

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対するパブリック・コメント

平成 23 年 8 月 1 日

金融法委員会有志^(注)

取りまとめ担当者	西村 あさひ 法律事務所	小野 傑
同 上	長島・大野・常松法律事務所	井上 聡
同 上	森・濱田松本法律事務所	佐藤 正謙
	森・濱田松本法律事務所	石黒 徹
	片岡 総合法律事務所	片岡 義広
	外国法共同事業法律事務所リンクレーターズ	和仁 亮裕

これまで、金融法委員会では、債権法改正に関して、特に金融取引と密接に関わると思われる論点を個別に採り上げ、議論を重ねてきた。

今般、金融法委員会有志の取りまとめ担当者では、金融法委員会で個別に採り上げられた論点について、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対するパブリック・コメントとして、別紙 1 から別紙 3 までのとおり取りまとめたので、提出する。

以 上

^(注) 金融法委員会は、国際化・自由化の進展や技術革新等を背景に金融取引の生成発展の速度が高まっている中、わが国における法的不確実性を少しでも除去することを目的として金融取引について実務経験を有する弁護士及び金融取引に関する法律を専門とする研究者が自発的に設立した委員会である。本パブリック・コメントに添付された「債権法改正に関する論点整理」は、同委員会の弁護士委員有志によりドラフトされ、同委員会での議論・コメントを踏まえて、最終稿が作成されたものである（各有志が属する組織を代表する意見ではない）。なお、民法（債権法）改正検討委員会の委員であった金融法委員会の委員及び法制審議会民法（債権関係）部会の委員又は幹事である金融法委員会の委員は、本論点整理の取りまとめには参加していない。

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見

第13 債権譲渡について

1. 意見の内容

(1) 債権譲渡と契約条項の移転について

債権譲渡がなされた場合に、当該債権の原因となった契約のうちいかなる条項が債権に随伴して移転し、譲受人との関係でも適用されるのかという問題についても、解釈の指針を条文化することを含めて議論されたい。

(2) 将来債権譲渡の対象範囲について

- ① 将来債権譲渡に関する規律が妥当なものかを検討する前提として、将来債権譲渡に関する規律の対象となる「将来債権」の概念を整理されたい。
- ② 公序良俗の観点から将来債権譲渡の効力が認められない場合に関して具体的な基準を設けるかどうかについては、この範囲であれば将来債権譲渡が有効となる（一方でこの範囲を超えたからといって直ちに無効となるわけではない）というセーフハーバールールないし解釈基準が明文化されることを期待する。また、特に、将来債権譲渡の効力の問題が顕在化する譲渡人の倒産の場面において将来債権譲渡の有効性を判断するための明確な基準を設けることについても、立法論・解釈論の形で議論が進められることを期待する。
- ③ 将来債権譲渡の譲渡人に倒産手続が開始した場合の法律関係については、原則として管財人の下で発生した債権にも将来債権譲渡の効力が及ぶと解すべきである（倒産手続（特に再建型倒産手続）の目的達成との関係では、別の制約原理を検討すべきである。）。また、将来債権の譲渡人や当該譲渡人について倒産手続が開始した場合における管財人の義務（例えば、「正当な理由なしに当該将来債権の発生を阻害しない義務」の有無・内容等）についても、立法論・解釈論の形で議論が進められることを期待する。

(3) 将来債権譲渡と事業譲渡・組織再編について

- ① 一定の事業に関する将来債権の譲渡がなされた後に譲渡人が当該事業を譲渡した場合において、事業譲渡が行われた後に発生した債権に関して、将来債権の譲受人と事業の譲受人のいずれが債権者となるかについて、立法論・解釈論の形で議論が進められることを期待する（なお、事業譲渡と会社分割と

で考え方に違いが生じるかについても併せて検討が必要と考えられる。)

- ② 将来債権譲渡の後に、譲渡人又は債務者の合併や会社分割があった場合の権利関係の処理、すなわち、(a)A社のS社に対する将来債権がB社に譲渡され、一方で、C社のS社に対する将来債権がD社に譲渡された後に、A社とC社が合併をした場合、合併後の存続会社がS社に対して取得する債権をどのように取り扱うか、あるいは、(b)A社のS社に対する将来債権がB社に譲渡され、一方で、A社のT社に対する将来債権がC社に譲渡された後に、S社とT社が合併をした場合、合併後の存続会社に対してA社が取得する債権をどのように取り扱うかという問題について、明文で規律を定めることが望ましい。

2. 意見の趣旨及び理由

(1) 債権譲渡と契約条項の移転について

中間的な論点整理では、債権譲渡がなされた場合に、当該債権の原因となった契約のうちいかなる条項が債権に随伴して移転し、譲受人との関係でも適用されるのかという問題について特に扱われていないようである（中間的な論点整理第13（債権譲渡）、第15（債務引受）及び第16（契約上の地位の移転）参照）。

しかしながら、ローン契約などの金融取引に関する契約においては、金銭給付を内容とする債権以外の権利や債権者に関連する多様な条項が定められることが少なくなく、債権譲渡がなされた場合に、いかなる条項が債権に随伴して移転し、譲受人との関係でも適用されるかが論点となっている。

かかる問題については、契約条項には多様な性質のものがあることから、網羅的に債権譲渡に随伴するか否かを法律に定めることは適切ではなく、解釈に委ねるのが妥当と考える。もっとも、現行法の下で現実に解釈論が課題となっている論点であることから、解釈の指針が示されることが望ましく、解釈の指針を条文化する可能性を含めて立法過程において議論がなされることを期待する。

(2) 将来債権譲渡の対象範囲について

ア 「将来債権」の意義について

中間的な論点整理第13では、将来債権譲渡に関する規律を検討するに際し、「将来債権」を「将来発生すべき債権」と定義しているが、何をもって

「発生」とするのかは明らかではないため、「将来債権」の外延が不分明である。

この点、現行法の下でも、「将来債権」の用語について法令上の定義はなく、一義的な概念として用いられているわけではないが、将来債権譲渡に関する規律が妥当か否かを検討するには、対象となる「将来債権」の概念を整理する必要がある。この点、例えば、(a)条件付債権、(b)期限付債権、(c)発生の基礎は存在するが未発生の債権、(d)譲渡の時点ではその発生の基礎すら存在しない債権に分けて将来債権に含まれるか否かを検討することも考えられるところ、(c)及び(d)については一般的に将来債権とすることに異論はないと考えられるが、(a)及び(b)について一般的に将来債権とすることで実務上の問題を生じないかどうか、将来債権譲渡の規律に即して慎重な検討が必要になると考える。一つの考え方としては、債権の発生について条件や期限の付されている債権は将来債権として取り扱い、既に発生しているものの期限が到来していなかったり、条件が成就していないために行使することが認められない債権は将来債権とは捉えないという整理がありうるのではないか。

イ 将来債権譲渡の効力の限界について

中間的な論点整理第 13、4(2)では、公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界の基準に関する規律の要否について更に検討してはどうか、とされている。

この点、将来発生すべき診療報酬債権を目的とする債権譲渡契約の効力について判断した最判平成 11 年 1 月 29 日民集 53 卷 1 号 151 頁は、「契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがあるものというべきである」と判示しているが、かかる基準は極めて曖昧であり、また、将来債権譲渡一般に適用される規律であるのか、特定の種類の将来債権譲渡にのみ適用される規律であるのか明確でなく、実務上、将来債権を利用した取引に対する萎縮効果を生じさせている。そこで、金銭債権を活用した取引の法的安定性を高める観点から、この範囲であれば将来債権譲渡

が有効となる（一方でこの範囲を超えたからといって直ちに無効となるわけではない）というセーフハーバールールないし解釈基準を明文の規定によって定めることも実務的には期待される（もっとも、明確なセーフハーバールールや解釈基準を明文の規定によって定めると、公序良俗のような一般原則を将来債権譲渡の場面に適用することを過剰に制約する懸念はある。また、実務的には、将来債権譲渡の効力について、平時において立法的対応を行わなければならないほどの不都合が生じているわけではなく、問題が顕在化する再建型倒産手続の局面における制約原理を検討すれば十分との指摘もある。）。

また、特に、譲渡人の倒産の場面を中心に、将来債権譲渡の有効性を判断するための明確な基準を設け、将来債権譲渡を用いた取引の法的安定性を高めることは、金融実務に大きく資するものであるといえる。今後、債権法だけでなく倒産法などの関連法制を含めた立法論・解釈論の中で将来債権譲渡の限界や解釈基準についての議論が進められることが期待される。

ウ 譲渡人に倒産手続が開始した場合の法律関係

中間的な論点整理第 13、4(3)では、将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対して、将来債権の譲渡を対抗することができる旨の規定を設けるべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか、とされている。

この点、将来債権譲渡の譲渡人が破産した場合について考えると、破産管財人の法的地位は、債権法改正に伴って破産法に特則が定められることにより特別の地位が与えられない限り、破産者又はその一般承継人と同視されることからすれば、将来債権譲渡の譲受人は、将来債権の譲渡人と同視される（譲渡契約における当事者の関係にある）破産管財人に対して、将来債権譲渡の効力を対抗できると解するのが整合的である。

なお、将来債権の包括的な譲渡は、倒産手続（特に再建型倒産手続）の目的達成の障害となるおそれがあるが、将来債権が譲渡可能であり、その対抗要件を具備することができることを肯定する以上は、原則として管財人の下で発生した債権にも将来債権譲渡の効力が及ぶと解した上で、（平時にも倒産時にも妥当する、あるいは倒産時に特有の）別の制約原理を検討すべきである。

また、将来債権譲渡に関しては、敷金返還請求権が質権の目的とされた場合に質権設定者が担保価値維持義務を負うことを認めた判例（最判平成 18 年 12 月 21 日民集 60 卷 10 号 3964 頁）の考え方を参考に、将来債権を対価を得て売却した者は、原則として、「正当な理由なしに当該将来債権の発生を阻害しない義務」（原因関係維持義務）を負担するという見解が示されている。このように将来債権の譲渡人や当該譲渡人について倒産手続が開始した場合における管財人の義務について整理をすることも、将来債権譲渡の効力を明確化し、その法的安定性を高めることにつながることから、将来債権の譲渡人や当該譲渡人の管財人の義務について、債権法・倒産法の立法論・解釈論の中で将来債権の種類も考慮しながら議論を進めることが期待される。

(3) 将来債権譲渡と事業譲渡・組織再編

ア 将来債権譲渡と事業譲渡の競合

中間的な論点整理第 13、4(3)では、将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対して、将来債権の譲渡を対抗することができる旨の規定を設けるべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか、とされている。

この点に関し、一定の事業に関する将来債権譲渡の後に譲渡人が当該事業を譲渡した場合において、事業譲渡の後に発生した債権に関して、将来債権の譲受人と事業の譲受人のいずれが債権者となるかが問題となる。この点、現行法下での取扱いは明確ではなく、事業を譲り受けた者は、過去になされた将来債権譲渡の効力をあえて引き受けない限り、その事業から発生する債権を取得することができるという見解が一般的との指摘もあるが、将来債権譲渡の類型に分けて考察する必要がある（例えば、特定の取引先との間の継続的取引に基づく将来債権が包括譲渡されている場合には、事業譲渡によって当該継続的取引契約上の地位も移転されることから、債権譲渡済みの契約上の地位のみが移転するという構成の余地があるとの見解もある。）。いずれにせよ、事業の譲受人が「将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」に該当するか否かによって将来債権譲渡の効力を対抗できるか否かを判断することになるという観点も踏まえて、立法論・解釈論が展開されることが期待される。また、契約上の地位が包括承継的に移転する会社分割の場合と事業譲渡の場合とで違いが生じるかについても検討を要する。

イ 譲渡人及び債務者の合併・会社分割

現行法の下では、将来債権譲渡の後に譲渡人又は債務者の合併や会社分割が行われた場合の権利関係の処理が論点となる。具体的には、①A社のS社に対する将来債権がB社に譲渡され、一方で、C社のS社に対する将来債権がD社に譲渡された後に、A社とC社が合併をした場合、合併後の存続会社がS社に対して取得する債権をどのように取り扱うか、あるいは、②A社のS社に対する将来債権がB社に譲渡され、一方で、A社のT社に対する将来債権がC社に譲渡された後に、S社とT社が合併をした場合、合併後の存続会社に対してA社が取得する債権をどのように取り扱うかが問題となる。

この点、(a)民法 245 条の混和の規定を類推適用して一定の基準により各譲受人に按分して帰属させる見解と(b)（将来債権の譲渡人に前述の原因関係維持義務を認めることを前提に）第三者対抗要件を先に備えた譲受人が債権を取得し、他方の譲受人は原因関係維持義務の履行不能に基づく損害賠償等の請求を認めることによって処理する見解が示されているが、いずれかの見解が理論的に正しいということはないと考えられる。また、(a)説については按分の基準としていかなる取引に適用しうる合理的な基準が設定できるか、難しい問題が残ることになり、一方で(b)説については対抗要件の後れた譲受人が、自己のコントロールできない譲渡人又は債務者の合併等という事情により、その後に発生する将来債権を一切取得できなくなることは不合理であるといった問題点が指摘されており、いずれかの見解が結論として特別に優れているわけではないと考えられる。

もともと、将来債権譲渡の予測可能性を高め、利用可能性を高める観点からは、政策的な割り切りによりこのような場合の処理を明文の規定によって定めることが望ましいと考える。

3. 意見の詳細及び背景

上記の意見の詳細及び背景については、添付「金融実務における債権譲渡に関する論点―債権法改正の基本方針―を踏まえた論点整理―」（平成 22 年 6 月 8 日、金融法委員会）を参照されたい。

以上

(添付)

平成 22 年 6 月 8 日

金融実務における債権譲渡に関する論点
－「債権法改正の基本方針」を踏まえた論点整理－

金融法委員会¹

一 はじめに

債権譲渡の分野については、法制審議会民法（債権関係）部会第 1 回会議配付資料 2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」の中で「債権の譲渡禁止特約」、「債権譲渡の対抗要件」が項目としてあげられている。また、民法（債権法）改正検討委員会（以下「検討委員会」という。）がとりまとめた「債権法改正の基本方針」（別冊 NBL126 号。以下「基本方針」という。）の提案の中でも、現行法の内容を大きく変更する提案がなされている分野であり、今後の債権法改正における議論の中でも重要論点の一つといえる。

一方で、金融取引の実務の中では多様な形態での債権譲渡（債権譲渡担保を含む。）が実行されており、債権譲渡に関する規律を改めることは、金融実務の分野に多大な影響を与えることが予想される。そのため、債権法改正に関する議論の中で債権譲渡の分野に関しては、既に金融実務に携わる実務家から数多くの論点が指摘されているところである。

さらに、譲渡禁止特約により保有債権を利用した金融に制約が生じていること、金融に広く活用されている将来債権譲渡の手法について明文の規定がなく、いかなる範囲で将来債権譲渡が認められるのか解釈論の進展が滞っていること、債務者をインフォメーション・センターと捉えることを基礎とする対抗要件制度に対する理論的な問題点が指摘されていることなど、実務上、現行法の債権譲渡に関する規律に関して、立法的な解決が期待されている部分も少なくない。

¹ 金融法委員会は、国際化・自由化の進展や技術革新等を背景に金融取引の生成発展の速度が高まっている中、わが国における法的不確実性を少しでも除去することを目的として金融取引について実務経験を有する弁護士及び金融取引に関する法律を専門とする研究者が自発的に設立した委員会です。本論点整理は、主として、同委員会の弁護士委員有志によりドラフトされ、同委員会での議論・コメントを踏まえて作成されたものです。なお、各弁護士委員が属する組織を代表する意見ではありません。また、民法（債権法）改正検討委員会の委員であった金融法委員会の委員及び法制審議会・民法（債権関係）部会の委員又は幹事である金融法委員会の委員は、本論点整理の取りまとめには参加していません。

本論点整理では、債権譲渡の分野の中でも将来債権譲渡に関する論点を中心に、現時点における債権法改正の有力な案の一つである基本方針で示された提案も踏まえて、金融実務に関連する主な論点を整理する。なお、債権譲渡に関する論点としては、譲渡禁止特約や対抗要件についても多くの論点があげられるが、既に多くの文献でもとり上げられていることもあり、本論点整理では言及しないこととする。

二 主な論点

最初に本論点整理でとり上げる債権譲渡に関する論点を鳥瞰するために、箇条書きでまとめると以下のとおりである。

- ・ 債権譲渡と契約条項の移転
- ・ 将来債権譲渡の対象範囲
 - ・ 譲渡対象とできる債権の範囲
 - ・ 譲渡人に倒産手続が開始した場合の取扱い
- ・ 将来債権譲渡と事業譲渡・組織再編

三 債権譲渡と契約条項の移転

ローン契約などの金融取引に関する契約においては、金銭の給付を内容とする債権だけでなく、債権や債権者に関連する多様な条項が契約に定められることが少なくない。ここで、現行法の下では、債権譲渡に伴って、利息債権、担保物権、保証債務などの従たる権利も随伴して移転すると解されているが²、債権譲渡がなされた場合に当該債権の原因となった契約の条項のうちのいかなる条項が債権に随伴して移転し、譲受人との関係でも適用されるかが論点となっている。ローン債権を譲渡する場合に、ローン契約のいかなる条項がローン債権の譲渡に伴って移転すると考えられるかについては、平成16年3月23日付の「ローン債権の譲渡に伴う契約条項の移転」と題するペーパー（以下「平成16年3月報告」という。）にて考察が行われているところである。債権法改正に際しては、債権譲渡に伴って移転する契約条項の範囲について、立法的に解決を図ることができないかが検討課題として考えられる。

この点、検討委員会の検討の中でも、様々な契約条項のうち、いかなる条項の効力が譲受人に承継されるかという問題意識を踏まえた検討が行われたことが示されている³。もっとも、結論としてはこの問題について基本方針の中で特段の提案はなされておらず、解釈に委ねるものとされている。その理由としては、「個別具体的な条項に対応する細目的な規定を設ける——ある条項は移転し、ある条項は移転しないなどとする——ことが不適切（過度に詳細な規定となるが網羅性を期すことはできず、また、具体的な条項に着目すればするほど時間の経過による陳腐化が早くなる）であること、債務者を含めた関係者間の合意による解決も期待できること」などをあげている⁴。

平成16年3月報告においても、ローン契約の条項を、

- ① ローン債権及びローン債権に法律上随伴する権利の内容を構成する条項
- ② 貸付人のその他の権利・権限を定める条項
- ③ 借入人の抗弁を構成する条項
- ④ 貸付人の債務・責任の内容を構成する条項

の4類型に大別して整理した上で、「現代のローン契約はその目的等に応じ多種多様となっており、1つの契約条項においても一方当事者の権利・義務に関する規定が混在していたり、債権者及び債務者以外の関係当事者がローン契約に参加するなど、ますます複雑化の様相を呈するに至っている」と指摘をしていたとおり、契約条項と

² 我妻榮『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1964年）550頁

³ 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅲ 契約および債権一般（2）』（商事法務、2009年）（以下「詳解Ⅲ」という。）271頁では、「譲渡の対象とされた債権の発生原因たる契約に基づく権利義務関係のなかには、付随的権利といえないものであっても、債権とともに移転すると考えられるものがある」と述べられている。

⁴ 詳解Ⅲ271頁

いっても多様な性質のものが存在する。そのような契約条項について、網羅的に債権譲渡に伴って随伴するか否かを法律に定めることは適切とは考えられず、結論としては、検討委員会の提案のとおり、この問題については解釈に委ねるという姿勢が妥当であると考ええる。

もつとも、基本方針において立法の是非がされていることから明らかであるとおりに、現行法の下で現実に解釈論が課題となっている論点であることから、条文として債権法に定めることは難しいとしても、議論を深化させることが求められる。そのため、債権法改正の検討の中でも、具体的な場面においていかなる契約条項が移転し、いかなる契約条項が移転しないと解釈すべきか、その解釈の指針が示されることが望まれる。平成16年3月報告では、上記の4つのタイプの条項について以下のように整理したが⁵、かかる検討も参考に、解釈指針の条文化の可能性も含めて立法過程における議論がなされることを期待する。

①の類型

「譲渡当事者間のローン債権譲渡の合意に従って、これらの権利は当然に移転し、ローン債権の譲渡に係る債務者対抗要件の具備により、ローン債権の譲受人は、借入人に対してこれらの権利を主張することができる。ただし、借入人は、異議なき承諾をしない限り、発生済みの抗弁を譲受人に対して主張できる。」

②の類型

「これらの条項に基づく行為請求権またはその違反があった場合の損害賠償請求権等は、原則として、ローン契約に基づく一切の権利・権限を移転する旨の譲渡当事者間の明示または黙示の合意に従って移転し、ローン契約に基づく一切の権利・権限の譲渡に係る債務者対抗要件の具備により、ローン債権の譲受人は、借入人に対してこれらの権利・権限を主張することができる。ただし、借入人は、異議なき承諾をしない限り、発生済みの抗弁を譲受人に対して主張できる。」

③の類型

「借入人の抗弁を構成するこれらの条項を移転しないこと（ローン債権の譲受人がこれらの条項に拘束されないこと）を借入人が承諾した場合、あるいは、（異議なき承諾の制度が廃止された場合は）かかる抗弁を放棄する旨の意思表示を行った場合を除き、ローン債権の譲渡に伴って当然に移転する。なお、（異議なき承諾の制度が維持される場合において）借入人が異議を留めないでローン債権の譲渡を一般的に承諾しても、発生済の個別の抗弁と異なり、これらの条項の保護を失うことまでは容認していないと考えられるから、その承諾の合理的解釈として、これらの条項の移転は否定されないと解すべきである。」

④の類型

⁵ なお、基本方針において異議なき承諾の制度の見直しが検討されていることを踏まえて修正を行っている。

「原則として、ローン債権の譲渡と切り離して債務引受の一般原則を適用するのは妥当でなく、ローン契約当事者の合理的意思表示によれば、ローン債権の譲受人資格をこれらの債務・責任を引き受ける者に限定する特約の存在を認めることができる。その場合、(3)の場合と同様に解することになる。また、条項の性質によっては、貸付人も、譲受人とともに、当該債務・責任を負い続けると解される場合がある。」

なお、基本方針では、債権譲渡の対抗要件・権利行使要件について、金銭債権と非金銭債権とで区別することが提案されていることとの関係で、追加的な論点が生じることには留意が必要である。すなわち、現行法の下では、ローン契約に基づく条項のうち、金銭債権以外の権利関係であっても債権者（譲渡人）の債権に含まれるものについても、金銭債権とあわせて包括的に債権譲渡の対象とすることにより、譲受人に移転させ、確定日付ある証書による債務者の承諾を取得することによって対抗要件を具備することが可能である。そのため、債権譲渡登記を利用しない限り、「ローン契約に基づく債権のうちのいかなる債権が金銭債権に随伴して移転するか」という点は、事実上、問題とすることなく取引を行うことが可能といえる⁶。

これに対して、基本方針では、金銭債権の譲渡と非金銭債権の譲渡とで備えるべき対抗要件・権利行使要件を異なるものとすることが提案されていることから、金銭債権の譲渡についての対抗要件（すなわち、債権譲渡登記）や権利行使要件のみを具備した場合に、ローン契約の条項のうち債権者（譲渡人）の債権と評価できるものであって、かつ、それ自体が金銭債権とは評価しにくいものについて、第三者や債務者に対抗するために別途非金銭債権の譲渡の対抗要件や権利行使要件を具備する必要が生じるのかが新たな論点として生じることになると考えられる。もともと、金銭債権に随伴して移転する条項については、あくまでも金銭債権の一内容ないし抗弁となるものであり、金銭債権と独立して対抗要件や権利行使要件が問題となるものではないと整理することが妥当である⁷と考える。

⁶ 但し、前述のとおり、ローン契約には貸付人の債権以外の内容を定める条項も多いことから、非金銭債権を含む債権譲渡の手続によっていかなる条項の効力が移転するかが論点として残ることとなる。

⁷ ローン契約上、金銭債権（元利金の支払債権）とは別に債権者に債権を生じさせる合意を行った上で、当該債権を独立して譲渡する場合に、個別に対抗要件や権利行使要件を具備することが求められることは別論である。

【3.1.4.02】(将来債権の譲渡)

- 〈1〉 将来発生すべき債権(以下、将来債権という)についても、譲渡することができ、
【3.1.4.04】に従って対抗要件を備えることができる旨の規定を置くこととする。
- 〈2〉 将来債権が譲渡された場合には、その後、当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対しても、その譲渡の効力を対抗することができる。

四 将来債権譲渡の対象範囲

(1) 将来債権譲渡に関する提案の概観

現行法の下では、将来債権を譲渡することや、そのような譲渡の対抗要件を具備できることが判例法理により認められている。基本方針では、将来債権が譲渡可能であり、その対抗要件を具備できることを明文によって定めることが提案されている。将来債権を譲渡しうること、また、将来債権の譲渡について対抗要件を備えることができることを明文の規定によって定めること自体は、金融実務で広く活用されている将来債権譲渡(将来債権譲渡担保)に明文の規定による根拠を与えることによって法的安定性を高めるものと評価でき、望ましいものとする。なお、将来債権譲渡の法的安定性を高め、実務上の活用可能性を高める観点から、将来債権を譲渡しうることに加えて、その有効要件として「それが譲渡されたものであるか否かを識別できる程度に特定すること」をもって足りることを明文の規定により明確化することがいっそう望ましいと考える⁸。

基本方針では、さらに、将来債権が譲渡された場合に、その譲渡を対抗できる第三者の範囲を画する観点から、将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対しても、将来債権の譲渡の効力を対抗できることを定めることが提案されている。一方、現行法の下では、譲渡対象となる債権の範囲、発生期間の長短、発生原因などにより、公序良俗違反などの一般則を通じて将来債権の譲渡を制限する考え方が示されているが、基本方針では、将来債権譲渡の範囲の規制を明文化する内容の提案は行われていない。

以下、基本方針の提案や基本方針の提案を前提とする検討委員会の解釈を踏まえて、債権法に規定する将来債権譲渡の規律のあり方、特に将来債権譲渡が認められる

⁸ そのような有効要件を明確化したとしても、さらに特定の基準時(譲渡時点か、発生時点か)、特定の程度(客観的な識別可能性で足りるか、債務者が識別可能であることまで必要か)などが論点となる。この点、将来債権譲渡の法的安定性を高める観点からは、「発生時点において」「客観的に識別できる程度」に特定することで足りるという解釈が望ましいといえるが、債務者をインフォメーション・センターとして捉える考え方を多少なりとも維持するのであれば、債務者による識別可能性を必要としない制度設計は採りにくいと考えられる。

範囲について考察を行うが、その前提として、「将来債権」の概念整理を行う。

(2) 「将来債権」と「将来債権譲渡」

① 「将来債権」の意義

現行法の下では、「将来債権」の用語について法令上に定義があるわけではなく⁹、必ずしも一義的な概念として用いられているわけではない¹⁰。例えば、条件付債権や期限未到来の債権などが「将来債権」に含まれるか否かは、論者や文脈によって異なるように思われる。

基本方針では、「将来債権」について、「将来発生すべき債権」と定義をしているが¹¹、何を以て「発生」とするのか必ずしも明確ではなく、従って「将来債権」の外延ははっきりしない。この点、詳解Ⅲ273頁では、

- (a) 条件付債権
- (b) 期限付債権
- (c) 発生の基礎は存在するが未発生の債権
- (d) 譲渡の時点ではその発生の基礎すら存在しない債権

が将来債権に含まれると読みうる記述がある¹²。また、詳解Ⅲ275頁では、将来（賃料）債権譲渡規制に関連して、旧破産法（大正11年法律第71号）63条が賃料債権の処分は、当期及び次期のもの以外には破産管財人に対抗できないという制限を定めていたことに言及しており、既に締結されている賃貸借契約に基づく将来の賃貸期間に対応する賃料債権も「将来債権」に含めることを想定していると考えられる。

この点、現行法の下での学説として、「停止条件付債権や期限未到来の債権という

⁹ なお、債権譲渡登記に関する法務省告示である「債権譲渡登記令第七条第三項の規定に基づく法務大臣が指定する磁気ディスクへの記録方式に関する件」（平成20年法務省告示第552号）では、「将来債権」を「債権譲渡契約又は質権設定契約の締結の時以後に具体的に発生する」金銭債権としている。

¹⁰ 一例として、最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁（以下「最判平成11年」という。）では、「将来発生すべき債権」という表現が用いられている。学説では、道垣内弘人『担保物権法（現代民法Ⅲ）』（有斐閣、2004年）338頁では「将来発生し設定者が有することになる債権（既発生であるが弁済期の到来していない債権のことではなく、未だ債権自体が成立していない債権のこと）」と定義されている。また、池田真朗『債権譲渡法理の展開』（弘文堂、2001年）234頁では、将来債権について「「将来発生すべき（発生するかもしれない）債権」を想定し、期限付債権や条件付債権とは区別して観念する」としている。

¹¹ 最判平成11年の表現を踏襲したものと推測される。

¹² 具体的には、詳解Ⅲ273頁では次のように述べられている。「将来債権の譲渡の可否、制限等について、現民法に規定はない。判例（最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁）は、譲渡の対象となる将来債権が、適宜の方法によって特定されている限り……その発生可能性の有無や程度を問わず、原則として譲渡契約を有効であるとしている。具体的には、①条件付債権、②期限付債権にとどまらず、③発生の基礎は存在するが未発生の債権、さらに④譲渡の時点ではその発生の基礎すら存在しない債権……であっても、譲渡可能とされる。」

のは、債権の内容は確定していて、ただその現実化が条件なり期限なりに従わしめられるものにすぎない。その条件成就なり期限到来なりがあれば、後は通常の債権譲渡として扱われるものであるので、条件・期限の法理に照らして問題がなければ、譲渡は当然有効であり、それ以上の議論は不要である」と述べ、「将来債権」の概念について条件付債権や期限未到来の債権とは区別して観念すべきとする見解がある¹³。例えば、弁済期が1年後に到来するローン債権を譲渡する場合には、一般的に「将来債権」の譲渡とは捉えられていないと考えられる。

もっとも、将来発生すべき（未だ発生していない）債権と、発生してはいるものの条件又は期限が付されていることにより権利行使ができない債権とで、当事者の利益状況は近似し、「将来債権」の譲渡の限界を判断するに際して同等の取扱いをすることが妥当と考えられる場面もありうる。例えば、前述の詳解Ⅲ275頁でも言及されているとおり、現行法の下では、将来の賃貸期間に対応する賃料債権の譲渡は「将来債権」の譲渡として捉えられるのが一般的である¹⁴。

将来債権譲渡に関する規律が妥当なものといえるかどうかを検討するには、対象となる「将来債権」の概念を整理する必要がある。この点、未だ発生していない債権（上記の(c)及び(d)）については一般的に「将来債権」として取り扱うことに異論はないと考えられるが¹⁵、条件付債権及び期限付債権（上記の(a)及び(b)）について一般的に「将来債権」として取り扱うことで実務上の問題が生じないかどうかは、将来債権譲渡の規律に即して慎重な検討が必要となると考える。一つの考え方としては、債権の発生について期限や条件の付されている債権は「将来債権」として取り扱い、既に発生しているものの期限が到来していなかったり、条件が成就していないために行使することが認められない債権は「将来債権」とは捉えないという整理がありうるのではないかと¹⁶。

② 「将来債権譲渡」の多様性

将来債権譲渡には多様な種類の取引が想定され、真正譲渡と譲渡担保の取引がある

¹³ 池田・前掲注10・239頁

¹⁴ 小川秀樹編著『新しい破産法』（商事法務、2004年）89頁は「将来に発生し、または弁済期の到来する債権」を将来の（賃料）債権として捉えて、将来の賃料債権の処分について言及している。なお、詳解Ⅲ276頁でも同書が引用されている。

¹⁵ なお、池田・前掲注10・260頁では、「「将来生ずべき債権」は、債権発生の基礎についてすでに契約等の法律関係のあるものと、法律関係までではなくとも事実的基礎のあるものと、全く基礎関係のないものに分かれる。しかしこの分類は、結局特定性の判断に吸収されると思われる」と述べられている。

¹⁶ もっとも、債権の発生について期限や条件が付されているのか、行使について期限や条件が付されているのか明確ではない場合も多く、客観的な基準とはなりえない懸念がある。

だけでなく、それぞれの類型にも多様な性質の取引がありうる¹⁷。将来債権譲渡が認められる範囲を検討するに際しては、将来債権譲渡の取引ごとに多様な利益状況が生じうることも踏まえて、いかなる規律が妥当であるか検討することが必要といえる。

(3) 譲渡対象とできる債権の範囲とその明確化

詳解Ⅲ274頁では、最判平成11年が、将来債権の包括的な譲渡は、「a譲渡人の営業活動に対する不相当な制限となったり、b譲渡人に対する他の債権者に不当な不利益を与えたりするおそれがある」場合については、公序良俗違反となる可能性があることと述べていることを指摘し¹⁸、公序良俗則を具体化・例示するような規定を設けることも考えられるとした上で、結論としては、基本方針では公序良俗論からの将来債権譲渡の制限について規定を設けず、公序良俗の一般論に委ねることが適切と考えられると述べている。その理由として、aについては、(i)その内容が総則レベルの暴利行為規制とかなりの程度において重なり合う内容とならざるをえないこと、(ii)aが補足しようとしているのは、過剰に債務者の財産を担保化する行為であり、仮に債権譲渡担保の規制について固有の規定を設けるとしても、公序良俗論の一般論との関係はもちろん、不動産・動産の過剰担保規制、利息規制の実質及び規定の仕方などにも配慮しなければならないことをあげている。また、bについては、契約内容規制の問題ではなく詐害行為取消権・否認権の行使によって対処すべき問題であるとの指摘¹⁹があることをあげている。

この点、最判平成11年の基準は極めて曖昧なものであり、また、将来債権譲渡一般に適用される規律であるのか、特定の類型の将来債権譲渡にのみ適用される規律であるのか明確ではなく、実務上、将来債権譲渡を利用した取引に対する萎縮効果を生じさせていることは否定できない。そこで、金銭債権を活用したファイナンスその他の取引の法的安定性を高める観点から、この範囲であれば将来債権譲渡が有効となる

¹⁷ 例えば、将来債権の真正譲渡といっても、譲渡対象の将来債権の現在価値を評価した上で、かかる現在価値相当額を対価とする売買取引や、将来債権を信託した上で委託者が受益権を取得する取引など多様な形態が考えられる。

¹⁸ 具体的には、次のように判示している。「契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがある。」

¹⁹ これに対し、井上聡「金融取引から見た債権譲渡法制のあり方」金融法務事情1874号80頁脚注12は、将来債権譲渡には、譲渡目的物（将来債権）の価値と譲渡対価とがバランスしていて否認・詐害行為取消の対象とならない場合であってもなお、bの観点から許容しがたい場合があることを示している。

(一方でこの範囲を超えたからといって直ちに無効となるわけではない) というセーフハーバールールないし解釈基準を明文の規定によって定めることも実務的には期待されているところである。

もっとも、公序良俗のような一般原則については、多様な観点からの考慮が必要となり、明確なセーフハーバールールや解釈基準を明文の規定によって定めることは、一般原則を将来債権譲渡の場面に適用することを過剰に制約することになる懸念を生じさせることは否定できず、具体的な規律を定めることは容易ではない²⁰。また、実務的には、将来債権譲渡の効力について、平時において立法的対応を行わなければならないほどの不都合が生じているわけではなく、最も問題が顕在化する再建型倒産手続の局面における制約原理を検討すれば十分と考えられるとの指摘もある²¹。

将来債権譲渡の効力について、民法の一般原則により効力を判断しなければならない場面が生じうることも否定できないが、譲渡人の倒産の場面を中心に、将来債権譲渡の有効性を判断するための明確な基準を設け、将来債権譲渡を用いた取引の法的安定性を高めることは、金融実務に大きく資するものであるといえる。今後、債権法だけでなく倒産法などの関連法制を含めた立法論・解釈論の中で将来債権譲渡の限界や解釈基準についての議論が進められることが期待される²²。

(4) 譲渡人に倒産手続が開始した場合の法律関係

前述のとおり、基本方針では、将来債権が譲渡された場合に、その譲渡を対抗でき

²⁰ 例えば、井上・前掲注 19・79～80 頁は、前注に掲げた問題意識に基づき、将来債権譲渡の効力の限界を考慮する際に特有の要素を挙げ、「将来債権の譲渡の効力は、譲渡時において、譲渡人が譲渡期間にわたって原因関係を維持するための費用を負担することがその債権者を著しく害するものと認められる場合には、これを第三者に対抗することができない」などといった規律を設けることを通じて、解釈論の積み重ねにより「当事者の予測可能性が高まっていくことが期待される」旨を述べる。もっとも、解釈論としてであれ、そこに挙げられた要素の妥当性・網羅性については議論の余地があると指摘する見解もある（佐藤正謙＝小林卓泰＝栗生香里「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第3回 債権譲渡②」NBL923号27頁）。

²¹ 佐藤＝小林＝栗生・前掲注 20・27 頁

²² なお、実務的には、将来債権譲渡の手法は譲渡担保の目的で利用されることが多い。そのような譲渡担保の取引類型において、少なくとも担保権者が被担保債権との関係で価値を把握することを具体的に期待して譲渡担保を実施していた範囲については、譲渡担保の効力が確保されること（例えば、添え担保としての利用ではなく、担保実行を行うまで実際に発生している債権の金額を基準に、譲渡担保権者が譲渡担保権設定者に対して継続的に融資を行うことが想定される場合には、少なくともそれぞれの時点で発生済みの債権との関係では、将来債権譲渡担保の効力が否定されないこと）といった基準が（譲渡人に破産手続が開始した場合の取扱いも含めて）明確になることにより、譲渡担保の法的安定性が高まり、ファイナンスの便宜に大きく資することが期待できる。債権法改正の議論の中で、将来債権譲渡が譲渡担保として利用されることも念頭において、合理的な範囲でその法定安定性が確保される方向での解釈論が深化することが期待されるとともに、担保法や倒産法の立法論の中で将来債権譲渡担保の法的安定性を高めるための議論が行われることが望まれる。

る第三者の範囲を画する観点から、将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対しても、将来債権の譲渡の効力を対抗できることを定めることが提案されている。

もつとも、具体的にどのような当事者が「将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」に該当するかは解釈に委ねるとされており、将来債権譲渡の効力を対抗できない「第三者に当たるかどうかという形で、将来債権譲渡が対抗できる範囲を確定するための議論の場を設けよう」ということが提案の意図であると説明されている²³。

金融実務との関係では、特に譲渡人に倒産手続が開始した場合にその管財人に対して将来債権譲渡の効力を対抗できるか否かが、将来債権譲渡の手法によって資金を供与する者にとっての関心事となる。この点、検討委員会第三準備会では、譲渡人の管財人との関係についても「将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」に該当するかによって将来債権譲渡の効力を対抗できるか否かを判断することを前提に、管財人について将来債権譲渡の効力を対抗できない第三者に該当するという判断に傾いているとされている²⁴。

もつとも、実体法律関係における破産管財人の法的地位については、次の3つの基準が適用されると説明される²⁵。

- ① 法が破産手続開始を原因として従来の法律関係を変更する特別の規定を設けていない限り、破産管財人の法的地位は破産者又はその一般承継人と同視される。
- ② 破産債権者の利益代表者として、財団財産に対する差押債権者と類似の法律上の地位が認められる。
- ③ 破産法その他の法律によって特別の地位が与えられることがある。

そして、①～③の基準の相互関係は、次のように説明される。

(i) 破産管財人と外部の第三者との法律関係は、破産手続開始によって破産財団所属財産の帰属が変動するものでない以上、基本的には①の基準によって規律される。

(ii) ある法律関係について実体法規が差押債権者に特別の地位を与えている場合には、②の基準により破産管財人にも同様の地位が与えられる。

(iii) 破産法その他の法律が破産管財人に対して特別の地位を認めている場合には、③

²³ 詳解Ⅲ280頁

²⁴ 詳解Ⅲ279頁。ただし、詳解Ⅲの記述からは明確ではないが、かかる検討委員会第三準備会の考え方が管財人に対して一律に将来債権譲渡の効力を対抗できないという趣旨ではなく、譲渡対象となる債権の性質など個別的な事情に応じて、管財人に対して将来債権譲渡の効力を対抗することができることもあれば、対抗することができないこともあるという趣旨とも考えられる。後者の考え方を前提に、いかなる場合に管財人に対して将来債権譲渡の効力を対抗できるかの基準についての議論を進めていくことも、妥当な結論を導き出す方法として検討されよう。

²⁵ 伊藤眞『破産法・民事再生法 第2版』（有斐閣、2009年）248頁以下参照

の基準が適用される。

将来債権が譲渡された後に譲渡人に破産手続が開始した場合について、以上の基準をあてはめてみると、将来債権譲渡の対抗要件が具備されておらず差押債権者が譲受人に優先するような場合に②の基準が適用されることは別として、債権法改正に伴って破産法に特則が定められることにより③の基準が適用されることにならない限りは、原則である①の基準によって規律され、破産管財人は将来債権の譲渡人と同視される、すなわち、譲受人は（譲渡契約における当事者の関係にある）破産管財人に対して将来債権譲渡の効力を対抗できると解するのが整合的と考えられる。

この点、将来債権の包括的な譲渡は、倒産手続（特に再建型倒産手続）の目的達成に大きな障害となるおそれがあることは否定できないが、将来債権が譲渡可能であり、その対抗要件を具備することができることを肯定する以上は、原則として管財人の下で発生した債権にも将来債権譲渡の効力が及ぶと解した上で、（平時にも倒産時にも妥当する、あるいは倒産時に特有の）別の制約原理を検討すべきと考える²⁶。

²⁶ 山本和彦「債権法改正と倒産法（上）」NBL924号16～17頁は、「現在の法状況としては、倒産手続の場合には将来の債権が譲渡されていた場合に、管財人はそれを受け入れざるを得ない、というのが筆者の基本的な認識である」としつつ、再建型手続におけるその帰結に懸念を示した上、「将来債権譲渡の効力をどのように合理的範囲で制約していくかという点が現在の大きな課題であろう」とする。井上・前掲注19・79頁も同旨。

※ 担保価値維持義務の射程と将来債権譲渡へのあてはめ

敷金返還請求権が質権の目的とされた場合に質権設定者が担保価値維持義務を負うことを認めた判例²⁷の考え方を参考に、将来債権を対価を得て売却した者は、原則として、「正当な理由なしに当該将来債権の発生を阻害しない義務」（原因関係維持義務）を負担するという見解が示されている²⁸。ここでは、譲渡人について倒産手続が開始した場合には、基本的に、別除権者に対する担保価値維持義務と同様に、将来債権の譲受人に対する原因関係維持義務を管財人が承継するとされている²⁹。

将来債権の譲渡人の原因関係維持義務というこの考え方は、最判平成 18 年で示された担保価値維持義務の考え方を将来債権譲渡にあてはめようとするものと考えられるが、最判平成 18 年の射程がそもそも将来債権譲渡にも及ぶか、射程が及ぶとしてどのような場合に譲渡人（管財人）が当該義務に違反していると評価されるのか³⁰な

²⁷ 最判平成 18 年 12 月 21 日民集 60 卷 10 号 3964 頁（以下「最判平成 18 年」という。）。同判例は、「債権が質権の目的とされた場合において、質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負い、債権の放棄、免除、相殺、更改等当該債権を消滅、変更させる一切の行為その他当該債権の担保価値を害するような行為を行うことは、同義務に違反するものとして許されないと解すべきである。……条件付債権としての敷金返還請求権が質権の目的とされた場合において、質権設定者である借入者が正当な理由に基づくことなく貸借人に対し支払義務を生じさせて敷金返還請求権の発生を阻害することは、質権者に対する上記義務に違反するものというべきである」と判示している。これは、最判平成 18 年の最高裁調査官解説（法曹時報 61 卷 3 号 291 頁以下）によれば、敷金返還請求権自体を放棄・免除等する行為だけでなく、その発生条件（原因）となる賃料の支払を正当な理由なく怠ることもまた、質権者との関係では、質権を侵害する行為と評価したものと解される（同 309 頁）。但し、最判平成 18 年については、あくまでも敷金返還請求権に対する質権に関する判例であり、また、事例判決に過ぎないとの評価もなされている。なお、担保価値維持義務の裏返しとしての担保価値維持請求権は、別除権である質権に当然伴う権利である以上、破産債権とはならず、破産手続の影響を受けないと考えられる（法曹時報 61 卷 3 号 326 頁（注 14））。

²⁸ 井上・前掲注 19・77 頁。「原因関係を維持できないからといって、直ちに原因関係維持義務違反を構成するわけではなく、正当な理由によるか否かが問題となると考えられる」と述べており、譲渡人や譲渡人について倒産手続が開始した場合における管財人と譲受人の間の権利関係について、「正当な理由」の解釈によって具体的な解決を図る考え方である。

²⁹ 井上・前掲注 19・78 頁は、原因関係維持義務が解除される正当な理由の解釈について、「倒産手続開始後においては、正当な理由の有無の判断に際し、当該倒産手続の目的が斟酌されなければならない。例えば、再建型倒産手続において、管財人は、再建の目的に照らし継続すべきでない事業を、原因関係維持義務を理由として継続しなければならないとは解されない。その意味では、倒産手続開始前に比べ、正当な理由が相対的に認められやすくなるはずである」と述べている。なお、最判平成 18 年も、担保価値維持義務違反になるかどうかの判断基準である「正当な理由」の有無の判断に当たり、借入者に対する破産宣告という事情を考慮している（法曹時報 61 卷 3 号 313～314 頁）。

³⁰ 抽象的には、最判平成 18 年の事案における管財人の賃料不払（破産財団に十分な支払能力があり、かつ、賃料の不払を正当化する特段の事情がないにもかかわらず、賃料の支払を怠った場合）と同程度に、将来債権の発生を阻害する行為について正当な理由が認められない場合がこれに該当するといえよう。具体的には、将来債権の発生原因が特定の継続的契約である場合に正当な理由なく当該契約を解約する行為や、将来債権の発生原因が特定の事業である場合に正当な理由なく当該事業を廃業したり（将来債権譲渡の負担なしに）当該事業を譲渡したりする行為が、これに該当するかが問題となる。

ど、現時点では議論の蓄積が十分とはいえず、現行法の下においても確立した考え方とは言い難い。

もつとも、将来債権の譲渡人や当該譲渡人について倒産手続が開始した場合における管財人の義務について整理をすることによって、将来債権譲渡の効力を明確化し、その法的安定性を高めることにつながるといえる。そのため、原因関係維持義務という考え方に限ることなく、将来債権の譲渡人や当該譲渡人の管財人の義務について、債権法・倒産法の立法論・解釈論の中で将来債権の種類も考慮しながら議論を深化させることが期待される。

五 将来債権譲渡と事業譲渡・組織再編

(1) 将来債権譲渡と事業譲渡の競合

一定の事業に関する将来債権の譲渡がなされた後に譲渡人が当該事業について事業譲渡を行った場合において、事業譲渡が行われた後に発生した債権に関して、将来債権の譲受人と事業の譲受人のいずれが債権者となるかが論点となる。この点、現行法の下での取扱いは必ずしも明確ではなく、事業を譲り受けた者は、過去になされた将来債権譲渡の効力をあえて引き受けない限り、その事業から発生する債権を取得することができるという見解が一般的との指摘もあるが³¹、将来債権譲渡の類型に分けて考察する必要があり、例えば、特定の取引先との間の継続的取引に基づく将来債権が包括譲渡されている場合には、事業譲渡によって当該継続的取引契約上の地位も移転されることから、債権譲渡済みの契約上の地位のみが移転するという構成の余地がありうると述べる見解もある³²。

いずれにしても、基本方針の提案のように、個別の将来債権譲渡や事業譲渡の内容を検討して、事業を譲り受けた者が「当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」に該当するか否かによって将来債権譲渡の効力を対抗できるか否かを判断することになると解される³³。

将来債権譲渡と事業譲渡が競合した場合の優先関係について、このような観点も踏まえた立法論・解釈論が展開されることが期待される。また、契約上の地位が包括承継的に移転する会社分割の場合と事業譲渡の場合とで考え方に違いが生じるかについても論点となろう。

(2) 譲渡人及び債務者の合併・会社分割

現行法の下では、将来債権譲渡がなされた後に、譲渡人又は債務者の合併や会社分割が行われた場合の権利関係の処理が論点となりうる。具体的には、①A社のS社に対する将来債権がB社に譲渡され、C社のS社に対する将来債権がD社に譲渡された後に、A社とC社が合併をした場合、合併後の存続会社がS社に対して取得する債権をどのように取り扱うか（図①）、あるいは、②A社のS社に対する将来債権がB社に譲渡さ

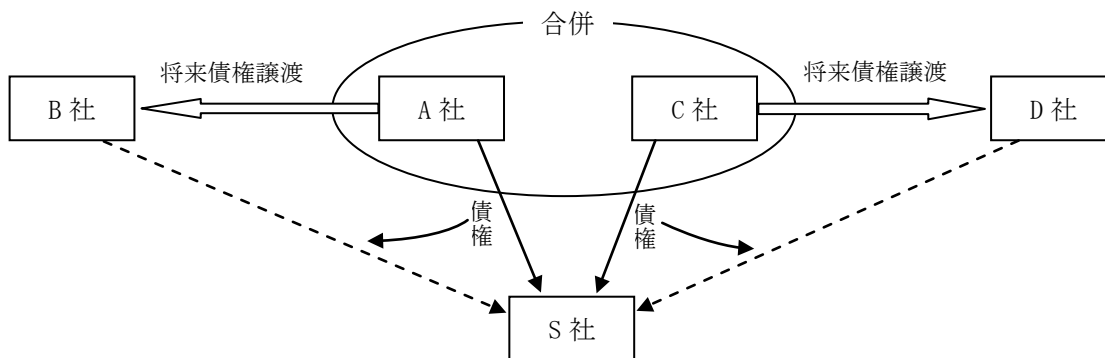
³¹ 井上・前掲注19・80頁

³² 小林明彦「実務からみた債権譲渡法制の整備への期待」椿寿夫他編『民法改正を考える』法律時報増刊（日本評論社、2008年）244頁。

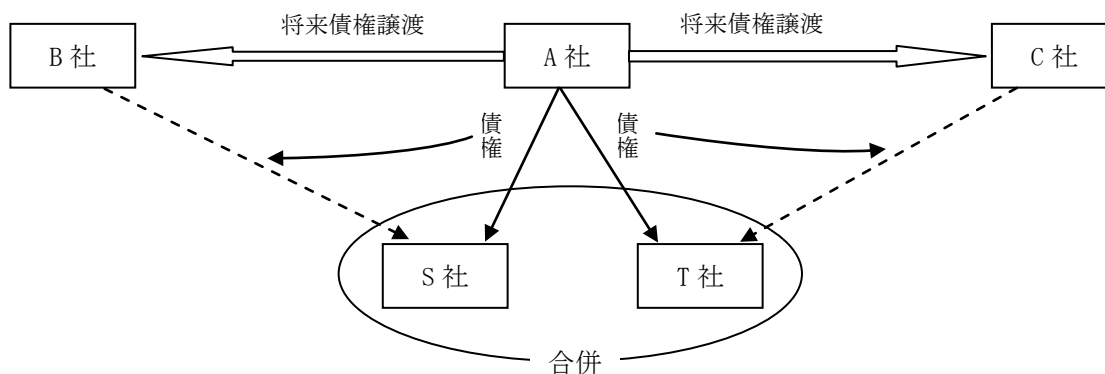
³³ 井上・前掲注19・80頁も「事業譲渡の当事者間において、譲渡された将来債権を発生させる原因関係（契約上の地位等）が将来債権の譲渡人の地位と不可分のまま同一性を失わずに移転すると解釈できる場合」には、事業を譲り受けた者に対しても将来債権譲渡の効力を主張できることになると述べる。

れ、A社のT社に対する将来債権がC社に譲渡された後に、S社とT社が合併をした場合、合併後の存続会社に対してA社が取得する債権をどのように取り扱うか（図②）が問題となることが指摘されている³⁴。

図①



図②



このような場合の処理については、(a)民法 245 条の混和の規定を類推適用して一定の基準により各譲受人に按分して帰属させる見解³⁵と(b)（将来債権の譲渡人に前述の原因関係維持義務を認めることを前提に）第三者対抗要件を先に備えた譲受人が債権を取得し、他方の譲受人は原因関係維持義務の履行不能に基づく損害賠償等の請求を認めることによって処理する見解³⁶が示されている。

この点、いずれかの見解が理論的に正しいということはないと考えられる。また、(a)の按分説については按分の基準としていかなる取引に適用しうる合理的な基準が

³⁴ 稲葉譲「将来債権譲渡と当事者の合併」金融法務事情 1882 号 24 頁以下、小林・前掲注 32・244 頁。合併ではなく会社分割が行われる場合も同様の論点が生じうると考えられる。

³⁵ 稲葉・前掲注 34・24 頁以下、小林・前掲注 32・244 頁。もっとも、譲渡担保目的の将来債権譲渡の場合があることも踏まえて、いかなる基準で按分するかがさらに論点となる。

³⁶ 井上・前掲注 19・81 頁

設定できるか、難しい問題が残ることになり、一方で(b)の先行者優先説については対抗要件の後れた譲受人が、自己のコントロールできない譲渡人又は債務者の合併等という事情により、その後に発生する将来債権を一切取得できなくなることは不合理であるといった問題点が指摘されており、いずれかの見解が結論として特別に優れているわけではないと考えられる。もっとも、将来債権譲渡の予測可能性を高め、利用可能性を高める観点からは、政策的な割り切りによりこのような場合の処理を明文の規定によって定めることが望ましいと考える。

以 上

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見

第30 意思表示、5 意思表示に関する規定の拡充について

1. 意見の内容

不実表示規定を一般法化することなく、消費者契約に適用される規定として存続するという選択が現実的である。

2. 意見の趣旨及び理由

(1) 不実表示規定の一般法化の当否について

中間的な論点整理第 30、5 においては、不実表示に基づく取消しに関する条文を民法に取り込み、これを消費者契約に限定することなく一般的に適用するという考え方が紹介され、その当否について更に検討してはどうか、とされている。

この点、消費者契約を不実表示規定の対象とすることについては、既に現行消費者契約法が一定の不実表示規定を設けているところでもあり、強いて反対するものではない。

しかしながら、不実表示規定を一般法化し、企業間取引を不実表示規定の対象とすることには、以下に述べる理由から反対する。

取消しという法的効果は、100%の巻戻しを意味し、損害賠償と異なり、過失相殺による中間的解決の余地を残さないだけに、表意者の相手方の保護との調整が特に重要となる。現行民法における錯誤や詐欺に関する解釈論や裁判例においても、その点は十分意識されており、金融取引を含めた現在の企業間取引の実務は、かかる調整の結果としてもたらされるバランスを前提にして行われている。例えば、錯誤においては、表意者の相手方の帰責性を問題にしない代わりに、表意者の認識の誤りの対象及び表意者の落ち度を問題にすることで表意者と表意者の相手方との間の利害調整を図り、逆に詐欺においては、表意者の相手方の帰責性を問題にする一方で、表意者の認識の誤りの対象及び表意者の落ち度を基本的には問わないかたちで表意者と表意者の相手方との間の利害調整を図っているものと評価することができる。しかしながら、中間的な論点整理第 30、5 において紹介されている考え方は、金融取引を含めた現在の企業間取引の実務が前提とする錯誤・

詐欺に関する利害調整ルールと比較すると、表意者保護と表意者の相手方ないし取引の安全の保護とのバランスを大きく崩し、取消しの範囲が過度に広汎になるのではないかという危惧を生じさせる。

(2) 具体的な問題点について

中間的な論点整理第 30、5 において紹介されている考え方が改正条文に盛り込まれた場合、以下において掲げる問題点が実務上生じると考えられる。

まず、不利益事実の不告知に関する規律については、さまざまなプラス・マイナスやメリット・デメリットがさまざまな強弱で組み合わせられて提供される金融商品や金融サービスの例を挙げるまでもなく、どの範囲の事実が（利益の表示と相まって）不告知によって取消事由となる不利益事実であるのかは定かでない。その結果、商品・サービスの提供者は、顧客の属性を問わず、セールストーク（利益の告知）との結びつきがある不利益事実を残らず探し出したうえ、念のためこれを告知しなければならなくなるように思われる。商品・サービスの提供者と購入者との間のこのようなリスク分担ルールを当事者の属性を問わずに導入するとすれば、現行法上確立されている契約締結実務に無用の混乱とコスト増を招くおそれがある。

また、不実表示の効果として法律行為の取消しが認められれば、過失相殺を通じた中間的な処理ができない。このような硬直的效果は、少なくとも中間的処理が公平であると認められる場面において、不合理な結果をもたらす。実際にも、投資取引をめぐる紛争においては、事業者の側にリスク説明の不備が認められる場合の中に、投資者の側にも軽率な面が認められる場合が少なからずあり、現に、損害賠償請求が認められる際に過失相殺が広く行われている。中間的な論点整理第 30、5 において紹介されている考え方は、このような処理を困難ならしめる。

さらに、現在、企業間の契約実務において、M&A 取引や金融取引を中心に契約書に表明保証（Representation and Warranties）条項を置くことが日常化しているにもかかわらず、中間的な論点整理第 30、5 において紹介されている考え方に従っていわば強行法的に意思表示（法律行為）の取消しが認められるとすれば、実務に混乱をきたすであろう。そのような事態を避け、表明保証条項に関する契約実務を確実に維持することができるか、という観点からは、中間的な論点整理第 30、5 において紹介されている考え方の下で表明保証違反の効果について当事者の合意をどのように扱うとしても、上記の懸念が解消されたと言い得るためのハード

ルは必ずしも低くないように思われる。

加えて、不実表示の規定が一般法化された場合、事業者が表意者、消費者が表意者の相手方になる場合にも同様に当該規定が適用されることになるが、中間的な論点整理第 30、5 において紹介されている考え方によると、「消費者の事業者に対する不実表示」に基づく取消しが広く認められるおそれがある。

3. 意見の詳細及び背景

上記の意見の詳細及び背景については、添付「債権法改正に関する論点整理（不実表示）」（平成 22 年 7 月 14 日、金融法委員会）を参照されたい。

以上

(添付)

平成 22 年 7 月 14 日

金融法委員会¹

債権法改正に関する論点整理（不実表示）

一. 背景等

民法の債権法分野について改正の動きが進んでいる。平成 21 年 10 月 28 日、法務大臣から法制審議会に民法（債権関係）の改正に関する諮問（第 88 号）がなされ、かかる諮問を受け、法制審議会において民法（債権関係）部会が設置された。平成 21 年 11 月 24 日にはその第 1 回会議が開催され、事務当局から、1 年半程度の調査審議を経て中間的な論点整理を行うことを目標にする旨のスケジュールが提案されている²。

民法（債権関係）部会第 1 回会議における配付資料（「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」）には今後の検討において取り上げることが想定される事項が例示されているが、その中に「04 意思表示に関する規定の拡充」という項目があり、そこでは、消費者契約法の不実告知の規定（消費者契約法第 4 条第 1 項第 1 号）を引用しつつ、消費者契約に限らず、民法上の詐欺や錯誤に該当しなくとも表意者に取消権を与える必要性が存在する旨の指摘が紹介されている。このことからすれば、今後、不実表示に関する民事ルールのある方が議論の対象となることが予想される。そこで、本ペーパーにおいては、特に不実表示の一般法化というテーマに絞り、主に金融実務の観点から検討³を行う。

なお、不実表示の一般法化というテーマについては、民法（債権法）改正検討委員会が平

¹ 金融法委員会は、国際化・自由化の進展や技術革新等を背景に金融取引の生成発展の速度が高まっている中、わが国における法的不確実性を少しでも除去することを目的として金融取引について実務経験を有する弁護士及び金融取引に関する法律を専門とする研究者が自発的に設立した委員会である。本ペーパーは、主として、同委員会の弁護士委員有志によりドラフトされ、同委員会での議論・コメントを踏まえて作成された。なお、本ペーパーは、各弁護士委員が属する組織を代表する意見ではない。また、民法（債権法）改正検討委員会の委員であった金融法委員会の委員及び法制審議会民法（債権関係）部会の委員又は幹事である金融法委員会の委員は、本ペーパーの取りまとめには参加していない。

² 法務省 HP (http://www.moj.go.jp/shingil/shingi_091124-1.html) で示された第 1 回会議の議事概要及び議事録による。

³ 不実表示に関して検討を行っている論考は多く存在する。例えば、大阪弁護士会『別冊 NBL131 号 実務家から見た民法改正—「債権法改正の基本方針」に対する意見書』（商事法務、2009 年）22 頁以下、岡正晶「民法（債権法）改正の課題 実務家からの情報発信—企業間取引を中心に」法律のひろば 62 巻 10 号（2009 年）37 頁以下、青山大樹・宇田川法也「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第 1 回 不実表示等と表明保証」NBL919 号（2009 年）9 頁以下など。

成 21 年 4 月に公表した「債権法改正の基本方針」及びその後公表された詳細な解説において詳しく論じられていることから、そこでの提案及び検討の当否を中心として検討を行うこととする⁴。誤解が生じないように念のため申し添えると、本ペーパーで論じる不実表示の一般法化とは、不実表示に基づく取消規定の適用範囲を消費者契約にとどまらずあらゆる取引に広げることを指しており、適用範囲を消費者契約に限定したまま不実表示に基づく取消規定を民法典に取り込むことを指しているわけではない。

以下、本ペーパーでは下記の定義語を用いる。

「基本方針」	民法（債権法）改正検討委員会編『別冊 NBL126 号 債権法改正の基本方針』（商事法務、2009 年）を指す。
「民法改正案」	民法改正研究会「日本民法典財産法改正 国民・法曹・学界有志案」『法律時報増刊 民法改正 国民・法曹・学界有志案』（日本評論社、2009 年）を指す。
「詳解 I」	民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針 I 序論・総則』（商事法務、2009 年）を指す。
「改正条文」	民法（債権法）改正が実現したと仮定した場合の民法典の条文を指す。

<参考>

基本方針

【1.5.15】（不実表示）

- <1> 相手方に対する意思表示について、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき相手方が事実と異なることを表示したために表意者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示をした場合は、その意思表示は取り消すことができる。
- <2> 相手方に対する意思表示について、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき第三者が事実と異なることを表示したために表意

⁴ 民法（債権関係）部会第 1 回会議では、「債権法改正の基本方針」が「あくまで学界有志のグループから公表された一つの案であって、他の研究者グループから発表されたものなどと同じような意味で、この部会の参考資料の一つとなるにすぎないものである」とされている（筒井健夫幹事の発言）。本ペーパーが「債権法改正の基本方針」を検討の中心に据えるのは、かかる位置づけの問題とは離れて、「債権法改正の基本方針」については提案理由や詳細な解説が公表されており、それらの検討を通じて、不実表示の一般法化というテーマに関する普遍的な論点を効率的に検討できると考えたためであることを念のため付言する。

者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示をした場合は、次のいずれかに該当するときに限り、その意思表示は取り消すことができる。

〈ア〉 当該第三者が相手方の代理人その他その行為につき相手方が責任を負うべき者であるとき。

〈イ〉 表意者が意思表示をする際に、当該第三者が表意者に事実と異なることを表示したことを相手方が知っていたとき、または知ることができたとき。

〈3〉 〈1〉 〈2〉による意思表示の取消しは、善意無過失の第三者に対抗することができない。

*消費者契約法4条2項に該当する場合（不利益事実の不告知）は、ここでいう「不実表示」に当たり、この提案（【1.5.15】）により取消しが認められるが、その旨を明示的に確認しておく方が望ましいという考えもある。

【3.1.1.10】（交渉当事者の情報提供義務・説明義務）

〈1〉 当事者は、契約の交渉に際して、当該契約に関する事項であって、契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響を及ぼすべきものにつき、契約の性質、各当事者の地位、当該交渉における行動、交渉過程でなされた当事者間の取り決めの存在およびその内容等に照らして、信義誠実の原則に従って情報を提供し、説明をしなければならない。

〈2〉 〈1〉の義務に違反した者は、相手方がその契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害を賠償する責任を負う。

民法改正案

56条 不実表示及び情報の不提供

56条①：相手方が提供した事実と異なる情報に基づき意思表示をした者は、それに基づく法律行為を取り消すことができる。ただし、提供された情報が事実であるか否かが、通常であればその種の法律行為をする者の意思決定に重大な影響を及ぼすものでないときは、この限りでない。

56条②：故意に、信義誠実の原則に反して提供すべきである情報を提供せず、又はなすべき説明をせず、それにより相手方に意思表示をさせたときは、前項の不実表示があったものとみなす。

<参考条文>

消費者契約法第4条

（消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し）

第4条

- 1 消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して次の各号に掲げる行為をしたことにより当該各号に定める誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。
 - 一 重要事項について事実と異なることを告げること。
当該告げられた内容が事実であるとの誤認
 - 二 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものに関し、将来におけるその価額、将来において当該消費者が受け取るべき金額その他の将来における変動が不確実な事項につき断定的判断を提供すること。
当該提供された断定的判断の内容が確実であるとの誤認
- 2 消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対してある重要事項又は当該重要事項に関連する事項について当該消費者の利益となる旨を告げ、かつ、当該重要事項について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り、）を故意に告げなかったことにより、当該事実が存在しないとの誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。ただし、当該事業者が当該消費者に対し当該事実を告げようとしたにもかかわらず、当該消費者がこれを拒んだときは、この限りでない。
- 3 消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して次に掲げる行為をしたことにより困惑し、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。
 - 一 当該事業者に対し、当該消費者が、その住居又はその業務を行っている場所から退去すべき旨の意思を示したにもかかわらず、それらの場所から退去しないこと。
 - 二 当該事業者が当該消費者契約の締結について勧誘をしている場所から当該消費者が退去する旨の意思を示したにもかかわらず、その場所から当該消費者を退去させないこと。
- 4 第一項第一号及び第二項の「重要事項」とは、消費者契約に係る次に掲げる事項であって消費者の当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきものをいう。
 - 一 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容
 - 二 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの対価その他の取引条件

5 第一項から第三項までの規定による消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消しは、これをもって善意の第三者に対抗することができない。

二. 要旨

基本方針 1.5.15 では、消費者契約法第 4 条第 1 項及び第 2 項における不実告知及び不利益事実の不告知に関する規律を、その要件を修正したうえで、改正条文に盛り込むこと（不実表示の一般法化）が提案されている。この点、かかる提案を採用するためには、表意者保護と表意者の相手方ないし取引の安全の保護とのバランス、表明保証条項などの契約実務、消費者が表意者の相手方になる場合の消費者保護などについて、十分な検討及び配慮が必要になると考えられる。しかしながら、一般法化された不実表示の規定において、表意者の保護・取引の安全の保護・契約実務の尊重・消費者保護への配慮といった互いに相反し得るニーズをすべて実現することは難しいように思われ、現時点までの議論を前提にする限り、不実表示に関しては、消費者保護のための規定としてこれまでどおり消費者契約法に規定を置くにとどめるのが現実的な選択肢であるように思われる。

三. 検討

1. 不実表示規定の一般法化の当否

基本方針 1.5.15 及び民法改正案第 56 条では、不実表示に基づく取消しに関する条文を民法に取り込み、これを消費者契約に限定することなく一般的に適用することが提案されている。本ペーパーでは、このような不実表示規定の一般法化の当否について、基本方針 1.5.15 及びそれに関する解説を素材として検討を行う。

(1) 詐欺・錯誤における利害調整

基本方針 1.5.15<1>は、「表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき相手方が事実と異なることを表示したために表意者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示をした場合」において、表意者が自らの意思表示を取り消すことができる旨を規定する。取消しという法的効果は、100%の巻き戻しを意味し、損害賠償と異なり、過失相殺⁵による中間的解決の余地を残さない。それだけに、表意

⁵ 過失相殺の枠内で処理することも、過失相殺とは区別された損害軽減義務（基本方針 3.1.1.73 参照）の問題として処理することも可能であろうが（潮見佳男『債権総論 I [第 2 版]』（信山社、2003 年）390 頁）、損害賠償請求による中間的解決においては、意思表示後（契約締結後）の表意者（契約当事者）の行為態様を考慮に入れて、賠償額の減額処理をすることも可能である。潮見佳男「投資取引と民法理論（四・

者の相手方を保護する必要性との調整が特に重要となる⁶。現行民法における錯誤や詐欺に関する解釈論や裁判例においても、その点は十分意識されており、金融取引を含めた現在の企業間取引の実務は、かかる調整の結果としてもたらされるバランスを前提にして行われている。

例えば、錯誤（民法第95条・基本方針1.5.13）に関しては、主に、

- ・ 「法律行為の要素」（民法第95条）、「その錯誤がなければ表意者がその意思表示をしなかったと考えられ、かつ、そのように考えるのが合理的」（基本方針1.5.13<1>）、「その認識が法律行為の内容とされたとき」（基本方針1.5.13<2>）というような錯誤内容に関する要件
- ・ 「表意者に重大な過失があったとき」（民法第95条・基本方針1.5.13<3>）という表意者側の事情に関する要件

の解釈論を通じて、表意者と表意者の相手方との間の利害調整が図られてきたと考えられる。すなわち、錯誤無効（基本方針1.5.13においては錯誤に基づく取消し）の要件として、(i)欺罔行為その他の表意者の相手方による行為要件又は(ii)表意者が錯誤におちいつていることの認識その他の表意者の相手方の主観要件⁷はいずれも必要とされ

完) —証券投資を中心として—」民商法雑誌118巻3号(1998年)63~64頁は、投資取引をめぐる業者と投資家の間の紛争に関し、契約締結それ自体を損害と見て情報提供義務違反を理由とする賠償を認める構成について、「原状回復的損害賠償構成では過失相殺を重ねることができるということは、情報収集レベルでの両当事者の協働—自己決定主体の情報収集に対して、投資商品販売者の情報提供により補完をする—という点を反映させた損害帰責の分配を提示することができるという利点もある。」という記述に続けて、「さらに、これまであまり強調されていないが、この構成には、契約締結後の投資者の行為態様を考慮に入れて、損害軽減義務の観点から賠償額の減額処理をすることができるという面もある（公表裁判例では、この処理をするものが多い）」と述べている。実際に投資商品販売者の責任を肯定する場合でも、大抵は過失相殺(的)処理による減額がなされており、控除割合が5割から8割5分にまでのぼるものも少なくない(潮見佳男「投資取引と民法理論(一)—証券投資を中心として—」民商法雑誌117巻6号(1998年)16頁及び注22参照)。

⁶ この点について、潮見佳男『債権総論I[第2版]』(信山社、2003年)577頁以下(特に580頁以下)は、情報提供義務を、「『表意者の意思決定の基盤となる情報環境を整備する責任』を表意者の側から契約の相手方の側にシフトすることで、間接的に自己決定を支援するもの」(同578頁)としつつ、情報提供義務違反の効果(サンクション)を述べる文脈で、「契約からの『全面的解放』、つまり『全部無効+完全な原状回復』をもたらす原因として情報提供義務違反・・・が機能するのは、『自己決定に必要な情報はみずからの責任において収集する』とのパラダイムがまったく妥当しないような場面、つまり、①自己決定基盤の整備が契約相手方に全面的に委ねられている場合(=自己決定のための情報収集リスクが全面的に相手方に転嫁されている場合)か、または、②本来は決定主体に割り当てられている情報収集部分についても契約相手方が介入し、支配・操縦をおこなった結果として、当事者が誤った決定基盤に基づいて自己決定をしたという場合に限定されることになる。」(同580~581頁)としている。かかる考え方に沿って、本ペーパーの問題意識を表現すれば、それは、一般法化された不実表示に基づく取消規定が機能する場面を『自己決定に必要な情報はみずからの責任において収集する』とのパラダイムがまったく妥当しないような場面」に限定できるかということになる。

⁷ 少なくとも、民法第95条はこのような要件を明示的に定めていない。但し、川島武宜博士らは、判例が採用する動機の錯誤と表示の錯誤の区別を撤廃する旨の主張と合わせて、錯誤無効が相手方に予想外の損害を与えることから、取引の安全(契約が有効に成立したとの信頼の保護)を図るため、相手方が表意者の錯誤を認識していたか、又は認識することが期待できたこと(認識可能性)を錯誤無効の要件として主張する(例えば、川島武宜『民法総則』(有斐閣、1965年)289頁以下)。なお、学説の整理については、中松櫻子「錯誤」『民法講座 第1巻 民法総則』(有斐閣、1984年)387頁以下(1980年代後

ないために、意思表示が有効になされたと信じる表意者の相手方の保護に欠けるおそれが生じることから⁸、上記のような錯誤内容に関する要件及び表意者側の事情に関する要件の解釈論を通じて、錯誤無効（基本方針 1.5.13 においては錯誤に基づく取消し）を適正な範囲にとどめるための努力がなされてきたと言えよう。

また、詐欺（民法第 96 条・基本方針 1.5.16）に関しては、詐欺者の故意（相手方を欺罔して錯誤におとし入れようとする故意とこの錯誤によって意思表示をさせようとする故意）、欺罔行為、表意者の錯誤、因果関係及び違法性⁹を取消しの要件としている。これらの要件が認められるならば、表意者の相手方に十分な帰責性が認められることから、もはや表意者の相手方を保護する必要は小さいと言えよう。逆に言えば、詐欺者の故意、欺罔行為及び違法性など表意者の相手方に十分な帰責性が認められるような要件を設定することによって、詐欺取消しの規定は、表意者と表意者の相手方の間の利害調整を図っているものと考えられる¹⁰。

以上をやや大雑把にまとめるならば、錯誤においては、表意者の相手方の帰責性を何ら問題にしない代わりに、表意者の認識の誤りの対象及び表意者の落ち度を問題にすることで表意者と表意者の相手方との間の利害調整を図り、逆に詐欺においては、表意者の相手方の帰責性を問題にする一方で、表意者の認識の誤りの対象及び表意者の落ち度を基本的には問わないかたちで表意者と表意者の相手方との間の利害調整を図っているものと評価することができる。金融取引を含めた現在の企業間取引の実務は、かかる利害調整の結果としてもたらされるバランスを前提にして行われており、一般法化された不実表示規定が、かかるバランスを大きく変えるものであるか否かが、実務上の関心事となる。

(2) 基本方針 1.5.15

半以降の学説をフォローするものとしては山本敬三『民法講義 I 総則[第 2 版]』（有斐閣、2005 年）162 頁以下などを参照。いずれにせよ、表意者と表意者の相手方との利害調整が重要な問題であったことは疑いがない。

⁸ この点に関し、我妻榮『新訂 民法総則（民法講義 I）』（岩波書店、1965 年）303 頁は、錯誤を取り消しうるものとしつつ、錯誤者が常に信頼利益の賠償義務（取り消されない完全に有効な意思表示と信じたことによって相手方の被った損害を賠償する義務）を負うドイツ民法について、「極めて至当な立法」と述べる。

⁹ 我妻榮『新訂 民法総則（民法講義 I）』（岩波書店、1965 年）308～310 頁の整理に従っている。

¹⁰ この点、森田宏樹『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（3 完）NBL484 号（1991 年）58 頁は、「詐欺・・・において・・・、契約の有効性が否定される範囲を画していたのは、相手方の行為態様の悪性の要素であった」と述べる。また、森田宏樹『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（2）NBL483 号（1991 年）60 頁では、「欺罔の故意を要することは、行為態様の誠実さという信義則の要請と取引安全や当事者の自己責任等の諸原理の要請との調和を図るものである、という見解」が紹介されている。

上記のような錯誤・詐欺に関する伝統的な利害調整の観点¹¹に照らすと、取消しという法律効果を用意する基本方針 1.5.15 は、どのように評価できるか。錯誤や詐欺の議論を参考に、

- (a) 表意者の認識の誤りの対象
- (b) 表意者側の事情に関する要件
- (c) 表意者の相手方の帰責性

という 3つの観点から、検討する。

ア (c)表意者の相手方の帰責性という観点から

この点、詐欺取消しと比べると、基本方針 1.5.15 は、(c)表意者の相手方の帰責性が著しく弱い場合にまで取消しを認めるものである。すなわち、詐欺においては、表意者の相手方の故意（相手方を欺罔して錯誤におとし入れようとする故意及びこの錯誤によって意思表示をさせようとする故意）が必要であるところ、不実表示（不利益事実の不告知を含む。）に関しては、表意者の相手方の故意を要件としておらず¹²、過失による不実表示、さらには過失すら存在しない不実表示¹³であっても、取消しという効果が生じる可能性がある。のみならず、基本方針 1.5.15 は、「事実と異なることを告げる」ことを要件としている消費者契約法第 4 条第 1 項第 1 号と異なり、「事実と異なることを表示した」という文言を用いている点も重要である。「告げる」という文言を「表示した」

¹¹ もちろん、このような利害調整を前提にした取引実務それ自体を、金融実務を含めた企業間取引を含め、根底から覆すべきであるという主張もあり得るが、本ページでは、その点には立ち入らない。

¹² 内田貴『債権法の新時代―「債権法改正の基本方針」の概要―』（商事法務、2009年）53頁参照。基本方針 1.5.15 は、消費者契約法第 4 条第 2 項が用いている「故意に」という要件を維持していない。ここで、消費者契約法第 4 条第 2 項にいう「故意に」とは、「当該事実が当該消費者の不利益となるものを知っており、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」という意味であると解されている（消費者庁企画課編『逐条解説 消費者契約法[第 2 版]』（商事法務、2010年）120頁）（但し、落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001年）84頁脚注 11 は、「当該消費者が当該事実を認識していないこと」を事業者が知っていることは不要であるとしている。）。この点、必ずしも明示的な説明がなされているわけではないが、基本方針 1.5.15 は、作為による不実表示と法律的に等価値と評価し得る不作為に限って同一の規律に服せしめるものであるが故に、消費者契約法第 4 条第 1 項に準じて（同項と平仄を合わせるかたちで）故意要件を不要としたのかもしれない。そうだとすれば、基本方針 1.5.15 を一般法化した場合において、取消対象となる不利益事実の不告知（不作為）が作為による不実表示と法律的に等価値と評価し得るものに限定されているかが重要な問題になる。

¹³ 表意者の相手方の帰責性という観点から、消費者契約法第 4 条第 1 項第 1 号を見ると、同号は、事業者（表意者の相手方）が事実と異なることを告げた（「表示した」ではない）場合、当該事業者（表意者の相手方）の「事実と異なる点」についての故意・過失の有無を問わずに、取消しを認めており、事業者が事実と異なることを告げた（「表示した」ではないし、また、不利益事実の不告知は含まれない。）だけで、取消しという効果を正当化するに足る帰責性が認められるという考え方を前提にしているように思われる。その意味で、消費者契約法第 4 条第 1 項第 1 号に基づく取消要件として求められる事業者の帰責性は、詐欺取消しの要件と比べれば著しく弱い。しかしながら、同規定の適用範囲は、同規定が消費者保護のための規定であること及び同規定が積極的な不実告知を問題にしていることにより限定され明確化されている。なお、大阪弁護士会『別冊 NBL131 号 実務家から見た民法改正―「債権法改正の基本方針」に対する意見書』（商事法務、2009年）23頁も、消費者が表意者となる場合を念頭に置きつつ、単なる不注意で不実表示をした場合も取消対象になることに危惧を表明している。

という文言に置き換えた趣旨は、基本方針 1.5.15 に基づく取消しが認められるためには、積極的な告知行為は不要であり、四囲の事情から黙示的に表示されたと評価される場合も取消対象に含まれ得る点にあると説明されているところ¹⁴、積極的な表示にとどまらず黙示的・消極的な表示についてまで問題になるとすれば、客観的・外形的な行為要件によるしほりも弱いものとなる。したがって、基本方針 1.5.15 によれば、容易に取消しが認められる結果となるか、少なくとも、取消しが認められる範囲が不明確となるおそれがある。

一例として、消費者庁企画課編『逐条解説 消費者契約法[第2版]』（商事法務、2010年）120頁の事例4-19、すなわち中古マンションの一室の売買において、業者は、「（隣接地が空き地であって）『眺望・日当たり良好』」という事実を消費者に告知したが、「半年後には隣接地に建物ができて眺望・日照がほとんど遮られるようになる」事実を消費者に告知しなかったという事例を取りあげる。これは、業者に故意がある場合（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、あえて告知しなかった場合）には、不利益事実の不告知として取消事由となる事例として挙げられている。この事例を修正して、「現居住者個人と居住希望者個人との間の中古マンションの一室の売買において、売主は、『隣接地は空き地であって眺望・日当たり良好』という事実を買主に告知したが、『半年後において隣接地に建物ができて眺望・日照が遮られるようになる』事実を買主に告知しなかった。もっとも、売主は、半年後において隣接地に建物ができるという計画を知らなかった。あるいは、隣接地に建物ができるという計画があることは知っていたが、売買対象の部屋が上層階に位置していることから、眺望・日照に影響はないと軽信していた。」という事例を考える場合、基本方針 1.5.15 の提案によれば、当該売主が「事実と異なることを表示した」と認定される可能性がある。

以上からすると、基本方針 1.5.15 において求められている(c)表意者の相手方の帰責性は、詐欺取消しの場合に比べて著しく弱いと言わざるを得ない。むしろ、錯誤の場合に準じると言ってよい¹⁵。したがって、錯誤・詐欺に関する伝統的な利害調整を前提にした取引実務の観点からすると、(a)表意者の認識の誤りの対象及び(b)表意者側の事情に関する要件において錯誤の場合に準じた十分な絞りがかけられていなければ、表意者

¹⁴ 詳解 I・129頁。

¹⁵ 山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化(一)」民商法雑誌 141 巻 1 号 (2009 年) 注 53 は、不実表示に基づく取消権を事前に放棄する特約は有効である旨を述べる箇所、「詐欺・強迫による取消権を事前に放棄する合意は、公序良俗に反すると考えられるとしても、錯誤・不実表示による取消権を事前に放棄する合意は、公序良俗に反するとまではいえないだろう。」と述べている。取消権の事前放棄が公序良俗に反するか否かを判断するに際しては行為の悪性（相手方の帰責性）が一つの重要な要素になると考えられるところ、かかる理解が正しいとすれば、山本敬三教授も、不実表示における相手方の帰責性について、詐欺・強迫とは異なるものであって、むしろ錯誤の場合と同程度であると考えているのではないかと推測される。

と表意者の相手方との利害調整（取引の安全とのバランス）が大きく崩れるのではないかという懸念が生じる。これを踏まえ、(a)表意者の認識の誤りの対象及び(b)表意者側の事情に関する要件のそれぞれについて基本方針 1.5.15 の規律を検討する。

イ (a)表意者の認識の誤りの対象という観点から

まず、(a)表意者の認識の誤りの対象についてであるが、基本方針 1.5.15 は、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項に関する事実の誤認識を問題にしている。これは、消費者契約法第 4 条第 1 項第 1 号における規定振りに準ずる一方、同条における「重要事項」（消費者契約法第 4 条第 4 項）という限定（同項第 1 号及び第 2 号による限定）を外すものである¹⁶。その結果、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項に関する事実はかなり広範囲になり得るようになる。

もちろん、詐欺であれば、欺罔行為と意思表示との間の因果関係が認められる限り、もはや表意者の相手方を保護する必要はなく、表意者の認識の誤りの対象について特段の要件を設定する必要はない。しかしながら、既に述べたとおり、表意者の相手方の帰責性という観点から見た場合、詐欺と基本方針 1.5.15 の不実表示には大きな差異が存在するのであって、ここでは、(a)表意者の認識の誤りの対象について、錯誤の場合に準じた紋りがかかっているかが問題となる。

そこで検討するに、錯誤（以下イでは、比較の便宜の観点から民法第 95 条ではなく基本方針 1.5.13 を念頭に置く。）においては認識の誤りの対象が「法律行為の内容」になっている必要がある一方で、基本方針 1.5.15 ではそのような要件は必要とされていない。基本方針 1.5.15 においてかかる要件が不要とされることにより、不実表示に基づく取消しは、錯誤（基本方針 1.5.13）に基づく取消しに比べて広く認められやすくなると思われ¹⁷、表意者の認識の誤りの対象について、錯誤の場合に準じた紋りがかかっ

¹⁶ 基本方針 1.5.15 の提案要旨によれば、「消費者契約法 4 条 4 項に定められた『重要事項』の定義のうち、①『当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容』と②『当該消費者契約の目的となるものの対価その他の取引条件』による限定を外している。これは、表意者の判断に通常影響を及ぼすべき事項について相手方が不実表示をしたと評価されるかぎり、取消しを認めてもよいはずであり、①②はその例示にすぎないという考慮に基づく。」と説明されている。ただ、重要事項という限定の撤廃について、詳解 I・129 頁の脚注 3 は、山本豊「不都合な契約からの離脱（その 2）—立法による対処」法学教室 333 号（2008 年）71 頁の記述を引用しているが、当該記述は、消費者契約法の枠内において重要事項の限定を撤廃すべきという立法論を主張するものであるし、当該脚注が同様に引用する国民生活審議会消費者政策部会消費者契約法評価検討委員会「消費者契約法の評価及び論点の検討等について（平成 19 年 8 月）」16 頁も、当然のことながら、消費者契約について述べるものである。消費者契約法を基に主張されていた立法論は、そのまま一般法化した不実表示に当てはまるとは限らないように思われる。

¹⁷ 詳解 I・132 頁以下も、不実表示取消しと錯誤取消しを「法律行為の内容化の要否」という観点から比較し、基本方針 1.5.15<1>について「そのような場合（引用者注：一定の事実に関する認識が法律行為

ているとは言えないように思われる。もちろん、消費者契約法第4条においては、認識の誤りの対象が「法律行為の内容」となっている必要はなく、同条を基にしている基本方針1.5.15がそのような要件を不要としているのはそれ自体自然である。しかしながら、消費者契約法上の規律を一般法化するならば（一般法化に際して「重要事項」という消費者契約法が用いていた限定を外すのであればなおさら）、当事者間の構造的情報格差を所与の前提とせず、消費者保護という目的を抜きにしても、正当化が可能でなくてはならない。かかる観点からは、消費者契約法第4条の取消要件を広げるかたちで一般法化された不実表示の規定を事業者間取引において適用する場合に、表意者保護と表意者の相手方保護のバランスが均衡を失っていないかが問題になる。具体的には、上記で述べたとおり、基本方針1.5.15が問題にしている表意者の認識の誤りの対象が広汎に過ぎないかが問題になろうし、仮に表意者の認識の誤りの対象を広汎に捕捉するのだとすれば、他の要件でバランスをとる必要がないかが問題になろう。

ウ (b)表意者側の事情に関する要件という観点から

(b)表意者側の事情に関する要件に関しては、基本方針1.5.15が、表意者が認識を誤ったことに関する表意者の過失を問題とせず、取消しという効果を発生させようとしている点¹⁸が重要である。消費者契約法第4条第1項第1号（不実告知）及び同条第2項（不利益事実の不告知）は、事業者と消費者との間、すなわち情報の量及び分析能力において格差が定型的に認められる者の間で、事業者による不利益事実の不告知に起因して消費者が誤認に基づき意思表示をした場合の規律であり、その場面においては、表意者＝消費者の過失ないし重過失を問題にするべきではないという価値判断に相応の合理性が認められる。しかしながら、かかる規律を一般法化し、これを事業者が表意者となる場合に適用するとすれば、表意者の過失ないし重過失を考慮しないことが適当な利害調整ルールであるのかについて、慎重な検討が求められるように思われる。

この点、基本方針1.5.15における「通常影響を及ぼすべき事項」という要件において、表意者の属性その他の表意者側の事情が考慮され、かかる考慮の対象が表意者の過失ないし重過失を論じるときに通常問題とされる事由と結果的に一部重なることとなる可能性もあるように思われる¹⁹。このように、一般法化された不実表示の規律におい

の内容とされたかどうか明らかでない場合を指す。)でも、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項について、相手方が事実と異なることを表示し、そのために表意者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示をしたことが確定できれば、それ以上、その認識が『法律行為の内容とされた』かどうかを問題とするまでもなく、意思表示を取り消すことができるようにするところに意味がある」と説明している(同133頁)。

¹⁸ 詳解I・130頁は、「表意者に重過失がある場合でも、表意者は意思表示を取り消すことができる。」と述べ、表意者の重過失が不実表示に基づく取消しという効果の発生を妨げない旨を明確にしている。表意者に重過失がある場合でも表意者が意思表示を取り消すことができるのであれば、当然の帰結として、表意者に軽過失があるにすぎない場合も表意者は意思表示を取り消すことが可能であろう。

¹⁹ 内田貴『債権法の新時代—「債権法改正の基本方針」の概要—』(商事法務、2009年)54頁(なお、同

て表意者の側の事情も一定程度斟酌され得るのだとすると、それ自体は、現在の取引実務が前提にしている利害調整ルールと親和的であり、歓迎すべきことである。

しかしながら、表意者の側の事情を斟酌することが「通常影響を及ぼすべき事項」という要件の解釈を通じて十分に実現できるかということ、それにはやはり限界が伴うと言わざるを得ず²⁰、むしろ表意者の過失等、表意者側の事情を正面から問題とすべく、独立した要件として定立する方が良いように思われる。ところがその一方で、不実表示に係る規律を一般法化する際に、表意者の無過失ないし無重過失といった要件を明文化することは、消費者契約に関しては、消費者保護の範囲を消費者契約法第4条第1項第1号及び同条第2項に比べて狭めること（狭める可能性）を意味することから、消費者保護を重視する立場からの強い反対に直面することが予想される。その意味で、一般法化された不実表示の規定において、現在の企業間取引実務が前提にしている利害調整ルールを大きく崩さないかたちで消費者保護を維持ないし拡充させることは極めて困難な問題になるものと思われる。その困難性に対する十分な認識及び検討がなされないまま不実表示の一般法化がなされるとすれば、企業・消費者を問わず、いずれの当事者にとっても不幸な事態が生じるであろう。

なお、基本方針1.5.15では、「それによって意思表示をした場合は、その意思表示は取り消すことができる。」としており、「それによって意思表示をした場合」という要件の解釈において、表意者の過失等が勘案される可能性もあろう。すなわち、脚注6で引用したように、情報提供義務を、『表意者の意思決定の基盤となる情報環境を整備する責任』を表意者の側から契約の相手方の側にシフトすることで、間接的に自己決定を支援するもの」と位置づけ、情報環境が整備された後においては、あくまで表意者自身が判断し、自己決定を行うという想定に立つならば、「それによって」という要件の解釈を通じて、表意者の過失のような自己決定プロセスそれ自体の瑕疵を問題にすることが可能かもしれない。もっとも、現行の消費者契約法第4条においても「それによって」（同条第1項及び第2項）という文言が用いられているところ、かかる文言は単に誤認

書のはしがきにおいて、同書が民法（債権法）改正検討委員会の公式見解を述べたものではなく、学者としての私的見解を述べたものであることが明記されている。）は、「プロどうしの取引では、契約をする際に必要な情報は、相手が述べた情報だけではなく、自分で調査することが求められる。したがって、仮に相手に不実表示（不実告知や不利益事実の不告知）があったとしても、通常はそれと併せて自分で収集した情報を考慮して契約をするかどうかを決めるから、表意者の意思表示をするか否かの判断に『通常影響を及ぼすべき事項』とはいえない。」と述べている。これは、表意者の属性その他の表意者側の事情が「通常影響を及ぼすべき事項」という要件の解釈を通じて一定程度斟酌され得るところ、かかる表意者側の事情は、表意者の過失ないし重過失を問題にするときに通常斟酌される事由と結果的に一部重なることがあり、その限りで、表意者の過失ないし重過失を問題にするのと同じような結果が得られる可能性を示しているようにも解される。

²⁰ 例えば、詳解Iは、その130頁において、表意者に重過失がある場合でも、表意者は意思表示を取り消すことができるものとし、その134頁において、「通常影響を及ぼすべき事項」とは、消費者団体による差止請求制度との関係で、客観的・定型的な要件を定めたものと説明している。

と意思決定の因果関係を意味する²¹と考えられてきた（消費者の自己決定プロセスの瑕疵を問題にするようなことはしてこなかった）。このような経緯からすると、基本方針 1.5.15 が改正条文に盛り込まれた場合に「それによって意思表示をした場合」という要件によって取消しの範囲をどの程度限定できるのかは必ずしも明らかでない。

(3) 基本方針 3.1.1.10 と不利益事実の不告知の取消要件との比較

上記(1)及び(2)では、基本方針 1.5.15 の示す取消要件を、取消し又は無効という法律効果を有する詐欺・錯誤の要件と比較したが、基本方針 1.5.15 の示す取消要件と基本方針 3.1.1.10 の示す損害賠償請求（交渉当事者の情報提供義務・説明義務違反に基づく損害賠償請求）が認められるための要件との比較からも、基本方針 1.5.15 の取消要件は過度に広いのではないかという危惧が生じる。

基本方針 3.1.1.10 は、契約交渉当事者に対して、当該契約に関する事項であって、契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響を及ぼすべきものにつき、契約の性質、各当事者の地位、当該交渉における行動、交渉過程でなされた当事者間の取り決めの存在及びその内容等に照らして、信義誠実の原則に従って情報を提供し、説明する義務を課した上で、かかる義務に違反した者が、相手方がその契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害を賠償する責任を負う旨を規定する。

この点、提供すべき情報を提供しないことを問題とする点で類似する不利益事実の不告知に関し、基本方針 1.5.15 の効果が取消しであるのに対して、基本方針 3.1.1.10 の効果が損害賠償である点が重要である。過失相殺等を通じた賠償額の減額処理によって両当事者の帰責割合に応じた中間的処理が可能な損害賠償請求に比べ、取消し、すなわち意思表示ないし法律行為をなかつたものとする法的効果を用意する場合は、その要件をより限定的にすべきであり、したがって、不利益事実の不告知にも適用されることが予定されている基本方針 1.5.15 の取消要件は、基本方針 3.1.1.10 に基づき損害賠償責任が認められるための要件に比べて厳格である必要があろう。

以上を前提に、上記(1)で掲げた(a)表意者の認識の誤りの対象、(b)表意者側の事情に関する要件及び(c)表意者の相手方の帰責性という要素を勘案しつつ、基本方針 1.5.15 の取消要件と基本方針 3.1.1.10 の損害賠償責任発生要件を比較する。

まず、(a)表意者の認識の誤りの対象であるが、そもそも基本方針 3.1.1.10 は、情報提供及び説明の相手方において誤った認識が発生したことを明示的な要件として定めていない。しかしながら、相手方が何ら認識を誤っていないのであれば、相手方に対する損害賠償を認める必要はなく、基本方針 3.1.1.10 によっても、相手方において誤った認識が発生したことが損害賠償責任発生要件になっていると解される。そうだとす

²¹ 消費者庁企画課編『逐条解説 消費者契約法[第2版]』（商事法務、2010年）123～124頁。

ると、相手方（表意者）の認識の誤りという点で、基本方針 1.5.15 と基本方針 3.1.1.10 に差異はなく、相違点は、基本方針 1.5.15 が「表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項」（下線部引用者）という要件を満たすことを求めているのに対して、基本方針 3.1.1.10 が「契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響を及ぼすべきもの」という要件を満たすことを求めている点、すなわち、「通常」という要素の有無のみであるように思われる。この点、「通常」という要素の有無によって両者の要件に有意な差があるか否かは必ずしも明らかでないように思われる。

次に、(b)表意者側の事情に関する要件についてであるが、これについては、表意者の過失など表意者側の事情を要件としない基本方針 1.5.15 に比べ、基本方針 3.1.1.10 では、「各当事者の地位」、「当該交渉における行動」など、情報提供及び説明の相手方（表意者）の事情を勘案できるような要素が掲げられており、基本方針 3.1.1.10 の損害賠償責任発生要件の方が厳格であるという評価が可能であろう。例えば、他方当事者から提供された情報や説明が不利益事実の告知という観点から不足していたが（その結果、基本方針 3.1.1.10 に基づく損害賠償請求を主張する者は当該不利益事実を認識しなかったが）、基本方針 3.1.1.10 に基づく損害賠償請求を主張する者において、他方当事者に対して積極的な情報提供を求めることがさほど困難でなかった場合などにおいて、基本方針 3.1.1.10 に基づく義務違反並びにその帰結としての損害賠償責任が否定されることがあり得ようが²²、基本方針 1.5.15 に関しては、上記のような場合において取消しという効果が発生しないという結論を導くことが、少なくとも明示的に示された要件からは困難である。

さらに、(c)表意者の相手方の帰責性との関連では、基本方針 1.5.15 において、不利益事実の不告知事例で不利益事実に関する情報提供という作為義務が導かれるか否かは、「告知した利益との表裏一体性」で判断されるということだと思われるが、後述するとおり、実際の取引において何が「表裏一体」であるのかを判断するのは困難であり、「表裏一体」の範囲が広範に解されるおそれは否定できないように思われる。「表裏一体」の範囲が広範に解される場合、表意者の相手方において帰責性が弱いと評価し得るような場合であっても、不利益事実に関する情報提供という作為義務が肯定されるおそれがある。以上のように、(c)表意者の相手方の帰責性という観点から見た場合、基本方針 1.5.15 の取消要件が基本方針 3.1.1.10 の要件に比べて厳格な要件を設定しているとは言い切れないように思われる。

上記のように、不利益事実の不告知（提供すべき情報の不提供）に関し、基本方針 3.1.1.10 に基づく義務違反が認められるための要件に比べて、より厳格に定められるべき基本方針 1.5.15 の取消要件は、必ずしもそうはなっていない。このような観点からも、基本方針 1.5.15 の取消要件が過度に広いのではないかという実務上の懸念が生じ

²² ここで述べているのは損害賠償責任（その前提としての情報提供義務違反）が否定されるということであり、損害賠償責任が認められたことを前提に過失相殺等によって賠償額が減額されるということではない。

る。

(4)小括

以上のように、基本方針 1.5.15 の内容は、金融取引を含めた現在の企業間取引の実務が前提とする錯誤・詐欺に関する利害調整ルールと比較すると、取消しの範囲が過度に広汎になるのではないかという危惧を生じさせる。また、不利益事実の不告知に関する取消要件については、過失相殺等による賠償額の減額処理が可能なものとして提案されている基本方針 3.1.1.10 における損害賠償責任の成立要件と比べても、必ずしも制限的なものとはなっていない。

2. 具体的問題点

以下では、企業間取引に限らず、基本方針 1.5.15 が改正条文に盛り込まれた場合に実務上生じると考えられる具体的な問題点を示す。なお、以下において掲げる問題点は、基本方針 1.5.15 の内容をそのまま改正条文に盛り込んだ場合に限らず、不実表示の規定を一般法化する場合において、不可避免的に直面する論点であると思われる。

(1)不利益事実の不告知

(a)取引実務の混乱

基本方針 1.5.15 の提案要旨によれば、消費者契約法第 4 条第 2 項に定められた不利益事実の不告知は、「消費者にとって利益となることと不利益事実が表裏一体をなすにもかかわらず、利益となる旨のみを告げて、不利益事実は存在しないと知らせる行為であり、それ自体 1 つの不実表示と評価できる」(下線引用者)とされている。ここでは、不利益事実の不告知を積極的な不実告知と同視するに足る作為義務(不利益事実を告知する義務)を発生させる要件として、表示された利益と表示されるべき不利益事実との「表裏一体」性を問題にしている²³。しかしながら、この概念は、不作為を作為と同視するための要件としては曖昧に過ぎるように思われる。すなわち、当該要件について、裁判所においてどのように判断されるか予測が困難である。にもかかわらず、利益の表示と表裏一体をなす不利益事実の不告知があれば、そのために表意者が誤ってその事実

²³ 本文においては、不利益事実の不告知類型(不作為型)が基本方針 1.5.15 にいう「事実と異なる表示」に該当するのは告知した利益と不利益事実との「表裏一体性」が認められる場合に限られるという理解に立って、その「表裏一体性」の範囲が必ずしも明確でないという懸念について述べているが、仮に「表裏一体性」が肯定されない場合であっても不利益事実の不告知類型(不作為型)が基本方針 1.5.15 にいう「事実と異なる表示」に含まれ得るということであれば、本文で述べた懸念はさらに大きいものとなる。

を認識したことが取消事由になり得るとすると、現行の契約実務に大きな影響が生ずる可能性がある。さまざまなプラス・マイナスやメリット・デメリットがさまざまな強弱で組み合わせられて提供される金融商品や金融サービスの例を挙げるまでもなく、どの範囲の事実が（利益の表示と相まって）不告知によって取消事由となる不利益事実であるのかは定かでない。その結果、商品・サービスの提供者は、顧客の属性を問わず、セールストーク（利益の告知）との結びつきがある不利益事実を残らず探し出したうえ、念のためこれを告知しなければならなくなるように思われる。商品・サービスの提供者と購入者との間のこのようなリスク分担ルールを当事者の属性を問わずに導入するとすれば、現行法上確立されている契約締結実務に無用の混乱とコスト増を招くおそれがある²⁴。

(b) 取消処理の硬直性

加えて、不実表示の効果として当該取引を取消可能にすることが事業者間の取引において常に合理的な結果を生むのかについても、検討が必要であろう。例えば、金融商品取引業者が金融商品を顧客に販売する際に商品の内容を説明する一方で（リスクと「表裏一体」の利益を表示する一方で）、リスク説明の一部を怠った場合（顧客が当該リスクを認識していなかった場合）、これまでは通常金融商品取引業者の説明義務違反に基づく損害賠償請求及び過失相殺というかたちで金銭賠償による処理（過失相殺を通じた損害賠償額の調整によって公平を図る処理）が行われてきたと考えられるが²⁵、基本方針 1.5.15 によれば、そのような処理はできない。したがって、当該顧客は、適格機関投資家ないし特定投資家であったとしても、損失を被れば、過失の有無を問わず²⁶、当該金融商品の購入を取り消すこと（取引をすべて巻き戻すこと）が可能になるように思われる。この点、詐欺や錯誤と比べ、一方当事者の帰責性や要保護性が必ずしも顕著でない不実表示に対し、基本方針 1.5.15 が定めるような要件の下で詐欺や錯誤と同様の効果を与えることの是非が問われなければならないように思われる。

(c) 事例

この点、実際の紛争事例（東京地判平成 21 年 3 月 31 日金法 1866 号 88 頁）に即して考えてみる。当該事例は、本論点との関係で簡略化すれば、証券会社との間で金利スワ

²⁴ 井上聡「金融商事の目 オイシイ話にもウラはない？債権法改正によるパラダイム転換」金融・商事判例 1319 号（2009 年）1 頁を参照。

²⁵ 脚注 5 を参照。

²⁶ 詳解 I・130 頁参照。但し、基本方針 1.5.15 においても、「通常影響を及ぼすべき事項」ないし「それによって」という要件の解釈を通じて、表意者側の事情を斟酌できる可能性については、本文中「三. 検討 1. 不実表示規定の一般法化の当否 (2)基本方針 1.5.15 ウ(b)表意者側の事情に関する要件という観点から」を参照。

ップ取引（2つの金利スワップ取引が存在する。以下それぞれを「第一スワップ取引」、「第二スワップ取引」といい、2つの取引をあわせて「本件スワップ取引」という。）を行った顧客2名（いずれも会社である。）が当該証券会社に対して、主位的に錯誤無効を理由として本件スワップ取引に基づく債務の不存在確認と不当利得返還を、予備的に当該証券会社の説明義務違反による損害賠償を求めたものである。

東京地裁は、当該顧客の主位的請求（錯誤無効の主張）を斥けつつ、予備的請求（説明義務違反）を認め、当該顧客の過失割合を3分の2として過失相殺したうえ、当該証券会社の損害賠償責任を認めた（以下「本件スワップ判決²⁷」という。）。当該事案においては、当該証券会社が当該顧客に対して、第一スワップ取引における時価評価損の最大リスクがマイナス46%となることが記載された書面（以下「本件分析表」という。）を交付したか・本件分析表に基づく説明を行ったかについて事実関係が争われたが、本件スワップ判決は、本件分析表が交付された事実も本件分析表に基づく説明が行われた事実も認められないとしたうえで、（主位的請求との関係では）本件分析表の交付等がなされなくとも当該顧客らが要素の錯誤に陥っていたものとは認めることができないとしつつ（当該顧客らが第一スワップ取引について時価評価損の最大リスクがマイナス12%程度であると誤信したことを根拠とする錯誤無効の主張は排斥しつつ）、（予備的請求との関係では）本件分析表が交付されず、また、本件分析表に基づく説明が行われなかったことを根拠に説明義務違反を認めている。なお、本件スワップ判決では、顧客がハイリスク・ハイリターンのデリバティブ取引について豊富な経験を有することや本件スワップ取引が行われる前の3年度においてデリバティブ取引によりそれぞれ年間平均14億円以上、年間平均8億円以上の利益をあげていたことが認定されている。

当該事案に基本方針1.5.15のような規律（不利益事実の不告知に関する規律）を持ち込む場合、本件スワップ判決で認定された事実を前提にすれば、「表意者（顧客）の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき相手方（証券会社）が事実と異なることを表示したために表意者（顧客）が誤って事実を認識し、それによって意思表示をした」として、不実表示（不利益事実の不告知）に基づく取消しが認められるように思われる²⁸。不実表示に基づく取消しが認められる場合、当然のことながら

²⁷ 本件スワップ判決の結論（錯誤無効主張の排斥・説明義務違反の認定・大幅な過失相殺）を支持する評釈として、松尾直彦「金利スワップ取引の説明義務違反を認めた裁判例—東京地判平21.3.31を契機として—」金融法務事情1868号（2009年）6頁以下が存在する。また、同判決については、和仁亮裕・高林径子・宇波洋介「OPINION 投資家様と説明義務」金融法務事情1873号（2009年）1頁も参照。

²⁸ 本文において簡潔に紹介したとおり、本件スワップ判決に係る事案では、証券会社の担当者が顧客に第一スワップ取引に関する取引の内容、リターン（メリット）・リスク等を説明する一方で、顧客らに対する取引リスクの開示という観点から重要な意味を持つ本件分析表記載の時価評価損の最大リスク（マイナス46%程度）を説明していなかった。そのうえで、本件スワップ判決は、顧客が「（顧客の）是認していた・・・予測を大幅に超えるような時価評価損の発生を看取することそれ自体は必ずしも困難ではないとしても」（括弧内引用者）と述べつつ、「（顧客は、証券会社の担当者の説明を前提として、）これら

過失相殺は問題にならないことから、本件スワップ判決における顧客の主位的請求を認めるのと同様の結果が生じることになるが、これは、少なくとも本件スワップ判決を出した裁判所が公平でないと考えた結果に等しい（既に述べたとおり、裁判所は本件スワップ判決において当該顧客の過失割合を3分の2として過失相殺している。）。基本方針1.5.15のような規律を改正条文に盛り込む場合、かかる不公平な結果が増加することが予想され、かかる観点からも、基本方針1.5.15を前提とした不実表示の一般法化には問題がある。

以上のように、不利益事実の不告知に関する規律が導入されると、いかなる事実の不告知が取消原因となるのかが必ずしも明確でないため、商品・サービスの提供者が過剰な程度に不利益情報の提供を迫られ、また、万が一不利益事実の不告知による取消しが認められれば、過失相殺を通じた中間的な処理ができず、常に取引がなかったものとされてしまうこととなる。このような硬直的効果は、少なくとも一定の場面（本件スワップ判決のように中間的な処理が公平であると認められる場面）において、不合理な結果をもたらすものであり、実際上も、投資取引をめぐる紛争において損害賠償請求が認められる事例でも過失相殺的減額処理が行われるのが通常であることからすれば²⁹、基本方針1.5.15のような規律を改正条文に盛り込むことには反対せざるを得ない。なお、不実表示に基づく取消しが有するこのような硬直性を是正する手段として、不実表示に基づく取消しが認められる場合において、一定の要件の下、表意者の相手方から表意者（取消しの主体）に対する損害賠償請求が認められる旨を改正条文において明文化することが考えられる。ただ、かかるアイデアを改正条文において実現するためには、表意者の相手方から表意者（取消しの主体）に対する損害賠償請求を認める要件をどのように

の表（引用者注：当該担当者が提示し顧客が賛同していた相場観ないし予測に基づくリスクが記載された表を指す。）に記載された範囲を大幅に超えるような時価評価変動リスクを想定していなかったとうかがわれる」（括弧内引用者）と述べている。この点、時価評価損の最大リスク（マイナス46%程度）は、「表意者（顧客）の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項」と解され、「消費者にとって利益となることと不利益事実が表裏一体をなすにもかかわらず、利益となる旨のみを告げて、不利益事実は存在しないと思わせる行為であり、それ自体1つの不実表示と評価できる」という基本方針1.5.15の提案要旨の説明に即して考えるならば、証券会社（の担当者）が第一スワップ取引に関する取引の内容等（当該担当者が提示し顧客が賛同していた相場観ないし予測に基づく時価評価変動リスクを含む。）を説明（表示）しながら、時価評価損の最大リスク（マイナス46%程度）を説明（表示）しなかったことは、「表意者にとって利益となることと不利益事実が表裏一体をなすにもかかわらず、利益となる旨のみを告げて、不利益事実は存在しないと思わせる行為」であり、その結果、「事実と異なることを表示したために表意者（顧客）がその事実を誤って認識した」と評価されるように思われる。なお、単なる主観的な評価は、ここでいう「事実」に該当しないと解されるが（消費者庁企画課編『逐条解説 消費者契約法[第2版]』（商事法務、2010年）109頁参照）、時価評価損の最大リスクは、単なる主観的評価ではないと考えられる。もっとも、既に述べたように、「表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項」あるいは「それによって意思表示をした場合」という要件該当性において表意者側の事情を斟酌する余地はあり、仮に表意者側の事情が斟酌されるとすれば、本件スワップ判決に係る事案においても不実表示に基づく取消しが認められないという結論もあり得よう。いずれにせよ、少なくとも基本方針1.5.15が、本件スワップ判決のような事案にまで取消し、すなわち取引の全面的巻き戻しを生じさせる可能性があることは明らかである。

²⁹ 控除割合が5割から8割5分までのぼる事例が少なくないことを含め、脚注5参照。

定めるのか、損害賠償請求の理論的根拠を何に求めるのか（それに関連して損害賠償の範囲はどのようなものになるのか）というような点を詰めていく必要があるように思われ、どの程度の実現可能性があるのかは定かでない。したがって、現時点までの議論を前提にする限り、やはり不実表示規定の一般法化には躊躇せざるを得ない。

(2) 表明保証条項との関係³⁰

不利益事実の不告知に限らず、基本方針 1.5.15 において提案されている規律は、事業者間の取引において多くの場合不要であり、仮に当事者の意思に反して強行法的に適用されるとすれば、むしろ取引を混乱させる可能性があるように思われる。

現在、日本の契約実務においては、M&A取引や金融取引を中心に契約書に表明保証（Representation and Warranties）条項を置くことが日常化している³¹。すなわち、契約当事者間の交渉過程で相手方に対して自己が必要と考える事項について表明保証すべき旨を求め、その結果、契約書において、一定の事実が、例えば契約締結日現在において、真実かつ正確であることを表明保証する旨が定められるとともに、表明保証事項が真実かつ正確でなかった場合の効果（例えば、損害・損失の補償義務、前提条件（Conditions Precedent）の不充足、期限の利益喪失事由、契約解除事由など）が定められる。このような実務慣行があるにもかかわらず、基本方針 1.5.15 に基づく改正条文がいわば強行法的に意思表示（法律行為）の取消しを認めるとすれば、実務に混乱をきたすであろう³²。

かかる観点からは、当事者間で表明保証違反の効果について合意した場合、当該合意が基本方針 1.5.15（に基づく改正条文）の下でどのように扱われるのかが問題になる。

³⁰ 青山大樹・宇田川法也「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第1回 不実表示等と表明保証」NBL919号（2009年）9頁以下において詳細に論じられている。

³¹ 表明保証を含め英米型契約で用いられる概念が日本法上どのように解釈されるかを検討する文献として青山大樹「英米型契約の日本法的解釈に関する覚書（上）・（下）—『前提条件』、『表明保証』、『誓約』とは何か」NBL894号（2008年）7頁以下、895号（2008年）73頁以下参照。民法（債権法）改正の観点からも参考になる検討がなされている（同895号85頁参照）。表明保証（Representation and Warranties）に関するアメリカの法律事務所（Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP）のパートナー弁護士による説明としてCharles M. Fox “WORKING with CONTRACTS What Law School Doesn’t Teach You 2nd edition”（Practising Law Institute, 2008年）9頁以下、51頁以下、171頁以下など。なお、アメリカ契約法における不実表示（misrepresentation）の法理については、樋口範雄『アメリカ契約法[第2版]』（弘文堂、2008年）186頁以下を参照。同189頁では、「本来は保証条項として契約に明記してよいような点が、そうされていない場合に、裁判所がエクイティ上の考慮から介入するための法理が不実表示だということになる。」と述べられている。

³² 青山大樹「英米型契約の日本法的解釈に関する覚書（下）—『前提条件』、『表明保証』、『誓約』とは何か」NBL895号（2008年）85頁（及び同頁で引用された文献）並びに青山大樹・宇田川法也「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第1回 不実表示等と表明保証」NBL919号（2009年）注16（並びに同注で引用された文献）では、ドイツにおいて英米型契約実務を根底から覆しかねない立法がなされ、問題の条文の再改正を余儀なくされたことが紹介されている。

この点については以下に掲げる3つの考え方があり得るように思われる³³。

(a) いわゆる表明保証違反は不実表示に当たらないとする考え方

(b) リスク負担の合意と見る考え方

(c) 取消権の放棄と見る考え方

表明保証条項に関する現状の契約実務を根底から覆すべきであるというような価値判断を前提にしない限り、債権法改正に際しては、かかる契約実務に対する十分な配慮がなされるべきであり、その方向性で上記のような考え方が提示されること自体は望ましいものと評価できる。もっとも、取引実務の観点からは、表明保証条項に関するプラクティスを維持できることが一定程度確実である必要があり、上記のような考え方の下でそれが担保されているのかを検証する必要があるだろう。かかる視点に立って、上記3つの考え方について検討を行う。

まず、(a) いわゆる表明保証違反は不実表示に当たらないとする考え方についてであるが、一般に、表明保証条項においては「(一定の事項が) 真実かつ正確であることを表明し保証する」などと規定されることや、実際にも契約当事者間の情報の偏在に手当てする方策として表明保証条項が用いられることもあることなどからすれば、表明保証事項に真実又は正確でない点が含まれていた場合において、当該表明保証事項は事実と異なる表示ではなく不実表示の問題ではないと解することは困難であるように思われる。仮に表明保証条項との関係のみを念頭に置いて、「いわゆる表明保証違反があっても、これは事実と異なる表示ではない」というような説明をするならば、それ以外の場面でも「事実と異なる表示ではない」というような理屈が成り立つ場面が多くなるように思われ、それは不実表示のルールの一般的な適用範囲を歪めるおそれがあり適当でないだろう。したがって、一般的な表明保証条項との関係では、(a) いわゆる表明保証違反は不実表示に当たらないとする考え方に依拠することは難しいように思われる。

(b) リスク負担の合意と見る考え方については、表意者が取消権を放棄するというかたちでリスクを負担する旨予め合意することを有効と見る点において、また、(c) 取消権の放棄と見る考え方についても、表意者が取消権を予め放棄することを有効と見る点において、いずれも実質的には不実表示に関する規定の任意法規化を承認するものであるように思われる。

このような不実表示規定の任意法規化を（実質的に）承認する考え方が採用され、その旨が改正条文において明示されるのであれば、表明保証条項に関する契約実務の維持に関する懸念は基本的に解消されることになる（但し、後述のとおり、約款規制の及ぶ範囲＝「約款」の範囲によっては、約款における不当条項規制に基づき、取消権放棄

³³ 民法（債権法）改正検討委員会編『別冊 NBL127 号 シンポジウム「債権法改正の基本方針」』（商事法務、2009年）94頁及び山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（一）」民商法雑誌 141 巻 1 号（2009年）注 53 参照。

に係る合意の効力が否定される可能性については留意する必要がある。)。その意味で、この考え方は、企業間取引に係る契約実務の観点から歓迎すべきものである。ただ、表意者の相手方の故意（又は重過失）による不実表示がある場合を含めて、任意法規性を承認することは行き過ぎであると思われることから、改正条文に一定の任意法規性を明示するとすれば、この点をどのように条文に書き込むかが問題になろう³⁴。その一方で、任意法規である旨を改正条文で明示することなく、その点を解釈に委ねるということであれば、裁判所においてそのような解釈が採用されるか否かが明らかでない以上、実務的な懸念が解消されるとは言えない。実際、解釈論として、例えば、事前かつ包括的³⁵に、不実表示に基づく取消権を一切放棄するというような事業者間における合意が有効であるか否かについては争いがあり得るように思われる³⁶。

さらに、改正条文において不実表示の任意法規性が明示されるか否かを問わず、上記(b)及び(c)のように当事者間の合意によって表明保証条項の効力が不実表示の規定によって覆されないことを説明する場合は、約款規制（不当条項規制）との関係に留意する必要がある。すなわち、基本方針 3.1.1.32 以下では、約款規制（不当条項規制）の導入が提案されており、規制対象となる「約款」の範囲は広汎になる可能性があるところ³⁷、もし改正条文において約款規制（不当条項規制）が盛り込まれ、かつ、「約款」の範囲が広汎になった場合は、事業者間取引であっても、事業者間取引に用いられる契約書が「約款」に該当すると解釈されることを前提に、表明保証条項に含まれる取消権放棄に関する合意（取消権放棄というかたちでのリスク負担の合意）の効力が不当条項規制によって否定される可能性がある点に留意する必要がある。

以上のとおり、(b)及び(c)の考え方によっても、企業間取引における契約実務の観点からの懸念が解消されたと言い得るためのハードルは必ずしも低くないように思われる。

そのようなハードルがクリアされないのであれば、表明保証条項という契約実務の観

³⁴ 青山大樹・宇田川法也「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第1回 不実表示等と表明保証」NBL919号（2009年）13頁参照。同論文の注25及び注26において海外の立法例・裁判例等も紹介されている。

³⁵ 例えば、表明保証事項として、「本契約締結に際して乙が甲に対して提供した情報がすべて真実かつ正確であり、甲に伝えられるべき重要な情報が欠落していないこと」というような事項が含まれる場合があるが、かかる表明保証事項が真実又は正確でない場合を含めて不実表示に基づく取消権を一切放棄するのだとすれば、それは包括的な合意と評価できよう。

³⁶ この点に関して、山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化(一)」民商法雑誌141巻1号（2009年）注53は、「錯誤の場合はもちろん、不実表示の場合も、取消権を定めた規定自体は強行法規であるとしても、それにより発生した取消権を放棄することは権利者の自由である。表明保証条項は、この取消権を事前に放棄することを定めた特約—たとえ不実表示にあたるとしても、それによる取消権をあらかじめ放棄するという特約—であるとみることができる。」と述べる。しかしながら、取消権を事後的に放棄できることと取消権を定めた規定が強行法規であるという命題が矛盾しないとしても、取消権を事前に放棄する特約が有効であることと、取消権を定めた規定が強行法規であることが両立し得るのかは、争いがあり得るように思われる。

³⁷ 基本方針3.1.1.25において、「約款」は、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」と定義されている。かかる約款の定義に、いわゆる契約書のひな型等が含まれるのか否かが問題になり得るが、本ペーパーではこの点に立ち入らない。

点から、基本方針 1.5.15 のような規律を改正条文に盛り込むことには反対せざるを得ない。

(3) 事業者が表意者、消費者が表意者の相手方になる場合³⁸

当然のことであるが、不実表示の規定が一般法化された場合、事業者が表意者、消費者が表意者の相手方になる場合にも同様に当該規定が適用されることになる。基本方針 1.5.15 は、表意者保護（≠消費者保護）を拡充する観点から、消費者契約法第 4 条第 1 項第 1 号の「告げる」という文言を「表示した」という文言に置き換え、消費者契約法における「重要事項」という限定を外して（同法第 4 条第 4 項第 1 号及び第 2 号による限定を外して）「表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項」という文言を用い、さらには不利益事実の不告知を含めた不実表示に関して表意者の相手方の故意・過失を問題にしていないことから、その結果として「消費者の事業者に対する不実表示」に基づく取消しが広く認められるおそれがある。このようなおそれが認められる例として、いくつかを挙げるならば、下記のような事例が考えられる。

- ・ 居住用不動産賃貸借契約の申込書に賃借人（申込者）及び連帯保証人の直近 1 年間の年収を記載する欄があったところ、入居希望者 X は、その記載欄に賃借人（申込者）又は連帯保証人の実際の年収より高い金額を記載して、貸貸人 Y に対して不動産賃貸借契約を申し込んだ。X の入居後、何らかの事情で X が虚偽の年収を記載していたことが判明し、Y は、不実表示の規定に基づき、不動産賃貸借契約成立に係る承諾の意思表示の取消しを主張した³⁹。
- ・ 生命保険契約の締結に際して保険契約者 X は、保険会社 Y からの求めに応じて（保険法第 37 条）、「現時点で病気は患っていない」旨を申告したが、実際には、かかる申告の時点で重病を患っていた。もっとも、X はかかる申告の時点で、病気を患っていることを自覚していなかった⁴⁰。保険契約の締結後、X が保険契約締結時点

³⁸ この場合に特に着目して、基本方針 1.5.15 の内容に異議を述べるのは、大阪弁護士会『別冊 NBL131 号 実務家から見た民法改正—「債権法改正の基本方針」に対する意見書』（商事法務、2009 年）22 頁以下。

³⁹ 不動産賃貸借契約の解除については、「当事者間の信頼関係を破壊するに足りないとき」に貸貸人からの解除権を制約する旨の判例法理が確立しているが、この判例法理は、現在のところ、意思表示の瑕疵がある場合について適用されるものではないように思われる。なお、既に述べたように、基本方針 1.5.15 においても、「表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項」あるいは「それによって意思表示をした場合」という要件の解釈において、表意者側の事情を問題にする余地はある。ただ、その点について必ずしも十分な議論がなされていないように思われる。

⁴⁰ 保険法第 55 条のような告知義務違反の規定によって民法の意思表示規定（詐欺・錯誤の規定）の適用が排除されるか否かについては議論があり（例えば、山下友信『保険法』（有斐閣、2005 年）318 頁以下、中西正明『保険契約の告知義務』（有斐閣、2003 年）137 頁など）、不実表示に関する基本方針 1.5.15 が改正条文に盛り込まれた場合でも、当該規定は保険契約に関する告知の場面では適用されないという解釈はあり得よう（但し、判例（大連判大正 6 年 12 月 14 日民録 23 輯 2112 頁）は、告知義務違反に関す

で病気を患っていたことが判明し、保険会社Yは、不実表示の規定に基づき、保険契約成立に係る承諾の意思表示の取消しを主張した。

上記のような事例、すなわち、事業者が表意者、消費者が表意者の相手方になる場合を含め、「相手方もみずから誤った事実を表示した以上、それによって錯誤をした表意者からその意思表示を取り消されてもやむを得ない」（詳解 I・128 頁）と割り切って不実表示規定の一般法化を推し進めるべきであるのか、それとも事業者が表意者、消費者が表意者の相手方になる場合について取消権を制限する方向での方策を考えるのか、現時点で十分な議論がなされているとは言えないと思われる。しかしながら、不実表示を一般法化する際には、上記のような困難な問題への配慮が不可欠であり、この点に対する配慮が十分になされないとすれば、基本方針 1.5.15 のような規律を改正条文に盛り込むことには反対せざるを得ない。

3. 結論

以上において述べたとおり、不実表示の一般法化に関する議論においては、表意者保護と表意者の相手方ないし取引の安全の保護のバランス、表明保証条項などの契約実務、消費者が表意者の相手方になる場合の消費者保護などについて、必ずしも十分な検討及び配慮がなされているとは言い難いように思われる⁴¹。表明保証条項などの契約実務との関係では、例えば、不実表示の一般法化を認めつつ、事業者間取引において不実表示の規定を任意法規化するといった対応⁴²が考えられるし、また、消費者が表意者の相手方になる場合の消費者保護との関係では、例えば、不実表示の一般法化を認めつつ、事業者から消費者に対する取消権の行使について制限を設ける⁴³というような方法も考え

る規定は民法の詐欺・錯誤の規定の適用を排除していないという立場に立つ。ちなみに本文で掲げた事例は、上記大正 6 年 12 月 14 日判決における事実関係（保険契約者は、肋膜炎に罹っていた事実を自覚していなかった。）をベースにするものである。仮に立法ないし解釈によって、一般法化された不実表示の規定が保険契約に関する告知の場面で適用されないということであれば、その場面に限っては、問題が顕在化することを回避できる。

⁴¹ かかる観点からは、詳解 I・130 頁で示された不実表示規定の適用事例の全てにおいて、(1) 表意者として想定されているのが消費者であり、表意者の相手方として想定されているのが事業者であること、(2) 表意者の相手方（事業者）が表意者（消費者）に対して積極的に虚偽の事実を告げていることを指摘することができよう。すなわち、本ペーパーにおける問題関心からすれば、不実表示の一般法化の当否は、不利益事実の不告知の事例、表意者が事業者となり表意者の相手方が消費者になる事例、表明保証条項が問題になる事例においてこそ試されると思われるところ、それらに関する言及は存在しない。

⁴² 青山大樹・宇田川法也「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第 1 回 不実表示等と表明保証」NBL919 号（2009 年）15 頁は、不実表示の規律が一般法化される前提において、このような提案を行っている。なお、民法改正研究会の代表である加藤雅信教授は、「日本民法改正試案（民法改正研究会・仮案〔平成 21 年 1 月 1 日案〕）」第 58 条（現民法改正案第 56 条）に定められた不実表示の規定に関し、表明保証条項との関係について実務からの指摘を受けて、「この『不実表示』の規定は、任意規定ということになろう。」と述べる（加藤雅信「実務家と研究者とによる民法改正」自由と正義 60 巻 4 号（2009 年）115 頁）。

⁴³ 大阪弁護士会『別冊 NBL131 号 実務家から見た民法改正—「債権法改正の基本方針」に対する意見書』

られよう。いずれにしても、基本方針 1.5.15 の提示する要件のままでは、自己決定のための情報収集リスクを表意者から相手方に転嫁することが正当化されない場面についても取消しが許容され、不合理な結果が生じるおそれがあるように思われる。

詐欺・錯誤の規定のみでは表意者（事業者・消費者を問わずあらゆる者が含まれ得る。）の保護として十分でないという問題認識が仮に正しいとすれば、その問題を解決するための一手段として不実表示の一般法化という選択肢があることは否定しない。しかしながら、不実表示の一般法化を図るということであれば、消費者と事業者の間で構造的な情報格差が存在するという特定の状況を想定しない不実表示規定において、自己決定のための情報収集リスクを表意者から相手方に転嫁することが正当化できる範囲でのみ取消しという効果が認められるよう要件を定立し、それによって本ペーパーで述べたような問題点ができる限り解消されるような規律にする必要がある。もっとも、その場合、表意者保護とトレードオフの関係にある取引の安全に配慮した結果として、消費者契約法第4条における消費者保護に比べて一般法化された不実表示規定における表意者保護が後退するおそれがあるなど、困難なジレンマに直面することが容易に予想される⁴⁴。他方で、事業者間取引については詐欺・錯誤の規定（及び基本方針3.1.1.10に示される情報提供義務・説明義務の規定）で十分であるという政策判断（事業者間において専門知識に差が存在する場合はもちろんあるが、事業者という地位で行動する以上、消費者契約法第4条のような規制は不要⁴⁵であるという割り切り）もあり得よう。その場合、消費者保護という観点から詐欺・錯誤の規定で不十分と考えられる場面については、既に消費者契約法第4条において手当がなされている以上、消費者契約という局面において消費者保護を拡充する方向で現在の消費者契約法第4条を改正することはあり得ても、不実表示の一般法化という方向での議論自体が不要ということになる。

以上のように考えると、現状の議論を前提にする限り、不実表示の一般法化には反対

（商事法務、2009年）23頁において表明されている意見の一つである。

⁴⁴ 現行の消費者契約法第4条第1項及び第2項が消費者保護の観点からは不十分であるという意見は多い（例えば、山本豊「不都合な契約からの離脱（その2）—立法による対処」法学教室333号（2008年）71頁など）。とりわけ、法制審議会民法（債権関係）部会第2回会議（平成21年12月22日）において、松本恒雄教授が、「今の消費者契約法は非常に不十分な規定なので、もっと豊富化する必要がまずあると思う」・「今の消費者契約法が十分だという前提に立った議論は大変誤った議論になると思います」と発言しているのは象徴的である（同会議の議事録は、法務省HP（<http://www.moj.go.jp/content/000047175.pdf>）を参照）。

⁴⁵ すなわち、沈黙の詐欺（1.5.16<2>）の規定や情報提供義務・説明義務違反に基づく損害賠償請求というかたちでの保護によって十分という考え方もあり得よう。また、沈黙の詐欺を含め、詐欺について故意の立証が困難であることによって事業者間取引において表意者保護が十分に図られていない（消費者契約に関しては消費者契約法第4条による取消しが認められる一方で、事業者間取引においては詐欺の故意の立証が困難である結果、表意者を保護すべきケースで表意者保護が図られていない）という立法事実を仮に前提にする場合でも、不実表示の一般法化ではなく、例えば、故意の要件を維持しつつ、具体的な事情に即した類型化等によって故意の推定を認めるなど、その立証負担の軽減を図る方向もあり得よう（森田宏樹『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（2）NBL483号（1991年）60頁参照）。

せざるを得ない。また、不実表示規定の一般法化に伴い調整困難な問題が少なからず生じることを踏まえると、不実表示規定を一般法化することなく、消費者契約に適用される規定として存続するという選択が現実的であるように思われる。

以 上

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見

第31 不当条項規制について

1. 意見の内容

- (1) 事業者間契約に適用のある不当条項規制を設けることに反対する。
- (2) 仮に事業者間契約に適用のある不当条項規制を設けるとしても、約款使用というメルクマールによって不当条項規制の適用対象を画するアプローチには、交渉力不均衡のケースを過不足なく切り出して規律の対象とし得るかについて疑問がある。
- (3) 仮に事業者間契約に適用のある不当条項規制を設けるとしても、規律の柔軟性を確保するため不当条項リストの導入には慎重であるべきである。

2. 意見の趣旨及び理由

- (1) 事業者間契約に適用のある不当条項規制を設けることの是非について

中間的な論点整理第31、1(2)においては、約款を用いた契約や消費者契約については、契約内容の合理性を保障するメカニズムが働かないとして、これらを不当条項規制の対象とするという考え方が紹介され、その当否を含め不当条項規制の対象について更に検討してはどうか、とされている。

この点、消費者契約を不当条項規制の対象とすることについては、既に現行消費者契約法が一定の不当条項規制を設けているところでもあり、強いて反対するものではない。

しかしながら、約款を使用した契約（かかる契約には事業者間契約も含まれることになる）を不当条項規制の対象とするなど、事業者間契約について不当条項規制を及ぼすことには、以下に述べる理由から反対する。

事業者間契約について、実態として一方当事者の実質的交渉力が不完全な場合が全くないと断ずることはできないとしても、そのような事態に内容規制により介入することが立法政策として妥当であるかについては、法の建前として、事業者をどのような主体として想定するかにかかる問題である。この点、事業者は、原則として、まさに契約自由の原則が前提とする自己責任が典型的に妥当する主体と想定することもあながち不当ではないように思われ、事業者は事業を行う以上

その情報不足・交渉力不足のリスクを自己の責任で引き受けるべきである旨の指摘も見られるところである。そうであるとすれば、事業者は、原則として自らが締結する契約の内容について法の後見的介入を期待すべきでなく、看過しがたい不当条項に限って公序良俗等の一般原則に基づく介入を認めれば足りるとする考え方もあるのではないか。

なお、一部には、消費者契約法及び基本方針の事業者・消費者概念によれば、法人その他の団体は消費者ではなく、事業者となり、そこにはNPO法人など、取引に関する専門性が低い者が多数含まれることに留意すべきである旨の指摘も存する（「債権法改正の基本方針」（民法（債権法）改正検討委員会）106頁）。しかし、この点は、事業者・消費者の定義の見直しによって解決を図るべき問題であるように思われ、取引に関する専門性が低くない多数の事業者も含めて一律に規制を及ぼすとするのは妥当でないように思われる。

取引に関する専門性が低い者を除外するよう事業者概念を見直すことを前提とすれば、そのような新しい事業者概念による事業者間契約については、内容規制の導入は不要とも考えられる。

(2) 約款アプローチの是非について

約款アプローチは、(知的・経済的能力、情報能力を含めた)交渉能力の均衡、契約条件の変更可能性、他の選択肢の存在等に照らし、契約当事者が相手方との関係で実質的交渉力を備えなければ契約自由の原則の適用の前提を充足しないと見るとともに、そのような実質的交渉力が典型的に不完全なケースを約款使用というメルクマールによって切り出す立場である。

そうすると、仮に事業者間契約に適用のある不当条項規制を設けるとしても、約款アプローチによることについては、実質的交渉力に着目した後見的な介入の対象として約款使用というメルクマールによって切り出すことに過不足がないか（すなわち、約款使用の相手方は常に実質的交渉力に欠けるのか、実質的交渉力に欠けるのは約款使用の相手方となる者だけであるのか）が問題となる。

この点、たとえばISDAマスターアグリーメントを用いた金融機関間のデリバティブ取引では、通常契約内容におおむね異議がないために互いにその都度マスターアグリーメントそのものに関する個別の交渉を行わないのであるが、その場合に約款が使用されたことを理由として内容規制を及ぼす必要があるとは言い難いの

ではないかと思われる。つまり、約款使用の相手方が常に実質的交渉力に欠けるとは言えないように思われる。

また、実質的交渉力に欠けるのは約款使用の相手方となる者だけであるのかも疑問である。1回だけの使用のために作成された契約書であっても、一方当事者が経済的強者であるために一方的に有利な内容となっている場合に、事業者間契約への内容規制を是とする限りは、当該契約が「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された」ものでないことを理由に内容規制の対象にしないことが妥当か、疑問を呈する余地があろう。

以上からすると、約款アプローチは、「約款使用」を内容規制の対象のメルクマールとするために介入の必要性・正当性の乏しい契約に内容規制を及ぼしてしまうなど、規制対象の切り出し方に過不足が生じ、適用範囲の具体的妥当性を犠牲にするきらいがあるように思われる。

なお、個別の事案毎に諸般の事情を考慮して実質的交渉力不均衡の有無を判定しようとする立場（交渉力アプローチ）は、約款アプローチと比較して、適用範囲の具体的妥当性において長ずる。しかし、交渉力アプローチは、規制対象を明確なメルクマールをもって定めないため、内容規制の適用範囲の客観的予見可能性において劣る面がある。

(3) 不当条項リスト導入の是非について

中間的な論点整理第 31、5 においては、不当条項規制を導入する場合、不当条項リストを定めることの当否について、更に検討してはどうか、とされている。

この点、約款アプローチを採用するドイツ債務法においても、商人間契約には、内容規制に関する一般規定のみ適用があり、不当条項リストは適用がない。また、消費者契約の場合には交渉力不均衡が典型的に存在する確度が比較的高いのに対して、事業者間契約においては、当事者間の関係はより多様であり、実質的交渉力の不均衡が存在しないケースや存在するとしてもその程度には幅があるから、不当条項リスト（特にブラックリスト）による規律には硬直的な規律にはなじまないと考えられている。

事業者間契約は消費者契約に比しても交渉力のバランスが一樣ではないから、規律の柔軟性を重視して、不当条項リスト（特にブラックリスト）を設けることに

は慎重な検討を要するようと思われる。

3. 意見の詳細及び背景

上記の意見の詳細及び背景については、添付「債権法改正に関する論点整理（約款に関する内容規制）」（平成23年3月15日、金融法委員会）を参照されたい。

以上

(添付)

平成 23 年 3 月 15 日

金融法委員会¹

債権法改正に関する論点整理（約款に関する内容規制）

法制審議会民法（債権関係）部会では、約款に関する規律について、約款の定義、組入れ要件、約款に関する不当条項規制等が議論されている²。そこでは、約款に関する具体的規律として組入れ要件及び不当条項規制が検討されるとともに、約款の定義は、それぞれの規律の適用対象を画する概念として別個独立に検討されるべきであり、約款に関する全ての規律に適用される一つの約款の定義を設ける必然性がないことが指摘されている³。

本ペーパーでは、このうち、約款に関する不当条項規制と、その適用範囲を画する概念としての約款の定義を検討対象とする。具体的には、事業者間契約に適用のある約款を対象とする内容規制を設けることの適否について検討する。

※ 約款の組入れ要件に関しても、検討を要する点が多い。約款の組入れ要件と通常の契約に関する合意成立要件との関係（約款に関して通常の契約に関する合意成立要件より厳格化又は緩和した要件を定めるのであれば、その正当化根拠）⁴や、約款の変更に係る要件⁵がその主な例である。本ペーパーでは、これらの点は問題の指摘にとどめ、それ以上の検討対象とはしない⁶。

¹ 金融法委員会は、国際化・自由化の進展や技術革新等を背景に金融取引の生成発展の速度が高まっている中、わが国における法的不確実性を少しでも除去することを目的として金融取引について実務経験を有する弁護士及び金融取引に関する法律を専門とする研究者が自発的に設立した委員会である。本ペーパーは、主として、同委員会の弁護士委員有志によりドラフトされ、同委員会での議論・コメントを踏まえて作成された。なお、本ペーパーは、各弁護士委員が属する組織を代表する意見ではない。また、民法（債権法）改正検討委員会の委員であった金融法委員会の委員及び法制審議会民法（債権関係）部会の委員又は幹事である金融法委員会の委員は、本ペーパーの取りまとめには参加していない。

² 法制審議会民法（債権関係）部会資料（以下単に「法制審部会資料」という。）11-1（10頁以下）及び13-1（1頁以下）、法制審議会民法（債権関係）部会第11回会議（平成22年6月29日開催）議事録（以下単に「法制審部会議事録」という。）1頁以下。

³ 法制審部会議事録3頁〔山本敬三発言〕、8頁〔岡本雅弘発言〕、16頁〔松本恒雄発言〕等。

⁴ 法制審部会議事録11頁〔道垣内弘人発言、藤本拓資発言〕、14頁〔山川隆一発言〕等。

⁵ 法制審部会議事録4頁〔岡本雅弘発言〕、17頁〔藤本拓資発言〕等。

⁶ なお、約款に関する内容規制が国際的な側面を有する契約について問題となる場合、内容規制に関する準拠法はどの法域の実質法によるかという問題も存するので、内容規制の立法に当たってはこのような点についても議論されることが望ましいが、本ペーパーでは問題の指摘にとどめそれ以上の検討対象とはしない。

1. 問題の整理

(1) 約款に関する内容規制を導入することの意義

わが国においては、既に消費者契約法の制定により消費者契約を対象とする一定の内容規制が行われており、今般の債権法改正の議論においても、(消費者契約法上の内容規制の民法への統合・拡充が議論されてはいるが)消費者契約を対象とする内容規制を放棄することは議論されていない。そこで、約款に関する内容規制を定めることの是非は、主には、事業者間に適用のある内容規制を約款というメルクマールに着目して導入することの是非の問題となる⁷。以下では、さしあたり事業者間契約のみを念頭に置き、約款に関する内容規制を導入することの是非について検討する。

(2) 約款の定義

なお、約款に関する内容規制の検討にあたり、そもそも「約款」をいかに定義するかについては、議論の余地がある。この点については、法制審部会資料において、「約款」を「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」とする定義が言及されているが⁸、同時に、このような定義では、現在の契約実務で約款規制の対象になるとは必ずしも想定されていないものまで規律の対象とされる可能性がある等の指摘もなされている⁹。

この点、従前から、「約款といわゆる標準契約書式 (model form, standard form) は区別して取り扱われることが必要である」との指摘が存する¹⁰が、他方で、約

⁷ 「消費者契約について不当条項規制を定めることは変更しないとしますと、それと並んで約款規制を定めることの実践的な意味は、事業者間で約款が使われる場合にも特別な内容規制を行うところに求められます」との説明がある(法制審部会議事録27頁〔山本敬三発言〕)。この点、消費者契約を、約款によるものと約款によらないものに分け、前者については後者と比較しても一層情報格差・交渉力格差が著しいから後者に適用のある内容規制の他に前者にのみ適用のある追加の内容規制を設け消費者契約に関する内容規制を二層構造化する、という行き方も一応論理的には考えられる。しかし、そもそも消費者契約の多くは約款によるものであるといえるであろうし、いずれにしてもそのような議論は消費者契約アプローチの枠内における内容規制の具体的内容に関わる議論であると整理し得る。また、非事業者間契約はここでは検討の対象としない。

⁸ 法制審部会資料11-1(11頁)、民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針(別冊NBL126号)』(商事法務、2009)(以下「基本方針」という。)105頁。

⁹ 法制審部会資料11-1(11頁)。

¹⁰ 「標準契約書式は各個の企業が個別的契約を締結し、または約款を作成するための一つの標準ないし模範とされるものに止まるものであり、集团的取引の画一的処理そのものを目的とする約款であるとはいえない」とするものとして、谷口知平＝鈴木祿弥編『新版注釈民法(17)債権(8)』(有斐閣、

款といわゆる標準契約書式を区別するのは困難であり、また区別する意味もない旨の指摘も存する¹¹。この点、基本方針では、約款の定義上これら両者の区別は設けられておらず、契約書雛形の類も多数の契約に用いるために定式化された条項を用いていけば、「約款」に該当することになる¹²。

確かに、標準契約書式の類が約款の定義に含まれることとなれば、従来約款として想起されてきた対象と比較して相当に広い範囲の契約条項が約款に関する規律に服することとなるように思われるが、他方で、「従来約款として想起されてきた対象」を定義上切り出そうとすれば、そのメルクマールをどこに求めるかは困難な問題となる¹³。そこで、以下の検討の前提としては、約款が「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」と定義されることを差し当たり前提とする。なお、個別に交渉された契約条項¹⁴についての内容規制上の取扱いについては、以下に触れる。

2. 事業者間契約について想定し得る内容規制の類型と根拠

契約成立プロセスの正統性に着目して事業者間契約上の不当条項を規制する枠組みは、大きく、約款アプローチと交渉力アプローチに整理し得る¹⁵。

1993) 264 頁 [谷川久]。

¹¹ 「市販の契約書式、例えば『不動産賃貸借契約書』は『約款』に入らないと一般に考えられている。しかし、ある不動産業者がこれを利用して一律に自己の顧客との契約を行っている、又は行おうとした場合はどうか。(中略)この『契約書』は『書式』と呼ばれてはいるが、現実には単なる容器でなく、しばしば相当数の契約条項を含み(その上、不当に賃貸人に有利な内容である場合が多い)、一応『標準契約書』の体裁はととのっている。そして、我々の経験から明らかなように、業者・賃貸人は最小限の必要事項を空欄に埋め、場合により特約条項を記入することはあっても、既存の条項の修正に応ずることなく、顧客に、ある箇所を指差して署名・捺印を要求するだけである。これはまさに『約款』ではないか!『契約書式』もひとたび多数取引で用いられるや、『約款』と区別する理由はなくなるのである。」とするものとして、河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、1988) 131 頁。

¹² インタビュー『債権法改正の基本方針』のポイント」NBL910号(2009)33頁[横山美夏発言]。

¹³ 内容規制の一般的趣旨として隠蔽効果を重視するとすれば、約款の定義に、条項の量・範囲・複雑さ・難易度の基準を持ち込み、これによって約款と標準契約書式とを区別するアプローチも考えられる。但し、その場合、具体的にいかなる要件を定立することができるかは更に問題となる。また、約款規制の一般的趣旨のうち定型条項の提示に伴う交渉力不均衡に着目すれば、たとえば「多数の契約」の要件について単に複数の契約に用いられるという程度(ましてそれが予定されているという程度)で交渉力不均衡がもたらされるかを疑問視し、約款使用の団体性ないし対公衆性(ここでいう対公衆性の観念は金融商品取引法上の対公衆性の概念と直接関係しないことは言うまでもない)等に着目した要件を立てることも考えられる。しかし、この場合もその要件の外延をどのように画するかは更に問題となる。

¹⁴ 法制審部会資料13-1(2頁)、基本方針105頁。

¹⁵ これらのアプローチの他、消費者契約アプローチといわれる考え方は、対象を消費者契約に限定して内容規制を及ぼすものであるが、既に消費者契約法により採用されており、事業者間契約を問題

法制審では約款アプローチによる内容規制が議論され、基本方針においても約款アプローチが提案されている。そこで、その内容についてまず検討する。

(1) 約款アプローチとその根拠

約款アプローチは、約款を用いて締結された一定の契約について内容審査を及ぼそうとする。法制審部会資料及び基本方針では、約款アプローチによる内容規制の根拠として、以下のような考え方が示されている。

- ① 合理性保障： 約款使用者の相手方は、契約内容の形成に実質的に関与することができず、また、約款の内容を認識しないままその適用を承諾してしまうなどの問題があるといわれており、当事者双方が契約内容の形成に関与することによる合理性の保障が働かないという点で、契約自由の原則が妥当する基盤が失われる¹⁶。
- ② 構造的交渉力格差・隠蔽効果： 約款が多数の取引に用いられているという事実が交渉力の構造的な不均衡を生じさせ（構造的交渉力格差）、また、約款の条項が多数にわたる場合には特に個別の条項の内容について十分に理解し吟味するだけの注意を向けることが難しくなる（隠蔽効果）¹⁷。
- ③ 競争・他手段選択可能性： 約款使用の相手方が事業者である場合であっても、特に約款使用の相手方に当該約款を用いた契約を締結する以外の選択肢を与えるような競争が存在しないとき（約款が広範囲に画一的に使用されている場合、特に約款使用者が当該取引について独占的な地位を占めているとき）には、上記①の指摘が当てはまり得る¹⁸。

ところで、当事者の合意内容には原則として（公序良俗等の一般原則に反しな

とするここでの検討の対象とはしない。また、不当条項アプローチといわれる考え方は、約款アプローチ・交渉力アプローチ・消費者契約アプローチと異なり、契約成立プロセスの正統性に着目するのではなく、（公序重視の観点から）契約内容の不当性そのものを契約の効力を否定する根拠として内容規制を及ぼす（契約成立プロセスの正統性は不当性判断の一要素と見るに過ぎない）（山本豊「契約の内容規制」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向（別冊 NBL51 号）』（商事法務、1998）75 頁。大村敦志『消費者法（第3版）』（有斐閣、2007）116 頁参照。）。しかし、現在のところ、一般の債権法改正の文脈で一般的な規律として不当条項アプローチの導入を主張する提言はないようである。

¹⁶ 法制審部会資料 13-1（1 頁）。

¹⁷ 基本方針 105 頁。

¹⁸ 基本方針 106 頁。

い限り) その内容どおりの効力が認められるという契約自由の原則の建前との関係では、それにもかかわらず法が内容規制を通じて当事者の合意内容に後見的に介入することが正当化される根拠は何かが問われる。

この点、上記①は、契約自由の原則を、当事者の交渉を通じた契約内容の合理性の保障があることを前提とする制度と捉え、その前提が不完全である場合に内容規制が正当化されるとする説明と理解される。上記②及び③についても、同様の理解が可能である。つまり、構造的交渉力格差や隠蔽効果がある場合や競争・他手段選択可能性がない場合には、当事者の交渉を通じた契約内容の合理性の保障に期待しがたいために、契約自由の原則の適用の前提が欠け、契約内容への後見的介入が正当化されるとする考え方である。また、②及び③は、契約自由の原則を当事者の自己決定の尊重という価値の体現と見る立場からも強調され得る。自己決定の尊重という価値を重視する観点からは、尊重されるべき自己決定と評価されるためには、契約当事者が、契約条項の内容を理解し、相手方との交渉や別の契約条件を提示する相手方の探索、当該契約の目的の断念等の実質的選択肢が与えられた中で、当該相手方と当該契約内容で契約を締結することを任意に選択する自己決定を行ったといえなければならないから、そのような前提に欠ける場合は内容規制が正当化されるという考え方である¹⁹。

つまり、約款アプローチは、(知的・経済的能力、情報能力を含めた)交渉能力の均衡、契約条件の変更可能性、他の選択肢の存在等に照らし、契約当事者が相手方との関係で実質的交渉力を備えなければ契約自由の原則の適用の前提を充足しないと見るとともに、そのような実質的交渉力が典型的に不完全なケースを約款使用というメルクマールによって切り出す立場であると理解される。

そうすると、約款アプローチについては、第一に、事業者間契約について実質的交渉力に着目した後見的な介入を行うことが正当視されるかが問題となり、第二に、そのような介入が正当化される余地があるとして介入の対象として約款使用というメルクマールによって切り出すことに過不足がないか(すなわち、約款使用の相手方は常に実質的交渉力に欠けるのか、実質的交渉力に欠けるのは約款使用の相手方となる者だけであるのか)が問題となる。第一の問題については3において、第二の問題については4において後に触れることとし、次に、交渉力アプローチとその根拠について検討する。

¹⁹ 以上につき、山本・前掲注(15)70頁以下。

(2) 交渉力アプローチとその根拠

交渉力アプローチは、当事者の知識・経験、契約締結交渉の状況、競争の有無、他の選択肢の現実性等、諸般の事情を考慮して契約当事者の一方の実質的交渉力が不完全であると認められるときに、内容審査を及ぼそうとする。

交渉力アプローチは、実質的交渉力が不完全なまま締結された契約について内容審査を及ぼそうとする点で、約款アプローチと共通する²⁰。契約自由の原則の建前との関係における内容規制の正当化根拠に関しても、約款アプローチについて上記(1)①ないし③に述べたところと基本的に同様の視点から説明することが可能であろう。つまり、交渉力アプローチも、交渉能力の均衡、契約条件の変更可能性、他の選択肢の存在等に照らし、一方当事者の実質的交渉力が不完全な場合に、合理性保障・自己決定の尊重という契約自由の原則の適用の基礎が欠けることを根拠に事業者間契約への内容規制を正当化する点では共通すると見ることができる。

交渉力アプローチが約款アプローチと異なるのは、内容規制の適用対象の把握の方法においてである。すなわち、交渉力アプローチは、内容規制の適用対象を切り出すために「約款使用」のような一定のメルクマールを予め定立することなく、個別の事案毎に諸事情の総合考慮を基に実質的交渉力が不完全であるかどうかを問題とし、実質的交渉力の不均衡が認められるときに内容審査を及ぼそうとする。交渉力アプローチにおいては、約款使用は他の多くのファクターと並ぶ交渉力不均衡につながる一要素と位置づけられる可能性があるに過ぎないこととなる²¹。

そうすると、交渉力アプローチについては、第一に、約款アプローチに関するのと同様、事業者間契約についての内容規制の正当性が問題となり、第二に、内容規制の対象の捉え方が適切かが問題となる。第一の問題については、約款アプローチと交渉力アプローチに共通の問題として 3 において検討する。第二

²⁰ 約款アプローチに関しては実質的交渉力を減殺する要素として隠蔽効果が挙げられるが、契約一般について実質的交渉力を問題とする交渉力アプローチにおいては、隠蔽効果は特に約款が用いられた場合に問題となる特殊な考慮要素に過ぎない（山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』（有斐閣、1997）9頁）。しかし、もともと事業者間契約の文脈では隠蔽効果によって実質的交渉力が減殺されると見るべき場合は少ないといえるであろう。通常契約審査等の手続を経て契約締結に至る事業者間の取引においては、隠蔽効果は消費者契約の場合と比較して典型的・相対的に小さいように思われるし、仮に契約書が長文であるために理解が及ばないままともかく契約を締結するというような事業者がいるとしてもそのような者が後見的な保護に値するか疑問があるからである。

²¹ 山本・前掲注（20）75頁。

の問題については、4において、仮に事業者間契約に内容規制を導入するとすれば、いかなる要件・効果の下に内容規制を定めることができるか、約款アプローチと交渉力アプローチの長短を含め、検討する。

3. 事業者間契約に適用される内容規制を導入することの適否

事業者間契約について、実態として一方当事者の実質的交渉力が不完全な場合が全くと断ずることはできないとしても、そのような事態に内容規制により介入することが立法政策として妥当であるかについては、議論の余地も存すると思われる。

この点は、法の建前として、事業者をどのような主体として想定するかにかかる問題であるが、事業者は、原則として、まさに契約自由の原則が前提とする自己責任が典型的に妥当する主体と想定することもあながち不当ではないと思われる。事業者は事業を行う以上その情報不足・交渉力不足のリスクを自己の責任で引き受けるべきである旨の指摘も見られるところである²²。そうであるとすれば、事業者は、原則として自らが締結する契約の内容について法の後見的介入を期待すべきでなく、看過しがたい不当条項に限って公序良俗等の一般原則に基づく介入を認めれば足りるとする考え方もあろう²³。

なお、基本方針は、消費者契約法及び基本方針の事業者・消費者概念によれば、法人その他の団体は消費者ではなく、事業者となり、そこにはNPO法人など、取引に関する

²² 法制審部会議事録 29 頁〔岡本雅弘発言〕。

²³ この点、後述するとおり、約款アプローチを採用して事業者間契約への内容規制を肯定するドイツ法においても、約款使用の相手方としての事業者の要保護性は、消費者の要保護性に劣るものと考えられている。そこでは、「商人は、消費者よりも多くの取引経験・知識を一般的にはもっているから、取引経験・知識が問題となるような条項については、消費者取引よりも保護の必要性は少ないと考えられる。また、透明性の要請 (Transparenzgebot) も、商人にあっては一般に消費者よりも高度の理解の水準が要求されるので、商人に対する適用にあっては制限される」「商取引にあっては約款による一定のリスク配分が、取引上の他の利益によってカバーされたり、事態に即して計算し、付保することでリスクを容易に除くことが可能である」とされている (石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法 (改訂普及版)』(同文館、1996) 149 頁、312 頁。)。同様に、ドイツ約款規制法上、事業者間取引の以下のような特性が考慮に入れられているとする。「事業者間取引において商品・サービスの提供者の相手方に位置するものとして想定されている (法レベルでの)『典型的な事業者』は、みずからの事業につき取引経験が豊富で、かつ専門知識も豊富である (取引から生ずる不利益につき取引経験・専門知識の不足をもって反論し得ないのが原則である)。それゆえに、①契約相手方たる事業者は、みずからが遂行する事業についての契約条項の存在と意味を合理的に認識し、選択をなし、行動をすることが可能である。②また、一方的契約内容形成とこれに対する相手方の附合について特別に考慮する必要性が低い。③さらに、事業者は、提供された商品・サービスを事業の目的に供するのであるから、みずからが遂行する事業全体でバランス・シートを考慮に入れ、取引を介してコスト・リスクの分散ができる。」(潮見佳男「不当条項の内容規制」河上正二ほか『消費者契約法—立法への課題— (別冊 NBL54 号)』(商事法務、1999) 131 頁)。

る専門性が低い者が多数含まれることに留意すべきである旨を指摘する²⁴。しかし、この点は、事業者・消費者の定義の見直しによって解決を図るべき問題であるように思われ、取引に関する専門性が低くない多数の事業者も含めて一律に規制を及ぼすとするのは妥当でないように思われる。

取引に関する専門性が低い者を除外するよう事業者概念を見直すことを前提とすれば、そのような新しい事業者概念による事業者間契約については、そもそも立法の方法論（約款アプローチと交渉力アプローチの長短）を議論するまでもなく、内容規制の導入は不要とも考えられる。

また、事業者概念の広狭にかかわらず、約款アプローチと交渉力アプローチのいずれの立場に立つ場合であっても、内容規制を適用すべき範囲を、上述した内容規制の正当化根拠に則して注意深く検討することも必要である。内容規制の正当化根拠を合理性の保障に求める立場は、契約自由の原則の前提として契約内容の合理性を保障する仕組みが必要であるとし、当事者間の実質的な交渉が契約内容の合理性を保障すると考えて、当事者間の交渉能力の不均衡を内容規制の根拠とする。この点、契約内容の合理性を保障する仕組みは当事者間の交渉に限られるのか、言い換えれば、当事者間の交渉以外の方法により別途契約内容の合理性が担保され得るような場合には、当事者間の交渉がなく又は交渉能力の不均衡がある場合でもなお、内容規制を適用する必要が認められない（内容規制の適用が正当化されない）ケースがあり得るのではないかと、という指摘が妥当し得る。たとえば、約款の作成過程に事業者・消費者双方の立場を代表する者や学識経験者等が相応に関与している場合や、約款の内容について監督官庁が特別法に基づく内容審査を及ぼしている場合等においては、当該約款を用いた契約の当事者間に交渉能力不均衡が存する場合であっても、約款制定の過程で一定の合理性の保障が既に働いており、それに加えて内容規制を及ぼす必要性・正当性に乏しいという見方もあり得るように思われる。

なお、約款アプローチを導入したドイツにおいては連邦通常裁判所の判例が約款規制法の制定につながるような約款規制法理を樹立していったのに対し、日本の（裁）判例はそのような一般的定式化には極めて謙抑的で、むしろ、公序良俗・信義則等の一般条項の適用や契約解釈を通じて問題を解決してきたとされる²⁵。また、ドイツ法を参考にしながら同じく約款アプローチを採用した韓国においても、約款を用いた事業者に有利な契約慣行が社会的に問題視され、それが約款アプローチの採用につながっ

²⁴ 基本方針 106 頁。

²⁵ 山本豊「約款規制」ジュリスト 1126 号（1998）114 頁。

たとのことであるが²⁶、消費者契約アプローチを採用済みである現在のわが国において、約款アプローチの採用を通じて事業者間契約に係る内容規制を導入を図ることに對して同様の社会的ニーズが存するかも明らかでない²⁷。これらのことから、わが国で事業者間契約への適用を主眼とする約款アプローチを導入する必要があるか、検討の余地があるように思われる²⁸。

4. 内容規制を導入する場合の方向性

上記3に對し、事業者を自己責任原則の適用対象と見るよりは、むしろ、場合により実質的交渉力に劣る場合があるという現実を重視し、かつ、実質的交渉力の不均衡が認められる場合には内容規制を及ぼすという立場を採る場合には、事業者間契約に適用のある内容規制の導入を検討するに際し、約款アプローチと交渉力アプローチの長短を含め、いかなる要件・効果の下に内容規制を定めるべきか検討することとなる。

(1) 内容規制の要件

前述のとおり、約款アプローチについては、実質的交渉力が類型的に不完全なケースを約款使用というメルクマールによって切り出すことに過不足がないか、すなわち、約款使用の相手方は常に実質的交渉力に欠けるのか、実質的交渉力に欠けるのは約款使用の相手方となる者だけであるのかが問題となる。

この点、約款使用の相手方が常に実質的交渉力に欠けるとはいえない例として、以下のようなケースが考えられる。たとえば、ISDA マスターアグリーメント（ISDA 作成）を用いた金融機関間のデリバティブ取引では、新規にある相手方とデリバティブ取引を開始しようとする金融機関は、マスターアグリーメント

²⁶ 鄭鐘休「韓国における約款法の制定」ジュリスト 893号（1987）111頁、韓雄吉「韓国の約款規制法における不公正条項規制—日本の消費者契約法との比較」ジュリスト 1200号（2001）146頁。

²⁷ 法制審部会資料や基本方針も、約款による不当条項の押しつけが約款使用の相手方たる事業者の権利・利益を不当に制限しているという社会的事実の認識や、構造的交渉力格差及び隠蔽効果の存否・程度について実証的裏付けを提示するものではないようである。約款の内容規制を導入する必要性について疑問を提起し、どのような立法事実アプローチにしようとしているのかを明確にすべきで、何か問題があるとすればその実態は何なのかを把握する必要がある旨を指摘するものとして、法制審部会議事録 2頁〔奈須野太発言、木村俊一発言〕。

²⁸ 事業者間契約に関する不当条項のリストを導入することは、約款使用者側にとっても、予見可能性の向上の面で実際的な利点があることが指摘されることもある（基本方針 113頁。小粥太郎「不当条項規制と公序良俗理論」民商法雑誌 123巻 4・5号（2001）606頁以下。）。しかし、約款使用者の側から、予見可能性の向上を期待して不当条項リストの導入を望む声はあまり聞かれないうである。

別紙 (Schedule) の作成などを通じて特に関心のある条項やマスターアグリーメント上当事者の選択に任されている事項について交渉することはあるとしても、マスターアグリーメントの一箇条ごとについて条件交渉することは通常考えられない。そうすると、ISDA マスターアグリーメントが「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」として約款に該当し、個別交渉も現に行われていないことを前提にすれば、約款アプローチの下では内容規制が及ぶこととなる。しかし、条件交渉が行われぬのは、当事者の一方が実質的交渉力に劣っているからではない。むしろ、マスターアグリーメントは大多数の市場参加者がおおむね合理的と考える条項によって標準化されており、そのことによって新規契約締結毎に契約交渉を行うコスト・手間を省くことができるから、交渉が行われぬのである。このようなケースでは、ISDA マスターアグリーメントが金融機関にとって隠蔽効果を持たないことはもちろん、ISDA マスターアグリーメントの提示が構造的交渉力格差を生じさせているわけでもない。契約内容におおむね異議がないために互いにその都度個別の交渉を行わないのであるが、その場合に約款が使用されたことを理由として内容規制を及ぼす必要があるとは言い難いのではないだろうか。

他方で、実質的交渉力に欠けるのは約款使用の相手方となる者だけであるのかも疑問である。1 回だけの使用のために作成された契約書であっても、一方当事者が経済的強者であるために一方的に有利な内容となっている場合に、事業者間契約への内容規制を是とする限りは、当該契約が「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された」ものでないことを理由に内容規制の対象にしないことが妥当か、実質的交渉力に欠ける事業者間の契約に内容規制を及ぼそうとする一般論を支持する立場からは、疑問を呈する余地がある。

さらに、約款が用いられるという一事のみをもって内容規制を及ぼす場合には、内容規制の正当化根拠が当てはまりにくいと見うる局面にまで一律に規制を及ぼす結果になってしまう虞もある。たとえば、上記の ISDA マスターアグリーメントについては、その内容策定について多くの市場参加者が関与し、おおむね合理的と考える条項によって標準化されており、その生成過程を通じて既に合理性の保障が既に働いていると見ることもでき、それにもかかわらず内容規制を及ぼすことの必要性・正当性が問われることとなるように思われる。

以上からすると、約款アプローチは、「約款使用」を内容規制の対象のメルクマールとするために介入の必要性・正当性の乏しい契約に内容規制を及ぼしてしまうなど、規制対象の切り出し方に過不足が生じ、適用範囲の具体的妥当性を

犠牲にするくらいがあるように思われる。

この点、交渉力アプローチは、個別の事案毎に諸般の事情を考慮して実質的交渉力不均衡の有無を判定しようとする立場であるから、約款使用の一事のみをもって内容規制の適用範囲を画する約款アプローチと比較して、適用範囲の具体的妥当性において長ずる。たとえば、約款が用いられた契約についてもその他の要素を勘案して交渉力格差が認められない場合には規制対象としないという調整が可能である。また、交渉力アプローチの実質的根拠が契約内容の合理性保障にあり、契約内容の合理性保障は当事者間の交渉以外の事情によっても担保され得るという立場に立つ場合には、一般論としては約款使用の事実をもって交渉力不均衡につながり得る一要素と捉えるとしても、約款使用が必ずしも合理性保障の障害となるものではない（約款の生成過程において合理性の保障が働いている）と見られるような場合には、約款使用をもって内容規制を正当化するような交渉力不均衡の徴表とは見ないという解釈も、（約款使用の一事をメルクマールとする形式的な約款アプローチとの比較においては）より柔軟に可能となる余地が存するよう思われる。或いは、ISDA マスターアグリーメントのように、およそデリバティブ取引に従事する当事者は（交渉力格差があるうがなかろうが、それに関わりなく）遍くこれを利用することが前提とされているような場合には、約款使用の事実をもって交渉力不均衡を推認させる事由として捉えることはできない、といった説明も妥当し得よう。

しかし、交渉力アプローチは、規制対象を明確なメルクマールをもって定めなため、内容規制の適用範囲の客観的予見可能性において劣る面がある。たとえば、「契約の性質、各当事者の地位、契約締結時の事情等に照らして、当事者の一方が交渉上不当な不利益を被るおそれがあると認められる場合」に内容規制の適用がある等と要件立てをすることが考えられるが、それ以上に具体的・一義的な要件を規定することには交渉力アプローチの性質上自ずから限界が存する²⁹。しかし、それでもなお一般条項による規律に委ねるよりは規律の明確化

²⁹ 山本・前掲注（15）96頁は、交渉力アプローチを支持する立場から、「広義での交渉力不均衡状態（狭い意味での経済的力関係の格差というだけではなく、取引経験や法的知識の差、さらには約款の使用等の契約締結の態様から生ずる交渉上の優位・劣位も含んだ意味である）を立法技術的にどのように定式化するか」という問題を立てた上で、消費者契約に限らない契約一般に関し、「一方当事者により予め準備され個別的に交渉されなかった契約条項」について原則として交渉力不均衡状態があるものと見た上で、「その条項について個別的交渉を行うことが期待可能であったことを条項使用者が証明したとき」は、例外的に交渉力不均衡状態があるものとは見ないという要件立てを提案している。しかし、「一方当事者により予め準備され個別的に交渉されなかった契約条項」は「約款による契約」というメルクマールにより切り取られるものとはほぼ重なるか、或いは、読みようによってはその外延は更に拡がる可能性もあり、「その条項について個別的交渉を行うことが期待可能

に資するという判断に立てば、このような立法にも検討の余地があることとなり、交渉力アプローチの実益を害さない範囲で適用範囲の明確性を確保する方法について工夫が望まれることとなる。

(2) 内容規制の効果

事業者間契約に適用のある内容規制を導入する場合、その効果はどのように規定すべきか。特に問題となるのは、不当条項リストを定めるか否かである。

この点、約款アプローチを採用するドイツ債務法においても、商人間契約には、内容規制に関する一般規定のみ適用があり、不当条項リストは適用がない³⁰。ここでは、脚注 23 に示したように、商人が約款使用の相手方となる場合には、消費者契約の場合と比較して、相手方保護の必要性が低いことが考慮されている³¹。また、消費者契約の場合には交渉力不均衡が典型的に存在する確度が比較的高いものに対して、事業者間契約においては、当事者間の関係はより多様であり、実質的交渉力の不均衡が存在しないケースや存在するとしてもその程度には幅があるから、不当条項リスト（特にブラックリスト）による規律には硬直的な規律にはなじまないと考えられている³²。

不当条項規制の効果の面で、不当条項リストを設けない場合には、それを設ける場合と比較して明確性に劣ることは否定できない。それでもなお、事業者間契約は消費者契約に比しても交渉力のバランスが一様ではないから³³、規律の柔

であったこと」の反証がどの程度認められるかの不透明さと相俟って、交渉力不均衡状態を推定すべき場合を過不足なく捉えているか疑問がある（その点に目を瞑るのであれば交渉力アプローチを採用する実益がない）ように思われる。

³⁰ ドイツ債務法第 307 条（一般条項）、第 308 条及び第 309 条（不当条項リスト）並びに第 310 条第 1 項（商人間契約への第 308 条及び第 309 条の適用排除）参照。ドイツ債務法上の一般条項と不当条項リストとの関係は、わが国の消費者契約法上の第 10 条と第 8 条・第 9 条との関係に似るが、ドイツ債務法上の一般条項と不当条項リストとの解釈上の関係には留意を要する。石田・前掲注（23）149 頁参照。

³¹ 但し、韓国約款規制法では、事業者間契約に適用のある不当条項リストを設けているようである（法制審部会資料 13-2（39 頁））。

³² 「事業者間契約においては、当然に不公正とみなされる契約条項のリスト化は、契約の多様性ゆえに、ほとんど不可能であると一般に考えられている。」（オーレ・ランドーほか編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則 I・II』（法律文化社、2006）251 頁）、「商人間で合意された契約条件のコントロールには柔軟性のある基準が適用されるべきであるし、消費者取引の場合よりも個々の諸事情をよりいっそう考慮しなければならない。」（ハイン・ケッツ著・（潮見佳男ほか訳）『ヨーロッパ契約法 I』（法律文化社、1999）268 頁）、「かなり割り切った判断の仕方をするものであるため、リスト[ブラックリスト]の適用対象は消費者契約に限定すべきであろう。」（山本・前掲注（15）86 頁。）。

³³ 「不当条項リストについてですけれども、ある条項が不当であるか否かというのは、その条項だけではなくて、ほかの条項であるとか契約の締結過程であるとか、あるいは契約外の事情であるとか、

軟性を重視して、不当条項リスト（特にブラックリスト）を設けることには慎重な検討を要するようと思われる。

そうすると、効果の面で、現行の消費者契約法第 10 条に相当するような、一般的な規定を設けるにとどめることが望ましいようと思われる。また、その場合でも、確認規定か創設規定かについて、消費者契約法第 10 条に関するような議論が残らないよう、その位置づけを明確にしておくことが要請されるものと思われる³⁴。

5. まとめ

以上から、事業者概念の見直しを行うことを前提に、新しい事業者概念による事業者間契約を対象とする内容規制については、①約款アプローチ・交渉力アプローチのどちらを採用するかの問題以前に、そのような内容規制は不要と考えることもできるようと思われる。また、②仮に内容規制を設ける方向を検討する場合には、(i)要件面では、約款アプローチによる場合には、実質的交渉力不均衡のケースを過不足なく切り出して規律の対象とし得るかについて疑問があり、他方、交渉力アプローチによる場合には要件の明確性確保について工夫が望まれ、(ii)効果面では、規律の柔軟性を確保するため不当条項リストの導入には慎重であるべきで、一般的な効力規定を置く場合にも創設規定か確認規定かを含めその位置づけを明確にしておくことが要請されるものと思われる。

以上

そういったこともひっくるめまして契約を全体として見て決めることではないかと考えておりました、条項をカテゴリーカルに取り出して不当かどうかを決めるということについて、そもそも論としての疑問がございます。ある条項は一方に有利だけれども、対価がその分安いであるとか、ほかの条項では逆に全体として釣合いが取れているとか、そういったことは十分にあり得るわけございまして、一定の類型に該当することで直ちに不当条項とみなす、あるいは推定することによりまして、契約全体から判断すれば合理的な条項であっても不当条項とみなされあるいは推定されるというおそれが生じるのではないかとこの危惧を持っております。特に反証を許さないブラックリストにつきましては、そういった弊害が大きいのではないかと考えます。」とする、法制審部会議事録 41 頁〔岡本雅弘発言〕。

³⁴ 消費者契約法第 10 条の位置づけについて、法制審部会議事録 47 頁〔潮見佳男発言〕、48 頁〔岡本雅弘発言〕、山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL686 号（2000）20 頁。