

法制審議会
民法（債権関係）部会
第51回会議 議事録

第1 日 時 平成24年7月3日（火）自 午後1時00分
至 午後4時32分

第2 場 所 東京地方検察庁会議室

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）

議 事

○**筒井幹事** 本日の開会に先立って御案内を申し上げます。本日は部会長の鎌田委員が所用のため遅れて到着される見通しですので、到着までの間、部会長代理である野村委員に司会進行を務めていただこうと考えております。どうぞよろしくお願ひいたします。

○**野村部会長代理** それでは、定刻が参りましたので、法制審議会民法（債権関係）部会第51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。

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。まず、事務局からお願ひいたします。

○**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42を使わせていただきます。この資料の内容は後ほど関係官の笹井から御説明いたします。それから、本日の机上配布資料ですけれども、中井康之委員の御紹介で、大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志の方々の「約款に関する不当条項の一般規定とリスト化に関する提案」と題する書面を御提出いただいております。前回の会議で配布されました書面から「(案)」が取れた正式なバージョンと理解させていただければよろしいかと思ひます。内容につきましては、後ほど必要に応じて中井委員から御説明があるものと思ひます。

○**野村部会長代理** それでは、本日は部会資料42について御審議いただく予定ですが、休憩を入れずに最後まで御審議いただくことを予定しております。一つよろしくお願ひします。

それでは、部会資料42の「第3 不当条項規制」のうち「2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項」について御審議いただきたいと思ひます。事務当局から説明をしてもらいます。

○**笹井関係官** 「2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項」では、仮に不当条項規制に関する規定を設ける場合に、原則として不当条項規制の対象となる種類の契約に含まれていても、不当条項規制の対象から除外される条項があるかという問題を取り上げるものです。具体的には、個別に交渉が行われた条項及び契約の中心部分に関する条項の不当条項規制の取扱いが問題になります。

本文(1)では、仮に約款が使用された契約を対象として不当条項規制を行う場合には、個別に交渉された条項は不当条項規制の対象から除外することを提案しています。さらに事業者間の契約においては、現に個別に交渉がされなくても交渉がされる可能性があれば、不当条項規制から除外されるという考え方も取り上げています。

本文(2)では、契約の中心部分の内容は市場メカニズムによって定められるべきであり、不当性を判断する基準がないことから、不当条項規制の対象から除外すべきであるという甲案と、契約の中心部分に関する条項についても不当条項規制の対象とするという乙案とを取り上げています。仮に甲案を採用して契約の中心部分に関する条項を不当条項規制の対象から除外する場合でも、消費者契約については消費者契約法との整合性に鑑み、中心部分に関する条項を不当条項規制の対象から除外しないという考え方も取り上げています。

○**野村部会長代理** それでは、ただいま御説明がありました部分について、一括して御意見をお伺ひしたいと思ひます。御自由に御発言をお願ひいたします。

○筒井幹事 佐藤関係官から発言メモが提出されておりますので、読み上げて紹介いたします。

不当条項規制の根拠及び判断枠組みを信義則に反して相手方の利益を一方的に害する場合、あるいは公序良俗違反の相手方保護を求める場合、仮に例えば契約の中心部分に関する条項、個別に交渉がなされた条項、事業者を相手方とする場合の約款内の条項等を不当条項規制の適用対象外と定めた場合には、これら適用対象外の条項を適用した結果、信義則に反して相手方の利益を一方的に害する結果が生じたと認められる場合であっても、相手方は訴訟手続を通じて救済されることはないことになるのでしょうか。それとも、裁判所によって条項を適用した場合とは異なる相手方保護に向けた結果となるよう、当該条項が修正・適用排除されることになるのでしょうか。後者になるならば、不当条項規制に適用対象外となるものを設ける意義は何になるのかという点も含めて、整理いただければと存じます。

○野村部会長代理 御意見はいかがでしょうか。

○岡田委員 (1)なのですが、後半のところ、「[個別に合意されたもの]は不当条項規制の対象としない旨の規定を設けるものとしてはどうか」という部分ですが、消費者の場合に個別交渉したとしても、本当にそれが適正であったかどうかということを考えますと、これが入ると困るなと思います。ほかの部分で手当てがされるということであればカバーできると思うのですが、この表現だけがズバツと入ると困ります。

○三上委員 前回に述べたことの繰り返しになりますけれども、そもそも、この部会資料の判断の枠組みというんですか、第2で定義した約款を全て不当条項規制の対象にして、その中から一部を除くという枠組み自体に、そもそもの疑問を感じております。ここで約款の規制をする趣旨が、約款が組み入れられたときの状況、つまり、個別の内容を見ていないとか、不十分な合意でも契約の一部になるという認定の対価といいますか、代償としてある程度の内容に対する規制が掛かると、そういう趣旨でここの規制のことを述べられているのか、それとも、交渉力とか情報格差の是正のための規制も含めて議論しようとしているのかによって、ここの部分の議論も随分と分かれてくると思います。

前者のほう、不十分な合意に関する規制という意味で議論するのでしたら、それは不意打ち規制とか契約締結段階における説明義務の延長の議論になるはずでして、その中身が単に内容が不意打ちだったというだけではなくて、ある程度、契約の不当性への非難まで及ぶという部分は理解しないではないですが、その場合であっても決して、その部分に一律に規制が及ぶのではなく、その条項があることが事前に説明されていたか、相手方が了解していたということがあれば、規制は掛からないはずであると思います。

それが交渉力とか、あるいは情報格差に起因する契約内容の不公正さに対する是正ということであれば、そもそも約款だけが対象になるものでも、あるいは、今、岡田委員から指摘があったように個別に合意されたから対象から外れるというのではなくて、もっと契約一般の問題点であろうと思います。したがって、まず、ここで議論しようとしている問題は何かという前提を明らかにしないと、また、約款の定義などの無用な堂々めぐりが発生することを懸念をしております。私の問題意識は、この資料を読む限りは、前提は飽くまで約款の組入れからやってくる不十分な合意等に関する規制だと思っておりますが、もし、ここで交渉力とか情報格差とか、そういったことでバーゲニングパワーの有無まで是正しようということであれば、その辺を明確にした上で、議論させていただきたいと考

えております。

○**道垣内幹事** 前回、三上委員の御発言に過剰に反応したところがございます。三上委員が交渉力の格差という問題を民法で取り扱うのかとおっしゃったときに、取り扱っていいはずだと申しました。しかしながら、その後、山本敬三幹事が御発言になり、少なくとも約款の箇所で議論をすべき事柄は合意が希薄であるということから来る規制であり、交渉力の格差というのは別問題で、この話ではないという整理をされました。そして、今回、三上委員もそのような理解に基づき、今、御発言になったのだらうと思います。

前回、私が申し上げましたのは、およそ民法で交渉力の格差を問題にしないわけではなかろうというだけの話であって、約款規制の問題に関していうと、先ほど三上委員がおっしゃったように、合意の希薄さを原因にする規制に特化して考えていくというのは、整理の仕方としては妥当であらうと思います。

○**野村部会長代理** ほかに御意見はいかがでしょうか。

○**岡委員** 弁護士会の議論は、大阪弁護士会の意見にもあるようにリスト化に賛成の方向の意見でございます。三上さんがおっしゃった点を昨日のバックアップ会議でも議論しました。それで、合意が希薄であるがゆえの不当条項リストというのは、普通であれば民法90条だけでは無効にならない場合に、希薄化という要件があるから少しバーを下げた無効リストを掲げることに意味があるのであらうと。個別に合意されたということで約款規制から外れたとしても、通常の民法90条で、交渉力の格差とか、その他いろいろな観点から無効にされることは当然あるんだらうと、そういう場合分けになるのではないかという議論をいたしました。したがって、約款イコール合意の希薄という要件を付加して、バーの下がった無効リストと、民法90条のリストとは違うものであると、そう整理をすれば大きな問題はないのではないかと理解をしました。

更に進んで大阪弁護士会の案にありますように、希薄な合意に関する不当条項リストを具体的にイメージしてみると、通常の民法90条のリストと余り変わらないのではないかと。いうところで悩みはあるんですが、少なくとも約款の不当条項リストというのは、90条のバーを少し減らしたもののリストであると思います。

○**松本委員** 約款特有の不当条項規制を入れるとすれば、今、何人かの委員がおっしゃったような限定されたものに恐らくなるんだらうと思います。しかし、他方で格差者間契約における不当条項規制というのは、これはこれで必要なわけですね。現在、消費者契約に関しては非常に不十分なリストが消費者契約法に載っていて、あと、やや不十分な一般条項があるということで、こちらのほうを別途充実させるということと並行して、約款における不当条項規制を行うという必要があると思います。

さらに以前から近弁連が主張しているような、消費者契約に限定しない格差者間契約における何らかの特則というものを不当条項規制として考えておく必要があるだらうと。そういう二面作戦というか、両面で不当条項規制を充実させていく必要があると思います。約款に限定すれば、正に個別に交渉された条項が落ちるというのは、スタートの議論からしてそうなると思うんですが、それでも格差者間契約においては不当条項規制がもう一段、掛かってくるという構造になると思います。これはこういう意味ですよと1条ごとに説明されたとしても、それだけで当然に有効な契約条項になるということにはならないだらうということですね。

もう1点、前回に言ったことの繰り返しになりますが、契約の中心条項について約款規制の対象にするのかどうかという論点があります。この点では、約款規制ではないところの不当条項規制の対象になるのかというパラレルな論点が、他方に出てくる可能性があると思います。約款に限定しても、前回に議論がありました約款の変更についてを考えると、約款の変更で問題になるのは料金とか手数料とか、サービス期間とかサービス内容といった正に中心部分の変更を契約当事者の一方がするというタイプであって、付随的事項についての変更が大きな問題になるケースは余りないのではないかと思います。したがって、約款変更についても何らかの規制を入れるということであれば、約款の不当条項規制として中心条項を外すというのは、論理的には少し矛盾するのではないかと思います。

最初に契約を締結する段階における約款規制から中心条項を外すというのは、それはそれで論理的には一貫するんですが、一旦、契約に入った後で中心条項が変更される、それを断れないという状況は、あるいは格差者間のほうの話になるかもしれないですが、それを約款規制の枠組みでやるとすれば、中心条項も規制の対象になると考えないと論理一貫しないかなと思います。

○潮見幹事 松本委員の発言がありましたので、同じところで2か所、私の意見を申し上げます。

1点目は、前回の最後に申し上げたところと少し関わりますけれども、松本委員の言葉を使えば、事業者間での交渉力格差契約の処理に関するものです。事業者間での交渉力格差がある場合の契約というものについての処理を、うまく民法90条以下に対応する規定で処理することができるのであれば、それでよかろうと思いますけれども、前回の能見委員の御発言などにもありましたように、そこに問題を感じておられる方もいらっしゃるようです。そうであれば、事業者間での交渉力格差契約の問題を公序良俗規定ほか、90条以下の規定で処理できるのかどうかということを見通した上で、ここでの問題をどうするかという決着を付けてもよいのではないかなという感じがいたします。これが1点目です。

それから、2点目は、中心条項のことです。私は基本的に事務局で書かれているところの、これを不当条項規制の対象としないという考え方に賛成します。理由は補足説明のところ書かれていること、46ページの3の(1)の冒頭部分に挙げられていること、それから、今回の一連の議論を見ておきますと90条に対応する部分で、暴利行為規制に関する一般規律を設ける方向でも話は進んでいるようであるところ、そうであれば、暴利行為の規律にこの問題の処理を委ねておくべきであって、これにより評価矛盾も避けられてよいということです。

なお、松本委員がおっしゃられた変更の場面ですが、これは結局、事情変更の問題ともろにぶつかるわけで、事情変更の法理の一環として、おっしゃられたようなことを処理するための具体的な規定が必要かどうかというのを考えてみればいいのであって、そこから更に一般化するというのは難しいかなという感じがいたします。

○鹿野幹事 私も、同じところにつき2点申し上げたいと思います。

一つは、既に出された御意見と重なるのですが、約款の不当条項規制として問題を立てる場合、これを特に取り上げる理由は、約款の場合は約款使用者の相手方には約款による契約をのむかどうかという選択が与えられているにすぎないこと。つまり、それをのんで契約をすとしても、個々の内容につき交渉を経て合意がされているわけではないと

いう意味で、前回から「希薄な合意」という言葉が使われているようですけれども、そういう合意しかないこと。このような希薄な合意の基礎しかないことから、内容につき公序良俗違反の規定だけに委ねるのではなく、より踏み込んだ不当条項規制を行う必要があることだと捉えてよいと思います。ただ、約款についてだけ不当条項規制を掛ければよいのかというと、そうとは限らず、先ほど格差者間契約という言葉が出ていましたが、そういうほかの観点からの不当条項規制も考えられないのかについても、検討する必要があると思います。これが1点目です。

それから、2点目は、中心条項についてです。中心条項を不当条項規制の対象から除外するという場合、その主な理由は、中心条項については正に当事者の自己決定に委ねられている部分だということにあると思うのですが、ただ、確かこの資料の46ページにも若干は触れられていたと思いますけれど、中心条項といってもその基礎を欠く場合があるのではないかと思います。例えば対価は契約の極めて中心的な部分ですが、その対価が必ずしも明確に比較可能な形で提示されていない場合があります、そのような場合には、対価だから自分で自覚を持って決めたとはいえないこともあるのではないかと思います。これは、透明性と言われるような問題で、手続と内容のちょうど中間に位置するような問題だと思うのですが、少なくともそういう問題に関する審査は、中心条項にも及ぶと思います。つまり、中心条項でも透明性を欠く場合には、その効力が否定される余地があるということは、留保しておく必要があるのではないかと思います。

○佐成委員 議論の進め方としては、今、鹿野幹事がおっしゃったとおり、要するに希薄な意思を担保するという趣旨で、約款に対して不当条項規制を掛けていくという、そういうスタイルの議論の方向については私も賛同いたしたいと思います。

ただ、そもそも経済界は、民法での約款規制自体に反対であるという根本的な意見の違いはあります。けれども、議論の方向自体はそれがよろしいのではないかと思います。

それから、中心条項と付随条項を分けるという考え方についてですが、これについても割と共感はするのですが、ただ、今、鹿野幹事もおっしゃったところも確かにありますので、にわかには賛成はできません。対価自体が複雑な場合について、補足説明では説明義務という形で処理したらどうかというようなことを述べられていると思うんですけれども、確かに説明義務という範ちゅうにあるのかもしれないですけども、ただ、説明義務の範囲というのは、まだ、それほど明確でもないですし、もし、少なくとも約款におけるような、そういった対価が複雑な局面については説明義務が必要であるということに異論がないということであれば、そういうスペシフィックな形で明文化するとか、あるいは一般規定としての説明義務を仮に設けた場合にその適用とセットにするとか、そういったようなことも一応は理論的には考えられるのかなと思います。

そうしますと、そもそも中心部分だけではなくて付随部分についても、もしかしら約款の希薄な意思にもかかわらず、拘束力を正当化するための根拠としては、付加的に説明義務というものを何らかの形で入れていくということも、場合によっては必要になるのかなと思います。事業者側がこんなことを言うのはちょっと筋が違う気もするんですけども、理屈の上ではそういうふうな形になるのかなと思いました。説明義務は別途議論されておりますけれども、もし、約款での説明義務というのが、希薄化された意思を補うためにかなり重要だということであれば、ルールの透明性とか、国民一般への分かりやすさという

点では、もし、そういうことであれば、説明義務というのも、少なくとも約款規制の一環として加える必要があり得るのかなというのが一つ感じたところです。

それから、もう一つなんですけれども、約款という形でのアプローチは前回も申し上げましたけれども、契約条項アプローチと違って、約款という以上は、どうしても一人と多数が対応するという関係性を考慮する必要が出てくると思います。ところが、この多数性という部分について、ここでの立法提案においてはほとんど何も考慮されていないんですが、普通イメージする、現実に存在する「約款」とかで、とりわけ業法の規制を受けるものなんかを見ますと、やはり、多数性を考慮して「明確に書かなければいけない」とか、あるいは「不当な差別をしてはいけない」とか、そういった規律が必ず入っているかと思うんですね。そういった、約款が内包する、一对多の関係性に伴う考慮要素というのは、今の民法90条で果たして十分酌み尽くされるのかなというのは若干、疑問に感じております。それは組入要件の問題なのか、あるいは不当条項規制の問題なのか、よく分からないですけれども、いずれにしても、もし約款というアプローチを採るのであれば、そういった多数者を相手方とするということも十分考慮に入れないと、本当に現実に存在する約款が、そもそも多数者に等しく理解できるようなレベルの明確性を欠く、すなわち、一对多という、そういう関係性がある場合に必要なレベルの明確性がないとか、多数者へ等しく適用されずに、不当な差別的取扱いを許容するようなものであるとか、要するに、そういったものを排除できないとなると非常に困るなという気はしております。これは事業者が言うような話ではないかもしれないですけども、一応、理屈の上ではそういうことだろうと思います。

○**松岡委員** 先ほどの鹿野幹事の御意見にはほぼ賛成ということを上申し上げただけでございますが、中心条項を除外する場合、中心条項と付随条項の区別が明確にはできないのではないかと懸念があります。例えば一定の場合に事業者の給付義務を免除するなり、軽減してしまう条項は、損害賠償責任の免責が不当条項規制に掛かるのに対して、規制が外れるという誤解を生む可能性があります。どこで線を引くのかが分かりにくいこと自体が問題で、その点がまた紛争の対象になるのは、余り生産的な議論でないと感じております。

○**深山幹事** この問題は、約款としてどういうものを想定するかということによって、微妙にニュアンスが変わってくる議論かなと思っております。前回の会議で約款の定義についてもさんざん議論をしたので、それを繰り返す気はないんですが、そのときに申し上げたことで、定義の中に交渉による修正を予定しているかどうかというようなファクターを入れるかどうかということも一つの議論になって、私は論理的というよりは分かりやすさからしても、約款の定義の中に、交渉による修正を予定しているかどうかということを盛り込むべきではないかという意見を申し上げました。

そして、定義の内容がどのように結着するかが、個別に合意されたものをここで除外するかどうかに関わってくるかと思えます。すなわち、そもそも約款という定義の中に交渉による修正を予定していないということ盛り込むということになりますと、個別に合意されたものというのは、そもそも、ここで規制対象からあえて外さなくても、最初から約款から外れているというところで同じ結論になるので、入れる必要はないということにもなり得るかと思えます。他方、そうではなくて、定義はもう少し緩やかに定めるとなると、個別に合意されたものは不当条項規制から外すという考え方自体はもっともだと考えてお

ります。

また、問題になっています中心条項について考えますと、何が中心条項かという問題もありますが、例えば最も典型的と考えられる対価に関する条項などを想定すると、そもそも、対価の合意部分が約款に組み込まれているということは必ずしもそう多くなくて、対価等以外の部分が一つの条項群としてパッケージで約款になっていることが一般的であるように思います。つまり、対価のところは個別に合意するという前提の下に、通常の合意と約款とを組み合わせた契約というのが多いような気がします。そうだとすると、ここでも中心条項をあえて不当条項規制から外すというような処理をしなくても、そもそも約款には対価に関する合意は入っていないということで、整理されてしまうのかなという気がいたします。

ただ、例えば公共料金のようなものを想定すると、対価も約款の中にパッケージで組み込まれているというタイプのものの中にはあると言えます。そういうものについてどうなるんだといえ、正に公共料金などの場合はいろいろな意味で別の規制が掛かるので、不当な条項にはなりにくいのかもしれませんけれども、理屈の上では不当条項規制の対象とすべきだと、一応、そのチェックをすべきだということにはなろうかと思えます。そういう意味で、(2)のところについては、中心条項について明文を設けるか設けないかはともかく、約款の中にそれが入るという前提であれば規制の対象になるであろうし、他方、そもそも、入らないような約款の定義付けをするということも考えられてよいのではないかと思います。

○山本(敬)幹事 これまで何度か発言していますが、2点、確認的に意見を述べさせていただくほか、質問ないしは問題提起の一つさせていただきたいと思えます。

まず、1点目は、ここで取り上げられている二つの問題点のうちの前半のほうですけれども、前回にも申しあげましたように、約款については、「希薄な合意」と先ほどおっしゃっていましたが、これは比喩的な表現でして、正確に言えば、この契約についての細目は約款によるという包括的な合意の効力も認める。ただし、その合意の効力を認めるためには、契約時に約款を見ようと思えば見られる状態にあったことが最低限要求されるべき要件である。したがって、その意味での組入れ要件を満たしたものは、ひとまず契約内容に入ることを認める。ただ、その上で、前回議論した不意打ち条項に当たる規制に加えて、さらに、約款に関する不当条項規制も考えてよいだろう。この不当条項規制が外れるとするならば、それは先ほどのような包括的な合意ではなく、個々の細目について個別合意が行われた場合ではないか。交渉というよりは、個別合意が行われた場合には、約款特有の規制は外れる。これが筋の通った方向ではないかと思えます。

2点目は、中心条項に関する問題ですけれども、かなり以前の部会の際に申し上げたと思えますが、今回の部会資料に書かれていることに加えて、もちろん少し書いてはありますが、対価ないし給付の規制について、客観的な基準がどこまで立てられるか、つまり、対価と給付についての内容規制を行う基準が本当に立てられるのかということを実際に考える必要があると思えます。それが難しいからこそ、民法一般のルールとしては、前に検討した暴利行為の規制を現代的に拡充することがあるべき方向ではないか。ただ、その際には、客観的要素とともに、主観的要素が入ってくる。先ほど潮見幹事がおっしゃいましたように、対価や給付に関する規制については、このような拡充された「暴利行為

規制」によるとというのが基本ではないかと考えます。

その上で、質問ないし問題提起なのですが、先ほど鹿野幹事等から不当条項規制について、特に給付や対価に関わる部分について必ずしも透明でない、つまり、どのような内容の条項がそこで定められているかということが必ずしも明らかでない場合があり得るのであって、そのような場合は、不当条項規制の対象に含めるべきではないかというような御提案がされていました。日本の裁判例でも、更新料の条項に関する最高裁の判例の中で出てきたところでして、明確であるかどうかを考慮するという方向性は理解できるところです。

問題は、これが不当条項規制の問題なのかどうかということです。これは佐成委員が問題提起されたところと重なるかと思えます。ドイツ法では、かつての約款規制法の下で、透明性も考慮して不当条項規制を行うことが判例法として確立していたのを受けて、約款規制法を民法の中に取り込む際に、この点を明文化しました。その意味で、不当条項規制の中で透明性を考慮することは、確かにあり得る一つの方向だと思えますが、厳密に考えてみますと、これは、どのようなことがそこで契約条項として定められているかが分からないことを考慮した規制ですので、理論的に言えば、内容の当否の問題というよりは、内容に入るかどうかというレベルの問題、つまり、どちらかという、組入れに規制に相当するものです。したがって、不意打ち条項と並んで、内容が不明確ないし不透明である場合は、そもそも契約内容に組み込まれないとすることも、あり得る方向だろうと思えます。

少し長くなりましたけれども、要するに、ドイツ法は、以前は不当条項規制しか規定がない中で、裁判所が何とか対応してきたという経緯があって、明文化するときも、これを不当条項規制として取り込まざるを得なかったということはあると思えますけれども、日本で今、新たに民法に約款に関する規制を置く際に、それは不当条項規制でなければならないのかどうか。この点についてお聞かせいただければと思いますが、いかがでしょうか。

○野村部会長代理 今の段階で何かお答えはありますか、鹿野幹事あるいはほかの方でも。

○鹿野幹事 確かにドイツ法においては、不当条項規制の一部として透明性の原則の規定が置かれています。私自身は、先ほども申しましたように、これを手続的な面と内容面の両方にまたがる領域の問題だと考えております。これを他の不当条項規制と全く同じ位置付けにしてよいのかと言われると、その位置は違えてもよいかもしれませんが、手続だけの問題なのかという、そうでもないような気がします。条項が不透明な形で置かれ、したがって、契約相手方が正しい理解をすることができず、そのために不当な不利益を強いられることになるということが、ここでの問題だと思います。そこで、これをどう捉えるのかを考えておく必要があると思ひ、そういう趣旨で先の発言をしたつもりです。確かに不意打ち条項と似たところもあるとは思いますが、ただ、不意打ちという観点だけでは賄い切れない部分もあるのではないかと考えているところです。

○松岡委員 理論的に不透明だと言われればそのとおりのかもしれません。ただ、今の鹿野幹事の御意見と似て、内容の当否の問題でなくて入口の問題かもしれませんが、両方に関わる場合もある気がします。その場合を、どちらかに割り切って分けて決めなければいけないのか自体が私は問題だと思っていて、重なれるところは両方の規制が掛かってくるという形で処理してもいいではないでしょうか。どちらの議論であるかはっきりさせることにエネルギーを割くべきではないというのが先ほどの発言の趣旨でございます。

○松本委員 中心条項、取り分け対価の問題を考える場合に、表立って出ているところの対価

自体を不当条項の問題として考えるのか、考えないのかという、暴利規制をそのまま不当条項規制の問題として考えるのかという論点があります。もう一つは鹿野幹事がおっしゃっている不透明ということの意味として、組入れの場合の話ではなくて、真の対価をごまかすような特約が一杯付いているというほうが、むしろ問題が多いのだろーと思えます。例えば賃貸借契約における原状回復義務特約などというものは、賃貸人として最後にごまかすとお金を取り戻そうというものですから、月々の実際の賃料を非常に分かりにくくしているという点で、対価に関わる条項だと思うんです。

月々の賃料は幾らですという正面からの対価そのものではなくて、実質上の対価になるような条項、中途解約の場合にうんと高くなりますという携帯電話の契約なんかも多分一緒だと思うんですが、そういう本来の月々の料金は幾らですというのとは別の価格に当たる分を上乗せするというか、実質上の価格を決めるような特約が別途、いろいろ付いているという場合が多いです。そのような特約について、対価に関係する以上は全て中心条項だと思って規制対象から外すとすれば、それは極めて不当だと思うんですが、逆に表面上の対価についても不当条項規制の対象に入れるとすれば、それはやりすぎだろーと思えますから、ここで中心条項は外すんだというルールを導入するのであれば、何をもって中心条項というのかという定義をしっかりとしておく必要がある。

対価に関わるという意味では、ほとんど全ての約款条項は対価に関わってきます。直接、対価に関わるというのが今の中途解約などの話であって、極めて間接的に関わるというのは、例えば苦情があっても、一切、我が社は受け付けません、消費生活センターにお問い合わせくださいというような条項が問題になりましたが、これなんかと言えば経営のコストを下げようとする事だから、対価に関わるといえば関わるわけですが、こういうものは一般的な不当条項規制の問題として扱うのなら、扱っていいんだろーと思えます。

○山本（敬）幹事 今の点についての質問でよろしいでしょうか。おっしゃっていることの意味がまだ理解しかねているのですけれども、もちろん、不透明の意味をどのように基準として確定するかということは次の問題なのですが、不透明な条項について、効果はともかく、結論としては契約の内容をなすものと見ないということが一般的に定められれば、それは、対価に関するものか、そうでないかに関わりなく、契約内容を構成しないことになるはずですよ。

もし、そうだとすると、おっしゃっていること、あるいは危惧されていることはそれでカバーできるはずであって、なぜ、そうせずに、不当条項規制の中でそれをやろうとされているのかが分からないというのが、最初の問題提起の趣旨でした。それを危惧されるのであれば、入口のところで、不透明な条項についての規制をすればよいはずですよ。松本委員がおっしゃったように、ごまかそうとしているというようなタイプのものについては、それとして規制すればよいわけであって、なぜ不当性と絡めなければならないのかがよく分からないのですけれども、御説明をお願いできればと思います。

○鹿野幹事 一つは、先ほどから申し上げておりますように、私自身は必ずしも、不当条項に関する規律の中にこれを置かなければいけないという趣旨で申しているつもりではありません。透明性を欠く条項は無効である、あるいは契約の内容に入らないというような形での規律は、いずれもあり得るのではないかと思います、いずれにしても、手続的要素と内容的要素の両方が考慮されて否定されるという場合があるのではないかと思います。

また一方で、先ほど松本委員がおっしゃったように、中心条項がどこまでなのかという限界は必ずしも明確ではなく、いろいろな形で対価に密接に関連するものがあります。そういうものの取扱いをどうするのが問題です。これにつき手続的な規律だけでうまくいくのかということに、疑問があります。もちろん、透明性等の規律をどう立てるのかを具体的に考えてみないと、そこでどれほどがカバーできるかは明らかにならないのですが、手続的審査を一度超えれば、中心条項は内容規制の対象外とすることでよいのかという点、その点にはなお疑問を持っているということで、お答えしておきたいと思います。

○中井委員 議論が中心条項にきていますから、そちらから先に申し上げますと、弁護士会の多くの意見は鹿野幹事ないし松岡委員の意見に賛成です。その理由は重ねて申し上げませんが、中心条項とその他条項の区別自体について、それほど定かではないのではないかとことが基本にあります。さらに、一般的に不当条項規制というとき、約款は先ほど言ったように包括的合意若しくは希薄な合意、それについて法的拘束力を認めるので、その内容の合理性の担保が必要だ、だから、不当条項規制を設けましょうという考え方を採っていると思うんですけども、そのときの不当条項の基準というのは、90条のレベルよりは緩やかであると理解しているわけです。つまり、公序良俗違反若しくは暴利行為よりも緩やかなところに線を引いて、合理性を担保しようとしている。

つまり、約款の中身に定められた多くの条項は、原則として90条の基準より緩やかなところで合理性の担保を図ろうとしているのではないかと。そのときに、その一部の中心条項が仮に特定されたとしても、そこだけを山本敬三幹事若しくは潮見幹事の御意見によれば、90条のレベルの違法性判断というのでしょうか、無効判断基準を持ち込んでいるように思われるのです。なぜ、その必要があるのかということに、そもそも、疑問があります。

仮に、潮見幹事若しくは山本敬三幹事のように公序良俗違反、暴利行為基準で中心条項を判断するとしても、それを不当条項規制の対象にしておいてその不当性、つまり、ここで言う後に議論する信義則に反する程度に利益を害するという判断基準が中心条項であれば、レベルが上がると解すれば、それで足りるのではないかと。あえて不当条項規制の対象から積極的に外す必要があることについて疑問を持ちます。ここでは対象に含めるという考え方に賛成です。

それから、(1)の個別に合意されたものについて、若しくは交渉がなされたものについては、山本敬三幹事の先ほどの発言に賛成です。これは約款規制が希薄な合意若しくは包括的な合意に対して法的拘束力を認めるということから、合理性担保のために不当条項規制を設けていることを理由とする以上は、部会資料にも書いておりますけれども、実質的な交渉があつて、その結果として合意が成立しているのであれば、それに対して不当条項規制が及ぶ必要はないだろう。

ただ、留意すべきは、形式的合意若しくは形式的交渉、それによって合意が形取られている、形式的に取られているものについては、排斥するということの確認が必要だろうと思います。加えて、誤解が生じないように、約款規制のところ、仮に、合意若しくは実質的な交渉があつた場合を除外するということを明示する場合に留意しなければならないと思うのは、消費者契約法における不当条項規制においては、たとえ交渉があつても、合意があつても、それは対象になるということを確認しておく必要があると思います。

加えて、(1)の第2パラグラフについて、まだ、意見がなかったように思いますので、

事業者である場合に個別交渉が行われなくても、その可能性があれば対象としないという規律については、弁護士会は反対です。可能性があるというだけでは、希薄な合意若しくは包括的合意の法的拘束力を認める根拠にはならないだろうと思います。実質的な交渉、実質的な合意があって初めて原則どおり、不当条項規制の対象から外れると解すべきであって、可能性のみで除外するのには反対です。

○潮見幹事 幾つかあります。

まず、先ほどからの山本敬三幹事、それから、鹿野幹事の意見に出ていたところですが、給付対価条項とそれ以外の条項というものの区別が付かない場合があるということであれば、先ほど山本敬三幹事がおっしゃったように透明性のルールを規定することで、必要にして十分ではないかと思います。それを超えて、給付とか対価への介入ということまで、積極的に肯定するようなことになるのであれば、契約自由を真っ向から否定し、国家主導による契約内容の策定を認めることになりますから、私は断固反対します。

給付とか対価というものは、そもそも、個別の合意というものが要求されることです。その個別の合意がされたことへの介入を許すということであれば、先ほども申し上げましたように、こうした介入については民法の法律行為のところで暴利行為のルールを設けて、処理をしようとしているわけでありまして、先ほど中井委員がおっしゃられた、そこでの内容の合理性の担保以上に強い介入をここでしなければならないという理由が私には分かりません。

最初、伺っていて消費者契約も想定しておっしゃっているのかなと思ったんですけども、消費者契約は別だということでしたので、私もここでは専ら民法の考え方として申し上げているところですが、そうであれば、なおさら、暴利行為規制というものを超えた形で、個別合意がされた給付・対価への介入を認めるルールということを明確に設けるということには、理解ができません。

○高須幹事 今までの議論を伺っていて、大変、有意義な議論がなされたんだと思うんです。

といいますのは、給付とか対価という部分については、個別的な合意が正に必要な部分であって、不当条項規制を掛けてはいけないのではないかというような指摘というのは、とても大事なものがある。部会資料にもあるような市場のメカニズムによって確定されるようなものに、安易に不当だみたいな判断を掛けることについては慎重でなければならない。こういうことはとても大事なことだと私も思います。

ただ、そのことを中心条項だから外すという法の立て方で規制するのがいいのか、あるいは不当条項というのは何なのかということをやより慎重に、合理的に検討することによって決めていくのがいいのかということになると、私は不当条項と中心条項という二つの概念を立てて、その関係がよく分からなくなるという方法を採用するよりは、不当条項の不当とは何なのかというようなことを厳密に検討していくことによって、その精度を高めることによって御心配されているような部分について危惧が生じないような解釈方法を構築していく。法律というのは作れば全てではなくて、作った後、運用していく責務があるわけですから、その中で、しっかりしたものにしていけば、市場メカニズムに不当な介入をするなどということがないような形での運用が可能となるのではないかと。

したがって、かえってここで中心条項だけは手を触れないという、必ずしもそういう方法がいいとは思えないような規定の立て方をすると、かえって新しく作った民法の今後の運

用を混乱させるのではないかと思いますので、私も乙案がよいと思います。弁護士会の意見もそのほうが多いわけですが、乙案にして、ただ、今日の議論がとても大事だったということは記録にとどめるべきだと思います。不当条項ということを真剣に考えねばならないし、そのためのヒントがたくさんの方の発言の中からあったと私は思っておりますが、結論としては乙案がいいと思います。

○三上委員 個別に合意されたものについて、松岡委員ないし鹿野幹事と反対の立場から始めて同じ結論になるという話ですけれども、前回も申しましたように我々は契約をするときに、どこで個別に交渉したとか、合意したとかいうことを裁判で立証できるような形で残さないし、残せないです。契約の中心部分云々というのは、その一部の定型化なんだろうけれども、後から外れる、外れないの議論がそもそも考えられない。

約款の組入れの議論というのはそもそも包括的な合意というか、不十分な合意を契約の拘束力として認めるための規制ですから、原則は一定の要件が満たされれば契約の一部になる。ただし、私はこういう概念論争に弱いので、山本敬三幹事がおっしゃった透明性というのと不意打ち条項的な規制が同じ種類のものか、違うものか、よく分からないんですが、普通、その契約を結ぶ一般的な人々の了解からして、こんな条項が入っているとは思わなかったとか、この条項がそういう意味を含んでいるとは思わなかったとか、意味は分かっていたけれども、実際に計算してみるまでこんな高額とか、ひどいことになるとは思わなかったというものが対象から外れるという規制が入ってくるのは、理解できないわけではない。

しかし、それを超えて、なぜ約款だと公序良俗とか民法一般の規制よりも緩やかに違法性が認められるとか、あるいは形式的にこういう内容の条項は駄目だとか言う結論になるのかが分からない。形式的にそういう不当とも思える条項があっても、相手方がそれに同意していれば契約として認めるのが一般原則ですね。相手方が脅迫されたとか、強要されたとか、あるいは公序良俗に反するぐらいの優越的地位の濫用の被害を受けて、一方的に契約をさせられたとか、そういう場合に契約が無効になるということは分かるんですが、それ以外は、私も潮見幹事がおっしゃったように、どうして、約款だからというだけでより緩やかに無効になるとか、形式で不当とされるという議論が入ってくるのがよく分からない。

そういう意味で、透明性という基準と不意打ち条項的な規制とが同じかどうかは分かりませんが、そういう形の規制が約款に掛かるのはいいとしても、また、私は一般に契約に説明義務が必要だという立場でもありませんが、そういう不意打ち条項的な規制があったとしても、それは事前に説明されていたとか、あるいは相手方がそれがあつたことを十分に認識して知っていたというときには、不意打ちでも不透明でもなくなるわけですから、そういう観点の約款規制の対象からは外れる。ただし、その内容が公序良俗に反するのだったら、個別に合意したかも、中心部分だったのかも関係なく公序良俗に反するというところで無効になる、こういう理解でいいのではないかと考えております。

○中井委員 先ほどの潮見幹事の発言を受けて、確認したいのですが、一般的に約款型、とりわけ裏面約款型だったら表に中心条項的なものについては金額を入れたり、対価を入れたり、書き込んで、それは個別に決まっている。多くの場合、中心条項については明確な合意があつて、それも交渉を経た合意があつて、したがって、それは約款規制アプローチ

による不当条項規制から外れる。それは2（1）から外れると思うんです。合意があるにもかかわらず、不当条項規制が掛かるということはそもそもないわけですから、先ほどの御批判は分かりませんでした。

それから、明確な合意がないままに中心条項的な定めが仮になされたとすれば、それは結論としては希薄な合意であったわけですから、そこに不当条項規制が掛かってもいいだろうと思うわけです。しかも、その不当条項規制でいかなる場合に不当条項として無効になるかは、次の判断枠組みの問題ですけれども、今の提案でも信義則に反して相手方の利益を害するかどうかという判断基準があるわけで、それは条項の種類、内容によって異なるはずで、仮に潮見幹事なり、山本幹事の考えるようにして、中心条項については、信義則に反する程度という基準が暴利行為的な基準に達しない限りは、無効と評価されないというにすぎないのではないかと、こう思っているわけです。したがって、私は結論としては異なることにはならないという理解をしています。それは誤解でしょうか。

- 野村部会長代理 お答えはありますか。特になければ御意見ということでよろしいですか。
- 山野目幹事 今、中井委員が二度にわたる発言でおっしゃったこととの関係で、私も中井委員と議論してみたいことがあります。それは次の3の論点のところになったらお話ししたいと感じております。
- 中田委員 3に入る前に2の議論の補足だけですけれども、不当条項をなぜ規制するのか、あるいは一部をなぜ規制対象から除外するのかを検討する際に、他の規律との関係が話題になっていると思います。説明義務や暴利行為ですが、そのほかにもう一つ権利濫用も参照すべきではないかと考えております。例えば対価なり給付の内容なりを決定することを一方の当事者に委ねる、例えば一方の当事者の価格表によるとか、一方当事者が給付内容を決定するとかですが、それ自体が認められたとしても、場合によっては決定の仕方について権利濫用法理が掛かってくることがあると思います。そうすると、権利濫用によって条項を結果的には制約しているという場合があります。そうしますと、中心条項ないし対価条項を外すかどうかは別にしまして、いずれにしても説明義務、暴利行為あるいは権利濫用法理が掛かってくるということは、留保しておくことが必要だと思います。
- 山本（敬）幹事 先ほどの中井委員の問題提起に対して、既に行っている質問なのですが、まだ、お答えがないのでお聞かせ願いたいという意味で、もう一度繰り返したいと思えます。

対価ないし給付規制を行う場合には、基準が何かということが問題になると私はずっと申し上げているつもりです。例えば、対価に関わるものについて、市場価格よりも2割、3割、4割高い。このような場合に、何をもって基準として無効だという判断を行うのか。給付についても、こういう内容の給付を行います、対価はこれだけですと約定しているときに、この対価からすると、この給付では少なすぎるということをどのようにして決めるのか。この点について明確な基準は立てられるのでしょうか。この点については、従来、公序良俗の枠内で、暴利行為に関する規制を行ってきたわけで、そこでは客観的要素だけでなく、主観的要素が考慮されてきました。今回、それを現代的な形で拡充することが検討されていますけれども、それは正にこの10年から20年ぐらいの間の裁判例の展開を受けて、それを何とか酌み取ろうとして提案されているものです。

そのような中で、それとは別に不当条項規制を立てるときに、対価ないしは給付内容につ

いて公序良俗には反しないけれども、それよりも緩やかな、どのような基準か必ずしも分からない基準によって介入を行う。そのような介入は果たして理論的に正当化できるのかというのが潮見幹事のおっしゃっていることで、私もそれはもともとだと思いますし、そもそも基準が立てられるのか、それは恣意的なものになるのではないかと、もしその点について曖昧なまま残すとするならば、場合によってはかなり恐ろしい介入に道を開く可能性がある。それを危惧しているのだということに対して、何らかのお答えがあつてよいのではないかとと思いますが、いかがでしょうか。

○鹿野幹事 まず、確かに先ほど中井委員がおっしゃったように、中心条項、対価条項については、本来的には当事者間における個別合意があるべきで、個別合意があつたときには、それは当事者が自分たちで決めたのだから尊重されるべきであり、他の価格と比べて安すぎるとか高すぎるといふような理由でこれに介入をすることは原則として認められないことになると思います。このような介入は、他の要素が加わることにより、例えば暴利行為などとして民法90条によって無効とされることはあるかもしれないけれども、そうではない不当条項規制という形での介入は、控えられるべきだと思います。そういう意味では、私的自治の尊重が図られるべきだと思います。

もともと、資料の42ページから43ページでは、一方で、個別合意があつたものを不当条項規制の対象から除外してはどうかとされています。そうであれば、それに加えて、中心条項を対象から除外する必要はないと思うのです。つまり、仮に個別合意があつたものについては約款の不当条項規制の対象から除外するという前提をとった場合に、それに加えて中心条項を対象から除外するという規律を設けるとすると、そこで予定される中心条項というのは、個別合意がなされていない中心条項で、それが何がしか存在するという想定の下に、その個別合意のない中心条項を不当条項審査から除外する意味を持つこととなります。

そうだとすると、そのような取扱いは疑問です。そのように個別合意のない中心条項として考えられるのは、恐らく、先ほどの松本委員の御発言にあつた言葉を借りると、表面の対価の定めがあり、ところがそれとは別に、約款の中に実質的な対価負担に関する条項が置かれており、その約款条項については個別合意がされていないという場合などでしょう。その場合に、約款によることについての包括的な承諾はしたけれども、個別合意はしていないような、約款中の実質的対価条項について、それが中心条項だという理由からおよそ不当条項規制から外すものとするのは、疑問です。

そのような中心条項を仮に不当条項規制の対象とした場合に、不当かどうかを判断する基準はどうするかという御質問がありました。恐らくこの点は、契約上の表面对価を一応の出発点とすることができると思います。見せ掛けの表面对価に対して一定の反対給付があるという格好が採られているときに、それを前提として、約款でこれだけの実質的負担を課すことが果たして適切なのかというような観点から、これを捉えることができるのではないかと、思います。つまり、契約上少なくとも表面的に予定されたところの権利関係、それを一応の基準とするという考え方を採ることが考えられるのではないかと、思います。

○山本（敬）幹事 重ねてくだいようですけれども、問題点を指摘したいと思います。鹿野幹事がおっしゃっているのは、先ほどの透明性の原則でカバーできることをおっしゃっているわけだと思います。不当条項規制の問題は、基準が何かということであつて、「中心部分」、「付随部分」という表現の当否は別として、「付随部分」に関しては、後でも議論

になりますけれども、デフォルトルールが観念できると思います。つまり、何も合意がない場合に、私は法律に明文の規定がある場合だけでなく、不文の法がある場合も当然含まれると思っておりますが、一定のデフォルトルールが観念できるときに、それとの乖離を基準にすることが現在でも行われることですし、従来から論じられてきたことだと思います。

これに対して、「中心部分」については、デフォルトルールを観念できないと思います。表面对価とおっしゃっていますけれども、それはやはり合意があるわけであって、「不当条項」とおっしゃっているのは、それとは別に対価に関わることが包括合意の中に滑り込まされていることを指しているのでしょうか。しかし、それは透明性の問題であって、デフォルトルールからの乖離という問題ではないと思います。その意味で、基準が果たして立てられるのかという問いについては、まだお答えになっていないと思いますが、いかがでしょうか。

○潮見幹事 同じようなことですが、透明性の原則というものがここでも議論されていますので、今後、事務局のほうで、こういう形でルール化をすることが可能かどうかというのを検討していただければと思います。

それから、山本敬三幹事が言われた2点目は、多分、先ほど山野目幹事が3にいったら質問しようというようなところに関わってくることではなかろうかと思えますし、恐らく山野目幹事はその質問を受けて、また何か、御所見をおっしゃるつもりであろうかと思えますので、また、そこはそこに置いておくとして、一つだけ、私が先ほど中井委員の発言に対して考え込んでしまったのは、実は鹿野幹事の先ほどの発言、それから、中井委員の発言に関わることですが、個別合意されたものとそうでないものを不当条項規制で区別しないという立場を採っているながら、給付・対価のところでは個別合意があった場合は90条以下の法律行為の規定のところでは処理するが、個別合意がない場合についてはそうしないこと理由が分からない。それともう一つ、答えていただけないので繰り返しますが、不当条項規制のどういう一般条項をお作りになるおつもりですか。それを教えていただければ大変有り難いところです。

○野村部会長代理 かなり、それは次の3に関わっている質問ですね。

○松本委員 3ではなくて、2についての質問、意見なんですけど、いいですか。話を聞いていると、結局、(2)は要らないという感じですね。すなわち、中心条項、特に表面对価の部分については合意があるんだというのが皆さんの意見ですから、そうであれば、(1)があれば(2)は要らないということになります。表面对価ではないところの実質対価に跳ね返ってくるような条項について規制したいというのであれば、それは個別に合意されたものではないからこそ問題になるわけなので、正に(1)の対象になるわけですから(2)は規定を設けないほうがいい。中心条項という言葉自体が使う人によって、非常に曖昧に使われているという面からの混乱もありますし、(1)の個別合意とのオーバーラップが大変大きいと思います。

表面对価についてすら合意がなくて契約をしたという場合を救済しようとするのであれば、もうちょっとほかの理屈を持ってきて、契約の合意はないと言ってしまったほうがよい。対価を決めないでした契約というのは、基本的に合意がないと考えたほうがいいのではないかと思います。公共料金のような約款で価格そのものが一方的に決められているようなものは別扱いになるだろうと思えますし、価格について幾ら説明されても拒めないという

格差者間の問題は、これもまた、別の問題だと考えれば、通常の交渉力のある当事者間において、約款による合意の希薄性についての法的介入をするということであれば、合意の部分で最大公約数を作っていけばいいのではないかと。したがって、表面对価についてはそこから落ちるし、実質対価に跳ね返る条項は当然、スクリーニングの対象になるという整理で十分ではないかと思えます。

○**鹿野幹事** 先ほど潮見幹事がおっしゃったことは、多分、誤解だと思うのですが、私自身は、個別合意があったものについては、約款の不当条項規制の対象から外してよいと考えておりますし、それは前回にも申し上げたつもりです。その上で、更に中心条項を外すという（２）が必要なのだろうかということを議論していたつもりです。

○**野村部会長代理** 大分、予定の時間が過ぎていますが、２についてある程度、今日の議論のところをまとめておきたいと思えます。（１）につきましては約款の定義とも関わってきますけれども、約款に使用された契約を不当条項規制の対象にするというときに、個別に合意されたものは規制の対象にしないということについて、大体意見が一致しているということよろしいでしょうか。この部分については、大体、そういう方向でということよろしいでしょうか。その次の後段部分については、余り御意見を頂けなかったのですが、先ほど中井委員の御発言は、どちらかという規定しないという方向の御意見かと思えますが、ほかにここはよろしいでしょうか。

○**山野日幹事** 部会長代理のおまとめでよろしいと感じますが、（１）の前段について前回は能見委員が御発言になり、本日は松本委員が御発言になったこととして、約款を用いたということに依拠する規制に加え、事業者間契約も含め広い意味で当事者間に格差がある場面に関して、何らかの不当条項規制ないしそれに類似する発想によるリスト化などの努力は、引き続き追及されるべきであるという御指摘があったところであると認識しておりますから、その点に御留意いただきたいと望みます。

○**野村部会長代理** その部分は、事務局のほうでまた検討させていただく中に含めておくということにさせていただきたいと思えます。後段の部分も一応、今日は規定しないという御意見が出されただけですけれども、この部分もうちょっと事務局で検討してみたいと思えます。（２）についてはいろいろ御意見がございまして、中心部分と付随の部分というのがうまく分けられるのか、あるいはそもそも中心的な部分に対して民法で不当条項という形で規制が可能なのかどうか、９０条や検討されている暴利行為などの一般的な規定のほかに、ここで規制が可能なのか、そういったいろいろ御議論いただきましたので、この部分も事務局でもう少し検討してから、また、御議論をお願いするということにしたいと思えます。

以上で２を終わりました、先ほど既に出ていました３のほうに移りますが、ここから鎌田先生が既にお見えになっていますので、司会を鎌田部会長にお願いします。

○**鎌田部会長** 遅参してまいりまして、野村部会長代理を始め、皆さんに御迷惑をお掛けしまして申し訳ありません。ここから進行役を引き継がさせていただきます。

それでは、「３ 不当性の判断枠組み」及び「４ 不当条項の効力」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。

○**笹井関係官** 「３ 不当性の判断枠組み」では、仮に不当条項規制に関する規定を設ける場合に、どのような判断基準によって条項の不当性を判断するかについて、具体的な論点を

御審議いただきたいと思います。すなわち、一つ目に比較対照すべき標準的な内容を任意規定に限るかどうか、二つ目に不当性を個別の相手方との関係で判断するのか、当該条項の使用が予定されている多数の相手方について画一的に判断するのか、三つ目に不当性判断の考慮要素は何か、四つ目に不当性の判断基準は何かという問題です。本文では、仮に不当条項規制を行う場合には、これらの問題のいずれについても、基本的には消費者契約法に倣った規定を設けるという考え方を取り上げています。

「4 不当条項の効力」では、条項が不当なものであると評価された場合に、その効果をどのように考えるかという問題を取り上げるものであり、具体的にはその条項が無効か、取消し可能なものかという問題と、どの範囲で効力が否定されるかという問題を御審議いただきたいと思います。本文（1）では、不当条項が無効か、取消し可能かについて消費者契約法の規定と同様に無効とすることを提案しています。また、本文（2）では、条項の一部が不当であると評価される場合に、効力が否定されるのはどの範囲かという問題を取り上げるものですが、これは無効一般について条項の一部に無効原因がある場合に、どの範囲で条項が無効になるかという問題に委ね、特段の規定は設けないことを提案しています。

○鎌田部会長 それでは、ただいま説明がありました部分について一括して御意見をお伺いいたします。御自由に御発言ください。

○山野目幹事 3の論点のほうについて、自分が感じたところを述べさせていただきます。3の論点で、部会資料で御提示いただいているところの基準の考え方は、二つの柱、まず、公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、約款使用者の相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項に当たるといふ、仮に呼び名を付けるといたしますと、前段に関わる審査を経たものについて、もう一つの柱である後段として、信義則に反して相手方の利益を一方的に害するものを不当な条項として扱うという要件構造の考え方で基準を立ててはどうか、という御提案であると理解をいたしました。

私としては、このような基準の立て方で、不当条項規制に関わる論点ないし領域の全部をカバーすることができるかどうかということについては、もう少し考えてみたいと感じますとともに、しかし、議論の出発点としては、このような考え方を基調として検討が進められていくべきものであらうと考えます。そのような意味で、基本的に賛成であるという意見を申し上げた上で、もう少し詳しく問題提起させていただきたいこととして、一つ前の43ページで2の（2）の議論をした際に、中心部分に関する条項とか、対価に関する条項とかいう概念自体が多義的な部分があると思いますけれども、それらの概念で指されているものの中で、対価の定め方に関する条項の不透明性に関するような問題はともかくとして、対価そのものの評価、対価の大きいか、少ないかということそのものに関する評価も不当条項規制の対象に入ってくると、はっきり、そう理解してしまってよいかどうか分かりませんが、そのように受け取る余地のある御発言をなさった委員・幹事がおられました。

その方々からは、さらに部会資料の3で御提示いただいている前段審査と後段審査の構造を暗黙に基準として前提としながら、対価そのものの評価が可能であると聞こえるような御発言もあったかに感じますが、私はそのところについて疑問というか、理解することができない部分を感じておりまして、対価そのものの相当性は、恐らく前段審査が不可能

なものであらうと感じます。民法の現在の冒頭規定を前提にいたしますと、民法は賃料を支払う、代金を支払うと定めておりますけれども、どんな額のどんな量の賃料を払うべきか、どんな代金を払うべきかということを定めておりません。

そういたしますと、中井委員のお言葉の中に何回か、90条の規定よりは一段ハードルを下げたという言葉が出てまいります。そこを理解することに困難を感じます。一般にはハードルを下げた姿は、前段審査が働く場面において、そのハードルを下げたところが基準になるという仕方で明瞭な論理構造を見出すことができますが、対価そのものの評価に関しては、ハードルが下がったところの、そのハードルの位置なるものは、今のままの基準では示されていないものでありまして、そのように考えますと90条と、純粋な当事者間の合意との間の中二階的などころで、何らかの対価に対するコントロールを行うということを求めるということは、裁判実務に対し、ほとんど不可能なことを要求しているように感ずる部分がございます。

そうしますと、そのところは私の誤解かもしれませんが、ここでお示しいただいている前段審査、後段審査の組合せとは何か別の基準を用意しておられて、対価の問題と向き合おうとしておられるのかもしれないと感ずる部分もあるところがございますから、関係の委員・幹事、関係の委員・幹事とは多分、中井委員と鹿野幹事であると思いますが、何か私の理解の足りないところがあったらお教えいただきたいと感ずるところがございます。

○鎌田部会長 御指名でございますけれども、すぐに御発言がないようであれば、御回答いただくまでの間にほかの方の御発言を頂いておきたいと思っております。

○三上委員 回答ではありませんが、2までの議論の流れで、そこでも意見の対立がいろいろあったわけですが、私が考えております約款であるがゆえの規制の延長で考えると、この3に書いてある不当性判断の枠組みというのは、焦点がずれている気がしております。つまり、透明性と不意打ち規制など、普通の一般人が契約に含まれているとは分からないとか、こんな意味だとは理解しなかったという、約款条項の拘束力を認める・認めないの基準が判断の枠組みになるはずであって、それが任意規定に比べて加重しているとか、低くしているとかいうのは判断基準が違うような気がします。

さらに、その場合に不当と判断される条項があったとしても、例えばその条項に関して認識していた、事前に説明を受けていた、個別に合意していた、あるいはそれが中心部分だったという場合、恐らく「認識していた」というのが一番広い概念で、「説明を受けていた」というはその部分集合で、「個別に合意した」「中心部分だった」というのは更にその部分集合になると思うんですが、そういった場合には不当条項規制の対象からは外れると。「個別に合意した」ということと「説明して相手が納得した」というのは、二アライコールのはずですから。ただし、その内容自体が余りにおかしいということであれば、公序良俗の一般論とか暴利行為などの規制が掛かる。そういう意味で、ここに示された判断の枠組みというのは、規制の方向も違うし、例外として規制の対象から外れる場面の判断基準という意味でも、二重にずれているのではないかと考えております。

○鹿野幹事 一般条項のこの規律がどのように中心条項ないし対価条項に適用されるのか、あるいは適用されないのかという御質問ないし御指摘がありました。私は先ほど、実質的には対価とも思われるものが、表面对価とは別に約款の中に定められていることがあり得ること、それがもし個別合意もないのに約款としての包括合意があれば契約に組み入れられ、

しかも不当条項規制の対象から外されるとすると疑問だということを示しました。

そこで、不当か否かにつき、不当条項規制において具体的にどういう審査が行われるのかということについてですが、先ほど申しましたとおり、まず表面合意が出発点になると思いますが、具体的には場合により違ってくるのではないかと思います。といいますのは、実質的には対価に関する条項だけれども、個別合意なく約款に置かれているという場合の中には、一定の事実があればこれだけの追加料金を払わなければいけないとか、一定額は返さないとか、そういう形での条項などが考えられます。例えば、解約したときに、本来はどれだけを返還すべきかは、表面契約とそれに関する法的ルールによって導かれ、それが出発点となります。約款における実質対価条項によればそれを返さないと定めている場合、それは表面合意の権利関係に比して一方に不利益をもたらすもので、さらに、その不利益が果たして信義則に反して相手方の利益を不当に害すると言えるのかという信義則のスクリーニングに掛けられることになると思います。

ですから、およそ実質対価だから、あるいは実質的には中心条項だから、前段の基準が全く想定できないということではないと思います。中心条項という概念でイメージしている局面自体に、若干ずれがあるのかもしれないのですけれども、先ほども言いましたように、解約をしたときに一定額を一方が他方から払ってもらおうとか、あるいは契約を更新したときにこれだけ払うとか、そういう形での実質的な対価が盛り込まれている場合を想定すると、その場合に、本来、相手方が払うべきものがあつたのかどうか、あるいはどれぐらいの額だったのかということが、任意規定あるいは明文の任意規定がない場合でも一般的な法理から導かれることがあるのではないかと思います。そうすると、前段の基準が全く妥当しないというわけではないと考えているところです。

発言の機会を与えられましたので、あと、二つだけ申し上げたいと思います。一つは、先ほど議論しました条項の透明性についてですが、中心条項について(2)をどうするかは置くとしても、いずれにしても、透明性の原則に関するルールについては設けるべきだと私は考えております。第1ラウンドでもそういう発言をしたと思いますけれども、先ほどの議論を通し、今では一層そのような考えを持っております。

それから、もう一つは、今、議論の対象となっている資料の47ページの3の「不当性の判断枠組み」についてです。49ページにも触れられておりますように、47ページで示された基準は、現在の消費者契約法の10条の規定を持ってきたのだと思いますけれども、「公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し」という要件について、恐らく現在一般的には、明文の任意規定が存在しない場合でもよいという解釈が採られているものと思います。49ページの記述によれば、その点についてはなお解釈に委ね、文言としては消費者契約法10条に従おうという提案のようですけれども、およそ消費者契約法10条の解釈において、この規定ぶりにつき文言として狭すぎるという批判があり、その批判に基づいて現在の広い解釈が採られているのだとすると、その批判の対象となっている消費者契約法10条の文言を、新しく立法する改正民法にそのまま使うことについては、疑問を感じるということです。

○**山野目幹事** 鹿野幹事は今、いろいろなことをおっしゃったので、多くの方が手を挙げていて、あと皆さん、おっしゃってくださいと思いますから、僕は最初にお尋ねしたことのみに確認しますが、余り単純化して議論の整理をしてはいけないとしても、一つ前の論

点で皆様方が熱っぽく語り合ったことに関して、私の理解するところでは、結局、今の鹿野幹事のお話を伺っていると、山本敬三幹事が複数回にわたって鹿野幹事にお尋ねして、結局、透明性ルールを導入すれば、それで狙っているところに対する対処が得られますねとおっしゃっていることについて強い異なる意見は、鹿野幹事はお持ちではないものであろうというふうな理解を抱きました。

裏返して申し上げますと、対価そのものについての当否の評価的な操作を裁判所にさせるということをお考えになっているのでは、恐らくないものであろうと感じまして、そのような理解が共有されてくるのであれば、部会資料47ページの3の判断枠組みは、細かなところは見直すとしても、この枠組みが採用される限り、結果的には対価そのものが評価される場面ということは、論理的には起こらないことになるものでありまして、43ページのところは別に乙案を採っても、それでいいものであろうというふうな感じもして、それほど喧々諤々、甲案か乙案かと論ずる必要もないものであろうということを感じました。

○潮見幹事 鹿野幹事は山野目幹事がおっしゃられたような意味で、御発言をされていたのですかということを確認させていただきたいと思います。そうであれば、山野目幹事がおっしゃられたとおりではないかと思えます。1点だけ、鹿野幹事がおっしゃられたところで言うと、ここに書いてある事務局の案のこのルールで構わないということですね。47ページの「不当性の判断枠組み」で書かれている現行法の消費者契約法でいうと10条の前段と後段のどちらも維持した形で、不当性の判断枠組みに関する規定を設けるべきで、前段は要らないという立場ではないということでしょうか。

○鹿野幹事 今、おっしゃったこと新しいほうから申しますと、47ページの判断枠組みをそのまま維持するべきかということについては、維持することに若干疑問があるということ、その点は留保したいと思えます。さらには……。

○潮見幹事 間に入っていいですか。では、どうしろとおっしゃっておられるのですか。

○鹿野幹事 少なくとも、「公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し」という文言は、任意規定が明文で存在する場合を念頭に置いているようにも見えるので、その点を改め、明文の規定が存在しない場合も含め、当該条項が存在しない場合の権利関係を比較の対象とするような形にするべきだという考えを、先ほど申し上げたつもりです。

それから、もう一つ、先に山野目幹事と潮見幹事がおっしゃったことについて簡単に申し上げたいと思えます。先ほど私の意見を支持してくださった方々が、この点でも全て同じかどうかは分かりませんが、私自身は、対価等の中心条項について個別合意があるのであれば、それがまず尊重されるべきで、契約の外から、その対価はおかしいというような形での介入は原則的になされるべきではなく、そのような介入が正当化されるとすれば、それは暴利行為等の付加的な要件が加わったときだという考えを持っております。これは、透明性の原則にも関わる最初の方の発言でも申し上げました。ただ、透明性の原則をどうルール化するかにもよると思うのですが、もしこれが純粋に手続的な規定としてルール化された場合に、果たしてそれで問題としているような状況が全てカバーされるのかについて、なお不安も持っていること、その意味でも中心条項を不当条項規制から除外するような規定を置くべきではないことを併せて申し上げました。

○道垣内幹事 山野目幹事の予想とは異なり、私は、鹿野幹事の発言に対して反応をしたというわけではございません。3のところに書いてある事柄は、消費者契約法10条に近いわ

けですが、釈迦に説法ですけれども、消費者契約法10条に関しましては大きく分けて二つの見解があるわけですね。一つは消費者契約法10条は、任意規定の指導形象機能を示すものであるというわけで、つまり、任意規定というのは長年、積み重ねられた公平の内容を示しているので、そこから外れると公平ではないという推定が働く、推定というのは法律的な意味とは限りませんが、公平でない方向に理解されるという考え方と、もう一つは任意規定というのは契約条項として明示の規定がなければ、適用されるものなのだから、仮に契約条項に任意規定と同じ内容を規定していたら、無効になっても任意規定が適用されるということになりますし、任意規定よりも相手方の権利を強める内容の規定がありまして、しかし、それが不当であるとされて無効になりますと、その代わりに適用されるのは何かというと任意規定になります。契約当事者の権利内容というのは、無効とされる前よりも制限された形になるわけですね。そうすると、任意規定よりも相手方の権利を制限するというのは、その条項を当該相手方保護のために無効とするための最低限度の必要要件になるのだという考え方だろうと思います。

さて、まず、最初に述べました任意規定の指導形象機能というものに関して言いますと、三上委員のおっしゃるとおり、私は、ここでの問題はそれとは違うはずであって、同じように書くというのはおかしいのではないかと思います。私自体は任意規定の指導形象機能という考え方は採っておりませんが、しかし、そのような見解もあるところ、ここではそのような考慮によって不当性が決まるのではないだろうと思います。となりますと、民法における約款の不当条項規制に関しまして、任意規定との乖離を要件にするときは、先ほど私が消費者契約法に関する2番目の見解として述べました最低限度の必要条件を示しているものと考えざるを得ないのではないかという気がします。

そうなりますと、消費者契約法の議論を引きずったり、あるいは消費者契約法と同じように指導形象機能を認めたのではないかという議論を避けたりするためには、ドイツ民法307条2項、これが参照条文として引用されているわけなんですけれども、そのような形で文言化すべきであって、消費者契約法10条と類似の文言は使うべきではないと思います。

○中井委員 山野目幹事からの御質問に対して、鹿野幹事にお任せばかりして申し訳ございません。まず、3についての大阪弁護士会の意見を先に申し上げます。基本的に不当性の判断枠組みについては、部会資料に提示されている考え方に賛成である。前段の要件の書き方、公の秩序に関しない規定の適用、すなわち任意規定のみを取り上げることについては、最近の最高裁の判例にも示されているように、判例等によって確立されているルールや信義則等の一般条項、これも基準にすべきと考えておりますので、書き方としては、当該条項が存しない場合等に比較して等に直すのがいいのではないかという意見です。また、併せて不当性の判断基準というのでしょうか、それが信義則に反して相手方の利益を害するという、このような一般的な書き方にとどめる、また、これが適当であろうと考えております。

ただ、一方的という表現がいいのかどうかについては、更に検討を要するのではないかと。すなわち、約款使用者側の利益と相手方の利益の比較考慮の問題になるわけですから、それを常に一方的と書いたとき一定の方向性がありすぎるという意見もありますので、一方的という言葉が果たして必要なかということについては、更に検討する必要があるのでは

はないかと考えています。また、不当性を判断する要素について、具体的に列挙する考え方もあり得ると思うんですが、ここは列挙するまでもないのではないかという一応結論です。

3の「不当性の判断枠組み」についてはそういう意見を前提に、先ほどの2の(2)についてですけれども、大阪弁護士会の意見は甲案を採らないというものです。すなわち乙案、規定を設けないという考え方です。改めてその理由について申し上げますと、中心条項とそれ以外の条項の区別が曖昧ではないかという一言を申し上げたわけですが、中心的な対価に関わるもの若しくは給付に関わる部分は適用しませんと明示すれば、給付に関する部分について幾つかの工夫をすることによって、付随的条件も含めて拡大しかねない、また、携帯電話のような契約内容になったときに、どこまでの範囲が中心条項かさえもはっきりしない。様々な付随的な利用料金の定めがありますので、そういう意味からして、中心条項を対象外とあえて積極的に規定することは反対する、規定しない案に賛成するという立場です。

そこで、その立場を採ったときに、先ほどの判断枠組みとの間で整合するのか、つまり、前段要件、当該条項が存しない場合と比較してということについて、対価部分について存しなかったら何もないこととの比較が無理ではないか、ないものと比較できるのか、こういう御示唆であったのかと思います。そうだとすると、大阪弁護士会の意見では中心条項については規定しない、中心条項自体が問題になったときに比べるものがなければ、果たして無効になるのは、暴利行為的な適用がある場合になるとすると、対象としてもしなくても、結論は変わらないことになるのではないかと。

○岡田委員 今、中井委員のほうから私が言いたいことを全部おっしゃっていただいたのですが、消費者契約の中で問題になるのが任意規定の特約というところです。今回、私がこの部会に参加して感じたことは、条文以外の解釈が確定した判例がかなりあって、専門分野ではそれらが当然に使われていることを知ったことです。今回は確定したものは条文化するというのも目的になっていますが、とはいえ、判例もどんどん積み重なっていくわけなので、任意規定だけということではなく判例や一般的な学説等にも広げていただくことはできないのでしょうか。消費者契約法に限って言えば、業法の中の規定も当然、ここに入れるべきであろうと思っているのですが、これは一般法である民法なので、任意規定に限定するというには納得できかねます。

信義則の部分ですが、これまた、一方的という言葉が入っていますが消費者契約に関する最近の最高裁判決ではここがネックになっているような気がします。前段の任意規定で絞りを掛けて、なおかつ、後段の信義則で絞るという二重の絞りが掛かっていることに私たち現場にいる者としては訴訟におけるハードルの高さを今までにもまして感じてしまいます。信義則というのを落とすわけにはいかないのであれば、一方的という表現を考えていただきたいと思います。

○山本(敬)幹事 幾つか申し上げたいと思います。

まず、中井委員の御意見がもしそうだったとしますと、私はかなり誤解しながら批判めいたことを申し上げていたかもしれません。結論として「中心条項」については、約款に特有の不当条項規制をする際の基準が、他で想定されているような「付随的条項」と同じような形では立てられないことを認めておられるというのであれば、私の意見とそう変わら

ないのかもしれないと思いました。

その他の点に関しては、既に何人かの方がおっしゃられていますように、前段要件については、「規定」という文言は外すべきだろうと思います。10年以上前から私自身、個人の学説としてずっと申し上げてきたことですが、先ほども申し上げましたように、何もなければデフォルトルールが適用されるわけであって、それと異なることを約定しようとしていることが不当性の基準になると思います。その意味では、法律に明文の規定があるかどうかではなく、デフォルトルールとして一般に認められているところがあるならば、それを基準とすべきだと思います。したがって、中井委員がおっしゃいましたように、「当該条項がない場合と比べて」というように改めるべきだと思います。

もう一つの不当性の判断基準については、先ほど道垣内幹事が指摘されたところに私も做りたいと思います、というよりは、これは11回会議のときに私自身が実は申し上げたことでして、要するに、消費者契約に関する特別な規制と約款についての不当条項規制の両方を定めるという比較法的に見て必ずしも多く見られない規制を導入しようとする際には、両者の関係をよくよく考える必要があると思います。そして、消費者契約法とは別に不当条項規制を置く場合の実践的な意味はどこにあるかということ、事業者間の取引であっても約款が使われる限りは、一定の規制を行うところにあると思います。その意味で、不当条項規制に関する一般的な規定の基準が消費者契約法と全く同じないしはほぼ同じになることが果たしてどう説明がつくのかということが、大きな問題になるだろうと思います。

11回会議のときに申し上げたのは、最近のヨーロッパでの動きを見ても、例えばいわゆるアキ・グループによる現行EC契約法原則によりますと、一般的な不当条項規制とは別に、事業者間契約については、それと異なる基準を定めるという考え方が示されています。そこでは、good commercial practice ですので、健全な商慣習といいますが、要するに不当ではない商慣習に当たるものだと思いますが、そのようなものから著しく逸脱する場合が一つの基準として挙げられていますし、DCFR、つまりヨーロッパ共通参照枠草案では、そのような健全な商慣習から著しく逸脱する場合は、信義誠実及び公正な取引から著しく逸脱する場合を基準として挙げています。

このとおりかどうかは別として、このような方向をもう少し検討すべきではないかということ、11回会議のときに申し上げました。今回の議論を踏まえなくても、不当条項規制に関する一般条項をここで定めるとするならば、これに対応した方向を検討すべきではないかと思います。仮に信義則を基準にするとしても、信義則から著しくという表現がいいかどうかは分かりませんが、少なくとも消費者契約法とは異なる形で、中井委員がおっしゃるように公序良俗と消費者契約法の間になるような規制の方向が、一番説明がつくのではないかと思います。その意味で、道垣内幹事のおっしゃったことに賛成したいと思います。

○山下委員 今日、申し上げようとしたことを今、山本幹事が全部おっしゃっていただいたので結論は全く同じなのですが、消費者契約法10条というのは立法当時、一般条項は要らないという経済界の意見が非常に強くて、そういう中でぎりぎりの線で予測可能性を高めるといって、任意規定との比較という要件を織り込んだので、10年ちょっとたって、そういう経済界も予測可能性だけを強調するという時代ではなくなっているかと思うので、そもそも私は消費者契約法10条の規定をもう一回、考えてもいいのではないかと

と思いますが、それは別として、それと同じ規定をまた民法にほとんど同じものを持ってくるのはこの際、いかがかなというのが1点と、それから、事業者間契約について、特に消費者契約法10条と民法の一般条項、不当性判断基準はほとんど同じようなものになるというのは、事業者間契約についても消費者契約と同じようなコントロールをするという、そういうメッセージになりかねず、山本敬三幹事がおっしゃったように非常に望ましくないことなので、事業者間契約でも非常に格差が著しくて、それに付け込んで不当な約款を使うというようなことは十分あり得ますし、そのコントロールの必要性は当然あるかと思いますが、それが余り広がって、事業者間契約でも当事者がすぐ何か機会主義的な行動に走って、条項が不当だというようなクレームを付けて交渉を有利に運びようとするとか、そういうことがないようにする規定ぶりを考える必要があるのかと思っております。

○三上委員 私一人、別次元に取り残されているようで恐縮ですが、3に書いてある文言を前提に議論されているという趣旨は、例えば約款が使用されていない契約ならば、その条項がない場合に比べて「相手方の権利を制限し、又は義務を加重する条項であって、信義則に反して相手方の利益を一方的に害するもの」は、不当な条項にはならないという判断なんではないでしょうか。あるいはそれも不当条項になるのだったら、約款が使用されている場合と使用されていない場合でどこが違うんでしょうか。約款規制として議論しようとしていたところは、この約款のこの条項がそういう解釈をされるとは思わなかったという、うまく説明できないんですが、クレームを寄せられる範囲が広いか狭いかの違いであって、条項の中身自体の不当性に関しての判断基準はそれが約款なのか通常の契約条項なのかでそれほど変わらないのではないかと思います。

昔ながらの議論をすると、約款の作成者不利の解釈の原則のようなものをうまく立法化したような内容が、ここで検討されるべき対象になるはずという理解になってしまうのですが、実際、ここで47ページのこの内容で条項を置くことによって、約款を使用していないときには、信義則に反して相手方の利益を一方的に害する条項であったとしても、それだけでは不当にならないという前提で、皆さんは議論されておられるのでしょうか。

○鎌田部会長 今の点についてはいかがでしょうか。

○三浦関係官 若干初心者的な議論になってしまうのかもしれませんが、私の感じるころでは、この話というのは前回の相当初めのほうで三上委員が御提起されたような、組入れ要件と不当条項とをどうリンクするのか、あるいはリンクするののかどうかということの論点と、実はどこかでつながっているような感じがしております。理解が不十分だったら、もちろん、正していただければと思うんですが、約款と不当条項規制のこの二つの論点を通じて私たちは何をしようとしているのか、ということを考えたときに、一つの思いは、合意の希薄性という言葉が出ておりますけれども、個々にきちんと合意したかどうかは分からないけれども、一対多の契約であるなどの理由により、何らかの形でその効力を認めなければいけない場合にはどうしたらいいかというのが一つ。

それからあと、もう一つ、格差があるときに、したがって、格差があって拒めないようなときに、でも、弱い人を保護するにはどうしたらいいかということ、多分、この二つはどちらも正しい思いだと思うんですが、この二つの思いなり、問題を一回に一箇所ですべて同時に決着してしまおうと思っているので、何か、二つがごちゃごちゃになってしまっているところがありはしないかなというような気がしております。

「合意が希薄なのに、それに効力を持たせられるのはどういう場合だろうか。」、また逆に、「合意が希薄という理由で、効力を持たせられないのはどういう場合だろうか。」という議論は組入れ要件の話で、それに対して、格差があるときに弱い人をどう守るのかというのは恐らく別の話であり、そちらについては、今まで90条の世界から始まって消費者契約法、独禁法、労働法など、いろいろなところでそういう立法措置が出されてきたと思います。それはまた、もう一つ別の世界ということなんだろうと思います。したがって、組入れ要件と不当条項規制を切り離すと、整理としてむしろすっきりするのもかもしれないというようなことを今、改めて感じたということでございます。

消費者契約法第10条をそのまま書くのは、ちょっと違和感があるという御意見が出たわけですが、それでは、10条ではないとすると、どういうイメージになるのかということを経験していろいろ考えていったときに、今述べた二つの議論が同居すると、かえって考えにくくなるのではないかなということを感じました。

○潮見幹事 今、三浦関係官がおっしゃったことをここでむしろ問題にすることが、混線に輪を掛けるのではないかという感じがいたしました。むしろ、ここで問題になっていますのは、先ほど道垣内幹事、山本敬三幹事、それから、それを受けてでしょうけれども、中井委員などがおっしゃられた問題、すなわち、消費者契約の場合の不当条項の規制の根拠といえますか、不当性というのはどういう観点から評価するのかという問題と、消費者以外の特に事業者間契約における不当性の判断枠組みとか考え方というものを同じでよいとしてよいのかということとして、そのときに、消費者契約の場合と事業者間契約の場合の不当性の判断の枠組みや考え方が違うというのは、あり得る方向ではなからうかと思えます。

つまり、消費者契約の場合には、先ほど少数説的に道垣内さんがおっしゃられたのかもしれないし、その意図はなかったのかもしれないが、任意規定の指導形象機能だとか、任意規定の半強行化という枠組みの下で契約条項に対して積極的に介入をしていくという形で、消費者契約における不当条項規制の枠組みというものは成り立っています。だから、消費者契約法10条前段は、明文に書かれた任意規定というものに限る必要は全くないし、それは現行法の規定の読み方でも私はできると思うのですが、少なくとも、前段を置くことによって今のことを明らかにしています。こうした枠組みを事業者間契約における不当条項規制の基礎に据えてよいのかというのが、ここでの最初の議論であったと思うんです。

そのときに、任意規定の半強行的な使い方を事業者間契約では行うべきではないということであれば、消費者契約法10条の不当条項の判断規制の枠組みとは違ったものをここで立てていく必要があります。その場合に、先ほど道垣内幹事がおっしゃられたドイツの約款規制法を民法の中に組み込んだ307条の規定とか、あるいはDCFRのII9の405条とかにある消費者契約とは違った形で不当性の判断の枠組みも参照しながら、事業者間契約における不当条項規制の判断枠組みを作っていくという可能性があると思います。

ただ、問題はここから先が三上委員のおっしゃられたことに対する私なりの理解なのですが、仮に、消費者契約における不当条項規制と、事業者間契約における不当条項規制とで根本的に違うところがあると考えた場合に、今度は、事業者間契約における不当性の判断基準を、個別契約として行われた事業者間契約と、約款を用いて行われていた事業者間契約とで分けてよいのかという点が問題ではなからうかと思えます。

私自身は前回の議論の最後に申し上げましたように、事業者間契約での不当条項規制は、

約款である場合に特化する必要はないと思っています。DCFRなどでは、約款による契約と個別契約を分けない形で、判断基準を立てようとしています。これとは違い、約款による契約と個別契約とで不当条項規制で区別をするのであれば、そこには何からの理由が必要なのではないでしょうか。つまり、約款の場合には一方的に条項を作成されているものに相手方が乗るしかないということを、不当条項規制に当たり何らかの形で積極的に評価していくことで正当化をせざるを得ないのではないかと思います。

○**沖野幹事** 2点を申し上げます。一つは三上委員からのお尋ねで、47ページの3の特に信義則に反して相手方の利益を一方的に害する条項である場合には約款かどうかを問わず、およそ全てに妥当する定式ではないかという御意見に対してなんですけれども、考え方は分かれ得ると思います。また、今、潮見幹事がおっしゃった事業者間契約の場合と個別合意があるような、個別に交渉された条項などについての規律も同じになってくるのかもしれませんが、そういったものも含めて、信義則に反して相手方の利益を一方的に害するものは無効だという規律が妥当するのかということですのでけれども、基本的には個別に交渉されているということであるならば、その交渉自体に不当性を疑わせるような事情がない限りは基本的には全く有効で、その有効性が内容故に否定される基準は、従来は公序良俗と考えられてきたのではないかと思います。

信義則による条項の援用制限ということはありませんけれども、これもややクラシカルかもしれませんが、信義則というのと公序良俗だと基準が違ってくるのではないかと私自身は考えておまして、さらに効果としても援用制限、主張制限という形ではなくて、端的に無効であるということを通く基準というのはまた違うのではないかと考えられます。信義則基準に照らして相手方の利益を一方的に害する、しかも無効という効果をもたらすという形の規律が、個別に当事者が合意して、それでよいといった条項についても妥当する基準であるのかというと、そうではないのではないかと。また、前段の部分は一層そうであって、制限するか、加重するか、それは個別に合意しているのだから基本的には任意規定等と変わっていてもセーフであって、任意規定というのはそういうものだということからしますと、およそ妥当しないということになりますので、その意味では特別な規律ということになるのではないかと思います。これを外していくとなると、基準の在り方は、違う基準を考えていくことになるのではないかと考えています。

それが三上委員から御指摘のあった点についての私自身の考えるところで、何らかの回答になれば幸いですけれども。

もう一つは収束したかに見える中心条項の問題ですけれども、先ほど中井委員の御説明と山本幹事の御指摘で、余り結果は変わらないことが明らかにされたように思いますけれども、そうなのかということ念のため、確認をさせていただきたいのです。と申しますのは、鹿野幹事から繰り返し御指摘がされたように、中心条項というのと個別交渉条項との関係がどうなるのかという問題点が指摘されており、中心条項というのは給付や対価に関するものであって、本来、個別同意、個別合意の規律になじむものだと。そうすると、それに、個別合意がない中心条項というものの位置付けをどう考えるのかという問題の指摘があったと思います。その問題の一方で、もう一つは基準の問題というのがあり、その合意がなかったときに、正に指導形成というか、手掛かりとなるような指標を提供できる類いの事項なのかということがあるかと思います。

そういう中で、具体例として二つを考えたいと思うのですが、一つは携帯電話の料金ということで、料金体系というのは約款の中に書かれて、一体、幾らになるかというのは、そこで分かるということではないかと理解しているのですが、仮にそういう条項だとしますと、携帯電話の通話・通信の料金が幾らになるかというのは約款によって決まっています、それを見ないと分からないというタイプのものと、一応、その対価や給付については合意事項があるんだけど、約款の中で例えば追加支払条項があるというような形になっている、そういうものもイメージされます。そういうタイプの追加支払いというのも、名前を変えてはいるものの正に対価を記述していると考えれば、中心条項に関わるということになりそうです。これを基に山本幹事と中井委員とのやり取りを考えていった場合、前者の携帯電話の料金体系は、この部分がなかったときに何が基準になるかということ、通話料の基準をどうやって考えるかというのは規律はなく前段部分の指導の基準がありませんので、およそ、不当条項規制の基準に乗らないこととなります。

それに対して後者の例ですけれども、合意はあるのだけれども、それを打ち消すような条項が入れられているとか、追加的な負担条項が入っていて、それが実は対価を形成しているというようなタイプのものと、その部分については個別の交渉もないし、個別の合意もないということだとしますと、中井委員や鹿野幹事の考え方によりますと、対価ですとか給付に関わる記述条項だという一事をもっては、対象外とされないということであり、かつ不当条項の一般規定について任意規定ということではなくて、当該定めがなかったならばあったであろう規律ということになりますと、当該定めがなければ、正面から個別合意であるところだけが対価であるということになりそうなので、そうだとすると、その部分というのはエクストラであって、それに対応するような反対のものもなく、そのために義務を加重する、それで、かつ一方的に害するという要件をクリアするならば、その部分は書かれていなかったという扱いになるのに対して、中心に関わる条項だからということになると、およそ、そのスクリーニングではないということになりそうに伺ったのです。

もし、こういう理解が正しいのであれば、両者でかなり歩み寄りがありますけれども、違いが出てくる可能性というのはあるのではないかと思います、違いがあるのではないかと指摘だけをして整理をしたつもりです。そもそも誤解しているということであれば、誤解しているということをお指摘いただいております。

○鎌田部会長 関連した御発言はありますか、今の点について。

○山野目幹事 沖野幹事に携帯電話の料金体系やエクストラの形態を整理していただいたことは、有益な注意すべき点の御示唆であったと感じます。まとまった意見ではありませんけれども、一つ、私がお話を伺っていて思い起こしましたこととして、最高裁判所が更新料条項の効力を判断した際に、前段審査のところ冒頭規定の601条で賃料の支払が義務付けられていて、それ以外の金銭の支払を賃借人に義務付けられていないのに、更新料条項があることによって負担をさせられるということは問題があるということから論理を展開して、前段審査をかなり緩くパスさせています。冒頭規定を基準にしたら、あれ以外のおっしゃるエクストラは全部、前段審査をパスして後段審査の対象にもらえるということになると考えます。

山本敬三幹事がどうのお考えかは分かりませんが、歩み寄りが今、始まっているところの議論で、山本敬三幹事や潮見幹事がおっしゃっていたような対価そのものを不当

条項規制で攻撃することに対して、かなり慎重な見方のお立場からいっても、今、申し上げたような仕方で前段審査をかなり柔軟に運用するということは、そもそも論理的にあり得ることであろうと考えますから、性急に歩み寄りがあつたと認識することはよくありませんが、歩み寄りの可能性はあるものであろうと感じます。

○鎌田部会長 念のためですけれども、山本敬三幹事、山野目幹事、潮見幹事は第3の2の(2)は甲案のように明文の規定を置くべきであるという、そういう御意見だという前提でよろしいですか。考え方はそうなんだけれども、甲案のような規定が不可欠であるということまでおっしゃっているのかどうか。

○松本委員 そういう意見の人はいないのではないですか。(2)は要らないという意見、つまり、(2)の乙案を積極的に出される人はいたけれども、(1)を残した上で(2)の甲案という説の人はいらっしゃらないのではないですか。

○山野目幹事 私は(2)は乙案でよろしいと考えます。

○鎌田部会長 (2)については乙案で異論がないということですか、提案としては。考え方は別ですが。

○山本(敬)幹事 規定を設けるものとする、設けないものとするということの意味の問題なのかもしれませんが、(2)でいいますと、甲案に当たるものが法律の中で示されている必要があるという意味では、私は甲案のつもりではありますけれども、何度も申し上げていますように、不当条項の基準を立てることにより、現在の消費者契約法でも一定の立場を示したものとされていますが、今回の改正に当たっても、同様の方法で(2)の甲案に当たるものを実現するという方法しかないのではないかと思っているといいます。結論としては、松本委員が御指摘されているのと変わらないのではないかとされるかもしれませんが、そのような意味においてというつもりです。

○潮見幹事 最初から申し上げているように、暴利行為の規定ができる私は考えていますから、それで処理すればいいわけであって、ここについての特に規定は要らないと思います。

○鎌田部会長 今、山本敬三幹事がおっしゃった基準となる指標がないと不当条項規制にはなじまないということですが、ヨーロッパ契約法原則にしる、ドイツ法にしる、フランス法の司法省草案にしる、基準は明示していない。「不相当な不利益」とか、「著しい不均衡」という、ある意味で一般条項的な条文となっている。3の提案の中での前半の基準というのは、山本敬三幹事の考え方では不可欠と考えるべきかどうか。

○山本(敬)幹事 ドイツ法とヨーロッパ私法共通参照枠草案、DCFRというほうが分かりやすいですが、これとは考え方が基本的に違っていて、ドイツ法は、元々約款規制からスタートしたところですので、先ほど道垣内幹事がおっしゃっておられた任意法規の指導形象機能が少し形を変えて組み込まれています。ですので、信義則が一応基準であるとしても、具体的基準を更に2項に挙げていて、その1号に任意規定に当たるものを挙げています。日本の消費者契約法は、ここから大きな示唆を受けて形成されたものだろうと思います。

DCFRに関しては、先ほど潮見幹事が少し示唆されましたように、約款規制というアプローチを採るか、採らないかというところは前回の議論と少し重なっていて、佐成委員が強調しておられた不当条項を規制するというアプローチ、これは交渉によらないという意味で約款と重なってはいるのですけれども、そのような条項を規制するというアプロ

一ちをもとに一般規定を定めた上で、事業者間契約についてはその基準を緩和しているわけです。

私が先ほど申し上げたのは、その意味ではデフォルトルールがあることを前提として規制を行うことによって、「中心条項」は規制から外すことを示した上で、約款規制に関しては、消費者契約法の規制とは異なり、後段基準に当たるものについて、DCFRのように商慣習を入れるかどうかは更によく検討しなければならないと思いますが、少なくとも信義則に著しくというかどうかは別として、少し加重した形で反してというように定めるのが、現在のところ考えられる道ではないかということを上げたいつもりでした。

○鎌田部会長 3に関連した御意見はほかにございますか。

○筒井幹事 3の「不当性の判断枠組み」に関して、佐藤関係官から発言メモが提出されておりますので、読み上げます。

平成24年3月16日の最高裁の第二小法廷判決は、保険約款の無催告執行条項が消費者契約法10条により無効とはならないと判示しております。当該判決では、執行前に保険料払込みの督促を確実に運用した上で、当該条項を適用している等の事情があれば（この他自動貸付けがあることや、猶予期間が1箇月あることも考慮されております）、同法10条により無効とはならないと判断しております。

この最高裁判例なども参考に、不当性の判断枠組みにおいては、約款条項のみを検討対象とするのではなく、当該条項が現実適用される場面において、約款使用者が当該条項の適用に関連して現に行っている運用等も考慮要素に入れた上で、不当性の判断がなされることが必要であるとの考え方もあるように思料します。この点、部会資料では考慮要素を明記しない提案となっておりますが、当該明記がない消費者契約法の下においては、先に述べた最高裁判例のように解釈をめぐって争われる事例が現に発生していることも踏まえれば、今、述べた要素も含めて考慮要素の明記が必要と思料します。

また、条項の不当性判断において、今、述べたような現実の運用など契約条項として規定されていない個別事項を考慮することを民法で明文化することが現時点で困難であれば、不当な条項を無効とするという規律とは別の規律の仕方もあり得るのではないと思料されます。例えば当該条項が現に行われているその他の運用も前提にして適用されることによって、相手方の利益を信義則に反して不当に害する結果が現に生じる場合には、当該条項の適用を認めないとする規律（条項の有効性は維持したまま、当該事案に限って適用を排除する規律）も考えられるのではないと思料されます。

○鎌田部会長 ある意味で、信義則判断の要素として何を考慮していくかという問題ではないかなという気はするんですけども、貴重な御意見だと思います。

○三上委員 沖野幹事がおっしゃったことをちょっと刺激的な言葉でリフレーズしますと、「個別の合意がある場合には信義則に反するような合意であっても、公序良俗に反しない限りは有効である」というテーゼでよろしいのでしょうか。であれば、私は結構、良心的な銀行員だったんだなと思っているんですけども、それはともかくとして、信義則はそもそも無効を導く基準ではありませんが、こと約款については、一段低く信義則違反で無効になることがある、という理解で正しいのでしょうか。

○鎌田部会長 頂戴した御意見を踏まえて、事務当局で総合的に検討を深めさせていただきます。

「4 不当条項の効力」については、御意見はいかがでしょうか。

○高須幹事 議論が出ないようなので御報告だけでございますが、4のところの(1)の無効としてはどうかということについて、弁護士会は基本的に賛成でございます。(2)の部分の事柄についても基本的に賛成、若干の反対はありますけれども、おおむねバックアップ会議の議論では賛成が多数を占めたということでございます。私も基本的にそれでいいのかなと思っています。

○鎌田部会長 不当条項規制を設けるのであれば、おおむね、こういうところに落ち着きそうな感じもするんですけども、何か、特別の御意見はございますでしょうか。

○三上委員 私ばかりが反対しているようで心苦しいんですけども、例えば手数料を取るという約款が不当条項に引掛かったという例一つをとっても、契約の種類によっても随分と問題の現れ方が違うということを認識する必要があると思います。先ほどから借家の更新料は最後にたくさん取られて不当だとか、携帯電話の途中解約の場合に高額の手数料が掛かって不当だとか、そういう意見がありましたけれども、例えば金融取引だと期中の借入調達金利を安くしたいがために、冒頭でランプサムで手数料を払うという取引をむしろ顧客のほうが好きというような傾向があって、一概に取引の種類によってどれが良い、悪いと決められない部分があるはずで。

先取るならいいけれども、後から取ると文句を言うからいけないというのは、朝三暮四の世界ですから、私が言いたいのは、どの契約も先取るから期中の料金は安いとか、期中を安くしている代わりに、あるいはかなりの割引料金を適用する代わりに中途解約すると違約金が高額になるとか、何がしかの対価があることが多いと思います。それを無視して一律に、例えば手数料を取る条項を無効にして、割引にしている契約相手方が一定の利益を享受していたのに約款作成者であるというだけで一切取れないでいいのかというのは、私が言うべき立場にはないのかもしれませんが、ここに出てこられている方が全ての業界の利益を代表しているわけではないと思いますので慎重に判断しないといけないと思います。適正な料金、適正な金額の範囲なら取っていいとか、更新料もあるいは敷金も何箇月によって裁判所の判断は分かれていると思いますし、携帯電話の中途解約料も問題になったのは最後の2か月だけですから、一部無効でもなく一律に無効にするような粗い枠組みを民法に規定してしまってもいいかは、慎重に判断すべきではないかと考えております。

○沖野幹事 4の(2)のところ、約款や消費者契約についての何らかの特則を設けるかという点ですけども、ここでは仮に一般的な規律によった場合には、その条項が不当であると評価される限度で無効となるという場合であっても、例えば消費者契約において事業者によって用意されたもの場合には、消費者契約であることの特性などを考えた上で、全部に及ぶという解釈自体は可能である、あるいは、その特則も必要はないというのがこの前提なのではないでしょうか。補足説明ですと53ページの辺りです。それとも、今、混乱してしまっていて、ここでの不当条項の効力で、今のところ、不当条項規制の枠組みは約款であるということと、さらには消費者契約の場合、更に特別の規律を考えるのかということが問題になっているのかと思うのですけれども、ここでの提案は、したがって、不当条項規制については約款ないし消費者契約が対象である、あるいは約款だけでも、事業者間、消費者契約と両方があり得るという前提で……。

○松本委員 約款だけが対象。

- 沖野幹事** 基本的には約款だけ。
- 松本委員** それが大前提の議論。
- 沖野幹事** 大前提は約款で、しかし、消費者契約の場合、特則を設けるかという議論はありますよね。
- 松本委員** 消費者契約でかつ約款というのはあるかもしれないけれども、約款を外して消費者契約一般の議論をここで一緒にしようというのは、議論が混乱します。
- 沖野幹事** 約款で、かつそこに消費者契約と事業者契約の両方があるので、約款の場合で消費者契約の場合もあり得るけれども、そういった場合、一切、特則は考えない、考えないということの意味は解釈に委ねるという理解でよろしいでしょうか。
- 笹井関係官** 無効の範囲については、「無効及び取消し」の箇所でも議論がされたところですので、そこで検討しようということです。不当条項規制の箇所で規定を設ける必要はないのではないかとということです。
- 沖野幹事** もう少し確認だけさせてください。別途、検討する、別の箇所で検討する事項だから、ここで取り上げるものではないという理解でよろしいですか。
- 笹井関係官** 既に終わったところではありますけれども。
- 沖野幹事** そちらでの話なのでということで、特則を設けないという話をここで決定しているわけではないということです。
- 笹井関係官** はい。
- 沖野幹事** 分かりました。ありがとうございます。
- 鎌田部会長** よろしいですか。
- 中井委員** 今の沖野幹事の関心事と同じなのかとは思いますが、4の(2)について気になるのは、ここでは特段の定めはしない、無効一般のところを考えるという御意見は、部会資料と今の御発言から理解しました。仮にそうだとすると、約款を対象としてある条項が無効となった場合、それは当該条項全体が無効になるという考え方を採るべきだろうと考えています。
それが無効一般のところでは改めて、約款について不当条項規制が及ぶときの無効の範囲については、規定を設けるのなら、そこで決まることかもしれませんが、そこで、そのように決めるべきですし、そこで決まらないのであれば、約款について無効とした上で、その範囲は当該条項全部に及ぶと解すべきで、当該条項が法的に有効な範囲を超える部分に限り無効というような考え方は採るべきではない。そうでなければ、約款使用者側は常に無効となる規定を置いておくことについて、不利益は何ら生じないので、不当条項を助長する結果を生む、部会資料でも指摘があったかと思えますけれども、そのようなリスクがあると考えます。
- 道垣内幹事** 中井委員のおっしゃったことの結論には異論はないんですが、理由はそうなのかというところがよく分かりません。つまり、三上委員が出されたような例は非常に微妙なのですけれども、単純に任意規定が存在するという領域における不当条項を考えたときに、不当条項が無効になるというときには、任意規定は適用されるわけですよ、多分。そうすると、何らの規定もしないで置いて、任意規定が適用されるという状態にしておくよりも、一か八か、不当条項になるかもしれないけれども、そうなっても任意規定の内容になるので、相手方の権利を制約する特約を置いておこうという状況が生じるのではない

かという気がします。無効としなければならないのは、裁判所が適正な内容を形成するということに対して問題があるからではないかと私は理解をしているのですが、前提となる理解が中井委員とは違うかもしれないので、確認させていただければと思います。

○中井委員 判断枠組みのところでその条項が存在しない場合と比較して、信義則に反して相手方の利益を害する、そういう認定を受けたときに、害しない限度まで有効と解するのかという問題と理解していますが、私はその必要はないという答えです。そうでないと約款に不当条項がはびこる、そうなるのではないかと、約款作成者側はたとえ不当条項になるかもしれないなと思いつつも、腹一杯の規定を設けても何ら痛くはない。有効な限度で信義則の範囲内で、ここ以上は信義則を超える、そこまでの部分については有効というお墨付きを得ることになるとすれば、それはよろしくないという考え方を採っているということです。

○松本委員 多分、道垣内幹事の質問は任意規定のレベルがあり、任意規定を超えても信義則上、有効とされるレベルがあり、それ以上の不当なレベルがある。その場合に任意規定を超えても信義則上、ぎりぎりのところまで有効になるという一部無効の解釈でいくのか、それとも、全部無効になれば当該条項はなかったことになるから、結局、任意規定のレベルだということ、一部無効の場合には任意規定よりは事業者側に有利なぎりぎりの線まで狙えるけれども、全部無効になったからといって、任意規定の分までは事業者は確保できるわけであって、制裁としてはそれほど厳しいものではないのではないですかという御趣旨だと思うんです。それでも任意規定のレベルよりはぎりぎり信義則上、許される範囲まで事業者は有利な条項にしようというのを抑える必要があるという御意見なわけですね。

○中井委員 今、おっしゃるぎりぎりのところまで有効にする必要はない。仮に全部無効として任意規定のあった場合のところまでは認めるというのであれば、それで構いません。

○鎌田部会長 ということでよろしいですか、道垣内幹事。

○道垣内幹事 もちろん、結構ですが。

○鎌田部会長 それを踏まえての御主張が何かあるのでは。

○道垣内幹事 主張はないですが、裁判において、ある条項が不当あるいは一方的に、言葉は決まっていますが、信義則に反するというのを判断するのはできますが、そのときに、ここまでならよかったのにと裁判官が言うのはおかしいというのが、全部無効にするの根本的な理由ではないかと私は言っているだけです。どこまでならよかったですかということについて、裁判官に決めてもらいましょうというまで入ってくるのは、変ではないか、それが無効という効果にする根本理由ではないかということで、結論は変わらないのですが、理由付けが若干異なる。

○内田委員 不当条項についての司法的介入というのは、全く白地でこれからルールを作ろうとしているわけではなくて、現に今、90条を使って裁判所は不当条項のコントロールをしているわけですね。日本は約款アプローチを採っていなかったもので、約款であるがゆえにという言い方はしませんけれども、約款であることも多いわけです。

不当条項規制を裁判所がする事例としては、違約金の事例が多いわけですが、違約金について規制するとき、余りにも極端な違約金条項があるときに、公序良俗違反で全部無効ということはもちろんありますけれども、そうでないというときには、裁判所は一部無効で減額をしているのです。ですから、道垣内さんのおっしゃることは理屈としては分

かりますけれども、現実の実務としては、裁判所は減額で調整するというをしているという事実がありますので、現在の実務は全部よくないということで、立法で変えてしまおうということであれば、それはそれで理屈は分かりますけれども、現在の実務をある程度踏まえてルールを作るのであれば、一部無効とする余地を残しておくほうが、実務には適合的ではないかと思えます。

○鎌田部会長 よろしいでしょうか。

○松本委員 今回の御指摘との関係なんですが、一部無効の典型というと金利規制です。ただ、金利規制は言わば強行法規的な一部無効だから、先ほど議論したような任意規定であればこの水準だけれども、任意規定を超えても事業者にも有利なぎりぎりの線はここにあって、それより超えるとアウトだというような段階のない、ここから上はアウトだけれども、ここから下はセーフという規制だから、割と分かりやすいわけです。しかし、そうではないような一部無効で、かつ任意規定というのが存在するのだとすると、今の内田委員の御指摘は裁判所にある程度、フリーハンドを与えるという意味から、一部無効という柔軟な処理を認めたほうがいいのではないかという御指摘になりますか。つまり、強行法規であればすぱっと決まる、全部無効で任意規定でいくんだという場合でもすぱっと決まる。でも、それでは余りにも単純すぎるから、もう少し柔軟な幅を裁判官の裁量で与えよう。

○内田委員 どういうルールを作るべきであるかという議論が専らなされるのは、立法である以上当然ですけれども、私の意見は、現実の今までの裁判実務はこうであるという事実を指摘したということです。

○中田委員 内田委員の御発言の趣旨を確認したいんですけども、違約金の例を挙げられていましたが、損害賠償額の予定ではない違約金ですよ。

○内田委員 現実の事案は微妙だと思います。

○中田委員 そうしますと、お示しのケースと松本委員のおっしゃっているのとは。

○内田委員 松本さんの事例を想定して言ったわけではありません。

○中田委員 違いますよね。お示しのケースについて、どのような場面なのかをもう少し具体的に御紹介頂いた上で検討しないと議論がすれ違ってしまうのではないかと思います。

○内田委員 特定の事案を申し上げたわけではなくて、90条で条項を無効とした過去の事例を全部さらっていくと、違約金について減額をした事例がたくさん出てくるということを上申しただけです。

○鎌田部会長 それ以上に4について御意見がないようでしたら。

○中井委員 無効の範囲をどこまでにするかということで、内田委員から裁判実務の中、違約金なり、賠償額の予定の事例なりで、当該規定については一部無効で、一定の範囲でその効力を認める、敷金等についてもそういう例があるのかと思います。しかし、約款における不当条項規制において、果たしてその一般論、従来の裁判例がそのまま使えるかについては、疑問があるということを重ねて申し上げたいと思います。例えば損害賠償義務の全部免除条項が仮にあるとすれば、全部免除は確かに不当条項として無効だけれども、相当額までの損害賠償義務を認めるというような判断を本当に裁判所に求めるのが適当なのかということについて、基本的な疑問を持っています。

具体的な規定によっては、一部無効的な処理が適切な場合もあるかもしれませんが、次で議論する不当条項リストを想定したときに、そのリストについて一部を無効とし、一

部を有効とする。今のは金額で言いましたけれども、ほかの例で言えば解除の要件について、あらゆる解除を認めないというのを不当条項として無効としたときに、一定の限度で解除は認めるというような一部無効的な解決が可能なのかということ素朴に疑問に思っています。

○鎌田部会長 ほかにはよろしいですか。

○佐成委員 中身の議論ではなくて、比較法のところで、念のためコメントいたします。ドイツ法の約款の比較法資料には、比較するべき該当部分が条文として示されておりますけれども、どういうわけか、第305b条とか、あるいは第306条とか、あるいは第306a条という条文が特に訳出されておられません。しかし、念のため、それら訳出されていない条文の中身は何かと思って見てみましたら、第305b条は個別に合意された条項が約款に優先することについて、第306条は約款の全部又は一部が契約に組み入れられなかった場合の処理について、第306a条は約款規制を解釈によって僭脱できないことについて、つまり、そういった部会の議論とも関連するところが規定されております。今後、議事録が公開され、また部会資料とともに出版物とされたりするということのようなので、この部分も参考資料として追加的に訳出されておいたほうが、今後の議論の深化のために役に立つのではないかなということでございます。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

○潮見幹事 今後のことについての事務局に対する質問なのですが、仮に「不当条項の効力」(1)の所で、「その条項は無効とするものとしてはどうか」で、無効とするというような形で規定を設けるということになるのでしょうか。そうなった場合に、そうしたら、その効力はどうかということ、先ほどの沖野幹事の話にもつながるのですが、今後の解釈に委ねるという趣旨で理解してよろしいのか。それとも、先ほど、笹井さんがおっしゃられたことですが、一巡した後でもう一度、「無効取消し」の箇所でも議論がされようかと思いますが、その部分で何らかの形での具体的な処理準則を設けるという形で議論をするのか、そこだけ教えていただけませんか。

○笹井関係官 不当条項の箇所では、その効力を無効とするという規定だけを設け、ただ、「無効及び取消し」の箇所で、条項の一部に無効原因があった場合に効力が失われる範囲について、約款などを対象として例外の規定を設けるという考え方が検討されておりますので、以前に行われた議論を踏まえて、更に事務当局で考えているところでございます。

○潮見幹事 そうしたら、そこで先ほどの中井委員だとか、あるいは道垣内幹事が言われたようなことも、場合によったら個別の問題との関係になるかもしれませんが、議論する余地、検討する余地は残されているということでしょうか。

○笹井関係官 そのように考えております。

○潮見幹事 ありがとうございます。

○青山関係官 1点だけ、非常にレベルの低い話かもしれませんが、確認的に言っておきたいのですけれども、4の(2)の不当であると評価される限度で無効となるというところで、幾つも例が挙げられているように、違約金の幾らまでいいのかという評価まで裁判所にさせるのはいかかかという議論はよく分かるのですけれども、それと無効一般の議論とを絡めたときに気になりました。部分無効の議論のときというのは、どこまでの程度かという線引きのほかに、一つの条項に複数のことが書かれている場合に、例えばAタイプの人

がXで、Bタイプの人がYとされた場合に、片方だけ無効だという場合には、一部無効を認める余地がないことはないのではないかと、労働契約でよくある話なので気になりましたので、そこら辺は切り分けて整理を頂いたほうがいいかと思って発言しました。

○鎌田部会長 その点はよろしいですね。

ほかによろしければ、「5 不当条項のリストを設けることの当否」について御審議いただきたいと思えます。よろしいですね。それでは、事務当局から説明してもらいます。

○笹井関係官 「5 不当条項のリストを設けることの当否」では、不当条項の効力を否定するという一般的な規定に加え、不当なものとして効力が否定される可能性がある条項を具体的に条文上列挙するかどうかという問題を取り上げるものです。不当条項リストの在り方としては、使用されれば常に効力を否定され、当事者が不当性を阻却する事由を主張立証することができない条項を列挙したブラックリストと、一応、不当なものとして評価されるが、当事者が不当性を阻却する事由を主張立証することによって、不当という評価を覆す余地がある条項を列挙したグレーリストとが考えられますので、それぞれの作成の可否について御審議いただければと思えます。

○鎌田部会長 それでは、ただいま御説明がありました部分について御意見をお伺いいたします。

○岡委員 弁護士会も不当条項リストに対する危惧感というか、心配を述べる意見もそれなりにあります。ただ、今日、大阪弁護士会の意見を配らせていただいておりますが、5ページ、6ページが具体例で、一読の部会資料とそれほど大きくは変わっていないと思うんですが、提案されているリストを見ると、ある意味、大したことはない。山本敬三先生がしきりに心配されておった当初対価の合意の不当性なんかは当然入っておりませんし、三上さんが今、おっしゃったような手数料の金額の相当性なんかも当然入っておりません。

金額に絡むものとすれば7ページを見ていただくと、当初の対価を変えるときに条項だとか、7ページの下の方を見ると、債務不履行についての通常予想を超える違約金だとか、具体例を見てみると大したことはないという、そんなイメージを持って弁護士会では議論をしております。不当条項リストですごいものが出てきて、大変なことになるというのは、この後のリストの中身を見て、また、考えればいいことで、現在、提案されている不当条項リストは、実は余り大したことはないというのが、弁護士会の賛成意見の理由にもなっておるところでございます。

○鎌田部会長 ほかに。

○中井委員 弁護士会の意見は、まだ分かれておりまして、果たして不当条項リストをどう位置付けるのか、そもそもリスト化がいいのかどうかについても複数の意見がございます。大阪弁護士会からは、本日、配布させていただきましたように、不当条項リストを設ける意見に賛成です。仮に、不当条項の判断基準について、先ほど3で議論されましたような形、これが一般化されるとして、果たして一般化した条項だけで足りるのか、むしろ、予測可能性の問題、法的安定性の問題を考えたときに、一定のリストはあったほうが取引事業者にとってもプラスではないかという考えから、リストはあったほうがよいという意見です。そのときに、部会資料に各国の紹介がありますけれども、おおむね一般規定と合わせてリストが提示されているようですので、そういう観点からもリスト化が好ましいと考えております。

加えて、リストを作るということは、一部事業者の皆さんからは危惧を持って思われているように思いますけれども、逆にリストがあるほうが安心、逆にリストに沿って作ってれば条項が無効にならないわけで、予測可能性がある。加えて、契約の適正化というのでしょうか、不当条項を約款等の中に組み入れる動機付けを減殺する、不当条項が削減されるという意味で、契約内容の適正・公正化に資するのではないか。

その上で、どのような不当条項リストを作るかという点について、部会資料、また、各国の法制もそのようですけれども、ブラックリストとグレーリストの二つというのが大方の意見のようです。大阪で考えてみたところ、三つに分けることができるのではないかと、また、三つに分けたほうが分かりやすいのではないかとという意見です。

お手元の資料で3ページ以下の枠囲いをしたところですが、形式要件型と考えているものがいわゆるブラックリストで評価的要素を含まないものです。このリストは相当限定されるだろうと思います。様々な事情の下で、一律無効とするわけですから、相当限定されたものになる。大阪弁護士会でも例示としては5ページの1002条以下に九つほど挙げていますけれども、その程度ではないかと考えております。

二つ目がいわゆるグレーリストと言われているものの一部、ここではダークグレー、評価抗弁型と称していますけれども、ただし書で合理的な理由に基づき、相当な範囲にとどまるときは不当条項には当たらない、合理的な理由がある、相当な範囲だ、こうおっしゃっていただければ、その限りでは不当条項ではない、こういうリストが考えられる。

三つ目は評価要件型としていますけれども、積極的に合理的な理由に欠ける、不相当な条項について無効とするものです。こういう条項を定めるときには、約款を作る者は注意をなさい、注意喚起的な条項と言っていいのかもしれませんが。一般的には問題がない、相当な理由があれば問題はないということになるので、1004条の一覧には一般的に定められている条項が上がっていますが、それらは正当な理由があればいいわけですから、そういう条項を約款で定めるときには合理的な理由を考えて設けてください、という指導原理になるという意味です。

それから、並べ方についても、ブラックリストか、グレーリストかによって分類するという考え方もあると思いますけれども、韓国の法律などを見ますとそうではなくて、一定のジャンルごとに分けているようですので、そのほうが読み手からは分かりやすい。例えば免責を定める条項については、あるものはブラックリスト、あるものはグレーリストという形で条項ごとに分かる、それが7ページ以下、別紙で例示しているものです。こういう形でリスト化することによって、約款作成をする側も、予測可能性、法的安定性を高め、かつ適正な条項化に資するのではないかと考えています。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

○道垣内幹事 中井委員がリストを作ることによって、予測可能性を高めると何度かおっしゃって、また、大阪弁護士会の案におきまして、評価要件型といった、別に立証責任が転換されているわけではないタイプのもも挙げられているということ踏まえまして、とても気になることがあります。つまり、大阪弁護士会の御提案ないしは中井委員のお考えは、ここに載っているタイプの条項以外は、一切、無効にはなり得ないという前提に立っていらっしゃるのでしょうか。

しかるに、今回の部会資料の53ページの考え方というのは、不当条項を無効とする一般

的な規定のほかというリストを作るという考え方は、一般的な規定によっていろいろな条項は無効になり得るのだけれども、しかしながら、特にこれは問題だよねというものについては、リストを作って、一律の判断を促すという形になっているのではないかと思うのですが、私の理解がおかしいのでしょうか。大阪弁護士会ないしは中井委員の前提が分からないので教えていただければと思います。

- 中井委員 この条項に限るという趣旨ではありません。
- 道垣内幹事 この条項に限るという趣旨ではないとしたとき、なぜ、リストによって予見可能性が高まり、ないしは評価要件型というものが必要になるのかが私には理解できないんですが。
- 中井委員 一般規定のみのほうが分かりやすいということが、大阪弁護士会の皆は分からないんです。一般規定のみでよりは具体的な例示があるほうが、そういう例示のものを作れば基本的には無効になるということが分かる、そのこと自体、予測可能性を高める、法的安定性がある、そういう趣旨です。
- 道垣内幹事 それならば全くいいのですが、中井委員の最初の御発言においては、このようなリストを作っておくことによって、事業者はこれに従えば無効にならないのだから、安心だ、とおっしゃったことは、かなり問題になる発言ではないかと思いますが。
- 中井委員 そういう発言がありましたか。
- 松本委員 大変面白い御提案だと思うんです。三つに分けるという、特にダークグレーとライトグレーという分け方。こう分けた場合と、それから、今回、議論をしなかったですけども、49ページの約款の効力のところの3で、約款について不当条項規制をする場合に、個々の相手方との関係で個別に有効、無効を判断するのか、それとも一律に、どの相手方とであれ、この条項であればどういうシチュエーションであれ、有効、無効だという判断をするのかという非常に重要な論点があります。最近の生命保険約款の最高裁判決は、ここに大変関わってくる論点だと思っています。

確かに難しいですから、解釈に委ねましょうというのは一つの御提案として、それはそれで納得できるんですが、それと、このブラック、ダークグレー、ライトグレーという、この三つが組み合わさるとどうなるんでしょうかという、2掛ける3で六つのマトリックスが何かできるのかどうなのかと。ブラック条項であれば、どのようなシチュエーションであれ、無効なんだと。つまり、個々の相手方を区別しないで一律に無効だというものに多分、なるのではないかと思うんですが、ダークグレーとかライトグレーは、その辺はどちらなんだろうかと。個々の当事者との関係を重視してダークだとかグレーだとかいう話なのか、一律を前提にしてダークだ、グレーだという話になるのかという辺りはいかがでしょうか。
- 中井委員 前提として49ページの誰を基準とするかについての大阪弁護士会での議論を紹介させていただくと、いわゆる典型的約款、一つの事業者が大量の消費者若しくは事業者との間で一律定型型の契約を結んで、個別交渉を予定していないようなパターン、こういうものについてはいわゆる個別性はなくて、一律的な評価になるであろう。

それに対して約款の定義を広げて、定型文言型というのでしょうか、いわゆるひな形も含めて定型文言型の約款まで考えますと、これは組入れの際に相手方に提示して、署名をもらうというのが通常のパターンですので、これについては当該相手方との間でいわゆる契

約締結の過程も含めて、両当事者の属性も含めて判断することになるだろうと考えています。したがって、場合によっては異なるので、49ページのところについては、明確化はしないという結論を採りました。

その関係で、リストを詳細に分類したときに、そのシチュエーションによってどっちにいくか、分からない場面があるのではないかと、それで耐えられるのか、使えるのかという御指摘かと思えます。それに対しては適切な検討を経ておりません。考えてみます。

○筒井幹事 佐藤関係官から、この部分について発言メモが提出されていますので、読み上げて紹介します。

個別具体的な条項が不当条項に該当するかは、当該条項以外の条項との関係や、契約の種類、交渉経緯等も含めて、当該契約全体を検討して総合的に判断されるべきと思料します。不当条項リストを設けた場合、特にブラックリストに該当する条項については、当該総合的判断を入れることなく、硬直的に無効とされる弊害は大きいものであり、検討に当たっては十分に配慮が必要と考えます。当該弊害等を十分に考慮した上でも、なお、真にブラックリストとして規定すべき条項が存在するか、極めて慎重な検討が必要と思料します。

○佐成委員 この論点に関する経済界の議論状況は言わずもがなでございますけれども、一応、念のために御報告させていただきます。結論的にはリスト化には反対であるということです。その理由についてはくどくど申しません。補足説明に書かれているリスト化への批判について共感する方が多かったと、そういうことでございます。

○鎌田部会長 ほかにはいかがでしょうか。

○岡委員 弁護士会の意見は、先ほど申し上げたのと中井さんの意見でございますが、支持する意見の中に不当条項リストといってもその内容は大了くないという意見が一つと、それから、諸外国でこんなに不当条項リストが運用されているのだったら、運用されていて、そこの実態はどうなんだというような質問がございました。第一読会の資料を読むと、ドイツ民法では不当条項リストは事業者間には一切適用がないと、オランダ民法では一定規模以上の事業者に対しては適用がないと、韓国は消費者と約款の両方の不当条項リストがあると。先ほど山本敬三先生が日本でもし消費者契約法以外に約款でリストを設けると、かなり特異な立法だと、少ない立法だとおっしゃったのがちょっと気にはなっていますが。経済界あるいは企業側の弁護士がかなり大反対している論点ですので、感覚的に立法を進めるよりは、現に不当条項リストの実例が他国であるのであれば、そこでブラックリストあるいはグレーリストがどんなふうに使われているのか、その情報を是非知りたいと思うんですが、法務省さんではそういう調査まではされていないのでしょうか。

○筒井幹事 事務当局からは、比較法に関するできる限りの情報を提供しておりますので、これ以上の内容については、是非、研究者の委員などから参考情報がありましたらお伝えいただければと思います。

○岡田委員 相談員の間では、リスト化することによって、そこから漏れたものが出てくるのではないかと懸念で余り賛成していないように思いますが、私は今、大阪弁護士会の提案とか、比較法を見ますと、かなり網羅されているような感じなので、こういう形であれば民法も使いやすし、透明性が出てくるのではないかなと思います。

○三上委員 我々の意見も、佐成委員が代表していただいたので、付け加えるところはないんですけれども、例えば大阪弁護士会の提案で見ても、同じようなものが例えば重要な

内容とそうでない部分とで、ダークグレーとライトグレーが分かれているとか、結局、裁判で実際に争うときは、当該条項は信義則に反して無効だと、無効ではないという争いを普通しているだけであって、そこに、それが重要か重要でないか、ダークグレーかライトグレーかリストを作ってみても、特段、意味のない分類にしかならないと思います。

この羅列を見ると、今、ある約款をずらっと並べて、権利を制限したり、約款作成者の権利を拡張している条項を取り出して、それをライトグレー、ダークグレーに分類しただけのような印象を受けますが、結局、こういったものを設けても紛争のネタを増やすだけで、裁判所で争われる論点としては大きく変わらないのではないかと。むしろ、どんなに極端にみえる条項でも、それが適法になる例外的なケースというのは、少なくとも事業者間関係に限定していれば出てくるはずですから、それをブラックにしてしまうと、当該契約の締結自体を阻害する可能性があると思います。

経産省から意見が出されていたと記憶するんですが、新規で新たな事業とかリスクを取って始めるときに、ある程度、責任を一方的に負わないようにするとか、そういうことで新たなイノベーションが発生するという場面もあるわけで、消費者契約に限るならともかく、事業者間契約でこのような広範な条項を設けても、それは、まあいけばこういう議論のネタを作るだけで、民法も非常に不恰好なものになるし、一個一個のリスト案文ごとにこれを設ける、設けないでまたこの場で喧々諤々の議論になるということを見ると、余りにこれは生産性に欠ける提案ではないかという気もしております。

○潮見幹事 適任者にお答えいただければと思いますが、リスト化をしている諸国あるいは地域というもののほとんどがこのリストで想定しているのは、消費者契約における不当条項のものです。消費者契約を対象として、こういうリスト化をすることについては、先ほど別のところで話がありましたような任意規定の半強行規定化だとか、指導形象機能だとかがありますから、リストを挙げて、それで具体的なルールというものをそこで示すということに、それなりの意味はあると思います。

ところが、今回、ここで問題になっておりますのは、消費者契約とは切り離された形での約款における不当条項として、事業者間約款といたらいいのでしょうか、そういうところのものですから、果たして、諸外国がやっているようなリスト化の考え方あるいは方向性というものが、そのままの形で妥当するかということについては、疑問を抱くところがあります。

それから、大阪弁護士会のこれは大変御苦勞いただいたと思うのですが、こういう解釈をされることになると、よく考えなければいけない問題があるのではないかとこのことを感想として持っております。それは、事業者間取引の約款で、そこでリスト化されているものが不当条項であるという扱いをされた場合に、消費者契約で同種の条項が設けられていれば、これは不当条項という形で評価されるのだろうかということ。根拠規定は消費者契約法10条ですが、事業者間取引で不当であれば、消費者契約ではもちろん不当だということになるでしょう。そうなりますと、消費者契約では単なる無効だけではなくて差止めという道筋が開かれることとなりますから、ここまでつなげると、果たしてそこまでリストとして認めてよいのかということ意識しておかなければなりません。

ちなみに、ドイツでは差止めと無効処理という二つのルートがありまして、そのところでどちらのルートに乗せるかである条項についての有効・無効というものが分かれるのか

という議論があります。そのようなところまで視野に入れながら考えていかなければいけないというところがありますので、重ねて慎重な検討が必要ではないかと思えます。ただ、その上で大阪弁護士会の案を使って申し上げますと、例えば7ページのBの3にあるようなものについては、場合によると、これだけ単体で取り出した場合には、当然にこのような規定は無効であるということが言えるかもしれません。

飽くまでも一つの例ですけれども、リストという形で提案されたものの中で、もし、仮にこの種の規定を置くことが好ましいと、先ほどの予測可能性だとか、あるいは従来、言われていることと合致しているということなのであれば、この種の規定を個別に、しかも個別の場面で不当条項あるいは無効という形で規定を設けるという選択肢はあっていいと思えますし、恐らく、それは佐成委員あるいは三上委員のおっしゃっていることとは矛盾しないので、もちろん、個別の規定がこれは無効とは言い切れないぜというようなことになると、また、これは個別の問題として残りますけれども、そこを度外視すれば、今、言ったような可能性を探ってみるというのは価値があると思えます。その意味では、今回、大阪弁護士会がお挙げになられた一つ一つの項目というものを何らかの形で個別に解体というか、何か、言い方は悪いんですけども、精査してみる必要はあると感じております。

○高須幹事 意見と御質問ということになります。

まず、リストを設けるかどうかについて、大阪弁護士会から今、こういう御提案が出たということで具体的に示されておるわけですが、私が所属しております東京弁護士会も基本的にはリスト化に賛成です。ただ、そのリストの内容については、今、潮見先生からも御指摘があったように、どれだけのものを設けるかについては、もう少し慎重に考える余地があるのではないか、資料をお示しもししていなくて申し訳ないんですが、そういう意味では大阪弁護士会の案よりもう少し数の少ないものといえますか、そういったもののリスト化というようなことを考えておるということでございます。

私自身も東京弁護士会の、したがって、あるいは大阪弁護士会も共通ですが、リスト化するという考えについては基本的には賛成と考えております。信義則等をポイントにして、不当条項規制の一般的な規定を設けたときに、どこまでそれをリスト化するかの程度の問題はあるとしても、一定の具体化ということは必要ではないか。その具体化をすることが先ほど来、予測可能性というような言葉が出ているわけですが、そういったことに資するのではないかというような視点でございます。

もうお忘れだと思いますが、免責約款の有効性ということで、一度、この部会でペーパーを出させていただいたこともありまして、それは不当条項のところ議論になるのではないかというようなお話だったと記憶しております。そのまま、これがスルーされてしまうのは寂しいので、もう一回、ここでそういうことも含めて不当条項のリスト化ということは、考えてもいいではないかという意見でございます。

そこで質問なわけですが、先ほど佐成委員のほうから経済界としては慎重論が強いと、むしろ、弊害を危惧されておられると、こういうような御指摘があったのですが、一つの考え方としてリストを作るということは、明確化するということに本来、資する、一定の規範が抽象的なときに、それを具体化する法理というか、テクニックとして有効ではないかと、したがって、そのほうが合理的である、いわゆる法と経済学でいえば、取引費用の低減につながって、裁判所の裁量的な余地をむしろ狭めることによって、経済界としては経

濟活動が行いやすくなるのではないかというような一般論が、この問題に限らず、法の規定はできるだけ具体化したほうがいいのではないかというお考えが一般的にあると思うのですが、今回の不当条項規制のところでは全く、そういう議論は聞かれないのかどうか、佐成委員から御教授いただければ有り難いと思います。

○佐成委員 発言してよろしいですか。端的にお答えすれば、特段、そういったような趣旨の意見はなかったということです。「ブラック以外すべてシロ」という提案なら話は別ですが、取引コストの低減に結び付くなどという議論はそもそもなかったです。

○中井委員 リスト化についての弁護士会の考え方ですけれども、今年2月16日に日弁連は、消費者契約法日弁連改正試案を決議して公表しています。その中で不当条項リスト、これは消費者契約に係る不当条項リストを現状よりも充実させたものを作るべきだ、かつ、いわゆるブラック、不当条項とみなされるリストと、グレー、不当条項と推定されるリスト、この2種類を作るべきだという提案をしています。今回の大阪弁護士会の提案の具体的項目と一部重なりますが、みなすという条項では17項、推定するという条項では23項を例示的に挙げています。

二つ目は、提案は不当条項アプローチによる不当条項リストではないわけで、約款を対象としたものですので、約款を対象とする場合に、一般規定だけでいいのか、約款を対象とするからこそ、具体的なリストがあったほうがむしろ分かりやすいし、指導理念になるのではないかと、そういう意味で積極的に考えています。その上で、潮見幹事がおっしゃられたように、大阪弁護士会が取り上げた条項の中に、一部個別に規定して無効と定めたほうがいいのではないかという意見がありました。例えば1002条のところでは8項、債権譲受人に対する抗弁権の事前放棄条項などについては、債権譲渡のところ個別に定めてもいいのではないかと、その他にもあるかもしれませんが、決して、それを否定するものではありません。

また、大阪案は、それなりの条項数を設けましたけれども、先ほど高須幹事からありましたように、東京弁護士会はリスト化はするけれども、誰もが文句なく承認できるものに絞るという具体的提案です。したがって、欲張るのではなくて例示として分かりやすい、それが指針となるようなものに絞って提案したほうが国民の理解も得られやすいのではないかとというのが東京弁護士会の意見で、大阪弁護士会はそれに反対するものではありません。大阪提案は、ここで検討していただくために作成したものと理解していただきたいと思います。

また、三つ目、三上さんや経産省からの御指摘かと思えますけれども、約款にこういう不当条項リストを設けたとしても、事業者間で必要があれば個別交渉する、明確な合意をする、そうすれば、排除される、不当条項規制の対象にはしないことを提案しているわけですから、新しい契約類型において、この条項が特に必要で、この条項がないと当該事業が行えないというのであれば、それを約款に記載した上で、それを個別的に当該契約の相手方に示して説明をして同意を取れば、交渉を経て同意を得たことになるわけですから、イノベーションを阻害するとか、リスト化に特段の弊害があるとは思えないということを重ねて申し上げておきたいと思えます。

○三上委員 私が言うまでもなく弁護士の皆さんもそう思っているんじゃないでしょうか、契約を作る上で、一番明確に指針になるのは強行法規です、それに反する契約は作

れないわけですから。次はセーフハーバールール，これだったら大丈夫。それ以外は基準があればあるほど悩めますし，グレーと言われそうな取引は萎縮すると思います。だから，こういうものを設ければ，約款を作る側の指針になるというのは，かなり偽善的な説明であって，むしろ，その本質は，消費者が約款使用者である事業者と争う際の，約款による問題点として，争う手掛かりとなるリストを提示しているのが妥当なところだろうと思います。

個別にイノベーションに必要なときには同意すればいいとおっしゃるのは，先ほどの約款から外れる条項の話をしておられると思うんですが，これまで執拗に繰り返しましたように，約款に書いてあるかどうかとは別次元の，当該条項について説明をした，相手方が納得した，理解したという場合であっても同じはずだ，という，契約一般の問題です。約款だからといって結局，そういう合意があったかとか，契約締結過程の立証負担を一律に課すことは契約コストが増えて，約款を利用した契約の有効性を減殺してしまうことになると思います。

○鎌田部会長 ほかにいかがでしょうか。

○深山幹事 今までの議論を聞いていても感じるどころなんですが，一番賛否をめぐって対立が激しくなるのが，ブラックリストなのではないかという気がするんです。つまり，消費者契約の問題は一応別に議論するとして，それを外したときになおブラックリストが要るのかと，つまり，一律当然に無効というリストが必要なのかというところが一番焦点ではないかなという気がしています。そこについてはいろいろなケースが考えられるし，今，中井先生が言われたように個別に合意を取ればということで回避できるかという気もしなくもないんですが，約款というものが一對多数の契約類型を前提に，契約コストの合理化を図る必要があるという中で約款を作るような場面で，にもかかわらず，そこだけは個別に，今，三上さんが言われたように余計なコストを掛けなければならないというのは，ある種，矛盾した方向であると言えます。そういう場面がどのくらいあるかは定かではないんですが，そういうことを考えると，ブラックリストではなく，反証を許す形の，いわゆるグレーリストの形であれば，約款に盛り込んでおいて後日に争われたとしても総合的に判断することになり，これはこれで合理性があるんだという反証を許す余地を残しておけば，それなりに実務的にも有用なものになるのではないかと思います。

先ほど佐藤関係官の御意見も紹介されましたし，それと結論的には同じようなことになるのかもしれませんが，個人的には事業者間の約款という場面を想定すると，あえて，ブラックリストまで作らなくても，グレーリストで足りるのではないかと思います。その中身をどれくらい細かく盛り込むかということは，もちろん，それはそれで別途，個別に慎重に検討する必要があると思いますが，ブラックリストまで必要なのかについては，消極に考えております。

○佐成委員 今，深山幹事が実務に関して触れられていたので，念のため，意見の補足をさせていただきます。先ほど経済界ではリスト化反対の議論状況であると言った訳ですが，中でも一番反対論が強かったのが，正にグレーリストでございます。実務では，グレーリストは事実上のブラックリストとして活用されてしまうのが目に見えていますので，本来，許容されるものまでもが非常に萎縮してしまうということで，ブラックリスト以上に弊害が大きく，これには断固反対であるという感じでございます。先ほどそれをあえて付け加

えて言わなかったのは、既に補足説明の中にそうした指摘が書かれてあったものですから、特段、そこまで言及しなかったのですが、経済界はグレーリストには非常に強く反対でございます。

○鎌田部会長 ほかに御意見はございますでしょうか。

○岡委員 先ほど質問の形だけでしたので、意見として申し上げさせていただきますが、ブラックリスト、グレーリストで事業者間に適用されている現実の例が諸外国にあるようですので、それは、是非、法務省の予算でしっかりした研究をしていただきたいと思います。空中戦だけやって立法するのではなく、そういうのがあってほとんど混乱はないとか、こういう問題があったけれども、乗り越えているとか、そういう実務を是非調べた上で、立法に進むべきだと思います。これは意見として申させていただきます。

○鎌田部会長 法務省よりもっと予算を持っているところがあるかもしれませんので、そこは検討させていただきます。

○中井委員 約款にブラックリストを適用するとき、大阪弁護士会が挙げているのは九つあるんですが、一人対多数で使われている典型的約款において、多くは業界団体等の規制若しくは監督官庁による認可を受けているものが多いかと思いますが、ここに挙げられているような条項が入っているのでしょうか、また、必要性があるのでしょうかという素朴なところから考えて、こういう条項は言うまでもないことですね、最初、岡委員がおっしゃったんですけれども、あっても大して影響を受けないのではないかとむしろ思っているくらいです。

加えて、一人対多数の人と締結される契約において、約款の中にこういう条項をチェックしながら作り込んでいくことについて、コストが掛かるというニュアンスの発言が三上委員からもありましたけれども、そういう大量に適用されるべき約款であれば、一つ一つの条項についてその内容が不適切でないか、不当条項でないか、チェックするコストを掛ける価値は十分あるのではないのでしょうか。繰り返しになりますけれども、そういう約款が大量に使われるものであるとすれば、その適正化の方向に機能する積極的評価が与えられていいのではないかと思います。

○三上委員 これらのブラック条項に反する契約があるのかと言われると、確かにそれほど考えられないですが、それでもこういう規定を置くときというのは必要があって置くのだと思います。「多数の」とおっしゃいますけれども、例えば金融機関同士というのは世界中であればあまたの金融機関があるわけで、世界の標準の共通コードみたいなものも約款の一種と考えるとすれば、F R Aとかデリバティブ取引なども、今は笑い話ですが、一昔前まではそれが賭博罪で公序良俗違反だ、なんて話も実際にあったのですから、今後の金融取引の発展の中でどんなものが入ってくるかというのは想像が付きません。したがって、およそ詐欺的な商法をやろうとしている人間を除けば、真つ当な事業者であれば、こんなリストが民法になくたって、ここで規制されるような趣旨でこんな条項は作らないと思いますし、そんな条項があったとしたら、リストにしなくても無効にできると思います。また、悪徳業者は、ここに書いてあったからといって、そういう条項は入れないということにはならないと思いますし、むしろ文言を加減するなどして規制をかいくぐる工夫というヒントを与えるだけだと思います。そういう意味で、ブラックリストを並べても、私は余り意味がないし、民法に入れるとなれば、一個一個、この場合はどうするんだ、こうい

うケースは含まれるのかとか、いろいろと反論が出てくると思うので、そこで費やされる時間を考えると、ある程度、一般的な契約規制にしたほうがましな気がします。

それから、先ほども言ったのですが、約款作成の上では強行法規、ブラックリストとして明確になっているほうが便利です。むしろ、グレーで解釈の余地があるほうが、萎縮効果が大きいと重います。この辺は佐成委員と同じ意見です。

○鎌田部会長 ほかによろしいでしょうか。

それでは、この点につきましては多様な御意見を頂戴しましたので、それを踏まえて事務局で更に検討を続けさせていただきます。

ほかに追加の御発言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こうと思いますが、よろしいでしょうか。ありがとうございます。

それでは、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 部会の次回会議は、7月17日、火曜日、午後1時から午後6時まで、場所は法務省地下1階大会議室になります。次回の議題は、新たに配布する予定の部会資料43で、「売買」を対象とすることを予定しております。よろしくお願いいたします。

それから、来週7月10日に第3分科会第4回会議が開かれます。開催の日時、場所議題等は、机上に配布したメモのとおりですので、部会資料37と部会資料41をお持ちいただきますように御案内を申し上げます。また、いつものように第3分科会の固定メンバー以外で参加を予定されている委員・幹事の方がいらっしゃいましたら、事前に事務局まで御一報くださいますようお願いいたします。

○岡委員 8月、9月以降の日程はどんなふうに予定したらいいのでしょうか。

○筒井幹事 現在のところ、本年8月中までの会議日をお伝えしており、9月以降については、全ての火曜日の日程を空けておいてほしいという願いをしておりますのは、近いうちに9月ないし10月の日程をお伝えできるように、調整を進めているところです。その上で、中間試案の取りまとめの目標としております来年2月までの日程については、別途、御相談させていただこうと思っております。第2ステージにおける一巡目の審議の終盤である本年9月、10月の日程については、近いうちにお伝えすることができるようにしたいと考えております。

○鎌田部会長 ほかによろしいですか。

それでは、以上をもちまして本日の審議を終了させていただきます。

本日も長時間にわたって御審議いただきましてありがとうございました。

—了—