特集 改正民法案と不動産市場【論説】

民法改正による約款規制と消費者法

—不動産取引を中心に

Legal Control for Contract of Adhesion and Consumer Protection
under the Amendment Bill of Civil Law

Toshiya BANDO : Kyoto Sangyo University

坂東 俊矢*

1. はじめに一民法への消費者法の導入を
めぐる議論の経緯

2015年3月31日、法制審議会での5年余りの審議を経て、民法の一部を改正する法案（以下、法案）が閣議決定され、国会に提出された。その後、衆議院法務委員会に付託されたものの、現在まで審議はなされていない。現段階では、今後の動向はまったく予想できない。本稿は、法案を前提に、それが消費者取引に与える影響について、約款規制を中心に論ずることとする¹。

さて、法案には「消費者」という言葉は、まったく使われていない。民法という法律の性質を考えれば当然のようにも思われるが、民法改正が議論された当初は、消費者法理を民法に取り込むことの是非が重要な論点になっていた²。民法を改正する理由のひとつに、人の具体化が言われ、消

費者はそのためのもっとも有力な法概念であった³。そこでは、消費者にかかわる規定の民法への導入の適否、消費者契約法の規定を見直した上で民法に定めることの適否が議論の対象とされた⁴。消費者契約に関する基本原則はすでに特殊なものではなく、一般私法の原則として充実させるべきであるとする主張がある一方で、民法はあくまで対等平等な当事者を律する私法であるとする見解も根強かった。民法に消費者法理が取り込まれることによって、現実の問題に対応した柔軟な法改正が困難になるとの危惧も示されていた。こうした議論を経て、2013年2月26日にまとめられた「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下、中間試案）では、消費者契約法の不実表示を消費者契約に限定せずに民法に規定すること、消費者と事業者との間の格差を契約に関する基本原則としての信義則等の適用にあたっての考

坂東 俊矢*（ばんどう としや）京都産業大学大学院法務研究科

¹ 不動産取引と消費者保護については、松本克美「不動産取引と消費者」（中田邦博・鹿野菜穂子『基本講義消費者法第2版』日本評論社（2016）195頁）。

² 民法改正と消費者法の関係をめぐっては、「民法改正と消費者法（日本消費者法学会第2回大会資料）」現代消費者法4号（2009）、「特集 民法改正と消費者法」消費者法ニュース80号（2009）に掲載された諸論文を参照のこと。また、消費者の観点から法案を解説するものとして、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会『Q&A消費者からみた民法改正』民事法研究会（2015）がある。

³ 内田貴「今なぜ「債権法改正」か？（下）」NBL872号（2008）72頁。

⁴ 例えば、2011年4月「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下、中間論点整理）での、部会資料【20-1】【20-2】「第1 消費者・事業者に関する規定」を参照。

⁵ 中間試案では以下のように書かれている。「消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）のほか、情報の質及び量並びに交渉力の格差がある当事者間で締結される契約に関しては、民法第1条第2項及び第3項その他の規定の適用に当たって、その格差の存在を考慮しなければならないものとする」（中間試案「第26 契約に関する基本原則等」〔4 信義則等の適用に当たっての考慮要素〕）

慮要素とする提案がなされた⁵。もっとも、これらの提案は、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」（2014年8月26日。以下、要綱仮案）では採用されず、結果的には民法改正法案にも盛り込まれなかった。

消費者法理の民法への導入、いわゆる消費者法の一般法化は、今回の改正では見送られた。もっとも、それは法案が消費者法や消費者契約に影響を与えないということでは決してない。第一に、民法改正に際して議論された消費者法理は、とりあえずは消費者契約法などの消費者法領域での立法化の適否に議論が移ったと考えるべきである。第二に、法案の規定には、消費者契約の基本となるいくつかの提案が含まれていることである。その中でも、とりわけ、約款に関する規定は民法に新たな規定を立法するとの提案であり、また消費者契約の大部分が約款によることからしても、重要な意義を有している。

2. 民法改正法案での約款規制

法案では、約款に関する規定は、「第2章 契約」の「第5款 定型約款」として、第548条の2から第548条の4までの3箇条が提案されている⁶。

(1) 定型約款

民法が適用される約款は、定型約款という表現が用いられ、「定型取引において、契約の内容及びその内容を目的としてその特定の者により準備された条項の総体」と定義されている（第548条の2第1項）。条文の定型取引に関する定義を踏まえると、定型約款とは、①特定の者が不特定多数の者を相手とする取引で、②取引内容の全部又は一部が画一的であることが契約当事者双方に合理的であることについて、③契約当事者の一方によって、④契約内容とすることを目的として準備

された条項の総体、ということになる。

消費者に対する不動産取引は、売買であれ、賃貸借であれ、そのすべてが定型約款による取引である。建物の建築請負契約では、その仕様や契約条件などが個別の交渉に委ねられ、個々の契約で異なる場合も考えられる。もっとも、そうした契約にあっても、個人との契約では基本的な内容のかなりの部分が共通であることが通例であり、これも定型約款としての規律を受けると解される。なお、本条は定型約款が用いられる限りは、それが事業者間取引であっても、適用が排除されない。また、法制審議会での審議過程では契約書のひな形の取扱いが問題となっていたが、それがそのまま契約に使われるために準備されている限りは定型約款に該当するが、あくまでひな形であって、それらが修正されて利用される場合には、定型約款には該当しないことになる⁷。

(2) 定型約款による契約が有効とされる要件（組入要件）

法案第548条の2第1項は、①定型約款を契約の内容とする合意をしたとき（同条同項1号）、又は②定型約款を準備した者（約款準備者）があらかじめ定型約款を契約内容とする旨を相手方に表示していたとき（同条同項2号）、に契約当事者は定型約款に規定されている個別の条項についても合意したものとみなすと規定する。

約款による契約が拘束力を有する法的な根拠（いわゆる約款論）については、さまざまな議論がなされてきた。法案は、大部分の学説が理論的土台としている「約款によって契約を締結すると合意（組入要件としての合意）」を法的拘束力とする原則を採用したものであり、民法にその旨が規定される意義は小さくない⁸。もっとも、組入要件としての合意を認めるためにはどのような

⁶ 改正民法の約款規制については、法制審議会民法（債権関係）部会に幹事として関与してきた鹿野教授による詳細な論考がある。審議過程での議論とそれに対する判断を知るだけでなく、今後の解釈の指針となる指摘がなされており、大変貴重な研究成果である。鹿野菜穂子「民法改正と約款規制」法曹時報67巻1号（2015）1頁。

⁷ 潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』金融財政事情研究会（2015）204頁。

⁸ 契約が原則として両当事者の合意により成立することに異論はないが、法案ではその第522条で申込みと承諾の意思表示の合致により、書面などの方式を具備しなくても、契約が成立する旨規定することが提案されている。

条件が必要であるかについては、学説でも見解が統一されているとは言い難い。法案は、定型約款を具体的に契約の相手方に示すこと（いわゆる開示要件）までは求めている。約款による契約との当事者間の合意⁹あるいは約款準備者が相手方にあらかじめ約款を契約内容とする旨を表示していたことを求めるに過ぎない。契約当事者間での定型取引を行うとの合意を前提に、契約締結前に約款準備者として具体的にどのような態様が必要とされているのかは、法案の条項からは必ずしも明らかではない。約款準備者が定型約款による契約であることを明示し、相手方がそれを認識した上で、約款を契約内容とすることに明示あるいは黙示に同意したことが必要であると解すべきであろう¹⁰。

消費者に対する不動産取引では、宅地建物取引業者が契約当事者として、あるいは、その仲介により契約が締結されることが多い。その場合には、宅地建物取引士による重要事項説明書（宅建業法35条）に基づく説明と書面の交付がなされるとともに、契約書（宅建業法37条）も記名、捺印の上、交付される¹¹。こうした手続で、定型約款による契約であることが明示されることが必要になる。

(3) 定型約款の内容の表示（開示要件）

法案は、定型約款そのものを取引の相手方に契約締結に先立って示すことを求めている。あくまで、契約の相手方から定型取引合意の前後に請求があった場合に、相当な方法で定型約款の内容

を示すことが求められているに過ぎない（第548条の3第1項）。契約内容を確認するための定型約款の内容の確認は、あくまで取引の相手方のイニシアティブに委ねられている。その限りで、消費者契約では、定型約款の開示を契約締結前に求めることが消費者の権利義務を明確にする上で重要な課題になろう。なお、約款準備者が定型取引合意前に定型約款を請求されたにもかかわらず、正当な理由なくそれを拒んだ場合には、その定型約款は契約内容にはならない（同条第2項）。また、定型取引合意後の定型約款の開示には、相当期間内との制限が付されている。もっとも、定型約款の内容の開示が契約内容を確認するために不可欠な手段であることを考慮すれば、少なくとも契約が継続中はもちろん、それに基づく請求権の行使が可能な限りは相当期間の範囲内であると評価すべきである¹²。

(4) 定型約款の条項規制

定型約款が組入要件を満たしているとしても、法案は、ある条項が①相手方の権利を制限あるいは義務を加重するものであって、②定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして信義則に対して相手方の利益を一方的に害する場合には、その条項については合意をしなかったものとする（第248条の2第2項）。実質的には、消費者契約法第10条の不当条項規制とほぼ同じ要件を定めるが、その効果を「合意しなかったもの」として組入要件から除外するとの提案がなさ

⁹ 明示の合意だけでなく、通常的意思表示と同様に黙示の合意も含まれるとする（鹿野・前掲注(6)21頁）。なお、法案が成立すれば、鉄道営業法や道路運送法、航空法も改正され、約款が表示されている場合だけでなく、公表されている場合にも、約款による契約が拘束力を有することになる。立法的手当がすべての場合に準備されるわけではないことを考慮すれば、黙示の合意を認定せざるを得ない場合があることに異論はない。もっとも、黙示の合意の認定は、あくまで慎重に判断すべきであることも疑いはない。

¹⁰ 中間試案の段階までは、定型約款が相手方に表示されたことを前提に（開示要件を満たした上で）、約款による契約であることが合意されることが想定されていた。こうした議論の経緯を踏まえ、立法に関与した学者も、定型約款が契約内容となることを「相手方が黙示の同意をした（潮見・前掲注(7)205頁）」「少なくとも消極的な形で承諾があったと見ることができると想定されている（鹿野・前掲注(6)21頁）」としている。

¹¹ なお、重要事項説明書や契約書は、民法改正によってその内容を見直す必要がでてくる。例えば、法案では、不動産取引にとって重要な危険負担の修正（第536条）や瑕疵担保の削除と契約目的不適合責任（第562条～564条）、賃貸借契約についても原状回復義務とは別に収去義務（第599条）を定めるとの提案がなされている。

¹² 鹿野・前掲注(6)25頁は、長期間の経過で約款開示が極めて困難であるような例外を除いて、相当期間の経過は認められないとする。

れている。なお、信義則に反することの評価規範としては、定型取引の態様、実情、取引上の社会通念が例示されている。ここでは内容の不当性だけでなく、手続の正当性など広く取引にかかわる事情が考慮される。実質的には、定型約款に定められた条項の正当性の評価が、この規定の解釈と適用を通してなされることになる。

消費者契約に関する不当条項の法規制を考えれば、第一に民法90条（公序良俗）による規律、第二に定型約款の組入要件が除外される条項、第三に消費者契約法による不当条項規制（消費者契約法第8条～10条）という三重の判断構造が準備されていることになる。その要件と効果はそれぞれ異なっているが、そのそれぞれが果たす役割や機能が整合性をもって分かりやすく整理される必要がある。また、例えば、民法改正の審議過程でも議論されたが立法としてはその採用が見送られた、当事者が予測できない内容を定める不意打ち条項の位置づけについても、改めて検討されることが不可欠である¹³。

消費者に対する不動産取引では、建物賃貸借契約における通常損耗補修費用を含む敷金控除条項（通常損耗負担特約）の効力が争われた事案の最高裁判決（最判平成17年12月16日民集218号1239頁）では、その条項に関する合意が成立しているためには、特約の内容が契約書に具体的に明記されているか、賃貸人の説明で借借人が明確に認識していることが必要であると判示している。また、敷引特約が消費者契約法10条に反して無効であるかが争われた最高裁判決（最判平成23年7月12日判例時報2128号43頁、判例タイムズ1356号87頁）でも、敷引額が高額に過ぎない限り信義則に反しないとされているが、その前提として敷引特約が双方にとって経済的合理性があると評価され、借借人が明確にその内容を認識していることが求められている。不動産取引では、いずれの裁判例で

も、定型約款の内容の開示と説明とが前提とされていることに留意する必要がある。

(5) 定型約款の変更

法案第548条の4は、定型約款の変更が、相手方との個別の合意を得なくとも、適切な方法による周知を行うことによって、有効となる場合について規定する。それは、定型約款の変更が、①相手方の一般の利益に適合するとき、②契約をした目的に反せず、かつ変更の必要性、変更後の内容の相当性、変更がある旨の定めの有無およびその他の変更に係る事情に照らして合理的なものである場合とされている。定型約款準備者としては、定型約款が本条の規定に基づいて変更されう旨を規定しておくことになる。もっとも、実際にはどれだけの周知期間を設けて、どのような手段で周知するか、さらに相手方に契約を解除する権原を与えているかなどが重要になる。

3. 民法改正で議論された消費者法理

民法改正に関する議論の過程では、定型約款に関するもの以外でも、消費者法理に直接影響する可能性のある事項が議論されている。詳細は紙幅の関係もあり省略するが、その主なものは、第一に、公序良俗違反の一類型として暴行行為に関する規定の明文化、第二に、消費者契約法でも規定されている契約締結過程における情報提供義務の明文化、第三に、消費者契約法で契約の取消し原因とされている不実表示の一般法化、である。いずれも、法案ではその立法提案が見送られたが、これらの検討は消費者契約法の改正というステージでの議論に引き継がれるべきである。

また、法案が成立し、施行されるとして、改正された民法の規定をそのまま消費者契約に適用することが適切であるのかは、定型約款に関する規定を含めて、改めて検討する必要がある。例えば、組入要件は民法の規定をそのまま消費者契約に適

¹³ 鹿野・前掲注(6)26頁は、いわゆる不意打ち条項（当事者が合理的に予期しない異例の内容の条項）の排除について、法案では独立の規定としては採用されていないが、この規定の解釈論として、明確な合意がない限り拘束力が否定されるとの形式で検討可能であると指摘する。

用することで足りるのか。情報提供義務が事業者
に課せられている消費者契約（消費者契約法第3
条第1項）では、少なくとも重要な事項について
は開示されることが組入要件として考慮されるべ
きではないか。不当条項規制に関しては、例えば
消費者契約における不意打ち条項については、民
法の解釈に委ねるのではなく、消費者契約法の改
正によってその効力を明確にする必要はないか。
今回の立法ではその提案が見送られた約款の解釈
準則としての「作成者不利の原則」を消費者契約

では明示する必要はないか。加えて、今回の民法
改正でも議論され、消費者契約法の制定に際して
も議論された不当条項リストを再検討する必要は
ないか。約款の内容の変更などは、むしろ消費者
契約に関して問題となる。その具体的な内容や手
続を定める必要はないか。

法案による民法の改正は、消費者をめぐる民事
法理の再検討が改めて必要になることに他ならな
い。とりわけ、改正された民法と消費者契約法と
の整合性を図ることは、緊急の課題である。