

平成27年(2015年)9月17日

消費者委員会 消費者契約法専門調査会 御中

日本司法書士会連合会

「中間取りまとめ」に対する意見

当会は、「中間取りまとめ」(平成27年8月)の内、次に掲げる各項目について以下のとおり意見を提出する。

なお、現行法に対しては当会消費者問題対策委員会が、平成27年3月14日付け「消費者契約法改正試案」(以下、「試案」という。また試案の条文を引用する場合「改正条文案」、消費者契約法は単に「法」という。)を取りまとめており、本意見の多くは試案に基づく意見である。

また、本意見は「中間取りまとめ」の項目ごとに当会の意見を述べる方式を採用しているが、「中間取りまとめ」に言及のない項目についても試案において意見を述べており、これを援用する。

第2 総則

1. 「消費者」概念の在り方(法第2条第1項)

意見 ア) 消費者の定義を試案のとおり拡張すべきである。

一般に、個人事業者が「事業として」契約を締結する場合は事業遂行そのものを指すと解されているため、反復継続して行う自己の事業に関する契約に関する情報の質や量、交渉力等については、原則として契約当事者間には格差はない、あるいは取引による不利益は自らの計算において負担すべきと考えられる。したがって、個人事業者が「事業として」契約を締結する場合には、法の適用対象としないことが妥当である(ただし、例外として後掲・ウ参照)。

一方、「事業のために」契約を締結する場合には、消費者と同等程度と評価できるケースは少なくないものであり、このような場合の個人事業者は、消費者と同様に消費者契約法による保護が受けられるべきである。現実にこれまでも、電話機等のリース契約や節電器等の購入をはじめ、個人事業者が「事業のために」契約を締結して被害を受けた事案で法の適用の可否が争われた事案は少なくない。

そこで、以上の観点から「消費者」の定義をどう拡張するのが適当であるかであるが、当会では「消費者」の概念を固定的・絶対的な属性ではなく、流動的・相対的なものにする必要があると考えた。そこで、現行法1項の「事業のために」の文言を削除し、「事業のために」契約の当事者となる個人事業者は「消費者」の定義にも「事業者」の定義にも該当することとし、あわせてDCFR(ヨーロッパ私法に関するモデル準則である共通参照枠草案: Draft Common Frame of Reference)の規定に倣い、消費者と事業者の定義の間で交錯が生じた場合の解決を図るべきであると考え(改正条文案第2条第1項及び第3項)。

この方法によれば、個人事業者がフランチャイズ契約を締結するようなケースでも消費者保護規定の適用が受けられるようになり、消費者保護を目的とする消費者契約法の理念にも合致することとなる。

イ)「事業として契約の当事者となる場合における個人を除く」は、但書きとすべきである。

消費者の立証責任の軽減を図る趣旨である（改正条文案第2条第1項）。

ウ) 事業者間契約についての準用規定を設けるべきである。

中間取りまとめにも言及のある権利能力なき社団を消費者であるとした裁判例も存在するほか（東京地判平成23年11月17日判時2150号49頁）、連鎖販売取引における再販売を行う意思をもって商品を購入した個人加入者は「事業として」契約を締結しているため試案では消費者に含まれる余地がないが（改正条文案第2条第1項）、このような場合でも、要保護性の高い事業者を一定の要件の下で消費者とみなすことができれば、消費者契約法の目的である消費者保護はより実効性が担保されるものとする。

そこで、事業者間取引であっても「事業の規模、事業の内容と契約の目的との関連性、契約締結の経緯その他の事情」を考慮し、「一方の事業者の情報の質及び量並びに交渉力が実質的に消費者と同程度」と評価できる場合には、両当事者間の事業規模や事業との関連性等から実質的な格差が生じる場合があることを踏まえ、事業者間契約であっても当該契約に限って当該事業者を消費者とみなし、消費者契約法を適用できるようにすべきである（改正条文案第16条）。

なお、以上の関係を整理すると、【表1】【表2】のとおりとなる。

【表1】個人事業者が「事業のために」契約の当事者となる場合の改正条文案の適用関係

A	B	備 考
個人事業者	法人その他の団体	Aは、改正条文案第2条第3項により、Bに対し消費者保護規定を主張することができる。
個人事業者	個人事業者	AもBも、改正条文案第2条第3項により、それぞれ消費者保護規定を主張することができる。逆に当該主張を受けた場合、この規定の適用に関しては「事業者」とみなされる。
個人事業者	非事業者である消費者	Aは、Bに対し消費者保護規定を主張できない。

【表2】個人事業者の契約類型別の比較検討

相手方が事業者	現行法による結論	改正条文案による結論
事業でもプライベートでも使用するパソコンの売買契約（主にプライベート用）	消費者 「事業のために」に該当しない	消費者 かつ 事業者 改正条文案第2条第3項により相手方に対し消費者保護規定を主張できる
事業でもプライベートでも使用するパソコンの売買契約（主に事業用） フランチャイズ契約	事業者 「事業のために」に該当する	
連鎖販売取引における商品購入契約（再販売の意思あり）	事業者 「事業として」に該当する	事業者 改正条文案第16条の規定により、消費者とみなされる余地あり

相手方が消費者	現行法による結論	改正条文案による結論
事業でもプライベートでも使用するパソコンの売買契約（主にプライベート用）	消費者 「事業のために」に該当しない	消費者 かつ 事業者 相手方が消費者であるため、改正条文案第2条第3項により相

事業でもプライベートでも使用するパソコンの売買契約（主に事業用）	<p style="text-align: center;">事業者</p> <p style="text-align: center;">「事業のために」に該当する</p>	手方に対し消費者保護規定を主張できない（相手方である消費者から消費者保護規定を主張される可能性あり）。
----------------------------------	--	---

2. 情報提供義務（法第3条第1項）

意見 損害賠償を定める規定を置くべきである。

法に損害賠償の規定が置かれることにより、消費者は、取消しによるオールオアナッシングの解決を求めるだけでなく、損害賠償請求による被害回復を求めることにより20対80、30対70などの割合に応じた柔軟な解決を選択することも可能となり、被害救済の選択肢が増えることによって消費者保護の目的に一層資することとなるからである。

なお、事業者の説明義務に関する判例では「契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による損害賠償を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはない」（最判平成23年4月22日民集第65巻3号1405頁）とされており、事業者の説明義務違反が債務不履行責任の対象とならないことが明確化された状況の下では、不法行為に基づく損害賠償請求を可能とする根拠規定が明文化される必要性は高い。

ところで、現行法3条を根拠として事業者の説明義務を課し、説明義務に違反した事業者に損害賠償義務を認めた裁判例も存在する（大津地判平成15年10月3日百選78頁、福岡地判平成18年2月2日ウエストロー・ジャパン）が、消費者庁は同条が努力義務に止まることを理由に否定的見解を示しており（逐条解説96頁）、同様の立場をとる裁判例も存在する（名古屋地判平成19年1月29日ウエストロー・ジャパン）。したがって、消費者保護の徹底を図るためには、事業者による義務違反行為に違法性を認めて直ちに損害賠償の責任を負わせることできる根拠規定が必要となるのであり、事業者の情報提供義務は民事上の義務とすべきである（改正条文第3条第3項、第4項及び第6項。後掲・第3-3（2）参照）。

3. 契約条項の平易明確化義務（法第3条第1項）

意見 条項使用者不利の原則に関し、後掲・第4-3（2）ア記載のとおり。

4. 消費者の努力義務（法第3条第2項）

意見 削除すべきである。

法の制定が議論され始めた平成10年における全国消費生活相談情報ネットワーク・システム（PIO-NET）に登録された相談件数が約40万件であったのに対し、平成24年には約85万件と倍増し、消費者被害件数は増加している。

また、超高齢社会が加速度的に進行するわが国では、インターネットの普及などの高度な情報革新、技術革新による商品や取引環境の多様さ複雑さが急速に広まっており、今後ますます拡大することが予測される消費者と事業者との間の「情報の質及び量並びに交渉力の格差」から消費者を保護するためには、事業者に対し、現行法よりもさらに踏み込んだ義務を課す必要がある。

一方で、このような社会情勢の下、消費者と事業者との間の格差を消費者の努力によって是正することなどおよそ期待できず、消費者保護を目的とする法の趣旨にも合致しない

ものであるから、現行法3条が規定する「消費者の努力」に関する規定は削除すべきである。実際に、裁判において事業者から、現行法3条を根拠に消費者の過失相殺が主張されるケースもあり、法施行前の事案ではあるが消費者の義務違反を理由に過失相殺を認めた裁判例も存在しており（大津地判平成15年10月3日百選78頁）、百害あって一利なしといえるのである。

第3 契約締結過程

1. 「勧誘」要件の在り方（法第4条第1項、第2項、第3項）

意見 「勧誘をするに際し」を「事業者が消費者契約の締結に至るまでの間に」と改めるべきである。

「中間取りまとめ」の指摘するような問題を解決するためには、「勧誘」の文言をどう置き換えるか、すなわち「勧誘」の態様から要件を検討するよりも、事業者が消費者に対し契約締結について働きかけをする一連の行為の内のどの範囲の行為を規制の対象とするかという観点で検討すべきである。

この点、特定の消費者に対する勧誘であっても不特定多数の消費者に向けられた広告等であっても、事業者による契約締結への誘引にほかならず、多数の被害が生まれている現状も考慮すれば、現行法のような「勧誘をするに際し」という時間的・場面的制限を設けることは相当ではないから、不実告知、断定的判断の提供及び不利益事実の不告知の三つの誤認型取消権に関し、「勧誘をするに際し」の要件を「事業者が消費者契約の締結に至るまでの間に」と拡大すべきである（改正条文第4条第1項及び第2項）。

2. 断定的判断の提供（法第4条第1項第2号）

意見 ア）財産上の利得に限定すべきではない。

イ）「価格、将来において当該消費者が受け取るべき金額その他将来における変動」を削除すべきである。

法理論として、断定的判断の提供ではなく不実告知で被害回復を図る余地があるとの指摘には首肯できるが、ここでは法律実務家として、法が実際の被害回復に資する規定であるか否かを検討すべきであることを指摘したい。

実際に想定される二つのケースを対比しながら被害回復の方法について検討する。

i) 公開予定のない未公開株を「近い将来上場するので必ず価値があがる」と販売する事案

ii) 痩せる成分など含まれていないサプリメントを「痩せる成分が含まれているので必ず痩せる」と販売する事案

二つの事案を整理すると、【表3】のとおりとなる。

【表3】現行法による被害救済の比較

事案	事業者からの働きかけ	取消事由	被害救済の可否
i	① 近い将来上場する ② 必ず価値が上がる	① について不実告知 ● 消費者にとって立証困難	①の立証が困難でも、財産上の利得に関する断定的判断の提供があるから、②による被害救済が可能
ii	① 痩せる成分が含まれる ② 必ず痩せる	② について断定的判断の提供	①の立証は困難であり、財産上の利得以外に関する断定的判断の提供があるから、②による被害救済は不可

すなわち、いずれの事案も事業者による不実告知と断定的判断の提供の双方が認められるが、「株式が上場される」事実、「痩せる成分が含まれている事実」はいずれも消費者にとって立証が困難であることから、不実告知取消しによる被害回復を実現するためのハードルは高い。一方、断定的判断の提供に注目した場合、ii) の事案は財産上の利得以外に関する断定的判断の提供がなされていることから、現行法4条2項の適用は排除されることとなる。

したがって、消費者契約に関する基本法である法が、使い勝手のよい、被害回復に資する法律であるためには、意見ア)イ) のとおりの改正がなされるべきである（改正条文案第4条第1項第2号）。

3. 不利益事実の不告知（法第4条第2項）

(1) 不実告知型

意見 ア) 故意要件の削除に賛成する。

イ) 但書きは削除すべきである。

但書きを削除すべきとする理由は、契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼすような不利益事実がありながら、消費者があえてその情報提供や説明を拒むことは通常は想定できないからである。また、消費者が認識しない内に「説明は不要です」と不動文字が印刷された書面に署名押印を求められるケースも十分に考えられることから、事業者の悪用を防止する観点からも削除すべきである（改正条文案第4条第2項）。

(2) 不告知型

意見 ア) 先行行為要件の削除に賛成する。関連して、事業者の情報提供義務を民事上の義務とすべきである。

不告知型について先行行為要件を削除することにより、不利益事実が告知されないという側面が際立つことになり、実質的には故意の不告知による取消しを認めることとなる。この点、i) 消費者と事業者との間の能力格差に起因する取引被害から消費者を保護しようとする法の目的に鑑みれば、消費者の誤認を未然に防止するため、格差を是正するに足る情報提供義務や説明義務を事業者に課すことが妥当であると考えられること、ii) 事業者が重要事項について故意に不利益事実を告げなかったために消費者が誤認に陥ったというケースでは、事業者はi) の情報提供義務や説明義務を怠ったと評価できるのであるから、利益事実を告知したか否かにかかわらず、重要事項について不利益な事実を知っていながらあえて告げなかった事業者の行為は、契約の拘束力を否定されてもやむを得ないものと評価できる。

したがって、先行行為の要件を削除するだけでは足りず、事業者の情報提供義務を民事上の義務として規定する必要があることになる（改正条文案第4条第2項）。

イ) 不告知型について、重要事項の概念を拡張しないことに反対する。

当会では、重要事項の概念を改正条文案第4条第4項のとおり拡張するべきと考えるが、このように重要事項の概念を拡張した場合、特定商取引法の規定と比較して故意の事実不告知による取消しの対象が広まることとなる。なぜなら、特定商取引法が規定する故意の事実不告知の規定では、「契約締結を必要とする事情」「契約に関する事項であって顧客の判断に影響を及ぼすもの」に故意の事実不告知があったとしても取消しが認められないからである。

ところで、実際の被害事案や相談事案を検証してみると、契約締結の必要性に関する事

項について事業者による不告知があったことが原因で被害が生じたケースはほとんど見当たらず、想定される事案も乏しい。そうすると、特定商取引法の規定と同様に、法の定める重要事項を不実告知の対象事項と事実不告知の対象事項とで区別し、不告知型については重要事項を拡張しないという中間とりまとめで言及された意見にも首肯しうるが、これによって条文の複雑化を招くことは、消費者にとって使い勝手のよい法律であるべきとする観点からは、弊害が大きい。むしろ、被害事案が想定しにくいのであれば、契約締結の必要性に関する事項を事実不告知の対象事項に含んだところで、事業者に過大な負担を強いる結果を招くことにはなく、いたずらに条文の複雑化を招くべきではない（改正条文案第4条第4項）。

なお、不告知型取消権の要件を比較すると【表4】のとおりとなる。

【表4】不告知型取消しの比較

	特定商取引法	現行法	試案
適用対象	訪問販売・電話勧誘販売・連鎖販売取引・特定継続的役務提供・業務提供誘引販売	消費者契約	
「勧誘をするに際し」の要件	適用あり		適用なし
先行行為としての利益告知	不要	必要	不要
事業者の故意	必要		
動機に関する事項	適用なし		適用あり

4. 重要事項（法第4条第4項）

意見 法第4条第4号各号を削除し、重要事項を「消費者が当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきもの」と定義すべきであり、例示列举とすることに反対する。

事業者と消費者との格差是正には事業者からの情報提供や説明が肝であるから、解釈による適用範囲の矮小化を招きかねない条文案は避けるべきであるほか、特定商取引法の歴史をたどるまでもなく規制と新たな手法とのいたちごっこを招来することは、消費者の被害回復という観点から妥当でないことは明白である。したがって、重要事項を例示列举とすることには反対である。

ところで、いわゆる動機に関する事項を重要事項に含めることで過度に取消権の対象が拡大し、消費者による悪用が懸念されるとの意見もあるが、実際の裁判例や相談事案を検証すると、動機に関する事項について事業者による不実告知がなされたケースの多くで、当該不実告知がなかったならば消費者は契約を締結しなかったであろうと判断できるため、被害回復や被害の未然防止という観点からもこのような改正が必要である。また、消費者は契約を取り消すことにより利得を得るわけではなく実損害を回復するに止まるのであるから、悪用の懸念は当たらない（改正条文案第4条第4項）。

5. 不当勧誘行為に関するその他の類型

- (1) 困惑類型の追加
- (2) 不請招勧誘

意見 (1)(2)のいずれも取消権を拡張することに積極的な反対はしないが、損害賠償による解決に委ねることを原則とすべきである。

長時間勧誘、再勧誘、不招請勧誘などの類型について、被害実態を踏まえて困惑型取消

権の対象とすべきであるとの意見には首肯できるが、消費者が何ら拒絶の意思を表示していないような場合に、単に長時間にわたる勧誘であったこと、再度の勧誘であったこと、突然の訪問であったことなどの客観的事実だけを捉えて消費者に取消権を認めることは、事業者にとって不測の事態を招くおそれが高い。また、消費者の主観的要件を課したうえで取消権を認めるという方法も考えられるが、事業者の予見可能性を考慮した要件を措定することが困難であることから、試案では導入を見送った。

もともと、消費者保護を目的とする法律であるから、事業者の予見可能性を厳密に考慮する必要はないとの意見もあるが、本条が適格消費者団体訴訟による差止請求や、近く施行される特定適格消費者団体による損害賠償請求の根拠条文ともなりうることを考慮すると、予見可能性という観点は事業者の利益に大きく影響するものであり、軽視することはできないと考える。

一方、事業者の義務として「事業者は、消費者契約を締結するに当たっては、消費者を威迫または困惑させてはならない」（改正条文案第3条第5項）旨の規定を置くことにより、事業者による不当勧誘行為の態様が違法性を帯びる程度のものである場合、損害賠償による解決を図ることができるものであり、当会ではこれを原則とすべきと考えるが、事業者の予見可能性を考慮した要件を措定という課題を克服した条文化が実現する場合、当会はこれを支持するものである。

（3）合理的な判断を行うことができない事情を利用して契約を締結させる類型

意見 ア）新たな取消権を導入することに積極的な反対はしない

いわゆるつけ込み型の契約全般に取消権を認めることには当会も賛同しており、その立法化の実現に期待をるところであるが、一方で要件の明確化という点で条文化へのハードルは高く、消費者にとっても実務における使い勝手の悪さが払拭できないため、試案では導入を見送った。

一方、高齢者や障害者などをターゲットにし、判断能力の低下に乗じて不当な利益を得ようとする事案が後を絶たないことから、試案では「高齢者等取消権」を提案する（改正条文案第5条）。もともと、要件の明確化という課題を克服した条文化が実現する場合、当会はこれを支持するものである。

イ）新たに消費者公序の規定を設けるべきである

法が定める取消規定が拡張されたとしても、契約目的を隠匿したり身分を詐称したりするなどして消費者に不意打ち的に接近し、密室での1対1の関係のような事業者により有利な状況を濫用して締結された契約等では、事業者の一つひとつの行為を分析的に検証した場合にいずれの取消事由に該当するのかが必ずしも明確ではない事案は少なくない。

消費者の判断能力の低下に乗じた取引被害の救済という観点では、改正条文案第5条で高齢者等取消権の新設を提案しているが、同条は高齢者や障害者等の判断能力が不足する消費者を対象とした規定であり、すべての消費者の被害救済を目的とした規定ではない。

また、「何をいくらで買うか」ということに直結するようないわゆる中心条項について、不当条項規制を根拠に無効と判示した裁判例も存在はするが（大阪高判平成21年8月27日判時2062号40頁）、このケースでは「契約における対価に関する条項は、消費者と事業者との間でされる取引の本体部分となり、それは基本的に市場の取引により決定されるべき」であって現行法10条の「適用対象とならないのが原則」という立場を示しつつも、事案の特殊性を考慮して例外的に現行法10条の適用を認めた事案であり、学説

もこれを支持する傾向にある（山本豊「消費者契約法（3）」法学教室243号62頁）。したがって、価格の問題を不当条項規制に委ねるのは妥当ではない。

さらに、消費者法の分野が規制とニュービジネスの出現とのいたちごっこを辿ってきた歴史的事情も考慮すれば、消費者契約の包括的ルールを定める法の中に、以上のような個々の取消規定では対応できない被害類型に包括的に対処するための消費者公序規定を置く意義は大きい。

以上の理由により、法に消費者公序に関する規定を新設すべきである。なお、当会が提案する消費者公序の規定及びその考え方については、試案で述べるとおりである（改正条文案第14条）。

6. 第三者による不当勧誘（法第5条第1項）

意見 ア）第三者の範囲について、試案のとおり列挙すべきである。

専門調査会における議論では取り上げられていないが、第三者を利用した場合の法的効果に関しては、債務不履行責任における債務者の帰責事由としての「履行補助者の過失の法理」と、契約締結過程に着目した「交渉補助者の法理」がある。これらは、報償責任の法理や危険責任の負担の法理、分業による規範潜脱の防止（自らの意思で他人に業務を委託して分業による利益を得る者は、自ら直接行為をする場合と同等の法的地位に置かれ、これと取引をする相手方はその分業に起因する不利益を被ることはない — 分業は地位の強化をもたらさない）という観点から、債務者の債務不履行と同視できる場合を導き出す考え方である。

こうした見解は、債務者と第三者の関係に着目して適切な債務者の責任の負担を画するものであり、第三者の行為に関する事業者の認識可能性を問わない現行法5条の趣旨と類似している。

また、履行補助者論について学説では「契約締結上の過失理論における履行補助者（契約締結補助者）理論を一步進め、これらの者の事実行為を信義則上使用者の行為と同視して、相手方に損害賠償のみならず詐欺取消しの主張を認めること（法律行為法的救済の認容）と考えられよう」と指摘されるところである（川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法（3）』（有斐閣）472頁）。

そこで、試案のとおり現行法5条の趣旨を維持したうえで、履行補助者論等を根拠として、事業者が第三者の行為の責任を負担することが妥当である場合を具体的に列挙する立法案も考えられよう（改正条文案第6条第1項）。

イ）新民法第96条第2項と同様の規定を置くべきである。

取引における高度の分業体制の発展や複雑性あるいはブラックボックス化がみられる現代社会では、契約の当事者ではない事業者の行為によって消費者が契約締結の意思を形成した場合に、その意思形成に影響を及ぼす行為をした事業者と契約当事者である事業者との関係は、消費者にとって必ずしも明らかではない場合も少なくない。

したがってこのような場合に、「詐欺」までの悪性はなくとも、法が規定する取消権の対象行為であれば、新民法第96条第2項が規定する第三者詐欺と同様に、事業者において当該第三者の行為を知っているかあるいは知ることができた場合には、当該契約をも取消権の対象とすることが法の目的に適うものである（改正条文案第6条第2項）。

なお、「知ることができた場合」とは、事業者が社会通念上要求される注意をすれば当該事実を知り得たことと解される。したがって、たとえば事業者の取り扱うある商品につ

いて、事業者とは何らの関連性もない第三者がブログなどで当該商品の性能について事実と異なる表示をし、当該ブログを閲覧した消費者がこの表示によって誤認し契約締結に至ったような場合、当該ブログが著名なブログであり、検索サイトにおける検索結果の上位に表示されるなどの特段の事情がある場合を除けば「知ることができた場合」には該当しないと解されるし、取消権が認められるためには当該第三者の行為と消費者の意思形成との間に因果関係が必要であることからすれば、その範囲が無用に拡大するといったおそれはない。

7. 取消権の行使期間（法第7条第1項）

意見 取消権の行使期間を「誤認又は困惑状態を脱した時から5年間」、「当該消費者契約締結の時から20年間」と改めるべきである。

伸張すべき理由は、中間取りまとめに言及されたとおりであり、その期間は現行民法の規定に一致させる意見であるが、これよりも長期とすることについて反対する趣旨ではない。

また、不退去又は退去妨害行為そのものの解消と、消費者の心理的・肉体的な困惑状態の解放とは常に合致するわけではなく、むしろ行為の解消からある程度の時間が経過してはじめて困惑状態から解放されるのが通常であるから、その起算点は、事業者による誤認・困惑惹起行為が解消した時とすべきである。

8. 法定追認の特則

意見 消費者が取消権を有することを知った後に民法第125条各号に掲げる事実があった場合でなければ法定追認の効力は生じない旨の規定を置くべきである。

実務においては、消費者が司法書士等の元に相談に訪れた際、契約締結時に誤認していたことに既に気がついていたり困惑状況から脱していた場合であっても、「一旦締結した契約は途中でやめることはできないと思った」等の理由により対価の支払いを継続しているケースはしばしばみられる。

法定追認の規定は、相手方の信頼の保護や法律関係の安定性の観点から規律されたものであるが、消費者契約は、事業者と消費者との間の格差を前提とする法律であることから、「相手方の信頼の保護」を考慮する場合にはかかる格差を前提とすべきである。

そうすると、消費者に法定追認が生じたことにより取消権を喪失するという重大な効果を強いるためには、単に「取消しの原因となっていた状況が消滅した」のでは足りず、取消権を行使できることを知った後、それでもなお対価の支払いを継続した等の場合に限り法定追認の効力が生ずるとするのが妥当であるからである。

9. 不当勧誘行為に基づく意思表示の取消しの効果

意見 取消しに伴う返還義務の範囲を現存利益に限定すべきである。また、事業者の行為の悪性が高い場合、事業者の現存利益返還請求権を排除すべきである。

実務においては、独居老人に対し大量の健康食品を売りつけたり不必要なリフォーム工事を行ったりする事案や、若者に対し不必要な美容医療施術（いわゆるトッピング治療）を行うといった事案など、事業者によるいわゆる「対価の押し付け」が行われている事案が散見される。

法は事業者と消費者との間に格差が存在することを前提としているから、民法とは異なる格差を前提とした清算ルールとして、事業者に不当な「やり得」を認めない規定を設けるべきである。

そこで、消費者が契約を取り消した場合の返還義務の範囲を現存利益に限定したうえで、現存利益の有無を「出費の節約の法理」等の解釈によって厳格に解することとし、仮に現存利益が認められるケース（リフォーム工事の事案で実際にリフォームの必要があった場合等）であっても、事業者の勧誘行為等の悪性が高い場合（深夜における長時間勧誘等）には事業者による返還請求権を認めない規定（過責考量論）を置くべきである。

第4 契約条項

1. 事業者の損害賠償責任を免除する条項（法第8条第1項）

(1) 人身損害の軽過失一部免除条項（第2号及び第4号）

意見 少なくとも、無効と推定する規定を置くべきである。

事業者の軽過失に基づく債務不履行又は不法行為によって生じた損害について無効とすることの必要性に首肯するが、このような条項は法令による責任制限が認められている場合があること（自動車損害賠償保障法施行令2条ほか）、事業者が無限に人身損害のリスクを引き受けることは困難であるとの指摘もあること（論点整理74頁）などの理由により、無効とする旨の規定を置くことに積極的同意はしないが、消費者の被害回復の観点から、少なくともこのような条項を無効と推定する旨の規定を置くべきである（改正条文案第13条第5号）。

(2) 「民法の規定による」要件の在り方（第3号及び第4号）

意見 賛成する。

2. 損害賠償額の予定・違約金条項（法第9条第1号）

(1) 「解除に伴う」要件の在り方

意見 賛成する。

レンタルビデオにおける高額な延滞料を定める条項や、賃貸借契約解除による明渡しの遅滞に伴い高額な遅延損害金の支払いを求める条項のように、契約の解除に伴わないケースが現実の問題となっているのであり、これらに対応できる規定を用意する必要があるからである（改正条文案第12条第1項第7号）。

なお、平均的な損害を超えるか否かを考慮する際には、損害賠償の予定、違約金の定める条項だけを考慮するだけでは足りず、原状回復請求権の範囲、既履行給付の対価の範囲もあわせた額によって平均的な損害を超える否かを考慮すべきである（改正条文案第12条第1項第6号）。

また、「平均的な損害の額」の対象となる損害には、一定の合理的範囲内にある逸失利益をも含めるべきであり、当会ではこの点、ある消費者契約を締結することによって他の消費者契約を締結する機会が失われるような関係の消費者契約の場合における逸失利益を平均的な損害に含め、その他の場合には原則として平均的な損害に含めないとする規定を置くことを提案する（改正条文案第12条第3項）。

(2) 「平均的な損害の額」の立証責任

意見 事業者に立証責任を課す旨の明文規定を置くべきである。

業界団体の定める標準約款の規定に基づいて推定する方法など、平成18年最判が指摘するように事実上の推定が働くケースもあり得るが、証拠資料が事業者に偏在することは消費者契約の特徴の一つであり、その立証には多大な困難を伴うことは想像に難くないのであり、立法的解決を強く望むものである。

3. 消費者の利益を一方的に害する条項（法第10条）

(1) 前段要件

意見 賛成する。

なお、任意規定と比較するのではなく、当該条項が存在する場合と存在しない場合とを比較すべきであり、規定ぶりとしては「消費者契約の条項であって、当該条項が存在しない場合と比較して」とすべきである（改正条文案第11条第1項）。

次々に新しい契約が生み出される現代社会では、その多くが必ずしも民法その他の法律の規定をそのまま適用することができない非典型契約に該当するから（岡山地判平成16年2月18日（裁判所ウェブサイト）は、在学契約が私法上の無名契約であることから民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定による規律を予定していないとして、法10条の適用を排斥している）、どのような種類の消費者契約にも不当条項規制が等しく適用されるようにするためにも、このような条項とするのが妥当である。

(2) 後段要件

意見 ア) 条項使用者不利の原則を明文化することに賛成する。

事業者が作成した契約条項の解釈に疑義が生じた場合、作成者不利の原則を採用する裁判例があり（福井簡判平成元年3月8日消費者法ニュース3号22頁、豊中簡判平成6年3月22日消費者法ニュース20号180頁ほか）、これを支持する学説も存在する（論点整理43頁、前掲・落合64頁ほか）。

裁判例や学説が作成者不利の原則を支持する根拠としては、情報が偏在する当事者間における契約では、契約を締結する相手方に不測の損害を生じさせることは可及的に情報が偏在する当事者間における契約では、契約を締結する相手方に不測の損害を生じさせることは可及的に回避すべきであるという考え方にに基づき、情報提供義務や説明義務をより具体化したものとして契約条項の明確化・平易化義務が信義則上認められることにあるものと考えられる。そうすると、民法に基づく信義則に比べ、事業者と比べて情報力や交渉力に格差がある消費者を保護することを目的とする法に基づく信義則は、消費者保護の性格が強まるものと理解できる。

したがって消費者が、条項の内容を判然と理解することができず複数の解釈を可能とするような事態に陥った場合、当該条項を作成した事業者にとって不利に解釈されることは、民法に基づく信義則よりも消費者保護の性格が強まる法に基づく信義則から導かれる結論として合理的と考えられる（改正条文案第10条）。

イ) 「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して」は「信義誠実の原則に反する程度」に、「消費者の利益を一方的に害する」は「消費者の利益を害する」にそれぞれ改正すべきである。

現行法10条後段については、立案担当者が「現在、民法第1条第2項に反しないものは本条によっても無効とならない」と述べる一方（逐条解説222頁）、学説は「現行民法では必ずしも無効とされない契約条項についても、これを無効とする旨規定した条項であると理解すべきである」として、民法では信義則に反して無効とはならないような場合であっても本条によって無効となりうることを指摘しており（コンメンタール192頁）、見解の対立があるが、ア)において言及したとおり、法に基づく信義則と民法に基づく信義則との性格の違いを前提とし、解釈上の疑義を生じさせないため「信義誠実の原則に反する程度に」と改正することを提案する。

また、「消費者の利益を一方的に害する」という要件については、必ずしも消費者の利

益のみが一方的に害されているとはいえない条項（例えば、事業者にも一定程度の不利益を課している条項）が無効とならないのではないかとの疑義が残るため、単に「消費者の利益を害する」と改めるべきである（改正条文案第11条第1項）。

4. 不当条項の類型の追加

- (1) 消費者の解除権・解約権をあらかじめ放棄させ又は制限する条項

意見 無効とすべきである。

解除権・解約権だけでなく取消権を含め、これらが特に法令に基づき消費者に認められた権利である場合、これを放棄させ又は制限する条項は、消費者を契約当事者の地位に不当に拘束することとなるため、無効とすべきである（改正条文案第12条第1項第13号）。

- (2) 事業者に対該条項がなければ認められない解除権・解約権を付与し又は対該条項がない場合に比し事業者の解除権・解約権の要件を緩和する条項

意見 少なくとも、無効と推定すべきである。

解除権・解約権だけでなく取消権を含め、これらを行行使するための要件を緩和することは、緩和される要件が警備である場合や事実関係を明確にするために必要な場合の用に、その制限の内容や程度によっては一定の合理性が認められるケースも想定されるため、一律に無効とするのは妥当でないが、消費者を契約当事者の地位に不当に拘束することとなる点は(1)と変わらないので、少なくとも無効と推定すべきである（改正条文案第13条第10号）。

- (3) 消費者の一定の作為又は不作為をもって消費者の意思表示があったものと擬制する条項

意見 少なくとも、無効と推定すべきである。

これらの条項は、消費者に一定の意思表示があったとみなされることより法的拘束力が生じ、消費者に予期せぬ損害をもたらす可能性がある点で不当な条項ではあるが、消費者が擬制された意思表示を取り消すことができる場合や、消費者に一定の意思表示があったことを擬制できなければかえって不都合が生じるようなケースも想定されうるので、一概に無効とすることは妥当でないからである（改正条文案第13条第1号）。

- (4) 契約文言の解釈権限を事業者のみに付与する条項、及び、法律若しくは契約に基づく当事者の権利・義務の発生要件該当性若しくはその権利・義務のないようについての決定権限を事業者のみに付与する条項

意見 無効とすべきである。

契約内容の決定権を実質的に事業者のみに与える結果となり、およそ合理性を肯定しがたいからである。なお、契約の主たる内容ではなく、付随的内容に関する解釈権限・決定権限を事業者に委ねるとどまる場合には、無効と推定することも考えられる（改正条文案第12条第1項第9号乃至第11号、第13条第3号）。

- (5) サルベージ条項

意見 無効とすべきである。

このような条項は、事業者が強行法規に違反しない限度まで権利を拡張し義務を免れる結果となるものであり、このような条項が認められてしまえば、事業者が不当条項を是正するインセンティブが働かなくなってしまうからである（改正条文案第12条第1項第17号）。

第5 その他の論点

1. 条項使用者不利の原則

意見 明文規定を置くべきである。

前掲・第4-3(2)ア記載のとおり。

2. 抗弁の接続／複数契約の無効・取消し・解除

法に新たな規定を置くことに賛成する。

3. 継続的契約の任意解除権

法に新たな規定を置くことに賛成する。