安田火災記念財団叢書 No.60

「消費者契約法と規制緩和に関する基本問題」報告書

「消費者契約法と規制緩和」研究会
座　長　東京大学教授　落合　誠一
事務局　株式会社　安田総合研究所

平成11年11月

財団法人安田火災記念財団

「消費者契約法と規制緩和」研究会

（敬称略）

座長	東京大学大学院法学政治学研究科・法学部教授	落合　誠一
	東京大学大学院法学政治学研究科・法学部助教授	森田　修
	上智大学法学部助教授	小塚　荘一郎
	安田火災海上保険（株）法務部課長	横川　明
	(株)安田総合研究所取締役業務部長	小林　篤

事務局

(株)安田総合研究所主任研究員	卯辰　昇
(株)安田総合研究所研究員	荒木　由起子
(株)安田総合研究所研究員	江頭　達政

はじめに …… 1

Ⅰ．規制緩和の意義と消費者契約法との関連性 …… 3

１．日本における規制緩和の進展と意義 …… 3
２．規制緩和と消費者契約法 …… 9
＜Ⅰ章に対するコメント＞ …… 16

Ⅱ．契約締結過程規制と契約内容規制に関する法政策学的分析 …… 18

１．市場規制のタイポロジーと評価基準 …… 18
２．消費者契約法による規制の法政策学的分析 …… 24
３．消費者契約法による適格付与市場の設計 …… 28
＜Ⅱ章に対するコメント＞ …… 31

Ⅲ．経済学的視点から見た消費者契約法立法 …… 33

１．消費者契約立法における効率性と公平性 …… 33
２．規制緩和と消費者契約 …… 34
３．市場取引の効率性と消費者保護 …… 35
４．自己責任と消費者保護 …… 37
５．契約締結過程規制と契約内容規制との相違 …… 38

Ⅳ．契約締結過程規制に関する論点の整理 …… 39

１．検討範囲・課題の設定 …… 39
２．事業者の「義務」の規定と効果 …… 40
３．重要事項 …… 42
４．不適切な働きかけを理由とする取消 …… 46
５．状況の濫用 …… 47

６．第三者との関係、行使期間、割合的処理 …… 48

Ⅴ．契約内容規制に関する論点の整理 …… 51

１．消費者契約法における不当条項規制 …… 51
２．消費者契約法におけるその他の内容規制 …… 57
３．「継続的役務提供取引における契約内容の適正化」法との対比 …… 60

Ⅵ．私法としての消費者契約法の意義と
エンフォースメント確保としての司法制度 …… 63

１．消費者契約紛争の顕在化 …… 63
２．新民事訴訟法下の手段 …… 64
３．証明責任（立証責任） …… 69
４．団体訴訟 …… 71
５．クラス・アクション …… 73
６．裁判外紛争処理（ＡＤＲ） …… 75
７．「司法改革」が目指す秩序とは …… 77
８．特殊な公共財としての法的サービス …… 80
９．実効性確保と裁判 …… 82
１０．自生的秩序としての消費者契約秩序 …… 86

Ⅶ．規制緩和における消費者契約法立法の役割 …… 93

１．規制の効率性と消費者契約法立法 …… 93
２．消費者契約法における不当条項規制の正当性 …… 94
３．紛争解決の実効性確保と消費者契約法議論の今後の展開 …… 94

＜ヒアリング総括（1998 年 11 月実施）＞…… 資料

はじめに

現在、わが国では、行政各面での規制緩和が進展しつつある。一般に規制緩和とは、行政による公法的規制の緩和をイメージしがちであるが、そもそも「規制とは何か」という問題が背後に存在する。

ところで規制緩和が進展すると、従来の行政による事前規制中心型システムから、市場メカニズムを重視し、ルールを明確化した事後規制型システムへの移行が生ずるが、その場合に消費者問題にはいかなる法的対応が必要かについて、基本的に重要な問題が提起される。

他方、規制緩和による市場メカニズム重視社会における、あるべき消費者法の立法提案として、国民生活審議会消費者政策部会は、1999 年 1 月に、「消費者契約法（仮称）の制定に向けて」と題する報告書（最終報告書）を公表した。

周知のように、わが国における消費者法は、当初「弱者」としての消費者の保護立法としての消費者保護法が制定され、それをベースとして発展してきた経緯がある。しかし、規制緩和を進めるためには、国家による規制は極力排除すべきことになるから、消費者法においても、市場メカニズムの論理の中での正当化の根拠が求められることになる。

前記の消費者政策部会最終報告書は、規制緩和の進行が消費者契約法を必要とするとしている。しかし、この正当化の論理それ自体についても、さらに広い角度からより踏み込んで議論・検討の必要があると考えられる。

そこで、研究者と実務家による「消費者契約法と規制緩和」研究会を 1998 年 10 月に組織し、規制緩和による市場メカニズム重視の社会における消費者契約法の基本的意義を検討することにした。

研究会は、前記の消費者政策部会最終報告書の立脚点を分析し、それを様々な角度から評価・検討することから開始された。

またそれと同時に、各論点の検討に最も相応しいと判断される研究者、消費者団体、事業者団体、行政機関等に対して幅広いヒアリングを実施した。

本報告書は、当研究会における「消費者契約法と規制緩和」に関するこれまでの検討結果をとりまとめたものである。

本報告書がわが国における消費者契約法と規制緩和の基本問題につき、より一層の論議を喚起し、わが国のこの問題についての認識を少しでも前進させるようになることを期待したい。

なお、研究会は、98 年 10 月から 99 年 7 月にかけて合計 8 回実施し、各回の主要テーマと報告者は以下の通りである。

「消費者契約法と規制緩和」研究会各回テーマと主たる報告者

研究会	テーマ	主たる報告者
第１回	市場規制のタイポロジーと効率性 政府の規制緩和政策の推移	東京大学大学院法学政治学研究科・法学部　森田修助教授 安田総研
第２回	「消費者契約法と規制緩和に関する各界ヒアリング結果」とそれに対する評価	上智大学法学部　小塚荘一郎助教授 安田総研
第３回	経済学からみた消費者契約法	東京大学大学院経済学研究科・経済学部　柳川範之助教授
第４回	私法としての消費者契約法の意義とエンフォースメント確保としての司法制度	東京大学大学院法学政治学研究科・法学部　高橋宏志教授
第５回	「消費者契約法と規制緩和」研究会中間総括	全体論議
第６回	消費者契約法の内容規制ルール	上智大学法学部　山本豊教授
第７回	契約締結過程の規律	学習院大学法学部　沖野眞已教授
第８回	消費者契約法による救済の実効性確保と裁判制度	東京大学大学院法学政治学研究科・法学部　太田勝造教授

Ⅰ．規制緩和の意義と消費者契約法との関連性[1]

本章では、日本における現在までの規制緩和の流れと意義を概観し、その中で消費者契約法に求められる役割について、各方面の考え、意見を整理する。

1．日本における規制緩和の進展と意義

本節では、現在の規制緩和の流れを理解する前提として、まず日本における規制緩和の進展と現状を整理する。また、これを踏まえて、規制緩和により期待される効果を検討し、これまでの歴史の中で、規制緩和は何を目的として進展してきたかを、欧米諸国と日本を対比して概観する。

（1）日本における規制緩和の進展

- 日本では、81年に発足した土光臨調以来、規制緩和の検討が進められてきた。
- 当初は海外からの要請への対応が主眼であったが、現在は日本の産業の競争力回復手段として要請されている。
- 95年、第三次行革審の答申をうけ、初めて総合的な規制緩和計画「規制緩和三カ年計画」が策定された。

審議会・研究会	主な答申、報告、提言	規制緩和に関する動き
臨時行政調査会 (第2次臨調 =土光臨調) 1981.3.16. －1983.3.15.	・行政組織の統廃合、3公社の民営化等を答申した。 ・*公的規制緩和を「許認可等の整理統合」ととらえ、*許認可の性質別の合理化方針と具体的措置を答申した。 ・銀行、損保、運送、石油等の各分野について、規制緩和措置の提言を行った。	80年代 中曽根内閣の民営化路線
臨時行政改革 推進審議会 （第1次行革審） 1983.6.28. －1987.6.27.	・「規制の緩和、撤廃」という言葉を使用し、*「経済的規制については最小限に、社会的目的から行われている規制についても合理化を図って行く必要がある」*とした。 ・*国内市場開放*を大きなテーマとして、検査検定制度、基準認証制度、資格検定制度等の規制緩和を提言。	85 電電公社、 専売公社民営化 87 国鉄分割・民営化

[1] 本章は、第1回研究会での事務局報告「政府の規制緩和政策の推移」、第2回研究会での、事務局による「消費者契約法と規制緩和」に関する論点の整理とヒアリング及びそれに対する評価を中心に小塚助教授が行った報告「消費者契約法と規制緩和に関する各界ヒアリング結果」に基づいている。なお、事務局が、議事録に他の文献等を用いて、一部補筆している。

国際協調のための経済構造調整研究会（前川研究会＝中曽根首相の私的諮問機関） 1985.10.31. －1986.4.7.	・86年 報告書（前川レポート） *「原則撤廃・例外規制」を提言。*	
臨時行政改革推進審議会 （第2次行革審） 1988.4.20. －1990.4.19.	・公的規制の緩和を目標として掲げ、「公的規制の在り方に関する小委員会」を設置し、専門的に検討を行った。88年の「公的規制の緩和等に関する答申」は、規制緩和に関する初めての報告書。 ・公的規制を「一般に、国や地方公共団体が企業･国民の活動に対して特定の政策目的の実現のために関与・介入するものを指す」と定義した。 ・*公的規制を規制目的に着目して社会的規制と経済的規制に区別して論じている*。* ・経済的規制は「原則自由・例外規制」、社会的規制は国民に必要以上の制約や負担をもたらさないようにすべきであるとした。	90年代初期から 日米構造協議 →外圧による構造改革の進展 90.6. 日米構造協議 最終報告
臨時行政改革推進審議会 （第3次行革審） 1990.10.31. －1993.10.30.	・公的規制緩和のためのアクションプラン策定と、行政改革推進本部・監視のための第3者機関の設置を提言、規制緩和の実質的な進展を図ろうとしている。	93 独占禁止法運用強化 行政手続法成立 行政改革会議設置(内閣総理大臣直属の行政機関)
経済改革研究会 （平岩研究会 ＝細川首相の私的諮問機関） 1993.9.16. －1994.12.16.	・93年11月中間報告「規制緩和について」では上記区分を踏襲し、「経済的規制は原則撤廃、社会的規制は自己責任を原則に最小限に」と提言。 ・国土・土地・建物、雇用・労働、教育･文化等、*行革審答申よりも広い範囲の分野を社会的規制の範囲に含めている。*	94 大規模小売店舗法規制緩和
行政改革委員会 （第3次行革審の提言により設置された第3者機関） 1994.12.19. －1997.12.18.	・「経済的規制は、『原則自由・例外規制』で、社会的規制は、必要最小限という考え方が定着したため、*経済行為に関する規制であっても、社会的規制の面があると主張して構造改革を阻止あるいは遅らせようとする動きがあることを認め、*これは真に必要な社会的規制を実行することは峻別して考える必要がある、と指摘した。 ・*自己責任原則の確立*のために、国民が情報を入手できる環境の整備と、市場における競争のルールの確立が必要であると指摘した。 ・弱者や雇用等の*「痛み」の手当*ては別途行うこと、痛みを乗り越えて改革を進める代替手段を提供していくことを提案した。	95 製造物責任法成立

経済審議会 経済社会展望部会 1997.7.25. －1998.5.18. 経済主体役割部会 1997.7.31. －1998.6.9.	・98 年 6 月 22 日に公開した「経済社会展望部会・経済主体役割部会合同報告書」において、新しい経済社会システムの基本原則の一つとして、「政府は行政指導等による個別事例の裁量的処理から極力手を引き、*市場ルールの整備やルールに基づく監視機能の強化等*にその役割の重点を移していくことが求められている」と言及した。	
行政改革推進本部 規制緩和委員会 1998.1.26. －1998.3.19.	・98 年 9 月に公表した「規制緩和に関する論点公開」では、消費者契約法の動向について「政策運営の基本原則を*事前規制から市場ルールの整備*へと転換する必要がある中で、消費者、事業者双方の*自己責任に基づいた経済活動を促すルール作り*が重要との観点から…注視していく」とした。	

*「経済的規制は、市場の自由な動きに委ねておいたのでは財･サービスの適切な供給や望ましい価格水準が確保されないおそれがある場合に、政府が、個々の産業への参入者の資格や数、設備投資の種類や量、生産数量や価格等を直接規制することによって、産業の健全な発展と消費者の利益を図ろうとするものである。これに対し、社会的規制は、たとえば消費者や労働者の安全・環境の確保、環境の保全、災害の防止等を目的として、商品・サービスの質やその提供に伴う各種の活動に一定の制限を設定したり、制限を加えたりする場合がこれに当たるのであって、経済的、社会的活動に伴って発生するおそれのあるマイナスの社会的副作用を最小限にとどめるとともに、国民の生活や財産を守り、公共の福祉の増進に寄与しようとするものである。」

（２）規制緩和の現状

- 規制緩和三カ年計画では、わが国経済の抜本的な構造改革を図り、国際的に開かれ、自己責任原則と市場原理に立つ自由で公正な経済社会としていくことを、基本的な目的としている。
- その後、旧計画に盛り込まれた事項のうち計画期間内に措置が終了しないもの、及び行政改革委員会の意見を中心に、旧計画期間後の規制緩和推進の具体策について、98 年から新たな三カ年計画が策定され、現在遂行中である。

① 規制緩和推進計画（旧計画）（「98 年版規制緩和白書」 P.1～P.9、「規制緩和推進計画について」閣議決定 1995.3.31.、「規制緩和推進計画の改定について」閣議決定 1996.3.29.、「規制緩和推進計画の再改定について」閣議決定 1997.3.28.）

Ａ．概要

・第 3 次行革審の答申を踏まえ、初めて策定された総合的な規制緩和計画。

・経済構造改革、金融システム改革、社会保障システム改革等、他の分野でそれぞれの観点から取り組まれている規制緩和事項を計画に盛り込むことにより、これらの改革の全体像をも示すことができた。

・5 年（のちに円高対策のため実施期間を 3 年に短縮、前倒し）を期間とする規制緩和推進計画を決定した。

・内閣を挙げて、行政各分野にわたる総合的な規制緩和に取り組んだもので、わが国経済社会の抜本的な構造改革を図り、国際的に開かれ、自己責任原則と市場原理に立つ自

由で公正な経済社会としていくことを基本として規制緩和を計画的に推進することとしている。

・「住宅・土地等」、「情報・通信」、「流通等」、「基準・認証・輸入等」、「金融･証券・保険」、「エネルギー」、「雇用・労働」、「公害・廃棄物・環境保全」、「危険物・防災・保安」等 11 分野にわたり、1,091 事項の個別の規制緩和措置と、計画の推進方法等が盛り込まれた。

B．意義

・わが国経済の抜本的な構造改革を図り、国際的に開かれ、自己責任原則と市場原理に立つ自由で公正な経済社会としていくことを基本に、以下の 3 つの観点が示された。

a．消費者の多様なニーズに対応した選択の幅の拡大、内外の価格差の縮少等による国民生活の質の向上を目指す

b．内需の拡大や輸入の促進、事業機会の拡大等を図り、国際的調和の実現に資する

c．素材･仕様・規格を詳細に指定する基準から、必要最低限の性能基準への移行、申請･届出の電子化・ペーパーレス化等により、国民負担の軽減、行政事務の簡素化を図る

② 規制緩和 3 か年計画（「98 年版規制緩和白書」P.81～P.87、「規制緩和 3 か年計画」閣議決定 1998.3.31.）

A．概要

・「旧計画に盛り込まれた事項のうち計画期間内に措置が終了しないもの、及び行政改革委員会の意見を中心に、旧計画期間後の規制緩和推進の具体策について、新たな政府決定を年度内を目処に行いたい」（1997 年 10 月 31 日の閣議における総務庁長官発言）

・15 分野、624 項目を個別の規制緩和措置として盛り込んだ。

・「これまでの規制緩和の推進において見直しの俎上に乗らなかった事項を新たな課題として発掘し、各行政分野を通じた横断的検討、見直しにも取り組むこととした」ことが、旧計画と異なる最大の特徴。

B．意義

・新計画は、……規制緩和を推進するに当たっての目的・基本的考え方についても、原則として旧計画を引き継いでいる。

・規制緩和のねらいとしては、多様で豊かな国民生活の実現、経済の活性化（新規産業・事業拡大・雇用創出）、国際整合化（グローバル・スタンダードの実現）、国民負担の軽減等が挙げられる。

このため、新計画は、わが国経済社会の抜本的な構造改革を図り、国際的に開かれ、自己責任原則と市場原理に立つ自由で公正な経済社会としていくとともに、行政の在り方について、いわゆる事前規制型から事後チェック型の行政に転換していくことを基本に、

a．経済的規制は原則自由、社会的規制は必要最小限との原則の下、規制の撤廃、又は

より緩やかな規制への移行

b．検査の民間移行等規制方法の合理化

c．規制内容の明確化、簡素化

d．規制の国際整合化

e．規制関連手続の迅速化

f．規制制定手続の透明化

を重視するとの観点から、規制緩和等を計画的に推進することとしている。

（3）規制緩和の歴史的背景と意義

- 規制緩和の意義は時代毎に異なる。
- 歴史的に先進国共通で規制緩和の要因となったものとしては、国際通商の進展により一国のみで厳しい規制を行うことが困難になっていること、財政赤字拡大による小さな政府の要請、規制の存在意義の希薄化、規制の弊害の認識等がある。
- 経済および市場のグローバリゼーションが進展し、一国内の閉鎖的な経済がもはや成り立ち得ない現在、諸外国と対等な市場競争を行うためには、規制緩和は避けて通れない流れである。
- とくに最近の日本では、経済再生のための国際競争力回復に、規制緩和は不可欠であり、経済構造の抜本的な改革が必要であると認識され始めている。

規制緩和の意義は、国やその国の置かれた時代毎の経済環境等により異なっており、一義的には決まらない。西欧諸国の動きを歴史的に見ると、国際通商の進展により一国のみで厳しい規制を行うことが困難になったこと、財政赤字拡大による小さな政府の要請、規制の存在意義の希薄化、規制の弊害の認識等が、規制緩和の原動力となっていた。

日本でも規制緩和の背景は西欧諸国と共通する点が多く、また、時代とともに変化している。（1）で見たように、当初は外国からの圧力から、国内市場の開放を中心として検討が始められた。

たとえば、「臨時行政改革推進審議会」は、1988 年に発表した答申「公的規制の緩和等に関する答申」において、以下のように述べている。

> *…また、わが国の国際的地位にふさわしく市場アクセスの改善を一層進めるとともに、国際化の進展に対応し、制度・仕組みの国際的調和に積極的に取り組むことも重要である。*
>
> *特に、わが国の経済力を国民の一人一人に行きわたらせ、豊かさを実感できる国民生活を実現していくためには、内外価格差の縮小を進め、国際的に均衡のとれた物価水準を実現するとともに、消費者の多様化したニーズに対応して供給構造を変革していく必要がある。……このような課題にこたえていくためには、自由化を進め、個人や企業の創意工夫を生かし、自由な活動をできる限り尊重し拡充することを基本とすべきであり、生産・流通機能や価格形成に関わる規制の緩和や制度等の*

改善を積極的に進めていく必要がある。

最近では経済の再生のために規制緩和が必要不可欠であるとの認識のもと、規制緩和が推進されている。97 年に公表された金融ビッグバン構想に端的に現れているように、経済および市場のグローバリゼーションが進展し、一国内の閉鎖的な経済がもはや成り立ち得ない現在、諸外国と対等な市場競争を行うためには、規制緩和は避けて通れない流れであるとの認識が、一般に共有されるようになってきた。

99 年 2 月に公表された経済戦略会議の答申では、日本経済成長の足枷要因として規制や保護をあげ、経済再生に向けた基本戦略のひとつとして、「規制・保護や護送船団から決別し、創造性と活力にあふれた健全な競争社会を構築すること」をあげている。

－1．日本経済の現状認識

……第二に、規制・保護や横並び体質・護送船団方式に象徴される過度に平等・公平を重んじる日本型社会システムが公的部門の肥大化・非効率化や資源配分の歪みをもたらしている。このため、公的部門を抜本的に改革するとともに、市場原理を最大限働かせることを通じて、民間の資本・労働・土地等あらゆる生産要素の有効利用と最適配分を実現させる新しいシステムを構築することが必要である。

－2．経済再生に向けた基本戦略

（2）「健全で創造的な競争社会」の構築とセーフティ・ネットの整備

第二は、規制・保護や護送船団から決別し、創造性と活力にあふれた健全な競争社会を構築することである。経済戦略会議は、公務員制度の改革、規制撤廃や各種の制度改革の強力な推進、公会計制度の改善、財政投融資の抜本改革等を通じて、肥大化し非効率となっている公的部門のスリム化・効率化を実現させなければ、日本経済の再生は不可能と考える。同時に、日本経済の活力再生には、経済的・財政的に疲弊している地方の自立を促す制度改革が必要なほか、努力した者が報われる公正な税制改革や創造的な人材を育成する教育改革等個々人の意欲と創意工夫を十二分に引き出す新しいシステムの構築が不可欠である。

もっとも、このような新しいシステムを有効に機能させるための大前提として、敗者復活を可能とし安心を保障する、「健全で創造的な競争社会」に相応しいセーフティ・ネットの構築が極めて重要である。具体的には、個人の転職能力を高め雇用の安心を確保する労働市場改革や事後チェック社会に相応しい司法制度の改革、さらには年金・医療・介護等、持続可能で安心できる社会保障システムの構築によって、すべての国民にセーフティ・ネットを提供する必要がある。（「日本経済再生への戦略」（経済戦略会議答申）（平成 11 年 2 月 26 日、経済戦略会議）より抜粋）

また、99 年 4 月に規制改革委員会発足に当たって公表された国民宛文書、「国民の皆さまへ－規制改革委員会の発足に当たって－」（99 年 4 月 21 日　行政改革推進本部　規制

改革委員会）では、以下のように規制緩和の主眼を持続的な経済成長のための基盤づくりに置いている。

2　日本経済の活性化と規制改革の重要性

言うまでもなく、わが国の経済は、現在、極めて厳しい状況にあります。政府は、景気の回復に向けてあらゆる政策を実施に移していますが、経済の持続的成長を可能とする基盤作りのためには、経済社会の構造改革を一層強力に進めていく必要があり、そのための政策手段として、規制改革は極めて重要です。規制改革の推進による自由で公正な競争を通じ、新たな産業・事業・サービスや雇用の創出、あるいは生活利便性向上といった効果が期待できることは、これまでの取り組みをみても十分理解が得られるものと考えます。先般、規制緩和推進3か年計画に基づいて経済企画庁が試算・公表した規制緩和の数量的効果分析をみても、その効果は大きなものがあります。不況の今こそ、各般の政策と相まって規制改革を推進し、日本経済を活性化することが重要です。

2．規制緩和と消費者契約法

本節では、消費者契約法の検討の経緯を概観した後、規制緩和の中での消費者契約法の役割についての見解や、消費者・事業者・官公庁の意見を整理する。最後に、消費者契約法が求められるような問題の現状を概観する。

（1）消費者契約法検討の背景－国民生活審議会での検討

- 従来の消費者保護行政は、「弱者」である消費者を守ることが主眼であった。
- 現在では、消費者にも自立と自己責任が求められることが前提となりつつある。
- 自由化した市場で、消費者は自らの主体的・積極的な選択に基づき行動することが求められているものの、消費者と事業者の間には情報・交渉力等の格差があり、契約を巡るトラブルは増加している。こうした格差を是正し、消費者・事業者双方の自己責任に基づく行動を促すような環境整備が必要、という認識のもと、消費者契約法制定の検討が進められている。

消費者保護行政については、昭和 38 年国民生活向上対策審議会（当時）以来、その意義と必要性、在り方について継続的に検討がなされている。当初は、消費者保護の必要性は、弱者としての消費者保護、という観点で認識されていた。

その理由の第1は、消費者はきわめて多数でありながら未組織であり、しかも、毎日の生活を続けるために商品サービスの購入・消費を止めることができないと言う弱い面をもっていることである。…第2に、消費者は非常に多数の商品やサービスを購入・消費するため、すべての商品やサービスについて十分な知識を得ることが困難になったばかりでなく、さらに生産技術の進歩によって個々の商品

やサービスの品質、性能等が複雑化したため、これを充分に理解することが困難になり、購入に当たって必ずしも合理的な行動がとれないことである。

第3には、消費者が心理的な弱点をもっていることである。現実の消費者は、合理的な精神と合わせて射幸心、虚栄心、非科学性等をもっており、取引の場において合理性のみを発揮するとは限らず、しばしば、射幸心や虚栄心に基づいて行動する。この弱点は一部の巧妙な生産・販売者によって利用されやすいものである。(「消費者保護に関する答申」国民生活向上対策審議会　1963年6月)

消費者取引の適正化については、国民生活審議会の消費者政策部会において、昭和46年以降数次にわたって検討され、個別業種ごとの約款適正化の具体策が答申・報告で示され、それに応じた改善が業種ごとになされてきた。

平成6年には、同部会に設置された今後の消費者取引適正化の基本的な方向性として、情報提供の推進、契約条項の内容規制の検討、事後規制の活用の検討の必要性が指摘された。これを受け、消費者政策部会は平成8年12月に、「消費者・事業者双方が自己責任に基づき行動することを促すような環境整備として、とくに消費者取引における契約締結過程及び契約条項についての包括的な民事ルールの立法化が必要である」、との提言を行った。この時点での消費者像は、当初の「未組織で、知識・情報に乏しく、非合理的」というものから大きく様変わりし、自立して、合理的な行動を行いうる者となっている。

この議論を受けて、国民生活審議会では平成9年7月に消費者政策部会の下に消費者契約適正化委員会を設け、消費者契約適正化のための民事ルール、および実効性確保のための方策についての検討を開始した。平成10年1月には、中間報告「消費者契約法（仮称）の具体的内容について」が公表され、産業界や消費者団体等の意見を聴取した後、平成11年1月に消費者部会報告「消費者契約法（仮称）の制定に向けて」が公表された。

規制緩和・自己責任原則との関係について、「消費者契約法（仮称）の制定に向けて」では以下のように述べられている。

－…他方、規制緩和・撤廃後の自己責任に基づく市民社会は、国民の自由な選択を基礎とした新たな合理的システムの構築とともに、公正で自由な競争が行われる市場の実現を求めており、無責任な自由放任や弱肉強食を目的としているわけではない。事業者とは、同種の行為を反復継続して行う者であり、近年の商品又は役務の多様化・複雑化とあいまって、事業者はその行為の反復性・継続性ゆえに情報、交渉力等において、一般的に優越する立場にある。そうした状況下で、消費者、事業者双方の自己責任を問うためには、十分に理性的な自己決定をなし得る状況の下で消費者の自由な意思形成がなされるための環境整備がなされる必要がある。消費者契約法は、消費者取引における契約締結過程及び契約条項の適正化のためのルールを定めることによって、消費者、事業者双方の自己責任の在り方が明確になることが期待される。(「消費者契約法（仮称）の制定に向けて－国民生活審議会消費者政策部会報告－」平成11年1月国民生活審議会消費者政策部会)

（2）消費者契約法の位置づけの検討

- 規制緩和の中での消費者契約法の位置づけについてはいくつかの見解があるが、ここでは二つを紹介する。
- 消費者契約法の意義や、賛否については、消費者・事業者・監督官庁といった立場毎に、見方が分かれていることがうかがえる。

①消費者契約法の役割についての見解

消費者契約法は、規制緩和の流れの中でどのような役割が期待されているか、という点に関しては、次のような見解がある。

A．消費者に自己責任を求めるための実質的支援

新古典派経済学の見地からは、規制の意義は「情報不完全による市場の失敗を是正すること」であり、消費者契約法も、このような市場の失敗を是正し環境基盤を整備する役割を担うものと考えられる。

金融サービス関連で語られる「情報開示の上、消費者・投資家に自己責任を求める」というロジックはこれに近いかもしれないが、消費者契約法の場合は同じ内容とはならないであろう。消費者契約法の意図が、金融サービス法で投資家に求められるような犠牲を消費者に甘受させるようなルールを市場の中に組み込む、ということであれば、このような法は避けるべきである。また、このロジックでは、契約の内容規制については、新古典派的には正当化しがたい。

現在のコンセンサスとして、消費者契約法の自己責任というのは、合法的・行政的な支援を与えた上で、支援された自立として、契約に基づく責任を考えるのが基本。しかし、経済学の議論での自己責任というのは、古典的な契約自由の原則に基づくものであり、これとは異なる。事業者のみではなく、消費者にも自己責任を求めるためには、実質的な支援が必要となろう。消費者契約法は、消費者に対しこのような実質的な支援を与えるという点で、環境整備となりうる。

B．イノベーションの果実享受のための手段

米英では、そもそも規制緩和は消費者のためという前提があったが、日本では、「規制緩和をしないと競争力が立ち後れる」という論調が主流であり、規制緩和があまりプラスでは捉えられていない。このため、消費者契約に関しては、多くの論者が「製品の安全」、「消費者保護」に主眼を置いた議論をするが、それだけを議論していては、重要な消費者問題を見失うことになっているのではないか。

規制緩和の意義として、予測不可能なイノベーションを可能にし、イノベーションに基づく競争を促進する、という点が重要である。消費者にとってもこの「イノベーションに基づく競争」は望ましいことである。このような考え方からすると、消費者契約法は、「イ

ノベーションに基づく競争」の果実を消費者にも享受させるための、道具立てのひとつと考えることができるだろう。

②消費者契約法の意義…ヒアリングから

消費者契約法について、一般的にはどのような認識がされているかを明らかにするため、消費者、事業者、および通商産業省に対して、98 年 11 月にヒアリングを行った。質問項目は、規制の現状に対する評価、自己責任原則、必要な規制・許容できる規制、消費者契約法への意見、等である（巻末資料参照）。

以下に、ヒアリングの設問とそれに対する答えを抜粋し、消費者契約法に対する認識を比較する。規制の意義および消費者契約法への期待について、消費者と事業者、また事業者の中でも業種毎に、相違が見られる。

なお、これらの回答は各々の立場を代表する意見ではない。

＜規制の現状の評価＞

公的規制の現状一般について感想を求めたが、回答者の想定する規制が立場によって異なり、規制に対する態度もそれに応じて異なっていた。全体として、消費者は、規制が事業者向きであることを指摘しており、事業者は規制による弊害について、不満を感じている。

設問

・規制緩和は、「経済的規制は原則撤廃、社会的規制も最小限に」という方針の下で進められているが、現状をどのように評価するか。
・公的規制の現状について、現在何が問題であると考えるか。何を改めるべきと考えるか。
・これまでの公的機関の役割と、今後の役割をどのように考えるか。

回答

・中小事業者保護のための参入規制等は、もう少し消費者の利便を考えて緩和されてもいいのではないか（消費者団体）。
・市場の失敗よりも、政府の失敗の弊害の方が大きいのではないか（シンクタンク）。
・一律に行われている規制の範囲が広すぎるものもある。柔軟性に欠けるのではないか（旅行業者）。

＜自己責任原則＞

自己責任については、消費者側の「自己責任を求められることへの危惧」と、事業者側の「消費者にも、契約の理解、リスクとリターンの理解等、一定の責任を求める」という、対立する姿勢が鮮明になった。

設問

・事業者・消費者の「自己責任」が、政府・審議会の文書にも見られるように、規制緩和

との関連で重要視されるようになっているが、この語の使い方をどのように考えるか。
・具体的に自己責任が求められる場面にはどのようなものを想定するか。
・自己責任原則の確立が規制緩和の大前提と言われているが、どのように考えるか。

回答

・情報が開示されないまま自己責任のみ求められるのでは不合理（消費者団体）。
・現在、事業者の側に「国の基準があれば遵守する」という姿勢が強すぎるのではないか。消費者だけでなく、事業者の意識変革も必要（消費者団体）。
・情報量や理解力には格差があり、それが是正されれば消費者にも責任が問われる。同じ土俵に立つ最低のルールを決めるのが消費者契約法（生協）。
・リスクとリターンの認識が必要。リスクを認識し、引受けた以上は、消費者が弱者だとは言えないはず（シンクタンク）。
・消費者の側でも内容を理解した上で、契約をしてもらいたい。消費者教育が重要。場合によっては、過失相殺のような考え方をしてもいいのではないか（旅行業者）。
・消費者が一方的に消費するのみの場合と、何らかの利益を得ようとしている場合では、考え方も必要となる規制の対象も変わるだろう（官庁）。

＜必要な規制・許容できる規制＞

安全に対する規制が必要な規制の筆頭にあげられている。それ以外の規制に対する見解については、立場によって濃淡がある。

設問

・規制のなかでも、なくてはならない規制と不要な規制、その効果から考えて許容できる範囲の規制と過度な規制等、その存在意義や弊害には様々なレベルがあるが、どのようなものが必要な規制、積極的に行うべき規制であり、どのようなものが必要のない規制であると考えられるか。また、どのような規制は許容され、どのような規制があってはならないものであると考えるか。その要・不要、善・悪の判断の基準は何か。

回答

・安全規制は必要。現在の、義務づけ規制・強制検査規制等の緩和は、行き過ぎのきらいがないか危惧がある（消費者団体）。
・生命・安全にきわめて密接に関わるもので、きわめて例外的。社会的規制の分野でも、競争は働きうるので、すべてを是認できない（シンクタンク）。

＜消費者契約法について＞

方向としては賛同するが、具体的に検討すると、現在の内容では疑問があるという回答が目立った。

設問

・消費者契約法の制定に賛同するか、その理由は。

・消費者契約法は、以下のような背景で制定を検討されているが、その趣旨に賛同するか、その理由は。
・消費者契約を規律する包括的立法を必要であると考えるか。その理由は。
・経済企画庁によるヒアリングの結果、業法の存在や取扱う商品・サービスの特殊性、業界での取り組み等を理由に、「消費者契約法の趣旨には理解するが、この業界には適当でない」との意見が多くの業界団体で聞かれたが、適用除外を認める必要性、妥当性をどのように考えるか。
・たとえばどのような性質の分野、どの個別業種が、消費者契約法の適用に馴染まないと考えられるか。

回答

・個別規制法によって生じた弊害を除去するという観点からも、包括的ルールは必要（消費者団体）。
・基本的には賛同するが、契約種類や業態に応じた、より具体的な法制定が必要である（保険）。
・現状では何が目的か不明確。そもそも、最低限の包括的規制というものが、法律規定として書けるのか懐疑的。自己責任を前提とした二者対応で十分ではないか（シンクタンク）。
・経済法規には、国民・消費者の育成・保護を目的とするものと、産業育成を目的とするものがある。現在の消費者契約法案は、いずれにも属さず、中途半端な印象（官庁）。
・すでに民法の法理でできあがっている部分が多く、単に裁判例を具体化するだけでは意義が薄い（官庁）。

（3）消費者契約をめぐる現状

- 規制緩和が進む中、消費者契約を巡る苦情は増えている。両者の関連は明確ではないが、なんらかの措置が必要であることは共通認識となっている。
- 方法としては個別法による対応と包括的立法による対応があり得る。
- 相談の処理は、個別法違反を理由に行政側があっせん・指導を行う、民法の瑕疵担保責任を追及する等、民法や個別法も一定の役割を果たしている。
- しかし、事業者が行政指導に従わなかったり、裁判外の紛争処理手続きが不調に終わった場合、通常の裁判手続きによる救済が残されているが、現行の法律では限界がある。

国民生活センター及び都道府県・政令指定都市の消費生活センターに寄せられた苦情・相談の多くは全国消費生活情報ネットワーク（略称 PIO-NET）に収集されるが、そのうち販売方法又は契約・解約に関するものは、89 年度は約 16 万 6 千件程度であったが 97 年度には約 31 万 7 千件と大幅に増加した。相談件数全体に占める割合も、89 年度の 64.5%にたいし、97 年度には 79.1%にのぼっている。

幅広い業種にわたって消費者からの相談が寄せられているが、個別法が存在する業種に

おいても相談が多発しており、個別法によってもトラブルが完全には防止しきれないことがうかがえる。

消費者トラブルの実際の解決の場においては、民法や個別法を駆使してある程度の紛争解決が実現されているのが現状である（例：クーリングオフ期間内であれば事業者に無条件解約を認めさせる、等）。しかし、事業者側が行政指導に従わなかったり、あくまで交渉のテーブルに着かないという場合のように、裁判外の紛争処理が不調に終わった場合は、相談窓口での対応には限界があり、消費者は泣き寝入りするか、通常の裁判手続きに救済を求めることとなり、何らかの措置が必要となっている。

＜Ｉ章に対するコメント＞

規制ないし規制緩和と消費者契約法の関係について、二つの相対立する考え方が一般に行われている。その一は、規制緩和が進められるべき時代に、何故、消費者契約法という新たな規制を導入するのかという消極論であり、その二は、規制緩和の時代であればこそ、従前の規制に替えて消費者契約法が必要だとする積極論である。いずれの考え方にも、疑問があるように思われる。

第二の考え方は、「事前規制から事後規制へ」「行政規制から司法規制へ」等の標語と結びつけて、しばしば語られる。規制緩和により消費者の自己責任が問われるので、その前提として消費者契約法が必要とされる、と言われることもある。しかし、規制緩和とは、有効かつ適切な規制を廃止する政策ではない。その目的は、時代遅れの、あるいは無意味な規制をとり除き、それまで禁じられていたような商品・サービスの提供を可能にして、より豊かで充実した消費生活を実現するところにあるはずである[2]。真に必要な規制であればその廃止には反対すべきであり、次善の策として、失われた規制を消費者契約法に代替させるのでは本末転倒であろう。規制緩和は企業の利益に資するのみで、消費者はむしろ不利益を蒙る、という前提に立たないかぎり、消費者契約法を規制の代替物ととらえる見方に説得力はない。

他方、第一の考え方に対しては、規制緩和それ自体は自己目的でないことが指摘されるべきであろう。規制の緩和は一つの政策手段であり、政策目標は国民経済の発展である。消費の存在しないところに経済活動はあり得ないから、国民経済の発展は、消費者利益の増進と、相当程度、一致する。その意味で、消費者契約法と規制緩和は同じ政策目標に向けられた並列的な手段なのである[3]。消費者契約法が国民経済の発展のためにどれほど有効性を持っているか、という問いはあり得るとしても、両者が同時に行われることを、ア・プリオリに排除する論理が成り立つとは考えがたい。

国民経済の発展という大きな目標に照らして、少なくとも予見可能な将来における規制は、次の三点を満たす必要があろう[4]。第一は、事業者の行為態様に着目した規制が有効性を失いつつあることへの対処である。とりわけ情報技術分野における技術革新（いわゆる

---

[2] 有名な例として、米国の航空行政当局は、規制緩和以前には機内食のサンドウィッチのサイズについてまで権限を行使していたといわれている。バーバラ・スターケン・ピーターソン＝ジェームズ・グラブ『ドキュメント航空規制緩和』３頁（１９９８、川口満訳、成山堂書店）。

[3] 規制緩和が本来、消費者利益の増進を目的とするものであることは、米国における規制緩和の経緯を見れば明らかであろう。参照、ダニエル・ヤーギン＝ジョゼフ・スタニスロー『市場対国家』第１２章（１９９８、山岡洋一訳、日本経済新聞社）。

[4] 米国において一般的だと思われる考え方を参考にしたものである。金融業に関し、ロバート・Ｅ・ライタン＝ジョナサン・ロウチ『２１世紀の金融業』（１９９８、小西龍治訳、東洋経済新報社）、電気通信事業に関し、A New FCC for the 21st Century: Draft Strategic Plan (August 1999)を参照。

デジタル化）は、同等の商品やサービスを全く違った行為形態により提供することを可能にした。この動きは、とりわけ金融・通信・放送といった無形のサービスの分野で著しい。これらについては、商品・サービスの機能に着目したいわば横割りの規制がとられざるを得ないであろう。第二に、こうした動きの原動力が技術の革新であるとすれば、規制は、一面では一層の技術革新の出現を促すとともに、他面、継続する技術革新に柔軟に対応できるものでなければならない。競争原理の重視と市場による規律(market discipline)とは、なによりもこのために必要とされる[5]。第三に、技術革新の成果に多くの人々が与かるのでなければ、経済政策としては意味がない。具体的には、より多くの人が、より低い価格で、より高い品質の商品・サービスにつき、より多様な選択肢を持つようになることである。

消費者契約法は、第三の点に関連して期待されるところが大きい。もっとも、それは課題のすべてを解決するものではない。たとえば、生み出された富を消費者が享受するためには、新たな独占の出現が排除されなければならないが、その任務は、主として競争政策に委ねられる。また、事業者の倒産や無資力の悪質業者による被害に対しては、取消権や損害賠償請求権は大きな意味を持たず、むしろ、業界でつくるセイフティ・ネット等が有効であろう。消費者契約法の要否や立法するとした場合の内容は、このようにして、その果たし得る役割を正しく位置づけた上で論じる必要があると思われる。

上智大学法学部
小塚　荘一郎

---

[5] 米国で規制緩和が開始された当初は、その理論的な裏づけは自由競争によって社会的に最適な生産量が達成されるとする新古典派経済学であったが、現在では、眼目は技術革新の促進に移っているように感じられる。

Ⅱ．契約締結過程規制と契約内容規制に関する法政策学的分析[6]

本章では、規制緩和の対象となる規制そのもののタイポロジー（類型論）を示すとともに、市場を規制することの意味をいわば第二世代の法と経済学の理論[7]を援用して検討する。

また、消費者契約法で予定している契約締結過程規制と契約内容規制とについて、ゲーム論を用いて効率性の観点から検討を加える。

１．市場規制のタイポロジーと評価基準

- 英会話教室の中途解約に際して、消費者が納入済の金員を、教室側が契約者に返還しないという条項を取り上げて検討する。
- 規制の合理性に関する分析の手法として、規制のタイポロジーとその評価基準の提示を行い、それにしたがって分析する。
- 規制のタイポロジーに従った分析を行う限り、単純に「良い規制」、「悪い規制」の2分類では解決できないことがわかる。
- 消費者契約法規制のひとつの正当性は、規制が情報不完全による市場の失敗を是正するという点に求められる。

（１）消費者トラブルの一例：継続的役務供給契約の中途解約と既払金不返還条項

まず、英会話教室の中途解約に際して、消費者が納入済の金員を教室側が契約者に返還しないという条項を取り上げて検討する。

この問題は、1993年の通産省「継続的役務取引適正化研究会報告書」[8]で取り上げられ、ただちに業界団体である全国外国語教育振興協会が、ガイドラインとモデル約款を作成し、自主規制するとともに[9]、継続的役務提供契約を準委任として契約解除を認めた裁判例[10]も

---

[6] 本章は、森田助教授による第１回研究会での報告「市場規制のタイポロジーと効率性」の議事録に基づいている。なお、事務局が、議事録に他の文献等を用いて、一部補筆している。特に、森田修「市場の法的再設計」７頁（UP、1998年12月号）以下に準拠している。

[7] 国家の市場への介入を最小限にとどめようとする新古典的経済学の効率性を中心とした価格理論によって法を説明する立場をとるポズナー等を法と経済学の第一世代とするならば、クーター、ユーレン等、取引費用の存在を重視し、ゲーム理論の成果をとりいれる立場を法と経済学の第二世代と呼んでおきたい。

[8] 同報告書では、行政において、業界におけるガイドライン、モデル約款の策定・整備等業界の自主的努力を促すよう速やかに指導を行うとともに、長期契約や前払による対価の支払等のリスクについて消費者に十分認識させ慎重な行動を促すよう消費者に対する普及・啓蒙活動をより一層強化することが望まれると指摘されている。

[9] 同報告書を受けてエステティックサロン、外国語会話教室、学習塾、家庭教師派遣の４

出現している。このような実際のケースを念頭に置いて検討する。

（2）市場規制の必要性と規制の類型化

一般的に、規制緩和は必要だが、単純に規制緩和すればいいというものでもないといわれる。そこで、具体的に「どのような規制が良くて、どのような規制は良くないのか」を見る必要があり、問題点を明確化するために相当程度単純化した議論になるが、規制のタイポロジーとその評価基準を提示して検討することが有益であると思われる。現在、規制に関して様々に論じられているものを整理すると、以下の 6 種類のカテゴリーを立てることができよう（図表Ⅱ－1参照）。

《図表Ⅱ－1》規制のタイポロジー

①社会的規制 経済的規制	③事後的規制 事前的規制	⑤ルール型規制 裁量型規制
② 強制的規制 非強制的規制	④ 包括的規制 個別的規制	⑥ 司法的規制 行政的規制

しばしば論じられるのは、①の社会的規制と経済的規制という二分論であるが、これに関しては後述する。

また、前述の英会話教室の例において、②の強制的規制と非強制的規制という分け方からすると、大分簡裁が「会費の払戻をしないという条項は無効である」という判決を下したのは、強制的規制に該当する。一方通産省が返還しなければならないという指導を行い、業界団体がそのガイドラインにしたがってモデル約款を作るというのは、行政指導プラス自主規制であり、行政法上難しい議論はあり得るが、これは一応非強制的な規制であると考えられる。

③の事後的規制と事前的規制という分け方では、裁判所の判決により無効や損害賠償といった効果を及ぼすのが事後的規制の典型であり、行政による事前の許認可が事前的規制の主要なものである。なお、⑥の司法的規制・行政的規制の類型も一応はこの類型とパラレルであるといえよう。

④の包括的規制・個別的規制という分類は、規制の射程の問題になるが、通産省のガイドラインは、エステティックや外国語教室といった個別事案について指導を行う個別的な規制であったが、大分簡裁判決は、この問題に対して不当利得法理で対応している。したがって、消費者契約法が立法化されれば、一般的にそのような金員は返還しなければならないという規制をかけることになり、消費者契約法は包括的な規制を追求することになる。

業種が自主的ルールを策定した。

[10] 大分簡裁平 6・12・15 判時 1539 号 123 頁。契約条項中に契約解除に関する規定がない場合においても民法 651 条を準用（または類推適用）し、契約の解除を認めた。

たとえば EC 指令では、売主または提供者側の契約解消の自由を認めながら、同様の権利を消費者に認めないことや、売主もしくは提供者が自ら契約を解消しておきながら、未履行のサービスに対して消費者に解約金を返還しないといった条項を無効としている[11]。この条項はいかなる契約に対しても包括的に網を被せる包括的規制の例である。

⑤のルール型規制・裁量的規制という分類は、事前に予見可能性の高いルールを設定した上で規制をかけるのがルール型規制であり、一般条項で不当な条項は許さない等、裁量の幅の広いルールしか示さずに、それで縛るのが裁量的規制である。

（3） 「規制」評価の視点

①「良い規制」と「悪い規制」

そこで規制のタイポロジーに則して考えると、従来の規制に関する一般論として、上段が良い規制、下段が悪い規制と言われている。この考えに即して整理するとすれば、前述の外国語教室の規制は、①～④、⑥に関しては全て悪い規制となる。一方、消費者契約法の機能としては、②、③、④、⑥に関して良い規制と整理されることになる。

②判断基準の設定

次に問題となるのは、良い規制・悪い規制の判断基準の設定方法であり、ここでは効率性と正義性といった 2 つの基準を設定して考えることにする。効率性とは、規制をかけることの経済的観点からの効率性を意味し、正義性は、規制をかけることの正義の観点から見た評価を意味する。なお、正義性の評価基準は、ここでは、規制内容が公正かどうかという公正性の問題と、規制手続が透明かという透明性の問題として仕分けして考えることができる（それぞれ実質的正義と手続的正義に対応している）。

③ 規制のタイポロジーに則した評価

A. 強制的規制・非強制的規制

そこで、この 2 つの評価基準で、前述の 6 類型をそれぞれ評価し議論することが可能である。たとえば、強制的規制・非強制的規制に関し、現在、強制的規制が良いと言われるが、反対に非強制的規制が良いと言われた時期もあった。すなわち、裁判所や行政機関が厳しく取り締まるよりも、行政指導で自主規制させた方が取引費用を節約でき、経済的に合理的であり、しかも日本が経済成長できたのは、そのような力によるとの議論が強い時期もあった。

しかし、現在は効率性よりもむしろ正義性、特に規制手続の透明性の観点から非強制的

---

[11] 「消費者契約における不公正条項に関する 1993 年 4 月 5 日付閣僚理事会指令」付表（Annex）（1）（d）。

規制は問題視されている。たとえば、規制者・被規制者両当事者間で交渉が行われるのが自主規制の特徴であるが、これら両当事者間で交渉が行われ決定が左右されるのは公正ではないと批判されるのである。あるいはその交渉経緯、基準等が公開されないのは手続的正義に反するとの批判につながる。

また、この批判は経済学的にも、効率性の観点から補強できる。すなわち、交渉型の規制をするためには、均一のルールを定型的にあてはめるといった予見可能性の高い規制をかける必要があり、その結果規制当局の交渉力が非常に弱まることになる。そこで規制当局は、意図的に不確実性を発生させ裁量を意図的にランダム化して交渉力を高めようとするので、規制の効率性が害されることになる。あるいは、交渉による自主規制が行われると、事業者の横ならび指向によって競争が減殺され、結局社会的効率性が害されることになるのである。

B. ルール型規制・裁量型規制

次に、ルール型規制と裁量型規制に関しては、裁量なきルールかあるいはルールなき裁量かという形式で語られることが多い。その上で、ルールなき裁量は悪い規制であるのに対し、事前に明確に示された基準によるルール型規制の方が、予見可能性が高く効率性を損なわないと主張される。しかし、すべてのルールは紛争処理のなんらかの抽象的な表現であり、裁量なきルールというのは、そもそも幻想である。いかなるルールも裁量を前提にして初めて機能する。要するに、裁量なきルールによって規制すべきというのは、規制するなと言うことに等しい。

また、裁量を排し、ルールに形式的に包摂される形式的正義がいいとの議論もあり得る。しかし、形式的正義に対しては、理由が示されない裁量に対する不正義感が強まり、むしろ理由を示した裁量は正義に叶っているとの批判も成り立ちうるのである。ところがそれはそれで、理由を示した裁量に対しては、理由に対する反論がただちに惹起され、手続的正義には叶うが費用がかかる、つまり効率性にもとるといった難点があるとされる。

したがって、外国語教室の規制をルール的規制及び裁量的規制のどちらにあたるかについては、そもそもそのような分類が妥当するかという問題があり、仮に分類できるとしても、どちらがいいかは明確でない。

C. 事後的規制・事前的規制

事後的規制と事前的規制の区別に関しては、事前的規制が悪いと言われる。たとえば、米国の薬品規制について次のように議論されている。まず、事前的規制は事業者の開発インセンティブを減殺するので良くないと言われる。また、事前的規制により生産コストをかけ高額で安全な商品ができると、安価であるが危険な商品は市場に出回らなくなり、その点で消費者の選択の幅が狭まることになる。したがって、そのような商品しか買えない低所得者層は、市場から出ていかざるを得ず、市場における消費者の総利益は減殺される

といった効率性の議論がされる。

ところが、この点に関しても様々な反論があり得る。事前規制はコストはかかるが、事前審査をパスした場合の利益は非常に大きくなる。したがって、パスした場合の利益を求めて、事業者は開発に対するインセンティブが増大するとの実証的な批判研究もある。さらに、事前的に一括して規制した方が、事後的に個別紛争を解決する費用よりも安価になる場合があるとの反論もあり得る。たとえば、50 パーセントの確率で爆発する製品を 100 個売ることについて、50 パーセントの確率で爆発するものは売らせないとの規制をかける方法（その費用を a とする）と、50 パーセント爆発するのを待って、50 発の爆破事件についての個別の訴訟（その費用を b とする）をする。こうした場合、100×a と、100×0.5×b とのどちらが安価かという問題になり、一括事前規制の効率性という問題についてもトレードオフの関係がある。

また、公正性の観点から、規制緩和は安価で危険な商品の選択を可能にしてしまうという批判、安価で危険な商品の選択を保証すると、低所得者層への不平等が生じ、公正性の見地から好ましくないというのである。以上のように、事後的規制と事前的規制のどちらが効率的でどちらが公正かに関しても明確ではないのである。

D. 社会的規制・経済的規制

最後に、社会的規制と経済的規制に関しては、社会的規制が極めて政治的な概念であり、しばしば拡張し縮減して利用されていることに注意すべきである。

しかし、新古典派経済学者の主張する社会的規制は、そのような概念ではなく、「部分均衡の効率性を損なうかどうか」という一点に係わっているものであり、非常に抽象的で理論的なものである。つまり、情報不完全、外部効果、そして公共財の問題の 3 点が市場の失敗と言われるものであり、それを補正するための規制のみが社会的規制になる。したがって、それ以外の規制は社会的規制ではなく、財やサービスの供給、証券等に関する規制は全て経済的規制に含まれる。

消費者の安全保護に関する規制が、なぜ社会的規制とされるかは、新古典派経済学からみると、次のような「効率的契約の前提」から生ずるロジックによって説明される。

すなわち、仮に財とサービスに関する情報全てを、消費者と事業者が完全に共有している場合、論理的な帰結として、新古典派の前提ではリスクも含んだ商品の効用全てが価格情報に表現されることになる。そこで、価格情報に表現されている場合には、事業者と消費者は、必ず経済的厚生を最大化するように契約する。したがって、そこに規制当局のような第三者が介在しても、なんら新しい便益は発生しない。つまり効率的契約の前提として情報の完全性があり、情報が不完全な場合のみ、この効率的契約の前提が機能しないので、規制をかけることが論理的に一応可能になる。

しかし、規制は前述の帰結だけでは正当化されず、消費者の安全に関わる情報の非対象性そのものを分析する必要があり、情報の収集費用が問題になるが、これは消費者にとっ

て二重に高価なものである。第一に、消費財から消費者が得る便益に比較して、その消費財についてのリスクを調査する情報収集費用の方が、費用便益計算上高価になる。第二に、費用便益計算上、損をしても敢えて調べて安全を買ったとしても、その情報は公共財的な性格を持ち、次の人はその人の消費行動を見て、ただで安全な商品を買うことができフリーライドできる。したがって、消費者が自分の費用で情報を収集することは起こり得ないのである。そこで、そのような情報収集を公的に行い、市場に流すことが効率的になる。商品の安全性規制は、消費者の情報収集費用を節約する工夫として捉えられる。

また、最近の新古典派経済学は、情報規制としての社会的規制であれば全部いいというのではなく、規制そのものの費用の他に、安価な商品需要者が市場から退出する「選択制限」の費用、さらに、このような安全規制をかけた場合、新規参入者は必ず不利になるという「競争制限」の費用を加え、一方で規制によってリスクが低下するメリットを金銭評価し、両者を比較した上で規制の失敗を判定しなければならないとする。

④ 消費者契約法規制の正当性に関するアプローチ

以上、規制のタイポロジーに則した市場規制の評価の視点をとりだしてみた。消費者契約適正化法の規制としての正当性を考える上で、いずれも決めてにはならないが、それがどのように位置づけられるかは示された。ただ、D のタイポロジーからは、消費者契約法規制が情報不完全による市場の失敗に対する手あてと言えるならば正当化されるということが示されている。消費者契約の適正化に関する情報の問題は、結局一種の商品としての「契約書の安全性」の問題と置き直して考えることができる。そうすると、商品の安全性と消費者契約の分かりにくさが、同じ問題に置き換えられて、新古典派経済学のロジックに乗ることになる。

その場合には、契約書の意味に関する情報を開示するための規制として、消費者契約法に基づく情報提供義務のような規制が正当化される。しかし、なお契約条項の内容に関する規制をどう考えるかが問題として残る。

消費者契約法が用意する二つの規制類型として「A. 契約締結過程規制」と「B. 契約の内容規制」がある。A は前述のように情報不完全による市場の失敗から正当化する余地があるが、B については、正当化の余地はないというのが、新古典派的経済議論のひとつの帰結である。

しかし、果して不当条項規制が常に非効率なのか。B が正当化できる場合が経済学的にもありはしないかというのが、以下の検討の中心となる。

2．消費者契約法による規制の法政策学的分析

- 果して不当条項規制が常に非効率なのか、そして、それを正当化できる場合が経済学的にありはしないか、ゲームを用いてモデル化し検討する。
- 市場規律の意味は、均衡外（非合理プレーヤーによる選択）の解に作用して別の均衡に移動させる機能を有する。不当条項規制を行っても、実際には規制は発動されない。（後述の遠隔操作に類似する）
- サンクション、すなわち規制の効果を数値化したものをαとすると、αの決定は、裁判官による正義性基準による法的思考様式によって決定されるとみることができる。さらに、αの値の設計が「適格」という意味を有することになる。
- これを適格の調整、すなわち、適格付与市場とみることができる。

（1） 消費者契約適正化のゲーム理論によるモデル化

そこで、消費者契約法の用意する不当条項規制の説明をするために、ゲームを用いてモデル化し、考えてみようというのがここでの趣旨である。もしこの方法が有用であるならば、他の規制類型の正当化根拠として援用しうるものと考えられる。

ゲームの前提は、2×2 ゲームであり、プレーヤー2 人が 2 つずつ戦略を持っているという一番単純なものとして、前述の英会話教室の契約に関する大分簡裁の事件をモデル化したものを例として説明する（図表Ⅱ-2 参照）[12]。

《図表Ⅱ-2》ゲームの前提

プレーヤー		X：英会話教室	Y：受講者
戦略	T戦略	払い戻しをする	長期コース契約を選択する
	F戦略	払い戻しをしない	短期コース契約を選択する
ペイオフ		（X，Y）	

①完備・不完全情報ゲーム

このモデルにはプレーヤーの有する情報に関して次のような前提がおかれている（図表Ⅱ-3 参照）。第一に、図表Ⅱ-3 に示した「利得構造」（ありうる戦略の組ごとにいかなるペイオフを各プレーヤーが受け取るかということ）がＸＹの共有知識になっているというこ

[12] 「プレーヤー」とはＸとＹという取引主体であり、「戦略」とは、この状況下でＸとＹの取りうる行動・意思決定をモデル化したものである。「ペイオフ」とはそれぞれの戦略を取った結果として、各プレーヤーが受け取る利益・不利益を金銭評価等によって数量化したものである。森田修「ゲーム理論と契約法－法と市場の制度分析のために（その 2）－」社会科学研究 49 巻 3 号 36 頁（1998）。

とである。第二に、ＸとＹとが同時に戦略を決定することになり（同時手番ゲームと呼ばれる)、自己の意思決定に際して相手の選択については不知だということである。これら二つを組み合わせて完備・不完全情報ゲームといわれる。

《図表Ⅱ-3》ゲーム１：完備・不完全情報ゲーム

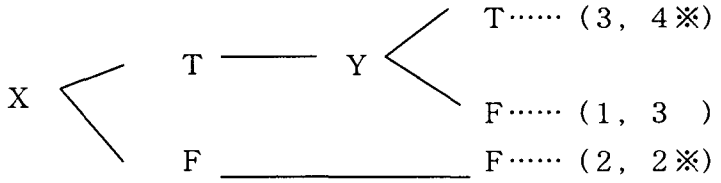
		Y	
		T	F
X	T	（３　，４※）	（１　，３　）
	F	（４※，１　）	（２※，２※）

Ｘがどちらの契約を申し出るか分からないのに、Ｙが契約を選択するのは非現実的に見えるが、実は現実味のあるモデルである。すなわち、実際の消費者取引では、Ｘがどういう契約条項を用意しているかＹは見て契約する訳であるが、契約条項の意味に関して留意しないまま、あるいは理解できないまま契約する状況がありうる。英会話教室の中途解約の問題等は、あまり気にせずに契約をするといった状況がある。

②完備・完全情報ゲーム

一方、Ｘがどのような契約を申し出ているか、Ｙが理解した上で契約を締結するモデルも考えられる（図表Ⅱ-4 参照)。

《図表Ⅱ-4》ゲーム２：完備・完全情報ゲーム



まず、Ｘの手番において戦略を決定し、次いでＹがＸの戦略決定を知った上で自分の戦略を決定するのである。ＸがまずＴかＦかを決め、Ｔを選んだ場合にＹもＴを選ぶと一番上の（３、４）というペイオフになる。一方、ＸがＦを選んだ場合、Ｙは損をするのでＴを選ぶことはなく、ＹはＦしか選ばないので、（２，２）というペイオフとなる。これが完備・完全情報ゲームというものである。

③ ナッシュ均衡

では、前述のゲーム１と２がプレイされた場合にどのような帰結が到来するであろうか。その帰結を特定することをゲームを解くといい、その特定の帰結をゲームの解と呼ぶ。

最も通説的なゲームの解き方というのは、ナッシュ均衡による解法（ナッシュ均衡解）[13]である。ナッシュ均衡でゲーム１を解くとどのような帰結になるかであるが、ナッシュ均衡というのは、相手の手番決定を前提にして、自分がどのような手番を決定するかでもたらされる均衡であると考えられる。たとえば、ＹがＴの戦略を取ることを前提にすると、Ｘは（３，４）のセルか（４，１）のセルのいずれかを選択することになるが、Ｘは必ず後者のセル（４，１）を選択することになる。また、ＹがＦを取った場合、Ｘは（２，２）のセルをとる。

今度は逆に、Ｘについてやってみると、ＸがＴの戦略を取ることを前提にした場合には、Ｙは（３，４）のセルをとることにより４のペイオフが得られる。同じように、ＸがＦを取った場合には、Ｙは（２，２）のセルを取ることが決まってくる。

そうすると、Ｘ、Ｙのペイオフ双方に選択されるセルとして（２，２）が決まり、これがナッシュ均衡となる[14]。

次に、ゲームの２を解いてみるとどうなるか。まずＸが手番を選択するので、ＸがＴを選択したことを前提に考えてみると、Ｙは（３，４）のペイオフか、（１，３）のペイオフしか取れない。そうするとＹは（３，４）のセルを取るということになるので、ＸがＴを選択すると、ＹはＴを選択することが合理的に推論できる。また、ＸがＦを選択すると、Ｙは当然Ｆしか選択できないので、（２，２）というペイオフを選択することになる。したがって、ＸはＴを選択することが決まる。これを逆向き推論法と言うが、これで解いた場合のゲームの解は、（３，４）というＴ，Ｔ解となる。

④ 囚人のジレンマ

以上を念頭に置いてゲーム１に戻ると、ゲームのナッシュ均衡解はＦ，Ｆ解となっているが、Ｔ，Ｔに行けば（３，４）になることが分かっていても、お互いに相手が自分を裏切った場合に損をすることを恐れて、（２，２）というＦ，Ｆ解しか取らないといった行動を取る。これが囚人のジレンマと言われているものである。

したがって、Ｔ，Ｔ解が非常に魅力があるように見える。そこでＦ，Ｆ解の（２，２）からＴ，Ｔ解の（３、４）にどうすれば移行できるか。すなわち、囚人のジレンマからどうすれば脱出できるかというのが、ゲーム理論的に見た場合の社会工学の一課題になる。実はゲーム２の前提というのが、この課題に対するひとつの答えを意味している。すなわち、ゲーム１は前述のように契約条項が何かということに関して消費者がはっきりと認識しない状況で生ずるのに対して、ゲーム２は、はっきり認識しているという相違があるだ

---

[13] ゲームの「ナッシュ均衡解」とは、双方のプレーヤーに関して、一方のプレーヤーの戦略を前提として、それに対する最適反応になっている相手方プレーヤーの戦略からなる組のことである。

[14] どのようなゲームでも、ナッシュ均衡は必ずひとつはあるというのがナッシュの定理と言われているものである。ただし、２つも３つもある場合があり得るが、このゲームでは

けである。それだけの違いであるにも関わらず、ゲーム２で、T，T解が実現している。以上の説明は契約締結過程規制による情報提供によって、何がおこるかがゲーム論的に表現された一つの例である。相手の戦略についての完全情報を実現することが、囚人のジレンマからの脱出がここでは可能になっている。その意味で契約締結過程での情報規制が経済的に効率的であることが示されている（ただし、これはゲーム１の X,Y のペイオフの場合に限られ、それ以外の場合には上記の脱出は必ず起こるとはいえない。その意味で情報提供義務による規制をこれによって正当化することはできない。むしろ 22 頁 D の説明を参照のこと）

⑤ パレート基準とカルドア・ヒックス基準

次に、不当条項規制の問題を考える前提として、ゲーム１のT，T解がなぜ魅力的かを説明しなければならない。このT，T解は、F，F解（ナッシュ解）をパレート支配している唯一の解（パレート解とよぼう）であり、社会的に効率的な解であるということができる[15]。

さらに、このT，T解が魅力的に見えるのは、もうひとつの意味がある。すなわち、ふたつのペイオフを足すと７となり、全ての解の中で最大となる。これが別の社会的効率性の基準であるカルドア・ヒックス基準と言われるものである。したがって、この解は両方の基準から見て効率的であり[16]、社会的に望ましい解であるといえる。

⑥ 不当条項規制のゲーム論的解法

不当条項規制をゲーム３によって解くことにするが、消費者契約法が、前述の EC 指令に基づいて長期コース契約における前納金の不返還条項を無効であるとする（図表Ⅱ-5 参照）。

《図表Ⅱ-5》ゲーム３：不当条項規制

		Y	
		T	F
X	T	（3，4）	（1，3）
	F	（4－α，1＋α）	（2，2）

不当条項規制（F，T解）無効
→前納金の返還（α）
T，Tがナッシュ均衡になる条件
→3＞（4－α）

ナッシュ均衡はひとつしかないので、必ずX，Yはこれをプレーするということになる。

[15] 生産においても配分においても効率的な経済は、他の誰かを不利とすることなしには誰も有利にすることができないというパレート基準を満足する。そこで、パレート支配というのは、F，F解からT，T解へ移行することによりX、Yともにペイオフが増えることになるので、T，T解がF，F解をパレート支配しているという。

[16] ただし、カルドア・ヒックス基準は効率性の基準ではなく、効用の個人間比較を前提とした強い価値判断が含まれたものであるとの批判があり得る。平井宜雄『法政策学［第２版］』84 頁（有斐閣、1995）以下参照。

これによって、F，T解を取ると、Xは前納金の一部αを返還しなければならなくなる。αを返還すると、ペイオフはゲームの3のように、Xがα分減少しYがα分増加するように変化する。このゲームでT，Tがナッシュ均衡になる条件を考えると、T，T解のXのペイオフが、F，T解のXのペイオフよりも大きければ必ずT，T解となる。すなわち、αが1よりも大きければT，T解がこのゲームのナッシュ均衡になるので、αが1よりも大きいような規制を加えれば、前述ゲーム1の囚人のジレンマから脱出してT，T解を選ぶことができ社会的に効率的でもある。

⑦ 規制発動の可能性

さらに重要なこととして、X，Yが合理的なプレーヤーであれば、決してゲーム1でF，Tというプレーは行わず、ゲーム1で合理的なプレーヤーは、F，Fというプレーしか行わないのである。そうすると、ゲーム3で規制をかけるαというのは、実際には一切発動されない。つまり一切発動されない法規制を、実際には生じない戦略のセルにかけるだけで、われわれは囚人のジレンマからパレート解へと脱出できる。

したがって、消費者契約法で事後的な規制をかけるのは、規制の分だけコストがかかって非効率だという議論に対しては、それは実際には発動されない、あくまでも合理的でないプレーヤーに対する例外的なものに止まるとの反論が可能である。消費者契約適正化のエンフォースメントの費用がかかるとしても、それは例外的なものだということをこのゲーム論のモデルは示しているわけである。

そこで、ゲーム論的に規制をモデル化すると、市場規制というのは市場における取引ゲームであるゲーム1における均衡F，Tを、均衡の外に作用して別の均衡T，Tに移動させるものであると定義することができる。$\alpha > 1$という条件を満たしている限り、この規律は効率的だということになる。

3．消費者契約法による適格付与市場の設計

（1）正義性の考慮

次に、正義の問題に触れるとすると、αが1より大きければ、αが何であれ効率性を害さないわけであるから、具体的な平等命題にしたがって、F，Tという例外的な事件が起こった場合に、その訴訟の中で、裁判官がある平等命題を選択して、αを具体的に決定することを意味するだけになる。たとえば「Yは相手を信頼することによって得るはずであった利益を得るべきだ」という平等命題を取ったとすると、ゲーム3のT，TのYに対するペイオフの4とF，Tのペイオフの1プラスαと同じにならなければならないことになる。したがって、その平等命題を取ると、αは3に決まることになる。

また、「Xは裏切りによって得た利益は吐き出すべきだ」という平等命題が考えられる。そうすると、F，F解でXが得た2という利益が、4マイナスαというF，T解で得た利益と同じになればいいので、αが2に決まる。このように、個別正義命題の選択によって、αが1よりも大きいという範囲内であれば、裁判官が裁量によってαの具体値を決めることにしても効率性は害されないことになる。

（2）適格付与市場の一般的射程

以上がゲーム論的にモデル化された市場規律の中での制度及び法律の意味である。前述のαによって、取引される財やサービスについての法的な規格ないしは規格審査が為される、すなわち適格たる法的に設計された商品となる。消費者契約法というのは、αによって決まる適格を、一般的に設計したものといえる。この適格というのは、いったん設計された後は、市場における自由な交換を通じて現実的には配分されるから、市場メカニズムを利用した規制ということになる。

解約を巡る紛争が生ずると、αは様々な形で決まっていくが、あらかじめ一般的な適格を設定しておいて、具体的な紛争の中でαの決定が実例として蓄積していき、当初の適格が微調整されていくことになる。このように、ここには適格を設計し、それを市場で循環させ、さらに裁判の中で例外的に拾って再設計するという規制のメカニズムが示されている。このようにして規制された市場のことを適格付与市場と呼びたい[17]。

消費者契約法の用意する規制には、A 契約締結過程の規制、B 契約の内容規制の 2 種類があるのは前述したところである。このうち、A の契約締結過程の規制は、22 頁 D で示した情報の非対称性の解消といった新古典派的なロジックで正当化できるであろう。

一方、B の契約の内容規制に関しては、不当条項規制すなわち、信義誠実の要請に反して、消費者に不当に不利益な契約条項を不当条項として、不当条項はその全部又は一部が効力を生じないようにするとされている。そして、不当条項の具体化・明確化を図るため、不当条項リストを作成し、当然に無効とされる条項をブラック・リスト、不相当と評価された場合にのみ無効とされる条項をグレイ・リストとしてそれぞれ列挙して、当事者の個別交渉を認めない強行規定とする方向が示されている[18]。

一般に経済学者は、当事者間の合意に制約を加える「強行規定」の弊害を強調する傾向が強い。すなわち、もしその規定を採用しないことが全ての当事者にとって利益になるとすれば、強行法規は、契約改善の可能性を制限することになり、経済効率性を大いに損ない取引費用を高価にする危険性を持っているのである。

---

[17] 前掲平井 186 頁以下参照。

[18] 第 16 次消費者政策部会中間報告「消費者契約法（仮称）の具体的内容について」（平成 10 年 1 月 21 日）。ただし、同部会最終報告（平成 11 年 1 月）においては、ブラック・リストとグレイ・リストの 2 分類は必要ないとされた。

しかし、αを決定する費用が生ずるのは既述したとおり例外的であり、適格付与市場は常に訴訟費用の分だけ取引費用のかかる非効率なものではない。むしろ、αの決定を通じて効率性基準と正義性基準とにかなう規制が市場の中で実現可能になっているのだといえよう。消費者契約法の契約内容規制によってつくりだされる適格付与市場は、$\alpha > 1$の条件を満たす限りで、効率的であると同時に、様々な正義性基準にかなっていることになる。

＜II章に対するコメント＞

規制緩和の是非をめぐる議論は盛んになされているが、そこで標的となっている「規制」について果たして両サイドで共有されたコンセプトが存在しているのか？これが本章の前半に該当する報告部分で考えたかった問題である。

そのための一つの手がかりとして、「規制」のタイポロジーを可能にする幾つかの概念対を立てて見ることにした。それぞれの概念対ごとに、その得失をめぐる議論が、効率性・正義性の両観点から可能になる。このようにしてよい規制・悪い規制のイメージ論争を、まずはその構成因子に分解してしまう必要があると考えた。

そのようにして消費者契約適正化立法をこのタイポロジーの上に展翅してみると、この法案に関する現在の規制緩和論の主流的論調が、実は、効率性に関しても正義性に関しても、ある特定の議論を前提として選択していることが明らかになったように思われる。もちろんその考えも立派に成立することは疑いを見ないが、あくまでそれが一つの立論に過ぎないこともまた、念頭においておくべきである。

本章後半に該当する報告部分で論じたのは、仮に経済効率性を主たる論拠とする議論を前提にした場合に、消費者契約適正化法はどのように立法されれば正当化されるのかということである。分析は、予定されている消費者契約適正化法案の中に用意されている契約締結過程規制と不当条項規制という二つの規制が、この見地からは異なった取扱を受け、経済的効率性の見地からは、前者の規制の方が後者の規制よりも正当化しやすいということから出発した。

まず契約締結過程規制の経済的効率性については様々な論じ方が可能であるが、本稿では同じ状況を、静学ゲームとしてモデル化する場合と動学ゲームとしてモデル化する場合とで帰結が異なることを通じて表現した。動学ゲームにおいて相手方の戦略決定を後の手番のプレーヤーが知りうることを、情報提供義務のもたらす変化として考えてみたのである（ただし、これが一般的な射程をもつ正当化のロジックではないことについては本文にみたとおりである）。

これに対して不当条項規制の経済的効率性は、静学ゲームのペイオフの変化による均衡の移動として取り扱った。市場の法規制は、法規制以前に既に市場で成立しているゲームの均衡（私的秩序付けと呼ばれる）を、そのゲームのペイオフを変化させることによって移動させ、立法者がヨリ望ましいと考える均衡を実現するものとして、一般的に表現することができるというのが報告者の基本的な立場である。特にその際、実際には均衡外の戦略の組みに作用することでこの均衡の移動が生じうるということは、発動されない法規制が持つ意味をモデル化するものであり、ウィリアムソンのような、機会主義の司法的抑止に対する行きすぎたペシミズムを排し、市場の法規制の可能性をヨリ動態的に取り出すことを可能にする。また市場への法的介入のあり方が、効率性の議論によってすべて決まるものではなく、効率性を損なわない範囲でなお、様々な正義命題を実現する余地があるこ

とも、同時にモデル化してみた。

そして、最後に報告者にとっての市場と規制とのあるべき姿として、「適格付与市場」という基本的な概念を提示し、これを実現するものとして消費者契約適正化法も位置づけられるべきだという私見を示したものである。

東京大学大学院法学政治学研究科
森田 修

Ⅲ．経済学的視点から見た消費者契約法立法[19]

本章では、経済学的視点から見た消費者契約法立法について概説する。消費者契約法立法についての経済学的分析は、必ずしも十分に進展している訳ではないが、本章では分析の視点を提示する。

１．消費者契約法立法における効率性と公平性

- 経済学の「効率性」と法律学の「公平性」は、対立する概念ではない。
- 効率性や公平性ということを区別せず、より良い取引が行われるためにどうするかという観点から考えるべきである。

（１）経済学の「効率性」と法律学の「公平性」

法律問題を経済学の観点から考える場合に、最初に議論されるであろうテーマは、「効率性を重視するのか、それとも公平性、公正性を重視するのか」という問題である。経済学者と法学者の間でよく見られる対立であり、両者は相反するものととらえられることが多い。

しかし、消費者契約法を考える上では、「効率性と公平性」という問題は、それほど対立する考えとはならないであろう。何故なら、消費者に不利益な取引が行われ、公平性が損なわれる契約が存在する場合、この一時点だけを見ると「公平性」の問題と捉えることが出来るかもしれない。しかし、このような取引が度重なると、消費者はその取引、もしくはそれに類似した取引をしなくなり、商品取引が停滞して「市場の効率性」が阻害されることとなる。つまり、公平性が問題となるような状況においては、多くの場合、効率性も損なわれることになるので、効率性と公平性を対立させて議論する必要性は少ないのである。

したがって、効率性や公平性を区別せず、「より良い取引、より良い契約がスムーズに行われるにはどうしたらいいか」という観点から考えていくこととする。

（２）所得配分と資源配分

また、ある規制を行った場合、所得配分に影響を及ぼすことが多いと考えられる。消費者契約法との関連でも、消費者の情報収集や、事業者の情報提供、情報開示といった事前

---

[19] 本章は、柳川助教授による第３回研究会での報告「経済学からみた消費者契約法」の議事録に基づいている。なお、事務局が、議事録に他の文献等を用いて、一部補筆している。

のインセンティブに関係してくるであろう。所得配分が、過度に消費者側に偏ってしまうと、事業者の所得が落ち、利潤が減少し、投資も減少するため効率性も低下する。

法的規制によって、所得配分が変化し、それが原因で効率性も変化する可能性がある。しかし、消費者にとって、所得が上がり、同時に効率性も上がるかというと、必ずしもそうではない。規制が所得配分と効率性の両方に影響を及ぼすことは間違いないが、それぞれが別々の方向に動く可能性もあるのである。

2．規制緩和と消費者契約

- 規制緩和の目的は「イノベーションの促進」と「責任分担の明確化」である。
- 従来の「縦割り規制」を一部撤廃し、「横割り規制」を考える必要がある。
- 業法的縦割り規制で抜け落ちる部分もカバーするという意味で、消費者契約法の存在意義がある。

（1） 規制緩和の目的

次に、「規制緩和」との関連で、消費者契約法をどのように位置づけるかを考えることとする。そもそも「規制緩和」の目的は、大きく分けて二つ存在するものと思われる。一つが「イノベーション」又は「新しい分野への参入を促すこと」であり、もう一つが「責任分担の明確化」である。

前者の意義は、規制緩和によって自由な行動、決定、参入を企業に許可することにより、新しいニッチマーケットが生まれたり、新しい企業の事業参入を促進させることにより、経済の活性化が図られることとなる。後者の意義は、規制緩和によって、新しい領域で行動することが可能となるが、そこでどのようなルールが適用されるかがわからないと、非効率である。「新しい責任分担のあり方」を示すことにより、効率的な産業活動が可能となるのである。

（2）「縦割り規制」から「横割り規制」へ

また、業態を前提とした「縦割り規制」を行っていると、「縦割り規制の外にはみ出したもの」が発生し、イノベーションや新規参入を阻害する可能性もある。しかし、従来の「縦割り規制」を全て撤廃し、自由にさせるというのも現実的ではない。縦割り規制における「一部の規制」を緩和することによって、イノベーションに結びつく場合もありうるのである。そこで、ある程度「横割りの規制」というものを考える必要があり、今まで考えられなかった取引や契約形態に関して網をかけることが、イノベーションを損なわずに規制をかける方向として望ましいのではないだろうか。

したがって、今までの業法的縦割り規制で抜け落ちてしまうような取引に関し、消費者保護を可能とするものとして、消費者契約法という一つのまとまった法律を作っておくことには意義があるものと言える。

3．市場取引の効率性と消費者保護

- 自由市場により効率性を実現するには、事業者と消費者の間に存在する「情報の非対称性」を解消するという前提条件が必要である。
- シグナリング、不完備契約に対する法的規制等によって、「情報の非対称性」を解消することが必要である。

（1）市場取引の効率性実現のための条件

経済学者の間では、「自由な市場取引が効率的な取引を実現できる」という考え方が一般的である。しかし、この命題を消費者契約に一律にあてはめることは難しい。

自由な市場取引が効率性をもたらすという命題自体は正しいであろうが、自由な市場取引を実現するためには、前提条件が必要である。すなわち、ほとんど全ての取引市場で多かれ少なかれ存在している問題であるが、消費者と事業者の間には「情報の非対称性[20]」の問題が存在し、いかにして「情報の非対称性」を解消するかが重要である。市場取引を阻害する要因についてどのように対処するのか、それぞれの状況に応じて具体的に考えていかねばならない。

（2）効率的な市場取引を阻害する要因

①情報の非対称性

このように、「情報の非対称性」が存在すると、市場取引の効率性は実現されないのは確かであるが、その「情報の非対称性」を誰が解消するかが大きな問題である。たとえば、取引主体が自ら情報を流す場合、中間情報仲介業者が情報を流す場合、規制をかけて強制的に情報を開示させる場合等色々なケースが考えられる。これら３つをうまく組み合わせて、情報の非対称性を解消するのが望ましいであろう。

しかし、全く逆の視点から、情報の非対称性を全て解消した方が良いかどうかは難しい問題である。たとえば、証券取引等においては、すべての人が均一の情報を持っていれば、取引がうまく起きない可能性もある。情報の非対称性が存在するが故に、ある程度取引が

[20] 1980年代からさかんに議論されるようになった。「アカロフの中古車市場」理論に代表され、中古車の品質が分からないと取引がうまくいかないことを指す。

行われているという部分もあるかもしれない。取引対象の性質を考慮し、バランスよく対処していかねばならない。

②情報伝達の不十分な信憑性

次に、「情報の非対称性をどのような解釈によって解消しているか」という問題が重要になってくる。具体的には、取引主体が正しい情報を伝えているということを、どのようにしたら相手に信用してもらえるかということである。この「情報伝達の信憑性」の問題を考えるとき、嘘をついたら何らかのペナルティがかかるという仕組みを作る必要がある。実は、経済学では、この仕組み作りについて十分な考察がなされている訳ではなく、契約で書いたことが法的なペナルティになり、契約に書かれた内容が正しく実現されることを前提として考える。

つまり、契約に基づく法的なペナルティに関して、オールマイティな要求をしていると言える。では、そのペナルティがうまく機能しない場合にはどうするのか。経済学が用意するのは「シグナリング」と呼ばれるものである。長期的取引に基づくサンクションや、暗黙の契約によって、裁判が行われなくてもペナルティ的な機能を果たすことは可能であると捉えている。

さらに、もう少し踏み込んで、「不完備契約[21]」の話が議論されるようになった。これは、裁判所がうまくペナルティを課すことが出来ない場合に、全く別のメカニズムによって、ある程度効率的な方向に持っていこうとするものである。つまり、契約や司法制度によってペナルティを作り出すことの限界を、経済学者も認識するようになってきた訳である。

さらに、私的なインセンティブを作るだけで解決することは難しく、ここに客観的なペナルティを課す「消費者契約法」の意義が認められることとなる。

③将来行動に関する不十分なコミットメント

また、行動に関する不十分なコミットメントについても、司法制度抜きにコントロールすることは難しい。従来、経済学では簡易なモデルによって、詳細な議論を避けてきた部分であるが、消費者契約法との関連で検討する必要があろう。

---

[21] 伝統的なエージェンシー理論では、情報の非対称性はあるものの、当事者の認識能力に対して強い合理性を仮定し、私的契約にかなりの万能性を要求していた。しかし、現実には起こりうる全ての可能性を考慮して細かい契約事項を作ることは不可能に近く、不完備な契約状態であった。柳川範之・藤田友敬「会社法の経済分析」三輪芳朗ほか『会社法の経済学』10頁（東京大学出版会、1998）。

4．自己責任と消費者保護

- 経済理論における消費者の自己責任とは、消費者が自己責任があることを前提として理論を組み立てることを意味する。
- 自己責任とは、どのくらい情報を持っているかに関わる問題である。
- 「消費者の情報収集」と「企業の情報開示・伝達」の責任分担明確化が必要である。

（1）経済理論における自己責任

経済理論というのは、消費者の自己責任を要求する議論であると誤解されているが、経済理論は消費者が自己責任能力があることを前提にして理論を組み立てているのである。したがって、経済学上、消費者が自己責任を負うべきであるという理論が導かれることはなく、また、全ての消費者に対し、一様に自己責任を求めるというのは現実的ではない。自己責任がないような当事者であれば、それ相応の規制が必要ということになる。

（2）最適な責任分担と情報開示

また、「自己責任」の意味についても、十分検討する必要がある。自己責任は、「どのくらい情報を持っているか」ということと大きく関係し、同時に「どのように責任を取るか」ということと関係してくるのである。

さらに、ある程度消費者に自己責任を負わせることによって、消費者が情報を獲得する、あるいは学習するインセンティブを引き出すという意味はある。したがって、消費者が責任を持って情報を集める部分と、企業側で情報を開示して伝えるよう規制する部分との2つを分けて、適切なインセンティブを作るよう責任分担を考える必要がある。つまり、情報開示をどれくらいするかということと責任分担とをセットで考えて、最適な割り振りを考えるということが必要となろう。

また、取引をした際の責任を明確化するだけでも大きな意味がある。つまり、どちらがどのくらい責任を負うかということが、客観的にどのくらい明確に出来るか。すなわち、消費者が取引において損失を被った場合、消費者が十分な検証をせずに購入したからなのか、売り手が十分な情報を提供しなかったからなのかが不明確な場合、司法や行政の判断に委ねることとなり、当事者にとって予測していなかった責任を負わされる可能性もある。

したがって、いずれかのレベルで線を引き、お互いが予測可能な状況を設定することが必要である。そういう意味合いで、責任の明確化という観点から、消費者契約法による規制のメリットは大きい。

5．契約締結過程規制と契約内容規制との相違

- 経済学的な相違は、「どちらが自由な契約機会を喪失する可能性が高いか」で決まる。
- 内容規制よりもプロセス規制の方が、自由な契約機会を喪失する可能性が小さいと考えられる。

契約締結過程規制と契約内容規制という二元構成について、経済学的にどのような違いがあるのだろうか。すなわち、規制することによって発生するデメリットは、どちらがどれだけ大きいかという話であり、規制を行うことにより、「どちらが自由な契約機会を喪失する可能性が高いか」という問題である。

たとえば、消費者取引において、消費者保護のためにある程度の情報開示がなければ、取引をしてはならないという状況を考えてみる。そこで、前提となる情報開示について、契約当事者にとって周知の事実であり、わざわざ手続きを踏むまでもないと思っているような場合は、あえて規制を行うことはデメリットになってしまう。一律に規制をすることにより、当事者の自由な契約機会が失われてしまうのである。そのデメリットをできるだけ小さくするような、最適な制度設計が望まれる。

以上の観点から考えると、規制の内容やその方法によって多少の差異はあれ、内容に関して規制するよりは、そのプロセスに関して規制をした方が、自由な契約機会を喪失する可能性が小さいのではないかという意見もある。契約内容は、当事者間で自由に設定したいこと、自由に変更したいことが相対的に多いと思われるので、契約締結過程でコントロールすることができるのであれば、その方が効率的ではないだろうか。

Ⅳ. 契約締結過程規制に関する論点の整理[22]

本章は、国民生活審議会の中間報告、最終報告を受けて、消費者契約法の契約締結過程規律に関し、どのような問題（論点）が残っているかを整理する。さらに、その規律自体をどのように根拠づけるかについて理論的に整理する。

1．検討範囲・課題の設定

- 本章では、「情報提供の問題」、「不当な働きかけの問題」、「状況の濫用の問題」の３つの課題について検討する。
- 「不意打ち条項の問題」は、契約条項の開示と合わせて論じられるべき問題で、何が合意内容を構成しているかの画定を含めた広義の契約内容の確定の問題であり、本章では触れないこととする。

（1）情報提供、不当な働きかけ、状況の濫用

まず本章での検討範囲と課題の限定について明らかにしておきたい。

中間報告、さらには最終報告において、契約締結過程の規律としては、大きく分けて３つの柱が提示されていた。すなわち、第一の柱が情報提供に関わる問題、第二の柱がいわゆる威迫、困惑行為と言われる不当な働きかけがあった場合の処理、そして、第三の柱が不意打ち条項であった。しかし、この三つを全く併列してそのまま検討すべきかどうかということ自体が、ひとつの問題となる。

そこで、次に述べる理由から、本章で取り上げるべき事項は以下の３つに限定し、不意打ち条項を除外したいと考える。

すなわち、情報提供の問題、不当な働きかけの問題、そして、中間報告では必ずしも項目としては取り上げられておらず、最終報告では問題があるとして言及されている「状況の濫用」の３つである。

（2）不意打ち条項の処理

不意打ち条項は、本章で検討する「取消を基礎づける契約締結過程の規律」というよりは、むしろ、契約内容の確定、すなわち解釈の一歩前段階の問題、つまり何が合意範囲を形成するかの問題であると考えられるので、ここでは一応除外して考える

---

[22] 本章は、沖野教授による第７回研究会での報告「契約締結過程の規律」の議事録に基づいている。なお、事務局が、議事録に他の文献等を用いて、一部補筆している。

ことにする[23]。その重要性を否定するものでないのはもちろんである。

2．事業者の「義務」の規定と効果

- 事業者が提供すべき情報には、給付に関するもの、契約条件、消費者から求められた情報等が含まれる。
- 事業者の情報提供義務は、積極的な作為義務と、虚偽や不正確なことは言わないという不作為義務の二面がある。
- 義務違反の効果として、消費者が契約から離脱できる道を用意するという趣旨で、取消を明文化することは重要である。

（1）事業者の情報提供義務の位置づけ

そこで、契約締結過程の規律として、情報提供、不当な働きかけ、状況の濫用の３つについて、法律効果としての取消をいかに基礎づけるか、またその要件はどうかを検討することが本章の大きな問題の一つであるが、その前段階として、効果と切り離して、そもそも事業者にこのような作為、不作為行為を義務づける規定をおく必要があるかが問題とされなければならない。

（2）事業者が提供すべき情報とは何か

たとえば、事業者の情報提供義務に即して考えてみても、事業者が提供すべきと考えられる情報は、以下に示すようないくつかの類型がある。しかし、提供のなかったときの効果は様々であるし、民事上の効果と結びつけにくいものもある。とすると、一般的な情報提供義務の規定を設けるべきかどうかの検討がまず必要だろう。((3)、(4)を参照)

① 給付に関する情報

給付に関する情報は、中核的な給付そのものを規定するような情報から付随的な情報まで様々なものがある。具体的には、中核的な給付の他に、給付との対価性を判断するに当たって必要となるような情報もある。

②契約条件

契約条件は、通常事業者側から設定されるが、その中でも主要な契約条件、中核に

---

[23] 沖野教授による消費者契約法「要綱試案」では、契約内容規定において、「消費者がその存在をおよそ予想しえない契約条項は、契約内容とはならない」と明文化している。(沖野眞已「「消費者契約法（仮称)」の一検討」NBL.No.652、21頁)

なるような契約条件もあれば、給付規定条項と言われるような中核に近いものもある。

さらに、違約金、賠償額の予定等、給付そのものではないが相当重要な条件もあり、また、より付随的なものもある。

③ 消費者から求められた情報

その他に、契約条件とは異なる事項であるが、消費者から求められた情報も考えられる。場合によってはそれが給付を規定する情報であることもある。このような情報は、消費者からあえて求められたものであり、消費者が特に重視している情報ということである。したがって、そのような情報はできるだけ事業者から提供すべきものと考えられる。

（2）作為義務としての情報提供と不作為義務としての情報提供

事業者の情報提供義務を規定する場合に、情報提供義務には、積極的な作為義務としての情報提供と、虚偽は言わないが誤ったあるいは不正確なことは言わないという不作為義務としての情報提供といった二面があると考えられる。作為義務と不作為義務では、当然にその対象となる情報の中身も異なってくると思われる。また、民法との対応関係や、その位置づけも異なるので、この２つは分けて考えるべきではないかと思われる。

（3） 義務違反の効果

情報提供を義務として規定した場合の義務違反の効果としては、基本的には取消が想定されるが、契約を全面的に否定してしまうのか、前述の不意打ち条項のように内容に取り込むのか、あるいは、契約をそのまま成立させた上で損害賠償で調整を図るかと言った、様々なものが考えられる。

このように、効果として様々なものが考えられるため、規定の仕方が問題となる。つまり、情報提供義務として一般的な規定をおくのか、あるいは行為対応毎に分け、さらには効果面でも分けて規定するといったことが考えられる。立法を行うときには、このような選択の問題が出てくるだろうと思われる。

（4） 義務違反規定の方法

そこで、情報提供義務規定をおくこと自体に意味があるとすれば、一般的な義務をまずおくことが重要になる。逆に、そのような規定をおくこと自体に対する抵抗、あるいは、一般的な情報提供義務だけがおかれると、不明確であり効果も予測できないといった批判

があり得る。

そうすると、明確な効果を規定し、かつ最も重要と思われるものを規定するというのも一つの方法である。中間報告や最終報告は、このような考え方に立脚しているものと思われる。

（５）義務不履行に対する効果

前述のように、明確な効果を規定する場合に考慮すべき点として、一般的な消費者契約では、継続的な事業者間契約等と異なり、いわゆる「被害」が生じた時には、消費者は契約を解消して契約から離脱したいと考えるのが一般的であろう。したがって、取消という救済方法が非常に重要になってくる。消費者契約において、損害賠償による救済は、基本的に現在、民法でも可能であり、相当数の判例がそれを認めているといった状況にある。

他方、契約に基づく取消は、類似事例でも肯定される場合と否定される場合があり、判例上も不明確である。特に、取消は、明文がないとなかなか認められない現状にある。したがって、消費者にとって、契約の解消あるいは契約からの離脱が紛争解決の主眼であると考えるならば、中核として取消を明文で規定することが重要であると考えられる。ただしその場合、民法の「取消」と全く同じでよいかは検討の余地があり、追認・期間制限・清算関係など、「取消」をめぐる法律関係の明確化も立法で手当てすべきである。

３．重要事項

- 重要事項には、客観的類型的「重要事項」と主観的個別的「重要事項」とがある。
- 民法９５条の「要素の錯誤」における「要素」と、「重要事項」との関係をどう考えるかが問題である。両者は対象範囲に共通項があるものの、課されている義務の性質が異なるものである。
- 事業者の主観的要件についても、同様に考慮する必要がある。

効果が契約の（全部）取消ならば、そこで事業者として求められる情報提供の中核は、それがない場合、消費者が契約からの離脱の道を確保する前提となるような情報提供であることがわかる。では、情報提供義務の範囲はどのようなものか、そしてどのような対応を行う義務があるのかが問題となる。また、前述のように、義務違反の効果が取消だとした場合、取消後の状態はどうなるのかという点についても議論があるところであるが、消費者契約法が包括的な立法であるため、なかなか細かく個別には明確にはできにくい問題である。

要件面についてくり返せば、情報提供義務の「範囲の問題」、そして、「事業者側の対応の問題」については明確化を図るべきであると強く主張される。しかし、明確化を図るに

しても、効果として全面的な効力の否定、すなわち取消を基礎づけるような情報という前提をはっきりとさせた上で、明文化して範囲を明らかにする必要がある。中間報告・最終報告では、重要事項で考えられているものと効果とがきちんと結びつけられていない印象を受けるところもあるので、尚更である。

（1） 客観的類型的「重要事項」と主観的個別的「重要事項」

① 客観的類型的「重要事項」

重要事項を基礎づける要件の明確化の試みとして、中間報告では、「重要事項」を「契約の基本的事項その他消費者の判断に必要な事項」と規定し、さらに最終報告では「一般平均的当事者、しかも契約締結の社会通念を基準としてその判断を左右すると客観的に考えられるような当該契約についての基本的事項、それを提供しなければ事実と相違することを積極的に説明したとみなし得るような本質的な情報」と規定している。

特に、最終報告では、「重要事項及び対象とする人のレベルが不明確である」といった中間報告に対して寄せられた批判を受け入れて、客観的類型化を試みたものと思われる。

② 主観的個別的「重要事項」

最終報告書では、取消は、客観的基本事項、かつ一般平均的当事者を基準としているが、それだけで良いのかという点が問題となろう。確かに、客観的に中核的な事項、基本的な事項が取り込まれることには異論がないが、それ以上に範囲が広がらないのか、あるいは、個別的な当事者の交渉を考慮しなくて良いのかという点には疑問が残る。情報提供が自己決定の前提の確保という性格を持ち、かつ、契約は基本的に個別性の強いものであることを考えると、「一般的平均的当事者」基準に加えて、「個別消費者」基準を一定範囲で入れるべきだと考えられる。

③「欺罔」類型による取消を可能とする事項

前述の最終報告における後半部分の説明は、情報提供の確保ができなかったことによる取消を詐欺から基礎づけるものと思われる。

しかし、消費者契約法における取消が民法の詐欺取消とパラレルで良いのかという点が問題であると思われる。

前記の客観的類型的「重要事項」と主観的個別的「重要事項」のいずれにも属さないが、「欺罔」的行為によって取消を基礎づけるものも考えておく必要があるのではないか。たとえば、消火器を訪問販売する事例において、消火器を備え付ける義務というのは、通常客観的に考慮される事項ではない。また、一方で、消費者も義務があるから購入しようと

するものでもなく、主観的個別的に考慮される事項でもない。

しかし、客観的類型的「重要事項」と主観的個別的「重要事項」のどちらでもないが、虚偽行為（「欺罔」的行為）が行われることにより、取消を基礎づけるような場合を想定する必要があるのではないか。つまり、客観的に考慮すべき事項と、主観的に考慮すべき事項との対象範囲が、不告知類型と不実告知類型とでは異なり、後者の方はより広いと言うことができよう。換言すれば、最終報告の前記説明で「重要事項」を画するのは不実告知については狭きに失する。不実告知について主観的要件をはずし、９６条と異なる処理を提唱する以上、そういうものは９６条で処理することを前提としているとは考えられず、手当てを要する。

（２） 評価情報と比較情報

次に、「重要事項」については、「評価情報」や「比較情報」をどの程度考えるかが問題となる。基本的に、「評価情報」や「比較情報」は、消費者が自ら調査する性質のものであり、事業者側にそのような情報提供義務を課すべきものではないと考えられる。

ただし、一種特別の関係が存在するといったような場合には、「評価情報」や「比較情報」が考慮されることもありうるであろう。「評価情報」ながらそれによって事実がインプライされることはありうるし、比較情報も、製品の詳細についての虚偽情報のように検討を期待し得ないものについては、「重要事項」に取り込まれることがあってよいと考えられる。

（３） 民法９５条の「法律行為の要素」との関係

次に、「重要事項」を考える上で理論的に問題となるのは、民法９５条（以下「９５条」という）の錯誤規定における「法律行為の要素」との関係である。すなわち、９５条の「要素の錯誤」における「要素」と、「重要事項」との関係をどう考えればよいかの問題である。しかし、「要素の錯誤」自体の解釈は、学説・判例とも定まったものがなく、両者の関係を、特にその範囲の違いを理論的に一律に確定することは困難であると思われる。したがって、ここでは、９５条の解釈論には深く立ち入らずに、一応、錯誤によって扱われる類型と、消費者契約法の情報提供によって扱われる類型とがどういう関係にあるかという観点から見ていくこととする。

①対象の範囲の共通項

９５条の錯誤は、条文上、本人の重過失が認定されない限り、本人が錯誤に陥ったという事実が存在すれば錯誤無効が認められ、相手方の行為を問題としない。

これに対し、消費者契約法では、事業者側に情報提供義務が課されており、それが不十

分である場合に取消を認めようというものである。中間報告、最終報告において、事業者の行為と消費者の意思決定の間の関連性が要求され、錯誤の語こそ用いられていないものの、やはり意思の不完全が中核となり、その点では９５条と共通する部分があるものと思われる。

②錯誤において相手方に要求されるもの

民法では法律行為や意思表示を有効ならしめる要素として、「判断力」、「自発性」、「十分な情報」といったものが想定されている。判断力が不足している場合、自発性が欠如している場合、十分な情報が得られなかったような場合に、意思表示を取り消したり無効にする道を用意しているのである。また、詐欺や強迫は、自発的な意思決定を妨げる相手方の行為を排除するという観点に立つものであり、錯誤は表意者の必要な情報の獲得という観点に立つものである。錯誤は前述においては、相手方の行為態様は問われず、そこでは表意者の情報収集・分析の失敗による不利益を「要素」については引き受けるという点で、相手方は情報提供に消極的に「協力する」ことが求められていると言えよう。

③ 消費者契約法における情報提供義務

民法の錯誤規定が、情報確保の観点に立ちながらも、消極的な情報獲得協力（無効の甘受）という性質のものであるのに対し、消費者契約法における情報提供義務は性質が異なる。すなわち、情報確保を支援するという点では同じであるが、積極的な作為義務を課すという点が異なる。

したがって、９５条の錯誤と消費者契約法の情報提供義務とは、対象となる情報の範囲は共通する部分もあるが、相手方への要請の性質が異なると整理することができよう。

（４）義務違反の判断

①錯誤との関係

情報提供義務は、当該事項についての「錯誤」の不利益を全面的に相手方に負わせるものではない。情報提供を十分行った場合でも、錯誤がなおあったというときに、取消が認められるかというと疑問である。十分な情報提供の行われた下では、取消は認められないと考えるのが整合的であると思われる。９５条でも表意者の「重過失」の判断の中で、相手方の態様が考慮されるとの考え方をとるならば、情報提供義務は、それを正面から要件化したものといえる。

②情報提供の判断基準

では、十分な情報提供が行われた場合とは、具体的にはどう捉えたらよいのであろうか。この情報提供の判断基準として、中間報告、最終報告では「平均的一般的消費者」を基準

とするとしている。

では、この「平均的一般的消費者」をどう捉えるか。中間的能力の人を想定するのか、もしくは、「想定しうる顧客層の最低線の類型的消費者」を想定すればよいのか議論がありうる。想定する顧客層はカバーすべきだと考えられるが、その範囲をどこまでととらえるかは現実には難しいとの反論もあるところである。

③消費者の個別性の配慮

次に、「消費者の個別性の配慮」について検討する。消費者の個別性に配慮するということは、前述のように提供すべき情報の範囲に関わるほか、ここでの情報提供の方法に関連する。消費者の経験、年齢などの個別性に応じた情報提供を求めるべきかである。個別性は事業者に認識されるものである必要がある。消費者にどこまでを求めるかとの関係で決定されるべき事項であるが、消費者の意思決定の前提としての情報確保を重視するならば、このような個別性の配慮に事業者の義務という点を強調すると、通常の事業者基準でそのときに個別性に配慮するのが通常かどうかで変わってくることになる。

④事業者の主観的要件

不実告知については、不告知類型における重要事項より広い事項に関する範囲では、事業者に少なくとも過失を要求すべきではないか。

（5）錯誤と情報提供の間における因果関係の存否および証明責任

錯誤と情報提供の間における因果関係（錯誤に陥るだけでなく錯誤から解放しないことを含むので「関連性」と言うべきか）の存否は要件とされるべきだが、それを含め証明の問題が残る。事業者側は、消費者の錯誤状態について判断するのは難しく、基本的に、事業者に課せられている情報提供義務について、相手方の消費者が因果関係を証明するという流れが妥当であろうと思われる。

4．不適切な働きかけを理由とする取消

- 不適切な働きかけが原因で、意思が抑圧され、十分な選択ができなかった場合、「取消」という効果を認める趣旨の規定である。
- 「威迫」行為と「困惑」行為は、要件の異なる概念であり、並立させて考えることには問題がある。

次に、二つ目の柱である不適切な働きかけを理由とする取消について検討する。

①威迫・困惑行為

不適切な働きかけは、中間報告においては、「威迫した、または困惑させた場合で、威迫行為や困惑行為がなかったならば意思決定を行わなかった場合」と定義されている。また、最終報告では、「威迫し、またはその私生活もしくは業務の平穏を害するような言動」と定義されている。そもそも、不適切な働きかけが、取消という効果と繋がるのは、それが原因で意思が抑圧され、十分な選択が出来なかったためである。したがって、この「意思的要素」を定義に取り込む必要があろう。ただし、損害賠償については別である。

②「威迫」行為と「困惑」行為

また、「威迫」行為と「困惑」行為を並列させて考えることは適切なのであろうか。たとえば、訪問販売法では、「威迫して困惑させる」という形で、別々の概念として捉えている。両者の要件を具体化して考える場合、強迫における「害悪の告知による不当な働きかけ」に対応するのが「威迫」であり、「畏怖のために理性的な判断が出来ない状態になる」のに対応するのが「困惑」と位置づけると、強迫との関係でのその「拡張」がより明確になるのではないだろうか。

③強迫と構造の異なる行為

集団催眠状態商法のように、消費者が良かれと思って契約をする類型は嫌々締結する強迫の類型とは構造が違うので、このように「冷静な判断の出来ない状況を作り出しそこに陥れる」行為は「威迫」では十分に汲み取れないので、これを包摂出来る類型が検討されるべきである。

5．状況の濫用

- 「状況の濫用」は、事業者の関与によらずに消費者の陥っている状態に「つけ込む」ことである。
- 暴利行為や判断力との対応で考えられるものが中心だが、難しい問題である。

三つ目の柱として、「状況の濫用」について考える。国生審の最終報告でも、「状況の濫用」については問題があるという程度にしか触れられておらず、「状況の濫用」について設けるべきなのか、設けるときはどのように要件化すべきかが問題となる。

（1）「状況の濫用」の意義

事業者自身の積極的な「不当な働きかけ」に対し、消費者の陥っている状態を「悪用する」ことも同様に「不当な働きかけ」と評価されるものがありはしないか。あるとすると、

それを受けるものとして考えられるのが「状況の濫用」である。

第三者による欺罔などの不当な働きかけに「乗じる」場合と、それ以外の原因で消費者が陥っている一定の状況（例えば社会的未経験、依存など）に「乗じる」場合がある。前者は第三者詐欺等との対比から、事業者に認識のある場合または第三者と一定の関係にある場合に「濫用」を認めることが出来よう。

（2）判断力、行為無能力との関係

それ以外の状態、たとえば「疾病、病気、精神状態等によって十分な判断ができなくなっている状態」を利用する場合を考えてみる。判断力が欠如した状態が、「状況の濫用」の要件になるとすると、病気の人との契約は否定されてしまう。そうすると、契約機会を奪い、契約自由を侵害するものとして、憲法問題に発展する可能性もあり、民法との関係でも行為能力制度と衝突する可能性があり、難しいところである。

（3）暴利行為との関係

「状況の濫用」は暴利行為の延長でとらえることもできる。このときそれはより一般的性格の規律となり、まさに民法の問題であって、なぜ消費者契約において、特にそのような規定をおくのかの根拠づけは難しい。

6．第三者との関係、行使期間、割合的処理

- 「善意の第三者」保護規定について検討する必要がある。
- クレジット契約における「三面契約」では、「抗弁権の接続」が認められるため、クレジット会社は保護されないと考えるのが相当である。
- 「取消権の行使期間」は一年間程度が妥当ではないか。起算点の配慮が必要である。
- 過失相殺的な「割合的処理」の導入についても検討すべきだが、理論的に難しい問題である。

最後に、効果の問題を考える上で、「第三者との関係」、「行使期間」、「割合的処理」について考察することとする。

（1）第三者との関係

まず、第三者との関係について考えると、事業者及び消費者間の契約における取消効果が第三者にも及ぶのかが問題となる。基本的に、善意の第三者は保護されるべきであり、

その対抗要件をどのように構成するかが問われることになる。

①民法における第三者保護規定と消費者契約法

民法では、９４条２項において、虚偽表示の場合の無効は善意の第三者に対抗できないことを定義している。また、同じく９６条３項において、詐欺の場合の取消は善意の第三者に対抗できないことを定義している。しかし、錯誤の場合の第三者対抗規定は設けられていない。解釈上同様の扱いを主張する見解もある。

消費者契約法においては、第三者保護規定は必要であろう。上記民法９４条２項や９６条３項を類推適用するという解釈論も考えられる。詐欺と強迫とで扱いが異なり、解釈に委ねては疑義が残るので、立法で明示すべきであろう。

②クレジット契約における第三者問題

消費者契約において、消費者は給付を受ける側であり、所有権転売のようなケースは少ないため、「第三者保護」の場面は多くはないかもしれない。消費者契約で多く生ずるのは、消費者に対する債権を譲り受けた・差し押えた第三者との関係である。民法では、虚偽表示・詐欺・解除で判例の扱いが異なる。このような第三者を含めるかについて肯定するとしてもさらに次のことを考慮すべきである。すなわち、クレジット契約における三面契約は多数存在し、クレジット会社に対する対抗要件が問題となる。この場合は、通常の第三者保護とは性格が大きく異なり、「抗弁権の接続」の問題として、クレジット会社は保護されないと考えるのが相当であろう。

（２） 行使期間

次に、消費者が持つ取消権の「行使期間」について考える。消費者側が、取消という非常に強い権限を持つこと、一定の交渉期間は必要なこと等を考慮して、一年間程度が妥当ではないかと思われる。

ただし、情報提供義務の場合と不当な働きかけの場合では状況が異なり、起算点はそのことを考慮すべきである。具体的には、前者は「情報の不完全さ」に気付いた時から一年間、後者は不当な働きかけが終わった時から一年間と考えるのが相当であろう。

（３） 割合的処理

最後に、割合的処理についてであるが、過失相殺的な考え方を導入するかどうかを検討することとする。基本的に、取消という行為は原状回復の効果をもたらすため、部分的処理というのは考えにくい。

一方で、事業者側に相当の情報提供義務が課されており、同時に消費者側にも一定の責

任を認め、全体として微調整を行って処理するべきであるという考え方もありうる。過失相殺的な判断は非常に難しく、情報提供における「重要事項説明義務」にのみ適用してはどうかという意見もある等、議論の余地が大きいところである。

また、清算関係の調整と法律関係の明確化という点からは、「不当な働きかけ」の場合には事業者の悪性を加味し、消費者の不当利得返還債務の範囲について、目的物の返還で足り、使用利益相当分や減価分については返還債務がないとすることなども検討されよう。不当利得の一般論から両論ありえ、立法技術的にも、「不当な働きかけ」を相当広げるときにはその中で、そのような「事業者の悪性」の局面を明確に定められるかといった問題がある。

Ⅴ．契約内容規制に関する論点の整理[24]

本章では、提案された消費者契約法（仮称）の内容のうち、内容規制にかかるものについて検討する[25]。

１．消費者契約法における不当条項規制

本節では、消費者契約法の中心的規定のひとつとなる不当条項規制について、審議会の最終報告での条項を基本に、論点を整理する。中間報告からの変更点や、沖野教授が提案した「消費者取引適正法私案[26]（以下「沖野私案」という）」、および判例との関連についても、適宜記載する。

（１） 定義……不当条項とは

中間報告・最終報告	沖野私案	本稿
・信義誠実の要請に反して、消費者に不当に不利な契約条項（中間報告・最終報告）	・「不公正な契約条項」＝「消費者の期待に反し消費者に著しく不利な内容である契約条項」	・「信義誠実」基準と「消費者の期待」基準の比較

不当条項の定義は、中間報告では「信義誠実の要請に反して、消費者に不当に不利な契約条項」としており、最終報告も同旨と考えられる。

一方、沖野私案では「不公正な契約条項」としており、それについて「消費者の期待に反し消費者に著しく不利な内容である契約条項」という定義がなされている。

現在の民法では、不当条項という概念についての定義がなされている条文はとくにない。また、民法 90 条その他の一般条項に基づいた裁判例があるが、一般的に定式化されている状況ではない。

ドイツやオランダ等では信義則を基礎としたルールが存在し、これに影響を受けた EU 指令でも同様の流れとなっている。しかし、信義則を基準とすると、消費者契約法での「信義則」が従来の信義則と相違があるのか、という疑問が生じる。したがって、沖野私案は「信義則」を削り、「消費者の期待に著しく反し」という文言を入れることを提案してい

---

[24] 本章は、山本教授による第６回研究会での報告「消費者契約法の内容規制ルール」の議事録に基づいている。なお、事務局が、議事録に他の文献等を用いて、一部補筆している。

[25] 本稿では検討の対象を消費者契約法および関連事項に絞っているが、山本教授は別冊 NBL 誌上において、民法全般に関するより広範な検討を行っている（山本豊「契約の内容規制」P.102、別冊 NBL No.51（商事法務研究会、1998））。

[26] 沖野眞已「「消費者契約法（仮称）」の一検討（１）～（７）」NBL No.652～658（商事法務研究会、1998.11.1.～1999.2.1.）。

る。

これについては、「著しく」という文言を入れると、中間報告に比して範囲が限定される懸念がある。また、民法の信義則は権利の行使・義務の履行に関するものなので、消費者契約法に無効の根拠として信義則を導入することは十分意義があると思われる。

（2） 不当条項規制の対象

中間報告・最終報告	沖野私案	本稿
・交渉条項…適用対象とする ・中心的条項…適用対象ではない （中間報告、最終報告）	・交渉条項…適用対象とする ・中心的条項…内容規制ルールを置くべき	・中心的条項については、学説・判例のコンセンサス作りに時間を要する ・今回の消費者契約法で踏み込むのは時期尚早？

不当条項規制の対象としては、契約条項を一方的に事業者が消費者に示し、それが契約内容になった場合のみでなく、交渉した上で合意した「交渉条項」も消費者契約法の対象となるかが、大きな論点となる。

もうひとつの論点としては、そもそも契約内容のどこまでを消費者契約法の内容規制ルールの適用対象とするか、という問題がある。いわゆる中心的条項（契約の主要な対象や価格）にまで、消費者契約法の内容規制を及ぼすべきか、という点である。

交渉条項については、国生審、沖野私案ともに適用対象に入れるという考え方である。交渉条項を除外する案も、一部では提示されているが、交渉を経て合意した条項を初めからすべて消費者契約法の適用対象からはずすことは、妥当ではないと考えられる。

ただし、消費者の方から提案した事項については、検討の余地がある。中間報告・最終報告では、こういったものも消費者契約法の対象とされることとなるが、消費者が自分から提案した部分についてまで消費者契約法で保護を受けるというのは矛盾することを意識し、「そのような場合に内容規制ルールに基づいて消費者側から無効を主張することは信義則に反する」とのコメントが付されている。よりストレートに、消費者提案条項については要件上除外の趣旨が明らかになるように規定することも考えられる。

この点は、理論上は問題になっても、実務的にはそれほど重要ではないであろう。

中心的条項に内容規制ルールを及ぼすべきか、については、意見が分かれている。

中間報告、最終報告は、中心的条項への規制に消極的であるという見方がされている。しかし、中心条項や契約そのものにおよそ内容規制が許されないという趣旨ではなく、それ以外の付随的な条項とは別の考慮が要請されるため、ルールを書き分ける必要があるという認識である。

現行法のもとでも、民法 90 条公序良俗違反という形で、中心的条項の規制は行われており、その規制を国生審の報告書が否定するということは考えがたい。しかし、現実的に考えると、中心的条項のルール化が可能なほど、学説・判例においてコンセンサスは得ら

れておらず、また、問題自体が契約自由の根幹の部分に関わるため、短期的に結論を出すのは困難であろう。このため、今回の消費者契約法の検討からははずすことが、現実的であると思われる。

暴利行為論が学説・判例上確立して展開されているが、判例上は「相手の無思慮、窮迫あるいは無経験に乗じて暴利を博する行為、過大な利を博する行為」と定式化されている。現在、学説上で問題となっているのは、消費者契約法においては「相手方の無思慮、窮迫、無経験に乗じ」という主観的な要件をはずして、消費者に非常に不利な契約は客観的な要件だけで契約を無効とすべきではないかという、一部で有力に主張されている考え方である。

しかし、主観的要件をすべてはずすのは難しい。このため、言葉を若干広げて、主観的要件をやや緩和した言葉遣いとしたのが、下記の案である。

ある者が、相手方の経済的困窮、緊急の必要、軽率、無知、無経験、または自己に対する従属状態、信頼関係を不当に利用して、自己または第三者に過大な利益を与えることを約束させるときは、相手方は、事情にしたがい当該契約の全部または一部の無効を主張することができる。

沖野私案は、消費者の不利益が過度に強い場合については客観的要件のみで無効とし、それ以外の場合は上記のような緩和された主観的要件を加味するという分類を行っているが、前者についてはいまだ機が熟していないと思われる。たとえば、ダフ屋のチケット（たとえば、サッカーワールドカップの日本戦チケット）販売の契約が民法上有効かという点を考えると、購入者が正規料金の 50 倍でもいいと思って購入しているのであれば、一概に無効とする必要があるとは言い切れない。主観的要件をなくした包括的ルールを設けるべきかについては、なお検討が必要であろう。

> *判例[27]：マンションの分譲契約で、分譲業者が駐車場の使用権を留保して一定の入居者に販売した件。他の入居者には駐車場つきではないという形でマンションを販売したが、使用権を与えられなかった入居者がマンション業者を相手取って、利用権販売分返還を求めて訴えを起こした。*
>
> *下級審段階では住民側が勝訴していたが、最高裁で逆転。（公序良俗違反の有無は本件の主な争点ではないが、）最高裁では、「駐車場の権利がないことは契約の段階でわかっていたことであり、分譲業者が購入者の無思慮に乗じて専用使用権分譲代金の名の下に暴利を得たとは言えない」としている。*

以上のように、中心条項については学説・判例のコンセンサスづくりに時間がかかると思われ、今回の消費者契約法でその内容を固めることは、やや時期尚早であろう。

---

[27] 最判平 10.10.22.判時 1663 号 47 頁

（3） 不当性判断の要素

中間報告・最終報告	沖野私案	本稿
・契約締結に伴うすべての事情（中間報告）←EC指令 ・4つの判断基準・ミニ一般条項（最終報告）	・契約目的、他の契約条件、当事者の交渉の経緯その他の事情	・重要なのは消費者契約であること、付随条項であること、内容の不当性。上記の判断要素は副次的な観点と考えるべきではないか

不当性判断の要素については、中間報告では「契約締結に伴うすべての事情」としているが、説明書きとして、「契約の目的とされた物品または役務の性質、契約締結に伴う状況、当該契約の他の条項、その契約と依存関係にある他の契約の全条項」とある。これはEC指令と同じ文言である。

最終報告ではこれは変更されており、下記の4つの判断基準があげられている。これは、最終的に条文にするということではなく、今後条項のリストを作る場合にはそれを具体的にピックアップする必要があるが、そのための基本的な視点を示すものとして盛り込まれたものと理解できる。

① 契約条項が、事業者が合理的な理由なくして一方的に法律関係を変動させることを可能とするものであるか。すなわち、当事者の一方的意思により法律関係を発生、変更又は消滅させることは、信義則上、著しい事情の変更や相手方の甚だしい不信行為等やむを得ない事由がない限り、許されないものと考えられる。ただし、その法律関係の変動が諸般の情勢を勘案して、相当の事由があり、一般に行われる程度のものである場合には許され、また、法律関係を消費者に有利に改める取扱いを認める措置については、事業者の一方的意思により自由に行いうると考えられる。

② 契約条項が、消費者にとって過酷な要求となるものであるか。すなわち、事業者が消費者の債務不履行等に対し、過酷な結果を強いることは、当事者の衡平を著しく損ない不当であって信義則に反するものと考えられる。

③ 契約条項が、消費者の法的地位を不安定な状態に置くものであるか。すなわち、事業者が契約の相手方である消費者の地位を不当に不安定にすることは、当事者の衡平を失するものと考えられる。

④ 契約条項が、消費者の法律上の権利を合理的な理由なくして制限するものであるか。すなわち、消費者に生じた損害賠償請求権等を免除又は著しく制限することは、一定の場合には、消費者に著しい不利益を強いる結果となり、信義則に反するものと考えられる。（「消費者契約法（仮称）の制定に向けて」P.39）

沖野私案では、「契約目的、他の契約条件、当事者の交渉の経緯その他の事情」となっている。

判例では、契約条項の全部または一部を無効とした例がいくつかあるが、どういった事

情を判断要素として入れたのか、必ずしも明確ではない。内容の不当性がもっとも重視されていると思われるが、ケースによって裁判例が考慮に入れている事情は様々である。

考慮する要素は、中間報告のようなものであろうと思われるが、最も重要なのは、消費者契約であること、そして、付随条項であること、内容の不当性であり、中間報告にある要素は副次的な観点と考えるべきであろう。

また、中間報告では、契約のそれ以外の条項も考慮に入れることとなっているが、これは問題になっている条項と内容的に関連する条項に限定する方が妥当であろう。

（4） 不当性判断の基準時

中間報告・最終報告	沖野私案	本稿
・契約締結時（中間報告） *最終報告では言及なし	・契約締結時に限らない、もっと広くスタンスをとるべき	・判例では「契約締結後の事情も考慮」 ・あえて条文に書かず、司法判断に委ねるという方法もあり得るのではないか

不当性判断の基準時については、中間報告では「契約締結時」となっており、最終報告ではとくに言及がなかった。これは、中間報告を前提として、変更なしという趣旨と思われる。

現在の民法解釈では、かなり昔の事件だが、運送約款の契約条項を無効としたある判例で、契約締結後の事情を考慮に入れることを正面から述べているものがある。

> *判例[28]：航空機墜落の賠償請求の事案。運送約款に規定された賠償金額の責任制限条項が社会的な妥当性をもつかどうかということを判断する基準時について、「その約款による契約締結当時の価値判断、社会通念に照らし妥当なものであることを要するのみならず、その内容を実現しようとする時点においても法的保護を求め得るだけの社会的妥当性を有しているものでなければならない」とした。*

裁判例では、契約締結時だけでなく、条項援用時、あるいは訴訟になった場合は、事実審の口頭弁論終結時まで考慮に入れるのか、基準時についてもより複雑な考え方をとっている。

沖野教授は、このような裁判例の存在を前提に、基準時は契約締結時に限らず、より広くスタンスを置くべきではないかと提言している。

この点に関しては、あえて条文に書き込まず、司法の運用に委ねるという考え方もあろう。契約締結時を原則として、それ以降の社会通念、その他事情の変化は、条項の援用が信義則に反するか、等の部分で、別途考慮に入れることも可能であろう。約款が契約締結

---

[28] 大阪地判昭 42.6.12.下民集第 18 巻 5=6 号 641 頁

時は非常に不当と判断されるものであったけれども、その後の社会通念の変化、あるいは貨幣価値等の変化によってそれが不当とはみなされなくなったということもあるわけで、どちらが有利とは言えない、非常に複雑な問題であると思われる。

（5） 不当条項リスト

中間報告・最終報告	沖野私案	本稿
・ブラックリストとグレーリスト（中間報告） ・リストは一本立て（最終報告）	・リストを含めて不当条項ルールを三段階に分類	・法律の条文としては、一般条項とリストの組み合わせ。リストを法律事項にするか政省令とするかは、検討が必要

中間報告では、ブラックリストとグレーリストの二本立てという、ドイツの約款規制法のようなスタイルを念頭に置いた提案をしている。最終報告では、リストは一本立てとなったが、リストを設けるということ自体では一貫している。

最終報告でリストを一本化する理由のひとつとして、グレーリストの場合に問題となる「相当に長い」あるいは「合理的な理由なしに」といった不確定概念をどちらが立証するかという問題を民事訴訟法の一般原則通りに扱うこととしたことが挙げられている。しかし、ここでは不確定概念の立証の問題とグレーリスト・ブラックリストの区別をどう作るかの問題が混同されているように思われる。

沖野教授の提案は特色があるもので、リストも含めて不当条項ルールを全体として三段階にすべきではないかとしている。まず、包括的で裁量の余地を残すようなミニ一般条項を置き、さらに不当条項のリストを置く、そして、条項のリストは政省令で定めるという、三段階方式である。

このようなミニ一般条項のみを法律の条文に置くことは、必ずしも適切ではないであろう。むしろ、法律の条文としては、一般条項とリストとの組み合わせとすべきであろう。リストを政省令事項とした場合、実務的には所管が共管とならざるを得ず、その場合話がまとまるかは疑問が残る。具体的な基準として、すぐ扱えるようなものを提供することが望ましい。

（6） 不当条項の効果

中間報告・最終報告	沖野私案	本稿
・条項の全部または一部の無効（中間報告） ・無効（最終報告）	・条項の全部または一部の無効	・判例では全部または一部無効とする場合あり。合理的限定解釈が多い

次に、不当条項ルールを適用した場合、どういう効果が生じるかという問題がある。

中間報告では、条項の全部または一部の無効とされている。その条項が無効となるのであれば、契約全体が無効になる、という場合もあり得るが、通常は条項が不当な範囲で無効とされる。最終報告では「無効」とのみ表現しているが、一部無効・全部無効の両方を含む趣旨であると思われる。沖野私案では、中間報告と同様としている。

民法の現在の解釈では、全部または一部無効とする場合もあるが、非常に多いのは制限的・合理的解釈である。次にあげる判決は、様々な論点と関わるが、ここでは実務で多用されている制限的・合理的解釈の一例としてあげる。

> *判例[29]：スポーツクラブで、利用者がプールの床で滑って骨折をした件で、スポーツクラブは会則に定める免責特約（「本クラブの利用に際して、会員本人または第三者に生じた人的・物的事故については、会社側に重過失のある場合を除き、会社は一切損害賠償の責を負わないものとする」）により、責任がないと主張したが、「施設の設置又は保存に瑕疵があるため生じた事故には適用がない」と判示。理由づけとしては、採用合意の解釈、不明瞭条項の解釈（しかし、ここで説かれるのは、条項使用者不利解釈ではなくて、「約款の内容が不明瞭な場合には合理的な意味で解釈される」という、合理的・客観的解釈）、不明瞭でない条項の合理的解釈といった種々の手法を羅列。*

効果について、一部の意見として「条項が無効とされた場合には常に全部無効、あるいは原則として全部無効とすべき」という意見がある。ドイツ法はこの考え方をとっているが、過剰介入を避けるという観点からは、条項の一部のみが不当と判断される場合には一部無効とするのが当然であると思われる。仮に日本でドイツ法的な、全部無効のルールとすると、裁判所はますます無効ルールではなく合理的解釈に傾くと考えられ、消費者契約法の条文で明確化する意味が薄れるだろう。

2．消費者契約法におけるその他の内容規制

消費者契約法における内容規制について、その意義と内容・効果を整理する。整理に当たっては、１．と同様に、中間報告、最終報告、沖野論文、判例を適宜参照する。

（1）平易明確作成ルール

中間報告・最終報告	沖野私案	本稿
・平易明確作成ルールを設ける（中間報告、最終報告）	・消費者にその正確な理解を期待し得ない契約条項は契約内容とはならない旨の規定を置く	・効果が問題。訓示規定か？

中間報告、最終報告では、平易明確作成ルールを置くと述べている。沖野私案では、その効果がはっきりしないため、「消費者にその正確な理解を期待し得ない契約条項は契約内容とはならない」旨の規定を置くことを提案している。

平易明確ルールについては、その効果を詰める必要がある。これを訓示規定と考えると他の規定と次元が異なってくる。諸外国での同様の規定の効果を探り、参考にすることができるであろう。

（2）使用者不利解釈ルール

中間報告・最終報告	沖野私案	本稿
・契約条項の意味について疑義が生じた場合には、消費者にとって有利な解釈が優先する（中間報告、最終報告）	・基本的には中間報告と同様。ただし、消費者が提案した条項について適用しない旨、要件上正面から明らかにする	・あくまでも、その条項を使用した側の当事者に不利益、ということが前提（民法の一般ルールとして）

これは一般に、作成者不利解釈ルールとも呼ばれるが、厳密には他者が「作成」した約款を自己の約款として「使用」すれば不利解釈のルールが及ぶため、「使用者不利解釈ルール」と呼称する方が適当であろう。

これについては、中間報告、最終報告ともに、契約条項の意味について疑義が生じた場合には、消費者にとって有利な解釈が優先することとされており、沖野教授も基本的に賛成している。

しかし、消費者が使用した条項についても消費者に有利に解釈するのは、妥当ではないだろう。中間報告、最終報告も、その点については同様の考えだと思われるが、その旨を要件上明らかにすべきである。

下記は、民法の一般ルールとして提案したものである[30]。一方当事者によりあらかじめ準備され、個別的に交渉されなかった契約条項については、その条項を使用した側の不利益に解するという趣旨である。すなわち、消費者から使用した条項については、消費者に有利に解釈することとはならない。

一方当事者によりあらかじめ準備され個別的に交渉されなかった契約条項の意義に疑義があるときは、その当事者に不利な条項解釈が優先されるべきである

現在の民法解釈では、使用者不利解釈ルールはルールとして採用されていない。実務上、「合理的解釈」という名の下で、裁判官が消費者に有利に介入している場合ももちろんあ

---

[29] 東京地判平 9.2.13.判タ 953 号 208 頁

[30] 山本豊「契約の内容規制」P.102、別冊 NBL No.51（商事法務研究会、1998）

るが、事業者に有利に介入している場合もあり、中間報告のような考え方は必ずしもとられていない。

（3）不意打ち条項

中間報告・最終報告	沖野私案	本稿
・交渉の経緯等からは消費者が予測することができないような契約条項（不意打ち条項）は、契約内容とならない（中間報告） ・最終報告では、不意打ち条項の内容をより詳細に検討	・「適切な開示を尽くさなかったときの効果」として、「消費者がその存在をおよそ予想し得ない条項の契約内容不構成と不開示条項の効力の否定」を規定 ・中間報告の不意打ち条項に関し、問題点を指摘	・最終報告で不要論に転じたかのような報道がなされたが、不要論と決まったわけではないだろう。今後詰められるべき論点

中間報告書では、契約締結過程に関する規定のひとつとして、「交渉の経緯等からは消費者が予測することができないような契約条項（不意打ち条項）は、契約内容とならない」との規定を提示している。また、情報提供義務違反の場合と異なり、「この場合は契約の一部分について意思の合致が見られ、一部についてのみ不意打ちなのであるから、基本的には当該契約全体は無効とならないと考えるべきである」としている。

最終報告では、「当該取引における個々の消費者にとって不意打ちとなるばかりでなく、そもそも当該条項自体が、当該契約類型においては通常でない場合、すなわち、契約の全体については消費者が了解していたが、当該条項が、締結された契約の類型からみて、社会通念に照らして異常（異例）であり、かつ、その内容についての事業者からの説明が十分でなかったために、そのような異常な条項の存在を消費者が到底予測できないような場合、当該条項（不意打ち条項）は契約内容とはならないという規定を別途設けることが考えられる。」としている。また、他の規定との関係から、この規定を設ける意義は乏しいのではないか、という、一部の意見も紹介されている。

最終報告について、不意打ち条項不要論に転じたかのような報道がなされたが、不要論というよりも、必要性については肯定しつつも、契約当事者の予見可能性担保の観点から、要件についてより詳細な検討が必要である旨を述べたものと考えられる。今後詰められるべき論点であろう。

なお、沖野私案では、「適切な開示を尽くさなかったときの効果」として、「消費者がその存在をおよそ予想し得ない条項の契約内容不構成と不開示条項の効力の否定」を定めている。中間報告の不意打ち条項については、「開示規制は情報提供の問題と位置づけ、不開示の場合、不意打ち条項規制によって個別に当該契約条件を契約内容から排除するとい

う構成」ととらえ、以下のような問題点を指摘している[31]。

①不意打ち条項の問題としてとらえるなら、情報提供とあわせて規定するべきであろうし、これに対し契約を有効とした上での適正化の問題ととらえるならば契約内容の箇所におくべきであり、規定の位置についていずれにしても再考の必要がある。

②契約条件の開示を情報提供の問題とするならば、情報提供自体についてそれを取り込めるようなより細かい規定にしておく必要がある。この意味では、結局、契約条件の開示について何らかの規定を設けることになろう。

③不意打ち条項の規律は理念的には理解できるが、実際にどのような条項がこれに入るのかその具体例を考えるとあまり働く余地はなく、そのような規律を設けること自体の必要性についても検討の余地がある。

3．「継続的役務提供取引における契約内容の適正化」法との対比

産業構造審議会消費経済部会で 2 月に採択された報告書では、「訪問販売等に関する法律（以下「訪販法」）」および「割賦販売法（以下「割販法」）」を改正し、新たに特定継続的役務の適正化に関する諸規定を盛り込むことを提言している。同法案は 3 月に衆議院、4 月に参議院で可決され、4 月 23 日に公布された。同法の改正にあたっては、消費者契約のうち特にトラブルの多い、英会話学校やエステティックサロン等を適用対象に取り込むことを考えている。同法の目的や対象には消費者契約法と重なる部分も多いが、基本的には適用の重複はないと考えられる。本節では、同法の制定経緯と内容を概観し、消費者契約法との役割分担について整理する。

（1）法制定の経緯

● 訪販法を一部改正し、「特定継続的役務提供」についての規定を新設する

継続的役務提供取引については、訪販法の一部改正をし、「特定継続的役務提供」という概念をたててひとつの章を新設し、そこにこの種の契約を規制する規定を設けた。

また、割販法もこれにともなって改正されたが、こちらは抗弁権の接続を認めるという趣旨である。割販法は、現在「指定商品制」をとっているため、同法の対象に役務・権利を含めるためには、指定役務・指定権利制を導入する必要が生じ、改正が必要となる。

---

[31] 沖野眞已「「消費者契約法（仮称）」の一検討（5）」P.58、NBL No.656（商事法務研究会、1999.1.1.）

（2）適正化の内容

- 書面交付義務、誇大広告の禁止、前払契約の場合の書類閲覧等の公法規制
- クーリングオフ、中途解約の権利、および解約損料の制限等の民事ルール

規制の内容としては、書面交付義務・誇大広告の禁止・前払契約の書類閲覧等の公法規制あるいは行為規制、および、クーリングオフ、中途解約の権利の認容、および解約損料の制限等の民事ルールを設けた。

（3）消費者契約法との役割分担

- 消費者契約法との役割分担は、一応とれていると評価
- 公法規定は消費者契約法とは直接関連がない
- 民事ルールについては、クーリングオフは消費者契約法の対象事項ではない。中途解約、解約損料は、不当条項ルールと関連

本法と消費者契約法の関係を見ると、上記事項のうち公法規制部分は消費者契約法とは直接関連がない。

中途解約の可否、解約損料の問題は、消費者契約法の不当条項の問題と関わってくる。解約損料の制限は、不当条項の単発のルールが、特別法として設けられると言う形になる。

中途解約禁止条項が不当条項の問題になるかどうかは、前提にする現行の民法解釈で、継続的役務提供契約について中途解約ができるかどうかと関わってくる。仮にできるという解釈をとるのであれば、それを制限するような内容の契約条項は当然、不当条項規制規定の適用対象となる。しかし、民法の解釈上中途解約はできないとする考え方をとると、中途解約禁止条項は民法原則を確認した規定ということになる。この場合、この条項を無効とすることは民法を否定することになり、それは消費者契約法をもってしてもできないことである。

中途解約禁止条項の問題は、訪販法が改正されてもなお存在する。すなわち、訪販法の対象となるのは指定された役務であり（当初は外国語会話、家庭教師派遣、エステティックサロン、学習塾の 4 役務になると見込まれる）、指定外役務については規制が及ばないためである。その部分は、消費者契約法が適用されることとなろう。

ここで注意すべきなのは、訪販法を改正して 4 業種に絞った改正を加えたということで、指定外役務の分野に反対解釈の力学が働き、これまで判例や消費生活相談実務の積み重ねで発展してきた部分にかえって逆風が吹くおそれもある。そのようなことがないよう、注視していく必要があろう。

また、なぜ継続的役務が訪販法により対処されるか、という疑問が生ずる。おそらく、法律作成者は法の名称の訪問販売「等」という文言から、継続的役務を含ませることも可

能だと考えているのだろう。従来も、訪販法は訪問販売のみでなく、通信販売、電話勧誘取引、連鎖販売取引等、諸外国の同様の法に比べて幅広い範囲を対象としていたが、以前は暗黙の了解として、無店舗販売という枠があった。しかし、今回の改正でその枠も取り払われ、訪販法は「総合消費者契約法典化」したかに見える。すると、やはり包括的な消費者立法である消費者契約法とは、調整の必要が生じてくるようにも思える。

訪販法の内容を見ると、確かにきわめて適用範囲の広い法律ではあるが、民事ルールに関してはそれほど包括的ではないので、両者の役割分担は十分とれるし、そのように解釈していくべきだろう。日本の消費者政策の分野における立法政策が、今後も通産省と内閣府に入る部局である経済企画庁との切磋琢磨で発展していくためには、どちらか片方に吸収されるべきという議論ではなく、両方が役割分担をとりつつ発展していくという形が望ましいといえよう。

Ⅵ．私法としての消費者契約法の意義とエンフォースメント確保としての司法制度[32]

本章は、消費者契約法の実効性確保の前提となる民事訴訟法の現状を分析する。その上で、消費者契約法を消費者紛争の私法的・事後的解決規範として捉えた場合に、さらに実効性を高めるための手段について検討する。

- 事後・ルール型規制社会とは、権利を自覚した私人による積極的行動を前提とした社会であり、私人が訴訟を提起していかなければならない社会である。
- 消費者契約法は、私法的な事後的救済を求める根拠としての裁判規範性を有する。
- 私人に実体権を認識させる必要があり、そのための消費者教育の必要もある。
- 悪質消費者の出現も考えられるが、裏取引をしないといった事業者の自覚も必要である。同時に、裁判所も請求棄却判決を迅速に出すことが必要である。

１．消費者契約紛争の顕在化

（１）私法としての裁判規範性

従来の業法による規制は、事前・裁量的規制であり、これは、行政庁による私人に対するパターナリスティックなあるいは後見的な介入とみられる。一方、事後・ルール型規制社会とは、権利を自覚した私人による積極的行動を前提とした社会であり、権利を主張し、救済を求める私人が訴訟を提起していかなければならない社会である。

消費者契約法は、今後の事後・ルール型規制社会への移行を前提として、私法的な事後的救済を求める根拠としての裁判規範性を有するものである。

（２）消費者の紛争（実体権）認識を向上させる必要性

①被害相談・マスコミ報道

一方、手続法以前の問題として、消費者は自分に権利がある、あるいは自分が紛争に巻き込まれているという認識を持たなければ、裁判上の問題として顕在化しない。このため、消費者に紛争、あるいは実体権を認識させることが重要であり、消費者行政を含めた、広い意味での消費者教育に委ねられる。

この点に関しては、現在でもマスコミ報道や弁護士会の協力等によって、消費者に紛争

---

[32] 本章１～６は、高橋教授による第４回研究会での報告「私法としての消費者契約法の意義とエンフォースメント確保としての司法制度」の議事録、そして７～１０は、太田教授による第８回研究会での報告「消費者契約法による救済の実効性確保と裁判制度」の議事録に基づいている。なお、事務局が、議事録に他の文献等を用いて、一部補筆している。

の事実を認識させることは可能である。たとえば、霊感商法や、ワラント訴訟という大量の消費者被害が出た場合という限定付きではあるが、このような場合に、弁護士会の被害相談 110 番とマスコミ報道とが相乗して、消費者被害の認知度が高まることが期待される。

②消費者問題専門弁護士の登場

さらに、21 世紀へ向けて、弁護士が増加していった場合、必然的に、一定数の消費者問題専門弁護士が登場してくることが予測される。東京、大阪に限らず、地方においても、このような弁護士が、市町村市役所等の法律相談を通じて積極的に事件をキャッチしてマスコミ報道に乗れば、ある程度の事件を掘り起こすことは可能であると考えられる。

（3）悪質消費者対策と企業の自覚

一方、消費者紛争の特徴として、決してクリーンな原告だけではなく、悪質な消費者が出現してくる可能性が高いことがあげられる。悪質な消費者が訴訟まで提起するかは疑問の余地があるが、消費者運動家を名乗る悪徳な人物、あるいは悪徳弁護士の出現が考えられる。現実には、事業者側も少数者との相対交渉では、多少の金を渡す等の裏取引による解決を行う例もあると指摘されている。

今後、悪質消費者が、事業者を揺さぶるために訴訟を提起してくることになると、民事訴訟法として何らかの対処を考えなければならないが、現時点では手続法的な規定は、必ずしも十分ではない。

事業者は、このような者と裏取引をしないという自覚が必要であるとともに、裁判所も請求棄却判決を迅速に出すことが必要である。

2．新民事訴訟法下の手段

－通常訴訟における手続面で消費者（原告）に有利な点の整理－

- 消費者紛争の大部分は少額請求事案であるが、ワラント、変額保険訴訟等通常訴訟に乗ってくる事件も存在する。
- 当事者照会制度、文書提出命令の一般義務化、選定当事者制度等により原告有利な形で制度変更が行われた。

－少額訴訟…衡平に基づく裁判－

- 一期日審理による証拠規則の柔軟適用が想定される。
- 本人訴訟遂行上の援助体制の構築が必要。
- 判例形成機能が弱いといった問題は、一定数の類型化可能な消費者紛争の簡易裁判所への提訴により解決することが考えられる。

しかし、一般的には、白か黒かわからない灰色の人が、自らに権利があると信じて訴えを提起し、その言い分が正しいかどうかを裁判官が判断するのが訴訟である。

そこで、平成10年1月から施行された新民事訴訟法において、消費者側が原告となって訴えを提起した場合、従来法に比較して、どのような点で有利な手段が与えられたかという角度から考察する場合、大きく通常訴訟と少額訴訟に分けて整理することができる。

（1）通常訴訟

通常訴訟とは、一般的に、地方裁判所以上での審理が前提となる、訴額が90万円を超える訴訟である[33]。

消費者紛争の大部分は、請求額は少額と考えられるが、ワラント、あるいは変額保険をめぐる訴訟では、訴額が数百万円、数千万円という事件も珍しくない。そうなると、通常訴訟に乗る事件も当然存在し、原告側に弁護士が付いた訴訟になる形態が多くなる。

そこで、新民事訴訟法において導入された消費者契約紛争に関連した制度に関して以下に概説する。

①当事者照会（163条）

旧法に比較して、新民事訴訟法のもとでは、原告たる消費者側だけではなく、被告たる事業者側が情報を取得することに対する手当ても、一定程度進歩している。たとえば、理念的には、訴え提起後に限定されるが、原告、被告、双方が使用できる制度として、163条に当事者照会制度が導入された。これは、相手方当事者に対し、主張、立証の準備のために必要な事項を照会する、あるいは質問することができる制度であり[34]、照会を受けた以上、特定の除外事例[35]に該当しない限り、訴訟法上、相手方には応答義務がある[36]。

この点が、従来の民事訴訟法の弁論主義という大原則に対する変更が生じたと評価できる[37]。弁論主義を構成する要素には様々なものがあるが、そのうち、主張証明責任の方法

---

[33] 簡易裁判所の事物管轄は、90万円以下（8条、裁33条1項）であり、訴額がこの辺りより低い場合は、弁護士報酬・実費が訴額に近くなり、一般的には弁護士への委任が困難となる。

[34] 本制度は、主として、米国の広汎なディスカバリー（証拠開示手続きと訳されることが多い）手続き中の、質問書（インタロガトリー）という制度を参考に作られたもの。

[35] 具体的又は個別的でない照会、相手方を侮辱し、困惑させる照会、あるいは、秘匿特権があるもの等、具体的に規定されている（163条1号～6号）。

[36]応答義務はあるが、義務を履行させる強制手段がないところに、前述の「理念的」としている意味合いがある。すなわち、答えなくても裁判所から答えよという命令が出てくるわけでもなく、また、過料、罰金等が課されるわけでもない。この点が、履行強制手段を伴う、母法たる米国法と大きく異なる点である。

[37] ただし、弁論主義の原則自体の変更が生じたものではない。

が変わることになる。すなわち、原告側が訴訟で自分の権利を根拠づける事実を主張しなければならないという原則は変わらないが、原告側が自分の権利を根拠付ける事実について被告に聞くことができ、被告は除外事例に該当しなければ、答える義務があり、不明な点は問いただすことができる。この手段により、事業者側のとった行動を、原告消費者側が知ることができ、事実上主張立証活動が大幅に容易となり勝訴の確率が高まることになる。

②文書提出命令の一般義務化（220条）

A. 一般義務化の意義

一方、実際に強制力を持つのが、220条4号で拡大され一般義務化された、文書提出命令である。すなわち、およそ司法権に服する人間は証人になるべきという一般義務同様、文書は裁判所に提出すべきものと、条文上規定された。ただし、当然ながら、憲法上要請される自己負罪拒否特権や営業秘密その他証言拒絶権に該当する文書は除外される。

文書提出命令は、制裁を伴っており、当事者が提出しなければ敗訴の危険を負うことになる。すなわち、文書を提出しないことにより、裁判所は相手方主張を真実であると見なし、文書を提出しない方が敗訴することになる。また、文書を所持している者が第三者であれば、過料の制裁を被る実効性のある制度となる。

B. 自己使用文書の扱い

一方、専ら自己の利用のために供する文書（自己利用文書あるいは自己使用文書）は、文書提出の一般義務から除外される（220条4号ハ）。新法制定時の立法担当者の説明としては、事業者の稟議書も自己使用文書の典型であり、文書提出命令の対象外とされていた[38]。

そこで、実際の取扱いが注目されていたところ、最近の東京高裁の2決定（①東京高決平10・10・5、②東京高決平10・11・24）[39]で、この考え方が覆された。特に、有価証券投資関連融資をめぐり、都市銀行の貸出稟議書の提出が求められた事件に関する②決定は、自己使用文書であっても提出命令の対象になりうる文書であり、稟議書であっても裁判所への提出を命ずる決定が下された。ただし、新民訴法が創設した許可抗告（337条1項）により最高裁に抗告されており、近々最高裁の決定が出される見込みである。

---

[38] 法務省民事局参事官室編「一問一答新民事訴訟法」251頁。

[39] ①変額保険に関する融資をめぐる訴訟で、都市銀行を相手方に貸出稟議書の提出が求められた事件で、原審東京地裁が申立を却下した（東京地決平10・6・30金法1526号69頁）のに対して、即時抗告審である東京高裁が提出命令を認容したもの（東京高決平10・10・5）。②有価証券投資に関する融資をめぐる訴訟で、都市銀行を相手方に貸出稟議書の提出が求められた事件で、東京高裁が申立を認める決定を下した（東京高決平10・11・24金判1058号3頁）。

したがって、最高裁決定がどのようになるか予測しがたいが、稟議書であっても、内容によっては、文書提出命令の対象となり得るために、消費者側原告は、事業者の内部文書を見ることができ、かなりの程度、立証活動が容易になると考えられる。

③損害額の認定（248条）

損害額の認定が難しい場合には、裁判官は慰謝料算定に関する判例理論を参考にして、合理的な裁量によって相当な損害額を認定することができるという条項が新設された。通常の消費者紛争では、損害額の認定自体が困難な事案は少ないと考えられる。しかし、損害を被ったことは明白であるが、その金額の算定が難しい事案に対しては、248条の活用が考えられる。

消費者紛争の周辺事例であるが、実際の判決として、節税が可能とのマンション業者の誘引で等価交換によりマンションを建設した土地所有者が、実際には税金を払うことになったとして、マンション業者を訴えた事案がある[40]。騙されて損害が生じた（実際に税金を払った）ことは事実であるが、そのうちどの部分が騙されたことによる金額か明白でない場合に、248条を使用した例である。

④選定当事者（30条）

さらに、30条の選定当事者の拡充が、消費者側原告の武器となり得る。すなわち、先行して提訴した原告消費者を他の消費者が訴訟外から選定当事者に選定して、訴額合計を上げていくことができるようになった。

大正15年改正以来の旧民訴法下の選定当事者制度は、自らも原告になった上で、共同原告中の典型的な1名を選定当事者に選んで、自分はその訴訟から降り、選定当事者が代表して訴訟を行うことが要件となっていたために、活用する上でのネックとなっていた。

⑤移送の柔軟化（17条以下）

17条以下の管轄移送に関連した条文で、管轄移送の要件がかなり柔軟化された。たとえば、保険約款、その他の約款中に、東京地裁の所在地である東京を専属管轄合意とする条項が含まれていることがある。北海道の営業所で契約したにもかかわらず、東京まで行かなければならないというのは厳しいことではないかということから、合意による専属性の場合は、裁判所は移送ができるとした（20条）[41]。これにより、消費者たる原告居住地に

---

[40] 本判決は、マンションの建築について租税特別措置法37条の5が適用されても、課税を全面的に免れるものではなく、いわば課税の繰り延べがされるにすぎず、現時点で具体的にいくらの損害を被ったかを算定することは困難とした上で、諸般の事情を総合考慮して原告らが被った損害を納付所得税等の約3分の1と認定した（東京高判平10・4・22判時1646号71頁）。

[41] 専属的合意管轄を無効とする高裁決定（東京高決昭58・1・19判タ491号70頁）もあり、解釈論としては既にあった考え方であるが、新法下のもとで条文化されたものである。

近い裁判所で訴訟することが、旧法に比較して容易になったといえる。

⑥訴状の充実要請（間接事実の記載、基本書証の添付）（民訴規 53 条以下）

一方、新民訴法は、原告有利とばかりはいえず、民事訴訟規則 53 条以下（あるいは 72 条以下）で、訴状充実の要請が規定された。従来は、所有権に基づく明け渡し請求で、原告は所有権者であり、被告が占有しているので立ち退けと、法律条文通りの要件を記載しただけの訴状もあったが、法律規則レベルでは制裁がなく通用していた。しかし、新民訴法のもとでは、同規則 53 条以下で、訴状の中に間接事実も含めて重要な事実をできるだけ記載しなければならないと規定された。すなわち、契約に関する訴訟の場合、契約書が最も基本的な書証（文書証拠）のため、契約書の添付が必要となり、不動産登記関係訴訟であれば、登記簿謄本の添付が要請される。

ただし、規則 53 条も制裁がないに等しく、民訴法上の訓示規定と解される。詳しい訴状を書かなければ、裁判所は詳しく書くよう要請するが、訴状がその段階で却下になる、あるいは訴えそのものが不適格却下になるとは考えられない。

尤も、裁判所は、消費者関係訴訟のように、原告側情報不保持が不自然ではない類型の訴訟に関しては、53 条以下を厳格に運用することはないと予測される。したがって、新民事訴訟法全体としては、原告側に有利になっていると言えよう。

（2）少額訴訟…衡平に基づく裁判（判決）

① 一期日審理

前述のような、弁護士に委任し、地方裁判所以上での審理を前提とするワラントや変額保険を巡る通常訴訟とは異なり、消費者関連紛争の少額訴訟の典型事例として、パック旅行や英会話教室等との契約を巡る争いがある。

このような類型の紛争に対し、新民訴法は少額訴訟という受け皿を用意し、訴額 30 万円以下の金銭支払請求訴訟に限定し（368 条 1 項）[42]、原則として 1 回の口頭弁論期日で審理を完了する（一期日審理の原則）途を開いた（370 条）。

条文上明確ではないが、少額訴訟は、米国をモデルとしており、衡平（エクイティ）に基づく裁判と言われる。米国法では、厳格な証拠規則があり、伝聞証拠の禁止等は民事でも厳格に適用されるが、少額訴訟の場合、そのような厳格な証拠規則を適用せずに、裁判官の日常感覚に基づいて裁判してもよいとされている。

さらに、理念的に突き詰めると、新民訴法上の少額訴訟の最大訴額である 30 万円の訴訟において、厳密な事実認定は、経済合理性からもいっても不可能であり、米国法同様、日常的な経験則に従い、裁判官が裁判してもよいということになろう。

---

[42] 少額訴訟の母法たる米国法は、州により物の引き渡し等もできることになっている。

したがって、消費者原告が少額訴訟を提起し、被告たる英会話教室がどういうことをやったかを述べ、それにある程度の信憑性があれば、理念としては、裁判所は判決を出してくれることになろう。

② 本人訴訟

ただし、少額訴訟の大きな問題点として、弁護士が付くことは実際問題として期待出来ず、消費者本人訴訟で遂行しなければならない。裁判所は、手続き上の教示はすることになっているが、裁判所の中立性から原告に対する法律相談は行いえない。そこで、消費者本人は、何らかの法律的な助言を得る必要がある。そのために、司法書士会等が用意している援助体制を利用して本人が訴訟したり、あるいは消費者運動専門の弁護士であれば、テスト訴訟的に引き受けることも考えられる。

③ 判例形成機能上の問題

したがって、少額訴訟を上手く活用すれば、それなりの権利実現手段として有効であるが、少額訴訟の手続法的な問題点として、判例形成機能が弱いことが指摘できる。

すなわち、判決は即日言い渡しであり、254 条 2 項が準用され、判決書に代えて、主文、請求・理由の要旨を記載した判決書に代わる調書を裁判所書記官に作成させる（一般的には、調書判決と言われている）(374 条 2 項)。

少額訴訟の終局判決に対しては、控訴をすることはできず（377 条)、当該裁判所に異議を申し立てることができるが、異議もまた、簡易裁判所であり、地方裁判所以上の裁判所の判決が出るわけではない。

ただし、少額訴訟として一定数の類型化可能な消費者紛争が簡易裁判所に提訴されるようになると、裁判所内部でマニュアル的なものが作成され、統一した処理が行われるようになるのが一般的である。最近では、このようなものが公表され、学者等の批判を仰ぐことにより、少額訴訟であっても法律問題、事実認定を含めてある程度の法形成的な研究が進むことになると考えられる。

3．証明責任（立証責任）

－消費者契約法解釈の指針（消費者保護、事業者保護）－

- 消費者契約法解釈の問題と証明責任の問題を明確に区別して議論すべきである。

－証拠の提出責任－

- 証拠の提出責任と立証責任も明確に区別して議論すべきである。

－客観的証明責任－

- 民訴法上は、真偽不明の場合にどちらが立証負担を負うかという問題が、証明責任の意味であり、このような原則は簡単に変更しない方が良いと考えられる。

証明責任という用語は、もともと多義的であり、法律論を離れて使用されることも多く、必ずしも十分に議論されているわけではない。証明責任に関し大別すると、以下のように、消費者契約法解釈の指針、証拠の提出責任、そして真偽不明の場合の負担の問題といった三類型にしたがって使用されていると考えられる。

（1） 消費者契約法解釈の指針（消費者保護、事業者保護）

第一に、そもそも消費者契約法の解釈の指針に関して議論をする際に、証明責任（あるいは立証責任）という用語を混入させて議論するといった概念の混乱が生じている。すなわち、ある条文を解釈するのに消費者サイドで考えるか事業者サイドで考えるかという問題である。たとえば、借地法、借家法は明らかに借地人保護、借家人保護に傾斜した法律として制定されたが、そのような問題を論じる際に証明責任は消費者にあるとか、事業者にあるとか、そのような形の議論がされていた。

（2） 証拠の提出責任

第二に、証拠をどちらが提出するかという証拠の提出責任という視点で証明責任が論じられていた。証拠の提出責任と証明責任とは、民訴法上明確に異なる概念であり、被告事業者側に証拠を提出せよと言うときに事業者側に証明責任があるとの主張につながることが多かった。

そこで、消費者契約法において、信義誠実原則に反し、著しく消費者に不利な条項は無効とする実体法上の規定をおいた場合、消費者の主要事実の主張はどの程度であろうか。

この点に関し、借地借家法上の建物明渡しの正当事由（借地借家 28 条）の議論を参考にすると、正当事由というのは評価の結果論であって、原告は具体的に不当と判断される事実を主張することが必要であり、これを主要事実という。さらに、実際には主要事実と重要な間接事実の区別は曖昧であり、重要な間接事実も含めて訴状に記載しなければならない（規則 53 条）とあるように、重要な間接事実も含めて原告が提出する原則になっている。つまり、有利な事実は有利であると思う当事者が提出しなければならないのである。

たとえば、消費者契約法に関連して、契約条項中に違約金の定めがあり、違約金の額が高いとして不当条項であると主張する場合、違約金額は 100 万円であると言うだけで良いのか、あるいは他の契約類型の違約金は 3 万円であり、それらと比較して不当であると主張しなければならないかで立証負担の程度は異なってくる。この場合、3 万円という違約金が重要な間接事実には違いないので、原告側が主張し本当に 3 万円であることの立証もしなければならないことになる。

（3） 真偽不明の場合の負担（客観的証明責任）

第三に、民訴法上は、真偽不明の場合にどちらが立証負担を負うかという問題が、証明責任の本来的意味であり、このような原則は簡単に変更しない方が良いと考えられる。結局、事実認定が困難な場合に証明責任が問題となるわけであり、真偽不明に陥らないようにすることが大事である。

このような観点から考察すると、新民訴法において、当事者照会、文書提出命令等条文上も進歩するとともに、判例上も最高裁における四国電力伊方原発1号炉判決（最判平4・10・29判時1441号37頁）において、事案解明義務ないし主張の具体化責任に関連し注目すべき判断が示された。すなわち、原子力発電所の安全性について、本来原告が最終的な主張証明責任を負うが、被告行政庁は安全と判断し許可したとすれば、なぜ安全と判断したかの具体的な事実を主張する必要があるとの判決であり、客観的証明責任に関し学説判例上も展開が見られるところである[43]。

4．団体訴訟

－ドイツにおける団体訴訟－

- ドイツでは、消費者団体が実体権そのものを有するという構成になっている。

－民訴法改正時の議論－

- 民訴法は当事者論として団体を当然に前提としており、約款法その他で実体権を団体に付与すれば良く、団体訴権は特別法、実体法の問題である。
- したがって、団体訴権は、民法の特別法、商法の特別法に係わらず、法律上実体権をどのように規定するかが大事である。
- 団体訴訟における差止請求権に関し、訴訟物の特定の問題、強制執行上の問題がある。

立法論的には団体訴訟と後述のクラス・アクションが訴訟法的には興味深い問題となる。ワラント訴訟等は訴額が2億円や3億円となることもあり、訴訟の遂行自体問題はなく、また、原告は通常訴訟の形式で訴訟を提起することができる。しかし、訴額が30万円以下の場合、個々人が裁判所に提訴することは実際問題としては困難である。そこで諸外国では様々な手立てが講じられており、代表的なものとして団体訴訟とクラス・アクション

---

[43] 伊方原発訴訟においては行政庁を被告とする行政訴訟であったが、その後事案解明義務に関し同様の判断が、被告を私人（電力会社）とする民事訴訟においても示されている。すなわち、東北電力女川1号炉1審判決（仙台地判平6・1・31判時1482号3頁）及び北陸電力志賀原発控訴審判決（名古屋高裁金沢支判平10・9・9判時判時1656号37頁）等である。

がある。

（1）ドイツにおける団体訴訟

団体訴訟はドイツ、フランス等に存在するが、特にドイツの制度が有名であり、日本でも紹介され議論されている。ドイツの通説に従えば、ドイツの約款法等の条文が典型であるが、特に一定の要件を満たした団体、たとえば消費者活動を十分に行っており、会員数等一定の要件を満たした団体に、違法な約款の差し止め請求権を実体権として付与している。したがって、消費者団体が実体権そのものを有するという構成になっている。

そうすると、法人格を有し権利のある団体が、権利の実現として訴訟を提起することになり、訴訟法上の当事者論としては何の問題もなく、現行民事訴訟法の当事者規定で十分処理できることになる。

（2） 民訴法改正時の議論

今時の改正時に、民訴法は当事者論として団体を当然に前提としており、民訴法中に団体訴訟として特別の条文を創設する必要はないという議論になった。つまり、ドイツの通説に従えば、約款法その他の特別法で実体権を団体に付与すれば訴訟法はそれを受けるだけであり、改正時に団体訴訟の議論は早々に消失した経緯がある。

一部では、民訴法改正過程で団体訴訟は消極論が強く見送られたとの議論があるが、これは正確ではない。民訴法的には問題がなく、現行法で十分処理できるので規定しなかったのであり、団体訴権は特別法、実体法の問題であるというのが法律改正時の民訴部会の考え方であった。したがって、団体訴権は、民法の特別法、商法の特別法に係わらず、法律上実体権をどのように規定するかが大事である。

しかし、解釈論、立法論から訴訟法上の問題として、以下２点を指摘しうるが、これは、必ずしも団体訴訟固有の問題としてではなく、差止め請求権一般の問題でもある。

①訴訟物の特定の問題

第一に、いかなる要件の下に差し止めが認められるかという訴訟物の特定の問題であり、これは、特に公害の差し止め訴訟等で問題となりうる。すなわち、何を止めたいのかということであり、たとえば原告被害者サイドからとらえると被害者の家の中に何ホーン以上の音を出してはならないということになる。

しかし、これでは請求の内容が抽象的であり、被告は何をしていいかわからず、請求が特定していないという問題が出てくる。したがって、民訴法的には、被告はこれこれの防音設備をつくれという方が民事訴訟に乗りやすい。現に旧法下の地裁判決で、請求が特定

されていないといった判決例も出ていたわけである[44]。

ただし、約款関係であれば、ある特定の条項を有する約款を使用してはならないという請求になるために問題になることは少ないものと考えられ、消費者契約約款関係ではあまり問題にはならないと考えられる。

②強制執行上の問題

第二に、差し止め請求で最も問題となるのは強制執行である。たとえば、約款の特定条項の使用差し止め判決が出されたとした場合、被告事業者側は様々な行動を取ることができ、形式的に条項を少し変えただけで、実質的に見れば同じような条項である場合、当該差止判決によって強制執行ができるかが問題となる。日本の民事手続法全体の構造として、判決を担当する裁判所と強制執行する担当裁判所が全く別であり、執行裁判所の執行官は、判決文言通りに実行するだけで実質判断してはならないという前提でつくられている。したがって、被告側が少しでも行動を変えると、判決が出ても執行できないことになる。

もちろんこれに対して学説上様々な議論があるが、最終的には判決を出す裁判所と強制執行を担当する裁判所は別という日本法の大前提を崩さなければならないことになる。したがって、団体訴訟よりも、差し止め請求の強制執行の問題がより重要である。

5．クラス・アクション

－訴訟の周知性－

- 広告の制限があり、訴訟の周知性が問題となり、裁判所が情報提供活動に関与するという考え方もあり得る。

－オプト・イン型とオプト・アウト型－

- オプト・アウト型導入の問題…現行ドイツ法系の訴訟法に米国法を導入することの問題点があるが、消費者問題として考える場合導入の検討は将来課題である。

（1） 訴訟の周知性

クラス・アクションは米国法に由来するものであり、代表者たる原告が出て、他の被害者を原告団の中に吸収していく仕組みである。新民訴法のもとでは、選定当事者（30 条）

---

[44] 従来、このような抽象的不作為請求は、強制執行に必要な「一義的特定性」に欠けるとして、裁判において不適法として却下される例が多かったが、学説は、これに批判的であった。しかし、横田基地騒音公害訴訟に関する近時の最高裁判決において、抽象的不作為請求を認容しており（最判平 5・2・25 判時 1456 号 53 頁）、川崎大気汚染公害第二～第四次訴訟第一審判決（横浜地川崎支判平 10・8・5 判時 1658 号 3 頁）等、その後の下級審判決において、認容される例が多くなっている。

制度により訴訟法的には可能になった。しかし、実際の活用にあたって問題なのは、訴訟を提起しても、訴訟への参加（選定）を勧奨する広告ができないことである。これは法律上の問題というよりも、日本弁護士連合会の弁護士倫理規定の問題であり、同 11 条で弁護士の勧誘活動を禁止していることにある[45]。

ただし、社会的な注目を浴びるような悪質な消費者事件であれば、新聞を含めてマスコミが報道することになり、周知させることに問題はないと考えられるが、それ以外の事件では、現行法 30 条ではうまく処理できないことになる。

（2） オプト・イン型とオプト・アウト型

実は、前述選定当事者制度は、オプト・イン型であり、クラス・アクションとして本来的にイメージされるのは米国型のオプト・アウト型（除外選択型）である。すなわち、原告代表が一定の共通利害を有する者、消費者契約でいえば消費者団体を当然に代表することになり、個々の消費者自身がクラスから抜けるとの選択をしない限り、勝訴・敗訴に関わらず判決効は個々人に及ぶことになる。

このように、代表原告が全消費者あるいは契約問題ならば契約者全体を代表し、容易に数億円以上の訴額になることが想定されるため、弁護士としても経済合理性に適った訴訟となり、狭義の実効性が確保されることになる。オプト・アウト型のクラス・アクションは今時の民訴法改正の冒頭で若干の議論はされたが経済界の強い反対があり導入が見送られた経緯がある。

しかし、オプト・アウト型のクラス・アクションを導入することになると、ドイツ法的な日本民事訴訟法の中核部分に米国法が入ってくることになり、訴訟法的に大きな考え方の変革が必要となる[46]。

さらに、米国でも様々な方式があり実験が行われているが、最終的な金銭分配上の問題がある。たとえば、特定の約款を使用して損害が生じ、クラス全員で 10 億円を被告事業者から取得したとして、どのようにクラス構成員に分配するかという問題である。米国の一部で行われているように代表原告に一任するのか、裁判所が分配に関与すべきなのかといった議論がありうる。

このように、困難な問題があるにしても、消費者問題として考えると米国オプト・アウト型のクラス・アクションの導入は、消費者の権利の実現に資するものであり、将来の課題であろう。

---

[45] この問題の解決にはさしあたり以下二つの方法が考えられる。①弁護士会が弁護士倫理規定を変更する、②裁判所が宣伝活動あるいは情報提供活動に関与する、ということであろうが、特に②に関しては民訴法改正の際にも議論があったが実現していない。

[46] 前述の少額訴訟には米国法を採り入れたが、クラス・アクションに比較して周辺的な事項と考えられる。

6．裁判外紛争処理（ADR）

－合意の形成に関する問題－

- そもそも悪質な事業者はADRに乗ってこないと考えられ、実効性確保の面でネックとなる。

－運営費用の問題－

- 税金により運営するとの考えもあり、米国でも税金で処理する例もある。
- ADRの充実は各国共通の方向であり、たとえば英国では銀行業界が銀行オンブズマン制度をつくり苦情処理を行っている。

裁判外紛争処理（Alternative Dispute Resolution：ADR）に関しては様々な構想が可能であり、既存のADRを活用することもできるし、新たにつくることもできよう。しかし、その実効性を確保するに当たっての問題点として次の4点を指摘できる。

（1） 合意の形成

第一に、ADRは裁判所ではないので判定を下すのは難しく、必ず消費者と事業者両当事者の合意が必要であるが、そもそも悪質な事業者はADRに乗ってこないと考えられ、実効性確保の面でネックとなる。

（2） 運営費用の問題

第二に、ADRは米国で非常に盛んであるが、米国で常に問題となるのは運営費用をどうするかということである。税金により運営するとの考えもあり、米国でも税金で処理する例もあるが、税金を使うと、結局、国や地方自治体が「金は出すが口も出す」ことになり、ADR本来の裁判所外で自由に行うという理念が失われることになる。

ADRの充実は各国共通の方向であり、たとえば英国では銀行業界が銀行オンブズマン制度をつくり苦情処理を行っている。銀行業界も資金面ではバックアップするが、銀行オンブズマンは中立公正な人を充て、社会的な信頼も得ている。ニュージーランドにも同様な制度がある。

（3） 信頼性の確保

第三に、中立性に関する信頼性確保の問題がある。運営費用を事業者団体が負担すれば運営費用面では楽になるが、消費者は事業所寄りの解決になるのではないかと考えるようになり、消費者から見た信頼性の確保が困難になる。

（4）広告活動、所在・適正紛争に関する情報の流布

第四の問題として、ADR へのアクセスの困難さの問題がある。つまり、ADR の組織がどこにあるか、普通ではわからない。そして、多様な ADR 組織があるとすれば、自分の紛争に最も適した ADR の組織がどこにあるか消費者にはわからず、結局使えないことが問題になる。裁判所であればどこにあるか日本国民は知っているし、どこにあるか具体的に知らなくても、いざとなれば裁判所があることは、小学生や中学生でもわかるはずである。

7．「司法改革」が目指す秩序とは

－透明なルールと自己責任－

- 事前規制から事後規制への移行に関しては、従来の行政に代わって基本的には裁判がイメージされる。
- 裁判制度が事後責任を追及する上で使いやすいものでなくてはならないということから、司法改革の流れに帰結していく。

－規制によるコストと市場原理－

- 規制者にとっての規制費用の低廉化と、被規制者の利潤の保証が、相補的関係になっていた。
- レッセフェール的市場原理に基づく取引費用の方が大きいと見られていた。

－法秩序と自生的秩序－

- 法秩序の意図していない結果になることを法の自生的秩序と呼ぶ。
- 自生的秩序が、従来の関係依存からルール依存型へ移行するかどうかは不明確である。

以上、新民訴法を中心とした紛争解決の実効性確保の現状と課題について検討してきたが、ここでは、今後のいわゆる事後規制型社会における法の実効性確保の視点から、裁判制度を法と経済学的に考察する。

（1）透明なルールと自己責任

現在、日本では司法改革論議が盛んに行われているが、これは規制緩和の流れと表裏の関係にあると位置付けられている。従来、日本の社会システムは、行政指導等に基づく事前の行政による手取り足取りの指導に基づくものであったが、今後はルールを明確にし、ルールに基づいた公正な競争を市場で行わせることとされる。すなわち、私人の市場参入の機会均等を保証し、ゲームのルールも保証する代わりに、負けた者は自己責任であるとされるのである。

このような事前規制から事後規制への移行に関しては、従来の行政に代わって基本的には裁判をイメージしており、裁判制度が事後責任を追及する上で使いやすいものでなくてはならないということから、司法改革の流れに帰結していくものと見られる[47]。

---

[47] このことを裏付けるものとして、21世紀のわが国においては、規制緩和等の諸改革により「事前規制型」社会から「事後チェック型」社会に移行することにより、社会のニーズに応えうるような司法機能を改革する必要性が、行政改革会議（平成9年12月「最終報告」）等各界から指摘されていたところであり、その本格的検討を行うための法律「司法制度改革審議会設置法」（平成11・6・9・法律68号）が制定されたとされる。中臣裕

しかし、翻って何故、社会システムを事前規制型から事後規制型へ変更しなければならないかについては、必ずしも明確ではないと思われる。すなわち、ある社会に対して何らかのコントロールをする場合に、事前規制と事後規制はどちらが効率的かと考える場合、たとえば、契約不履行や製造物責任事故も含めて事故が起きた時に、事後的に責任を追求する方式と、事前にガイドラインを示してチェックしていく方式を考えると、一般的には事前規制の方が実効的であるのが普通であると思われる。

もちろん、事前規制を行う主体としての行政の能力とマンパワーそしてインセンティブによって差が生ずることは事実であるが、少なくとも手続き保障を重視する民事裁判や、人権規定に基づいた厳密な手続きを行う刑事司法という事後規制においては、基本的には大半の事例は表面に現れず、現れたとしても解決が何年先になるか分からないような事後責任であれば、責任を追及できなくなるのが普通である。したがって、事後規制が額面通りに機能するかどうかが一つの問題である。

（2）規制によるコストと市場原理

そもそも事前規制から事後規制へといった転換の潮流の発端は、従来の過剰な規制と、そこに見られる恣意的な裁量判断に対する社会からの批判にある[48]。よく言われる例は行政指導であり、行政法の分野でいえば一本化規制、一本化指導というものである。行政機関は、内容にコミットせず、内容は関係業者のネゴでまとめさせるというものである。その基本原理は、比較的少数の業界と監督官庁の間で参入障壁をつくって業界への参入を阻止する代わりに、一度インサイダーとして認知されれば、体力の一番弱い企業に合わせて生産や価格を自己規制させるという事実上の規制原理（行政の広範な裁量権に基づく護送船団方式）が働いていたと考えられる。

このようにインサイダーが固定化される理由は、規制者にとっての規制費用の低廉化と利潤の保証（死活競争からの保護）という相互利益の相補的関係に基づいていたといえる。いわば、行政内調整に取り込まれた市場の取引費用の方が、レッセフェール的市場での取引費用よりも小さかったからであろう[49]。

（3）法秩序と自生的秩序

之「司法制度改革審議会設置法について」ジュリ No.1160（1999）58 頁以下。

[48] 最近の行政庁による裁量行政の矛盾の一例として、ダイオキシン規制が挙げられるが、従来は個別事情を勘案・裁量して規制や基準の運用を行うために、例外事項を作りだし筋の通った対策ができなかったと指摘される。ダイオキシン類対策特別措置法の制定により、法律による明確な方針が確立された意味は大きいと評価される（日経新聞 1999 年 7 月 13 日）。

[49] 太田勝造「訴訟の経済的効果・インセンティブ」別冊 NBL.no.44（1997）106 頁。

各経済主体と行政主体、政府関係者は、一種のナッシュ均衡（他者の現状の行動を前提とする限り、合理的行動は現状維持となる）にあり、様々な正当性の少ない利権が絡み合い、癒着を導く原因になったことは紛れもない事実である。しかし、恣意的な裁量を前提とした癒着構造は、双方にとって不満をもたらすものとなり、一種のレントが生じ、被規制者それぞれのプレイヤー達はレント・シーキングのインセンティブを持つことになる[50]。そのような状態で、かつての共存共栄的な秩序が形骸化したにも拘わらず、そのまま維持され、制度疲労とも呼べる状況が出現しはじめているのが現在であると位置付けられる。

そうであるならば、このような状況を事前規制から事後規制への移行によって解決できるかというと、必ずしもそのようには帰結しない。問題は、事前規制が悪だというよりは、事前規制に対する事後規制の欠如が問題ではないかと考えられる。事前の不透明な制御とそのルールの手段に対して、明確な第三者的規制をする装置がなかったのである。要するに、それに対して裁判所は司法審査をしていなかったということである。当事者適格や裁量権、公定力も含めて様々な 19 世紀的行政法のドグマは、すべて事前の規制を事後的に再審査する権限を小さくするという機能を持つようなものばかりだということは、明白である。そうだとすると、一体現在の方向性はどれだけ合理的なムーブメントと言えるかは、若干疑問の余地があると思われる。

ただし、歴史には常に経路依存性がある。つまり、最初のモーティブが何であったとしても、一度裁判がアクセスし易いものになってくれば、それ自身が既に客観的な存在として自己のダイナミクスで動き始める。そうすると、規制緩和により、現在の事前規制から事後規制への変化、そして透明なルールあるいは自己責任への変化の始まりになるのかもしれないのである。

裁判の実効性確保の点からいえば、現在のような司法改革が実効性を高める方向につながるかどうかについては、まだ疑問の余地があると考えられる。つまり、法を作れば意図したとおりの結果がセルフ・エグゼキューティングに実現するわけではなく、法秩序の意図していない結果になることは十分あり得るわけであり、これを自生的秩序と呼んでいる。その自生的秩序が、従来の関係依存からルール依存型へ移行するかどうか[51]については、現在のところ明白ではない。

---

[50] 高度成長期は、レント・シーキングによるコストよりも、このシステムから得られる経済成長の便益の方が凌駕していたが、経済が安定成長期に入り、さらに、現在のような低成長時代となると、このような関係（関係依存システムと定義している）のもたらす便益よりも、各当事者の戦略的なレント・シーキングのコストの総和の方が凌駕するようになるという。前掲太田 106 頁。

[51] 政府と企業の関係の構造を、(A)権威主義型政府、(B)関係依存型政府、及び、(C)ルール依存型政府の 3 分類した上で、戦後の日本を行政と企業が長期的継続的に結びつく関係依存型政府モデルの典型と位置づけ、ルール依存型政府を米国型の市場秩序モデルに対応すると捉える。前掲太田 104 頁以下及び引用の文献参照。

8．特殊な公共財としての法的サービス

－クレディブル・コミットメント－

- 現在の弁護士の増加や裁判所の増加は、クレディブル・コミットメント（信用できる約束）を高める効果がある。

－信用品質－

- 法的サービスのような信用品質的な商品に対しては、法の実効性確保の観点から格付け機関的なものを作るしかないとも考えられる。

－外部効果－

- 救済の実効性確保のためには、外部効果として捉えられる他者に及ぶ利益（他者がフリーライドできる）をどのように内部化すべきか、という問題が生じてくる。
- 懲罰的賠償、団体訴訟、そして公共訴訟は、外部効果を内部化する機能がある。

（1）クレディブル・コミットメント（credible commitment）

現在の裁判制度を前提に考えた場合、国民は、裁判に対してクレディブルなコミットメント（信用できる約束）を有していないように思われる。すなわち、従来は、消費者がいくら「訴えるぞ」と言ったとしても、事業者が「やってご覧なさい」と言えば、多分 10 人中 8、9 人は言うだけで終わっていた。要するに、「訴えるぞ」という脅しのコミットメントはクレディブルではなかったのである。

しかし、少なくとも現在の弁護士の増加や裁判所の増加は、国民のクレディブル・コミットメントを高める効果がある。今後は、少なくとも弁護士が出てくる可能性が高くなり、少額裁判制度等の導入にあるように、本人でもある程度コミットメントを実行する敷居が低くなったと考えられる。そうすると、「訴えるぞ」というコミットメントが現状ないし過去よりはクレディブルなコミットメントになることはある程度期待できると思われる。

しかし、クレディブル・コミットメントという考え方から一つ出てくるファクターとして、現実に統計をとった時に訴訟が増えているといった結果がなくてもよいわけである。コミットメントが信用できるものであれば、コミットメントをするだけで相手は契約を履行することになり、その意味では裁判制度を使い易いものにすればするほど裁判制度を使わずに済むというパラドキシカルな可能性がある。なお、これを遠隔操作と呼んでいる。

（2） 信用品質（credence quality）

次に、商品として法的サービスを見た場合、周知のように経済学概念における商品の品質には３種類あり、法的サービスは信用品質に該当すると考えられる。

すなわち、一つが、探索品質（search quality）で、車の色等見ればわかり、比較でき

るものである。そういうものであれば、当事者は幾らまでなら金を払って買おうとか、幾らであれば売ろうといった合理的な決定ができるので市場は比較的うまくいく。

それに対して、経験品質（experience quality）というのがある。たとえば、缶詰の味のようなもので、貼ってあるラベルは大変美しくておいしそうだが、食べてみないことには本当においしいかどうか分からない。それでは買う前には分からないので、1回は買わざるを得なくなる。その意味で取引費用が増加することは確かであるが、通常の消費契約の対象である日常消費財の場合には、1回食べてまずかったものは、次からは買わなくなる。そういう意味で、ある程度市場で自動的に補正される。

ところが、信用品質は、使ってみても結局よかったか悪かったか分からないというものである。最も典型的なものは医療サービスであり、病院で死んだからといって医療過誤があったという保証にはならないし、完治したからといって、いい治療をしてくれたとは限らないわけである。

弁護士や紛争解決サービス、すなわち法的サービスも、所謂依頼人——消費者契約をめぐる売り主であれ、買い主であれ——が、実効性のある裁判制度かどうかを見ようと思っても分からないということになる。したがって、法的サービスのような信用品質的な商品に対しては、法の実効性確保の観点から格付け機関的なものを作るしかないとも考えられる。

（3） 外部効果（externality）

一方、紛争解決、とりわけ裁判の場合、紛争当事者以外の者にさまざまな効果が及ぶ。仮登記や譲渡担保のように判例の積み重ねにより立法化されることから見ても分かるように、判例には先例拘束力があり、外部性がある。すなわち、紛争当事者以外の者が利益ないしは不利益を被るといった意味で外部効果が生ずるのである。

そこで、裁判による実効性確保の問題を考えた場合、それを透明なルールと自己責任で個々人が私訴を提起することで図ろうとすれば、私訴の効果は当該提起者を超えて広がることになる。ところが、弁護士費用や貼用印紙といった訴訟費用の全ては、個別当事者にしか及ばず、明らかに当事者にデフィシット（deficit）が生ずる。たとえ見かけ上はプラスになったとしても、利益の一部しか当事者は享受していないことになり、本来であればもっと提起されていたはずの訴訟が結局起こらないことになる。ここに、法的サービスの公共財的な性格がある。

そうすると、救済の実効性確保を考えていく場合、前述のような外部効果として捉えられる他者に及ぶ利益（他者がフリーライドできる）をどのように内部化すべきかという問題が生じてくる。法律扶助や、あるいは、日本では近い将来には認められないだろうが、懲罰的賠償のような制度が、前述のデフィシットを埋める機能を果たしうることが考えられる。さらに、所謂団体訴訟や公共訴訟といったものも、効果を及ぼす者を仲間に引き入

れて訴訟させるという効果があり、それ自体大きな内部化機能があると思われる。

9．実効性確保と裁判

- 裁判所の改善は、実効性を確保する手段として非常に効果的である。
- その他、片面的約束仲裁等 ADR の実効性確保の手段について検討を行う。

次に、具体的な制度として実効性を確保する手段としての ADR を含めた紛争解決制度の機能と問題点について考えてみたい。

（1）裁判所の改善

実効性を確保する手段としての裁判所の改善は、前述の司法改革の中で出てきたように恐らく非常に効果があると考えられる。とりわけ現在の裁判所が、人口比の裁判官数を見ても、弁護士数ほどの差はないが、やはり欧米、とりわけ米国等に比べて2分の1あるいは3分の1以下であり、裁判官の増員、及び裁判所の増設が求められる。これは裁判制度の量的な拡大を意味する。

一方、特に法曹一元論を主張する者から、法曹一元で実務を知っている弁護士を裁判官にするとか、裁判官を研修に出すとか、あるいは専門家を入れて参審制にするという提案が出てくる。これは、裁判制度の質の改善を指向する面がある。

また、裁判官の量の調整機能として、非常勤裁判官を使うことができないかも検討する余地がある。今後の司法改革の中でも、このような発想は主張されており、その意味ではもう少しサプライ・アンド・デマンドの発想が裁判所にも入ってくるのではないかと期待される。

（2） 民事紛争解決手続の問題点と解決の方向性

①市民の司法サービスへのアクセス

ところで、裁判に代わるものとして従来言われてきたのが裁判外紛争処理（ADR）である。一般的には、ADR は、市民のアクセスがしやすいと言われている。裁判所に訴えを提起する場合、最大のネックは弁護士費用であり、単に高額であるだけではなく、費用が幾らになるか分からないという不確定性がある。現実には必ずしもそうではないが、一般的なイメージとしてそう思われている。

しかも裁判所は公開である。そもそも、民事事件で普通の当事者は公開だというのは信じられないことだという意識を持っている人が多く、実状を知ればさらに、裁判所を利用

する者が少なくなる可能性すらあるように思われる。

②ADR 機能の現状

これに対して、ADR の現状はどうかというと、仲裁センター的機能を弁護士会が果たしている他、行政内部にも種々のものがあるが、現実には苦情相談程度のものであり、実際の相対の調停や仲裁になるとかなり数は減ってくる。弁護士会の仲裁センターは、仲裁といっても調停であり、一番大きいといわれている弁護士会でも年間処理件数は200件程度しかないといわれている。したがって、年間15万件から20万件の民事調停件数と比べると微々たるものであるのが現状である。さらに、解決までの期間が必ずしも圧倒的に短いというわけでもない。

また、法律扶助がいかに後れているかというのは言うまでもなく、米国や英国等と比較して予算規模も10倍、100倍程度違うし、行政はもちろん業界の ADR も、結局、苦情処理以上の機能を果たしてはいない。

③民事紛争処理の抜本的な解決策

実効性確保について、消費者契約関係事件の場合、中規模かそれ以下のものが多いため、現在のように判決手続きと執行手続きを分けるのはむしろ取引費用を高めるだけである。したがって、この二つをセットした形式で行うといった発想の転換も必要ではないかと思われる。実際に現在でも、少額裁判の場合、訴額が3万円とか5万円位であり、裁判を行う合理性に乏しい。

そうすると、単に判決手続きと執行手続きをセットにするだけでなく、より抜本的な新しい制度の構想をしない限り、税理士や弁理士等の準法律家や弁護士がいくら掛け声を上げても、あるいは裁判手続きを変えたとしても、そして書記官がいかに丁寧にアドバイスするようになったとしても、およそ数%以下しか現実の紛争から裁判にまでは至らないのではないかと考えられる。

④弁護士費用を巡る問題

弁護士費用は、敗訴者負担か、片面的敗訴者負担かという問題がある。

消費者契約紛争の場合、双方的な敗訴者負担はおよそ非現実的である。すなわち、消費者側からの少額訴訟の場合、相手方の弁護士、通常企業側弁護士の報酬は簡単に訴額を超えてしまい相手方の訴訟費用までは負担できず、逆の意味のクレディブル・コミットメントになってしまうのである。

そうすると、片面的敗訴者負担が、消費者契約の法律の文脈では考えられる。要するに、消費者側が訴えた場合、消費者側敗訴の場合でも、事業者側の費用を払わなくてもよく、一方、事業者側が負けた場合は、消費者が負担する弁護士費用、あるいはその他鑑定費用等全てを負担させるというものである。

このような片面的敗訴者負担も、当事者平等等の観点から消極論があろうが、必要性があるとするならば、よりプラグマティックに考えることがあってよいのではないかと思われる。

⑤訴訟の申立手数料の低額化

次に、訴訟の申立手数料の低額化の問題がある。しかし、日本では少額の場合それほど大きなネックにはなっていないと一般には言われており、むしろこれは、株主代表訴訟のような大規模な訴額の場合の問題である。

米国の場合、どんな訴訟でも申立手数料は100ドル程度の一律制であり、日本でも一律にしたらどうかという議論もないわけではなく、少なくとも訴訟を使いやすくする上では、手数料は、少なくとも貧しい人々や100％勝てそうな人たちについてはほとんど無料化してもいいのではないかと考えられる。

⑥片面的拘束仲裁

また、ADR に関して、一方当事者（通常は消費者等）には裁判提訴権を留保し、他方当事者（通常は企業等）は仲裁に従うことを強制する片面的拘束仲裁という形式がある。現実には、交通事故紛争処理センターの場合、覚書形式で運用されており、制度化されていると見るかどうかは別として、事実問題としては、保険会社側は一応裁定が出たら争わないということになっている。

このような片面的約束仲裁類似の考え方をもう少し使っていいのではないかと思われる。たとえば、消費者問題については消費者側にしか上訴権、異議の権利を認めないとすることもあり得るし、さらに、インセンティブ・アービトレーションのように、上訴したり、あるいは異議を申し立てて本訴になった時に、仲裁額以上のものが取れなかった場合には、増加費用分を相手方に填補するという考え方もある。

⑦最低賠償額制度

さらに、米国の消費者契約関連法においては、最低賠償額制度というものがある。つまり、実際の損害が10ドルでも、最低損害額が1,000ドルとみなし、1,000ドルを最低賠償額として取ることができるので、非常に有効に機能する。日本であれば、法律上の根拠を巡り大問題になるであろうが、プラグマティカルに考えれば、そうしなければ「眠っている」権利が眠ったままになる。この例のように10ドルが1,000ドルになったとしても、実際に訴訟に現れるのは米国においても数％か十数％程度であるので、社会的に総計した額が、そのために余分に負担させられる990ドル分を全部社会的に積算しても小さいだろう、という社会政策的な考慮があると思われる。このような発想を日本でも取り入れてもいいのではないかと考えられる。

（3） 弁護士問題

① 増員

消費者契約の場合、そもそも係争額が小さいものだけではなく、前述のようにワラントや住宅の購入のような一生に一度あるいは数度のものもある。このような取引において訴訟になった場合に、弁護士の増員は、救済の実効性確保において効果があると思われる。

② 規制緩和

規制緩和に関して、日弁連の弁護士業務対策委員会の答申では、広告や複数事務所、法人化等について緩和の方向を打ち出している。監督は弁護士がやるが、パラリーガルや職員を使って仕事を代行させてもいいのではないかという発想である。

③ 職域拡大

前述のように、弁護士の増員によって供給が増えれば受任額の収支均衡点が下方にシフトしていくと考えられるので、従来以上に、少額の事件を扱うようになり、職域が拡大するかもしれない。少なくとも、事務所経営において、パラリーガルや一般職員との間の役割分担を行うことで、もう少し受任限度額を下げていく必要があり、また、弁護士のコンビニエンスストア化が必要ではないかと思われる。

④ 弁護士補制

弁護士補制というのは、要するに見習いの期間を置き、それを弁護士修習の部分的な代替にしようというものである。たとえば弁護士補に国選弁護や少額事件を担当させるのも一つの方法ではないかと考えられる。それを一定以上遂行すれば、正式な弁護士になる、というようにすれば、弁護士になりたければ一生懸命少額事件や国選弁護事件をやるわけである。

⑤ 異業種提携事務所

これも、日弁連弁護士業務対策委員会が打ち出していた案であるが、一つの事務所で複数の業務を行うというものである。たとえば、商業登記や抵当権の設定等は通常司法書士が行い、弁護士は行わない。しかし、その前提となる取引については、本来であれば訴訟外業務として弁護士が関与して適正化を図るべきであり、それを別のところに複数のコピーを持っていって相談するというのは非効率である。前述の弁護士事務所のコンビニエンス化とワン・ストップ・サービスという発想が必要だろうと思われる。

実は裁判所もこれと同じようにワン・ストップ・サービスで、判決と執行まで一遍に自動的にできるようにすべきと思われる。

⑥ 法律相談

司法書士会が、簡裁代理権（民訴54条）に関連し、法律相談を正面から認めるべきと主張しているが、弁護士会が反対している。すなわち、現状では民訴法54条1項但書による簡裁の特別許可は、司法書士には弁護士会との関係があるので認められていない。

これを能力のある司法書士に認めれば、一律に簡裁代理権を出さなくても、ニーズに十分対応できるかもしれない。そのような可能性も追求していいのではないかと考えられる。

（4） コレクション・エージェンシー

少額裁判は分散制御のシステムに乗りにくいと考えられる。すなわち、人々が私訴を提起して自己の権利を実現するというシステム、所謂民事裁判一般の前提となるシステムであるが、これは、小さな事件で、分散すれば分散するほど個々の当事者は行動を起こすインセンティブが消失していくことになる。

そこで、コレクション・エージェンシーというのは、訴え提起、取立という役割を集中化するものである。いわばサービサーのようなものを弁護士会や公的な機関、あるいは私的な機関であれば行政や弁護士会がかなりきつい規制をかけて、そこが事件の証拠等を評価して、たとえば25万円の少額事件であれば10万円で買うという仕組みである。それによって、消費者は一応ディスカウントはされても満足できるわけで、それで嫌な人は自分で訴訟を起こせばいいわけである。それらを集めたものを債権の流動化で輾転譲渡しながら、熟練者が訴えて取り立てる、といった構想はあっていいのではないかと思われる。

１０．自生的秩序としての消費者契約秩序

最後に、前述（本章７（３））の自生的秩序概念により消費者契約秩序が成立することを、ゲーム論を使用して説明することとしたい。

（１）契約のジレンマ

まず、消費者契約秩序を説明するのに、なぜ「囚人のジレンマ」が登場するかについて説明する。

契約とは、財貨の交換の約束であり、契約法で問題となる契約は、一般的にはどちらかが先履行するものであることが多い。同時履行であっても、隠れた瑕疵等があって現実には部分的な履行でしかなかった場合が多い（不完全履行）。完全な同時履行ならば契約法による契約強制の問題は生じない。消費者契約法で問題となるような契約の場合、とりわけ、いずれかが先履行であったり不完全履行であったりすることが多い。このような状況を分析するために、以下では簡単なゲーム論モデルで考察しよう。

当初、消費者と業者が財貨を所有しており、各自が自分の財貨の価値を1、相手の財貨の価値を２と評価しているとする。消費者契約の場合、交換される財貨の一方が金銭であるのが通常であるがここではより一般的に考える。消費者と業者がそれらを交換する契約を締結した場合を考え、さらに、消費者と業者それぞれが裏切った場合、完全履行をせず、部分履行しかしないとしてみよう。部分履行の程度を履行率と呼び、消費者の履行率と業者の履行率をそれぞれ w と W で表すことにする($0 \leqq w, W \leqq 1$)。双方協力し合えば、消費者契約は円満に履行され代金も支払われるので、各自の利得の組み合わせは(2,2)となるが、裏切りあえば、各自 w と W の程度しか履行せずにそれぞれ$1-w$ と$1-W$ を手元に隠匿するので、得は消費者が$(1-w)+2W=1-w+2W$ となり、業者が$(1-W)+2w=1-W+2w$ となる。ここで、$w=W=1$であれば完全履行と同じ(2,2)となり、$w=W=0$であれば双方がまったく履行しない場合で(1,1)となることに注意してほしい。業者が協力して履行し、消費者が裏切って部分履行しかしない場合は、同様にして消費者の利得が$(1-w)+2=3-w$ となり、業者の利得は$2w$ のみとなる。業者が裏切って部分履行をし、消費者が協力して履行する場合も同様にして計算される。以上の結果は《図表Ⅵ―１》に表されている。

《図表Ⅵ―１》契約のジレンマ

		業者	
		協力	裏切
消費者	協力	*2,2*	*2W,3-W*
	裏切	*3-w,2w*	*1-w+2W,1-W+2w*

w, W: 履行率

図表Ⅵ-１が契約のジレンマと呼ばれるのは、履行率が $w=W=1$でない限り双方に裏切りのインセンティヴが存在し、裏切り合いの結果となるが（裏切り合いがナッシュ均衡)、この結果はこのゲームの唯一パレート最適でない結果であり、しかも、協力し合いの(2,2)にパレート支配されているからである。

（２）アクセルロッド・モデル

それではなぜ人類は契約を結んで交易してきたかを説明する一つの理論が、ゲーム論に

おけるアクセルロッド教授のモデルであることは、よく知られているだろう[52]。

要するに、長いつき合いで、かつ複数の多元的な人間関係がある場合には、今回裏切ると次回仕返しをされる関係がある。そうであるならば、だまして取る誘惑を抑えて、長くやり続けた方が最終的には得になる。それはつき合いがこれからどれだけ長く続くか、あるいはどれだけお互いにサンクション・パワーを持っているかに依存し、それも計算上できることになっている。

（3）消費者契約と契約のジレンマ

そこで、消費者契約の場合について考えると、当事者同士で取引を繰り返す可能性が一定以上なければならないが、消費者契約には、住宅の購入のように一回限りの購買契約も存在する。

また、消費者側には匿名性がある。クレジットカードを使えばある程度探求できるが、事業者側としては信用を与えても、物だけ取って逃げる消費者を追求する可能性は低い。

さらに、裏切った場合の利得は裏切りのインセンティブになるが、これも事業者と消費者の間では非対称性がある。たとえば消費者としては裏切られて30万円取られただけでも、騙取した方は、方々で取っているので30億円かもしれず、そのような差が生ずる。しかも、前述したとおり、私訴を提起して契約コミットメントを強制させるには大変な費用がかかり、「そんなことをしたら訴えるぞ」というのが、クレディブルなコミットメントにならないのである。

そうすると、このアクセルロッド・モデルも、普通の業者間取引や大型の長期的契約関係にある者同士の契約と異なり、消費者契約には当てはまらない場合が多いのではないかと考えられる。したがって、実効性のある消費者法秩序はアクセルロッド的な自生的な秩序としては発展しないのではないかとの恐れが生じてくるのである。

（4）スリー・ストライク・アウト・システム

そこで、「消費者契約は、確かに何回も繰り返して取引はしないが、全く1回しかやらないのはむしろ少く、有限回繰り返すのが普通である」と強度の単純化を行う。いわば、「仏の顔も三度」と言うように、3回繰り返して相手方に失望すれば、もう二度とつき合わないという行動が、消費者契約においてよく見られると仮定すればどういうことになるか。

そうすると、前述の「囚人のジレンマ」構造が、逆に共生ゲームとなり、ジレンマが解消することになる（図表Ⅵ－2参照）。

---

[52] ロバート・D・クーター、トーマス・S・ユーレン著（太田勝造訳）「法と経済学」243頁（商事法務研究会、新版、平9）参照。

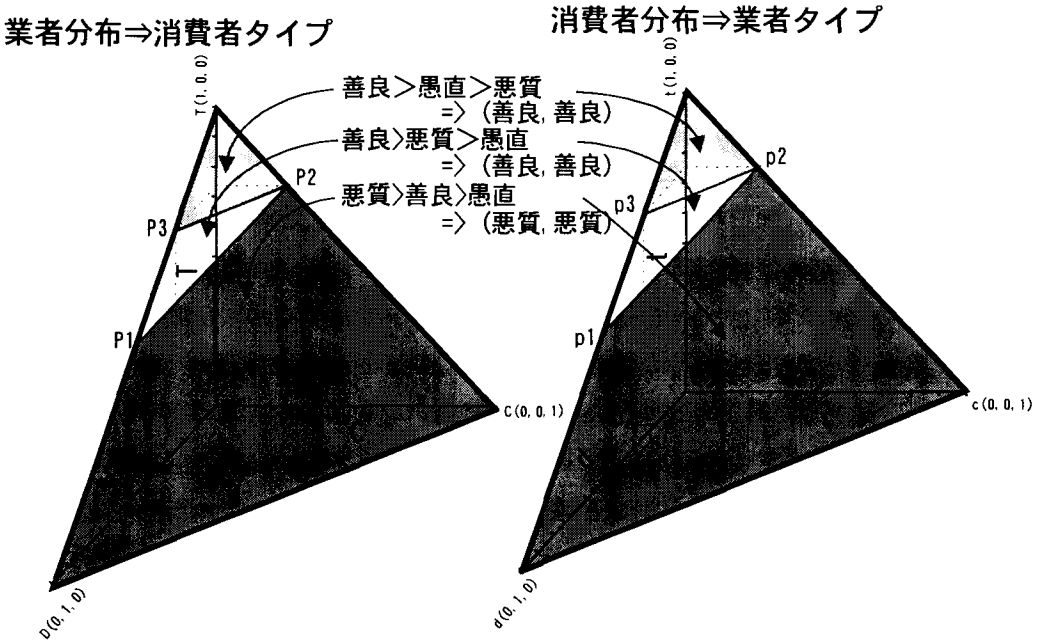
《図表Ⅵ－２》「仏の顔も三度」ゲーム

		業者		
		善良	悪質	愚直
消	善良	6,6	2-2w+6W,5-3W+4w	6,6
費	悪質	5-3w+4W,2-2W+6w	3-3w+6W,3-3W+6w	9-3w,6w
者	愚直	6,6	6W,9-3W	6,6

ここでは単純化のために社会は、常時裏切って不完全履行をする悪質タイプ、常時協力して履行する愚直タイプ、および、しっぺ返し型（条件付協力履行）の善良タイプの３つのタイプの者から構成されているとする。種々の（メタ）戦略の中からこれら３つのタイプだけを採り上げたのは、条件付協力戦略が進化的安定戦略的な振る舞いをすることを分析する上では、常時協力戦略、常時裏切り戦略、および交互戦略（裏切り、協力、裏切り、協力、…）だけを考えればよいことに基づいている（ジョン・メイナード＝スミス『進化とゲーム論』（寺本・梯訳）産業図書 1985 年、付録 K 参照）。そして、交互戦略を考慮しないのは、消費者や業者が交互戦略を採るということが考えにくいからである。これらの戦略に対応して、業者集団と消費者集団は、それぞれ（善良業者、悪質業者、愚直業者）、（善良消費者、悪質消費者、愚直消費者）の３つのタイプのもので構成されるとする。上の《図表Ⅵ-２》は、それぞれのタイプのものが組み合わされた場合（3×3 の 9 の組み合わせ）の、それぞれにおける利得行列を示している。たとえば、善良消費者対悪質業者の対戦は、初回に消費者が一方的に裏切られ(2W,3-W)、あとの２回は消費者の報復戦略によって裏切りあい(1-w+2W,1-W+2w)となるので、３回の対戦の結果が(2-2w+6W,5-3W+4w)となる。他の組み合わせも同様にして計算される。

強度に単純化して非現実に近い面もあるが、このような構造があるとして、消費者集団と事業者集団がランダムに取引を３回ずつ行い、周囲の消費者を見て利益の多い戦略を真似した場合に、善良な戦略が広がっていくか、悪質な戦略が広がっていくか、あるいは愚直な戦略が消費者集団に広がるであろうか。一方、業者の側から見ても、善良な商売をする戦略が広がっていくか、悪質な商売をする戦略が広がっていくか、愚直な業者が増えていくかというのを見てみると、一定の条件下では善良な者が増えていって、皆が契約を守るようになる（図表Ⅵ－３参照）。

《図表Ⅳ－３》進化ゲームによる契約のジレンマの解消



この《図表Ⅵ－３》は $w=W=0$ という極端な場合を描いたものである。業者分布の三角形 TDC の上の任意の点(T,D,C)の座標がそれぞれ善良業者割合 T、悪質業者割合 D、および愚直業者割合 C を表している。同様に消費者分布の三角形 tdc の上の任意の点(t,d,c)の座標がそれぞれ善良消費者割合 t、悪質消費者割合 d、および愚直消費者割合 c を表している。

X,Y,Z,x,y,z は具体的には下記のように計算される。

$$X=\left(\frac{1-w}{2-4W+2w},\frac{1-4W+3w}{2-4W+2w},0\right)$$

$$Y=\left(\frac{3-3w}{4-4W},0,\frac{1-4W+3w}{4-4W}\right)$$

$$Z=\left(\frac{3-3w}{4-4W},\frac{1-4W-3w}{4-4W},0\right)$$

$$x=\left(\frac{1-W}{2-4w+2W},\frac{1-4w+3W}{2-4w+2W},0\right)$$

$$y=\left(\frac{3-3W}{4-4w},0,\frac{1-4w+3W}{4-4w}\right)$$
$$z=\left(\frac{3-3W}{4-4w},\frac{1-4w+3W}{4-4w},0\right)$$

図表からわかるように、当初の業者集団における善良タイプ、悪質タイプ、愚直タイプの者の割合が三角形 *XYT* の内部であれば、消費者としては悪質タイプであるよりも善良タイプである方が、平均の利得が大きいので、学習ないし模倣によって自己のタイプをより有利な者へ変えてゆくとすれば、だんだんと善良タイプへと変わってゆき、最終的には全員が善良消費者となってゆくと期待される。同様にして、当初の消費者集団における善良タイプ、悪質タイプ、愚直タイプの者の割合が三角形 *xyt* の内部であれば、業者としては悪質タイプであるよりも善良タイプである方が、平均の利得が大きいので、学習ないし模倣によって自己のタイプをより有利な者へ変えてゆくとすれば、だんだんと善良タイプへと変わってゆき、最終的には全員が善良業者となってゆくと期待される。逆に、業者集団の分布が四角形 *DCYX* 内である場合、消費者としては悪質タイプであることが一番得になるので、学習や模倣によってだんだん悪質消費者割合が増加し、最終的には悪質消費者ばかりとなる。また、消費者集団の分布が四角形 *dcyx* 内である場合、業者としては悪質タイプであることが一番得になるので、学習や模倣によってだんだん悪質業者割合が増加し、最終的には悪質業者ばかりとなる。

したがって、当初の社会状態において業者分布が三角形 *XYT* の中にあり、かつ、当初の消費者分布が三角形 *xyt* の中にあれば、消費者契約のダイナミクス（学習や模倣）を通じて社会は善良業者と善良消費者ばかりの望ましい社会へなってゆくと期待される。逆に、当初の社会状態において業者分布が四角形 *DCYX* の中にあり、かつ、当初の消費者分布が四角形 *dcyx* の中にあると、消費者契約のダイナミクス（学習や模倣）を通じて社会は悪質業者と悪質消費者ばかりの望ましくない社会へなってゆくと期待される。

それでは、業者分布と消費者分布が、業者が三角形 *XYT* 上で消費者が四角形 *dcyx* 上の組み合わせであったり、業者が四角形 *DCYX* 上で消費者が三角形 *xyt* 上の組み合わせであった場合はどうであろうか。その場合は、出発点の位置と、模倣や学習の速度によって、全員悪質タイプとなる場合と全員善良タイプとなる場合に分かれてくるので必ずしも一概に言えない（模倣や学習の仕方をさらに詳細に定義しなければならない）。

このようなモデルから次のようなことが示唆される。

①訴訟が非効率で実効性がないという場合であったとしても、消費者契約を業者も消費者も全員が履行するという協力的で社会的にも望ましい秩序に至る場合が、出発点次第ではあり得ることになる。悪い者がいたとしても、善良な者が多ければそのような状態に至りうる。

②繰り返しの回数が多いほど、全員協力して契約を履行し合う秩序に至る確率が高くなる。
③馬鹿正直に履行を繰り返すばかりの愚直な当事者は、善良なしっぺ返しをするある意味では毅然たる消費者や業者が社会秩序を望ましいものにしようとする作用を阻害している。単に自分が損をするだけではなく、よい秩序に移っていくモメントを妨げている。
④戦略の模倣や学習という文化伝播において、悪質戦略へ転向する抵抗力を強め、善良な戦略をとるような教育—消費者教育や業者教育をすることは、よい秩序を高めることになる。
⑤*X,Y,Z,x,y,z* それぞれを *w* と *W* とで偏微分すればわかるように、*W* が大きくなるほど業者分布三角形上の X,Y,Z はいずれも頂点 *T* へより近づき（消費者を善良タイプに導く領域が小さくなる）、消費者分布三角形上の *w,y,z* はいずれも底辺 *d-c* へより近づく動きを見せ（業者を善良タイプに導く領域が広がる）、逆に、*w* が大きくなるほど業者分布三角形上の *X,Y,Z* はいずれも底辺 *D-C* へより近づき（消費者を善良タイプに導く領域が広がる）、消費者分布三角形上の *x,y,z* はいずれも頂点 *t* へより近づく動きを見せる（業者を善良タイプに導く領域が小さくなる）。ところで、消費者契約法が消費者の方をより保護すれば消費者の履行割合 *w* は下降し（クーリングオフなどのように消費者は契約義務をより免除されやすくなる）、業者の履行割合 *W* は上昇すると期待される（業者は義務履行をより強制される）。逆に消費者契約法が消費者をそれほど手厚く保護しなくなれば、消費者の履行割合は上昇し（契約義務をより強制される）、業者の履行割合は下降すると期待される（契約義務からより免除される）。以上から、消費者契約法が消費者をより保護すれば、*w* は下降し *W* は上昇し、したがって、消費者を善良タイプに導く業者分布領域が小さくなり、業者を善良タイプに導く消費者分布領域が大きくなる。このことから、社会の現状において、消費者契約法が消費者保護をより厚くするべきであるのは、消費者集団には善良タイプが多く（業者による消費者の善良タイプ誘導はそれほど必要でない）、業者集団には悪質タイプが多い（消費者による業者の善良タイプ誘導が必要である）という場合であるという結論も得られる。

Ⅶ．規制緩和における消費者契約法立法の役割

以上、「消費者契約法と規制緩和」をテーマに研究会で検討した内容を、６つのパートに分けて論述した。特に、前章Ⅵでは、事後規制型社会における裁判制度を中核とした事後責任追及の実効性確保手段について、いくつか今後検討すべき具体的な論点を提示した。

さらに、今後の消費者契約法立法を巡り、検討すべきと思われる論点について以下に提示する。

１．規制の効率性と消費者契約法立法

まず押さえておくべき基本的な論点として、消費者契約法立法を巡る議論において、常に通奏低音として存在する以下の議論の対立が、果たして、同一平面上で議論すべき問題なのかどうか、そして議論すべき問題とした場合、そのいずれかの主張に正当性根拠を見いだしうるか否かということである。あるいはこの両者の主張がコンパティブルに成立しうるという結論もあり得るかもしれない。

すなわち、消費者側からの「規制緩和によって消費者契約法が必要である」という主張と、事業者側からの「消費者契約法は規制緩和の流れと整合的ではない」という主張の対立である。

そしてこの問題は、各界有識者に対して行ったヒアリング結果［「規制緩和の中での消費者契約法の役割」（Ⅰ．2.（2））］からも、概ね上記のような反応が得られている。

消費者は、規制緩和をすると、そこに何らかの空白状態が生まれるので、ルールあるいはセーフティーネットを作って対処する、それが消費者契約法立法であるという考え方に立った議論を行い、事業者もその議論に乗って、それは二重の規制になるという反論につながっていたのが一般的であった。つまり、規制なき社会あるいは規制なき世界を想定した議論というのが規制緩和論議にあり、いかなる規制をどの程度まで緩和すべきかが明確に提示されないまま議論がなされる傾向があった。

したがって、いかなる規制をどの程度まで緩和するか、換言すれば、いかなる規制をどの程度することが消費者利益の増大化を実現するのかとの視点からの検討が不可欠と判断される。規制緩和の窮極的目標が、消費者利益の最大化に最終的に帰結する以上、このことはむしろ当然であり、新古典派経済学の論理とも整合するものである。

本報告書は、基本的に以上の視点によって、規制のタイポロジーを設定し検討を行うとともに（Ⅱ．１及び2）、基本的にはどのような規制が効率的な規制と言えるかを議論した。市場メカニズムをより十全に機能させて社会全体の便益を向上させるという考えには、反対する者はないと思われる。しかし、市場メカニズムというのが、規制がまったくない世界で最もよく機能すると考えるのか、市場メカニズムを機能させるために規制が必要だと考えるのか、立場が分かれていると思われる。

本研究会では、市場がよりよく機能するためにも情報を均衡化する等、さまざまな形式で規制をかけないと市場が回らない、規制はそのための手法であると考える。これを適格付与市場と定義し、そのような市場を作る市場メカニズムを機能させるという立場をとる。つまり、規制としての効率性という視点から法制度設計として消費者契約法を捉え、制度設計に内在するあるいは波及する効果として法の実効性確保として、司法制度の分析を行った。

2．消費者契約法における不当条項規制の正当性

前述のように、規制のタイポロジーに則し、様々な規制類型を効率性と公正性を判断基準として分析を行うと、従来規制に関して議論されてきたように、事前規制が悪く事後規制が良いと言った単純な二分論では説明できないということがわかる。

消費者契約法規制の正当性の議論も、消費者取引市場は情報不完全による市場の失敗をもたらすものと言えるか否かにかかっていると考えられる。

消費者契約法の民事ルールの中核は、契約締結過程規制と、契約内容規制（不当条項規制）であり、情報の非対称性による外部効果発生の抑止を目的とした契約締結過程規制は、新古典派的経済理論からも正当化根拠は比較的容易に得られる。これに対し、不当条項規制は、新古典派的な立場からは正当化の余地はない、あるいは少ないといった見解が多い。しかし、果たしてそうなのかについても検討を行った。それに対するさし当たりの回答として、相当程度の単純化を行った上であるがゲーム論を用いて分析することで、社会的効率性を害さない形で、不当条項規制の正当性が説明しうることを示した。すなわち、消費者契約法で、不当条項規制による取消のような事後的規制をかけるのは、規制の分だけコストがかかり非効率であるとの議論に対して、モデル上、規制は実際には発動されず、仮に発動されたとしても、あくまでも合理的でないプレーヤー（当事者）に対する例外的なものに止まるので、社会的効率性を害さないと結論付けられるのである。

3．紛争解決の実効性確保と消費者契約法議論の今後の展開

効率的な規制を探求する場合、事前規制と事後規制はどちらが効率的かといった議論があり得るところであり、本研究会でも様々な議論を行った。

たとえば、契約不履行や製造物責任事故も含めて、事故が起きた時に、事後的に責任を追求する方式と、事前にガイドラインを示してチェックしていく方式を考えると、一般的には事前規制の方が実効的であるのが普通であると思われる（Ⅵ－７参照）。

これを消費者契約法に則して考えると、裁判規範として消費者契約法を位置づけるエンフォースの方式と、ガイドラインだけを作っておいて公正取引委員会のような独立行政委

員会でエンフォースしていく方式の二つのやり方が考えられる。

フランスでは独立行政委員会型のエンフォースメント方式をとったが、日本ではフランス型の方式は十分考慮されずに議論が進んできている。こうした動きの背後には、「行政改革のご時勢に独立行政委員会は作れない」というペシミスティクな認識があるだけである。

また、ルール依存型で事後規制中心だと、わが国で巷間言われている米国においてさえ、消費者契約の領域においても、FTC（連邦取引委員会）や行政各省庁の消費者部局等は大幅な規制を行っている。そして、当該規制にも、法と同等のものから、担当官の個人的意見等、広範なものが存在する。一方、事業者も疑義があると思われる場合には、行政に事前の照会をし、行政はそれに応答する形式になっている。これは、事前規制にウエイトが置かれたイメージである。

それに対し、消費者契約法は、事後的な私法的裁判規範としての取引当事者に予測可能性のあるルールを設定するという意味がある。

Ⅵ章において、事後規制型社会における紛争解決の実効性確保の問題についていくつかの問題点を指摘した。オプト・アウト型のクラス訴訟制度、懲罰的損害賠償、そして団体訴権の問題等議論すべき課題は多い。

さらに、裁判所の増設や弁護士の増員等、司法インフラの整備も急がれるところである。従来以上に、プラグマティックな議論の展開が必要であると思われる。

本報告書による検討の一応の総括としては、規制緩和のなかでの消費者契約法の位置づけについて、消費者に自己責任を求めるための実質的支援とする見解に立っても、イノベーションの果実を享受するための道具であるとの見解に立っても、消費者契約法は効率性を阻害せず、しかもそのことの理論的な基礎づけが可能であることである。

いかなる場合に効率性が害されないかのより立ち入った条件の検討が、今後さらに必要である。我々としては、今後さらに一層検討を深化させたいと考えている。大方の忌憚ないご批判・ご意見を期待しつつ、本報告書のむすびとしたい。

ヒ　ア　リ　ン　グ　総　括　（98年11月実施）

質問事項	消費者団体	シンクタンク	中央省庁	旅行会社	損害保険会社	消費生活協同組合
Ⅰ．規制緩和について (1) 規制緩和の現状に対する評価 ①規制があることによって不便を感じていることはあるか。あるいは規制があることによって何が問題になっていると思うか。 ②貴方が具体的に規制を意識する事柄は何か。 ③貴方にとって規制があることにより不便を感じており、規制がなくなる（緩和される）ことによってなんらかの効果があがると考えるものはあるか。どのような効果が期待できるか。 ④規制を行っている主体として、どのような機関・組織（官庁）を思い浮かべるか。 ⑤具体的に、緩和が要請されるのはどのような規制だと考えるか。	① ・**規制は消費者にとって捉えにくい。規制か否か自体認識しにくい。** ・規制緩和それ自体に反対しているわけではない。 ・全ての消費者が弱者で保護行政を求めている、というわけではない。 ・金利、保険料率等実感として感じていたものは、規制緩和されてきたと感じる。 ・公営事業の私営化、消費者団体でも捉え方に差がある（保守的）。－郵政事業、農業等。 ・電話事業の民営化自体不安があった（電話が通じない）。大店法に対しても規制緩和あるべき。 ④ ・**大蔵省** ・サラ金被害－トンネルになっている（迂回）、規制しながら抜け道がある。 ・不十分な規制緩和故にチグハグになっている部分がある。 ⑤ ・生損保の子会社形態は不自然。 ・コストを余分にかけている、多様な商品の供給が阻害されている。 ・**中小事業者保護のための参入規制**（クリーニング）。－美容院とクリーニングの相乗り制限（既得権保護）。	① ・**全般的に存在する。**金融商品を金融機関の一つの窓口で購入できない。 ・競争制限的であり、全体的に供給者保護。デリバリーサービスが分断されている。実際、インターネット取引可能－自己責任で取引できる。 ② ・銀行振込－出資法（預り金不特定多数人ができない）→限定免許でやれば良い。送金事務。郵便振込が多い。競争激化により安価良質サービスの期待。 ③ ・**政府の失敗の弊害の方が大きい。**バブル期における業態別規制。 ④ ・社会保険規制（社会保険庁）。社会保険労務士（資格）、利権団体官僚 OB の受け皿。納税者負担抑える必要あり。 ⑤ ・公共事業関連。技官に仕事を与えるための仕組み。→原則規制緩和。	総論 ・**民間、外国からの要望により、政府が取り組んでいるという現状。** ・米国・欧州との対比において大きくなってきた話。現在の日本経済の低迷と、米国の 80～90 年代の経験を踏まえ、不可欠であるとの共通認識ができた。 ・具体的には、各産業ごとの現状を見て検討していかなければならない。	総論 ・業界としては反対意見を出したが、個人的見解が異なる者も多い。ここではお客様と接点を持つ者の個人的意見を話す。 ① ・旅行業界では、業法、人に対する規制（研修制度）、約款の規制などがあるが、とくに不便を感じることはない。 ⑤ ・**旅行業登録の簡素化。**現行は個所登録（ひとつひとつの営業所について、住所等を登録する）だが、本社一括登録で足りるのではないか。 ・**外務省の危険情報**も、主催旅行を中止させるなどの効果を持つ影響の大きい規制であるが、一国全域を一律危険地域に指定する（たとえばインドネシア）など、不必要に範囲が広いことがあるのではないか。	① ・**商品内容に関する規制、料率に関する規制、販売方法に関する規制等多岐にわたって存在する。** ・目的とする「損害保険業のあるべき姿」が描かれずに規制を進めることが問題。 ② ・新商品販売における認可取得においても、自由に設計が出来ない。 ③ ・保険商品の内容改善。 ・新商品開発。 ④ ・**金融監督庁** ・**大蔵省** ⑤ ・保険商品の内容及び販売方法に関する規制。 ・同一業種内での規制。 （異業種間では規制必要）	① ・**規制主体である行政と企業との癒着が進みやすい。企業は、消費者を見ず、行政側ばかり見る。** ② ・独自の表示を試行し、それがよりベターなものでありながら出来ない時。 ③ ・企業が独自の判断をし、横並びでなくなり、競争的になる。具体的には、NTT の携帯電話等。石油価格で見るとマーケットの違いもあって、多少違う。 ④ ・中央省庁 ⑤ ・経済的規制 ・具体的には、銀行業界。行政と密着しており、規制緩和は生温い。

質問事項	消費者団体	シンクタンク	中央省庁	旅行会社	損害保険会社	消費生活協同組合
(2) 自己責任原則 ①今後の日本経済で必要とされる「自己責任」とは、どのようなものと考えるか。 ②「自己責任原則の確立が規制緩和の大前提」と言われているが、自己責任が求められる場面として、具体的にどのようなものを考えるか。	① ・**情報開示されないままに自己責任を求められるのは不合理。** ・消費者の責任が問われる局面は当然に考えられる。 ・しかし、消費者教育が重視される必要がある。 ・立証責任の転換も行われていない。 ・**ISO 基準も安全性に関して重要な指針になる。→苦情処理制度もある。** ・**自主基準に対する考え方に懐疑的。国の法律があれば遵守するという意識が強すぎる→消費者・事業者とも意識変化する必要がある。** ・自分たちで作ったルールにより社会を律していくということが大事（ISO策定には**消費者参加が条件**、OECD の CCP 制度、等）。**→参加型社会へ** ・専門家による安全性の判断が行われる仕組みが必要。 ・EU の制度として市民の声を反映させるものがある（ﾋﾟｭｰｸ、ｱﾈｯｸ；EU、加盟国が出資）。 ② ・消費者として情報を受ける仕組み、商品テスト及び商品テスト誌の普及が必要。 ・**第三者機関による評価等を積極的に理解し、活用することが必要。**	① ・選択を誤った時は、自分が悪いと認識しなければならない。 ・**リスクとリターンの認識が必要。** ・自立した消費者はどのようなものを想定するかが重要。消費者教育（行為能力と判断材料があるか）。 ② ・リスクを認識した上で取引に入る。為替リスクをどう捉えるか。 ・説明を受けた者は、そのリスクを引き受けなければならない。リスクを認識し、引き受けた以上弱者ではないはず。 ・リスクを知らされていなかったとすれば、リスク判断ができない。**第三者のアドバイスを聞いた上で判断すればよい。** ・教育の他、マスコミ報道などによりリスクの認識がされるようになっている。	① ・市場経済となる前提として望ましい自己責任のレベルは、規制緩和による状況変化の前後で異なるべきなのか。**往々にして抽象論的な命題になり、議論が難しい。検証が必要。個人的には、このレベルは変わっていくものと考える。** ・一般論として考えれば、今後の規制緩和は事業者に有利な変化と言えるかもしれないが、個人の情報収集能力も高まり得るので、**一概に事業者に有利な流れとも言えない。** ② ・一般的な検討の余地もあるが、個別的な変化も重要。日常の消費者は弱い立場になるだろう。しかしそれは、消費者が何もしなければ、の話であって、消費者も対抗手段をとりうる。消費者が自己防衛手段を行ってもいいのではないか。 ・「だまされた方も悪い」というような言い方がされることがあるが、消費者が一方的に消費するのみの場面と、何らかの利益を得ようとしている場合では、考え方も変わり、必要となる規制の対象も変わるだろう。しかし、客観的な切り分けは難しいだろう。	① ・ACAP（消費者関連専門家会議）でもこの件については検討している。詰まるところ、**日本の教育の問題。**小・中学校の消費者教育から始めなければ、日本人の考え方は変わらない。 ② ・**消費者に自己責任が現在よりも求められるのは、海外での苦情。**現地では苦情を言わずに、帰ってから旅行業者に言うことが多いが、証拠がなければ戻ってから何が起こったかを主張できない。海外での権利主張については、生活風習の違いもあり、日本と同じ感覚では困ったことになる。とくに格安旅行券やホテルのみの手配が増えているが、このような意識が必要。 ・消費者はトラブルが起こって初めて契約を読むが、先に読むようにしてほしい。また、旅行の目的は何か、何が達成できれば満足なのかをはっきりして、**消費者の側でも内容を理解した上で契約してもらいたい。** ・場合によっては、過失相殺のような考えもあり得るのではないか。	① ・市場で守るべきルールを守った上で、自己の判断でリスクの伴うことにチャレンジしていくこと。 ・**遵法**、基本的枠組みの遵守を前提とした「自己責任」。 ② ・保険代理店は、独立した商人として契約者に対する責任を自らとる必要がある。 ・**保険契約者は、自ら契約内容の把握を行う責任がある。** ・保険会社は、保険代理店の責任を代位することもありうるが、その場合でも代理店の責任を無視出来ない。	① ・企業に求められる自己責任のレベルに差があり過ぎる。企業が自立してない。これらをクリアしてから消費者の自己責任を問題とすべき。 ② ・トラブルがおきて、消費者に被害が及んだ時。 ・消費者に十分な情報を提供していたかどうかを満たした上で、消費者側の自己責任が問われる。 ・情報量や理解力には格差があり、それが是正されていれば、消費者にも責任が問われる。（同じ土俵に立つ最低のルールを決めるのが消費者契約法）

質問事項	消費者団体	シンクタンク	中央省庁	旅行会社	損害保険会社	消費生活協同組合
(3) 必要な規制・許容できる規制 ① 具体的に、既存の規制のうちどのような規制が今後も必要であると考えるか。 ② 一般的には、どのようなものが必要な規制、積極的に行うべき規制であり、どのようなものが必要のない規制であると考えるか。また、どのような規制は許容され、どのような規制があってはならないものであると考えるか。	① ・**食品、安全規制は必要。** ・安全規制の緩和が急速すぎる。無原則な緩和（基盤整備ない）になっている。 ・航空運賃－安全（検査）体制とのトレード・オフになっては困る。 ・福祉・医療分野 ・**義務づけ、強制検査規制の緩和が先行しすぎている。**自己確認の方法も具体化されていない。ルール化した上で自己確認制度を導入している。 ・**安全確認できるような第三者機関（認証制度）等も必要。** ②行政改革に逆行するような事業者権益擁護的なものは不要。	① ・**生命・安全に極めて密接なもの（極めて例外的）。**検疫体制は残さざるを得ない。市場の失敗は一時的。 ② ・**社会的規制について懐疑的。**社会的規制分野でも競争働いている。消費者ニーズに合致したものは選択される（有機野菜）。ダイオキシン－日清食品、新しいパッケージに変更。 ・行政で社会的規制強制するのは不合理。供給者保護になっている。 ・生命・安全の線引き－割り切り→事故が増える。**淘汰するメカニズムが働く。規制の有無に関わらない。** ・参入要件さえしっかりすれば後は自由競争。あるいは第三者機関による評価。	② ・**規制の分類（別紙）について。ここにある「前者＞後者」という価値判断は、必ずしもそうは言い切れないものがある。**分野ごとの実態にあわせて、各論で判断は異なる。 ・分類④は、何をなすべきかによって手段が包括になるか個別になるかが分けられるのであって、「包括＞個別」とは一概に言えない。 ・分類①～⑥以外の分類もありうる。たとえば、**行政的規制 VS 民間ルール。**純粋な民間ルールは、取引先との関係やマスコミの批判などにより担保される。 ・個別的規制は、業法に代表される業種ごとの規制だけでなく、取引の形に着目したものもある（訪問販売法等）。業法はある程度事前規制（届出・認可）で、これ以外に、事後的に取引の内容で網をかけて規制するという考え方。 ・このように、規制の方策はいろいろな方法があり、適切な規制方式をその目的、内容ごとに考えていくもので、どの方法がよい、わるいとは言い難い。	① ・現在の旅行業界での規制では、旅行業者登録、パンフレットのガイドライン、いずれも消費者を守るため必要なもの。ただ、**ガイドラインは原則任意であり、守るか守らないかという問題は残る。** ・旅行業は変更が前提、という認識について、国際的にはコンセンサスがあるといえる（IATA 航空運送約款）が、このような変更の可能性について十分情報を与えることは必要。	① ・保険商品としての適格性、料率の妥当性、商品の売り方に関する基本ルールに関する規制。 ・複数の業種に関連する規制。 ② ・**保険事業者の最低守るべきルール規制は必要。** 逆に、このルールの中で、基本的に全ての規制をなくす必要がある。	② ・社会的規制、つまり安全性に関わるもの、環境保全にかかわるものが必要な規制。

質問事項	消費者団体	シンクタンク	中央省庁	旅行会社	損害保険会社	消費生活協同組合
Ⅱ．消費者契約法について **(1)総論的事項** ①消費者契約法の趣旨、および法の制定に賛同するか。 ②消費者契約法上契約の取消または契約無効となる場合であっても、1月の案では罰則規定を設けていないため、消費者の権利を十分保護できないという意見がある。これについて、どのように考えるか。罰則がなくても、消費者契約法は何らかの効果を持つと考えるか。	① ・**賛同している。** ・**個別規制法による弊害除去の観点からも包括的ルールが必要。** ・消費者トラブル解決の限界があり、新法に期待する。 ・業法は消費者保護的ではなく、業法で解決できない事象が多い。 ・アウトサイダー問題を解決できない。 ② ・罰則規定がないのは問題。 ・**実効性確保の観点から罰則は必要。** ・実効性確保のために、各地の消費者センターへ権限を持たせる（財政難から困難か？）。 ・**団体訴権も重要**－消費者団体の連合会を作るなどの長期的な取組も考えられる。 ・団体訴権を認めることも重要と考える。	① ・何を目的としているか不分明。現状の大きな問題点は何か不明確。 ・紛争が生じた時の対応。ブラック・コンシューマー対応ではないはず。 ・**最低限の包括的規制はできるのか懐疑的であり、法律規定として書けるのか。** ・経済活動との関係でどう影響するのか。消費者保護的要素が強いとニュービジネス萌芽を摘むことになる。 ・**自己責任を前提とした上で、二者間対応（既存法制）で十分ではないか。**	（以下＊は、生活産業局サービス産業課、課長補佐より聴取した意見） ① ＊エステ、学習塾、英会話教室等に焦点をあてた法律であると思われる。この法律ができたとしても、裁判での争いとなることは免れないだろう。 ＊ただし、事業者に対する「脅し」としての効果は持つかもしれない。 ＊経済法規には、国民・消費者を保護するものと、産業育成を目的とするものの2通りあるが、**この消費者契約法案はどちらにも属さず、中途半端な印象。** **＜参考＞** 通産省の消費者契約適正化法検討内容 ・エステ、英会話学校など、継続的役務提供の分野でのトラブルに対応したもの。 ・消費者契約法とは、立場が違う。民事ルールのみでなく、公法的規制―行政罰を含む―までを考慮中。 ・もともと自主規制があったが、トラブルが減らないので対応を検討している。	① ・**個人的には賛同する。** ② ・現行の旅行業標準約款から大きく逸脱していなければ、**今回の案により約款に大きな修正が必要となることはないと思われる。したがって、旅行業界では、消費者契約法ができてもとくに支障はないだろう。**	① ・**賛同する。** ・契約種類や業態に応じたより具体的な法制定が必要である。 ・紛争解決方法についての特別法制定という考え方もあるのでは？ ② ・**罰則規定は必要ない。** ・平均的事業者と平均的消費者との間の契約においては、罰則がなくても消費者契約法は機能する。 ・罰則規定は業法にもられるべきでは？ ・違反程度のひどい場合に限定して罰則が適用されるべきである。	① ・賛同する。 ② ・法律の性格からいって、罰則規定を設けるのは難しい。 ・**消費者が司法に訴える簡易な仕組み作りが必要。**

質問事項	消費者団体	シンクタンク	中央省庁	旅行会社	損害保険会社	消費生活協同組合
(2)適用除外 ①消費者契約法は、業種横断で消費者契約を規制するが、このような包括的立法を必要であると考えるか。 ②現在、消費者契約の適正化が求められている契約形態、業態は何だと思うか。 ③包括的な立法を行う場合、一部の業種を適用除外とすることをどのように考えるか。どのような業種について適用除外とできると考えるか。 ④例えばどのような性質の分野、どの個別業種が、消費者契約法の適用に馴染まないと考えるか。	① **・不要といっている業界程問題。** ・包括的な立法が望ましい。 ② ・法律がないサービス分野（エステ、外国語学校） ・金融（内容がわからない） **・免責条項についての情報がわかりにくい。（損保の海外旅行傷害約款、クレジット約款等）－事業者の論理（後ろめたく思わないところが問題）。** 最低限（法は最低限のルール）を目指す事業者になってもらっては困る。 **・不動産、投資信託等、高齢者を対象とした契約でのトラブルが多い。** **③適用除外制度は作るべきではない。**	①否定的。包括的すぎる。 ② ③ ・金融商品類似の商品 **・消費者契約法立法認める以上、適用除外必要ない。** **・業態的規制から機能別規制にすれば解決できる部分が多いのではないか。** ・リスクに見合った特別法が必要（金融サービス法）。→消費者契約法というイメージではないのではないか。（一対一の関係ではなく、コレクティブ・インベストメント） ・個別法で対応しておけばよいのではないか（ex:継続的役務） **・事前的網掛け自体不遜ではないか－政府（法律）による事前網掛けは不可能（不合理）。**	③ **・適用除外は設けない方がいい。** ・外国例では、約款認可業種は除外している例がある。適用除外を設けるとすれば、どういった理屈でその業種を適用除外とするか、明らかにすべき。例えば、国や公共のサービス、それに準じるものとして認可業種、等。どの辺で切るのかの検討も必要。	① ・（個人的な意見だが）日本の縦割り行政は問題であり、横断的規制は必要だと考える。**製造業のPL法のような横断的規制はサービス業にも望ましい。** ② ・会員権商法などには、法の網をかけた方がいいかもしれない。	① ・民法に限界があり、業法にも限界があるとすれば、やむを得ない。 **・合理的理由をもとに、適用除外があってしかるべきである。** ② ・不特定多数消費者と繰り返し多数行われる契約。 ・契約内容の理解に専門的知識・判断力を要する契約。 ③ ・特に矛盾はない。 ④ ・契約の無効や取消の効果で問題解決を図ることが馴染まない分野：雇用関係の分野等 ・消費者からの要請により契約内容等が決められる場合。	① ・包括的立法は必要。 ② ・管轄省庁の決まっていない業種（隙間になっているところ）。 ・契約形態は継続的役務。 ③ ・一部の業種の適用除外には反対。包括的な民事ルールの例外を作るとおかしくなる。 ④ ・ない。

質問事項	消費者団体	シンクタンク	中央省庁	旅行会社	損害保険会社	消費生活協同組合
(3)契約締結過程の適正化ルール ①消費者に情報が十分伝わっていないことによるトラブルは、どのような手段で防ぐことができると考えるか。消費者契約法により改善が期待できるか。 ②事業者はどの程度まで情報提供、説明をする必要があると考えるか。 ③消費者にはどの程度の責任を求めることができると考えるか。	① ・規制の上を行く努力をすることが必要。事業者間の格差が明確になる。 ・口約束によるトラブルが多いことから、**わかりやすい文書で理解させることが望ましい。**このような観点から消費者契約法による情報提供義務により改善が期待される。 ② ・消費者に対する適切・十分な情報提供。 ・**説明事項をマニュアル化すべき。** ・**合意の証拠（サイン）→但し、現実的ではない。消費者意識もそこまでいっていない。** ③ ・普通の消費者であればトラブルにならない。ブラックコンシューマーが出てきては困る。 ・学校教育による消費者啓蒙。 ・**約款の存在の意味を理解することが必要。英会話学校の契約例でも約款記載事項に関心を払う必要がある。**	① **不動産売買（重要事項説明）類似の方法。→一般**取引で現実的か。自己責任の原則との関連で考えるべき。 ② ・投信の例などに見られるように従来と同じようなものではないか。従来の法制で対応できるのではないか。 ・どこまで情報開示すればよいかがポイントになる**（具体的に出しにくい）。** ③ ・**リスクを開示された以上、消費者はリスクを認識しなければならない。** ・消費者無知、弱者論に立つのはおかしい。リスクを疑わないこと自体無理がある。損をした時に苦情を申し立てる。	・**事業者の不安感がもっとも強い部分。** ・消費者－事業者の情報力、交渉力他の格差是正が根拠としていわれているが、**そもそも本当に格差は存在するのか、事実の確認が必要。**一般的に事業者の方が消費者よりも情報力等が上だと言われるが、事業ごとに検証が必要。それなしに、すべて取り消しＯＫとするのは困難。 ・個別規制ではありうるかもしれないが、一般的に、包括的規制でこれを定めるには、説得材料として慎重な論理の組み立てが必要。 ＊市場ルールの確立という観点からは、「情報公開」は最低限必要。しかし、**現在の案では何を開示するか不明瞭。内容まで決めなければ実効性は持たないであろう。**	① ・旅行業では、不確定要素やデメリット表示は明記するということを規定してはどうか。 ・今回の案により旅行業約款に大きな修正が必要となることはないと思われる。	① ・伝達情報の認識統一（基準作り）。 ・契約担当者の教育。 ・情報伝達方法の検討。 ・改善は期待出来る。 ② ・全体の仕組みとそのポイント。 ・**最低限情報提供すべき「重要事項」の基準・考え方について指針が必要。** ③ ・**消費者契約法で消費者は保護を与えられるだけというのはおかしい。** ・ある程度（あるいは積極的に）情報を求め、理解しようとしない消費者については、法の保護を受けないという規定も必要ではないか？	① ・改善は期待できる。（中間報告レベルで十分） ・**字の大きさ、読みやすさ、理解のしやすさ等細かく規定すべき。** ② ・事業者側が決めること。（これこそ自己責任の世界である） ③ ・消費者契約法にのっとって、ルールが守られた上での契約であれば、消費者の責任が問われるべき。

質問事項	消費者団体	シンクタンク	中央省庁	旅行会社	損害保険会社	消費生活協同組合
(4)契約内容適正化ルール ①不当条項の排除がこの規定の目的であるが、従来の法律では不十分か。 ②「不当条項の無効」条項は、「私的自治の原則」の修正に当たり、私的契約に法律が立ち入ることであるため、この規定には賛否両論ある。たとえば、「十分な交渉の下で締結された契約については、不当条項の評価の対象外と考えてよいか。」という主張があるが、このような考え方についてどのように考えるか。 ③法律にブラックリスト、グレーリストを掲げ、不当条項となる規定を限定列挙するという方式について、どのように考えるか。 ④（現在の消費者契約法での対応が不適切であると考える場合）どのような方法が、不当条項をなくすために実効性を持つと考えるか。	① 不十分 ③ ・グレーリストが曖昧であり問題ではないか。 **・ブラックリストに記載の条項はイメージしやすくなるが、それ以外はいいのかといった理解がされると困る。**	①不当条項規制に対しては懐疑的。 ② 本当にこのような規制は現実的か疑問。 ③ これ以外はホワイト、いってみればコンプライアンスルールになる。	① **・すでに民法の法理でできあがっている部分が多く、これを超えようとしたら新たなルールを作り上げることになる。しかし、単に裁判例を具体化するだけでは、意義が薄い。このバランスが難しい。** ② ・一般的にここまで立ち入るのは疑問。逆に、スペシフィックな効果を狙うなら、包括的規制とは逆行するだろう。 **・無効となった場合、消費者は適正条項になるよう交渉し直すか、原状回復か、見えない。無効とするだけで話が済むのか。その先が見えないと、法律としては使いにくい。** ＊このような規定を設けても、結局は約款条項の不当性について個別に裁判で争うことになるが、消費者契約法上不当と判断されるものは現在の民法上も不当とされるものである。**この立法は混乱を引き起こすだけではないか。**	④ 旅行業約款では、これにあたる条項はとくにないと考える。実際、約款条項の正当性は問題となっていない。したがって、**この内容で法制化されたとしても、とくに対応の必要はなく、旅行業への影響は小さい。**	① **・不十分。** ・判例で不当条項性が指摘された場合でも、直ちに改めない場合が多い。 ② ・「私的自治の原則」といえども「不当条項」を有効にする自由まではない。 ・消費者の認識の有無と拘わらず無効とすべき条項と、消費者が認識している場合にはあえて無効とする必要はない条項があるのではないか。 ③ ・ブラックリストは限定列挙、グレイリストは原則限定列挙で考えるべき。 ④ **・法により効力を否定することが最も効果的。**	① ・不十分 ・不当条項が抽象的な表現で書かれており、広範に対応出来てかえって望ましい。今までカバーできていなかった部分にも、新規悪徳商法にも対応出来るのでは。 ② ・私人と法人との契約を民法で処理するには限界があり、私的契約は自由だとは言えないのではないか。 ・アメリカは訴権が広く認められるが、日本では、団体訴権こそ必要。 ③ ・具体的でいいのでは。 ・新規悪徳商法に対応するために、３年毎に見直すなどの処置が必要。 ④ ・不適切ではない。

質問事項	消費者団体	シンクタンク	中央省庁	旅行会社	損害保険会社	消費生活協同組合
Ⅲ．紛争解決手段について ①現時点での裁判制度では、A．結論が出るまでに時間がかかる、B．費用負担が大きい、C．当事者主義であるため、消費者が原告となった場合の証拠収集や証明が困難である、といった問題が指摘されているが、他に現行の裁判制度の問題点にはどのようなものがあるか。 ②裁判制度の問題点を解決するためには、どのような方法があると考えるか。また、裁判外ではどのような紛争解決方法があるか。 ③裁判外の紛争処理手続の現状についてどのように評価するか。紛争の実効的な解決に問題となる点はあるか。それはどのような点か。 ④今後、規制緩和が進む中で、業界団体などの ADR（裁判外紛争処理機構）の必要性が高まるといわれていが、現状のどういった点を補完することができるか。	① ・**裁判は例外的なもの。差し止め的な効果を発揮させることが困難。** ・従来からすると少し身近になっている。**－ココ山岡事件等。しかし、時間がかかることと差止めを認めさせることが困難。** ② ・**地方自治体の相談窓口を充実させることが重要。** ・弁護士会の調停制度。 ・ADR 制度。 ③ ・**業界別 ADR は透明性に欠け、情報公開も不十分であり、**これを改善することが必要。 ・現実に ADR が機能していない。事業者側が相談に応じないケースも散見される。 ④ ・地方自治体（東京都等）の被害救済センターの役割再評価。	① **司法制度改革が必要。** 現状では、裁判制度利用しにくい－（逆に言えば）使うほど重要な案件がない。軽微なものが多い？ ② ADR と裁判との間で有機的つながりがつけられれば問題はない。 ③ **ADR は多様なものがあってもいいのではないか。**多様な機関の間の競争があっていいのではないか。**弁護士法（参入制限撤廃）改正の議論もあり得る。** ④ 専門業態であれば、それに見合った専門的 ADR があってもよい。デパート型 ADR も考え得る。	・「ルールを作っても働かせる場はあるのか」という点は、国民生活審議会の今後の議論として、重要な論点となろう。 ② ・私法一般の問題。裁判制度自体の変更に時間がかかるのであれば、**個人と企業、国民生活センター、消費者センター、民間消費者団体などでの解決も図りうるのでは？** ③ ・基本的は、企業の消費者窓口の充実がポイントとなる。企業側の対応はまだ改善し得る。 ・また、**民間の消費者団体も、活躍できる余地がある。** ・国民生活センター、消費者センターは、規制緩和の流れでいけば縮少の方向と思われる。拡充すべきという意見もある。（国民生活センター、消費者センターは機能が異なる。） ④ ・ADR 等の先に裁判制度があるわけだが、消費者にとっては遠い存在であろう。身近な企業、消費者団体の窓口の活用が望まれる。 ・消費者側に自立意識がないまま、紛争解決窓口のみを拡充させるのもおかしい。**消費者が企業に対して物が言えるようになるトレーニングも必要。** ・個人、企業、地方公共団体、トータルでの意識変革が必要。	② ・JATA に苦情裁定委員会があるが、実際にそこまでこじれることは少ない。97 年で 2 件。消費者契約法の検討などのながれで、機能を高めていくだろう。 ・業界として、商品広告のみでなく、企業広告や業界広告で啓蒙運動をしようという流れがある。また、**相談員の認定制度を協会で検討中。** ・団体訴権の導入については、切実な問題となるとは思われない。昔なら企業に対する社会運動のような、抑止的な役割は果たすかもしれない。 ・旅行はメンタルな満足度が重要な商品であり、お客様の声を聞き、フィードバックをして改善していくという流れが必要 ・台風ならお金を返す、サッカーが見られなかった場合その分減額する、などの手法が、商法として用いられるが、その部分を保険とリンクさせた形でも検討中。	① ・訴訟手続き方法が分かりにくい。 ② ・少額訴訟範囲を拡大。 ・裁判外では、中立的な第三者機関を設置する。 ③ ・**自動車保険の「紛争処理センター」を見ても、一応の機能を果たしているが、十分に知られていない。**あくまで保険金支払いに関する紛争処理で、契約については扱われていない。 ④ ・期間・費用面は解決可能。 ・中立性の確保と、当事者を拘束する仕組み作りが重要。	① ・ソフト面が未整備。 （弁護士費用、どこに相談に行けばよいのか、弁護士絶対数の不足） ・国民が、一般的に裁判に不慣れである。 ②③④ ・ＰＬセンターのようなものには反対。情報も出ないし、未然防止にもつながっていない。 ・行政による相談窓口を拡充させる必要がある。 ・消費者、企業、事業者が対等に参加して作れる機関があればよいのでは。

［安田火災記念財団叢書　No.60］
「消費者契約法と規制緩和に関する
基本問題」報告書
監　修　東京大学教授　落合　誠一
事務局　株式会社　安田総合研究所
発行日　平成11年11月30日
発行者　財団法人安田火災記念財団
〒160-8338　東京都新宿西新宿1-26-1
電話03-3349-3130　ファックス03-3349-3133