

「消費者契約法に関する調査作業チーム」  
論点整理の報告

平成 25 年 8 月  
消費者委員会

## 第6章 不当条項リストの補完

担当：大澤 彩（法政大学准教授）

### 1. 論点

- ① 該当すれば不当条項であるとみなされる「ブラック・リスト」と、不当条項であると推定される（当事者が不当性を阻却する事由を主張立証することによって不当性が覆る）「グレイ・リスト」を設けてはどうか。また、この他に例えば業種毎のリストなどを政令レベルで設けることも検討してはどうか。
- ② 不当条項リストのうち、特に裁判例で活用されており、それゆえに解釈論上・立法論上も多くの問題点が指摘されている違約金・損害賠償額の予定条項規制について、規制基準、立証責任、対象となる条項の種類などの点から詳細に検討してはどうか。
- ③ 実際の事案においては、そもそも問題となっている条項がいかなる趣旨のものであるかが不明確であり、具体的にどの不当条項リストに当てはまるかが問題となることがある。そこで、条項の性質決定に関する解釈準則を創設してはどうか。具体的には、不明確条項に関しては、消費者の合理的意思を重視する解釈準則を創設することを検討してはどうか。

### 2. その背景・立法的対処の必要性

#### ①について

（1）現行消費者契約法においては、不当条項リストは消費者契約法8条、同法9条の2種類しか存在せず、多くの条項が一般条項たる消費者契約法10条によってその不当性判断がなされている状況にある。

不当条項リストを設けることについては、①危険条項についての消費者や事業者の「情報提供機能」、ひいては「紛争予防機能」があること、②無効条項に対する予防機能と市場における「実質的競争促進機能」があること、③「裁判外での紛争処理機能」があることから（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）、おおむね支持されている。多くの条項の不当性判断が消費者契約法10条に委ねられているわが国の現状を見ると、不当条項リストの以上の3つの機能を実現するには至っていないといえることができる。

そこで、従来の裁判例、学説、諸外国の立法例を参考に不当条項リストを充実させるべきである。

その際、該当すれば不当条項であるとみなされる「ブラック・リスト」と、不当条項であると推定される（当事者が不当性を阻却する事由を主張立証することによって不当性が覆る）「グレイ・リスト」を設けることが考えられる。不当とされる条項の中には、いかなる状況を考慮しても常に不当と言える条項のみならず、他の条項の存在、対価との関係など他の事情を踏まえれば当該条項の合理性が認められうる条項が存在する。リ

## ・脱法禁止条項

近畿弁護士連合会『消費者取引法試案』169頁

「1-5-2-16 別段の法律構成を定める条項であっても、1-5-2-1 第1項に反し無効となることを回避する結果となる場合には、当該条項もまた、消費者の利益を信義則に反する程度に害するものとみなす」。

日弁連 2012 年提案

「他の法形式を利用して、本法その他公序若しくは良俗に反する法令の規定の適用を回避する条項。ただし、他の法形式を利用することに合理的な理由があり、かつ、消費者の利益を不当に害しない場合を除く」。

### ②について

(1) 損害賠償額の予定・違約金条項について定める消費者契約法 9 条 1 号については、以下のような問題点が指摘されている。第 1 に、9 条 1 号では消費者契約の解除が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対象となっていない。第 2 に、「平均的な損害」の算出方法や対象となる損害が不明確であり、それらのとらえ方の違いが実際の裁判例においても結論の違いを導いている。第 3 に、「平均的な損害」の立証責任について、最高裁は消費者が負うものと判断したが、これに対しては消費者が事業者の内部事情とも言うべき「平均的な損害」を立証することには困難が大きい。第 4 に、対価不返還条項など、解除時の清算条項の有効性判断をめぐる消費者契約法 9 条 1 号の射程が明らかではない。

(2) これらの問題点をふまえて、まず、現行法消費者契約法 9 条 1 号が対象としている消費者契約の解約に伴い、損害賠償の予定又は違約金を定める条項を規制対象とするにあたっては、以下の点を見直す必要がある。

#### a) 立証責任の転換について

損害の立証責任については、これまでも、当該事業者の損害の平均値を資料を持たない相手方消費者に立証させるのは困難であること、損害賠償の額の予定条項を作成しているのは当該事業者なのであるから、その算定根拠の資料提出を当該事業者に求めることはむしろ当然であること等から、損害の立証責任は当該事業者に負担させるべきとの考え方が示されていた。下級審裁判例でも、そのような結論を支持するものがあり、学納金返還請求訴訟の最高裁判決でも、現行法の文言上は損害の立証責任は消費者にあると解さざるを得ないとしつつも、事実上の推定によって、その不都合を緩和しようとしている。

「消費者契約法の評価及び論点の検討等について」（平成 19 年 8 月国生審消費者政策部会消費者契約法評価検討委員会）においても、「何らかの形で消費者による立証の困難性の緩和が図られるべきである。」と評価されている。

さらに、後述するように「平均的な損害」という文言だけでは、損害の平均値をとるという意味に過ぎないため、現行法では、「損害」の対象や、平均値の算出方法について

は、さらに法解釈をする必要があった。そのため、今回の法改正にあたっては「損害」の対象や、平均値の算出方法について具体的な基準を設け、その上で適切な平均値を算出していくという方針をとる必要があるが、こうした基準を設けても、そもそも、当該事業者の「損害額算定の基礎資料」がなければ算定は不可能である。

そうすると、適切な平均値を算出するには、事実上の推定や民訴法 248 条の活用といった、いわば場当たりの対応では、いずれ限界が出てくるものと推察され、今般の改正を契機として、立証責任の転換は必須であると思われる。

具体的には、「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、事業者が当該契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」といったような規定を設けることが考えられる。

#### b) 平均値の算出方法について

「平均的な損害」の算出方法について具体的な基準を設けることが考えられる。

例えば、近時の携帯電話の解約金に関する裁判例を見ると、解約金条項が解約の時期を一切問うていないことから、平均的な損害の算定に当たって本件契約を締結した顧客を一体のものとして判断した裁判例（京都地判平成 24 年 3 月 28 日）ものと、解除の時期的区分により同一の区分に分類される複数の同種契約の平均値を用いたもの（京都地判平成 24 年 7 月 19 日）とに分かれている。

※京都地判平成 24 年 3 月 28 日判時 2150 号 60 頁

「本件解約金条項は、顧客との間で本件契約を締結するにあたり、顧客の具体的特性、料金プラン及び解約の時期を一切問わず、一律に契約期間末日の 9975 円の解約金の支払義務を課していることが認められる。したがって、平均的な損害の算定については、本件契約を締結した顧客を一体のものとして判断すべきである。」

※京都地判平成 24 年 7 月 19 日判時 2158 号 95 頁

「事業者が解除の事由、時期等による区分をせずに、一律に一定の解約金の支払義務があることを定める契約条項を使用している場合であっても、解除の事由、時期等により事業者が生ずべき損害に著しい差異がある契約類型においては、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における平均値を用いて、各区分毎に、解除に伴い事業者が生じる損害を算定すべきである。」

しかし、結婚式場予約キャンセル事案やパーティ予約キャンセル事案をみてもわかるとおり、当該事業者が生じる損害額は、解除の時期的区分によって自ずと異なってくるものである。それにもかかわらず、事業者側の条項の作成の仕方が時期的区分を設けずに一律にしているかそれとも時期的区分をしているかといった事情によって、結論に差が出てくるというのは不合理といえないだろうか。

この点は、京都地判平成 24 年 7 月 19 日が述べているとおり、「解除の時期的区分に

よって損害に差が生じる契約類型においては、解除の時期的区分により同一の区分に分類される複数の同種の契約における平均値を用いて、各区分毎に、解除に伴い事業者が生じる損害を算定すべきである。」ということ、改正にあたっては明文化する必要があると考える。

c) 「平均的な損害」の対象となる損害について

結婚式場予約キャンセル事件（東京地判平成17年9月9日）、自動車売買キャンセル事件（大阪地判平成14年7月19日）などでも、逸失利益は原則として損害に含まれないとしつつ、例外的に逸失利益が含まれる場合として、他の予約客を断ったか否かという事情や、あるいは、他の顧客に転売できないような特注品であった否かという事情を考慮するようである。そして、そこで得られた帰結については、常識的な判断という評価は得ているものの、理論的に考えれば「平均的な損害」というだけではあくまで損害の平均値を採用するというだけにすぎず、損害の対象をどのように限定するのかは、消費者契約法の趣旨に基づいて別の正当化根拠が必要であるとの問題意識も提示されている。

この点、学説としては、「同法9条1号は、従来、割賦販売法や特定商取引法において採られていた、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額は原状回復賠償に限定されるという原則を、全ての消費者契約に妥当する法理として一般化した規定であると捉えるものである。このような解釈論は、消費者契約においては事業者の主導のもとで勧誘・交渉が行われ、消費者は契約の内容について十分に熟慮することなく契約の締結に至ることが少なくないことから、契約解除に伴う損害賠償額を原状回復賠償に限定することによって、消費者が望まない契約から離脱することを容易にすることにより、契約の成立段階に起因するトラブルを回避するインセンティブを事業者に付与するという考え方に基づくものである。」という見解（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））、「特定継続的役務に関する特商法49条2項1号は、①給付されていない目的物の対価を請求できないという法理、②中途解約時の提供済みの役務の対価保持は認められるという法理、③特定継続的役務の特徴から導かれる自由な中途解約権の保障と通常生じる損害の加算容認という合理的清算にかかる法理から根拠づけられるところ、特商法49条2項1号の内容は、消費者契約法9条1号の平均的な損害を定型化した規定」と位置づける見解（千葉恵美子「損害賠償の予定・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』（日本評論社、2008年）403頁以下）、「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（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」明治学院大学法科大学院ローレビュー第9号（2008年）95頁以下）などがある。

以上を踏まえ、改正の方針として、解除に伴う損害は、信頼利益に限定し履行利益を含まないことを明文化することが考えられる。

そして、明文化に際しては、給付していない目的物、役務の対価（将来の逸失利益）は原則損害に含めないこととし、ただし、解約の時期的区分、契約の目的（当該消費者向けに限定された給付内容なのか否か）等に照らし、他の顧客を獲得する等によって代替することが不可能となり、利益を得る機会を喪失した場合は損害に含めると明示することが望ましいと考える。

なお、代替性を考えるにあたっては、契約の目的（当該消費者向けに限定される給付なのか否か）についての明記も重要と思われる。この点を意識しておかないと、特に履行後の解約において、逸失利益の限定が無意味となりかねない。

この点に関連して、前述した京都地判平成 24 年 7 月 19 日は、損害の対象に履行利益を含めることを前提としており、そもそもその前提が異なるが、以下のような判示をしている。「原告らは、本件通信契約は、大量の新規契約等が予定されており、ある契約の解約に伴い生じる損害は、別の契約により填補されることから、逸失利益を基礎に平均的損害を算定することはできない旨主張する。しかし、一般に、民法の規定に基づき損害賠償請求をする場合において、債務不履行を起因して他の契約を締結する機会が新たに生じたことにより、損害が填補されたとしても、逸失利益の請求は認められ、上記填補額は、損益相殺の対象となるにとどまる。また、当初の契約の債務不履行に起因して他の契約締結の機会を得たとはいえない場合には、上記損益相殺は認められず、損害（逸失利益）全額について損害賠償が認められる。法 9 条 1 号の解釈にあたっては、以上のような民法の規律を参照し、①解約に伴い、別の契約を締結する機会が新たに生じ、これにより損害が填補されたといえる場合には、解約に伴う逸失利益から上記損害の填補額を控除することにより平均的損害を算定するが、②解約に伴い別の契約を締結する機会が新たに生じたといえない場合には、平均的損害の算定にあたり、他の契約を締結することによる損害の填補の可能性を考慮することはできないと解する。そして、本件通信契約においては、ある契約が締結されることにより、他の契約を締結する機会を喪失するとはいえず、それゆえ、解約に伴い別の契約を締結する機会が新たに生じるともいえないから、他の契約を締結することによる損害の填補の可能性を考慮することはできない。」

しかしながら、このような代替性の考え方に従うと、役務提供の内容に属人性がなく、しかも大規模に役務提供していればいるほど、つまり抽象度の高いものであればあるほど「ある契約が締結されることにより、他の契約を締結する機会を喪失するとはいえず、それゆえ、解約に伴い別の契約を締結する機会が新たに生じるともいえない」として、損害の対象となってしまうことになる。

以上のように「平均的な損害」の対象については、民法理論のみから正当化することは困難であり、消費者契約特有のものとして説明する学説が複数存在したところであり、今回の見直しにあたって、この点を明文化する余地はあるだろう。

（3）もっとも、消費者からの解除にあたって消費者側に帰責事由がない場合（例えば、自己都合、債務不履行によらない場合）には、そもそも損害賠償を求めているのかとい

う問題がある。この場合には民法 420 条の適用が排除されるという見解もあり、消費者契約法ではこの場合の損害賠償額の予定条項を無効とするという条文を入れることも考えられる。

※丸山絵美子「損害賠償の予定・違約金条項および契約解消時の清算に関する条項」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』別冊 N B L 128 号 (2009 年) 148 頁以下

「消費者の債務不履行の事実や帰責事由を問わずに、あるいは民法によれば損害賠償請求権がそもそも発生しない事態に向けて、一方的に消費者に損害を負担させる条項が、損害賠償額の予定条項として規制されるのかという問題がある。民法 420 条にいう『賠償額の予定』に関して、通説は、責めに帰すべき事由の有無も損害の有無も関係なく、債務不履行の客観的事実があれば、損害賠償額の予定条項に基づいて、債務者は賠償を求め得るとするが、有力説によれば、債務者は、帰責事由がないことを証明して、損害賠償額の予定条項に基づく支払い義務を免れることができるということである。後者の見解によれば、例えば、不可抗力によって債務者が履行できなかった場合は、損害賠償の予定条項はこの事態をカバーするものではなく、逆に、不可抗力による履行不能の事態について損失転嫁や分配を定めている条項であれば、それは民法 420 条にいうところの損害賠償額の予定ではないということになる。ここには、『〇月〇日に履行がなかった場合には〇〇万円支払う』といった条項は、あくまで債務者の責めに帰すべき事由による債務不履行の事態に向けられているのか否か条項の趣旨の解釈レベルの問題と、危険負担や損失分配の問題となる事態も含めて一定額を支払う旨の条項と解釈できる場合、そのような条項を損害賠償額の予定条項を規制する場合と同じ基準（たとえば、『実損害』を超えてはならない準則など）によって制限してよいのか、という問題が含まれている。

現行消費者契約法 9 条 1 号との関係では、民法によれば損害賠償など何ら負担を負わずに契約から解放されるべき事態に向けて一定額の支払いを要求する条項の不当性を、『平均的な損害』基準によって判断してよいのかという問題として現れる。」

(4) 次に、消費者契約の解除を伴わない、消費者の債務不履行（義務違反）に対する損害賠償額の予定・違約金条項についても規制を設ける必要がある。例えば、レンタルビデオの過重な延滞金料金、賃料相当損害金を過重する条項（賃料相当損害金の 2 倍や 3 倍など）等、「解除に伴わない」場合であっても、損害賠償額の予定・違約金を定める条項は問題となるが、現行消費者契約法 9 条 1 号では、「解除に伴う」という限定があるため、規制対象から外れ、同法 10 条で審査せざるを得ない状況となっている。

比較法的にみても、損害賠償額の予定・違約金条項の規制は、契約解除の場合に限定されないモデルがほとんどで、「解除に伴う」という限定は、上記の日本の立法時の個別的事実に伴うものに過ぎず、理論的なものではないことなどが指摘できる。

したがって、今回の改正にあたっては、解除に伴う場合のリストとは別に、解約を伴わない場合の、消費者の債務不履行による損害賠償、違約金の条項への規制のリスト化