

平成 30 年 6 月 22 日現在

機関番号：14301

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2016～2017

課題番号：16K17028

研究課題名(和文) 約款の経済分析

研究課題名(英文) Economic Analysis of Form Contract

研究代表者

西内 康人(Nishiuchi, Yasuhito)

京都大学・法学研究科・准教授

研究者番号：40437182

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,300,000円

研究成果の概要(和文)：本研究の目的は、経済分析を通じて約款規制の解釈の明確化に寄与することである。この結果、次の二つの成果が得られた。

第一に、伝統的に法学で用いられてきた価値である自由や公平の対比で、効率性が約款規制の場面でどのような要件と結びつき、どのような規制の方向をもたらすかを明らかにした。特に、交渉の有無、独占の有無、選択権の有無の重要性が効率性からは認められないことを、本研究では明らかにした。

第二に、賠償制限が消費者契約などで効力が制限されることが多いことの意味について、行動経済学を含めた経済学の立場からいかに正当化できるかを明らかにした。

研究成果の概要(英文)：The purpose of this research is to contribute to the clarification of the interpretation of the form contract regulation through economic analysis. As a result, the following two results were obtained.

First, by comparing the freedom and fairness traditionally based in legal research, this research clarifies what kind of requirements are linked to the efficiency and which direction of the form contract regulation should be pursued in terms of efficiency. In particular, this research made it clear that from the viewpoint of efficiency there is no importance on negotiations, the presence of monopoly, and the existence of choice rights.

Secondly, this research can clarify how the ban or the restriction on clauses which partially or totally exempt a business operator from liability for damages to a consumer can be justified from the viewpoint of economics including behavioral economics.

研究分野：民法

キーワード：経済分析 約款 定型約款 不当条項

## 1. 研究開始当初の背景

### (1) 民法改正と残される問題

民法制定以来初めてとなる民法改正が成立した。そこでは、定型約款に関する規定がとりこまれ、約款により大量的、集団的に行われる取引の司法的規制は、今後も実務上、重要な課題である。

他方、約款規制の手続的基準、実体的基準は、民法学上、あいまいな点が多く残っている。たとえば手続的基準に関して言えば、約款の相手方は、紛争発生まで一般に約款を読まない以上、認識可能性を与えることと消費者保護との関連性は、あいまいである。また、実体的基準に関して、EUで有力な考え方は、グレーリスト(反証なき限り無効)、ブラックリスト(一律無効)のいずれかに条項を類型分けすることを通じて、法的安定性を高める方法である。しかし、この分類の具体的な内容や分類根拠は、必ずしも一致がない。

### (2) 経済学の利用可能性

こうした手続的基準、実体的基準の実効性、明確性を高めるためには、アメリカでの「法と経済学」の議論が有用だと考えられる。というのは、「法と経済学」の関心は、個別取引を超えて法的判断が人々の行動に及ぼす影響の分析であり、集散的、大量的に行われる約款取引は、この「法と経済学」の分析になじみやすい側面を持つからである。

また、この議論は、行動経済学の政策的応用ともつながりを有している。つまり、どのような約款条項であれば消費者から見逃されやすいのか、また、条項に気づいていさえすれば将来の利害得失を正しく判断して消費者は行動できるのか、この具体的な解明のために、心理学、神経科学に支えられた行動の分析が有用性を持つからである。

## 2. 研究の目的

### (1) 研究期間内に何をどこまで明らかにしようとするのか

本研究で明らかにする対象は二つの部分に分かれる。すなわち、経済学に関する部分と、法学に関する部分である。

第一に、経済学に関する部分は、新たな議論を付け加えることではなく、現在までの議論を、法学者・法律家にとって分析に適した形でまとめあげること、目的とする。というのは、行動経済学に係る理論と実証が現在進行中の事象であること、および、「法と経済学」によって架橋される法学上の示唆にとって手段的分析であること、この二点を念頭に置く必要があるからである。

具体的には、「法と経済学」において評価が分かれる次の二点を中心に、経済学の議論をまとめる。第一に、行動経済学と市場行動との対応関係である。つまり、実験室を超えた外的妥当性、バイアスにつけ込む搾取的契約の構造などである。第二に、評判の機能である。つまり、たとえば保険契約のように契

約自体が商品である場合を含め、その品質が市場メカニズムでどこまで維持されるか、という問題である。

第二に、法学に関する部分は、アメリカ法における「法と経済学」での議論状況をまとめるのみならず、経済学の議論を踏まえつつ、「法と経済学」の議論の分析を行っていく。とくに、上述した二点、つまり、行動経済学と市場行動、および、評判の機能についての経済学上の理論と実証を念頭に置いて、約款規制の議論状況を分析する。というのは、「法と経済学」では、経済学論文を引用せず、単純化されたモデルにより結論を出すことがしばしばあるものの、経済学側の理論と実証の発展に照らせば論拠の射程を慎重に検討する必要があるからである。

具体的には、三つの軸に注目して、議論をまとめる。第一に、消費者側に情報の不完全さがあるために、不効率が生じうるとの可能性である。この内容は、さらに、新古典経済学を基礎にして消費者の合理性を念頭に置いた場合の議論に加えて、行動経済学による最近の議論を紹介することになる。第二に、事業者独占があるために、不効率が生じうるとの可能性である。こういった独占の問題は、一方で、他行為可能性、つまり、法学上価値とされうる自由の侵害とも評価できるため、法的には重視されてきた問題である。他方、「法と経済学」ではこういった法学上の議論に対して、大きな批判がある。第三に、事業者側に情報の不完全さがあり、逆選択やモラルハザードの解消・軽減のために、一見消費者に不利な条項が用いられている可能性である。この際には、契約時に解消されない逆選択を、契約後の裁量的ふるい分けにより事業者が解消しており、この裁量の恣意性が評判によって統制されるとの、最近有力になっている議論も考察する。

以上を踏まえて、日本法の状況との対照の上、約款規制の手続的基準、実体的基準の示唆を得ることを、最終的な目的とする。ただし、効率性の規範的価値については、法哲学を中心に多くの議論があることから、本研究の直接の対象からは除く。したがって、約款規制の最終基準の提示ではなく、約款規制の衡量要素の明確化が、本研究で具体的に明らかにする対象である。

### (2) 本研究の特色

本研究は、法学と経済学との学際的研究という特色を持つ。つまり、その両者の理論的架橋を行うという特色がある。

とりわけ、民法学の側から見れば、上述の法哲学的問題や、経済学の理論的進化の速さの問題から、民法学での経済学の応用は少ない。本研究は、この民法における経済分析という意味で独創性をもつ。また、この法学上の観点と関係させつつ経済学上の議論をまとめるものであり、両者の関連性を民法学にとって理解しやすい形で提示することに資

すると考えられる。他方、経済学にとっても、約款法の形成と執行という具体例に即した法制度の経済分析は、行動経済学の外敵妥当性の射程を確認するという学問的意味を持つと考えられる。

また、経済への影響の理解は、裁判実務を通じた社会一般への意味をも持つ。つまり、民法改正で導入される約款規制や、消費者契約法上の不当条項規制の要件を明確化し、法適用の補助線として法的安定性を高める意義が、期待される。

### 3. 研究の方法

#### (1) 基礎研究としての比較研究

本研究で着目するのは、アメリカ法で展開されてきた「法と経済学」による約款論と、これと関連した経済学側、および、法学側の議論である。つまり、アメリカ法と日本法の国際的比較と、法学と経済学の学際的比較という、二つの比較軸を用いる。このような比較軸により、主として日本の民法に対する示唆を導こうとする理由は、次の二点にまとめられる。

第一に、アメリカ法での約款論において、遅くとも70年代後半からは、「法と経済学」はその議論の精緻化に最も大きな貢献をしてきたと言えるからである。こうした貢献度の大きさは、たとえば、「法と経済学」による市場化に反対して人格的権利の非譲渡性の議論を主導してきたRadinが、約款を論じる場面では、「法と経済学」による議論を価値観の違いと切り捨てていないことに、現れている(Margaret Jane Radin, *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law* (Princeton University Press, 2013))。つまり、大量的、集団的取引としての特徴を持つ約款の規制を考える場合、規制の影響により紛争当事者以外にもだれがどのような影響を被るのかを完全に無視するわけにはいかず、経済学による分析はこれに適していると考えられるわけである。

このような有益さを持ちうる可能性があるにもかかわらず、第二に、「法と経済学」内部での争点は、法学者にとって理解が容易なものではないからである。この問題は、さらに、次の三つの問題に細分化できる。第一に、議論の蓄積の多さの問題である。すなわち、70年代後半から始まった「法と経済学」による約款論は、すでに40年近い歴史があり、簡単なまとめを許す状況にない。第二に、背景となっている経済学の知識の難解さである。行動経済学の背景である心理学も、計量経済学上の有意差の理解が必要であり、射程はやはりわかりづらい。実際、学際的研究が盛んなアメリカですら、経済学博士(Gregory Klass and Kathryn Zeiler, *Against Endowment Theory: Experimental Economics and Legal Scholarship*, 61 *UCLA L. Rev.* 2 (2013))や心理学博士(Gregory Mitchell, *Taking Behavioralism Too*

*Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, 43 *Wm. & Mary L. Rev.* 1907 (2002))から、法学者の理解力不足が嘆かれている。第三に、経済学の議論状況の変化の問題である。すなわち、行動経済学の影響力が増しており、この点が「法と経済学」の議論にも影響を与えている。

以上をまとめると、法学上、約款論をさらに深化させる上で、アメリカの「法と経済学」は有効な資料足りうるにもかかわらず、その内在的理解に必要とされる知識の多さから、整理が難しいのである。このため、国際的比較軸と、学際的比較軸の両面を念頭に置いて、主としては法学者・法律家を対象として、議論を整除することを基礎研究として行う。

#### (2) 応用的研究としての民法改正との関係での定位

こうした基礎研究を背景として、約款規制を含めた民法改正の議論との関係で、法学上の示唆を引き出すことを試みる。すなわち、民法改正に向けた種々の研究者グループによる法改正の政策提言、法制審議会での議論、中間試案や要綱仮案への変遷、最終的な改正の方向性までを現在進行中の事象として追いつつ、経済学上把握される利益を司法的規制に組み入れる可能性を探る。

もちろん、本研究の対象から法哲学的な議論を除く関係上、経済学で把握される利益の規範的価値に対して、最終的な結論は出せない。ただ、たとえば、経済法の領域で効率性のみを法の目的とすることについては争いがある状況であっても、効率性の分析方法はなおガイドライン等の形で法的安定性を高めることに役立っている。そこで、本研究では、こうした手法にならば、価値の一部として考慮されうる効率性の分析を、法学と関連しうる範囲で精緻化することを目指す。

### 4. 研究成果

以上を踏まえて、次のような成果を導き出した。

#### (1) 約款規制に一般について

第一に、約款規制一般に関して経済学上把握される利益が持つ意味の明確化である。このために、基礎作業として経済学上把握される利益と、法学上のそれとの関係を考察した。その上で、約款の規制が問題となった一事例として最判平成13年3月27日民集55巻2号434頁(以下、平成13年判決)を取り上げて、上記価値とのかかわりを以下のように分析した。

すなわち、平成13年判決の事案は、電話加入契約者Yの未成年子AがダイヤルQ2を利用した部分にかかる電話会社X(NTT(固定電話事業にかかる独占的事業者))による通話料請求であり、次の三点の特徴があった。第一に、約款118条(加入契約者以外の利用についても加入契約者が通話料支払義務

を負う旨)が存在していたことである。第二に、ダイヤル Q2 サービス開始やその危険性につき対策の不十分さである。第三に、本件では未成年子利用分の親への請求であったのに対し、別訴では従業員利用分の使用主への請求、学生マンション居住者利用分の家主への請求等も存在していたことである。

この判旨では、約款 118 条の効率性により同条の有効性を認め、でも枕詞としてダイヤル Q2 サービスの有用性を認めている。これら経済的価値に注目する点で、とには連続性がある。また、に 関し本請求は結果として信義則により減額されたのに対して、従業員利用分や学生マンション利用分は減額されなかった特徴がある。

これに対し、学説では紛争当事者の自由が侵害されていることへの議論の集中が見られる。また、とはバラバラに考察される傾向があった。

この議論状況を整理するため、要件としての具体的事実と、それと結びつく価値を分解して考察する枠組みを、本報告では提示した。

つまり、まず、要件として当てはめ可能な事実を、次の三つに分解した。すなわち、「手続的自治」(個別交渉の有無(約款であれば、個別交渉を欠いているという意味で問題))、「実体的自治」(情報非対称の問題(約款利用の相手方は約款内容を知らないことが問題)と、情報処理や判断能力の不十分さの問題(約款利用の相手方は、約款の内容等について十分に理解できず、あるいは、理解が十分でも不適切な判断へと向かってしまうことが問題))、「多様性」(更に二分され、第一に契約内容の「多様性」(契約内容につき多様なものから選び取れるような状況が、約款利用の相手方にはないことが問題)と、第二に相手方選択の「多様性」(契約相手方を選択できる状況が、約款利用の相手方にはないことが問題))という形で、要件面の分解を行った。

次に、このような要件がどのような価値と結びつきうるのか考察した。その結果、価値としての自由はどのような要件とも結びつき得る一方で、価値としての厚生は「実体的自治」としか結びつかないことを明らかにした。

その上で、平成 13 年判決の特徴は、厚生と自由のどちらからよりよく説明しうるのか、試論を展開した。結論から言えば、厚生と結びつく点が多い。

たとえば、約款 118 条の効率性やダイヤル Q2 サービスの有用性に関する判示は効率性と結びつきやすい。また、未成年子によるダイヤル Q2 のみについて請求減額を認めたことも、サービスの非効率な利用可能性から説明できる点が大きい可能性を示した。すなわち、未成年者の判断能力の不十分さ(効率性と結びつく「実体的自治」)や、親から未成年子に対する求償可能性の少なさに照らして究極的な費用負担者とサービス負担者が

分裂することに照らせば、非効率な利用を導きやすい状況がある。

これに対し、自由の観点では、「手続的自治」や「多様性」という自由としか結びつかない現象は、重視されていない。また、契約当事者に対する契約内容等の説明不足による「実体的自治」に含まれる自由の侵害は、従業員利用分や学生マンションでも問題となるのに、これを区別した判示を説明できない。

以上のような分析を前提に、まとめとして、我が国の約款規制のあり方としては、次の 2 点を提案した。すなわち、第一に、自由としか結びつかない「手続的自治」や「多様性」を重視したものとなることは平成 13 年判決と不整合であり、組み入れるべきでない。第二に、厚生をも組み入れた形で「実体的自治」を中心として問題を分析すべきである。

まとめとしては、さらに具体的に、民法改正により導入される定型約款規制について、一定の解釈論を展開した。すなわち、前提として、定型約款の一方的変更を認める 548 条の 4 第 1 項第 2 号には、こうした変更を認めるための考慮要素として、約款変更の必要性、約款変更内容の相当性、変更条項の有無とその内容、その他変更にかかる事情が、掲げられている。このうち、厚生を重視する観点からでも、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、に 関して原則として要求するべきであることを明らかにした(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)。他方、については、対価的均衡とも厚生とも、直接には関係しないからこそ、このの重要性は高くないと考えられることを明らかにした。また、については、この中に何が入るのが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。そして、こうしたについては、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げる意味があると主張されているように、効率性の観点から不当条項規制と関連させつつ、解約可能性等の規制を行っていくべきことを指摘した。

以上の成果は、2016 年 10 月 8 日に東京大学で行われた日本私法学会のワークショップにおいて報告し(後掲学会発表)、同会の雑誌である私法 79 号に掲載された(後掲雑誌論文)。また、これを詳細にしたものは、紀要である法学論叢に掲載された(後掲雑誌論文)。

## (2) 個別条項と経済学

第二に、約款規制で問題とされる個別の条項と経済学とのかかわりの明確化である。その一例として、約款使用者側の損害賠償責任を制限することの是非に関して、行動経済学

を含めた経済学の立場から考察した。そこでは特に、この条項を規制する根拠につき、行動経済学を踏まえた約款使用の相手方の心理的不合理性のみならず、伝統的な経済学の応用によっても、そうした規制が正当化されることを、以下のように明らかにした。

すなわち、製造物責任や医療事故責任などの事業者責任を免責する条項を認めた場合に非効率性を招く可能性を示すモデルが、Jennifer Arlen らにより提示されている。Arlen らが主張している論拠は多岐にわたるが、その一つの論拠の基礎となっている考えは、製造物等に起因する事故を回避するための投下費用を、次の二つに分割できるというものである。具体的には、個別の製造物等の生産に対応させることができる可変費用部分と、繰り返し使われる固定費用部分に分けることができるというものである。たとえば、医療事故であれば、高額だが性能の良い医療機器が後者の固定費用部分に当たろう。その上で、この固定費用をかけないことに起因する事故について免責合意を許すと、他の消費者が固定費用部分を支払ってくれることを期待したフリーライドの問題が生じる。言い換えれば、損害回避のための固定費用部分は公共財としての意味を持ち、市場取引では提供されづらいのである。したがって、免責合意を許容することは、非効率な取引を招くおそれがある。

こうした議論は、行動経済学の受容を下支えする意味を持っている。たとえば、免責合意の非効率性は、一方で、楽観主義バイアスなどにより消費者側が事故率を過小評価することによっても根拠付けられる。他方、上記の議論は、こういったバイアスの影響を受けやすい消費者ばかりでなくても非効率が生じる可能性を示すことになる。そのため、行動経済学の議論の受け入れやすさを判断するためには、こういった伝統的な経済学に沿った理論モデルの展開を単なる対立と理解するのではなく、こうした伝統的モデルと合わせて注視する必要がある状況となっている。そして、こうした伝統的な経済学モデルの進展こそ、心理学的アノマリーの市場への影響力の問題がクリアされる余地を生じさせている一要因と見ることができる。

この成果は、ビジネス法務 17 巻 6 号に掲載された（後掲雑誌論文）。

#### 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕(計 4 件)

西内康人、行動経済学が契約法に受容されるまで、ビジネス法務、査読なし、17 巻 6 号、2017、137-141

西内康人、約款規制を支える現象と価値、私法、査読なし、79 号、2017、98-99

西内康人、反社事例との対比からみた中小企業者性喪失事例における錯誤の判断枠組み 最一小判平 28.12.19 の検討、金融法務事情、査読なし、2081 号、2018、46-55

西内康人、約款規制を支える現象と価値、法学論叢、査読なし、182 巻 1=2=3 号、2018、227-273

〔学会発表〕(計 2 件)

西内康人、約款規制を支える現象と価値、日本私法学会ワークショップ、2016 年 10 月 8 日（於：東京大学）

西内康人、数量指示売買に関する判例の分析、法と経済学会個別報告、2017 年 7 月 8 日（於：東洋大学）

〔図書〕(計 0 件)

〔産業財産権〕

出願状況（計 0 件）

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

取得状況（計 0 件）

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年月日：  
国内外の別：

〔その他〕  
ホームページ等

#### 6. 研究組織

##### (1) 研究代表者

西内康人 (Nishiuchi, Yasuhito)  
京都大学・法学研究科・准教授  
研究者番号：40437182

##### (2) 研究分担者

( )

研究者番号：

##### (3) 連携研究者

( )

研究者番号：

(4)研究協力者 ( )