

消費者契約法上の不当条項規制における 契約条項の透明性の考慮とその抽象性

酒 卷 修 也

はじめに

I 契約条項の透明性の要請違反による不当性への影響と抽象的評価

1 契約条項の透明性の要請と不当性評価

2 契約条項の透明性の要請と抽象的評価

3 小括

II 消費者契約法上の不当条項規制による制約

1 消費者契約法上の不当条項規制の役割と契約条項の透明性の要請

2 個別訴訟・適格消費者団体による差止訴訟における契約条項の透明性の要請
の位置づけ

3 小括

おわりに

はじめに

消費者契約法 10 条は、判例や一般法理を含む任意規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限または義務を加重する契約条項であって（以下、これを「10 条前段要件」という）、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するもの（以下、これを「10 条後段要件」という）を無効とする。ある契約条項が同条に該当するか否かにつき、判例は、法 10 条前段と後段の 2 つの要件に分けて判断する枠組みを採用する（最判平成 23 年 7 月 15 日民集 65 卷 5 号 2269 頁、最判平成 24 年 3 月 16 日民集 66 卷 5 号 2216 頁など〔いずれも後掲〕）。そして、これまでの判例によれば、その判

断の射程が個別訴訟または適格消費者団体による差止訴訟にかぎったものであるか否かは評価が分かれているものの、法 10 条該当性の判断にあたって、契約条項の内容の不明確さといった消費者契約法 3 条 1 項 1 号が定める要請（以下、法 3 条 1 項 1 号が定める要請を「契約条項の透明性の要請」という）に係る事情が考慮されている。

たとえば、適格消費者団体による不当条項の差止訴訟に関して、[1] 最判令和 4 年 12 月 12 日民集 76 卷 7 号 1696 頁（家賃債務保証業者 Y は、建物の賃貸借契約において、賃借人が Y に対して賃料債務等を連帯保証することを委託し、Y が賃貸人に対して当該賃料債務等を連帯保証すること等を内容とする契約を締結している事業者である。その保証委託契約や連帯保証契約等を内容とする契約書の中には、契約書 13 条 1 項前段が、「丁〔Y〕は、乙〔賃借人〕が支払を怠った賃料等及び変動費の合計額が賃料 3 か月分以上に達したときは、無催告にて原契約を解除することができるものとする」旨を定めていた〔本件原契約無催告解除条項〕。また、本件契約書 18 条 2 項 2 号は、[1] 建物賃借人が賃料等の支払を 2 か月以上怠り、[2] Y が合理的な手段を尽くしても建物賃借人と連絡がとれない状況の下、[3] 電気・ガス・水道の利用状況や郵便物の状況等から本件建物を相当期間利用していないものと認められ、かつ [4] 本件建物を再び占有使用しない建物賃借人の意思が客観的に看取できる事情が存するときは〔これらの要件を「本件 4 要件」という〕、建物賃借人が明示的に異議を述べない限り、これをもって本件建物の明渡しがあったものとみなすことができる旨を定めていた〔本件原契約明渡擬制条項〕。これらの条項が消費者契約法 10 条に該当する等として、適格消費者団体 X は差止請求等をした）は、本件原契約無催告解除条項につき、いわゆる信頼関係破壊の法理に関する判例を前提としてそれを限定的に解釈した原審判決（大阪高判令和 3 年 3 月 5 日判時 2514 号 17 頁）とは異なり、このような解釈手法を、差止請求の趣旨等を理由に採用すべきでないとした。また、[1] 判決は、本件原契約明渡擬制条項につき、原契約を終了させる権限を Y に付与する趣旨を含む

とする原審判決の解釈を、それをうかがわせる文言がないとして否定した。さらに、本件原契約明渡擬制条項が法 10 条後段要件に該当する理由の 1 つとして、「本件 4 要件のうち、本件建物を再び占有使用しない賃借人の意思が客観的に看取できる事情が存することという要件は、その内容が一義的に明らかでないため、賃借人は、いかなる場合に本件契約書 18 条 2 項 2 号の適用があるのかを的確に判断することができず、不利益を被るおそれがある」点を挙げた。これらは、あるいは法 10 条該当性を判断する前段階にあたる契約内容の確定作業において、あるいは法 10 条後段要件の該当性を判断するにあたって、契約条項の内容の不明確さを考慮したものと評価できよう¹⁾。

個別訴訟に関しても、[2] 最判平成 23 年 7 月 15 日民集 65 卷 5 号 2269 頁(期間を 1 年とする貸貸人 Y と賃借人 X との間の居住用建物の賃貸借契約において、X は期間満了の 60 日前までに申し出ること更新が可能である旨、法定更新か合意更新にかかわらず、1 年経過するごとに X が Y に対して更新料として賃料の 2 か月分を支払わなければならない旨、X の入居期間にかかわりなく更新料の返還や清算等に Y が応じない旨の条項〔本件更新料条項〕があった。X は、本件更新料条項が消費者契約法 10 条により無効である等と主張し、更新料の返還を求めた) は、本件更新料条項の法 10 条後段要件該当性を判断するにあたって、契約条項が一義的かつ具体的に記載され明確な合意があることを考慮し、不当条項に該当しないとした。すなわち、[2] 判決は、法 10 条後段要件該当性の判断にあたっては「消費者契約法の趣旨、目的(同法 1 条参照)に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、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総合考量して判断される

1) 鹿野菜穂子「消費者契約条項の透明性と不当条項審査——消費者契約条項の限定解釈とその限界」沖野眞已ほか編『河上正二先生古稀記念論文集 これからの民法・消費者法(Ⅱ)』(信山社、2023 年) 309 頁、特に 322 頁以下、谷本圭子「判批([1] 判決)」私判リ 67 号(2023 年) 26 頁、特に 29 頁。

べきである」とし、「更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人と賃貸人との間に更新料の支払に関する明確な合意が成立している場合に、賃借人と賃貸人との間に、更新料条項に関する情報の質及び量並びに交渉力について、看過し得ないほどの格差が存するとみることができない」と判示した。

これらの不当条項規制に関する判例において契約条項の内容の明確さ等が考慮されているのは、消費者契約では、事業者に対して、「消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が、その解釈について疑義が生じない明確なもので、かつ、消費者にとって平易なものになるよう配慮すること」が求められているためであろう（消費者契約法 3 条 1 項 1 号）。この規定による事業者の義務は努力義務であるが、一定の場合には法的効果が生じうると指摘されている²⁾。

契約条項の透明性の要請に反して条項が不明確であった場合、それを考慮する手段としては、契約解釈のレベルにおいて消費者に有利に契約を解釈することが考えられるが³⁾、前掲 [1] [2] 判決は、それを超えて、消費者契約法上の不当条項規制において契約条項が明確であるか否か等を考慮した。不当条項規制において契約条項の内容の明確さ等を考慮することについては、それが内容の当不当の評価にあたって影響すべき事柄ではないことなどを理由として否定的な見解もある⁴⁾。しかし、不当条項規制の文

2) 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001 年）60 頁以下、消費者庁消費者制度課『逐条解説消費者契約法〔第 4 版〕』（商事法務、2019 年）114 頁、山本敬三ほか「座談会 消費者契約法の改正と課題」ジュリ 1527 号（2019 年）14 頁、特に 27 頁以下〔河上正二発言〕、鹿野菜穂子監修・日本弁護士会連合会消費者問題対策委員会編『改正民法と消費者関連法の実務 消費者に関する民事ルールの到達点と活用方法』（民事法研究会、2020 年）345 頁、中田邦博・鹿野菜穂子編『基本講義消費者法〔第 5 版〕』（日本評論社、2022 年）89 頁以下〔鹿野菜穂子〕など。

3) 消費者庁消費者制度課は、消費者契約法 3 条 1 項 1 号につき、「条項使用者不利の原則が法第 3 条第 1 項の趣旨から導かれる考え方の一つであることを条文中より明確にするという意味も持つものと考えられる」と指摘する（消費者庁消費者制度課・前掲注 (2) 114 頁以下）。

脈においても契約条項の透明性が考慮されるべきであろう。この点については既に別稿で論じているため詳細は省くが⁵⁾、その理由として、ここでは特に次の2点を指摘しておきたい。

第一に、契約条項の内容の不明確さは、契約内容の不当性に影響しうる。たとえば、契約条項の内容の不明確さが原因となり、本来消費者に与えられるべき権利がない、または本来負わない義務を負うものと消費者を誤信させることがありうる。建物賃貸借契約中に存する無催告解除条項を例にすれば⁶⁾、本来であれば当該賃貸借契約の当事者間において信頼関係が破

4) たとえば、①河上正二「総論」河上正二ほか『消費者契約法——立法への課題——』（商事法務、1999年）6頁、特に19頁は、契約締結過程における環境整備の1つである開示ルールの一環として位置づけるべきであると、②潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）45頁は、契約内容への組入れの問題であるとする。また、③大澤彩「不当条項規制の現状と課題——民法改正・消費者契約法改正を受けて——」消費者法研究6号（2019年）179頁、特に209頁、同「取引の『定型化』と民法・消費者法の役割——『定型取引』概念導入後の契約内容規制」NBL1199号（2021年）32頁、特に39頁は、原則としては契約解釈における条項使用者不利の原則等による解決が妥当するという。

5) 酒巻修也「消費者契約法による不当条項規制と契約条項の透明性の要請」消費者法研究12号（2022年）1頁。

6) 前掲〔1〕判決は、原契約無催告解除条項の内容を確定するにあたり信頼関係破壊の法理を前提とした限定解釈を採用すべきでない理由として、消費者契約法12条3項の趣旨のほか、「賃料債務等の連帯保証人であるYが原契約につき無催告で解除権を行使することができるとするものである上、連帯保証債務が履行されたことにより、賃貸人との関係において賃借人の賃料債務等が消滅した場合であっても、無催告で原契約を解除することができるものであるから、前記第一小法廷判決〔最判昭和43年11月21日民集22巻12号2741頁〕が判示した上記特約条項とはおよそかけ離れた内容のものというほかない」と判示しており、建物賃貸借契約が消費者契約である場合における無催告解除条項一般について論じたものではない。

しかし、本文で述べるように、前掲〔1〕判決の第1審判決に付された評釈等で指摘されている問題点は、建物賃貸借契約が消費者契約である場合において同契約に置かれる無催告解除条項にも妥当しうる内容であるように思われる。また、〔1〕判決に対する評釈にも、同判決が消費者契約法10条該当性を判断するにあたり挙げている2つの要素（①本件原契約無催告解除条項の内容と民法上の規定や信頼関係破壊の法理との乖離、②解除権の行使主体）のうち、②がなくとも十分に信義則違反であると評価可能であるため、本件と同様の要件で賃貸人

壊されていないかぎり契約が解除されないところ、その要件が契約条項の文言になく要件が緩和・単純化されているため、当該条項を前にして、賃借人が、信頼関係が破壊されていないことを理由に解除の有効性を争うことをしない可能性を生じさせ、また、事業者による当該法理に反する行動を黙認することになる⁷⁾。それを放置しないためには、契約解釈による解決よりも不当条項規制による解決のほうが望ましい。また、契約条項の不明確さによって消費者が誤信するであろう内容をもとに、当該条項の不当性を審査することも可能であろう⁸⁾⁹⁾。

第二に、消費者契約においては契約一般におけるよりも契約条項の透明

に無催告解除権を与える条項についても [1] 判決と同様の判断が可能である旨を指摘する見解がある(茂木明奈「判批 [[1] 判決]」新・判例解説 Watch241号 [2023年] 1頁、特に3頁。同様の射程を指摘する見解として、谷本・前掲注(1)「判批 [[1] 判決]」29頁)。

- 7) 岡田愛「判批 ([1] 判決第1審 [後掲 [7] 判決])」WLJ判例コラム188号(2019年)1頁、特に4頁、石田剛「判批 ([7] 判決)」民事判例20(2020年)54頁、特に56頁、岡本裕樹「判批 ([7] 判決)」私判リ61号(2020年)26頁、特に29頁。

- 8) 詳細は、酒巻・前掲注(5)「消費者契約法による不当条項規制と契約条項の透明性の要請」18頁以下を参照。

また、諸外国の判例や学説においても、不当条項該当性の審査において契約条項の明確さ等が考慮されると指摘されている。ヨーロッパ司法裁判所やフランス破産院の動向につき、酒巻修也「消費者契約における透明性の要請と契約内容の確定のあり方に関する序論的考察——フランス消費法における契約条項の透明性の要請と契約解釈のサンクション化の意義——」藤原正則ほか編『松久三四彦先生古稀記念論文集 民事法制度の構造と解釈』(信山社、2022年)637頁や、とりわけ中心条項の規制に関して論じる大澤彩「契約の中心条項規制と条項の『明瞭性』に関する一考察——スイスフラン建て住宅ローントラブルを一例として——」沖野眞已ほか編『河上正二先生古稀記念論文集 これからの民法・消費者法(Ⅱ)』(信山社、2023年)351頁などを参照。ドイツ法につき、鹿野菜穂子「約款の透明性と組入要件・解釈・内容コントロール——民法および消費者契約法の改正へ向け」鹿野菜穂子・中田邦博・松本克美編『長尾治助先生追悼論文集 消費者法と民法』(法律文化社、2013年)3頁、特に7頁以下などを参照。

- 9) 消費者契約法上の不当条項規制において契約条項の内容の明確さを考慮すべきとする見解として、落合・前掲注(2)『消費者契約法』151頁以下、鹿野・前掲注(8)「約款の透明性と組入要件・解釈・内容コントロール」20頁以下、同・

性が強く要請されるとするのであれば、その実効性を確保するためには、消費者に有利に契約を解釈する手法¹⁰⁾の位置づけを、契約一般における債権者不利の原則とは異なり、他の解釈準則に劣後しないものとして解することが望ましいであろう。なぜなら、消費者に有利に契約を解釈する手法が他の解釈準則に劣後する、つまり他の解釈準則によっては契約内容を確定できない場合にはじめて用いられる準則であると位置づけるならば¹¹⁾、消費者契約において特に契約条項の透明性を要請したところで、それを遵守するインセンティブがないからである。こうして消費者に有利に契約を解釈する手法を他の解釈準則に劣後しないものと位置づける場合には、一定の場面における消費者契約の解釈は、契約条項の透明性の要請に関する義務違反の効果としての意義を有することになろう¹²⁾。

前掲注(1)「消費者契約条項の透明性と不当条項審査」309頁などがある。

- 10) 契約解釈において消費者に有利に解釈する手法としては、条項使用者不利の原則が指摘されることが多いが、条項作成者不利の原則などもある。本稿では、いずれが望ましいかを検討することはせず、これらをまとめて「消費者に有利に契約を解釈する手法」とする。
- 11) 契約一般であるか消費者契約であるかを問わず、条項使用者不利の原則といった一方当事者に有利に契約を解釈する旨の原則は、他の解釈準則に劣後すると指摘されることが多い。たとえば、債権法改正にあたり、民法(債権法)改正検討委員会は、約款や消費者契約の解釈に関して条項使用者不利の原則の導入を提案したが、それは他の解釈準則に劣後するものであった(民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』〔商事法務、2009年〕123頁)。また、2014年から始まった消費者契約法専門調査会でも条項使用者不利の原則を消費者契約法に導入することが検討されたが、消費者庁は、条項使用者不利の原則を他の解釈準則に劣後するものとして提案した(消費者庁「第7回消費者契約法専門調査会資料2 個別論点の検討(1)——消費者契約法総則——」25頁〔https://www.cao.go.jp/consumer/history/03/kabusoshiki/other/meeting5/doc/150317_shiryou2.pdf、2023年8月22日最終閲覧〕)。
- 12) 酒巻・前掲注(5)「消費者契約法による不当条項規制と契約条項の透明性の要請」10頁以下、同「消費者契約における一方当事者に不利な契約の解釈準則の位置づけに関する一考察——フランス消費法典における消費者等に有利な契約の解釈規定と破毀院のコントロール」沖野眞已ほか編『河上正二先生古稀記念論文集 これからの民法・消費者法(Ⅱ)』(信山社、2023年)401頁、特に420頁以下を参照。

これらのことから、消費者契約においては、内容規制による解決に対し契約解釈による解決が先行することを強調する必要はなく、また、強調すべきでないように思われる。

このように解するとき、消費者契約に関しては、契約条項の透明性の要請違反とかかわりのあるサンクションが複数存在することになる¹³⁾。すなわち、契約解釈における消費者に有利な解釈手法の採用や不当条項規制、さらには説明義務違反を理由とする不法行為責任などがそれである。もっとも、これらのサンクションは、契約条項の透明性の要請違反がありさえすればいずれのサンクションであっても当事者が選択可能である、という関係にはないであろう。それらを課すための要件やその役割は、サンクションごとに異なるからである。また、それらのサンクションを課すにあたって契約条項の透明性を考慮するとき、そうすることで本来有していた各サンクションの役割を変容させることになるのであれば、その是非を検討する必要がある。

そうであれば、消費者契約法上の不当条項規制において契約条項の透明性を考慮するにあたってはそれに固有の制約がありえよう。その制約を考察するには、それに必要な視点として次の2つが考えられる。第1は、契約条項の透明性の要請それ自体に関する視点である。先に挙げた2つの判例の判示内容からすると、契約条項の不当性評価に影響しうる契約条項の

13) 契約解釈の限界という観点から不当条項規制における契約条項の透明性の要請の考慮を論じたものとして、たとえば、鹿野・前掲注(8)「約款の透明性と組入要件・解釈・内容コントロール」3頁、酒巻・前掲注(5)「消費者契約法による不当条項規制と契約条項の透明性の要請」1頁がある。ただし、両者では、契約解釈の限界の意味が異なる。鹿野菜穂子教授は、契約解釈の場面における消費者に有利な解釈準則が他の解釈準則に劣後するものであることから、契約条項の透明性の要請の遵守にあたっては契約解釈による解決には限界があるとする(鹿野・前掲注(8)「約款の透明性と組入要件・解釈・内容コントロール」23頁以下)。それに対し、私見によると、本文で述べたとおり、消費者契約の解釈において消費者に有利な解釈準則を他の解釈準則に劣後させるべきではないと考えるが、そのように解する場合であっても、事案における解決の妥当性等の理由から契約解釈による解決が望ましくないことがあろう。

透明性の要請に関する具体的内実は一様ではないであろう。たとえば、前掲 [2] 判決が指摘する契約条項の「明確な合意」の有無は、前掲 [1] 判決のような契約条項の内容の不明確さを必ずしも前提としない。契約条項の透明性の要請に係る事情を不当条項規制において考慮するとしても、その具体的内実によりいかなる意味で不当性とかかわるかが異なる可能性がある¹⁴⁾。さらに、[2] 判決のいう契約条項の「明確な合意」の有無は具体的な当事者の事情を考慮することが求められる情報提供義務ともかわるものであり、それと契約条項の透明性の要請との異同が問題となる。第2は、消費者契約法上の不当条項規制の役割という視点である。消費者契約法上の不当条項規制は、個別訴訟のほかに、適格消費者団体による差止訴訟によっても争われる。両者では、いずれにおいても契約条項の内容の不当性が問われる一方で、消費者個人の利益保護が問題となるか、消費者被害の拡大防止・事前予防が重視されるかという違いがある。不当条項規制の役割や、個別訴訟、適格消費者団体による差止訴訟それぞれの役割は、契約条項の透明性の要請に係る事情を不当条項規制において考慮しようと

14) 契約条項の透明性の要請の具体的内実に応じた消費者に生ずる不利益の違いという視点は、大澤彩教授により、契約条項の解釈における条項使用者不利の原則の問題として処理すべきか、または不当条項規制の問題として処理すべきかを区別して考えるべきである旨を主張する際に指摘されている(大澤・前掲注(4)「不当条項規制の現状と課題」209頁)。それに対して、私見は、これらを不当条項規制において考慮しうものとするが、それぞれの内実により生ずる不利益の相違により、不当条項規制の判断構造のなかでそれが考慮されるべき段階が異なると考える。この点については、既に酒巻・前掲注(5)「消費者契約法による不当条項規制と契約条項の透明性の要請」27頁以下で論じており、上記拙稿の課題は、消費者契約法上の不当条項規制において契約条項の透明性を考慮することの必要性や、場合によっては契約内容を確定するレベルでそれを考慮すべきであることを示す点にあった。それに対し、本稿の課題は、不当条項規制に関する個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟の異同や、契約条項の透明性の要請と消費者契約法3条1項2号の情報提供義務との関連性を意識しながら、不当条項規制において契約条項の透明性の要請に係るいかなる事情をどのように考慮すべきかを検討することにある。そのため、本稿の課題を検討していくにあたって上記拙稿と内容が重なる部分があるが、それは必要な範囲にとどめる。

するとき、それにいかなる影響を与えるであろうか。

そこで、本稿は、まず、これまでの消費者契約法10条に関する判例や裁判例から、そこで考慮されていると考えられる契約条項の透明性の具体的内実を析出し、それと不当性との関係や特徴を明らかにする(Ⅰ)。次に、それを消費者契約法上の不当条項規制において考慮するとき、いかなる範囲の事情をどのように考慮すべきかを検討していこう(Ⅱ)。

Ⅰ 契約条項の透明性の要請違反による不当性への影響と抽象的評価

本章では、消費者契約法上の不当条項規制の場面で契約条項の透明性の要請を考慮するにあたっての制約を考察する前提作業として、契約条項の透明性の要請と契約条項の不当性評価との関係やその特徴を明らかにする。具体的には、まず、これまでの判例や裁判例によればどのような内実の契約条項の透明性が考慮されているかを確認し、その要請がいかなる意味で不当性の評価に影響を及ぼしうるかを探る(1)。後述するように、契約条項の不当性を評価するにあたり判例や裁判例が考慮する契約条項の透明性の要請に係る事情には、契約内容の文言の明確さだけでなく、説明の有無といった事情もある。特に説明の有無は、契約条項の透明性の要請を定める消費者契約法3条1項1号だけでなく、事業者が知ることのできた個々の消費者の年齢や心身の状態、知識、経験を総合的に考慮することが求められる法3条1項2号による情報提供義務とも関連しうるものである。そうすると、これらの判例で考慮されている説明の有無といった事情が、法3条1項1号によって要求されるものであるといえるかが問題となろう。そこで、両者を区別しうる視点として、契約条項の透明性の要請それ自体が、個別的評価と抽象的評価のいずれになじむものかを考察する(2)。そのうえで、本稿の課題との関係では、契約条項の不当性を評価するにあたって法3条1項2号による情報提供義務違反の有無を考慮すべきか否かが問題となるが、その検討は次章に先送りされる。

1 契約条項の透明性の要請と不当性評価

消費者契約では、消費者契約の内容が、その解釈について疑義が生じない明確なもので、かつ、消費者にとって平易なものになるよう配慮することが事業者に求められている（消費者契約法3条1項1号）。それによれば、契約条項の内容の明確さがその要請の一内容であることは、確かであろう（以下、このような意味での透明性を「契約条項の内容の透明性」という）。そして、判例は、契約条項の内容の透明性を、消費者契約法上の不当条項規制において考慮する。もっとも、判例が考慮する契約条項の透明性に係る事情は、それに限られない。判例は、ある契約条項が不当条項に該当するか否かを判断するにあたり、事業者による説明の有無といった事情も考慮している。これらの契約条項の透明性に関する事情は、不当性の評価とどのように関連していようか¹⁵⁾。以下、順にみていこう。

(1) 契約条項の透明性の要請に係る事情とその特徴

まずは、判例や裁判例によれば、ある契約条項が不当か否かを判断するにあたって、契約条項の透明性に係るいかなる事情が考慮されているかを確認していこう。

(a) 契約条項の内容の透明性

判例や裁判例には、契約条項の内容の透明性に係る事情を考慮して消費者契約法10条該当性を判断するものがある。

たとえば、前掲[1]判決は、保証委託契約や連帯保証契約等を内容とする契約書の中に置かれた家賃債務保証業者が建物賃貸借契約を無催告で解除しようとする旨の条項が消費者契約法10条に該当するか否かを判断するにあたり、当該条項につき、いわゆる信頼関係破壊の法理を前提に限

15) 契約条項の透明性の要請と不当性評価との関係については、酒巻・前掲注(5)「消費者契約による不当条項規制と契約条項の透明性の要請」18頁以下、30頁以下も参照。

定的に解釈する方法を採用すべきでないとした。これは、法 10 条該当性を判断する前提作業である契約内容の確定にあたって、判例法理との関係で生ずる契約条項の内容の不明確さを考慮したものといえよう。つまり、契約解釈の場面でしばしば採用される、契約条項を規範的観点からその効力を維持する方向で限定的に解釈する手法が、適格消費者団体による不当条項の差止訴訟であることから採られなかった。このことは、消費者契約法上の不当条項規制において、契約条項の内容を確定する際に契約条項の内容の透明性を考慮していると評価できよう¹⁶⁾。また、[1] 判決は、原契約明渡擬制条項が法 10 条後段要件に該当するか否かを評価するにあっても、本件建物を再び占有使用しない賃借人の意思が客観的に看取できる事情が存することという要件が一義的でない点を考慮していた¹⁷⁾。

このような契約条項の内容に関する透明性が欠如する原因としてまず考えられるのは使用されている文言の多義性であるが、判例や裁判例をみるならば、それ以外にもその原因はありえよう。たとえば、①契約条項に関連する判例法理の存在（前掲 [1] 判決）や、②契約条項の明確化に寄与する、あるいは文言上の要件に変更を加えるような実務上の運用（[1] 判決の事案では、賃料不払のあった原契約賃借人に対し、Y が「賃料等の滞納の事実本件賃貸借契約上の重大なる債務不履行であり、当事者間の信頼関係を破壊する特段の事情に相当致します」との通知書を送付していた。また、[3] 最判平成 24 年 3 月 16 日民集 66 卷 5 号 2216 頁の事案〔X と生命保険会社 Y との間で締結された医療保険契約と生命保険契約において、保険料が払込猶予期間内に払い込まなかった場合にはその猶予期間の満了の翌日から効力を失う旨の無催告失効条項があった。X の保険料未払いにより本件保険契約が失効し、その後、X が本件保険契約の復活を申し込

16) 鹿野・前掲注 (1)「消費者契約条項の透明性と不当条項審査」323 頁以下、谷本・前掲注 (1)「判批 ([1] 判決)」29 頁。

17) 鹿野・前掲注 (1)「消費者契約条項の透明性と不当条項審査」324 頁以下、谷本・前掲注 (1)「判批 ([1] 判決)」29 頁。

んだが、YはXの健康状態を主たる理由として承諾しなかった。そこでXが、Yに対し、本件保険契約が存在することの確認を求めて訴えを提起した。その際、本件無催告失効条項が消費者契約法10条に該当するか否かが問題となった〕では、Yが保険料の支払を怠った保険契約者に払込督促通知を送付していた)も、契約条項の内容の透明性に係る事情として挙げることができる¹⁸⁾。

-
- 18) その他、たとえば契約条項の定め方の複雑さは、契約条項の内容の理解を妨げることがあろう。また、その複雑さは、契約条項の透明性に関するもう1つの具体的内実である契約条項の認識または認識可能性を阻害することもある。

たとえば、ある契約の条項全体が無効であるか否かが争われている場面であるが、仙台地判令和3年3月30日判時2538号44頁(消火器のリース契約に関する訪問販売を行う役務提供事業者Yは、消費者との間で、パッケージリース契約書および同契約書と一体となっている天秤と題する書面を使用して、消火器の保守が含まれる消火器のリース契約を締結していた。適格消費者団体Xは、本件契約に含まれる、消費者が本件契約を中途解約した場合または解除された場合に解約・解除の時期や事由を問わずリース料残余相当額を一括して支払わなければならない旨の条項などが不当条項に該当する、また、本件契約条項全体が不当条項に該当することを理由とする差止請求等をした)において、Xは、本件契約には無効な条項が多数含まれているだけでなく、意味が不明な条項が多く条項相互の優先関係も不明であることから、本件契約条項が全体として、消費者に契約内容を理解させないまま不利益な契約を締結させるためのツールとなっていると主張する(ただし、同判決は、本件契約条項全体が消費者契約法10条に該当するか否かにつき、無効な条項が個別に修正可能であることや、条項自体の意味や条項相互の関係が不明確であるとしても直ちに本件契約の条項全部が法10条前段の条項に該当するとはいえないとして、法10条に該当しないとした。なお、その控訴審である仙台高判令和3年12月16日判時2541号5頁は、契約条項の透明性の要請に係る事情には触れず、法8条または10条により無効となる条項が多数含まれ、これら関連する契約条項が全体として一体のものとして消費者の権利を制限し、または義務を加重する消費者契約の条項となり、信義則に反して消費者の利益を一方的に害する契約条項となっているものと評価されるため、本件契約条項全体が法10条に該当し無効となるとしている)。

ある特定の契約条項についても同様に、それを細分化して複雑に定めることで、あるいはその内容を誤信させ、あるいはその認識を阻害させることがありえよう。

(b) 消費者による契約条項の認識または認識可能性

このような契約条項の内容の透明性以外にも、消費者契約法上の不当条項規制の文脈で、契約条項の透明性にかかわる事情が判例や裁判例では考慮されている。それは、ある契約条項の認識または認識可能性に係る事情¹⁹⁾である。

前掲 [2] 判決は、当該事案における更新料条項に関する消費者契約法 10 条後段要件該当性の判断にあたり、「更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人と賃貸人との間に更新料の支払に関する明確な合意が成立している場合に、賃借人と賃貸人との間に、更新料条項に関する情報の質及び量並びに交渉力について、看過し得ないほどの格差が存するとみることもできない」とした。

また、[5] 最判平成 23 年 7 月 12 日判時 2128 号 43 頁(賃借人 X は、賃貸人 A との間で、建物賃貸借契約を締結した。本件契約には、賃借人が本件契約締結時に保証金として 100 万円〔預託分 40 万円、敷引分 60 万円〕を賃貸人に預託する旨、賃借人に賃料その他本件契約に基づく未払債務が生じた場合には、賃貸人は任意に本件保証金をもって賃借人の債務弁済に充てることができる旨、本件契約が終了して賃借人が本件建物の明渡しを完了し、かつ、本件契約に基づく賃借人の賃貸人に対する債務を完済したときは、賃貸人は本件保証金のうち預託分の 40 万円を賃借人に返還する旨の条項があった〔以下、本件保証金のうち敷引分 60 万円を控除してこれを賃貸人が取得することとなるこの約定を「本件敷引特約」という〕。本件賃貸借契約が終了して X が建物を明け渡した後、A から賃貸人の地位を承継した Y は、本件敷引特約により、預託分 40 万円から X が負担すべき原状回復費用等を控除した額を X に返還した。そこで X は、本件敷引特約は消費者契約法 10 条により無効であるとして、Y に対し不当利得返還

19) 後述するように、契約条項の認識を要求する判例の考慮要素や、契約条項の透明性の要請の趣旨に鑑みると、契約条項の認識可能性で足りるとすべきであろう。

請求をした)は、本件敷引特約の法 10 条該当性を判断するにあたり、「賃貸借契約においては、本件〔敷引〕特約のように、賃料のほかに、賃借人が賃貸人に権利金、礼金等様々な一時金を支払う旨の特約がされることが多いが、賃貸人は、通常、賃料のほか種々の名目で授受される金員を含め、これらを総合的に考慮して契約条件を定め、また、賃借人も、賃料のほかに賃借人が支払うべき一時金の額や、その全部ないし一部が建物の明渡し後も返還されない旨の契約条件が契約書に明記されていれば、賃貸借契約の締結に当たって、当該契約によって自らが負うこととなる金銭的な負担を明確に認識した上、複数の賃貸物件の契約条件を比較検討して、自らにとってより有利な物件を選択することができるものと考えられる。そうすると、賃貸人が契約条件の一つとしていわゆる敷引特約を定め、賃借人がこれを明確に認識した上で賃貸借契約の締結に至ったのであれば、それは賃貸人、賃借人双方の経済的合理性を有する行為と評価すべきものであるから、消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎるなどの事情があれば格別、そうでない限り、これが信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものということとはできない」と判示した。

このように、判例によると、ある契約条項が消費者契約法 10 条に該当するか否かの判断にあたり、その条項の認識または認識可能性が考慮されることがある。

このような契約条項の認識または認識可能性に係る事情としては、契約書への記載のあり方(前掲 [2] [5] 判決)のほか、当該条項を認識させるための一般的措置や説明の有無が挙げられる。たとえば、[6] 大阪高判平成 24 年 12 月 7 日判時 2176 号 33 頁(通信サービス等の提供を行う会社 Y が消費者との間で締結している携帯電話サービス契約に存する、2 年の定期契約が自動更新される前に、消費者が契約の満了以外の事由により解除することを Y に通知したとき、または Y がその定期契約を解除したときは、消費者が Y に対し、9975 円〔消費税込み〕以上の解約金を支払う旨

の条項〔本件解約手数料条項〕が消費者契約法 10 条に該当するなどとして、適格消費者団体 X が、当該条項の差止等を求めた事案である)は、本件解約手数料条項の法 10 条後段要件該当性を判断するにあたり、「本件契約の契約期間 (2 年間) が社会通念上不当に長いとまでは言えないこと、Y が種々の措置を講じることによって、消費者に対し本件当初解約金条項について説明し、Y と消費者との間に本件当初解約金条項に基づく合意が成立している」として、それを否定した。同種の事案を扱った裁判例においても、同様の判示がなされている²⁰⁾。

(c) 小括

以上でみたように、契約条項の透明性の要請に係る事情といっても、不当条項規制において判例や裁判例が考慮するそれを確認するならば、契約条項の内容にかかわる透明性と、認識または認識可能性にかかわる透明性とがあるといえよう。なお、契約書への定め方などは、それによって契約条項の内容を誤信させることもあれば、認識または認識可能性を阻害することもあるように思われる²¹⁾。ただし、後述するように、いずれの性格を有するかにより不当条項規制における考慮のあり方が異なると考えられるため、両方の性格を併せ持っている場合がありうるとしても、ある事案において問題とされた契約条項の透明性に係る事情が消費者に対しどのような影響を与えるものかを評価することは重要であろう。

このうち、契約条項の認識または認識可能性にかかわる事情をみるならば、消費者契約法 3 条 1 項 1 号により要請される契約条項の透明性に係る事情ではなく、法 3 条 1 項 2 号により要求される情報提供義務に係る事情

20) 同種の事案を扱った裁判例として、大阪高判平成 25 年 7 月 11 日判例集未掲載 [LEX/DB 文献番号 25501529] (その第 1 審判決である京都地判平成 24 年 11 月 20 日判時 2169 号 68 頁)、大阪高判平成 25 年 3 月 29 日判時 2219 号 64 頁 (その第 1 審判決である京都地判平成 24 年 7 月 19 日判時 2158 号 95 頁)、[5] 判決の第 1 審判決である京都地判平成 24 年 3 月 28 日判時 2150 号 60 頁がある。

21) この点につき、本稿注 (18) を参照。

消費者契約法上の不当条項規制における契約条項の透明性の考慮とその抽象性(酒巻)

が消費者契約法上の不当条項規制において考慮されていると評価することも可能であろう。これらのいずれと解するべきかについては、次項(Ⅱ)で、要求される程度によっては法3条1項1号による契約条項の透明性の要請にかかわりうることを確認した後、次章(Ⅱ1)にて検討する。

ひとまず、これらの2つの内実がいずれも消費者契約法3条1項1号による契約条項の透明性の要請にかかわるものであると仮定して、これらが契約条項の不当性とどのように関連するかをみていこう。

(2) 不当条項規制において契約条項の透明性を考慮する必要性

消費者契約について消費者契約法3条1項1号が契約条項の透明性に関する努力義務を事業者に課している理由につき、消費者庁消費者制度課は、このような要請がなされるのは事業者と消費者との間には情報・交渉力の格差が存在し、それが紛争の背景となることが多いためであると説明する²²⁾。もっとも、より具体的にみるならば、契約条項の内容に関する明確さと、その認識または認識可能性とでは、消費者契約法上の不当条項規制においてそれらが考慮されるときに、いかなる点で不当性に影響するといえるかが異なるように思われる。

(a) 契約条項の内容の透明性と誤信の惹起

まず、契約条項の内容の透明性が要請される理由についてである。

消費者契約法10条該当性の判断にあたり契約条項の内容の透明性に言及した前掲[1]判決は、当該事案における原契約明渡擬制条項に関する4要件の1つにつき、その内容が一義的に明らかでないため、賃借人が、いかなる場合に本件原契約明渡条項の適用があるかを的確に判断することができず、不利益を被るおそれがあると判示していた。

学説においても同様の指摘がなされている。たとえば、前掲[1]判決

22) 消費者庁消費者制度課・前掲注(2)112頁。

の第一審判決である [7] 大阪地判令和元年 6 月 21 日判時 2448 号 99 頁に対する評釈をみるならば、本件原契約無催告解除条項につき、本来であれば当該建物賃貸借契約の当事者間において信頼関係が破壊されていないかぎり契約が解除されないところ、その要件が契約条項の文言になく要件が緩和・単純化されているため、当該条項を前にして、賃借人が、信頼関係が破壊されていないことを理由に解除の有効性を争うことをしない可能性が生ずると指摘する²³⁾。

これらの指摘から窺えるように、契約条項の内容が不明確であると、消費者は、本来消費者が有すべき権利がない、または本来負わない義務を負うものと誤信する可能性があり、これを回避するために、契約条項の内容の透明性が要求されているといえよう。したがって、契約条項の内容の透明性の欠如は、契約条項の内容それ自体の不当性にかかわるものと位置づけることができる²⁴⁾。

(b) 契約条項の認識・認識可能性と消費者の選択の確保

次に、契約条項の認識または認識可能性が要求される理由についてである。その理由を考察するにあたっては、はじめに、裁判例において、あらゆる契約条項の不当性評価にあたって契約条項の認識が重視されているわけではないことを指摘しておく必要がある。

たとえば、ある契約条項の認識が可能であったことを消費者契約法 10 条該当性の判断において考慮すべきでないとした裁判例として、[8] 津地四日市支判令和 2 年 8 月 31 日判時 2477 号 76 頁 (亡 A が医療法人 Y との間でインプラントの施術を内容とする治療契約を締結してその代金を支払ったが、亡 A の死亡により、治療が行われる前に上記契約が終了した。本件契約書には、「※患者さんの都合により治療を中断された場合、原則として

23) 岡田・前掲注 (7) 4 頁、石田・前掲注 (7) 56 頁、岡本・前掲注 (7) 29 頁。

24) 酒巻・前掲注 (5) 「消費者契約による不当条項規制と契約条項の透明性の要請」18 頁以下も参照。

治療費の返還はいたしかねます。」との記載〔以下、「本件不返還条項」という〕があり、Yはこれに基づき、代金を返還しなかった。そこで、亡Aの相続人Xらが、本件不返還条項が消費者契約法10条に該当し無効であること等を理由に、Yに対し、相続した亡Aの不当利得返還請求権に基づき、代金額等の返還請求をした)、[9] 横浜地判令和2年6月11日判時2483号89頁(亡Aの相続に関して相続税の申告の代理に係る業務を税理士法人Yに依頼したXらは、Yの行った相続税申告に係る業務には、相続財産中の一部の土地につき、租税特別措置法上の小規模宅地等の特例の適用の可否を検討せず、その適用を誤った過失があり、その結果、Xらにおいて本来納付すべき税額より過大な相続税額の納付を余儀なくされて損害を受けたと主張して、Yに対し、債務不履行または不法行為に基づき、過大に納付した分の税額や弁護士費用相当額等の損害賠償請求をした。それに対し、Yは、本件委任契約には、受任者が本件契約に基づいて行った業務について、受任者の過失により委任者が損害を受けたときは、受任者は委任者より既に受けた本件相続に係る報酬の額を上限として損害を負担するものとし、委任者はその余の請求を放棄する旨の条項があり〔本件責任制限条項〕、これを援用した。そこで、本件責任制限条項が消費者契約法10条に該当するか否か等が問題となった)がある。

[8] 判決は、本件不返還条項が消費者契約法10条後段要件を満たすか否かを判断するにあたり、①治療費の対価性を損なう規定であることや、②身体的侵襲を伴うインプラント術に関する契約であってその治療は患者の意思に基づくものでなければならぬにもかかわらず本件不返還条項によって患者が治療を中断したり転院する機会を制限しうるものであることなどから、③たとえYが本件契約に基づく施術内容や金額について丁寧に説明し、本件承諾書の内容を亡Aや相続人に説明し十分納得してもらった上で署名指印してもらった旨をYが供述していることを踏まえても、信義則に反して消費者の利益を一方的に害する条項であるとした。

また、[9] 判決は、本件責任制限条項が消費者契約法10条により無効

であると判断するにあたり、「本件責任制限条項は、本件契約の付随的な条項にすぎないものといえることができる上、税理士ないし税理士法人の相続税の税務申告の代理に係る契約において、本件責任制限条項のような責任制限条項が一般的に置かれるものではなく、Xらがそのような本件責任制限条項が一般的であるか否かを認識していたとも認められないこと……を併せ考慮すると、Xらにおいて、本件契約の締結に当たり、Yの事務担当者による条項の定型的な読み上げにより本件責任制限条項が存在することを認識した……としても、そのことから直ちに、本件責任制限条項の存在を比較検討の材料として、本件契約の締結の是非を判断するために、本件契約の締結を保留し、他の税理士に相談することを現実的に期待することは困難であったというべきである」点を挙げた。

これらに対して、契約条項の認識または認識可能性を重視する判例や裁判例としては、前掲 [2] [5] [6] 判決などがある。

前掲 [2] 判決は、本件更新料条項の消費者契約法 10 条後段要件該当性を判断するにあたり、「更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人と賃貸人との間に更新料の支払に関する明確な合意が成立している場合に、賃借人と賃貸人との間に、更新料条項に関する情報の質及び量並びに交渉力について、看過し得ないほどの格差が存するとみることとできない」と判示した。

前掲 [5] 判決は、本件敷引特約の消費者契約法 10 条該当性を判断するにあたり、「賃借人も、賃料のほかに賃借人が支払うべき一時金の額や、その全部ないし一部が建物の明渡し後も返還されない旨の契約条件が契約書に明記されていれば、賃貸借契約の締結に当たって、当該契約によって自らが負うこととなる金銭的な負担を明確に認識した上、複数の賃貸物件の契約条件を比較検討して、自らにとってより有利な物件を選択することができるものと考えられる」とし、本件敷引特約を賃借人が明確に認識した上で賃貸借契約を締結したのであれば、敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎるなどの事情がない限り、これが信義則に反して消費者である

賃借人の利益を一方的に害するものとはいえないと判示した。

また、前掲 [6] 判決やそれと同種の事案に関する裁判例である [10] 大阪高判平成 25 年 7 月 11 日判例集未搭載 [LEX/DB 文献番号 25501529]、その第 1 審判決である [11] 京都地判平成 24 年 11 月 20 日判時 2169 号 68 頁、[12] 大阪高判平成 25 年 3 月 29 日判時 2219 号 64 頁、その第 1 審判決である [13] 京都地判平成 24 年 7 月 19 日判時 2158 号 95 頁、[6] 判決の第 1 審判決である [14] 京都地判平成 24 年 3 月 28 日判時 2150 号 60 頁は、解約手数料条項が消費者契約法 10 条後段には該当しないとの判断にあたり、解約手数料条項の内容が消費者の利益を一方的に害するものではないことに加え、消費者に対し、解約手数料条項の性質を明確に説明しており、このような説明を踏まえた上で解約手数料条項に基づく明確な合意が成立しているという事情を挙げている。

これらの判決を比較すると、ある契約条項の不当性審査にあたりその認識または認識可能性が要求されている事案の特徴として、次の 2 点を指摘することができる。

第 1 に、ある契約条項の認識または認識可能性が要求されている事案では、当該契約条項の内容それ自体をみれば、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものではないと評価されている ([2] [5] [6] [10] ～ [14] 判決)。それに対して、ある契約条項の内容それ自体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る場合には、たとえその条項の存在が消費者に認識されていたとしても、消費者契約法 10 条後段要件該当性の判断には影響していない ([8] [9] 判決)²⁵⁾。そうすると、契約条項の内容それ自体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はない場合に、先の判例や裁判例では、なぜ、契約条項の内容だけでなくその認識または認識可能性が考慮されているのであろうか。この点が、第 2

25) 学説においても、契約条項の内容が不当である場合に、それが明確であることからその不当性が否定されるべきではないと指摘されている(大澤・前掲注(4)「取引の『定型化』と民法・消費者法の役割」39 頁など)。

の特徴にかかわる。

すなわち、第 2 に、ある契約条項の認識または認識可能性が要求されるのは、他の契約と比較したうえでの選択を可能にするためであろう。判例や裁判例の判示内容からも、他の契約と比較し選択するためにある契約条項の認識または認識可能性が要求されていることが窺える。

前掲 [5] 判決は、本件敷引特約が契約書に明記されていれば「賃貸借契約の締結に当たって、当該契約によって自らが負うこととなる金銭的な負担を明確に認識した上、複数の賃貸物件の契約条件を比較検討して、自らにとってより有利な物件を選択することができるものと考えられる」という。同判決に付された寺田逸郎裁判官の補足意見においても、「消費者契約法の立法趣旨に鑑みると、同条〔消費者契約法 10 条〕の規定は、契約条件の実質のみならずその形式にも着目し、それによってもたらされる問題をも対象としているのではないかと考えることができるように思われる。……典型契約のパターンから形式的に離れた契約条項が定められる場合には、消費者にとって理解が十分でないまま契約に至るなど契約の自由を基礎づける要素にゆがみが生じるおそれが生じやすいとみて、信義則を通して当該条項の合理性につきより立ち入って審査するという趣旨をみて取るわけである（……このような状況の中には、消費者契約法 4 条などが対象とする契約締結の手續上の瑕疵としてとらえることができる場合もあるかもしれないが、定型的に条項の在りよう自体の問題としてとらえることを妨げる理由もないように思われる。）」とする。

また、前掲 [12] 判決は、解約手数料条項が契約書に一義的かつ明確に記載され、契約締結時に契約者に交付される説明書類・パンフレット等にもその旨の説明があるとの事情を挙げ、「契約者は、通常契約と比較した上で、本件定期契約を選択することができ、しかもその場合基本使用料割引の利益を受けられること²⁶⁾」などから、当該条項が信義則に反して消費者

26) ただし、前掲 [12] 判決は、当該判示部分の後に「(前記(ウ))」と記載しており、前記(ウ)の事情とは、本件定期契約が契約者に 2 年間解約できない制限

の利益を一方的に害するものではないとした。

消費者の選択に影響を及ぼす契約条項については²⁷⁾、複雑に定められることなどで消費者の認識が阻害されると、比較検討の機会が妨げられるに至る²⁸⁾(以下、この意味での契約条項の透明性を「契約の構造的な透明性」という)。そこで、先の判例や裁判例を、次のように整理できよう。消費者の選択にとって重要な条項については、その内容が消費者契約法 10 条前段要件を満たしていることを前提として、契約条項の内容それ自体としては信義則に反して消費者の利益を一方的に害するとまではいえなくとも、その認識または認識可能性がなければ消費者の比較検討の機会が妨げられることを、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するか否かの評価において考慮している²⁹⁾。つまり、契約の構造的な透明性の欠如は、契約条

を課す一方で、月々の基本使用料が通常契約の半額に設定されていることである。もっとも、「通常契約と比較した上で、本件定期契約を選択する」ためには、このような設定を消費者が認識可能であることが必要であり、本文中で引用した判示部分には、契約書への一義的かつ明確な記載やパンフレット等による説明といった事情も関連していよう。

- 27) 前掲 [2] [5] 判決における更新料条項、敷引条項といった対価に関する条項以外にも、定期借家条件など、消費者が認識すれば意思決定に影響する条項があり、従来の中心条項・付随条項の範疇だけで論じられるべきではないと指摘されている(丸山絵美子「約款取引・消費者契約における意思決定の空洞化と法規範の役割——契約条項の開示と内容規制」沖野眞已ほか編『河上正二先生古稀記念論文集 これからの民法・消費者法(Ⅱ)』[信山社、2023 年] 329 頁、特に 347 頁以下など)。そこで、本稿では、「消費者の選択に影響を及ぼす条項」という語を用いている。
- 28) 河上正二「判批(大阪高判平成 21 年 8 月 27 日判時 2062 号 40 頁、大阪高判平成 21 年 10 月 29 日判時 2064 号 65 頁[いずれも居住用建物の賃貸借契約における更新料条項について消費者契約法 10 条により無効であるか否かが問題となった事案である])」判時 2108 号(2011 年) 168 頁、特に 179 頁、吉田克己「判批([2] 判決)」民事判例Ⅳ(2012 年) 148 頁、特に 151 頁、瀬川信久「不動産の賃貸借——その現代的課題(1)」松尾弘・山野目章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』(商事法務、2012 年) 1 頁、特に 13 頁以下、角田美穂子「賃借人のシルエット——消費者法の視座から」松尾弘・山野目章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』(商事法務、2012 年) 157 頁、特に 175 頁以下、鹿野・前掲注(8)「約款の透明性と組入要件・解釈・内容コントロール」6 頁、大澤・前掲注(4)「取引の『定型化』と民法・消費者法の役割」37 頁など。

項の内容それ自体を不当とするのではなく、内容の不当性評価にあたり考慮される要素の 1 つであると位置づけることができる。

(c) 小括

以上でみたとおり、契約条項の透明性といっても、契約条項の内容の明確さが要請される理由と、契約の構造的な明確さが要請される理由とは、異なるといえよう。そして、この相違は、既に別稿で論じたように、消費者契約法上の不当条項規制において契約条項の透明性の要請に係る事情を考慮する枠組みにも反映されるべきであろう³⁰⁾。

一方で、消費者契約法上の不当条項該当性判断にあたり、評価の対象となる契約条項の内容を確定するレベル（消費者契約法 10 条前段要件該当性を判断する段階またはその前段階）で、契約条項の透明性を考慮する方法がある。契約条項の内容が不明確であり、それゆえに消費者が本来有している権利がない等と誤信させるような場合には、この方法による解決が考えられ、原則としてこのレベルで契約条項の内容の透明性を考慮すべきであろう。というのも、前掲 [1] 判決の原審判決である [15] 大阪高判令和 3 年 3 月 5 日判時 2514 号 17 頁は、原契約無催告解除条項につき、信頼関係破壊の法理が賃貸借契約を規律する実体法規範の一部を成しており、家屋の賃貸借契約においては当該判例法理が前提とされているのが通常であると解されるところ、本件契約について、家賃債務保証業者が当該判例法理を前提としている旨主張していることや、家賃債務保証業者が賃料不払のあった原契約賃借人に対し送付している通知書に「賃料等の滞納の事実は本件賃貸借契約上の重大なる債務不履行であり、当事者間の信頼関係を破壊する特段の事情に相当致します」との文言が記載されていることがか

29) 酒巻・前掲注 (5) 「消費者契約法による不当条項規制と契約条項の透明性の要請」30 頁以下。

30) 酒巻・前掲注 (5) 「消費者契約法による不当条項規制と契約条項の透明性の要請」27 頁以下。

ら、本件契約においては当該判例法理が当然の前提とされていると解することができるというべきであると判示した。同判決からも窺えるように、契約条項の内容の不明確さを当該条項の内容を確定するレベルで考慮しないと、その不明確さにより消費者が本来有する権利がない等と誤信しうるとしても、採用する契約条項の解釈方法によっては不当性審査の対象にならない可能性がある³¹⁾。

他方で、消費者契約法上の不当条項該当性の判断にあたり、契約条項が信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものか否か(消費者契約法10条後段要件に該当するか否か)のレベルで、契約条項の透明性を考慮する方法がある。とりわけ契約条項の文言自体の不明確さではなくその認識または認識可能性が問題であるときには、それによって生ずる影響は契約内容の不当性それ自体にかかわるものではないため、先の第1の方法は採れず、この方法によることになる。また、契約条項の内容それ自体に不明確さがある場合であっても、第1の方法によりその内容を確定したうえで、法10条後段要件の判断に際しても、誤信によって消費者に生ずるリスクを再度摘示することはありえよう。

このように、消費者契約法10条に該当するか否かの判断あたっては、契約条項の透明性の内実によってその考慮の枠組みが異なると考えられる。

ところで、前掲[2][5]判決のように契約条項の認識または認識可能

31) 前掲[15]判決とは異なり、その上告審である前掲[1]判決が適格消費者団体による差止訴訟の役割などを理由に規範的観点からの限定解釈を採用しなかったことは、序で述べたとおりである。[1]判決の理由づけをみるならば、同判決の判示内容は、個別訴訟をも想定して示されたものとはいいがたい(福島成洋「判批 [[1] 判決]」現代消費者法57号〔2022年〕109頁、特に118頁以下、田中洋「判批 [[1] 判決]」法教511号〔2023年〕135頁、小峯庸平「判批 [[1] 判決]」ジュリ1585号〔2023年〕81頁、特に84頁など)。もっとも、契約条項の不明確さを考慮して契約条項の内容を確定し不当性を評価するという[1]判決と同様の手法が個別訴訟では妥当しないと解すべきか否かは、[1]判決からは明らかでなく、課題として残されていよう。不当条項規制における契約条項の透明性の要請に係る事情の考慮のあり方に関して、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とで異にすべきか否かについては、Ⅱで検討する。

性を要求することを、これまでの検討においては契約条項の透明性の要請の 1 つであると位置づけてきたが、これは、消費者契約法 3 条 1 項 2 号が定める情報提供義務の問題とも関連する³²⁾。もっとも、両者では、異なる観点から契約条項の認識または認識可能性が要求されると解することが可能であるように思われる³³⁾。次項にて、このことを確認する。

2 契約条項の透明性の要請と抽象的評価

契約条項の透明性の要請という観点から契約条項の認識または認識可能性が必要であるとするとき、これは、いかなる消費者を基準として評価するかという点で、消費者契約法 3 条 1 項 2 号が定める情報提供義務と区別可能であろう。

この点について契約条項の透明性の要請に関する消費者契約法 3 条 1 項 1 号の文言を確認するならば、事業者には、「消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が、その解釈について疑義が生じない明確なもので、かつ、消費者にとって平易なものになるよう配慮すること」が要請されている。この規定のいう「消費者」とは、平均的消費者を指しているか、または個々の消費者を指しているにかにつき、文言上は定かではない。

では、契約条項が明確かつ平易なものであるか否かを評価するにあたり、

32) たとえば、京都地判平成 20 年 9 月 30 日判例集未登載 (LEX/DB 文献番号 28142118) は、建物賃貸借契約における礼金条項が消費者契約法 10 条により無効となるものではないと判示するにあたり、当該賃借人が抗議をしたという事情がないことなどから礼金条項に関する説明があったと評価した。また、法 10 条後段要件該当性を判断するにあたり個々の消費者に固有の事情を考慮しうるとするならば (落合・前掲注 (2)『消費者契約法』151 頁以下など)、前掲 [2] [5] 判決が要求する情報提供の程度とは、事業者が知ることのできた個別の消費者の能力等を考慮したそれであると解することができよう。

33) たとえば、潮見佳男「判批 ([2] [5] 判決)」河上正二・沖野真已編『消費者法判例百選 (第 2 版)』(有斐閣、2022 年) 116 頁、特に 117 頁は、前掲 [2] [5] 判決で要求される情報提供を、平均的な顧客を基準とする契約条項の透明性の要請と関連づける。

個々の消費者の能力等を考慮すべきか、平均的消費者を基準にすべきか。これについては、次の2つの理由から、平均的消費者、または取引の対象として特定の集団が想定されているのであれば当該集団における平均的消費者³⁴⁾(以下、これらをまとめて「平均的消費者等」という)を参照して評価すべきであるように思われる³⁵⁾。

第1に、消費者契約法3条1項1号が想定する場面である。事業者は、消費者契約の条項を定めるにあたり、個別具体的な消費者の能力等を考慮して契約書を作成したりその文言を変えることはせず、事前にそれらを準備しているのが通常であろう。法3条1項1号は、このような契約書作成のあり方を問題視するものではないであろう。そうであれば、法3条1項1号は、事業者が個々の消費者の能力等を考慮した契約書の作成までは要求しておらず、抽象的な消費者との関係で契約条項の明確さを要求する、事業者の行為に向けられた規制という色彩が強いと考えられる。

第2に、このような消費者契約法3条1項1号の性格は、消費者法が有する行為規範的側面からも正当化されよう。すなわち、日本の学説によれば、消費者契約に係る紛争は裁判にならない、または消費生活相談の場で解決されることが多く、そのため、行為規範としての消費者法の把握こそが消費者法学の目指すところであると指摘される³⁶⁾。また、フランスの学説も、あるいはフランス消費法全般を論じるなかで、あるいは消費者契約における契約条項の透明性の要請を論じるなかで、他のいくつかの消費者

34) ある集団における平均的消費者を基準とするに際しては、消費者の脆弱性等の事情を考慮することも可能であろう(後掲の本稿注(44)を参照)。本稿は消費者の脆弱性等への配慮を検討するものではないため、この点については今後の課題とする(消費者の脆弱性に対する配慮の必要性に関する文献として、谷みどり『「弱い消費者」に関する海外の認識と対応」消費者法研究2号〔2017年〕199頁、菅富美枝『新 消費者法研究』〔成文堂、2018年〕、松本恒雄『「脆弱な消費者」概念と消費者政策』国民生活研究58巻2号〔2018年〕1頁などがある)。

35) 潮見・前掲注(33)「判批〔2〕〔5〕判決」117頁。

36) 大村敦志『法典・教育・民法学』(有斐閣、1999年)274頁、後藤巻則「人と消費者」消費者法研究9号(2021年)1頁、特に53頁。

法の規定のように、契約条項の透明性の要請に関する規定が、個別具体的な消費者の保護の必要性ではなく、集団的な消費者保護の必要性から置かれた規制であるとする³⁷⁾。個々の消費者の保護ではなく集団的な消費者の保護を目的とする規定が置かれる理由の1つとして、それが消費者の市場への信頼を促すために必要である点が挙げられるところ³⁸⁾、契約条項の透明性の要請は、市場の透明性につながるものである³⁹⁾。すなわち、契約条項の透明性の要請が確保されると、消費者が熟慮に基づいて当該契約を締結することを可能とするだけでなく⁴⁰⁾、消費者が他の事業者の契約内容を比較して選択することができるため、市場における競争を透明なものとする⁴¹⁾。このように、消費者法の規定には、個人的利益の保護だけでなく、

37) J.Rochfeld, Les clairs-obscur de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives, in *Etudes de droit de la consommation ; Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.981, spéc., pp.986 et s ; Ph. Stoffel-Munck, L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, *RTD.com.* 2012, p.705, spéc., n^{os} 35 et s ; N. Sauphanor-Brouillaud, C.Aubert de Vincelles, G.Brunaux et L.Usunier, *Les contrats de consommation, Règles communes*, 2^e éd., LGDJ, 2018, n^o 835.

また、欧州司法裁判所 2015 年 7 月 9 日判決 (CJUE 9 juillet 2015, affaire C-348/14 [金銭消費貸借契約における情報の不備等により契約条項の不正さが認められるか等が問題となった]) や欧州司法裁判所 2017 年 9 月 20 日判決 (CJUE 20 septembre 2017, affaire C-186/16 [金銭消費貸借契約における外貨で借り入れた金銭を当該外貨で返済する旨の条項が不公正であるか否か等が問題となった。同判決の意義については、大澤・前掲注(8)「契約の中心条項規制と条項の『明瞭性』に関する一考察」357 頁以下が詳しい]) は、契約条項の不正さを評価するにあたり、平均的消費者を基準とした契約条項の透明性が考慮されると判示する。

38) C.Aubert de Vincelles, Le Code de consommation : consécration d'un droit autonome et perspectives d'évolution, in *Les 20 ans du Code de la consommation, Revue concurrence et consommation*, n^o 174, 2014, p.10.

39) E.Poillot, *Droit européen de la consommation et unification du droit des contrats*, thèse, LGDJ, 2006, n^{os} 286 et s ; N.Sauphanor-Brouillaud, C.Aubert de Vincelles, G.Brunaux et L.Usunier, *op.cit.*, n^o 824.

40) G.Paisant, De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation, in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, PUG, 2003, p.233, spéc., n^{os} 4 et s.

健全な市場を通じた消費者全体の利益保護をも目的としたものがあり⁴²⁾、契約条項の透明性の要請はその1つであるといえる。

ところで、第2の理由づけに関連して、消費者契約法の規定の性格は一樣でなく、そのなかには個々の消費者の能力等の考慮を要請している規定も存在することを確認しておく必要がある。たとえば、近年の消費者契約法の改正をみるならば、平成28年改正で新設された過量契約を対象とした取消規定（消費者契約法4条4項）や、平成30年改正で新設された消費者の不安を煽る告知等による困惑を理由とする取消規定（法4条3項3号ないし6号）、個々の消費者の能力等を考慮した情報提供に関する事業者の努力義務（法3条1項2号）は、個別の消費者、とりわけ脆弱な消費者の事情を考慮に入れる改正であると指摘される⁴³⁾。

もっとも、契約条項の透明性の要請に関する消費者契約法3条1項1号についていえば、それが想定する場面に鑑みれば、個別具体的な消費者の保護の必要性とは関係なく要請される、事業者の行為に向けられた規制という性格が強いように思われる。したがって、契約条項の内容の透明性、契約の構造的な透明性に関する要請が遵守されているか否かについては、平均的消費者等を評価する基準となる集団をどう把握すべきかを検討する余地はあると思われるが⁴⁴⁾、個々の消費者を基準とする評価手法ではなく、

41) E.Poillot, *op.cit.*, n° 166 et s.

42) N.Sauphanor-Brouillaud, Le code de la consommation à l'épreuve d'un droit commun, in *Les 20 ans du code de la consommation : Nouveau enjeux*, Université de Cergy-Pontoise, 2013, p.7, spéc., n°s 15 et s.

また、吉田克己教授は、競争秩序や生活利益秩序においては、市民総体の公共の利益と個別的利益とは分離・対立せず、オーバーラップするものであると指摘する（吉田克己『現代市民社会と民法学』〔日本評論社、2008年〕271頁）。

43) 鹿野菜穂子監修＝日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編・前掲注（2）13頁以下〔鹿野菜穂子〕、後藤・前掲注（36）「人と消費者」6頁、18頁以下など。

44) たとえば、事業者の消費者に対する不正取引方法に関するEC指令（2005/29/EC）をみるならば、5条1項ないし3項は、不正な取引方法を禁止する旨を定めるにあたり、平均的な消費者またはその取引が特定の集団に向けられたものである場合には当該集団における平均的な消費者にとって不正か否かを問

抽象的な評価手法を採るべきであろう。

3 小括

契約条項の透明性の要請は、少なくとも 2 つの観点から、不当性の評価に影響を及ぼしうるものである。すなわち、一方で、契約条項の内容の不明確さは、消費者が本来有する権利がない等と誤信させうる。他方で、契約条項の認識可能性の欠如は、消費者の比較検討の機会を妨げうる。そして、このような契約条項の透明性の要請は、それが想定する場面や市場の透明性につながることに鑑みると、個別の消費者との関係で具体的に評価されるべきものではなく、平均的消費者等との関係で抽象的に評価されるべき要請であると考えられた。

題とする。そのなかで、同条 3 項は、「取引方法が、明確に特定できる消費者集団のみの経済的行動を実質的に歪めるおそれがあり、かつ、事業者において、その消費者集団が、精神的もしくは身体的な脆弱性、年齢又は軽信性を理由として、その取引方法又はその対象である商品について特に保護を要することを予見することが合理的に期待できた場合は、その取引方法は、その集団の平均的構成員の立場から評価する」と規定する（不公正取引方法に関する EC 指令の訳にあたっては、中田邦博・カライスコス＝アントニオス・古谷貴之「2005 年 5 月 11 日の域内市場における事業者の消費者に対する不公正取引方法に関する欧州議会及び理事会指令（2005/29/EC）」中田邦博ほか編『ヨーロッパ私法・消費者法の現代化と日本私法の展開』〔日本評論社、2020 年〕212 頁を参考にした。同指令を検討したものとして、角田美穂子「EC 不公正取引方法指令をめぐる問題」現代消費者法 6 号〔2010 年〕28 頁、中田邦博「不公正取引方法指令における『攻撃的取引方法（aggressive commercial practices）』の意義について——ドイツ UWG を参考にしながら（消費者委員会 第 4 回成年年齢引下げ対応検討 WG 資料）」〔2016 年〕1 頁〔https://www.cao.go.jp/consumer/history/04/kabusoshiki/seinen/doc/161101_shiryous3.pdf〕、上杉めぐみ「ヨーロッパでの攻撃的取引行為への規制——EU 指令とイギリス法を中心に——」愛知大学法経論集 207 号〔2016 年〕1 頁などがある）。

消費者契約法 3 条 1 項 1 号による要請を満たしているか否かを評価するにあたっては、不公正取引方法に関する指令のように平均的消費者等を基準として、それらの者にとって契約条項が明確かつ平易なものであれば、事業者はその要請を果たしていると解するという考え方もありえよう（フランス消費法典 L.211-1 条についての指摘であるが、参照、C.-M. Pégliion-Zika, *La notion de clause abusive : Etude de droit de la consommation*, thèse, LGDJ, 2018, n°262）。

ところで、本稿の関心は、消費者契約法上の不当条項規制における、契約条項の透明性の要請に係る事情の考慮にある。そうすると、契約条項の透明性の要請それ自体や、当該要請の視点からみる不当性との関係は本章で検討したように捉えることができるとしても、それを不当条項規制において考慮するのであるから、不当条項規制のもつ役割に留意する必要がある。そこで、次章では、消費者契約法上の不当条項規制の観点から、不当条項規制において契約条項の透明性の要請に係る事情を考慮する際の制約を考察する。

Ⅱ 消費者契約法上の不当条項規制による制約

消費者契約法上の不当条項規制において、契約条項の透明性の要請に係る事情は、不当条項規制の役割からすればどのように考慮されるべきであろうか。この問いは、さらに次の2つに分けることができる。第1は、不当条項規制の役割との関係である。契約条項の透明性の要請それ自体は、平均的消費者等を基準に抽象的に評価されるべきものと考えられた。その一方で、不当条項規制が個別訴訟で争われるとき、個々の消費者の利益保護が問題となり、また、契約条項の透明性の要請は、その内実によっては消費者契約法3条1項2号の情報提供義務とも関連しうるものであった(以下、両者に係る事情をまとめて「契約条項の透明性に関連する事情」という)。そこで、不当条項規制において考慮されるべき契約条項の透明性に関連する事情を、平均的消費者等を基準とした事情に限定すべきか否かが問題となる。この問題は、消費者契約法上の不当条項規制が有すべき役割とかわるものである。第2は、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟それぞれの役割との関係である。結論を先取りすると、消費者契約法上の不当条項規制において考慮すべき契約条項の透明性に関連する事情は、平均的消費者等を基準に評価された事情に限るべきであろう。このとき、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とは、両者の判断に相違が生じないのであろうか。

1 消費者契約法上の不当条項規制の役割と契約条項の透明性の要請

まずは、消費者契約法上の不当条項規制の役割からすれば、契約条項の透明性に関連する事情としていかなる性格のものを考慮すべきかについてみていこう。

(1) 個別具体的な事情と判例による考慮事情の範囲

消費者契約法上の不当条項規制において考慮されるべき事情の範囲について、前掲 [2] 判決は、「消費者契約法の趣旨、目的（同法 1 条参照）に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、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総合考量して判断されるべきである」とする。この判示内容からすると、ある事情が当該消費者に固有の事情か否かを区別することなく広範な事情が考慮されると解することも可能である⁴⁵⁾。しかし、学説によると、判例の立場につき、一定の個別具体的な事情が、消費者契約法 10 条の判断にあたって考慮すべき事情の範囲からは除外され、信義則による条項の援用可否といった異なるレベルにおいて考慮されると解される旨が指摘されている⁴⁶⁾。

45) たとえば、落合・前掲注 (2)『消費者契約法』150 頁以下は、ある契約条項が消費者契約法 10 条後段の信義則違反になるか否かの判断では、当該消費者契約締結時を基準とし、その時点までの一切の事情が考慮されるとし、その際に留意すべき事情として、当該消費者のほうから特に求めたものか否かといった当該消費者に固有の事情を挙げる。

46) 榊素寛「判批 ([3] 判決原審)」私判リ 42 号 (2011 年) 94 頁、特に 97 頁、山下友信「判批 ([3] 判決)」金法 1950 号 (2012 年) 36 頁、特に 40 頁以下、山本豊「契約条項の内容規制における具体的審査・抽象的審査と事後的審査・事前的審査——生命保険契約における無催告失効条項を検討素材として」小野秀誠ほか編『民事法の現代的課題 松本恒雄先生還暦記念』(商事法務、2012 年) 23 頁、特に 46 頁、得津晶「生命保険契約における任意法規の意義——消費者契約法 10 条と無催告失効条項・免責条項」生命保険論集 198 号 (2017 年) 67 頁、特に 77 頁以下など。なお、これらの学説の多くは、前掲 [3] 判決の事案は保険契約の約款に関するものであるためそれを前提とするが、後述するように、定型取引ではない場合であっても、消費者契約法上の不当条項規制の問題

そのような議論の契機となったのは、前掲 [3] 判決である。同判決における考慮事情を確認するならば、無催告失効条項の消費者契約法 10 条後段要件該当性を判断するにあたり、払込猶予期間や自動貸付条項の存在などの権利保護を図るための一定の配慮のほか、払込督促通知の運用という契約条項外の事情を考慮した。すなわち、「Y は、本件失効条項は、保険料支払債務の不履行があった場合には契約失効前に保険契約者に対して保険料払込みの督促を行う実務上の運用を前提とするものである旨を主張するところ、仮に、Y において、本件各保険契約の締結当時、保険料支払債務の不履行があった場合に契約失効前に保険契約者に対して保険料払込みの督促を行う態勢を整え、そのような実務上の運用が確実にされていたとすれば、通常、保険契約者は保険料支払債務の不履行があったことに気付くことができると考えられる。多数の保険契約者を対象とするという保険契約の特質をも踏まえると、本件約款において、保険契約者が保険料の不払をした場合にも、その権利保護を図るために一定の配慮をした……定めが置かれていることに加え、Y において上記のような運用を確実にした上で本件約款を適用していることが認められるのであれば、本件失効条項は信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものに当たらないものと解される」という。それに対して、[3] 判決は、本件事案に固有の事情である保険契約者 X がこれまでに 2 度保険料不払による失効と復活を繰り返しており、その際に担当者から一定の健康状態であると復活できない可能性があると注意されていたといった事情を、契約条項の不当性審査にあたり考慮しなかった。また、[3] 判決の第一審判決である [16] 横浜地判平成 20 年 12 月 4 日民集 66 巻 5 号 2279 頁参照や差戻審である [17] 東京高判平成 24 年 10 月 25 日金判 1404 号 16 頁では、上記当該事案に固有の事情への言及があるが、それは、生命保険会社 Y が本件無催告失効条項を援用することが信義則に反するか否かといった消費者契約法 10 条該当性

と条項の援用可否等の問題を区別することはできよう(得津・上記論文 79 頁以下)。

の判断とは異なる論点の判断においてであった。

建物賃貸借契約に関する判例においても、消費者契約法上の不当条項規制のレベルと、条項の援用や権利濫用のレベルとに区別する枠組みを採用していると評価することが可能である⁴⁷⁾⁴⁸⁾。すなわち、一方で、前掲 [2] 判決は、消費者と事業者との間に更新料条項に関する情報の質および量ならびに交渉力について看過しえないほどの格差があるか否かを判断するにあたり、「更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人と賃貸人との間に更新料の支払に関する明確な合意が成立している」ことのみを確認し、消費者の具体的な認識の有無といった契約内容とは関係のない当事者に固有の事情には言及していない。また、前掲 [5] 判決は、敷引特約の消費者契約法 10 条該当性を否定するにあたって、「賃貸人が契約条件の一つとしていわゆる敷引特約を定め、賃借人がこれを明確に認識した上で賃貸借契約の締結に至ったのであれば、それは賃貸人、賃借人双方の経済的合理性を有する行為と評価すべきものであるから、消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎるなどの事情があれば格別、そうでない限り、これが信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものということはできない」としたうえで、本件事案でそれを判断するにあたっては、契約書の内容のみを考慮している⁴⁹⁾⁵⁰⁾。他方で、[5] 判決に付され

47) 得津晶「判批 ([3] 判決)」北法 64 卷 5 号 (2014 年) 1750 頁、特に 1737 頁、同・前掲注 (46)「生命保険契約における任意法規の意義」79 頁以下。

48) ただし、建物賃貸借契約における敷引条項や更新料条項にかかわる事案に関する裁判例には、消費者契約法 10 条により契約条項の不当性を評価するにあたって、契約内容とは関係のない当該当事者に固有の事情を考慮するものがある。たとえば、大阪高判平成 22 年 5 月 27 日判例集未登載 (LEX/DB 文献番号 25470738) は、当該建物賃貸借契約における更新料条項の法 10 条後段要件該当性の判断にあたり、当該消費者の経歴や契約締結に至った状況などを考慮する。

49) それゆえ、前掲 [2] [5] 判決では消費者契約法 10 条による契約条項の不当性審査にあたって一般の事情が考慮されていると評価する見解として、磯村保「判批 ([2] 判決)」ジュリ 1440 号 (2012 年) 66 頁、特に 67 頁、得津・前掲注 (46)「生命保険契約における任意法規の意義」79 頁。

た田原陸夫裁判官の補足意見によると、「敷引特約に基づく敷引金の金額が賃料に比して高額であり、賃貸借契約締結時に当事者が想定していたより短期に賃貸借契約が終了したような場合には、敷引特約に定められた敷金(保証金)をその約定どおり差し引くことが信義則上問題となることがあり得るが、それは当該契約当事者間における個別事情の問題であって、敷引特約の有効性とは異なる問題である」という。

このように、消費者契約法 10 条による契約条項の不当性審査にあたり判例が考慮している事情をみるならば、ある事情を個別具体的事情と称するか否かは論者によって異なる場合があるが⁵¹⁾、契約条項の内容の不当性

50) 前掲 [2] [5] 判決による考慮事情と情報提供の程度について、次の 2 点を注記する。

第一は、消費者契約法上の不当条項規制において個別の当事者に固有の事情を考慮しうるか否かにかかわる。先の述べたとおり、契約条項の認識や認識可能性は消費者契約法 3 条 1 項 2 号が定める事業者の情報提供義務とも関連しうるところ、契約条項の認識または認識可能性を要求することの趣旨が法 3 条 1 項 2 号が要求する情報提供義務違反の有無を不当条項規制において考慮しうることにあると考えるならば、抽象的評価がなされたのは当該事案の特徴ゆえであるということになろう。もっとも、本稿Ⅱで述べるように、不当条項規制において法 3 条 1 項 2 号に係る事情を考慮することは妥当でないように思われる。

第二は、提供すべき情報の内容にかかわる。前掲 [5] 判決に対しては、敷引金の性質に関する情報が提供されないと、その内容に応じた検討や交渉ができないとの批判がある([5] 判決に対する岡部喜代子裁判官の反対意見、水野謙「敷引特約の性質と消費者契約法 10 条の解釈」水野謙ほか『〈判旨〉から読み解く民法』[有斐閣、2017 年] 363 頁、特に 378 頁、大澤彩「不動産賃貸借で授受される金銭——消費者法・借地借家法の観点から——」現代消費者法 44 号 [2019 年] 23 頁、特に 29 頁など)。不当条項規制において契約条項の透明性の要請に係る事情を考慮すべきとするとき、以上のような、消費者が当該条項の内容を理解し選択を可能とするためにはどこまでの情報を提供すべきであるかという問題は、個別の当事者に固有の事情を考慮しうるか否かとは異なるレベルの問題として捉えることができよう。つまり、個別の当事者に固有の事情を考慮すべきでないと解する場合であっても、平均的消費者等が契約の選択を可能とするために、契約書への記載だけでなく敷引特約の性質に関する情報を提供すべきであると解することは可能であろう。

51) たとえば、前掲 [2] 判決等における一般的説示や考慮事情(実際の賃料や敷引金の金額、契約書の記載の仕方)から判例は個別事情を考慮することに好意的であると評価する見解として、森富義明「判解([2] 判決)」曹時 66 巻 3 号(2014

と関係のない当該当事者に固有の事情については⁵²⁾、条項の援用可否といった異なるレベルにおいて考慮されると解することが可能であり、以下の理由から、そのように解するべきであろう。

第一に、消費者契約法上の不当条項規制は、契約条項の内容の不当性を問う制度である。そこで考慮されるべき事情は、原則として、契約内容の不当性と関連する事情にとどめるべきである⁵³⁾。

第二に、消費者契約法上の不当条項規制の正当化根拠との関係である。契約の代金等に関連する条項を不当条項規制の対象とすべきか否かについては議論があるが⁵⁴⁾、とりわけ付随条項に関しては、学説によると、事業

年) 770 頁、特に 781 頁、石川信「判批 ([2] 判決)」白鷗法学 20 巻 1 号 (2013 年) 67 頁、特に 98 頁以下、渡邊雅之「判批 ([3] 判決)」金法 1943 号 (2012 年) 81 頁、特に 84 頁以下、後藤卷則「判批 ([3] 判決)」金法 1953 号 (2012 年) 71 頁、特に 74 頁、鬼頭俊泰「判批 ([3] 判決)」ひろば 2012 年 5 月号 63 頁、特に 69 頁、福本忍「判批 ([3] 判決)」法時 87 巻 1 号 (2015 年) 121 頁、特に 123 頁以下などがある。それに対し、[2] 判決等において実際に考慮された事情は一般的事情であると評価する見解として、本稿注 (49) の学説を参照。

山本豊教授は、ある事情を、契約条項の不当性審査にあたり考慮されえない個別的・具体的事情と、考慮されうる抽象的・一般的事情という 2 つのカテゴリに分けることが難しく、その程度にはバリエーションがあると解するべきであると指摘する (山本 (豊)・前掲注 (46) 「契約条項の内容規制における具体的審査・抽象的審査と事後的審査・事前的審査」24 頁)。

52) [2] 判決等が消費者契約法 10 条の適用可否を判断するにあたり実際の賃料や敷引金の金額、契約書の記載の仕方を考慮していることに鑑みれば、個別訴訟では、当該当事者が締結した契約内容が、消費者契約法上の不当条項規制の対象となっているといえよう。それに対して、契約内容とは関係のない個別事情については、それを考慮する下級審裁判例はあるものの (本稿注 (32) (48) を参照)、最高裁では考慮していないといえる。

53) 葉袋真司・加藤昌利「判批 ([3] 判決原審)」消費者法ニュース 83 号 (2010 年) 207 頁、特に 209 頁、山本 (豊)・前掲注 (46) 「契約条項の内容規制における具体的審査・抽象的審査と事後的審査・事前的審査」46 頁、山本敬三『契約法の現代化 I —— 契約規制の現代化』(商事法務、2016 年) 265 頁以下。また、中田裕康「消費者契約法と信義則論」ジュリ 1200 号 (2001 年) 70 頁、特に 74 頁は、任意規定等との比較という客観的基準を置いて要件の明確化を図った趣旨を考えると、基本的には一般的・定型的に判断し、標準となるべき契約類型の設定や契約の目的、本質的債務を判断するにあたっては個別具体的な事情も考慮されうるとする。

者と消費者との間の構造的な情報の質や量、交渉力の格差から、消費者側は付随条項に関する意思的関与が希薄であり、そのため付随条項に関しては構造的な競争の機能不全が生じ、消費者に不利な契約内容の一方的形成が促進されることが、不当条項規制を正当化する理由として挙げられている⁵⁵⁾。そのような介入根拠からすれば、不当性評価にあたっては、原則として、契約内容と関係のない当事者に固有の事情を考慮すべきではないであろう⁵⁶⁾。

第三に、このような不当条項規制の実効性を確保するという観点である。不当条項規制に関しては適格消費者団体による差止請求制度が用意されているとはいえ⁵⁷⁾、個別訴訟による契約条項の不当性評価が他の契約内容の再交渉や改定を促す場合がある⁵⁸⁾。契約内容の不当性と関係のない当該当

54) たとえば、消費者契約法上の不当条項規制において、契約の代金等に関連する条項については原則としてその対象とすべきでないとする見解として、山本豊「不当条項規制(3・完)——不当条項規制をめぐる諸問題」法教 243 号(2000 年) 56 頁、特に 62 頁、落合・前掲注(2)『消費者契約法』152 頁、小粥太郎「不当条項規制と公序良俗理論」民商 123 巻 4・5 号(2001 年) 583 頁、特に 598 頁以下、桑岡和久「価格付随条項の内容規制(1)(2・完)——ドイツにおける銀行の手数料条項をめぐる議論を手がかりとして——」民商 127 巻 3 号(2002 年) 355 頁、同 4・5 号(2003 年) 678 頁、河上・前掲注(28)「判批(大阪高判平成 21 年 8 月 27 日、大阪高判平成 21 年 10 月 29 日)」178 頁以下、山本(敬)・前掲注(53) 270 頁がある。

それに対して、たとえば、潮見佳男編『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]、潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣、2004 年) 260 頁以下は、契約を中心的部分と付随的部分とを区別しうるかについて疑問を呈する。

55) 池田清治「消費者団体の団体訴権——その背景と位置づけ」吉田克己編『競争秩序と公私協働』(北海道大学出版会、2011 年) 233 頁、特 249 頁以下、丸山絵美子「契約の内容規制の局面における私法規範の保護目的と消費者利益の実現手段」千葉恵美子ほか編『集团的消費者利益の実現と法の役割』(商事法務、2014 年) 76 頁、特に 81 頁以下。

56) 丸山・前掲注(55)「契約の内容規制の局面における私法規範の保護目的と消費者利益の実現手段」82 頁以下。

57) 後藤巻則教授は、「少なくとも差止請求訴訟については、市場における事業者の行為規範に重点を移した立法として消契法を捉え直すことが必要」だと指摘する(後藤・前掲注(36)「人と消費者」53 頁)。

事者に固有の事情を不当条項規制において考慮するならば、不当性評価が個々の消費者との間で変わりうるため⁵⁹⁾、当該制度の実効性を損なうことになる⁶⁰⁾。

不当条項規制の実効性という観点につき敷衍すると、たしかに、不当条項規制に関する個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とでは、前者では消費者個人の利益保護が問題となるのに対して、後者では、個人的利益を超えた集团的利益⁶¹⁾の保護が問題となると指摘されている⁶²⁾。そこで、

58) 得津・前掲注(46)「生命保険契約における任意法規の意義」84頁以下。

59) 谷本圭子教授は、「消費法4条や10条など個別の判断を行っていると言っている規定もある」との留保つきであるが、取消権などの民事的効果を認める既存の特別法は概して定型判断を行ってきており、予見可能性や規範の適用に際してのコストや誤りの可能性の小ささ(この点につき、吉政知宏「消費者法分野における民事立法の形式をめぐる」丸山絵美子編『消費者法の作り方——実効性のある法政策を求めて』〔日本評論社、2022年〕43頁、特に58頁も参照)や、多様な事情を考慮に入れるならば個人には評価不可能となるため自律の保障という観点(この点につき、鹿野菜穂子「取引分野における消費者民事法の展開と課題」日本経済法学会年報40号〔2019年〕50頁、特に58頁も参照)などからすれば、定型判断の正当性を指摘できるとする(谷本圭子「契約法における個人と消費者像」沖野真已ほか編『河上正二先生古稀記念論文集 これからの民法・消費者法(Ⅱ)』〔信山社、2023年〕83頁、特に99頁以下)。

60) 建物賃貸借契約における更新料条項が消費者契約法10条により無効となるか否かが争われた裁判例には個別の消費者に固有の事情を考慮する裁判例があるが(本稿注(32)(48)を参照)、このような裁判例に対して、河上・前掲注(28)「判批(大阪高判平成21年8月27日、大阪高判平成21年10月29日)」180頁は、消費者契約法上の不当条項規制では約款の性格の条項の効力を規制することが念頭に置かれており、まして、集団訴訟や消費者契約法に基づく団体訴訟が提起されていることを考えれば、制度の客観的評価として当該条項の一般的効力について判断すべきであると批判する。

61) 集团的利益は、学説によると、さらにいくつかの分類がなされる。その分類は論者により異なるが、たとえば、2011年の日本消費者法学会シンポジウム「集团的消費者利益の実現と実体法の役割」では、集团的利益を、さらに、①集合的利益(損害の観念とその個別的帰属が可能であるが個別の損害が軽微であるタイプ)、②拡散的利益(損害を観念することは可能であるがその個別的帰属を観念することが困難であるタイプ)、③社会的損失(市場競争の機能不全によって社会的なマイナスが生じているが損害が観念できないタイプ)に分類し、報告がなされた(千葉恵美子ほか編『集团的消費者利益の実現と法の役割』〔商事法務、2014年〕参照)。

個別訴訟に関しては、消費者個人の利益を保護するために、当該消費者に固有の知識や能力、契約締結過程で生じた問題をも考慮すべきであるとする考え方がありえよう。しかしながら、不当条項規制においては、個人的利益と集団的利益との分断を過度に強調すべきではないであろう。すなわち、適格消費者団体に不当条項の差止請求権を認める理由の1つとして、消費者個人による権利行使を認めるだけでは、不当条項を反復継続して使用することによって利益を享受する事業者の行為を市場から排除するには限界がある点が挙げられる⁶³⁾。個別訴訟であれ適格消費者団体による差止訴訟であれ、事業者が不当条項を使用する行為自体は、市場秩序を侵害する行為でもあると評価できよう⁶⁴⁾⁶⁵⁾。このとき、市場秩序という公共的利益の確保にあたってはそのために組織された適格消費者団体による対応が

62) 丸山・前掲注(55)「契約の内容規制の局面における私法規範の保護目的と消費者利益の実現手段」87頁以下、吉田克己「集団的消費者利益に関する基礎的視点——利益・帰属・役割分担」千葉恵美子ほか編『集団的消費者利益の実現と法の役割』(商事法務、2014年)200頁、特に215頁、千葉恵美子「消費者団体訴訟制度の保護法益と適格消費者団体の役割」法時91巻11号(2019年)44頁、特に45頁など。

63) 千葉・前掲注(62)「消費者団体訴訟制度の保護法益と適格消費者団体の役割」45頁。

64) たとえば、消費者契約法4条により消費者個人に付与された取消権と12条による適格消費者団体の差止訴訟との関係についてであるが、千葉恵美子教授は、いずれの場合にも市場秩序違反という観点から評価が可能であるとする(千葉恵美子「消費者取引における情報力の格差と法規制——消費者法と市場秩序法の相互関係に着目して」千葉恵美子ほか編『集団的消費者利益の実現と法の役割』[商事法務、2014年]165頁、特に181頁)。また、丸山絵美子教授は、不当条項規制の無効規範の保護目的は直接的には個人の自己決定不全への対応にあるが、間接的には市場全体における付随条項の競争機能不全への対応にも貢献するという(丸山・前掲注(55)「契約の内容規制の局面における私法規範の保護目的と消費者利益の実現手段」83頁以下)。

65) 個別訴訟においてある条項が不当条項に該当すると評価された場合に、当該条項を置くことが市場秩序を侵害する行為となるか、場合によっては侵害する行為となるかは、不当条項規制において内容の不当性と関係のない当該当事者に固有の事情を考慮するか否かによって異なるであろう。それを考慮するのであれば、ある条項が不当であるとの評価が、当該消費者限りの場合がありうるからである。

考えられるが、そのリソースは限られている⁶⁶⁾。また、不当条項規制の問題は、適格消費者団体による裁判外での交渉や事前請求で処理されることがあるため、事業者や消費者、適格消費者団体が、ある契約条項が不当であるか否かを自ら評価できるほうが望ましいであろう。それに対して、契約内容の不当性と関係のない当事者に固有の事情については、上述した第一、第二の点からすれば、不当条項規制においてはその考慮を必要としていない一方で、このような事情は、契約条項の援用可否など、それを考慮するのに適した制度が存在する。不当条項規制においてそれを考慮せずとも、それらの事情により生ずる消費者個人の保護の必要性が軽視されることにはならないように思われる。そうであれば、不当条項規制においては、個別訴訟であっても契約条項の内容と関係のない当該当事者に固有の事情を考慮しないことが、上述した第一、第二の点から適しているだけでなく、健全な市場秩序の形成にも寄与し、不当条項規制の有する利益の二面性をよりよく調和させるといえる⁶⁷⁾⁶⁸⁾。

66) 吉田克己教授は、公共的利益の実現というより一般的な文脈で、公共団体のリソースが限定されていることなどから、法実現のための主体レベルにおいて公私協働を積極的に推進すべきであるとする(吉田克己「保護法益としての利益と民法学」民商 148 巻 6 号〔2013 年〕572 頁、特に 603 頁)。

67) 河上正二「消費者法と民事責任」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』(有斐閣、2019 年)173 頁、特に 188 頁は、消費者法における民事責任のあり方につき、事業者の市場行動規制にシフトした議論の重要性を説く。

68) ある消費者法の規制が個人的利益の保護にも健全な市場秩序の形成にも向けられているとき、これらの利益のいずれを重視するかによって、個別訴訟におけるサンクションの発動要件が異なる場合がありえよう。たとえば、フランス消費者法に関する議論であるが、事業者の一般的な情報提供義務違反を理由とする契約の無効にあたり、事業者の行為規範的側面を重視するのであれば、合意の瑕疵がなくとも当該消費者にとって契約を無効とすることが有用であるときにはそうすることが考えられる(J.Rochfeld, *Du statut du droit contractuel* 《de protection de la partie faible》: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droit de l'homme, in *Etudes offertes à G.Viney*, LGDJ, 2008, p.835, spéc., n° 21 ; S.Bernheim-Desvaux et N.Sauphanor-Brouillaud, *Pas de nullité sans texte? : L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle du droit de la consommation*, RDC 2018, p.122, spéc., n° 21)。このよ

（2）契約条項の透明性に関連する個別具体的な事情の考慮の是非

以上のように、消費者契約法上の不当条項規制においては、契約条項の内容と関係しない当該当事者に固有の事情を考慮すべきではない。このことは、不当条項規制において契約条項の透明性の要請が問題となるときであっても異ならない。つまり、上述した不当条項規制の役割を変容させてまで、契約条項の透明性に関連する当事者に固有の事情を考慮する必要性はないであろう。

第一に、事業者側の義務違反の有無である。事業者には平均的消费者等を基準とした契約条項の透明性が要請されると解するとき、それを事業者が遵守していれば、個々の消費者が契約条項の内容を誤って解釈していた、または認識できなかったという場合であっても、事業者には当該義務の違反がないといえる。事業者に義務違反がないにもかかわらず、それに関するサンクションを事業者に課す、つまり不当条項に当たるとして契約条項を無効とするのは、過剰な介入となろう。平均的消费者等との関係で契約条項の透明性の要請が遵守されていない場合に、それに係る事情を消費者契約法上の不当条項規制において考慮すべきである。消費者契約法 10 条の適用可否にあたり、これまでの最高裁判決では契約条項の透明性に係る個別具体的事情が考慮されていないとの評価は、このような観点からも首肯しうる。

第二に、個別の消費者の事情等を踏まえた情報提供義務違反の有無を不当条項規制において考慮することの是非である。本稿では、これまで、前掲 [2] [5] 判決が更新料条項等に関する明確な合意の有無にあたり契約書の具体性・明確性を考慮していることにつき、契約の構造的な透明性の問題として、つまり消費者契約法 3 条 1 項 1 号にかかわる問題として捉え

うな解決が望ましいと解するかは、他の刑事または行政上のサンクションの有無などによっても評価が分かれよう。本稿は、消費者法上のあらゆる規制において、個別訴訟においても事業者の行為規範的側面を重視した解釈をすべきであると主張するものではない。この問題についての検討は今後の課題とする。

てきた。それに対して、これらの判決がいう契約条項の明確な合意には個々の消費者の理解が必要であるとして、これらの判決が、契約条項の不当性の評価にあたり、平均的消費者等が当該条項の認識を可能とするための一般的措置等を問題としているのではなく、個々の消費者の事情等を踏まえた情報提供義務(法 3 条 1 項 2 号)を問題としていると解することもできよう⁶⁹⁾。しかし、個々の消費者の事情等を踏まえた情報提供義務の問題を不当条項規制において考慮すべきではないように思われる。上述したように、それを考慮するならば、不当性評価が個々の消費者との間で変わりうるため、いかなる条項が不当条項に該当するかを予見できず、不当条項規制の実効性を害することになろう。また、個々の消費者の事情等を踏まえた情報提供義務違反が事業者にあった場合には、不法行為に基づく損害賠償や特約の不成立など他の制度で対応可能であり⁷⁰⁾、不当条項規制におい

69) 消費者契約法 10 条後段要件該当性を判断するにあたって個別の当事者に固有の事情を含む一切の事情を考慮しようとするのであれば、前掲 [2] 判決等が必要とする明確な合意と法 3 条 1 項 2 号が要求する情報提供義務とを結びつけやすいであろう。

70) 学説によれば、消費者契約法 10 条により契約条項の不当性を評価するにあたって契約条項の内容以外の要素に言及する判例や裁判例の多くは、建物賃貸借契約における敷引条項や更新料条項にかかわる事案であり、消費者の選択に影響を及ぼす条項であると指摘されている。消費者の選択に影響を及ぼす条項か否かにより、あるいはそのような条項ではない付随条項については内容に着目して不当性を評価し、あるいは消費者の選択に影響を及ぼす条項については内容の不当性だけでなくそれ以外の要素も考慮し不当性を評価する、という(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] 10 頁、特に 22 頁以下)。このとき、消費者契約法上の不当条項規制においてあらゆる当事者に固有の事情を考慮可能であるとすれば、消費者の選択に影響を及ぼす条項に関する不当性評価においては、契約締結過程で生じた当該当事者に固有の事情が考慮されうると解することになろう。実際、前掲平成 22 年大阪高判(本稿注(48))は、当該建物賃貸借契約における更新料条項の法 10 条後段要件該当性の判断にあたり、当該消費者の経歴や契約締結に至った経緯などを考慮している。

たしかに、前章で指摘したとおり(本稿 I 2)、契約条項の透明性の要請のうち、契約の構造的な透明性は、契約条項の内容それ自体を不当としないものの、契約条項の不当性評価にあたって考慮される要素の 1 つであると考えられた。し

てそれを考慮する必要性に乏しい。したがって、平均的消费者等を基準とする契約条項の透明性の要請と個々の消費者の事情等を踏まえた情報提供義務とを区別し、不当条項規制において考慮する事情は前者に限るべきである。

そうすると、平均的消费者等による理解や認識可能性と具体的な消費者のそれとが異なる場合をいかに扱うかが問題となるが、後者については、契約条項の透明性の要請に関する義務違反を理由とした不当性の問題としてではなく、契約条項の援用または無効の主張の可否や、特約の成立の有無、事業者の情報提供義務違反を理由とする不法行為の成否など、異なるレベルの問題として扱うことが考えられよう。

それに対して、契約条項の内容の不明確さ（とそれによる契約内容の誤信）や契約の構造的な不明確さ（とそれによる消費者の選択の阻害）を不当条項規制において考慮するとき、それを評価する基準は、個別訴訟であれ適格消費者団体による差止訴訟であれ、平均的消费者等であるべきである。したがって、不当条項規制における契約条項の透明性の要請を考慮する枠組み（本稿Ⅰ1（2）（c））は、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とは異ならないであろう。たとえば、適格消費者団体による差止訴訟の事案である前掲[1]判決でなされた契約内容の確定方法、すなわち、契約条項の不明確さに鑑みてその内容を有効とする方向での限定解釈を採用せずに消費者が誤信するであろう内容によるとする手法は、個別訴訟においても妥当すると考えられる⁷¹⁾⁷²⁾。

かし、消費者の選択に影響を及ぼす条項に関する不当性評価にあたって、契約条項の内容に関係のないあらゆる事情を考慮しようと解すべきではないであろう。その不当性評価が消費者ごとに異なるならば本文で指摘したような不都合が生ずる一方で、契約締結過程において生じた個々の消費者に固有の問題は、事業者の情報提供義務違反を理由とする不法行為の問題や特約の成立の問題など、他の制度によって解決可能である。そうであれば、消費者の選択に影響を及ぼす条項であることを理由に、不当性評価にあたり考慮可能な事情の範囲を、内容の不当性とは関係のない個別の当事者に固有の事情にまで広げる理由はないように思われる。

ただし、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とでは、直接的に保護しようとしている利益が異なる。そうであれば、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟においては、不当条項規制において考慮されるべき事情の範囲や枠組みが同じであっても、両者では契約条項の透明性の要請を重視する程度に相違が生ずるように思われる。最後に、次項にてこの点を検討する。

2 個別訴訟・適格消費者団体による差止訴訟における契約条項の透明性の要請の位置づけ

平均的消费者等を基準とした契約条項の明確さ、契約の構造的な明確さが不当条項規制において考慮されると解する場合であっても、不当条項規制に関する個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とでは、一方では個人の利益保護が問題となり、他方では集団的な消費者利益の保護が問題となる。また、契約条項の透明性の要請に反してさえいればある契約条項が不当条項に該当するわけではない。これらは、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟との間で、不当条項規制における契約条項の透明性の要請の位置づけに違いをもたらすように思われる。このことを、前掲 [3] 判決のように払込督促通知に関する約款外の運用を考慮すべきか否かに関する議論を参考にして、確認していこう。

71) 鹿野・前掲注(1)「消費者契約条項の透明性と不当条項審査」327頁。

72) このように解する場合であっても、個別訴訟において、契約内容を有効とする方向での限定解釈という契約解釈の手法を用いた解決が否定されるわけではない。消費者契約における契約条項の透明性の要請に関する事業者の義務違反があった場合のサンクションとして契約解釈における消費者に有利な解釈準則の採用や不当条項規制があると解するとき、いずれのサンクションも課すことができる場合には、当該消費者にとって望ましい解決手段の選択を認めるべきであろう。

また、鹿野・前掲注(1)「消費者契約条項の透明性と不当条項審査」327頁は、消費者の主張のしやすさにより契約解釈による解決を消費者が選択した場合には、それを認めるべきであるとする。

(1) 平成 24 年最判における約款外の運用の考慮をめぐる議論

平成 24 年最判(前掲 [3] 判決)は、本件無催告失効条項が消費者契約法 10 条に該当するか否かを判断するにあたり、払込督促通知に関する約款外の運用等を考慮してそれを否定した。

これにつき、学説の多くは肯定的である。前掲 [2] 判決の定式や従来の裁判例に従えば契約条項外の事情が考慮されうることに加え⁷³⁾、不当性判断において個別具体的事情を考慮すべきでないとしても払込督促通知の態勢およびその運用は本件無催告失効条項が適用される契約のすべての保険契約者に対し画一的に行われているため考慮可能であること⁷⁴⁾、少なくとも個別訴訟においては約款外の事情を考慮しうること⁷⁵⁾、約款ですべての事情を網羅することが不可能であること⁷⁶⁾などがその理由として挙げられている。

それに対し、約款外の事情を不当条項規制において考慮することに対する否定的な指摘をみるならば、それらは、契約条項の透明性の要請にかかわるように思われる。すなわち、①約款外での措置の実効性・確実性について法的担保がないため、消費者に特に不利益でないと判断するのに十分でないと評価する余地があり⁷⁷⁾、また容易に廃止されうること⁷⁸⁾、②契約条項

73) 川畑正文「判解 ([3] 判決)」曹時 66 卷 8 号 (2014 年) 2249 頁、特に 2263 頁以下、山本哲生「判批 ([3] 判決原審)」金商 1336 号 (2010 年) 240 頁、特に 241 頁など。

74) 渡邊雅之「消費者契約法 10 条に関する近時の重要判例の分析——無催告失効条項、更新料特約、早期完済違約金条項をめぐる」NBL918 号 (2009 年) 49 頁、特に 52 頁、山下友信「判批 ([3] 判決原審)」金法 1889 号 (2010 年) 12 頁、特に 16 頁以下、上山一知「判批 ([3] 判決原審)」金法 1889 号 (2010 年) 21 頁、特に 32 頁、榊・前掲注 (46) 97 頁、後藤巻則「判批 ([3] 判決)」金法 1953 号 (2012 年) 71 頁、特に 74 頁、小林道生「判批 ([3] 判決)」判時 2169 号 (2013 年) 153 頁、特に 158 頁以下、福本・前掲注 (51) 123 頁以下。

75) 鹿野菜穂子「判批 ([3] 判決原審)」金法 1905 号 (2010 年) 75 頁、特に 78 頁。

76) 榊・前掲注 (46) 96 頁。

77) 神作裕之「判批 ([3] 判決原審)」山下友信・洲崎博史編『保険法判例百選』(有斐閣、2010 年) 160 頁、特に 161 頁。

の不当性を緩和するための措置が約款外のものである場合にはその内容が明確ではない⁷⁹⁾、③そのような配慮や実務が事業者にとって常態であるなら約款条項において明示すべきである⁸⁰⁾という。

前掲 [3] 判決は、個別訴訟において消費者契約法上の不当条項規制が問題となった事案であった。そこで、学説には約款外の事情を適格消費者団体による差止訴訟においても考慮可能か否かにつき論を進めるものがあり、その評価は分かれている。

一方で、適格消費者団体による差止訴訟においては、「現に行い又は行うおそれがある」契約を対象とすることから（消費者契約法 12 条 3 項）、契約条項の透明性の欠如により将来紛争が生ずる可能性といった被害の拡大防止・事前予防に関する観点の考慮を重視することが考えられる⁸¹⁾。学説には、適格消費者団体による不当条項に関する差止請求制度の重要な機能の 1 つとして差止判決を契機に一般的実務対応を適切な範囲で契約条項に反映するように促すことが考えられるとし、当該取引の対象となる集団に向けられた一般的実務対応について顧慮できないと指摘する見解がある⁸²⁾。

他方で、このような主張に対しては、次のような批判がなされている。第 1 に、消費者契約法 12 条 3 項によると適格消費者団体による不当条項の差止請求の対象が「不特定かつ多数の消費者との間で第 8 条から第 10 条

78) 須藤正彦裁判官による [3] 判決に対する反対意見 (民集 66 巻 5 号 2225 頁)。

また、甘利公人「判批 ([3] 判決)」上智法学論集 56 巻 1 号 (2012 年) 95 頁、特に 102 頁は、約款上に規定されていないために法的義務ではなく、法的保護の埒外にあるとする。

79) 葉袋=加藤・前掲注 (53) 211 頁。神作・前掲注 (77) 161 頁も、約款上明らかにする方向で検討を進めることが望ましいとする。

80) 河上正二「判批 ([3] 判決)」河上正二・沖野眞已編『消費者法判例百選 [第 2 版]』(有斐閣、2020 年) 120 頁、特に 121 頁。

81) 得津・前掲注 (46)「生命保険契約における任意法規の意義」84 頁。ただし、可能性の 1 つとして指摘されているにすぎず、得津晶教授は、後述するようにこのようには解していない。

82) 山本 (豊)・前掲注 (46)「契約条項の内容規制における具体的審査・抽象的審査と事後的審査・事前的審査」53 頁。

までに規定する消費者契約の条項」であることから、差止訴訟であれば消費者契約法 10 条の適用される範囲が拡大するという解釈には、文言上無理がある⁸³⁾。第 2 に、具体的な事情を考慮できないという適格消費者団体による差止訴訟の構造から導かれる特徴が、なぜ消費者側に有利なかたちでのみ取り扱わなくてはならないかにつき説明がなされていない⁸⁴⁾。第 3 に、個別の紛争において無効と扱われた場合であっても、たとえば前掲 [3] 判決のような事案であれば保険会社は契約条項をみなおすはずであり、適格消費者団体による差止訴訟のみに契約内容の再交渉や改定を期待する理由は乏しい⁸⁵⁾。

(2) 個別訴訟・適格消費者団体による差止訴訟の目的と契約条項の透明性の要請

それでは、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とでは、不当条項該当性を判断するにあたって契約条項の透明性の位置づけに違いがあるのか。

個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟との大きな相違として、保護の目的が挙げられる。個別訴訟では、当該事案における消費者の個別的利益の保護が目的とされる一方で、差止訴訟では、不特定かつ多数の消費者に生ずる同種紛争の未然防止・拡大防止が目的となる。つまり、適格消費者団体による不当条項の差止訴訟は、その効果が特定の個人に帰属するのではなく、不特定多数の消費者に均霑するため、公共的性格を有しているといえる⁸⁶⁾。もちろん、学説の指摘するとおり、個別訴訟における契約条

83) 得津・前掲注(47)「判批([3]判決)」1723頁。

84) 得津・前掲注(47)「判批([3]判決)」1723頁。原田昌和「判批([3]判決)」現代消費者法 16 号(2012 年)120 頁、特に 126 頁注 10 も、適格消費者団体による差止請求の場面であっても条項外の実務運用を考慮しないとする理由はないであろうとする。

85) 得津・前掲注(46)「生命保険契約における任意法規の意義」84 頁以下。

86) 吉田・前掲注(62)「集团的消費者利益に関する基礎的視点」215 頁。

項の不当性の評価が、同種の契約における契約条項の改定に寄与することはあろうし⁸⁷⁾、不当条項規制それ自体が健全な市場秩序の形成にもかかわることに鑑みればこのことを軽視すべきではない。しかし、そうであるからといって、個別訴訟の不当条項該当性の判断と適格消費者団体による差止訴訟のそれとが同様でなければならないと解すべきではない。両者における保護法益の相違から、ある事情の有する重要性が両者において異なることがありうるからである⁸⁸⁾。そして、まさに、不当条項規制において契約条項の透明性の要請を重視すべき程度は、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とで異なるように思われる。

まず、個別訴訟に関する前掲 [3] 判決をみるならば、払込督促通知に関する実務上の運用につき、学説には、それが約款に組み込まれると指摘する見解がある⁸⁹⁾。また、[3] 判決の原審判決が支払督促通知の運用を恩恵にすぎないとした点につき、学説には、[3] 判決によると当該通知の確実な運用は無催告失効条項が消費者契約法 10 条に反しないための条件とされているから、保険会社に課された義務であると評価するものがある⁹⁰⁾。そうすると、たしかに、当該運用は約款に記載することが可能であり⁹¹⁾、それが記載されていない場合には、契約条項の文言だけをみれば、督促等

87) 得津・前掲注 (46)「生命保険契約における任意法規の意義」84 頁以下。

88) 消費者契約法 4 条と 12 条との関係につき、千葉・前掲注 (64)「消費者取引における情報力の格差と法規範」181 頁は、両制度では保護法益が異なることから、違法性の判断要素が異なってくると考えられるという。

89) 山下友信・米山高生編『保険法概説 生命保険・傷害疾病定額保険』(有斐閣、2010 年) 697 頁 [沖野眞已]、原田・前掲注 (84) 127 頁、大澤彩「判批 ([3] 判決)」判例セレクト 2012 [I] 18 頁、川畑・前掲注 (73) 2264 頁以下。

90) 山下・前掲注 (46)「判批 ([3] 判決)」43 頁以下、落合誠一「無催告執行条項に関する最二判平成 24・3・16 を読んで」金商 1391 号 (2012 年) 1 頁、永石一郎「判批 ([3] 判決)」金商 1407 号 (2013 年) 8 頁、特に 12 頁、得津・前掲注 (47)「判批 ([3] 判決)」1729 頁以下など。

91) たとえば、山下＝米山編・前掲注 (89) 697 頁 [沖野眞已] は、失効に関し「不払の事実の個別の通知と督促等がされないときはこの限りでない」旨の条項が黙示に契約内容となっているとの解釈が可能であるという。

がなくても失効されうる、または事業者には支払督促通知を行う義務がないものと平均的消费者等を誤信させる可能性がある。しかし、以上の事情から契約条項の透明性の要請に関する義務違反があるといえるとしても、そのことから直ちに当該条項が消費者契約法 10 条に違反するわけではない。[3] 判決の事案においては、支払督促通知を確実に行う体制・運用により、そのような誤信により当該消費者が被るであろう不利益が回避されていたといえる。つまり、契約条項の透明性の要請に関する義務違反によって消費者に生じうる不利益は、当該契約締結当時の実務上の確実な運用により実際には生じていなかったといえる。個別訴訟では具体的な紛争の解決が問題となることに鑑みれば、契約内容を構成しうる一般的実務対応を考慮して、契約条項の透明性の要請の違反によって生じうる不利益が回避されていたか否かを問題とすることは妥当であろう⁹²⁾。

それに対して、適格消費者団体による差止訴訟では、個別訴訟とは異なり、将来における被害の拡大防止・事前防止を考慮する必要があることに鑑みると、一般的実務対応を契約内容として記載することが可能であり、かつ、契約条項の文言によれば平均的消费者等が権利義務関係につき誤信しうるのであれば、契約条項の不当性審査にあたり一般的実務対応を考慮すべきではない⁹³⁾。というのも、一方で、契約条項外での実務対応は容易

92) 平均的消费者等を基準とすれば契約条項を不当な内容として誤信しうるような契約条項の内容の不明確さがあるものの、個別の消費者の能力等により当該消費者が誤信しなかったという場合も、当該消費者との関係では、契約条項の透明性の要請の違反により生ずる不利益が回避されていたといえる。しかし、このような事情については、本稿Ⅱ1 で述べた理由から、消費者契約法 10 条による契約条項の不当性を肯定したうえで、信義則を理由として当該消費者による無効の主張を否定するほうが望ましいように思われる。

93) 山本豊・前掲注(46)「契約条項の内容規制における具体的審査・抽象的審査と事後的審査・事前的審査」53 頁以下、丸山・前掲注(55)「契約の内容規制の局面におけるⅣ法規範の保護目的と消費者利益の実現手段」90 頁以下、後藤巻則ほか『条解消費者三法〔第 2 版〕』(弘文堂、2021 年)173 頁以下〔後藤巻則〕は、適格消費者団体による差止請求の性質からすれば約款外の実務対応を考慮すべきでないとする。

に廃止される可能性があり、他方で、事業者には、契約条項の透明性が要請されている(消費者契約法 3 条 1 項 1 号)。法 3 条 1 項 1 号は事業者に向けられた行為規範的性格の強い規定であると考えられたが⁹⁴⁾、このような規定については、具体的な消費者の保護の必要性とは関係なく義務違反の有無が評価されるため、具体的な消費者の被害の有無にかかわらず、何らかのサンクションが課されるべきであろう⁹⁵⁾。法 3 条 1 項 1 号による要請は事業者の努力義務であるものの、契約条項の透明性の要請に関する義務違反を放置しないためにも、適格消費者団体による差止訴訟の場面においては当該要請を重視した解決をすべきである。

3 小括

契約条項の不明確さにより生ずる不利益は、平均的消费者等において生ずるであろうと考えられる場合のほか、個別の消費者においてのみ生ずる場合も考えられる。たしかに、消費者契約法上の不当条項規制は、それが個別訴訟で争われるとき、当該消費者の個人的利益の保護を目的とする。しかし、次の理由から、平均的消费者等との関係で、契約条項の内容の不明確さにより消費者を誤信させるか否か、契約の構造的な不明確さにより消費者の選択を害するか否かが問われるべきであると考えられた。すなわち、第 1 に、契約条項の透明性の要請それ自体についてみると、前章で確認したとおり、平均的消费者等との関係でそれが要請されると思われる。消費者契約法上の不当条項規制においてそれを考慮するとき、個々の消費者を基準とした契約条項の透明性の欠如を考慮し不当条項規制を課すのは、事業者が負う義務との関係で過剰な介入といえる。第 2 に、不当条項規制の役割からすると、契約内容と関係のない当事者に固有の事情を考慮する必要性はなく、むしろ、それを考慮するならば、消費者や事業者、適格消費者団体による不当性評価に関する予見可能性を害することになろう。し

94) 本稿 I 2 を参照。

95) C.Aubert de Vincelles, art.préc., p.11 ; Ph. Stoffel-Munck, art.préc., n^{os} 22 et s.

たがって、一方で、消費者契約法上の不当条項規制に関する個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とにおいては、契約条項の透明性の要請違反の評価基準は異ならない、つまり、契約条項の透明性の要請違反による不利益の評価は、原則として、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とにおいて異ならないであろう。他方で、平均的消费者等による理解や認識可能性と具体的な消費者のそれとが異なる場合には、後者については、消費者契約法上の不当条項規制による解決ではなく、信義則を理由とする契約条項の援用または無効の主張の問題や、特約の成立の問題、事業者の情報提供義務違反を理由とする不法行為の問題など、異なる制度によって処理することが可能であり、不当条項規制の実効性を損なわせないためにもそうすることが望ましいと考えられた。

しかし、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とで、契約条項の不当性の評価が同様になされるとは解すべきでない。ある契約条項が不当であるか否かは契約条項の透明性の要請のみから判断されるわけではなく、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とでは第一に問われるべき目的が異なるからである。すなわち、個別訴訟では、当該事案における消費者の救済の必要性という視点から、事業者による一般的実務対応を考慮して、契約条項の透明性の要請の違反によって生じうる不利益が回避されていたか否かを問題とすることができる。それに対して、適格消費者団体による差止訴訟では、個別訴訟とは異なり、紛争の拡大防止、未然防止が目的となることから、事業者には契約条項の透明性が要請されていること(消費者契約法3条1項1号)を重視した不当性評価をすべきであると考えられた。

おわりに

消費者契約において、契約条項の透明性の要請は、事業者に課された努力義務であるものの、契約解釈の場面において消費者に有利な解釈準則を導きうるだけでなく、不当条項規制においてもそれにかかわる事情が考慮

されている。また、それは、個々の消費者との関係で生ずる情報提供義務とも連続しうる問題でもある。もっとも、これらの解決手段は、契約条項の透明性の要請に反した状況があれば、それだけで消費者が選択可能となるものではない。それぞれの解決手段に固有の要件や役割があり、それを無視してそれらが運用されるならば、それらが本来有する役割を損なうであろう。また、本来有すべき制度の役割等を超えて運用しようとするのであれば、そのようにする必要性がなければならないであろう。

そこで、本稿では、契約条項の透明性の要請違反があった場合における解決手段の相互関係を明らかにするための1つの視座を提供すべく、消費者契約法上の不当条項規制において契約条項の透明性の要請に係る事情を考慮する際の制約について、契約条項の透明性の要請という観点、および消費者契約法上の不当条項規制の役割という観点から検討を試みた。この2つの観点のいずれから、契約条項の不明確さを契約条項の不当性の評価において考慮するにあたっては、平均的消費者等との関係で、契約条項の不明確さにより消費者に権利義務の内容を誤信させるか否か、契約の構造的な不明確さにより消費者の選択を害するか否かが問われるべきであると考えられた。というのも、一方で、契約条項の透明性の要請は、それが想定する場面からすれば、個別具体的な消費者の保護の必要性とは関係なく要請される、事業者の行為に向けられた規制という性格が強いであろう。したがって、事業者には、平均的消費者等を基準とした契約条項の透明性が要請されていると解すべきである。他方で、契約条項の不明確さによる不利益が当該消費者の能力等を理由に生じている場合に、そのような個々の当事者に固有の事情を考慮し不当条項規制を課すのは、事業者が負う義務に比して過剰な介入となり、さらに、消費者や事業者、適格消費者団体による不当性評価に関する予見可能性を害し不当条項規制の実効性を損なう可能性がある。また、個々の消費者の能力等を理由に契約条項の不明確さによる不利益が当該消費者に生じている場合には、他の制度により対応可能である。そこで、不当条項規制においては契約内容と関係のない当事

者に固有の事情を考慮しないことが、消費者の個人的利益の保護の必要性和健全な市場秩序の形成という2つの利益をよりよく調和することになる。したがって、不当条項規制において考慮すべき契約条項の透明性の要請に係る事情の性格やそれを考慮する枠組みは、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とにおいて異ならないであろう。ただし、個別訴訟と適格消費者団体による差止訴訟とでは直接に保護しようとする法益が異なることから、契約条項の透明性の要請をどの程度重視すべきかは両者で異なり、このことが、両者のいずれにおいて争われるかにより結論の違いを生じさせうように考えられた。

以上のような分析は、消費者契約法上の不当条項規制と民法に新設された定型約款の内容規制(民法548条の2第2項)との間の類似性を示すようにも思われる。もっとも、本稿で示した内容が定型約款の内容規制において妥当するかは、本稿の分析からは明らかにならない。両者においては、契約条項の透明性が要請される程度が異なる可能性があり、そうであれば、本稿が前提としている消費者契約の解釈と不当条項規制との関係を、定型約款において見出すことができないであろうからである。契約条項の透明性の要請に関しても、消費者契約の規制のあり方と定型約款のその異同を検討する必要がある⁹⁶⁾。

【付記】本稿は、JSPS 科研費・基盤研究(C)(課題番号: 23K01198)の助成を受けた研究成果の一部である。

96) このような視点からの検討は、酒巻修也「契約の透明性の要請と定型約款・消費者契約の規制のあり方(1・未完)——内容規制、契約内容の確定方法における両者の異同を中心に」青法64巻3号(2022年)279頁にて行っていく予定である。