

現代日本社会における契約主体の変容

——判断力不足の観点を超えて——

谷 本 圭 子*

目 次

- I 序 論
 - 1 問題意識
 - 2 検討対象
- II 「判断力」の法的意味
 - 1 法規定にみる「判断力」
 - 2 意思能力における位置
 - 3 行為能力における位置
 - 4 適合性原則と能力
- III 消費者概念の位置づけ
 - 1 一般的消費者概念と「判断力」不足
 - 2 「脆弱な」あるいは「傷つきやすい」消費者
- IV 超高齢社会における高齢者の法的位置づけ
 - 1 高齢者の能力と認知機能
 - 2 消費者と高齢者の接続
 - 3 法的対応の方向性
- V 今後の展望——新たな発想への転換
 - 1 問題意識
 - 2 現代日本社会における構成員の変容
 - 3 契約主体としての人間像の転換
 - 4 契約法による対応

* たにもと・けいこ 立命館大学法学部教授

I 序 論

1 問題意識

日本において進行している超高齢化は、過去に経験したことのない社会構造の変化といえる¹⁾。この現実を主要な根拠として、民法(債権関係)改正や消費者契約法改正をめぐる議論においては、「判断力」の不足が注目されてきた²⁾。遡れば、1999年の民法改正による成年後見制度の導入にあたって、判断能力が不十分な人の保護がその目的とされていたところである³⁾。したがって、少なくとも契約法において判断力は法的概念として認識されているように思われる。ただ、判断力について民法や消費者法の中で言及されているわけではなく、判断力のもつ、又はもつべき意味を明らかにし、契約法における位置づけを明らかにする必要がある。このような考えは、自己決定を基礎に据える契約法の領域において判断力不足はその根底を揺るがしかねないとの認識に基づく。

しかし、他方において、超高齢化という現象に対して契約法が問題視すべきは、個別の人間の判断力不足にとどまるのか、という疑問が生じる。超高齢化は、言うまでもなく、日本社会を構成する全ての人間に占める高

1) 内閣府「平成29年版高齢社会白書」(平成29年6月)(以下では「高齢社会白書」とする)参照。

2) 「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(平成25年2月)(以下では「中間試案」とする)も90条において、「合理的に判断することができない事情があること」を相手方が利用することを暴行行為の主観的要件とする案を示していた。この案を引き継ぐ形で、消費者委員会消費者契約法専門調査会「消費者契約法専門調査会報告書」(平成27年12月)5頁以下、同「消費者契約法専門調査会報告書」(平成29年8月)5頁以下、「消費者委員会答申」(平成29年8月8日)も、「合理的に判断することができない事情があること」に相手方がつけ込むことを問題視し、そのような事情の一例として「判断力の不足」をあげていた。2016年消費者契約法改正法に関わっては、谷本圭子「消費者の判断力不足への法的対応——改正消費者契約法における過量契約規定を契機として——」立命館法学369・370号(2017年)439頁以下参照。

3) 法務省民事局「民法の一部を改正する法律等の概要」(平成11年12月)参照。

高齢者の割合の変化を意味するが、同時に、契約法が想定する契約主体の変化をも意味するのではなかろうか。

2 検討対象

近年の消費者契約法（以下では「消契法」とする）改正をめぐる議論では、判断力不足のみではなく、「消費者の判断力の不足，知識・経験の不足，心理的な圧迫状態，断り切れない人間関係など当該契約を締結するかどうかを合理的に判断することができない事情」がある場合を広く問題視し，それへの「つけ込み」という事業者の不当行為に着目して，取消権を認める方向での法改正が目指されてきた。また，判断力不足に着目する理由として，高齢者のみでなく，成年年齢引下げ⁴⁾後の若年者及び障がい者も同様に保護すべきことがあげられる。たしかに，統一的な基準でもって事業者の不当行為を権利認容の要件とすることは多様な問題に対処するために有用かつ必要な方法ではある。しかし，他方では，特別に対処すべき問題も存在し得よう。本稿では，特に加齢により生じる判断力不足に焦点を当てて検討したい。後述する理由から，この問題は契約法が特に対応すべき問題と考えるためである。

そこで，まず，「判断力」に関わって契約法がどのような取り扱いをしてきたのかを確認する。判断（能）力に言及する法規定を確認し，契約法上の能力との関連を検討するために，意思能力及び行為能力との関連，さらには適合性原則との関連について検討する（Ⅱ）。次に，消費者法において近年注目されているいわゆる「脆弱な」消費者との関連も含めて，消費者概念において判断力不足はどのような意味を持つかを検討する（Ⅲ）。また，本稿の主題である高齢者への法的対応について，判断力の観点から消費者と高齢者との間に関連性を見出し，従来の法的対応を確認した上で，今後のあるべき対応を検討する（Ⅳ）。最後に，判断力不足という観

4) 2018年3月13日に国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」は，同年5月29日に衆議院本会議で可決され，参議院に送られた（2018年5月31日現在）。

点を契約主体を再検討することにより問い直し、従来とは異なる新たな発想へと転換する可能性を提示したい（V）。

以上の検討を通じて、判断力不足が現代契約法においてもつ意味を明らかにすることにより、超高齢社会への契約法による対応の方向性を探ることが、本稿の目的である。

Ⅱ 「判断力」の法的意味

1 法規定にみる「判断力」

「判断力」という言葉は、いくつかの法規定において用いられている。司法試験法や公認会計士法⁵⁾などにおいては専門家として有すべき能力の一つとして、他方、学校教育法⁶⁾や食育基本法⁷⁾などにおいては教育目標として養うべき態度を基礎づける力として、取り上げられている。また、スポーツ基本法前文では、一般的に備えるべき人格の内容として記述されているといえる。

契約の場面では、特定商取引法施行規則7条2号等で、「老人（未成年者）その他の者の判断力の不足に乘じ……契約を締結させること」が禁止行為としてあげられる。「判断力の不足」及び「これに乘じること」が問題とされている点では、近年の消契法改正をめぐる議論の方向性に通じるものがある。

以上の法規定においては、判断力の不足に関わって、民事的な法律効果が予定されているわけではない。もっとも、法規定において明示されているわけではないが、人の判断力については従来、民法における能力制度の中で考慮されてきたため、以下では同制度との関連について見ていく。

5) 司法試験法3条4項、公認会計士法8条4項等。

6) 学校教育法21条1号。

7) 食育基本法2条。

2 意思能力における位置

(1) 概 説

従来、意思能力とは、「自分の行為の結果を判断することのできる精神的能力であって、正常な認識力と予期力とを含むもの」⁸⁾、「法律行為の効果を理解し内心の効果意思を決定する能力」⁹⁾などとされていた。最近では「自己の行為の法的な結果を認識・判断することができる能力」¹⁰⁾、「自分の行為の法的な意味——そのような行為をすればどうなるか——を理解する能力」¹¹⁾などと定義される。

意思能力について分析的に記述する岡松によれば¹²⁾、意思能力には、(1)「行為の動機及び結果を正当に認識する能力」あること、及び、(2)「正当なる動機及び結果の認識に従い意思を決定し行為する能力」あることが必要とされる。(1)は、正当な覚知、覚知の正当な解釈、覚知及びその解釈により生じる観念の正当な判断を必要とするとされる。判断は、行為の事実上の結果及びその結果の社会的意義の認識をその本質とするとされる。(2)は、動機及び結果の認識により決意することができる能力、動機の意味に対する作用が人並みであること、行為の結果の認識の意思に対する作用が人並みであることを必要とするとされる。

以上より、「正当なる認識力及び決意力を具備する者にして始めて意思能力を有する者たることを得」とされる。その結果、意思無能力者は、①覚知又は判断能力に障がいがあるが正当に行為の動機又は結果を認識することができない者、②又は意思の決定又は実行の能力に障がいがあり正当の認識に従い行為することができない者は、心理作用に異常があり、その異常が精神状態の欠陥に基づく場合であるとされる。

8) 我妻榮『新訂 民法総則』（岩波書店、1965年）60頁。

9) 川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965年）171頁。

10) 四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第9版〕』（弘文堂、2018年）44頁。

11) 山本敬三『民法講義Ⅰ総則〔第3版〕』（有斐閣、2011年）39頁。

12) 以下の記述については、岡松参太郎「意思能力論（二）」法協33巻11号（1915年）1891頁以下による。

他方において、意思無能力の評価に関して、当事者の能力のみでなく、相手方などの認識可能性についても、意思無能力を認めるための要件として、これを考慮すべきとする学説¹³⁾や裁判例¹⁴⁾もある。

(2) 認識、理解、決定及び判断

従来の学説においては、意思能力に関して概ね、法律行為の結果を「認識又は理解」した上で、「決定又は判断」することができる能力と考えられてきた。ただ、全ての学説が判断能力を必須とするかといえ、そうではない¹⁵⁾。

また、最近の学説は、意思能力の基礎となる能力について、「正常な」ないし「正当な」能力という言い方はしない。たしかに、ある事柄の「認識」や「理解」は、その有無又は量的な程度が問題となるにすぎない。「正しい」認識や理解が言われるとしても、それは「正確さ」を意味するにすぎない。これに対して、「決定又は判断」は、その質的な当否が問題となり得る。しかし、私的自治の原則によればそもそも質的な当否は問題となり得ないはずである。ただ、行為能力の制限に係る規定(7条等)が示すような「精神上の障がい」や年齢等により「決定又は判断」が「〇〇に(例えば、正当に、合理的に等)」できないとき、法律行為の効力に影響なしとすることは妥当ではないと考えられているといえよう。

したがって、「判断」能力に言及する際には、「どのような判断」をする能力なのかを示す必要があるはずであり、その意味において岡松が「正当

13) 鹿野菜穂子「高齢者の取引被害と意思能力論」大河純夫ほか編『高齢者の生活と法』(有斐閣, 1999年) 65頁。

14) 東京地判平成26・2・25判時2227号54頁。

15) 民法(債権関係)改正に係る審議において、「民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたたき台(1)(概要付き)」(民法(債権関係)部会資料53) 4頁では、「その法律行為の結果を理解してその法律行為をするかどうかを判断する能力」を意思能力の定義として規定する案が示されたが、圧倒的な批判を受け、中間試案では「その法律行為をすることの意味を理解する能力」とされた。

な判断」に言及していることには理由があるともいえる。

（3）判断の「正常性」又は「合理性」

上記のように、最近の学説は、意思能力の基礎となる能力について、「正常な」ないし「正当な」能力とは表現しない。このような表現は人間の精神又は心理の描写として不適切なのであろうか¹⁶⁾。

意思無能力に基づき法律行為が無効となることの根拠に関わって、私的自治の原則により「自分の自由意思に基づく行為に拘束されるという原則が妥当するには、その行為が自己の正常な意思決定に基づいていることが必要とされる」¹⁷⁾と言われる。正常でない意思決定としては、「行為者に自己の行為の意味を判断するだけの能力が欠けている場合」があげられる。

他方、意思無能力に関わる裁判例を見れば、「自分の行為の結果を正しく認識し、これに基づいて正しく意思決定をする精神能力」¹⁸⁾を基礎として意見能力の有無が判断されてきたが、近年では、「合理的判断能力」¹⁹⁾を中核として意思能力の有無が判断されている。さらに、上記のように、民法（債権関係）改正議論においては、中間試案の中で90条について、「法律行為をやるかどうかを合理的に判断することができない事情があること」を主観的要素としてまとめる提案が示され、また、消費法の改正議論においても、消費者に「合理的に判断することができない事情があること」を取消権認容の主要根拠とする考え方が採られてきた²⁰⁾。

以上より、現在は「正常な」ないし「正しい」意思決定に言及されることもあるが、「合理的な」判断という言葉が主として通用しているといえ

16) 山下純司「高齢消費者の保護のあり方」法時83巻8号（2011年）53頁は、上記のように岡松による「正当の認識に従い行為することができない者は、心理作用に異常がある」との表現に対して、これは意思無能力者を「異常」「狂人」として扱うことになるとする。

17) 四宮＝能見・前掲注10) 44頁以下。

18) 福岡高判平成16・7・21金判1204号26頁，東京地判平成17・9・29判タ1203号173頁。

19) 東京地判20・12・24判時2044号98頁，東京地判平成26・2・25判時2227号54頁。

20) 注2) 参照。

よう。もっとも、従来から「正常な」ないし「正当な」判断という言葉が用いられるときでも、それが意味するところは実質的には「合理的な（理に適う）」判断と異なるものではない。ただ、「正常」の対語は「異常」であり、「正当」の対語は「不当」であることを考慮すれば、「合理的な」判断という言葉を用いるべきと考えられよう。

(4) 「認識・理解・決定」ではなく「判断」への着目の理由

上記のように、意思能力の内容について学説並びに裁判例として確固たる見解が存在するわけではない。それにもかかわらず、最近の立法をめぐる議論において、特に「判断」に着目される点については、一定の説明を要するであろう。「認識」又は「理解」については、その対象は「法律行為の内容又は結果」であり、その有無又は量的な程度が問題となる。「認識」又は「理解」の欠如は、意思又は意思能力の欠如と考えられる²¹⁾。これに対して、「決定」又は「判断」については、その対象は「法律行為をすかかどうか」である。「決定」の欠如において、意思表示は存在しないのに対して、「判断」の欠如は判別不可能である。また、「判断」を経て「決定」に至るため、「決定」が合理的であるかどうかではなく「決定」に至るまでの「判断」が合理的であるのかを問題とすることが、意思を基礎とした法律効果発生構造により適合的であるとはいえる。

3 行為能力における位置

(1) 概 説

成年後見制度の導入時には、「判断能力が不十分な人の保護」がその目的とされており、また、同制度の立案担当官による解説においては、判断能力という言葉は「事理弁識能力」に代えて用いられている²²⁾。その理由と

21) 民法改正において規定されるには至らなかったが、「意思能力」の定義として「中間試案」でも「その法律行為をすることの意味を理解する能力」とされていたところである。

22) 法務省民事局「民法の一部を改正する法律の概要」（平成11年12月）、小林昭彦＝大鷹

して、第一に、国民に向けた解説においては理解しやすい表現が用いられたと考えられる。第二に、上記のように意思能力の有無に関わり学説や裁判例も「判断能力」に着目してきたため、意思能力制度を基礎とする成年後見制度においてもこれに着目されたと考えられる。第三に、成年後見制度が特に高齢者に見られる認知機能の低下に対応する目的をもつため、認知機能の一つである「判断力」に焦点があてられているともいえよう。ただ、民法7条以下で規定される「事理弁識能力」は実質的には意思能力の意味をもつため²³⁾、これを判断能力と同視することまではできない。したがって、上記の言い換えは適切とは思われない。

(2) 行為能力制度に対する近時の問題提起

意思能力の有無は個別的に判断されるのに対して、行為能力の制限に関しては、その定型的取扱いが特徴の一つとなっている。特に成年と未成年を区別する定型的取扱いは、他に類を見ない特徴的な規範である。従来、定型的取扱いについては、その定型的な「保護」の側面について積極的にとらえられてきた。

しかし、近年では、障害者権利条約12条との関係において、その保護の内容によっては本人の意思決定を阻害するとの問題が提起されている²⁴⁾。主に問題視されているのは、法定代理権の認容及び法定代理人への取消権認容という代理・代行決定であり、自律的意思決定を阻害する可能性が指摘されている²⁵⁾。この点については、成年後見制度導入時から、意思決定尊重と保護（他律）との調整は認識されており²⁶⁾、前者を優先しながら両

↘一郎＝大門匡『一問一答 新しい成年後見制度』（商事法務研究会、2000年）等参照。

23) 四宮＝能見・前掲注10) 47頁、山本・前掲注11) 40頁参照。もっとも、本来の意味での意思能力と完全には一致しない点については、谷本・前掲注2) 460頁以下参照。

24) 同条約12条と我が国の能力制度との関係については、上山泰「意思決定支援と成年後見制度」実践成年後見64号（2016年）45頁以下参照。

25) 上山・前掲注24) 47頁以下参照。

26) 法務省民事局・前掲注22)、小林＝大鷹＝大門・前掲注22) 5頁等参照。

者の調整をどのように行うかの問題であるともいえる²⁷⁾。

ただ、能力制度は、「自ら声を上げられない者」を区別して他律が介入することを正当化してきた側面は否めない。社会が多数者や強者により統治されるという宿命の下、未成年者や障がい者等は、能力制度によって保護されてきた、言い換えれば、一定の行為についての排除や他者からの介入を甘受せざるを得なかった。そのため、能力制限は負のイメージを伴うがゆえに、「将来的には声を上げられなくなる」高齢者への適用については、「将来的には声を上げられなくなる可能性が高い」が「現在は声を上げられる」人々による反発に結び付いてしまうことは当然といえよう。

このような従来状況からは脱却すべきように思われる。その契機が障害者権利条約によってもたらされたともいえよう。詳細については後述するが、能力制度自体がある種の「理想的人間像」を前提とする制度であり、「現実の人間像」を前提とすれば、究極的には能力制度の存在が不適切となる可能性もありうると考えるからである(後述V)²⁸⁾。

4 適合性原則と能力

適合性原則をめぐるのは近年活発に議論されているが、議論が錯綜しているとの印象が否めないとの評価も見られる²⁹⁾。そのような中であって、この原則を金融取引や投資取引に限定されない多様な取引に適用可能な原則として捉える試みが提示されている。「年齢・経験・知識・財産状況等への配慮」を消費者契約において事業者の義務として捉え、これを「適合

27) 上山・前掲注24) 48頁以下によれば、「支援手法としての意思決定支援の原則性と代理・代行決定に対する優先性」を同条約12条が明確化したとされる。

28) この点に関わり、障害者権利条約12条に関する公式解釈指針である「一般的意見第1号」が、意思決定能力の不足を法的能力否定の正当化事由として用いることは許されない(para. 13)としていることも参考になる。同条と我が国行為能力制限との整合性等をめぐる能力法理の適用を狭める方向での議論傾向を「能力法理の縮減」と呼ぶのは、熊谷士郎「『能力』法理の縮減と再生・契約法理の変容」消費者法研究2号(2017年)25頁以下。

29) 「特集・適合性原則と消費者法」現代消費者法28号(2015年)4頁以下に掲載の諸論稿参照。

性原則」として再定義する提案³⁰⁾も、「人」を抽象的ではなく、「人」が帯びる性質及びその周囲にある具体的な事情や状況をも法的に捉えた上で取引場を規律していくべきとの考え方によれば、説得力をもつ見解である。金融取引等において考慮される事情は、多様な消費者契約においても考慮されてしかるべきではあるが、適合性原則及び類似の規定以外で考慮すべき事情を明示する一般条項ないし規定はないのが現状である。また、意思能力の有無は法律行為の内容に応じて判断されることに鑑みれば、意思能力との関連性を説明しうる見解ともいえる³¹⁾。

ただ、「多様な事情」に配慮して「多様な対象」について民事的效果の有無を判断する制度は、一般条項の役割を果たすものとして理解すべきである。なぜなら、従来民事的效果を判断する際に考慮されてきた事情としては、いくつかの類型に分類され、その分類ごとに、さらに考慮されるべき事情も想定されてきたはずであり、この分類及びその結果としての意思能力を含む各制度の意味は小さくない。そのため、本稿においては、意思能力が適合性原則にも通じる側面をもつことを意識しておくにとどめておきたい。

また、「人」をあまりに具体的に把握すべきとなると、人間のプライバシーへの介入は避けられない。人間（特に消費者）は取引世界には僅かしか足を踏み入れておらず、取引世界は自らが関わる多様な世界の一部にすぎない。抽象的な「人」として相手方からプライバシーに介入されることなく取引を行う方が望ましい。そのため、適合性原則はプライバシーへの介入を伴って特別な取引類型にのみ適用される原則として理解すべきかもしれない。

30) 河上正二『「適合性原則」についての一考察——新時代の「一般条項」——』高翔龍ほか編『日本民法学の新たな時代——星野英一先生追悼』（有斐閣、2015年）607頁以下参照。

31) 意思能力と適合性原則との関係を指摘するものとして、山本敬三「民法における『合意の瑕疵』論の展開とその検討」棚瀬孝雄編『契約法理と契約慣行』（弘文堂、1999年）172頁、角田美穂子『適合性原則と私法理論の交錯』（商事法務、2014年）7頁以下、熊谷士郎『意思無能力法理の再検討』（有信堂高文社、2003年）350頁以下。

Ⅲ 消費者概念の位置づけ

上記のように、「判断力」不足は、「合理的に判断することができない事情」の一例として消契法改正に向けた議論において問題視されてきた。すなわち、「消費者」に判断力不足がある場合を問題視してきたといえる。

ただ、消費者概念においては定型的に一定の特質が予定されているはずであるが、その特質と判断力不足とがどのような関係にあるかについては、あまり検討されてこなかったように思われる。

そこで、以下では、本稿が検討対象とする高齢者の代表的特質として言及される「判断力」不足が、一般的に言及される消費者概念並びに近年焦点が当てられているいわゆる「脆弱な消費者」と、どのように関わるべきかを検討する。

1 一般的消費者概念と「判断力」不足

消費者概念においても判断力不足にしても、「人」を抽象的ではなく、具体的に捉えた上で契約を規律していくべきとの考え方が基礎にある点では共通していよう。

消費者基本法や消費者契約法は、その目的において「事業者と消費者との間の情報の質及び量並びに交渉力における格差」に配慮している³²⁾。この点から判断力不足との関連について見ると、情報の質・量と、判断の適

32) 吉田克己「民法（債権法）改正と「人」概念の再定義」民商153巻1号（2017年）33頁以下は、民法（債権関係）改正議論において消費者及び事業者の概念を民法に規定する方向性を人の「分節化」と捉え、これに対して、消費者と事業者の関係に限らず情報の量や質並びに交渉力の格差を考慮した規定をおく方向性を人の「実質化」として後者を志向すべきとする。しかし、本文中で言及したように、真に「実質的に」考察したとき、定型的に規定される「消費者および事業者」について象徴的に両者の「格差」に焦点が当てられるのはあり得るとしても、個別にすなわち実質的に問題事象に焦点が当てられる際に、同じく「格差」が基準とされることは適切とは思われない。

否とは、密接に関連することは明らかである。判断は、事実（情報）を検討した上で、契約締結を決定することだからである。交渉力も、契約締結の決定を促す力といえる。

まず、「情報の質及び量の格差」に着目されているが、消契法が予定する消費者像についてはより詳細な検討を経る必要がある。すなわち、消契法に定義される消費者概念からは、消費者には「取引経験が蓄積されていないこと」に基づき、「認識能力」「理解能力」「決定能力」「判断能力」が不足していることが蓋然性として定型的に想定されていると解すべきである³³⁾。これを基礎として、意思表示の問題として4条以下による「契約締結に関する規律」に結び付けられている。すなわち、決定的な問題は、「格差」ではない。

蓋然性とは、この場合、上記の「『能力』が不足する（適切な〇〇ができない）可能性が高い」ということである。したがって、定義される消費者の中には、法律の専門家や商業従事者など、個別にみれば「能力が不足していない」消費者もいるが、多くの消費者が「能力が不足している」ことを意味する。ここでは、取引内容の複雑性を前提としてこれと人間の能力とのギャップに基づく相対的な能力不足が問題となる³⁴⁾。

これに対して、「交渉力の格差」については、消費者契約の多くが「不特定多数の消費者を相手方とするがゆえに事業者により定型的に提供される契約形態」であることに鑑みると、交渉能力の不足を問題視するのではなく交渉力の格差に基づく「不公正な契約内容の押し付け」が、上記の能力不足とも相まって、蓋然性として定型的に導かれ、8条ないし10条による「契約内容規制」に結び付けられている。

なお、上記「諸能力」の不足は、契約主体の外側にある環境要因（複雑

33) 谷本圭子「民法上の『人』と『消費者』」磯村保ほか編『民法学の課題と展望（石田喜久夫先生古希記念）』（成文堂、2000年）83頁以下、同「消費者概念の法的意義」鹿野菜穂子ほか編『消費者法と民法——長尾治助先生追悼論文集』（法律文化社、2013年）48頁以下参照。

34) 大村敦志「消費者・消費者契約の特性——中間報告（2）」NBL476号（1991年）43頁以下参照。

化・高度化した商品やサービス、取引形態)とも相まって、結果として、蓋然性としての「認識できない」「理解できない」「判断できない」「決定できない」という問題を、定型的に導くことになる³⁵⁾。

2 「脆弱な」あるいは「傷つきやすい」消費者

いわゆる「脆弱な」消費者とは何者なのか。この言葉はEU法における「vulnerable consumer」に由来すると思われる³⁶⁾。EU法である不公正取引方法指令5条は、「不公正な取引方法の禁止」の見出しの下に、1項において、「不公正な取引方法を禁止」し、2項において、取引方法が不公正であるのは、これが職業上の注意要求に反しており、かつ、取引方法が行われる、若しくは向けられる「平均的消费者」、又は取引方法が「特定の消費者グループ」に向けられている時はそのグループの「平均的メンバー」の製品に関する経済行動を実質的に誤らせる、又は誤らせるおそれのある場合と規定する。3項は、それを事業者が予見することが合理的に期待可能なときは、「精神的若しくは肉体的脆弱性、年齢又は軽信性のために、取引方法やそれが関わる製品に対して特に傷つきやすい(vulnerable)³⁷⁾消費者」「からなる明白に特定可能なグループ」についてのみ、その経済行動を著しく誤らせるおそれのある取引方法は、そのグループの「平均的メンバー」の視点から評価されると定める。つまり、「精神的若しくは肉体的脆弱性、年齢又は軽信性」を原因として、「取引方法やそれが関わる製品に対して特に傷つきやすい(vulnerable)消費者」に焦点をあてる。

EU法が問題視するのは、一定の人の特性に基づく「取引方法やそれが関

35) 谷本・前掲注33)(2000年)85頁以下。

36) 「消費者委員会答申」も「ぜい弱な消費者の保護の必要性」に特別に言及している。EUにおける「脆弱な」消費者への政策については、菅富美枝『脆弱な消費者』と包摂の法理——イギリス法、EU法からの示唆——(上)(下)現代消費者法33号(2016年)47頁以下、35号(2017年)56頁以下参照。

37) 「vulnerable」については、「脆弱な」と訳されることが多いが、規定における本来の意味としては「傷つきやすい」と訳すべきと考える。

わる製品」に対する「傷つきやすさ」であり、人間の能力を問題視するものではない。したがって、EU法の文脈で言われる「vulnerable消費者」を能力不足の観点で検討することは適切なものとはいえない。加えて、日本で用いられる「脆弱な消費者」という呼称に対しても、根本的に疑問がある。なぜなら、この呼称には特定の人間が「弱い」ことを理由として「保護」を付与するという意味あいがつきまとうからである（詳細についてはVで後述）。

以上より、本稿では、判断力不足を問題として、特に加齢により起こり得る判断力不足の契約法上の意味を検討することを目的とするため、「脆弱な消費者」については検討しない。多様な法的問題を「脆弱な消費者」という言葉の中に一括りにするのではなく、多様な法的問題のうち一つの問題すなわち高齢者における「判断力」不足という問題に絞って検討を進めたいと考える。

IV 超高齢社会における高齢者の法的位置づけ

ここまで、「判断力」不足の法的位置づけを主として能力論との関係で確認した上で、消費者概念においても、「能力」の視点が存在していることを確認してきた。そこで、以下では、本稿の検討課題である高齢者の法的位置づけについて、能力論及び消費者法との関連において検討することにしたい。

1 高齢者の能力と認知機能

契約締結のために必要な能力に関しては、人間に備わる「認知機能」について加齢が及ぼす影響を想定することができる。「認知機能」とは、外界からの情報を受け取り、それを処理・加工し、ある種の判断をしたうえで実際の行動を遂行する精神機能の総称とされる。認知機能への加齢の影響については、一般的には3つの仮説が提起されている。高齢者における反応時間の遅れは、神経システム内での処理スピードの全般的な低下を反映したものであるとする「普遍的遅延仮説」、処理資源や注意の要領が年

齢と共に少なくなると考える「処理容量低下仮説」、高齢者になると抑制機能が衰退し、指示された課題とは無関連な刺激に注意を向けてしまい、結果的に指示された課題に対する処理能力が落ちると考える「抑制機能低下仮説」である。認知機能は一般的に、加齢に伴い低下することが想定されているが、近年ではその機能の可塑性にも注目されている³⁸⁾。いずれにせよ、人間の認知機能としての「判断力」の低下が、高齢者に「判断力不足」を生じさせることになろう。もっとも、加齢により低下が生じるとされる「認知機能」は、「判断力」に限られない。

2 消費者と高齢者の接続

消費者概念を「事業者との間で情報の質及び量並びに交渉力において格差がある者」とのみ解する場合には、高齢消費者については、その格差がいつそう大きくなる者として解することになる³⁹⁾。

しかし、既に述べたように、消契法による消費者概念においては、①消費者に「取引経験が蓄積されていないこと」に基づき、「認識能力」「理解能力」「判断能力」「決定能力」が不足していることが、蓋然性として定型的に想定されており、また、②事業者との交渉力格差に基づき、かつ、これら諸能力の不足とも相まって、「不公正な契約内容の押し付け」が、蓋然性として定型的に想定されている。

高齢者に生じうる「認知機能」の低下については、「諸能力の不足」を問題視している点で、消契法による消費者概念との共通性を見出すことができる。

そのため、消費者である高齢者については、「認識できない」、「理解できない」、「判断できない」、「決定できない」蓋然性が、一般消費者よりも高いといえることができる。

なお、蓋然性が基礎とされる場合には、消費者層を構成する人間の質の

38) 日本老年行動学会監『高齢者の心とからだ辞典』（中央法規、2014年）60頁以下。

39) 河上正二「高齢化に伴う消費者問題」ジュリ1034号（1993年）43頁。

変化によって、蓋然性の中身も変化することにも注意しなければならない。消費法の成立時と現在とでは、消費者層を構成する人間の質が変化している。すなわち、超高齢社会の到来により、消費者層を構成する人間が高齢化しており、このことは、上記「諸能力」不足の程度が高くなっていくことを意味する。2018年現在の消費者は、「消費者」概念だけを見ても、2000年当時の消費者と比べて上記「諸能力」不足の程度が高いことをどのように法的に評価すべきかについては、後に検討することとしたい（後述V）。

3 法的対応の方向性

消費者としての高齢者に対して、契約法はどのように対応すべきであろうか。

(1) 個別的対応

従来、高齢者の能力低下については、意思能力制度において個別に、実際には司法の場で意思能力の有無が判断されるか、公序良俗違反の有無に関わり司法の場で判断されるか⁴⁰⁾、あるいは、成年後見制度の枠組みの中で家庭裁判所の審判により事理弁識能力の有無又は不足が判断されてきた。これは実質的には司法機関による個別評価を前提とするという意味で、個別的対応でしかなかった⁴¹⁾。また、高齢者の能力衰退の程度については個体差が大きいため、定型的対応は不適切であるとして、個別的対応が指向される傾向にある（これについては、後述V 4(2)も参照⁴²⁾）。

最近の消費法改正をめぐる議論においても、判断力不足への対応としては、個別的対応が指向されている。上記のように「合理的に判断することができない事由がある場合」という、高齢者に限らず、成年年齢引下げ後

40) 谷本・前掲注 2) 465頁以下で概観した裁判例参照。

41) もちろん、意思無能力制度との関係においては、法定成年後見制度は定型的な対応とはいえよう。磯村保「成年後見の多元化」民商122巻4・5号（2000年）20頁以下参照。

42) 河上正二『民法学入門〔第2版〕増補版』（日本評論社、2014年）226頁。

の若年者や、障がい者をも保護する必要性に基づき、多様な場合に適用可能な要件を設定して、事業者による「つけ込み」という不当行為に着目し、取消権を認めることについて、従来から議論されてきた。多様な要保護場面を規律するためには個別の対応は不可欠であり、受け皿規定としてこのような規定が必要であることについては疑問の余地はない。

上記の行為能力制度への問題提起(Ⅱ3(2))は別として、全ての問題ある事例に対応することが可能であれば、個別の対応は適切な問題解決方法といえよう。しかし、現実にはそのようなことは望み得ない。個別の対応のみでは費用やマンパワーに不足が生じることは明らかである。加えて、高齢者は、加齢による認知機能の衰えがほぼ確実に到来すると予測しているため、その予測される事態に対して対応可能であるとの安心感を得たいと望むであろうが、個別の対応によって安心感をもつことは難しいであろう⁴³⁾。

(2) 定型的対応の必要性

上記のように、超高齢社会において特に高齢者への対応を想定する場合には、個別の対応だけでは限界があろう。また、高齢者等が安心して取引に関わることができるようにするためには、高齢者本人による意思決定を支援するとの考えに基づき、一定の基準により定型的に権利を認容することが不可欠と考える⁴⁴⁾。定型的対応は、結局のところ、相手方にも予測可能性を与えることにより予めの対応を取ることを可能にすることになる。

従来から、未成年者取消権と同様の考慮に基づき、「高齢者取消権(又は解除権)」が認められるべきとの見解が主張されてきた⁴⁵⁾。この見解に対

43) 高齢者には認知機能の決定的な衰退が到来する前に任意見契約を締結するという方法しか残されていない。徐々に衰退していく状態には、対応することができない。

44) 中谷寛樹「意思能力・行為能力・責任能力・事理弁識能力」磯村保=鎌田薫=河上正二=中谷寛樹『民法トライアル教室』(有斐閣, 1999年)11頁は、高齢者であることを理由とする保護に疑問を示し、「高齢である」こと自体が問題ではなく、詐欺・錯誤等に陥りやすい要素のひとつとみたほうがよいのではないかとする。

45) 注55)参照。

しては、未成年者と異なり高齢者の認知機能の状況は多様であること、高齢者差別につながることを理由として、多大な批判が浴びせられてきたという状況にある。しかし、このような批判は妥当なものではなく、かつ、高齢者に定型的に権利を認容する方向性は、現代日本社会において、最も適切かつ必要な法的対応であると考え（詳細は後述V4参照）。そこで、最後に、定型的に「高齢者等」に「一定の権利」を認めるべきとする根拠を「契約の主体」という観点から示したいと思う。これは、従来の考え方からの根本的転換を基礎とするものである。

V 今後の展望——新たな発想への転換

1 問題意識

既に検討してきたように、日本における超高齢社会の到来に伴い、認知機能が衰退する傾向にある高齢者に対して契約法は特別な対応をする必要があると認識されてきた。このような認識は、消費者委員会における消契法改正へ向けた審議や消費者委員会による答申にも示されている通りであり、高齢者には「判断力不足」が生じうることを問題視するものであった。

以上のような認識ないし問題視は、「個々の高齢者」を対象として、「普通の人間」とは違う「特別な人間」への特別な対応が必要であるという考えを基礎としていると推察される。

しかし、超高齢社会である日本において、高齢者ははたして「特別な人間」なのであろうか。もはや「普通の人間」ではないのか、という疑問が生じてくる。そうであれば、この点を契約法において考慮する必要性があるのではないか。このような問題意識に基づき、以下では新たな考え方の提示を試みたい。

2 現代日本社会における構成員の変容

超高齢社会となった日本社会を構成する人間の現状は、数十年前とは異

なっているし、数十年後の将来状況も、相当の変貌が予測される。日本社会の構成員について高齢化の観点からいくつかの項目をとりあげ、1995年当時と、2016年当時、そして2065年時の推計について、その数字上の推移を概観すれば以下の表⁴⁶⁾のようになる。1970年には高齢者一人に対して9.8人の現役世代(生産年齢の者)が、1995年には4.8人がいたのに対して、2016年には高齢者一人に対して現役世代は2.2人、2065年の推計では1.3人となっている。

	1995年	2016年	2065年
総人口(万人)	12,557	12,693	8,808
高齢化率(%)	14.6	27.3	38.4
後期高齢化率(%)	5.7	13.3	25.5
生産年齢人口(%)	69.4	60.3	51.4
年少人口(%)	15.9	12.4	10.2

また、健康面に着目すると、認知症高齢者の割合は、2012年には15.0%(462万人)であったが、2025年には20.0%(730万人)、2060年には33.3%(1154万人)となるとの推計もある。介護保険制度における要介護又は要支援の認定を受けた人は、2003年度末は370.4万人であったが、2014年度末で591.8万人となっている⁴⁷⁾。

以上のように、社会構成員の多くを高齢者が占める現代日本社会においては、高齢者の認知機能が衰退することを前提とすれば、社会制度における多面的な対応が求められることは言うまでもない。もちろん、契約法も例外ではない。契約において登場する主体の姿は、数十年前から現在、及び将来に向けて、変容し続けていると言わざるを得ないからである。

一方で、人間を取り巻く生活環境は、めまぐるしい速度で変化し続けている。経済社会においては技術革新による契約のスピード化・複雑化が進行している。つまり、以前から指摘されてきた「状況の複雑性と人間の処

46) 「高齢社会白書」2-6頁に示されたデータに依る。

47) 「高齢社会白書」19頁以下。

理能力とのギャップ」⁴⁸⁾が、上記の社会構成員の変容を受けて、ますます拡大し続けているのが現状といえよう。

検討されるべきなのは、このような現状に契約法はどのように対応すべきかである。

3 契約主体としての人間像の転換

(1) 従来の契約主体

ここまで、高齢者に見られる判断力の低下による「判断力」不足を、従来の議論の枠組みの中で検討してきた。これは、契約法における「能力論」からの検討でもあった。

しかし、このような「能力論」を基礎に据える考え方は、絶対的なものではなく、人間としての機能低下を「能力」「不足」としてとらえること自体が見直されるべきと考える。

従来の議論において想定されてきたのは、「普通の人間はできる」ことを「高齢者はできない」ということであった。想定される「普通の人間」である契約主体とは、従来の契約法によれば、「即時に⁴⁹⁾、単独で、確定的に⁵⁰⁾契約をするかどうかの決定や判断をすることができる人間」ということになろう。そこから、高齢者は「即時に、単独で、(合理的に、) 確定的に契約をするかどうかの決定や判断をすることができない人間」である

48) 大村・前掲注34) 43頁以下、河上・前掲注30) 612頁以下。

49) 観点は異なるが、契約の成立時点をめぐるは従来から議論されてきた。鎌田薫「不動産売買契約の成否」判タ484号(1983年)17頁以下による「契約の熟度論」、古典的な契約法理論において契約は瞬間的に成立するのが原則と考えられていたことに対して「瞬間から過程へ」という「合意の過程化」を検討する大村敦志『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、1999年）97頁以下等参照。

50) 契約が成立すれば、その時点で確定的に効力が生じ、原則としてそれ以降の効力否定やその内容変更は生じない。行為能力の定義として「一人で確定的に有効な法律行為をする能力」（山本・前掲注11) 42頁）と言われるときの「確定性」と同じ意味である。また、この「確定性」は、中田裕康『契約法』（有斐閣、2017年）45頁以下のいう「契約の完結性」と重なる部分があると考えられることができる。

とされ、すなわち、「判断能力に不足があり何らかの支援が必要な人間」とされてきたといえる。

(2) 前提とされる契約主体の変容

それでは、なぜ「即時に、単独で、確定的に契約をするかどうかの決定や判断をすることができる」人間が契約主体として想定されてきたのか。

第一に、契約主体としては「経済的に理想的な人間」を基礎に据えるべきとの考えによれば、その理由として説明がつく。しかし、このような考えを基礎に据えることには、いかなる根拠も見出すことができない。

第二に、契約主体としては、「平均的人間」又は「一般的な人間」を基礎に据えるべきとの考えによる可能性もある。では、「平均的人間」又は「一般的な人間」はどのようにして割り出されるのか。法人格としての契約主体であれば、現行契約法が適用される「現代日本に現存する人間」を対象とした「平均」又は「一般性」であろう。「平均」に関しては、多様な観点から分析することが可能であろうが、「年齢」について平均を割り出すことも可能である。日本の総人口の平均年齢については、1995年には39.6歳であったが、2016年には46.1歳となっており、2050年には50.9歳という推計値が算出されている⁵¹⁾。さらに、行為能力が制限された未成年者を除いた場合には、公表データから算出される平均年齢は、1995年には47.6歳、2016年には53.7歳となっている⁵²⁾。また、「一般性」に関しては、上記の高齢化率が示すように、契約主体となる者のうち相当の割合を高齢者が占める現代において、この点は「一般性」を表す事実として考慮されるべきではなかろうか。「超高齢社会」の到来は、社会を構成する「人間」集団の「構成における変化」をもたらしている。

51) 国立社会保障・人口問題研究所『2018年版人口統計資料集』（Ⅱ年齢別人口・表2-6及び2-8）。

52) 100歳以上については、「100歳以上」として一括したデータのみ入手可能であったため、「100歳」として処理している。

以上の検討からは、現代及び近未来の日本社会における「平均的な人間」又は「一般的な人間」は、「高齢者に近づいている」あるいは「高齢者である」と言えるのではなからうか。そう考えると、現代及び近未来の日本社会において想定される「契約主体」は、従来から変容しており、「即時に、単独で、(合理的に) 確定的に契約をするかどうかの決定や判断をすることが(うまく) できない人間」といえよう。

しかしながら、このように「〇〇できない人間」という考え方は、前提とされる契約主体が「〇〇できる人間」であることに基づく。そうであれば、前提とされる契約主体については、否定的に捉えることは不適切であり、かつ、その必要もない。したがって、肯定的に捉え直すことが必要かつ適切であるため、「即時に〇〇できない」を「時間をかけて〇〇できる」へ、「単独で〇〇できない」を「他者の助けも得て〇〇できる」へ、そして、「確定的に〇〇できない」を「考え直して〇〇できる」へと、捉え直すべきであろう。すなわち、「時間をかけて、他者の助けも得て、考え直して契約をするかどうかの決定や判断をすることができる人間」を契約主体として前提とするという考え方へと、発想を180度転換すべきと考える。

加えて、第三の可能性として、契約主体としては「多様な人間」を基礎に据えることも考えられる。すなわち、障害者権利条約にも見られる「ノーマライゼーション」及び「インクルージョン」の考えは、人間は本人の能力不足により「〇〇できない」のではなく、環境整備により「〇〇できる」と捉えるものであり、障がい者を特別に扱うのではなく社会の中に包摂すべきという考えである⁵³⁾。この考え方によれば、契約主体としては「多様な人間」を想定すべきことになるため、上記と同様に、「時間をかけて、他者の助けも得て、考え直して契約をするかどうかの決定や判断

53) 本文で示した私見は、菅富美枝『新消費者法研究』（成文堂、2018年）212頁が述べる「従来の法体制において一方的に「社会的弱者」として特別な保護を与えられるのと引き換えに取引社会から排除されてきた人々を、市場社会の一員（市民）として価値中立的に市場に（再）包摂する」との考えと、立場を同じくすると思われる。

をすることができる人間」を契約主体として前提とすべきことになる。

(3) 「時間をかけて、他者の助けも得て、考え直して契約をするかどうかの決定や判断をすることができる人間」像へ

上記の検討から、現代及び近未来の日本社会においては、社会の構成員の変容を根拠として、かつ、多様な人間を包摂すべきという考えをも根拠として、「時間をかけて、他者の助けも得て、考え直して契約をするかどうかの決定や判断をすることができる人間」を契約主体として基礎に据えるべきと考える。

このような契約主体を想定した場合には、もはや「能力」やその「不足」に焦点をあてる必要はなく、むしろそれは適切ではない。

そこで、以下では、「能力不足」とは異なる視点から、「想定される人間像の転換」という視点から、現代日本社会への契約法的対応を検討する。すなわち、「(老いや障がいをも含めた)人間のありのままの姿」を特別なことではなく普通のこととして前提視し、「一度で決定する必要はない、他者の助けも得て、ゆっくりと決定することができる契約法枠組み」へと転換することが必要となろう。

4 契約法による対応

上記で導いた「契約主体としての人間像の転換」を根拠として、契約法の枠組みとしても、「時間をかけて、他者の助けも得て、考え直すことができる契約法」の構築が望まれる。

(1) 消費法によるクーリング・オフ権の認容

第一の可能性は、契約の効力が発生する時期について見直すことが考えられる。すなわち、契約成立から一定期間後に契約の効力が発生するというように、効力発生時期を遅らせるというものである。第二の可能性として、無条件での一定期間の解除権、いわゆるクーリング・オフ権を認める

ことが考えられる⁵⁴⁾。

第一の可能性は、契約の効力発生時期についての原則を転換することにつながる。「契約主体としての人間像」について転換すべきとしても、契約法原則への影響は急激であってはならないと考える。そのため、消費者法においても既に浸透している第二の可能性の方が、より適切な方向性と考えられる。

上記のような方向性が考えられるが、契約主体としての「人間」像の転換を前提とするので、法人が契約主体となることが多い事業者間契約を除外することも考えられる。そのため、契約法の枠組みを消費者契約法の枠組みに限定することも考えられる。その場合に、どのような規定が考えられるか。

第一に、上記のような人間像の転換に基づけば、「無条件での一定期間の解除権、いわゆるクーリング・オフ権」を消費者契約におけるすべての消費者に認めるべきことになる。

第二に、契約法への影響を最小限にとどめるため、年齢や契約内容による適用範囲の限定もあり得よう⁵⁵⁾。そうすると、消契法により、「75歳（ないし80歳）以上の」⁵⁶⁾消費者及び成年年齢引下げ後の「18歳ないし19歳

54) 河上正二『『クーリング・オフ』についての一考察——『時間』という名の後見人』法学60巻6号（1995年）224頁以下が、クーリング・オフを「契約の成立を強行的に減速することで消費者の判断力の回復を図ることを目指した制度」として理解し、「顧客の判断力・情報の偏在是正措置」として位置づけることには、大いに賛同するものである。

55) 高齢者への解除権又は取消権の認容やクーリング・オフ期間の延長を主張する見解として、三木俊博「利殖商法の問題点と被害根絶の課題——豊田商事事件に関連して」木村保男＝早川和男編『現代社会と法の役割——甲斐道太郎教授還暦記念論集』（日本評論社、1985年）186頁、河上・前掲注54）226頁、法務省民事局参事官室「成年後見制度の改正に関する要綱試案について」判タ968号（1998年）45頁、松井美知子「高齢者取引制度の考察——成年後見制度と消費者契約法における取消権の法理の検討——」千葉大学社会科学科学研究5号（2001年）219頁、山崎省吾「高齢者に対する詐欺被害の実情と救済方法」現代消費者法15号（2012年）32頁、薬袋真司「高齢者取引カードと高齢者解除権（試案）——高齢者への取引支援の新たな形を模索して」現代消費者法22号（2014年）66頁以下等がある。筆者も、谷本・前掲注2）474頁以下において同方向での試論を示した。

56) 健康寿命（日常生活に支障のない期間）は、男性が71.19年、女性が74.21年となっていること（「高齢社会白書」20頁）も一つの指標となりうる。

の」消費者に限定して、かつ、「日用品の購入その他日常生活に関する契約を除いた」⁵⁷⁾消費者契約に限定して、「無条件での一定期間の解除権、いわゆるクーリング・オフ権」を認めることが考えられよう。年齢による限定は否定的な文言を用いることなく一律に行うことができるため、人間像の転換を契約法に反映させることができる。

第三に、高齢者や若年者と並んで障がいや病気のある者についても同様の権利を認容することが考えられる。しかし、その場合には否定的な文言を用いることなく要件設定をすることには困難を伴う。例えば、「75歳(ないし80歳)以上の消費者及び18歳ないし19歳の消費者、その他障がい又は病気により判断力の不足する消費者」という要件設定となる。

「契約主体としての人間像の転換」という基本理念を、最小限かつ緩やかな契約法的対応において実現する際には、上記のような矛盾は生じざるを得ない。

(2) 高齢者への権利認容批判への応答

一定年齢以上的高齢者に一律に何らかの権利(取消権や解除権等)を認めることに対しては、周知のように批判が大きい。第一に、判断力等の衰退を問題視するとしても、高齢者は未成年者とは異なり、個体差が大きいいため、定型的な法的対応にはなじまず⁵⁸⁾、パターンリズムに親和的で、ノーマライゼーションには親和的ではなく、憲法上の問題や、現行法制度の理念と合致するののかという問題が指摘される⁵⁹⁾。第二に、事業者が高齢者との取引を回避又は拒絶することになり、高齢者が市場から排除されることが危惧される⁶⁰⁾。

しかし、これらの批判に対する反論は可能と考える。第一の批判は多岐

57) 民法9条ただし書きと同じ規定内容が考えられる。

58) 河上・前掲注42) 221頁, 226頁。

59) 山下・前掲注16) 50頁。

60) 鹿野・前掲注13) 64頁, 山下・前掲注16) 51頁, 菅・前掲注53) 162頁, 212頁(注10)。

にわたるが、まず、個体差が大きい点については、成長過程にある未成年者でも同じことが言えようし、かつ、個体差というのは「判断力不足」には個体差があるという意味で用いられているが、そもそも上記のように「〇〇できない」ことを理由に権利を認めるという考えではなく、「〇〇できる」ことを前提として権利を認めるという考えを基礎とするため、この点は問題とならない。したがって、定型的な法的対応に対するパターンリズムという批判も妥当しないと考えるし、上記のように「〇〇できる」ことを前提とした定型的な対応は、高齢者に「普通の人間」として存在できる安心感を生み出すことにつながる。ノーマライゼーションの観点からの批判も、上記のように「〇〇できる」ことを前提とした契約主体を想定すれば妥当せず、むしろノーマライゼーションの観点からはこのような契約主体を想定する必要があるだろう。憲法上の問題として指摘されるのは高齢を理由とする権利制限であり⁶¹⁾、一定の蓋然性を根拠とした高齢を理由とする権利認容については妥当しないと考える。現行法制度の理念との合致の観点については、そもそも法制度について発想の転換が必要と考えるため、重要視すべきではなくむしろこれに捉われないことが必要となろう。第二の批判に対しては、20年以上前ならその可能性は考慮されるべきとしても、現代及び将来において、そもそも消費者のうち多数者を占め、かつ、財産を蓄えた高齢者との取引を事業者が回避するとは到底考えられない。現代日本の消費市場は、消費者として高齢者を想定するほかない。権利を行使されるリスクと、高齢者の多数性及び財産保有状況による利益獲得とを勘案しても、事業者が高齢者との取引回避の行動をとる可能性はゼロに近いと考える。

(3) 高齢者の心理状況への配慮

加えて、批判に対する応答にとどまらず、高齢者の心理状況という観点

61) 例えば、竹中勲「判断能力が十分でない成年者と基本的人権」同志社法学64巻7号（2013年）127頁以下参照。

からの積極的な理由付けも示したい。なお、以下に述べる心理状況は障がい者にも妥当すると考えられるため、「高齢者等」として述べていく。第一に、高齢者等には、「自分の能力が衰えるのではないか」、「他人につけ込まれるのではないか」という不安が付きまとう。第二に、その反面、従前は判断能力が十分であった人が不十分となったことを受容することが困難である。第三に、自分のことは自分で決定したいという自己決定ないし自己実現の願望は、高齢になったとしても「人間」として当然持ち続ける。このような心理状況からは、上記のように、個別的な法的対応では不安感に対応することは難しい(IV 3(1)参照)。また、「判断力不足」を前提とした法的対応、あるいは、「事業者によるつけ込みに基づく取消権認容」は、「人間としてだめな自分」、「つけ込まれただめな自分」というレッテルを高齢者等が自らに張ることにつながる。特に、高齢者や障がい者については、若年者やその他の者とは異なり、自らが意識した「失敗」を克服することは将来的に困難である点で問題が大きい。これに対して、上記のような「無条件の権利認容」は、「〇〇できる」人間像を想定するとき、「契約確定時を後ろにずらす」ことを実現するものにすぎず、人間の能力不足を決して問題とするものではない。しかも、代行決定を介することはなく、事実上は他者の助言も得ながら、自己決定による意思決定を可能にし、これによる自己実現をも可能にすることになる。

(4) 意思決定支援へ——障害者権利条約にも関連して

「判断力不足」を契約法において問題視する意味は、言うまでもなく、それが個人の契約における意思決定の基礎、ひいては契約法の基礎を揺るがしかねないためである。他方、上記のように、現代日本社会を構成する人間の変容に基づき、「時間をかけて、他者の助けも得て、考え直して契約をするかどうかの決定や判断をすることができる人間」を契約主体として想定することは、個人の契約における意思決定の基礎を再構築することを意味する。いずれも契約における意思決定の重要性を認める点では共通

している。

加えて、障害者権利条約に関わる現行行為能力制限制度への賛否をめぐる議論においては、「代理・代行決定」に対比させて、「意思決定支援」という言葉が用いられることがある⁶²⁾。「本人の意思をできる限り尊重し、本人の意思に基づく決定を支援すべきである」、との考え方には、契約法の分野においても当然賛同すべきものであり⁶³⁾、他人による代理・代行決定は意思決定が不可能な場合の最後の手段として考えるべきものである。

しかし、ここで想定されているのは他者を介在させた「支援」であるが、他者を介在させて本人の意思決定に導くことが果たして可能なのであろうか⁶⁴⁾。あくまで本人の意思決定を完遂させるためには本人に「権利」を認めることにより「意思決定支援」することこそが、指向されるべきではなかろうか。このような本質的な理由に加えて、上記のように（IV 2）、高齢者を含めると膨大な数の判断力不足者に対して、他者を介在させた丁寧な（例えばマン・ツー・マンでの）意思決定支援をできる程のマン・パワーがこの国に果たして存在するののかという疑念が生じざるを得ない現実を目を向けたとき、「権利」認容による「意思決定支援」が現実的かつ効率的であることも、理由としてあげることができよう。ここにおいて、同条約が要請する「意思決定支援」と、現代日本における「超高齢社会への法的対応」という別個に見える二つの課題を、一つの発想転換によって、同時に解決する可能性が出てくる。

（5）事業者との協働へ

上記のように、「クーリング・オフ権」を認容することは、相手方とな

62) この議論については、上山・前掲注 24) 45頁以下を参照。

63) 上山・前掲注 24) 49頁以下は、理念としての意思決定支援について「すべての自然人は客体としてではなく、常に主体として、本人の意思・意向をかかわり方の中核的な指針として扱われなければならない」という「ごく当たり前の要請」を明らかにするものにすぎないとする。

64) 森田修『契約規範の法学的構造』（商事法務、2016年）12頁以下、特に36頁以下参照。

る事業者にとっても理想的に受け入れやすい方向性と考えられる。なぜなら、「自らの不当行為(つけ込み行為)」(通常の事業者はしない行為だから悪質事業者を問題としているだけと言われても)を想定して権利認容する方向性は、事業者対高齢者の対立構造を前提とするのに対して、上記のような発想の転換を前提とした「無条件の権利認容」は、「高齢者を支える契約法を共に創り出す」ことを意味するものであり、社会構造の変革へ向けた消費者と事業者との協働の成果として存立しうるからである。つまり、この考え方においては事業者の行為への非難は全く存在しない。また、ここで提案する「クーリング・オフ権」は、特定商取引法等が認めてきた「問題発生の可能性の高い特定取引」を根拠とするものとは異なり、契約主体の変容を根拠とする「契約確定時を後ろにずらす」ことを目的とした権利認容であるため、事業者にとっても受容可能なものであろう。

(6) ありのままの「人間」としての契約主体

以上で整理した方向性は、判断力不足の観点から考えられる法的対応と重なる部分もある。ただ、判断力不足の観点を超えて、現存する社会構成員の変容を直視し、これに法が対応することが必要なのではなかろうか。経済社会において取引速度が増したとしても超高齢社会における主役は速度が落ちた人間であろう。社会構成員が変容した現代日本においては特に、これを契機として、現実の人間に向き合うことにより、契約主体としての「人間の能力」を肯定的に捉えることを出発点とした議論を展開するべきと考える。このような思考は、結局、老いても、障がいがあっても、病気をしているも、ありのままの「人間」としての存在を無条件に肯定するものにすぎない。