

消費者契約法と不動産取引

消費者契約法の施行は、

宅建取引業者関与の不動産取引にどのような影響をもたらすか

—消費者契約法と宅建業法との関連—

三好弘悦

はじめに

消費者契約における情報の偏在や交渉力の較差にかんがみ、消費者の利益の擁護の観点から①消費者が事業者の不適切な勧誘により結ばせられた契約から離脱できることや、②消費者の利益を不当に害する契約条項を無効と主張できるとする、民事上のルールを整備したといわれる消費者契約法が、平成一三年四月一日から施行される。

そうすると、宅建業者関与の不動産取引は、この消費者契約法からいかなる影響を受け、この新法と既存の宅建業法などどのような適用関係に立つことになるのか。これらのことにつき、まず、一において、そもそも消費者契約とはどのような契約か。その契約が消費者からどのような場合に取り消され、いかなる条項が無効とされるのか等の消費者契約

法それ自体のあらましをみてみる（この方の詳細は、本稿のほか他の消費者契約法自身の解説も参照されたい）。これらの検討を踏まえると、宅建業法上も、宅建業の「業」のとりえ方の見直しを迫られ、また「重説（重要事項説明書）」や「重要な事項」における重要事項の範囲等についても再検討が求められるのではないかとといった面で影響を受けられると思われる。次いで、二において、消費者契約法と宅建業法などの各法律の適用関係については、一般法と特別法といった相互の関係に立つのか。そのような関係に立つとしても、例えば、瑕疵担保責任などについては各法律はどのように適用されると解すべきが相当か等々につき検討する。

なお、消費者契約法は、制定はみたが、現在、いまだ施行前である。

そこで、本稿の意見にわたる部分は、私見によるものであることのほか、私自身にとっても試論であり、施行後の運用状況をみつつ、解釈や意見を確立していきたいと考えている。
（注）消費者契約法を「本法」、宅地建物取引業法を「宅建業法」ないし「業法」と略称している場合がある。

一 消費者契約法のあらましとその影響

1 消費者契約法の性格

まず、消費者契約法は、次の二点において、宅建業法とは根本的にその性格を異にしている。

第一は、消費者契約法は、消費者と事業

者の間で締結される契約（消費者契約）の全てを適用の対象とする（ただ唯一の例外として、労働契約のみが適用除外とされている―本法一二条）。この点、宅建業法がある―「宅地建物取引業」（業法二二条二号）という業種に絞って適用されるに止まるのと相違する。

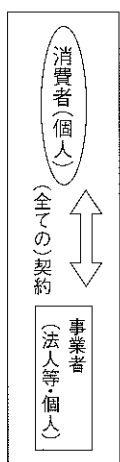
そして、本法の審議の過程では、宅建業界は宅建業法に基づく「重説」において典型的にみられるように、すでに消費者の保護を十分に図っているからと、本法の適用を宅建業については除外すべき旨要望していたが、斥けられた。

第二は、消費者契約法は、民事ルールを中核とする法律である。この点、宅建業法のように、行政に監督権限を与え、宅建業者に業法違反があったときは、免許を取り消す等の行政処分といった措置を取りうる場所とし、特に悪性の強い業法違反には罰則をも用意するといった取締法規・業法的なアプローチの方式はとられていない。あくまで消費者契約における消費者に契約を取り消し、不当条項の無効を主張しうるとする民事上の権利を、訴訟の内外で特別に与えるという仕方がとられている。このことが、本法が「第二民法である」とすら

いわれているゆえんでもある。

2 消費者契約等

消費者契約法が適用されるのは、「消費者契約」についてである。しかれば、本法の適用範囲、いわば本法の土俵という消費者契約とはいかなる契約か。このことにつき、本法は「（一）方当事者（消費者と（他方当事者）事業者との間で締結される契約」と定義する（本法二条三項）。



消費者契約

(一) 消費者とは

では、ここにいる「消費者」とはいかなる者をいうか。本法は、消費者を「個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く）」と規定する（本法二条一項）。すなわち、消費者概念を①当該主体が個人であることと②問題となる契約が事業としてまたは事業のために結ばれていないという二要素をもって構成する。ここにいう①の個人とは、自然人をさす。

したがって、株式会社などの法人やその他の団体は、消費者契約法上は消費者ではありえないことになる。

さらに、消費者たりうるためには、②その個人の側に「事業性」のないこともまた要件となっている。

さて、ここにいる「事業」とは、「一定の目的をもって反復継続的なされる同種の行為」を意味する。営利目的があるか否かは、事業性の判断に関係しないという。（三省堂「Q & A 消費者契約法解説」三八頁）。営利とは、資本に対する利回りの計算が少なくとも収支あい償うことを目的とすることである。したがって、俗にいう商売としてではなくても、要するに、同種の取引を反復継続するというのであれば、本法でいう「事業」に当たるといえる。このことは、例えば、不動産取引のように一生に一度あるか否かのような個別取引をする消費者の側は、取引の経験に乏しいので、情報や交渉力が事業者に比べて劣る。そのことをおもんばかって本法をもってプロの事業者による取引からアマチュアである消費者を保護するという立場を取ったものである。

(二) 事業者とは

本法では、法人その他の団体であれば、当然に「事業者」に該当する（本法二条二項）。したがって、会社組織をとる宅建業者は、全て「事業者」である。

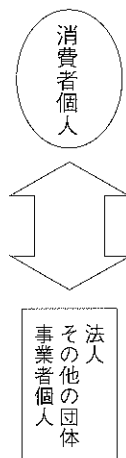
個人の場合は、事業としてまたは事業のためにすなわち事業性のある契約の当事者となる場合には、「事業者」として取り扱われる。したがって、個人の宅建業者は、宅建業については「事業者」である。しかし、個人の宅建業者も、宅建業以外の事業性の欠けている取引の場合は、「消費者」に当たる。

(三) 消費者契約と業法の類似点

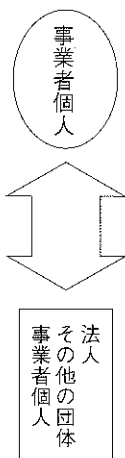
このように、消費者契約法の消費者契約は、一方当事者が「消費者」であり他方当事者が「事業者」である契約である。この点、宅建業法上は、手付額の代金二割超の約定を無効とする業法三九条三項等（二二でも後述する）の業者自ら売主と買主消費者間の売買契約を規制している業法の民事ルールともいわれている私法（効力）規定の対象取引と類似する。その結果、宅建業者間取引が宅建業法のこの種規制の適用除外（業法七八条二項）になるのと同様、消費者契約法も「事業者相互」間の契約は、消費者契約には当たらない（本法二条三項参照）。

したがって、次のような不動産取引は、事業者間契約として消費者契約法は適用されない。すなわち①宅建業者相互間の売買・賃貸・交換契約②宅建業者と「事業者」たる法人等との間の契約③不動産賃貸経営者（貸ビル・アパートの貸主）と宅建業者間の賃貸借・それらの媒介・代理契約等々。

消費者契約法の対象となる場合



消費者契約法の対象とならない場合



(四) 不動産取引での消費者契約の典型例

以上をもとに、不動産取引に限って消費者契約法の適用になる典型的な契約を例示すれば、次のようなものであろう。

- ① 消費者個人に、宅地・建物・マンション等を宅建業者が売却する契約
- ② 消費者個人から、宅地・（中古）建物・マンション等を宅建業者が購入する契約
- ③ 消費者個人が、アパート・貸家・貸ビル・

宅地等を事業者貸主から借り受ける契約

- ④ 消費者個人が、宅地・建物の売買・賃貸借・交換等の媒介・代理を宅建業者に依頼する契約

(五) 不動産賃貸経営の扱い

ところで、消費者契約法と宅建業法とで適用範囲を異する不動産取引がある。その最たる例が不動産賃貸経営（業）であろう。たまたま転勤になったので自宅を賃貸するといったいわゆる転勤貸家（リロケーション）の類には、事業性は認められない。しかし、集合する建物（部屋）であり借主の入れ替わりを予定する貸ビルやアパート経営などには事業性を否定しがたい。したがって、このような場合は、たとえ個人所有の一棟のアパート経営者であろうと「事業者」に当たるので、消費者個人に賃貸する契約は消費者契約に該当する。

しかるに、宅建業法は、宅地・建物の賃貸は仮に業として営もうと適用を除外し、規制していない（業法二条二号）。このように、賃貸借契約の当事者を、仮に「業」として反復継続してなされようと、宅建業から除外したのは、アパート経営にみられる

ように必ずしも「営業」としてなされているとは限らず、さらに仮に、そこでも宅建業法という取締法規のうちに取り込むと過剰な規制になるきらいがあると考えたからであろう。

(六) 個別契約と事業と営業

以上のように、消費者契約についてみると、根本的には宅建業法における「業」についてのとらえ方の見直しが迫られるように思われる。というのは、従来の行政解釈のように、宅建業を宅地・建物取引の反復継続性のみとかそれを中心にするだけでとらえると、消費者契約法の「事業」と差異がないことになる。宅建業法は、そんなに広範囲な取引を免許制度をとり、行政処分や刑事の罰則まで用意して規制しているように宅地・建物の賃貸借の契約当事者は仮に業として行おうと宅建業から外していいのではない。

このようにみると、消費者契約法の「事業」と宅建業法の「業」は、次のように位置づけるのが坐りとして収まりがよいのでなかろうか。第一に、下図のように大円として当事者のいかなる問わない不動産売買といった個別契約(取引)が存在する。第

二にその内の中円として、その個別契約のうち、消費者と事業者間の反復継続的な取引がある。これには主観的な営利目的のいかんは問われない。この中円の取引を消費者契約法は「事業」ととらえ適用範囲内の消費者契約とする。そして、第三に、小円として、中円の「事業」のうち、さらに限定を加え、主観的な要件として営利目的を有する契約を「営業」とする。そして、宅建業とは、この小円の営利目的を持った反復継続的契約をいうと考えるのである。もちろん、宅建業は①営利目的をもった②反復継続的契約といった主観・客観の二要件の二重構造のみで決せられるわけではない。取引数やその期間、相手方が特定しているか不特定か、多数か、報酬の有無・多寡、事務所・看板の設置、従業員の有無など諸要素を勘案して総合的に決せなくてはならない。分かり易いいうならば、宅建業の免許なしに「宅建(免許)業者」並みに取引をすれば、宅建業を営んでいるということとなる。しかし、この判定をするについて、なんとといっても、中核をなすのは、主観的な営利目的と客観的な取引の反復継続性の二要件であろう。このような見解は、すでに最高裁(最決昭四九・一二・一六刑集二八・

一〇・一四三二)が「宅建業法一二条一項の宅建業を営むとは、営利の目的で反復継続して行う意思のもとに同法二条二号所定の行為をなすことと判示している判断基準にそうものである(もつとも、寺院が伽藍建立資金調達のためとはいえ、山林を六〇数区画に造成し、一六名に売却したにもかかわらず、宅建業には当たらないとする本判決の結論には、直ちには賛成しがたい)。



営業	事業	個別契約	
営利目的 + 反復継続的契約	(営利目的不要) 反復継続的契約	営利目的がなく反復継続性もない個別契約	主観的要件・客観的要件
宅建業法	消費者契約法	民法	規制している 主な法律例

結局のところ、これら三者は、①個別契約②事業③営業とそれぞれの範囲が重なり合いながらも、段階を追ってその範囲を縮小し限定されてゆくと理解するのが相当と考える。

従来、例えば、遺産の宅地やリストラで閉鎖した工場跡地の切り売りについてまで、宅建業に当たるので免許を取得したうえ処分しろとの見解に対し、広義に過ぎるとの批判が絶えなかった。これら取引は、消費者契約法の「事業」に当たる余地はあるが、宅建業法の「営業」には当たらないと解しえないか。

いまや、消費者契約法の「事業」の定義づけとの対比のなかで、宅建業法の「宅建業」の範囲を限定してとらえるべきであることが求められるにいたった、といえよう。

3 当事者の努力義務

(一) 事業者の情報提供義務

「事業者は、消費者契約の条項を定めるに当たっては（難解な法律用語はできるだけ避けるなど）消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮する」とともに

消費者契約の勧誘をするに際しては、「消費者の理解を深めるために、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供する」よう努めなければならないとされた（本法三条一項）。

これは、事業者が訓示的に努力義務を定めた規定で、この義務に違反したからといって、消費者契約法上は、契約条項が無効になったり、消費者が意思表示を取り消すことができるということにはならない。ただし、民法上は、信義則（民法一条二項）や権利濫用（同法一条三項）、公序良俗（同法九〇条）といった規定を介して、事業者に不利な効果が生じる可能性はあろう。

また、本法が事業者の情報提供義務を努力義務に止めたことが、直ちに宅建業法上の宅建業者の「重説」義務に影響するところがあるとは解しがたい。

(二) 消費者の情報活用義務

他方、本法は、このような事業者が努力義務を課すのと引換えに、消費者にも、消費者契約を締結するに際して、「事業者から提供された情報を活用し、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容について理解するよう努めるものとする」という努力義務を課した（本法三条二項）。

消費者契約法は、あらゆる種類の事業者とすべての消費者という広範な当事者を対象とする。このことから、事業者と消費者との間の知識・能力に較差がない場合もありうるはずである。そのような事案において、消費者が消費者契約締結に際して本項の努力義務を著しく怠りながら、そのことを棚に上げ、たまたま形式的に存在する取消し理由を根拠として取消権を行使するような事件が、仮にあったとすれば、本項の趣旨に民法の一般原則の規定を投影することにより、例えば権利濫用の成立を認め、消費者の取消権等の行使を認めないことも、場合によっては考えられるのではないかと いわれている。

4 不当勧誘に基づく申込みなどの取消し

消費者契約法は、民法上の詐欺・強迫には当たらないが、なお事業者による不当な働きかけがあり、悪徳商法の類いと見られる場合の一部につき、消費者に誤認・困惑による意思表示取消権を認めるルールを新たに導入し、消費者が不本意な契約から容易に離脱できるようにした。

(一) 誤認させられた場合の取消し

消費者が、事業者から誤認させられたことが原因で契約を申込みまたは承諾した意思表示を取り消して、消費者契約がなかったことのできる場合としては、次の三つの場合がある。

(1)重要事項の不実告知

事業者が勧誘に際し、重要事項について、事実と異なることを告げたことによつて、告げられた内容が事実であると消費者に誤認させて、契約の申込みまたは承諾の意思表示させた場合には、消費者はその意思表示を取り消すことができる(本法四条一項一号)。

このことの事例としては、建て替えることができる旨を口頭で確認して、中古住宅を下取りした宅建業者から購入したところ、建基法の接道義務を充たしていないので再建築はできないことが判明した。売主業者は説明内容が誤りであることを認識していたか、あるいは認識しえた場合、消費者買主は、不実告知による誤認を理由として購入の意思表示を取り消すことができるといった例が想定される。この取消権については、次のようないくつかの問題点を指摘しうる。

① 不実告知とは、客観的に事実または真正でないことを告げることであると解される。したがって、重要事項の事項(事実)そのものではなく、「(この物件は)お買い得」といった主観的な評価は、客観的には真実かどうかを判断できない内容なので、不実告知の対象とはならない。(経済企画庁「逐条解説消費者契約法」四四頁以下)。

また、「居住環境に優れた立地」という宣伝文句に引かれてマンションを購入したが、さほど優れているとは思われない場合などは、いずれも主観的评价や価値判断を述べたにすぎないから、不実告知に当たらない、といわれている(山本豊上智大学教授「消費者契約法」(2)法学教室No.二四二、八九頁)。

② 勧誘とは、現地での説明担当者の口頭による説明、取引主任者の「重説」の交付しての説明など契約締結の意思形成を具体的に働きかけることが考えられる。広告なども、それが契約締結の意思形成を具体的に働きかける性質のものであつて、それに含まれる虚偽の情報によつて消費者が誤認し、その後もその誤認が是正される機会がなく成

約に至ったときには、不実告知の取消権を発生させる。

③ 不実告知の対象は「重要事項」に制限されている。そこで、まず、この重要事項とは、消費者契約法ではどのように定義され範囲づけがなされているかが問題となる。次いで、同種の規定を置く宅建業法のものとの広狭等の関連づけが考察されるべきであろう。

本法の重要事項は、次のような三つの側面から定義されている。第一は、契約の目的である物品(宅建業では物件)、権利(所有権・抵当権・借地権・借家権・通行権等)、役務(媒介・代理・管理の受託内容)等の質(品質・性能・構造・設備・耐用度・安全性等)、用途(宅地・非宅地・居住用・事務所用・店舗用等)その他の内容(質や用途の概念には必ずしも含まれない属性等)(本法四条四項一号)である。第二は、契約の目的である物品、権利、役務等の対価その他の取引条件(本法四条四項二号)である。これらを大まかにいえば、第一は「モノ」、第二は「カネ」に関する事項といえよう。そのうえで、第三に、これらの二事項であつて、「消費

者の当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響をおよぼすべきもの」という側面が加わって、本法の重要事項とされている（本法四条四項柱書）。

事例としては、分譲業者から前の空き地に一〇階以上の建物は建たないから日当たりは良好である旨説明され、それを信じて一七階建てマンションの一〇階部分の角部屋を購入したが、現実には契約締結の時点ですでにその空き地に一七階のビルが建つことが決まっていたという場合は、限界的な事例であるが、「一〇階以上の建物は建たない」旨の告知を契約の目的であるマンションの日当たりという質についての不実告知だと捕らえれば、不実告知による取消しを認めることも不可能ではないと解される（山本豊・前掲九〇頁）といった例が挙げられている。不動産取引においては、この種の事例は、直ちにそのいくつかを想定しうるところであろう。

ところで、次いで問題とされるべきは、この消費者契約法の重要事項とすでに先取りした形で規定している宅建

業法の④重要な事項につき、故意の不告知・不実告知の禁止事項（業法四七条一号）及び⑤重要事項説明（業法三五条）との関連はどうなるのであろうか。

宅建業法の④は、「重要な事項」と包括的に規定するが、⑤の「重説」は、前述の消費者契約法の「重要事項」と同様、大枠としては、モノ（業法三五条一項一号から五号の二）とカネ（業法三五条一項六号から一一号、もつとも代金と借賃は除かれているが）に関する事項である点は共通する。

しかし、この⑤の宅建業法の「重説」については、業法三五条一項柱書が「少なくとも次に掲げる事項」と規定し、同条同項一二号も「その他宅建業者の相手方等の保護の必要性及び契約内容の別を勘案して（旧）建設省令で定める事項」と増補されたにもかかわらず、宅建業界には業法三五条一一項各号に列挙された事項に限り説明すれば足りるとする考え（制限・限定列挙説）が根強い。

ところが、消費者契約法は、大枠としてはモノ（さらに、成約の意思決定

に影響するもの）と対象を限定したが、業法のように物件についての説明事項を列挙することなく「その他の内容」といわば業法より包括的・概括的に規定する。こうなると、前述の事例で照会した隣地のマンション建設計画といった周辺環境や取引物件内での成約直前での売主配偶者の首くくりといった心理的瑕疵、さらにはいわゆる居（借家人）付き中古物件売買のような取引ではどう扱われるべきか。前述（2）でみたように、中円の消費者契約法の「事業」は、そのうちに小円の宅建業法の「営業」を含んでいる。であるとすれば、宅建業法三五条一項の列挙された事項以外の事項は、中円（本法）の内ではあるが、小円（業法）の外であるといえるのかもしれない。現に、業法四七条一号と同三五条との関係について、制限・限定列挙説の立場では、同四七条一号の「重要な事項」という抽象的で広範囲な事項のうち、「少なくとも」同三五条一項に列挙された事項に限定し、それについて「重要事項説明書」で取引主任者をして説明させる趣旨であると主張する。

しかし、思うに、消費者保護の観点からすると、これらの事項につき、消費者契約法では重要事項の不実告知として契約は取り消しうるが、宅建業法上は、三五条の列挙事項には明定されていない以上、宅建業者は、これら事項につき、知りまたは知りえたとしても「重説」での説明は必要ないとよくなしうるところなのであろうか。

かくて、宅建業法上の⑤の「重説」の重要説明事項につき、いわゆる例示・概括的列挙説にくみし、その結果、①と⑤との区別は、①の「重要な事項」との広狭の差をなくするのが相当か。さらに①は故意による不告知・不説明に限り、⑤は過失によるものも含むといった主観面の相違に止まるとする解釈と取り扱いをもちたのであろうか。

業法三五条一項

制限・限定列挙説

例示・概括的列挙説

業法四七条一号

消費者契約法四条

要するに、「重要事項」につき消費者

契約法が新たにその範囲を包括的に規定したことを踏まえると、こんご、ますます宅建業法の④のほか⑤についてもその範囲を広く同範囲とせざるえないという取扱いが求められるようになるのではなからうか。

④ 民法では従来から詐欺の場合に取消しが認められていたが（九六条一項）、事業者が消費者をだます意図（故意）があったことが立証された場合にのみ取消しが可能であった。これに対して、消費者契約法では、この重要事項の不実告知の場合と次に述べる②の断定的判断の提供の場合には、事業者の故意も過失も立証しなくても取り消しうるという点で、民法よりも消費者に有利になっている。

また、誤認させられた消費者側に一定の落ち度があるような場合にも、この取消しは認められるものと考えられる。

(2) 断定的判断の提供

事業者が勧誘に際し、物品、権利、役務その他の消費者契約の目的となるものに関して、将来におけるその価額や受取額、その他将来における変動が不確実な事項（将来における市場の指数・数値、金

利など）について、断定的判断を提供することによって、消費者を誤認させて契約の申込みまたは承諾の意思表示をさせた場合には、消費者はその意思表示を取り消すことができる（本法四条一項二号）。

この断定的判断の提供の場合は、前述(1)のような「重要事項」についてといった限定はない。また、この(2)は、例えば、土地の価格など、要するに本来不確実なものを確実と決めつけて消費者を誤認させる類型である。この点で(1)の不実告知とは異なり、成約時点において客観的な事実により真実ではないと判断することができないため、(1)とは別に規定されたという。

このことの事例としては、「この土地は、値上りが見込め、五年後には買値の倍額になる」と売主業者からいわれ宅地を購入したが、値上がりがりしない。

「将来、南側隣地に五階建て以上の建物が建つ予定はない」と媒介業者にいわれた。

「〇〇の位置には、国道が二、三年後には開通する」と売主業者からいわれ不動産を購入した。しかし、そうではなかった等々が想定されよう。

もつとも、この断定的判断の提供とは、「絶対に」とか「必ず」といった文句が使われなくても、不確定なものを確定であるとの決め付けがなされれば当たるとされる。

その反面、「A新聞では、地価が上昇傾向にあると報じている」とか、「評論家B氏は、三年後に坪(三・三㎡)一、〇〇〇万円の評価額になると予想している」というような消費者の判断の材料となる事柄を告げることは、それら報道や評論が事実であれば、断定的判断の提供には該当しない。また、将来の事柄について一定の仮定を明示して、将来の受取金額を試算する場合も該当しない。ともいわれている(三省堂・前掲一九頁)。

なお、このことにつき、宅建業法の特に「断定的判断の提供行為」の禁止(業法四七条の二第一項、省令一六条の七第一号イ)との関連については後述(二・三(四) する)。

(3) 不利益事実の故意の不告知

事業者が勧誘に際し、重要事項または重要事項に関連する事項について消費者の利益となる事実のみを告げて、不利益な事実を故意に告げなかったことによっ

て、当該不利益事実が存在しないものと消費者を誤認させて契約の申込みまたは承諾の意思表示をさせた場合には、消費者はその意思表示を取り消すことができる(本法四条二項)。

このことの事例としては、例えば、不動産業者に「眺望・日当たり良好」と告げられて、中古マンションの一室を購入したが、半年後には隣接地に建物ができ眺望・日照がほとんど遮られるようになった場合、事業者がその建築計画を知っていて告げなかったのであれば、消費者は、本項により意思表示を取り消すことができるのである、といった例が挙げられている(山本豊・前掲九二頁)。もつとも、本事例は中古マンションの取引事例として、新規分譲につき同種の例を(限界事例と断りながらも)前述(4(一)①)の重要事項の不実告知の例としてもあげられていた。

なお、このように消費者契約法の条項が競合して適用になり、それぞれの要件を充たすときは、どうなるのか。このような場合には、本法上、明文では規定されていないが、いずれの条項も主張しうるところであろう。

本項では、「重要事項」のほか「又は当該重要事項に関する事項」とその対象範囲を広げている。本条一項の「重要事項」が、宅建業法の「重説」に比し包括的であり概括的であると指摘したが、本項は、重要事項の関連事項も含むので、より包括的・概括的であるといえよう。

ところで、この不利益事実の故意の不告知による取消しは、事業者の利益となる事実の告知によって、告げられなかった不利益事実が存在しないものと、一般の消費者が通常考えるべき場合に限られる。

また、重要事項の不告知について、事業者の故意が要件とされている。ここでの「故意」とは、「告げられなかった事実が消費者の不利益となるものであることを事業者が知っており、かつ消費者がそれを認識していないこと知っておりながら」という意味で、民法の詐欺の場合の故意よりは緩やかだが、消費者からの証明は必ずしも容易ではないであろうといわれている(三省堂・前掲一九頁)。

さらに、事業者が不利益事実を告げようとしたにもかかわらず、消費者がこれを拒んだ場合は、消費者は本条本項をもつて取り消すことはできない(本法四

条二項但書。

(二) 困惑させられた場合の取消し

事業者が勧誘するに際し、消費者の住居や職場から退去すべき旨の意思を消費者が示したのに退去せず（不退去）、または勧誘場所から退去する旨の意思を消費者が示したのに退去せず（監禁）消費者を困惑させて契約の申込みまたは承諾の意思表示をさせた場合には、消費者はその意思表示を取り消すことができる（本法四条三項）。

このことの事例としては、例えば、別荘分譲地の分譲業者のセールスマンに、自宅に上がられ、夜中の一二時過ぎまで勧誘され、「子供が寝るので帰ってください」といつても帰らない。そのため、結局、手付金五万円を打って成約させられたという場合には、契約締結の意思表示を取り消すことができることになるといった例が想定されよう。

「退去すべき旨の意思」や「退去する旨の意思」の表明は、はっきりと「お引き取りください」「帰ります」などと明言した場合だけでなく、「いま取り込み中です」「これから別の用がある」というような時間的な余裕がないことを告げた場合や、「要らない」「お断りします」「結構です」などと

契約を締結しない旨を告げた場合、さらに、身振り手振りで「帰ってくれ」「帰りたい」旨を示した場合にも認められる。また、退去させない方法には、物理的な方法に限られず、勧誘場所からの脱出を心理的に困難にする場合も含まれるともいわれている（三省堂・前掲・二二頁）

もちろん、滞留の態様・時間などからして、刑法（一三〇条後段）の不退去罪に該当し、刑事処罰に値する程度の平穩侵害状況に達しているとか、または、不法に一定の区域からの脱出を不可能もしくは著しく困難にし監禁罪（同二三〇条）に該当するような場合に、それぞれ本法本項の不退去や監禁に当たるのは当然である。

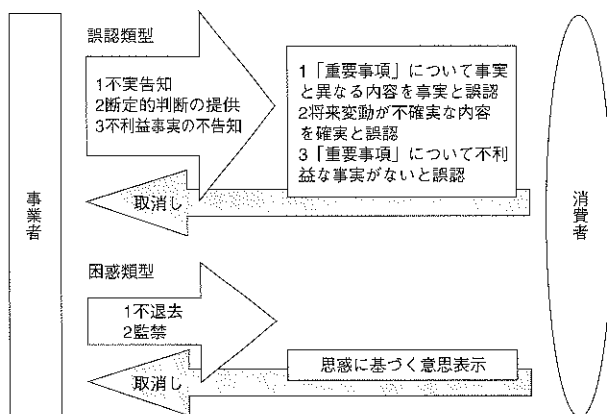
ところで、宅建業法もすでに先取りして、四七条の二第三項により省令（一六条の七第一号ハ）で、宅建業者の成約の勧誘に際し、「私生活又は業務の平穩を害するような方法によりその者を困惑させること」を禁止している。

もっとも、退去すべき旨の意思（不退去型の場合）や退去する旨の意思（監禁型の場合）は、そのような意思を示したことの証明責任は消費者が負うことになる。しかし、密室中での出来事を証明するのは多く

の場合困難ではないかと、また困惑のあまりそのような意思を示せないまま契約を締結させられた消費者は、本条本項によっては意思表示を取り消せないことになる。それでよいのかといった問題点も指摘されている（山本豊・前掲九三頁）。

(三) 誤認・困惑による取消しのまとめ

(a) 以上本法四条に基づく誤認・困惑による取消しの類型について、まとめて図示すると、次のようになろう。



(b) また、このことをさらに表で示すと、次のようになる。

条文		行為との因果関係	
事業者		消費者	
四條一項 一號	重要事項について不実告知	事実であるとの誤認	
四條一項 二號	断定的判断の提供	確実であるとの誤認	
四條一項 三號	不利益事実の不告知(故意)	不利益事実が存在しないとの誤認	
四條三項 一號	不退去	困惑して契約の申込みまたは承諾	
四條三項 二號	監禁		

(四) 媒介業者等の行為

消費者の契約締結の相手方である事業者から契約締結の媒介の委託を受けた第三者が誤認させる行為や困惑させる行為をした場合は、事業者が自らした場合と同様に、消費者はその意思表示を取り消すことができる(本法五條一項)。

この受託者・第三者の適例としては、宅建業における媒介業者が当たろう。特に、アパートの「貸し」依頼を受けた媒介業者がこの側に当たることにつき留意されなくてはならない。

この場合、誤認惹起行為や不退去・監禁

行為についての事業者の善意・悪意は問題とされない。受託者からさらに消費者との契約の締結について媒介することを委託された者(いわば第四者である復媒介業者)が、誤認惹起行為や不退去・監禁行為を行った場合など、委託の關係が二段階以上になった場合も、同様に取扱う(本法五條一項)。

また、代理においては、法律行為を行うのは代理人である。したがって、意思表示の効力に影響を及ぼすべき誤認・困惑といった主観的事実については、まず代理人について決せられる(民法一〇一條一項参照)。

しかし、代理の効果は本人に帰属することになるので(民法九九條一項)、代理に關し取消権が発生する場合には、その取消権を取得するのは本人である。このようなことから、本法では、誤認させられた場合の取消権と困惑させられた場合の取消権については、消費者や事業者の代理人は、それぞれ消費者、事業者本人とみなされる(本法五條二項)。したがって、事業者の代理業者等代理人によって誤認・困惑させられた消費者は意思表示を取り消すことができるし、消費者の代理業者等代理人が事業者から誤

認・困惑させられたときも、消費者本人は意思表示を取り消すことができる。

(五) 取消権の行使期間と行使方法

取消しができるのは、消費者が追認することができるとき(すなわち、誤認させられたことを消費者が知った時または困惑状態から脱することができた時)から六か月、または契約締結時から五年である(本法七條一項)。

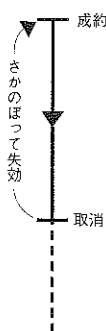
民法では、詐欺や強迫を理由とした取消しは追認できる時から五年間、意思表示の時から二〇年間でできるとしている(民法二六條)が、消費者契約法では、取消しの要件を広げたのと引換えに、取引の安定のために、行使の可能な期間(取消権の消滅時効)を短縮している。

取消しのためには、裁判を起こす必要は必ずしもない。六か月以内に、事業者に取消しの意思を何らかの方法で伝えればよい。しかし、不動産売買といった高額な取引においては、後々紛争になった場合に備えて、証拠を残しておくという意味から弊機構発行の「不動産取引の手引き」でヒナ型を示したような、内容証明郵便等を利用するのがよいと思われる。

(六) 取消しの遡及効果

(1) 誤認や困惑を理由に消費者が意思表示を取り消すと、その意思表示ははじめにさかのぼって無効となる。この点は、能力制限・詐欺・強迫を理由とする民法上の取消しと変らないといわれている。

したがって、この取消しは、一応は消費者契約の効果が発生しているが、消費者がその効果を当初にさかのぼってなかったものにする事ができる場合をいう。



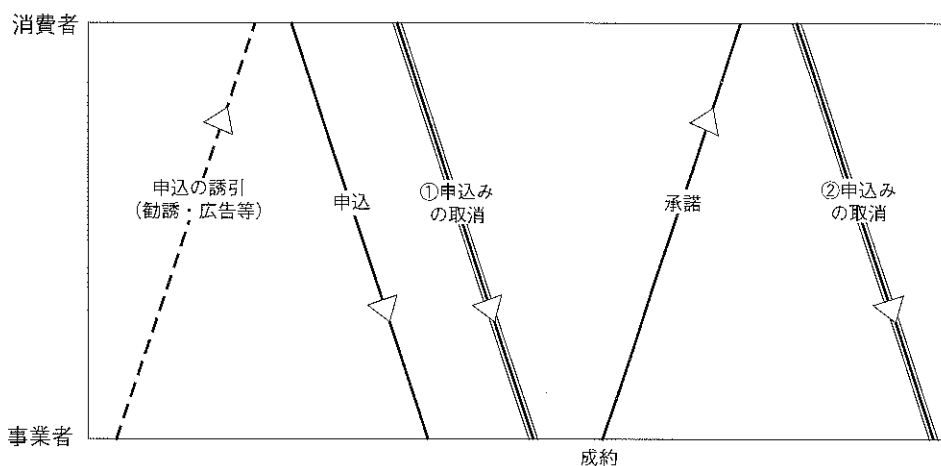
(2) このことにつき、取引のダイヤグラムに基づいて図示すると次のようになる。

①の段階で申込みが取り消されると、申込みと承諾の二つの意思表示の合致(合意)で売買等の契約は成立をみるので承諾のみでは、成約をみない。

成約後の②段階で申込みが取り消される場合も売買等の契約は解消される。

このことは、承諾の取消しについても同様である。

ちなみに、宅建業法上のクーリング・オフ制度(業法三七条の二)は、①②の両段階を、それぞれ①買受けの申込



みの撤回(取消し)と②当該売買契約の解除と区別して規定した。

(3) 取消しの後の処理は、不当利得の法理(民法七〇三条以下)によってなされる。

双方の給付が履行済みであれば、たとえば、買主・消費者は、引渡しや移転登記された不動産を、他方、売主・事業者は受領した手付金や代金などの対価をそれぞれ相互に返還することになる。

また、事業者による誤認や困惑を理由とする消費者の取消しであることを考慮すると、事業者は消費者から不法行為の法理(民法七〇九条)にもとづき損害賠償を請求される余地もありうると思われる。

5 不当条項に対する規制

消費者契約においては、事業者が用意した契約書を消費者がそのまま受け入れるという仕方では結ばれるのが大半であろう。そこで、事業者が一方的に記載した契約条項について、内容のチェックをより厳格にし、不合理な内容の契約条項は、不合理と考えられる範囲でその効力を認めないこととすべきであるといわれている。

このような不当条項問題に対し、消費者契約法は、事業者の損害賠償責任を全部または一部免除する条項を五つ列挙して、こ

れらを無効とする（本法八条）。

これらのうち、①から④までは、中味は同じようなことであり、事業者の損害賠償責任を限定したり、免除したりすることが不当であり、無効とされる場合をもれなくあげるために、このような繁雑な列举となったといわれている。

① 事業者の債務不履行による損害賠償責任を全部免除する条項（本法八条一項一号）

本号で無効とされるのは、故意・過失による債務不履行責任の全部免責条項にとどまらない。法令上、無過失による債務不履行に対しても損害賠償責任が課されている場合、その責任を全部免除する条項も、本号で無効とされる。たとえば、金銭債務については、債務者は不可抗力をもつて抗弁となしえない（民法四一九条二項）。そこで、買主業者が売主消費者に対し代金（金銭）債務の履行遅滞による遅延賠償金支払義務を全部免除する条項を契約条項に設けたとしてもそれは無効である。

賃貸借については、たとえば、アパートの貸主が借主・消費者に対する賃貸人の賃貸物修繕義務（民法六〇六条一項）を排除する条項を入れても無効となる。

② 事業者の債務不履行（故意または重過失の場合）による損害賠償責任を一部免除する条項（本法八条一項二号）

責任の一部を免除する条項とはどのようなものか。その例としては、「売主事業者の損害賠償責任は、〇〇円を限度とする」旨の責任限度額条項などが挙げられよう。

本号は、事業者の軽過失責任を一部免除する条項を有効とする趣旨と誤解されてはならない。そうではなく、軽過失責任の一部免除条項は、後述の本法一〇条による審査をパスしなければ、有効とはならないといわれている（山本豊・前掲No.二四三、五七頁）。

③ 事業者の不法行為による損害賠償責任を全部免除する条項（本法八条一項三号）

④ 事業者の不法行為（故意または重過失の場合）による損害賠償責任を一部免除する条項（本法八条一項四号）

もつとも、本条は、事業者と消費者との間の消費者契約における免責条項を問題として、契約とまったく無関係の不法行為責任（民法七〇九条等）の免責は、そもそも消費者契約法の対象とはならないのではないかともいわれている。

ている。

⑤ 目的物に隠れた瑕疵（請負契約においては、仕事の目的物の瑕疵）がある場合による消費者に生じた損害の全部を免除する条項（本法八条一項五号）

民法においては、その五七二条が、売主が瑕疵を知って告げなかった場合は、瑕疵担保責任免除特約を結んでも、免責されない旨規定している。その他、後述（二三）するように、住宅品質確保促進法（八八条二項）や宅建業法（四〇条二項）においても、免責特約は有効となるのか、あるいはどのような場合に免責条項が無効とされるのかにつき規定する。このような錯綜する諸規定のなかで、本号は瑕疵に基づく損害賠償責任の排除条項につき、一応の無効基準を示したものであるといわれている。

本号は、（目的）物についての規定であり、権利の瑕疵に基づく売主の責任を排除する条項は、対象としていない。それらの条項の有効性は本法の一〇条によって判断される。

もつとも、事業者が代物給付義務または瑕疵修補義務を負うこととされている場合には、瑕疵に基づく事業者の損害賠償責任は、瑕疵に基づく事業者の損害賠償責任を免除する条項の有効性を本法の一〇条によって判断される。

償責任を全部免除する条項を無効とする
本条一項五号の規定は適用されず、免除
条項は有効となる（本法八条二項一号）。
また、一定の第三者が、瑕疵に基づく
損害賠償責任の全部もしくは一部、代物
給付義務、または修補義務を負うことと
されている場合（もつとも、契約条項上
明記されていることが必要と解すべきで
あるうといわれているが）には、一項五
号の規定は適用されないとされている
（本法八条二項二号）。

6

不当な損害賠償額の予定条項の無効

消費者が債務不履行をした場合に過大な
損害賠償額を予定したり、違約金を課する
違約金条項については、次の二つの場合を
無効とする。

① 契約解除の場合に消費者が支払うべき
損害賠償額の予定と違約金の合算額のうち、
相手方事業者に生ずべき平均損害額
を超える部分（本法九条一号）

本号は、「契約解除」に伴う損害賠償額
予定、違約金条項のみを対象とする。こ
の点は、宅建業法三八条による、業者売
主・買主消費者間売買の損害賠償額の予

定等の制限と同様である。事業者が契約
を解除しない場合の損害賠償予定条項等
には、本号は適用されず、本法一〇条が
適用されることになるといわれている。

本号でいう契約解除には、売買におけ
る債務不履行を理由とする法定解除や解
除権を留保した約定解除権の行使のほか、
賃貸借における将来に向かってのみ効力
を生ずる解約（告知）も含むと解されて
いる。

そこで、とりわけ学生向きアパートな
どの賃貸借において、借主・消費者に中
途解約は認めるが、残約定期間に相当す
る解約損料の支払いを約定する条項の有
効性が問題となる。このことは、普通
借家のほか、とりわけ定期借家について
は、その特性からするとどうなるのか
が問題となる。

さて、法律の原則からすると、相手方
事業者が生ずべき平均損害額がいくらで
あり、そして当該契約条項に定められて
いる損害賠償予定額の予定がそれを超え
ていることについては、消費者が証明し
なければならぬ。しかし、事業者の経
営の内容や経理の明細についての情報を
有しない消費者として、このような金額

を証明することは容易ではないであろう。

ところで、前述の宅建業法三八条の規
制の影響から、業者売主取引以外の不動
産売買においても、代金の二割をもつて、
解除に伴う違約金とする例が多い。この
ことからすると、このいわゆる二割金が
平均損害額であるといえようか。

② 金銭支払債務の不履行の場合に消費者
が支払うべき損害賠償額の予定と違約金
の定め、合算額のうち、年利一四・六％
を超える部分（本法九条二号）

本号の定める年一四・六％という数値
は、国税通則法六〇条二項（延滞税につ
いて、国税の法定納期限の翌日からその
国税を完納する日までの期間の日数に応
じ、その未納の税額に年一四・六％を乗
じて計算した額としている）などを参考
として定めたようである。さらに、この
数値は、日歩四銭（一〇〇円について一
日四銭の利息がつく）という数字があり、
これがわが国のビジネスでは遅延利息の
相場として機能していることから使用さ
れたものでもあろう。

宅建業界では、遅延損害金の約定は、賃
貸借の賃料について散見されるが、そのよ
うな場合には本号に準ずるべきであろう。

そこで、質料の支払いの遅れについて、年三〇%の遅延損害金を支払う旨を仮に約定しても本条本号の規定を超える部分は効力は有しないことになる。

7 消費者の利益を一方的に害する条項の無効

民法や商法その他の法律の任意規定（公の秩序に反しない規定であつて、それと異なつた特約も民法上は原則有効な規定）に比べて、消費者の権利を制限し、または義務を加重する条項で、その程度が信義則に反するほど消費者の利益を一方的に害するものである場合、その条項は無効とされる（本法一〇条）。

本条によつて無効とされる可能性がある条項としては、次のようなものが考えられるという（前掲 三省堂・二七頁）。

- ① 消費者からの法律上の解除権、解約権を制限する条項
- ② 事業者からの法律上の解除権、解約権の行使のための要件を緩和する条項
- ③ 事業者の選定した仲裁人による仲裁を押し付ける条項
- ④ 消費者の一定の作為や不作為をもつて、消費者の意思表示がなされたもの、また

はなされなかつたものとみなす条項

⑤ 事業者の証明責任を軽くしたり、消費者の証明責任を重くする条項

本条は、消費者契約の内容審査のための一般規定である、といわれている（山本豊・前掲No.二四三、六一頁）。本法八条の定める免責条項や九条の定める違約金条項以外にも前記①～⑤のような消費者の利益を一方的に害する契約条項が多々ありうる。そこで、それらをすべて捕らえ、消費者を保護する趣旨で設けられたのが本条であるという。したがつて、本一般規定こそが、消費者契約法の不当条項に対する規制の中心をなし、最大の眼目であるといわれている。

本条は、信義則（民法一条二項）違反による無効という枠組を採用しており、その解釈に当たつては、本法の「消費者の利益の擁護（一条）」の目的にそつて、解釈し運用されるべきであると説かれている。

8 不当条項についてのまとめ

以上不当条項について要約すると、次の表のとおりであらう。

9 不当条項規定に対する違反の効果

このように、消費者契約法第三章に規定する免責条項（八条）、違約金条項（九条）及び一般規定（二〇条）といった不当条項についてみると、①これら不当条項に抵触する条項は、全部無効かそれとも一部無効か、②問題の条項が全部または一部無効と

規定	違約金条項		免責条項				条文
	九条二号	九条一号	八条二項 四号	八条一項 五号	八条二項 二號	八条一項 一號	
十條	任意規定に比較して消費者の利益を一方的に害する規定	遅延損害金の定めが年一四・六パーセントを超えるもの	賠償額（解約金）の定めが平均的な損害額を超えるもの	解除に伴う損害賠償額の全部免責	不法行為責任の全部免責	債務不履行責任の一部免責	契約条項が無効とされる場合と無効とされない場合
				瑕疵担保責任を負う場合	事業者が故意・重大過失がない場合	事業者が故意・重大過失がない場合	無効とされない場合

されると、契約そのものは有効として維持されるのか否か、ということが問題となる。

(1) この無効とは、表見的に消費者契約は成立していても、法律行為の効果が当然に当初から発生していない場合をいう。

法律行為（意思表示・成約）

当初から法律効果が発生しない

問題は、無効とされた場合に、当該条項の効力が全面的に否定され任意規定も働かない（全部無効）のか、それとも、民法、商法（一般的には任意規定）上、適法とされ、それを超える部分だけが無効とされる（一部無効）かという点にある。

(2) 本法九条の違約金条項については、明文で一部無効とされているので全部無効と解する余地はないのであろう。

(3) そこで問題となっているのは、本法八条のたとえば一項二号の「事業者の債務不履行による損害賠償責任を一部免除する条項を無効とする規定である（同項四号も同様か）。

この点については、見解は分かれてい

る。これまでの学説・判例の流れは、全部無効ではなくて、任意規定を超えて公序良俗違反とされる限度までの部分が無効であり、それ以下の部分は一部無効と解して処理するものとしている。本法において、(2)で前述したように九条違反の条項が一部無効なのに、八条違反の条項だけを全部無効とするのは、全体として解釈の一貫性に欠けるからいがあるともいわれている。

したがって、例えば売主業者の軽過失による責任の一部免除条項については、原則的には、その条項が無効となつたばあいでも任意規定の補充があると解釈するのが適切だといえよう。

しかし、売主業者の故意や重過失による責任の一部免除条項については、消費者に特に不利益を与える結果にならない限り、任意規定の補充もない（全部無効）と解釈するのが適当なばあいもあるはずである。

(4) こうして、問題の条項が一部、またときには全部無効とされたとしても、契約そのものは有効のまま維持されるのが原則であろう。ただ、そのような扱いが消費者や事業者にとって過酷な結果となる

場合には、例外的に契約全体が無効となることも否定しがたい。

二 消費者契約法と宅建業法等との関連

1 宅建業者関与の不動産取引をめぐる法律関係

では、このような消費者契約法に基づく新しいルールは、宅建業者の関与する不動産取引において、いかなる位置を占め、どのような影響をもたらすものであろうか。

それには、まず、宅建業者関与の不動産取引は、どのような法律関係のもとにあり、次いで、その各法律関係の関連がいかなるものかを検討する必要がある。

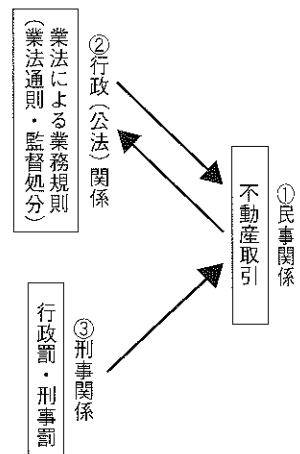
宅建業者関与の不動産取引、特にそこでの紛争は、いわゆる「交通事故の三重苦」になぞらえられる。自動車を運転する者が交通事故を起こすと、①民事②行政（公法）③刑事の三つの観点から責任を問われるという。第一は、被害者に対する人的・物的損害に対する損害賠償（民法七〇九条以下・自賠法）といった民事上の問題である。第二は、事故を酒酔いや速度違反などで起こした場合、運転免許の取消しや停止（道交法）といった行政処分を課せられる公法上

の問題である。第三は、仮に被害者を死亡させ負傷させたといった人身事故をもたらしたような場合は、業務上過失致死傷罪（刑法二二一条）といった刑事上の問題を派生させる。

宅建業者が関与する不動産取引をめぐる法律関係は、この交通事故をめぐる法律関係に類似する。すなわち、第一に、不動産取引は、宅地・建物という不動産の売買や賃貸借であり、民法や商法といった私法の適用を受ける民事上の法律関係がベース（基底）をなしている。第二に、その民事上の取引に対し、宅建業者が宅建業として関与するときは、購入者（消費者）等の利益保護の観点から宅建業法等の公法上の規制を課している。さらに、第三に、行政上の取締の目的を達成するため等から、宅建業者の違法性の強い宅建業法違反行為に対しては、宅建業法上も制裁としての刑罰を予定し（業法八章）、場合によっては固有の刑法（詐欺罪等）の適用も受ける。

そして、このような宅建業者関与の不動産取引が紛争になると、あたかも「交通事故の三重苦」と近似する事態を派生させる。

不動産取引をめぐる各法律関係



2 宅建業法と民事関係

ところで、上記のように不動産取引をめぐる法律関係を一応三つに区分した。

そして、宅建業者が宅建業法上の規制に違反した場合の法律効果は、原則として、上図の②行政（公法）的なものであるが、③刑事的なものであった。①の民事的效果は伴わないと解されていた。したがって、宅建業法の違反に対して行動を起こしうるのは、宅建業法を所管する行政や警察である。個々の買主・消費者などが、宅建業法の業者の違反を理由に業者関与の不動産の売買や賃貸借の契約を取り消すとか契約条項の無効を主張することはできない建前であった。

しかし、今日、刑事法との関係は別とし

ても、公法と民事（私法）との関係については、その区別を判然とすることはできない。「此ノ所民法（入ルベカズ）」という有名なことば（穂積八束）で示されるように、一律に公法関係への私法の適用を否定するわけにはいかない。行政がよく口にする「民事不介入」は、それが仮に原則であったとしても、その原則通りには貫徹しえない。

というのは、そもそも、宅建業法は、ベースとする不動産取引は、そもそも民事関係であり、それに、消費者保護の視点から（業法一条）、関与する宅建業者にあれをしることをしてはいけないという公法上の規則を加えているものである（業務規制）からである。

確かに宅建業法は、前述したように、本質的には規制法—取締法規である。原則としては、宅建業による規制に違反した取引がなされようと民事上の効力には消長をきたさない。しかし、その宅建業法自身においてすら、すでに業者売主・買主消費者間の取引については、民事ルールともいわれるいくつもの私法（効力）規定（①代金二割超違約金約定の無効・業法三八条二項、②代金二割超手付額約定の無効・同三九条三項、③瑕疵担保責任期間の二年以上免責以

外の約定の無効・同四〇条二項、④クーリングオフの買主不利特約の無効・同三七条の二第四項)を置いている。判例も、報酬告示の限度を超える報酬の授受を私法上も無効とする宅建業法上の規定はないが、それでも無効であると判示している(最判昭四五・二・二六民集二四・八九)。

現に平井 宜雄前東大教授(弊機構会長)は、前述の私法(効力)規定以外の宅建業法の規定についても、「当該契約関係を規律すべき法令(宅建業法等)があれば、それを参考にして(宅建業者の)行為債務の内容が認められるべきである」とし、「宅建業法(三五条等)上の(重要事項)説明義務は、この限りでは私法上の義務でもある」と説かれている(債権総論六六頁)。

このように、かねてより宅建業法という公法と民法との間の絶対的な区別は否定され、両者の関連性が問題にされていた。

3 消費者契約法の位置づけと関連

このような宅建業法(公法)と私法(民・商法)との相關関係のなかに、このたび新しく消費者契約法が、それらの中間にいわば割り込んで入ってきた。では、この消費

者契約法は、宅建業者が関与する不動産取引において、どのような位置を占め、どう関連づけられるのであろうか。既存の宅建業法や民・商法との間の適用関係はどうなるのか。(このことについては、消費者契約法を審議した国民生活審議会でも検討課題とされ、学説も必ずしも統一していない(NBL六八八号三七頁以下など)。

(一) まず、消費者契約法は、民・商法の特別法として位置づけられよう。わが国には、いままでは、消費者取引に関する包括的立法はなかった。これまでは民法の解釈や、条例による規制で対応してきた。ところが、このたび制定された消費者契約法は、消費者取引の消費者契約締結過程および契約条項について包括的に立法した。これまで、民法の法律行為に関する抽象的な規定(公序良俗違反無効、詐欺・強迫による取消、錯誤無効等)の解釈や、信義則などの一般条項の適用によって処理されてきた問題に対し、より具体的なルールを設定したのである。すなわち、消費者契約の締結過程に関しては、一定の要件のもとで消費者に取消権を与えた。また、契約内容の適正化のために、消費者契約における不当条項を無効とした。

かくて、民・商法との関係では、民・商法を一般法、消費者契約法を特別法と考へ得る。そして、「特別法は、一般法に優先する」ので、民・商法と消費者契約法が競合する場合には、後者の消費者契約法が優先して適用になる。この両者が競合しない限りでは、前者民・商法が一般的に適用される。

(二) 次に、最も問題の宅建業法との関係である。すなわち、上記2の代金二割超過約金約定の無効(業法三八条二項)など、とりわけ宅建業法上の私法(効力)規定との関係である。

消費者契約法は、「消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示の取消および消費者契約の条項の効力について民法および商法以外の他の法律(例えば宅建業法)に別段の定めがあるときは、その定めるところによる」(本法二一条二項)と規定する。

したがって、宅建業法の私法(効力)規定と消費者契約法の私法規定が競合する場合には、宅建業法の私法(効力)規定の定めるところによることとなる。

例えば、売買契約に係る瑕疵担保責任規定を取り上げよう。①瑕疵担保責任全

部免除条項を無効とする消費者契約法八条一項五号は、民法五七二条（売主が瑕疵担保責任を負わない旨の特約）が免責特約を一定限度で有効としていることからすれば、明らかに民法を修正する。すなわち、民法五七二条は、瑕疵について、例えば、買主が目的物件の引渡し直後に雨漏りがしたので調べたら天井裏にバケツが置いてあったといった、といった売主が悪意で瑕疵を黙秘した場合には、免責特約は否定される。同条は、この限りでは強行規定であるが、それ以外の免責特約は、任意規定として消極的に承認している。しかし、消費者契約法は、この民法五七二条をさらに修正し、物の瑕疵についてではあるが、免責特約が有効な場合を限定し、無効となる場合を拡張した。そのような規制がなされたなかで、②宅建業法は、すでに売主業者・買主消費者取引においては、瑕疵担保責任の免責特約について、目的物の引渡し後二年以上となる特約を除き、その他の買主・消費者に不利となる一切の特約を無効とする（業法四〇条二項）。したがって、このような消費者契約法と宅建業法の競合がみられる場合には、宅建業法の規定の定め

るところによる。もともと、③平成二二年から施行された住宅品質確保法は、新築住宅の基本構造部分については、一〇年の瑕疵担保責任を強行法化している。以上要するに、瑕疵担保責任については、次のように目的物等につき適用の可

否につき相違があるとしても、特別法の優先適用の原理のもと、①品確法②宅建業法③消費者契約法④民法の順に適用されるということになる。

このことを表で示すと次のようになる。

各法律と適用順位	①住宅品質確保促進法	②宅建業法	③消費者契約法	④民法
対象	新築住宅（二条二項・八八条一項）	業者売主・買主消費者間の新築・中古住宅および宅地（四〇条一項）	消費者の（有償）契約の（すべての）目的物（八条一項五号）	売買の（すべての）目的物および権利等（五七〇条）
瑕疵部分	構造耐力上主要な部分・雨水進入防止部分（八七条・項・八八条・項・政令六条）		限定なし	
瑕疵態様	隠れた瑕疵			
担保責任の内容	①瑕疵修補（ただし重大ではなく修補に過分の費用を要する瑕疵については免除）（八八条一項・民法六三四条一項） ②契約解除（八八条一項・民法五八条一項） ③損害賠償（八八条一項・民法五六六条一項・六二四条二項）	①損害賠償 ②目的を達し得ない場合契約解除（五六六条一項） ③修補請求（催告上又は解除上）		
担保責任の期間	引渡から一〇年（八八条一項）	引渡から二年（以上）（四〇条一項）		買主が瑕疵を知った時から一年（五六六条三項）
特約による担保責任期間の伸長	構造耐力上主要な部分・雨水進入防止部分その他の住宅の隠れた瑕疵について二〇年まで伸長可能（九〇条）	二年以上の伸長可能（四〇条一項）	事業者の全部免除特約は無効（八条一項五号）	伸長可能と解し得る。
担保責任免除・軽減特約	買主に不利な特約は、無効（八八条二項）	買主に不利な特約は、無効（四〇条二項）	事業者の全部免除特約は無効（八条一項五号）	可能。ただし、知りて告げないものは不可（五七二条）

（注）消費者契約法は、平成一三年四月一日から施行（予定）

なお、商人（例えば宅建業者）間の売買（商事売買）では、買主は目的物を受け取ったときには、遅滞なく検査し、瑕疵等あれば売主に通知しないとき（買主の検査・通

知義務違反)、または受取後六か月経過後は、買主業者は売主業者に対し担保責任を問えないとされている(商法五二六条)。

(三) さらに例えば、消費者契約法九条第一項では、消費者契約の解除に伴う損害賠償の額について平均的な損害額を超える定めをした場合、当該超える部分無効としている。宅建業法三八条では、宅建業者が自ら売主となる宅地または建物の売買契約において、債務不履行を理由とする契約解除に伴う損害賠償予定額の上限を代金の二〇%としており、消費者契約法九条一項の規定と要件が抵触する。

この場合、宅建業法の規定が消費者契約法の規定に優先して適用されるということになる。

損害賠償額の予定等の制限

宅建業法三八条

宅地建物取引業者がみずから売主となる宅地又は建物の売買契約において、当事者の債務の不履行を理由とする契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定めるときは、これらを合算した額が代金の額の二〇分の一を超え、二前項の規定に反する特約は、代金の額の二〇分の一を超える部分について、無効とする。

消費者契約法九条一項

損害賠償額の予定等については、当該事業者が生ずべき平均的な損害の額を超える部分は無効とする。

(四) そのうえさらに、宅建業法との関係で問題になるものはないか。それは、宅建業者による売買や媒介・代理などにより、締結された宅建業の取引である消費者契約(例えば、業者売主・買主消費者間の宅地売買契約)が、消費者契約法により申込みなどが取り消されたり(本法第二章)、それらの契約条項が無効とされたりする(本法第三章)その可能性が存する場合である。

それらは、民法の特別法である消費者契約法による契約の効力の有無だけの問題に止まるのであろうか。実際の消費者トラブルでは、消費者はまず当該事業者

宅建法が優先的に適用される

に苦情を申し立て、時には消費者契約法に基づき取消・無効を主張するであろう。しかし、それで紛争が氷解するとは思われない。消費者契約法の実効性の確保と被害救済のための裁判外の紛争処理機関としては、消費者生活センター等が想定されている。しかし、事業者が宅建業者である場合には、免許取消という伝家の宝刀を背景にするが故に、消費者の宅建業法所管課への駆け込みが優に予想される。そのような場合、宅建業法所管課はどう対応すべきであろうか。宅建業者の消費者契約法による規制への抵触が宅建業法の違反にもなりうるのかの問題である。

第一は、事業者たる宅建業者から「重要事項」について事実と異なることを告げられたが、消費者が当該告げられた内容が事実であると誤認したとして、消費者契約の申込みを消費者契約法に基づき取り消したとする(本法四条一項一号)。このような場合には、宅建業法所管課としては、宅建業法上、①「重要な事項について、故意に事実を告げず、又は不実のことを告げ」たとするならば、宅建業法四七条(一号)の業務に関する禁止事項に抵触していないかを問題とせざるを

えまい。②仮に故意にとまでは認定できず、①でないとしても宅建業者による重要事項説明「重説」義務（業法三五条）に違反していないか。③仮に②でないととしても、業務に関し取引の關係者に損害を与え、又は与えるおそれが大」ではないか（同六五条一項一号）とか、または④「不正不当行為」に当たらないか（業法六五条二項五号）等々が問題とされよう。さらに、⑤いうならば宅建業者による消費者契約法への抵触が、「（宅建）業務に関し他の法令に違反し、宅建業者として不適当であると認められる」という宅建業法にいう「他法令違反」（業法六五条一項三号）に該当するかも問題となる。

第二は、これと同種の問題は、消費者契約法が事業者の「断定的判断の提供」による消費者の意思表示の取り消しを認めている（本法四条一項二号）ことから起りえよう。このことにつき事業者が宅建業者でもあり宅建業にも当たる場合には、宅建業法四七条の二第一項の「断定的判断の提供行為」の禁止にも抵触するところがないかを問題とせざるをえまい。

第三は、消費者契約法が事業者が消費者を「困惑」せしめてなされた意思表示

示の取り消しを認めているのである（本法四条三項）。そこで、消費者が単なる困惑に止まらず、事業者・宅建業者による、消費者に不安の念をも抱かせる「威迫」に基づく困惑により契約させられたと解されれば、宅建業法四七条の二第二項の「威迫」行為の禁止にも抵触するところがないかを問題とせざるをえないと思われる。

第四は、以上のような個別条項の抵触のほか、広く消費者契約法に基づき、消費者から意思表示が取り消されまたは無効となるような不当な条項を盛り込んだ契約を宅建業者が締結させ、その結果消費者から取り消され、または無効とされたとしたら、その宅建業者については、上記第一でも問題にした宅建業法①六五条一項一号あるいは同条同項二号または②六五条二項五号に該当するかも問題となりえよう。

資料 消費者契約法

目次

第一章 総則（第一条—第三条）

第二章 消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し（第四条—第七条）

第三章 消費者契約の条項の無効（第八条—第十条）

第四章 雑則（第十一条—第十二条） 附則

第一章 総則

（目的）

第一条 この法律は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとともに、事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とすることにより、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。

(定義)

第二条 この法律において「消費者」とは、個人事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。をいう。

2 この法律において「事業者」とは、法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人をいう。

3 この法律において「消費者契約」とは、消費者と事業者との間で締結される契約をいう。

(事業者及び消費者の努力)

第三条 事業者は、消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるように配慮するとともに、消費者契約の締結について勧誘をするに際しては、消費者の理解を深めるために、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供するよう努めなければならない。

2 消費者は、消費者契約を締結するに際しては、事業者から提供された情報を活用し、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容について理解するよう努めるものとする。

第二章 (消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し)

第四条 消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して次の各号に掲げる行為をしたことにより当該各号に定める誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。

一 重要事項について事実と異なることを告げること。当該告げられた内容が事実であるとの誤認。

二 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものに関し、将来におけるその価額、将来において当該消費者が受け取るべき金額その他の将来における変動が不確実な事項につき断定的判断を提供すること。当該提供された断定的判断の内容が確実であるとの誤認。

2 消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対してある重要事項又は当該重要事項に関連する事項について当該消費者の利益となる旨を告げ、かつ、当該重要事項について当該消費者の不利益となる事実(当該告知により当該事実が存在しないと消費者が通常

考えるべきものに限り。)を故意に告げなかったことにより、当該事実が存在しないとの誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。ただし、当該事業者が当該消費者に対し当該事実を告げようとしたにもかかわらず、当該消費者がこれを拒んだときは、この限りでない。

3 消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して次に掲げる行為をしたことにより困惑し、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。

一 当該事業者に対し、当該消費者が、その住居又はその業務を行っている場所から退去すべき旨の意志を示したにもかかわらず、それらの場所から退去しないこと。

二 当該事業者が当該消費者契約の締結について勧誘をしている場所から当該消費者が退去する旨の意志を示したにもかかわらず、その場所から当該消費者を退去させないこと。

4 第一項第一号及び第二項の「重要事項」と

は、消費者契約に係る次に掲げる事項であつて消費者の当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきものをいう。

一 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容

二 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの対価その他の取引条件

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

(媒介の委託を受けた第三者及び代理人)

第五条 前条の規定は、事業者が第三者に対し、当該事業者と消費者との間における消費者契約の締結について媒介をすることの委託（以下この項において単に「委託」という。）をし、当該委託を受けた第三者（その第三者から委託を受けた者（二以上の段階にわたる委託を受けた者を含む。）を含む。次項において「受託者等」という。）が消費者に対して同条第一項から第三項までに規定する行為をした場合について準用する。この場合において、同条第二項ただし

書中「当該事業者」とあるのは、「当該事業者又は次条第一項に規定する受託者等」と読み替えるものとする。

2 消費者契約の締結に係る消費者の代理人、事業者の代理人及び受託者等の代理人は、前条第一項から第三項まで（前項において準用する場合を含む。次条及び第七条において同じ。）の規定の適用についてはそれぞれ消費者、事業者及び受託者等とみなす。

(解釈規定)

第六条 第四条第一項から第三項までの規定は、これらの項に規定する消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示に対する民法（明治二十九年法律第八十九号）第九十六条の規定の適用を妨げるものと解してはならない。

(取消権の行使期間等)

第七条 第四条第一項から第三項までの規定による取消権は、追認をすることができる時から六箇月間行わないときは、次項によつて消滅する。当該消費者契約の締結の時から五年を経過したときも、同様とする。

2 商法（明治三十二年法律第四十八号）第百九十一条及び第二百八十条ノ十二の規定（これらの規定を他の法律において準用する場合を含む。）は、第四条第一項から第三項

までの規定による消費者契約としての株式又は新株の引受けの取消しについて準用する場合において、同法第百九十一条中「錯誤若ハ株式申込証ノ要件ノ欠缺ヲ理由トシテ其ノ引受ノ無効ヲ主張シ又ハ詐欺若ハ脅迫ヲ理由トシテ」とあり、及び同法第二百八十条ノ十二中「錯誤若ハ株式申込証若ハ新株引受権証書ノ要件ノ欠缺ヲ理由トシテ其ノ引受ノ無効ヲ主張シ又ハ詐欺若ハ脅迫ヲ理由トシテ」とあるのは、「消費者契約法第四条第一項乃至第三項（同法第五条第一項ニ於テ準用スル場合ヲ含ム）ノ規定に因リ」と読み替えるものとする。

第三章 消費者契約の条項の無効

(事業者の損害賠償の責任を免除する条項の無効)

第八条 次に掲げる消費者契約の条項は、無効とする。

一 事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項

二 事業者の債務不履行（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。）により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部

を免除する条項

三 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の全部を免除する条項

四 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。）により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の一部を免除する条項

五 消費者契約が有償契約である場合において、当該消費者契約の目的物に隠された瑕疵があるとき（当該消費者契約が請負契約である場合には、当該消費者契約の仕事の目的物に瑕疵があるとき。次項において同じ。）に、当該瑕疵により消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任の全部を免除する条項

2 前項第五号に掲げる条項については、次に掲げる場合に該当するときは、同行の規定は、適用しない。

一 当該消費者契約において、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該事業者が瑕疵のない物をもってこれ

に代える責任又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合

二 当該消費者と当該事業者の委託を受けた他の事業者との間の契約又は当該事業者と他の事業者との間の当該消費者のためにする契約で、当該消費者契約の締結に先立って又はこれと同時に締結されたものにおいて、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該他の事業者が、当該瑕疵により当該消費者に生じた損害を賠償する責任の全部若しくは一部を負い、瑕疵のない物をもってこれに代える責任を負い、又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合（消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効）

第九条 次の各号に掲げる消費者契約の条項は、当該各号に定める部分について、無効とする。

一 当該消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であつて、これらを合算した額が、当該条項において設定された解除の事山、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者に生ずべき平均的な損害の額を超えるも

の 当該超える部分

二 当該消費者契約に基づき支払うべき金銭の全部又は一部を消費者が支払期日（支払回数が二以上である場合には、それぞれの支払期日。以下この号において同じ。）までに支払わない場合における損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であつてこれらを合算した額が、支払期日の翌日からその支払をする日までの期間について、その日数に応じ、当該支払期日に支払うべき額から当該支払期日に支払うべき額のうち既に支払われた額を控除した額に年十四・六パーセントの割合を乗じて計算した額を超えるもの

当該超える部分

（消費者の利益を一方的に害する条項の無効）

第十条 民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であつて、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。

第四章 雑則

(他の法律の適用)

第十一条 消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し及び消費者契約の条項の効力については、この法律の規定によるほか、民法及び商法の規定による。

2 消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し及び消費者契約の条項の効力について民法及び商法以外の他の法律に別段の定めがあるときは、その定めるところによる。

(適用除外)

第十二条 この法律の規定は、労働契約については、適用しない。

附 則

この法律は、平成十三年四月一日から施行し、この法律の施行後に締結された消費者契約について適用する。

内閣総理大臣 森 喜朗

法務大臣 白井日出男

