

消費者庁「消費者契約に関する検討会」における検討の方向性に対する意見書

2021年（令和3年）1月22日

日本弁護士連合会

2019年12月から、消費者庁において、消費者契約法の第3次改正に向けた消費者契約に関する検討会（以下「検討会」という。）が開催されているところ、検討会におけるこれまでの検討の方向性に対する当連合会の意見は、以下のとおりである。

第1 つけ込み型不当勧誘取消権の創設－消費者の判断力に関する規定

検討会における検討の方向性（検討会第5回資料8頁＜規定案1＞）

事業者が、（i）消費者の判断力が著しく低下していること、及び、（ii）当該契約が当該消費者の生活に著しい支障を及ぼすことを知りながら勧誘し、これによって消費者が契約を締結したときは、消費者は契約を取り消すことができる（消費者の心理状態は要件としない）。

【意見】

検討会における検討の方向性では被害救済の範囲が狭すぎる。つけ込み型不当勧誘による消費者被害を適切に救済するためには、下記①～③のとおりとすべきである。

- ① 消費者の「判断力の低下」だけではなく、「知識・経験の不足」や、「事業者による断りにくい状況の作出」により不当な内容の契約を締結した場合も、取消しの対象とすべきである。
- ② 不当な内容とされる契約を、「消費者の生活に著しい支障を及ぼす」場合に限定するのは狭きに失する。
- ③ 「当該消費者の生活に著しい支障を及ぼすこと」について事業者の認識を要件とすべきではない。

また、契約内容の不当性が著しい場合には、消費者が合理的な判断をすることができない事情についても、事業者の認識は不要とすべきである。

【理由】

- 1 検討会における検討の方向性は、消費者が合理的な判断をすることができない事情を不当に利用して、事業者が消費者を勧誘し契約を締結させた場合における

消費者の取消権（いわゆる「つけ込み型不当勧誘取消権」¹⁾）のうち、消費者の判断力低下につけ込む場合の規律として、消費者の事情、契約内容、事業者の認識の3点をそれぞれ限定し、かつ、これら全てを充たして初めて取り消すことができるとするものであって、消費者被害の適切な救済という観点からして、対象範囲が狭すぎると言わざるを得ない。

そもそも、判断力が著しく低下している者の契約は、意思無能力かこれに準じるような場合と評価できるものとも言え、そうであれば、民法上、相手方の認識の要件と関係なく無効とされる場面であるし、消費者の生活に著しい支障を及ぼすことを知りながら勧誘し契約を締結させることは、それ自体が公序良俗違反で無効とも言える契約である。つまり、検討会における検討の方向性は、民法でも契約が無効とされるようなケースの要件を、更に重ね合わせた場面でしか取消権を行使できないような内容であって、消費者と事業者の構造的な格差を大前提とする消費者契約法（以下「本法」という。）の取消規定としては、限定的に過ぎる。

2 消費者が合理的な判断をすることができない事情について

そもそも、「合理的な判断をすることができない事情」とは、「加齢や認知症による判断能力の低下、知識・経験の不足、事業者による断りにくい状況の作出等」であるとされており²⁾、「判断力の低下」に限られるものではない。

「判断力の低下」は、消費者が合理的な判断をすることができない事情の典型ではあるが、「判断力の低下」ではなく「知識・経験の不足」や「事業者による断りにくい状況の作出」によって不当な内容の契約が締結された場合には取消権が行使できないというのは、明らかに均衡を失するものである。

現に、2019年に大きな社会問題となった保険の不適切な販売事案等は、保険契約に関する消費者の知識不足や、勧誘者への高い信頼が背景にあり、それに乘じて契約を締結させられたものであって、消費者の「判断力の低下」だけでは捉えきれない深刻な被害事例が、相当の割合を占めていると考えられる。

したがって、「判断力の低下」だけではなく、「知識・経験の不足」や、「事業者による断りにくい状況の作出」により不当な内容の契約を締結した場合も、取消

¹ 2018年の本法改正時の衆議院・参議院の両附帯決議において、いわゆるつけ込み型不当勧誘取消権の創設につき、法成立後2年以内に必要な措置を講ずることとされている。

² 消費者庁消費者制度課編「逐条解説消費者契約法（第4版）」（商事法務）（以下「逐条解説（第4版）」という。）190頁

しの対象とすべきである^{3,4}。

3 不当な内容とされる契約について

検討会における検討の方向性では、「不当な内容」とされる契約を「消費者の生活に著しい支障を及ぼす」ものに限定しているが、救済範囲が限定的に過ぎる。

「消費者の生活に著しい支障を及ぼす」場合の具体例として、①当該消費者が居住している不動産を処分するときや、②消費者が継続的に支払義務を負う場合において、毎月の支払額が月収の一定割合を超えるとき、③その他消費者の生活を著しく困難にするときが挙げられているが⁵、これでは消費者の資産や収入に照らして相当高額な契約でなければ取消しの対象にならないことになってしまう。特に、消費者が高収入であったり、いわゆる資産家であったりした場合、「生活に著しい支障を及ぼす」契約はほとんど存在しないことにもなりかねない。

また、貸金業法において貸金業者に顧客の資力等に関する調査義務を課している場面とは異なり、消費者契約一般において、当該契約が「当該消費者の生活に著しい支障を及ぼす」かどうかを事業者が把握し得る場面は限定的と考えられることから、要件として適切に機能するとは考えられない。

4 事業者の認識の要否について

(1) そもそも、消費者の生活に著しい支障を及ぼすことを知りながら勧誘し、契約を締結させることは、それ自体、公序良俗に反する行為であるから、「当該消費者の生活に著しい支障を及ぼすこと」についてまで事業者の認識を必要とする規律には反対である。

(2) さらに、契約内容の不当性が著しい場合⁶、具体的には、検討会における検討の方向性にある、「消費者の生活に著しい支障を及ぼす」契約はもちろん、契約の目的と対価が著しく不均衡である場合や、およそ経済的合理性を欠く場合等、

³ 消費者契約法日弁連改正試案（2014年版）（2014年7月17日）（以下「改正試案（2014年版）」という。）第6条では「消費者は、事業者が、当該消費者の困窮、経験の不足、知識の不足、判断力の不足その他の当該消費者が消費者契約を締結するかどうかを合理的に判断することができない事情があることを不当に利用して、当該消費者に消費者契約の申込み又は承諾の意思表示をさせたときは、これを取り消すことができる」としている。

⁴ スマートフォンを契約したら、不要なタブレット端末や付属品とのセット契約だったというような事例（2018年9月13日付け独立行政法人国民生活センター報道発表資料「セット契約やスマートフォンの使い方などの携帯電話のトラブルー高齢者の相談が増加していますー」）のように、個別の消費者の契約目的・動機と契約内容が合致しない場合（必ずしも全ての消費者にとってそのような契約を締結する必要がないとまでは言えない場合）も、個別の消費者の「判断力の低下」や「知識・経験の不足」といった合理的な判断をすることができない事情を不当に利用して勧誘し、個別の消費者にとって不要な契約を締結させた場合と言える。

⁵ 検討会第5回資料8頁

⁶ 電気通信事業法19条2項6号にある「社会的経済的事情に照らして著しく不相当であるため、利用者の利益を阻害するもの」といった表現が参考になる。

通常であれば、そのような契約を締結する必要がないと考えられる場合⁷については、現行法4条4項の過量契約取消権において、事業者に「過量の認識」さえあれば、消費者に合理的な判断をすることができない事情があることを事業者が利用して契約を締結させたものと評価できるとされていることに照らして、「判断力の低下」や「知識・経験の不足」といった消費者が合理的な判断をすることができない事情についても、事業者の認識は不要とすべきである。

第2 つけ込み型不当勧誘取消権の創設－「浅慮」に関する規定

検討会における検討の方向性（検討会第7回資料1・8頁<規定案2-1>）

- ① 社会心理学の分析を手掛かりに、被害事例に照らすと、例えば、契約を締結するか否かを検討する時間を、取引上の社会通念に照らして不当といえる程度に制限すること等について、「浅慮」作出行為として取消権の規定を設けることが考えられるのではないか。
- ② 更に、「浅慮」という心理状態に陥りやすい消費者の属性や状況を要件とすることも考えられるのではないか（例えば、コンプレックスを抱いていること（中略）や、重い病気であること（中略）等）。

【意見】

①の契約を締結するか否かを検討する時間を、取引上の社会通念に照らして不当と言える程度に制限することについて、取消権の規定を設けることに賛成である。もっとも、②の「消費者の属性や状況」について、これを①とは別の取消類型として規定するのであれば賛成であるが、①の付加的な要件とすることには強く反対する。時間制限の場合に限らず、広く取消しの対象とすべきである。

【理由】

- 1 そもそも、「浅慮」とは、「本来の意思決定から注意が逸れたり、思考の範囲が狭まったり、あるいは、思考力が低下するような心理状態」とされ⁸、「浅慮」状態になっている場合、思考力が低下しているため、勧誘者の言葉や行為に影響を受けやすく、消費者の誤信や混乱を惹起・強化する面があるとされている⁹。

⁷ 例えば、新品を購入する以上の修理代がかかる修理契約や、生命保険会社が既存契約を解約させて顧客に不利な新契約に乗り換えさせる契約、温暖な地域の住宅において全く不要な寒冷地仕様のリフォームを勧めるような契約等は、およそ経済的合理性を欠くと言える取引であり、消費者に何らメリットがなく、契約内容の不当性が著しい類型である。

⁸ 消費者庁「若者の消費者被害の心理的要因からの分析に係る検討会報告書」110頁

⁹ 前掲注7文献では、友人関係等を利用され勧誘者との関係を気にする際や、勧誘者からその場での判断を迫られた際、勧誘で長時間拘束され疲れてしまい思考力が低下してしまった際などに契約する場合が、具体例として挙げられている。

このような考え方は、消費者に十分に思考をさせず、契約内容を吟味できない心理状態において契約を締結させるという消費者被害の実態を捉えたものであり、評価できる。

検討会における検討の方向性①にある、検討時間を取引上の社会通念に照らして不当といえる程度に制限するという事業者の行為によって、消費者は十分な思考ができず、契約内容を吟味できない心理状態に陥るのであるから、この場合に取消しを認めることは賛成である。

また、具体的な適用場面として、事業者が、事前に告げることなく直ちに契約を締結することを迫ったり、検討時間を理由なく制限したりすることなど¹⁰によって、消費者が、思考力が十分に働かなくなつて契約を締結した場合が取消対象となることを、逐条解説等で明記すれば、タイムセールなど、通常行われているような事業活動を過度に制限することになるおそれもない。

2 検討会における検討の方向性②にある、消費者の属性や状況については、これを①の付加的な要件とすることには強く反対である。たしかに、検討会における検討の方向性①は、「取引上の社会通念に照らして不当といえる程度に制限」という規範的な要件になっているが、消費者契約に関する一般法で、かつ民事ルールである本法としての性質からすれば、ある程度規範的な要件となるのは当然であるし、あまり要件を細分化して条文に落とし込んでいくと必ず隙間が生まれることになり、妥当でない。

そもそも、「浅慮」状態は、消費者の注意が逸れたり、思考の範囲が狭まったり、あるいは、思考力が低下するような心理状態であることから、時間的に制限された場合に限る必然性は全くない。

したがって、友人関係等を利用され勧誘者との関係を気にする場合のような、「浅慮」という心理状態に陥りやすい消費者の属性や状況を踏まえた、検討会における検討の方向性①とは別の類型を併せて設けることによって、時間的な制限以外の場合も、広く取消対象とすべきである。

第3 つけ込み型不当勧誘取消権の創設－「困惑」類型の脱法防止規定

検討会における検討の方向性（検討会第7回資料1・22頁<規定案2-3>）

① 〔類型I〕法4条3項1号、2号、6号～8号に共通する行為として、「勧誘の態様及び取引上の社会通念に照らして当該消費者の当該消費者契約を締結しない旨の判断を妨げるような行為」を追加する。

¹⁰ 検討会第2回資料3・2頁

② 〔類型Ⅱ〕法4条3項3～5号に共通する行為として、「当該消費者が合理的な判断をすることができない事情を有していることを知りながら、これに乗じ、取引上の社会通念に照らして当該消費者の当該消費者契約を締結しない旨の判断を妨げるような事項を告げる行為」を追加する。

【意見】

困惑類型に、包括的で汎用性のある規定を設けるという方向性は高く評価でき、①及び②ともに賛成である。ただし、将来的には、困惑類型に限らず、不当勧誘全体の包括的取消規定を設けるべきである。

【理由】

1 困惑類型の脱法防止規定が必要であること

困惑類型に、包括的で汎用性のある規定を設けるという方向性は極めて高く評価できる。

そもそも、消費者が「困惑」するに至る事業者の行為態様は様々であり、包括的な脱法防止規定を設けることにより、「困惑」状況で契約を締結したにもかかわらず取消しができないという規制の漏れを避けることができる。そして、本法の2018年改正によって、困惑類型は、不退去と退去妨害の2類型だけであったものが、現在では8類型となっている。したがって、困惑類型において、これらの多様な類型から、一定の共通する要素が抽出できるようになった以上、脱法防止という観点から、包括的な規定を設けるべき時期が来ていると言える。

もちろん、個別の取消事由には該当しないが、全体的に見ると事業者の不当性がうかがえるいわゆる「すき間事案」について、民法の公序良俗違反や不法行為といった一般条項の枠内で消費者を救済するという手法もあり得るが、そのような救済は、紛争が裁判所に持ち込まれて初めて機能するものであり、被害救済への道筋としては限定的なものである。本法が裁判規範として重要な役割を果たしていることは言うまでもないが、実際に活用される場面としては消費生活相談も重要であって、本法に脱法防止規定を導入することにより、相談現場での活用及び被害救済に資することになる。また、本法において、漏れが生じないような規定を設けることは、不当条項に関する一般条項である本法10条と同じく、規定の存在自体が、「困惑させるような勧誘による契約を認めるべきでない」という社会的なメッセージにもなる。

2 不当勧誘全体の包括的取消規定の必要性

前記1のとおり、困惑類型に関する脱法防止規定を設けることは極めて重要であり、まずは、この点から規定していくべきであるが、本来的には、更に一歩進んで、不当勧誘全体の包括的な取消規定も設けるべきである。

そもそも、消費者契約の勧誘においては、事業者が、各種の心理学的なセールス手法を複数組み合わせる働き掛けを行い、契約を獲得することが多く行われている。言い換えれば、不当な勧誘により契約に至った場合に、消費者の自由な意思が害されるような心理状態としては「誤認」や「困惑」の他にも様々なものがあり、かつ、それらの心理状態は単一ではなく、複雑に絡み合ったものとなっているのが実態である。

したがって、「困惑」類型の脱法防止規定にとどまらず、将来的には、「誤認」、「困惑」、「浅慮」等の様々な心理状態にまたがるような不当勧誘取消に関する包括的な取消規定を設けるべきである。

第4 「平均的な損害の額」の意義の明確化

【意見】

本法9条1号の「平均的な損害の額」の意義について、解除の事由、時期の区分のほか、契約の目的(当該消費者向けに限定された給付なのかどうか)に照らして、逸失利益が含まれる場面が例外的なものにすぎない旨を明示するため、法改正に向けた検討を速やかに進めるべきである。

【理由】

検討会では、本法9条1号の「平均的な損害の額」に関する消費者の立証責任の負担の緩和のための方策が検討されている。しかし、実際の紛争においては、契約の解除に伴う事業者の逸失利益が「平均的な損害の額」に包含されるか否かが論点となっており、その立証資料も含めて消費者の主張立証負担が過大になる傾向が否めない。

そもそも訴訟当事者の立証活動は、立証対象となる具体的事実との関係で、これを基礎付ける具体的な立証資料の収集を行うものであることから、立証責任の負担緩和を議論する前提問題として、訴訟当事者の立証対象である「平均的な損害の額」の意義を明確にすることが避けられない。

「平均的な損害の額」の意義を確認すると、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であって、解除の事由、時期等により同一の区分に分類される複数の同種の契約の解除に伴い、当該事業者が生じる損害の額の平均値を意味するものであり、あらかじめ事業者が算定することが可能なものとされている¹¹。

本法9条1号は、消費者が、消費者契約の解除に伴い、事業者から不当に損害賠

¹¹ 逐条解説(第4版) 277頁

償や違約金の出捐を強いられることのないようにする趣旨であること¹²に加えて、同号の立法経緯¹³を踏まえると、無限定に事業者の逸失利益を含める解釈は相当でない。「平均的な損害の額」に事業者の逸失利益が含まれるのは、解除の事由、時期の区分のほか、契約の目的（当該消費者向けに限定された給付内容なのか否か）等に照らして¹⁴、他の消費者との契約において代替ないし転用される可能性のない場合に限られるものと考えられる^{15, 16}。

この点を明確にするための、法改正に向けた検討を速やかに進めるべきである。

第5 「平均的な損害の額」の立証負担の軽減について

検討会における検討の方向性（検討会第6回資料1・第9回資料1）

① 推定規定

「同種の事業者」に生ずべき平均的な損害の額を、「当該事業者」に生ずべき平均的な損害の額と推定する旨の規定を設ける。

② 積極否認の特則

ア 特許法104条の2を参考にし、当該解約料が「平均的な損害の額」を超えるとの消費者の主張を否認する場合は、事業者が「平均的な損害の額」とその算定根拠を具体的に明らかにしなければならないこととする規律を設けてはどうか。

イ 努力義務として、「事業者は解約料の条項を用いる場合には、その根拠を直ちに示すことができるように努めなければならない」旨の規定を設けてはどうか。

③ 文書提出命令の特則

ア 事業者が「平均的な損害の額」の算定根拠として用いた資料を裁判所に提出する規律を設けてはどうか。

イ （アのうち、）提出義務の対象文書を（中略）会計帳簿に特定する方向性も考えることができる

¹² 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（第2版増補版）」（商事法務）（以下「コンメンタール（第2版増補版）」という。）174頁

¹³ 1999年11月30日第17次国民生活審議会消費者政策部会消費者契約法検討委員会【消費者契約法（仮称）の具体的内容について】第3の4(1)⑦においては、民法416条1項「通常生ずべき損害」と同文言の、「事業者通常生ずべき損害を超えることとなる条項」との提案がなされた後に、立法時には「平均的な損害の額を超えるもの」との文言に改められた。

¹⁴ 契約目的を勘案する重要性の指摘は、大澤彩『不当条項リストの補完』河上正二編著「消費者契約法改正への論点整理」（信山社）80頁

¹⁵ コンメンタール（第2版増補版）174頁

¹⁶ 前掲注13文献80頁

ウ (②や③と併せて) 特許法第105条の4を参考にして秘密保持命令制度を新たに設けることが考えられないか。

エ 文書提出命令の特則の利用主体を適格消費者団体に限定した上で、インカメラ手続を導入して裁判所が文書を確認して文書提出命令の特則が定める要件の該当性について判断を行い、必要に応じて適格消費者団体の意見を求めることができる規律を設けることとしてはどうか。

④ 実体法上の資料提出請求権

当事者(適格消費者団体)に、「平均的な損害の額」を超える蓋然性が相当程度高いことを立証した場合に資料提出請求権を付与することを検討することも考えられる。

【意見】

1 本法1条の趣旨目的を貫徹し、本法9条1号の「平均的な損害」の立証責任が事業者が存在することを明確にする法改正を検討すべきである。

もっとも、立証責任の転換がなされない現状に鑑み、次善の策として消費者の負担を緩和するための方策を新設することは賛成である。

2 消費者の立証負担軽減策として複数の提案がなされているが、積極否認の特則(②ア)及び解約料条項の算定根拠を示す事業者の努力義務(②イ)を新設するとともに、事業者の主張が客観的な資料に裏付けられるものかどうかの検証を可能とすべく、文書提出命令の特則(③)を設けるべきである。なお、文書提出義務の対象文書については、会計帳簿に限定(③イ)することなく、事業者が「平均的な損害の額」の算定根拠として用いた資料とすべきである(③ア)。

また、事業者の営業秘密保護の観点から、積極否認の特則や文書提出命令の特則の新設と併せて、特許法を参考にした秘密保持命令制度を導入する提案もなされているが(③ウ)、解約料条項の算定根拠となった資料が全て、特許権侵害訴訟における営業秘密と同程度の秘密性が要求されるものとは考えられないこと等から、秘密保持命令制度の導入については慎重な議論を要する。

さらに、文書提出命令の特則の利用主体は、適格消費者団体に限定(③エ)することなく、消費者全般が利用できるようにすべきである。

なお、推定規定(①)については、有効かつ適切に機能する場面があることから新設に賛成ではあるが、これが機能する場面は限定的であるから、積極否認の特則や文書提出命令の特則等、より汎用性が高い規定と併せて規定すべきである。

また、不特定多数の消費者被害を未然に防止する適格消費者団体の差止請求権をより有効に機能させるべく、適格消費者団体に、実体法上の資料提出請求権を認める規律を設けるべきである(④)。なお、検討会における検討の方向性の要件

は厳格に過ぎることから、設定される要件については更に検討が必要である。

【理由】

1 立証責任の転換が本来求められること

消費者がその情報収集等において構造的に事業者と比較して劣位に立つ上（本法1条参照）、その立証資料が事業者側にのみ遍在している実態を踏まえると、本法9条1号の「平均的な損害」の立証責任を負う消費者の負担は重い。

そのため、当連合会は、これまで繰り返し、この事態を抜本的に是正するためには、「平均的な損害」に関する立証責任の所在を事業者に転換するべきであることを述べてきた¹⁷。

現状においても、立証責任を事業者に転換すべき必要性、相当性、重要性には変わりがない。本法1条の趣旨目的を貫徹する観点に立ち、本法9条1号の「平均的な損害」の立証責任を転換し、事業者に存在することを明確に規定する法改正がまずもって検討されるべきである。

もっとも、立証責任の転換がなされない現状において、次善の策として消費者の重い立証責任の負担を緩和するための方策を検討することには賛成である¹⁸。

2 推定規定の創設について（検討会における検討の方向性①）

一定程度の規模を有する同種事業者に共通する標準約款が存在し、当該標準約款に平均的な損害額に関する規定が存在する事案では、推定規定が導入されることで、当該事業者の約款にその標準約款と乖離した過剰な負担を課す条項が存在する場合について、消費者の立証負担を緩和することが期待できるから、推定規定を新設することには賛成である。

もっとも、検討会での議論の出発点は、あらゆる事案における消費者の立証責任の負担緩和であるから、推定規定がその機能を発揮する場面が限られる点を踏まえると、これのみでは不十分であって、あらゆる事案において負担緩和が期待できる規定の創設が必要である。

3 積極否認の特則について（検討会における検討の方向性②）

積極否認の特則（②ア）や解約料条項の算定根拠を示す事業者の努力義務規定（②イ）を新たに明記することによって、事業者において「平均的な損害の額」を算定・考慮した解約料条項の策定を促す効果が期待できるほか、裁判所に積極的な訴訟指揮を促すことが容易となることから、これら規定の新設に賛成する。

¹⁷ 消費者契約法日弁連改正試案（2012年版）（2012年2月16日）、改正試案（2014年版）等参照

¹⁸ 2018年の本法改正時の衆議院・参議院の両附帯決議において、平均的な損害の額を法律上推定する規定の創設等、立証責任の負担軽減に向け早急に検討を行い、法成立後2年以内に必要な措置を講ずることとされている。

立証事項の絞り込みが進み、否認する理由を明らかにする証拠資料の提出を事業者に促すこともできることから、審理の停滞等の弊害の解消も期待できる。

事業者には、本法3条1項2号の趣旨に照らすと「平均的な損害の額」が問題となった場合に消費者に対する必要な情報提供に努めるべきことが既に要請されているのであって¹⁹、事業者には合理的な根拠をもって平均的な損害の額を算定しておくことが期待されていること²⁰を踏まえると、これら規定が明記されたからといって、事業者に過大な負担が生じることにはならない。

4 文書提出命令の特則について（検討会における検討の方向性③）

(1) 提出対象の文書に関する規定（③アイ）

積極否認の特則規定（②）が創設されたとしても、それだけでは、適切な証拠資料が訴訟上に提出されるかどうか不十分な側面がある。

その場合に、立証責任を負っている消費者が、事業者に対する文書提出命令を申し立てることによって、「平均的な損害の額」を算定するに足りる資料を入手し、主張立証を尽くせるようにしておくことが必要である。

そして現在、文書提出命令手続においては、民事訴訟法220条4号ハ該当性等、文書提出義務の存否に関する攻防が審理を複雑化、長期化させていることから、これを効果的に収束させる制度設計が検討されるべきである。

事業者には、合理的な根拠をもって「平均的な損害の額」を算定することが期待されていることを踏まえると²¹、より端的に、事業者が「平均的な損害の額」の算定根拠として用いた資料を裁判所に提出する規律（③ア）を設けるべきである。

他方、提出義務の対象文書を会計帳簿に限定する規律（③イ）は、もともと会計帳簿は「平均的な損害」を算定するための資料ではなく、これが提出されても立証責任の負担緩和につながるとは言い難いため、反対である。

(2) 秘密保持命令制度の導入について（③ウ）

営業秘密の保護への配慮から、特許法105条の4を参考にして新たに秘密保持命令制度を導入する提案（③ウ）がなされているが、営業秘密と一口に言っても、解約料条項を策定するに当たり算定根拠とした資料が全て、高度な専門性・技術性が認められる特許権侵害訴訟における営業秘密と同程度の秘密性が要求されるものとは考えられない。

¹⁹ 逐条解説（第4版）279頁

²⁰ 内閣府消費者委員会消費者契約法専門調査会「消費者契約法専門調査会報告書（平成29年8月）」9頁

²¹ 前掲注19

また、事業者が営業秘密と考える資料の漏洩防止については、現行法上でも、秘密保持に関する誓約書を取り交わすことや、閲覧制限等で十分対処可能である。現に、結婚式場の解約料条項が「平均的損害の額」を超えるものであるかどうか争われた訴訟においても、利益率や再販率等について、事業者が閲覧制限の申立てを行い、適切に処理されている²²。

秘密保持命令により課される秘密保持義務は、訴訟当事者にとって、当該訴訟の審理終了後も永続する重い義務であり、特許法の特異な場面に関してそれらが適合するとしても、本法の中に同種の規定を新設することが相当であるか、極めて疑問である。

以上のとおりであるから、秘密保持命令制度の導入については、その規定の適用範囲、特殊性、効力の重大性を踏まえての慎重な議論を要する。

(3) 文書提出命令の特則の利用主体等について (③エ)

今回の法改正議論の出発点は、本法第2章（実体法部分）に関するものであり、かつ、消費者であれば誰もが負担することとなる本法9条1号の重い立証責任を緩和するための制度の導入にある。

したがって、当然消費者を利用主体とする文書提出命令の特則規定を創設すべきであって、適格消費者団体のみが利用主体となる制度設計には反対する。

なお、文書提出命令に伴うインカメラ手続の特則規定の制度設計として、事業者が技術・職業の秘密に当たると主張する資料がある場合に、文書提出命令を申し立てた訴訟当事者が裁判所に対して意見を述べることができる制度を導入する場合、当該秘密に触れる特殊性を考慮し、適格消費者団体に限って意見を述べる訴訟上の地位を付与する制度設計は、検討に値するものと言える。

5 実体法上の資料提出請求権について (検討の方向性④)

適格消費者団体に対して、実体法上の資料提出請求権を付与する規定の新設は、適格消費者団体が差止請求権を効果的に行使し、未然に消費者被害の発生を防止する有効な手段となるから、賛成である。

しかし、当該請求権の行使に当たり、「平均的な損害の額」を超える蓋然性が相当程度高いことを要件として設定したのでは、適格消費者団体が訴訟外と訴訟内において実質的に同じ内容の立証を二度行うこととなり²³、このような要件の設定は、同請求権の活用可能性を削ぐ過重なものであり、相当でない。

よって、実体法上の資料提出請求権に設定される要件については、なお検討が

²² 京都地裁2014年8月7日判決、京都地裁2013年4月26日判決

²³ 検討会第6回資料1・27頁においても、立証負担が軽減されない可能性がある指摘されている。

必要である。

第6 不当条項の類型の追加－消費者の作為による意思表示擬制条項
検討会における検討の方向性（検討会第8回資料9頁）

消費者契約法第10条の第1要件（任意規定の適用による場合に比べ、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）に、「消費者の作為又は不作為をもって、消費者の合理的な意思に反し、消費者の所有権その他の重要な権利を放棄する意思表示を擬制する条項」を例示として追加する趣旨の規律とし、社会通念上相当でないことは消費者契約法10条の第2要件（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）の適用に委ねることが考えられないか。

【意見】

賛成する。もつとも、意思表示擬制条項全体を包含する条項を本法10条の第1要件の例示として明記すべきであり、規定の仕方については検討が必要である。

【理由】

1 本法10条の第1要件の例示に賛成であること

消費者の作為又は不作為をもって、消費者の合理的な意思に反し、所有権の放棄といった当該消費者の特定の意思表示を擬制する条項について、本法10条の第1要件の例示として明記する方向性には賛成する。

2 意思主義との乖離が見られる条項全体を包含する例示とすべきこと

事業者が作成する約款において、消費者の一定の作為又は不作為があった場合に消費者の意思表示を擬制する条項には、所有権など消費者の権利を放棄する旨を定める条項ばかりではない²⁴。

消費者は、一定の法律効果の発生を認識した上で特定の法律効果を導く意思表示を行うのが通常である（意思主義の原則）。そのため、特定の法律効果を容認する態度とは評価できない消費者の一定の作為又は不作為があったとしても、何らかの特定の意思表示を擬制されることはない。

それにもかかわらず、消費者の一定の作為又は不作為の存在のみによって特定の意思表示の存在を擬制する条項は、任意規定等との乖離が顕著であって、本法10条の第1要件を満たす条項に該当するものと言える。

²⁴ 例えば、ソフトウェア等ライセンス契約約款例として、「パッケージを開封すること、封をはがすこと（中略）により、お客様はこの契約に同意したものとみなされます。」という条項（第27回近畿弁護士会連合会大会シンポジウム第1分科会「消費者契約法の改正～もっと使える消費者契約法を目指して～」166頁）等がある。

よって、消費者の作為又は不作為をもって、「当該消費者の合理的な意思に反する法律効果を発生させる意思表示を擬制する条項」を本法10条の第1要件の例示とするなど、任意規定等との乖離が認められる意思表示擬制条項全体を包含する条項を本法10条の第1要件の例示として明記すべきであって、規定の仕方については更に検討すべきである²⁵。

第7 不当条項の類型の追加—サルベージ条項²⁶

検討会における検討の方向性（検討会第8回資料18頁）

- ① 消費者契約法第10条の第1要件の例示として、サルベージ条項を不当条項として規律する在り方が考えられないか。
- ② 消費者契約法第8条～10条の不当条項の規律を潜脱する条項と考えることも可能である。すると、消費者契約法第10条の第1要件の例示ではなく、端的に消費者契約法上の不当条項の規律を潜脱する条項は無効とするという規律の在り方も考えられるのではないか。たとえば、「消費者契約法その他の法令の規定により無効とすべき消費者契約の条項について、無効となる範囲を限定する条項は無効とする」という趣旨の規律はどうか。

【意見】

サルベージ条項について、不当条項として規律することに賛成する²⁷。ただし、本法10条の第1要件の例示として規律する（検討会における検討の方向性①）のではなく、本法8条から10条の不当条項の規律を潜脱する条項として評価の余地なく無効とする方向性（検討会における検討の方向性②）に賛成である。

【理由】

サルベージ条項は、消費者にとって不明確な条項である。サルベージ条項が付加された条項は、消費者が正しく意味を理解しにくく、一般の消費者に事業者の責任追及を委縮させる効果があるものとなっていることから²⁸、不当条項として無効と

²⁵ 改正試案（2014年版）においては、不当条項と推定する条項（いわゆるグレーリスト）として、18条1号において、「消費者の一定の作為又は不作為により、消費者の意思表示がなされたもの又はなされなかったものとみなす条項」を掲げている。

²⁶ サルベージ条項とは、ある条項が強行法規に反し全部無効となる場合に、その条項の効力を強行法規によって無効とされない範囲に限定する趣旨の条項をいう。例えば、本来であれば無効となるべき条項に「法律で許容される範囲において」という文言を加えたものがこれに当たる（逐条解説（第4版）119頁）。

²⁷ 2018年の本法改正時の衆議院・参議院の両附帯決議において、サルベージ条項等の不当条項の類型の追加等について引き続き検討を行うこととされており、加えて、参議院の附帯決議では、法施行後3年を目途として必要な措置を講ずることとされている。

²⁸ 検討会第4回資料1・25頁

される条項（本法8条～10条）にサルベージ条項が附帯することで、不当条項規制を潜脱する法律効果を生じると言ってもよい。

本法の2018年改正において、事業者に責任の有無及び責任の限度を決定する権限を付与する条項について、本法8条1項各号及び8条の2の潜脱防止の観点から無効とする規定（ブラックリスト）が新設された立法経緯を考慮すれば²⁹、サルベージ条項に対する不当条項規制についてもまた、評価の余地なく無効とすること（ブラックリスト化）が必要であり、相当である。

なお、サルベージ条項を利用する必要性が事業者にあると言われることがあるが、法令に適合する約款を整備すべきことは約款作成者である事業者の責務である。また、事業者は、本法3条1項1号に照らし、サルベージ条項を用いずに明確な分かりやすい条項を作成するよう努めるべきとされている³⁰。これらの点に照らすと、サルベージ条項を一律無効としても当該事業者に過度の負担を求めるものとは言えない。

よって、サルベージ条項については、本法10条の第1要件の例示として規律する（検討会における検討の方向性①）のではなく、評価の余地なく無効とする方向性（検討会における検討の方向性②）に賛成である³¹。

以上

²⁹ 逐条解説（第4版）242～243頁

³⁰ 逐条解説（第4版）119～120頁

³¹ 改正試案（2014年版）では、不当条項とみなす条項（いわゆるブラックリスト）として、17条13号において、「民法その他の法令の規定により無効とされることがない限りという旨の文言を付記して、最大限に事業者の権利を拡張し又は事業者の義務を減免することを定める条項」を掲げている。