

法制審議会
民法（債権関係）部会
第85回会議 議事録

第1 日 時 平成26年3月4日（火）自 午後1時00分
至 午後5時10分

第2 場 所 法務省 第1会議室

第3 議 題 民法（債権関係）の改正について

第4 議 事 （次のとおり）

○鎌田部会長 予定した時刻になりましたので、法制審議会民法（債権関係）部会第85回会議を開会いたします。

本日は御多忙の中を御出席いただきまして、誠にありがとうございます。

本日は、野村豊弘委員、松岡久和委員、大村敦志幹事、岡田幸人幹事、鹿野菜穂子幹事、潮見佳男幹事、道垣内弘人幹事、畑瑞穂幹事、福田千恵子幹事、山本和彦幹事が御欠席です。

本日の会議の配布資料の確認をさせていただきます。事務局からお願いいたします。

○筒井幹事 本日は予備日として予定していただいた会議ですので、新たな部会資料の配布はございません。配布済みの部会資料75Aと75Bに基づいて御審議いただきたいと思います。

それから、机上に委員等提供資料の配布がございます。まず、佐成実委員から「比較法資料（ドイツ約款規制法全訳）」が提出されています。それから、安永貴夫委員から「民法（債権関係）部会資料75A、75Bについての意見」が提出されています。それから、本日は御欠席の鹿野菜穂子幹事から書面が提出されております。このほか、日本弁護士連合会から「保証人保護の方策の拡充に関する意見書」、東京弁護士会の有志の方から「契約の趣旨」及び「契約の解釈」に関する意見、それから、大阪弁護士会の有志の方から「部会資料75B「約款」部分に関する提案」と題する書面がそれぞれ提出されております。

○鎌田部会長 本日は、部会資料75A及び75Bについて御審議いただきます。具体的には休憩前までに部会資料75Bの「第2 契約の解釈」及び「第3 約款」について御審議いただき、午後3時5分頃をめどに適宜、休憩を入れることを予定しています。休憩後、部会資料75Bの「第6 寄託（消費寄託）」、部会資料75Aの「第6 組合」及び取り上げなかった論点の「終身定期金」及び「和解」について御審議を頂きたいと考えています。

それでは、審議に入ります。

まず、部会資料75Bの「第2 契約の解釈」について御審議いただきます。事務局から説明してもらいます。

○笹井関係官 部会資料75B、5ページの「契約の解釈」について御説明いたします。

中間試案においては、当事者の共通の理解がある場合、当事者の共通の理解が明らかでない場合、当事者が合意していなかった事項がある場合のそれぞれについて契約解釈の規定を設けることとされ、いずれの場合にもできるだけ個別の当事者の意図に即した形で契約を解釈するという方向性が示されていきました。しかし、契約解釈は表示の客観的な意味を明らかにする手法であるという認識が実務上は強く、契約解釈について中間試案のような規定を設けると、契約解釈に関する実務に影響を与えるのではないかという意見も見られ、中間試案のような規定を設けるかどうかについて、部会の意見も、また、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見も、一致しているとは言えない状況にあります。また、契約解釈に関する規定は裁判所による判断の基準を設けるものであり、実体法についての従来規律とやや性質を異にする面があり、このような規定を民

法の中に設けることがふさわしいかどうかという疑問も提起されています。

契約の解釈については、その規律内容のほか、このような点についても併せて御審議いただければと思います。

○鎌田部会長 ただいま説明のありました部分について御審議いただきます。御自由に御発言ください。

○山本（敬）幹事 この問題については、前回の会議で意見書を配らせていただいていますので、その内容について、まずかいつまんでお話をさせていただければと思います。部会資料では、中間試案の考え方に対して異論が指摘されていたところで、これらの点についてどう考えるかという問題提起がされています。中間試案のそれぞれについて、それらの異論についてどう考えるべきかということを意見書の中では書かせていただいています。

まず、中間試案第29の1の当事者の共通の理解がある場合の規律についてですが、意見書の1ページ以下に書きましたとおり、正確に理解しますと、中間試案第29の1は、契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、その理解に従って解釈しなければならないというものでして、このルールが当てはまるのは、当事者が共通の理解をしていたことが確定できる場合であるということです。客観的な解釈を重視する立場においても、当事者の共通の理解をしていたことが確定できる場合にまで、客観的な解釈をすべきだというような意見は、現在では主張されていないと思います。その意味でも、このルール自体は容認できるものではないかと思います。

それから、「比較法的に見ると」としまして、このルールの比較法的な位置付けも書いています。これは要するに、文言に拘泥した解釈を退けて、当該契約において当事者が実際に合意したことを基準とするということを示そうとするルールですので、このこと自体は理解できるのではないかと思います。実践的な意味については、当事者の理解は一致していたのに、後になって当事者の一方が契約書に書かれた文言を手掛かりとして、それと異なる主張をするのを封じるという意味も考えられますので、規定することに意味があるのではないかと思います。

それから、次のページの中間試案第29の2の当事者の共通の理解が明らかでない場合の規律についてですが、これに対しては、当事者の理解が食い違っているのだから、当事者を基準にすることはできないという批判がされています。ただ、これまでも、我妻先生を始めとした伝統的な通説でも、表示の客観的・一般的な意味をそのまま解釈の基準としてきたわけではありません。むしろ、当事者が表示手段を用いた際の事件の事情を考慮する必要があることが最初から強調されていました。その意味で、そうしたコンテキストの中で当該表示手段がどのような意味を持つかということが重視されてきたことができます。また、契約制度の趣旨が、当事者が自らの法律環境を形成するために行うものだとしめると、当事者がどのように理解し、また、理解すべきだったかという基準によることがその趣旨に合致します。中間試案の第29の2は、正にそのような考え方に従ってできていると言えます。

もちろん、通常の当事者であれば表示手段を通常の意味で理解しますので、そのような通常の意味が、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味を確定する上で、重要な手掛かりになることは間違いないわけですが、常にそうでは

なくて、当該契約に関する一切の事情を考慮して、何が当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味かということが決め手になる。そして、それが言葉の通常の意味と違うものであることが確定できるときには、それに従うということを明らかにしたのがこのルールです。

その意味で、3 ページ目の2 段落目の下から4 行目辺りに書いていますように、このルールは、コンテキストの中で当該表示手段がどのような意味を持つかが問題とされなければならない。しかも、その際、当該契約を離れた抽象的な合理人ではなく、当該契約をした当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味が基準になることを確認している。その点で、実践的にも大きな意味があると考えられます。

次に、中間試案第29の3の補充的解釈についても、様々な批判があることが部会資料で紹介されています。特に重要なのは、意見書でいいますと4 ページの(2) 補充的解釈の内実の辺りですが、この部会でも私自身、何度か強調してきたことですが、中間試案を見ましても、補充的解釈は、上記1, 2によって確定することができない事項が残る場合に問題になるわけですので、ここでは当事者の意思が存在しないということが前提になります。したがって、中間試案第29の3が示しているのも、存在しない意思を擬制するものではなくて、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときには、契約はその内容に従って解釈しないといけない。そういう解釈の指針を示したものとして理解すべきです。

もちろん、それが実際にどのような内容を持つかという点が重要なのですが、その下の段落に書きましたように、特に重要な手掛かりになるのは、両当事者がその契約をした具体的な目的、あるいは当事者が具体的に契約で定めている内容です。例えば、両当事者がその契約をした具体的な目的を実現するために、当該事項についてどうすべきかということを確認することができるときには、それに従って補充する。あるいは、当事者が具体的に契約で定めている内容に照らすと、当該事項についてもその内容を類推することができるときには、それに従って契約が補充されることになる。こう理解しますと、補充的解釈というのは、契約に関する実務で正に通常行われている作業に属することが分かるはずだと思います。したがって、これを定めることに対する様々な批判には、正確に理解すれば理由がないのではないかと思います。

最後に、4 ページから5 ページで、契約の解釈に関する規定を設けることについて疑問があるということが部会資料に示されていますので、それに対応することも書かせていただいています。まず、この部会でも何度も出てきたのですけれども、前提として、契約の解釈は事実認定の問題と違うということを確認する必要があると思います。契約の解釈に関する準則は、次の5 ページにも書いておきましたように、契約を解釈するに当たってどのような事実を認定する必要があるかという基準を示すものだと思います。その意味で、実体に関するルールを定めているわけでした、事実認定を枠付けするという意味をこの準則も持つと言えます。もちろん、枠付けをされると硬直的な解決をもたらすおそれがあるというような意見もありますが、契約の解釈は単純に個々の事案で衡平と考えられる結論を出すものではなくて、正に当事者が契約によって自ら形成したところを明らかにするために行われるものですので、そのような枠付けが行われること自体は、契約の解釈である以上、むしろ、当然だと考えられます。

そこから先、真ん中から下の段ですが、実体に関する問題のように見えないので、民法に定めることはふさわしくないのではないかなというような指摘があることに対しては、下から２段落目、少し上のほうですが、以前の部会資料７５Ｂの第３の「法律行為」、「１ 法律行為の意義」で、「法律行為は法令の規定に従い、意思表示に基づいてその効力を生ずる」という規定を設けるかどうかを検討されました。規定されるかどうかは今後の議論次第かもしれませんが、内容について別に異論があるわけではないだろうと思います。契約解釈に関する規律は、このような「法律行為は法令の規定に従い、意思表示に基づいてその効力を生ずる」という基本原則を前提にして、そのうちの「意思表示に基づいてその効力を生ずる」と定められた部分を実際に確定するためのルールとして位置付けられます。これも、実体判断を行うための不可欠なルールでして、規定を置くのであれば民法がふさわしい。諸外国における立法例でも、契約解釈に関する準則はほとんど全て民法で定めています。そのような点からしても、この疑問には必ずしも理由はないだろうと思います。

そして、今、拝見しますと東京弁護士会から出しておられる意見書の後ろのほうにも書かれていますけれども、今回の改正では現在のところ、様々な箇所では契約の趣旨を基準として定めることが提案されています。しかし、契約の趣旨をどう確定するかという点について大きく理解が分かれるようでは、民法の適用は不安定にならざるを得ない。このような考慮から、契約の解釈について最低限、基本的な枠組みを定めておくことは不可欠だということです。結局、意見書の内容を繰り返しただけになってしまったけれども、以上です。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

この点に関して関連した御意見をまずお出しいただければと思います。

○高須幹事 今、山本幹事から御指摘がありましたように、本日、東京弁護士会のほうから「契約の趣旨」及び「契約の解釈」に関する意見」という書面を出させていただいております。条項骨子案なども試みに検討させていただいておりますが、その意図するところは今、山本先生からも御指摘があったように、従来、中間試案で示された契約の解釈という事柄についての一定の内容を盛り込むべきであるということ、それは今回の改正の中で契約の趣旨という言葉が非常に多く出てくる中で、契約の趣旨とは何ですかという部分について必ずしも明確でない、あるいは明確にできない部分があるということを経験したときに、それを補うためにもこの種の解釈原理を設けることは必要ではないかということです。

意見書の２ページに書かせていただいておりますが、契約の趣旨というのは２７項目、３８か所にわたって出ているということでございますから、それについて十分な手当てというか、最大限にできる手当をすべきであり、ここでは、今、山本先生から御指摘があったような契約の解釈に関する規律を残すということは重要であると、東京弁護士会としてはそう考えて、今回、このような意見書を出させていただいた次第でございます。

このような考え方は、必ずしも実務的ではないのではないかなという御指摘も今頂いたわけですが、私どもとしては必ずしもそうは思っておらないわけでありまして、いろいろな場面で一概にこうだと言い切るつもりはございませんが、中間試案に示され、今日も議論の前提になっているこの解釈に関する規律というのは、十分、実務的にも重

要なものであると考えておる次第でございまして、この意見書について御理解を賜れば幸いです。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

ほかに関連した御意見をお出しください。

○岡田委員 消費生活センターの業務の中心は、事業者との契約トラブルですが、相談を受けますとまず契約が成立しているのかしていないのかを明らかにすることから始めます。その上で成立している契約の内容がどういう内容なのか、双方の言っていることをひも解いていくわけですが、そうした際に確たる根拠となるものはがないのです。いろいろな研修で聞きかじったことや、自分で勉強したことを基本にやっているのです。今回の中間試案的なものが盛り込まれると、今よりも随分、相談員ももちろん勉強はしなければいけないのですが業務が楽になるように思いますし、比較法を見せていただきますととてもうらやましく感じました。

○永野委員 この論点は、山本敬三幹事が大変熱心に御主張になっておられ、私どもとしてもお教えいただく点も非常に多いのですけれども、裁判所の中では中間試案のような規律を設けることについて強い異論が示されていますので、発言をさせていただきたいと思います。今回の部会資料の中には、契約解釈に関する規定を設けることの意義や機能といった点で問題点を整理されている部分もあり、この部分については私どもも首肯し得る部分が多いと思っています。ただいま、山本敬三幹事から意見書が出ているのを拝見し、また、御説明を伺ったところですが、疑問が払拭されないところがありますので、幾つか意見を述べさせていただきたいと思います。

まず、中間試案第29の1の部分についてなのでありますけれども、これを第1ルールと呼びますと、ここでは当事者の理解ということが問題になってきますので、当事者の意思をどう確定するかということだろうと思います。裁判において当事者の意思を直接認定するということはできませんので、表示行為が当該状況において一般的にはどのように理解されているのかといったようなことを中心に、外形的事実から意思を推認するというところを行っています。特に契約書が作成されて当事者がそれに自署をし、あるいは自らの印章で押捺をしているときには、契約書に記載された文言の通常の意味内容に合致する意思を双方とも有していたのではないかと強い推認が働くと、そういう意味で特段の事情がない限り、それ以外の意思を有していたとの反証を許さないといった取扱いが行われています。

ところで、第1ルールのような規定を設けることの実践的な意義についてでありますけれども、この場合は契約内容について当事者が共通の理解を有していた場合ということになりますので、当事者間に争いはないということになります。そうしますと、部会資料75Bの7ページの4行目以下にありますように、紛争解決のための規範としてあえて規定を設ける実践的な意義は乏しいのではないかと考えられます。かえって、契約解釈に関する規定の冒頭にこういった規定を設けることは、契約時にどのような意思を有していたかということこそが決め手になるということになって、契約書の持つ意味を減ずるといったメッセージを国民に与えて、明確な内容の契約書が作成されているにもかかわらず、自分の理解はこれと違うといったような争いを惹起しやすくなるのではないかと。そういう意味では、紛争予防のために契約書を作成している意味を減ずることに

なりはしないかといったことが懸念されます。

この点、山本敬三幹事の意見書では、こういった規定を設ける実践的な意義として、当事者の理解が一致していたにもかかわらず、後になって当事者の一方が契約書に記載された文言を手掛かりとして、それと異なる主張をすることを封ずるという点に実践的な意味があると御主張されていますが、実務上、こういった形で紛争になることはまず想定し難いわけであります。共通の理解と離れた契約書を作成するという意味が余りないわけでありますから、むしろ、契約書に用いた通常の意味での共通の理解があったにもかかわらず、後日、これと異なる理解であったといった主張を誘発するほうが懸念されるのではないかと思います。

次に、第29の2の規律、すなわち第2ルールについてですけれども、第1ルールと並べてみたときに、これがどういった場面を規律しようとしているのかがよく分からないと思います。と申しますのは、契約の内容に関して当事者の主張に食い違いがある場合を考えてみますと、裁判においては、当該表示が通常どういった意味を持つのか、当該契約をするに至った一切の事情はどういうものであったのかといったことから、当事者の内心の意思を推認していくわけですが、そうした結果、裁判においては当事者のどちらかの主張している意思を相手方も有していたという認定に至る場合が通常であります。そういう意味では、ここの第2ルールのところが第1ルールを確定するための事実認定の過程と酷似する内容が定められているものですから、内心の意思確定の事実認定の問題とこの第2ルールとの関係が非常に紛らわしく思います。むしろ、この第2ルールで契約の内容を確定できるときは、これは第1ルールに戻って意思が合致していると認定できる場合がほとんどではないかと思うわけです。

もし、この第2ルールの部分がそういった第1ルールを認定するための手順を定めているとするならば、それは正に事実認定に関する規律を置いているわけですので、自由心証主義との関係でも問題が出てくると思います。また、ここで行っている推認という過程は経験則を使っていきますので、この経験則は類型的な一般人を基準にした経験則であります。第2ルールが、文言上、当事者を基準にしているのが実務的な違和感を持って受け止められるのは、もしかしたら、そこら辺りの事実認定の問題と裏腹な関係にあるから、そういう違和感を感じるのかもしれないと思って伺っていたところです。

仮に、第2ルールが事実認定の部分を規律するものではないとすると、第2ルールというのはこの手順に従っていても、内心の意思がどちらか一方に収れんしないという場面を想定していることになりますので、そうすると、意思の食い違いがあるということになりますので、中間試案第29の3、すなわち第3ルールとの境界が非常に分かりにくくなっていくのではないかと思います。部会資料の中にも第2ルールと第3ルールの領域が不分明であるという御指摘が書かれているのは、もしかしたら、そういうことを指摘されているのではないかという趣旨で読みました。

長くなって恐縮ですが、第3ルールのところは当事者の合意が欠けている場合の問題だと思いますが、このときに条理とか任意規定とか慣習とかで埋めるという考え方もあり得るのだと思うのですが、それを優先して仮定的な意思で埋めるということについて、果たしてコンセンサスがあるのかという点に疑問が湧きます。さらに、この第3ルールを使う場合というのは、実務的には実際には黙示の合意を認定できる場合がほと

んどであります。そういう意味では、この場合も一般人を基準にした経験則等を使って判断しているということになります。

そういう意味で、今回の提案の中で、「当事者が合理的に考えたならば」とか、あるいは「当事者が検討の機会を与えられたから」ということが、当事者基準ということでは出てくるのですけれども、実際問題として裁判の場で争っている人たちに、「あなたは合理的に考えたら、こう考えるでしょう。」と言っても納得はしないですね。「いや、そんなことは絶対にない。」と言うのではないのでしょうか。むしろ、「一般普通の人が考えるところでしょう。」と、「こうしなかったのだから仕方ないでしょう。」というほうが皆さん納得されるところがあって、当事者基準か、一般基準かという辺りについて、ここも裁判のレトリックという場面で、果たしてどちらに説得力があるのかなというふうな印象を持っているところでもあります。

最後に、今回の中間試案の中では山本敬三幹事の論文の中に出ていました、契約の解釈の名の下で行われる修整という部分は入っていないわけでありまして、しかし、現実にはこれも含めて契約の解釈という名の下に行われているわけでありまして、そういう意味では、契約の解釈というもののの中には事実認定の問題、あるいは評価の問題、あるいは修整という形での法創造的な性格のものもありまして、それを事案に応じて数々のテクニックを使って妥当な解決を導いているというのが実情であります。そういう意味では、事実認定に関する部分は裁判の自由心証に関わる問題でありますし、修整の部分は法創造にも関わる問題だと思うのですが、そういった解釈に関する様々な活動の機能を阻害することなく、その全体像を記述してうまくルール化するというのは、非常に難しいのではないかと思います。

今回の部会資料の中で、契約の解釈に関する規律は、要件効果を定めているほかの民法規定と違って異質であるという指摘がなされていますが、私なりに考えてみますと、例えばコンピュータで例えてみると、個々の規律というのはアプリケーションソフトみたいなもので、契約の解釈に関する部分というのは、これを動かすオペレーションシステムの部分で非常に複雑なものが一体となっておりますので、こういったものを全部きちっと書き切るとするのは非常に難しいだろうと思いますし、ここの部分が全体の部分に与える影響は非常に大きなものがあるので、よほど慎重に考えていただく必要があるのではないかなというふうな印象を持っております。

長くなってすみません。以上でございます。

○山野目幹事 永野委員がお使いになった中間試案に即しての第1ルール、第2ルール、第3ルールという表現は、恐らく皆様方が考えるに当たって分かりやすい言葉遣いなのではないかと感じますから、便宜にそれを拝借して意見を申し述べさせていただきます。一つ前の御発言で高須幹事から、東京弁護士会法制委員会バックアップ会議有志の御意見として言うところの第2ルールを更に洗練させる仕方で、契約の趣旨についての考慮要素を明示するような規律表現が考えられないかという御提案を頂いたところであります。私としてはこの御提案は大変意義のある提案であって、賛成であるということを申し上げますとともに、第2ルールの理論的基礎及び実践的意義に関しておっしゃったその前の山本敬三幹事の御発言、それから、前回会議に提出された同幹事の意見書の最後の部分の趣旨にも強く共感を抱くところであります。

永野委員のお話を伺っていて、いろいろ、裁判実務との関係でのお悩みについてなるほどと感じてきた部分がございます。取り分け、第2ルールについて裁判所のほうの御理解も頂くような仕方で、更に規律表現を洗練していく努力が必要であると感じますけれども、そのような努力を重ねた上で、是非、この第2ルールに当たるものを民法の規定として育てていって、これを置くことに成功することができれば、大変よいのではないかと思います。

と申しますのは、これに契約の趣旨の考慮要素を盛り込んで表現することが高須幹事もおっしゃったように、この部会の調査審議の成果として大変重要なことなのではないかと思います。契約の趣旨に照らして、という文言が重用される要綱案を私たちはこれから作っていかうとしているものであります。その意味について長く弁護士会の先生方を中心とする御議論と研究者との間で議論を重ねてきた成果が、正にこの契約の趣旨に照らして、の考慮要素でありまして、これを民法の規定に置いて表現しておくということは、大変重要なことではないかと感じます。

永野委員のお話を伺っていて理解をしてみましたけれども、確かに契約の解釈、意味内容の認定についての裁判所のお仕事は、一方で自由心証主義違反の見地から点検されなければならないという側面もありますけれども、同時に今般の債権関係の規定の見直しの中で、契約の趣旨というものの新しい機軸が打ち出されるものであるとすれば、そこで吹き込まれる契約法の新しい息吹が民法の規定として表現されており、そして、当事者の間でこの設けられる規定をめぐって議論が展開され、そして、それが自由心証主義違反と同時に、民法の規定に対する違反として上訴理由を構成するようになれば、新しく見直された規定の運用のしばらくの間、上訴審によって新しい民法の規定の意味がコントロールされる際にも、そのような明確な問題意識を持って、法律家の間の論議を積み重ねていくことが可能になるのではないかと感ずるものでございます。

いろいろ、難しい部分がありますけれども、是非、第2準則、第2ルールを育てていっていただきたいという意見を述べさせていただきます。

○**沖野幹事** 永野委員から御指摘いただきまして、御懸念がよく分かったのですが、基本的に山本敬三幹事、高須幹事、山野目幹事の御指摘になったような方向で、更に最終的な成案を得るようなことでできないかということを申し述べたいと思います。特に第2準則を育てていくようにという御指摘が今、直前にあったばかりですけれども、それに加えて、せめて第1準則も併せてと申し上げたいと思います。もちろん、第3準則も含めて成案になれば、それはもっと望ましいことだとは思いますが、第2とともに第1というのも規定すべきではないかということを申し述べたいと思います。

永野委員の御指摘の中にありました点で、基本的には表示行為が一般的にどう理解されていくか、具体的に当該事案の状況下において、どう理解されているかというのを探求しているのが現在の実務だという御指摘がありました。ただ、それは当該当事者がそのような内容で合意をしたということが強く推認されるからということでありまして、そこでも特別な事情がない限りは反証を許さないというのは、逆に言いますと、特別な事情があれば反証を許す、基本的には当事者が一定の文言を用いたというような場合には、通常、そういう文言がもたらす、あるいはそういう文言が持っている意味で当事者も使うのが普通だからということでありまして、それは正に当該当事者がどういう意味

で使っていたかということだと思います。

第1準則がないと、特別の事情がない限りと言われた特別の事情があるときにも、その意味によることはできないですし、当事者が特殊な符牒を用いていたとか、当事者間で分かるような用語を用いていたけれども、一般的には通常はそういう意味ではないというようなときは、それは客観的な意味で確定して双方錯誤で無効ということではなくて、正に当事者が理解した意味で確定していく。ただ、それは一般的には例外的な場合で、言語を使っていれば、その言語が持つ通常の意味で内容を理解しているというのが普通だということです。ですから、実際にやっておられることは、それを抽出すれば第1原則だということになるのではないのでしょうか。そして、それを置くことによってもたらされる、かえって紛争が多発するのではないかという御懸念ですけれども、しかし、契約の解釈について、契約というものがどういうものであって、その解釈の基本は何かということを確認にすることの意義は非常に重要だと思われます。

さらには、裁判規範としての実践的な意義はどうかということでありましたけれども、一方で言われておりますのは、山本敬三幹事が御指摘になったような場面があるということですが、それとともに裁判規範を書き切るのが今回の民法の改正の内容なのかという点も考えるべきだと思います。岡田委員がおっしゃいましたように、消費者の相談の実務ですとか、あるいは専門家ではない人が契約というのはどういうもので、契約に従って法律関係を確定していくんだという、そのときに考えていることは何なのかということを確認にすることの重要性は、軽視してはならないのだと思います。ですから、より実践的な意義を持ち得るのは第2準則であり、あるいは非常に例外的かもしれませんが、考え方を示す第3準則ということがあるかと思いますが、それとともに第1準則は併せて明らかにするべきだと思います。

○深山幹事 沖野先生の意見と申し上げたいことの大部分は重なるような気がして聞いておりましたが、やや補足的に付け加えさせていただきます。一つ前の永野さんの発言を聞いていて感じたところなんですけれども、まず、実務の感覚からして契約書に書いてある意味内容と当事者が主観的に認識していた、あるいは意図していたところが、本来であればそう食い違うべきものではないことはそのとおりなんですけれども、世の中においてしばしば異なることはあると認識しております。

それがゆえに紛争が起きるという面もありますし、紛争の原因がほかにあって、結果としてそういうことが明らかになる場合もあるわけですが、合理的な人であれば、こういう契約書に判子を押したのだから、こういう意思表示をしたと考えるのが通常だということは全くそのとおりなんです。世の中、そう合理的な行動ばかりする人ではないし、それは別に例えば消費者などに限らず、それなりの経営者という立場の人であっても、必ずしも契約書に書かれた文言をきちんと理解して、それに注意をして署名・捺印しているかという、そうでもないということとはしばしば実務的に経験を致します。

契約の中身を考えるときにどういう合意だったのかというのは、当事者の意思というものが探求されなければならないし、そういう意味で、第1準則というのは理念的には正しいことを述べているんだろうと思います。ただ、そうはいいまして裁判になったときにどういう考え方をするかといえば、永野さんが言われたとおり、どのような契約書が作られたかということが最も重要な証拠になることは言うまでもないわけです。

そういう意味で裁判実務が今までやってきたことは全く当然のこととして是認されるところで、今回、このようなルールを明文化したからといって、それがいささかも変わるものではないと思います。裁判所が事実認定をするときには、まずもって契約書があれば、その契約書の意味内容を当然精査をするでしょうし、あるいは原告・被告当事者は自分の主張を証する証拠として契約書を出して、ここにこう書いてあるではないかということを当然主張し、立証するわけです。

正に契約書というのは立証の手段ですから、そのことと理念として当事者の意思が探求されなければならないということは、決して矛盾するものではないと思います。そういう意味で、第1準則と第2準則の関係は、沖野先生も御指摘になったように、理念としては第1準則が大原則なんだろうと思います。しかし、当事者の共通理解がにわかには分からないからこそ紛争になることが多いわけですが、それを支えるものとして第2準則が機能する、そういう意味では実践的な意味があるのは第2準則なのかもしれません。しかし、私に言わせれば、これは裏表みたいな話で二つを合わせて一つと言ってもいいような性質のものではないかという気がいたします。

これに対して第3準則というのは、少し中間試案の表現も不適切なのかもしれません。といいますのは、第1準則、第2準則によって決まらないときは第3準則にいくというようなニュアンスに読めるんですが、ここで第3準則が適用される場面というのは、そもそも、合意と言えるものがないときにどうしたものかというところであって、何らかの合意があるときに、その合意の内容が何なのかということを問題にしている第1準則、第2準則の場面とはやや場面が異なるんだと思います。

そのことが分かるような表現ぶりに改める必要があるのかもしれませんが、結局、合意内容があるかないか自体が不明朗な中で検討していった結果、結局、合意と言えるものがないとなったときには第3準則が機能するということであり、その意味では、第1準則、第2準則の適用場面が尽きたときに第3準則の適用場面に結果的になることはあるのかもしれません。合意のない場面のルールという意味でやや適用場面の異なるルールなのでしょうが、それはそれで決めておく意味があるのかなとは思っています。取り分け、第1準則、第2準則については明文化をする意義があるのではないかという意見でございます。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

○岡崎幹事 今、深山幹事から詳細な御説明を伺いましたけれども、確かに実務の中で契約書が作成されていて、その文言の客観的意味とは違う趣旨で主観的には考えていたというような主張が出る場合が、これまでもあったとは思いますが、これまでの実務ではそのような場合に、まず、請求原因レベルでは契約の成否について検討して、それに対して抗弁の形で錯誤等を主張することで、対応してきている場合が多かったのではないかと思います。そういう意味で、今回のこの「契約の解釈」の御提案というのは、従来の実務の在り方に何らかの影響を及ぼすのではないかとこのところは強く感じるところでございます。裁判所のパブコメの中では、「契約の解釈」に関する提案に関してかなり強い反対が出ていたわけですが、その背景にはそのような懸念があるのではないかと感じます。

もう一つは、先ほど永野委員からの御発言にもありましたけれども、第1準則と第2

準則の関係がよく分からないというところがございまして、第1準則で共通の理解を探る、言わば当事者の意思を探るというときに、例えば原告側が契約の内容はAだという主張をする、共通の理解はAだと言っていると。それに対して被告側が共通の理解はBだと言っているというときに、裁判所でどのような認定をするかというところ、経験則に照らして当事者間のやり取りがどう理解されるかというところを探求することになります。その場合には一般人を基準として、このやり取りがどう理解されるのかというところを見ることになります。これが第1準則における事実認定の対象になるのではないかと思います。

そうすると、第2準則で、合理的な当事者を基準とした理解を探求するというのですが、これがどういう場面で出てくるのか。第1準則では共通の理解が確定できなかった場合に、第2準則が出てくるといことなんでしょうけれども、その第2準則が出てくる場面がどういう場面なのかというのが具体的なイメージが湧きにくい。なぜかというところ、第1準則の事実認定のところでは一般人を基準として、合理的に判断をするということをやっているのに対して、第2準則では当該契約当事者を基準として、ただ、それが合理的に考えたときにはどうだということを見ているわけです。ある意味で、両者は紙一重の現象を扱っているのかと思うのですけれども、そのときに第2準則がどういう場面で出てくるのかが理解しにくいのです。

それでは、第1準則だけを設ければいいかということ、ここは先ほど来、何人かの先生方の議論の対象になっておりますけれども、我が国の実務の中で契約書の文言をまず第一次的に見るというところがある意味、確立していると思われる中で、当事者の意思が最重要論点だということが明示されることによって、実務上のやり方に対して誤解を招くことがないのかというところが懸念されるのでございまして、第1準則だけというわけにもいかないだろうと思うわけです。そのようなことを考えますと、なかなか、弊害も大きいのではないかなと感じるところでございまして、どうもまだ疑念が払拭されないと思う次第でございます。

○佐成委員 今、深山幹事の発言を聞いていて非常に心配になってしまったので、それで発言をしようと思いました。我々は企業法務を担う者ですけれども、企業法務には予防法務、紛争解決法務、戦略法務という三つの切口があって、大半は予防法務ということをやっているわけです。予防法務というのは、契約書を徹底的に詰めるということ、即ち、紛争予防のためにいろいろな文言を工夫して書いていくというのが、企業法務では極めて重要な位置を占めているのです。ですから、契約書というのは我々の実務感覚からしますと、最重要ということになると思うんです。

ところが、部会資料の6ページのところにも、「契約書などの表示は重要な証拠である」と非常に軽く書かれているわけでございます。しかも、深山幹事の御発言を聞いておりますと、契約書も重要な証拠の一つだと、でも、実務では結構、当事者が違うことを考えていることもありますよと、そういうのを尊重しなければいけないですねみたいな発言をされたので、非常に私はびっくりしてしまいました。何ととっても契約書が後で覆ってしまうという、僅かでもそういうようなリスクがあるというのは非常に困るんですね。そういうことで、我々としては、これがもし本当に入ったときにどう手当てしたらいいのだろうかということを真剣に悩みまして、まず、契約書をもっときっちり書

き込まなくてはいけないなという話になりましたが、いずれにしても今よりも更にそこにコストを掛けていく必要が出てくるだろうと思います。

それから、一般的にエンタイア・アグリーメント条項を入れていくことになるのかなと。ただ、エンタイア・アグリーメント条項を入れたとしても、それがあとになって否定されてしまう可能性もあるので、本当にどうしたものかなという感じでありました。ということで、パブコメでも契約の解釈に関しては反対意見を述べておりますけれども、この間も、内部で更に議論しましたけれども、まだ、賛成というような意見はございませんでした。ということで、非常に懸念をしておるということを申し上げたいと思います。

○山本（敬）幹事 先ほどから幾つかの御懸念が示されているところなのですが、まず、内容を確認できればと思うのですが、私の意見書で、先ほどの説明では飛ばしましたが、3ページの下の囲みでまとめている部分を御覧いただければと思います。

実際には、契約の解釈は、次の手順で行うことになると考えられるとして、まず、①で、当事者が用いた文言その他の表現の通常表現の確定。何もなければ、これで契約は解釈される。しかし、②で、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味が①と異なるときには、それに従って解釈する。③で、当事者の共通の理解が②と異なるときには、その共通の理解に従って解釈する。そして、④で、以上によって確定することができない事項が残る場合、これは補充を想定して「残る」と前の部会で変えましたが、そのような事項が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、それに従って解釈する。現実には、このような手順で行われることになると思います。

問題は、この手順が問題だということか、それとも、この手順は問題ないけれども、それを適切に表現した提案になっていると見るかです。つまり、問題は二つあるのだと思います。私は、手順はこの通りであることには、余り異論はないのではないかと先ほどから聞いていても思いました。特段の事情があるときには、そうではないということをおっしゃるわけですが、その特段の事情で考えていることが正にこういうことではないかというのが、先ほど沖野幹事もおっしゃったところです。ですので、この手順自体に御異論があるのか、それとも、手順で一致ができるのであれば、あとはそれを適切に表現できる提案にどう洗練していくかという、次の問題に移ることができると思います。

そして、私の理解では、今、佐成委員が御指摘されたところでも、①が第一に行われる手順であって、それと異なることが確定できるときに、②、③へいくということが確認されればよいわけであって、これを否定すると、むしろ、実務が困るのではないかとと思うぐらいです。その意味で、議論をうまく整理できないものかと思いました。

○深山幹事 佐成さんの御指摘について一言だけ。考えていることは私はそれほど違っていないつもりなんです。つまり、契約書は予防的な意味でも、それから、いざ裁判になった場合でも、最も重要視すべきものだということは全く同じ考えですし、それが簡単に覆るものではないというのも経験的にそう感じております。ですから、その上で、ただ、理念的には、山本敬三先生がおっしゃったように、書いてはあるけれども違うんだ

という例外的といえは例外的な場合があれば、それはそちらのほうを優先すべきだという考え方を否定すべきではないということを申し上げているのであって、余り御懸念は当たらないのではないかなと考えております。

○**能見委員** 既に議論になっていることをただ繰り返すことになるだけかもしれませんが、私としての理解を述べておきたいと思います。今、中間試案29の1というのが最初の何か原則のように出てくると、先ほどから少し議論になっておりますように、言わば契約書があるけれども、それと違う意味で両者が合意していたという言わば例外的な場合がクローズアップされて、それについてのルールではないかと、それはおかしいという御懸念があったのだと思いますけれども、私もその点はよく理解できると思いますか、同感でございます。

そういう意味では、この29の1の前にもう一つ原則ルールがあるはずですが、それがここには書かれていない。それをどう表現したらいいのか分かりませんが、皆さんご意見もほぼ共通していると思いますけれども、契約書があれば原則としてその契約書の内容、その客観的な意味で理解されると、そういうルールが第一にあって、その言わば例外として、客観的な意味ではなくて当事者が共通に主観的に理解していたものがあるならば、その意味で契約を理解しようというのが29の1に出てくるということではないでしょうか。その関係を明確にしておけばいいのではないかと思います。

あと、ルール2とルール3の関係の問題もありますが、取りあえず、今の点について焦点を当てて合意が得られるように議論したらよいのではないかと思います。

○**鎌田部会長** 先ほど山本敬三幹事から問題の提起がありました。能見委員の御発言もそれに絡んでいると思うんですけれども、その部分について御発言があれば。

○**岡崎幹事** 山本敬三幹事のペーパーの3ページの下のほうの枠囲みについてですけれども、お伺いしておきたいと思うのは、③の準則というのがどういう位置付けかについてです。③には「当事者の共通の理解が②と異なるときには」という記載がございますが、これは①との関係ではどういうことになるのか、この点はいかがでしょうか。

○**山本（敬）幹事** ①、②、③という順序で書きましたので、③のところでは②と違うときはということですが、①に対して、②でいう特別な事情がないときでも、③で、①と異なる事情があって、表現の通常の意味と異なる共通の理解があるときにはそれによることになります。ですから、②があるときには②と異なるときですが、②がないときには①と異なるときにはという意味で御理解いただければと思います。

○**岡崎幹事** そうすると、一番強い準則は何なのかというと、③が一番基本になる準則という理解でいいのでしょうか。

○**山本（敬）幹事** 釈迦に説法ですけれども、要件事実を考えるときには、ほぼ常にこの構造になっているのではないのでしょうか。デフォルトルールがまず第一に適用され、しかし、それと異なる合意があるときにはそれによる。任意規定の解釈の構造はそうなっていると思います。その意味で、どれが強いかというと、デフォルトルールを破るルールだという意味では強いかもしれませんが、適用の順序はこのようになるということが私の述べたいことです。

○**岡崎幹事** そうすると、要件事実として当事者が主張すべき事実はどういうことになりますでしょうか。まず、①の表現の通常の意味はこうであるということが要件事実にな

るのでしょうか。

○山本（敬）幹事 それはルールをどのように定めるかによりますし、そして、通常の任意規定を始めとした実体ルールとは、実体ルールではあるけれども、位置付けが少し違うということは、私も先ほどの意見の中で申し上げたとおりです。ですので、通常の要件事実の理解がそのまま、ここに当てはまるのか、それとも少し修正を要するのかという点は留保が要りますし、更に議論が必要になるところかもしれませんが、ただ、それを要件事実と言うかどうかはともかくとして、その表現の通常の意味を、契約の成立とそれに基づく効果を主張する側がまずは証明しなければならないということは、間違いないだろうと思います。

○岡崎幹事 通常の要件事実の考え方からしますと、契約各則に例えば売買契約があって、その売買契約の要素を主要事実として主張して、それを推認するような事実を間接事実として主張すると、こういう構造だと思うのですけれども、このような通常の各則にあるようなルールと、ここの契約解釈のルールとはある意味でレベルが違うのだと思うのです。それゆえに、当事者が、①のルールを第一に言いたいというときに、今までの通常の実務家の感覚からすると、「これこれの内容の売買契約を締結した」という主張をすることになるのに対して、今回、この提案がされると何か変わってくるのではないのかというところが、非常に不安になってくるわけなのですけれども、そういう意味で、要件事実として何を捉えたらいいのか、具体的にどの事実を言ったらいいのかというところが分かりにくいという印象を持ちます。

○山本（敬）幹事 従来で言う要件事実というのは、冒頭規定説かどうかというようなことは仮に置くとしましても、従来の実体ルールに従って、何が請求原因になり、何が抗弁になるかというのが定まってくることになりますので、この規定を置いたからといって、そこが変わるものではないだろうと思います。ですから、売買契約の成立に当たる事実を主張・立証するという点については、何ら変わりないと思います。

その上で問題は、従来は契約の解釈の位置付けが必ずしもはっきりしていなかっただけではないのでしょうか。この規定が置かれることによって、その解釈をどう行うか、どう枠付けるかということは、これによって示されますけれども、それが要件事実としてどういう位置づけになるかということは今もある問題ですし、それは何ら変わらないということになるだけではないでしょうか。

○高須幹事 議論を伺っておりますと、皆さん、結局、プロの集まりなものですから、本当にぎりぎりのところの問題点を検討して、正にぎりぎりのところでどうなんですかという議論を今、繰り返しているのではないかと思います。ただ、ここで大事なことは、ぎりぎりのところで意見が分かれそうなところを一生懸命強調して意見が対立しているというか、溝が埋まらないということを確認し合うのではなくて、最も本質的なところでこの規律をどうするかというところではないのかと思います。すごく細かなというか、具体的な問題についての検討会をしているわけではなくて、基本的な民法の規律をどうしようかというところの検討なんだろうと思います。

その意味では、当事者の共通の理解がまず出発点ではないですかというのは学生に教えている、あるいは僕が学生時代に勉強した限りではそのとおりだったという理解、契約というのはそういうものだとして理解していましたので、本質的にはそこがあって、そこ

からいろいろと共通の理解があるつもりでいても、なかなか、そうではないということが裁判になると出てしまうねみたいところがある、裁判になったら、そこはどういう立証をするか、あるいはそれに対して裁判所はどのような手法で適切な判断をしていくかということを議論する。我々弁護士も訴訟の過程においては、勝訴判決を得るためにはどういう立証をしなければならないかということに腐心する、あるいは裁判外においては、取り分け、経済界においてはそういうトラブルを起こさないために、予防法学的にどういう契約書を作るかに腐心する、苦勞すると。

それは皆さんそのとおりで、それぞれの現場で責任のあるお仕事をされていると思うのですが、出発点としては契約というものはこういうものだ、こう解釈していくものだという規律を定めるとすれば、中間試案そのものの内容かどうかは別としても、東京弁護士会の先ほどの意見では、意見の趣旨の2のところに、どうしてもということであれば、最低限、条項骨子案その2程度はいかがでしょうかみたいな、よりシンプルな案も作ってあるわけなんです、基本的には今日の議論、皆さんの意見を伺っていてすごく違うことを言っているとは思えなくて、ただ、特別にこの場合は難しい場面が出るかもしれないよねというところで、その議論が始まってしまうと意見の一致を見ることができないだけなのではないか思います。そういうことで意見の一致を見ることが難しいという形での方向性になるのは、とても残念なことではないかと思います。ここでは、この種の規律を設けることの重要性というのを考えて、最も基本的なところだけでもせめて設けるという発想で、議論をしていったらいいのではないかと思います。

○村上委員 中間試案の第1準則と第2準則の関係について、よく分からないところがあります。まず、第1準則を見ますと、「共通の理解をしていたときは」という表現になっていて、共通の理解をしていたか否かで切り分けています。ところが、第2準則を見ますと、「共通の理解が明らかでないときは」という表現になっていて、共通の理解が明らかでないか否かという切り分けになっています。これは、次元が違う話ではないか、共通の理解をしていたかどうかということと、共通の理解が明らかかどうかというのは、別の問題ではないだろうかと思います。そこがはっきりしないために、第2準則の位置付けがよく分からなくなっているという気がするわけです。共通の理解をしていたときはこのようにするという第1準則を立てた上、共通の理解が明らかでないときは、こういうことを考慮して、共通の理解がどのようなものであったかを認定するんですよというのが第2準則だとすると、それは、正に事実認定のルールだということになるのではないのでしょうか。いや、そうではないというのであれば、共通の理解が「ないとき」とするのではなく、「明らかでないとき」という文言を使っているのはなぜなのか。明らかかどうかで分けるというのが事実認定の問題ではないという御説明と、本当にうまく合っているのか、よく分からないという印象を持ちます。

○山本（敬）幹事 この点は、以前の部会で議論した結果、このような文言になったと私は理解していました。そして、先ほどの私の意見書の3ページの囲みで、手順はこうなるということを申し上げましたが、正にこの手順を書き表そうとしたのだと思います。提案の順序は、第1、第2、第3ということになっていますけれども、「デフォルトルール」が実は第2であるということなのだろうと思います。表現の通常の意味が確定され、それと異なるときには第2準則が適用されるのだけれども、当事者の共通の理解が

それと異なるものであって、異なる共通の理解が明らかであるときは第1準則による。ですから、適用の順序を書き表そうとしたのがこの表現方式で、それは以前に議論した結果、こうなつたと理解していました。

○**能見委員** 私も先ほどは余り準備しないで発言して、もうちょっと考えなくてはいけないという点があったのですが、先ほど高須幹事が言われたことは非常に私としては重要だという感じがいたしました。それをもうちょっと私なりにパラフレーズいたしますと、山本敬三幹事も言われていたことだと思いますけれども、ここでは契約の解釈とは何か、抽象的な言い方ですが、そういう定義というのでしょうか、そういう問題と、それから、契約の解釈の際の手順の問題としてどうしたらいいかという問題の両方があり、この2つは本来は分けられるべき問題だろうと思うんです。それで、契約の解釈とは何かという、これも微妙に人によって表現が違ふかもしれませんが、例えば先ほど高須幹事が言われたように、契約の解釈というのは基本的に両者が共通の理解をしていたものが契約内容になるという考え方なのだと思います。それを条文としてどのように書くかは1つの問題ですが。

次に、どういう形で共通の理解というものを探求していくかというところで今度は手順の問題が出てきて、この手順はどういう順番でやっていくのかというのを書けばよいのだと思います。この二つを書き分けることでかなり誤解が解消するのではないかと思います。

○**岡崎幹事** 先ほど山本敬三幹事からお話しいただいたところの続きになるのですけれども、今も考えていたのですが、山本敬三幹事のペーパーの3ページの①から④について、それでは、紛争当事者間で裁判になったときに、双方の当事者が何を主張するのかというところが理解できないと、なかなか、裁判所の側から見るとよく分からないということになると思うのです。例えば、原告側が①に依拠して主張していたときに被告はどうしたらいいのでしょうか。

○**山本（敬）幹事** これを否認と呼ぶか、抗弁と呼ぶかというのは現在もある問題ですし、この規定が仮に置かれても残る問題だと思いますが、否認か、抗弁かという位置付けを除くとするならば、①で原告がこう基礎付けているときには、被告側がそれで問題がないのであればそれでよいわけですし、もし問題だというのであれば、②ないしは③に従って、それと異なる解釈が本来妥当すべきであるということを基礎付けていくことになるのだらうと思いますし、原告がいきなり①ではなく②あるいは③を基礎付けていくこともあり得るだらうと思います。それを要件事実のレベルでどう整理するかという点は、何度も言いますように、現在もある問題ですし、そして、この規定ができたとしても残る問題だらうと思いますが、実際の攻撃・防御のプロセスの中でのやり取りは、私が今、申し上げたとおりになるのではないかと思います。

○**岡委員** 弁護士会は第2ルールにはかなり親和性というか、賛成が多いです。その理由は何であるかというのを一実務家として考えたところを一つの意見として申し上げたいと思います。第1のルールは当たり前の事実認定のルールなので書かなくてもいいし、めったにそんなことはないから、ないほうがすっきりするなという意味で、余り賛成できないという意見が多いのではないかと思います。当事者の合意が認定できれば、それに沿うというのは当たり前という感じです。

第2ルールについては、契約合意の事実認定の際の、明示又は黙示の合意の認定方法として、こういう手法でいつも解決していると感じます。契約の趣旨まで条文に入ると、いつもやっている作業が明確になって、これは非常に便利ではないかという印象を受けます。それは契約の解釈の定義が何かにもよるんでしょうけれども、実務家としては契約合意の認定方法の一般的なルールとして考えると、非常に理解しやすいと思っている人が多いと思います。

第3のルールについて違和感を多くの弁護士が持つのは、これは信義則の適用、法の適用ではないかと思うからです。補充的解釈といって合意を認定すると言われると何かしっくりこないし、永野さんがおっしゃったように当事者を説得するときも、あなたは意思があったはずだし、持つべきであったと言うよりは、信義則によってこういう説明義務があるんだと、法の適用によって付随的義務があるからあなたは義務違反になるのですよと、こう言われるほうが納得性があると思います。この部分は、法の適用と整理しているのだと思います。だから、敬三先生の3ページの一番下の4のこういう作業は確かにやっていますけれども、これは法の適用、信義則の適用、付随義務の適用、そういうことで整理していると思います。

○岡崎幹事 しつこいようで申し訳ないのですが、山本敬三幹事の先ほどの御発言で、ケース・バイ・ケースで攻撃・防御方法の構造が変わり得るというのは、それはそのとおりかなと思うのですが、例えば、先ほど私が挙げた①を原告側が主張していて、被告側が②又は③に依拠しているというときに、否認になるか、抗弁になるか、それは今後の課題なのかもしれませんが、結構重要な話で、例えば、被告側が②に基づいて合理的な当事者の理解でいくと被告が言ったのに対して、仮にこれが積極否認だとすると、裁判所としてはいきなり③のルールを適用して、当事者が言っていない共通の理解はこうなんですと認定をすることも、法律上は許容されるのではないかと思います。

それに対して抗弁だということになるとすると、②の主張をして③の主張を被告がしていない以上は、③でいきなりいくわけにはいかないということになると思います。そういう意味で、この辺りが実際の裁判実務の中でどう影響してくるかというところを詰めておかないと、大体アバウトにこんなところでいいのではないのでしょうかということルールを作ってしまうと、後で非常に大きな問題を残すことになると思います。

○永野委員 先ほど岡委員が、第2準則を当事者がどういう趣旨の意思を持っていたかという事実認定のルールだと理解をされると述べられました。それは裁判の場で争われている場合に、先ほど私が申し上げたように、そういう問題として設定される場合が多いからと思われそうですが、そういうものとしてルール化するというのであれば、正に事実認定の過程そのものを規制するものを民法の中に置くということになりますので、それは規定として非常に違和感があるということを、重ねて述べさせていただきました。

○山本（敬）幹事 まず、岡崎幹事がおっしゃられた点に関して言いますと、先ほどかなり前のほうで永野委員がおっしゃったことでもあるのですが、通常は使われた文言の客観的な通常の意味に従うけれども、特段の事情がない限りということをおっしゃっていました。そうすると、特段の事情がない限りという部分はずっと残るわけですし、したがって、おっしゃっている問題は、何度も言いますように、現行の下でもある問題だと思います。そのような問題があるにもかかわらず、それが十分に意識されていない

だけではないかと思います。ですので、この規定を作ったから新たに生み出された、従来はなかった問題であるという理解でおられるのであるとするならば、何度も言いますように、それは違うということを繰り返し申し上げたいと思います。

また、今の永野委員の御意見に対しては、私が最初のほうで意見書を敷衍して述べたときにも申し上げましたように、これは事実認定そのものの問題ではないと思います。通常のものやや違うような印象があるのは、私的自治の原則が前提となりますので、法律効果については、当事者が合意したときには、効果はその合意の内容によるという現行法では不文のルールがあつて、その合意の内容をどう確定するかというのがこの解釈に関する準則であるということです。

解釈に関する準則として、これが合意を解釈するときの基準になるということが定められれば、例えば当事者が共通の理解があるときはそれによるというルールが定められれば、当事者の共通の理解に従って契約の効力が決まる。では、当事者の共通の理解をどう認定するか。そこで初めて事実認定の問題になる。こういう整理になるだけだと思います。そうでない御理解があつたかもしれませんが、正確に言うならば、このようになるだろうと思います。

○永野委員 その構造は十分理解した上でですけれども、第2準則で挙げられているような作業手順が、当事者の合意の内容を確定するための事実認定のプロセスに極めて酷似しているということです。ですから、第2準則で当事者の意思を確定できる場合というのは、その内容面での両当事者の意思の合意が認定できる場合がほとんどではないか。仮にそういう事実認定のルールと違うものとして書くにしても、極めて酷似したプロセスのものを、それとは違うものだという形で意識して規律することが本当に可能なのでしょうかという疑問です。

それから、もう一つは事実認定ということで、その意思の合致に至らないような場合というのが、この第2準則を適用できるような場面で本当に出てくるのか。そこに非常に疑問を持つものですから、冒頭に申し上げたところです。更に言うならば、もし第2準則がそういう形で意思の合致を見出せないような場面、どちらかに収れんできないような場面を指しているというのであれば、それは正に意思の合意の欠缺のある場合として、準則の3のほうに移っていくような気がしまして、そういう意味では、部会資料の中で準則の2と3との境界が不分明という御指摘があるのは、その趣旨を指摘されているものと私は理解しました。

○鎌田部会長 それぞれのお立場の御意見は十分理解できたと思いますし、どの部分に対立点があるかということも整理できたと思いますので、事務局で引き取って、更に詰めた検討をさせていただければと思いますが、事務局から何かコメントあるいは質問、確かめておきたいことはありますか。

○笹井関係官 結構です。

○鎌田部会長 よろしいですか。

○中井委員 東京弁護士会から意見書が出ております。その中で、契約の趣旨に関して1から27項のところで使われているという記載があります。中間試案では契約の趣旨について、確か特定物の引渡しのところでは括弧書きで明らかにされていました。しかし、その後の審議の過程では部会資料68にあるように、そこでは契約の趣旨についての特

定はされていない。その後も今日までの審議の中で契約の趣旨について明らかにする提案はなかった。この段階で念のために確認ですが、事務当局としては今後もこれらの各規定の中で、契約の趣旨を特定する何らかの定義規定を置くなりすることは予定されているのかいないのか、その点をまず教えていただきたいんですが。

○筒井幹事 中井委員からお尋ねがあった契約の趣旨の内容をより明らかにする文言を盛り込むのかどうかということについては、履行請求権の限界について議論したときに、そういった方向の複数の御意見を頂き、それについて事務当局において更に検討するという形で引き取った状態のまま現在に至っている、つまり、事務当局の宿題となっているというのが私の認識です。したがって、今後の議論の中で改めてそれについての検討結果をお諮りすることになると思います。

○中井委員 理解いたしました。そのとき、中間試案の第2準則においては、当該契約に関する一切の事情を考慮して、とまとめられました。今回、東京弁護士会からの提案という形で、条項骨子案1にしろ、条項骨子案2にしろ、当該契約に関する一切の事情を敷衍して、中間試案の特定物の引渡しの注意義務のところでは提案された文言を持ち込んでいるわけです。事務当局に聞くのが適当なのか、わかりませんが、当該契約に関する一切の事情として掲げられる事情として、ここに記載されているものが含まれると理解してよろしいと思うのですが、特段、この点に関して御意見なりがあればお聞かせいただければでしょうか。

○筒井幹事 そういう意見があったということも含めて検討させていただこうと思います。

○中井委員 分かりました。

○岡委員 第2準則で山本敬三先生がおっしゃっている中に、取引通念の考慮というのは敬三先生の意見でも入っておかしくないんですか。

○山本（敬）幹事 手順について申し上げましたように、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味の確定をするときには、それがしんしゃくされるのは当然だろうと思いますし、第2準則の後段に出てくる、合理的に考えれば理解したと認められる意味を考慮するときにも、もちろんそれだけではないだろうと思いますけれども、幾つかある、しかし、重要な判断基準の一つとして位置付けられることになるだろうと思います。

○鎌田部会長 それでは、恐縮ですけれども、次に部会資料75Bの「第3 約款」にまかせていただきます。事務当局から説明してもらいます。

○忍岡関係官 75B、「第3 約款」について御説明いたします。

部会資料75Bの9ページを御覧ください。「1 定型条項（仮称）による契約」の（1）では、二つの点で中間試案から変更があります。まず、定型条項という言葉で定義語として使うことを提案しています。これは中間試案で用いていた約款という言葉では、それによって指し示しているものについてのイメージが様々であることから、約款という言葉で定義語に使わないこととしたものです。

次に、中間試案では約款に当たるか否かについて、約款を準備した者が契約の内容を画一的に定めることを目的としていたかということをも判断基準として設けていました。しかし、交渉に応じるか否かは相手方の交渉力や状況によって流動的であるために、主観的な目的では判断基準として不明確であるという指摘がありました。そのため、本文

では定型条項に当たるか否かをより客観的に判断をするという観点から、当事者の一方が契約の内容を画一的に定めるのが合理的であると認められる取引において用いられるかどうかということを基準として提示しております。

1の(2)は中間試案で約款の組入れ要件の内容として提案していたものです。約款を用いることの黙示の合意が認定されるかどうか、実務上の不安があるという意見が寄せられましたことから、本部ではア又はイに該当する類型の行為については、合意があったのと同様に取り扱うことを提案しております。

「2 定型条項の内容の表示」では、相手方の定型条項の内容の表示を請求する権利を規律することを提案しています。中間試案では相手方が合理的な行動をとれば、約款の内容を知ることができる機会が確保されていることを、約款を契約内容とするものの要件としていました。しかし、特にたまたま契約締結時に約款を見ることができない状態が生じていた場合を考えると、相手方があえて約款を見ようとしていなかったときであっても、それが契約内容とならないとするのは効果として過大であると考えられたため、組入れ要件と区別をして、別途、内容の開示請求権として定めることを提案したものです。

3番、「合理的に予測し得ない事項に関する定型条項」、ここでは1(2)によって個別の契約条項についての合意がない場合にも、定型条項が契約内容となることを認めることとのバランスから、相手方が合理的に予測し得ないと認められる事項に関する契約条項については、契約内容とならないという規律を設けることを提案するものです。

この提案には三つのポイントがあると考えられます。一つ目は合理的に予測し得るかどうかについては、契約の主たる給付の内容、同種のほかの契約等や取引通念を踏まえつつ、抽象的な相手方一般を基準として客観的に判断することとしていることです。二つ目は予測の対象は問題となった事項に関する契約条項の存否であって、内容の当否については次の4の規律の問題であると整理していることです。ただし、合理的に予測し得ない事項であっても、相手方の利益に当たる場合には組入れを否定する必要はないと考えられることから、相手方にとって不利益である場合に限り組入れを否定することとしています。更に三つ目は条項準備者において相手方が当該契約条項について知り、又は容易に知り得るようにした場合には、この規律の適用を回避することができることを定めていることです。

四番目の「相手方に過大な不利益を与える契約条項の効力」は、定型条項に相手方に過大な不利益を与える契約条項が含まれている場合には無効とすることを提案するものです。併せて定型条項の契約条項に関しては、当該契約の全部を踏まえて判断すべきであることや、契約の締結の対応等を考慮して判断することを明らかにすることも提案します。また、この規律が定型条項の契約条項の効力を現状よりも制限することを意図するものではなく、現在も民法第1条第2項に反するとされる契約条項のみを無効とするものであることをより明らかにするように、「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して」という文言を加えています。

「5 定型条項の変更」、ここでは、まず、(1)で定型条項の中に定型条項の変更に関する規律が一切ない場合でも一定の場合には定型条項を変更し、契約内容を変更できることを定めることを提案しています。具体的には相手方が多数であるか、不特定で

あることによって個別の相手方の同意を得ることが著しく困難であることを前提として、変更の内容が相手方の利益に適合することが明らかである場合には変更を認め得るが、そうでない場合には変更の必要性、変更後の内容の相当性、その他の変更に係る事情を総合考慮して合理的と言える場合に、初めて変更が可能であることとしています。

次に、定型条項のうち、どの内容がどの程度、変更され得るかの概要が定められているのであれば、本文（１）で定められる必要性等を別途判断せずに定型条項を変更し、契約内容を変更することを認めることを提案しています。この場合においても、変更後の内容は取引通念に照らして相当であることを要件としています。

（３）は（１）又は（２）を満たした場合でも、これらの変更は定型条項を変更する旨、及び変更後の定型条項の内容を周知しなければ、効力が生じないとすることを提案するものです。定型条項の変更に関連して、定型条項にどのような変更が生じるかを予測することが困難な場合などには、本規約の内容は当社の都合により変更されることがありますといったような包括的な変更条項を設けている場合があります。このような場合には、（２）でいう予測される変更の内容の概要が定められていないので、（１）の変更を満たさない限り、変更はできないこととなります。そのため、たまたま、相手方が少数かつ特定できるというときには、定型条項を画一的に変更することが困難になり、実務上問題があるという指摘があります。このような場合について、どのように考えるべきかについても御審議いただきたいと考えております。

部会資料 75B の 15 ページ、訂正後の資料では 16 ページに、①から③までの考え方が挙げられています。①は定型条項を用いる契約は本来的に画一性が要求されるという考え方を徹底して、定型条項の変更の要件から現に多数又は不特定であることを削除するという考え方です。②は少なくとも包括的な変更条項がある場合には、（１）の多数又は不特定であるという要件を不要とする考え方です。③は相手方が少数かつ特定できる場合については、個別の相手方から合意を得られない限りは、定型条項を変更できないという考え方になります。

○鎌田部会長 ただいま説明のありました部分について御審議いただきます。御自由に御発言ください。

○安永委員 私どもは労働者の立場から約款について、当初、第 11 回会議、第 50 回会議などにおいて、現行法制よりも緩やかな要件で労働者に不利な規則類が労働契約の内容となる等の懸念があることから、約款に関する規定を民法に整備する場合は、労働契約を適用除外とすべきとの意見を述べてまいりました。

しかし、その後、約款と労働契約との関係について様々な議論が交わされ議論が深まっていく中で、例えば、就業規則に関して、労働契約法 7 条の合理性の要件とともに、不当条項規制が一般条項的なものとして働き、ダブルチェックがかけられるといったことや、約款の不当条項規制の考え方が労働法の解釈にも影響を及ぼすことなど、約款の規律には就業規則をより適正なものとする積極的な意義が期待できると考えるようになりました。このような観点から、約款に関する規則を民法に設けることに賛成を致します。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

○大島委員 3 の「合理的に予測し得ない事項に関する定型条項」について御意見を申し

上げます。まず、その前に約款は大量、迅速な取引が求められる現在の社会において重要な役割を果たしているため、民法に約款に関する規定を設けることはよろしいのではないかと思います。ただし、中間試案で提案されていた不意打ち条項については、約款の利便性を大きく損ねるおそれがあるため、反対の意見を申し上げてきました。今回の提案は、不意打ち条項に該当するかどうかの判断基準を取引通念に置いていることなど、中間試案と比べ、利便性に関する懸念は改善されているように感じます。しかし、契約は複数の条項による全体的なバランスの上で成り立っているものであり、個別の条項だけを取り出して、利益、不利益を論じるのは妥当ではありません。そこで、「相手方に不利益を与えるもの」との表現は見直し、定型条項全体の内容を勘案し、なお、相手方に一方的に不利益を強いる場合にのみ、適用されるよう文言を変更する必要があると考えます。

○加納関係官 御提案について確認をさせていただきたい点がございまして、大変恐縮ですけれども、お伺いしたいのですが、今般の御提案の定型条項の概念なんですけれども、9ページの1の(1)の記載によりますと、契約内容とするために準備された契約条項の集合体であるというふうなことでありますが、解説に書かれているのを見ますと、これまで約款として議論されたものが、基本的に想定されているのではないかと理解しているんですけれども、契約条項の集合ということですが、個別の契約条項がいろいろあるというものも、これに含まれてくるのかという点であります。

消費者契約法との関係なんですけれども、消費者契約法には不当条項という規定があって、個別の条項が規律の対象になってくるというわけでありまして、単体の消費者と事業者との間の契約において、そこに含まれている条項を規律の対象とするとなっておりますが、例えば契約書の中にも契約条項は数箇条が幾つも幾つもあるとなっている、それも集合体と見ようと思ったら見えるのかなという気がいたしまして、それが入るのか、入らないのかというところで、消費者契約法との適用範囲といいますか、そういった問題が出てくるのではないかと、このペーパーを頂いた段階では思いました。

それから、もう1点が11ページで書いています2の「表示」のところなんですけれども、表示の位置付けは契約上の義務となって、その違反は契約上の義務違反と、その2段落目の最後に書いていただいております、義務違反の効果はどういうものを想定されているかということなんですけれども、単なる損害賠償等の根拠となるだけなのか、あるいは契約条項自体の効力に影響を生じるのかというところでありまして、例えばこの御提案によると、契約締結後、相当後の期間内ということで、契約締結の後に表示を求めるとすることも想定されているということでありまして、最初はなかったんだけど、事後的に請求したところ、開示がなかったという場合に、効力に影響も生じてくるのかどうかという点について確認させていただければと思います。

○鎌田部会長 それでは、事務当局からお願いします。

○忍岡関係官 一つ目の御質問の御趣旨がよく理解できていないかもしれないんですが、まず、定型条項の定義自体については契約条項一つ一つの集合体全体を指して定型条項と呼んでおります。他方で、三番目の規律であるとか、四番目の規律については、例えば三番目の規律の最初ですが、「定型条項の契約条項については」となっております。こういう規律については、個別の定型条項全体の中の一つの契約条項についての効力を

対象とした規律だと、考えていただければよいかと思います。

二つ目につきましては、二番目の表示義務みたいなものの効果ですけれども、基本的には御指摘のとおり、損害があれば損害賠償になります。しかし、表示しなかったことが定型条項の契約内容になるかどうかということが、直接関係するということはないというふうな規律になっております。

○加納関係官 ありがとうございます。大体分かりましたけれども、取り分け、私どもとしては4番の不当条項のような規律について、今のお話ですと定型条項の契約条項ということでお書きいただいていることからすると、例えば約款ではなくて消費者と事業者が個別の契約を結んだという場合の、そこに不当条項というか、これに当たるような非常に問題のある条項があるとして、この定型条項の契約条項というのは入らないという理解をしてよろしいんですか。

○村松関係官 恐らく今、御指摘いただいたのは定型条項に当たらないような種類の取引においてどうかというお話だと思いますので、そういう場合はもちろん4は掛からないということになります。

それからあと、2の表示の違反の効果は、端的に忍岡が申し上げましたように、基本的には義務違反の効果はいわゆる債務不履行責任という範囲内ですけれども、基本的には損害賠償が中心であろうと思われます。ただ、こういう行為義務を設けた趣旨に照らしますと、そういったところにあえて違反するような行為があった場合には、様々な局面で解釈上、考慮されることはあり得るのだろーと思います。例えば委任契約を始めとして、信頼関係が重視されるようなところでそういったことがあり得ますと、そういった要素が信頼関係を破壊する方向に例えば考慮されるでありますとか、もちろん、そういう間接的な影響はあり得ますけれども、直接的に義務違反の効果はどうかと問われれば、先ほど申し上げたように、契約の効力には影響を及ぼさないという整理を今回はしようと、こういう趣旨でございます。

○松本委員 今、御議論されている2のところなんです、私も請求権構成というのが何となくすっきりしないんです。請求をすれば見せてくれる。これは極めて正常な取引だと思うんですが、そうであればトラブルにはならないわけです。請求をしたけれども、見せないというような場合にどうなるのかと。中身を見せず、契約内容は教えない、だけれども、契約をするかしないか、ここで決断しろと。そういう取引を強制するというのは約款取引の一つの典型だったわけで、コンピュータソフトのシュリンクラップ契約なんていうのは正にこれだったわけです。事前に中身は見せない、契約をしてあなたのものになった後で封を破れば中から契約条件が出てくるという内容で、大いに問題になったわけですが、それに近い。今回の案は封を破ってもまだ契約書が出てこないということでも構わないという話であって、これで契約内容になるというのは行き過ぎではないかと思います。

請求しても見せてくれない場合は債務不履行としての損害賠償の問題だということで、こういう条件が入っているのであれば、私はこの契約をしなかった、したがって、契約を締結して代金支払債務を負担したこと自体が損害だという主張が通るのであれば、事実上、契約解消の効果が発生するということで、それはそれで一定の救済にはなるかと思えます。しかし、必ずしもそうではなくて、多くの人にとってはこの契約は有

意義なものであって、あなたにとってだけ若干不利益かもしれないけれども、それはほんの少しだけであって損害賠償はごく少額ですとか、あるいは経済的損害はないとかいう認定がされることになるかもしれないという点は、かなり問題があるかと思います。むしろ、中間試案の見ようと思えば見られる状態にあるというほうが妥当ではないかと思うんです。

その中間試案のルールが不適切な理由として11ページの中頃の辺に、たまたま、ウェブページが一時的にダウンしていたような場合に、契約相手方としてはそれを見ようとしなかったのに、後でそれを口実にして約款は契約に組み入れられていなかったという主張をするのは、不当ではないかということが挙げられています。これは確かに不当だと思います。だからといって今回のような案になるというのは、逆の方向の不当を助長するような感じがいたします。当初の中間試案の不当なところを是正するのであれば、ウェブページが一時的に見られないような状態であって、かつ本人はそれを見ようとしていなかったということであれば、その点は考慮しないという例外ルールを設けるほうが、全体的な落ち着きとしてはいいのではないかと思います。

○佐成委員 我々のほうですが、民法の中に約款規制を持ち込むということに対しては、これまで部会の審議で一貫して反対ということを表明してきました。この点は中間試案に対するパブコメでも、強い反対意見を我々のほうとしては出しております。改めて今回、提案が出て内部で議論したんですけれども、今回の部会資料についても基本的には中間試案からの実質的な変更はほとんどないと、そういう評価、受け止めをしております。したがって、強い反対意見が依然として支配的でございます。多方面の業界から強い懸念とか、反対の意見が私のほうには寄せられている状況であります。

これを前提に、今回の部会資料について幾つかコメントをしたいと思います。まず、先ほど安永委員から労働法に関する適用除外についてはあえて見送るというようなお話がありましたけれども、今回、私はドイツ法の約款に関する部分の全訳を提供させていただきましたが、その中には、つまりドイツ法なんかを見ますと、一番最後のところ、私の資料でいきますと9ページになりますが、「本章の規定は、相続法、家族法、会社法の領域における契約、ならびに、労働協約、事務所協定および公務協定には適用されない。労働契約への適用にあたっては、労働法上認められる特殊性を適切に考慮しなければならない。第305条第2項および第3項は適用しない。労働協約、事務所協定および公務協定は、第307条第3項にいう法規定と同一の意味をもつ。」と明文で書かれていると、そういうところでございます。これも一つの参考になるのかなと思います。私のほうから言う必要はないのかもしれませんが、仮に適用除外ということを書くのであれば、そういう話もあり得るのかなと感じたところでございます。

それから、定型条項という文言に今回、変えられたというのは、私は非常によかったなと感じております。約款という言葉は人によっていろいろなイメージで使っておりますし、いろいろなイメージでやっておりました。議論を混乱させる元でございますので、そういう意味では、約款という言葉ではなしに、新しく、これがいいかどうかは分かりませんが、定型条項という言葉に変更したというのは議論を混乱させない、無用の混乱の元にならないようにしたという意味では、立法化するのであれば、この言葉遣いというのはよろしいのではないかと、そういうことで事務局の御努力には改めて敬意

を表したいと感じております。

ただ、1のところで「契約の内容を画一的に定めるのが合理的であると認められる取引において」という限定を付しているわけで、これは中間試案のところからも何らかの限定を付しているということなのですが、部会資料を拝見しますと10ページの真ん中のところですか、事業者間の多くの取引にまで適用対象を拡大しすぎであるという批判があると。経済界のほうに御配慮いただいたということだと思うんですが、その点は経済界に身を置く者としては評価すべきところなのですが、ただ、経済界の中でも必ずしもこのような限定の仕方というのはいいいのかなと、ちょっと分かりにくいといえますか、不明確ではないかという疑問の声もございます。ということで、御配慮いただいている点は非常に有り難いと思うんですが、こういった限定の仕方が本当にいいのかなという点は、非常に疑問に感じております。

どちらかといいますと、私自身はそもそも余りこういう限定をすること自体、本当にいいのかなという気もしているわけです。せっかく民法に約款規制を入れるとするなら、民法の一般性ということを考えて入れるということなら、一般性を損なうような限定をあえて入れるということが果たして本当にいいのかなというところは、経済界の人間が言うのは甚だ僭越かもしれませんが、非常に奇妙な感じを受けます。

というのは、私も比較法資料ということで今回、いろいろ立法例を見させていただいて、ドイツなんかは一つ出ささせていただきましたけれども、どの国も適用の一般性ということには細心の注意を払ってやられているなど、適用の一般性に関しては細心の注意を払ってやっているように見受けられると。どの国を見ましても適用をすり抜けるようなことを防ごうという、そういうような適用回避を防ごうというような、そういう姿勢が強く見受けられるんですが、日本法だけはなぜか民法という一般法にわざわざ規定を置くとしておきながら適用の限定に腐心すると。これは比較法的には非常に異例な感じを受けるので、そこまでして民法に規定を入れたいのかという感じを私なんかは受けるところでございます。

それから、不意打ち条項とか不当条項規制、これは私は約款規制という以上は、組入れと合わせてセットで規定しないと駄目だろうとは感じております。ですから、組入れ要件だけとか、そういったことはあり得ないだろうと。約款規制ということですから、少なくとも不意打ち規制、不当条項規制というのは最低限、これは不可分でセットで立法化する必要があろうと思うんです。ただ、先ほども議論がありましたけれども、3を見ますと、ここでは「相手に不利益を与えるものであるときは適用しない」とか、そういうような形で、ここもかなり限定をしすぎているような気がいたします。

経済界にとっては大変有り難いことだろうと、要するに不意打ちが仮にあったとしても、不利益でなければよいですよというようなことを言っているような感じも受けますので、非常に結構なことだろうと思いますが、大変、大盤振る舞いの感じを受けるわけで、逆に言うと、比較法的には異例な感じも受けるところでございます。それで、こういうふうな形にやっていくのであれば、我々経済界が反対してきました条項使用者不利の解釈原則とか、そういうのも入れていかないと何か非常に危うい感じも受けますが、我々自身、反対していますから、そんなことを言う筋合いではないんですが、非常に危うい感じの立法だなと個人的には感じております。

それで、先ほど松本委員もおっしゃっていたところですが、約款を見せるというのは請求があったらということで、これもなかなかすばらしいと申し上げるべきか、請求があったときに表示すればいいという非常に有り難い建付けなわけで、何となく原則と例外が逆転しているような印象を受けます。これも経済界にとっては有り難いことではありますが、比較法的にも異例な感じを受けるような気がいたします。という感じで、本当にこういう規律を入れていいのかなというのは、経済界に対する御配慮に対しては非常に感謝を申し上げるところなんです、本当にこんなことをしていいのだろうかという疑問を私自身、感じている次第でございます。

取りあえず、以上でございます。

○中田委員 ただいまの佐成委員の御発言は、どちらのサイドからの御発言か、聞き迷うようなところもあったんですけども、全体としては今回の案は経済界に対して配慮されているけれども、結果として約款規制法としては不徹底、不完全なものになっているというようなことだったと思います。そして、結論としては、結局はどういうルールにせよ置かないほうがいい、という結論になってしまうのではないかなと思うんですけども、それはここでの全体的な考え方からすると、やや極端ではないかなという印象を受けております。

佐成委員は、先ほど中間試案と変わらないということをおっしゃいましたし、また、約款規制についてのルールであるということも強調されたわけですが、私はいずれもそうでもないのではないかなと思います。中間試案に比べて大きく変わっているわけですし、例えば約款という言葉をやめただけではなくて、適用領域を限定した上で、そこでの規律を置こうということにした、あるいは組入れ要件に代えて請求構成にした、あるいは変更についてのルールを前に進めたということでもあります。それぞれについて私自身、個別には更にまた申し上げたいことはありますけれども、大きく変わっているということは事実だろうと思います。

それから、約款規制ということも強調されているわけなんですけれども、約款には確かに問題となり得る場面もあると同時に、しかし、現代社会において有用であって、重要なものでもあるという認識も共通ではないかなと思います。そうだとしますと、有用性と問題性の両面を見た上で、約款による取引の法律関係の安定性と適正性を高めるために規律を置くという、そういう結論になるのではないかなと思います。ですから、個別の問題については後でまた申し上げますが、全体としては規定を置かないというところから議論をするのではなくて、規定を置くという方向で考えるべきではないかなと思います。

○中井委員 ただいまの中田委員の御発言に私も賛成を致します。この間、約款の規律を設けるかという点についてかなり意見が分かれた。今回、事務当局で中間試案とはまた変わった形で新たな提案をされたと理解をしております。それは中間試案を一旦決定して出したものの、パブリック・コメントの中で様々な意見が出て、それを恐らく十分に踏まえられて、更に合意が見込まれるのではないかなという、ある意味でぎりぎりのところをお出しになったのではないかと推測いたします。基本的に今回の民法改正において、約款規制を全く設けないままでいいのかという問い掛けをされたときに、今、中田委員がおっしゃいました、また、今日、鹿野幹事からもペーパーが出ているようですけれども、それも先ほどざっと拝見しましたが、その骨子、核となる部分については、民法の

中に規定を置くのがより好ましいというもので、同じ意見を私も持っております。

ただいまの佐成委員の御発言は、私も趣旨をよく理解できなかったところがあります。ある意味で、今回の提案について全く排斥するという趣旨ではないようにお聞きしました。基本、どこまで入れるかはともかくとして約款規制を取り込む、中でも佐成委員がおっしゃられたように組入れと不意打ちと不当条項、これをセットで入れる。そこに変更の法理も入れるわけですが、それを入れる方向でまず共通の認識をここで是非持っていただきたい。その上で、恐らく中田委員からもその後、また、幾つかの問題点の指摘があるのかもしれませんが、今回、お出しいただいた定型条項という新たな構想に対して、より改善できるものがないか、この後の時間で是非審議を深めていただきたいと、総論としてはそう思います。

そういう観点から、大阪弁護士会有志意見書を今回も出させていただきました。これもこれまでの経緯からすれば、従来の意見書とはかなり変わっておりますが、今回、出された事務当局の提案をできるだけ尊重し、それを基本的に受け入れた上で、なお、修正が可能な範囲をお示しした趣旨です。

○佐成委員 私の意見の趣旨を付度していただいたので、本人が釈明しておかなくてはなりません。私としては先ほどの趣旨は、飽くまで約款規制の民法への導入には反対という前提でございます。ということなので、そこだけはちょっとどうかと思います。

それから、もう一つ先ほど約款の変更について中井委員がおっしゃっていたので、この点についても申し上げておこうかと思います。約款の変更については経済界は有り難いということなんです。他方、ただ、経済界の中でも幾つかの企業の方が本当にこれで大丈夫かというふうな心配の声、逆に何かこんな簡単に変更させてしまって大丈夫なのかというような懸念の声を聞くこともありまして、果たしていいのかと。比較法資料を見ますと約款の変更というのを認めるような立法例というのは、少なくとも比較法資料の中には余りうかがえませんし、ドイツ法にもなかったわけなので、非常に日本固有のといえますか、非常に異例な規定だなと感じた次第でございます。

○岡田委員 松本委員が先に述べられましたけれども、消費者からすると1の定義と2、これは大変厳しいです。現在も約款に関しては本当に苦しめられているというか、消費者不在の状況にあるのですけれども、約款を使いますよというだけで、それを見せてくれとあえて消費者から言わなければいけないという、本当に大変なことだと思いますし、表示のことに關しても、これからこういう形で条文化された場合は、どうすれば消費者に対して周知させる、教育できるのだろうかというのは頭が痛いところで、この1と2をカバーするために3と4で補ってくれているのかなと思いますが、この状況からすると経済界の反対というのがものすごかったのだろうと推測できます。

その意味で、事務局が最大限の努力をして下さったことは、それはそれで評価しなければいけないなと思っています。ただ、佐成委員の話を聞きますと、経済界の状況はどうもそうでもないような印象なので、もう一頑張りやっていただきたい、消費者にも前進したと思われるようなところまで持って行っていただきたいと思います。ついでに佐成委員とは仲よくしたいと思います。

○佐成委員 最後のところは私も全く同感でありまして、岡田委員とは常に仲よくしたいと感じております。それは措きまして、消費者契約法の分野でも昨年8月に消費者委員

会のほうで、「消費者契約に関する調査作業チームの論点整理」という形で、約款の問題が取り上げられているかと思います。もし民法のほうで規定を置かないのであれば、消費者法のほうで対応するというような姿勢を示されているように感じております。約款法学が御専門の河上正二先生が委員長をされている消費者委員会でございますし、こちらで具体的な立法事実に基づいて十分な議論が進展するということは、私としては非常に望むところでございます。

他方、そちらに投げてしまうと問題になるのが約款の変更ということです。約款の変更に関しては民法だからこそできるのであって、消費者契約法に投げてしまえば、絶対にそんな意見は消費者委員会では論点にも上らないだろうと、そんなのはあり得ないだろうと。そういう意味で、今、妥協しておくのがお得ですよという悪魔のささやきとでも申しますか、そういったものも聞こえてはきますけれども、余り国際的に変な立法をするというのは、私は部会に身を置く者としては避けたいなということを感じております。

○**山野目幹事** 既に大島委員、中田委員、中井委員がおっしゃり、それから、鹿野幹事から出されている意見書でも強調されておりますとおり、今回、部会資料で示唆を頂いているような仕方で、仮称ではありますが定型条項に関する規律を民法に置くという方向で、引き続き立案の作業を続けることがよいのではないかと考えます。これは消費者保護に結果として役立つような局面はあるかもしれませんが、決して何か特定の人々を保護しようとかというふうな特定の政策的目的に出たものではなくて、正に市場整備のために民法に規定を置くことが求められている政策課題であると考えます。

規定を置くことに成功すれば、国内はもちろんのこと、欧米、更にアジア諸国との関係での取引において、我が国の市場を支えるルールが極めて安定したものである、そういう仕方で提示されることに成功するのではないかと感じますから、本日、部会資料で提示されているような考え方を踏まえ、引き続き委員・幹事の提言・提案を待ち、立案を進めることが望ましいのではないかと考えます。

差し当たり、私のほうから2点申し上げますと、1の定型条項の概念と2の定型条項の内容の表示に関わることでありますが、1の定型条項による契約との関係で佐成委員が定型条項といいますか、従来、約款と言われてきたものの概念の一般性を高める努力を更にすべきであるとおっしゃったことについては大いに意を強くし、賛成でございます。合理的であると認められる取引といった文言など、なお法制的に成立可能なように彫琢されていかなければならないものであると考えます。本日はBの資料の性格上、直ちに法文になるのではないような仕方で、しかし、考え方を提示しておられるという側面があるでしょうから、この辺りはなお考えを深める必要があるという御示唆だったのではないかと受け止めました。

2の定型条項の内容の表示について、今回、新しい提案をお出しいただいていることは、一つのあり得る構想ではないかと感じます。松本委員からの問題提起を伺っていて、なるほどと感じたところがございますから、もし、こういう方向で検討していくとすれば、内容表示の義務に違反したときの損害賠償の効果、取り分け、損害の中身であるとか、あるいは内容表示の義務に対する違背が契約の解除原因を構成するかどうかといったような点について解決の中味、それら自体を見極めた上で所要の規律を整備した上、

かつ、この内容表示の義務とその効果それら自体は、それを排除するような定型条項の定めは効力を有しないというふうな仕方で、定型条項の領域に特殊な極めてブラックな条項として明確に位置付けておくといったような規定整備も、併せて検討する必要があるのではないかと感じました。

○山下委員 大体、佐成委員以外の委員・幹事のおっしゃることに全く同感するものでございまして、今日、ドイツの民法の規定を配布していただきまして、こういうドイツの約款規制と比べて今回の案が非常に何か問題があるという御指摘を頂いたかと思いますが、先ほどの定型条項の意義にしても、ドイツでは305条でいえば1項の一番最後の文で、個別の交渉があったかどうかという極めて判断のしにくいような要件で適用範囲を切り分けているわけでありまして、それを日本でそのまま入れると大変個別の判断に困るだろうというようなことがあるわけで、そこが今回の定型条項の定義の案では、日本流にもうちょっと別の形でどうかということをご提案されているわけですし、その他の組入れの要件、先ほど2のところでは違反したら損害賠償だけかという点は、正に山野目幹事がおっしゃるように、これはやはり組入れを否定する要件と結び付けたほうがいいわけで、そうすると、全体として組入れ要件はドイツの約款規制法と大体同じようなものになって、ドイツ登同様に、不意打ち条項の規定もあり、そして、不当条項の規制もあるというようなことで、大体、従来の組入れ要件の提案に比べると、ぎりぎり、実務的にも対応できる範囲で提案されているのではないかと思いますし、ドイツでも実際には法文に書いていない、いろいろな解釈問題とか運用はあるようなので、そういうものと比べて遜色はない合理的な方向に向いてきているのではないかと思います。

それから、定型条項の変更についても、確かにこういうストレートな規定は外国ではないかもしれませんが、ドイツの翻訳ですと4ページの308条の4号で変更の留保、グレーリストですかね、これは、その中へ一般的な不当条項の候補者として変更条項が挙がっているわけですし、こういうのを置くのか、より具体的にどういう要件があったら変更できるかという経済界のほうがいずれも予測可能性がないとおっしゃるのに比べると、こういう具体的な案に煮詰めていくというのも一つの方角かと思う次第でございまして、全体として、是非、この約款の規定は入れるほうに向かうべきものかと考える次第でございます。

○佐成委員 一言だけ。先ほど山野目幹事が国際的なお話をされていたのですが、私は50回のときにもアメリカのUCCの改正の顛末の話を申し上げたんですけども、今回も、比較法資料で出したところの冒頭のところですが、2ページのところにも書きましたけれども、その公的注記が「消費者契約上の不公正条項に関する1993年4月5日EU指令」の国内法化」と明言しているとおり、これがEU各国、オランダにしろ、イギリスにしろ、国内法化という形で広まっていつているわけなのでありまして、約款規制の本質の中に、そういったような「消費者保護」というのがあるというのは、否定しようのない事実ではないかと、そう感じているというところでございます。それだけ一言、申し上げたいと思います。

○山本（敬）幹事 発言しようと思っていたことを山下委員から言っていただきましたので、ほとんど、それを敷衍するような形になってしまいましたが、定型条項という名称を用いること自体は、特に問題はないのではないかと思います。ただ、今回、かなり苦労

して整理し直していただいた点はよく分かるのですが、組入れと表示を分けるという点については、検討の余地が大きいのではないかと思います。

これまでも何度も申し上げてきたとおりなのですが、何が契約内容になるかということをおおよそ知りようもないのに、契約の内容になってしまうということは、民法の基本原則からすると本来許されないことであって、それを可能にするためのぎりぎりの要件を設定しようとするのがこの組入れ要件です。そこで、開示まで常に要求するかどうかは別問題であって、中間試案でもかなり緩くなっていたのですが、それで実務で生じうる問題を何とか拾おうとしていたわけです。その程度まで緩めた上で、しかしなお、定型条項が契約内容になることのぎりぎりの正当性を確保しようというのが、中間試案の趣旨だったと思います。それを分けて表示規制にし、そして、義務違反については損害賠償を認めるというのは、本来の筋からは違うと思います。ですので、緩められた形で規定をし、そして、本当に必要であれば、ドイツ法も実はそうなのですけれども、組入れについて例外的な要件にあたるものを整備するなどして実務に耐えられるようにした上で、規定するという方向で何とかコンセンサスが得られないものかと思っています。

なかなか大変であることはもちろん了解しているのですが、実際にできたときに、佐成委員も趣旨はともかくとしておっしゃっていますように、外国から見て日本法として評価されるようなものになっているということも、非常に重要なポイントだと思いますので、もう一息、頑張れないものかと思っています。

そしてまた、定型条項の内容の表示については、大阪弁護士会のほうで所要の修正をいただいているようですので、後でおそらく出てくるのだろーと思います。締結後、相当の期間内にとというのは、このままでは理解できないものです。締結すれば契約内容になるわけですので、契約内容を示せと言われれば示さないといけないのは当然であって、これは本来、契約の終了後に問題になるものであるという点は大阪弁護士会の御指摘のとおりです。しかし、そうであったとしても、民法にこのような非常に広範かつ緩い表示の義務が定められるとしますと、特別法のほうで開示等に関する規制が現在でもたくさんありますし、これから出てくる可能性があります。そこで、立法しようというとき、あるいは改正しようというときに、一般法でこうなっているということが影響を及ぼさないかという懸念もあります。

山野目幹事がおっしゃったことでもありますけれども、広い意味での開示に関わる規制は市場経済のインフラに当たるものです。これを民法に定めるために仕方がないとして余り緩めすぎますと、経済取引全体にとってよくないだろうと思います。そのような点も考えながら、ぎりぎりのところでコンセンサスが得られないものか。そして、21世紀に民法を作るのに、約款に関するルールがないというのは、それだけでも日本民法の質を落としてしまうという懸念もありますので、何とか再考をお願いしたいと思います。

○山川幹事 定型条項に関する規定を置くこと自体については、特段、異存はありません。その上で、2点、質問ないし確認したい点と若干のコメントがございます。

一つは、これまでも御質問が若干ありましたが、定型条項の定義のところ、これまで中間試案ではいわゆる契約のひな形は除くという趣旨であったかと思いますが、それが維持されているのかどうかという点です。ただし、ひな形といってもいろいろ

るな意味があるんですが、たとえば、パートタイマーの契約書などで、労働時間とか勤務場所を話し合って、後から書き込んでいくというような形で、それは当事者が異なる内容の合意をした契約条項を除くというようなところからすると、入らないのかなと理解しておりますが、それでよろしいのかというのが第1点です。

2点目が「定型条項の変更」のところの定型条項の要件に係る資料14ページですけれども、御確認的なことですが、変更条項を置いた場合には13ページの5の（1）のうち、アの相手方の利益適合性という要件も外れると、それから、変更の必要性という要件とか、目的に反しないという要件も外れて、変更の内容の概要という点はあるんですけれども、要するに変更後の内容の相当性が要件となるという理解でよろしいのかというのが第2点の確認でございます。

あとは若干のコメントですが、労働契約法との関係につきましては、私自身は制定法がある以上、そちらが特別法であろうと思っております。その点、若干、安永委員の先ほどの御発言と理解が違っておりまして、重疊的にというのでしょうか、労働法と重なって適用されるということは就業規則に関してはないのではないかと考えています。

ただ、影響を与えるということは解釈の問題ですので否定されないと思いますが、その点で、ドイツの佐成委員の御提出資料は非常に参考になります。労働協約は適用除外で、労働契約に関しては必ずしも適用除外になっていないんですが、ドイツには労働契約法という法律はありません。それから、就業規則に関する日本の労働契約法7条、10条に該当する規定ありません。要するに民法の世界の中で雇用契約、労働契約については規律されているということでこのような特殊性の考慮ということになったのだらうと思いますけれども、日本の場合は労働契約法で、しかもドイツにないような特別な一方的変更のルール等が定められておりますので、そちらが特別法になるのではないかと理解しております。

○鎌田部会長 事務局から、お尋ねのあった点についての回答をお願いします。

○村松関係官 今の山川先生の御質問だけで取りあえずよろしいですか。

○鎌田部会長 ほかにあれば併せてお願いします。

○村松関係官 山川先生から直近に言われた契約のひな形の関係ですが、パートタイマーの契約書は見たことがないので、実際のところ、よく分からない部分はあると思うのですが、先生が御指摘になったとおり、話し合って埋める部分については定型条項から外れてまいりますので、その部分は除かれていきます。もし、話し合って埋めない部分が契約書の後半にありますと、こういうことになりますと、その部分はなお定型条項であるという扱いだというのが前提でございます。

それから、5の「定型条項の変更」の（2）の部分で、何が外れていくのかというところですが、基本的には（1）のただし書にあるような要件、こちらのほうが外れていくというのと、それから、イの変更の必要性の部分は、基本的には外れていくという理解しております。変更後の内容が取引通念に照らして相当ということは、かなり広く表現しておりますけれども、この中では契約目的に反するようなことが果たして相当と言えるかという、そうではないのではないというのが前提で、このような書き方をしておりますけれども、先ほどいろいろな方から御指摘いただきましたけれども、表現

については山野目先生がおっしゃいましたように、今回はアウトラインをお示しして、皆様の合意形成に至れるものかどうかというところを見たいというところで、表現についてはこれから更に練り直したいと、このように考えておりますので、そういった御指摘についてもそこで考えてまいりたいと考えております。

○**山川幹事** 先ほどの定型条項のところは、もし、補充を予定していないところが部分的に定型条項になるとすると、特に変更条項との関係では懸念がないわけではありません。それから、相手方の利益に適合することが明らかであると、要するに不利益でないということの外れないということなんでしょうか、変更条項を置いても。

○**村松関係官** 外れないというのは。

○**山川幹事** 要件として残るということでしょうか。

○**村松関係官** そういうわけではございません。むしろ、相手方の利益になる場合であれば、変更の内容は相当だという理解になるだろうということでございますので、(2)で変更の内容の概要を定めたような場合において、実際に相手方の利益に適合することを明らかに変更するというのは認められるであろうという趣旨です。

○**山川幹事** 適合しない場合には認められないということではないということでしょうか。

○**村松関係官** 相手方の利益に必ずしも適合しない場合に、(1)のイでも認められる余地がありますけれども、それと類似の意味合いにおいて、(2)でも必ずしも利益に適合するとは言えないという場合であっても、処々の事情を考慮して認められ得るということだろうと思います。

それから、今までいろいろと御指摘いただいている中で申し上げますと、事務当局の考え方としまして、今回、置いているものは民法に規定すべき内容を規定するのであると、こういうような認識でございまして、経済界の皆様の御意見も伺いながら、かなり厳しい御指摘も伺いつつ、難しい調整をしているという認識を持っております。

そういった民法に置くべきルールという観点で見えておりますので、業法の問題、あるいは消費者契約法との関係でついても、もちろん、それはまた別途、従前どおり適用され得るという前提でございます。それが今後、民法と並行して、いろいろと改正等の動きがあると言われておりますが、今回は、それとは関係なく、民法に置いたほうが今の約款あるいは定型条項を使った取引というのが理解しやすく、あるいは使いやすい、その反面、最低限の規制を掛けておく必要があるという部分をセットで提示しているというのが事務当局の理解でございます。

特に1の組入れと2の表示の部分についていろいろ御指摘いただきまして、この点についてはまた改めてよく検討したいとは思いますが、整理の仕方はいろいろと山野目先生からも御指摘いただきましたし、松本委員からも御指摘いただきましたし、方策は幾つかあり得るのかなという気がしますので、今後よく整理したいなとは思っております。

○**中田委員** もうまとめていただいたので申し上げることもないんですが、先ほど個別問題について意見を留保しましたので二つほど申します。

一つは今の第1の部分ですけれども、2点ありまして、その1はここで特定された領域以外の取引については、一般ルールが適用になると理解しております。ですから、約

款についての従来の学説や判例のルールは、ここで規定された以外の部分については依然として残っていると思っています。

1のその2ですけれども、開示については今回の案は多分、機能のほうから考えられたんだと思います。相手が内容を知ろうと思ったら知りうるとか、表に出すことによって内容の適正化が図られるという太陽効果があるとか、当事者の意思の前提となるとかということで、それらの機能は請求構成にしても何とか対応できるのではないかということだと思います。ただ、今日も何人かの方から御指摘がありましたように、請求に応えられないときにはどうなるのかということは残ってしまいますので、取り分け、当事者の意思との関係について、何らかの形でそれと結び付けることができるような具体的な規律を考えていくべきではないかと思います。それを追求しつつ佐成委員にも御納得いただける着地点が見付けられないだろうかと期待しております。

それから、もう一つは変更についてです。これは先ほど山川先生からも御指摘があったところですが、私は変更条項を置いた場合についての（2）の規律は、非常に漠然としているのではないかと思います。例えば会費とか代金とかサービス内容の変更があり得るとだけ書いておけば、それだけで大幅な変更が可能になってしまうという理解もあり得ます。先ほどドイツ民法の308条4号についての御指摘もありましたけれども、これと変更条項と完全に重なるのかどうかについては更に議論がありうると思います。それと比べましても緩やかにすぎるのではないかと思います。一つのやり方は、変更条項がある場合の規律を更に詰めていくということもあり得ますし、あるいは変更条項については規定をしないで、一般ルールの適用に委ねるというような形でも、解決があり得るのではないかと思います。

○中井委員 私からも、先ほど留保しました個別的な意見を申し上げておきたいと思います。1点目は2の「定型条項の内容の表示」に関する事柄ですが、先ほど山本敬三幹事からも御指摘がありましたように、ここでは契約締結後、相当の期間内に請求となっておりますけれども、それでは契約の効力が継続期間中であっても相当の期間が経過したら請求できないがごとくに読まれかねない。それは場合によっては相当の期間という解釈で解決できるのかもしれませんが、少なくとも契約存続期間中であれば、請求して見ることができるという規律ではないか。とすると、契約終了後、相当期間内は開示請求ができるというのが穏当ではないかというのが1点目です。

2点目は3の不意打ち条項ですけれども、これは本来、今までの議論でも不意打ち条項に関するものは、本来、契約の内容にならないというのが大原則で、先ほど関係官から説明がありましたけれども、そうとはいえ、利益のある場合には契約の内容にしてもいいのではないかと、こういう御説明がありました。そうだとすれば、そのとおりに規定するのが適当ではないか。ここでは不利益を与えるときに内容にならないとしているわけですけれども、原則、不意打ち条項は内容にならない、しかし、利益のあるときまで内容にならないとする必要はないでしょうから、利益のあるときは内容になるという、そのような構成がよろしいのではないか。大阪弁護士会有志意見書は、5ページになりますけれども、本文では適用しない、ただし書で当該事項に関する契約条項が相手方の利益に適合するときは、この限りではない、つまり、内容になる。こうしたほうが分かりやすいのではないかというのが2点目です。

3点目は不当条項に関するところですが、中間試案では当該条項が存在しない場合に比して相手方の権利を制限し、相手方の義務を加重するという構成になっておりました。今回、「当該条項が存在しない場合に比し」という言葉が削除されています。権利を制限し、義務を加重するとすれば、何と比較をするのかという点で議論が残るのかと思います。中間試案にありました「当該条項が存在しない場合に比し」を維持するのが適当ではないかと思われます。

4点目は「定型条項の変更」に関する（１）のイの規律です。これは表現ぶりについては今度、更に検討していただけるということですので、その際に併せて御検討いただければと思いますが、イの後半部分ですが、変更の必要性、変更後の内容の相当性その他事情、これらを相互考慮して合理的という規律ぶりになっているわけですが、この相互考慮的という書き方をもう少し分析的に見ていけば、まず変更すべき必要性についての審査があつて、その必要性に照らして変更の内容、その範囲や程度が合理的なのか、相当なのかと、こういう構造ではないかと思いますので、それを明らかにしたような表現ぶりがないのではないかと。

大阪弁護士会有志意見書でいいますと、7ページのところの定型条項の変更の条項骨子案ですが、定型条項の内容を画一的に変更すべき合理的な必要性があり、かつ、その必要性に照らして、変更の内容、範囲、程度が相当かどうかを審査する、このような規定ぶりのほうが分かりやすいのではないかと、こういう提案をさせていただいておりますので、御検討を賜ればと思います。

○中原委員 定型契約の変更の規定を入れることに対しては、歓迎するというのが銀行界のスタンスです。ただし、今回提案されている条項だと使い勝手が悪いのではないかと考えます。例えば5の（２）の定型条項において、予想される変更の内容の概要が定められているといっても、どの程度書けばいいのか分かりませんし、あるいは具体的に書けるのかどうかという点も問題になるだろうと思います。とすれば、（２）が使えるのは限定的になるのではないのでしょうか。そうなれば、専ら（１）を使うことになると思います。

その場合、御提案のアは相手方の利益に適合することが明らかであり、イは内容が合理的であるということであれば、（１）の本文で、契約内容の変更についての同意を得ることが著しく困難であるという要件を掲げていますが、「著しく」というのを入れる必要があるのか。むしろ、「著しく」ということを立証するのは極めて難しいのではないかなという意見がありました。また、アについても相手方の利益に適合することが明らかであるというのは評価の問題だと思いますので、これを入れるのもハードルが高いのではないかと。

それから、イでは、契約をした目的に反しないことが明らかであるということが前提になっていますが、果たしてこの要件が必要なのかとの意見もありました。例えば現在、ネットバンキングの不正利用とかあるいは振り込め詐欺などの対策の一つとしてインターネット振込やATMによる払戻し額等を制限しています。例えば1回の払戻し限度額の約定は以前からありましたが、1日当りの払戻し額の制限の約定はありませんでした。しかしながら、例えば1日当りの払戻し額を100万円に制限した場合、1日の払戻し額を制限することが、契約した目的に反しないことが明らかかという点、そうは言い切

れないように思います。もっとも、振り込め詐欺等を防止するためですから、1日当りの払戻し額の上限を設けることの合理性はあるだろうと思います。契約をした目的に反しないことが明らかであることという要件を加えることにより、かえって変更を困難にし、社会的要請に応えることが出来なくなるという懸念が銀行界の中にあります。

○佐成委員 表示のところなんですけれども、1の(2)ですが、ここで「次に掲げる場合において相手方が異議を述べないで契約を締結したとき」ということで、アで条項準備者が「表示した場合」と書いてあるわけなんですけれども、先ほど中田委員のほうからも御指摘がありました。そもそもそれだけのことで何で拘束されるかというところに関しては、これで本当に大丈夫なのかなというのが疑問に感じているところであります。つまり、表示がされていれば、本当にそれだけで、それが不明瞭であっても、曖昧であっても、あるいは多義的であっても、それから、人によって意味内容を別にするようなことをしても、あるいは理解不能なほど複雑な条項であっても、表示さえあれば、つまり認識可能であれば拘束されるというような、本当にそんなことを言っているのかなというのをまず疑問に感じているというのが一つであります。

それから、先ほどそもそも約款に関する規定を民法に置くことの可否ということで、国際的に見てということをや山本敬三幹事が私のほうを見ておっしゃっておられたので、一言、申し上げておくと、もちろん、国際的に見て日本法が「ガラパゴス」と指摘されないような、国際標準であると胸を張れるような立派な立法であれば別にそれはあり得るのかなと思います。経済界の立場は反対ですけれども、それは一つの考え方だろうと思います。ですから、もし、そうなるのであれば一つあり得るのかなとは思いますが。ただ、それを民法に置くのかというのはまた別の話かなと感じております。

というのは、ドイツも元々は単行法で1976年に制定され、長い運用実績を積んで、それが2002年に初めて民法に入ったということですから、日本の在り方としてもドイツと同じような道を歩むというのも一つの選択肢ではないか。つまり、単行法として制定した上で、民法に時期を見て取り込むというのも一つの慎重なやり方かもしれないし、あるいは今、消費者契約法でそこが議論されていると先ほど申しましたけれども、そこで十分議論した上で、更に二段階で入れていくというのも大事なのではないかな。つまり、もうちょっと、これだけ経済界がいろいろ反対しているので、それほど拙速に妥協的な規律を入れてしまうよりも、慎重な対応をとったほうがいいのではないかなということをお願いしたいと思います。

○松本委員 各論ではありますけれども、5の変更との関係で少し事務局の御見解をお聞きしたいということです。約款規制についての議論の中で昔からある論点として、中心条項と周辺条項に分け、中心条項に対しては約款規制は及ばないという有力な考え方があります。賃貸借契約における敷金とか保証金条項への消費者契約法の適用に関する最高裁判決にも、そのような考え方を採用したに近いようなものが出ています。ところが、5の「定型条項の変更」の狙いのかなりの部分は、例えばサービスの料金の変更などをスムーズにやりたいというところにあるのではないかなと思います。

したがって、「定型条項の変更」のところでは恐らく中心条項も変えていいということになるのではないかな、価格についてはここには入れないということはないのではないかなと思うんです。もし、そうだとすると今回の定型条項規制は中心条項、周辺条項

という区別論は、採用しない立場で動いているということになるのか、それとも、変更のところだけ、その区別をしないで定型条項の変更として含めるという話なのか。一つ前の4の「相手方に過大な不利益を与える契約条項の効力」というところが、中心条項にも及ぶということだとすると、最高裁判例の立場に対する有力な異論ということになるのか、それとも、そこまでは考えていなくて、変更のところだけ中心条項も含めるということなのかというところですよ。

もうちょっと具体的なところで、ゴルフ会員権の預託金返還請求の訴訟が一時期、多数起こりました。最高裁判例はこの点についての取り決めは、団体としてのクラブの規約ではなくて、ゴルフ場経営者と個々の会員との間の約款なんだという立場をとっておりまして、したがって、ゴルフクラブと称する団体の規約を改定するという形で、預託金返還請求権の履行期を引き延ばすことはできないという判決を出しております。

したがって、預託金返還請求権の履行期については約款規制の対象になると思うわけですが、その場合に約款の変更が可能なのか。相手方の利益に適合することが明らかであるときという要件を満たさないから、変更は不可能だという説明をするのか、それとも、ある人に返還をしたら、ほかの人も返してくれと言う。そうすると、ゴルフ場は倒産し、みんなの利益に反する結果になる。したがって、返還時期を引き延ばすことが結果的には相手方の利益に適合するんだということで、一方的な変更を許してしまうというロジックなのかという点について、元々、私には疑問があったんですけども、預託金返還請求権の履行期というのは周辺条項ではなくて、ひょっとしたら中心条項かもしれないという気もしてきました。しかし、中心条項も変更していいんだとなると、中心条項だと言ったところで余り救済にならないかなというような堂々めぐりをしているところがあります。その辺、一般論として、中心条項、周辺条項という議論との関係で、今回、どう整理されているのかについて御説明ください。

○村松関係官 今、御質問いただいた中心条項と、それから、周辺条項という区別ですけども、基本的に定型条項の定義上では分けることにしていませんので、先生が御示唆いただいているとおりですけども、その区別はまず入口ではしておらないということでございます。そうしますと、5の「定型条項の変更」のところでは、そこでいう定型条項で変更することができる対象として、必ずしも中心条項を除外するものではないだろうと、このような整理になってくるんだと思います。

ただ、とはいえ、契約目的に反しないことが明らかであるとか、こういう要件を設けているのは正にそのためでございます、とんでもないことはもちろんできない、けれども、中心条項に関わるけれども、いろいろな代替措置があるから全体としては合理性があるではないかと、こういうような枠組みはあるだろうということで、必ずしも排斥はしないけれども、中心条項であればあるだけ、それに応じた審査のレベル感になってくる、厳格になってくるというのを前提に、5の(1)のイで申し上げれば、全体的には合理性の要件がありますし、(2)でいえば変更後の内容の相当性といったところでは、正にその点をしんしゃくするのだろうということでございます。

あと、それから、3の不意打ち条項もある種、似たようなところはあるような気はいたしまして、ただし書のところで個別に契約条項があることを知り、又は容易に知り得たときは不意打ちのルールが外れるという説明をしていますけれども、ここも實際上、

代金など中心的な部分であれば目にするのが当然だというような話になってきますので、入口の要件では入るんだけど、個々の取扱いでは差異が出得るとというのが前提になるのだろうと考えております。

それから、最高裁判決との関係で確かに非常に難しい、どうお答えしていいのか、よく分からない部分もあるのですが、そもそも、約款とは何ぞや、あるいは何ををもって約款といって約款に関する規律の話をするのか、非常に難しいところがあり、今回はそういったことも含め、定義のところでは約款から離れて定型条項という枠を作り、それが見合う取引というものを抽出しましてこれらのルールを設ける、その外側については従来どおりの解釈が妥当するだろうと、こういうような整理をしてはどうかというところでございまして、その意味で、正に今、おっしゃっていたような辺りも含めて、従来の約款論でいう約款あるいは現場の皆さんがこれは約款だよねと思う、そういったところとは多少、切り離れたところで今回は要件を明示して、その中では中心と周辺という違いは必ずしも明示には出していないけれども、個々の条項では取扱いは当然、差が出得るだろうと、このような理解です。

○山本（敬）幹事 3点述べさせていただければと思います。1点目は、佐成委員が先ほどドイツを対象にして、約款についての規律を拙速に民法の中に入れるのではなくて、手順を踏んでいくこともあり得るのではないかとおっしゃった点についてです。確かにドイツ法は、70年代に約款規制法を制定して、そして、2002年に、債務法の現代化という大改正をしたときに、消費者契約に関わる他の特別法とともに約款規制法も民法の中に取り込みました。しかし、そのときの理由は、別に消費者だからということではなくて、1970年代に約款規制法を制定し、ドイツではそれが実際に非常によく使われてきたというところにあります。その過程で、おびただしい裁判例が出されて、そのようなものが民法の外に出たままになっているのは、非常に問題である。これだけ民事に関わる重要問題が特別法として民法の外に出たままになっているのは問題がある。その意味で、約款規制法を民法の中のどこに組み込むかは別として、民法に組み込むことが現代においては必要であるということが強調されました。それが分かっているのであれば、今、あえて外出しにする必要はなく、必要な規律を民法の中に置くというのが、他国の経験から学べることではないかと思います。

各論については、まず、これまで不意打ち条項と言われていたものについてですが、これで本当にまとまるのであれば、余り異を唱えるべきではないのかもしれませんが、不利益になる場合に限定するのが適当かどうかという点は考える必要があると思います。本来は、包括的な組入れ要件を満たせば、その定型条項は契約内容に入る。しかし、余りに異常なものまで契約内容にすることはできないとして排除する。そのような構造になっていますので、内容がどのようなものかということ、少なくとも不当か不当でないかというような問題とは切り離して規定するのが、本来のあるべき姿なのだろうと思います。

「不利益」と「不当」は違うとはいえ、「不利益」を入れることによって、何か本来の趣旨と違う解釈が生まれる可能性がありはしないか。ないのかもしれませんが、そこは少し気になるところです。実際には、部会資料の中でもありましたように、利益になることであれば、わざわざ、これは不意打ち条項だというような主張は出てこない

わけですので、これを入れたからといって余り実践的に大きな違いが出てくるわけではないだろうという気がします。

もう一つは、内容規制に関わる4の「相手方に過大な不利益を与える契約条項の効力」についてです。条文化する場合の表現の詰めはこれからだと思いますので、そのときに気を付けていただければと思いますが、一般的に「定型条項の契約条項は」とのみ書くのは、これまでの議論からすると違うのではないかと思います。飽くまでも先ほどの組入れ要件、つまり1の包括的な組入れを可能にする要件に従って、そのまま契約内容になったものについては、このような特別な内容規制を行うということであって、定型条項であったとしても、ここから先は解釈問題になるのかもしれませんが、個別にその条項について合意をした、個々の内容について合意をしたときには、それは通常の契約であって、それについてまで定型条項に対する内容規制が及ぶわけではないということが言えると思います。したがって、少なくとも、「1，2より契約内容になった定型条項」というような限定は最低限あってしかるべきではないかと思います。

○鎌田部会長 ありがとうございました。

○佐成委員 先ほど山本敬三幹事がされた、あえて外出しするまでもないというご発言についてなんですが、一言だけ申し上げておくと、我々は2000年に消費者契約法ができて、そこで実務が運用され、積み重ねられ、それらを、今回、部会の中でも、その中で突き付けられた様々なものを民法で一般化できないかという形で提案がされましたけれども、経済界は反対したと、そういうような状況の中で、約款規制に対する反対も、そういう同じ文脈で申し上げているということでございます。

○沖野幹事 2項目を申し上げたいと思います。

1項目めは、民法に規定を置くべきかという点について、若干、補足ということで申し上げたい点で、消費者契約法との関係です。佐成委員からむしろ一番中心的なところは消費者契約の分野であろうから、消費者契約法における各種の議論の進展を待って考えるべきではないかという御指摘がございました。

しかし、これは中田委員が御指摘になったところですし、そもそも、大島委員も明らかにされているところですが、消費者契約は約款の重要な部分をなしているということではありますけれども、そうではない事業者間の契約においても約款は非常に重要です。かつ約款についての規律が要請されるのは、その問題点だけではなくて、約款による取引が現代における有用な取引であることを正面から見据えて、それに的確な基礎を与えるという点があり、そのことからすると、消費者契約法での議論がまずあって、それを民法に取り込んでくる、あるいは民法において改めて考え直すという手順というよりは、むしろ、本来、民法のほうが土台になって、その土台の下で消費者契約法における議論があるという位置付けではないかと思います。

しかも、この問題は既にかかなりの年数をかけて今まで論じてきたところでもありますので、民法にあるべき規律として置くべきではないか。現在、民法の改正をするならば、約款の重要性ということを考えるならば、民法に規定を置くべきだと思います。この基本的なスタンス自体は繰り返しですけれども、前回、配られました全国中小企業団体中央会からの意見書におきまして、提言2に現代の取引に不可欠なルールの整備を求めるということで、そこに約款に関するルールを明確にすべきであるということが記されて

おります。こういった事業者の団体からも約款に関するルールの明確化の要望が出されているというのは、意を強くしたところであります。

それが1点目ですけれども、2点目は個別問題についてです。個別問題のうち、1点だけ申し上げたいと思います。「定型条項の内容の表示」に関してです。今回、非常に苦勞をされて、これを組入れないしは内容化の問題と切り離されたということがあり、かつ契約上の義務として、言ってみれば、相手方が契約条件にアクセスできるということを重視したという面があり、それはそれで一つの切り方であろうと思います。ただ、そうはいっても定型条項の内容の表示として書かれたことには、逆にいろいろなものが入れ込まれたのではないかと思います。

一つは、従来から言われております内容を知る余地もないものについて、それによるというブラインドの合意で十分なのかという問題であり、内容化と合わせて検討されてきたものですが、それについて本来は契約締結前に知る機会を与える必要があるのではないかという点について、契約締結後であってもよいという話が入っていると思います。これに対して、今回、出されました契約終了後に更に契約条件について手元に置きたいというようなものにも対応するというのは、かなり性質が違ってくることのように思われます。この両者では、それぞれ効果も違ってくるのではないかと思います。今回の案はこれらを一律に一つとしたもので、確かに行為規範という面でいえば、それだけということになるかもしれませんが、効果を考えていったときに、一律に論じられるのかは疑問に思います。

特に請求までして、それでなお、渡されないという場合。もちろん、合理的な理由がある場合はあって、契約締結前に請求したけれども、それは締結前にかんがりのものを渡すということとはできないし、プラクティスとしても契約締結後の一定期間内に送るのが合理的であるということで、その後に送付するというような、請求に完全に応じた形での提示でないということはあると思いますけれども、およそ提示しなくてそれが合理的でもないというような場合に、そもそも、それで定型条項によることを合意したと言えるのかという、その部分の要件を充足するかも問題になってくるように思いますし、ここまで絞り込むならば、内容化と組み合わせるべき場合というのがあるのではないかと。

ただ、そのことは、今回出されましたような、一方でいろいろな問題が出たときに、一体、どういう約款内容だったのかということについて、手元に定型条項がなくてアクセスできないということに対して請求をするというような話、それは内容化の話とは別途、あり得るということだと思います。そういうような側面にも手当てする部分があってよいと思われれます。ただ効果をも勘案して、切り分けていくべきではないだろうかと思えます。

○鎌田部会長 もうすぐ4時になってしまいますので、中井委員の御発言で、一旦、休憩とさせていただきますと思います。よろしくお願いします。

○中井委員 先ほど山本敬三幹事が最後におっしゃられた4の不当条項についての頭、「定型条項の契約条項は」という、この部分について中間試案では2で約款の組入れ要件の内容が定められ、5の不当条項規制のところの頭で、前記2によって契約の内容となった契約条項はとあることから、ここでの4項についても今回の素案でいうなら、1(2)の規定によって契約内容になった契約条項はと、こうなるのではないかという御示唆だ

ったかと思います。弁護士会の中でも、その点、そのように理解するのかどうかということが議論になりました。事務当局のお考えをお聞きしたいという趣旨です。

同じ問題は、実は5の定款条項の変更についてもあって、中間試案では同じように前記2によって契約内容となった場合についての規律として設けられていたわけです。ところが、この契約条項の変更に関しては仮に個別合意をしていったとしても、この種の定型条項に関しては定型条項の変更の必要性が生じる場面があるという指摘もあったやに思います。こちらも同じように定型条項の変更の適用を受けるのは、1（2）によって契約内容になった場合に限る趣旨との御提案なのか、必ずしもそうではないのか、事務当局の御見解を確認しておきたいと思います。

○鎌田部会長 それでは、今の点について事務当局の見解を。

○村松関係官 それでは、今の点だけ申し上げますと、個別の合意と呼ぶべきようなきちんと内容を把握しての合意があったようなものも含めて、4も5も取り込んでいるという理解です。5については、むしろ、それはそうだろうとおっしゃるかもしれませんがけれども、相手方がどの程度理解していたかによって約款の変更ルールが掛かったり、掛からなかったりということは必ずしも適切ではないのではないかと、このようなことがあるからだろうと思います。

それから、不当条項について特別な規制をここで設けたという表現は、恐らく今回の案については若干強すぎるところがありまして、基本的には今までの民法の一般則によるコントロールと同じレベルのものをも用意したという趣旨ですので、そのレベル感は余り変わらないところでの規定を置いています。ただ、ただし書のところで契約の締結態様というような言葉も書いておりますので、その辺りでもちろんいろいろな事情がしんしゃくされるのは当然であろかなとは思いますが、そこで個別の合意と呼ぶべき対応であったかどうかで形式的に分けるということにはしていない。ただ、先ほどと同じかもしれませんが、実質的には4のところは判断が変わり得るのかもしれないとは思いますが、5はむしろ一律に取り扱うというのが趣旨だろうと思っておりますので、そこではむしろ個性は余りしんしゃくされないのだろうと思います。

○鎌田部会長 中途半端なところで恐縮ですけれども、15分間の休憩を取らせていただきます。

(休憩)

○鎌田部会長 それでは、再開をさせていただきます。

約款（定型条項）についての御意見を中断させてしまいましたので、引き続き御発言いただければと思います。

○佐成委員 先ほど沖野幹事が御発言されたところで、消費者契約法に言及されておられたんですけども、事業者間、B to B取引に関しては、我々には下請法という厳しい法律があって、そこでは、発注内容や取引条件等の必要事項を記載した書面を直ちに交付する義務とか、給付や給付の受領等を記載した書類の作成・保存をする義務とか、その他、代金支払い・受領拒否・返品・給付内容の変更等についても、細かいルールが規定されているわけです。それから、その一般法である独禁法による優越的地位の濫用規

制等がありますから、事業者間に関してはそういった特別ルールや一般ルールが既にあり、そういう前提で申し上げているということだけコメントしたいと思います。

○鎌田部会長 あと、資料75Bの15ページの「第4 贈与」の直前ですけれども、サービスが縮小した場合の変更の手続について、どのように考えるかという問題の提起もございまして、もし、何か御意見があればお出しただいておきますと、今後の作業が助かるかと思いますが。

○三浦関係官 今、おっしゃったところでなくてもいいですか。約款の関係は本当に今回の案を頂きまして、いろいろな工夫をされていて事務局の御腐心がしのばれる策となっております。まず、その御努力につきましては御礼を申し上げたいと思います。

その過程で、中間試案に記載されていた文言などがいろいろところが修正になっていると思います。それは必要な部分であったり、改善点が多くあると思うんですが、他方、関係者の中には「中間試案にこう書いてあるので、その理解を前提に、それならいいかなと思って了承したんです」とか、「安心したんです」というところもあるので、中間試案から変更しているところについては、「これは変更になったけれども、どういう意味なのかな」という心配のお声もないわけではないということでございます。

いろいろなそういう声が寄せられてはいますが、2点だけここでは申し上げたいと思うのですが、1点はひな形です。先ほど山川幹事の御質問の中で、一部、明らかにはなったのですが、依然、全体的な位置付けを確認したほうがいいかなと思っています。ひな形は我々も去年の意見書で申し上げたように大事な話だなと思っています。このひな形について中間試案のときと考え方が変わっていない、対象範囲が変わっていないということは確認したいなという気持ちがございます。

といいますのも、ひな形ということで、たまたま、印刷をされているし、多くの場合は結果的に印刷されたとおりになるかもしれないが、しかし、普通はきちんと交渉をするものなのだというときには、それは約款の定義から外れるという理解が自然ではないかなと思ってはいるのです。先ほどの山川幹事の御質問の中で、空欄の部分、空欄を埋めたところは外れるということは分かったのですが、その部分のみならず、先ほど申し上げたような性格のものは、約款の定義から外れるのだという理解が妥当なようには思います。

そこについては、10ページの2パラにあるような御経緯で文言を変更されたということでございまして、したがって、旧案に文言を戻してくださいとも申し上げないのですが、立法担当者の方の解説などで明記していただくなどの形でいいかと思えますけれども、私の申し上げているような理解が正しいのであれば、そういうことを明らかにしていただくと有り難いというのが一つでございます。

それからあと、もう1点はほとんどそう書いていただいているような気もするので、これ以上、議論すべきことというのではないと思いますが、不意打ち条項です。不意打ち条項も中間試案の中では12ページの真ん中に四角囲いがあって、その2行目なんですけれども、元々、相手方の知識及び経験というような文言があったということでございます。確かに当然ながら、契約ごとに想定している相手というのは違うわけでありまして、B to Bであれば相手はプロフェッショナルだ、ビジネスマンだという前提で相当なところは不意打ちなんていう余地は限られてくるように思いますし、他方、学生向け

のサービスだったら、相手は学生だという前提で考えなければいけないとか、そういう相手の性格によって考えを分けるということは妥当なんだと思います。

ここの変更の御趣旨は同じページの下に書いてあるように、個別の相手方の知識や経験で判断するというのはやり過ぎなので、そこは変えたということでございまして、確かに個別の相手が何の太郎さんだとか、何の花子さんだという、そのレベルで不意打ちか否かを判断するのはどうかと思うので、したがって、これももちろん旧案に戻してくださいということではないんですけれども、契約の性質上、相手がプロなのか、そうでないのかとか、この世界に慣れた人なのかどうかとかいうことが、そういう違いがあるときに、その違いというのは踏まえていただくという考えは、そういうアイデア自身は妥当なんだと思います。

ここでは12ページの下から二つ目のパラグラフの下には、抽象的な相手方一般を基準としてとあるんですが、この抽象的という意味は、同じパラグラフの上から2行目にあるように、想定している相手方の類型ごとに抽象的ということでありまして、先ほど言ったレベルでの、「相手がプロなのか、アマチュアなのか」とか、「その道の人なのか、そうではないのか」とか、そのレベルでの具体性はきちんと考慮を引き続きするんだと理解しております。それで正しいかということと、正しいということであれば、そのことを確認できればと思いますので。

以上、2点でございます、細かい点で。

○鎌田部会長 では、事務局からお願いします。

○村松関係官 2点、御質問を頂きました。いずれもそのとおりだということですが、ひな形については、いろいろと実務の皆様のお話を伺っていますと、約款と同じようにひな形も受止めは人それぞれでございます。その意味で、一概に申し上げるべきではないのですが、先ほど御指摘があったように、普通、交渉するものだという取引類型というのは、正に定義のところを外そうとしている類型ですので、そういったものについては適用の対象にはなっていないという点は、変わらないんだろうと思います。

それから、2点目の抽象的な相手方というのがどういう意味かですが、単純に「人」というものではございませんで、取引類型に応じたものが想定はされております。ただ、本当の個別的な相手方を見るものではない。そういう趣旨でございます。

○山野目幹事 部会長からお尋ねのあった15ページのところの問題と、あと、もう1点、申し上げさせていただきますと、まず15ページのほうですが、①、②、③の考え方がそれぞれ成り立つことは確かですし、悩むところであります。①の考え方は安易に採らないほうがよいのではないかとということまで、自分としては考えましたが、②か③か辺りを更に考えてみたいと考えております。

それから、もう1点ですが、定型条項の議論をずっと続けてきましたけれども、消費者保護との関係というところが少し議論が雲っているような印象がありました。結果として消費者保護になることはあるとしても、それが主目的ではなく、同種のものを販売したり、同種の役務を有償で提供したりする側が事業者ですが、相手側は公衆一般であって、したがって相手側が事業者であっても、定型条項に関する規律が及ぶべきであると考えますし、そのような意味で、民法に規定を設けることが、体系的にはきちんとした説明になるのではないかとということをお議論を伺っていて感じましたから、申

し添えさせていただきます。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

○山下委員 個別的な論点で、2につきましてはこの2の提案が仮に条文になったとしたときにどう読むかというのはよく分からないのですが、素直に読めば内容を開示するというのは契約の後に要求があればすばいいということで、これは何か緩すぎるのかなというところでは。中間試案にあったように契約締結前に知る機会を与えるという、これはどのぐらいのことをすばいいのかというのは、極めて不明確であったということと、取引類型によってはそれが非常に困難な場合があるというようなことで、あのままではなかなかうまくいかないと思うのですが、やや現在の案だと緩くなりすぎているのかなと思います。実際、多くの取引で約款を契約手続をするときに見せるとか、交付するというのは多くの取引ではそれほど難しくないので、そういう容易である場合にまで、こういうルールで緩くするのがいいのかというのは問題で、ただ、事前に開示するのが著しく困難、著しくを入れるとまたいろいろ問題があるかもしれませんが、何か困難なような場合にはやむを得ず、後でもいいとか、そういうニュアンスが出るような条文の工夫はできないかなというのれが一つです。

それから、次の3の不意打ち条項のところで、本文のほうは抽象的、一般的な取引の相手方を規準に考えるということだったのですが、ただし書のほう是个別の相手方ごとに考える、その関係が私はもう一つよく理解できないところがあって、現在の書き方と、先ほどこれは事業者のほうで約款を見る機会を与えたと、そういう場合には不意打ち性はなくなるというふうな説明であって、その限りではよく分かるのですが、この表現だとそういう場合に限らず、個別の相手方が約款条項をたまたま知っていたかどうかとか、そういう妙な抗弁が事業者のほうから出てこないとも限らないので、ここは素直に先ほどの知る機会を事前に与えたかどうかと、それで、容易に知り得る状態になっていたかというように、このただし書もかなり抽象的、客観的というか、一般的な基準で書いたほうがいいのではないのかなと思っている次第ですが、ここはいろいろな考え方があろうかと思いますので、なお、御検討いただければと思います。

○深山幹事 15ページのどのように考えるべきかという、①、②、③のところについて私は、①、②は採り難いのではないかなと。そうすると消去法的にはこの中では③が残るということになります。①についてはそもそもの変更の5の(1)の不特定多数という要件を外すということで、この部会の中でも一般的にそうすべきだという意見もなかったもので、採り難いだろうと思います。

問題は②がどうかということで、先ほど山野目先生はなお検討したいとおっしゃったんですが、14ページの末尾に書いてあるような、「本規約の内容は、当社の都合により変更されることがあります」という、この包括的な一文があることをもって、その場合には5の(1)の要件を緩和することについては、潜脱的に用いられるといいいますか、そのことによって要件がかなり緩められるという懸念があります。ここで想定されているようなサービスの縮小みたいな場面だけを見れば、それはそれで一定の合理性もあるんですが、一旦、この要件が明文化されると独り歩きをして、せっかく5の(1)で立てた要件が、かなり実質的に緩められることになりはしないかという懸念を感じます。

別の言い方をすると、このような包括的な条項というのはしばしばありがちで、それが入ったことによって不特定多数の要件が広く外れてくるというのは、せっかく、御苦労されて要件を立てていただいた立法趣旨がかなり薄くなってしまうのではないかという意味で、これは採り難いのではないかと思います。それに代わる要件として、別の要件を入れるということがあれば、必ずしも③にいかずに、②の修正ということがないわけではないという気が私もするんですが、少なくとも単純な②には賛成し難いと申し上げます。

○**中原委員** 15ページの①、②、③の点ですが、元々、定型条項であったものが、例えば解約等によって契約の相手方の人数が少なくなった途端に、定型条項による変更ができなくなるというのはおかしいと思います。したがって、①を選択すべきではないかと思います。

○**中田委員** 今のところですが、この問題は解釈に委ねられることではないかなと思います。解釈において、今、中原委員がおっしゃったような①のように解釈するという余地は残っているのではないかと思います。むしろ、こういうやや特殊なケースを念頭に置いて条文を作るということになると、かえって条文全体が不透明になるのではないかと思います。このような場面については例えばあらかじめ契約書の中で契約期間を設定しておくとか、あるいは事情変更についての黙示的な約定が含まれていると理解するとか、他のルートによる解決も可能だと思いますので、解釈問題ではないかと思います。

○**鎌田部長** ありがとうございます。

ほかには。

○**山川幹事** 1点だけ、先ほどの三浦関係官の御質問との関係で、先ほど懸念と申しましたけれども、それは労働契約について、これまで御指摘のありましたような表示の点と、それから、変更の点でやや懸念があるということで、意見としては三浦関係官と同趣旨です。

○**能見委員** 今度の全体的な案自体については、約款規制が必要だという立場からすると、もうちょっと追求したほうがいいという点はいろいろあるんですけれども、こういう案でまとまるのであればいいと思っているんですが、個別の問題で先ほど山下委員が触れられた、いわゆる不意打ち条項のこの規定の考え方が、12ページの冒頭のほうにも書いてありますけれども、相手方に定型条項の内容が示されなくても、契約の内容になることがあるために、不意打ち条項の規定でこの要件を満たしていると、適用されないことになるということなんですが、非常に細かい約款などで私なんかも実際に経験したのでは保険約款なんかで、約款は確かに提示はされているんですが、その中の条項で本当にこんな規定があり得るのかというほど、何か予想外の規定というのがあったことがありまして、具体的にはここでは申し上げませんが、そういうような場合であっても、この規定は本来、適用されるべきものであるのではないかと考えております。

そういう意味で、本文の太字で書いてあるところは提示されたからといって、当然に不意打ち条項の規定が適用されないというものではないような書き方になっていますが、ただ、12ページの冒頭のところは若干、そう読めるようにも思えますし、あるいは皆さんの御理解も若干、微妙に違うのかもしれませんが、ここはもう少し詰めておいたほうがいいかなと思いました。

○鎌田部会長　ありがとうございました。

○山本（敬）幹事　あと一言だけなのですが、12ページの4の「相手方に過大な不利益を与える契約条項の効力」について、これまでも少し出ていましたけれども、従来の議論を踏まえて、「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方に過大な不利益を与える場合」を入れることによって、消費者契約法による規律よりは重いというか、軽いというか、言い方は違いますけれども、それとの差別化を図る基準も入れていただいているという点は、私は方向としては賛成したいと思います。その上で、「過大な不利益」で本当によいのかどうかという点については、民法90条の改正問題と関わりとところがありますので、それとの差別化がうまくできるような文言を選択すべきではないかと思います。

ただ、いずれにしても、先ほど村松関係官が少しどちらの立場からでも、それぞれに読めるような発言をされましたので、私自身の理解を申し上げておきますと、これは少なくとも民法90条がどう改正されようとも、それと異なる定型条項に特有の内容規制であると理解すべきだと思います。もしこれが本当に90条と同じであれば、なぜ規定するのだという問いに繋がっていくと思います。ですので、そこは違うということは確認すべきだと思います。

そうしますと、ここから先は、どうなるか、更に議論しないといけないところですが、私自身は、先ほど申し上げましたように、これは、定型条項であるからではなくて、包括的に契約内容に取り込まれるがゆえの特別な内容規制であって、個別に合意がされるときには通常の契約と全く同じですから、それは民法90条によるべきである。その意味で、4の規律に関しては1で契約内容になったものという限定、つまり中間試案で示された限定を付けておくべきではないかと思います。

次の「定型条項の変更」については先ほどの議論がありましたように、それとは異なる考え方があり得るところで、それは別に議論すればよいと思います。以前の部会でも出ていましたように、1から4までの話と5の話では少し違うところがありまして、5は集団の大量契約を想定したものであって、定型条項が出てはきますけれども、定型条項にそのような性格が加わってくる場合が規律の対象ですので、4と違うことになっても、それは立場としてありうると思います。しかし、4は、先ほどの問題がありますので、なお検討していただければと思います。

○鎌田部会長　ありがとうございました。

それでは、御指摘いただいた点、また、いろいろと御提案も頂いた点を踏まえて、更に検討を続けさせていただきたいと思いますけれども、事務局から。

○村松関係官　今日、頂いた御指摘はいずれも検討させていただきたいと思いますが、2点だけ申し上げたいことがございまして、一つは不意打ちについてですけれども、利益になる場合は除くという考え方でいいのではないかと、こういうような御指摘も頂いておりまして、確かにそのとおりの部分もあるので、もちろん、検討はいたしますが、ただ、ここは非常に経済界からの警戒心が強い、あるいは自分たちの実務が変わってしまうのではないかという御懸念が極めて強い部分でございます。

ある種、チリング・エフェクトみたいなものが生ずる懸念があるという指摘がされております。利益になるといえるもの以外、全部、とにかくこれは不意打ちではないだろ

うかということを検討して、場合によってはそれに応えるために相手方が容易に知り得る状態、私どもの説明ですと単純に約款を渡せば、分厚い約款を渡せばいいですよというものではなくて、例えばパンフレットに表示してくださいといったような「容易に」という要件に応える、そういうものにしてほしいというようなことを言っておりますので、そういう意味で、それなりの負担感のあることを求めるということがあります。したがって、よくよく検討したいと思えますけれども、ここは非常に強い御懸念がございますし、大島委員も冒頭にもおっしゃっていたところですので、そのことだけ繰り返して申し上げたいと思えます。

あと、それから表示の部分、先ほども申し上げたようにもう一度、ここもよく検討したいと思っております。およそ知りようのないものを契約の内容にしてはいけないというのはそのとおりなので、むしろ、だからこそ、権利を与えるのだというのが当方の説明ですが、もちろん、不意打ちによる防御壁もございますし、それから何人かの委員・幹事の方がおっしゃいましたけれども、請求したんだけど、非常に悪意のあるやり方で請求にこたえないで契約の締結に至って後出しされた、こういうような類型にどうこたえるのかという部分についての問題は、確かにあるだろうと思っております。したがって、先ほどもそういう義務違反自体はいろいろな意味で一般的な考慮の対象にはなり得るだろうと、こういうような御説明もいたしましたけれども、その辺りも含めて、この部分はどういう整理をすれば実務界と折り合い、合理的なものになるのか、もう少し考えさせていただきたいと思えます。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

それでは、部会資料75Bの「第6 寄託（消費寄託）」について御審議いただきます。事務当局から説明してもらいます。

○松尾関係官 それでは、御説明いたします。

部会資料75Bの23ページを御覧ください。民法666条は、消費寄託について寄託物の返還に関する規律の一部を除き、基本的に消費貸借の規定を準用していますが、中間試案では寄託物の引渡し前の法律関係と寄託物の返還に関する規律として寄託の規定を準用し、それ以外の法律関係については消費貸借の規律を準用する考え方が取り上げられていました。これに対しては特に預金契約を念頭に置いて、消費寄託の寄託物の返還に関する規律として、民法662条及び663条2項を準用することが妥当でなく、現状を維持すべきであるという意見が寄せられた一方で、中間試案を支持する意見も少なくありませんでした。

そこで、事務当局において消費寄託の契約実務に関する実態調査を行い、その結果を部会資料で御紹介しております。これによれば消費寄託として締結されている契約にも幾つかの類型があることが分かります。本日はこのような実態をも踏まえながら、消費寄託の規律についての改正の要否及びその内容について御意見を頂けると幸いです。

○鎌田部会長 ただいま説明のありました部分について御意見をお伺いいたします。御自由に御発言ください。

○中原委員 23ページの（2）の「パブリック・コメントに寄せられた意見等における問題点の指摘」の最初のところで、銀行界の懸念を的確に書いていただきました。正に

これが銀行界の意見であり、そのほかにも他の契約類型についても今回、事務局のほうで調べていただいております。現行法の下で当事者が工夫して、いろいろな契約の合意をし、実務として運用されているわけですから、これを変えることによって、実務が混乱することが一番懸念されます。とすれば、現行の規律をそのまま維持していただくのが一番いいのではないかと思います。

○鎌田部会長 ほかの御意見はいかがですか。弁護士会は特に寄託について御意見はありませんか。

○岡委員 弁護士会は意見はございません。余り使っていないというのが理由だろうと思います。ただ、バックアップで議論しましたが、運用してください、運用して分け前をくださいと、そういうお金をもらうタイプと、それから、預かってくださいと、対価を渡すので預かってくださいと、その代わり使ってもいいですよと、この二つが同じ契約類型だというのは何かおかしいのではないかと。この二つは違う契約なのではないかという議論を致しました。それからいくと、消費寄託というのはお金を預かってください、でも、使ってもいいですよと、そっち方向が消費寄託のイメージに合う契約であって、預金あるいは資金運用みたいに運用して、分け前をくださいというのを消費寄託と呼ぶほうがおかしいのではないかと、そのような議論をしてまいりました。

そうはいつでも、預金など預けて分け前をもらう契約について、今まで民法の先生方が消費寄託と言ってきたことについて、勉強もせずに議論してきましたので、そういう預金あるいは資金運用してもらって分け前をもらう契約が本当に消費寄託、あるいはドイツ民法等においても消費寄託と整理されているのでしょうか。されているとしたら今のは単なる実務家の感想だということでご理解ください。

○鎌田部会長 ただいま、御質問が含まれていたんですけども、その点についてどなたか、御発言はございますか。

○中田委員 ドイツのことはよく存じませんが、対価の支払いの方向で契約類型は違うのではないかとというのが実務的な感覚としてあるというのは、なるほどなと思いました。ただ、寄託というのは預かってもらうというところに中心があるんだとしますと、対価とは別の問題が入ってくるのではないかと気がします。特に預金について口座管理料を払うというようになったりとか、あるいはマイナス金利が発生するというような場合に、法的性質がそこで変わるんだろうかと考えますと、預ける、預かるということに本質を置くとすると、対価の点だけで切り分けるというのはやや不安定になるのではないかなと思います。

○神作幹事 ドイツ法について御質問がありましたので、私の理解しているところを申し上げます。ドイツでは、預金はつねに消費寄託契約として法性決定されているかというところではなくて、例えば譲渡性預金のようなものは消費貸借契約であると解する見解も有力に唱えられています。預金だからこうというのではなくて、預金契約の実質やその経済的機能性質によって法的性質を理解しているというのがドイツ法であると思います。もっとも、その際に、対価についても考慮要素の1つにはなり得ると思いますが、対価だけで法的性質を分けるという議論はないように思います。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

○内田委員 中原委員に確認のための質問をさせていただきたいのですが、預金は性質が

違うので、安易にこういう方向での改正をすることには懸念があるというのはよく分かるのですが、預金契約というのは、かなり詳細なことまで約款で規律されているのではないかと思いますので、任意規定であるということであれば、実際上は支障は生じないとは言えないでしょうか。

○**中原委員** 任意規定であるということが明確であれば、現行規定の内容が変わったとしても銀行界としては受け入れることが可能と思います。

○**山野目幹事** 任意規定であるということは、おのずと明らかであることと私は理解していました。これから考えられる消費寄託の関係規定に、ただし、別段の特約があるときは、別段の約束があるときは、と書き込めば、懸念は払拭されるかもしれませんがけれども、ここのみ、そのような文言を入れることはおかしいのでありまして、繰り返して申し上げますと、おのずと任意規定であることは明らかではないかと感じます。

その上で、更にその趣旨を念押しして規律表現をする観点から、どのような工夫が考えられるかという意味合いで申し上げますと、本日、民法の研究者の方に非常に欠席が多くて心細い部分がありますが、恐らく民法の研究者の観点から見ると、先ほどからもその趣旨の御発言がありましたけれども、預かってもらう契約と貸す契約というのは、明瞭に違う典型契約であるということが民法の典型契約の規定の編成上、はっきりした形で示されていることが望ましいのではないかと感じます。その意味では、現行法が消費寄託という預かってもらうタイプの契約の具体的な規律の在り方のところに、貸してあげることに関わる消費貸借の規定を準用しているということは、体系的に見て甚だ問題がある姿でありまして、こここのところを明瞭にする仕方で、消費寄託には基本的には中間試案の方向で寄託の規定を準用するという方向で、改めて明瞭なルールの在り方を提示する方向がよろしいのではないかと感じます。

もっとも、半面において任意規定であること、更に預金契約等については別の扱いが許されることが、更に懸念のないような仕方で明らかにしてほしいという御要望も理解することができるところであります。一つの方向として、是非、御検討いただきたいこととして消費寄託に寄託の規定を準用するけれども、これに加えて、その寄託の性質がこれを許さないときは、この限りではない、という文言を入れるという規律の在り方というものは、考えられないものではないであろうと感じます。

思い起こしていただきたいこととして、部会資料73Bにおきまして準委任へ委任の規定を準用する際に、その事務の委託の性質がこれを許さないときは、この限りではないという規律の在り方をヒントとしてお出しいただいていたところでありまして、類似的の発想をここでも考えていくということには、十分にあり得るのではないかと考えます。典型契約が類型として明瞭に民法典において示されていなければならないとともに、現代の様々な契約の諸事情の多様性に対応するために、このタイプの準用規定を工夫しなければならない場面というものはほかの契約についてもあるかもしれませんし、今般の規定の見直しに際して一般的にもそのような準用規定のタイプについて、工夫の一つのツールとしてお考えいただければ有り難いと感じます。

○**鎌田部会長** ありがとうございます。

ほかにはよろしいでしょうか。

よろしければ、次に部会資料75Aの「第6 組合」について御審議いただきます。

事務当局から説明してもらいます。

○高橋関係官 部会資料75A、40ページ以降の「組合」につきましては、中間試案から大きく変わってはおりませんが、それぞれ御説明いたします。

まず、「1 他の組合員が出資債務の履行をしない場合」は、契約総則の規定の一部が組合契約には適用されないという通説的な考え方を明文化するものであり、中間試案からの変更はございません。この素案の(1)と(2)では、同時履行の抗弁権と契約の解除に関する規定について取り上げていますが、説明欄では契約総則の規定の適用関係について、より詳細な検討結果も示しておりますので、この点についてお気付きのことがありましたら、御意見を伺いたいと思います。

次に、「2 組合員の一人についての法律行為の無効等」は、組合員の一人について組合契約締結の意思表示が無効となるなどした場合に、他の組合員の間では組合契約の効力に影響を及ぼさないという通説的な考え方を明文化するものでありまして、中間試案から変更はございません。

続きまして、「3 組合の財産関係」につきましては、中間試案からの実質的な変更はないのですが、より条文化を意識した形で記載しております。具体的には(1)のうち、アが新たに付け加える規律でありまして、イは現行法の675条の立証責任を転換して書き改めたものです。(2)につきましては、アとエが現行法の676条1項、2項に対応するものでして、イとウが新たに付け加わる規律となります。

このうち、(2)のイにつきましては、パブリック・コメントにおきましても反対意見が寄せられているところではございますが、現行法上もこのような解釈は一般的に定着しておりますし、また、組合による執行逃れを懸念する御指摘に対しましては、実際の執行手続を想定しますと、組合員の債権者が差押えをしたのに対して、組合の側で第三者異議の訴えを提起して、差押え財産が組合の財産に属することを主張立証しなければならないという関係にございますので、執行逃れのために濫用されるおそれというのは、それほど大きくはないのではないかとおもわれます。このようなことを踏まえて、(2)イの点につきましても中間試案を維持するという案を提示しております。

次に、「4 組合の業務執行」につきましては、組合の内部的な業務執行権について現在の通説的な考え方を明文化し、決定と執行とを分けて規律するというものでございまして、規律の内容につきましては中間試案から変更はございません。他方で、「5 組合代理」は、対外的な代理権限について通説的な考え方を明文化するものでございまして、これも中間試案から変更はございません。なお、ここでいう組合代理は、通常の代理と異ならないものと整理しておりますので、表見代理の規定の適用があり、また、これとは別に第三者保護規定を設けるということは予定しておりません。

「6 組合員の加入」は、現行法には規律のないところではございますが、通説的な考え方を明文化するものでございまして、中間試案から変更はございません。

続きまして、「7 組合員の脱退」につきましては、(1)は中間試案の(2)と同じ内容です。これに対しまして中間試案の(1)では、平成11年の最高裁判決を受けまして、やむを得ない事由があっても、組合員は脱退することができないことを内容する合意は無効とするという規律を設けることを提案しておりましたが、パブリック・コメントの結果を踏まえまして、ここだけ強行規定であることを明示した場合には、他の

規定のいずれもが任意規定であるかのような誤解を招くおそれがあるという指摘が複数寄せられておりましたので、こういった指摘も踏まえまして明文の規定を設けるということは見送っております。他方で、パブリック・コメントでは、むしろ、脱退後に組合債務を履行した場合の求償に関する規律を設けるべきではないかというような指摘も寄せられておまして、こういった規律につきましては学説上も一般に認められているところでございますので、今回、素案（２）として新たに上げております。

次に「８ 組合の解散事由」につきましては、一般的に認められている組合の解散事由を明文化するものでして、中間試案から実質的な内容は変わっておりません。組合員が一人になった場合を解散事由として明示するかどうかにつきましては、実務上の観点から明示すべきではないとする意見もなお強い状況でございますので、引き続き解釈に委ねることとしております。

最後に「９ 組合の清算」につきましては、これも中間試案から変更はございません。

「組合」につきましては以上でございます。

○鎌田部会長 ただいま説明のありました部分について御審議を頂きます。御自由に御発言ください。

○中田委員 御質問とコメントと幾つかあります。

まず、「２ 組合員の一人についての法律行為の無効等」という部分ですが、これは任意規定だということを御説明の中で書いているんですけども、その任意規定というのはどういう意味なのかです。特に第三者との関係でどうなるのかということです。例えば一人についての無効は全体の無効を来すというような合意をすれば、それは第三者との関係でも効力を持つということになるのかどうかがよく分かりませんでした。

それから、次に３の（２）のウですが、この説明のほうなんですけれども、４７ページに、債権については規律を設けない場合には、分割主義の原則（４２７条）が妥当する、だから、規律が必要だ、こういう書き方になっているんですけども、そもそも、合有の場合には多数当事者の法律関係の規定が適用されないという見解も有力にあるのではないかと思います。ですので、結果として４２７条が適用されないという書き方、中間試案ではそうになっておりました、それはいいと思うんですが、一旦、４２７条が適用されるんだとまで言ってしまいますと、ここは見解が分かれ得るところですので、無用の議論を誘発することになるのではないかと感じました。

それから、５の「組合代理」の（３）の表現なんですけれども、２行目の「業務執行者の過半数をもって代理権の授与を決定しなければならない」という表現が分かりにくいなと思いました。業務執行者は組合員から代理権を授与する権限を与えられているということなのかどうかということなんですけれども、「代理権の授与を決定」と書いてある部分がどういう意味なのかということです。

それから、最後に７の脱退のところの求償について趣旨は理解できました。ただ、説明の際には何か具体的な例を挙げていただいて、お示しいただくと分かりやすいのではないかなと思いました。

○鎌田部会長 それでは、事務局からお願いいたします。

○高橋関係官 御説明いたします。

まず、第１点につきましては、想定される特則の内容は御指摘のとおりですが、第三

者との関係をどうするかという点につきましては、一つ問題となり得るところですので、別途の手当てが必要なのかどうか等も含めて、御審議いただきたいと思っております。

第2点の分割主義の原則につきましては、御指摘を踏まえて更に両方の意見があることに配慮した書き振りとしたいと思っております。

第3点の「組合代理」につきましては、業務執行の対内的な決定は、4の業務執行権のところでは規律していて、対外関係についての代理権の授与の関係だけを（3）のところで決定するというような整理で分けて規定しておりますが、御質問の趣旨がまだ十分に把握できていないのですが……。

○中田委員 法律行為の無効等の任意規定については、御検討いただくということで結構ですが、場合によっては解釈に委ねるという方法もあるのかなと思っております。

それから、「組合代理」の表現の仕方については日本語の文章として分かりにくかったということなんです。業務執行者が組合員から代理権を授与する権限を与えられているという構成なのか、そもそも、代理権というのは業務執行者は常務については当然に与えられていて、それを超える分については具体的な代理権が与えられる、それは何によってかということ、業務執行者の過半数決議だというような理解なのか、いずれにしても少し、このままの表現はまだ分かりやすさという点では工夫の余地があるのではないかと思います。

○鎌田部会長 もう少し検討してください。

ほかには。

○岡委員 細かい質問なんですけど、4番の業務執行のところの文章の読み方でございます。

（2）で業務の執行を委任できると、（3）で業務の執行の委任を受けた者が業務を決定し、これを執行するとなっています。執行の委任を受けた人が決定までできると読めてしまいますので、それが少し変ではないかというのが一つでございます。そうすると、

（2）を組合の業務の決定及び執行を委任することができるとすると（3）は読みやすいんですが、そうすると、組合の業務の決定、執行、委任ということになるのでしょうか。業務の決定という言葉で今回導入したために決定と執行の整理がうまくできていないように読めました。その点についての解説を頂ければと思います。

○筒井幹事 御指摘いただいたような問題意識は持っております。今回の改正で業務の決定と執行を区別して規定しようとしたことに伴って、新たに出てきた用語上の整理の問題だろうと思いますけれども、その整理で一貫して、現在の民法にある業務の執行あるいは業務執行という言葉全てを改めるのかどうかなどの派生問題を生ずる可能性がありますので、用語の整理については引き続き検討することにさせていただきます。

○鎌田部会長 ほかに。

○沖野幹事 表現の点で2点ございます。

一つは元の49ページにある4の最後の説明のところなんですけれども、組合の業務執行について、素案（6）で最終的には現行法の規定ぶりを維持していると書かれているところなんですけれども、業務執行者を置く場合には業務執行者でない組合員は、常務の執行権を有しないと解されているという点については、問題がないということであれば、分かりやすくしたほうがいいのではないかと思います。素案（5）の反対解釈から読み取ることも可能であると書かれていますが、明確にするという趣旨からします

と、例えば各組合員の後に業務執行者がある場合は除くとか、置かない場合に限るとか、そういう表現を設けることは十分可能ではないかと思いますので、表現だけの問題ですから少し工夫していただけないかなと思います。それが1点目です。

2点目は中間試案のときに気付くべきだったんですけども、代理の関係で組合員を代理するという表現についてです。最後の9の「組合の清算」では、清算人はその職務の範囲内で各組合員を代理する権限となっております。他方で、組合代理のところを見ますと、最初の版の50ページかと思うんですけども、例えば(2)ですと業務執行者のみが組合員を代理するとなっており、(3)では最初のところは各業務執行者が組合員を代理してとなり、ただし書では他の組合員を代理してとなっていて、業務執行者には必ずしも組合員でない業務執行者もあり、組合員ではない業務執行者で代理権を有するものがあるとすると、他の組合員ということでもいいのかということも気になりました。これらの箇所全て、組合員でもいいのではないかという感じがしたもので、表現の違いに意味があるかということのを改めて精査して、適切な表現にしていいただければと思います。

○鎌田部会長 その点も十分検討して整合性のある表現に改めさせていただきます。

ほかにはよろしいですか。

それでは、次に部会資料75Aの最後に掲載されております【取り上げなかった論点】の「終身定期金」及び「和解」について御審議いただきます。事務当局から説明してもらいます。

○忍岡関係官 御説明いたします。

75Aの56ページを御覧ください。「終身定期金」については、中間試案において民法第691条が相手方による契約による解除を前提としていることを明確にするという提案がされていきました。しかし、パブリック・コメントの手続においては、実際に使われていない制度についてあえて改正をすることに疑問を呈する意見がありました。また、終身定期金については実際にはほとんど使われていない制度であるために削除すべきであるという考え方と、なお、典型契約として存在することの意義はあるとして、維持するべきであるとする考え方の両方があり、パブリック・コメントにおいてもそれぞれ賛成する意見が寄せられていました。これらの指摘等を踏まえ、終身定期金については現行法を維持することとして、この論点については取り上げないことといたしました。

引き続き、「和解」について御説明いたします。75Aの57ページをごらんください。和解については、中間試案で和解の結果を反対の証拠が出てきたとしても、錯誤を主張して和解の効力を覆すことができないという効果が生じる対象を示すことが提案されていましたが、その範囲を的確に示すことが困難であるという意見がパブリック・コメントで寄せられました。また、そもそも、和解と錯誤の関係については、既存の錯誤に関する一般規定によって解決可能であるという意見も寄せられています。更に規定を設けることで和解契約に関する錯誤無効の主張を法律上、事実上困難とするような効果が生じると、一方当事者が不利益を受ける場合もあるといった理由によって、和解後に錯誤を主張できなくなる範囲を規律することについて反対する意見も多く寄せられました。これらの指摘等を踏まえ、この論点についても取り上げないことといたしました。

○鎌田部会長 ただいま御説明のありました部分について審議をしていただきます。御自由に御発言をお願いいたします。

○山本（敬）幹事 「和解」のほうなのですが、今も御説明がありましたように、部会資料の57ページでも書かれていますが、特にパブリック・コメントで指摘された問題のうちの下から2行目、「また」以下で、現在の錯誤の規定の解釈によって解決が可能であるとする意見もあるという点については、以前の部会で私自身が申し上げていたところなのかもしれませんが、これは簡単ではないと思います。

といいますのは、錯誤について、仮に現在提案されているように、従来でいう動機に当たるものが法律行為の内容になったときに、錯誤を理由とする取消しを認めるという規定が置かれることになると、和解に関しては、正に和解で合意された事項は法律行為の内容になっているわけですので、そのままですと、錯誤があったことが後で判明すれば、取消しが認められることになるはずです。規定をそのまま卒然と適用すればそうなるはずです。

しかし、和解契約の趣旨からいって、それはあってはならないことであって、このような場合については、和解の確定効があることを確認する必要があるということを何度も申し上げてきたつもりです。ですので、これが解釈によって可能だというのは言い過ぎでして、疑義が生じないように規定を設ける方向で考えるべきではないかと思います。

ただ、その際の文言をどうするかという点については、①で示されていますように、「その争いの対象である権利の存否又は内容に関する事項のうち当事者間で争われていたもの」という表現が必ずしも明確ではないという指摘があります。これはパブリック・コメントだけではなくて、ずっと以前に、恐らく筒井幹事だったかと思いますが、これが議論されたときに、こういった点の詰めが課題であるということをおっしゃっておられました。

このままでも私はいけるのではないかと思います。先ほど私自身申し上げたところによりますと、重要なのは、契約によって確定された権利又は義務の存否あるいは内容については、たとえ錯誤が判明したとしても、効力に影響を受けない。つまり、飽くまでも契約により確定された権利又は義務の存否又は内容と限定すれば、問題はないと思いますし、そして、正しくそれこそが和解契約の特色ではないかと思います。その意味では、これを取り上げずに解釈に委ねたままにするのは、問題があるのではないかと思います。

○鎌田部会長 関連の御意見がありましたらお出しください。事務局から何かコメントはありますか。特にはないですか。

それでは、御指摘の点を踏まえて、更に検討させていただきます。

ほかにはよろしいですか。

特に御意見がないようでしたら、本日の審議はこの程度にさせていただきます。

最後に、次回の議事日程等について事務局から説明してもらいます。

○筒井幹事 次回の会議は今月3月18日、火曜日、午後1時から午後6時まで、場所は本日と同じ法務省20階第1会議室です。

今回の議題ですが、今回の部会資料75におきましても第3ステージの従前の部会資料で後回しにした論点を一部、取り上げておりますけれども、次回もこれと同様に、後

回しにしておりました贈与の一部の論点や、意思表示のうちの錯誤の部分などを取り上げることを予定しております。また、保証に関しては、第3ステージで既に2回ほど検討しておりますけれども、それについても改めて御議論いただくことを予定しております。いずれも部会資料をあらかじめお届けしようと考えております。よろしくお願いいたします。

○鎌田部会長 それでは、本日の審議はこれで終了とさせていただきます。

本日も熱心な御議論を賜りましてありがとうございました。

—了—