

消費者契約法日弁連試案 同 解 説

1999(平成11)年10月22日

日 本 弁 護 士 連 合 会

消費者契約法日弁連試案

第1章 目的・定義

第1条 (目的)

本法は、消費者契約における契約締結過程及び内容の適正化を図ることにより、情報、知識、交渉力について事業者と格差のある消費者の利益を確保することを目的とする。

第2条 (定義)

- (1) 本法において、消費者契約とは、消費者と事業者の間で締結されるすべての契約をいう。
- (2) 本法において、消費者とは、事業に直接には関連しない目的で取引する者をいう。
- (3) 本法において、事業者とは、事業に直接に関連する目的で取引する者をいう。
- (4) 本法において、約款とは、事業者が、多数の消費者との契約のために予め作成した契約条項で、契約内容になるものをいい、その名称、範囲、形態を問わない。
- (5) 本法において、消費者団体とは次のいずれかに該当するものをいう。
 - ① 啓発あるいは相談等による消費者の権利擁護を目的に掲げ、かつ実際に当該目的に従った活動を行っている法人。
 - ② 啓発あるいは相談等による消費者の権利擁護を目的に掲げ、かつ実際に当該目的に従った活動を行っている社団であって、自然人の構成員が100人以上であるもの。
 - ③ 啓発あるいは相談等による消費者の権利擁護を目的に掲げ、かつ実際に当該目的に従った活動を行っている社団であって、当該社団を構成する自然人及び当該社団の構成員である社団を構成する自然人の総数が100人以上であるもの。

第2章 契約締結過程における事業者の義務

第3条 (契約書面・約款の開示)

- (1) 事業者は、消費者契約の締結に際し契約書面又は約款を用いた場合には、契約締結前あるいは契約締結後遅滞なく契約書面又は

約款内容を記載した書面を消費者に交付しなければならない。但し、契約の性質上又は社会通念上、約款の内容を記載した書面を交付することが不要と認められる場合は、この限りでない。

(2) 事業者は契約の性質上又は社会通念上、約款の内容を記載した書面を交付することが不要と認められる場合であっても、その各営業所において掲示、備え置きその他これに準ずる方法で、消費者契約の締結に際し消費者が認識できるように約款の内容を開示しなければならない。

(3) 前項の場合であっても、消費者の要求がある場合は、事業者は約款の内容を記載した書面を消費者に交付しなければならない。

(4) 事業者が前3項に規定した各義務の一に違反し、契約条項の開示を怠ったと認められる場合は、消費者に不利益な契約条項は契約の内容とはならない。

第4条 (契約内容の情報提供)

(1) 事業者は消費者に対し、消費者契約の締結前に、当該消費者が契約の締結を決定するにあたり必要な事項について、消費者が理解できる方法で情報を提供しなければならない。

(2) 当該消費者が契約の締結を決定するにあたり必要な事項とは、当該契約において客観的に必要な事項と評価できるもの、当該消費者から必要であると特に告げられたもの、及び当該消費者から特に告げられていないが当該消費者にとって必要であることを事業者が知りまたは知り得るものをいう。

(3) 消費者が理解できる方法とは、一般的に当該契約の当事者となる消費者が理解できる方法、当該消費者が特に詳しく説明を求めた内容についてはその内容を理解させる方法、及び当該消費者の理解力が劣っていることを事業者が知りまたは知り得べき場合にはその理解力に応じた方法をいう。

第5条 (不当勧誘の禁止)

(1) 事業者が消費者に対し、消費者契約の締結について、次の各号の一に該当する行為を行った場合には、消費者は当該契約を取り消すことができる。ただし、各号に該当する行為がなかったとしても消費者が当該契約を締結した場合はこの限りではない。

① 当該消費者が契約の締結を決定するにあたり必要な事項について、消費者が理解できる方法で情報を提供しなかったこと

- ② 当該消費者が契約の締結を決定するにあたり必要な事項について、不実の告知をすること
 - ③ 消費者を威迫する言動
 - ④ 消費者の私生活又は業務の平穩を害する言動
 - ⑤ 消費者の知識や判断力が不足している状況を利用すること
 - ⑥ その他信義誠実に反する不当勧誘行為
- (2) 前項により消費者が契約を取り消すことができる場合に、消費者は事業者に対し、契約の取消に基づく原状回復と共に損害賠償の請求を行うこと、もしくは契約の効力を維持しつつ蒙った損害について賠償請求を行うことができる
- (3) 第三者が消費者契約の勧誘を行った場合に、当該第三者の勧誘行為に第1項各号の一に該当する行為があったときにも、消費者は契約の取消しおよび損害賠償の請求を行うことができる。ただし、当該第三者の行為について事業者が善意無過失の場合はこの限りでない。

第6条（第三者に対する効果）

消費者による消費者契約の取消は善意の第三者に対抗することができない。

第7条（時効等）

- (1) 消費者による消費者契約の取消権は、消費者が事業者又は第三者の勧誘行為に第5条第1項1号、2号、5号又は6号に該当する行為があったことを知ったとき、もしくは同項3号又は4号に該当する行為が止んだときから3年間これを行使しないときは時効によって消滅する。
- (2) 消費者による消費者契約の取消権は、当該消費者契約の締結をしたときから10年を経過したときも消滅する。但し、契約期間が7年を超えて継続する場合には当該契約期間の終了後3年を経過したときに消滅する。

第8条（追認・法定追認の排除）

民法122条ないし125条の追認・法定追認に関する規定は、消費者契約の取消には適用しない。

第3章 契約条項に関する一般規定

第9条（契約条項の明瞭化）

事業者は、消費者契約の条項について、常に明確かつ理解しやすい

平易な言葉で表現しなければならない。

第10条 (契約条項の解釈原則)

消費者契約の内容の解釈において明確でない契約条項については、消費者に最も有利に解釈する。

第11条 (不意打ち条項の禁止)

消費者契約の種類及び交渉の経緯等に照らし、消費者にとって予測することができない契約条項は無効とする。

第12条 (不当条項の禁止)

(1) 消費者契約における消費者に不当に不利な契約条項は無効とする。

(2) 次の各号のいずれかに該当する契約条項は、消費者に不当に不利と推定する。

- ① ある事項に関する法律規定が存する場合に、当該法律規定よりも消費者に不利な条項
- ② 契約の性質から判断して、契約目的の達成を不可能もしくは困難とするような消費者の権利の制限または義務の付加、及び、事業者の責任の制限または免除を定める条項

第13条 (不当条項と見做す契約内容)

消費者契約において以下に記載する内容を有する条項は消費者に不当に不利な条項とみなす。

- ① 契約文言を解釈する排他的権利を事業者に認める条項
- ② 法令上、消費者の有する同時履行の抗弁権、留置権、相殺権を排除又は制限する条項
- ③ 事業者の作為義務を内容とする契約において、消費者の同意なく事業者が第三者に契約上の地位を移転できるとする条項
- ④ 事業者が契約上消費者に対して有する債権を第三者に譲渡する場合に、消費者があらかじめ異議を留めない承諾をする旨の条項
- ⑤ 事業者の権利の担保責任を全面的に排除する条項
- ⑥ 事業者が、保証人に対し、保証期間又は限度額を一切定めない包括根保証をさせる条項
- ⑦ 事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項
- ⑧ 消費者の解除権を一切認めない条項
- ⑨ 継続的契約において、消費者が正当な理由に基づき解約告知をする場合に、違約金を支払わねばならないとする条項

- ⑩ 継続的契約において、消費者が正当な理由がなく解約告知をする場合に、契約が期間満了まで継続していれば事業者が得られた対価から解約告知により事業者が免れた費用を控除した金額を超える違約金を定める条項
- ⑪ 事業者又は第三者が一切の過失行為の責任を負わないとする条項
- ⑫ 管轄裁判所を事業所の住所地もしくは営業所所在地に限定する条項

第14条 (不当条項と推定する契約内容)

消費者契約において以下に記載する内容を有する条項は消費者に不当に不利な条項と推定する。

- ① 消費者に与えられた期限の利益を奪う条項
- ② 事業者が契約上の給付の内容又は契約条件を一方的に決定し、又は変更できるとする条項
- ③ 事業者又は消費者がその義務を履行したか否かの判断を事業者に委ねる条項
- ④ 消費者の一定の作為又は不作為により、消費者の意思表示がなされたもの又はなされなかったものとみなす条項
- ⑤ 消費者の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示が消費者に到達したものとみなす条項
- ⑥ 消費者の権利行使又は意思表示の形式又は要件に対して制限を課する条項
- ⑦ 事業者の物の担保責任を全面的に排除する条項
- ⑧ 事業者の権利又は物の担保責任について、担保責任発生事由、担保責任の内容、権利行使期間、権利行使方法を制限する条項
- ⑨ 事業者が、一方的に予めもしくは追加的に担保を要求できるものとする条項
- ⑩ 保証人が保証債務を履行した場合の、主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項
- ⑪ 消費者に通常必要とされる程度を超えた多量の物品または役務を購入させる条項
- ⑫ 消費者に通常必要とされる程度を超えた長期にわたる継続した物品または役務の購入をさせる条項
- ⑬ 継続的契約において、消費者からの解約申し入れを制限する条項

- ⑭ 消費者の法定解除権を制限する条項
- ⑮ 消費者の債務不履行があった場合に、事業者の損害として通常予想できる額を越える違約金を定める条項
- ⑯ 事業者又は第三者の損害賠償責任を制限する条項
- ⑰ 消費者の事業者又は第三者に対する損害賠償その他の法定の権利行使方法を制限する条項
- ⑱ 消費者の契約に基づく給付請求について、権利行使方法を制限し、その行使方法違反を理由に消費者の給付請求を奪う条項
- ⑲ 契約が解除又は解約告知によって終了した場合に既に給付された金員は返還しないとする条項
- ⑳ 契約が解除又は解約告知によって終了した場合に、給付の目的である商品、権利、役務の対価相当額を上回る金員を請求できるとする条項
- ㉑ 事業者の証明責任を軽減し、又は消費者の証明責任を過重する条項

第4章 契約条項が無効又は契約内容とならない場合の効果

第15条 (契約条項が無効又は契約内容とならない場合の効果)

- (1) 第3条により契約条項が契約の内容とならず、又は前章により契約条項が無効であるときは、契約は残部につき有効である。
- (2) 第3条により契約条項が契約の内容とならず、又は前章により契約条項が無効であるときは、当該契約条項によって定められた事項については、民法その他の法律規定に従い補充する。
- (3) 前二項の場合、変更された契約内容の維持が一方の当事者に著しく不利益な場合には契約は全部無効になる。

第5章 消費者団体の差止請求権

第16条 (消費者団体による差止請求)

- (1) 消費者団体は、消費者契約における約款において、本法により無効である条項を使用し、または使用しようとしている事業者に対し、その使用の差止その他適当な措置（以下、「差止請求等」という。）をとることを請求できる。
- (2) 消費者団体は、消費者契約における約款において、本法により無効である条項を推奨し、または推奨しようとしているものに対し、その推奨の撤回その他適当な措置（以下、「撤回請求等」と

いう。)をとることを請求できる。

第17条 (民事訴訟法の準用)

差止請求等もしくは撤回請求等に関する訴えには、本法に別段の定めがない時は、民事訴訟法を準用する。

第18条 (管轄)

差止請求等もしくは撤回請求等に関する訴えは、民事訴訟法に定める管轄地方裁判所のほか、差止請求等においては差止請求等を求める契約条項を含む約款が使用され又は使用されようとする地を、撤回請求等においては現に推奨され又は推奨が予定されている地を管轄する地方裁判所の管轄に属する。

第19条 (請求の特定)

第1項、第2項に定める訴えの提起は、差止請求等、撤回請求等を求める契約条項を特定して行わなければならない。

第20条 (判決の効果)

裁判所により消費者契約における約款中の条項の使用の差止を命じられた事業者と契約した消費者が、その判決を援用した場合、当該条項は無効とみなす。

第6章 他の法令との関係

第21条 消費者契約については、本法によるほか、民法の規定による。

第22条 消費者契約について、民法典以外の特別法によって本法と異なる定めが存在するときには、当該特別法の規定による。但し、本法に定める規定より消費者に不利なものは本法による。

消費者契約法日弁連試案解説

第1章 目的・定義

第1条 目的

本法は、消費者契約における契約締結過程及び内容の適正化を図ることにより、情報、知識、交渉力について事業者と格差のある消費者の利益を確保することを目的とする。

【解説】

(1) 国生審中間報告（3頁）

「消費者契約法は、消費者契約における契約締結過程及び内容の適正化を図ることにより、消費者利益を確保し、もって国民の消費生活の安定及び向上に資することを目的とする。」としている。

(2) 国生審最終報告

「商品又は役務の多様化・複雑化とあいまって、事業者はその行為の反復性・継続性ゆえに情報、交渉力等において一般的に消費者に優越する立場にある」（6頁）、
「十分に理性的な自己決定をなし得る状況の下で消費者の自由な意思形成がなされるための環境整備がなされる必要がある。」（6～7頁）としているが、具体的な規定を設けるかについては明記されていない。関連する記述として、「消費者契約法は、民法の特別法たる新たな民事ルールとして、消費者と事業者という具体的人間像を前提に、消費者と事業者との間で締結される契約を幅広く対象とし、公正で予見可能性が高いルールを整備することを目的とする。」（21頁）との記述がある。

(3) 現代契約法制研究会の中間整理

国生審最終報告の、消費者契約における事業者と消費者との間の構造的な各種の格差を是正することによって公正な取引ルールを整備しようとするという基本理念を基本的に妥当なものと評価しつつ、こうした理念に加えて、格差の是正とそのため環境整備をしてもなお構造的な格差が残ることから、そのために生ずる契約の不正を是正していく必要があるのではないかの指摘、国生審最終報告のいう「格差」の具体的な内容について詳細に検討していく必要があるとの指摘、消費者契約法の内容と基本理念の整合性について、基本理念の意味内容が必ずしも十分に明確になっておらず、また、単一の理念によりその全体を説明し難いのではないかの指摘がされている。

(4) 国生審最終報告に対する日弁連意見書（3頁）

「消費者契約法の必要性および目的は、なにより消費者利益の確保と消費者契約にかかる問題を防止・解決することにあるとの視点を今一度確認し、その立法目的を条文に明記し、その視点から法律の内容も検討されなければならない」としている。

(5) 検討

ア 本法律の目的を明確に掲げる規定をおくことは、法律の解釈の指針を示すこととな

るから、これを規定すべきである。

イ 問題は、消費者契約法の必要性、目的をどう解するかであるが、経済企画庁の中間報告では、①「我が国の経済社会においては、規制緩和の進展等による経済活動の活性化が推進されており、特に消費生活においては、消費者のニーズに応じた多様なニュービジネスが出現することなどを通じて選択の拡大による消費者利益の増進が期待されている。同時に、規制緩和の進展に伴い、今後、消費者、事業者双方の自己責任に基づいた行動が一層強く求められる。」、②「一方、消費者が消費生活を営む上で必要な情報、知識、交渉力等については、現在、消費者と事業者の間には大きな格差が存在していることから、真に対等な関係のもとでの消費者の自由な意思形成がなされないままに契約が締結されてしまうことがある。その結果、契約締結過程や契約内容におけるトラブルは大幅に増加している。」、③「従来、我が国における契約締結過程及び契約内容の適正化については、個別業法や民法等で対応が図られてきており、一定の成果が見られる。しかしながら、個別業法等においては、様々なニュービジネスが出現する中で、業種や取引形態を問わない対応が困難であること、民法においては、契約が対等な当事者の合意に基づき成立することを前提としているために要件が厳格であること、一般条項の抽象性などにより紛争解決のルールの予見可能性が必ずしも明確でないこと等から、これらの従来の対応には限界がある。このような消費者を取り巻く状況の中で、消費者利益を確保し、消費者契約にかかる問題を防止・解決するためには、契約の締結過程及び内容に係る具体的かつ包括的な民事ルール、すなわち消費者契約法の立法化が必要である。」とし、目的条項として前掲のとおり規定を提案していた。

ウ ところが、国生審最終報告においては、中間報告後産業界から出された「今、なぜ消費者契約法なのか」「規制緩和の流れに逆行するものではないか」等の疑問や意見を強く意識し、主に、規制緩和撤廃の流れ、市場メカニズム重視の経済社会への転換の流れの中で、「市場において消費者・事業者双方が自己責任を持った主体として活動する上で必要な、公正なシステムが整備されるべき」という視点を強調し、消費者保護、消費者の利益の確保という表現を使わなくなり、逆に、消費者の自己責任を求める環境整備としての消費者契約法の役割が強調されている。そして、中間報告で明示されていた法律の目的が具体的に示されず、さらに消費者と事業者のバランスをはかることが随所にみられ、規定の明確化の強調がされている。

エ 消費者契約法が必要とされる根本には、高度に進展した経済システムの中では、事業者と消費者の間には情報・知識・交渉力等において大きな格差が発生し、契約締結過程やその内容に関して消費者被害が増加し続けている、という事実がある。規制緩和の有無に関わらず消費者の被害・トラブルは現に存在しており、また経済の高度複雑化に伴い構造的に発生するものであり、その増加は必然である。だからこそ、消費者利益の確保ないし消費者の権利の確立が必要なのである。

消費者利益が、従来さまざまな行政的手法で保護されていたことは周知の通りであるが、規制緩和撤廃の流れは、そうした保護をも奪い去ってしまうおそれがある。この意味において、規制緩和は、消費者契約法の立法化をより緊急かつ必要性の高いものにする要因の一つとして位置付けられるものである。また、個別業法等による消費

者保護は、一定の成果を挙げてきてはいるものの、消費者被害・トラブルの増加を止めることはできなかった。さらに、事業者側がいくら説明義務を果たしたといっても、それだけで事業者と消費者の格差がなくなるものではない。当該事業に関する全ての事項において、事業者は消費者に対して優越的地位を有している。このことは、中間整理が指摘するように、格差の是正とそのための環境整備をしてもなお構造的な格差が残る場合があることを示している。そして、そのような場合をも消費者契約法は射程にしているというべきであり、社会法的性質をも有するというべきである。

以上のとおり、消費者契約法の必要性の根本は、高度に進展した経済システムの中では、事業者と消費者の間には情報・知識・交渉力等において大きな格差が発生し、それ故、契約締結過程やその内容に関して消費者被害が増加し続けている、という事実から生まれているのであるから、消費者利益の確保と消費者契約にかかる問題を防止、解決することにあるとの視点を確認し、その立法目的を条文に明記し、以下の条項の解釈の基準を示すことが必要というべきである。

なお、中間報告にある「消費生活」という概念は不明確であり、場合によっては投資被害事件や内職商法などの消費者被害事件に対する本法の適用を妨げる可能性もあり、削除されるべきである。

第2条 定義

- (1) 本法において、消費者契約とは、消費者と事業者の間で締結されるすべての契約をいう。
- (2) 本法において、消費者とは、事業に直接には関連しない目的で取引する者をいう。
- (3) 本法において、事業者とは、事業に直接に関連する目的で取引する者をいう。
- (4) 本法において、約款とは、事業者が、多数の消費者との契約のために予め作成した契約条項で、契約内容になるものをいい、その名称、範囲、形態を問わない。
- (5) 本法において、消費者団体とは次のいずれかに該当するものをいう。
 - ① 啓発あるいは相談等による消費者の権利擁護を目的に掲げ、実際に当該目的に従った活動を行っている法人。
 - ② 啓発あるいは相談等による消費者の権利擁護を目的に掲げ、かつ実際に当該目的に従った活動を行っている社団であって、自然人の構成員が100人以上であるもの。
 - ③ 啓発あるいは相談等による消費者の権利擁護を目的に掲げ、かつ実際に当該目的に従った活動を行っている社団であって、当該社団を構成する自然人及び当該社団の構成員である社団を構成する自然人の総数が100人以上であるもの。

【解説】＊(4)(5)については第4章で解説する。ここでは消費者、事業者の定義の要件について解説する。

(1) 国生審中間報告(5～8頁)

「消費者」の定義の要件は、①消費生活において、事業に関連しない目的で行為す

ること、②自然人であること。

「事業者」の定義の要件は、①事業に関連する目的で行為すること、②自然人又は法人その他の団体であること。

「消費者契約」の定義は、「消費者と事業者の間で締結されるすべての契約」とする。

(2) 国生審最終報告（26頁）

具体的規定をおくか否かについては明示がないが、消費者と事業者とを区分する基準について、「両者の間に存在する情報、交渉力等の格差は同種の行為を反復継続して行っていることにより生じている。すなわち、『事業性』が消費者と事業者との差異のメルクマールであり、これが消費者契約について特別の定めをおく根拠であるといえることができる。」「ここでいう『事業』には、営利・非営利、公益・非公益を問わず反復継続して行われる同種の行為が含まれ、また、『専門的職業』の概念も含まれるものと考えられる。行政主体についても当然に事業性が排除されるものではないと考えられる。」との記述がある。

(3) 現代契約法制研究会の中間整理

保護すべき「消費者」の範囲について、画一的・確定的な定義をすることに疑問を呈する意見や、要件の明確化は欠かせないとの意見、消費者契約法の各項目の規制の根拠をどのように理解するかとの関係で、保護すべき「消費者」の範囲も各項目ごとに異なり得るのではないか、との指摘がなされている。

そして、国生審中間報告の「消費生活において」を要件とすることについて、投資・投機にかかる取引がはずれてしまうこと、目的物が不動産の場合にはずれてしまうこと、これらの場合にこそむしろ深刻なトラブルが多発していることから、この要件を不要とする意見が多数であったとの指摘がなされている。

(4) 沖野試案

1-2 定義

- ① 「消費者契約」とは、自然人が、自己の事業および専門的職業と関連しない目的で、事業者から、金銭もしくは物またはサービスの給付を受けることを内容とする契約をいう。
- ② この場合の自然人を「消費者」という。
- ③ 「事業者」とは、当該契約における金銭もしくは物またはサービスの給付を自己の事業とする者をいう。

(5) 近弁連試案

- ① 本法において、消費者とは、営業又は専門的職業に直接関連する目的以外の目的で取引する自然人をいう。
- ② 本法において、事業者とは、営業又は専門的職業に直接関連する目的で取引する自然人又は法人その他の団体をいう。
- ③ 本法において、消費者契約とは、消費者と事業者の間で締結されるすべての契約をいう。

(6) 検討

ア 本法の目的は、契約において情報、知識、交渉力等に事業者と格差のある消費者の利益保護にある。このような、情報、知識、交渉力等に格差が生じるのは、事業者が

事業を反復継続して行うからに他ならない。その意味で、国生審最終報告が、消費者と事業者の区別のメルクマールを「事業性」の有無としたことは、基本的に支持されるべきであるが、実際にどのような者を消費者に取り込む必要があるのかについては、具体的に、情報、知識、交渉力等の格差がどのようなものであるのかを検討しなければならない。

イ「格差」の意味

事業者は、反復継続して当該取扱商品や役務について契約をしており、専門性を持ち、情報、知識、交渉力等を豊富に備えていくことになる。これを対等に備えていないのが消費者である。

このような観点からは、事業者として専門性を持ち、情報、知識、交渉力等を豊富に有していたとしても、自己の取扱商品、役務とは直接関連性を有しない取引に関しては、通常の消費者と同様の情報、知識、交渉力しかないのであるから、全く事業を営んだことのない者はもちろん、事業者の相手方が個人店主のように事業と関連する目的を持っていても、そこに事業者に対抗しうる専門的知識、交渉力を期待できない場合には、なお、消費者として本法で保護されるべきである。

そこで、当該取引において、当該取引の目的が「直接」事業に関連しない場合には、このような専門的知識、交渉力が期待できない場合であると考えられるので、事業との非関連性のメルクマールを「事業に直接には関連しない目的で取引する」こととすべきである。

具体的に問題になるものとしては、個人事業者が、従業員の福利厚生のために旅行業者との間で旅行契約を締結する場合や、経理を能率的にするためにコンピュータを購入する場合等であるが、これらの場合、前者はもちろん、後者においても当該取引の目的が直接事業に関連するとは考えられず（前者は、個人がグループで旅行に行く場合と異ならないし、後者の場合も、事業との関連性は事業そのものに直接関連しているわけではなく、事業の付随的な事務に関連しているだけである。）、消費者の定義に入ると考えるべきである。

なお、事業との非関連性において、内職商法、マルチ商法の被害が本法で予防、救済されるかとの問題がある。これらの商法の被害は全国で多発しており、深刻な被害を生じさせている。これらの当事者は、当該取引が現実には収益に結びついておらず、損害を受けている被害者である。契約において情報、知識、交渉力等において加害事業者に対して劣位にあり、これが被害の原因である。まさに、本法で予防、救済されるべき被害に他ならない。また、これらの被害は、各地の消費者センターや国民生活センター、並びに消費者相談を実施している各地の弁護士によってこれまで消費者被害として理解されてきている。以上から、内職商法、マルチ商法には本法の適用を認めるべきであり、これらは、「事業に直接には関連しない目的」での行為であり、被害者は「消費者」であるとの解釈基準を示すべきである。

また、事業の反復継続性が格差を生ずる原因となり、保護の必要性の根拠となるならば、法人その他の団体であっても、その事業と直接関連性を有しない取引について保護の対象となる場合があるというべきであり、消費者となる場合を認めるべきである。こう定義しても、規模の大きな法人その他の団体は、その情報力、知識力、交渉

力からして不適切な勧誘を受けたと判断される場面はほとんどないと解される。

なお、たとえ事業者と判断される場合であっても、契約の実態から、消費者と同視できる場合には本法の類推適用を認める場合もあり得よう。

第2章 契約締結過程における事業者の義務

第3条 契約書面・約款の開示

- (1) 事業者は、消費者契約の締結に際し契約書面又は約款を用いた場合には、契約締結前あるいは契約締結後遅滞なく契約書面又は約款内容を記載した書面を消費者に交付しなければならない。但し、契約の性質上又は社会通念上、約款の内容を記載した書面を交付することが不要と認められる場合は、この限りでない。
- (2) 事業者は契約の性質上又は社会通念上、約款の内容を記載した書面を交付することが不要と認められる場合であっても、その各営業所において掲示、備え置きその他これに準ずる方法で、契約締結に際し消費者が認識できるように約款の内容を開示しなければならない。
- (3) 前項の場合であっても、消費者の要求がある場合は、事業者は約款の内容を記載した書面を消費者に交付しなければならない。
- (4) 事業者が前3項に規定した各義務の一に違反し、契約条項の開示を怠ったと認められる場合は、消費者に不利益な契約条項は契約の内容とはならない。

【解説】

(1) 国生審中間報告、最終報告

契約書面・約款の事前開示については特に取り上げられていない。

(2) 国生審最終報告に対する日弁連意見（4頁）

中間報告に対する日弁連意見書で指摘した約款・契約書面を原則として義務づけるべきとの点に最終報告が全く触れていないことを批判し、「約款による取引においては、消費者の自己決定権を確保するために事前開示が必須の要件である。」と述べている。

(3) 現代契約法制研究会の中間整理

約款（契約内容・条件）の事前開示について「約款の開示の問題は、いわゆる不意打ち条項の規律に関連するものであり、その重要性に鑑みれば、約款の開示に関する規定を消費者契約法の中に別途設ける必要がある、との意見があった。」として、事前開示を求める意見があったことを述べている。

(4) 沖野試案

契約内容の情報提供を考慮するならば、まず正面から契約条件・契約条項について開示の規定をおくべきであろう、と述べ、「事業者は、消費者に対し、契約締結前ないし契約締結時に、契約条件・契約条項を開示しその内容を知る適切な機会を与えなければならない。」との条項を提案している。

(5) 近弁連試案

「契約書面の交付・開示義務」として交付・開示義務を定めている。

(6) 検討

現代の消費者取引の多くが約款を利用した取引となっている。しかし、どのような契約条項が約款に含まれているか知らないままに契約し、不測の事態となることは、阪神大震災における地震免責約款に関する紛争や、エステなど継続的サービス取引の前払金の返還に関する紛争などに典型的に現れている。契約書面や約款の開示の必要性は極めて高い。

従来より消費者取引においては、事業者が一方的に作成した約款その他の契約書面が用いられ、消費者に不利益な条項が事業者によって一方的に押しつけられるとの弊害が多く見受けられるのであり、契約書面又は約款書面が作成されている場合には、契約書又は約款を記載した書面の交付義務を事業者に課すことも、契約締結過程の適正化にとって必要なことである。ただし、旅客運送契約のように、契約の性質上いちいち書面の交付をするのが現実的でない場合には交付に代えて掲示・備え置き等により開示すれば足りるもの考えられる。開示の方法は今後はインターネットなども利用されることになろう。

また、事業者が契約書面や約款の開示義務に違反した場合には、契約条項の内容を消費者に一方的に押しつけることは不当であり、消費者に不利益な条項は契約の内容にならないとすべきである。

約款は、口頭の約款も含めて開示されるべきである。そうしないと、書面化されていないことが開示しないことの理由とされるからである。その場合には消費者は約款内容を確認する方法はなくなることになる。消費者が署名した契約書面は必ず開示されるべきである。交付する書面は原本に限らず写しでも足りると解される。消費者が交付や開示を拒否した場合には「社会通念上」交付をしなくてもよい場合と評価できる。

違反の効果に「契約条項をの開示怠った場合」を入れ、単に交付を怠ったのみならず、これが開示を怠ったと評価される場合に sankshon を設けた。

第4条 契約内容の情報提供

- (1) 事業者は消費者に対し、消費者契約の締結前に、当該消費者が契約の締結を決定するにあたり必要な事項について、消費者が理解できる方法で情報を提供しなければならない。
- (2) 当該消費者が契約の締結を決定するにあたり必要な事項とは、当該契約において客観的に必要な事項と評価できるもの、当該消費者から必要であると特に告げられたもの、及び当該消費者から特に告げられていないが当該消費者にとって必要であることを事業者が知りまたは知り得るものをいう。
- (3) 消費者が理解できる方法とは、一般的に当該契約の当事者となる消費者が理解できる方法、当該消費者が特に詳しく説明を求めた内容についてはその内容を理解させる方法、及び当該消費者の理解力が劣っていることが事業者が知りまたは知り得べき場合にはその理解力に応じた方法をいう。

【解説】

(1) 国生審中間報告（18, 19頁）

情報提供義務については事業者による情報提供の必要性をのべ、さらに情報提供義務違反をした場合には消費者に取消権を付与することを提案しているが、事業者の義務として独立させ明確に定めることはしていない。

情報提供又は不実告知の対象は「契約の基本事項その他消費者の判断に必要な重要事項について」としている。さらに「重要事項」として提供すべき事項の基準としては、当該事項が消費者の契約締結の意思決定を左右する事項であるかどうかということが考えられる。

「情報提供」については、単に消費者にとって認識可能な状態に情報をおいて、消費者がそれをどう受け止めるかはあまり考えないということでは不十分で、消費者の理解能力に応じて情報の内容を理解する機会が与えられることが必要である。

(2) 国生審中間報告に対する日弁連意見（11頁）

取消の法的効果の前提として、情報提供義務が存在することを、規定上も明確にすべきである

情報提供ないし説明の方法として、「消費者に理解させる方法をもって」との文言を加えるべきである。

(3) 国生審最終報告（29頁～34頁）

事業者の情報の不適切な提供に対して消費者に取消権を付与することは指摘しているがこれを義務として明定する事は述べていない。

「重要事項」とは、契約締結の時点の社会通念に照らし、当該消費者契約を締結しようとする一般平均的な消費者が当該消費者契約を締結するか否かについて、その判断を左右すると客観的に考えられるような、当該契約についての基本事項という。

情報の「提供」は、基本的には当該契約を締結することが通常想定されるような「一般平均的な消費者」が情報の内容を理解することができる程度の機会を提供することで足りる。

(4) 国生審最終報告に対する日弁連意見（4頁、5頁）

国生審最終報告が「重要事項」の内容を「一般平均的な消費者」に対するものに限定することの問題性を指摘し、「重要事項」を消費者が契約締結の決定を判断するにあたり必要な事項が重要な事項であると述べる。

情報の提供方法は「一般平均的な消費者」のみを基準とすることは問題であり、個別の契約において客観的に現れた消費者の具体的な能力、属性を十分に考慮した方法で提供されるべきである。

(5) 現代契約法制研究会の中間整理

行為規範として（あるいは、更に裁判規範・評価規範として）の「事業者の情報提供義務」を明示的に規定すべきではないかとの意見が紹介されている。

国政審報告の「一般的な消費者」を想定したアプローチを前提に「個別具体的な消費者」を想定した消費者保護を実現する可能性を探ろうとする意見が紹介されている。

また、情報提供のあり方についても、より個別的な対応を要求すべき場合も想定されるのではないかとの指摘が紹介されている。

(6) 沖野試案

情報提供義務の規定を明示的に規定し、「当該取引における給付とその対価性を判断するに通常必要な重要な事項について、当該消費者に理解できる形で、説明しなくてはならない」とし、その違反に対して取消権を認めている。

(7) 近弁連試案

「契約書面の交付・開示義務」として交付・開示義務を定めているが、「情報提供義務」としては定めていない。

不当勧誘の禁止の中で重要事項の不告知と不実告知をあげ、「重要事項」とは、消費者が契約を締結するにあたり、当該事項に対する正確な認識・理解が必要不可欠なものを指す、としている。

(8) 検討

消費者に契約締結にあたり十分な情報が提供されず、そのために消費者被害が発生することは多くある。先物取引や証券取引について、その取引あるいは商品の内容について十分な説明がなかったり、危険性について告知されなかったために、消費者に損害が生じたことなどがその例である。また、資格商法などではその資格について十分な説明がなく、高額な講座等の契約に至る場合がある。

消費者取引の複雑化と多様化の進展によって、取引に関する情報は高度化・専門化し、消費者と事業者の情報の格差が存在することは明らかである。上記の様な被害もこのような情報の格差があるにもかかわらず事業者が適切な情報提供をしなかったことから生じた被害である。事業者に対して、契約前に必要な情報を消費者に提供される義務が明示される必要がある。

この情報提供義務については国生審中間報告、最終報告のいずれも、その必要性と違反の場合には取消権を付与することを提案しているが、義務として明確に定めることはしていない。これに対して、現代契約法制研究会中間整理では、行為規範、裁判規範、評価規範としての「事業者の情報提供義務」を明示的に定めるべきではないか、との意見が紹介されている。また、近弁連第2次試案でも「説明義務」として契約の基本的事項の説明義務を定めている。

当連合会も行為規範、裁判規範、評価規範として「事業者の情報提供義務」を明示的に定めるべきと考え、本条とした。

情報提供は契約締結前に提供されなくては意味がないので、契約締結前にすべきことを明確にした。国生審中間報告や最終報告では提供される情報は「重要事項」とされていたが、「当該消費者が契約の締結を決定するにあたり必要な事項」として消費者サイドから見て契約締結の決定に必要な事項であることを明確にした。さらにその内容について一般的抽象的な必要事項だけでなく、当該消費者にとって特に必要なことが事業者にとって客観的に明らかな場合には情報提供すべきことを明示した。

さらに、情報提供の方法についても漫然と情報提供すれば足りるのではなく、「消費者が理解できる方法で」行う必要がある。この点、国生審の中間報告19頁でも、「単に消費者にとって認識可能な状態に情報を置いて、消費者がそれをどう受け止めるかはあまり考えないということでは不十分で、消費者の理解能力に応じて情報の内容を理解する機会が与えられることが必要である。」としている。

消費者が特に説明を求めた事項についてはきちんと説明すべきであるし、その契約に一般的な消費者に対するものだけでなく高齢者や障害者など事業者は消費者の理解能力が客観的に判る場合にはその能力に合わせた説明をすべきである。現実にはこのような消費者に対する被害が多いことを十分に考慮すべきである。

情報提供の方法は、口頭もしくはパンフレット等の書面で行うべきであるが、今後コンピューターを利用した電子取引も増えていくと思料される。

国生審最終報告の「重要事項」の解釈は狭きに失している。「一般平均的な消費者」という客観的基準は重要事項のミニマムを定めるときに用いられるものと位置付けるべきである。「重要事項」を限定したうえで、さらにこうした最小限の情報提供の「方法」も「一般平均的な消費者」を基準して考えることは消費者にとって非常に不利となる。判例において、情報提供方法は、事業者の説明義務の態様・程度の問題として、具体的事案に沿って具体的な消費者の個別事情を考慮して判断されてきたところである。最終報告のように、あまりにも抽象的な消費者像を前提として提供方法を考えるならば、これまで築かれてきた判例の到達点すら失わしめるのではないかと懸念される。

第5条 不当勧誘の禁止

- (1) 事業者が消費者に対し、消費者契約の締結について、次の各号の一に該当する行為を行った場合には、消費者は当該契約を取り消すことができる。ただし、各号に該当する行為がなかったとしても消費者が当該契約を締結した場合はこの限りではない。
- ① 当該消費者が契約の締結を決定するにあたり必要な事項について、消費者が理解できる方法で情報を提供しなかったこと
 - ② 当該消費者が契約の締結を決定するにあたり必要な事項について、不実の告知をすること
 - ③ 消費者を威迫する言動
 - ④ 消費者の私生活又は業務の平穩を害する言動
 - ⑤ 消費者の知識や判断力が不足している状況を利用すること
 - ⑥ その他信義誠実に反する不当勧誘行為

【解説】

(1) 本条項は、重要事項の不告知や不実告知、威迫行為など契約締結過程における不当勧誘行為を禁止し、事業者がこれに違反した場合、消費者からその契約を取り消せるとするものである。

①②については前条の情報提供義務に違反した場合、具体的には情報提供を怠った場合と不実の情報を提供した場合について取消権を付与した。その内容は前条の解説に述べたとおりである。

以下は③以下について解説する。

(2) 国生審中間報告(20～21頁)

『消費者契約において、契約の勧誘にあたって、事業者が消費者を威迫し、または困

惑させた場合であって、当該威迫行為または困惑行為がなかったならば、消費者が契約締結の意思決定を行わなかった場合には、消費者は当該契約を取り消すことができる。』

このような条項を設ける理由として、中間報告は、「契約締結過程において、民法の強迫や公序良俗の規定で、十分消費者が救済されないという現状認識に立ち、個別事案の結論についての予見可能性を高めるという観点から不当勧誘事案を類型化して明確に位置付けすることが望ましいとする。そして、取消権を認めるためには消費者の意思決定に瑕疵があったことを必要とし、その結果、問題類型を促えるための要素としては、事業者側の行為態様（威迫をする、困惑させる）だけに着目するのでは不十分で、消費者側の事情（威迫により意思決定を行った）を併せて着目しなければならない」とする。

(3) 国生審最終報告(34～36頁)

『事業者が、消費者を威迫するような言動（威迫まがいの威圧的言動）、消費者の私生活または業務の平穩を害するような言動（例えば、長時間にわたり消費者を拘束する。夜間に消費者の居宅に上がり込む、消費者に不意打ち的に接近し考慮する時間を与えないなど、消費者の公私にわたる生活の安寧を乱すような言動）をした場合においては、消費者は契約を取り消すことができる』

そして、事業者の行為と消費者の意思表示との因果関係の必要性と事例の分析による類型化による概念の明確化を図るべきとする（中間報告とほぼ同じか）。

ところが、主に不実告知に関してではあるが、「個別具体的な事業者の行為態様が事業者が事業を行うにあたって、社会通念上、または信義則上許容される場合」があるとしている。この部分が威迫困惑についても「基本的に（3）イと同様」とされ、「社会通念上、または信義則上許容される」威迫・困惑行為があるという理解ができることになる。疑問である。

(4) 日弁連意見書(12～13頁)

中間報告の案を積極的に評価するとともに「威迫困惑行為があった場合以外にも、社会的相当性を逸脱し、消費者の判断力不足につけこむ勧誘態様が存する。例えば、販売目的を隠して、別の目的を述べて消費者に接近したうえで、契約を勧誘した場合や高齢者などの判断能力の不足に乗じて、契約内容以外の要素を強く印象付けて契約を締結させた場合、等についても効力を制限する規定を検討すべきである」として威迫困惑以外の不当勧誘行為も対象とすべきであるとの意見である。

(5) 現代契約法制研究会中間整理(25～29頁)

最終報告に対しての意見及び問題点の指摘

- ①規定の根拠
 - * 事業者・消費者の「交渉力の格差」の内容が不明確ではないか。
 - * 根拠は、攻撃的な販売手法の不当性及び消費者の耐性の弱さに求められるべきではないか
- ②要件
 - * 威迫困惑の上限（強迫との境界）と下限（許容されるセールストーク等との境界）がなお不透明。
 - * 故意を要件とすべきではないか
 - * 故意の不存在を要件とすべきではないか

- ③効果・その他 * (第三者効) (第三者の行為による場合)
- ④民法との関係 * 威迫・困惑類型にとどまらず「状況の濫用」があった場合を加えるべきではないか。この場合、事業者の認識(状況についての)を要件にするべきか。
- * さらに一般条項「その他信義誠実に反する態様で・・・」が必要ではないか

(6) 沖野試案 (NBL No. 652、20頁) (NBL No. 654～655)

「2-1-2 信義誠実違反の接近・勧誘行為の禁止

事業者は、消費者に対し、契約勧誘意図を秘匿して不意打ち的に接近し、執拗なあるいは威迫的な勧誘を行い、不安心理や困惑をひきおこし、または消費者の知識・判断力の不足に乘じ、その他信義誠実に反する態様で、契約締結を求めてはならない。」

「2-2-2 信義誠実違反の接近・勧誘を理由とする取消

- ① 事業者が契約勧誘意図を秘匿して不意打ち的に接近し、執拗なあるいは威迫的な勧誘を行ない、不安心理や困惑を引きおこし、または消費者の知識・判断力の不足に乘じ、その他信義誠実に反する態様で、消費者に契約を締結せしめた場合、当該事情の下では、消費者が当該契約締結を拒絶することが実質上期待できない状況であったとき、消費者は契約を取り消すことができる。」
- ② 前項の取消権は、消費者に締結拒絶を期待できない状況がやんだときから1年内に行使することを要する。
- ③ 第1項の取消は、善意の第三者に対抗できない。

「2-3-2 信義誠実違反の接近・勧誘による責任

事業者は、契約勧誘意図を秘匿して・・・(略)・・・乗じ、その他信義誠実に反する態様で、消費者に契約締結を求めた場合には、これによって消費者に生じた損害を賠償する責任を負う」

沖野試案は、事業者の誠実義務違反が直ちに取り消しという効果に結びつく形はとらず、消費者の拒絶不能という要件を加えて取り消しの効果を認める。但し、損害賠償についてはこのような要件はない。

条文の構成としては、事業者の義務を明定した上で、その違反についての効果は別途定める。

また、「害悪の告知と畏怖」という線上で強迫行為の拡張としてとらえられる以外の不当な勧誘行為についても対処が必要で、その類型化を試みている。

さらに、このような現在の問題事例に即した類型化では対応できない新しい事案も将来発生すると考えられるため、一般類型ないし一般条項を定めるべきだと指摘する。これに、いわゆる「状況の濫用」類型を加える点その他消費者側の事情を要件とする点、事業者の故意、違法性などの検討がなされている。

(7) 検討

ア 現在、消費者契約に関する消費者被害の多発は、事業者側からの積極的攻撃的勧誘行為が常態化するという社会状況に原因がある。しかも、その商品役務の内容や契約形態も多様化複雑化しており、契約にあたって消費者は、情報力や判断力、交渉力な

ど多くの面で事業者と比較して圧倒的に弱い立場に立たされている。

勧誘行為の適正化をはかる民事ルールが必要とされるのは、このような格差の存在とそれにより民法が予定するような対等な当事者たり得ず、そのため極めて多くの消費者被害が発生し続けているという現実があるからである。

イ いわゆる威迫・困惑などの不当勧誘行為を排除する民事ルールを検討するにあたっては、主に以下のような点を考慮した。

① 因果関係

中間報告も（最終報告も同様と思われる）沖野試案も不当勧誘行為がなかったならば、消費者が契約締結の意思決定をしなかった場合（沖野試案は「消費者が当該契約締結を拒絶することが実質上期待できない状況であったとき」）は、取消権を認めるとする。重要事項の不告知などの場合は、その概念の中に「それがなければ契約を締結をしなかった、あるいはした」という因果関係の評価を取り込んでいると考えられ、あまり因果関係は問題とならないであろう。また、現実の訴訟の場面においては、威迫などの不当勧誘行為の主張立証をする中で、多くは因果関係についての評価も実質的に行われていることが多い。

しかし、例外的に、当該不当勧誘行為がなかったとしても、契約締結に至ったと考えられる場合は、これを主張立証することにより、取消権の行使を排除することができる。つまり、因果関係の不存在を事業者の立証に委ねるという構成が妥当と考えられる。

よって、ただし書きにおいてその旨定めることとした。

② 困惑概念の明確化のため、最終報告は、「消費者の私生活または業務の平穩を害する言動」という表現をとっており、その試案でもこれによった。もっとも、結局、司法判断の集積によってその明確化が図られるという性質から「困惑」のままでもよいのではないかとの意見があった。

③ 不当勧誘の類型の一として、いわゆる「状況の濫用」につき定めた。これについては、オランダ民法典第3編第44条に以下のような条項がある。

「1. 法律行為は、それが強迫、詐欺または状況の濫用の結果として行われた場合は、取り消すことができる。（略）

3. 相手方が法律行為を一必要性、依存性、気まぐれ、異常な精神状態または経験不足といった一特殊な状況の結果として行う気にさせられていることを知り、または知るべきである者が、そうすべきでないにもかかわらず、相手方にその法律行為をなすように促した場合は、状況を濫用している。」

（中田邦博龍谷大学助教授の訳では「窮状、依存状況、軽率さ、異常な精神状態、経験のなさなどの特段の事情によって相手方が法律行為をなすに至ったことを知り、または知ることができた者が、そのことを知り、または知るべきであった事情の下では当該法律行為の成立を妨げるべきであったにもかかわらず、その成立を求める場合、状況の濫用となる」とされている）

状況の濫用について、オランダ民法典の表現によると、消費者が「おかれている特段の状況」につき、事業者の認識ないし認識可能性を要件としている。しかし、「濫用」「利用」という用語は「奇貨としてそれにつけ込む」と

いう評価を含むものと考えられ、あえて事業者の主観を要件として記載する必要はないと考えた。

なお、消費者が「既におかれている状況」を利用するだけでなく、そのような状況を作出した上で、その状況を利用する行為もこれに含まれていると考える。たとえば、恋人商法のように、親密な感情を作り出し、その感情を利用するような場合である。

- ④ 現在、キャッチセールス、SF商法、パーティー商法、恋人商法等、様々な不当勧誘商法が存在しており、これらは、ほぼ、威迫、困惑、状況の濫用の各規定で対応できると考えられる。しかし、今後新たな勧誘方法が次々と考え出されることが予想され、それらに対応するためには、不当勧誘を規制する一般条項が是非とも必要である。

(2) 前項により消費者が契約を取り消すことができる場合に、消費者は事業者に対し、契約の取消に基づく原状回復と共に損害賠償の請求を行うこと、もしくは契約の効力を維持しつつ蒙った損害について賠償請求を行うことができる

【解説】

(1) 国生審最終報告（31～32頁）

契約法アプローチの他に損害賠償法アプローチも考えられるとしたうえで、2つのアプローチのいずれ、あるいは両方を採用するかについては、それぞれの要件及び効果並びにそれらのバランス等に留意しつつ、更に検討する必要があるとしている。

(2) 国生審最終報告に対する日弁連意見書（4頁）

最終報告が損害賠償法アプローチの採用を示唆していることについて、「事業者からの消費者との割合的解決をはかる規定を求める声に応えたもので、両者のバランスをはかる姿勢の一つの現れである。」と批判的にとらえたうえで、「消費者契約の締結過程における事業者の不適切な情報提供又は威迫するような言動等に影響されて契約が締結された場合は、その契約から離脱する権利を消費者に認めることが基本であり、その意味で『いずれかを採用する』というようなものではなく、契約法アプローチを不可欠なものとした上で、それに付加するものとして、損害賠償法アプローチが検討されるべきである。」としている。

(3) 現代契約法制研究会の中間整理

損害賠償法アプローチについて、民法の不法行為の規定の特則として構成するのが自然である、との指摘に触れたうえで、いかなる意味において「特則」となるのかについて、特に要件論の面で十分な検討を加える必要がある、とする。例えば、事業者が消費者に情報を提供すべき義務を負う重要事項の範囲については、取消という効果を念頭に置いた意思表示理論に基づく場合と、損害賠償という効果を念頭に置いた不法行為理論に基づく場合とでは、自ずと内容が異なるのではないかと、としている。

(4) 沖野試案

不適切な情報提供の類型においては、契約の取消権を認める要件として、「当該取引における給付とその対価性を判断するに通常必要な重要な事項および消費者の告げた特別の契約目的と当該取引の適合性を判断するにつき必要な事項」「当該契約の決

定を左右する事項」という限定した事項を対象とするのに対し、損害賠償責任を認める要件としては、単に「当該契約締結に必要な事項」を対象することで足りるとしている。また、威迫・困惑の類型においては、契約の取消権を認める要件として、損害賠償責任を認める要件のほかに、「当該事情の下では消費者が当該契約締結を拒絶することが実質上期待できない状況であったとき」という要件を付加している。

加えて、沖野試案の特徴は、契約の取消に基づく原状回復額と損害賠償責任に基づく損害額のいずれについても、裁判所に消費者側・事業者側双方の事情を斟酌して減額することを認めていることである。

(5) 検討

ア 損害賠償法アプローチの位置づけ

損害賠償法アプローチは、民法の不法行為又は債務不履行（契約締結過程における義務不履行）の規定の特則と考えられ、原状回復的な損害賠償を請求することを通じて、実質的に契約法アプローチと同様の効果を得ることができる場合もある、との位置づけが与えられている（国生審最終報告31頁）のが一般的である。従来の判例理論で発展を見せてきた取引行為型不法行為を消費者契約法にも取り込もうという発想である。

イ 契約法アプローチと損害賠償法アプローチのちがい（国生審最終報告31頁）

① 割合的救済の可否

契約法アプローチ…オール・オア・ナッシングが指向される

損害賠償法アプローチ…過失相殺を通じた消費者の割合的救済が行われることが多い。

② 原物返還の可否

契約法アプローチ…原物返還が可能

損害賠償法アプローチ…金銭賠償のみ

③ 契約代金以外の不利益の填補の可否

契約法アプローチ…不可

損害賠償法アプローチ…因果関係が立証できれば可

以上のように、損害賠償法アプローチの方が、事案に即した柔軟かつ実質的に公平な解決が図れるようにも見受けられる。

ウ 取引行為型不法行為についての判例法理の発展

ところで、従来の判例によって発展を見せてきた取引行為型不法行為の考え方に対しては、実質が「契約の効力否定＋原状回復」であるにもかかわらず、契約を有効としつつ契約成立に向けた勧誘行為を違法とし有効な契約の締結を損害とみるもので矛盾ではないか、との指摘があるのも事実である。にもかかわらず、契約の不法勧誘の事例について、判例によって、不法行為を通じた処理が多くなされてきたことは事実であり、そのことは肯定的に評価されている。その原因として、

① 錯誤・詐欺・強迫という意思表示の瑕疵の制度が厳格で契約の効力否定が容易に認められない

② 過失相殺による割合的解決が可能

③ 契約当事者のみならず代表者や営業担当者の責任追及も可能

等の指摘がなされている（沖野（４）NBL655号33頁など）。

エ 損害賠償法アプローチが唱えられている要因

このように、損害賠償法アプローチは、法律行為の効力に関する民法の規定のハードルの高さを実質的に補う機能を果たしてきたのであるが、この点については、消費者契約法の制定によって、情報提供義務違反その他の場合に契約の取消権を与えるという効果を認め、民法のハードルの高さを低くすることで一定程度カバーできるのであり、これが契約法理論の復権として正道である。契約法アプローチを取らずに損害賠償法アプローチのみを取るべきだとする見解は、かような手当てをよしとしない考えに基づいて唱えられているきらいがあり、前記のとおり、日弁連意見がこの見解を批判するゆえんである。

これに対し、契約法アプローチと共に損害賠償法アプローチを採るべきとの見解は、

- ① 民法の意思表示の瑕疵に関する規定のハードルを低めてもなおカバーできない事案までもカバーしようという発想とともに
- ② 効果として、契約代金以外の不利益の填補をカバーするとともに、過失相殺等による割合的解決を図ろうとする考え方である。現代契約法制研究会中間整理や沖野試案もこのような考え方に基づいている（沖野試案は、この発想を更に進めて、契約法アプローチにおいても割合的解決を図る余地があるとしている）。

オ 損害賠償法アプローチの存在意義

上記①②の点に損害賠償法アプローチを採用する理由があるのだとすれば、これらの点は、既に、これまでの取引行為型不法行為に関する判例法理の発展によって図られているといえよう。立法によって損害賠償法アプローチを採るとすれば、判例に現れている考え方を安定させ、かつ要件・効果を明確にする意義がある（沖野（４）NBL655号35頁）。そうであれば契約法アプローチを原則としつつ、損害賠償法アプローチを付加的に認めれば足りるものである。

カ 契約取消の場合の原状回復義務に関して

なお、契約が取消された場合の原状回復義務について、既履行の債務について、当初の受益の返還が原則であって、消費者が物の給付を受けていた場合には給付された物自体を返還し、消費者が事業者から給付されたものが原物返還の不可能な役務であった場合には、消費者は事業者に対してその客観的価値を金銭で返還することになるので、これと事業者の受け取った対価とを相殺することになる、とされている（最終報告30頁）。この点は不当利得返還請求の一般的解釈の問題であって、消費者が受けた利得の客観的価値をどう評価するかに帰着するのであるが、消費者保護の立場から見ても、重要事項について情報提供を受けなかったり威迫・困惑に陥って契約した消費者が事業者から仮に役務を受けたとしても、多くの場合客観的価値はなかったと評価されるであろうし、そもそも消費者が不適切な勧誘行為を受けて契約を締結した後長きにわたって事業者から役務を受けること自体、考えにくい。また、事業者の立場から見ても、受益返還の原則は従来詐欺・強迫による取消の場合でも効果として採用されており、特に問題になったとはされておらず、原状回復をめぐって悪質消費者が利得だけを取り込むといった弊害が生ずる結果にはならない。したがって、このような受益返還の原則を消費者契約についてのみ修正する必要はないと考える。そし

て、この点は、仮に損害賠償法アプローチを採ったとしても、賠償請求し得る損害について、給付済の役務の客観的価値が存する限り、支払済の対価から損益相殺されることとなるので、効果は異なる。

キ 以上の次第で、日弁連意見のように、契約法アプローチを不可欠なものとしたうえで、それに付加するものとして損害賠償法アプローチを採用することとした。

具体的には、消費者に契約の取消を行うことが認められる場合に、契約の取消による原状回復義務だけではカバーできない損害（契約を締結したことにより余分に出費した費用等）について、不法行為の要件を立証できなくとも、損害賠償の請求をすることができる、とするとともに、契約の効力を維持したまま、不法行為の要件を立証せずに損害賠償の請求をすることを認める（例えば、各種保険契約において、保険で填補される範囲について不適切な情報提供があった場合に、当該保険契約の効力を維持しつつも、消費者にとってより適切な選択ができた場合との給付の差額を損害賠償として請求することが考えられる）、という限度で損害賠償法アプローチを付加することとした。

(3) 第三者が消費者取引の勧誘を行った場合に、当該第三者の勧誘行為に第1項各号の一に該当するときにも、消費者は契約の取消および損害賠償の請求を行うことができる。ただし、当該第三者の不適切な勧誘行為について事業者が善意無過失の場合はこの限りでない。

【解説】

(1) 国生審中間報告

事業者本人ではなく、代理人でもない、独立の仲立事業者が情報提供義務違反又は不実告知、或いは威迫行為又は困惑行為を行った場合に、その行為をもって事業者と消費者の間の契約に影響を及ぼすことができるかどうかという点についても、検討を行う必要がある。

(2) 国生審最終報告（30頁）

第三者による情報の不適切な提供又は威迫するような言動等を理由として、消費者が契約を取り消すことができるか否かについては、消費者利益の確保と取引の安全の確保とを比較考量しながら、検討する必要がある。

(3) 現代契約法制研究会の中間整理

ア 第三者による情報の不適切な提供については、

- ① 規定の趣旨が事業者と消費者との間の情報格差を是正することにあるとするならば、契約当事者以外の第三者による情報の不適切な提供についてまで消費者に取消権を認める必要性は乏しい
- ② 仮に契約当事者以外の第三者による情報の不適切な提供があったとしても、他方で事業者は消費者に対して重要事項に関する情報を提供しなければならない、として、第三者による情報の不適切な提供があったことを理由とする取消権を認める必要はないとの意見があったとされている（NBL664号52～53頁）。

イ 第三者による威迫・困惑行為については、

- ① 威迫・困惑行為の主体を事業者だけに限ると、第三者による威迫・困惑を利用す

る者が出てくるということを懸念して取消しを認める意見

② 第三者による行為に事業者が便乗した場合については、「状況の濫用」型の規定で対応したらどうか

との意見があったとされている（NBL664号54頁）。

（4）検討

確かに、事業者とは全く無関係の第三者がたまたま当該消費者に不実の情報を与えていたような場合に消費者に取消権を与えるのは、取引の安全を害することとなりかねない。

しかし、事業者の代理人の地位にある者が不適切な勧誘を行った場合（この場合は、民法101条により、事業者自身の行為と同視される）のみならず、当該取引の勧誘を行うにあたり事業者が第三者に何らかの対外的権限を与えたり、或いは事実上の委任をしている場合には、当該第三者が不適切な勧誘を行うことを事業者による監督を通じて防止することが可能である一方、当該第三者を取引勧誘のために事実上利用している以上、その者の不適切な行為による不利益を蒙ってもやむを得ないと評価することができよう。例えば、

ア クレジット契約やリース契約において、信販会社或いはリース会社は販売店に対し、顧客からのクレジット契約ないしリース契約の申込の仲介をさせるとともに、クレジット契約ないしリース契約の内容（支払回数、支払総額、手数料額等）について説明を事実上させているが、このような権限を与えている以上、販売店がクレジット契約ないしリース契約の内容の重要事項（例えば手数料額や1回の支払額）について説明を怠ったり不実告知をした場合や、販売店が長時間の執拗な勧誘を行って消費者を困惑させて契約させたような場合には、消費者にクレジット契約の取消権を与えることが妥当である。

イ 変額保険の勧誘を生命保険会社でなく融資を行う銀行が事実上行い、そこで元本割れの危険その他重要な事項について情報提供しなかったことが多数の事例で問題となっているが、銀行が勧誘を行うことを事実上容認している以上、消費者から取消権を行使されてもやむを得ないと考えられる場合も多いと思われる。

ウ このほかにも、例えば銀行が住宅ローンの設定にあたって信用保証契約や火災保険契約の媒介を行い、信用保証会社や保険会社は前面に全く出てこないといったように、契約当事者である事業者と契約の実際の勧誘・説明を行う者が異なることは非常に多く、かつ消費者にそのことがわからない事例は多数見られる。

以上からすると、第三者に何らかの限定をした上で、当該第三者の不適切な勧誘行為があった場合に消費者に取消権を認めるのが相当である。

問題は、その限定の仕方であるが、事業者が当該第三者の不適切な勧誘行為について是正・防止を期待できるがゆえに、事業者自らが不適切な勧誘を行ったのと同じ不利益を受けてもやむを得ないと考えられるような第三者、ということになる。したがって、要件としては、「当該事業者が当該取引の勧誘行為に関与することを容認した者、もしくは当該取引の勧誘行為に関して当該事業者との間に委任又はこれに準ずる関係を有する者」「第三者が情報の不適切な提供、もしくは威迫・困惑させる言動を行うことを当該事業者が知り又は知りうべき場合」といった限定の仕方が考えられ

る。

ここでは、後者の限定方法を採用し、あわせて事業者と当該第三者との関係について消費者側では事情がわからないことが多い点にかんがみ、この点についての立証責任を事業者側に負担させることとした。

第6条 第三者に対する効果

消費者による消費者契約の取消は善意の第三者に対抗することができない

【解説】

(1) 国生審最終報告（30頁）

消費者利益の確保という観点からは、契約の取消しをもって第三者に対抗することができることも考えられるが、取引の安全の確保という要請にも配慮しつつ、更に検討する必要があるとし、あわせて詐欺に関する民法96条3項、解除に関する民法545条1項但書が示されている。

(2) 現代契約法制研究会の中間整理

情報の不適切な提供のみならず威迫・困惑行為の場合でも、取消を善意の第三者には対抗できない、との意見があったとされている（NBL664号51頁、53～54頁）。

(3) 沖野試案

情報の不適切な提供のみならず威迫・困惑行為の場合でも、取消を善意の第三者には対抗できない。

(4) 検討

取消権の第三者効については民法が詐欺と強迫で扱いを異にしているため、消費者契約の取消についてもこれと同様に類型により扱いを変えるのかどうかの理論的問題があることは確かである。

ただし、大村教授や沖野教授も指摘しているように、消費者契約の典型は消費者が事業者から物やサービスの提供を受ける場合であり、かつ、消費者は目的物等の最終的な利用者であることが通常であるから、消費者関連の事案においては取引の安全はほとんど問題にならないことが多い（NBL658号40頁）。問題になるとすれば、消費者が事業者不動産や中古車を売却するような場合であるが、仮に取消を善意の第三者に対抗できないとしても、事業者に対して価額相当の償還もしくは損害賠償を請求することで解決できる場合も多いと思われる。したがって、情報の不適切な提供の場合のみならず、威迫・困惑行為の場合も含めて、取消を善意の第三者に対抗できないということの不都合はないと考える。

なお、売買契約の取消と信販会社との関係については、抗弁の対抗の問題であって取消の第三者効とは別箇の問題であるし、また前記のように、このような場合は、信販会社と準委任の関係にある第三者が不適切勧誘を行ったことを理由に、消費者がクレジット契約そのものを取消せる、とすれば十分である。

第7条 時効等

- (1) 消費者による消費者契約の取消権は、消費者が事業者または第三者の勧誘行為に第5条第1項1号、2号、5号又は6号に該当する行為があったことを知ったとき、もしくは同項3号又は4号に該当する行為が止んだときから3年間行使しないときは時効によって消滅する。
- (2) 消費者による消費者契約の取消権は、当該消費者契約の締結をしたときから10年間を経過したときも消滅する。但し、契約期間が7年を超えて継続する場合には当該契約期間の終了後3年間を経過したときに消滅する。

第8条 追認・法定追認の排除

民法122条ないし125条の追認・法定追認に関する規定は、消費者契約の取消には適用しない。

【解説】 * 第7条、第8条を併せて解説する。

(1) 国生審中間報告（18頁、21頁）

民法126条に規定されている取消権の行使期間との整合性について考慮する必要があるが、詐欺・強迫の場合よりも要件を広げたこととの均衡を図るために期間を短縮することも考えられる。

(2) 国生審最終報告（30～31頁）

取引の安全の確保という観点から、特別の規定を設けて、民法126条に規定されている取消権の行使期間（追認することができる時より5年間、行為の時より20年間）を短縮することも考えられる。一方で、取消権の行使期間を極端に短縮すると、例えば、消費者が裁判外紛争処理機関を通じてトラブルを解決している間に、これが経過してしまうという問題が生じることも考えられる。したがって、取消権の行使期間については、トラブルの実態等を十分に踏まえた上で、消費者利益の確保と取引の安全の確保とのバランスがとれた合理的なものとする必要がある。

(3) 現代契約法制研究会の中間整理

情報の不適切な提供の場合について、法律関係の早期安定を図る観点及び要件面で従来の民法より消費者にとってより有利なルールとなっていることのバランスから、取消権の行使期間を民法上の原則より相当期間短縮する（例えば1年とする）、との意見があったとされている。また、威迫・困惑行為の場合について、情報の不提供の場合よりも更に短くしてもよいのではないかと、との意見があったとされている。

(4) 沖野試案

消費者が契約締結に関する情報の瑕疵を知ったとき、或いは消費者に締結拒絶を期待できない状況が止んだとき（＝追認可能時を類型ごとに具体化）から1年内、とする。民法により要件を広げることの衡量や民法126条の期間制限自体消費者取引においては長すぎるとの懸念に対する配慮の一方で、交渉自体に一定の期間を要するため交渉中に期間が満了する懸念を考慮して決定する必要がある、としている（NBL658号41頁）。

また、法定追認（民法122条、125条）について、「全部又は一部ノ履行」の

ように消費者契約の場合比較的容易におこりうるものがあり、追認可能時の要件により手当が可能であるものの、「追認します」という書面への署名捺印を求められ、それに応じるといったおそれもあるとして、追認および法定追認をはずすことも考えられる、と指摘している（NBL658号42頁）。

(5) 国生審中間報告に対する日弁連意見書

2年程度としている。

(6) 検討

上記の各報告や提案が指摘しているように、民法よりも要件を広げたこととの均衡や法律関係の早期安定の必要性から、取消権の行使期間を民法より相当程度短縮することは妥当であるが、交渉や裁判外紛争処理機関を通じての手續に一定の期間を要するおそれもある点を考慮し、情報の不適切な提供があったことを知ったとき、もしくは威迫・困惑状態が止んだときより3年間経過したときは時効で消滅するとし、あわせて排斥期間も民法の20年を10年に短縮することとした。

但し、保険契約、会員権契約など長期間継続する契約もあり、契約時から10年を経過して問題化することも多い。その場合一律に10年の経過によって取消権が消滅するのは問題である。そのため7年を超えて継続する契約については契約終了後3年を除外期間とした。

また、沖野教授が追認および法定追認に関して指摘していることはもっともであり、消費者契約においては追認および法定追認の規定は排除すべきである。

第3章 契約条項に関する一般規定

第9条 契約条項の明瞭化

事業者は、消費者契約の条項について、常に明確かつ理解しやすい平易な言葉で表現しなければならない。
--

【解説】

(1) 沿革及び趣旨

消費者契約における契約条項は、消費者が容易に理解できるように平易かつ理解しやすい表現がなされていることが必要である。契約条項が一般の消費者にとって理解困難な用語で記載されていること自体が消費者トラブルの原因となりかねないのである。

事業者が契約条項を起草するにあたり、平易かつ明確な起草を行うべきであるといういわゆる「透明性原則」は、もともと英米において進展したもので、ドイツでも判例の展開をみ、EC指令にも取り入れられたものである。

この原則の根底には、『契約内容を知る機会』の実質化の指向」及び「条項に関する顧客の注意と理解を喚起する要請」があり、事業者に対して契約内容を開示させることにより情報提供の実質を確保するということに主眼があるというべきである。

(2) 国生審中間報告

「契約条項は、常に明確かつ平易な言葉で表現されなければならない」とのルール

を提示している。

(3) 近弁連試案

「事業者は、契約条項について、常に平易かつ理解しやすい言葉で表現しなければならない」との規定を設けている。

なお、この規定では「明確」という文言を取り入れていないが、これは英米やEC指令に従ったためである。

(4) 国生審最終報告

「事業者は、契約条項を定めるに当たっては、契約の範囲及び当該契約による権利義務を明確にするとともに、分かりやすいものにするように配慮しなければならない」という表現がなされている。

中間報告と対比すると、そもそも明文規定を定めるか否かが必ずしも明確でなくなったと言える。

(5) 検討

ア 明文規定を設けるか否かについて

明文規定を設ける意義について疑問を投げる意見もあるが、少なくともこうした原則を明文で定めることは、契約条項を作成する事業者に対する行為規範としての働くという積極的な意義があると言うべきである。

イ 違反の場合の効果について

アで検討したように事業者に対する行為規範としての意義を重視して明文規定を設けることにした場合、更に一步進んでこのような明瞭化の要請に反した場合に何らかの法的な効果（理解困難な条項をそれだけで無効とする）を導くための根拠になるとまで言えるかは更に検討が必要となる。

明瞭化の要請に反する場合としては、条項が不明確な場合と条項自体は明確であるが難解で理解困難である場合という2つの場面が想定できる。

前者については、解釈原則によって消費者に有利な解釈をすることが可能なのであるから、まずこれによって救済することができる。そして、解釈原則を用いてもなお内容が一義的に確定できないような場合には、不当に不利益な条項として無効とするという扱いが考えられる。

これに対し後者については、一般消費者を対象とする以上ほとんどの条項が理解困難といえなくもないため、ある程度限定する必要がある。そこで、意図的に難解な条項を用いた場合等極めて分かりにくいような場合に限定して無効という扱いをすることが考えられる。

このように、単なる行為規範ではなく、違反した場合は無効という効果を与えることによって初めて透明性原則の実質化を図れることが可能となるものと考えられるが、そのような場合には第12条第1項の不当条項にあたりと解され、とくに透明性原則に反する場合の効果は定めなかった。

第10条 契約条項の解釈原則

消費者契約の内容の解釈において明確でない契約条項については、消費者に最も有

利に解釈する。

【解説】

(1) 沿革及び趣旨

契約条項は、情報・知識・交渉力等において劣位にある消費者に最も有利に解釈されるべきである。この解釈原則は、各国の包括立法でも採用されており（ドイツ約款法5条、EC指令5条2文等）、わが国の裁判例でも認められた例がある（秋田地裁平成9年3月18日判決参照）。

また、契約条項は情報・知識・交渉力のいずれをとっても圧倒的に優位に立っている事業者によって作成される場合がほとんどであり、「作成者不利の原則」からいっても、また、本法が消費者保護を目的としたものであることからしても、消費者に最も有利な解釈を優先させることは当然の帰結である。

(2) 国生審中間報告

「契約条項の解釈は合理的解釈によるが、それによっても契約条項の意味について疑義が生じた場合は、消費者にとって有利な解釈を優先させなければならない」という条項を設けており、このような解釈原則を規定することにより、事業者ができる限り疑義の生じないような条項を作成するようになるといった効果が期待できるものとしている。

(3) 国生審最終報告

「事業者が契約条項を一方向的に定めた場合であって、契約条項の意味について疑義が生じたときには、消費者にとって有利な解釈を優先するものとするが、このような解釈の方法は、判例の趣旨にも合致するものである」との記載がなされている。

(4) 検討

ア 合理的解釈を前面に出すことの問題点

中間報告の規定は、消費者に有利な解釈よりも合理的解釈を優先させるかのような表現がなされており、「合理的解釈」が作成者の意図を指すと考えられた場合、結局契約条項の作成者たる事業者の意図を尊重することになりかねないという危惧がある。

これは、悪質消費者対策という病理現象を過度に警戒した議論というべきである。

イ 明文規定を設けるか否かについて

また、この最終報告の記述は、契約条項の明瞭化の場合と同様に、明文規定を定めるか否かが不明確であると言える。

しかし、ここでも明文規定を設けることにより契約条項を作成する事業者に対する行為規範としての働くという積極的な意義があると言うべきである。

ウ 「疑義」という表現について

「疑義」という表現は難解ではないかという意見があり、言い回しを代えることとした。

第11条 不意打ち条項の禁止

消費者契約の類型及び交渉の経緯等に照らし、消費者にとって予測することができ

ない契約条項は無効とする。

【解説】

(1) 沿革及び趣旨

消費者にとって予測できないような契約条項には拘束力を認めるべきではない。

外国法においても、例えばドイツの約款規制法においては「約款中の条項が、諸事情、とりわけ契約の外見に照らして極めて異常であって、約款使用者の契約相手方がその条項を予期するに及ばないときは、当該条項は契約の構成部分とはならない」（3条）とされている。

ドイツ約款規制法は既に2条で約款の一般的採用要件を定めているのであるが、立法者は、消費者が通常は契約締結前に約款を読んでおらず、従って包括的な情報提供義務を定めることのみによっては相手方の情報不足を除去することはできないという現実的な経験則から、更に3条に判例によって形成されてきた不意打ち禁止規定を置き、これによって相手方が約款の内容及び射程を特に重要な点について知らされることを要求したのである。

なお、わが国の裁判例においてもこの趣旨を認めたものが存在している（山口地裁昭和62年5月21日判決、大阪地裁平成7年2月28日判決）。

(2) 中間報告

「交渉の経緯等からは消費者が予測することができないような契約条項は契約内容とならない」との規定を設けている。

(3) 最終報告

予測可能性を担保する観点からは、ドイツ約款規制法における不意打ち条項の異常性に相当するような一般的な要件（同種の契約に消費者として関与することが想定される消費者の通常の見解という基準）が必要であると考えられ、できる限り明確化することが重要であるとしている。

(4) 検討

ア 要件を限定するか否か

最終報告でも指摘されているが、予測可能性を担保する観点から要件の限定が必要となってくる。

そこで、「契約の種類及び交渉の経緯等に照らし」との限定を加えたのである。

イ 場面設定について

もっとも、不意打ち条項の例として、家庭教師の派遣と言われて契約したが、学習教材の購入が契約に含まれていた等という、給付内容そのものが予想外である場合が挙げられており、外国法の例やわが国の裁判例で指摘されている不意打ち条項が約款に関するものであることと比べ、規制対象に若干のズレがある。

しかし、いずれの場合であっても、消費者が予測できないような事柄について拘束力を認めるべきでないことは当然であり、不意打ち条項として規制されるべきであることに変わりはない。したがって、契約の種類及び交渉の経過の両方の場면을要件とした。

ウ 違反の場合の効果について

違反の場合の効果として「契約内容とならない」という規定の仕方も考えられる。

しかし、団体訴権の対象とすることを考えた場合、そもそも契約内容とならないものについて差止め請求するということはおよそ考えられないということになってしまふ。

そこで、実効性を確保すべく団体訴権の対象とするためには、違反の場合は無効という効果を定めることが必要となるのである。

エ 情報提供義務で足りるといふ指摘について

特に不意打ち条項規制を定めなくとも情報提供義務違反の問題としてとらえれば十分であるとの指摘がある。

しかし、情報提供義務違反は主として契約全体からの離脱の場面で問題となるのに対し不意打ち条項規制違反は個別条項の無効を導く問題であって、両者は場面を異にするものである。

第12条（不当条項の禁止）

- (1) 消費者契約における消費者に不当に不利な契約条項は無効とする。
- (2) 次の各号のいずれかに該当する契約条項は、消費者に不当に不利と推定する。
 - ① ある事項に関する法律規定が存する場合に、当該法律規定よりも消費者に不利な条項
 - ② 契約の性質から判断して、契約目的の達成を不可能もしくは困難とするような消費者の権利の制限または義務の付加、及び、事業者の責任の制限または免除を定める条項

【解説】

(1) 国生審報告

ア 中間報告

「消費者契約において、不当条項は、その全部又は一部について効力を生じない」として不当条項の無効を規定するとともに、「不当条項とは、信義誠実の要請に反して、消費者に不当に不利益な契約条項をいう。」と不当条項を定義している。

イ 最終報告

不当条項を中間報告のように信義則を要件とした抽象的なものとした場合、個別事案における結論についての予見可能性が低く、必ずしも安定した法の適用ができないという問題を解決することはできない。また、このような抽象的な要件では、結局民法の信義則に反するか否かを判断することと同じになってしまい、契約条項を適正化するための新たな法的措置を講ずる必要性に乏しいと考えられやすい。そこで、消費者契約法においては、無効とされるべき不当条項を具体的に定めるとともに、その要件をできる限り明確にする必要があるとしている。

このように最終報告では、不当条項の効力を無効とすべきと考えていることは分かるが、不当条項の定義については、中間報告を変えて具体的にどのような内容にすべきかは言及していない。

(2) 近弁連試案

ア 第1次試案

- ① 消費者に不当に不利な契約条項は無効とする。
- ② 次の各号のいずれかに該当する契約条項は、消費者に不当に不利と推定する。
 - A ある条項に関する法律規定が存する場合に、当該法律規定よりも消費者に不利な条項
 - B 契約の目的を達成できないほどに当該契約における消費者の本質的権利を制限する条項

このように第1次試案では、不当条項の定義を「消費者に不当に不利な契約条項」とし、その効力を無効としている。また、準一般条項ともいべき規定を設け、不当条項の推定規定を規定している。

イ 第2次試案

第2次試案は、上記の第1次試案と同じである。

(3) 沖野試案

沖野試案においては、「不公正な契約」と「不公正な契約条件・契約条項」に分けて構成しており、それぞれについてその定義及び要件効果を定めている。

このうち不当条項に該当すると考えられる後者において、「不公正な条項の無効」として、次のような規定の仕方をしている。

ア 不公正な契約条件・条項は、その全部又は一部を無効とする。

イ 契約条件・条項が、契約目的、他の契約条件、当事者の交渉の経緯その他の事情に照らし、消費者の期待に反し消費者に著しく不利な内容である場合、当該条項は、不公正な契約条件・条項となる。

ウ 次の契約条件・条項は、不公正な契約条件・条項とする。但し、事業者がその相当性を証明した場合はこの限りではない。(以下省略)

このように、沖野試案は、不公正な契約条項を「消費者の期待に反し消費者に著しく不利な内容」と定義し、その効力を「その全部又は一部を無効」としている。また、不公正な条項の推定規定についても設けている。

(4) 現代契約法制研究会の中間整理

契約の解釈、公序良俗、信義則といった従来の不当条項規制の手法の限界を指摘し、不当条項規制の一般規定（一般条項）を設けることについては積極的であるべきだという指摘がなされた。

また、定義の仕方については、一方では、国生審中間報告の「信義誠実の要請に反して」という要件のように、信義側を前面に打ち出すと、現行民法の信義則の規定とは別に規定を置く必要があるのかという批判が考えられるので、より具体化した形での基準を定めるべきとの指摘がなされたが、他方で、仮に「不当性」「合理性」という基準によっても、何によって「不当性」「合理性」を判断するかという点では、結局は信義則に頼らざるを得ないのではないかとの指摘もなされた。

(5) 日弁連意見書

ア 国生審中間報告に対する意見

不当条項の内容を定義する条項を設けたこと自体は評価できるが、不当条項の定義から「信義誠実の要請に反して」という文言を削除すべきである。なぜなら、消費者契約法が、消費者保護を目的とする民法の特別法である以上、これまで民法上は信義

則違反とならなかつた不当条項でも効力を否定すべき場合があり、そのためには民法上の信義則を思わせる文言は入れるべきではないと考えられるからである。

イ 国生審最終報告に対する意見

最終報告では、中間報告に比べて一般条項の必要性が明確になっていないと言わざるを得ない。

契約条項の不当性の争いは、不当条項リストだけでなく、むしろ一般条項に該当するか否かという問題がほとんどと考えられるのであり、一般条項の規定の必要性は明らかである。また、一般条項である以上、その要件が一定の抽象性を持つことは当然のこととして理解すべきである。

(6) 検討

ア 一般条項について

① 消費者契約法に不公正条項を規制する一般条項を規定する意味は、本法適用の際の指針になることや、ブラックリスト及びグレーリストでは賄いきれない将来の状況に対応することにあると考えられる。不公正条項の内容を規制する一般条項は、包括的立法である本法の大きな特徴である。

そこで、不当条項の定義が重要となってくるが、国生審中間報告のように「信義誠実の要請」という基準を用いると、民法上の信義側とほぼ同義に解釈・運用される可能性が高く、あえて消費者契約法において一般条項を設けた意味が失われてしまう恐れがある。消費者契約法は、民法の特別法であり、これまでの日本の裁判例からすれば、民法では信義則違反や公序良俗違反とまでは認められず救済されなかつた場合であっても、不当条項として効力を否定し消費者を保護すべきケースは決して少なくない。そこで、近弁連試案のように、「消費者に不当に不利」な条項をもって不当条項と定義付けるのを妥当と考える。

② この点、このように「消費者に不当に不利」という基準によっても、不当性の判断基準は必ずしも明確とはいえない、またドイツや韓国などでは、不当条項の定義について信義則を基準にしている。例えば、「契約条項が信義誠実の命令に反して約款使用者の契約相手方を不相当に不利にするときは、当該条項は無効である。」（ドイツ約款規制法9条1項）、「信義誠実の原則に反して公正さを欠く約款条項は無効である。」（韓国約款規制法6条1項）となっている。

しかし、ドイツでは、信義則を基準としているといっても、約款規制法が制定される以前も制定されてから後も、裁判官が当該契約における様々なファクターを考慮しつつ、当該条項が不当か否かを評価する作業を行ってきたのであり、約款の効力について信義則を非常に限定的にしか使わない日本の裁判の状況と同列に考えることはできない。また、一般条項は今後発生する新しい契約にも適用されるが、その基準として信義則がどれだけしっかりした基準になり得るかも疑問である。つまり、仮に日本においても信義則を基準とすると、その限定的適用によって、これまでの裁判例と同様な結論となる可能性が高く、消費者の保護の観点からすれば不十分である。そういう意味で、「消費者にとって不当に不利」という基準の方が、より厚い消費者の保護が図られるものと考えられる。

なお、沖野試案のように、不公正な契約条項を「消費者の期待に反し消費者に著

しく不利な内容」と定義することについては、「消費者の期待」という主観的な面まで全面的に考慮するとなると、契約内容に対する過度の介入のおそれがあり、必ずしも妥当とはいえないと考えられる。

- ③ このように「消費者にとって不当に不利」という基準による場合、具体的には次のようなファクターを考慮して判断をすることになると思われる。つまり、Ⅰ．任意法規からの逸脱の程度、Ⅱ．当該契約の目的達成にどれだけ支障を及ぼすか、Ⅲ．当事者の立場を変えたときに対等に扱われているといえるか、Ⅳ．コストの面から誰が当該条項に関する危険を負担するのが合理的かなどのファクターを抽出し、後記不当条項リストが定めている利益考量を参考にして判断する。そうすれば、「消費者にとって不当に不利」な基準の内容はより具体的かつ明確になり、信義則を基準とした場合よりも適切な判断がなされるものと考えられる。
- ④ ところで、不当条項に当たるかどうかの判断に際して、評価方法をどう考えるべきかという問題がある。

この点、国生審中間報告によれば、「不当条項の評価は、契約が締結された時点を目安としたすべての事情を考慮して判断する。」としている。つまり、基本的に契約締結時を基準として、①契約の目的とされた物品又は役務の性質、②契約締結に伴う状況、③当該契約の他の条項、④その契約と依存関係にある他の契約の全条項といったすべての事情を考慮して、総合的に評価すべきとしている。

判断の基準時を、原則として契約締結時にしていることは、契約条項の合理性を客観的に判断する上では妥当であると解される。ただ、個別的ケースにおいて、契約締結後に生じた事情を考慮することが消費者にとって有利な場合にはその事情を含めて判断してもよいと考えられる。

しかし、これに加えて、以下のことも不当性の判断基準とすべきである。すなわち、不当条項は、後記のように差止請求の対象となるものであるところ、そこでは約款の具体的な使用を前提とせず、一般消費者を基準として判断せざるを得ないこと、また、個々のケースでは個別事情によって問題がないとされる場合でも、一般消費者にとって「不当に不利」と判断されるような契約条項が使用されることは好ましくない。そこで、原則として一般消費者を基準として、具体的場面における諸事情（契約締結過程における事業者の説明、当該消費者の属性など）を考慮することなく、当該契約条項の不当性を判断すべきと考えられる。

もっとも、一般消費者を基準とした時には「不当に不利」といえない場合であっても、契約締結時点において具体的諸事情を考慮に入れれば「不当に不利」と判断できるような場合には、このような消費者に有利に作用する場合に限って具体的事情も考慮して判断しうると考える。このように当該契約における具体的事情を消費者にとって片面的に有利に用いることは、消費者契約法の目的が、情報量、交渉力に劣る消費者利益の実質的確保にあることからすれば十分認められると考えられる。

なお、この不当条項の評価方法については、条文化はしていない。

- ⑤ 不当条項の評価の対象外とする事項

国生審中間報告によれば、不当条項の評価の対象外となる事項について、「契約

の主要な目的及び提供される物品又は役務の価格若しくは対価とその反対給付たる物品又は役務との均衡性については、不当条項の評価の対象としない。」としている。契約の主要な目的については、情報提供義務や不意打ち条項の問題として処理すべき問題であり、価格の均衡性については、契約の核心部分であり市場への介入は望ましくないとの理由からこれを対象外としている。

しかし、まず、契約の主要目的については、特に役務提供契約や役務提供を伴う物品供給契約においては、主要目的に当たるかそれとも付随条項かの判断が微妙な場合は少なくないので、一律に評価の対象とできるのか疑問がある。また、これまで日本で発生した消費者被害事件の多くは、主たる給付の内容や価格の不均衡性が問題となっている。さらに、対価の均衡性については、「暴利行為」の類型において、裁判所が公序良俗違反や信義則違反などを用いて従来から介入してきたところであるが、現実には救済されるのは悪質なケースに限られ、現実の救済としては不十分であった。したがって、これらを実際の評価の対象からすべて除外するのは、消費者の利益保護の観点から大いに問題のあるところであり、評価の対象に含めるべきであると考えられる。

なお、この不当条項の評価の対象事項についても、条文化はしていない。

イ 準一般条項について

- ① 不当条項についての一般的な推定規定（以下「準一般条項」という。）については、国生審報告においては言及されていないが、近弁連試案のように準一般条項を設けるのが相当である。これにより、消費者は自ら「不当に不利」であることを立証しなくても、事業者は「不当に不利」でないことの立証責任を負わせることになり、不当条項を無効とした趣旨を全うできるからである。

そして、不当条項と推定されるものには、Ⅰ．任意法規よりも消費者に不利な条項合、Ⅱ．契約目的の達成を不可能又は困難とするような消費者の権利の制限や事業者の責任の制限を認める条項が挙げられる。

- ② まず、そもそも任意法規には契約当事者の妥当な利益調整の結果が内容として含まれていると考えられることから、任意法規からの逸脱を認めるような条項が定められている場合には、消費者に「不当に不利」と推定して、その合理性の立証を事業者負担させても酷とはいえない。これにより、任意法規の存する事項については、任意法規自体を基準として不当条項を判断できることになる。
- ③ 次に、任意法規の存否にかかわらず、契約本来の目的を達せられない程度に消費者の権利が排除又は制限されたり、あるいは事業者の責任が制限又は排除されたりする場合には、消費者としてはもはや契約を締結する利益がなくなってしまう。例えば、寄託契約により消費者が預けた物品が毀損した場合に、事業者が責任を負わないというような場合には、そもそも寄託した意味がなくなってしまう。そこで、このような場合も、消費者に「不当に不利」と推定し、事業者は当該契約条項の合理性を立証させるべきである。

もともと、近弁連試案では、この条項は「契約の目的が達成できないほどに当該契約における消費者の本質的権利を制限する条項」とされていた。これは、ドイツ約款規制法9条2項を参考にしたものであるが、ここにいう「消費者の本質的権利」

という概念が分かりにくいことから、より分かりやすい表現を行った。なお、同条項の「本質的権利」とは、日本で通常本質的権利と考えられているものの他に、付随的義務でも本質的権利と解されるものがある。例えば、洗車の請負契約において、自動車を傷つけないようにする保護義務などは、本質的義務に当たるとされている。

第13条 不当条項と見做す契約内容

消費者契約において以下に記載する内容を有する条項は消費者に不当に不利な条項とみなす。

- ① 契約文言を解釈する排他的権利を事業者に認める条項
- ② 法令上、消費者の有する同時履行の抗弁権、留置権、相殺 権を排除又は制限する条項
- ③ 事業者の作為義務を内容とする契約において、消費者の同意なく事業者が第三者に契約上の地位を移転できるとする条項
- ④ 事業者が契約上消費者に対して有する債権を第三者に譲渡する場合に、消費者があらかじめ異議を留めない承諾をする旨の条項
- ⑤ 事業者の権利の担保責任を全面的に排除する条項
- ⑥ 事業者が、保証人に対し、保証期間又は限度額を一切定めない包括根保証をさせる条項
- ⑦ 事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項
- ⑧ 消費者の解除権を一切認めない条項
- ⑨ 継続的契約において、消費者が正当な理由に基づき解約告知をする場合に、違約金を支払わねばならないとする条項
- ⑩ 継続的契約において、消費者が正当な理由がなく解約告知をする場合に、契約が期間満了まで継続していれば事業者が得られた対価から解約告知により事業者が免れた費用を控除した金額を超える違約金を定める条項
- ⑪ 事業者又は第三者が一切の過失行為の責任を負わないとする条項
- ⑫ 管轄裁判所を事業所の住所地もしくは営業所所在地に限定する条項

第14条 不当条項と推定する契約内容

消費者契約において以下に記載する内容を有する条項は消費者に不当に不利な条項と推定する。

- ① 消費者に与えられた期限の利益を奪う条項
- ② 事業者が契約上の給付の内容又は契約条件を一方的に決定し、又は変更できるとする条項
- ③ 事業者又は消費者がその義務を履行したか否かの判断を事業者に委ねる条項
- ④ 消費者の一定の作為又は不作為により、消費者の意思表示がなされたもの又はなされなかったものとみなす条項
- ⑤ 消費者の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示が消費者に到達したもの

とみなす条項

- ⑥ 消費者の権利行使又は意思表示の形式又は要件に対して制限を課する条項
- ⑦ 事業者の物の担保責任を全面的に排除する条項
- ⑧ 事業者の権利又は物の担保責任について、担保責任発生事由、担保責任の内容、権利行使期間、権利行使方法を制限する条項
- ⑨ 事業者が、一方的に予めもしくは追加的に担保を要求できるものとする条項
- ⑩ 保証人が保証債務を履行した場合の、主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項
- ⑪ 消費者に通常必要とされる程度を超えた多量の物品または役務を購入させる条項
- ⑫ 消費者に通常必要とされる程度を超えた長期にわたる継続した物品または役務の購入をさせる条項
- ⑬ 継続的契約において、消費者からの解約申し入れを制限する条項
- ⑭ 消費者の法定解除権を制限する条項
- ⑮ 消費者の債務不履行があった場合に、事業者の損害として通常予想できる額を超える違約金を定める事項
- ⑯ 事業者又は第三者の損害賠償責任を制限する条項
- ⑰ 消費者の事業者又は第三者に対する損害賠償その他の法定の権利行使方法を制限する条項
- ⑱ 消費者の契約に基づく給付請求について、権利行使方法を制限し、その行使方法違反を理由に消費者の給付請求を奪う条項
- ⑲ 契約が解除又は解約告知によって終了した場合に既に給付された金員は返還しないとする条項
- ⑳ 契約が解除又は解約告知によって終了した場合に、給付の目的である商品、権利、役務の対価相当額を上回る金員を請求できるとする条項
- 21 事業者の証明責任を軽減し、又は消費者の証明責任を過重する条項

【解説】

不当条項リスト総論

ア 国生審報告

① 中間報告

不当条項リストを作成し、当然に無効とされる条項をブラックリストとして、不相当と評価された場合にのみ無効とされる条項をグレーリストとして、それぞれ列挙した。

ブラックリストの場合は、当該条項がブラックリストに掲げられた事項に該当することを消費者が立証すれば不当であるとみなされる。他方、グレーリストの場合は、「不相当に」「著しく」「過度の」といった評価の余地を残す要件について、その部分の立証責任を消費者と事業者のいずれに負わせるべきかという問題がある。ただ、いずれに不当性の立証責任を負わせるのかについては明言していない。

② 最終報告

消費者契約法における証明責任については、民事訴訟法の原則どおりとし、グレ

ーリストの証明責任についてもこれと同様の取扱いをしたとしても、特段の問題は生じないものと考えられることから、不当条項をブラックリストとグレーリストにあえて分類する必要はないとした。EC 指令等の諸外国の例を見ても、必ずしも不当条項をブラックリストとグレーリストに分類しているわけではない。具体的リストについては明示せず、不当条項の判断基準として4つ基準を挙げている。

証明責任とは、訴訟において一定の事実の存否が確定されない場合に、その存否が確定されないことにより当事者の一方に帰せられる不利益をいうところ、民事訴訟法上は、問題となる法律効果を主張する方が証明責任を負うとされているので、各当事者は原則として自己に有利な法律効果の発生を定める法規の主要事実について証明責任を負うことになる。そして、消費者契約法においても、原則どおり自己に有利な法律効果を発生させる法規の主要事実について証明責任を負うと考えればよい。このように考えても、証明責任のある者に一方的に負担を課すものではない。つまり、「不当に」「著しく」「過度の」といった不特定概念については、証明の対象となる事実はこれらの不特定概念自体ではなく、「不当」であるとの評価を積極又は消極の方向に基礎づける個々の具体的事実であるから、当事者双方が自己の有利な事実について証明責任を負うことになるが、当事者双方が主張、証明した事実を総合判断して裁判官が法的判断を行うのが一般的な裁判実務であるから、民事訴訟法の原則どおりとしても証明責任のある者に酷とはいえないからである。

イ 近弁連試案

① 第1次試案

不当に不利とみなされる条項として、不当条項リストを列举した。不当条項リストにおいては、当然に無効とされるブラックリストと、不当と評価された場合に無効とされるグレーリストに区別しているが、両者の区別は、グレーリストについては、条項中に評価を伴う要件（「不当に」「相当な理由なく」「合理的な理由なく」など）を入れることによって区別した。

証明責任については、グレーリストについては、事業者の方が、評価を伴う要件に該当しないことを立証する責任がある。

② 第2次試案

不当条項リストを列举し、当該条項に該当する場合は不当に不利な条項とみなされて当然に無効となる条項（ブラックリスト）と、当該条項に該当する場合は不当に不利な条項と推定されて、事業者の方でその条項が消費者に不当に不利でないことを立証できない限り無効とされる条項（グレーリスト）に区別した。ブラックリストとグレーリストの区別は、第1次試案の規定の仕方が分かりにくい面があったことから、両者の項目を分けて規定することにした。

ブラックリスト、グレーリストともに、当該条項がブラックリストあるいはグレーリストに該当することは、当該条項の無効を主張する消費者に立証責任がある。そして、グレーリストについては、事業者においては当該条項が合理的で、消費者に不当で不利でないことを立証する責任があるとする点では、すべて第1次試案と同じである。

ウ 沖野試案

不公正条項の具体的リストについては言及されていないが、「次の契約条件・条項は、不公正な契約条件・条項とする。但し、事業者がその相当性を証明した場合はこの限りではない。」として、不公正条項に関する10個の抽象的基準（メルクマール）を挙げている。この規定の仕方からすると、事業者の方に相当性の証明責任を課するグレーリストのような取扱いをすることも考えられる。ただ、ブラックリストとグレーリストを区別する趣旨かどうかは判然としない。

証明責任についても、上記のような規定の仕方からすると、事業者に相当性の挙証責任を課する趣旨であるとも考えられる。

エ 現代契約法制研究会の中間整理

まず、不当条項のリスト化の当否については、法律の中に不当条項リストを規定することによって契約当事者にとって予想可能性の向上を評価する意見がある一方で、内容変更の迅速性・柔軟性といった観点から、法律ではリストを規定しないという方法や、リストとしては抽象的なものにとどめ、あとはコンメンター等の解説に委ねる方法もあり得るといった意見があったことなどを紹介しているにとどまり、リスト化の当否についての判断は示されていない。

また、国生審中間報告のリスト内容については、消費者契約であるから問題とされるべきもののほか、約款による契約であるから問題とされるべきものなど、いくつかの違った種類のものが入り込んでいるとの指摘とともに、不当条項の判断についての抽象的メルクマールがなく、メルクマールの抽出が必要であるとの指摘もあったとされているが、具体的リストの内容については言及されていない。

オ 日弁連意見書

① 国生審中間報告に対する意見

不当条項リストを作成し、ブラックリストとグレーリストに分けて列挙することには賛成する。

しかし、第1の問題は、リストの内容である。いかなる不当条項がリストに掲げられるかによって、消費者契約法が実効性のあるものとなるかが決まるともいえるので、中間報告に列挙されているリストをさらに整備すべきである。第2の問題は、グレーリストにおける「不相当に」「著しく」「過度の」などの評価を伴う事項について、情報量に乏しい消費者に立証責任を負わせるのは酷であり、せつかく規定したリストが効果を発揮しないことも予想される。そこで「不相当」など評価を伴うものを除いた事項について消費者が立証したら、それが「不相当」などでないことを事業者が立証すべきである。

② 国生審最終報告に対する意見

最終報告は、不当条項に関して、証明責任は民事訴訟法の定め方を消費者に有利に規定したり、立証責任の転換等をするまでもないとして、その関係でブラックリストとグレーリストの区別を不要としている。

しかし、消費者と事業者との力の格差は、契約締結時の情報、知識、交渉力等にとどまらないことは周知のことであり、訴訟においても必要な情報、証拠の収集能力や訴訟を維持する経済力において圧倒的格差が存在する。そこで、消費者と事業者の実質的対等を実現するためには、当然訴訟の場面においても格差の是正が図ら

れるべきであるところ、その一つが消費者に対する挙証責任の軽減である。具体的には、国生審中間報告も提案しているように、不当条項リストを、当然に無効とされるブラックリストと不相当と評価された場合にのみ無効とされるグレーリストに区分し、その上で、グレーリストについては、立証責任を転換し、当該条項が不相当でないとの評価の立証責任を事業者に負わせるべきである。

ブラックリストとグレーリストの区分は、以上のような立証責任の転換において必要となってくるにとどまらず、当事者に何が不当条項かの予測可能性を高めるとともに、消費者センター等の裁判外の紛争処理機関における紛争解決基準として機能することも期待されているのであり、その意味でもブラックリストとグレーリストの区別は必要といえる。

カ 検討

① リスト化の当否

不当条項の定義を、信義則を基準とせず、「消費者に不当に不利な契約条項」と定めたとしても、評価を伴う抽象的なものであることは否定できない。従って、個別事案における結論についての当事者の予見可能性が低く、必ずしも安定的な法の適用ができないおそれがあることから、予見可能性を高めるためにもリスト化の必要性は大きい。また、消費者にとっては、リスト化によりどのような契約条項が不当条項に該当し、それによって消費者自身が法律上どのような権利を主張できるかを容易に判断できるようになるので、消費者の証明負担の軽減という機能もある。さらに、リスト化により、裁判外紛争処理機関などにおいて、具体的な紛争処理基準を示すこともできる。

従来 of 裁判例及び被害事例の中には、消費者の利益が不当に侵害されているのに、従来 of 民法等の規定では救済されない事例も数多く見られるのであり、消費者契約法の目的である消費者の利益保護を全うするためには、これら被害事例を類型化し、できるだけ幅広く体系的にリストに組み込むことこそが必要なのである。従って、不当条項のリスト化は、消費者契約法の存在意義からしても必要不可欠といわざるをえない。

なお、リストの具体的内容を、政省令等に委任する方が新たな事態に柔軟に対応できるのではないかという指摘もあるが、リストに強行法規としての効力を認める以上、法律に規定のないものを下位規範に全面的に委任することは妥当とはいえない。民法の特別法という本法の位置付けからしても、やはり法律によって定めるべきである。

② ブラックリストとグレーリストの区別の当否

国生審中間報告の不当条項リストは、ブラックリストとグレーリストを区別しているが、必ずしもリストの基準が明らかではなく、とりあえずまとめたという感じが否めない。また、国生審最終報告では、証明責任との関係で、ブラックリストとグレーリストに区別せず、しかも具体的なリストは明示されず、信義則等についての過去の裁判例の整理を基にした不当条項の判断基準が示されているに過ぎない。

この点、形式的にブラックリストとグレーリストを区別して規定するのか、リストを限定列举とするのか例示列举とするのかは、さほど重要なことではなく、一般

条項による対応も期待できることから、さしあたって必要最小限のものをピックアップしてリスト化すべきとの見解もある。しかし、前記のように、契約当事者にとって何が不当条項かの予見可能性を高め、消費者の証明負担を軽減させ、裁判外紛争処理機関の紛争解決基準を明確化するという不当条項リストの意義ないし機能からすれば、まず当然に無効とされるブラックリストがあれば、これによって該当する不当な条項は直ちに排除されていくことになるが、これだけでは不当条項についての予測可能性の明確化としては不十分であるし、また、業態によっては柔軟な対応が求められることが考えられるので、不相当と評価された場合にのみ無効とされるグレーリストの必要性が認められる。

そして、両者の法律上の効果に違いを設けて、グレーリストについては、挙証責任を転換し、当該条項が不相当でないことの証明責任を事業者を負わせるべきである。

③ 不当条項リストの証明責任

国生審最終報告は、各当事者は原則として自己に有利な法律効果の発生を定める法規の主要事実について証明責任を負うという一般論を踏まえた上で、通常の裁判では、当事者双方が主張証明した事実を総合判断して裁判官が法的判断をするから、消費者契約法においても原則どおりとしても証明責任のある者に一方的に過度の証明負担を課すものではないとしている。その関係から、ブラックリストとグレーリストの区分を不要と考えている。

しかし、日弁連意見書において述べているように、消費者と事業者との間では、情報収集能力、知識、交渉力等において大きな格差があるが、それは訴訟の場面になっても同様で、主張立証に必要な情報や証拠が、圧倒的に事業者に偏在しているのが現実である。また、現実の消費者被害事件の訴訟活動において、事業者は一つの条項の不当性の判断は、他の同様の多数の取引に影響することから、当該訴訟にかけることのできるコストは相当大きくすることができるのに対して、消費者が訴訟にかけられるコストは経済力の問題もあってわずかなものである。このような訴訟における当事者間の大きな格差を是正するためには、消費者に対する証明責任の軽減が必要かつ有効である。つまり、消費者の証明負担の軽減は、前記のように不当条項リストの重要な存在意義の一つでもあるところ、事業者に当該条項が社会的に承認されるものであることを明らかにする責任を負わせてはじめて訴訟における当事者の実質的対等が図られるといえる。そのためには実体法においてあらかじめ消費者の証明責任を軽減させる規定を設けておくことが必要となる。

鶴岡灯油訴訟やP L訴訟をみても、立証責任が訴訟の勝敗を決する例は多い。

具体的方法としては、不当条項リストをブラックリストとグレーリストに区別し、グレーリストについては、事業者に挙証責任を転換し、当該条項が消費者に「不当に不利」でないということについて立証責任を負わせるのが相当である。このように解することで、はじめて不当条項リストを設けた意義及びブラックリストとグレーリストを区別した趣旨を全うし得るものといえる。

(1) 期限の利益の剥奪

消費者に与えられた期限の利益を奪う条項（第14条第1号 グレーリスト）

【解説】

(1) 国生審報告

中間報告において、リストに掲げるべき不当条項として「消費者に与えられた期限の利益を相当な理由なしに剥奪する条項」を挙げている。

また、最終報告は、不当条項の判断基準として、「契約条項が消費者にとって過酷な要求となるものであるか。」との基準を掲げている。

(2) 近弁連第2次試案は本試案と同一である。

(3) 中間整理、沖野試案には、当該条項に関する具体的な言及はない。

(4) 検討

ア 不当条項とした理由

① 消費者に予期せぬ不利益を与える条項

消費者が有する期限の利益を事業者が正当な理由もなく奪うことを許容する契約条項は、消費者に予期せぬ不利益を与える危険性が高い。例えば、我が国で使用されている金銭消費貸借契約書やリース契約書の中には、消費者が「債務の一部でも履行を遅滞したとき」をもって期限の利益の当然喪失事由と規定しているものがある。かかる場合、消費者は些少な債務不履行を根拠として、弁済の機会も与えられないままに期限の利益を奪われることとなり、予期せぬ不利益を被る事態となってしまう。

② 消費者の義務違反とそれに対するサクションとの著しい不均衡（消費者に対する過酷な要求）

とりわけ貸金契約等においては、期限の利益の喪失は全額一括請求という形で事実上消費者に対し履行できない義務を課す重大な結果を招来するものである反面、喪失の要件は多くの場合、分割金の1回の遅滞など債務者の些少な債務不履行を含んでいる。

イ そこで、本条項は、消費者の期限の利益を奪う契約条項を無効とするものである。

なお、本条項と同趣旨の法文は、韓国法（約款規制法第11条2号）にも存在する。

ウ また、同条項は、高額の違約・損害金条項と相まって、消費者の正当な主張・クレームやそれに基づく対価の支払の拒絶を事実上抑制している。

事業者も、当然喪失条項であっても常に同条項どおりに契約関係を処理せず、必要な場合にのみ期限の利益の喪失を主張しているのが実情であるが、これは、当該条項を形式的に適用すれば、不合理、不公正な結果になるからに他ならない。

以上のように、現行の消費者契約で使用されている期限の利益喪失条項は、文言どおりに適用した場合、消費者に不当に不利な結果となることが多い。

エ 他方、例えば、消費者において著しい債務不履行や財産状態の悪化があった場合など、事業者が期限の利益の喪失を主張する正当な利益が存在する場合があることも事実である。

問題は、不当条項リストとして、いかなる規定を設けるべきかであるが、この点中間報告では、期限の利益を剥奪するにつき相当な理由がないことを消費者が立証する

必要があるのに対し、近弁連第2次試案では、期限の利益喪失条項が消費者に不当で不利でないことを事業者が立証するとしている。

当委員会では、前述のとおり、評価を伴う条項の立証責任は原則として事業者が負担すべきであると考えており、本条項についても同様の結論を採るべきと考える。

事業者は、契約条項作成者として、当該要件を満たす場合に消費者の期限の利益を剥奪することについて合理的な説明をなすことは当然であるし、また、契約条項の適用場面においても、事業者は前記のとおり多くの場合、本条項の適用に当たって相当性判断を行っているのであり、立証責任を事業者に課すことが不公平であるとはいえない。

オ 正当と認められる場合

例えば、割賦販売法第5条1項に準じて、「支払期日に分割弁済金の支払を遅滞し、会社から20日以上相当な期間を定めてその支払を書面で催告されたにもかかわらず、その期間内に支払わなかったとき」を期限の利益の喪失事由とした契約条項などは正当性を認めうるものとする。

(2) 事業者の一方的決定・変更権

- ① 事業者が契約上の給付の内容又は契約条件を一方的に決定し、又は変更できるとする条項（第14条第2号 グレーリスト）
- ② 事業者又は消費者がその義務を履行したか否かの判断を事業者に委ねる条項（第14条第3号 グレーリスト）
- ③ 契約文言を解釈する排他的権利を事業者に認める条項（第13条第1号 ブラックリスト）

【解説】

〈条項①について〉

(1) 国生審報告

中間報告において、リストに掲げるべき不当条項中、[事業者に一方的な権限を与える条項]として「事業者が契約内容の一方的決定権限を与える条項」「事業者が契約内容の一方的変更権限を与える条項」「事業者が給付期間についての一方的権限を与える事項」を、[その他事業者に有利な条項]として、「短期間での値上げや不相当に高い値上げを定める条項」「事業者が第三者と入れ替わることを許す条項」を挙げている。

また、最終報告は不当条項の判断基準として、「契約条項が、事業者が合理的な理由なくして一方的に法律関係を変動させることを可能とするものであるか。」を掲げており、例外的に許容される場合として、

- ア 「信義則上著しい事情の変更や相手方の甚だしい不信行為等やむを得ない事由」がある場合
- イ 「その法律関係が諸般の事情を総合的に判断して、相当の事由があり、一般に行われている程度のものである場合」
- ウ 「法律関係を消費者に有利に改める取り扱いを認める措置」を挙げている。

また、同様に不当条項の判断基準として、「契約条項が消費者の法的地位を不安定な状態に置くものであるか。」との基準が掲げられている。

(2) 近弁連第2次試案

「事業者が契約上の給付の内容を一方的に決定し、変更できるとする条項」を不当に不利な条項と推定している。

なお、第1次試案では、「正当な理由なく、事業者に給付の内容を一方的に決定し、又は変更できる権限を与える条項」を不当条項としていた。

(3) 沖野試案

「給付内容又は契約条件を契約後に合理的理由なく一方的に決定又は変更する権限を事業者に与える条項」を不公正条項と推定している（3-3-1②1号※なお同試案には、項目3-3-1②が二重に存在するが、以下特に断りなく引用する場合、具体的リストに関する後段部分を指す）。

(4) 検討

ア 不当条項とした根拠

事業者が給付内容及び契約条件の一方的な決定権又は変更権を認めると、消費者は契約締結時に事業者の給付が自己の利益に合致しているかが判断できず、その結果、消費者が予想外の給付しか受けられない等、不当に不利益を被るおそれがある。

例としては、旅行の際のホテルや飛行機の一時的な低レベルクラスへの変更、対銀行との関係における、銀行ローンや預金の利率の一時的変更等がある。

事業者の一方的決定・変更権を認める条項は、そもそも給付内容が不明確である以上、給付内容の変更が問題になるのは、通常契約当初に予期できなかった何らかの事態が生じた場合が多いため、通常は消費者のチェックが働かず、「消費者が自由な選択によって最も有利な商品、サービスを選択する」という理念モデルが実際には機能していない。

なお、本条項と同様の規定は、ドイツ約款規制法10条4項、11条1項、EC指令付表1(j)、同2(b)(c)、韓国約款規制法10条1項等がある。

イ 事業者の変更権が問題となる場合

正常な事業活動において、事業者の変更権が問題となる類型としては、第1に契約締結後の予期しなかった事情により、契約上本来予定していた給付の履行が困難になった場合で、かつ、代替として履行する給付の内容が契約時に特定困難な場合と、第2に契約締結後の経済的状況の変化により、契約の対価的均衡が崩れた場合にその是正を求める場合に大別することができる。

これらの場合に、事業者の変更権を認める条項が、いかなる場合にも不公正であるとは言いきれない。

ウ 本来予定した給付が不慮の事態により履行不能又は困難になった場合、代替の給付をすることにより契約を存続させることは、事業者のみならず、消費者にも利益がある場合があることも事実であり、その場合、代替給付についての選択肢を用意するのは、多くの場合事業者である。

しかし、その場合でも事業者に一方的に代替給付の決定権を認めるべき必然性はない。現実が発生しているトラブル事例も多くが、変更後に対する給付に不満がある場

合であり、とりわけ、給付の個性が契約の動機となっている契約形態では、消費者は代替給付よりも契約そのものからの離脱を希望する場合が多い。事業者の一方的決定と、決定に基づく代替給付の履行により、対価である事業者の債権を無条件に保護することは公正とはいえない。

エ 右のような条項が、有効とされるためには、(ア) 変更がやむを得ない理由（変更前の給付が履行困難であること等）によるものであり、(イ) 変更後の給付の決定基準ができる限り明記され、少なくとも変更前後の給付に対価的均衡が保証されていること、(ウ) 消費者が契約を離脱する機会が確保されていることが必要と考える。

なお、変更前後の給付の質的均衡を要件とすることも考えられるが、質的均衡の判断は、主観的評価に左右されるので、原則としては(ウ) 消費者の契約離脱の機会の確保により質的均衡の判断を委ねる方が妥当であると考えた。

この点、国生審最終報告の例外例前記bは例外要件として広きに失する。

オ 他方第2の例は事情変更の原則の規範化といえるが、例えば、(ア) 変更事由に契約上の対価関係を是正すべき強度の合理性があり、(イ) 変更の場合の基準ができる限り明記されており、(ウ) 変更権が事業者のみならず消費者にも認められている場合には、例外を許容してよいと考える。もっとも、(ウ) の要件を満たす必要があるのであれば、事業者はほとんどの場合、この種の条項を契約中に設けることはないであろう。

なお、一部銀行は、従来から問題があるとされていた、銀行取引約定書第2条1項「利息・・・(中略)・・・についての割合および支払の時期、方法の約定は、金融情勢の変化その他相当の事由がある場合には、一般に行われる程度のものに変更されることに同意します。」との規定を、「利息・・・(中略)・・・についての割合および支払の時期、方法については、別に甲乙間で同意したところによるものとします。ただし、金融情勢の変化その他相当の理由がある場合には、甲または乙は相手方に対し、これらを一般に合理的と認められる程度のものに変更することについて協議を求めることができるものとします。」と変更したのをはじめとして、同約定書中の銀行の一方的決定権を認める条項につき、一定の是正を加えており注目される。

カ 「給付内容」と「契約条件」の概念は必ずしも明確に判別できるとは限らず、また両者の当該契約に占める重要性は、常に前者がより重要ともいえない。したがって、本件リストの対象として契約条件の一方的決定、変更も含めるべきである。

キ 立証責任

立証責任についての一般論は、前述のとおりであるが、特に本件条項はグレーリストの中でも不当性の推定の程度が強く、事業者に一方的決定・変更権を認める条項には合理的理由がないことを推定すべきであるから、「合理的理由がないこと」や「正当な理由がないこと」の第一次的立証責任を消費者に課すべきではない。

〈条項②③について〉

(1) 国生審報告

中間報告において、リストに掲げるべき不当条項中、「商品が契約に適合しているか否かを一方的に決定する権利を事業者が留保する、又は契約の文言を解釈する排他

的権利を事業者に与える条項」が挙げられている。

(2) 近弁連第2次試案

「事業者又は消費者が義務を履行したか否かの判断を事業者に委ねる条項」を消費者に不当に不利と推定している。

(3) 中間整理、沖野試案には上記条項についての具体的な言及はない。

(4) 検討

ア 不当条項とした理由

① 事業者の消費者に対する一方的支配

「当社が適当と認める方法で」等の表現により、事業者に義務の履行についての判断権を留保する条項が多々見受けられる。

義務が履行されたか否かは契約条項と事実との関係により客観的に決定される。契約の一方当事者が履行の成否を一方的に決められるとなれば、もはや契約の体をなしているかも疑問である。

とりわけ、義務の履行の成否について債務者である事業者にその可否を決定する権限を与える条項は、条項の規定の仕方次第では事業者は契約による拘束を受けていないに等しい結果となり、不公正との推定が強く働く。

② 事業者による紛争コストの不当な回避

もともと、同条項は、実際には積極的に行使されるのではなく、むしろトラブル事例が発生した場合に、紛争コストの回避を目的とするものと思われる。

そのためか、事業者の規模の大小を問わず、事業者に決定権を留保している契約は現実に多数存在する。

しかし、本条項の如き一方的な条項により、トラブルの解決を図ることは不公正であり、したがって、不当条項として法的規制をする必要性が大きい。

イ 条項②について例外的に正当と認められる場合

前述の通り、契約上の義務が履行されたか否かは契約条項と事実との関係により客観的に決定されるのであり、この評価を一方的に事業者に委ねる条項は評価の余地なく不公正とも考えられる。

しかし、これら条項は、実際には、条項①の場合と同様の目的のために規定されていることもあり、その意味でこれらの場合を評価の余地なく不公正とすることには問題が残る。

前記のとおり、義務の履行の成否の判断は本来は契約条項と事実の関係により客観的に決まるものである。したがって、②のような条項が正当化されるためには、少なくとも、(ア) 事業者の判断に客観的かつ合理的な基準があり、かつ(イ) その基準が契約時に消費者に対して公開されており、かつ(ウ) 基準の変更にも合理的なルールが定められている必要がある。

ウ 条項③について

契約条項の一方的解釈権を事業者に認めれば、もはや紛争解決規範として契約条項が適用されているとすらいえない。当該条項を含む場合の各契約条項は、当該条項から一義的に判断できる事項についてのみ事業者の一方的決定権を排除しうるという意味しか有しない。このような条項を含む契約は契約の名に値しない。その意味で本条

項は、消費者契約に限らず、公序良俗違反として評価の余地なく無効とすべき条項である。

(3) 意志表示の擬制を定める条項

- ① 消費者の一定の作為又は不作為により、消費者の意思表示がなされたもの又はなされなかったものとみなす条項（第14条第4号 グレーリスト）
- ② 消費者の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示が消費者に到達したものとみなす条項（第14条第5号 グレーリスト）
- ③ 消費者の権利行使又は意思表示の形式又は要件に対して制限を課する条項（第14条第6号 グレーリスト）

【解説】

〈条項①について〉

(1) 国生審報告

中間報告において、リストに掲げるべき不当条項として「一定の作為又は不作為に表示としての意味を持たせる条項」を挙げ、その例として「物品の包装を開封したことをもって、返品の意味がないものとみなすことを定めた条項」を示している。

また、最終報告において、不当条項の判断基準として、「契約条項が事業者が合理的な理由なくして一方的に法律関係を変動させることを可能とするものであるか。」との基準を掲げている。

(2) 近弁連第2次試案

「消費者の一定の作為または不作為により、消費者の意思表示がなされたもの又はなされなかったものと看做す条項」を消費者に不当に不利な条項と推定している。なお、同第1次試案では、但し書きとして「但し、消費者に明示的な意思表示をなすための適当な期間が与えられ、かつ、事業者が、その期間の始めに消費者に対し、その行為（不作為を含む）の意味を教示する義務を負う場合はこの限りではない」とされている。

(3) 中間整理、沖野試案には、当該条項に関する具体的なリスト案への言及はない。

(4) 検討

ア 不当条項とした理由

① 消費者の考慮の機会の不当な制限・剥奪

具体例としては、いわゆるネガティブオプション（ただし、この条項はそもそも意思表示の合致があるといえるのかについても問題がある。）や、長期間の役務提供契約に自動継続特約が付いていた場合が挙げられる。

すなわち、この場合、承諾、申込といった消費者が通常自己に法律効果が及ぶことを自覚しうる契機を欠くために、消費者の決定の前提となる様々な要素の考慮の機会が構造的に欠落するのである。実際、紳士録商法等のネガティブオプションはこの性質を悪用する典型例であり、当該条項に関するトラブル事例は、給付と対価との間に著しい不均衡がある場合が極めて多い。

これら契約条項は、結果として、消費者に予期せぬ不利益を与える危険性が高い。

イ そこで、本条項は、消費者の意思表示を擬制する契約条項を原則無効とするもので

ある。なお、本条項と同趣旨の法文は、ドイツ法（約款規制法第10条5号）及び韓国法（約款規制法第12条1号）にも存在している。

ウ 上記条項は、消費者の意思表示によらないで、一定の法律効果の発生を規定しており、商行為等においては、利便性という意味で合理性があることは事実である。しかし、契約一方当事者たる消費者は通常当該取引について反復継続性を欠くため、上記効果を与える基礎を欠くのである。

エ 他方、例えば、消費者が擬制の意味を認識しており、かつ、擬制に対してその法律効果の発生を回避できるような手当がなされている場合など、意思表示の擬制が消費者に予期せぬ不利益を与えているとまで評価できない。

その意味で、不当条項であるとの推定（グレーリスト）に止めるべきであるが、立証責任分配の観点からは、意思表示の擬制を基礎づける合理性の立証は、通常契約条項を作成する事業者側においてこそ可能であるから、原則として不当性の推定を及ぼすべきである。

〈条項②について〉

(1) 国生審報告

中間報告において、リストに掲げるべき不当条項として、「消費者にとって重要な事業者の意思表示が、仮に消費者に到達しなかった場合においても消費者に到達したとみなす条項」を挙げている。

(2) 近弁連第2次試案

「消費者の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示が消費者に到達したものと看做す条項」を消費者に不当に不利と推定している。

なお、同第1次試案においては「消費者の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示が、相当な理由なく消費者に到達したものとみなす条項」を消費者に不当条項としている。

(3) 中間整理、沖野試案には、当該条項に関する具体的な言及はない。

(4) 検討

ア 不当条項とした理由

① 消費者に予期せぬ不利益を与える条項、② 消費者の落ち度と法的効果の不均衡
消費者の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示が到達していないにもかかわらず、到達した場合と同様の法律効果を生じさせる契約条項は、消費者に予期せぬ不利益を与える危険性が高い。例えば、我が国で使用されている金銭消費貸借契約書やリース契約書の中には、消費者が住所変更の通知を怠った場合、事業者からの通知が延着又は不送達となっても、事業者は通常到達すべき時に到達したものと擬制できると規定しているものもある。かかる場合、消費者の些少な落ち度で事業者の意思表示を到達擬制することになり、消費者としては予期せぬ不利益を被る事態となってしまう。

そこで、本条項は、消費者の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示につき到達を擬制する契約条項を原則無効とするものである。なお、本条項と同趣旨の法文は、ドイツ法（約款規制法第10条6号）及び韓国法（約款規制法第12条3号）にも存在している。

イ 本条項に掲げた、いわゆる「みなし到達条項」は、金融実務を中心に広く約款条項に採用している。

確かに、郵送等で消費者に対し意思表示が到達しない場合に常に意思表示の公示送達が必要とするのは、事業者には酷な場合もあり、あらゆるみなし到達条項を不当条項とすべきではない。しかし、前記のとおり、本条項が重大な結果を招来する以上、その適用は合理的な範囲に止めるべきであり、かつ条項上も合理的な範囲にのみ適用を予定している場合にのみ有効とすべきである。

その意味で、本条項には近弁連第1次試案の如く「相当な理由なく」との限定を加えるとの案もあり得るところである。しかし、当該取引についての専門的知識を有しない消費者に「相当の理由がないこと」という、価値判断を伴う事項について第1次的に立証を要求することが、妥当でないことは前記のとおりである。

ウ 正当と認められる場合

消費者の住所変更による意思表示の送付先が覚知できなくなる可能性は、場合によって様々であり、例えば、住所が変更になっていても、勤務先の記載から容易に消費者と連絡を取りうる場合もあり得る。また、契約の性質により、消費者が住所変更の届出をすることが期待できるかについても程度に差が生ずる。したがって、右条項の正当性も契約の性質や要件となる消費者の落ち度の程度、到達を擬制する意思表示の効果を総合的に判断せざるを得ないが、例えば、事業者において消費者の居所を調査することが困難である場合（例えば、消費者が事業者に対して住所変更の届出をしていないのみならず、住民票もそのまま、郵便局にも転居届を出していない場合など）には、事業者の通知が消費者に到達しないことにつき消費者に重大な帰責性があると言わざるを得ない。かかる場合には 例えば、到達擬制する場合について「住所変更の届出がなく、かつ、事業者において消費者の居所を調査することが困難である場合」といった限定を加えている場合には、正当性を認めうるものとする。

〈条項③について〉

(1) 国生審報告

本条項と完全に同旨の規定は見当たらないが、結果面に着目すると、中間報告においてリストに掲げるべき不当条項として挙げられたものの内、「消費者の不完全履行の場合の消費者の権利を排除又は制限する条項」「消費者の損害賠償請求権を制限する条項」「消費者の義務や責任を加重する条項」等に、また、最終報告における「契約条項が、消費者の法律上の権利を合理的な理由なく制限するものであるか」との基準に類似性が見い出せる。

(2) 近弁連第2次試案

本意見書と同様である。なお、同第1次試案は「消費者の意思表示の形式又は要件について、不当に厳格な制限を課する条項」を不当条項としていた。

(3) 沖野試案

不公正な契約条件・条項と推定されるものとして、「契約の性質により法令・慣習から生ずる消費者の権利を排除又は制限する条項」（4号）「消費者の権利行使を困難にする条項」（7号）を挙げている。4号は「慣習や任意法規からの事業者には有利な方向での逸脱」、7号は「消費者の権利行使の『困難』化」という一定の基準からの逸

脱」に着目して不公正推定の基礎とするとしている。

(4) 検討

ア 不当条項とした理由

① 消費者に予期せぬ不利益を与える条項

消費者の事業者に対する意思表示の形式又は要件について、制限を課する契約条項は、消費者に予期せぬ不利益を与える危険性が高い。

例えば、消費者の損害賠償請求権の権利行使期間として極めて短期の期間制限を加えている例として、運輸省の認可約款である標準宅配約款においては、荷物の毀損についての荷送人の責任は、荷送人が悪意の場合を除いて、着荷日から2週間以内に通知を発しないと消滅するとされている(24条)。しかし、損害賠償請求権がかかる短期間に消滅することは、通常消費者には予測困難である。

② 権利の行使については、裁判等の紛争処理機関に法の適用による正当な解決の要求の不当な制限

また、例えば、エステティックサロンやペットショップにおける契約書において、指定病院の診断書がなければ補償請求を認めないとする例があるが、当該病院での診療が大きな負担となる消費者や、当該病院での診断結果に疑問を覚える消費者は、実質上事業者に必要な補償請求ができないこととなる。

①の例についても同様であるが、意思表示や権利行使の要件、形式に対する制限は、事実関係や紛争の実態に立ち入ることなくトラブル事例を処理できるという、事業者の紛争処理コストの削減の要請から生まれたものであろうが、これは逆にいえば、紛争の実態を無視しうる紛争解決規範を設けることに他ならない。

そのため、この類型の条項は、消費者からの契約の解約場面において、事業者側がこれを阻止する口実に用いられる例が多い。

イ そこで、本条項は、消費者の事業者に対する意思表示の形式又は要件について制限を課する契約条項を原則無効とするものである。なお、本条項と同趣旨の法文は、韓国法(約款規制法第12条2号)にも存在している。

ウ もっとも、権利行使又は意思表示の形式、要件の制限が必ずしも消費者に不当に不利とはいえない場合も存在する。例えば、意思表示の形式又は要件に関する制限が、消費者において容易に満たすことができる内容のものである場合には、消費者には実質的に不利益がない。かかる場合には、例外として意思表示の形式又は要件に関する制限も許されるものとする。そこで、本条項についてはグレーリストと位置づける。

エ 正当と認められる場合

例えば、前記エステティックサロンやペットショップの事例において、補償請求の際の添付書面として「病院の診断書」とのみ規定していた場合には、正当性を認めうるものとする。

(4) 同時履行の抗弁権等の排除・制限

法令上、消費者の有する同時履行の抗弁権、留置権、相殺権を排除又は制限する条項(第13条第2号 ブラックリスト)

【解説】

(1) 国生審報告

リストに掲げるべき不当条項として、「消費者の同時履行の抗弁権（又は留置権）を排除又は制限する条項」、「消費者の有する相殺権限を奪う条項」を挙げている。

また、最終報告において、不当条項の判断基準として、「契約条項が消費者の法律上の権利を合理的な理由なくして制限するものであるか。」との基準を掲げている。

(2) 近弁連第2次試案

「民法上、消費者の有する同時履行の抗弁権、留置権、相殺権を排除または制限する条項」を消費者に不当に不利な条項とみなしている。

(3) 沖野試案

「契約の性質により法令・慣習から生ずる消費者の権利を排除又は制限する条項」を不公正な契約条件・条項としている（4号）。

(4) 検討

ア 不当条項とした理由

① 消費者の法令上の担保権の制限

同時履行の抗弁権、留置権、相殺権は、いずれも担保としての機能を果たす権利であり、それ自体が契約上の債権債務の内容（給付の内容、対価、履行時期など）にかかわるものではない。

そして、上記各権利を排除又は制限するということは、消費者が本来有する担保権を奪い、事業者が自らの債務の履行を遅滞しながら消費者に履行を強制することになるので不当である。

したがって先履行義務を定めること自体は本号の問題とはならない。なお、消費者に先履行義務が定められている場合及び先履行義務がある間には、民法上原則として上記各権利は発生しない（民法533条但書など）。（消費者継続的役務契約等において事業者が消費者に多額の前払を求めた上、事業者が倒産するという形態での大量消費者被害の発生が後を絶たない。この先履行条項は本号の問題ではないが、事業者が前払金名目で、消費者から過度の信用供与を受けることについてその著しいものは第12条1項の問題となりうる。）

イ ①で述べたように、これらの権利の制限は、消費者の担保権を奪うだけの条項であり、契約上の債権債務の内容には関係しないものであり、消費者に一方向的に不利なだけの条項なので、合理性を認める余地はない。

(5) 契約上の地位の移転等

- ① 事業者の作為義務を内容とする契約において、消費者の同意なく事業者が第三者に契約上の地位を移転できるとする条項（第13条第3号 ブラックリスト）
- ② 事業者が契約上消費者に対して有する債権を第三者に譲渡する場合に、消費者があらかじめ異議を留めない承諾をする旨の条項（第13条第4号 ブラックリスト）

【解説】

(1) 国生審報告

ア 中間報告

事業者に有利な条項として「事業者が第三者と入れ替わることを許す条項」という

のがこれに対応するものと考えられる。

イ 最終報告

最終報告で挙げられている4つの不当条項の判断基準のうち、「契約条項が、事業者が合理的理由なくして一方的に法律関係を変動させることを可能にするもの」がこれに該当すると考えられる。

(2) 近弁連試案

ア 第1次試案

契約上の地位の移転等として「事業者の有する契約上の地位や契約に基づく債権が、譲渡により不当に消費者の利益を害するおそれがある場合であっても、消費者の同意は不要とする条項」をグレーリストとしてあげている。

イ 第2次試案

冒頭の条項と同じ。第1次試案をより厳密に検討し、特にブラックリストとして無効とすべき条項をあげた。

(3) 沖野試案

沖野試案の不公正条項のうち、「給付内容又は契約条件を契約後に合理的理由なく一方的に決定又は変更する権限を事業者に与える条項」に該当すると考えられる。

(4) 検討

ア 条項①について

建築請負契約や英会話学校・学習塾といった技芸の教授を内容とする契約において、請負業者が勝手に別の業者に請負人の地位を移転したり、特定の講師の名前で受講生を募集したにもかかわらず、学習塾側で勝手に講師を変更したような場合、注文者あるいは受講生は本来期待していた内容の給付が受けられなくなってしまう。つまり、事業者の作為を内容とする契約については、その作為の内容、質などが、当該事業者が誰であるかによって大きく異なるのであって、このような契約において、事業者が一方的に契約上の地位を第三者に移転できるとすると、消費者は契約上の給付内容を一方的に変更されることになり、不当に不利益を被ることになることから、不当条項とした。

もっとも、事業者から契約上の地位を受けた第三者の中には、給付内容が悪化することなく、消費者に格別不利益とはならない場合もありうるとも考えられる。しかし、消費者には、契約の相手方（給付主体）を選択して契約する権利があるのであり、仮に第三者による給付が消費者として満足いくものであれば、事後的に同意すればよいのである。つまり第三者による給付を認めるか否かの選択権は消費者にあるのであり、かかる本来自由に認められるべき消費者の選択権を一方的に奪うことは、当然に無効とすべきと考えられることからブラックリストとした。

イ 条項②について

本来事業者が契約に基づく債権を第三者に譲渡すること自体は認められているが、例えば、消費者の支払いが滞り不良債権となっている債権を、金融業者が廉価で買い取って厳しい取立てをしたり、レンタルビデオを長期間返却していなかったことを理由に、レンタルビデオショップから債権回収を委託されたという業者が法外な損害金を請求するといったトラブル事例はよくある。しかし、たとえ消費者が事業者に対す

る抗弁事由をもって第三者に対抗しうる場合であっても、常に債権譲渡に対する異議を留めない承諾を認めてしまうと、消費者は本来事業者に対して主張できる抗弁をもって自己の権利を守る機会を不当に奪われてしまうことから、不当条項とした。

このような異議を留めない承諾を認めてしまうと、消費者はたとえ事業者から正当な給付を受けられなくても、常に第三者に一方向的に履行しなければならなくなるが、これは消費者の利益を不当に害するものである。そこで、同時履行の抗弁等の制限をブラックリストにした趣旨を没却させないためにも、本条項をブラックリストとした。

(6) 瑕疵担保責任

- ① 事業者の権利の担保責任を全面的に排除する条項（第13条第5号 ブラックリスト）
- ② 事業者の物の担保責任を全面的に排除する条項（第14条第7号 グレーリスト）
- ③ 事業者の権利又は物の担保責任について、担保責任発生事由、担保責任の内容、権利行使期間、権利行使方法を制限する条項（第14条第8号 グレーリスト）

【解説】

(1) 国生審報告

ア 中間報告

事業者の責任を不当に軽くする条項として「目的物に隠れたる瑕疵がある場合の事業者の責任を不相当に排除又は制限する条項」と規定している。

イ 最終報告

不当条項の4つの判断基準のうち「消費者の法律上の権利を合理的な理由なくして制限するもの」に該当すると考えられる。

(2) 近弁連試案

ア 第1次試案

事業者の免責に関する条項として「事業者の担保責任を排除又は不当に制限し、もしくは消費者によるその責任追及を困難にする条項」というのが、これに該当すると思われる。

イ 第2次試案

冒頭の条項と同じ。第1次試案の内容を分析的に検討して、分類して条項を定めた。

(3) 沖野試案

「契約の性質により法令・習慣から生じる事業者の責任を制限又は免除する条項」（第1・2項）もしくは「契約の性質により法令・習慣から生ずる消費者の権利を排除又は制限する条項」（第3項）に該当すると考えられる。

(4) 検討

ア 条項①

例えば、土地売買において、本来宅地として売却できない法令上の制限があるにもかかわらず、それを故意あるいは過失で売却してトラブルとなった事例は数多く報告されている。そもそも瑕疵担保責任は、特定物売買における原始の一部不能について、買主の不知を救済せんがための売主の無過失責任であるところ、もし売主たる事業者が権利に関する瑕疵担保責任を全面的に免れるとすると、買主たる消費者の信頼は全

面的に裏切られ不測の損害を被ってしまう。そこで、瑕疵担保責任の趣旨を没却させない意味でも、これを不当条項とした。

権利の瑕疵の場合、担保責任の排除を全面的に禁止しても、事業者にとって不当であるケースは想定できないので、ブラックリストとした。

イ 条項②

条項①と同じく、瑕疵担保責任の趣旨からすれば、消費者の給付物に対する信頼を保護するために、これを不当条項とした。

ただ、物の瑕疵の場合は、権利の瑕疵の場合と異なり、全面的な担保責任の排除を直ちに無効とすることが適切でない場合も考えられる。例えば、廉価の古着在庫一掃セールなどにおいて返品不可としても、必ずしも消費者に格別不利益ともいえないので、この場合はグレーリストとした。

ウ 条項③

条項①②と同じく、瑕疵担保責任の趣旨からすれば、事業者の担保責任を全面的に排除するに至らないような場合でも、担保責任発生事由、担保責任の内容、権利行使期間、権利行使方法等を制限して消費者に認められている事業者に対する担保責任の追及を制限することは、消費者の取引に対する正当な信頼を損なわせることになるので、これを不当条項とした。

ただ、これを一律に禁止しなくても、消費者に格別不利益を与えるおそれのある場合もある。例えば、担保責任の権利行使期間を10か月と定めることが、一概に消費者の事業者に対する責任の追求を制限するとも言い切れない。そこで、この場合はグレーリストとした。

(7) 担保・保証に関する条項

- ① 事業者が、一方的に予めもしくは追加的に担保を要求できるものとする条項（第14条第9号 グレーリスト）
- ② 事業者が、保証人に対し、保証期間又は限度額を一切定めない包括根保証をさせる条項（第13条第6号 ブラックリスト）
- ③ 事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項（第13条第7号 ブラックリスト）
- ④ 保証人が保証債務を履行した場合の、主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項（第14条第10号 グレーリスト）

【解説】

(1) 国生審報告

これに関する条項は、直接言及されていない。ただ、最終報告の4つの基準のうち「契約条項が、事業者が合理的な理由なくして一方的に法律関係を変動させることを可能とするもの」あるいは「契約条項が、消費者にとって過酷な要求となるもの」に該当すると考えられる。

(2) 近弁連試案

ア 第1次試案

事業者の不当な担保の要求、とりわけ保証人に対し過重な責任や負担を負わせ又は

保証人の権利を不当に制限する条項として、冒頭の条項とほぼ同様な内容の4つの条項をあげた。即ち、(1)事業者が一方的に過度の担保を、あらかじめ若しくは追加的に要求できるものとする条項、(2)保証人に保証期間と責任の範囲・限度額を定めない包括根保証をさせる条項、(3)事業者の保証人に対する担保保存義務を不当に免除する条項、(4)保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の行使を不当に制限する条項とし、(2)をブラックリスト、(1)(3)(4)をグレーリストとしている。

イ 第2次試案

冒頭の条項と同じ。

(3) 沖野試案

「給付内容または契約条件を契約後に合理的理由なく一方的に決定または変更す権限を事業者に与える条項」(第1、2項)あるいは「契約の性質により法令・慣習から生ずる消費者の責任を加重する条項」(第1項)、「消費者に開示されていない契約条件・条項、及びそれに拘束を認める条項」(第2項)、「契約の性質により法令・慣習から生ずる事業者の責任を制限または免除する条項」(第3項)、「契約の性質により法令・慣習から生ずる消費者の権利を排除または制限する条項」(第4項)が、これに該当すると考えられる。

(4) 検討

ア 条項①について

事業者が一方的に過剰な担保提供を要求できるとすることは、消費者に不測の損害を与えるおそれがある。例えば、銀行取引約定書のうち銀行の一方的な増担保を定めた条項(「債権保全を必要とする相当の事由が生じたときは、請求によって直ちに貴行の承認する担保もしくは増担保を差し入れ、または保証人を立てもしくはこれを追加します。」)は、銀行の一方的な判断で主債務者に過大な担保提供義務を課することになるとして問題とされていた。そこで、これを不当条項として禁止した。

もともと、事業者として債権保全のために適正な担保要求は認められるべきであるから、相当性を欠いたものについてのみ無効とするグレーリストとした。

イ 条項②について

事業者が保証人に対し包括根保証をさせることは、保証人にとって保証債務の範囲、内容について予め予想できない場合が多く、事実上不測の過大な責任を課するものである。例えば、銀行取引約定書後書において保証人の包括根保証を定めた条項(「保証人は、本人が第○条に規定する取引によって貴行に対し負担するいっさいの債務について、本人と連帯して保証債務を負い、その履行についてはこの約定に従います。」)は、保証人に不測の課すものとして問題とされていた。そこで、かかる条項を不当条項として禁止した。

従来判例上でも、包括根保証は信義則によりその効力が制限されていたが(最判昭和48年3月1日、東京高判昭和60年10月15日、東京地判平成2年7月23日参照)、保証人が消費者の場合には、特にその保護の必要性が高いことから、判例の考え方を一歩進めて、条項自体を無効とするブラックリストとした。

ウ 条項③について

民法504条で定められている債権者の担保保存義務を免除することは、法定代位者が享受すべき利益を事実上強制放棄させることになる。例えば、銀行取引約定書後書のうち銀行の担保保存義務免除特約を定めた条項（「保証人は、貴行がその都合によって担保もしくは他の保証を変更、解除しても免責を主張しません。」）は、少なくとも銀行が故意又は過失によって担保価値を減少させたような場合にまで免除特約の主張を認めるのはおかしいとして、従前より問題ありとされてきた。そこで、これを不当条項として禁止した。

従来判例上も、民法504条を排除する担保保存義務免除特約は、信義則によりその効力が制限されているが（最判平成2年4月12日、最判平成7年6月23日参照）、法定代位者が消費者である場合には、特にその保護の必要性も高いことから、判例の考え方を一歩進めてブラックリストとした。

エ 条項④について

保証人が保証債務を履行した場合、主債務者に対する求償権の行使が制限されることは、保証人に不測の損害を与えるおそれがある。例えば、銀行取引約定書後書のうち保証人の求償権の行使を制限する条項（「保証人が保証債務を履行した場合、代位によって貴行から取得した権利は、本人と貴行との取引継続中は、貴行の同意がなければこれを行使しません。もし貴行の請求があれば、その権利または順位を貴行に無償で譲渡します。」）は、保証人の利益保護の観点から問題があるとされてきた。そこで、これを不当条項として禁止した。

もっとも、求償権の制限に合理的理由がある場合もあり得るので、全面的禁止とはせずにグレーリストとした。

（8）過量販売

- ① 消費者に通常必要とされる程度を超えた多量の物品または役務を購入させる条項（第14条第11号 グレーリスト）
- ② 消費者に通常必要とされる程度を超えた長期にわたる継続した物品または役務の購入をさせる条項（第14条第12号 グレーリスト）

【解説】

（1）国生審の報告

中間報告では、消費者の権利を不相当に制限する条項のうちに、『消費者に過量なまたは不相当に長期にわたる物品または役務を購入させる条項』が記載されている。

また最終報告では、不当か否かを判断する際の基準の一つとして、「消費者にとって過酷な要求となる条項である場合」が挙げられている。本条項は、これに該当すると考えられる。

（2）近弁連試案

近弁連試案第1次案においては、特に過量販売に関する条項は入れておらず、第2次試案において、加えたものである。第一次試案においては、リストはできるだけ明確な基準とすべきであるとの趣旨から、具体的に1年という基準を定め、これを超える期間解除できないと定める約款をリストにあげた。多くの外国の立法に倣ったものである。そして、この期間を超える長期の期間を定めた継続的契約についても、禁止

リストに含まれるものという考え方でいた。

しかしながら、その後の議論において、解約規制と長期間の継続的契約の締結は、区別して考える必要があり、解約規制がなくても長期間の契約そのものが不当と考えられる場合があるのではないかと指摘があった。さらに、物の大量販売に関しては、このようなリストだけでは対象から外れてしまうのではないかと考えられた。特に、物の大量販売については、現在、消費者センター等の苦情でも多く見られるのであり、リストの対象から外すのは問題であると考えられた。そこで、第2次試案において、新たにこの規定を加えることとした。(第2次試案の内容は、日弁案と同じ。)

(3) 沖野試案

沖野試案でも、『六 契約の性質に照らし過度に長期にわたり消費者を契約に拘束する条項』は不公正な条項とする(3-3-1②)、としている。

(4) 検討

エステティック、英会話教室で契約時に著しく長期間の役務を購入させる契約、小学校6年分の教材を一時に購入させる契約など、過量販売による消費者トラブルは非常に多く、後を断たない。これらを防ぐ趣旨で、消費者が日常生活で通常必要として購入・消費する程度の量・期間を超える商品・役務を購入する条項を不当条項とする必要性はあると考えられる。

しかしながら、商品売買におけるまとめ売りや、継続的な商品供給契約(新聞など)や役務提供契約(エステや英会話、各種スクールなど)での一定程度の期間継続の契約は、正常なものでは値段が安くなるなどの消費者にとってメリットも認められ、したがって、大量販売や長期の契約すべてを不合理と考えることは出来ない。

その様なことから、一定程度以上の量や期間に関する契約について、グレーリストとすることが妥当ではないかと考えられた。そして、基準の明確なリストを作成する趣旨からは、量や期間を明示したリストにすることが好ましいと考えられ、特に長期間の契約については、『6カ月』『1年』等種々の意見があった。しかし、消費者契約には種々のものがあることから、すべての契約に妥当と考えられる期間を明示することは極めて困難であった。契約の種類によっては1週間程度の期間でも不当とされる場合もある一方、契約の実をあげるためには数年の契約期間を必要とする、ものもないではないからである。さらに、大量販売については、どのような数字をもってリストの基準とするのか、全く考えることが出来ない。そこで、本条項では、「通常必要とされる程度」という一般的な過量の事実を消費者に証明させたうえ、契約の個別事情による相当性の反証を事業者に許すというグレーリストとした。

なお、このリストは、『通常必要とされる程度』も消費者が立証する必要性がある。このことは、当該約款が不当であることを消費者が立証する必要性があるということであり、文言以外の点について『正当であること』を事業者が立証することになっている他のグレーリストとは異なっている。

(9) 継続的契約における解約制限

継続的契約において、消費者からの解約申し入れを制限する条項(第14条第13号グレーリスト)

【解説】

(1) 国生審の報告

国生審の中間報告では、この継続的契約の解約に関する条項として、『消費者に過量な又は不相当に長期にわたる物品又は役務を購入させる条項』と『消費者からの解除・解約の権利を制限する条項』が記載されている。

また最終報告では、『契約条項が、消費者にとって過酷な要求となるものである場合』は、不公正条項と判断される事が記載されている。後述の検討の項目に記載した問題点を考慮すれば、継続的契約における理由なき解約制限は、これに該当すると解される。

(2) 沖野試案

沖野試案では、以下の条項は不公正条項とされている（3-3-1②）。

- ア 契約の性質により法令・慣習から生ずる消費者の権利を排除または制限する条項（第4号）
- イ 契約の性質に照らし過度に長期にわたり消費者を契約に拘束する条項（第6号）
- ウ 消費者の権利行使を困難にする条項（第7号）

継続的契約の性質を考慮すると、この条項はアに該当する条項に対する規制と考えられる。また、解約制限は、長期間の継続的契約とセットで用いられることが多いのであるから、イに該当する条項に対する規制とも考えられる。さらに、事前に役務の内容を確認することができない継続的役務提供契約では、ウに該当する条項に対する規制と考えることもできる。

(3) 近弁連試案

第1次試案では、

- ア 1年を超える期間は解約できないと定める条項
- イ 契約が自動延長される場合に、延長後6か月を超える期間解除できないとする条項
- ウ 解約の終了につき、消費者に対して不当に長い通告期間を定め、あるいは不当に短く設定された期間しか（解除の）通告できないと定める条項を不当条項リストとしてあげていた。この条項は、多くの外国の立法例に倣ったものである。

しかしながら、消費者契約には種々のものが含まれ、契約の中には数日程度の期間を拘束することさえ不当と考えられるものも想定され、その様な場合には、リストの存在が却って不当な契約の拘束を認める事になりかねないこと、他方、数年間拘束されることも別に不当とは考えられない契約もありうるのではないかと、等の意見があった。そこで、後述のとおり、解約制限については特に期間を明示することを諦めた。そして、継続的契約におけるトラブル事例の多くが解約に関わるものであることから、継続的契約における解約の自由を認めることによってトラブルを回避できるのではないかと考えられた。また、第2次試案においては、グレーリストは、正当性が事業者によって立証されれば正当なものと認めると考えることとしていたので、解約の自由を制限する条項を全て不当な条項と推定し、事業者が正当と立証すれば不公正条項とはならないという規定をおくこととした。（第2次試案は日弁案と同じである。）

(4) 検討

周知の通り、継続的契約における解約規制は、多くの消費者トラブルを生じており、

何らかの規制が必要な条項である。

この継続的な契約の場合、長期間の契約は対価も高額であることが多く、拘束は消費者にとって大きな不利益である。他方、消費者の自由な解約申入れを認めたとしても、事業者が同じ内容の給付を他の消費者に提供して同様の利益を得る機会は保証されているから、たとえ消費者に自由な解約を認めたとしても通常は事業者が特に大きな損害を被る事はない。

また、事前に具体的な内容を把握することができない役務提供契約では、役務の提供を一度受けてからこんなはずではなかったと消費者が考えることも多い。しかも役務の場合は、受けてしまった後も具体的に事業者の債務不履行を主張することは極めて困難である。このような場合、既に受けてしまった役務の対価の返還問題とは別に将来の契約からの離脱を認める必要があると考えられる。消費者にすれば、役務の内容に不満があっても、受けてしまった以上その支払を強制されることは仕方がないと納得できるものの、せめて将来の分をだけでも免れたいと考えるのは当然の事であろう。契約の拘束力を認めて今後も同様の役務の提供を受け続けなければならないとすることは、極めて過酷な事と考えられる。

つまり継続的契約における解約申入は、将来的な契約の拘束からの解放であり、この点で過去の契約関係の清算の問題も生じる『解除』とは別に考えるべきである。

そこで、将来の契約からの解放という側面だけを考慮して、事業者の損失が少なく、他方、拘束による消費者の損失が大きいと考えられることから、継続的契約では原則として消費者に解約告知の自由を認め、この解約の自由を制限するような条項をグレーリストとすることとした。但し、契約の内容によっては一定期間の契約の拘束力が必要な場合もあると考えられるので、事業者において特に期間を区切って契約で拘束する必要性や当該期間が不当ではないことを証明したときには、不公正条項とはしないものとするのが、妥当であろう。そこで、グレーリストとした。

なお、事業者が契約条項で自由に解約できるとする代わりに高額の解約金を定めれば、実質上解約規制が行われた場合と同じである。消費者の権利を守るためには、解約金についての不公正条項リストが重要である。

(10) 消費者の解除権に関する条項

- | |
|-------------------------------------|
| ① 消費者の解除権を一切認めない条項（第13条第8号 ブラックリスト） |
| ② 消費者の法定解除権を制限する条項（第14条第14号 グレーリスト） |

【解説】

(1) 国生審の報告

中間報告では、不当条項リストに掲げるべき不当条項として、『消費者からの解除・解約の権利を制限する条項』が記載されている。

他方、解除に対する制限条項は、最終報告では、不当条項の判断基準として記載されている中の『④ 契約条項が、消費者の法律上の権利を合理的な理由なくして制限するもの』（39頁）に該当すると考えられる。消費者に通常認められる解除権を制限する事は、結局『消費者に生じた損害賠償請求権などを免除または著しく制限する』（同）事になると考えられる。

(2) 沖野試案

事業者に債務不履行があっても容易に解除を認めないような条項は、『消費者の権利行使を困難にする条項』（3-3-1②第7号）に該当すると考えられる。

(3) 近弁連案

第1次試案は、『事業者に債務不履行がある場合でも、消費者に解除を認めない、あるいは消費者の介助の申出につき一定の形式を要求するなど、法律上認められた消費者の解除権を不当に制限する条項』をリストにあげた。

第2次試案は、日弁案と同じである。

(4) 検討

前述の継続的契約とは異なり、この条項は一般の契約解除に関する条項である。一回的な契約関係にも適用されること、過去に遡った原状回復義務（民法545条参照）や損害賠償の問題を生じさせることが、前述の継続的契約関係における解約の問題とは異なる。

相手方の債務不履行による契約解除の問題は、一回的な売買関係であっても継続的な関係であっても、当然生じる。そのいずれの場合についても、私法上認められている一般的な消費者の解除権を制限するような約款条項は、消費者の権利を著しく損なうものであり、不当な契約関係に消費者が拘束されることを許し、消費者の被害回復のチャンスを奪うものなのである。したがって、反証を許さない不公正条項（ブラックリスト）と考えるべきである。英会話学校などの契約書に『事由の如何を問わず解除出来ない』と記載されていることがあるが、事業者に重大な債務不履行がある場合にも解除を認めないということは、消費者に一方的に不利益な条項であり、そのようなことを正当化する根拠もない。

以上のほかに、契約後一定の期間を定めた解除制限や解除事由の制限等が設けられている場合もある。事業者の債務不履行が軽微な場合、補修や値引きには応じるが解除は認めないという例も考えられる。その様な例においては、解除制限の理由と解除制限の内容が正当なものと認められる場合には、特に無効とする必要はないであろう。そこで、このような解約制限をグレーリストに入れることとした。

但し、これらが正当であるかどうかについては、事業者において立証すべきである。民法等において解除が認められている場合に、事業者の作成する特約をもってその解除を制限するのであるから、かかる制限は事業者の都合で定められていると考えられるからである。したがって、何らかの解除制限が定められている条項が存する場合は、その条項は不公正条項に該当するということになる。但し、事業者の側で、それが法定の解除権を制限するものではないことを立証した場合、あるいは、法定の解除権を制限するものであるが正当理由があることを立証した場合には、不公正条項とはならないこととなる。

(11) 違約金

- | |
|--|
| <p>① 消費者の債務不履行があった場合に、事業者の損害として通常予想できる額を越える違約金を定める条項（第14条第15号グレーリスト）</p> <p>② 継続的契約において、消費者が正当な理由に基づき解約告知をする場合に、違約</p> |
|--|

金を支払わねばならないとする条項（第13条第9号ブラックリスト）

- ③ 継続的契約において、消費者が正当な理由がなく解約告知をする場合に、契約が期間満了まで継続していれば事業者が得られた対価から解約告知により事業者が免れた費用を控除した金額を超える違約金を定める条項（第13条第10号ブラックリスト）

【解説】

（1）国生審の報告

中間報告には、①に対応する条項として「消費者にとって過大な損害賠償額の予定（違約罰）を定める条項」、②③に対応する条項として「消費者からの解除・解約の権利を制限する条項」が挙げられている。

また、最終報告には、不当か否かを判断する際の基準の一つとして「消費者にとって過酷な要求となるものであるか」（①に対応）、「消費者の法律上の権利を合理的な理由なくして制限するものであるかどうか」（②③に対応）が挙げられている。

（2）近弁連試案

ア 第1次試案

違約金については、「契約の終了に伴う違約金等」（15）として、違約金については以下の3つの条項を挙げている。

- ① 消費者の責めに帰すべき事由により契約が終了した場合に、消費者が事業者の損害として通常予想できる額を超える違約金を定める条項
- ② 消費者が、契約を撤回、又は将来に向かって解約した場合に、多額の違約金を支払わねばならないとする条項
- ③ 契約が終了した場合に、責めに帰すべき事由がないにもかかわらず消費者にのみ原状回復・違約金等の負担をさせる条項

イ 第2次試案

継続的契約とそうでない場合、消費者に正当理由がある場合とそうでない場合を想定しており、妥当な条項として、今回も、第2次試案の条項をそのまま踏襲している。

（3）沖野試案

沖野試案でも、「五 契約の性質により法令・慣習から生ずる消費者の責任を加重する条項」（①に対応）、「七 消費者の権利行使を困難にする条項」（②③に対応）が挙げられている。

（4）検討

ア 条項①について

リースや割賦販売において、債務不履行による解除の際、違約金として残リース料、残割賦金の全額の定めがなされていることが通例であるが、これは事業者の将来の利益をも中間利息を控除することなく利得することを認めるものであり、極めて不当である。

ところが、従来民法では暴利行為として公序良俗違反（民法90条）による規制しかなく、そのハードルはあまりにも高く、消費者保護の局面では規範として機能しない。

事業者としては、契約が履行された場合の経済状態と、消費者の債務不履行によっ

て生じた経済状態の差額を取得できればその損害を回復できる。違約金が損害額の立証を免除する趣旨とすれば、通常予想できる金額を違約金として定めればよく、それを超過する違約金は消費者には本来の責任を超える賠償をさせるもので不当に不利と推定できる。

その一方で、契約によっては通常予想し得る損害以外に特別の損害が発生し得る場合も考えられ、そのような特別な損害が発生する可能性が相当程度ある場合などには、それに見合った違約金を定めることは正当性があると考えられる。

よって、かかる特別損害発生の可能性が相当程度あり、それに見合った違約金であることを事業者が立証した場合には正当とするものである（グレーリスト）。

イ 条項②について

英会話学校やエステティックサロン等の継続的契約においては、病気、転勤その他の正当事由（止むことを得ざる事由）があっても解約告知を認めず、又は、契約期間の授業料、料金全額を違約金として請求する旨の規定が存在した。

しかし、民法651条2項但書のように、継続的契約で止むことを得ざる事由による解約告知には賠償義務のないことが民法の原則である。

この点、事業者に止むを得ない理由があっても契約を打ち切る場合に事業者が違約金の支払義務を課する契約は皆無であることもあり、本条項はブラックリストにすべきである。

そして、従来から社団法人全国学習塾協会の入塾約款・解約手数料運用基準では、解約手数料は必ず請求しなければならない性質のものではないとしており、消費者が正当な理由に基づき、解約告知をする場合に、違約金を支払わねばならないとする条項は消費者に不当に不利な規定として規制すべきである。

しかし、事業者が債務不履行がない場合でも契約からの離脱を認めるものであり、事業者がその正当性を立証できるならば、違約金を請求することを認めても不当ではない。

後述ウのとおり、業界団体の自主規制も上限規制はあるが、消費者に正当な理由がある場合にも相当程度の違約金は認めている場合が多い。ちなみに前述の全国学習塾協会の入塾約款でも解約手数料を請求する場合には授業の1ヶ月分相当額を超えない額を請求するものとしている。

ウ 条項③について

自己都合解約の場合に賠償義務があることは民法に定めがある。

この点、業界団体の自主規制として、中途解約の場合に、解約手数料（違約金）の上限規制がされているので以下紹介する。

- i 財団法人日本エステティック研究財団が作成した標準約款では中途解約（9条）の解約手数料の上限を10パーセント以内の百分率または2万円以内の金額としなければならない旨規定されている。
- ii 社団法人全国学習塾協会の自主規制規約14条は中途解約を規定し、申出日をもって契約を終了させ、役務未提供期間にかかる授業料、未使用教材費などは速やかに返還する、解約手数料を請求する場合にあっては1ヶ月分の授業料相当額を超えない額とする旨規定している。

iii 民間外国語教育施設の運営に関するガイドライン（全国外国語教育振興協会）でも、解約手数料について、解約申出時期（開校前か開講後か）、固定スケジュール制かフリータイム制か、さらに解約事由で場合分けをして解約料の上限を定めている。

そして、平成11年秋施行予定の訪問販売法及び割賦販売法の改正においても、英会話学校やエステティックサロン等の特定継続的役務の提供について、クーリングオフ期間経過後でも理由の如何を問わず、当該契約を解除できること、契約が解除された場合には関連商品販売契約についても解除を行うことができることを定め、事業者が請求しうる損害賠償額の上限を定めている。

(12) 事業者の免責

- ① 事業者又は第三者の損害賠償責任を制限する条項（第14号第16号グレーリスト）
- ② 事業者又は第三者が一切の過失行為の責任を負わないとする条項（第13条第11号ブラックリスト）
- ③ 消費者の事業者又は第三者に対する損害賠償その他の法定の権利行使方法を制限する条項（第14条第17号グレーリスト）
- ④ 消費者の契約に基づく給付請求について、権利行使方法を制限し、その行使方法違反を理由に消費者の給付請求を奪う条項（第14条第18号グレーリスト）

【解説】

(1) 国生審の報告

中間報告には、①に対応する条項として「事業者の債務不履行についての責任を排除又は制限する条項」、②に対応する条項として「事業者の故意又は重過失による損害についての責任を排除又は制限する条項」、③に対応する条項として「消費者の損害賠償請求権を排除又は制限する条項」が挙げられている。但し、④に対応する条項は見当たらない。

また、最終報告には、不当か否かを判断する際の基準の一つとして「消費者の法律上の権利を合理的な理由なくして制限するものであるかどうか」（①～④に対応）が挙げられている。

(2) 近弁連試案

ア 第1次試案

事業者の免責については、「事業者の免責に関する不当条項その1」（13）「同その2」（14）として、以下、計5つの条項を挙げている。

（事業者の免責に関する不当条項その1）

- ① 事業者又は第三者を、法定の損害賠償義務から全部又は一部免れさせる条項
- ② 事業者に不履行があった場合に消費者に法律上認められる権利を制限する条項
- ③ 事業者の担保責任を排除又は不当に制限し、もしくは消費者によるその責任追求を困難にする条項

（事業者の免責に関する不当条項その2）

- ① 事業者がその一つもしくはいくつかの義務を履行しなかったかの判断を事業者

自身に委ねる条項

② 消費者の軽微な債務不履行を理由として、事業者に過大な免責を認める条項及び、消費者側の契約上の義務の履行等に関する判断を全て事業者に委ねる条項

その1が主に事業者の債務不履行があつて消費者に何らかの損害が発生することを前提としているのに対し、その2は、事業者が本来の義務を履行する場合を含む条項とされている。

イ 第2次試案

内容的には第1次試案をカバーするとともに、より条項として整理されており、妥当である。よって、今回も、第2次試案の条項をそのまま踏襲している。

(3) 沖野試案

沖野試案でも、「三 契約の性質により法令・慣習から生ずる事業者の責任を制限または免除する条項」(①②に対応)、「四 契約の性質により法令・慣習から生ずる消費者の権利を排除又は制限する条項」「七 消費者の権利行使を困難にする条項」(③④に対応)が挙げられている。

(4) 検討

ア 条項①について

民法では契約自由の原則により、あらかじめ一方当事者の債務不履行責任を契約で免除することは有効と考えられている。

しかし、消費者契約においては、契約条項は事業者が一方的に作成したものであることが通常であり、事業者は当該商品やサービスの契約について専門的知識を有していることから、あらかじめ自らが負う可能性のある危険を契約条項で減免することで回避できる一方、消費者はそのような危険の存在を通常知り得ないので、そのような免責条項は消費者に予期し得ない不利益を課すことになる。

よって事業者が本来責任を負うべき債務不履行の態様(過失)の一部を免責にしたり、賠償額を制限する条項は無効とした。

但し、商品やサービスの内容によっては、事業者に義務履行上の危険が大きなものや、債務不履行の損害額が通常予想されるものより過大になることもある。そのような場合に、事業者が一定の適正な手続を遵守すれば、免責されたり、賠償額をその種の契約で通常予想される範囲に限定することは合理性があると考えるので、事業者がその合理性を立証した場合は有効とすることにした(グレーリスト)。

イ 条項②について

従来、悪意重過失を免責する規定は判例上無効とされているところ、消費者契約ではこれを一步進め、軽過失免責においても、軽過失全てを免責とする条項は、消費者の不利益が大きすぎるので、合理性の有無を検討する余地なく無効とした(ブラックリスト)。

ウ 条項③について

時効その他権利行使期間を著しく短くしたり、事業者の定める機関による仲裁、あっせん以外の請求方法(訴訟を含む)を禁止したりする等の条項は、事実上、消費者の事業者に対する責任追求の手段を奪うことになり、不当である。

しかし、民法上の時効でも、一般の時効以外に各種の短期消滅時効を定めているよ

うに、契約形態によっては一般の時効と異なり短期の権利行使期間を定めることが合理的な場合がある。

また、契約によっては、損害賠償を請求する前に、事業者に再履行又は補完的な履行を求めれば消費者の損害が回避でき、事業者の負担も少ないこともあり得る。

このように権利行使につき制限することが合理的な場合も考え得るのでグレーリストとした。

エ 条項④について

例えば保険金の請求、預金の払戻しをとってみても、消費者の請求行為に一定の手続が必要であることは止むを得ない。しかし、これらの手続は、事故の発生、請求者と権利者の同一性などを証明するためのルールであって、それらが別の手段、方法で確認できる限り、そのルール違背を理由に消費者の権利を奪うことは不当である。

その一方で、消費者が手続を怠ったために事業者側の手続上の負担が増加することも否定できないことであり、その事業者側の負担の増加と消費者側の手続違背に対する落ち度の軽重を考慮して、消費者側の落ち度が大きく、かつそれによって事業者側の負担が著しく増加する場合には、信義則上も、事業者の免責を認めても止むを得ない場合があると考えられる。消費者が故意に手続を取らなかったような場合は尚更である。以上の点を考慮して有効無効を決定することが妥当と考え、グレーリストとした。

(13) 契約終了における清算

- ① 契約が解除又は解約告知によって終了した場合に既に給付された金員は返還しないとする条項（第14条第19号グレーリスト）
- ② 契約が解除又は解約告知によって終了した場合に、給付の目的である商品、権利、役務の対価相当額を上回る金員を請求できるとする条項（第14条第20号グレーリスト）

【解説】

(1) 国生審の報告

中間報告には、①②に対応する条項として「消費者の義務や責任を加重する条項」が挙げられている。

また、最終報告には、不当か否かを判断する際の基準の一つとして「消費者の法律上の権利を合理的な理由なくして制限するものであるかどうか」（①に対応）、「消費者にとって過酷な要求となるものであるか」（②に対応）が挙げられている。

(2) 近弁連試案

ア 第1次試案

違約金については、「契約の終了に伴う違約金等」（15）として、清算については、④事業者の清算義務を不当に免除又は制限する条項、が挙げられている。

イ 第2次試案

第1次試案の内容がより精緻になっている。

(3) 沖野試案

沖野試案でも、「四 契約の性質により法令・慣習から生ずる消費者の権利を排除又は制限する条項」（①に対応）、「五 契約の性質により法令・慣習から生ずる消費

者の責任を加重する条項」(①②に対応)が挙げられている。

(4) 検討

借家契約において、借家人が明渡時に敷金や保証金の不返還の条項があり、また、これらが返還される場合でも自然損耗のレベルを含めた一切の原状回復費用について借家人に負担させる旨の特約条項が存在し、結局、相殺されて何も返還されないといったことが多々ある(条項①②に関連する)。

しかし、判例上は借家人の通常の使用による自然損耗についてまで原状回復義務を求めるのは公平に反するとして、特約の効力を認めず、敷金全額の返還を認めている(川口簡判平成9年2月18日、東京簡判平成9年3月19日他)。

また、従前から英会話学校などでは、自己都合の解約の場合、前払授業料全額を返還しないと定めることが多く、授業をせずにすむことにより経費の支出を免れている事業者には不当な利益を得させている。

さらに、大学入試の際、入学金を含む学納金を納入した後に入学することを見合わせた場合にも一般に授業料、施設利用費等の名目で前払いで受け取っている学納金の全額を返還しないと定めている場合も多く、大学側に同様の不当な利得を発生させている(この点、昭和大学医学部事件の第1審判決である大阪地判岸和田支部平成8年2月16日は、大学側が定員数を前提に人的・物的設備等医師養成のための環境を整備しているとの理由により学納金の不返還合意は公序良俗違反とならない旨判示し、控訴審である大阪高判平成8年11月6日も右地裁判決を是認しているが、大学側としては定員割れに応じて予算を修正すべきであり、こうした予測可能なリスクを学生側に転嫁することは消費者契約という観点からは許されない)。

次に、エステで、50回分のチケットを25万円(1回5000円)で販売する一方、解約で清算する場合、1回5000円は大量購入の割引価格であり、割引のない1回の価格は1万円であるとして、すでに行った施術に対して1回1万円の対価を徴収して清算する場合がある。物のレンタル契約でも同じである(以上条項②に関連する)。

しかし、このような規定は、事業者が契約の清算に際して、本来の対価以上の利益を得ようとするもので不当である。

但し、一定量の給付を約した契約の場合、契約給付量が多いほど1個の給付の対価を安くする、つまり割引することはよくある。この場合、本来の1個の給付の対価が、契約した割引価格より高いことは不当とは言えない。

しかし、現実には1個で給付することがあり得ない業態で、1個の給付の対価を著しく高くし、現実に行う一定量の給付契約では価格を割引いたと称することはままある。

したがって、1個の給付のみの契約が通常行われている場合、給付の量によって何段階かに分けて給付量が増加する程、対価を安くしている場合で解約までの給付数に応じた段階での1個の対価を適用する場合には、不当な価格の設定とは言えない場合もある。

以上のとおり、契約終了の清算の局面において、既払金の不返還、清算金の請求が清算の枠を超え、事業者には不当な利得を発生させる場合には、不当条項とすべきであ

り、逆に、これが正当な清算と評価できる場合にはこれを認めても差し支えないため、条項①②ともグレーリストとした。

なお、条項①②とも、契約が解除又は解約告知（中途解約）によって終了した場合ということで、契約類型的に売買のような一回的な契約（売買型）のみならず、前述のような賃貸借やエステのような継続的契約（賃貸借型）をもカバーする条項になっている。

(14) 裁判に関する条項

- ① 管轄裁判所を事業所の住所地もしくは営業所所在地に限定する条項（第13条第12号ブラックリスト）
- ② 事業者の証明責任を軽減し、又は消費者の証明責任を過重する条項（第14条第21号グレーリスト）

【解説】

(1) 国生審の報告

中間報告には、①に対応する条項として「消費者に不利な専属的合意管轄を定めた条項」が挙げられている。なお、②に対応する条項は見当たらない。

また、最終報告には、不当か否かを判断する際の基準の一つとして「消費者の法律上の権利を合理的な理由なくして制限するものであるかどうか」（①②に対応）が挙げられている。

(2) 近弁連試案

ア 第1次試案

裁判に関する条項については、管轄裁判所を事業者の所在地等の裁判所に限定したり、消費者の提出できる証拠を限定したり、訴訟提起を禁止したり又は訴訟提起期間を短期に設定したり、仲裁によってのみ紛争を解決すべきものと定めたりして、当該契約に関して消費者の訴訟に関する権利を不当に制限する条項、とされている。

イ 第2次試案

第1次試案から必要不可欠な条項のみ抽出したものであり、妥当である。よって、今回も、第2次試案の条項をそのまま踏襲している。

(3) 沖野試案

沖野試案でも、「七 消費者の権利行使を困難にする条項」（①②に対応）が挙げられている。

(4) 検討

① 条項①について

事業者の本店所在地に専属的裁判管轄を認める約款条項はわが国でも過去の判例上、枚挙に暇がないほど問題となっており、従前、裁判所は、専属的ではなく、付加的合意管轄と解するか（例えば東京高決昭和58年1月19日・判例タイムズ491号70頁）、損害又は遅滞を避けるための移送（旧民事訴訟法31条・例えば大阪高決昭和56年12月2日・判例時報1047号88頁）により消費者を救済してきた。

この点、新民事訴訟法では専属的合意管轄すべてを否定することはできないので、

17条で当事者間の公平により、移送を認めることで是正を図っている。

しかし、消費者契約に限定すれば本条項のような専属的合意管轄の不当性は明らかである。

なお、事業所の住所地等を合意管轄に加える等は禁止するものではなく、専属的合意管轄のみの禁止であり、評価の入る余地はないのでブラックリストとした。

② 条項②について

例えば違約金についてはすでに記載した条項によって過大な違約金を禁止している。

しかし、例えば継続的役務提供契約の解約告知の場合に、前受代金から既履行の役務の対価を控除した金額を事業者の損害と推定する、という規定があると、消費者の方で事業者の損害がそれよりも少ないことを証明せねばならず、事実上、違約金を制限した趣旨が損なわれることがある。

このように証明責任についての規定は内容面の不当条項と実質的に同じこともあるので、不当条項とした。

但し、証明責任に関する規定には合理的な場合がある。例えばある事実があれば立証責任が事実上転換されることがあるのは周知のとおりであるが、そのような事実を定型化してあらかじめ定めておくことは当事者に不利益をもたらすものではなく、グレーリストとした。

第4章 契約条項が無効又は契約内容とならない場合の効果

第15条 契約条項が無効又は契約内容とならない場合の効果

- (1) 契約条項が契約の内容とならずまたは無効であるときは、契約は残部につき有効である。
- (2) 契約条項が契約の内容とならずまたは無効であるときは、当該契約条項によって定められた事項については、民法その他の法律規定に従い補充する。
- (3) 前二項の場合、変更された契約内容の維持が一方の当事者に著しく不利益な場合には契約は全部無効になる

【解説】

(1) 国生審中間報告、最終報告

中間報告では、「消費者契約においては、不当条項は、その全部又は一部について効力を生じない。」としていたが、最終報告では、不当条項の効力については、ほとんど触れられていない。「事業者の定める契約条項が、消費者の取引の信義則に照らして、消費者に不当に不利益なものであると判断される場合には、その効力は否定されるべきであり、消費者がこのような契約条項について容易に無効を主張できるよう所要の措置を講ずる必要がある。この措置は、私人の権利義務に直接的に影響を与えることから法的措置としなければならない。」としているだけである(37～38頁)。現代契約法制研究会の中間整理によれば、この国生審最終報告の内容は、通常の『無効』と解されていると思われるとし、その無効の内容については、「一般法理に委ね

る趣旨とも解される」としている（34～35頁）。

（2）近弁連試案

前述の不当条項等の規定によって契約条項が無効になった場合の契約全体の効果を定める必要があると考え、『① 契約条項の全部または一部が契約の内容とならずまたは無効であるときは、契約は残部につき有効である。② 契約条項が契約の内容とならずまたは無効であるときの契約は法律規定に従う。③ 前項の場合、変更された契約内容の維持が一方の当事者に著しく不利益な場合には契約は全部無効となる。』という規定を考えた。これは、ドイツの普通取引約款規制法6条に倣ったものである。そして、国生審中間報告対して、消費者保護の観点から直接的に不当条項を無効とする条項をおいた点は評価できるが、不当条項の一部が無効とされ残部を有効と取り扱う余地を残すことは妥当ではないという批判を加えた。不当条項の一部を有効と取り扱う事を認めることは、事業者が契約条項を作成する際に、不当条項について余り検討することなく、『だめもと』で不当条項を設定することを許すことになるからである。そしてその結果、不当条項を契約からなくすことが困難になると考えられるからである。さらに限定的に有効とすると、結局、不当条項をそのまま認める結果を招来することになりかねず、真に不当条項を一掃するためには、不当条項について、一部を有効としても不都合がない場合にも、原則としてその全部について無効とすべきである。そして、無効とされた条項に関する問題については民法などの一般規定を適用することとし、契約全体の効力については、前述の様に考慮する方が妥当である。という考え方を示した。

（3）現代契約法制研究会の中間整理

この点について、無効とされた契約条項の取扱いに関する問題点を指摘している。すなわち、『(ウ) 残された検討課題』（35頁）として、『不当条項かどうかの問題となる条項について、当該条項事態は有効としつつ制限的な解釈を行うことと、当該条項を無効と判断した上で解釈による補充を行うことのうち、いずれを優先すべきか、との問題点や、無効とされた場合において当該条項を補充する規範をどのように考えるべきか、消費者契約法において何らかの原則を定めておく必要はないか、との問題点の指摘があった。』としている。さらに、中間報告で、『その全部または一部について無効とする』という考え方について、『条項の一部無効であるというのは具体的にはどういうことなのか、またそういう場合を認めることができるのか、という疑問や、条項の全部が無効となる場合と一部が無効となる場合とをどこで区分するのか、その区分の基準の設定は難しいのではないか』などと指摘している。そして『国生審報告においては、これらの点については特に言及されていないところであり、消費者契約法には特段の規定をおかずに一般法理に委ねる趣旨とも解されるが、現在は、一般法理についても特に確定した基準がないことから、検討の必要があるのではないかと思われる』としている。

（4）沖野試案

沖野試案では、『3-3-2 無効となる条項の扱い』という条項をおき、『① 3-3-1の場合において、裁判所は、当該契約条項によって定められた事項について、当事者の期待、取引慣行、その他諸事情を考慮し、慣習、任意法規を参酌して、契約

目的に照らし合理的な内容を補充することができる。②3-3-1の場合において、契約条件の無効は契約の他の部分の効力を左右しない。但し、契約の他の部分のみでは、もしくは、前項の補充を経てもなお当該契約の目的を達成することが不可能もしくは著しく困難であるとき、または、当事者の給付の間に著しい不均衡が存在するときは、この限りではない。』としている。

なお、沖野試案では、この不当条項に関する契約の効力に関する規定の前に、不公正な契約に関する規定をもうけている（3-2-1）。すなわち、『①消費者の期待に反し消費者に著しく不利な内容の契約は、消費者はその全部を取り消し、またはその一部の無効を主張することができる。』『②消費者が十分な判断及び選択が出来ない状況において、事業者の積極的働きかけによって締結した、消費者に不当に不利な内容の契約は、消費者はその全部を取り消し、またはその一部の無効を主張することができる。』とし、これらの取消権の行使又は無効の主張の時効を期間を③で規定している。

このように、契約締結過程の不当行為に関する条項とは別に、内容的に消費者に著しく不利な内容の契約の無効の主張や取消権の行使を認めることは、契約締結過程に置ける事業者の不当行為の立証が極めて困難な事を考慮すると、非常に意味のあるものと考えられる。消費者が、契約締結過程の事業者の不当行為に立証できなくても、契約の内容が不公正であるという一事を立証することによって、同様の効果を得られるからである。

しかしながら、このような立証の問題を別とすれば、この条項で無効の主張や取消権が行使される事案のほとんどは、契約の締結過程に不当性がある場合と考えられるのであり、特にこのような契約の本質部分を取り出して不公正な内容の契約に関する規定を設ける意味は少ないと考えられる。

（4）検討

不当条項があっても、それは当該条項の無効にとどまり、契約全体の無効をもたらさないことは当然のことである沖野試案でもそのことは確認されている（沖野NBL657号59頁参照）。但し、条項が無効である時にそれを無効として残部の契約をそのまま契約を維持すれば、当該契約が著しく不公正になる等する事があることも考えられる場合があり、そのような場合には、当該契約は無効とすべきである。本案の（1）及び（3）は以上の点を明確にしたものである。

これに対して、（2）は議論のあるところである。『端的に任意規定などの類型的客観的基準を適用すべきか、それともなお当該契約当事者の個別事情に応じたいわばカスタム・メイドの契約の構築をめざし（「当事者の仮定的意思」の探求）それが叶わないときに類型的客観的基準を適用するか、である。』（沖野NBL657号59頁）これについて、沖野試案では、『契約目的から合理的と考えられる内容を補充し得る旨を定め、』前述のような内容となっている。しかしながら、前述したとおりの理由から、やはり、かかる場合には、端的に民法その他の法律規定を適用して補充することにした方が、消費者保護になると考えられる。

第16条（消費者団体による差止請求）

- (1) 消費者団体は、消費者契約における約款において、本法により無効である条項を使用し、または使用しようとしている事業者に対し、その使用の差止その他適当な措置（以下、「差止請求等」という。）を取ることを請求できる。
- (2) 消費者団体は、消費者契約における約款について、本法により無効である条項を推奨し、または推奨しようとしているものに対し、その推奨の撤回その他適当な措置（以下、「撤回請求等」という。）をとることを請求できる。

【解説】

(1) 国生審最終報告（71、72頁）

我が国の当事者適格や訴えの利益の考え方によると、消費者団体による差止訴訟は認められないのではないかと、仮に消費者団体に当事者適格を認める場合にも、消費者団体と消費者の集団的利益との一致が必要であり、また、どのような消費者団体であれば消費者の集団的利益との一致があると認められるのか、との問題もあるとし、今後の我が国の司法制度改革の流れを踏まえた上で、十分な検討を行う必要があるとしている。

(2) 国生審意最終報告に対する日弁連意見（10頁）

当事者適格や訴えの利益はドイツ、フランス等で認められているのであり、当事者適格、訴えの利益を消費者団体に付与するかどうかは立法政策の問題である。そして、団体の要件等検討すべき課題はあるものの、消費者の自立を求めるなら、その利益を代表する団体に訴権を与えることを前向きにとらえるべであり、また、民事ルールの実効性確保には消費者団体による差止訴訟制度がぜひとも必要であるとしている。

(3) 現代契約法制研究会の中間整理

特にふれられていない。

(4) 沖野試案

特にふれられていない。

(5) 検討

ア 消費者団体訴訟制度を認める必要性と根拠

① 消費者契約紛争における事前差止制度の必要性－被害の予防・拡散防止の必要

I 消費者契約において、不当な条項が含まれている約款が使用された場合、あるいは契約締結過程において不当な勧誘があった場合、消費者は当該契約や、契約条項による拘束を免れるために、事後的に民法あるいは現在立法が検討されている消費者契約法（仮称）に基づいて、契約の取消や契約条項の無効を主張して司法救済を求めることができる。しかし、大量消費社会の今日では、そのような事後的な個別救済だけしか認められないのなら、同種の勧誘や約款がさらに使用され新たな被害が発生するおそれが高い。豊田商事事件や和牛商法事件など破産や刑事摘発によって、当該被害の新たな発生が終了した事例もあるが、その場合でも大量の被害者が発生した後にすぎない。また、個別業法による規制も、分野ごとの為に場所的な隙間があり、後追いとなる傾向が強い。

今日の消費者契約では同種の契約がきわめて多数締結されている。そこでは同一約款が使用され不特定多数の消費者に対して、繰り返し使われている。また、勧誘方法もマニュアル化され同様な勧誘方法が繰り返されることが多い。したがって、もし不当条項が含まれている約款が使用された場合や不当な勧誘方法によって契約の締結に至った場合には、当該約款が使用されたり、違法な勧誘によって契約した消費者契約の当事者（消費者）は全員被害を被ることになるが、事後的な個別救済だけではその救済は一部の被害者に対して為されるだけであり、しかも新たに発生する被害を未然に防止したり被害の拡散を防ぐことができない。

また、事後的な救済であっても実際には100パーセントの被害回復が得られるわけではない。消費者被害の多くが少額であることから、どうしても泣き寝入りする消費者が多数いる。事後的救済だけでは、悪質な事業者側に利得が残る結果となり、被害の防止に充分ではない。

消費者取引をめぐる消費者被害の特徴は同種かつ大量の被害が発生することである。このような特質を有する消費者被害の発生を未然に食い止めることが、消費者被害の救済と防止に最も必要なことである。その効率的な方法の一つが、消費者契約において当該不当約款の使用や不当な勧誘方法を事前に差し止めることである。

II これまで、我が国では、大量の消費者被害を出した事例としては、契約締結過程に問題のあるものとして、ココ山岡事件、豊田商事事件、和牛預託商法、KKC事件、オレンジ共済事件、靈感商法等がある。

契約内容に問題のあるものとしては、高額な解約料や解除権を制限するもの（エステティック契約、英会話学校、リース契約、会員権等）、一方的な変更権を認めるもの（銀行取引約定書、旅行契約、スポーツクラブ契約等）、意思表示に関するみなし条項（紳士録商法、レンタルビデオ契約、無催告解除条項等）、消費者の意思表示は書面で行わなければならない等形式を要求するもの（エステティック契約、化粧品通信販売契約等）、消費者の訴訟について制限を加えるもの（管轄指定等）等多数のトラブル事例がある（近弁連消費者保護委員会の調査—1997年11月及び1998年9月の前記消費者契約法試案の提案の際の報告書）。

III これらの消費者被害事例について、現在の法制では消費者は事後的な救済を求めるしかない。これらの事例に対して不当条項や不当な勧誘方法を事前に差し止めることができれば、被害やトラブルはその拡散を防止できたと考えられる。

② 消費者団体による団体訴権の必要性

I 差止請求権の必要性があるとして、その主体を誰にするかが次の問題となる。主体としては行政機関、消費者団体、事業者団体、被害を受けた消費者などが考えられる。

公正取引委員会などの行政機関に差止めの権能を認めるとしても、行政機関の権限行使は後追いになる傾向が強いし、消費者は同委員会に対し、その職権の発動を促すということしかできない。このような立場では、消費者が自ら自己の権利を守ることはできない。消費者契約法により消費者取引に関する民事ルールが

明確になれば、一方で消費者の「自己責任」が問われる場面も増えるであろう。そのことのバランスから考えても、消費者が持っている権利として、消費者が直接行使できる差止請求権が認められなければならない。

Ⅱ 差止請求権は、個別の消費者が自身の利益のために行使することも考えられるが、差止めは主として被害の予防・拡散防止の必要から認められるものであり、これによって利益を受けるのは消費者被害を被る可能性のある全体としての消費者なのであるから、全体の消費者の利益確保を目的とする消費者団体に差止請求権を認めるのが妥当である。

事業者団体や消費者団体など公益的な目的をもって活動している団体に、違法行為の差止請求や是正請求などの訴権を与える制度が団体訴訟制度である。個人にとっては経済的な利益が少ないものの、多数のものに共通する利益が関係し公益的利益が高い訴訟については、公益的な目的をもって活動している団体に訴権を与えることが有用である。たとえば、不当な契約条項が事業者によって使用されているときにその使用差止や是正を求めることは、個人にとっては経済的利益は小さいものの消費者全体にとっては必要性が高く、消費者全体のために公益的な活動をしている消費者団体にその権利を認めることが有効である。個人にはいわゆる具体的争訟性や訴えの利益、当事者適格がない場合でも、多数の利益のために公益的団体に訴訟適格を与えることで被害の予防や早期救済が期待できる。

このような、消費者団体に差止訴訟を認める制度は諸外国では実現されており成果を上げている。国生審最終報告では、消費者団体の差止訴訟について当事者適格や訴えの利益が認められないとして消極的な記載が見られるが、後述するように、諸外国の実績もあり、差止請求権は消費者団体の実体法上の権利と位置づけることも可能であり、形式的な理由でこれを否定すべきではない。消費者団体に訴権を付与するかは、いわば立法政策の問題であり、その有用性を検討して導入していくべきである。

消費者団体の訴訟活動は主婦連ジュース訴訟（最判昭和53・3・14、民集32・2・211）や鶴岡灯油訴訟（最判平成元・12・8、民集43・11・1259）などの実例もある。

イ 団体訴訟理論的構成

前述の提訴権を「消費者団体」という特定の団体に認める、という試みは、諸外国（例えばドイツ、オランダ）では既に実現されているが（ヨーロッパ約款規制調査報告書・近畿弁護士会連合会消費者保護委員会編）、わが国では未だ採用されていない制度である。今回の民事訴訟法改正の際に、初期の段階でこそ、団体訴訟制度の導入の可能性が指摘されたが（民事訴訟手続に関する検討事項第二――2参照）、その後は検討が深められることなく終わっており、時期尚早と判断されたようである。

ところで、具体的に誰を提訴権者とすべきかについては後述するが、仮に消費者団体に訴権を認めた場合、これを理論的にどう説明するかが問題となる。

右の議論は、差止訴訟の提訴権者を消費者団体のみならず消費者自身にも認めた場合、後に触れる団体訴訟の既判力や二重起訴の問題、消費者団体が追行する訴訟と消費者個人が追行する訴訟との関係をどう整合させていくか等の諸問題の解決にとつ

て、意味を持つ（団体訴訟制度を認めているドイツにおいては、差止請求権の法的性質が右諸問題の説明に直結する訳ではない、という見解もあるようだが一上原敏夫「約款の規制と消費者団体訴訟」加藤一郎＝竹内昭夫編『消費者法講座6巻』265頁以下、「集团的救済制度の基礎的研究」一橋大学研究年報 法学研究11号138頁参照一、差止訴訟の統一的な理解のためには、議論の必要があると思われる）。ここでは、本制度が設置されているドイツにおける議論を敷衍することとする。

本制度が設置されたドイツでは、差止・撤回請求権の法的性質につき、様々な見解が存するが、代表的な見解は次のようなものである（石田喜久夫編注釈ドイツ約款規制法277頁、内山衛次「消費者団体訴訟の諸問題」阪大法学140号45頁、高田昌宏「差止請求権者の範囲」NBL第501号58頁。なお、この点に関し詳細に紹介している文献としては、前述の「集团的救済制度の基礎的研究」一橋大学研究年報 法学研究11号130頁以下、がある）。

① 民衆訴訟など団体に提訴権を認めるが、実体法上の差止請求権を認めない立場

この立場には、Ⅰ 法定訴訟担当説（団体訴訟は、消費者団体が、実際に自己の法的財産に対し直接に影響を受けた消費者という限られた集団の集合的権利を代表して行使する制度と解する説）、Ⅱ 民衆訴訟説（差止訴訟制度は社会の公正な取引秩序を維持するために創設された制度と解する説）がある。

これらの立場は、消費者団体固有の差止請求権を観念することはできない、外国でも、この提訴権は通常の訴訟とは別の類型として扱われていることを根拠とする。

② 消費者団体に実体法上の差止請求権を認める立場

この立場は、消費者の利益のために、法により消費者団体に与えられた固有の差止請求権を認める立場である（実体法上の差止請求権説）。ドイツにおける判例・通説である。この立場は、訴訟制度は基本的に権利の存否を確定させるものであるから、民衆訴訟のような権利を前提としない訴訟形態は、できる限り認めるべきではない、個人と異なる団体固有の利益があるから、当該団体に差止請求権を認めるべきであることを根拠とする。

右に見たように、差止訴訟の法的性質をどう理解するかについては、「消費者団体に、実体法上、約款の使用・推奨等につき差止請求権が帰属する」と考えるのか否かが重要である。そこで、この点につき意見を述べる。

団体に実体法上の差止請求権を認めない説の主な論拠は、団体固有の法的利益を観念することは出来ない、という点にある。

しかし、以下のように、法的保護に値する団体固有の利益を措定することは可能であり、かつ必要である。

そもそも、団体を固有の提訴権者として観念する必要があるかについては、既述のとおり、現在社会において同種かつ大量の消費者被害が発生する可能性が高いにも関わらず、個々の消費者は情報量・経済力・能力において弱い存在であり、個人で訴訟を進行する者は極めて少なく、またその能力もないことが多いと予想されるため、是非とも団体を提訴権者にする必要がある、といえる。

そして、消費者団体の存在意義は消費者全体の利益を図る、という点にあるから、団体の存在意義からも、団体に求められる社会の要請からも、消費者被害が発生す

る前に、早期に消費者の利益保護を実現することが要求されているのである。そこには消費者の個人的利益とは別に「消費者被害を未然に防止する」という団体固有の利益が観念できるのである。

つまり消費者団体は、「消費者被害を未然に防止する」という利益を有するため、右利益が約款の使用等により侵害された場合には、消費者団体そのものが、固有の差止請求権を有する、といえる。

かく解すると、差止請求等の訴訟物は、消費者団体の実体法上の差止請求権ということとなる。

ウ 提訴権者の範囲

① 提訴権者の問題

消費者団体訴訟においては、消費者団体そのものが提訴権者となり、また、そのことが同訴訟の特徴である。そして、これに関連して、提訴権者である消費者団体の要件をどのように定めるべきかという問題がある。

② 消費団体の要件～諸外国の立法例と我が国の実態

消費者団体の要件について検討する場合、諸外国の立法例及び実情を参考にすることが有用であるとともに、我が国の消費者団体の実態も視野に入れておくことが必要であろう。

I 諸外国の立法例

ドイツでは、消費者団体の要件として、啓発及び助言によって消費者利益を守ることを定款上の任務とする、権利能力ある団体であって、この任務領域において活動しているかまたは少なくとも75人の自然人を構成員として有するもの（ドイツ普通取引約款規制法第13条2項1号・山本豊訳）とされている。

また、ドイツには、各州の消費者センター（個人、様々な団体で構成、消費者からの苦情の相談等を受けている）、商品テスト財団（商品、サービスのテストをして公表する活動をしている）、消費者研究所（消費者センター等に向けて講義をしたり、主に教育面でも活動をしている）、消費者保護協会等の消費者団体がある（ヨーロッパ約款規制調査報告書・近畿弁護士会連合会消費者保護委員会編）。

他方、オランダでは、団体は正式に法人として登録されている、定款があって、代表者が代表する適格な団体とされている（前記報告書）。因みに、オランダ新民法においては、職業もしくは事業を行う者、または職業もしくは事業用でない物品もしくは役務の最終消費者の各利益の擁護を目的とする完全能力法人（オランダ新民法約款関連条文第240条3項・山本豊訳）との表現がある。

また、オランダには、上記要件に適合する消費者団体が1つしかなく、本部はハーグにある。オランダの消費者団体には65万人の個人会員がおり、世帯数として総数の6分の1、約16パーセントが消費者団体に関与していることになる。（上記報告書）。

フランスにおける消費者団体の要件については、a 適法に設立の届出をした団体で消費者の利益の保護を定款上の明示的な目的とするものであること、b 事業活動をしていないこと（消費者生協は除く）、c 全国レベル又は地方レベルで

消費者代表性を有することといった要件を満たした上で、検事の意見に基づいて全国レベルのものは政令で、地方レベルのものは県知事のアレテによって5年の期間について認可が与えられた団体か、家族・社会援助法典第2条に定める団体である（我が国における約款規制に関する調査・経済企画庁委託調査）。なお、フランスで全国レベルの認可団体は20を数える。

台湾においては、「消費者権益の保護と消費者教育の遂行」を目的とする社団法人または財団法人たる消費者保護団体であって、設立許可から3年以上経過し、行政院消費者保護委員会から優良消費者保護団体であるとの評価を受け、消費者保護の専門スタッフをかかえ、かつ、社団にあつては500人以上の社員、財団にあつては1000万新台湾元以上の登記財産を有している団体が差止訴訟を提起することができる（松本恒雄「法実現のための監視体制」ジュリスト1139号109頁）。

II 我が国の消費者団体の実態

我が国の消費者団体の会員規模は、平成7年度では、10人から99人の団体が1872（40.3%）と最も多い（平成6年度では同規模の団体が40.4%）。次いで、100人から999人の団体が32.3%となる。また、100人以上の団体が全体の56%を占めている。

そのうち、都道府県のおおむね全域に会員があり、活動を行っている団体（県域団体）については、100人以上の団体が81.4%を占め、郡、市、町、村などを範囲として活動を行っている団体（地域団体）については、100人以上の団体が52.9%となる。

また、団体の設立趣旨では、例えば、消費者の利益擁護および増進、消費者運動の促進、情報提供、苦情相談受付、消費者権利の確立、経済的不公正の排除、消費者意識の啓蒙等があり、實際上、消費者啓発活動、商品テスト、調査活動、苦情処理等の活動を行っている（以上「平成8年度基本調査と団体名簿 消費者団体の概要」経済企画庁国民生活局消費者行政第2課編）。

③ 消費者団体の要件に関する提案

消費者団体については、法人である必要はないが、定款等の目的が消費者の利益擁護（および啓発、相談等）であって、実際にもそのような活動を行うことが前提となろう。

また、法人格のない社団においては、その構成員の数は、100人前後を要件とするのが実態に合致するとともに、妥当であると考えられる。なぜなら、仮に100人とするとき、我が国の消費者団体全体の50%以上がその要件を満たすこととなるが（県域団体では80%以上）、大きな消費者団体の少ない地域団体でも50%の団体が要件を満たすこととなり、全国規模あるいは都道府県域で発生する消費者被害以外の地域的な消費者被害にも対応できることになるからである。これを、仮に1000人とすると、地域団体の約90%は消費者団体訴訟を利用できないことになってしまう。

さらに、消費者団体には、社団を構成員とする上部団体も含ませるべきであろう。これらを考慮して消費者団体の要件を定めるとすれば、上記の要件が妥当である

と考えられる。

なお、以上のような各要件にあてはまる消費者団体としては、例えば、2条5項①については、全国消費生活相談員協会などの社団法人、NPO法案に基づく法人などを、同②については、主婦連などの法人化されていない全国的な消費者団体などを、同③については、全国消費者団体連絡協議会のように団体を構成メンバーとしている全国組織などを挙げられよう。

エ 濫訴の批判について

消費者団体訴訟については、濫訴の弊を招く危険があるとの批判がある。

しかし、もともと根拠が明らかでない漠然とした不安のために、消費者団体訴訟を否定するのは許されないことであり、日本社会の病理現象的な側面をのみ強調することで同訴訟を否定するのは、消費者の利益を蔑ろにするものであって本末転倒である。

また、このような批判はPL法の立法過程でも存在したものの、実際にPL法が施行された現在では全くの杞憂であったことが判明している。

さらに、差止請求は金銭を要求するものではない。不当な請求に対しては、事業者の毅然とした対応がとられれば濫訴という事態にはならないと考えられる。

第17条（民事訴訟法の準用）

差止請求等もしくは撤回請求等に関する訴えには、本法に別段の定めがない時は民事訴訟法を準用する。

【解説】

（1）訴訟資料の収集、審理方法

- ① 審理方法については、特別な必要のない限り民事訴訟法が適用されると解して良い。

消費者団体訴訟においては、審理の対象は約款条項の不当性であるから、ほとんど書証によって判断可能であり、証人尋問の必要が少なく書面審理で足りると考えられる（ヨーロッパ約款規制調査報告書・近畿弁護士会連合会消費者保護委員会編）。業界の実情やコスト計算、被害状況等も主に書証で足りると思われるが、証人尋問の必要性については、通常の裁判と同様個々の裁判において判断されればよいことであるから、特別の審理方法を採用する必要はない。

ちなみに、ドイツの差止訴訟の実情について、ツインマーマ裁判官は以下のように話している。「約款を使用したという事実は争いない事実であるから、人証の取り調べの必要はない。問題は条項の内容判断であって法律解釈の問題であるから、人証の取り調べをしないのがほとんどである。」（ヨーロッパ約款規制調査報告書・近畿弁護士会連合会消費者保護委員会編）

- ② 職権探知主義の導入について

消費者団体訴訟において、弁論主義に代えて職権探知主義を導入すべきかは、差止訴訟の性質をどのように考えるかに関わる問題である。

この点、消費者団体訴訟の本質を民衆訴訟と解し、そこで争われる利益を法秩序

維持という公益であると解する立場からは、弁論主義を制限し、職権探知主義を採用すべきとする見解がとられやすい。

しかし、消費者団体訴訟の本質を消費者団体の実体法上の差止請求権とし、そこで争われる利益は団体自身の利益であると解する立場では、通常の民事訴訟と同様に弁論主義が妥当し、特に職権探知主義を採用すべき理由はない。

(2) 判決事項について

消費者団体訴訟においても、特別の規定のない限り、原則として、民事訴訟法の原則が適用されることになる。そこで、処分権主義の原則、すなわち裁判所は当事者の申立てなかった事項については裁判できないとする申立事項の拘束力の原則が妥当する。後述のとおり申立は個別の条項の効力についてなされるから、裁判所の判断も約款中の個別の条項の効力についてなされる。

ドイツでは、客観的な法的コントロールを重視する立場から、ドイツ民訴法308条の例外として、裁判所に約款全体を裁判官の統制に服せしめる権限を与え、これにより約款全体を包括的訴訟物に高めるべきであるとの異論もある（内山衛次「消費者団体訴訟の諸問題」阪大法学140号60頁）。これによると、当事者が申し立てなかった条項の効力についても裁判所は判断が可能ということになる。

しかし、裁判所及び当事者が無効な条項を見落とした場合の既判力によって後訴を提起することができなくなり不都合があることや、現実には、当事者が無効な条項を見落とした場合でも、後から追加して主張、立証していけば不都合は低いと考えられることから、裁判所は当事者の申し立てなかった事項については裁判できない、すなわち、申立事項の拘束力は妥当すると考えるべきである。

(3) 和解、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾

消費者団体訴訟における訴訟物は、消費者団体の差止等請求権であり、処分権主義から、上記は全て認められるべきである。

実際上も、和解、取下げ等がなれ合い的に行われても、別の消費者団体は別途消費者団体訴訟を提起できるのであるから（次項の二重起訴、既判力の点参照）、不都合はない。

(4) 団体訴訟の訴訟費用

訴額は算定不能として計算されるべきである（民事訴訟費用等に関する法律第4条7項）。差止訴訟の目的は各契約条項の差止めであり、それ自体で経済的利益を算出することは困難である。

(5) 仮処分について

契約条項に対する使用・勧奨の差止めについては審理は短期間で終了すると思われる、仮処分を認める実益は少ないであろう。しかし、現に大量に被害が発生し、無効であることが明らかである契約の場合は、仮処分による差止めの必要性があると考えられる。

仮処分を認める場合、現行の民事保全法で対応可能である。

差止請求等もしくは撤回請求等に関する訴えは、民事訴訟法に定める管轄地方裁判所のほか、差止請求等においては差止請求等を求める契約条項を含む約款が使用され又は使用されようとする地を、撤回請求等においては現に推奨され又は推奨が予定されている地を管轄する地方裁判所の管轄に属する。

【解説】

管轄については、事業者の住所地ないし本支店所在地を管轄する裁判所に対しては現行民訴法で訴え提起可能である。

しかし、事業者の住所や本店所在地が消費者団体の所在地から遠隔地にある場合、消費者団体にとって消費者団体訴訟を維持する負担が大きくなる。

そこで、当該約款が現に使用・推奨された地、及び使用・推奨が予定されている地を管轄する裁判所も現行民訴法に付加して管轄裁判所とすべきである。現に使用された地とは約款による契約を勧誘したり、契約が成立した地などをいい、使用が予定されている地とはその事業者の営業エリアがほぼこれにあたる。現に推奨された地とは推奨文書等が配布された地があたり、推奨が予定されている地とは、例えば、推奨の主体が全国的な事業者団体であれば全国が管轄となり、地方の事業者団体であれば当該地方の裁判所が管轄となろう。

第19条（請求の特定）

16条に定める訴えの提起は、差止請求等、撤回請求等を求める契約条項を特定して行わなければならない。

【解説】

前述したとおり、不当な契約条項が繰り返し使用されることによる同種かつ大量の被害発生を防止するためには、不当契約条項の使用を事前に差止める必要がある。一方、差止めの対象となるものとしては、繰り返し消費者契約に用いられている、または、用いられるおそれのある契約条項であって、差止請求の対象とする必要がある程度反復継続して使用され、または、使用されるおそれのある契約条項である必要がある。そしてそれは端的には約款である。

したがって、約款の使用に対する差止請求が認められるべきである。上記の趣旨から「約款」とは、事業者が多数の消費者との契約のために予め定式化した契約条項で、契約の内容になるものをいい、その名称、形態は問わないものとすべきである。

そして、差止請求は、消費者契約法上、消費者に不当に不利益であるために無効な個別の契約条項を対象としてなされるのであり、差止めの対象となるのは、約款中の個別条項であって、約款全体や条項中の一部の文言ではない。この点、同一条項中的一部分であっても、その部分を別個の条項として分離可能な場合にはその部分を対象とすることができることになる。たとえば約款中の第○条に「以下の場合には期限の利益を失う」として第○条の一項から期限の利益を喪失する場合を列挙している場合には、その各項すべてではなくそのいずれかを対象とすることができるのである。

約款については、まず約款の「使用」に対する差止請求が認められるべきであるが、「使用」に対する差止請求のみならず、約款の「推奨」に対する差止請求も認められる

べきである。「推奨」とは、不特定多数の者に特定の約款条項が適切で有利なことを示してその使用を勧めることをいい、(石田喜久夫編「注釈ドイツ約款規制法」282頁)具体的に言えば、事業者団体がモデル約款を作成し、その使用を団体加盟の事業者に対し勧める場合等である。無効な約款条項が推奨されると、広範囲において無効な約款条項が使用される危険を生じるため、無効な条項が使用される危険を事前に除去する必要からすれば、使用の場合のみならず推奨の場合にも差止請求をすることができるとするべきなのである。

さらに、約款使用の事前差止めの必要性の見地からすれば、推奨者に対しては、推奨の差止めのみならず、推奨行為の撤回、すなわち、無効な条項についての推奨が成功し影響力を維持している状態を除去することも請求しうるとするべきである。撤回の具体的方法は、条項が無効であることを推奨受領者に通知すること等である。

また、約款の使用の場合にも、推奨の場合にも、事情によっては義務者の積極的作為が要求される場合もあるので、そのような場合には、適当な措置を取ることも請求できるとするべきである。

消費者団体による差止請求の対象については以上のとおりであり、まとめると次のとおりとなる。すなわち、消費者団体は、消費者契約における約款において、消費者契約法により無効である条項を使用し、または使用しようとしている事業者に対し、その使用の差止その他適当な措置をとることを請求でき、また、消費者団体は、消費者契約における約款において、消費者契約法により無効である条項を推奨し、または推奨しようとしている者に対し、その推奨の差止め、撤回その他適当な措置をとることを請求できる。

なお、契約締結過程における不当勧誘行為に対しても、消費者団体による差止請求を認めることができるのか問題となるも(松本恒雄「法実現のための監視体制」ジュリスト1139号107頁)、今後の検討課題である。

第20条(判決の効果)

裁判所により消費者契約における約款中の条項の使用の差止を命じられた事業者と契約した消費者が、その判決を援用した場合、当該条項は無効とみなす。

【解説】

(1) 差止判決の効力等

① 二重起訴、既判力の問題

消費者団体訴訟の本質を民衆訴訟説、法定訴訟担当説と理解すれば、別の消費者団体が重ねて同一条項について差止訴訟を提起することは、二重起訴となり、重ねて差止訴訟を提起することはできないということになりやすい。

しかし、本制度を消費者団体の実体法上の差止請求権と解する立場からは、他団体がする提訴については、訴訟物が別個であることから、既判力は差止訴訟の当事者のみに及び、同一条項について異なる消費者団体から同一企業に対して訴訟を提起することも許される。

こう解しても、本制度が金銭支払を請求するものでないことから、多くの団体が

別個に訴訟を提起することは考えにくく、慎重な審理が行われた結果だされた判決に対してあえて別訴を提起して改めて裁判所の判断を求めることも多くはないと考えられることから、このように解しても問題はないと考えられる。

② 判決の拘束力の拡張

消費者団体が勝訴した場合、その後の個々の消費者のなす個別訴訟において、いかなる効力が認められるべきか。

団体訴訟で消費者団体が勝訴した場合において、消費者が個別に訴訟を提起した場合、差止訴訟と個別の訴訟は訴訟物は別個であるから、消費者は、本来、また一から条項の不当性を主張立証すべきこととなる。

しかし、これでは、せっかく消費者団体が消費者全体のために差止判決を得たのに、事業者が個別の訴訟で再び条項の不当性を争うことを可能にし、結局差止訴訟の目的である不当な約款条項の排除が図られなくなる。

そこで、差止判決に敗訴した事業者と契約した個別の消費者は、差止判決を「援用」し、援用がなされた場合には、裁判所は、当該条項について無効の判断をすることが義務づけられる効力が与えられるべきである。

ドイツでは、「敗訴した使用者が差止命令に違反するときには、当該契約の相手方が差止判決の効力を援用する限り、約款中の規定は無効と認められる。」（ドイツ約款取引法 21 条、判決効の片面的拡張）として、「援用」を要件として一般消費者は当該規定の無効を主張できる。

③ 消費者団体が勝訴した場合に企業が判決に違反している場合のサンクション

消費者団体が差止訴訟に勝訴した場合に、悪質な事業者は判決に従わないことが考えられる。このような事業者に対する適切なサンクションがあつてこそ、不当条項の排除が図られるのである。

考えられるサンクションとしては、現行法上、間接強制が認められており（民事執行法 172 条）、これによることが可能である。

また、判決に違反する行為に対し刑事罰を課すことも検討されるべきである。

(2) 事実上の波及効

ドイツでは、官報への判決の公表（18 条）、連邦カルテル庁への登録（20 条）の制度がある。趣旨としては、差止判決援用の機会を確保することにある。

問題点としては、①実効性（消費者は官報を読まない）、②判決公表の権限が裁判官にある（消費者による公表申立を認めるべき）、③仮処分あるいは未だ確定していない裁判の公表（公表後に敗訴して被告企業から損害賠償をされることをおそれ公表の申立を行わない）等がある。

我が国でも、差止判決の援用の機会を確保するためにいかなる条項について差止判決がなされたか、消費者が知ることができる機会を確保する必要がある。

その実効性ある方法としては、差止判決が確定した裁判所が国民生活センターに通知し、同センターが各地の消費生活センターに通知し、国民生活センターや各地の消費生活センターは消費者からの照会に応じて差止判決の情報を提供する制度を創設することが考えられる。

また、企業の費用で広告をすることも検討されるべきものである。

第6章 他の法令との関係

第21条

消費者契約については、本法によるほか、民法の規定による。

第22条

消費者契約について、民法典以外の特別法によって本法と異なる定めが存在するときには、当該特別法の規定による。但し、本法に定める規定より消費者に不利なものは本法による。

【解説】

(1) 国生審最終報告（48頁）

ア 民法との関係

民法は、当事者すべてが平等で十分な情報を持ち、合理的な人として自発的に行動できることを前提としており、契約当事者が消費者であるかどうかを問わず適用されるので、消費者契約に限定して適用される消費者契約法は、民法に対して特別法の地位を有することになると考えられる。

イ 商法及び個別法等の私法規定との関係

商法及び個別法その他の消費者契約に関連する法律の私法規定は、民法に対して特別法の地位を有している。消費者契約法は消費者と事業者との間で締結される契約を幅広く対象とする民事ルールであることから、一般的には、個別法の私法規定と消費者契約法の規定とが競合する場合には、個別法の私法規定が優先的に適用されるものと考えられるが、商法及び個別法その他の消費者契約に関連する法律の私法規定との具体的な適用関係については、個々の条項ごとにいずれが優先的に適用されるかを検討する必要がある。

(2) 中間整理（47～48頁）

国生審最終報告の考え方を基本的に妥当なものと評価しつつ、民法と消費者契約法との関係が単純なものではなく、現行民法の内容を具体化したものや、消費者特別法として現行民法を修正したものがあることを指摘している。そして、このように多層性があるにもかかわらず単純に消費者契約法が民法の特別法として、消費者契約法が適用される限度において一般法である民法の規定が排除されるというような位置づけをすると、現行民法よりも消費者保護を後退させることや、消費者契約法の類推適用を否定する方向に傾きやすいことを指摘している。

そして、消費者契約法の内容とされている各項目ごとに個々にその法的性質を明らかにし、民放との関係を整理して適切な位置づけを行っていくことが必要であると指摘している。

(3) 沖野試案

1-3 他の法令との関係

①消費者契約については、本案によるほか、民法の規定による。

②消費者契約について、民法典以外の特別法によって本案と異なる定めが存在するときは、当該特別法の規定による。

(4) 検討

本法は、基本的には民商法の特別法に位置づけられるものである。適用関係については本法が消費者の利益保護を目的としていることを十分考慮する必要がある。消費者契約法には違反しないが民法の信義則などからすれば違法と考えられるものもありうる。証券事件や先物取引事件の判例などで積み上げてきた現行の消費者保護の水準を後退させないようにしなければならない。その意味では中間整理の指摘はもっともである。

消費者契約法の適用にあたっては、現行の消費者保護の水準を低下させることなく、忍法の規定を補充的に適用し、民法以外の特別法については、本法が消費者契約の分野の消費者保護のミニマムスタンダードを規定するものであることから、特別法の規定が本法より消費者に不利な場合には本法を適用することを明確にした。