

改正民法関連規定から検討する 有効な「同意取得」方法とは

——省庁の見解・動向をふまえて

弁護士・ニューヨーク州弁護士。CrossOver法律事務所所属。大手法律事務所、上場会社・非上場会社、官公庁での執務経験があり、これらの経験を活かしてベンチャー企業や新規事業における規制対応や制度構築を多く手がける。

吉川翔子
Yoshikawa Shoko

利用規約への同意をどのように取得すべきか、改正民法の定型約款に関する規定や消費者契約法等に触れながら、実務的な観点から考察する。また、利用規約の変更に際しての同意の再取得や近時の消費者庁における利用規約をめぐる議論についても解説する。

I はじめに

利用規約は、事業者と多数の相手方（消費者であることが多いが、法人を含む他の事業者が相手方であることもある）との間に画一的な契約内容で契約を成立させる手段としてさまざまな業態で利用されている。利用規約への同意の取得は、まさに当該事業者にとって自社サービスを提供する入口となる行為であるわけだが、本稿では、改正民法で追加された定型約款に関する規定や消費者契約法等に触れながら、実務的にどのように考えるべきかを考察する。

II 改正民法の定型約款

1 定型約款規定の創設

契約の成立には申込みの意思表示とそれに対する承諾が必要となるのが原則である。当事者間で個別に締結される契約では、通常、契約締結までに契約条件についての交渉が行われ、合意に達したら契約が締結されるため、相手方は当然に契約条件を認識したうえで契約を締結していることになる。

しかしながら、利用規約が用いられる場合、契約条件はあらかじめ当該サービス等を提供する事業者が定めており、交渉によって変更する余地は基本的にはない。

従前の民法は、契約の成立について、申込みと意思表示に関する規定を中心としてお

り、このような規約を用いた場合の契約についての規定は存在していなかった。

もっとも、こういった規約、つまり約款を用いた契約は、現代においては、多数の相手方に同一のサービスを提供する企業においては幅広く用いられている。しかも、多くの相手方は利用規約の内容の全部または一部を認識することなくサービスの利用をしているケースが多い。この場合、相手方が当該利用規約に拘束されるといえるだけの相手方の合意の意思表示が存在したのか疑義が生じてしまう。そこで改正民法は、「定型約款」に関する規定（民法548条の2～548条の4）を新設し、約款を用いた契約についての法的効果を明示した。

2 「定型取引」および「定型約款」

改正民法では、「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であって、その内容の全部また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「定型取引」とし、「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「定型約款」と定義している（民法548条の2第1項）。

より詳細に検討してみると、定型約款に該当するためには、まず「定型取引」でなければならない。定型取引の要件は①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ることと、②その内容の全部または一部

が画一的であることがその双方にとって合理的なものであることである。②の要件は、定型約款によって契約内容を画一的に定めることについて、契約締結過程において相手方がその内容の変更を求めずに（契約交渉が行われずに）契約締結まで至ることが当事者双方にとって合理的であることを求めている。ここでいう「合理的」とは、当事者の一方の主観的な利便性を意味するものではなく、その取引の客観的態様をふまえつつ、その取引が一般的にどのようなものと捉えられているかといった一般的認識を考慮して、相手方が交渉を行わず一方当事者が準備した契約条項の総体をそのまま受け入れて契約締結に至ることが合理的である場合を指すとされている¹。

したがって、たとえば、事業者が自社で準備している契約書ひな形を相手方に交渉のたたき台として提示した場合、結果としてひな形のままで契約締結がなされたとしても、当該契約は個別の交渉を行ったうえで契約内容を決定し契約締結を行うことが前提となっていると解されるため、定型取引には該当しない。あくまで契約の実態を考慮するものであるので、契約書の名称や相手方の属性だけで判断することはできないが、一般的には消費者と事業者との契約には定型取引に該当するものが多いといえ、当該定型取引のために準備された利用規約は定型約款に該当する場合が多いといえるだろう。

3 組入要件

ある取引が定型契約に該当する場合において、改正民法下では、定型取引を行うことを合意した者は、①定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき、または②定型約款を準備した事業者があらかじめその定型約款を

契約の内容とする旨を利用者に表示していたときには、個々の定型約款の条項を認識していなかったとしても、定型約款に記載される個別の条項に合意したとみなされる（民法548条の2第1項）。この①、②は定型約款が契約の内容となるための条件であり、「組入要件」と呼ばれる。なお、約款が契約内容となるためには、組入要件の充足の前に「定型取引を行うことの合意」（定型取引合意）が必要となるが、定型取引合意は約款を認識して了承する合意とは異なる概念である。具体的にいえば、たとえばオンラインショッピングにおいてある商品を注文し、当該注文が確定した場合、当該利用者は定型取引を行う合意はしていたことになる²。ただし、当該利用者に約款を適用できるようにするためには別途組入要件を充足する必要がある。

2つの組入要件の違いとしては、①は相手方と合意することが必要とされるが、②は事業者から相手方に表示をすることで足りる。なお、②の場合については、定型約款自体を表示することは求められていない点には注意を要する。

上記のとおり、①は相手方が定型約款の個別の条項を認識したうえの同意でなくても構わないし、②は定型約款自体の表示が組入要件となっているわけではない。そうすると、相手方にとっては定型約款の内容がわからないまま契約をせざるを得ないことになりかねない。そこで民法は、当該定型約款を準備した者（以下「定型約款準備者」という）に対して、定型取引合意の前また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表示する義務を課している（民法548条の3第

¹ 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」（2021年8月改訂）25頁。

² 前掲注1・27頁。

1項)³。そして、定型取引合意の前に事業者が定型約款の内容の表示を拒んだときは、原則として民法548条の2第1項の適用はなく、定型約款を契約の内容とすることはできない。

なお、組入要件をすべて充足して、定型約款の各条項が契約内容となる場合であっても、改正民法は「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一条第二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」と定めている（民法548条の2第2項）。定型約款が用いられる場面においては、通常相手方がその隅々まで吟味して理解してから契約することは稀なため、あらかじめこのような制限をかけているのである。

そのほかにも、消費者契約法等の個別法において無効等と定められている内容を含む条項⁴が当該個別法によって無効や取消し等の対象となることは当然である。特に消費者契約法10条は「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（第一要件）であって、民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの（第二要件）は、無効とする」（括弧内は筆者による挿入）と定めており、契約条項が無効となる場合についての包括的なルールを定めている⁵。

Ⅲ 組入要件をふまえた実務的な同意の取得方法

以上が定型約款に関する法的な説明となるが、実務上、利用規約についてどのように同意を取得するのが望ましいのか、以下検討を加える。

たとえば、オンラインショッピングやアプリベースのサービスといった電子的に提供されるサービスの利用規約においては、「利用規約に同意する」といったボタンを押すことを利用開始時や会員登録時に要求されることが多い。これは、組入要件①を充足しようとするものである。組入要件①を充足しようとする同意の取得方法については、他にも「利用規約に同意する」という項目にチェックを入れさせたくて利用者登録を完了させるものや、登録完了のボタン自体に利用規約への同意機能を付加しているもの等がある。チェックボックスにチェックを入れるという行為は利用者自身に利用規約に同意するための行為を、登録を完了させるための行為とは別途要求する点でより丁寧な同意の取得方法といえるだろう。

なお、利用規約への同意機能を登録完了ボタンに組み込む際には、当該機能が組み込まれていることが利用者にとり認識されるべき態様であることが必要であり、たとえば、「利用規約に同意したうえで登録する」とボタン自身に大きく書かれている場合には疑義が生じることはほぼないと思われるが、「登録する」と大きく書かれたボタンの下に小さな文字で「利用規約に同意の上登録ボタ

³ ただし、すでに定型約款を記載した書面を相手方に交付していた場合、または定型約款を記録した電磁的記録を相手方に提供していた場合には、かかる義務は免除される。なお、電磁的記録で相手方に提供する場合、相手方がそのデータを管理し、自由にその内容を確認できる態様で提供されなければならないため、事業者のウェブサイトで表示していただけた場合やメール等で利用規約が掲載されているウェブページのリンクを貼って送っただけでは民法548条の3第1項の義務は免除されない一方、メール本文に利用規約に記載して送付したり、利用規約のPDF等をメールで送付していた場合には免除されることになる（参考：第193回国会参議院法務委員会会議録13号33頁、佐々木さやか委員発言、小川政府参考人発言）。

⁴ 詳細は割愛するが、消費者契約法では8条から10条に無効となる条項が定められている。

⁵ 消費者庁ウェブサイト「消費者契約法 逐条解説（平成31年2月）」162頁。

ンを押してください」と書かれているような場合には、利用者が本当に同意したか疑義が生じてしまう可能性があるため、基本的には避けるべきだと思われる。

なお、「本サービスを利用することにより利用規約に同意したものとみなされます」との文言を利用規約自身に入れることによって、利用規約を適用させようとする例も見られるが、組入要件が明確化された現在では、組入要件を満たしていないのであれば、こういった利用規約内の文言によって同意は取得できていないと考えるべきである。

一方で、会員登録画面等において「当サービスのご利用には当社の定める利用規約が適用されます」といった表示がなされており、特段同意ボタン等がない場合もあり、これは組入要件の②に該当する。

なお、②における「表示」は、取引を実際に行おうとする際に相手方に対して個別に面前で示されていることを要し、定型約款準備者のウェブサイトなどで一般的にその旨を公表しているだけでは足りない⁶とされているため、たとえばアプリ内のサービス案内やQ & Aにこのような表示がなされているだけでは不十分である。また、会員登録画面等で表示を行うとしても、小さな字でかなりスクロールした先に書かれている場合等は②の組入要件における「表示」がなされていないと判断される可能性もあるため、このような表示は利用者の不意打ちにならないように目立つようにしっかりと記載すべきである。文字のサイズを大きくしたり、色を変えて表示をすることも一案であろう。

なお、既述のとおり、組入要件①でも②でも利用規約自体を同意取得の際、あるいは表示の際に認識できるようにしておく必要はな

いが、利用規約は組入要件を満たせば契約内容となるものであることからすると、事業者としては、利用規約は積極的に見せておくことが望ましいだろう。オンラインの場合では、利用登録等の画面で利用規約を全文表示するもの（さらに細かく分ければ、全文スクロールしないと次の画面に進めないものもあれば、全文を確認しなくても次の画面に進めるものもある）、利用登録等の画面内に利用規約へのリンクが示されているもの等が代表的である。

以上をふまえると、実務的には、利用規約を全文確認させたくうえでチェックボックスにチェックを入れる等利用規約への同意と利用登録等を別個にやるやり方から利用規約が適用される旨の表示を行うだけの場合まで改正民法下で組入要件を満たすなかにおいてもさまざまなバリエーションが考えられる。このようなバリエーションのなかでどれを採用するかは自社のサービスの内容を考慮して決めるべきであろう。丁寧な同意取得は望ましいが、申込み過程までが面倒であれば途中で申込みを諦めてしまう利用者も出てしまうため、必ずしも丁寧な同意取得がビジネス的に正解とは限らない。

たとえば、フィンテック系サービスや医療系サービスのような利用者のプライバシーや財産に大きく関わるものについては、丁寧な同意取得を行うべきだろう。さらにいえば、こういったサービスにおいては、組入要件を超えて、特に重要な事項については利用規約への同意取得とは別個に注意喚起の表示を行ったり、利用規約自体を表示するなかで重要事項については太字や字の色を変えておくといったことまですることも考えられる⁷。

一方で、たとえば、定期的に利用者に情報を届けるだけの無料のメルマガのようなサー

⁶ 前掲注1・28頁。

⁷ 日本の利用規約においては、特定の条項について特に強調した表記を行うことはあまり多くないが、アメリカ等では、重要な条項についてはすべて大文字表記を行う等して強調している例は多い。

ビスであれば、「本サービスのご利用には当社の利用規約が適用されます」といった表示を行うだけにするといった利用者の負担が少ない方法で組入要件を満たせば十分であろう（ただし、組入要件はこれで充足できるが、上記のとおり、この場合であっても、利用規約のリンクは同一画面に貼り付けておくほうが望ましいであろう）。

IV 利用規約の変更

改正民法においては、定型約款の変更に関する規定も設けられている。契約の基本原則からすれば、相手方の同意なくして一方的に契約内容の変更をすることはできない。しかし、この原則を貫くとすると、利用規約を変更するたびにすべての相手方から同意の取得をとらなければならない。オンラインを用いたサービスであれば、利用規約の改訂が行われたことを通知し、「(改訂後の)利用規約に同意してサービス利用を続ける」といったボタンを押してもらうことも可能であろうが、店頭でのサービス等においては必ずしも全員から同意の再取得をすることは容易ではない。

そこで、改正民法は、①定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき、②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およ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のいずれかの場合には、個々の相手方との同意を要せずに定型約款を変更することができるとしている（民法548条の4第1項1号および2号）。

なお、定型約款の変更をする際には、その効力発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨および変更後の定型約款の内容なら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（民法548条の4第2項）。②の場合、考慮要素の1つに「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」がある（民法548条の4第1項2号）ことから、今後、事業者としては利用規約に「本規約は民法548条の4第1項の定めに従って、今後変更を行う可能性があります」といった規定を入れておくことは必要な対策であろう。

このとおり、民法548条の4第1項は個別の同意をとらずに変更後の利用規約をすべての相手方に効力を及ぼすことができるが、変更できる範囲に制限がある。したがって、本条によって変更可能な範囲を超える可能性のある変更の場合には、改めて利用規約への同意を全員から取得するという方法も考えるべきであろう。

ただし、本条の規定による変更の場合は、変更への個別の同意が不要なことから効力発生日に全相手方に対して効力を及ぼすことができるのに対し、個別同意を試みる場合には、相手方が自社のサービスをあまり利用していない等の理由でなかなか同意ボタンを押してくれない場合等には、当該相手方には変更の効力を及ぼすことができず、相手方ごとに変更後の利用規約の効力発生日が異なってしまうことになる。このことは顧客管理上問題になり得るものであることから⁸、事業者としてはやはりまずは民法548条の4第1項による変更を考えるべきであり、民法548条の4第1項で認められる範囲を超えた変更を行わざるを得ない場合に個別同意の道を探る

⁸ たとえば、サブスクリプションのような月々課金するようなサービスにおいて料金改定を行い、個別同意の道を選択した場合、一部の利用者が同意を行わなかった場合、当該利用者に対しては従前の料金を課金する必要があり、2つの料金体系を顧客ごとに管理しなければならない事態が生じてしまう。

のがよいと思われる⁹。

V 利用規約の同意に関する最近の消費者庁の議論

消費者庁の消費者契約に関する検討会では、消費者契約に関するさまざまな検討がなされており、そこでは利用規約をめぐる議論もされている。

前記のとおり、組入要件を充足するためには必ずしも利用規約自体を相手方に提示することが必要なわけではない。そして、そのための手当として、改正民法は相手方が求めた場合には利用規約を表示させる義務を定型約款準備者に課している。しかしながら、定型約款準備者にこのような義務が課されていること自体を一般の消費者は知っていることは少なく、また、消費者と事業者との情報格差からすれば消費者が事業者に求めなくても利用規約を確認できることが望ましい。

こういった観点から2018年の消費者契約法改正に際し、衆参両院の消費者問題に関する特別委員会において、それぞれ「消費者が事前に消費者契約の条項を容易に知ることができるようにするための契約条項の開示の在り方についても検討を行うこと」（衆議院）、「消費者が消費者契約締結前に契約条項を認識できるよう、事業者における約款等の契約条件の事前開示の在り方について、消費者委員会の答申書において喫緊の課題として付言されていたことを踏まえた検討を行うこと」（参議院）とする附帯決議がなされた¹⁰。

これをふまえ、検討会における議論では、消費者契約法を改正して、消費者に定型約款

の開示請求権があることを情報提供する義務を事業者に対して課す案や消費者契約法に定める差止請求権の実効性を確保するために、消費者（定型契約の相手方）のみならず、適格消費者団体にも消費者契約の条項（定型契約が消費者契約にあたる場合は、定型約款はこれに該当することとなる）の開示請求をすることができる旨を定めること等が検討されている¹¹。

なお、本稿では取り上げないが、同検討会では不当条項に何が含まれるかについての議論も行われている。これらの検討結果が法改正につながる可能性もあるため、今後も注視していく必要がある。

VI おわりに

利用規約の同意の取得については、改正民法の定型約款の規定により、従前よりも組入の可否が明確になった。しかしながら、法的に相手方に利用規約を適用できるか否かという観点だけではなく、企業のレピュテーション保持や相手方とのトラブル防止という観点からは、事業者はより積極的にわかりやすい説明をしていくことを考えるべきであろう。

特に、利用者の財産や生命、プライバシーといった重要な権利に関わるようなサービスである場合には、本稿で記載したとおり、組入要件にだけとられるのではなく、表示する文字の大きさや色、表示する場所等にも気を配ることも重要である。

⁹ この点、「何月何日以降も本サービスを使うことで改訂後の利用規約に同意したものとみなされます」といった通知を行うことで同意を擬制することも考えられるが、消費者契約法10条が第一要件の一例として「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」をあげていることからすると、第二要件の充足性も考慮しつつ、その有効性について慎重に判断する必要がある。

¹⁰ 消費者庁「消費者契約法改正に向けた専門技術的側面の研究会報告書」（2019年9月）43頁。

¹¹ 消費者庁「第16回消費者契約に関する検討会（2021年4月2日）」資料1「消費者契約の条項の開示について」。