

法制審議会
民法（債権関係）部会
第87回会議 議事録

第1 日 時 平成26年4月22日（火）自 午後1時01分
至 午後4時49分

第2 場 所 法務省 大会議室

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87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、大島博委員、能見善久委員、松岡久和委員、潮見佳男幹事が御欠席です。

では、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 本日の会議用の部会資料として、事前に部会資料77Aと77Bをお届けしております。このうち、77Bにつきまして電子メールにて事前に連絡済みですが、図表の訂正があります。法務省ウェブサイトには、この訂正を反映させて公表いたします。また、委員等提供資料がございます。まず、本日御欠席の大島博委員から「第87回会議に対する意見」と題する書面を提出いただいております。また、大阪弁護士会の有志の方々から「部会資料77Bに関する提案」と題する書面を提出いただいております。更に大阪弁護士会の2名の弁護士の方から、1ページ目の左上に「資料A比較表」と書かれた合計8枚物の図表を御提供いただいております。

このほか、一般に公表されているものですが、参議院内閣委員会における附帯決議を机上に配布させていただいております。これは本年3月27日の参議院内閣委員会におきまして、株式会社地域経済活性化支援機構法の一部を改正する法律案に対する附帯決議として、政府に対する附帯決議がされたものです。この法案そのものは民法（債権法）の改正と関係するものではないのですが、その審議の過程で経営者保証に関するガイドラインが話題になったこととの関係で、この附帯決議の第6項におきまして、民法（債権法）その他の関連する各種の法改正等の場面においても、このガイドラインの趣旨を十分踏まえるよう努めることという内容の附帯決議がされておりますので、以上のとおりその事実関係を御報告いたします。

○鎌田部会長 ありがとうございました。

本日は、部会資料77A及び77Bについて御審議いただく予定です。具体的には、休憩前までに部会資料77Bの「第1 法定利率」から「第3 約款」までについて御審議いただき、午後3時40分頃をめぐり適宜、休憩を入れることを予定しています。休憩後、部会資料77Bの残りの部分と77Aについて御審議いただきたいと考えておりますので、よろしく御協力のほどをお願いいたします。

それでは、審議に入ります。

まず、部会資料77Bの「第1 法定利率」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。

○忍岡関係官 77B、「第1 法定利率」について御説明いたします。

第83回会議では、法定利率の変動の頻度について、法定利率を市中の金利とより緊密に連動させるべきであるとする意見と、できる限り、法定利率の変動の頻度を少なくするべきであるという意見がありました。そこで、本日は変動の頻度をどの程度のものとするかについて御議論いただければと思います。

法定利率の変動の頻度は、見直しを行う頻度や法定利率の変動の基準となる基準割合の定

め方によって様々なバリエーションがあり得ます。また、毎年、見直しの可能性はあるが、結果的に変動が少ない仕組みと、数年ごとにしか見直さないが、結果的にその数年ごとに変動が生ずる可能性が高い仕組みとでは、実務に与える影響は異なると考えられます。これらを踏まえ、部会資料77Bでは①から⑤の五つのパターンのシミュレーションをお示しいたしましたので、御議論の参考としてください。

○鎌田部会長 ただいま説明のありました部分につきまして御審議いただきます。御自由に御発言ください。大阪弁護士会からの資料に関しまして、中井委員、御説明はございますでしょうか。

○中井委員 発言の機会をありがとうございます。お手元に大阪弁護士会の稲田弁護士と福本弁護士二人が作成した資料を参考として提供させていただきました。部会資料に五つのパターンが示されているわけですが、併せてもう少しある要素を変えた場合についての変動の状況が分かった方が審議に資するだろうという観点から、大阪弁護士会で準備させていただいたものです。

お手元の資料Aは結論の比較表一覧ですが、先に資料Bを見ていただければでしょうか。これは法務省が部会資料として用意していただいた五つのパターンです。①から⑤、これを改めて掲載させていただいています。資料Cがその次のページにあります。これは3年平均をとるという形を前提として、1年ごとに変えるか、2年ごとに変えるか、また、変動する幅を1%か0.5%かを適宜選択した場合に、このようになりますという表です。資料Dは5年平均をとり、1年ごと、2年ごと、3年ごとに改定をした場合、また、率についても0.5か1%かで二つのパターンを順次掲げていますけれども、どの程度になるか、比較参考資料として作りました。資料Eは更に延ばして10年平均としたときはどうかということも念のために作ったものです。更に資料E-2はその変形バージョンです。資料Fは、資料BからDは過去のものについて、20年、30年前から今日に至る経過として見たわけですが、同じ金利変動が反転して将来にわたって起こったときに、どのような形になるのか、幾つかのパターンで反転パターンを示したものです。いずれも飽くまで参考として御提供したものです。

そのうえで、大阪弁護士会のバックアップで議論したときのことを先に申し上げますと、赤囲いをしているもの、法定利率については、⑪というパターンですが、変更は毎年行う、過去5年間の平均をとる、改定の割合は1%以上とするという、この案を結論としては支持する意見になっています。ここでは過去の短期プライムレートを基準にしていますけれども、将来にわたって反転した場合にどうなるかというのが、最後の資料Fの右端、法定利率⑪の反転バージョン、現れ方は少し変わりますが、このような線で現れる変更パターンが起こるということです。

これらの結果について資料Aで整理しています。どういう基準で分けたのかというのが上の四項目で、「変動単位」までです。その結果、どのような変動が生じるかが、「改定回数」以下でございます。短期プライムレートに最も忠実に変動させる、法務省の資料でいうならば、①のパターンであれば改定回数は非常に多くて14回に及ぶ。その代わり、市場金利との乖離は記載していますように「1%以上から」を含めて、0、0、0と並んでいます。

逆にここを安定的にすればどうなるかですけれども、当然のことながら改定回数は少なくなる、その代わり、市場金利との乖離がどうしても避けられない。大阪弁護士会が推奨して

いる⑪というのを見ていただきますと、改定回数は4回です。それに対して市場金利との乖離は1%以上の場合が14回、2%以上でも5回、3%以上の場合でも2回あり、市場金利との乖離はこういう形で生じる。こういう資料を作らせていただきました。中身については後ほど意見を申し上げさせていただきたいと思います。

○鎌田部会長　ありがとうございました。

それでは、ほかの御意見をお出しいただければと思います。どうぞ、お願いします。

○中井委員　引き続き、日弁連及び大阪で議論したことを御紹介させていただきたいと思います。観点としては、一つは法定金利と中間利息をどのような形で連動させるのかという論点、これを先に考えなければいけない論点ではないかと私自身は思っております。これを切り離すのか、それとも連動するのかということによって、法定金利の定め方というのはおのずと変わってくるのではないかと。部会資料でも、2ページ目の真ん中辺りに法定利率を中間利息控除の利率としても用いる場合、安定性の観点がどうしても避けられないという御指摘があるところかと思います。安定性という言葉、若しくは公平性という言葉にもつながるのかなと思います。それが1点目の視点だと思います。

もう1点は中間試案と対比して、前回の部会資料、そして、今回の部会資料で基本的には金利の変動に応じて法定利率を変動させるけれども、一旦決まった変動利率はその後、固定させるという、ある意味で自動変動型の固定金利を採っている。中間試案の場合は、二つの側面からの変動型であったのに対して、こちらは一旦決まった金利は固定するという、この制度を採用するのかどうか。基本的には前回の審議を踏まえて、自動変動型固定金利と私は呼んでいますが、その方向を採用するのかを決める必要があるのだらうと思います。この観点を踏まえて、いろいろお示しした資料について考えていくべきではないか。

そこで、大阪の議論としては、中間利息の控除と法定金利の連動を念頭に置けば、安定性、公平性の確保の観点から、金利情勢に合わせてビビッドに変動することは、好ましくないのではないかと考えを基本に置いています。また、前回の議論も踏まえて自動変動はするけれども、一旦決まった金利は固定するという考え方を採るとすれば、ある時期に複数の債権について複数の法定金利が同時に存在することになり、管理の面から見ても問題があるのではないかと、その観点からしても一定の安定性が必要ではないかと、こういう二つの観点から、先ほどの様々なバリエーションの中から選択をするべきと考えている次第です。

そこで、法務省に準備していただいた資料の五つのパターンの中からいえば、前回、私がこの席でも発言したものですけれども、過去12か月の平均というのではなくて過去5年間、場合によっては60か月の平均をとって、その上で、毎年変更するというパターン②が好ましいのではないかと考えておりました。ただ、改めてこれを見てみると、今回の資料にもありますように、結構、頻繁な改定が起こることが明らかとなりました。

そこで、もう少し安定性を優先すべきではないかという考え方から、同じ過去5年若しくは60か月平均をとる、毎年見直しはする、しかし、改定幅を1%とすれば今回の⑪のとおり、改定回数は4回になって全体の金利のトレンド、だんだん低くなる、若しくは高くなるというトレンドに合わせて、法定金利が変わっていくというのが分かる。こちらの方がより安定的でよろしいのではないかと。それは先ほど言いましたように中間利息控除を一方で念頭に置き、一方である時点において同時に存在する債権の法定金利の数は、それほど多くないほうがいいのかという観点を重ねて検討して、⑪でどうかという意見になった次第

です。

ちなみに、日弁連の議論の際には、大阪の資料はない状態、つまり、法務省作成資料で①から⑤の五つの例を検討させていただきましたけれども、複数の会で②がこれの中では好ましいのではないかと、もちろん、ほかの考え方からビビッドに反映させるべきだという意見も日弁連の中にはございます。また、変動制そのものに反対をして固定を採るべきであるとの意見もあります。さらに、現段階では例えば3%程度で固定制にし、その後、変動が必要であれば、その都度、立法で変えるという案なども出ておりますけれども、そういう意見があることを前提に、この五つの中であえて選ぶとすれば、②が相対的に賛成が多かったということと併せて申し上げておきたいと思います。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

中間利息控除の場合に法定利率と連動させるかどうかという論点、それから、自動変動制を採るけれども、一旦定まった利率はその後、変動しない、固定にしていくという、この二つの論点につきましては74Bをめぐる議論のときに、前者については連動させるということに代わる意見が、具体案として明確に出てきてはいないと言い過ぎかもしれませんが、連動するというのが大勢だったように受け止めておりますし、自動変動した後、利率を固定するということについては、そうでなくて、常時、変動していくという御意見は極めて少数であったと記憶いたしております。それを前提にして日弁連及び大阪弁護士会の御意見を頂戴したところでございますけれども、その他の委員・幹事の皆様からの御意見を伺えればと思います。

○佐成委員 最初の、中間利息控除に法定利率を連動させた上で、法定利率の変動に伴ってそのまま変動させるということについては、部会資料では2ページのところに、先ほど中井委員から御指摘があったとおり書いてはあるんですけれども、この論点については前回の部会がどのような状況であったかというのは別にしまして、経済界の中ではまだ切り離すべきだという意見が圧倒的に強いということでもあります。ですから、単純に連動させることを前提にこのまま議論を進めるということについては、かなり違和感を覚えております。内部でもこの論点はまだ引き続き何らかの機会に改めて論じたいという意向が非常に強いので、そこはよろしくお願ひしたいというのがまず一つでございます。

それから、経済界の中で、変動の頻度の論点についても今回、バックアップ会議の中で議論をしましたけれども、大きく二つに方向としては分かれていました。即ち、事業会社系はどちらかというと安定性を志向して、弁護士会のように比較的安定的な変動制を志向する傾向があったと思います。他方、金融界の皆様の中には1年といいますか、ビビッドにとまでは申しませんが、市場との連動性を非常に強めたいと、そういう意向があったように思います。ということで、意見はなかなか収束はしていないという感じがしますが、感触としては安定的な変動制を志向する意見が比較的多いとは感じております。

○鎌田部会長 分かりました。中間利息控除との連動につきましては、佐成委員が御指摘のような切り離すべきだという強い御意見があります。今回は特に連動するというを前提にしての提案ではございませんので、先ほどの発言につきましては訂正をさせていただきます。

○中田委員 今のお話で済んでしまったことですが、中間利息控除については今日の弁護士会の御提案を見ましても、7%あるいは6%という時期が発生します。そうしますと、30年とか40年の計算において、かなり大きな影響があるのではないかと思いますので、

こちらについては例えば6%, 7%あるいはそれ以上の場合に、ライブニッツや新ホフマンで具体的にどうなるかという資料を出して、検討するのがいいのではないかと考えております。その上で、例えば連動するにしてももう少し緩和させるとか、あるいは5%を上限にするとか、いろいろな手直しがあり得るのではないかと思います。

○永野委員 前回も発言させていただいたのですけれども、法定金利を実勢に合わせて変動させていく場合にも、今日、御発言があったように安定性への配慮を十分にさせていただくのが、実務的な観点からもしっかりいくと思っています。そういう意味では、今回、大阪弁護士会の方でいろいろなシミュレーションをしていただいたのですけれども、中間利息控除などを連動させるかどうかというような御議論で出ている部分をも想定した形で考えていくとしたら、できるだけ法定金利を算定するための金利を参照する期間を長く取り、それから、改定のインターバルも少し長目に取り、刻み幅も0.5%というような形で取っていくと、そういう案の方が安定性という意味では、より安定感のある結果が得られるのではないかと考えています。

そういう意味で、大阪弁護士会からお出しいただいた資料の中で、今日は触れられておりませんが、金利を参照する期間を10年間としたものについても、十分、検討に値するシミュレーションが出ているのではないかという印象を持っておりますので、発言させていただきました。

○鎌田部会長 ほかに御意見はいかがですか。

○中原委員 銀行界としては、市場金利に近づけるべきとの意見が多く、今回、御提案されている表1のうち、①当該年の12月末の短期プライムレートとするのが良いのではないかという意見が多かったところです。

○鎌田部会長 ほかにいかがですか。事務当局から何かありますか。

○村松関係官 今、いろいろ御意見を賜りまして、どういうことを目してこういった頻度等を考えるのかという観点は、今日頂戴いたしましたので、次回以降、そういった指摘も踏まえつつ、今、問題となっている中間利息控除との連動も含め、もう一度、全体的な資料を取りまとめて提示させていただいて、次の議論につなげたいと思っています。

○中井委員 私の後に何人かの委員・幹事から御発言がありましたので、その関連で少し述べさせていただきます。

まず、永野委員から安定性を重視するべきであるという御意見がありました。この意見には基本的に賛成です。そのときに参照する期間が10年というのも一つの考え方ではないかとのことですが、大阪弁護士会の資料でいうと資料Eになります。10年は安定することは確かですけれども、この図表をいずれも見ていただければ明らかなように、現実の金利変動よりは相当遅れて、それが発現するということ、これをどう評価するかということが一つ、観点としては重要だろうと思います。

次に、中原委員から今回の部会資料でいうならば①案、1年ごとに12か月平均で反映させると。これは極めてビビッドに法定金利が変わるわけですが、これを採用することについては前回に申し上げましたが、仮に時効が5年ないし10年となったときに、ある時点で存在する金利が5種類を超える、10種類近く発生することがあり得る。本当にそれでよろしいのでしょうかという問題を忘れてはならないだろうと思います。また、金融機関の方がおっしゃるのは、経済観念というか、経済的な感覚から金利も変動があつて当然だと

いう発想が根本にあるのかなと思います。

しかし、法定金利の果たす役割が何かということを認識すべきだろうと思います。つまり、金融機関の取引は相手方との間で金利はほぼ合意をされているはずで、合意をすることによって全て解決する問題ではないか。利息を払うと約束をしながら率を合意しない金融機関はあり得ないわけですから、そこでは法定金利は機能していない。かねてからここでも議論になっていますが、法定金利が一番機能しているのは損害賠償金利になるわけで、金融機関の方にお尋ねすれば、損害賠償金利は幾らですかといえ、どんな高金利の時代であれ、どんな低金利の時代であれ、14%、日歩5銭は変わらないわけです。にもかかわらず、ここだけビビッドに変動させよというのはなかなか理解し難いところがあります。いわゆる金利をビビッドに変動させるというのは実務の中で行われているけれども、それは全て合意で行えば足りるものであって、それを法定金利で機能させるという考え方を採る必要はないのではないかという点です。

それから、もう一点、永野委員の御発言の中で刻みについての御指摘がありました。法務省案では0.1%刻みとなっています。この点について果たしてそのような0.1%刻みがいいのか、変動単位というところですけども、永野委員は先ほど0.5%とおっしゃいました。0.5%というのも一つですし、大阪弁護士会の言っている1%刻みというのも十分に検討に値すると思っておりますので、その点も重ねて御検討いただきたいと思います。

それから、今回の法務省案にしましても大阪弁護士会案にしても、過去の短期プライムレートから金利の変動状況を説明したものですけれども、簡単ですから仮に大阪の⑩の例を見るならば、7%、5%、3%、2%と、こういうふうに四つの金利が現れるわけですけども、問題はここにプラスアルファをするのか、しないのかという観点です。これが仮に利息を支払うという約束をしたけれども、金利の定めをしないときに使うものだとするれば、このまま何らのプラスをせずに、この数字をそのまま使うことが公平なのかと思いますが、先ほども申し上げましたけれども、実質法定金利の機能する多くの場面が損害賠償金利だとすると、この出てきた数字に何かげたを履かすというんでしょうか、プラスをするのだろうと思います。

そのときに、この流れからすればせいぜい1%若しくは最大でも2%ということかと思いますが。ただ、2%となりますと7%の時代は9%ということになって、果たしてそれが適当なのか、取り分け、先ほど中田委員から御指摘がありましたけれども、中間利息控除との関係を考えてときに、それが果たして実務で耐え得るのか、また、それが被害者の立場から見ていいのかという観点からの考慮が避けられないと思います。そういう観点も踏まえて、是非、御議論いただきたいと思います。

もう1点、昨日も弁護士会の中で議論したことですけれども、何が正しいかというのはなかなか言えない問題だなと。では、どこで、どういう場面で、どのような形で決めるのが最もいいのか、正直、弁護士会の中でも悩ましい話ということになりました。最後は余談ですが、御報告しておきます。

○大村幹事 先ほど事務局の方から、もう少し資料も出していただけるといようなお話もありましたので、それと幾つかの御発言との関係で、一言、御要望させていただきたいと思います。中田委員や中井委員が御発言になっていたかと思いますが、5%を超えるという状態をどうするかということについては、結論をどうするかはともかくとして、少し考え

る必要があるかなと思っております。

今回、実勢利率が低すぎるのに、法定利率がこれでよいのかということで議論を始めたわけですが、逆に従来の5%よりも高いような法定利率が出てくるということについて、私たちは積極的にそれでいいのだと判断するのならば、意識的に判断する必要があるのではないかなと思っております。それとの関係で、この議論で最近の金利の実勢のデータがたくさん出ておりますが、早い時期には古い昔の金利のデータも出ていたような気がいたします。民法典が制定した頃の金利の状況というのをもう一度、念のために出していただいて、このぐらいの金利実勢であったけれども、当時、5%と線を引いたということを踏まえて、最終的に決断するというのがよろしいかなと思います。

○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。

それでは、先ほど事務局から説明がありましたように、これまでの御意見を踏まえて、更に補充的な資料もそろえて検討を進めさせていただきます。

次に、部会資料77Bの「第2 第三者の弁済」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。

○松尾関係官 御説明いたします。

「第2 第三者の弁済（民法第474条関係）」は、前回御審議いただいた際の部会資料70Aにおいて、利害関係を有しない第三者による弁済については、債権者が受領を拒絶することができるとしつつ、債権者が受領をした場合には、それが債務者の意思に反したときは弁済の効力を有しないこととして、中間試案の本文の案を採る考え方が提案されたのに対して、これでは債権者の保護策として不十分であるとして、中間試案の（注）を採るべきであるという意見がありました。このような議論の経緯を踏まえて、再度、二つの考え方を提示した上で、その賛否を伺う機会を設けることとしたものです。

甲案は中間試案の本文と部会資料70Aで提示された考え方であり、乙案は中間試案の（注）として提示された考え方です。また、この二つの考え方のほか、部会資料77Bの説明の11ページで紹介した甲案の別案のような考え方もあります。甲案又は乙案の賛否だけでなく、甲案又は乙案を修正することで合意形成を図る考え方の当否も含めて、積極的に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審議いただきます。御自由に御発言ください。

○中原委員 銀行界の意見は、乙案を是非採用いただきたいということです。理由としては、求償は考えないが、弁済をしたいという社会の要請があると思われるからです。前回お話ししましたが、たとえば住宅ローンで債務者の所在が不明となり弁済が遅滞となる場合に、競売の申立を避けるために同居の家族が債務者に代わって弁済を行うという事案もあると思います。

そもそも、利害関係を有しない第三者は債務者の意思に反して弁済をすることができないとされている理由は、資料に記載されているように他人の弁済によって恩義を受けることを欲しない債務者の意思を尊重すること、弁済をした第三者による過酷な求償権の行使から債務者を保護することとされています。しかし、弁済によって事実上の利益を受ける第三者の保護も図るべきだろうと思います。債務者に対して過酷な取立てを行うなどが問題になるのであれば、それは求償権を制限することによって十分防げると思います。また、例えば第三

者による弁済が債務者の意思に反するかどうか分からない状態で弁済を受けて、担保権を解除したような場合に、後になって債務者の意思に反する弁済だから無効と言われても、債権者としては担保権を失っている状態ですから、無効という主張を受け入れることはできないと思います。是非、乙案でお願いしたいというのが銀行界の意見です。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

ほかの御意見は。

○中井委員 お手元に大阪弁護士会有志から、この論点に関する提案の書面を出させていた
いております。御紹介をさせていただきたいと思います。

まず、甲案については、今、中原委員のおっしゃられた債権者の利益を考えたときに、果たしてそれでいいのかというのが潜在的にある、これが一つは前提になっています。その上でここで申し上げているのは、委託のない保証に関する規定との整合性、若しくは事務管理の規定との整合性などを考えたときに、甲案と乙案の別案になるわけですが、基本は乙案におきながら乙案の別案として、完全に求償できないというのではなくて、現に利益を受ける限度において求償できるという案を提案しているわけです。これは委託を受けない保証人の求償権の規定はそうになっておりますし、事務管理に関する規定もそうになっております。

今回、第三者の弁済について、乙案若しくは甲案でもいいんですけれども、この問題について定めたときに、委託を受けない保証契約を締結した上で弁済を受ければ、保証人は主たる債務者に対して求償権を持つ、ただし、現存利益の範囲に限る、このような構成になる。甲案であっても無効にはならず有効になって、今のような求償権になるわけです。また、乙案を採ってもそういう限度での求償権を認めることになる。

法律を知っているか、知っていないか、その構成を変えることによって結論が大きく変わることはいかなるものか、若しくは体系的な観点といってもいいのかもしれませんが、そういう観点からしても、主たる債務者の意思に反した弁済について無効という甲案を採るのではなく、基本は有効にした上で求償権の範囲を限定することによって主たる債務者の保護も図る、それは結果的には弁済者の利益も図れる、こういう考え方を改めて提案したものです。大阪弁護士会がかねてから中間試案に対するパブリック・コメントにおいても、そのような意見を申し上げておりました。今回、改めて乙案の修正ということで御提案する次第です。

なお、加えて乙案を採る場合においてもですが、甲案では（１）として債権者は一旦、受領を拒むことができるという規定を置いているわけです。乙案にはそれがないわけですが、乙案においても、大阪弁護士会の意見もそうですけれども、まずは正当な利益を有しない者からの弁済については、債権者はその受領を拒むことができる、できた上で受領したときに債務者の意思に反したときには、現存利益の範囲で求償権を有する、そういう意味で乙案を二つ修正しているわけです。一つは甲案の（１）を取り込む、その上で求償権について現存利益に限る、こういう提案をさせていただいております。バランスとしてもいいのではないかと思いますので、御検討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す。

ほかの御意見はありますか。

○中田委員 今、中井委員のおっしゃった乙案別案のご説明の後半の方ですが、債権者が弁済の受領を拒めないという制度ですと、何か問題があるのではないかという気がしまし

て、検討していただくのがよろしいように思います。具体的にどういう問題があるのか、よく分からないんですけども、弁済しようとしている第三者が適当ではない人であるときに、債権者が例えば担保を共有することになる問題や、債務者の内紛に巻き込まれるなどの問題があるかもしれませんので、中井委員の御提案について補足的に後半について特に御検討いただければと思う次第です。

○鎌田部会長 これでは甲案、乙案のほかに甲案別案、乙案別案という4案になっていて、事務当局に一任されてもというところがないわけではありませんで、委員・幹事の皆様方にできるだけ御意見をお出しただければと思います。

○高須幹事 私が所属しております東京弁護士会の意見ですが、ペーパーは出ておりませんので、口頭での御報告になりますが、東弁の意見としましては、今、御指摘があった4案の中の甲案別案、11ページに書かれている3行目からの部分、弁済を無効とする場合に、一定の制限を掛けるということがいいのではないかという意見を有しています。確かに複雑になるのかもしれないという問題はあるのですが、一方で、結局、結果の妥当性を考えたときにルールをある程度、詳細に作っておくことが大事ではないかという意見があって、東京弁護士会の中では、むしろ、そこを重視してということで、この別案がいいのではないかと、こういう意見でございました。

○鎌田部会長 ほかによろしいですか。では、事務当局から。

○松尾関係官 まず、中井先生に確認をさせていただければと思います。乙案あるいは乙案別案を採った上で、債権者に受領拒絶権を与えてはどうかという御提案を頂いたのですけれども、債権者に受領拒絶権を与える理由をどう考えておられるのかを教えてください。と申しますのは、元々、甲案で債権者に受領拒絶権を与えようという考え方になったのは、債権者が、弁済が有効か無効かを判断することができないという問題があるので、分からないときには受領を拒絶することができるようにして、債権者を保護しようという発想であったと思います。しかし、乙案あるいは乙案別案であれば弁済は常に有効になるので、債権者に受領拒絶権を与える必要がそもそもないのではないかと思います。もし、その点について何かお考えがあればお聞かせいただければと思います。

○中井委員 正当な利益を有しない者から受け取るべき義務まで認めるのですか。中田先生はやわらかいお言葉でおっしゃいましたけれども、反社会的な人からでも提供を受けたら受けなければならないのか。債権者としては、たとえ有効だろうと、正当な利益を有しない者から受ける義務まで課す必要があるのか、こういう観点です。

○内田委員 大阪弁護士会のお考えの中に事務管理の場面との整合性という御指摘があって、債務者の意思に反していた場合でも、現存利益の限度での求償を認めないとおかしいという御指摘があったかと思います。しかし、現行法は債務者の意思に反していた場合には弁済が無効になるわけで、現行法自身が既に事務管理から離脱しているのだと思います。なぜ、離脱するかというと、一般的な事務管理と違って弁済の場合の特殊性というのがあるのだろう。つまり、求償を受ける新たな債権者が登場するわけで、そういった特殊性があるということを考えているのではないかと思います。

そうだとしますと、この場面でも当然に求償権が発生することにして、現存利益がある限りは必ず求償できなければおかしいということにはならないのではないかと。取り分け、反社会的勢力が弁済をしたというような場合に、現存利益に限られるにせよ、求償債権を取得し

て現存利益の有無をめぐる争いが生ずるようなことは、債務者としては避けたいということはあるだろうと思います。そこで、意思に反する場合には求償には一切応じないということとは、それなりに理由があるのでないかと思います。

○鎌田部会長 ほかの御意見はいかがですか。

○永野委員 この問題について内部でも議論したところ、甲案、乙案の両方に意見があるのですけれども、ただ、先ほど高須幹事が言われた甲案の別案については少し複雑になってくるので、これは我々としてはなかなか賛成し難いのではないかと思います。解決としてはできるだけシンプルな形に持っていくという意味では、個人的には乙案というのも十分あり得るのかなと思うところです。ただ、甲案の別案というのは少し問題が大きいのではないかという印象を持っております。

○中井委員 現存利益の範囲で求償できるという点について、先ほど内田先生から御意見を頂いてなるほどと思いました。ただ、大阪で出た素朴な意見は、保証契約を締結してから弁済を受ければ、現存利益の求償権は当然にある、保証契約を締結せずに弁済を受けたら全く求償権はなし。これは保証契約を締結するというノウハウを、債権者と第三者が、そういう法律行為をすると、そういう効果になることを知っているか、知っていないかによって結論が異なる。もちろん、保証契約という契約を締結した以上、効果は異なって当然だという説明になろうかとは思いますが、実態としては変わらないことについて、効果が異なることの違和感が複数の意見として出たことが、この意見の基になっています。

○内田委員 保証契約を締結する場合も、それから、債権譲渡する場合も同じですけれども、保証契約とか債権譲渡は法律行為でして、債権者自身が、債務者に対して誰が請求できるかについて、元々債務者が有していた利益状況を変動させるという法律行為をしているわけです。こうなればやむを得ないことだと思います。しかし、弁済は単に受領しているだけで法律行為ではないと今は考えられていますので、単なる事実としての受領によって、そういう変動が生ずるのはおかしいのではないかということだと思います。

○鎌田部会長 ほかによろしいですか。

○筒井幹事 この論点については、中間試案のときに本文を一本化し、（注）として反対意見があることを紹介する形をとったところから、今回はB型で甲案・乙案を併記し、かつ、それぞれについて別案が出ており、議論の進展の度合いとしてはむしろ後退しているところです。本日もなお意見が分かれるであろうことを予想して、このような形で資料を提示したのですが、今後どのように収束させるか非常に苦慮しております。

試みに問題提起をしてみますけれども、全く合意形成が難しいとなった場合には現状維持にならざるを得ないわけで、そのような事態はできるだけ避けた方がよいのだらうと思っております。そういった観点から、乙案を強く支持されている中原委員あるいは金融関係の方々にとっても、現状と比べれば甲案は大きな前進であるわけですから、甲案そのもの、あるいは甲案の別案で一定の調整弁を何か考えることによって、再度、合意形成を目指すということが可能かどうかということについて、更に補足して御意見があればお聞きしたいと思います。

○中原委員 何らかの形で合意形成ができれば、それは金融界にとっても有益であることは間違いありません。乙案を支持しましたけれども、乙案での合意形成が難しいようであればという前提で、議論した内容を説明させていただきます。乙案の修正となる新たな提案となり

ますが、弁済者がその弁済が債務者の意思に反することを知り、又は知り得べきときは、弁済者は債務者に対して求償権を有しないという考え方はどうでしょうか。弁済者が債務者の意思に反することを知っている、あるいは知り得たかというところで求償権の発生を考えるということです。甲案の問題点は、なぜ債権者が弁済の有効性についてのリスクをとらなければならないのかということです。

○中井委員 先ほど大阪弁護士会の意見を最初に言ったのですが、日弁連全体、多くの意見と言った方がいいかもしれませんが、それは甲案に賛成でした。それに対して金融機関等から債権者の保護が不足するのではないかと御批判があり、これは一定もつともなところがありますので、先ほど高須幹事からありましたように甲案を基本とするけれども、別案で債権者の保護の範囲を広げる、無効とする範囲を狭める、こういう提案を支持する意見が複数出ております。

先ほど永野委員から複雑になる、又は部会資料にも複雑になると書かれていますけれども、このような知り又は知りうべきという過失概念で整理するのはほかにもありますから、著しく複雑になるということではないと思います。また、他方、消費者関係の委員の中からは、乙案型に対しては懸念の表明がございます。それは全く無関係の者に対して、債権者がとにかく弁済を強要するといつては不適切ですけれども、極めて強く弁済を求める場面が出てくるのではないかと、それに対する懸念、つまり、債務者の意思に反してでもそういう行為が行われる、それは親族や関係者に対してそういうことが起こることを懸念して、乙案に対しては慎重であってほしいという意見があったことを申し添えます。そういう意味で、最初に私から大阪案を出したのですが、乙案若しくは乙案の修正意見は、弁護士会の中では相対的に少ないということを申し添えておきます。

○鎌田部会長 ほかに御意見はいかがですか。

○松尾関係官 念のために再度、事務当局としてなぜ部会資料70Aで甲案を提示したかということについて、補足的な説明をさせていただきたいと思います。部会資料70Aの補足説明にも書いたところと重なるわけですが、我々が問題意識として持っているところとしては、弁済をした第三者が求償権を取得しないこととするとして、乙案を採用し、現状のルールを変える根拠がやや弱いのではないかと懸念を持っています。

つまり、先ほどまでの御議論で伺っていると、求償権が発生しなくてよいということの根拠として挙げられているところは、第三者として弁済をする人は求償権を放棄する意思を持っている、つまり、求償する意思がないのが通常ではないかというように挙がられているようにも思うのですが、ただ、そういう意思を持っていない人もいるわけで、そういう意思を持っていない人の保護に欠けてもやむを得ないという結論の正当化根拠は何なのかということが今一つ説明ができていないように感じており、かつ民事法のルールの中で弁済をした人が不利益を受けるというルールは異質な感じもして、そういったこととの関係もうまく説明することができるのかということを心配しています。

以上申し上げたような点を考慮して、今回は甲案をベースに御議論をお願いしたところであり、今までの御議論を聞いていても、なお乙案を採ることへの懸念は残っているというのが正直なところだと思います。そういうことを考えますと、甲案をベースに考えられないのかと考えておるのですが、中原委員からは、妥協点として、乙案の修正という形で、甲案の別案に似た考え方を御提示いただきました。しかし、甲案の別案の考え方を採ることで、現在、

債権者が直面している問題への対応として困ることはあるのでしょうか。その辺を教えてください。ただけると有り難いと思います。

○**中原委員** 甲案の別案は、債権者が第三者弁済の受領を拒絶することができるにもかかわらず受領した場合において、債務者の意思に反することを債権者が知り、又は知り得べきときに弁済を無効とするという提案です。しかし、債権者が、債務者の意思に反することを知っていた、又は知り得べきだったのかというのは、争いが生じたときに事後的に問題になります。ところが弁済により担保権を解除している場合には、債権者としては極めて不利な立場に置かれることになるので、結局、第三者からの弁済は受領しないということになると思います。

○**深山幹事** 金融機関としては、恐らく中原さんが言われたような行動になるんだと思うんです。問題は、それがよろしくないかどうかという価値判断なのだろうと思います。債権者としてみれば、後日、弁済が無効になるおそれがあるので担保解除することをためらう、というのはごもっともなのですが、そうであれば、債務者の意思を確認するか、それができなければ受け取らないということになると思います。それはそれでやむを得ないというのか、致し方ないこととしても、本来の債務者に対して権利行使していく道はもちろん残るわけですから、今、中原さんが言ったことが、「だから、まずいんだ」ということには必ずしもならないような気がいたします。

また、別の観点の話ですが、乙案の求償権を制限するという点について、先ほど松尾さんが述べられたことと関係するんですけれども、実務的に確かに求償権なんか行使する気はない人も、たとえば親子などで払いたいという場合も、なくはないと思います。ですが、そういう場面よりも、この問題を考えるときに私がいつも思い浮かべるのは、請負関係で元請がいて下請がいるときに、元請が下請に代金を払わないために、下請の職人さんがこれ以上工事をしたくないということになって、そうすると注文者としては、それではいつまでたっても工事が完成しないので、自分が払うから工事を続けてくれというような場面であります。

そういうときというのは、いよいよ困れば、求償権を度外視してでもやってくれということもあるかもしれませんけれども、通常は自分が元請に対して負っている債務と、元請に対する求償権とを、後日、相殺的に処理をして精算すれば余り実害はないと考えて、取りあえず下請に直接払うという選択をしよう判断することが間々あります。その場合は求償権を放棄はしたくないわけですが、そういう状況の中で、第三者弁済をして建物などを完成させたいとかんがえることは、それほどおかしいことでもないはずだと思います。そういう場面を考えると、求償権をすばっと切ってしまうというのは、行き過ぎなのではないかという気がいたします。

○**鎌田部会長** ほかによろしいですか。

それでは、これまでの御意見を踏まえて事務局で引き続き検討をさせていただきます。

次に、部会資料77Bの「第3 約款」について御審議いただきます。事務局から説明をしてもらいます。

○**忍岡関係官** 「約款」について御説明いたします。

「合理的に予測し得ない事項に関する契約条項」の規律については、部会資料75Bで提案されていた、相手方に不利益を与えるものという要件が十分に明確でないという問題が指摘されています。要件が明確でないと契約条項の一部が契約内容にならないというリスクを

避けるために、条項準備者はほとんどの契約条項を容易に知り得る状況に置くための措置をとらなければいけなくなり、提携条項を用いて迅速・簡便に取引を行うという取引ニーズに反することになるという指摘があります。

要件を明確化するためには、この規律の対象の典型例である、本来、意図した商品の売買契約に、それとは別に相手方が予測し得ない義務が課されるケースを踏まえて、規律の対象を端的に義務を課す者に限定することが考えられます。また、相手方は当該定型条項によって新たに義務が課される事態は望まないことが多いことから、それを容易に知り得るようにしない限り、契約の内容とならないこととすることは、相手方の保護という観点からも合理的であると考えられます。そこで、本文では要件を義務を課す者に限定することが提案されています。

なお、規律の対象を義務を課す者に限定すると、契約によって与えられる権利、利益を制限するような契約条項は、規律の対象とはならない場合があります。このような契約条項は相手方にとって不利益を与える場合もありますが、特に取引が複雑に高度化し、サービスの内容が多様化した現代においては、どのような契約条項であれば合理的に予測し得ず、相手方に不利益を与えるかの判断は容易ではありません。そこで、このような契約条項については、それが対価関係の均衡を崩すなど相手方に過大な不利益を与えている場合に、当該契約条項を無効とするという規律に委ねることが妥当であると考えられます。

「定型条項の変更」の規律については、部会資料 7 5 B で予測される変更の内容の概要が定められていれば、(1) ただし書の相手方が多数又は不特定であるという要件や、(1) イの変更の必要性の要件が緩和することが提案されていましたが、変更の内容の概要を定めることが一般的に困難であるという指摘がありました。そこで、定型条項に変更に関する定めがある場合には、それが(1) イでいう変更の合理性の考慮要素の一つになることを提案しています。ただし、相手方が多数又は不特定であるという要件は、個別の相手方と合意することなく定型条項の変更ができることが、定型条項であらかじめ定められている場合には適用しないこととしています。

次に、部会資料 7 5 B では、(1) アで相手方の利益に適合することが明らかであることが、(1) イで契約をした目的に反しないことが明らかであることが要件とされていました。しかし、相手方の利益保護の観点からは、相手方の利益に適合するという要件や契約をした目的に反しないという要件が満たされ、変更の必要性や変更後の内容の相当性があるのであれば、それが明らかであることまでは必要ではないのではないかと考えられます。また、相手方の利益に適合しても、それが明らかとまでは言えない場合や、結果的に合理的な変更であって契約をした目的に反しないが、それが明らかとまでは言えない場合もあると考えられ、それらの場合に変更ができないのはおかしいと考えられることから、明らかという要件は削除することを提案しています。

○鎌田部会長 それでは、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。

○安永委員 定型条項について今回の対象範囲は、いわゆる「不意打ち条項」と「条項変更」に限定をされており、残りは後日審議することとされておりますが、定義や組入れ要件、及び事前開示の可否については、「不意打ち条項」と「条項変更」の検討の前提となる事項と考えます。

定型条項については中間試案のときの約款の提案と同様に、就業規則については特別法である労働契約法が適用され、労働契約のひな形については一般的には交渉で修正をされ得るため、定型条項には該当しない場合がほとんどであるため、この点から「条項変更」の規定は、これらには影響はほとんど与えないと理解しております。

しかし、前回の定型条項の審議において、「ひな形が定型条項に当たるか否か」について質問も出されておりましたが、「条項変更」の検討の前提となる定義等が不確定、不明確なまま、「条項変更」の議論が行われることには不安を感じます。

労働契約に関し、ひな形等の考え方が中間試案の考え方から変更されていないことを、今一度、確認させていただきたいと考えます。

○**忍岡関係官** 定義については今回、取り上げておりませんが、前回の部会での議論でもありましたとおり、当事者間で交渉して内容を定めていくのが通常であると考えられるような契約について、それに関して用いるいわゆるひな形等は定型条項に含まれないと考えております。

○**岡関係官** 今の安永委員と同じことを確認させていただこうと思って、私は第85回に出席いたしませんでしたので、正にちょうどお聞きしようとしたことをお答えいただきましたので結構でございます。ありがとうございました。

○**鎌田部会長** ほかにいかが。

○**山川幹事** 趣旨は同じですけれども、例えばということで、契約のひな形について、労働時間と配置については個別交渉で決定する、しかし、時給については例えば時給1,000円などと、画一的に書いてある。それを分断できるのかどうかという話で、もし分断して定型条項の変更に関するルールが当てはまるとしますと、賃金の一方的な引下げが定型条項の変更のルールに従って可能となる、そういうことになる懸念があるような気がいたします。

そこは定型条項の定義のところで、今、御回答いただいたようなことをどの範囲でといいますか、定型条項をどの範囲ないし単位で考えていくかという問題になるかと思います。余り分断していくと、前回の部会資料75Bで挙げられていました、定型条項の定義の中で、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というところとの関係が、やや問題になってくると思われますので、その辺りは余り過度に分断するようなことにはならないという御趣旨で理解してよろしいのかなと思った次第です。

○**村松関係官** 今回の資料に定義の部分は載っておりませんが、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、この部分がまず最初の要件として効いておりまして、今の労働契約の話を含めまして、交渉が予定されている取引というのは、まず、ここで外れていきます。そうすると、その先のそのために準備された契約条項の集合、括弧書きで当事者が異なる内容を合意したのは除かれますという、正に契約書のひな形であったり、そうでなかったりという、そういう部分に入る手前のところの要件で外れるという整理をしております。定義については取り扱う予定ですが、考え方としては、そこの要件で明瞭に外れているという理解です。

○**山川幹事** ありがとうございました。

○**大村幹事** 2,3ありますが、直前に御質問が出ていることとの関連で、まず、御質問いたします。いま話題になっていたような事柄は労働契約に限らずにあり得る問題ではないかと思います。給付内容に関わるようなものについて、この変更の規定によって変更するという

ことが予定されているのか、されていないのか。このことは、明確にさせていただく必要があるのではないかと思います。個人的には、それはこの規定の対象にはならないのだろうと考えております。それが1点です。

それから、もう1点は定型条項の変更ということについて、確認あるいは質問させていただきます。まず、これまであった部会資料75B、第3の5の提案との関係でいうと、(2)の部分(1)イの中にいわば繰り込んで新たに(2)を設けた、そういう理解でよろしいのでしょうかというのが質問です。

その前提でということになります。概要が定められている場合、条項準備者が定型条項を変更することをあらかじめ定型条項で定めているという場合とで、定めている対象がずれているのではないかと印象を持ちます。概要を定めている場合には、ある事柄についてこのように変更することがあるかもしれないということを定めているのに対して、新たに今回の2(2)で出てきているのは、そういうものではなくて、もっと一般的に変更することがあるということのように思いますが、そう考えたときに後者はこのような規律でいいのだろうかというのが二番目の質問というか、意見です。

それから、三番目、これが最後ですが、1の「合理的に予測し得ない事項に関する契約条項」についてなんですけれども、コンセンサスができるところを探そうということで、相手方に義務を課す者という切り分けをされたという御努力はよく分かりますが、関係官の御説明にあったように、これが典型的な例ということで、これについてならば確かにコンセンサスは得られるかもしれないと思うんですけれども、これは逆に狭すぎるのではないかと思います。

○鎌田部会長 事務当局から。

○忍岡関係官 まず、最初の御指摘ですけれども、給付内容についての変更が変更に関する規律から明確に抜けているのかというような御質問だったと思うんですが、中心条項について抜けているかどうかという議論がずっと前にあったと思うんですが、中心条項かどうかとか、給付内容がどうかというところで明確に規律を分けるということはかなり難しいと、中心か、附随かというところがはっきりとは分からないということがありましたので、今回、規律全体についてどういう規律であるか、その性質によって明確に規律の対象を分けるというところは考えていません。ただ、御指摘のように正に中心だと言われているような部分、あるいは給付内容だということを変えるためには、(1)で言っている合理的であるという、この要件が当然厳しく判断されることになると思われますので、それについては余りひどい変更というのはできないのではないかと考えております。

次に御指摘のありました変更の方の(2)のところですが、これについては新たに設けられたのかというような御質問だったと思うんですが、正に次に御指摘いただいたところと関連しているのですが、前の75Bの(2)で言っていた予想される変更の内容の概要と言っているものと、今の(2)で言おうとしている変更条項というのは違いまして、前の変更の内容の概要というのは、どういう場合で、どういうところが変更されるのかということまで書けば、(1)のただし書と(1)イの必要性などの要件が外れてくると、かなり緩いルートを許すということだったんですが、今回はそこまでは変更の内容の概要というところを定めることは難しいので、仮にもしそういうことが定められるのであれば、(1)イの考慮要素にするけれども、別のルートというところは改めては設けないと。ただ、(2)

で変更することがあり得るのだと、最低限、書いてあれば少なくとも（１）のただし書、そういう変更の内容の概要のところまでいかなくても、（１）のただし書だけは外れるというところを残してあると、昔の（２）の一部がなくなってしまったというようなイメージで考えております。

最後の四つ目で御指摘いただいた不意打ちのところですが、確かに狭すぎるというような御指摘はあり得るかとは思ったのですが、経済界あるいは実務界の方などの御指摘などで、このいわゆる不意打ち条項はかなり効果が強いと、かなり強烈的な規定で、合理的に予測し得ない、そして、要件に当たれば直ちに個別事情を判断することなく契約内容から外れてしまいますので、約款あるいは定型条項を使う者の側からすると、かなりリスクが大きな規律になってきます。そうなりますと、その対象が漠然としたときの萎縮効果はかなり大きいというようなことを強く言われております。それを踏まえたと、とにかく典型的に一番困っているところをまず外すんだと、それ以外のところというのは、当然、直ちに有効になるわけではなくて、不当条項であるとか、暴利行為などで対処していくと、そのようなすみ分けみたいなことをやっていかないと、少なくとも実務に対する影響が大きすぎるというような指摘を受けて、今のような規律になっております。

これで全てお答えできたか分からないのですが。

○鎌田部会長 よろしいですか、大村幹事。

○大村幹事 取りあえず、承りました。

○山本（敬）幹事 「定型条項の変更」について、今、大村幹事が指摘された部分について更に質問及び意見を述べさせていただきます。（２）が問題でして、確認なのですが、条項準備者がこのように契約内容を変更することができる旨を定型条項で定めた場合には、（１）のただし書を除くほかの部分の適用されるという前提なのでしょうね。（１）は全部適用されるけれども、ただし書部分は除くという趣旨であるということを確認させていただければと思います。

といいますのは、契約内容を変更することができるという定めを定型条項に書くことは非常に簡単にできることです。そして、定型条項が契約内容に組み込まれるかどうかは、今日の話題ではありませんけれども、前回、拝見した素案では非常に緩やかな要件になっています。私はその要件には反対ではありますが、仮にその要件のまま通ってしまいますと、このような条項を一言入れておけば、それが契約内容になる。しかし、契約をしながら、契約内容は変更できますという条項は、私は不当条項の典型例ではないかと思えます。その意味で、非常に問題のあるものをオーソライズするところがあるわけですが、ただ、今、確認したところによりますと、（１）が適用されるので、（１）のＡ、イ、取り分けイでしょうか、これが入ることによって、言わば自由に変更できるのではなく、ある種、この規定によって修正されるものとして、これは読まれるべきであるということなのだろうと思います。

それでかろうじていけるのかなと思ながらも納得できないのは、一言、簡単に変更できますと書いておけば、（１）のただし書を本当に外してよいのかという問題です。つまり、本来、契約内容を変えるのは個別の合意を得ないといけなく、それが實際上、困難である場合に限るというのが（１）のただし書だと思います。これを外してしまえば、非常に簡単に変更できて、あとは合理性審査が入るから不当なことにはなりませんよということになる。しかし、これは契約法理からすると、非常にイレギュラーなルールをここで入

れることになると思います。前回の案ですと、今、大村幹事が指摘されましたように、こう変更するということまで概要は示されているということでしたけれども、それすら要らないフリーハンドになってしまいますと、影響が大きすぎると思います。その意味では、（２）を規定することは慎重にというオブラートに包まれますから、端的によくないのではないかなと思う次第です。

○道垣内幹事 ただし書というのは、ア、イは含んでいないという意味ですね。そして、それは、法制執務として、「次に掲げる」というのがただし書に書いてあるのか、本文に書いてあるのかによって、そこまでを「ただし書」というのが変わってくるということを前提にしているのだと思うのですが、すごく難しいですよ。そこまで知っている人はそれほどいないのでして、どこまでがただし書かというのは、もう少し明確にした方がよいのではないのでしょうか。

○中田委員 ただし書を明確にしたほうがいいというのは私も同感です。その上で、（２）について私も山本敬三幹事のおっしゃったような印象を持ちました。

ただ、相手方が多数又は不特定であって同意を得ることが著しく困難である場合には、変更条項の内容を変更の合理性の判断要素とするという部分については、前回に出た案に対して様々な意見が出された結果、まとめられたということで、分かりやすく規定することは必要ですけれども、実質はこれであり得るのではないかなと感じます。

他方、相手方が多数あるいは不特定でなくて、同意を得ることが著しく困難でなくても、変更条項を入れておけば変更ができるという部分については、そういったニーズがあるということは理解できるんですけれども、山本敬三幹事がおっしゃったように、単にこの契約は変更されることがありますと言書けば、それでよいというのには違和感を覚えます。このように定めると、そういった定型文言を入れるというプラクティスが多分、発生することになって、しかも、そういったものも一定の法律効果があるという意味でオーソライズされるということの影響については、慎重に検討する必要があるのではないかなと思います。

そこで、このような場合に対処するためには、白紙で包括的に変更可能とするのではなく、例えば「（１）のただし書に当たらない場合であっても、なお、変更ができる」というように、（１）のただし書を排除することを明示することを要件とするという意味での限定を掛けるなどし、包括的な変更条項の有効性を正面から認めるということは、避けた方がいいのではないかなと思います。

それから、両者を通じてですが、いずれにしても包括的な変更条項が仮にその効力が認められるとしても、（１）のイの合理性判断のところでは、余り大きな意味を持たないんだよということを周知する必要があるのではないかなと思います。というのは、（１）のイでは変更条項があるときは、その内容を考慮するとなっておりますので、ですから、包括的な白紙で変更可能だということは、その内容を考慮すると非常に小さくしか考慮され得ないのではないかなと思いますので、包括的な変更条項を決して推奨するわけではないんだということは、是非、周知する必要があるのではないかなと思います。

○岡田委員 私も（２）のところで、ただし書以外のその下の部分は残るのだというところまでの解釈はできませんでした。山本先生とか道垣内先生の意見を聴きながら、私ができないのは当たり前なのかなと思ったのですが、これが適用されるという分に関しては安心しました。そうは言いながら、相手方が多数だとか不特定だからこそ同意が得られないからという

ので（１）があるのだと認識できますが、多数ではなくても、不特定ではなくてもとなると消費者紛争ではそういう規模の事業者の方が多いものですから、ただ約款を変更することがありますよという一言で一方的に変更されるというのは、余りにもひどいのではないかというのが私たちの意見でした。今、先生方がいろいろ意見を出していただいたので、是非ともこのところはもう少し分かりやすく、かつ、どちらかという相手方のことを考えていただきたいと思います。

○佐成委員 約款規制の民法への導入に対しては、従来から一貫して反対ということを表明してきましたけれども、それを前提に、まず今まで議論されております特に定型条項の変更について発言します。今もいろいろ御意見があったように、われわれの内部でも、山本敬三先生が今おっしゃっていた観点から、合理性審査だけで約款準備者が契約内容を一方的に変更できるという条項は、企業実務に深刻な影響を及ぼすので、これをB to Bに仮に適用されるということだと大問題であると、とんでもない話だということで、すごく憤っていた方もいらっしゃったくらい、相当反発が強かったということです。つまり、B to Bの場合には適用されないという前提であればまだいいんだけど、わずかでもB to Bに適用されるということになると、我々の中にも約款受領者の側に立つケースが非常に多いので大問題であるという強い反対がございました。

実際、B to Bの場合でも、約款条項を準備する側が非常に強いパワーを持っていて、そういう力関係の中で、我々のように比較的大手の上場企業が予め準備された約款を受領するというケースも結構あります。そういった場合、これは非常に危険な規定であるという、正に山本敬三幹事がおっしゃったとおりの認識が表明されておりました。ということで、こんなものが適用されたとんでもないというような意見は、恐らく企業実務家の中でも、約款を受領する側からすれば、これはとんでもない話だという認識は共有されているように感じます。特に合理性の基準だけで自由に変更できると、中身の合理性さえあれば一方的に変更できるというのはとんでもないと、B to Bの世界ではあり得ない話だということです。ですから、適用範囲の議論で今日現在までにはまだB to Bが完全には外れてはいないですけども、仮に今回の約款規制がB to Bにわずかでも適用されることになったら大反対であるという意見が、この議論の中でまず一つ出ております。

それから、これとはやや逆の方向性ですが、今回の約款規制についてはこれまでも結構ゆるゆるの立法提案をされているということなので、いっそのこともっとゆるゆるに考えていただきたいという方向性のご意見がございました。これは、どちらかという公共サービス系の方のご意見です。もちろん、私どもを含む公共サービス系の業界自体には元々、約款変更に関する種々の業法規制があるので、民法にこういった規制は必要ないという立場なんですけど、仮に民法にこれが入れられて二重にかぶって規制されてしまうのであれば、もっと緩くしてほしいという意見であります。つまり、B to Cの公共サービスを前提にした約款で複数のサービスをいろいろやっているところの約款については、幾つかのサービスのうちの一部を何らかの事情で廃止したいという場合があります。このように、一つのサービスを廃止する場合に、これを自由に一方的な変更という形で円滑に処理したいと、そういうニーズがあるので、そう読み込めるような形にしてほしいというわけです。これを解約の法理で処理されてしまうとまた面倒だということでございます。

それから、もう一つ、定型条項の変更に関しては、特にB to Bに適用されては絶対に困

るという先程の意見では、適用範囲の問題は改めて議論するとして、仮にB to Bに適用されるようなことになるのであれば、変更に伴うコストと、それに対する補償に関しては、規定上明示してほしいということも指摘されていました。要するに、何らかの合理性があつて一方的に変更するということであれば、ひとまずそれはそれでいいんだけど、当然、約款受領者側にもそれなりにコストが掛かるので、その部分については求償といいますか、当然のことながら約款準備者側に対して請求できるということを明文化してもらわないと、B to Bではとてもやっていけないと、そういう意見でございます。

具体的に言えば、例えば安全とか、あるいは衛生とか、あるいは法改正、それから、ISOだとか、そういった国際標準のようなものの変更とか、要するに、いろいろなスタンダードの変更に伴って取引に関わる諸条件が変更になる場合には、変更していかなくてはサプライチェーン全体が困るので変更していくわけです。けれども、それに伴って、当然、マニュアル・書式・伝票・IT・設備等を変更したり、特に大きいのはシステムですけれども、システムの変更がどうしても必要になるわけです。もちろん軽微なもの、大目に見ていいようなものについては、取引相手に対する一種の「貸し」として、今回は見逃そうと、目をつぶろうというようなものもあるかもしれません。けれども、全部、目をつぶるわけには当然いけないということです。ですから、B to Bに関しては特に当然補償の規定というものを是非入れていただきたいという意見であります。

ですから、当然補償が規定上明示されていないで、こんな合理性だけでゆるゆるに変更してしまうというのは、B to Cに関してはあり得るかもしれませんが、B to Bではとても飲めない。ただ、おそらく多くの方は、B to Bといっても公共サービスのようなものだけを念頭に置いて、このような立法提案の可否を判断しているんでしょうけれども、もし、そうでなければこの規定はB to Bに関する限り余りにひどすぎるという意見がございました。B to Bに関してですけれども、仮に今回のような規定が採用された場合に関しては、そのような反対意見が強く主張されていました。

まず、この論点に関しては以上でございます。

○道垣内幹事 佐成委員のおっしゃったことはB to Cも全く同じで、B to Cの場合はとにかくということにはなりません。

○佐成委員 約款変更に関して、バックアップ会議の中でこれまで議論の前提としてきたのは、専らB to Cであつて、しかも、B to Cといっても、どちらかというところ公共サービスであつたように思います。今回、我々の部会の中でも議論している前提になってきたのは、おそらく公共サービスのイメージが強いのかもしれないんです。つまり、非常に公共性があつて、非常に多数の者に公平かつ均一にサービスを提供することが社会的に必要とされる場合、そういう場合の約款変更に関する限りは、ある意味、やむを得ないというか、常識的に考えて当たり前のようなものについては仕方がないだろうという納得感は得やすいのかも知れません。だから、定型条項の変更というものの適用範囲は、仮に約款規制が民法に入れられたとしても、その中のある一部分でしか適用はできないのではないかと、公共サービスしか想定できないのではないかとというのが内部の議論でも意見としてありました。

ただ、翻って、公共サービスとして、我々の中には鉄道さんとか、NTTさんとか、私たちのガスの業界も含めてそうですけれども、いろいろありますけれども、どの業界も民法による約款規制は必要ないという立場ですし、各種業法規制を前提とする今のプラクティス

で十分なので、約款変更という、単にこのためだけに民法に約款規制を導入する必要はございませんというのが内部での意見でございます。ですから、立法事実として果たしてこれが本当に必要とされているのかというのは、疑問があるということでもあります。

○大村幹事 佐成委員の御発言の最後の部分の今のプラクティスというのはどういうものなのか、参考までにお聞かせいただきたいと思います。

○佐成委員 そもそも、B to Cの公共サービスについては、サービス受領者はいつでも何の負担もなしに自由に解約できる状態になっていることが大前提としてありますので、何か業法その他法令改正等に伴って約款の変更をする場合には、サービス受領者に対して一斉に変更内容を知らせる通知を送ったりしているのが、おそらく一般的だろうと思うんです。もし、それで不都合だという場合には解約していただくということは当然あり得ますし、基本となる公共サービスそれ自体にとってはほとんどの場合軽微なものばかりで、全ての方を対象に一律に変更するものですから、ほとんど皆様は無視というか、ほとんどクレームをつけたりとかはしていないのではないかと思います。逆に今議論になっているような形で何らかのコストが掛かる等の不利益が消費者側に出てきたりすれば、それは当然クレームになったりすると思うんですけれども、今まで一般的に約款変更というのをやっているのは専ら業法等が変更になって、あくまで業法規制の枠内でそれに伴って手直しをやっているというのが公共サービスでは通常だろうと思います。それから、そもそも約款変更は業法にのっとってやっておりますので、通常、公聴会なんかを経てやっております。例えば、ガス事業で言えば、約款の変更は経済産業大臣の認可が必要で、しかも三週間前の予告をもって公聴会を開いて、学識経験者等を含む、広く一般の意見を聞かなければならないことになっているので、そこでいろいろな意見が出ておりますから、個別の問題になるなどというのは私は聞いたことがないということでございます。

○山野目幹事 変更の方の御議論が一区切りしたのであれば、1の不意打ち条項の方について大村幹事から御論及があったのみですから、意見を申し述べさせていただきます。

初めに事務的なことですが、12ページの囲みの一番下にある墨付き括弧で、第3ステージ、第83回会議とあるのは第85回会議とすべきの誤りでしょうか。後で御検討いただければと思います。

それで、不意打ち条項につきまして相手方に義務を課するという文言とすることで、広く賛同が得られるような提案に調えようという努力をされたことは、よく理解することができました。私なりに感ずるところを申し添えますと、何をもって不意打ちとするかを判断する比較参照の指標が明確にさえなっているならば、相手方にとり不利益となると表現しても、義務を課すると表現しても、解釈運用の適正を期することができるものであり、本質的に大切なことは比較参照の基準が明らかであることであると考えます。

義務を課するということについて申しますと、本当は権利を制限するという文言が対になって入っていることが美しいと考えますし、そのような意味で、私も大村幹事がおっしゃったように、これを見ていろいろ感じる人がいるでしょうとおっしゃったうちの感ずる一人です。ただし、それと同時に、それがなくても恐らく解釈で、相手方に権利制限を忍ぶ義務を課することを問題視するというロジックで対応することはできますから、大切であることは何が元々の義務のない状態であるかを明らかにし、それにもかかわらず、そこで義務が課されていると見るかどうか、比較参照の指標に即して判断される必要があります、そういう

意味では、素案で示されている文言の中の、契約の諸事情及び取引通念に照らして、というところの重要性が改めて注目されるべきであろうと考えます。

御提示の不意打ち条項については以上のように感じますが、なお、本日、議題とされておりませんが、むしろ、不当条項規制につきまして、第85回会議で審議された部会資料75Bを拝見する限り、比較参照の基準が明らかでない案文があつた際、提示されていたと記憶しております。この点は今後、検討が続けられるべきであると望むものでありますから併せて申し添えます。

○大村幹事 山野目幹事の今の御議論は、この案が通った後の解釈論として興味深いものとして拝聴いたしました。これが通った後ならば山野目さんの解釈に全く賛成です。その場合には相手方に義務を課するという部分には、権利を制限するだけでなく、条項準備者の義務を免除するあるいは制限するといったものを読み込めるという解釈を展開するということになると思います。そういう解釈含みであるのなら異論はございません。

○鎌田部会長 事務局から何かありますか。

○村松関係官 今日、二つの論点について、それぞれ厳しい御指摘を頂いておりまして、まず、定型条項の変更の方ですけれども、読みにくいという点は申し訳ございませんとしか言いようがありませんが、趣旨は「ただし」以下の部分のみが適用されませんという文字どおりであつて、最も大事なアとイはかかりますという部分は大前提でございます。あと、定義の部分は次回にもう一度議論するということになりますけれども、純粋なB to B取引、本当に大企業同士で行うようなものが典型ですけれども、そういう種別、そういう種類の取引については交渉が予定されていると言わざるを得ないだろうという認識でいますので、その部分は入らないように整理するという前提で、この定型条項の変更の部分も見えていくと、それは先ほどの労働契約も同じですけれども、まず、入口で仕切られる。

その上で、定型条項の変更に関しまして、今、現状では(1)のただし書が付いており、そこでは足元、変更があるその場面において相手方が多数あるいは不特定であつて、更に個別に同意を得ていくことが著しく困難であるというかなり厳しい要件を掛けています。この部分について先ほども御紹介がありましたけれども、経済界の方からは不合理な点もあるのではないかと指摘があり、前回も部会で御審議いただきましたけれども、一定の方は確かにそうかもしれないということで、賛意を示されるという部分もございました。

元々、定型条項を用いた取引自体がどういう取引かといえば、基本的には相手方が多数であつたり、不特定であつたり、画一的な契約をするというのが合理的だと認められる取引であるというのが出発点でありますけれども、それに加えて、足元、足元での多数や不特定というものを更に個別同意が著しく困難だということまで、常に要求するというのはどうかかと。そもそも、ただし書を取ってはどうかという御指摘もありましたけれども、今回はただし書を直接取ることまではいかずに(2)の部分ですけれども、変更を行いますということが約款、定型条項中に示されていれば、そのただし書の足元、足元で多数や不特定、更には著しい困難性といった要件を要求することはやめよう。

そういうものすら入っていない、つまり、契約書面を見ましても全く約款の変更が行われるということがうかがわれない。そういうようなものについてはただし書の要件まで必須であろうというふうなバランスも、一つのバランスではないかというのが提案の趣旨でありますし、繰り返しになりますけれども、そうであつたとしても、アとイの要件というのは具体

的に掛かるというのが前提ですので、定型条項の変更はかなりドラスチックな内容だという御指摘を頂いていますけれども、他方で現在の契約実務、現に約款の変更は事実としては行われているのだと思います。

実務界においては、ということになりますが、相手方が実は契約の変更の効力を受けていないと思っておられる方は、余りいらっしゃらないということだと思いますので、そういった内容でこの変更のルールを設けてはどうかということで、繰り返しになりますが、ただし書の部分の規定を適用しないという表現は非常に読みにくくて申し訳ないところでございましたけれども、趣旨は今、申し上げたところでございます。

それから、不意打ちにつきましても先ほど山野目幹事もおっしゃいましたように、実は義務を課すという言葉で表現しようとしていた、何との対比で何が制限されている部分にはここには捉えない、だけれども、そうでなければここの中に入ってくると、正にその部分が大事だということは認識はしておりまして、確かにおっしゃるようにその点を詰めていきますと権利を制限し、義務を課すと、それはしかもこういう内容のものであるということを明確にしていけばいいのかもしれないという気もしつつ、取りあえず、今回は義務を課すという表現の中で、部会資料の13ページの下の方にあるような一定の類型のものをここから外しまして、別の規範で見ていくということにはどうかということにしていますけれども、実質はそういう意味である程度、念頭にありますので、それをもう少しどのように表現したらいいのかという部分は、なお検討していきたいと思います。

○佐成委員 今、村松さんがお話になったところで、まず一つ、あたかもB to Bは全て外れるというようにいささかミスリーディングなお話をされておりましたけれども、B to Bでも、仮にそれが大企業間であったとしても必ずしも全て個別交渉しているとは限らないんですよね。一つの企業が大量にものすごい数の様々な約款を受領する場合はいくらでもあります。実際、流通業・小売業なんかは特にそうですけれども、そういったところで交わされている約款といいますか、そういったものは個別交渉のない一律のものでありまして、しかも、その中には非常に細かいことが一杯書いてあるわけで、衛生上の問題だとか、安全上の問題が一杯書いてあるわけです。それらをいちいちチェックしたり、交渉したりはしません。それらの場合に個別交渉をしないのがもちろん前提になって実務が行われているのですから、それらのB to Bは、まだ完全には外れていないと思います。それらも当然、今回の議論では適用対象から明確に外していただかないと困るというのが相当強く出ているということは、まず指摘しておきたいと思います。

それから、不意打ち条項に関してですけれども、不意打ち条項に関しては非常に緩くしていただいたと感じました。しかしながら、ゆるゆるであるということで、先ほどB to Bに適用されると困るという意見の方は、不意打ち条項に関しても相当懸念を表明されておられました。B to Bであっても、一つの企業が大量に様々な約款を受領する場合に、それらをいちいちチェックしたり、交渉したりはしませんから、B to Bにこれが適用されるのであれば、こんなゆるゆるでは非常に困るので、是非、B to Bには適用されないようにしてほしいと、そういうことであります。逆に、これをさらにもっとゆるゆるにしたいという側の論者の方も我々の内部にはおられて、「合理的に予測し得ない」という部分も不満で、更に緩くしてほしいという意見でした。具体的には「予測することが著しく困難である」と、そう修正していただければ更に有り難いと、そういうような意見を頂戴しております。

それから、「相手方に義務を課す」というところについては、先ほどいろいろ解釈論的なお話がありましたけれども、不作為義務を課す、要するに使用を制限したり、何らかの給付の内容を制限するようなものは不作為義務を課すとも読めるんだけれども、それは含まれないように明確にしてもらわないと、実務に相当影響してしまうということは指摘されておりました。そのため、内部ではそのような解釈の余地がないようにするべきだと相当念を押されております。ですから、「相手方に義務を課す」というのも極力限定的な文言にしたいと思います、そういう意見が内部では強くあったということを報告いたします。

他方、これがB to Bに適用されてしまつては、受領者側として非常に困るという意見の方は、そもそも、そういった「相手方に義務を課す」といった程度の、こういった限定的な規制では逆に非常に困るというようなことを言っておりますし、私自身もどちらかというところ「相手方に義務を課す」とか「相手方に不利益を与える」とかいう、このような限定を付けることが本当に必要なのかというのは疑問を感じております。特に部会資料を拝見しますと、受領者側の救済を不当条項規制の方に全部持っていつてしまうような話のようにも読み取れるわけですが、そうすると不当条項規制が非常に大きな範囲で活躍するのかなと思います。

内部で議論したときには、ここはむしろ説明義務の問題として処理すべきものではないのかという指摘もありました。でも、説明義務の問題となりますと、約款規制の文脈ではむしろ不意打ち条項の問題として取り上げるべきではないかということでもありますので、適用範囲にもよりますけれども、「相手方に義務を課すものであるとき」という限定は、かなり限定的に過ぎて、妥当ではないと思います。例えば何らかの給付に隠れた制限条件を付けてあったりとかした場合、具体的には、何らかの期間制限があつて、あるときまでは行使できるとかサービスを受けられるとか、例えば1年間だけ有効で、その後は給付が消えてしまうとか、そういうようなものもこれには含まれないということになってしまい、非常に限定的で、本当にこんなので大丈夫なのかというような問題も指摘されていたかと思います。

ということで、「相手方に義務を課すものであるとき」というのは、非常にゆるゆるにしたいという立場の論者の方からは非常に受けはいいのですけれども、他方、受領者側になって、万一、B to Bに適用された場合には困るという人には、こんなに限定的なものならば、むしろ、これはないほうが良いというような御意見を頂戴しております。

○大村幹事 先ほど2のただし書がどこまで及ぶのかといった規定の作りに関する御指摘がありましたけれども、それに似た話なんです、1と2の関係についてお伺いしたいと思います。山本敬三さんから先ほど2の(2)は、通常の契約からすると考えられないというお話がありましたが、このような規定があることによって、一方当事者は事後的に義務を課される可能性がある、これは不意打ち条項に当たるように思います。そういう理解なのでしょうか、それとも、当たらないという理解なのでしょうか、当たるけれども、2の(2)によって不意打ち条項の規定は適用されないという御理解なのでしょうか。

○村松関係官 御質問の御意図がよく分からない部分があったけれども、2の(2)の規定を置いていますので、こういった条項は文字どおりは使えずに、2の(1)の限度で効力を有するというを法律で明文で決めています。そうすると、その限度のものは法律でも予定している事項でもあり、両者の関係を見ると、基本的には不意打ちには入ってこないということなのではないかとは思いますが、最終的にはもちろん契約の種別によつ

てというところは出てき得ると思いますが、今現在、捉えようとしている純粋なB to B取引みたいなものとは違う、いわゆる約款取引と言われるようなものを前提にすると、恐らく直ちに不意打ちだという判断は何となくなさそうな気がしておりまして、いずれにしても2の(1)の限度の範囲内で、変更が行われるかどうかというような枠組みに乗ってくるというイメージでいましたけれども。

○大村幹事 私が伺ったのは2の(2)で、定型条項においてかくかくしかじかの場合にはと書かれているけれども、それは当該条項が有効だという前提であらう。当該条項が不意打ち条項に当たるのならば、それは約款の中に取り込まれないということになってしまうので、(2)の適用の基盤というのが失われるのではないかという趣旨だったのですが。

○村松関係官 その趣旨でお答えしたつもりではいるんですけども、基本的にはそもそも法律でそういった2の(2)のような定めについては、一定の有効性を与えようという方針は示していますというのが1点、それから、今の約款を使う取引では、こういった条項が置かれていることも事実なので、そうすると、1の取引通念等に照らして合理的に予測し得る、し得ないという要件との兼ね合いでは、私の想像するところでは基本的にはここでは当たらない、つまり、不意打ちには当たらないという判断になるのかなと思っておりますということです。

○山本(敬)幹事 先ほど最初にお伺いしたものと重なることなのですが、2の(1)のただし書は(2)については適用されないということですが、2の(1)のただし書というのは相手方が多数であり、また、不特定であるという場合でして、このような場合であれば、必要が生じれば契約内容の変更が、継続的な契約であれば変更が必要になってくるということは、合理的に考えると予測できるかもしれないのですが、それも怪しいところはあるのですけれども、しかし、そういった事情が特にないけれども、一方的な変更ができるという条項は、通常、予測できないのではないかと。とすると、不意打ち条項に当たるのではないかとというのが、大村幹事の指摘されたかったことではないかと思います。

その意味では、(1)がいずれにせよ、適用される。だから、そう明示されていなくても、一方的に変更できますと書いていても、それは飽くまでも相手方が多数、又は不特定である場合に限られると常に修正的に解釈されるのであれば、それは契約内容に取り込まれると見てもよいのではないかと、まだ答えられるかもしれませんが、(1)のただし書が外れてしまっていると、そのような説明も難しくなるのではないかとというのが、大村幹事の御指摘を私なりに読んだところです。

ただ、私自身が申し上げたかったことはそれだけではなくて、最初に申しあげましたように、契約をしたのに、その後で契約内容を相手方が一方的に変更できるということは驚くべきことであって、それが何か当然に契約内容になり、有効になり得るという前提を採ること自体が私に問題ではないかと思います。もちろん、(1)のア及びイがある、取り分け、イがあるので、合理的な内容なのだから受入れ可能だろうと考えておられるのだらうとは思いますが、内容が合理的かどうかにかかわらず、私の同意もなく一方的に変えられるということ自体は、本来は不当条項のはずであって、それをオーソライズしてしまう可能性がある。そこが問題なのだろうと思います。

お答えになっているのは、あるこういうことが起こり得る取引を想定しておられるのですけれども、このまま条文になりますと、取りあえずこのような条項を入れておけばよいわけ

ですから、非常に便利な条項になりかねません。そのような使われ方をするおそれが十分にあることが予想されるときには、極めて危険な可能性があるものとして、慎重に考えないといけないのではないかなというのが私の一番申し上げたいことです。

○村松関係官 すみません、私の方で大村先生の御指摘のご趣旨をよく理解できなくて、（１）のただし書の要件が付いているがためにおかしく見えるという御趣旨であれば、２の（２）で２の（１）のただし書を外すという、この部分が問題であるということであるとすれば、正に２の（２）のような規定を設ける必要があるのかどうかという問題でして、そこについて決着すれば不意打ちうんぬんは余り議論しなくていいのかなと思っておりましたので、余り思いが至りませんでした。

山本敬三先生からの御指摘も、おっしゃっていることは半分は確かに２の（１）のただし書を外すことによって、多数や不特定だという要件が外れる局面で、変更ができていいのかという問題のようにも聞こえますし、ただ、山本先生がおっしゃっているのを伺うと、ある意味、契約が一方的に変更できないのに、そんなことをやっていいのかというのは、相手方が一応多数になりましたといえ、本当にそれでいいのかという部分もあるような気がしてはおりまして、その部分に対する答えは定義のところでもう一度ということになるかもしれないけれども、この種の取引の特殊性なんだということで説明というか、正当化を根拠付けるといえるのかなという気はしています。

その考え方を推し進めていけば、確かに２の（２）のような、こういう条項を設けた場合に一定の効力を付与するということすら無駄であって、つまり、何も書かなくたって定型条項の取引に入ったら変更ができる。これで終わらせるというのもすっきりしていて、そうするとどうなるかという、２の（２）のような条項は置く必要すらなくて、置かなくたってできますよという話になるような気もするんですけれども、ただ、私はどうもそこまで一気にいくのもどうなのかなということで考えたというところなんです、しかし、そもそも、相手方が多数や不特定でないというような場合、あるいは多数であっても頑張って同意を取ればいいのではないかという場合には行った方がいいと、取りに行きなさいということでない、契約法理として説明がつかないということであるとすると、正直、今の実務、特に典型的には約款取引の実務をうまく法的に位置付けるのは、難しいような印象も抱いてはおりますが。

○内田委員 契約の一方的な変更というのは極めて例外的で、本来はおかしいことだという山本敬三さんとか、あるいは大村さんもそういう認識だと思いますが、それを私も共有しております。本来はあり得ない話だと思います。ただ、前提となる現状認識として、現実には変更は非常に多数行われています。変更条項が常にあるかどうかは分かりませんが、かなり様々な契約類型において変更が行われていて、それについて、今、全くルールがないという状況にあるわけです。それに対して、不合理な、余りにも変な変更は元々できないのだということが分かるような何らかのルールが必要ではないかというのが、前提の問題意識だろうと思います。

その上で、２の（２）の変更できるという条項を入れると、何か、それがオーソライズされて自由に変更ができるかのような印象を与えているようなのですが、私の理解では、いわゆる不当条項の規律は当然及んでいて、原案の不当条項の規律は現状を変えるものではありませんので、現行法の下で信義則や公序良俗といった一般条項を使って裁判所で判断してい

る水準で、この変更条項についても当然にコントロールが及ぶ。

これについての裁判例は、私は具体例をよく存じませんが、裁判になれば、契約の中心的な給付について勝手に変えられるなどという条項を有効にするということは考えられないと思います。当事者がこの給付があるから契約したのだと思っているものを相手が勝手に変えられる。そんな条項は有効にならないだろうと思いますので、当然、そういうコントロールが及ぶことが前提です。これは新たな規制を掛けようというのではなくて、現状のそういうコントロールが及んでいるということを前提とした上で、有効とされた変更条項がある場合の規律です。しかも、変更条項があれば自由に変更できるという話ではありませんで、これだけの要件がクリアできなければ、変更条項があっても変更できないのですということを示すということなのだと思います。

この変更ルールそのものは変更条項が必要であるとは言っていないので、変更条項がなくても変更できるわけですが、ただ、変更条項がない場合には、相手が多数、不特定で、同意を取ることが著しく困難であるということが要件になる。これに対して変更条項が入っていて、しかも、不当条項のコントロールをきちんとクリアした変更条項が入っているということは、つまり、契約がある程度、長期間、継続することが見込まれ、途中で法令が変更されたり、様々な事情の変化があつて、契約条件を変更する必要があるということが組み込まれたタイプのビジネスであり契約であるということなのだろうと思います。そういう場合においては、たまたま、ある時点において顧客の数が減っているとか、あるいは顧客が特定できるということがあったとしても、全部の同意を取れということにはならない。その代わり、顧客の利益に適合するかとか、契約の目的に反しないかとかいった合理性の判断をきちんと経た上で、変更が有効かどうかを個別に判断をしていく、そういうルールなのだと思います。

文言だけを見ますと、変更することができる旨を定めておきさえすれば、何か非常に今より楽に変更できるかのような印象を与えているのかもしれませんが、現実には、現に行われている変更について合理的な規律を導入するということに主眼があるのだと理解しております。

○佐成委員 今の内田委員の御発言で、現行の変更プラクティスに合理的な根拠を与えるということですが、業法規制のある公共サービスの場合ですら約款変更には公聴会等の厳格な手続があるのに、一般の場合にまでこれぐらいゆるゆるで入ってしまいますと、問題が大きいと思います。要するに合理性で判断する、あるいは必要性だけで判断することになるのは、先ほどもB to Bに関して特に申し上げておりますけれども、問題があります。少なくとも一般のB to Bに関してはサブジェクト・トゥ・コンペンセーションというのが基本になっておりますので、単純に安全上、衛生上、合理性があるとか、必要性があるんだとか、法令等が改正されたからとか言っても、約款受領者側に対して「全て約款変更に伴うシステムのインターフェースに関する変更コストは全部御社が負ってくれ」とか、そういう話にはなり得ないわけでありまして。にもかかわらず、仮にこういうものを明文化してしまったことによって、そういうようなことで何となく約款受領者側が一方的に押し切られて、コストを押し付けられてしまうというのは非常に困るということです。そこら辺も十分に御配慮いただかないと困るということです。ということで、先ほども申し上げましたが、B to Bは是非外していただくということでない、とてもやっていけないと感じておりま

す。

○大村幹事 先ほどの内田委員の御説明はよく分かります。基本的な認識は私も内田委員と同じです。現行の取引実務において変更と称されているものが確かな基礎付けを欠いているのではないかという認識を持っています。一方的な内容変更条項が有効になることはないという2の(2)に関する認識についても、内田委員と全く同じであります。そのことを前提に立案していただくということであれば結構かと思えますけれども、ただ、文言上はそうは読まれない可能性も十分にあると思います。先ほど岡田委員からなかなか読むのが難しいというお話もありましたけれども、内田委員と関係官のご理解は、私がいま指摘した2点について必ずしも一致していないように思いますので、そのところを統一していただきたいと思っています。

○山川幹事 議論を伺っておりまして、今の内田委員のお話も伺いまして、労働契約の就業規則の議論でも内田委員の御著作からいろいろ影響を受けているところですが、それを想起したところがございます。就業規則で言われておりますのは、ある意味で先ほどの佐成委員の現行のプラクティスの説明になるかもしれませんが、就業規則を変更してもその会社で働き続けるというのはそれに黙示に同意しているんだと、そういう構成がこれまでなされてきたかと思えます。クレームをつけた人については、それとは別に拘束力を持たせることを労働契約法で就業規則に関しては決めたということになります。個別の労働契約についてはそういう規定がないものですから、先ほど村松関係官のお話で、交渉が考えられるような大体的場合はお話のようになるので安心した次第ですが、しかし、定型条項に該当する場合がなくはないとすると、山本敬三幹事の言われたような御懸念を私も共有したところがございます。

一つ、就業規則の場合は、労働組合との交渉の状況を合理性において判断要素とするというプロセス的な発想を入れているところがございます。今回の案は、ただし書があるかないかということになっていまして、ただし書が原則として課されていて変更条項を認めると、この要件が一举なくなるというようなことで、佐成委員のおっしゃられたことも、プロセス的に同意を得ることが著しく困難であったかどうか、つまり、それまでにプロセスをどう果たしたかといったことが、要件の中で全くゼロになってしまうのではなくて、合理性の中身として、例えば重要な要素になるとか、そういうようなルートもあるのかなと、就業規則との関係では考えた次第であります。ただ、労働契約法はそういうルールを就業規則に関して認めているということで、労働契約の話とは別に感想として抱いた次第です。

○中田委員 先ほどの内田委員の御発言は、大村幹事もおっしゃったように私も非常によく理解できます。ただ、その上で包括的な無条件に変更可能だという条項が一般化する、プラクティスになるような方向に誘導しない規定であることは、考慮する必要があるのではないかと考えております。

○高須幹事 大変真摯な議論を伺っておりまして、いかにこの問題が難しいかということを改めて実感した次第でございますが、ただ、いずれにしても以前からずっとそうなのですが、今日の議論を踏まえても約款というのは、今の取引社会において極めて重要な問題だということは多分、共通認識なのではないかと思えます。うちの業界では約款を使っていませんのでどうでもいいですというような意見が今日、一つも出なかったというのは、等しく社会のルールとして、今、約款という問題が存在しているということの証左ではないかと思えます。

そうだとすれば、それについての規定を一定の枠組みの中で設けていこうという今回の改正の方向性というのは、ニーズのあるところに法律を作っていこうという本来の立法の趣旨からすれば必要なことであり、正当な試みなのではないかと思います。

佐成委員から大企業でも、もちろん約款を使っているんだという御意見があつて、私もそうだと仕事上でも思っておるんですが、また、立場の違いによって約款の問題は争いがある場合があるという御指摘も、そのとおりだと思つていますが、規律がない場合に、そのときにどうやって処理をされているのだろうかというやや素朴な疑問を持っております。そういうときのために何らかの指針があるということ自体は、決してマイナスではないのではないか。作り方が悪いと言い出したら、今の限られた時間の中でこれだけの議論をしているわけですから、完璧なものを作れるということではないのだろうかと思います。そこはいいものに作り直していくという努力を更に続けていけばいいのではないかと思います。司法というのは法律があるだけではなくて、それを運用するという場面で、その判断というのが一定の役割を担っているということでもありますので、妥当な結果というのが今後の運用の中でも図られていくということも期待できるのではないかと思います。

そこまで考えますと、今回、非常に難渋しているわけですが、約款問題は一つきちんと規律を設けて、現在の社会にふさわしい法規範を今回の民法の中で設けていくということは、大事ではないかと思う次第でございます。是非とも今回、この御苦勞いただいた提案内容を大切にしていきたいと思います。今日、皆さんからすごく御提案の内容に対して批判的な内容が出ているんですが、多分、それは健全な議論をするために、ただ、美辞麗句を並べるのではなくて、まずいところはまずいと御指摘したんだということだと思いますので、その御苦勞の跡は十分にうかがえると思いますので、ここまで作っていただいた御提案の趣旨を十分にいかしていただいて、更に残された限られた時間の中でいいものを作っていただいて、あとは私どもがそこをどう捉えるかの問題ではないかと思う次第でございます。

○大村幹事 高須さんに全面的に賛成です。

○佐成委員 高須幹事の方から、私ども経済界にもニーズがあるのではないかというようなおもんばかった発言をされましたので、それについては一言申し上げておきたいと思います。私どもは当初から一貫して民法による約款規制には反対しているわけですから、抽象的なニーズを云々するならともかく、現実の差し迫ったニーズなどはないということなのです。ですから、本当に、ひたすら「ありがた迷惑」ということに尽きます。これが入ることによって企業実務の現場が非常に困るということなんです。経済界の中も非常に意見は割れておりまして、B to B、B to C、いろいろな形のものがあつて、こんなものを抽象的に一律に入れられるといろいろな人が実務の現場で非常に迷惑をするということで、やめてくれというのが率直な経済界の願いであります。

○松本委員 いろいろな人がいろいろな意見をおっしゃって、佐成委員は一人で両極端な意見をおっしゃったような気もするのですが、それは産業界を代表されているからだと思うんです。それぞれの委員の方はそれぞれの想定されている約款のタイプが背景にあるのではないかと、そういう立場からこうこの場合は不当だという御意見が出ているんだと思うんですね。

私が話を聞いていると、それぞれの論者の言っていることは、それぞれ一理があるという感じがいたします。結局、想定している約款のタイプ、どういう取引で使われているどういうものか、そして、それが特に変更の場合なんかには一番影響が出てくると思うんですけれ

ども、そこが違うから、それぞれ妥当なことを言っているんだけど、結論的には全く逆のものになっているという印象を受けております。そのようなものをなおより抽象的なレベルで一本化する努力がもし可能ならば、事務当局でやっていただきたいわけですが、それができないということであれば、佐成委員がおっしゃったようにルールにしないで、今の混沌たる状況のまま、判例の判断に任せようというのもあり得るかもしれないけれども、比較的まとまりやすい消費者契約のところでもう少し具体的なルールをとというのが適切な落ち着き所かなという気もいたします。その辺りは事務当局の方にもっと知恵を絞っていただいて、B to B、B to Cを問わず、一律にこうだと、誰も反対のしようがないようなルールができるのなら、そのように努力していただきたいと思いますが、できないのであれば少しスケールダウンというのもあり得るのかなと思います。

○高須幹事 皆さんの御意見を踏まえてむしろ正論だと思っているんですが、法律を作ることの重要性というのをもう一回、我々は認識すべきだと思います。今、約款の問題について規律がなくても運用できている中にはもちろん、そういう皆さんの努力があって社会の中で約款を使っているような取引について、ほころびが出ないようにいろいろな努力をされている結果、その努力している皆さんがここに集まっていろいろな議論を尽くしているので保てているんだと思います。

ただ、松本先生が今、混沌とおっしゃったように、このままだと混沌なわけですから、混沌の中から誰が何を言い出すか分からないという状況は決してないわけではなくて、裁判所も、あるいは弁護士も現在は節度を持って運用しているんだと思いますが、例えば本当に規律がない、合理がないこの種の取引は有効なのか、約束していないんだから無効だよという判決が出ないとは限らない状況なわけですから、約款のルールはきちんと法律で定める、できるところだけでも定めるというのがあってしかるべきだと思います。大変だとは思いますが、何とか頑張っていただければと思います。

○山本（敬）幹事 定型条項の変更にしましては、私はコンセンサスが得られている部分があると考えています。といいますのは、（１）のただし書は、定型条項一般の規定にはなっていないのです。そうではなくて、相手方が多数、あるいは不特定である場合で、全ての相手方から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きに関するルールになっているのだと思います。

つまり、定型条項ないし約款一般の規定ではなく、このような場面についての規定である。このような場合には、何も規定がありませんと、今、現実には変更が行われているけれども、本来は変更できないはずである。しかし、こういう場合であれば変更ができるということは、明示されないと本当は不安定のはずだと思います。そこを明確なルールを示すことによって、それに従ってすれば、必要な場合であるこういう状況下においては変更ができるということ、高須幹事がおっしゃるように、法律で明確に定めることは必要ですし、この限りにおいては、経済界においても必要性は認められるのではないかと思います。

定型条項や約款一般の話をしているのではなくて、おっしゃっているような公共サービスに当たるような場合は、ただし書に入ってくるのではないのでしょうか。そのような場合についてのルールとして定めることは可能だと思います。（２）のようにそれを広げようとなってくると意見が分かれてくるわけですが、（１）の限りであれば私はコンセンサスが得られるのではないかと思います。もちろん、御異論は出るのかもしれませんが、

規定がない状態というのは、本来、変更できないのだと思います。それをできると考えておられるのが私は間違いではないかという気がします。

○佐成委員 まず、山本敬三幹事が今おっしゃった点に関してなんですけれども、確かに公共サービスに関しては変更の合理性というのは非常にあるだろうと、そこはコンセンサスが得られるのではないかとおっしゃるところは非常に理解できる場所なんです。しかし、他方で、そういった公共サービスに関しては業法規制というのがきちっと掛かっているというのが現実です。つまり、約款がそもそも個別の交渉なしで契約に組み込まれるというのは、そういう何らかの内容規制がきちっと掛かっている、あるいはそういう内容の合理性について信頼が置けるという状態が前提になっているのだらうと思います。ですから、そういう信頼のないような一般的な約款についてその一方的な変更を本当にゆるゆるの規制で許していいのかというのは、非常に心配なところがあるというのが一つございます。ですから、仮に業法規制が掛かっているので二重規制になるという、そういったコスト面での問題はひとまずおきましても、それを一般化してしまうといった辺りは問題があるだろうと感じております。

それで、私が発言しようと思ったのは、先ほど松本委員がおっしゃっていたところで、これは非常に私も共感するところであります。今まさに、消費者契約法の見直しが施行後10年以上たった中で、約款法学を御専門とする河上正二先生が消費者委員会の委員長に御就任になって、今まさに、議論されているところでございます。もちろん、そちらでは、こちらの部会とは異なって、非常にしっかりと具体的な立法事実をきちっと踏まえて消費者被害の状況もきちっと具体的に踏まえつつ、きちっとやられていると思っています。だからこそ、約款内容の信頼性・合理性の担保をきちっと踏まえた上で厳しい規制を考えておられるんだらうと思います。経済界にとっては非常に厳しいものになるかもしれませんが、むしろ、そっちの方が議論の筋は良く、経済界にとってもきちっとした合理性のあるものであれば、受け入れることは十分可能だと思うんです。民法に一般的に抽象的に入れられるというのは、非常に弊害が大きくて困るということだけは申し上げておきたいと思います。

○山野目幹事 松本委員から、いろいろ難しい議論があることから約款に関する規律の適用範囲を消費者契約の方に限定するということこそそろそろ考えることもあり得るかもしれないという御意見が出され、スケールダウンという言葉とともにおっしゃったと記憶しますが、でも、おっしゃったことを今、佐成委員が拾われて大いにあり得るとおっしゃいましたが、何か民事訴訟の証拠共通の原則みたいなもので、相手が言ったことを援用して、こちらの方に用いるという感じですが、多分、おっしゃっている意図は全然異なっていて、松本委員は正にスケールダウンという言葉をお使いになったところから真意がうかがえるとおりの、消費者契約の領域に限局することが大変いいことであるというおつもりでおっしゃったものではないと受け止めました。出てきたところの帰結のところについて、大いに共感を感じると佐成委員がおっしゃったそのお気持ちも分かりますけれども、お二人が思っていることは全く違うものであろうと受け止めます。

その上で、しかし、佐成委員の今日のいろいろな御発言を伺って、約款の問題を引き続き経済界との入念な対話の上に進めていかなければいけないということも痛感しました。一つ前の佐成委員の御発言で、迷惑だとかおっしゃった部分ではなくて、その御発言で経済界の中も割れているとおっしゃったところが私にとっては非常に記憶に残っていて、その見方を十分に踏まえた上で、今後の約款の議論を進めていくとしますと、例えばある部分について

は事業者間の契約には一定の規律は適用しないとか、行政庁のコントロールが及んでいる契約約款の領域についてはある規律が適用されず、若しくは変更されて適用対象になるといったようないろいろな工夫の仕方があるのではないかと感じます。

それから、事業者間契約の場合には外してもらわなければ困りますと、何度か佐成委員が今日おっしゃった部分についても、例えば約款の変更のルールというものは、これから更に事務当局が今日の議論を引き取って詰めていかれると考えますし、ここで示された約款の変更のルールと異なるものを入れることはいけないなどとはまだ何も決まっていないのですから、さらなる検討の結果を踏まえる仕方です。実務の方が何か対応していただくということもあるのかもしれませんが。いずれにしても、消費者契約のところにスケールダウンするというような方向にいくのではなくて、引き続き経済界のお考えになっていることとの間のきめ細かい対話の上に、約款に関する論議を深めていくことが重要ではないかと感じました。

○佐成委員 先ほどの私の「割れている」という発言を山野目幹事が引用されたんですが、「割れている」の趣旨は、どの論者もあくまで約款規制の民法への導入には反対であるという大前提は全く変わっていないんです。けれども、要するに約款受領者側の視点で見て、これはゆるゆるだからもっと厳格化するべきだという事業者と、約款作成者側の視点を重んじてもっとゆるゆるでもいいのではないかとという事業者とがいて、提案されているこれらの規定に関して、全く方向性が違うような意見を述べ合っているという、そういう意味で割れているということでもあります。ですから、約款規制の導入に我々の中で賛成であるという意見があると、そういうことで割れているという意味ではないということでございます。飽くまでゆるゆるにしたいのか、もうちょっと厳格にしたいのかというところで割れていると、そういうことです。それはどのような種類の約款を前提にイメージして議論するかということと、それから、自分が主として条項受領者になるのか、条項作成者になるのかというところで議論が相当紛糾しているというのが内部の議論状況でございます。ですから、私もなかなか、それをまとめ切るのが難しいなとは感じております。

○中田委員 松本委員の御発言と佐成委員の御発言の意図が違うだろうというのは、山野目幹事のおっしゃるとおりだと思います。ただ、松本委員の御提案を入れるとすると、消費者概念をここに取り込むということが必要となってきますが、それに対しては多分、経済界は大反対されるでしょう。そうすると結論としては民法に規定を置かないという方向になっていくのではないかと思います。私は民法に規定を置くべきだろうと考えております。そのためにこれまで事務当局でもいろいろ御苦勞を重ねてきてくださいますし、その結果、本日の佐成委員の御発言は、前回に比べると変わっていないとおっしゃるでしょうけれども、しかし、かなり具体的な御検討もしていただいている、何か合意形成がほのかに見えてきているのではないかなとも思います。ですから、民法に規定を置くという方向で引き続き努力していただければと思いますし、私もその方向で考えていきたいと思っています。

○中井委員 弁護士会の基本的な考え方については、これまでも述べておりますので重ねても無意味なのかもしれませんが、今日も、かなりの議論の対立を感じました。しかし、基本は今、中田先生におっしゃっていただいたように、弁護士会としても約款規制について何らかの形で民法の中に置く、この考え方に賛成です。その中で、これまで議論されていた、また、なお残っていますけれども、組入れ要件について定める、不意打ち条項について今回の提案1について更に検討を進める、不当条項規制については次回の議論かもしれません。

れども、それを入れる。その上で、この変更の条項をどこまで入れるかを検討する。今の議論を是非進めていただきたいと思います。

そこで、取り分け、佐成委員から変更条項についてかなり御批判がありました。ただ、この変更条項についてのみの御批判のようにも聞こえたんですが、その中で最後におっしゃられた条項準備者側とその受領者側というお言葉を使っていましたけれども、対立から様々な意見が出て見解が割れているという御指摘だったように思います。だとすれば、正に経済界においても一方では約款として定めた条項を変更しなければならないような事態が間々生じ、現にそれを行わなければならないという条項準備者側の事情もあり、他方で、それが野放図にされては困るという受領者側の事情もあり、その中で様々な激論がどうも戦われているように思いました。

そうだとすれば、なおさら、今のルールのない中での戦いというのではなくて、民法の中に条項の変更についての一定のルールを置くことは極めて重要なことでありますし、仮に経済界の中で意見が割れているということであれば、なおのこと、ここの要件の中身こそを議論し、適切な形で変更ができるように定めるべきではないか。その観点からすれば、先ほど山本敬三先生がおっしゃられた（１）の枠組み、これは中間試案に定められた枠組みを並べ替えたりしていることだろうと思いますけれども、ここの観点については私も相当程度、理解が得られているのではないかと、経済界におかれても一定の要件化の下で変更しなければならないような場面のあることは、先ほどの意見が割れているというところがあるのですから、その中身で是非とも詰めていただきたいと思います。

そういう意味で、イの要件ですけれども、こここそ必要性、相当性と合理性という、こういう概念で整理されていますけれども、表現はこのような形で残るのかもしれないけれども、もう少し緻密な議論といいますか、了解が得られることこそ重要ではないかと感じた次第です。

○佐成委員 いたずらに私の「割れている」という発言の言葉尻を捉えられると、私としても非常に迷惑でありまして、経済界が何か内部対立しているように、いたずらにそう印象付けられるのは非常に迷惑であります。別にそんな議論をしているわけではなくて、B to Bの場合について、約款受領者側から見たときにはこうだと、それから、約款作成者側から見たらこうだと、そういう議論をしているというだけのことであります。そもそも民法への約款規制の導入には一貫して反対であります。

それだけの話ですから、これまでの部会で、非常にゆるゆるな立法提案が次々に出てきたので、その都度そのような両方向からの議論があり、今回、ゆるゆるなものとして最後に出てきたのが、特に約款の変更という極め付けのゆるゆる規制が出てきたので、相当、実務への影響が大きいねと。だから、B to Bでは必ず外してくれという意見が噴出したわけです。ですから、B to Bを外すといった方向では、それについて割れているわけではないのです。仮に約款規制をどうしても入れるとした場合には、少なくともB to Bは明確にこの適用から外すということであれば、合意形成も必ずしも不可能ではないかもしないです。ただ、変更に関しては内部でもほぼ意見としては公共サービスに限るべきだと、非常に公共性の高いものに限るべきだと、そういうところでの意見はかなり一致していると思います。それ以外に広げていいというような合意は、恐らく経済界の中にはないのではないかと

思われます。

○山下委員 今日御議論を聞いていて、2の(2)のところはどう見ても広すぎるという問題があることは間違いなく、これはB to Bに限らず、B to Cでもそうではないかと思えます。では、全くなしでいいかという、内田委員が言われたような問題もあります。佐成さんの御意見を聴いていると、経済界でも、あるいは消費者側から見ても、こういうタイプの変更はやっていいものが世の中の常識にしたがえばある一方で、こういうのは絶対に駄目だといふことがあるということではないかと思うので、そこら辺はどういうものであればいいのか、どういうものが駄目なのかという、そこを整理して(2)のドラフティングの上に何か要件として盛り込むような工夫ができないかというような、そんなことを感想として抱いたところです。

○内田委員 佐成委員からのありがた迷惑であるという御発言に対しては、ありがた迷惑にならないようにきめ細かくルールを作っていかなければいけないと思います。その上でなのですが、B to Bを外せという言い方をされたのですが、B to Bというのはかなり広い概念で、実は中小企業団体からは約款について規律を置いてくれという声が出ているのです。日本の企業の99%以上は中小企業であり、中には従業員数名の町工場で法律の知識のある人は誰もいないというようなところもBですので、そういうところと大きな法務部を持っている企業とは、必ずしも同一に論じられない面もあるかと思っています。

法務部があるような大企業同士で契約する場合には、裏面約款にどんな細かなことが書いてあっても法務部がチェックをしていて、そこに変更条項が入っていれば合意による変更条項ですので、ここでの問題ではないのだと思います。当事者が合意で変更条項を入れたときに、その効力がどうなるかは当事者の契約の意思によって決まることです。もちろん、文言どおりの効力ということもあれば、文言はこうなっているけれども、本当はこういう趣旨だったはずだということを契約解釈で明らかにして、適用するということもあるだろうと思います。しかし、飽くまで基準になるのは、どういう趣旨でそういう合意をしたのかという当事者の意思が基準になるのだと思います。

ところが、法律の知識のある人が誰もいないような小さな町工場というBになりますと、意思がないのです。変更条項は相手の約款に入っているのだけれども、どういう趣旨でそれに同意をしたのかなんて聞かれても、そんな意思はない。そういう事案でどこまで変更が可能なのかというのは、かなり消費者の場合と近い部分があつて、岡田委員が時々、消費者相談で相談の電話がかかってくるのは消費者だけではなくて、実は中小企業も結構あるのだという話をされますけれども、そういう事例もある。そうすると、B to Bという一言で全部外しますとはなかなか行きづらいのかなという気がいたします。当事者が明示的に合意をしている場合には、変更条項を入れようが何をしようが、それは当事者の自治の範囲であつて別問題であるということを前提とした上で、飽くまでここでいう定型条項に当たるような場面についてルールを置くということ、現在の案はそういう考え方に立っているわけですが、これは十分あり得る立法政策ではないかと思っています。

○佐成委員 今の議論に反論とか、そういうことでは必ずしもありませんが、一言申し上げます。中小企業が漏れてしまうという話ですけれども、これは今も消費者契約法の方で論点としては議論されている部分です。ですから、消費者概念をもうちょっと拡張してはどうかという議論として、今、そちらの方でも真剣に議論されておりますので、必ずしも民法の一般

的・抽象的な約款規制の中で何とかするとか、しかもゆるゆるな規制の中で何とかするとか、果たしてそれが本当に中小企業の信頼に足るものになるのかというのは疑問に感じております。

○鎌田部会長 ほかにはよろしいでしょうか。

「定型条項の変更」につきましては幾つかの点で大きな意見の対立がありますけれども、かなりの委員・幹事の方から先ほど来、御指摘がありますように（１）にあるような大量取引で、取り分け、定型的処理が必要なものについての変更の手續が定められることが望ましいとはお考えのように伺いました。

ただ、（２）は、読み方によれば、大量でもなければ、定型的でもないようなものでも、この条項さえ入れれば一方的変更が全部可能になるようにも読めるような規定であります。この議論の発端は、私の記憶が間違いでなければ、元々は大量取引だったのがある時期、人数、参加者が減ってきたときには、（１）が外れて本来の原則に戻るのかという、こういう議論があったときに、それはずっと元に戻らないのではなくて、こういう定めがあるときには元へ戻らなくていいようにしようというところからきたように理解していますが、そういう問題に対処しようというのでできた規定としては、出来上がったものが何にでも適用できてしまうような、最初から少数であっても、この条項さえ入れればみたいに読まれかねない出来合いになっているので、そここのところに工夫の余地があれば、是非、工夫をしていただく。それでもなお、根本的に反対という御意見は残るかと思っておりますけれども、その辺の工夫をしていただければと思います。

不意打ち条項に関しましては、先ほど来、御指摘があったような点も含めて、更に御検討を続けていただければと思います。

ここで１５分間の休憩を取らせていただきます。よろしくお願いいたします。

（休 憩）

○鎌田部会長 では、再開をさせていただきます。

部会資料７７Ｂの「第４ 不安の抗弁権」について御審議いただきます。事務局から説明をお願いいたします。

○村松関係官 それでは、御説明いたします。

部会資料７７Ｂの「第４ 不安の抗弁権」ですけれども、この論点は第８１回会議においても取り上げられました。その際、具体的・制限的な要件で規定することは困難であることについて異論は少なかったところではありますが、逆に抽象的な要件で規定することを検討すべきであるとの御指摘がございました。そこで、不安の抗弁権について大きく言えば履行を得られないおそれという要件、それから、信義則に違反する事情があるという要件があるという、この二つの要件があるという理解の下で、あり得ると考えられる要件のイメージをお示しして、御議論いただこうというのが今回の資料でございます。

履行を得られないおそれがあると信ずるに足る相当の理由という中には、倒産手続開始の申立てなどが含まれるということになりますけれども、それには限られないということが示されております。また、信義則違反については衡平に反するという要件で、これを表現しようとしておりますけれども、どのような事情があればこの要件に該当するかは解釈・運用

に委ねられるということになると思います。このように不安の抗弁権の効果は大きなものがある反面、要件は抽象的であると言わざるを得ませんので、その明文化の要否については両論があり得るところと思われますけれども、その考えられる指摘の概要については、18ページの2の(2)の部分に記載しております。以上を踏まえ、御審議いただければと思います。

○鎌田部会長 それでは、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。

異論はないと思ってよろしいでしょうか。

○山野目幹事 お尋ねですが、弁護士会の先生方はこういう問題についてはどのようにお考えでしょうか。中でいろいろな御議論があるのではないかと想像しますが、お教えいただくことはかないませんか。

○中井委員 こういう抽象的な形であっても入れてはどうかというのは、前回の議論を踏まえて、実際、前回の部会資料ではかなり問題点のあることの御指摘がある中で、そのまま見送るのではなくて抽象的な規定であっても入れてはどうかという意見が弁護士会内部にもあることを申し上げ、それを具体化する方向で進められているんだろうと思います。改めて、この「例えば」以下のことのみを取り上げて意見照会をした結果だけを申し上げますと、このような考え方自体については支持をする、賛成するという意見が多かったというのが正直なところです。

ただ、それであっても、ここからいろいろな意見があつたでしょうという御指摘のとおりで、かねてから懸念する意見はなお強くございます。それは中小企業等の取引に大きな影響を与えかねない仕組みになる、若しくはなりかねない、そういうところがあるだけに抽象的な定めであれ、置くことによってそういう結果に至ることが少なからずあるのではないかと、というところから、慎重な検討若しくは場合によっては条文化を見送るということも十分あり得るという意見がなおございます。

加えて、先ほど村松関係官から、おそれがあると信ずるに足りる相当な理由の中に法的倒産手続の開始、その中には再建型倒産手続の開始も含まれるという御示唆の御発言がございました。仮にそれがQ&A等にそのまま記載されとなると、これまでの弁護士会内部の議論の経過からすれば、取り分け、そういう再建型倒産手続に関与している弁護士からは、かなり強い批判があり得るという印象を持っております。

かといって、これもまた前回の部会でも申し上げましたけれども、また、弁護士会の中のある意見ですが、現に裁判例の中に具体的な事情を踏まえた上での個別判断ではありますが、不安の抗弁を認めている事例が少なからずあるわけで、そのルールが、これだけの審議を経て何も書かずに終わるというのはどうかと。そのルールがあるということを示すことに意義を見いだす意見があることから、このような抽象的な提案であっても、その方向で取りまとめていいのではないかと、という意見が相対的に多かったと思います。

また、加えて、この部会資料にも御指摘がありますけれども、現実にも、先履行義務を負っている者がたとえ不安の抗弁権が抽象的な形で明文化されたといえども、それを容易に行使できるのかという、この要件充足性についての判断はなかなか悩ましいものがありますから、不履行すれば損害賠償義務を負うというリスクを覚悟して不履行しなければいけない、つまり、この抗弁権の行使をしなければならないことになるわけです。そうすると、実務的

にはこの規定が入ったからといって、そうやすやすと行使されるものではないでしょうから、先ほど言う懸念に対しては、それほど大きな懸念にならないのではないかという意見もありました。

こう、今、しゃべっていることから明らかなように弁護士会内部でも様々な意見が出ているとしか言いようがなく、しかし、結論としてはこういう規定はあっていいのではないのという意見が相対的に多かったということをもう一度申し上げて、取りあえずの意見とさせていただきます。

○佐成委員 まず、今日、御欠席の大島委員のペーパーを拝見しますと、強く反対とされておられて、恐らく中小企業さんの利益状況を考えて、こういう御発言をされたんだと思います。それで、どちらかというと、我々は相対的に大きな企業を会員企業とする組織なのですが、やはり内部で議論したときは、大きな企業の皆様の中でも、同じく懸念が示されておりました。実際、パブコメの段階では濫用的な使われ方がされるということで反対をしていたわけです。けれども、改めて内部で議論しましたら、特に生保業界さんの方からは強く反対したいというような御意見が出ておりました。要件が非常に抽象的だと、やはり濫用的な使われ方が非常に懸念されるとして、具体的には保険料の不払いみたいなことを想定されて反対されていました。私自身は、それはちょっとどうなのかと思うところもあるんですけども、ただ、そういうような強い懸念があるということで強く反対されておられましたので、現状では余りこの抽象的になったものでも、濫用の危険ということで反対をせざるを得ないのかなとは感じております。

○山野目幹事 中井委員におかれましては、私からお尋ねさせていただいたことを踏まえて、弁護士会の論議の状況を大変バランスよく御紹介いただきまして、何か難しいお尋ねをしたかもしれませんが、しかし、弁護士会の先生方の論議の様子はよく分かりました。

二つのことを分けて申し上げますけれども、一つは客観的に部会におけるコンセンサスをどのように形成していくかという見地から申し上げるとしますと、弁護士会の先生方の内部に粗っぽくまとめてしまえば両論があるという状況で、かつ、今日、大島委員は御欠席ですけれども、きっとおられたならばすごく声を大きくして反対だとおっしゃったものであろうと想像します。そして、今、佐成委員からも、経済界のまた別の側面の意見を踏まえての御意見だと受け止めましたし、大島委員ほどでないかもしれませんが、必ずしも賛同し難いという感覚のお話がありました。そうしますと、抽象的な要件であるにせよ、不安の抗弁権の規律を導入するということは、困難であるという方向に赴いていくのかもしれないということは感じます。

もう1点、別の性質のことを申し上げますと、そういう取りまとめになっていくこと自体はある程度、やむを得ないというか、あり得る流れかもしれませんが、実業界の方々が反対したから流れましたという理由付けのみで、後世に対して説明していくというのも、それはそれでお考え、御意見を承るという点で重要ですが、いかがなものかとも感じます。

少し自分の感じておりますところを申し添えさせていただきますと、分かりやすい民法にして判例に全て任せないような規律の明確化を図っていこうという一般論もさることながら、この規律を入れなくても、極めて特殊な場面が出てくれば、判例によって不安の抗弁権の考え方のようなものを応用した具体的、個別の解決はされるのかもしれませんが、そうではなくて、しかし、規律を置いた方が明確になるでしょうというような議論をするときには、目立

った弊害がなく、そして、裁判所に対して今よりも具体的な指針を差し上げることができるような規律であれば、それを設けることに意味があるのではないかと感じます。しかし、本日、御提示いただいているような抽象的な要件しか規律として考えることができないということになりますれば、これを入れたからといって、どのぐらい分かりやすい民法になるであろうかということについては、少し自信を持つことができない部分があります。

加えて、こういうことを謳うことでの弊害、いろいろなジャンルの弊害があると思いますけれども、そういうものが全くないかということを考えたときに、債務が履行されないと信ずるに足りるような何か出来事があるのではないかという不安を感じるということですから、私たちの社会の現状を見たときに、ネットワークへの匿名の書き込みのようなものならばともかく、ジャーナリズムに至っても何かあるときはある個人や企業をすぐ褒めたたえるような側面があるかと思えば、そうでないときには個人や企業のあるマイナスの側面を徹底的に立ち直れなくなるところまで痛め付けるような体質があると感じます。

そのようなジャーナリズムの体質が問題であるというよりも、そういうのではないジャーナリズムを育て上げることができていない私たちの社会自体が、問題であると述べるべきであるのかもしれませんが、このようなこの社会の側面というものは、最近目立っている幾つかの事象に限られた話ではなくて従来からもあったし、今後もそういうものがすぐなくなるようなことというのは余り想像することができなくて、そうであるとしますと、そういうふうな、一言で言うと、報道やネットワークなどによる社会的攻撃に対して、防御することができる財力や権力を持った人は、このような規律を置いたことからくる様々な弊害に対して実効的に対応することができるのかもしれませんが、そうではない人は上手にディフェンスをすることができなくて、何かあの企業は危ないらしいよという話が高じていくと、本来は正当な取引に基づいて履行を請求することができるような局面であるにもかかわらず、この規律の運用次第では裁判所によって権利の実現が助力を得られないというようなことが容易に起きるとは限らないとしても、そのような弊害はないかという見地からかなり慎重な検討が要請されるものではないでしょうか。中井委員のお話の中には、慎重にしてくれという意見があったという御紹介ですが、私が個人として思うところでは、その上に、かなり、というのを添えて、かなり慎重にこのような規律の導入については、いろいろな種類の弊害がないかどうかということをチェックした上で進めることが相当ではないかと感じるところでございます。

○中井委員 中身の話ではなくて数だけ申し上げますと、11の主要弁護士会から意見を聴きました。これについて回答のあったのは10の意見です。10の意見のうち、明確に反対は一つでした。九つの回答は前向きに検討しているのではないかと思います。ところが、この九つのうち実に五つが慎重に、場合によっては見送ることも十分視野に入れて検討を進めるべきだというものです。数字だけいえば以上です。

○鎌田部会長 ほかにいかがですか。事務当局はよろしいですか。

それでは、御意見を踏まえて引き続き検討させていただきます。

次に、部会資料77Aに移ります。77Aの「第1 著しい事情の変更による解除」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。

○村松関係官 それでは、部会資料77Aの「第1 著しい事情の変更による解除」について御説明いたします。

この論点も第81回会議において取り上げられましたが、その際には要件のイメージを提示しておりまして、その際に頂いた御指摘を基に、また、その位置付けとしては著しい事情の変更があった場合に、特別に生ずる解除権だということといたしまして、明文化を図る方向で今回の資料を作成しております。従前から議論がありました契約の改訂については、それ自体が別途、解釈論としての問題となっているというのが前提でございます。

なお、第81回会議におきましては、事情変更による解除の例外性をより際立たせる観点から、原則としてそのような解除権は発生しないということを明文で規定すべきであるとの御指摘がございました。事務当局で検討いたしましたけれども、このような規定を設けている諸外国の例は必ずしも多くはありませんで、また、契約の改訂を解釈に委ねることとの関係ではむしろ原則的規定を置き、その例外としての効果を書き切るという形式を採ると、そういった契約の改訂ができるかどうか、解釈問題ですけれども、その解釈を一方に引っ張ると、つまり、改訂はできないという方向に解釈するという流れができるという弊害もございます。そこで、このような原則的規定は設けないという形での提案としております。

なお、この解除が極めて特殊なものであり、当てはめも極めてこれまで厳格に行われてきたものであるということについては、審議会の中でも御議論いただきまして、おおむねコンセンサスができていていると思うんですけども、そういったことについては当然ながら法律の趣旨を周知する中で、十分に周知をしていくということが必要なのだろうと考えております。また、81回会議で雇用の場合における要件事実的な整理について御指摘があり、若干の議論がございましたけれども、その内容を2ページの(2)で簡単に改めて記載しております。

○鎌田部会長 ただいま説明のありました部分につきまし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 事情変更の法理については、これまでも何度か部会で申し上げてきたように、例えば整理解雇、経営上の理由による解雇が行われた場合において、従来の解雇の有効性要件の範囲より広く解釈される危険性があるため、明文化をせずに信義則上の法理にとどめるべきと考えております。しかし、仮に事情変更の法理を明文化せざるを得ないのであれば、部会資料の「天災、事変その他の事由に基づき」という要件については、「天災、事変」というような特異な例外的事象だけに限定されることを明確化するため、「天災、事変その他これに準じる事由に基づき」と改めていただきたいと思います。

○鎌田部会長 ほかの御意見はいかがですか。

○山川幹事 81回のマニアックな指摘についてもお答えいただきまして大変ありがとうございます。趣旨は異存ございません。私としては労働契約には実質的に影響はなさそうであるということで発言した次第です。ここで書かれているようなことになろうかと思います。やや私なりの理解でいいますと、民法627条の解約については理由の主張・立証が要らないものですから、それに加えて事情変更の主張・立証をあえて加えることの意味がどこにあるのかということでしたけれども、その抗弁を主張した場合には恐らく通常の解雇権濫用の再抗弁が成り立ちにくくなるであろう。しかし、抗弁のレベルにおいて既に解雇権濫用に関する再々抗弁のようなものが既に出てきてしまうということになるので、結論的には同じようなことになるであろう。そう理解しまして、その意味では労働契約には実質的には影響がなさそうであるということが確認できるかなと思いました。

○岡委員 中井さんが先ほど言ったように11の単位会のバックアップ委員の方々と議論をし

ております。事情変更の法理については1会が賛成しないという意見を出してきておりますが、それ以外の10会は賛成、この方向で明文化に賛成であるという意見が大多数を占めております。

細かいところについて多少、意見が出たのを御紹介したいと思いますが、まず、①の「各当事者が」というのは両当事者がと読めると思うんですが、これだとどちらか一方当事者と読めるという意見もございましたので、それはどちらかはっきりさせることが必要かと思っております。

それから、両方の意見がございまして、更に狭めるべきだという意見の方からは、①について当事者が予見できなかった、プラス、一般人であっても予見できない。これは多分、要件を厳しくする方向に働くと思うんですが、一般人であっても予見できないという要件もあるべきではないかという意見がございました。更に詐害行為取消権と同じように例外的なものなので裁判上行使する、どんな形になるのかというところまでは詰めておりませんけれども、そういうふうにも更に制限すべきであるという方向の細かい意見もございました。逆に、少し狭めすぎではないかという観点からの意見も多少ございまして、連合さんがおっしゃったところに係るところですが、天災、事変その他の事由ということについて、ある弁護士会は連合さんと逆に限定的すぎるのではないかと、中間試案ぐらいでいいのではないかと、少しここは緩めるべきであるという意見も一つございました。

それから、最後ですが、③の要件について契約をした目的を達することができず、というのが中間試案段階から今回になる過程で落ちていきますけれども、これは落とす理由がないのではないかと。「又は」でつながっていますので、要件を広げる方向の意見だと思いますが、契約した目的を達することができず、というのを残すべきではないかという緩める方向の意見もございました。

○佐成委員 事情変更の法理については解除に効果を限定して、要件も非常に例外的なものに限定してと、かなり修正されているというところは、経済界としても非常に評価しております。しかし、逆にそのことによってある意味では、規定の実益よりもむしろ弊害の方がまた際立ってきてしまっている感じも、内部の議論を聞いておるとそういう感じを受けております。まず、これが本当に限定されているのかということですが、表現上、要件として限定されているのかということについては、内部でも読んだだけでは本当に厳しく限定されているのかがよく分からないと、そういったような実務家もいらっしゃいました。

それで、いずれにしても限定していく方向性というのであれば、まだ、立法化の余地は残るのかもしれないのですが、そうだとすると、かなり限定的な、例外的な場面で働くということですから、非常に「やばい場面」とある実務家は言っておりましたけれども、そのような場面では、結局のところ、解除するというのは解除する側もされる側もどちらも余りうれしくないということになります。つまり、そういう「やばい状態」というところでは、解除するというのも解除されるというのも、サプライチェーンの中で発生する事象として考えたときには品物が来なくなったりするわけですから、どちらにとっても余りうれしくないということです。ですから、むしろ、こういう規定が入ってしまうと、単なる交渉材料にしかならないと、それが果たして本当にいいのかと、現状は信義則で柔軟に対応しているのに、解除権が一方に与えられるような形になってしまって本当に当事者間のバランス上、いいのかという疑問を述べられた方がいらっしゃいました。

それから、予見ということが要件の中に書いてあって、予見できないということが要件の一つになっているわけですが、そもそも、実務のデフォルトとしては予見できなくても契約は守るべきであると、そういうのがデフォルトであって、本当に「やばい事象」あるいは不可抗力に類するようなものというのは、不可抗力という概念を非常に柔軟に解釈することによって、非常にバランスよく解決しているという面もあるのです。ですから、本当にこういう形で規定を置くことがいいことなのかということについては非常に疑問が多くて、パブリック・コメント時点でも反対意見を述べておりますが、限定的かつ効果も絞ってきているという現時点でも、まだ、反対意見が強いというのが現状でございます。

○鎌田部会長 ほかの御意見はいかがですか。

○山本（敬）幹事 規定をこのような方向で置くべきであるという点は賛成なのですが、その上での確認の質問なのですけれども、第1の③で「当該契約を存続させることが、契約の趣旨に照らし、当事者間の衡平を害する著しく不当なものであること」とされています。

このうち、「契約の趣旨に照らし」というのは、一定の障害に当たる事実が発生した場合について、契約上はどちらか一方の当事者がそのリスクを負担するという契約の趣旨がうかがえるときには、それは考慮しなければならないということを明示したものとして意味がある。その意味では、これはもちろん書くべきだろうと思います。

その上で、「当事者間の衡平を害する著しく不当なものであること」なのですが、衡平を害するということと著しく不当なものであるということとの関係がよく分かりません。衡平を害するのであれば、不当ではないかと思うのです。その意味では、冗語になってはいないか。あるいは、不当要件と衡平を害する要件は何か別なのかという解釈問題が生まれてきそうな気がするのですが、これはどう理解すればよろしいのでしょうか。

○村松関係官 この点はなかなか説明が難しいところがありまして、総じてどういう観念をここに持ってきて信義則的なことを取り込むかという話で、これまでの最高裁の判決などで示されているところを見ますと、衡平上、著しく不当であるといったような表現がされていたり、つまり、不当だという、「著しく」が付いていますけれども、そういう表現がされているものも多かったものですから、判例で明文化の観点でいいますと、基本的には著しく不当という概念で判断するのが適切なのではないかと。

ただ、その際の判断基準として大きいのは、これまでの部会での議論でもございましたけれども、当事者間の衡平だという部分が大きいという話でしたので、当事者間の衡平を害するということを前振りで付けていると。したがって、当事者間の衡平を害すれば基本的にはおっしゃるように不当であり、又は著しく不当だということはもちろんあり得ると思いますけれども、そこには若干の差異があり得るという読み方でもよいのではないかと。かなり特異な場面で効く要件だという前提ですので、単純に衡平を害するというよりも、それに上乗せして、しかも、それが著しく不当なものという評価につながるのだということを言うほうが、今日もいろいろとなおもう少し例外性を際立たせた方がいいのではないかという観点から、安永委員からも御指摘いただいておりますし、大島委員の意見も書面で出ていますけれども、そういった観点などなどを考慮して③の今の文言を置いております。

○山本（敬）幹事 当事者間の衡平を害するということは何を意味するかでして、これも解釈の余地がいろいろあるのかもしれませんが、契約上の当事者間の権利・義務のバランス、ないしはそれぞれの当事者が負担する不利益・利益のバランスが害されるという状態なのだと

うと思います。契約で当初、想定していたものに比べて、そのバランスが崩れてしまう、それも著しく崩れてしまうという場合がここで想定されるべきものだろうと思います。だからこそ、契約の趣旨に照らし、当事者間の衡平という言葉が出てくると思いました。

とするならば、それが基準なのではないか。そうしますと、むしろ当事者間の衡平を著しく害するものであることだけで、その内容は示すことができるのではないかと思います。前回の議論のときに、ここで信義という言葉がまた出てくるのは、信義則を具体化した規定なのにおかしいのではないかという指摘に対して、衡平という言葉で受けるほうがうまくその趣旨を示せるのではないかということをお願いしました。その意味は、今、申し上げたようなことでして、そのような観点からしますと、著しく衡平を害するでよいのではないかと思います。

前回だったか、前々回だったかで潮見幹事が、ドイツ民法の313条を参考にして何とか規定できないかということをおっしゃっていました。これは、契約をそのまま維持することが一方当事者にとって期待することができないということを定めた条文です。それを何とかうまく使えないかということでしたが、それも強いて言うならば、契約の趣旨に照らして当事者間の権利・義務あるいは利益・不利益が著しく均衡を失っているの、その一方当事者に履行をそのまま期待することはできないという意味であって、趣旨は同じではないかと思っています。そこが明確になっていけば、規定の意味内容としてはよく分かるので、結論としては、先ほど申し上げたとおり、当事者間の衡平を著しく害するものであることで何とかいけないかと思うのですが、いかがでしょうか。

○村松関係官 基本的なお考えは私も理解しているつもりでおりまして、最終的に条文化を見据えてどのようにしていくかの中でよく考えさせていただければと思います。

○福田幹事 少しそもそも論に戻ってしまうようなところがあって恐縮なのですが、事情変更の原則に関しましては、どのような事案においてこの法理の適用を認めるのかということについてできれば部会で認識を共有して、その上で要件の検討をする必要があるのではないかという点を、従前から指摘させていただいております。

前回、これが取り上げられた第81回部会の際に、事務局において過去の裁判例の一覧表を御準備いただいて御議論いただいたかと思います。その際の事務局の御説明としては、過去の裁判例で事情変更に基づく解除が認められるというものについては、昭和19年の大審院判決のみであるという御説明であったかと思います。ただ、この事案というのは価格統制令が適用される戦時下における取引に関するものということで、極めて特殊な事案に関するものです。

これをどの程度、一般化できるのかという問題もございますし、その点をさておいても肯定事案としては1件のみということのようでございます。そうしますと、先ほど佐成委員からこの規定の実益ということについての御指摘もあったと思いますけれども、今後、現実に起こり得る肯定事案としてどういうものを想定すればいいのか、言い換えると、どういう趣旨で事情変更の法理を法文化するのかといった立法事実の部分がよく分からない面があるという感想を抱いております。

○鎌田部会長 ただいまの疑問に対して、事務局を含めて御意見をお出しいただければと思いますが。

○村松関係官 前回の部会で今までの裁判例の整理をしております、最上級審では最高裁に

なってからはもちろんなくて、認容例は、大審院時代に1件ありますと、下級審まで広げますと認容例はそれなりに御紹介したもの以外にもございますけれども、さはさりながら、評価が固まっている、あるいはそれでよいということで意見が一致できるものは、多くはないというのが実情であったかと思います。

したがって、そこから見えてくることは何かといえ、これまでの判例実務は非常に厳格に運用してきたと、その事案事案を見れば分かりますけれども、かなりの事情の変更が起きているけれども、その程度では認めなかったと。しかも、その際の判断要素は単純に信義則というのに尽きず、今回も書いておりますけれども、恐らく四つぐらいの要件に分類されるというのが、これまで確立してきているところであろうと思っております、そういった確立している考え方を法律で明文化し、更にその当てはめについても現状のこれまでの裁判例の流れは、大枠として承認できるということで、つまり、日本においても事情変更の法理あるいはそれによる解除というものは存在するけれども、その適用は非常に厳格に行われているということを明示するということには、その意味では紛争を解決するに当たっても裁判規範ともなりますし、そういったメッセージが国民に伝わるということではないかとは考えているところです。

ただ、従前から御指摘がありますけれども、そのメッセージを伝える文言としてこの程度でよいのか、更にもう少し、基本的な要件はこれでよいということで何となく合意はされているように思うんですけれども、もう少し修飾的なといいますか、そういう部分を工夫できないのかという御指摘を頂いていると認識しておりますが。

○永野委員 事情変更の原則については、これまで議論いただいているところでもあります。実務家の感覚としては、ほかの手段による救済が尽きた場合に、なお救済する必要がある事案について、言わば究極の一手という位置付けで考えてきたように思うのですけれども、これを法律で明文化するということで、果たしてこういったニュアンスがうまく伝えられているのかどうかということが、これまでいろいろと悩んできたところだと思うのですが、なおその辺りが懸念されるところであります。

特に、実質的な肯定例というものが1例しかまだないのではないかと、この間の議論を伺っていても思うわけですが、判例法理にとどまっている範囲内においては、事件を担当する裁判所としては目の前に来ている事件が判例で認められている事案と比較して、一体、どの程度の違いがあるのか、あるいは判例で救済した論理をアナロジーとして拡張できるのかということを、個別の事件ごとに検討していくことができるわけですが、一旦、立法として取り上げるという以上は、立法者の意思として一定範囲のカテゴリーのものについては、救済するということを前提に要件効果を作っていくのだらうと思っています。

そういう意味では、立法事実としてどの範囲のものなのかという辺りが今日の山本敬三幹事とか、ほかの委員の方からのこの要件論についての修辭の部分でいろいろな御意見が出ているということを踏まえても、どの範囲のものをまず救済しようとしているのかという辺りにやや疑問が残るところがあります。そういう形で参照すべき事例というものが非常に少ないところ、具体的な事例の下で事情変更の原則が裁判で現れてくる場合としては、裁判外における潜在的な紛争当事者としてかなりの数がいる場合である天災とか、そのような事案が予想されるわけですが、民・民の紛争の中で、そのような潜在的な紛争当事者に対する波及効というもののまで十分組み入れて、うまく線引きができるのかという辺りを考えてま

いますと、要件設定にいろいろと御苦心いただいているのはよく分かるのですが、多くの裁判体ごとで、かなり不安定な判断が出てくる可能性もあるのではないかという印象を持っているということでございます。

○鎌田部会長　ほかの御意見はありませんか。

○中田委員　今、裁判所のお二人の委員・幹事のおっしゃる御懸念というのは、よく理解できます。しかし、それにつきましては第81回のこの部会で、多数の判例、裁判例をお示しいただいた上でかなり議論いたしまして、むしろ、その裁判例で、否定例も含めてですけれども、形成されているルールというのを明文化することによって、正に分かりやすい民法になるのではないかと思います。ただ、その効果として改訂まで含めると、未知の部分が多いから、解除に絞るということで何とか書けないかということで今日に至っていると思います。その方向で本日の御提案を頂いているわけです。もちろん、具体的な要件の文言などについては更に精査し、詰めていく必要があるというのが先ほどの山本幹事の御意見だったと思いますし、私もその方向がいいのではないかと考えております。

○永野委員　御意見は大変よく分かります。ただ、要件論をいろいろと御提案される方々の御意見の背景に、要件論を通じて具体的にイメージしているもの、あるいはこの規定の適用される範囲についての違いを反映して、文言に関する表現について意見の食い違いが出ているのではないかということに、非常に不安感を持つということでございます。

○佐成委員　先ほど経済界は基本的に反対であるというお話をしましたけれども、仮に明文化する場合には、もうちょっと厳格にしてもらわないと、先ほど冒頭に申し上げたとおり、実務家に対するメッセージとしては、本当に厳格なメッセージが必ずしも伝わっていないように感じております。そういうことなので、仮に明文化するとしても更に相当文言は工夫していただく必要があるのではないかという感触です。それはおきまして、内部の議論の中では複数の方が言っておりましたけれども、もし、これが民法に入った場合には契約書の中で民法〇〇条、これに相当するものは適用しないと、そういう契約条項がプラクティスとしては一般的になるだろうと、そういう話なんです。ただ、果たしてそのような契約条項の効力が、これは信義則を具体化したものですから、本当に直ちに認められるのかなとも思われます。要するに、そういうところで無用の解釈論が将来議論になり得るということでございまして、そのような契約書による対策で果たして我々が危惧している部分が本当にカバーできるのかというのも非常に心配なところであります。

それから、もう一つ内部で出た意見としては、どれだけ厳格に絞れるかということに係ってくると思いますが、何でもかんでもこれを裁判で主張されてしまうのではないかという懸念がありました。要件が一般的で何でも一応は当てはめができそうだとすると、例えば「その他の主張」のところでこれに引っ掛けて、取りあえず主張されてしまうのではないかということです。最終的には裁判所によってはねられるとしても、取りあえず争点に入れて訴訟の引き伸ばし等に利用するというような不心得な輩も出てくるかなというところもありまして、企業側としてはそれも心配しているというところなんです。

○山本(敬)幹事　そのような御指摘は何度もうかがっているところではあるのですが、例えば、国際取引に関しては契約書を作成するわけですが、そこに名称はともかくハードシップ条項等を入れることは、ごく通常のことだと思います。国際取引をするときは懸念がないのかというと、どこに違いがあるのだろうかという気がいたします。これはどう理解すれ

ばよろしいのでしょうか。

○佐成委員 個々の契約書に当事者同士で合意して、ハードシップ条項等を入れるというのはあり得ると思いますが、一般的にこういう規定を民法に置くことの当否ということで、今、問題にしているんだと思います。

○山本（敬）幹事 国際取引でも、正に明確な形で規定がない場合でもどうするかということは問題になるわけですが、そのような場合のために、例えば前回の資料でも紹介されていたようなユニドロワ国際商事契約原則等が出ていて、文言は少しずつ違うのですが、プリンシプルとしては基本的には同じものが採用されています。ということは、実際の紛争はそのようなものによって処理されるという広い意味でのコンセンサスがあるのではないかと思います。

そして、そのようなものと現在の提案を比べてどちらが厳しいかというと、現在の提案されているものの方がかなり厳しい、厳格な要件に既になっているだろうと思います。とすると、抽象的な懸念は、確かに考え出すと切りがないところはもちろんあるのですが、そういった国際取引を含めた実務慣行を考えていますと、そこまでの懸念が強くなるのだろうかという点がまだ納得できないのですが、いかがでしょうか。

○佐成委員 内部のバックアップ会議の中でも、複数のいろいろな業界の方がいらっしゃって、実益に関しては国内取引に関しておっしゃっていた方が多かったのではないかと思います。他方、実務のデフォルトが変わるのではないかというような御指摘をされたのは、むしろ、国際取引に精通された方だったんです。実務では基本的には予見不可能なものであっても、契約解除なんていうのはできないというのがデフォルトなのに、これは幾つかの要件がありますけれども、それでも解除はできるということになっている。そうしますと、実務のプラクティスのデフォルトを変えてしまうのではないかという御指摘です。どういう事例を想定されておっしゃっているのかは、必ずしも私も十分理解はできませんでしたが、少なくともその実務家の方は、国際取引には十分精通された業界の方であったということでございます。

○山本（敬）幹事 実際に肯定された例は最上級審裁判では1件だという指摘が先ほどありましたけれども、判例の一般法理自体は繰り返し示されていて、その内容はおおむね一致しています。その中では、予見することができなかったということが要件とされているのですが、先ほどはデフォルトが最高裁判例と違うということをおっしゃったように聞こえたのですが、それは前提が違うのではないのでしょうか。

○佐成委員 実務の契約プラクティスの感覚とでもいいですか、この立法提案は契約を解除することですけれども、契約の実際のデフォルトの感覚というのはむしろ解除できないというのがそのデフォルトではないかと、その方はおっしゃっていたということです。国際取引に精通されている実務家の方ですら、そういうことをおっしゃっていたということしか、現時点では私としては言いようがないです。

○山本（敬）幹事 しかし、現在の最上級審判例の一般法理を前提にすれば、ここでは判例どおりのことを書こうとしているわけですから、それでプラクティスが変わるということは事実誤認ではないのでしょうか。

○佐成委員 先ほど来、判例と言われるものは、肯定例ではなくて否定例の中で、そういったものがあるということではないかと思います。もちろん、最上級審に関して申し上げており

ます。実際例えばのり面崩壊のケースなんかを考えたときにも、あれは原審の高裁では適用が肯定されていたのを最高裁が破棄差戻しではなくて、破棄自判したのだと思います。ですから、かなり適用の判断が割れるという危険性もあるように感じておりまして、現状の判例のプラクティスそのものが本当に一貫したものなのかということに、実務家としては非常に懸念を感じているところではあります。

○鎌田部会長 ほかに御意見はありませんか。

○中田委員 ただいま佐成委員が御指摘になられたのり面のケースにつきましても、最高裁は一般的な基準を示した上で当たらないと言っているわけです。その一般的な基準を書くことにどうして支障があるのだろうかと思います。その当てはめ・適用の問題というのは現在もありますし、立法化されてもあるということで、同じことではないかと思うんですけども。

○鎌田部会長 ほかの観点からの御意見もありましたら、お出しいただければと思います。

○中井委員 内容については既に多くの意見が出ていますから述べませんが、弁護士会は先ほどの不安の抗弁については様々な意見のある中で、抽象的な規律を設ける方向に理解を示しながらも、実務的な観点から不安、懸念があることから設けることについて合意に達しなかったら、ここは慎重に、場合によっては諦める、こういう意見が多かったと述べました。

それに対して、事情変更の法理については先ほど岡委員から数についての報告がありましたけれども、この中で、見送る方向はやむなしという意見があったかといったら、こちらの論点については出てきていませんでした。先ほど一つの会は反対ですが、山本敬三先生や中田先生に加えることはありませんけれども、いずれにしろ、相当数の裁判例の中で具体的事案において基準がこれだけ示されてきているわけです。結果として認められている事例の少ないことは御指摘のとおりであるとしても、このような規律が今回の民法改正の中で何ら規定されずに見送りにされることに対して、本当にどういう評価をするのかという、そういう一つの問題事例なのかなと感じた次第です。それだけ付け加えます。

○鎌田部会長 ほかにいかがですか。事務当局から何かありますか。

○村松関係官 正直、両論がまだまだ出ているというところかと思いますが、表現的な部分での修正自体は、もちろん、なお考え得るところですので、なお修正というのはあり得るところですけれども、そもそも根本的に規定を設けることとするかどうかという点については、正直、もうそろそろ決めないといけない時期なんだろうなとは思ってはおりますが、今のままですと両論があるという状態で、更にあとどういう点を何か付け加えて議論していただくのがいいのか、直ちに今は思い浮かんでいないんですけれども、ニーズの問題というか、規定を置く必要性をどう見るのかという問題と、懸念に対してどう答えるかという問題で、後者については更にもう少し書き方をこうしますかという点があると思うんですが、前者については議論が出尽くしているような気もしておりまして、取りあえず、次回に向けてなお若干の表現の調整をしつつ、最終的にそれも見ながらもう一度、御議論いただくということしかならないのかなと思いましたが。

○鎌田部会長 余り多くの委員・幹事からの御意見が出されていないんですけれども、本日の審議の対象としては、これだけがAタイプの資料でございますので、事務当局としては基本的にこの方向でと考えているところであります。

○野村委員 方向としてはこれでよろしいと思うのですが、一つだけ気になっているのは、そもそも将来予測が立たない場合に、どちらかがリスクを負担するというタイプの契約

が存在すると思います。おそらく、契約の趣旨に照らして当事者間の衡平を害しないというところで、そのことを読み込むということなのだと思うのです。例えば固定金利で契約していて、その後、市場金利が大きく変わって、こんなのは想定外だということで争われるというようなことを考えますと、そもそも契約の趣旨に照らしてというところで読み込んで、仕方ないのかもしれないと思うのです。本当は事情変更の解除そのものが適用されないということではないかと思います。表現の問題でいろいろお考えいただければ、最終的にはよろしいと思いますが、気になっていることなので申し上げました。

○内田委員 今までも随分何回もこの問題については議論してまいりましたけれども、その中である程度、共通に理解されていたのは、今、野村委員がおっしゃったような金利の変動とかいったことは予測できる市場のリスクですので、相当に大きな激変があったとしても、それはここでいう事情変更には当たらないということだったのではないかと思います。市場の変動というのは常にあることで、そのリスクのしわ寄せをするために、この法理が使われるべきではないということは、おおむね共通の理解があったように思っております。

加えてもう一つ申し上げますが、先ほど佐成委員から不届きな弁護士がいるかもしれないという御発言がありましたけれども、過去の裁判例を見ますと、裁判所は全く取り上げていませんが、当事者の主張レベルで事情変更が援用されているケースはものすごい数があります。つまり、これを不届きと言うかどうかは問題ですけれども、少しでも引っ掛かるのではないかなと思えば主張するというのは、法律家としては当然のことだと思うのですが、そうやって主張されている事情変更が全て要件を満たさないということで退けられているわけです。しかも、そのときの要件が裁判例によって全くばらばらかというと、そうではなくて共通の要件を使って退けている。

今の金利の問題も予見可能性のところで、まずは落ちるのではないかと思いますけれども、そういった濫用的といっているかどうか分かりませんが、なかなか、認められ難い場面で事情変更が主張されているときに機能している要件というものが、現実には存在しているわけです。これは、先ほど中田委員もおっしゃったことですので、やはりきちんとルールとして明示すべきなのではないかと思います。

その上で、実際にどういう場合に肯定されるのかというのは、恐らくそれぞれの方の頭の中に非常に例外的な極端な事例というのがあるのではないかと思います。現実にはまだ起きていない事例を挙げて、この場合には適用されますとはなかなか言いにくいですが、裁判外では、恐らく東日本大震災とか、あるいは震災だけではなく原発事故などで、一旦結ばれた契約が地震とか津波とかあるいは原発の被害によって、履行は可能だけれども履行することに全く意味がなくなり、当事者に履行をさせて対価を払わせるということが余りにもおかしいという場合は、和解などで処理されているのではないかと思います。そういう場面でこの法理は、和解的な解決の基礎になっているのだと思います。ですから、法律家の頭の中には確かに存在している法理ですので、それがある程度、合意のできる形で表現できるのであれば、書いた方がいいのではないかというのが、Aタイプになっている理由かと思います。

○佐成委員 一言だけ。内田委員の御指摘はそのとおりかと思いますが、ただ、多分、恐らく解除という方向ではむしろなくて、契約改訂の方だろうとは思いますが、だから、実益ということが改めて議論になるわけなんですけれども、その点だけ指摘しておきたいと思います。

○鎌田部会長 ほかにはよろしいですか。基本的にはこれをベースにして、本日、頂いた御意

見を踏まえ、更に事務当局で詰めていただくという方向でよろしいでしょうか。ありがとうございました。

それでは、ほかに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当局から説明してもらいます。

○筒井幹事 次回会議ですけれども、休日でない次の火曜日は5月13日ですが、本日、予定していた議事を全て終えることができましたので、この日には会議を開催しないことにしたいと思います。次の会議は5月20日、火曜日、午後1時から午後6時まで、場所は法務省20階の第1会議室でございます。

次回会議における議題といたしまして、現在、準備しようと考えておりますものを申し上げますと、意思表示、特に錯誤ですが、それから消滅時効、これは時効期間と起算点に関する部分を中心ということです。それから、保証に関して、これも保証人保護の方策を中心ということです。それから、債権譲渡、贈与、これは贈与者の担保責任の部分ですけれども、こういった項目について審議をお願いする方向で、これから準備をしたいと考えております。よろしくお願いいたします。

それ以降、5月27日以降の火曜日につきましては、これも前回会議で御案内したことの繰り返しになりますけれども、基本的に一定の時期から最終的な要綱仮案の取りまとめに向けて、その案を提示するという形での審議をお願いすることになろうかと思います。その案というの、最終的な成案に近いものを直ちにお示しできるものと、それよりも少し手前のものをもう一度、御提示することになる論点もあるかもしれません。多少のこぼれがあるかもしれませんが、基本的に要綱仮案の取りまとめに向けた審議が可能なように資料の作成をしたいと考えております。その審議日程や進め方については、なお事務当局において検討中です。ただ、基本的には、例えば2週に1回、正規の会議を入れるとすると、その翌週には予備日を入れることになり、基本的には全ての火曜日に会議が開催される可能性が十分あり得るということで、引き続き、火曜日の日程確保に御協力いただきたいと考えております。5月27日以降の会議日程については現時点では未定、しかし、全ての火曜日について開催の可能性があるということで御理解いただければと考えております。

○鎌田部会長 それでは、よろしく御協力のほどをお願いいたします。

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誠にありがとうございました。

—了—