

約款規制を支える現象と価値

西
内
康
人

目次	
I はじめに	
II 平成一三年判決をめぐる議論	
(1) 平成一三年判決の内容	
(2) 学説の反応	
(3) 小括	
III 競争法との比較	
(1) 競争法の目的	
(2) 優越的地位の濫用の特殊問題	
(3) 小括	
IV 約款を支える現象、価値の分解——試論	
(1) どのような要件が問題となっているのか？	
(2) どのような価値が問題となっているのか？	
(3) どのようにして価値を確保するか？	
4 小括	
V 平成一三年判決の分析	
(1) 厚生の観点	
(2) 対価的均衡の観点	
(3) 自由の観点	
(4) 小括と若干の分析——我が国における約款規制のあり方について	
VI 結語	

I はじめに

約款による取引については、民法改正によってこれを規制する一定の規定が設けられる予定である。これは、約款規制に関する民法上の議論が、少なくとも立法を認めるほどに成熟したと考えられた結果だと理解することができよう。

実際、民法改正に先立つ民法学説上の議論では、約款を含めた不当条項を規制するアプローチとして、約款の特殊性を強調する約款アプローチ、消費者取引の特殊性を強調する消費者アプローチ、当事者間の交渉力格差に注目する交渉力アプローチが提示され、比較法を中心とした紹介と分析が進められてきたところである。

他方、約款規制に関する規定の民法への導入は、最後の最後まで揉めた部分である。また、結果として導入された規定も、非常に抽象度の高いものとなってしまった。この結果、どのような解釈があるべき解釈か、それを示す手がかりが望まれるところである。

本稿はこのような手がかりを一判例の分析を通じて明らかにすることにより、約款規制の内容につきあるべき方向性の一つを示すことを目的とする。そのために、一つの題材として取り上げるのは、電話加入契約者の子によりダイヤルQ²が利用された場合の——情報料ではなく——通話料請求が問題となった最判平成一三年三月二七日民集五五巻二四三三四頁（以下、平成一三年判決）である。本稿でこの判決に注目する理由は、具体例を示しつつ議論した方が理解に資するという理由だけではない。むしろ重要なのは、その判例で文言上現れている原則的な価値衡量につき、民法学説ではむしろ例外的な価値衡量だとみなしてされてきた事実である。つまり、価値衡量におけるズレが見られるわけであって、このズレを意識して、平成一三年判決を内在的に分析することは、導入予定の約款規制の解釈の在り方について、一定の方向性を示してくれると考えられる。結論から述べれば、この方向性の特徴は二つある。第一に、ドイツ法など約款規制が先んじて展開してきた法領域で示された解釈をそのまま導入することは慎重であるべきだということである。第二

に、我が国の消費者契約法で展開されてきた解釈を、約款の特性に照らして情報非対称と判断能力不全の問題につき保守的に拡張することが目指されるべきだということになる。

このような問題意識で論じられる本稿の検討順序は以下のとおりである。

まず、Ⅱで、平成一三年判決に関する議論を概観する。そこでは、判決の表面的文言と学説による分析の焦点設定のズレを確認する。次に、Ⅲでこのズレのうち、特に民法学説の特徴を整理する助けとして、競争法における優越的地位の濫用が規制される場面とその根拠を見る。そこでは、一つの現象が複数の価値と結びつき得ることを見る。その後、Ⅳで約款を支える現象、価値、救済の相互関係を分析する。このⅣの考察を基礎にして、Ⅴで平成一三年判決を分析する。この分析の際には、約款規制のあるべき形をも考察する。最後にⅥで結語と本稿の限界・課題について述べる。

Ⅱ 平成一三年判決をめぐる議論

ここではまず、以下の(1)で平成一三年判決の内容についてまとめ、(2)でその評釈類を見る。

(1) 平成一三年判決の内容

事案は、電話加入契約者Yの未成年子AがダイヤルQ²を利用した際に、サービスに応じて支払うべきとされていた通話料の請求が、電話会社Xによって行われたものである。

この事案の特徴は、四点ある。

第一に、通話料請求にかかる約款一八条は、加入契約者以外の者が電話を利用した場合にも加入契約者が通話料の支払義務を負うと定めていた点である。

第二に、ダイヤルQ²は、電話加入契約時に開始されていたサービスではなく、その後開始されたサービスであって、

サービス開始やその危険性に関する加入契約者への周知徹底や対策が十分には行われていなかった点である。

第三に、本件では未成年子利用分の親に対する請求が問題となっていたのに対して、別訴で従業員利用分の使用主に対する請求、学生マンション居住者利用分についての家主に対する請求、未成年子利用分の兄に対する請求も、問題となっていた点である。

第四に、時期は平成三年であり、固定電話事業に関してXは極めて高いシェアを有していたと推察される時期であることである。

こうした事案について、判示は次のようなものである。

第一の点との関連で争われた①約款一一八条の有効性については、「通話料徴収費用を最小限に抑え、低廉かつ合理的な料金で電気通信役務の提供を可能にするという点からは、一般利用者にも益するもの」であるとして約款の有効性を認めた。

他方、第二の点との関係で争われた②通話料全額の請求の可否については、「ダイヤルQ²情報サービス自体は当時における新しい簡便な情報伝達手段であって、その内容や料金徴収手続等において改善すべき問題があったとしても、それ自体としてはすべてが否定的評価を受けるものではない」としつつ、「その利用に係る通話料の高額化に容易に結びつく危険を内包したものであったから」その危険性につき周知や対策を図る必要があったのに、こうした周知・対策を欠いたとして信義則ないし衡平の観念を参照して請求額を五割にまで減額した。

第三の点との関連で争われた③利用者と加入契約者との関係によつて信義則の適用に違いが出るかについては、本件では前述のように五割までの縮減が認められたのに対して、従業員利用分の使用主に対する請求や学生マンション居住者利用分の家主に対する請求については求償可能であることを理由に減額が認められなかった。

このように見ると、①と②ではある種の経済的な結果に注目した部分の論述が存在しており、この経済的な価値の論

述に注目すれば①と②の論旨を架橋できる素地があることが伺える。しかも、①で現れているように紛争当事者である契約当事者を超えて消費者一般の経済的な価値が念頭に置かれていることが一つの特徴である。

(2) 学説の反応

さて、この判決に対する学説の反応の特徴は、次の三点に現れる。

第一に、一般には、②の点に最も大きな注目が集まっている点である。たとえば、民集をはじめ、判示事項として切り取られているのは、②の部分である。どのような価値の衡量が行われたのかという分析部分についても、信義則を法理として用いたこの②の部分の説明として行われているにすぎない。

この第一の点と関連して第二に、①から③までがバラバラに分析されて傾向がある点である。特に、①で行われた経済的な価値への注目と、②の分析が切斷されている。

すなわち、①はせいぜい通話料請求が原則として許されるとする請求権の法的成立根拠を述べるために使われているにすぎず、①で示された費用低減効果や消費者の利益の側面が、②と関連付けて述べられることはまずない。あるいは、千種補足意見の影響もあつてか、画一的処理が求められる約款利用の場合に個別処理を問題とする信義則の適用が可能か否かは論じられる傾向にあるものの、この分析でも、①で行われた衡量と②での衡量が関連付けられているわけではない。つまり、事業者費用の低減やひいては消費者の利益にも繋がるという①の判示部分は、情報提供の適否について論じた②の部分と価値の面で連続的に扱われておらず、独立した検討項目であるかのように扱われている。

例外的に、①と②を関連付けて論じる立場もある。たとえば、約款により契約自由が奪われていることによつて約款使用者には利益調整義務が課せられていると述べる立場である³⁾。ただ、この立場は、次のようなロジックを採用していることに、注意が必要である。すなわち、①で重視されなかった契約自由の価値は本来重視されるべきであつて、この

①に潜む契約自由侵害が、②で救済を与える上でも重視されたというロジックを採用している。しかし、①②の背景には契約自由重視があるとの分析には、直接的証拠がなく、したがって、判決の文言を重視した内在的な理解であるとの保証はない。

第三に、この点も第一の点と関連して、判例とは異なり、紛争当事者を越えた消費者一般の経済的な価値をどう考えるのか、考察に乏しい点である。むしろ、第二の点でも現れているように、自由や公平さといった、紛争当事者のみへの注目で分析することが可能な価値の侵害に念頭が置かれている。

(3) 小 括

以上が、平成一三年判決の概観と、それに対する学説の反応である。

ここでは、一方で、約款の拘束力部分にかかる約款一八条と、信義則部分にかかるダイヤルQ₂サービス自体の両方で、ある種の経済的合理性に関する判示が存在する。しかも、そこでは、契約当事者を越えて、消費者一般の利益が念頭に置かれている。

他方、こういった判例の文言に対して、学説の対応は冷ややかである。つまり、信義則という法理やそこで具体的に考慮された事実注目する見解が大半であって、約款の拘束力部分との結びつけは皆無である。また、例外的に約款の拘束力と信義則判示部分を結びつけて分析する見解もあるものの、判示内容には表面的に現れていない自由の価値の読み込みが行われている。紛争当事者を越えた経済的な価値への配慮は乏しく、紛争当事者のみに注目することで説明可能な価値に、議論が集中している。

では、平成一三年判決の文言に現れる紛争当事者以外の経済的な価値にも注目するアプローチと、民法学説に一般的に現れる紛争当事者の価値に注目するアプローチには、どのような特徴があるのだろうか。この点を探るための参考資

料として、競争法における優越的地位の濫用をめぐる議論を見てみていくこととしたい。

(1) ①に注目する見解もあるものの、本件について約款一一八条の拘束力を否定して全面的に請求を棄却すべきだったとして判旨反対の立場を取る見解である(たとえば、田高寛貴「判批平成一三年三月二七日」法学セミナー五六一号(二〇〇一年)一一二頁)。つまり、判決の内在的論理に賛成し、これを分析する見解ではない。

(2) たとえば、大澤彩「判批最判平成一三年三月二七日」消費者法判例百選(有斐閣、二〇一〇年)二二八頁から二二九頁

(3) 加藤雅信と河上正二の議論を集約した後掲注(26)・二二頁(加藤新太郎発言)を参照。

(4) たとえば、平成一三年判決を分析した川井健「債務不履行における義務違反の債権者による履行請求権の制限」NBL七三二号(二〇〇二年)一二頁は、「契約における自己決定権の尊重」という項目で自由重視が現れていることを述べているものの、そこで引用されているのは原審の判決文と、奥田補足意見である。つまり、多数意見の本文は、自己決定権重視と非整合というわけではないものの、そこからは自己決定権重視を示す直接的な証拠が読み取りづらいことが暗示されている。

Ⅲ 競争法との比較

競争法における優越的地位の濫用の議論が、民法のアプローチを考察する上で、有益な示唆を導き得る理由は、次の三点に求められる。

すなわち、第一に、競争法はグローバル化の中で、とりわけ欧州法統一の中で、何を目的としているのかの問い直しと、精緻化が行われている分野だからである。つまり、同一の現象である「競争」を対象としつつ、多様な価値の議論が行われているわけであって、同一の現象につき見方が割れていたⅡのような問題の所在解明に役立ちうる。

第二に、優越的地位の濫用禁止については、この中に「弱者」保護の観念が含まれていると考えて、これに反する取引の効力を否定する手が見出そうとする民法学説があるからである。⁽⁵⁾そして、約款規制も、消費者保護や交渉力格差は正と並んで、「弱者」保護の一種として議論されてきたことを考えれば、約款規制を考える上で一定の手がかりが存在する可能性がある。

第三に、後述するように約款規制の議論は、その母法の一つであるドイツ法では独占濫用という競争法で対象とする現象を念頭に置いてきたからである。そこで、競争法の議論状況、とりわけ、一定の力の濫用状況が問題とされる構造を見る必要がある。

そこで、競争法の議論を見ていくことにする。ここで焦点を当てるのは、次の二つである。一つは、競争法の目的は何か、である。もう一つは、優越的地位の濫用禁止を競争法との目的との関係でいかに理解するかである。

(1) 競争法の目的

競争法の目的については、主として欧州法を念頭に置きつつ歴史的、比較法的に見た場合、①厚生からの目的、②自由と公平さからの目的、③その他の政策的目的に区分することができる。ここで重要なのは、競争法で目的としている「競争」状態の保護は厚生からも自由・公平さからも正当化される余地があることである。

すなわち、まず、①については、さらに、厚生全体の増加と消費者厚生⁷の増加に、区分するのが一般的である。これら、特に消費者厚生は、事業者間の「競争」の促進により、市場支配力が減殺され、消費者向けの財の価格が下ることにより、実現される。そして、全体の厚生と消費者厚生は、概念的には区別されたものとして理解される⁸。ただし、実際の適用例としては、厚生全体と消費者厚生との差が生じない場合が多い。このこともあってか、消費者厚生基準を用いる競争法も、アメリカ法など、比較法的には少なくない。

①については、関連する問題として、中小企業保護が問題となることがある。これは、中小企業が、経済発展において重要な地位を占めているとの主張があるためである。ただし、実証分析の結果には、決定的なものがなく、判断が分かれている。そして、ロビー活動の結果として入った政策的目的という側面も主張されるところであり、位置づけは明確でない。

次に②については、自由の問題と、公平・公正の問題が区別される。

自由は、ドイツの競争法において、伝統的にその目的となってきたところである。つまり、いわゆるオルドリベラリズム Ordo-Liberalism の影響下で、市場取引にとって必要な制度的枠組みの確保こそが、政府の役割だとし、このために必要な自由の保障が、競争法の目的だとしてきたわけである。⁽⁹⁾ここでは、自由「競争」の結果として市場支配力が弱くなり、価格が下がり、厚生が増大するという因果の流れが目標とされているのではなく、自由「競争」の確保それ自体が目的となっているわけである。たとえば、市場支配力を問わない再販価格維持の厳格な禁止は、ドイツ法におけるこのような自由保護の観点から説明できる。⁽¹⁰⁾

公平・公正の問題は、内容がはっきりしない点もあるが、少なくとも次の二つの点について、競争法では現れる。第一に、当事者間の対価的均衡の点である。いわゆる暴利行為の問題と同様に、一方当事者が契約から得られる利益が、他方当事者との比較で非常に大きいことが問題となっているわけである。たとえば、欧州競争法において、優越的地位の濫用による搾取が問題とされている場面では、劣位の当事者に適正な利益を配分することが目的とされていると見るのが素直である。第二に、契約当事者を越えた平等取り扱いの問題である。たとえば、欧州競争法で差別対価が厳格に禁止されている趣旨は、——市場統合の促進という欧州特有の要因のほか——差別禁止原則が強く作用している可能性がある。しかし、この対価的均衡も、差別禁止原則も、「競争」との関係を説明することは難しい。

最後に③であるが、ここには上記には分類しがたい様々なものが含まれる。たとえば、環境政策の促進という、各国によって大きな違いが出る政策的要因がここには含まれる。

以上をまとめると、次の点がわかる。

すなわち、「競争」が保護されることは複数の利益、とりわけ、厚生と自由という両面から問題となりうる可能性がある。このため、どのような価値の侵害が問題となっているのか、慎重に確定する必要がある。

(2) 優越的地位の濫用の特殊問題

次の問題は、こういった競争法の目的が、具体的な問題類型、特に、強者と弱者の対立という問題類型の解釈にいかにして反映されるかである。ここで問題となるのは、次の二点である。すなわち、第一に、強者—コローラーとして弱者—とはいかにして定義されるのか、という問題である。第二に、強者による弱者の搾取によりいかなる形で競争法の目的が害されるのかという問題である。

(ア) 強者とは何か？

優越的地位の濫用において、強者として主として念頭に置かれているのは、①取引必要説、②総合事業能力説、③情報非対称説の三つの説があると整理する立場がある⁽¹¹⁾。

このうちまず①の取引必要説は、一方当事者が他方当事者と取引する必要がある場合に、この当該他方当事者が優越的地位に立っていると理解する立場である。ただし、この説が採用されているように思われる場面でも、総合事業能力説との峻別が自覚されていない例は多いとされている⁽¹²⁾。

そして、この取引必要説は、「競争」保護の目的を自由保護と理解するにせよ、厚生保護と理解するにせよ、競争法にいう「競争」の意義と適合的である。すなわち、まず、「競争」の意義を自由保護と理解する立場と、取引必要説は整合的に理解することができる。この整合的な理解の前提となるのは、「競争」の定義である。つまり、「競争」とは供給者の競争を基準とする学説が通説であるところ、供給者ではなく需要者を基準として需要者にとつての選択肢の多様性から理解する学説⁽¹³⁾がある。この少数説からは、取引必要説に言う優越的地位は「競争」と関連付けられた適切な定義であるとされている⁽¹⁴⁾。つまり、「競争」とは需要者にとつて相手方選択の可能性がある状態のことを指すと考える場合、

取引必要説にいう「優越的地位」とは「競争」のない状態を指すことになる。このような「競争」の理解は、Ⅳ(1)とⅣ(2)で述べる相手方選択に関する「多様性」の観点と親和的であり、つまりは自由の内在的価値の保護を目的とする場合の理解と親和的である。

また、「競争」の意義について、厚生を増進が究極目的であるとの学説を採用した場合にも、取引必要説は整合的な理解となる。この点は、以下の(イ)で見る。

すぐ後に述べる②と③の立場における難点もあつてか、競争法上の通説であると理解されているのは、この①の取引必要説である⁽¹⁵⁾。

次に②の総合事業能力説とは、資本金、売上高、従業員数などに着目して、一方の当事者が事業遂行能力について優っている場合に、当該当事者が優越的地位に立っていると理解する立場である。

しかし、この説に対しては、「競争」をどのように定義したところで、それに対する悪性という観点からは整合的な解釈が難しいという難点がある⁽¹⁶⁾。つまり、供給者を基準としたところで、需要者を基準としたところで、「競争」と「優越的地位」の論理関係を導くことは困難である。ひいては、「競争」を通じて保護される競争法の価値との関係は、あいまいである。

もつとも、総合事業能力に関する格差を、情報や判断能力に関する格差を指し示す証拠として利用することは可能かもしれない⁽¹⁷⁾。このように考える場合には、次の③の判断枠組みに吸収される可能性は出てくる。

あるいは、総合事業能力に関する格差を、取引の必要性の大きさを指し示すものとして理解することは可能かもしれない。このように考えた場合、総合事業能力の格差の判断は、取引必要説の判断に取り込まれることになる⁽¹⁸⁾。

最後に、③の情報非対称説は、当該商品役務やそれをめぐる取引についての情報をどれほど持っているかに注目して比べて、一方当事者が優っている場合に、当該当事者が優越的地位に立っていると理解する立場である。

この説は、競争法の文脈でも一部は実現されている。たとえば、一般指定八項や景表法四条である。しかし、競争法では情報非対称から生じる問題の是正が実現されない部分もあり、これは消費者契約法など、民法とその関連法で実現されるべきだと主張する立場がある⁽¹⁹⁾。また、この説も、取引必要説と同じように自由侵害と厚生侵害とを問題とする説だが、取引必要説で焦点を当てていた自由とは別種であるように思われる。つまり、相手方選択に関する選択肢の多さではなく、自由行使の基盤である情報を問題としている。この点は、IVで再確認しよう。

小括として、ここで注意すべきは、同じ価値を目指していたはずの競争法から複数の解釈が導かれていることである。この理由の一つは、価値の複線性と価値の多義性にあるように思われる。というのは、取引必要説は、自由の観点からも厚生の観点からも根拠づけることが可能だからである。また、たとえば、競争法は自由自体を保護するものであるとの立場があつたところ、取引必要説も情報非対称説も、異なつた観点からの自由侵害として根拠づけることができるからである。

(イ) 搾取はなぜ問題か？

次に搾取がなぜ問題となるかという点については、競争法の目的との関係で明確に述べる学説は少ないものの、次の二つの学説が少なくとも存在している⁽²⁰⁾。

一つは、濫用的搾取規制説である。この議論は、欧州競争法で、独占的地位 Dominant Position の濫用により不当な利益を得てはならないとして⁽²¹⁾いることを参考にするものである。そして、この説は、消費者厚生や国民経済全体の厚生への影響を問題視することなく、濫用的搾取が個別的事例であっても問題視している。したがって、Ⅲ(1)で述べたこととの関係では、対価的均衡の意味での公平さと、「競争」に内在する自由自体の価値侵害が問題となつている可能性を指摘できよう。また、この説では、相手方の取引必要性に乗じて一方当事者が利益をえることを問題視しており、した

がつて、取引必要説をベースにした説であると見ることができる。

もう一つは、関係特殊投資保護説である。⁽²²⁾この議論は、契約相手方との関係を離れば無駄になり流用できない投資（関係特殊投資）が行われた後、つまりは、取引必要性が生じた後に、このような取引上の優位性を利用して、先に行われた関係特殊投資の回収を不可能にするほどに不利な契約条件を飲ませること（いわゆる機会主義的行動）を、問題視する。というのは、かりにこのような機会主義を放置すれば、機会主義を予測する合理的当事者はこれを恐れて関係特殊投資を行わない判断を下すことになり、したがって、社会における有用な投資が阻害される萎縮効果を生むからである。つまりは、「競争」によって実現されるべき厚生の増進にとつてマイナスの効果となりうるわけである。また、契約費用、情報の非対称性、再交渉可能性などにより、機会主義を防いで関係特殊投資を十分に保護する契約条件を予め定めておくことは不可能となるからである（不完備契約性）。そして、この説も、先の（ア）で述べた取引必要説を前提としていることがわかる。そして、この場合、厚生と対価的均衡という二つの価値につき、優越的地位の濫用規制が役立つ可能性⁽²³⁾がある。

注意が必要なのは、以上の濫用的搾取規制説と関係特殊投資保護説では、問題となる射程が異なることである。すなわち、公取委が優越的地位の濫用を問題とした事例には、関係特殊投資が存在しないにもかかわらず介入した事例もあり、「競争」による厚生増進に焦点を当てる関係特殊投資保護説では説明が難しい。⁽²⁴⁾他方、こうした関係特殊投資が存在しない事例は、取引必要性による対価的不均衡をも問題とする濫用的搾取規制説では説明可能である。

(3) 小 括

以上が競争法における議論の概観である。

まず、欧州法を主として参照した目的の議論においては、一方で、結果に注目する立場があった。つまり、全体の経

済的利益(厚生)と、消費者の経済的利益(厚生)という二つの観点が、存在していた。他方、法學上問題とされやすい価値である自由に注目する立場もあった。これらはいずれも「競争」との関係で理解可能である。このほか、「競争」との関係説明は難しいが、対価的均衡や差別禁止も、法的観点から目的とされうると考えられていた。

次に、優越的地位の内容については、民法で伝統的に問題とされてきた情報非対称のほか、取引必要性和総合事業能力に注目する学説があった。このうち、通説は、取引必要性説である。ただし、取引必要性和自由侵害とも厚生侵害とも結びつきうる。これに対し、情報非対称説では取引必要説とは別個の観点からの自由侵害が問題となっており、この情報非対称等の問題を判断する一要素として総合事業能力に注目する可能性があった。

最後に、優越的地位の濫用によって侵害される価値の内容である。この価値としては、自由と対価的均衡に注目する濫用的搾取規制説と、関係特殊投資に注目する関係特殊投資保護説があった。

以上の特徴を見た場合、民法の議論にも応用可能な注意点がわかる。それは、現象と価値との因果関係、相関関係が、価値の複線性と多義性により不明確となる危険性である。とりわけ、厚生と自由は、問題とする現象が似通っている分、相互の射程を慎重に確定する必要がある。

そして、この因果関係や相関関係の不明確さという危険性は、Ⅱで見たように、経済的な価値と自由が重なりあって議論される約款論についても、妥当しうる。というのは、同一の現象について平成一三年判決の文言と学説では違った価値の観点から分析を行っていたからである。また、以下で詳しく考察するように、自由は多義的だからである。したがって、これによってもたらされうる因果関係と相関関係の不明確性を解消するためには、現象と価値との結びつきを明確化する議論を行うことが、有効となりうる。

(5) 大村敦志「消費者法〔第四版〕」(有斐閣、二〇二一年)三〇七頁。

なお、消費者契約法と優越的地位の濫用規制の対比については、白石忠志「消費者契約法と独禁法 不当条項の無効化と優越的地位濫用の禁

止」ジュリスト二二〇〇号（二〇〇一年）九九頁も参照。

- (6) 競争法における法政策の整理は、欧州法を念頭に置きつつ経済学者による整理が行われている Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 17-30 を参考にした。

- (7) 市場支配力とは、川浜昇ほか『ベーシック経済法 独占禁止法入門 第四版』（有斐閣、二〇一四年）（川浜昇執筆）七頁によると、「より活発な競争があれば実現され得た価格等の取引条件よりも事故に有利な取引条件を設定できる地位のこと」である。

- (8) たとえば、厚生という言葉は使わないものの、大村敦志『消費者法「第四版」』（有斐閣、二〇一一年）三〇五頁にいう「国民経済全体の利益」と「消費者の利益」という対比を参照。

- (9) ドイツの競争法史を踏まえつつ本文で述べたようなドイツ法の特徴を概観するものとして、Kai-Uwe Kuehn, Germany, in Edward M. Graham and J. David Richardson ed., *Global Competition Policy*, Institute for International Economics, Washington, DC, 1997, pp. 117-118 を参照。

- (10) *Ibid.*, p. 137

- (11) 白石忠志『独占禁止法 第二版』（有斐閣、二〇〇九年）二六五頁から二六六頁

- (12) 前掲注(11)白石・注四〇五（二六五頁から二六六頁）、注四〇七（二六六頁）

- (13) 前掲注(11)白石・三〇頁から三三頁。これに対し、伝統的な通説は、供給者を基準として「競争」を確定するという特徴がある。

この二つの説の差は、需要者基準説だと具体的、個別的な需要者との関係で競争変数（典型的には価格）を左右しうるような状態であれば競争法の対象となりうるのに対して、供給者基準説だと、当該供給者と対峙する一定範囲の需要者にとって競争変数が左右される状況でないと足りないことになる。このため、個別事例における価格吊り上げや買い叩きを前者なら問題としうるのに対して、後者だと問題とできない場合があることになる。

- (14) 前掲注(11)白石・二六八頁

- (15) 前掲注(11)白石・二六六頁から二六七頁

- (16) 前掲注(11)白石・二六九頁。また、白石忠志『取引上の地位の不当利用』規制と『市場』概念——独禁法をめぐる一大論議の一断面——」法学五七巻三号（一九九三年）一頁、二九頁以下も参照。

なお、企業結合規制ガイドラインに関する問題意識であるが、「総合的な事業能力」が考慮要素とされていることにつき競争制限効果との関係に疑問を呈するものとして、NERAエコノミックコンサルティング編『企業結合規制の経済分析』（中央経済社、二〇一四年）一〇七頁から一〇八頁も参照。

- (17) この点に関し、たとえば、森田修「「独禁法違反行為の私法上の効力」試論——独禁法による民法の〈支援〉——」日本経済法学会年報一九号九九頁（一九九八年）の、一一五頁では、総合事業能力の格差への注目が、「情報格差、当事者自身の属性としての判断力格差」に注目する議論

と「連続性」を有すると考えている。「連続性」という言葉がさす意味を十分に明確化することは難しいが、その意図するところは本文のような意味を指すものと解することもできるように思われる。

- (18) たとえば、優越的地位の濫用規制にかかるガイドラインを解説した松風宏幸「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」の解説」NBL九四七号（二〇一一年）一七頁の、一九頁では、「優越的地位」の考慮要素としてガイドラインに掲げられている「その他甲と取引することの必要性を示す具体的事実」として、「甲と乙の事業規模の相違」を取り上げている。

- (19) 前掲注(11)白石・二六九頁。また、注(16)白石・三〇頁以下も参照。

- (20) 「少なくとも」としたのは、その後の本文で重視した取引必要性のほか、先のⅢ(2)(ア)1で見たように、情報非対称の観点（あるいは、この判断に影響を与えるものとしての総合事業能力の観点）をも考慮して優越的地位の濫用該当性の判断を行うことが可能だからである。そして、情報非対称と取引必要性の両方を考慮とした場合、この考慮の仕方や、比重や序列を変化させることにより、様々なバリエーションの説を生み出すことが理論的には可能であろう。たとえば、取引必要性和情報非対称のいずれかが満たされることにより、優越的地位の濫用規制が発動可能だと考える余地がある（後掲注(22)大録・公正取引四九二号三九頁以下は、ホールドアップの原因として、関係特殊投資と情報非対称を別の枠組みで扱いつつ、どちらも優越的地位の濫用規制発動の十分条件だと理解している）。あるいは、取引必要性和情報非対称を一つの枠組みで考慮するとしても、一方で、総合衡量という考え方もありうるところ、他方、取引必要性で第一次判断を行い、この第一次判断で決着がつかない場合に二次的に情報非対称を考慮するという考え方もありうる。

- (21) Motta supra note 6 at 3436で、EU条約八二条（現・EU条約一〇二条）における独占的地位の濫用の議論が簡潔に紹介されている。

しかし、アメリカの競争法ではこのような法理は存在しないことに現れているように、厚生を中心に考察する論理では説明しづらい。むしろ、Ⅳ(1)で紹介する価値から説明される方が親和的であろう（ただし、アメリカ法でも、大規模小売業者に対する小売業者への要請が、競争法上問題となった事例はある。この点につき、高橋若和「優越的地位の濫用と独禁法」日本経済法学会年報二七号一頁の一六頁と、杉浦市郎「優越的地位の濫用規制——大規模小売業とフランチャイズを中心に——」日本経済法学会年報二七号五九頁の六六頁を参照）。

- (22) 詳細なメカニズムについては、大録英一「ホールドアップ問題と優越的地位の濫用（一）」（四・終）公正取引四八七号（一九九一年）三三頁、四八八号（一九九一年）五六頁、四九一号（一九九一年）七七頁、四九二号（一九九一年）三九頁を参照。簡潔なまとめとして、前掲注(7)川浜ほか・二七三頁から二七七頁（泉水文雄執筆）におけるCase 24の解説を参照。

- (23) 前掲注(22)大録・公正取引四九一号四一頁。

- (24) 前掲注(7)川浜ほか・二七三頁から二七七頁（泉水文雄執筆）におけるCase 24の解説を参照。

IV 約款を支える現象、価値の分解——試論⁽²⁵⁾

そこで、平成一三年判決を分析する基礎作業として、約款に関わる現象と価値との関係を探ってみよう。ここでは、約款の議論において典型的に想定される交渉力不足の消費者の事情に焦点を当ててみることにしよう。

そして、Ⅲでまとめたように現象と価値との結びつきを注意深く分類すべきと考える場合、現象が要件面と効果面（救済面）に関わるかと考えるなら、大きく三つの分析に分けることが有用であろう。第一に、要件としてどのような現象が問題となっているのか、である。第二に、それぞれの現象と価値の問題はどのように結びつくのか、である。第三に、そのようにして定義された価値の侵害状況は回復されるべきことになるのか、である。

ここでは、直後に論じる契約手続の現象分析が直感的に理解しづらいかもしれないので、例として、一定の契約を考えよう。そして、特約として次の三パターンがあると考えよう。一つ目は、特約をつけることに費用はあまりからないものの、消費者にとつてのメリットがそれより少ないパターンである。たとえば、費用三〇がかかる代わりに、得られる利益は二〇であるとしよう。二つ目は、中程度の費用で、消費者に大きな利益が得られるパターンである。たとえば、五〇の費用で、一〇〇の消費者利益が得られると考えよう。三つ目は、大きな費用がかかり、消費者の利益はこれを上回るものの、費用対効果がふたつ目のパターンより少ないものである。たとえば、九〇の費用で、一二〇の消費者利益が得られると考えよう。この三パターンのうち、厚生 の観点から最も望ましい条項は、余剰がもつとも大きい二つ目のパターン（余剰五〇）であり、次点は三つ目のパターン（余剰三〇）である。逆に、一つ目のパターンは、厚生 の観点からは望ましくない（死重的損失一〇）。

こうした例を念頭に、議論を進めよう。

(1) どのような要件が問題となっているのか？

まず、要件として問題となる現象の分析からはじめよう。ここでは契約手続の問題と、契約内容の問題の二つに分けることができる。

(ア) 契約手続の問題

そこでまず、契約手続で問題となる現象を探る場合、少なくとも手続、実体、選択肢の三つが問題となる。これをまず(a)で見た上で、その内容を具体例に照らして(b)で見えていくことにしよう。

(a) 契約手続で問題となる現象の抽象的把握

契約手続で問題となる現象は、次の三つに分けることができる。

①判断手続の問題

第一に、交渉を通じた手続的、主體的な関与の有無である。すなわち、当事者の負担を正当化するためには、手続的、主體的な関与可能性がなければならないと見ることができる。たとえば、約款ではこのような関与可能性が、一方当事者には閉ざされていることを、問題視することができる。直後に述べる情報提供・情報処理・判断がきちんと行われても、また、多様な選択肢が存在したとしても、約款のようなプレパッケージの取引では、手続的、主體的関与が果たされたとは言いがたい。⁽²⁶⁾ 実例としては、ドイツ法の約款規制における商議概念や、個別交渉の有無を消費者保護の基準として重視する欧州指令を、⁽²⁷⁾ 指摘することができよう。このことを、「手続的自治」の観点と呼ぶことにしよう。

②判断を支える実体の問題

第二に、同意の質の問題である。すなわち、自己決定による責任負担には情報の取得・理解・利用が必要であるところ、約款取引ではこれがかけていると見るわけである。この中には、先にⅢ(2)(ア)の競争法で取り上げた情報非対称説の観点のほか、消費者取引で問題とされうる情報処理や判断の不適切さ(まとめて、判断能力不全と呼ぶことにしよう)の問題を含みうる。⁽²⁸⁾こうした情報非対称と判断能力不全の問題を「実体的自治」の観点と呼ぶことにしよう。

③判断の多様性の問題

第三に、選択肢の存在である。ここには二つ含みうる。

すなわち、第一に、一定の商品やサービスの取引に際して、―約款を使わないという選択肢を含め―取引条項を複数の選択肢から選ばないとすれば、選択肢の多様性は確保されていない(契約内容の多様性)。

第二に、ドイツにおける約款法の発展は、独占が約款の問題をもたらすのだという認識にも支えられてきたことに照らせば、⁽²⁹⁾相手方選択の可能性が重要でありうる(契約締結の可否の多様性、ないし、契約相手方選択の多様性)。相手方選択の余地が無い場合には、Ⅲ(2)(ア)の競争法の議論で述べた取引必要性説の観点とも関係してくる。

これら契約内容の多様性と相手方選択の多様性の観点をまとめて、「多様性」の観点と呼ぶことにしよう。

(b) 具体例に照らして

冒頭の契約の例に照らして、以上の「手続的自治」「実体的自治」「多様性」が失われている場面は、どのように定義されるだろうか。

まず、「手続的自治」が失われている場合とは、一つ目から三つ目までの条項について、交渉の余地なく事業者から提示されている場合である。かりに一つ目と二つ目の両方が提示され、消費者側が選べるようになっていたとしても、

そこに交渉は存在しない。つまり、選択肢が一方当事者から提示され、その選択肢セットが動かす余地が無い場面では、契約内容に影響を与える実質的な話し合いは存在しないのである。この点で、選択肢セットの多様さだけを問題とする、後述の契約内容の多様性問題とは区別される。

次に、「実体的自治」が失われている場合とは、情報非対称と判断能力不全の問題を含む。たとえば、一つ目の条項につき、それが挿入されていることに気づかないまま契約してしまったとすれば、情報非対称が問題となる。また、一つ目の条項について気づいているものの、消費者自らが得られる利益を、たとえば、七〇であるかのように過大評価する場合、判断能力不全の問題が現れる。

最後に、「多様性」が失われている場合とは、契約内容の多様性と相手方選択の多様性の両方を含むのであった。そして、契約内容の多様性が問題となる事例とは、たとえば、ふたつ目の条項だけが提示され、三つ目も技術的には可能であるのに提示されないといった場合である。次に、相手方選択の多様性が問題となる事例とは、事業者が独占状態にある場合である。

(イ) 契約内容の問題

次に、どのような契約内容が問題にされたのか、どのように結果的利益が分配されているのかを見る場合、二つの軸から分析することができる。

すなわち、第一に、契約時の利益確保が問題となっているのか、紛争発生時の利益確保が問題となっているのか、という軸である。これは、「事前」と「事後」とそれぞれ表記することにしよう。

第二に、紛争当事者の利益確保が問題となっているのか、紛争当事者を超えた関係者の利益確保が問題となっているのか、という軸である。これは、「紛争当事者重視」と「関係者重視」とそれぞれ表記することができよう。

たとえば、約款に限らない場面ではあるが我妻は、自由の行使による階級的な利益の均衡を問題としている。⁽³⁰⁾ ここで、自由の調整による利益確保は契約時に行われ、また、紛争当事者を越えた利益確保が問題となっていることから、「事前—関係者重視」と表記することができる。これに対し、不確実性の均衡を問題とする立場は、「事前—紛争当事者重視」の観点といえるかもしれない。

(2) どのような価値が問題となっているのか？

次に、(1)で述べてきた現象は、どのような価値と関係しているのだろうか。ここでも、契約手続と契約内容を分けて、見ていくことにしよう。

(ア) 契約手続と価値

契約手続についてはまず、現象と価値との関係を抽象的に述べたのち、例によってその関係を確認することにしよう。

(a) 契約手続にかかわる現象と価値との抽象的關係

ここでは、「手続的自治」「実体的自治」「多様性」との価値との結びつきが問題となる。

① 手続的自治と価値

第一に掲げた「手続的自治」の観点につき、まず注意が必要なのは、厚生や対価的均衡と直接の関連性を持たないことである。交渉は、「多様性」や「実体的自治」と関係した優越的地位を推認させる意味しか持っておらず、厚生や対価的均衡とは間接的関連性しか持たない。⁽³²⁾ 言い方を変えれば、交渉 Negotiation と、対価の切り分け方の巧拙である交渉力 Bargaining Power は、日本語では似た概念であるものの、区別される概念である。むしろ、交渉の不存在によっ

て侵害される固有の価値としては、交渉を自由の発露であると理解することを前提とした場合に限って、自由の侵害を語ることができるに過ぎない。

②実体的自治と価値

第二に掲げた「実体的自治」の観点は、厚生にとっても、対価的均衡にとっても、問題となる。つまり、たとえば情報や判断能力が不足しているが故に、著しく不利な条件で契約を結んでしまうばかりか（対価的不均衡）、自らにとって支払い用意以下を上回る価格の財を購入してしまうことにもなりうる（非効率取引）。さらに、意思決定プロセスに瑕疵があるという意味で、自由とも関係する。

注意が必要なのは、厚生と自由が双方とも「実体的自治」に関係するとしても、その関係の仕方は異なるということである。

たとえば、情報提供や判断能力補完措置を絶対視するかどうかについて、厚生と自由では態度が異なりうる。つまり、一方で、厚生を問題とする限り、情報提供や判断能力補完措置に費用が掛かりすぎる限り、こういった措置を行うことは正当化されない。また、厚生を確保する措置が、刑罰や規制のような別の措置によってもたらされているのなら、あえてここで「実体的自治」の確保を目指す必要はなくなる。他方、自由を問題とする限り、費用の考慮が正当化されるかという問題や、代償措置がどのようなものとなるかという問題は残る。この代償措置の問題は、のちに述べることにしよう。

③多様性と価値

第三の「多様性」の観点についてみよう。

まず、契約内容の多様性は、厚生と自由の両方に関係しうる。⁽³³⁾とりわけ、契約内容の多様性が高まれば、自由が高まるばかりか、適材適所の取引可能性が高まるという意味で厚生と密接な関係を持っている。ただし、一律の契約内容を

提示することによって節約できる費用も存在するはずである以上、厚生 of 観点からは契約内容の多様性の価値が大きいとは限らない。とりわけ、先に見た「実体的自治」の判断能力の問題と関係して、選択肢の多さがより良い判断を導かない可能性も指摘されていることに、注意が必要となろう。⁽³⁴⁾ 他方、自由のみを重視するのであれば、こういった契約内容の多様性はそれ自体が価値を持つことになる。

また、価格等の対価条項については、独占、つまり、相手方選択の多様性の不存在によって、相手方選択の自由のほか、厚生と対価的均衡の両方が害されうる。これに対し、価格等以外の条項については、独占的狀況は、例外的な狀況を除けば、契約条項の一方的性格をもたらしものではなく、厚生や対価的均衡とは関係しがたい。⁽³⁵⁾

④小 括

以上をまとめると、「実体的自治」には自由の内在的価値のほか、厚生や対価的均衡の手段的意味が認められる一方で、「交渉」や「多様性」には自由の内在的価値のみが結びつきやすいことになる。

(b) 具体例に照らして

ここでⅣの冒頭で出した契約の例に立ち返ろう。その例をもとに、「実質的自治」と相手方選択の「多様性」問題を議論するなら次のとおりになる。

まず、情報非対称により、特約部分の存在に気づかない場合、一つ目の条項が挿入されてしまうかもしれない。というのは、その方が事業者にとつての費用が少なくなる反面、消費者がこの条項に気づかない以上は、消費者から見た契約の表見の意味は二つ目の条項や三つ目の条項がつけられた場合と変わらないことになるからである。しかし、このような結果は、非効率な条項が用いられているという点で厚生に反する。また、費用分が価格転嫁されうることを考えれば、真実の支払用意よりも高い金額を支払っていることになるとの意味で、対価的均衡の侵害にもなりうる。

また、判断能力不全により一つ目の条項から得られる利益を七〇だと誤解している場合、消費者は一つ目の条項に気づきつつ、これを選択することになるかもしれない。というのは、価格に添加されうる費用三〇より高い意味を、消費者は一つ目の条項に見いだしている状態になるからである。この結果、消費者は、たとえば、四〇の価格で一つ目の条項を喜んで受け入れるかもしれない。しかし、これは情報非対称について前述したのと同じ意味で、厚生や対価的均衡を害する結果である。

これに対し、独占だけが問題となっている状態を考えよう。この場合、事業者から提示される条項は、ゲーム理論に照らせば、二つ目のものである。というのは、事業者にとって利益を最大化する戦略は、二つ目の条項を提示し、この対価として一〇〇を請求するというものだからである。すなわち、一方で、条項が消費者にもたらす利益の大きさが、消費者側が当該条項に対して支払って良い金額の上限になる。したがって、一つ目の条項については二〇、二つ目の条項については一〇〇、三つ目の条項については一二〇が、それぞれ対価として請求しうる上限である。そして、独占状態にあることの意味は、この上限金額を対価として請求しうることである。他方、この事業者に期待される利益は、こうして算定された対価額から、費用額を差し引いた額になる。したがって、費用と消費者利益の差額が最も大きな条項が、事業者側から提示されることになる。これは、効率的な条項である上、一方的に利益を収奪する条項ではない。もちろん、代金といった対価条項の不均衡は問題となるわけだが、こちらは別個規制すべき問題である。

比喩的に示すと、契約で約款の結果が問題となっている状態は、あたかも、製造物について品質が悪化している状態と同じである。そして、一方で、製造物責任が問題となる状況を考えればわかるように、情報や判断能力に起因する「実体的自治」の機能不全は製造物の品質悪化の原因となる。他方、交渉の不存在による「手続的自治」の機能不全や、独占の存在による「多様性」の機能不全は、製造物の品質悪化につき、因果関係も、相関関係も存在しない。だからこそ、たとえば、製造物責任において、特に独占が問題視されることはない。

以上の例示からもわかるように、「実体的自治」には自由の内在的価値のほか、厚生や対価的均衡の手段的意味が認められる一方で、「交渉」や「多様性」には自由の内在的価値以外は結びつきづらいことがわかる。

(イ) 契約内容と価値

次に契約内容を問題とする場面である。

すなわち、第四に、「事前—紛争当事者重視」の利益は、対価的均衡と関係することが明らかである。また、たとえば、「実体的自治」の機能不全によって支払い用意よりも高い価格の財が提供された場合のように、厚生の問題ともなりうる。

第五に、「事後—紛争当事者重視」の利益は、対価的均衡とは関係しやすい。また、紛争当事者にとっての事後利益の確保は、たとえば、リスク回避傾向のある者への保険が厚生を増進させるように、厚生と関連する場面がある。しかし、このリスク回避傾向の重要性は、紛争当事者により、また、場面により様々であり、一般的に妥当するとは言いがたい。こういった意味では、「事後—紛争当事者重視」は、対価的均衡の価値と結びつきやすい。

第六、第七の点、「事前—関係者重視」と「事後—関係者重視」は、再分配的な、広い意味での対価的均衡の問題といえるかもしれない。また、平成一三年判決で見られるように、事業者の費用低減が紛争当事者を越えた消費者の利益をもたらしうることを考えれば、厚生の問題としても理解することが可能な場合がある。そして、厚生を害しうる原因としては、第四、第五の点で掲げたような「実体的自治」などの侵害の場面が考えられよう。

(3) どのようにして価値を確保するか？

最後に、(2)で述べてきた価値侵害に対してどのような救済を与えるのが適切かという問題である。この点は、それぞ

れの価値の回復について述べるほかに、価値の直接的回復が困難または不可能な場合の代償措置を考えることができる。

(ア) それぞれの価値の確保

ここ価値と救済との関係でも、契約手続と契約内容に分けて論じることができる。以下、順に論じよう。

(a) 契約手続と価値回復

まず契約手続につき、第一に「手続的自治」は、その回復のためには交渉それ自体を規律する必要がある。しかし、再交渉義務の議論にもあるように、裁判所の監督を離れた交渉の規律は、困難が多い。とりわけ、契約内容の無効化という脅しによって交渉を促せるかは、実証に照らして不透明な部分を残している。また、交渉費用を縮減するためには約款が用いられているのに、強制的に交渉を行わせるのは、関係者の消極的自由にも厚生にも適合しないという問題が生じよう。

第二に、「実体的自治」についてである。一方で、情報非対称や判断能力不全の解消措置が行われなかった場合に、約款規制を行うなら、この脅しにより情報非対称や判断能力不全の解消措置を促すことが可能かもしれない。他方、「手続的自治」と同じような問題が生じうる。というのは、たとえば、約款を読むことを取引上求めていくなら、一方で、情報非対称という「実体的自治」の問題は一部解消するものの、他方、当事者に時間等の費用を課することになるからである。したがって、関係者の消極的自由や厚生との適合性が、問題となるところである。

第三に、「多様性」の確保が問題となる。これは「手続的自治」や「実体的自治」よりも、裁判所による確保には問題が多い。契約内容の多様性も、相手方選択の多様性も、裁判所による確保が困難である。また、任意法規の半強行法規化に関する議論に見られるように、他の観点を重視するためなら契約内容の「多様性」は犠牲になっても良いと考え

られているようにも思われる。というのは、任意法の内容を強行規定化することによって、契約当事者が選り取れる契約内容の選択肢は、減少することになるからである。逆に契約内容の多様性を原理的に重視する立場、つまり、一定のリバタリアニズムはこういった選択肢の現象につながる契約規制に反対することになる。

このように、「手続的自治」「実体的自治」「多様性」を直接に回復させることは、問題を含んでいる。そうであれば、契約手続を問題とする立場は、むしろ契約手続の正当性が失われる代償措置として裁判所によるコントロールを考えているのかもしれない。⁽³⁶⁾ そうだとすれば、代償措置の基準が必要となる。この点は、以下の(イ)でまとめて論じよう。

(b) 約内容と価値回復

次に、契約内容を論じよう。この中には契約内容に含まれる個々の価値内容についての総論部分と、価格論拠に関する各論が含まれる。

① 契約内容の個別内容と価値回復

第一に、「事前—紛争当事者重視」についてである。これは、さらに、二つの可能性にわけられる。一つは、契約によって生じる結果的利益の切り分け方の不均衡を問題とする可能性である。この対価的均衡自体を問題とした場合、再分配的調整が必要となる。もう一つは、契約によって生じる結果的利益が不効率取引によって減少していることを問題とする可能性である。この厚生観の観点とした場合では、効率性的調整が必要となる。

第二に、「事後—紛争当事者重視」についてである。ここでは、第四と問題点はほぼ同じで、基準時が異なるぐらいである。

最後に、第三として「事前—関係者重視」、第四として「事後—関係者重視」である。ここでは、事後の観点は、事前の観点にほぼ吸収される。というのは、無効等の基準として示された判決が、紛争以後の関係者にとっては事前調整

の基準として用いられる以上、——一定の被害などの事例判決のような関係者が事前に生じきってしまったっているケースを除き——結局は事前の効力を念頭に置かざるを得なくなるからである。そして、ここでも、再分配的調整と効率性的調整の二つが問題となりうる。

問題となるのは、紛争当事者重視と関係者重視とをどのように調整するかである。すなわち、一方で、紛争当事者重視で調整を考えることに対しては、利害調整が裁判という当事者限りの効力を持つものとして行われるとしても、判例法として紛争当事者以外の結果的利益の調整にも影響を与えうることを無視できるか、問題となる。他方、関係者重視の観点については、法的思考になじまない⁽³⁷⁾、あるいは、秩序に反するという批判がある⁽³⁸⁾。この点につき、関係者重視批判に分があると考えるなら、平成一三年判決の文言を内在的に理解することは不可能となろう。というのは、平成一三年判決で約款一一八条の拘束力を認める際に原則的に考慮されていたのは、全体の厚生が消費者厚生に跳ね返りうる場面であって、紛争当事者のみに焦点を当てていたわけではないからである。

さらに、紛争当事者重視にせよ関係者重視にせよすべてに関係する問題として、再分配的調整と効率性的調整のいずれを重視するかという問題がある。一方で、たとえば、古典的な契約形態では交渉力の対等な当事者が想定されていたものの、現在の契約はそうではなく、一方当事者（群）⁽³⁹⁾から他方当事者（群）への搾取が問題となるなどと語る場合、焦点となっているのは、再分配的調整であるようにも思える。他方、三で示したように、搾取の場面は、効率性的調整が必要となる問題として理解することが可能な場面もある。また、民法を通じた再分配は必要なのか、あるいは、民法による再分配は適切なのか（税と社会保障に委ねるべきではないか）、こういった問題も生じよう⁽⁴⁰⁾。

② 価格論拠問題

再分配的調整と効率性的調整のいずれを優先させるかと関連した問題として、いわゆる「価格論拠」の問題がある。つまり、たとえば、担保責任等の民法上の任意法規で認められた権利を約款で失わせることによって費用低廉化が図ら

れる場合に、これが価格低下をもたらしうるものであって、ひいては消費者厚生 of 改善に繋がるとして、有効性を認める方向として考慮すべきという論拠を認めるか否かという問題である。この論拠の採用に対しては、ドイツ法を参照する論者から、権利剥奪によって得られた利益のすべてが消費者に還元されるとは限らないとする批判が加えられている。⁽⁴⁾

しかし、なぜ利益すべての還元が必要となるのかは、判然としない。たとえば、冒頭の例に立ち返って、三つ目の特約が任意法規によるデフォルトルールであるところ、契約については二つ目の特約が効率的である例を考えよう。そして、三つ目の特約に対して、費用と利益の中間である一〇五の対価を消費者は払っていると考えよう。つまり、三〇の余剰を、事業者と消費者で一五ずつ分け合っていたとする。この場合に、二つ目の特約に切り替えて、対価は七〇になったとしよう。そうすると、事業者利益は一五から二〇へ増加する一方、消費者利益は一五から三〇と大幅に増加している。価格論拠否定説を正面から採用するなら、事業者利益が残っているこのような場合をも問題とされそうである。というのは、事業者は利益すべてを吐き出しているわけではないからである。しかし、余剰の分け方は、消費者にとつて有利なものへと変容しているため、対価的均衡のみでは価格論拠否定を説明できない。まして、厚生 of 観点から価格論拠否定を説明することは困難である。

とすれば、問題とされねばならないのは、なぜすべての利益の掃き出しが必要なのか、その理由である。一つの仮説は、自由 of 内在的価値の重視と相関している可能性である。つまり、価格論拠否定説は、約款により失われた権利に対する補償を厳格に要求するという意味での対価的均衡の確保を基礎に置いていてと考えることができる。これは、同様に法学上の価値である自由と一緒に考慮することになじむ。実際、「手続的自治」や「多様性」に含まれる自由 of 内在的価値を重視するドイツ法で、この価格論拠の否定説が通説的立場を占めている。

こう考えた場合、価格論拠は、自由を重視する場合の、対価的均衡の強力形態とまとめることができる。

(イ) 代償措置

ここで、先送りした問題に立ち返ろう。つまり、「手続的自治」「実体的自治」「多様性」に含まれる価値が侵害されることによる代償措置の問題である。ここで問題となるのは、適切な代償をいかにして確定するのか、という問題である。代償の基準としては、任意規定を手がかりに、次の二つの方向性が考えられうる。

(a) 任意法規と正義

第一に、任意規定に含まれる正義を実現する基準をもって、代償措置の基準とする方向性である。たとえば、任意法規の半強行法規化を支持する論者は、そこに一つの価値の標準を見出していると見ることができ⁽⁴²⁾。そして、危険負担や同時履行の抗弁権など民法の任意規定が対価的均衡に配慮していることからすれば、こうした論者が重視するのは、対価的均衡自体であると見ることが可能であろう。また、こうした任意規定に含まれる正義が発動する条件としては、「手続的自治」「実体的自治」「多様性」自体に含まれていた価値、すなわち、自由侵害の程度を問題とすることが可能であろう。というのは、任意法規の半強行法規化は、交渉力において劣る消費者を主として念頭に置いた議論であり、「実体的自治」自体に含まれる価値である自由侵害を問題としていると見ることができ⁽⁴³⁾るからである。

ただし、このような形で任意法規を手がかりに代償措置を考えることは、次のような三つの問題がある。

すなわち、第一に、任意規定に含まれる正義と、自由侵害を問題とする方向性は、価値を対象とした衡量である以上、議論が不明確となる可能性がある。この点は、Ⅲでの競争法での議論で示されていたところである。特に、「手続的自治」や「多様性」に含まれる自由は重視されるべきなのか、また、「実体的自治」は厚生増大の手段的意味も認められるところ自由の内在的価値の問題と切り分けることができるか、こういった問題を慎重に検討する必要がある。

第二に、任意法規に含まれる規律に、正義が含まれているのか、という問題もある。というのは、日本の任意法規と同様の規律はアメリカ法にもみられるところ、その規律内容は自由や公平さを必ずしも重視しない「法と経済学」によっても説明されているからである。⁽⁴⁴⁾

第三に、代償措置の基準として正義という他律的価値を持ち込むことは、代償措置の原因となった価値侵害である自由と調和しないのではないか、との問題がある。⁽⁴⁵⁾

(b) 任意法規と理想的交渉状態

第二に、「手続的自治」「実体的自治」「多様性」の現象が満たされる理想的交渉が充足された場合の平均的結果を任意規定は定めていると見て、これを代償措置の基準とする方向性がありうる。つまり、自律的参加が伴い、情報が十分であり、選択肢が多様である条件での交渉が行われたと仮定した状態での、交渉結果を基準とするわけである。

そして、この理想的交渉状態では、紛争当事者間の結果的利益の分配の平等さという再分配の問題が生じないほか、契約は紛争当事者の結果的利益の総量を増加させる方向でも働くと考える余地はある。この意味で、こうした「手続的自治」「実体的自治」「多様性」の現象は、契約内容がもたらす対価的均衡や厚生に対する関係で、手段的にも働きうる。

(c) 両説の差

この理想的交渉状態に注目する説と、任意規定を正義の標準として用いる説との比較では、以下の諸点に注意する必要がある。

まず、任意規定は絶対的基準か否かという問題がある。任意規定を理想的交渉状態の結果だと理解する場合、任意規定に含まれる内容はあくまでその例示に過ぎないことになる。そのため、理想的交渉状態が別の観点から確定できる場

合、たとえば、厚生を増加させうる条項が他の手段により証明できる場合であって、かつ効率性的調整を重視すべきと考えるなら、当該他の手段によるべきことも正当化されうる。理想的交渉状態を重視する説では、任意規定は絶対的基準ではないわけである。

次に、基準時の問題がある。任意規定を理想的交渉状態の結果だと考える場合、対価的均衡として念頭に置かれるのは、「事前—」に含まれる型のものである。というのは、交渉によりどのように割り当てを行ったかの均衡を問題としている以上、時点は交渉時となるからである。他方、先に見た任意法規に正義内容が含まれているという説では、この点も不明確となる。つまり、「事後—」の点での対価的均衡が含まれている可能性がある。

最後に、理想的交渉状態を念頭に置く場合、「手続的自治」「実体的自治」「多様性」といったそれぞれの現象と厚生、対価的均衡との関係性は、濃淡がある。

一方で、厚生や対価的均衡との結びつきが説明しやすいのは、「実体的自治」である。

他方、IV(2)で見たように、「手続的自治」の観点は厚生や対価的均衡との直接の関連性は薄い。理想的な交渉 Negotiation が行われたとしても、対価の切り分け方とは直接関係ないわけである。重要なのは、交渉力 Bargaining Power であって、この交渉力に影響をあたえるのは、取引必要性和関連した「多様性」の観点と、情報非対称を典型とする「実体的自治」の観点である。

同様に、「多様性」の観点のうち、契約内容の多様性と対価的均衡との関係は明らかではない。厚生とは結びつきうるものの、多様性が費用低減とトレード・オフの関係にありうることや、約款規制は契約内容の多様性を減少させる方向で働き得ることからすれば、救済との関係は明らかではない。さらに、相手方選択の「多様性」の観点は、対価以外の条項については、厚生にも対価的均衡にも関係しない。

このように見た場合、代償措置という意味での約款規制にとって標準となるのは、自由侵害を基準として任意規定に

含まれる正義を問題とする方向性と、理想的交渉状態のあり方を探る方向性である。そして、前者後者ともに、問題となっている価値を慎重に分析することが、介入の適切な内容と射程を探る上で重要となりうる。

(4) 小 括

以上は、約款取引が問題となる点について、要件、価値、救済の順に問題点を析出することを試みた。

特徴の一つは、現象と価値との複線性である。すなわち、現象として単一のものであるとしても、複数の価値が絡まり合う場合がありうるということである。たとえば、情報非対称や判断能力不全といった「実体的自治」は、自由、厚生、対価的均衡と結びつき得る現象であった。

価値の多義性による不明確性も特徴の一つであった。すなわち、価値から見た場合、一つの価値に複数の現象が結びつきうることを見た。約款との関係では、自由一つとつても、交渉の有無（「手続的自治」）、情報非対称や判断能力不全（「実体的自治」）、契約内容と相手方に関する選択肢不存在（「多様性」）と関係している。

このような状況である以上、ⅡやⅢで見たようなアプローチの違いは、要件効果を考える上で非常に重要である。というのは、どのような場合に、どのような救済が適切か、この点はどのような価値が侵害されているのかを理解するアプローチの違いによって、異なった結論が導かれうるからである。たとえば、厚生を重視するのであれば、交渉の有無や相手方選択の可能性は、要件として意味を持たない。効果としても、情報提供が費用を大きく増加させるのならば、情報提供による自己決定自体は重視しなくてもよい。こういった結論が導ける。

また、どのような価値が侵害されうるのか焦点を明確に設定しなければ、因果関係どころか相関関係すら明らかにされない直感的認識を議論に持ち出すことになりかねないように思われる。本文中で取り上げた相手方選択可能性と契約内容の関連性に関する議論のほか、交渉不全という契約手続不全により契約内容に問題が生じる、という因果関係

も相関関係もわからないタイプの論拠が、この典型であろう。⁽⁴⁶⁾ もちろん、交渉不全は交渉自体に価値があるとすれば法的な評価に値するわけであるが、価値の焦点が不明確なままでは現象が法的に拾い上げられている意味付けを誤ることになる。

(25) 独占濫用理論を出発点に発展して、その後内容形成自由自体を重視するに至ったドイツ法に対して、それ以外の態度がありうるという可能性を考えるにあたっては、伊藤雄司「約款と個別合意——約款の内容規制の法的根拠をめぐって」飯田秀総ほか編『商事法の新しい礎石 落合誠一先生古稀記念』（有斐閣、二〇一四年）四五六頁以下を参考にした。

また、要件とした考えられうる現象面と価値との結びつきを分析して考えるにあたっては、内田貴『契約の時代』（岩波書店、二〇〇〇年）に収められている「現代契約法の思想的基礎」（同二三頁から一六九頁）の思考枠組みも参考にした。

(26) 情報非対称性の観点と区別されたその前段階として、交渉・商議の存在に注目する約款規制（鼎談 民法学の新潮流と民法実務【第六回】約款論を語る）判タ一八九号（二〇〇五年）四頁、一〇頁（加藤雅信発言）に対して、約款アプローチを採用する河上正二が好意的な意見を述べていること（同一二頁（河上正二発言））が、これに当たろう。

(27) 消費者契約における不公正条項に関する一九九三年四月五日付閣僚理事会指令三条を参照（日本語訳としては、消費者庁ホームページ <http://www.consumer.go.jp/kankeihousei/keiyaku/eu.html>：二〇一六年二月一八日最終確認）がある。

(28) 情報非対称や情報処理に問題がなくても判断に問題を引き起こす民法とその関連法に照らしてわかりやすい例は、消費者契約法四条三項に掲げられた困惑惹起行為である。つまり、強迫と同様、相手方に意図的に不利益を与えることにより、自己に利益を誘導しようとする行為は、判断に影響をおよぼすものとして禁止されう。

また、心理学で主張される種々のバイアスに注目した場合も、情報処理に不完全さがなくてもなお判断として問題視しうる事例をあげることができる。たとえば、現状維持バイアスや、近視眼バイアスである。こうした判断能力不全の問題については、西内康人『消費者契約の経済分析』（有斐閣、二〇一六年）を参照。

(29) 後掲注(32)の「近世法が個人意思の絶対的自由を主張したのは、自由のために自由を主張したのではなく、そうすることによって封建制度を破つて個人の向上発展を期することができたからである。ところが、その後の社会の経済的發展は、個人間の富の偏在を生じ、個人の意思の自由だけでは個人の發展向上をはかることができず、かえって、そのために本人の欲した契約の効力を否認し、さらに、その個人の属する階級ないし職業にある者全体の地位向上をはかるために個人の意思の自由を制限することが必要な場合もある。個人の意思の自由に対する法律の態度の変遷を形

(30) たとえば、「近世法が個人意思の絶対的自由を主張したのは、自由のために自由を主張したのではなく、そうすることによって封建制度を破つて個人の向上発展を期することができたからである。ところが、その後の社会の経済的發展は、個人間の富の偏在を生じ、個人の意思の自由だけでは個人の發展向上をはかることができず、かえって、そのために本人の欲した契約の効力を否認し、さらに、その個人の属する階級ないし職業にある者全体の地位向上をはかるために個人の意思の自由を制限することが必要な場合もある。個人の意思の自由に対する法律の態度の変遷を形

式的な自由から実質的な自由への転向などといい、また自由から平等への転向などという。……。ただ、本条の適用として、自由の制限を考える際の標準は、単にその契約をした個人の形式的な自由に求めず、その階級ないし職業にある一員として、実質的にその生活を向上することができる自由と、これによる社会全体の利害を考慮して決定すべきである。」という（我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、一九六五年）二七八頁）。

(31) 中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣、二〇〇〇年）二〇五頁以下（初出、一九九六年）で示されている立場を参照。

(32) このような本文の言い回しは、直感に反するかもしれない。しかし、先にⅢで見た優越的地位による弊害をもたらす原因である取引の必要性や情報非対称性は、交渉の存否とは無関係に存在しうる。そのため、たとえば、取引必要性の意味での優越的地位が存在すれば、交渉が行われた結果として、つまりは、話し合いが行われた結果として―厚生の観点または対価的均衡の観点から―不当な要求が押し通されることがあるのである。

むしろ、交渉の有無という現象が不当な契約条項に繋がっているように見える場面であっても、この交渉不全現象は、取引必要説や情報非対称性説での問題状況を推察させる証拠の意味しか持たないと見るべきである。

つまり、たとえば、交渉が行われずに相手の不当な要求を飲んでしまう状況から、取引必要性、つまり、相手方選択の多様性がかけている状況が存在していることを、推認することが可能な場合がありうる。つまりは、「多様性」の観点に吸収される。

また、交渉には一定の知識経験や判断能力が必要となる以上、交渉の不存在状況は情報非対称性等を推認させる状況ともなりうる。交渉の有無が情報非対称の解消の徴表であって規制の対象から外れやすいとの理由付けは、価格条項など中心的な条項が規制されていない理由付け、つまり、一定の条項は当事者の考慮対象になりやすいはずであるから規制しなくともよいとの理由付けと、同様の構造を持つ（See Hanneke A. Luth and Katalin Csers, *The DCFR and Consumer Protection: An Economic Assessment* in Pierre Larouche and Flomena Chirico eds, *Economic Analysis of the DCFR*, European Law Publishers: Munich, 2010, p. 264）。つまりは、「実体的自治」の観点に吸収される。

(33) 厚生と自由という観点が十分に切り分けられているとはいえないかもしれないが、「多様性」を意識した論述としてたとえば、丸山絵美子『中途解約と契約の内容規制』（有斐閣、二〇一五年）四一三頁や、山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、一九八七年）三三五頁以下を参照。

(34) 前掲注(28)・西内七〇頁から七一頁を参照。

(35) つまり、相手方選択の多様性がない状況、つまり、典型的には独占の状況でも、対価等以外の条項につき最も効率性な条項―つまり、両当事者が契約から得られる利益の総和を最も大きくする条項が選ばれるのであって、一方的な搾取を行う条項が選ばれるわけではない―が提示されるということである。この結論は直感に反するかも知れない。実際、過去においては、独占は非効率な一方的条項をもたらしという見解が、アメリカ法で有力な見解であった。また、ドイツ法における約款規制は歴史的には独占濫用の問題として発展してきたのであって（後掲注(41)河上・三一九頁以下）、最近でも、情報非対称等と並んで独占も問題となるのかのような記述は残存している（たとえば、Kötz, *infra* note 40, at 138のほか、

河上正二「約款による契約」と『定型約款』—消費者法研究三卷（二〇一七年）一頁、五頁を参照。

しかし、このような独占的地位を問題とする立場に対しては徹底的に反駁が行われており、アメリカ法では対価以外の契約条項の効率性と独占的地位とは無関係であるとの立場が通説となっている。この点は前掲注(28)・西内一二六頁以下を参照。

- (36) 代償措置の可能性については、たとえば、労働指揮権の内容規制の文脈であるが、土田道夫『労務指揮権の現代的課題—労働契約における一方的决定と合意決定の相克—』（信山社、一九九九年）四一六頁で、使用者側から労働者側についての「相手方の利益を顧慮すべき義務」は「使用者が労働者から実質的に奪い取った契約内容形成の自由に対する代償として課されるものであり、内容規制の拠り所となる視点である」と述べている点を参照。

- (37) 代表的な論考として、平井宜雄『法政策学——法的意思決定および法制度設計の理論と技法』（有斐閣、一九八七年）、同『法政策学——法制度設計の理論と技法【第二版】』（有斐閣、一九九五年）をあげておく。

- (38) たとえば、前掲注(5)大村・三〇三頁は、「市場の必要とする価値」の問題として契約外の消費者の保護を目的としても「私法秩序が攪乱されるということはない」と述べているものの、ここで前提となっているのは紛争当事者以外の関係者の利益を考慮することは秩序に反するという考え方である。

- (39) たとえば、関係当事者全体に関する交渉力非対称という観点から、関係者の再分配を問題とする立場として、IV(1)2の前掲注(30)の我妻説を参照。

- (40) Hein Kötz, *European Contract Law: Vol. I: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties* (translated from the German by Tony Weir), Clarendon Press: Oxford, 1997, p. 13

- (41) たとえば、河上正二「約款規制の法理」（有斐閣、一九八八年）四一九頁以下、前掲注(39)丸山・三八三頁以下。

- (42) 学説のまとめとして、たとえば、椿久美子「半強行法規概念の生成とその機能」法律時報八五卷九号（椿寿夫編集『民法における強行法・任意法』（日本評論社、二〇一五年）九二頁以下所収）

- (43) 前掲注(26)・一二頁（河上正二発言）で、「法が当事者に対して分配した権利義務の公平な分配を無視している」ことを問題していることを参照。

- (44) たとえば、松田貴文「契約法における任意法規の構造・厚生基底的任意法規の構想に向けた一試論」神戸法学雑誌六三卷一号一七一頁を参照。

- (45) 前掲注(36)・土田四三五頁以下を参照。

- (46) 前掲注(26)・一二頁（河上正二発言）で、商議性、交渉性が問題となるという加藤雅信発言に賛同しつつ、「実務家の方はおそらくそこで経済の実質であるとか法形式であるとかというものをみながら、これはどう読み取るべきかということを直感的になさってきている。約款問題としては意識していなかったかもしれないが、同じような問題意識は共有していたのではないかと思うのです。」と述べられている点を参照。

V 平成一三年判決の分析

このようにして抽出された現象とそこに含まれる価値に照らして、平成一三年判決を分析してみよう。ここでは、(1)で厚生¹の観点、(2)で対価²的均衡の観点、(3)で自由の観点を、それぞれ考察する。最後に(4)で若干の分析を行う。

(1) 厚生¹の観点

素直に読む限り、平成一三年判決の原則的観点は、全体の厚生を背景とした消費者厚生³の増大によって支えられていると見ることができる。つまり、約款一一八条の有効性との関連で、通話料徴収費用低減は全体の厚生と直接関連する観点である。また、信義則判断との関連で、ダイヤルQサー⁴ビスの有用性がまず述べられていることは、投資判断にかかる効率性への配慮とみることができ、厚生にも配慮した判断が行われている現れと見ることができる。

そして、こうした厚生⁵の重視の原則性は、Ⅱ(1)の③で行われた区別を正当化する上でも役立つように思われる。つまり、未成年子利用分の親への請求について減額が行われる一方で、従業員利用分の使用主に対する請求や学生マンション居住者利用分の家主に対する請求については求償可能であることを理由に減額が認められなかったことを、どう考えるかという問題である。ここで、親に十分な情報がない場合に未成年者が非効率取引をしてしまう可能性は少なくとも⁽⁴⁷⁾二つある。

第一に、未成年者には「実体的自治」が欠けるため、非効率取引が生じる可能性である。まず前提として、厚生に焦点を当てる場合には、契約当事者と関係する価値のみに焦点を当てる必要がなく、関係当事者にまたがる「実体的自治」の問題に焦点を当てることができる。そして、未成年子については、対価との関係で利益が大きい⁶か否かの判断能力が不十分であって、そのために非効率取引が生じる可能性がある。この判断能力の不十分さを補完するため、当該未

成年者につき最も情報を有している可能性が高い親権者に民法は判断権を与えていると見た場合、この判断権を十全に行使するためには親の「実体的自治」、つまり情報や判断の完全さが担保される必要がある。親への情報提供を欠いたことを問題視する平成一三年判決は、以上の問題を重視したものと理解することができる。

第二に、未成年者は、不要な取引を行ってしまっても、親が払うのが通例であり、求償されることが少ない点である。つまり、支払われるべき対価が自らの究極的な経済的負担に帰することが必ずしも多くないため、未成年者に判断権を与えたのでは不要なサービスを購入してしまう可能性がある。言い換えれば、受益者（Q²サービス利用者）と費用負担者（加入契約者）が異なる状況であり、一種のエージェンシー問題が生じるわけである。そのため、エージェンツの非効率な行動を抑制するための枠組みが特に重要となり、このために平成一三年判決の事案では、Xによる情報提供などが役立った可能性がある。つまり、ダイヤルQ²の危険性に関する親権者への情報提供を通じて、エージェンツである子供の非効率取引を親権者が実効的に防げる可能性が上昇するわけである。これに対し、求償可能性が問題となった従業員利用分や学生マンション入居者分の事例では、求償権行使により受益者が費用負担者となる可能性が高いため、こうした費用の内部化により非効率取引が防がれる可能性が、相対的に高い状態にある。

このように見ると、平成一三年判決を厚生¹の観点から理解できる部分は、大きいといえる。

したがって、約款取引における拘束力の源泉は、厚生¹の観点によって支えられている部分が大きいと理解することが可能な判決である。

(2) 対価的均衡の観点

他方、Ⅲの競争法の議論で見たような、経済的な価値以外の価値の観点が皆無かという点、そういうわけでもない。たとえば、求償可能性を重視して従業員利用分や学生マンション入居者利用分については信義則による制限を認めな

かつた理由付け部分には、明示的に厚生に関する判示があるわけではない。(1)で前述した厚生に注目した理由付けは、あくまで推察にとどまり、別の価値で説明したほうが良いかもしれない。この点は、紛争当事者またはそれと同様の境遇に陥りうる人間につき、効率性とは離れた経済的な利益が目的とされていると見るべきかもしれない。特に求償によって確保される利益により、経済的に不利益を受けない可能性が高いことが問題とされていることや、判決が用いた「衡平」という用語は、対価的均衡に馴染む概念である。

ただし、紛争当事者に限った利益を重視して対価的均衡を図ったのか、それとも同様の境遇にある当事者の利益をも重視して対価的均衡を図ったのか、いずれかは明確ではない。そして、最高裁が一般的な法理の形で語っていることを考えれば、「関係者重視」の形での対価的均衡を問題としていると見ることもできよう。

また、求償が可能性として存在するだけで平成一三年判決とその他の事案との区別が行われていることに注目すれば、対価的均衡は、事前のリスク分配の問題として要求されている側面が強いと見るべきであろう。逆に言うと、かりに事後的な対価的均衡を問題としたのだとしたら、求償可能性ではなく、求償が現実に行われたか（あるいは、現実に行えたか）という観点が重要になってくるはずであろう。

(3) 自由の観点

このように法学的観点からの説明が親和的な部分があるとしても、手続の部分に関して、自由自体の価値が先に述べた厚生の価値よりも重視されているかは、疑問である。

というのは、まず、「手続的自治」として見た交渉の有無の観点、たとえば、事前に作成された契約条項が使われたという約款に特徴的な現象は、平成一三年判決で重視されていないからである。また、「多様性」の観点のうち、相手方選択の多様性は、Xが固定事業に関する独占的事業者であったとすれば問題とする余地があったものの、平成一三年

判決は問題としていないからである。同じく独占的事業者による約款利用という事実からは、契約内容の多様性も存在しなかったことが推察されるものの、これも重視されていない。むしろ、これらを重視しうるドイツ法で拒否反応が示されていたいわゆる価格論拠に親和的な判示が、平成一三年判決では行われている。以上からすれば、「手続的自治」や「多様性」、ひいてはここに含まれうる唯一の価値である自由の内在的価値は、重視されていない。

したがって、厚生の観点とも重なりあう形で、「実体的自治」の現象に含まれる自由の価値のみが問題となっているに過ぎないわけである。

また、「実体的自治」に含まれる自由の観点からすべてを説明しようとすることは、Ⅱ(1)の③での問題を理解する上でも問題を生じさせるように思われる。というのは、約款が用いられていることによる自由侵害の問題は、従業員利用分の使用主に対する請求や学生マンション居住者利用分の家主に対する請求についても存在するからである。つまり、危険防止措置の有無とそれにより判断が妨げられた評価できる部分、すなわち自由が侵害されたと評価できる部分は、従業員利用分や学生マンション利用分についても語ることが可能である。こう見ると、「実体的自治」に含まれる自由を重視するのであれば、従業員利用分や学生マンション利用分について何らの減額も認めない最高裁判決は、是認されづらいように思われる。

したがって、ドイツ法と同様の意味での約款規制を支えるだけの自由の内在的価値は、平成一三年判決からは見いだせない。

(4) 小括と若干の分析——我が国における約款規制のあり方について

このように見た場合、厚生をかなりの部分で重視しつつも、対価的均衡も併せて衡量するというのが、我が国の判決のあり方だと見ることができる。つまり、厚生と関係しうる「実体的自治」の侵害によって、「事前—関係者重視」の

効率性的調整が原則として念頭に置かれており、ここに対価的均衡の衡量をも持ち込むという態度が、平成一三年判決では現れている。

これに対して、自由の内在的価値と関係する「手続的自治」や「多様性」を重視する観点は平成一三年判決には現れていない。また、「実体的自治」に自由の観点が含まれるとしても、平成一三年判決の中に、ここにドイツ法と同様の約款規制を支える自由重視の規範的態度を見出すことは困難であろう。というのは、まず、価格論拠を最高裁は認めているからである。また、約款による自由侵害という点では差がない学生マンション利用分や従業員利用分については、最高裁は救済を否定しているからである。

以上を踏まえたうえで、Iで示した本稿の目的に立ち返ることにしよう。つまり、第一に、約款規制解釈の指針となるは手がかり何か、第二に、約款規制の在りうる方向性は何か、である。

(ア) 手がかりの所在

ここで、Iにおいて示した約款規制解釈についての手がかりを見つけるといふ問題に立ち返ろう。これは、IVの分析枠組みを基礎にして、ここVの(1)から(3)で示してきたところである。

つまり、一方で、情報格差や判断能力格差のような「実体的自治」に関する問題は、消費者や交渉力という概念でも包含できる。そして、この点に関しては消費者契約法が成立し、無事に運用されていることによっても、規制の必要性が伺える。

他方、約款規制の独自性を支える上で重要なのは、交渉が行われたか否かといった「手続的自治」や、独占の有無といった「多様性」の観点である。これらの現象に含まれる価値の保護を認める必要性があるかどうかは、平成一三年判決に照らせば疑わしい。また、「手続的自治」や「多様性」に含まれる価値を重視すべきとの民法学説での主張は、民

法の外に対しては説得力に乏しい。というのは、交渉不存在や独占が契約内容を悪化させるかのような、因果関係や相関関係を有しない主張と結びついているからである。

まとめると、自由の内在的価値は、日本法の下では厚生と重なり合う限りで、より強く保護されているに過ぎない。このため、約款規制の外縁を探る上では、自由の内在的価値の侵害は、それが非常に重大な形で侵害されることがない限りは、厚生侵害と言えない場面では問題としづらいと言えよう。

(イ) 約款規制のありうる方向性

この上で、平成一三年判決について本稿のような読み方をした上で、民法に新たに導入される予定の約款規制がどのような意味を持つか、考察してみよう。この意味は、大きく分けて二つの可能性を持っている。

一つは、約款に特有の現象を特に重視して、介入範囲を広げる可能性である。とりわけ、「手続的自治」や「多様性」に含まれる価値が重視されるべきと認められたことの現れであると、約款規制導入を理解するのであれば、平成一三年判決で現れた価値枠組みを変更する意味を持つ。しかし、今回の民法改正では判例により形成されてきた法理や判断の實質を大きく変更することはあまり行われなかったにもかかわらず、約款の部分だけこの点から逸脱したと理解することができなのか、問題となる⁽⁴⁸⁾。

もう一つは、消費者契約法で問題とされている情報や交渉力の格差の問題を、消費者以外の主体、たとえば、フランチャイズなど一定の事業を営む個人や、法人に拡張する可能性である。つまり、情報や交渉力の格差の問題は、消費者以外にも存在しうるところ、これを一般的に問題とするという意味で、民法に規定を設けたという可能性である。裏を返せば、約款にのみ含まれる現象に注目したものではない。このような理解は、約款に含まれる特有の現象である「手続的自治」や「多様性」を重視せず、「実体的自治」を重視した平成一三年判決への整合的理解となりうる。しかも、

本稿での平成一三年判決の分析に照らせば、自由や対価的均衡のみならず、厚生への十分な配慮が要請されると見るべきであろう。このような理解を採用した場合、約款規制を日本法へ導入した意味は、約款規制で先行するドイツ法などほどには大きくならないかもしれない。せいぜい、約款の問題と関係する「実体的自治」の問題、たとえば、現状維持バイアスなどによる硬直性といった約款に特有の情報格差や判断能力不全の役割が、法適用において大きくなる程度ではないかと思われる⁽⁴⁹⁾。

本稿の分析は、この第二の解釈を重視する可能性を開くものである。また、第一の解釈を重視する場合には抵抗のないドイツ法など約款規制が先んじて展開してきた法領域で示された解釈をそのまま導入する比較法・解釈論に対して、本稿の分析からは消極的な態度が導かれる。とりわけ、「手続的自治」や「多様性」を重視したドイツ法等の立法、判例、学説の導入に対しては慎重であるべきだという結論が、本稿の分析からは導かれることになる。

(ウ) 具体的解釈論の一例

対価的均衡の問題を除けば、原則として厚生と重なり合う範囲で、自由の内在的価値が保護されているにすぎないという仮定が正しいとしよう。このことを前提とすれば、定型約款の変更の要件に係る五四八条の四第一項は、概ね⁽⁵⁰⁾、次のような特徴を持つと考えられる。

まず、相手方一般の利益に適合する場面で変更を定める同一号の意味である。これは、複数の意味が考えられる。たとえば、一番わかり易いのは、(a)当該変更自体が、(b)相手方全ての者の利益となる場合である。この亜種としては、まず(a)につき、複数の条項を一括して変更する場合に、それを全体として見れば利益となるが、個別の条項に切り離すと不利益も生じうるという場合が、理論的には考えられる。この場合も、対価的均衡や厚生に反するものではない。したがって、この解釈も認める余地がある。また、(b)の亜種については、相手方全てが利益を受けなくても、相手方の多く

が一般に利益を受けていればよいという場合も考えられる。このような相手方一般の利益という抽象化も、関係者重視の形で対価的均衡と厚生に反するものではない。条文の文言としても、「相手方一般の利益」となっている以上、(b)の亜種として、相手方全員が利益を受ける必要まではないと考えられる。

より問題が多いのは、同一号に該当しない場合に総合衡量により変更可能性を認める同二号である。考慮される要素としては、①約款変更の必要性、②約款変更内容の相当性、③変更条項の有無とその内容、④その他変更にかかる事情が、掲げられている。

まず、①と②について検討しよう。ここでは、自由のみならず厚生にとつても重要な個別的な合意を得ることの困難性⁽²⁾のほか、本稿の分析に照らせば次のような事情が重要になると考えられる。

すなわち、二号の①と②を、一号で検討した事情との対比において見るならば、二号は相手方一般の利益には適合しない場面である。これはさらに、二つの場合にわけられる。すなわち、変更により約款使用者も不利益を受けている場合と、約款使用者は利益を受ける場合である。この前者は、通常考えづらいので、問題としているのは後者の場面であると考えられる。

そして、この後者につき、相手方一般の不利益のほうが多い場合は、効率的な約款変更とは言い難いため、厚生の観点からは約款変更は許容されない。この場合、①と②が欠けるというべきであろう。

逆に、約款使用者の利益のほうが多い場合、厚生の観点からは約款変更を許す余地がある。不利益を差し引いてもなお社会的には利益が残るからである。ただ、裁判所からはこの利益の大きさはわかりづらい。そこで、約款変更による不利益を補うだけの何らかの補償が、約款使用の相手方一般に行われることの立証を、①と②に関して原則として要求するべきである。このような補償は、対価的均衡の要請をも満たすものである。

これに対し、③の重要性は高くないと考えられる。対価的均衡とも厚生とも、直接には関係しないからである。ただ

し、次に検討する解約可能性との関係で、意味を持つ可能性はある。

最後に④である。この中に何が入るのか判然としないものの、たとえば、変更の際に解約可能性という形で相手方の選択を認めるか否かを重視する見解がありうる。⁽⁵²⁾ この解約可能性の意味は、自由の重要性から説明可能なほか、本稿の観点からは対価的均衡や厚生 of 観点から考察することが必要である。

具体的にはまず、特に消費者取引について長期拘束条項の合理性を考える必要がある。たとえば、携帯電話契約における長期拘束条項では、需要予測の容易化を通じて基地局等の投資を合理化し、ひいては効率性の上昇につながる意味があると主張されている。ただ、この主張の合理性には疑問符も呈されており、したがって、そもそも即時解約を認めた方が、競争の促進を通じて効率性増大に資するという考え方もありうる。⁽⁵³⁾ この場面では、約款変更の場面に限らず、解約可能性が認められるべきだという結論になる。そして、こういった不当条項の問題が、先に扱われる必要がある。また、事業者間取引についてもロックインの効率性を問題とする必要がある。つまり、そもそも即時解約を認めるべきかどうか、約款使用者側の関係特殊投資の有無など、対価的均衡や厚生 of 観点から契約関係に拘束する意味に照らして考える必要がある。そして、③と関連して、最初から約款変更の可能性が内容面で明確に提示されている場合には、事業者間では変更を当初から計算に入れられる以上、対価的均衡や厚生 of 問題は生じづらい。したがって、③はこのロックインの合理性を図る一材料として見るべきであろう。

(47) 「少なくとも」としたのは、厚生 of 観点からは別の説明方法もありうるからである。たとえば、リスク負担能力の差によって、違いを説明する可能性もある（この点は、第八〇会日本私法学会ワークショップにおいて、田中亘先生よりご教示いただいた。もちろん、理解の誤りは、全て筆者の責任である）。すなわち、一方で、学生マンシヨン利用分や従業員利用分では、費用負担者が事業者であるため、この者らに費用負担させることによる非効率は大きくない。また、原告も事業者であって、このようなリスク負担能力の大きさが当てはまる。他方これに対し、平成一三年判決で問題となった費用負担者は消費者であるため、リスク回避傾向が大きく、この者に最終的な負担のすべてを求めることは非効率を招く可能性がある。このような被告側のリスク負担能力の違いにより、平成一三年判決とそれ以外の判決で違いが出た可能性がある。

(48) 価値としての自由を重視して約款に関する民法改正が行われたのかという点については、自己決定を重視する民法学説からはこの民法改正について好意的な評価がされていないことも、参考になろう(たとえば、潮見佳男『新債権総論I』(信山社、二〇一七年)二九頁以下。特に、同三三頁以下、四六頁以下で指摘されているように、約款を契約内容とする前提として事前に約款内容の開示を要求するとの民法学説の立場と、事前開示を要求しない条文(民法五八条の三)は、考え方に違いがある。他方、事前開示を必ずしも要求しない立場は、厚生を重視する立場と適合的である(三枝健治「UCC第二編改正作業における約款の「採用」の試み(三)」法政理論三八巻四号(二〇〇六年)四四頁以下で紹介されている考えを参照)。

(49) 情報格差や判断能力不全から来る約款の問題点については、前掲注(28)・西内一〇一頁以下を参照。

(50) 「概ね」と留保を付けたのは、本稿で論じてきた観点とは無関係に、政策的に変更の必要性や相当性が高く変更が認められやすい条項がありうることも考えられるからである。たとえば、暴力団対策条項がこれにあたる(前掲注(46)・潮見四八頁の注一一七を参照)。

(51) 個別的な合意を得ることの困難性は、約款変更の必要性について考慮される。法制審議会民法(債権関係)部会・部会資料八三二の一四頁参照。

(52) 法制審議会民法(債権関係)部会・部会資料八三二の一四頁参照。

(53) 前掲注(28)・西内二五〇頁以下の注一〇三を参照。

VI 結 語

以上、本稿では平成一三年判決を一つの題材として、分析の際に現れるズレを考察してきた。ズレを生じさせる原因の中でも大きなものは、IVで示したような同一の現象から侵害されうる価値の複線性と、価値の多義性による不明確性を十分に考慮しない議論構造である。この点は、一方で、自分の立場にひきつけた議論を可能としている。厚生が判例分析の中で持ちうる意味を軽視し、むしろ、交渉自体の価値を重視しているかのように見せかける議論が、この典型である。他方、現象と価値侵害との因果関係や相関関係を不明確なままにした議論をも、可能にしている。交渉不全によって結果的利益が侵害されるという論拠が、この典型である。そして、厚生と関係しない形で自由の内在的価値を重視するタイプの議論は、約款に関する平成一三年判決に照らして、積極的な根拠付けが難しいことをVにおいて示した。

これを踏まえて、今回の民法改正で導入される予定の約款規制につき、その意義に関する試論的な分析を示した。つまり、約款規制の意義は、情報非対称や判断能力不全の問題につき、自由や対価的均衡のみならず、厚生の問題を念頭に置いた上で判断すべきだということになる。

このような本稿の分析には、一定の限界がある。

まず、一つの判決のみを対象としているという点である。すなわち、約款に関する最高裁判決は平成一三年判決に限られず、かつ、事案の特性によっても文言は変化しうることから、平成一三年判決から一般論を導くことができるかという問題がある。この意味で、一般化を支える補強資料の積み重ねが今後の課題となる。

また、法的判断において考慮される事項は、本稿で整理したことだけか、という限界もある。とりわけ、本稿では約款使用者の行為側面（主観的悪性）は重視していないという限界がある。この点も、今後の課題として分析を強化しなければならぬ。

このような限界もあるものの、本稿の分析が、約款の議論を深める一助となれば幸いである。

本研究はJSPS科研費JP16K17028の助成を受けたものである。