

# 各パネリストの報告テーマ・提案趣旨・報告骨子

— 平成19年12月1日開催・消費者法要件事実研究会 —

I	後藤 卷則教授	① (②はなし)	61頁
II	執行 秀幸教授	①	68頁
		②	73頁
III	田島 純蔵弁護士	①	81頁
		②	92頁
IV	村 千鶴子弁護士	①	101頁
		②	105頁

\* 執行・田島・村の各位分については、いずれも、①のテーマを第1順位に、②のテーマを第2順位として、報告討議をすることとし、②分は、時間がない場合には、割愛することもあり得る。

## I 後藤 卷則教授 ① (②はなし)

①

### 1 テーマ

要件事実に関係のある限りで、消費者法の制度趣旨は何と考えるべきか。それが民法原理とどのように違うのか。両原理の架橋はどのようにされるのか。民法原理は消費者法原理でどう修正されているか。どのような形でその検討を行うのが適切か。

### 2 提案趣旨

消費者契約法の立法趣旨、および要件事実論的観点からは事業者への立証責任の転換は導けないのではなからうか。そこで、消費者が立証責任を負うとして、消費者の立証困難に対しどのような方策がありうるであろうか？ この点について検討したい。

### 3 報告骨子

#### 1 民法原理と消費者法原理

##### (1) その異質性

近代民法典は、人間を身分制から解放された平等な存在と捉え、その財産権を尊重し、各人が自由意思に基づいて自律的に法律関係を形成することによって、よりよい社会関係が成立するという思想に立っている。そこで想定されている「人間」は、理性的・意思的で強く賢い人間であり、具体的属性を捨象された抽象的な法的人格として把握されている。

しかし、自由な経済活動の進展に伴い、人々の中の社会的・経済的格差が顕著になった。そこで、労働者保護立法の展開を経て労働者の地位の向上が図られ、また、土地・建物の所有権の絶対性を修正し、借地人・借家人の地位を強化する立法が進展した。

このような社会的・経済的弱者の保護をはかる法律を「社会法」と呼んで、その体系化をはかる試みがなされた。消費者法も、労働法や借地借家人法における社会法の生成過程と類似して、消費者という具体的人格がつねに関係している。その意味では、消費者法にも社会法としての側面がある。

##### (2) その等質性

消費者という人格は、社会法における具体的人格と異なって、だれもが人間である限りもっているものである。そして、一般私法である民法は、労働者に対するのと同様に、消費者という具体的人格に対する特別の配慮を欠いているが、他方で、民法に特有な「市民のための」抽象的法概念は、その抽象性のゆえに、消費者という具体的な法的人格に対しても適用されるという二面性を備えている。このような事情を背景にして、市民法原理の排斥というよりむしろ市民法原理を実質的に貫徹させるためにこそ消費者保護を図らなければならないとする論調が主流を占めている。

消費者保護のために形成されてきた民法法理の進展（信義則、公序良俗、契約締結上の過失、取引的不法行為、錯誤、詐欺、説明義務、免責条項の制限、例文解釈、仮登記担保など）は、民法法理の制限というよりむしろ

その発展を示すものである。

## 2 消費者契約法の制度趣旨

### (1) 消費者の位置づけの転換 — 保護から自立へ

消費者法は、消費者を事業者に対し情報、交渉力において劣位し、精神・身体を備えるがゆえの脆弱性をもった存在と捉えた。人間が必ずしも合理的な判断をするわけではないこと、誘惑にも負けやすいこと、生身の肉体をもった弱い存在であることが強調された。

従来、消費者法は、このような消費者を、行政に「保護される者」として受動的に捉えてきた。消費者関連法も多くは行政法規中心のいわゆる業法であり、事業者に対する事前規制を通じて消費者の保護を図ってきた。

ところが、1980年代になると、規制緩和をはじめとする構造改革の動きが始まり、90年代に入ると、経済の長期低迷を背景に、経済の活性化を目指して、市場メカニズムの活用が強調されるようになった。他方、従来の業法による規制は、一定の範囲で消費者保護の役割を果たしてきたので、規制緩和を進めることと一体として、消費者契約を適正化するためのルールが不可欠になった。2000年に成立した消費者契約法は、このための法律と言える。

この時期になると、「保護される者」から「自立した主体」への消費者の位置づけの転換が図られた。1968年成立の消費者保護基本法を改正して2004年に成立した消費者基本法は、消費者政策の基本理念として、消費者の権利を尊重するとともに、「消費者の自立を支援する」（同法2条）ことを定めた。

### (2) 消費者契約法の基本理念 — 民法原理との等質性

消費者契約法や消費者基本法が前提とする市場メカニズムを活用する政策手法の下では、消費者には市場に主体的に参加し、自己決定に基づいて市場をリードする役割が求められる。ここでの消費者像は、自立のための支援が要請されているとはいえ、民法が前提とした自律的人間像と根本的

には異なるものではないことになる。

このような発想にもとづいて立法された消費者契約法が前提とする「消費者」像は、事業者との情報や交渉力の格差はあるものの、「契約したくなければ、断ることができる人」であり、「事実認識がきちんとできて、合理的に経済活動を行える人」である（同法4条3項）。

### (3) 消費者契約法の目的

「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差」の是正（消費者契約法1条）

## 3 消費者契約法は、「情報・交渉力格差」是正をどの程度実現しているか？

### (1) 情報提供の「努力」義務

消費者契約法3条が事業者・消費者の義務を努力義務として規定している以上、それに違反しても、ただちに私法的効果（同条違反に基づく損害賠償請求、契約の解除など）が発生するわけではない。

### (2) 「重要事項」の範囲

消費者契約法4条1項1号および同条2項によれば、重要事項についての不実告知や重要事項又は当該重要事項に関連する事項についての故意の不告知があった場合にのみ取消しが認められる。

### (3) 困惑の要件

消費者契約法4条によれば、事業者が消費者契約の勧誘に際して、事業者の不退去（3項1号）、または事業者による消費者への退去妨害（3項2号）によって、消費者が困惑して契約を締結した場合にのみ、消費者は契約取消権を行使することができる。消費者の意思の表明が必要。デート商法などソフト型に対する規制なし。

### (4) 適合性原則、不招請勧誘規制

規定なし。

### (5) 立証責任の転換

規定なし

「消費者契約法においても、原則どおり自己に有利な法律効果の発生を定める法規の主要事実について証明責任を負うものとするればよいと考える。…当事者双方が主張、証明した事実を総合判断して裁判官が法的判断を行うものと解するのが裁判実務上、一般的であることから、民事訴訟法の原則どおりとしても証明責任のある者に一方的に過度の証明責任を課すものではない」（経済企画庁国民生活局消費行政第1課編・消費者契約法（仮称）の制定に向けて47頁（1999年））

#### 4 立証責任への対応

##### (1) 判例による立証責任の転換

消費者契約法が「消費者を保護することを目的とする法律であること、消費者側からは事業者にどのような損害が生じうるのか容易には把握しがたいこと、損害が生じていないという消極的事実の立証は困難であることなどに照らし、損害賠償額の予定を定める条項の有効性を主張する側、すなわち事業者側にその立証責任があると解すべきである」（大阪地判平成14・7・19）など。

##### (2) 学説による慎重論

上記判決は、「民法の基礎理論にも消費者契約法立案段階の考え方にも合致せず、比較法的にも（たとえばEU指令・ドイツ民法など）異質」である（潮見佳男「消費者契約法1年の成果」消費者法ニュース53号）。

「文書提出命令あるいは事実上の推定の活用等による運用上の軽減が裁判において積極的になされることが期待される。」（落合誠一・消費者契約法140頁）など。

##### (3) 平均的損害（消費者契約法9条1号）とドイツ法

「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」は、ドイツ約款規制法11条5号（a）— 事物の通常の成り行きによれば予想される損害もしくは通常生じる価値減少を、予定額が超過するとき— にその条項を無効とする — と共通の発想に出たものと目される」（潮見佳男「比較法の視点から見た『消

費者契約法』」民商123巻4・5号213頁（2001年）。

「5号aの文言と立法経緯からすれば、予定された賠償額が当該取引分野の典型的な平均的損害・減価を超えることについて、約款の相手方が証明責任を負う。賠償額の予定が約款使用者の証明負担を軽減する機能をもつことから、そのように解すべきとされる。しかし他方で、典型的な平均的損害の算定に必要な事実は主に約款使用者の領域に属するため、当該取引分野に精通しない相手方にとって過剰な証明負担とならない配慮も要請される（減価の場合は相手方は物の引渡しを受けており事情が異なる）。それゆえ結局、相手方は当該取引分野でより少ない予定額が利用されている事実を指摘するなど、平均的損害を超えるという根拠ある疑念を主張する必要があるが、その後は約款使用者が平均的損害を超えないことを主張・立証しなければならないとされる」（石田喜久夫編・注釈ドイツ約款規制法〔改訂普及版〕197頁（1999年）〔山本宜之〕。

#### （4）消費者紛争の解決過程と立証責任の位置

立証責任の転換は、ほとんど平均的損害の立証の困難性に関連して論じられている。

9条1号に限って言えば、「平均的な損害」という規定の仕方に起因する困難といえるのではないか？消費者紛争における証拠の偏在性の是正の必要性の本質は、もう少し違った状況に由来する。

消費者契約法9条1号のみでなく、消費者紛争の実態に即し、他の条文も考慮に入れたより広い射程をもった解決を考えるべきである。

### 5 消費者紛争の解決過程における格差の是正

消費者と事業者との間の情報や交渉力の格差は、契約締結過程においてだけでなく、その後に紛争が生じた場合の解決過程においても大きい。

消費者取引にかかわる紛争を解決するための事実関係の整理においては、当該契約に関して様々な情報を持つ事業者からの情報提供が不可欠であるし、また交渉力においても格段の差がある。消費者が、消費者契約法によ

る契約の取消しや契約条項の無効を主張する場合、原則として消費者側で事業者による不当な行為の事実や契約条項の不当性等を立証する必要があるが、事業者が、自らが有する情報を一切提供することなく、消費者側に一方的に立証を押しつけるなどの不誠実な対応を行えば、紛争を適切に解決することは難しくなる。

このような状況を踏まえれば、立証責任を一方的に事業者側に転換することは困難であるとしても、証拠の偏在性を踏まえて、事業者側にも一定の役割を負担させる方法が検討されるべきである。

このような方法として、不当景品類及び不当表示防止法においては、公正取引委員会は、事業者による商品・サービスの品質・規格等に関する表示が不当な表示か否かを判断するために必要があると認めるときは、事業者に対し当該表示の裏づけとなる合理的な根拠を示す資料の提出を求めることができ、当該資料の提出がない場合には、排除命令の適用に関して当該表示は不当な表示とみなすとしている（同法4条2項）。

また、特定商取引法においては、主務大臣は、事業者が商品・サービスの性能・効果・利益等に関する事項について不実のことを告げたか否かを判断するために必要があると認めるときは、事業者に対し当該告げた事項の裏づけとなる合理的な根拠を示す資料の提出を求めることができ、当該資料の提出がない場合には、行政処分の適用に関して当該事項につき不実のことを告げたものとみなすとしている（同法6条の2）。

そこで、これらを参照して、①事業者が告げた、商品やサービスの性能・効果・利益等の「重要事項」（4条4項）について、その真実性が争われる場合には、当該事項は事業者固有の情報であるから、事業者側で当該事項が真実であることを裏づける根拠を有していると考えるのが妥当である。したがって、このような場合には、事業者に対し、当該事項の裏づけとなる合理的な根拠を示す資料の提出義務を課し、当該資料の提出がない場合には、消費者側の主張を真実と認めることができる、とすることが考えられる。

また、②消費者が支払う違約金等を定める条項における「平均的な損害の額」（9条1号）の立証については、昨年出された最高裁判決（最判平成18年11月27日）において、事実上の推定が働く余地があるとしても、基本的には消費者側が証明責任を負うものと解すべきとされた。しかし、違約金等の設定方法はまさしく事業者固有の情報であるから、①の場合と同様に、事業者に対し、違約金等の設定方法が合理的であることの根拠を示す資料の提出義務を課すことが考えられる。

さらに、③消費者の利益を一方的に害する条項（10条）が争われる場合についても、当該条項の内容は事業者側で検討し決定したものであり、その必要性や内容の合理性に関する情報は事業者側にあると考えられる。したがって、このような場合にも、事業者に対し、当該条項の内容が合理的であることの根拠を示す資料の提出義務を課すことが考えられる。

以上の①～③が解釈論として無理としても、最低限9条1号についてはドイツ法と同様の解釈論は可能であると考ええる。このような解釈論は、民事訴訟法学で有力に主張されている「事案解明義務」と同種の考え方であると思われる。

## II 執行 秀幸教授

### ①

#### 1 テーマ

「事業者」、「消費者」について、評価根拠事実を考えることの当否についてどのように考えるべきか。もし肯定するとすれば、具体的にどのように考えるべきか。



## 2 提案趣旨

現在、消費者契約法の改正作業が進められているが、その適用対象は変わらないであろう。そこで、「消費者契約」の主張立証責任の問題は重要である。今後、民法とは独立した「消費者法」を制定するか、民法の中に消費者保護の規定を導入するかは別にして、いずれにせよ、その適用対象および、その主張立証責任が問題となる。その場合にも参考となろう。

## 3 報告骨子

不当条項を規制する規定（消費者契約法〔以下略〕8条、9条、10条）、誤認・困惑による取消権を定める規定（4条）には、当該契約が「消費者契約」であることが要件となっている。この要件につき、以下のような具体的な二つの問題を設定して検討していく。

### (1) 消費者性の主張立証責任

#### ① 問題提起

当該契約が「消費者契約（消費者と事業者との間で締結される契約）」であることは、消費者契約法の適用を主張する者が主張立証しなければならないか。この点を肯定するとして、その者（消費者）は、「個人」と「事業者との間で締結された契約」であることを主張立証すればよいと解すべきか（以下、「個人説」という）、「個人」では十分でなく、「個人」であり、しかも、「事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるもの」でないこと（以下「消費者性」という）についてまで、主張立証する必要がある（以下「消費者説」という）というべきか。

#### ② 裁判例・学説

内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説消費者契約法〔新版〕』69頁は、「消費者説」をとることを明らかにしている。加藤新太郎判事、升田純教授も同様な見解をとっているように思われる（加藤「講座実践的要件事実論の基礎第8回消費者契約法の要件事実」（月刊司法書士379号49～50頁）、升田『要件事実の基礎と実践』294～297頁）。しかし、東京高判平成

16年5月26日金法1717号74頁は、「個人説」を前提としているようにも理解できる。たしかに、個人説をとることも十分考えられる。だが、筆者は、東京高判平成16年5月26日の判例評釈で、「消費者説」が妥当だとの見解を述べたことがある（リマークス31号34頁）。

その後、河上正二教授が、消費者説をとられ（河上「消費者契約」伊藤滋夫編『民事要件事実講座第3巻』448～449頁）、加藤雅信教授は、「消費者契約法を語る」（判タ1206号14頁）で、「消費者説」の妥当性を指摘するとともに、加藤新太郎判事も改めて、そのように解すべきことを明らかにした。他方、「個人に『事業として又は事業のために締結したのではないこと』の立証を求めることは酷であるから妥当な解釈」だとして、先の裁判例を支持する見解もある（佐々木幸孝「消費者契約法裁判例の展開と課題」法律時報79巻1号85～86頁）。

### ③ 考察

消費者契約法における立証責任に関しては、若干疑問もあるが、法律要件分類説によるべきだとするのが立法者の意思であるといえそうである。また、前述のように、立案担当者は、消費者説をとることを明らかにしている。すなわち、「当該個人が『消費者』として当該契約を締結したことについても、その立証責任は民事訴訟法に従い、当該争いにおいて消費者契約法の適用があることを主張することとなる」（前掲69頁）。

新法にあっては決定的とはいえないまでも、その立法趣旨を軽々に無視すべきでないといわれている（伊藤滋夫「要件事実論の現状と課題」伊藤滋夫編『民事要件事実講座第1巻』43～44頁）。また、新法の場合は、立証の困難が立証責任の所在を決めるに当たって重要な判断基準の一つとなるともいわれている（同43頁）。これらを考慮して検討すると、基本的には、消費者説をとるべきことになろう。ただ、消費者性の立証は、当該「個人」にとり困難であれば、その点も十分考慮しなければならない。だが、一般的には、それほど困難はないと思われる。たとえば、河上教授は、「消費者としては、当該取引が一般に日常生活での消費や利用のためになされる

契約であること、および、自己が「個人」として取引したものであることを主張・立証しておけば足りる」（前掲449頁）といわれる。他方、事業者が、当該「個人」が「事業として又は事業のために契約の当事者となる場合（以下「事業性」という）」であることを立証することは困難であることが考えられる。その点で、消費者契約法9条1号所定の「平均的な損害の額」の立証責任の場合と異なる。また、消費者が、消費者性の立証が困難だと思われるような場合があるとしても、そこでは、実は、消費者性、事業性の評価が問題となっているとみることができる（河上・前掲448～449頁）。

たしかに、「個人」は消費者であることが一般的であり、消費者契約法の基本理念からしても、個人説が妥当でないかとも十分考えられる。そして、その見解をとることによって、事業者が「不利益」を受けるとしても、それは想定内のものだとも理解できる。ただ、「個人」は消費者であることが一般的だと、きわめて一般的にいうことができるとしても、取引の種類、取引の場所等でも異なりうるのではないか。もっとも、個人が原則として消費者か事業者かといえば、消費者を原則とせざるをえないであろう。また、前述のように消費者説をとっても、当該「個人」の立証の困難性はそれほど問題にならず、消費者の利益の擁護が図れる程度は大きなものでない。他方、個人説をとることにより、消費者でない「個人」が消費者契約法の適用による利益を受けてしまうことも考慮する必要がある。むろん、そのことよりも、消費者の利益の擁護を優先することも十分考えられるが。

以上の点を総合的に考えると、今後さらに検討を要することは否定できないが、現段階では、消費者説を維持しておきたい。なお、たとえ、消費者説をとったとしても、事業者は、取引の相手方が消費者ということになれば、当該契約には、消費者契約法の適用がある。そこで、事業者は、契約締結について勧誘する際、または契約を締結する際、相手方が「個人」の場合、消費者なのか事業者なのかを判断しなければならない。その判断のコストを考えれば、取引の相手方が多くは消費者であるような事業者の

場合、取引の相手方をすべて消費者と想定して、消費者契約法の適用があることを前提に事業活動を行うのではないと思われる。

## (2) 情報・交渉力のある消費者と消費者契約法の適用

### ① 問題提起

当該契約が「消費者契約」にあたるとしても、事業者は消費者の側に情報の格差、交渉力の格差を生じさせない特段の事情があることを主張立証できれば、消費者契約法が適用されなくなると解すべきか（「適用否定説」という）。それとも、そのような主張立証をしても、依然として、消費者契約法の適用があると解すべきか（「適用肯定説」という）。

### ② 学説

伊藤滋夫教授によって、要件事実論の見地から適用否定説が主張された（伊藤滋夫『要件事実の基礎』41～44頁）。これに対して筆者は、消費者契約法の解釈として、事業性、消費者契約法の立法趣旨、実益論の視点からして、適用肯定説が妥当だとの見解を明らかにした（執行秀幸「要件事実論と消費者契約法」大塚直他編『要件事実論と民法学との対話』345～355頁）。その後、「消費者契約法を語る」前掲で、松本恒雄教授、加藤雅信教授、加藤新太郎判事は、適用肯定説を支持している。また、河上正二教授も適用否定説に否定的といえようか（河上「消費者契約」前掲15頁）。

適用肯定説の根拠として、次のような指摘がなされている。第1に、契約条項の場合は、「個人の交渉力というよりは層としての消費者の交渉力という議論で…貴方にとっては不当であり、別のひとにとっては不当ではないという個別判断にちょっとなじまない」（松本教授）。第2に、情報の格差、交渉力の格差は目的規定には入っているが、2条1項の消費者の定義には入っていないため、個々の事件において、情報の格差や交渉力の格差の有無は消費者であることの要件との関係では、抗弁にも否認にもならない（松本教授）。情報格差、交渉力格差は、消費者契約法という特別法を正当化するもので、個別案件については交渉力の格差という視点はでてこない（加藤〔雅〕教授）。第3に、典型的に消費者、事業者という枠組みで、

そういう要件を設定し、それで規律していこうという理由も指摘されている（加藤〔新〕）。

### ③ 考察

この問題については、かつて論じたことに、あまり付け加えることはない。要点をいえば次のようになる。消費者契約法は、消費者アプローチをとっており（河上正二「総論」『消費者契約法』別冊NBL54号12～13頁）、事業性の有無により定型的に情報・交渉力の格差の有無を判断することを前提としている。そこで、当該契約が消費者契約法上の消費者契約と判断されると、その適用が認められる程度の情報・交渉力の格差があるとみなされ、もはや、より実質的な情報・交渉力の格差の有無・程度等を問題とすることはできない。消費者契約法の立法趣旨・制度趣旨は、そのようなものと考えられる。したがって、適用肯定説が妥当である。適用否定説をとると、消費者契約法の基本理念である消費者の利益の擁護が損なわれるおそれもあり、その点からしても適用肯定説をとるべきものと思われる。

もっとも、権利濫用にあたるような場合にあっても、事業者側からの、そのような主張を全く認めないと主張するものではない。だが、事業者側からの権利濫用の主張を容易に認めるべきではない。権利濫用にあたるか否かを判断する際にも、消費者契約法の立法趣旨・制度趣旨および制度理念を十分考慮すべきだからである。

## ②

### 1 テーマ

消費者契約法4条2項の不利益事実の不告知における「故意」に該当することを言うためには、消費者にとって、どのような事実が主張立証責任対象事実となるか。

## 2 提案趣旨

消費者契約法4条2項の「故意」に関する主張立証責任対象事実や、その主張立証責任を明らかにしたい。また、そのことを通して、主張立証責任対象事実の決定方法、主張立証責任一般の問題をも考えてみたい。

## 3 報告骨子

### (1) 問題提起

事業者が、消費者契約の締結につき勧誘する際に、消費者に対して重要事項又は当該重要事項に関する事項につき当該消費者の利益となる旨を告げ、かつ、当該重要事項につき当該消費者の不利益となる事実（当該告知により当該事実が存在しないと消費者が通常考えるべきものに限る。）を故意に告げないため、当該消費者がその不利益となる事実が存在しないと誤認した場合に、当該消費者は意思表示を取り消すことができる（4条2項）。

消費者契約法には、情報提供義務違反に対する取消規定はおかれていない。だが、4条2項は、不利益事実の不告知に対して取消権を認める。これは、消費者に利益となる事実（真実であっても）だけを伝えて、不利益事実を伝えないと、当該消費者に不利益な事実が存在しないという誤認を与えることになるからである。だが、同じく誤認による意思表示の取消しを認める不実告知（4条1項）と異なり、事業者が、当該消費者の不利益となる事実を「故意」に告げないことが必要とされている。一般に、「故意」の立証は難しいこともあり、なぜ「故意」が要求されたのか、「故意」に関する主張立証責任をどう考えるべきかが重要な問題となる。

### (2) 「故意」が要件とされた経緯

「第16次中間報告」では、情報の不告知についても、故意又は過失という主観的要件は要求されていなかった。故意の有無にかかわらず情報の不告知により消費者が受ける影響は同じである、消費者が故意を立証するのは困難である、故意を要求すると実質上民法とほとんど変わらず、このルールを作る意味がなくなるとの理由からである（18頁）。ところが、事業者へ

の過大の負担を強いることになることが指摘され、不実告知と不告知の場合を区別して、後者につき付加的要件の下で取消しを認めるべきとの方向に進み、「故意または重大な過失により」との要件を付加することが提案された。だが、「第17次国民生活審議会消費者政策部会報告」では、重過失と故意の区別は困難、重過失を付加すると付加的要件が減殺されるとして、結局、「故意の不告知」という要件に落ち着いた（潮見佳男編著『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』35～36頁（潮見教授）。しかも、故意の内容等につき、「消費者を誤認させる目的で」、「消費者が誤認していることを認識しながら」、「当該事実を消費者が認識していないことを知っていながら」などがあげられたが、共通の認識が得られなかった（12頁）。もっとも、立案担当者は、「故意」とは、「当該事実が当該消費者の不利益となるものであることを知っており、かつ、当該消費者が当該事実を認識していないことを知っていながら、あえて」という意味だと解している（内閣府国民生活局消費者企画課編・前掲書105頁）。

### (3) 「故意」の意義

以上のような経緯からも推測されるように、「故意」の存在意義に否定的な見解が少なくない。たとえば、山本敬三教授は、以下の理由から、立法論として「故意」要件を外すことを提案される（「消費者契約法評価検討委員会第5回議事録」29～30頁）。利益となる事実が告知され不利益な事実はないだろうと誤認した場合、民法にあっても、事業者が消費者に告げるべき義務がある代表例である。民法上の沈黙の詐欺における故意とは、相手方が既に錯誤をしていることを知り、この事実を告げなければその錯誤に基づいて意思表示をするであろうということを認識し、あるいは、さらに認容するということと理解できる。不利益事実の不告知の故意に関して、「当該消費者が当該事実を認識していないことを知っていながら、あえて」というのは、詐欺の故意とほぼ重なる。とすれば、4条2項の存在意義はほとんどない。

また、後藤巻則教授は、不利益事実の不告知は、一部を隠して全体とし

て誤った印象を与えるもので、不実告知の類型に属し、情報提供義務を「正確かつ適切な情報を提供する義務」と理解すると、この義務は、不実告知、断定的判断の提供、不利益事実の不告知の全部、全くの不告知の場合も含むと考えられ、この観点からは、不利益事実の不告知にのみ特別の要件を加重して、事業者の故意を要求することは疑問だと指摘される（『消費者契約の法理論』200～201頁）。

#### （4）故意の内容

立法段階でも故意の内容につき一致をみななかったが、現在でも、さまざまな見解が主張されている。だが、学説は、故意の内容を制限的に解釈している点では共通する。

① 立案担当者の見解 「当該事実が当該消費者の不利益となるものであることを知っており、かつ、当該消費者が当該事実を認識していないことを知っていながら、あえて」と解する。

② 石戸谷説 「当該消費者に不利益となることを認識していながら、故意に告げないということが必要とされている」とする。もっとも、石戸谷説は、4条2項において「故意」が必要とされる趣旨は、事実の不告知のなかから、不利益な事実の存在につき無過失・過失の場合を除くためと指摘する。そこで、実質的には、③ないし④説と同様な説と解すことができよう。

③ 横山説 「不利益の存在を認識しながらあえて告げないこと」とする（横山美夏「消費者契約法における情報提供モデル」民商123巻4＝5号561頁）。不利益事実の不告知は実質的には不実告知であることから、当該消費者が当該事実を認識していないことを知っていることは不要だとする。

④ 日弁連説 「当該消費者に不利益な事実が存在することの認識」との見解（日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法』63頁）。「当該消費者が不利益事実の存在を知らないことによって当該消費者に意思表示させようとする認識」は、詐欺の故意と変わらなくなり4条2項の意味がなくなり、消費者側の立証が困難となるのでとれ



ない。「当該消費者が不利益な事実の存在を知らないことの認識」も、4条2項の適用範囲を不当に狭めることになる。また、4条2項の取消が認められるには、不利益事実の存在の誤認が必要で、消費者が実際に不利益事実の存在を知っていた場合には取り消せないので、そのような認識を要件とする必要はない。不利益事実の不告知は、「故意」を要件としない不実告知の一類型とも考えられるので、「故意」を要件とするとしても最小限のもので足りるとする。

⑤ 道垣内説 「故意」は、誤認の惹起に向けられたものではなく、あくまで不告知についての故意であるから「自らの告知事実Aにより、消費者が別の事実Bが存在であると通常考えること」の認識で足りる」との見解（道垣内弘人「消費者契約法と情報提供義務」ジュリ1200号54頁）。この見解は、事業者は、右のような推認がなされるとき、そのような推認を妨げる義務を負っていると考えられ、その義務に「故意」に違反する、つまり「Bという事実の不存在が通常推認されることを知りながら、あえてその推認を妨げないこと」と解すわけである。つまり、立案担当者が要求している二つの認識はいずれも不要だとする。

⑥ 落合説 「当該事業者が不利益となる事実を認識していながら、あえてその事実を告げないこと」（落合誠一『消費者契約法』84頁）。落合教授は、「事業者に害意は必要ではなく、単なる認識で足りる」とする。だが、さらに、消費者契約法の立法目的等の他に、以下のような点を総合的に考慮して、「故意」の中に、重過失も含むと解すべきと主張される。利益となる事実を告げて重要事項につき不利益な事実を告げない事業者の行為は、行為として極めて悪質であり、こうした場合にこそ消費者被害の救済が特に求められている。消費者による事業者の故意の立証は一般に困難。規定の趣旨目的から重過失を故意と同等に扱う解釈は可能である。

⑦ 河上説 河上正二教授も、「故意」に限定する不合理性は明らかだとして、「『故意』と同視しうる『重大な過失』を取り込むことは解釈論として不可避」だとされる（「消費者契約」『民事要件事実講座第1巻』458頁）。

### (5) 「故意」の立証責任

この点につき、落合教授は、消費者が、事業者に対し不利益事実の不告知による取消権を行使するためには、4条2項の要件に該当する事実の存在につきすべて（「故意」も含め）立証責任を負うとされる（落合・前掲書81頁）。

### (6) 裁判例

不利益事実の不告知に関する裁判例は少ないが、さらに「故意」に関して判示するものは、次の二つの裁判例があるのみである。

#### ① 平成14年3月12日神戸簡判（兵庫弁護士会HP）

歌手志望のXと俳優養成所Yとの入所契約において、3ヶ月間の演技コース（義務づけられている）の後に歌手コースに移る際に月謝が上がることをYがXに告げなかったことが、不利益事実の不告知となるかが問題となり、神戸簡裁は肯定した。

故意につき、「YがXに月謝の値上げを告げていなかった以上、Xがこれを知らなかったのは当然であり、しかも、この事実はYにおいてでも認識できたはずであるから、この点についてYには『故意』があったといわざるを得ない」と判示した。

ここでは、故意を「当該消費者が当該事実を認識していないことを知っていないが」と解し、月謝の値上げの不告知から、その「故意」を推認している。

#### ② 平成18年3月22日小林簡判（消費者法ニュース69号188頁）

悪質リフォームによる床下補強工事代金支払いの為のローン契約において、その工事が不要のものであった事案で、不必要な工事は不利益な事実だとされた。そして、本件ローン契約は勧誘に際し工事請負業者の社員を通じて行動しており、その社員は、その工事が不必要なことは当然知っていたと推認されるとして、ローン会社の「故意」を推認している。

ここでは、故意を、少なくとも、「当該事業者が不利益となる事実を認識している」と解し、上記のように、ローン会社の「故意」を推認した。

## (7) 考 察

### ① 「故意」の存在意義・趣旨

故意の内容、その立証責任を検討するためには、まず、不利益事実の不告知における故意の意義・趣旨を、明らかにする必要がある。利益事実の不告知の場合に故意要件が必要だとされる根拠としては、不実告知の場合と異なり、不利益事実の不告知にあっては、まさに不告知が問題となっており、その意味で両者を法的に同様に扱うことは適切でないということであろう。だが、そこには、二つの問題がある。

第1は、民法との関係である。山本敬三教授が指摘されるように、立案担当者の見解をとると、民法の沈黙の詐欺の場合と変わらなくなり、4条2項の存在意義はほとんどなくなってしまう点である。

第2は、不実告知との関係である。故意が要求されたのは、不実告知と不利益事実の不告知の相違が重要なものとして認識されたためであろう。だが、多くの指摘があるように、両者は実質的には同一の類型に属するものといえる。不実告知にあっては、真実でない事実を告げて消費者に誤認を与える場合である。これに対して、不利益事実の不告知にあっては、事業者が、利益と不利益事実のうち、利益のみを告知することにより消費者に誤認を与えるものである。つまり、誤認をもたらす、ないし、もたらす可能性のある情報を事業者が消費者に告知している点では共通する。不実告知にあっては、事業者の故意も過失も要件となっていない。とすれば、不利益事実の不告知にあっては、同様に解すべきものであろう。不利益事実を認識しているか否かにかかわらず、消費者の誤認を解消すべく不利益な事実を告知する「義務」があると解される。もっとも、不利益事実を調査等で認識できない場合にまで告知する「義務」があるといえるのかという疑問もあろう。しかし、誤認をもたらす、ないし、その可能性のある情報を提供している以上、不利益事実を告知できないリスクは事業者が負担すべきことになる。消費者の誤認に陥っている状況は解消されていないからである。このことは、不実告知にあって、告知された事実が真実でない

ことにつき事業者に過失がなくとも意思表示の取消権が認められていることと整合的だと思われる。不実告知には、過失も要求されていないのに、不利益事実の不告知にあっては故意まで要求されているのは、きわめて均衡に欠けていると言わざるを得ない。

以上からすれば、不利益事実の不告知における「故意」が要件とされたことには疑問がある。

## ② 「故意」の主張立証責任対象事実・立証責任

このように、要件の存在意義に疑問があるような場合に、その主張立証責任対象事実をどのように決定したらよいか、ここでの問題である。

まずは、故意の内容を確定する必要がある。「故意」の存在意義につき疑問があるとしても、その存在を全く無視することは困難である。そこで、学説は、その内容を制限的に解釈するとともに、「故意」に、それと同視しうる「無過失」をも含まれるとの解釈も提案されているわけである。故意の内容については、故意の存在意義に疑問がある以上、できるだけ制限的に解釈することが妥当であること、ただ、条文の文言をも可能な限り尊重すべきこと、後に述べるように、「故意の不存在」の立証責任を事業者に負わせることも理論上可能だと考えられることから、道垣内説を基本的には支持しておきたい。

道垣内説をとるとすれば、消費者が「故意」を立証することにそれほど困難はないともいえるかもしれない。しかし、現在の裁判例は、そのような見解をとっていない。学説でも、故意を、事業者が不利益な事実が存在することの認識と解する見解が有力であり、そのような見解にあっては、「故意」の立証責任の問題がより重要となる。そこで、この問題を検討しておこう。

消費者契約法における立証責任に関しては、前述のように、若干疑問もあるが、法律要件分類説によるべきだとするのが立法者の意思であるといえそうである。また、立法に中心的役割を果たされた落合誠一教授が、故意についても消費者が立証責任を負うとすることも尊重すべきであろう。

しかし、「故意」の存在意義に疑問があること、消費者が「故意」を立証することが一般に困難であること、消費者に「故意」の立証責任があるとするそのことは消費者の権利擁護という消費者契約法の目的を減殺するおそれがあることからすれば、「故意」の不存在につき、事業者に立証責任があると解すべきである。

このことは、立証責任に関して法律制度の趣旨を重視する見解からしても根拠づけられよう。消費者契約法が、最近の立法であることから立法者の意思を尊重すべきとしても、「故意」の要件に合理性がなく、しかも、消費者の「故意」の立証は一般的に困難と考えられることからすると、立法者の意思を重視すべきともいえないのではないか。そして、不利益事実の不告知の制度趣旨からすると、前述のように、不利益事実の不告知にあつては、「故意」は重要な要件でなく、原則的には、他の要件が満たされれば、消費者が意思表示を取り消すことができると解される。したがって、事業者が「故意」の不存在につき立証責任を負うべきことになる。この結論は、消費者が故意を立証することが一般的に困難であることから、支持されよう。

以上からすると、一般的に考えても、立証責任対象事実の決定にあたり、当該要件の存在意義に疑問があることは、重要な意味をもつというべきであろう。

### Ⅲ 田島 純藏弁護士

①

#### 1 テーマ

消費者契約法10条（消費者の利益を一方的に害する条項の無効の主張、立証責任

## 2 提案趣旨

消費者契約法10条については、賃貸借契約の敷引条項などをめぐり最高裁の判例を含めて多くの判例が出されている。これらを整理してみることが出来る時期にきていると思われる。また、同条は、消費者契約一般に、敷引きだけでなく瑕疵担保責任を加重する条項等適用される範囲も広いと思われ、場合によっては、民商法の任意規定が消費者契約においては半強行法規化することも考えられる。そこでその要件事実を考えるのは意義があるのではないか。

## 3 報告骨子

### (1) はじめに

#### ア、消費者契約法10条の要件

同条により制限・加重条項が無効となる要件は次のとおり。

①民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する条項であること。

＝民法・商法などの任意規定によるよりも消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重するものであること。

②民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものであること。

＝信義則に反することおよび当事者の利益を一方的に害すること。

イ、ここでは、信義則に反して消費者の利益が一方的に害されることは要件事実的になどのような事実が主張・立証されることが必要とされているのかを考えてみたい。

### (2) 学説・判例の紹介

#### ア 学説

①本条の信義則が民法の信義則を確認しただけのものではなく、民法レベルよりも厳格なものであるとする。そのうえで、契約条項とは、契

約締結時までの事情を考慮してなされる当事者間のバーゲニングの結果であるから、当該契約条項が信義則違反になるかの判断は、当該消費者契約締結時を基準とし、その時点までの一切の事情が考慮され、また、当該契約条項が消費者の利益を一方的に害して信義則違反となると評価するに当たっては、契約の対象となる物品・権利・役務の性質、当該契約の他の条項、当該契約が依存する他の契約の全条項を含む契約時点でのすべての事情が考慮されるとし、その際次の事情は特に考慮されるとする。すなわち、①当事者の情報力・交渉力の格差の程度・状況。事業者が消費者との情報力・交渉力の格差を濫用して消費者の正当な利益を害することは信義則違反となる。②消費者が、当該条項に合意するように勧誘されたかどうか。事業者の勧誘状況によっては消費者に当該条項の存在・内容を十分理解させず、消費者の正当な利益を害し、信義則違反となりうる。③当該物品・権利・役務が、当該消費者の方から特別に求めたものかものかどうか。当該消費者契約の締結に関する消費者の知識・関心等の程度に関係する。④当該条項が、消費者にとって明確で理解しやすいものであるかどうか。消費者にとって不明確で理解しにくい契約条項の場合は、本法3条1項の事業者の努力義務に違反するだけでなく、本条の信義則に反する。⑤消費者に当該条項の基本的内容を知る機会が与えられていたかどうか。消費者が当該条項の基本的内容を知る機会がない場合は、信義則違反と判断される。(落合誠一・消費者契約法150頁以下)。①から⑤について消費者に有利な事実は、評価根拠事実として主要事実となり、事業者に有利な事実は評価障害事実として主要事実となろう。

- ②本条においては、当該契約の目的となるもの、対価その他の取引条件、契約類型、公共性や取引の安定といった社会一般の利益の有無等を踏まえながら、契約当事者が、消費者と事業者であるかぎり、具体的な当事者の如何を問わず、民法のもとにおける裁判例で明らかにされたような信義則違反に該当する場合であるとする（内閣府国民生活局消

費者企画室・消費者契約法177頁)。

- ③本条で無効とされる契約条項について、現行民法のもとにおいても民法1条2項によって無効とされるとする見解(確認説)と、現行民法では必ずしも無効とされないものであるという見解(創造説)があるとしたうえで、創造説をとるとする(なお、この説は②説を確認説と位置づけている)。その理由として、民法は私人が自発的意思決定を行うとする古典的市民法原理に立脚しているので、民法ではかかる原理に反するきわめて悪質な行為のみを一般条項により例外的に無効としているのに対して、消費者契約法は、消費者と事業者という契約当事者間に情報の質および量ならびに交渉力の格差があることを前提に、消費者の利益を不当に害する条項を無効とすることによって消費者の利益の擁護を図る法律であり、消費者契約法と民法とは、予定する契約当事者も立法目的も全く異なること、消費者契約法8条および9条は、現行民法上は必ずしも同法1条2項や同法90条に反するとはいえない契約条項について、消費者契約法の立法目的に照らしてこれを無効とする規定であるところ、本条は全体的な位置づけから示されるように、8条や9条を包含する一般条項であるから、本条の解釈において民法1条2項に反しないものは無効とはならないと解することは、8条および9条との関係であまりにも整合性に欠けること、確認説を前提とするのであれば、消費者契約法が本条をわざわざ規定した意味がなくなること、本条は「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して」と規定しており、「民法第1条第2項に反して」とは規定していないことなどをあげている(日弁連他編「コンメンタール消費者契約法」169頁)。
- ④任意法が適用された場合の権利義務関係とは結局のところ「当該特約がないとした場合に法規定から導かれるであろう法律状態」をさしているわけであるから、確立した任意規定的判例準則を含めて、不文の任意規範を含むものとするべきであるとする。その上で、そのよう



な基準からの逸脱に正当な理由がなく、当事者間の衡平を損なうものであって、その乖離の具合が信義則上許容される限度を超えていると考えられる場合には、当該条項を無効とすることが可能となるとする。そして、無効部分には、任意法規によって導かれる規律が補充されるとし、結果として、任意法規によってもたらされる紛争解決基準が半強制的な作用を営むことになっているわけであるとする（河上正二・「消費者契約」・民事要件事実講座3 479頁）。

## イ 判例

### 1) 京都地裁平成18年11月8日判決（最高裁HP）

控訴人から建物を賃借していた被控訴人が賃貸借契約の終了を理由に敷金返還請求を求めたが、敷金35万円のうち30万円を返還しない旨の敷引特約により5万円の返還しかなされなかったため、残額の返還を求めた事案。

本件判決は、争点に対する判断で、①本件敷引特約は民法上の任意規定に比して賃借人の義務を加重する条項であり、この点は控訴人も認めている、②本件敷引特約が賃借人の利益を一面的に害しているかについて、敷引の目的、敷引金の性質、敷引率が合理的であり、かつ賃借人がこれを十分理解・認識した上で敷引特約に合意をした場合は賃借人の利益を一面的に害するということはできないとしながらも、本件敷引金は賃貸借の期間の長短にかかわらず30万円とされ、実質賃料額がいくらになるか賃借人には分からないなど、敷引という形式で賃料の一部を前払いさせることに合理性があるとはいえ、敷引特約があるために月額賃料が相対的に定額となっていることを認める証拠もないこと、本件敷引金のうち更新料免除の対価部分が判然とせず契約締結時に一律に更新料免除の対価の支払いを賃借人が強いられる合理的な理由もないこと、礼金としてもその趣旨および金額の明示もないまま、敷引という形式によって支払いを強いる合理的な理由はなく、礼金に相当する金額も判然としないことに加え、本件特約における敷引率は約8.5パーセントにのぼることを考慮すれば、本件敷引特約は合理性を欠くものであって、民法その他の任意規定に比して被控訴人の

義務を加重し、その利益を一方的に害するものであり、消費者契約法10条により無効というべきであるとした。

※この判決は、特に信義則に違反するということは明示的には述べていない。合理性を欠くこと、消費者の一方的利益を害するものであるとの判断の中に信義則違反の判断がなされているとみることができる。

### 2) 最高裁平成17年12月16日判決（判例時報1921号61頁）

地方住宅供給公社法に基づいて設立された賃貸人との間で、特定有料賃貸住宅の供給の促進に関する法律の適用を受ける特定有料賃貸借住宅であるマンションの一室の賃貸借契約を締結した賃借人が、契約終了により敷金の返還を求めた事案。本件判決は、同契約の原状回復条項につき、賃借人が負担する通常損耗の範囲が具体的に明記されておらず、通常損耗を含む趣旨であることも一義的に明確ではないなどとして、通常損耗について原状回復義務を負う旨の特約が成立しているとはいえないとした。特約を有効とした原判決を破棄し、通常損耗を除く賃借人が負担すべき補修費の額を審理させるため原審に差し戻した。

※この判決は、敷金の不返還特約に関するもので、法10条に関連するので取り上げた。

### 3) 東京簡裁平成17年11月29日判決（最高裁HP）

本判決は次のとおり原状回復費用の負担条項を無効とした。①自然損耗等についての原状回復費用を賃借人に負担させる条項につき、貸主において使用の対価である賃料を受領しながら、賃貸借期間中の自然損耗等についての原状回復費用を貸主に負担させることは、借主に二重の負担を強いることになり、貸主に不当な利得を生じさせる一方、借主には不利益であり、信義則に反する、②敷金との清算条項の合意は、原状回復の内容をどのように想定し、費用をどのように見積もるのか、借主に適切な情報が提供されておらず、貸主が汚損、破損あるいは回復費用を要すると判断した場合には、借主に関与の余地なく原状回復費用が発生する態様となっており、借主に必要な情報が与えられず、自己に不利益であることが認識できない

ままされた合意は、借主に一方的に不利益であり、この意味でも信義則に反するといえる。そうすると自然損耗等についての原状回復義務を借主が負担するとの合意部分は、民法の任意規定の適用による場合と比べ、借主の義務を加重し、信義則に反して借主の義務を一方的に害しており、消費者契約法10条に該当し、無効である。

※この判決は、自然損耗等についての原状回復費用を賃借人に負担させる条項は借主に一方的に不利益を与える信義則に反する点と原状回復の内容と費用の見積もりにつき必要な情報が借主に与えられていないので借主に一方的に不利益で信義則に反する点から無効としたものである。

#### 4) 明石簡裁平成17年11月28日判決（兵庫HP）

本判決は、建物賃貸借契約の敷引条項につき、①賃料以外の金銭的負担を負わせるものであり、本件敷引金は71.4%に及ぶ、②入居期間の長短にかかわらず、一律に敷金35万円から25万円を差引くものである（原告の入居期間は6ヶ月であった）、③自然損耗は、賃貸借契約上当然予定されるもので、これを敷引の理由とすることは賃借人に二重の負担をさせること、民法上、賃借人に賃料以外の金銭的負担を負わせる規定は存しないことに照らせば、敷引の理由に合理性はない、として、本件敷引条項は、消費者契約法10条所定の民法の公の秩序に関しない規定の適用の場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重する条項に該当し、かつ、民法1条2項の基本原則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものとして、無効であるとした。

※この判決は、本件敷引条項が敷金額に比し高額であること、入居期間の長短にかかわらず一律に差引くものであること、原告の主張する敷引の理由に合理性がないことから、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものとして無効とした。

#### 5) 大阪地裁平成17年9月26日判決（判例時報1916号64頁）

被告会社またはそのグループの元従業員である原告らが、被告会社に対し、原告らが被告会社を退職するに当たり、Y会社との間で退職金を原資

として年金契約を締結したが、その後Y会社が年金規程の本件年金改廃規定に基づき、本判決は、原告らに支給する年金の給付利率を引き下げる決定をし、その決定に基づいて少額の年金を原告らに支給したことについて、同規定は消費者の権利を制限する条項であり、消費者契約法10条に違反し（または同条の趣旨に違反し）、無効であるなどとして引き下げがなかった場合の年金と実際に支払われた年金の差額の支払いを求めた事案につき、本件改廃規定による改訂の必要性和相当性が認められれば、利率改定は有効であるとしたうえ、本件利率の改定は、改廃規定の定める要件である経済情勢もしくは社会保障制度に大幅な変動があり、その強い必要性が認められ、その改定内容も相当であり、その改定手続も不相当とまではいえないとし、消費者契約法10条の適用を排除し、原告らの請求を棄却した。

※この判決は、本件年金の改廃規定による改定の必要性和相当性が認められれば利率改定は有効であるとして、この必要性和相当性が認められるとして同規定に消費者契約法の適用を排除したものである。

#### 6) 神戸地裁平成17年7月14日判決（判例時報1901号87頁）

建物賃貸借契約の終了時に保証金の一部を賃借人に返還しない敷引特約の合意が無効であるとして、賃貸業者に対して保証金返還請求を求めた事案につき、一審は同特約を有効として賃借人の請求を棄却した。本判決は、敷引金が賃貸借契約成立の謝礼としても賃借人にのみ謝礼の支出を強いることには正当な理由はないこと、敷引金が賃貸目的物の自然損耗の修理費用としても、同費用を考慮して賃料が算出されており、賃料に加えて敷引金の負担を強いることに理由がないこと、更新料の免除の対価としても賃借人のみが更新されるか否かにかかわらず更新料の負担を強いられることは不合理であること、契約終了後の空室賃料としても賃借人が使用収益しない期間の空室賃料を支払う理由がないこと、賃料を低額にすることの代償としても、減額の程度が敷引金に相当するものでなければ賃料の二重負担を強いるものとなり正当な理由とはならないこと、敷引特約は関西地区では慣行となっており、賃借人が交渉によりこれを排除することは困難で

賃貸事業者が消費者である賃借人に同特約を一方的に押し付ける状況にあることからすると、敷引特約は、賃貸借契約に関する任意規定の適用による場合に比し、賃借人の義務を一方的に害するものであるから、消費者契約法10条により無効であるとし、原判決を取消し、控訴人（原告）の請求を認めた。

※この判決は、敷引特約はこれを認める合理的ないし正当な理由がなく、また、同特約を一方的に押し付けられる状況にあるとして、信義則に反し賃借人の利益を一方的に害するものとして無効としたものである。

7) 最高裁平成17年11月17日決定（自動車保険ジャーナル1622号3頁）

被保険自動車の売主である控訴人（原告）が譲渡代金分割払完済時に登録名義を移転することで買主と売買契約を締結し、自動車を引き渡した後、同買主がエンジンキーを付け放しで駐車中、同自動車が盗難されたとして、被控訴人保険会社に盗難保険金を請求したが、自動車保険約款一般条項5条の免責条項の効力が争われた。一審は、同免責条項は、信義則に反しないとして売主の請求を棄却した。本判決も次のように判断した。本件免責条項は、被保険自動車が譲渡された場合、譲渡人と譲受人とで交通事故発生危険性が異なることから、保険者に保険契約上の権利義務が譲受人に移転することを承認するかどうかの選択権を与えた上で、これを承認しない場合における被保険自動車の譲渡を保険金支払義務の免責事由としたものであり、盗難事故の場合も譲受人が被保険車を支配するに至った場合の使用態様や保管態様の相違から盗難事故発生危険度を判断しなおす必要がある。被保険車の譲渡の場合に、譲渡人は、①保険契約を解除して、未経過期間に対応する保険料の請求をする、②残存保険期間における保険保護を保険者の同意を得て旧自動車から入替自動車に移行させる、③保険者の同意を得て記名保険者を譲渡人から譲受人に変更するという3つの選択肢があり、商法650条は③を選んだときにだけ適用され、①②を選んだときはその適用が排除されるとしたうえ、一般条項5条、6条は、譲渡人に自由な選択権を与えると同時に、1台1保険料の原則に立脚して、譲渡人・

譲受人・保険者の三者間の利害の公平な調整のためのルールとして合理性がある。本件免責条項は、商法650条の適用を排除したもので、その限りで同条に比べて消費者の権利を制限している面があるが、自動車保険の特殊性を考慮して定められた合理性のあるものであるから、本件免責条項が消費者の利益を一方的に害するものとはいえない。控訴人の控訴を棄却した。※この判決は、免責条項等を自動車保険の特殊性を考慮して定められた合理的なものなので、消費者の利益を一方的に害するものではないとして、同条項を有効としている。

8) 盛岡地方裁判所遠野支部平成17年6月24日決定（兵庫県弁護士会HP）

原告らが貸金業者を被告に過払金の返還を求めた訴訟についての被告からの移送申し立てについて、「被告は、『回付申立書』において、被告と原告との間に交わされた借入限度基本契約書に管轄の合意があることを指摘するが、専属管轄の合意は消費者契約法10条により無効と解され」として、被告からの申し立てを一部却下した。

※この決定は、消費者契約法10条が訴訟上の合意についても適用されることを明らかにしたもの。理由は簡単で上記の通りであるが、専属管轄の合意は、通常土地管轄等に比し消費者の利益を一方的に害するものである。

9) このほかにも、消費者契約法10条が問題となった判例で敷引関係および敷金の不返還特約が問題となった判例で、判決文が入手できたものとして、大阪地裁平成17年4月20日判決（兵庫県弁護士会HP）、大阪高裁平成16年12月17日（判例時報1894号19頁）、京都地裁平成16年6月11日判決（兵庫県弁護士会HP）、などがある。

10) 敷引特約や敷金の不返還特約以外で消費者契約法10条が問題となった事件としては次のようなものがあるが、判決文の入手はできていないので正確な理由付けの分析はできていない。

①右京簡裁平成18年3月10日判決（消費者法ニュース68号66頁）

中古車買取業者が中古車を購入したところ、約10日後に接合車であるこ

とが判明し、代金の返還を請求した事案について、本契約締結後に売主の認識の有無に関わらず、接合車であることなど契約車両に重大な瑕疵の存在が判明したときは、買主は契約の解除をすることができるとの条項につき、この条項は買主が過失で瑕疵を知らない場合でも解除でき、解除権の行使期間も10年と解されるので民法570条より消費者の瑕疵担保責任を加重する条項で、信義則に反し消費者の利益を一方的に害しているから消費者契約法10条により無効であるとした。瑕疵担保条項に、同条が適用された事案である。

②大阪地裁平成17年1月12日判決（消費者法ニュース64号58頁）

原告であるJRが、乗客である被告に対し、有効期限切れの定期券の不正利用について2倍の違約罰を定めた規定に基づき違約金請求をした事案。同規定自体は消費者契約法10条違反とはいえないが、同規定は不正使用の蓋然性が高いことが前提となっているとし、不正使用の蓋然性が認められない期間についてまで同規定を適用することは同条の法意に照らし許されないとして同規定の適用を制限した。同条を直接適用した事案ではないが違約罰規定の効力を同条の法意により判断した事案である。

③大阪地裁平成16年9月15日決定（研究会報告71事件）

消費者の貸金業者に対する過払金返還請求訴訟が合意管轄条項に基づき移送決定がなされたのに対し、消費者が、管轄の合意条項は、消費者契約法10条により無効と主張し、移送決定の取り消しを求めた事案につき、当該金銭消費貸借はいわゆる無店舗営業の方法により貸し付けられたものであること、当該貸金業者は、管理本部により債権を一元的に行っていたことが伺われ、取引に関する資料が存する本社所在地を管轄裁判所として指定することにある程度の合理性が認められることから、本件合意管轄は、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するようなものとは認められないとし、抗告を棄却した。

④大阪地裁平成15年9月26日判決（評価委員会資料10頁）

子犬の売買において、感染症に罹患した子犬を引渡され、後に同犬が死

亡したことから、買主が売主に対して、売主の瑕疵担保責任に基づき売買代金、葬儀費用等の賠償を請求した事案。判決は、生命保険制度に加入しなかった場合、販売会社は免責されるとの契約条項は、売主の瑕疵担保責任を排除するものではないとして、売主の瑕疵担保責任を全面的に認めた。

### (3) 報告者の一応の意見

判例を見ると、敷引条項や敷金の不返還特約条項あるいは自動車保険の免責条項等その特約の内容の合理性・正当性、必要な情報が消費者に与えられていたかといった契約締結過程などを検討し、内容が合理的なものではない場合で（契約過程に問題がある場合にはこれを指摘して）民法等の任意規定が適用される場合に比し、消費者の権利を制限し、または消費者の義務を加重する条項である場合には、信義則に反し消費者の利益を一方的に害する場合であるとして無効としているように思われる。この場合、信義則に反しているかどうかは、消費者の利益を一方的に害していることの枕詞のように使われており、消費者の利益を一方的に害していれば、信義則に反するものとされているように思われる。

## ②

### 1 テーマ

消費者契約法9条1号の平均的損害の主張・立証責任。

### 2 提案趣旨

消費者契約法9条1号の「平均的損害」の主張、立証責任については、考え方の対立があるところである。また、この点をめぐっては最高裁判例を含め学納金をめぐっての多くの判例がある。消費者契約法の立法趣旨・目的も反映されるところであるので、消費者契約法の要件事実を考えるうえで面白いのではないかと思う。



### 3 報告骨子

#### (1) はじめに

消費者契約9条1項1号は、消費者契約の解除に伴う損害賠償額の予定条項や違約金条項の合算した金額が解除事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的損害額を超える場合にその超える部分は無効とされる旨規定する。そしてここでいう「平均的損害」は、「同種の事業者の平均的損害」ではなく、「当該事業者の平均的損害」といわれる。するとこの平均的損害については当該事業者がよく知りうるところであり、またその証拠も所持しており、消費者にはない。この平均的損害は、平均的損害を超える部分が無効となることから消費者に有利な事実として消費者に主張立証責任があるのか、事業者に主張・立証責任があるのか考えが大きく分かれる。最高裁平成18年11月27日判決は学納金訴訟については、この平均的損害の主張・立証責任は消費者にあるとした。しかし下級審の判例は分かれている。

#### (2) 判例、学説の状況

##### ア、学説の状況

この点についての学説の状況を見ると、次の2つの立場があると思われる。

(ア) 当該事業者の平均的損害およびその超える部分の立証責任は、消費者にあるとしつつも、これらの事実は、当該事業者の内部事情に属する事実であるので、消費者の立証については事実上の推定の活用等により、その軽減を図るとするもの。

①落合誠一「消費者契約法」140頁は、「本号の『当該超える部分』の立証責任は、消費者にあるから、その前提としての「当該事業者」の平均的損害の立証責任も消費者にある。しかしそれは、一般に『当該事業者』の内部事情に属する事実を考慮すれば消費者の立証については、文書提出命令あるいは事実上の推定の活用等による運用上の軽減が裁判において積極的になされることが期待される。」としている。

②また、潮見佳男「消費者契約法・金融商品販売法と金融取引」76頁以下も、消費者が事業者に生じる「平均的な損害の額」は最大でも××円程度であると主張すれば、事実上の推定が働き、事業者の側で具体的な根拠を挙げて実際に生じる「平均的損害の額」が問題の条項で定められる額以上であることを証明しない限り、本号の適用があるとすべきである。また、消費者が事業者に生じる現実の損害額を立証できた場合には、それ以上の利得を事業者に認める必要はないとしている。

③日弁連他編「コンメンタール消費者契約法」154頁は、「平均的損害とは、同一事業者が締結する多数の同種契約事案について典型的に考察した場合に算定される平均的な損害の額との見解もある。しかしながら、このような当該事業者の同種契約事案についての平均的損害を一般消費者において主張・立証させるのは、不可能を強いることである。事業者自身の平均的損害は、事業者は主張・立証が可能といえるが、相手方事業者の他の契約事例や解除事例等営業秘密に属する事項を消費者が知ることは通常あり得ないことである。したがって、9条の実効性を確保するためには、消費者が主張・立証すべき『平均的な損害』としては、一般消費者において得られる情報の範囲内で予測可能な損害と解すべきである。消費者側の立証としては、当該事業者ではなく同種の一般的な事業者を基準とした平均的損害、すなわち通常生じる損害の主張・立証をもって足りるものとし、それを超える損害が事業者に平均的に生じることについては、当該事業者側で証明されない限り、本条の適用があるというべきである。ただし、この原則も、同種の一般事業者を基準とした平均的損害について消費者が立証できること（たとえば、いわゆるキャンセル料について業界の一般的な相場が確立している場合）が前提とされていると解すべきで、その前提が欠け、一般事業者を基準とした平均的損害額についてすら消費者の側にとって立証困難な場合は、当該事業者側で『当該事業者に生ずべき平均的な損害の額』を主張・立証しない限り、本条の適用があると解すべきである。」としているのも、全体として評価すれば（「平均的損害」を当該事業者に生ずべ

き平均的損害と解することに異を唱えてはいるものの)、「平均的損害」について、一般消費者において得られる情報の範囲内で予測可能な損害を立証したのなら、事実上の推定が働き、事業者の側で「当該事業者に生ずべき平均的損害の額」を主張立証しなければならないものとするものであり、考え方としては、この見解に含みうると思われる。

④山本豊「消費者契約法9条1号にいう『平均的損害』」(判例タイムズ1114号73頁)も、「平均的損害額の証明責任を事業者が負うとした②判決(注一後述のイ②判決)の判断は、妥当性判断としては十分理解できるものである。9条1号が『当該事業者に生ずべき』平均的な損害を問題としているため、そう解さないと、事業者の内部事情に属する事実を証明するという困難を消費者に強いることになりかねないからである。しかし、解釈論としては、正面から事業者に証明責任ありとするのではなく、右の不都合には、事実上の推定を活用するなどして対処するのが穏当であろう。たとえば消費者が、業界標準約款または多くの同種事業者の約款が相手方事業者の契約条項よりも低額の違約金を定めていることを証明すれば、その額が当該事業者の平均的損害額であると推定され、事業者の方でその推定を覆す事実を証明しなければならなくなるとすることが考えられる。」としている。

(イ) 消費者契約法が消費者を保護することを目的とする法律であること、当該事業者の平均的損害は消費者においては立証不可能なこと、損害が生じていないという消極的事実の立証はその性質上立証が困難であることから、当該事業者の平均的損害額およびその超える部分の立証責任は、消費者にではなく、事業にあるとするもの。

後述の判例で、平均的損害につきその立証責任を事業者に負わせる判例は、この立場にたつものと思われる。

なお、この点についての判例の分析をした朝倉佳秀「民事実務研究消費者契約法9条1号の規定する『平均的損害』の主張・立証責任に関する一考察 — 問題点の検討と裁判例の紹介 —」(判例タイムズ1149号27頁)は、

「要件事実からの検討（法律要件分類説に従った場合）」と「実質的比較衡量からの検討」との両者からの検討を行ったうえ、「実質的比較衡量からの検討」の項では、「消費者契約法9条1号の規定する『平均的損害』とは、同一事業者が締結する多数の同種契約事案について典型的に考察した場合に算定される平均的な損害の額を意味し、当該消費者契約の当事者たる個々の事業者に生じる損害の額について、契約の種類ごとに合理的な算出根拠に基づき算定された平均値であり、当該業種における業界の水準を指すものではないと解されているところである。消費者一般が入手できる情報・資料は、当該業種における業界の水準に関するものとどまることが容易に推測されるところであるが、その定義からも明らかなように、『当該消費者契約の当事者たる個々の事業者に生じる損害の額について、契約の種類ごとに合理的な算出根拠に基づき算定される平均値』に関する証拠は、通常、当該事業者のみが有しており、一般の消費者がこれを所持していることは極めて少なく、調査することも困難なことが多いものと考えられる。したがって、消費者において、かかる『平均的な損害』を立証することは、通常、相当程度困難なものと考えられ、当該事業者が資料の提出を拒んでいる場合には、事実上不可能なことも少なくないものと考えられる。証拠との距離及び立証の難易に照らして公平という観点から考えた場合には、事業者に立証責任を負わせることが望ましく、単に消費者に立証責任を負わせただけでは、『この法律は、消費者と事業者との間の情報の質並びに交渉力の格差にかんがみ、(中略)消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とすることにより、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。』とした消費者契約法の立法趣旨を損なうことになりかねない。」としている。

#### イ、判例

この点についての判例をみても。前掲の最高裁判例は、この点の立証責任を消費者にあるとしているが、ここでは下級審の判例をみることにす

る。この点に関する判決は公刊物未搭載の裁判例が多く、朝倉・前掲論文には「平均的損害」に関する未搭載判例も紹介されているので、これらの判例を含めて、要旨のみ挙げる。

①東京地判平成14年3月25日判例タイムズ1117号289頁 — 飲食店におけるパーティを予約した消費者が予約を解約したが、飲食店から予約に当たり合意した解約の場合の営業保証料の支払いを求められた事案につき、「平均的な損害」算定に民法248条を適用して、料金の3割を認めた事例（立証責任については判断されていない。）。

②大阪地判平成14年7月19日金融判例1162号32頁 — 自動車販売店において新古車を注文した消費者が翌日契約を撤回したが、同販売店から注文に当たり合意した車両価格の15%の損害賠償金の支払いを求められた事案につき、「平均的な損害」の立証責任は事業者側にあるとして、平均的な損害はないとして請求を棄却した事例。

③さいたま地判平成15年3月26日金融判例1179号58頁 — L Pガス販売店とL Pガス販売供給契約を締結した消費者が、契約の解除をしたことにより、同販売店から、契約に当たり合意した、ボンベ交換後1年未満でL Pガス販売業者を変更した場合の違約金の支払いを求められた事案につき、「平均的な損害」の立証責任は事業者にあるとして、平均的な損害はないとして請求棄却をした事例。

この他の「平均的な損害」に関する判例は、いずれも学納金訴訟についての判決である。裁判所、掲載誌、証明責任の所在、結果のみ掲げることにする。

④京都地判平成15年7月16日判例時報1825号46頁（事業者の立証責任、請求認容したが平均的損害は認めていない）、⑤大阪地判平成15年10月6日判例タイムズ1148頁289頁、判例時報1838頁104頁（消費者の立証責任、請求を一部認容したが、平均的な損害はないとしている）、⑥大阪地判平成15年10月16日公刊物未搭載（消費者の立証責任、請求を一部認容したが、平均的損害はないとしている）、⑦東京地判平成15年10月23日公刊物未搭

載（事業者の立証責任、請求を一部認容したが、平均的損害はないとしている）、⑧大阪地判平成15年11月7日公刊物未搭載（消費者に立証責任、請求を一部認容したが平均的な損害はないとしている）、⑨大阪地判平成15年11月7日公刊物未搭載（消費者の立証責任、請求を一部認容したが平均的損害はないとした）、⑩京都裁判平成15年11月27日公刊物未搭載（事業者に立証責任、請求を一部認容したが、平均的な損害はないとしている）、⑪京都地判平成15年12月24日公刊物未搭載（消費者に立証責任、請求を一部認容したが、平均的な損害はないとしている）、⑫大阪地判平成15年12月26日公刊物未搭載（消費者に立証責任、請求を一部認容したが、平均的な損害はないとしている）、⑬大阪地判平成15年12月1日公刊物未搭載（消費者に立証責任、請求を一部認容したが、3月中の解除の場合には平均的損害はないとし、それ以降の解除については平均的な損害を認めた）、⑭大阪地判平成15年12月11日公刊物未搭載（消費者に立証責任、請求を一部認容したが、平均的損はないとしている）、⑮大阪地判平成15年12月22日（消費者に立証責任、請求を一部認容したが、3月中の解除の場合には平均的損害はないとし、それ以降の解除については平均的な損害を認めた）、⑯大阪地判平成16年1月28日公刊物未搭載（立証責任は不明、請求棄却、平均的損害を認めた）、⑰大阪地判平成16年2月13日公刊物未搭載（消費者に立証責任、請求を一部認容したが、平均的損害はないとした）。

## （2）それぞれの考え方の問題点

立証責任が消費者にあるという意見は、平均的損害の証拠が事業者側にあることをどう考えるのか問題であるし、事業者側にあるとするのは法律の条文の表現と乖離する。

## （3）報告者の一応の意見

（ア）判例をみると、「平均的な損害」の立証責任が事業者にあるとする判例は、その理由として、消費者契約法が消費者保護を目的としていること、消費者にとって事業者にどのような平均的損害が生じているかは把握できないこと、損害が生じていないという消極的事実の立証は困難であること

などを挙げる。これに対して、消費者に立証責任があるとする判例は、法律要件分類説の立場から、条文の構造として、平均的損害を超える事実は権利障害事実として消費者にあるとし、消費者の立証の困難さは、事実上の推定を活用することで、立証負担の軽減を図れるとするものが多いようである。

(イ) 前掲朝倉論文は、「要件事実からの検討（法律要件分類説に従った場合）」において、法律要件分類説を検討した結果、損害賠償額の予定ないし違約金の額が平均的な損害を超える場合にはその部分を無効とするという9条1号は、損害賠償の予定ないし違約金の合意に基づく権利発生障害要件を定めたものとして権利障害規定にあたり、そうだとすれば消費者が立証責任を負担するとしたうえ、新要証事実分類説については、この問題は、それ自体が非常に大きいものであり実務上広く定着している法律要件分類説に立った場合についてのみ検討し、それ以上深くは立ち入らないこととすると断っている（前掲30頁、40頁）。

しかし、法律要件分類説でも、「一般に法律要件分類説が現在の通説的見解であるといわれているが、初期のいわば古典的な法律要件分類説のように、法文の文言及び形式を重視して、概念法学的な手法で立証責任の分配を図ろうとする考え方は、今日の通説的見解の取るところではない。」（法曹会・増補民事訴訟における要件事実第1巻11頁）のであり、要件事実の分配も「ある法律効果の発生要件が何か、法文にある一定の要件を権利（又は法律関係）の発生要件又は障害要件のいずれと理解すべきかというような要件の確定の問題は、いずれも実体法規の解釈によって決められるべき事柄です。そしてこの解釈は、立証責任の分配という視点に立ったものでなければなりません。この意味での実体法規の解釈に当たっては、各実体法規の文言、形式を基礎として考えると同時に、立証責任の負担の面での公平・妥当性の確保を常に考慮すべきです。具体的には、法の目的、類似又は関連する法規との体系的整合性、当該要件の一般性・特別性又は原則性・例外性及びその要件によって要証事実となるべきものの事実的態様と

その立証の難易などが総合的に考慮されなければならないであろう。」(同10頁)とされる。そうであるならば、「平均的損害」の立証責任についても、今日的な法律要件分類説に立っても、法文の形式だけでなく、立法目的や当事者の立証負担の公平・妥当性の確保を考慮して決せられるべきである。そこで検討するに、消費者契約法は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ一定の場合に消費者に取消権を与え、また不当条項を無効として消費者の利益の擁護を図ることを目的とする法律である「当該事業者の平均的な損害額」は、事業者内の事情であり、消費者には立証が不可能であるが、事業者にとっては容易に立証できる。消費者による損害が生じていないとの消極的事実の立証はその性質上困難である。これら同法の目的・証拠からの距離および消費者による立証事項の困難性からすれば、平均的な損害の立証責任は事業者にあると解することは十分可能ではないか。そしてこの場合の主張・立証責任の配分だが、この場合、損害賠償の予定ないし違約金の合意が損害賠償ないし違約金の合意の成立として権利発生事実として請求原因事実となり、消費者契約であること(事業者と消費者の契約であること)が権利発生障害事実として抗弁になり、平均的な損害が消費者契約法による権利発生事実として再抗弁になると構成することができると思われる(通常は、請求原因事実で先行的に消費者契約であることが主張されるので、平均的損害も請求原因における権利発生事実として主張されることになるであろう)。すなわち、損害賠償額の予定や違約金の合意は成立しても、消費者契約法の規制を受ける消費者契約であることが、この合意の効力発生障害事由となり、事業者の側で新たに権利発生事実として「平均的損害」を立証しなければならないとするのである。このように主張立証責任を分配することは、「平均的損害を超える」部分を無効と規定する同法9条1号を、事業者が平均的損害を主張立証したときは、その部分は有効と解するのである。そしてこのような解釈は、条文の構造にも合致し、法律要件分類説の立場でも十分可能であると思われる。なお、事業者の当該事案における実損額が「平均的損害」



を下回るときは、実損額の限度の損害賠償が認められるにすぎない。

## IV 村 千鶴子弁護士

①

### 1 テーマ

特定商取引法の訪問販売、特に特定顧客取引の要件を根拠づける具体的事実をどのように考えるべきか。

### 2 提案趣旨

特定商取引法の訪問販売については、「店舗外取引」と「特定顧客取引」との二つのものがある。特定顧客取引については、取引の場所が店舗であっても、顧客の誘引方法に関する要件を満たせば訪問販売として規制されることになる。特定商取引法はいわゆる「業法」であり、特定顧客取引の誘引方法については、政令で定めているが、さらに行政処分の基準を明確にするために通達において解釈基準を示している。民事訴訟における「適用対象取引」の要件に該当する具体的事実について、法律の趣旨・目的と業法としての解釈基準がどのような意味を持つのかを踏まえて検討したい。

### 3 報告骨子

#### (1) このテーマを取り上げる理由

契約に関する消費者被害は、国民生活センターのデータによれば消費生活相談のうちの契約関係の相談の約6割程度を占める実状にある。弁護士等の法律相談においても、特定商取引に関連する消費者契約被害は日常的なものとなっており、裁判例も増加しつつある。そして、特定商取引法で規制する特殊販売のなかでも、「訪問販売」に関する被害が突出して多いという実情にある。

そこで、消費者契約トラブルの中で最も日常的であるといえる「訪問販

売」をテーマに取り上げることにした。

## (2) 特定商取引法における「訪問販売」の定義

特定商取引法では、「訪問販売」について次のように定める。「この章において「訪問販売」とは、次に掲げるものをいう。一 販売業者又は役務の提供の事業を営む者（以下「役務提供事業者」という。）が営業所、代理店その他の経済産業省令で定める場所（以下「営業所等」という。）以外の場所において、売買契約の申込みを受け、若しくは売買契約を締結して行う指定商品若しくは指定権利の販売又は役務を有償で提供する契約（以下「役務提供契約」という。）の申込みを受け、若しくは役務提供契約を締結して行う指定役務の提供、二 販売業者又は役務提供事業者が、営業所等において、営業所等以外の場所において呼び止めて営業所等と同行させた者その他政令で定める方法により誘引した者（以下「特定顧客」という。）から売買契約の申込みを受け、若しくは特定顧客と売買契約を締結して行う指定商品若しくは指定権利の販売又は特定顧客から役務提供契約の申込みを受け、若しくは特定顧客と役務提供契約を締結して行う指定役務の提供」（法2条）。

したがって、訪問販売に該当するために必要な要件としては、第一に「販売業者または役務提供事業者」が行うものであること、第二に取引形態、第三に契約の目的物についての三種類とされている。

第一の要件である「販売業者または役務提供事業者」が行うものであることは、販売または役務の提供を業として営む者の意味であり、「業として営む」とは、営利の意思をもって、反復継続して取引を行うことをいうものであり、営利の意思の有無については、主観的に判断するのではなく、その者の意思にかかわらず客観的に判断すべきものであるとされる（解釈通達による）。

第三の、契約の目的物に関する要件としては、政令で指定された商品・権利・役務にかかる取引であることが必要とされている。

第二の取引方法に関する要件としては、取引の場所を問題とする「営業

所、代理店その他の経済産業省令で定める場所（以下「営業所等」という。）以外の場所において」行う申込の受付もしくは契約の締結」と、取引の場所は問題としない（したがって、営業所等における取引であったとしても訪問販売に該当することとなる）「特定顧客取引」が対象とされる。

前者は、自宅訪問販売などを典型例とする販売方法である。問題となるのは、「特定顧客取引」である。

### (3) 特定顧客取引について

特定顧客取引には、

- ① 販売業者又は役務提供事業者が、営業所等において、営業所等以外の場所において呼び止めて営業所等に同行させた者（いわゆるキャッチセールス）（法2条1項2号）
- ② 電話、郵便、民間事業者による信書の送達に関する法律第二条第六項に規定する一般信書便事業者若しくは同条第九項に規定する特定信書便事業者による同条第二項に規定する信書便（「信書便」、電報、ファクシミリ装置を用いて送信する方法若しくは法第十一条第二項に規定する電磁的方法（「電磁的方法」）により、若しくはビラ若しくはパンフレットを配布し若しくは拡声器で住居の外から呼び掛けることにより、又は住居を訪問して、当該売買契約又は役務提供契約の締結について勧誘をするためのものであることを告げずに営業所その他特定の場所への来訪を要請すること。（政令1条1号）
- ③ 電話、郵便、信書便、電報、ファクシミリ装置を用いて送信する方法若しくは電磁的方法により、又は住居を訪問して、他の者に比して著しく有利な条件で当該売買契約又は役務提供契約を締結することができる旨を告げ、営業所その他特定の場所への来訪を要請すること（当該要請の日前に当該販売又は役務の提供の事業に関して取引のあつた者に対して要請する場合を除く。）。（政令1条2号）

である。

ここでは、②の「販売目的隠匿型」の特定顧客取引についてを取り上げることにする。

#### (4) 裁判例 東京高判平成19.5.22判例集未登載

特定顧客取引に関する裁判例としては、東京高判平成19.5.22判例集未登載がある。

同判決の事例は、宝石販売業者の控訴人が、20歳前後の社会的経験の乏しい消費者ら被控訴人を電話で呼び出し、宝石の購入について勧誘をして契約を締結させた事案である。当事者の消費者は三名であるが、契約締結に至る事実経過が若干異なる。裁判所の認定した事実関係は、以下のとおりである。

消費者1は、突然の電話で職業等の質問を受け、控訴人の営業所に来るよう要請されて営業所に向かった。営業所では、宝石に関するアンケートをさせられ、後は約6時間に渡り雑談をしたが、当時消費者1が無職であることが判明したため、控訴人の従業員は、就職したら連絡するようにと述べて帰宅させた。その後、控訴人側から消費者1に電話をかけて就職できたか確認したところ、就職できたとの回答が得られたので、再度、営業所にくるよう要請した。そこで、消費者1は、再び営業所に訪問したところ、宝石の購入について勧誘をされた結果契約を締結するに至った。(販売方法は、「あなたの波動にあわせた宝石を身に着ければしあわせになる、病気がなおる、等と言った勧誘をおこなっていたとの事実認定がされている」。

消費者2は、友人に誘われて営業所に向かい契約させられている。

消費者3は、電話で販売目的をつげられないで営業所に呼び出されて宝石の契約をさせられている。

判決では、消費者2については、訪問販売に該当しないと判断、消費者1及び3については、訪問販売に該当すると判断した。消費者1については次のように指摘している。「…は被控訴人の自宅に電話をかけ、貴金属の売買契約の締結について勧誘をするためのものであることを告げずに控訴会社の営業所への来訪を要請し、本件売買契約の締結に至ったのであるか

ら、本件売買契約は、特定商取引法にいう「訪問販売」に該当するというべきである」

(5) まとめ

上記のように、事業者による、消費者が契約締結前に一度本件営業所に出向いており、宝石の販売をする場所であることを認識していたものであるから、電話で呼び出した際に宝石の売買契約の締結について勧誘をするものであることを明示しなかったとしても不意打ち性はなく訪問販売には該当しないとする趣旨の主張に対して、第一回目の来訪の際にも契約の勧誘行為をおこなっておらず、消費者にとっては契約の勧誘を予測することは期待できなかったことに着目をして、訪問販売に該当すると判断したものと考えられる。

特定顧客取引が消費者にとって不意打ち的な取引について規制対象とする趣旨であることを考慮した上での判断であると妥当と考えられる。

問題となるのは、近年社会問題となっている次々販売などのケースである。いったん契約をさせた消費者に対して、「見るだけでよいから来てほしい」と要請して呼び出して契約の締結をさせるケースが多発している。この場合には、いったん営業所等に呼び出されるなどして契約をさせられているケースであり、本件判決の射程距離との関係が問題となると思われる。ケースに応じて、消費者にとっての「不意打ち性の有無」を問題とすることが必要ではないかと思われる。

②

1 テーマ

特定商取引法上の訪問販売に関して法律上交付義務があるとされる法定書面の内容として具備すべき記載事項とクーリング・オフ期間の要件事実とはどう関係するか。

## 2 提案趣旨

特定商取引法においては、クーリング・オフ期間について「法律4条または5条の書面の交付の日から8日を超えない間」とする趣旨の定めを設けている。

これは、消費者に契約内容を書面で明示したうえで熟慮期間を確保するためであるとされる。

契約を締結し契約書面交付後（訪問販売では申し込み後の申込書の交付後の場合も含む）にクーリング・オフが行われた場合にも、法定記載事項が不備な場合には、法律の定めを厳格に解釈すればクーリング・オフ期間内であり、クーリング・オフは有効であると解釈すべきことになる。消費者法における法定書面の交付義務の考え方については、貸金業法43条の適用をめぐる判決がある。制度趣旨を踏まえてどのように考えるべきか。

## 3 報告骨子

### (1) このテーマを取り上げる理由

訪問販売等の特殊販売をめぐる消費者契約被害において、消費者が求める解決の方向は、契約からの離脱である。特定商取引法では、訪問販売等については、クーリング・オフ制度を定めている。クーリング・オフ制度は、消費者に対して不意打ち的な取引であることに着目して、取引に関する重要な情報については、申し込み書面もしくは契約書面の交付という書面交付による手段による情報の開示を事業者に義務付け、情報の開示から一定期間は消費者に対して熟慮期間を確保する趣旨で定められたものとされる。そこで、クーリング・オフは書面交付の日から一定期間に限って（訪問販売の場合には8日間である）、消費者からの一方的な申込の撤回、若しくは契約の解除権を付与しているものであり、その理由は必要とされていない。また、クーリング・オフによる効果についても、同法によって清算方法が厳格にさだめられている（9条3項以下）ことから、最も効果的な

救済手段であるといえる。

クーリング・オフを行使するためには、訪問販売等の特定商取引法に定める取引であることがまず必要であり、ついで、クーリング・オフ期間が経過していないことが必要である。したがって、クーリング・オフ期間が経過していないかどうかという点はクーリング・オフの効果を主張する場合には重要な論点となる。

こうした観点から、クーリング・オフをテーマに取り上げることとしたものである。

## (2) 特定商取引法によるクーリング・オフ期間の定め

特定商取引法9条では、クーリング・オフ制度について、「販売業者若しくは役務提供事業者が営業所等以外の場所において指定商品（その販売条件についての交渉が販売業者と購入者との間で相当の期間にわたり行われることが通常の取引の態様である商品として政令で定める指定商品を除く。以下この項において同じ。）若しくは指定権利若しくは指定役務につき売買契約若しくは役務提供契約の申込みを受けた場合若しくは販売業者若しくは役務提供事業者が営業所等において特定顧客から指定商品若しくは指定権利若しくは指定役務につき売買契約若しくは役務提供契約の申込みを受けた場合におけるその申込みをした者又は販売業者若しくは役務提供事業者が営業所等以外の場所において指定商品若しくは指定権利若しくは指定役務につき売買契約若しくは役務提供契約を締結した場合（営業所等において申込みを受け、営業所等以外の場所において売買契約又は役務提供契約を締結した場合を除く。）若しくは販売業者若しくは役務提供事業者が営業所等において特定顧客と指定商品若しくは指定権利若しくは指定役務につき売買契約若しくは役務提供契約を締結した場合におけるその購入者若しくは役務の提供を受ける者（以下この条及び次条において「申込者等」という。）は、次に掲げる場合を除き、書面によりその売買契約若しくは役務提供契約の申込みの撤回又はその売買契約若しくは役務提供契約の解除（以下この条において「申込みの撤回等」という。）を行うことができる。

一 申込者等が第五条の書面を受領した日（その日前に第四条の書面を受領した場合にあつては、その書面を受領した日）から起算して八日を経過したとき。ただし、申込者等が、販売業者若しくは役務提供事業者が第六条第一項の規定に違反して申込みの撤回等に関する事項につき不実のことを告げる行為をしたことにより当該告げられた内容が事実であるとの誤認をし、又は販売業者若しくは役務提供事業者が同条第三項の規定に違反して威迫したことにより困惑し、これらによつて当該期間を経過するまでに申込みの撤回等を行わなかつた場合には、当該申込者等が、当該販売業者又は当該役務提供事業者が経済産業省令で定めるところにより当該売買契約又は当該役務提供契約の申込みの撤回等を行うことができる旨を記載して交付した書面を受領した日から起算して八日を経過したとき。

二 申込者等が第四条又は第五条の書面を受領した場合において、指定商品でその使用若しくは一部の消費により価額が著しく減少するおそれがある商品として政令で定めるものを使用し又はその全部若しくは一部を消費したとき（当該販売業者が当該申込者等に当該商品を使用させ、又はその全部若しくは一部を消費させた場合を除く。）。

三 第五条第二項に規定する場合において、当該売買契約に係る指定商品若しくは指定権利の代金又は当該役務提供契約に係る指定役務の対価の総額が政令で定める金額に満たないとき。

2 申込みの撤回等は、当該申込みの撤回等に係る書面を発した時に、その効力を生ずる。」と定める。

したがって、消費者がクーリング・オフの主張をする場合には、当該取引が「訪問販売」に該当すること、クーリング・オフの通知を発信したことを主張・立証する必要がある。

これに対して、事業者側では、クーリング・オフ期間が経過していることを抗弁として提出することになる。この場合には、「申込者等が第五条の書面を受領した日（その日前に第四条の書面を受領した場合にあつては、その書面を受領した日）から起算して八日を経過したとき。」に該当するこ



などを主張・立証する必要がある。ここでは、交付された申込書面または契約書面が4条書面、または5条書面であるとする趣旨をテーマに取り上げる。

### (3) 書面記載事項に関する定め

5条では、事業者は、契約を締結したときは、遅滞なく以下の事項を記載した書面を消費者に渡さなければならないものと定めている。(4条の場合には、申込書面の交付義務を定めるが、法律で定められた記載事項は「契約の締結の年月日」ではなく「申込みの年月日」である点が異なる程度で、それ以外の記載事項は同じであるので、基本的な論点は異ならないといえる。)

- ①販売価格（役務の対価）
- ②代金（対価）の支払時期、方法
- ③商品の引渡時期（権利の移転時期、役務の提供時期）
- ④契約の申込みの撤回（契約の解除）に関する事項
- ⑤事業者の氏名（名称）、住所、電話番号、法人にあっては代表者の氏名
- ⑥契約の締結を担当した者の氏名
- ⑦契約の締結の年月日
- ⑧商品名、商品の商標または製造業者名
- ⑨商品の型式または種類（権利、役務の種類）
- ⑩商品の数量
- ⑪商品に隠れた瑕疵がある場合の販売業者の責任についての定めがあるときは、その内容
- ⑫契約の解除に関する定めがあるときは、その内容
- ⑬そのほか特約があるときは、その内容

そして、さらに、消費者に対する注意事項として、書面をよく読むべき旨を、赤枠の中に赤字で記載しなければならないこと、クーリング・オフの事項についても赤枠の中に赤字で記載しなければならないこと。書面の字の大きさは8ポイント（官報の字の大きさ）以上であることが必要であ

ること。などを定める。

#### (4) 紛争の実情

訪問販売被害では、全く書面の交付がないもの、記載内容に不備があるものが少なくない。全く書面の交付がない場合には、クーリング・オフの起算日が到来しないことは明らかである。交付書面にクーリング・オフの記載がない場合も同様である。

訪問販売をめぐる多くのケースでは、「⑧商品名、商品の商標または製造業者名、⑨商品の型式または種類（権利、役務の種類）、⑩商品の数量」が明記されていないことが少なくないため、問題となる。

典型例としては、商品番号らしく表示のみであるケース、呉服一式などの表示で具体性の欠けるケースなどである。

法律の定めと照らせば、法定記載事項が欠落しているものであり、クーリング・オフの起算日が到来していないと解釈できる。また、クーリング・オフ制度の趣旨からすれば、交付書面の記載だけでは契約の目的物等の具体的な内容が明確ではない場合には、情報の開示として不十分であり、情報開示から一定の熟慮期間を確保しようとする趣旨からしても、厳格に解釈すべきであるように思われる。

#### (5) 裁判例

訪問販売において、書面が交付されていない場合、交付書面の記載内容に不備がある場合の裁判例としては簡易裁判所判決に多くのものがある。

東京高判平成 19. 5. 22 判例集未登載は、宝石の訪問販売について、「JRS5034 (Pt) S = 11号」といった記載しかされていなかった事例について、「そうすると、上記契約書の記載のみでは、被控訴人においていかなる商品を購入したのか理解し、本件商品…にかかる本件売買契約を解除するか否か等を検討することが困難であるから、控訴会社は、被控訴人に対し、特定商取引法 5 条 1 項、同法施行規則 3 条 4 号が求める書面を交付したものとはいえず、クーリング・オフの期間は、被控訴人が控訴会社から上記書面の交付を受けた後も進行しないから、被控訴人が控訴会社に対し、平

成16618にしたクーリング・オフの権利行使により、本件売買契約は失効したというべきである」と判断した。

(6) まとめ

クーリング・オフ期間の起算日が法定の契約書面等の交付日から起算されるものと定められ、書面への記載事項が法定されている趣旨は、「被控訴人においていかなる商品を購入したのか理解し、本件商品…にかかる本件売買契約を解除するか否か等を検討すること」ができるものであることを必要とするものであるとする、立法趣旨により解釈すべきであるとする上記裁判例の考え方は、妥当なものと考えられよう。

— 以 上 —