



定型約款に関する客観的合意論の構造

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 大阪公立大学経営学会 公開日: 2024-06-10 キーワード (Ja): 定型約款, 客観的合意, 条項の内容的限界づけ, 集団的意思, 企業リスクマネジメント キーワード (En): 作成者: 吉川, 吉衛 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/0002000934

定型約款に関する客観的合意論の構造

吉 川 吉 衛

- はじめに
 - 客観的合意論の構造、これに対する批判と反論など
 - 約款による契約の実態——比較法上のファクト
 - 「定型取引」における「正当な無知」と自己決定
 - 客観的合意論の論理構造
 - 客観的合意論の論理構造の核心のありよう——条項の内容的限界づけ
 - 客観的合意論に対する批判と反論など
 - 客観的合意論が第三者等に引用された功績等
 - 筆者のライフワーク
 - 発表当時の学界の評価
 - 法制審議会民法部会
 - 内田貴による評価——約款の正当性を基礎付けるかなり鍵の部分の理論
 - 谷江陽介による評価——論理的に一貫した透明なもの
 - 客観的合意論に対する第三者の評価——私的モメントと公的モメント
 - 客観的合意論による改正民法の規定の解釈
 - 日本私法学会 2021 年度（令和 3 年度）シンポジウム
 - 客観的合意論等の今後
 - 客観的合意論の要諦
 - 客観的合意論の核心のありよう
 - 客観的合意論全体の構造——条項の内容的限界づけ
 - むすび——これからの課題
- 付 記
謝 辞

1 はじめに

保険約款や運送約款などによる契約実務は、理屈にかなっている。それを見出し理論化した 1978 年～1980 年の筆者の論文「普通取引約款の基本理論」等（吉川（衛），1978，1980a，1980b）は、2017 年改正民法「定型約款」の条文と親和的であり、その条文の規定を論理一貫した透明なものと捉えることが出来る。そのことを、2019 年の拙著『定型約款の法理』（吉川（衛），2019）でいっそう明らかにした。

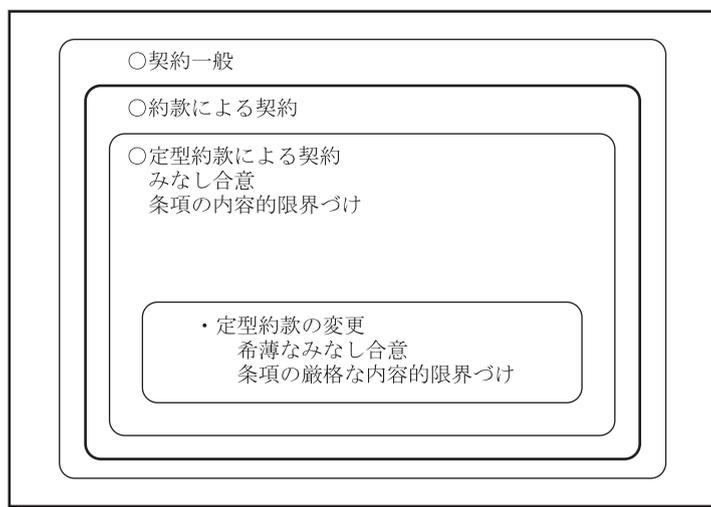
キーワード：定型約款、客観的合意、条項の内容的限界づけ、集団的意思、企業リスクマネジメント

[受理日 2024 年 3 月 1 日]

ところで、約款による契約は、契約一般の中で特別な層のものであり、また、約款による契約の中で、2017年改正民法以降は、「定型約款」による契約が、いっそう特別なものとなった。一方で、約款による契約や「定型約款」による契約の中には、公共サービス等の取引類型に関する契約がある。

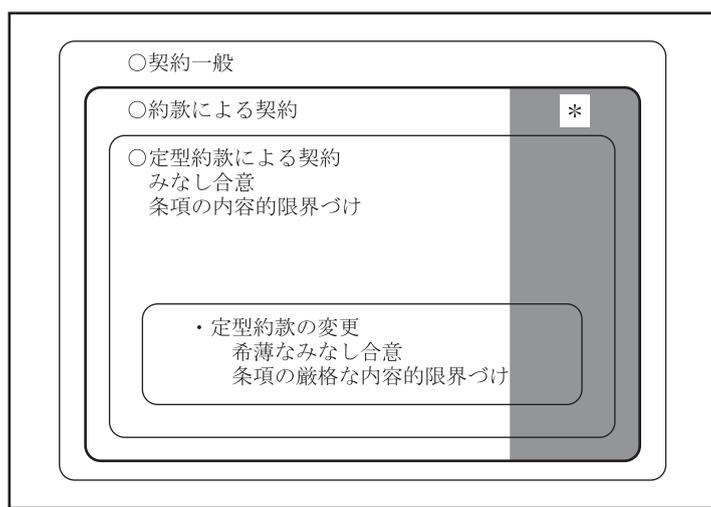
すなわち、契約には三層の構造がある。図1-1、図1-2を見られたい(吉川(衛), 2019, 292-

図1-1 契約一般と、約款や定型約款による契約



(出所) 吉川(衛) (2019) 図4-1を一部修正。初出 吉川(衛), 2014。

図1-2 契約一般と、公共サービス等の取引類型に関する約款や定型約款による契約



* 公共サービス等の取引類型に関する約款
(出所) 吉川(衛) (2019) 図4-2を一部修正。初出 吉川(衛), 2014。

294頁。初出 吉川（衛），2014。沖野，2015，543頁〔2017，115頁¹⁾〕。約款には、オンライン・プラットフォームの約款である利用規約等も含まれる（吉川（衛）・福永，2022(1)，19頁）。

さて、しかしながら、視角を変えてみると、約款による契約や「定型約款」による契約は問題含みである。約款の個別具体的な条項には、不当条項や不意打ち条項が紛れ込んでいるのではないか。当該条項を見出すには、どのようなものが必要か。また、仮に見出されたとして、これを除外する論理は何か（吉川（衛），2019，298頁。初出 吉川（衛），2014）。——この解決が、法律等に携わる者の責務である。

この責務を解決するために筆者が唱えたものが、「客観的合意論」²⁾であった。それでは、客観的合意論とは、どのような論理構造を有するものであるか（本稿第2節）。また、客観的合意論が、第三者等に引用された功績等はあるか。有るとすれば、どのようなものか（同第3節）。

本稿では、これらを明らかにすることとしたい。

ここで、お断りをしたいことがある。本稿は単独の論文であると共に、2021年以降、筆者らが行なってきた定型約款の判例法理の探究（吉川（衛）・福永，2021，2022）をいっそう深化させるために、基礎視座である筆者の「客観的合意論」を対象化して、より明確化するための作業だということである。

2 客観的合意論の構造、これに対する批判と反論など

2.1 約款による契約の実態 —— 比較法上のファクト

客観的合意論に対する批判と、これに対する反論などを行なう前に、先ず、筆者の学説の論理構造を紹介しておきたい。

最初に、約款による契約の実態を記そう。企業（事業者）対消費者の取引（Business-to-Consumer: B to C）、ならびに企業対企業の取引（Business-to-Business: B to B）において、顧客の少なからぬ人々（people）は、約款の存在を知らない。あるいは、知っていたところで、その内容を理解できない。かりに理解できたとしても、納得^{3),4)}のできない約款の条項に、そのまま付き従わざるをえないというのが、実情である。

さて、ドイツ法学の泰斗、W. フルーメは、1960年に、或る祝賀のための論文集において「法律行為と私的自治」を執筆し、次のように論じた。すなわち、いわゆる生活配慮の領域⁵⁾における事実的契約関係理論⁶⁾につき、「集団取引の均一性を根拠に、私的自治の原理の変容を論ずるのは絶対に重大視するべきではない〔論ずるのは誤っている⁷⁾〕」（Flume, 1960, S. 184 [ibd., 1975, S. 97; 1992, S. 97]）として否定したうえで、次のように主張している。電車の乗客は、無償で乗せてもらえるとは思っていない。「契約の締結に、それ以上のことは必要ない。」（ibd. [ibd., 1975, S. 98; 1992, S. 98]）と言うのである。

上記で引用のフルーメの文章は、1992年現在、次の著書の中にある。同『法律行為論』第1

章「意思表示と法律行為の本質」第8節「事実的契約関係理論」第2款「集団取引におけるサービス関係の法律行為的根拠づけ」である。

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

すなわち、ドイツで1960年に執筆されたフルーメの論文「法律行為と私的自治」(現在は同『法律行為論』(正確には、その当該部分))が立論の基礎とし、また、フランスで1901年に、サレイユの『意思表示について』(上記に同じ)がそのようにした社会=経済現象は、鉄道事業であったのである。

本稿で筆者が主張したいことは、こうである。すなわち、立論の対象が、同一の鉄道事業であるサレイユやフルーメ、また、2019年の吉川(衛)(同, 2019, 474-484頁, 534頁。初出 吉川(衛), 2014)や、2017年改正民法立案担当者(村松・松尾, 2018, 65頁注1。なお、筒井・村松編著, 2018, 242頁注2も見られたい)の主張は、当該の鉄道事業に伴う契約締結の仕方という一斑に関するものではあるが、普遍的な事柄を含んでいるのではないかということである(図1-2を参照ありたい)。

もっとも、サレイユによる「附従契約」という法現象の考察については、池田悠太の指摘によれば、「サレイユの法律行為論の例外的ないし周辺の部分で対象とされるにとどまっている。」(同, 2020 (10), 1318頁)ことに留意が必要ではある。とはいえ、同時期のG. ドゥルーの博士論文(1905年刊行)では、保険契約が主に取り上げられている(同, 2020 (8), 954頁以下)。

筆者は、鉄道事業であれ保険事業であれ、典型的な「定型取引」であることに注目すべきだと考える。

2.2 「定型取引」における「正当な無知」と自己決定

それでは何故、本稿第2節2.1におけるようなものであっても、人々は、約款による契約をするのか。それは、約款を用いる契約の相当数のものが、人々にとって、日常生活やビジネスに必需だからであり、かつ、そのような契約の仕方により、取引コスト (Coase, 1988, p. 114; コース, 1992, 131頁。初出 Coase, 1960) が節約され、互いに合理的だからである(吉川(衛), 2019, 2頁)。

条文の規定に則していえば、そのような取引は、「定型取引」(548条の2第1項柱書き)である(定型約款に関する規定の条文は、本稿第3節3.1に掲げてある)。「定型取引」は、1対不特定多数という集団の取引において、定型約款準備者の相手方が、定型約款の個別の条項の内容

を具体的に認識しないまま、契約を take it or leave it という取引である（民法改正法律案の国会審議における小川政府参考人答弁ほか⁸⁾）。また、定型約款の変更には、leave か留まるかしかないという取引である（吉川（衛），2019, 536 頁）。

そのような取引において、個別合意の有無を問い、特定の相手方の個別利益を優先することは、既存契約のほかの相手方の不利益に帰すことになりかねない（〔J3-3〕 最大判昭和 34 年 7 月 8 日民集 13 卷 7 号 911 頁や、〔J4-1〕 神戸地判昭和 62 年 2 月 24 日判タ 657 号 204 頁、〔J5-1〕 東京地判平成 27 年 1 月 16 日 LEX/DB25524293 の判旨）。〔J5-1〕 東京地判平成 27 年 1 月 16 日 LEX/DB25524293 や、〔J10-1〕 東京地判平成 30 年 4 月 19 日判時 2425 号 26 頁、〔J10-2〕 東京高判平成 30 年 11 月 28 日判時 2425 号 20 頁⁹⁾ の事案である携帯電話利用の通信サービス契約は、その適切な例の一つだと、筆者は考える。

さて、取引の内容の全部又は一部が画一的であることが、定型約款準備者と相手方にとって合理的なものである「定型取引」には、「定型取引合意」（548 条の 2 第 1 項柱書き）が存在する。

「定型取引合意」は、包括的な白地の合意である（吉川（衛），2019, 298 頁。本稿第 3 節 3.2 における河上正二の指摘を参照ありたい）。それゆえ、これは、相手方にとって、「正当な無知（Legitime Ignoranz）」（vgl. Miethaner, 2010, S. 63 ff.）である。このことは、B to C であれ、B to B であれ同じである（吉川（衛），2019, 520 頁）。仮に、約款の条項につき、個別交渉に基づく特約書を含む修正があれば、約款による契約ではない（〔J4-1〕 神戸地判昭和 62 年 2 月 24 日判タ 657 号 204 頁の判旨 211 頁、吉川（衛），2019, 419 頁¹⁰⁾）。

さて、「定型取引合意」は、定型約款準備者と、その相手方（顧客）との包括的な白地の合意であり、相手方にとって「正当な無知」である。そうして、本稿第 2 節 2.1 に重ねて援用するが、約款による取引においても、当事者の法律行為を正当化するところの「自己決定」（Selbstbestimmung）があると言うのが、W. フルメの考え方である。

彼は主張する。法律行為の真髄は、〈自己決定による法律関係の創造的形成〉（〈〉は引用者）である（Flume, 1992, S. VII [ebd., 1975, S. VII]¹¹⁾）。その自己決定は、約款による契約において、契約締結に関して自由があれば足りるのであって、契約内容の決定、つまりは契約内容の整序は、法秩序にまかせればよい、というのである。

フルメ自身の言葉で言えば、こうである。「私的自治は、法律関係の創造的形成における個人の“自己支配”の承認を意味する。……そのかぎりでは、他人の決定や、裁判官による決定は認められない。……私的自治の命題からして、相手方にかかわる“自己支配”は、適法でない。……契約は、それが契約締結という双方の自己決定によって担われているがゆえに、そのかぎりでは“正当（richtig）”である。」（ebd., 1992, S. 6-8 [ebd., 1975, S. 6-8]. 傍点は引用者。以下同じ）。

そうして、「財やサービスの取引においては、一般に経済的に強弱のある当事者が対立する。

しかし、これだけでは、自己決定の力は、侵害されない。」(ebd., 1992, S. 10 (ebd., 1975, S. 10))。

いったい、何故か。自己の意思に基づき法律関係を形成する自由が、私的自治である。「相手方が、自己決定において、契約を締結するのであれば、私的自治的決定だからである。」(ebd. (ebd.))。

そうして、フルーメは、約款による契約につき、「特別の取引類型または法制度」のものだとして、契約締結に関して自由があれば足りるのであって、契約内容の決定、つまりは契約内容の整序は、法秩序にまかせればよい、と言うのであった。

契約自由には、契約内容形成の自由と、契約締結の自由とがある。従来、契約自由とか、その制限というときには、主として契約内容形成の自由について議論されてきた。しかし、フルーメは、上述のように主張する。

また、定型約款の変更の場合には（もちろん、変更後の定型約款の条項が548条の4の規定の要件を満たすことが前提である）、leave か留まるかという自己決定の契機がある。そこには、契約継続の自由があり、私的自治的決定だと、筆者は考える。

もっとも、上記のような「自己決定」の捉え方は、この国、すなわち日本の一般的な考え方¹²⁾ではないだろう。

2.3 客観的合意論の論理構造

2.3.1 客観的合意論の2つのキーストーン

定型約款の規定に関する解釈にあたり、ふまえるべきことがある。「定型約款による取引は、1対不特定多数¹³⁾だ」という外在的観点と、定型約款のみなし合意という内在的論理」（吉川(衛), 2019, 306頁）の認識である。

2.3.1.1 定型約款のみなし合意や <希薄なみなし合意> の構造（取引の特質、当事者の主観的意思とその客観的合意）—— 第1のキーストーン

「定型約款による契約は、個別の取引だけでなく、個別の取引からなる集団の取引でもある。いいかえれば、この取引には、空間的な広がりがあり、定型約款による取引の特質を有する。

すなわち、『相手方が、定型約款の個別の条項の内容を具体的に認識しないまま、契約を締結するかどうかを決定する取引』（吉川(衛), 2019, iii頁）だという定型約款による取引の特質¹⁴⁾である。

このような『定型取引』における、定型約款準備者と相手方との『定型取引合意』（548条の2、548条の3）は、これを契機として特定の場合には、みなし合意となる。このような定型取引合意は、当事者の主観的意思と、定型約款準備者の相手方（顧客）の、筆者のいう客観的意思（「集団的意思¹⁵⁾」）に基づく、当事者の客観的合意とからなる。

また、定型約款による契約の中の継続的契約¹⁶⁾には、空間的な広がりだけでなく、時間的

な広がりがある。そして、このような継続的契約は、法令の変更や経済情勢の変動がある中で、持続可能なビジネスを保証するものでなければならない。そこにおける『定型約款の変更』（548条の4）に関する合意は、〈希薄なみなし合意〉（筆者の造語¹⁷⁾）であって、ここには、上記の「みなし合意」とはやや異なる、主観的意思と、筆者のいう客観的意思に基づく客観的合意¹⁸⁾とがある〔この第1のキーストーンにつき、後に第2節2.4.1で再論する〕。

このように、筆者は考えている。（吉川（衛），2019，306-307頁，534-536頁。傍点は引用者。引用にあたり、一部加筆補正した）。

2.3.1.2 みなし合意や〈希薄なみなし合意〉の擬制と意思の推定（集団的取引における対価関係均衡確保の意思）——第2のキーストーン

ところで、筆者の客観的合意論には、いま1つキーストーンがある。

定型約款準備者の相手方（顧客）の客観的意思（「集団的意思」¹⁹⁾）とは、立ち入ると、集団的取引における対価関係均衡の確保へ向けられた意思であり、これは、顧客圏における平均的顧客の一般的な合理的理解可能性に基づき、不当条項や不意打ち条項の判断を行うときの基準となるものである²⁰⁾。それゆえ、定型約款の個別の条項や、約款変更のときの変更後の定型約款の条項につき、「制度の技術的構造の必要に基づく諸条件については、相手方も客観的に合意したとみなしてよいだろうし、また、その諸条件が、適正な利潤の範囲内であれば、そのように推定してよい。しかし、当該諸条件が、仮に適正な利潤の範囲を超えるものだとすれば、相手方は客観的に合意したと推定することは出来ない」（吉川（衛），2019，449頁。初出 吉川（衛），1978（同，2019，158-159頁））と主張するものである。

つまり、客観的合意とは、みなし合意や〈希薄なみなし合意〉を擬制し、また、意思の推定を行うものである。ただし、これは基本的な見取り図であって、個別具体的な作業は、定型約款の個別の条項や、変更後の定型約款の条項の文言に則して行われる（たとえば、吉川（衛），2019，166-179頁を見られたい）。

2.3.2 池田悠太の方法の1つと、吉川吉衛の方法の1つ

池田悠太において、池田（2020）の方法の1つは、乖離と繫留で対象を分析し論述することである。ところで、吉川（衛）の方法の1つに、区別と関連（共通性）という対象の把握の仕方（たとえば、同，2019，291-294頁，536-537頁）があり、池田の方法は、まことに興味深いものである。なお、池田（2020）は、浩瀚な869頁に及ぶ論文であり、彼は、2021年10月、日本私法学会で「事実的基礎としての意思とその法的構成——サレイユ民法学における法学的なもの」（同，2022）を報告した新進気鋭の学者である。

彼我の比較はしばらく措くとして、そのような池田の方法論ないし対象の把握の仕方は、対

象を十全に捉え説明できるものだと考えられる。筆者の問題意識に引き付けて言えば、「定型取引」においては、事実的な意思からいかに乖離して、いかに繋留されるのか。この手法を使うと、筆者の客観的合意論は、いっそう説得的に論ずることができて、かつ、明晰となるように思われる。

2.4 客観的合意論の論理構造の核心のありよう —— 条項の内容的限界づけ

2.4.1 「客観的合意」のありよう

当該の説得的になるとは、客観的合意論（正確には、客観的合意論における私的モメント²¹⁾）の論理構造の核心のありよう（本稿第2節2.3.1.1の第三段落と第四段落）が、極めて明晰になるからである。

すなわち、筆者の言う「客観的合意」とは、(a) 当事者の主観的意思と、(b) 定型約款準備者の相手方（顧客）の、筆者のいう客観的意思（「集団的意思」²²⁾）に基づく、(c) 当事者の客観的合意とからなるものだからである（たとえば、吉川（衛），2019, 306-307頁, 534-536頁）。

また、(a) 相手方（顧客）の主観的意思は、同時に (b) その相手方の客観的意思（「集団的意思」）である。ただし、(a) では、相手方が個別であり、(b) や (c) では、その相手方は顧客圏という集団の一員である（同, 537頁）。すなわち、こうである。(a) では、相手方は、契約を締結する特定の個別の当事者であり、(b) や (c) では、その相手方は、顧客圏を構成する相手方の集合体である。

ここにみられるように、(a) は、当事者の事実的な意思への繋留であり、(b) と (c) は、そこからの（繋留しつつの）乖離である。そうして、「定型取引」における契約締結の意思や、契約変更にあたっての契約継続の意思は、まさに当事者の事実的な意思そのものであり、そこへの繋留である。それゆえ、そこには、法律行為の真髄である自己決定（W. フルメ，1975）に基づく、契約締結の自由や、契約継続の自由があると、筆者は主張することができる（本稿第2節2.2）。

2.4.2 条項の内容的限界づけ

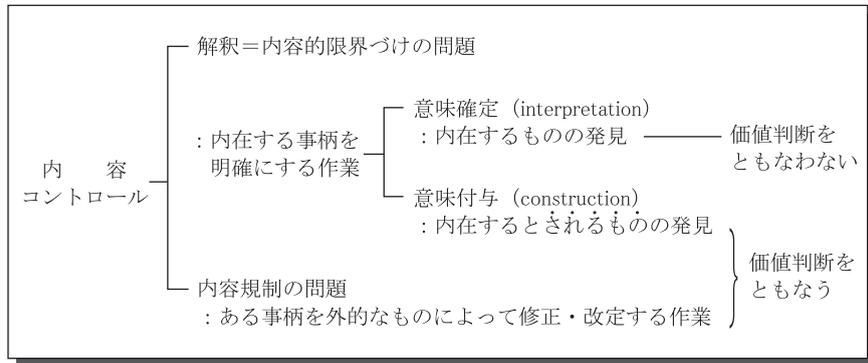
さて、ここで筆者の客観的合意論のいわば本題に入りたい。定型約款の条項の内容的限界づけの問題である。当該の条項の内容的限界づけの問題は、定型約款の条項の内容規制ではない。本稿図2-1を見られたい。すなわち、内容コントロールの相関図を見られたい。

定型約款準備者の相手方が、包括的な白地で合意するのは、かれが何かを期待して合意するからである。それは、何か。取引における対価関係の均衡が確保されていることである。それが確保されていると思うから、定型約款準備者の相手方は、当該の取引に合意するのである。

法律の条文でいうと、548条の2第2項や、548条の4第4項の問題である。

すなわち、「合意や表示（548条の2第1項1号、2号）、または、特別法の特例規定のような

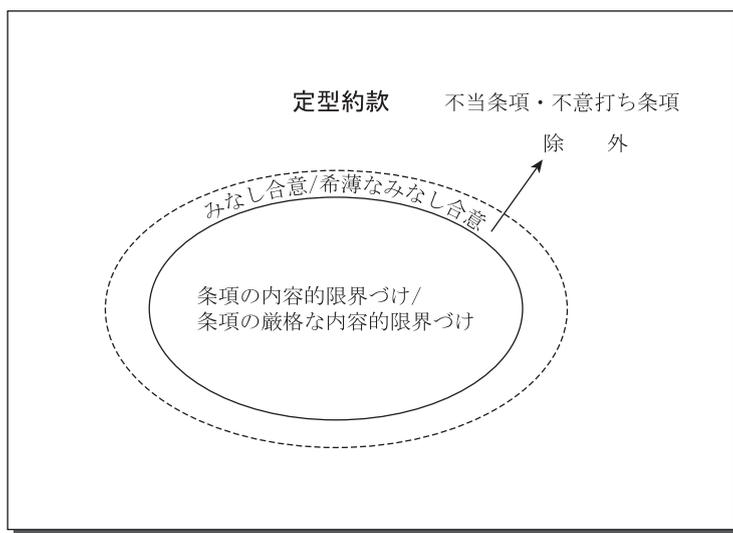
図 2-1 内容コントロールの相関図



（出所）吉川（衛）（2019）図 3-1。初出 吉川（衛），1980b。

表示や公表（たとえば、鉄道営業法 18 条ノ 2）がなされて、『定型取引合意』がされたとしても（548 条の 2 第 1 項柱書き）、これは、包括的な白地の合意、すなわち みなし合意 であるから、定型約款の個別の条項は、『不当条項や不意打ち条項が紛れ込んでいるかもしれないという問題含みなのである』。定型約款の変更の場合には、いっそう当該のことがいえる。何故なら、〈希薄なみなし合意〉²³⁾ だからである。それゆえ、定型約款の個別の条項から、また、定型約款の変更の場合には厳格に、変更後の定型約款の条項から、そのような不当条項や不意打ち条項を『除外』²⁴⁾ しなければならない（本稿図 2-2）。

図 2-2 改正民法（客観的合意論）



（出所）吉川（衛）（2019）図 4-3 を一部修正。初出 吉川（衛），2014。

そうして、真に問われるべきは、その『除外』の論理である。更に、その論理を概念的に把握する名称と、この論理が有する外延の画定とである。筆者は、それを客観的合意と見出した(河上, 1988, 85頁²⁵⁾、吉川(衛), 2019, 306-307頁, 536頁)。

さて、そのような『除外』を定めているのが、548条の2第2項や、548条の4第4項である。これは、定型約款の個別の条項や、変更後の定型約款の条項の内容的限界づけにほかならない。」(吉川(衛), 2019, 298-299頁。初出 吉川(衛), 2014。引用にあたり一部加筆補正した)である。

2.5 客観的合意論に対する批判と反論など

2.5.1 河上正二と石川裕康からの相反する批判ないし要望

客観的合意論に対して、河上正二と石川裕康から相反する批判ないし要望がある。一方で河上は、吉川(衛)のいう客観的合意は、「当事者意思からの乖離」(同, 1991(3), 39頁)だと批判している。そこでは、当事者の事実的な意思への繋留が求められているわけである。

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

河上と石川の筆者に対する要望は、相反するものである。

しかしながら、筆者は、どちらも客観的合意論に対する適切な要望であり指摘だと考える。結論を言うと、筆者の客観的合意論は、当事者の事実的な意思からの乖離であり、かつ「繋留」だからである。この点は、既に拙著で、「繋留」という語彙は用いていないが、おおむね論じたところである(同, 2019, 286頁参照)。また、本稿第2節2.4で詳細に論じたところである。

2.5.2 大澤彩の指摘

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

大澤の指摘につき、筆者はまさに、本稿第2節2.3.1のことから、意を強くする(吉川(衛), 2019, 297-300頁, 316-317頁)ものである。

2.5.3 丸山絵美子による批判

丸山絵美子は、「『契約』、『合意』、『意思』といった法概念のもつ意味に取り組む研究の重要

性」（同、2021、40頁）を指摘する文脈で、「個別の意思を重視しない立場にあっても、『客観的合意』等の概念を用いて説明が試みられているが、そこでの『意思』がもはやフィクションにすぎないなら、意思概念を用いない説明が探求されるべきであろう。」（同、同頁）と批判する。

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

なお、丸山（絵）（2017）に対する筆者の見解や、フィクションに関する応答について、吉川（衛）（2019）352-353頁、419-421頁を見られたい。

3 客観的合意論が第三者等に引用された功績

3.1 筆者のライフワーク

この本稿第3節の部分はもともと、2023年（令和5年）秋の筆者の生存者叙勲申請にあたり作成をもとめられたものである。このことを、予めお断りしておきたい。それゆえ、そのこともあり、本節の文献等の引用の仕方は、おおむね、もとめられた文書のままとした。逆に、当該文書に記載の文献等を参考文献に掲げつつ引用すると、読者はかえって読みづらいのではないかと判断した次第である。

さて、2017年（平成29年）、民法債権法が約120年ぶりに大改正され、第3編債権第2章契約第1節総則第5款「定型約款」（548条の2から548条の4まで）が新設された。これに伴い、たとえば鉄道営業法第1章に新たな条文として「第18条ノ2」が設けられた。

すなわち、こうである。

民法第3編債権第2章契約第1節総則第5款 定型約款

（定型約款の合意）

第548条の2 定型取引（ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。以下同じ。）を行うことの合意（次条において「定型取引合意」という。）をした者は、次に掲げる場合には、定型約款（定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう。以下同じ。）の個別の条項についても合意をしたものとみなす。

- 一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。
- 二 定型約款を準備した者（以下「定型約款準備者」という。）があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき。

2 前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の

義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

(定型約款の内容の表示)

第548条の3 定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法でその定型約款の内容を示さなければならない。ただし、定型約款準備者が既に相手方に対して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供していたときは、この限りでない。

2 定型約款準備者が定型取引合意の前において前項の請求を拒んだときは、前条の規定は、適用しない。ただし、一時的な通信障害が発生した場合その他正当な事由がある場合は、この限りでない。

(定型約款の変更)

第548条の4 定型約款準備者は、次に掲げる場合には、定型約款の変更をすることにより、変更後の定型約款の条項について合意があったものとみなし、個別に相手方と合意をすることなく契約の内容を変更することができる。

一 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。

二 定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、この条の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。

2 定型約款準備者は、前項の規定による定型約款の変更をするときは、その効力発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。

3 第1項第2号の規定による定型約款の変更は、前項の効力発生時期が到来するまでに同項の規定による周知をしなければ、その効力を生じない。

4 第548条の2第2項の規定は、第1項の規定による定型約款の変更については、適用しない。

鉄道営業法第1章 鉄道ノ設備及運送

第十八条ノ二

鉄道ニ依ル旅客ノ運送ニ係ル取引ニ関スル民法（明治二十九年法律第八十九号）第五百四十八条の二第一項ノ規定ノ適用ニ付テハ同項第二号中「表示していた」トアルハ「表示し、又は公表していた」トス

この約款法に関する研究が、筆者のライフワークの1つである²⁶⁾。その到達点が、吉川吉衛『定型約款の法理—類型づけられた集団的意思のあり方—』（成文堂、2019年）である。現在も、関連する判例や裁判例が、筆者の学説に即したものであるかどうか等を実証する論文を公表し続けている（吉川（衛）、2021、吉川（衛）・福永、2021（1-2・完）、2022（1-2・未完））。

3.2 発表当時の学界の評価

筆者の学説の、最初の発表当時の学界における評価を見てみよう。

広瀬久和は、「諸外国の近時〔およそ昭和40年代後半—50年代前半、1970年代頃〕のこうした動向〔ヨーロッパ諸国の約款規制〕を検討されつつ自らの約款論を構築された、吉川吉衛助教授（特に、「普通取引約款の基本理論（一）—（三）完」保険学雑誌四八一、四八四、四八五号。及び「普通保険約款に対する内容コントロール」損害保険研究四二巻二号（昭和五五年）など）……の業績は、学界に大きく貢献するものである。」（同「約款規制への一視点（上）——対価との関連性」ジュリスト828号、1985年、97頁注（1））と言う。

広瀬の指摘する「自らの約款論」とは、『客観的合意理論』という見解〔であり〕……学界に寄与するところ大きいものがある。（鴻常夫「審査報告」損害保険研究43巻4号、1982年、179頁、186頁）として、筆者は、1981年（昭和56年）に損害保険事業研究所（現在、損害保険事業総合研究所）より「各務記念賞」を授与された。

河上正二は、「従来の約款本質論が主観的意思を克服するために、『約款による』という包括的な、いわば白地の意思を考えたのに対して、吉川説はさらにこの包括的な白地の意思に客観化された具体的内容を盛り込むことによって〔相手方の〕同意の範囲に一定の枠を設け、約款設定者からの一方的な約款内容の押しつけを阻もうとしている。論理的なフレームとしても非常に整っており、当事者意思の客観化の一つの極と思われる。」（同『約款規制の法理』有斐閣、1988年、85頁。傍点は引用者。以下同じ。本稿図2-2参照）と言う。

3.3 法制審議会民法部会

改正民法に約款（定型約款）の規定を定めるか否かについては、法制審議会民法部会²⁷⁾の内外における調整が難しかった。民法債権法改正に至るまでの経緯と感想を語る座談会において、「私〔東京大学名誉教授 内田貴〕は2006年（平成18年）に法務省が債権法の改正の検討に着手することを決めたときから、当時の筒井〔健夫〕参事官と二人三脚で改正作業の準備を始めまして、今年（2017年、平成29年）で11年になりますので、随分長かったなという感じがいたします。2007年（平成19年）から法務省の常勤の参与〔法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与〕になりまして、約7年間、法務省でこの改正を担当しました。」（座談会 鎌田薫/内田貴/筒井健夫/村松秀樹「民法（債権法）改正法が成立して」（NBL No. 1101（2017.7.1）, 5頁）という言説がある。

3.4 内田貴による評価——約款の正当性を基礎付けるかなり鍵の部分の理論

内田貴は、当時、2007年（平成19年）11月9日に開催された北大民事法研究会・北大公法研究会等共催の研究会において、次のように言う。すなわち、「契約と名前が付いている以上、当然、意思自律とか、私的自治と関係しています。……ただ、その意思の反映の仕方が通常の古典的契約〔とは異なる〕……〔内田が把握する〕制度的契約の場合には、一人一人の個人の意思を反映させるとかえって正義に反する。集団としての意思を反映しないといけない。それを反映させる仕組みをつくる必要がある……例えば public utility 契約の例であるガスとか水道とか電気とかの供給契約の場合に、一人一人の利用者、ユーザーの意思を反映させて契約条件を変えるなんていうことは認めるべきではない。しかし、ユーザー全体、集団としてのユーザーたちの意思を反映させて契約条件を交渉し、場合によっては変更させるということは必要なわけですね。その役割を通常は国が担い、法律でそれを規制しています。いわば、その集団の人たちの意思を国会を通じて、立法者の意思として反映させて規律をするわけです。……この点について、吉川吉衛先生が約款論でずいぶん論文を書いておられますけど、吉川先生の集団的意思（先生は「客観的意思」と呼ばれます）でもって約款の拘束力を基礎づける考え方は、学界の中であまり理解者が多くないのですが、私は、約款の正当性を基礎付けるかなり鍵の部分の理論ではないかと考えております。」（同講演「制度的契約論の構想」〈討論〉北大法学論集59巻1号、2008年、384-383頁〔139-140頁〕）である。

3.5 谷江陽介による評価——論理的に一貫した透明なもの

谷江陽介は、2017年（平成29年）における民法（財産法）の学界回顧において、「吉川吉衛『定型約款の規定に関する解釈』（国土館49）は、改正548条の2～548条の4は論理的に一貫した透明なものであると評価する。同「改正民法と定型約款に関する考察」（大阪市立大学/経営研究67.4）は、契約当事者の意思の優越、認可の補充的性格という2つの理由から、業法で認められた約款であっても民事紛争で効力が否定されることがあるとする。……定型約款に関する論稿として、吉川吉衛「定型約款と希薄な合意」（大阪市立大学/経営研究68.1）、（田高寛貴/熊谷士郎/伊藤栄寿/高秀成/谷江陽介/滝久範「学界回顧2017 民法（財産法）」法律時報89巻13号、2017年、86-87頁〔谷江筆〕）と言う。

筆者は、谷江が指摘する通り、「定型約款に関する改正民法の規定は、論理的に一貫し透明なもの」（吉川（衛）『定型約款の法理』324頁）であると評価している。

それは、2017年（平成29年）の改正によって新設された民法548条の2から548条の4までが、まさに筆者が、1978年（昭和53年）当時から、また改正に深く関わった内田貴が、2006年（平成18年）（内田「民営化（privatization）と契約（1-6・完）—制度的契約論の試み—」ジュリスト1305-1309号、1311号）から主張している理論によって、整合的に説明できるものだからである。

2017年（平成29年）にようやく実現した今日の実定法の規定の構造を、その約40年前に主張した筆者の学説が裏付けたことになる。学者の学説は論理一貫性を追求するものであり、その学説が論理的に一貫するならば、その学説によって説明できる実定法の規定も、やはり論理的に一貫するはずである。自らの学説と定型約款の規定群について、筆者がそのように評するのは、おこがましい言い方であろうか。

3.6 客観的合意論に対する第三者の評価——私的モメントと公的モメント

さて、それでは、先ず、筆者の学説である「客観的合意論」とは、どのようなものであるか。第三者が記した著書等によって示す。

大澤彩は、次のように言う。長い引用となるが、正確を期したい。すなわち、「保険約款を中心に約款論を従来から展開している吉川吉衛名誉教授は、公共サービス等の取引類型、つまり、銀行・保険業や、運送業、電気通信事業などの広義の公企業の事業に関する取引類型に関する『現代〔世界大恐慌1929年以降〕における約款による契約』には、当事者の意思が法律関係に転化した私的モメントと、国家の政策が実現された公的モメントが存在するとしている⁽⁴³⁾〔⁽⁴³⁾吉川吉衛『定型約款の法理——類型づけられた集団的意思のあり方』（成文堂、2019年）20頁〕。ただし、公的モメントが存在するからといって監督官庁の事業免許や変更認可を受けた保険約款がそれだけで直ちに拘束力をもつことにはならないとしている⁽⁴⁴⁾〔⁽⁴⁴⁾吉川・前掲注（43）73頁〕点に注意が必要である。約款による取引も約款準備者と個々の相手方との契約である以上、当事者の意思が優越するとしつつ、約款による取引が定型の1対不特定多数の取引である以上、その個々の相手方が客観的意思をもち客観的合意を行う集団の一員である点を、約款による契約の著しい特徴であるとしている⁽⁴⁵⁾〔⁽⁴⁵⁾吉川・前掲注（43）22頁〕。吉川名誉教授によれば、ここでの客観的意思は、保険取引における対価性確保の期待へ向けられた意思である⁽⁴⁶⁾〔⁽⁴⁶⁾吉川・前掲注（43）73頁〕。この点を定型約款に則して言えば、この種の約款では、司法制度と共に認可など監督を行う行政機関の存在、つまり、公的モメントが背後にあることによる『対価関係の均衡』に対する相手方の信頼があるからこそ、相手方の定型約款に関連付けられる意思があるという見方が示されている⁽⁴⁷⁾〔⁽⁴⁷⁾吉川・前掲注（43）316頁〕。また、吉川名誉教授は、保険約款以外の約款の拘束力についても、企業が有する事業がもつ性格に応じた類型付け、すなわち、企業の事業が使用する約款を広義の公企業の事業が使用する約款（銀行、保険、運送、水道・電気・ガス供給など）と、そのほかの約款とに分けて類型化することによって、把握している⁽⁴⁸⁾〔⁽⁴⁸⁾吉川・前掲注（43）77頁〕〔本稿図1-2「三層の構造」参照。一筆者〕。その上で、前者については保険約款と同様の法律構成をすることができる一方で、後者については当事者の客観的合意がその根拠となるとしている⁽⁴⁹⁾〔⁽⁴⁹⁾吉川・前掲注（43）78頁〕。ただし、前者のうち、銀行約款では約款の作成について特別の規定を置いておらず、実際には監督官庁が、銀行法20条等を根拠に銀行等からその約款を提出させ、監督を行なっていることも指摘してい

る⁽⁵⁰⁾〔⁽⁵⁰⁾吉川・前掲注(43)94頁〕。(同『『定型取引』概念誕生による約款・不当条項規制の変容と今後(序論)』消費者法研究9号,2021年,124-125頁)である。

3.7 客観的合意論による改正民法の規定の解釈

次に、筆者の「客観的合意論」による改正民法の規定の具体的な解釈につき、これも、第三者が記した著書等によって示す。なお、本稿第3節3.5における末尾の文章や、同節3.6のサブ・タイトルをご覧いただきたい。

3.7.1 548条の2第1項、第2項；特別法の規定

まず、改正民法(定型約款の合意)548条の2第1項、第2項について見よう。

大澤は、次のように言う。すなわち、「改正民法では『定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体』である『定型約款』(改正民法548条の2第1項本文)を対象とした規定が新たに設けられた。そこで問題となるのは『定型約款』とはどのようなものを指すのか、その前提となっている『定型取引』とは何かである。そのうえで、1項は定型約款が契約に組み入れられるための要件を示している(本条では「合意したものとみなす」という言葉が用いられている)。また、2項は後述するように定型約款に含まれる個別条項へのみなし合意が緩やかな要件で認められる『希薄な合意』であることから、その要件に紛れ込んでいる不当条項や不意打ち条項を契約から除外するものである(吉川吉衛「定型約款の規定に関する解釈」国土館49号(2016)109頁以下、同論文は同『定型約款の法理—類型づけられた集団的意思のあり方—』(成文堂,2019)285頁以下に所収)。(大澤「第3編債権第2章契約第1節総則第5款定型約款」松岡久和/松本恒雄/鹿野菜穂子/中井康之編『改正債権法コンメンタル』(法律文化社,2020年)668頁。以下、『改正債権法コンメンタル』という)である。

“なお書き”として、大澤は、次のように言う。すなわち、「なお、鉄道・バス等旅客運送取引、郵便事業や電子通信事業関係取引など、『あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示』することすら困難である取引(ICカードで自動改札を通過して電車に乗る場合や、ポストに郵便物を投函する場合などが想定される)のうち、取引自体の公共性が高く、定型約款を契約内容とする必要性が高いものについては、定型約款によって契約内容が補充されることを定型約款を準備する者があらかじめ『表示し、又は公表』していれば当事者がその定型約款の個別条項について合意をしたものとみなす旨、それぞれの業種の特別法で規定が設けられることになっている(改正後の鉄道営業法18の2、改正後の航空法134の3、電気通信事業法167の2など)。すなわち、『表示』すら難しい一部の取引において事前の『公表』でも足りるとする特別規定である。具体的には、定型約款による旨の表示および主要条項の掲示といったものが考えられるだろう(吉川吉衛「定型約款の規定に関する解釈」国土館49号(2016年)126頁)。(大澤「民法第3編債権[第2章]契約第1節総則第5款定型約款」鎌田薫/潮見佳男/渡

辺達徳編『新基本法コンメンタール 債権 2 民法第 521 条～第 696 条』別冊法学セミナー no. 264（日本評論社, 2020 年）70 頁。以下、『新基本法コンメンタール』という）である。

3.7.2 548 条の 4

次に、改正民法（定型約款の変更）548 条の 4 について見よう。

大澤は、次のように言う。すなわち、「改正民法における定型約款のみなし合意が緩やかに認められ、そこでの合意はかなり希薄化された合意（吉川吉衛「定型約款の規定に関する解釈」国土館 49 号（2016）113 頁、同論文は同『定型約款の法理—類型づけられた集団的意思のあり方—』（成文堂, 2019）285 頁以下に所収）である以上、約款変更の可否を認めるに当たって考慮要素の 1 つとなっている『内容の相当性』要件は厳格に解されなければならない。」（大澤『改正債権法コンメンタール』687 頁）である。

いいかえれば、こうである。大澤は、次のように言う。すなわち、「改正民法における定型約款の変更に関するみなし合意が緩やかに認められ、そこでの合意はかなり希薄化された合意（吉川吉衛「定型約款の規定に関する解釈」国土館 49 号（2016 年）126 頁 113 頁）である以上、約款変更の可否を認めるにあたって考慮要素の 1 つとなっている『内容の相当性』要件は厳格に解されなくてはならない。」（大澤『新基本法コンメンタール』77 頁）である。

3.7.3 548 条の 2 と 548 条の 4 との対比

さらに、改正民法（定型約款の変更）548 条の 4 につき、同（定型約款の合意）548 条の 2 と、同（定型約款の変更）548 条の 4 との対比において、見てみよう。

3.7.3.1 大澤彩

大澤は、次のように言う。すなわち、「改正民法の約款変更規定については、みなし合意規定およびその例外規定が『希薄』ではあるが当事者の合意を一応の基礎としているのとは異なり、約款を一對多の大量取引のための契約条件という約款の性格を正面から捉えたものであるように思われる（吉川・前掲論文〔同「民法（債権関係）改正と約款に関する考察」国土館 47 号, 2014 年〕125 頁 [66 頁]、沖野眞己『『定型約款』のいわゆる採用要件について』消費者法研究 3 号（2017）107 頁はそもそも約款の変更規定を導入すること自体、改正法の姿勢を示すものであるように思われるとする。）」（大澤『改正債権法コンメンタール』689 頁）である。

また、大澤は、当該「特集 民法と消費者法」の中で、「監督官庁の事業免許や変更認可を得た約款がそれだけで直ちに拘束力を持つのではなく、当事者のいわゆる合意が約款の拘束力根拠として不可欠であるという考え方⁽⁹⁸⁾〔⁽⁹⁸⁾ 吉川・前掲注(43)〔吉川吉衛『定型約款の法理—類型づけられた集団的意思のあり方』（成文堂, 2019 年）〕73 頁……参照。〕……が中心であろう。〕（同『『定型取引』概念誕生による約款・不当条項規制の変容と今後（序論）』消費者法研究 9

号, 2021年, 135頁) と言う。

大澤は、更に、「その際に〔論文末の「IV 今後の課題 1 類型化から導かれる課題 2 根本的な課題—規制の根拠と当事者の『意思』の意義」を考察する際に〕留意すべきは、……当事者の『意思』をどのようなものとして捉えるかという点であろう。……前述した吉川論文で指摘されていたように、より集団化された意思と言えよう。その場合に、個別の組み入れ意思を前提にしない以上、内容規制を厳格に行って不当な内容の条項を排除することが求められるというのが1つの考え方であろう。」(同138-139頁) と言う。

3.7.3.2 後藤卷則

また、後藤卷則は、私法学会シンポジウム「転換期の民法・消費者法」の準備グループによる「特集 民法と消費者法」の中で、「民法に定型約款規定が創設されたことを契機として、制度的契約の意義やその適用対象の検討を含め、定型的な取引に関する法理の解明が必要である⁽¹⁷⁶⁾〔⁽¹⁷⁶⁾吉川吉衛『定型約款の法理』(成文堂, 2019年)における客観的合意説の展開、大村・前掲民法のかたちを描く〔大村敦志『民法のかたちを描く—民法学の法理論—』(東京大学出版会, 2020年)208頁以下〔初出 大村, 2017〕における契約の制度化といった考え方などが注目される。〕」(同「人と消費者—消費者の個別化・集団化の進展と民法—」消費者法研究9号, 2021年, 54-55頁) と言う。

3.8 日本私法学会 2021年度(令和3年度)シンポジウム

この本稿第3節3.7.3.2に関連して、日本私法学会2021年度(令和3年度)シンポジウムでは、内田貴の質問と後藤卷則の回答があった。筆者の集団的意思²⁸⁾(客観的意思)も関係すること(同節3.4参照)なので、引用した。長くなるが、正確を期したい。

すなわち、内田(東京大学名誉教授)「……〔後藤作成の〕資料一四頁は、定型約款規定には、集団的意思というべき合理的規律の形成といった観点は乏しいと指摘しています。確かに、定型約款の規定の起草時に立法担当者(裁判官)の頭にあったのは、事業者間契約を適用から除外せよという経団連の強硬な主張にいかに対応するかであって、後藤先生が論じておられるような契約観に関する関心があったわけではありません。しかし、現実に即した規律を置こうとした結果、五四八条の二第一項第二号は、表示により定型約款の拘束力を認めました。この規定は、一号の合意が黙示的にせよ認定できない場面であることが前提です。つまり、契約内容となるのに個別合意は不要とされたのです。そして、契約を結ぶ意思さえあればその契約が作り出している制度に拘束される〔太字と傍点は、引用者。なお、本稿第2節2.1の第三段落、第七段落、また、同2.2の第七段落、第八段落、第十段落を見られたい〕、という現実を取り込むために、同条一項は、不特定多数の者の間で画一的であることがその双方にとって合理的な場面を、『定型取引』として切り出しました。『制度的契約』における公共性とは、給付の(潜在的を含む)受給者間の公平性への配慮が要請されることですから、定型取引にいう画一性と、

相当程度、重なります。その意味では、定型約款の規定は、まさに後藤先生のいう集团的規律を扱っているといえるのではないのでしょうか。そして、取引上の社会通念を内容の適正さの基準として持ち出す二項は、まさに集团的意図を契約内容に反映させるための規律と見ることはできないのでしょうか。

後藤 内田先生、ご質問をありがとうございました。……定型約款の規定は、私、後藤の言う集团的規律を扱っていると見得るのではないか。そして、取引上の社会通念を、内容の適正さの基準として持ち出す二項は、まさに集团的意図を契約内容に反映させるための規律と見ることができないかというご指摘をいただきました。私は、民法の中に集团的利益とか集团的意図という見方を持ち込むことを意図する今回の報告には、少なくない抵抗があるだろうと考えていましたけれども、内田先生のご指摘に大変はげまされました。」（シンポジウム〈司会〉山野目章夫/鹿野菜穂子〈報告〉後藤卷則/原田昌和/山城一真/大澤彩/三枝健治/石川博康〈コメント〉大村敦志/辰巳裕規「転換期の民法・消費者法」私法83号, 2022年, 22-23頁）である。

3.9 客観的合意論等の今後

本稿第3節3.7.3.2や、同3.8におけるような、後藤卷則の言説（その言い方に注目されたい）に接すると、筆者の「客観的合意論」、ないし内田貴の「制度的契約論」が、やがて、この国、すなわち日本の私法学界において、基本的な方向での賛同者が多くなるのではないかと、筆者には思われるのである。

吉川（衛）（1978）,（1980a）,（1980b）や、遅くとも、同（2014）,（2016）,また、同（2019）などの執筆の段階で、まさか、2021年（令和3年）10月現在で、しかも学会シンポジウムの場で、後藤卷則のような言説に遭遇するとは、思ってもみない事態であった。

4 客観的合意論の要諦

4.1 客観的合意論の核心のありよう

先ず、約款による契約につき改めて、1901年ないし1960年当時から現在に至るまで、いっけん異例だが普遍的な実務を取り上げたい。鉄道事業における契約実務である。1901年にR. サレイユは、事例として取り上げた。1960年当時においてW. フルーメは、電車の乗客は無償で乗せてもらえるとは思っていない、「契約の締結にそれ以上のことは必要ない。」と主張していた（本稿第2節2.1）。現在においては、「ICカードで自動改札を通過して電車に乗る」（大澤, 2020a, 677頁, 同, 2020b, 70頁）ときが、そのことに該当するであろう。ただ、それは、法秩序（フルーメ、本稿第2節2.2）や、「定型約款による旨と主要条項趣旨の揭示」すなわち公表（吉川（衛）, 2019, 481頁、大澤, 2020a, 678頁, 同, 2020b, 70頁）と共にあることに、注意が必要である。

さて、何故、フルーメは、そのように主張することが出来るのか。フルーメの当該の主張に

ついて、筆者は、このように考えている。

すなわち、そこには、こんにちの日本に即していえば、定型約款準備者の相手方の契約締結や、契約変更においては契約継続の事実的な意思に基づく自己決定 (Selbstbestimmung) があるからだ、と筆者は、自己の客観的合意論に基づいて考えている。それでは、客観的合意論とは、如何なるものか。その要諦を穿つ。

理論という「客観的合意」とは、(a) 当事者の主観的意思と、(b) 定型約款準備者の相手方 (顧客) の、筆者のいう客観的意思 (「集団的意思」(内田, 2008)) に基づく、(c) 当事者の客観的合意とからなるものである。

また、(a) 相手方の主観的意思は、同時に (b) その相手方の客観的意思 (「集団的意思」) である。ただし、(a) では、相手方が個別であり、(b) や (c) では、その相手方は顧客圏という集団の一員である。すなわち、こうである。(a) では、相手方は、契約を締結する特定の個別の当事者であり、(b) や (c) では、その相手方は、顧客圏を構成する相手方の集合体である²⁹⁾。

ここにみられるように、(a) は、当事者の事実的な意思への繋留であり、(b) と (c) は、そこからの (繋留しつつの) 乖離である (池田, 2020)。

そうして、「定型取引」における契約締結の意思や、契約変更にあたっての契約継続の意思は、まさに当事者の事実的な意思そのものであり、そこへの繋留である。それゆえ、そこには、法律行為の真髄である自己決定 (Flume, 1992, S. VII [ebd., 1975, S. VII]) に基づく、契約締結の自由や、契約継続の自由があると、筆者は、主張することができる (本稿第2節 2.4.1)。

従って、約款による契約の締結や変更は、当事者を法的に拘束するのである。

4.2 客観的合意論全体の構造 —— 条項の内容的限界づけ

さて、視野を大きくして、筆者の学説全体の構造³⁰⁾を記そう。

人々 (people) が電車に乗るのは、それが、日常生活やビジネスに必需だからであり、また、その運送約款が定める運賃やその他の条項³¹⁾が妥当なものだと納得しているからである。つまり、人々には、当該の運賃やその他の条項に対する信頼がある。何故だろうか。鉄道事業は司法制度と共に行政の監督下にあり、このような裏付けをもつ人々の信頼³²⁾があるからだ、と、筆者は考えている。

筆者は、公共サービス等の取引類型に関する約款による契約には、当該の裏付けにかかわる公的モメントと、包括的な白地の合意にかかわる私的モメントとがあり、どちらも当該の契約を正当化 (justify) するには不可欠のものだと理論構成している。なお、当該の取引類型以外の約款による契約は、私的モメントのみからなる (本稿図1-2)。

ところで、肝要なことがある。

定型約款準備者 (ここでは、鉄道事業者) と電車に乗る相手方 (顧客) との合意とは、包括

的な白地の合意であるから、みなし合意（民法 548 条の 2 第 1 項柱書き）である。定型約款の変更の場合には、〈希薄なみなし合意〉³³⁾ である。

そうであるから、相手方（顧客）は、定型約款の個別の条項や、変更後の定型約款の条項につき、不当条項や不意打ち条項が紛れ込んでいるかもしれないことを知らない。

そうだとすれば、当該条項を鉄道事業者の定型約款から除外しなければならない。このこと、すなわち、問題のある条項の除外も含んでの包括的な白地の合意である。すなわち、当事者の「客観的合意」なのである。

それは、いったい何故だろうか。

「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして〔民法〕第一条第二項に規定する基本原則〔信義則〕に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、〔相手方は、〕合意をしなかったものとみなす。」（548 条の 2 第 2 項）。このことは、当該の取引における対価関係の均衡を、定型約款準備者が確保できなかったことを意味する。それゆえ、当該の条項は、定型約款から除外されなければならないのである。

定型約款から問題のある条項を除外することは、相手方の包括的な白地の合意、すなわち「客観的合意」からして論理必然的に当然のことである³⁴⁾。

かくして、相手方が「客観的合意」した定型約款の個別の条項（548 条の 2 第 1 項柱書き）や、定型約款の変更の場合には、変更後の定型約款の条項（548 条の 4 第 1 項柱書き）について、当事者は、法律的トラブルが発生した場合には、或ることを行なわなければならない。すなわち、或る条項にかかわり法律的トラブルが発生したときには、みなし合意がなされた定型約款の個別の当該の条項や、〈希薄なみなし合意〉がなされた変更後の定型約款の当該の条項を、定型約款から除外³⁵⁾ しなければならない（本稿図 2-2）。

筆者の客観的合意論に即して言えば、その理由は、こうである。定型約款の当該の条項に関する内容的限界づけである。定型約款の変更の場合には、変更後の定型約款の当該の条項に関する厳格な内容的限界づけである（同）。

このように、筆者は、主張するものである（本稿第 2 節 2.4.2）。

5 むすび —— これからの課題

判例や裁判例において、2017 年改正民法「定型約款」の規定が、どのように生きているのか（定型約款の判例法理）。筆者は、これからなおも、当該のことを分析し考察することとしたい。

先ず、次の論文において、最高裁判所の「令和 3 年（受）第 987 号 消費者契約法 12 条に基づく差止等請求事件 令和 4 年 12 月 12 日 第一小法廷判決」（https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/599/091599_hanrei.pdf 最終閲覧 2024/01/16）³⁶⁾ に取り組みたい。

付 記

日本民法の英訳は、次に基づく。民法 - 日本語／英語 - 日本法令外国語訳 DB システム (japaneselawtranslation.go.jp)

また、次も参考にした。https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/infos/guidelines

謝 辞

本研究については、国土舘大学 防災・救急救助総合研究所より、2023 年度（令和 5 年度）において、事業「防災・救急救助と取引約款文言」による助成をうけた。記して、謝意を表します。2024/01/16。

注

1) 本稿において、本文記載のスタイルで記すと、たとえば、沖野, 2015, 543 頁〔2017, 115 頁〕とは、初出時の沖野 (2015) の当該ページが、再収録の沖野 (2017) では、その該当頁であることを示す。欧文においても、同じ。

2) 筆者は、これまで自己の学説を「客観的合意説」と記して来た (吉川 (衛), 2019 等)。それは、たとえば内田貴「関係的契約理論」(内田, 1990) や、同「制度的契約理論」(内田, 2006, 2010) であればともかく、筆者が自己の学説を理論というにはおこがましいように思われたからである。

しかしながら、筆者の学説は、それなりの論理構造を有するものであるので、本稿以降において「客観的合意論」と改称することとしたい。これは、筆者の学説が、ときに「客観的合意理論」(鴻, 1982, 179 頁, 186 頁。本稿第 3 節 3.2 をご覧ありたい) とか「理論」(討論. 制度的契約論の構想, 2008, 383 頁 [140 頁] (内田貴発言)。同節 3.4 をご覧ありたい) と呼ばれることがあることに鑑みたことでもある。

ここに、故 東京大学名誉教授 鴻常夫先生、弁護士、早稲田大学特命教授 (東京大学名誉教授、元法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与) 内田貴先生のお名前を記して、心よりの謝意を表します。

3) 納得という言葉につき、筆者は、吉川 (衛) (1978 (1)) 7 頁 (同, 2019, 44 頁) で使用している。内田貴の下記の主張の一助になれば幸いである。

内田の、当事者の意思よりも社会的な関係に注目する関係的契約論では、信義則の柔軟な活用による紛争解決において、広い意味での取引共同体の一員である相手方との関係における「『納得』の合理性」(「共同体の道徳的直感」、「共同体の……共感」) がキー・コンセプトだという (同, 2000, 153-154 頁, 158 頁。初出、シンポジウム, 1992, 59-60 頁 (内田筆))。

「納得」は、内田の言う、広い意味での取引共同体において、「信頼」と対のものであろう。「信頼 (trust)」につき、本稿注 32 および対応する本文を見られたい。

また、内田の制度的契約論に関して、吉川 (衛) (2019) 502 頁注 133 および対応する本文、481 頁, 517 頁注 281 を見られたい。

4) 吉川 (衛) は論じた。すなわち、「人々 (people) が、約款の存在を知らなくても契約をする理由は、裏付けのある信頼に基づき、支払いに値するだけのものは得られるだろうと思うからだ (裏付けをもつ信頼に基づく納得。たとえば、序章第 1 節) と、そして、それは、客観的合意である (たとえば、第 6 章第 4 節 4.2、第 7 章第 3 節 3.3) と主張した。」(同, 2019, 534 頁) である。

5) 生活配慮 (Daseinsvorsorge) に関する約款学説である、H. Krause の論稿について、吉川 (衛) (1980a) 334-335 頁〔同, 2019, 113-115 頁〕参照。

また、当該の領域における契約学説について、内田（2010）87頁参照。

- 6) フルメの論文「法律行為と私的自治」(Flume, 1960)における第7章のタイトルである。
- 7) Flume (1960) S. 184における“schlechterdings nicht ernst zu nehmen”は、ebd. (1975) S. 97や ebd. (1992) S. 97において、“unrichtig”と改められた。
- 8) 「定型取引」に関する、たとえば、小川政府参考人答弁につき、吉川（衛）（2019）294-295頁等参照。
- 9) [J3-3]、[J5-1]や、[J10-1]などについては、本誌において、たとえば吉川（衛）・福永（2022(1)）20-22頁に掲げてある。

なお、[J3-3]等を付して日本の判例や裁判例の識別符号とすることは、吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務 履行期前の履行拒絶に関する考察』増補新装版、東京大学出版会、2020年（吉川（樹）, 2020）の例に倣う。

- 10) 定型約款の定義につき、問題の所在がよく理解できる法制審議会民法部会（同部会について、本稿注27を見られたい）の審議や、裁判例がある。

部会資料78B第4約款（定型条項〔定型約款〕の定義）につき、山本（敬）幹事（京都大学教授山本敬三）による発言、すなわち、「現実には、……実際にこれでよいかどうかという交渉を経て、しかし結論としては、……この条項部分はこれでいくと合意する場合は、少なからずある……/ 変わっていないのだから、やはり定型条項〔定型約款〕の規律が妥当すると本当に考えるべきかということ、それは違う……内容は同じであれ、合意が行われているのであれば、通常の合意と異なる特別な規律が当てはまる理由はない」（89回（H26.5.27）30頁）がある。

これに対し、忍岡関係官（法務省民事局付忍岡真理恵）が回答している。すなわち、「交渉があったかどうかということの認定が極めて難しい……特に、交渉していたけれども結果的に同じ合意になったという場合を外してしまうと、一番困ってしまうのは、変更などです。ある人は交渉していて同じ内容になっている。ある人は交渉しないで同じ内容になっている。この人の関係では変更できないけれども、一方の人とは変更できるということになってきますと、定型条項〔定型約款〕を使って画一的にその顧客を扱うという趣旨からすると大分困ったことになる」（同31-32頁）である。

定型約款による契約の典型例の1つは、先に本文で指摘したように携帯電話利用契約である。〔J10-2〕東京高判平30・11・28が指摘するように、「不特定多数の相手方に対して均一な内容の給付をすることを目的とするもの〔であって〕……顧客にとっても、一定の場合には、個別の同意を得ることなく一方的に契約の内容を変更することを認めることによって、コストの増加を回避でき、不特定多数の相手方に対する均一な内容の給付を可能にするという利益となる面がある」（判時2425号23頁。傍点は引用者）からである。すなわち、それは、改正民法548条の4第1項1号が定める「定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。」である。

- 11) 本稿では、第2節2.2以下においては、読者の必要性等に鑑みて、W.フルメの援用は、Flume (1975), (1992)にとどめる。
- 12) 「自己決定」に関する日本の一般的な考え方は、潮見佳男によって代表される（吉川（衛）, 2019, 544頁注69参照）と見られている。
- 13) 改正民法548条の2第1項は、「ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引」と定めている。
- 14) 定型約款による取引の（定義された）特質という説明の仕方は、国会審議における小川政府参考人による。法制審議会民法（債権関係）部会の部会資料では、（定義された）特色と（同）特殊性という説明の仕方であった。詳しくは、吉川（衛）（2019）294-295頁をご覧ください。
- 15) 集団的意思という言葉につき、筆者は、内田貴の発言（討論. 制度的契約論の構想, 2008, 383頁

[140頁])や著書(同, 2010)に多くを教えられた。ここに記して、謝意を表します。なお、吉川(衛)(2019)第6章注80を見られたい。

- 16) 継続的契約について、中田(2021)75-76頁、曾野ら(2021)23頁(曾野裕夫筆)参照。
- 17) 筆者の造語である〈希薄なみなし合意〉というコンセプトとその意義について、吉川(衛)(2019)287-288頁をご覧ありたい。
- 18) 筆者の主張における主観的意思や、客観的意思、客観的合意というタームにつき、吉川(衛)(2019)第7章第3節3.3の冒頭や、同第4節4.3の末尾で詳論している。
- 19) 「集団的意思」について、本稿注15をみられたい。
- 20) 吉川(衛)(2019)447-449頁をみられたい。
- 21) 客観的合意論における私的モメントについては、本稿第3節3.6や第4節4.2をご覧ありたい。
- 22) 「集団的意思」について、本稿注15をみられたい。
- 23) 〈希薄なみなし合意〉について、本稿注17および対応する本文をみられたい。
- 24) 「除外」という言い方、ないし表現の仕方は、筆者の客観的合意論の根幹にかかわることである。吉川(衛)(2019)298頁, 393-394頁, 447頁, 453-454頁をご覧ありたい。
- 25) 河上(1988)は、筆者の客観的合意論を説明するプロセスにおいて、本文のことを言う(同85頁)。
- 26) 筆者のライフワークのいま1つは、企業リスクマネジメント(Enterprise Risk Management)の研究である。その到達点が、(社)日本内部監査協会第21回「青木賞」と、日本リスクマネジメント学会「学会賞」をダブル受賞した吉川吉衛『企業リスクマネジメント—内部統制の手法として—』(中央経済社, 2007年)(吉川(衛), 2007。以下、本注に関しては、当該の記述を行なわない。理由は、第3節3.1の冒頭で記した)である。

すなわち、その内容は、「リスクマネジメント、内部統制システム、コーポレートガバナンスを一体として捉える〔ものであり、この〕コンセプトは、筆者が、吉川(2002b)〔同「コーポレートガバナンス、内部統制、リスクマネジメント」経営研究53巻2号〕で得た〈リスクマネジメントを中核とする内部統制システム〉というアイデアにもとづく。』(吉川『企業リスクマネジメント』まえがき2頁)ものである(傍点は引用者。以下同じ)。

このような筆者の考え方は、鶴澤昌和により、その〈受賞〔(社)日本内部監査協会第21回「青木賞」受賞〕理由の要点〉において、次のように評されている。すなわち、「① 現在盛んに使われるコーポレートガバナンス、内部統制、リスクマネジメントなどの用語、概念について本書はそれらをまず一体として捉えた上で、それらの中核をなす手法としてのリスクマネジメントについて広く深く論考している。② もとよりリスクマネジメントはあくまで手法であるから、まず優れた内部統制システムを設け、コーポレートガバナンスを構築することが前提であり、かくてこの3者は一体として機能すべきものとする……本書はリスクマネジメントに焦点を置きつつコーポレートガバナンス、内部統制のすべてに亘って明確な論考を加えており、類書に無い独自の理論構成のものとなっている。……⑦ まえがきに於いて著者は本書が理論的貢献のみでなく、実践にも役立つことを願っているが、その点も一応達成されたものといえよう。』(『月刊監査研究』2007.10 (No. 400), 13頁)である。このように、本書は、学界において認められ評価されている。

また、鶴澤が、本書は実践においても役立つことを願っているが一応達成されたものといえようと言うのは、本書につき、企業実務家が、次のように評しているからである。すなわち、「グローバル化の急速な進行が社会における企業の在り方の変革を要求する現代にあって、その変革に関するさまざまな理論と手法〔企業の社会的責任(CSR)、企業価値の向上、さらに、リスクマネジメントや危機管理、内部統制、コーポレートガバナンスなど〕を統合的に把握したうえで、簡潔なコンセプトと明快なイ

ラストを提示しつつ現実的かつ具体的実践の道筋を示すもの」（池田耕一「[書評] 吉川吉衛『企業リスクマネジメント—内部統制の手法として—』経営研究 58 巻 2 号, 2007 年, 155 頁, 159 頁）であり、また、「現代の社会と企業に対して、『CSR をふまえた企業価値向上のリスクマネジメント』の全体像を描き上げ、具体的に提示していることである……学問の役割の大きな 1 つが、その時代の社会の発展、しかも持続可能な発展に貢献することであるとするならば、本書は見事にその役割を果たしているといえよう。」（同 159 頁）だからである。このように、企業実践の要請にも、本書は、的確に答えたものであった。

27) 法制審議会 — 民法（債権関係）部会

(https://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html 最終閲覧 2024/01/16)。

28) 「集団的意思」について、本稿注 15 をみられたい。

29) さて、本文のことは、ロナルド・H. コースの或る言葉を筆者の言説に即して引用すると、事態がいろいろ明確になり、かつ、普遍的なことだと理解される。

すなわち、森のはずれで行われる木の実の取引は、1 対 1 の取引であるだけでなく、その森の木の実の取引、すなわち、1 対不特定多数の取引だと捉えて論ずべきだ (Coase, 1988)。このような発想にいろいろ力を得て、吉川 (衛) (2019) は論じたものである (同, iii 頁, 363-364 頁参照)。

30) 筆者の考え方を自ら称するとき、従来の「客観的合意説」を、本稿以降において「客観的合意論」に改めることについて、本稿注 2 をご覧ありたい。

31) 運送約款について、たとえば、JR 東日本の「運送約款」

(<https://www.jreast.co.jp/kippu/yakkan/> 最終閲覧 2024/01/16) を参照されたい。

32) 「信頼 (trust)」という言葉は、我が国の判例や裁判例、しかも約款拘束力根拠のリーディング・ケース ([J1-3] 大判民 1 大正 4 年 12 月 24 日民録 21 輯 2182 頁) において、既に重要なタームとしてあり、また、[J4-1] 神戸地判民 1 昭和 62 年 2 月 24 日判タ 657 号 204 頁等において見出すことができる (吉川 (衛), 2019, 11-12 頁, 17-19 頁)。

「信頼 (trust)」ということは、実は、そもそも、約款による取引の市場は成立し得るのかという問題にかかわる。民法の定型約款に関する規定の核心は「定型取引」の概念である (たとえば、吉川 (衛), 2019, 295 頁, 306 頁, 519-526 頁参照)。「定型の取引約款」([J7-2] 福岡高判平成 28 年 10 月 4 日金法 2052 号 90 頁) の市場において、その AGB-Qualität (約款の品質) は識別できない。いわゆるレモンの市場である。このような市場を見出したジョージ・A. アカロフ (Akerlof, 1970) は、そこでは市場の失敗が生ずるがゆえに、市場への政府による介入 (governmental intervention) があり得るとし、結論で、「われわれが議論してきたのは、『信頼』["trust"] が重要であるような経済モデルである。」(Akerlof, 1984, p. 21; アカロフ, 1995, 23 頁) と論じている。

以上を要するに、こうである。市場の失敗が生ずる「約款による取引」、いいかえれば、「定型の取引約款」([J7-2]) の市場において、市場への公権力の介入が不可欠だとして、つまり、約款に対する許認可等は不可欠であるとして、そのことを約款拘束力の根拠の 1 つとして [J1-3] は既に見出していたということである。

約款拘束力根拠における、筆者のいう公的モメントの問題である。むろん、業法許認可があっても、直ちに私法上、契約が有効となる訳ではない。当事者を拘束するものは、あくまでも合意である。

筆者の理論に即して言えば、公的モメントと共に、「客観的合意」(筆者のいう私的モメント) が必要である。本稿第 3 節 3.6 や第 4 節 4.2 を見られたい。

33) 〈希薄なみなし合意〉については、本稿注 17 および対応する本文を見られたい。

34) 筆者は、定型約款の個別の条項や、変更後の定型約款の条項の内容的限界づけを主張するものであ

る。

この点につき、それは、当該条項の内容規制だと考えることは間違い（本稿図2-1参照のこと）だけでなく、定型約款の条文の規定に適合しない（本稿第2節2.4.2, 図2-2をご覧ありたい）と考えるものである。

35) 「除外」につき、本稿注22および対応する本文を見られたい。

36) 判例評釈につき、さしあたり、岡田（2019）、（2021）、（2023）や、小峯（2023）などを参照されたい。

参考文献

欧 文

- Akerlof, George A. (1970) *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. 488.
- (1984) The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism, in *AN ECONOMIC THEORIST'S BOOK OF TALES: ESSAYS THAT ENTERTAIN THE CONSEQUENCES OF NEW ASSUMPTIONS IN ECONOMIC THEORY*, Cambridge University Press, 1984, pp. 7-22 (ジョージ・A. アカロフ (幸村千佳良=井上桃子訳)『ある理論経済学者のお話の本』第2章『「レモン」の市場: 品質の不確実性と市場メカニズム』(ハーベスト社, 1995年)).
- Coase, Ronald H. (1960) *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960), reprinted in *THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW*, Chicago: University of Chicago Press, 1988, pp. 95-156.
- (1988) The Problem of Social Cost, in *THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW*, Chicago: University of Chicago Press, 1988, pp. 95-156 (ロナルド・H. コース (宮沢健一=後藤晃=藤垣芳文訳)『企業・市場・法』第5章「社会的費用の問題」(東洋経済新報社, 1992年)).
- Flume, Werner (1960) *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Bd. I, Karlsruhe, 1960, S. 135.
- (1975) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft*, 2. Aufl., Berlin Heidelberg NewYork, 1975.
- (1992) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft*, 4. unveränderte Aufl., Berlin Heidelberg NewYork, 1992.
- Forsthoff, Ernst (Hrsg.) (1968) *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*, Darmstadt, 1968.
- Krause, Hermann (1955) *Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates*, BB 1955, S. 265. (auch in: Forsthoff (Hrsg.) (1968), S. 291.)
- (1968) *Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates*. in: Forsthoff (Hrsg.), (1968), S. 291.
- Miethaner, Tobias (2010) *AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung: Zweck und Grenzen der Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- Saleilles, Raymond (1901) *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art.116 à 144)*, Paris: F. Pichon.

邦文

- 池田悠太（2020）「事実的基礎としての意思とその法的構成——サレイユ民法学における法学的なもの（1-10・完）」『法学協会雑誌』第137巻第9号1644-1717頁，第10号1865-1947頁，第11号2106-2194頁，第12号2228-2308頁（2020年），第138巻第2号439-538頁，第3号630-713頁，第4号715-806頁，第5号937-1024頁，第6号1069-1163頁，第7号1263-1353頁（2021年）。
- （2022）「事実的基礎としての意思とその法的構成——サレイユ民法学における法学的なもの」『私法』第83号186-192頁。
- 石川博康（2018）「契約改訂規範としての定型約款変更法理の特質とその理論的定位」『現代消費者法』第39号30-40頁。
- 内田貴（1990）『契約の再生』（弘文堂，1990年）。
- （2000）『契約の時代 日本社会と契約法』（岩波書店，2000年）。
- （2006）「民営化（privatization）と契約（1-6・完）——制度的契約論の試み」『ジュリスト』第1305号118-127頁，第1306号70-77頁，第1307号132-138頁，第1308号90-97頁，第1309号46-53頁，第1311号142-149頁（2006年）（同『制度的契約論 民営化と契約』〔羽鳥書店，2010年〕所収，1頁）。
- （2008）「講演 制度的契約論の構想」『北大法学論集』第59巻第1号441-419頁〔82-104頁〕（同『制度的契約論』〔羽鳥書店，2010年〕所収，183頁）。
- （2010）『制度的契約論 民営化と契約』（羽鳥書店，2010年）。
- 大澤彩（2020a）「第3編債権第2章契約第1節総則第5款定型約款」松岡久和/松本恒雄/鹿野菜穂子/中井康之編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社，2020年）662-689頁。
- （2020b）「民法第3編債権〔第2章〕契約第1節総則第5款定型約款」鎌田薫・潮見佳男・渡辺達徳編『新基本法コンメンタール 債権2 民法第521条～第696条』（別冊法学セミナー no. 264）（日本評論社，2020年）64-79頁。
- （2021a）「〈特集〉民法と消費者法 4 『定型取引』概念誕生による約款・不当条項規制の変容と今後（序論）」『消費者法研究』第9号111-139頁。
- （2021b）「日本私法学会シンポジウム資料 転換期の民法・消費者法 4 取引の『定型化』と民法・消費者法の役割——『定型取引』概念導入後の契約内容規制」『NBL』第1199号32-41頁。
- 鴻常夫（1982）「審査報告 吉川吉衛『普通取引約款の基本理論（1）（2）（3）——現代保険約款を一つの典型として』、『普通取引約款の内容的限界づけ——約款解釈のこんにちの課題』」『損害保険研究』第43巻第4号178-186頁。
- 大村敦志（2017）「民法（債権法）改正の『契約・契約法』観」『民商法雑誌』第153巻第1号57-78頁〔同，2020，192-211頁〕。
- （2020）「債権法改正の『契約・契約法』観」『民法のかたちを描く—民法学の法理論—』東京大学出版会，192-211頁。初出 大村，2017。
- 岡田愛（2019）「住宅等の賃貸借契約の賃借人との保証委託契約に基づいて賃貸借契約の連帯保証人となった家賃債務保証業者に、賃貸借契約の無催告解除権を付与する旨の条項について、消費者契約法10条該当性が否定された事案——大阪地裁令和元年6月21日判決」『WLJ判例コラム』第188号1-6頁。
- （2021）「家賃保証業者が定めたいわゆる自力救済条項について、消費者契約法8条1項3号、10条に該当するとはいえないとして、適格消費者団体による同法12条に基づく差止等の請求が棄却された事案——大阪高判令和3年3月5日」『WLJ判例コラム』第237号1-8頁。

- (2023)「家賃債務保証会社が賃貸住宅の賃借人との間で締結する保証委託契約条項のうち、家賃債務保証会社が無催告で賃貸借契約を解除できる旨の条項、及び建物の明渡しがあったとみなす条項が、消費者契約法10条に該当するとされた事例について—— 最判令和4年12月12日 消費者契約法12条に基づく差止等請求事件——」『京女法学』第24号23-50頁。
- 沖野眞己(2015)「約款の採用要件について——『定型約款』に関する規律の検討」高翔龍・野村豊弘・加藤雅信・廣瀬久和・瀬川信久・中田裕康・河上正二・内田貴・大村敦志編『日本民法学の新たな時代——星野英一先生追悼論文集』有斐閣, 525-586頁。
- (2017)「『定型約款』のいわゆる採用要件について」『消費者法研究』第3号97-154頁(初出 沖野, 2015)。
- 河上正二(1988)『約款規制の法理』有斐閣。
- (1991)「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(1-4・完)」『NBL』第469号14-22頁, 第470号44-53頁, 第471号34-44頁, 第472号36-49頁。
- 後藤卷則(2021a)「〈特集〉民法と消費者法 1 人と消費者——消費者の個別化・集団化の進展と民法」『消費者法研究』第9号1-56頁。
- (2021b)「日本私法学会シンポジウム資料 転換期の民法・消費者法 1 人と消費者——消費者の個別化・集団化の進展と民法」『NBL』第1199号6-15頁。
- 小峯庸平(2023)「判例詳解 賃借人の連帯保証人に無催告解除権と明渡しを擬制する権限を与える条項の消費者契約法10条該当性[最高裁令和4.12.12第一小法廷判決]」『ジュリスト』第1585号81-89頁。
- 曾野裕夫・松井和彦・丸山絵美子(2021)『民法IV 契約』有斐閣(なお、引用は初版第2刷, 2022年による)。
- 筒井健夫・村松秀樹編著(2018)『一問一答・民法(債権関係)改正』商事法務。
- 中田裕康(2021)『契約法 新版』有斐閣。
- 丸山絵美子(2021)「約款論を問い直す——平成29年改正民法施行後の課題」『現代消費者法』第53号33-41頁。
- 村松秀樹・松尾博憲(2018)『定型約款の実務 Q&A』商事法務。
- 吉川吉衛(1978)「普通取引約款の基本理論——現代保険約款を1つの典型として(1-3・完)」『保険学雑誌』第481号1-48頁(1978年), 同第484号98-174頁, 同第485号99-148頁(1979年)[同, 2019, 43-284頁]。
- (1980a)「普通取引約款の内容的限界づけ——約款解釈のこんにち的課題」石田満編集代表『田辺康平先生還暦記念 保険法学の諸問題』文眞堂, 323-365頁[同, 2019, 243-284頁]。
- (1980b)「普通保険約款に対する内容コントロール」『損害保険研究』第42巻第2号113-151頁(1980年)(同『現代の保険事業 企業規制の論理』[同文館, 1992年]所収, 99-145頁)。
- (1992)「普通保険約款に対する内容コントロール」同『現代の保険事業-企業規制の論理-』同文館, 99-145頁。初出 吉川(衛)(1980b)。
- (2007)『企業リスクマネジメント-内部統制の手法として-』(中央経済社, 2007年)。
- (2014)「民法(債権関係)改正と約款に関する考察——約款の変更を焦点として」『国士館法学』第47号1-106頁[190-85頁]。
- (2016)「定型約款の規定に関する解釈」『国士館法学』第49号95-160頁[同, 2019, 285-410頁]。
- (2019)『定型約款の法理 類型づけられた集団的意思のあり方』成文堂。
- (2021)「定型約款の規定の論理と解釈——立案担当者と、W. フルメ、森田修、筆者の考え方の対比」『経営研究』第72巻第1号123-181頁。

- 吉川吉衛・福永清貴（2021）「約款の包括的変更条項と合理的限定解釈（東京高判平 30・11・28）——判例における約款法理の全体像・試論（1-2・完）」『経営研究』第 72 卷第 3 号 115-146 頁（2021 年），第 4 号 175-210 頁（2022 年）。
- （2022）「利用規約の条項の不明確性と合理的限定解釈に関する差止請求（東京高判令 2・11・5）——判例における約款法理の全体像・続試論（1-2・未完）」『経営研究』第 73 卷第 1 号 19-55 頁（2022 年），第 2 号 13-37 頁（2022 年）。
- 吉川吉樹（2020）『履行請求権と損害軽減義務 履行期前の履行拒絶に関する考察』増補新装版，東京大学出版会。
- 松岡久和・松本恒雄・鹿野菜穂子・中井康之編（2020）『改正債権法コンメンタール』法律文化社。
- 鎌田薫・潮見佳男・渡辺達徳編（2020）『新基本法コンメンタール 債権 2 民法第 521 条～第 696 条』（別冊法学セミナー no. 264）日本評論社。
- シンポジウム（1992）星野英一＝岩城謙二〔司会〕/[報告] 野村豊弘＝河上正二＝広瀬久和＝内田貴＝岩城謙二＝星野英一「シンポジウム/現代契約法論——約款・消費者契約を機縁として」『私法』第 54 号 3-125 頁。
- （2022）山野目章夫＝鹿野菜穂子〔司会〕/[報告] 後藤卷則＝原田昌和＝山城一真＝大澤彩＝三枝健治＝石川博康/[コメンテーター] 大村敦志＝辰巳裕規「転換期の民法・消費者法」『私法』第 83 号 3-55 頁。
- シンポジウム資料（2021）後藤卷則＝原田昌和＝山城一真＝大澤彩＝三枝健治＝石川博康「日本私法学会シンポジウム資料 転換期の民法・消費者法」『NBL』第 1199 号 4-59 頁。
- 討論．制度的契約論の構想（2008）『北大法学論集』第 59 卷第 1 号 394-369 頁 [129-154 頁]。

The Structure of Objective Agreement Theory Regarding the Standard Terms of Contract

Kichie Yoshikawa

Summary

One of the theories regarding the standard terms of contract, i.e., standard forms used for standard transaction, is this author's objective agreement theory. The structure of that theory is as follows.

“Objective agreement” consists of (a) the subjective will of the parties and (b) what the author calls the objective will (“collective will” (UCHIDA Takashi, 2008)) of the counterparties (customers), who enter into a transaction with the preparer of the standard terms, and (c) the objective agreement of the parties based on (a) and (b) (YOSHIKAWA Kichie, 2019).

Furthermore, (a) the counterparty's subjective will is, at the same time (b) that counterparty's objective will (“collective will”). However, in (a), the counterparty is the specific individual party entering into the contract, whereas in (b) and (c), that counterparty is an aggregate of counterparties constituting the customer sphere (ibid).

Thus, in (a), the subjective will is connected to the factual will of the parties. On the other hand, (b) and (c) deviates from it while still being connected to the factual will (regarding connection and deviation, cf. IKEDA Yuta, 2020).

In this way, the will to conclude a contract in a “standard transaction” and the will to continue the contract when amending the contract are the factual will of the parties themselves and are connected to that will. Therefore, YOSHIKAWA can argue that there are two types of freedom: freedom to conclude the contract and freedom to continue the contract, both based on the essence of juridical acts, i.e., self-determination (FLUME Werner, 1975).

Therefore, the conclusion or amendment of a contract based on the standard forms legally binds the parties (Section 4, 4.1 of this article).

Now, from a broader perspective, let me describe the overall structure of the author's theory.

People take trains because it is indispensable for their daily lives and business, and also because people are satisfied with the reasonableness of the fare and other terms based on the standard terms of carriage. That is, people trust in the fare and other terms concerned.

Why is that? The author believes that this is because the railway business is under the supervision of the government as well as the judicial system, and there is trust in actors who have this kind of support.

The author argues that in contracts based on standard forms in certain types of transactions such as public services, there is a 'public' moment (element), that assure the legitimacy of the matter, and a 'private' moment (element), related to blanket agreements to use the standard forms. Both are essential in justifying the contract in question. The theory is that they are indispensable. On the other hand, contracts based on standard forms, other than the transaction type described above, consist only of a 'private' moment (element) (Figure 1-2 of this article).

By the way, here an important point arises.

The agreement between the preparer of the standard terms (in this case, the railway business operator) and the counterparty taking the train (customer) is a blanket agreement to use the standard terms, so it is a deemed agreement (chapeau of Article 548-2, paragraph (1) of the Civil Code). In the case of amendment to the standard terms of contract, it is a tenuous deemed agreement.

Therefore, the counterparty (customer) does not know that unfair provisions and surprise provisions may be included in the standard terms of contract or the amended provisions of the standard terms of contract. If so, the terms or the provisions in question must be excluded from the railway business operator's standard terms of contract. The exclusion of such terms or provisions follows from the blanket nature of the agreement to use the standard terms. That is the "objective agreement" between the parties.

Why is that?

"The person [counterparty] is deemed not to have agreed to any provisions that restrict the rights or expand the duties of the counterparty and that are

found, in light of the manner and circumstances of the standard transaction as well as the common sense in the transaction, to unilaterally prejudice the interests of the counterparty in violation of the fundamental principle prescribed in Article 1, paragraph (2) [rules of good faith]" (Article 548-2, paragraph (2)).

This means that the preparer of the standard terms was unable to ensure a contractual equilibrium in the transaction in question. Therefore, any such terms or provisions in question must be excluded from the standard terms of contract.

The above is logically natural given that the parties' agreement is a blanket agreement to use the standard terms prepared by one party, that is, an "objective agreement."

Thus, if legal trouble occurs regarding individual provisions of the standard terms of contract (chapeau of Article 548-2, paragraph (1)) or amended provisions of the standard terms of contract (chapeau of Article 548-4, paragraph (1)) which have been "objectively agreed upon" by the parties, the parties must do the following.

Namely, if legal trouble occurs regarding individual provisions of the standard terms of contract under which a deemed agreement has been made, or the amended provisions of the standard terms of contract under which a tenuous deemed agreement has been made, they must be excluded from the standard terms of contract (Figure 2-2 of this article).

In line with the author's objective agreement theory, the reason is as follows. This is a limitation on the content of the relevant provisions in the standard terms of the contract. In the case of an amendment to the standard terms of contract, it is a strict limitation on the content of the amended provisions in the standard terms of contract (ibid).

This is what the author argues (Section 4, 4.2 of this article).