

消費者法要件事実研究会

【日時】 平成19年12月1日（土） 13：00～17：30

【場所】 創価大学本部棟10階第4会議室

【主催】 法科大学院要件事実教育研究所

【次第】

- 1 開会の挨拶 桐ヶ谷 章 創価大学法科大学院研究科長
- 2 パネリスト報告
 - 後藤 卷則 早稲田大学法科大学院教授
 - 執行 秀幸 中央大学法科大学院教授
 - 田島 純藏 弁護士（金沢大学法科大学院教授）
 - 村 千鶴子 弁護士（東京経済大学現代法学部教授）
- 3 休憩
- 4 ディスカッション
- 5 閉会

司会 伊藤 滋夫 法科大学院要件事実教育研究所長

消費者法要件事実研究会参加者名簿

2007年12月1日 創価大学本部棟10階第4会議室

| | | |
|------------------|--------|---------------------|
| パネリスト | 後藤 卷 則 | 早稲田大学法科大学院教授 |
| | 執行 秀 幸 | 中央大学法科大学院教授 |
| | 田島 純 藏 | 弁護士（金沢大学法科大学院教授） |
| | 村 千鶴子 | 弁護士（東京経済大学現代法学部教授） |
| 参加者 (パネリスト以外) | 春日 偉知郎 | 慶應義塾大学法科大学院教授 |
| | 鹿野 菜穂子 | 慶應義塾大学法科大学院教授 |
| | 河上 正 二 | 東北大学大学院法学研究科教授 |
| | 齋藤 雅 弘 | 弁護士（東京弁護士会） |
| | 桜井 健 夫 | 弁護士（第二東京弁護士会） |
| | 滝沢 昌 彦 | 一橋大学法科大学院教授 |
| | 山崎 敏 彦 | 青山学院大学法科大学院教授 |
| | 横山 哲 夫 | 弁護士（東京弁護士会） |
| | 嘉多山 宗 | 創価大学法科大学院准教授 |
| | 須藤 悦 安 | 創価大学法学部准教授（法科大学院兼任） |
| | 田村 伸 子 | 創価大学法科大学院講師 |
| 司会進行 | 伊藤 滋 夫 | 法科大学院要件事実教育研究所長 |

開会の挨拶

桐ヶ谷章（創価）；皆様、本日は創価大学まで遠いところお越しいただきまして、大変にありがとうございます。創価大学学法科大学院研究科長の桐ヶ谷と申します。宜しく願い申し上げます。

本日は、「法科大学院要件事実教育研究所」の主催で、「消費者法要件事実研究会」を開催いたします。パネリストの先生、フロアー参加の先生、皆様にご快諾いただいて、このようにお集まりいただきまして、心から感謝申し上げる次第でございます。

パネリストとして、早稲田大学法科大学院の後藤巻則先生、中央大学法科大学院の執行秀幸先生、弁護士で金沢大学法科大学院の田島純藏先生、同じく弁護士で東京経済大学現代法学部の村千鶴子先生、お引受けいただきまして本当にありがとうございました。また、フロアー参加ということで、慶應義塾大学の春日偉知郎先生、また、鹿野菜穂子先生、東北大学大学院法学研究科の河上正二先生、弁護士の齋藤雅弘先生、同じく弁護士の桜井健夫先生、一橋大学法科大学院の滝沢昌彦先生、それから青山学院大学法科大学院の山崎敏彦先生、弁護士の横山哲夫先生にお越しいただいております。いずれの方もパネリストとしてやっていただくに相応しい先生ばかりでございますけれども、本日はフロアー参加者ということでお越しいただきまして本当にありがとうございました。さらに、傍聴という形で多数の方のご参加をいただきまして、併せ御礼申し上げます。

大変有意義な、かつ熱のこもった議論が展開されるのではないかと思っております。実は先ほど控え室で伊藤教授及びパネリストの先生方と食事をしておりましたら、もう前哨戦が始まっておるような感じでございまして、その続きがここで華々しく有益に展開されるのではないかと、心から期待している次第でございます。

幸い天気も、昨日まではちょっとどんよりしておりましたが、今日は晴れ渡ってまいりまして、この時期としては大変穏やかな日和になってまいりました。本学の特色の一つは、遠いということもございますけれども、

良く言えば自然に恵まれた環境にあるということです。後ろのドアを出ていただきますと、窓から甲斐の山々の後ろの方に富士山もひょっとすると今日は見えるかもしれません。夕刻時、4時頃になろうかと思いますが、大変美しい夕日に映えた富士の山が見えるかもしれません。そのときは、臨時休憩をとらせていただくことももしかしたら提案するかもしれませんが、一つ宜しく申し上げます。遠いところを来ていただいたせてものおもてなしとして、何もできませんけれども、この晩秋のキャンパスの風情を少しでも楽しんでいただければというように思う次第でございます。

さて、この研究所は、文科省の2004年の形成支援プログラムの一環として、わが法科大学院が申請した「法科大学院における要件事実教育の充実と発展」プロジェクトの一環として設立されたものでございます。

研究所では、その目的を達成していくために、広く内外における要件事実教育の実情の調査研究、複数の法科大学院との研究会、模擬授業・共同授業の実施、創価大学法科大学院における要件事実教育の実情の公表、また、全法科大学院の方々の参加を予定するシンポジウム、講演会の開催等々、様々な事業を計画し、実施してまいりました。

そして、ニュースレターや所報を発行し、ビデオやDVDを作成するなどし、適宜に成果を発表して、各法科大学院や関係各所に配布してまいりました。所報だけでも5巻6冊に及び、法科大学院における要件事実教育に大変資するところがあっただけでなく、資料としての価値も大変に大きいと、大学としては自負するとともに、研究科長としてはこういうことを推進して下さった伊藤先生はじめ、各教員の方々に心から感謝する次第でございます。

この3月でプロジェクトの期間を満了いたしまして、文科省からの補助はなくなりましたけれども、このような意義のある活動はぜひ継続すべきであるというように考えて、大学にお願いして、研究所を存続させるということにいたしました。文科省の支援があった時と比べると予算規模が若

干縮小はされましたけれど、これからも法科大学院要件事実教育のさらなる充実と発展ということに、いささかなりとも貢献できれば幸いですと考えている次第でございます。

本日はそのようないわば新生法科大学院要件事実教育研究所のはじめてのイベントであるといつてよいかと思えます。また、要件事実研究としてもいわば各論的な部分、発展的な部分に踏み込んだ研究会かと存じます。

その意味で、大変意義深い研究会であろうかと思えます。本日の研究会を一つの契機として、さらに要件事実についての研究と教育が一段と深まっていくことを念願し、一言御挨拶とさせていただきます。本当にありがとうございます。

伊藤滋夫（創価）； それでは、これから始めさせていただきます。先生方には、本当にお忙しいところ多数お集まりいただきましてありがとうございます。

パネリストの先生方、それから、パネリスト以外の参加者の先生方、それから、傍聴に来てくださいました先生方、本当にお忙しいところ、この遠い八王子までおいでいただきましてありがとうございます。

司会としては、おそらく休憩後のディスカッションが一番大変だろうと思います。私もこういう形での司会は初めてで不手際の点はご海容いただきたいと存じます。宜しく願いいたします。

なお、時間が不足してということで、もっとも言いたかったのにという方々が当然あると思います。そこでそれを所報に後で書いて頂けないかというようにお願いをしておきたいと思えます。

それから傍聴の先生方は発言できないわけですから特に消化不良になる。傍聴の先生方も含めてぜひお書きいただけないかと思えます。どうぞよろしく願いいたします。

それでは、これからパネリストの先生方のお話をお願いいたします。その後15分ほど休憩をして、場合によっては17時頃に、研究科長が富士山が

見えたということで動議を提出されるかもしれませんが、その後は進行予定表通りに、意見交換をしていきたいと思います。

では後藤先生からお願いします。ご報告の順序は五十音順です。席順もみんなそうです。

パネリスト報告

後藤巻則（早稲田）、執行秀幸（中央）、田島純藏（弁護士）、村千鶴子（弁護士）4名のパネリスト報告につきましては、事前に詳細なレジюме「各パネリストの報告テーマ・提案趣旨・報告骨子」をパネリスト相互、一般参加者、傍聴者に配付し、そのレジюмеに基づきその内容を要約してご報告いただいたので、省略させていただきます。後掲61頁以下のレジюмеをご参照ください。

《 休 憩 》

ディスカッション

伊藤（創価）；それではこれから始めさせていただきますが、どういう内容をどういう順序でやるかというのがなかなか難しいので、その後若干の打ち合わせをパネリストの先生方ともいたしました。それで、まず一番最初には後藤先生の問題提起が非常に広範に渡っていて、しかも非常に重要な問題をたくさん含んでいるということで、後藤先生の提示されたきわめて総論的な消費者法の基本姿勢、消費者契約法の基本姿勢、そのようなことに焦点を当てて、場合によっては、今問題になっている改正の問題、そういうことも含めてご発言をいただきたい。後藤先生の問題の中にも消費者法9条1号、10条というのもあるのですけれども、それはまた後の個別問題ということにしましょう。

その次に、なかなか面倒なことですけれども、一応要件事実ということ、法律要件分類説とか何とか出てくるわけですけれども、色々と先生方

ご意見あると思うのです。要件事実の総論というものはどういうものであろうか、文章構造だけで決まるんだらうか、多分そこで私が「時間がきました。次」というようなことになるのだらうとこう思うのですけれども(笑)、一応それが9条の問題にしても、「消費者」性の問題を議論するにしても、非常に大きな一種の前提のようになってしまうということがありますので、個別問題はあまり触れないという形ではあるのですが、それに密接に関連しながら、私の言葉で言えば、「主張立証責任対象事実の決定基準」は何か、俗にいう主張立証責任の分配とは何かと、そういうことを議論していただく。

その次はそれを受けて、執行先生の「消費者」性の立証責任の問題、それから「消費者」で事業性がある場合にそれを評価的要件として考慮するかという問題を三番目、四番目ということでご議論いただく。

その次に五番目、田島先生のテーマ②ということで、最初は省略するかもしれないというふうに、9条1号に若干つれなくしていたのですけれども、とてもつれなくしたのでは逆恨みにあう、いやいや、正当な恨みにあうような9条の1号の存在価値がありますので、後藤先生の報告でも非常にたくさんそれが取り上げられておりますし、田島先生も力説されている。この消費者法9条1号の「平均的損害」の主張立証責任の問題を五番目にやりましょう。

そして六番目に10条の問題を取り上げ、それから七番目に、村先生がいつも一番最後で大変申し訳ないのですけれども、一番最後が一番重要だということもございまして、特定商取引法の問題を議論し、最後にその他というような順序だと思います。

それでは、特にそういうことで、ご異存はございませんでしょうか。ではご異存がないとしまして、最初の消費者法、消費者契約法を含む、消費者法全体の流れとか、趣旨とか、あるいは改正の問題とかそういうようなことで何か、後藤先生に対する質問ということでも結構ですし、あるいは後藤先生のおっしゃったことに関連して、ご自身のご意見をおつ

しゃっていただくということでもよろしいのですが、どなたかご自由におっしゃってくださいませ。鹿野先生どうぞお願い致します。

鹿野菜穂子（慶應義塾）；後藤先生にご趣旨を確認したい点がありまして、いくつか質問をさせていただきます。まず第一点で、全体を通じてではありませんが、後藤先生は民法との連続性を強調されたように思いますし、とくにレジュメ3ページ（本誌62頁。※編集部注記）のところで、市民法原理の修正というよりも、むしろ市民法原理を実質的に実現するためにこそ消費者法展開されなければならないとおっしゃっています。民法の連続性を考えてという限りであれば、ご趣旨は分かるような気がするのですが、後藤先生があえて「市民法原理」と表現されている点を伺いたいのです。この「市民法原理」というキーワードは、マジックワード的なもので、「市民法原理」というものをどういうふうに捉えるのかによって、随分このご発言の意味合いが違ってくるのではないかと思うのです。「市民法原理」は、抽象的な人間像を前提にしたルールを設けている面がありますが、その抽象性から切り離して、果たして「市民法原理」ということをここで語るることができるのかというのが、気になったというところの一つです。

第2点は、立証責任の考え方です。後藤先生は、たとえば7ページ（本誌67～68頁。※編集部注記）のところで、立証の困難というのは補助的な事情にすぎないとおっしゃられ、弁済ケースを引きあいに出された上で、立証が困難だからといって立証責任が変わることには必ずしもならないと主張されました。また、消費者契約法9条1号の関係でも、有効のものを無効と主張する消費者側が立証責任を負うべきではないかという主張をなさいました。まず、民法の原則でいうと、当事者が一応決めたのだったら契約は有効ですよというのが原則でして、民法の一般原則でいうと、損害賠償を請求する場合には、損害の発生及びその額は、請求する側が主張立証しなければいけないわけですよ。ところが、損害賠償の予定などについて特約がある場合には、特約が一応有効であるということを前提として、その

特約によっていわば立証責任が変わってくる。無効という場合は、さらにそれをひっくり返すのですから、無効を主張する側がその要件を立証しなければならない。後藤先生は、そのようにお考えなのかと思いますし、消費者契約法の規定自体そのような構造でつくられているようにも見えます。ですが、そもそも本当に、いかなる場合においても、そのような損害賠償額の予定に関する合意などが基本的に有効なのだということから、出発すべきなのでしょうか。果たして、消費者と事業者との間の契約の場合にも、その特約の有効性を大前提とした上で、その無効を主張する側が全てその要件を立証しなくてはいけないと考えなければならないのかという点で、少々疑問に感じました。要するに、第1点との関わりでいうと、民法との連続性ないし関係については、私も十分に考えなければならないと思うのですが、ただやはり民法上想定された場合と異なる局面もあるのではないか。その違いをどのように捉えるのかということによって、立証責任についての考え方も少し違ってくるのではないかという気がするのです。その点について、何かお考えがあれば教えていただきたいと思います。

伊藤（創価）；途中ですけれども、進行の便宜上、今の二番目の問題はですね、まさに要件事実論の根本に関わるところで、この消費者法の全体の趣旨とももちろん絡むのですけれども、そういうその立証の困難というものをどう扱うか、制度趣旨と条文の文章構造をどう扱っていくか、そこの議論のところできっしょにやっていただけないかと思うのですけれど、よろしいでしょうか。

鹿野（慶應義塾）；はい。

伊藤（創価）；それでは後藤先生、一番目の問題についてお返事をいただければと思います。

後藤（早稲田）；どうもありがとうございました。民法と消費者法の関係をどう考えるかという部分ですが、私は消費者法原理というものとは消費者契約法原理というものを、一応、分けて考えました。消費者契約法ができる以前に、消費者法がどういうものだったかといいますと、竹内昭夫先生などが、消費者は愚かであるとか弱者であるというようなことを強調なされた時期がありました。そういう時期に消費者法がどう捉えられていたのかということが一つポイントになると思います。その時期の状況を後の人たちがどう見ているかといいますと、たとえば、松本恒雄先生がお書きになっているものの中で、竹内先生のお名前を出して、消費者法は市民法とは違った社会法だとする見方が多いということをお書きになっています。そのように消費者法を社会的な法領域と見ていた時期もあるようです。しかし、その後の動向を見ますと、消費者法は、労働法と同じような意味での社会法であるという扱いはされていないようです。北川先生の私法学会での報告がありますけれども、どちらかというところ、民法原理と消費者法原理は、基本的には等質なものであるという理解が前提で、民法の修正とか、民法の否定、あるいは民法の制限ということではなくて、むしろ民法の発展として、公序良俗とか、信義則の展開などがあつたのではないかと思います。他方で、消費者は愚かであるというのは、事業者と比べて交渉力とか情報力が不足しているという意味だと思いますけれども、竹内先生はそういうことを先駆的におっしゃっていた。消費者は愚か者である、弱者であるという流れは、今までずっと続いてきていると思います。民法との関係では、消費者を弱者として捉えることで、民法の発展があつた。弱い具体的な生身の消費者というコンセプトがあつたからこそ、消費者判例が積み重なり、いわば消費者法が民法を先導したような側面があつたと思います。消費者法原理というのは、弱者としての消費者ということ念頭に置いた。そこに、消費者法の大きな役割があつたと思います。

そこまではそういう理解ですが、消費者契約法の理解ということになると、報告の中でも申し上げましたけれども、市場メカニズムの活用という

ことが強調され、そこで念頭に置かれている消費者像は、従来の保護される消費者というのとは異なって、むしろ自立する消費者であるとか、自己決定の主体であるとか、そういう見方が強調されました。もっとも、消費者基本法では自立と支援がセットになって規定されており、2000年から2004年にかけて消費者寄りの進展があったと思います。今後そういう方向が期待されると思っていますけれども、少なくとも消費者契約法ができた2000年の段階で見ますと、先ほど言ったような自律的消費者ということが念頭に置かれたために、同法3条が情報提供義務を事業者の努力義務という形で規定したり、あるいは困惑の類型において、「帰ります」とか、「帰してください」という意思の表明が必要とされたり、あるいはソフト型の困惑に当たる類型が規定されなかった。このように、2000年段階で、もっと適切な立法として改正すべき消費者契約法ができた。私は、その2000年にできた消費者契約法を念頭において、消費者契約法が立証責任まで事業者側に負わせるような態度をとっているのかどうかということを問題にしたということです。消費者基本法もできて、2007年時点で、消費者契約法をどう眺めるかということ、場合によっては、もっと消費者保護寄りな、立証責任を事業者を負わせるような方向ができてきているのではないかとも思いますけれども、2000年時点での消費者契約法を見てみたということです。これについてはむしろ河上先生に発言していただいて、2000年の消費者契約法をどう見るかというような部分についてご意見を伺えたら有難いと思いますし、それから現時点では鹿野先生や村先生が国生審で色々議論なさっていらっしゃいますので、その方々に教えていただきたいと思っております。

伊藤（創価）； どうもありがとうございます。今後藤先生のご指名に従って発言していただきましょうか。それとも鹿野先生何かございますでしょうか。

鹿野（慶應義塾）；手短にひとことだけ。消費者の自立について、確かに消費者の位置づけが変わってきて、単なる保護の対象ではなくて、権利の主体として捉えられるようになったということについては私もその通りだと思います。しかし、だからといってそれがたとえば消費者に立証責任を負わせることに結びつくのかというと、私自身は大いに疑問を感じます。むしろ自立と支援というのは、実質的な対等性をできるだけ法によって確保して、それによってその権利を行使させるという意味合いにおいて、理解されるべきではないかと思うのです。その点で、後藤先生と私は意見が違うのかもしれませんが。ただ、私ばかり話しているわけにはいきませんね。先ほど河上先生のお名前がでましたが。

伊藤（創価）；では河上先生お願いいたします。

河上正二（東北）；何を話せばよいのかよく分からないのですが（笑）。消費者契約法を制定するときの消費者概念の基本的なコンセプトがどこにあったかというお話ですけども、おそらく後藤先生がおっしゃったような大きな社会のうねりがあったと思うのです。ただ一方で消費者が完全に自立ができるような存在であるという認識はなかったわけで、やっぱりそこには一定の保護というか、支援が必要だという発想はあった。ただ、規制緩和の大きな流れの中で、保護という発想で何か法律をつくるというのは非常に難しかったわけですから、その限りでは、本人の自立支援のために契約の取引環境をどう整備していったらよいかという話と、ぎりぎりだめだった時のセーフティ・ネットをどう張ればよいかというその二つの観点から議論が行われたのだと理解しています。マーケット・メカニズムをちゃんと機能させることと同時に、当事者の、何というのですかね、経済学でよくバウンデッド・ラショナルリティと言いますよね、制約された合理性というものも認識されてはいましたから、その両方から議論が進んだと思います。さらに、民法と消費者契約法との関係について言うと、おそらく大多

数の方は、民法の延長線上で消費者契約法を考えていたのではないかと思います。つまり、これまで民法自身が既に信義則とか、いろんな既存の道具を使って問題に対処してきていたわけです。しかし、民法では必ずしも明確でないので、それをはっきりとルール化しようということが第一義であったわけで、民法原理とは異質な特別法をつくらうということではなかったと理解しています。ですから、消費者契約法の中にもわざわざ本法によって、反対解釈によって今まで民法によって築かれたものが否定されてはいけないという趣旨を、書き込んだわけです。ですから、重畳適用といいますか、民法の上に消費者契約法という「中二階」のものを作ったというのが近い。先ほど村先生がおっしゃった特定商取引法のようなもう一つ特別なタイプの業態に応じて作った法律というのがまさにその二階にあって、民法が一階ですと、その間に中二階として作ったということだったのだらうと思います。その結果、特商法もおそらく民法の発想で説明ができないかという形で再整理が行われはじめたのではないかと考えています。ですから、後藤先生が仰ったように、民法の延長線上で説明する方向が主流になったという理解で、私も正しいと思います。

伊藤（創価）；河上先生、一概には言えないのかもしれませんが、民法の延長線上ということは、別に消費者保護というのを否定するという趣旨ではないということでしょうか。

河上（東北）；私は、「消費者」という概念を媒介項にして特別のルールを正当化するのは一種の「まやかし」であると思います。これは、メディクスの意見でもあります。ドイツの民法典の中に消費者という概念を入れるときに随分議論があって、消費者概念はまやかしである、消費者という言葉を使うことによって、一体近代市民法で守ろうとした、何を要件化して守ろうとしているのかというのが、本当は問題なんだというわけですね。ですからたとえば意思的要素が十分発揮できないという状況があるのだっ

たら、その状況を要件化すべきであるし、それから場所が問題であるならば、場所によって何が侵害されているのかを明らかにして、それを要件化すべきである。「消費者だから守る」という議論をしてしまうと、市民法の理論の根幹が崩壊することなんです。その意味では、消費者だからというだけで議論を立てることについては問題があるというのが、私の考えです。ただ消費者契約法も消費者基本法もはじめの「目的」の規定のところで、情報の質、量及び交渉力に格差があるとまず決めつけています。ここが大きな意味を持っていて、少なくともそういう情報の格差とかそういうものもたらす不当な結果を矯正するために一つのメルクマールとして消費者概念を立てた、これからそれをどう生かすかというところがまさに問題で、さっき伊藤先生がおっしゃった、消費者契約法の適用如何の問題になっていくのではないかという気がいたします。

伊藤（創価）；村先生よろしいでしょうか。

村（弁護士）；今の議論にかみ合うかどうか分からないのですが、私の理解では、消費者契約法というのは、今河上先生からご指摘があったように、情報格差と交渉力格差を是正すれば、適正な経済的合理的な行動が「消費者」にも期待できてしかるべきであって、自己責任を負っていただくという法律制度の設計なのかなというふうに思うわけです。そういうことです。消費者契約法を現実的な消費者紛争で使おうとすると、業者から提供された情報をちゃんと受け取って、そしてその情報でもって、自分のニーズをふまえて選択して、決めたものを相手にちゃんとプレゼンテーションするということが要請されているわけです。ですから、その適正な情報が来ないということに対しては是正されるし、それから消費者がノーと言っているのにもかかわらず、事業者がそれに対して交渉力格差つけこんでくるといようなことをした場合には、消費者契約法での是正というのが働くわけなのです。ところが現実的に今、たとえば次々販売とか、判断能力

不十分者の契約というところで問題が起こったり、それから後藤先生が「ソフト型」ということで指摘しておられるデート商法なんかのケースというのは何かというと、つまりその環境型の悪質商法とも言っているのかもしれませんが、その「ソフト型」というのは業者がビジネスの場所ではないよという場所の設定をするわけです。これはビジネスの場所ではありませんということで設定をして、そこに業者が消費者を引きこむわけです。そこで消費者はビジネスの場所ではないという認識で、その業者と関係性を持つわけなのですけれど、それがその業者が誘導してくる中で、消費者に自覚させないうちにビジネスの場所に転換するわけです。そしてそうなった時には、もう情報をとって考えるとかという世界ではないですし、ビジネスの場所だからといってイエスカノーかっていってプレゼンテーションする場所でもないんです。ですから、相手を傷つけないとか、相手に喜んでもらいたいとか、相手との関係性を壊したくないとか、そういう、なんていうんでしょうか、ビジネスと社交と分けるとすれば、社交的な発想というのですかね。そういう行動原理でもって消費者の行動をその中に追い込んでいって契約を結ばせます。それで、消費者契約法はそれをやられた時には、もう使えません。だからそういう意味で言うと、情報格差と交渉力格差を是正するとは言うけれど、その情報格差というのは、ちゃんと情報をとって考えるだけのスキルとか合理性というのを消費者に要求しているし、それから交渉力格差というのも、イエス、ノーという考えたことはストレートに相手に明確に伝えられる人間である必要があるという、そういった経済的合理性を消費者に要求していると思うのです。しかし、消費者ってそういうことがないことがすごく多いですね。それでそうでない人が今は徹底的に狙われているわけです。それが、例えばその法律の検討になっていくと、いわゆる勧誘をどう考えるかとか、適合性原則をどう考えるかというふうに発展をしていくのですね。そういう意味において、交渉力格差と情報格差さえ是正すれば、経済的合理的行動ができるというものを前提にしたルールというのを、市民法の延長線上というふうに後藤

先生が言っておられるのだったら私も同感なのです。

後藤（早稲田）；基本的には村先生が今おっしゃったことと同じです。少しニュアンスの違いはありますけれども、簡単にいえばそういうことです。

鹿野（慶應義塾）；先ほど私は、後藤先生とは意見が違うということだけ言って、その説明をしなかったのが、誤解があるのかもしれないと思い、一言付け加えたいと思います。先ほど後藤先生がおっしゃったことをそのままストレートに受けとめると、河上先生の引き合いに出されたセイフティネットの部分が抜け落ちる可能性があるような気がしまして、それは非常に危険だと私は思ったわけです。

それからもう一つ、確かに、民法自体には弱者保護のルールが内包されていますし、民法の解釈としてかなり発展してきた部分もあること、そしてその延長線上として、消費者契約法がつくられたということは、私も異論がないところです。ただ、この新しい法律をつくったことによって、あるいはつくるときに、一種の割り切りをしたので、そのことによって民法の解釈では必ずしもはかれなかった一定のルールというか効果が生まれてくるということも現実にあったわけですね。それはたとえば消費者概念、事業者概念というところからもたらされることもあるでしょうし、あるいは、8条から10条までの不当条項の規律においても、民法のルールだけでは救済が難しいかもしれないところが、一歩進んだという側面もあるわけです。それをどういうふうに捉えるのかということも考えておかないといけないのだらうと思います。

伊藤（創価）；後藤先生いかがですか。

後藤（早稲田）；鹿野先生がお考えになっていること、私の考えていることはたぶんあまり違わないと思います。私はセイフティネットが必要でない

とか、消費者契約法自体がセイフティネットを持っていないとか、そういうことを言っているわけではありません。言葉足らずだったら申し訳ないですが、情報格差、交渉力格差ということをも前提にして、その格差ある消費者をいかに保護するかということをも、消費者契約法で決めているわけですから、そういう意味でセイフティネットはあるのですけれども、それがどのようなセイフティネットであるかということ、不完全なセイフティネットである。まだまだ改善の余地があるセイフティネットであると理解しています。鹿野先生がおっしゃっていることとその辺の認識は同じではないかと思っているのですけれども。

伊藤（創価）；滝沢先生、手を上げられたでしょうか。どうぞ。

滝沢昌彦（一橋）；消費者保護の必要性の根拠は「情報や交渉能力の格差」だけに尽きるのかという方向に話がきたので、私もちょっと一言言わせて下さい。以前に「消費者のプライバシー」というものもあるのではないかと書いたことがありまして、つまり、訪問販売法などは一種のプライバシーの侵害と考えられるのではないのでしょうか。そして、被害もプライベートな領域で発生します。つまり、一般市民にとって「最後の逃げ場」なのに、それを侵害されているという点にも独特な意味があるのではないかと私は感じています。いかがでしょうか。

後藤（早稲田）；滝沢先生が以前からそういうことをお書きになっていて、私は大事なところを勉強させていただいたと思っていますのです。情報提供義務については、自己決定権の保護というようなことが根拠になるということが議論されていますが、私生活の平穩も重要です。消費者契約法の困惑、あるいは不招請勧誘の規制の根拠も私生活の平穩であり、さらに適合性原則の根拠も私生活の平穩にあると考える可能性もあると思います。私生活の平穩という意味でのプライバシーの保護についての対処が消費者契

約法では欠落している。自己決定の保護は、情報提供である程度補えますが、私生活の平穩は情報で補えるのか、という問題があると思います。山本敬三先生が、自己決定ということを基軸にして契約法を考えるという壮大なプログラムの中で、不招請勧誘に関するところはまだお書きになっていません。プライバシー侵害と自己決定権侵害とでは保護法益が同じなのか違うのか。今後の学説の動向が注目されますが、セイフティネットの中の何が欠けているかという、今滝沢先生がおっしゃった部分というのが、非常に重要な部分だと考えております。

伊藤（創価）； それでは、他に何かございますか。河上先生、どうぞ。

河上（東北）； 自己決定の話が出たので、せっかくですから申し上げたいのですが、やっぱり人間の自己決定というのは、ものすごくあやふやだと思うのです。本当に熟慮の上で賢明な判断ができる人というのはどれくらいいるか分からないし、その判断に自信を持っているという人はほとんどいないですね。みんな、そこそこの能力でやっているわけです。ですから情報を与えられたり、その自由な判断ができる状況に置いておけば、すべての正当性保障の要件が満たされるというふうに考えるのは、これは無理だと思うのです。ですからその意味では、民法の中でだって、従来から、たとえば自己決定が十分にできない状況は、たとえば未成年とか、意思能力とか、色々なところで考えてきてたわけで、それを拾い上げるためのその要件がルール化されてなかっただけだと思うんですね。騙す、脅すという二つは見つけたんですけども、その三つ目のところ、たとえば状況の中で心理操作を受けてしまって、やむをえず決定をさせられてしまうとか、抗いがたい誘惑にかられていくような人間の弱さを引き出されていくとか、そういう今まで民法がみつけなかったその状況の内容的な要素というのを、条文化できるかどうか、おそらく消費者契約法はそれを目指したけれども、明確なルール化ができなかったから、二つだけ4条、5条あたりの不実表

示とか威迫・困惑あたりで我慢せざるをえなかった。これから実定法として用意するのであれば、それは用意しないといけないし、民法の一般条項でもそれを探さないといけないと思うんですね。

伊藤（創価）；河上先生の非常にいいお話を聞いてますと、このまま議論を続けたいところですが、時間がありませんので、申し訳ないのですけれど、この辺で次の論題に行きたいと思います。

後藤（早稲田）；二番目の要件事実の総論的な問題ですが、伊藤先生は司会者ですのでご発言はされにくいと思うのですが、ぜひ司会を一時中断なさって、ご発言をいただければありがたいと思います。もしそういうことができたら、そうしていただけますでしょうか。

伊藤（創価）；恐れ入ります。承知いたしました。それでは、その次の問題としまして、今の鹿野先生のお話にもでてましたけれども、9条の問題をやるにしても、10条もそうかもしれませんし、2条もそうだと思うのですけれど、やはり「法律要件分類説」というものはどういうものか。あるいは「立証の公平」とか「制度趣旨」とかいうものはどういうものか。そういうようなことは、個別の各論の問題にかぶってまいります。ですから、その基本的なところは何が本質かということを、それぞれの個別事例にもある程度つまみながら議論をしないといけないのではないかと、そういう感じもします。そこで、後の各論の法律の問題はたくさんあるのですけれども、その前提として、「主張立証責任対象事実の決定基準」をどのように考えるかということを、まず一応はやっておかないといけないと思います。結論は多分出ないと思うのですけれども。

それで最初に私からご指名を申し上げて、大変恐縮なのですが、ここで手続法の専門の研究者は春日先生お一人しかいらっしゃらないわけで、みなさん手続法お詳しいとは思いますが、春日先生が専門の

研究者でいらっしゃるしますので、まず春日先生から、「主張立証責任対象事実の決定基準」の現在の考え方を伺いたいと思います。

春日偉知郎（慶應義塾）；突然のご指名なので、あまり上手くお話できないかもしれませんがけれども、要件事実およびその証明責任の分配の問題については、皆さんもご存知の通り、約30年くらい前になりますが、民訴法学会のシンポジウムにおいて激しく議論されました。とくに東大の石田穰先生（当時）が実質的な利益衡量に基づく証明責任の分配を唱えたのに対して、法律要件分類説に立つ倉田卓次裁判官（当時）や司法研修所との間で熾烈な論争があったことは、みなさんご存知の通りです。その当時、証明責任の分配について、究極的にはやはり「公平」や「制度趣旨」という観念で考えるという点では、おおむね一致していたと思います。しかし具体的には、たとえばここで問題となっている情報の格差とか、あるいは立証の難易とか、証拠に近いかそうでないか、といったような実質的な利益衡量というものをどれくらい証明責任の分配に持ち込むかという議論については、争いがずっと続いていたと思います。最終的な結論としてどうなったかという、これはそれぞれの先生方のご判断に委ねるべきかもしれませんが、私自身は、基本的に法律要件分類説に即した方向に大体落ち着いたのではなかろうかと思えます。ただし、そこで言っている法律要件分類説というのは、かつての法律要件分類説、あるいはちょっと語弊があるかもしれませんがけれども、ほとんど実質的な利益衡量を入れない、またはそうした衡量のかなり希薄な法律要件分類説ではなくて、むしろ相当実質的な衡量を取り込んで、立証上の様々な考慮を経た上での証明責任の分配というものを考えるものに変化したと考えています。

しかしながら、さらに最近では、そういった法律要件分類説に従って要件事実とその証明責任の分配というのを考えたとしても、やはり例外的というのでしょうか、どうしても一方の当事者のみに情報が偏って存在し、とりわけ証明責任を負っていない側の方に情報量が非常に多く、他方の証

明責任を負っている当事者側にはほとんど情報がない状況、すなわち、情報の不均衡または非対称性というのでしょうか、そういったような状況があるときには、なんらかの是正措置というのが必要だという認識が定着してきていると思います。後藤先生から、消費者契約法上の問題をも含めて、そうした場合には事案説明義務の考え方を使えるのではないかというお話を伺いまして、私としては今まで事案説明義務の考え方を主張してきましたから、なるほど消費者契約法の領域でも使えるかなというふうに思って、今日この研究会に参加させていただいたわけです。事案説明義務については、訴訟における当事者間の情報量や手持ち証拠の格差を是正するといった場合にその適用を考えていたわけで、通常は、その適用範囲というのは、例えば不法行為訴訟とか、それから行政庁に対して原発の設置許可の取消訴訟を行うとかという、当事者間で紛争をめぐる事実関係に関する情報等の収集能力が圧倒的に違うといったような状況を想定していました。他方、消費者契約法に関しては、必ずしも情報の格差が圧倒的に違うというわけではなく、消費者であっても先ほどのお話でいくと、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、こういった人を前提としているということですから、事業者との間で情報量の格差は、事案説明義務の本来の適用領域において考えられているようなものとはやや異なっているように思います。しかしながら、それでも、事案説明義務の考え方をを用いることが可能かなと思った次第です。ちょっと話を、自分の方に引き込んでしまいましたけれど、とりあえずそれくらいにさせていただきます。

伊藤（創価）；今の春日先生のお話に関連してどなたかご発言ありますでしょうか。よろしいでしょうか。それでは、若干司法研修所の話もできましたので、先ほど後藤先生からも教唆されているような気もしますので、ちょっと一時司会の役をおりまして、参加者にさせていただきます。

もちろんその証明責任の分配、実務家は立証責任の分配といいますが、この表現の違いも議論しだすとおもしろいですね。なぜ証明責任でなければ

ばならないか、立証責任と使って何で悪いんだろうかということになります。私は「立証責任」という言葉を使わせていただきますけれども、立証責任の分配については、もちろん先生方ご承知のように非常に多様な意見があって、春日先生のおっしゃったような形に落ち着いてきているというふうにいえるのかもしれませんが、しかしその中身が全然まだ決まっていないとか、何が立証の公平かということについては全く決まっていないとか、そんなような現状認識を私は持っています。その上で特に今後非常に重要であろうと思われるのは、民法の規範と立証責任という規範、これがどう関係するのか関係しないのか、という問題です。ごく最近の研究者の方の論文ですと、神田英明先生が明治大学の法律論叢に書いておられますけれども、神田先生の分類だと、民法と立証責任を全く切り離して考える考え方と、民法と立証責任を密着させて反映させて考える考え方とがあるということになります。仮にそういう言い方をすると、私は、簡単にいえば、その民法の規範構造をまず第一に考えて立証責任を決める。しかしそれで不都合ならひっくり返す。その不都合というのは立証の困難という観点によってということですが、そういう考え方をしておりません。それと修正法律要件分類説との関係は説明を要します。つまり修正法律要件分類説とは何ものか、その内容がよく分からないんですね、実際のところ。法律の条文を参考にしてというのが修正法律要件分類説なら、私も修正法律要件分類説そのものなのです。だけど修正法律要件分類説というのが、いったん条文で立証責任を決めて、不都合なときは、その決定をひっくり返すというなら、私は修正法律要件分類説に断固反対で、そんなことができるわけがないと考えております。94条とか95条はその条文自体正当だというときに、それはすでに立証責任のことを考えてそれをOKしているのであって、条文に書いてあるからそれで良いと言っているわけではないと思います。立証の公平から94条、95条は条文どおりで良いと思っ、そのように他の条文についてもずっと考えていって、415条では条文とはひっくり返して立証責任を考えているということです。これが、いった

ん条文で決めて、不都合なときはひっくり返す、すなわち、414条まで頭真っ白で条文通りにすうっといって、415条になったら天の声がひらめいてひっくり返すということであれば、民事法の思考構造として、そういうことはありえないと考えます。ですから修正法律要件分類説というものが、条文も参考にして立証責任を決めるというだけであつたら、その点は賛成です。条文を参考にするというのは、みんな実務でもそれをやっていると思います。そんなふうに思ってます。

それで私の考え方をもう少し詳しく申しますと、民法規範の構造によって、まず立証責任の分配がそれで良いかどうかを考える。だから9条1号の問題はまた後でもやると思うのですが、まず民法規範の構造で考えると。それでよければそれでいいじゃないか、それで悪かったら、立証責任をひっくり返す。ひっくり返すのは立証の困難という観点によってひっくり返すということです。でもそのときに立法者意思というのがどうかということがとても大事であると思います。最終的には民法の制度趣旨に合致するように、民法といいますか、民法をはじめとする実体法の制度趣旨に合致するように立証責任を決めるということです。考える順序としては、まず民法の規範構造を考え、次に立証を考えたときの規範構造、最終的には民法の制度趣旨に合致するように、消費者契約法の問題でいえば、消費者契約法の制度趣旨に合致するように決めると、私はそういうふうに思っております。けれども色々なご議論があるところかと思えます。

また9条のところにいけば、そこでまた具体的な問題になると思います。結局は、法律要件分類説によるというようなことをいうときに、それがどういう説のことを言っておられるのかということが実はよく分からない。それが修正法律要件分類説によると言ってみたところで同じようによく分からない。修正法律要件分類説による立証の公平が何かもまたよく分からないということでありますので、その点を少し具体的にどのように考えているのかということをやっついていかないと、かみ合った議論にならないのではないかというのが私の総括的な感想です。あとは個別の問題になると思

います。

どうもちょっと司会の域をだいぶ出まして申し訳ございません。何か総論的なことで関連してご発言があればここでおっしゃっていただいて、それが済んでから、具体的な問題にいきたいと思います。

春日（慶應義塾）；よろしいでしょうか。伊藤先生のお考えですと、民法の規範構造を第一次的な判断基準にするということで、おそらく裁判官の発想ですとたぶんそうなのだろうというふうに思います。私自身もそれ自体については賛成です。なぜかという、実体法規の、文言も含めてですが、構造や論理関係というものを証明責任の分配基準にせざるをえない、あるいはそうするのが当然であると考えからです。証明責任の分配法則は、要件事実の存否が不明の場合に、その要件事実の存否をいずれかに擬制して、実体法規の適用の可否を決めるという、要件事実の真偽不明の際の危険分配の法則ですから、抽象的かつ客観的に、しかも事前に決まっていなければ、そもそも訴訟当事者としてどういう主張立証活動をしていいのかも分からないということになります。ですから、訴訟に先立って、原告または被告となるであろう当事者双方は、あらかじめこの危険分配に即して将来の訴訟の見込みを立てるという意味で、予測可能性を備えたものでなければならぬわけです。また、訴訟になった場合も、いずれの当事者が要件事実の真偽不明から生ずる危険を負担しなければならないかということを通じて、主張立証活動を展開することになり、手続を進行していく上でのルールも、こうした証明責任の分配によって規律されてくるわけです。したがって、比喩的にいうと、裁判所と両当事者間で、共通の地図のようなものがないと訴訟は進んでいかないと思います。この地図を描いているのが実体法規およびその論理構造（原則・例外関係といったものも含めて）であり、実体法の規範をまずは基準にせざるをえないということは当然であると考えます。ただ、その際に、証明責任の分配に関して実質的衡量を入れないでよいとストレートに考えるわけにいかず、その先にやは

りもっといろんな実質的な衡量やテクニックといったものを工夫する必要はあると思います。専門外の者が勝手に申しまして恐縮なのですが、消費者契約法において、たとえば、消費者に有利な立証軽減を考えるべきであるという見解が主張されており、そこではすぐに立証責任を転換すべきか否かという議論がでてくるのですが、立法する過程において、たとえば推定規定を考えてみるとか、何かもう少し技術的に考えるべきものがあったような気がいたします。かつて製造物責任法を立法するときには、法律上の事実推定の規定をめぐって、実質的衡量をも含めて、大変議論されたと思うのですが。消費者契約法のときにそういった議論があったのか、なかったのか、そこら辺りのこともお教えいただけると幸いです。

伊藤（創価）；どうもありがとうございます。私が言ったことに関連して春日先生がおっしゃったことについて簡単に私の意見を述べて、それから、立証責任の転換について、春日先生が教科書でお書きになっていらっしゃいますので、立証責任の転換というのは、民訴法研究者の立場から言えばこういうふうに普通考えているんだということが、もしおありでしたらその点をご説明をいただきたいというふうに思います。

それで私が言ったことに関連してですが、私は民法の規範構造と言ったときに、それは民法の条文通りという意味ではありません。民法全体の体系、どの利益とどの利益がどういうふうに調整されているか、何が基本であり、何が原則であるか。河上先生のお言葉でいえば、原則例外の重層構造になっているのだと、そういうようなことをおっしゃっておられますけれども、その部分は全く賛成です。必ずしも河上先生がおっしゃっていることを、私全部賛成するわけではないのですけれども、この部分はその通りだと私は思っております。それでその民法全体の体系を考えることが大切です。具体的に一番分かりやすいのは、物権的請求権の発生原因である原告所有・被告占有ですね。物権的請求権と用益権の関係のところですか。そういう場合に、いつも条文通りではないのです。民法全体の体系、何が

基本的な原則であり、何が例外であるか、どの利害とどの利害がどのように調整されているか、パンデクテン方式の構造であるとか、そういうようなことをいろいろ考えた上民法の規範構造を判断するということであって、いつも条文通りということではないということが、まず一点です。それから、今の民法の規範構造というのは、ある先生の言葉でいけば、体系的視座が用意されなければならないということですが、それはその通りなのですが、それは立証ということは考えていない体系なのです。ですから裁判で問題になる民法規範というのは、やはりその立証ということを考えても、なおかつ、実体法の趣旨が妥当に実現できるようなものにしなければならぬわけです。そうするとそこでやはり立証の困難ということが非常に無視できない要素であるということになります。だから立法者の意思が非常にはっきりしていて、立証が困難だろうと易しかろうとこちらが負担者だ、ということであれば、それと反対の立証責任を考えることはなかなか難しいことになります。しかし、そうでないときには、まず、立証のことを考えないで民法、実体法の規範構造から導き出された原則例外ということを考え、その原則例外を立証ということを踏まえて考えてみて、最終的にその民法なり消費者契約法なりの制度趣旨が実現できるように立証責任を決めれば良いと。そういうふうに私は思っております。

その次に、春日先生にお尋ねしたいのは、証明責任の転換のところを先生が教科書にも非常に明確に書いていらっしゃるところで、そのあたりをお聞きして、また他のご議論もあればいただきたいと思いますが。

春日（慶應義塾）；確か私は自賠法3条但書を例に挙げて、本来の証明責任の転換とは、法律がこのように明文で規定している場合だということを述べたと思います。基本はそうだと思います。ただし、解釈でもって、本来の証明責任の分配とは違って、反対事実を相手方に証明させるということも、証明責任の転換という言葉であらわしていると思います。そういう意味では、証明責任の転換という場合、内容的には二つがあるということに

なるのではないかと考えています。つまり、法律によって、原則的な証明責任に対してその転換が定められている場合と、法律で規定されていない場合でも、法規の原則・例外といった関係や実質的な衡量を踏まえた解釈によって証明責任を相手方に負担させる場合の双方があると理解しています。

伊藤（創価）；証明責任の転換ということ自体については、私もそう思っているのですが、先生のご本だけを見ると少し違った印象を受けるものですから。たしかに証明責任の転換というものは、法律の明文で転換した場合に限らないと思うのですが、今先生がおっしゃったように、証明責任の転換というのは、証明責任を一応こう決まるといったことがあって、その上でそれを何か特別な要素で変えると。そういう発想があることは間違いないですよ。

春日（慶應義塾）；その点は、伊藤先生のおっしゃったことで間違いありません。

伊藤（創価）；証明責任について最初から法条の解釈として、ある人が法条の決めている構造どおりAと考えるのが正しいというふうに決めてそのままいくが、一方、他の人は、法条の定めている構造とは異なってBと考えるというのは別に証明責任の転換ではないですよ。

春日（慶應義塾）；それはそうですね。

伊藤（創価）；法律で決まっているときに限らないとは思いますが、一応は原則例外で原則が何かによって、普通は証明責任をこう決めるんだけれども、特別な要素で変えるというのが証明責任の転換だと。人によっては、それは特別な要素ではなくて、もともと制度趣旨から言えば、そう解釈して決めればいいのだというときには、転換という言葉を使う必要は

ないということによろしいでしょうか。

春日（慶應義塾）；はい、おっしゃるとおりです。

伊藤（創価）；どうもすみません。ちょっと司会が出すぎてしまいまして。それではどうぞ山崎先生お願いいたします。

山崎敏彦（青山学院）；今までの議論に関わると思いますので、こんな質問をさせてもらいたいと思いますけれども。伊藤先生のご発言の中にですね、証明責任というか立証責任の問題を考えるということに関わって、立法者意思ということをはんの一言言われたのではなかったかと思うのです。どのように立証責任の分配を考えるかというのは、実体法の解釈問題か手続法の解釈問題かということとはともかくとして、一つの解釈問題だというふうに考えたときに、立法者がこの問題についてどう考えていたか、つまりそれは結局、法によって実現しようとする利益を、証明という問題も含めて、どう実現させようとするかということなので、当然に例えば法律上の推定をするとか、まさに立証責任を転換するとか、そういうことも含めた立法手法をとるわけですね。そうなるそうですね、先ほどの後藤先生のご議論の中にも、消費者法というものをどうみるか、その見方が変わってきたのではないかと、それに関わらせて、証明責任の分配についても、態度決定というか、解釈上の態度決定もあるかもしれない、そういうことも言われたと思うので、特に私はこのことを問題にしたいと思うのです。お聞きしたいと思うのは、民法の解釈に関して、規範構造、制度趣旨との関係を、立法者が何を考えたか、その後、法がどう継続形成してきたかというようなことを色々踏まえつつ、どのように考えていけば良いかということです。それから、消費者契約法みたいに相対的にはできたばかりの法律に関して、このことをどう考えるかというところでは、少し違いがあるのではないかというふうに思えるのです。ですから、規定ぶりということ仮

に言うにしても、成立してから相当時間が経った法条に関する解釈問題としての規定ぶり、できたばかりの法律とは違うと、どうもそう思えてならないんです。そうすると、ただ例えば保護すればいいとかいうような観点よりもですね、この法律はこのような制度趣旨に基づくものだから、このようにしないという見方、立証責任にはこういう負荷をかけつつ保護することにしたんだというところまでを、読み込んでしなければいけないような気が少しするものですから、このあたり、つまり、法律要件分類説であるにせよ何にしても、解釈するにあたってというか、どう考えていくかということにあたって、その立法者の意図がどの程度関係してくるかということが重要なのではないかと思うのです。言い換えれば私の関心事は、できたばかりの法律と、もう相当時間が経ったものとは、違うものかどうかといったあたりなのです。これは田島先生の9条1号の解釈論もありませんけれども、色々みなさん苦勞して考えるわけです。ですから個別論はまた後でやるにしても、そういう抽象的な部分で、できたばかりの法律だということまで考慮したときに、このことについての解釈決定といえますか、解釈についての態度決定というものは違うものかどうかという、そういう抽象的なレベルで、一つ質問したいというふうに思います。私は相対的にはできたばかりのものについては、それについて比較的忠実にというのがやはり解釈者の姿勢かなとも思うものですから、そのことをお聞きしたいということです。

伊藤（創価）；9条1号の問題もございますが、とりあえず総論としては、今の山崎先生のおっしゃったことについての御意見がございますでしょうか。

それでは、また私が司会者の役を降りさせていただいて申しますが、実は今山崎先生のおっしゃったことと似たようなことを、私が民事訴訟法248条について書かせていただいたことがあるのです。民訴法248条の趣旨については、ご承知のように、裁量説というのと証明度軽減説というのがある

わけです。それで立法は明らかに証明度軽減説をとっている。若干私が詳しい調査をしましたのですけれども、それは立法過程における議論、それから、いわゆる法務省の出したQ & Aにもそうなっている。しかし手続法の先生の中には、それは裁判所の裁量にしたものだという説もあると思います。それでそのときに私は新しい立法については、明治時代の民法と違って、非常に争点になって証明度軽減にするか、裁量にするか、非常に議論をした上で、そう決めて、しかも条文の上でも認定というような言葉を使って、証明度軽減と読み取れるような文章を書いているのに、それをそのほとんど時期も経たないのに、解釈の自由で変えるというのは、まあ大げさにいえば、三権分立の精神に反するというような趣旨のことを書きました。その意味で山崎先生の言われるところに全面的に賛成です。しかし問題は、消費者契約法で、それ程立証責任に関する立法者意図がはっきりしているかということがあるように思います。

消費者契約法は確かに新しい法律である。その意味で、総論の限りでは、山崎先生のおっしゃる通りなんですけれども、その消費者契約法というのは、たとえば後でも機会があったら言おうと思うのですけれども、2条と9条というのは文章構造から言ったら、2条の方で、執行先生のおっしゃる個人説をとれば、9条の方は消費者説になりますね。同じ説を取るということを前提とすれば、9条の方で消費者説をとれば、2条の方は個人説にならざるをえない。つまり、条文の形式だけからいいますと、2条1項の方は、括弧書きの形ですが、個人、ただし事業として云々を除くという形になっているわけです。それから、9条の方は、無効とするという形になるわけですね。したがって、文章構造からいうと、2条の1項というのは個人が原則、それで例外は事業をやる人となっているわけです。明らかに2条の2項というのは、事業者ということで加重要件になっている。個人であって事業をする人となっている。法人以外はですね。ところで9条の方はどうなっているかという、無効というふうになっていますので、文章構造だけで、もし立証責任が決まっているとすれば、2条が個人説で、

9条が消費者説というふうになるはずなんですね。しかし色々ご議論のある方は、そこのところあまりおっしゃらないで、9条の方について文章の構造を主としておっしゃるといような形になっていまして、少し奇妙な感じがいたします。つまり山崎先生のおっしゃるように、新しい法律では立法者意思において、勝手な議論をできないというのはその通りなんですけれども、では消費者契約法の立証責任に関する立法者意思はどこにどう表れているのかということは具体的に問題になるかなというふうに思います。

山崎（青山学院）；ありがとうございます。

伊藤（創価）；それでは、後は個別論でよければ、一応話が出たということで先に進みたいと思います。執行先生の問題に移ってまたそこでやっていただくことにしたいと思います。よろしいでしょうかそういうことで。

それでは、執行先生の問題、つまり第一番目が、消費者性の問題。執行先生も取り上げられておられるように二つ論点がありまして、一つは2条の問題として、まず消費者といえるかどうかという問題があります。その次の問題として、消費者といえるけれども、別に事業者になるわけではない、消費者といえるけれども、やっぱり消費者契約法は援用できないという消費者がいるのかという問題があります。これら性質上二つの問題があります。

そこで、それは違ったものなのか、やっぱり全部が結局消費者かどうかという問題なのかということもあると思いますけれども、執行先生は二つ問題を分けていらっしゃると思いますので、そういう形で執行先生のおっしゃった「消費者」というのは「個人」といえばいいのか、あるいは、事業をしないということ、除くということをする必要があるのかというあたりの2条の方の問題からまずやっていただいたらどうかと思うんですけれども。

執行（中央）；まず発言させていただきたいのですけれども、消費者説をとるということにつきまして、この研究会の準備をする過程で、伊藤先生は、やはり個人説が妥当ではないかというようなことで、色々ご意見をいただきました。そこで、より議論を活発にするために、まず伊藤先生になぜ個人説をとるか若干コメントをしていただけたらと思います。

伊藤（創価）；はい、分かりました。そういうお話ですので、意見を述べさせていただきます。私は、先ほども申し上げましたように、消費者契約法というのは、平成16年の法律147号、つまり、民法の現代語化法ほどはっきりと文章構造によって立証責任を示しているとはいえないというふうに思っています。それは大変口幅ったい言い方ですけれども、内閣府（経済企画庁）の書いておられるものは、立証責任の基本的理解について疑問があるように思います。民事訴訟法にしたがって立証責任を決めるようなことが述べられていますが、実体法にしたがって決めるのではないのでしょうか。そのすぐ前にはですね、あらゆる客観的事実を総合して裁判官が判断するものであるし、というようなことが書いてあるんですね。では一体立証責任は何を基準に決めるというのでしょうか。それで、もう一つは落合先生の書かれたものですが、9条1号について特に根拠を示さず、消費者に立証責任があると、平均的損害を超える部分であることについて、こう書かれているんですね。つまり代表的な立法担当者であられる学者の方も、それからいわば法務省参事官室にあたるようなところの方も、その立証責任はどこにあるかということについて納得できる資料を示していないのではないかという疑問がまずあります。そうして、先ほど言いましたように、その文章構造だけで言いますと、2条1項の「消費者」のところでは個人説になってます。ただし除くという形で書いてある。それで今度は9条の方にいきますと、超える損害は無効とするという形ですから、これは消費者説になるんですね。しかし、みなさん必ずしもそうでない。そこは非常に自由闊達に意見を述べてやっておられるわけでありまして、そう

いうふうに自由闊達にやっておられる先生は、やっぱり消費者契約法の文章構造自体が決定的基準であるとは思っていらっしゃるのではないかなと思うのです。そしてそれは正しいのだろうとも思います。そうするとどうということになるかというと、個人説を採ったと思われる東京高裁の判例の実質的根拠は分かりませんが、除くと書いてあるからこうだということはいえないと思うのです。何が原則例外かということでは、個人については具体的行為ということについて考えると、その多くは、やっぱり事業性に関係がないのではないかな。もちろんその個人もいろんなかたちで事業をしていて、自分のやっている事業のために家を建てるとか色々あると思います。しかし多くは自分の事業には関係なくその具体的行為をやっている。例えば、八百屋さんは確かに事業をやっています。しかし、お店と別のところに自宅を建てる場合は別に事業としてやってるわけではないんですね。それが両方が非常に混じり合ったときにどうするかという問題が確かにあるのですけれども、典型的な場合を考えてみるとどっちなかなわけです。両方混じり合ったときは主たるものがいずれかで決めるしかないと思います。そうすると何が一般的かというと、個人が一般的であり、原則であろうと思います。これは、単に事実の状態がそうであるというだけでなく、そうしたことを踏まえて、法的にも、そう考えるべきだということです。「個人」と言えば、原則として「消費者」と言ったことになると考えるわけです。それで、一般に普通そうであるということが付加要件になるかというと、そうではない。要件事実としては、ただ抽象的に、ある人がこういうことをした、とだけいえば、特段の理由がない限り、それは消費者としてやったというふうに考えて、事業性があると言う方が抗弁として言えばいいということです。例えば、大量のパソコンを注文したとかそういうようなことになると、それは、司法研修所というところの「せり上がり」で、その要件事実の事実自体に、抗弁となる事実が現われてしまうということになります。したがって私は個人説が法文の構造に合致するなどとは言いません。するとすぐに9条でひっくり返されてしまいます

から。ですから、法文もたまたまそうはなっているけれどね、というだけです。それで、それが消費者契約法の制度趣旨である、消費者の自立支援に最も適する考え方であるというわけです。それで今度は9条1号ではまたそのときに申し上げますけれども、似たような発想でいくわけですね。そこで立証の困難ということは当然考えるということになります。

執行（中央）； どうもありがとうございました。

河上（東北）； 何か責任を少し感じるのですけれど（笑）、消費者契約法を作るときに、立証責任を意識して作ったかという話が先ほどありましたが、立法担当者の方には叱られるかも知れませんが、私はあまり意識してなかったのではないかと思います。といいますか、立証責任がどちらにいくかということについて、専門的に評価できるような体制ではなかったんですね。ですから、その意味では、みんなで最小限ここだけは何とか規制のスタートラインにしましょうというのを集めただけで、立証が最終的にどちらにいくかということとはあまり議論にならなかったというのは、事実です。

消費者契約法第2条の書きぶりについて、括弧書きで除いているということについて、先ほど伊藤先生からずいぶん文脈の構造を議論されましたけれども、これも実質的なところがあって、専ら技術的な問題であろうと思います。つまり、「消費者」というのを正面から定義するのはものすごく難しいのです。消費者はいろんな形で生活者として行動していますから、何をもって消費者というかというのは、「消費生活」とか「最終消費用品」とか何かそういう指標でつかまえるとか、いろんなことが考えられるのですが、それだって事業としても使うことがあります。ですから、消費者を正面から定義できないのであれば、しょうがないから、「事業者」をまず定義して、その事業者の裏返しを消費者としましょうと。そういう発想で定義規定ができたということなのだと思います。それがまさに2条の条文の表現に反映しているのですね。

ですから、それが要件事実としてそのまま反映させてよいかどうかは別問題だというのが、二番目の話です。それから、第三番目の問題として、消費者契約法が適用対象としているのが、本当に保護に値する消費者を正面からつかまえたかという、つかまえていないのだと思うのですね。「消費者」という言葉で一応つかまえたのは、情報・交渉力の格差が定型にあるような「個人」をつかまえたのですが、ただそれには外れるものもいれば、ちょっと入りすぎているものもあるということなのだと思います。法律をつくる場合には、絶対そうした問題が起きると思うのです。客観的要件を一つ立てれば、グレーゾーンがあって、入ると入らないのがあるということなのです。消費者契約法の場合に、先ほど申し上げたのですけれども、民法を確認した部分がほとんどだということであれば、別に適用範囲から少しずれるような「事業者の消費者」とか、「消費者的事業者」も、消費者契約法の対象にしてもいいという判断の方に傾くのではないかというのが、執行先生に対する私の意見になります。

伊藤（創価）；とりあえず少しだけ。まず実際に立法に関与された河上先生のご発言によれば、消費者契約法というのは、立証責任の所在のことを、必ずしも、必ずしもというかほとんど考えてないというふうに、言い過ぎかもしれませんが、そういうようなふうに解釈できると思います。それからもう一つは、消費者というのは規定できなくて、事業性を基準にして裏返すのだということは、だから個人でいいのだと思います。すなわち、事業性があるのは別にいけばいいという個人説にどちらかというつながるというような感じがしますね。

河上（東北）；ですから、それを立証責任のところまでもっていくかは別の問題です。

伊藤（創価）；それはそうです。ですから、立証を考えない実体法規範の構

造は何かというと個人が原則なのですね。それを、立証の困難を理由にひっくり返さなくたって、別に消費者契約法の立法趣旨に全く反しないわけです。立証の困難というのは、民法規範の原則を、ひっくり返すとき問題になるわけです。ここでやめます。桜井先生どうぞ。

桜井健夫（弁護士）；実務家の観点からすると、今のこの消費者性のところは、結局執行先生ご指摘の通り、評価の問題で結論が分かれるのであって、消費者説でも、個人説でも、立証責任はあまり関係ないかなという印象を持っています。

それに対してですね、消費者センターの相談員の方、多分消費者契約法を日本で一番使っている職種の人なのだろうと思うのですが、その人たちのところにきている相談をまとめた、「消費生活相談の視点からみた消費者契約法のあり方」という調査研究報告で先月11月に公表されたものがあるのですけれども、これをみると消費者性が逆の形で問題となるのは、ネットオークションの場合です。これは個人対個人の取引なのですが、それを事業者が消費者契約法の適用を免れるために事業でないふりをしてやっているというケースがたくさんありまして、そういうケースに対して、消費者契約法によって取り消すということをする場合に、相手の方が自分は個人である、事業ではないと争って、事業者の立証ができないという事態が現実にはあるようなのです。この場合に出品したのが事業者であることの立証責任がどちらにあるかということになると、やっぱりそれは消費者にあるということで、おそらくあまり学説は分かれなないのかなと思うのですが、それともそうでもないのでしょうか。相手が事業者であることは、証明が難しいです。ネットオークションでたくさん何回も注文を受けてそれで収益をあげて生活している人が事業者でないふりしたら、その相手方には何の証明の材料もないということになります。これはいかがでしょうか。

伊藤（創価）；また司会を降りても良いでしょうか。立証責任は非常に融通無碍でしてね、特段の事情です、それは。ですからネットオークションで非常に立証が難しい。個人がその事業者のふりをしている。そういうものが出れば、今度は個人だと主張するほうが、自分が消費者であることを立証すべきなのですね。そういうことがいえます。

河上（東北）；それはだめです（笑）。要するにこれは反復継続して業として行っているかどうかというところの事業者性の問題で、そうすると何回くらの反復性がある、全体としてどのくらいの金額の取引が行われているかということになります。経済産業省は今ガイドラインを作成していて総額何万円以上とか定めています。あれはちょっと高すぎると思いますけれども、しかしこうしたガイドラインさえ出してくれば、そこは事業者としての認定はかなり容易になるとは思います。方法の問題ではないですか。

村（東京経済）；それ私の素朴な疑問なんですけれど。経済産業省が特定商取引法の適用対象で、事業者指導、処分できるかどうかの基準を明確にするためのオークション業者のガイドラインつくりましたよね。で、あのガイドラインというのは、消費者契約法の事業者であるかないかを判断する時のきり分けの根拠に使えるものなのかどうなのか。私の大変知りたい疑問なのですが、そこはどう考えたらよいのでしょうか。

河上（東北）；参考にはなると思いますけど、それで決まるとは思いませんね。

伊藤（創価）；そのガイドラインの議論のことはあまり分かりませんが、要するにごくごく通常の状態を想定して、個人でいいとこういうふうになっているわけですから。そうではない場合は、それはもう特段の事情で立証責任を変えたらいいとを考えます。消費者性ということの場合によっては立

証させればよいのです。河上先生がご本で書いていらっしゃる通常の取引とかそうでない取引というようなことは、例えば、パソコン百台買ったといえ、もうそれで通常の取引ではないことが出てしまうわけです。パソコンを一台買ったといえ、それで普通だというのが出てしまうのです。普通でない、いわゆるネットオークションとか、非常に特殊なものであるとか、そういう状況をいうことによって評価的要件を変えればいいだけのことであって、別に理論上は何の破たんもないと考えます。司会に戻ります（笑）。2条の問題をもう少しやるかどうか、執行先生どうされますか。

執行（中央）；いえ、もうよろしいです。今桜井先生が言われたように、実務上、個人説でないといふ場合が非常に悪いことがあるのかというところが一番気になったところなんです、今の桜井先生のお話ですと、一般的にはそれほど問題はないということなので。

齋藤雅弘（弁護士）；今の点なんですけれど、私も桜井先生と同じように考えています。記憶している限りでは、確か一つだけ消費者からみて取引の相手方が事業者であるかどうか争点になった判決がありまして、「リロケーション」と呼ばれる賃貸借の事案だったと思います。その事例では、転勤などで居住しなくなった自宅を、転勤から戻ってくるまで他人に賃貸する契約を締結した場合に、賃貸人が「事業者」に当たるかどうか争点となりました。結論としては、「事業者性」は否定されています。「事業者性」は、河上先生がご指摘になったように、一定の目的をもったある行為の反復継続性があるかどうかということで判断されますが、リロケーションの事案からも分かるように、結局はそれを具体的な事実にあてはめた場合に、社会一般の見地からみて事実をどう評価するかということに帰着してしまうのではないかと思います。ですから消費者説か個人説かと言ってみても、どうも実際の事件処理をする場面ではそれほど違いはないのではないかなと思います。非常に素朴な感覚で申し訳ないのですけれども。

伊藤（創価）；消費者説でなければならないということでもないわけですね。立証責任の問題は、この点についてはあまり実務上の処理では出てこないのでしょうか。それぞれ個人説、消費者説の論議が出て、それから実務上は以上のような問題があるということが出たところで、とりあえずこの問題はよろしいでしょうか。

それでは二番目の問題、つまり、私が平成11年に法曹時報に書いた論文で扱った問題ですが、事業性、つまり交渉力、情報力の問題が、その消費者と事業者を分ける基本的な基準であるとすれば、消費者の中にも交渉力、情報力がある人がいたら、それはどうするのかという問題に移りたいと思います。たとえば分かりやすい例をいうと、私を例に出しますが、私は多少裁判官をやっている、それから要件事実論者みたいな顔をして10年くらい大学で教えていると。かたはら、不動産業者の顧問をやってよく現地の案内なんかもやって儲けてたとします。私は、本当はそんなんではないんですけど（笑）。何もかも全部知ってるわけです。それでたまたま私は1週間前に全部辞めちゃったと仮定して、今はもうぶらぶらしていると。そして、自宅を建てようと思った。それで不動産業者がその話を聞きつけて、しつこく勧誘に来て、私は困惑しましてね、それで自宅の敷地を買った、売買契約をしたと。私はみんな知っているわけです。業者の手の内も何もかも。このような場合に、私は弱い消費者であると言って取り消せますかというのが私の書いた論文の趣旨なんです。私の言いたかったことは、個人説を前提として消費者である、消費者であるけれども、けしからん消費者であるということで、執行先生の報告骨子でいえば、権利濫用に当たるということです。私は、権利濫用という言葉よりは、信義則というものが基本的に支配しているわけだから、10条もそういう言葉がでできますけれども、要するに信義則違反の問題として考えたかどうかということです。しかし、河上先生あるいは執行先生がおっしゃるように、消費者契約法の適用範囲というのを非常にあいまいにするということは良くない。一般的安定性と具体的妥当性とは大きく相対立する理念ですし、それも信義則違

反ということですから、それは厳格に考えるべきである。もちろん立証責任は事業者の方にあると考えます。結局は消費者の概念の問題として、そんなものは消費者ではないと言ってもいいかなとも思うのですけれども、そう考えることに疑問もあります。消費者というところでつかまえるのか、消費者ではあるけれど個別の行為の信義則違反ということで後の方でつかまえるかという、どうも消費者性を肯定した上で、個別行為の妥当性というところでつかまえた方が良いような気が今はしております。そういう意味では、執行先生の権利の濫用と同じなんです。執行先生いかがですか。

執行（中央）；そうですね。厳密に十分詰めて考えているわけではないのですが、できるだけ厳格にしようということで、信義則だとかなり広がってしまう可能性があるのではないかとということで、権利の濫用となる場合であれば認められるのではないかとというふうに考えたわけです。しかも、先ほど述べましたような形でできるだけ制限すべきだと。先ほどのような場合でも、私とすれば権利の濫用ともいえないと考えるべきではないかと思うのです。

伊藤（創価）；それは個別事案の判断によりますけれども。民法の研究者の先生にお聞きしたいのですけれども、権利濫用と信義則というのはやはり違うのですか。今の具体的な事案への適用の場合にも違うのでしょうか。昔のように権利の濫用は害意を要するなどといった主観説のように考えれば別ですけれども、そうでなければ、外形的に濫用とみるか、あるいは行為に内在している信義則違反とみるか、それほど違うのでしょうか。

河上（東北）；実質的には違わないと思います。それに先ほどの伊藤先生の挙げた例でしたら、それほど老獪な伊藤先生でも、なおノーと言えなかったというような状況というのは、私は取り消していいと思います。当然

大丈夫（笑）。

伊藤（創価）；私を例に出したからいけないんですね。河上先生にすればよかったのでしょうか（笑）。私の前の論文での書きぶりはどうも消費者概念のところでは書いているように読めるので、今思うと適切でなかったのかもかもしれません。やはり具体的な行為そのものに着目した方がいいのかなとも思います。もっとも、この二つの構成のどちらがよいかについては、なお考えてみたいと思います。

執行（中央）；実務をやられている先生方にお聞きしたいのですが、確かに、変わらないとはいうかもしれませんが、権利の濫用が認められるのは、実務での消費者関係の判例、裁判例等ではあまりないような気がするのです。それはいかがなんでしょうか。私の感覚としては、できるだけ制限すべきだというようなふう考えたので、権利の濫用ということにしたのですが、それはどうでしょうか。

齋藤（弁護士）；やはりどうしても昔の考え方といいますか、権利濫用には濫用者の主観面での非難可能性が必要だという考え方の時代に民法を勉強していたものですから（笑）、主観面の立証は難しいので、権利濫用の主張は裁判官にはなかなか採用していただけないだろうという感覚になります。裁判官の感覚は、むしろ伊藤先生にお聞きした方がいいと思います。

それから、河上先生にご意見をいただこうと思っていた事案で恐縮ですが、預貯金過誤払いのケースで銀行側から権利濫用の主張をされて預金者側が負けてしまった事例がありました（判時1952号96頁）。現在、まだ最高裁に係属していますが、東京高裁の判断にはちょっとびっくりしました。窃盗犯人が夫婦の通帳と印鑑を盗んで、夫になりすましてある銀行の夫の口座から預金を引き出し、それを一緒に盗んだ妻の通帳の口座（夫とは別銀行）に送金し、同日中に妻の口座の銀行に行って妻の通帳と印鑑で預金

を引き出したという事案です。東京高裁は、妻の口座に預金が振り込まれたことで妻の預金が成立すると判断しながら、妻がその預金の払戻請求をするのは権利濫用だと判断しました。権利濫用が認められるには、濫用者に非難されるべき主観的態様がないといけないという考え方からすると、このような事案で権利濫用が認められるのだろうかというのが素朴な疑問です。しかし、最近の考え方では主観的要素はあまり考慮されなくなっていますので、そうすると、やはり権利濫用と信義則とは、先ほど河上先生のご紹介のように実質的にはほとんど変わらないのではないかというふうになると思います。どうも、受け取り方の違いなのかもしれませんけれども。この点は、先ほど伊藤先生からご紹介がありましたように、内在するものからくる不都合で権利行使が制限されると考えるのか、外側の事情で「えいやあ」と押し込められて制限されるのかの違いという気もします。そういう意味で執行先生が権利濫用にあたるようであれば認められないのではないかというご説明も、説明の仕方としてはおかしくはないという印象をもっております。

桜井（弁護士）；結局、消費者契約法の「誤認」とか「困惑」とかそういう要件を満たしたかどうかという判断になるわけで、伊藤先生だったら誤認しないとか、伊藤先生だったら困惑しない（笑）という認定がされるだけかなということです。そこで、権利濫用とか信義則とかを持ち出すような場面はないと私は考えています。

伊藤（創価）；今までのご意見については、いろいろと反論があるのですが、私にからんでいる形になってしまっているの、ここは発言しないでおきましょう（笑）。だいぶ時間が迫ってまして、また時間カードをきりますけれども、この問題はこの程度でよろしいでしょうか。まだ9条1号にも同じような問題がでてくるわけですからけれども。

それでは、9条1号の方で、田島先生がだいぶ実質的の衡平ということ

お話を先ほどされたように思いますが、9条1号については、どちらかという文献上は、文章の規範構造からすれば無効をいう方に主張立証責任があると、いわゆる消費者説が多いように思われます。私自身は、大変拙いものですが、民事要件事実講座（青林書院）の第一巻「要件事実論の現状と課題」という論文の中で、色々と留保はしておりますが、一応の意見ということで、消費者説を一応支持すると書いているのですが、そこには二つほど錯誤があったようですね（笑）。一つは、先ほど山崎先生のお話にもありましたけれども、立法者意思が消費者説であるというふうに思っていたのです。それは、落合先生の本と、それから内閣府、当時の経済企画庁が書かれたものがございまして、それだけで少し不十分だとは思いますが、他に反する文献がなかったので、一応の意見として先ほど申し上げたように書いた。ところがその後この研究会の打ち合わせでパネリストの先生方とお話しているうちに、そんなことはない、消費者契約法のとときにそういうことをあまり議論しなかったと、村先生がおっしゃって、村先生が田島先生のご編集の『消費者契約の法律相談』という本の中の113ページで、もう覚えてしまったのですけど（笑）、立証責任のことをあまり考えなかった、むしろ裁判官の判断に任すというふうになったということを経験して、9条1号のところで書いていらっしゃいます。それから先ほどまさに、河上先生が、9条1号に限りませんが、消費者契約法は全体としてあまり立証責任のことは考えていないと言われました。それからもう一つは大変迂闊なことですが、最近になって気がついたことで、論文を書くときになぜそれを気づかなかったかと思うのですが、先ほども申し上げましたように、2条の書きぶりや9条の書きぶりは、仮に両方とも消費者説をとろうとすると統一的に説明ができないということです。そのようなこともありまして、結局、消費者契約法というのは立証責任のことはあまり考えてない、立法者意思が明確でない、文章構造に拘束される必要はない、まさに合理性をもって判断すればよいということになるわけです。最終的な合理性は何かというと、消費者の自立の支援が制度趣旨であ

るということであるとすれば、それなりの解釈がでてくるのではないか。立証の困難性ということについては、判例を色々みると多くの問題があるというような、そういう問題意識をもつようになったということです。それで先ほど山崎先生がおっしゃったことに対しての私なりの回答、私なりの意見がそこに含まれているわけですが、民訴法248条の場合は非常に立法者意思がはっきりしているのです。しかし消費者契約法では立証責任についての立法者意思がはっきりしていないので、最終的には消費者の自立の支援ということに焦点を当てて決めればよいというような考えになってきました。田島先生からもう少し何か敷衍してご説明になってください。

田島（弁護士）；ありがとうございます。私の方は、朝倉論文などを読みまして、下級審では判断が分かれていて、私は修正法律要件分類説をとって、なぜここで事業者側にいかないのだろうか、こういう事例は事業者側に立証責任がいったいいのではないかと思っていました。それで、立法者意思というのが非常に大事だということを言われまして、やはり民主主義でしかも新しい立法ですから、それは非常に重要だということを認識させられました。確かに私も製造物責任法の立法のときにかかわったのですが、あのときは推定規定を置くかどうかとか、開発危険の抗弁をどうするかという議論がありまして、その中で、事実上の推定を活用するんだとか、かなり議論をして、そういう立法者意思というのが明確であったと思うんです。だけど、今回は、私にはそういうことを聞こえてこなくて、むしろ消費者契約法ができるときかなり綱引きがあつてですね、まとまるところでまとめてつくったようなそういう伝聞といいますか印象で、あまり詳しくは知らないのですが、今回こういう研究会に参加させていただいて、あらためて立法者意思のお話などをお聞きできて非常に参考になりました。以上です。

齋藤（弁護士）；パネリストの今日のご報告を読ませていただくと、紛争と

なっている消費者契約を締結した消費者と事業者が相対で争う場面を前提にして議論されていると思うのですけれども、消費者と事業者が直接に相対で争う場面ではない紛争がむしろ多いのではないかと思います。消費者契約法が適用される事案もそうですし、村先生のご報告の特商法が使われる事案もそうなのですが、やはりクレジットがからんで、割賦販売法の30条の4の「抗弁の対抗」の主張をする場面で消費者契約法や特商法の取消やクーリング・オフなどの主張がされるというのが、おそらく事件の件数からいうとかなり多いのではないかと思います。そうしますと、例えば消費者契約法9条1号の「平均的損害」を議論する場合に、消費者の側に立証責任があるとして、ただ事実上の推定を働かせればいいのか、文書提出命令や調査囑託など訴訟上の立証上の便宜のための制度を活用すればいいではないかという考え方が強いですが、このような考え方は不当条項を含む契約を締結した事業者を直接の相手方として争う場面ではよいとしても、取消や無効を主張する契約の直接の相手方ではないクレジット会社と争わなければいけないという場面などを考えますと、やはり「平均的損害」の立証責任は事業者側に負わせていただかないと、消費者契約法9条1号はあまり使えないのではないかと思います。素朴で非常に感覚的な議論で大変申し訳ないのですけれども、「平均的損害」の立証責任については、そういう事実も考慮に入れていただいて、先ほどからご指摘のある実質的な衡平ということを判断要素にぜひ加えていただきたいというふうに思っております。

伊藤（創価）；齋藤先生のお書きになった文献はございますか。あるいは他の先生のお書きになったものでも何か。そういう文献は読んだことがないので。

齋藤（弁護士）；ありません。今日呼びいただくのを前提に、パネリストのご報告を読ませていただいて発言をしようと思って用意してただけで、

あまり理論的につめた議論ではありません。弁護士としての仕事をやりながら普段考えていることですので、ご紹介というよりは、皆さん方のお考えの材料にさせていただければという気持ちであります。

伊藤（創価）；ありがとうございます。他の先生方がいいがでしょうか。滝沢先生お願いいたします。

滝沢（一橋）；まるで思い付きで恐縮なのですが、先ほど後藤先生がおっしゃったように、この9条というのは民法420条の特則ですよ。それなら、やっぱり債務者の方が証明すべきものだろうと思います。ただし、さらに考えてみると、420条をちょっと取っ払ってみれば「損害をどちらが証明すべきか」という問題になりますが、これは、やはり損害賠償請求する方が元来は証明すべきものではないでしょうか。ですから、これも一つの根拠に使えるのではないかと思います。つまり、「9条は420条を取っ払うだけですよ」と考えれば、損害はやはり事業者の側からいべきものではないかということです。こうすれば、元の規範という価値判断に戻れるという気も少ししました。

伊藤（創価）；ありがとうございます。他の先生方がいいがでしょうか。河上先生お願いします。

河上（東北）；420条の規定を取っ払うという今のお話、そうだなと思うんですけども、取っ払ってしまえないのですよ。420条を前提にして、その適用を緩和するというのがこの9条の規定なのです。つまり、まずは当事者間でなされた合意がある。通常であれば裁判官はそこに介入しないのだけれども、消費者契約に限ってはそれを争う余地を認めるというのがこの規定の構造上の位置なのです。そうだとするとやはり、取っ払ってしまったので、まずはあなたの方から賠償額を決めてかかってきなさいという

ころまでは、もう一步あるような気がしますね。ですから、そこを考えると、なかなか、全部覆すのは難しくて、一応通常の損害よりも多いのではないですかというところまでは言わないといけないのではないか。そこで「事実上の推定」を働かせて、ひっくり返すというふうにしないとなかなか前に進まないのかなというのが私の考えです。

滝沢（一橋）；もちろん、おっしゃる通り、全面的に「取っ払う」条文じゃないということは分かっています。まあ「もののたとえ」で言ったというふうに理解してください。

伊藤（創価）；私は先ほど申し上げたような考えで、結論的には田島先生と同じなのですが、消費者契約法が、その障害事実としてでてくることによって、損害賠償の合意が全部無効になるというほど強いものを消費者契約法がもっているわけではないと思います。その後の立証の困難を考慮してどうするかという問題として考えた方がいいだろうと思います。ですから立証の困難については、結論は賛成なのですが、考える過程が違うということになります。田島先生には申し訳ないのですが。

田島（弁護士）；一言よろしいですか。私も全部無効になるとは考えていなくて、ただ消費者契約ということをして、事業者が平均的な損害ということといえば、それは認められるよということであって、何といいますか、消費者契約であるということが、賠償額の予定条項の効力の障害事由になっているだけで、これに対し、事業者の平均的な損害の主張が、再抗弁と考えるかどうかで、もちろん予備的請求原因とする考えもあると思います、報告書では予備的請求原因のようにしておりますが、とにかく、事業者が平均的損害ということを主張したら、再抗弁だとすれば、抗弁の障害事実ということになって、それでもって、損害賠償の予定条項が生きてくるという考え方ができないかなと思います。全く無効にしろというふうに思っ

ているわけではない。

伊藤（創価）；報告骨子からですと、そういうふうにちょっと読めなくもないような気がしたものですから。他の先生方よろしいでしょうか。後藤先生。

後藤（早稲田）；先ほどの齋藤先生の御指摘なのですが、9条1号が適用になるような場面でクレジット契約がされているときに、訴訟になったときには、消費者とクレジット会社の間の訴訟になるわけで、平均的損害の立証責任をクレジット会社側が負うとした場合に、販売店や役員提供事業者とクレジット会社との間で、それなりの連絡や、クレジット会社がきちんと監督しているとか、そういうことがないと立証するのが困難であるように思うのですが。クレジット会社に加盟店管理責任があることは確かですが、平均的損害の立証が消費者にとって困難である一方、事業者側は可能であるという議論をする場合、クレジット会社が立証するのと、販売店とか役員提供事業者が立証するのとではやはり若干違った側面があるように思えるのですが、その点はいかがでしょうか。

齋藤（弁護士）；まず、この点は割賦販売法の改正でも議論されていますけれども、クレジット会社と加盟店との関係をどうとらえていくかということが必ず基本になってくると思います。もう少し具体的に言いますと、クレジット会社の加盟店管理責任を強化していこうというのが今の法改正の流れですので、それを踏まえて考えると、実際に「平均的損害」を立証することが可能かどうかという事実のレベルの問題は措いて考えまして、クレジット会社の立場としては、加盟店管理に対して厳しい責任を問われる立場にあるということを前提にすれば、クレジット会社側に立証責任を負わせ、クレジット会社が立証に失敗をして消費者側が勝訴するという結果になっても、別に不公平にならないのではないかという考え方です。

後藤（早稲田）；分かりました。

村（弁護士）；クレジット契約の場合は、販売業者とクレジット会社との間に、一番典型的なのが加盟店契約ですけど、何らかの提携関係があるわけですね。そのときに、どういう品物をいくらで、どういう取引条件で売り、販売方法がどうなのかというのは加盟店管理のところで当然把握をしてくださいということを経済産業省は通産省だった昭和57年から通達とか文書指導などでも言い続けているわけです。だから提携をする時に、最初の段階でそれは当然調べるべきことであって、そうすると中途解約等が起こったときに違約金条項がどういうふうになっているか、それが合理的なものであるかどうかということは、加盟店契約を締結する段階で、調べられるわけなんです。クレジット会社の場合は、ところが、消費者の方は、一見のお客さんですから、さっきから伊藤先生だったらどうかというお話ですけども、たとえば、その住宅ローンにせよ、携帯電話にせよ、伊藤先生だから契約条項について交渉能力があるとは、私は全く思わないので（笑）、そういう意味でいうと、先生だけ特別扱いをするわけにはいきませんというのが当然返ってくる返事だろうと思うのです。そういう定型的な約款を使った大量取引の場合であれば、だから、一見のお客さんである消費者と、個別の販売業者とかサービス業者とそういう関係であるクレジット会社とは異なるということは公知の前提であると思います。そういうことを考えれば、齋藤先生がおっしゃるのは、全くその通りだと思います。

それからもう一つ、ではクレジット会社ではなくて、個別の業者だったら、消費者に立証責任があってもいいのかということも問題です。これは私自分の経験なのでですけど、求積明を出したりして、加盟店契約の際の調査について明らかにするよう求めます。すると、クレジット会社の方では守秘義務があるから言わない、社内秘があるから言わない、悔しかったら消費者が主張・立証すればよいと言って、一切何も言わないし、何も出しませんというふうに相手は言うてくるわけです。そういう状態で、消費

者に立証責任があると消費者契約法を解釈したら、これは完全に絵に描いた餅で、きれいな絵だけみせて、手足を縛っておいて、食べたいでしょ、でも食べられないよねっていうそういう法律じゃないかと思うのです。現実にはそういう業者ばかりとは限りませんが、裁判になって熾烈な争いになってくるとそういうものが結構多いわけです。そういう状態のときに、「当該業者の平均的損害」というものを立証するために、どういうことが現実的にできるのかということを考えて、やっぱり分配を考えていただかないと、この法律の制定の趣旨が全く生きないのです。

春日（慶應義塾）；どうもこの場の雰囲気としては、事業者の方に証明責任を負わせるのが妥当だというふうにお伺いしているのですが、私は、やはり河上先生がおっしゃるように、民法420条との関係を考えて、必ずしもそうはいえないと思います。おっしゃるように、確かに消費者側も立証が全然できない、現実には負けることが目に見えているということはいえます。しかし、そういう実質的な利益衡量だけで証明責任の分配を決めるという考えには疑問を感じます。むしろ民法420条の規定との関連を考えると、420条の適用の緩和ということになるのですから、これは消費者にとっては有利ということで、やはり消費者が原則的には証明責任を負うというふうに考えるのが通常の考え方ではないか、あるいは要件事実の考え方ではないかという気がするのです。もちろんおっしゃるように、實際上消費者が何も手を出せないという、そういう状態は分かるのですが、それだけで証明責任の分配を決めるのかということについては若干疑問を感じています。そうした消費者側の立証の困難性については、要件事実の面からよりも、訴訟上の立証手段の拡充といったものを考えるという方向があってもいいかと思いますが、思います。

伊藤（創価）；要件事実をやっている人に統計をとったら、どちらが多いか私には分かりませんが、私は、要件事実をやっているものの一人と

して、民法規範を出発点にはするけれども、その民法規範の構造通り立証を課した場合に、本来のその民法規範が目的としている制度趣旨が裁判で達せられないときは、ひっくり返して構わないと考えています。それが多数説かどうかは分からないのですが、少なくともかつての規範説のように条文の形式どおりと考える説は、ほとんどないと考えています。

それで、すみません。5時10分過ぎになりましたので、「時間が無い」という黄金のカードをきらなくではなりません。とりあえず、整理の問題としましては、執行先生のテーマ②を全然やっております。それから、田島先生のテーマ②の方が中心になって、テーマ①をやっておりますけれども、両先生はそれでよろしいでしょうか。それから他の先生は、これから村先生のテーマに移るといことについてご異存ございませんでしょうか。

それでは村先生、何かこういう問題をとくにというようなことがおありになったらおっしゃっていただいて…

村（弁護士）；私からはありません。

伊藤（創価）；それでは、議論のきっかけとして、要件事実論というものから若干こういうふうと考えてみたらということなのですが、村先生のテーマ①の方は、結局、不意打ちということが本質的に問題であると思います。不意打ちをして買わせたということになるかどうかというのが本質的に重要な問題である。したがって、消費者が取り消しを主張する場合に、不意打ちになるという評価的要件をどういうふうに主張立証すれば原則として基礎づけることができるか。今度は評価障害事実というのはどういうふうになるか。要件事実的な整理としては、そういう発想ではないかなと思います。この研究会の準備会の時には、そのようなことを村先生に申し上げて、たぶん村先生もそのこと自体については、構成はそれで良いのではないかなというようなお話だったように思いますけれども、そのあたりで、いやそうではない、不意打ちということではなくて、もっと違っ

たところが本質なんだというようなことが、ご意見としてまずあるかどうかですね。では齋藤先生お願いいたします。

齋藤（弁護士）；テーマ①、②両方に関係することで少し意見を申し上げたいと思います。村先生のご報告なさっておりますけれども、やはり特商法は、先ほどの河上先生の整理でいうと、中二階ではなくて、二階に上がっている法律だと考えるべきではないでしょうか。この二階に上がっているということの意味をきちんと整理をして、それで考えていただいた方がいいのではないのかというふうに思っています。それはどういうことかといいますと、まず特商法という法律の性質の理解にかなり問題があると思われるからです。特商法には民事効を定めた規定がかなりありますが、法律としては民事法ではなくて、やはり業法と呼ばれている法律です。すなわち行政法でもありますし、刑法でもありますので、民事法と業法の「ベストミックス」なんていうのを昔の通産省のお役人がおっしゃってございましたけれども、そういう法律であります。そのことがどういう意味をもってくるかということなのですが、まず結論を先に申し上げると、特商法では非常に形式的に物事をとらえて、特商法の適用関係を決めていくべきではないかということです。たとえば、要件事実との関係で申し上げますと、たぶん村先生のご報告の一番目の論点に関連すると思いますが、「特定顧客」に該当するかどうかというのは、条文の書きぶりからすると、「特定顧客」に該当することを消費者が主張、立証せざるをえないのだろうと思うのですけれども、問題はクーリング・オフのところにあります。この種の事件を訴訟で争いますと、原告側すなわち消費者側の代理人がターゲットにしなければいけない相手は、相手方の代理人ではなくて実際には裁判官になります。裁判官は、特商法の規定をどういう発想をとらえているかということ、民法の発想で解釈をされます。民法の発想とはどういうことかということ、端的にいいますと、村先生のご報告されたようなクーリング・オフ期間がスタートするスイッチが入るための要件であるところの書面交付の書

面の要件については、契約の成立に必要な限度で記載内容が満たされていれば、それでもって十分であるという考えをとられるわけです。それはなぜかといいますと、どうしてもクーリング・オフの制度趣旨の理解が非常に古い、まさしく「Cooling off」であり、頭を冷やして考えればいいのであるから、自分がどんな契約をしたのかさえ分かればそれで十分であると、どうもこういう理解をされている場合が多いと思います。しかし、特商法は個々の条文を踏まえて全体を見通すと、そういう組み立てになっているとは考えられません。先ほどの村先生のご報告の中にありました通り、書面交付義務違反は立派な犯罪でありまして、書面交付義務違反は犯罪行為に当たるよ、だからちゃんと守りなさいという、かなり厳しい義務づけをされているものをクリアしてはじめて、クーリング・オフの期間がスタートするという制度になっています。書面の不交付はもちろん、不備書面や虚偽書面の交付も書面交付義務違反罪ですから、書面に不備があることや虚偽記載があることを見れば、本来、クーリング・オフ期間がスタートするスイッチが入らないはずなんですけれど、どうも裁判官はそういう見方をしません。そのギャップが、要件事実の問題からしますと、どうも実務上は紛争解決を困難にしているように思われます。とくに消費者の主張が認められないケースがかなり出てくるということにつながってくるのではないかとこのように考えています。したがって、何といいますか、二階に上がっている法律の趣旨をきちんと理解していただいて、それをもう少し要件事実的に反映していただくようなご議論を是非していただきたいというのが私の切なる願いであります。

村（弁護士）；それは先ほど私が、貸金業法43条の判決で引いて、同じように考えるべきかというふうにちょっと問題提起をしましたよね。貸金業法がまさに刑事処罰でもって担保している絶対守らなければいけないルールなんだということを二つめの論点として指摘しています。一つめは、資金需要者の保護のための法律であるということと、もう一つは、書面交付義

務というのは、法定記載事項を全て充足した書面を交付しなければ、刑事処罰、行政処分の対象になるんだという二つを指摘しました。最高裁判所もそれを指摘しているわけです。業法というレベルでは特定商取引法も同じなのだから、同じように考えるべきではないかというご意見だと承ればよろしいですか。

齋藤（弁護士）；そのとおりです。

伊藤（創価）；私は、特商法自体を十分に勉強していないので見当外れかもしれないのですが、裁判官が常に民法の方からしか考えないとすれば、それはおかしいのであって、当該その問題の法律の趣旨、クーリング・オフというのをどういう意味で認めるか、はっきり内容が刑事罰なら刑事罰、法律がきちっとやりなさいと言っているのを、きちっとやっていないからだめなんだというふうに解釈すればいいのではないかと感じます。現実の裁判官がどのように考えておられるかは知りませんが、裁判官であるからそう考えるということは別にないように思うのです。要件事実の問題を考える時に一番大事なことは、当該問題の制度が何を狙っていて、何をどう貫徹しなければいけないかということなのです。特商法が非常に厳しい態度でそれを守れと言っているのだとすれば、それに反しているものは、クーリング・オフの期間の算定にあたって考えるべきではないということで、そのこと自体はさほど困難なことではないように思います。

齋藤（弁護士）；伊藤先生にそうおっしゃっていただけると、私の事件が伊藤裁判官に当たればよかったなと思うんですが（笑）。ちょっと恥ずかしい話をしますと、この法定書面の記載事項が争点となった事件で、実は負けた判決をいくつかもらっていて、その判決の理由では、旧訪問販売法（現特商法）5条の要請からみると、その事案の法定書面の記載内容に問題はあるけれども、契約の内容を確認するには、最低限のことが記載されて

いるから、書面は交付されたものと考えて差し支えないからクーリング・オフの期間はスタートしていると判断されてしまいました。こういう判断をされる裁判官がかなり多いのではないかというふうに思っております。とくに消費者法に関わる要件事実については、本日のシンポジウムのような場を設けていただいて、非常にありがたいと思っておりますけれども、まだまだ、お考えいただかないとならない現実があると思います。例えば、本日のシンポジウムで用意されてるテーマからは少し外れるのですが、一つの例としてお聞きいただければと思いますが、裁判官をお辞めになったある高名な先生が編集されてる割賦販売法の本があるのですが、そこにクレジット会社が立替払いの請求をする際の訴状の雛形が掲載されています。その訴状の雛形では請求の原因の主張において、「立替払いをした」という事実が書かれていません。立替払契約であれば、もちろん請求する側が当然、立替払いをしたという事実を主張し立証しなければいけないのですが、はじめから要件事実として認識されていませんので、訴状の雛形の中の請求の原因に書かれていないのです。クレジット会社から立替金請求をされる事件では、消費者側の代理人として争っている弁護士も、この事実を全然問題にしないで、当然立替払いをされたことについては認否もしないということもあります。きちんと理解をしていくと、本来伊藤先生がおっしゃるような要件事実の構造になっているということが分かりますので、ちゃんと立替払いの事実はクレジット会社が主張、立証をすべきであると指摘することが不可欠ですし、クレジット会社からの立替払いの事実についての主張を待って消費者側はこれに対する認否をし（通常は「不知」という認否になると思います）、クレジット会社側が立替払いの事実を立証していくということになるはずなんですけれども、とくに消費者法の分野に関しては、要件事実的な理解がきちんとなされていないということが目につきます。村先生がご報告なされた書面交付の問題についてなどでは、特商法の定める記載事項について、どの程度まで書面に記載されているのかを主張、立証されなければいけないのかについては、かな

り考え方が分かれているという感じがします。私の理解では三つくらいの説があって、契約要素説というのと、重要事項説というのと、法定書面記載事項全部説の三つくらいに分かれるのではないかと思います。おそらくまだ裁判所の裁判官の共通認識としては、先ほどの契約成立に必要な要素程度が書いてあれば法定書面交付義務は履行されたから、クーリング・オフ期間はスタートするという感覚でいらっしゃる方がかなりいるのではないかとこのように思っております。

村（弁護士）；負けた判決ってなかなか手に入らないので（笑）。

伊藤（創価）；それでは、ディスカッションとしてはよろしゅうございますか。他の先生方いかがでしょうか。

河上（東北）；今のお話を非常に興味深く聞いていたのですが、そうするとたとえば8日以上過ぎた場合に、クーリング・オフをするというときには、消費者は何も言わないでまずクーリング・オフして良いのでしょうか。つまり、契約をしたという事実だけ言って、8日を過ぎていてもそんなのは関係なくて、クーリング・オフをするというふうに言って、その後、相手方から、あなたは期限が徒過しているからクーリング・オフはできないはずだと言わせ、いやいや書面の不備があるんだからというふうに消費者にもう一回言わせると、そういう構造になるのですか。一番最初に、何をどこまで言うておかないといけないのかというのがちょっと分からなくなりました。

村（弁護士）；その法律の組み立ての場合だと、河上先生がおっしゃった通りのことになると思います。ただ、現実的な実務でいうと、私たちはいきなり裁判で争うわけではなくて、もめ事が起こってる段階で、受任します。受任して、事業者に通知を出すところから始めるわけです。ですからその

ときに、契約結びました、クーリング・オフしますだけでやるかといったら、それでは話にならないので、売り方が悪いとか書面が不備であるとかかっていうことはもう当然全部書いて通知を出して、それで業者と話し合って、解決がつくものはどんどんそれで落としていくわけです。それでこういう要件事実みたいな形で整理をするというのは、もう法廷に上がった段階での話になるのです。

齋藤（弁護士）；河上先生のご発言には、多少異論があります。要するにクーリング・オフ権を行使して解除の意思表示をしたということは、消費者側から主張、立証しなければならないのですけれど、法定書面を交付したということは事業者側が主張、立証しなければならないはずで、今日の村先生のレジュメにありますけれど、このレジュメの①から③までの事項を法定書面に記載することが義務づけられていますので、具体的に特商法の規定によって記載が要求されている事項が不足なく記載されていることの主張がまず必要です。つまり特商法が義務づけている記載事項について、具体的に消費者に交付した書面にはこう書いてある、これについてはこう書いてあるということを主張しなければいけないと思います。法定書面を交付したということは、事業者側の主張、立証責任に関わる事項ですから、それに不備があるとか、渡されてないとかというのは、いわゆる積極否認になるはずなのです。ところが今の裁判所の実務では、そうではなくて、単に書面を交付したとか、法定書面を交付したという主張しかされない場合が多くなっています。本来ですと、裁判所は積明をして、特商法では、たとえば4条書面、5条書面を交付しろと言っているのだから、あなたが主張している書面を交付したというのはどういう内容の書面を交付したのかを具体的に主張しなさいと訴訟指揮していただかないといけません。したがって、消費者側から、事業者の交付した書面のここに不備がある、あそこに不備があるということを、事実上先行して積極否認の主張をしなさいいけないと

いうことになっています。これが実態なんではないでしょうか。

河上（東北）；あまり意見の対立はないような気がしてきたのですが、つまりクーリング・オフを言うときに最低限何を言わないといけないかですね。契約はした。しかし、クーリング・オフする。これだけでいいのでしょうかということですが。

齋藤（弁護士）；契約は特定せざるをえないと思います。

河上（東北）；契約は特定します。ただ日時は必要ですか。つまり、今日が8日以内であるかどうか分かるように。

齋藤（弁護士）；それは、契約を特定するために契約日を主張する必要があるかどうかという面では、必要だと思います。解除する対象の契約を特定するために必要な限度で、日付は必要ですが、そもそも事業者から売買代金などを請求する訴訟の場合には、その請求権の根拠は契約に基づく代金の支払請求権でしょうから、契約の成立の事実とその日付は、請求の原因において事業者が主張しているべき事実ではないでしょうか。

河上（東北）；そうだとすれば、それは、クーリング・オフの期間内であるかどうかとは関係のない問題ですよ。

齋藤（弁護士）；特商法の条文のたてかたは、まずは期間は関係なく解除できるのが原則であり、但し、クーリング・オフ期間が過ぎた場合にはクーリング・オフ権が行使できないという規定になっています。ですから、消費者側は契約の日付を特定して、その日から8日以内だと主張する必要はありません。単に、事業者側が主張する契約が、特商法の適用のある取引のための契約であることと、クーリング・オフしたこと（意思表示の撤回

あるいは契約解除の意思表示をしたこと)を主張すれば足り、法定書面の交付をしてから8日なり20日なりが経過しているという事実は、事業者側に主張する責任があることとなります。

村(弁護士);問題は、裁判の現状では、裁判官がそういう法律構造を分かっ
てくださってないので、こっちが分からせないといけないという現実の問題
があるということです。分かってもらうためにすごく苦労して、それ
でもなおかつ分かってもらえないで消費者側が敗訴してしまうという現実
問題があるということです。

伊藤(創価);発言させていただきますけれど、契約をして、解除する、ク
ーリング・オフするというのが請求原因。それに対して障害要件として、そ
れは法定書面を交付した後8日以上経過しているかというのが相手方の抗
弁。法定書面を交付したというのは、法定書面の内容をきちんと言わなけ
ればならないということではないですか。

齋藤(弁護士);その通りです。

伊藤(創価);傍聴席におられる先生方でぜひ発言をという方はございます
でしょうか。よろしいでしょうか。傍聴席の先生方も立派な方ばかりです
のに申し訳ないです。パネリストの先生方も補足とくにございませんでし
ょうか。

それでは、誠にふつつかな司会でございましたけれども、先生方が大変
充実した討論をなさってください、大変有益な研究会ができたというこ
とを、世話役として非常に喜んでおります。心から先生方に本当に厚く御
礼を申し上げます。あとお願いとしましては、この研究会を振り返ってな
り、あるいは座談会を傍聴してなり、何でもよろしいですから、ぜひ所報
に書いていただければと思います。申込みをもちろん強制はできませんし、

困惑させることもできませんけれども（笑）。宜しく願いいたします。本当にありがとうございました。

この要件事実教育研究所というのは、文科省のプロジェクトが終わったにもかかわらず、大学からの援助で、こういう研究会を企画できるということについて、私は、大学当局に対して非常に感謝しております。

本日は、皆様どうもありがとうございました。

— 以 上 —