損保ジャパン記念財団叢書　No.68

「『消費者契約法と規制緩和』に関する研究会（第２期）」報告書

私法としての消費者契約法

― 実効性のケーススタディー ―

「消費者契約法と規制緩和」に関する研究会
座長　東京大学教授　落合誠一
事務局　株式会社損保ジャパン総合研究所

平成16年4月1日
財団法人　損保ジャパン記念財団

目　次

はじめに
1．研究会の趣旨 …… 1
2．消費者契約法と規制緩和 …… 1
3．試論としての本報告書 …… 4

第一部　わが国の規制改革と消費者契約法
1．第一部の目的 …… 5
2．規制改革と規制緩和の意義 …… 6
3．規制の代替としての消費者契約法 …… 10
4．消費者政策の費用便益分析 …… 11
5．結語－消費者契約法のとらえ方 …… 13

第二部　ケーススタディー

はじめに
1．規制緩和と消費者契約法との関係のタイポロジー …… 14
2．契約の機能的タイポロジー …… 14
3．ケーススタディーの検討対象と方法 …… 15

第一章　損害保険
第一節　題材選択の趣旨 …… 19
第二節　市場概観 …… 20
第三節　当該取引をめぐって生じるトラブル …… 22
第四節　問題となる契約への対応策 …… 24
第五節　市場へのインパクトと反応の分析 …… 30
第六節　消費者契約法の果たしうる機能 …… 31

第二章　デビットカード
第一節　題材選択の趣旨 …… 32
第二節　市場概観 …… 33
第三節　当該取引をめぐって生じるトラブル …… 36

第四節　問題となる契約への対応策 …… 38
第五節　市場へのインパクトと反応の分析 …… 46
第六節　消費者契約法の果たしうる機能 …… 47

第三章　携帯電話
第一節　題材選択の趣旨 …… 49
第二節　市場概観 …… 50
第三節　当該取引をめぐって生じるトラブル …… 52
第四節　問題となる契約への対応策 …… 54
第五節　市場へのインパクトと反応の分析 …… 57
第六節　消費者契約法の果たしうる機能 …… 59

第四章　ネットオークション
第一節　題材選択の趣旨 …… 61
第二節　市場概観 …… 62
第三節　当該取引をめぐって生じるトラブル …… 64
第四節　問題となる契約への対応策 …… 66
第五節　市場へのインパクトと反応の分析 …… 71
第六節　消費者契約法の果たしうる機能 …… 78

第五章　介護保険
第一節　題材選択の趣旨 …… 80
第二節　市場概観 …… 81
第三節　当該取引をめぐって生じるトラブル …… 83
第四節　問題となる契約への対応策 …… 86
第五節　市場へのインパクトと反応の分析 …… 95
第六節　消費者契約法の果たしうる機能 …… 99

おわりに …… 99

「消費者契約法と規制緩和」に関する研究会（第２期）参加者・開催日・テーマ一覧
１．研究会委員・外部発表者・事務局 …… 101
２．研究会の実施状況 …… 101

はじめに

1．研究会の趣旨

「消費者契約法と規制緩和」に関する研究会（第2期）は、第1期の研究会[1]の成果を踏まえ、さらにそれを前進させるものとして発足した。その第1回会合は、1999年12月27日に開催され、以後、鋭意研究を進め、2003年4月11日の第20回会合をもって終了となった。本研究会の基本目標は、規制緩和の時代における消費者契約法の意義を明らかにすることであるが、2000年5月12日に消費者契約法（平成12年法律第61号）が成立したことから、第1期と同様な規制緩和との関係でのその理論的な解明を進めることに加えて、第2期においては、消費者契約法が現実の取引市場のなかで果たしている役割の分析にも力を注ぐこととなった。

第2期の研究成果をまとめた本報告書は、以上の経緯からも明らかなように二部構成である。すなわち、第1期の研究の継続でもある主として理論的な側面での検討は、第一部「わが国の規制改革と消費者契約法」が取り扱い、また消費者契約法の実際の機能面の検討は、第二部「ケーススタディー」がその部分となる。ケーススタディーは、市場へのインパクトと反応との分析を中心として、「損害保険」、「デビットカード」、「携帯電話」、「ネットオークション」、「介護保険」の5種類について実施・検討した。

2．消費者契約法と規制緩和

（1）規制と緩和の意義

消費者契約法と規制緩和との関係を検討するには、まず規制緩和の意義が問題となる。換言すれば、第一に、ここでいう規制の意義が、また第二に、その緩和の意味するところがそれぞれ問題となる。規制の意義については、様々な理解があり得るであろうが、本研究会の検討文脈においては、国家の人の行為に対する強制力ある介入と捉えることができるであろう。この理解からは、公法のみならず私法も視野に入ることになる。

公法は、基本的に国家による直接的な介入であるが、私法は、裁判所を通じての国家の介入であり、間接的な介入ではあるが、いずれにしても国家が一定の規制目的のもとに人の行為に介入する点では、公法も私法も同じであり、両者ともに規制にほかならない。従って、私法の自立性といっても、私法ルールの実現が最終的には国家の政策目標と権力によって支えられるものである以上、公法と私法の差は、あくまでも相対的なものであり、私法であるがゆえに国家の政策目標と国家による権利の実現から完全に自立することはないのである。逆にいえば、私法も政策目標実現のために一定の有用な役割を果たし得るの

---

[1]「消費者契約法と規制緩和」第1期研究会は、1998年10月から1999年7月にかけて合計8回実施され、その検討結果は、落合誠一監修「消費者契約法と規制緩和に関する基本問題報告書（安田火災記念財団叢書No.60）」（1999年11月）として公表された。

である。もっとも同じ規制ではあっても、国家の介入が直接的か、間接的かは、公法と私法との大きな相違であり、この相違は、市場における私法の重要性との関係において、後述の通り、看過できない意義を有する。

次に規制緩和における緩和の意義であるが、わが国の場合、規制緩和は、公法規制、特に業法による規制の緩和との意味で語られる場合が多かった。これは、経済社会生活の隅々まではりめぐらされた業法に基づく官主導によるいわゆる戦後体制があり、その体制のもとでは、「お上」による民間活動への広範かつ直接的な介入が当然視されていたが、戦後体制ではうまくいかないことが誰の目にも明らかとなり、構造改革を進めることが大方のコンセンサスとなったことと関係する。すなわち、「お上」の介入は、むしろ極力制限すべきであり、民間の創意と活力による自由な経済活動こそが経済社会システムの中核となるべきであるという国家としての基本的政策の転換があったからである。

このことを象徴する出来事は、金融行政等に顕著に現れた業法による規制の失敗であり、こうした一連の失態によって官主導による経済運営の危うさが明らかとなり、「お上」の介入は必要最小限のものに止め、市場メカニズムをより重視する経済社会システムへの自覚的な転換を大胆に進める政策が、広く国民の支持を受けることとなり、その流れのなかで規制緩和が大きく叫ばれることになったのである。

いわゆる戦後体制、すなわち、規制緩和が基本政策となる以前の時代においては、敗戦の荒廃からの早期復興を目標として国家の積極的介入を広範囲に認める福祉国家的・計画経済的な政策が基本とされ、その法的裏づけとしての業法の隆盛があったのであり、それ故に国家による民への広範かつ直接的な介入はむしろ当然であり、むしろ良きことであると受け止められていたのである。従って、市場メカニズムを正面からわが国の経済社会システムの中核にすえるとの考えは、戦後体制からの明確な決別としてある意味では革命的でさえあったのであり、それへの大胆な転換は、大きな痛みを伴う大改革と受け止められたのである。

このようにみてくると、わが国における規制緩和とは、業法に代表される公法規制から私人の経済活動を解放することであり、その私人の経済活動の自由を確立することは、とりもなおさず市場メカニズムをより重視する経済社会システムへの大胆な転換であり、自立した事業者・消費者による自由な取引活動を活発化させて、それを経済社会システムの中心にすえることである。従って、その方向への施策を積極的に推進することが、規制緩和のスローガンをもって語られることの意味であったのである。この点は、早い段階から市場メカニズム重視を経済社会システムの基本として確立している社会であるアメリカの場合の規制緩和とは大いに異なるのであって、わが国とアメリカでは、同じ用語であっても規制緩和の意味するものが異なり得るのは、当然ともいえるのである。

（2）消費者契約法と規制緩和

こうしたわが国の規制緩和は、官による広範かつ直接的な介入は極力排除して私人によ

る自由な取引活動を基本とすべきであるとの政策的主張であるから、このことは、これまでの経済社会システムの基本であった業法を中心とする公法の縮小化であり、同時にそれは、市場メカニズムと親和性のある私法の民事ルールの充実化の主張となって現れる。第一に、市場の基本原理は、私人の経済取引活動の自由の確保であるから、私人の行為に国家が直接的に介入する公法よりも、間接的な介入に止まる私法の方がより市場メカニズムとはなじむものである。第二に、わが国は、これまでは業法中心であったから、その反射として果たすべき役割が相対的に小さかった私法は、それに対応した極めて貧弱な状況にあるが、貧弱な私法をそのままにしていたのでは、市場メカニズムをより重視する経済社会システムに相応しいものとはいえず、従って、市場の基本原理である自由と親和性のある私法を業法に代えて中心にすえる方向での変革が必要である。第三に、私法は、市場メカニズムの機能をより効果的に発揮させる方向で貢献できる部分があるとの認識である。こうした考え方・認識に基づく主張が、わが国の規制緩和に沿うものとしての消費者契約法の早期立法化を推進する重要な法政策的バックグランドとなったのである。

この点をより消費者契約法に即して述べれば、第一に、消費者契約法が創設する法的ルールは、私法の民事ルールであるから、業法ルールのように国家が直接的に私人の行為に介入するものではなく、その意味において経済活動の自由と親和性があるのみならず、業法ルールの大幅な縮小化を進めることと同時に、新たに民事ルールとしての消費者契約法を制定することは、市場メカニズムをより重視する経済社会システムへの転換を進めるとのわが国の基本政策に沿うものである。第二に、市場が有効に機能するためには、情報の偏在や交渉力の格差の問題への対応が重要であり、こうした格差は、事業者間取引においてよりも、消費者取引においてより顕在化するから、消費者契約法が創設する法的ルールとしての事業者の情報提供努力義務、消費者の契約取消権、不当条項の無効は、市場の効率化、市場の失敗への対応を意識したものであることである。第三に、市場取引において事前的な予測可能性を増加させる民事ルールを創設することは、消費者取引市場の参加者の取引費用削減に寄与するものであり、消費者契約法が創設する包括的で予測可能性の高い民事ルールは、この点を意識したものとなっていることである。

（3）規制緩和と公法

もっとも私法と市場メカニズムとは親和性があるということは、公法が市場メカニズムと全面的に不調和であるということをもちろん意味するものではない。市場の機能を十分に発揮させるためには、例えば、取引の基礎となるプロパティライト（property right）が重要であるが、プロパティライトは、究極的には憲法によって支えられる必要があるし、また市場において重要な公正競争の維持には、独禁法が必要である。このこと等からも明らかな通り、市場は、私法のみで支えられるものではないのはいうまでもない。

しかし業法に基づく官による行き過ぎた民間の経済活動への介入を修正し、市場参加者の自由を回復させようとするわが国の規制緩和の基本的な政策目標からすると、まだまだ

不必要な国家による直接的な介入が広範囲に残存していることは事実であり、わが国の公法と私法のバランスは、市場メカニズムをより重視する経済社会システムに相応しいものには程遠い状況にある。従って、その適切なバランスを実現するためには、依然としてなお業法の全面的な見直しを進めることが必要である。かかるわが国の現状においては、規制緩和のもとに業法の縮小と私法の充実を依然説き続ける必要があるのである。

3．試論としての本報告書

いずれにしても、「消費者契約法と規制緩和」をいかに理解すべきかは、すこぶる難問であって、まだまだ残された課題は多く、しかも検討した論点であっても、本研究会メンバーの見解は必ずしも一致しているわけでもない。従って、本報告書は、あくまでも多様な理解が存在することを前提としての一試論にとどまるものに過ぎないが、難問に挑戦しようとする方々にとって、もし本報告書がいささかでも資するものがあるとすれば、われわれ研究会に参加した者一同にとって、それはまことに望外の幸せである。

第一部　わが国の規制改革と消費者契約法

1．第一部の目的

第一部では、規制改革の文脈の中で消費者契約法にはいかなる位置づけを与えられるか、という問題を検討する。検討の対象となる課題を、より敷衍して述べれば次のようになる。

規制改革（当初は規制緩和）という政策は、20 世紀の最後の四半世紀を通じて、次第に世界の主要国に浸透していった。それを現時点でふりかえれば、経済活動に関する国家と市場との役割分担に関する考え方が大きな転換を経るプロセスであったと言ってよい[2]。他方、消費者契約法は平成 12 年（2000 年）にわが国で成立した法律であるが、これを消費者政策の一環と見れば、経済活動に対して国家が関与する方法の一つとして、国家の役割に関する考え方のこのような転換と消費者契約法の制定とは整合的なものか否か、を考えてみることが必要となる。本稿が解明しようとするのは、その点である。

ところで、規制改革ないし規制緩和政策に対するわが国での理解には、国際的に確立された理解と必ずしも一致していない点があるように思われる。その結果、規制改革（規制緩和）と消費者契約法の関係についても、理解し難い意見が示されることがある。たとえば、消費者契約法の立法に至る過程でなされたと伝えられる「規制緩和の時代に新たな規制を導入することは流れに逆行するものではないか」という批判[3]は、その一例である。他方、消費者契約法の立法を推進する論者からは、「規制緩和の時代であればこそ消費者契約法が必要となる」という論理も示されたが[4]、これもまた規制緩和に関する標準的な考え方からは、十分な説得力があるとは言い難い。こうした点について検討するため[5]、本稿では、まず、規制改革（規制緩和）の意義について、国際的な文脈とわが国における理解とを整理する（2.）。次いで、消費者契約法の制定に際してわが国で抱かれていたと思われる期待を取り上げ、それが十分な根拠を持っていたか否かを検討する（3.）。その上で、消費者契約法を規制改革との関係において正当に評価するための理論枠組を呈示するとともに（4.）、他方で規制改革の文脈を離れた、より広い観点から消費者契約法に意義を見出す可能性を指摘し、第一部の結びとする（5.）。

---

[2] このプロセスについては、ややジャーナリスティックではあるが、ダニエル・ヤーギン＝ジョゼフ・スタニスロー（山岡洋一訳）『市場対国家』〔1998 年〕が詳細に描き出している（同書の引用頁数は日経ビジネス人文庫版による）。

[3] 落合誠一「消費者契約適正化立法の必要性」ESP306 号 24 頁〔1997 年〕、落合誠一ほか「討論・規制緩和と消費者契約法（中）」NBL679 号 37 頁（山本豊発言）〔1999 年〕などに、こうした意見の存在が報告されている。

[4] たとえば松本恒雄「規制緩和と消費者法の課題」『田中誠二先生追悼・企業の社会的役割と商事法』703 頁以下〔1995 年〕。

[5] 本文に掲げたような見解については、落合（監修）・前掲書〔註 1〕16～17 頁（小塚荘一郎）〔1999 年〕でも簡単に論じたことがある。

2．規制改革と規制緩和の意義

（1）規制緩和政策の世界史的意味

規制緩和政策は、1980年に成立した米国のレーガン政権によって開始されたと、わが国では一般に考えられている。しかし、これは歴史的事実に反する。米国では、規制緩和はすでに1970年代から進められており、当初それを推進したのは、むしろ民主党の政治家であった[6]。したがって、共和党政権や保守主義との関連で規制緩和政策を理解することは、正確とは言えない。

1970年代の米国において規制緩和が始められたことには、十分な理由がある。まず、1970年代は、石油危機の時代であり、国際通貨制度が大きな動揺を経験した時代であった。地球環境問題（公害問題）に対する意識も芽生え、他方で規制の数は際限なく増えて行った。失業率の増大とインフレーションが同時に進行するという、従来は想定していなかった現象が現実のものとなる中で、それまでの経済運営のあり方を根本的に見直さなければならないという認識がコンセンサスを得ていったとしても、不思議ではないであろう。

他方、それが米国から始まった理由は、米国において、経済活動をコントロールする手段として規制が多用されていたところにある。いわゆる混合経済の思想にもとづいて、経済活動に対する政府の介入が必要とされたときにも、米国では、主要産業を政府部門が直接保有・運営するという欧州諸国で多く採用された方法は採られなかった。それに代えて用いられたのが、民間資本による企業の保有はそのままに、価格の設定や参入・退出等についての規制を定めるという手法だったのである[7]。その結果、政府の関与を縮小するための手段は、必然的に規制の改革となった。

こうした客観的な事情は、1970年代の米国において規制緩和政策が出現するための必要条件であったと言えよう。これに対して、いわば十分条件をなしたのが、規制の実効性に関する研究の蓄積であった[8]。最も代表的な研究はシカゴ派の経済学者であるスティグラーによるものである[9]。スティグラーは、自然独占の典型とされてきた電力事業に関する料金規制や、情報の非対称性を是正するための制度である証券法上の開示規制について、その効果を実証的に検証した。その結果を見るかぎり、規制の有無は統計的に有意な差異をもたらしていないとスティグラーは主張する。「市場の失敗」の可能性を否定するわけではないが、従来米国で行われてきた規制は、それに対する有効な対処となっていないとされたのである。規制を通じて経済活動を国家のコントロールの下に置こうとする政策は、このようにして、正当性を否定されていった。米国が規制緩和政策へと舵を切ったことは、その当然の帰結だったのである。

---

6 規制緩和のパイロット・ケースとも言うべき航空規制緩和のきっかけをつくったのは民主党の有力政治家であったエドワード・ケネディ議員であり、包括的な規制緩和プログラムは、同じく民主党のカーター政権において開始された。参照、ヤーギン＝スタニスロー・前掲書〔註2〕下巻270頁、川本明『規制改革』132～133頁〔1998年〕。

7 ヤーギン＝スタニスロー・前掲書〔註2〕上巻19頁、93頁。

8 川本・前掲書〔註6〕133頁参照。

9 ジョージ・J．スティグラー（余語将尊＝宇佐美泰生訳）『小さな政府の経済学』〔1981年〕（原著：GEORGE STIGLER, THE CITIZEN AND THE STATE (1975)）。

（2）主要国における規制改革

1980 年代から 1990 年代へと進むにつれて、規制に関する従来の政策スタンスを改めようとする動きは、米国以外の主要国へと波及して行った。1995 年に OECD（経済協力開発機構）が公表した報告書は、いまや「規制改革」と呼ばれるようになったこの動きについて、「規制による負担を削減し、維持される規制についてはその質とコスト効率とを向上させようとする大胆なプログラムを開始する国の数は、OECD の内外において増加しつつある。」[10]と述べた。しかし、この政策が各国において持つ意味は、米国における規制緩和の意味と、まったく同じではないように思われる。

その理由は、米国以外の国においては、経済活動に対する国家の関与の方法が異なっていたからである。すなわち、欧州諸国や主要な発展途上国では、基幹産業における生産手段の国有化が中心的な政策であった。この考え方は、システムとしての社会主義を拒みつつ市場経済の欠陥に対処するという発想にもとづいており、「混合経済」等と呼ばれていた。こうした政策がとられていた国においては、国営企業の「民営化」が、国家の関与を縮小する上で最も重要な方策となる。それを他国に先駆けて実行していったのは、英国のサッチャー政権であった。

このような国では、規制の改革は、米国におけるような政策の転換としての意味を有するわけではない。そこで規制改革には、より一般的な任務が与えられることになる。OECD の上記報告書は、規制改革の究極的な目的が、国民経済の効率性を増大させ、変化に対するその適応力を高めるという点にあると述べる[11]。規制を改革して企業に対する競争圧力を増すことができれば、効率性、イノベーション、および競争力の増進に対するインセンティヴが企業に与えられる。それが産業全体の生産性を高め、価格の低下と品質の向上をもたらす結果、消費者にも事業者にも利益が生ずる、とされるのである。

現在各国で進められつつある規制改革は、このように、米国の規制緩和とまったく同じものではない。しかし、両者は言うまでもなく、基本的な考え方を共有している。それは、規制を適切に見直すことが消費者の利益を増大させるという認識であり、そのための手段として事業者間の競争に信頼し、それを促進しようとする哲学である。規制による経済活動のコントロールが可能であるとすれば、その前提として、社会的に望ましい価格や産出量の水準を立法者（規制の策定者）が知り得るのでなければならないが、それは多くの場合、およそ不可能であるか、少なくとも市場における自由競争以上のコストを必要とする。このような理解は、少なくとも現在では、欧米先進国およびロシア、インド等の主要国において共有されているのではないかと思われる。

（3）わが国における規制緩和・規制改革

規制緩和政策は、わが国にも 1980 年代に波及した。1988 年には、すでにいわゆる第２

---

[10] THE OECD REPORT ON REGULATORY REFORM: SYNTHESIS 5 (1995).
[11] *Id.*, at 5-6.

次行革審（臨時行政改革推進審議会）が「公的規制の緩和等に関する答申」を公表している。しかし、規制緩和が主要な政策課題となったのは1990年代に入ってからだと言うべきであろう[12]。細川内閣によって設置された経済改革研究会は、1993年の「規制緩和について（中間報告）」において、規制が「いまでは、かえって経済社会の硬直性を強め、今後の経済社会構造の変革を妨げている面が強まっている」として抜本的な規制の見直しを提言した。その推進主体は1994年に設置された行政改革委員会から1998年の行政改革推進本部規制緩和小委員会、2001～2004年の総合規制改革会議へと引き継がれた[13]。

こうした一連の政策によって、わが国における規制の様相は、まったく一変した。上記の規制緩和小委員会にメンバーとして参加した三輪芳朗教授は、1997年の時点で、同小委員会は当初の2年間に予想以上の成果を挙げ、「最終年度は何に焦点を合わせようかという嬉しい悲鳴が小委員会とその周辺で冗談として交わされた」と書いている[14]。規制緩和から規制改革へと名称を変えながらその後も続けられた政策によって、金融や運輸、通信、エネルギー等の分野における事前規制は相当程度まで姿を消した[15]。

しかし、こうした表面上の進展にもかかわらず、わが国における規制改革（規制緩和）には、奇妙な特徴がある。それは、政策を支える理念のレベルにおいて、何を目的として規制が改革されなければならないのかが明確でない点である。そして、このことは規制改革を推進する側の論理にも、これに反対する論者の見解にも、共通して影響を及ぼしている。

たとえば、規制緩和が本格化する1994年に「推進派」の中心人物であった中谷巌、大田弘子両教授が共著として著した『経済改革のビジョン』では、規制緩和の必要性について、わが国が欧米先進国を目標として追いつこうとする「キャッチアップ」の時代が終わったという認識から説明する。何らかのモデルを模倣するのではなくオリジナリティを発揮していくためには、規制はむしろ障害となり、撤廃されなければならない、という論理である[16]。そこに見られるのはわが国が置かれた状況の変化に対する認識であり、規制のあり方、さらに大きく言えば経済活動に対する国家のかかわり方についての哲学の転換は窺われない。前後して公刊された規制緩和に関する書物には、既存の規制が消費者の利益を害していると指摘するものもある[17]。しかしそこでも、規制の存在がなぜ消費者の利益を害するのか、消費者の利益を増大するための情報を効率的に抽き出すには規制（国家）と競争（市場）のいずれが適しているか、という問題意識は比較的稀薄であるように感じられる。当時のある文献は、規制緩和についての政策的な視点、あるいはそのベースとなる経済分析

---

12 グレゴリー・W. ノーブル（伊藤正次訳）「産業規制」樋渡展洋＝三浦まり（編）『流動期の日本政治』243頁〔2002年〕。
13 規制緩和・規制改革関係の全般的な経緯については、落合（監修）・前掲書〔註1〕3頁以下。
14 三輪芳朗『規制緩和は悪夢ですか』28～30頁〔1997年〕。
15 ノーブル・前掲〔註12〕246頁以下参照。
16 中谷巌＝大田弘子『経済改革のビジョン』11頁〔1994年〕。
17 たとえば、伊藤隆敏『消費者重視の経済学』〔1992年〕、吉田和男『行革と規制緩和の経済学』〔1995年〕。

が欠如しているという意味において、規制緩和の「戦略」が不明であると指摘する[18]。

規制緩和を推進する側の理念の曖昧さは、これに反対する論者の間に、規制緩和とは本来必要な規制の放棄ではないか、という疑念を生じさせる。1995年に複数のジャーナリストがまとめたとされる『規制緩和という悪夢』と題する書物は、「結局、ことの本質は、大手〔企業〕による『企業行動・完全自由化要求運動』にあったことが透けて見えてくる」と結論づける[19]。こうした立場に立つ論者から見れば、規制緩和がもたらすものは「無制約のルールなき利潤獲得の自由」だとされるわけである[20]。そこには、競争の圧力こそが企業に対する最大の「制約」であり、「完全に自由な」競争が欠如しているときほど企業は消費者の利益に目を背けることが可能になる、という問題意識はまったく見られない。

翻って考えれば、戦後のわが国の経済システムは、国家が直接に生産手段を支配する比率はむしろ少ない体制であったのではないか[21]。わが国における国有企業ないし公社・公団としては、鉄道（国鉄）・道路（道路公団）・航空（日本航空）・電気通信（電電公社）・政府系金融（輸銀・開銀・住宅金融公庫等）等が数えられようが、石炭・鉄鋼・電力・水道・国際電気通信等を戦後に国有化した英国や、銀行・電力・ガス・石炭・自動車（ルノー）・マスコミまで国有化したと言われるフランスと比較すれば[22]、むしろ抑制的だと言うべきであろう。中でも、製造業、および石炭・石油を含めた原料供給・エネルギー関連事業の自由度は際立っている。それに対して金融（とりわけ銀行・保険）や電力、鉄道事業等、「公共性」「公益性」が要求されると考えられた産業については、資本の所有を民間セクターに残しつつ規制が及ぼされた。そうだとすれば、状況はむしろ米国と類似しているのであり、規制と競争のいずれが、公共性の確保という政策目的に、より適しているかという問いが立てられるべきであったと言えよう。それにもかかわらず、規制改革（規制緩和）の理念が曖昧なまま今日に至っているとすれば、わが国は、国家の役割についての考え方の転換をいまなお経験していない、世界的にも稀れな国と言わざるを得ないのではあるまいか。

このような背景の下ではじめて、「消費者契約法は規制緩和の時代に逆行する」という主張の意味を理解することができる。この主張の前提には、まさに、規制緩和を企業の行動の自由と等置する考え方があるからである。しかし、規制の改革が、その本来の理念のと

---

18 白川一郎『規制緩和の経済学』20頁〔1996年〕。

19 内橋克人とグループ2001『規制緩和という悪夢』121頁〔1995年〕。この記述が、純粋持株会社を一律禁止した独占禁止法9条の改正要求（その後1997年に実現した）を論評した直後に書かれている点はきわめて興味深い。諸外国ではそもそもこのような一律の規制が存在しないこともあり、このような制度改正を規制緩和に含めるというとらえ方自体が、わが国独自のものではないかと思われるからである。

20 本間重紀『暴走する資本主義』25頁〔1998年〕。

21 戦後のわが国の経済システムに関しては、従来からさまざまな俗説が存在する。最近でも、たとえば小林英夫＝岡崎哲二＝米倉誠一＝ＮＨＫ取材班『「日本株式会社」の昭和史』〔1995年〕は、昭和初年の満州国で試みられた計画経済が戦時体制下で本土にも導入され、戦後の日本経済の基調として受け継がれたという理解にもとづいて書かれている。しかし、同書が記述する歴史的事実を一見すれば、資金・資源等の各種の生産要素を分配し、生産計画を綿密に立てることで重工業中心の経済発展を目指した満州国と、民間企業の創意を優先し、行政はその補完的な役割を担った戦後の高度成長との違いは歴然と理解される。同様に、通商産業省による「産業政策」と行政指導がわが国の経済を組織的に発展させたという、一時期に海外でもてはやされた見方も、事実に裏づけられているとは言えないことが10年以上前に論証されている(DANIEL I. OKIMOTO, BETWEEN MITI AND THE MARKET: JAPANESE INDUSTRIAL POLICY FOR HIGH TECHNOLOGY (1989))。

22 ヤーギン＝スタニスロー・前掲書〔註2〕・上巻44～52頁。

おり、消費者の利益を最もよく達成するための規制を追求する政策として行われているのであれば、等しく消費者の利益を目的とする消費者契約法との間に、目的の次元での対立はない。真の問題は、それぞれの政策手段としての有効性をいかに評価するか、であるはずであろう。

3．規制の代替としての消費者契約法

わが国では規制の改革が本来の意味において理解されず、企業活動の制約を取り除くという側面のみが強調されたとすれば、消費者団体等の間に、規制緩和が消費者の利益を脅かすという危惧が生まれたとしても、不思議ではないであろう。こうして、消費者利益を増大させるはずの規制改革が当の消費者から最も強い抵抗を受けるという、一見奇妙な現象が観察された[23]。その延長線上に、規制緩和によって「奪われた」消費者の利益を、それに代替するシステムの構築を通じて維持しようとする考え方が生まれる。消費者契約法に対しても、このような文脈において、規制緩和の時代であればこそ必要だとの期待が寄せられた。

しかし、このような考え方には、いくつかの点で慎重な検討が必要である。第一に、仮りに従来の規制が消費者の利益をよく守るものであり、規制の「緩和」によってそれが撤廃されてしまったとすると、消費者契約法が従前の規制の代替物たり得るとは、当然には言えない。わが国の規制改革のプロセスにおいては、「事前規制から事後規制へ」、「行政規制から民事規制へ」という考え方が一つの機軸をなしてきたように思われるが[24]、事後的な民事責任の追及を可能にする法制は、それが事前に抑止効果を持ち、事業者の行動を変化させる限りにおいてのみ行政規制に代替し得るはずである。たとえば製造物責任法は、損害賠償責任の可能性が抑止効果となって、欠陥のない製品を供給するインセンティヴを製造業者に与えるから、事前の安全規格設定等に代替する可能性がある[25]。これと同じような意味において消費者契約法が抑止効果を持つか否かは、個別の問題（抑止しようとする行動）ごとに検討される必要があろう。

第二に、より本質的な問題は、従来の規制が消費者の利益を有効に守ってきたという前提じたいの当否である。事前の行政規制とは、典型的には事業者の免許制、勧誘員の登録制、商品の認可制等、価格・商品および参入の規制である。それらの規制は、消費者にとっての取引社会を「なじみのある」範囲に限定する効果はあるが、だからといって消費者に不利益が発生しなくなるわけではない。とくに、価格の高さや品質の悪さ、商品・サービスの種類の乏しさといった側面での消費者の不利益は、取引社会が閉鎖的であるほど深

---

[23] 白川・前掲書〔註 18〕・40～41 頁、吉田・前掲書〔註 17〕・191～192 頁。ただし、少なくとも現在では、消費者団体も規制緩和に対して一律に反対しているわけではないようである（落合ほか・前掲〔註 3〕40 頁（原早苗発言）参照）。

[24] たとえば、八代尚宏『規制改革――「法と経済学」からの提言』38 頁以下〔2003 年〕。

[25] 「後で賠償金が支払われても、被害者にとっては取り返しがつかない」ことを理由に、製造物責任制度は公的な安全規制に完全に代替できるものではないとする見解（松本・前掲〔註 4〕・716 頁）は、本文に述べた抑止効果を無視している点で、正しくない。八代・前掲書〔註 24〕・40 頁の「事後的規制とはより実効的な『市場での常時規制』である」という記述は、この意味に理解することができよう。

刻な問題となる可能性が大であろう。規制緩和に批判的な論者がしばしば取り上げる安全性の確保についても、競争を抑制すれば、事故を起こしても淘汰されないので事故防止へのインセンティヴはむしろ弱まるのではないか、との指摘がなされている[26]。

規制改革とは結局のところ、消費者の利益を増大し、社会の経済活動を一層効率的なものとするためにはいかなる制度設計が望ましいか、という問題である。そして、さまざまな形態の価格規制や参入規制とともに、消費者契約法をもあり得る制度設計の一つとして選択肢の一つに含める考え方は成り立ち得よう。しかしその場合には、他の形態の規制と同様に、消費者契約法についても経済活動に対する効果を検証しなければならない。言いかえれば、この角度から見ても政策手段の有効性の評価が本質的な問題であり、その過程を経ずして消費者契約法に過度の期待を寄せることは、いかに「規制改革の時代」であっても、当然には、正当とは言いがたいのである。

4．消費者政策の費用便益分析

このように規制改革の問題は、規制の費用便益分析に帰着する。ところがわが国では、規制の改革が進められる過程で本格的な費用便益分析が試みられた例は、ほとんどない。それに代わってしばしば用いられたのは、「社会的規制」と「経済的規制」の類型論である。政府の政策のレベルでは、1988年の第2次行革審答申「公的規制の緩和等に関する答申」が、「経済的規制は原則自由、社会的規制は必要最小限に」という考え方をはじめて示し、その後の経済改革研究会等においても基本的に踏襲されてきた。

ここで「経済的規制」「社会的規制」とは、規制緩和以前の伝統的な経済学で用いられていた概念である。経済学では、価格メカニズムによって最も効率的な価格と産出量の均衡が達成されない状態を「市場の失敗」と称するが、伝統的な経済学では、これがさらに二つの類型に分けられる[27]。その一として、市場の失敗が独占によってもたらされる場合には、価格や参入・退出、品質、品目等を直截に規制しなければならない。これを「経済的規制」と呼ぶ。他方、市場が失敗する類型の二として、経済活動が外部性を伴う場合がある。これに対しては、外部性の発生を矯正する目的で、労働安全、大気汚染・水質汚染の防止、安全規格等の規制が必要となるが、後者に属する規制が「社会的規制」である。わが国の規制緩和政策は、やや奇妙なことにこうした伝統的な概念に依拠しつつ、経済的規制を「悪い規制」、社会的規制を「よい規制」と色分けしたと言ってよいであろう。社会的規制についても「必要最小限に」止められるべしとされてきたのではあるが、その理由は、社会的規制を名目として実態は経済的規制にすぎないものが正当化される例があるという点に求められていた[28]。

しかし、経済的規制であれ社会的規制であれ、その目的によって規制の存在を正当化す

---

[26] 八代・前掲書〔註24〕・40頁。八代教授は続けて、「事業者の安全対策もサービスの質を構成する大きな要素であり、むしろ市場競争を通じて向上する面も大きい」と述べる。
[27] PAUL A. SAMUELSON & WILLIAM D. NORDHAUS, ECONOMICS 521-522 (12th ed., 1985).
[28] 中谷＝大田・前掲書〔註16〕・14頁。

るのでは、規制改革の理念に反する。正当な目的のための規制であっても、実効的な形で、かつ、できる限り経済活動をゆがめないように設計されなければならない、という点こそが規制改革の出発点のはずである。もっとも、規制緩和が相当程度進展し、純粋な経済的規制がほとんど姿を消した現在では、むしろ社会的規制の方が改革の主要な対象となった観もあり、端的に規制の費用と便益を問題とする考え方も示されている[29]。しかし、それは当初の規制緩和政策に際して唱えられた考え方と同じではないことに、十分な認識が持たれているのか、疑問がないわけではない。

規制改革の文脈において消費者契約法の正当化が試みられる場合にも、規制改革が規制手段の選択の問題であることは見落とされがちである。たとえば、情報の非対称性等から生ずる「市場の失敗」を挙げて消費者契約法の存在意義を説明しようとする主張があるが、それだけでは、独占は「市場の失敗」の一類型であるとして価格規制や参入規制を肯定した従来の経済学といくばくの隔たりもないであろう[30]。現時点で取り組まなければならない問題は、情報の非対称その他の市場の失敗に対して「いかに」対処するか、にこそ存するからである[31]。

したがって、本来であれば規制改革の過程では、特定の政策目的について、それを達成する手段を複数挙げて費用・便益が比較されなければならない。そして、検討の対象となる手段の中には、およそ放置するという選択肢も含められるべきである。具体例として、本書第二部第四章で詳細に検討されるインターネット・オークション取引の利用者保護を取り上げるならば、インターネット・オークションにかかわる消費者トラブルとしては、取引当事者の匿名性に由来して、代金支払いまたは商品引渡しが履行されないという問題が指摘されている。これに対しては、①あえて問題を放置する、②身元確認の仕組みが導入されるような政策をとり匿名性を解消する、③エスクロウ等のその他の仕組みにより匿名性を保ちつつ取引の履行を確保する、といった選択肢が考えられる。①をとればネットオークションは危険な取引だという認識が広まり、一般の利用者は次第にその利用を避けるようになると予想されるので、オークション主催者は自発的に②または③の仕組みを導入するであろう。そのような事業者の自発的な対応では費用が大きすぎる場合や、自発的に導入された仕組みには利用者からの信頼が得られないといった場合であってはじめて、何らかの法制度が要請される。その上で、その場合の法制度として、いかなる内容のものが望まれるのかについての検討が、さらになされなければならない。規制の費用・便益の比較とは、このような作業の積み重ねとなるはずである。

このような費用・便益分析がわが国で行われないことと密接に関連するのは、法制度の

---

[29] 八代・前掲書〔註24〕・29頁以下。

[30] 落合誠一『消費者契約法』179頁以下〔2001年〕。もっとも、落合教授も別の文献では、「国家の介入は、それ自体コストを要し、またいわゆる規制の失敗も考慮しなければならない」ので、市場の失敗からただちに消費者法の存在を正当化することはできない、と述べている（落合誠一＝及川昭伍（監修）『新しい時代の消費者契約法』14～15頁（落合誠一）〔2001年〕）。

[31] 三輪芳朗「消費者契約法」（CIRJE-J-90）35～36頁〔2003年〕は、経済学者にとって情報の非対称性等は規制を正当化する必要条件にすぎないのに対し、法律学者はそれを十分条件であるかのごとく引用し、安易に規制を正当化する

設計に際して分析のためのコストを要するという意識の欠如である。規制緩和政策が始動する以前の1975年に、竹内昭夫博士は「法律の設計には金と人手がかかるのが当然だという認識の確立」を訴えたが[32]、規制の改革が優先的な政策課題となった今日こそ、この指摘は重く受け止められるべきであろう。

5．結語——消費者契約法のとらえ方

消費者契約法の制定は、規制改革の進行と時期を同じくしたために、規制のあり方との関連において議論されるようになった。立法の目的にも、消費者紛争の増加と並んで、「市場メカニズムをより重視する社会への転換のための環境整備」という観点が挙げられている[33]。しかし、前述のとおり、消費者契約法が「規制」そのものであるならば改革の対象となる規制と同様の費用・便益分析がなされるべきであるし、「市場の失敗」があり得るというだけでは、その正当化として十分とは言い難い。

しかし、そもそも規制とは経済政策の一環にほかならず、その意味で、時の政策決定に従属する存在である。言いかえれば、何らかの政策の転換があるときには容易に改廃の対象となる。はたして、消費者契約法をそのようなものとして認識すべきであると、異論なく考えられているであろうか。消費者契約法が経済活動のあり方に対して一定の影響を及ぼすことは否定しがたいが、同時に、それが「民事ルール」ないし「私法」に属する点にも疑問は持たれていないように見受けられる。そして、「私法」とは時局の変化や政策の選択から独立した自律性を有するものであると、伝統的には理解されてきたのではなかったか[34]。

もとより、このような「私法」としての側面を強調することは、規制の費用・便益分析を省略するための遁辞となってはならない。言いかえると、消費者契約法が政策判断とは別次元の存在として、費用や効率性による正当化から解放されるためには、もはや、技術的に定義された「事業者」と「消費者」の関係に限定して適用される特殊なルールではなく、契約法のより根源的な理念に位置づけられる必要があるのである。そして、法律家には、時代を超えてその価値を守る覚悟が要求されよう。「規制改革と消費者契約法」を真に論じようとする限り、規制の効果を本格的に分析するか、私法の自律性を擁護する立場を貫くか、いずれかに与する緊張感を免れることは許されないのではあるまいか。

と指摘する。

[32] 竹内昭夫「法律学的生産力」『現代法学全集第52巻・付録6』2頁〔1975年〕。

[33] 落合・前掲〔註30〕・173頁以下。

[34] 小塚荘一郎「消費者契約法と商法」ジュリスト1200号88頁〔2001年〕参照。なお、伝統的な私法の理解に即して消費者契約法を考えるべしとする見解は、立法の過程においても存在した（星野英一「『消費者契約法（仮称）の具体的内容について』を読んで」NBL683号13～16頁〔2000年〕など）。

第二部　ケーススタディー

第二部では、損害保険、デビットカード、携帯電話販売、ネットオークション、介護保険の 5 業種をとりあげ、これらを素材として、いわゆる規制緩和の文脈の中での消費者契約法の存在意義についてケーススタディーを行う[36]。各々の事業で問題となる消費者取引の適正化のために、行政的規制、司法的規制、事業者の契約行動による対応が各々どのように機能するかを描き出し、その中で消費者契約法の市場で果たしうる役割を検討することが、第二部の主要な作業である。

はじめに

1．規制緩和と消費者契約法との関係のタイポロジー

消費者契約法が問題となる場面において、いわゆる規制緩和のもつ意味については、次のようないくつかのタイプが想定される。本報告がケーススタディーとしてとりあげる 5 業種はそのそれぞれについて実証の素材を供給するものなのである。

第一に、「規制緩和」は、従来の行政規制を撤廃することで新種の商品・サービスの発生を促すものとして捉えられる。そのようなものとしては、自動車保険契約における運転者特約（第二部第一章）や、キャッシュカード取引におけるデビットカード（第二部第二章）がある。

第二に、新しい商品・サービスが市場の中で自生してきたが、このときに行政的規制を加えることを手控えるという政策思想も、「規制緩和」として捉えられる。携帯電話契約（第二部第三章）やネットオークション契約（第二部第四章）を取り上げる場合に、意識されている規制緩和との関係はそのようなものと考えることができる。

第三に、従来行政が担っていた役割を、市場における私人の経済活動に委ねることもまた、規制緩和として捉えられる。介護保険制度における介護サービス契約・ケアプラン作成支援契約（第二部第五章）を取り扱うことはこの意味から理解される。

2．契約の機能的タイポロジー

上記のような意味での「規制緩和と消費者契約法」を問題にする際には、個々の規制が問題となる市場において、契約という手法が果たしている機能は何かという視点が重要である。

このような契約の機能としては、次のようなものがあると考えられ、第二部のケーススス

---

[36] なお、本稿は 2003 年 5 月末までに収集した情報に基づき執筆した。

タディーの対象となる上記 5 業種は、そのそれぞれに検討の素材を供給するものともなっている。

第一は、商品そのものとしての契約である。自動車保険契約における運転者特約はその好例である。

第二は、リスク負担への同意調達としての契約である。キャッシュカードへのデビットカード機能の付加においては、この観点から銀行との間の約款中の一方的変更条項が検討される。

第三は、不確実性の吸収のメカニズムとしての契約である。携帯電話契約における販売奨励金をめぐる特約は、その好例である。

第四に、市場を作る契約である。ネットオークション契約は、従来存在していなかった市場を作り出す契約であり、介護保険制度は、従来行政の「措置」に委ねられていたサービスを、市場における「契約」に移行させる試みであるといえる。

3．ケーススタディーの検討対象と方法

以上のように機能的にタイプの異なる契約が問題となる業種ごとにケーススタディーを行って、第二部では、契約に対する司法的規制および行政的規制が、当事者の契約行動との相互作用の中で、いかなる機能を果たしているか、特に司法的規制としての消費者契約法の機能如何を中心に検討を加える。

（1）規制の効率性の検討の視点

本報告の「規制緩和と消費者契約法」という問題設定からは、それらの規制の経済的効率性が問題となる。

①検討の前提

規制の効率性の検討のためには、いくつかの視点が存在するが、以下の検討が採用するアプローチについて、いくつかの前提事項を確認しておこう。

A．「規制」

まず、本報告は、規制を機能的に把握する立場からの帰結として、「規制」の語を広義に捉え、民事裁判も司法的規制としてこの中に含めて考える。

B．「取引費用」

以下での検討においては、規制の効率性を、広義の取引費用という観点から問題にする。すなわち、まず第一に、司法的規制・行政的規制が、当事者の取引行動にどのように作用するかを、当事者、特に事業者の取引費用の変化として取り出すことを作業の出発点とする。また、それと並んで第二に、そのような司法的規制・行政的規制が、規制主体にとっ

てどのような規制の費用を生じさせるかも、併せて検討する。

そのためには、実際に検討する業種において、既に実施されている、あるいは実施が決定／検討されている規制をとりだし、これを、行政的規制、司法的規制にわけ、またこれとならんで、事業者の契約行動による対応を明らかにする。その各々について取引主体（事業者、利用者）および規制主体（行政機関、立法府、裁判所）が負担する費用は、決定費用、情報費用、交渉費用に分類することができる。ここでいう決定費用は、その対策をとるために直接かかる費用、情報費用はその対策に付随して必要な情報収集・伝達費用、交渉費用はその対策をとるために関係者と交渉する費用である。このような費目を共通に問題にできるという点で、事業者の取引費用と規制主体の規制の費用との間には質的な共通性があり、その意味で、規制費用もまた広義の取引費用の一形態として取り扱うことが許される。

研究能力及び資料の制約から、これらの費用の検討を定量的に行うことはできないが、それが傾向としてどのように増減するか、それぞれの費目がどのように関連し合うと考えられるかについて一定の見通しを示したい。

C．取引費用と社会的効率性

このように取引費用に着目するという場合には、その検討が社会的効率性について、いかなる含意を持つかについては注意を要する。というのは、ウィリアムソン流の取引費用をどのように実証的に積み上げても、その単純な総和が、直ちに社会的費用を意味するとはいえないからである。

まず、第二部の検討の中では、個々の業種に関して、規制と契約行動との相互連関に取引費用の増減の分析から、規制当局にとっての規制の取引費用効率性と、事業者にとっての規制の持つ取引費用効率性とを、それぞれ別個に問題として、評価することはできる。このうちの前者において問題となる、最終的に規制主体が負担する規制の費用は、その増加が、社会的費用を増加させることだけは明らかであって、その節約が社会的効率性を高めるとは言いうるであろう。

他方で、後者において問題となる取引費用の増分は、取引行動を通じて供給の限界費用に作用するものであって、それが少ないほど市場における均衡に近づく点で社会的効率性上望ましいといえるであろう。

②取引費用に関する検討項目

第二部の検討が取引費用について検討する項目は、次のように整理される。

A．規制主体にとっての「規制の費用」

第一に、当該規制によって規制主体にはどのような決定費用、情報費用、交渉費用が発生しているかである。例えば、ネットオークションにおいて、身元確認および市場監視を

事業者が行なうことを義務付ける場合、規制を策定する費用、事業者の行動の監視の費用等は規制主体が負担する。

この点で、検討において特に留意すべきは、事業主体が市場を通じて取引費用を節約する動的なプロセスを阻害しない規制を選択することによって、取引主体の契約行動と規制との最適な組み合わせを発見する費用が節約されないか、あるいは逆にそうでない介入的な規制によってこのプロセスを阻害してしまわないかという視点である。例えば、携帯電話の短期解約に対し、利用者に違約金を求める販売事業者の行動は、一時消費者問題となり裁判に発展したケースもあるが、直接的な行政的規制は行なわれず、事業者（携帯電話の通信事業者・販売事業者）の契約行動の修正により収束したことが示唆的である。

B．事業者の取引費用

第二に、事業者に目を転じて、規制によって取引主体にもたらされる決定費用、情報費用、交渉費用の変化を検討する。

まず、規制の費用の一部は、どのように事業者の取引費用に転嫁されているかが問題とされる。例えば、ネットオークションで身元確認と市場の監視を事業者に対して義務付ける場合、規制主体の市場監視費用は一部事業者に転嫁され、さらに、これを受けて事業者が身元確認のために利用者から徴収する利用料を引き上げる場合、市場監視費用は、結局のところ事業者から利用者に転嫁される。またデビットカードも含め、一般に取引上のトラブルに対して保険を組み合わせることを規制によって義務づける場合、それは利用者にフィーとして転嫁され得ることも念頭に置くべきである。

次に、このようにして規制当局から事業者に転嫁された費用が事業者においてどのように節約されるかも問題となる。例えば、ネットオークションの安全策としては、大規模な事業者はコスト負担の大きい手法も含め様々な対策を講じているが、小規模事業者では「出品者、落札者の評価」や「トラブル情報の公開」など、比較的コスト負担の小さい対策をとる事業者が多い。

さらに規制が導入されることによって取引費用が節約されることはないかが問題となる。例えば、消費者トラブルを生じさせないための仕組みが行政主体により検討・計画され、それにもとづき事業者に一定の行動が義務付けられる場合、事業者自身で安全対策を検討する費用の一部は節約される。

（2）ケーススタディーの作業枠組み

次章以下でおこなうケーススタディーにおける作業の枠組みを叙述の構成に即して簡単に整理しておこう。

①題材選択の趣旨

まず、当該業種及び契約をケーススタディーの対象とする理由を簡単に述べる。

②市場概観

次に、当該業種及び契約の実際を、取引の構造、取引の実際、市場構造などに即して概観する。

③当該取引をめぐって生じるトラブルと対応策

その上で、当該業種及び契約において特に消費者紛争として、いかなるトラブルが生じているかを取り上げ、またそれに対して、いかなる対応がなされているかを、事業者の契約行動、司法的規制、行政的規制として詳述する。特にその際、立法後日も浅い消費者契約法がどのように活用されているかに関しては、裁判例のみならず、国民生活センターで公表している消費者相談事例や消費者相談員へのヒアリングも参照する。

④市場へのインパクトと反応の分析

A．市場へのインパクト

3．(2)③によって明らかとなる事実から取引費用の分析を行うために、その前提として、それらの事実を市場にもたらされたインパクトとして整理して、そのインパクトに対して、当事者の契約行動および司法的・行政的規制がどのように相互連関しながら反応して市場の現況を作り出していったかを見る。

市場へのインパクトとしては、第一に、規制の環境の変化が考えられる。すなわち、従来の規制が緩和されたことが、新規の取引形態を誘発したり、あるいは反対に、新規に規制が導入されることによっても、当事者の契約行動は影響を受ける。自動車保険は前者の例となる。第二に、規制の変化とは関わりなく生じた新規商品（あるいはその振興策）がもたらす変化も考えられる。デビットカードやネットオークションはその例として考えられるであろう。第三に、技術的イノベーションから生じた不確実性がもたらす変化が考えられる。携帯電話契約においてはその例が見受けられる。

B．インパクトへの対応の記述

このようなインパクトは、当事者の契約行動にどのような変化をもたらすであろうか。それはいかなるトラブルを生み出し、その結果いかなる司法的・行政的規制を惹起するであろうか。このようなインパクトをめぐる契約行動・司法的規制・行政的規制の相互連関を、1．2．にみたような取引費用の変動に留意しつつ実証するのが、第二部の検討の本体部分を形成する。

⑤消費者契約法の果たしうる機能

以上の分析を踏まえて、当該取引についての規制のあり方を考える。特に、契約行動・司法的規制・行政的規制の連関の中で、特に司法的規制はどのような機能を営むか、その中で消費者契約法がいかなる意味を持つかを最後に検討する。このことはしばしば、消費

者契約法が適切に機能するために、それを補完する法制度・法理論のいかなる整備が必要かについても示唆を与えることになろう。

第一章　損害保険

第一節　題材選択の趣旨

損害保険は、従来、参入、商品内容、価格に事前の認可を必要とする事業であり、損害保険業界は保険業法を中心とした法令に基づいた行政的規制の厳しい業界のひとつであった。しかし、1987年の「新しい時代を迎えた損害保険事業のあり方について」以降の一連の保険審議会答申、および1996年に決着した日米保険協議の結果を受けた1997年の保険業法改正以降、急速に規制緩和が進展した。自動車保険は、法律により全社同一・同価格の商品の販売を義務付けられていたが、現在は各社個別に商品開発・販売を行なっている。

2003年4月現在、各社は独自の補償の販売や契約条件の限定による割引を行ない、自動車保険の引受を行なっている。規制緩和後に開発された補償や割引としては、下記のようなものがある。

＜1＞新たな形態の損害補償を内容とするもの

自損事故や、自分に過失がある場合、相手方が無保険者である場合など、従来型の自動車保険では保険金支払いの対象とならなかった治療費が、責任の所在や過失に関係なく支払われる「人身傷害補償」、家事をする人が入院した場合の「ホームヘルパー費用」、通常保険会社のサービスで行われる示談では解決できず、民事裁判になった場合の「弁護士費用」、交通事故の被害者が死亡した場合に22歳以下の遺児の学費を支払う「遺児学費」等。

＜2＞補償の対象となる場合を限定して保険料を割り引くもの

補償の対象を、運転者が家族である場合や、運転者が一定年齢以上の場合に限り、保険料を割り引く「家族限定割引」、「運転者年齢条件不担保特約」等[37]。

＜3＞従来の補償の対象範囲を追加保険料により拡大するもの

事故により保険を利用すると、通常翌年からの等級がダウンして保険料が上昇するが、割増保険料の支払いにより事故による保険金請求1回に限り翌年の等級がダウンしないこととする「等級プロテクト特約」、「運転者年齢条件不担保特約[38]」の年齢条

---

[37] これらの割引の一部は規制緩和の進展前から提供されていたが、規制緩和進展により割引が行われる種類が増え、また、割引の対象が細分されるなどの変化が生じた。

[38]運転者年齢条件不担保特約とは、運転者の年齢が一定年齢（21歳、24歳、27歳、30歳、35歳の5区分）未満の場合に不担保とする特約で、年齢条件のない契約（全年齢担保の契約）に比べて保険料が割安になる。

件を満たさない者が臨時に運転している際の事故を補償の対象に含める「臨時運転者特約[39]」、記名被保険者の子供が運転するようになったとき、特約をつけることによって比較的安い保険料で子供の事故も補償する「子供特約」等。

＜4＞被保険自動車、運転者のリスクに応じて保険料を細分化するもの

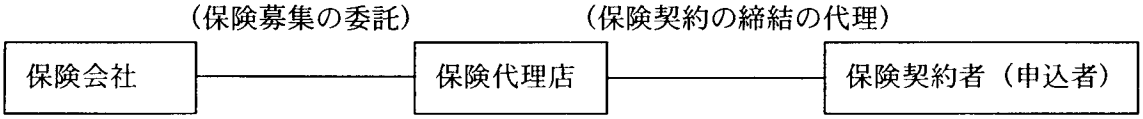
自動車の使用目的別、年間走行距離による保険料率の細分化や、「盗難防止装置割引」、「ゴールド免許証割引」等。

本稿では、従来の規制が緩和された結果、事業者の行動が変化した例として自動車保険をとりあげ、規制緩和により商品の多様化が進む中で、事業者が変化にどのように対応するか、そして、変化に伴うトラブルを行政的規制、民事的規制、事業者の行動によりどのように抑止できるか、また、この中で消費者契約法が他の行政的・民事的規制とどのような相互作用を持つかを、「臨時運転者特約」を素材として検討する。

第二節　市場概観

1．取引形態・契約構造

自動車保険契約の締結にあたっては、通常、保険会社と代理店契約を締結した損害保険代理店が、利用者（契約者）に契約内容を説明し、契約を締結する。つまり契約の当事者は消費者および保険会社であるが、代理店が保険会社の代理人となる[40]。



代理店が利用者に対して保険の内容を説明する際に用いる文書は、代理店が独自に作成する場合もあるが、保険会社の作成したパンフレットや企画提案書を用いる場合も多い。契約書類、約款は、保険会社が作成したものを用いる。実際には募集用パンフレットや「ご契約のしおり」等を用いることが多く、保険約款そのものにより説明することはあまりない。

保険契約者は保険契約申込書により保険契約を締結する。自動車保険では「重要事項説明書」は申込書に添付されている。

---

[39] 詳細は後出（本章第三節 2.）。

[40] 実際には保険会社の店頭での申込みや、直販型保険会社のインターネットでの契約など、保険会社が直接利用者と契約を締結する場合もあるが、本稿では代理店を介した契約について検討する。

その上で保険会社は、保険契約者に保険証券および普通保険約款・特約条項を送付する。

保険会社は保険代理店に対して以上の販売実務に関する指導・支援を行う。契約書はすべて、保険会社が作成したものを用いるが、保険会社の作成したパンフレットや「ご契約のしおり」を、代理店が顧客に交付することは義務づけておらず、代理店が独自の勧誘・説明文書を作成している場合もある。

2．市場の状況

（1）市場の状況（自動車保険）

日本の損害保険市場は従来新規参入、撤退が少なく、会社数の変動はあまりなかった。しかし、1997年の保険業法改正による自由化の前後から、生命保険会社の子会社や金融以外の他業種・海外からの新規参入者が増加し、1995年には49社（日本社・外国社計）であったが、1998年10月末には57社となった。その後、日本社を中心した合併・再編や外国事業者の参入、撤退を経て、2003年4月現在は55社となっている。

自動車保険は、自動車の所有者に法律で加入を義務付けられた自賠責保険の上乗せとして、民間の損害保険会社が販売する保険である。自動車事故の相手方に対する対人賠償（自賠責保険を越える部分）・対物賠償、付保された自動車の搭乗者の傷害・死亡、車両の損害の補償の4つの補償から成り立つ。商品の普及率はきわめて高く[41]、認知度も高い。

従来、自動車保険の安定的な供給のため、「自動車保険料率算出団体に関する法律（料団法）」により、「自動車保険料率算定会」の算定した料率（算定会料率）を遵守することが民間の損害保険会社に義務づけられていた。このため、民間の損害保険会社が販売する自動車保険はすべて、運転者の過去の事故歴や年齢条件等による区分を用いた、同一内容、同一価格の商品であった。

近年、段階的な規制緩和により、自動車保険の商品・販売網の多様化が進展し、現在は保険会社ごとに商品・料率が異なっている。また、契約条件も利用者の要望に応じて様々な選択が可能となっている。

自動車保険分野における規制緩和の進展を見ると、まず1997年の保険業法の改正で、従来よりも細かく分けた[42]料率により保険の引き受けを行なうことが認められた。この料率を用いた「リスク細分化型」の保険は、まず外資系や国内の他業種からの新規参入の保険会社が、通信販売により販売を開始した。

1998年7月には、算定会料率の遵守義務が撤廃され、料率は完全に自由化された。自由化後もしばらくは、各社とも従来型商品に大きな変更を加えないまま保険を販売していた。しかし、1998年9月に国内大手のA社が、従来型よりも補償の厚く、価格のやや高い商品の販売を開始、同年10月にB社が国内大手社では初めてリスク細分型の商品の販売を開始

---

41 2001年末の対人賠償保険の加入率は70.4%（損害保険料率算出機構調べ）。

42 具体的には、（1）年齢（2）性別（3）安全運転歴（4）使用目的（5）年間走行距離（6）使用地域（7）自動車の種別（8）安全装置の有無（9）所有台数の九つの項目である。

して、以後各保険会社ごとに商品開発・価格競争が展開されるようになった。その結果冒頭に述べた多様な自動車保険商品が提供されるに至ったのである。

第三節　当該取引をめぐって生じるトラブル

1．取引の特徴と問題の背景

損害保険は、契約が商品そのものであるという目に見えない商品であり、また、実際に事故が起きないと利用者は具体的なサービスを受けることが無いため、一般のサービス商品に比しその内容を理解しにくい。さらに、近年の自由化の進展により各社の商品・料率が多様化し、利用者にとって加入している保険の内容を把握することは、以前より難しくなっている。自由化が進展した後の自動車保険についての報道では、「保険料の多様化は、有利な条件の保険会社を選ぶ権利をドライバーに与えている[43]」と自由化のメリットを評価する一方、「自動車保険を選ぶときに最初に考えるのは、保険料金の安さと補償内容のバランスだろう。ただ、パンフレットを見ても、様々な特約のついた商品が並んでおり、かなり難解だ[44]。」と、利用者にとって商品の理解が難しくなったことも指摘されている。

国民生活センターのホームページには、損害保険にかかる事例は記載されていないものの、類似の制度である自動車共済の相談事例として、2001年3月に「判断基準が不明瞭な自動車共済の搭乗者傷害特約」を紹介しており、そこからは自動車保険をめぐる消費者トラブルのイメージを窺うことができる。

この事例では、相談者が事故によりケガをし、治療期間が9ヶ月、その間の通院日数は78日にわたった。加入する自動車共済の治療共済金の申請をしたところ、共済金の支払は「43日分」との回答があり、その金額が共済金として振りこまれた。相談者は、「78日分」の支払を求め、センターに相談した。相談者の加入していた共済約款上では、共済金の支払の条件は、「支払事由　傷害を受けた日から200日以内に医師の治療を受けたこと。共済金の額：治療共済金日額×入院しなかった治療日数（治療を始めた日から平常の生活または業務に従事できる程度に治癒した日までで、傷害を受けた日から200日までの期間以内の治療日数に限る）」とされており、この点について契約者は十分理解をしていなかった。本件の問題点として、同センターでは、「約款が契約後に渡されていたこともあり、相談者は約款を読んでいなかった。しかし、実際の通院日数が補償されるものと思っていたとの相談者の申し出は非常識ではないと考える。多くの消費者にとって、共済約款は理解しにくいものと考える。わかりやすい内容や表現を事業者に望む。」と、事業者に対する警告を発する一方で、「消費者も約款をよく読み、わからないところは納得のゆくまで事業者に説明を求める姿勢が必要である。」と、契約の際には利用者の側でも商品内容を理解するよう

---

43 「〔きんゆうファイル〕多様化する自動車保険　条件に応じて,より『お得』に」（2001年7月31日東京読売新聞夕刊）
44 「〔知って得する暮らし百科〕自動車保険　補償と保険料の『バランスが肝心』」（2002年6月10日毎日新聞朝刊）

努める必要があることを指摘している。

2．本稿で検討する問題

損害保険分野では商品・価格の規制緩和がすすみ、自動車保険についても、多様な内容の商品が販売されるようになった結果、従来からの商品でも問題となることがあった「自分の契約が補償する範囲」の正確な把握が、利用者にとってますます難しい状況となっている。

本稿では、自由化後に発売された特約「不担保の適用に関する特約（以下「臨時運転者特約」）」を題材に、規制緩和により進展した保険商品の多様化、複雑化を受け、従来に増して広がる事業者と利用者との間の情報格差をどのように埋めるか、また、情報格差により利用者が損害を被る場合、これをどのように救済するかを検討する。

「臨時運転者特約」とは、「一定年齢に満たない運転者が運転中の事故については補償しない」という「運転者年齢条件不担保特約」を付した自動車保険に付帯して、年齢条件を満たさない者が臨時に運転している際の事故を補償の対象に含める特約である。つまり保険契約にとってはいわば例外の例外に当たる特約条項である。「運転者年齢条件不担保特約」を付して運転者を限定すると、リスクが小さくなることから保険料が割引となるため、自動車保険は家族など通常自動車を使用する者の年齢に応じた「運転者年齢条件不担保特約」を付して契約されることが多い。しかし、たとえばゴルフの帰りなどに普段その自動車を運転しない人が運転する場合に、運転者がたまたまその自動車の年齢条件に満たない場合、その運転者の運転中の事故は補償されないことになる。このような制約を解消するため、臨時に運転する場合に限ってその運転者について「不担保」となる年齢条件を除く特約である臨時運転者特約が開発された。

ただし、記名被保険者と一定の関係にあり、「臨時」の運転者とみなされにくい者については、臨時運転者と認められず、「臨時運転者特約」を付した契約であっても年齢条件を満たしていなければ、その者の運転中の事故は補償されない。つまり、例外の例外のさらに例外が予定されている。

たとえば、保険契約に「運転者年齢 24 歳未満不担保特約」を付けた場合、運転者が 24 歳未満の場合には保険は適用にならない（例外）。しかし 24 歳未満不担保特約のほか「運転者年齢 24 歳未満不担保の適用に関する特約」（臨時運転者特約）を付けることにより、24 歳未満の者であっても、一応保険の対象にすることができる（例外の例外）。ところが臨時運転者特約は次の者を除外している（例外の例外の例外）。

「①記名被保険者
②記名被保険者の配偶者
③記名被保険者又はその配偶者の同居の親族
④記名被保険者又はその配偶者の別居の未婚の子

⑤①から④までの被保険者の業務に従事中の使用人
⑥①から④までの被保険者の使用者の業務に従事中の使用人。
ただし、被保険者が被保険自動車をその使用者の業務に使用している場合に限る。
⑦自動車修理業、駐車場業、給油業、自動車販売業、陸送業等自動車を取り扱うことを業としている者（これらの者の使用人、およびこれらの者が法人である場合はその理事、取締役又は法人の業務を執行するその他の機関を含みます。）。
ただし、これらの者が被保険自動車を業務として受託した場合に限る。」

臨時運転者特約の補償範囲に関するトラブルは、2003年4月時点で消費者相談や裁判等での公表事例はない。しかし、一旦「運転者年齢条件不担保特約」で対象からはずした若年運転者を、さらに別の特約で一部を除き対象に含めるという複雑な契約内容について、利用者が補償の範囲を十分理解せずに契約を締結する場合が想定される。

利用者が契約内容を誤認する場合としては、代理店が誤った契約内容を契約者に告げた場合や、利用者が説明を受けることを拒絶した場合なども考えられるが、本稿では臨時運転者特約付き自動車保険契約について、「代理店の説明内容は誤っていないが、利用者の十分な理解を得られず、その結果として消費者とのトラブルが生じた」場合を想定して、利用者の救済策と防止策について検討する。

第四節　問題となる契約への対応策

情報格差が問題となるもっとも典型的なものは、保険契約の担保範囲についての保険会社の理解と利用者の理解との食い違いである。

第三節１．に掲げた相談事例では、共済契約の補償内容は理解されているが、支給金額の決定方法について、理解が食い違っている例である。このほか、保険契約自体の存否、および、補償の対象となる範囲について争いが生じる場合も考えられる。

このような場合、一方で保険会社が無責と判断すれば、契約者が受け取る保険金は０となり、保険金額によっては利用者の被る損害が数千万円にのぼることもあり得、消費者たる保険契約者にとっては不測の損害を蒙るともいえる。しかし、他方で、保険の契約内容は、同じ条件で契約をしたすべての契約者に対して一律に定められ、そのリスクに応じた保険料が徴収されているため、個別の利用者の理解不足を理由に保険会社の責任を認めることは、契約者の公平上問題がある。

ここでは、保険会社と利用者との間の契約内容の理解のズレがもたらす紛争について、事業者は如何なる契約行動によって対処し、またこの紛争について行政的規制、民事法的規制が如何なる対応を施し、それがどのように機能するかを見ていく。

1．行政的規制

（1）規制の現状

自動車保険事業への参入と、商品価格・内容は、金融庁の事前認可制である。各社が各々のリスク状況や経営戦略に応じ、個別に商品を設計し、料率を算出している。

損害保険業務の監督は、保険会社に関する監督と保険募集に対する監督の両面に関し規定する「保険業法」、および「保険業法施行令」、「保険業法施行規則」、「事務ガイドライン第2分冊　保険会社関係」に基づき行なわれる。

事務ガイドラインでは、金融庁が健全性を監督するという方針が明示されており[45]、保険会社の具体的行動を監督する規制とはなっていない。

保険募集は、保険業法 275 条に定められた者のみが行なうことができる。損害保険については、損害保険会社の役員・使用人、または保険業法の定めに従い内閣総理大臣の登録を受けた代理店・保険仲立人[46]もしくはその役員・使用人に限られる。

（2）行政的規制による対応

①保険業法上の規制

契約締結過程において、代理店は、保険業法 300 条 1 項 1 号（旧「保険募集の取締まりに関する法律（募取法）」16 条 1 項 1 号）の規定により、重要事項を契約者に対して説明する義務を負う[47]。また、代理店の所属する損害保険会社は、代理店が募集について契約者に与えた損害を賠償する義務を負う[48]（保険業法 283 条 1 項、旧募取法 11 条 1 項）。

2001 年 4 月に施行された「金融商品の販売等に関する法律」では、価格変動リスクや倒産リスク、解約期間の制限など 4 項目の重要事項を列挙し、これらの消費者に対する説明を事業者に義務付ける（3 条）。説明義務違反の結果消費者が損害を被った場合、事業者は損害賠償責任を負い（4 条）、消費者の立証は事業者の説明義務違反で足りる。さらに、事業者に、販売の勧誘方針を定めて公表することを義務付け（8 条）、これに違反した事業者は過料に処すと規定している（9 条）。

「臨時運転者特約」の対象とならない範囲を代理店が説明をしていなかった場合、これが保険業法 300 条 1 項 1 号の「保険契約の契約条項のうち重要な事項を告げない行為」にあたるかどうかが問題となる。重要事項の内容について、具体的な行政的指導は行なわれ

---

45 事務ガイドライン「0－4　保険会社に関する苦情受付について」では、「0－4－1　苦情等を受けた場合の対応」として以下のように規定し、金融庁の職務を明確に限定している。「保険会社に関する苦情等を受けた場合には、申出人に対し、当局は個別取引に関して仲裁等を行う立場にないこと及び保険業法等に基づき保険会社の経営の健全性等を確保することが当局の職務であることを明快に説明するものとする。なお、必要に応じ、保険会社および保険関係団体の相談窓口を紹介するものとする。」

46 保険仲立人は「ブローカー」と呼称され、損害保険会社の代理としての契約締結ではなく、仲介のみ行なう。

47 「（保険契約の締結又は保険募集に関する禁止行為）第三百条　保険会社、保険会社の役員（生命保険募集人及び損害保険募集人である者を除く。）、生命保険募集人、損害保険募集人又は保険仲立人若しくはその役員若しくは使用人は、保険契約の締結又は保険募集に関して、次に掲げる行為をしてはならない。一　保険契約者又は被保険者に対して、虚偽のことを告げ、又は保険契約の契約条項のうち重要な事項を告げない行為」

48 「（所属保険会社の賠償責任）第二百八十三条　所属保険会社は、生命保険募集人又は損害保険募集人が保険募集につき保険契約者に加えた損害を賠償する責めに任ずる。」

ていないが、同条関係の過去の裁判例を見ると、「自動車保険における運転者年齢条件」、「ドライバー保険の対象とならない自動車の範囲」、「一般火災保険契約における風災担保除外物件」、「変額生命保険における保険の仕組み及び元本割れリスク」等が、重要事項にあたると解されている。したがって「臨時運転者特約の対象とならない運転者の範囲」も、運転者年齢条件、ドライバー保険の対象外となる借用自動車、風災担保除外物件と同様に保険の対象範囲に係る事項であり、重要事項となると考えられ、このような重要事項について、代理店が説明義務を果たしていない場合、保険業法違反とされる可能性がある。

代理店に保険業法違反があった場合、内閣総理大臣は、登録の取消または 6 ヶ月以内の業務の停止を命じることができる。取消または業務停止命令を行なう事由として、保険業法 307 条 1 項 3 号では「この法律又はこの法律に基づく内閣総理大臣の処分に違反したとき、その他保険募集に関し著しく不適当な行為をしたと認められるとき。」と定めている。

②金融商品販売法上の規制

金融商品販売法に定める重要事項は、主として金融商品の性質や事業者の健全性による元本欠損のおそれに関わる事項であり、保険業法に定める「重要事項」よりも範囲が狭いと考えられる。本件は、金融商品販売法に定める重要事項にはあたらない。

2．事業者の契約行動

1997 年の自動車保険の自由化以前は、保険会社全社が同じ内容の保険商品を販売しており、重要と考えられる事項も、個別の契約により軽重の差はあるが、概ね統一的に取り扱うことができた。自動車保険料率算定会では、パンフレット等の募集文書に記載すべき事項のガイドラインを作成し、会員会社はこれに沿った募集文書を作成していた。

ところが、自由化後は保険の内容が各社まちまちになったため、統一的なガイドラインの作成は困難となった。契約者のニーズに合わせて契約内容や補償範囲を細かく選択するなど、自動車保険が多様化・複雑化して、従来のように画一的に重要事項を示すことが難しくなったためである。そこで各社は重要事項を間違いなく契約者に伝えるため、代理店に対する指導の内容や募集文書で伝える事項を見直し、工夫をしている。

募集文書の内容についての基準作成の他、重要な情報をいかに効率よく契約者に伝え、契約内容についての理解を促すかは、各保険会社にとっての大きな課題となっている。典型的な例としては、保険会社が作成した契約書類の表紙にとくに重要な事項を列挙し、その内容を契約者が確認したという捺印をとって契約手続きを進めるというものがある。しかし、スペース的な制約からきわめて基本的な重要事項の掲載にとどまり、複雑化した保険のあらゆるパターンには対応できない。また、各社ともホームページを活用し、個別の契約条件ごとの補償範囲や担保内容のわかりやすい説明に努めている。

3．司法的規制

（1）これまでの裁判例

裁判においては、まず当該事項が重要事項であるか、次に、その事項についての説明義務を代理店が怠ったかが問題とされる。

これまで重要事項とされたものは、既述したとおり、「自動車保険における運転者年齢条件」、「ドライバー保険の対象とならない自動車の範囲」、「一般火災保険契約における風災担保除外物件」、「変額生命保険における保険の仕組み及び元本割れリスク」等である。

これに対して、説明義務違反の有無については、画一的な判断基準は示されていない。代理店が説明義務に違反していないと認められた裁判例としては次のようなものがある。

①最判平成5年10月14日・判例集未搭載・保険毎日新聞平成8年12月9日

事案は次のようなものであった。Xは保険契約について2回目の契約更新をしたが、その際、前年度契約と同様に、26歳未満不担保特約が付されたままであった。しかし、契約更新の前年にXの長女および弟が新たに運転免許を取得していた。Xの長女（事故当時20歳）が事故を起こしたため、本件自動車保険契約に基づいて保険金請求をしたところ、保険会社Yは保険金支払いを26歳未満不担保特約に基づいて拒絶した。そこでXは保険代理店ZおよびY保険会社に保険募集上の説明義務違反があるとして、不法行為に基づく損害賠償を請求した。

第一審は、「更新時には長女と息子が新たに運転免許を取得し、代理店はそれを知っていた」ことを理由に、特約の解除を勧告すべき義務が生じていたとして、賠償請求を認めた。これに対して原審[49]は、「本件契約の更新時に保険料を増額してまで本件特約を解除した筈であったと判断すべき特段の事情があったとはいえない」として説明義務違反はなかったとし、最高裁もこれを支持した。その際、重要事項に関する告知については、「特段の事情のない限り、相当の方法、態様、程度により、通常の常識を持った保険申込者に『重要事項』を認識、理解させ得るものであって、当該認識、理解のもとに保険申込者が契約につき任意の意思決定をできるものであれば足りる」と判示している。

②最判平成10年9月29日交通民31巻6号2024頁

次のような事案である。

Y1保険会社の代理店Y2は、Xから「友達の車や姉の車を運転するのでドライバー保険に加入したい」との相談を受け、Xに対し友人の自動車を運転する際の事故も対象となる旨教示して、Xとドライバー保険契約を締結した。「ドライバー保険」は借用車を運転中の事故を補償する保険であるが、同保険は同居の親族の車の場合には適用がない。Xは、ドライバー保険の約款が届く前に、姉の自動車を運転中に事故を起こしたが、姉はXと同居していたため、保険金は支払われなかった。そこでXは、Y2が保険募集の取締りに関する法律

16条1項1号の告知義務に違反したとして、Y1保険会社およびY2に対する損害賠償請求の訴えを提起した。

第一審では「勧誘にあたって同居親族の自動車を運転する場合には免責される旨を告げなかったことは募取法16条1項の重要事項告知義務に違反する」としてY1Y2の不法行為の成立を認めた。ところが原審ではこれを覆し、Y2の説明義務違反はなかったとした。ここでは、Y2がXの姉は別の会社の自動車保険に加入していることは聴取していたが、その自動車保険に「21歳未満不担保特約」が付されていることは聞いていなかったことから、「Y2はXが姉の自動車により事故を起こした場合には当然に姉の自動車保険が適用になるものと判断していた」とし、「Xにおいて姉所有の自動車を借用・運転中に起こした事故に本件ドライバー保険が適用されるかが一番の問題であり関心事であったというのであれば、姉ないしXにおいてまず姉の自動車保険が前記不担保特約付のものであることを説明したうえ、ドライバー保険が適用されるための策を聞くべきであった」としている。最高裁もXの上告を棄却して原審を是認した。

以上の2つの判決の事案[50]では、いずれも代理店の知っている状況に照らし合わせて、個別具体的な説明が必要であったかどうかにより、説明義務の有無の判断がなされている。

（2）「臨時運転者特約」についての検討

以上の裁判例に照らして、24歳未満不担保特約、および臨時運転者特約が付帯された自動車保険契約について、24歳未満の者も対象となる旨のみを口頭で説明し、対象から除かれる者についての説明を行なわなかった場合について、保険業法上の説明義務違反が認められるか。

まず臨時運転者特約が重要事項にあたるか否かに付いては、前述の通り、既に判例で認められた「運転者年齢条件、ドライバー保険の対象外となる借用自動車」と同様、保険の対象範囲に係る事項であり、重要事項となると考えられ、代理店が説明義務を果たしていない場合、保険業法違反となる。

次に、臨時運転者特約について代理店が何をなせば説明義務を尽くしたと判断されるかについては、裁判例は具体的な行為態様を示してはいない。前記平成5年判決では、「特段の事情のない限り、相当の方法、態様、程度により、通常の常識を持った保険申込者に『重要事項』を認識、理解させ得るものであって、当該認識、理解のもとに保険申込者が契約につき任意の意思決定をできるものであれば足りる」という指針が示されており、結局は「重要事項」についての具体的な認識・理解を保険契約者が得るに足る情報提供を代理店が行なっているかどうかが、個別の状況ごとに具体的に問題となる。このように説明義務違反の有無の判定のための明快な線引きは難しく、代理店の行動によって義務違反とされる

---

[49] なお、本件は、東京高判平成3年6月6日判時1443号146頁の上告審判決である。

[50] なお保険会社から保険契約者に対して約款が送付されているが、（イ）は約款到着前の事故であり、このこと自体はあまり重視されていないことがわかる。

可能性の濃度が変わってくる。次のようなことはいえるであろう。代理店が臨時運転者特約の対象から除外となる者についての説明を口頭で行なわず、パンフレットや約款に記載したのみであっても、重要事項を記載した個所を必ず参照するように注意喚起があれば、説明義務は果たしたと考えることもできるが、口頭で明確に範囲を説明している場合に比して、説明義務違反があったと考えられる余地は大きい。また、交付するパンフレットの内容によって、たとえば「対象とならない運転者の範囲」を明示してあるものと、「一部対象とならない運転者がある」旨を記載してあるものとでは、前者の方が説明義務を尽くしたと認められる可能性が高い。

（3）消費者契約法による対応

代理店が、臨時運転者特約の除外範囲（例外の例外の例外）について明確に述べない場合、消費者契約法では、「不利益事実の不告知」となる可能性がある。すなわち臨時運転者特約は、消費者契約法4条4項で定義されている「重要事項」にあたり、かつこの特約は、運転者年齢条件不担保特約との関係では、同条2項にいう、「当該消費者に対してある重要事項又は当該重要事項に関連する事項について当該消費者の利益となる旨を告げ」たものとされ、したがって臨時運転者特約の除外範囲は「当該重要事項について当該消費者の不利益となる事実（当該告知により当該事実が存在しないと消費者が通常考えるべきものに限る。）」にあたるとされ、これを告げなかったことが故意にあたるとされれば[51]、「当該事実が存在しないとの誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたとき」には、これを取り消すことができることになる。

とはいえこのように消費者契約法4条の適用が肯定されたとしても、それは救済としては十分ではない。保険契約の担保範囲について争う場合、通常利用者は保険契約が有効に存在し、担保範囲についての拡大を求めることが多く、本件でも全体を取り消しては、「既に支払った保険料の返納」という、利用者の意図とは異なる結果しか得られないからである。加えて保険会社としては、すでに経過した保険期間については保険サービスの提供を終了しているため、既に経過した期間に対する保険料は契約者への返金分から差し引かれることになる[52]。したがって、利用者が得られる金額は、有効な保険契約が当該事故を補償した場合に比してきわめて小さいものとなる。

---

[51] ただし、単なる説明義務違反は、過失を構成しても、そのままでは故意を構成するとはいえず、上記の裁判例において仮に説明義務違反ありとされても、それが同条の故意を認定できるかは問題である。

[52] 契約全体の取消ではなく、「24歳未満不担保特約」部分のみの取消を行なうことも考えられる。その場合には、保険会社が契約者から差額の保険料を徴収の上、保険金を支払うことになる。しかし、これは事故が起こった場合にのみ遡って保険料を支払うという、いわゆる「アフロス」を誘発する取扱いであり、保険の性質を勘案すると認められにくい。

第五節　市場へのインパクトと反応の分析

１．規制緩和・商品開発・説明義務

自動車保険契約の市場にもたらされたインパクトは、規制緩和による商品の多様化である。これによって、運転者年齢条件不担保特約や、臨時運転者特約の例に見るとおり、保険商品は複雑化し、勧誘文書を一読し、また説明を一通り聞いても、通常の消費者がどのような場合に補償され、また補償されないのかを簡単に理解することは困難になる。そうである以上、それに応じて、いやしくも契約と呼ぶにふさわしい合意を調達するためには保険会社に要求される説明義務は高度化されるべきことになる。しかし、他方でそれは事業者に取引費用の増大を強いるものであって、規制緩和が商品の多様化によって生み出そうとした利益を結局は損ないかねない。

２．対応のあり方

このような状況の下で想定されるのは、一方で、予期に反して保険給付を受け取れないという消費者紛争の多発である。商品の複雑化によって事業者と消費者との情報格差は開く一方である以上、この種の紛争が増加していくことは簡単に予想できる。他方で、この消費者紛争に際して、事業者の説明義務をそれに照応して高めていくと、結局は紛争を恐れた事業者は、商品開発・提供を萎縮させられてしまう。

（１）保険会社の契約行動

自由化後は各社の保険の内容が異なり、全社同一商品・価格の時代と同様の業界統一の基準作成は難しくなった。このため、統一的なパンフレット作成基準は廃され、保険会社は各々独自にパンフレット他の募集文書の文言についての基準を設けたり、契約者にとってわかりやすい情報提供の方法を模索している。

保険会社は、統一的な基準がないことで、商品の特性や顧客とのやり取りの中から、重要な事項とされる要素を検討し、利用者に示さなければならなくなった。こういった対応の必要性は、個別保険会社にとってはコスト増につながっている。その反面、各社の商品特性、勧誘対象の顧客の特性に応じた、独自の募集文書を作成できるようになった。商品設計、募集文書作成の自由度が高まり、約款文言や商品内容自体を平易なものとしようという動きも各社で見られる[53]。

（２）行政的規制

問題は、事業者に適切な行動指針をどう示すかという点にあるが、例えば行政的規制によって、新商品の設計とその勧誘における行動規制を微にいり細を穿って掛けるとすれば、それは本来の規制緩和のねらいに反し、規制緩和によって開かれる商品開発の可能性を考

えれば、そもそも規制費用が禁止的に高額となるはずである。

（3）司法的規制

そこで、この問題は司法的規制の問題とされるが、本節が取り上げた臨時運転者特約における説明義務に関して注意すべきことは、そこで問題となっているのが一般的な不告知規制ではない、ということである。ここでは臨時運転者特約という消費者に利益をもたらす特約の裏面に、除外事由という不利益をもたらす条項が潜んでおり、その情報の提供が問題となっている。言い換えれば事業者が消費者にうまい話を持ちかけ、利益でつる戦略が問題視されているのであって、契約内容の説明がなされていないこと一般を捉えて説明義務違反とするものではない。

第六節　消費者契約法の果たしうる機能

1．消費者契約法の意味

消費者契約法 4 条 2 項の不当不告知の規制は、まさにこのタイプの不告知を問題にするものであるが、そこには次のような問題がある。第一に要件論として、同項は、事業者の不告知が故意によることを要求している。しかし故意の要件は消費者にとって立証が厳しすぎるものであって、勧誘における事業者の行為態様の適切性を、あるべき基準に照らして客観的に評価するという目的には適切でない。第二に効果論としても、同法の予定する・取消によって契約の効力を否定するという救済は、保険されると思っていたがされない消費者の救済としては、既述したとおり不十分である[54]。

2．不法行為による救済

そこで、不当不告知の問題を、消費者契約法 4 条の問題としてではなく、一般民事法に基づく不法行為責任として問題にすることが意味を持ってくる。同条が示している利益でつる戦略を、事業者の行動態様として規範的に評価し、説明義務違反ありとされた場合には、過失に基づく不法行為責任を認めるのである。このとき、損害賠償の範囲は、消費者

---

53 「自動車保険は特約満載、多様化が進む」（「週刊東洋経済臨時増刊　21 世紀の保険ビジネス」2001 年 8 月 29 日）

54 しかしそもそも何をもって「告知義務違反」と判断するかについての基準は、保険業法や政令、規則、ガイドラインではとくに規定がなく、判例でも明らかになっていない。消費者契約法第 4 条の規定が、代理店が保険の募集を行う際の説明にあたっての具体的な行為準則として、利益でつる型の勧誘の規制について一つの指針を示したことは重視すべきである。

自由化が進展して業界としての統一的なガイドラインがなくなり、また、他業界や外国からの新規参入者が増えた現状において、消費者契約法という新たな態様の事業者や契約に対応できる包括的な形で行動の枠が示されていることは、事業者の自由な行動を制約せず、かつ契約者が保険の内容を十分理解をしないまま契約を締結することを予防する規制として一般的には評価できる。

また、消費者契約法制定時、保険会社各社は募集文書や実務を見直した。実際には保険業法や金融商品取引法と重なる部分が多く、結果的に追加での対応は必要なかったといわれているが、このことは消費者契約法が、事業者の約款・募集文書の文言見直しを促し、契約の適正化の一助となっている例といえよう。

が保険されると想定していたがされなかった範囲の事故に基づく損害額とされよう。

しかし、この場合には、他方で事業者の契約行動を過度に萎縮させないように留意することが必要であり、不法行為責任の前提となる行為義務が明示され、その事前化を通じて事業者の契約行動にリンクされるようにしなくてはならない。特に保険契約実務の実際の取引構造の下では、それが代理店を通じてなされていることに注意すべきである。とくに保険会社は、代理店がどのような説明を施して、自社の保険商品について契約の勧誘を行っているかについて、どのように指導・監督を行うのかが明示されなければならず、また使用者責任に関する民法 715 条の免責が認められないのとは異なり、保険会社は代理店との間で委任関係に立つものである以上、保険会社が上記の意味での監督義務を履行している場合には免責を認められることが前提とされなければならない。その結果、個々の取引に関する説明義務は、保険会社にとっては代理店に対する指導義務に集約され、その限度で取引費用を節約することができる。

3．契約行動による対応のあり方

このような司法的規制の下で、契約当事者は、商品の複雑化によって生じる取引費用の増大を節約する契約行動をとり、それによって、一方で消費者紛争を回避しつつ、そのための取引費用を節約することができる。保険会社の商品開発は、確かに規制緩和によって自由度が広がったが、新しい商品は、実際の契約締結過程にあたって委任する代理店が適切な勧誘行動を行えるようなものとして設計されなければならず、そのための、説明文書の準備や、教育・監督のための適切な前提を用意しうるものとして設計されなくてはならない。

第二章　デビットカード

第一節　題材選択の趣旨

デビットカードは近年急速に規制改革が進んだ銀行業界で、規制の見直しにより新たに消費者に提供されるようになったサービスである。たしかに、デビットカードと同様の即時決済の仕組みは、既に 1984 年以降「銀行 POS」として用いられてきてはいた。しかし銀行 POS は、大蔵省（当時）の「機械化通達」と呼ばれる、オンライン処理による銀行の資金移動取引に関する大蔵省銀行局の通達[55]により、利用者が「口座振替請求書」を個別に金融機関に提出する必要があるなど事務手続きが煩雑で、加入店舗数ものびず、ほとんど普及しなかった。その後、システム面では銀行オンラインの稼働時間の延長が急速に進展して、即時決済可能な時間帯が大幅に拡大された一方、1997 年、規制緩和の一環[56]として

---

[55] 平成 7 年 6 月 2 日蔵銀 980 号「金融機関の店舗設置等の取扱いについて」
[56] 「規制緩和計画の再改定について」（1997 年 3 月 28 日閣議決定）

「機械化通達」が廃止され、銀行 POS 利用にかかる事務手続きが簡素化された。これを受けて、民間金融機関、郵政省（当時）、流通事業者、電気通信事業者、情報処理事業者など、デビットカードシステムの関連事業者が共同し、デビットカードの普及を目的とする「日本デビットカード推進協議会（以下「協議会」）」を設立した。1999 年 1 月に、事業参加金融機関のキャッシュカードに自動的にデビットカード機能を付加する形で、8 金融機関、8 加盟店、0 情報処理センターによる実験的サービスが開始された。その後、2000 年 3 月に決済情報を集中的に管理するクリアリングセンターが稼働、参加金融機関と加盟店が大幅に増え、本格稼動した。

本章では、デビットカード取引のこの新しい局面において、如何なる消費者トラブルの発生が想定されるか、それに対する如何なる対応策がなされるべきかを検討する。

その際、事業者の契約行動による対応において、契約が、リスクの増大に直接対処する仕組みを作る手段として利用されていることと並んで、リスクの増大に対する消費者の同意を調達する機能を営むことに注意すべきである。このことに留意して、如何なる問題が司法的規制に生じるかを検討して、消費者契約法の果たすべき機能を考える。

第二節　市場概観

1．デビットカードの契約関係

デビットカードとは、「商品の購入やサービス利用の際の代金決済を即時または数日後に預貯金の口座から直接決済をするのに用いるカード（キャッシュカードと併用）[57]」である。デビットカードによる取引は、以下の 2、もしくは 3 の契約により成り立つ。

①キャッシュカード利用契約

金融機関に預金口座を持つ利用者がキャッシュカードを作る際、利用者は金融機関と「キャッシュカード利用契約」を締結する。通常、契約内容は「利用約款」の形で利用者に交付される。デビットカードとしての利用については、キャッシュカード機能のひとつとして利用約款に盛り込まれている。デビットカードの利用にあたって、利用料の追加的な負担はない。

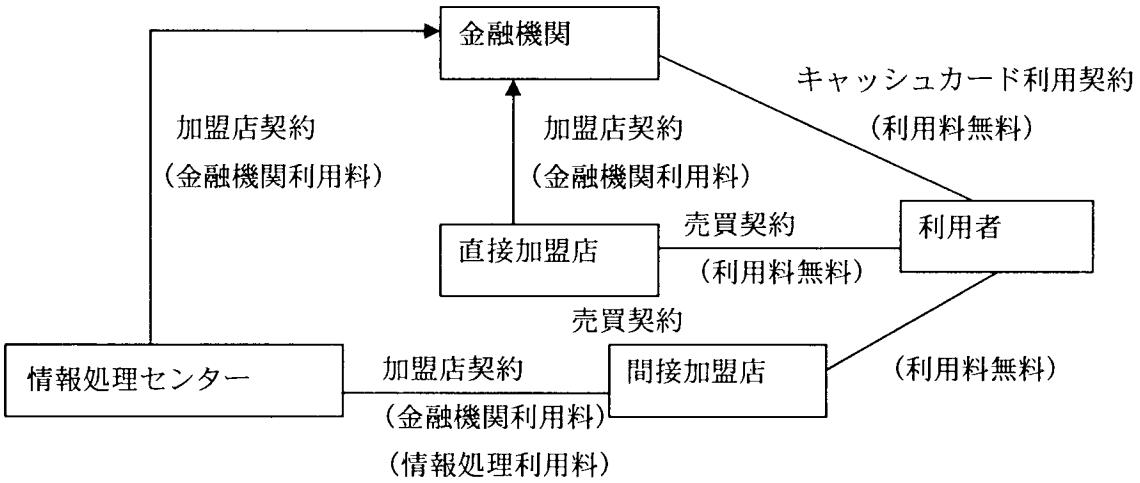
②加盟店契約

小売業やサービス業が「デビットカード」取り扱い店となるためには、「直接加盟」と「間接加盟」の２つの方法がある。加盟店は、直接加盟の場合には、加盟店は金融機関と個別契約し、デビットカード取扱店となり、金融機関に規定の利用料を支払う。これに対して

---

[57] 国民生活センター「電子マネー・電子決済　デビットカード　消費者にとっての新しい支払システム」（2000 年 3 月）

間接加盟の場合は情報処理センターと金融機関に対し、利用料を支払う[58]。



2．市場の状況

（1）普及の程度

デビットカード取引は、2000年3月の時点で流通していたキャッシュカードの大部分に自動的に新機能として付与する形で導入されたため、3億枚以上という規模でのスタートとなった。デビットカード事業を行なうためには、決済システム利用のため、協議会への加盟が必要となるが、協議会の会員にはデビットカード事業を行なっていない事業者も存在する。

2003年4月現在公表されている利用状況は以下の通りである。

2002年年間取引件数	825万件
2002年年間取引金額	4348億円
導入金融機関	1,621金融機関（郵貯含む）
利用可能端末設置台数 （2003年3月末現在）	18万台（約20万台）

デビットカードサービスが利用できるキャッシュカード：約3億7600万枚（推定）
（日本全国のキャッシュカード発行総数：約4億1300万枚（推定）

（日本デビットカード推進協議会より2003年4月聴取）

前述の通り、デビットカードと同様の即時決済の仕組みは、1984年以降「銀行POS」として用いられてきたが、ほとんど普及しなかった。この時期の民間金融機関発行のキャッシュカード2億8千万枚中、銀行POS利用は各行1-2万枚、全体で10万枚程度であり、「事

[58] この場合には情報処理センターと契約し、CAFIS（NTTデータ社が提供する、クレジットカード、キャッシュカードの利用データを店舗から各クレジットカード会社や金融機関に中継するサービス。Credit and Finance Information Systemの略）等と連結する。この場合、情報処理センターは、金融機関と加盟店契約を結び、且つ小売店等と間接加盟店契約を結ぶ。金融機関とのオンライン接続は、情報処理センター経由で行う。間接加盟店は、金融機関手数料とセンター処理手数料をまとめてセンターに支払う。

実上失敗に終わった」といわれている[59]。

そこで1997年の「機械化通達」廃止後、デビットカード事業への参画を考える金融機関や流通事業者、電気通信事業者、情報処理事業者が、共同で日本デビットカード推進協議会（以下「協議会」）を設立し、システムの整備や取扱いのルール作り、広報などを業界として一括して行なっている。

協議会の事業内容は下記の通りである。

・デビットカード事業およびその安全性の推進
・デビットカード事業に関する調査および研究並びに広報および宣伝活動
・デビットカード事業の改善と発展に関する意見の発表ならびにその推進
・関係官庁、金融機関その他内外諸団体との連絡、意見具申等
・デビットカード事業に参加する加盟店の登録
・デビットカード事業あるいはその加盟店を表示する商標等の知的財産等の取得ならびにその管理
・その他本会が目的達成に必要な事業

具体的には、サービス実施にかかる技術的・制度的な基盤整備や商品性の向上、セキュリティ対策、事業者向け取扱ガイドライン作成・徹底、利用者への周知・利用促進のためのフォーラムの開催やビジネスショウ等への出展、普及キャンペーン、世論調査などを実施している。

郵政省も発足当初から協議会に参加しているが、規制主体ではなく金融機関としての位置付けである。同省は、デビットカード事業開始にあたって、他の金融機関とは別のシステムを作り事業を行なうことも検討していたが、今後の事業の展開上、民間金融機関とシステムを共有する方策を選択した[60]。

（2）消費者の反応

サービスが本格的に開始されてから約半年後の2000年10月に、経済企画庁（当時）が物価モニターに対してデビットカードの認知度と利用経験についての調査[61]を郵送で行なった。この調査の結果、デビットカードを「大体知っていた」とする回答者は57.2%、「聞いたことがある」回答者は32.0%であり、「全く知らない」回答者は10.8%であった。また、利用経験では、「よく利用する」が0.5%、「数回利用したことがある」が2.8%、「利用した

59「ニューマネー登場（上）デビットカード、年明け導入ー手軽さで普及狙う」（1998年9月16日毎日新聞朝刊、1998年7月7日日本経済新聞朝刊）より。

60 当時の郵政省・貯金局総務課長が「郵貯と民間金融機関といえば犬猿の仲だったが、官民連携を持ちかけた」という経緯と、業務を引き継いだ貯金局・経営企画課長の「ネットワークを最大限に活かすためにも、できるだけ多くのカード所有者がどの加盟店でも利用できるようにしたい」とのコメントが1998年8月6日日本経済新聞夕刊に掲載されている（「デビットカード旗振り役、思惑超え足並みー郵政省、銀行、流通業界」（1998年8月6日日本経済新聞夕刊））。

61 「デビットカードの利用に関する消費者の意識調査（物価モニター調査結果）」平成12年12月21日　経済企画庁物

ことはない」が96.7%であった。

協議会の調査では、「仕組みや内容まで知っている」、「名前だけ聞いたことがある」を合わせて、1999年11月には44.2%であったが、2000年には73.3%、2001年には72.7%と、7割程度となっている[62]。

第三節　当該取引をめぐって生じるトラブル

デビットカードはなお普及の途上にあるため、現時点では、デビットカード機能にかかる不正使用などの事例は、報告されていない[63]。しかし次のようなトラブルを想定することはできる。

1．リスクの増大

公的な報告書や新聞報道[64]などでなされているのは、カードホルダーにおけるリスクの増大の指摘である。

たとえば、国民生活センターの発行した報告書、「電子マネー・電子決済・デビットカード　消費者にとっての新しい支払いシステム[65]」では、デビットカード機能付加によるリスクの増大について、以下のように指摘している。

「規模の大幅な拡大により利用機会は増加すると考えられ、盗難・紛失等のトラブルも懸念されるなどセキュリティが最も大きな課題である。最も懸念されるトラブルは、盗難・紛失、偽造などによる第三者に悪用されるという被害である。」

デビットカードを従来のカード取引と比較してみるとそのリスクの程度は、キャッシュカードとクレジットカードとの中間にあると言いうるであろう。

まず従来のキャッシュカードと比較するとデビットカードはリスクが大きい。後者の方が利用機会が広がるため、そもそも、暗証番号盗難のリスクも高まり、またカードホルダーが損害を被る蓋然性も高まる。これに加えて、キャッシュカードの使用は独立したブースや監視カメラなどが整備されている金融機関やコンビニ等の ATM に限定されているのに対して、デビットカードはそのような設備のない一般店のレジで暗証番号の入力を行なうため、暗証番号を入力している際に背後から盗み見される可能性が高まり、また監視カ

価局）

62 日本デビットカード推進協議会ニュースリリース　2001年9月27日「デビットカードサービスの現状について」（参考資料3　デビットカードサービスに関する世論調査概況）、2000年9月「第2回デビットカード（ジェイデビット）に関する世論調査」、2000年1月「デビットカード（Jデビット）に関する世論調査」

63 協議会の2003年3月17日付ニュースリリースでは、「ジェイデビットのサービス開始以来、現在に至るまで不正利用の報告は受けていない」としている。（「ジェイデビット平成15年度事業目標が決定~利用促進と加盟店拡大、セキュリティ対策に継続的に取組み、取引件数目標1,000万件」2003年3月17日付）

64 「本番デビットカード普及への条件（下）残る不安－セキュリティーが課題」（2000年2月9日日本経済新聞）、「盗難カードで現金借り入れ－不正でも名義人に返済義務（その時どうなる）」（2000年3月20日マンデー日経）など。

65 国民生活センター「Data Bank : Basic Understanding of New Payment System　電子マネー・電子決済　デビットカード　消費者にとっての新しい支払いシステム」（2000年3月）

メラによって不正使用を追跡することも困難となる[66]。

他方でクレジットカードと比較すると、デビットカードはリスクが小さい。与信機能を持つクレジットカードでは決済が一定期間後に行なわれるのに対し、デビットカードはレジでの精算時に銀行口座から直接決済される即時決済の方法がとられている。そのためたしかに、クレジットカードの場合、利用者が利用してから口座から引き落とされるまでのタイムラグがあり、その間に利用明細が届くため、利用者の覚えのない請求の場合は引き落としを止める余地があるが、デビットカードの場合には暗証番号が確認されたら即時決済となるため、口座からの引き落としを止めることはできない。しかし本人確認の方法も、クレジットカードは、店頭で利用する際にその場での本人自筆の署名により確認するのに対して、デビットカードは暗証番号をオンラインで送信し、金融機関または決済センターのデータと照合する。したがって、盗難の場合の不正利用はデビットカードの方が迅速にブロックされることになる[67]。

2．消費者トラブルとしての性格

このようなデビットカード機能によるリスクの増大は、消費者にとっては、直接には、暗証番号の管理リスクの増大を意味するが、このことは、消費者トラブルとしては、次のような特徴を持っていることに注意すべきである。

すなわち、先に市場の状況について一言したとおりデビットカードのサービスとリスクの拡大についての認知度は十分とはいえず、デビットカード機能のサービス開始以前からキャッシュカードを保有していた利用者は、しばしばリスクの増大を十分に認識をしていないことがある。

もちろん、リスクの増大は、消費者の管理義務そのものを直接変えるものではなく、消費者は例えば暗証番号のより周到な管理行為を求められるわけではない。しかし管理義務を怠った場合に消費者が被る損害は大きくなる。その意味でのリスクの増大が消費者被害となるのだが、後述する司法的規制においては、そのようなリスクの増大が消費者に説明されていないことが、変更された取引に消費者が拘束されるかという問題との関係で別個に問題となる。

このことから、事業者の契約行動による対応には、取引のもたらすリスクの増大そのものを抑えるための契約上の工夫と並んで、約款の無効という司法的規制を回避すべく消費

---

[66] このリスクの増大は、デビットカードに「キャッシュアウト」のような新たなサービスが付加された場合、いっそう加重される。キャッシュアウトとは、加盟店で支払金額よりも高い金額をレジに打ち込み、差額を現金で利用者に渡すサービスであり、この機能はオーストラリアやイギリスなど諸外国ではすでに実用化されている。コンビニATMよりも手軽で、時間外手数料もかからないため、利用者からは導入を要望する声も聞かれ、日本においてもその導入が2000年12月に公表された金融審議会第1部会の報告書での指摘を受け、協議会で検討が進められている。このような新サービスが実現すれば、銀行と同じ水準のセキュリティが見込めない店舗でキャッシュコーナー同様の現金の引き出しが行われることとなるのである。

[67] 加盟店によってはインターネット上でデビット決済が可能な場合もある。この場合は口座番号・暗証番号等の入力ではなく、セキュリティ対策上これらに変わる別のID等を利用するなど、クレジットカード利用とは異なるセキュリティ上の配慮が、各銀行においてなされている。

者の同意を調達するために契約条項の工夫がこらされることになる。そして後者の工夫が、消費者契約の締結過程規制の対象としてリスクの増大そのものと並んで、別の問題を消費者契約法上引き起こすことが想定される。

第四節　問題となる契約への対応策

デビットカードの普及に際して想定される上記の消費者トラブルに対して、如何なる対応策がなされているか。

1．行政的規制による対応

（1）事業者との連携、指導

そもそも銀行業は、「内閣総理大臣の免許を受けた者でなければ、営むことができない（銀行法4条）」事業である。銀行は「銀行法」「銀行法施行令」「銀行法施行規則」および「事務ガイドライン第一分冊：預金取扱い金融機関関連」のもと、金融庁の規制を受ける典型的・伝統的な規制業種であることは言うまでもない。

しかしデビットカード事業を行なうか否かは個別の金融機関の経営上の選択に委ねられており、その具体的な運用方法等については、とくに上記の法令、規則、ガイドラインでの規定はない。デビットカードサービスを行なう事業者はすべて協議会に加盟してCAFISの決済システムを利用しているため、むしろ、事実上協議会の定めるルールの拘束力の方が重要である。

キャッシュカードに対する規制を、デビットカード機能の付加に伴ってリスクの増大そのものに対する規制として強化することはなされていない。また小売店等でのデビットカードの使用環境等についての規制もなされていない。

またキャッシュカードへのデビットカード機能付加に際しての、周知徹底等の同意調達に対する規制も見あたらない。

ただ銀行業務の枠組みの見直しにかかるようなサービスの変更については、金融庁の意向も大きく作用するようではある[68]。

（2）消費者に対する働きかけ

国民生活センターでは、電子マネーなど他の電子決済手段とあわせて報告書を作成し、公表している[69]。デビットカードにかかる消費者トラブル対策については、「『キャッシュカード＝デビットカード』の磁気テープには、暗証番号の情報は書きこまれていないため、磁気テープから読み取ることはできないので、カードだけでは利用できない。つまり、暗

---

[68] たとえば、註66の「キャッシュアウト」というサービスの実施は、各金融機関の営業判断の前提として、金融庁の「容認」が問題とされた（2001年3月7日産経新聞）。

[69] 国民生活センター・前掲書〔註65〕。

[71]「デビットカードや電子マネー　不正対策、個人情報保護に課題」（1999年2月8日読売新聞）

証番号の管理が、非常に重要である。」と指摘している。その上で　消費者に対する利用上の注意点として、以下の諸点を挙げている。「◎暗証番号の管理に十分注意する。◎「デビットカード」の専用口座を作る。◎使う予定のない人は、機能を使えなくする手続きをする。◎仕組みをよく知って、賢く利用する。」

2．事業者の契約行動による対応

（1）同意の調達と周知徹底

デビットカード機能を付加するにあたって、金融機関は原則として、利用者が反対の意思を表明しない限り、キャッシュカードに自動的にデビットカード機能をもたせている。

個別の金融機関では、デビットカードサービスの内容について、契約時の説明や店内での掲示やホームページ、書類郵送時の資料封入により周知をはかっている。また、利用の方法について、暗証番号の管理を中心に注意喚起している。通常、デビットカード機能追加によるメリットについては案内をしているが、リスクの拡大については特に表示していない。

一例として、郵便局で入手できる郵便貯金総合通帳のパンフレットを見ると、デビットカードについての記載は以下の通りである。

J-Debit のマークのお店に行く。	レジでお支払い時に、ゆうちょのキャッシュカードを端末に通し、金額を確認します。 *暗証番号は必ずお客様がご自身で押してください。	レシートを受け取ります。

「Ⅲ　デビットカードサービス

○手数料は一切かかりません。もちろん年会費なども不要。

○お申込手続きは不要。今ご利用になっている郵便貯金総合手帳「ぱ・る・る」のキャッシュカードが、そのままご利用いただけます。

*ご利用時間は一部の時間帯を除きご利用店の営業時間内となります。

*1 回のご利用金額の上限は 100 万円です。

●デビットカードサービスの機能が必要でない場合には、窓口でご相談ください。

●カードの紛失、盗難時には速やかにご連絡ください。（電話番号）」

事業者団体では、消費者に対し、暗証番号の管理に関する注意事項を徹底するため、加盟店および金融機関の店頭での掲示用ポスターや、利用者向けの注意事項を書いた暗証番号入力キーパッドの入力操作の手元隠しを作成し、配布している。利用上の注意事項としては、協議会のホームページに次の諸点が記載されている。

○暗証番号の入力は、必ずあなたご自身で。
○入力するときは、暗証番号を見られないように。
○通帳記帳時には、ご利用額のご確認を。
・キャッシュカードの暗証番号は、他の人に知られないようにご注意ください。
・誕生日、電話番号など推測されやすい暗証番号は避けてください。
・紛失、盗難時にはすぐに発行金融機関にお届出ください。

なお、金融機関では、デビットカード機能を必要としない顧客から申し出がある場合には、その顧客のキャッシュカードのデビットカード機能を停止することとし、その旨約定書やパンフレットに記載している。

（例）
郵便貯金「デビットカード規定」
5．利用の停止等
（1）このサービスの取扱いを停止しようとするときは、公社所定の届書に必要事項を記入し、記名押印のうえ、当該カードに係る通常郵便貯金（郵便貯金総合通帳規定の適用のあるものをいいます。）の通帳を添えて郵便局に提出してください。
（2）公社は、前項の届出を受けたときは、直ちにこのサービスの取扱いを停止します。この場合、この届出の前に生じた損害については、公社は責任を負いません。
（3）このサービスの取扱いの停止の解除については、第1項に準じて行なってください。

A銀行「デビットカード取引規定」
5．（デビットカード取引の停止等）
（1）デビットカード取引の停止を行なうときは、当行所定の方法により取引店へ申出てください。当行はこの申出を受けたときは、直ちにデビットカードの取引の停止を行います。この申出の前に生じた損害については、当行は責任を負いません。」
（2）次の各号の事由が発生したときは、当行はいつでも、事前に通知することなくデビットカード取引を停止することができます。
①預金口座が解約されたとき。
②預金口座の預金取引またはカードの利用が停止されたとき。
③その他デビットカード取引の機能の停止を必要とする相当の事由が生じたと認めるとき。

C銀行「デビットカード取引規定」
約款中には、デビットカード機能の差し止めについては、とくに規定なし。
ただし顧客に配布するパンフレット中に「デビットカード機能の停止」として、「デビットカード機能が不要のお客様は、お取引店へのお申し出またはお電話により停止することができます。」と太字で記載。

（2）消費者のリスクの軽減

①被害の発生を抑止する方策

協議会では、1999 年 10 月に「セキュリティガイドライン」を策定し、加盟店の店舗環境および端末の仕様・設備環境、加盟店販売員の販売取扱い、システム運用に関して加盟店、情報処理センター、金融機関が遵守すべき事項を、会員各機関・各社に徹底した。暗証番号の盗難対策としては、「暗証入力パッドへのかざしの取付、通信データの暗号二重化、加盟店販売員による暗証番号入力禁止の義務づけ」などがある。ガイドラインの遵守状況に付いては定期的に監査を行ない、従わない加盟店、情報処理センター、金融機関に対しては、除名を含む厳しい措置を行なうとしている。

セキュリティ対策としては、カードそのものや情報送信のセキュリティなど技術的な面、および、加盟店での取扱いルールといった部分についても、事業の発足当時から協議会が一定の基準やルールを設け、被害の発生の防止をはかっており、技術の進展や実際の運用を勘案して、必要に応じて変更を行なっている。

具体的なセキュリティ対策として、技術面、加盟店での安全性確保、利用者への周知・啓蒙の三方向から、以下の対策が講じられている。

A．技術面

金融機関と加盟店をオンラインで接続し、リアルタイムで暗証番号による本人確認を行ない、また、事故の届出のあったカードをチェックする。

また、紛失・盗難カードの不正利用を回避するための措置として、暗証番号の入力を複数回誤ったり、紛失・盗難の受付があった場合には即時に利用停止の措置をとるよう、加盟金融機関に徹底している。

B．加盟店の安全性確保

加盟店については、デビットカードの取扱いを行なう加盟店を信頼性の高い事業者に限定するため、入会時と端末認定の申請時における審査を実施し、また、不正加盟店の排除条項を協議会の加盟店登録規定に盛りこむ。また、店舗での販売員の教育を徹底するよう加盟店にセキュリティガイドラインなどで働きかける。

C．利用者への周知・啓蒙

デビットカードのセキュリティにとって、暗証番号を他人に知られないことは非常に重要であるが、実際には自分の誕生日や 1234 などの単純な数値の組み合せ、自動車のナンバープレートの番号など、他人に推測されやすい暗証番号を設定している利用者が多い。このため、加盟店・加盟金融機関でのポスター掲示やパンフレットにより、暗証番号は他から推測されない組み合わせとするよう、利用者への働きかけを行なっている。

②保険の利用

制度の発足当初である 1999 年 2 月に、協議会事務局長が、「デビットカードはキャッシュカードそのものであるうえ、保険制度自体の悪用の懸念や所有者の費用負担の問題もあって見送った」とコメントしている[71]。ただし、その後 1999 年 8 月から、協議会のワーキンググループとして「保険ワーキング」を設置し、加盟金融機関が個別に導入する制度としての保険制度について、検討を行なっている[72]。

一部の金融機関では、キャッシュカードの盗難被害に対する保険を付保している。対象となるカードの範囲や補償の内容、条件、補償される金額は、金融機関によって異なる。

③利用限度額の設定

協議会は統一的な指針は出していないが、個別の金融機関は金融機関により金額は異なるが、多くの金融機関で、1 日あたりの利用限度額を定めている。

個人顧客の利用限度額を見ると、限度額を設定している金融機関の多くが上限を「200 万円」としているが、一律 50 万とする金融機関や、1 万円から 300 万円の範囲内で顧客の希望により設定をする金融機関など、金融機関によって様々な設定を行っている[73]。

3．司法的規制による対応

盗難に遭ったキャッシュカードが、暗証番号を用いて、デビットカードとして不正使用された場合に、デビットカード機能の付加を知らなかった消費者には、いかなる損害が発生し、金融機関は裁判上いかなる責任を負うか。

（1）暗証番号およびカードの管理についての司法的規制

まず、キャッシュカード利用約款中に、「金融機関が暗証番号の確認を行なった上で払い出しを行なった場合には、金融機関は責任を負わない」旨を規定している[74]。その結果キャッシュカードとしての利用については、第三者による暗証番号やカードの盗難・偽造等により利用者が損害を被った場合、暗証番号やカードの管理の責任は利用者にあるため、原則として金融機関は責任を負わない。

判例もその有効性を認め、盗用されたキャッシュカードと正確な暗証番号により、第三者が預金を引き出した事例について、金融機関の免責が認められている（平成 5 年 7 月 19

---

[72]「『デビットカード保険』本格検討、推進協、不正使用被害に対応」（1999 年 8 月 3 日日経流通新聞）

[73] 2003 年 4 月現在。

[74] ただし、一部の金融機関は、偽造カードについては利用者に責任がないことが明らかである場合には、この規定を適用しないと規定している。ある金融機関のキャッシュカード約款では、キャッシュカードの暗証番号について、「(2)当行が、カードの磁気的記録によって、自動機もしくはテンキーパッド付きカードリーダーの操作の際に使用されたカードを当行が交付したものとして処理し、入力された暗証と届出の暗証との一致を確認のうえ預金の払い戻しをしたうえは、カードまたは暗証につき偽造、変造、盗用その他の事故があっても、そのために生じた損害については、当行および提携行は責任を負いません。ただし、この払い戻しが偽造カードによるものであり、カードおよび暗証の管理について預金者の責に帰すべき事由がなかったことを当行が確認できた場合の当行の責任については、この限りではありません。」としている。

日最高裁判所第2小法廷)。この事案では、まず磁気ストライプで暗証番号が記録されているキャッシュカードの安全性について「免責約款の効力を否定しなければならないほど安全性を欠くものということはできない」と認定し、「真正なキャッシュカードが使用され、正しい暗証番号が入力されていた場合には、銀行による暗証番号の管理が不充分であったなど特段の事情がない限り、銀行は免責約款により責任を負わない」と判示した。

国民生活センターによると[75]、「現状のキャッシュカードの紛失・盗難等による損害の填補にかかる裁判例では、金融機関の免責条項などにより消費者が負けるケースが多い。また、第三者不正使用の場合などでも「原則的には契約当事者として消費者が責任を負担することになるという状況」であり、「セキュリティについての問題は今後の重要な課題である」としている。

この問題はデビットカードではいかなる形を取るか。

＜参考＞

預託金返還請求事件、最判平成15年4月8日民集57巻4号337頁

Y銀行に口座を持つ利用者Xは自動車を盗難され、その後自動車内のダッシュボードに保管されていたY銀行の預金通帳から801万円が、正確な暗証番号と通帳を用いて、何者かによりATMで引き出された。暗証番号は盗難された自動車の車両登録番号と同一であり、通帳の紛失届は払戻し後に提出された。

Y銀行のキャッシュカード規定には、カード機械払の方法により預金の払戻しが受けられる旨の規定、および、「使用されたキャッシュカードの電磁的記録によってカードの真正を確認し、入力された暗証番号と届出暗証番号との一致を確認して預金の払戻しをした場合」のY銀行の免責規定があるが、通帳機械払については規定が存在しない。

原審では、本件の銀行の払戻しは民法478条により弁済の効力を有し、Xの預金返還請求には理由がなく、またYの債務不履行に基づく損害賠償請求にも理由がないとして、Xの請求を棄却した。

上告審では、以下の理由によりY銀行の過失を認めて第1審、第2審判決を取り消し、Yに801万円および利息の支払を命じた。

「銀行が無過失であるというためには、払戻しの時点において通帳等と暗証番号の確認が機械的に行なわれたというだけでなく、機械払システムの利用者の過誤を減らし、預金者に暗証番号等の重要性を認識させることを含め、同システムが全体として可能な限度で無権限者による払い戻しを排除するように組みたてられ,運営されるものであることを要するというべきである。(中略) 無権限者による払戻しを排除するためには、預金者に対し暗証番号、通帳等が機械払に用いられるものであることを認識させ、その管理を十分に

---

[75] 国民生活センター記者発表資料「データバンク『電子マネー・電子決済』『デビットカード』～消費者にとっての新しい支払システム」(2000年6月6日)

行なわせる必要があることにかんがみると、通帳機械払のシステムを採用する銀行がシステムの設置管理について注意義務を尽くしていたというためには、通帳機械払の方法により払戻しが受けられる旨を預金規定等に規定して預金者に明示することを要するべきであるから、被上告人は、通帳機械払のシステムについて無権限者による払戻しを排除し得るよう注意義務を尽くしていたということはできず、本件払戻しについて過失があったというべきである。」

なお、全国銀行協会によると、通帳によるATMでの現金引出しのシステムは、地方銀行の一部では採用しているが、都市銀行などでは採用していない[76]。

（2）サービスの一方的変更と無効規制

①問題の所在

デビットカード機能の付加について知らされていないカードホルダーと銀行の間には、デビットカード取引に関する合意は存在しないというのが原則である。この場合には、登録口座からの引落しを基礎づける合意が存在していないため、銀行には引落し前の残高に復元する義務が生じる。

ところがデビットカードサービス機能の付加も含めて、キャッシュカード取引のサービス内容の変更を金融機関が任意に行える規定（以下一方的変更条項と呼ぶ）が置かれている場合が多い[77]。一方的変更条項は、デビットカード機能の付加に先立って、一般的に、キャッシュカード取引の約款の中に挿入されているものとして当事者を拘束する。この条項は、サービスの変更がリスクの増大をもたらすような場合であっても、銀行に利用者からリスク負担への同意の調達を可能にする契約上の工夫と言うことができる。この条項の効力が認められれば、デビットカード機能について不知の消費者であっても、デビットカード取引上の計算を本人に帰せしめるという合意に拘束される。

②消費者契約法

それでは、このような条項の効力は、消費者契約法の下でも認められるか。

まず問題となるのは、消費者契約法の契約締結過程規制特に4条2項の「不当不告知」の適用の可否である。新規にキャッシュカードを申しこむ顧客に対しては、デビットカード機能とそのリスクについて契約締結時に利用者の十分な認識がない場合、同号の「不利益事実の故意の不告知」にあたるとすることが考えられる。

たしかにデビットカード機能の付加そのものは不利益ではないが、サービス内容に関する重要事項であり、サービスの拡大という利益を告げながら、それによるリスクの増大という不利益を告げていないため、4条2項に該当する余地がある。しかし勧誘の際に配布さ

---

[76]「盗難通帳ATM利用　銀行の過失認める　最高裁　預金者への返還命令」（日本経済新聞2003年4月8日夕刊）

[77] 一例では、キャッシュカード約款中の利用方法として、「（6）その他当行所定の取引をする場合」と規定し、「所定の取引」方法の決定については銀行の裁量が無制限であると解釈できる内容となっている。

れるパンフレットには、デビットカード機能のメリットをうたっていてもリスクの増大についてはとくに記載がないとはいえ、サービス内容、暗証番号管理等に関する利用上の注意を記載しており、「故意に」告知していないとは考えにくい。また、既にキャッシュカード取引を行っている利用者のカードにデビットカード機能が付加される大多数の場合には、そもそも「勧誘に際して」という文言の解釈も問題となろう。

そこでむしろ、一方的変更条項の効力を、消費者契約法10条の不当条項規制によって否定する方向が考えられる。これが認められる場合、デビットカード利用契約自体が無効となり、上述した意思の合致の本則に戻り、金融機関はデビットカード機能によって利用者の口座から引き落とされた支払代金相当額を口座に復する義務を負うことになる。

しかし一方的変更条項が、リスクの増大を伴うサービス付加に用いられる場合に、そもそも「消費者の利益を一方的に害する条項」と言えるのかが微妙な問題であるばかりでなく、約款の変更権を金融機関が有することが「消費者の利益を一方的に害する」か否かを判定する基準となる「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」が存在しない。

③最判平13年3月27日民集55巻2号434頁

最判平13年3月27日民集55巻2号434頁は、「通話料の高額化に容易に結びつく危険を内包」するダイヤルQ2サービス事業の開始にあたって、X（NTT）に「同サービスの内容やその危険性等につき具体的かつ十分な周知を図るとともに、その危険の現実化をできる限り防止するために可能な対策を講じておくべき責務」があったとして、加入電話契約者Yの未成年の子のダイヤルQ2利用によって高額化した通話料のうち、電話加入契約者が「Yが料金高額化の事実及びその原因を認識してこれに対する措置を講ずることが可能となるまでの間に発生した通話料」についてまで、「本件約款118条1項の規定」が存在することの一事をもって、その全部を負担させることは「信義則ないし衡平の観念に照らして直ちに是認しがたい」として、通話料請求額を5割に減額した。

ここで最高裁が「責務」とした二つの内容が、いかなる法的な拘束力を持つものなのかは問題だが、そのうちの前者の判示からは、付加される「サービスの内容やその危険性等につき具体的かつ十分な周知を図る」義務を、約款の変更に際しての事業者の信義則上の周知義務として取り出すことができる。この義務違反を根拠に、デビットカードの不正使用額について、少なくとも消費者がデビットカード取引の一部無効によって責任を免れることが可能となろう。

また後者の判示からは、「危険の現実化をできる限り防止するために可能な対策を講」ずる義務として、銀行に、カード取引について安全なシステムを提供する信義則上の義務を取り出すことができる。この義務は、保険や利用限度額、その他のセキュリティー対策といった安全な取引のための対策が十分講じられていない場合には、金融機関または加盟店に利用者に対する民事責任を発生させ、不正使用額の実質的な一部を負担させることを可能にする。しかしそのためには、事業者が当該取引についてどの程度のリスク軽減措置を

取るべきかを法的評価の基準を確定する必要が出てくることに注意すべきである。

第五節　市場へのインパクトと反応の分析

前節２.「事業者の契約行動による対応」にみた保険の付保および利用限度額についての契約上の取り扱いが変化していく経緯からは、デビットカード取引において、取引行動に変化を生む市場へのインパクトをもたらしているのが、もっぱら事業の推進を図る事業者団体や主務官庁による振興策という市場の外からの入力につきていることが伺える。そこでは取引費用の節約という市場主体の経済合理性が働く余地はきわめて小さい。

すなわち、サービス開始当初、ほとんどの金融機関は利用制限額、保険の仕組みを設けていなかったが、まず保険について次のように拡充されていった。最初の金融機関が保険制度を導入したのは 1999 年 11 月からであり、有料の会員制組織に加入した顧客のキャッシュカードに限定して、保険料無料、補償額は最大年間 300 万円まで、紛失・盗難による被害を補償する保険が付保された。2000 年 3 月に同様の保険制度を開始した別の金融機関では、保険料は無料ですべての顧客を対象とする[78]。郵便貯金では、2000 年 5 月下旬から、盗難・紛失のみでなく、偽造による損害を補償する保険を含む有料のサービスを開始した。年間利用料は 350 円で、補償限度額は 100 万円となっている。

また利用限度額も、サービス開始当初は上限を 200 万円とする金融機関が主流であったが、2001 年初頭に制限額引下げの方向での見直しが各金融機関で進み[79]、2003 年現在、限度額については、一律 50 万円とする金融機関、一律 300 万とする金融機関、細かく金額ランクを設定し利用者が選ぶ方式をとる金融機関、利用者の要望に応じて設定する金融機関など、各金融機関まちまちの対応を行なっている。

---

[78]「デビットカードの盗難被害－損害額、一部は保険で救済」（マンデー日経 2000 年 2 月 13 日）
[79]「デビットカード、利用限度額低め設定－郵貯、１回 100 万円、みずほ、１日 50 万円」（日本経済新聞 2001 年 1 月 18 日）

郵便貯金および都市銀行の、個人顧客の利用限度額[80]および保険の状況は、次の通りである（2003年4月時点）。

		上限額	保険制度の有無および対象	保険金額
郵便貯金		100万円（1回）	紛失・盗難・偽造・変造、ATM設置場所での現金引出し強要・かつその現金の強奪。 有料（350円/年）会員制サービス組織の加入者のカード。	1口座あたり100万円限度。
A銀行		200万円（1日）	盗難・紛失・詐取。 すべてのカードが対象。	1枚200万円まで。
B銀行		自由設定（1万～300万円。初期設定は100万円）	なし	---
C銀行		1回50万円。ただし、ATMとの合算で1日500万円。希望により1回10万～500万円の10通りの金額への変更が可能。	キャッシュカード盗難による他人の不正使用。 預金者のうち有料（367円/月）会員サービス加入者、または一定の条件を満たした顧客のカード。	年間通算100万円限度。
D銀行	旧e	50万円（1日）。希望により1万～（ATM利用と合算で）500万円の範囲で変更可。	なし	---
	旧f	300万円（1日）	なし	---

*都市銀行2行の合併により設立されたD銀行では、旧2行のシステムが統合されていないため、キャッシュカードの発行店舗により対応が異なっている。

前記の対応の変更は、デビットカードによる利用者被害が報告されていないことを勘案すると、実際の被害状況に応じて導入されたものではない[81]。各金融機関での見直しがこの時期に急速に進んだことは、2000年12月に金融審議会の報告において、キャッシュアウトについての指針が示されたことにより、各金融機関で損害抑止の必要性があらためて認識された結果と見ることができるだろう。

第六節　消費者契約法の存在意義と規制のあり方

第四節に見た規制の現状を踏まえ、デビットカード取引について想定されるトラブルとその対応のあるべき姿について考えてみたい。

1．行政的規制の謙抑性

銀行は伝統的な規制業種であり、また事業者団体への統合が技術的に一元的なシステムを通じて実現しているため、デビットカード取引についてはアウトサイダーの問題を考える必要は乏しく、新規の規制による追加コストは小さいといえる。まず個別金融機関で問題状況が発生した場合、認可事業であることから、金融庁による問題状況の把握と当該機関への指導は、実効性が大きいことが期待できる。また実際に問題状況が生じた場合には、個別の金融機関への指導と同時に、業界団体である協議会に対し対応が求められる可能性

[80] 各機関とも、普通預金の残高の範囲内、かつ各機関で設定した限度額を利用限度額としている。

も高い。現在の日本のデビットカード事業では、デビットカード事業の基盤となる決済システムは郵便貯金を含めて一本化されており、このシステムを利用しなければ事実上デビット事業に参画できない。このため、協議会の内規は金融機関及び加盟店に対してきわめて強い強制力を持つと考えられる。したがって、とくに業界全体に関わる問題への対処については、協議会を通じての指導は有効性が高い。

しかし、実際のデビットカード取引に対する行政的規制の謙抑性は当初からきわめて顕著である。例えばデビットカード普及促進の端緒となった機械化通達廃止については、担当の金融監督庁課長の次のようなコメントが新聞に掲載されている[82]。「銀行の財務の健全性を監督するのは当然だが、個別のサービスに介入するのは行き過ぎだと判断した。自由にやらせて問題が生じれば後から取り締まる方が、民間の発展にプラスだ。」現在のデビットカードにかかる行政的規制は、民間事業者の裁量の幅がきわめて大きいものとなっている。このように監督官庁である金融庁は、業界団体および各金融機関の自由な活動による発展を促すため、介入を最小限に抑えている[83]。

このように行政的規制を謙抑的として、市場主体の契約行動による対応に多くを委ねることは、デビットカード取引のように、萌芽期の市場に対する規制のあり方としては妥当なものである。

たとえば、利用限度額を法令あるいは規則、指導により、一定の金額に制限する方策を考えてみよう。この方策を取ればたしかに、盗難による消費者被害を抑えることはできよう。しかし、その法定限度額を超える部分は金融機関の負担となるため、各金融機関では利用限度額を抑える方向に進み、ひいてはデビットカード取引の市場の開拓事業は制約されるであろう。また、金融機関の費用で一定金額の保険を付することを法令・規則で義務付ける場合も、保険料負担が過大になるようであれば、デビットカードの利用者を一定の条件を満たした顧客に限定したり、あるいはカードの利用限度額を低く抑えるといった形で、費用負担を抑える契約行動をとる可能性がある。実際には我が国では、上記のような上限規制や付保規制は実施されておらず、各金融機関は独自の利用制限額、保険の内容の組み合せで事業を行なうことができる。その結果利用限度額を高く設定し、保険の対象一定の顧客のみとする金融機関では、特定顧客層を中心とした、高額の購入が可能なクレジットカードの代替手段としてのデビットカード利用が期待できる。一方、上限額を低く設定し、保険による補償額も低く抑えるがすべてのカードを保険の対象とする金融機関では、少額決済中心の簡便な決済カードとしての利用が促進されよう。このような多様な選択肢を事業者にも消費者にも可能にすることは、萌芽期の市場で取引のあり方を模索している事業者にとって適切なことである。

---

[81] ここでの取引費用は、デビットカード取引が普及した場合に想定される仮想的なものになおとどまっている。
[82] 「デジタル時代を読む 1998　デビットカード元年（下）」（毎日新聞 1998 年 9 月 28 日）
[83] 以上から規制の費用は非常に小さい。

2．司法的規制のあり方

萌芽期の市場においては、消費者トラブルへの対処を、できるだけ事業者の契約行動に依拠する姿勢が重要であることは、行政的規制のみならず、司法的規制を考える上でも指針となるべきである。このことは、現在の消費者契約法の用意している無効規制が、不正使用に対する消費者の救済にとって無力であることを踏まえて、いかなる司法的規制を構想すべきかということに関わる。平成13年最判から信義則上のシステム安全義務を取り出して、あるべき契約内容を法定してしまうことは、萌芽期の市場のダイナミックな発展を阻害するため妥当ではない。また約款内容の一方的変更に際して、事業者の同意調達の負担をあまりに重くすることも、市場主体の取引費用を増大させ、事業者の契約行動を阻害することにつながる。

しかし、市場において事業者に多様な選択肢を用意させ、消費者にこれを選択させて社会的効率性を実現するためには、いかなる選択肢が用意されているのかを契約当事者に提供することはその前提となる事柄である。したがって、平成13年最判から、約款の一方的変更に伴う信義則上の周知義務を取り出し、これを事業者に義務づけることは、それが事業者の契約行動による対応を阻害しないように留意すべきではあるが、必要であろう。

第三章　携帯電話

第一節　題材選択の趣旨

携帯電話は1979年に自動車電話のサービス提供開始以来24年を経ており、サービスとしては新しいものではない。しかし、従来ごく一部の人だけが使用する高価なサービスであったが、規制緩和によって事業者の新規参入が進んだ。またレンタルのみであった端末が売り切りとなった1994年以降、急速に大衆化して、市場の状況が激変した。その際、電気通信事業者にとっては、従来とはまったく異なる販売方法、利用者層への転換であり、販売事業者や利用者がどのような行動をとるか、予測をし難かった。そのため、解約の際の違約金返戻をめぐる消費者トラブルが激増して社会問題化したのである。これらの点から規制緩和と消費者契約法のケーススタディーとして格好の素材を提供している。

さらに、携帯電話契約は、利用者と販売代理店の携帯電話端末という機器の単なる売買契約と併せて、利用者と電気通信事業者との電話サービス契約が締結される、複合契約である。しかし、当事者の異なる2本の契約が同時に締結されているという事情は、利用者からはわかりにくい。この点も消費者契約を考える上で興味深い素材を与える。

本章では携帯電話・PHS（簡易型携帯電話：以下「PHS」）の普及期に生じた短期解約の違約金にかかるトラブルを題材として、混乱状況に対し、行政主体、事業者がどのような対策を講じ、混乱がどのように収束していったかを跡付け、消費者契約法の機能について検討する。

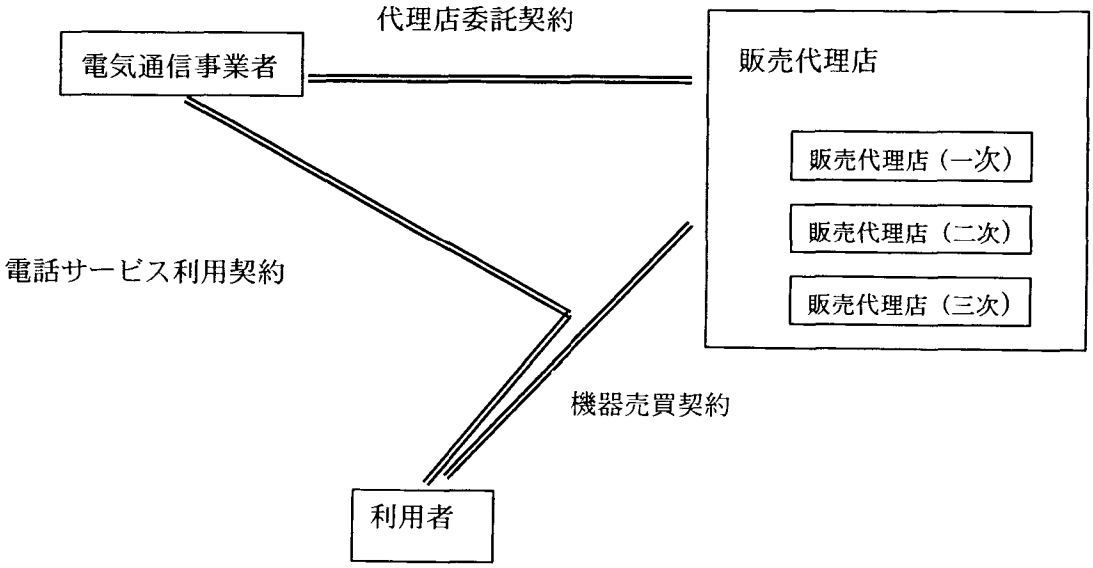
第二節　市場概観

１．携帯電話・PHS 購入の際の契約関係

（１）売買契約と電話サービス契約

携帯電話・PHS の端末機器（以下「端末」）を購入する際に、利用者は、販売店との間の「機器売買契約」と、電気通信事業者との間の「電話サービス契約」という二つの契約を同時に締結することとなる。このうち、電話サービス契約については、販売店が事業者の代理人となる。電気通信事業者と販売店は代理店契約を結んでおり、販売代理店がさらに二次、三次と再委託を行なうことも一般的である。

利用者が販売店において作成する申込書は通常は通信事業者への加入申込書のみで、利用者と販売店との間の機器売買契約については、申込書・契約書がない場合が多い。



①電気通信事業者と利用者間の電話サービス利用契約

携帯電話の販売時に、利用者は販売店に電話サービスの利用申込書を提出し、電気通信事業者との電話サービス利用契約を締結する。このときに利用者が記入する申込み用紙の裏面に、約款の一部が記載されている。但し、この中には解約の制限や解約にともなう違約金の記載もふくめ、契約解約に関する記載はない。

②販売代理店と利用者間の機器売買契約

通常は、電話機器と電話サービスを両方同時に申し込むことが多いが、店頭で記入する申込書は「電話サービスの利用申込み」を行うものである。電話機器の売買にともなう申込書は通常ない。その結果機器売買契約については契約書が作成されないが、契約の短期

解約にともなう違約金に関して、上記申込み用紙以外に「念書」を作成し、当該念書中に記載している場合がある。また、違約金に関して口頭で説明しているのみの場合もある。

③電気通信事業者と販売代理店間の代理店委託契約

電気通信事業者と販売代理店は、代理店委託契約を締結している。これにもとづき、電気通信事業者は販売代理店の行動を監督する。

業界団体である（社）電気通信事業者協会の「代理店の営業活動に対する倫理要綱」には、代理店は顧客に対し、一定期間内の解約等を制限したり、その期間中に解約等した場合に違約金を徴収するなどの不当な契約をしてはならない旨記載がある。同協会の会員である第 1 種電気通信事業者は、上記指導にのっとり、代理店に対して同様の指示を行っている。

（2）代理店委託契約と販売奨励金

携帯電話や PHS の通信事業者は、サービスの普及促進のため、販売店に対し、販売奨励金を支払う場合がある。これは、事業者が長期契約の場合の通話料による利益を見越して、その利益を前倒しに販売店に還元するという趣旨のもので、販売店が携帯電話端末を販売して得た電話利用契約件数に応じてインセンティブと呼ばれる契約奨励金が支払われる。6ヶ月以内に解約された場合、販売店はインセンティブを通信事業者に返納することとされている。この他、携帯端末の卸売がメーカーから直接販売店に行われる事業者の場合、インセンティブはメーカーからも重ねて支払われることがある。

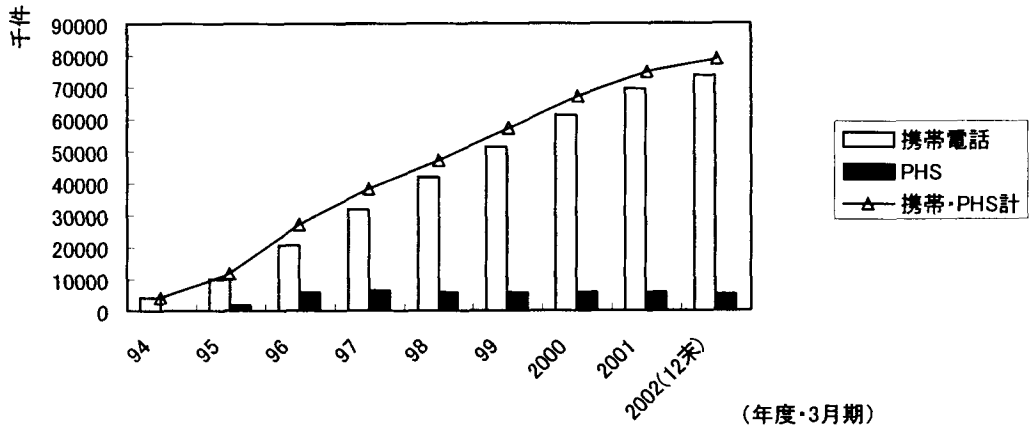
このインセンティブの金額が端末の仕入れ価格をうわまわっていれば、携帯電話の本体を無料で利用者に提供しても、販売店には利益が生じる。このため、多くの販売店では販売量を増やすため、インセンティブを携帯端末値下げの原資として値引きを行い、一部では無料あるいはきわめて低価格で端末を販売しているところもあった。

2．市場の状況

1979 年の日本電信電話公社の自動車電話サービスの開始から 24 年、1985 年の肩掛け式の携帯電話の登場から 18 年が経過しており、携帯電話は近年新しく誕生したサービスではない。

当初は電信電話公社の独占事業であったが、1985 年に参入規制が緩和され、新電電と呼ばれる事業者が参入した。ただし、郵政省は「新規参入は 1 地域 1 社」を基本方針としており、日本移動体通信が関東から東海、第二電電が他の地域を営業地域とされた。
1994 年に一地域一社の規制が緩和されてデジタル系と称される新電電各社が参入し、とくに首都圏、関西圏、中部圏で 4 社が競合する体制となった。同時に、それまでレンタルのみであった端末の売り切り制度が開始され、急速に大衆化が進んだ。

加入者数の推移



出典：社団法人電気通信事業者協会「電気通信事業者協会年報　2001年版（速報）」（2000年8月31日）、総務省「携帯電話／ＰＨＳ／無線呼び出しの累計加入者数」

1996年に料金が認可制から届出制へ移行したことも、各社の値下げと価格競争を促し、加入増につながった。電話とPHSの合計加入者数は、1995年3月末の433万件から、2002年12月末には7909万件と急激に増加し、一般加入電話の加入件数を越えている。

第三節　当該取引をめぐって生じるトラブル

１．トラブル発生のメカニズム

1994年に端末の販売と新規参入者への市場開放が開始され、各事業者はシェアの拡大のために、報奨金によるインセンティブを用いた顧客の獲得に乗り出した。サービスや商品の販売拡大のために、販売店に契約件数に応じた報奨金を支払うことは、他の業種においても一般的に行なわれており、通常は消費者に対してとくに影響はないが、携帯電話契約の場合には、次のような特殊事情があった。

携帯電話およびPHSの場合、報奨金の原資は、電話サービス契約が、その後継続されることによって電気通信事業者に生じると見込まれる利益が前提となっている。そのため短期で解約された場合には販売店はその報奨金の返納を求められる。他方で、販売代理店はこの報奨金を原資として携帯電話端末を無償あるいは格安で消費者に提供していた。

そのため利用者が電話サービス契約を短期解約した結果、販売代理店が報奨金を返戻することとなる場合、端末の卸売価格分と販売価格の差額の損失を販売代理店は被ってしまう。そこで、一部の販売代理店はその負担を利用者に転嫁し、一定の期間内に解約をした利用者に対しては、違約金を求める旨、売買契約に盛り込んだのが既述した「念書」であり、実際に違約金を請求した。違約金は通常、端末金額の定価相当額および手数料であるが、販売店によって金額は異なる。

報奨金の返納や短期解約の場合の違約金徴収は、当初は一般的に行なわれていなかった。しかし、94年以降の急激な大衆化と同時期に急速な技術の進展によりサービス内容の変更や新たな機器の発売がたえず行なわれた結果、利用者が急速に登場する新商品への切り替えを望んだり、契約内容を十分把握せずに契約してのちに通話料が高いとの理由で短期に解約を行なう例が相次いだ。その結果事業者が短期解約の場合の報奨金の返納を販売事業者に求めるようになった。販売代理店が返戻金の負担に耐えられなくなったため、短期解約の返戻金が販売店から利用者に転嫁されるようになったといわれている[84]。

携帯電話契約締結の際には、機器売買契約および電話サービス利用契約という二つの契約が締結されるため、利用者にとっては各々の契約の相手方と内容が把握しづらい。そのため、利用者が事前に違約金の説明を受けない場合、あるいは内容を確認せずに違約金についての念書に署名する場合なども多かった。また事業者と販売代理店の間で締結される代理店委託契約では、再委託が禁じられていないため、子代理店、孫代理店といった、電気通信事業者と直接の契約関係にない販売代理店が多数存在する。その結果、悪質な業者も少なからず混在していたため、違約金が数万円と利用者の想像を上回る金額である場合もあったとの指摘がなされている[85]。

2．トラブル事例

短期解約の際の違約金の問題は、新聞でもとりあげられた。また1996年度に国民生活センターに寄せられた携帯電話とPHS関連の解約違約金にかかわる消費者トラブルは、1年間で1,570件にのぼる[86]。違約金と並んで、「寝かせ」という商法など、一部の販売事業者の悪質な行動も問題となったが[87]、以下では、携帯電話加入契約の短期解約違約金に係るトラブル事例を紹介する。

＜事例1＞

1996年5月、Aさんはある大手事業者の販売店から、無料で携帯電話機（本体価格56,500円）の提供を受け、事務手数料8,700円を支払い、利用契約を結んだ。半年後、電話機を紛失、契約休止の手続きをとった。

1997年1月、販売店からAさん宛に「6ヶ月以内の解約なので本体価格を払って欲しい」という請求が届き、販売店に問い合わせると「念書もある」と言われた。契約時に休止についての説明はなかったが、取り寄せた「念書」の写しにはその旨が記載されていた。3月には、東京簡易裁判所から、Aさんに対する支払命令が届いた。Aさんから相談を受けた消

---

[84]「携帯電話の価格なぜ安く　販売奨励金で値引き　解約巡りトラブルも」（大阪読売新聞1998年2月8日）
[85]「うまい話に落とし穴（暮らしの視点）」（朝日新聞（兵庫版）1998年4月4日）
[86]「携帯電話解約トラブル－違約金請求、無効の場合も」（日本経済新聞1997年6月30日）
[87] これは、販売奨励金の確保のため，抽選で当選した旨を利用者に伝え、端末料を無料として加入契約を取りつけたり、架空名義で新規の加入契約を獲得したように見せかけるものである2000年に大規模な「寝かせ」が発覚した大手の販売代理事業者は、その後通信事業者各社から取引停止を受け、その後販売会社の倒産などにより業容を大幅に縮小している。

費者センターでは、販売店に対する異議申し立てをするよう、アドバイスした。(1997年6月30日:日本経済新聞朝刊)

＜事例2＞

Bさんは、携帯電話を買ったがほとんど使わないので解約しようと電話会社側に申し入れたが、なかなか応じてもらえなかった。電話機を買った店と電話会社との間には、知らない会社が3つ入っていて、たらい回しにされたあげく、弁護士事務所名で数万円の違約金取り立ての督促状が届いた。(1999年4月24日　朝日新聞朝刊)

第四節　問題となる契約への対応策

1．行政的規制による対応

(1) 行政庁の認可

携帯電話およびPHS事業への参入には、総務省による第1種電気通信事業者の認可が必要とされる。サービス価格および商品内容は事前認可制であったが、1996年の「規制緩和推進計画の改定について」に基づき、同年12月から料金は事前届出制となった。したがって販売時に締結される二つの契約のうち、利用者と電気通信事業者の間で締結される「電話サービス契約」は行政的規制を受ける。

しかし利用者と販売事業者の間で締結される「機器売買契約」は行政的規制にかからない。現在、販売事業者に対して、行政庁の直接規制はない。

(2) 事業者との連携、指導

しかし、販売事業者と通信事業者との間の販売代理店契約についての、行政庁から通信事業者への指導が、間接的に販売事業者の行動を制約する場合がある。

郵政省は、第一種通信事業者がすべて加盟する事業者団体である(社)電気通信事業者協会を通じ、通信事業者に対して、機器売買に関する代理店の活動に関する1996年11月に文書による指導を行った[88]。これにもとづき、同協会は1997年3月に「代理店の営業活動に対する倫理要綱[89]」を策定、公表し、参加の事業者に対して、違約金を請求しないよう販売店を指導する旨のガイドラインを示している。同要綱では、「代理店の営業の方法」の一つとして、以下の点を明記している。「(6) 代理店は、顧客に対し、一定期間内の解約等を制限したり、その期間中に解約等した場合に違約金を徴収するなどの不当な契約をしてはならない」。

また、公正取引委員会はPHSの廉売について、1997年6月に公正取引委員会地方事務

---

[88] 郵政省電気通信局長通達(電業第54号平成8年11月12日)
[89] 1997年3月19日改正。

所長宛に「PHS に関する表示の適正化について」を発信し、電気通信事業者各社に対し、電話サービス契約の締結過程に関して表示の適正化を文書で指導している。ここでは、PHS が「規模の経済性が極めて大きいサービス」であり、「PHS 通信事業者各社は、中長期的な観点からインセンティブを支給し、利用者の拡大を図っているものと考えられる。」ことを前提としつつ、契約締結時に利用者に対して十分な説明がなされていない点を問題として、「PHS に関する表示についての考え方」として 4 点をまとめている[90]。ここでは解約違約金については、郵政省が対応済みとして立ち入った検討は行なっていないが、以下の通り「あらかじめ明示されていない場合には景品表示法上の問題が生じうる」ことを指摘している[91]。

「解約料を徴収している問題については、広告等であらかじめ明示しない場合には景品表示法上の問題も生ずると考えられるところであるが、郵政省電気通信局長から（社）電気通信事業者協会に対し、解約について条件を付すこと自体、電気通信事業法上、適切な営業活動でない旨の指導通知が出されているので、この通知の徹底方を郵政省に要望したところである。」

（3）消費者に対する働きかけ

携帯電話の解約違約金については、国民生活センターおよび各地の消費者センターで、情報の提供と注意喚起を行なっている。

また、総務省は電気通信サービスに関するトラブルの発生を未然に防止するため、電気通信サービスを利用するに当たっての留意事項をパンフレット「電気通信サービスＱ＆Ａ（平成 14 年度版）[92]」にまとめ、配布している。この中で、「一部の販売代理店で、加入契約を締結する際、電話機を低価格または無料で提供するかわりに『一定期間内は解約や利用休止をしない』『期間内の解約などの際には、高額の違約金を支払う』といった約束をさせられるケースがあります。このような場合は、後で解約がスムーズにできないなどのトラブルの原因となりますので注意しましょう。」と、解約違約金について言及している。

以上の注意喚起は、（社）電気通信事業者協会の倫理綱領を前提としつつ、実際の消費者トラブルを回避するためには契約締結過程での消費者の注意が重要であることを示唆して

---

[90] 解約違約金以外の 3 点は次の通り。
ａ．契約事務手数料等 PHS 電話の加入契約に際して必要な費用を消費者に対し明瞭に表示することが望まれる。
ｂ．他の商品またはサービスの取引の促進を目的として「PHS プレゼント」等の表示を行い、PHS 電話の新規加入契約の締結を条件とする旨を明瞭に表示しない場合には、実際の取引条件よりも著しく有利であると消費者に誤認されるおそれがあり、取引条件に係る不当表示として景品表示法第 4 条第 2 号の規定に違反するおそれがある。
ｃ．消費者にあっても、契約事務手数料、月額基本料、通話料等の料金及び取引条件について加入契約申込前に十分確認した上で適切な商品選択を行なうことが必要であると考えられる。

[91] 廉売の違約金に直接関わる内容ではないが、有利誤認として景品表示法 4 条 2 項に違反するおそれのある事例が見受けられたことから、1998 年 5 月 21 日、公正取引委員会から（社）電気通信事業者協会に対し、以下の要望を行なっている。「①携帯電話等代理店が、他の事業者に対して懸賞企画を提案し、又は他の事業者と共同して懸賞企画を実施する場合は、懸賞景品告示の規定による制限を超えることがないよう留意すること。②携帯電話等代理店が、携帯電話又はＰＨＳ端末機を提供する旨の懸賞企画を行う場合は、当選予定者数については実際に当選を予定している数を表示すること。また，結果として，事実上応募者全員が当選することとなる場合においては，当選通知書においてその旨の表示を行うこととし，抽選により当選した旨の表示を行わないこと。」（平成 10 年度公正取引委員会年次報告）

いる。

2．司法的規制による対応

携帯電話の解約違約金については、消費者契約法施行前後につきそれぞれ一件ずつ、訴訟例も存在する。

（1）消費者契約法施行前の事件として、大阪地判平成10年5月25日消費者法ニュース40号87頁がある。

販売代理店Xは平成8年5月28日に、11,433円で携帯電話端末を利用者Yに販売し、併せてAとの電話サービス利用契約の締結を代行した。その際、本件契約の契約書には、契約日から一年間、電話加入権の解約、利用休止、譲渡をしないこと、これに違反した場合は違約金10万円を支払う旨の記載があったが、契約時にはXからYへの説明がなく、ただ「6ヶ月以内は解約しないで携帯電話を利用するよう求められただけ」であった。Yは電話料金滞納が原因で、Aより平成8年10月20日に通話停止措置を受け、平成9年1月9日に解約した。なおXとAとの間の代理店契約には、6ヶ月以内に利用者が電話加入契約を解約した場合には、AからXへの報奨金が支払われない旨の条項（インセンティブバック特約）が付されていたが、同時にAはXに消費者に対して解約制限を付することを禁じていた。そこでXは、解約違約金 10 万円およびインセンティブバック分 63,800 円[93]、合計163,800円を契約者に請求した。

当事者は6ヶ月間の解約制限があることは前提としたため[94]、争点となったのは、Yの解約が6ヶ月の解約制限期間内になされたか否かであった。Xは平成8年10月の通話停止措置による停止期間中は、解約制限期間が進行しないと主張したが、裁判所はそのような合意がないとして、Xの請求を退けた[95]。

（2）消費者契約法施行後の事件としては伏見簡裁年月日不詳消費者法ニュース53号127頁がある。これも携帯電話の販売にあたって、販売店と利用者との間に「6ヶ月以内に解約した場合には直ちに 6 万円支払う」旨の約定があった事案であり、大阪地裁事件と同じインセンティブバック条項が代理店と電話会社との間に存在していた。

利用者側は、消費者契約法9条1項の不当条項規制を援用して、違約金条項の全部無効を主張したところ、Xの方から訴えを取り下げてきたという。

---

[92] http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/whatsnew/denki-tsusin/qa/

[93] 違約金を損害賠償の予定としてではなく、違約罰として同意したことを前提とした主張である。

[94] 契約書上では解約期間制限を1年としているが、Xはもっぱら、より短期の6ヶ月という口頭の約束による解約期間制限のみを主張している。これは、AとXとの間の代理店契約におけるインセンティブバック条項の解約制限期間が6ヶ月とされていることに由来しているが、本来Xはさらに6ヶ月分のゆとりを見て契約を組み立てておいたわけである。

[95] なお裁判所は、電話料滞納によってYが通話停止措置を受けた場合には、債務不履行となり、違約金支払義務が発生

3．事業者の契約行動による対応

第1種電気通信事業者は、前述の電気通信事業者協会に加入しており、加入者は同協会のガイドラインに従って行動している。これは既述したとおり、契約内容の是正による対応である。この要綱の公表以前から、個別の電気通信事業者の中には販売代理店に対して違約金の徴収を禁じ、これに反した場合には代理店契約を解約するなど厳しい措置をとっていた事業者もあった。

また、直接的には消費者問題の解決よりも「寝かせ」と呼ばれる架空名義契約への対抗措置として行なわれたものだが、前述の大手販売代理店の寝かせが発覚したのち、電気通信事業者各社は当該販売代理店へのインセンティブを全廃するなど、とくに悪質な事業者については個別の対応を行なった。

電気通信事業者は、違約金を求める契約は不適切な販売方法であると販売代理店を指導しているため、契約締結過程上の対応は行っていない。一方、販売代理店では、利用者に転嫁できない返戻金の発生を抑制するため、値引き額を抑える一方で、販売の際に廉売の仕組みを説明して利用者に対し短期解約を行なわないよう「お願い」するなど、各々自衛策を講じている。

第五節　市場へのインパクトと反応の分析

1．市場の初期状態

1994年の端末売切制開始と同時に携帯電話・PHS事業への参入規制が緩和され、「デジタル系新電電」と呼ばれるNTTドコモ社以外の携帯電話・PHS各社が市場に参入した。

導入時、携帯電話・PHSの端末の廉売競争による値下げは一部で予測されていたが、消費者への違約金という形での転嫁は予測されていなかったと見られる。売り切り制度が始まったばかりの1994年5月の新聞記事では、「(端末の)希望小売価格が6万円近くになれば、実際の売値は4万円台も期待できる[96]」との記述がある。ごく一部では抽選によるモニターと称して端末価格を無料とする商法もとられたが、製造コストが高いことから、すでに米国で行なわれていた販売奨励金を原資とする廉売は、「日本では定着しない」と業界では考えられていた[97]。

2．「狂乱状態」

携帯電話契約にインパクトをもたらしたものは、まず第一に廉売を用いた高圧販売である。そもそも携帯電話契約は、情報通信サービスのプラットフォームを提供するものであ

するとするXの主張に対しても、それはYのXに対する債務不履行にはあたらないとしてこれを退けている。

96「携帯電話新時代がやって来た(2)メーカー品、安売りの期待は秋以降」(産経新聞 1994 年 5 月 11 日)

97「移動電話売りきり目前競争過熱－数優先、値崩れ進む」(日本経済新聞 1994 年 3 月 26 日)

り、初期の市場においては囲い込みのためのシェア争いが熾烈となる。そのため、後発の各社を中心に、シェア拡大のために報奨金を原資とした廉売という手法で利用者獲得策がとられた。これにより、1994年から1998年にかけて、契約件数は急増した。

しかし第二に、携帯電話をめぐる技術革新が日進月歩であり、サービス内容がこの市場拡大期に急速に変化していったことも、市場に大きなインパクトを与えた。一方の消費者にとっては初めて購入する商品であり、複合契約であることも含めて、事業者の信用や、契約内容についての理解は薄弱であった。また次々と生じる新製品・付加的サービスに刺激されて、短期の解約・買い換えという消費者の契約行動が大規模に生じた。他方の事業者は、販売代理店も通信事業者も含めて、このような消費者の契約行動を予測できなかった。その結果、代理店契約における報奨金条項とインセンティブバック条項と、携帯電話契約に付随する念書における違約金条項とによって構築されていた取引形態には、対処しきれない状況が生じたのである。イノベーション自体が不確実性を惹起し、取引費用を増大させる典型的な場面が生じたのである。

3．紛争の終息をもたらしたもの

解約違約金問題は、1996年から1998年にかけて消費者問題として一時大きく取りあげられ、これに応じて、まず規制主体は、1996年後半以降になって、郵政省や公正取引委員会から、電気通信事業者に対する適正化の指導をおこなった[98]。これは販売代理店の過重な解約金取立を直接に取り締まるものではなく、通信事業者に代理店契約を通じた販売代理店契約の指導を促すものであって、規制の費用は取引費用へと転嫁されている。特に注意すべきは、この段階でも販売代理店の届出制のような規制は導入されていないということである。

この行政的規制を受けて、通信事業者が取った契約行動は、まず既述した倫理要綱の策定である。しかし、電気通信事業者と直接契約を結んでいない多数の再委託代理店には契約関係を通じた指導は十分浸透せず、アウトサイダー的な販売事業者に対してこの私的秩序づけの試みは十分な成果を上げなかった[99]。

むしろ、実際の紛争の終息に寄与した契約行動は、複合契約の再調整である。電気通信事業者は、利用者短期解約行動によって、電話サービス利用契約の一定期間の継続を前提として計算した水準の報奨金の供与の継続が難しくなったため、これを減額する。これに対して、一方で、既述した行政的・司法的規制の環境の下で、短期解約の際のインセンティヴバック条項にもとづく報奨金返還の負担を、消費者に転嫁しえなくなった販売代理店は報奨金に依存した廉売を見直し、価格を再調整する。この結果、消費者の解約行動を織り込んで、報奨金と値引き販売の新しい水準が形成され、混乱状況は収束したと考えられ

---

98 本節1．（2）参照。

99 既述した大阪地裁事件でも、通信事業者AはXが利用者から解約金を取ることを禁じてはいたのであって、にもかかわらず取立がなされ裁判にまで至っていることに注意すべきである。

る。

さらに携帯電話・PHS市場の成長の伸びが鈍化して以前ほどの件数の伸びが見こめなくなる中、販売代理店は報奨金に依存した収益構造の見直しを迫られ、格安販売に慎重になった。とくに、キャンペーンで当選したと銘打って利用者を獲得するなどの不当な勧誘を行なっていた事業者や、「寝かせ」により報奨金からのrent seekingを行っていた販売事業者の中には、報奨金制度の廃止や取引停止により経営危機に陥ったものもあり、市場からの撤退または事業内容の根本的な見直しを余儀なくされた。

4．評価

指導を通じた安価で間接的な規制に限定されたものでありながら、それによって作り出された刺激と制約の下で、市場の中での契約行動のダイナミズムによって、契約条項の複合によって形成されている緩衝装置の再調整が図られた前述の経緯は、直接の取締のような行政的規制を想定した場合のコストと比べて、安価なものであるだろう。

仮に販売代理店に対する強力な規制を行えば、もっと短期に狂乱状態は収束したかもしれないが、それは、かくも短期の内に、携帯電話という新しい情報通信のプラットフォームを普及させた経済的なダイナミズムをそこなったかもしれない。活性化した携帯電話・PHS市場をもたらしたことで、活発な商品開発と価格の低下とが可能になり、消費者はこの恩恵を受けている。すなわち、市場の拡大期に厳格な行政的規制を行なわなかったことは、経済の活性化と消費者の利益とに寄与したと見ることができる。

第六節　消費者契約法の果たしうる機能

1．市場規制の謙抑性

携帯電話市場におけるインパクトとそれに対する規制及び契約行動について、前節で見た分析からは、間接的な行政的規制が、事業者の契約行動を誘導して、適切な取引形態の再調整を促したことが、一方で経済的ダイナミズムを阻害することなく、消費者トラブルの収束をもたらしたことがわかる。逆に違約金取立の取締や届出制といった直接の規制は、市場を通じた適切な解決の発見を攪乱させうることを念頭に置くべきである。

2．アウトサイダー問題への対処と司法的規制の機能

既述したとおり、携帯電話市場においては、販売代理店にアウトサイダー的な性格が強く、通信事業者の契約を通じたコントロールも、それに依拠した行政規制も、十分に浸透しにくい。したがって、前節で見た契約行動によってトラブルが全体としては終息していっても、アウトサイダーの悪質な行為が、散発的に発生し続ける余地は大きい。

被害消費者のイニシアティブによって発動される司法的規制はこのような場面で有効で

あり、アドホックなものであるだけ、全体としてみた場合の取引費用・規制費用は小さいといえよう。

たとえば、既述した大阪地裁事件では、契約締結過程規制が問題となるが、携帯電話契約の、当時のそもそもの新規性にくわえて、複合契約としての性格から、契約内容が消費者にわかりにくいことを踏まえれば、特に違約金を定めて消費者に差し入れさせた念書については、消費者契約法が施行された現在では、4条2項の規制が重要な役割を果たすであろう。また、電話機器を定価で購入して解約時には違約金がない場合と、電話機器を安価で購入して解約時には違約金がある場合が想定され、解約違約金は契約締結の判断に大きな影響を及ぼす要因の一つであるから、消費者契約法4条4項の「重要事項」にも該当するであろう。したがって、前記の大阪地裁事件は、消費者契約法施行後であれば、違約金条項を取り消す余地もあったことになる。

しかし、他方で、司法的規制における判断が、市場における事業者の契約行動に過大な制約を課し、ひいては市場のダイナミズムに依拠した適切な取引形態の発見を阻害してしまわないように留意する必要がある。このことは特に条項の内容的規制に関して念頭に置かれるべきである。例えば伏見簡裁事件では、裁判所の判断は下されていないが、消費者契約法9条1項の「平均的損害」の概念が問題となっており、当事者は、既述した「倫理要綱」にしたがった業者であれば、違約金約束を消費者から取り付けることはしないはずであるから、損害がそもそもないという主張をしている。

この主張は、そもそも、違約金条項を契約に差し入れることを、違約金の額の適切さを問題とすることなく、無効とすることを含意しているが、これは問題である。携帯電話市場のように、新規に開拓されたものであって、技術革新や、当事者の契約行動などの予測がつきにくい取引を行わなくてはならない市場において、事業者が、その直面する不確実性とそこから生じるであろう取引費用を節約するために、緩衝装置として、違約金条項を用いること自体は、前節で見たとおり、契約の複合による柔軟な取引形態としてインパクトに柔軟に対処することをむしろ可能にするものなのであって、促進すべきでこそあれ、禁圧すべきいわれはない。

9条1項の「平均的損害」という違約罰の許容範囲は、まさにこのような合理的な事業者の契約行動を認めるものとして運用されるべきであって、この点で伏見簡裁における消費者側の主張には検討の余地がある[100]。伏見簡裁事件で利用者側は、消費者契約法9条1項の不当条項規制を援用して、次のように言う。すなわち、まず前記郵政省の通達、および（財）電気通信事業者協会の倫理要綱により、販売事業者が利用者に対して短期解約の場合の違約金を求めることは禁じられているから、「現在、本件解約金約束のような不当な契約をなしているのはアウトサイダー的な事業者のみである」とする。そして通常の「倫理

---

100 しかし反対に違約金条項の効力が認められる場合であっても、前記の大阪地裁事件における代理店の主張するように、違約罰として捉えられるべきではなく、インセンティブバックによる損害のリスクを計算に入れた損害賠償額の予定として、その「平均的損害」を計算すべきことになる。

要綱にしたがった業者であれば、本件のような解約金約束はなしていないから、何ら損害は発生しない」と論じたうえで、そうであれば、6ヶ月以内の解約によって万一個別の事業者に損失が生じるとしてもそれは「事業者に生ずべき平均的損害」とはいえないので、本件解約金約束は全部無効というのである。

しかし、「利用者が携帯電話事業者との間で何らかの契約をしていたとしても、それは、販売店と携帯電話事業者との間の事情であって、その危険を利用者に転嫁するのは不当である」という議論によって、平均的損害額＝0とする司法的規制は、市場のダイナミズムの機能不全をもたらしかねない[101]。この主張は事業者は適正な価格で携帯電話を販売すればよいとものべるが、まさにその価格の決定にあたって、端末の卸売価格・市場価格と並んで、報奨金とその返還の可能性が作用してくる。特に、不確実性の高い初期の携帯電話市場のような取引の場面で、最後の要素の予測可能性を確保するために、違約金による解約制限を行う自衛策を事業者に認めるべきである。したがって9条1項の「事業者に生ずべき平均的な損害」の算定にあたっては、違約罰の対象となる事象の発生の蓋然性及びそれに基づく損害の評価に基づいて、適正なリスク計算をしている場合には、その範囲で違約罰の効力を容認すべきである。

第四章　ネットオークション

第一節　題材選択の趣旨

本節では、消費者契約法の制定過程では想定されていなかった新規の事業の一例としてネットオークションを取り上げる。ネットオークション市場は新規に生じた規制の少ない市場であり、日本ではサービス開始からきわめて短い期間で市場規模が急速に拡大した。ネットオークションに関わるトラブルは、サービスが開始された当初から、商品の不着や代金の不払い、表示と実際の商品の食い違い等、主に個人間取引で報告されている。これに対し、各事業者では安全対策や事後救済の制度を徐々に構築してきていた。

ここでは、この市場における消費者トラブルへの行政的規制・司法的規制・事業者の契約行動による対応により生じるコストを、規制主体、取引主体について各々見ていく。また、ネットオークション市場において、消費者契約法がどのような役割を果たし得るかを、他の手段との関連に留意しつつ検討する。

---

[101] 最近、伏見簡裁事件における利用者側の「平均的損害」論を前提とする裁判所の判断が現れている（大阪地判平14年7月19日消費者法ニュース52号49頁）が、本文に述べた点が危惧される。

第二節　市場概観

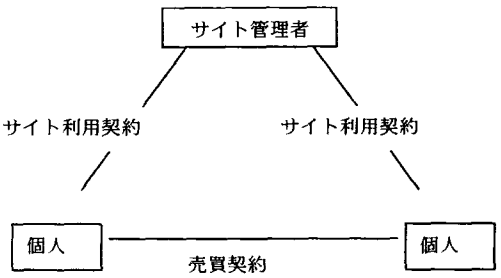
１．ネットオークション取引の概要

（１）ネットオークションを構成する二つの契約

ネットオークションは、出品者（売り手）が販売を希望する商品に対し、購入を希望する者が希望価格を入札し、一定の期間内にもっとも高い購入希望価格を提示した者が購入の権利を得る（落札）という、オークション（競売）をインターネット上で行う仕組みである。ネットオークション取引での売買は、基本的にはインターネットを通信手段とした売買契約である。

①ネットオークションにおける契約

ネットオークション取引における契約関係は、サイトを利用して成立した利用者同士の売買契約と、ネットオークションに参加するための利用者とサイト管理者のサイト利用契約の、二つの契約が基本となる。



②サイト利用契約－B to C

まず、ネットオークションに参加するためには、出品者、入札者双方とも、サイト運営者がサイト上に掲示する「利用規約」を読み、それに同意することが求められる。この同意がなければ、サイトを利用することはできない。この利用規約が、サイト運営事業者と利用者の間の契約内容を定める約款であり、規約への同意により事業者と利用者の間に契約が成立する。このような方式により締結される契約は、「クリックラップ契約」と呼称される。これは、消費者である利用者と事業者であるサイト管理者の間で締結される、消費者契約である。この契約によって、オークション参加者は、次述する売買契約のための情報と取引機会とを与えられる。

③利用者間の売買契約－C to C

ネットオークションでの個別の取引の契約関係は、出品者（売り手）と落札者（買い手）の間の売買契約であり、サイト運営事業者は個別の売買の契約当事者とはならない。したがってこの契約は通常の売買契約と異ならないが、ネットオークション契約は前述したと

おり、この売買契約の取引費用を節約するものであるばかりでなく、特に後述するフリーマーケット型ネットオークションにおいては、当事者が匿名性を与えられるという点に取引の特徴とその意義がある。

（2）出品者およびサイト管理者による分類

ネットオークションは、出品者の性質により、「フリーマーケット型」と「ショップ販売型」に分けられる。さらにショップ販売型のネットオークションは、サイト運営者が売り手である販売店に対しオークションの場を提供する「ポータル型」と、売り手である販売店が自らサイトを運営する「自営型」に分かれる[102]。

＜ネットオークションの分類図＞

分類	フリーマーケット型オークション	ショップ販売型オークション	
		ポータル型	自営型
サイト運営者	独立サイト（情報仲介のみ）	独立サイト（情報仲介のみ）	自営サイト（売り手と同じ）
売り手	個人	法人（営業目的）	法人（営業目的）＝サイト運営者
買い手	個人／法人	個人／法人	個人／法人

（出典）財団法人　マルチメディア振興センター「ネットオークションの利用にかんする調査報告書」（2000年9月）

フリーマーケット型は原則として個人が商品を出品するものである。ただし、販売事業者がフリーマーケット型の場を利用して商品を販売するケースもある。オークションの仕組みとしては、落札者が決定するとサイトから自動的に出品者、落札者にその旨を記されたメールが送られる。その後の商品や代金のやりとりには、サイト管理者は関与しない。

ショップ販売型は、単独または複数の事業者が出品するオークションである。サイト管理者が販売事業者の審査・選別を行っていることが多い。また、法律により販売者が通信販売事業者として一定の情報の開示を義務付けられており、利用者は商品の品質や入手について、比較的安心して取引を行うことができる。

米国や日本ではこのうち大手の運営するフリーマーケット型のオークションサイトがとくに人気がある。

2．市場の状況

ネットオークションは1998年に米国で爆発的に成長し、日本でも約1年遅れて1999年から急速に普及した。ネットオークションのうち、C to Cの取引金額は毎年増加の一途を

[102] 財団法人マルチメディア振興センター「ネットオークションの利用に関する調査報告書」（2000年9月）の分類によ

たどり、2000年には540億円、2001年には1,100億円と推計される。また、事業者の得る手数料・参加費は、2000年10億円、2001年には21億円と推計される（野村総合研究所）。

個別の事業者を見ると、大手事業者3社に代表される、C to Cを中心としたフリーマーケット型の総合オークションサイトのほか、一定の商品や対象者に特化したサイト、商品の販売事業者が自ら設置・運営するサイト等が存在する。利用者の多寡、出点される商品の種類、参加の容易さや参加費・落札手数料の有無、保険やエスクロウ・サービス[104]等の安全対策の充実度などに差がある。

事業者数は正確に把握することはできないが、社会安全研究財団の「ネットオークション等インターネット利用古物取引をめぐる問題と対策報告書[105]」によると、「一つの検索サイトで国内を対象に『オークション&個人売買』に該当するウェブサイトの登録数を検索した限りでも、675件も存在していた。」検索サイトに登録されていない事業者も多数存在することから、零細なものも含めると事業者数はこの数を遥かに上回ると考えられる。

出品数は大手3社のうちA社が約365万点、B社が73万点、C社が261万点[106]であるのに対し、他のほとんどの事業者は1万点に満たないという、大手3社による寡占構造となっている。

第三節　当該取引をめぐって生じるトラブル

1．取引の特徴と問題発生の背景

ネットオークションには、従来の売買や通信販売契約にはない以下のような特徴がある。

A．フリーマーケット型の場合、取引の当事者が双方とも事業としてでなく個人として取引に入っている、C to C契約である場合が多いこと。

B．売買の当事者が、自らの個人情報を開示せずに取引に入ることが比較的容易であること。

C．通常の売買契約と異なり、遠隔地の取引が一般的であること。また、国際間取引が容易に行われること。

上記B．Cの特徴から、ネットオークションでは取引の相手方の信頼性、実在の有無、商品の質等を自分で確認することができないという弊害が生じやすい[107]。そしてこの弊害

る。

[104] 第三者寄託制度。第三者はサイト管理者がスクリーニングをして選択し、サイト上でリンクを設定している例が多い。

[105] WEB110への委託による。平成14年3月公表。

[106] 2003年5月19日現在。A社、C社は「オークション統計ページ（仮）」より。B社は、同社ホームページより。

[107] 警察庁は「身分を明らかにせず取引に入ることができる点が、詐欺などの犯罪行為を誘発しやすい要因となっている」と指摘している（警察庁「ネットオークションにおける盗品等の処分状況」2002年10月）。フリーマーケット型のオークションサイトでは、出品者の身元が必ずしも明確でないため、個人間取引特有のトラブルが生じる可能性も高い。利

は一見、一般の通信販売やインターネット通販と共通のようにみえる。

しかしそこには次の二つの相違点があることに注意すべきである。第一に、インターネット通信販売の販売業者には、訪問販売法 8 条により、売り手の責任者の氏名や支払い時期、方法等の表示が義務付けられているのに対して、この規制は、上記Aの通り個人間取引であるフリーマーケット型オークションには及ばない。第二にフリーマーケット型のネットオークションにおいてはそもそも、当事者双方が匿名性を求めている点が、通常のインターネット通信販売とは異なる。出品者の身元確認を厳格に行わないサイトも存在し、このようなサイトでは無料メールアドレス等を利用すれば、Bの通り完全に身分を隠して取引を行うことができる背景には、そのような取引への需要が存在している。

2．トラブルの類型

本報告では、特にフリーマーケット型のネットオークションにおける取引の匿名性から生じるトラブルを問題にする。その際次の 2 種を区別して取り扱うべきである。

第一は、盗品や禁制品が出品されるというトラブルである。ここでは公益の侵害はあるが、取引の当事者は違法性を十分に認識した上で、あえて関与しているのであるから、一方当事者を他方当事者から保護するという意味での「消費者問題」は存在しない。ただし、ネットオークションが盗品等の取引市場となることで、違法行為（窃盗、禁制品の製造・輸入等）を助長することになっているのではないか、という問題が別途存在するわけである。

第二は、詐欺的な取引や、商品引渡・代金支払がなされないというトラブルである。ここでは一方当事者による違法・不当な行為によって他方当事者が被害を受けるという、典型的な消費者問題が発生している。

本報告にとっては第二のトラブルが中心に論ずべき問題であることは言うまでもない。しかし、警察等の行政的規制は第一のトラブルと第二のトラブルとをしばしば併せて問題としており、また第一のトラブルに対処するための規制が第二のトラブルにも副次的な効果を及ぼすという側面があるので、その限りで言及する。

3．主なトラブル事例

（1）新聞、雑誌記事等に掲載された事例

インターネットを通じたあるアンケート調査では、ネットオークションの利用に関して何らかのトラブルを経験したことがある人は、回答者の約 1 割にあたる[108]。また、別の調査[109]では回答者の 2 割が「トラブルを経験した」と回答しており、トラブルの内容として

用者のアンケートによると、トラブル経験者は 5.1%であるという。

[108] アライド・ブレーンズによる「ネットオークションの利用にかんするアンケート調査結果概要」。2001 年 9 月 26 日～10 月 14 日調査。2 割がトラブルを経験しているという調査報告もある（japan.internet.com「ネットオークションでのトラブル、約 2 割が経験」）。

[109] インターネットコム(株)／(株)インフォプラント調べ。2001 年 9 月 18 日公表。

は、「お金を振り込んだのに商品が届かなかった」、あるいは「偽物や不良品など、問題のある商品が届いた」が各々16%と、もっとも多い。

新聞や雑誌等で、ネットオークションに関してトラブルとなった様々な事例が報道されているが、消費者取引にかかる主なトラブルには、以下のようなものがあげられる。報道の多くは、犯罪として検挙された事例である。

・酒類やわいせつ物、著作権を侵害するものなど、違法な物品の販売。
・落札者が代金を支払わない、あるいは代金支払いの極端な遅延。
・出品者が商品を送らない。
・商品がサイトでの掲示内容と大きく異なる。

（2）国民生活センターでの相談事例

国民生活センターが2000年10月26日に公表した報告書（「インターネット消費者トラブルの現状と改善策－インターネット消費者取引を中心として」[110]）では、ネットオークションによる具体的なトラブル事例についての言及はないが、次のように問題を指摘している。

「ネットオークションの利用者は年々増加しているが、管理者が明確でなく、売り手と買い手の間に信頼のおける第三者が介在した方が取引の安全性が向上する場合が多い。代金や商品の引き渡しの明確化はもとより届いた商品に瑕疵が存在したりする場合の返金や抗弁もその第三者に行い得るような信頼ある決済等の代行システムが求められる。」

また、海外の事例として、「米国において問題となっているのはインターネットを用いた詐欺である。①インターネット詐欺の第1位は、オークション（87%）である。」と、オークションにおける詐欺被害の多さを示している。

（3）警察

2001年に警察庁で受理されたハイテク犯罪等にかかる相談17,277件[111]のうち、ネットオークションに関する相談は2,099件で、2000年から798件増加している[112]。また、ネットオークションを利用した犯罪の検挙件数は、2001年[113]は182件で、2000年の約2.4倍となった。

第四節　問題となる契約への対応策

現在のネットオークション市場では、規制主体・事業者が各々、対策を講じている。こ

---

110 国民生活センター「インターネット消費者トラブルの現状と改善策－インターネット消費者取引を中心として」（2000年10月26日）http://www.kokusen.go.jp/cgi-bin/byteserver.pl/pdf/n-20001026.pdf

111 警察庁「平成13年中のハイテク犯罪等に関する相談受理状況」（警察庁ホームページより：http://www.npa.go.jp/police_j.htm, visited Oct. 26, 2002.）

112 警察庁「平成13年中のハイテク犯罪等に関する相談受理状況について」（同上）

113 警察庁「平成13年中のハイテク犯罪検挙状況等について」（同上）

こでは、行政的規制・司法的規制・事業者の契約行動の各々について、現在実施されている消費者トラブルへの対応策を概観する。

1．行政的規制による対応

関係官庁としては経済産業省、総務省、警察庁があり、経済産業省・総務省が電子商取引の普及発展の観点から、警察庁が違法な物品の販売や詐欺等の犯罪防止の観点から、規制をおこなっている。

しかし、行政的規制による対応としては、強制力のない事業者への要請や事業者との協力や、消費者に対する注意喚起やトラブル相談受けつけといったソフトなものから、法律に基づくハードな対応に至るまで多様なものが考えられる。上記の各機関は、主としてソフトな手法に頼っており、各々業界の動向を注視し、問題のある取引について事業者から事情を聴取したり、研究会に事業者の参加を求めて対応策の検討を行なうなど、事業者との連携による問題への働きかけを行なっている。強制力がないものであっても、行政の民間事業者に対する働きかけは、事業者による対応を促すという面で実効性が高いと考えられる。

（1）古物営業法

ネットオークション事業は従来の規制の枠に当てはまるもののない新規の事業であり、当初は、事業を行うに当たって免許、届出が不要で、ネットオークション事業に対する行政的規制は行われておらず、ネットオークションにおける消費者被害の予防・救済を目的として、事業者になんらかの対応を義務付ける、業法的な立法も行なわれていなかった。

ところが、近時、古物営業法が「ネットオークション市場を利用した盗品売買の防止」という公益的な観点から改正された[114]。改正前から、ネットオークション事業者の中にもサイトの運営にあたって古物営業の免許を取得しているものもあったが、改正された古物営業法は、ネットオークションにおける匿名性に働きかける効果をもたらす。すなわち、従来行政的規制のなかったネットオークションの開設・運営は届け出制となり、無届での開設には罰金が課せられることとなった。さらに事業者には盗品の疑いのある物品の通報・出品停止の義務、出品者の身元確認・取引記録作成の努力義務が課されることとなっている。

これは直接的にはネットオークションの場を利用した盗品売買の防止を目的としているが、事業者に身元確認を促すことで、間接的に実質的には商品の不達や欠陥、代金の未払い等の際のエンフォースメントを確保する効果をもたらす。

（2）事業者との連携、指導

警察庁は、オークションサイトでの盗品などの違法な出品や詐欺等の犯罪行為を重視し、

大手オークション事業者 3 社に対して、身元や出品内容の確認を強化するよう要請している。

また、経済産業省や総務省、警察庁および外郭団体では、インターネット関連の研究会、審議会等に、事業者の代表を委員あるいはオブザーバーとして参加を求め、実態把握や政策決定に事業者の知見を反映させている。

（3）消費者に対する働きかけ

国民生活センターや都道府県の消費者相談窓口では、ネットオークション関連の相談が多く寄せられており、国民生活センターや都道府県では消費者や消費生活相談員に向けての情報提供を行っている。

国民生活センターは、2000 年 10 月 26 日に公表した報告書（「インターネット消費者トラブルの現状と改善策－インターネット消費者取引を中心として」[115]）で、「ネットオークションの利用者は年々増加しているが、管理者が明確でなく、売り手と買い手の間に信頼のおける第三者が介在した方が取引の安全性が向上する場合が多い。代金や商品の引き渡しの明確化はもとより届いた商品に瑕疵が存在したりする場合の返金や抗弁もその第三者に行い得るような信頼ある決済等の代行システムが求められる」と問題を指摘している。

また、消費者へのアドバイスとして、「オークション決済は、確実な商品引き渡し、代金決済を考える。商品が届かないとか代金が振り込まれないといったインターネット上のオークションに関するトラブルを防止するために、オークションの利用者は、出品者、購入者との取引が安全に行われる方法（信頼できる決済等代行業者[116]（エスクロウ会社）の利用等）を活用する必要がある。取引相手が消費者の場合も同様のことが言える」としている。

2．司法的規制による対応

ネットオークションについても、上記のトラブルの発生防止や発生後の対応で、事業者がその契約上の責任を十分に果たしていない場合に、事業者に対する民事的責任をオークション参加者が司法的に追及することは想定される。

現時点では、とくにネットオークション事業者に個別の取引に関する責任を生じさせる民事法は存在しないが、契約責任法や不法行為法を用いて一般の民事責任を追及する方法がないわけではない。しかし、実際には、2003 年 2 月時点で、ネットオークションでの損害につき、サイト管理者に対して債務不履行に基づき訴訟を提起した例は確認できない。

この点につき、オークションサイト運営事業者は、基本的に自らの立場を「あくまでも個人取引の場を提供しているだけであり、取引当事者間のトラブルには責任を負わない問

---

[114] 2002 年 11 月 27 日公布、2003 年 9 月 1 日施行（一部の条項は 2003 年 4 月 1 日施行）。
[115] http://www.kokusen.go.jp/cgi-bin/byteserver.pl/pdf/n-20001026.pdf
[116] 後出（本節 3．（2）①）。

題」と認識していると見られる[117]。

また、国民生活センター[118]が公開しているネットオークションによる詐欺被害へのアドバイスとして、①警察へ被害届を出すこと、②トラブル後の対処は難しいので、消費者の自営が必要であることを記載している。ボランティアでインターネット上のトラブルに関する相談を受けつけたり情報を提供する民間非営利団体「Web110」[119]による「自己防衛マニュアル」においても、事後対策としては「①Web110への被害報告[120]、②取引相手に悪い評価をつける、③被害者同士情報交換を行なう、④警察へ被害届を出す」を掲げている。実態としては、ネットオークション詐欺の被害について、サイト運営事業者の民事的責任を追及するという手段は、実際には使われていないと見られる。

3．事業者の契約行動による対応

予期せぬトラブルが次々と生じたことに対応し、これらを回避するために徐々にセキュリティ手段を充実させてきているサイトもある[121]。

ここでは、各オークションサイトで行われている対策を、大きく、匿名性のもたらす弊害に対するものと、契約責任制度をオークション取引それ自体に組み入れるタイプのものとに区別する。

（1）匿名性の弊害への対処

匿名性は、既述したとおり、諸々のトラブルを生むが、他方でネットオークション取引の目的でもあるために、その調和を図るために、いくつかの制度がネットオークション契約そのものの中に組み込まれている。

①身元確認

身元確認として、出品の際に利用者にクレジットカード番号の登録を行わせるサイトが、大手事業者には多い。これは、クレジットカード会社による信用調査により、利用者の身元の確認を行うということを意味する。身元確認の厳格さは、当初事業者によりまちまちであったが、A社が2001年7月にクレジットカードによる身元確認制度を導入して利用の際の身元確認を厳格化し、大手4社[122]はすべて、クレジットカードの登録により参加者の

---

[117] 損保ジャパン総合研究所が2001年5月に実施した、ネットオークションと消費者契約法にかかるヒアリングで、ネットオークション事業者の責任について、ある事業者の最高業務執行責任者(COO)による以下のコメントがあった。「当社はあくまでシステム会社あるいはインフラ会社というスタンスを貫いています。電話勧誘で詐欺が発生してもNTTが罪に問われないのと同じ発想です。」

[118] 国民生活センター・前掲〔註110〕。

[119] http://www.web110.com/defence/index.html

[120] 同サイトでは、複数の被害報告がある口座番号等の、詐欺の常習犯と目される者の情報を収集し、公開している。

[121] 米国に本拠を置くD社は、商品・サービスの管理をすべて米国で集中管理しており、日本に進出した際には米国の経験からある程度セキュリティの体制は整っていた。これらのセキュリティ対策も、事業を行っていく際、顧客の要望やトラブル対応としてひとつずつ築き上げたものである。同社D氏は、これらのセキュリティ対策を「お客様と我々の協力の賜物（masterpiece of the cooperation between D and its users)」と呼んでいる。

[122] 2001年7月当時。のちに、外資系オークション事業者であるD社が日本市場から撤退した。

身元確認を行うようになった。

②（双方）評価制度

A社では、取引終了後、出品者が落札者を、落札者が出品者を評価する制度が導入されている。それぞれが相手に対して「良い」、「どちらでもない」、「悪い」という評価を下し、その内容やコメントが全ての者に参照可能となっている。その際、個々のオークション参加者はネット上で特定はされても、氏名等は開示されないため、匿名性は維持される。この評価内容が悪い者については、取引相手から除外するなど注意することによって、取引の安全性を高めることが可能となる。

③トラブル情報の利用者への提供・公開

A社では、同社に報告のあったトラブル事例をサイト内で詳細に公開し、利用者の注意を喚起している[123]。また、同社では、2003年1月、トラブルが繰り返し報告されている銀行口座と、その名義（姓のみ）の公開に踏み切った。2003年1月31日現在、109件の口座番号、名義が同社サイトに掲示し、利用者への注意を促している。

（2）契約責任制度のオークションへの組み入れ

履行請求権の実現や、損害填補は、通常の売買では、契約責任法に基づいて裁判所において実現される、契約の外部で司法サービスに委ねられている。しかしネットオークション契約では、これを私的な取引を通じて作り出される制度（私的秩序づけ private ordering）として、契約の内部に組み入れている。

①エスクロウ・サービス（第三者寄託制度）

ネットオークションのサイトでは、外部の事業者による「エスクロウ・サービス」と呼ばれる代金／商品の回収サービスが、簡易に利用手続きができるような形で紹介されていることが多い。エスクロウ・サービスとは、出品者と購入者の間に第三者が入り、代金の収受と品物の受け渡しを確実に行う仕組みである。出品者は代金が購入者から第三者に支払われたことを確認してから品物を送り、第三者は購入者が品物を確認してから出品者に送金を行うため、代金・商品の不着というトラブルを回避できる。

エスクロウ・サービスの提供事業者は、運送事業者やクレジット会社、銀行などで、手数料の額や負担者は事業者によって異なるが、購入者が負担する場合が多い。

基本的なサービスの流れは次の通りである。

ア．落札者が、エスクロウ・サービス提供会社の指定口座に送金。

---

[123] 2001年5月の時点では、トラブル事例の紹介ページにはトップページから入ることができた。トラブルが沈静化した2002年1月時点では、トラブル事例の公開のページは「Q&A」ページの回答からリンクされている。
http://auction.
yahoo.co.jp/phtml/auc/jp/notice/instances00.html（visited Jan. 18, 2002）

イ．エスクロウ・サービス提供会社は入金を確認し、その旨を出品者へ通知。
ウ．出品者は、エスクロウ・サービス提供会社より入金確認の通知をもらったら、エスクロウ・サービス提供会社の物流サービスを利用して購入した商品を落札者へ発送。
エ．届けられた商品を特に返品する意志がなければ、落札者はそのまま商品を使用する。
オ．ここで商品が破損していた、商品が届かない等のトラブルがあれば、落札者はエスクロウ・サービス提供会社へ連絡する。
カ．無事、商品到着を確認したら、エスクロウ・サービス提供会社は出品者に代金を送金する。

もし仮に、商品破損や商品未到着等のトラブルがあれば、エスクロウ・サービス提供会社はトラブルが解決されるまで、出品者へ送金しない。

このように、エスクロウ・サービスを用いることによって、販売者・購入者とも、代金や商品の不達による被害を免れることができる。しかし、エスクロウの利用は任意であり、利用者に費用負担が生じることから、わが国ではあまり利用されておらず、2003年の時点ではエスクロウ事業を行う事業者は大幅に減少している。

②補償制度の導入

オークション利用者向けの、詐欺などによる商品不達に対する補償を提供するサイトが増えている。補償制度は、損害保険会社の提供する保険により裏づけされている場合と、事業者が独自に提供している場合がある。

D社では、日本進出以前にすでに制度を導入済みであった。国内ではB社が先行して2001年2月に制度を導入し、C社もやや遅れて補償制度を開始した。A社では2001年7月、クレジットカードによる身元確認制度および出品料徴収の開始と同時に、補償制度の提供を開始した。

第五節　市場へのインパクトと反応の分析

本節では、既述した、匿名性に由来する消費者トラブルの急増と、それへの対処としてなされた古物営業法の改正とを、ネットオークション取引に関する市場に対する二つのインパクトとして捉え、事業者の契約行動と規制とがどのように連関しあいながらそれに反応したかを、取引費用・規制費用の変化に着目しつつ、それぞれのインパクトについて分析する。

1．匿名性に由来する消費者トラブルをめぐって

まず、主として匿名性に由来する消費者トラブルに対して、どのような反応がなされたかを見てみよう。ここでは、規制の変化も見受けられるが、主としてネットオークション契約の取引形態・契約行動に特徴的な変化が見受けられる。

（1）市場の初期状態

①事業者のタイプ

日本で大規模なフリーマーケット型ネットオークションのサイトがサービスの提供を開始したのは、1999年である。この年、ポータルサイトとして既に確固たる地位を築いていたA社が9月にサービスの提供を開始した。追って、同年11月に大手プロバイダーとの提携により創設され、ショップ型から事業を開始したB社、ショッピングモールとして急成長を遂げていたC社が参入した。米国に本拠を持つ世界最大手のネットオークション事業者の子会社、D社は、A社が日本市場に参入するよりも前の1999年5月の時点で、日本進出計画を公表していたものの、システム構築の遅れなどから、実際の日本語サイトの開設はやや遅れて、2000年2月となった[124]。

サービス開始当初、各社のサイトの運営に対する姿勢は様々であった。大手の中ではもっとも早くフリーマーケット型のサービスの提供を開始したA社では、サービス開始当初は個人出品にかかる手続きが簡単で手数料も無料であった。これは、利用者の出品や入札、落札の手続きの簡便性を重視した結果であると考えられる。安全対策としては、利用者による出品者・入札者の評価[125]やトラブル情報の公開[126]は早い段階から行われていたが、登録にクレジットカードの登録等による身分の証明は求めず、フリーメールでの利用も可能であった。

一方B社はA社と対照的な行動を取ってきた。1999年11月のサービス開始当初から、出品者に郵送による[127]事前登録を義務付けたり、出品物を審査するなど、安全性、信頼性を売り物にしている。B社が日本有数のメーカーを母体としたプロバイダーと提携しており、運営上信頼性が非常に重要な要素であったことが、この背景として重要な要素であったかもしれない。サービス開始当初、A社が手数料無料であったのに対し、B社は成約の場合に出品者から5%の成約手数料を徴収していた（参加手数料、出品手数料は無料）。

遅れて参入したD社も、すでに米国で確立した安全性を前面にうちだし、事業展開をはかった。D社のサイトは米国で一元管理されており、参入当初から、クレジットカードによる個人情報の登録を利用者に求める、トラブルが報告された場合の専門の調査チームを持つ、損害が生じた場合の補償制度を設けている、など、安全性を重視している点が特徴的であった。また、米国でのサイトと同様、出品手数料、成約手数料を徴収していた。

かくして、日本のネットオークション市場の出発点において、消費者には二つの選択肢が用意されていたことになる。一方にはA社のように、セキュリティーを或る程度犠牲にしても取引の匿名性を重視し、かつオークション参加者の取引費用も、事業者自身の取引費用も節約する取引形態があった。他方にはB、D社のように、匿名性を犠牲にして、セ

---

[124] A社はD社の日本進出計画の公表を受け、オークションサイトの開設を急いだとの見方がある（2003年5月に損保ジャパン総合研究所が実施したオークション事業者へのヒアリングによる）。
[125] 前出（本章第3節3.（1）②）
[126] 前出（本章第3節3.（1）③）
[127] 利用者の登録した住所に事業者が書類を郵送し、その受領が確実に行われることを利用者の確認とする方式。

キュリティーを重視し、或る程度の取引費用を前提にして、それを手数料として消費者にも分担する取引形態があったのである。

（2）市場の展開

①取引規模の急速な拡大

ネットオークション市場は、サービスが提供され始めた 1999 年から現在（2003 年）にかけて急速に成長していく。当初から最初にサービスを開始した A 社への出品数が、他のサイトに比して圧倒的に多く[128]、現在でもその状況は続いている。

A 社が日本最大のオークションサイトとなった背景としては、先行期間があったことの他、登録にクレジットカード番号の入力や郵送による住所の確認などの身元確認が必要なく、出品審査も行なわれないなど、他のサイトに比較して簡単な手続きで参加できる自由さが利用者に支持されたことがある。これを取引費用で見ると、利用者の負担するコストが低かったということができる。これにより出品数が急速に拡大し、出品数の拡大が利用者にとってさらに大きな魅力となったことも、A 社の成長の要因となったと考えられる[129]。一方、B 社のサイトへの出品数は A 社に比して少なかった。サービス開始時に出品の際の審査が厳格で、利用者の側に生じる労力を含む費用が A 社に比し大きかったことが、利用者拡大の制約となっていた様子がうかがえる。

②トラブルの急増

市場の急拡大と同時に、商品の不到達、代金の不払いなどの個人間取引でのトラブルに関する報告も急増した。

行政機関のネットオークション市場の安全性に対する関心も高まり、2000 年 9 月には（財）マルチメディア振興センターから「ネットオークションの利用にかんする調査報告書」、2000 年 10 月には国民生活センターから「インターネット消費者トラブルの現状と改善策－インターネット消費者取引を中心として」、2001 年 3 月には社会安全研究財団委託調査研究報告書（調査機関：Web110）、「インターネット利用古物営業の実態調査について」、「ネットオークション等インターネット利用古物取引をめぐる問題と対策報告書」が、それぞれ公表されている。また、詐欺被害や盗品等の売買に関して、2000 年 3 月には問題のあった大手ネットオークション事業者 3 社に対し、警察庁から安全策向上の要請が行なわれている[130]。

---

[128] 出品点数を見ると、A 社では 2000 年 8 月に 100 万件を突破、2000 年 12 月上旬時点では約 190 万件であり、2 位以下の大手オークション事業者の運営するサイトの出品件数（B 社：約 21,000 点、C 社フリーマーケット部門：約 42,000 点）を大幅に上回っている。（以上、ストックリサーチ社「第 3 回オンラインオークションサイトランキング 01 年 02 月 12 日発表」より）。なお、D 社は同じ頃、200 万件程度の出品があったが、これには海外からの日本語による出品分が含まれている。（Mainichi Interactive 2001 年 2 月 8 日掲載記事より）。

[129] 「ネット競売は『人がモノを呼び、モノが人を呼ぶ』構造で、先行組が圧倒的に強い。日本で最初にサービスを開始した A 社に対抗するためには、独自の機能、サービスで多くの参加者を集める必要がある。」（「ネット競売――急成長市場、信頼性確保カギ、2006 年 1 兆円規模に。」日本経済新聞 2001 年 10 月 5 日朝刊）

[130] 「警察庁は 13 日に（中略）3 社に改善を要請。具体的には、利用者の身元確認や出品物の監視強化、禁制品につい

（3）事業者の対応と市場の現状

①事業者の契約行動

消費者被害の増加や行政からの働きかけに対応して、大手のネットオークション事業者では、各々トラブルへの対応策を拡充していった。

まずA社ではサービス開始後に、以下のような安全策を追加していった。まず、2000年9月にエスクロウ・サービスを開始した。ただし、取引に自動的にエスクロウ・サービスが付帯されるわけではなく、数社のエスクロウ・サービスと提携してリンクを貼り、その利用を利用者に勧めるもので、利用をするか否かは利用者の意思に委ねられている。費用負担は利用者で、出品者と落札者の相談により定められる。2001年7月からは参加者の身元確認[131]を開始し、また、商品の不着・代金の不払いなどによる損害の補償制度[132]を開設した。他方でこれと同時に無料であった手数料を有料化した。A社が2001年7月に踏み切った取引形態の変更は、匿名性を犠牲にしてセキュリティーを重視する点も、また、契約責任法制を組み込む型のsafeguardを取引形態の中に用意した点でも大きな方針転換である。注意すべきことは、そのことによって当然惹起される取引費用の一部を手数料負担を通じて、利用者に転嫁するという方向を打ち出した点である。

これに対してB社は、既に99年11月のサービス開始当初から身元確認をはじめとする様々な安全対策をとっていたが、さらに2000年秋にエスクロウ・サービスの提供を開始、2000年12月には補償制度を国内の他社に先駆けて導入している。他方でB社は、登録の簡素化などの変更を行なって利用を簡便にし、2002年4月には成約手数料を従来の5%から2.5%に引下げている。また、D社では安全対策は変更されていないが、当初から徴収していた参加手数料（落札手数料、出品手数料）のうち、2001年には落札手数料を無料化、出品手数料についてもその後値下げと一部無料化が実施された。

注目すべきは、2001年7月の時点で、大手各社の安全策、手数料は、ほぼ同様となったということである。一方で、A社は、B社D社の、身元確認や補償制度の導入を追いかける形で、セキュリティー対策を強化し、他方B社D社は取引費用の節約に努めてA社に対抗していく経緯が窺える。

②市場構造の現状

このような事業者の契約行動によって、市場にはどのような変化が生じたか。

一方で、A社は2001年7月の身元確認制度の導入による手続きの煩雑化や、それにともなう手数料徴収の開始により、利用者数が減少すると考えられていたが、実際の影響は限定的であり、現在でも日本で最大の規模を維持している。出品数を比較すると、A社の約

ての情報削除などを求めた。」（「ネットオークション　3社に改善要請－警察庁、詐欺など発生で」日経流通新聞2000年4月18日）

[131] 前出（第4章第3節3．（1）①）

[132] 保険料は参加者から徴収せず、A社が負担する

365万点に対し、B社では約73万点程度となっている（2003年5月19日時点[133]）。

他方で、D社は2002年2月末で、日本での業務を停止した。日本市場からの撤退は、アジア域内での重点を日本から他の国へ移すという米国本社の判断によるものである。A社がサービス開始当初「無料で手続きが簡単」であることをセールスポイントとして市場を拡大していたのに対し、後発のD社が無料化に踏み切るまで時間を要し、2001年の夏の時点でA社の出品数の30分の1と、シェアを拡大し切れなかったことが、大きな要因として指摘されている。

以上の経緯は、次のように整理できよう。A社の運営するサイトは、当初未整備な状態である一方で、無料で使いやすいことを売りに利用者を拡大し、その後必要に応じて徐々に安全対策を追加していった。これに対してB社D社は、取引の安全性を重視し、安全対策が整った取引を利用者にアピールしようとしたが、結果的には利用拡大に遅れをとり、厳格な利用者や出品の管理を徐々に緩めていった。その結果、各社の出発地点は違っても、利用者に提供される取引の安全対策は、似通った内容に収斂されてきており、ネットオークションサイト運営事業者の標準が事業者の契約行動のダイナミズムを通じて形成されつつある。

2．古物営業法の改正をめぐって

匿名性に由来するトラブルは、消費者問題に限らず、公益的な関心も呼び起こし、行政的規制の強化の圧力が、ネットオークション取引の市場の展開に常に影を投げかけていた。

（1）当初の反応

オークションサイトへの盗品や禁制品などの違法な出品や詐欺等は、警察当局によって問題視され、警察庁は2000年4月に大手オークション事業者3社に対して、出品内容や身元の確認の強化の要請がなされていた。

これに対して、大手社は前述したとおり、身元確認の徹底などのセキュリティを充実させた結果、2001年の夏以降はネットオークションにおけるトラブルは大きく減少したといわれている[134]。これらの対策は、2003年2月時点では大手のオークションサイトですべて実施されており、小規模なオークションサイトでもこのうち費用のかからないものは実施している例が多い。

---

133 「オークション統計ページ(仮)」掲載の2003年5月19日カウントデータによる。
http://www16.big.or.jp/~shumaru/site_count.html（visited May 19, 2003）

134 インターネット上でのトラブルのメールによる相談等の活動を行うNPO法人「シロガネ・サイバーポール（http://www.scyberpol.org/）」で2001年4月から12月に受け付けた相談169件のうち、ネットオークション等に分類されているものは28件である。ただし、「傾向としては、最初はオークション関係が多かったのですが、これは夏以降ぱったりやんでいます」（メールマガジン21号、2001年12月25日、http://www.scyberpol.org/f_new.htm）との記載がある。これについては、「A社の身元確認導入の成果であろう」との、サイバーポールのメンバーによるコメントがあった。

また、ネットオークションで多発した、架空のメールアドレスでの落札などの不正行為（ネット荒らし）の対策情報を掲載したサイト、「ネットオークション110番」には、「愉快犯としてのネット荒らしは、A社の本人認証後は基本的になくなりました」とのコメントが掲載されている（http://www.teleca.co.jp/index2.html, visited Jan. 18, 2002）。

これらの対策は、各事業者がトラブルの発生状況や消費者のニーズ及び規制当局からの圧力を勘案しつつ、自由に発展させてきたものである。各社の動きには前述のとおり時間的なギャップがあったが、行政的規制や事業者間の申し合わせに基づくものではない。当局にとっての規制の費用は安価で済み、前述した契約行動のダイナミズムを通じた取引形態の洗練は、その決定のための取引費用も安価であったと考えられる。

（2）古物営業法の改正

ところが、オークション事業者に対する届出制・行為規制を強化する方向での古物営業法の改正が主張されはじめた。警察庁による「古物営業法」改正についての検討は、大手ネットオークション事業者の参加を求めた「セキュリティシステム研究会」において、2001年4月から開始されていた。

警察庁による同法の提案に対しては、ネットオークション事業者が修正の要望の意見書を提出した。また、経済産業省、総務省が「効果に比して過剰な規制である」との懸念を表明したと報道されており[135]、国会での審議でも警察庁と経済産業省、総務省の立場の違いがクローズアップされている[136]。ネットオークション事業者に対するこのような規制は、世界初のものであり、インターネットに関わる事業に関しては規制を必要最小限のものとするという国際的な趨勢との整合性の面からも疑問が呈された[137]。この検討過程では、大手ネットオークション事業者が単独で、あるいは連名で、意見表明や公開質問状の提示などを行なっていた。

しかしついに2002年3月に同法の改正は閣議決定され、同年11月に国会を通過して、11月27日公布された[138]。

（3）改正古物営業法の評価

法改正の結果、ネットオークションの開設・運営は届出制となり、無届での開設には罰金が課せられることとなった。さらに事業者には盗品の疑いのある物品の通報・出品停止の義務、出品者の身元確認・取引記録作成の努力義務が課されることは既述したとおりである。

135「オークション規制法案、修正へ　経産省や総務省も「過剰規制」と懸念」（2002年3月4日、Mainichi Interactive カヴァーストーリー、http://www.mainichi.co.jp/digital/coverstory/archive/200203/04/）

136 2002年11月19日の参議院内閣委員会において、松井孝治議員は古物営業法と経済的規制との関連について質問し、警察庁による古物営業法改正に疑問を呈している。「むしろ経済産業省が判断されたように、これは法規制でいきなり事業者を縛るというよりは、むしろ、少し推移を見守って、事業者間の自主的などういう契約形態を整えていくのかという判断を待ったほうがいいと思うんですね。インターネット社会というのは基本的に原則は自治に基づいた社会ですから、やはり今回の警察庁の法案、政府が出された法案というのはそういう部分での検討を踏まえずに、やや、古物営業法という枠組みがあるからこれで使えるなという判断をされたんじゃないかと。」（第155国会参議院内閣委員会会議録第5号4頁～）

137「海外ではネット競売事業者に対する規制は今のところ存在しない。（中略）『今回の法案が新産業を育成しようとする日本政府の方針をかんがみて妥当かどうかは分からない』と経済産業省。海外サイトを利用する日本のユーザーも多く、日本で営業する事業者のみに強い規制を課すことは日本のネット業界の競争力をそぎかねない。（2002年2月8日日経産業新聞「ネット競売、規制へ法案、警察庁固める－法の網、効果に疑問も」）

138 前掲註114。2003年9月1日施行（一部の条項は2003年4月1日施行）。

これによって規制の費用が増加することは明らかであるが、違法出品の摘発などの監視費用が、サイト運営者という監視者の監視費用に転嫁されることである程度は節約される面もある。

しかし、その一部はセキュリティー確保の諸方策を強いられる事業者に（「努力義務」のエンフォースメントの実際次第ではあるが）転嫁される。これは、そもそもの届け出制の導入と相まって、ネットオークション取引の市場（「市場の市場」！）への新規参入を妨げることになる。他方で、ネットオークション取引のセキュリティーについての努力義務を課されることで事業者が消費者に提供する取引形態上の選択肢は限定されることになる。

また、既に見たとおり、事業者に転嫁された取引費用は、手数料を通じて、オークション参加者にさらに転嫁されていくこともあり得、それは市場の規模に作用するであろう。

3．まとめ

我が国におけるフリーマーケット型のネットオークション市場の消費者トラブル対策は、「事業者の契約行動」による対応を中心に行われ、現実のトラブルへの対応や行政からの指導を受けての事業者の行動の変更により、標準ができあがってきたといえる。これは各々が自由に活動した結果、市場の利用者や規制主体の動きを勘案して行動を修正して行った結果、安全対策がほぼ同様の内容に収斂して行ったと考えられる。

この過程で取引主体である事業者が負担した費用では、安全策構築のための諸費用が大きい。適切な安全策の水準は、各々の事業者が規制を受けず自由に行動し、相互の経験、行動から軌道修正を行なうという作業を繰り返し、築かれた。市場での取引の試行錯誤を通じた最適な取引形態の発見の費用は安価である。他方でこの過程で規制主体が負担した費用は、事業者への働きかけの交渉費用、および情報収集の費用にとどまる。また交渉費用は前述の通り、大手寡占の市場であるため費用対効果が大きい。また、情報費用は、事業者の経験から多くの情報を得られ、僅少であったと考えられる。

仮に行政的規制により行動に一定の枠が付されたり、あるいは民事立法により新たな責任を課された場合、柔軟に自由な行動をとることができず、適切な安全策の水準の発見により多くの時間や費用を要したかもしれない。実際には事業者が行政的・司法的規制による制約を受けなかったため、発見過程がすみやかに進行したと見ることができる。これは、規制が厳格であった場合に比べ、事業者が安全策の適切な水準発見の費用を節約したと言いかえることができよう。

逆に、古物営業法の改正は、ネットオークション取引の規制と契約行動との相互関連の歴史の中では、突出した印象を与えるが、これはこの規制が公益的観点からの市場の外からの入力という性格の強いものであることを浮かび上がらせる。

第六節　消費者契約法の果たしうる機能

１．市場規制の謙抑性

ネットオークション市場に対するインパクトに対する規制及び契約行動に関して、第四節１．の分析からは、行政的規制がインパクトに直接対応するのではなく、市場における契約行動を誘導して事業者による適切な対応を作り上げるという一つのあり方が浮かび上がってくる。その際、行政的規制自体が市場に対するインパクトとして作用することを忘れてはならない。

この点で、古物営業法の改正は、むしろ市場へのインパクトへの直接対応を志向するものであって、第四節２．で見たとおり、これまでのこの市場における規制とは方向を異にするものである。この規制がネットオークションの市場にどのような取引費用を通じたインパクトを与えるかが注目される。

２．アウトサイダー問題への対処と消費者契約法

しかし既述したとおり、ネットオークションは寡占市場であって、かつ大手 3 社がセキュリティー対策の大枠を作っている現状では、違法出品に対する警察的規制に関しても、これらに対して直接、行政が個別的に働きかければ、市場の大部分はカヴァーされてしまう。したがって、包括的な司法的・行政的規制の枠組みを作る目的は、これらによってカヴァーされない部分、すなわちアウトサイダーの規制にあると考えられる。事実、オークションサイトの大多数では、コストや集客の問題から、大手のオークションサイトで行なわれている、クレジットカードやネット銀行口座の利用による身元確認等の安全策がとられていない。

（１）改正古物営業法のねらいと評価

そもそも、届出制を目玉とする改正古物営業法自体が、アウトサイダー規制であることは明らかである。しかしこのようなアウトサイダー規制には、既述したとおり、リスク選好的な消費者のための選択肢をなくし結局市場の規模を縮小させたり、またこのような需要に依拠して価格による挑戦を試みる参入者からの競争圧力を低下させるというというデメリットがあることには留意すべきである。

（２）司法的規制の可能性

仮に、市場の大部分で成立している標準的な内容を持つネットオークション契約に比べて、セキュリティーの低いオークション利用契約が締結されることを抑止するという、古物営業法改正が志向している方向を前提としても、その際に、消費者契約法が被害消費者の直接的な救済に果たしうる役割は必ずしも大きくない。

例えば、C to C 契約にもとづいて代金を支払ったのに商品の引渡を受けられなかったオ

ークション利用者が、消費者契約法によって行使しうる救済としては、B to C 契約の相手方であるサイト管理者に対するものしかない[139]。しかもその際に同法 4 条の契約締結過程規制を行使して、契約取消が認められたとしても、通常はきわめて低額の手数料の返還を請求し得るのみである。

この利用者が、代金相当額をサイト管理者から請求できるように、後者に民事責任を認めることは私法理論上容易なことではない[140]。また仮にそれが可能であっても、このような司法的規制の道を開くこと自体がきわめて介入的なインパクトをネットオークション市場に与えることになる。

（3）消費者契約法の存在意義

しかも消費者契約法は、そのような民事責任を可能にする損害賠償に関する直接の規制をもたない。同法は、何らかの構成の下に仮にこの民事責任が肯定されたという条件のもとで、この責任からの免責条項をサイト管理者が B to C 契約に挿入した場合に始めて問題になるにとどまる。すなわち、上記のようにして構成されたサイト管理者の利用者に対する自らの責任を、サイト利用約款が不当に制限するものである場合は、消費者契約法 8 条により免責部分は無効とされ、利用者は事業者に民事責任を追及する道が開ける。

行政的規制との関係でみると、少数の大手事業者に対しては行政機関からの指導・連携が機能する場面でも、この働きかけを受けない事業者は多数存在する。そのような事業者のうち悪質な者については、消費者契約法によって、市場の支配的な取引形態が機能的に拡張されることになる。

しかしその場合にも、このようなアウトサイダー規制は次のようなそもそもの問題性をもつことを忘れてはならない。この市場においては、一方で、利便性が高いが取引のリスクを減少する手立ての少ない事業者や、取引の安全性は高いが比較的利用手続きが複雑な事業者など、さまざまな事業者が存在しており、他方で、利用者は安全策と利便性について多様な選択肢を享受してきた。利用者の間では、ネットオークションでは「トラブルに巻き込まれないよう自己防衛する」ことが必要との認識が徐々に浸透しており[141]、利用者は公開されたトラブル情報をもとに、不当な取引による被害を受けることのないよう、相手方が取引相手として妥当かを判断する情報収集や、確実に商品と代金の交換が行われる

---

[139] もちろん、消費者契約法で定義する「事業者」は、営利の目的を必要とされないかなり幅広い概念のものであり、通常は規制の対象とならない個人間取引を、法による適正化の対象に含めることができないでもない。しかし、取消が認められても相手方がわからず、実際には被害の救済には結びつかないことが多い。したがって、この点では、消費者被害に消費者契約法が直接働きかける場面はきわめて限定的である。

[140] 一つの可能性は、大手社によって市場の大部分において締結されているオークション参加契約の中で実現しているセキュリティー対策から、サイト管理者に、オークション参加者に対して、取引の場を安全に管理する義務が、不法行為責任の前提となる一般法義務として成立しているとする構成である。これによって個々のアウトサイダーの B to C 契約において、例えばエスクロウ・サービスや補償制度が用意されていなくても、商品引渡を受けなかったオークション参加者に対して、サイト管理者が代金相当額の損害を填補する不法行為法上の責任が発生することになる。あるいはこの義務は信義則を通じて契約の内容となっているとすれば、契約責任として構成することができるのは他のいわゆる「付随義務」と同様である。

[141] 国民生活センター、Web110 など複数の媒体で、ネットオークショントラブル対策として注意喚起している。

手段（エスクロウ・サービス）の利用など、自ら取引相手の判断基準や安全策について学習してきたのである。

その上で主たる事業者は、利用者の増減や利用者の評判、他社の動向などを勘案し、あるいは行政からの指導を受け、より多くの利用者を惹きつけるという企業存続の観点から、契約行動を柔軟に調整して、現在の収斂された状況に至っただけである。

実際には、行政的規制が謙抑的であり、また消費者契約法も事業者の行動に制約を課さなかったため、事業者が様々な経験から、適切な水準の対策を無駄なく早期に探し出すことができたとすれば、これを、司法的規制によって事業者の責任を加重する形で行った場合、事業者の契約行動が制約され、事業者独自の様々な安全対策の工夫が行なわれず、また、利用者の選択肢も広がらなくなるおそれがある。

第五章　介護保険

第一節　題材選択の趣旨

2000年4月の介護保険制度の導入は、高齢者の受ける介護サービスを、従来の社会保障制度の一環として行政が給付する「措置」から、利用者とサービス事業者との「契約」へと転換するものとされている。利用者はよい事業者を選択し、適切なサービスを受けるため、自ら情報を集めて事業者と交渉していかなければならなくなった。一方、新制度の導入により利用者自身が事業者を選べるようになっただけでなく、個々の地域における介護サービス事業への民間参入の促進などにより、事業者の拡大・新規参入が活発化し、利用者の選択肢そのものが拡大している。このような面では、介護保険制度は、高齢化を背景とした規制改革による新規事業創出・拡大の典型と考えられる。

しかし、前章までに見た取引については、新規の取引の需要が多かれ少なかれ市場の中から生じてきたものといえるが、介護保険制度を支える事業者の活動は、これまでの社会保障給付を行ってきた行政が、既に存在している給付[142]の担い手を、市場を舞台にして上から育成しているという点が顕著であり、その意味で行政の手法の変更[143]という文脈も色濃く帯びている。

本章では、居宅介護サービスのうち、事業者が利用者の自宅に訪問して提供する訪問介護サービスを題材として、介護保険制度における取引の構造と市場の機能とを整理した上で、そこで想定される消費者トラブルの性格およびそれに対処する行政的規制、事業者の対応、民事的規制のありうべき関係を検討し、その中で消費者契約法がどのような意義を持つかを見ていく。

---

142 この点でデビットカードの促進が行政庁による産業政策としてなされているのとも異なる

143 従来民間のサービスとして運営されていた有料老人ホームが介護保険法上の居宅サービスとして制度に取り込まれるといった事態はこの側面から理解できる。

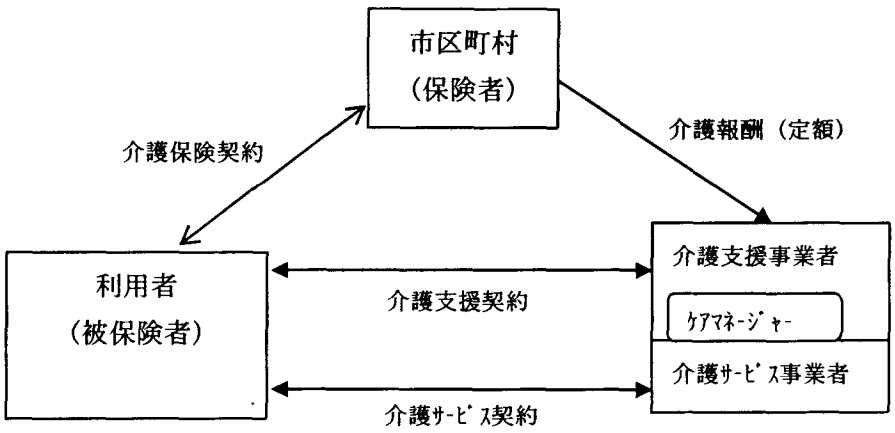
第二節　市場概観

1．取引形態・契約構造

新たな介護保険制度では、介護サービスは、事業者との「契約」を通じて提供され、その対価は、利用者の一割の自己負担を除き保険給付によってまかなわれる。この保険の財源は、全体の二分の一が公的財源、残りの二分の一が保険料である。介護保険法の対象となるサービスの提供は、保険者である市区町村と、利用者、介護事業者の三者間の複合契約による。また、介護事業者には、実際の介護のサービスを提供する介護サービス事業者と並んで、介護支援事業者と呼ばれるものが存在し、その下に介護の計画を作成するケアマネージャーが登場する。

この複雑な契約関係は当事者ごとに次の三つのものに分節できる。

＜介護保険制度の契約関係＞



（1）介護保険契約

まず、利用者と市区町村との間で、市区町村を保険者、利用者を被保険者とする介護保険契約が締結される。

介護保険制度の財源は、2分の1が公的財源、残りの2分の1が被保険者となる40歳以上の国民の負担する保険料である。保険料は市区町村ごとに異なり、所得に応じて5段階に分かれ、年金給付額から控除、または健康保険料に上乗せして徴収される。

介護が必要な状況となった場合、利用者本人または家族等が要介護認定の申請を市区町村に対して行ない、認定を受ける。「要支援」、「要介護1～5」のいずれかに該当した場合は、公的介護保険の支給対象となる。要介護度に応じ、給付限度額は法定されている。なお、要介護度は6ヶ月毎に見直しを行う。

利用者はそれぞれの給付限度額内で、給付サービスの内容を自由に選択設計できる。給

付金の種類は9種類[144]で、12種類の居宅サービス[145]と3種類の施設サービス[146]が選択可能であるが、「要支援」の場合は居宅サービスのみが選択可能である[147]。原則としてサービス利用費用の1割が自己負担となる[148]。

（2）介護支援契約

要介護認定を受けた被保険者は、ケアプラン（介護サービス計画）を作成する。自ら作成することも可能であるが、通常、ケアマネージャー（介護保険法上の「介護支援専門員[149]」）に作成を依頼する。このときに、利用者が介護支援事業者ないしケアマネージャーと結ぶ契約が介護支援契約である。介護支援契約の内容には、ケアプランの作成のほか、保険者や事業者との連絡調整等が含まれる。

（3）介護サービス契約

介護保険制度において、実際の介護サービスが供給されるのは、利用者と利用者が選定した介護サービス事業者との間に結ばれる介護サービス契約による。介護サービス事業者の選定にあたっては、利用者は、市区町村や社会福祉協議会[150]（以下「社協」）窓口、ケアマネージャーから情報収集する場合が多い。個別事業者との話し合いをする中で、重要事項説明書や契約書の内容を確認した上で最終的な契約を締結することとなる。

介護サービスの費用は、1割を利用者が負担し、9割は保険から支払われる。価格はサービスの内容ごとに法定されており[152]、3年ごとに見直される。2003年4月に最初の見直しによる価格および価格体系の改定が行われたが、改定前は訪問介護についてはさらに、「イ．身体介護が中心である場合、ロ．家事援助が中心である場合、ハ．身体介護および家事援助がそれぞれ同程度行われる場合」の3区分で異なる設定となっており、所要時間30分以

---

144 介護保険法第40条。居宅介護サービス費、特例居宅介護サービス費、居宅介護福祉用具購入費、居宅介護住宅改修費、居宅介護サービス計画費、特例居宅介護サービス計画費、施設介護サービス費、特例施設介護サービス費、高額介護サービス費。

145 訪問介護（ﾎｰﾑﾍﾙﾌﾟｻｰﾋﾞｽ）、訪問入浴介護、訪問看護、訪問リハビリテーション、居宅療養管理指導、デイサービス（通所介護）、通所リハビリテーション、ｼｮｰﾄｽﾃｲ（短期入所生活介護）、ｼｮｰﾄｽﾃｲ（短期入所療養介護）、痴呆性老人グループホーム、特定施設入所者生活介護（有料老人ﾎｰﾑ）、福祉用具給付・貸与。

146介護保険法上、施設介護の扱いとなるのは施設介護老人福祉施設、介護老人保健施設（旧：老人保健施設）、介護療養型医療施設（旧：療養型病床群）への入所のみ。これら三類型の施設への通所やデイケア、および、この三類型以外の有料老人ホーム等の施設への入所による介護は、「居宅介護サービス」として扱う。

147 介護保険法7条6～17項、21～23項。

148 これが負のインセンティヴとして、介護サービスの過剰給付がなされることの制動として作用することになる。

149 ケアマネージャーは、国家資格ではないが、都道府県への登録が必要とされる。医師や看護士、介護福祉士等の専門職で一定期間以上の実務経験を持つ者が、都道府県知事等の実施する介護支援専門員実務研修受講試験を経て、実務研修を終了後、介護専門員名簿に登録される（厚生省老人保健福祉企画課長通知　老企第22号）。現状では、市町村や社協、サービス事業者内に在籍している場合が多い。

150 民間の社会福祉活動を推進するため、1951年に社会福祉事業法（現・社会事業法）に基づき、全市区町村、都道府県・指定都市および全国段階に設置された、社会福祉法人格を有する営利を目的としない民間組織。市区町村の社協では、地域住民への福祉サービスの企画・実施の一環として、地域の福祉活動やボランティア活動の支援を行うほか、多くの社協で訪問介護サービスや通所介護、居宅支援サービスを提供している。

152 居宅介護サービスについては、「指定居宅サービスに関する費用の額の算定に関する基準（平成12年2月10日　厚生省告示第19号）」で、5つの地域区分ごとに単位がさだめられていた。

上1時間未満の場合、基準となる単位はイ．402単位、ロ．153単位、ハ．278単位とされていた[153]。

2．市場の状況

1997年12月に公布された介護保険法により、2000年4月1日に介護保険制度が発足した。これに応じて、介護保険制度創設以降、「措置」としての時代から居宅介護サービスを行っていた大手事業者が業容を拡大したほか、多数の新規事業者が参入した[154]。2001年9月現在の数値では、「指定居宅サービス事業者数の合計は、民間事業者（営利法人）が措置制度時代の主要なサービス提供事業者であった社会福祉法人や社協の事業者数の合計とおおむね同等かそれを上回って[155]」いる。また、指定居宅介護事業者の種類別に見ると、事業者数全体に占める営利法人の割合は、居宅介護サービス事業者において他の種類の事業者に比して高い[156]。これは、介護保険法施行後の市場拡大を見込んでの営利法人の事業参入が、比較的専門性の低い訪問介護サービス事業分野で進んだことの現れであろう。介護保険導入を契機に拠点を拡充し、全国で数百の拠点を持つ数社の大手事業者のほか、特定地域で小規模営業のみ行う事業者や社協、NPOなど、事業の形態は多岐にわたる。平成12年10月の厚生労働省の調査では、調査対象となった訪問介護事業所9 833中、 社会福祉法人は43.2%、会社は30.3 %、地方公共団体が6.6%、NPOは2.7%であった[157]。

介護保険が適用される通所サービス等を含む在宅サービスの市場規模は、2002年は2兆500億円との試算がある[158]。要介護認定者数は、2003年2月末現在339万8669名で、居宅介護(支援)受給者数は2002年12月-2003年1月分で194万2,689名となっている[159]。

第三節　当該取引をめぐって生じるトラブル

1．取引の特徴と問題の背景

（1）取引構造・契約内容のわかりにくさ

国民生活センターの報告書、「介護契約にかかわる相談の実態」（2000年11月6日）では、介護サービス契約の特徴として、以下のような点を挙げている。

---

153 1単位は10円。

154厚生労働省では発足から1年後の2001年5月から「介護給付費実態調査月報」を公表しており、介護報酬を請求した事業者数は2002年5月分から掲載されている。なお、請求を行なった事業者中、訪問介護事業者数の合計は、2002年5月審査分は1万4500、2003年2月審査分は1万6300（受給者数は各々75万3千人、89万5千300人）。

155 公正取引委員会「『社会的規制分野における競争促進の在り方』について－政府規制等と競争促進にかんする研究会報告書－」（平成14年11月20日）

156 平成12年10月時点の開設者別事業所数に占める「会社」の比率を見ると、訪問介護は30.3%、訪問入浴介護は23.1%であるのに対し、訪問看護ステーションは6.0%、訪問看護は0.6%、訪問リハビリテーションは0.3%となっている。（「平成12年　介護サービス施設・事業所調査の概況」より）

157「平成12年　介護サービス施設・事業所調査の概況」より。

158「みずほ証券の試算によると、介護保険が適用される在宅サービスの市場規模は2002年度の2兆500億円から2006年度には35%拡大する見通し。」（日本経済新聞2003年2月6日「介護各社「在宅」手厚く　報酬改定でサービス競う」）

159介護保険事業状況報告（暫定）（平成15年2月分）

「・サービスの購入者は心身機能の衰えた人である。
・形のある商品と比較して、内容や質がわかりにくい。
・第三者のいない、閉ざされた空間で提供される場合が多い。」

このような特徴から、事業者と利用者との間の介護サービス契約においては、事業者からどのようなサービスを受けることができるかを利用者が理解し、サービスが適切に供給されているかを判断することが難しいと考えられる。

また、新制度では、ケアマネージャーにケアプランの作成等を依頼する場合、ケアマネージャーと利用者との間で結ばれる介護支援契約が、介護サービス事業者と利用者との間の介護サービス契約とは別個に締結される。さらに実態としてケアマネージャーが介護サービス事業者自体に所属している場合も多く、利用者から見て、契約関係は複雑でわかりにくいものになる。

同報告書では、介護保険制度開始から6ヶ月間の消費者相談の内容について、「難しい契約書や重要なことが書かれていない説明書を示された消費者が困惑している様子が相談に現れている。契約書がない事例や重要事項が説明されていないと思われる事例もみられる。」と指摘し、「介護サービスの特質を考えると、消費者と事業者の権利義務関係を明確にするためには、消費者契約法を踏まえた契約の締結や契約書の作成が不可欠である」と提言している。

（2）問題となる事例

消費者相談事例や新聞報道を見ると、介護保険制度発足当初は介護認定の結果や費用負担に対する不満など、介護保険制度自体に関わる苦情が多かった。しかし、利用者の制度に対する理解が進むにつれ、事業者との契約についての苦情の割合が増している[160]。

国民生活センターの集計[161]では、2000年4月から2001年3月までに国民生活センターや全国の消費生活センターに寄せられた介護サービスに関わる相談件数は504件であった。同センターは、「介護サービス利用の『措置から契約への転換』は、消費者被害を表面化させる契機となった」と指摘している。

居宅サービス契約に関する相談84件[162]中では、有料老人ホームおよび訪問介護サービスに関わる相談が多い。35.7%にあたる30件がヘルパーの提供するサービスの質に関する相談であり、他には「サービスが選択できない」、「市役所が事業者選びの相談にのってくれない」などの相談もある。

訪問介護サービスに関わる具体的な相談[163]としては、次のようなものがある。

(a)サービスの質に関するもの

---

160 （社）全国消費生活相談員協会　濱本絢子「電話相談『介護など高齢者トラブル110番PART2』の速報から」（消費者法ニュースNo.48、2001年7月）。
161 国民生活センター「介護サービスと介護商品にかかわる消費者相談」（2001年9月6日）
162 うち有料老人ホームにかかる相談は37件。
163 具体的な相談例は、国民生活センター・前掲〔註161〕の他、国民生活センター「介護契約にかかわる相談の実態」（2000年11月6日）、同「介護サービスと消費者契約」（1999年3月）による。

①ヘルパーは来ていないのに訪問したように記録してある。②ホームヘルパー、看護人の言葉や振る舞いが乱暴、不親切である。③ヘルパーが決められた時間よりも早く帰ってしまう。④ヘルパーが、他の家のことを話題にする。⑤ヘルパーがたびたび変わる等。

(b)契約の内容にかかわるもの

⑥書類が多すぎて理解できず、何がなんだかわからない。⑦サービス提供を依頼したら、事業者に断られた。⑧料金を突然あげられたが、納得のいく説明がない。⑨十分な説明もなく、ヘルパーの派遣回数を減らされた。⑩当初の説明とサービス・施設の内容が違う。⑪ヘルパーを変更してほしい。ヘルパーを自分で指名したい等。

(c)事業者の選択に関わるもの

⑫事業者を選ぶ権利があるといっても、実際にはほとんど情報がなく、選べる状況にない。

⑬事業者選びを市役所に尋ねたら、「インターネットで調べられる」といわれた等。

また、制度発足前後の新聞記事[164]を見ると、従来の訪問介護サービスは利用者が選択するものではなかったため、利用者が選択を行えるだけの情報を収集できるか、また、地域によって事実上選択肢がない場合もあるのではないか、といった点が、新制度への移行にあたって懸念されている。

2．本稿で検討する問題

消費者問題としては①～④、⑦のようなサービスの質に関するトラブルは重大であり、それに対処するための規制のあり方も重要である。しかし、消費者契約法と規制緩和の関係を主たる視角とする本稿では、これらの債務不履行にかかわるタイプの問題には触れない。

むしろ第一に検討対象とすべきは、利用者が適切に事業者を選択し、事業者との交渉によってよりよいサービスを受けるために、利用者の情報力、交渉力の不足が問題となることであって、このような観点からは、⑥⑩⑫のトラブルに注目すべきである。介護保険制度への移行により、従来行政が主体となって行っていた事業者の選択が、利用者の側に委ねられることになった。利用者による適切な事業者選択は、利用者自身が受ける個々のサービスの質に密接に関わるだけでなく、価格が公定されている市場において、競争原理により事業者がサービスを向上させていくためにも非常に重要である。しかし、多くの利用者にとって、介護事業者をはじめて選ぶ際の基準はわかりにくいのである。

また第二に問題とすべきは、介護サービス契約のような多かれ少なかれ継続的な契約においては、契約内容の一方的変更の問題も生じやすいということであり、このことからは、

---

164 「市町村が高齢者の要望を受けて事業者を割り振っていた従来の福祉制度より利用者の選択の自由度が増すが、事業者選びの判断材料が乏しい。」（日本経済新聞 2000 年 4 月 26 日付朝刊「介護情報ネット構築、通産省、利用者と事業者・市町村結ぶ－予約・比較的容易に」より）、「介護保険制度では、事業者の選択は利用者に任されているが、多くの事業者の中から選ぶ目安や個々のサービス内容の比較が難しい。」（大阪読売新聞朝刊地方版（広島）2000 年 2 月 2 日付朝刊「介護サービスの格付け機関が NPO 認証申請　県内初　内容を比較、評価」より）

⑤⑧⑨⑪のトラブルに注目すべきである。特にここでは⑤と⑪とそれぞれが逆の方向から問題の複雑さを示しているヘルパーの変更権を取り上げる。介護サービスの質は、事業者の質のみでなく、サービスを実際に提供する個別のヘルパーの資質によって左右される部分も大きく、また利用者とヘルパーとの相性もある。利用者の要望に応じたヘルパーの変更が、消費者トラブルの解決の鍵となる反面、ヘルパーの配置に関する事業者の裁量をどこまで制約するかは、事業者の活動に大きな影響を持つ。以上のような意味でこの点は規制の一つの焦点をなすと予想される。

第四節　問題となる契約への対応策

1．行政的規制による対応

（1）前史

ここで、介護保険制度導入前の、関連する社会保障行政の制度的な概観をしておこう。

従来の高齢者介護は、老人福祉法に基づく行政の措置、および、老人保健法に基づく医療給付という、二つの仕組みにより給付がなされていた。このような福祉と医療との縦割りの制度であったため、利用者にとって使いにくく、また、二つの制度の中で類似の給付が存在することなど、さまざまな弊害が生じていた[165]。

具体的な弊害としては、老人福祉法に基づく措置制度部分については、①サービスを選択できない点、②本人および扶養義務者の所得に応じた負担を求められるため中高所得者層にとって負担が大きい点、③所得調査を行うため利用者の心理的抵抗が強い点、④市町村が事業者に直接サービスを委託するため競争原理が働かず、サービスの質・効率性の面で課題が残る点、といった事項が指摘されている。また、医療部分に関する問題としては、①医療費の自己負担が低いため、医療の必要がない長期入院（いわゆる「社会的入院」）につながる、②急性の治療を必要としない高齢者の入院などにより、医療費の無駄、非効率を生じている、などがあげられている[166]。

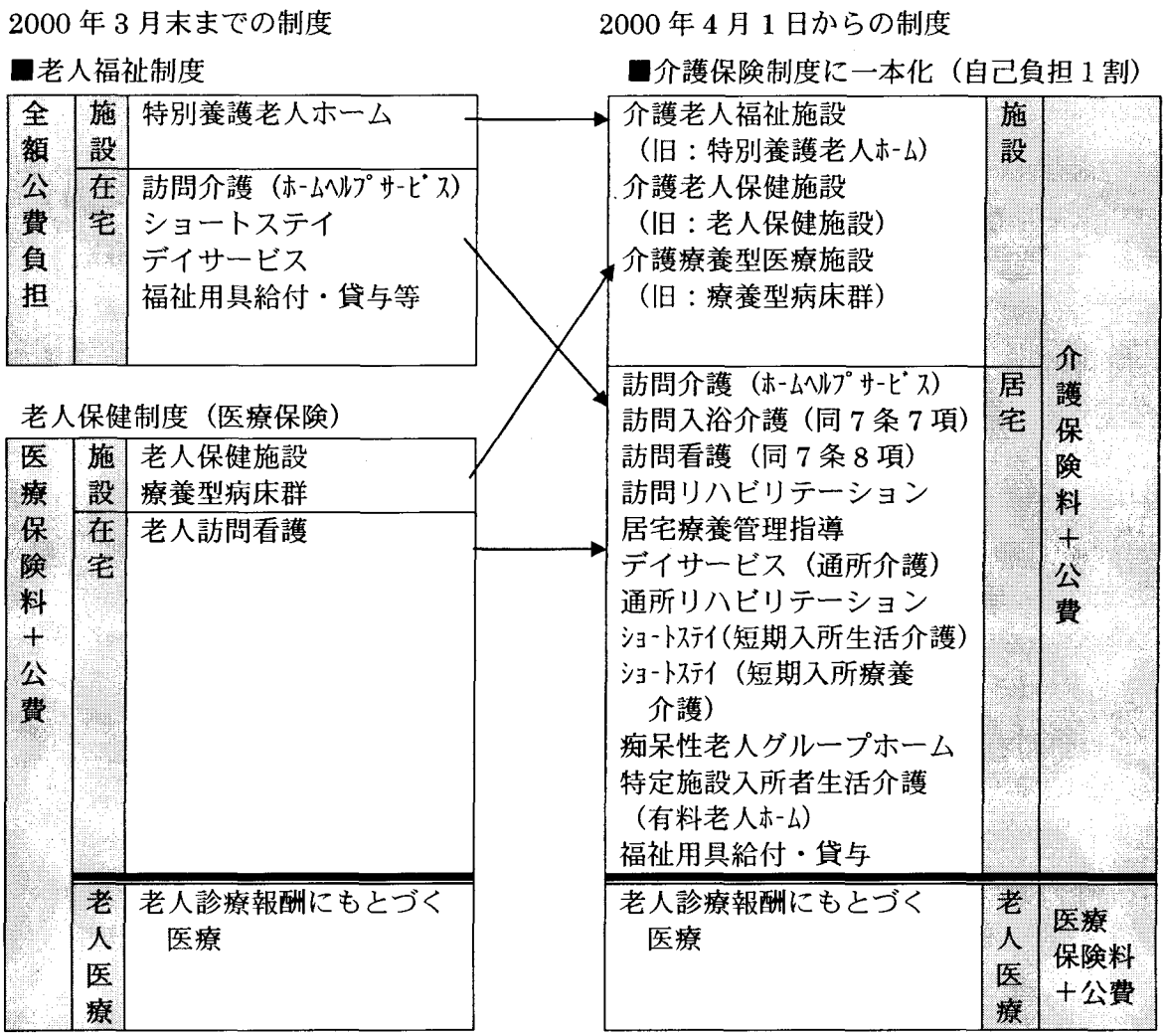
このような従来の制度の有していた弊害を除去し、また、将来的に予測される介護費用の増大に対処するため、介護保険制度が導入された。新制度では、従来の制度で行われていた給付は、老人診療報酬に基づく老人医療をのぞき再編成され、すべて介護保険制度に一本化された（次図参照）。

---

165 「高齢者介護に関する現行の制度は、医療と福祉の縦割りの制度となっており、サービスが自由に選択できない、サービス利用時の負担に不公平が生じている、介護を理由とする長期入院（いわゆる社会的入院）等医療サービスが不適切に利用されている等の問題が視的されています。」（厚生労働省ホームページ　介護保険制度Q＆A「Q1　いま、なぜ介護保険制度が必要なのですか。」）

166 澤田信子他著「よくわかる介護保険制度　イラストレイテッド　第二版」（医師薬出版株式会社）2003年

＜新旧の介護制度＞



（2）介護保険制度における規制の現状

①事業者の適格規制

前章までに見てきた取引分野と対照的に、介護保険制度上用意されている、事業者の行政的な適格規制はかなり強力である。

A．介護サービス事業者

まず、訪問介護サービス事業の参入には、行政庁に対する届出や行政庁の許可などは必要ない。ただし、介護保険による居宅介護サービス費の支給は、利用者が都道府県指定の事業者からサービスを受けた場合に限られる[167]ため、実質的には都道府県による指定が重要な要素となる。

[167] 介護保険法第41条1項。

事業者の指定は、厚生労働省令に基づき、サービスの種類ごと、事業所ごとに行なわれる[168]。指定事業者は、法人であり、そのサービスに従事する従業員の技能、知識、人員数が厚生労働省令で定める基準を満たし、事業の設備及び運営に関する厚生労働大臣の定める基準にそって事業の運営を行うことができると認められる者でなければならない[169]。指定居宅サービス事業者は、名称や所在地等の変更があった場合、事業の休止、および再開を行う場合には、その旨を都道府県知事に申し出なければならない[170]。都道府県知事は、事業者の指定、取消、および指定事業者の名称・所在地等の変更、事業休止、再開について、公示を行う[171]。

介護保険法は73条1項で、指定居宅サービス事業者の一般的な行動基準を以下のように定めている。「指定居宅サービス事業者は、次条第二項[172]に規定する指定居宅サービスの事業の設備及び運営に関する基準に従い、要介護者等の心身の状況等に応じて適切な指定居宅サービスを提供するとともに、自らその提供する指定居宅サービスの質の評価を行うことその他の措置を講ずることにより常に指定居宅サービスを受ける者の立場に立ってこれを提供するように努めなければならない。」

行政庁による具体的な事業者の監督方法としては、都道府県知事は指定事業者の業務について、報告や帳簿書類の提示・提出、従業員の出頭を求め、あるいは検査を行うことができる[173]。また、指定事業者が指定の条件を満たすことができなくなった場合、および以下の事由に該当する場合に、指定の取消を行うことができる[174]。

- 居宅介護サービス費又は居宅支援サービス費の請求に関し不正があったとき。
- 指定居宅サービス事業者が、報告又は帳簿書類の提出若しくは提示を命ぜられてこれに従わず、又は虚偽の報告をしたとき。
- 指定居宅サービス事業者又は当該指定に係る事業所の従業者が、出頭を求められてこれに応ぜず、質問に対して答弁せず、若しくは虚偽の答弁をし、又は検査を拒み、妨げ、若しくは忌避したとき。ただし、従業者のその行為を防止するため、当該指定居宅サービス事業者が相当の注意及び監督を尽くしたときを除く。
- 指定居宅サービス事業者が、不正の手段により指定を受けたとき。

B．ケアマネージャーないし介護支援事業者

高齢者は、身体上、生活上の不都合に対処するため、福祉、保健、医療などの分野の異なる様々なサービスを受ける必要がある場合が多い。しかし、従来の制度では、市町村（福祉サービス・保健サービス）、社協、病院等、サービスの給付の主体別に利用者が申請・契

---

168 介護保険法第71条1項。
169 介護保険法第71条2項、第74条第1項、第2項。
170 介護保険法75条。
171 介護保険法第77条。
172 事業の設備および運営にかんする厚生労働大臣の定める基準。
173 介護保険法第76条。
174 介護保険法第77条。

約をする必要があり、また利用者の側でどのようなサービスが利用できるのかの情報を十分収集することが困難であった。

このため、利用者による事業者の選択を基礎とする新たな介護保険制度では、介護保険給付を利用者のニーズに応じて最大限に活用できるよう、事業者の選択や事業者との契約、交渉などの面で利用者の支援を行うケアマネージャーによる「居宅介護支援[175]」を制度に組みこんだ[176]。

居宅介護支援事業者の指定を行う都道府県と事業者との関係は、居宅介護サービス事業者とほぼ同様である。実際に居宅介護支援を行うのは、居宅介護支援事業者に属するケアマネージャー（介護支援専門員）である。ケアマネージャーは、介護保険法上次のように定義されている[177]。「要介護者等からの相談に応じ、及び要介護者等がその心身の状況等に応じ適切な居宅サービス又は施設サービスを利用できるよう市町村、居宅サービス事業を行う者、介護保険施設等との連絡調整等を行う者であって、要介護者等が自立した日常生活を営むのに必要な援助に関する専門的知識及び技術を有するものとして政令で定める者をいう。」

ケアマネージャーは、厚生省令により、利用者の意思及び人格を尊重し、常に利用者の側に立って、特定の居宅サービス事業者に不当に偏することのないよう、公正中立に居宅介護サービス計画を立案することが求められている[178]。

しかし、実際には居宅介護事業と居宅介護支援事業との両方の指定を受けている事業者に所属している場合も多く[179]、このような場合、ケアマネージャーが自己の所属する介護サービス事業者による居宅介護サービスを選択、推薦する可能性が高い。実際にケアマネージャーが居宅介護サービス実施事業者に所属していることが、トラブルの要因となっている場合がある[180]。しかし、逆にケアマネージャーと介護サービス事業者の連携が密にとることができ、利用者にとってメリットがあるとの指摘もなされている。

②情報提供と格付け

厚生労働省では2000年11月から「介護保険サービス選択のための評価の在り方に関する検討会」を設置し、検討の結果を2002年8月にチェックリスト「よりよい訪問介護事業

---

175 「居宅介護支援」および「居宅介護支援事業者」の定義は第7条第19項。「居宅介護支援」とは、居宅サービス計画の作成とともに、居宅サービス等の提供が確保されるよう、指定居宅サービス事業者その他の者との連絡調整その他の便宜の提供を行い、及び当該居宅要介護者等が介護保険施設への入所を要する場合にあっては、介護保険施設への紹介その他の便宜の提供を行うことをいう。「居宅介護支援事業」とは、居宅介護支援を行う事業をいう。」

176 介護保険法第40条5号、第46条。

177 介護保険法79条第2項2号。

178 厚生省令第38号1条3項。

179 2000年4月12日の第147回国会衆議院商工委員会における消費者契約法に関する質疑で、中川正春議員は以下の指摘をしている。「今社会問題化しているのは、ケアマネージャーが、実際は、それぞれの特別養護老人ホームとかあるいは事業供給主体、業者ですね、ここの職員として所属をして、そこから給与をもらいながらケアマネージャーとしての仕事についている状況なんですよ。それを、さっきの厚生省のように、実際には業者のために仕事はしない、厳に中立を守ってケアプランを作りますよ、こう言っても、それが通じるか通じないか。そこのところが当初言っていた中立性と言うことと違うじゃないかということなんです。」

180 国民生活センター「介護サービスと介護商品にかかわる消費者相談」（2001年9月6日）

者を選ぶためのチェック項目例」にまとめて、都道府県に配布した。このチェックリストでは、利用者が事業者を選択する際の留意事項として、以下のような点が挙げられている。

【選ぶときに】

・来てもらう日や曜日を変えたい時、あなたの希望に沿えるように対応することになっていますか。

・担当ヘルパーを変えたい時、交代してもらえますか。　等

【契約を続ける時に】

・あなたが利用する訪問介護の計画書をもらいましたか。からだの調子が変わったときなどに見直しの相談がありましたか。

・職員の言葉遣いや態度は丁寧で気持ちのいいものですか。　等

個別の事業者についての情報提供は、都道府県や市区町村が行っているが、提供される情報は団体ごとにまちまちである。単なる指定事業者のリストだけではなく、詳細な事業者情報の提供を行っているところも多い。また、事業者に自己採点を依頼してその結果を公表したり（京都市）、事業者の評価や格付けを公表する（佐賀県、横浜市等）など、利用者が事業者選択の際に役立つ情報を独自に検討し、提供している自治体もある。

③契約内容の直接的コントロール

介護保険制度における前記の複合契約は、建前としては事業者の契約自由に委ねられるが、ここでも実際にはその内容を直接コントロールしようとする行政の志向が強い。この点で前章までに見てきた他の取引分野とは異なっている。

A．厚生（労働）省によるガイドラインの提示

2000年1月末に、厚生省（当時）は介護サービス契約のガイドラインとして「契約書における留意事項について（案）」を公表した[181]。本文書については厚生省から都道府県への正式な通知はなされておらず[182]、またガイドラインとしての位置付けであるため自治体や事業者を拘束するものではないが、事実上、多くの地方公共団体、事業者団体等がモデル約款作成にあたってこれを重視している。

「契約書における留意事項について（案）」によれば、まず契約書の必要的な記載事項として、①契約の目的（サービスの内容など）を定める条項、②契約期間の定め、③利用者側からの契約の即時解約条項（事業者の正当な理由のない債務不履行、不法行為があった場合）④契約終了に関する条項（死亡など本人の意思表示によらない契約終了に関する規定）がある。また反対に記載すべきではない事項つまり禁止的記載事項として①損害賠償

181「介護サービスの契約書作り促す　解約手続き明記　厚生省が指針　業者免責認めず」東京読売新聞2000年3月21日朝刊、「介護サービス契約書、厚生省が指針案、損害賠償、免責認めず――利用者保護に配慮」（日本経済新聞2000年2月1日朝刊）。

182「契約書における留意事項（案）」は各都道府県に伝達されたが（東京都への電話による聴取による）、制度発足の趣旨から、契約は当事者間に委ね、厚生省が介入することは好ましくないとの観点で、最終的には正式な通知は行われなかった（厚生労働省への聴取による）。

責任の免責条項、②利用者側が契約を解約する理由を制限、あるいは事業者側からの解約を無限定とする条項がある。加えて記載が望ましい事項として、①事業者の守秘義務とその免除の条件、②利用料の支払い方法と支払い期日に関する条項、③サービス利用者の判断力が不十分な場合の対応（家族が代わりに契約することも可能だが、成年後見制度の活用が望ましい）などが挙げられている。

B．地方公共団体のモデル契約書

地方公共団体にも、モデル契約書を示しているところが数多く見受けられる。東京都を例にとると、そのモデル契約書は次のようなものである。

まず書面はサービスごとに「契約書＋契約書別紙＋重要事項説明書」の構成となっている。

そのうち「訪問介護モデル契約書」を見ると、「重要事項説明書」中に、「6　当社の訪問介護サービスの特徴等（2）サービスの利用のために」として、ホームヘルパーの変更の可否、男性ヘルパーの有無、従業員への研修の実施状況、サービスマニュアルの作成状況、という事項についてサービスの選択肢がどのようになっているか提示する旨、記載がある。これらの事項の中で、ホームヘルパーの変更の可否については、「変更希望の方はお申し出ください」との記載が促されている。

ここで注意しておくべきことは、東京都モデル契約では、ヘルパーの変更の可否については、各事業者に委ねられているが、ホームヘルパーの変更の可否について明示するよう、事業者に注意を促しているという点である[183]。

2．事業者の契約行動

（1）事業者の選択に関する情報提供・格付け

福祉・介護サービス業界（シルバーサービス業界）では、1980年代後半に高齢者が悪質な福祉・介護サービス事業者から被害を受ける事件が発生したことへの対応として、1989年7月、自主的なサービス評価制度である「シルバーマーク制度」を発足させた。同制度は介護保険の発足にあわせ、2000年3月には認定の単位を事業者（会社）単位から事業所単位に変更するなどの制度改定を行っている。

シルバーマーク制度は、「シルバーサービスについて福祉適合性（安全性・倫理性・快適性）の観点から品質の基準を定め、この基準を満たす良質なシルバーサービスについてシルバーマークを表示することにより、良質なシルバーサービスの提供・普及を図り、もって高齢者の福祉の増進とシルバーサービスの健全な発展に寄与する」ことを目的としている（「シルバーマーク制度要綱　第1」より）。

---

[183] なおこの点に関して、地方公共団体では、後出の日本弁護士連合会によるモデル契約書に沿った形で、モデル案を起案したところも多いと見られている。

シルバーマークの認定は、訪問介護サービスを含む 5 種類のシルバーサービス[184]について行なわれている。基準の策定、審査、認定などの制度運営は、社団法人シルバーサービス振興会が行う。

シルバーマークの認定基準は、介護保険法上の指定事業者となる基準に比較して、配置や従業員に対する教育、研修等において、より高い水準であり、また、認定事業者に対しては倫理綱領の遵守等を定めているため、シルバーマークは利用者にとって優良な事業者を判別する指針となる。しかし、現時点では、介護保険法上の指定訪問介護事業者が 1 万 7 千余りであるのに対し、シルバーマーク認定を受けた訪問介護事業者数は 303 にとどまり[185]、地域的にも偏りが見られる。

（2）事業者団体によるモデル契約書の作成

介護保険法施行決定前後から、介護サービスの提供にあたって契約書の作成が重視されるようになり、厚生省のガイドラインや地方公共団体のモデル約款公表前から、事業者団体もモデル契約書を公表している。事業者の中には、これらに沿った約款を作成・利用している事業者も多いと見込まれる。

モデル契約書の内容は統一的ではないが、事業者からの聴取によると、実際には多くの居宅サービス事業者が、日本在宅介護協会（以下「在宅協」）[186]のモデル約款に準じた約款を使用している。また、シルバーマーク認定事業者は、シルバーサービス振興会のモデル契約書を参考に契約書を作っている場合が多い[187]。

このうち在宅協のモデル約款では、ホームヘルパーの選定や変更については、「契約書別紙（訪問介護サービス用）」中に以下の規定がある。

「サービスを提供する主な訪問介護員（ヘルパー）は次のとおりです。なお、事業者の都合により訪問介護員を変更する場合は、サービス提供責任者から事前に連絡します。主な訪問介護員の名前　（記名欄）」

また、シルバーサービス振興会のモデル契約書においても「サービスの提供にあたっては、当社が選任したホームヘルパーがサービスを行います。ご契約者がホームヘルパーを指名することは出来ません。」「選任されたホームヘルパーの交替を希望する場合には、当該ホームヘルパーが業務上不適任と認められる事情その他交替を希望する理由を明らかにして、交替を申し出ることができます。また、事業者の都合によりホームヘルパーを交替することがあります。その場合、契約者及び介護者等に対してサービス利用上の不利益が生じないよう十分に配慮するものとします。」とされている。

以上のように、在宅協、シルバーサービス振興会などの事業者の作成したモデル契約書

---

184 訪問介護サービス、訪問入浴介護サービス、福祉用具貸与サービス、福祉用具販売サービス、在宅配食サービス。
185 2003 年 2 月 1 日現在、303。
186旧「日本在宅サービス事業者協会」。2002 年 5 月、中間法人法施行に伴い法人格を取得し、「有限責任中間法人　日本在宅介護協会」と組織を変更した。
187「シルバーサービス振興会が定める契約に関し守るべき事項が遵守されていること」が、シルバーマーク認定を受ける条件のひとつとされている。

では、ヘルパーの選任、変更は事業者のイニシアティヴが維持されている。利用者からの変更要求を一応認めるシルバーサービス振興会の約款では、「当該ホームヘルパーが業務上不適任と認められる事情その他交替を希望する理由を明らかにして、交替を申し出ることができます。」とされており、交替の希望には制限が付され、反面事業者側からの変更についてはとくに制限がなく、「サービス利用上の不都合が生じないよう配慮」することとされている。このように事業者団体は契約行動としてヘルパー選定に関する裁量を確保しようとしていることが窺える。

3．司法的規制

（1）問題の所在

高齢者において消費者法の問題はしばしば集約的に表現される。介護保険制度の下での諸種の契約に対する司法的規制も、高齢者契約における消費者保護の問題と密接に関連するが、本稿では、そのような高齢者契約一般が生む問題ではなく、介護保険制度が特殊に生じさせる問題に光を当てなければならない。そのような特殊性としては、第一に、既述した取引の構造からもたらされる複合契約性がある。また第二に、措置から契約へという出自に規定されて、他の取引分野に比べて、行政が契約それ自体に強度の関与をしている点が上げられる。このことに留意して、想定される司法的規制のあり方と問題点を検討してみよう。

（2）契約締結過程規制

①情報提供義務

そもそも介護サービスに関する契約は、本来的に継続的であり、またその給付内容が不確定であるため、合意の内容・有無が争点になりやすい。介護保険契約下の介護サービス契約については、介護サービス契約と介護支援契約とが複合的に存在し、それによる給付が、市区町村及び事業者との三者（場合によっては四者）との法的関係の中でなされるという取引の複雑さによって、この事情はいっそう顕著となる。

従って司法的規制においては、事業者の説明義務を高度に設定することが考えられ、具体的には、書面交付義務が問題となろう。この点について　厚生省の指導では「書面による契約が望ましい」とされている[188]が、義務づけられてはいない。しかしこの点を捉えて、消費者契約法4条の適用を広く認めることはあり得よう。

---

188 訪問介護の運営に関する基準の解釈通知である「指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準について（平成11年9月17日　老企第25号）」では、「(1)　内容及び手続の説明及び同意」で、事業者はサービスを選択するために必要な重要事項をわかりやすい説明書やパンフレット等の文書を交付して懇切丁寧に説明を行い、同意の上で契約を締結することとした上で、「なお、当該同意については、利用者及び指定訪問介護事業者双方の保護の立場から書面によって確認することが望ましいものである。」と契約書の作成を推奨している。

②誠実交渉義務

契約締結過程規制にあたっては、情報提供義務とならんで、契約締結交渉の態様に即した誠実交渉義務が問題となる。ここで介護保険制度特有の問題としてのケアマネージャーの中立性について検討しておこう。

ケアマネージャーは、制度の本来の趣旨からは、介護サービスを実際に行う事業者とは独立した存在であるべきであるとされている[189]。しかし、現状では居宅介護サービス事業を行う事業者が居宅介護支援事業者としても重複して指定を受け、ケアマネージャーが実質的に居宅介護サービス事業者の従業員である例は多い。このような場合、自らの所属する居宅介護サービス事業者に有利にケアプラン作成・事業者選択を行い、利用者に不利益を与える可能性がある。このような、利用者の利益を配慮しないケアマネージャーの行動があった場合、誠実交渉義務違反とする余地がある。

しかし、消費者契約法の契約締結過程規制には、誠実交渉義務違反についての受け皿がなく、民法の適用の柔軟化によることになろう。

（3）契約内容の規制

想定される消費者トラブルとしては、既に相談事例にも上がっている契約内容の一方的変更があり、特にヘルパー変更の問題が考えられる。介護保険制度特有の問題としては、この問題が、各種発表されているモデル契約の中で取り扱われているという事情が注目される。問題はそれが司法的規制において如何なる意味を持つかということである。

既述したとおり、事業者のヘルパー変更権については、東京都のモデル契約のように事業者の自由に委ねつつその開示を要求する方向と、事業者団体のモデル契約のように、事業者に制限付きではあれこの変更権を認める方向とが存在しているが、ここで注意すべきは日弁連の提案である。そこでは、ヘルパーの変更について利用者の希望がある場合は、それを拒む正当な事由がない限り、受け入れる形となっている。また、事業者の側からの変更については、正当な理由と事前の利用者の了解を必要としている[190]。

裁判所が、仮にこの日弁連提案を介護サービス契約の標準的な契約類型として認めれば、これを前提とした契約内容の司法的規制[191]も考えられないではない。民法の規定の利用は困難であるとしても、消費者契約法10条の適用が考えられよう。

---

189 厚生省老人保健福祉局長（当時）が2000年4月12日の衆議院商工委員会に参考人として出席し、ケアマネージャーとサービス事業者の関係について、「事業者と利用者とのあっせんをするような業務は基本的に適当でないし、運営基準上はむしろ禁じられている。」と発言している。

190 「3．担当職員の変更 ①あなたはいつでも担当の訪問介護職員の変更を申し出ることができます。その場合、訪問介護サービスの目的に反するなど変更を拒む正当な理由がない限り、変更の申し出に応じます。②当事業者は、担当の訪問介護職員が退職する等正当な理由がある場合に限り、担当の訪問介護職員を変更することがあります。その場合には、事前にあなたの了解を得ます。」

191 現実には、契約上の規定にかかわらず、利用者側からの要望にこたえてホームヘルパーを変更する事業者も多いという（損保ジャパン総合研究所が2000年5月に実施した事業者ヒアリングによる）。

（4）司法的規制による救済のあり方

ただし、以上見てきた司法的規制はいずれも、無効・取消の契約解消型の救済をしか効果としてもたらさないことに注意しておくべきである。介護サービス契約は契約からの離脱を確保することよりも、履行を確保しなければ、利用者の実質的な救済にはならないであろう。他方で、このような法律行為的救済の基礎となっている諸種の義務論を契約責任や不法行為責任の前提に置き直して損害賠償による救済を図る道もないではないが、その場合に今度は損害賠償の算定の困難が生じる。ヘルパーを急に替えられたこと、ないし、そりの合わないヘルパーを替えられないことを利用者の金銭的損害としてどのように評価するのかは難問であり、仮に評価できたとしてもそれが利用者の救済といえるほどの金額になるかは疑問である。

第五節　市場へのインパクトと反応の分析

1．介護保険制度導入の本来の問題性格

措置から契約へというスローガンが示すとおり、介護保険制度の導入は市場そのものの創出であって、しかもその創出した市場は、例えば携帯電話取引におけるようなものとは異なり、特殊に規制された市場である。

介護保険制度の導入そのものの基礎には、既述したとおり、従来の二本立ての社会保障制度の重複のもたらす不効率性への対処という志向がある。言い換えれば行政手法の効率化という面が本質的に存在しているのであって、それが介護サービス契約によって形成される一応競争的な市場を制度作動の前提にしているとはいえ、「上からの市場創出」という、前章までに見た他の取引分野とは異質な文脈にあることを常に念頭に置かなくてはならない。

そのことは、制度の中核に行政による介護保険給付の上限の設定と、事業者への保険給付の決定にあたって参照される一種の公定価格制が据えられていることが端的に示している。介護サービス事業者はこの制約の中で競争をしなくてはならない。

また、すでに見たとおり事業主体の適格規制が強度であり、モデル契約の提示というマイルドな形式ではあれ契約の内容的規制もこれまで検討してきた分野とは比較にならないほど強度であることに注意すべきである。

しかしこのように重い規制業種を作り出しても、それが従来の二元的行政の不効率性を克服し、また措置としてよりも保険給付としてなされることで公的財源の支出が削減されれば、そのかぎりで制度の効率化を図ったと評価されることになる。加えて、困難をはらみつつではあるが、介護保険制度の導入によって、民間事業者の参入しうる市場を創出したことも効率性の観点からは評価されよう。これらをあわせ考えてはじめて、介護保険制度導入を規制緩和規制改革の文脈の中に位置づけることができるのである。

しかし、このような特殊な性格から、この制度は一方で事業者の参入を促し、ひいてはその競争を励起しなくてはならないが、他方で、介護サービスの供給を契約自由に委ねてしまうことは従来の行政責任との関係でもできない。新しい枠組みの中で事業活動を展開する市場主体ははじめからその契約行動に制約を付されているのである。

2．大手事業者の業容縮小と再拡大

介護保険制度が創出した市場のこのような特殊なゆがみは、大手事業者の動きにあらわれた。

保険給付の基準の中で、訪問介護については「イ．身体介護が中心である場合（「以下「身体介護」」）、ロ．家事援助が中心である場合（以下「家事援助」）、ハ．身体介護および家事援助がそれぞれ同程度行われる場合（以下「混合型」）」の 3 区分で異なる設定となっており、介護保険制度の前提とするあるべき介護のあり方に規定されて、家事援助の点数は低く、身体介護には高い点数、つまり高い公定価格が設定された。その結果、本来のモラルハザードを防ぐブレーキとして用意されていた 1 割の利用者負担の制度を通じて、介護保険制度導入当初は、利用者の過少利用の状況が生まれた。また、利用されるサービスの中でも、「身体介護」と「家事援助」の線引きが実際には難しい場合もあることから、利用者は単価の高い「身体介護」ではなく「混合型」や「家事援助」を選ぶ傾向が予想された以上に強かった。さらに、当初予定されていなかった「混合型」という区分が実施の直前の時期になって設定され、事業計画の基礎となっていた単価が実質的に切り下げられたこともあり、「身体介護」の比率を実際よりも高く見積もっていた事業者では大きく収益予測がはずれる結果を招いた。

これに、制度発足当初、自治体と密接な関係があり、これまでの実績もある社協が、従来から利用していた顧客からの支持を得たのに対し[192]、民間事業者は利用者獲得に苦戦し、その結果有力な事業者が制度発足直後の 2000 年 6 月以降、相次いで業容縮小を決める事態を生じた。ある大手事業者では、2000 年 5 月末現在で全国に 778 拠点あったが、同年 6 月半ばにはそのうち 477 拠点を廃止する方針を公表している。

このように介護保険制度化の介護サービス市場が、保険給付算定の必要から一種の公定価格制度を抱え込んでいることが、利用者の実際のニーズとの間に簡単にミスマッチを起こし、それが市場全体の機能不全を引き起こしかねないことが露呈した。つまり消費者の需要情報が伝達され、それに応じた価格決定が私的取引によってスムーズになされるという市場の基本的なメカニズムはここではかならずしも機能しないのである。先のような困難が顕在化した場合には、利用者のニーズに関する情報を独自に調査し、さらに新規事業の育成の観点も加味して、新しい公定価格体系を行政が設定するという高価な作業が必要

192「今、介護ビジネスは　利用ゼロ続出、赤字経営」（毎日新聞 2000 年 8 月 28 日）

194 居宅介護（支援）受給者数は、制度発足当初の 2000 年 4,5 月（現物給付・4 月サービス分、償還給付・4 月、5 月サービス分）に 97 万 1461 名であったが、2002 年 12·2003 年 1 月には 194 万 2,689 名と倍増している。

となる。

実際には各社で大幅なリストラや、より収益率の高い施設サービスへのシフトなどが行われ、また利用者が増加した[194]結果、民間事業者の収益は徐々に回復し、2001年半ば頃からは民間介護ビジネス各社で明るい兆しが見えるとの報道がなされている[195]。日本経済新聞社の調査では、2001年度に営業利益を確保した企業は2000年度の38.1%から50.8%に上昇した[196]。2002年には大手事業者がそろって拠点を拡大する計画を公表しており、前出の事業者は2003年6月までに拠点を450とする計画となっている[197]。一方、各地の社協は各地で介護事業からの撤退など、後退が目立つようになった[198]。公的部門の後退については、「効率性に劣り新制度化では思うように顧客を拡大できないでいる」との評価が見られる[199]。介護報酬は3年に1度見直しを行うこととされており、2003年4月に制度発足後初の改定が行われた。見直しは主として在宅重視と自立支援の観点から行われ、見直しの主な内容のひとつとして、訪問介護サービスの報酬区分は、従来の3区分から「混合型」を除く2区分とされた。また、家事援助は「生活援助」と名称を改め、短時間の生活援助の単価を大幅に引き上げて身体介護との格差を縮小した。このような経緯は、制度の微調整が、市場からの入力を活かす方向でなされつつあるものと評価することもできよう。

3．介護サービス契約と契約自由

以上のような介護保険制度の性格から、介護サービス事業、介護支援事業に関しては、前章までに見た取引におけるような、事業者のダイナミックな契約行動は、そもそも当然には予定されていない。しかし、反面で、事業者の参入が活性化され競争が励起されることもまた、制度は予定しているわけであって、その鍵となる事業者にとっての競争の余地がどこになるのかが問題となる。先に見たヘルパー変更に関する司法的規制のあり方の問題も、この観点から検討されなければならない。ここでは、東京都のモデル契約のように、事業者がヘルパー変更権を留保することを容認し、その開示を強制するにとどめるか、日弁連のモデル契約のように、利用者からの変更権をあるべき契約条項として定め、これを消費者契約法10条の規制の基準となる任意規定として強制すべきか、という問題として考えてみよう。

事業者がヘルパー変更権の留保をモデル契約で求めていることは、現時点ではヘルパーの配置についての事業者の裁量を拘束することが、妥当でないことを示している。利用者にヘルパー変更権を与える介護サービス契約に需要があれば、それに応接することが収益を生む以上、事業力として可能となれば、規制として強要するまでもなく、そのような介護サービス契約が商品として市場に登場するはずだからである。現在のような生成期の段

---

195 「浮上する民間介護(上)訪問サービス－黒字化進み明るさ、人材不足は深刻に」（日本経済新聞2001年9月27日）
196 「介護企業か過半数が黒字－昨年度本紙調査」（日本経済新聞2002年6月26日）
197 「大手6社、介護拠点網を拡大－コムスンは来期100箇所」（日本経済新聞2002年6月15日）
198 「成長競う介護ビジネス（上）民間企業、攻勢再び－収益性向上へモデル確立。」（日本経済新聞2002年3月27日）
199 「訪問介護事業、軌道に－4-6月期　コムスン黒字化」（日本経済新聞2001年8月29日）

階では、特にそのような変更権条項を強いられる費用負担[200]を価格に転嫁する方途のないこの市場においては妥当ではないといえるであろう。この意味で、変更権に関する条項の開示の規制にとどめる東京都のモデル契約の下で、市場の展開と競争の進展に応じて、変更権を備えた介護サービス契約という商品が登場して来得るのであって、そのような意味で市場における競争に任せるあり方が、例えば利用者側の変更権を契約内容として強制する規制よりも、市場へのインパクトと市場からの入力にセンシティヴな規制のあり方として望ましいと言えよう。

第六節　消費者契約法の果たしうる機能

既述したとおり、そもそも司法的規制一般が、介護サービス契約をめぐる消費者問題において果たす役割は必ずしも大きくない。また消費者契約法も、たしかに契約締結過程における情報提供義務に関しては、4条を通じて、特に書面を交付しない業者に対する規制として機能する余地があるものの、ケアマネージャーの中立性に関しては、誠実交渉義務についての受け皿を同法も持たない以上、多くを期待することはできない。

また契約条項の内容的規制に関しては、ヘルパー変更権を、あるべき契約条項として10条の規制をかけることが考えられないでもないが、上述したとおり、市場へのインパクトを考えると規制のあり方として妥当ではない。

損害賠償・履行の確保について同法は特段の装備を持たない以上、介護保険制度下での消費者問題の対処に同法が果たしうる役割は、高齢者取引について一般的に同法が果たす機能をでるものではない。

そもそも介護保険制度下での事業主体は、既述したとおり、指定制度を通じて適格規制を受けているから、前節までに見た他の取引分野では危惧されるような悪質業者の問題は生じにくいとも言えるであろう。その上でむしろ消費者トラブルの解決は、この制度の下で特殊な制約の下で機能すべき介護サービス市場が、どの程度の事業者の参入を招き、その規模を拡大して行くかにかかっており、そのような成長期の市場のロジックを妨げない規制のあり方に、消費者契約法の解釈もまた留意すべきである。

200　事業者にとっては、ヘルパー配置の裁量を制約されることがコスト増を生じるばかりでなく、利用者側が極端に煩雑に交替を希望するなどの利用者側の権利濫用が現実に多く発生していたともいう（損保ジャパン総合研究所が2000年5月に実施した事業者ヒアリングによる）。

おわりに

消費者契約法の果たしている役割は、本報告書のケーススタディーにおいても明らかであるように、それぞれの消費者取引市場において相当に相違があるものである。本研究報告を終わるにあたり、わが国の消費者苦情の全体像の中での消費者契約法の果たしている役割をみておくことにしよう。

国民生活センターの最新資料における消費者契約法施行後 2 年の関連の消費生活相談・裁判の状況は、次のようなものである。すなわち、国民生活 2004 年 1 月号によれば、2001 年 4 月 1 日以降 2003 年 3 月 31 日までに国民生活センターおよび各地の消費生活センターで受付け、2003 年 6 月末日までに PIO-NET により把握できた消費者契約法に関連する消費生活相談は、合計で 3,405 件である。これは、消費者契約法が積極的に活用されていると評価できる数字であると考えられる。消費者契約法に関連する消費生活相談の内訳としては、契約締結過程に関する 4 条関連の相談が 2,871 件（84.3%）であり、そのうち不実告知が 1,592 件と最も多く、退去妨害が 686 件、不退去 408 件、断定的判断提供 343 件、不利益事実の不告知 87 件である。また不当条項に関する 8 条ないし 10 条関連の相談は、492 件（14.4%）、その他 98 件となっている。

他方、消費者契約法関連の裁判は、国民生活センターが 2004 年 1 月の時点で把握しているのは、約２０件である。雑誌等に掲載された判決としては、東京地裁平成 14 年 3 月 25 日判決（金融・商事判例 1152 号 36 頁）（パーティーの予約を解約すると営業保証料として一律 1 人あたり 5229 円を徴収すると定める規約は、「平均的な損害」を超える無効なものであると争った事件）、大阪地裁平成 14 年 7 月 9 日判決（金融・商事判例 1162 号 32 頁）（中古車販売の解約において車両価格の 15%の損害賠償金と作業実費を請求できるとする条項をあらそった事件）があり、また全国で多数争われている大学、専門学校等の授業料・入学金等の返還訴訟関係では、例えば、京都地裁平成 15 年 7 月 16 日判決（学納金不返還特約は 10 条に違反するとして争った事件）が、判例時報 1825 号掲載されている。1994 年に製造物責任法が制定された時点では、これに関する訴訟が激増するとの予測が一部でなされたが、1995 年施行後約 8 年を経過した時点でもなお全体として 60 件弱に止まっていることに比較すると、消費者契約法の訴訟における活用は、きわめて活発であると評価できるものである。

わが国の消費生活相談は、年々急増しており、2003 年 1 月から 10 月までの相談数は、2002 年の増加率をさらに上回る 4 割増の 75 万件に達している。しかもサービスに関するものと商品に関するものに分けた場合に、前者が 7、後者が 3 の割合となっており、特にサービスに関連する消費者紛争の深刻な事態は、未だ改善されていない状況にある。こうした状況のなかで国民生活 2004 年 2 月号（島野康「消費者相談の傾向と相談対応の課題」14 頁）においては、消費者契約法の定める民事ルールは、業法の隙間を埋め、消費生活センターにおいて積極的な活用がはかられているとの評価がなされている。消費者契約法の見

直しも国民生活審議会の近々のスケジュールにもあがっており、消費者契約法の積極的な活用をさらに推し進めるための改善も早期に実現することが期待される。

以上の状況を踏まえれば、消費者契約法は、わが国の消費者法の歴史においても、また消費者紛争解決の現場においても、重要な位置を占めていることに異論はないといってよいであろう。しかしわが国の規制緩和のコンテキストのなかで消費者契約法をいかに学問的に適切に位置づけるかは、本研究会における鋭意の検討にもかかわらず、依然残された課題は少なくない。従って、この問題に対する学問的挑戦は、各方面において今後も継続されることになるであろう。

最後に、われわれのこの困難な課題に対する 2 期にもわたる挑戦に対して、終始温かい支援と協力を惜しまなかった安田火災記念財団（現「損保ジャパン記念財団」）および安田総合研究所（現「損保ジャパン総合研究所」）への感謝をもって本報告書のむすびに代えることにする。

「消費者契約法と規制緩和」に関する研究会（第2期）
参加者・開催日・テーマ一覧

1 研究会委員・事務局

座長　東京大学　教授　　落合誠一
委員　東京大学　教授　　森田修
　　上智大学　助教授　小塚荘一郎

オブザーバー
　　株式会社損保ジャパン　法務部　部長　　千野清巳
　　株式会社損保ジャパン　法務部　リーダー　横川明

事務局　損保ジャパン総合研究所
（部署・役名は2004年3月時点）
　　損保ジャパン総合研究所　代表取締役常務・研究主幹　小林篤
　　株式会社損保ジャパン　　企業商品業務部営業支援グループ法務調査役　卯辰昇
　　損保ジャパン総合研究所　業務部長主任研究員　砂川知秀
　　損保ジャパン総合研究所　研究員　荒木由起子
　　株式会社損保ジャパン　　住宅金融公庫部（特約保険部）企画課主任　江頭達政

2. 研究会の実施状況

（1） 第二期の研究期間
1999年12月27日（第一回委員会）から2003年4月11日（第20回（最終）委員会）

（2） 各開催日・テーマ
第1回
日時：1999年12月27日（月）
議題：1．報告：「消費者契約法（仮称）の具体的内容について」（落合座長）
　　2．第2期研究会の研究対象、手法に関する討議

第2回
日時：2000年2月22日（火）
議題：消費者契約法と損害保険実務に関する報告
　　1．「消費者契約法と損害保険契約」（安田火災（当時）法務部課長　横川明）
　　2．「規制緩和の進展による損害保険実務の変化と消費者契約法」（事務局）

第3回
日時：2000年3月14日（火）
議題：「消費者取引に係る消費者問題」について
　　（国民生活センター総務企画部企画広報課　課長補佐（当時）　角田真理子）

第4回
日時：2000年6月7日（水）
議題：「介護サービスと消費者契約法について」（その1）（事務局）

第5回
日時：2000年7月10日（月）
議題：「介護サービスと消費者契約法について」（その2）（事務局）

第6回
日時：2000年11月6日（月）
議題：「IT関連契約と消費者契約法」（小塚委員）

第7回
日時：2001年1月15日（月）
議題：「携帯電話契約と消費者契約法」（事務局）

第8回
日時：2001年3月13日（火）
議題：「デビットカードと消費者契約法」（事務局）

第9回
日時：2001年5月10日（木）
議題：「ネットオークションと消費者契約法」（事務局）

第 10 回
日時：2001 年 7 月 16 日（月）
議題：「わが国における規制緩和の理論と政策」（小塚委員）

第 11 回
日時：2001 年 9 月 20 日（木）
議題：「これまでの議論の整理と今後の進め方」（事務局）

第 12 回
日時：2001 年 11 月 8 日（木）
議題：「事業者・消費者相談員・弁護士に対するヒアリング」（事務局）

第 13 回
日時：2001 年 12 月 13 日（木）
議題：「『規制緩和』と消費者契約法…第二期のとりまとめに向けて」（森田委員）

第 14 回
日時：2001 年 2 月 4 日（月）
議題：「消費者契約法に関連する消費生活相談」について
（国民生活センター消費者契約法相談分析・支援室室長　角田真理子）

第 15 回
日時：2002 年 4 月 18 日（木）
議題：「今後の方針と第二期のまとめ方」（事務局）

第 16 回
日時：2002 年 7 月 30 日（火）
議題：１．「報告書作成方針」
２．「第二期報告書の構成案と総論部分の論点」

第 17 回
日時：2002 年 11 月 7 日（木）
議題：１．「ケーススタディ骨格作成のための論点整理」
２．「ケーススタディの骨格（第１章第 2、3、4 節）」
３．「ケーススタディ試案（ネットオークション）」（事務局）

第18回
日時：2002年12月9日（月）
議題：「ケーススタディの骨格」（森田委員、小塚委員）

第19回
日時：2003年2月27日（木）
議題：1．「ケーススタディ原稿案」（ネットオークション）、
「ケーススタディの概要」
（損害保険、デビットカード、携帯電話、介護保険）（事務局報告）
2．今後の進め方

第20回（最終）
日時：2003年4月11日（金）
議題：1．「第2部ケーススタディー」（森田委員）
2．「わが国の規制改革と消費者契約法」（小塚委員）

損保ジャパン記念財団叢書 No.68

「『消費者契約法と規制緩和』に関する研究会（第２期）」報告書

私法としての消費者契約法 － 実効性のケーススタディー －

発行日　平成16年　4月 1日

発行者　財団法人損保ジャパン記念財団

〒160-0022 東京都新宿区新宿3－1－16

電話 03-5919-0711　　FAX 03-5919-0710

URL　http://www.sompo-japan.co.jp/foundation

Email　fvgp3340@mb.infoweb.ne.jp

研究会事務局　(株)損保ジャパン総合研究所