

不当条項規制関連裁判例の傾向から見る消費者契約法の課題

法政大学 大澤 彩

本稿では、消費者契約法 8 条、9 条、10 条が適用された裁判例を分析し¹、消費者契約法における不当条項規制の今後の課題を抽出する。もっとも、事例の集積が見られるのが 9 条 1 号、10 条適用事例であることから、以下では 9 条 1 号、10 条の裁判例の分析および今後の課題の提示を中心とし、それ以外の条文については不当条項リストの充実化という、消費者契約法改正に当たっての大きな課題となりうる論点に関連させて検討する²。

1. 消費者契約法 9 条 1 号適用裁判例

(1) 問題となっている類型と消費者契約法 9 条 1 号の射程

1) 概要

消費者契約法 9 条 1 号が適用された事例の中心は、いわゆる学納金返還請求訴訟である。もっとも、当初こそ入学金、授業料ともに無効とするものがあつたものの³、その後は「入学金は『学生の地位の対価、ないしは準備行為の対価』であるから返還不要であり、授業料は『教育役務等の対価』であるから返還しなければならない」という判断枠組みがほぼ確立している。さらに、授業料については、「学生からの解除が 3 月 31 日までになされれば授業料の全額が『平均的な損害』を超えるものであり、無効となり、4 月 1 日以降になされた場合には授業料の全額が『平均的な損害』を超えるものではない」とするものが複数存在する。最高裁判決⁴で以上の枠組みが確立したが、その後は大学以外の学校契約においても同様の枠組みによって学納金不返還特約の有効性を判断するものが相次いでいる⁵。

もっとも、学納金返還請求をめぐる下級審裁判例では、「平均的な損害」の立証責任をめぐって裁判例によって見解が分かれている。この点については、最高裁判決で決着がついたものの、立証責任のあり方を考える上での素材となることから後述する。

一連の学納金返還請求訴訟以外には、LP ガス消費設備に関する訴訟、弁護士報酬に関する訴訟があるほか、設計業務委託契約や賃貸借契約における中途解約の際の違約金に関する

¹ 2007 年頃までの裁判例および学説については、拙著『不当条項規制の構造と展開』（有斐閣、2010 年）。なお、消費者契約法については制定前後から現在に至るまで、立法提案も含めて非常に多くの学説が存在するが、本稿では裁判例を分析して今後の消費者契約法見直しに向けた課題を抽出することを主たる目的とすることから、学説の引用は最小限にとどめる。

² 8 条、9 条については、拙稿「消費者契約法における不当条項リストの現状と課題」NBL958 号（2011 年）43 頁以下。

³ 京都地裁平成 15・7・16 平 14（ワ）1832 号【A1-406】（2003WLJPCA07160002）

⁴ 最二判平成 18・11・27 平 17（受）1158 号【A1-372】（2006WLJPCA11270003）など同日に出された 3 判決。

⁵ 東京地判平成 20・1・31 平 19（ワ）6208 号【A1-363】（2008WLJPCA01318003）、最二判平成 18・12・22 平 17（受）1762 号【A1-369】（2006WLJPCA12220001）等。

る訴訟や、有料老人ホームの入居一時金の償却合意をめぐる訴訟などが存在する⁶。

2) 対価保持条項（対価の不返還を定める条項）について

消費者契約法9条1号に基づく有効性判断が問題となった事案の中には、典型的な損害賠償額の予定条項・違約金条項のみならず、消費者が前払いした金銭の全部ないし一部を事業者が返還しないとする特約の有効性が問題とされた事案がある。

例えば、学納金返還請求訴訟最高裁判決につき、授業料を返還しないとする特約は対価保持条項（原状回復義務免除特約）であり、消費者契約法10条の問題となるとする見解がある⁷。裁判例は消費者契約法9条1号に基づいて、すなわち、「平均的な損害」基準にあてはめる形で学納金不返還特約の有効性判断を行っているが、その際に、3月31日までの解除であれば授業料全額が「平均的な損害」を超えるものであるが、4月1日以降の解除であればそうではないとしている点には、「平均的な損害」の有無という観点から見ると疑問が残る。すなわち、3月31日を境に損害額がゼロから100になるというのは妙であり、ましてや入学式欠席条項がある場合には「入学式の日翌日」から「平均的な損害」が発生するというのは、必ずしも十分な理由づけとはいえない。なぜなら、「4月1日」ぎりぎりに解除されても、新たな学生を補充できないために「平均的な損害」はないと言えず、ましてや「入学式の日」に解除された場合にはなおさらである。また、収容定員より多い合格者を発表している以上、定員割れによる損害はあらかじめ「織り込まれて」いるということもできることから、解除時期がいつであっても「平均的な損害」はないということも可能であろう。規制の明確性から、「4月1日」を返還可否の基準日とした点には一定の合理性があるとしても、それは必ずしも「平均的な損害」の有無だけで説明できるものではなく、例えば各大学の要項で「3月〇〇日までに解除する旨を通知しなくてはならない」といった条項が入っていることが多い以上、4月1日以降に解除の意思表示を示す学生側にも問題があるといった当事者間の衡平に基づく判断が左右しているのではないか⁸。ここには、消費者が支払った対価を返還しない旨を定める条項の有効性を「平均的な損害」の有無のみで判断することの限界が現れているのではないか。すなわち、「給付が提供されなければ対価を支払う必要がない」という原則に反して消費者の利益を害する以上、給付を提供していない事業者側に対価を保持する正当性が認められない限り、無効となるが、この正当性判断が「平均的な損害」の有無による判断といかなる違いを持つのかという点が問題となる⁹。

実際にも請負予約における工事申込金の不返還条項について、「本件依頼書の記載は、請

⁶ 内容および事件年月日の引用は後述する。

⁷ 潮見佳男「学納金不返還条項の不当性—立命館大学学納金返還請求訴訟第1審判決（大阪地判平成15・12・1）を契機として—」NBL797号（2004年）23頁、同『学納金返還請求』最高裁判決の問題点—民法法理の迷走（下）』NBL852号（2007年）61頁以下。学説の概要につき、松本恒雄「学納金最高裁判決判批」廣瀬久和＝河上正二編『消費者法判例百選』（有斐閣、2010年）92頁を参照。

⁸ 拙著・前掲注（1）27頁。

⁹ 潮見・前掲注（7）61頁、山本敬三『民法講義I総則〔第3版〕』（有斐閣、2011年）306頁。

負契約が成立に至らなかった場合、理由のいかんを問わず工事申込金は原告に返還しないという趣旨のものと認められる。そうすると、不返還条項は、原告に債務不履行がある場合に支払う違約金を定めた条項と解することはできず、請負予約を締結した段階で357万7,500円という高額な工事申込金を支払った原告に対し、請負契約が成立しない場合に取得すべき工事申込金の不当利得返還請求権を事前に放棄させるものと解すべきであるから、原告に対し、一方的に不利益を課する条項に当たるといえることができる」として、10条に基づいて不当条項であるとした裁判例¹⁰がある。

もっとも、消費者が支払った対価の不返還を定める条項も、実質的には違約金と同種の機能を果たすものである以上、消費者契約法9条1号に基づいて有効性を判断すれば足りるとした裁判例も複数存在する。例えば、「本件の補償費の定めは、契約上はLPガス消費設備の価格補填の目的（控訴人のいうところの実質的な売買あるいは利益の調整）に出たものと解することはできず、単に被控訴人らが本件貸与契約を解約したときには何の対価もなく当然に被控訴人ら側に発生する金銭支払義務を定めたもので、その実体を直視する限りは、解約を原因として金銭の支払義務が一方的に発生するもの、すなわち解約に伴う違約金の定めと解すべきものである」としたものがある¹¹（結論としては、事業者に損害は発生しないと、消費者契約法9条1号に基づいて補償費の定めを無効とした）。また、受領済みの内金の返還義務を負わないと定める条項について「受領した金員を違約金とする趣旨と解されるから、平均的な損害の額を超える部分については無効である」としたものもある¹²。同様の考え方は、弁護士といわゆるみなし報酬特約が委任の中途終了の場合でも着手金の精算を一切認めない旨を定めている点につき、「これは、直接的には、民法648条3項の特則と理解される条項であり、損害賠償額の予定又は違約金（以下、「違約金等」という）を定めるという形式をとるものではないが、実質的に考えれば、委任者が委任契約を解除した場合の違約金等として機能することは否定し得ないといえるべきである（...）。そして、消費者契約法9条1号の適用上、違約金等の定めが該当するかどうかは、その実質、機能に着目して判断すべきである」とした裁判例¹³にも現れている。

このことから、対価の不返還を定める条項と、違約金・損害賠償額の予定条項の区別を不当条項規制においてどの程度反映するかが問題となる。前述したように、「平均的な損害」の有無という判断方法を対価の不返還を定める特約についても妥当させることについては限界もある。その一方で、確かに実質的には違約金と同様の機能を果たすとしても、あくまで対価の不返還特約であり、違約金・損害賠償額の予定条項ではないという点を徹底して消費者契約法9条1号ではなく同法10条の一般条項による規制にゆだねられることになるのも、同趣旨の条項であるにもかかわらず、名目の違いでリストからもれることを意味

¹⁰ 東京地裁平成20・12・25平19（ワ）24131号【A1-510】（2008WLJPCA12258007）。

¹¹ 東京地判平成20・12・17平18（ネ）141号【A1-357】（2008WLJPCA12176002）。

¹² 東京地判平成21・9・8平20（ワ）24606号【A1-351】（2009WLJPCA09088005）。

¹³ 横浜地判平成21・7・10平19（ワ）2840号【A1-353】（2009WLJPCA07106001）。

することになる¹⁴。そうすると、今後の不当条項リストの充実化に当たり、両者を併記してリストとすることも考えられるだろう。

3) 「権利・地位の対価」という性質決定の問題点

もっとも、仮に対価の不返還を定める条項を違約金・損害賠償額の予定条項と列挙してリスト化するとしても、対価のうち、どの部分までが対価に対する反対給付が履行されており、返還不要であると判断することができるかについては慎重な検討を要する。

この問題が現れているものとして、裁判例が複数存在し、ヒアリングでも問題視されている、老人ホームの入居一時金の償却条項がある。

例えば、施設への入居一時金の一定分を入居日をもって取得することを定める条項について、入居一時金の非返還対象分は、有料老人ホームの入居契約の想定利用期間経過後も新たな賃料相当額を負担せずに施設を利用する権利の対価、および、施設開設に関わる費用の負担分の性質を有するとして、本件償却条項は、契約解除に伴う損害賠償の額を予定したものではなく、また、民法1条2項に規定する基本原則(信義則)に反するものとも解されないから、消費者契約法9条1号または同法10条により無効となるものでもないとする裁判例¹⁵がある。同様に、介護付有料老人ホームの入居金につき、「終身利用権金」を返還しないものとする合意、および、「入居一時金」を入居契約締結日から一定の期間で月割り均等償却をする旨の合意の効力が問題とされた裁判例¹⁶においても、「終身利用権金」については、その額が不相当に高額であるなどの特段の事情もうかがわれなかった上で、「本件老人ホームの居室等を原則として終身にわたって利用し、各種サービスを受け得る地位を取得するための対価」とし、その納付後に入居契約が解除されるなどとしても、その性質上老人ホームはその返還義務を負うものではない、とする一方で、本件入居一時金の償却合意については、その目的、意義を本件老人ホームの入居者のための人的物的設備の維持等に係る諸費用の一部を補う目的、意義を有するものと解するのが相当であるとして、本件入居一時金が入居者の入居のための人的物的設備の維持等に係る諸費用として費消された後に入居契約が解除されるなどしても、その性質上Yはその返還義務を負うものではないとして、消費者契約法9条1号や同法10条適用の要件を欠くとした。これらの裁判例とは異なり、入居金は高齢者用介護サービス付賃貸借契約から生じるサービスの対価としての性格を有するが、事業者が対価に相当するサービスを提供していないのに1年ごとに120万円を取得することは、民法の一般規定による場合に比して消費者の権利を制限するものであるとして消費者契約法10条違反を認めた裁判例¹⁷がある。

ある金銭を一定の権利の対価とし、すでにその権利を得ている以上、返還の余地はない、

¹⁴ ヒアリングにおいても、単に代金を一切返還しない規定を直截に規定していないことを批判する声が見られた。

¹⁵ 東京地裁平成21・10・21平20(ワ)5792号【A1-350,465】(2009WLJPCA10218010)。

¹⁶ 東京地判平成21・5・19平20(ワ)7387号、判時2048号(2009年)56頁【A1-354,493】。

¹⁷ 大阪高裁平成22・8・31平21(ネ)2785号【A1-431】(2010WLJPCA08318020)。

という論理は、学納金返還請求訴訟における入学金についても言われているところである。確かに「大学に入学する地位を得ている」、「老人ホームにおけるサービスを受ける地位を得ている」ことから対価を返還する必要はないという論理は一見もつともであるが、地位の対価として入学金や入居一時金の全額が妥当であると言えるのか、また、ある一定の金銭を「権利・地位の対価」と見るのか、それとも「授業料の前払い」、「賃料等の前払い」や「損害賠償額の予定」と見るのかという性質決定によって返還の可否が分かれる（現に、老人ホームの一時金について、消費者契約法9条1号の適用を認めたものもある）点が問題として残されている。ヒアリングにおいても、入居一時金は賃料の前払いに過ぎず、初期費用を差し引いて返還することに合理性がないとの声が見られた点はこの問題を示している。また、同じくヒアリングにおいて学納金返還請求訴訟最高裁判決以降、権利の実態に乏しいにもかかわらず、「権利設定の対価」と契約書に書いて一時金を徴求する例があることが指摘されている。

4) 「契約の解除に伴う」場合への限定

消費者契約法9条1号は、「契約の解除に伴う」損害賠償額の予定条項・違約金条項に限定している。そのことから、解除か否かにかかわらず一定の違約金等の請求を予定している条項は消費者契約法9条1号ではなく同法10条の問題となる¹⁸。実際にも、賃貸借契約終了時の明渡遅延使用料の支払義務を定める条項について、「(引用者注：消費者契約法9条1号は)消費者契約の解除に伴う損害賠償の予定又は違約金を定める条項に関する規定であるところ、本件規定はそのような条項ではないから、同号の適用はない。同契約の解除以外の終了の場合にも同条が適用されるとする被告らの主張は、同号の明文に反する主張であって採用することができない」とした裁判例¹⁹が存在する。ここには、解除に伴う場合に限定していることの限界が現れていると言える。

ただし、債務不履行の存在を要せずに契約を解約できる合意がある場合に、その解約から生じる損害賠償額の予定についても規制の対象とする必要がある以上²⁰、消費者の「債務不履行による場合」と「解除による場合」の2つに分けてリスト化することが一つのありうる方法であろう。

(2) 消費者契約法9条1号に言う「平均的な損害」の意義

1) 裁判例の状況—民法理論との関係

消費者契約法9条1号の「平均的な損害」概念については、民法416条に基づいて請求できる損害賠償の範囲とどのような関係に立つのかが、学説上問題とされている。具体的には、「平均的な損害」に事業者の履行利益（得られたであろう営業上の利益）が含まれるか否かにつき、裁判例による違いが生じており、このことから民法学説上、債務不履行解

¹⁸ 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2000年）137頁。

¹⁹ 東京地裁平成20・12・24平20（ワ）18864号【A1-356,511】（2008WLJPCA12248022）。

²⁰ 落合・前掲注（18）137頁。

除の効果として生じる損害賠償としては履行利益が認められるとされていることとの関係が問題となる。

例えば、パーティーの予約を解約した場合の営業保証料の合理性が問題となった裁判例²¹においては、事業者が「本件予約の解約がなければ営業利益を獲得することができたこと」を考慮して、民事訴訟法 248 条の趣旨に従って 1 人当たりのパーティー料金の 3 割に予定人数の平均を乗じた限度で事業者の責任が認められた。また、ゴルフ会員権の購入を消費者がキャンセルした場合の違約金を購入希望価格の 2 割と定める違約金条項について、「短期間で顧客の購入価格の約 1 割前後の変動をしていることが認められ、本件会員権を購入する会員権業者は、販売を予定していた購入希望者がキャンセルすると短期間で購入価格の約 1 割程度の損失を被る可能性が常時存在している」、「本件会員権と同程度の価格のゴルフ会員権において、原告のような会員権業者の仕入価格と販売価格の差額は、約 90 ないし 100 万円程度であり、同額の売買差益が見込まれることになる」、「さらに売買契約の解除によって会員権業者に通常生じる損害としては、営業活動に従事した従業員の給与や費用等の営業費用が存在することは明白である。会員権業者の平均的損害が売買手数料に限定される理由はない」として、平均的損害を超えないとしたものがある²²が、これは「平均的な損害」に履行利益も含めて考えていると思われる。他にも、美容整形手術契約において、患者の都合により手術を手術当日に取り消した場合の違約金を手術代金全額と定める違約金条項について、「本件手術と同様の手術を他の美容整形外科医院で行った場合の費用は 50 万円ないし 70 万円であることからすると、被控訴人の違約金 63 万円が平均的損害を超えるものとは認めることができない」とされている裁判例²³があるが、これは実質的に履行利益を認めているに等しいと思われる。学納金返還請求訴訟最高裁判決²⁴では、不返還特約について「入学辞退（在学契約の解除）によって大学が被る可能性のある授業料等の収入の逸失その他有形、無形の損失や不利益等を回避、てん補する目的、意義を有するほか、早期に学力水準の高い学生をもって適正な数の入学予定者を確保するという目的に資する側面も有するものといえる」とし、学生による在学契約の解除が、上記 4 月 1 日以後のもの、すなわち、大学が入学者を決定するに当たって織り込み済みの解除ではない場合には、「当該大学は、原則として、上記解除により、学生が当該年度に納付すべき授業料等及び諸会費等（ただし、在学契約に基づき大学が給付を提供した部分があるときは、これに対応する分を除く）に相当する損害を被る」というべきであり、これが大学に生ずべき「平均的な損害」に当たるとされている。

これらの裁判例とは異なり、中古車販売における違約金条項につき、「Y の注文車両は他の顧客に販売できない特注品であったわけでもなく、Y は契約締結後わずか 2 日で解約した」ことを理由に、事業者の得べかりし利益は事業者が生ずべき平均的な損害に当たると

²¹ 東京地裁平成 14・3・25 平 14 (レ) 12 号【A1-409】(2002WLJPCA03250007)。

²² 東京地裁平成 16・7・29 平 15 (ワ) 4485 号【A1-384】(2004WLJPCA07290005)。

²³ 東京地裁平成 16・7・21 平 15 (レ) 368 号【A1-386】(2004WLJPCA07210003)。

²⁴ 最二判平成 18・11・27 平 18 (受) 1130 号【A1-370】(2006WLJPCA11270005)。

は言えないとした裁判例²⁵、結婚式場の契約における違約金条項につき、当初の予定通りに挙式等が行われたならば得られたであろう利益は、挙式予定日の1年以上前に平均的なものとして想定しうるものとは認めがたいとして取消し料条項を無効とした裁判例²⁶、弁護士のみなし報酬特約につき、遺産分割調停事件を受任した弁護士が、その責めによらない事由によって解任された場合に、当該弁護士に生ずべき損害としてどのようなものがあるかについて、①当該事件処理のために特別に出捐した代替利用の困難な設備、人員整備の負担、②当該事件処理のために他の依頼案件を断らざるを得なかったことによる逸失利益、③当該事件に係る委任事務処理費用の支出、④当該事件処理のために費やした時間および労力、⑤本件委任契約の定める報酬をうることができなかつた逸失利益にわけて検討し、通常の弁護士の業務態勢を想定した場合に、本件遺産分割調停事件の受任のために①、②のような損害が通常発生するとは言い難いとし、③、④は、通常、着手金によって賄うことが予定されているものと解されるから、みなし成功報酬によって賄われるべき損害に加えることはできないというべきであるとし、最後に、上記⑤は、これをそのまま平均的損害に加えてしまうと、中途解除に係る損害賠償額の予定または違約金を適正な限度まで制限することを意図する消費者契約法9条1号の趣旨が没却されてしまうとして、約定の報酬額を逸失利益として、これをそのまま平均的損害に含めるような扱いは許されないとした裁判例²⁷がある。以上の事案では、平均的な損害には履行利益は含まれないとされており、その際、「代替可能性の有無」や「他の顧客を獲得する可能性の有無」が考慮されている。この点について、学説では、消費者契約法9条1号においては特定商取引法10条などにみられる「消費者契約の履行前の段階においては契約解除に伴う損害賠償請求は原状回復賠償に限定される」という法理をすべての消費者契約に一般化したものとして理解されるべきであり、その結果、消費者契約の解除に伴う「平均的な損害」として事業者が請求しうる損害額は、契約履行前の段階では原状回復賠償に限られるが、その例外として契約目的に代替可能性がないため、他の契約を締結して利益をうる機会を失ったという逸失利益が生ずる場合には、このような機会の喪失による損害も「平均的な損害」に含めなければならないとする見解²⁸、割賦販売法や特定商取引法における「給付されていない目的物の対価を請求することができない」という規制原理を考慮することにより、消費者契約法9条1号を消費者契約の解消に関するルールとして位置づけなおすことができるとする見解²⁹、履行の前後を問わず、消費者契約では民法545条1項から導かれる原状回復賠償への制限ルールが採用されたとする見解³⁰など、消費者契約法9条1号を消費者契約特有

²⁵ 大阪地裁平成14・7・19平13(ワ)9030号【A1-408】(2002WLJPCA07190004)。

²⁶ 東京地裁平成17・9・9平17(レ)67号【A1-377】(2005WLJPCA09090008)。

²⁷ 横浜地判平成21・7・10平19(ワ)2840号【A1-353】(2009WLJPCA07106001)。

²⁸ 森田宏樹「消費者契約の解除に伴う『平均的な損害』の意義について」潮見佳男ほか編『特別法と民法法理』(有斐閣、2006年)141頁。

²⁹ 千葉恵美子「損害賠償額の予定・違約金条項をめぐる特別法上の規制と民法法理」山田卓生先生古稀『損害賠償法の軌跡と展望』(2008年)403頁以下。

³⁰ 山口幹雄「消費者契約法第9条第1号における『平均的な損害』の意義と Avoidable Consequences Rule」

の契約解消ルールを定めたものとして捉えるものがある。

2) 「平均的な損害」の考慮要素

「平均的な損害」の有無を考慮するに当たっては、条文上、「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」て判断することが要求されているが、より具体的には「当該消費者契約の当事者たる個々の事業者に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、解除の事由、時期の他、当該契約の特殊性、逸失利益・準備費用・利益率等損害の内容、契約の代替可能性・変更ないし転用可能性等の損害の生じる蓋然性等の事情に照らし、判断するのが相当である」とした裁判例がある³¹。では、裁判例では「平均的な損害」の有無を判断するに当たり、どのような点が考慮されているか。

まず、解除の時期がいつであるかが考慮されている事案が複数存在する。例えば、パーティーの予約の解約が開催日から2ヶ月前の解約であり、開催予定日に他の客からの予約が入る可能性が高いことを考慮に入れた裁判例³²、「他の顧客に販売できない特注品であったわけでもなく、被告は契約締結後わずか2日で解約したのであるから」とされた裁判例³³、解除の時期が1年以上前であったことから、「予約日から1年以上先の日に挙式等が行われることによって利益が見込まれることは、確率としては相当少ないのであって、その意味で通常は予定し難いことといわざるを得ないし、仮にこの時点で予約が解除されたとしても、その後1年以上の間に新たな予約が入ることも十分期待し得る時期にあることも考え合わせ」て平均的な損害はないとした裁判例³⁴がその例である。また、学納金返還訴訟最高裁判決³⁵では、「当該大学が合格者を決定するに当たって織り込み済みのものと解される在学契約の解除、すなわち、学生が当該大学に入学する（学生として当該大学の教育を受ける）ことが客観的にも高い蓋然性をもって予測される時点よりも前の時期における解除については、原則として、当該大学に生ずべき平均的な損害は存しない」としている。

以上の事案では、とりわけ解除の時期が早い場合には他の客から利益が得られるという点が考慮されている。これは当該契約に代替可能性がある場合には履行利益は「平均的な損害」に含まれない、という見解につながるものである。

解除の事由としては、消費者の自己都合による解除である点が考慮された事案が複数存在する。例えば、自己都合による解約であることから2.5パーセントを乗じた額については違約金を支払わなくてはならないが、それを超える部分は平均的な損害を超えるとした

明治学院大学法科大学院ローレビュー9号（2008年）95頁以下。

³¹ 東京地裁平成14・3・25平14（レ）12号【A1-409】（2002WLJPCA03250007）。

³² 東京地裁平成14・3・25平14（レ）12号【A1-409】（2002WLJPCA03250007）。

³³ 大阪地裁平成14・7・19平13（ワ）9030号【A1-408】（2002WLJPCA07190004）。

³⁴ 東京地判平成17・9・9平17（レ）67号【A1-377】（2005WLJPCA09090008）。

³⁵ 最二判平成18・11・27平18（受）1130号【A1-370】（2006WLJPCA11270005）。

裁判例³⁶や、消費者の自己都合による解約である点が平均的な損害算定（民事訴訟法 248 条に基づいている）に当たって考慮された裁判例がその例である³⁷。しかし、自己都合による解約である点が具体的に「平均的な損害」の有無にどのように作用するかは明らかではない。学説でも、「解除の事由」について、消費者からの解除事由の内容により事業者が生ずべき「平均的な損害」の額が左右されるという理論的關係があるのか疑問であり、許容されるべき違約金額には解除事由により差がつけられるべきであるが、それは事業者が生ずる「平均的な損害」額が異なるからではなく、別の理由によって正当化されるべきであるとする見解³⁸がある³⁹。

他に、慣行を考慮するものもある。例えば、他の病院でも同種の特約があることを理由としたもの⁴⁰がその例である。もっとも、慣行が参考材料となることは否定できないとしても、当該慣行の妥当性自体が 9 条 1 号で精査されるべき場合もありうることから、慣行等を考慮するに当たっては慎重に行う必要があるだろう。

3) 「平均的な損害」基準の問題点

以上の裁判例および学説をふまえると、消費者契約法 9 条 1 号を民法理論から説明することは困難であり、消費者契約法 9 条 1 号を消費者契約特有のルールとして位置づけざるを得ないと言える。この見解は、消費者契約が多数の同種の契約の締結を前提としている以上、他の顧客から利益をうることで事業者が損害を補うことができるという点をふまえると一定の合理性を有する見解ではあるが、それでも「平均的な損害」の意義や範囲について不明瞭な点が残されており、その結果、「平均的な損害」が不当条項リストの基準として精査されたものと言えるか否かについて再検討が必要であろう。そのことはヒアリングにおける次の 2 点の指摘からも裏づけられる。第 1 に、「平均的な損害」にどこまでの費用が含まれるのか（人件費、手数料など）が不明瞭であることがヒアリングでも指摘されている。第 2 に、現行消費者契約法 9 条 1 号の「平均的な損害」は、「解除の事由、時期等の区別に応じ、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」、具体的には、「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」である⁴¹。このように、「当該事業者」に生じる損害を問題としているが、この点についてはのちに述べるように「当該事業者に生じる損害の額の平均値」を消費者が立証することは困難であるとの声が見られる。

³⁶ 東京地判平成 21・9・8 平 20 (ワ) 24606 号【A1-351】(2009WLJPCA09088005)。

³⁷ 東京地裁平成 14・3・25 平 14 (レ) 12 号【A1-409】(2002WLJPCA03250007)。

³⁸ 山本豊・判タ 1114 号 (2003 年) 77 頁。

³⁹ 消費者庁企画課編『逐条解説消費者契約法〔第 2 版〕』（商事法務 2010 年）209 頁でも、「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」とされている。

⁴⁰ 東京地判平成 16・7・21 平 15 (レ) 368 号【A1-386】(2004WLJPCA07210003)。

⁴¹ 消費者庁・前掲注 (39) 209 頁。

さらに、「平均的な損害」概念に曖昧な点が残されていることを示す事実として、一部の裁判例で「実損害」の有無が考慮されている点を挙げることができる。「被告による契約解除によって事業者である原告には現実に損害が生じているとは認められない」とした裁判例⁴²では、実損害の有無を考慮に入れているように思われる。他に、学納金返還をめぐる下級審裁判例で、「被告においては、例年、一定程度の割合で入学辞退者が出ることを想定し、これを見越して合格者を発表するといういわばリスク回避のための制度的な工夫を行っており、実際にも損害は生じていない」点をも考慮したもの⁴³や、大学側において反証として学生の入学辞退に伴う具体的な損害が生じていることを反証しない限り、「平均的な損害」がないと推定されるとしたもの⁴⁴も、実際に生じた損害の有無を考慮しているように思われる。

このことから、「平均的な損害」概念をいかなるものとして定義し、条文化するかが今後の課題となる。その方向性としては次の3つがありうるだろう⁴⁵。

第1に、現行法同様、「平均的な損害」を基準とするというものである。もっとも、この場合には「平均的な損害」が民法との関係でいかなる意味を持ち（履行利益まで含むのか、それとも消費者契約の特則として原状回復賠償に限定するのか）、その考慮要素を明確にするのみならず、ヒアリングで指摘されていた立証の困難さを緩和するために立証責任の転換が求められる。また、「平均的な損害」という抽象的な概念によるとすれば、個別具体的な事案には必ずしも妥当とはいえない場合が生じうることをどのように考えるかが問題となろう。

第2に、一部の学説で提案されているように、「平均的な損害」ではなく「実損害」を基準とするというものである。ただし、「実損害」を超えるとただちに無効とするのではなく、それを超えることが消費者の利益を害する場合に限って無効となる。「実損害」概念は、これまで民法によって違約金・損害賠償額の予定条項の有効性を判断する上で用いられていたものである。実際に、公序良俗規定に基づいて有効性が問題となった事案においても、「被告は、本件各契約の履行のために、その従業員及び外注先に調査業務を行わせ、人件費を中心に相当額の支出をしたことが認められ、その他、事務所の維持費なども考え併せれば、本件各契約において定められた費用が、暴利行為ないしはこれに準ずる程度にまで高額なものであったと認めることはできない」とした裁判例⁴⁶に現れているように、裁判所は事業者が生じた損害を考慮している。ただし、消費者契約法9条1号が消費者団体訴訟における規制基準となることも考えると「実損害」ではなく「平均的な損害」を基準とすることにも一定の意味があることは否定できない。

⁴² 大阪地裁平成14・7・19平13(ワ)9030号【A1-408】(2002WLJPCA07190004)。

⁴³ 京都地裁平成15・12・24平14(ワ)1814号【A1-397】(2003WLJPCA12249013)。

⁴⁴ 大阪地裁平成15・12・26平14(ワ)6375号【A1-395】(2003WLJPCA12269011)。

⁴⁵ 詳細は拙稿「消費者契約法における不当条項リストの現状と課題」NBL958号(2011年)50頁以下も参照。

⁴⁶ 支払い済み費用相当額の返還を求めた東京地判平成20・12・4平20(ワ)8号【A1-358】(2008WLJPCA12048005)。

第3に、そもそも「平均的な損害」基準を維持すべきなのかどうかについても、再検討すべきであろう。前述したように、違約金・損害賠償額の予定条項の有効性を判断する上で「解除の時期」や「解除の事由」と「平均的な損害」の有無のつながりが明確でない場面がある。これは、本来特約の有効性を判断する上で「解除の時期」や「解除の事由」と並んで「平均的な損害」の有無が参考となるにもかかわらず、「平均的な損害」を考慮要素にとどめず不当性判断の「基準」としたことに問題があることを示してはいただろうか。そうすると、「平均的な損害」や「実損害」との対比は、解除の時期や事由と同じく条項の合理性を判断する上での考慮要素の一つにとどめる可能性も模索する必要があるだろう。実際にも、9条1号が適用されず、公序良俗規定に基づいて違約金条項の有効性が判断された事案では、「売上2年分は高額に過ぎるとは言えない」といったように、実損害との比較が直接的にはなされていない⁴⁷。

(3) 「平均的な損害」の立証責任

消費者契約法9条1号の「平均的な損害」の立証責任については、学納金返還請求訴訟最高裁判決⁴⁸によって、消費者側が負うという立場が確立した。この他、多くの下級審裁判例でも、消費者側に立証責任があるとされている。

もともと、下級審裁判例の中には、立証責任を事業者側に転換したものもみられる。その理由として、「消費者側からは事業者にどのような損害が生じ得るのか容易には把握しがたいこと、損害が生じていないという消極的事実の立証は困難であること」が挙げられている⁴⁹。また、民事訴訟法248条を適用して裁判官が適切な損害額を算定したもの⁵⁰もある。

関係機関へのヒアリングの多くで問題とされているように、消費者が「当該事業者」に生じうる「平均的な損害」を立証することは困難である。現行法の解釈としては消費者に立証責任があるとするのが妥当であるが、今後の消費者契約法改正に当たっては、「平均的な損害」の立証につき、「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」とすることが一つ考えられる⁵¹。また、消費者契約における違約金・損害賠償額の予定条項については不当性を推定し、事業者が当該特約が消費者の利益を害するものではないことの反証を行うグレイ・リストとすることが考えられるだろう。

⁴⁷ 東京地判平成22・2・25平20(ワ)16298号【A1-345】(2010WLJPCA02258008)。

⁴⁸ 最二判平成18・11・27平18(受)1130号【A1-370】(2006WLJPCA11270005)。

⁴⁹ さいたま地裁平成15・3・26平14(ワ)2347号【A1-407】(2003WLJPCA03260006)、大阪地裁平成14・7・19平13(ワ)9030号【A1-408】(2002WLJPCA07190004)。

⁵⁰ 東京地裁平成14・3・25平14(レ)12号【A1-409】(2002WLJPCA03250007)、東京簡裁平成21・8・7平21(少コ)998号【A1-352】(2009WLJPCA08079004)。

⁵¹ 後藤巻則「消費者契約法の問題点と課題」国民生活センター・消費者契約法に関する研究会『消費生活相談の視点からみた消費者契約法のあり方』(国民生活センター、2007年)19頁以下、同書184頁の提言、また、国民生活審議会消費者政策部会消費者契約法評価検討委員会『消費者契約法の評価及び論点の検討等について』(2007年8月)3頁も同趣旨。

2. 消費者契約法 10 条適用裁判例

(1) 問題となっている類型と 10 条の射程

10 条が適用された事案の中心は賃貸借契約関連の条項（更新料特約、敷引特約等）である⁵²。

もっとも、例えば、更新料条項について最高裁は「賃料の補充ないし前払、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質を有する」としているが⁵³、このうち特に「賃料の補充ないし前払」という点に着目すると、更新料条項は対価について定める中心条項と見ることもできる⁵⁴。裁判例ではこれらの中心条項性を有する条項についても 10 条に基づいて有効性判断がなされている。中心条項が消費者契約法 10 条の規制対象となるかについては、消費者契約法制定前後を通じて学説でさかんに議論されたところであり、契約の主要目的や価格は消費者契約法の適用対象から外れ、これらについては民法 90 条によって無効となりうるとするのが立案担当者の見解であるが⁵⁵、これに対しては、事業者と消費者の間には情報・交渉力の点で構造的な格差があることをふまえると、契約の主要目的や価格については消費者が事業者と対等な決定ができると想定することには疑問が残るので、消費者契約の中心部分について特別な内容規制を不要とすることができるかどうかは大きな問題であるとする学説がある⁵⁶。

裁判例では、更新料条項が中心条項に当たるか否かが問題となった裁判例⁵⁷において、「なお付言するに、控訴人は、中心条項は当事者が最も適切に決め得るものであると主張するが、そういえるためには、前提として、当該の条項の性質について当事者が十分理解し得る状況にあることが必要であると解すべきところ、(...) 本件では上記の前提が欠けているといわざるを得ず、この点からも本件更新料条項が中心条項であるということとはできない」とされている。また、「確かに、契約における対価に関する条項は、消費者と事業者との間でされる取引の本体部分となり、それは基本的に市場の取引により決定されるべきであるから、消費者契約法 10 条の適用対象とならないのが原則であると解される。しかしながら、経済的性質をも含めた広い意味で対価とされるもの（以下この項においては、これをも単に「対価」という）を理解すべき情報に不当な格差があり、又は理解に誤認がある場合には上記原則のようにいうことができないことは自明であり、上記原則が適用され

⁵² 更新料特約について、拙稿「建物賃貸借契約における更新料特約の規制法理（上）（下）－消費者契約法 10 条における『信義則』違反の意義・考慮要素に関する一考察－」NBL931 号 19 頁以下、932 号 57 頁以下（2010 年）、敷引特約について、拙稿「敷引特約の有効性と消費者契約法 10 条（最判平 23・3・24、同 23・7・12）」現代消費者法 13 号（2011 年）110 頁。更新料特約、敷引特約等については、その法的性質について裁判例で緻密に検討されているが、この点については本稿では省略し、10 条前段要件・後段要件該当性判断についてのみ言及する。

⁵³ 最二判平成 23・7・15 平 22 年（オ）863 号【A1-411】（2011WLJPCA07159001）。

⁵⁴ もっとも、後述するように中間条項性を指摘する見解もある（山本豊「借家の敷引条項に関する最高裁判決を読み解く－中間条項規制法理の消費者契約法 10 条への進出」NBL954 号（2011 年）23 頁）。

⁵⁵ 消費者庁・前掲注（39）23 頁。

⁵⁶ 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商 123 巻 4・5 号（2001 年）545 頁以下、潮見佳男編著『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』（経済法令研究会、2001 年）85 頁〔松岡久和〕。

⁵⁷ 大阪高裁平成 22・2・24 平 21（ネ）2690 号【A1-446】（2010WLJPCA02246003）。

するためには、その前提として、契約当事者双方が対価について実質的に対等にまた自由に理解し得る状況が保障されていることが要請されるといわなければならない」とする裁判例⁵⁸も同趣旨のものである。これらの下級審においては、対価に関する中心条項は、原則として消費者契約法 10 条の適用対象とならないが、中心条項とすることができるためには当事者が当該条項の性質や対価について実質的に十分理解しうる状況が保障されていなければならないという立場がとられていると言える。

この点について、更新料条項が賃貸借契約に一義的かつ具体的に記載されており、その額が高額に過ぎない限り後段要件を満たさないとする最二判平成 23 年 7 月 15 日判決⁵⁹の判断枠組みは、価格に関する条項は、それが契約相手方に十分に開示されたものであり、その額が不当に高額でなければ無効とならないという、中心条項の規制枠組みに近い。ただし、最高裁が要求している「一義的かつ具体的に記載」されていることのみで、前述した下級審が要求している「契約当事者双方が対価について実質的に対等にまた自由に理解し得る状況が保障されている」という要件を満たすことができるのかは疑問が残る。更新料条項の有効性をめぐって従来の裁判例や学説で採用されていた、事業者・消費者間の情報・交渉力の格差に鑑みて、更新料条項の法的性質・趣旨の説明がない限り、情報・交渉力の格差は是正されず、更新料条項は無効となる、という判断枠組みと比較すると、最高裁の判断枠組みはむしろ従来の民法学説における暴利行為の判断枠組みに近い⁶⁰。しかも、更新料条項の有効性判断基準として、更新料額の高額性が挙げられているが、そもそも裁判官が金額の妥当性を判断することが可能なのか（あるいは適切なのか）という根本的な問題を避けて通ることはできず、結果的に当該更新料が「高額である」と判断される場合は限られる可能性がある。そうすると、中心条項に対して消費者契約法 10 条が果たす役割は限られることとなるが、これは前述した学説が指摘していた事業者・消費者間の情報・交渉力の格差を踏まえると妥当な考え方と言えるのが問題となる。この点は消費者契約法による不当条項規制と民法による不当条項規制の違いという根本的な問題に関わるものである。

もっとも、以上の問題は今のところもっぱら賃貸借契約における各種特約について問題となっている。そのことについて、賃貸借契約における各種特約が対価条項と密接な関連を有すること、契約締結時にも賃料や他の一時金と並んで、多くの賃借希望者が注目し、選択の考慮要素としている条項であることから、典型的な付随条項とは異なる特質を有しており、そのような特質ゆえに以上のような判断枠組みが提示されているとするものもある⁶¹。中心条項、中間条項、付随条項の区別、およびその区別からどのような規制枠組みの違いが生じるのかについては検討を要するものの、結局は更新料特約、敷引特約等どのように性質決定するかによって、消費者契約法 10 条が適用されるのか、それ以外の条文

⁵⁸ 大阪高裁平成 21・8・27 平 20 (ネ) 474 号【A1-481】(2009WLJPCA08276001)。

⁵⁹ 最二判平成 23・7・15 平 22 (オ) 863 号【A1-411】(2011WLJPCA07159001)。

⁶⁰ ただし、暴利行為の主観的要件が要求されていない点が民法とは異なる(山本豊・前掲注(54)20頁)。

⁶¹ 山本豊・前掲注(54)21頁。

が適用されるのかが変わってくる（例えば、更新料特約については、違約金であり、消費者契約法 9 条 1 号の適用がありうるとする裁判例⁶²もある）が、賃貸借契約関連条項については、例えば賃借人は通常損耗についての負担を負わないといった、判例上ある程度明確になっている考え方を民法改正の中で明文化することも考えられる。例えば、民法改正論議においては、賃貸人が事業者であり賃借人が消費者である賃貸借においては、終了時の賃借人の原状回復義務に通常損耗の回復が含まれる旨の特約の効力は認められないとする旨の規定を民法に取り入れる可能性について指摘されている⁶³。

他に消費者契約法 10 条に基づく有効性判断がなされている条項の種類として、解除制限条項⁶⁴、専属管轄合意⁶⁵、年金支給額の変更条項⁶⁶、代金支払債務の弁済期を先履行とする条項⁶⁷、クレジットカードの不正利用がカード名義人の家族・同居人による場合には、カード名義人の損害は填補されない旨の規定⁶⁸、請負予約における工事申込金の不返還条項⁶⁹、早期完済違約金条項⁷⁰、老人ホームの入居一時金の償却合意⁷¹、保険契約における無催告失効条項⁷²、中古車の買い取り契約において、「本件売買契約締結後、被告（筆者注：消費者）の認識の有無にかかわらず、本件自動車に接合車等の重大な瑕疵があることが判明した場合、原告が本件売買契約を解除することができ、この場合、陸送代、オークションキャンセル代等の損害賠償を求めることができる旨の本件特約」（事業者からの解除の要件を緩和した条項であるとの主張がなされたが、認められなかった）⁷³、税理士との委任契約における解除時の報酬支払について定める条項⁷⁴、NHK 放送受信規約において原告の放送を受信することのできる受信機を廃止しない限り原告との放送受信契約の解約を禁止する規定⁷⁵（もっとも、解約を絶対的に禁止するものではないとして後段要件該当性を否定している）、ベンチャーの脱退禁止規定⁷⁶（ただし、10 条違反は否定）がある。

以上をまとめると、消費者契約法 10 条は賃貸借契約における中心条項（ないし中間条項）

⁶² 京都地裁平成 22・10・29 平 21（ワ）4693 号【A1-425】（2010WLJPCA10297001）。

⁶³ 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的な論点整理』第 45 の 7（2）。

⁶⁴ 東京地判平成 15・11・10 平 15（ワ）10908 号【A1-602】（2003WLJPCA11100001）。

⁶⁵ 松山地裁西条支部平成 18・4・14 平 18（モ）25 号【A1-560】（2006WLJPCA04146001）、盛岡地裁遠野支部平成 17・6・24 平 17（ワ）12 号【A1-572】（2005WLJPCA06246001）。他に、大阪高裁平成 16・5・10 平 16（ラ）268 号【A1-589】（2004WLJPCA05106001）（ただし、10 条違反は否定）等。

⁶⁶ 東京高裁平成 21・10・29 平 19（ネ）1353 号【A1-461】（2009WLJPCA10296004）、大阪高裁平成 18・11・28 平 17（ネ）3134 号【A1-550】（2006WLJPCA11289005）等。

⁶⁷ 福岡地裁平成 19・2・16 平 18（ワ）495 号【A1-546】（2007WLJPCA02166004）。

⁶⁸ さいたま地裁平成 19・6・1 平 19（レ）8 号【A1-534】（2007WLJPCA06019002）。ただし、10 条違反は否定されている。

⁶⁹ 東京地裁平成 20・12・25 平 19（ワ）24131 号【A1-510】（2008WLJPCA12258007）。

⁷⁰ 大阪高裁平成 21・10・23 平 21（ネ）1437 号【A1-463】（2009WLJPCA10236001）、京都地裁平成 21・4・23 平 20（ワ）1079 号【A1-495】（2009WLJPCA04239006）。

⁷¹ 東京地裁平成 21・5・19 平 20（ワ）7387 号【A1-493】（2009WLJPCA05198001）等。

⁷² 東京高裁平成 21・9・30 平 21（ネ）207 号【A1-470】（2009WLJPCA09306001）。

⁷³ 東京地裁平成 21・9・30 平 21（ワ）10641 号【A1-469】（2009WLJPCA09308033）。

⁷⁴ 東京地裁平成 19・7・25 平 18（ワ）21381 号【A1-533】（2007WLJPCA07258009）。

⁷⁵ 東京地裁平成 21・7・28 平 19（ワ）2795 号【A1-484】（2009WLJPCA07288002）。

⁷⁶ 東京地裁平成 22・4・27 平 21（ワ）16254 号【A1-440】（2010WLJPCA04278023）。

という対価関連条項の有効性判断の際に主として用いられているが、それ以外の多様な条項の有効性を判断するための広範な機能をも果たしている。今後の10条のあり方を考える上では、まず前者については、中心条項・中間条項・付随条項の区別も視野に入れた対価関連条項の規制枠組みが問題となる。これに対して、後者については、多様な条項のうち、不当条項リストとして新たに列挙すべき条項がないかが問題となるが、のみならず、現在10条で不当性が判断されているものの中には、本来であれば8条、9条1号による有効性判断が妥当する（あるいは、本来8条、9条1号でカバーすべきである）にもかかわらず、10条という一般条項による判断がなされている（当事者から主張されている）ものがある点⁷⁷に留意する必要がある。不当条項リストの今後については3で検討するが、新たに列挙する条項のタイプを検討するのみならず、現行8条、9条1号がリストとして妥当なものであるか、すなわち、現行8条、9条1号に限界が多く存在するために10条の活用場面が過剰に広がっているのではないかという仮説を検証する必要もある。

（2）消費者契約法10条前段要件－「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」の意義

立案担当者によると、「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」とは、文字通り民商法の任意規定のことであるとされており⁷⁸、対応する明文の任意規定が存在する時効を扱う条項のみが消費者契約法10条の対象となることになる。裁判例でも前段要件につき、明文の規定を挙げているものが多く存在する（例として、予備校の講習受講契約等における解除制限特約について民法651条、656条を挙げている裁判例⁷⁹、更新料条項について民法614条を挙げている⁸⁰裁判例、同じく更新料条項について民法601条を挙げている裁判例⁸¹）。特に一連の学納金返還請求訴訟の下級審においては、在学契約が私法上の無名契約であることから、「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」による規律を予定していないとして、原告の消費者契約法10条に基づく主張が排斥されたものが多い⁸²。もっとも、前述したように学納金不返還特約は「対価保持条項」であり消費者契約法9条1号ではなく同法10条による不当性判断に服するという見解を採用し、かつ、10条前段に言う「任意規定」を民法、商法の明文規定に限ることになると、在学契約が無名契約であることから10条による主張が認められないということになる。ここには、学納金不返還特約の妥当性を判断する上で10条前段要件がネックになるということが現れている。

このように、前段要件は消費者契約法10条の適用範囲を狭める効果を有することもあつ

⁷⁷ 東京地裁平成21・3・18平16（ワ）14877号【A1-499】（2009WLJPCA03188016）。

⁷⁸ 消費者庁・前掲注（39）220頁。

⁷⁹ 東京地裁平成15・11・10平15（ワ）10908号【A1-602】（2003WLJPCA11100001）。

⁸⁰ 京都地裁平成22・10・29平21（ワ）4693号【A1-425】（2010WLJPCA10297001）等。

⁸¹ 京都地裁平成21・9・25平20（ワ）947号【A1-474】（2009WLJPCA09259003）等。

⁸² 岡山地裁平成16・2・18平14（ワ）1058号【A1-392,595】（2004WLJPCA02189005）、東京地裁平成15・10・23平14（ワ）20642号【A1-402,603】（2003WLJPCA10230004）。

て、学説では立案担当者の見解に否定的なものが多数である⁸³。実際に裁判例でも学説の見解に沿ったものが見られる。具体的には、明文の規定を挙げていないもの（例として、敷引特約に関する最高裁判例⁸⁴、民法上賃料以外の金銭的負担を負わせる規定は存在しないことを合理性否定の理由としており、特定の条文を引用していない裁判例⁸⁵）、10条に言う任意規定に判例や不文の法理等も含めているもの⁸⁶、そもそも前段要件該当性を検討していないもの⁸⁷も存在する。特に、賃貸借契約における更新料、敷引などは民法典に直接それらの授受について定めた規定がないことから、民法典の明文の規定が引用されていないことが多い。

この点について、更新料特約に関する最高裁判決⁸⁸は、「消費者契約法 10 条……にいう任意規定には、明文の規定のみならず、一般的な法理等も含まれる」と判断した。これまでの多数説を反映したものであるが、これによって、消費者契約法 10 条の見直しに当たっては前段要件を削除することも考えられる。そもそも、これまでの裁判例においても、前段要件は当該特約が、消費者の義務を加重したものであることの確認にすぎず、有効性判断の軸をなすのは後段要件であったことをふまえると、10条前段要件の存在意義はあまりないように思われる。しかし、それによって条項の不当性の判断基準が後段要件のみとなると、実質的には民法の信義則による規制と大差なく、基準としては不明瞭であるということもできる。この点を解決するために、「当該契約条項が存在しない場合との比較」を前段要件に代わる基準として設けることが一案として考えられるだろう⁸⁹。

（3）消費者契約法 10 条後段要件

1) 消費者契約法 10 条後段要件の意味

消費者契約法 10 条に言う「信義則に反し、消費者の利益を一方的に害する」条項とはいかなるものであるのか、その内実を検証する必要があるが、下級審裁判例をみると、事業者と消費者の間に存在する情報・交渉力の格差についで相手方の利益を一端的に害する特約を課すことが問題とされている。例えば、自然損耗等による原状回復費用を賃借人に負担させることは、契約締結に当たっての情報力および交渉力に劣る賃借人の利益を一端的に害するとする裁判例⁹⁰、「原状回復義務の発生要件及びその具体的内容について客観

⁸³ 学説は多数存在するが、主なものとして、落合・前掲注（18）147頁、山本豊「消費者契約法（3・完）—不当条項規制をめぐる諸問題」法教 243 号（2000 年）56 頁以下、山本敬三・前掲注（56）539 頁以下。

⁸⁴ 最一判平成 23・3・24 平 21（受）1679 号【A1-416】（2011WLJPCA03249001）。

⁸⁵ 明石簡裁平成 17・11・28 平 17（ハ）392 号【A1-564】（2005WLJPCA11286002）。

⁸⁶ 「最上級審判例又は確立した裁判例によって承認された法理であれば、これに含まれると解する」とした東京地裁平成 22・2・22 平 21（ワ）36652 号【A1-447】（2010WLJPCA02228021）、大阪簡判平成 15・10・16 平 15（少コ）261 号【A1-606】（2003WLJPCA10166001）等。

⁸⁷ 東京簡裁平成 16・7・5 平 16（少コ）325 号【A1-586】（2004WLJPCA07059001）、東京地裁平成 15・11・26 平 14（ワ）27108 号【A1-600】（2003WLJPCA11260012）等。

⁸⁸ 最二判平成 23・7・15 平 22（オ）863 号【A1-411】（2011WLJPCA07159001）。

⁸⁹ 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ 契約および債権一般（1）』（商事法務、2009 年）105 頁がこの見解をとる。

⁹⁰ 京都地裁平成 16・3・16 平 15（ワ）162 号【A1-593】（2004WLJPCA03166001）。

性、公平性及び明確性を欠く点において、信義則に反する程度に消費者の利益を一方的に害する」⁹¹などの裁判例がそのことを示している。裁判例を総じてみると、従来の民法の信義則や公序良俗規定による不当条項規制からさらにふみこんで「消費者の利益を一方的に害する」という基準を設けていることが、消費者契約法 10 条の役割を重要なものとしている。このような理解は、消費者契約法制定時に消費者契約法 10 条について、対等当事者を前提とした民法では必ずしも無効にできない条項を新たに無効にすることを可能にするものであり、構造的な格差のある当事者間を律する独自の消費者公序を判断する基準としての意味を持つものであるとされていた点とも親和的である。具体的には、消費者契約法 10 条の信義則は、「自己の利益のみを考えて、相手方の利益を配慮しないような態度を許さない」という考え方を意味し、正当な理由もなく、双方の利益のあいだに不均衡をきたし、その意味での均衡性ないし相互性をやぶるような条項が、信義則に反し、無効とされるというものである⁹²。

そこで、次に問題となるのは、「信義則に反し、消費者の利益を一方的に害する」か否かを判断する際に具体的に考慮されているのはいかなる要素であるかという点である。

2) 消費者契約法 10 条後段要件該当性判断の考慮要素

消費者契約法 10 条後段要件該当性の判断に当たっては主に以下の 3 つの点が考慮されている。

第 1 に、契約締結過程における情報・交渉力の格差である。例えば、敷引特約や更新料特約について、趣旨や内容の説明についての説明を要求しているもの⁹³、借借人に必要な情報が提供されないまま、借借人が自己にとって不利益なことが認識できずに当該条項が締結されたものであること⁹⁴、当該条項の有無を選択することの困難さ⁹⁵、借借人の交渉人によって敷引特約自体を排除させることは困難であること⁹⁶が考慮されている点はこの点を示している。要するに、事業者・消費者間の情報・交渉力格差は、条項の存在を契約書で明記したり、口頭で説明するだけでは是正されず、条項の趣旨の説明までも要求されるという考え方である。

もっとも、当該条項の存在や金額が契約書上明確である場合には 10 条後段要件を満たさないという形で 10 条による無効を否定するものもみられる。前述した更新料特約に関する最高裁判決がその例であるほか、下級審でも同旨のものが複数見られる⁹⁷。このような理

⁹¹ 京都地裁平成 16・6・11 平 15 (ワ) 2138 号【A1-587】(2004WLJPCA06116001)。

⁹² 山本敬三・前掲注 (9) 310 頁。他に潮見・前掲注 (56) 90 頁〔松岡久和〕も参照。

⁹³ 京都地裁平成 21・9・25 平 20 (ワ) 947 号【A1-474】(2009WLJPCA09259003)、京都地裁平成 21・7・2 平 20 (ワ) 2307 号【A1-487】(2009WLJPCA07026002) 等。

⁹⁴ 東京簡裁平成 17・11・29 平 17 (少コ) 2807 号【A1-563】(2005WLJPCA11299003)、大阪高裁平成 16・12・17 平 16 (ネ) 1308 号【A1-580】(2004WLJPCA12170011) 等。

⁹⁵ 堺簡裁平成 17・2・17 平 16 (ハ) 2107 号【A1-577】(2005WLJPCA02176001)。

⁹⁶ 京都地裁平成 21・7・23 平 20 (ワ) 3224 号【A1-486】(2009WLJPCA07239003)、京都地裁平成 19・4・20 平 18 (レ) 79 号【A1-537】(2007WLJPCA04209001) 等。

⁹⁷ 東京地裁平成 22・10・22 平 22 (レ) 999 号【A1-426】(2010WLJPCA10228009)、大阪高裁平成 21・10・

解が、10条が当事者間の情報・交渉力の格差に鑑みたものである点と整合的なものといえるかは一考を要する。

第2に、金額の高額性など条項の内容自体の客観的妥当性である。下級審では、例えば、敷引特約における控除率の高さを指摘している裁判例⁹⁸がある。更新料特約や敷引特約をめぐる最高裁判決でも、金額が高額であるか否かが一つの基準として挙げられている。また、原状回復特約や敷引特約、定期補修分担金特約について、自然損耗等の原状回復費用を借主に負担させることは借主に二重の負担を強いることになるとするもの⁹⁹、他に、年金の利率改定について、給付利率の改定をする必要性と改定後の給付利率の相当性が有効性の要件となるものがある¹⁰⁰。

第3に、実務慣行、標準約款が挙げられる。例えば、入居金の額、使途、償却基準等はいずれも都の指針に従ったものであることを考慮した裁判例¹⁰¹がある。もっとも、慣行を考慮に入れることの是非については9条1号の部分で述べた通りである。

これらの考慮要素を考える上で、以下の2点を検討する必要があるだろう。

第1に、後段要件該当性の判断に当たり、契約締結過程における事情（説明の有無など）等の主観的要素と金額の高額性などの内容の客観的不当性をどのようなバランスによって考慮することが妥当であるかという点である。

特に賃貸借契約関連裁判例では、条項の趣旨等の説明の有無が後段要件該当性を判断する上で考慮されているが、この点に関連して、学説において、信義則違反となるかの判断においては、当該消費者契約の締結時を基準とし、その時点までの一切の事情、具体的には、当事者の情報・交渉力の格差の程度・状況、当該条項が明瞭であったか、当事者に当該条項の基本的内容を知る機会が与えられていたか否かなどが考慮されるとする説が有力に主張されている¹⁰²。この説は、条項の不当性判断に当たり、条項内容それ自体の不当性ではなく、契約締結過程における不当性をも考慮に入れるものであるが、後者について、条項内容の不当性判断に当たって考慮に入れることの是非については検討が必要であろう。例えば、条項の趣旨や内容を説明していたか否かが考慮に入れられた裁判例が複数存在するが、仮に説明が不十分である場合にはそもそも条項が成立していないということになりうるからである。更新料特約や敷引特約をめぐる一連の最高裁判決では、条項が契約書に一義的かつ具体的に記載されているかという主観的基準と、更新料や敷引額の多寡といった客観的基準が合わせて考慮されているが、条項が契約書に一義的かつ具体的に記載されていない場合にはそもそも条項が成立していないということになりかねず、一方で、額がどれぐらいであれば高額と言えるかも明確でないことから、結局は無効となる場合がきわめて限られることになるだろう。また、仮に説明の有無などの主観的要素を考慮するとい

29平21(ネ)1211号【A1-462】(2009WLJPCA10296001)等。

⁹⁸ 京都地裁平成21・7・23平20(ワ)3224号【A1-486】(2009WLJPCA07239003)他、多く存在する。

⁹⁹ 東京地裁平成21・1・16平20(ワ)29084号【A1-507】(2009WLJPCA01168011)他、多く存在する。

¹⁰⁰ 大阪地裁平成17・9・26平15(ワ)4986号【A1-566】(2005WLJPCA09260003)。

¹⁰¹ 東京地裁平成22・9・28平21(ワ)23889号【A1-428】(2010WLJPCA09288002)。

¹⁰² 落合・前掲注(18)150頁以下。

うことになる、契約締結過程における説明義務・情報提供義務との関係を整理する必要がある¹⁰³。さらに言えば、交渉ができる程度に説明がなされていたかどうかを考慮に入れることは、逆に言えば交渉がなされていれば条項は不当とならないという見解にもつながりかねず、個別交渉を経た条項の規制の可否という根本的な問題とも合わせた検討を要する。すなわち、消費者契約においては、消費者と事業者という人的な属性が消費者の実質的な交渉の可能性を縮減している、現実に実質的な交渉がなされることが期待できないことから、個別に交渉された条項についても内容規制の対象から外すことは適切ではないという考え方があるが¹⁰⁴、この考え方をふまえると当事者間の情報・交渉力の格差を是正できるほどに交渉があった（交渉が可能であった）とすることができる場合はかなり限られるはずである。そうすると、交渉可能性があった以上、情報・交渉力の格差は是正され、それゆえに条項内容も不当とならないとすることができる場合も限定されることになろう。このように、当事者間の情報・交渉力の格差を是正できるほどに交渉（交渉可能性）があったとすることができる場合はどのような場合なのかは、簡単に判断できる問題ではない。そこで、条項内容の不当性判断に当たっては、まずは条項内容自体の妥当性を判断すべきであり、その上で情報・交渉力の格差が是正されたと言えるほどの交渉があったという場合にまで規制の対象とすべきかどうかを別段階の問題として考える方がよいのではないか。もっとも、以上のように主観的要素が重視されている事案のほとんどが賃貸借契約における特約をめぐる事案であり¹⁰⁵、他の事案においては主観的要素よりも客観的要素を重視して（あるいは客観的要素のみで）後段要件該当性を判断した事案がみられる。例えば、大学受験予備校の講習受講契約等に基づく解除制限特約について消費者契約法 10 条に基づいて無効とした事案¹⁰⁶においては、民法 651 条、656 条を引用して前段要件該当性を肯定した上で、「当該冬期講習や年間模試が複数の申込者を対象としており、その準備作業等が申込者 1 人の解除により全く無に帰するものであるとは考えられない」ことを考慮して後段要件該当性を考慮しているが、消費者の解除によって事業者に損害が生じるかどうかを考慮に入れていることは 9 条 1 号の「平均的な損害」の判断と類似している。

このことから、条項の種類によっては客観的な不当性のみで後段要件該当性を判断することが比較的容易であるといえる。逆に言えば、多くの賃貸借関連裁判例において条項の趣旨の説明等、条項を締結するに至る事情をも考慮に入れることによって条項の不当性が判断されていたのは、条項の不当性を内容面のみに着目して判断することが困難であったということによるのではないか。このように、ある契約条項が不当なものといえるかどうか

¹⁰³ 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的な論点整理の補足説明』（2011 年 5 月）（HP 版：<http://www.moj.go.jp/content/000074425.pdf>） 242 頁。

¹⁰⁴ 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（89） 107 頁。

¹⁰⁵ この点について、山本豊「消費者契約法 10 条の生成と展開-施行 10 年後の中間回顧」NBL959 号（2011 年）50 頁は、賃貸借関連の条項がいわゆる中間条項性を有しているという特質から条項内容以外の要素が効力判断の際の考慮に入れられているのであり、典型的な付随条項においては内容の不当評価が無効判断の中心とされるべきであるとする。

¹⁰⁶ 東京地裁平成 15・11・10 平 15（ワ）10908 号【A1-602】（2003WLJPCA11100001）。

かを判断するに当たっては、当該条項の種類によって判断すべき要素が異なることがあることを踏まえる必要があるだろう。具体的には、条項内容が客観的に見て不公正であると評価できるような場合もあれば、内容的には不公正とはいえないものであっても、契約締結過程での勧誘方法などの一定の追加的状況を加えることで不公正なものとして評価できる場合もありうる¹⁰⁷。仮にそうであるならば、条項の種類によって不当性判断の方法が違っても考慮しつつ、一方性を額の多寡のみで判断することが妥当なのか、一方性に契約締結過程の事情をどこまで盛り込むことが妥当であるのかを今一度整理し、今後の一般条項の改正に当たってはこれらの考慮要素を明示することも考えられるだろう。ただし、判断の安全性と予見性を高めるためにはできる限り客観的な考慮要素を模索する必要があるのではないか¹⁰⁸。

第2に、条項の不当性を判断する上で、当該事案における個別具体的な事情をどこまで考慮することができるかが問題となる。

10条後段要件該当性を判断するに当たり、当該事案の個別具体的な事情が考慮された裁判例が多い。例えば、残代金の支払い債務の弁済期を先履行として定めた条項は、当該残代金の支払期日は原告に資金繰りを確認した上で定められたものであることから、信義則に違反しないとした裁判例¹⁰⁹や入居期間が短期間であり、自然損耗もほとんどないといった事案特有の事情を考慮したもの¹¹⁰が存在する。

一方で、約款外の実務を当該約款における条項の有効性判断に当たって考慮してはならないとする判決もある¹¹¹。この事案では保険契約における無催告失効条項の有効性判断に当たり、当事者である保険会社が、「実務上、書面による保険料払込の督促をし、その督促に当たっては保険料の支払がないまま払込猶予期間を過ぎると保険契約が失効することを明瞭に理解させるための措置を講じている」点を考慮してはならないとしている。その理由としては、ある条項が10条により無効かどうかは、個別の当事者間における事情を捨象して抽象的に判断すべきことが挙げられている。契約を簡単には失効させずに存続させるように一定程度の配慮がなされていることを考慮して契約失効までの払込みの猶予期間が1ヶ月であったとしても消費者契約法10条によって無効となるものではないとした一審¹¹²のように当該事案に即した妥当な解決を目指すことを重視すると、疑問が生じる¹¹³。

この点については、10条が団体訴訟における判断基準となることを考えると、条項の不当性判断は抽象的になされるべきであるという考え方はありうるどころであるが、抽象的

¹⁰⁷ 河上正二「消費者契約法の展望と課題」現代消費者法14号（2012年）75頁参照。

¹⁰⁸ 河上・前掲注（107）75頁。

¹⁰⁹ 福岡地裁平成19・2・16平18（ワ）495号【A1-546】（2007WLJPCA02166004）。

¹¹⁰ 大阪簡裁平成15・10・16平15（少コ）261号【A1-606】（2003WLJPCA10166001）。

¹¹¹ 東京高裁平成21・9・30平21（ネ）207号【A1-470】（2009WLJPCA09306001）。

¹¹² 横浜地裁平成20・12・4平20（ワ）721号【A1-512】（2008WLJPCA12046002）。

¹¹³ 山下友信「生命保険契約における継続保険料不払いと無催告失効条項の効力—東京高判平成21・9・30を契機として」金法1889号（2010年）17頁、山本豊・前掲注（105）24頁も参照。

な判断のみであると、個別の事案にとって妥当でない結論が導かれるおそれがある¹¹⁴。そうすると、究極的には個別訴訟における判断基準と団体訴訟における判断基準を区別することも視野に入れた検討が必要となるだろう。

(4) 信義則と公序良俗の関係—消費者契約法 10 条の今後

以上のように、消費者契約法 10 条に言う信義則違反とは、情報・交渉力の格差に乗じて相手方の利益を一方的に害することとすることができるが、その際には契約締結過程における説明の程度などの主観的な要素から、消費者に負担させる金額の多寡といった客観的な要素まで総合的に考慮されている。ただし、後段要件該当性の判断に当たっては、「信義則違反」と「消費者の利益を一方的に害する」という要件が一体として判断されていると言ってよく、両者の要件の関係および両者の要件の意義についてはいまだ不明確である¹¹⁵。

また、最近の更新料特約・敷引特約をめぐる最高裁判決を見ると、それらが中心条項であることから裁判所の介入が謙抑的であるという事情はあるにせよ、実質的には価格の高額性が判断の決め手となってきている。当該条項が契約書に記載されていれば当事者間の情報・交渉力の格差は是正されるかのような判示を行っている点について、消費者契約法 10 条にいう「信義則」をそのような意味でとらえるとすれば民法による条項の不当性判断と異なる点が見いだしにくくなる¹¹⁶。このような最高裁の判断が、更新料特約・敷引特約の中心条項性（およびそれゆえに裁判官が規制に消極的であること）に基づく特殊なものなのか、それともおよそ消費者契約法 10 条にいう「信義則」違反一般について妥当するものなのかは今後の裁判例の動向を見守るしかない。しかし、仮に後者だとすれば、消費者契約法 10 条に言う信義則が、公序良俗規定に基づく暴利行為の客観的要素を切り出したものと等しくなり、消費者契約法 10 条の意義そのものが問われることとなるだろう。

今後は消費者契約法 10 条の各要件（前段要件、「信義則違反」、「消費者の利益を一方的に害する」）の関係を再検討するとともに、消費者契約法の趣旨である「情報・交渉力の格差」を条項の不当性判断に当たって適切に判断するための要件を、適用対象となる条項の種類や個人訴訟と団体訴訟の区別なども考慮しつつ、精緻に議論すべきである¹¹⁷。

¹¹⁴ 山本豊・前掲注（105）24 頁参照。

¹¹⁵ 拙著・前掲注（1）58 頁以下にあるように、消費者契約法制定直後から活発に議論されている。

¹¹⁶ この点について、最三判平成 23・7・12 平 22（受）676 号【A1-412】（2011WLJPCA07129002）における岡部喜代子裁判官の反対意見が「賃借物件を賃借しようとする者は、当該敷引金がいかなる性質を有するものであるのかについて、その具体的内容が明示されてはじめて、その内容に応じた検討をする機会が与えられ、賃貸人と交渉することが可能となるというべきである」としている点が傾聴に値する。

¹¹⁷ 例として、「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当たっては、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」とする民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（89）105 頁の提案が挙げられる。同 110 頁でも指摘されているように、10 条が団体訴訟における基準ともなることを考えると、「契約の相手方との関係で個別的に」信義則違反を判断することの妥当性は検討の余地があるものの、一つの方向性として傾聴に値する。

3. 不当条項リストの充実化

(1) リストの充実化の方向性

裁判例を見ると、現行消費者契約法ではリストが8条、9条のみであることから、多くの条項が一般条項である同法10条による不当性判断に服されていることがわかる。さらには、消費者契約法9条1号が適用されうる条項であるにもかかわらず、10条に基づく当事者の主張および裁判所の判断がなされた事案も存在する（賃貸借契約において、借借人より契約締結後2年未満に解約・解除等がされたときは、借借人は賃料・共益費の1ヵ月分を支払う旨の違約金条項につき、賃貸借契約が2年以内に解約されることにより借借人に特段の不利益があるとは考えられないとして、10条に基づいて無効とした裁判例¹¹⁸⁾。このように、不当条項規制に当たって10条が果たす役割および射程はきわめて大きなものとなっているが、10条は一般条項であることから、条項が抽象的なものにとどまらざるを得ず、不当性判断が一律なものとはならない。その結果、事業者にとっていかなる条項が不当であるかを一義的に示す効果には乏しい。

そこで、今後の消費者契約法の見直しに当たって不当条項リストの見直しは不可欠であろう。リストを設けることで、消費者（とりわけ、消費者団体訴訟を提起することができる適格消費者団体）はもちろん事業者にとっていかなる条項が不当であるかを示すことができる。また、裁判官にとっても条項の不当性について一義的かつ明確な判断基準を提供することとなり、ひいては条項の不当性について裁判官の判断次第になる余地を少なくし、法的安定性を保つことができる。実際の裁判例を見ても、比較的明確な不当性判断基準を有している消費者契約法8条関連事例においては、条項が無効となるかどうかが一義的に判断されている（例として、大阪地裁平成20・6・10平19(ワ)5823号【A1-328】(2008WLJPCA06108003)。8条1項1号に照らして条項を制限的に解釈したものとして、東京地判平成20・7・16平19(ワ)22625号【A1-327】(2008WLJPCA07168003)）。

不当条項リストの充実化について、学説・実務においては多くの提案がなされている¹¹⁹⁾。それらの提案をふまえると、今後リスト化を検討すべき条項の種類として以下のようなものが挙げられるのではないだろうか¹²⁰⁾。

¹¹⁸⁾ 東京地裁平成22・6・11平21(ワ)41032号【A1-435】(2010WLJPCA06118008)。

¹¹⁹⁾ 日本弁護士連合会「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」(2006年12月14日)

(<http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/061214.html>)、国民生活センター・消費者契約法に関する研究会『消費生活相談の視点からみた消費者契約法のあり方』(国民生活センター、2007年)、国民生活審議会消費者政策部会消費者契約法評価検討委員会・前掲注(51)、近畿弁護士会連合会消費者保護委員会編『消費者取引法試案―統一消費者法典の実現をめざして―』(消費者法ニュース発行会議、2010年)、日本弁護士連合会「消費者契約法日弁連改正試案」(2012年2月16日)

(http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2012/120216_2.html)の第13条以下。また、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実態分析(別冊NBL92号)』(商事法務、2004年)、同『消費者契約における不当条項の横断的分析(別冊NBL128号)』(商事法務、2009年)は、不当条項の実態をふまえて、列挙すべき条項をいくつかのカテゴリーに分類し、各々の法的な問題点を個別具体的に検討するものである。他に、民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(89)116頁以下にも不当条項リストの候補となる条項の例が示されている。

¹²⁰⁾ 拙稿・前掲注(45)48頁。

- (ア) 事業者の責任を不相当に軽くする条項（事業者の債務不履行責任の免除・制限条項など）
- (イ) 事業者に一方的な権限を与える条項（契約内容の一方的な変更権限を与える条項など）
- (ウ) 消費者の権利を不相当に制限する条項（消費者の同時履行の抗弁権を制限する条項など）
- (エ) 契約の解除・解約に関する条項（消費者からの解除・解約の権利を制限する条項など）
- (オ) 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
- (カ) 紛争解決に関する条項（消費者に不利な専属的合意管轄を定めた条項、消費者の証明責任を加重する条項）

具体的には、裁判例でも問題となっている解除制限条項、専属的管轄合意、事業者にも有利な解除を認める条項、価格変更条項などをリストの候補として挙げることが考えられる。他に、国民生活センター相談事例で挙げている消費者からの解約を「受講申込者本人の死亡または重大な疾病」の場合に制限する解約条項（【B2-76】）も、消費者の利益を一方的に害するものと言えないか、問題となる。

もっとも、リスト化に当たっては、当該条項の性質上、常に不当と言えるのか、それとも当該事案や業種の特徴をふまえると不当となる可能性があるにとどまるのか、区別する必要がある。例えば、前述した一部免責条項、専属的合意管轄、違約金条項の場合、当該条項が常に不当となるわけではない。管轄合意条項は公序良俗規定や消費者契約法 10 条によって当然に無効となるわけではなく、有効な合意として尊重されるとしつつ、事案の特殊性を考慮して民事訴訟法 17 条による移送を認めた裁判例¹²¹は端的にこの点を述べている。

そうすると、不当条項リストを列挙、および、リストに定める条項の不当性基準を設けるに当たって消費者保護の観点からどこまで民法理論の例外を認めるかが問題となる。この点は、前述した「平均的な損害」と民法 416 条との関係をどのように考えるかという問題にも現れている。それをふまえて、当該条項を常に不当な条項としてブラック・リストに掲げるのか、それとも不当性が推定されるにとどまるグレイ・リストにとどめるのかを検討する必要がある。

また、リストの文言を定めるに当たっては、文言をあまりに限定的なものとすることは避けるべきであると考えられる。例えば、9 条 1 号の「解除に伴う」という限定については削除することが考えられる。

¹²¹ 大阪高裁平成 16・5・10 平 16（ラ）268 号【A1-589】（2004WLJPCA05106001）。

(2) リストの充実化と8条・9条1号の見直し

以上は、現行法にはない条項の種類をリストに付け加えることを提案するものであるが、現行8条、9条1号についてもリストの充実に合わせて以下のような修正が必要である。

まず、免責条項(8条)については、全部免責条項よりも一部免責条項の方が裁判例上多く問題となっていることに留意すべきであろう。例えば、パソコンの購入から3ヶ月間のみ無償で修理に対応するという契約条件は、事業者の瑕疵担保責任を全部免除するものではないとして8条1項5号の適用を否定した東京地裁平成21・1・29平20(レ)454号【A1-324】(2009WLJPCA01298026)、犬の売買契約において一定期間内のみ売主が発病による責任を負うとする特約につき、瑕疵担保責任を一部免除する条項が8条1項5号の対象となっていないことを理由に有効とした東京地裁平成16・7・8平16(ワ)997号【A1-334】(2004WLJPCA07080007)がある。また、実質的に事業者の責任を免除する効果を持つものとして、買主による瑕疵担保責任の行使期間を、瑕疵の認識の有無にかかわらず、本件土地の引き渡しから3ヶ月以内という短期間に制限する特約が10条に照らして無効とされている裁判例¹²²が参考となる。これらをふまえて、現行消費者契約法ではリスト化されていない、事業者の軽過失による債務不履行・不法行為責任の責任制限条項(特に人身損害の場合)、瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任の一部を免除する契約条項、消費者の権利行使期間を制限する条項などをリスト化することが検討されるべきである¹²³。

ただし、軽過失免責・責任制限条項は常に不当であるとするのは企業にとって酷となりうることから、個別の事情を考慮して不当性を判断することが妥当であるとするれば、軽過失責任制限条項を消費者契約におけるグレイ・リストとして定め、事業者に証明責任を転換することが考えられる。

次に、9条については、前述したように対価の不返還を定める条項を別途リスト化することを検討するとともに、9条1号を適用する上で理論上も実務上も困難さをもたらしている「平均的な損害」基準を再検討する必要がある。また、適用対象を限定する文言である「解除に伴う」という文言の見直しが必要である。

(3) 一部無効事案

最後に、リストに違反した条項はその条項全体が無効となるのか、それとも、不当とされる部分のみ一部無効となるのかという問題が、近時の民法改正論議においても議論されている¹²⁴。事業者機会主義的行動を採らさないようにする抑止的效果を考慮に入れると「条項全部無効」とするのが適切であるが、現行消費者契約法9条1号のように不当となる賠償額についてのみ無効とすることが柔軟な事案の解決として妥当な場合もある。この

¹²² 東京地裁平成22・6・29平20(ワ)32609号【A1-433】(2010WLJPCA06298001)。

¹²³ 河上・前掲注(107)77頁にあるように、結果として事業者の責任減免に奉仕する機能を有する条項は様々存在する。

¹²⁴ 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的な論点整理の補足説明』(2011年5月)(HP版：<http://www.moj.go.jp/content/000074425.pdf>)246頁以下。

問題についてここで結論を出すことは困難であるが、リスト化の対象となる条項の中には全部無効を原則とすべき条項もあれば、一部無効的処理を行った方が妥当な場合もあることが予想されることをふまえて今後検討の余地がある。裁判例でも、10条が適用された事例で一部無効を認めたものが存在する¹²⁵。

¹²⁵ 大阪地裁平成17・4・20平16(ワ)10347号【A1-575】(2005WLJPCA04206001)。

