

民法（債権法）改正と約款法理

- 消費者契約の「一般化」・「統合化」と約款規制の導入に関する一考察 -

工藤 裕幸

(プロミス株式会社 リスク統轄部 次長)

《目 次》

第一章 序論

第二章 現行民法の構造と問題点

第一節 予備的考察

第二節 民法改正の動き

第一款 改正検討委員会

第二款 改正研究委員会

第三節 民法における「人」概念

第四節 約款の性質

第五節 小括

第三章 「一般化」・「統合化」と消費者取引

第一節 消費者契約法と民法

第一款 消費者法制と消費者契約法の制定

第二款 消費者契約法における「人」概念

第二節 基本方針における消費者契約法の
取扱い

第三節 小括

第四章 約款における不当条項規制

第一節 消費者契約法と不当条項規制

第二節 基本方針の約款規制構造

第一款 約款の定義と組入れ要件

第二款 約款及び消費者契約に共通の不当
条項リスト

第三款 消費者契約に関する不当条項リス
ト

第三節 補充的考察

第四節 小括

第五章 結語

参考文献リスト

第一章 序論

近時、民法改正を巡る議論が活発である。民法改正を巡っては、法務省が2006年、債権法の抜本的見直しに着手すると公表したことを受けて、民法学者を中心とする民法（債権法）改正検討委員会（以下、改正検討委員会という）が私的研究会として設置され、2年半に及ぶ検討の成果を2009年4月に「債権法改正の基本方針」（NBL904号¹、以下、基本方針という）として公表した。

一方、改正検討委員会に先立つ2005年10月には、やはり民法学者を中心とした民法改正研究会（以下、改正研究会という）が、こちらも私的研究会として発足し、2008年10月の私法学会シンポジウムにおいて「日本民法改正試案（民法改正研究会・仮案〔平成20年10月13日案〕以下、2008年10月13日案という）、2009年1月には、「日本民法改正試案・仮案〔平成21年1月1日案〕」（判例タイムズ1281号。以下、2009年1月1日案という）、「日本民法典財産法改正 国民・法曹・学会有志案」（仮案・〔平成21年10月25日国民シンポジウム提出案〕法律時報増刊。以下、2009年10月25日案という）という改正試案を公表している。

他方で、法務大臣は、2009年10月28日の法制審議会第160回会議（総会）において、民法（債権）関係の見直しに関する諮問を行った（諮問第88号）。これを受けて、法制審議会民法（債権）関係部会が設置され、本稿脱稿時点において、同年11月24日（部会長 鎌田薫委員・早稲田大学教授を選出）及び12月22日と2回の会議が開催されている。こうして民法（債権法）改正に向けた法制審議会における審議が本格始動することとなった²。なお、諮問の内容は、「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・経済への変化への対応を図り、国民一般にわかりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」というものである。

本稿では、改正検討委員会の試案である基本方針のうち、消費者契約に関する基本的なルールを民法典の規定に取り込もうとする提案について、批判的検討を加えることを試みてみた。具体的には、基本方針中、契約条項の無効に関連する不当条項リスト³を中心に検

1 基本方針の掲載は、NBL904号のほか、別冊NBL126号（2009）民法（債権法）改正検討委員会編『詳解／債権法改正の基本方針～』（商事法務、2009）に所収されているが、本稿で引用する頁は特に断りのない限りNBL904号による。

2 <http://www.moj.go.jp/SHINGI/091124-1.html>・2010/1/5 アクセス。

3 基本方針中、第3編「債権」第1部「契約および債権一般」第1章「契約に基づく債権」第2節「契約の成立」第2款「契約の無効および取消し〔契約の有効性〕」第2目「契約条項の

討を進める。すなわち、「消費者契約法の一般法化・統合⁴と約款規制の導入」といわれる部分であり、第一には、消費者契約法（2000年法律第61号）や商法（1889年法律第48号）商行為編の規定について、「一般法化」されたものを民法に取り込むほか、取引社会のルールとして重要なものを民法に「統合」することの適否であり、第二として、「一般法化」・「統合化」によって顕在化した「契約条項の無効」、いわゆる「約款における不当条項規制」導入への妥当性の検討である。

本稿執筆の契機は、企業に所属する立場から、消費者法制が基本法としての民法典に取り込まれた場合に、契約の解釈等において消費者寄りの解釈が行われる傾向が加速するのではないかという危機感からではない。むしろ、消費者法典は、民法の特別法あるいは独立の総合法典として、より一層強固な地位を確立すべきという見解のもとに、改正検討委員会の基本方針を自分なりに評価・検討したいと考えたのである。ただし、消費者は「弱者」なので「保護」すべしという視点は、すでに方向転換を迫られていると思われ、「保護」から、自立した消費者への「支援」を消費者法典がいかに関指すべきかという視点を実質的に獲得して欲しいと願う次第である。

本稿の結論を先取りするならば、私見の骨子は以下の通りである。

第一に、消費者契約固有のルールは、民法に取り込むべきではなく、消費者法典⁵として、民法の特別法としての立場を保持すべきである。その理由は、消費者法領域においては、その改正の必要が頻繁に求められることが想定され、基本ルールに限ってとはいえ、民法典に消費者法を取り込むことによって、民法の頻繁な改正が必要となるだろう。結果として基本法典としての民法の安定性を損なうこととなる反面、消費者法にとっては、民法典に取り込まれたことによって適時の改正が困難となるおそれがある。このことは、民法、消費者法双方にとって望ましい結果とはいえないのではないかと⁶。

無効」で提案されている【3.1.1.32】から【3.1.1.39】を中心に検討対象とするが、必要に応じ、消費者や約款概念の定義規定（【1.5.07】以下、【3.1.1.25】以下）、意思表示に関する消費者契約の特則（【1.5.18】以下）にも言及する。

⁴ 「一般法化」とは、改正検討委員会の定義によれば、消費者契約だけでなく法律行為一般に適用されるものとして民法で構成しなす項目であり、「統合化」とは、消費者契約に適用される規定として（消費者契約固有の規定として）民法典中に定めるものをいう。

⁵ さしあたり、現在の消費者契約法を基本に統一法典として再構成、あるいは、統一信用法制の確立を念頭においているが、現時点で筆者に具体的な構想があるわけではない。

⁶ 民法改正研究会「民法改正フォーラム 一問一答 - 全国、民法研究者の集い2・ディスカッション」法律時報81巻10号（2009）75頁。民法改正研究会（代表・加藤雅信）編『民法改正 国民・法曹・学会有志案 - 仮案の提示 [法律時報増刊]』（日本評論社、2009）22頁、56頁、90頁、97頁。

第二として、約款規制の導入そのものには一定の合理性があると考え、消費者取引と事業者間取引を画一的に峻別する技法には慎重とならざるをえない。情報の非対称性と取引能力の格差は、消費者契約に顕著に現れるが、消費者契約固有の格差と構成するのは早計である。よって、約款使用者不利の原則と不当条項リストの例示について、その意義を認めつつ、消費者契約における特則は、やはり消費者法典に規定するものとし、民法典には当該消費者法典へのリファレンス規定を設けるにとどめるべきである、というものである。

第二章 現行民法の構造と問題点

第一節 予備的考察

現行民法（1896年法律第89号）は、1896年に制定、1898年に施行され、制定から110年以上の時を経ている。また、民法には商取引や消費者取引に関する特則規定というものは存在せず、総則・物権・債権・親族・相続という5編によるパンデクテン方式を採用している。制定時から現在まで、親族編と相続編は、日本国憲法の制定（1946年制定、1947年施行）に伴って1947年に全面改訂されたが、総則・物権・債権のいわゆる財産法編については、抜本的な改正を受けていない⁷。

19世紀末に成立した民法の財産分野が、1世紀以上の長きに亘り抜本的な改正を一度も受けていないということは、これまで改正の必要がなかったという評価も成り立ちうるが⁸、改正検討委員会の事務局長で法務省参与の内田貴氏は、今般の抜本改正の理由を以下の通り説明している⁹。

第一に、民法制定当時の「人」概念の変化を挙げ、これに「商人」と「消費者」を取り込む

⁷ 2004年に条文の「口語化」が行われているが、内容面での改正には至っていない。これに対して、日本国憲法は、1946年に従前の大日本帝国憲法（1889年制定）を廃止して新憲法として制定され、刑事訴訟法（1948年法律第131号）民事訴訟法（1996年法律第109号）は新法典として全面改正を受けている。また、刑法（1907年法律第45号）は形式的には制定当時の法典を維持しているが、内容は都度修正を受けており、現在では、クレジットカードや電磁的取引に関する条文も手当されている。さらに、商法（1899年法律第48号）も制定時の形式を保持しているが、内容面での改正は著しく、破産法（2004年法律第75号）手形法（1932年法律第20号）会社法（2005年法律第86号）保険法（2008年法律第56号）がそれぞれ、商法典から独立した法律として分離した。

⁸ 改正に関する慎重論も根強く残っており（山田卓生「民法改正の必要性と必然性」椿寿夫＝新美育文＝平野裕之＝河野玄逸編『民法改正を考える[法律時報増刊]』（日本評論社、2008）6頁）改正するとしても、消費者契約に関する規定を民法典に取り込むことへの批判が寄せられている（東京弁護士会「民法（債権法）改正に関する意見書」（2008）4頁。

⁹ 内田貴「いまなぜ『民法改正』か？（下）」（NBL872号2008）72頁以下。

必要性があるのではないかという指摘である。基本方針によると、「改正民法典は、普遍的な『人』を想定しつつ、契約の目的との関連で現れる『人』の差異の側面にも留意するもの」とし、「消費者取引や事業間取引に関する私法上の特則のうち基本的なものを含むものとする」¹⁰。その上で、消費者取引に関して、消費者契約法（2000年法律第61号）の規定のうち、一般的なルールと位置づけられるものを民法の規定に定めるか（一般法化）一般法化できないにしても、取引の基本ルールとして重要なものを民法に「統合」（統合化）することを提案している。

第二は、「民法典は、誰のためにあるのか」という問題認識から、民法は市民社会の私法上の権利義務を定める最も基本的な法律であるので、「市民にとって使いやすい、つまり、読んでわかるものになっていることが必要である」¹¹としている。

第三として、多くの特別法や特則によって、多くの規律が民法典の外に形成され、一般市民にとって一覽性に欠ける状態が生じており、このような民法典の「空洞化」に対処する必要性が求められているという点である¹²。

第四には、1960年代以降、ヨーロッパを中心として国際的な契約法の統一ないしハーモナイゼーションの動きが活発化し、1990年代以降は、各国において民法典あるいは債務法の改正が行われる状況となってきたことから、債権法の中心を占める契約法分野について、「地域的・世界的統一化の傾向」を考慮すべきという視点である¹³。

¹⁰ 基本方針 10 頁。

¹¹ 内田貴『債権法の新時代 - 「債権法改正の基本方針」の概要』（商事法務、2009）6 頁以下。内田・前掲注 3・76 頁以下。

¹² 内田・前掲注 3・78 頁。

¹³ 内田・前掲注 3・78 頁以下、民法（債権法）改正検討委員会編「シンポジウム『債権法改正の基本方針』（別冊 N B L 127 号、2009）5 頁以下〔鎌田報告〕。

なお、国際的な民法（債権法）統一の動きとして、1964「有体動産の国際的売買についての統一法に関する条約」〔ULIS〕、「有体動産の国際的売買契約の成立についての統一法に関する条約」〔ULF〕（ハーグ統一売買法条約）（1972 年発効）、1974、1980 UNCITRAL「国際的物産売買における時効に関する条約」（1988.8.1 発効）、1980「国際物産売買契約に関する国連条約」〔CISG〕〔ウィーン売買条約〕（1988.1.1 発効）、1994、2004 UNIDROIT「国際商事契約原則」、2000、2003「ヨーロッパ契約法原則」〔PECL〕、2008「ヨーロッパ民法共通参照枠草案」〔DCFR〕（同シンポジウム 鎌田レジメ）。

また、各国の新しい民法典（債務法）の制定としては、ケベック民法典（1991.12.18、1994.1.1 施行）、オランダ新民法典（1992.1.1 一部施行）、ドイツ債務法現代化法（2002.1.1 施行）、フランス債務法及び時効法改正草案（2005）その他、ロシア、東欧圏、カンボジア等々を紹介している（同シンポジウム 鎌田レジメ）。ヨーロッパにおける契約法の統一化の流れについては、ユルゲン・パセドウ編＝半田吉信他訳『ヨーロッパ統一契約法への道』（法律文化社、2004）所収の各論文に詳しい。

第二節 民法改正の動き¹⁴

第一款 改正検討委員会

改正検討委員会は、2006年10月7日に発足し、5つの準備会と商行為法ワーキンググループ、準備会主査等から構成される幹事会、全委員が構成メンバーの全体会議等を組織し、審議開始からおよそ2年間は各準備会が原案作成に向けて準備を行い、2008年11月からは、各準備会が提示した改正試案を審議する過程を経て、2009年3月31日に全ての審議が終了した¹⁵。

改正検討委員会の試案である「基本方針」は、改正民法の条文そのものではなく、条文起草の前提となる基本方針を示したものであり、通し番号の振られた個々の基本方針を「提案」と称している。提案には、「提案要旨」と「解説」が付されており、「提案」の採択については、出席者の三分の二の多数決で決したという¹⁶。

基本方針の民法典中における対象領域は、民法典第三編「債権編」を中心に、必要に応じて第一編「総則編」等にも及ぶものとし（改正委員会規定1-2）、消費者法・商行為法との関係については、以下の二点を考慮している¹⁷。

第一点目は、消費者契約法や商法商行為編の規定について、その改正の要否等について検討対象に含めることである。第二点目は、消費者契約法や商法商行為編の規定について、「一般法化」されたものを民法に取り込むほか、取引社会の基本ルールとして重要なものを民法に「統合」ということである。

なお、基本方針における「事業者」・「消費者」という概念について、個々の取引の場面

¹⁴ わが国における民法（債権法）改正に係る議論の進展については、日本私法学会シンポジウム（責任者：能見善久）「民法100年と債権法改正の課題と方向」（別冊NBL51号、1998）民法改正委員会（代表：内田貴）「担保法の改正に向けて」ジュリスト1213・1214号（2001）同「抵当権法改正中間試案の公表」ジュリスト1228号（2002）同「債権法の改正に向けて - 民法改正委員会の議論の現状」（ジュリスト1228号、2006）日本私法学会シンポジウム（責任者：潮見佳男）「契約責任論の再構築」ジュリスト1318号（2006）民法改正研究会（代表：加藤雅信）「民法改正国際シンポジウム - 日本・ヨーロッパ・アジアの改正動向比較研究」ジュリスト1353号（2008）椿寿夫＝新美育文＝平野裕之＝河野玄逸編『民法改正を考える』（日本評論社、2008）日本私法学会シンポジウム（責任者：加藤雅信）「日本民法典財産法編の改正」（2008）日本私法学会シンポジウム（責任者：金山直樹）「消滅時効法の改正に向けて」（2008）民法改正フォーラム（発起人：椿寿夫・伊藤進ほか）「全国、民法研究者の集い」（2009）ほか多くの先行業績がある。

¹⁵ 改正検討委員会の設立過程や組織と構成員、編成については、内田・前掲注11・35頁以下、基本方針3-18頁を参照。

¹⁶ 基本方針3-4頁。

¹⁷ 基本方針10頁。

で評価される相対的な属性を示すものであって、「人」の固定的・絶対的な属性を示すものではなく、民法第一編「総則」の「人」の章に盛り込まれるべきものではないとし、一方で、契約法等の中においても、消費者に関する特則や事業者に関する特則をひとまとめにして配置せずに、それぞれ関連が最も深い場所に配置すべきという方針で編成されている¹⁸。

他方、基本方針の編成については、以下の六点に要約される¹⁹。

第一に、現行民法のパンデクテンシステムは維持すること、第二として法律行為に関する規定は総則編に配置したこと、第三に、債権（不動産賃借権を除く）の消滅時効に関する規定は「債権時効」という項目を立てて債権編に配置し、その他の消滅時効と取得時効に関する規定は総則編に存置したこと、第四は、債権編「第一部（契約及び債権一般）」という項目を新設して、現行法の債権総則および契約総則に関する規定を一体的に配置したこと、第五として、債権編「第二部（各種の契約）」という項目を新設して、各種の典型契約を規定し、事務管理・不当利得・不法行為の法定債権に関しては第三部「法律に基づく債権」として別項目としたこと、最後に、消費者契約に関する規定のうち民法に「統合」されるものの配置については、不当条項規制について約款規制と共に債権編「第一部」の「契約条項の無効」に関する箇所に置くこととし、「断定的判断の提供」や「困惑による消費者契約の締結」のように意思表示の効力に関する規定は「意思表示」の節に配置したとしている。

第二款 改正研究委員会

これに対し、改正研究委員会では、前章で挙げたとおり、「2008年10月13日案」、「2009年1月1日案」、「2009年10月25日案」が順次公表されており、「2009年10月25日案」からは、これまでの学者グループによる検討に加え、弁護士グループをはじめとする法曹関係者の検討と、企業法務担当者や経済団体、労働団体、消費者団体等の意見を聞きながら試案の策定を行った。

改正研究会においては、2005年10月の発足後、約半年間の準備会を経て、2006年4月29日の全体会議において、総則、物権法、債権法、不法行為（事務管理・不当利得を含む）の各分科会が設置され、条文案の作成・検討が同時並行的に多数回行われた²⁰。その後、全体会議において、各分科会から提示された条文案を検討・修正したうえで、研究会正案

¹⁸ 基本方針 10 頁。

¹⁹ 基本方針 11-13 頁。

²⁰ 宮下修一「『民法改正研究会』の活動」前掲注 6・民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学会有志案 - 仮案の提示』16 頁。

として確定して第72回日本私法学会シンポジウムで公表したのが2008年10月13日案であり、同シンポジウムで寄せられた意見を踏まえて修正を図ったのが2009年1月1日案である。その後、各種のシンポジウムやフォーラム、法曹実務家や各界との意見交換を繰り返し、2009年10月25日案が公表されているが、現在も各界との対話が継続中であるとのことである。

改正研究会代表の加藤雅信教授によると、改正研究会のスローガンでもある「国民の、国民による、国民のための民法改正」とは、民法典の現代性の回復と内容の充実、改正手続の公正性と公開性、そして国民のための民法改正という三つの視点に立脚するものであるという²¹。

加藤教授は、改正検討委員会の基本方針との比較において、2009年10月25日案の特色が以下の四点に顕れていると説く²²。

第一は、条文数の分量である。「基本方針」は、「提案」を示したにすぎず、条文数が明らかになっていないものの、近時の国際的な民事立法を意識して民法典の長大化を志向していると考えられる²³。これに対し改正研究会では、現行民法を「立法するという観点から見直してみると、条文相互の関係が考え抜かれているとはいえない箇所も一定程度存在している。そのような箇所を、内容的連関にそくして再構成すると自然に条数が減少する場所も少なくない」ため、結果として、現行民法典の財産法分野に係る条文数724条を675条に簡明化する結果となったという。

第二として、改正研究会が採用した「現行民法典の改良路線」、すなわち基本的に、問題と思われる点やわかりにくい点をなおすという視点に対し、改正検討委員会は、「日本民法の改正をヨーロッパにおける民法改正の方向と同一にしようとする志向が強いようにみられる」という点である。改正研究会においても比較法的研究は行われたが、日本民法

²¹ 加藤雅信「民法改正の歴史と課題 - 民法改正フォーラム・実務家編の開催にあたって」前掲注6・民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学会有志案 - 仮案の提示』91頁。

²² 加藤・前掲注22・86-90頁。

²³ この点、改正検討委員会事務局長の内田貴参与は、現行民法典の条文数について、「日本民法は、比較法的に見て異例なほど条文数が少ない。このため、細かなルールはすべて解釈論で補うことになり、その結果、非常に精緻な解釈論が発達した。このことは言い換えれば、法典そのものではなく、解釈論を書いてある体系書を見ないと実際のルールの内容はわからないということである。」とし、他国との比較で説明している（内田・前掲注11・12-14頁）。参考までに、フランス民法（CODE CIVIL、1804年）2488条、オーストリア民法（A B G B、1811年）1502条、スペイン民法（1889年）1976条、ドイツ民法（B G B、1900年）2385条、スイス民法（1907年）及びスイス債務法（1911年）の合計2224条、イタリア民法（1942年）2969条、オランダ民法（1970年～改訂中）5184条に対し、わが国の民法は1044条（枝番や削除による欠番を考慮せず）にすぎない。

典は、基本的に国内取引を律するものであるから、特に外国の動きを気にする必要が大きいとはいえないとの結論に至ったようである。

第三には、パンデクテン方式に対する評価の相違であるが、この点においては検討過程においてはともかく、結論において両会の決定的な見解の相違は出なかったようであり、共に現在のパンデクテンシステムを維持する内容で試案が示された²⁴。

第四は、商法、消費者法と民法典との関係をどのように取扱ったのかという点である。改正研究会においても方針は二転三転したようであるが、改正検討委員会で試みられた「一般法化」・「統合化」に類する手法は採用されなかったということである。すなわち、民法典を純粹に対等当事者間の取引を規律するものとしたうえで、必要に応じて消費者契約法等の特別法の規定が及ぶ場合があることを条文中にリファレンス規定として記載するにとどめている（たとえば、契約の無効及び取消しに関する 2009 年 10 月 25 日案 480 条 3 項）。その理由は、民法典の法的安定性を優先したということに尽きるといえよう。

第三節 民法における「人」概念

基本方針における重要なテーマの一つである消費者法制の民法への取り込み（一般化、統合化）を検討するに際し、民法典の基本的な性質に影響を与えるのが「人」概念である。民法は、近代市民社会の法として、全ての人間が自由であり、対等な立場で取引社会の当事者になるべきだという考え方に基づいて、人は自由な意思によって契約関係を形成することができ、国家はこのようにして形成された契約関係を尊重すべきであって干渉してはいけないという立場に立っている。そこでは、全ての人間を抽象的な「人」として平等に扱うことが前提とされている²⁵。19 世紀末から 20 世紀初頭にかけて完成したわが国の民法典を含む大陸法系の民法典は、権利主体としての「人」、その「財産」、および「権利」を保護するための「訴権」という三つの側面によって構成され、取引の主体としての「人」は、理性的で強く、賢い人として対等当事者として抽象的に概念されてきた²⁶。

²⁴ ただし、改正検討委員会では、債権総論と契約総論の区別をなくす、という方式が採用されており、このことは、「契約法のわかりやすさを、事務管理、不当利得、不法行為等の法定債権の見通しを悪くするという犠牲のもとに追及するものである」と加藤教授は分析している。なお、赤松秀岳「民法典体系のあり方をどう考えるか - パンデクテン、インスティトゥティオーネン、その他」椿寿夫=新美育文=平野裕之=河野玄逸編『民法改正を考える [法律時報増刊]』（日本評論社、2008）47 頁。

²⁵ 後藤巻則『消費者契約の法理論』（弘文堂、2002）225 頁。

²⁶ オッコー・ベーレンツ=河上正二『歴史の中の民法 - ローマ法との対話』（日本評論社、2001）126 頁。

しかし、「事業者」と「消費者」という観点からみると、事業者は自分が取扱う商品や消費者との間の契約に関する知識・情報において消費者より有利な立場にあり、また、知識・経験の豊富な人材を用いて交渉に当たることができるため、交渉力についても消費者より優位にある。取引の大量化・多様化・複雑化を背景にして、事業者・消費者間の知識・情報・交渉力の格差が構造的に生じ、拡大していく構図は今後も一層拡大していくであろう。

改正検討委員会では、20世紀後半以降の取引社会において、その主役は、プロとして事業を行う企業と消費者であると位置づけ、伝統的な民法の「人」概念に対し、「生身の存在として取引に登場するときの『消費者としての人』、経済合理的なプロフェッショナルとして登場するときの『事業者としての人』、それぞれをカバーできるように」²⁷分けて民法典に規定する方向を志向している。本来的に民法典が想定していた「人」とは、有産階級の合理的経済人であり、現代の取引に登場する消費者という視点は持ち合わせていなかったため、20世紀後半以降に飛躍的な拡大をみた消費者取引を考慮しない民法典は、私法の基本原則として不十分なのはとの発想である。もっとも、改正検討委員会は、消費者ルールを民法へ取り込むにあたって、頻繁に改正が行われる政策的ルールではなく、基本ルールとして確立したと評価できる部分に限って「一般化」・「統合化」を試みたという²⁸。

消費者取引の重要性を認識する考えに異論は無いが、なぜ、消費者にだけ適用するルールを民法典に取り込むのかという点については、解決を見ない。消費者契約を通じて形成された取引に関する普遍的・安定的ルールであれば、むしろ、取引一般に通用するルールとして、プロであると消費者であるとを問わずに適用可能な内容に限って民法典に規定することが志向されてもよいように思われる（一般法化で足りる）。もっとも、法制度としては、いずれの選択としても成り立ちうるわけで、改正検討委員会でもすでに検討がなされている通り、ドイツ債務法現代化（2001年）では、民法典中に消費者概念を導入し、他方、フランス民法（1804年、改正作業中）においては、消費者法典に委ねている²⁹。

抽象的で平等な「人」概念の重要性を認識しつつも、実質的な平等を確保するために、より具体的な人間像に即した法規範が模索されてきたわけであるが、抽象的人間像が期待した、「理性的で、強く、賢い人間」すなわち自由に自己の人格を展開していく責任ある強い

²⁷ 内田・前掲注 11・22 頁以下。

²⁸ 内田・前掲注 11・22 頁以下。大村敦史ほか「インタビュー『債権法改正の基本方針』のポイント - 企業法務における関心事を中心に」（NBL916号、2009）30-31 頁〔大村発言〕。

²⁹ 内田・前掲注 9・72-76 頁。なお、民法と商法を峻別していない英米法系の諸国における法制度は、民商取引法と消費者法という二元的な構造を採用している。

市民を理想として抱き続けることは、現代において幻想なのであろうか。筆者はそう考えない。むしろ、現代の弱者保護の特別法による諸立法が、従来の「保護」という視点から「支援」という視点へと介入のスタンスを変化させてきていることから、基本法典としての民法典の「人」概念は、維持するにせよ、見直しするにせよ、議論を一層深めるべきだと考える。

第四節 約款の性質

約款（普通取引約款 *allgemeine Geschäftsbedingungen*）とは、「多数の取引に対して一律に適用するために、事業者により作成され、あらかじめ定型化された契約条項のことを言う」³⁰。約款は、取引当事者間の個別契約が締結される以前から存在しているが、約款使用者がこれを用いて取引の相手方との個別契約に利用する意思をもって、相手方へ申し入れ、両当事者がこれを個別の契約に組み入れること合意することで契約内容となる。

約款を用いることが予定されている取引では、契約内容に関する個別の交渉は当初から予定されておらず、約款使用者である事業者は、約款の内容を相手方が拒絶するようであれば、契約自体を自ら拒絶するというのが原則である。これを相手側からみると、約款の内容を承認して契約するか、契約を取りやめるかのいずれかの選択肢しか与えられていないということになる。すなわち、個別条項についての交渉の機会が奪われるという結論になり、契約当事者として本来有していなければならない、選択の自由と内容形成の自由（私的自治を形成する自己決定権）を事実上放棄せざるを得ないことになる。

現行民法には、約款に関する特別な規定は存在しない。しかし、現代社会において、約款は、市民生活にもかかわる幅広い取引において利用されており、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として重要な意義を有している。他方で、約款については、その内容を相手方が知るための機会が十分には無く、相手方の利益が害される場合があるのではないかなど問題も指摘されている。そこで、約款に関して指摘されている問題点に対処しつつ、約款を利用した取引の安定性を確保する等の観点から、民法に規定を設けるかどうかを検討する必要があるのではないかなどというのが改正検討委員会の問題認識であった³¹。

³⁰谷口知平 = 五十嵐清編『新版 注釈民法（13）債権（4）[補訂版]』（有斐閣、2006）173頁〔潮見佳男執筆〕。

³¹基本方針105頁「第4目 約款による契約 前注」及び提案【3.1.1.25】（約款の定義）【3.1.1.26】（約款の組入れ要件）に関する「提案要旨」並びに「解説」を参照。

この点は、改正研究会においても異論が無いものと考えられる³²。

また、現実的に、約款の使用者がその内容を相手方に開示しないまま合意させることがあり、約款が契約内容を構成することの法的基礎が欠けるのではないか、あるいは、約款の条項が多数にわたる場合に、相手方は、個別の条項の有する意味について十分に認識しないまま、契約が締結される事態が生じうる（契約のいわゆる隠蔽効果）可能性についても配慮し、内容の正当性の保証が相手方については機能していないため、約款の条項については、不当条項を法律により是正する必要性と正当性が存在するものとしている³³。

第五節 小括

本章では、民法改正にあたって現行民法の構造を概観し、本稿でとりあげる問題点が民法典全体のどのような場所に位置しているのかを明らかにした。

民法典の抽象的な「人」概念の変化と原則規定を最小限としたことに起因する読みにくさ、制定後の社会の変化に伴う事実上の「空洞化」減少にどう対処すべきか、国際的な民法典の再編・統一化に調和しなくてよいのかなど、改正を巡る問題状況は切実である。

これに対し、わが国を代表する極めて優秀な二つの学者グループが寸暇を惜しんで精力的に取り組み、短期間でそれぞれがその成果を世に問うている。フランス人法学者ボワソナード（Gustave Emil Boissonade）が起草した旧民法（1890年）が法典論争で施行延期となった後、穂積陳重・富井政章・梅謙次郎の三人を中心とする日本の起草者たちが、全精力を傾けて現行民法典（1896年）の編纂に漕ぎつけたのは周知の通りであるが、一世紀以上の時を経て、21世紀の精鋭の研究者達が現代の民法を創りあげようとしている。二つの学者グループの相違は、研究対象の差異や個々のテーマに関する解釈の差が大きく左右しているというわけではないようであり、研究アプローチの違いと、どこまで手当をすべきかという、到達点の線引きの違いにあるように筆者には見受けられた。

他方で、現行民法典の「人」概念、膨大な学説・判例によって民法の周辺に形成されてきた約款法理は現代に至って「壊れて」しまったのであろうか。民法の現代化を目指すためには、現代の取引実態をどこまで反映させる必要があるのだろうか。次章では、本章で検討した「人」概念を手がかりに、消費者取引を中心とした「一般化」・「統合化」の構造を明らかにしたいと思う。

³² 改正研究会 2009年10月25日案 468条（約款とその効力）、469条（約款作成者不利の原則）を参照。

³³ 基本方針 105頁「第4目 約款による契約 前注」。

第三章 「一般化」・「統合化」と消費者取引

第一節 消費者契約法と民法

第一款 消費者法制と消費者契約法の制定

事業者は、自ら取扱う商品・サービスや契約の相手方となる消費者との、契約に関する知識・情報において消費者より圧倒的に優位な立場にあり、また、交渉力においても消費者より優位にある。取引の大量化・多様化・複雑化を背景にして、事業者と消費者間の知識・情報・交渉力の格差が構造的に生じ、拡大し、近年の消費者契約を巡るトラブルの増加が問題となっていた。

そこで、消費者契約における契約関係の適正化を目指して 2000 年に消費者契約法が、消費者契約についての包括的な民事ルールとして制定された。その主たる目的は、第一に、消費者と事業者間には知識、情報、交渉力の格差があることから、事業者の一定の行為により消費者が「誤認」または「困惑」して契約した場合には、契約を取り消すことができるとすること（消費者契約法 4～7 条。契約締結過程の適正化）であり、第二として、事業者の損害賠償責任を免除する条項など、消費者の利益を不当に害する条項（不当条項）を無効とすること（同 8～10 条。契約内容の適正化）の二点である。さらに、2006 年には、差止めの範囲で適格消費者団体による訴訟制度が導入された（同 12 条以下）。

他方で、事業者と消費者間の取引を巡る法律関係を規律した法制度は、従来、業法を中心として発展してきた。理念的な法制は、1968 年制定の消費者保護基本法（1968 年法律第 78 号。2004 年に「消費者基本法」と改正）であるが、割賦販売法（1961 年法律第 159 号）訪問販売法（1976 年法律第 51 号。2000 年に「特定商取引法」と改正）貸金業規制法（1983 年法律第 32 号。2006 年に「貸金業法」と改正）など、業法上の規制によって実質的に事業者と消費者間の格差を解消してきた³⁴。また、民法の特別ルールとしての消費者法制は、製造物責任法（いわゆる PL 法。1994 年法律第 85 号）金融商品販売法（2000 年法律第 101 号）電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律（2001 年法律第 95 号）などが挙げられる³⁵。

³⁴ 後藤・前掲注 25・219 頁以下。村千鶴子「民法と消費者法の関係はどう考えるか」椿寿夫=新美育文=平野裕之=河野玄逸編『民法改正を考える [法律時報増刊]』（日本評論社、2008）21 頁以下。

³⁵ ただし、消費者法制は、消費者と事業者間の様々な格差に起因する取引被害や事故の防止、あるいはこれらの被害の回復を目的としているにもかかわらず、法律によっては「消費者」の定義が定まらないものも多く、保護対象が不明瞭であるとの指摘もある（村・前掲注

第二款 消費者契約法における「人」概念

消費者契約法は、取引における法主体を、抽象的に対等の「人」と捉えてきた民法の思考から脱却して、商品知識、情報、交渉力において事業者から圧倒的に劣後する「消費者」として位置づける。この点は、民法の「人」概念の抽象度を薄め、より具体的、実質的な存在としての「人」を創出した。現代社会においては、市民としての自然人であっても、取引社会では「消費者」として扱われる場面が極めて多い。また、合理的経済的な「商人」であっても、自己の事業に属さない取引については、やはり消費者として取扱われることであろう。したがって、全ての自然人は何らかの取引において消費者としての主体たりえるわけで、反対に、必ずしも全ての自然人が商人あるいは事業者としての取引を経験するというわけではない。

このように考えると、消費者契約法における「人」すなわち消費者概念は、民法が想定していた抽象的な「人」概念よりも一層広い範囲で客観的に存在し、むしろ、民法典の原則を消費者取引と構成することも検討すべきなのであるか。民事ルールにおける消費者の特則ではなく、消費者ルールにおける特則として民法の合理的経済人を例外とすべきなのであるか。

第二節 基本方針における消費者契約法の取扱い

基本方針は、消費者取引と事業者間取引に関する基本的なルールを民法に一般化・統合化することを前提としているが、消費者取引については、消費者契約法の私法実体規定(不当勧誘に関する消費者契約法4条と不当条項に関する同法8条から10条の規定が中心)の取り込みが提案されている。仮にこのような提案を選択した場合に、消費者契約法自体をどのように取扱うかという問題が生じる。

改正検討委員会では、消費者契約法の「不実表示」(4条1項1号部分)の民法への一般法化を行い、「断定的判断の提供」(4条1項2号)と「困惑」(4条3項)について統合化案が提案されている³⁶。また、「不当条項」に関する8条から10条の規定も統合化が提案されると共に、約款による契約への適用が手当されている。

消費者契約法の一部の規定を民法に一般法化するとどまらず、一般法化と統合化によ

34・23頁)。筆者が、統一的な消費者法典の整備を民法とは別枠で整備する必要があると説くのも、このような指摘を踏まえてのことである。

³⁶ 基本方針18頁。

って私法実体規定を完全に民法に取り込むということになれば、現在の消費者契約法の私法実体規定である第二章（消費者契約）を存置する意義は失せてしまい、消費者契約法は第三章の差止請求に関する規定以外は、第一章総則（1～3条）、第四章補則（48条）、第五章罰則（49～53条）が残るだけとなる。そうすると、消費者契約法は消費者団体訴訟を中心とした法律ということになり、原理的にも、技術的にも現行法とはその性格が異なるということになる³⁷。また、私法実体規定だけを民法に一般化・統合化するとすると、消費者契約法の目的規定（1条）を欠いた内容で取り込まざるを得なくなり、目的規定を参照した解釈が困難となり、結果として消費者保護にその影響が及ぶのではないかという危惧がある³⁸。このことは、前章で述べたとおり、民法の規定に取り込むことによって規定の硬直化という弊害をもたらす、変化の著しい消費者法制の機動的な対策にも影響を与える結果となるのではという点とも関連する。すなわち、消費者保護の規定の硬直化につながるのではないかという危惧である。さらに、前節第一款で指摘したとおり、消費者契約法を取り込んだとしても、それ以外の消費者法制に関連する民事ルールをどのように整理するのかという問題は解決せず、消費者法制に関するルールは分断状態に置かれるといった事態が継続するということになる。民法と消費者契約法、業法を中心とした消費者法制、消費者契約法以外の民法の特別法としてのルールが、三層四層構造となっており、これを消費者契約法だけを手当しても、業法グループと民法という二層構造は解消しないのである。消費者に関連する民事ルールが、民法をみると体系的に理解ができるという構造にはならないということである。したがって、これら業法を中心とした消費者に関する民事ルールの特則をすべて取りだしたうえで、消費者契約法を基本にわかりやすく消費者総合法典として再編成することが、より合理的な判断と考える。

他方で、契約内容の不実表示や不利益事実の不告知を理由とする契約の取消し、情報提供義務違反、説明義務違反、契約の相手方を故意に錯誤に陥れ、あるいは相手方の錯誤を利用した場合に関する基本方針の提案には、当該不実表示等に関する保護規定が消費者法

³⁷ 改正検討委員会における検討においても、「少なくとも、当面は消費者契約法を消費者団体訴訟を中心とする法律として再編するのが適当である」と結論づけている（基本方針18頁）。もっとも、私法実体規定を民法に全て取り込むことについては、今後、新たな私法実体規定を消費者契約法に盛り込むことを妨げるものではないし、行政的な観点から契約に規律を加える規定を設けることも示唆されている（基本方針18頁）。

³⁸ 東京弁護士会・前掲注8意見書・4頁、改正検討委員会・前掲注13シンポジウム・78頁〔中井発言〕。なお、大阪弁護士会編『実務家からみた民法改正 - 「債権法改正の基本方針」に対する意見書』（別冊NBL131号、2009）、野澤正允「民法（債権法）改正の意義と課題」野澤ほか「特集=『債権法改正の基本方針』を読む」法律時報81巻10号（2009）5頁も参照。

制の発展の過程で形成されてきたルールであるとしても、消費者に限定する必要はなく、事業者間の取引についても十分合理性のあるものと考えてるので、これらを一般法化する提案には賛成する。契約に際しての情報量や交渉力の格差というのは、消費者契約に限った問題ではなく、事業者間においても存在するわけであり、消費者であると事業者であるとを問わずに最低限守らなければならないルールというものを民法典に取り込むという方向は合理的な選択であるということである。このように考えると、消費者法制で形成されたルールなので民法に取り込むのは問題があるということにはならず、むしろ、消費者法制を通じて一般の取引に普遍的に通用すべきルールであるならば、一般法化は十分価値があるものと評価できるだろう。

第三節 小括

本章では、消費者契約法の規定を民法に取り込むという基本方針の提案である「一般法化」・「統合化」について、その適否を検討してきた。20世紀後半から飛躍的に発展してきた消費者取引は、経済社会の繁栄の裏側で、事業者・消費者間の情報・交渉力の格差を構造的に抱えることが明らかとなり、その格差は拡大する一方であった。

消費者取引に関連する特別ルールは、民事ルールだけをみても、民法の特則としての法律群と業法を中心とする法律群に分類され、消費者から見たときに、網羅的・体系的・一貫性を欠いており、消費者契約法が制定されても、これらの不具合は解消されたとはいえない状況である。

一方で、基本方針の提案は、民法の「人」概念に対し、制定時点と現代との関係で、その転換を突きつけている。抽象的な「人」概念から実体的・客観的な「人」概念への転換、その象徴が消費者であることは、現代の取引社会が消費者取引を除外して語ることができないことから、より現実的な「人」を民法の主体として捉えようとする取組みが試みられた。

他方で、消費者契約法の私法実体規定を消費者固有のルールとして民法に取り込もうとすると、消費者法の取り扱いをどのようにするのかという問題が顕在化する。私法実体規定を欠いた消費者契約法は、差止訴訟等の消費者団体訴訟を中心とした法典となり、反対に、民法に統合された規定は目的規定を欠くとともに規定の硬直化をもたらし、結果として消費者取引の発展に寄与することにはならないのではという疑問がある。消費者固有のルールとしてではなく、事業者間取引も含め取引一般に普遍的に用いることができるルールであれば、民法への取り込みを否定する必要はないと考えるが、まずは、総合的な消費

者法典の整備をすべきであろう³⁹。

次章では、本章までで検討した「一般法化」・「統合化」の結果として、消費者契約法から抽出したルールを、取引の普通約款に用いた場合の問題点について検討を進める。契約の無効と不当条項リストの関係について、これまで、民法に規定の存在してこなかった約款法理を基本方針は提案している。しかし、約款を巡るトラブルについては、相当量の判例の形成がなされており、消費者契約法においても、これらの判例法理の集積として「誤認」・「困惑」をもたらす不当条項概念が形成されてきた背景がある。これらの判例法理と消費者契約法を基本方針ではどのように取り扱おうとしているのか、また、不当条項規制においても、約款一般に関する規制と消費者取引にのみ該当する規制を分けて規定していることから、消費者契約における取消し類型を民法に統合することの適否について、検討を試みしてみる。

第四章 約款における不当条項規制

第一節 消費者契約法と不当条項規制

すでに述べたとおり、消費者契約法は、事業者と消費者の情報の質及び量並びに交渉力の格差を考慮し、事業者の一定の行為により消費者が「誤認」し、または「困惑」して契約した場合について、これを取り消すことができるものとし（契約関係の適正化）、事業者の損害賠償責任を一部または全部免除する条項など、消費者の利益を不当に害することとなる条項を無効とする内容が規定されている（契約内容の適正化）。このうち、契約締結の意思形成に際して、事業者が消費者に不実の事実を告げる等によって「誤認」・「困惑」を生じてしまった場合に、当該契約を取り消すことができるとした（消費者契約法4～7条）。

また、消費者契約法は、事業者と消費者間の知識・情報量・交渉力の格差を利用して、事業者が消費者に対して一方的に不利な条項を押し付け、消費者の利益が害されることの

³⁹ 法制審議会民法（債権関係）部会第2回会議（2009年12月22日）においても、消費者契約法との関係で、「民法の特別法のうち消費者契約法（第3章差止請求及び第5章罰則を除いた部分）との関係では、どのような点に留意する必要があるか。例えば、消費者契約法第2章の規定は、民法（債権関係）の規定と密接に関連しているところ、これらの消費者契約法の規定を参照しつつ検討を進めた結果、同法中の規定の趣旨内容を包含するような一般規定が民法に設けられるとすれば、これに伴って、消費者契約法の当該規定が論理的には不要となる可能性がある。このようなこととの関係で、どのような点に留意して検討する必要があるか。」として議論の対象となっている（同会議配布資料4・<http://www.moj.go.jp/SHINGI/091222-2-3.pdf>・2010/1/9アクセス。ただし、アクセス時点で当該日の議事録は未掲載）。

ないように、以下の内容を規定している。

第一に、事業者の債務不履行により消費者に生ずる損害を賠償する責任を全部免除する条項を無効とするとともに（8条1項1号）事業者の債務不履行により消費者に生ずる損害を賠償する責任について全部ではなく一部を免除する免責条項であっても、「当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるもの」は無効とする（8条1項2号）。第二に、事業者の不法行為に基づく損害賠償責任の場合にも、その責任を全部免除する条項は無効とし（8条1項3号）当該事業者、その代表者またはその使用する者の故意または重過失による不法行為に基づく損害賠償責任は、たとえその一部を免除する条項でも無効とする（8条1項4号）。これらの規定によると、事業者の損害賠償責任を免除する条項は、当該事業者に、責めに帰すべき事由があれば、多くの場合に消費者契約法の適用によって無効になることになる⁴⁰。

なお、消費者契約法は、不当条項を個別的に規制する（8～9条）ほかに、民法・商法その他の法律の公の秩序に関しない規定（任意規定）の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、または消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものは無効とする（10条）と規定し、より広く包括的に、消費者の権利を制限したり義務を加重する契約を制限している⁴¹。

第二節 基本方針の約款規制構造

第一款 約款の定義と組入れ要件

基本方針において定義された約款の定義は、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」であり、「約款を構成する契約条項のうち、個別の交渉を経て採用された条項には、本目および第2款第2目の規定は適用しない」、すなわち、約款規制は及ばないということになる⁴²。そのうえで、約款が契約内容に組入れられるためには、「約款使用者が契約締結時までには相手方にその約款を提示して（以下、開示という）両当事者

⁴⁰ もっとも、損害賠償責任の一部のみを免除する免責条項については、事業者等に故意または重過失を要求しているため、この点においては、事業者は免責条項を主張する余地が相当程度ある。

⁴¹ しかし、勧誘に際しての広告に関する規制や約款条項の組入れ、解釈を始めとする契約内容確定ルールがかけていること、不当勧誘に対する受け皿規定が存在しないこと、一部無効の効果についても規定がなく、法定追認に関する対応が不十分であることが指摘されており、不当条項の例示についても具体性を欠き、諸外国の立法例に比して貧弱であるとの評価する意見もある（消費者契約における不当条項研究会『消費者契約における不当条項の横断的分析』（別冊NBL、2009）1頁〔河上正二〕）。

⁴² 基本方針【3.1.1.25】（約款の定義）

がその約款を当該契約に用いることに合意」することが必要とされる。ただし、「契約の性質上、契約締結時に約款を開示することが著しく困難な場合において、約款使用者が、相手方に対し契約締結時に約款を用いる旨の表示をし、かつ、契約締結時までに、約款を相手方が知りうる状態に置いたときは、約款は契約締結時に開示されたものとみなす」が、相手方は、「その内容を契約締結時に知っていた条項につき、約款が開示されなかったことを理由として、当該条項がその契約の内容とならないことを主張できない。」⁴³。

約款の組入れ要件において、相手方に「開示」がなされたというためには、「相手方が現実的に約款の内容を認識することまでは必要ないが、約款を相手方に交付するなどにより、契約の内容を認識しようとするれば容易に認識できる状態に置くことを指す。」⁴⁴

約款の解釈について前提となるのは、以下の四点の準則といわれている⁴⁵。第一に、個別合意優先の準則であり、約款を用いた契約であっても、当事者間で約款の条項と異なる個別合意をしていれば、当該個別同意が優先されるという点である。第二は、有力な批判はあるものの、約款の客観的・統一的解釈の準則であり、画一的な処理を企図して作成された約款の性質から、個々の条項解釈においては、文言解釈に従って客観的に解釈されるべきであり、当事者意思や契約を取り巻く周辺事情を考慮すべきではないという準則である。第三には、「疑わしきは約款使用者に不利に」という条項使用者不利の原則であり、約款の意味が不明であるなどして解釈が定まらない場合には、約款を提示した約款使用者に不利に解釈すべきという原則である。この原則は、基本方針においても採用されている⁴⁶。最後は、不意打ち防止条項であり、約款の組入れ要件が満たされた場合であっても、相手方が合理的に予測できない内容の条項は契約内容にならないという準則である。基本方針

⁴³ 基本方針【3.1.1.26】(約款の組入れ要件)。

⁴⁴ 基本方針【3.1.1.26】(約款の組入れ要件)「提案要旨」107頁。ところで、実務的な問題に目を向けてみると、約款の組入れ要件については、契約実務において、次の場合はどうなるのか。たとえば、約款の事前開示を行うことなく、事前事項は重要事項のみで、約款の詳細な内容は契約締結後に冊子として交付し、ゆっくりと確認していただくという運用を行っていた場合、基本方針に従えば、契約締結時までに開示されなかった条項は効力を有しないという結論に至るのか。また、自社のホームページ上で公表しておけば、相手方のパソコン所有の有無にかかわらず、開示があったといえるのか。前者の場合、事前に関示されていたとはいえないので、相手方が契約締結時に知っていた条項を除き、契約の内容にならないというのが結論であり、後者では、仮に相手方がパソコンを有していたとしても、ホームページで公表している旨を相手方に告げただけでは、開示には該当しないと解されている(前掲注13・シンポジウム・99-100頁)。

⁴⁵ 前掲注30・新版註釈民法〔潮見佳男〕190頁以下。同書では、5点目に司法判断において裁判所が約款を例示に過ぎないとして約款の拘束力を否定する「例文解釈の問題」を挙げているが、本稿の検討の範囲外と考えとりあげない。

⁴⁶ 基本方針【3.1.1.43】(条項使用者不利の原則)。

では、正案として不意打ち条項は設けないこととしているが、条項の基準を定めるのが困難で、不当条項リストとしては採用が見送られた⁴⁷。

第二款 約款及び消費者契約に共通の不当条項リスト

不当条項リストは、具体的に、どのような条項が規制の対象となるのかを示すことで、不当条項性を明確にして紛争を予防し、あるいは紛争の解決を促進するとともに、例示することで、条項使用者が不当条項を用いないように一定の警告を与える機能がある。

また、約款は消費者取引に固有のものではなく、広く事業者間取引にも用いられているのは周知の通りである。約款使用者の相手方が事業者であったとしても、当該相手方の利益が信義則に反する程度に害されるような約款の条項は、当該当事者間の具体的な関係を考慮しつつも、これを無効とするのは、消費者契約と同様に首肯されうると考える。基本方針では、消費者契約法 8 条から 10 条の規定を、約款や消費者契約に適用される不当条項と、消費者契約にのみ適用される不当条項に区別し、それぞれについて、不当条項と「みなされる」例と「推定される」例を示し、計 4 パターンの不当条項リストを提案している⁴⁸。

情報量や交渉力の格差は、消費者契約に顕著に現れるが、消費者契約固有の問題とは考えられないので、このような構造的な格差の存在を前提として、ひろく取引一般に対し、不合理な内容の約款を用いることを回避するルールを民法に取り込むことについては、合理的な判断といえよう。しかし、基本方針の不当条項に関する一般規定をみると、消費者契約については不当条項を約款に限定していないのに比して、事業者間の契約においては、約款のみを規制の対象としている⁴⁹。約款の形式をとらずに提示された事業者間の契約についても、事実上、提示した相手方と個別交渉が困難な場合は十分想定されるため、このような場合に不当条項を排除する規制が及ぶことを除外する理由はないと考える⁵⁰。

さて、基本方針では、約款及び消費者契約の条項に共通の不当条項リストのうち、それに該当すれば、他の事情を考慮するまでもなく、条項使用者の相手方の利益を信義則に反

⁴⁷ 基本方針【3.1.1.A】(不意打ち条項)。なお、少数ながらも有力な見解として併記することになっているアスタリスク案として、不意打ち条項を設ける考え方が併記されている。

⁴⁸ 基本方針【3.1.1.33】、【3.1.1.34】、【3.1.1.35】、【3.1.1.36】。

⁴⁹ 基本方針【3.1.1.32】(不当条項の効力に関する一般規定) 1 「約款または消費者契約の条項〔(個別の交渉を経て採用された消費者契約の条項を除く。)〕であって、当該条項が存在しない場合と比較して、条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するものは無効である。』ここでいう、「約款」という文言が消費者契約に限定していないのに対し、約款以外の契約条項は、個別交渉を経ていない限り消費者契約にのみ適用するという解釈になる。

⁵⁰ 前掲注 13・シンポジウム・79 頁〔中井発言〕。

する程度に害するものと「みなす」例を、ア から キ まで7項目提案している⁵¹。条項使用者が任意に債務を履行しないことを定めたり(ア)、自己の債務不履行責任や損害賠償額を制限して相手方の契約締結目的を事実上不可能とする条項を規定したり(イ)、自己の債務不履行に基づく損害賠償責任を全部免除するか(ウ)、故意または重大な義務違反による損害賠償責任を一部免除するなどの規定がこれに該当する。

また、相手方の利益を信義則に反する程度に害するものと「推定する」条項は、「みなされる」条項と異なり、条項使用者が、契約の趣旨全体および契約の性質など他の事情から、相手方の利益を害していないと立証した場合には、不当性が阻却される余地のある条項である。すなわち、条項使用者に立証責任があるものの、不当性の推定にとどめているので、反証が可能な内容ということである。具体的には、ア から カ までの6項目を例として提案しており⁵²、条項使用者が第三者を介して契約を行うことによるリスクを制限したり(自己の責任を免除。ア)、条項使用者に契約内容を一方的に変更する権限を付与する条項(イ)、契約の解除や解約において、自己の解約権の行使を極端に容易にしたり、相手方の解除権を著しく制限したりする条項(ウからオ)、法律上の管轄と異なる裁判所を専属管轄として相手方の裁判を受ける権利を制限すること(カ)がこれに該当する。

第三款 消費者契約に関する不当条項リスト

基本方針では、「約款により契約」の前注において、約款規制の必要性とその基本的な考え方について、概ね以下の通り説明している⁵³

消費者契約も約款を用いてなされることが圧倒的に多いが、消費者契約における当事者の情報力および交渉力の構造的な不均衡は、事業者と消費者という属性から生じるものであるので、約款によらない契約についても同じ問題がある。現に、消費者契約法は、約款によると否とにかかわらず、消費者契約に含まれる契約条項を内容規制の対象としている(消費者契約法8条ないし10条参照)。したがって、契約内容形成への一方当事者の関与が希薄であるために契約内容の正当性の保証が存在しないことを理由とする、契約条項の内容規制の必要性と正当性は、消費者契約については、約款が用いられていない場合も含めて当てはまる。したがって、消費者契約に関しては、約款によらない契約についても不当条項の規律を行うのが適切である。

⁵¹ 基本方針【3.1.1.33】(不当条項とみなされる条項の例)。

⁵² 基本方針【3.1.1.34】(不当条項と推定される条項の例)。

⁵³ 基本方針105頁。

かかる基本方針の考え方は、約款だけを規制しても情報量と交渉力の構造的な格差が存在している以上は、契約内容の正当性の保証には不十分であるとの文脈において理解する限り、首肯されうるものと考えられる。しかし、事業者間契約が、何故、約款規制だけで契約の正当性を貫徹できるのかという疑問には応えきれていない。なぜ、消費者契約だけが約款以外の規制も受け、他の取引が約款以外の規制対象とならないのかについて、説得的な説明がなされていない。基本方針の「解説」によると、「事業者間の契約については、ある条項が条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するとただちにはいえない場合であっても、消費者契約において同種の条項が用いられた場合には、事業者と消費者という人的属性が加わることにより明らかに不当条項となる場合がある」⁵⁴り、このような場合に消費者契約に射程を限定することで、不当条項の外延を明確にし、消費者契約固有の規制が求められるのだという。そのような条項を含む契約であれば、契約内容の規制を検討する前に、消費者において契約締結そのものの適否を検討したほうがよいのではと筆者は考えるが、基本方針では、民法で消費者を「保護」すべき対象の「弱者」と位置づけているのであろうか。

さて、基本方針の提案する消費者固有の不当条項リストは、やはり、「みなされる」条項と「推定される」条項の二段構成となっている。前者は、ア から オ までの5項目が規定されており、合理的な必要性を超えてまで過大な人的担保を消費者に要求したり(ア)事業者に対する抗弁権を排除または制限する条項(イ)、事業者に対する相殺権の排除(ウ)、合意による債権時効期間を法定のものより消費者に不利に扱う(エ)。ただし、別提案の【3.1.3.50】(合意による債権時効期間の設定)が採用されることが前提)ほか、遅延損害金に関する上限を規定している(オ 甲案。ただし、併記されている乙案では、「何も定めない」としている)。確かに、これらの規定をみる限り、消費者契約の性格が強いものもとりあげられているが、はたして、民法で規定しなければならない項目であろうか。消費者契約のなかには、生活にどうしても必要な商品やサービスを受けるために、多くの者が必ずといってよいほど当該契約を締結しなければならない契約も存在すると思われるが、一定の知識と経験が求められる契約も当然に存在する。契約のなかでハンディキャップを解消することも大切であるが、契約を締結させない配慮という視点も求められるだろう。このバランスを民法に求めていくのはやはり限界があるのではなかろうか。たとえば、(イ)のケースでは、割賦販売法の抗弁権との関係をどう整理するのであろうか。また、オ 甲

⁵⁴ 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針 - 契約及び債権一般(1)』(商事法務、2009)129頁【3.1.1.C】(消費者契約に関する不当条項リスト)。

案の損害賠償の制限は、消費者契約法 9 条 2 項の規定を民法に取り込んだものであるが、当該規定の前提として、同法 11 条 2 項は、消費者契約の取消しと条項の効力について「民法及び商法以外の他の法律に別段の定めがあるときは、その定めるところによる」ものとしているが、本提案によると 11 条 2 項は取り込まれていない。やはり、規定としては不十分と考えられるのである。

他方、「推定される」リストをみると、ア から カ までの 6 項目であり、授業料や会費、賃料の前払い等、一旦事業者に給付された場合に一切返還を求められないとする条項(ア) 消費者が法律上の権利を行使する際に事業者の同意を要件としたり対価を支払うことを定めた条項(イ) 事業者のみが解除権を留保する条項(ウ) 条項使用者の債務不履行の場合に生じる相手方の権利を制限する条項(エ) 債務不履行等の損害賠償を消費者に負わせる条項(オ。ただし、予見可能性があるものはこの限りではない) 金銭の支払を消費者が支払期日までに支払わない場合の損害賠償の予定、または違約金の合意条項(カ 甲案。ただし、予見可能性があるものはこの限りではない。また、何も定めないと乙案も併記されている) これらの規定は、民法への統合化を検討する以前に、他の消費者法制との整合をはかるべきであろう。というのは、基本方針における不当条項リストの提案は、例示に過ぎないとされているものの、具体的にしなければならぬほど、網羅的な記載を必要とし、一覧性に配慮しなければならないはずである。また、繰り返すが、統合化された規定は、残された規定とともに消費者契約法をどのように扱うのかという問題を避けては通れないのである。

第三節 補充的考察

不当条項規制を検討するに際しては、実際にこれまで何が消費者契約における不当条項と理解されてきたのかを、あらためて整理しておく必要があるだろう。章立ては前後するが、基本方針と少し距離をおいて、あらためて、不当条項といわれるものにはどのような類型があるのか整理する必要があるだろう⁵⁵。概ね以下の 6 グループに整理できるのではないかと考えられる。

第一は、消費者へ同意を求めたり同意したとみなす「意思表示を擬制する条項」や、契約内容の変更権を事業者が一方的に有している条項であったり、契約の解釈規定を事業者によりに定めている条項のグループである。たとえば、事業者が契約条件の変更や規約を

⁵⁵ 類型化に際し、前掲注 41・『消費者契約における不当条項の横断的分析』を参照した。

変更する旨の通知を行った場合、一定期間に異議を述べたり解約しない場合には、当該変更条件を承諾したものとみなす規定が代表例である。「権利主張の前提となる要件のレベルで消費者を不利な地位に置き、間接的に、契約への不当な拘束や」⁵⁶、事業者の責任免除や消費者の権利放棄につながる危険がある条項である。第二は、契約の履行・解除を巡って、相手方に先履行を求めたり、消費者の解除を制限したり、反対に事業者の解約を容易にするなどである。第三は、基本方針でも取り上げられているが、事業者の債務不履行責任を減免したり、第三者が履行する内容について事業者の責任を減免する条項である。このような条項は、本来、事業者の負うべきリスク負担を消費者側に転嫁しているといえよう。第四は、消費者契約法 10 条とも関連するが、消費者の義務を加重する条項や、権利行使期間を制限する条項など契約関係の清算を困難とする条項のグループである。

第五には、裁判管轄や仲裁条項、準拠法条項といった条項に関連して、消費者が裁判を受ける権利を事実上困難とする条項である。第六には、いわゆる「サルベージ条項」として、強行法規で禁じられていない限り、最大限自己に有利な条件を相手方に要求する条項である。たとえば、「法律上無効とされない限り、弊社は一切の責任を負いません」という記載がこれに該当しよう。

それでは、このような類型化に基づいて、金融取引を例に、事業者側に契約内容の変更権限を与える条項と、解除に関する条項・期限の利益喪失条項を検討してみよう⁵⁷。

第一は、事業者側に契約内容の変更権を与える条項である。約款では、取引の内容を事業者が一定の要件に基づいて決定または変更する権限を有する旨の条項が多く見受けられる。例えば、貸出債権が複数あり、利息・損害金・費用などがあるときに、顧客の弁済や事業者からの相殺があった場合、民法の原則によれば、弁済充当に関する規定（民法 488 条以下）が適用され、それが相殺についても準用されている（民法 511 条）。しかし、民法の規定によると、事業者にとって不利な結果となりうるため、充当の順序と方法が事業者任せられる内容の条項となっている。この問題に消費者契約法を適用すると、このような条項は、民法の任意規定の適用による場合に対し、相手方の権利を制限する条項であるから、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであれば同法 10 条により無効になると考えられる。また、約款では、事業者は金利・手数料等の変更を請求する権利を有

⁵⁶ 前掲注 41・2 頁。

⁵⁷ なお、次頁以下の表は、消費者契約にける不当条項研究会が前掲注 41・『消費者契約における不当条項の横断的分析』の資料として集積した、平成 19 年度の参考事例 678 事例より、消費者信用分野を抜粋したものである。

する条項を記載していることが多い。これには、「金融情勢の変化その他相当の理由がある場合には」という条件が付されているが、抽象的であり、事業者に広い裁量権を与えるものである点で問題である。

第二は、解除に関する条項・期限の利益喪失条項である。解除についての任意規定は民法 541 条、543 条に定められている。従って、消費者がこれらの規定に基づいて解除する権利を制限する条項は、消費者契約法 10 条により無効とされる可能性がある。なお、民法 540 条によると、解除権を行使する場合には、相手方に対する意思表示によることとされているほか、541 条によると履行遅滞の場合には、相当の期限を定めて履行を催告することが要求されている。従って、これらの任意規定に反して事業者からの解除の要件を緩和する条項は消費者契約法 10 条により無効とされる可能性がある。また、約款は期限の利益喪失条項を定めている。これは、民法 137 条に規定があるが、同条以外の事由によっても、顧客の信用喪失と評価した場合が考えられるため、このようなケースも期限の利益喪失原因として挙げ、事業者の債権回収を容易にしようとしたものである。期限の利益喪失条項は、期限の利益喪失の要件を民法 137 条より緩和することで、消費者の期限の利益を制限するものであるため、これが信義則に反して消費者の利益を一方的に害する場合には、消費者契約法 10 条により無効になると考えられる。さらに、事業者の請求により期限の利益を喪失する場合として、「債務の一部でも履行を遅滞したとき」が記載されているが、期限の利益喪失は、一種の継続的契約関係の解除とみられるから、事業者が与信を継続する上での信頼関係が破綻していない限り、期限の利益を喪失させることは問題があると考えられる。

平成 19 年度 消費者契約における不当条項研究会報告書参考事例集より（消費者信用を抜粋）

	契約分類	約款の名称	条項類型	条文例示	備考
1	カード貸与契約	カード規約	<ul style="list-style-type: none"> ・ 意思表示の擬制 ・ 契約内容変更権 	「甲または乙は、本規約の一部または全てを変更もしくは改定（以下「変更等」という）する場合があります。変更等の手続きは、甲または乙が会員にその事項を通知もしくは告知（変更の日から 30 日間甲の店舗内、乙のホームページに掲示する等）し、その後に会員がカードを利用された場合には、変更等を承認されたものとします。」	<ul style="list-style-type: none"> ・ 甲：事業会社 乙：共同カード発行会社 ・ 事前通知あり
2	カード貸与契約	規約・規定	<ul style="list-style-type: none"> ・ 期限の利益喪失 ・ 無催告解除 	<p>「本会員は、次のいずれかに該当する場合、(1)、(2)、(3)または(4)においては何らの通知、催告を受けることなく当然に、(5)、(6)または(7)においては の請求により、 に対する一切の債務について期限の利益を喪失し、残債務全額を直ちに支払うものとします。</p> <p>(1) 約定支払額を約定支払日に支払わなかった場合。</p> <p>(2) 自ら振り出した手形、小切手が不渡りになったとき、または一般の支払を停止したとき。</p> <p>(3) 差押、仮差押、仮処分申立て又は滞納処分を受けたとき。</p> <p>(4) 破産、民事再生の申立てを受けたとき、または自らこれらの申立てをしたとき。</p> <p>(5) (1)、(2)、(3)、(4)のほか会員の信用状態に重大な変化が生じたとき。</p> <p>(6) 本規約に違反し、その違反が本規約の重大な違反となるとき。</p> <p>(7) 会員資格を喪失したとき。」</p>	
3	カード貸与契約	カード規約	<ul style="list-style-type: none"> ・ 消費者の債務不履行につき、過度の義務、とり 	「会員が、キャッシングの支払を遅延したときは、約定支払日の翌日から支払日に至るまでの当該返済金の元金相当額に対して、また第 条により期限の利益を失ったときは、期限の利益喪失の日が	

			わけ金銭賠償を義務づける条項	ら完済の日に至るまで残存返済金合計の元金相当額に対して、年29.2%を乗じた額の遅延損害金をお支払いいただきます。」	
4	カード貸与契約	規約・規定	<ul style="list-style-type: none"> 当事者の交替 異議なき承諾 	「本会員は、 が必要と認めた場合、 が本会員に対して有するクレジットカード利用に係る債権を が信託銀行等の第三者に譲渡すること、また担保にいれることを予め異議なく承諾するものとしします。」	
5	融資保証サービス	契約書	<ul style="list-style-type: none"> 裁判管轄条項 	「サービス又は本規約に関連して甲及び保証人と乙との間で生じた紛争については、 地方裁判所を第一審専属管轄裁判所とします。」	
6	カード貸与契約	規約	<ul style="list-style-type: none"> その他 	「会員は、自らの責任において会員番号を他人に知られないように管理するものとしします。会員番号が第三者に盗用されるなどにより、会員がマイレージ所定の特典を享受できなかつたり、また権利を行使できなかつた場合でも、当社は一切の責任を負いません。」	明示的責任排除
7	電子マネー	利用規約	<ul style="list-style-type: none"> 権利行使期間の制約 契約適合性の判定権 	「利用者の皆様が以下の項目に該当する行為を行った場合、 は利用者の皆様の承諾の有無にかかわらず、 を受け取れる権利を抹消することができるものとしします。 <ul style="list-style-type: none"> 付与時期と明示される日から 60 日以内に を受け取られなかつた場合。 が不正な行為があつたと判断した場合。 本規約に違反した場合。 法令違反行為、公序良俗に反する行為を行った場合。 その他 が不適切と判断する行為を行った場合。」 	
8	融資保証サービス	契約書	<ul style="list-style-type: none"> その他 	「乙が、支払滞納や何らかのトラブルにおいて、甲が現場へ直接訪問した場合、甲は乙へ慰謝料及び交通費を別途請求できるものとする。」	慰謝料請求をどう評価するか。

第四節 小括

本章では、基本方針の約款規制のひとつである不当条項規制について、約款や他の契約条項固有の問題と、消費者契約に特徴的な問題を区別して整理する必要性を論じた。基本方針の提案する、不当条項規制を民法に取り込むという発想自体については、一定の合理性があると評価しうるが、なぜ、消費者契約固有の規定を消費者契約法の構造をゆがめてまで民法に規定しなければならないのかという疑問は、本章の検討を経たうえでも結果として解消されなかったといえよう。消費者契約のみに適用される不当条項リストを民法に取り込むという政策判断の適否は、「消費者契約法における取消類型を民法に統合することの当否に結びつく問題」⁵⁸である。すなわち、消費者契約法の対象となる不当条項リストを含め、消費者契約法をはじめとする消費者関連法の規定を統一消費者法典として新たに整備する方向性を採用するのかどうかという点にかかっている。この意味において、議論はいまだ熟していないとの結論に至った。

第五章 結語

本稿では、民法（債権法）改正検討委員会の公表した基本方針を契機に、基本方針の提案する消費者契約の「一般法化」・「統合化」に内在する問題点を約款規制を中心に検討してきた。本稿によって得られた結論は以下の通りである。

第一に、消費者法典は、消費者の生活に密着した法律であるべきである。消費者にとって身近でわかりやすい法律が求められる。しかし、現時点では、多くの法律が消費者を取り巻いているが、内容としても法律相互の整合性としてもバランスが取れているとはいえない状況と考えられる。消費者がわかりやすい消費者法典として体系的に整備する必要があるといえよう。

第二は、民事ルールの範囲で消費者法典を整備するとすれば、民法における対等当事者間のルールを考慮し、消費者取引の特殊性に起因する不均衡をどのように手当すれば、本来の対等関係当事者として取引の場面にプレイヤーとして登場することができるのかを検討しなければならないであろう。この意味において、消費者は「弱者」であってはならないし、「弱者」として「保護」を必要とするのは未成年者をはじめとする制限行為能力者であろう。

民法改正は、法制審議会の審議がスタートしたばかりである。これまでの二つの研究会

⁵⁸ 前掲注 13・シンポジウム・79 頁〔中井発言〕。

の成果は、私的研究会の成果とはいえども、改正動向に相当影響を与えることになるだろうし、法曹界・経済界にも相当のインパクトを与えてきた。一世紀以上の歴史を有する民法を、今後、どのように改正し発展させていくのか、長期的視点に立って考えてみるのも必要であろう。

以上

参考文献

- 1 . 谷口知平 = 五十嵐清編 『新版 注釈民法 (13) 債権 (4) [補訂版]』 (有斐閣、2006)
- 2 . 内田貴 『民法 第 2 版 債権各論』 (有斐閣、2007)
- 3 . 内田貴 『債権法の新時代 - 「債権法改正の基本方針」の概要』 (商事法務、2009)
- 4 . 内田貴 「いまなぜ『民法改正』か？ (上) (下) 」 (NBL871 号 16 頁 2007、872 号 72 頁 2008)
- 5 . 加藤雅信 『新民法体系 契約法』 (有斐閣、2007)
- 6 . 後藤巻則 『消費者契約の法理論』 (弘文堂、2002)
- 7 . 潮見佳男 『契約責任の体系』 (有斐閣、2000)
- 8 . 大村敦志 『典型契約と性質決定 契約法研究 』 (有斐閣、1997)
- 9 . ユルゲン・バセドウ編 = 半田吉信他訳 『ヨーロッパ統一契約法への道』 (法律文化社、2000)
- 10 . オッコー・ベーレンツ = 河上正二 『歴史の中の民法 - ローマ法との対話』 (日本評論社、2001)
- 11 . ハイン・ケッツ著・潮見佳男 = 中田邦博 = 松岡久和訳 『ヨーロッパ契約法 』 (法律文化社、1999)
- 12 . 民法 (債権法) 改正検討委員会編 『詳解 / 債権法改正の基本方針 ~ 』 (商事法務、2009)
- 13 . 民法 (債権法) 改正検討委員会 「債権法改正の基本方針」 (N B L 904 号、2009)
- 14 . 民法 (債権法) 改正検討委員会編 「シンポジウム 『債権法改正の基本方針』」 (別冊 N B L 127 号、2009)
- 15 . 野澤正允ほか 「特集 『債権法改正の基本方針』を読む」 (法律時報 81 巻 10 号、2009) 4 頁
- 16 . 民法改正研究会 「日本民法改正試案・仮案 (平成 21 年 1 月 1 日案) 」 (判例タイムズ 1281 号、2009)
- 17 . 椿寿夫 = 新美育文 = 平野裕之 = 河野玄逸編 『民法改正を考える [法律時報増刊]』 (日本評論社、2008)
- 18 . 民法改正研究会 (代表・加藤雅信) 編 『民法改正 国民・法曹・学会有志案 - 仮案の提示 [法律時報増刊]』 (日本評論社、2009)
- 19 . 民法改正研究会 「特集 / 日本民法典財産法編の改正」 (シュリスト 1362 号、2009)

- 20 . 奥田昌道「債権法改正への視座 - 『債権法改正の基本方針』を検討して」(NBL910号、2009)
- 21 . 椿寿夫「『債権法改正の基本方針』についての指し当たったの所感 - 2009年4月29日シンポジウム傍聴記(上)(中)(下)」(NBL906,907,909号、2009)
- 22 . 吉田邦彦「近時の『民法改正』議論における方法論的・理論的問題」(ジュリスト1368号、2009)
- 23 . 藤原彰吾ほか「<座談会>民法(債権法)改正に伴う金融取引への影響」(金融法務事情1866号[2009]4頁)
- 24 . インタビュー「『債権法改正の基本方針』のポイント - 企業法務における関心事を中心に ~」(NBL907号[2009]20頁~連載中)
- 25 . 椿寿夫ほか「民法改正フォーラム - 全国、民法研究者の集い1・報告」(法律時報81巻9号[2009]54頁)
- 26 . 消費者契約における不当条項研究会(座長 河上正二)「消費者契約における不当条項の横断的分析」(別冊NBL128号、2009)