

## 個別論点の検討(4) 一不当条項に関する規律①一

1. 事業者の損害賠償責任を免除する条項（法第8条）	1
1-1. 人身損害の責任を一部免除する条項	1
1-2. 「民法の規定による」不法行為責任を免除する条項	5
2. 損害賠償額の予定・違約金条項（法第9条第1号）	11
3. 不当条項の一般条項（法第10条）	22
3-1. 前段要件	22
3-2. 後段要件	24

## 1. 事業者の損害賠償責任を免除する条項（法第8条）

### 1-1. 人身損害の責任を一部免除する条項

法第8条第1項第2号及び第4号について、人身損害については、事業者の軽過失によるものであっても、事業者の責任の一部を免除する条項を無効とすべきであるという考え方について、どう考えるか。

<具体的な対応>

【甲案】現行法の規定を修正し、事業者の軽過失による人身損害について責任の一部を免除する条項は、無効とする。

【乙案】現行法の規定を修正し、事業者の軽過失による人身損害について責任の一部を免除する条項は、原則として無効とし、合理性がある場合に限り、例外的に有効とする。

【丙案】現行法の規定を維持した上で、法第10条の解釈・適用に委ねる。

●次のような人身損害の損害賠償責任を免除する条項について、どう考えるか。

**事例 1-1** プロ野球の試合を観戦中、打者の打ったファウルボールが原告の顔面に直撃し右眼球破裂により失明した事故について、プロ野球の試合観戦契約約款には、「主催者又は球場管理者が負担する損害賠償の範囲は、治療費等の直接損害に限定されるものとし、逸失利益その他の間接損害及び特別損害は含まれないものとする。但し、主催者若しくは主催者の職員等又は球場管理者の故意行為又は重過失行為に起因する損害についてはこの限りでない。」とする条項があった。

**事例 1-2** 国内航空運送約款の「会社は、航空機に搭乗中又は乗降中、会社の責に帰すべき事故により生じた旅客の死亡又は損害に対しては、旅客1人について2300万円を限度として賠償します。」とする条項

### （1）問題の所在

#### ア 現行法の規定

消費者契約法第8条第1項第2号は、事業者、その代表者又はその使用する者（履行補助者）の故意又は重過失（以下、1.において事業者の故意又は過失について述べる場合には、事業者、その代表者及びその使用する者（履行補助者）の故意又は過失を指す。）に基づく債務不履行により消費者に生じた損害について、事業者の損害賠償責任の一部を免除する条項を無効とする。

同様に、法第8条第1項第4号は、消費者契約における事業者の債務の履行

に際してされた事業者の故意又は重過失に基づく不法行為により消費者に生じた損害について、事業者の損害賠償責任の一部を免除する条項を無効とする。

これらの規定によれば、事業者の軽過失に基づく債務不履行又は不法行為によって生じた損害については、事業者の損害賠償責任の一部を免除する条項は無効にはならない。

## イ 人身損害についての損害賠償責任を一部免除する条項の存在

しかし、消費者の生命又は身体に生じた損害（以下「人身損害」という。）については、生命・身体の法益としての重要性に照らし、それが事業者の軽過失によるものであっても、損害賠償責任の一部を免除する条項を無効とすべきではないかという指摘がある<sup>1</sup>。

人身損害についての損害賠償責任を一部免除する条項については、例えば、プロ野球の試合観戦契約約款（事例 1-1）、国内航空運送約款（事例 1-2）において実例が見られる<sup>2</sup>。

## （2）考え方<sup>3</sup>

### ア 人身損害についての損害賠償責任を一部免除する条項を無効とする考え方

生命・身体は、他の法益と比べて要保護性が高く<sup>4</sup>、合意による処分に適しない。この点を重視し、消費者契約においては、人身損害についての損害賠償責任を一部であっても免除することはできないという考え方もあり得る。契約締結の時点では損害の発生及び内容が未確定であるにもかかわらず、消費者と事業者との間に構造的な情報・交渉力の格差があるため、消費者は事業者の損害

<sup>1</sup> 消費者庁「消費者契約法の運用状況に関する検討会報告書」54頁。

<sup>2</sup> このうち、プロ野球の試合観戦契約約款についての裁判例として、札幌地判平成27年3月26日。この事件で、裁判所は、プロ野球の試合を観戦中、打者の打ったファウルボールが原告の顔面に直撃し右眼球破裂により失明した事故（事例 1-1）について、本件ドームには工作物責任上の瑕疵があったものと認められる一方で、原告には過失があったとは認められず、当該瑕疵によって原告はその身体に重大な後遺障害を負ったのであるから、球団運営会社が、試合観戦契約約款の（事例 1-1 に対応する）条項を援用して原告に対する賠償の範囲を治療費等の直接損害に限定することは、権利の濫用に当たり許されないと判断した（その後、被告らが控訴）。

<sup>3</sup> 消費者契約における不当条項研究会『消費者契約における不当条項の横断的分析』（商事法務）55～66頁〔清水真希子執筆〕参照。

<sup>4</sup> 「民法（債権関係）の改正に関する要綱」第7・5では、生命・身体は法益としての要保護性が高いことを理由の一つとして、債権の原則的な時効期間よりも長期の時効期間を設ける考え方が採用された。なお、法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」77頁参照。

賠償責任を免除する条項を含む消費者契約の締結を余儀なくされるおそれがあるからである。

この考え方によれば、人身損害については、事業者の軽過失によるものであっても、事業者の損害賠償責任を一部でも免除する条項は無効とすべきであることになるので、この点で現行法の規定を修正することになるが、どう考えるか。

## イ 原則無効とし、合理性がある場合に限り、例外的に有効とする考え方

これに対し、生命・身体の法益としての重要性を肯定しつつ、消費者にとって有益なサービスを提供する事業の保護の必要性も肯定する考え方もある。

この考え方によれば、事案ごとに双方を比較衡量して具体的に検討することになる。例えば、

- ①警備契約・介護契約等の、人身の保護そのものを目的とする契約では、商品設計の際に、主たる給付の範囲の確定と連動して事業者がどこまで人身損害のリスクを引き受けるかが考慮されるから、引き受けられた人身保護の範囲を超えるものについては免責の余地を認めることに合理性がある場合がある<sup>5</sup>。
- ②旅客運送については、旅客の人身損害に関し責任限度額を設ける政策的な根拠として、運送人の加重された責任（無過失責任等）の対価、訴訟の回避による迅速な補償提供、補償の定額化、運送人の負担する責任保険料の低額化（ひいては運送賃の低額化）等が挙げられている<sup>6</sup>。

そこで、生命・身体の法益としての重要性から、人身損害についての事業者の損害賠償責任を一部免除する条項を原則として無効としつつ、事案ごとに個別具体的に検討した上で、合理性があると認められる場合に限り、例外的に有効とする考え方もあり得ると思われるが、どう考えるか<sup>7</sup>。

---

<sup>5</sup> 潮見佳男『債権総論Ⅰ（第2版）』（信山社）415頁。もともと、潮見教授は、合理性があるようにも見える場合でも、「事業者の故意・過失による人身侵害を免責することは、非侵害法益の重大性と比較すると不当であるとの判断に傾くと言えるであろう」とし、人身損害について責任の免除を認める余地を限定的に解している。

<sup>6</sup> 江頭憲治郎『商取引法（第7版）』（弘文堂）358頁。なお、国際航空旅客運送については、平成15年に発効したモントリオール条約によって責任制限が撤廃された。

<sup>7</sup> 加藤雅信『新民法大系Ⅲ債権総論』（有斐閣）169頁は、人身損害についての免責特約を一般論としては公序良俗に反するものとして無効としつつ（民法第90条）、通常の医師が引き受けたがらない危険な手術をする契約等、軽過失免責に一定の合理性がある場合には有効と認めてよいとする。

## ウ 現行法の規定を維持した上で、法第 10 条の解釈・適用に委ねる考え方

また、現行法において、事業者の軽過失による人身損害について損害賠償責任の一部を免除する条項は、法第 8 条に定める条項には該当しないものの、その内容が信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであれば、法第 10 条により無効となる余地があることからすると、現行法の規定を維持した上で、法第 10 条の解釈・適用に委ねることも考えられる。

以上を踏まえ、法第 8 条第 1 項第 2 号及び第 4 号について、人身損害については、事業者の軽過失によるものであっても、事業者の責任の一部を免除する条項を無効とすべきであるという考え方について、どう考えるか。

<具体的な対応>

【甲案】現行法の規定を修正し、事業者の軽過失による人身損害について責任の一部を免除する条項は、無効とする。

【乙案】現行法の規定を修正し、事業者の軽過失による人身損害について責任の一部を免除する条項は、原則として無効とし、合理性がある場合に限り、例外的に有効とする。

【丙案】現行法の規定を維持した上で、法第 10 条の解釈・適用に委ねる。

## 1-2. 「民法の規定による」不法行為責任を免除する条項

法第8条第1項第3号及び第4号により無効とされる事業者の不法行為責任を免除する条項について、「民法の規定による」という文言を削除する等により、免除の対象となる不法行為責任を、民法以外の規定によるものにも拡張するという考え方について、どう考えるか。

### (1) 問題の所在

消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為による損害賠償責任について、法第8条第1項第3号は全部免除条項を、同条第1項第4号は当該事業者の故意又は重過失による場合の一部免除条項を、それぞれ無効であるとする。

これらの規定では、「当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任」と定められており、法第8条第1項第3号については民法第709条（不法行為による損害賠償）、第715条（使用者等の責任）、第717条（土地の工作物等の占有者及び所有者の責任）、第718条（動物の占有者等の責任）に規定する損害賠償責任を指し、法第8条第1項第4号については民法第709条、第715条に規定する損害賠償責任を指すと解されている<sup>8</sup>。

これに対しては、民法以外の規定による事業者の不法行為責任についても、法第8条第1項第3号及び第4号の対象とすることで、事業者の責任を免除する条項を無効とすべきであるとの意見がある<sup>9</sup>。

### (2) 考え方

法第8条第1項第3号及び第4号に該当する条項は、当該条項に個別の事情による合理性があるか否かを問題とすることなく当然に無効とされるので、当該条項が同条第1項第3号又は第4号に当たるか否かの判断基準を明確にする観点から、無効とされる条項を「民法の規定による」不法行為に基づく損害賠償責任を免除する条項に限定していたものと考えられる。

しかし、消費者契約における債務の履行に際しての事業者の不法行為責任を免除する条項の不当性は、その不法行為が民法の規定によるかどうかによって異なる

<sup>8</sup> 消費者庁消費者制度課編『逐条解説 消費者契約法〔第2版補訂版〕』（商事法務）（以下「消費者庁逐条解説」という。）185頁、189頁（参考1）

<sup>9</sup> 消費者庁「消費者契約法の運用状況に関する検討会報告書」54頁

るものではない<sup>10</sup>。

また、法人の代表者による不法行為責任については、消費者契約法の立法当時は民法に規定されていたものの（旧第44条第1項）、平成18年の法人制度全般の改正にあわせて一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（以下「一般社団法人・財団法人法」という。）等において規定されることになり、民法からは削除された。

以上のような立法後の経緯も踏まえ、例えば、法第8条第1項第3号及び第4号における「民法の規定による」を削除し、「当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する責任」と修正することで、民法以外の規定による不法行為責任にも拡張することが考えられる<sup>11</sup>。民法以外の規定による不法行為責任としては、代表者の行為についての法人の損害賠償責任（一般社団法人・財団法人法第78条、第197条、会社法第350条、第600条、一般社団法人・財団法人法第78条を準用する特定非営利活動促進法第8条等）、製造物責任（製造物責任法第3条）、船舶所有者の船長等に関する賠償責任（商法第690条）<sup>12</sup>、自動車損害賠償責任（自動車損害賠償保障法第3条）が考えられる。

そこで、法第8条第1項第3号及び第4号により無効とされる事業者の不法行為責任を免除する条項について、「民法の規定による」という文言を削除する等により、免除の対象となる不法行為責任を、民法以外の規定によるものにも拡張するという考え方について、どう考えるか。

<sup>10</sup> 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣）122頁

<sup>11</sup> 消費者契約法の制定に先立つ第17次国民生活審議会・消費者政策部会報告（平成11年12月24日開催）の一部を構成する「消費者契約法（仮称）の具体的内容について」では、無効とすべき不当条項として「当該消費者契約に関して、当該事業者、その代表者、代理人又は使用人その他の従業者の過失による不法行為により消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任を免除する条項」「当該消費者契約に関して、当該事業者、その代表者、代理人又は使用人その他の従業者の故意又は重過失による不法行為により消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任を制限する条項」と定められており、民法の規定による責任には制限されていなかった。

<sup>12</sup> 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣）122頁が、第8条第1項第3号の対象とすべきであると主張する。

## 【参照条文】

### ○消費者契約法（平成十二年法律第六十一号）

（事業者の損害賠償の責任を免除する条項の無効）

第八条 次に掲げる消費者契約の条項は、無効とする。

- 一 事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項
  - 二 事業者の債務不履行（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。）により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項
  - 三 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の全部を免除する条項
  - 四 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。）により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の一部を免除する条項
  - 五 消費者契約が有償契約である場合において、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるとき（当該消費者契約が請負契約である場合には、当該消費者契約の仕事の目的物に瑕疵があるとき。次項において同じ。）に、当該瑕疵により消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任の全部を免除する条項
- 2 前項第五号に掲げる条項については、次に掲げる場合に該当するときは、同項の規定は、適用しない。
- 一 当該消費者契約において、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該事業者が瑕疵のない物をもってこれに代える責任又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合
  - 二 当該消費者と当該事業者の委託を受けた他の事業者との間の契約又は当該事業者と他の事業者との間の当該消費者のためにする契約で、当該消費者契約の締結に先立って又はこれと同時に締結されたものにおいて、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該他の事業者が、当該瑕疵により当該消費者に生じた損害を賠償する責任の全部若しくは一部を負い、瑕疵のない物をもってこれに代える責任を負い、又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合

## (参考 1) 消費者庁逐条解説 178 頁以下 (抜粋)

### 1 趣 旨

契約条項に基づく事業者による消費者の権利の制限の例としては、現実には、消費者が損害を受けた場合の損害賠償請求権を排除または制限し、消費者に不当な負担を強いる場合がある。そこで、本条においては、消費者が損害を受けた場合に正当な額の損害賠償を請求できるように、事業者が消費者契約において、民法、商法等の任意規定に基づき負うこととなる損害賠償責任を特約によって免除または制限している場合に、その特約の効力を否定することとする。

### 2 条文の解釈

#### (3) 第 1 項第 3 号

本号は、民法第 709 条、第 715 条、第 717 条、第 718 条に関する規定である。

##### ① 「事業者の不法行為」「民法の規定による責任」

「事業者の不法行為」「民法の規定による責任」とは、民法第 709 条（不法行為による損害賠償）、第 715 条（使用者等の責任）、第 717 条（土地の工作物等の占有者及び所有者の責任）および第 718 条（動物の占有者等の責任）に規定する損害賠償責任を指す。

#### (4) 第 1 項第 4 号

本号は、民法第 709 条、第 715 条に関する規定である。

##### ② 「事業者の不法行為」「民法の規定による責任」

本号においては、民法第 709 条、第 715 条を指す。

## (参考2) 第8条に関するこれまでの提案

### ○日弁連改正試案

(不当条項とみなす条項)

第17条 次に掲げる消費者契約の条項は、不当条項とみなす。

一～四 (略)

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

イ 当該消費者契約において、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該事業者が瑕疵のない物をもってこれに代える責任又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合で、当該責任に基づく義務が履行された場合

ロ 当該消費者と当該事業者の委託を受けた他の事業者との間の契約又は当該事業者と他の事業者との間の当該消費者のためにする契約で、当該消費者契約の締結に先立って又はこれと同時に締結されたものにおいて、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該他の事業者が、当該瑕疵により当該消費者に生じた損害を賠償する責任の全部若しくは一部を負い、瑕疵のない物をもってこれに代える責任を負い、又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合で、当該責任に基づく義務が履行された場合

六～十三 (略)

### (参考3) 民法以外の規定による不法行為責任の例

#### ○一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（平成十八年法律第四十八号）

（代表者の行為についての損害賠償責任）

第七十八条 一般社団法人は、代表理事その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。

第九十七条 前章第三節第四款（第七十六条、第七十七条第一項から第三項まで、第八十一条及び第八十八条第二項を除く。）、第五款（第九十二条第一項を除く。）、第六款（第一百四十二条第二項を除く。）及び第七款の規定は、一般財団法人の理事、理事会、監事及び会計監査人について準用する。（以下略）

#### ○会社法（平成十七年法律第八十六号）

（代表者の行為についての損害賠償責任）

第三百五十条 株式会社は、代表取締役その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。

（持分会社を代表する社員等の行為についての損害賠償責任）

第六百条 持分会社は、持分会社を代表する社員その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。

#### ○特定非営利活動促進法（平成十年法律第七号）

（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律の準用）

第八条 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（平成十八年法律第四十八号）第七十八条の規定は、特定非営利活動法人について準用する。

#### ○製造物責任法（平成六年法律第八十五号）

（製造物責任）

第三条 製造業者等は、その製造、加工、輸入又は前条第三項第二号若しくは第三号の氏名等の表示をした製造物であつて、その引き渡したものの欠陥により他人の生命、身体又は財産を侵害したときは、これによつて生じた損害を賠償する責めに任ずる。ただし、その損害が当該製造物についてのみ生じたときは、この限りでない。

#### ○商法（明治三十二年法律第四十八号）

第六百九十条 船舶所有者ハ船長其他ノ船員ガ其職務ヲ行フニ当タリ故意又ハ過失ニ因リテ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズ

#### ○自動車損害賠償保障法（昭和三十年法律第九十七号）

（自動車損害賠償責任）

第三条 自己のために自動車を運行の用に供する者は、その運行によつて他人の生命又は身体を害したときは、これによつて生じた損害を賠償する責に任ずる。ただし、自己及び運転者が自動車の運行に関し注意を怠らなかつたこと、被害者又は運転者以外の第三者に故意又は過失があつたこと並びに自動車に構造上の欠陥又は機能の障害がなかつたことを証明したときは、この限りでない。

## 2. 損害賠償額の予定・違約金条項（法第9条第1号）

消費者が「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」を主張・立証するのは困難であることから、立法による対応が必要であるという考え方について、どう考えるか。

<具体的な対応>

【甲案】立証責任の転換規定を設ける。

【乙案】裁判所による資料提出命令規定等を設けることで、事業者による主張・立証を制度的に促す。

【丙案】「同種の事業を行う通常の事業者が生ずべき平均的な損害の額」を原則としたうえで、「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」がより高くなることを当該事業者が主張・立証した場合には、これを超える部分が無効となる。

【丁案】立法による対応ではなく、適切な運用に委ねる。

●次のような場合における消費者による主張・立証について、どう考えるか。

**事例 2-1** いわゆる学納金返還請求訴訟において、原告や裁判所からの求釈明にもかかわらず、被告大学が内部資料（会計書類）を提出しなかった。最終的に、被告大学が原告に対し、入学金を除く前納学納金及び遅延損害金を支払うことで和解した。

**事例 2-2** 大手建設会社（A社）との戸建住宅建築請負契約において、契約締結した後、その日のうちに工事中止を申し入れ、3日後には解除したが、A社から総請負代金の1.5%（75万円。既払金45万円を含む。）を請求された。訴訟になり、裁判官から立証不十分と言われ、尋問後、金銭の支払いを伴わない和解で終わった。

### （1）問題の所在

消費者契約法第9条第1号は、消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定した条項又は違約金を定める条項について、これらを合算した額が、当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、「当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」（以下「平均的な損害の額」と略称することがある。）を超える場合には、当該超過部分が無効になる旨を定めている。

最高裁判例は、法第9条第1号における「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」及びこれを超える部分については、事実上の推定が働く余地があると

しても、基本的には、消費者が主張・立証責任を負うものと判断した<sup>13</sup>。しかし、そもそも「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」は、通常は当該事業者にはしか知り得ないものであり、当該事業者の帳簿その他の内部資料を開示されない限り、これを消費者が知るのは困難な場合が多く、消費者に主張・立証責任を課すのは困難を強いるものであるとの指摘がある<sup>14</sup>。

## (2) 考え方

### ア 立法による対応の必要性

この点について、最高裁判例は、消費者に主張・立証責任があるとしつつ、「事実上の推定が働く余地があるとしても、基本的には」という留保を付していることからすると、消費者による主張・立証の困難性については、裁判所が個別の事案において事実上の推定の活用等<sup>15</sup>により適切に対応することを期待しているものと思われる<sup>16</sup>。

しかし、消費者が情報不足のために具体的な主張や立証をすることができない場合には、裁判所が事実上の推定等を用いることで適切な損害額を認定することもできないと思われる<sup>17</sup>。学納金の返還請求訴訟において、原告（消費者）の求めや裁判所の求釈明にもかかわらず、被告である大学（事業者）が会計書

<sup>13</sup> 大学の授業料の返還に関する最判平成 18 年 11 月 27 日民集 60 卷 9 号 3437 頁

<sup>14</sup> 江頭憲治郎『商取引法（第 7 版）』（弘文堂）103 頁は、「当該事業者（『同業者』ではない）に生ずべき平均的な損害を消費者が知ることは困難な場合が多い」とする。また、消費者庁「消費者契約の運用状況に関する報告書」58 頁も同旨。

<sup>15</sup> 裁判例には、損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときに、相当な損害額を認定することを許容する民事訴訟法第 248 条を（類推）適用するものがある（東京地判平成 14 年 3 月 25 日判タ第 1117 号 289 頁等）。

<sup>16</sup> 具体的な対策として、廣谷章雄ほか『現代型民事紛争に関する実証的研究－現代型契約紛争(1)消費者紛争』(法曹会) 77 頁は、通常の事案では、消費者が平均的損害額について一応主張するだろうから、事業者に対し、これを否認するのであれば、その具体的理由（消費者が主張するのは異なる平均的損害額）を明らかにするように求め（民事訴訟規則第 79 条第 3 項）、これが主張されれば、これを攻撃防御方法にして、反証の可否を判断することとし、事業者が合理的な理由なく否認の理由を述べないときは、事実上の推定や弁論の全趣旨（民事訴訟法第 247 条参照）によって、消費者の主張をもって平均的な損害を認定することも考えられるとする。

また、朝倉佳秀「消費者契約法第 9 条の規定する『平均的な損害』の主張・立証責任に関する一考察」佐々木茂美編『民事実務研究 I』（判例タイムズ社）154 頁は、事業者の情報提供に係る努力義務（法第 3 条）から、事業者は平均的な損害の具体的な内容に踏み込んだ認否をすべきであり、また、反証として証拠を提出すべきであるとする。

<sup>17</sup> 廣谷章雄ほか『現代型民事紛争に関する実証的研究－現代型契約紛争(1)消費者紛争』(法曹会) 75 頁によると、「裁判官アンケートでも、具体的な主張立証が困難なため、どちらも十分な主張立証を行わないことがあり、苦労したという意見があった」とのことである。

類等の内部資料を提出しなかったという事例も報告されているように（事例2-1）、裁判所の釈明に応じて事業者が証拠を提出するとは限らず<sup>18</sup>、文書提出命令の活用にも限界があるとすれば<sup>19</sup>、裁判所が個別事案ごとに対応することには限界があるとも思われる。

また、消費生活相談の現場では、解約時に支払う違約金等の額が妥当かどうか疑わしいとの相談を受けた際に、事業者から適切な資料提出がなされないこともあるという調査結果もある<sup>20</sup>。

これらを踏まえ、立法的な対応が必要であるとも思われるが、どう考えるか。

## イ 立証責任の転換規定の新設

立法的な対応を行う場合、まず端的に、法第9条第1号を改正して立証責任を事業者に転換する考え方がある。解除に伴う賠償額の予定又は違約金は事業者が定めるのであるから、その額が平均的な損害の額を超えるものではないことを事業者に主張・立証させるのは必ずしも酷ではないとも思われる。また、立証責任を転換することで、事業者が適切な額の賠償額の予定又は違約金を定めるよう誘導する機能を果たすことも期待できる。具体的な方法としては、解除に伴う損害賠償額予定条項・違約金条項を原則として無効とし、例外的に平均的な損害の額を超えない部分を有効とすることで、平均的な損害の額の立証責任を事業者に負わせるという立法提案がある<sup>21</sup>。

---

<sup>18</sup> 消費者庁「消費者契約法の運用状況に関する検討会報告書」58頁には、「事業者側の事情を消費者に立証させるということ自体に無理がある。訴訟実務において、事業者から内部資料が証拠提出されないことはよくある」との指摘がある。朝倉佳秀「消費者契約法第9条の規定する『平均的な損害』の主張・立証責任に関する一考察」佐々木茂美編『民事実務研究Ⅰ』（判例タイムズ社）154頁は、法第9条第1号に関する「裁判例を見ると、事業者が全く証拠を提出しない等の訴訟活動を行うことがままあるようである」と指摘する。

<sup>19</sup> 証拠調べの必要性を欠くという理由で却下される場合があるほか、必要性が認められるとしても、技術・職業秘密文書（民事訴訟法第220条第4号ハ）や自己利用文書（同号ニ）に該当するため提出義務を負わない場合もあると思われる。

<sup>20</sup> 独立行政法人国民生活センター（以下「国民生活センター」という。）が平成19年に全国の消費生活センターに勤務する消費生活相談員を対象に行った調査（有効回答数1553名）によると、「解約時に支払う違約金等の額が妥当かどうか疑わしいとの相談を受けた際に、事業者からどのような資料を提示されたことがあるか」という質問に対し、「事業者に資料の提示を求めたことはあるが、提示されたことはない」と回答したのが33.5%であった。その他、「違約金等の額が妥当であることを裏付ける資料を提示されたことがある」と回答したのが5.0%、「資料は提示されたが、裏づけとなるものではなかった」と回答したのが21.2%、「資料は提示されたが、よくわからなかった」と回答したのが9.9%であった（国民生活センター『消費生活相談の視点からみた消費者契約法のあり方』138頁）。

<sup>21</sup> 日本弁護士連合会「消費者契約法日弁連改正試案（2014年版）」（以下「日弁連改正試案」という。）第17条第6号（解説66頁）、河上正二編著『消費者契約法改正への論点整理』（信山社）78頁〔大澤彩執筆〕、京都弁護士会「消費者契約法の改正を求める意見書」等。

これに対しては、民法第 420 条により賠償額の予定又は違約金を定めることが法的に許容されているにもかかわらず、消費者契約法においては原則として無効とするのは、法的に整合しないのではないか、事業者側に情報が偏っていることだけを理由に立証責任を転換するのは適当ではない等の考え方があるが<sup>22</sup>、どう考えるか。

## ウ 事業者による主張・立証を制度的に促す考え方

また、事業者が全く証拠を提出しない等の訴訟活動をするのがままたるようであるという指摘がなされており<sup>23</sup>、事業者の訴訟対応が不熱心、不誠実であるために、訴訟が適正に進行しないという事態に対応するため、事業者による主張・立証を制度的に促すことが考えられる。

例えば、会社法における会計帳簿の提出命令（第 434 条）や一般社団・財団法人法における計算書類等の提出命令（第 130 条）等を参考に、裁判所は、申立てにより又は職権で、事業者に対し、当該事業者に生ずべき平均的な損害の額に関する資料の全部又は一部の提出を命ずることができる旨を消費者契約法に規定することが考えられる。

もっとも、会社法や一般社団・財団法人法の規定では、提出命令の対象となる文書が明確に特定されており、当事者が文書提出命令に従わない場合の効果<sup>24</sup>が生じるものと解されている。これに対し、「平均的な損害の額の額」の立証に必要と考えられる文書は必ずしも明確に特定されるわけではない点を踏まえて検討する必要がある。

その他、例えば特許法第 104 条の 2 も参考にして、立法的な対応を検討することも考えられる<sup>25</sup>。

---

<sup>22</sup> 第 4 回消費者契約法専門調査会資料 3（阿部委員提出資料）14 頁は、「無効を主張する側が不当条項該当性について立証責任を負うのが原則であり、これを転換するには相当の理由が必要。事業者側に情報が偏っていることだけを理由に立証責任を転換することは妥当ではない」、「特に、平均的損害については、その立証のために会社の収支構造など企業の重要な機密事項に属する事項に踏み込まねばならず、極めて慎重に検討すべき」、「現行法においても、裁判所による訴訟指揮や柔軟な事実認定により消費者の救済がはかられている」、「消費者による立証の必要がなくなれば、濫訴が懸念され、事業者や裁判所等の争訟対応コストが増大する」ことを理由に、結論として、立証責任の転換規定の新設に反対する。

<sup>23</sup> 朝倉佳秀「消費者契約法第 9 条の規定する『平均的な損害』の主張・立証責任に関する一考察」佐々木茂美編『民事実務研究 I』（判例タイムズ社）154 頁

<sup>24</sup> 当事者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる（民事訴訟法第 224 条第 1 項）。

<sup>25</sup> 後藤卷則「消費者契約法の問題と課題」国民生活センター『消費生活相談の視点からみた消費者契約法のあり方』19 頁は、特定商取引に関する法律第 6 条の 2 や不当景品類及び不当表示防止法第 4 条第 2 項が行政処分等の適用に関して事業者に対して資料提出義務を課しているこ

エ 「同種の事業を行う通常の事業者に生ずべき平均的な損害の額」を原則としたうえで、「当該事業者に生ずべき平均的な損害の額」がより高くなることを当該事業者が主張・立証した場合には、これを超える部分が無効となるとする考え方

#### (ア) 原則

また、「平均的な損害の額」について、現行法は「当該事業者に生ずべき」損害の額となっているが、これを修正し、「同種の事業を行う通常の事業者に生ずべき」損害の額を原則とした上で<sup>26</sup>、「当該事業者に生ずべき平均的な損害の額」がこれを上回ることを当該事業者が主張・立証した場合には、「当該事業者に生ずべき平均的な損害の額」とする考え方があり得る。

現行法における「平均的な損害の額」は、当該事業者が受けることのできる損害賠償額は全体としてみれば変わらないという限度で、損害を抽象的に計算するものであるが<sup>27</sup>、上記の考え方は、より一般的・客観的基準を徹底し、当該事業者は、同種の事業を行う通常の事業者が受けることのできる損害賠償額を受ければ足りると考えるものである。参考になる運用として、特定商取引に関する法律では、訪問販売における契約の解除に伴う損害賠償額である「契約の締結及び履行のために通常要する費用の額」について（第10条第1項第4号）、「業界の平均費用が標準」とされている<sup>28</sup>。また、消費者は、同種の事業を行う通常の事業者に生ずべき平均的な損害であれば、標準約款や他の事業者に関する資料を用いることができるので、主張・立証が容易になると思われる。

---

とを参考にして、「当該事業者に生ずべき平均的な損害」の立証についても、「事業者側に違約金等の設定方法が合理的であることの根拠を示す資料の提出義務を課し、当該資料の提出がない又は設定方法が合理的とは認められない場合には消費者側の主張を真実と認めることができる」という立法提案をする。

<sup>26</sup> 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣）139頁参照

<sup>27</sup> 法第9条第1号が損害賠償額予定条項又は違約金条項の額を限定したのは、事業者には多数の事案について実際に生じる平均的な損害の賠償を受けさせれば足り、それ以上の賠償の請求を認める必要がないからである（消費者庁逐条解説209頁）。すなわち、当該事業者は、同種の消費者契約を、当該消費者以外の多数の消費者との間でも締結することが想定されている。そこで、当該事業者には、同種の消費者契約が解除された場合の損害賠償額の平均値について賠償を受けさせれば、個別の消費者毎に見れば平均値からの乖離があるとしても、全体としてみれば、当該事業者は本来受けることができる賠償額と同じ額の賠償を受けることができるので、それ以上の賠償を認める必要はないと考えることができる。

<sup>28</sup> 平成25年2月20日付各経済産業局長及び内閣府沖縄総合事務局長あて消費者庁次長・経済産業省大臣官房商務流通保安審議官通達「特定商取引に関する法律等の施行について」

**(イ)「当該事業者に生ずべき平均的な損害の額」がより高くなることを当該事業者が主張・立証した場合**

もともと、消費者が「通常の事業者に生ずべき平均的な損害の額」を主張・立証したとしても、これよりも「当該事業者に生ずべき平均的な損害の額」が高いことを事業者が主張・立証したならば、「当該事業者に生ずべき平均的な損害の額」を超える部分に限り無効とすれば足りると思われる。そこで、この場合には「当該事業者に生ずべき平均的な損害の額」を超える部分を無効とすることが考えられる。

他方で、この考え方によると、事業者は少なくとも「通常の事業者に生ずべき平均的な損害の額」の賠償を受けることができるから、「当該事業者に生ずべき平均的な損害の額」が「通常の事業者に生ずべき平均的な損害の額」よりも低額である場合には、事業者はその差額分の賠償も受けることができることになる。この点は、当該事業者の経営努力の結果であるとして許容するという考え方もあるが、どう考えるか。

**オ 立法による対応ではなく、適切な運用に委ねる考え方**

以上に対して、消費者による主張・立証の困難に対しては、裁判所が個別の事案において事実上の推定の活用等により適切に対応すれば足りるという考え方もあり得るが、どう考えるか。

これらを踏まえ、消費者が「当該事業者に生ずべき平均的な損害の額」を主張・立証するのは困難であることから、立法による対応が必要であるという考え方について、どう考えるか。

＜具体的な対応＞

【甲案】立証責任の転換規定を設ける。

【乙案】裁判所による資料提出命令規定等を設けることで、事業者による主張・立証を制度的に促す。

【丙案】「同種の事業を行う通常の事業者に生ずべき平均的な損害の額」を原則としたうえで、「当該事業者に生ずべき平均的な損害の額」がより高くなることを当該事業者が主張・立証した場合には、これを超える部分が無効となる。

【丁案】立法による対応ではなく、適切な運用に委ねる。

## 【参考条文】

### ○消費者契約法（平成十二年法律第六十一号）

（消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効）

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

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

二 （略）

(参考 1) 消費者庁逐条解説 209 頁以下 (抜粋)

③ 「当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」

この「平均的な損害」とは、同一事業者が締結する多数の同種契約事案について典型的に考察した場合に算定される平均的な損害の額という趣旨である。具体的には、解除の事由、時期等により同一の区分に分類される複数の同種の契約の解除に伴い、当該事業者が生じる損害の額の平均値を意味するものである。したがって、この額はあらかじめ消費者契約において算定することが可能なものである。これは、事業者には多数の事案について実際に生じる平均的な損害の賠償を受けさせれば足り、それ以上の賠償の請求を認める必要はないためである。また、この「平均的な損害」は、当該消費者契約の当事者たる個々の事業者が生じる損害の額について、契約の種類ごとに合理的な算出根拠に基づき算定された平均値であり、当該業種における業界の水準を指すものではない。

「解除の事由」とは具体的な解除原因を指す。解除に伴う損害賠償額の予定等については、事例 9-1 のように、具体的な解除原因によって解約手数料の額を区分している場合や、事例 9-2 のように解除の時期により区分している場合がある。また、売買契約の場合には、解除により商品が返品されたか否かで区分している場合がありうる。「当該条項において設定された」とは、解除に伴う損害賠償額の予定等の区分の仕方は、業種や契約の特性により異なるものであるところ、「平均的な損害」であるかどうかの判断は当該条項で定められた区分ごとに判断するとの意味である。ただし、「平均的な損害」の額の算定については、消費者側の「解除の事由」という要素により事業者が生ずべき損害の額が異なることは、一般的には考え難い。

●解除の事由・時期の具体例

〔事例 9-1〕

語学学校等の例

契約後、中途解約を希望される場合、下記の条件および解約理由に設定された解約手数料をいただいたうえで納入された受講料の残額をお返しいたします。

解除理由	解約手数料
本人の転居（転居先に当校がない場合、またあっても遠距離で通学が困難と当社が判断した場合）、本人の疾病・事故等（ただし 2 か月以上の入院）の場合	残余受講料の 20% （最高限度額 2 万円）
上記以外の事由の場合で本人からの申出があった場合	残余受講料の 20% （最高限度額 5 万円）

〔事例 9 - 2〕

標準旅行業約款（募集型企画旅行契約の部）（注）

（旅行者の解除権）

第 16 条 旅行者は、いつでも別表第一に定める取消料を当社に支払って募集型企画旅行契約を解除することができます。（以下略）

（別表第一）取消料（第 16 条第 1 項関係）

一 国内旅行に係る取消料

区 分	取消料
(一) 次項以外の募集型企画旅行契約	
イ 旅行開始日の前日から起算してさかのぼって 20 日目（日帰り旅行にあつては 10 日目）に当たる日以降に解除する場合（ロからホまでに掲げる場合を除く。）	旅行代金の 20% 以内
ロ 旅行開始日の前日から起算してさかのぼって 7 日目に当たる日以降に解除する場合（ハからホまでに掲げる場合を除く。）	旅行代金の 30% 以内
ハ 旅行開始日の前日に解除する場合	旅行代金の 40% 以内
ニ 旅行開始当日に解除する場合（ホに掲げる場合を除く。）	旅行代金の 50% 以内
ホ 旅行開始後の解除又は無連絡不参加の場合	旅行代金の 100% 以内
(二) 貸切船舶を利用する募集型企画旅行契約	当該船舶に係る取消料の規定によります。

備考 (一)取消料の金額は、契約書面に明示します。

(注) 旅行業法第 12 条の 2 の規定によると、旅行業者は旅行業約款を定め観光庁長官の認可を受けなければならないが、同法第 12 条の 3 の規定により観光庁長官および消費者庁長官が定め公示した標準旅行業約款と同一の約款を定める場合には、認可を受けたものとみなされる。

## (参考2) これまでに出された提案

### ○日弁連改正試案

(不当条項とみなす条項)

第17条 次に掲げる消費者契約の条項は、不当条項とみなす。

一～五 (略)

六 当該消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項。ただし、これらを合算した額が、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者に生ずべき平均的な損害の額を超えない部分を除く。

七～十三 (略)

### ○消費者契約における不当条項研究会『消費者契約における不当条項の横断的分析』 172頁〔丸山絵美子執筆〕

(消費者による損害の負担を予定する条項の規制)

9条1項 次の各号に掲げる消費者契約の条項は、当該各号に定める部分について、無効とする。

1号 消費者の債務不履行に対し、損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であってこれらを合算したものが、平均的損害を超えるもの 当該越える部分

2号 (略)

3号 消費者契約の解除に伴い、損害賠償の額を予定し、もしくは違約金を定め、または原状回復請求権の範囲を定める条項であってこれらを合算したものが、平均的な損害を超えるもの 当該越える部分

2項 解除に伴い生じる平均的な損害の算定にあたっては、解除の時期的区分、契約目的の代替性などが考慮される。

3項 消費者の義務違反、または解除権の行使に対し、過大な違約罰を定める条項は無効とする。

### （参考 3）用例

#### ○会社法（平成十七年法律第八十六号）

（会計帳簿の提出命令）

第四百三十四条 裁判所は、申立てにより又は職権で、訴訟の当事者に対し、会計帳簿の全部又は一部の提出を命ずることができる。

#### ○一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（平成十八年法律第四十八号）

（計算書類等の提出命令）

第一百三十条 裁判所は、申立てにより又は職権で、訴訟の当事者に対し、計算書類及びその附属明細書の全部又は一部の提出を命ずることができる。

#### ○特許法（昭和三十四年法律第二百一十一号）

（具体的態様の明示義務）

第百四条の二 特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、特許権者又は専用実施権者が侵害の行為を組成したものとして主張する物又は方法の具体的態様を否認するときは、相手方は、自己の行為の具体的態様を明らかにしなければならない。ただし、相手方において明らかにすることができない相当の理由があるときは、この限りでない。

### 3. 不当条項の一般条項（法第 10 条）

※ 消費者契約法第 10 条のうち、「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項」という部分を「前段要件」、「民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」という部分を「後段要件」と呼ぶこととする。

#### 3-1. 前段要件

前段要件について、最高裁判例を踏まえ、「消費者契約の条項であって、当該条項がない場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重するもので」と修正すべきという考え方について、どう考えるか。

● 次の場合は、消費者契約法第 10 条に反するか。

**事例 3-1** 建物賃貸借契約書（賃料は月額 3 万 8000 円）には、①賃貸借期間を 1 年とし、契約を更新するときは、賃借人は、賃貸人である会社に対し、更新料として賃料の 2 か月分を支払う、②賃貸人である会社は、賃借人の入居期間にかかわらず、更新料の返還、精算等には応じない旨の条項があった。

#### （1）問題の所在

法第 10 条の前段要件は、消費者契約の条項が、「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」（以下「任意規定」という。）の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する内容であることである。ここでいう「その他の法律」とは、「任意規定を有する法律で、民法、商法以外のもの」を指すと解されている<sup>29</sup>。

これに対しては、新種の契約の場合には何らの規定も存在しないことが多く、明文の任意規定に限定すると、たとえ不当であっても契約条項の無効を主張することが困難になるのではないかという指摘があった<sup>30</sup>。また、「民法、商法その他の法律」に確立した判例や学説上確立した法原則を含ませるとしても、基準としての明確性を十分に備えているので、問題ないという指摘もあった<sup>31</sup>。

このような中で、最高裁は、建物賃貸借契約の更新料に関する判決（事例 3-1）において、「ここでいう任意規定には、明文の規定のみならず、一般的な法理等も

<sup>29</sup> 消費者庁逐条解説 220 頁

<sup>30</sup> 小粥太郎「不当条項規制と公序良俗理論」（民商法雑誌第 123 巻 4=5 号）121 頁

<sup>31</sup> 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣）147 頁

含まれると解するのが相当である」という判断を明示した<sup>32</sup> <sup>33</sup>。

## (2) 考え方

最高裁判例を前提とすると、前段要件は、消費者契約の当該条項がなければ明文の任意規定及び一般的な法理等に照らして消費者に認められたはずの権利義務を、当該条項が消費者の不利に変更しているかどうかを基準となる<sup>34</sup> <sup>35</sup>。そこで、端的に、「消費者契約の条項であって、当該条項がない場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重するもので」と修正することが考えられる<sup>36</sup>。

そこで、前段要件について、最高裁判例を踏まえ、「消費者契約の条項であって、当該条項がない場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重するもので」と修正すべきという考え方について、どう考えるか。

---

<sup>32</sup> 最判平成 23 年 7 月 15 日民集第 65 卷 5 号 2269 頁（以下「最高裁平成 23 年判決」という）。同判決のいう「一般的な法理等」は、同判決の担当調査官解説によると、「確立した判例法理や法原則（あるいは一般法理）」を想定しているようである（『最高裁判所判例解説 民事篇 平成 23 年度』（法曹会）554 頁〔森富義明執筆〕）。

<sup>33</sup> なお、これに先立つ敷引特約に関する最判平成 23 年 3 月 24 日民集第 65 卷 2 号 903 頁について、担当調査官解説は、「賃借人は通常損耗等を補修（原状回復）する義務を負わない」という法理を、民法の解釈上、あるいは判決（通常損耗の修繕義務に関する最判平成 17 年 12 月 16 日集民第 218 号 1239 頁）によって是認されている法原則であるとし、このような法原則を前段要件にいう任意規定と捉えているように思われるとする（『最高裁判所判例解説 民事篇 平成 23 年度』（法曹会）192 頁〔武藤貴明執筆〕）。

<sup>34</sup> 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」（民商法雑誌 123 卷 4 = 5 号）73 頁。

<sup>35</sup> 明文の任意規定がない場合にも法第 10 条により無効となる場合があることに関連して、ドイツ旧約款規制法第 9 条第 2 項第 2 号（現在のドイツ民法第 307 条第 2 項第 2 号）について、同規定の実際上の意義は、契約目的に対応する法規定が存在しない場合に、より明確になると解説されている（石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法（改訂普及版）』（同文館）141 頁（参考 2））。

<sup>36</sup> 第 5 回消費者契約法専門調査会資料 2 - 1（大澤委員提出資料）1 頁、河上正二編著『消費者契約法改正への論点整理』（信山社）95 頁〔平尾嘉晃執筆〕。また、民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」【3. 1. 1. 32】<1>も同様の提案をしている。

### 3-2. 後段要件

当該条項が平易かつ明確ではないことを、後段要件該当性を判断する上での重要な要素として明記する考え方について、どう考えるか。

●次の場合は、消費者契約法第10条に反するか。

**事例 3-2** フィットネスクラブの会則の「本クラブの施設利用に際して、本人または第三者に生じた人的・物的事故については会社は一切損害賠償の責を負いません。(中略)ただし、会社の調査により会社に過失があると認められた場合には、会社は一定の補償をするものとします。」という条項

**事例 3-3** フィットネスクラブとの契約における「会員等が施設利用に際して被った人的物的事故については、会社に過失がある場合には、相当因果関係のある範囲内で会社は一定の補償をするものとします。」という条項

**事例 3-4** 貸金業者との利息付金銭消費貸借契約において、貸付金の返済期限が到来する前に借主が貸付金の全額を返済する場合に、返済時までの期間に応じた利息以外に、返済する残元金に対し割合的に算出される金員を貸主に対し交付する旨を定める条項（早期完済条項）があった。

#### (1) 問題の所在

後段要件については、要件が抽象的で分かりにくく、具体的な文言にすることが望ましいという意見がある<sup>37</sup>。

また、実際に使用されている消費者契約の条項には、具体的な内容が明らかではなく、その条項を設けることによって消費者契約法の規定の要件が満たされないことになり、規定の潜脱につながるおそれを生ずるものがある。

#### (2) 考え方

##### ア 平易明確性の欠如を後段要件において明記する考え方

そこで、一案として、条項が平易かつ明確ではないことを後段要件において明記することが考えられる<sup>38</sup>。

例えばフィットネスクラブの会則として、会社の過失による事故があった場合には「一定の補償をする」という条項（事例 3-2、3-3）が見られるが、「一

<sup>37</sup> 消費者庁「消費者契約法の運用状況に関する検討会報告書」63頁

<sup>38</sup> 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣）151頁は、後段要件の判断におい特に留意すべき事情として、「当該条項が、消費者にとって明確で理解しやすいものであるかどうか」を挙げる。

定の補償」という文言では補償の具体的内容が定かではないため、実際に事故が起きたときに消費者は十分な補償を受けることができないおそれがある。このように、当該条項が平易かつ明確でないことは、消費者に不利益をもたらすおそれがあるとともに、消費者に不利な条項を隠蔽する余地を残すものである。

現行法においても、消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮することが事業者の努力義務として定められているが（法第3条第1項）、法第10条を改正し、条項の平易明確性の欠如が後段要件の考慮要素になることを定めることで、平易かつ明確ではない条項を含む消費者契約を締結した消費者を直接的に保護することができる。また、事業者に対して条項を平易かつ明確にするよう誘導する機能を果たすことも期待できる。

最高裁平成23年判決は、更新料条項について、「賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載された更新料条項は、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間等に照らし高額に過ぎるなどの特段の事情がない限り、消費者契約法10条にいう『民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの』には当たらないと解するのが相当である」と判示した。ここでは、更新料条項が「一義的かつ具体的に記載された」ことが前提として要求されており、「一義的かつ具体的に記載され」ていない場合は後段要件に該当する可能性があることを示唆しているとみるのが可能である。その他の裁判例でも、条項が平易かつ明確でないことを、後段要件を肯定する事情として考慮したものがある。すなわち、大阪高判平成21年10月23日は、金銭消費貸借契約の早期完済条項（事例3-4）について、具体的な状況によっては民法又は商法による消費者の義務を加重するものとして機能するにもかかわらず、そのような事態が生じることは一見して明らかであるとはいえず、消費者にとって理解が困難であることを理由の一つとして後段要件に該当すると判断した。

なお、ドイツ民法第307条第1項も、「約款中の条項は、当該条項が信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手方を不当に不利益に扱うときは、無効とする。不当な不利益は、条項が明確かつ平易でないことから認めることもできる。」と定め<sup>39</sup>、条項が明確かつ平易でないことを契約の無効事由として考慮している。

そこで、当該条項が平易かつ明確でないことを、後段要件該当性を判断する上での重要な要素として明記する考え方について、どう考えるか。

## イ 現行法の文言を維持した上で、解釈に委ねる考え方

---

<sup>39</sup> 河上正二編著『消費者契約法改正への論点整理』（信山社）278頁

他方で、条項が平易かつ明確ではないことを、後段要件該当性を判断する上での重要な要素として明記する考え方に対しては、条項の内容自体は不当であるにもかかわらず、条項の平易明確さが事業者に有利な要素として考慮される結果、後段要件が否定される可能性を懸念する考え方がある<sup>40</sup>。

以上を踏まえ、当該条項が平易かつ明確ではないことを、後段要件該当性を判断する上での重要な要素として明記する考え方について、どう考えるか。

---

<sup>40</sup> 第5回消費者契約法専門調査会議事録3頁（大澤委員発言）

## 【参考条文】

### ○消費者契約法（平成十二年法律第六十一号）

（消費者の利益を一方的に害する条項の無効）

第十条 民法、商法（明治三十二年法律第四十八号）その他の法律の公の秩序に関しな  
規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消  
費者契約の条項であつて、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益  
を一方的に害するものは、無効とする。

## (参考 1) 消費者庁逐条解説 225 頁以下 (抜粋)

### (1) 「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」

「公の秩序に関しない規定」とは任意規定のことを指す。法令中の規定には、当事者の意思の如何を問わず無条件に適用され、その規定に反する当事者間の特約を無効とするという効力を有する、いわゆる強行規定といわれている規定があるが、他方、強行規定とは反対に、その規定よりも当事者間の特約が優先し、当事者がその規定と異なる意思を表示しない場合に限り適用される規定があり、このような規定を任意規定という。任意規定であるか否かは個々の規定の解釈による。

「その他の法律」とは、任意規定を有する法律で、民法、商法以外のものを指す。

なお、例えば暴利行為等そもそも民・商法等の任意規定と無関係なものは本条の対象にならない。

### (2) 「消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する」

消費者と事業者との間の特約がなければ、本来任意規定によって消費者が権利を行使できるにもかかわらず、不当な特約によってその権利を制限すること、または消費者と事業者との間の特約がなければ、本来任意規定によって消費者には本来加重されることのない義務であるにもかかわらず、不当な特約によってその義務を加重することを指す。

### (3) 「民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して」

民法第 1 条第 2 項には「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない」とされている。信義誠実とは、「社会共同生活の一員として、互に相手方の信頼を裏切らないように、誠意をもって行動することである」(我妻榮・新訂民法総則(民法講義 I)(岩波書店、1965) 34 頁)とされており、これは、権利の行使および義務の履行に当たっては、相手方の信頼を裏切らないように誠意をもって行動することが要請されるということである。この信義誠実の原則(信義則)は、「権利の行使及び義務の履行」全般に関する民法の指導原理となっている。

民法第 1 条第 2 項によって、個別の条項に基づく権利主張を制限しうることは、裁判実務上定着しているが、こうした当該裁判例は、条項自体を無効にしているわけではなく、当該条項に用いた権利主張が当該具体的事情のもとにおいては信義則上制限されることを企図している。こうした裁判例を整理すると、次のような場合には当該条項に基づいた権利主張が制限されている。

- ① 当該事案における一切の個別事情を考慮したうえで、
- ② 契約内容が一方当事者に不当に不利であること。

例えば、東京地裁の平成 2 年 10 月 26 日判決においては、土地建物の売買契約において、越境建物所有の隣地地主の建物取り壊し承諾書を取得するとの特約に売主が反したことを理由とする買主からの契約解除に伴う違約金条項に基づく代金の 2 割相当額である 2 億円余りの損害賠償請求について、売買契約締結の目的、経緯、その後の履行状況、債務不履行の程度、本件売買をめぐる当事者の利害関係等に照らすと、違約金として約定の全

額を請求することができることは衡平を著しく損ない不当であって信義則に反すると言わざるを得ず、約定違約金の3割に相当する額の支払を求めることができるものとするとしている（判例時報1394号94頁）。

本条においては、当該契約の目的となるもの、対価その他の取引条件、契約類型、公益性や取引の安定といった社会一般の利益の有無等を踏まえながら、契約当事者が、消費者と事業者である限り、具体的な当事者の如何を問わず、前記の裁判例で明らかにされたような信義則違反に該当する場合（すなわち、民法第1条第2項に規定する民法の基本的指導原理に反する権利行使・義務の履行が設定される場合）には、権利の行使を認めないとするにとどまらず消費者契約に関し一定の特約を一律無効とし、当事者の意図した法的効果を当然にはじめからなかったことにしようとするものである。

法文上「民法第1条第2項に規定する基本原則に反し」と明記していることから、本条に該当し無効とされる条項は、民法のもとにおいても民法第1条第2項の基本原則に反するものとして当該条項に基づく権利の主張が認められないものであり、現在、民法第1条第2項に反しないものは本条によっても無効にならない。

#### **(4) 「消費者の利益を一方向的に害する」**

消費者と事業者との間にある情報・交渉力の格差を背景として不当条項によって、消費者の法的に保護されている利益を信義則に反する程度に両当事者の衡平を損なう形で侵害すること、すなわち民法等の任意規定および信義則に基づいて消費者が本来有しているはずの利益を、信義則上両当事者間の権利義務関係に不均衡が存在する程度に、侵害することを指す。

「一方向的に」とは、本来互酬的、双務的であるはずの権利義務関係が、不当な特約によって、両当事者の衡平を損なう形で消費者の保護法益が侵害されている状況をいう。

#### **(5) 「無効とする」**

民法第1条第2項は私権の行使に関する一般原則を指導原理として定めているものである以上、直接に契約の条項を無効とする効果を示すものではないが、本法では信義則に反して任意規定から乖離する条項を当該任意規定に違反する限りにおいて無効とするものである。条項が無効となった結果、当該条項は最初からなかったこととなり、民法、商法、その他の法律の任意規定に則った取扱いがなされることとなる。

## （参考 2）ドイツ旧約款規制法の規定内容<sup>41</sup>

### ○ドイツ旧約款規制法第 9 条・日本語訳（97 頁）<sup>42</sup>

#### 第 9 条 [一般条項]

（1）約款中の条項が信義誠実の命ずるところに反して約款使用者の契約相手方に不当に不利益を与える場合には、その条項は無効である。

（2）約款中の条項が次の各号に該当する場合には、疑わしいときは、その条項は不当に不利益<sup>※1</sup>を与えるものと推定される。

- 1 法規定<sup>※2</sup>と異なる条項が、その法規定の本質的基本理念<sup>※3</sup>と相容れないとき、または、
- 2 条項が、契約の性質から生ずる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危殆化されるほどに制限するとき。<sup>※4</sup>

#### ※1 不当に不利益

不当性の概念の正確な定義は示されていない。（中略）不当性の評価の尺度は、9 条 1 項の文言と一致して、信義誠実の原則である（112 頁）。

#### ※2 法規定

正式な意味での法律のみならず、実質的な意味での法律（例えば、法令及び規則の規定）も含まれる（131 頁）。

#### ※3 本質的基本理念

あらゆる契約類型において任意法はその正義内容（Gerechtigkeitsgehalt）に即して契約相手方の利益を調整する役割を果たしている、という考え方が存在する。それゆえ、内容規制の際には、任意法によって具体化されている法的状況およびその本質的基本理念を確定することが前提となる。これらと約款条項を対比することによって、「異なること」および「本質的基本理念と相容れないこと」の存否が確定するのである（131 頁）。

#### ※4 9 条 2 項 2 号の意義

9 条 2 項 2 号の実際上の意義は、契約目的に対応する法規定が存在しない場合、すなわち、非典型契約・混合契約（例えばリース契約、クレジット契約）の際に、より明確になる。この場合には、契約の性質から生じる本質的な権利および義務（「基本的義務」）を約款条項に関する審査基準とせざるをえないからである（141 頁）。

<sup>41</sup> 参考 2 において頁番号を示した場合は、石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法（改訂普及版）』（同文館）のものを指す。

<sup>42</sup> 条文中の「※」の注記は引用者による。

### (参考3) これまでに出された提案

#### ○日弁連改正試案(2014年度版)(第2回消費者契約法専門調査会資料5-2(山本健司委員提出資料)54頁)

(不当条項の効力に関する一般規定)

第16条 消費者契約の条項であって、当該条項が存在しない場合と比較して、消費者の利益を信義誠実の原則に反する程度に害するもの(以下「不当条項」という。)は無効とする。

2 消費者契約の条項が消費者の利益を信義誠実の原則に反する程度に害しているかどうかは、当該条項の目的及び内容、当該契約の性質及び契約全体の趣旨、同種の契約に関する任意規定が存在する場合にはその内容等を総合考慮して、消費者契約法の目的に照らし判断する。

#### ○不当条項規制部分の改正に向けた論点・提案(第5回消費者契約法専門調査会資料2-1(大澤委員提出資料)1頁)

提案

・消費者契約法10条を以下のように改正する。

「消費者契約の条項であって、当該条項が存在しない場合と比較して、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する条項で、消費者の利益を一方向的に害する条項は無効とする」。

・10条後段要件の考慮要素については、以下のいずれかの方向で検討する。

- a) 「10条後段要件該当性を判断するにあたっては、契約の目的物・対価、取引慣行、他の条項の内容、その条項を設けることが不利益回避手段として合理的と言えるか否か、その条項以外に事業者の不利益回避の方法はないか、消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を考慮に入れる」との規定を設ける。
- b) 考慮要素に関する明文規定を設けず、解釈に委ねる。

・中心条項が消費者契約法10条の規制対象となるか否かについては、以下のいずれかの方向で検討する。

- a) 「目的物や対価を定める条項(中心条項)については、当該条項が平易かつ明瞭な言葉で表現されており、消費者がいかなる意味での対価なのかを理解できる限りにおいて、不当条項規制の対象外となる」という規定を新設する。ただし、規制の対象外となった場合も、別途消費者公序規定や民法の公序良俗規定による不当性判断がなされることになる。
- b) 消費者契約法10条は中心条項、付随条項の区別を問わず、規制を及ぼす。
- c) 明文規定を設けず、解釈に委ねる。

・10条に違反する条項は、その条項の全部が無効となるというのを原則とすべきであり、一部無効は損害賠償額の予定条項など、明文で一部無効を認めるべき場合に限るべきで

ある。

## ○債権法改正の基本方針（民法（債権法）改正検討委員会）

### 【3.1.1.32】（不当条項の効力に関する一般規定）

- 〈1〉 約款または消費者契約の条項〔個別の交渉を経て採用された消費者契約の条項を除く。〕であって、当該条項が存在しない場合と比較して、条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するものは無効である。
- 〈2〉 当該条項が相手方の利益を信義則に反する程度に害しているかどうかの判断にあたっては、契約の性質および契約の趣旨、当事者の属性、同種の契約に関する取引慣行および任意規定が存する場合にはその内容等を考慮するものとする。