

消費者法

第12号

巻頭言 研究者と実務家との協働吉岡 和弘

第12回大会シンポジウム「不動産取引と消費者保護」

- 〔報告①〕 企画の趣旨など河上 正二
〔報告②〕 不動産問題と消費者法
——特に原野商法をめぐる問題点——鳥谷部 茂
〔報告③〕 不動産ローンと消費者保護
——抗弁の接続を中心として——尾島 茂樹
〔報告④〕 不動産賃貸借で授受される金銭について
——消費者法・借地借家法の観点から——大澤 彩
〔報告⑤〕 建築物の瑕疵をめぐる責任と消費者保護
——ドイツ法における議論の動向を参考に——永岩 慧子
〔報告⑥〕 不動産取引における契約適合性と適合性原則村本 武志
〔報告⑦〕 高齢の消費者と不動産取引
——有料老人ホーム入居契約を素材に——坂東 俊矢
〔報告⑧〕 マンションにおける消費者問題と消費者法
——第三者との契約における管理組合の法的地位と
「消費者」性を中心に——鎌野 邦樹

〔ディスカッション〕

《司会》 河上 正二／尾島 茂樹

大会開催報告／総会開催報告／理事会開催報告／
日本消費者法学会規約・投稿規程・査読規程／役員一覧

日本消費者法学会
(2020年)

目 次

巻頭言 研究者と実務家との協働

弁護士 吉岡 和弘 1

第12回大会シンポジウム「不動産取引と消費者保護」

《司会》青山学院大学教授 河上 正二／金沢大学教授 尾島 茂樹	
[報告①] 企画の趣旨など	
青山学院大学教授 河上 正二	3
[報告②] 不動産問題と消費者法——特に原野商法をめぐる問題点——	
広島大学名誉教授 鳥谷部 茂	5
[報告③] 不動産ローンと消費者保護——抗弁の接続を中心として——	
金沢大学教授 尾島 茂樹	11
[報告④] 不動産賃貸借で授受される金銭について	
——消費者法・借地借家法の観点から——	
法政大学教授 大澤 彩	16
[報告⑤] 建築物の瑕疵をめぐる責任と消費者保護	
——ドイツ法における議論の動向を参考に——	
名古屋経済大学准教授 永岩 慧子	20
[報告⑥] 不動産取引における契約適合性と適合性原則	
東京経済大学教授・弁護士 村本 武志	25
[報告⑦] 高齢の消費者と不動産取引——有料老人ホーム入居契約を素材に——	
京都産業大学教授 坂東 俊矢	30
[報告⑧] マンションにおける消費者問題と消費者法	
——第三者との契約における管理組合の法的地位と「消費者」性を中心に——	
早稲田大学教授 鎌野 邦樹	34
 [ディスカッション]	 39
《司会》青山学院大学教授 河上 正二／金沢大学教授 尾島 茂樹	
《討論参加者》	
中央大学教授 宮下 修一	中央大学法科大学院フェロー 執行 秀幸
立命館大学教授 松本 克美	香川大学教授 藤田 寿夫
成城大学教授 町村 泰貴	東洋大学教授 芦野 訓和
京都大学名誉教授 山本 豊	東邦音楽大学教授 川端 敏朗
明治大学教授 川地 宏行	千葉大学教授 岡林 伸幸
大阪大学招聘教授 千葉恵美子	消費者機構日本会員 納 英輔
青山学院女子短期大学教授 信澤久美子	早稲田大学教授 後藤 卷則
弁護士 池本 誠司	東京経済大学教授 桜井 健夫
新潟大学教授 田中 幸弘	大阪大学名誉教授 平田 健治
龍谷大学教授 中田 邦博	立命館大学教授 谷本 圭子
立命館大学教授 松岡 久和	弁護士 加藤進一郎
	弁護士 齋藤 雅弘

※所属等は2019年11月現在のもの。

大会開催報告／総会開催報告／理事会開催報告／
日本消費者法学会規約・投稿規程・査読規程／役員一覧

巻頭言

研究者と実務家との協働

弁護士 吉岡 和弘

2020年3月19日、四谷（東京都）の主婦会館プラザエフにて「津谷裕貴・消費者法学術・実践賞」（以下、「津谷賞」という）授賞式が催された（新型コロナウイルス感染症（COVID-19）への罹患リスクを避けるために、受賞者、選考委員会関係者等の限られた者のみの出席で催された）。松本恒雄・津谷賞選考委員会委員長より、菅富美枝・法政大学教授に学術賞が、「消費者被害事例ラボ」（略称「消ラボ」）に実践賞が授与され、表彰状や副賞等が贈呈された。「消費者の脆弱性」を論じた菅教授の秀逸なご論考については私などがあえて論及するまでもないことなので、ここでは実践賞を受賞した「消ラボ」について言及してみたい。

消ラボは、適格消費者団体「消費者市民ネットとうほく」が呼びかけ、青森、岩手、山形、宮城、福島など東北各地の大学に勤務する若手研究者と各地の弁護士、消費生活相談員、行政関係者らで構成されている任意団体であり、2015年4月の発足以降、年に5回～6回、20名～30名が仙台市に集まり研究会を開催している。

かつて、河上正二先生が東北大学におられた頃に、大学院生や弁護士、消費生活相談員らを集めて消費者問題研究会を開催されていたが、当時、大学院生だった方々が、今や、東北各地の講師や准教授になり、これら若手研究者らと弁護士らが声がけをし合って消ラボが誕生した経緯がある。これまで取り上げられたテーマは、仮想通貨、デジタル遺品、SNS被害、NHK受信料、民泊、自動運転問題等であり、いずれも新しい消費者問題ばかりである。

松本恒雄・選考委員会委員長は消ラボの活動について、「共通項がありつ

消費者法第12号（2020年）

つも未だ地域色の残る東北各県で遠距離に位置する大学の研究者と実務家らが定期的に集まり互いに研鑽を図ることで各地の実情を踏まえた問題検討が可能となり、その活動の価値を大きく高めている。さらに、『消ラボ』は、そこで得た成果を『先端消費者法問題研究』（民事法研究会、2018年）と題して出版し全国に発信している」などと実践賞の受賞理由を述べられた。

なぜに地方でのささやかな活動が津谷賞の受賞対象になったのだろうか。遠方から新幹線を使って会場の仙台弁護士会館に駆けつけてくれる若手研究者の方々に参加理由をうかがうと「ともすれば孤立しがちな地方の法学研究者が他大学の研究者と自由な議論ができる機会となっている」、「実務で悩む弁護士から何かよい解釈論はないかとせがまれて実務家と丁々発止の議論ができて刺激になる」等々の感想が寄せられる。一方、消ラボに参加する弁護士ら実務家らからも「研究者から奥行き深い研究成果が拝聴できる」、「研究者から目から鱗が落ちるような説明に接しうる機会はとてつもなく貴重だ」などとの声が寄せられている。

いつでも学者らが集える環境にある関東、近畿圏の方々はもとより、そうでない環境にある地方の研究者と弁護士ら実務家が定期的に集い、消費者問題を語り合い、互いに深め合う場を設けることは極めて重要である。

津谷賞選考委員会の方々が消ラボ活動を津谷賞の実践賞に推挙してくれた意図と狙いの中には、「実務家と若手研究者との共働」という作風を全国各地に広げ、実践してみてはどうかとの期待と願いが込められているのではないかと私は勝手に解釈している。

「実務家は学者から奥深い法理を学び、学者は実務家から現実に学ぶことの大切さを知る」、そのような相互の交わりと共働が、消費者法に新しい息吹を吹きかけ、消費者法が消費者に頼りになる生活の法へと成長していく決め手の一つになるのではなかろうか。全国各地に、若手消費者法研究者と実務家との交流と共働の作風が広まり、地方から全国に向けて、活きのよい消費者法の議論が発信されることを願ってやまない。

第12回大会シンポジウム

「不動産取引と消費者保護」報告①

企画の趣旨など

青山学院大学教授 河上 正二

最初に、本シンポジウムで「不動産取引と消費者保護」を取り上げるに至った経緯と趣旨を簡単に述べておきたい。従来のシンポジウム・テーマは、どちらかといえば包括的・理論的観点からのものが多かったが、今回は、社会生活の実態に即して具体的な問題事象を多角的に取り上げるというアプローチに挑戦することとした。しかも、消費者問題として新たな動向や、民法（債権関係）改正等の法制度的変化とかかわる部分では新法との関係を整理し、関与当事者が多いところでの責任主体を明らかにしつつ、紛争解決のための諸規範・ルールが多様に入り組んでいる場面を検討したいと考えた（後掲鳥谷部報告（報告②）参照）。

そこで今回は、「不動産取引」を素材とした。言うまでもなく、「不動産」は生活者にとっての重要な資産であると同時に人々の生活・居住の基盤であるが、その取引には多くの役務提供が結び付きやすく、また各種の政策的配慮に基づく特別法が存在する。さらに、不動産の保有や占有利用には、様々な役務とともに専門家（不動産鑑定士・弁護士・司法書士・宅地建物取引士等）が関与することが多く、紛争予防や解決方法にも法的規制のみならず自主規制が機能している場面が見出される。このような「不動産」を起点としたアプローチによって、今日の消費者法制の複合の様相が明らかにできるのではないかと考えた次第である。

不動産取引は、民法でも一つのまとまりとして議論の俎上に出てくることが多いが（不動産法）、消費者問題における不動産関係の記述は複雑に入り組んでいる。モザイク模様をなして多様な規制が重なっているという印象を

消費者法第12号（2020年）

否めない。不動産の法的問題を考える場合には、その価値をめぐる様々な問題、例えば、創設（注文建築など）、譲渡・購入、担保を付ける際の担保評価にかかる問題等、さらに当該不動産を利用する局面などで消費者が絡んでくる場面も多い。集合住宅では区分所有建物をめぐる特有の問題も無視できない。不動産には規制法が多く重なり合っており、そこにパラリーガルも大勢かかわっている。弁護士のほか、不動産鑑定士・司法書士などの方々が不動産と消費者問題にどのような形で関与し責任を分担しているか、さらには建築士などの専門家の責任や、紛争解決手段（裁判外紛争解決手続（ADR）など）なども問題となろう。

他方で、現実の消費者問題に目を転ずると、多くの消費者トラブルにおいて、今日なお、「原野商法（+二次被害）」、「リフォーム詐欺」、「耐震偽装」、「欠陥住宅」、「有料老人ホーム・サービス付き高齢者住宅」といった不動産関連問題が頻出していることは周知のとおりである。こうした多様な不動産関連の消費者問題に一貫した紛争解決ルールや人々の行為規範を探ることは、決して容易ではなく、その必要性があるかも疑問ではあるが、先ずもって、これにかかわる特別法や行政基準の存在、自主的な紛争解決手段などの入り組んだ状況を再整理することは、今日の消費者法制の在り様を考える重要な契機となるのではないかと思われる。あるいは、現行の消費者法で幾分か特別扱いされている「不動産」に対する法状況に対する反省材料を提供できるかもしれない。

シンポジウムでは、冒頭の私による導入に続いて、以下の7つの個別報告がなされる。

本シンポジウムが、「不動産」を起点としつつ、総合的な消費者法の将来像を考える一つの契機となり、消費者法制の抱える問題の理解をも深めることにつながれば幸いである。

※ 大会予稿を掲載した「企画の趣旨など」現代消費者法44号（2019年）4頁以下も参照されたい。

第12回大会シンポジウム

「不動産取引と消費者保護」報告②

不動産問題と消費者法

——特に原野商法をめぐる問題点——

広島大学名誉教授 鳥谷部 茂

1 はじめに

原野商法とは、ほとんど無価値で将来値上がりの見込みがない土地を、値上がりするように偽って売りつける取引をいう。

(1) 不動産を対象とする不適正取引

建物のリフォーム詐欺、建築基準法に反する建物の賃貸借契約、環境瑕疵や耐震偽装等を伴うマンション取引、利用者に不利なゴルフ場施設利用契約等がある。本報告では不動産売買型の不適正取引の1つである原野商法を対象とする。

(2) 古くて新しい原野商法

原野商法は、1970年代から大規模な悪質商法として社会問題となり、1980年代後半には警察による摘発が相次いだ。今回、原野商法をテーマとして取り上げる理由は、第1は1970年代から1980年代後半に発生した大規模な悪質商法である原野商法の被害が忘れられてしまっているか又は全く知られていないと思われること、第2に、最近きわめて多くの地域で原野商法による被害事例が発生していることからである。現在、過去の原野商法の被害者（登記取得者）に対して、巧妙なセールストークによる二次被害が急増している。

2 裁判例からみた原野商法

(1) 原野商法の実態

約30年～40年前の原野商法に共通するのは、ほとんど価値のない地目原野又は山林を不当に高額に売却するものであり、その勧誘方法が不当なことであった。例えば、最初のアプローチが、電話や自宅訪問により、温泉旅行や観劇抽選に当選したので無料で招待するというもの等で、高齢者や判断能力が充分でない者（認知症患者等）に対して、土地の区画図面やパンフレットを示して、この地域には開発計画等があり、工業団地ができる、又は新幹線が通り、住宅地、ショッピングセンター等ができるから、当該土地は2年～3年の間に何倍も値上がりする、もし、値上がりしない場合には会社が2倍の値段で買い戻すなどと勧誘するものであった。

また、会社の従業員が入れ替わり訪問して、今後何倍にも値上がりするため預金よりも利益が大きいことを説明し、預金があることを知ると通帳と印鑑を預かり預貯金契約を解約して代金を受領するというように強引に契約の締結が行われることもあった。なお、以上のような勧誘方法は、会社・取締役等の経営方針に基づく組織的なものであり、売買費用として測量費、造成費、植林費、分筆費、管理費等を含めて買主に請求する、会社ぐるみの組織的行為であった。

(2) 法的構成をめぐる問題

裁判例によると、原野商法業者の責任に関する法的構成には、以下のようなものがある（件数は、44件の裁判例の該当数）。

第1に、買主との売買契約を不成立とするものがある（1件）。高血圧症で判断能力が低下しているのに強引に契約を成立させた。

第2に、錯誤により売買契約を無効とするものがある（1件）。別荘用地として土地の価値がなく、交通困難な山中に所在し、傾斜地で別荘建築が困難で、契約締結に至る動機において誤信ないし錯誤があったとした。

第3に、詐欺を理由に取消しが認められたものがある（5件）。原野商法

不動産問題と消費者法（鳥谷部）

において、価値のない原野山林を値上がりの見込みがないのに何倍にも値上がりすると偽って購入させた買主を保護するために、買主による販売業者との売買契約の取消しを認容した。

第4に、公序良俗（暴利行為）違反を認めたものがある（4件）。勧誘行為が無知・無経験等に乗じて（主観的要件）行われたものであり、土地と購入価格に著しい経済的不均衡（客観的要件）がある場合には、公序良俗違反も認められている。

第5に、不法行為責任を認めたものが多い（17件）。その中でも、業者の使用者責任（民法715条）を認めるもののほかに、原野商法業者、取締役及び従業員の共同不法行為（民法719条）を認めるものが多い。会社と従業員らの関係について、一体性、密接不可分の依存関係、システム責任、組織的過失論等によって連帯責任が認められている。

第6に、組織的な不法行為の場合には、取締役については、不法行為に至らなくても、商法266条の3（現会社法429条）の責任を追及できる（6件）。

第7に、買主が利益を得ていても損益相殺を否定するものや業者からの過失相殺を否定したものがある（2件）。

（3）関係者の関与

原野商法への関与者としては、俳優、土地提供者、土地家屋調査士、司法書士、宅地建物取引士、金融機関等の責任が裁判で問題となった。

広告に関与した俳優の責任が問題となり、俳優には推薦内容にあたる実態を調査すべき注意義務違反の過失（責任6割）があったとするものがある。また、地主から対象土地を購入し原野商法業者に提供していた土地提供者は、原野商法業者の不法行為を幫助し、購入者の損害賠償請求に対して7割（過失相殺）を負担するとされた。

土地家屋調査士には現況を確認することが義務づけられ、販売業者に対する幫助の責任が生じうるとの指摘がある。

司法書士は、所有権移転登記手続について直接受任者になるので、原野商法の対象土地であることを知っている場合には、責任を免れないとの指摘が

ある。

原野商法業者による販売行為又はその仲介行為を行った宅地建物取引業者（宅建業者）は、不法行為の補助者としての共同不法行為責任（民法719条2項）を負う。また、販売業者のほかにも名義の使用許諾をした宅地建物取引士にも幫助責任を認めている。金融機関についても、対象土地につき消費貸借や提携ローン販売が行われた場合、貸付額相当の価値がある土地と信じさせる販売を行っているのを知ったうえで購入資金を提供しているときは、購入者が負う損失について責任があるとする裁判例がある。

3 最近の被害状況

最近の原野商法による被害は、二次被害が多い。節税対策にもなるとして悪用されている。独立行政法人国民生活センター、各地の消費生活センターのホームページで、そのような被害統計等が公開されている。国民生活センターによると、2009年まではいったん減少したが、2010年から再び増加してきた。2015年の相談件数は1056件、2016年は1110件、2017年は2036件と急増している。被害相談の約4割が70歳代で、60歳以上が9割を占める。2017年の既支払総額は、26.7億円、相談1件当たりの既払額も約162万円と高額化している。

刑事事件として、原野商法に絡む事件が2018年11月29日に毎日新聞、朝日新聞、日本放送協会（NHK）などにより報道（警視庁が同28日に公表）され、4億円詐欺の疑いで13人が逮捕、起訴された。全国の高齢者約200人から少なくとも4億円あまりを詐欺した疑いがあるとする。また、宅地建物取引業の免許を不正に取得したとして、会社員6人が逮捕される関連事件も発生している。

4 被害救済と抑止

(1) 救済方法の多様性

前述のように、原野商法業者に対する関係では、詐欺、公序良俗違反、契

不動産問題と消費者法（鳥谷部）

約不成立の認容例も若干あるが、不法行為構成による認容例が圧倒的に多い。そのほかに、クーリング・オフ、抗弁の対抗、消費者契約法による取消し、販売業者からの損益相殺の主張の排除なども散見される。

(2) 民法改正との関係

民法（債権関係）改正では、本問題の救済方法とも関連する若干の制度改正が行われた。例えば、意思能力（民法3条の2）、公序良俗（民法90条）、錯誤取消し（民法95条）、時効（民法147条、151条、166条、724条）、契約不適合責任（民法559条、562条以下）などである。

(3) 刑事責任・行政責任

刑事責任による逮捕から懲役刑などの刑事罰（没収も含む）等や、行政責任による行政機関による監督・行政処分（課徴金賦課を含む）等は、悪質商法に対する強力な抑止機能を有する。ただし、契約に関する不当行為の差止めや損害回復を担うのは民事責任であり、そのための充実が肝要である。

(4) 関連業者（専門家）による抑止

売買契約当事者以外の、原野商法への関与者として、俳優、土地提供者、土地家屋調査士、司法書士、宅地建物取引士、金融機関等がある。各士業界は、業務規程などにより不当な取引にならないよう注意義務を課している。また、違反者には士業界としての処分も行われている。しかし、必ずしも十分に機能していない。悪質業者による被害の回避策として、この取引に関する専門家による抑止機能の強化が期待される。

(5) 差止請求訴訟、消費者裁判手続特例法

(A) 差止請求

初期の被害発生の時点で不当行為を差止め、後続の発生を防止することが重要である。このために、消費者契約法12条以下では、適格消費者団体に対して、事業者が同法4条、5条、8条～10条、特定商取引に関する法律（特定商取引法）58条の18～58条の24、不当景品類及び不当表示防止法（景品表示法）30条に規定する不当勧誘行為、不当契約条項の使用、不当表示行為を行う場合、それらの行為の差止めを請求することを認めている。適格認定

された21団体による差止め関連の成果が、きわめて多数報告されている。

(B) 消費者裁判手続特例法

消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律（消費者裁判手続特例法）は、消費者の財産的被害を集団的に回復するために、特定適格消費者団体に対して、被害回復裁判手続を進行できる権能を与えている。

原野商法は、測量費用や管理費用などの少額な場合から土地の購入費用と諸費用を合わせた高額な場合まで多様である。前述のように、不当な勧誘行為（高齢者が相手、高く買い取らせる等の勧誘方法、重要事実の不告知、諸費用の不当請求目的等）により不動産売買契約を締結している場合で、同様の手口を用いて多人数に勧誘行為をしている場合には、消費者裁判手続特例法の適用を検討する必要がある。しかし、特定認証団体は、現時点では3団体にすぎず、多くの課題を抱えており、早急に特定認証に向けた取組みが必要である。

5 むすび

民法（債権関係）改正が行われ、2020年4月1日から施行されることになっている。裁判例から見ると、不法行為による請求の認容例が圧倒的に多く、売買契約でありながら契約法での被害予防・回復は必ずしも十分に機能していない。消費者契約法による差止請求訴訟や消費者裁判手続特例法は、私法的予防・救済を補完するためにも、専門家の適正な関与と共に、公益団体の諸基盤が整備され、大きな効果を発揮することが期待される。

※ 大会予稿を掲載した「不動産問題と消費者法——特に原野商法をめぐる問題点——」現代消費者法44号（2019年）6頁以下も参照されたい。

第12回大会シンポジウム

「不動産取引と消費者保護」報告③

不動産ローンと消費者保護

——抗弁の接続を中心として——

金沢大学教授 尾島 茂樹

1 テーマの趣旨

今回のシンポジウムでは、不動産取引に関わる消費者問題が広く取り上げられる。当初、準備期間の関係で比較法は必ずしも必要ないとの前提で、報告グループの責任者から「不動産ファイナンスと消費者保護」というテーマを頂いた。ファイナンスを広くとらえれば、フラット35、フラット50に内在する問題や消費者契約法の適用の問題等、種々に思い浮かぶが、今回は不動産が統一のテーマなので、不動産そのものを扱うこととした。割賦販売法の個別・包括信用購入あっせんにおいては不動産取引が適用除外となっている。今回は、不動産に関わる種々な問題のうち、不動産に関わる抗弁の接続に限定して検討することとした。

2 議論の契機

課題の契機は平成29年の民法（債権関係）改正である。それに先立つ民法（債権法）改正検討委員会の改正提案では、消費貸借に関する規定として抗弁の接続規定を民法に置くことが検討され、規定を置く、置かないという両論併記ではあるが、具体的な立法提案がされた。民法に規定を置くことになれば対象はすべての物となり、当然、不動産を含むことになる。そこで挙げられた具体例も不動産を対象とするものである。また、第2次消費者委員会「消費者契約法に関する調査作業チーム」による消費者契約法の改正の論点

整理でも、特に不動産を排除せず検討されている。

確かに、以上の提案では目的物が不動産であることが強調されているわけではなく、また不動産であることに注目しているわけでもない。従って、この点について詳細な議論があるわけではない。他方、割賦販売法では、個別・包括信用購入あっせんで不動産取引が明確に適用除外とされている。

そこで本報告では、立法論として、不動産ローンに抗弁の接続を認めるのに障害がないかを検討する。ここでの問題意識は、取引の状況が同じであるにもかかわらず、目的物の相違によって違いがあってよいのか、言い換えれば、不動産であることが抗弁の接続を認めないことの原因になるのかということである。その際には、抗弁の接続それ自体については問題とせず、また、立法関係資料や裁判例を中心として、不動産という観点からの検討に限定する。なお、本報告はローンを用いた不動産取引をすべて割賦販売法の適用対象とすべきと主張するものではない。

3 割賦販売法における抗弁の接続

割賦販売法では、いわゆる指定商品制を前提として、昭和59年改正により割賦購入あっせんに抗弁の接続が導入された（同法30条の4（当時。以下、「当時」は省略））。割賦販売法30条の4の立法趣旨として、当時の通商産業省は、割賦購入あっせん業者と販売業者の間に購入者の商品の販売に関して密接な取引関係が存在していること、このような密接な関係が存在しているため、購入者は割賦販売の場合と同様に商品の引渡しがなされない等の場合には支払請求を拒みうることを期待していること、割賦購入あっせん業者は、販売業者を継続的取引関係を通じて監督することができ、また損失を分散、転嫁する能力を有していること、これに対して、購入者は、購入に際して一時的に販売業者と接するに過ぎず、また契約に習熟しておらず損失負担能力が低い等割賦購入あっせん業者に比して不利な立場に置かれていることを挙げていた。

割賦販売法30条の4についての最高裁判所の見解は、契約の相対効に対す

不動産ローンと消費者保護（尾島）

る例外を定める創設規定というものであり、購入者保護の観点から、購入者において売買契約上生じている事由をあっせん業者に対抗できることを新たに認めたものに他ならないとしていた。ただ、信義則により抗弁の接続が認められる場合があることは認めていた。信義則による場合、目的物は不動産であってもよいということになる。

その後、平成20年割賦販売法改正により、個別・包括信用購入あっせんについては指定商品制が廃止され、原則としてすべての商品・役務が適用対象となったが、不動産販売契約は明文で適用除外となった（割賦販売法35条の3の60第1項6号・2項6号）。その理由として、取引の特殊性により割賦販売法を適用することによりかえって消費者利益を侵害する恐れがあるものなどについては適用を全面的に除外することがふさわしいという一般的方針があった。不動産ローンについては、国民が不動産の購入を行うための不動産ローン等に対して、信用購入あっせんに該当するものとして厳しい規制が課された場合には経済全体に悪影響を及ぼす可能性があること、国民が不動産を購入する場合に低金利での資金調達が困難となりかえって不利益をもたらしうること、不動産の購入は一般に高額な取引であり慎重に行われる傾向があることが個別的理由として挙げられた。

4 立法論——民法（債権関係）改正、消費者契約法

消費貸借に関する規定として抗弁の接続の規定を民法に置くという民法（債権法）改正検討委員会の改正提案は法制審議会で議論されたが、最終的には改正すべき論点としては落とされた。また、消費者契約法改正のための議論では、消費者契約を対象としてはあるが、対象は物もしくは権利とされ、具体的に検討されているわけではないものの、不動産は排除されていない。従って、形式的には、不動産ローンも抗弁の接続の対象となり得ることになる。

5 裁判例

昭和59年の抗弁の接続導入以前は、そもそも抗弁の接続が認められるか否かが議論の中心であり、目的物が不動産であることそれ自体は問題とならなかった。また、導入後は、不動産は指定商品ではないとして否定された。さらに、平成20年の指定商品制廃止以後は、改正前の事例についての裁判例でも、改正法で不動産取引が適用除外となっていることが理由に挙げられることがあった。

6 検討

まず経済産業省の示す不動産取引の適用除外理由について検討する。第1に、経済への悪影響を理由とすることについては、確かに抗弁の接続が認められれば経済全体に悪影響があるだろうが、この理由は、抗弁の接続を主張できない当事者の犠牲を前提としている。第2に、低金利の融資が受けられなくなることを理由とすることも同様に、損害が被害者に集中することにより低金利が実現されている。以上の2点については、購入者は事実上、損失を自分で被るしかないが、事業者は価格に上乗せして分散することができることが重要である。第3に、不動産は一般に高額であり、慎重に取引されていることを理由とすることについては、不動産のみ高額なのではなく、また宅地建物取引にクーリング・オフの制度が存在するという点から見ても、不動産取引が必ずしも慎重になされるわけではないといえる。

その他、ありうる理由として第1に、他に規制する法律があることが挙げられるかもしれないが、既になされた問題ある取引への対処としては宅地建物取引業法は不十分である。第2に、不動産取引は個別的な取引であって画一的な規制がなじまないということが言われるが、逆に、個別取引だからこそ信義則による規制など、個別の取引に応じた規制が必要である。第3に、不動産取引には投資・節税等が目的の場合があることが挙げられる。確かに投資・節税が主たる目的で、それに失敗した人を救うことは必ずしも必要で

ないが、投資・節税の目的の有無は決定的な基準とはならず、個別事情によって判断すべきである。

7 おわりに

本報告は、すべての不動産ローンについて抗弁の接続を認めよ、というものではない。対象とするのは、いわゆる「密接な牽連性」があるもののみである。そして、抗弁の接続を規定する割賦販売法が適用除外とする商取引については、ひとまず除外し、消費者保護の制度として検討する。以上の前提で、本報告は、割賦販売法が一般的に不動産を適用除外し、抗弁の接続を認めないことには合理的な理由がないと主張するものである。一般的に不動産取引を割賦販売法の適用対象とすることは、他に与える影響が大きい。しかし他方で、不動産取引を明確な適用除外とすることは不動産に抗弁の接続を認めるために障害となるので、抗弁の接続については不動産にも適用がありうるよう改正することを提案する。

※ 大会予稿を掲載した「不動産ローンと消費者保護——抗弁の接続を中心として——」現代消費者法44号（2019年）15頁以下も参照されたい。

第12回大会シンポジウム
「不動産取引と消費者保護」報告④

不動産賃貸借で授受される 金銭について

——消費者法・借地借家法の観点から——

法政大学教授 大澤 彩

1 はじめに

最高裁判所は2011年に敷引特約・更新料特約をいずれも有効であると判断したが、これらの判決は敷引特約、更新料特約の経済的な合理性を非常に重視したものであり、賃貸借契約の特殊性や借地借家法の趣旨といったものがほとんど考慮されていないまま有効とされている点で今なお検討すべき課題が多く残されている。

本報告では、これらの金銭の授受を定める特約について、経済的な合理性を重視した最高裁判決の問題点を抽出し、その上で賃貸借契約当事者間の情報・交渉力の内実について、居住用賃貸借契約の多くが消費者契約であるのと同時に、住居という特殊な目的物を対象とした契約であるという二面性に着目した分析を試みたい。

2 敷引特約・更新料特約の法的問題点——最高裁判決に みられる問題点

(1) 敷引特約・更新料特約の法的性質

敷引特約の法的性質については、下級審裁判例では例えば賃料の前払いの一部等、様々な性質があることが述べられていた。しかし、本来、賃借人は

不動産賃貸借で授受される金銭について（大澤）

損害賠償債務がない限り、契約終了時に敷金を全額返還してもらえるにもかかわらず、敷引特約の多くはこれらの債務の有無や額にかかわらず、一定の金額を控除している点で問題がある。

これに対して更新料特約について、従来の通説や判例では賃貸借契約当事者間に更新料支払いの合意が成立すれば、よほど金額が高額でない限りは有効であると考えられていた。ところが、特に消費者契約法施行後の下級審裁判例では、更新料の法的性質をめぐって判断が分かれることとなり、その中では更新料特約を無効とする裁判例もあった。

(2) 最高裁判決の問題点

最高裁判所は平成23年に、敷引特約について2件、更新料特約について1件の判決においていずれの特約も有効であるとの判断を下した。これらの判決に共通しているのは、賃借人である消費者にとって自らが負うこととなる金銭的負担が明確であれば、高額ではない限り、賃借人にとって一方的に不利益を及ぼす特約にあたるとは言えないという、いわば取引慣行の透明性確保を志向して、賃借人の明確な合意を重視した判断がされている点である。この背景にあるのは両当事者にとっての経済的な合理性であるが、以下の3点が問題となる。

第1に、3つの最高裁判決で特約の有効要件として要求されているのは、「敷引金およびその不返還」あるいは「更新料特約」自体の一義的かつ具体的な記載という、通常の契約書に記載されている事項であり、これを理由に特約を有効と判断できるのだろうか。

第2に、敷引特約について、特に敷引金と別に通常損耗等の補修費用を徴収している場合には、いわゆる二重負担になっているとの批判をかわし切れていない。更新料特約についても、現在の居住賃貸借では期間が1年や2年であり、賃料の不足が生じることは考えにくいといった現状を踏まえると、改めて法的根拠が問われる。

第3に、問われるべきなのは、これらの趣旨が不明瞭な金銭を、しかも賃料から外に出して徴収する方法の妥当性を、当事者の私的自治的な決定だけ

に委ねてよいのかという点である。つまり、賃貸借契約においてこういった金銭を外だしにするとということにどのような問題があるかを、消費者契約という面と賃貸借契約であるという二面から検討することが必要となる。

3 賃貸借契約の二面性——消費者契約および生活利益確保のための賃貸借契約

(1) 消費者契約としての賃貸借契約の特殊性

賃貸借契約における賃借人の脆弱性は相手方である貸貸人との関係で相対的に決まるものである。これに関連して考慮すべきは賃貸住宅管理者の存在である。そのことから、多数の零細な事業者が事業者団体の推奨する不当条項を使用している場合に、元を絶つ意味で推奨行為の差止めを認めるということは考えられよう。

(2) 居住用建物の賃貸借契約の特殊性

金銭の授受に潜む問題の本質に迫るためには賃貸借契約の特殊性を考慮する必要がある。

まず、民法改正によって原状回復義務の対象たる「損傷」に通常損耗や経年変化は含まれないというデフォルトルールが民法に設けられたことを踏まえると、賃借人との間の情報・交渉力の格差を利用して以上のデフォルトルールを賃借人に認識させないままに課した特約であるという理由で、消費者契約法10条後段要件該当性を肯定することができるのではないか。

次に、更新料特約については借地借家法30条適用の可否という観点からの検討の余地が残されているとともに、法定更新を享受するのか、それとも更新料を支払って合意更新をするかについて、賃借人が自由な意思決定を行っているといえるかどうかを考慮する必要があるだろう。

(3) 賃貸借契約における情報・交渉力の格差の内実

趣旨不明瞭の更新料の法的性質を説明するのは容易ではなく、仮に更新料や敷引特約と法規定の関係を十分に説明できたとしても、以下の理由により、当事者間の交渉力の格差はなお残る。

不動産賃貸借で授受される金銭について（大澤）

第1に、住宅は私たち人間の生活にとって必要不可欠な財である。

第2に、居住用賃貸借契約は継続的契約であることから、契約の継続性に対する当事者の合理的な期待がある一方で、賃借人は解約時期を完全に支配できるというわけではない。そのことから、一時金の支払方式は給付と金銭的負担の関係の透明性を低減させる。

第3に、賃借人の居住移転の自由とか、あるいは住居を中心として形成された社会関係の継続、人格形成を存続保障によって保護する必要性が高い。

借地借家法は定期借家制度の導入によって、むしろ賃借人は十分な情報提供を受けて明確な意思決定を行った場合には、これが尊重されるという自律尊重の側面を有するに至ったとの指摘も見られる。この点は最高裁判所の明確な合意を重視する枠組みにも通じるものがあるが、これが濫用的である場合に特約が排除されることまでは否定されておらず、この役割を担うのが消費者契約法であり、経済的な合理性だけではなく、以上の特殊性を踏まえて、賃借人の意思決定が真に自由なものと言えるかを十分に判断する必要がある。

4 おわりに

今後は、住居賃借人の側面と消費者としての側面の2つを意識した法制度構築や解釈が求められる。例えば、賃貸借契約の「健全なビジネス化」のために、いわゆる「外だし」で消費者の判断を困難にするのではなく、賃借人の負担を賃料一本にするとか、あるいは賃借人の負担の全体像やその趣旨を開示するということも考えられる。また、ひな形における不当な特約を排除するための消費者契約法の解釈論や立法論の発展も望まれる。

その一方で、居住用賃貸借契約特有の「情報・交渉力の格差」を踏まえて、金銭の授受についてのルールを借地借家法などの特別法で設けることは考えられないだろうか。

※ 大会予稿を掲載した「不動産賃貸借で授受される金銭——消費者法・借地借家法の観点から——」現代消費者法44号（2019年）23頁以下も参照されたい。

第12回大会シンポジウム
「不動産取引と消費者保護」報告⑤

建築物の瑕疵をめぐる責任と 消費者保護

——ドイツ法における議論の動向を参考に——

名古屋経済大学准教授 永岩 慧子

1 はじめに

建築物の取引は、多くの消費者にとって経済的に大きな負担を伴うものであり、取引の対象となる建築物に瑕疵があった場合、消費者の生活に対して深刻な影響を与えうる。実務においても、建築関係訴訟は高度に専門的な知識を必要とし、紛争が長期にわたるといった問題が指摘されている。本報告では、建築物の瑕疵をめぐる問題のうち、建築請負契約の場面における瑕疵判断のあり方を中心に取り上げる。また、建築契約における消費者保護について、近時のドイツ法の改正動向から若干の考察を行う。

2 建築請負契約における瑕疵

瑕疵の意義をめぐる従来の議論では、主観的瑕疵と客観的瑕疵という用語がしばしば使われてきたが、これらの概念のとらえ方について統一的でない状況がみられる。請負に関しては、瑕疵を主観的にとらえる見解が一般的に支持されてきたといえ、判断要素の意味で両概念を用いた場合、これらの概念は対立して置かれるものではなく、裁判例上の瑕疵判断では、いずれの指標もが考慮されているといえる。

(1) 債権法改正による「瑕疵」の用語の廃止、「契約不適合」へ

民法（債権法）改正法（以下、「改正法」という）では、瑕疵の用語を、種類または品質に関して「契約の内容に適合しない」という表現に置き換え、瑕疵判断を契約解釈の問題とする。改正法の規定は、これまでの瑕疵判断の枠組みを変更するものではないとの見方が多数であるが、具体的な判断要素は条文に明記されず、個別の契約類型において、どのように契約内容を確定するかが問題となる。契約当事者間の知識や情報量の格差といった事情も、個別の契約解釈の中で処理されることになる。

(2) 建築契約における問題性

建築契約の瑕疵判断については、設計図書・仕様書等を手がかりに判断するというのが基本的な考え方であるが、契約内容の複雑性に加え、工事開始後の仕様変更も珍しくないことから、設計図書等が当事者の合意内容の確定において有力な拠り所とならない場合も多い。また、詳細な設計図書等がある場合でも、建築の素人である注文者がそれらに記載された個々の施工内容の意味（建物の性能に対していかなる影響・効果を与えるものであるか）を正確に把握することは困難である。さらに、請負の仕事の瑕疵は、契約の性質上、事後的に現実化する。瑕疵が生じる原因には、請負人による施工不良だけでなく、注文者による指図や、他の者による設計上の誤りなど請負人の労務に外在する事情も想定される。このように、仕事の結果実現に向けて存在する不確定要素をどのように処理するのか、契約不適合責任の射程はどこまで及ぶのか、という点も問題となる。

3 ドイツにおける瑕疵判断

(1) 前提の確認——近時の改正動向

ドイツでは、2017年に成立した改正において、ドイツ民法典（以下、「BGB」という。本稿中、別段の表記がない条文はBGBを指す）の中に、請負契約の一般規定に続き、建築契約、消費者建築契約に関する規定、さらに、請負契約類似の契約として、建築家契約・技術者契約、建築業者契約について

の定めを新設した。このような大規模な改正を行った理由の1つとして、消費者保護の要請が指摘されている。

（2）条文上の瑕疵概念

BGBによると、請負の仕事に瑕疵がないとされるためには、①合意した性状を備えていること、性状が合意されない場合には、②契約で前提とした使用に対する適合性、③通常の使用に対する適合性、同種の仕事において普通で注文者とその仕事の種類から期待できる性状を備えていることが必要であると規定される（633条）。通常の使用適合性及び普通の性状について、条文上は、個別の性状合意や、契約で予定された使用の合意がない場合に初めて問題となるように読めるが、学説上、通常の使用適合性や普通の性状は、独立の要件として、当事者の合意した性状に並んで満たすべき基準であると考えられている。したがって、これらの①から③の基準は、排他的関係にあるのではなく、重疊的・補充的な関係であると解され、③通常の使用への適合性や普通の性状は、これを逸脱する合意がない限り確保される。

（3）連邦通常裁判所による機能適合性理論

ドイツでは、建築請負に特徴的な問題として、当事者が合意した設計図書等に従って施工されたが、完成した建築物に契約で目的としていた機能が欠けており、予定した使用に適さない場合、瑕疵があるとされるのかが議論となっている。これに対し、連邦通常裁判所は、次のような理論を示す。①当事者によって合意された仕事の機能性を満たさない場合は、取り決めた実行方法や、注文者による指示を満たす場合であっても、請負人の仕事に瑕疵がある。②注文者の指示や、提供された材料及び部材、また、他の請負人の給付を理由として請負人の仕事に瑕疵が生じた場合、信義誠実の原則により、請負人が、それらの不適切なことについて調査及び指摘義務を果たしたときには、請負人の瑕疵担保責任は免責される。③請負人は、自己の調査及び指摘義務を履行したことについて、主張・立証責任を負う。④このとき、本来の契約目的を達成するために請負人の追加の労務が必要である場合、請負人は、当初から必要であったとされる限りで、追加の費用を注文者に請求

建築物の瑕疵をめぐる責任と消費者保護（永岩）

することができる。以上の判例理論によると、個々の取り決めの総体である請負契約の合意の解釈においては、注文者が契約上目的とした機能を有しているかどうか優越的な意味をもつ。この判例理論に対しては、「広い瑕疵概念」のもとで結果不達成リスクの請負人負担の原則を採用するものとして、注文者保護の観点から肯定的な評価が加えられている。

(4) 建築契約における消費者保護規定

消費者建築契約とは、事業者と消費者間において、事業者が、新たな建築物の建築または既存の建築物についての大規模な改築を義務付けられる契約である（650i 条 1 項）。消費者建築契約は、当事者の慎重な意思決定を確保するため、テキスト方式によって締結されなければならない（同条 2 項）。

契約内容の確定に関する規定を中心にみると、請負人は、原則として契約締結前の情報提供義務を負う（650j 条）。契約締結前に消費者に提示された建築仕様書の内容は、別段の合意がない限り契約内容となる（650k 条 1 項）。これによって、契約締結前における消費者の給付内容の理解を促し、契約交渉時の正当な期待を保護するほか、後に紛争が生じた場合の立証の困難性回避を意図する。なお、建築仕様書が不完全なものであった場合、契約内容の解釈に際して生じる疑義は、請負人が負担する（650k 条 2 項）。この規定は、その趣旨において普通取引約款の解釈についての疑義を利用者に負担させる 305c 条 2 項に一致する。その他、消費者に撤回権が認められるなど、消費者建築契約の規定の多くは、BGB 上の既存の消費者保護規定と共通するものであるが、契約締結の形式にかかわらず、消費者が一方当事者となる新築及び大規模改築契約を包括的に対象とする点で特徴的である。

4 結びに代えて

まず、瑕疵判断をめぐる問題について、建築契約では、一定の結果の実現に向けられた個々の取り決めの総体として合意が形成されるという点に加え、建築の素人たる注文者と専門的知識を有した請負人との関係性を考慮して、技術的・専門的な概念が多用された設計図書等の記述のみを拠り所とするの

消費者法第12号（2020年）

ではなく、当該契約の目的に照らした解釈がなされる必要がある。この点、仕事の「機能」に着目するドイツの判例理論は示唆に富む。また、ドイツでは、注文者が消費者であるか否かにかかわらず、専門家である請負人との知識の非対称性を建築契約の特徴として捉え、それを前提とした議論が展開されているという点は注目すべきであろう。次に、建築契約における消費者保護について、わが国の従来議論では、建築契約の個別性から、既存の消費者法の枠組みの中での位置付けが困難な状況にあったといえる。しかし、今日の建築契約の内容や契約当事者の関係性を踏まえ、現代的な課題として検討する必要がある。この点、大規模な建築契約における包括的な消費者保護を推し進めたドイツの改正動向は、立法的解決の1つとして参考になる。

※ 大会予稿を掲載した「建築物の瑕疵をめぐる責任と消費者保護——ドイツにおける議論の動向を参考に——」現代消費者法44号（2019年）32頁以下も参照されたい。

第12回大会シンポジウム

「不動産取引と消費者保護」報告⑥

不動産取引における契約適合性と適合性原則

東京経済大学教授・弁護士 村本 武志

1 問題の所在

建築・土木の実務上、欠陥原因はリスクと扱われ、定量化し、コントロールの対象とするのが一般である。法律学の領域でも、このように、欠陥原因を、取引時点で確定した欠点・損失ではなく、欠陥現象として顕在化するまでの、期待値の変動幅である「リスク」と扱う考え方がある。

本報告では、欠陥原因を変動幅であるリスクと捉えることにはどのような意味・有用性があるのか、欠陥原因と確定した欠点・損失と捉える場合と比べて契約不適合・欠陥判断はどのように異なるか、欠陥原因のある建物・造成地取引に金融商品取引で発展してきた適合性原則を適用する余地・意味があるか、適用に際して契約適合性の下で判断とどのような異同があるのかなどについて検討する。

2 欠点と不確実性

不確実性には、「確率さえ知られていないもの」と「先験的・理論的に、あるいは統計的に確率が知られているもの」がある。後者はリスクと呼ばれ、期待値の変動幅の標準偏差、望ましくない事柄の起こる確率の変動幅、それに損害を乗じた望ましくない結果の程度の大きさなどと定義される。

リスクは、確定した変動幅であり、最終的に変動幅の中のいずれかの値で確定する。これは「量」として把握可能である。リスク量として捉えられる

ことは、その回避、分散、移転などのコントロール可能性があることを意味する。不確実性が確定した「量」として捉えられないか、それを計測する意味がなければコントロールができない。リスクは客観的不確実性の一つであるが、リスク以外の客観的不確実性と区別される基準は、コントロール可能性の有無にある。

欠陥原因を確定した「リスク量」と捉えることは、それがコントロールが可能であることを意味する。これはまた、欠陥原因が欠陥現象として確定するまでの間の、回避、分散、移転などのリスクコントロール情報、それを行う能力の存否が取引を行うか、どのような取引を行うかの判断に際して有意性を持つことを意味する。不確実性がコントロールできないものであれば、その取引に際して意味ある情報は、不確実性が存在すること以外には存しない。しかし、コントロール可能性があれば、それに必要な知識・情報の具備、提供や、その偏在を損失分担の根拠として論じる意味が出てくる。

3 リスクと契約不適合・欠陥

契約適合性の存否は、目的物を、その物として本来「あるべき性状」と比較し、それを逸脱するかで判断される。「あるべき性状」は、まずは、合意により確定される。それが明らかでなければ、契約の趣旨・目的から推認される合理的な安全性意向に求める。安全性の最低基準である建築基準法令、告知、学会基準、規格、公庫基準などの客観的指標は、合理的に推認される安全性意向を組成する基準と考えてよい。それでは、これら法令等の客観的基準が存しない場合、それが存しても適用除外とされる場合、基準が策定される前の事案では、何が当事者の合理的な安全性意向と考えられるのか。

仙台地判平8・6・11（判タ931号248頁）はY市が販売した分譲地が震度5の地震により損害を受け、購入者Xらが宅地造成工事に瑕疵があるとして損害賠償請求を求めたものである。第一審判決は、本件造成工事当時、宅地造成に関し、震度6程度の地震に対する耐震性との関係で、地盤条件の調査、採用されるべき工法については、明確な基準、一般的な経験則はなかったと

不動産取引における契約適合性と適合性原則（村本）

した上で、事案の造成工事が通常の常識的な造成工事であり、当時の技術水準に達しない施工がされたとはいえないとした。これに対し、控訴審判決は、造成宅地が、通常、買主が遠い将来にわたり居宅敷地として利用する目的で購入する商品特性と、購入当時の対象宅地や周辺地域で発生した地震の回数、頻度、震度等の地域特性を考慮し、当該地域で通常発生することが経験的に予測可能な程度の強さの地震に耐え得る程度の耐震性を備えることが買主の耐震性に関わる安全性の意向であるとした。その上で、事案の造成はそれに達しない水準であるとして一審判断を退けた。

第一審判決は、造成地の安全性に関わる法令、技術水準や経験則が存しない場合の契約適合性の基準を「常識的な造成工事」のそれに求める。これに対し、控訴審判決は、合理的な安全性意向の基準を法令等の客観的なものに求めず、顧客当事者の契約の趣旨・目的、商品特性、地域特性を考慮して判断する。これは、合理的な安全性意向は、それを遵守することで免責される行政規制で求められる安全性の基準とは異なると認めるものである。

これは、欠陥原因をリスクと捉える立場と整合的である。長期の居住を予定する宅地という商品特性、所在地の地震履歴は、合理的に推認される顧客当事者の許容リスク量の限度の指標となる。

ただ、欠陥原因をリスクと捉える立場は、許容リスク量の限度判断に際しては、リスク評価・リスクコントロール情報の具備を踏まえてのリスクコントロールの可否、可能性、欠陥原因が欠陥現象として顕在化した際の想定最大損失の引き受け可能性などが考慮事情とされる。

換言すれば、顧客に、当該欠陥原因に関するリスク評価、リスクコントロールに必要な知識・情報や経験、想定最大損失を引き受けるに足る資産状況が備わっていなければ、当該欠陥原因によるリスク負担を許容する意向は推認されない。一般に、欠陥原因のリスク評価に関する情報、それを踏まえたリスクコントロール情報は、事業者側が専有しており、事業者からその開示・説明がなされなければ、顧客がこれら情報を取得することは困難である。事業者がこれらの説明を懈怠する場合、欠陥原因上のリスクが顧客の合理的

に許容されるリスク量の限度を超えることが推認されるといってよい。

目的物に欠陥原因があることを理由に不法行為に基づく損害賠償請求を行う場合にも、同様の問題がある。

判例は、建物に居住者等の生命・身体が侵害される「おそれ」がある場合には、基本的安全性に欠ける瑕疵があるとし（最二小判平19・7・6（民集61巻5号1769頁）、給付対象中の欠点が放置されれば人の生命・身体・財産が危険にさらされるおそれがある場合も含み、現実的具体的危険性を必要としない（最一小判平23・7・21（集民237号293頁））。

欠陥原因をリスクと捉える立場では、「給付対象中の欠点が放置されれば人の生命・身体・財産が危険にさらされるおそれがある場合」とは、安全性に関わる顧客の合理的な許容されるリスク量の意向を逸脱する場合と理解すべきことになる。これによれば、欠陥の存否判断に際して「現実的具体的危険性を必要としない」ことは当然の帰結となる。合理的に許容されるリスク量の限度という「リスク量」からの逸脱に際しては、安全法令その他の公法上の規制が重要な要素となるが、専門家である施工者、設計者に最低限要求される技術水準も、許容されるリスク量の逸脱性判断に影響するというべきである。

4 契約適合性と金商法上の適合性原則

適合性原則を、リスク取引における損失分担法理と理解する立場がある。これは、適合性原則の根拠を、取引のコントロール可能なリスク性に求める。リスク取引は、取引時点で欠点・損失は確定しておらず、いずれの当事者も、将来の期待値がどのようなものであるかを知り得る立場にない。しかし、事業者・顧客の取引当事者間には、対象商品のリスク評価、リスクコントロールに必要な情報、あるいはこれら情報を用いた取引の仕組みや内容の理解力には非対称性がある。更に、リスクコントロールを適切に行う能力、経験については、立場に互換性のない格差がある。これらリスク理解、リスクコントロールに必要な知見は一般に「スキーマ」と呼ばれ、これは情報に対する選択的注意や構造的解釈を生起させ、予測や推論を可能にする働きのある構造化

不動産取引における契約適合性と適合性原則（村本）

された体系的な知識と経験をいう。欠陥原因についての適切なスキーマが存在しなければ、リスク評価、リスクコントロールは望み得ない。

欠陥原因をリスクと捉えれば、その契約適合性は、顧客当事者の許容するリスク量を逸脱するかで判断される。適合性原則の根拠をリスクに求めるとすれば、適合性原則の適用取引はリスク取引となる。意向適合性はリスクの程度に関する顧客意向に適合するか判断され、対象取引に関する知識・経験の具備をいう知的適合性、リスクの想定最大損失を引き受けるに足る資産適合性は、意向適合性の合理性判断の基礎となる。このように考えると、適合性原則上のこれと民法上の不適合判断と、その基準と枠組みを同じくする。

リスク取引における契約適合性の判断も、その前提として、事業者による顧客へのリスク評価、リスクコントロール情報の適切な提供が求められる。契約上のリスク合意、顧客の合理的リスク意向は、このような事業者による説明義務の適切な履行を前提とした規範的なものであるとすれば、これは適合性原則における顧客の取引適合性判断とほとんど異ならないことになる。

5 おわりに

説明義務の役割は、従来、取引に必要な知識・情報の補完、誤導先行取引における誤解是正の領域で論じられてきた。リスク取引は不確実性下での判断が求められる。不確実性下の判断は表意者に構造的なバイアスを伴い、顧客の認知や判断に歪みが生じやすいことは、認知心理学、行動経済学の知見が明らかにする。バイアスは顧客のリスク意向を歪める役割を果たす。事業者が顧客をリスク取引に誘致したり、リスク告知義務の懈怠という不作為があれば、バイアスによる顧客の認知、判断の歪みを是正するための説明義務が正当化されよう。適合性原則でこれを顧客不適合、欠陥判断にどのように取り込むかについては更に検討が必要である。

※大会予稿を掲載した「不動産取引における契約不適合と適合性原則」現代消費者法44号（2019年）41頁以下も参照されたい。

第12回大会シンポジウム
「不動産取引と消費者保護」報告⑦

高齢の消費者と不動産取引

——有料老人ホーム入居契約を素材に——

京都産業大学教授 坂東 俊矢

1 問題の所在と報告の射程

例えば、特定商取引に関する法律（特定商取引法）の適用除外として、宅地建物取引業者による不動産取引が挙げられていることが典型であるが、これまで不動産取引は消費者保護の枠外にあると考えられる傾向があった。取引の公正さは、宅地建物取引業法（宅建業法）などの業法規制によって図られてきた。もっとも、衣食住は本来、消費生活の基盤である。とりわけ有料老人ホーム（以下、「ホーム」という）の入居契約に関しては、1990年頃から現在に至るまで、消費者契約としての検討が続けられている。その検討の成果と課題とを、高齢者が締結する契約に関する消費者保護という観点から整理することが、本報告に与えられた課題である。

2 有料老人ホームの実態と法の対応

さて、ホームをめぐる状況は、1990年頃と比べると、大きく変化している。施設数は2017年には1万3525、居住者は約37万人となっており、1990年の施設数173の約80倍、居住者数8490人の約56倍にまで増えている。

法律的には、2006年の老人福祉法の改正で、ホームが法規制の対象となり、その後、2011年及び2017年の同法の改正で法規制が強化されている。また、それにあわせて、都道府県がホームを管理監督するための基準である「有料老人ホーム設置運営標準指導指針」（以下、「指針」という）も改訂されてい

高齢の消費者と不動産取引（坂東）

る。現段階での老人福祉法による主たる規律は、以下の5点にまとめられる。すなわち、①いわゆる「90日ルール」と言われる初期解約制度、②都道府県知事への事前届出制度、③サービス内容の都道府県知事への報告義務と都道府県による公表義務、④入居一時金として家賃、敷金及び介護費用以外の権利金の取得禁止、⑤前払金や入居一時金の保全義務、である。

もっとも、例えば②の登録に関して、2016年の調査では、未届のホームが1207あり、その割合は全体の9%を超えている。高齢者に提供される住宅が多様であることに加え、ホームそのものにも様々な形態がある。行政規制の根幹となる登録そのものが適切に機能しているとは言えない状況がある。①の90日ルールは、入居から90日間は賃料相当額の支払いだけで退去が可能となるクーリング・オフに似た制度である。ただ、これが入居契約に定められていない場合の法的な効果は、老人福祉法では、事業者には行政処分が課せられるにすぎない。また、⑤の保全義務が全事業者に課せられるのは、2021年4月1日からである。2019年4月には、30以上のホームを運営していた株式会社未来設計という会社が放漫経営で破綻した。この会社は公益社団法人有料老人ホーム協会の入居者生活保証制度で一時金を保全していたが、事業を引き継ぐ会社が出てきたため、退去した入居者に前払金の返還ができていない。仮に、ホーム入居契約が賃貸借だとすれば、その敷金は業務を引き継いだ会社に承継される。しかし、保全制度による対応は硬直的で、実際に生ずる問題に適切に対応できていない。老人福祉法や制度の不断の見直しが必要だととしても、それではこのような事例を週及的に救済することは困難である。

3 ホーム入居契約の法律的性質と民事法の役割

ホームをめぐる大きな問題が、中途解約に基づく一時金の返還である。ホーム入居契約は多くの場合に終身にわたる長期の継続的契約である。その法的性質は、居室の賃貸借と、介護や健康管理などを含む多様なサービスの給付の束だと解される。そして、契約締結時に、終身までの利用を想定した一時金を支払うことが多い。病気や事情の変化で途中で退去する場合に、一時

消費者法第12号（2020年）

金の返還が問題になる。

この点について、2012年に改訂された指針は、①一時金の償却期間について平均余命を考慮した想定居住期間で算定すること、②終身一時金は「1か月の家賃等×想定居住期間（月数）+想定居住期間を超えて契約が継続する場合に備えて受領する金額（超過期間のための受領金）」で計算するとともに、それを契約書等に明示することを求めている。もっとも、想定居住期間の前に退去した場合の取扱いは、指針には書かれていない。実際には、超過期間のための受領金について初期償却、つまりは不返還の特約が定められている例がほとんどである。例えば、入居者を70歳以上とするあるホームの契約書では、想定居住期間180か月、入居一時金2800万円、健康管理費500万円で、初期償却額は入居一時金、健康管理費ともに15%（金額で525万円）とされている。居住から90日を超えれば、525万円が償却されてしまう。これは、入居者が180か月を超えて生存し、入居を継続したとしても、食費等の月額費用（この施設では15万8000円）を除いて追加の請求ができないことに備えた金銭、まさしく「超過期間のための受領金」と解される。

高額な初期償却を規定するホーム契約の一時金不返還特約について、適格消費者団体が、消費者契約法に反するとして無効の主張をした裁判がある（最判平30・12・24）。事業者は初期償却額を保険料と記載していた。裁判所は、適格団体によるホーム入居契約の本質は賃貸借契約であるとの主張を否定し、初期償却額が想定居住期間を超えた場合にも追加出資なく居住を継続できる利益の対価であるとして、消費者契約法10条には反しないとした。この事業者は当初は一時金1200万円の全額を初期償却していたが、指針の改訂を踏まえて2014年に入居時年齢に応じて、10%、15%、20%を初期償却額と定めている。この規定が訴訟の対象になった。入居者からすれば、自らが想定居住期間を超えて入居するか否かは分からない。そのための費用は、それ以前に退去することになれば、他の入居者のための費用に使われることになる。その意味で、初期償却の金銭には、相互扶助的な性質がある。もっとも、そのことを入居者が十分に理解できる説明と、相互扶助的な金銭を支出する

高齢の消費者と不動産取引（坂東）

についての納得が得られる仕組みが不可欠であろう。現在の法の対応では、重要事項説明書や契約書に記載されていれば、初期解約制度の90日間を超える場合、一時金の初期償却がなされることになってしまう。

さて、ホーム入居契約に消費者契約法が適用されることは当然である。一方で、消費者契約法は、民法などの民事ルールに関する特別法である。適格団体による差止訴訟で争われたことは、行政の監督のための指針が定めた「超過期間のための受領金」の民事的な意味であった。ところが、指針はそもそもその民事的な意味に関心を示していない。老人福祉法が定める初期解約制度の90日間も、契約が中途解約される場合のルールで、初期償却が効力を有する時期を画するという民事的な意味があるが、それに対する配慮はなされているとは言えない。消費者契約法は民事法と消費者法の中二階と言われる。消費者契約法の規律が有効に機能するためには、1階部分に相当する民事法が明確であることが重要である。ホーム入居契約に関する限り、その民事的性質についての議論は進んではいるが、消費者契約法を活用するだけの法律的基盤が確立されるまでには至っていない。

4 今、必要とされること

ホームに関する民事規定をどの法律に整備するか。その際に、居室の賃貸借としての要素と介護などに関する役務の関係をどう表現するか。その回答を今は持ち合わせていない。もっとも、ホーム入居契約に関する消費者保護を機能させるためにも、法律が高齢者の後見的役割を果たすだけでなく、その意思表示の合理性を担保することを目的に、民事ルールを整備すべきことが不可欠なことは間違いない。

※ 大会予稿を掲載した「高齢の消費者と不動産取引——有料老人ホーム入居契約を素材に——」現代消費者法44号（2019年）53頁以下も参照されたい。

第12回大会シンポジウム

「不動産取引と消費者保護」報告⑧

マンションにおける消費者問題と 消費者法

——第三者との契約における管理組合の法的地位と
「消費者」性を中心に——

早稲田大学教授 鎌野 邦樹

1 はじめに——マンションにおける消費者問題

マンションの区分所有者は、当該住戸について、一般に、①購入、②管理、③建替えを経験する。①では（予稿63頁の〈図〉（以下、「図」という）のA）、マンションの買主は、通常は消費者契約法でいう「消費者」である（消費者契約法2条1項・2項）。②では、管理組合を通じて管理が行われるが、集会決議を基本とする区分所有者と管理組合との対内的関係（図のB）と、同決議等に基づく管理業務の執行における管理組合と第三者との対外的関係（図のC）とが存在する。図のBの場面では、契約関係がないため区分所有者が「消費者」となることはないが、図のCの場面では、管理組合は、団体であるから「事業者」といえそうであるが、管理に係る第三者との各種の契約（管理業務委託契約等）および③の段階での建替え（建物の区分所有等に関する法律（区分所有法）62条）等に伴う第三者との建築請負契約等は、実質的には「消費者」たる区分所有者の住宅に係る契約とみることもできる。それでは、図のCの場面で管理組合が行う第三者との契約の法的な位置づけや性格については、その「消費者」性も含めどのように考えるべきか。本報告は、この点を考察する。

ところで、区分所有者が上記①の段階で取得した住宅につき欠陥（契約不

適合部分)があった場合に、図の A の場面での区分所有者は、「消費者」として分譲業者に対して法的責任を問える(2017年改正前民法570条・566条、改正法562条以下)が、当該欠陥が共用部分の欠陥と関連する場合に、上記②の段階の図の D の場面において、分譲業者に対する、区分所有者の責任追及と管理組合の責任追及との調整の問題が生じる(ただ、本報告ではこの点を指摘するにとどめ、掘り下げた議論は別稿に譲る)。

2 管理組合の契約上の地位と責任

(1) マンション管理と第三者との契約

管理組合は、設定行為によることなく、区分所有法3条の規定によって、建物、敷地等の管理を行うための団体として当然に成立する。そして、管理組合は、図の B の場面での集会決議等に基づき、管理のために第三者との間で多様な契約(管理委託契約、請負工事契約等)を行う(図の C の場面)。それでは、管理組合がその契約をする場合に、管理者(理事長)、管理組合、区分所有者の三者は、どのような関係にあるのか(下記(2))、また、管理組合は、消費者契約法でいう「消費者」か(下記3)。

(2) 管理組合の契約当事者としての地位

管理組合が、管理者ないし理事(長)を通じて、第三者と契約をしたときに、その債権・債務は誰に帰属するのか。管理組合か、それとも区分所有者か。区分所有法が、「管理者は、その職務に関し、区分所有者を代理する」(26条2項)と定めていることからすると、債権・債務は、本人たる各区分所有者にその持分に応じて帰属するように思われる(19条)。管理組合は法人となることができる(47条1項)が、その場合には、理事(長)が管理組合法人を代表し(49条3項・5項)、管理組合法人がその事務に関し区分所有者を代理する(47条6項)ことから、やはりその場合でも、債権・債務は、最終的には本人たる各区分所有者にその持分に応じて帰属することになりそうである(19条)。ただ、管理組合を「権利能力のない社团」とすると、そ

のようにいえるのか否かが問題となる。

区分所有法は、管理者がその職務の範囲内において第三者との間にした行為については、区分所有者がその責任を負うとしている（29条1項）。そして、管理組合法人の場合は、その財産をもってその債務を完済することができないときは、区分所有者がその債務の責めに任ずるとし（53条1項）、管理組合法人の財産に対する強制執行が功を奏しなかったときも同様であるとする（同条2項）。ただ、区分所有者が、管理組合法人に資力があり、執行が容易であることを証明したときはその限りではないとする（同条3項）。

判例は、当該団体の実質が法人の実態を備えている場合には「権利能力のない社団」として、その債権・債務および責任の帰属主体を当該団体として、その構成員には及ばないとしている（最判昭48・10・9民集27巻9号1129頁）。国土交通省が策定したマンション標準管理規約も、管理組合が「権利能力なき社団」である場合を前提とする（単棟型6条関連コメント）。

(3) 管理組合の地位と債務・責任の考え方

以上を踏まえ、管理組合の契約上の地位並びに当該契約に係る債務および責任については、それが管理組合法人となっているか否かを問わず、次のように解すべきである。

管理組合の管理者または理事長が、管理組合法人ないし権利能力のない社団である管理組合を代表して第三者と契約を締結した場合は、その顕名の仕方（管理者か理事長か、または代表か代理か）を問わず、同契約に基づく債務および第一次的な責任については、管理組合法人ないし権利能力のない社団である管理組合に帰属する。ただし、権利能力のない社団である管理組合については、法人格がないことから、当該債務および第一次の責任は、法的には「区分所有者全員に総有的に帰属」というのが正確であろう。ただ、管理組合員が数名で、管理組合法人となっておらず、かつ「権利能力のない社団」の実体を備えていない場合には、区分所有者に直接的に債務および責任が帰属すると解されよう。

債務および責任が第一次的には管理組合に帰属するとはいえ、区分所有法3条の団体（管理組合）に関しては、その団体としての性質を考慮して区分所有法が特別の規定（29条・53条）を設けていることから、それにより、「区分所有者全員に総有的に帰属する」といった判例法理は排除され、管理組合の債務についての最終的な責任は、区分所有者がその持分に依じて負うものと解される。

契約の相手方たる第三者は、法的には最終的に区分所有者に対し責任を追及しうが、各区分所有者の債務は不真正連帯ではなく、その持分に依じた責任追及となるため、実際上は、管理組合の財産についての責任を追及することになる。管理組合の責任財産については、主に管理組合の預金口座の管理費や修繕積立金が対象となり、管理組合の共用部分はもちろん、管理組合法人名義の登記がある規約共用部分等であっても、それらは、専有部分との分離処分が認められないため（区分所有法15条）、それらを責任財産として執行することはできないと解される。

3 管理組合は「消費者」か

管理組合が事業者たる第三者と契約をする場合に、管理組合は、消費者契約法でいう「消費者」に該当するか。

個人の非事業活動を集団的に行っているにすぎない管理組合が事業者となることには問題があり、消費者契約法2条1項にいう「個人」を拡大解釈することも考えられるが、立法論としてはともかく、現行法制上は、管理組合は、同条2項による「法人その他の団体」であるから、その事業の内容を問うことなく「事業者」と解されよう。

裁判例として、大学のラグビークラブチームについて、これを「権利能力のない社団」としつつも、その活動の実態並びに情報の質・量および交渉力の格差から同団体が「消費者」に該当するとして、合宿のための宿泊契約を部員のインフルエンザ罹患を理由にキャンセルしたことによる取消料について、消費者契約法9条1号でいう平均的損害のみを限度として認められると

消費者法第12号（2020年）

したものがあ（東京地判平23・11・17判時2150号49頁）。

ところで、区分所有者の団体（区分所有法3条）のうちマンションの管理組合については、マンションの管理の適正化の推進に関する法律（マンション管理適正化法）により区分所有者および管理組合に特別の保護が図られているが、それは、基本的に管理組合と管理業者（管理会社）との間の管理業務委託契約に限定されている。しかし、それ以外の管理組合と事業者たる第三者との契約においても保護が図られる必要がある。管理組合は、他の非営利団体と比べても、区分所有者たる「個人」の住宅に係る管理という「消費者」としての活動を集団的に行っている面が顕著な団体といえることから、当面は、前掲の裁判例等を参考に、管理組合については、その団体の性格（マンションか、それ以外か）、管理者（理事長）や理事会の属性（専門家以外の素人たる区分所有者か、外部の専門家等が関わっているか）、管理組合の活動等の内容・実態、および当該契約の内容や契約に至った経緯等を考慮して、管理組合と第三者との間の情報の質および量並びに交渉力の格差に照らし、当該管理組合が実質的には「事業者」ではなく「個人」とみられる場合には、管理組合を「消費者」とみて、消費者契約法の諸規定（4条・8条・9条・10条等）を類推適用すべきであると考える。

※ 大会予稿を掲載した「マンションにおける消費者問題と消費者法」現代消費者法44号（2019年）62頁以下も参照されたい。

第12回大会シンポジウム

「不動産取引と消費者保護」ディスカッション

8名の報告者による研究報告がなされた後、討論参加者と各報告者との間で質疑応答がなされた。

【河上】 ただ今からディスカッションを始めさせていただきます。最初は中央大学の宮下修一先生から鳥谷部先生への質問でございます。宮下先生、よろしく申し上げます。

【宮下】 中央大学の宮下でございます。鳥谷部先生へのご質問は、予稿の10頁、それから配付資料の8頁に載っている43事件についてです。この事件では、所有権移転登記抹消請求が認容されています。近時の原野商法事案では、購入した土地の登記の抹消を求める事案が増えてきているかと思います。そのままにしておくと、将来、二次被害に遭う可能性もありますし、またそのまま残されても相続人等が困るということもありますので、こういったことは必要だと思いながら、その一方で、登記を抹消して悪質業者の名義に戻してしまうと、いずれ原野商法に再利用される可能性がありますし、あるいは業者が破綻して所有者不明土地になるという可能性もあるのではないかと思います。このことについては、私自身もいろいろと話を聞くこともあって悩ましいところがあるのですが、先生のご見解をお伺いできれば幸いです。

【鳥谷部】 宮下先生、ご質問ありがとうございます。まずこの43事件というのは、さいたま地判平28・11・29でございます。これは実はXという人がもっていて、この方がもうすでに第一次の原野商法の被害者でした。Xはaという土地をもっていたのですが、これをYによる第二次原野商法に遭ってしまいます。あなたは土地aをもってるでしょうと。前買ったでしょう。これはもう他に売れませんよね。だから、私がおっとよい条件の土地bをあげますので、交換してくださいという事件です。

安い土地bをこれは条件がよい土地だということで、前の土地aを取ら

れてしまったわけです。その取られた前の土地 a を返せというのと、もう一つは、差額があるので差額は不法行為の損害賠償を請求しました。これには損益相殺は認められないというものでした。要するに返さなくてもよいというものです。抹消登記をしてもらうためには、そこだけは詐欺を原因として抹消登記をしているという、複雑なものです。

この場合、したがって、法律構成が、損害賠償のところは不法行為で損益相殺を認めない。全部払ったお金を返してもらえるとということ、登記のほうは不法行為では返せと言えませんので、そこは詐欺に基づく取消して登記を取り返すと、このようなことになっています。

宮下先生が仰るとおり、これを放っておくと、数次の相続が生ずることになり、所有者不明土地の問題になって、先日、日本私法学会で取り上げた問題になりうるかと思えます。この場合、所有者不明土地というのは、民法のほうでは非常にあいまいなまま使っているように思います。いろいろな場合が所有者不明土地になっているように思います。

土地収用法では、権利者探索の過失について、所有者の生死または所在が不明で遺産分割なされていなくて、相続放棄の家庭裁判所への申述もされていない。単に放棄しますと言っているのではだめで、客観的な場合に限られるようになっていますが、どこまでが所有者不明土地なのか。要するに、登記簿を見ただけではわからないというだけなのか、戸籍を見たらもう150歳になっている。でも子どもは何人もいる。その子どももいる。さらに、そうすると所有者は存否不明なのです。多分150歳でも生死は不明です。しかし、死んでいたら相続人はいて、子どもがいるというような場合はどうするのか。その子どもにまた子どもがいるわけなので、そのあたり、どこまで遡って所有者不明といっているのかということを、ほとんど民法のほうでは明確にしないまま所有者不明とし、九州と同じ土地ぐらいもあるとか言われていると思います。そこをはっきりする必要があるのではないのでしょうか。

そういったことを、この前、日本私法学会とか日本土地法学会でも議論していました。そういう問題につながっていくと思いますので、これをどうす

ディスカッション

るかという非常に重要な問題を指摘していただいたと思っています。その点については以上です。

【河上】 続きまして、立命館大学の松本克美先生から鳥谷部先生に対する質問です。よろしくお願いします。

【松本】 立命館大学の松本です。本日は詳細なご報告いただきまして、ありがとうございます。質問は二つあります。一つ目は、本日配布された資料の6頁の下から3行目のところで、鳥谷部先生が、悪質商法に対しては民事責任としても、契約法理と関連するよりインパクトのある対応が必要ではないだろうかと書かれているのですが、このよりインパクトのある対応というのは、具体的にどういうことを考えられているのかという点が一つです。

もう一つは、本日のご報告の中で、原野商法にかかわって共同不法行為の幫助者の責任が認められた例として、広告にかかわった俳優であるとか、あるいは宅地建物取引業者とか、そのような例をあげていただいたのですが、最近多くなっている原野商法の二次被害では、一次被害に遭った人の名簿みたいなものを見て、その被害者に悪質業者がアクセスすることも多いと聞いたのですが、そのような名簿を提供する業者が、そのようなことに使われることを知っているような場合には、やはり共同不法行為の幫助者としての責任を問えるのではなからうかと思うのですが、この点、鳥谷部先生のお考えを伺えたらと思います。

【河上】 鳥谷部先生、お願いします。

【鳥谷部】 松本先生、ご質問をありがとうございます。1点目の、不用意なことを書いたかもしれませんが、よりインパクトのあるというのは、後で書きましたように、不法行為に基づく損害賠償で救済しているのが圧倒的です。この点について、契約法理が十分に機能していないと私は言ったのですが、裁判にならないけれども、それに従っていろいろ役に立っているわけだから、契約法理が全く機能していないとは思っておりません。これについて二つ補足しますと、日本の民法709条は契約責任が成立しうる場合でも、成立要件として故意か過失かを問うていません。しかし、たとえばドイツ法では、契

消費者法第12号（2020年）

約が存する場合については、過失の場合に必ずしも全部不法行為でいけるとはなっていない。すなわち不法行為はかなり制限されています。

その結果どうなっているかという、請負は請負で、契約でなるべく救済するように新しい発展が行われていると思うのですが、日本は両者の区分を問うていないものですから、どちらも不法行為でいければよいのではないかと考えていますが、それはどうなのでしょう。

これに対して、契約法のほうは、たとえば証明責任とか時効期間等で場合によっては保護される場合もあるわけですから、それにとどまらずに契約法としての発展をするほうがよいのではないかと。それは何かというと、たとえば差止めなどです。今、不法行為の差止めというのは通常はなかなか認められないと思いますが、消費者契約法12条以下では差止めを認めるようになっています。これは消費者契約法ですから、契約法の延長として差止めにより、同じ不当勧誘・不当条項等を使うなどと言えるようになっている。契約法の延長だと私は思っています。

それと同じように、被害回復、被害救済です。消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律（消費者裁判手続特例法）は何なのか、私はこれも契約法から発展した公的な団体による任意的訴訟担当の要素を含む民事手続法として位置づけることもできるのかなと思っています。

そこで、単に不法行為に頼るのではなく、あるいは行政責任、刑事責任もあると思いますが、これらを両方、全部発動して効果をおさめるのがよいと思っていますけれども、それらは必ずしも払ったお金が全部戻ってくるということに焦点をあわせて解決するものではないと思いますので、それができるのは差止めであり、消費者裁判手続特例法による被害回復かなと思ったので、それを念頭にインパクトがあるということを申し上げました。

ただ、これが今まで三つの特定認証団体しかなくて、2件しか提訴されていない。そこで3団体から、これは慰謝料とか拡大損害とか、いろいろなところにもっと広げるべきだというような要望書が出ているということで、関

ディスカッション

東地区、関西地区以外で同じようなことがあった場合、それから申請していたのでは間に合わないのではということで、次の質問にかかわるのですが、そういったことを考えて、そのような言葉を使いました。

二つ目の、広告にかかわった俳優というのは、私の資料では16番目の判例で、大阪地判昭63・3・30の例です。結構、どこまでが幫助になるのか、共同不法行為になるかということが議論されていて、私は必ずしもそこは専門的に研究していません。松本先生のほうがずっと詳しいと思うのですが、名簿を故意にそのような状況を知ったうえで提供したら、幫助になったりするのではないかと。また、どう使用するか知ったうえで有料で提供したような場合には、たとえば共同不法行為とか、幫助も共同不法行為ももちろん一類型だと思いますが、というようなバリエーションによって、幫助になったり、あるいはそれをどう使われるか知らずに、専門家ではなくて普通の人が提供した場合に、すべてこれが幫助にまでなるかどうかは、これは私、必ずしも専門ではないのですが、これにはなる場合とならない場合があるのではないかと思います。これは後でご教示いただければ、ありがたいと思います。私からは以上です。

【河上】 ありがとうございます。それでは町村泰貴先生、お願いします。

【町村】 予稿の13頁・14頁に書かれていることで、差止訴訟や消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律（消費者裁判手続特例法）による被害救済が重要なのではないかとされているわけですが、実際には、集団的消費者被害回復のほうはまだ日も浅いということで、原野商法が問題となる事件でまだ上記手続に基づく訴訟が起こされていないということもあろうかと思えます。しかし差止訴訟はもうかなり経っているのに、原野商法が撲滅されないということになっています。

問題はそれはなぜかということです。たとえば仮処分みたいな制度によって低コストで機動的にできるようになれば、もっと活用されるということも考えられるのではないかとも思います。差止めが活用されるべきだけでもなかなかされていないのはなぜで、それはどういう課題があるとお考えなの

かということをお聞かせいただければと思います。

【鳥谷部】 ありがとうございます。町村先生の書かれた論文集も読ませていただいて、これを書かせていただいた次第で、むしろ町村先生のほうからいろいろご教示いただきたいところです。私のほうとしましては、先ほど述べたとおり、特定適格消費者団体は3団体のみで、まだ2件しか提訴されていないとか、新たな認定申請の動きに、具体的なものがないということです。大阪のほうでは、インターネットで調べましたら、差止めはかなり多く、1適格消費者団体で200件ほどあったのではないかと思います。広島は4件ということでした。ですから、実績という点では非常に少ないのですが、そこは、そのような事業数が多いところは多いし、少ないところは少ないのかなと思っています。それから、それに対応を十分できてないから少ない点もあるのかなと。差止めについてはそう思っています。直接、私が今関係しているわけではないので、細かいことはわかりません。

しかし、3団体があり、要望書を出しているのは、先ほどのようにもっと活動対象を拡張して、これを効果あらしめるべきであるという主張をしていて、実際、そのような活動をしているところが、これではとても提訴が2件で、たとえば慰謝料とか、製造物責任、拡大損害、逸失利益、人身損害などにも拡張してほしい、それから費用も団体負担でなければならぬので、事業者負担にしてもらいたいとか、いろいろなことを要望されているようですので、そういったことが改善されると同時に、もう少し地域を広く適格消費者団体が特定団体として認定されるのが望ましいのではないかと書いてきたことで、それ以上のことは、すみません、むしろご教示いただければ、ありがたいと思います。ありがとうございます。

【河上】 どうもありがとうございました。以上で鳥谷部先生への質問は終わります。続きまして、尾島先生に対する質問を取り上げたいと思います。尾島先生には合計7つの質問がありまして、主として密接関連性をめぐる質問が重なって出されています。4人の方に続けて質問をしていただいて、それに対する尾島先生からのご回答をいただくということにしたいと思います。

ディスカッション

最初に、京都大学の名誉教授である山本豊先生からでございます。続きまして、川地宏行先生、千葉恵美子先生、信澤久美子先生にお願いします。

【山本】 尾島先生、大変興味深いご報告をありがとうございます。私の質問は2点あります。予稿の20頁あたりにございます強制保险的な発想、つまり、事業者にリスクを負わせて、あとは価格転嫁でやればよいではないかということですが、これはかなり射程の広い議論ではないかと思えます。これとご報告の「密接関連」取引への限定との間には矛盾の契機があるように感じられまして、その関係について少しご説明いただければと思った次第です。ご報告における両者の重み、位置づけはどのようなか、どちらに力点があるかということ。私としては、密接関連取引への限定というのが基本かなと思った次第ですが、そこをまず確認させていただきたいと思えます。

第2点は、もし密接関連性が肝であるのだとすればという前提でのご質問ですが、札幌高等裁判所の平成27年3月26日判決（金法2028号72頁）は、銀行の提携自動車ローンについて、売買契約とローン契約に「密接な牽連関係」は存在しないと、割賦販売法の適用を否定しました。これは、実務的に非常に注目されている判決ではないかと思えます。その後、この判決は最高裁判所で確定しています。

この考え方によりますと、不動産販売への支払拒絶抗弁規定の適用除外を外すとしても、銀行の住宅ローンには支払拒絶抗弁規定が適用されないことになりえますが、ご意見はいかがでしょうかという質問です。結局、密接な牽連性の基準なり意義はどのようなものが核になるかと思えます。

換言しますと、予稿の21頁から22頁にかけて、「本稿はすべての不動産ローンについて抗弁の接続を認めよというものではない。対象とするのは『密接な牽連性』があるもののみである」とありますが、この密接関連性の意義、判断基準をもう少し詳細に展開していただけるとありがたいと思えます。以上です。

【河上】 続きまして、川地先生、お願いします。

【川地】 明治大学の川地と申します。私の質問は、尾島先生は第三者与信で

あれば、動産取引であれ、不動産取引であれ、客体が違うだけでしくみは同じだから、同じ効果として抗弁の接続を認めるべきだというお話でしたが、動産を対象とする通常の信用購入あっせんであれば、販売業者の影に与信業者が隠れていて、販売業者が与信契約の締結の大部分を代行するという関係にありますから、販売業者と与信業者の間に一体性があるといえますが、不動産取引の第三者与信の場合は、不動産取引と不動産ローンというのが別々の契約であることは素人でもわかりますし、実際に金融機関と不動産業者は横並びで顧客の前に登場しますので、両者が一体であるとは誰も思わないという状況があります。

さらに、第三者与信の不動産取引において抗弁の接続を認めるべきではない理由も多々あげられていることからしますと、第三者与信の不動産取引は第三者与信の動産取引とはかなり状況が異なると思われるのですが、それでも不動産取引において抗弁の接続を認めるのであれば、要件において動産取引の場合との差別化を図るべきではないかと考えられます。具体的には、密接牽連性を要件とすることは共通していても、不動産の場合はさらに金融機関の帰責性なども要求することによって要件を加重して差別化を図ってはどうかと思うのですが、いかがでしょうか。

【河上】 続きまして、大阪大学の千葉恵美子先生、お願いします。

【千葉】 千葉でございます。似たような質問になってしまいますが、尾島先生の立論によると、割賦販売法の適用除外規定や指定商品制を改正して、抗弁接続に限定して、不動産取引についても抗弁接続を認めるべきだというご見解だと理解しました。しかし、もしこの立論を正当化するとすれば、これまでの経緯からしますと、割賦販売法の場合は動産のローン提携販売に抗弁の接続が拡張されていることをおそらく根拠にされているわけですから、動産のローン提携販売の場合になぜ拡張されたのかということをもまず議論する必要があるだろうと思います。割賦販売法の規定を見ていただいたらわかりますように、法的性質に言及することなく経済的な機能に従って条文が書かれています——竹内昭夫先生が当時お考えになって、このような規定にな

ディスカッション

っているわけですが——現行法の用語では個別信用あっせんを念頭に抗弁接続規定が導入され経済的な機能という点から抗弁接続規定を拡張してきたのですから、動産のローン提携販売ではなくて、個別信用あっせん住宅ローンの機能的同一性や、契約のしくみを比較しないといけないと思うのですけれども、そのような説明がなかったのではないかと思います。

それから、もう1点ですが、抗弁の接続の問題というのは、割賦販売法の抗弁接続規定をどこまで拡張できるかという問題と、いわゆる結合契約であるという点から、抗弁接続を認めるのかという二つの問題がありまして、民法の改正では後者の問題が議論されたと思います。ドイツ法を参考にされている方が多いと思うのですけれども、消費貸借契約のところでも議論されているわけです。ローン契約と販売契約が結合しているという状態を前提にして、抗弁の接続を認めていくということになりますと、住宅ローンの場合は提携ローンと非提携ローンがありますので、この区別をしないとイケません。そのためには、先ほど山本先生が仰ったように、密接な牽連性というものをどのような判断基準で認定していくのかということが肝でありまして、そこについてもう少しご説明いただきたいと思います。以上です。

【河上】 どうもありがとうございました。もうひと方、青山学院女子短期大学の信澤久美子先生、よろしくお願いします。

【信澤】 学会で質問するのは初めてですので、よろしく申し上げます。最初の質問ですけれど、大規模宅地開発などは、主力銀行がディベロッパーなどに資金供給をして、たくさんの住宅を造るわけですが、欠陥住宅を造った場合、その資金についてローンを通じて回収するわけです。その場合は非常に責任を認められやすいと思います。そうなってくると、主力銀行としては責任が認められやすくなるのが嫌なので、低位の、たとえば昔の住宅専門貸付会社（住専）ですけれども、そういうところに任せて、ローンだけ違うところで組ませるという責任逃れをするのではないのかという気がするのです。

そのような責任逃れをされると、消費者としては住専などが潰れてしまった場合には全く保護は受けられないのではないのかという危険性があります。

バブルがはじけた後、母体行である主力銀行なのか、それともローンを設定した銀行の責任なのかということは議論になったので、その点、消費者の保護の立場で考えました。

もう一つは、その後、住宅の品質確保の促進等に関する法律（品確法）などができて、不動産についてはかなり保護が進んできたようなところもあるような気がしていたのですけれども、そういう場合にもし抗弁の接続を認めるとしたら、どのような欠陥については、品確法と同じ重大な建物の瑕疵なのかとか、どのような状態で解除や全額返金が認められるのかとか、それがいつまで認められるのかとか、細かい要件が必要となってくると思いますので、やはり要件論について興味がありますので、よろしく願います。

【河上】 では、今の4人の方の質問に対して、尾島先生から願います。

【尾島】 ご質問どうもありがとうございました。最初に申し上げなければいけないのですが、予稿にも少し書いたのですけれども、できればこの議論はしないという前提で、要するに不動産という目的物に注目しようということでした。なぜかと言いますと、予稿を書くときもそうだったのですが、おそらくこれをやり始めると、きりがなくなることになるのではないかという気がしていたこともありまして、要するに避けて通ろうということ考えたわけです。しかし、今、先生方が仰ったように、一般的に認めるわけにもいかないし、では要件をどのようにするのかということはある程度考えなければいけないと思います。

最初に山本先生から質問をいただいた点ですけれども、強制保険的な発想とそれから密接関連性ですけれども、これにつきましては、もちろん山本先生も仰っているように、どちらかを重点として考えるかということでは、別に排他的なものでもないと考えられますので、密接な牽連性というのも考えながら、その結論を認めるための一つの要素として、強制保険的な発想が使えるのではないかと考えた次第でございます。

それを前提に、もちろん一定の関係性がなければいけないわけなのですが、たとえば、今、川地先生からのご質問にもありましたとおり、普通の銀行住

ディスカッション

宅ローンのようなものにうまくあてはまるかという、そうでもないのではないかと考えています。逆に、鳥谷部先生のご報告にあったような、たとえば原野商法にローンが使われているというようなものについては、適用していくべきなのではないかと思えます。どこで線を引くかという論点を決めてくれということでありましたが、まだそのところははっきり詰めていなくて、先ほども申し上げたように、そこは避けて通るつもりだったということで、ご容赦いただきたいということでございます。

信澤先生からのご質問ですけれども、どのような欠陥かということなのですが、これも一定の重大なものに限るのかという、そうではなくて、逆に軽微なものに入れられないかとは思いますが、重大といえるようなものに限定する必要はないのではないかと考えています。

今ご質問いただいたように、不動産に抗弁の接続を入れるということについては、結局、与信している業者と販売業者の関係が一番重要であることは重々承知していますが、割賦販売法に適用除外があると、千葉先生が仰ったように、民法の理論で結合契約であることを前提としても、そもそも不動産であるから検討すらしめないというような発想になるので、そういうのはやめたほうがよいのではないかという趣旨でご報告申し上げたということでございます。不十分な回答ですけれども、以上でございます。

【河上】 どうもありがとうございました。引き続きまして、埼玉弁護士会の池本誠司さんからお願いしたいと思います。

【池本】 池本でございます。私は尾島先生の提案を少し折衷案的な形で何とか推し進められないかということで、発言させていただきたいと思えます。

割賦販売法が不動産の販売を適用除外にしているというのは、先ほど紹介があったように、もっぱら政策的な考慮が先に立っていたと思えます。もう少しこれを理論的に比較検討しますと、特定商取引法の場合には、適用除外にする取引について、他の法律で購入者の利益保護ができると認められるものというような考え方を提示したうえで、たとえば宅地建物取引業者が行う宅地建物の売買などというふうに、全体としての法目的との整合性を図って

消費者法第12号（2020年）

いるのですが、割賦販売法の場合には販売信用取引の適正化ということですから、与信取引の適正化が担保されているかどうかということ考虑すべきなのですが、不動産の販売というふうに包括的に除外しているため、その整合性が不十分ではないかと考えるわけです。

他方で、不動産を適用除外にしたということの実質的な理由というのは、先ほどの経産省の理由にあったように、低金利で住宅ローンの融資をした者が、抗弁接続によってそのリスクを負担するということは、経済に悪影響を及ぼす、そこにあるのだらうと思います。

そうだとすれば、折衷的な提案というのはここなのですが、たとえば自己が居住する住宅への融資はある程度、慎重に判断するであろうし、不適正なものが起こりにくいと考えれば、そういうものに限定して除外する。そうすれば、投資目的での原野商法とか、あるいは投資マンションなどでも目に余るものがありますから、そういうものが割賦販売法の適用対象に含まれる可能性が出てくるのではないかと。このような考え方について、ご意見をお伺いできればと思います。よろしくお願ひします。

【尾島】 ご質問ありがとうございます。この点につきましても、先ほどのおそらく、密接牽連性といいますか、そちらとかかわってくるのだらうと思います。どのようなものを対象にするのかということにならうかと思いますが、一つの考え方として拝聴したいと考えます。ただ、慎重に検討したから除外するということだと、場合によっては慎重に検討したけれども、抗弁を対抗しなければならないような状況になっているということが、自己が居住する住宅へのローンであっても、ありうるのではないかと。したがって、このような基準がどうかについては、今後、考えてみたいと思いますが、どちらかという、先ほどから出ていますように、販売業者と与信業者との関係で切ったほうがよいのではないかと、現在では考えています。

【河上】 引き続きまして、新潟大学の田中幸弘先生からのご質問です。続いて、龍谷大学の中田邦博先生からのご質問を続けてお願ひしたいと思ひます。

【田中】 尾島先生、ありがとうございます。私は、昭和59年改正による割賦

ディスカッション

販売法30条の4の規定（当時）については、東京大学の竹内昭夫先生が、民法468条の2項と手形行為の移転行為有因論とあわせてつくったのではないかと考えていた立場ですが、融資の部分について、最近銀行のほうで投資目的、節税目的の不動産取引に関与している案件があると思うのですが、その手続についても抗弁の接続が最適な救済手段だと思われるかどうかについて、お話を伺いたいと思います。

と申しますのは、業者が倒産した時に支払停止の抗弁ができるというだけですと、投資をした消費者の救済に少し足りないところがあるのではないかと、むしろ共同不法行為のような形で、銀行のほうにも不真正連帯債務のような形で責任をとらせるような枠組みで考えることもできるのではないだろうかというところがあるからです。

それからもう一つ、支払停止の抗弁につきましては、生じている事由がある限りは支払いをしなくて済むわけですが、その間、ほかの銀行から融資を受けようとしたときに、不動産取引ですと融資額が非常に残高の高い、多量だと思いますが、本人の融資の関係の総与信的な見地から利益が生じることはないのでしょうか。この辺の部分について、ご意見を伺えればと思った次第です。

【河上】 中田先生、お願いします。

【中田】 龍谷大学の中田です。住宅ローンの抗弁の接続という尾島先生の問題提起について、非常に興味深くお聞きしました。私の質問は、消費者保護ルールの正当化の問題にかかわります。抗弁の接続という制度設計を不動産取引にも持ち込む場合について、先生のご報告においても、それを正当化する根拠がいくつか示されていたと思います。そうした制度設計ができれば、金融業者が不動産取引の内容をチェックする可能性を生み出すのではないかと感じ、また取引の安全性を高めるインセンティブとして機能するのではないかと思いました。

こうした理解を前提として、抗弁の接続を悪徳商法への対応も含めて、不動産取引の安全性を高めるツールとして使うことができれば、消費者が安心

して市場にアプローチできることになり、それは、業界にとっても取引市場の拡大というメリットをもたらすことになるはずです。

こうした理由付けは、画一的な規制を正当化して、健全な事業者を育てることにともつながるのではないかと思います。もし先生のほうでそういった点について何かお考えがあれば、お教えいただければ幸いです。

【尾島】 ご質問どうもありがとうございました。まず田中先生のご質問についてでございます。最適な救済手段であるかということですが、場合によってはこれを最適と考えているわけではございませんで、ものによっては、先ほど仰ったように、契約の無効とかいうことで対処するということは十分必要だと考えています。

これも最初からというか、何度も申し上げて申し訳ないのですが、かなり対象を限定しておりまして、予稿のほうでも書いているのですが、たとえばレンダー・ライアビリティは扱わないとか、いろいろな限定をしています。したがって、その一環だとお考えいただければと思います。また他の最適な手段は十分あると考えています。

それから中田先生からのご質問ですけれども、インセンティブに使うということは十分考えておりまして、これは動産のほうでも同じだと思うのです。信用あっせんですけど、そういうものも結局、与信業者がその取引の内容を十分見ていくということが変な取引を減らすことにつながるということだと思うので、発想としましては、このように金融業者に一定の責任、抗弁が接続されるということも責任の一環だと考えますと、それによって金融業者がそうならないように、取引のほうも注意して見るようになるということは当然前提として考えています。そのようになっていけば、今仰いましたが、悪質な商法も減るだろうと考えていまして、そこのところを一つの要素と考えています。

【河上】 これで尾島先生へのご質問は以上ということにさせていただきます。次は大澤先生に対する質問です。一つは大阪大学の千葉恵美子先生、もう一つは龍谷大学の中田邦博先生。続きまして、松岡久和先生、執行秀幸先

ディスカッション

生ですけれども、最初に千葉先生と中田先生にそれぞれご質問をお願いしたいと思います。

【千葉】 千葉でございます。大澤先生の本日のご報告で賃貸借契約の二面性について、周到に準備されてご報告をいただいたと思います。情報の非対称性が賃貸人と賃借人の間で現れると同時に、賃貸人が事業者である場合には、事業者とその賃借人である消費者との間にも生じるということが主要な原因であると考えられると思います。

本日のご報告の個別の問題としては、敷引特約と更新料特約について、詳細なご報告をいただいたわけですが、消費者契約法も借地借家法も特別法ですので、この二つの法律の目的との関係で、どのように情報の非対称性を解消するルールメイキングを行うか、もう少し説明をいただきたいと思います。

本日のご報告の最後のほうに出てきている賃料の対価について、いろいろなものが出てくるのだけれど、何が賃料の対価なのかを明確にして、負担の全体像をわかるようにする、これが何の対価かということを開示させるという点は、むしろ賃貸人と賃借人の間の情報の非対称性を改善するためのルールメイキングであって、消費者契約法の問題ではないのではないかと少し感じたのですが、このあたりの整理のしかたをもう少し伺えれば、ありがたいと思います。以上です。

【河上】 次に、中田先生お願いします。

【中田】 龍谷大学の中田です。たびたび失礼します。大澤先生のご報告も、非常に興味深く拝聴いたしました。大澤先生のご提言においては、この問題について借地借家法、特別法による立法的解決が示唆されていたと思います。先ほど千葉先生が理論的な問題として提起されていたことと重なるのですが、私は、こうした問題は、消費者契約法の問題として処理できないか、むしろそうすべきではないか考えています。私は、このような場面でも消費者契約法がしっかりと機能することが重要であると思います。理論面でいいますと、むしろ裁判官が消費者契約法のもとで、そうしたルールをつくり出さないのだろうか、現状でなぜそれができていないのか、という分析が必要ではない

かと思います。つまり、裁判を通して、そうしたルール形成ができないのは、たとえば、消費者契約法の今の規定のあり方に構造的な問題があることが原因なのか、それとも、それ以外の問題が要因としてあるのかが問われているのではないかと思います。

もし「明確な合意」というような、隠れ蓑という言い過ぎかもしれませんが、そうした法的構成によって、消費者契約法の目的の実現が阻害される状況が生まれているのであれば、そうした障害を除去するために、つまり、消費者契約法の中でこの問題を解決するツールとして、消費者法に内在する市場法的な発想を使えないのか、というのが私の質問です。消費者法の目的をどのように設定するかについては議論もあると思いますが、この点について、先生がどのようにお考えになっているかについて、お教えいただければ幸いです。

【大澤】 千葉先生、中田先生、どうもありがとうございました。まとめてお答えするのは大変申しわけないのですが、両先生の質問をうかがって、市場法としての消費者法と借地借家法の協働でもあり、しかし棲み分けの問題もあるのではないかと思います。その前提でお答えさせていただきます。なぜ消費者契約法で解決できないのかという件に関しましては、今の消費者契約法に、特に不当条項規制の観点から大きく分けると二つの問題があると考えています。

一つはいうまでもないことですが、中心条項規制です。これについては、最高裁判所の判決にも現れているように、そもそも中心条項にどこまで介入できるかという大きな問題があるわけですが、その問題をどうクリアしていくかということになると思います。

もう一つは消費者契約法10条の後段要件該当性の判断方法です。10条の後段要件該当性は、契約締結過程とか、開示のあり方とか、何でも考慮に入れられるという学説が比較的有力であると理解していますが、この点をもう一度詰める必要があると思っています。最高裁判所は条項の内容自体というよりは、条項についての明確な合意があるという、いわば開示とか締結過程の

ディスカッション

事情にかなり着目しているのではないかと思います。たしかに、これらの要素が何でも考慮に入れられるというのは、それはそれでよいのかもしれないのですが、やはりこの点を整理する必要があるのではないかと思います。

ただ、私自身はこの問題を、仮に消費者法を市場法としての意味があるとしてもそれだけでは限界があると思っていまして、それが千葉先生からのご質問へのお答えにもなると思うのですが、借地借家法と消費者契約法の棲み分けを考えております。敷引と更新料で若干違うところあると思いますけれど、たとえば敷引特約の場合にはいわゆる二重負担という、特に改正民法で通常損耗に関するルールも明文化されていますから、二重に敷引金を負担させるような条項は民法の規定を潜脱する条項になってしまいますので、たとえば端的にいうと、本日の坂東先生のご報告にあったような有料老人ホームのように、余計な権利金などをとるような条項自体は不当であるといった、そういった借家法特有の不当条項リストのようなものを、消費者契約法というよりは特別法で設けるというのが一つありうるのではないかと考えています。

他方でもう一つの方法というのが、まさに千葉先生が非常に興味深いことを仰ってくださったように、開示だと思えます。今は実務上、賃料目安を示すことになっており、また、何に対する対価なのかを明示するのが難しいという批判がなされるように思いますが、その明示化をなるべく義務づけるような、あるいは、少なくとも賃借人の負担が明確になるような方策を考えられないかと思っています。それを、一つはもちろん借家に関する特別ルールのようなもので規定化することが考えられると思いますが、この問題は消費者契約法の中でも、たとえば契約内容を明確にしろとか、開示しろとかという話にもかかわってくると思います。本日のテーマは、極力、借地借家法といった賃貸借の特別法のほうに寄せて考えましたけれど、消費者契約法にももちろんかかわると思います。この両者を今後どのように協働させつつ、しかし棲み分けをどのように考えていくかは、今後考えさせていただきたいと思っています。ありがとうございました。

【河上】 それでは、次に立命館大学の松岡久和先生、お願いします。

【松岡】 立命館大学の松岡です。大澤先生の今のご発言を受けて、少し修正した形でお話しします。大澤先生のご報告の考え方の方向に賛成ですが、自分でもどうやって整理したらよいかよくわからない点があります。一言でいうと、借地借家法は、消費者法と非常に折り合いが悪いと感じています。

ご報告では、賃貸借契約における借借人を、消費者にあたるか否かを問わず、脆弱だとされているのですが、15年ほど前のサブリース契約における賃料減額請求にみられるように、借地借家法は大企業の借借人にも当然適用されるという建前でできています。先ほどの質疑を拝聴すると、ご主張は、借地借家法にさらに、一般の借地借家法と区別される消費者借家法のようなものを考えるというご提案になるのでしょうか。これは確認の質問です。

最近、NHK や朝日新聞がサブリース契約の問題を取り上げています。これは、投資目的で土地を買わせて、建物を建てさせるのだけれども、結局、全然借家の需要が足りなくて、事業がうまくいかないというパターンです。これはむしろ不当な投資勧誘であったり、尾島先生の仰るように、それに対する融資であったりという問題で、借地借家法の貸主・借主の問題とはだいぶ違うと感じています。

最後に、市場メカニズムを強調する考え方が、多分、定期借家制度の導入を推し進めてきたと思うのですが、そのような考え方からは、規制をすることは市場を弱めてしまうという主張が必ず出てきます。私がそれに賛成なわけではないのですが、借地借家法の改正や適用は、おおむねそのような傾向にありますし、供給が需要を上回っているので、かつてのように絶対的住居不足を補うという、元来の法目的がうまく機能しないのは仕方がないところであって、それにどう反論していくかが問題なのかなと思いました。千葉先生が仰ったように、消費者競争法として、消費者に向けて、競争環境を整えるためには別のルールが要る、というのが一つのアイデアかなと感じています。

【河上】 大澤先生、お願いします。

ディスカッション

【大澤】 どうもありがとうございました。まず一つ目のご質問ですが、今日の報告で明確にしていなくて大変申しわけなかったのですが、消費者賃貸借というよりは、どちらかという居住用賃貸借に限定して考えていました。

というのは、「消費者」とするのを留保したのは、二つ目のご質問のサブリースにかかわるのですが、質問票に書いていらっしゃる別の仲介事業者の件も含めて消費者概念自体の問題ではないかと思っています。

消費者概念に関しては、たとえばサブリースの問題はおそらくこちらに近いと思うのですが、いわゆる実態のない内職をやりませんかと言って開業させるような契約をして、しかし実際には全く実態のない取引でしたというときに、この消費者を事業者とってよいのかどうかという問題ともかかわると思いますが、結局、今の消費者契約法は消費者と事業者という二つに分けて、この二つの類型だけで考えていますけれど、はたしてこれだけでよいのだろうかという問題だと思います。これは大きな問題です。

また、仲介事業者が当事者の間に入っていると、消費者対消費者の借家契約の場合でも、片方の消費者にはサポート役がいるわけであって、そのサポート役の付いている消費者と、そうではない消費者の関係となるわけで、これ自体が消費者と事業者と二つに分けるだけでよいのかということ自体を問題として提起しているのではないかと思います。

次に市場メカニズムの話でいいますと、私は借家の勉強を始めたばかりで何ともいえないところがあるのですが、本当に今の借家のマーケットが公正なのかというのはかなり疑問をもっていて、よくわからないうちに、対価性のわからないお金を取られていくという状況が、はたして公正なマーケットといえるのかという疑問をもっていますので、それでも市場メカニズムに任せるべきだとは、私は思いません。

消費者法自体を市場法として捉えるという考え方には強く共感しますが、借家の問題に関しては、特に居住用に限定したときに、これだけでは限界があるのではないかと思っています。以上です。ありがとうございました。

【河上】 それでは、大澤先生に対する最後のご質問ですが、中央大学法科大学院の執行秀幸先生、お願いします。

【執行】 大変整理されたご報告をありがとうございます。質問はごく簡単なものです。先生は敷引特約について、デフォルトルールを賃借人に認識させたうえでの特約であれば、消費者契約法10条後段要件該当性は否定される余地があるとお考えでしょうか。同じく更新特約について、賃借人に法定更新制度の存在を認識させたうえでの、更新料を支払う合意更新であれば、それはやはり10条後段要件該当性は否定される余地があるとお考えでしょうか。以上です。

【大澤】 ご質問、どうもありがとうございます。この問題は敷引と更新料に分けたほうがよいと思いますので、分けて答えさせていただきます。まず敷引に関しては、結論からいうと、私は否定されるとは思っていません。といいますのは、私の予稿も含め、本日の報告も含め、このあたりをもう少し明確に書くべきだったと思っていますけれど、2017年に成立した改正民法で通常損耗に関して賃借人は負担する必要がないということが明確にされ、その考え方は従来から学説でも有力だったと思います。

そのうえで、規定上はそうなのですが、でもうちのマンションを借りるときには通常損耗を負担してくださいねと言うことが、どのように正当化されるのかという疑問をもっています。それはデフォルトルールをきちんと説明して、でもうちでは余分に払ってくださいねという場合でも同様です。特に敷引特約がいわゆる二重負担に実質的になってしまっているような場面です。敷引金として一律徴収したうえで別途通常損耗額を徴収しているとか、あるいは敷引金が非常に高く、どうみても通常損耗の額も入っているような場合には、これは正当化できないと考えています。

更新料につきましては、個人的には、法定更新制度の存在を認識させただけで更新料特約は有効になるとは全く考えていないのですが、これも少し勉強したいと思っています。法定更新と合意更新の関係をもう少し整理しないといけないと思っています。更新料特約は説明うんぬん以前の問題として、

ディスカッション

法的性質に趣旨不明瞭なところが敷衍よりも多いのではないかと思っていますので、個人的には無効だといいたいところなのですが、法定更新制度との関係をもう少し踏まえて勉強したいと思っていますので、すみません、これは今後の課題とさせていただきたいと思います。以上です。ありがとうございました。

【河上】 ありがとうございました。以上で大澤先生へのご質問は終わりました、次は永岩先生へのご質問に移りたいと思います。永岩先生には6通質問がきております。最初に立命館大学の松本克美先生にお願いしたいと思います。

【松本】 立命館大学の松本です。今回、ドイツの新しい消費者建築請負契約も含めて詳細にご報告していただいて、大変勉強になりました。そのドイツの消費者建築契約に関する質問なのですが、今日の配布資料にはなかったのですが、予稿集の「現代消費者法」44号の37頁の下から5、6行目に、ドイツの消費者建築契約の対象は、居住用建築物に限定されないと書かれているのですが、その意味するところをもう少し敷衍していただきたいと思ったのです。

これが居住用建築物だけではなくて、営業用建築物も含まれるという趣旨だとすると、ドイツにおける消費者概念というのは、日本の消費者契約法の消費者と違うということにもなると思うのですが、そのあたりを少し敷衍していただきたいというのが質問です。

【永岩】 松本先生、ご質問ありがとうございます。先生からの質問用紙をいただきまして、私の予稿の記述が非常にまずかったなと反省しているところです。

趣旨についてなのですが、先生が先ほど指摘されましたように、ここでの居住用建築物に限定されないという意味は、営業用建築物が入ることではございません。もう少し誤解を招かない表現が適切だったと思うのですが、ドイツの立法理由書等を見ますと、居住用建築物以外に書かれているものがあります。ドイツの建築物の実態についてあまり詳しく

消費者法第12号（2020年）

ないのですけれども、たとえば、ドイツの車が大きいからということなのかもしれないですが、大規模な車庫というものがここでの建築物に入るのだと書かれています。ほかにも、日本の生活からすると少し想像しがたいところではあるのですけれども、庭園に造られる小屋も、この消費者建築契約の建築物に入るのだと書かれていました。ちなみに、やはり大規模なものに限られるということで、車庫は入るのですけれども、たとえばカーポートのようなものは入らないと書かれています。そういった趣旨で書かせていただいたということで、大変誤解を招く表現で反省しています。ご指摘ありがとうございます。

したがって、先ほど先生が仰られたような、消費者概念が違うのかということについて、消費者概念についてしっかり研究しているわけではないのですけれども、ドイツ民法13条に定義されている「消費者」というものは、日本の消費者契約法から離れたものではないと理解しています。一応13条のほうでは、やはり営業活動等をしないということで定義をされていますので、先生が仰ったように違うものとは理解しておりません。ここについては勉強不足ですので、これ以上のことは申し上げられないのですけれども、説明をさせていただきました。ありがとうございます。

【河上】 続きまして、香川大学の藤田寿夫先生をお願いします。中央大学法科大学院の執行先生にも、続いて質問をお願いしたいと思います。よろしくお願いします。

【藤田】 香川大学の藤田でございます。詳細なご報告をありがとうございます。瑕疵概念につきまして、ご質問したいと思います。ドイツ民法は、先生のレジュメ18頁の真ん中あたりにありますように、請負の633条や売買の434条は、瑕疵判断の基準①・②の主観的瑕疵のほかに、③の客観的瑕疵を認めています。さらに最近ですが、2019年の欧州連合（EU）の物品売買指令というものがございまして、第6条が定める瑕疵の主観的基準のほかに、特に第7条が定める瑕疵の客観的基準の規定を設けることを、EU諸国に義務づけています。

ディスカッション

わが国では、売買の改正民法562条の契約不適合が請負にも準用されます。ところで、わが国の請負に関する事件では、なお、建物の雨漏りや建物の基礎の欠陥などにより、窓や引き戸が開かなくなるといった客観的瑕疵の事例が多いようです。わが国での請負での仕事の瑕疵につきまして、契約内容の確定としまして、主観的基準のほかに客観的基準を認められますでしょうか。どうぞよろしくをお願いします。

【河上】 執行先生、お願いします。

【執行】 興味深いご報告をありがとうございます。ドイツでは広い瑕疵概念を肯定しており、学説から批判があるということでした。そのようなことから、日本における瑕疵に関する見解について、どのような示唆を得られるとお考えでしょうか。

【河上】 では、お願いします。

【永岩】 藤田先生、執行先生、ご質問をありがとうございます。お二方の先生方からご質問いただいたのですが、まとめる能力がございませんので、お一人ずつ回答をさせていただきたいと思います。

まず藤田先生からのご質問なのですが、2019年のEUの商品売買指令についてお教えいただきまして、ありがとうございます。わが国の請負の仕事の瑕疵について客観的瑕疵の事例が多いというご指摘なのですが、報告のほうでも少し触れたかと思いますが、まず客観的瑕疵、主観的瑕疵という言葉の意味合い自体について、学説上はやや混乱がみられるように感じています。ドイツの例を今回紹介しているのですが、配布資料の③通常の使用に対する適合性、同種の仕事において普通で注文者とその仕事の種類から期待できる性状（ドイツ民法633条2項2文2号）につきまして、確かにわが国でいいますと、客観的瑕疵だとする学説もあるのですが、ドイツではむしろ、すべてを含めて主観的に判断するのだと説明しています。つまり、客観的瑕疵として出てくる判断指標自体も当事者が同時に合意している。すなわち、主観的に把握できるのだとドイツでは説明されています。

これにつきまして、私は日本法についても同様に考えられると思いますの

で、もちろん客観的な基準を使っているのですけれども、やはりそれもまた当然に当事者が合意しているものと説明することが可能であると思っています。お答えになっているかどうかはわからないのですけれども、藤田先生への回答とさせていただきたいと思います。

続きまして、執行先生からのご質問なのですが、ドイツの広い瑕疵概念が日本における瑕疵に対してどのような示唆を与えるか、大きなご質問をいただきまして、なかなかお答えが難しいところではあるのですけれども、ドイツの広い瑕疵概念につきまして、報告の中でも申し上げたのですが、ドイツの機能性瑕疵概念というものの自体は非常に技巧的な概念ですので、それをそのままわが国でもあてはめるといことは困難といえますか、慎重であるべきだと思っています。

しかし、何らかの示唆を得たいという意図でご紹介したわけですので、現在考えていることを述べさせていただきますと、建築契約を締結する場合に、注文者としては個々の細かな仕様等の記述といったものよりも、そこでどのような機能を期待しているかという部分が重要であると思われます。裁判例を見ましても、安全性というものがキーポイントになっているのは、居住用の建物を注文した以上、最も注文者が関心をもっているのが安全性であるからだといえます。あとは設備に関しても、期待しているのは機能・性能といったような点であって、個々の仕様等の記述について、すべてに意味をもたせているわけではないと思われます。

したがって、わが国の非常に複雑な契約である建築請負契約を解釈する際に、注文者がどのような期待をしているのか、その点についての合理的な契約解釈のあり方として、機能性というものが一つのポイントとして参考になるのではないかなと考えています。こちらについてもなかなか十分なお答えができていないかと思うのですけれども、回答とさせていただきたいと思います。

【河上】 続きまして、大阪大学の千葉恵美子先生、お願いします。

【千葉】 先ほど、大澤先生への質問でも契約と情報の非対称性の話をさせて

ディスカッション

いただいたのですが、今日の永岩先生のご報告は、消費者の建築契約という新しいドイツ法の改正内容について、詳細に報告いただきまして、勉強させていただいたところなのですが、建築契約における請負人と注文者の間の情報の非対称性の問題と、消費者建築契約で情報の非対称性の問題が起こっているということをおそらく区別する必要があるとあって、どのようにドイツでは区別して特別な規定を導入したのかということについて、もう少し説明をしていただければありがたいです。

本日のご報告は建物の瑕疵に関してということでしたので、その範囲で私のほうで多少整理を試みてみたのですが、これでよいのかということをおうかがえればと思います。

まず設計図書ではなくて、建築仕様書というものを提出させるということ、それから契約締結前に請負人がこれを提示しなければならない。ここに請負人と注文者の間の情報の非対称性を解消する手段が一つあるのかなと思います。一方、①建築仕様書の内容が原則的に契約内容になるということを書いているということ、②契約の趣旨・目的に照らしてできるだけ建築仕様書を通じて契約内容となることを明らかにするという。それから、③不明確条項については、消費者の利益に解釈する原則が採用されている。以上3点が、消費者建築契約における情報の非対称性を解消するためのルールメイキングとして、ドイツ法で主張されている点だと理解してよいでしょうか。

【永岩】 千葉先生、ありがとうございます。先ほど最後に先生が整理してくださったので、まずそちらのほうからお答えしたいのですが、先生の整理いただいたとおりかと思います。

最初のほうに戻りますけれども、情報の非対称性に関しまして、報告の中では申し上げましたが、ドイツの議論では、まず建築契約、実は建築契約に限られないのですが、とりわけ専門性の高い建築契約において、注文者・請負人之间には情報・知識の非対称性があるのだということから出発しています。ここでの注文者は消費者に限られません。それがまず第1に確認させていただきたい点です。

消費者法第12号（2020年）

それを前提としまして、今回、消費者建築契約が入ったということなのですけれども、これに関しては、ドイツの中でも少しレギュラーな風が吹いてきたのが原因かなと考えていまして、それはやはり EU の消費者権利指令の影響が大きいのだと思います。今回、改正で設けられた消費者建築契約の諸規定は、基本的に2011年10月25日の消費者権利指令の際に置かれた枠組みを用いて、ただし、対象としては消費者建築契約すべてだということで、そこでたとえば、営業所内で締結されたかどうかとか、あとは隔地者間であったかどうかによってその適用が限定されないということで、対象は非常に広いのですけれども、他方で、手当ての仕方というものは、既存の消費者契約に対する保護の規定を使っているものだと思います。そのように改正の理由といえますか、消費者建築契約が今回入れられた背景というものに、少し独自のものがあるのかなと把握しています。

したがって、もともと注文者・請負人間には情報の非対称性がありまして、さらにそれは消費者の場合には強いものであるということで、どのように対応するかといいますと、既存のルールの枠組みを使うことが今回の改正ではなされたのかなと思います。しかし、その情報の非対称性に関する程度の違いは、私のほうではまだ十分に把握できておりませんので、今後、一般の建築契約と消費者建築契約の対処の違いは、このままの状態でのいのかどうかということについては検討の必要があると思います。ドイツでも今回、消費者建築契約が入ったことで、消費者に限られない建築契約のほうにも影響があるのではないかという議論もされています。

あともう1点なのですけれども、その対処の違いにつきまして、先ほど先生におまとめいただきましたが、契約締結前の情報提供ですとか、あとは契約内容になるのだということ、さらに不当な不明確条項の場合の手当てというように、ここで意識されていますのは、瑕疵の判断がどうこうというよりは、むしろ紛争の防止とか、できる限り紛争が起きたときに消費者にとって素早い解決、迅速な解決ができるようにということは意識されているものだと思います。今回はご紹介できなかったのですけれども、撤回権というよう

ディスカッション

なものも置かれていますので、その点では、やはり注文者が消費者だということ意識した対応がされているのかなと思います。

お答えになっているかどうかかわからないのですが、以上のような状況を今のところ把握しています。ありがとうございます。

【河上】 それでは引き続いて、東洋大学の芦野訓和先生をお願いします。

【芦野】 非常に有益なご報告ありがとうございました。質問票に1、2、3と書きましたが、1、2については、すでに藤田先生、執行先生へのお答えに入っているのかと思いますが、少し確認をさせていただきます。

基本的には、日本もドイツも同じように、ドイツであればドイツ民法の633条に従って、契約の解釈の問題になるかと考えています。そのときの基準として、法律の基準であるとか、あるいは約款や仕様書などが、客観的な基準ではあるが、それらが契約の内容として入るのではないかと、主観的な契約解釈の基準として用いられているのではないかと確認したいということが一つです。

あともう一つは、ぜひわかっている範囲で教えていただければと思うのですが、消費者契約という特殊性からみた場合に、それが瑕疵判断基準にどのような影響を与えるか、あるいはどのように考えるべきかという点について、ドイツで議論があれば、教えていただきたいと思います。よろしく申し上げます。

【永岩】 芦野先生、ありがとうございます。先生から三つご質問いただいているのですが、先ほどお話しした内容でもしお答えになっていれば、代えさせていただきたいと思います。最初にご質問いただいたことが私のほうで十分咀嚼できていないかもしれないのですが、基本的にはドイツにおきましても契約解釈の問題として瑕疵判断がなされているということなのですが、日本の改正法の契約適合性、契約不適合といったざっくりとした規定ではなくて、客観的な判断指標というものも条文上に示したうえで、さらに合理的な意思解釈の仕方というのが判例によって指摘されている状況がみられるというのが、私の報告の趣旨でございました。

消費者法第12号（2020年）

あと、先生のほうからいただいた三つ目の質問なのですが、瑕疵判断に関して、消費者契約の特殊性を考慮した議論があるのかという点なのですが、これにつきましても、先ほど千葉先生のご質問にお答えさせていただいた部分にも重なるのかなと思うのですが、実は消費者契約の特殊性がないということ自体も私のほうでまだ十分に把握できておりません。特に消費者建築契約の特殊性というものは、この改正法が2018年に施行されてまだ間もないところでありますし、十分に議論がされていないので、これについては明確なお答えをすることが難しいところであります。

ただし、ドイツで、もともとこの消費者建築契約が規定されたのは、瑕疵判断の理論とは少し別の意図があったということで、もしこれから議論が展開されるとすれば、学説上の議論の中で出てくるかもしれないなどは予測しています。すみません。お答えになっていないかもしれませんが、この部分は今後もドイツでの議論を追いかけたいと思っています。ご質問ありがとうございました。

【河上】 それでは、永岩先生の最後のご質問になりますが、東邦音楽大学の川端敏朗先生、お願いします。

【川端】 永岩先生、ドイツの瑕疵概念を踏まえた詳細なご報告、ありがとうございました。私が疑問に思ったのは、永岩先生の予稿の34頁の「建築権の特徴と瑕疵の射程」というところで、本日のレジュメ17頁でご指摘されている建築請負契約の建築瑕疵は、図面・仕様書の内容に適合しないことである、ということとされてきたけれども、途中変更なども多く、これはあてにならないことを示されておられます。ですが、設計変更をしたというときであっても、消費者である注文者と事業者である請負人との間で、図面・仕様書、設計変更後の図面・仕様書がつくられるということになって、結局、図面・仕様書に適合しないことが瑕疵であり、改正後の契約内容不適合ということになるのではないのでしょうか。建築物の瑕疵に限っていえば、このように定義することができるのではないかという質問です。よろしく申し上げます。

ディスカッション

【永岩】 ご質問ありがとうございます。まず先生のご質問の中にありました途中での変更、追加変更工事などと呼ばれたりすることが多いかと思うのですけれども、このようなことがなされるのは、実務に接している先生方からしますと普通だということで、多くの場合にはきちんと図面・仕様書等が修正されるのであろうとは思いますが、実際に裁判になっている例、紛争になっている例などを、これもまた実務について先生方にうかがいますと、きちんと反映されていないというケースがかなり多いそうです。それによって、結局のところ内容の確認ができないということが問題視されています。まずその点について、実際には問題があるのではないかなど、私が把握しているという点を確認させていただければと思います。

したがって、きちんと書いてある場合には、もちろん重要な手がかりになると思います。今回、ドイツの議論を紹介していますが、ドイツでもやはり情報提供の義務を定めたのは、きちんと建築仕様書を書きなさいよということを示しているわけでもありますし、本来であればきちんとしたものが残っているのが望ましいとは思いますが。

ただし、実際にはそうではないケースもかなり多いということで、私の今回の報告の趣旨としましては、むしろきちんとできていない場合に、どのように当事者の合意を解釈すべきかという問題を念頭に置いていますので、すべてがあてにならないと考えているわけではないということでお答えさせていただければと思います。

もちろん、十分にチェックしているのだという注文者もいるかもしれませんが、そのチェックが十分ではない場合には、注文者の合理的な意思解釈というものは、この書面である建築仕様書等から少し離れた場合であっても、解釈上で考慮されるべきであると考えています。以上で、お答えになっているかわからないのですけれども、回答とさせていただければと思います。ありがとうございます。

【河上】 ありがとうございます。では、永岩先生への質問は以上でございまして、次に村本先生への質問に移りたいと思います。村本先生には3人の

方から質問がありますが、まず、立命館大学の松本先生からお願いします。

【松本】 立命館大学の松本です。今日、村本先生が提起されたリスクという考え方なのですが、これまであまり建築の瑕疵責任でリスクというところからアプローチということがなかったので、その独自の意義というのはどこにあるのかということに関連する質問なのですが、具体例を二つ出しますと、一つは耐震偽装問題のような場合と、もう一つは東日本大震災の後で問題になったような、埋立地で液状化が起きたような場合と、二つ考えてみたいと思うのですが、最初の耐震偽装のような問題は、そういうものがあるとはならないという問題なので、そうするとその場合のリスクというのは、村本先生のお考えでは、そういう耐震偽装だということが後からわかったというような場合のリスクというのは、どういうリスクになるのか。一方では、別にそういう欠陥原因が明らかになったならば、現象として現れなくても、欠陥として判断できるということもいわれているので、その場合のリスクという考え方はどういうことなのかということなのです。

もう一つは、村本先生がリスクとの関係で、注文者の合理的な期待のようなものを逸脱したら、瑕疵と判断できるというようなこともいわれているわけですが、液状化の問題であると、明確な建築法上の基準のようなものがないところで、どこまでの工事をしていたらよいのかということで、買ったり注文したりするほうと、請負人、売主のほうとで、そこら辺の契約の合意内容みたいなものは、リスクとしてはどのように考えられるのかということなのです。

村本先生は、買主とか注文者の側の期待というものがその契約内容になるというお考えなのか、要するにもっとリスクを説明しなければいけない、そのようなことで、そのリスクというものを使うということなのか、私自身もよくわからないのですけれど、お答えいただければと思います。

【村本】 1点目の耐震偽装の問題です。これは、耐震性について一定の品質を確保しないという問題で、これは明らかに顧客のほうのリスク許容度を逸脱していると考えられます。つまり、顧客側は、事業者側が耐震基準をきち

ディスカッション

んと守って工事しているのであれば、それが許容するリスクを引き受けましょうと考えるわけです。しかし、その限度を超えるものであれば、欠陥現象として顕在化しなくても、欠陥となると考えるべきだろうと思います。

2点目の液状化の問題です。先ほど松本先生は、顧客の意向でもってそれが合意になるのだと仰られたのですが、顧客の安全性に関する品質意向が契約内容になるということには必ずしもならないように思います。安全性に関する合意があれば、顧客としては、合意した内容の安全性までリスクを許容しますが、それを超えるリスクまでは許容しないからです。他方、安全性に関する法令に違反すれば、それに関する合意がなくても、それはお客さんが期待している安全性のリスクについて許容しないのだと考えるのですが、その中間、つまり法令には違反しないものの、安全性に関する合意もしていない中間はどう扱うのかという問題です。このような場合に、リスク概念を持ち出す必要がある。

今、液状化の問題が指摘されたのですが、これは、法令などに、一定の基準が定められていればそれでよいですけども、それが無い場合に、当該地域での経験上、そのあたりは一定限度を超える震度があれば液状化のおそれがあるという場合に、お客さんとしては、その程度の震度に耐えるような品質を期待しているはずで、それは契約内容になると思います。契約内容になるという意味は、一つはそのような契約についての期待、黙示の合意になっていると考えるものです。もう一つは、実際に液状化にならないという明確な合意ではなくて、一定の震度でもって液状化になるような造成地の品質は、お客さんのリスク許容度の範囲を超えるものです。

合意内容になっているとして欠陥判断の基準とするのは少し別の問題なのかなという気がするのです。合意内容となっていなければアウトというのではなくて、経験則であるとか、業者の基準などから推認されるお客さんの安全性に対する期待とは、法令上の最低基準の隙間をどのような理屈で埋めていくのかという問題です。

それが、内容が必ずしも明確ではない取引の趣旨や目的というものよりは、

より明確なリスク許容度というお客さんの合理的意向です。それが契約内容になっているかどうかとは別にして、当該お客さんの知識や経験から合理的に推認されるリスク許容度は、合理的期待として保護されるのだと考えるべきだろうと思います。

【河上】 よろしいでしょうか。

【松本】 ありがとうございます。

【河上】 では、次にまいりたいと思います。千葉大学の岡林伸幸先生から質問をいただいています。

【岡林】 私の質問は理論的な問題でして、先生は適合性原則と契約不適合の類似性を指摘されましたけれども、適合性原則は取引主体の属性に着目した原則であるのに対して、契約不適合は契約内容に関する判断ですから、両者は並行しているので、この両者が相まって消費者保護の制度が構築されていると考えれば十分であって、わざわざその近似性を強調して、それをまとめるような方向性には疑問があります。

契約不適合判断の主観化は、かえって消費者保護を後退させることにならないか。たとえば、欠陥商品をそれと知りながら購入した消費者の場合に、それでもそれを売ってはいけないというのが、私は消費者保護ではないかと思っています。この2点について疑問がありますので、先生の見解をお伺いしたいと思います。

【村本】 1点目なのですが、適合性原則のとらえ方については、いろいろな説があると思います。その射程であるとか要件については、学説によって違うわけですが、私は、適合性原則の根拠は商品属性のリスク性に求めるべきだろうと考えています。適合性原則の根拠については、生存権や財産権に求める見解であるとか、あるいは商品属性の複雑性に求める見解、当事者間の情報格差に求める見解など多様な意見があると思います。

適合性原則が意向適合性を求めている以上、「意向」というのは大きなファクターだし、それを無視して根拠を論じるのは適切ではないでしょう。それで「意向」というのは何かというと、まさに知識・経験であるとか、ある

ディスカッション

いは財産状況に裏打ちされた、合理的に推認される意向です。その意向をリスク許容度と考えるわけです。たとえば金融商品取引であれば、取引の目的に照らしてどこまでリスクをとる意向が推認されるかと考えるわけです。

これを前提にして、それと欠陥住宅問題のリスクがどのように関係するか考えます。金融商品取引はリスクを取引目的とします。欠陥住宅はリスクを目的とするわけではありません。欠陥住宅の問題でも、お客さんが当該取引において許容するリスクの程度は、適合性原則におけると同様に、知識・経験、最悪の自体を想定した、補修費用を賄うに足る財産状況を踏まえた合理性の判断がされるべきと思います。そうすると金融商品取引における適合性原則の考え方を欠陥住宅に関する問題に取り入れることが有用ではないかと考えた次第です。

金融商品取引の商品リスク性と、付随的ではあるものの、欠陥住宅のリスク性とが近似しているとすると、契約適合性の判断についても、従来の適合性原則における考え方を取り入れることは有用ではないかと考えます。先生は適合性原則は取引主体の属性に着目した原則と仰るのだけれど、そのような原則がなぜ求められるのか考える必要があります。

もう一つのご質問なのですが、契約適合性判断の主観化はかえって消費者保護を後退させるのではないかということなのですが、主観化と仰っている趣旨がよくわからないのですが。

【岡林】 それは契約上の合意に従って判断するということです。リスクを引き受けると書いているかという意向のことです。単に目的物に客観的欠陥があるかどうかではなくて、説明の中でそれを当事者の意向、そのリスクをどこまで引き受けるとかという意向によって判断すると仰っていたので、それを主観化と言いました。

【村本】 それは、つまり、どの程度のリスクを許容するかを契約適合性の判断で斟酌することが問題だ、ということをやっているということでしょうか。

【岡林】 はい。

【村本】 客観的な指標、たとえば建築基準法上の安全基準でも、ある意味で

お客さんの主観とは異なるファクターが入っています。業者の期待目的であるとか行政目的が斟酌されると、本来お客さんが求めている安全性の期待よりも、救済基準が低減されることもありうるわけです。

それは、お客さんのリスク許容度と乖離するわけで、それが適切かという問題です。それは適切ではなくて、お客さんが許容するリスク許容度を契約適合性の判断の中心に据えないと、救済基準の引下げを是認することになるのではないかと思うのですが、いかがでしょうか。

【岡林】 申しわけないのですが、適合性原則に対する前提が、あなたと私は全然理解が違いますから、議論が噛み合いません。

【村本】 ええ。わかりました。

【河上】 よろしいですかね。では、先に進めたいと思います。特定非営利活動法人消費者機構日本の納英輔さんから質問をいただいています。

【納】 本日は貴重なご報告どうもありがとうございます。まず私も伺いたいのは、先生が仰っている消費者のリスクの許容度についてなのですが、そもそも欠陥商品とか欠陥住宅などという明らかに法的に問題があるものや人体や日常生活に著しく悪影響を及ぼす商品を、リスク許容度という言葉で消費者の立場として、どのように許容できるのかということですか。

そもそも欠陥商品の、ただもうこの段階で、これは業者の不法行為にあたるものですから、これを消費者がすべてのリスクをとりながら、これは住宅に限らずですが、すべてこれをみながら消費活動を行うというのは難しいのではないかと思います。この点について、私は事業者でも法律学者でもありませんから、もう少し詳しくお聞かせ願いたく、よろしく申し上げます。

【村本】 欠陥住宅とは、そのものとして性状として通常備えるべき品質をもっていないわけです。契約不適合責任は、そのような欠陥によって生じた損害は業者が負担をするという考え方でしょうか。ご質問の欠陥は、すでに欠陥が判然としているものを仰っているのでしょうか。それとも将来そのリスクが顕在化する可能性があるけれども、現状では、法令違反にとどまるということなのか、どちらでしょうか。

ディスカッション

【納】 前者でございます。初めからないもの、これを一般消費者に関しても、この仲介した業者も見切れなと思うのでございます。この辺について伺いたい。

【村本】 前者ということは、欠陥が明らかになっているものですね。

【納】 販売者側が明らかに消費者（購入者）側に欠陥があることを隠して販売したものについてです。

【村本】 これはリスクの問題ではないですよ。リスク自体が欠陥だということはないわけですよ。リスクというのは、ある欠陥現象が起きるかどうかが、起きるとすると、これぐらいの確率でもって起きるのだということですから。リスクが存在すること自体は欠陥ではありません。

たとえば、医療機関で手術すれば、失敗するかもしれない。いろいろなリスクファクターを含めてリスクを計算したうえで手術をするかどうか、どのような手術をするかの合意をしますよね。手術にリスクがあるからといって、手術自体が欠陥だということにはならないと思います。リスクは変動幅で、その幅、すなわち想定最大損失が許容できなければ欠陥となり、許容できるのであれば、それは欠陥ではないのだと考えるわけです。

先ほど仰ったのは、許容できないような欠陥がもしあるとすれば、欠陥原因があるとすれば、それはその段階でリスク許容度を超えるわけですから、欠陥現象がなくても、欠陥だと考えてもよいだろうと思うのです。

【納】 ありがとうございます。

【河上】 村本先生への質問は以上でございまして、坂東先生への質問を3件いただいています。まず早稲田大学の後藤卷則先生、よろしくお願ひします。

【後藤】 早稲田大学の後藤でございます。坂東先生のご報告は、消費者契約法の適用の前提として、ホーム契約の民事ルールが明確化されることが必要で、民事ルールの一本化も考えられるという内容だったと思います。

午前中の大澤先生のご報告にも関連しますが、そしてこれについては、先ほどからご質問とご回答が出ていますので、ここでは、坂東先生にお聞きしたいと思います。

消費者法第12号（2020年）

大澤先生のご報告、それから坂東先生のご報告、共通して、消費者契約法において、各契約類型の特徴を十分に踏まえた解釈が必要であると、そのような趣旨であると受け止めました。消費者契約法の9条1号が関係する問題でありますけれども、学納金返還請求訴訟においても、問題となる契約が在学契約であるということを踏まえて判断していきまして、このように契約の種類、類型というようなものを考慮しつつ、消費者契約法の適用も考えていくという方向性については賛成をします。

少し気になる点でありますけれども、消費者契約法10条では問題とならないと思いますが、消費者契約法の9条1号などの問題で、消費者契約法11条2項との関係というのが少し気になりまして、11条2項によれば、民法・商法以外の他の法律に別段の定めがある場合は消費者契約法が適用されないと、そういうことになりますので、特別法で民事ルールを定めるという場合に、この別段の定め該当するということになると、消費者契約法の活躍するチャンスがなくなってしまうので、そこで民事ルールを特別法で考えるということについては、慎重な姿勢が必要になるのではないかと思います。

消費者契約法の11条2項というのは、要件が同じで効果が異なる場合についての問題になりますので、消費者契約法10条と適用が重なるということは考えられないのではないかと思いますけれども、9条1号だと適用が重なるということは出てくるのではないかと思いますので、そのような場合に、先ほど中田先生も消費者契約法で扱えないかという問題提起をなさいましたけれども、消費者契約法の役割というのを割と重い方向で考えるのか、あるいは軽く、特別法のほうに役割を譲ると考えるのかということが関係すると思いますけれども、このあたりについて何かコメントをしていただければ、ありがたいと思います。

大澤先生も何か、時間が許すのであれば、大澤先生はもっぱら10条を扱っておりましたので、むしろ坂東先生にご質問したのですが、今、質問している間に大澤先生も何かあればと思いましたので、もしあればよろしく願います。

ディスカッション

【坂東】 後藤先生ありがとうございます。私の報告は先生のご理解のとおりです。要は有料老人ホームの入居契約について、消費者契約法につながることでできなければ、せつかく行政的にさまざまな後見的な規定があるのだけでも、それは個別の紛争の解決につながらないのではないかということ指摘したかったのです。

したがって、本日の報告では、民事ルール化する努力が必要だということろを言わせていただいたわけですが、そうしたら、それはどういう形で具体化するのが最も適切なのかという点については、率直に申し上げると、まだきちんとした定見をもっておりません。

ただ、大澤先生がお話しされれば一番よいのかもかもしれませんが、居住用不動産という形で何らかの規定を定めるという形であれば、ひょっとすると、消費者契約法11条2項との抵触問題というのは回避できる可能性があるのではないだろうか、今の段階では思っています。一方で、民法にそのような規定を定めることができるかということ、これはまた相当厳しい話があるだろうなと思います。ご指摘を踏まえて、もう少し勉強させていただきたいと思えます。

【河上】 大澤先生、何かコメントを付け加えられますか。

【大澤】 ありがとうございます。また引き続き勉強させていただきたいと思えますが、居住用不動産のたとえば特則とか民事ルールのようなもの、効果をどうするかというのはまた別途考えたほうがよいと思えます。そのことを申し上げたのは、今の消費者契約法のままでは、ある意味で裁判所に対する不信かもしれませんけれど、明確な合意とか経済的な合理性があまりに重視されているということです、これは消費者契約法をどのようなルールとしてみるかということで、市場法とみるかとか、そういう話にもかかわってくるのですが、あるいは、消費者概念にもかかわってくると思えます。おそらく、行き方はいくつかあると思うのですけれど、消費者契約法の趣旨をどう考えるかというのが一つで、もう一つが、仮に市場法であるとして、市場法を強調しすぎるのもよくないのかもしれないのですけれど、経済的合理性

というところだけだとこの問題は解決できないのではないかと思います。ただ、やはり消費者契約法11条の問題は確かにございますので、今後検討させていただきます。ありがとうございました。

【河上】 ありがとうございました。では、残りの二つは関連しますので、引き続きご質問いただければと思います。大阪大学名誉教授の平田健治先生、東京経済大学の桜井健夫先生、お願いします。

【桜井】 桜井です。本日のレジュメの30頁、坂東先生の部分の一番最後の行なのですが、有料老人ホームの入居一時金の不返還、返さないという条項について、これが相互扶助的の金銭だとすると、それが機能する前提を評価する必要はないかと書いてあります。これについて具体的にどのようなことなのかというのが質問です。何らかの制限の下で不返還条項を正当化できると考えているのでしょうか。

私は正当化できないと考えるので、少しだけお話しさせていただきます。

一つはまず、想定居住期間を超えて居住する場合に備えて受領するといながら、3カ月経ってしまうと全部償却してしまいます。保険だったら、きちんと積み立てるのに、それと比較すると、ほとんど詐欺のような取り方です。もともと返さないというその理由づけが変わってきて、それを今たまたま、このような相互扶助的という理由になっているにすぎません。

もう一つは、この条項が入ることによって事業者と居住者の利害が対立する状況になって、大変まずい関係ができるということです。3カ月以降、入居者が早めに退去すればするほど、事業者のほうは利益が出る関係にあります。次の入居者から返さなくていいお金が入ってくるし賃料を払わない入居者は発生しなくなるからです。他方、想定居住期間を超えてそのまま住み続ける人が増えると、賃料を払わない人たちがばかりになって経営が成り立たないということで、入居者に長く快適に生活してもらおうという本来の経営のインセンティブとは逆のインセンティブが働くということになります。ご意見をお願いします。

【河上】 平田先生、おられないようですので、質問票を読み上げさせていた

ディスカッション

できます。「超過期間のための受領金の法的位置づけについて」ということで、予稿58頁の説明だと、保険金ないし相互扶助的性質と説明されるが、入居者の意識とずれるのではないか。また、レジュメの図だと、平均余命を超える前にこの部分の返還が逡減する説明となっており、論理的説明が困難と思われる。消費者法的には、この受領金も死亡ないし退去の時期に応じた返還の対象となるべきではなかろうか、という質問でございます。よろしくお願ひします。

【坂東】 ありがとうございます。桜井先生、平田先生、ご質問ありがとうございます。結論からいくと、むしろ返還の対象になるべきだと思っています。ただ、先ほど来、申し上げているように、それを具体的に動かしていくためには、消費者契約法につなぐという努力がもっと必要なのだと思っています。つなぐという努力をするためには、どうやら今の規定のままだけでは、なかなか厳しい状況が現実にはあるという点を指摘したかったというのが、本日の報告の趣旨でございます。

今ご指摘のあった超過期間のための受領金というものは、そもそも老人福祉法の規定の中にもありません。それに基づいた指針の中で出てきた言葉です。それに加えて、相互扶助にしても、保険という考え方にしても、要は平均余命を超えた以降に新たな金銭負担なく住めることの説明に使っているにすぎないものです。ですから、ご指摘のとおり、それが適切であると考えているわけではありません。ただ、指針の中で超過期間のための受領金、しかも実際見ていただくと、おおむね15%程度でありますけれども、そのお金が、支払った者のうち誰がそれに該当するのかは別として、将来の居住のためのお金になるということを説明するために、保険や相互扶助という説明の仕方がなされている。そして、そのことが消費者契約法を適用するについての阻害要因になっているというところをぜひ指摘したかった次第です。

私は保険という考え方はそもそもとれないと思っていますし、あえて説明すると、相互扶助のかなという趣旨で使わせていただきました。予稿の61頁、相互扶助としていうのであれば、本当に老人ホームに入居して、相互扶

助という状況をきちんと理解できてから、初期償却すべきだと、半分皮肉を込めて書いたつもりです。

【河上】 ありがとうございます。では最後、鎌野先生へのご質問を3件いただいています。最初の2件、関連しますので、引き続いてご質問いただければと思います。まず立命館大学の谷本圭子先生、よろしくをお願いします。

【谷本】 立命館大学の谷本と申します。本日はご報告をありがとうございます。先生の子稿の67頁とレジユメの34頁に書かれています「管理組合は、他の非営利団体と比べても、区分所有者たる『個人』の住宅に係る管理という『消費者』としての活動を集団的に行っている面が顕著な団体といえる」とのご見解には共感しています。

この点に関連して質問させていただきたいと思います。まず1点目ですが、「他の非営利団体と比べても」とされている点について、団体によっては同じように評価できる団体もあるということかと思いますが、先生がそのような団体を何か考えておられるのであれば、教えていただければと思います。

2点目ですが、一定の場合に管理組合を消費者とみられているのですけれども、直接適用ではなくて、類推適用とされる点について、その理由はどこにあるのかということをご教示いただければと思います。管理組合イコール個人の集まりでしかない、つまり、個人だから消費者とみて、直接適用も考えられるようにも思うのですが。団体のようだけれども、個人と評価できるものもあるという考えなのですけれども、先生のご意見をお聞かせいただければ幸いです。

【河上】 次に京都弁護士会の加藤進一郎さん、お願いします。

【加藤】 京都弁護士会の加藤と申します。よろしくをお願いします。マンションの管理組合が共用部分の補修工事などを施工業者と契約締結する場合に、事業者側の定型約款セットの中に、トラブルが起こったときの紛争解決の方法について仲裁合意の条項が入っているものが散見されます。具体的には、都道府県の建築紛争審査会での仲裁に服する旨合意するという内容のものです。弁護士としては、一発勝負のリスクのある仲裁は避けて訴訟をしたいと

ディスカッション

いう思いや、あるいは仲裁合意の当事者以外となる監理建築士などをあわせて裁判に訴えたいという思いがあるものですから、何とかこれを仲裁ではなくて訴訟にもっていきたいので、先生の2010年のお立場を維持していただければと思うのですが。質問ではなくて恐縮です。

仮に消費者性を認めるとして、それは当該仲裁合意自体は有効だとして、仲裁法の特例の適用のある消費者仲裁合意の「消費者」概念を拡大して、管理組合を消費者だといっていくのか、そうではなくて、管理組合を消費者だと正面から認めるのは難しいとしても、契約の相手方との格差を考慮して、消費者契約法を類推適用して、不当条項規定を類推適用して、仲裁合意自体が無効だという形にもっていったらよいのか、そのあたりをご教示いただければと思います。よろしくお願いします。

【鎌野】 どうもありがとうございました。おそらく、お二人の先生と気持ちは全く同じで、それで2010年に、そのような管理組合は消費者だという主張をしてまいりましたけれども、今一度、解釈論としてどこまでいけるかということで、今回も忘れかけていた論点をもう一度思い出して、こういった報告に臨ませていただきました。結果としては、私もある意味では本意だし、お二人の質問の先生方にとっても、元に戻れと、目を覚ませというようなお叱りをいただいたのかもわかりませんが、やはり解釈論として、消費者契約法では、立法的にいかがなものかとは思いますが、個人については、事業を行うのか、事業を行わないのかというようなことで、個人の契約ごとに消費者かそうでないかを判断している。

他方、団体については、事業性を全く問わずに、法人その他の団体というそれだけで、契約内容とは無関係に立法としては、やはりそういったものは事業者だというような、そういった立法がなされている。私もいろいろな方向から管理組合は消費者だという論が立たないものかと考えてきました。区分所有法でも、「管理者は区分所有者を代理する」とあるのだけれども、組合的に考えたらどうかと。ただ、組合的に考えても、やはり組合というのは、特に立法担当の官庁の担当者からはそれも事業者だというようなことで、な

消費者法第12号（2020年）

かなか突破できなくて、解釈論としては、現行法の下では管理組合を消費者だというのはなかなか難しいのかなと思います。そのうえでどのように考えるかと。

そしてもう1点でございますけれども、確かに谷本先生がおっしゃるように、管理組合は個人の集まりであり、確かにマンションを買った当時は個人の集まりです。しかし、そういう個人の集まりが団体的にそれを管理していて、そしてその中でいわゆる管理組合というのも、成熟の可能性があることになります。必ずしもそのような管理組合ばかりではありませんけれども、実際には当初から管理業者、管理会社がいろいろなアドバイス、補助をしている。管理の主体は管理組合でありますけれども、実態は、実質的にはかなり管理会社がそういった意味では手を差し伸べている、あるいは実務をやっている。

他方、マンションの管理の適正化の推進に関する法律（マンション管理適正化法）などでも、マンション管理士などの専門家の関与というのが、これもある程度、定着をしている。そういった意味で、やはり今日の管理組合というものは、かなり団体性という側面を否定できないと思います。消費者かどうかということの一つのメルクマールとしては、情報の非対称性、情報格差があることでございますが、政策的には、管理組合は、先生がおっしゃるように、個人の集まりだから、個人で消費者だという立法もあり得たのですけれども、こういう状況を踏まえると、立法論としてはともかくとして、解釈論としてはなかなか難しいと思います。

そこで、そのためにはどうすればよいか。団体としたうえでそれが事業活動を行うものではないとして非事業的なものであるとしてそれだけではなくて、レジュメにも書きましたように、その管理組合の性質とか契約の経緯ということを睨んで、情報の非対称性・格差、そういったものを踏まえて、比較的広く、そういった意味では純粹の自分たちの住宅、建物と敷地の管理というようなことの色彩が強いものについては、広く類推適用を認めるべきではないかと考えています。ちょうど先ほどあげた大学のラグビーチームの権

ディスカッション

利能力なき社団としたうえで、そのようなことでそれぞれの契約で関連する消費者契約法の規定を適用したということは考えられる。

そのような立場に立ちますと、加藤先生の仲裁合意条項、実はお恥ずかしながら、私もこのような仲裁合意条項がなされている、それからその中身というのは存じ上げておりませんが、要するに先生も仰ったように、いわば裁判を封ずるといようなことですので、このような条項については、そしてこの点については、建築請負契約をして、補修工事の請負契約をして、そういった契約条項にもそのようなものが入っているということ自体、かなり問題性があるのではないかと思います。

たとえば、このような場合に類推適用して、消費者とみて、あまりしっかり勉強していないのですけれども、消費者契約法10条または11条1項などでその効力を否定するということは考えられるのではないかとということです。そうすると民法などの公序良俗、信義則とかというようなことで、こういう条項自体が無効であると、効力を生じないということは考えられるのではないかとということです。

お二人の先生にあらためて、ご質問いただいたことを感謝申し上げます。

【河上】 引き続きまして、東京弁護士会の齋藤雅弘さん、よろしく申し上げます。

【齋藤】 齋藤でございます。私の質問は簡単でして、先生の子稿の63頁に図が書いてありますが、鎌野先生、本日はCの関係のご議論をしていただいたと認識していますが、私の質問はBの関係についての質問です。端的にいきますと、区分所有者と管理組合との間の関係が消費者契約かという質問です。具体的に申し上げますと、管理規約を消費者契約とみてよいかということです。消費者契約だと判断してよろしければ、管理規約に不当条項があった場合に、区分所有者はこの管理規約の不当条項を消費者契約法で争うことができます。

しかし、はたして契約かと。司法研修所での裁判官研修に呼ばれた際、これは合同行為だから契約でないと、こういうご意見の裁判官の方が多かった

という印象をもっています。したがって、論点が二つあります。当事者が事業者か消費者かということと、そもそも管理規約が契約かということです。先生のご意見を伺いたいということです。よろしく願います。

【鎌野】 実際には実務でご活躍で、先生のご本からいつもいろいろと教を受けています。質問していただいて、どうもありがとうございました。

まず、私のレジュメのBの場面だろうと思いますけれど、今回はその話はいたしませんでした。というのは、結論だけ申し上げますと、基本的には区分所有者と管理組合というのは、消費者と事業者の関係には立たないだろう、消費者契約の適用はなかなか難しいだろうということです。むしろBで区分所有者が決定をして、集会の決議とか規約を定めて、そして実際に管理組合、その管理者あるいは理事などが第三者と執行するわけです。

そうすると、Cの場合がまさに消費者契約法、消費者と考えるのか、その契約関係がどうかということで、Bのところは省略というか、特に踏み込んだ議論はしませんでしたけれども、当然、先生のような疑問は出てくるでしょうし、私もそのようなことを考えなかったわけではないのですけれども、今回あらためてこのようなご質問をいただいて、もう一度考えさせていただきました。

そうすると、基本的には管理組合というのは、区分所有法の3条で、あくまでも管理をするための団体です。区分所有者が共用部分とか敷地を共有している。そのような共有物があるので、それを民法の共有の規定ではなくて、区分所有法の特別の定めによって管理をすると、そのための団体になります。逆にいうと、そのためだけの団体であるわけです。

実はもう一つ、先ほど申し上げたCの場面で、対外的にはいわゆる団体として第三者との間で契約などをする場面では団体だけれども、基本的にはBの場面においては、区分所有者と管理組合がいわゆる契約関係とか、それから広く対立関係ではないように解すべきではないかと思います。そして、その際の規約をどのように考えればよいかと。規約というのも契約かということでございますけれども、これは外国の立法例などでは規約は全員一致で

ディスカッション

なければいけない。そして、学説においては、一種の契約だというような見解がござえますけれども、他方、いや、規約というのはそのようなものではないという見解があります。私は、規約というのは管理組合 VS 区分所有者、そのような関係ではなくて、あくまでも区分所有者が自分たちのマンション、建物、敷地等をどのように管理するかということで、区分所有者同士の相互の権利義務関係を創設するものであると考えます。

そしてわが国では、規約の設定が全員合意ではなくて4分の3ですので、反対者もそれに拘束されることになります。ですから、規約で決まった以上は、反対してもその規約に従わなくてはいけないことになります。法的な効力が及ぶということですから、規約の性質というのは、基本的には対管理組合、対区分所有者ではなくて、区分所有同士の相互の権利関係をつくり出すものであると、そう理解すべきではないかと考えています。

ですから、不合理な条項などがあれば、それはそれで規約の無効を争うということで、そういった意味では区分所有者と区分所有者の関係でするので、事業者対消費者という図式にはならないことになります。ですから、消費者契約法の適用は難しいのではないかとというようなことで、むしろ規約の有効性を争うということであれば、今言ったような点からその規約の無効を争うべきです。それは区分所有者相互で権利関係を作り出す事項ではないと思います。

ご存知だと思いますけれども、今年の春でしたでしょうか。いわゆる受電方式をめぐる、ある区分所有者が自分が好きな電力会社と契約をしたいという問題が起きました。本件の集会決議当時ではなく、今の話をしますと、現段階ではいわゆる電力の全面自由化というようなことで、そのようなところまで規約でわが管理組合は東京電力と契約をしますというのは、難しいと思います。ですから、そういう規約を仮に作ったとしたら、それは区分所有者同士の問題として、その無効を主張するというのが適切なものだと考えています。

【河上】 以上をもちまして、ディスカッションを終了させていただきます。

消費者法第12号（2020年）

大変多くの質問を頂戴して活発な議論ができました。本当にありがとうございました。本当はこの大会で「不動産取引と消費者保護」という表題を立て、8つの報告を出したが、これは一体、全体として何をやろうとしているのだという質問が出されるのが一番怖かったわけですが、おかげで出ませんでした。

ただ、ご承知のように規制のベストミックスはどうあるべきかとか、消費者立法の立て方といったような、いろいろなところでこの種のテーマが扱われているのですが、やはりまずは特定の現象を起点として、それぞれがどのようなモザイク模様をなし、規制のあり方がなされているかということをお示しすることによって、この問題を一度皆さんで共有していただくことが最大の目的でございましたので、その意味では目的は達成できたのかなと思います。パネリストの皆さんにもう一度拍手をお願いします。（拍手）

大会開催報告

大会開催報告

第12回大会シンポジウム

「不動産取引と消費者保護」開催報告

2019年11月9日(土)10時～17時30分、金沢歌劇座2階大集会室において、日本消費者法学会第12回大会が開催されました。河上正二・青山学院大学教授、尾島茂樹・金沢大学教授の司会により、「不動産取引と消費者保護」をテーマに、昼休みを挟んで8つの報告が行われ、30を超える数多くの質問により、充実したディスカッションが行われました。

報告では、最初に、河上教授がシンポジウムの企画の趣旨について述べられ、鳥谷部茂・広島大学名誉教授による「不動産問題と消費者法——特に原野商法をめぐる問題点」、尾島茂樹・金沢大学教授による「不動産ローンと消費者保護——抗弁の接続を中心として」、大澤彩・法政大学教授による「不動産賃貸借で授受される金銭について——消費者法・借地借家法の観点から」、永岩慧子・名古屋経済大学准教授による「建築物の瑕疵をめぐる責任と消費者保護」、村本武志・東京経済大学教授による「不動産取引における契約不適合と適合性原則」、坂東俊矢・京都産業大学教授による「高齢の消費者と不動産取引——有料老人ホーム入居契約を素材に」、鎌野邦樹・早稲田大学教授による「マンションにおける消費者問題と消費者法」の報告がなされました。

また、午後のシンポジウム開始前には、金沢大学法学系長の岡田浩教授から開催校挨拶をいただきました。岡田法学系長ならびに開催に尽力された尾島理事、大会雑務を手伝ってくださった金沢大学の学生・院生の皆さんに、心から御礼を申し上げたいと思います。

なお、本号では、各報告者の要旨およびディスカッションを掲載しています。また、各報告の予稿が、現代消費者法44号に掲載されていますので、ご参照ください。

総会開催報告

2019年11月9日(土)13時30分～13時50分、金沢歌劇座2階大集会室において、第12回総会が開催されました（出席会員117名）。

1 協議事項

河上正二理事長より、2018年度（2018年4月1日から2019年3月31日まで）における会計について、以下のとおり報告がなされ、承認されました。

- ① 2018年度の事務作業委託費が手続の遅れで年度をまたいだため、約20万円の増加があるが、それ以外には、特段の変化はなく、安定的な会計状況であること。
- ② 2019年度（2019年4月1日から2020年3月31日まで）における予算案は、前年度と大きく変わるものではなく、特段の不安定要素はないこと。年度ごとに生じているマイナス分は、会費値下げの当時に想定されていたものであり、それ以外は安定的な会計状況にあること。

以上の会計資料に関しては、池本誠司弁護士および熊谷士郎・青山学院大学教授から、適正かつ正確であるとの監査結果を得ていること。

- ③ 役員は、昨年度に改選されたものであるが、新たに理事として川和功子・同志社大学教授、カライスコス アントニオス・京都大学准教授が推挙され、理事会の承認を得たので、了承をいただきたいこと。なお、理事の役員枠は35名であり、現在の理事は33名である。

2 報告事項

河上理事長より、以下のとおり報告がなされました。

- ① 次会の第13回大会の開催校は同志社大学とし、同志社大学寒梅館での開催を予定しており、開催に向けた準備作業を、川和教授にお願いしていること。テーマは、「プラットフォームの責任に伴う消費者問題（仮題）」とし、実施責任を鹿野菜穂子・慶應義塾大学教授および中田邦

総会開催報告

博・龍谷大学教授をお願いしていること。

- ② シンポジウムのテーマと開催校を前年に決めていては準備期間が短くなるため、再来年度の開催校とテーマも決めておいたほうがよいとの理事会の判断から、再来年度は法政大学（市ヶ谷キャンパス）をお願いすることとし、開催に向けた準備作業を大澤彩・法政大学教授をお願いしたこと。テーマは、目前に迫った成年年齢引下げの実施に関連して「成年年齢引下げに伴う消費者問題（仮題）」と題して、実施責任者を坂東俊矢・京都産業大学教授として作業を始めていただくこととしたこと。

理事会開催報告

〈日時〉 2019年11月 9 日(土)

〈場所〉 金沢歌劇座 3 階会議室

〈出席者（順不同）〉 町村泰貴理事長代行、朝見行弘理事、岩本論理事、大澤彩理事、尾島茂樹理事、笠井修理事、鹿野菜穂子理事、河上正二理事長、川地宏行理事、後藤卷則理事、齋藤雅弘理事、谷本圭子理事、千葉恵美子理事、鳥谷部茂理事、中田邦博理事、馬場圭太理事、原田大樹理事、坂東俊矢理事、松岡久和理事、松本恒雄理事、葉袋真司理事、宮下修一理事、村本武志理事、山本豊理事

〈委任状〉 なし

〈審議事項（抄）〉

(1) 予算関係

河上理事長より、2019年度収支決算および2020年度収支予算について説明があり、承認された。

(2) 会員関係

河上理事長より、新規入会者および退会者について説明があり、承認された。

(3) 次年度以降の大会テーマおよび開催校

大会テーマについては、いくつかの候補があったが、理事会の時間内で決定するのは困難であることから、理事長からの提案で、第13回大会の開催校は同志社大学とし、同志社大学寒梅館での開催を予定し、開催に向けた準備作業を、川和功子・同志社大学教授にお願いしていること、また、テーマは、「プラットフォームの責任に伴う消費者問題（仮題）」とし、実施責任を鹿野理事および中田理事にお願いすることで、了承を得た。

また、従来、前年の理事会で翌年の大会テーマおよび開催校を審議・決定したのでは、シンポジウムの準備期間が短くなる等の問題があったことから、

理事会開催報告

再来年度の開催校とテーマも決めておいたほうがよいとの判断に賛同が得られたため、さしあたって、再来年度は法政大学（市ヶ谷キャンパス）にお願いすることとし、開催に向けた準備作業を大澤理事にお願いした。テーマは、目前に迫った成年年齢引下げの実施に関連して「成年年齢引下げに伴う消費者問題（仮題）」と題して、実施責任者を坂東理事として作業を始めていただくことを了承した。

(4) 役員の追加

河上理事長より、理事の定員枠が35名で、現理事33名であるところ、今後の理事会の若返りと海外情勢の把握のためにも、新しい理事を推薦したいとして、同志社大学の川和功子教授、京都大学のカライスコス アントニオス 准教授の名があげられ（後者については本人からの承諾を停止条件として）、理事としての推薦が了承された（後に総会で承認された）。

(5) 今後の学会大会の構成

宮下理事から、学会大会のもち方、地方大会の実施可能性などについて検討中であるとの中間報告があった（第12回大会は、スピノフとして通常の大会の順序とは別に考える）。

河上理事長から、開催校・大会テーマ、責任者は、準備期間を確保するためにも、2年程度先から固めておくことが望ましいとして、さしあたり次年度、再来年度の開催校等を今回の理事会で決定し、(3)のとおり了承された。

(6) その他

- ① 町村理事から、ホームページの管理には個人で限界があるとして、管理方法・内容等を変更し、必要に応じて、外注を考えてはどうかとの発言があり、中田理事と相談して、その費用面での問題を含めて、検討を進めることが了承された。
- ② 学会誌におけるレジュメに引用方法について、学会誌編集委員の千葉理事より報告があり、基本的に、大会に参加していない会員や一般読者の便を考え、現代消費者法の予稿と学会誌の要旨引用に限り（レジュメの引用は内容的に対応する予稿等の頁に置き換える）、発言内容を調整する

消費者法第12号（2020年）

旨が図られ、校正時に発言者にこれを徹底する方向で了承された。

- ③ 河上理事長より、学会の運営上、理事会への事務局（民事法研究会職員）の出席が望ましい旨の説明があり、後藤前理事長からの賛同もあり、今後、その方向で、民事法研究会と費用面での問題を含めて交渉することが承認された（結論は、次回理事会で検討する）。

日本消費者法学会規約

平成20年11月30日総会決議

改正：平成27年11月7日総会決議

第1条（名称）

本会は「日本消費者法学会」（英文名：Japan Association for Consumer Law）と称する。

第2条（事務所）

本会は、理事会の定めるところにより主たる事務所を置く。

第3条（目的）

本会は、消費者法の研究者及びこれに関わる実務家、その他消費者問題につき学問的関心を有する者相互の連携と協力を促進し、この分野の研究発表や情報交換の場を提供することを通じ、国際的視野に立って、消費者法の学問及び実務の発展に寄与することを目的とする。

第4条（事業）

本会は、目的を実現するために、次の事業を行う。

- (1) 研究会及び講演会の開催
- (2) 機関誌その他の刊行物の発行
- (3) 共同研究の推進
- (4) 内外の学会、その他の研究機関または研究者、実務家との交流、連携及び協力
- (5) その他理事会において適当と認める事業

第5条（支部）

理事会は、必要と認めるときは、本会の支部を設置することができる。

第6条（会員）

本会の会員は次のいずれかとし、これらの会員をもって本会は組織される。

- (1) 正会員
消費者法、消費者問題またはこれらに関連する分野の研究または実務に従事する者
- (2) 準会員
消費者法、消費者問題に学問的または実務的関心をもち、本会の目的に賛同する者
- (3) 賛助会員
本会の目的に賛同し、本会の事業に寄与すると認められる法人その他の団体または個人。

第7条（入・退会及び除名）

消費者法第12号（2020年）

1. 入会

- (1) 本会の正会員になろうとする者は、正会員1名の文書による推薦を受けて、理事会に入会の申請をし、その承認を得て正会員となることができる。
- (2) 本会の準会員になろうとする者は、正会員または準会員1名の文書による推薦を受けて、理事会に入会の申請をし、その承認を得て準会員となることができる。
- (3) 賛助会員になろうとする者は、理事会に入会の申請をし、その承認を得て賛助会員となることができる。

2. 退会

- (1) 会員は、理事会に書面で退会届を提出することにより、本会を退会することができる。
- (2) 会員が、会費の納入をしない場合には、理事会の定めるところにより、その会員が本会を退会したものと扱うことができる。

3. 除名

会員が次のいずれかに該当するときは、総会の議決をもって除名される。会員を除名する場合には、あらかじめ通知するとともに総会において弁明の機会を与える。

- (1) 本規約または総会、理事会の決議もしくはこれらの決議に基づく規則または規程に違反したとき。
- (2) 本会の名誉を棄損し、または本会の設立の趣旨もしくは目的に反する行為をしたとき。

第8条（会費）

会員は、総会の定めるところにより、会費を納入しなければならない。

第9条（役員）

本会には、その運営のために次の役員を置く。理事及び監事の職務分掌は理事長が決定する。

- (1) 理事（35名以内とし、うち1名を理事長とする）
- (2) 監事（2名）

第10条（役員を選任）

1. 理事及び監事は、正会員の中から総会において選任し、理事長は理事の互選による。
2. 理事及び監事の任期は2年とし、再任を妨げない。

第11条（理事長、理事及び理事会）

1. 本会は、理事長が代表する。
2. 理事長が欠けたとき、理事長に事故があるときまたは理事長と本会の利害が相反するときは、理事会の決議により予め定められた理事がその職務を代行する。

日本消費者法学会規約

3. 理事は、理事会を組織し、本会の会務を執行する。但し、常務の執行は常務理事会に委任することができる。常務理事は理事の中から理事長が指名する。
4. 理事会は理事長がこれを招集する。理事会は、理事の半数以上の者の出席をもって成立し、その議決は出席理事の過半数の賛成による。

第12条（監事）

1. 監事は、本会の会計及び会務の執行の状況を監査する。
2. 監事は、理事会において監査結果を報告しなければならない。

第13条（総会）

1. 理事長は、毎年少なくとも1回は総会を招集しなければならない。
2. 総会の議決は、出席した正会員の過半数の賛成による。
3. 準会員及び賛助会員は、総会に出席し、意見を述べることができる。

第14条（会計）

1. 本会の会計年度は、毎年4月1日から翌年3月31日とする。
2. 本会の予算は、理事長が会計年度ごとに作成し、理事会による承認を受けた上、総会に報告しなければならない。
3. 理事長は、本会の決算及び監査結果につき理事会の承認を受けた上、総会に報告しなければならない。

第15条（規約の改正）

この規約は、総会に出席した正会員の2分の1以上の同意をもって変更することができる。

学会誌『消費者法』投稿規程

日本消費者法学会理事会

本規程は、消費者法学会誌『消費者法』（年1回刊行）への投稿に関して必要な事項を定めるものである。

1. 投稿原稿の種類

投稿できる原稿は、消費者法学に関する未発表の、論文とする。

2. 投稿資格

投稿資格は消費者法学会の会員に限る。

3. 原稿の執筆要領

(1) 原稿は横書きとする。

(2) 論文等の分量 16000字程度とする。

(3) 本文中の見出しは、1→(1)→(A)→(i)の順とする。

(4) 文献の引用

① 文献の引用は、単行本の場合には、著者名『書名』（発行所名、発行年）該当頁を記載し、雑誌論文の場合には、著者名「表題」掲載雑誌名、巻、号（発行年）該当頁とする。

欧文の場合もこれに準ずる。また、欧文の著書名、雑誌名はイタリックとする。

なお、自著の引用に当たっては、「拙著」「拙稿」等による表示は避け、氏名を用いる。

② 文献を再度引用する場合には、著者名・前掲注（注番号）引用頁の形で引用する。

(5) 判例引用

判例の引用は、裁判所名（判・決）年月日出典とする。なお、年号の記載については、元号、西暦、両者併記のいずれでもよいものとする。

(6) 注は、1) 2) …n) の記号で本文該当箇所に表示し、脚注とする。

4. 原稿提出

(1) 原稿には、所定の表紙（学会 HP よりダウンロード可能）に、下記の事項を記載し添付しなければならない。なお原稿自体には、表題だけを記載し、著者の氏名を記載してはならない。

① 著者の氏名・所属

② 表題（和文および欧文）

③ 住所、電話番号、FAX 番号及び e-mail アドレス

(2) 原稿には、400字以内の和文要旨、キーワード（5つ）及び60語以内の英文

学会誌『消費者法』投稿規程

要旨を必ず添付する。既発表の論文等と重複する部分を含む論文等の場合には、既発表の論文等を添付しなければならない。

- (3) 原稿には、使用ソフトないし機種を明示した形で電磁情報を必ず添付する。
- (4) 原稿は3部提出するものとする。
- (5) 上記のものを、消費者法学会事務局宛に郵送する。

日本消費者法学会事務局所在地
〒150-0013 東京都渋谷区恵比寿3-7-16
㈱民事法研究会内

5. 締切日及び原稿受理日

投稿締切日は各年の4月30日とし、消印をもって原稿受理日とする。

6. 審査

(1) 受理された原稿は、直ちに査読規程に定める査読手続に付され、投稿規程に合致していることが審査により確認された後、査読を委嘱された者の審査を受ける。

(2) 以下の諸点の評価に基づき、原稿が機関誌への掲載にふさわしい水準であるかどうか、総合的に判定される。

- ① 内容について：論旨の明確性、内容の独創性、方法の妥当性、資料の信頼性等。
- ② 表現について：表題、文献引用、用語、注、図表の適切性等。

(3) 審査結果は、「採用」、「不採用」、「補正の上採用」のいずれかで通知される。

(4) 「補正の上採用」に該当した原稿は、投稿者による補正の後（原則として通知から2週間以内に補正の上、再提出することを要す）、再度査読手続に付される。この審査による補正後の不採用もあり得る。

(5) 「不採用」に該当する原稿は、新たな原稿とみなされる程度に改訂された場合に、新たな審査に付される。

7. 原稿の掲載

(1) 「採用」とされた原稿のうち、原則として原稿受理日の早いものから3ないし4本を掲載する。

(2) 掲載にあたっては、上記の執筆要領をガイドラインとして、編集委員会が裁量で、形式を統一することがある。

8. 著者校正

著者の校正は初校についてのみに行う。校正は、誤植の訂正程度に止め、文章、図表等の大幅な訂正、変更は認めない。

附則

この規程は、2010年12月1日より施行する。

学会誌『消費者法』査読規程

日本消費者法学会理事会

本規程は、学会誌『消費者法』投稿規程に基づいて投稿された論文について査読委員会の構成・査読の手続・要領を定めるものである。

1. 査読の目的

消費者法学会は、学会誌『消費者法』掲載論文の水準を高めるため、投稿原稿につき査読を行う。

2. 査読の対象

編集委員会の依頼によるものを除く、論文を査読対象とする。

3. 査読委員会

理事会は、編集委員会とは別に5名以内の理事によって構成される査読委員会を設置する。

4. 査読手続き

- (1) 査読委員会は、投稿された原稿が投稿規程に合致するかどうかを審査する。
- (2) 査読委員会は、投稿規程に合致するとされた原稿1件につき、理事1名以上を含む2名の者に査読を委嘱し、匿名処理された原稿、査読規程及び査読結果票を送付する。
- (3) 査読を委嘱された者は、査読を受任できない特段の事情がある場合には、速やかに査読委員会に連絡しなければならない。
- (4) 査読を委嘱された者は、査読要領に従って査読を行い、原稿を受理した日より4週間以内に、査読結果票を査読委員会に返送しなければならない。
- (5) 査読委員会は、査読を委嘱されたもの2名の結果に不一致がある場合、協議の上、「採用」、「不採用」、「補正の上採用」のいずれかの決定を行う。
- (6) 査読委員会は、採否の決定を投稿者に通知する。不採用の場合には、理由を付して通知するものとする。
- (7) 査読委員会は、「補正の上採用」について、補正原稿が提出された場合には、これを再度査読手続きに付す。

5. 査読要領

- (1) 査読を委嘱された者は、以下の諸点の評価に基づき、当該原稿が、機関紙掲載にふさわしい水準のものであるかどうかを総合評価し、「採用」、「不採用」、「補正の上採用」のいずれかの評価を与えるものとする。
 - ① 内容について：論旨の明確性、内容の獨創性、方法の妥当性、資料の信頼性等。
 - ② 表現について：表題、文献引用、用語、注、図表の適切性等。

学会誌『消費者法』査読規程

(2) 査読を委嘱された者が、「補正の上採用」の評価を下す場合には、補正が必要な内容を明記しなければならない。また「不採用」の評価を下す場合には、その理由を明記しなければならない。

6. 附則

この規程は2010年12月1日より施行する。

役員一覧

(2020年8月現在)

《理事長》

河上 正二(青山学院大学教授)

《理事》

〔北海道・東北〕

吉田 克己(北海道大学名誉教授・弁護士)

〔関東・東京〕

大澤 彩(法政大学教授)

小澤 吉徳(司法書士)

笠井 修(中央大学教授)

鹿野菜穂子(慶應義塾大学教授)〔企画・運営担当〕

川地 宏行(明治大学教授)

後藤 卷則(早稲田大学教授)〔企画・運営担当〕

齋藤 雅弘(弁護士)

高橋 義明(公益財団法人世界平和研究所)

谷 みどり(経済産業省)〔査読委員〕

町村 泰貴(成城大学教授)〔理事長代行〕〔広報担当〕

松本 恒雄(独立行政法人国民生活センター理事長・一橋大学名誉教授)〔企画・運営担当〕

宮下 修一(中央大学教授)〔広報担当〕

村 千鶴子(東京経済大学教授)〔会計担当〕

村本 武志(東京経済大学教授)〔企画・運営担当〕

〔中部〕

尾島 茂樹(金沢大学教授)

〔関西〕

カライスコス アントニオス(京都大学准教授)

川戸 周平(司法書士)

川濱 昇(京都大学教授)

川和 功子(同志社大学教授)

谷本 圭子(立命館大学教授)〔学会誌担当〕

千葉恵美子(大阪大学招聘教授)〔学会誌担当〕

中川 丈久(神戸大学教授)

中田 邦博(龍谷大学教授)〔企画・運営担当〕

馬場 圭太(関西大学教授)

原田 大樹(京都大学教授)

坂東 俊矢(京都産業大学教授)〔企画・運営担当〕

松岡 久和(立命館大学教授)

葉袋 真司(弁護士)〔学会誌担当〕

山本 豊(京都大学名誉教授)〔企画・運営担当〕

〔中国・四国〕

烏谷部 茂(広島大学名誉教授)〔査読委員〕

〔九州・沖縄〕

朝見 行弘(久留米大学教授)

岩本 諭(佐賀大学教授)

清水 巖(九州大学名誉教授)

《監事》

池本 誠司(弁護士)

熊谷 士郎(青山学院大学教授)

編集後記

■第12回大会で初めて不動産に関連する議論が取り上げられた。原野商法や不動産ローン等これまでも議論されてきたテーマについては、最近になっても理論的な進展があまりないこと、他方で、有料老人ホームの契約問題のように、超高齢社会を実感する時代になって、新しい問題に対する理論的な検討や立法政策の遅れを感じるテーマもあった。「消費者法とは何か」という点が十分に分析され共有されていないことが、その背景事情にはあるのではなからうか。学会の責務は、将来を見据えた理論の提供や立法政策の具体的な方向性を示す点にある。今回のシンポで明らかになった課題を踏まえて、実態分析に基づいた新たな一歩を踏み出す気概が必要となる。(千葉恵美子)

■第12回大会は「不動産取引と消費者」をテーマとして、不動産を契約の目的物とする多様な契約類型が検討対象とされた。この場合、契約の目的物が不動産であることの特質、契約類型の特質、消費者契約の特質という3つの特質が法解釈・立法政策に反映されるべきことにならう。現代において3つの特質は様々な法の中で考慮されているとはいえ、その考慮のされ方は個別的

である。消費者契約であるとしても、デイスカッションでも取り上げられた消費者契約法11条2項の適用如何という問題も生じる。理論的には今回のテーマに限らず、契約のもつ複数の特質相互の関係を整理する必要性を強く感じたシンポジウムであった。
(谷本圭子)

■従来のシンポジウムは、取引分野横断的な論点や制度をテーマに、異なった視点(法分野、比較法、取引分野など)から論ずる傾向が強かった。これに対し、今回は、不動産という特定の「商品」を軸に、それに関連するいくつかの異なった取引・局面を論ずるというものであったが、やや相互の関連が捉えにくかった。もっとも、各報告はそれぞれ興味深いものであった。取引分野ごとに消費者保護を論ずることは、消費者法の「各論」として必要なことであるし、また実務的にも有用なことである。「各論」的なテーマは専門性も強くなる。今後、個別の分野を取り上げる際には、その分野を専門とする学会や研究会さらには専門家などと連携するかたちで、シンポジウムを開催することを検討してもよいのではなからうか。
(薬袋真司)

消費者法第12号

令和2年9月30日 第1刷発行

定価 本体2000円＋税

編集・発行 日本消費者法学会

〔事務局〕 〒150-0013 東京都渋谷区恵比寿3-7-16

株式会社民事法研究会内

TEL03(5798)7238 FAX03(5798)7278

E-mail jacl_jimukyoku@nifty.com

制作・発売 株式会社 民事法研究会

印刷 株式会社 太平印刷社

落丁・乱丁はおとりかえます。

ISBN978-4-86556-399-3 C3032 Y2000E

SYOUHISYAHOU
(JOURNAL OF CONSUMER LAW)
No. 12

September 2020

CONTENTS

Symposium

Real Estate and Consumer Protection

The Meaning of Our Plan

Syouji Kawakami

Real Estate and Consumer Law

—Especially on the Issue of the Wilderness-Sale (Genya-shoho)

Shigeru Toriyabe

Real Estate Loans and Consumer Protection Right to Withhold Payment during a Dispute

Shigeki Ojima

A Study on the Contract Terms Which Stipulates the Payment except the Real Estate Transaction

Aya Ohsawa

Liability for Construction Defects and Consumer Protection

Keiko Nagaiwa

Suitability Rule for Concealed Defects on Construction

Takeshi Muramoto

Elderly Consumer and Real Estate Transaction

—Select a Focus on Contract for Retirement Housing

Toshiya Bandou

Consumer Issues in Condominiums and Consumer Law: Focusing on the Legal Status and Status as “Consumers” of Management Associations in Contracts with Third Parties

Kuniki Kamano

消費者法 第12号
令和2年9月30日発行
定価 本体2,000円+税
ISBN978-4-86556-399-3
C3032 ¥2000
発売 民事法研究会