内容となっていることを明確にするために、約款に関する規定を民法に設けることについては、基本的に賛成である。ただし、約款の定義や、組入要件の内容について、関係者の意見は様々であり、社会的に納得が得られる定義等を規定することは必ずしも容易ではないこと、また、約款を使用する取引には多種多様なものがあり、現実の取引における約款使用のメリットを減殺することなく、全ての取引をカバーする定義等を規定するには、相当な困難があると考えられる。したがって、規定を設けるにあたっては、現実を直視し、関係者の意見にも十分配慮した慎重な検討を行うべきと考える。

なお、約款に関する規定を有する業法(保険業法)や労働契約法などによって規律される定型的・定式的な契約類型については、それぞれの業法上の他の規制や契約のタイプの観点から、民法上の約款の組入要件の規定の対象とすべきか慎重に検討すべきであろう。(二弁)



- 約款に関する規定を設けることで、取引関係が明確になるので、規定を設けることについては反対しない。(愛知県弁)
- 約款を契約内容とするための要件(以下「組入要件」という。)に関する規定を民法に設ける規定することに賛成である。現代社会において、約款は大量に利用されているが、その定義や要件等が不明確なまま、消費者が従うことを余儀なくされている現状があるため。(仙台弁)
- 事業者 to 消費者のみならず、事業者 to 事業者の取引に関しても、約款を利用した取引がなされており、約款に関する規定を民法に設けるべきである。(福岡弁)
- 約款の組入れ要件に関する規定を設けることについて、積極的に検討すべきである。約款には大量取引を合理的に行いうるなどの社会的有用性がある半面、約款契約の当事者が内容を十分把握しないまま約款に拘束される効果を生じさせることによって弊害が生じる危惧があるので、そのような効果を正当化しうる要件を設定して、弊害を防止すべきだからである。  
仮に就業規則を約款とみる場合には、労働関係法規との整合性に十分配慮すべきである。(横浜弁)
- 約款の契約における位置づけについては現行法制上不明瞭な点が多いことは指摘のとおりであり、この点を明確にする必要性は高い。しかし、約款には許認可の対象になってその内容の合理性について検討が加えられているものから、一業者が私的に作成したものまで幅広く存在し、その有効性の判断基準を明確にすることには相当な困難が予想される。そのため、約款について、民法典において具体的にどのような規定内容を設けるのかについては、慎重に検討を加える必要があると考える。(広島弁)
- 現代の社会では約款を使用した取引が広く行われているにもかかわらず、現行法ではその法的拘束力の要件・効果が不明瞭である等として、約款規制の導入自体には賛成する意見が多い。ただし、就業規則との関係については慎重な検討が必要であると指摘する意見があった。(日弁連)
- 約款は、これを使用する事業者にとっては、個別の交渉を経ることなく自己の展開する企業活動を定型化・効率化し、自己の利益にかなう規律を形成することによって取引における優越的地位を確保することができるメリットがある。顧客にとっても、約款による簡易迅速な取引によるメリットは享受しうるが、基本的には、「知らない、わからない、変えられない」という状況である。顧客にとっては、個別条項についての交渉機会が与えられず契約当事者として本来有すべき自己決定権が減殺されるとともに、不利な個別条項が認識・理解のないまま契約内容に組み込まれてしまうデメリットがある。

このように、約款の問題性は、①附合性、すなわち顧客の意思が希薄なまま、事業者の作成した契約条項が一方的に契約内容となること（交渉力格差，take it or leave it!）、②隠蔽効果、すなわち、約款作成者たる事業者が、顧客が気づかないうちに、交渉による変更の機会がないまま一方的に有利な契約条件を忍び込ませる危険性があること（情報格差）に集約される。したがって、約款については、合意の希薄さを補うため、何らかの規制の対象とする必要がある。

現行の消費者契約法においては、開示規制はなされておらず、約款一般について開示規制をする必要があるところ、約款による契約も契約である以上、その拘束力は当事者の合意に基礎付けられるから、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上で（開示）、約款適用について明示的又は黙示的に了解すること（採用合意）が最低限必要となる。開示規制がなされない場合、実務的には、事後的に作成された約款と契約時に存在した約款、あるいは単なる約款使用者の内部文書なのか、契約内容に組み入れられた約款なのかを区別することは困難となる。（兵庫県弁）

- 約款の組入要件に関する規定を民法に設けることに賛成。通常、相手方が目にしないままに契約するような運送約款等の約款について、当事者間で効力を有する根拠を与えることができ、法律関係が明確になる。これらの約款について、条項の一つ一つについて当事者が認識していたことを求めるのは非現実的。他方、約款の組入要件を定めるに伴って、不当条項規制により不合理な条項を規制することが可能になる。（堂島有志）
- 「合意」を拘束力の基礎とすることが明らかにフィクションであるような約款について、組入要件に関する規定を置くことに賛成する。本来、契約の成立には当事者の合意が必要であることが出発点であることからすると、当事者間の合意によって約款による契約が成立したということが、明らかにフィクションであると言える場合には、契約の成立が認められるか、疑問が残ることがあり得る。組入要件が規定され、このような約款による契約の成立が法的に担保されることは望ましい。もっとも、組入要件の設定に当たっては、現在の実務の実態に十分に配慮することが必要である。（長島・大野・常松有志）
- 約款を用いた取引は、様々な取引について広く行われているにもかかわらず、現在は法令上これを規律する明確な規定が存在しない（一部、業法上の規制はあるがこれは約款に関する一般規定を定めるものではない）ことから、基本法たる民法に規定が置かれることにより明確化されれば取引の安定に資すると思われる。

約款規制については、約款を用いて様々な分野で取引が行われていることから、実務における関心も高く、また、影響も大きいところと認識している。そのため、

広く企業や個人の意見を聴取し、取引を阻害することがない形で改正がなされる必要があると考える。(TMI有志)

- 約款の組入要件は現民法上で規定されていない部分であり、判例や学説がこれを補っている状況である。しかしながら約款は契約社会で数多く存在しており、これらが当事者を拘束する根拠が不明確なまま現在に至っている。従って、約款の組入要件について規定する方向で検討すべきと考える。(日司連)
- 約款に関する定義規定及び約款を個別の契約の契約内容とするための要件(約款の組入要件)につき、民法上に明文の規定を置く方向で検討すべきである。

現代取引社会において、約款はあらゆる分野において幅広く利用されている。ところで、約款を用いた取引においては、当事者がその約款の内容を十分に認識しないまま契約を締結することが少なくないが、契約の拘束力の根拠を当事者の意思に求める伝統的な理論からすると、そのような場合に約款を契約の内容とすることが理論上難しくなる。だからといって約款による契約を一概に無効とすることは、現実に約款取引が数多く行われている事実を無視するもので問題がある。また、現代取引社会における約款の重要性を踏まえれば、それについて何らの規律も設けないことは、かえって私法の一般法としての民法典の価値を下げることにもなる。取引の安定を図るためにも、約款が契約の内容となり法的な拘束力を認められるための要件について、民法上に規定を設けて手当てをすることが必要と考えられる。

また、実際問題としても、契約の一方当事者が契約条項を作成する約款については、相手方の承諾を擬制しつつ、その開示が十分でなかったり、その内容が一方的なものとなっていたりする例も存在する。さらに、民法が市民生活に関わる基本的な民事ルールを定める法律ということであれば、約款の適正な規律は不可欠といえる。(東京青司協)

- 現代取引社会において、約款は、保険約款・銀行取引約款・運送約款等、あらゆる分野において幅広く利用されている。約款は、抽象的な法規範を予測可能な形で明確化することができ、大量の取引を合理的・効率的に行うための手段として重要な意義を有している。約款を用いた取引においては、当事者がその約款の内容を十分に認識しないまま契約を締結することが少なくないが、契約の拘束力の根拠を当事者の意思に求める伝統的な理論からすると、そのような場合に約款を契約の内容とすることが理論上難しくなる。だからといって約款による契約を一概に無効とすることは、現実に約款取引が数多く行われている事実を無視するもので問題がある。また、現代取引社会における約款の重要性を踏まえれば、それについて何らの規律も設けないことは、かえって私法の一般法としての民法典の価値を下げることにもなる。取引の安定を図るためにも、約款が契約の内容と

なり法的な拘束力を認められるための要件について、民法上に規定を設けて手当てをすることが必要と考えられる。(青司協)

- 規定を設けるべきである(滋賀県司書・勉強会)
- 一般市民に理解しやすく、かつ、わかり易い民法という観点からは賛成であるが、単なる定義規定だけではなく、法律行為の有効要件や効果を含む規定とすることが望ましい。(広大有志)
- 約款という仕組みを利用した取引が社会的に広く定着している実態にかんがみ、それらの取引の安定性を確保する観点から、その有効性を認める一般法の規定が必要である。(eビジネス連)
- 約款利用者の相手方が約款内容を知ろうとすれば知ることのできる機会が合理的に保障されれば、個別の合意なしに約款が契約内容となる妥当な組入要件を明文化することは望ましい。(情サ産協)
- 約款による取引は今日広く利用され、多数当事者に対して画一的な条件でビジネスを行う場合が増えてきており、そのようなビジネスにおいては全ての相手方との間で個別の交渉を行う合理性はなく、また、契約締結のためのコスト面からも約款で行うことが合理的であると考えられている。実際に、経済の発達した現代社会においては、様々な分野で約款が利用されている。また、情報通信技術の発達によって、効率的に取引を行う必要性が増し、多数当事者に対して画一的な条件で取引を行う約款の役割はますます重要になっている。相手方としても約款が契約内容になることを通常理解しており、約款が契約当事者の契約内容となることについては社会的に受け入れられている。

現在、ルールが明文化されていないことによって、本来明らかに問題とならないようなケースにおいても、実際に争いになることがあり、これに対応する手間とコストがかかっている。争い方や裁判官によっては約款が契約当事者の契約内容にならないと判断される可能性が否定できない。ことにインターネットという通信手段の発達により、小規模の事業者や個人が不特定多数の者を相手として様々なサービスなどの提供を行い初めており、仮にそのような者が巻き込まれた訴訟において約款そのものの組入要件が争われるようになった場合には、十分な訴訟対応ができなかった結果として、裁判において、約款形式による契約成立性が否定されたり、より制約的な要件が約款組入には必要であると判断され、それが先例として取り上げられてしまうおそれもある。万が一約款の組入れが否定されてしまうと、当初予定していたサービスの基本的構成自体が否定されてしまうおそれがある。一方、契約の相手方としても、約款の組入要件が明確になっていれば、自分の契約内容がどうなるのかについて、どこまで手間をかけて調査しておけばよいのかが判断できるようになる。

相手方の側に契約関係に入るか否かの選択の自由があり、契約条件がいずれかに明示されていて事前に内容を確認することができる状態にあるのであれば、その約款が契約内容となることを原則とし、例外的に個別のケースにおいておよそ想定し得ず、かかる想定に反して契約内容とすることが信義則や公序良俗のような一般原則に反するような場合に、かかる条件を契約内容から排除することにしておけば、私的自治の原則から導かれる自己責任を根拠として、約款の拘束力を認めても差し支えがないと考える。

以上のことからすれば、約款が契約当事者間の契約内容となることについてのルール・要件を民法上に明記した方が、個別の裁判所の判断に委ねられることになるよりも、取引の安定性が確保され望ましいと考える。

なお、約款の組入要件と不当条項規制の問題は論理的にも明確に区別されるべきである。一定の属性・立場前提とした不当条項規制を民法に設けることに対しては、明確に反対する。(ヤフー)

- 民法において、約款の組入要件を定めることについては、その要件が現在広く安定的に行われている実務を尊重して定められており、かつ実務上過度な負担とならない合理的な内容である限りにおいては、約款を利用した取引の安定性を確保する等の観点から反対するものではない。(貸金業協)
- 約款の組入要件を設ける必要性は否定しないが、一般に約款が不特定多数の相手方との取引に広く利用されていることを考慮すると、現実取引に適用されて支障が生じないような方向で検討すべきと考える。(経済法令・研究会)
- 約款が契約内容となっていることを明確にするために、約款に関する規定を民法に設けることについては、基本的に賛成である。ただし、約款の定義や、組入要件の内容について、関係者の意見は様々であり、社会的に納得が得られる定義等を規定することは必ずしも容易ではないこと、また、約款を使用する取引には多種多様なものがあり、現実の取引における約款使用のメリットを減殺することなく、全ての取引をカバーする定義等を規定するには、相当な困難があると考えられる。したがって、規定を設けるにあたっては、現実を直視し、関係者の意見にも十分配慮した慎重な検討を行うべきと考える。

なお、約款に関する規定を有する業法や労働契約法などによって規律される定型的・定式的な契約類型については、それぞれの業法上の他の規制や契約の類型の観点から、民法上の約款の組入要件の規定の適用をすべきか慎重に検討すべきであろう。(パブコメWG)

- 消費者が契約内容について苦情を申し出て契約関係を解消しようとする際に、事業者が、事前に作って書面化した契約条項の遵守を求め、紛争が起きることが多数ある。そのため、約款についての規定を設ける必要がある。(全相協)

- 約款による取引は、契約法の観点からは種々不透明なまま、実務上の必要性が優先され、その拘束力が及ぶことが前提とされてきた。しかし、基本的な考え方として、なにゆえに約款が当事者間において効力を有しうるかという根拠を明らかにする必要がある。この意味において、組入れの要件に関する規定を置くべきである。(大学教員)
- 規定を設けることに積極的に賛成する。(大学教員)
- 現実の社会では、約款を使用した取引が広く行われているにもかかわらず、現行民法には約款に関する法規定が存在せず、その法的拘束力の要件・効果は不明瞭である。また、実際問題としても、契約の一方当事者が契約条項を作成する約款については、相手方の承諾を擬制しつつ、その開示が十分でなかったり、その内容が一方的なものとなっていたりする例も存在する。さらに、諸外国の立法例に照らしても、民法が市民生活に関わる基本的な民事ルールを定める法律ということであれば、約款の適正な規律は不可欠である。よって、約款に関する法規定を設けることに賛成である。(日弁連消費者委有志)
- 約款の組入要件については判例もあり、約款に基づく取引を安定的なものにするためには、組入要件について明文の規定を置く必要がある。(弁護士)
- 個別の業法による約款の内容規制とは別に、約款を契約内容にするための要件に関する規定を設ける意義がある。(大学教員)
- 現代取引において、約款の必要性は否定できないところであるが、契約当事者の一方が作成する約款が、何故相手方を拘束することになるのか(拘束力の根拠)、また、どのような場合に契約当事者を拘束するのか(拘束力の認められる要件)が不明確であることは否定できない。約款取引の重要性に鑑み、その拘束力の根拠を明確にし、その契約への組入れ要件に明示することは不可欠である。よって、約款の契約組入れの要件として開示規制を設けることについては、一般的な規律(消費者契約、事業者間取引を問わない規律)を設けることに賛成である。  
労働契約(就業規則)については、労働契約法その他労働法規の適用によることにするのが妥当であるから、労働契約(特に就業規則)に関する適用除外規定を設けるべきである。(弁護士)
- 規定を設けるべきである。(会社員)
- 検討に賛成である。約款の拘束力の根拠を契約に組み入れることへの当事者の合意に求めるとしても、それは一種の擬制である。運送約款、保険約款および銀行取引約款等の例示の約款にしても、その存在すら認識していない場合も多かろうと推測される。しかも、仮に合意があるとしても、約款の内容が合理的であることが個別の法規制や行政指導で保証されているであろうことを信頼して組入に合意しているのが通常である。そのような前提抜きで、約款に関する一般規定

を設けることには疑問もある。しかし、現に事業者間や消費者取引で例示以外の約款が広く利用され、多くの国民がそれを用いた契約を締結している実態があり、特別法がない限り個別に合意した条項以外は一切効力を認めないということが現実的でない以上、上記の実態を踏まえつつ検討することは必要である。(親和会)

- 約款に関する規定の在り方については、企業間取引における規制の必要性、約款の定義、消費者を含む多数の相手方と画一的な契約を結ぶような取引形態における取引の法的安定性の確保、約款の変更の要件と現行実務との整合性など、多岐にわたる論点がある。そこで、まずは立法事実を検証した上で、民法の規定の対象とする約款の範囲をはじめ多様な論点について、取引の実態も踏まえ慎重に検討すべきである。(産業組織課)

- 現状の裁判実務への影響があるため、約款を巡る論点の整理は、現状で実務上起きている問題、問題を生起している約款の類型、その問題の解決の必要性、解決策を新たに設けることによる実務に与える影響を十分調査した上、新たな要件を設けた場合には、その適用対象の明確性の確保という点にまで配慮して検討されるべきである。

なお、就業規則については、労基法上最低基準効を有するとされているなど独特の効果を付与されており、バス等の一般の運送約款と同一に論じることができないと考える。このように考えると、一般に約款といわれる対象を全て包含して、一律の成立要件を新たに定立しようとしていることは困難ではないかと思われ、この点を考慮して慎重に検討されるべきである。(最高裁)

- 約款の拘束力を認めるための要件について、検討が不十分なまま約款制度を導入しようとしているきらいがある。このままでは合理的、効率的という面ばかりが強調され、劣位する相手方の不利益が大きくなる可能性がある。約款に関して不当条項規制を及ぼす方法が提案されているが、本来であれば、そもそも劣位者に安易に約款の拘束力を及ぼさないよう指向する方が先決であるという考え方もありうる。以上から、約款の定義、要件については、その効果との関係から十分な検討が必要である。(東弁)

- 一般論として、約款について、多数の契約関係を迅速かつ効率的に処理することができるという有用性があることは認められており、約款使用者の側だけではなく、相手方にも有用性があると考えられる。現状、金融機関における契約は約款によるものが多く、各種法令にもとづき、顧客説明の重要性を意識した規定の整備等も行ってきている。そもそも、約款に関して、民法において規律するだけの立法事実はあるのか、立法によって対処する必要がある程度に大きなトラブルが発生しているのかという点は十分に検証をしておく必要があるという強い指

摘がある。た、約款の議論では、理論的な議論が先行するところが見られるが、整合性を詰めすぎると反対に実務が回らなくなる懸念が強い。例えば、実際の取引時に都度約款が読まれることは期待できないことから、開示を求められれば開示できる状況にあり、かつ、内容が不当でなければ、社会通念上約款によることが周知の事実となっていることをもって、約款の法的拘束力を認めてよいのではないかという指摘もある。上記の懸念等を踏まえ、約款を使用する取引の実態を把握したうえで、約款の有用性が減殺されることのないような議論が望まれる。

(全銀協)

- 取引実務一般において使用されている雛形や裏面約款は、迅速かつ大量の処理を要する商取引に存するリスクの無限の広がりや予め防止し、リスクを適正配分するため両当事者にとって欠かすことの出来ないツールであることから、その効力を安易に否定することは取引実務への弊害が大きい。約款使用者は、大量の商取引の迅速に処理すべく、リスクの適正配分のために約款を使用すること決定しており、相手方もそうした前提において約款の存在を承認しているのであるから、契約内容に付きかかる約款は当然に契約内容として成立しているとみなされるべきである。かかる取引実務に考慮の上、慎重に検討頂きたい。(貿易会)

- 約款に関する規定を民法にあえて設ける必要性は生じていないと考えるが、「約款を用いた取引」が世の中に定着している現実を背景とした一種の確認規定として、約款に関する規定を民法に設けるといふのであれば、そのための検討を行うこと自体については、直ちに反対するものではない。

ただし、検討にあたっては、現在行われている「約款を用いた取引」の実態を正確に把握していただいた上で、現在の取引実務を尊重し、議論が現在の取引実務から逸脱した方向に進んでいかないように、十分な配慮を行っていただくことを強く要望する。

具体的な規定の内容(定義、組入要件等)について、社会的なコンセンサスを得られていない状況で、現在の取引実務から逸脱した規定を強引に設けるといふことになれば、結果的に約款の有する社会的な意義を大幅に減殺してしまうことが懸念される。第27の2から4までに係る議論において、十分なコンセンサスが得られない状況であってもなお、民法に約款に関する規定を設ける、ということには強く反対する。(JR東日本)

- 「約款を契約内容とする旨の当事者の合意」がないと約款が契約内容に含まれず、契約締結までに約款を「開示」しないと契約が成立しないとすると、開示のとらえ方により、電車・バスに乗るたびに合意の確認(ワンマン車両でも、全員に意思の確認が必要)、電車の駅・バス停に約款全文を掲示(無人駅に約款を置いたり、バス停に約款をぶらさげる)、契約以前に約款全文を冊子で交付などが



必要になる可能性があり、非現実的かつ利用者にとって不便である。

現状では、有人駅に約款を置き、インターネットにも約款を載せることで開示し、きっぷ等の購入により、約款に合意していただいている。

このように、当事者の合意および開示について、利用者に不便をおかけしない形で合意・開示が可能となるよう、慎重にご検討いただきたい。(JR西日本)

- 投資信託約款については、投資信託及び投資法人に関する法律(以下「投信法」)に基づき、委託者(投資信託委託会社)と受託者(受託銀行)との間で締結する信託契約を示すものであり、当該約款に基づき投資信託の運用が行われるものである。すなわち、投資家を直接の当事者とはしないものの、業法である投信法の下で盛り込む事項等については厳格に規定されている。従って、事業法に厳格な定義に従うと、そもそも当事者たるべき者を名宛としていない場合があることにも留意しつつ、民法に組入要件を規定するか否か検討していただきたい。(三菱UFJ投信)
- 組入要件を民法に規定すること自体は法的安定性に資すると考えるが、一方、実務上広く普及している約款の取扱いを制限しないよう、また、取引実態の効率性を阻害することのないよう留意する必要がある。(国際企業法務)
- 約款についてその組入要件を検討するにあたっては、現在広く認められ安定的に行われている実務を尊重して検討していただきたい。また、その際、約款の組入要件につき、実務的な対処が困難となる厳格な内容のものとする事及び、約款の内容やこれによる取引の性質などを考慮することなく画一的な約款の組入要件を盛り込むことについては反対する。(クレ協、クレカ協、全信販連)
- 倉庫業界では、倉庫業法に基づき国土交通大臣が定めて告示した標準倉庫寄託約款、標準トランクルームサービス約款が広く利用されている現状を踏まえると、約款の組入要件に関する規定が必要とまでは考えていない。しかしながら、倉庫業界以外での約款利用の実態に鑑み、本規定が必要と判断されるのであれば、倉庫業界で広く約款が利用されている実態を尊重した規定として頂きたい。特に行政官庁がその作成に深く関与している倉庫寄託約款等の約款と、行政官庁の関与がなく事業者が独自に定めている約款では、その運用規定等に差を設けるべきであるとする。(日倉協)
- 「約款を契約内容とするための要件(以下「組入要件」という。)に関する規定を民法に設ける必要があるかどうか」の検討にあたっては、表意者の契約を読む(了知する)義務についても加えて、検討すべきである。市民生活において呼称はともかく規定や約款を明示した上で、契約を締結することが広く行われている。契約書や規定等を提示しない契約は、詐欺的な商法や、下請法以外の中小企業取引ではありうるともいわれている。一般の契約における規定・約款は大部で

あることはあるものの、表意者に対面・電磁的方法などにより提示し、合意の上で契約は成立していると考えることができる。業者の説明義務は十分その必要性を認めるものの、しかしながら、契約にあたって約款使用者の相手方が約款・規定を読むことを怠り、あるいは読むことを放棄して、事後的に契約内容を了知していなかったという主張を認めることつながることがあるとしたら、それは今日の法律と契約を基盤とする法化社会に反し、取引の安全につながらないのではないか。

また、特定の取引については業法により契約内容・契約締結方法が規制されているにもかかわらず、さらに約款取引であることをもって約款規制に服することを民法に定めることは、規定・約款を提示した上で必要な説明を行い、合意の上で契約を締結することが行われていることとの重複を招き取引の円滑化を損なうことが多くなるとも考えられる。そこで、現状の消費者、事業者の契約実務についても調査が必要である。(都民銀行)

- 約款に関する規定が設けられた場合に労働契約がその規定の適用外であるかどうかは十分に検討すべきである。(金沢弁消費者委)
- 約款の組入要件に関する規定を設ける場合には、就業規則に適用しないことを明文化すべきである。(経営法曹)
- 就業規則を約款とするとしても、組入要件は労働契約法第7条を排除するものではないことを明記すべきである。また、労働協約については約款でないことを明記すべきである。(労働弁護団)
- 集团的労使関係について、現行法制上の権利義務関係を修正し、労働組合の地位を弱めるおそれのある法改正には賛成できない。約款法理については、仮に、法改正をすとしても、労働協約の効力が約款法理で制約されるなど、労働組合活動に影響が及ばないように措置する必要がある。(連合)
- 実社会において約款が広く利用されている点を踏まえても、約款の組入れに関する規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。その理由としては、約款の定義等につき、共通の認識が得られているとはいえない中、議論を進めても、想定している場面及びその際重視すべき点が異なり、それゆえ議論の進め方次第では、結論がずいぶんと変わってしまう可能性があることを否定できないからである。その意味では、議論の方向性も不確かな段階で、単純に民法の中に約款規定を組み入れるべきとする見解には賛成しがたいものがある。とりわけ、重要性の高い約款については既に特別法によって規制されている事情も考慮すると、その法律だけでは不十分な点が生じているのか、また、問題のある実態が生じている場合に、特別法ではなく、抽象的な約款規定を民法に置くことに、どれだけの意義がみいだせるのかなど、さらに議論を深める必要があると考える。

なお、問題のある実態として消費者と事業者に関するトラブルを想定している場合には、消費者契約法の不当条項規制の意義、問題点、法的位置付けなども同時並行で検討を行う必要があると考える。(日大民研・商研)

- 約款論自体がまだあまり煮詰まっていない状況であり、現時点で早急に態度決定するのは困難ではないか、との意見があった。(北海学園大民研)
- 約款の組入要件に関しては、現行の判例実務を踏まえ柔軟な組入要件が規定されるのであれば法内容の明確化の観点から意義があると思われるが、現行の判例実務を制約するような組入要件を規定するのであれば、そのような立法をすべき立法事実が存するか不明であるから、これに反対する。なお、仮に約款の組入要件や変更要件を民法に規定する場合には、就業規則についてはこのような規定の適用が除外されることを明確にすべきである。(森・濱田松本法律事務所志)
- 約款に関する規制を事業者間契約に持ち込むと、取引の安定性や迅速性を損ない、経済活動の効率化を阻害する要因となりかねないことから、事業者間契約は規制の対象外とすべきである。(リース事業協)
- 不動産取引においては、業界全体で統一した標準ひな形契約書を用いることによって、取引の安全性の確保・取引費用の低減等の効果が図られている。従って、統一された内容の契約書を用いる事自体に否定的なニュアンスをもたせるのは必ずしも正しい発想とは思えない。(不動協)
- 事業者間の契約においては情報の格差はないので、約款規制を設ける必要はない。よって、組入要件に関する規定をはじめ、約款に関する諸規定を設けることに反対する。(全警協)
- 約款に関する規制が民法に設けられた場合、債権の譲受人は、債権を譲り受けるに当たって、債権の適正な価格評価の観点から、組入要件の充足性の確認や約款内容の妥当性について精査する必要が生じることになるところ、その精査に要するコストは過大なものとなることが想定される。

また、債権の譲受人の譲受債権が約款に基づき発生する債権である場合、その譲受債権の管理及び回収についても約款を通して不当条項規制が及び、当該債権の帰趨に影響を与え得ることから、かかる観点からも、債権の譲受人に不測の損害を与える可能性がある。

さらに、和解契約や条件変更合意等の契約ひな型が約款に含まれる場合、これらの契約についても、約款を通して不当条項規制が及ぶことになる可能性も否定できない。

以上の点を踏まえ、約款に関する規制を民法に設けることについては、反対である。(サービサー協)

- 本来、約款は契約自由の原則に基づき定められるものであり、特に懸念すべき

項目に関しては特別法が制定されている現状に鑑みると、具体的な懸念事項に関して一般法の改正により解決を図ることには慎重な検討を希望する。(ドワンゴ)

- 企業がいわゆる「約款」を広く利用するのは、サプライチェーン内の契約関係を標準化することによって、企業内部の情報伝達の円滑化とリスク対応能力の強化を図り、事業効率を高めるためである。換言すれば、標準化は、企業がより安価で高品質の商品・役務を、必要な人に、必要な時に、必要なだけ迅速に提供できるようにするための手段であって、そもそも強者が弱者に一方的な取引条件を押し付けるために行われているわけではない。

そのような意味での「約款」の法的有効性については、理論構成は種々あり得るとしても、ほとんど疑問の余地はなく、組入要件の明文化のためだけに「約款」概念を導入しなければならない必要はない。

また、国民生活において重要性の高い「約款」に関しては、既に各種業法等で組入面・内容面ともに、様々な観点から、慎重かつきめ細かく規制がされているものがほとんどであり、「約款」について現在問題が生じているとは考えていない。

なお、対消費者取引の際に用いられる「約款」についても、既に消費者契約法の枠組みの中で消費者保護のための法制は十分に整備されており、民法に規定を新設する立法事実はない。悪徳業者が容易に僭脱できるような一般的な規定を民法に新設しても消費者保護の実効性に乏しく、却って、悪徳業者に悪用されるに過ぎない。

以上のとおり、民法においては、組入要件を含めて「約款」に関する規定を設けることに反対である。(経団連)

- 開示や組入合意などの組入要件が規定されると、約款の内容を前払式支払手段に記載することを強制されかねないが、それ自体不可能を強いるものであるし、資金決済法という規制法を超える厳しい内容が私法の一般法である民法により規律されることも違和感がある。また、仮に約款の組入要件を満たさなかった場合には、何らの契約関係も存在しないことになり、不当利得などに基づき事後処理を図ることになると思われるが、現実に財貨の移転がなされているときには、不合理な帰結となりかねない。以上から、約款の組入要件を民法に設けることについて反対する。

仮に約款の組入要件を民法に設ける場合には、例えば、利用者又は利用者となろうとする者が必要と考えたときに、ホームページその他の適切な方法により、約款の内容を相手方(利用者又は利用者となろうとする者)が知りうる状態に置くことを組入要件とすること、少なくとも規制法その他の特別法により約款に関する規律がある場合には、当該法令等の約款に関する規律に従っている限り、組

入要件を満たしているとすることを検討することにより、広く一般社会において用いられている約款の法的安定性を高める方向で議論を進めるべきである。(決済協)

- 約款の組入要件に関する規定を民法に設けることについては、立法事実が明確でなく検討すべき段階にないこと、業界特有の事情を考慮して立法化するのであれば特別法によるべきこと、紛争の増加を招き、最終的には取引コストの増加を招くことが懸念される。また、緩和した組入要件で規定したとしても、従前、一方的変更権を定める条項により契約内容の変更が定着しているという経済界の実務慣行を否定する可能性がある。約款の組入要件の検討においては、現行の実務慣行、とりわけ一方的変更権の実務との調整が不可欠であることを認識すべきである。以上の理由から、約款に関する規定を民法に設けることに反対する。従って、約款の組入要件を民法に設けることを前提とした「2. 約款の定義」、「3. 約款の組入要件の内容」及び「4. 約款の変更」の各論点の検討は不要と考える。(電情産協)

- 約款規制を事業者間契約に適用することに反対する。消費者契約については消費者契約法があるため、民法が規制する対象は主として事業者間契約と考えられる。事業者間契約については「格差がない」ことを原則(例外は別途規定する)とすべきである。事業者は実務では敢えて不利な約款を承諾する代わりに代金を安くするなど、プラス・マイナスのインパクトなどを計算して判断するものである。単に契約条項の起草に関与しないから相手方を保護しなくてはならないとして一律に約款規制を適用すべきでない。さらに、国際契約については、リスクの大きさ、相手方・相手国の事情の多様性等の観点から国内取引と同レベルで考えることはできず、仮に事業者間取引に約款規制が適用されるとしても、適用除外とすべきである。また事業者が作成する各種契約の雛型も規制の対象となるような約款の定義に反対である。

上記理由により事業者間の約款組み入れについては不要と考える。一応は約款が有効である(一部の条項について効力が特別法や一般条項により否定される可能性はある)ことが実務上前提とされていることが少なくないと思われ、相手方が了知していないから契約内容にならないという事実認識はないのではないかとの意見があった。また、開示方法や契約内容が一見不適切にみえても経済的には対価等で調整されていることが考えられ、交渉力格差の問題を契約の中味を見たかどうかだけに結び付けることは必ずしも妥当でないとの指摘があった。(国際取引有志)

- 保険取引において、契約内容が保険約款によることは周知の事実とあってよく、組入要件を改めて規定する必要性が認められない。このような規定を設けること

で、約款のどの範囲で組み入れられないのか、また、組み入れられない場合にいかなる契約が成立したのかなど契約内容が不明確となり、かえって取引の安全を害する。(ACCJ)

- 個別交渉を経ていない契約条件を契約内容とすることの問題の所在は、約款に基づく契約か否かにはなく、むしろ契約当事者間の交渉力格差にあるものと考えられ、約款という契約形態に限定して組入要件を導入する根拠があるのか疑問である。

契約内容を相手方に認識させるための手段としては、行政上の規制等を含め、業態の特性に応じたビジネスモデルが既に確立している。そのため、各業態における実態の多様性を踏まえたバランス感のある柔軟な検討が必要である。

保険業界においては、保険業法に基づき「契約概要」「注意喚起情報」によって、契約に関わる重要事項の説明に努めてきており、既にこれらを用いたビジネスモデルが定着している。また、これに拠ることがむしろ顧客のニーズに合うとの認識も定着している。保険契約を締結するか否か、またどのような内容の契約を締結するかを顧客が判断するために必要な事項と保険契約締結後に注意すべき事項をピックアップして分かりやすく説明すれば、約款そのものを開示することは不可欠ではなく、約款の開示について顧客側にどれだけのベネフィットを見出しうるかについて疑問がある。

以上から、組入要件を民法に設けることに反対する。(損保協会)

- 約款の組入要件につき、契約締結までに約款が相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意を組入要件とした場合には、各事業者の必要な手間やコストが過大になり、実務の負担が大きくなることが懸念される。約款について民法で何らかの規定を設ける場合でも、約款を使用している契約の相手方に現状どのような問題を生じているか実態を把握した上で、過剰な規制が行われることのないよう、慎重な検討がなされるべきである。

ガス事業に関しては、ガス事業法の定めにより需要家間の公平が要請されており、供給約款等の設定、変更については監督官庁の認可又は監督官庁の届出が必要とされ、その内容は掲示等により公表されている(また、このような要請が満たされていない場合には、経済産業大臣に供給約款等の変更命令が認められている)。すなわち、監督官庁があらかじめ約款に規定する内容について関与することによって、契約内容の適正性・妥当性を確保されるとともに、合理的な開示がなされている。実際の場面においても、事業法の規制のもとに作成された供給約款等を使用していることにより、供給約款等の内容に起因するような特段の問題は生じていないことから、このような供給約款等についてまで改めて規制する必要はないものとする。また、供給約款等に定める内容についても不当条項を規

制することが検討されているが、個別事業法による規制を受けている供給約款等については、上記のように内容についての不当性は排除されているものと考えられるので、そのような供給約款等まで不当条項を規制する必要はないと考える。

(ガス協)

- 消費者保護における約款規制と異なり、事業者間取引において約款規制をすることの意義が明確でない。このような意見の根拠として、検討組織においては、社会での約款の重みが増していく中で、内容規制をはじめ、どういう形で落ち着けるのかは大事な議論である、企業としてはウェルカムではないが、免責される事項を分かりやすく書いたり、サービス提供できない時の損害賠償を詳しく書くという方向はやむをえないのではないかと、被害が多いからやるのか商習慣が変わったからやるのか、何を狙っているのか分からない、従来、裁判上は解釈・公序良俗で対応していたものを改正案は一步踏み込んでいる、約款規制が行われると、平穏に行われていた商取引に支障を来す恐れがある、事業者が手枷、足枷をはめられることになり、社会的デメリットの方が大きいのではないかなど 의견があった。(名商)
- 本会では、不動産売買契約書について、一般売主用(土地実測用、公簿用、借地権付、マンション)、宅建業者売主用(土地実測用、公簿用、マンション、新築用)のひな形を準備し、実際の使用にあたっては、個々の取引の特性に応じて、適宜、特約等を付加している。また、団体ごとに契約書のひな形を示しており、市販されているものもある。このような現状において、約款がどのように位置づけられるか、実務上どのような影響があるか懸念する(全宅連)
- 約款の組入要件に関する規定を設けることに反対である。組入要件に関する規定を設けることによって、契約の成立が不確かになり、取引の安定性が阻害される懸念が非常に強いので、組入要件に関する規定は設けるべきではない。現状、約款が契約内容になっているかどうか争われる事案は、個別事業法、消費者契約法、独禁法・下請法等においてその解決が図られているものと考えられる。また、これらから漏れるものについては、信義則、公序良俗において対処される所であり、約款を利用した取引の安定性の確保は、これら個別事業法等の整備によってアプローチするべきである。例えば、現状の事業者間の取引においても、交渉力の差は商取引において当然のことであるから、大口顧客等に対する契約交渉が非常に厳しく、相手方の契約条件をそのまま受け入れざるを得ないことや、約款を前提としたサービス利用もある。これらが問題となりえるのは、例えば例外的に競争法の対象となる場合であると考えられ、その場合には、競争法において解決が図られるのであり、その運用で支障も感じられないため、組入要件に関する規定を設けることの意義を見出すことはできない。(三菱電機)

- 現在検討されている内容を前提にすると、約款に関する規定を設けることについて反対する。約款を利用した取引の安定性を確保する等の観点から、約款に関する規定を設けること自体には反対しないが、現在検討されている不当条項規制や組入要件などを前提にすると、事業者に過大な負担を課し、かえって取引を阻害するおそれもあることから、約款に関する規律を民法に設けることには反対する。

事業者間契約において定型的な契約条項が実質的な交渉なしに使用されたとしても、通常相手方事業者は、その内容を理解し吟味した上で費用便益分析に基づき当該契約条項を使用することを意思決定している。また、事業者間契約における交渉力の格差は、プロフェッショナルがお互いに競争を行った結果として生じるものであり、事業者間において公正な競争が行われている限り、その是正の必要性は低いと考えられる。さらに、一方当事者が、手間やコストを避け取引の安定化・迅速化を図る目的で、他方当事者に対して契約書雛型等の提示を求め、提示された契約書雛型等を実質的な交渉なく使用する場合にまで、契約書雛型等を提示した当事者が約款使用者としての義務に服するのは、実務の現状から乖離するものであり、不合理である。以上から少なくとも事業者間の契約に関しては、約款に関する規律を設けるべきではない。

仮に、消費者・事業者間契約において約款規制を導入するとしても、組入要件である「開示」の方法を幅広く認めるべきと考える。(消費者金融協)

- 第一に、立法事実を明確にするべきである。約款が契約内容になっているかどうか不明確であることにより紛争が頻発しているという立法事実があるのか、疑問である。むしろ、約款の使用に同意が与えられており、それに基づいてサービスを享受しているという認識が社会一般に浸透していると見るべきである。

第二に、組入要件の規律に服する「約款」について、どのような定義を想定しているのか説明がないままに、組入要件に関する当否のみを独立して判断することはできない。立法事実(存在するとして)に鑑みて必要な限度での定義が可能であるのか、説明がなされるべきである。例えば、「第 27, 2 約款の定義」において、「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」とする考え方が紹介されているが、仮に、契約書のひな形などが広く“約款”に含まれることになるとすれば実務における理解と異なり無用の混乱をもたらすだけでなく、契約書のひな形を用いて契約する場合に、当該契約書のひな形が契約内容となっていることは両当事者にとって明らかであることから、“約款(契約書のひな形)”が「契約内容になっているかどうか不明確である」という指摘自体失当となる。上記のような考え方では、必要な限度での定義ができず、必要以上の規制をもたらすと考える。



第三に、約款の組入要件に関する規定を設けた場合、組入要件が満たされず約款が契約内容にならないとき、全てデフォルト・ルールどおりになるということになりそうであるが、デフォルト・ルールがない契約形態や契約条項も存在するところ、契約内容が全て裁判所の裁量で決定されるとすると、当事者の予測可能性や契約締結自由の原則を害する可能性がある。

第四に、契約の成立と契約の変更は裏表の関係にあるところ、契約の成立の問題である約款の組入要件を検討する際には、契約の変更の問題である約款の変更の要件が合わせて考慮されるべきである。この点、「大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として重要な意義を有している」約款においては、約款使用者の相手方の一部がその変更内容を了知していない場合でも、画一的に、平等に、変更内容が適用されることが機能として求められている。約款の組入要件及び約款の変更において、約款使用者の相手方がその内容を了知して合意することが原則とされるときには、実務に与える影響は甚大である。

以上から、約款の組入要件に関する規定をはじめとする約款に関する規定（約款の組入要件に関する規定のみならず、約款に関するあらゆる規定を含む。）を、民法に設けることに反対する。（法友会）

- ソフトウェア業界においては、多数の企業向けに販売されるパッケージソフトの使用許諾契約など、いわゆる約款に該当する契約が広く利用されている。しかし、（とりわけ事業者間における）こうした契約において、契約条項が「あらかじめ定型化」されていることに起因して、民法で一律に規制を及ぼさなければならないほど多くの問題が生じている実態があるとは言い難い。むしろ、ソフトウェア業界においては、ユーザーがソフトウェアをインストールする際に、真に使用許諾契約に合意したことを担保するため、条項を表示した上、「条項に同意する」というチェックボックスを用いて明示的な同意を確認するなど、契約条項へのユーザーの合意を明確にするような工夫が重ねられている。また、ソフトウェア購入時には契約条項を開示できなくとも、インストール時に契約条項への同意を拒絶するユーザーには代金の返還を行うなど、中間論点整理で紹介されている組入要件の考え方では、組入れが否定されかねない実務が行われているが、それにより多くの問題が生じているとは考えにくい。こうしたソフトウェア業界における実務の現状に鑑みると、民法による一律の約款規制の導入は、かえって実務運用を混乱させ、効果に見合わないコスト増を招くだけと思われる。そのため、組入要件も含め、民法で一律に約款規制を設ける必要はなく、これ以上の検討をする必要はないと考える。（ソフトウェア協）
- 定型化されたいわゆるひな形が用いられるのは、取引の画一化、効率化のためであり、一方的な契約内容の押しつけを意図しているのではない。ひな形のように

に当事者間の合意によってあらかじめ定型化された契約条項までもが約款規制の対象とされると、画一化、効率化された書式を導入しても効力が否定され、取引実務上膨大なコストが発生するばかりでなく、当初予定したビジネスモデルが成り立たなくなるおそれもある。また、企業間における提携契約等が一方的な契約内容の押しつけに当たるなどの理由で問題視されることは少なく、改正のメリットは少ない。

契約当事者が消費者であるという属性により消費者保護の観点から約款規制を設けようという見解もあるようだが、大量の顧客と画一的に契約することにより消費者が安価に商品や役務を享受できるという側面もあるし、約款規制により消費者のためのサービスの提供が困難になり、帰って消費者の利益を害することにもつながりかねない。消費者を害するような内容であれば、消費者契約法上の不当条項規制等で手当がされており、私法の基本法という民法の役割からしても、敢えて重ねて規定する必要はない。

以上から、民法において約款を定義づけることに反対する。(チェーンストア協)

- 民法において約款の組入要件等の約款規制を行うことに反対する。約款取引は類型に応じて適切に運用されており、立法的に解決すべき問題は生じておらず、定着している取引実務をかえる必要性を見いだしがたいこと、各種約款取引は個々の契約類型に応じた規制がかけられており、民法による一律の規律は不適切であること、約款の交付に伴うコストの増加は相手方に約款の内容を知る機会が与えられるメリットよりも大きく、社会に非生産的な負荷を強いることになること、組入要件を満たさなかった場合の効果が不明であり、実務が混乱すると考えられることが、その理由である。(弁護士、弁護士)
- 委員の説明を聞いていると、約款の定義に関する議論次第で、通常取引基本契約のような業者間の定型契約に関しても、議論次第で約款規制に含めたいかのような内容であったが、伝統的な約款の範囲を超えて、事業者間契約において契約自由の原則を制約する法理を導入する必然性は全くないと考える。

中小企業保護が念頭にあるようであるが、中小企業保護はすでに下請法や独禁法等によって図られており、仮に政策として保護強化を志向するのであれば、そちらの適用や執行の監視体制を強化することによって十分目的は達成しうるはずである。また、エンフォースメントとの内容にしても、契約上の契約の取消・解除・損害賠償といった契約上のアプローチより、排除措置命令や課徴金、対象企業の公表といった行政法的な制裁の方が実効性が高く、企業の遵守度も高いと思われる。さらに言えば、あまりに不当な契約条項に関しては、現行法においても公序良俗違反や信義則上無効とされる余地が十分あり、約款論を導入しなけれ

ば全く救済できないわけでもない。今さら民法において形式的な規制を含む屋上屋を課すような真似が必要だとはとても思えない。

さらに、消費者であれば、全分野の約款に関する理解を求めることは酷であるが故に、形式的な要件に基づく保護を与えることも一応の合理性があるが、事業者に関しては、そもそも自社の事業に関する契約の内容を確認・交渉をしないで締結をすること態度自体、批判されてしかるべきであり、その怠慢の結果、不利な契約を締結したとしても、その当該事業者自身の問題であって、後出しで無効を主張する機会を増やすことに社会的な利益があるとも思えない(弁護士に相談する費用が高い云々と言い出すのかもしれないが、契約の修正に関するテクニック本くらい、今日では書籍を少し当たればいくらでも出てくる。要は、面倒くさいのでやりたくないという怠惰の言い訳に過ぎない)。

巷では、取引基本契約を製本したら約款に抵触するから、製本はやめて、(実質的に修正に応じる気がなくても)とりあえず修正可能な形で出すように、等の"対策"が出回っているが、こういう話が出てくること自体、契約実務に携わる身としては馬鹿馬鹿しいの極みである。意味のない実務の変更を招くような議論は、現行のままという形で早く終結させてもらいたい。(会社員)

- 契約内容の確定やその変更に当たって一人の当事者が多数の相手方と同一内容の契約を締結しているという側面に着目し、多数の相手方相互の間の公平性を確保するなど一般の契約法理と異なる法理が問題になり得る。ただし、約款については、個別の事業法による内容の規制、消費者取引や下請取引における当事者間の格差に配慮した個別の立法措置などが既にされていることから、実態を調査してどのような問題が生じているのかを把握した上で、既存の法律による対応の可否を確認するなどの手順を踏むことが必要である。組入要件を規定すると、本来契約は締結した以上守られるべきであるにもかかわらず、自分にとって不利な状況となったことを理由に約款が契約内容になっていないことを主張するなど、悪用されるおそれがある。(弁護士)
- 約款を契約内容とするための要件として、当事者間での意思の合致という要件のほかに、約款の開示等を含む別個の要件を規定する必要はないものと思料する。その理由は以下のとおりである。

まず、約款が利用されている理由は、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として約款を用いることにより公平性を確保し、取引コストを減じることを可能とするところにあり、約款の提示が必要とされると、取引コストを減じるための約款の役割・意義を大きく損なう。また、開示を要件とすると、相手方が不利な状況になったときのみ選択的に約款が契約内容になっていないという主張がされることが想定され、結果として約款を利用した取引の安定性が害される。

さらに、既存の制度により、約款による取引に入ろうとする者が約款を確認する機会が与えられている取引全てについてまで、広く組入要件を課す必要はない。

(弁護士、弁護士)

- 民法に約款について特別の規定を置く必要はなく、原則どおり意思表示の合致によって契約は判断すればよい。(個人)
- 約款の明文化は重要な課題であるが、十分な準備を経て暫時実行されるべき。(弁護士)

## 2 約款の定義

約款の組入要件に関する規定を設けることとする場合に、当該規定の適用対象となる約款をどのように定義するかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、例えば、「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」という考え方があるが、これに対しては、契約書のひな形などが広く約款に含まれることになるとすれば実務における理解と異なるという指摘や、労働契約に関する指摘として、就業規則が約款に該当するとされることにより、労働契約法その他の労働関係法令の規律によるのではなく約款の組入要件に関する規律によって労働契約の内容になるとすれば、労働関係法令と整合的でないなどの指摘もある。そこで、このような指摘にも留意しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第5, 2 [60頁], 同(関連論点) [61頁]】

### 【意見】

- 約款の定義は、規律の立法目的との関係で合目的的に定められるべきであり、約款であることの効果との関係において議論すべきである。約款の規律の効果は、基本的には、契約への組み入れ要件、不当条項規制、約款の解釈の3点であるが、「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」であれば、これらを広く及ぼすべきである。また、このような定義は、外国における約款の定義とも符合するものである。

一般的に「約款」を呼ばれていない、あるいは、「約款」という表題が付いていないといった形式的な理由で、約款としての規律を回避できるとすることは不都合である。例えば、「取引基本契約書」を約款として扱うことへの疑念も指摘されているが、取引基本契約書といっても、商社間のものであれば、銀行取引約定書のようなものもある。後者については約款であることに問題はない。前者であっても、オーダー・メイドのもの以外については、契約組み入れ要件の規律を及ぼせたとしても、組み入れ要件を満たす場合がほとんどであり、これを満たさ

ない場合には契約に組み入れることはむしろ不適切であろう。また、不当条項規制を及ぼせることは必要であるから、約款として扱って支障はない。

一般的な「約款」の用語との用法の違いを明確にし、定義を分かりやすいものとするという意味で、「名称・形態は問わない」と明示することが好ましい。

なお、就業規則は約款規制の適用除外とすべきである。労働協約は、そもそも約款に含めるべきではない。(大阪弁)

- 約款の定義の段階で、適用範囲を狭める必要はない。事業者 to 消費者のみならず、事業者 to 事業者に対して用いられる契約書であっても、約款の概念から排除する必要はない。よって、事業者が多数の契約を画一的内容で締結するために制定する契約条項の総体という内容の定義規定を民法に置くべきである。(福岡弁)
  - 約款の組み入れの問題は、「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」において、広く問題となっており、広く定義することが妥当である。
- 一方で、「多数契約に用いるため」に利用されない場合については、個別の交渉が予定されているため、約款規制を及ぼすまでの理由はないと思われる。(仙台弁)
- 約款を「多数の契約に用いられるためあらかじめ定式化された契約条項の総体」等と広く定義することに基本的に賛成である。(全相協)
  - 原則として、「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」とすることには賛成するが、例えば「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、但し、個別の交渉を経ているもの、ないし、個別に相手方の了承をもらっているものは除く」など限定を加える方向で検討すべきである。(経済法令・研究会)
  - 約款の定義を「契約の一方当事者が作成した条項につき、他方当事者が変更の申入れをすることを予定しない条項をいう」とする方向で検討すべきである。(日司連)
  - 「多数の契約に用いられるために予め定式化された契約条項の総体」という定義でよい。取引基本契約書についても、いったんは適用領域内に入れておいて、個別交渉条項を排除することでもよい。約款規制の根拠は、交渉力の不均衡ではなく、条項内容の検討や交渉の費用や時間があまりにも割に合わないために、交渉も競争も行われないことにあるのであって、消費者契約や下請取引の問題とは規制根拠が異なる。交渉力格差の問題は現代型暴利行為の問題として検討すべきであり、その前提のもとで、個別交渉条項や中心条項は約款規制からは除外すべき。労働関係に関しては別途の検討を要するので、今回の改正からは除外してはどうか。(大学教員)

- 約款の定義を「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」とすることに、基本的に賛成である。もっとも、より分かりやすくするために、「名称・形態は問わない」と明示した方がよい。(弁護士)
- 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すべきである。(会社員)
- 約款とは、当事者の一方によって一般的かつ反復的に利用するためにあらかじめ定式化された契約条項であると考えてよい。個別の交渉を経て採用された約款や契約の中心部分に関する約款を含めるべきである。契約の中心部分に関する約款については、中心部分とそれ以外の部分の区別が容易でないこと、対価の算定基準が容易に理解できない場合があることを理由として挙げるができる。(大学教員)
- 約款の定義の検討をすることに賛成する。  
約款を広く定義するだけで十分な規制がされない場合、希薄な合意の拘束力を幅広く認め、合意原則を底抜けにする危険性がある。「ひな形」のようなものは敢えて「約款」とせず、厳密に契約の内容についての認識がないものについては契約不成立またはその拘束力を及ぼさないとして、劣位者に不利益にならないようにすべきという帰結も成り立ちうる。これらの点を踏まえて、具体的な定義の在り方は慎重に検討すべきである。(東弁)
- 「約款」の定義については、従来「約款」とは考えられていない契約が含まれない定義にすべきであるという意見がある一方、約款規制の対象は規制の趣旨との関係で合目的的に決されるべきもので名称や形態は重要視すべきではないという意見もある。また、中間論点整理で例示されている「多数に契約に用いるためにあらかじめ定型化された契約条項の総体」という定義についても、企業間の基本取引契約書、契約書のひな型まで約款規制の対象に含まれるのは望ましくないとする反対意見がある一方、対象範囲は広い方がよいと賛成する意見もある。(日弁連)
- 約款に関する定義規定は必要と思われるが、その定義も、規定内容との兼ね合いで決定される必要があり、単に約款という言葉の意味を民法典で規定する必要はない。その意味では、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かどうかは、その定義規定に何の意味があるかを明らかにしなければ意味はなく、定義規定のみを効力規定から切り離して検討することは徒に概念を混乱させるだけで有害である。まずは、規定の方向性を決める必要があり、具体的に定義規定を検討するのはその後にはすべきである。(広島弁)
- 中間論点整理において提示された定義では、契約書雛形や仕組金融の契約書一式まで含まれることになって不当である。約款の定義には、一律又は画一的に適

用することが予定され、相手方に交渉の期待可能性がない又は乏しいことが含まれるべきである。また、就業規則が約款から除外されるように定義すべきである。

能動的な交渉がなくても当事者が条項を子細に検討している場合には約款固有の問題は生じないから、当事者が個別条項を検討の上個別に意思決定をして承諾した場合は、約款の定義から除外するか、約款規制の適用を除外する方向で検討すべきである。

契約の核心的部分は約款規律の適用除外とする方向で検討すべきである。(一弁)

- 検討することには賛成である。約款の定義としては、「多数取引の画一的処理を予定されて作成された契約条項群をいう」とすべきである。(兵庫県弁)
- 約款の定義については、中間論点整理指摘の各問題点を踏まえて検討されたい。(親和会)
- 「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」という約款の定義は広すぎるとする意見と、この定義に賛成してこれ以上の限定をすべきでないとの意見があり、十分な検討が必要である。また、就業規則が約款に含まれないかどうかについても十分に検討すべきである。

個別の交渉を経て採用された条項は原則として約款の規律の対象とすべきではないが、交渉は実質的なものでなければならないとすべきである。また、契約の中心部分に関する条項も規律の対象とすべきである。(金沢弁消費者委)

- 約款の定義は、抽象的な規定になる事が予想されるが、抽象的規定となると約款に該当するのかが不明確となり、実務上の混乱をきたす可能性を残す。また一般市民が、約款の定義を理解する上では、類型的に細分化して規定する方が簡明であり好ましいと考える。(滋賀県司書・勉強会)
- 約款の定義を設けることには賛成する。約款の組入れ要件に関しては、不当条項規制の問題とは区別して、広い定義をしておくべきであろう。「改正を考える」研)
- 相手方が各条項について個別に承認する機会を持たないような条項群について拘束力を認めてよいかということは、当事者が事業者であるか消費者であるかを問わず論点になるとしても、約款の定義の提案にあるような「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された」ということには直接結びつくものではないと考えられる。約款の定義として、提案にあるような「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」と想定した場合、包括的すぎて、あまりに範囲が広く、一律に規定化するのは極めて困難であり、敢えて規定化すると多くの弊害が生じるおそれがある。従来、約款として捉えていなかったもの(格差がない事業者間の契約条項の総体や、契約書に記載された定型的な条項の総

体)にまで約款規制の対象が広がることを懸念している。上記で想定している約款の全てについて規制が必要な立法事実があるとは考えられないことから、仮に規定化するとしても、問題が生じている類型のものをピックアップして定義を検討し、その類型だけを規定化することが望ましいという指摘もある。

規制の根拠として、当事者間の交渉力格差あるいは隠蔽効果があげられることがある。特に事業者間では、迅速性の確保の観点から、定型的な契約条項が用いられることが多いが、この場合に条項使用者と相手方の間に、規制を設ける必要性を認める程度の格差があるとは必ずしも言えない。隠蔽効果を規制する観点から考えると、事業者間契約は、事業者として自ら適用されることになる条項について自ら責任を持つという傾向は強く、消費者契約の場合と同様の保護が必要か疑問である。

そのような意味を含め、「組入要件」に係る議論の対象とすべき「約款」に関して、当事者が調印することを予定した契約(書)は、「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」であっても「約款」からは当然に除かれるべきであるという指摘もある。

また、不当条項規制との関係にも考慮が必要である。約款の定義について、約款の組入要件を議論する場合に想定する約款と不当条項規制を議論する場合に想定する約款を一つの定義で賄うことに必然性があるのか疑問である。約款の組入要件の問題は、相手方が各条項を個別に承認する機会がない場合に、何故、約款が拘束力を有するのか(約款を変更した場合の拘束力の問題も含まれる)ということである。他方の不当条項規制の問題は、別の問題であると考えている。その意味からすると、約款の拘束力の根拠が問題となる契約条項の総体と不当条項規制の対象とすべき契約条項の総体の2つのものの外延は必ずしも一致しないと考えられる。

不当条項規制との関係では、貸付信託の約款のように取引の形態について法令の裏付けがあるものは、規制すべき「約款」の対象からは除かれるべきであるという指摘もある。

以上の点に留意し、約款の定義については慎重な検討を要する。(全銀協)

- 抽象的な定義が規定された場合、いわゆる「約款」以外のどのような規程が含まれるかは解釈に委ねられることとなるが、解釈の仕方によっては「約款」として開示・合意の対象となる範囲が過度に広がるのが想定される。「約款」の対象範囲は契約の組入要件に関係することから、契約の成否が極めて不安定な状態に置かれることとなり、このような不安定な状態を避けるため、条項作成者は、「約款」として解釈されるもの全てを契約者に提示することとなるが、その結果、契約者に提示すべき事項の範囲が過度に広がることによって、共済契約に



直接関連する事項を定めたものが何であるかが不明確となり、契約者にとっての理解が散漫になることも懸念される。そこで、「約款」の定義について、解釈によってその範囲が過度に広がらないよう、現在の社会一般における「約款」の認識および共済約款の特性等を考慮のうえ、幅広く、かつ慎重に検討すべきである。また、規律を定める場合には、契約の成否の安定性に大きな影響を与えることを踏まえて、「約款」の対象範囲が明確なものとなるよう検討すべきである。

(共済協会)

- 約款の定義については、約款の組入要件を定める必要性等を勘案し、合理的な内容とするべきである。(貸金業協)
- 約款は倉庫業界をはじめとして社会で幅広く活用されており、その運用方法も様々であることから、詳細な定義付けは困難であることが予想される。定義付けを行う場合には、現行の約款を支障なく使用できるよう留意頂きたい。(日倉協)
- 約款の組入要件を満たさないものは契約としての拘束力がなく、反対に、予期しないものが約款と認定されると、組入要件を満たすことが必要となり、何が民法上の約款に当たるのかが具体的に明確でないと、実務が混乱する。また、組入要件が画一的・定型的に規定された場合、それを満たすための、説明・揭示等の手間・コストが実情以上に過大にかかるおそれがあると考え。さらに、事業者間のひな型契約でも、民法上の約款と認定されるものが出てくる可能性があり、同様の問題が起きると考える。もし導入する場合は、業種や取引類型毎などに、どのような方法・程度で対応すれば組入要件を満たしたとされるのか、ガイドライン的なものの制定が併せて必要と考える。(全信協)
- 約款規制の対象となる「約款」の定義については、「多数に契約に用いるためにあらかじめ定型化された契約条項の総体」といった定義を参考に、約款規制の立法目的から合目的的に決されるべきである。

この点、日常生活で「約款」と呼ばれているか、「約款」という表題が付いているかといった観点で約款規制の対象を画することには反対である。むしろ「名称や形態は問わない」といった注記を検討すべきである。約款規制の対象から、取引基本契約書や定型契約書を除外することには反対である。法規制の対象について「約款」という用語を用いることが適切か否かについても検討の対象にすべきである。(日弁連消費者委有志)

- 約款の定義については、その範囲を極力狭める必要がある。現在の契約実務で問題となっている事象は限られた業態における特定取引で発生しているのであって、何ら問題の生じていない範囲にまで拡大して運用を行うことは、債権法改正の趣旨にも反する。また、契約主体が様々な業種や規模にわたることから、定義の範囲を広げ画一的に運用することは、現在のわが国の経済情勢や国際競争力

の低下等の事情に鑑み、円滑な商取引を阻害することにもなりかねない。(会社員)

- 約款を「多数の契約に用いるためにあらかじめ定型化された契約条項の総体」と定義することは、契約書の雛型などを含む可能性がある点で疑問がある。「不特定多数の顧客との契約を、大量かつ画一的に処理することを目的として、事業者によってあらかじめ作成され、契約書として印刷されたもの」という定義などを参考に、更に検討すべきと考える。(弁護士)
- 就業規則が約款の一種かどうかは見解が分かれており、就業規則を約款と同一に論じることには反対である。就業規則については労働基準法第89条以下、労働契約法第7条本文及び第9条本文に規定が設けられているので、就業規則が約款に含まれないことを明文化すべきである。(経営法曹)
- 「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」という定義の例によると、保険実務においては、保険約款はもちろん、代理店委託契約書のような業務上使用する定型の契約書も事実上約款に該当し規制の対象範囲となることが想定される。契約書のひな形までが適用対象とされることは事業者にとっては想定外であり、このようなものにまで規制が及ぶことは妥当ではない。仮に約款の組入要件を設ける場合であっても、当該規定の適用対象となる約款の定義づけにおいては、想定外のものに適用されることのないよう適切な定義とすべきである。(損保協会)
- 約款の定義を「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」とすることは、契約のひな型まで約款規制の対象となり得るため不当である。(産業組織課)
- 定義規定を設けることは必要と考えるが、多数の契約に用いられるいわゆる契約のひな形のようなものが約款に含まれるのであれば、契約内容の合意が希薄であることを前提とした約款規定の存在に反することとなり、一方当事者に過剰な保護を与える結果になりかねないものと思われることから、単に「多数の契約に用いられる」ことを要件とすることには反対する。(札幌弁)
- 「約款」の定義を定めること自体は賛成であるが、「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」という定義では「取引基本契約」や「契約書式(ひな形)」も含まれてしまい、賛成できない。約款の要素を考慮し、例えば「不特定多数の顧客との契約を、大量かつ画一的に処理することを目的として、事業者によってあらかじめ作成され、契約所として印刷されもの」等の定義を参考にして、慎重に検討すべきである。(愛知県弁)
- 約款に関する定義を、民法に定める点は賛成する。しかし、例えば、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」といった形で

定義した場合、事業者が他の事業者との間の日常的な取引において頻繁に使用する「基本取引契約の雛形」といったものや、就業規則についても約款としての規制が及ぶ可能性が高く、実務上の影響が極めて大きい。約款をどのように定義すべきかについては、多方面にわたる影響を見極めた上での、慎重な検討が必要である。

この点、たとえば、「個別の交渉の余地のないもの」というように「約款」の定義を絞るべきであるという意見もあった。この場合、銀行取引約款などは個別交渉の余地があるので、「約款」の定義に該当しないことになるが、このようなものについては、むしろ、優越的地位の濫用の禁止などの他の規制によって対応することが可能である。(二弁)

- 「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」では広すぎるが、あまり狭い要件を設定すべきではない。約款は、契約の大量・画一的処理の要請から使用されるとの性質から特殊な規制を要すると考えるべきであるので、いわゆるたまたま単発の取引に使われた「ひな型」まで含まれるべきではない。ただ、あまり狭くして、不当条項規制の対象から外れるものが多くされるべきではない。行政監督官庁のチェックがあるものも、民法上の「不当」か否かの規制にはさらされるべきであるから、「約款」から外されるべきではない。

就業規則を約款とみるべきか否かは議論のあるところではあるが、仮に就業規則を約款とみるとしても、組入要件は、労働契約法7条（就業規則が労働契約の内容になる要件として、①就業規則の労働条件の合理性と、②労働者への周知を定めている。）の適用を排除するものではないことを明記すべきである。

労働協約については、約款ではないことを明記すべきである。労働協約は、労使の集団的交渉によって締結されるものであり、規範的効力（労組法16条）、一般的拘束力（労組法17条以下）等について、労組法が独自に要件及び効果を定めているからである。(横浜弁)

- 約款規制をおく意味は、一つには、例えば運送約款のように通常は契約にあたって一々目にしないようなものについても当事者間で効力を持たせるための根拠を与えるということ、もう一つは、そのような約款について、不当条項規制等の規制を及ぼし、隠蔽効果があっても約款の使用の相手方に不合理な不利益が及ばないようにすることである。ここで、「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」といった包括的定義では、例えばビルオーナーが使用する賃貸借契約書、あるいは企業が使用する取引基本契約なども「約款」ということになりうるが、これらの契約は約款の隠蔽効果などとは通常関係が無いものであり、内容について交渉の余地があることも多く、本来的に想定された「約款」とは異なる。よって、これらまで含まない限定した定義（例えば、「あ

あらかじめ詳細な契約条項を定型化して定めておき、契約の相手方との間で、その条項をそのまま包括的に契約の内容とする前提のもとに」使用される「定型的な契約条項」（我妻・有泉コンメンタール民法 984 頁参照）にすべきである。

個別交渉の結果、変更された条項は、当事者間の合意があるので、「約款」であろうとなかろうと当事者間で効力を持つ。また、交渉の対象になっているので必ず開示されており、開示の有無は問題とならない。そうすると、約款の規律の対象外となる意味＝不当条項であっても「交渉を経たもの」として、ただちに無効とされない可能性がある、ということ。抜け穴として利用されるおそれがある。

「実質的に交渉がなされた」か否かの判断も容易でない。定義を上記の趣旨で絞る前提で、本件除外規定については不要と考える。他方、中心部分に関する条項について、例えば携帯電話の料金体系など、対価の条件が複雑になっていてわかりにくい場合などには、契約条項の隠蔽機能は中心部分に関する条項にも当てはまりうる。にもかかわらず、対価の内容について約款使用者の相手方が正確に理解していなければ合意は成立しないとするのは、必ずしも現実的ではない。すると、むしろ、約款規制の対象にして、不当条項の効力規制規定の適用範囲になりうる、と解する余地を残す方がベター。（堂島有志）

- 「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」という定義では、単なる契約書の雛型や業界団体が使用するサンプル書式などもこれに該当する可能性があり、実務における約款の理解と異なることになりかねない。実務においては、基本的には約款使用者から一方的に提示されるもので交渉・変更の余地がなく（すなわち内容に納得ができない場合には契約を締結しないという選択をすることになる）、また、相手方当事者にて詳細に内容を検討することが期待されていない類型のものを想定することが多いように思われる。当該認識からすると、契約書の雛型や業界団体のサンプル書式などが約款に含まれるのは妥当ではない。

雛型やサンプルは、特に交渉力や情報収集能力に差異のない企業間で、交渉のスタート段階で便宜的に利用されることも多く、このようなものに、不当条項に関する規制（中間論点整理第31）のような、交渉力や情報収集能力の格差を前提とした規制が適用されることは妥当ではないと考えられる（なお、仮に約款について不当条項規制が検討されるのであれば、民法において組入要件との関係における「約款」と不当条項規制との関係における「約款」を区別することは困難と思われる以上、約款の定義を不当条項規制の議論と切り離して考えることは難しいと考える。）。（TMI 有志）

- 金融取引を含む実務との関係では、中間論点整理において提示された定義では、例えば ISDA の定める Master Agreement その他の契約書式集・定義集等や

FIDIC 契約約款のような、業界における標準的契約として定式化された契約書式集についても、「約款」に含まれてしまう懸念がある。

この点、ISDA Master Agreement について敷衍すると、①組入要件との関係では、ISDA Master Agreement は、実務上、当事者がそれに含まれる契約条項を了知しており、かつ、契約締結時には当該書面に調印がなされることによって契約内容とすることが合意されることから、組入要件を取り立てて議論する必要はないと考えられる。

他方、不当条項規制との関係では、ISDA Master Agreement については個別交渉がなされない場合もあるが、同契約は多数のリスクテイカー及びリスクヘッジャーを含む全世界的な団体が、いずれかの立場に特に有利になることがないよう、十分な議論を経た上で準備されたものであることから、当事者は、条項全体の中立性を信用してよいと判断して個別交渉を行わないのである。そうであるにもかかわらず、(そもそも条項内に不当な条項はないとは考えられるが)、一部の条項のみを取り上げて事後的に不当等と主張することを許す枠組みが設けられること自体、取引の安定を害し、金融実務に対する悪影響が大きいと考えられる。

更に、ISDA Credit Derivatives Definitions のような定義集については、そもそも「契約条項」であるのか疑義があるものの、上記の「約款」の定義では、これも「約款」に含まれる可能性がある。しかしながら、このような定義集は、これを用いる金融機関等の当事者であれば、当然に了知していることを前提として契約が締結されるのであり、ISDA Master Agreement と同様に、組入要件や不当条項規制の対象とする必要はないと考えられる。

このように、実務上用いられている標準的契約書の中には、様々な立場の者を含む団体により、いずれかの立場に特に有利になることがないよう、十分な議論を経た上で採用された標準的契約書が多く(そもそも、一方的な内容のものは標準的な契約として採用されない。)、そのような標準契約書には、むしろ当該取引におけるデフォルトルールとしての役割(それに応じた法的安定性)を認めることに意義があるという視点が必要と思われる。

以上のとおり、現在提案されている「約款」の定義は実務との関係で広すぎ、約款規制導入の背景に沿った形で、約款規制の対象が典型的な約款として想起される定式化された契約書に限定されるように、約款の定義が検討されるべきである。例えば、約款の定義において、「一方当事者のみが作成・準備した」という要件をも要求することにより、様々な利害関係を有する団体において議論され、中立的に幅広く利用される標準的契約書については、約款規制の対象とはしないことが検討されるべきである(なお、中間論点整理の第 31 の 1(2)にも、「約款」について、「一方当事者が作成し、他方当事者が契約内容の形成に関与しないものであ

る」との記述がある。)。 (西村あさひ有志)

- 約款は、上記のとおり、「合意」を拘束力の基礎とすることが明らかにフィクションであるような契約条項のセットであって、その全部を受け入れるか、契約締結を拒否するかのいずれかの選択しかできないものに限定すべきである。とりわけ、定義は、約款に契約のひな形が含まれないことが明らかなものとして規定すべきである。

例えば、不動産の流動化・証券化取引に関する契約の作成にあたっては、他の企業法務における契約実務と同じく、コストを抑えるだけではなく、多岐にわたる業法の規制や自主規制、社内ルール等を踏まえてコンプライアンスを確保すること、そして、契約交渉のスタート・ラインを示すこと等を目的として、契約のひな形が利用されることが少なくない。

雛形が、典型的な約款と大きく異なるのは、雛形の提示者を含む関係者が、だれも、雛形（又はその一部）を、そのまま、無条件で、あるいは、検討もしないで受け入れることを予定していないことである。関係者は、雛形のどの規定についても、それが自分の意向と異なれば、コメントを付け、交渉をすることができ、これは、雛形の提示者においても当然のこととして予定されている。雛形の規定のうち全く交渉が行われなかったものがあつたとしても、それは、関係者がその内容を個別に確認して（場合によっては黙示に）承認したからである。すなわち、雛形を使用して作成された契約は、定型的にみて、当事者双方がその内容の全部を了知し、合意している契約、典型的な当事者間の意思の合致が確認できる契約であると言えるから、雛形には約款に適用される制度・規制を適用する必要はない。

以上のとおりであるから、いわゆる「雛形」は約款に含まれるべきではなく、約款に関する定義は、雛形を含まないことが明らかであるようなものとすべきである。この点、「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」との定義は、広きに失すること、明白である。なお、国際的に使われている雛形の典型として、ISDAのマスター契約があげられる。ISDAマスターは、ほとんど手を入れられることなく使用されることも多いが、これが約款であると解されるような定義は国際的に理解されないであろう。さらに、約款が不当条項規制の対象とされると、ISDAマスター契約には不当条項規制の対象となるような条項は含まれていないと思われるものの、その有効性が争われ得ること自体、適切ではないと思われる。(長島・大野・常松有志)

- 約款に関する規定を、民法に設けることに反対するものであるが、仮に、約款に関する規定を設けるとしても、約款に関する規定を設ける趣旨及び立法事実を鑑みて、必要な限度での定義がなされるべきである。その意味で、「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」との定義は、契約内容となっていることは両当事者にとって明らかである契約書のひな形が含まれるなど定義としては広すぎるため、反対する。

また、少なくとも、以下の理由により、約款の定義からは、事業者間契約及び労働契約を除くべきである。

事業者間契約への適用については、そもそも、事業者であれば、たとえ、多数にわたる契約条項であったとしても、その内容を理解し吟味すべきであり、相手方が消費者である場合に比べて、相手方が事業者である事業者間契約の場合は「約款」の隠蔽効果は生じにくいと考えられる。したがって、組入要件に関する規律を及ぼす必要はなく、また、そのような場合まで一律に不当条項規制を及ぼす必要もないと考える。また、附合契約性（実質的な交渉が行われにくいことから、契約を締結するかしないかの選択が存在するのみになっていること）は、契約当事者間において交渉力に格差があるという実質に起因する問題であり、「約款」という形式に起因する問題ではない。事業者間契約における交渉力の格差は、構造的なものではなく、プロフェッショナルがお互いに競争を行った結果として生じるものであり、事業者間において公正な競争が行われている限り、その是正の必要性は低いと考えられる。さらに、事業者間契約においては、一方当事者が、手間やコストを避け取引の安定化・迅速化を図る目的で、他方当事者に対して契約書ひな形等の提示を求めたところ、結果的に、提示された契約書ひな形等を実質的な交渉なく使用する場合も多くある。そのような場合にまで、契約書ひな形等を提示した当事者が約款使用者としての義務に服するのは、実務の現状から乖離するものであり、不合理である。

労働契約への適用については、就業規則が約款に該当するとすると、第一に、約款の組入れに関しては、労働法制上、労働契約の締結の際に就業規則を開示することは不要であるとされており、就業規則の合理的な変更には個別の合意が不要であることとの齟齬が生じるものと考えられる。第二に、不当条項規制については、既に労働法制上手当てがなされている。したがって、約款の定義から労働契約も除くべきである。（法友会）

- 約款の定義を設ける場合には、現在実務で利用されている文書等の約款への該当性を巡って実務に混乱が生じないように慎重に検討すべきである。（森・濱田松本法律事務所志）
- 約款の定義については「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をいう」とする立法提言があるが、このような定義では約款規制の対象となる範囲が明確ではないと思われる。約款に関する定義については、その対象となる約款の範囲が明確となるよう、規定のあり方を慎重に検討すべきであ

る。

また、このような定義のあり方では、市販されている契約書のひな形なども、約款となり得ることになるが、法律用語と一般用語との間にずれが生じるような事態は、極力避けるべきである。とはいえ、契約書のひな形などであっても、相手方が十分了知することなく契約が締結されることは多く、約款と同様の規制を及ぼし相手方を保護する必要性に変わりはない。あくまで用語としては約款と区別するだけで、同様の規制を行う条文を設けるべきである。(東京青司協)

- 約款に関する定義については、その対象となる約款の範囲が明確となるよう、規定のあり方を慎重に検討すべきである。その際、契約書のひな形など、日常生活において一般的には「約款」の範囲に含むと考えられていないものについては、民法上の「約款」とは区別すべきである。ただし、それら契約書のひな形などについても、約款と同様の規制を及ぼすべきである。(青司協)
- 「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称」という約款の定義は、範囲が広すぎ、不明確であるため妥当でない。不当条項規制とあわせ限定的かつ慎重に検討すべきである。(リース事業協)
- 約款の定義規定の導入にあたっては、その要件を明確にするとともに、事業者間の取引においては取引の円滑・迅速性がより強く要請されることに鑑み、事業者間の契約書雛型等現在の契約実務において約款としての規律の対象となることが想定されていないものは約款に含まれないものとする方向で慎重に検討すべきである。(生保協会)
- 契約のひな形は契約当事者の合意に基づき締結されるものであるから、約款に含めるべきではない。「約款受領者が署名又は記名押印することのない文書」のような要件を定めることで、ひな形等が約款に含まれないようにすべきである。

取引条件の一部についてのみ交渉を経た場合であっても、当該取引条件全体が交渉を経て成立した契約とみなされるべきであり、「約款」には当たらなくなると考えるべきである。

さらに、「契約の中心部分」を別扱いとする考え方は、実務に混乱をもたらす可能性があるため、採用すべきではない。(国際企業法務)
- 「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」という定義では様々なものが入りすぎることから、慎重な検討を要する。このような意見の根拠として、検討組織においては、大企業グループの販売会社やF C、仕入先、関連会社などの契約は、相手の意向もあり、ある程度定型化されている、約款の定義によっては、約款ではない契約はないくらいであり、その影響は図りしれないなどの意見があった。

個別交渉条項は、契約の内容ではなく、形式によって判断されるものであり、



実務において妥当ではない。このような意見の根拠として、検討組織においては、約款に基づいて契約を締結する際、不利な条項があり、個別交渉を行って見直しの主張が通らないと思われるような場合には、敢えて交渉を行わず、問題が起きたら取消を主張するという行動を招く恐れがあるとの意見があった。(名商)

- 契約の雛形や裏面約款などが「約款」に含まれることは実務の認識と合致しておらず、また、組入要件の対象となる約款と、約款規制(約款特有の不当事項規制等)の対象とする約款を同一のものとするのであれば、約款規制の範囲を不当に広げてしまいかねない。仮に「約款」を定義づける場合であっても、運送契約、保険約款等、いわゆる社会通念上「約款」として想定される約款に限定されるよう定義すべきである。(貿易会)
- 契約交渉のための雛形として使用する書式については、約款の定義に該当しないことを明らかにする必要がある。(情サ産協)
- 従来一般的に約款と考えられてきたものより範囲が広いものとなる場合には、中小企業の契約実務に大きな影響を与えることから、慎重な検討をすべきである。(全中)
- 一定の種類の属する取引について、契約書のひな形を準備の上、個別の事案に応じてひな形に修正を加えて使用しているような場合、そのような(ひな形をベースに個別の事案ごとに作成した)契約が「約款」に該当することになれば、取引実務への影響は大きいので、「約款」の定義については、実務を勘案しつつ慎重な配慮をお願いしたい。(オリックス)
- 前払式支払手段発行者と加盟店との間の加盟店契約は、定型的な契約様式(ひな型)を利用しているが、ひな型の使用者である前払式支払手段発行者としては、ひな型を基礎として個別の交渉を経て締結された契約についてまで、約款の組入要件が課され、不当条項規制の対象になり得ることまでは想定していない。そこで、仮に民法に約款に関する規律を設ける場合には、約款の定義について、例えば「多数の契約に用いるため、それによらなければ契約しないものとしてあらかじめ定式化された契約条項の総体をいう」などといったように、限定する方向で検討をするべきである。(決済協)
- 約款と契約書のひな型とは性質も制定事情も大きく異なる。したがって、約款の定義は厳密に解されなければならないが、契約書のひな型などが約款と解されるような規定は回避すべきではないか。(全宅連)
- 「多数の契約に用いるためあらかじめ定式化された契約条項の総体」という定義は広範に過ぎ、契約ひな形まで含まれることになりかねない。不動産売買契約や賃貸借契約は、各不動産会社ごとにひな形を用意していることが通常であるが、典型的な約款といわれる運送約款などと異なり、取引は一つ一つ個別であり、

約款規制を及ぼす実益は乏しい。また、政府の認可等が必要な約款についても、私法上の効力は行政法上の認可とは無関係であるから約款規制を及ぼすべきとの説があるが、もし認可された約款の条項が私法上無効とされたとしても、当事者としては当該約款を変更する権限がない以上、許認可を行った行政機関に対し行政訴訟を起こすという対抗措置をとらざるを得なくなるのではないか。その結果、政府機関としては適切な許認可権行使を行うことに躊躇したり、過剰な規制を行って民間の活力を奪うことになるのではないか。

不動産取引においては、業界全体で統一した標準ひな形契約書を用いることによって、取引の安全性の確保・取引費用の低減等の効果が図られている。従って、統一された内容の契約書を用いることのみをもって、十把一絡げに「約款」と整理することは回避されたい。

約款を使用した取引が広く行われているにもかかわらず、約款の法的拘束力等は不明瞭であることから、約款の定義、法的拘束力等を明記することは有益と考える。しかしながら、現時点での定義では、媒介契約書や売買契約書等、約款には該当しないものまでが約款と定義され実務上の混乱を招く可能性がある。まずは不動産取引をはじめとして各事業分野における約款の実態調査等を実施し、明文化する「約款」の範囲を明らかにして、慎重な検討をお願いしたい。(不動協)

- 約款に関する定義を、民法に定める点は賛成する。しかし、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」といった形で定義した場合、事業者が他の事業者との間の日常的な取引において頻繁に使用する「基本取引契約の雛形」(J S L Aのシンジケートローン契約の雛形やデリバティブの基本契約であるI S D Aマスター契約書など)といった当事者の交渉により変更可能性のあるものも含まれる可能性がある。そこで、「当事者の交渉の可能性のあるもの」については、約款の定義から除外をすべきである。(パブコメWG)
- 約款の組入要件に関する規定の適用対象となる約款をどのように定義するかについて、「多数の契約に用いるあらかじめ形式化された契約条項の総体」という考え方が紹介されているが、契約書のひな型等が広く約款に含まれることになれば、約款としての規制が及ぶことになり実務への影響が大きいと考える。例えば、金融取引約定書や金銭消費貸借証書の様式等の条項については個別交渉の余地があるものなので、当事者の交渉の可能性のあるものについては約款の定義から除外すべきである。(農中)
- 現在例示されている『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』という定義を設ける」という考え方には反対する。「基本取引契約書のひな型」等、社会的に「約款」としては認識されていないものまで含まれてしまう恐れがある、という点で、あまりに広きに過ぎると考える。

「約款」について、民法上、通常の契約とは異なる特別の規定を設けるべきか否かが議論される背景には、それが個別の交渉等を経ることなく、約款使用者によって一方的に作成されるものである、という問題意識があるものと思料される。そうであれば、定義を検討するに当たっても、「多数の契約に用いる」という点に加えて、「交渉による修正が予定されていない」という点も含めた定義を議論の出発点とすべきである。(JR東日本)

- 約款に関する規定を設ける趣旨が、約款使用者の相手方がその内容を了知して合意しているわけではない状況を改善し、取引の安定性を確保することなどであるとすれば、定式化された契約条項であったとしても当事者が内容の説明を受けた上で合意し、あるいは内容を了知しているのであれば規制の対象とする特別の意味はないものと思われる。(全信保連)
- 約款の定義を「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」とすることは、契約書のひな形等、現在の実務において約款と考えられていないものについても約款として取り込むこととなる上、何をもって「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された」と判断するかが不明確な場合もあるものと考えられる。現在約款ではないと考えられているものも含めて広範に約款規制を及ぼすことの合理性について、更に検討して頂きたい。

また、同定義によれば事業者間契約についても約款規制が及ぶこととなり得るが、事業者間契約については約款規制による規律の対象外とする方向で検討すべきである。(信用組合)

- 少なくともソフトウェア業界及びシステム販売業界の従来の実務においては、契約書のひな形などをいわゆる「約款」として扱うことはほとんどなく、また、契約書のひな形を使用する場合は、相手方に開示した上でその合意を得る(もし相手方の修正要求があれば交渉を行う)運用が通常である。そのため、契約書のひな形については、あえて約款としての規律(別途検討されている組入要件や不当条項規制等)を及ぼす意味も実益もなく、徒に実務を混乱させるだけと思われる。したがって、そもそも約款規制自体不要であると考えるが、仮に約款規制を民法に設けるとしても、ある程度定式化された規程や契約書のひな形などが「約款」に当たると解釈されないよう、約款の定義は中間論点整理に記載されている例よりも、さらに狭いものにすべきと考えられる。(ソフトウェア協)
- 「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」という考え方が紹介されているが、この定義では契約のたたき台としてのひな形も約款に含まれてしまうことになり、実務感覚と著しく乖離がある。一方、約款組入に関する様々な議論を聞いている限り、交渉を前提とした雛型のようなものを約款としてしまうが故に混乱した議論が行われている部分も散見され、議論の範囲を

確定するためにも定義を早急に明確にする必要は高いと考える。

約款は元々、多数の者を相手として取引をする場合に、その多数の相手方を画一的に取扱う必要性から用いられるものであるため、約款の定義は、「多数の相手方との契約を一律に規律するために定めた契約条項の総体であって、その取引においては他の条件による契約締結が予定されておらず、相手方がその条件にさえ同意すれば契約が成立するもの」というようにすることが実務感覚には合致している。(ヤフー)

- 「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」という定義では各企業が社内で用意している雛型やサンプルも「約款」となりかねず適切ではない、国際的な業界団体の作成した約款、インコタームズ等の定型的取引条件等も規制の対象とする趣旨なら必ずしも適切ではないとの意見があった。(国際取引有志)
- 貸金業者において個人を顧客とするいわゆる消費者ローン商品では、約款を適用する箇所において当該個人顧客との個別交渉を予定していないため、ほとんどのローン契約書ひな型は、約款に該当する可能性が高いと思われる。そこで、約款の組入要件、約款の変更方法とも連動させ、実務に即したものになるような方向で検討を進めていただきたい。(消費者金融協)
- 「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」という定義は広範に過ぎ、契約ひな形まで含まれることになりかねない。不動産売買契約や賃貸借契約等は、各不動産会社ごとにひな形を用意していることが通常であるが、典型的な約款といわれる運送約款などと異なり、取引は一つ一つ個別であり、約款規制を及ぼす実益は乏しい。(不動産証券化協)
- 約款とは、典型的には鉄道・バス・航空等の運送約款、各種の保険約款、銀行取引約款など、(他方当事者が契約内容の形成に関与することなく)大量の取引を合理的、効率的に行うための手段であるところ、中間論点整理において提示された定義によれば、契約書ひな型のような、通常約款とは考えられていないものまで約款とみなされ、実務に混乱を招く可能性がある。(弁護士)
- 約款という形式を規制の対象とするとしても、契約書のように、当事者双方が捺印する形式のものは、約款から除外すべきである。鉄道等の運送約款のように利用者に捺印の機会が無いもの、条項が付属したクレジットカードの申込書のように利用者のみが捺印するもののみ、約款規制の対象としてはどうか。(個人)
- 約款の定義として「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事項の総体」という概念を用いた場合、従来の実務上約款ではないと考えられていた契約書の雛形や裏面約款なども約款に含まれるものと解されてしまい妥当でないほか、「多数の契約に用いるため」という要件を満たさなくても、一方当事

者が他方当事者の同意を得ずに作成した契約条項には隠蔽効果があることから、これを含むような定義とすべきである。

問題となる条項全体のうち、契約の中心部分か否かといった抽象的な判断基準によって、その一部が約款であり一部は約款でないものとするのは非常に分かりにくいことから、全体を約款と扱うか、全体を約款でないと扱うかという考え方にすべきであり、個別の交渉を経て採用された条項や契約の中心部分に関する条項を約款の定義から除外する考え方には、到底賛成できない。(弁護士)

- 前記第27の1でも述べたように、約款規制を民法に組み入れるべきか否かについては、約款をいかに定義できるかにかかっているとよいであろう。一口に約款と試してみても、多種多様なものがあり、それらを包含して規定することが果たして可能なのか。さらに、包含した定義が、抽象的な定義になる可能性が高いことを考慮すると、特別法があるなか、あえて抽象的な定義を民法に置く意味があるのか否かについては疑問がある。

なお、約款の定義を考えるにあたっては、約款の範囲として、ひな型をどう扱うかがポイントになると考える。消費者の利益を守る観点からは、ひな型も約款に含めてしまった方が、より強く消費者の利益が守られると考えられるが、事業者については、さまざまな事業者が想定できるため、簡単に結論をだしてしまっただけのよいのかについては疑問があり、実態をよく踏まえる必要があると考える。また、約款を民法に規定する根拠として、構造的な交渉力の不均衡を挙げる場合には、約款アプローチが果たしてベストな答えなのかもさらに検討する余地があると考えられる。つまり、やはりいかなる場面を想定しているのかにより、答えも異なり、今の状態では、議論をつめていくのが難しいように思われる。(日大民研・商研)

- 「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」という定義では実務での運用が困難である。また他の大勢の満足を得るような定義を作ることも困難と考えられる。(主婦)
- 民法に約款について特別の規定を置く必要はなく、原則どおり意思表示の合致によって契約は判断すればよい。(個人)
- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させないかおそれのある検討事項が少なからず存在している。この点、約款の定義と組入要件については、就業規則法理との整合性、使用者が制定した規則等の効力の点で労働者に影響が及ぶ懸念がある。今後の検討過程で労働者の権利水準を後退させることが確実となる場合、法

改正には賛成できない。(連合)

### 3 約款の組入れ要件の内容

仮に約款の組入れ要件についての規定を設けるとした場合に、その内容をどのようなものとするかについて、更に検討してはどうか。

例えば、原則として契約締結までに約款が相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要であるという考え方がある。このうち開示を要件とすることについては、その具体的な態様によっては多大なコストを要する割に相手方の実質的な保護につながらないとの指摘などがあり、また、当事者の合意を要件とすることについては、当事者の合意がなくても慣習としての拘束力を認めるべき場合があるとの指摘などがある。

このほか、相手方が個別に交渉した条項を含む約款全体、更には実際に個別交渉が行われなくてもその機会があった約款は当然に契約内容になるとの考え方や、約款が使用されていることが周知の事実になっている分野においては約款は当然に契約内容になるとの考え方もある。

約款の組入れ要件の内容を検討するに当たっては、相手方が約款の内容を知る機会をどの程度保障するか、約款を契約内容にする旨の合意が常に必要であるかどうかなどが問題になると考えられるが、これらを含め、現代の取引社会における約款の有用性や、組入れ要件と公法上の規制・労働関係法令等他の法令との関係などに留意しつつ、規定の内容について更に検討してはどうか。

また、上記の原則的な組入れ要件を満たさず場合であっても、約款の中に相手方が合理的に予測することができない内容の条項が含まれていたときは、当該条項は契約内容とならないという考え方があるが、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第5, 3 [62頁], 同(関連論点) [64頁]】

#### 【意見】

- 約款の組入れ要件については、原則として約款の開示が必要であることとし、例外的に、契約の性質上、契約締結時までに相手方に開示することが著しく困難な場合において、約款使用者が相手方に対し契約の締結時に約款を用いる旨の表示をし、相手方がそれを知り又は知ることができ、かつ契約締結時までに、約款を相手方が知り得る状態においたとき、とする方向で検討すべきである。

個別交渉を行った又は行う機会があったという要件で約款の拘束力を認めると、合意原則が有名無実化することが避けられないので、反対する。

取引慣行に照らして異常な条項または取引の状況若しくは契約の外形から見

て相手方にとって不意打ちとなる条項や、相手方が合理的に予測することができない内容の条項は、契約内容とならないとする方向で検討すべきである。

公法上の規制、労働関係法令等他の法令との関係は、検討すること自体は反対しないが、他の法令においてそれぞれ規定化すべきことであり、民法で規定することには反対である。(東弁)

- 原則として開示を要件としたうえ現実的に開示が困難な場合についてのみ例外的場合を設ける考え方に賛成する。個別の交渉を経て採用された条項や個別交渉の機会があった約款が、当然に契約内容になるという考え方には賛成しかねる。不意打ち条項については、明文化に賛成する。(愛知県弁)
- 約款が契約内容に組み入れられるのは、その約款を契約内容とする契約当事者の意思に基づくところ、契約締結時までに約款が開示(アクセスできることが必要)されていなければ、契約内容とする意思を認めることはできない。

開示されていても、不意打ちとなるような条項は、それに拘束される当事者の意思を認めることができないため、その内容が相手方に理解されていた(不意打ちとなっていない)ことが必要であると考えられる。(仙台弁)
- 約款の組入要件について、相手方への事前交付、及び約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要であるとすべきである。また、一方当事者が合理的に予測できない条項については契約条項から除外することについては賛成する。(広島弁)
- 約款を使用した取引においても法的拘束力の正当化根拠は意思の合致であるとして、約款に法的拘束力が認められるためには、原則として約款が契約締結時までに相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要であると考えられる見解が多い。この原則については、ある程度の緩和を許容すべきであると考えられる見解が多い。しかし、具体的な要件については、開示の著しい困難性、約款内容の認識可能性、約款使用に関する認識可能性の要否など、さらに慎重に検討する必要があると思われる。

不意打ち条項を規定することについては、約款の中に取引通念に照らして思いもしないような契約条項が定められていたような場合にかかる条項で相手方を拘束することは不合理である、上記の事態は当該条項の約定内容自体が不当条項とまで言えない場合にも想定されうる等として、賛成する見解が多い。(日弁連)
- 前段について、約款使用者が約款を相手方に開示していることを要件とし、例外として開示が困難な場合の要件を規定することが望ましいと考える。

いわゆる不意打ち条項については、一般条項による排除や特別法(消費者契約法等)による排除を期待できるので、特別の規定を設ける必要はないと思われるため、規定を設けることに反対する。(札幌弁)

○ 契約理論との関係では認識可能性と組入の合意が重要であって、約款を用いる旨の表示をすること及び相手方が知り得る状態に置くことは、開示と同等に扱われてよい。よって、開示が現実的に困難な場合であるかどうかにかかわらず、約款を用いる旨の表示及び相手方が知り得る状態に置くことも、約款を開示することと並列的な要件とする方向で検討すべきである。また、就業規則については労働契約法に規定されているから、約款の組入要件に関する規定の適用を除外すべきである。(一弁)

○ 約款使用者のみならず、相手方においても、契約内容を約款によらしめるとの(少なくとも黙示の)意思を有していることを要するとすべきである。契約内容とするからには、約款を使用することについての契約当事者の意思を介在させないと合理的に説明できないからである。

契約締結と同時に始めて約款内容を知ることができるのでは遅いので、「契約締結時まで」との案は不適當である。契約締結に先立って、あらかじめ了知できる状態である必要がある。ただ、書面の交付までは必要なく、掲示・インターネット掲載等、容易に了知可能な状態であればよいのではないか。

個別交渉を経た条項を除外すると、「交渉」の有無をめぐって紛争が発生する懸念や、実質を伴わない「交渉」により規制が潜脱される懸念があるので、除外に反対である。

不意打ちであるかどうかということも、不当条項規制の「不当性」の判断の1考慮要素となりうるものの、了知可能な状態にあらかじめおくことを要するとの組入れ要件を設定するのであれば、不当条項規制に加えて、不意打ち条項規制まで行う必要はない。(横浜弁)

○ 原則として契約締結までに約款が相手方に開示されていることが必要であるという考え方に賛成するが、「開示」の内容として、「相手方が約款の内容を認識しようとするれば容易に認識できる状態に置くこと」も含まれることを条文上明記すべきである。仮に、「開示」の内容として、約款使用者が、「契約締結時までに相手方が特別のアクションを起こさなくてもよいところに約款を置くこと」が常に求められるとすると、実務上、約款そのものを冊子にして相手方に交付したり、契約を締結する場所で相手方の目に見えるところに約款を掲示したり、備え置いたりすることが必要になると思われる。しかし、現実には、約款使用者が多大なコストをかけてそのような対処を行ったとしても、相手方の多くは関心を示さず、かえって取引が煩雑になるのではなかろうか(現代社会において取引が複雑化し、また、様々な事態に対する条項を取り込む必要があることから約款が詳細かつ膨大となることも多い)。このような観点から、「開示」の内容として、約款使用者において、「契約締結時までに相手方の特別のアクションなしに認識しうる状態



に約款を置く」ことまで求めることについては、疑問を入れる余地があるのではないかと考える。また、「開示」の内容をこのように定義してしまうと、エコロジック的観点からの取引書類簡素化の要請にも反する運用になる可能性があることは否めない。したがって、約款をホームページ上に掲載し、そのアドレスを知らせるなどして相手方が約款を知ろうと思えば知りうる状態にする（この場合には、相手方がインターネットにアクセスするといった「特別のアクション」が必要となる）などの、「相手方が約款の内容を認識しようとするれば容易に認識できる状態に置くこと」についても、「開示」の一態様として認めるべきであり、実務の混乱を防ぐため、条文上もそれを明記すべきである。

契約内容にする旨の当事者の合意（組入合意）が必要、との考えについては、不特定の相手方から明示的な「組入合意」を取り付けることは実務的に困難である場合も多いと想定され、「組入合意」を常に要求するとなると、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段としての約款のメリットを減殺する懸念がある。現実の取引実態に照らせば、「約款が使用されていることが周知の事実になっている分野」においては、相手方が取引に応じたことをもって、約款を用いることについての合意も擬制され、約款が当然に契約内容になる、との考え方も成り立ちうるところであるから、（明示的な）「組入合意」の存在を要件とするかどうかについては、取引の実態も踏まえて慎重に検討すべきである。

「上記の原則的な組入要件を満たす場合であっても、約款の中に相手方が合理的に予測することができない内容の条項が含まれていたときは、当該条項は契約内容とならないという考え方」は、「約款」規制の問題として論じるよりも、「不当条項」規制の問題として論じる方が妥当と考えられるため、関係する項において、別途論じる。（二弁）

- 約款の契約への組入要件として、約款の開示と組み入れの合意が必要であるとの考えに基本的に賛成である。また、開示について一定の例外を設けることについては賛成であるが、無理を強いることは妥当ではないものの、安易に緩和することも好ましくない。適切な例外設定が必要である。

個別的に交渉した条項を含む約款については、組入要件の例外であるとみるべきではなく、一般の組入要件を満たすことから、契約に組み入れられるものとみるべきである。個別的に交渉した条項の問題は、約款の契約への組入要件の問題として議論すべきではなく、約款に関する不当条項規制が個別的な交渉を経た条項に及ぶか否かの問題として議論すべきである。

不意打ち条項については、消費者契約であるか、事業者間契約であるかを問わず、規律を設けるべきである。少なくとも消費者契約において約款が使用される場合については、消費者の交渉力及び情報の質・量の格差に鑑み、不意打ち的な

条項によって、消費者が不測の不利益を被ることを防止する必要性は否定し難い。  
(大阪弁)

- 約款の組入要件の内容をどのようなものにするかについて、検討することに賛成である。

約款の組入要件の内容を検討するに当たっては、相手方が約款の内容を知る機会をどの程度保障するか、約款を契約内容にする旨の合意が常に必要であるかどうかなどが問題になると考えられるが、これらを含め、現代の取引社会における約款の有用性や組入要件と公法上の規制との関係などに留意しつつ、規定の内容について更に検討することに賛成である。

約款の中に相手方が合理的に予測することができない内容の条項が含まれていたときは、当該条項は契約内容とならないという考え方の当否について、更に検討することに賛成である。(兵庫県弁)

- 約款の開示を要件とすることに賛成するが、いかなる場合が開示に当たるのかを明確にする必要がある。不意打ち条項に関する規定を設け、相手方が合理的に予見できない条項は契約内容にならないこととすべきである。(金沢弁消費者委)
- 契約の拘束力の根拠が当事者の意思ないし合意に求められるから、約款についても、原則として、約款を契約内容とすることの合意及び開示（少なくとも知りうる状態に置くこと）を要件とすべき。常に約款を契約内容とすることの合意を求めたとき、運送約款など、一々明示的な合意がないと考えられるときにどうするか、という問題があるが、黙示の合意が推定できる。

不意打ち条項に拘束力を持たせないとする考え方に賛成。ただし、不当条項の対象に含めることでよいのではないか。約款の隠蔽効果にかかわらず効力を持たせる根拠の一つは、内容について当事者が合理的に推定できることにある。そうすると、予想もできない条項について拘束力を持たせることは相当でない。法制審の議論で「新しい商品やサービスを育成する観点から慎重な検討を要する」との意見があったようであるが、それは「不意打ち条項」の規定の仕方を工夫すれば足りることであると思われる。(堂島有志)

- 約款を契約の内容とするための組入要件として、原則として契約締結時までには約款が相手方に開示されていることを求めるべきである。約款をどのような状態に置くことをもって「開示」したと言えるのかにつき、解釈基準を民法上に規定すべきである。個別の交渉を経て採用された条項については、それがあまり広く認定され約款規制が骨抜きになることのないよう、定義の在り方を慎重に検討すべきである。約款についての不意打ち条項規制を設けるべきである。(青司協)
- 約款を契約の内容とするための組入要件として、原則として契約締結時までには約款が相手方に開示されていることを求めるべきである。約款の内容を相手方が

知るための機会が十分に与えられないとき、気づかないうちに不当な内容の条項を押しつけられる危険性が強まる。相手方がその約款の内容を十分に認識しないまま契約を締結した場合でも契約を有効とするには、少なくともその内容を認識できる機会が与えられていなければならない。契約の性質上、契約締結時に約款を開示することが著しく困難な場合については、例外も肯定すべきであるが、その要件は厳格にすべきである。

約款をどのような状態に置くことをもって「開示」したと言えるのかにつき、解釈基準を民法上に規定すべきである。

当事者間で自由意思に基づき真摯な交渉が行われた結果としてその条項が採用されたのならば、それは一般的な契約における合意と実質的には同一であり、約款として規制する必要はない。しかし、個別の交渉を経て採用された条項については、それがあまり広く認定され約款規制が骨抜きになることのないよう、定義の在り方を慎重に検討すべきである。

約款についての不意打ち条項規制を設けるべきである。たとえ内容が適正な条項であっても、相手方が合理的に予測することができない内容のものを不意打ち的に潜り込ませておくことは、相手方を害する恐れが強いからである。(東京青司協)

- 契約締結までに約款が消費者に開示され、その約款を契約内容にすることについて消費者の合意があることを原則必須にすべきである。知らない、知り得ないことに拘束されるのは不当だからである。電車など交通機関の約款のように、駅に掲示はされていても通常は見ることのない約款等についてまで、開示と合意を原則とすることは消費者にとっても利便性を阻害するから、一定の例外は認めなければならないが、例外を無原則に認めては意味がなく、その点の慎重な検討が必要である。(全相協)
- 約款の組入要件として、「開示」と「組入合意」を定めるのは法的安定性に資すると考える。ただし、「開示」と「組入合意」の定義について、ビジネス実務への影響を勘案し、十分な検討が必要である。「開示」の要件について、“ホームページへの掲載等周知可能な状態に置くこと”等で対応可能な要件を規定すべきではないか。また、運送サービス利用時に都度約款に対する「組入合意」を要求するのは非現実的ではなく、このようなサービス利用時に「組入合意」をすることが困難と思われるケースでは、サービスの利用をもって「組入合意」とみなすようにする等、「組入合意」を広く定義付ける措置が必要であると考えられる。(国際企業法務)
- 約款への組入要件の内容について、部会の議論のなかで「通常の契約に関する基本原則より厳格にすべきか、緩和すべきか、同等のものとするべきか、考え方を

整理する必要がある」との指摘があるが、過度に厳格にするとすれば約款の組入内容の濃密化・複雑化を惹起し、相手方の理解をより難しくする懸念もあることを踏まえ、十分な検討が必要である。(農中)

- 仮に、「開示」の内容として、約款使用者が、「契約締結時までに相手方が特別のアクションを起こさなくてもよいところに約款を置くこと」が常に求められるとすると、実務上、約款そのものを冊子にして相手方に交付したり、契約を締結する場所で相手方の目に見えるところに約款を掲示したり、備え置いたりすることが必要になると思われる。しかし、現実には、約款使用者が多大なコストをかけてそのような対処を行ったとしても、相手方の多くは関心を示さず、かえって取引が煩雑になる。とりわけ、約款よりも、相手方への重要事項の説明などがなされている場合には、約款について契約の内容にすることについて特別の合意がなくても相手方の保護にもとるところはないので、ホームページなどで「契約締結時までに相手方の特別のアクションなしに認識しうる状態に約款を置く」ことで契約の内容とすべきである。

これに対して、通常のインターネット取引などについては、どのような開示の方法でも契約の内容となるとすれば、相手方の保護にもとることになる恐れがあるので、(仮にリンク先の約款を見ていないとしても、)少なくとも分かりやすい場所に利用規約へのリンクを設置することを要件とすべきではないか。(パブコメWG)

- 約款を使用した取引においても法的拘束力の正当化根拠は意思の合致である。したがって、約款に法的拘束力が認められるためには、原則として約款が契約締結時までに相手方に提示されていることが必要と考えるべきである。ただし、契約の性質上、契約締結時に約款を開示することが著しく困難な場合については、例外を肯定すべきである。この場合、例外要件として、約款使用者が約款を用いるであろうことを相手方が知り、又は知ることができ、かつ、相手方が約款の内容をあらかじめ知ることができる状態にしていたことを要するとすべきである。

不意打ち条項を設けるべきである。具体的内容としては、取引慣行に照らして異常な条項又は取引の状況若しくは契約の外形から見て約款使用者の相手方にとって不意打ちとなる条項は契約の内容とならないとする考え方や、相手方が合理的に予期し得ないような性質の条項は、その内容が相手方により契約締結時までに理解されていたことを条項使用者が証明した場合を除き、契約の構成部分とならないとする考え方などが妥当ではないか。

また、認可約款について例外的扱いを認めるべきではない。(日弁連消費者委有志)

- ドイツ民法第305条第2項の組入要件に賛成。現在の実務や慣行は、約款の

組入れに対する意識が希薄ないし存在しないところで形成されたものである。今回の改正は、約款実務の規制にもあると考えるので、これに配慮しすぎることは適当でない。適当な施行期限をおいたうえ、組入要件の遵守を求めるべき。

不意打ち条項規制については、相手方が合理的に予測し得るかどうかの問題なのであって、内容の相当性自体は問題ではないのだから、内容規制と別個のものとして規定すべき。これを「内容」規制とするのは、混乱を生じる。(大学教員)

- 約款の拘束力の根拠は契約当事者の意思に求められるが、約款の内容すべてを相手方が現実的に知っていることまで要求することは現実的でない。従って、具体的に認識可能な状態に約款が開示された状態において合意されることを原則としつつ、約款の開示が性質上著しく困難な場合には、約款を、契約締結時に相手方がその内容を知りうる状態にしていれば足りるとしたことは、適切である。

上記開示は、相手方の認識を可能にするために要求されるのであるから、契約締結時に実際にその内容を認識していた特定の条項について、契約内容を構成しないという相手方の主張を否定することが妥当である。

公共交通機関やライフラインなど個別の事業法が制定されている分野においては、相手方が個別に同意するかしないかにかかわらず、その約款が契約内容に組み込まれるという前提が採られている。

何らかの約款によることが社会通念上周知の事実になっている契約類型については、現実の開示がなくても、契約締結時まで約款の開示を求められれば開示できる状況にあることで足りる。

なお、原則的な組入要件を満たさず場合であっても、相手方が合理的に予測することができない内容の条項(不意打ち条項)が約款に含まれていたときには、当該条項は拘束力を有しないとの考え方に反対する。不意打ち条項は、その内容の当不当を問わない点で不当条項規制(後記第31)とは異なる不意打ち条項の効力を否定することは新しい商品やサービスにチャレンジしようとする意欲を削ぐおそれがあるから、合理的に予測できない条項であっても内容的に問題がなければ許容されることとすべきである。(弁護士)

- 消費者にとって予測できないような不意打ち的条項を禁止する条項を設けて、これに反した約款は無効とするべきである。なぜならば、消費者契約における消費者保護については、消費者契約法上の不当条項規制をより詳細にしたものを民法に設けることも提案されているところ、消費者法の考え方を一般的な他の法律関係にも取り込むことが可能であるという利点があることからすれば、このような提案は妥当である。(弁護士、弁護士)
- 約款の契約への組入要件として、約款の開示と組み入れの合意が必要であるとの考えに基本的に賛成である。また、開示について一定の例外を設けることにつ

いては賛成であるが、無理を強いることは妥当ではないものの、安易に緩和することも好ましくない。適切な例外設定が必要である。

個別的に交渉した条項を含む約款については、組入要件の例外であるとみるべきではなく、一般の組入要件を満たすことから、契約に組み入れられるものとみるべきである。個別的に交渉した条項の問題は、約款の契約への組入要件の問題として議論すべきではなく、約款に関する不当条項規制が個別的な交渉を経た条項に及ぶか否かの問題として議論すべきである。(弁護士)

- 約款の組入要件は、当該約款を契約内容とする旨の当事者間の合意がある場合と、相手方に約款の内容を記した書面を交付することを含めて相手方に原則として契約までに約款が開示されていることが必要である。約款の開示が困難な場合には、契約までに約款を用いることを相手方に表示し、約款を相手方が知りうる状態に置いたことを要するものとする。約款に関する公的規制がなされていても、相手方に対する開示が必要である。約款によるという慣習があれば、慣習の効力として認められる。不意打ち条項は契約の内容のレベルで処理すべきか否か検討を要するが不当条項規制に委ねてもよい。(大学教員)
- 相手方が、約款の具体的な内容を知っているか否かを問わず、約款使用者及び相手方が、明示又は黙示により契約を約款に従って行う旨合意した場合は、当該約款は、契約の内容となることとすべきである。併せて、約款は、信義及び公序良俗に反してはならないこと、約款使用者は、相手方に約款の具体的な内容を周知するよう努めなければならないこと、約款使用者は、相手方が請求した場合は、相手方に約款の具体的な内容を開示しなければならないことを規定すべきである。(会社員)
- 約款について、合意にこだわった場合には、約款の法的効力が不安定となり、取引コストもかかると考えられる。また、実際の取引時に都度約款が読まれることは期待できないので、約款を読む機会が与えられ、かつ、内容が不当でなければ、慣習として約款の法的拘束力を認めてよいと考える。(農中)
- 約款が広く円滑な取引に寄与している現状を鑑みると、約款の弊害を防止する必要があるとしても、約款の利用による円滑な取引に支障をきたさないような現実的な組入要件を設ける必要がある。具体的には、以下のような基準が現実的と考える。
  - ① 約款による取引が行われることが社会通念上周知の事実になっている契約類型については、現実の開示がなくても、契約締結時までに約款の開示を求められれば開示できる状況にあることで足りる。
  - ② 約款に含まれる条項について交渉がされた場合には、他の条項についても交渉の機会があったとみなしてよいから、当該条項はもとより、その約款全体が

組み入れられることとすべきである。

- ③ 交渉の機会が与えられていれば、実際に交渉がされたか否かにかかわらず約款全体が組み入れられることとすべきである。(経済法令・研究会)

○(1) 約款の組入要件に関して、以下の趣旨に沿った規定を民法に定めるべきである。

- ① 契約当事者間において、契約内容は約款に基づくことが(明示又は黙示に)合意され、かつ、相手方に対して契約締結前に約款が交付されている場合には、契約内容について約款に従う合意がある。

- ② 契約当事者間において契約内容は約款に基づくことが(明示又は黙示に)合意されているが、相手方に対して契約締結前に約款が交付されていない場合であっても、相手方の要求があれば約款を交付することが予定されていたときは、契約内容について約款に従う合意があったものと推定する。約款の内容がHP又は事業所等において開示されていたときも同様とする。

- ③ 契約当事者間において契約内容は約款に基づくことが(明示又は黙示に)合意されていない場合には、たとえ、契約締結前に約款が交付され、又は約款の内容がHP若しくは事業所等において開示されていても、契約内容について約款に従う合意があったものとする事はできない。

(2) 約款の条項中に、以下のすべての要件を満たす条項が存在する場合には、当該条項は相手方には適用されない。

- ① 相手方に対して重大な不利益を与える内容であること

- ② 当該条項があることを契約締結当時、相手方が予測できなかったこと(福岡弁)

○ 組入要件の趣旨を約款の内容を知る機会の確保とすれば、必ずしも個別の契約締結段階で相手方に交付される必要はなく、ホームページによる開示や事業所への備え付けなどにより、求めに応じて約款の内容を確認しうる状況が確保されていることで足りるものとする。事前開示と当事者の合意を要件とすることは硬直的な運用とならざるをえず、多大なコストを要する一方で契約者の利便を害することが危惧される。約款不開示ないし不合意の場合に契約の成立自体が否定されるとすると、保険契約が無効となり、保険料を返還することとなるが、その間に保険事故が発生していた場合に当該事故も補償されないこととなり、厳格な適用により却って契約者の保護にならないケースとなることもありうる。

開示方法に関して、損害保険契約における主流の販売形態である代理店による対面販売の場合では、約款は契約締結後に保険証券とともに保険契約者宛てに送付されるのが通常である。約款の開示方法を事前交付のみとするなど硬直的な運用とされた場合、自動車保険や海外旅行保険で、「今ここで保険に加入したい。

約款交付は後でも構わない」という場合でも、手元に該当する保険の約款がなければお断りしなければならず、顧客に約款が交付できるまで補償を受けられないという事態も生じうる。

最近では、契約者利便の観点から、保険契約時に契約者の同意をいただくことにより、書面による約款を交付せず、契約締結後にホームページで約款を参照いただくWeb約款の導入が進んでいる。この点、書面による約款の交付・提示ありきではなく、様々なケースが想定されることから、開示方法に係る運用は契約者ニーズを損なわないよう柔軟なものとされることが望まれる。(損保協会)

- ソフトウェア業界では、契約が長大化し、顧客にとってかえって不都合となることを回避するため、契約の詳細な部分について、契約条項の中に詳細を掲載したウェブサイトへのリンクを記載し、当該ウェブサイトにおいてこれを公開しているケースがある。上記のケースは、相手方の便宜のための工夫であるが、このような場合、相手方は条項内容を容易に知り得る状態に置かれており、相手方が条項を知る機会は十分に保障されているといえる。単に形式的に、長大な条項内容の全てを相手方の目に触れさせることを契約組入要件としても、相手方による条項内容の理解に資するとはいえず、相手方の実質的な保護にはつながらない。ソフトウェア業界における実務の現状に鑑みると、いわゆる約款に該当する契約による問題が多数生起しているとの実態があるとはいえず、民法による一律の約款規制の導入は、かえって実務運用を混乱させ、効果に見合わないコスト増を招くだけと考えられる。そのため、組入要件も含め、民法で一律に約款規制を設ける必要はないといえるが、仮に約款組入要件の規定を設けて、約款の相手方への開示を契約組入要件とするのであれば、(例えば、約款条項の詳細を記載したウェブサイトへのリンクを相手方に示すなどして)約款を相手方に知り得る状態においたことをもって、「開示」に当たるとすべきと考えられる。

約款開示の時期の問題については、中間論点整理では明示的に取り上げられていない。しかし、仮に約款組入要件に関する規定を導入し、開示が組入要件となるのであれば、開示の時期の問題についても十分検討される必要がある。仮に使用許諾条項が約款に該当するとして、ソフトウェア業界の実務に照らし、使用許諾条項が開示された時点(例えば購入したソフトウェアをインストールする時点)で、使用許諾条項への同意を拒む顧客に対し、代金の返金を要求する権利が確保されていれば、必ずしも顧客がパッケージを購入する前に使用許諾条項が開示されずとも、当該条項を契約に組み入れることを認めるなど、相手方の権利が保護される工夫がなされている場合には、事前開示を不要とするよう規定すべきと考えられる。(ソフトウェア協)

- 約款は契約締結を簡便化するための商慣習であり、当事者の明確な合意を要件



とするなど、その運用を厳格化すれば、却って約款の利用が制限される恐れがある。特に事業者間の取引においては、契約当事者が約款の存在を知る機会を提供され、又は知りえたと推定されるのであれば、個別の具体的な合意は必要ないものとする。

また、倉庫業は、約款の存在及び使用が周知の事実になっている事業であり、倉庫寄託約款は契約内容となっている。

倉庫業法では、倉庫寄託約款を定めた場合には国土交通大臣への届け出が必要となること、当該約款が寄託者の利益を害する場合は国土交通大臣が変更を命ずることができること、また、倉庫寄託約款の営業所での掲示が義務付けられていることなど、国土交通省によって倉庫寄託約款が厳しく管理監督されている現状があり、行政庁が関与する約款については、あえて民法上で詳細な運用規定を定める必要は無いものとする。(日倉協)

- 約款に関する規定を、民法に設けることに反対するものであるが、仮に、「契約締結までに約款が相手方に開示されていること」を約款の組入要件とするとしても、以下の点から、「開示」の方法を幅広く認めるべきとする。

第1に、慣習上、電話により契約の申込・承諾がなされることが通常であるような取引については、約款を契約締結時までに FAX・郵送等により送付しなければ「開示」したことになることとする、約款使用者にとって実務的な支障は大きいと考えられる。また、そのような「開示」を希望しない相手方にまで煩雑な契約手続を強いることとなり、取引の迅速性が損なわれる。

第2に、認可を受けた又は届出をした約款以外の条件によるサービス提供が禁止されている場合において、万が一「約款の提示又はその書面の交付」がなされていないとき、当該約款の法的拘束力はどうか疑問がある。このような約款の場合、契約の性質に鑑み、業法により併せて、営業所等での掲示やインターネット上での公表の義務が課されているところであり、さらに一律に「約款の提示又はその書面の交付」を義務付けるのは過度の規制であるように考える。

第3に、約款使用者が「約款の提示又はその書面の交付」をしようとした場合に、相手方が「約款の提示又はその書面の交付」を受けることを拒否したとき、当該約款の法的拘束力はどうか疑問がある。「約款の提示又はその書面の交付」を拒否する相手方との契約についてまで、「約款の提示又はその書面の交付」が必要とするのは不合理とする。

また、仮に、「契約締結までに約款が相手方に開示されていること」及び「約款を契約内容にする旨の当事者の合意」を約款の組入要件とする場合には、「開示」を受けた上で契約を締結するということは、約款を契約内容とする旨の黙示の合意があったと認定すべき場合がほとんどであると考えられることから、組入

要件に関する規定と併せて、「開示」がなされた約款については「約款を契約内容にする旨の合意」があったと推定する旨の規定を設けるべきと考える。(法友会)

- 一定の約款に基づいて合意内容が規定されるであろうことが契約の当事者間で想定される場合には、相手方が約款の開示を求めれば契約締結時までに開示できる状況にあれば足りるとすべきである。なぜなら、約款の内容を事前に確認する必要性の存否は事情によってさまざまであり、組入要件の内容を必要最小限にとどめなければ、取引の安定性をも害されるおそれがあるからである。(弁護士、弁護士)
- 検討することに異論はなかった。なお、就業規則については、労働法規との整合性にも配慮されたいとの意見があった。(最高裁)
- 約款の拘束力については、契約説を軸にした上、当事者の意思的関与にかかわらず、慣習や個別法規によって基礎づけられる場面も想定するという多元的理解を反映させる形で立法は構想されるべきと考える。  
不当条項規制と区別して不意打ち条項排除規定を設ける意義はあると解する。(「改正を考える」研)
- 関係法令や不意打ち条項との関係も含め、検討すべきである。現状における約款の実態として、市民が約款の存在すら意識していないと考えられるにもかかわらず、約款の拘束力が認められている場合も多くある。しかし、それらの契約への組入れが正当化されているのは、法による規制により約款の合理性が担保されているからであると考えられる。民法での規制を考える場合においても、特別法の存在とその内容を前提として理解すべきであり、何ら合理性の担保のない場面において、特別法で合理性が担保されている場面を引き合いにして、当事者の合意やその前提である開示を緩和することには疑問がある。(親和会)
- 常に事前開示と合意を厳格に求めるような要件が法律に明記されると、これまでの実務の運用に反し、約款の有用性を損なうことになりかねない。約款を用いて定型的・大量に行われる取引については、基本的には約款の内容について交渉の余地がなく、契約当事者も交渉を期待しておらず、また、内容について詳細な検討がされることも予定されていないことが多いと思われる。それゆえに、約款の内容が事前に開示されないで合意がなされる場面も想定され、またそれについて当事者でも特段の不利益を感じておらず、むしろ詳細な約款を契約締結時点で逐一開示されるよりは、迅速に契約を成立させることも重きを置く場合も想定される。それにも関わらず、民法で、常に事前開示と合意を厳格に求めるような要件が明記されれば、契約当事者は契約を成立させることができず、取引に支障をもたらすことになりかねない。(TMI有志)

- 現状では厳格な組入要件は要求されておらず、約款自体の交付は契約締結後であっても約款条項が契約内容となる場合があるとの理解を前提とした実務も見受けられる。いわゆる不意打ち条項の議論も含め、約款の組入要件の内容の検討に際しては、約款が用いられる様々な状況を想定し、実務において対応に過度のコストを要することとならないように慎重に検討すべきである。(森・濱田松本法律事務所有志)
- 約款の組入要件は、約款の社会的機能および社会全体のコストに鑑み、厳格にしすぎるべきではない。例えば、普通預金・定期預金・振込み等の取引に対する顧客ニーズは、手続の迅速性にあるのが実態であると考えられるので、組入要件の内容については、各種取引の実態に応じるとともに、顧客利便性にも配慮が必要である。特定の約款を用いることが慣習になっている場合は当然に、また、慣習とまでは言えなくても、約款によることが社会通念上周知の事実になっているような契約類型の場合には、約款の現実の開示や契約締結時までに相手方が知り得る状態に置く措置等がなくとも、約款の組入れが認められるべきである。例えば、契約締結時までに相手方の求めに応じて約款を開示できる状態にあれば足りると考えられる。このような契約類型の場合には、相手方は約款を現実に見なくても、約款の適用を予想して契約する意思があると考えられ、約款の組入れを広く認めても問題ないと考えられる。なぜならば、この場合、相手方は、約款の適用を受けてもおよそ不合理な結果にはならないだろうという期待を相当程度有すると考えられるためである。仮に、そのような期待を覆す結果となるような条項が含まれるならば、個別に当該条項の組入れを認めない、あるいは条項の効力を否定する等で柔軟な解決を図るのが適当と考えられる。

一方で、個別の交渉を経て採用された条項は組入要件を問題とすべき約款には当たらず、契約の内容になるのは当然であると考ええる。また、個別に交渉された条項がある場合には、交渉の機会があったわけであり、その条項を含む条項群の全体について組入要件を問題とすべき約款には当たらないと考えるべきであるという指摘もある。

上記のような指摘のほか、例えば、信用保証協会による保証付融資や日本政策金融公庫等の代理貸付等で、銀行が他者の作成した約款を使用し、当該他者への取次ぎを行う取引における約款の規律の取扱い（約款の開示は誰が行うのか等）も明確にする必要があるのではないかという指摘もある。

以上の点に留意すべきである。

約款の組入れ要件の検討に当たっては、約款の機能を十分に認識する必要があるが、現行約款の利用が不可能または著しく困難になるような規定の創設には強く反対する。現行約款が契約として柔軟に認められ、無用な疑義を生じさせないよ

うな運用が可能な規定であれば、約款の法的安定性確保の観点から積極意見もあり得る。(全銀協)

- 生命保険約款は、その事前交付にあたり、冊子とCD-ROMのいずれか、あるいは冊子とインターネットによる提供・確認のいずれかを契約の相手方に選択してもらうという実務もあるが、このような場合には、CD-ROMの交付又はインターネットによる提供・確認によっても、契約の相手方が不利益を被ることにはならないと考えられる。また、保険業法や保険法による規制など制度的な手当てがあることを前提として、契約の相手方は、約款の事前開示を不要としたうえで契約締結に合意し、約款の事前開示に係る手間ひまを回避する、取引の迅速性を確保する等の便益を享受することを希望することも考えられる。原則として、事前開示が必要であることを規定する場合には、お客さまの声や社会環境の変化等に応じた実務上の創意工夫に対応しうる柔軟でバランスの取れた規定となるよう慎重に検討すべきである。(生保協会)
- 約款の開示・合意については、契約の特性や利用者利便等に応じて、多種多様な方法が考えられる。例えば、共済契約の更新・継続の手続においては、途切れることなく保障を継続させることが利用者の最も期待するニーズであり、契約内容については当初契約の締結時に説明・情報提供がなされていることを踏まえ、簡素な手続によって契約成立を優先させることが合理的といえることから、約款の交付(送付)を事後的に行うこととしている。また、約款の開示方法については、利用者利便や環境への配慮から、書面によらない様々な方法も考えられる(例えば、ホームページでの開示やCD-ROMでの配布等)。開示方法の規律については、将来的な利用者利便等の追求に支障を来すことのないよう配慮が必要と考える。(共済協会)
- 約款の組入要件として開示を要求することは、判断基準を実質要件から開示されているか否かの形式要件に転換するものであり、形式的に過ぎ、実態として物理的に対応できないこともあることから、従来どおり内容の妥当性によって判断されるべきである。

このような意見の根拠として、検討組織においては、①大多数の企業は精一杯開示しており、現実の社会で本当に不十分なのか疑問がある。悪質なものがあるならば、それは別の対応をすべきである、②ホテルのフロントで約款を指し示すなどの行為が、開示としてどれほどの意味を持つものか疑問である、③景表法などできっちり対応しており、従来どおりで問題はない、④約款の変更を行政に届けることで、完全開示が不要となるようなシステムはできないか、⑤行政が認めたヒナ型があると便利だが、司法的チェックが無くなってしまう問題もある、⑥NTTのダイヤルQ2の事件のように、知らないところで新たな条項が導入され

ることが問題であり、普通と違うことをやろうとする場合や方針転換を約款に書くのであれば、開示しないといけない一方で、今までになされていること（慣習）までの開示は求めているという認識でよいか、また慣習の範囲が分からない、⑦求められている開示を実現するのが、約款が大量にあるなどで事実上無理なケースもある。開示が無理だからサービスを提供しないというのでは、双方にメリットがない。コンビニで宅配を受け付けるが、約款などは見たことがない。限られたスペースで多様なサービスを取り扱う店舗などにおいては、物理的にも対応に限界があるなどの意見があった。（名商）

- 約款の定義のいかんにもよるが、約款を利用する取引の内容、当事者の属性等は様々であるため、約款一般に共通する組入要件を定めることは難しいのではないか。取引の内容、当事者の属性等により類型化して、検討する必要があるのではないか。（オリックス）
- 約款の組入要件を検討するにあたっては、約款を用いた取引の意義及び約款を用いた取引が広く安定的に行われている実情を尊重し、実務上運用可能な合理的な内容とすべきである。また、その際、約款を記載した書面の交付を一律に要件とするべきではなく、約款の内容特質などを踏まえて合理的なものとなるよう配慮いただきたい。約款の組入要件として、「相手方が合理的に予測することができない内容の条項が含まれていたときは、当該条項は契約内容とならない」との考え方については賛成できない。（貸金業協）
- 建築請負契約の標準ひな形として四会連合約款があるが、個別の取引ごとに、特定の条項に変更を加える特約を締結する形での運用が実務上広く行われている。この場合には、個別に交渉した者とみなして「約款」に関する規定の対象外とすることを希望する。（不動協）
- 取引実態に十分配慮した上で、「公告」等の方法も柔軟に認めるなど現行行われている取引の安定性を阻害しないよう検討を行うべきである。（eビジネス連）
- 約款使用者が約款の内容を積極的に知ろうとする者に対して容易に知り得る状態にしていることをもって約款が契約内容となることが明記されることが望ましい。（情サ産協）
- 仮に組入要件に関する何らかの規定を設ける場合でも、保険約款については保険業法等による規制を受けることで保険契約者等の保護が図られていることを考慮し、検討する必要があると考える。更に、保険販売には、保険募集人による対面での販売の他にも、ダイレクトメールの発送等により多数の方に対して同時に保険の案内を行う形態やインターネット販売といった形態もあり、その保険募集形態の多様性も考慮して、柔軟な要件での組入れを検討すべきである。（ACCJ）

- 就業規則の作成，組入要件，変更要件については，労働基準法及び労働契約法に独自の規定が設けられていること，労働契約法第7条は就業規則の組入れの可否を特定の条項について検討し，その内容の合理性を吟味するものであり，複数の条項によって校正された約款全体の組入要件に関する規定を民法に設けてこれを就業規則に適用すると，労働契約法第7条との整合性を失い，実務に混乱を生じさせること，労働契約法第10条は，労働条件の変更の必要性和雇用保障との調整を図っているところ，同条よりも厳格な規定を民法に設けてこれを就業規則に適用すると，そのバランスを崩すことになることから，民法に約款の組入要件及び変更要件を定めるのであれば，就業規則にこれを適用されないことを明文化すべきである。(経営法曹)
- 成立については，事前の開示と約款を使用することについての当事者の合意が必要だとされている。ここで言う「開示」と「同意」は，小振法と当協会開示自主基準を遵守していれば満たされと考える。  
このことと関連して，「相手方が合理的に予測することができない内容の条項」が含まれていたときには，その条項は契約内容としての拘束力を持たないという考え方も示されているが，小振法に従って契約内容の説明をしている限り，「合理的に予測することができない」とは言えないと考える。フランチャイズ契約には，この仕組みに初めて触れる人にとっては目新しい規定が多数あり，それらが一々「合理的に予測できない」とされると，契約の拘束力は大きく揺らぐ危険がある。(フランチャイズ協)
- 「開示」，「組入合意」にどの程度の厳格さを求めるかで規制の厳格さが異なりうるが，具体的にどのような取引類型でどのような「開示」や「組入合意」を想定しているのかが不明確である。国際契約には不適用とすることが望ましい。合理的に予測可能でなくとも経済的には合理的な場合がありうるため，不意打ち条項の規制には反対する。(国際取引有志)
- 労働契約の成立と終了，労働条件変更については，労働契約法にいくつかの定めがあり，民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され，これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ，「中間的な論点整理」の中には，労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。この点，約款の定義と組入要件については，就業規則法理との整合性，使用者が制定した規則等の効力の点で，労働者に影響が及ぶ懸念がある。今後の検討過程で労働者の権利水準を後退させることが確実となる場合，法改正には賛成できない。(連合)
- 組入要件を法定するにあたっては，実務上，これまで以上に，契約に先立ち，契約の相手方に対して，約款の内容を理解させることに留意させることが必要と

なり、契約締結手続が煩瑣になることを十分に考慮し、どの程度の組入要件とするか、慎重に検討頂きたい。特に建設産業においては、注文者と請負者との契約関係についても、請負者と下請負者との契約関係においても、発注側が制定した各種の約款が自動的に請負側に提示され、その内容が契約条件とされるといった契約実務が通常化しているため、約款の組入要件の法定化に伴い、これら各種約款の内容を請負側に理解させる手続が新たに加わることとなり、その要件が厳格に定められる場合には、契約手続の円滑さが損なわれるおそれが認められる。特に建設生産の現場においては、請負者が多数の下請負者や材料供給業者を用いて建設を行うシステムであるため、請負者の下請負者との契約手続に係る負担が著しく増大するおそれが高く、実務に及ぼす影響が深刻化することが懸念されているのである。

不意打ち条項に関しては、建設請負契約の実務において、注文者と請負者間で、リスク・責任区分・費用負担について紛争・協議となる場合、約款条項の存在自体は相互に認知しているものの、その約款条項の具体的解釈・適用において、注文者・請負者それぞれの認識に相違があることが表面化し、まさしく「合理的に予測できない内容」か否かが議論となることがある。具体的には、建設請負契約では、必ずしも約款規定に明記されているわけではない総価契約・自主施工原則・官積算といった基本的考え方に沿って約款条項の適用がなされるべきところ、それらの基本的な考え方を、注文者・請負者が自己に都合よく用いることから、紛争・協議となる。したがって、「合理的に予測できない内容の条項」であるかどうかの検討にあたっては、規定の存在そのものに止まらず、当該約款規定の解釈・適用も含め、いわば「合理的に予測できない解釈・適用の条項」といったものも対象とすべきである。(日建連)

- 実務においては、相手方が約款によって規律される取引行為に入った以上、約款の適用を受けることについての何らかの「合意」も当然に存在するものとみなさないと、約款使用者側からの大量画一的・安定的なサービス提供が著しく困難になり、結果としてサービスを利用する相手方にも重大な不利益が生じると言わざるを得ない。サービスに不満を持った相手方が、サービス利用終了後に、「約款を契約内容とすることに合意していなかった」という主張をするリスクまで見越してサービス提供のスキームを組み立てることは、約款使用者には事実上不可能である。また、相手方にとっても、約款を用いた取引行為を行う都度、合意の有無を求められるのではあまりに煩雑だと思われる。よって、「約款を契約内容とする旨の当事者の合意」を組入要件とすることについては、強く反対する。

「契約締結までに約款が相手方に開示されていること」という要件については、それが、約款使用者による相手方への「約款」の物理的な交付や掲示等を行うこ

とまで求める趣旨なのであれば、その考え方には強く反対する。「約款内容を知る機会の保障」という観点から組入要件を規定するとしても、(どのような態様であれ)「相手方が約款内容を知ろうと思えば知ることができる状態を設ければ足りる」ということを、条文上明記すべきである。

なお、社会において約款を用いた取引が十分に定着している、ということに鑑みれば、現在想定されているような形で「組入要件」を定義するのではなく、「約款を用いた取引においては、約款の内容を契約内容とみなす」という旨の原則規定を設けることを前提とした上で、例外となる場合について、何らかの要件を設けるべきか、という観点から検討を進めていくのが妥当と考える。

「個別交渉等の機会」が存在するものについては、そもそもそれを規制の対象となる「約款」として定義する方向で検討すべきではなく、その内容は、当然に契約内容となると考えるべきである。

「合理的に予測することができない内容の条項」については、契約内容となるかどうかを独立して検討する必要性に乏しいというべきであり、端的に不当条項に該当するか、という観点から検討すれば足りるため、更なる検討は不要と考える。(JR東日本)

- 約款に個別の契約内容として法的拘束力を持たせると、逆にそれを悪用し、消費者に不利益が生じることが予想される。これを防止するため、約款使用者には、誰もが約款を閲覧することができるよう常に公開させる義務を負わせる等、間接的又は直接的に不当な約款を設ける事が困難になるような手立てが必要であると考える(滋賀県司書・勉強会)
- 「開示」や「同意」の要件については、何をもって開示があったとするかが不明確になりかねないところ、多数の顧客を相手に使用する約款について、内容を変更する度に変更内容を顧客に個別に通知した上で同意を取得しなければならないとすることは、事務コストの著しい増大となり、結果、利用者の負担増にもつながるおそれがある。例えば、ホームページや店舗等において約款の変更内容を掲示した上で、相当の周知期間をおき、当該期間経過後に約款が変更されたものとする方法も、十分に合理的なものであって、このような方法を「開示」の方法として否定しない方向で検討すべきである。(信用組合)
- 約款の開示を要件とすることについては、現状、金融商品取引の分野においては開示の方法に関わらず、有効性を問われることなく約款を多数の取引に画一的に用いている。とりわけ、金融商品取引所が定める受託契約準則(金融商品取引所における委託売買取引の執行については同準則に則って行わなければならないこととされている(金商法第133条。))については、最高裁判例において、同準則は約款の一種と解されるとともに、「当事者がたとえ約款内容を具体的に了



知しなくとも当該約款によって契約したものと認められるべき効力を生ずるもの」と解されている（最高裁昭37.2.6集民第58号513頁）。そうした現状に鑑みると、約款の組入要件として、例外なく相手方への提示や書面の交付が「相手方に開示されていること」であるとして求められるとなると、契約締結に係る実務が極めて煩雑なものとなり、大量の取引を合理的・効率的に行うことができるという約款使用の意義を損なうことが懸念される。証券界としては、約款の存在に関する相手方における認識可能性の確保の必要性は理解するものの、一方で、個別に対応することなく特定の方法により約款を使用することが困難となるような規制を導入することは円滑な経済活動の阻害要因となるおそれがあるものと懸念している。

次に、組入合意の要否についてであるが、約款には、定型的な条項を多数の取引に画一的に用いることにより、大量の取引を合理的・効率的に行うことができるという意義を見出すことができるところ、「約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要」との考え方を加重し、事実上、取引ごとに個別に交渉するのとなれば組入が認められないような規制とすることは約款の有用性の否定につながりかねない。特に、前述の受託契約準則については、現状、既に金融商品取引所における委託売買取引の執行が同準則に則って行われることは、社会通念上周知の事実になっているとも考えられ、仮に、今後証券会社等が全ての顧客に対して同準則の内容に対して合意を求めるといった作業が発生することになれば、我が国の証券市場における円滑な取引が阻害され、顧客の側においても却って混乱をきたすことが懸念される。

したがって、金融商品取引において従前から用いられてきた約款については引き続き同様の取扱いを認め、日々大量・迅速に執行される市場取引に混乱を与えることのないよう十分に配慮していただきたい。（日証協）

- 組入要件を充たした場合でも「約款の中に相手方が合理的に予想できない内容」の条項が無効となる可能性を含む提案については、適用範囲が明確ではないため反対である。適用場面を明確かつ限定的にする方向で、さらに検討を進めていただきたい。

実務上、事業者と消費者との取引において、当事者間で個々の交渉によって約款が変更されることはおよそあり得ない。そのため約款の組入要件を厳格に考慮するよりも、緩やかに解した上、個々の業法や消費者契約法等において不利益を考慮させるなどの方向で検討を進めていただきたい。（消費者金融協）

- 約款の組入要件については、現時点では多様な意見があつてなかなか成案が得られない状況にあるものの、その内容は市民生活上も重要な影響を及ぼすことに鑑み、なお検討すべきである。

なお、約款の一般的な組入要件を満たす場合であっても、約款の中に相手方が合理的に予測することができない内容の条項が含まれていたときは、当該条項は契約内容とならない旨の規定を設けることには、新たな商品やサービスにおいて消費者が不測の損害を被ることを防止する観点から基本的に賛成するが、新たな商品やサービスの発展可能性を阻害することを防ぐ必要もあることから、適用対象は相手方に対し実質的な不利益を与える可能性があるものに限定すべきである。(弁護士)

- 留意点の「現代の取引社会における約款の有用性」については、約款の開示は他の法律による開示例もあることからそれらを参考にして、内容を検討すべきである。

また、「約款を契約内容にする旨の合意が常に必要であるかどうか」の問題検討にあたっては、個別の合意がなくても、合意が推定される場合もあると考えられ、合わせて検討する必要がある。たとえば個人情報保護法は、利用目的を公表している場合を除き、本人に通知しなければならないと定めているが、この公表は、事業所における掲示やインターネットホームページ掲載にて行われており、約款においても組込要件における開示を他の法律等も参考に検討し、過度に中小企業取引を阻害する制度とすべきでない。付合契約といわれるものの中で、ライフラインや公共性が高い企業等との取引では、国民一般に慣習として受け入れられているものもあり、当該提供企業にとっても大量・均質なサービスに特殊なオプションを加えることは、事実上困難な場合が多い。こうした約款は行政庁による認可や、業者団体による検討がされており、一定の契約内容としての品質・合理性を確保しており、広く隠蔽がされているものではないと考えられる。現状の契約実務における「個別の合意がなくても」については、周知の事実になっている、あるいは合意が推定される場合も含めて検討する必要がある。(都民銀行)

- ①「開示」かつ「合意」を要件とする場合、相手方が日本語の読めない人物(外国人、盲目等)である場合にどのように扱うのか、②日本語の約款しか準備していない業者は、日本語の読めない人物との契約締結を拒否してよいのかについて、あらかじめ整理すべきである。(個人)
- 不意打ち条項について、企業における取引であれば契約書の内容を読むことは取引の前提であることから、仮に契約の条項を見逃す等の問題が発生したとしても、それは見逃した側の自己責任の問題として処理されるのが一般的である。したがって、少なくとも、企業間取引においては不意打ち条項に関する規定は不要であり、一般法である民法において救済措置を設ける必要はない。(産業組織課)
- 不意打ち条項に関する規定を設けることに反対する。(全警協)
- 著作権等管理事業法は、著作権等管理事業者に対して、管理委託契約約款を作

成して文化庁長官に届け出ること（11条1項）、届け出た管理委託契約約款によらなければ管理委託契約を締結してはならないこと（同条3項）、管理委託契約の締結に際して相手方に管理委託契約約款の内容を説明しなければならないこと（12条）等の義務を課している。これらの規制の下で、当協会は、例外的な状況でしか適用されることがないものも含め、相手方（委託者）との事前の合意が必要又は有用と考えられる事項については、努めて管理委託契約約款に定めを置くようにしている。

管理委託契約約款中のそのような規定について、内容の当不当の問題とは別に、不意打ち条項規制によってその効力が否定されることとなれば、著作権等管理事業の円滑な遂行に支障が生ずるおそれがある。そのため、仮に、文言を形式的に眺めた場合に相手方にとっての合理的な予測可能性が低いと評価し得る条項があったとしても、契約締結前に当該条項につき相手方に説明がされているなどの具体的事情がある場合には、「不意打ち」に当たらないものとすべきである。（JASRAC）

- 約款の組入要件については、原則として約款が相手方に開示されていることが必要であるとした上で、約款の開示が現実的に困難である場合の例外要件を設定するといった考え方が示されているが、多種多様な契約及び契約当事者の属性が存在することに鑑みると、それらを明確に区分することは困難であるから、原則及び例外を規定することなく、その解釈基準を規定することに留めるべきである。この際、解釈基準については、各業種業界による取引慣習、また当事者の属性を指標とすることを検討すべきである。（日司連）
- 約款は通常契約締結前に開示されており、その内容に合意していなければそもそも契約は成立せず、合意しているのであれば内容を了知している。万一内容を了知せず合意する例があるとしても、それは約款特有の事情からではなく、その当事者の不注意によるものである。（個人）
- 民法に約款について特別の規定を置く必要はなく、原則どおり意思表示の合致によって契約は判断すればよい。（個人）

#### 4 約款の変更

約款を使用した契約が締結された後、約款使用者が当該約款を変更する場合があるが、民法には約款に関する規定がないため、約款使用者が一方的に約款を変更することの可否、要件、効果等は明確でない。そこで、この点を明らかにするため、約款使用者による約款の変更について相手方の個別の合意がなくても、変更後の約款が契約内容になる場合があるかどうか、どのような場合に契約内容になるかについて、検討してはどうか。

## 【意見】

- 大量の取引を合理的、効率的に処理するという約款の意義に鑑みると、相手方の個別の合意がなくても、変更後の約款の内容を約款使用者・相手方間の契約内容として認めるべき場面はあると考える（特に、相手方に有利な変更や、些細な変更については、個別の合意がなくても、変更後の内容を契約内容として認めるようにしないと、相手方に不利益となったり、契約管理が徒に煩雑となったりするおそれがある）。もっとも、変更の内容によっては、契約の相手方の権利が不当に害される恐れがある。特に、契約の相手方が消費者である場合には消費者保護の観点で問題となる可能性がある。

したがって、約款の変更について定めることについては賛成ではあるものの、具体的な要件、効果等を検討するにあたっては、変更の必要性、変更後の内容の合理性、周知手続の相当性、といった点を重視して検討すべきである。（二弁）

- 現実の社会では約款の内容を約款利用者が一方的に変更できるという約款条項が使用されている例がある一方、現行民法には約款の変更に関する法規定が存在しないため、かかる規定の法的効力は不明確である。そこで、かかる規定の法的効力を明確にする規定を設ける必要性については賛成する見解が多い。ただし、具体的な要件・効果については、約款使用者の利便性、相手方への不測の損害の可能性といった点に留意しつつ慎重に検討すべきであるとする見解が多い。（日弁連）
- 約款使用者による約款の変更について、要件、効果を定めることに賛成する。（愛知県弁）
- 長期の継続的な契約を締結し、その際に約款を用いる場合には、契約締結後の事情の変更に対応するために、約款内容の変更を必要とする場合がありうること自体は否定しないが、そのような事情は、約款を用いない場合にも同様にあてはまるのであって、約款を用いた取引に特別に認められる問題ではない。約款を用いた取引であることをもって、一方的な契約内容の変更を認めることに特別の根拠を見出すことは困難である。仮に、一方的に内容改訂を認めることができるとすれば、約款使用者側において、約款条項が利益であり続ける場合には、その利益は長期間享受でき、利益がなくなればこれを改訂して、不利益を回避できることになる。さらに、より大きな利益を受けるために、約款条項を修正することもできることになる。これでは、約款使用者を不当に有利に扱う結果となり、契約当事者間の公平を害することになる。以上から、約款の変更についての規律を設けることについて検討することには反対しないが、約款を用いない契約と区別すべき理論的根拠を見出せるか否か（理論的根拠）、契約の種類（特に期間の長短

や解約の難易)などとの関係との関係を考えると、約款内容の改定による契約内容の一方的変更を認めることについては慎重であるべきである。

仮に、約款条項の変更による一方的な契約内容の変更を認める場合には、要件を厳しく絞り込むべきである。要件の絞り込みに際しては、以下の点に留意すべきである。まず、契約の更新による対応が困難である契約など、約款の変更により契約内容の改定によらなければならない場合に限定するべきである。次に、少なくとも、約款変更による契約内容の変更について、約款上の根拠規定を必要とすべきである。さらに、変更までの期間についても一定の制限を設けるべきである。さらに、変更手続きに際して、相手方との関係で適正な手続要件も課すべきである。加えて、変更内容の合理性(必要性・相当性)についても担保できる措置が必要である。また、変更内容について不服のある相手方には契約からの離脱の権利とその際の不利益がある場合の補償等の措置についても検討する必要がある。

(大阪弁)

- (不利益変更の場合に) 相手方の個別の合意がなくても、変更後の約款が契約内容になる場合があるとの規定を設けることは反対である。一方当事者である約款使用者の変更により相手方が拘束されることは、意思主義に反する。

変更後の約款が契約内容になる要件としては、合理性と社会的相当性を要件とするべき。その判断は契約類型ごとに慎重になされる必要があるが、合理性と社会的相当性があれば、約款の変更も認めることが相当な場合もある。(仙台弁)

- 約款の変更は実務的にも散見されるところであり、その有用性は否定できないので、一方的で不当な不利益を契約当事者が被ることのないよう規定を設けるべきである。(横浜弁)
- 検討することには賛成である。ただし、約款使用者による約款の変更について相手方の個別の合意がなくても、変更後の約款が契約内容になる場合を認めるのであれば、相手方には契約関係からの離脱の可能性を与える必要がある。(兵庫県弁)
- 約款の変更により合理性や社会的相当性があること等を要件として、約款使用者による一方的な変更後の約款に相手方に対する拘束力を認めるべきである、とする見解に賛成。契約の継続中に、法令の改正等の様々な理由により、約款使用者が当該約款を変更する必要がある都度、多数の相手方から個別に変更についての同意を得るのは非現実的。(堂島有志)
- 約款に関しては、現在これを規律する法令がないため、約款の変更についても各企業がそれぞれの解釈に基づき手続きを進めているのが現状である。そのため、民法で規律が定められれば変更手続きが明確となり取引の安定に資すると思われる。但し、約款は、大量の取引を統一かつ迅速に進める便宜のために用いら

れるという性質から、契約相手が非常に多数となるのが通常である。そして、一度約款を定めた後にも法改正や社会情勢の変更、取引形態の変更等に伴い、変更があることは避けられない。そのため、変更に厳格な要件（例えば、すべての当事者への事前開示と同意の取得など）が求められるとすれば、実務上は対応が不可能となり一度定めた約款を変更できないことになりかねない。そのような事態は、取引を阻害することになるため、要件の定立には配慮が必要である。（TMI有志）

- 相手方の同意がなくても、一定の要件の下で、約款使用者が一方的に約款を変更することを認める規定を設けるべきである。約款の変更のために、契約の相手方全員から同意を取得するのは事務負担が大きい。また、相手方と連絡が取れないことなどにより同意を取得できないときに、約款の変更が認められないとすると、約款を使用する意義が減殺されることになる。そこで、実務上は、約款の変更に関する合意を擬制する条項を約款に規定することにより、約款使用者による一方的な変更を実質的に認めるという工夫が散見されるが、このような条項の有効性は明らかではない。相手方を保護するために一定の制約を設けた上で、約款使用者による一方的な約款の変更を認める規定が設けられることが望ましい。（長島・大野・常松有志）
- 約款を使用した取引実務においては、個別同意を取るためのコスト等を考慮すると、一定の場合に約款使用者が一方的に約款の内容を変更することができる旨の規定を設ける必要性が高い。その要件については、相手方の保護に配慮しつつも、現行実務を踏まえた柔軟なものとなるよう、慎重に検討すべきである。（森・濱田松本法律事務所）
- 約款の変更の是非及び要件について一定の制限を設ける方向で更に検討することに賛成する。一般的に、約款使用者が一方的に約款の内容を変更できるという内容の約款が存在するが、これが自由に認められると考えるべきではない。そこで、その是非や要件について、変更に関し一定の制約を設ける方向で、更に検討すべきである。（東弁）
- 変更前及び変更後の約款の開示状況、変更前の約款の内容との差異等によっては個別の合意がなくても変更後の約款が契約内容となる場合があっても良いと考えるが、その基準等についてはさらに慎重に検討が必要と考える。（札幌弁）
- 契約締結当初の当事者の意思からしても、個別の同意なしに約款の変更を効力を認める必要があるとすれば、当然に然るべき合理性や社会的相当性を勘案した規制を検討することが必要である。（親和会）
- 約款の変更については、検討する意義があると考えますが、どのような要件のもと約款の変更を認めるかに関しては、慎重な検討が必要と考える。例えば、一方

的な変更権だけではなく、約款の変更を申し込まれた相手方に解除権を伴う異議権を付与するなどが考えられる。

この点については、事情変更の原則、再交渉請求権等とも関連すると思われる。  
（「改正を考える」研）

- 約款規制を民法に組み入れるというならば、この議論は避けては通れないと考える。約款を用いて、契約を交わした場合、契約締結後に、その約款が契約内容としてどのように扱われるのか（とりわけ、契約締結後に約款使用者による一方的な変更が契約内容にどのような影響を及ぼすのか）については約款の意義も踏まえつつ、更なる検討が必要であろう。また、その際、約款変更の手続きの方法及び明確な形で効力を規定することができるのかどうかも検討する必要があるだろう。（日大民研・商研）
- 約款という仕組みを利用した取引が社会的に広く定着している実態にかんがみ、それらの取引の安定性を確保する観点から、約款変更の有効性を認める一般法の規定が必要である。約款変更の規範定立に当たっては、取引実態等に十分配慮した上で、「公告」等の方法も柔軟に認めるなど現行行われている取引の安定性を阻害しないよう検討を行うべきである。（eビジネス連）
- 約款が民法に規定される場合は、特に継続反復してなされる取引の基本契約に係るものを中心に、約款使用者の相手方の個別の同意によらない、より簡便な方法で変更ができるような規定としていただきたい。（クレ協、クレカ協、全信販協）
- 約款の組入要件の規定を設ける場合には、約款の変更についても併せて検討することは有意義と考える。（日倉協）
- 約款の変更について、変更前から取引継続中の顧客に対する周知をどの程度行うべきか、「一方的な約款変更の可否・要件・効果」との関係も含め、実務負担の増大につながらないような簡便、柔軟な手法を定めるべきである。（農中）
- 約款が使用された契約が継続的な契約である場合には、当該契約の継続中に、法令の改正等の様々な理由により約款使用者が当該約款を変更する必要があるため、約款使用者が約款を変更できる旨の規定を設けることには賛成する。一方で、相手方が自ら関与しない手続きにより契約内容を変更されるとすると、その保護を慎重に考える必要があるので、約款変更を通知する手続き、変更不服を述べる手続き及び変更の無効・取消しを争う手続きを合わせて規定する方向で検討すべきである。（経済法令・研究会）
- 個別の合意なしで約款を変更する場合の要件等を明文化することには賛成。（オリックス）
- 約款が民法に規定される場合は、特に継続反復してなされる取引の基本契約に

係るものを中心に、約款使用者の相手方の個別の同意によらないより簡便な方法、例えば、あらかじめ定められた合理的な方法で変更内容を公表し、変更賛成できない場合には、一定期間内に申し出ることにより契約の拘束力を将来に向かって免れることができるようにする一方、このような申出をしなかった者との間では、一定期間経過した後に変更の効力が生じることとする方法で変更ができるような規定としていただきたい。(貸金業協)

- 共済制度においては、数十年にもわたる長期の契約が存在するが、契約期間中の社会環境の変化や技術改善等により、当初の契約内容を変更することが利用者にとって有益となるケースや、契約の大量処理の観点から統一的な取扱いとすることが合理的であるケースがあり得ることから、このような取扱いの合理性を踏まえ、柔軟な対応を可能とする必要があると考える。(共済協会)
- 多数の当事者との契約内容を規律する約款の性質からして、約款を変更する際に相手方の個別の同意が必要になるといった手続きを要求することは現実的ではない。また、組入要件で想定しているとおおり、当初の契約関係を規律する規範として認められる条件が、いずれかに明示されていることとされるのであれば変更についても、それ以上の要件を課す合理的な理由はない。

継続的な取引では、最初から将来にわたる全ての要因を予想することが不可能である以上、環境の変化に応じてサービス内容や契約条件を変化させる必要が生ずることは当然ですし、相手方としても、合理的な範囲における約款の変更について予め予測しており、この変更により相手方を害するものではない。そのため、契約の重要な要素の変更を伴う場合には契約関係からの離脱が適切に選択できるように相当の期間をおいた事前の通知・告知を約款変更の要件としたり、あるいは約款が不当に変更された場合についてはその条項じたいを信義則や公序良俗を理由として無効として取り扱えば足りるのであって、相手方の個別の同意なく行われた約款の変更が効力を有さないとする必要はないと考える。(ヤフー)

- 仮に民法に約款に関する規律を設ける場合には、その内容に合理性や相当性があるときには、約款使用者が約款の内容を変更することができるようにすべきである。なお、合理性を判断するに当たっては、サービスの代替性の有無、サービスからの退出が制限されているか否かなどを総合的に勘案できるようにすべきである。

前払式支払手段発行者である約款使用者に契約内容を一方的に変更する権限を与える条項を不当条項であるとする(推定する)べきではない。(決済協)

- 検討することに異論はなかった。なお、就業規則については、団体交渉を通じた集团的処理もあり得るところであり、一般的約款と同一に論じることはできないとの意見があった。(最高裁)



- 投資信託約款については、投信法第 17 条で商品性に影響を与えるような重大な変更については、受益者の意思を問う厳格な手続が定められている。一方で、いかなる変更の場合についてまでも、受益者の意思を問うことは想定されておらず、善管注意義務及び忠実義務に基づき、業者が受益者に不利益を及ぼさないと判断した場合にはかかる厳格な手続を踏まずとも、約款の変更をすることが可能である。このように、業法でいかなる場合に相手方の同意が必要か否かについて規定される場合についてまで、一律に民法で無効又は取消しを主張できるようにしてしまうことは望ましくないとされる。また、そのような場合には不当条項規制にも抵触しないものと思われる。(三菱UFJ 投信)
- 変更後の約款も個別同意なしに契約内容としなければならない場合があることを前提として、変更の内容が約款使用者の相手方に不当な不利益をもたらす場合については、公序良俗等の総則的な規定、消費者契約法、独禁法等の他の規律によって対応することが望ましい。(情サ産協)
- 大量の取引を合理的、効率的に処理する、という約款の意義に鑑みると、相手方の個別の合意がなくても、変更後の約款の内容を約款使用者・相手方間の契約内容として認めるべき場面はあると考える(特に、相手方に有利な変更や、些細な変更については、個別の合意がなくても、変更後の内容を契約内容として認めるようにしないと、相手方に不利益となったり、契約管理がムダに煩雑となるおそれがある)。もっとも、変更の内容によっては、契約の相手方の権利が不当に害される恐れがある。特に、契約の相手方が消費者である場合には消費者保護の観点で問題となる可能性がある。したがって、約款の変更について定めることについては賛成ではあるものの、具体的な要件、効果等を検討するにあたっては、変更の必要性、変更後の内容の合理性、周知手続の相当性、といった点を重視して検討すべきである。(パブコメWG)
- 約款に関する規定を民法に設けると仮定した場合に、約款使用者による変更後の内容が、契約内容として認められる場合の要件について、民法に規定を設けることを検討することには一定の意義があると考えられる。ただし、世の中で用いられている約款の種類や管理方法等は多岐にわたっているため、仮に約款の変更に関する規定を設けるとしても、約款使用者に過重な負担を課し、約款の有する社会的意義を減殺するようなことにならないよう、規定内容の検討にあたっては、様々な分野の約款についての実態を正確に把握した上での議論を行い、十分なコンセンサスを得る必要がある。(JR 東日本)
- 約款が使用された契約が継続的な契約である場合には、当該契約の継続中に、法令の改正や社会情勢の変化等のさまざまな理由により、約款使用者が当該約款を変更する必要性が生ずることがある。しかし、約款を使用する取引では多数の者

との間で契約関係が生じることが予定されており、多数にのぼる相手方から個別に変更についての同意を得るのは非現実的である。そのため、約款の変更には合理性や社会的相当性がある場合には、約款使用者による一方的な変更後の約款に相手方に対する拘束力を認めるべきである。具体的な方法として、例えばホームページで変更後の内容を掲示した後一定期間の経過をもって変更の効力を生じさせる方向で検討を進めていただきたい。(消費者金融協)

- 金商業者等が顧客との間で締結する株式等振替口座約款や、外国証券取引口座約款等については、当初の契約締結時にはこれらの約款を顧客に提示したうえで口座設定に係る申込書を受け入れるものの、その後の変更については、不利益変更の場合においてはみなし同意の方法(相手方への通知によって周知し、その後一定の異議申立期間の経過により、異議が申し立てられなかった場合には、同意を擬制する)により、また、関係法令の改正や社会的要請に基づく変更の場合(反社会的勢力排除条項等)においては、改定されることがある旨を当初契約時にあらかじめ合意する方法により対処しているところである。

合理的、社会的相当性又は公益性がある約款の変更については、現行よりも変更の効力が認められやすくなる考え方が採られるべきであり、約款を用いた取引への規制がこうした現行実務に影響を及ぼすことのないよう、十分に配慮していただきたい。なお、金商業者等がすべての顧客に一律に適用しようとして提示する約款案の内容について合意が得られない顧客については、例えば、顧客が約款案の内容に修正を求め、金商業者等がこれに個別に応じて修正し、修正後の内容に顧客が合意して、修正後の約款案の内容を契約の内容とすることは、顧客が合意するという要件はクリアすると言えるが、不特定多数の顧客との間の契約内容を画一化することにより、日々大量かつ迅速な市場取引を実現するという資本市場の基盤を損ねる可能性があると考えられる。(日証協)

- 約款に関する規定を、民法に設けることに反対するものであるが、仮に、約款に関する規定を設けるとしても、契約後の約款使用者による約款の変更について、相手方の個別の合意がなくても、変更後の約款が契約内容になる場合を認めるべきである。

なぜなら、約款が使用された契約が継続的な契約である場合には、当該契約の継続中に、法令の改正や社会情勢の変化等のさまざまな理由により、約款使用者が当該約款を変更する必要性が生ずることがある。このように、約款を変更する必要性がある一方、多数の相手方から個別に変更についての同意を得るのは非現実的である上、顧客間で契約内容が異なると顧客を平等に扱うべきであるという要請にも反する。そのため、約款が使用された契約の定める条件に従って、約款使用者による一方的な変更後の約款に相手方に対する拘束力を認めるべきである。

(法友会)

- 一定の要件により約款を変更することができる旨を定めることは、現在の実務に沿う形での改正であれば意味があると考えられる。

ただし、鉄道・バスのように、利用者の対象を限定できず、さらに乗車のたびに個別に合意を確認することが難しい類型や、クレジットカードの会員のように、やはり会員一人ひとりに合意を確認することが現実的ではない類型がある。

現状では、鉄道・バスの利用者は、約款の変更を一人ひとり確認せず、きっぷを購入していただいております。また、クレジットカード規約であれば、通知はがきの送付・インターネットでの情報提供の際に同意ボタンを押すことで変更合意している。現状のように、利用者にご不便をおかけしない形で、対面での合意に限定せず、様々な方法で合意を確認する取扱いが可能になるよう、慎重にご検討いただきたい。(JR西日本)

- 当協会は管理委託契約約款を用いて1万5000人余の委託者(著作権者)との間で各別に管理委託契約を締結しているが、管理委託契約はもとより継続的契約であるから、関係法令の改正等に応じてその内容を改めていく必要があるが、音楽著作物の利用態様やビジネスモデルの変化が目まぐるしい昨今、そうした環境変化に迅速に対応する必要性が時を迫るにつれて高まっている。当協会では、従来、管理委託契約約款の変更については、同約款所定の方法(当協会事務所における掲示)により公示するとともに全委託者に書面により通知し、その後6か月を経過しても委託者が管理委託契約を解除しなければ、変更後の管理委託契約約款が契約内容になるものとしており、このプロセスの下で特に問題は生じていない。著作権等管理事業法も、管理委託契約約款の変更に当たっての文化庁長官への届出及び当該届出後の委託者への通知に関する規定(11条1項後段・2項)を設けており、その前提として上記のようなプロセスによる管理委託契約の変更を容認しているものと解される。

仮に上記プロセスによる変更が認められないこととなると、既存の管理委託契約の内容を変更することが非常に困難になることは言うまでもない。その場合、管理委託契約の締結時期によって委託者間で契約内容が異なることとなりますから、事務処理上の負担が高まることはもちろん、平等取扱いの要請に反することも懸念される。こうしたことから、約款の変更については、各業界において定着している合理的な慣行、業法による約款に係る規制及びその運用の状況等を考慮に入れ、約款使用者に過大な負担や混乱が生ずることがないようにすべきである。(JASRAC)

- 社会あるいは環境の変化、あるいは法令等による社会的な要請に伴い、約款を変更する必要性が出てくる場面がある。具体的な実例として、預金約款について

暴力団排除条項を新たに設ける等の改正を行ってきている。他方で、変更後の約款が既存の契約にどのように適用されるのか、あるいはその根拠について現行法では必ずしも明らかではないという指摘もある。したがって、約款の変更の必要性に鑑み、社会的相当性、公益性等の合理的な理由がある場合には、約款使用者による約款の変更を認め、変更後の約款相手方に対する拘束力を認めるべきであると考えられる。

また、約款使用者による当該約款の一方的な変更が重要な変更に該当する場合には、その変更に対抗する者に当該契約の解除権を与えることも検討してよいのではないかという指摘もある。

以上の点に留意し、実務ニーズに沿った検討を望む。(全銀協)

- 賛成。ただし契約内容の一方的変更にあたるため、原則としては許容すべきでない。約款の効力開始期間を定めればよいのだから、現代の技術を前提にすれば、処理として不可能ではない。(大学教員)
- 約款の変更に関する法規定を設けることに賛成である。現実の社会では、約款利用者が約款の内容を一方的にいつかようにも変更できるという約款が使用されている例があるが、現行民法には約款の変更に関する法規定が存在せず、その法的拘束力の要件・効果は不明瞭である。約款変更の要件・効果を明確にすることは有意義である。

ただ、具体的にどのような要件・効果を定めるかについては、約款利用者の相手方の保護という観点を踏まえて、今後慎重に検討されるべきである。(日弁連消費者委有志)
- 約款使用者は、約款を変更して当該変更に従ってすでに契約した相手方との契約の内容を変更しようとする場合は、相手方に当該変更の具体的な内容を周知するよう努めなければならないこと、約款使用者は、約款の内容を変更する場合は、相手方が当該変更の具体的な内容を知る機会及び当該変更について異議を述べる機会を与えなければならないこと、異議を述べた相手方との契約については、変更前の内容に従うものとする。ただし、約款使用者が、当該変更について裁判所の許可を受けた場合は、この限りでないとし、裁判所は、当該変更の必要性、当該変更により相手方が受ける不利益その他の事情を考慮して、当該変更が合理的でやむをえないものであると認められる場合でなければ、前項の許可をしてはならないことを規定すべきである。(会社員)
- 約款が使用された契約が継続的な契約である場合には、当該契約の継続中に、法令の改正等の様々な理由により、約款使用者が当該約款を変更する必要があることがある。契約についての一般原則によれば、いったん契約が成立した以上、一方当事者が相手方の同意なくその契約内容を変更することはできないはずで

あるが、上記のように、約款を変更する必要性がある一方、多数の相手方から個別に変更についての同意を得るのは非現実的である上、顧客間で契約内容が異なると顧客を平等に扱うべきであるという要請に反するとの指摘がある。このような問題意識から、約款の変更の合理性や社会的相当性があること等を要件として、約款使用者による一方的な変更後の約款に相手方に対する拘束力を認めるべきである。(弁護士)

- 相手方の同意なしで変更できる要件が明定されれば、例えば、預金などの取引約款に関して、利用者の同意なしで、暴力団排除条項を強化する場合の根拠となるので歓迎すべき方向である。(会社員)
- 例えば、法令の改正等に伴う約款の変更は、合理性もあり社会的必要性も認められることから、約款の変更の合理性や社会的相当性があること等を要件として、約款使用者による一方的な変更後の約款に相手方に対する拘束力を認めるべきであるが、具体的な変更後の約款の組入要件については、一般的な組入要件の問題と併せて、なお検討すべきである。(弁護士)
- 約款の変更の検討にあたっては、実務を踏まえて、合意が推定される場合や事前予告による告知方法も含め、大量な顧客との円滑な取引を阻害しない方法の検討が必要である。約款のうち、大量の顧客に均質のサービスを提供するため作成されているものは、契約者数も多く、ネット取引のみによる場合も多い。(都民銀行)
- 就業規則の作成、組入要件、変更要件については、労働基準法及び労働契約法に独自の規定が設けられていること、労働契約法第7条は就業規則の組入れの可否を特定の条項について検討し、その内容の合理性を吟味するものであり、複数の条項によって校正された約款全体の組入要件に関する規定を民法に設けてこれを就業規則に適用すると、労働契約法第7条との整合性を失い、実務に混乱を生じさせること、労働契約法第10条は、労働条件の変更の必要性と雇用保障との調整を図っているところ、同条よりも厳格な規定を民法に設けてそれを就業規則に適用すると、そのバランスを崩すことになることから、民法に約款の組入要件及び変更要件を定めるのであれば、就業規則にこれを適用されないことを明文化すべきである。(経営法曹)
- 大量の契約処理を行う必要性について理解できなくないが、そもそも契約とは当事者間の合意である以上、その合意を相手方当事者が了解することもないままに一方当事者が変更することは、基本的に認められない。したがって、契約締結後の約款の一方的変更は認めるべきでない。(広島弁)
- 約款の変更について、逐一相手方当事者の同意を要求すべきとはいえないが、約款使用者の完全なフリーハンドとすることも相当ではない。変更される条項の

相手方当事者に与える影響の程度によって、十分な周知、相当の予告期間、相手方当事者の解約権の保障や損害の補てん等をすべき場合がある。しかしながら、この点をことさら明文化する必要はない。(福岡弁)

- 約款の変更については、変更条項が約款の組入要件を満たした場合にのみ、当事者を拘束する方向で検討すべきである。(日司連)
- 長期の継続的な契約を締結し、その際に約款を用いる場合には、契約締結後の事情の変更に対応するために、約款内容の変更を必要とする場合がありうること自体は否定しないが、そのような事情は、約款を用いない場合にも同様にあてはまるのであって、約款を用いた取引に特別に認められる問題ではない。約款を用いた取引であることをもって、一方的な契約内容の変更を認めることに特別の根拠を見出すことは困難である。契約の解消が非常に困難な、借地借家契約や期間の定めのない労働契約においては、契約内容の改訂を認める必要性は認められるが、それ以外の契約においては、事情の変更がありうることを考慮して、合理的な期間に限定した契約を締結すれば、更新時に内容改訂を申し出ることにより、事情の変更には十分に対応することができる。もし仮に、一方的に内容改訂を認めることができるとすれば、約款使用者側において、約款条項が利益であり続ける場合には、その利益は長期間享受でき、利益がなくなればこれを改訂して、不利益を回避できることになる。さらに、より大きな利益を受けるために、約款条項を修正することもできることになる。これでは、約款使用者を不当に有利に扱う結果となり、契約当事者間の公平を害することになる。

仮に、一方的に約款内容の改訂を認める場合には、対象となるべき契約・約款を限定するとともに、また、変更についての約款上の根拠規定、変更までの期間制限、変更に際しての手續要件、変更内容の合理性の確保のための措置等、十分な手当てが必要である。要件の絞り込みに際しては、まず、契約の更新による対応が困難である契約など、約款の変更により約款内容の改定によらなければならない場合に限定すべきである。次に、少なくとも、約款変更による契約内容の変更について、約款上の根拠規定を必要とすべきである。さらに、変更までの期間についても一定の制限を設けるべきである。さらに、変更手續に際して、相手方との関係で適正な手續要件も課すべきである。加えて、変更内容の合理性(必要性・相当性)についても担保できる措置が必要である。また、変更内容について不服のある相手方には契約からの離脱の権利とその際の不利益がある場合の補償等の措置についても検討する必要がある。(弁護士)

- 契約締結時の約款の組入要件と同じ条件でよいと考える。(大学教員)
- 民法に約款について特別の規定を置く必要はなく、原則どおり意思表示の合致によって契約は判断すればよい。(個人)

- 約款の変更について規定を設けることに反対である。約款の利用場面や変更内容は多岐に亘るため、一律に変更時の要件を民法で規定することは困難ではないかと考える。(国際企業法務)
- 約款の変更に関する規定を設けることに反対である。約款の変更に関する規定を設けることによって、契約の成立が不確かになり、取引の安定性が阻害される懸念が非常に強いので、約款の変更に関する規定は設けるべきではない。(三菱電機)
- 約款の変更方法が厳格に規定され柔軟性を欠く内容になることを懸念する。(主婦)