

Title	約款の包括的変更条項と合理的限定解釈(東京高判平 30・11・28)：判例における約款法理の全体像・試論(1)
Author	吉川, 吉衛 / 福永, 清貴
Citation	経営研究. 72(3); 115-146
Issue Date	2021-11-30
ISSN	0451-5986
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学経営学会
Description	

Osaka City University

約款の包括的変更条項と合理的限定解釈 (東京高判平 30・11・28)

— 判例における約款法理の全体像・試論 (1) —

吉川吉衛・福永清貴

- 1 はじめに
 - 1.1 問題の所在
 - 1.2 約款の変更等に関する判例や裁判例
 - 1.3 本稿の構成等
- 2 判決
- 3 論点の整理
- 4 原判決援用の裁判例
 - 4.1 〔J7-2〕福岡高判平 28・10・4
 - 4.2 〔J6-1〕東京地判平 28・5・18
 - 4.3 小括——原判決の検討を兼て
- 5 本判決援用の判例や裁判例
 - 5.1 「昭和 45 年最高裁」最判 1 小昭 45・12・24
 - 5.2 〔J7-2〕福岡高判平 28・10・4
 - 5.3 〔J5-1〕東京地判平 27・1・16
 - 5.4 「平成 5 年最高裁」最判 2 小平 5・7・19
 - 5.5 小括——本判決の検討を兼て (以上、本号)
- 6 その他の判例や裁判例 (以下、次号)
- 7 考察
- 8 むすび

1 はじめに

1.1 問題の所在

約款の変更は、2017 年改正民法の要綱案を取りまとめるに至る法制審議会民法（債権関係）部会（以下、部会という）の審議¹⁾を振り返ると、「学界と実務界の意識のギャップが最も大きかった論点の 1 つ」（内田，2020a，52 頁）であり、興味深い問題領域である²⁾。

本稿では、携帯電話利用契約における「約款の包括的変更条項と合理的限定解釈（消費法 10 条該当性に関する差止訴訟）（東京高判平 30・11・28³⁾）」の判例批評を行う。それにあたり、結

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

[受理日 2021 年 10 月 1 日]

果的には、判例における約款法理の全体像を探究することとなった。一試論としてまとめた次第である。

さて、携帯電話利用契約における約款は、定型約款に該当する（松本（恒），2017，10頁）。

定型約款の規定を含む法律案の国会審議⁴⁾において、小川政府参考人⁵⁾は、（定型約款の合意）548条の2第1項2号につき、「改正法案の規律は、民法の意思主義の原則……その特則を定めるもの」（193 参法委会議録 13号（H29 [2017].5.23）31頁。傍点は引用者。以下同じ）と答弁するとともに、（定型約款の変更）548条の4につき、「定型約款を用いる不特定多数を相手方とする取引〔につき〕……改正法案においては、定型約款準備者が相手方と合意することなく一方的に契約の内容を変更する定型約款の変更の制度を設け〔た〕」（192 衆法議録 12号（H28 [2016].12.2）14頁）と説明している⁶⁾。つまり、政府答弁の趣旨は、こうである。改正民法の定型約款の規定は、1対不特定多数の取引に関する「民法の意思主義の原則〔の〕特則」であって、定型約款の変更の規定は、1対不特定多数の取引に関する「制度」だということである（筒井・村松編著，2018，257頁）。

このような政府答弁が行なわれた定型約款の規定は、内田貴の制度的契約論（同，2010。初出、2006年）と親和的であり（吉川（衛），2019，441頁，444-445頁）、かつ、筆者の一人である吉川吉衛の客観的合意説と整合的なものであるように思われる（吉川（衛），2021a，125-126頁。第7節7.3.3）⁷⁾。当該の規定につき、大村敦志は、「制度化された契約」と呼ぶことも可能だ（同，2020，209-210頁。初出2017年）と言い、後藤卷則は、定型的な取引の法理解明が必要だとして拙著（2019）等を引用している（同，2021a，54頁、2021b，14頁）。大澤彩は、「定型取引」概念誕生後の根本的な課題として、規制の根拠を問い当事者の「意思」の意義を探究することを問題提起し、その末尾で、「問題となるのは個別の組み入れ意思だけでなく、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。」（同，2021b，139頁）と指摘している。

ところで、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がある⁸⁾。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），2019，295，306，519-526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. アカロフは、当該論文で、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。

ドイツにおいて、1970年代に約款規制法（AGB-G）制定のためのいわゆるたたき台を用意したハイン・ケッツ（Kötz, 1974）は、2000年代において、レモン市場のモデルを使った約款コントロール（ebd., 2003）を論じた。

このような問題があることも視野に入れて、本稿は考察することとした。実は、「信頼」という言葉は、我が国の判例や裁判例⁹⁾、しかも約款拘束力根拠のリーディング・ケース等において重要なタームとして見出すことができるからである。

1.2 約款の変更等に関する判例や裁判例

我が国の判例や裁判例において、約款の変更に関しては、第3の法制改革期（星野英一）¹⁰⁾が始まる1990年代に至るまでに、既に幾つかがあり、現在までには相当数がある（吉川（衛），2019，13-19頁，335-345頁）。これに対して、学説においては論じられることはあまり無かったと、部会審議当時はみられていた（同，285頁，332頁参照）¹¹⁾。しかしながら、その、本格的な始動は見える（武田（直），2021、松田，2021）。

特集（2021）、シンポジウム（2021）や、掲題の〔J10-2〕東京高判平成30年11月28日判時2425号20頁（以下「本判決」ということがある）、原判決（〔J10-1〕東京地判平成30年4月19日判時2425号26頁）などを契機に、活発な議論がなされることが期待される。

ここで、主に、約款の変更、とりわけ約款変更の既存契約に対する効力（変更約款の効力）に関する判例や裁判例を掲げてみよう。なお、それらの冒頭または末尾に付す、たとえば〔J7-2〕は、筆者の一人である吉川吉衛の著書（吉川（衛），2019）や論考（同，2021a）における識別番号である¹²⁾。本稿でも、使用することとした。〔J7-1〕は第一審、〔J7-2〕は控訴審、〔J7-3〕は上告審のものであることを示す。なお、枝番号は、本稿で初めて用いるものである。掲げる判例や裁判例には、約款の変更に関するものではないが、本件の原判決や本判決が援用し、また、本稿末尾掲載の引用文献が参照を求めるもの（悉皆ではない）も含む。

- 東京控判大正4年3月17日新聞1011号21頁〔J1-2〕
- 大判民1大正4年12月24日民録21輯2182頁〔J1-3〕
- 大判民2大正6年12月13日民録23輯2103頁〔J2-3〕
- 最高裁大法廷判決昭和34年7月8日民集13巻7号911頁〔J3-3〕
- 東京地判昭和38年9月2日判時349号63頁「昭和45年最高裁」第一審
- 東京高判昭和41年4月18日下民17巻3=4号301頁「昭和45年最高裁」原審
- 最判1小昭和45年12月24日民集24巻13号2187頁「昭和45年最高裁」
- 神戸地判昭和62年2月24日判タ657号204頁〔J4-1〕
- 東京地判平成元年1月31日判時1310号105頁「平成5年最高裁」第一審
- 東京高判平成元年7月19日判時1321号129頁「平成5年最高裁」原審
- 最判2小平成5年7月19日集民169号255頁「平成5年最高裁」
- 大阪地判平成6年7月25日判タ853号298頁
- 最判2小平成23年7月15日民集65巻5号2269頁「平成23年最高裁判決」*

東京地判平成 27 年 1 月 16 日 LEX/DB25524293〔J5-1〕
東京地判平成 28 年 5 月 18 日金法 2050 号 77 頁〔J6-1〕
福岡地判平成 28 年 3 月 4 日金法 2038 号 94 頁〔J7-1〕
福岡高判平成 28 年 10 月 4 日金法 2052 号 90 頁〔J7-2〕
東京地判平成 28 年 10 月 7 日 LEX/DB25537885〔J8-1〕
東京高判平成 29 年 2 月 22 日 LEX/DB25563570〔J8-2〕
最決 3 小平成 29 年 7 月 11 日 2017WLJPCA07116002〔J7-3〕
最決 1 小平成 29 年 10 月 5 日 LEX/DB25563569〔J8-3〕
東京地判平成 29 年 10 月 23 日判タ 1454 号 227 頁〔J9-1〕
東京地判平成 30 年 4 月 19 日判時 2425 号 26 頁〔J10-1〕
東京高判平成 30 年 11 月 28 日判時 2425 号 20 頁〔J10-2〕
最決 2 小令和 1 年 7 月 24 日 LEX/DB25564406〔J10-3〕
さいたま地判令和 2 年 2 月 5 日判時 2458 号 84 頁〔J11-1〕
東京高判令和 2 年 11 月 5 日 LEX/DB25566893〔J11-2〕

*一般的な法理等に関する「平成 23 年最高裁判決」の趣旨を踏まえ、平成 28 年消費者契約法 10 条の改正がなされた（消費者庁消費者制度課編，2019，67-69 頁，291-294 頁）。

これらのなかで、〔J1-3〕大判民 1 大正 4・12・24 は、約款の拘束力根拠に関する判例理論のリーディング・ケースであり、鈴木正人が自説を展開するにあたり、援用している（同，2018，15 頁注 7）。後に、第 6 節 6.1 を踏まえて、第 7 節 7.1 で論じたい。〔J3-3〕最大判昭和 34・7・8 は、保険料増額につき、約款に類するもの（基礎書類）の変更に関する。これも後に、第 5 節 5.3 で論ずる。その他の判例や裁判例については、必要な箇所適宜論及する。なお、定型約款に該当する利用規約（松尾，2020，24 頁）をめぐる、〔J11-1〕さいたま地判令和 2 年 2 月 5 日判時 2458 号 84 頁と〔J11-2〕東京高判令和 2 年 11 月 5 日 LEX/DB25566893 については、稿を改めて論じたい¹³⁾。

さて、みられるように、これまでの一応の集大成が、〔J10-3〕最決 2 小令 1・7・24 で上告棄却・上告不受理と決定された、掲題の本判決（〔J10-2〕東京高判平 30・11・28）だ、と筆者には思われる。このことは、当該の裁判例自体が、「約款法理は確立している」と判示している。しかしながら、その判例批評において、これまでのところ、2021 年（令和 3 年）8 月現在で、第一審に関し、鈴木（正）が、先に記したように、自説を展開するとともに実務に注意や留意を促すもの（同，2018）はあるが、その全体としてポジティブな評価はみられない（大澤，2019、国民生活センター消費者判例情報評価委員会，2020、山本（豊），2020、丸山（愛），2020）。

これは、いったい、どうしたことであろうか。本稿では、第一義的に、判例や裁判例の流れの客観的な認識を心掛けたい。

松田貴文は、〔J10-2〕の判例批評（同，2021）において、論点の全体的な検討を行っている。

1.3 本稿の構成等

本稿では、本判決（〔J10-2〕）を詳しく取り上げる（第2節）。そのうえで、判例や裁判例の流れを分析する。本判決は、どのような文脈で「約款法理は確立している」と判示することとなったのであろうか。

この問題を考察するために、まず、論点整理を試みる（第3節）。そうして、原判決（〔J10-1〕東京地判平 30・4・19）援用の裁判例（第4節）や、本判決援用の判例や裁判例（第5節）、更に、その他の判例や裁判例を分析し検討する（第6節）。これらを踏まえて、考察を行う（第7節）。

最後に、本稿の主張を記して、むすびとしたい（第8節）。

ここで、お断りを2つしたい。本稿の第4節や第5節、第6節の判例や裁判例に関するコメントの幾つかは、吉川（衛）『定型約款の法理』11-19頁，335-345頁で論述のものをリライトしたものである。

本稿は、約款法に取り組んできた吉川吉衛と、民事訴訟法を専攻する福永清貴の共著である。吉川が、全体の草稿を準備し、福永が、加筆補正した後に、両者が議論を繰り返して完成稿としたものである。

2 判 決

〔J10-2〕東京高判平成 30 年 11 月 28 日判時 2425 号 20 頁（平成 30 年（ネ）第 2658 号）

【判決のポイント】¹⁴⁾

携帯電話利用契約における約款の包括的変更条項につき、約款の変更は、その有無にかかわらず、必要に応じて合理的な範囲で契約上予定されており、「当事者の個別の同意がなくても約款を変更できる場合がある」との約款法理は確立しているとしたうえで、同条項を合理的に限定解釈し、消費者契約法 10 条の要件には該当しないとして、適格消費者団体による差止請求を棄却。

上告審で、上告棄却・上告不受理と決定。

【事実】¹⁵⁾ 消費者契約法（以下「法」という）13 条 1 項所定の適格消費者団体である X（原告・控訴人。埼玉消費者被害をなくす会）が、不特定かつ多数の消費者との間で、携帯電話の利用に係る通信サービス契約（S₁ サービス契約および S₂ サービス契約。以下「本件各契約」という）を提供する Y（被告・被控訴人。株式会社 NTT ドコモ）に対し、本件各契約における約款の変更条項（以下「本件変更条項」という）につき、相手方の個別同意なくして契約内容を変

更できないとの一般的な法理等に比べて、契約者（消費者）の義務を加重する条項であるから、法 10 条に規定する消費者契約の条項に該当すると主張して、法 12 条 3 項に基づき、本件変更条項を含む契約の申込み又はその承諾の意思表示の停止を求めるとともに、これらの行為の停止又は予防に必要な措置を求めた。

Y は、平成 26 年 7 月 14 日、ウェブサイト上の「ドコモからのお知らせ」に、「携帯電話ご利用料金等の案内方法変更について」¹⁶⁾と題する文書を掲載し、契約者に対して、①毎月の携帯電話の利用料金等の契約者への案内方法について、同 27 年 2 月請求分（同年 1 月利用分）から、「e ビリング」による案内を標準とすること、②「e ビリング」とは、口座振替またはクレジットカード払を選択した契約者を対象に、携帯電話の利用料金等をインターネット等のウェブサイトや電子メールで確認できることとするサービスであること、③請求書払により利用料金を支払っている契約者については、支払方法の変更の申出がない場合、平成 27 年 2 月請求分から、1 回の請求につき 100 円（税抜き）の発行手数料を負担してもらうことを通知するとともに、ウェブサイト上の「ドコモからのお知らせ」に上記文書へのリンクを張り、同じ内容を報道発表した。この発行手数料は、e ビリングにより携帯電話の利用料金等を確認している契約者との公平の観点から、契約者がインターネット機能の提供を受けている場合において、なお紙媒体による請求書等の発行を受けたときは、発行に係る費用の一部を負担させるために徴求するものであった。

Y は、平成 27 年 1 月 22 日、本件各契約約款を変更して、本件各契約の契約者は、請求書等の発行を受けた場合の手数料として、1 契約について 1 通ごとに 100 円（税抜き）、ただし、契約者が身体障がい者等割引の適用を受けている場合や、インターネット機能の提供を受けていない場合等は除くと定める手数料条項（以下「本件手数料条項」という）を追加して規定し、これらの追加条項は、同年 2 月 1 日から実施された。

この間、Y は、①平成 26 年 8 月、各月の請求書を送付する際、本件手数料条項の導入を説明した書面等を同封するとともに、同請求書のお知らせ欄において本件手数料条項の導入につき言及し、②契約者の保有する携帯電話に対し、SMS またはメッセージ R を送信して、本件手数料条項の周知を図り、③請求書払の契約者等に対して書面を送付して、本件手数料条項の周知を図るとともに、口座振替またはクレジットカード払に変更することで e ビリングが利用可能になることを周知し、④店舗に置いてカタログや注意書を用意して顧客への説明に対応した。

本件の争点は、Y の準備する本件変更条項、すなわち、「当社は、この約款を変更することがあります。この場合には、料金その他の提供条件は、変更後の約款によります。」が、法 10 条に該当するか否かである。

第一審（J10-1）東京地判平成 30 年 4 月 19 日判時 2425 号 26 頁（平成 29 年（ワ）第 2292 号）は、本件変更条項の法 10 条前段該当性につき、同条同段所定の規定には「一般的な法理等」

も含まれると解する最判 2 小平成 23 年 7 月 15 日民集 65 卷 5 号 2269 頁（平成 22 年（オ）第 863 号、同年（受）第 1066 号）（以下「平成 23 年最高裁判決」という。）を引用したうえで、「これらの裁判例〔(J7-2) 福岡高判平成 28 年 10 月 4 日金法 2052 号 90 頁（平成 28 年（ネ）第 321 号）、(J6-1) 東京地判平成 28 年 5 月 18 日金法 2050 号 77 頁（平成 27 年（ワ）第 20310 号）〕や改正民法中の規定〔未施行であり確立した解釈がない〕の存在から、現時点において、合理的な約款変更であれば相手方の合意がなくてもすることができるとの一般的な法理が確立しているとはできない」として、それを肯定した。

しかしながら、本件変更条項の法 10 条後段該当性については、「本件変更条項の性質や必要性、同条項により契約者が被る不利益の程度は、同条項により追加された本件手数料条項の目的・内容の相当性等〔これに先立ち、「本件手数料条項の周知に努めてきた」と認定〕を総合的に考慮すると、本件変更条項が、契約者と事業者である Y との間の情報や交渉力の格差を背景として、契約者（消費者）の法的に保護されている利益を信義則に反する程度に両当事者の衡平を損なう形で侵害しているということとはできない。」(31 頁) とし、それを否定して、請求棄却。

X が控訴。控訴棄却（上告・上告受理申立て）。

【判旨】

第 3 1 「当裁判所も、X の請求はいずれも理由がないと判断する。」(22 頁)。

(2) 「本件変更条項について、次の事情を指摘することができる。」(23 頁)。

ア 本件各契約の特殊性

「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という特殊性を有する契約である。……約款に定められた契約内容を変更するために常に顧客である契約者の個別の同意が必要であるとすると、……契約者が負担するサービス利用料が増加し、ひいては不特定多数の相手方に対して均一な給付をするという目的を達成すること自体が困難になるおそれがある。また、……携帯電話機や通信に係る技術革新等に応じて、高い頻度で契約内容を変更する必要性が生じることも予想される。」(23 頁)。

エ 約款法理について

「約款の性格、裁判例の存在〔最判 1 小昭和 45 年 12 月 24 日民集 24 卷 13 号 2187 頁（昭和 41 年（オ）第 768 号）〕（以下「昭和 45 年最高裁」という）、(J7-2) 福岡高判平成 28 年 10 月 4 日金法 2052 号 90 頁（平成 28 年（ネ）第 321 号）、(J5-1) 東京地判平成 27 年 1 月 16 日 LEX/DB25524293（平成 25 年（ワ）第 30474 号）〕、改正民法の定め〔平成 32 年 4 月 1 日から施行される改正民法 548 条の 4〕によれば、本件各契約の内容となっている約款については、本件変更条項の有無にかかわらず、必要に応じて合理的な範囲において約款が変更されることは契約上予定されており、少なくとも、『当事者の個別の同意がなくても約款を変更できる場合が

ある』という限度では、約款法理は確立しているものと認めるのが相当である。……そして、どのような場合に約款変更が認められるかは、諸々の見解があり、具体的場面に応じて個別に検討していくほかないが、現時点では、改正民法の定めが参考となり、契約の目的、変更の必要性、変更後の内容の相当性、定型約款を変更することがある旨の定めの有無等に照らして、合理的なものであるか否かを検討する必要があるものと解される。したがって、本件変更条項の有無にかかわらず、本件各契約約款は、一定の合理的な範囲で変更できると解するのが相当である。」(24頁。傍点は引用者。以下同じ)。

(3) 法10条前段の該当性について

イ 「本件変更条項は、『当社は、この約款を変更することがあります。この場合には、料金その他の提供条件は、変更後の約款によります。』というものであり、その文言は抽象的であることから、文言上は事業者側を一方的に利する恣意的な変更も強要されるように読める。しかしながら、前記のとおり、約款法理は、一定の合理的な範囲において認められるものである。最高裁平成元年(オ)第1473号同5年7月19日第二小法廷(集民169号255頁、以下「平成5年最高裁」という。)は、……免責約款上に記載されていない文言を付加することによって、約款を合理的に限定解釈したものと解することができる。」「このように、約款の文言について合理的な限定解釈を加えることは認められるべきものであるから、たとえ無限定な変更を認めるかのような変更条項が存在したとしても、事業者側を一方的に利する合理性を欠く恣意的な変更が許容されると解釈する余地はない。この点、Xは、不当条項による将来の消費者被害を差し止めることを目的とする適格消費者団体の訴訟においては、本件変更条項に個別救済的な限定解釈を施してはならない旨主張するものと解されるが、差止請求権を規定した法12条3項は、不当契約条項(法8条から法10条までに規定する消費者契約の条項)を要件の1つとして規定しているものであり、法10条の該当性について、本件変更条項を限定解釈してはならないとする根拠も見出せない。したがって、本件変更条項は、『当社は、この約款を変更することがあります。この場合、料金その他の提供条件は、変更が客観的に合理的なものである場合に限り、変更後の約款によります。』との趣旨と解するのが相当である(ただし、条項自体からは、無限定の変更が許されるように読める点からすれば、文言の明確性の観点からも、変更が許される一定の合理的な範囲について、できる限り明確な文言により定めておくことが将来の紛争を防止するためにも望ましいものと思料する)。(24頁。斜体は引用者)。

ウ 「これに加えて、本件変更条項による約款変更の合理性は、変更の内容を問題とされるべきものであって、本件変更条項自体は、価値中立的なものである。消費者に有利な変更がされることもあれば、不利な変更がされることもあり得るのであって、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重するかは、変更される条項の内容次第であるから、法10条該当性も、変更後の内容につき判断されるべきである。」(24-25頁)。

オ 「以上によれば、本件変更条項が、法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場

合に比して、消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する条項である（法 10 条前段）とは認められない。」（25 頁）。

2 当審における X の補足主張に対する判断

(1) 「X は、本件変更条項は、消費者にとって個別同意のない約款変更の合理的限界を見出すことのできない不明確かつ包括的な不当条項であり、事業者に対して消費者契約の条項の明確化を求めている法 3 条の定めにもそぐわない旨主張する。……仮に包括的な変更条項が、文字通りいかなる変更をも許す趣旨であれば、消費者の権利を害する不当条項といわざるを得ないが、前記説示のとおり、本件変更条項が存在するか否かにかかわらず、一定の要件を満たした場合には約款変更が認められる場合があることは、当事者間に争いが無いこと、本件各契約約款の変更に関して、その変更が許容される場合（すなわち合理性の基準）を全て網羅して本件変更条項に規定することは困難であって、文言が抽象的となることもある程度仕方ないものと思料されること、このことは、改正民法 548 条の 4 第 1 項の規定も、『合理的な約款変更』の内容について、『変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき』と規定するに留まっております、事例ごとに様々な要素を総合的に考慮して判断することを前提としているものと解されること、前記のとおり、消費者に対し、約款が一方的に変更される場合があることを注意喚起する意味を有していることに照らせば、差止めを認めて、本件変更条項を直ちに削除すべきとまでは認められない。」（25-26 頁）。

(2) 「X は、約款変更が認められるのは、利用者にとって有利な変更であるなど、いわゆる推定的同意が認められる場合に限られるから、無意味な同意を含む本件変更条項は、約款変更を肯定する直接の根拠とはなり得ない旨主張する。しかしながら、本件変更条項が、基本的に合理的な変更のみ許容すると解される約款法理を確認した趣旨と解されることは前記認定のとおりであって、X の主張は、前記認定を左右するものではない。」（25-26 頁）。

(5) 「……約款の変更は、約款法理に基づいてされるべきものであって、本件変更条項は確認的、注意的な規定に過ぎないものであるから、その文言が包括的であるとしても、本来は許されない合理性のない変更はなし得ないものであるから、X の主張は、採用できない。」（26 頁）。

3 「以上によれば、本件変更条項は、法 10 条の要件に該当するとは、認められない」（26 頁）。

〔J10-2〕判決における主な定義等を掲げておく。

◆本件変更条項について、第 2-1、第 2-4-(1) より引用。

本件変更条項（「当社は、この約款を変更することがあります。この場合には、料金その他の提供条件は、変更後の約款によります。」との条項）

◆約款法理について、第 3-1-(2)-エより引用。

少なくとも、「当事者の個別の同意がなくても約款を変更できる場合がある」という限度では、約款法理は確立している

◆本件変更条項の趣旨について、第3-1-(3)-イより引用。

本件変更条項は、「当社は、この約款を変更することがあります。この場合、料金その他の提供条件は、変更が客観的に合理的なものである場合に限り、変更後の約款によります。」との趣旨と解するのが相当である（傍点は引用者）

〔J10-3〕 最決2 小令和1年7月24日 LEX/DB25564406（平成31年（オ）第388号・平成31年（受）第475号）

最高裁は、上告人兼申立人（特定非営利活動法人埼玉消費者被害をなくす会）の上告につき、〔J10-2〕の「違憲及び理由の不備をいうが、その実質は事実誤認又は単なる法令違反を主張するものであって、明らかに上記各項〔民訴法312条1項又は2項〕に規定する事由には該当しない。」として棄却し、また、上告受理の申立てにつき、「民訴法318条1項により受理すべきものとは認められない。」として不受理と決定した（上告と上告受理の制度比較につき、新堂，2019，938-939頁参照）。

3 論点の整理

本判決は、これから改めてみるように、判例や裁判例の流れの一応の帰結であり、原判決とともに、Xの請求を斥けた。しかしながら、両判決には、消契法10条前段要件に関して、顕著な違いがある。

本判決が、本件変更条項の消契法10条前段要件該当性を否定したのに対して、原判決は、それを肯定した。しかしながら、同条後段要件該当性に関しては、どちらの判決も否定している。それゆえ、原判決も本判決も、Xの請求を斥けたわけである。

さて、両判決の差異は、どこにあるのか。原判決は、〔J7-2〕、〔J6-1〕を援用しつつ、「現時点において、合理的な約款変更であれば相手方の合意がなくてもすることができるとの一般的な法理が確立しているとまではいえることができません」（30頁）、本件変更条項は、「消費者の不作為をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項」（消契法10条前段要件）に該当すると判断した。

これに対し、本判決は、「昭和45年最高裁」、〔J7-2〕、〔J5-1〕を援用して、「本件変更条項の有無にかかわらず、必要に応じて合理的な範囲において約款が変更されることは契約上予定されており、少なくとも、『当事者の個別の同意がなくても約款を変更できる場合がある』

という限度では、約款法理は確立している」（24頁）としたうえで、「平成5年最高裁」を援用し、「約款の文言について合理的な限定解釈を加えることは認められるべきものである」（同頁）として、本件変更条項を合理的限定解釈し、消契法10条前段要件該当性を否定したのである。

両判決の差異のポイントは、「約款法理は確立している」か否かという判例や裁判例の流れの認識ないし判断の違いにある。この認識や判断の違いは、何に起因しているのだろうか。また、判例や裁判例の流れを理解するには、上記のものだけで十分か。重要なピース（全体の一部）である或る判決が必要なのではないか。

ところで、〔J7-2〕福岡高判平28・10・4、〔J6-1〕東京地判平28・5・18、〔J5-1〕東京地判平27・1・16は、変更約款の効力、すなわち、約款変更の既存契約に対する効力に関する事案である。また、「昭和45年最高裁」は、既に契約締結の時点でなされていた約款変更の合理性に関する事案である。

それに対して、本判決（原判決）は、包括的変更条項の消契法10条該当性に関する差止訴訟という事案である。いずれにしても、約款の変更が争われていることに、違いはない。

更に、「平成5年最高裁」は、約款の文言についての合理的な限定解釈に関する事案である。判例や裁判例の分析にあたり、約款の変更等に関する、以上の区別と関連（共通性）に留意することとしよう。

4 原判決援用の裁判例

原判決（〔J10-1〕）は、本件変更条項に関する「これらの裁判例」として、〔J7-2〕と〔J6-1〕を掲げている。順次、分析することとしたい。

4.1 〔J7-2〕福岡高判平28・10・4

〔J7-2〕福岡高判平成28年10月4日金法2052号90頁（平成28年（ネ）第321号）

【事実】X₁（原告・控訴人。個人）は、Y₁（被告・被控訴人。株式会社三井住友銀行）と、平成18年12月21日、預金契約を締結した。Y₁が、普通預金規定に、同22年2月8日を適用開始日としていわゆる暴排条項を追加し、同27年2月17日付けで、契約を解約する旨の通知をした。

X₂（原告・控訴人。個人）は、Y₁（被告・被控訴人。株式会社みずほ銀行）と、平成17年2月26日と同8月4日、預金契約を締結した。Y₁が、取引規定に、同22年2月1日を適用開始日としていわゆる暴排条項を追加し、同27年2月20日付けで、契約を解約する旨の通知をした。

X₁、X₂は、Y₁、Y₂に対し、本件各条項の有効性、仮に有効としても既存契約の内容

の変更を争い、契約存在の確認を求めた。

第一審（〔J7-1〕福岡地判平成28年3月4日金法2038号94頁（平成27年（ワ）第1623号））は、本件各条項は有効としたうえで、既存契約への適用を肯定した。これに対して、X₁、X₂が控訴。控訴棄却（上告・上告受理申立て）。

【判旨】「①本件各条項は、目的の正当性が認められ、その目的を達成するために反社会的勢力に属する預金契約者に対し解約を求めることにも合理性が認められるから、憲法14条1項、22条1項の趣旨や公序良俗に反するものということとはできず、有効であって、②預金契約については、定型の取引約款によりその契約関係を規律する必要性が高く、必要に応じて合理的な範囲において変更されることも契約上当然に予定されているところ、本件各条項を既存の預金契約にも適用しなければ、その目的を達成することは困難であり、本件各条項が遡及適用されたとしても、そのことによる不利益は限定的で、かつ、預金者が暴力団等から脱退することによって不利益を回避できることなどを総合考慮すれば、既存顧客との個別の合意がなくとも、既存の契約に変更の効力を及ぼすことができると解するのが相当であり、③本件各口座については、X₁らが社会生活を送る上で不可欠な代替性のない生活口座であるといった事情は認められず、本件各条項に基づきY₁らとの本件各預金契約を解約することが、信義則違反ないし権利の濫用に当たるとはいえないから、X₁らの各請求はいずれも理由がないものと判断する」（94-95頁。傍点は引用者。以下同じ）。

〔J7-3〕最決3小平成29年7月11日2017WLJPCA07116002（平成29年（オ）第71号・平成29年（受）第80号）

最高裁は、〔J7-2〕についての上告につき、「違憲をいうが、その実質は事実誤認又は単なる法令違反を主張するものであって、明らかに上記各項〔民訴法312条1項又は2項〕に規定する事由には該当しない。」として棄却、また、上告受理の申立てにつき、「民訴法318条1項により受理すべきものとは認められない。」として不受理と決定した。

本判決〔J7-2〕につき、X₁、X₂は上告・上告受理申立をしたが、〔J7-3〕において上告棄却・上告不受理となった。これにつき、鈴木仁史は、「改正民法548条の4……同様の判断枠組み」である、「原告側の請求を棄却した原審の判断が最高裁で確定したことになる。」（同、2017, 6頁）と言う。

さて、B to Cである預金契約の普通預金規定に関する、本判決〔J7-2〕の骨子は、預金契約については、定型の取引約款によりその契約関係を規律する必要性が高く、本件各条項には、目的の正当性と合理性が認められるから、公序良俗に反するものではなく有効であり（①）、既存顧客との個別の合意がなくとも、必要かつ合理的な範囲で、契約上当然に変更が予定され

ており、総合考慮すれば、既存顧客との個別の合意がなくとも既存契約にその効力を及ぼし得る(②)というものである。

すなわち、本判決（J7-2）は、定型の取引約款による契約には、既存顧客との個別の合意がなくとも、契約上当然に、その条項の合理的な変更が予定されているという。

この骨子は、既に第一審判決（(J7-1) 福岡地判平成 28・3・4）においても明らかである。すなわち、(a)「定型的な取引については、……合理的な範囲において変更されることも、契約上当然に予定されている」（上記金法 2038 号 102-103 頁）、(b)「既存顧客との個別の合意がなくとも、既存の契約に変更の効力を及ぼすことができる」（同 103 頁）である。

これは、どのようなことを物語るか。第一審判決（(J7-1)）や本判決（(J7-2)）の骨子が導かれるゆえんのもの、銀行取引が「定型取引」（改正民法 548 条の 2 第 1 項柱書き）だからである。そして、当該の骨子に示されているのが、後に 2017 年改正民法にあらわれる定型の取引約款（同柱書きがいう「定型取引約款」）による契約に関する法理なのである（吉川（衛），2019, 340 頁、同, 2021a, 174 頁注 89）。この点、山下友信は、本件の第一審判決（(J7-1)）や、控訴審判決（(J7-2)）は、改正民法 548 条の 4 の解釈にあたり参考になる（同, 2018a, 185 頁注 152）と言う。

4.2 [J6-1] 東京地判平 28・5・18

[J6-1] 東京地判平成 28 年 5 月 18 日金法 2050 号 77 頁（平成 27 年（ワ）第 20310 号）

【事実】X（原告。個人）は、Y（被告。株式会社みずほ銀行）と、平成 3 年 4 月 22 日に預金契約を締結し、普通預金口座を開設した。Y が、普通預金規定と一体となるものとして、暴力団排除条項（いわゆる暴排条項）を同 22 年 2 月 1 日に追加して適用を開始し、同 27 年 5 月に契約を解約したところ、X は、解約無効の確認を請求して訴訟を提起した。請求棄却（確定）。

【判旨】本件暴排条項の生活口座への適用を肯定したうえで、「本件排除規定は、……公益目的を有していること、反社会的勢力排除の要請が社会的に高まっていること、既存の預金契約にも本件排除規定を適用しなければその目的を達成することが困難であること及び……不利益が限定的なものであること」に加えて、Y が、「周知に努めていたこと」等に照らして、「約款である普通預金規定に本件排除規定が追加されて変更された以降は、適用することができる」（82-83 頁）。

B to C である預金契約の普通預金規定に関する、この判決は、①本件条項追加の目的の公益性、②預金契約が締結された平成 3 年（1991 年）から、いわゆる暴排条項が追加された同 22 年（2010 年）へという社会的風潮（climate. 時代思潮）¹⁷⁾ の変化、③本件追加をしないこ

とによる目的達成の困難性、④当該不利益の限定性という実体的なもの、「周知」という手続きとが満たされていることから、次のように判断したものであろう。

すなわち、本件暴排条項の追加は、事業者側と相手方の事情を総合的に考慮した上で、「客観的に見て合理的」（小川政府参考人）だと結論づけられたのであろう。

小川政府参考人のこの言説は、改正民法 548 条の 4 第 1 項 2 号に関する、政府参考人答弁である（後に、第 5 節 5.3, 第 7 節 7.3.2 で論ずる）。

4.3 小 括 —— 原判決の検討を兼て

石川博康は、この〔J6-1〕東京地判平 28・5・18 が、〔J7-1〕福岡地判平 28・3・4、〔J7-2〕福岡高判平 28・10・4 とともに、変更条項に基づかない追加変更であり、それらの判断構造が、改正民法の「要件構造とおおむね近似」（同, 2018, 34 頁）と指摘する（鈴木(仁)の見解につき、第 4 節 4.1 参照）。そうして、〔J7-1〕に則して、それが定型取引の特質から導き出せるかを問うている（同, 2018, 35 頁）。

ここで、筆者は、先ず、確認したい。原判決（〔10-1〕東京地判平 30・4・19）が援用する 2 つの裁判例は、どちらも三井住友銀行やみずほ銀行を約款準備者とする預金契約であり、普通預金規定は、定型約款に該当する（筒井・村松編著, 2018, 246 頁）。

次に、指摘したいことがある。原判決や本判決が挙げる、Y には 7000 万件を超える契約数がある（判時 2425 号 23 頁, 28 頁）という契約件数の点については、2 つの銀行のそれぞれの預金者数（推測ではあるが）に鑑みれば、「不特定多数の……相手方」（548 条の 2 第 1 項柱書き）と判断されれば、改正民法の適用の条件として必要十分である（原判決につき、鈴木(正), 2018, 16 頁参照）。

さて、〔J6-1〕を批評する、マシャド・ダニエルの次の主張は、注目に値する。すなわち、〔J6-1〕の判断枠組みは、〔J7-1〕、〔J7-2〕（上告は〔J7-3〕最決 3 小平 29・7・11 によって退けられた）も肯定しているので、「これを安定した裁判例の動向とみることができる」（同, 2018, 135 頁）との主張である。かれも引用する〔J7-1〕の示した、「既存顧客との個別の合意がなくとも、既存の契約に変更の効力を及ぼすことができる」（本稿 127 頁で引用の同判決 (b) の部分、金法 2038 号 103 頁）との判断枠組みである。

こうして分析し検討してくると、根本的な疑問が湧く。〔J6-1〕や、〔J7-1〕、〔J7-2〕の判断枠組み、すなわち、変更条項の有無にかかわらず、個別合意なくして合理的な範囲で約款変更ができるとの判断枠組みは、契約上当然に予定されている法理だ、と裁判例は判示している。このように、筆者は理解する。

ところが、原判決（〔10-1〕東京地判平 30・4・19）は、「これら〔〔J7-2〕、〔J6-1〕〕は、あくまでも各事案の事実関係の下で、暴力団排除条項の目的の正当性・公益性や、既存の預金契約に暴力団排除条項を適用しなければ同条項の目的達成が困難であることなどを理由とする下

級審レベルの裁判例であるにとどまる」（判時 2425 号 30 頁）とする。この点につき¹⁸⁾、山本豊は、「この裁判例〔(J7-2)〕の存在をもって『約款変更法理』の確立の一証左とするのは、無理がある」（同, 2020, 119 頁）と言う。ただし、筆者は理解を異にするので、後に第 7 節 7.1.1 で詳しく論ずる。

さて、ここでなお検討したいことがある。原判決 ((J10-1)) は、改めて引用すると、「これらの裁判例〔(J7-2)、(J6-1)〕や改正民法中の規定〔未施行であり確立した解釈がない〕の存在から、現時点において、合理的な約款変更であれば相手方の合意がなくてもすることができる一般的な法理が確立しているとはまではいえることができない」（判時 2425 号 30 頁）と判示したのであった。

ところで、改正民法が未施行であり、その未施行の定型約款に関する規定という判示については、当該の規定は、「施行日前に締結された定型取引に係る契約についても、適用する」（改正法附則 33 条 1 項）と定められていることに、留意を求めるコメントがある ((J10-2) の「本件匿名コメント」判時 2425 号 20 頁¹⁹⁾）。

なお、その点につき、後に第 6 節 6.3 で取り上げる裁判例において興味深く、ここで参考となる判断がある。(J8-1) 東京地判平 28・10・7 が、成立、公布されていない民法改正案の参照は控えるべきだと判示したにもかかわらず、その控訴審である (J8-2) 東京高判平 29・2・22 では、第一審の当該部分は「削除」とされたと思われることである²⁰⁾。

また、鈴木(正)は、「平成 28 年福岡高判に関して上告棄却・上告不受理〔鈴木(仁), 2017 を引用〕となった帰結や暴排裁判例以外の裁判例〔(J1-3) 大判民 1 大正 4 年 12 月 24 日民録 21 輯 2182 頁、「昭和 45 年最高裁」最判 1 小昭和 45 年 12 月 24 日民集 24 卷 13 号 2187 頁、大阪地判平成 6 年 7 月 25 日判タ 853 号 298 頁等を掲げる〕の存在などから法 10 条前段の該当性を否定する見解もあり得ると考えられる」（同, 2018, 15 頁）と主張する。

原判決 ((J10-1)) が、法 10 条前段の該当性を肯定した（第 2 節、第 3 節参照）にもかかわらず、当該条項の「該当性を否定する見解もあり得る」と主張していた鈴木(正)の考え方は、本判決 ((J10-2)) において現実のものとなった（両節参照）。

次節で、2 つの最判等も含めて分析し、検討を続けることとしよう。

5 本判決援用の判例や裁判例

本判決 ((J10-2)) は、「昭和 45 年最高裁」、(J7-2)、(J5-1)、「平成 5 年最高裁」を援用している。順次、分析することとしたい。

5.1 「昭和 45 年最高裁」最判 1 小昭 45・12・24

「昭和 45 年最高裁」最判 1 小昭和 45 年 12 月 24 日民集 24 卷 13 号 2187 頁（昭和 41 年（オ）

第768号)

【事実】X(原告・控訴人・被上告人。サウスシー・パール株式会社)は、昭和30年8月10日、Y(被告・被控訴人・上告人。千代田火災海上保険株式会社)と船舶海上保険契約を締結した。保険事故が発生したとして、Xが保険金を請求したところ、Yが約款に基づく免責を主張したので、Xは訴訟を提起した。

ところで、本件保険契約で用いられた船舶海上保険普通保険約款3条2号には、保険者の免責事由の1つとして「襲撃、捕獲、拿捕、又ハ抑留(海賊ニ依ル場合ハ之ヲ除ク)」という記載があり、この括弧書の部分は契約当初から2本の棒線で抹消されていた。この抹消による変更につき、〔旧〕保険業法10条1項に定める主務大臣の認可を得ることはなかった。

第一審(東京地判昭和38年9月2日判時349号63頁(昭和33年(ワ)第6708号))は、「保険約款変更に対する大蔵大臣の認可の有無は、保険契約の私法上の効力に関係が無いと解すべきであるから、認可のないことを理由として前記抹消にもかゝらず、海賊行為が免責事由から除外されていると解することはできない。」(66頁)として請求棄却。

原審(東京高判昭和41年4月18日下民17巻3=4号301頁(昭和38年(ネ)第2244号))は、「保険契約関係に入ると、特約がない限り、内容を知っていたと否とに拘らず、普通保険約款が保険契約の内容となる。保険契約申込書等には、通常虫めがねでも見ないと、読み得ない程度の細字で、約款が印刷されており、又保険証券にも同様の細字で約款が印刷されているが、一般保険契約者は、これを読解した上で保険契約を結ぶ人は殆どないのではなからうか、しかも右約款が保険契約の内容として、自由意思の下に約諾されたとするのは、あまりにも事実を誣めるものと云わざるを得ない。……この種の契約はいわゆる附合契約(Contrat d'adhésion)と称せられ、……普通保険約款にかような法規範的拘束力が認められるのは、法律的には保険契約者の開示条項に対する概括的同意(これを附合という。)があるものと解釈されるが、かかる解釈を是認できる根拠は約款がその内容が合理化されており保険業者の一方的恣意を許さず主務大臣の認可があることを要するに基づくものというべく、従って保険業者(保険者)が、主務大臣の認可を受けずに変更した約款の条項は、保険契約者に対し、法規範的拘束力をもたせる根拠を欠くものであり、その変更は約款変更の効力を生じないもの(単に可罰的のものにとどまらず)と云わなければならない。」(304-305頁。傍点は引用者。以下同じ)として、Xの請求を認容。

Yは、「〔普通保険約款に〕拘束力を認める根拠は、保険業法による主務大臣の監督権にあるのではなく、保険事業は保険会社が広範囲に亘る非常に多くの一般人と契約をし、その契約の内容は統計を基礎とし、保険金額等各人につき必然的に異なるものは兎に角その他の条項は原則としてすべて必然的に同一の条項によって律せられることを要するという特殊性や定型性に基づくものである。故に、その内容において強行法規や公益に反しな

い限り、保険契約を締結した当事者を当然に拘束する効力をもつのであって、主務大臣の認可によって拘束力が与えられるのではない。」(2197頁)等の理由をもって上告。破棄自判。

【判旨】「普通保険約款が保険契約者の知・不知を問わずこれを拘束する効力を有するものであること、その作成変更につき主務大臣の認可を要するとされる趣旨が、主として、右のような拘束力を有する約款が保険業者の恣意により作成されることを防ぎ、約款の内容を適法かつ合理的ならしめて保険契約者の保護をはかることにあることは、右の原判決説示のとおりである。」(2190頁)

「しかし、主務大臣の認可を受けない保険約款の変更は、如何なる種類の保険においても、すべて一律にその効力を有しないものとするのは相当でない。船舶海上保険においては、一般の火災保険や生命保険とは異なり、保険契約者となる者すなわち船舶海上保険を利用する者は、多くは、商行為をなすことその他営利的な目的を持って船舶を航海の用に供する者であり、相当程度の営業規模と資力を有する企業者であるのが普通であって、保険業者に比して必ずしも経済的に著しく劣弱な地位にあるとはいえない。このような者については、同種の保険を反復して利用することによって普通保険約款の内容に通暁し、その各条項を仔細に検討し、契約の締結にあたっては、自己の合理的な判断と計算に基づいてその内容を定めることが、期待されうるとともに、保険業者としても、このような利用者の意思と利益を無視して約款その他の契約内容を一方的に自己に有利にのみ定めることはできないのであって、保険約款の内容を保険業者の定めるところに委ねても、必ずしもその合理性を確保しえないものではない。……/

海上保険についても、保険制度の公共性に基づき、その適正な運営のため保険業に対する国の一般的監督が必要とされることは勿論であるが、保険契約の内容を律する普通保険約款を公正妥当ならしめ保険契約者を保護するという点においては、行政的監督は補充的なものに過ぎず、主務大臣の認可を受けなくてもそれだけでただちに約款が無効となるものではないというべきである。」(2190-2191頁。傍点は引用者。以下同じ)

「してみれば、船舶海上保険につき、保険業者が普通保険約款を一方的に変更し、変更につき主務大臣の認可を受けないでその約款に基づいて保険契約を締結したとしても、その変更が保険業者の恣意的な目的に出たものでなく、変更された条項が強行法規や公序良俗に違反しあるいは特に不合理なものでない限り、変更後の約款に従った契約もその効力を有するものと解するのが相当である。」(2191頁)

「昭和45年最高裁」の事案は、保険契約がいったん締結された後で、その約款の変更が問題となったものではない(山本(豊), 2020, 119頁等参照)。Yの船舶海上保険約款における免責条項は、契約当初より存在していたが、〔旧〕保険業法10条1項に定める主務大臣の認可をう

けることはなかったというものである。

最高裁は、契約締結前の約款変更による免責条項の文言それ自体を問い、その強行法規や公序良俗違反性、あるいは合理性を問題としている。そのとき、「船舶海上保険」(B to B)と「一般の火災保険や生命保険」(B to C)とを区別したうえで、結論を前者に限定して判示したと解釈することもできる(野田, 1971, 1090頁、西島, 1972, 981頁、吉川(衛), 1974, 77頁、同, 1976c, 111頁)。しかし、学説の大勢は、否定的であった(谷川, 1972, 244頁等)。

さて、判決のポイントは、こうである。B to Bであれ B to Cであれ、業法が定める変更認可の有無にかかわらず、約款免責条項の強行法規や公序良俗に違反しない合理的な変更は、私法上有効だということである。これを逆に言えば、業法認可約款といえども、第一義的には、当事者の意思が優越し、「変更された条項が強行法規や公序良俗に違反しあるいは特に不合理なもので〔ある〕」ときは、私法上の効力が否定される(吉川(衛), 2019, 21-22頁)。

本件事案における約款変更の経緯の詳細とその後については、注に付す²¹⁾。

5.2 [J7-2] 福岡高判平 28・10・4

この裁判例は、第4節 4.1で掲記のものと同じ。

5.3 [J5-1] 東京地判平 27・1・16

(J5-1) 東京地判平成 27 年 1 月 16 日 LEX/DB25524293 (平成 25 年(ワ)第 30474 号)

【事実】X(原告。個人)とY(被告。KDDI株式会社)は、平成16年6月21日頃、携帯電話利用の通信サービス契約を締結し、Xは、窓口支払いの方法で料金を支払っていた。Yには、「当社は、この約款を変更することがあります。この場合の提供条件は、変更後のau通信サービス契約約款によります。」との包括的変更条項があった。約款変更先立つ、平成24年12月28日、Yは、ホームページにおいて、平成25年6月請求分(同年5月利用分)から、窓口支払いの場合の手数料を新設する旨を掲示した。平成25年2月に請求書とともに案内文を送付したうえで、同年5月、従来無料だった払込取扱票発行の手数料を、翌月請求分以降について1回税抜額100円(税込額105円)徴収へ変更したところ、Xは、不当な(約款の変更)条項によるものだととして、Yに対し、当該条項の不当契約変更行使中止等請求の訴訟を提起した。請求棄却。

【判旨】消契法10条、民法90条の適用の有無について

「本件契約は、……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契約であるところ、……契約内容を変更するために常に利用者の同意が必要であるとすると、その意思確認を実施するためのコストや同意の有無によって提供されるサービスの内容に差異が生じることに伴うコストの増大が予想され、その結果として、利用者が負

担することとなるサービス利用料の増大、ひいては各利用者に均一な内容の給付をするという上記目的を達成すること自体が困難になるおそれもある」。「社会通念上必要かつ相当な範囲で合理的に本件約款を変更するために適用されるのであれば、本件約款の一方的な変更を許す条項であるとしても、公序良俗に反することはなく、有効である」（傍点は、引用者。以下同じ）。

「本件手数料に関する約款の内容は、確かに本件約款変更前と比べれば、窓口支払いにより利用料金の支払いを行う消費者たる利用者の義務を加重するものではあるが、弁済費用を債務者の負担とする民法 485 条の適用による場合に比して消費者の義務を加重するものとまではいえないし、上記のとおり、社会通念上必要かつ相当な範囲で変更された本件約款の内容が民法 1 条 2 項に規定する基本原則に反するともいえないから、これが消費者契約法 10 条により無効となると解することはできない。同様に、本件約款変更後の本件約款の内容が、民法 90 条により無効となるということもできない。」

B to C である携帯電話利用の通信サービス契約の約款に関する、この判決は、本判決（〔J10-2〕東京高判平 30・11・28）と同じく、携帯電話利用契約の包括的変更条項に関する事案である。

判決は、当該の約款変更について、目的にかない、「社会通念上必要かつ相当な範囲で合理的に……変更する」ものであり、「公序良俗に反することはなく」、信義則に反するともいえないとして、消契法 10 条、民法 90 条に違反しないと判断した。なお、判決文において、「契約上当然に」や「契約上予定されており」等の文言はない。

さて、この判決は、口座振替やクレジットカードによる支払いが一般化した社会（吉川（衛），1981b 参照）²²⁾を背景に、定型約款の変更に関する 548 条の 4 第 1 項 2 号だけでなく 1 号も先取りした判決である（同旨、山下（友），2018a，185 頁注 152）。

1 号も先取りした判決だと筆者が主張する理由は、こうである。本判決（〔J10-2〕東京高判平 30・11・28）が指摘するように、携帯電話利用契約は、「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。

国会審議で小川政府参考人は、1 号につき、「特定の相手方の利益に適合することでは足りず、変更の内容が相手方全員の利益に適合する場合を意味するもので〔あり〕……相手方の一般の利益に適合するときであれば、通常、相手方が変更に合意すると言えるから」（193 参法委

議事録（H29 [2017].5.23）13号16頁）だと答弁している。当該の場合には、むろん、部会審議で内田委員²³⁾が言うように、「名目上は不利益があるかのように見えるけれども、制度全体としてはそうやって運用するほうがはるかに個々の顧客にとってメリットがあるということはあ

る」（第2分科会5回（H24 [2012].9.4）43頁）も含まれると考えなければ、現実的でない。そうして、筆者は、当該の場合に関する具体的な判例として、常に²⁴⁾、〔J3-3〕最大判昭和34年7月8日民集13巻7号911頁を掲げている。最大判が、「既存契約の保険料の増額は、単に当該契約を個々のに観念すれば一見不利益のごとくであっても、……結局は契約者等の利益を確保する所以であり、また、新契約と既存の契約との間に負担の衡平を期することができ〔る〕」（914頁）と、裁判官全員一致で判示しているからである²⁵⁾。

また、2号につき、小川政府参考人は、「事業者側の事情のみならず、相手方の事情も含めて総合的に考慮した上で客観的に見て合理的であると言えなければならないという趣旨」（193参法委議事録（H29 [2017].5.23）13号16頁。筒井・村松編著，2018，260頁）だと答弁している。

本判決（〔J10-2〕東京高判平30・11・28）の骨子は、包括的変更条項に基づく変更であり、利用者の個別合意が無いが、目的にかない、社会通念上必要かつ相当な範囲で合理的な変更であれば、消契法10条、民法90条に違反しないということである。そして、そのキーワードは、社会通念上必要かつ相当な範囲で合理的な変更である。これは、小川政府参考人のいう「客観的に見て合理的」な変更である。小川政府参考人の言説については、後に第7節7.3.2で再論する。

5.4 「平成5年最高裁」最判2小平5・7・19

「平成5年最高裁」最判2小平成5年7月19日集民169号255頁（平成元年（オ）第1473号）

【事実】X（原告・控訴人・上告人。個人）は、Y（被告・被控訴人・被上告人。株式会社富士銀行）と昭和31年に普通預金契約を締結し、取引を続けてきたが、昭和51年12月、キャッシュカードによる取引をする旨の合意をし、暗証番号を届け出てカードの交付を受けた。昭和56年4月23日、X以外の者が、Yおよび提携銀行の現金自動支払機（キャッシュディスペンサー、CD）にカードを入れ、Xの暗唱番号を入力し、Xの預金口座から195万余円の支払を受けた。XがYに対し、その支払を求めたのに対し、Yは、キャッシュカード取引規定中の「支払機によりカードを確認し、支払機操作の際使用された暗証と届出の暗証との一致を確認のうえ預金を払い戻しました場合には、カードまたは暗証につき偽造、変造、盗用その他の事故があっても、そのために生じた損害については、当行及び提携行は責任を負いません。」（7条1項）という免責約款（用語につき集民169号255

頁による。以下「本件免責約款」という）による免責を主張した。

X は、偽造のカードが使用されており、CD システムは安全性を欠き Y は免責されないと主張して、訴訟を提起した。

第一審（東京地判平成元年 1 月 31 日判時 1310 号 105 頁（昭和 57 年（ワ）第 15742 号））は、「本件支払システムが、本件免責特約の効力を否定しなければならないほど、およそシステムとしての安全性を欠如するものであるということとはできない」（110 頁）、「本件支払は、真正カードを使用してされたものと認められる……ホストコンピュータにおいて、暗記号の計算結果もまた一致することを確認したうえでされたものと認めることができる。」（112 頁）、「そうすると、本件支払は、支払機が、所定の方法でカードを確認し、支払機操作の際使用された暗証番号がカード上の届出暗証番号と一致することを確認して支払われたものであり、Y は、本件免責特約により免責される」（113 頁）として、請求棄却（控訴）。

原審（東京高判平成元年 7 月 19 日判時 1321 号 129 頁（平成元年（ネ）第 410 号））は、「本件においては、……真正なカードと正しい暗証番号によってなされたことを前提とする」（130 頁）、「預金者としては、契約締結の自由があるのであるから、まづ、銀行取引をするか否か、次に、Y と取引をするか否か、更に、印鑑支払約定の外にカード支払約定をするか否かを自ら判断して決定するべきであり、……カード支払約定を結んだ以上は、カードの保管と暗証番号の秘匿は自らの責任において行うべきであり、不幸にしてカードが盗用され、暗証番号が不法に知られ又は解読された場合は免責特約が適用になることを承知するべきである。」（同頁）として控訴棄却（上告）。上告棄却。

【判旨】「銀行の設置した現金自動支払機を利用して預金者以外の者が預金の払戻しを受けたとしても、銀行が預金者に交付していた真正なキャッシュカードが使用され、正しい暗証番号が入力されていた場合には、銀行による暗証番号の管理が不十分であったなど特段の事情がない限り、銀行は、現金自動支払機によりキャッシュカードと暗証番号を確認して預金の払戻しをした場合には責任を負わない旨の免責約款により免責されるものと解するのが相当である。」（258 頁。傍点は引用者）。

「なお、……当時 Y が X を含む預金者に交付していたキャッシュカードの磁気ストライプ上には、預金者が Y に届け出た暗証番号がコード化されて記録されていたことは、原審の適法に確定したところであるが、〔上告理由の〕所論中には、このようなキャッシュカードについては、市販のカードリーダーをパーソナルコンピューターに接続することにより、暗証番号を解読することができるから、支払システムとしての安全性を欠き、免責約款は無効であるとする部分がある。しかし、所論の方法で暗証番号を解読するためにはコンピューターに関する相応の知識と技術が必要であることは明らかである（なお、記録によれば、本件支払がされた当時、このような解読技術はそれほど知られていなかったことがうかがえる。）から、Y が当時採用していた現金自動支払機による支払システムが免責約款

の効力を否定しなければならないほど安全性を欠くものということはでき〔ない〕」(258頁)。

「平成5年最高裁」判決に関する主な定義等を掲げておく。

◆本件免責約款について、判時1310号106-107頁、集民169号255頁による。

「支払機によりカードを確認し、支払機操作の際使用された暗証と届出の暗証との一致を確認のうえ預金を払い戻しました場合には、カードまたは暗証につき偽造、変造、盗用その他の事故があっても、そのために生じた損害については、当行及び提携行は責任を負いません。」

◆合理的限定解釈による、免責約款についての判決。集民169号258頁による。

「銀行が預金者に交付していた真正なキャッシュカードが使用され、正しい暗証番号が入力されていた場合には、銀行による暗証番号の管理が不十分であったなど特段の事情がない限り、銀行は、現金自動支払機によりキャッシュカードと暗証番号を確認して預金の払戻しをした場合には責任を負わない旨の免責約款により免責される」(傍点は引用者)

B to Cである普通預金契約のキャッシュカード取引規定の免責約款に関する、この「平成5年最高裁」は、その免責約款の解釈にあたり、合理性のある限定文言を付加し、当該免責約款を合理的に限定解釈して判決した((J10-2)判決第3-1-(3)-イ)。

この合理的限定解釈に関する論点につき、判例批評の対応はどうか。

河上は、いち早く論考で、顧客は「取引のしくみ」と「カード規定(定型的約款条項)」という二重の附合契約の当事者だと論じた観点(同, 1993, 363頁)から、本判決につき、免責約款の創設的効力を認めたくて「特段の事情」がないことを前提とするものだと指摘している(同, 1994a, 24頁。おおむね同旨、遠藤, 1996, 195頁。また、秦, 1994, 48頁)。ただし後に、河上は、創設的効力についてはやや留保している(同, 1994b, 86-87頁、同, 1996, 88-89頁、同, 2001, 88-89頁、同, 2005, 88-89頁)。

「特段の事情」の具体例として、本判決の他に、(a)一般に比し著しく劣化したシステムや、(b)事故届の失念・処理懈怠をあげる見解(山本(豊), 1994, 8頁、尾島, 1995, 138頁、河上, 1996, 89頁、遠藤・前掲, 195頁、河上, 2001, 89頁)がある。また、河上は、「システム開発途上のリスク」につき、論じている(同, 1994b, 7頁、同, 1996, 89頁、同, 2005, 89頁)。

ところで、それらに対し一線を画す見解がある。川田悦男は、本判決は、銀行が免責される場合を「簡潔」に限定したものだと言う(同, 1994, 5頁)。したがって、「特段の事情」としては、(a)のような曖昧な概念ではなく、(b)があげられると主張している。もっとも、後藤紀一は、銀行による暗証番号の守秘義務違反は通常有り得ないことに鑑みると、判決の設例には問題があると指摘する(同, 1997, 217頁)。なお、川田は、同(1993)15頁では、(a)もあ

げていた。川田（1994）におけるその主張の変化は、「平成 5 年最高裁」判決把握の深化だと、筆者には思われる。

こうして、「平成 5 年最高裁」は、本件免責約款につき、「特段の事情」という合理性のある限定文言を付加して、合理的に限定解釈した判決だ、と筆者は理解することができる。

なお、キャッシュカード取引に関する本件免責約款の法律構成については、上記で若干ふれたが、原審（東京高判平 1・7・19）の判例批評も含めて、詳しくは注に付す²⁶⁾。また、本判決の後の、実務面の進捗についても注に付す²⁷⁾。

5.5 小 括 —— 本判決の検討を兼て

本判決（〔J10-2〕東京高判平 30・11・28）と、原判決（〔10-1〕東京地判平 30・4・19）が、それぞれ援用する判例や裁判例を対比すると、本判決には、2つの最高裁判決が援用されているという特長がある。

「昭和 45 年最高裁」は、船舶海上保険契約につき、B to B であれ B to C であれ、変更認可の有無にかかわらず、約款免責条項の強行法規や公序良俗に違反しない合理的な変更は、私法上有効だと判示した。これをうけて、「平成 5 年最高裁」最判 2 小平 5・7・19 は、普通預金契約のキャッシュカード取引につき、免責約款の解釈にあたり、合理性のある限定文言を付加して、当該免責約款を合理的に限定解釈することができることを判示した。

〔J7-2〕福岡高判平 28・10・4 は —— 原判決（〔10-1〕）が援用する〔J6-1〕東京地判平 28・5・18 も含めて —— 預金契約につき、「定型の取引約款」（改正民法 548 条の 2 第 1 項柱書きがいう「定型取引約款」）による契約であり、変更条項の有無にかかわらず、個別合意なくして合理的な範囲で約款変更ができるとし、これは、契約上当然に予定されている法理だとしたうえで、いわゆる暴排条項を追加して、預金契約を解約することが、信義則違反ないし権利の濫用に当たるとはいえないと判示したのであった（本稿 4.1, 4.3 参照）。

〔J5-1〕東京地判平 27・1・16 は、本判決（〔J10-2〕）と同じく、携帯電話利用契約の包括的変更条項に関する事案である。

この判決は、当該の約款変更について、目的にかない、「社会通念上必要かつ相当な範囲で合理的に……変更する」ものであり、「公序良俗に反することはなく」、信義則に反するともいえないとして、消契法 10 条、民法 90 条に違反しないと判断した（本稿 5.3 参照）。

さて、これまでに、本判決（〔J10-2〕）と、原判決（〔10-1〕）が援用する判例や裁判例を分析し検討してきた。

しかしながら、「約款法理は確立しているか」を我が国の判例や裁判例のなかで考察するには、まだ他に必要な判例や裁判例があるように、筆者の約款法に関する研究歴に鑑みると思われてならない。節を改めて論じよう。

（以下、次号）

注

- 1) 部会の議事録は、法務省ウェブサイトの議事録 (PDF 版) により、その略記の仕方は、以下である。
部会第 98 回会議 (平成 27 年 1 月 20 日開催) 議事録 7 頁。98 回 (H27 [2015].1.20) 7 頁と略す。
発言者の肩書は、部会議事録による。
法制審議会民法 (債権関係) 部会 http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html。(最終閲覧 2021/02/13)
- 2) 筆者の一人である吉川吉衛が修行時代において最初に取り組んだテーマが、「昭和 45 年最高裁」の判例批評であった (吉川 (衛), 1974。なお、同, 77 頁 8 行目のないをあるに訂正する)。この理論法学的研究が、同 (1973, 1978a) であり、その解釈法学としての結実が、同 (1978b, 1980) である。後者は、すなわち、吉川 (衛) (2019) 第 1 章から第 3 章までである。
- 3) 慣用にならい、東京高判平成 30 年 11 月 28 日判時 2425 号 20 頁の略記である。
- 4) 衆参両院法務委員会の議事録の略記の仕方は、以下である。
第 192 回国会衆議院法務委員会議録第 10 号平成 28 年 11 月 22 日 8 頁。192 衆法委議録 10 号 (H28 [2016].11.22) 8 頁と略す。
第 193 回国会参議院法務委員会議録第 12 号平成 29 年 5 月 16 日 22 頁。193 参法委議録 12 号 (H29 [2017].5.16) 22 頁と略す。
発言者の肩書は、委員会議事録による。
- 5) 小川政府参考人 (法務省民事局長小川秀樹)。
- 6) 浅田 (2017) (その 2) 430 頁注 195 頁も参照。
- 7) 内田貴が主張する制度的契約論については、内田 (2010) や同 (2019) 参照。筆者が、同理論を考察するものとして、吉川 (衛) (2019) 第 6 章第 3 節をみられたい。また、筆者の主張につき、詳しくは、吉川 (衛) (2019) 520-526 頁をみられたい。
- 8) 詳しくは、「定型取引」と正当な無知 (Legitime Ignoranz) を論ずる吉川 (衛) (2019) 第 7 章第 2 節をご参照ありたい。
- 9) 大審院や最高裁判所の判決は「判例」。下級審の判決は「裁判例」と記すこととする。
- 10) 星野英一のいう第 3 の法制改革期とは、「1990 年代以降、民事法の領域で抜本改正や新法の制定が続々とおこなわれ [ている]」(内田, 2011, 107 頁) ことを指す。その特徴につき、阿部裕介は、民法典の規定自体の改正が相次いだことを指摘 (同, 2019, 23 頁) している。
- 11) 横山 (2013) 12 頁、山本 (豊) (2014) 38 頁、内田 (2020a) 52 頁など参照。
- 12) 識別番号の、たとえば、[J3] という付し方は、そもそもは、吉川吉樹 (2020) に倣ったものである。かれは、法協掲載論文や、その基になった博士学位申請論文 (2005 年) 以降使用している。
- 13) 東京高判令 2・11・5 につき、さしあたり、大澤 (2021a) 参照。
- 14) 【判決のポイント】の理解につき、松田 (2021) 30 頁を参考にした。記して、謝意を表します。
- 15) 【事実】の理解につき、鈴木 (正) (2018) 12-13 頁や大澤 (2019) 4-5 頁を参考にした。記して、謝意を表します。
- 16) https://www.nttdocomo.co.jp/info/notice/pages/140714_00.html。(最終閲覧 2021/06/23)
- 17) 社会的風潮 (時代思潮) の変化に関する認識という問題は、吉川 (衛) (1981a) と同 (1986) 以降の現在に至る、筆者の研究継続のモチーフだが、1 つのまとめが、吉川 (衛) (1988) を改訂し、そのうえで韓国語に翻訳された吉川 (衛) 著, 丁 = 李訳 (1998) である。
- 18) もっとも、原審判決の当該箇所は、本判決によって、「改める。」とされた部分であること (判時 2425 号 22 頁 4 段 32 行目 ~ 23 頁 1 段 1 行目) に留意する必要があると、筆者は考えるものである。

19) 本文中で引用した「本件匿名コメント」の指摘については、村松・松尾編著（2018）143-144 頁も参照する必要がある。

20) しかも、〔J8-2〕東京高判平 29・2・22 の裁判長裁判官として、永野厚郎の氏名がみえる。

21) 本件事案における約款変更の経緯をみてみよう。野田宏調査官の記すところによれば、主務大臣変更認可の申請をしなかった理由は、記録によっても明らかでない（野田，1971，1091 頁注 1）。事実を追うと、昭和 8 年（1933 年）に、同約款が制定された当初は、戦争危険に関連なく起こり得る襲撃、捕獲、拿捕、抑留について保険者が免責されることを示すとともに、イギリスの例にならい襲撃等が海賊行為による場合には免責されないことを示すものであった。しかしその後、昭和 11 年（1936 年）7 月のスペイン内乱勃発にともない、イギリスで海賊行為をも免責事由とする約款改正が行われたので、我が国でもこれに準ずるために、該当保険会社の構成する船舶保険協同会は、昭和 12 年（1937 年）11 月 26 日の第 110 回月例総会で、同年 12 月 1 日から、約款 3 条 2 号中の括弧書部分を抹消して契約することを申し合わせた。「それ以後約 20 年間の括弧書を抹消した約款がわが国の海上保険契約において例外なく使用されて来た」（「昭和 45 年最高裁」第一審 東京地判昭和 38・9・2 判時 349 号 64 頁）のである。

なお、本訴提起後の昭和 33 年 8 月に、約款 3 条 2 号中「又ハ抑留」の「又ハ」を削り、抑留の次に「又ハ海賊行為」を加える変更の認可申請がなされ、昭和 34 年 3 月 12 日にその認可があった。さらに、昭和 40 年 4 月 1 日の改正約款も、ほぼ同様に「襲撃・だ捕・捕獲・抑留又は海賊行為」を免責事故と定めたのであった（野田，1971，1091 頁注 1）。

22) 我が国で、銀行カードが導入されたのは昭和 44 年（1969 年）であり、同 48 年（1973 年）には、総合口座取引をオンラインのカード・システムで行うことが可能となり、同 51 年（1976 年）10 月に全国銀行協会（以下「全銀協」という）は「CD カード規定試案」を公表した。同 55 年（1980 年）には同一業態間で提携が開始された。川田（1993）13 頁、河上（1996）89 頁、同（2001）89 頁、後藤（紀）（1997）216 頁参照。

23) 内田委員（法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与内田貴）。

24) 本文中で、改正民法 548 条の 4 第 1 項 1 号の具体例として、〔J3-3〕最大判昭 34・7・8 を掲げることが「常に」というのは、筆者の一人である吉川吉衛が、たとえば同著（吉川（衛），2019，385 頁注 87，398 頁注 196）や同稿（同，2021a，140 頁）で、そのことを指摘しているからである。なお、同（1976b）を参照されたい。

25) 川添（1960）133-135 頁も参照。

26) キャッシュカード取引の我が国における導入と、本判決当時までに至る経緯について、本稿注 22 をみられたい。

さて、キャッシュカード取引に関する本件免責約款の法律構成について、普通預金取引の払戻しの場合の免責約款と同様に、民法 478 条の債権の準占有者に対する弁済の規定を根拠としカード規定が具体化したものだとする見解がある（岩原，1990，38 頁、宮川，1990，93 頁、杉田，1994，47 頁。なお、山川（一），1995，17 頁もみられたい）。

しかし、カードによる払戻しは、対面ではない。つまり、銀行が相手方の挙動等も見て預金者だろうと信頼して支払うという民法 478 条が予定する場面がないので、本件免責約款によって創設的に免責の効力が認められるという見解がある（伊藤，1990，76 頁、西尾，1993，26 頁、山本（豊），1994，9 頁、後藤（紀），1997，216 頁）。

もっとも、「平成 5 年最高裁」は、民法 478 条との関連には言及していないので、法的根拠については学説に任せたものだとする見解がある（長尾，1994，48 頁）。長尾治助は、本判決は、免責約款を適用

して預金者に損失を全部負担させたものであり、将来の変更を期待する(同, 50頁)と言う。

桶舎(1992)は、原審(東京高判平1・7・19)につき、「約款」と「特約」の法理論的区別という観点から、批判的に検討している。また、藤田(1994)は、結論はともかく、原審の理由付けには問題があるとして、詳細に検討している。

さらに、本判決(「平成5年最高裁」)につき、野村(1993)は、「カードの利用と免責約款」という観点から比較法も含め論じている。また、佐藤(岩)(1994)は、CD支払いシステムにおける銀行の注意義務の法的位置づけという観点から、詳細に検討している。

27) 「平成5年最高裁」判決の後、実務面で進捗がある(林部, 1995, 39頁、林部・菅原, 2000, 25頁参照)。セキュリティ面での改善がなされた。カードの「ゼロ暗証方式」と、暗証番号の「暗証ホスト照合方式」に変更された(川田, 1993, 17-18頁)。

また、本件免責約款は、カードが偽造の場合にも免責され得るような文言であり、顧客保護の観点から問題視されていた。この点、全銀協は、平成6年4月15日にカード規定試案を改正し、「ただし、この払戻しが偽造カードによるものであり、カードおよび暗証の管理について預金者の責めに帰すべき事由がなかったことを当行が確認できた場合の当行の責任については、この限りではありません」(同試案10条2項ただし書)という文言を追加した(金融法務事情1410号42頁参照)のであった(現行のカード規定試案については、全国銀行協会、平成17年10月6日『「カード規定試案」の改正、『預金の不正な払戻しへの対応』等について』がある。<https://www.zenginkyo.or.jp/news/2005/n2797/>(最終閲覧 2021/06/17))。

これにつき、前進だとの評価がある(後藤(紀), 1997, 217頁)反面で、規定の仕方に検討の要があり(杉田, 1994, 47頁)、疑問が残る(尾島, 1995, 139頁)との指摘がある。

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.
- Akerlof, George A. (1984) The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism, in AN ECONOMIC THEORIST'S BOOK OF TALES: ESSAYS THAT ENTERTAIN THE CONSEQUENCES OF NEW ASSUMPTIONS IN ECONOMIC THEORY, Cambridge University Press, 1984, pp. 7-22 (ジョージ・A. アカロフ(幸村千佳良=井上桃子訳)『ある理論経済学者のお話の本』第2章(ハーベスト社, 1995年)).
- Flume, Werner (1975) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft*, 2. Aufl., Berlin Heidelberg NewYork: Springer-Verlag.
- (1992) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft*, 4. unveränderte Aufl., Berlin Heidelberg NewYork: Springer-Verlag.
- Kötz, Hein (1974) *Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?*, (dargestellt an Beispielen aus dem Kauf- und Werkvertrags- sowie dem Maklerrecht), in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Hamburg 1974, Bd. I (Gutachten) Teil A, S A 5-A 100, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- (2003) Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS, 2003, SS. 209-214.

Saleilles, Raymond (1901) *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris.

Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether (1982), *AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 4. Aufl., Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG.

邦文

浅田隆（2017）「定型約款——銀行取引を念頭に（その1, その2）」債権法研究会編『詳説 改正債権法』金融財政事情研究会, 373-400 頁, 401-434 頁。

阿部裕介（2019）『『第三の法制改革期』の民法学』『法律時報』第 91 卷第 9 号 23-29 頁。

池田悠太（2020）「事実的基礎としての意思とその法的構成——サレイユ民法学における法学的なもの（1）-（10・完）」『法学協会雑誌』第 137 卷第 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 卷第 2 号 439-538 頁, 第 3 号 630-713 頁, 第 4 号 715-806 頁, 第 5 号 937-1024 頁, 第 6 号 1069-1163 頁, 第 7 号 1263-1353 頁（2021 年）。

石井照久（1957）『普通契約条款』勁草書房。

石川博康（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。

伊藤進（1990）「真正のカードと正しい暗証番号による不正の現金引出と銀行の免責」『私法判例リマークス』第 1 号 74-78 頁。

岩原紳作（1990）「キャッシュディスペンサーによる無権限者への支払と銀行の免責」『判例評論』第 375 号 33-42 頁。

内田貴（2000）『契約の時代 日本社会と契約法』岩波書店。

——（2010）『制度的契約論 民営化と契約』羽鳥書店。

——（2011）『民法改正——契約のルールが百年ぶりに変わる』ちくま新書（筑摩書房）

——（2019）「契約責任の将来像——債権法改正過程から見えたもの」瀬川信久＝能見善久＝佐藤岩昭＝森田修編『民事責任法のフロンティア』有斐閣, 117-144 頁。

——（2020a）『改正民法のはなし』民事法律協会。

——（2020b）『民法Ⅲ [第 4 版] 債権総論・担保物権』東京大学出版会。

梅村悠（2020）「商事判例研究 3388 転落事故の重過失免責と保険金給付の履行期が争われた事例」『ジュリスト』第 1548 号 86-89 頁。

遠藤美光（1996）「真正キャッシュカードによる不正払戻と免責約款による免責」『ジュリスト』第 1095 号 194-197 頁。

大澤彩（2019）「携帯電話利用契約における変更条項および契約内容変更をめぐる若干の考察」『NBL』第 1151 号 4-10 頁。

——（2021a）「オンラインサービス利用規約における条項の『不明確』性について——モバゲー利用規約判決の検討」『NBL』第 1193 号 4-12 頁。

——（2021b）「<特集>民法と消費者法 4 『定型取引』概念誕生による約款・不当条項規制の変容と今後（序論）」『消費者法研究』第 9 号 111-139 頁。

——（2021c）「日本私法学会シンポジウム資料 転換期の民法・消費者法 4 取引の『定型化』と民法・消費者法の役割——『定型取引』概念導入後の契約内容規制」『NBL』第 1199 号 32-41 頁。

大村敦志（2020）「債権法改正の『契約・解約法』観」同『民法のかたちを描く 民法学の法理論』東京

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

- の個別化・集団化の進展と民法」『NBL』第 1199 号 6-15 頁。
- 笹本幸祐（2021）「転落の重過失、保険金支払期限」『保険事例研究会レポート』第 339 号 12-26 頁。
- 佐藤岩昭（1994）「預金者以外の者が真正なキャッシュカード及び暗証番号を用いて現金自動支払機から預金の払い戻しを受けた場合と銀行の免責」『判例タイムズ』第 855 号 27-32 頁。
- 潮見佳男（1996）「序説Ⅶ普通取引約款」谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）』有斐閣，166-215 頁。
- （2006）「序説Ⅷ普通取引約款」谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）〔補訂版〕』有斐閣，173-224 頁。
- 消費者庁消費者制度課編（2019）『逐条解説 消費者契約法〔第 4 版〕』商事法務。
- 新堂幸司（2019）『新民事訴訟法〔第 6 版〕』弘文堂。
- 杉田雅彦（1994）「預金者以外の者が真正なキャッシュカードを使用し、正しい暗証番号を入力して現金自動支払機から預金の払戻しを受けた場合、カード取引規定の免責約款により銀行は免責されるとされた事例（平成 5 年度主要民事判例解説）」『判例タイムズ』第 852 号 46-47 頁。
- 鈴木仁史（2017）「反社対応に関する注目すべき最近の 2 つの最高裁決定——暴排条項の追加変更および犯罪歴の検索結果削除」『金融法務事情』第 2071 号 6・7 頁。
- 鈴木正人（2018）「消費者契約法と約款変更における課題——大手通信会社事件の分析」『銀行法務 21』第 830 号 12-19 頁。
- 田高寛貴＝熊谷士郎＝伊藤栄寿＝高秀成＝谷江陽介＝滝久範（2017）「学界回顧 2017 民法（財産法）」『法律時報』第 89 巻第 13 号 69-92 頁。
- 武田直大（2019）『不当条項規制による契約の修正』弘文堂。
- （2021）「合意による約款の変更（1-2・完）」『阪大法学』第 70 巻第 5 号 811-858 頁 [55-102 頁]、第 6 号 1305-1352 頁 [19-66 頁]。
- 谷川久（1972）「普通保険約款変更の効力」『ジュリスト増刊 商法の判例 第二版』243-247 頁。
- 筒井健夫・村松秀樹編著（2018）『一問一答・民法（債権関係）改正』商事法務。
- 長尾治助（1994）「キャッシュカードの不正使用と銀行の免責」『私法判例リマックス』第 9 号 47-50 頁。
- 西尾信一（1993）「キャッシュカードの不正使用と免責約款による免責」『判例タイムズ』第 824 号 25-26 頁。
- 西島梅治（1972）「(判評) 船舶海上保険において主務大臣の認可なしに変更された普通保険約款の拘束力」『民商法雑誌』第 65 巻第 6 号 977-986 頁。
- 野田宏（1971）「99 船舶海上保険において主務大臣の認可なしに変更された普通保険約款の効力」『最高裁判所判例解説：民事篇 昭和四十五年度（下）』法曹会，1079-1093 頁。
- 野村豊弘（1993）「コンピュータを利用した銀行取引と銀行の免責約款——最二小判平 5.7.19 を中心に——（特集Ⅰ キャッシュカードの不正使用と金融機関の免責 2）」『金融法務事情』第 1369 号 9-13 頁。
- 秦光昭（1994）「現金自動支払機による預金の支払と銀行の免責」『NBL』第 538 号 44-48 頁。
- 林部實（1995）「第 1 章 預金・為替・付随業務 9 キャッシュカードの不正使用と銀行の免責（戦後 50 年特集 戦後金融判例 50 選）」『金融法務事情』第 1433 号 38-39 頁。
- 林部實・菅原抱治（2000）「第 1 章 預金・為替・付随業務 10 キャッシュカードの不正使用と銀行の免責」『金融法務事情』第 1581 号 24-25 頁。
- 藤田友敬（1994）「キャッシュカードの不正使用による預金払戻と銀行の免責」『ジュリスト』第 1038 号 157-160 頁。

- 堀伸夫 (2019) 「保険法・判例研究 81 免責事由『重過失』該当性と約款の変更合意の成否」『共済と保険』第 61 巻第 8 号 24-31 頁。
- マシヤド・ダニエル (2018) 「商事判例研究 3314 預金契約締結後に追加された約款の暴排条項に基づく解約」『ジュリスト』第 1521 号 134-137 頁。
- 松尾博憲 (2020) 「小特集 利用規約をめぐる東京高判令和 2・11・5 の実務への影響を読み解く 改正民法の視点から」『NBL』第 1184 号 24-26 頁。
- 松田貴文 (2018) 「46 約款一般の拘束力——約款による意思の推定」『民法判例百選Ⅱ 債権 [第 8 版]』(別冊ジュリスト第 238 号) 94-95 頁。
- (2020 「定型約款 (1-3・完) —— 債権法改正立法資料集成 (5)」『民商法雑誌』第 155 巻第 6 号 1232-1319 頁 [156-243 頁]、第 156 巻第 2 号 392-489 頁 [108-205 頁]、第 3 号 639-730 頁 [149-240 頁]。
- (2021) 「携帯電話の通信サービスに関する約款の変更条項についての適格消費者団体による差止訴訟」『私法判例リマックス』第 62 号 30-33 頁。
- 松本恒雄 (2017) 「平成 28 年改正消費者契約法の成果と残された課題」『現代消費者法』第 34 号 4-11 頁。
- 丸山愛博 (2020) 「包括的変更条項の不当性判断における定型約款変更規定の役割」『法学』第 84 巻第 3・4 号 498-517 頁 [164-183 頁]。
- 宮川博史 (1990) 「真正なカードと正しい暗証番号により不正に現金自動支払機から預金の払戻がされたときに、カード取引規定中の免責特約により銀行は免責されるとされた事例」『判例タイムズ』第 735 号 92-93 頁。
- 村松秀樹・松尾博憲 (2018) 『定型約款の実務 Q&A』商事法務。
- 森田修 (2020) 『「債権法改定」の文脈 新旧両規定の架橋のために』有斐閣。
- 山川一陽 (1995) 「預金者以外の者が真正なキャッシュカードを使用し正しい暗証番号を入力して預金自動支払機から預金の払戻しを受けた場合と免責約款による銀行の免責」『経理情報』第 754 号 16-17 頁。
- 山下友信 (2005) 『保険法』有斐閣。
- (2018a) 『保険法 (上)』有斐閣。
- (2018b) 「定型約款」安永正昭=鎌田薫=能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅲ 契約 (2)』商事法務, 137-171 頁。
- 山下典孝 (2020) 「〈判例研究〉生命保険契約に付帯する災害死亡給付特約における免責事由たる『重過失』該当性と保険約款変更の黙示の合意」『青山法学論集』第 61 巻第 4 号 421-442 頁。
- 山本豊 (1994) 「預金者以外の者による現金自動支払機からの現金引出しと銀行の免責」『金融法務事情』第 1396 号 7-10 頁。
- (2014) 「約款」『法律時報』第 86 巻第 1 号 30-38 頁。
- (2017b) 「改正民法の定型約款に関する規律について」深谷格=西内祐介編著『大改正時代の民法学』377-430 頁 (成文堂)。
- (2020) 「携帯電話通信サービス提供契約中の約款変更条項に対する差止請求の成否 (東京高判令平 30・11・28) (判例研究)」『現代消費者法』第 48 号 116-124 頁。
- 横山美夏 (2013) 「約款」法学教室 394 号 4-13 頁。
- 吉川吉衛 (1973) 「保険契約に対する国家規制 (1-4) —— 普通保険約款に対する許可・認可を中心として」『法学新報』第 80 巻第 10 号 1-60 頁, 第 12 号 55-122 頁 (1973 年), 第 81 巻第 8 号 97-147 頁, 第 9 号 37-90 頁 (1974 年)。

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

*** 特集・シンポジウム・討論**

- 特集（2021）後藤卷則＝原田昌和＝山城一真＝大澤彩＝三枝健治＝石川博康「〈特集〉民法と消費者法」『消費者法研究』第 9 号 1-224 頁。
- シンポジウム（1992）星野英一＝岩城謙二〔司会〕/〔報告〕野村豊弘＝河上正二＝広瀬久和＝内田貴＝岩城謙二＝星野英一「シンポジウム/ 現代契約法論 —— 約款・消費者契約を機縁として」『私法』第 54 号 3-125 頁。
- シンポジウム（2021）後藤卷則＝原田昌和＝山城一真＝大澤彩＝三枝健治＝石川博康「日本私法学会シンポジウム資料 転換期の民法・消費者法」『NBL』第 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 巻第 1 号 394-369 頁 [129-154 頁]。

韓国語

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

A Preliminary Overview of the Principle of Standard Contract Terms in Case Law : Research of the Tokyo High Court Decision of 28 November 2018 (1)

Kichie Yoshikawa and Kiyotaka Fukunaga

Summary

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

The authors (Kichie Yoshikawa and Kiyotaka Fukunaga) argue that this decision can be supported. This is based on the results of examining many cases (Supreme Court decision of 24 December 1970; Fukuoka High Court decision of 4 October 2016; Tokyo District Court decision of 16 January 2015; Supreme Court decision of 19 July 1993, etc.)