

## 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(14)

## 目次

|    |                                    |    |
|----|------------------------------------|----|
| 第1 | 第三者のためにする契約.....                   | 1  |
| 1  | 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等 .....         | 1  |
| 2  | 将来出現する第三者のためにする契約 .....            | 8  |
| 3  | 要約者の地位 .....                       | 10 |
|    | (1) 諾約者に対する履行請求 .....              | 10 |
|    | (2) 解除権の行使 .....                   | 11 |
| 第2 | 約款（定義及び組入要件） .....                 | 12 |
| 1  | 約款の組入要件に関する規定の要否 .....             | 12 |
| 2  | 約款の定義 .....                        | 16 |
| 3  | 約款の組入要件の内容 .....                   | 20 |
| 4  | 約款の変更 .....                        | 30 |
| 第3 | 不当条項規制 .....                       | 34 |
| 1  | 不当条項規制の規定の要否，適用対象等 .....           | 34 |
| 2  | 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項 .....         | 42 |
| 3  | 不当性の判断枠組み .....                    | 47 |
| 4  | 不当条項の効力 .....                      | 50 |
| 5  | 不当条項のリストを設けることの当否 .....            | 53 |
| 別紙 | 比較法資料 .....                        | 1  |
|    | 〔ドイツ民法〕 .....                      | 1  |
|    | 〔オランダ民法〕 .....                     | 8  |
|    | 〔ケベック民法〕 .....                     | 12 |
|    | 〔韓国約款規制法〕 .....                    | 13 |
|    | 〔イギリス不公正契約条項法〕 .....               | 15 |
|    | 〔フランス民法〕 .....                     | 16 |
|    | 〔フランス民法改正草案（カタラ草案）〕 .....          | 16 |
|    | 〔フランス民法改正草案（テレ草案）〕 .....           | 17 |
|    | 〔フランス民法改正草案（司法省草案2008年版）〕 .....    | 18 |
|    | 〔フランス民法改正草案（司法省草案2009年版）〕 .....    | 19 |
|    | 〔フランス消費法典〕 .....                   | 20 |
|    | 〔1993年4月5日付けヨーロッパ共同体閣僚理事会指令〕 ..... | 23 |
|    | 〔ユニドロワ国際商事契約原則2010〕 .....          | 25 |

|                            |    |
|----------------------------|----|
| [ヨーロッパ契約法原則] .....         | 26 |
| [アメリカ統一商事法典] .....         | 27 |
| [アメリカ第二次契約法リステイトメント] ..... | 27 |

※ 本資料の比較法部分は、以下の翻訳・調査による。

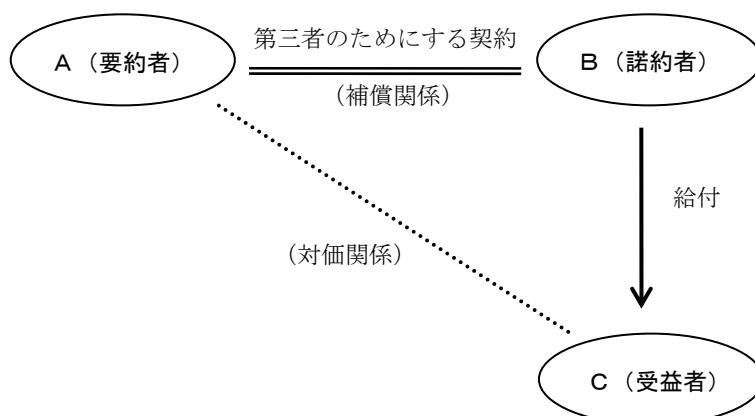
- ドイツ民法・オランダ民法・ケベック民法・フランス民法・フランス民法改正草案（カタラ草案，司法省草案2008年版，司法省草案2009年版，テレ草案），フランス消費法典，1993年4月5日付けヨーロッパ共同体閣僚理事会指令  
石川博康 東京大学社会科学研究所准教授・法務省民事局参事官室調査員，石田京子 早稲田大学法務研究科准教授・法務省民事局参事官室調査員，大澤彩 法政大学法学部准教授・法務省民事局参事官室調査員，角田美穂子 一橋大学大学院法学研究科准教授・法務省民事局参事官室調査員，幡野弘樹 立教大学法学部准教授・前法務省民事局参事官室調査員
- 韓国約款規制法  
裴成鎬「韓国における約款規制法の現況（下）」NBL 698号54頁
- イギリス不公正契約条項法  
[http://wp.cao.go.jp/zenbun/kokuseishin/spc16/houkoku\\_c/spc16-houkoku\\_c-ref\\_8\\_GB.html](http://wp.cao.go.jp/zenbun/kokuseishin/spc16/houkoku_c/spc16-houkoku_c-ref_8_GB.html)（第16次国民生活審議会 消費者政策部会報告）
- ユニドロワ国際商事契約原則2010  
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-japanese.pdf>（内田貴＝曾野裕夫＝森下哲朗訳）
- ヨーロッパ契約法原則  
オーレ・ランドー／ヒュー・ビール編，潮見佳男 中田邦博 松岡久和監訳「ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ」（法律文化社・2006年）
- アメリカ統一商事法典  
アメリカ法律協会 統一州法委員会全国会議，田島裕訳「UCC2001—アメリカ統一商事法典の全訳一」（商事法務・2002年）
- アメリカ第二次契約法リステイトメント  
松本恒雄「第二次契約法リステイトメント試訳（一）～（五）」民商法雑誌94巻4号～95巻2号（1986年）

また、「立法例」という際には、上記モデル法も含むものとする。

## 第1 第三者のためにする契約

(前注) 第三者のためにする契約とは、一般に、契約から生ずる権利を契約当事者以外の第三者に直接に帰属させる内容を有する契約であると定義されている。

この「第1 第三者のためにする契約」では、この場合の第三者を「受益者」といい、受益者に対して給付をすることになる契約当事者を「諾約者」といい、もう一方の契約当事者を「要約者」ということとする。



### 1 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等

(1) 第三者のためにする契約における受益者の権利の発生については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 受益者が負担なしに権利を取得する場合には、受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を必要としない旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 受益者が負担なしに権利を取得する場合であっても受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を必要とする民法第537条第2項の規律を維持するものとする。

(2) 上記(1)において甲案を採用する場合には、それに加えて以下のような規定を設けるといふ考え方あり得るが、どのように考えるか。

ア 受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を必要としない場合に、受益者が諾約者に対してその権利を放棄する意思を表示したときは、受益者は、初めからその権利を取得しなかったものとみなすものとする。その例外として、受益者に発生した権利について利害関係人が生じたときは、受益者は、その後にした放棄を当該利害関係人に対抗することができないものとする。

イ 受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を必要としない場合に、受益者が権利の取得を承認する意思を表示した後は、要約者と諾約者との

合意によって受益者の権利を変更し、又は消滅させることはできないものとする。

○中間的な論点整理第26, 1「受益の意思の表示を不要とする類型の創設等（民法第537条）」[83頁（201頁）]

民法第537条第2項は、受益者（第三者）の権利は、受益者が契約の利益を享受する意思（受益の意思）を表示したときに発生すると規定している。これに対し、第三者のためにする契約の内容によっては、受益の意思の表示がなくても受益者の権利を発生させることが適当な場合があるとして、受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を必要とすべきか否か等の観点から、第三者のためにする契約の類型化を図り、その類型ごとに規定を明確にすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、受益の意思の表示を要せずに債権を取得することが受益者にとって不当な場合もあることを指摘する意見があることなどに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6, 2 [58頁]】

○中間的な論点整理第26, 2「受益者の権利の確定」[83頁（202頁）]

民法第538条は、受益者の受益の意思の表示があつて初めて受益者（第三者）の権利が発生するという前提の下で、「第三者の権利が発生した後は、当事者は、これを変更し、又は消滅させることができない」と規定しているが、仮に受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を不要とする類型を設ける場合（前記1参照）には、この規定に関し、例えば、受益者が取得する権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはやその変更や撤回を認めるべきでないなどの観点から所要の修正をするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6, 2（関連論点）[63頁]】

《参考・現行条文》

（第三者のためにする契約）

民法第537条 契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したときは、その第三者は、債務者に対して直接にその給付を請求する権利を有する。

2 前項の場合において、第三者の権利は、その第三者が債務者に対して同項の契約の利益を享受する意思を表示した時に発生する。

（第三者の権利の確定）

民法第538条 前条の規定により第三者の権利が発生した後は、当事者は、これを変更し、又は消滅させることができない。

（債務者の抗弁）

民法第539条 債務者は、第五百三十七条第一項の契約に基づく抗弁をもって、その契約の利益を受ける第三者に対抗することができる。

(第三者のためにする損害保険契約)

保険法第8条 被保険者が損害保険契約の当事者以外の者であるときは、当該被保険者は、当然に当該損害保険契約の利益を享受する。

(第三者のためにする生命保険契約)

保険法第42条 保険金受取人が生命保険契約の当事者以外の者であるときは、当該保険金受取人は、当然に当該生命保険契約の利益を享受する。

(第三者のためにする傷害疾病定額保険契約)

保険法第71条 保険金受取人が傷害疾病定額保険契約の当事者以外の者であるときは、当該保険金受取人は、当然に当該傷害疾病定額保険契約の利益を享受する。

(受益権の取得)

信託法第88条 信託行為の定めにより受益者となるべき者として指定された者(次条第一項に規定する受益者指定権等の行使により受益者又は変更後の受益者として指定された者を含む。)は、当然に受益権を取得する。ただし、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる。

2 (略)

信託法第99条 受益者は、受託者に対し、受益権を放棄する旨の意思表示をすることができる。ただし、受益者が信託行為の当事者である場合は、この限りでない。

2 受益者は、前項の規定による意思表示をしたときは、当初から受益権を有していなかったものとみなす。ただし、第三者の権利を害することはできない。

(比較法)

- ・ドイツ民法第328条, 第333条
- ・オランダ民法第6編第253条
- ・ケベック民法第1444条, 第1446条, 第1447条
- ・フランス民法第1121条
- ・フランス民法(カタラ草案)第1171-1条
- ・フランス民法(テレ草案)第130条, 第131条
- ・フランス民法(司法省草案2008年版)第143条
- ・フランス民法(司法省草案2009年版)第111条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則2010第5.2.1条, 第5.2.3条, 第5.2.5条, 第5.2.6条
- ・ヨーロッパ契約法原則第6:110条

(補足説明)

1 受益の意思表示の要否

(1) 民法第537条2項は、「第三者の権利は、その第三者が債務者に対して……契約の利益を享受する意思を表示した時に発生する」と規定して、受益者（第三者）の受益の意思表示を第三者のためにする契約における受益者の権利の発生要件としている。受益者の権利の発生のために受益の意思表示が必要とされたのは、受益者が権利の取得を望まない場合であっても当然にその権利が発生するとするのは行き過ぎであると考えられたことなどによる。

もっとも、受益者の権利の発生のために受益の意思表示を必要としていることに対しては、裁判実務においてその実態にそぐわない場面があることが指摘されている。例えば、裁判例には、出産に関する医療において胎児に対する医師の義務を導くため、親と医療機関との間で、生まれてくる子のための安全な分娩の確保等を内容とする第三者のためにする契約が締結されているという構成を用いた上で、子が生まれた直後に親が子を代理して受益の意思表示を黙示に行ったと認定したものがあるが（東京地判昭和54年4月24日判タ388号147頁，名古屋地判平成元年2月17日判タ703号204頁等），これらは民法の規定と整合させるために技巧的な認定をせざるを得なかった例であるとも見ることが出来る。

そこで、受益者の権利の発生のために受益の意思表示を要求することの当否が検討課題となる。

(2) 本文(1)の甲案は、以上のような問題意識を踏まえて、受益者が負担なしに権利を取得する場合には、受益者の権利の発生のために受益の意思表示を必要としないものとすることを提案するものである。受益者が負担なしに権利を取得する場合に限って受益の意思表示を不要としているのは、受益者の権利の取得に負担が伴うのであれば、負担を甘受して権利を取得するかどうかを判断する機会を受益者に与えるべきであり、その判断がされるまでは権利の発生の効果は生じさせないことが望ましいとの考慮による。

第三者のためにする契約の一種である第三者のためにする傷害保険契約（保険法第8条）、第三者のためにする生命保険契約（同法第42条）、第三者のためにする傷害疾病定額保険契約（同法第71条）では、既に本文(1)の甲案の考え方が採用されており、受益者（保険金受取人）は当然に当該保険契約の利益を享受するものとされ、保険給付請求権の発生のために受益の意思表示は不要とされている。これは、保険契約関係においては、受益者（保険金受取人）となることによって不利益を被るものではないし、受益者（保険金受取人）となったとしてもその地位を放棄することは自由であるという考慮に基づくものである。また、第三者のためにする契約と類似した構造を有する第三者を受益者とする信託においても、原則として、受益者は受益の意思表示をすることなく当然に受益権を取得するものとされている（信託法第88条第1項）。

第19回会議における意見やパブリック・コメントの手續に寄せられた意見には、上記の保険契約や信託との制度間の整合性を確保する観点から本文(1)の甲案の考え方を支持するものがあつた。また、本文(1)の甲案を支持する意見には、新

生児や精神上の障害により事理弁識能力を欠いているにもかかわらず後見開始の審判がされていない者などが受益者となる場合を想定するものがあった。

- (3) これに対し、第19回会議における意見やパブリック・コメントの手續に寄せられた意見には、受益者の権利の発生のために受益の意思表示を必要としないものとする、反社会的勢力が関係する債権等を押付けられることになったり、権利の取得時期が不明確となって時効管理や会計処理等に支障が生ずることになったりしかねないとして、受益者が負担なしに権利を取得する場合であっても受益の意思表示を必要とするべきであるとするものもあった。

本文(1)の乙案は、こうした本文(1)の甲案に対する慎重論を踏まえて、受益者が負担なしに権利を取得する場合であっても受益の意思表示を必要とする民法第537条第2項の規律を維持することを提案するものである。

- (4) 本論点と関連する他の論点として、部会資料36第2, 1では、社債に保証が付される場合や電子記録債権に保証が付される場合などにおけるニーズを根拠として、主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によって債権者の同意を要することなく保証人の債権者に対する保証債務が成立する旨の規定を設けることが提案されている。この提案は、本文(1)の甲案の一場面を切り出したものといえる。

また、部会資料38第1, 2(1)では、債務者と引受人との合意によって成立する併存的債務引受は第三者のためにする契約に該当するとして、債権者の引受人に対する権利の発生のために債権者の受益の意思表示を要するかどうかを本論点における検討結果に委ねることが提案されている。

## 2 受益の意思表示を不要とする場合の手当

- (1) 仮に本文(1)の甲案を採用して、受益者が負担なしに権利を取得する場合には受益者の権利の発生のために受益の意思表示を必要としない旨の規定を設けるとしても、受益者が権利の取得を強いられることになるのは適当ではない。そこで、このような場合の受益者は債権の取得を放棄することができるものとする必要がある。もっとも、受益者が取得した権利を受益者の債権者が差し押さえた場合のように、受益者に発生した権利について利害関係人が生じたときには、受益者はその後にした放棄を当該利害関係人に対抗することができないものとするべきである（参考資料1 [検討委員会試案]・411頁）。本文(2)アは、このような立場からの提案を取り上げたものである。

第三者を受益者とする信託では、これと同様の規定が置かれており、受益者は、受益権を放棄する旨の意思表示をしたときには当初から受益権を有していなかったものとみなされるが、第三者の権利を害することはできないものとされている（信託法第99条第1項本文、第2項）。

- (2) 民法第538条は、受益者の受益の意思表示があつて初めて受益者（第三者）の権利が発生するという前提の下で、受益者の権利が発生した後は、要約者と諾約者がこれを変更又は消滅させることができないことを規定している。

仮に、本文(1)の甲案を採用した上で民法第538条の規律を維持すると、受益

者が負担なしに権利を取得する場合には、第三者のためにする契約の締結と同時に受益者の権利が発生するから、その段階で要約者と諾約者は受益者の権利を変更又は消滅させることができなくなってしまう。しかし、このような帰結は、第三者のためにする契約を締結した要約者と諾約者に対し、現状よりも硬直的な取扱いを強いることとなるため、これらの者の利益への配慮という観点からは、やや疑問が残る。

そこで、仮に本文(1)の甲案を採用して、受益者が負担なしに権利を取得する場合には受益者の意思表示を必要としない旨の規定を設けるのであれば、この場合に受益者の権利が確定する時期を受益者が権利の取得を承認する意思表示をしたときとすることが考えられる(参考資料1 [検討委員会試案]・414頁)。これは、受益者が取得する権利について正当な期待を持つ段階に至れば、もはやその変更や撤回を認めるべきではない(逆にいえば、その段階に至るまでは、要約者と諾約者による変更や撤回を認めるべきである)という価値判断に基づくものであり、その具体的な時期を受益者が権利の取得を承認する意思表示をしたときとするものである。本文(2)イは、このような提案を取り上げたものである。

なお、第三者のためにする契約に受益者の権利を変更又は消滅させる権利を留保する旨の特約が存在する場合には、本論点の帰結にかかわらず、その特約が優先すると解される。

### 3 第三者のためにする契約の類型化(別案)

(1) ところで、第三者のためにする契約の成立要件については、「契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したとき」(民法第537条第1項)という概括的な規定が置かれているのみであり、具体的にどのような契約がこれに該当するのかは、解釈に委ねられている状況にある。このため、第三者のためにする契約に該当するか否かが争われる事例が少なくない。

そこで、本文(1)(2)の別案として、受益者の権利の発生のために受益者の意思表示を必要とすべきか否か等の観点から、判例において第三者のためにする契約とされた具体的事例を整理分析するなどして、第三者のためにする契約の類型化を図り、その類型ごとに規定を明確化するという方策が考えられる。そして、この方策を具体化させたものとして、第三者のためにする契約を、①受益者に諾約者に対する債権を取得させるもの(債権取得型)、②受益者に諾約者に対する債権を取得させる場合において、受益者に付随的な負担が伴うもの(負担付債権取得型)、③受益者が、諾約者から財産権の移転又は役務の提供を受ける債権を取得するのに対し、反対給付の債務を負う契約を成立したものと扱うもの(契約成立型)、④受益者の諾約者に対する債務を免除させるもの(債務免除型)、⑤要約者と諾約者の間で合意された受益者の諾約者に対する責任の制限や免除に関する条項を受益者が援用できるようにするもの(条項援用型)の5つの類型に分類するという立法提案が示されている(参考資料1 [検討委員会試案]・410頁)。この立法提案では、各類型の内容は以下のようなものとされている。

#### ア 債権取得型



債権取得型は、受益者に諾約者に対する債権を何らの負担なく取得させる類型である。

債権取得型の第三者のためにする契約では、受益の意思表示がなくても当然に受益者は諾約者に対する債権を取得するが、債権の取得を望まない受益者は、取得した債権を放棄することができる。ただし、受益者が債権の取得を承認した場合には、もはやその後の放棄は許されず、また、受益者が債権を取得することを前提として利害関係人が生じた場合には、受益者による債権の取得の放棄は、その利害関係人に対抗することはできない。受益者が債権の取得を放棄した場合の法律関係については、第三者のためにする契約の趣旨に反しない限り、要約者が受益者の地位に立つ。

なお、古い判例（大判明治41年9月22日民録14輯907頁）には、第三者のためにする契約によって受益者が物権を取得することを肯定するものもあるが、債権取得型さえあれば、第三者のためにする契約により諾約者が受益者に物権を移転する債務を負うという構成を採ることができるので、これとは別に受益者に物権を取得させる類型を設ける必要性はないと考えられる。

#### イ 負担付債権取得型

負担付債権取得型は、受益者に諾約者に対する債権を取得させる場合において、受益者に付随的な負担が伴う類型である。これは、第三者のためにする契約において、受益者に権利を取得させるだけでなく、付随的な負担を伴わせることも認められるとする判例法理（大判大正8年2月1日民録25輯246頁）を明文化するものである。

負担付債権取得型の第三者のためにする契約では、当然に受益者の負担を生じさせるのは適当ではないから、受益者が諾約者に対する債権を取得するのは、受益者が諾約者に対して同意の意思を表示したときである。

#### ウ 契約成立型

契約成立型は、受益者が、諾約者から財産権の移転又は役務の提供を受ける債権を取得するのに対し、反対給付の債務を負う契約が成立したものと扱う類型である。受益者に諾約者に対する債権を取得させる場合において、受益者の負担が反対給付と評価できる程度のものである場合には、受益者に解除権の行使を認めるなどしてその保護を図る必要があるから、受益者を有償契約の当事者として扱うことが相当である。もっとも、受益者自身が財産権や役務を給付するような契約を成立させるまでの必要性は認められないから、「諾約者から財産権の移転または役務の提供を受ける債権を取得するのに対し、反対給付の債務を負う契約」のみを契約成立型の対象とすれば足りる。

契約成立型の第三者のためにする契約では、当然に受益者に反対給付の義務を負わせるのは適当ではないから、受益者と諾約者との間で契約が成立したものと扱われるのは、受益者が諾約者に対して同意の意思を表示したときである。

#### エ 債務免除型

債務免除型は、受益者の諾約者に対する債務を免除させる類型である。これ

は、第三者のためにする契約によって債務免除ができるとする判例法理（大判大正5年6月26日民録22輯1268頁）を明文化するものである。

債務免除型の第三者のためにする契約において債務免除の効果の発生のために受益者の受益の意思表示を必要とするかどうかは、部会資料40第2, 1における免除の規定の見直しに関する検討結果によることになる。仮に債務免除は一方的意思表示によるとする民法第519条の規律が維持されるのであれば、債務免除型の第三者のためにする契約においても受益者の受益の意思表示を要せずに債務免除の効果を生じさせるものとするのが考えられるし、民法第519条の規定が債務者の意思に反して免除することができないとする方向に改められるのであれば、債務免除型の第三者のためにする契約において受益者の受益の意思表示を必要とするものとするのが考えられる。

#### オ 条項援用型

条項援用型は、受益者の諾約者に対する責任の制限や免除に関する条項が要約者と諾約者の間で合意された場合に、これを受益者が援用できるようにする類型である。実務においては、旅客や荷主と運送人との間の契約に、運送人の従業員や履行補助者も、旅客や荷主からの不法行為に基づく損害賠償請求に対して、運送人の有する契約上の抗弁を援用することができるとの条項（いわゆるヒマラヤ条項）が置かれることがあるが、こうした条項は、文言上は「ある給付をすることを約した」（民法第537条第1項）には当たらないことなどから、その有効性について議論がある。条項援用型は、こうした条項の有効性に条文上の根拠を与えるものである。なお、国際海上物品運送に関しては、平成4年の国際海上物品運送法の改正によって、運送品に関する運送人の責任が免除・軽減される場合には、その責任が免除・軽減される限度で、当該運送品に関する運送人の使用する者の損害賠償の責任も免除・軽減される旨の規定（同法第20条の2）が置かれ、立法的解決が図られている。

条項援用型では、受益者は、当該条項を援用することにより、第三者のためにする契約が締結されたときから諾約者との関係で当該条項の適用を受けていたものとみなされる。

- (2) 第19回会議における意見には、上記(1)のような類型化は立法論として大袈裟に過ぎるとの指摘や、いわゆるヒマラヤ条項に条文上の根拠を与えることが目的なのであれば第三者のためにする契約という一般的な法理を用いるのではなく、固有の法理を生成すべきであるとの指摘があり、また、パブリック・コメントの手続に寄せられた意見には、上記(1)のように類型化されたとしても、どの類型に該当するかが判然としない事案は依然として残るとの指摘があった。

## 2 将来出現する第三者のためにする契約

将来出現する者を受益者として第三者のためにする契約を締結することができる旨の規定を設けるとい考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第26, 3「受益者の現存性・特定性」[84頁(203頁)]

第三者のためにする契約の締結時において、受益者が現存することや特定されていることが必要かどうかに関し、判例は、受益者が現存する必要も特定されている必要もないとしていることから、これを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6, 3[64頁]】

(比較法)

- ・ケベック民法第1445条
- ・フランス民法(カタラ草案)第1171条
- ・フランス民法(テレ草案)第129条
- ・フランス民法(司法省草案2008年版)第142条
- ・フランス民法(司法省草案2009年版)第110条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則2010第5.2.2条

(補足説明)

1 現行民法は、受益者の現存性について、特段の規定を設けていないが、第三者のためにする契約の締結時に受益者が現存している必要はなく、胎児や設立中の法人のように将来出現することが予期された者を受益者として第三者のためにする契約を締結することができるということに異論はない(設立中の法人を受益者とする第三者のためにする契約を有効としたものとして、最判昭和37年6月26日民集16巻7号1397頁)。本文は、こうした異論のないルールを明文化することを提案するものである。

もつとも、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見には、将来出現する者を受益者として第三者のためにする契約を締結することができるというルールそのものには異論はないとしつつも、そのような細目的なルールについてまで明文化する必要はないとするものがあった。

2 ところで、受益者は受益の意思表示をすべきときには現存していなければならないと解されるところ、現行民法の下では、受益者の権利は受益者の受益の意思表示によって発生するとされているから(同法第537条第2項)、受益者の権利が発生すべきときに受益者が不存在であるという事態は生じ得ない。

しかし、仮に前記1の本文(1)の甲案を採用して、受益者が負担なしに権利を取得する場合には受益者の権利の発生のために受益の意思表示を必要としない旨の規定を設けた上で、本論点の本文を採用するとなると、受益者の権利が発生すべきときに受益者が不存在であるという事態が生じ得ることになるから、この場合の法律関係を明確にしておく必要がある。

この点に関しては、第三者のためにする契約の締結時に受益者が不存在であるときは、受益者が生じ、特定された時点で、受益者に債権が発生するが、受益者が取

得すべき債権の履行期に至ってもなお受益者が不存在である場合には、受益者による債権の取得の放棄があったのと同様の扱いをするものとするのが考えられる（参考資料1〔検討委員会試案〕・413頁）。

### 3 要約者の地位

#### (1) 諾約者に対する履行請求

第三者のためにする契約において、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することができる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第26, 4(1)「諾約者に対する履行請求」[84頁(203頁)]

第三者のためにする契約において、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することができることについては、条文上は明らかでないが、学説上は一般に肯定されている。そこで、このことを条文上も明記するかどうかについて、要約者による履行請求訴訟と受益者による履行請求訴訟との関係等を整理する必要を指摘する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6, 4(1)[65頁]】

(比較法)

- ・ドイツ民法第335条
- ・オランダ民法第6編第256条
- ・フランス民法（カタラ草案）第1171-4条
- ・フランス民法（テレ草案）第130条
- ・フランス民法（司法省草案2008年版）第146条
- ・フランス民法（司法省草案2009年版）第114条

(補足説明)

1 現行民法には、第三者のためにする契約において受益者のみならず要約者も諾約者に対して受益者への履行を請求することができるかどうかについての規定が置かれていない。また、古い判例（大判大正6年2月14日民録23輯152頁）にはこれを肯定したものもあるが、その後の下級審裁判例（神戸地伊丹支判昭和50年2月17日判タ332号314頁）にはこれを否定したものもあり、この点に関する判例法理も明確ではない。

もともと、学説上は、第三者のためにする契約が受益者に対する贈与の趣旨で行われたときのように、要約者からの履行請求を肯定しなければ第三者のためにする契約の趣旨を貫徹できない場合があるとして、要約者は諾約者に対して受益者への履行を請求することができるとする見解が通説とされている。本文は、この通説を明文化するという考え方を取り上げるものである。

2 第24回会議における意見やパブリック・コメントの手續に寄せられた意見には、

本文の考え方に賛同しつつも、要約者による履行請求訴訟の既判力の及ぶ範囲やその執行方法、受益者による履行請求訴訟との関係等について整理しておく必要があるとの指摘があった。現に、前掲神戸地伊丹支判昭和50年2月17日は、要約者の諾約者に対する受益者への履行請求を否定する一つの理由として、これを肯定した場合に受益者による履行請求訴訟との二重訴訟の生起や要約者による履行請求訴訟の既判力・執行力の範囲等に関して救い難い混乱が生ずるであろうことを掲げている。

この点については、実務上も学説上も明文の規定を設けるにはまだ議論が成熟しているとはいえない状況にあるともいえるが、例えば、次のように整理することは可能と考えられる。すなわち、要約者による履行請求訴訟の訴訟物は、受益者の諾約者に対する権利ではなく、要約者の諾約者に対する作為請求権であるから、受益者の諾約者に対する権利を訴訟物とする受益者による履行請求訴訟とは訴訟物を異にする。したがって、要約者による履行請求訴訟と受益者による履行請求訴訟とは、互いに抵触し合う関係にはなく、要約者による履行請求訴訟の既判力は、その当事者である要約者と諾約者の間にしか及ばない。そして、要約者の履行請求権は作為請求権であるから、その執行方法は間接強制（民事執行法第172条）となるのが原則である。

## (2) 解除権の行使

第三者のためにする契約において、諾約者がその債務を履行しない場合には、要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第26, 4(2)「解除権の行使」[84頁(204頁)]

第三者のためにする契約において、諾約者がその債務を履行しない場合に、要約者が当該第三者のためにする契約を解除することができるかどうかに関し、受益者の意思を尊重する観点から、要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができることを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6, 4(2) [66頁]】

(補足説明)

第三者のためにする契約において、諾約者がその債務を履行しない場合に、要約者が当該第三者のためにする契約を解除することができるかどうかについては、民法第538条が「第三者の権利が発生した後は、当事者は、これを変更し、又は消滅させることができない」と規定していることとの関係で、議論がある。

学説には、同条の趣旨に照らして、要約者は、受益者の承諾なしには、当該第三者のためにする契約を解除することができないとする見解と、同条は当該第三者のためにする契約の当事者（要約者と諾約者）が合意によって受益者の権利を消滅させるこ

とを禁じたものに過ぎず、要約者は、受益者の承諾なしに、当該第三者のためにする契約を解除することができるとする見解とがある。

この点については、受益者の諾約者に対する履行請求権を受益者に無断で奪うことは妥当ではないから、要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができるものとするのが考えられる（参考資料1〔検討委員会試案〕・415頁）。本文は、このような考え方に基づく提案である。

## 第2 約款（定義及び組入要件）

### 1 約款の組入要件に関する規定の要否

約款（その意義については、後記2参照）を契約内容とするための要件（以下「組入要件」という。）に関する規定を民法に設けるものとしてはどうか。

○ 中間論点整理第27, 1「約款の組入要件に関する規定の要否」〔84頁（204頁）〕

現代社会においては、鉄道・バス・航空機等の運送約款、各種の保険約款、銀行取引約款等など、様々な分野でいわゆる約款（その意義は2参照）が利用されており、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として重要な意義を有しているが、個別の業法等に約款に関する規定が設けられていることはあるものの、民法にはこれに関する特別な規定はない。約款については、約款使用者（約款をあらかじめ準備してこれを契約内容にしようとする方の当事者）の相手方はその内容を了知して合意しているわけではないから、約款が契約内容になっているかどうか不明確であるなどの指摘がある。そこで、約款を利用した取引の安定性を確保するなどの観点から、約款を契約内容とするための要件（以下「組入要件」という。）に関する規定を民法に設ける必要があるかどうかについて、約款を使用する取引の実態や、約款に関する規定を有する業法、労働契約法その他の法令との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第5, 1〔60頁）】

（比較法）

- ・ドイツ民法第305条, 第305a条, 第305c条
- ・オランダ民法第6編第231条, 第232条, 第233条, 第234条, 第235条
- ・フランス民法改正草案（カタラ草案）第1102-5条
- ・フランス民法改正草案（司法省草案2008年版）第10条第2項, 第29条
- ・フランス民法改正草案（司法省草案2009年版）第11条第2項, 第24条
- ・フランス民法改正草案（テレ草案）第23条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則2010第2. 1. 20条
- ・ヨーロッパ契約法原則第2: 104条

(補足説明)

- 1 今日取引においては、いわゆる約款が多く用いられている。約款については、自分が締結する契約の内容とするために約款をあらかじめ準備する側の当事者（以下「約款使用者」という。）及びその相手方の双方にとって、取引を効率的に行うために有益であるとの評価があるが、他方で、約款使用者によって契約内容が一方的に決定され、交渉によって修正することが原則として予定されておらず、また、相手方が約款の内容を認識していないことも多い。そこで、個々の契約条項に当事者の合意があるとはいえない約款について、①それが契約内容になって当事者を拘束することをどのような要件のもとで認めるか、②その内容の合理性をどのように担保するかが議論されている。この2つの問題は相互に関連するものであるが、一応別の問題であるから、区別して検討すべきであると考えられる。この項目では、このうち①の問題、すなわち約款の拘束力の要件についての規定を民法に設けることの可否を取り上げるものである。

契約の拘束力は当事者の意思に基づくものと考えられており、当事者がすべての契約条項を認識してこれに拘束される意思を有している場合にその契約条項に拘束力が認められることは疑いない。しかし、約款については、相手方が常に約款に含まれる条項をすべて認識しているわけではないから、その拘束力を基礎づけるだけの相手方の意思が存在すると言えるかが問題とされる。契約条項に拘束力が認められるためには常に当事者がその条項を認識して同意していなければならないとすると、約款に拘束力があることを正当化することが困難な場合があるが、それでは現代社会における取引の必要性に対応することができない。そこで、判例や学説においては、約款の拘束力をどのように説明するかが問題とされてきた。

- 2 (1) 約款の拘束力に関するリーディングケースとされる判例は大判大正4年12月24日民録21輯2182頁であり、火災保険について、保険加入者は反証のない限り約款の内容による意思で契約をしたものと推定すべきであると判示した。この判例の見解は、意思推定説と呼ばれる。この判例が「約款の内容を知悉しなかったときであっても、一応これ（約款）による意思を持って契約したものと推定するのを当然とする」と判示し、それ以上特段の説明なく約款に含まれる条項の拘束力を肯定していることからすると、この判例は、相手方に「約款による意思」があれば約款が契約内容になることを前提にしているようである。もっとも、この判例は、上記の判示部分に至るまでに、世間一般の実情として、火災保険契約に当たっては約款による意思を有していることが通常であること、約款が概して適当な内容であるという信頼があることなどに言及しており、このような実情や相手方からの信頼が確立しているとは言えない分野の取引について、当事者の「約款による意思」が推定されるのか、また、「約款による意思」があれば直ちに約款の拘束力が肯定されることになるのかは、必ずしも明確ではない。

その後の裁判例には、当事者が約款に含まれる条項の内容を認識していなかった場合に、その条項が契約内容になったことを否定したものがある。例えば、札

幌地判昭和54年3月30日判時941号111頁は、自動車保険の約款中に、満26歳以上の者が運転し事故が惹起された場合のみ保険会社が損害保険金を負担するという特約が付されていた事案で、この特約の存在を明記した保険証券を契約締結後に保険契約者に送付したのみで、保険契約者と保険会社の間の契約内容にこの特約が含まれていると解することは相当でないとした。同様の事例で、結論的には効力を認めたものの、自動車保険の重要な免責条項については、契約締結前に実質的かつ直接的な告知がされることが必要であるとした裁判例（東京地判昭和57年3月25日判タ473号243頁）もある。また、山口地裁昭和62年5月21日判時1256号86頁は、警備請負契約において、依頼者が自己の事由で解約するときには契約期間5年間分の警備料相当額を支払うことが定められていた事案について、依頼者が本件解約金条項の存在を知らなかったことも無理はなく、右条項は依頼者にとって予期しないものと言うべきであるから、右条項が当事者双方にとって合理的なものと認められない限り、合意の対象になっているものとは言いがたいと判示した。これらの裁判例は、重要な契約条項の内容を当事者が具体的に知らなかった場合には当事者を拘束しないことがあるという考え方を採ったものと言える（なお、約款が用いられていたかどうかは必ずしも明らかではないが、最判平成17年12月16日判タ1200号127頁は、賃貸借契約において、賃借人に通常損耗の原状回復義務を負わせる条項が定められていた場合について、その条項に拘束力を認めるには、通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識して合意の内容としたものと認められるなど、その特約が明確に合意されていることが必要であるとした。これも、一定の条項については当事者の明確な合意がなければ契約内容にならないとしている点で、同様の発想に立つものと考えられる。）。

以上のように、約款の拘束力に関する判例のルールは必ずしも明確ではなく、また、約款の組入れの問題と内容規制の問題（この補足説明の前記1の①と②の問題）が明確に区別されないで処理されているとの指摘もある。

- (2) 一方、学説上は、約款の拘束力を当事者の意思ではなくその法規性に求める見解や、約款を使用した契約も契約であることを重視してその拘束力を意思に求めるという原則を維持し、「その約款による」という意思に拘束力の根拠を求める見解（もっとも、約款によるという意思があれば常に拘束力を認めるわけではない。この補足説明の後記3参照）などが主張されてきた。現在は、後者の見解が有力化しているとされているが、約款の拘束力の根拠を意思以外に求める見解もなお有力である。
- (3) 現行法には、約款の私法上の効力についての一般的な規定はなく、以上のように約款の拘束力に関するルールの内容は明確でないが、今日の取引における約款の重要性に鑑みると、約款がどのような要件の下で契約内容となって当事者を拘束するかを明らかにする必要性が高いと考えられることから、本文では、約款の組入要件について規定を設けることを提案している。



3 もっとも、契約書の条項について相手方が十分に認識していない場合に、その条項が相手方を拘束するかどうかという問題は、約款が用いられた場合にのみに生ずるものではない。例えば、一方の当事者が契約書の草案を示し、それについて個別の交渉がされず、他方の当事者もその詳細を認識しないまま契約の締結に至った場合にも、同様の問題が生じ得る。

仮に、契約内容についての認識と同意が必要であるという原則を厳格に維持することを基本とした上で、約款をその例外と位置づけ、約款が契約内容に組み入れられて当事者を拘束するのはどのような場合かという観点から規定を設けるとすると、約款が使用された場合以外の場合で、契約条項の内容を認識していなかった当事者から、当該条項は契約内容になっていないという主張を許す結果となる可能性があるため、約款をどのように定義するかが重要な意味を持つこととなる。しかし、実質的に考えれば、契約内容を認識する機会が十分にあったのに、その確認を怠った当事者がトラブルになった後に不都合な条項の拘束力を否定する余地を残すのは適当でないと考えられる。

このような観点からは、約款を定義してその組入要件についての規定を設けるという方法が適切かどうかの問題になる。むしろ、一方の当事者が契約条項を認識していなくてもその条項が当該当事者を拘束するのはどのような場合かを検討する方が適切であるとも考えられる（なお、この点は、約款の定義を広げることによって対応することも一定程度は可能であるから、約款をどのように定義するかという問題（後記2）とも関連する。）。第11回会議においては、約款の組入要件をどのように定めるかというアプローチではなく、例えば、「個別交渉を経ていない条項」が契約内容として契約当事者を拘束するための要件はどのようなものかという問題の設定も可能であるとの指摘があった。なお、外国の立法例として、ヨーロッパ契約法原則第2：104条は、個別に交渉されなかった条項が契約内容になる場合について規定を設け、当事者は、このような条項を相手方が知らなかった場合には、その条項について相手方に注意を促すための合理的な措置を講じたときに限ってその条項を主張することができるとしているが、これは、個別交渉の有無というアプローチで契約条項の組入れに関する規定を設ける例の一つと言える。

本文では、約款が使用される場合が、当事者が契約内容を認識していないまま契約をする典型的な場合であること、従来もこのような問題は約款に関する問題として学説上議論されてきたことから、約款の組入要件というアプローチで規定を設けることを提案しているが、どのように考えるか。

4 約款に関する規定を設ける必要があるとしても、消費者契約に固有の問題として規定を設けるべきであり、一般法である民法に約款に関する規定を設けるのは適切ではないとの意見もある。これは、組入要件に関する規定としてどのような内容の規定を設けるか、また、その規定の趣旨をどのように理解するかによる。

約款が使用される場合には相手方は典型的に情報が乏しいことなどを理由に、そのような当事者間の交渉力や情報の格差を解消して相手方を保護するための規定として、例えば、条項を記載すべき場所や条項を印刷するフォントなどについて規制

を設けるのであれば、約款使用者が事業者であり、相手方が消費者である場合に適用対象を限定して、組入要件に関する規定を設けることも考えられる。

しかし、上記のとおり、組入要件の規定に関して問題になるのは、契約内容についての認識と同意を厳格に要求すれば拘束力を正当化することが困難な場合について、どのような要件で契約内容としての拘束力を認めるかということである。これは、情報や交渉力の格差をどのように是正するかという問題ではなく、契約内容がどのように決定されるかという私法上の権利義務に関する一般的な問題であるから、このような意味での組入要件を仮に設けるのであれば、その規定は民法に設けるべきであると考えられる（これに加えて、一定の契約類型については、相手方の保護のために、例えば相手方が約款内容を知る機会をより厚く保障し、そのような保障がなければ約款は契約内容にならないという立法をすることは、もちろん可能である。このような意味での組入要件を定めるのであれば、消費者契約固有の規定を設けるとか、契約の類型に応じて特別法に委ねることも考えられるが、ここではそのような組入要件ではなく、上記のような一般的な問題に対処するための組入要件に関する規定を設けるかどうかを問題にしている。）。

- 5 約款については、さまざまな業法において規制がされているから、約款の組入要件に関する規定を設けた場合には、この規定と業法の規定との関係が問題になるのではないかと指摘がある。

約款に関する規定が設けられているとしても、その規定が、事業を行うに当たって使用する約款について監督官庁の承認を得る義務やこれに違反した場合の行政上のサンクションなどの公法上の規制を定めたものであり、どのような場合に約款が契約内容になるかという私法上の効果を定めたものでなければ、約款の組入要件に関する規定とは趣旨や効果を異にしており、両者の関係は問題にならない。他方、業法の規定が、約款が契約内容になるための要件を定めたものであると解釈される場合には、両者の関係が問題になるが、この場合には、業法上の規定が約款の組入要件に関する民法上の規定に対する特別規定と位置づけられ、優先的に適用されることになると考えられる。いずれにせよ、約款について業法上の規制があるということから、組入要件に関する一般的な規定が不要になるとは言えないのではないかと（なお、第11回会議においても、同様の指摘があった。）。

むしろ、公法上の規制は、相手方の利益を保護するためにその内容の適正さを確保するものである場合があり、その限度では、約款の内容の合理性を確保するための規定を民法に設けた場合には、その趣旨が重複することになると考えられる。両者の関係を調整する必要があるかどうかの問題になるが、この点については、後記第3（不当条項規制）において取り上げる。

## 2 約款の定義

約款の組入要件に関する規定を設ける場合には、その適用の対象となる約款の定義として、「(多数の契約に用いるために) あらかじめ定式化された契約条項の総体」という趣旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○ 中間論点整理第27, 2「約款の定義」[85頁(205頁)]

約款の組入要件に関する規定を設けることとする場合に、当該規定の適用対象となる約款をどのように定義するかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、例えば、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」という考え方があるが、これに対しては、契約書のひな形などが広く約款に含まれることになるとすれば実務における理解と異なるという指摘や、労働契約に関する指摘として、就業規則が約款に該当するとされることにより、労働契約法その他の労働関係法令の規律によるのではなく約款の組入要件に関する規律によって労働契約の内容になるとすれば、労働関係法令と整合的でないなどの指摘もある。そこで、このような指摘にも留意しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第5, 2[60頁], 同(関連論点)[61頁]】

(比較法)

- ・ドイツ民法第305条第1項
- ・オランダ民法第6編第231条
- ・フランス民法改正草案(カタラ草案)第1102-5条
- ・フランス民法改正草案(司法省草案2008年版)第10条第2項
- ・フランス民法改正草案(司法省草案2009年版)第11条第2項

(補足説明)

1 約款の組入要件に関する規定を設けるものとするのであれば、その適用の対象となる約款をどのように定義するかが問題になる。前記1の補足説明に記載したように、約款については、その拘束力をどのように説明するかが問題とされてきたほか、内容の適正化も問題とされており、約款が使用された契約を不当条項規制の対象とすべきであるとの考え方も示されている(後記第3, 2参照)。しかし、どのような契約条項について拘束力が問題になるかと、どのような契約条項について内容の合理性が問題になるかは、相互に関連するものの観点を異にする問題であるので、その対象は個別に検討する必要があると考えられる。第11回会議においても、組入要件の規定を適用する対象としての「約款」の定義と、不当条項規制の対象となる「約款」の定義は異なるのではないかとの意見があった。

もっとも、契約条項の拘束力が認められるには当事者がそれを認識して同意することが原則であるとする、約款の組入要件はこの原則を緩和したものとなるため、なぜこの原則を緩和することが正当化されるのかが問題になる。これに対するあり得る回答の一つとして、交渉を通じて当事者双方が契約内容の形成に関与する場合と同様に、契約内容の合理性を担保する制度的な保障がある場合には、原則の緩和が正当化されるということが考えられる。このような考え方を採った場合には、組入要件に関する規定が適用される対象と、内容の合理性を担保するための不当条項

規制の対象とを一致させる必要があるとも考えられるので、「約款」の定義を検討するに当たっては、組入要件の内容や不当条項規制との関係にも留意する必要がある。

- 2 約款の定義に関する立法提案として、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体をいう」とするものがある（参考資料1・検討委員会試案〔105頁〕、参考資料2・研究会試案〔192頁〕）。

約款をこのように定義する理由として、このような契約条項が使用された場合には、両当事者が交渉を通じて共に契約内容の形成に関与して契約を締結する場合は異なる状況があることが挙げられている。具体的には、このように多数の契約に用いるために一方当事者があらかじめ定式化した契約条項については、相手方がその内容を認識しないまま契約を締結することが起こりうるために契約条項の拘束力の有無が問題になること、相手方が約款の内容を認識していた場合でも、契約条項の定型性は条項をあらかじめ準備した者と相手方との間に構造的な交渉力の不均衡を生じさせることが指摘されている。

- 3 (1) 検討委員会試案及び研究会試案の前記定義に対しては、事業者が準備している契約書のひな形や、発注書等の裏面に契約条項が記載されているいわゆる裏面約款などが約款に該当することになる点で、定義が広すぎるとの指摘がある。これらは約款に該当しないという実務感覚が一部の実務家にはあること、実質的にも、事業者間の契約交渉において、一方の当事者が契約書のひな形を準備して、それに基づいて契約が締結されたというだけで、約款に関する規定を適用する必要はないことなどがその理由である。このような立場からは、約款に該当するのは、交渉による修正が予定されていないものに限定すべきであり、それに基づいて交渉が行われ、修正することが予定されている契約書のひな形などは、約款から除外すべきであると主張されている。これによれば、例えば、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体であって、交渉を通じて修正することが予定されていないもの」などと定義することが考えられる（なお、検討委員会試案も、個別交渉がされた契約条項については、約款に該当するが、組入要件に関する規定を適用しないこととしている。）。

この指摘についてどのように考えるかを含め、約款をどのように定義するかは、約款の組入要件に関する規定をどのような問題に対応するために設けるかによると考えられる。

- (2) 前記1の補足説明に記載したとおり、相手方が契約条項の詳細について認識していなくても、その条項が契約内容になって相手方を拘束する場合はどのような場合かという問題に対処するために約款の組入要件に関する規定を設けることからすれば、当事者の一方があらかじめ準備された定型的な契約条項の総体を使用している場合には、相手方がその内容を認識しないまま契約を締結するという問題が生じ得るので、これらを広く組入要件の適用の対象とする必要があるのではないかと考えられる。そこで、本文では、検討委員会試案及び研究会試案による前記定義と同様に、組入要件に関する規定が適用される対象としての約款の定義として、多数の契約に用いられるために準備された契約条項の総体という趣旨の

規定を設けることを提案している。

なお、仮に、あらかじめ準備された定型的な契約条項が一般に「約款」に該当するとしても、相手方がこれを読んで内容を理解した上で契約を締結したのであれば、約款の組入要件を問題にするまでもなく、契約の一般原則に基づいてそれが契約内容になるのは当然である。交渉を通じた修正が予定されている定型的な契約条項をもとに当事者間で交渉が行われた場合には、相手方もその内容を認識した上で契約を締結しているのであるから、それが約款に該当するかどうかにかかわらず、契約内容になっていることに疑問は生じない。したがって、約款を広く定義するとしても、それが契約内容になっているかどうかは問題になる場面においては、契約内容にならない方向で作用するという不都合は生じないのではないか。交渉を通じた修正が予定されている契約条項を約款から除外するかどうかによって実質的に違いが生ずるのは、交渉の機会があったにもかかわらず、相手方が内容を認識しないまま契約を締結した場合に、その拘束力をどのように説明するかという点である。これも約款に該当するとすれば、約款の組入要件が充たされていればその拘束力を容易に説明することができる。また、不意打ち条項（後記3(3)参照）や約款の変更（後記4参照）に関する規定を設けた場合に、個別交渉がされた条項（その余地があった条項）にその規定を適用するかどうかは、別途問題になり得る。

- (3) これに対し、約款が使用される場合には、約款使用者と相手方との間に構造的な交渉力の格差が生じているから、これを是正するために約款に関する規定を設けるとすると、このような格差の解消という趣旨が妥当しないものは約款の定義から除外すべきであると考えられる。事業者間の契約における裏面約款や契約書のひな形に対しては約款についての規定を適用する必要がないなどとしてこれらを定義から除外すべきであるとの指摘は、このような考え方に基づくものであると考えられる。

しかし、前記1の補足説明記載のとおり、組入要件の規定を設ける趣旨は交渉力の格差の解消や相手方の保護という政策的なものではない。約款を使用することによる交渉力の格差の是正や相手方の保護は、必要があれば不当条項規制（後記第3）の対象とすることによって対処すべきであり、その適用対象から除外することは考えられる。ひな形や裏面約款を約款から除外すべきであるとの意見は、実質的には、これらに不当条項規制が及ぶことを懸念するものであるように思われる。そうであるとすれば、組入要件に関する規定が適用される「約款」の定義としては、一方当事者によってあらかじめ準備された契約条項が広く該当することとすれば足り、「交渉が予定されているもの」を除外する必要はないと考えられる。

- 4 仮に、契約条項を当事者の一方があらかじめ作成していた場合には、他方の当事者は内容を認識しないまま契約を締結する可能性があるとして、このような契約条項について組入要件に関する規定を設ける必要があるとすると、前記検討委員会試案及び研究会試案において要件とされている「多数の契約に用いられるため」とい

う要件が必要かどうか問題になる。約款使用者がその条項を多数の契約のために使用するつもりであるか、当該契約だけのために使用するつもりであるかは、相手方がその内容を認識できるかどうかとは関係がないからである。第11回会議においても、個別の契約に関する規定についても約款の組入要件に関する規定を適用すべきであるとの意見があった。この点についてどのように考えるか。

- 5 約款を一般的にどのように定義するかにかかわらず、就業規則など労働契約の内容を決定する定型な条項は約款から除外すべきであるとの考え方がある。これは、労働契約の内容がどのように決定されるかは労働関係法規が定めているから、約款の組入要件に関する規定を労働契約に適用すべきではないとの考え方に基づく。もっとも、この点については、約款の定義のレベルで議論するよりも、その約款の定義を用いた具体的な規律が労働関係法規とどのような関係に立つかを個別に確認していく方が適当であるように思われる（後記3の補足説明6参照）。

### 3 約款の組入要件の内容

- (1) 約款の組入要件の一つとして、契約の当事者がその約款を契約内容にする旨の合意（黙示の合意を含む。）をすることが必要である旨の規定を設けるものとしてはどうか。
- (2) 約款の組入要件の一つとして、約款使用者の相手方が契約締結時まで約款の内容を認識する機会があることが必要である旨の規定を設けるものとしてはどうか。

約款の内容を認識する機会をどの程度保障するかについては、例えば、相手方が約款の内容を知りたいと考えた場合に、合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が保障されていなければならないという考え方があり得るが、どのように考えるか。

- (3) 約款使用者の相手方が約款に含まれていると合理的に予測できない条項が契約内容になるかどうかについては、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 上記(1)及び(2)の要件を充たす場合であっても、契約の外形、約款使用者の説明その他の当該契約を締結する際の具体的事情を踏まえ、約款に含まれていると相手方が合理的に予想することができない条項は、契約の内容にならない旨の規定を設けるものとする。[また、このルールは、約款使用者の相手方が事業者であるときは、適用しない旨の規定を設けるものとする。]

【乙案】 規定を設けないものとする。

○ 中間論点整理第27、3「約款の組入要件の内容」[85頁（207頁）]  
仮に約款の組入要件についての規定を設けるとした場合に、その内容をどのようなものとするかについて、更に検討してはどうか。

例えば、原則として契約締結までに約款が相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要であるという考え方がある。このうち開示を要件とすることについては、その具体的な態様によっては多大なコストを要する割に相手方の実質的な保護につながらないとの指摘などがあり、また、当事者の合意を要件とすることについては、当事者の合意がなくても慣習としての拘束力を認めるべき場合があるとの指摘などがある。

このほか、相手方が個別に交渉した条項を含む約款全体、更には実際に個別交渉が行われなくてもその機会があった約款は当然に契約内容になるとの考え方や、約款が使用されていることが周知の事実になっている分野においては約款は当然に契約内容になるとの考え方もある。

約款の組入要件の内容を検討するに当たっては、相手方が約款の内容を知る機会をどの程度保障するか、約款を契約内容にする旨の合意が常に必要であるかどうかなどが問題になると考えられるが、これらを含め、現代の取引社会における約款の有用性や、組入要件と公法上の規制・労働関係法令等他の法令との関係などに留意しつつ、規定の内容について更に検討してはどうか。

また、上記の原則的な組入要件を満たす場合であっても、約款の中に相手方が合理的に予測することができない内容の条項が含まれていたときは、当該条項は契約内容とならないという考え方があるが、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料1 1-2第5, 3 [62頁], 同 (関連論点) [64頁]】

(比較法)

- ・ドイツ民法第305条第2項, 第3項, 第305a条, 第305c条
- ・オランダ民法第6編第232条, 第233条, 第234条, 第235条
- ・フランス民法改正草案 (司法省草案2008年版) 第29条
- ・フランス民法改正草案 (司法省草案2009年版) 第24条
- ・フランス民法改正草案 (テレ草案) 第23条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則2010第2. 1. 20条
- ・ヨーロッパ契約法原則第2:104条

(補足説明)

#### 1 約款の組入要件に関する立法提案

約款の組入要件の内容については、①約款を契約内容にする旨の合意 (以下「組入合意」という。) が常に必要かどうか、②相手方が約款の内容を認識する機会をどの程度保障するかを検討する必要がある。

約款の組入れに関する立法提案には、約款が約款使用者の相手方に開示されていることと、契約当事者が約款をその契約に用いることに合意していることによって、その約款は契約内容になるとの考え方がある (参考資料1・検討委員会試案 [107頁])。ここにいう「開示」とは、相手方が約款の内容を現実に認識しているこ

とまでは必要ないが、相手方が約款の内容を認識しようとするれば容易に認識できる状態に相手方を置くことを意味するとされ、ただし、このような意味での開示が著しく困難であるときは、約款使用者が、契約締結時に、相手方に対して約款を用いる旨を示し、かつ、契約締結時まで約款の内容を相手方が知り得る状態に置いたときは「開示」がされたものとみなすとされている。

また、申込み又は承諾の一方が約款によってされた場合において、①締結時まで提示されているか、②それが困難な場合には、相手方が約款の内容をあらかじめ知ることができる状態にしていたときは、約款が契約内容になるという考え方がある（参考資料2・研究会試案〔192頁〕）。

これらは、いずれも、当事者が約款を契約内容にするという合意が原則として必要であること、契約締結時まで相手方に対して特段のアクションを起こすことなく容易に約款の内容を認識できる機会を与える（それが困難な場合には相手方が約款の内容を知ることができる状態にする）必要があることを提案している点で、ほぼ同様の要件を定めるものであると言える。第11回会議においても、このような考え方を支持する意見があった。

## 2 組入合意の要否

(1) 約款の拘束力については、前記1の補足説明2(2)記載のとおり、その根拠を意思以外に求める学説も主張されてきたが、近時は約款を使用した契約も契約であることを重視し、その拘束力の根拠を当事者の意思に求める見解（契約説）が有力である。契約説に従えば、現行法の解釈としても、個別の契約条項の認識はともかく、少なくともその約款に拘束される意思が必要であることになるから、この考え方に従うとすると、原則として組入合意が必要であることになる。

もっとも、意思表示一般に言えることであるが、組入合意が必要であるとしても、明示的な合意が必要なわけではなく、黙示の合意でも足りる。契約の締結に当たって契約書が作成されるようなケースでは、契約書とは別に約款が使用される場合には、契約書中で、契約内容の詳細はその約款による旨の明示的な合意がされることが多いと考えられるが、例えば、公共交通機関を利用する場合には、その契約に旅客運送約款などを用いることが明示的に合意されているわけではないものの、利用に当たって約款を用いることが黙示的に同意されていると考えられる。

組入合意を約款の組入要件の一つとすることについては、個々のすべての契約において合意を要求することは煩瑣であるという批判がある。しかし、現在有力とされる契約説に従えばこれは現行法の下でもある問題であり、現在の実務では、その契約に約款が用いられることを相手方が認識した上で契約を締結したのであれば、黙示の合意が認定されるのが通常であると考えられる。したがって、組入合意を要件とすると実務上煩瑣で耐えられないという批判は、必ずしも当たらないように思われる。

そこで、本文(1)では、約款の組入要件の一つとして、契約の当事者がその約款を契約内容にする旨の合意（組入合意）をすることが必要である旨の規定を設け



ることを提案している。

(2) この点について、諸外国の立法例を見ると、ドイツでは相手方が約款の適用を了解したこと（ドイツ民法第305条第2項、第305a条）、オランダでは相手方が書面への署名その他の方法により約款の適用を承諾したこと（オランダ民法第6編第231条）が必要とされており、これらは組入合意を要件にしたものと考えられる。また、現行のフランス民法には約款に関する規定はないが、改正草案には、約款が用いられることを知っており、反対の意思を表明しないこと（司法省草案第29条）、相手方が約款を承諾したことが状況から明らかになること（テレ草案第23条）などを約款の組入要件として提案するものがある。アメリカ第2次契約法リステイトメント第211条第1項は、標準化された合意書について、当事者が署名その他の方法でその合意書への同意を表示したことを前提に、それが契約内容になるための要件を規定している。

(3) これに対し、現行法の解釈論として、組入合意がない場合であっても約款の拘束力が常に否定されるわけではなく、一定の場合には約款に法規範性が認められ、当事者の意思に依存しない拘束力が認められることもあるとの見解がある。約款に法規範性が認められる場合として、具体的には、①各種業法に基づいて約款の内容に監督官庁のコントロールが及んでいる場合（このような場合には、その規定は同時に約款の法規範性を認めるものであると解釈できるとする。）、②約款に慣習法としての性質が認められる場合（もっとも、単に標準約款が用いられているというだけでなく、根拠法があり公的規制を受けている業界団体によって作成された約款、しかるべき公的機関によって作成された約款に限定すべきであるとする。）が挙げられている。そこで、約款の組入要件に関する規律を設けるものとする場合には、現行法の解釈についてのこのような考え方をどのように反映させるかが問題になる。

約款に法規範性が認められるとされる場合のうち、その根拠が各種業法に基づくコントロールに求められる場合については、その約款が契約内容になることは当該業法の規定の解釈から導かれることになると考えられる（前記1の補足説明5参照）。したがって、当該業法の規定が約款の組入要件に関する民法の規定に対する特別規定に当たると位置づけて理解すれば足り、約款の組入要件に関する民法の一般的な規定に、各種業法に基づいて契約内容になる場合があることを明示する必要はないのではないか（約款の組入要件に関する民法の一般的な規定以外の根拠に基づいて約款が契約内容になる場合があることを明らかにするため、確認的に、「法令に別段の定めがある場合を除き」等の文言を付け加えることは考えられる。）。

次に、ある内容を有する約款を用いることが慣習になっている場合については、慣習に関する規定（民法第92条。また、部会資料27第1、4参照）に基づき、その内容が慣習になっているものと考えれば足りるのではないか。公共交通機関の利用契約などについては、約款が用いられていることを認識していない者も少なくなく、むしろ慣習として理解する方が実態に即しているとも考えられる。し

たがって、約款の組入要件に関する一般的な規定において、組入合意がなくても約款の内容が慣習として契約内容になるということを規定する必要はないのではないか。

### 3 相手方が約款の内容を認識する機会の要否及び程度

(1) 次に、約款の組入合意に加え、その前提として、契約締結までに、相手方が約款の内容を認識する機会をどの程度保障する必要があるかという問題を取り上げる。

第11回会議においては、約款の組入れについて、形式的な開示を要件とするよりも、実質的にいかに約款の内容を相手方に理解させるかが重要であるとの意見があった。実質的に約款内容を相手方に理解させることが重要であることはこの意見が指摘するとおりであるが、これに対しては、複雑な契約内容の重要部分を当事者に理解させる必要性と、約款の内容を認識する可能性を保障することとは趣旨が異なるとの意見があった。約款内容の認識可能性については、説明義務などが主として問題とする重要事項だけでなく、それ以外の付随的な条項についても問題になるから、約款の認識可能性の要否は、約款の組入要件を重要事項について理解させるための方策とは別に、問題になると考えられる。

この補足説明の前記1記載のとおり、検討委員会試案及び研究会試案は、契約締結までに相手方が約款の内容を認識できるようにする必要があるとしている。第11回会議においてもこのような考え方を支持する意見があり、その理論的な説明として、約款の拘束力は約款を契約内容にする旨の当事者の合意に基礎づけられるという前提に立った上で、およそ知ることもできなかったものに同意を与えることはできないのであるから、認識する機会がなかった約款について組入合意があってもその合意に拘束力を認めることはできないのであり、これが契約の基本原則から導かれるものであるとの意見があった。

なお、第11回会議においては、約款が効率的な経済取引を可能にしているなどの社会的機能を担っていることや社会全体のコストを考慮すると、あまり厳格な組入要件を定めるべきではなく、何らかの約款が使用されることが社会通念上周知の事実になっている契約類型については、相手方の求めに応じて開示できる状況にあれば足りることとすべきであるとの意見もあった。これも、相手方が約款の内容を認識する機会をおよそ保障する必要がないという趣旨ではなく、その開示の程度や内容を知るために相手方がとらなければならない行動の程度についての意見であると考えられる。これらの意見を含め、原則として、契約締結までに相手方が約款の内容を認識する機会が必要であることについては、おおむね異論がないように思われる（ただし、どの程度容易に認識できるようにすべきかについては意見が分かれる。この補足説明の後記(2)参照。)。そこで、本文(2)の第1パラグラフでは、約款の組入要件の一つとして、相手方が約款の内容を認識する機会があることが必要である旨の規定を設けることを提案している。

他方、約款使用者に対して大きな信頼を寄せるのが合理的な場合や、使用される約款の内容が社会的に周知のものになっている場合などには、認識可能性がな

くても、組入合意があれば約款に拘束力を認めることができるのではないかという意見もあった。このうち後者の場合については、例えば慣習として処理することができるとも考えられる（この補足説明の前記2(3)参照）。また、前者の場合には、例えば業法上の規制を受けている約款などにはこのような合理的な信頼があるとも考えられるが、そのような約款は当該業法の規定の解釈として組入要件が定められていると見る余地もある（この補足説明の前記2(3)参照）。このような対処があり得るとしてもなお、例外的に認識可能性さえなくても組入合意に拘束力を認めるべき場合があるか、あるとしてそれはどのように正当化されるのかについて、どのように考えるか。

(2) 他方、約款の認識可能性を具体的にどの程度保障すべきかについては、さまざまな考え方があ

る。前記の検討委員会試案は、原則として、相手方が特段の行動を起こさなくても約款の内容を認識しようとするれば容易に認識できる状態に相手方を置くことが必要であり、それが著しく困難であるときは、契約締結時までに約款を相手方が知り得る状態に置くことが必要であるとしている。これは、原則としては、契約締結前に、書面やコンピュータの画面上での提示や契約締結場所での掲示などの方法により、相手方が特段の行動を起こすことなく約款の内容を知ることができるようにしておくことが必要であるが、例えば公共交通機関の利用に際してその都度約款を書面等で示すことを要件とするのは非現実的であるため、契約締結前に約款を開示することが著しく困難な場合には、営業所に備置するなどして相手方が行動を起こせば約款の内容を知り得るようにしておけば足りるという趣旨である。

これに対し、第11回会議においては、何らかの約款によることが社会通念上周知の事実になっている契約類型については、契約締結時までに約款の開示を求められれば開示できるという状況にあれば約款の組入れを認めてよいという意見もあった。この考え方が原則とするのは、前記検討委員会試案などにおいて例外とされていた「約款を相手方が知り得る状態」に置くという要件に近いと考えられる。

これらの考え方は、いずれも相手方が約款の内容を認識する機会が必要であることを前提とするが、現実には約款の内容を知るために相手方にどこまでの行動を求めるかという点で異なっていると言える。その中間にある考え方として、例えば、インターネット上に約款が掲載されていれば足りるとすれば、相手方にとっては、自らインターネットを閲覧しなければならない点で検討委員会試案等よりは多くを求められるが、営業所等に赴いて約款使用者に対して閲覧を求めるという方法に比べれば負担は小さいと考えられる。

(3) 相手方が約款の内容を認識する機会として具体的にどのような機会を保障する必要があるかは、必ずしも一律に定める必要があるわけではなく、一定の場合分けをして規定を設けることも考えられる。第11回会議においても、約款内容の認識可能性は一律に定めるのではなく、原則を定めた上でどのような場合に例外

が認められるか、例外を規定する場合にはどのような形で認識可能性を確保するかなどを定めていくべきであるとの意見があった。

この点について、前記の検討委員会試案及び研究会試案は、相手方が特段の行動を起こすことを要せずに約款の内容を知ることができるようにすることを原則的な要件とした上で、そのような方法を取ることの困難性を基準として場合分けをするという考え方を提示している。しかし、相手方が約款の内容を知る機会を保障する趣旨をどのように理解するかにも関連するが、このような機会が与えられてはじめて一般的な契約ルールと同等の相手方の意思的な関与が認められるという理論的な説明をするのであれば、本来的な方法が困難であるというだけで、その程度を低くしてよいことをどのように正当化するかが問題になるのではないか。

むしろ、例外を設けるとすれば、内容の合理性を保障する他の手段の有無や、用いられる約款についての社会的な周知の程度などがメルクマールになり得るのではないか。すなわち、認識可能性がないまま約款の内容の合理性を信頼することができるような、内容の合理性についての制度的な保障がある場合や、社会通念上、約款が用いられることがよく知られている取引で、かつ、その約款の内容も周知のものになっているような場合などには、相手方が約款の内容を認識する可能性がないか、その可能性が小さくても、その約款を使用する旨の合意に拘束力を求め得る場合があるのではないか。

- (4) 以上を踏まえ、本文(2)第2パラグラフでは、相手方が約款の内容を知る機会をどの程度保障すべきかについて、試みの案を示している。すなわち、約款の使用は必ずしも約款使用者だけではなく相手方にとっても効率的な取引を可能にしていること、相手方も約款を契約内容にすることに同意していることに鑑みると、相手方が約款の内容を知りたい場合に、そのために必要な措置を約款使用者一方に負担させるのではなく、約款内容を知るための行動を相手方が取らなければならないものとするのも合理的であると考えられる。そのような考え方から、本文(2)の第2パラグラフでは、試みに、相手方に合理的に期待することができる行動を相手方が取れば約款の内容を現実を知ることができる、という状態にあることが必要であるという考え方を示している。相手方にどのような行動を期待することができるかは、その取引の性質や相手方の属性、内容の合理性についての他の規制の有無によっても異なると考えられるが、例えば、書面その他の記録媒体に約款の内容を記録して交付したり、契約締結場所に掲示したりすれば、相手方が約款内容を現実を知りたいと考えたときにはそれを閲覧することを期待できる。また、多くの取引においては、約款の内容をウェブサイトの分かりやすい場所に掲示しておけば、相手方がその内容を知りたいときにはウェブサイトにアクセスして閲覧することを期待できると考えられる。さらに、相手方の属性によっては、例えば相手方も事業者でありその種の取引の経験が豊富である場合には、相手方が約款内容を知りたいければ自ら申し出るという行動を期待することもできると考えられる（したがって、この場合には、相手方からの申し出があった場合には聞

読させる準備があれば足りる。)。他方、遠方の事業所のみ約款が備置されている場合には、多くの場合は、相手方に事業者に向いて約款内容を閲読するように求めることはできないと考えられる。そして、このように考えれば、この補足説明の前記(3)の指摘を踏まえても、相手方にどのような行動を期待することができるかという要素の中で契約に関する様々な要素を考慮することができ、基準を場合分けする必要はないことになる。

このような本文(2)第2パラグラフの考え方について、どのように考えるか。

(5) なお、相手方が約款の内容を認識する機会の必要性について、諸外国の立法を見ると、ドイツでは、①約款使用者が相手方に約款を明示的に提示するか、それが不相当に困難であるときは契約締結の場所に認識可能な状態に置き、かつ、②約款の内容を認識する機会を相手方の身体的障害も考慮した上で期待可能な形で与えたことが必要であるのが原則であるとされている（ドイツ民法第305条）。その例外として、法律に準拠した公共交通機関の運送規定や、官報で公表された郵便等の通信手段の利用契約に関する約款であって官報において公表されているなどの要件を満たすものなどについては、上記の①及び②の要件を満たす必要がないとの例外が設けられている（同法第305a条）。

また、オランダでは、使用者が相手方に対して約款を了知する合理的な機会を与えなかった場合には約款は無効となるというように、約款の認識可能性を相手方に与えないことが組入れの消極的要件とされている（オランダ民法第6編第233条b号）。

#### 4 契約法の一般原則との関係

ところで、第11回会議においては、約款の組入要件について、契約内容がどのように決定されるかに関する契約法の一般原則を緩和するものであるか、厳格化するものであるかという問題提起があった。この点については、約款の拘束力は約款を契約内容にする旨の当事者の合意に基礎づけられるが、知ることができなかったものに同意を与えることはできないから内容の認識可能性があることは同意の前提として必要となるのであり、このような組入要件は契約法の一般原則と同様のものであるという考え方が示されている。他方、契約条項について現実の認識ではなく認識可能性で足りるものとしている点では、一般原則を緩和したものであるとの捉え方もある。

どのように考えるかは、「契約法の一般原則」をそもそもどのように理解するかによる。個々の条項について認識した上で同意することによってその条項に拘束されるのが一般原則であるとする、認識可能性で足りるという組入要件は一般原則を緩和したものと位置づけられることになる。他方、上記のような組入要件は正に契約法の一般原則から導かれるものであるという考え方は、ある契約条項全体の拘束力を基礎づけるための意思としては、個々の条項について認識までは必要なく、その全体を契約内容にするという意思があれば足りる（ただし、認識可能性があることを条件とする）という理解に立っているように思われる（なお、このような立場に立っても、約款が使用された場合の契約の一般原則の内容は現行法上規定されて

いないから、約款の組入要件に関する規定の必要性は失われまいと考えられる。)

仮に、組入合意及び約款の内容についての認識可能性という組入要件は契約法の一般原則どおりの内容を定めたものであるとすると、約款についてのみ、不意打ち条項が契約内容にならないという規定を設けることや、不当条項規制の対象とすることをどのように説明するかという問題が生ずるのではないか。他方、上記のような約款の組入要件は契約法の一般原則を緩和したものであると考えれば、なぜ約款についてのみ契約の拘束力が生ずるための要件を緩和することができるのかという疑問が生ずる。

約款の組入要件に関する規定の内容を検討するに当たっては、これらについても留意しておく必要がある。

## 5 不意打ち条項

(1) 約款に基づく契約が成立したとしても、相手方が知らない条項であり、また、取引の慣行に照らして異常な条項で相手方の利益又は相手方の合理的な期待を一方的に害するものは、公序良俗に反するものとして無効とするとの考え方(参考資料2・研究会試案[192頁])がある。第11回会議においても、契約の外形、約款使用者の説明など、当該契約を締結する際の具体的事情を踏まえ、合理的に見て、そのような条項が約款に含まれていると相手方が予期することができなかつたような条項については、その条項の内容そのものが不当であるかどうかにかかわらず(この点で不当条項規制(後記第3参照)とは異なる。)、契約内容にならないという考え方を支持する意見があった。このような考え方は、約款の一般的な組入要件をその内容の認識可能性で足りるものとし、個々の条項の認識までは必要ないものとしているところ、契約締結における事情を踏まえて合理的に予測できない条項(不意打ち条項)については、それを契約内容にすることについて相手方の意思が及んでいないという考え方に基づいているものと考えられる。不意打ち条項の拘束力はその内容の当否を問わず否定されるべきであると考えるのであれば、民法第90条によってこの結論を導くことは困難であると考えられるから、不意打ち条項の拘束力について固有の規定を設けることが必要になると考えられる(研究会試案は公序良俗に反するものとして無効とすることを提案する。しかし、内容の不当性ではなく、相手方の予測が及ばないことを理由として効力を否定するのは、従来の公序良俗の考え方からすると距離があるのではないか。)。本文(3)の甲案は、このような考え方に基づいて、約款の組入要件が満たされていても、不意打ち条項は契約内容にならない旨の規定を設けることを提案するものである。

これに対し、相手方にとって合理的に予測できなかったことを理由に個別条項の拘束力を否定すると、約款の開示と組入意思を要件として約款の組入れを認めることとの論理的整合性が問題になるとの指摘がある。また、前記のとおり、不当条項とは異なる不意打ち条項独自の領域があるとはいえ、不意打ち条項は同時に不当条項に該当することも多く、該当しない場合にも説明義務・情報提供義務違反の問題として処理することができることから、敢えて不意打ち条項に関する

独自の規定を設ける必要はないとの指摘もある。本文(3)の乙案は、これらの指摘に従い、不意打ち条項に関する規定は設けないことを提案するものである。

- (2) 仮に不意打ち条項に関する規定を設けるとしても、契約の種類や当事者の属性によっては不意打ち条項に関する規定の適用を排除すべきであるという考え方もあり得る。すなわち、典型的には、事業者が契約を締結する際には約款の内容を自らの責任で把握してしかるべきであり、仮に不意打ち条項に該当するような条項が含まれていたとしても、それを把握することを怠って組入合意をした以上、拘束されてもやむを得ないという価値判断があり得る。本文(3)の甲案のうちブラケット内の部分では、このような考え方にに基づき、約款の相手方が事業者であるときは不意打ち条項に関する規定を適用しないとする提案を取り上げている。

他方、これに対しては、約款の内容を認識することが相手方に求められ、それを怠った相手方が予期せぬ条項に拘束されてもやむを得ないと考えられる場合は、「合理的に予測することができない」という要件を欠くに過ぎないから、不意打ち条項の規定を適用対象から除外する必要はないとの考え方も成り立ち得ると考えられる。

- (3) なお、不意打ち条項についての諸外国の立法を見ると、アメリカ第2次契約法リステイトメント第211条第3項は、標準化された合意書にある特定の条項が含まれていることを知っていたらその書面への同意を表示しないと相手方が考えるべきであった場合は、その条項は合意の一部にならないと規定しているが、これは不意打ち条項の排除を規定したものと考えられている。また、ドイツ民法第305c条、ユニドロワ国際商事契約原則2010第2.1.20条も、当事者が予期することができないような条項が約款に含まれていた場合に、その条項は当事者を拘束しないことを規定している。

#### 6 労働契約の内容を規定する定型的契約条項と約款の組入要件

労働契約の内容がどのように決定されるかは、労働関係法規が定めているから、就業規則など労働契約の内容を決定する定型的な条項については約款の組入要件に関する規定の適用を排除すべきであるとの意見がある（前記2の補足説明5参照）。

就業規則の効力等について労働契約法その他の労働関係法規に規定が設けられている場合には、仮に就業規則等が約款に該当するとしても当該規定が約款の組入要件に関する民法の一般的規定の特別規定と位置づけられ、それが適用されることになる。他方、労働契約の内容を定めるために作成された定型的契約条項であってこれらの労働関係法規の適用を受けないものがあるとすれば、約款の組入要件に関する規定が適用されるかどうか問題になる。この点については、そのような契約条項として具体的にどのようなものがあるか、仮にそのような条項について約款の組入要件の適用を排除する場合にはどのように正当化するかなどに留意して検討する必要があるが、どのように考えるか。

#### 7 約款の組入要件が充たされなかった場合の効果

当事者間で契約を成立させる合意がされたが、約款使用者が約款を契約内容にするつもりであったにもかかわらず、組入要件が満たされていなかった場合には、約

款は契約内容にならない。このような場合でも、契約を成立させる合意の効力自体が失われるわけではないので、契約そのものが不成立になるわけではない。しかし、約款は契約内容にならないため、その部分については合意が存在しないことになり、その部分の契約条項は、契約の解釈や任意規定によって補充されることになる。

もっとも、場合によっては、約款が契約内容になるのでなければ当事者は契約を締結しなかったであろうと考えられることもある。例えば、約款が契約内容になることが契約の成立についての解除条件となっていたと認められる場合には、解除条件が成就したとして契約は成立しなかったことになる。また、約款が契約内容になると考えていたところ実際には組入要件が充たされていなかったことが要素の錯誤に該当する場合には、契約は錯誤により無効（又は取り消し得るもの）になる。

このように、約款の組入要件が満たされないことから直ちに契約の効力は否定されないが、条件や錯誤を通じて契約の効力が否定されることもあると考えられる。

#### 4 約款の変更

- (1) 約款を使用した契約が継続している期間中に、約款使用者が相手方の個別の同意なくして約款を変更することができるか、どのような要件の下で変更することができるかについては、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 約款使用者は相手方の同意を得ないで約款を変更することができる旨を定めた約款中の条項の効力について、規定を設けるものとする。

【乙案】 約款の変更に関する条項が約款中に定められているかどうかを問わず、約款を変更することができる旨の規定を設け、その要件を定めるものとする。

【丙案】 規定を設けないものとする。

- (2) 上記(1)において甲案又は乙案を採る場合には、約款使用者が約款を使用する要件として、約款を変更する必要性のほか、①使用者が約款を変更することができる範囲にどのような限界があるか、②使用者が約款を変更するに当たって必要な手続があるか、③約款の変更に異議がある相手方を保護するための措置が必要かなどが問題になるが、これらの点についてどのように考えるか。

○ 中間論点整理第27, 4「約款の変更」[86頁(210頁)]

約款を使用した契約が締結された後、約款使用者が当該約款を変更する場合があるが、民法には約款に関する規定がないため、約款使用者が一方的に約款を変更することの可否、要件、効果等は明確でない。そこで、この点を明らかにするため、約款使用者による約款の変更について相手方の個別の合意がなくても、変更後の約款が契約内容になる場合があるかどうか、どのような場合に契約内容になるかについて、検討してはどうか。



(補足説明)

- 1 約款を使用した契約関係がある程度長期間継続する場合には、法令の改正や社会の状況の変化により、約款を変更する必要が生ずる場合がある。約款は多数の相手方との間で契約内容を規律していることが多いところ、個別に相手方の同意を得ることは現実的には不可能であり、約款を変更する現実的な必要性に対応するため、使用者が個別の同意なくして約款を変更することの可否やその要件を検討すべきではないかとの意見がある。

契約の一般原則からすれば、一方の当事者がいったん成立した契約の内容を他方当事者の同意なく変更することは通常は許されないはずである。しかし、約款については、上記のとおり多数の相手方との間で使用されるために、合理的な必要性があったとしても約款の変更に対する個別の同意を得ることが困難であり、約款使用者が相手方の同意を得ないで約款を変更することを認める必要性がある。また、相手方は個々の条項の内容を把握して約款の組入れに合意するのではなく、その内容が合理的に予期できる範囲内のものであるという信頼に基づいて組入れに合意することが多いと考えられるため（約款の内容がこのような合理的な予期の範囲の外にある場合に、その組入れを否定しようとするのが、不意打ち条項である。）、変更がその範囲内のものにとどまる限り、相手方の期待を損なうわけではないとも考えられる（なお、このように考えると、約款を変更することができるのは、「約款」に該当する契約条項が約款の組入要件に関する規定に基づいて契約内容になった場合であり、「約款」に該当する契約条項であっても、それが個別の合意の結果として契約内容になった場合には、約款の変更に関する規定は適用されないこととすべきであると考えられる。）。

現在でも、約款の変更は実務上頻繁に行われていると言われており、判例にも、一方当事者による変更後の約款が相手方に適用されることを認めたものがある。例えば、最判平成13年3月27日民集55巻2号434頁は、加入電話契約の締結後に電話事業者が新たなサービスを開始し、約款を追加した場合について、加入者は当該サービスに係る料金を支払う義務があることを前提としている。もっとも、これは、約款の変更の効力が主たる争点となった事案ではなく、学説においても、約款に基づく契約締結後に約款の使用者が一方的にこれを変更するための要件や変更できる範囲等について十分な議論の蓄積があるわけではないように思われる。

なお、ここにいう「約款の変更」とは、契約が継続している間に、その契約の内容を定めている約款を約款使用者が一方的に変更することによって継続中の契約の内容を変更することをいう。約款使用者が業務に使用する約款や契約のひな形などを変更しても、その変更が現に継続している契約に影響するのではなく、その後締結される契約に使用されるに過ぎないのであれば、「約款の変更」に当たらず、それがその後締結された契約の内容になるかどうかは、契約締結の段階で約款の組入要件を満たすかどうかによる。例えば、ある当事者間で、同一の定型契約条項に従って継続的に売買契約を繰り返している場合であっても、それぞれの売買契

約は別個の契約であるから、その定型的な契約条項をあらかじめ準備した方の当事者が途中でそれを変更しても、それがその後締結される契約のために使用されるのであれば、ここにいう約款の変更にあたらない。しかし、その継続的な関係が基本契約に基づいており、その基本契約に約款が使用されている場合に、約款使用者がこれを変更したときは、「約款の変更」に当たる。

2 (1) 約款使用者による約款の一方向的な変更がどのような要件の下で認められるかを考えるに当たっては、問題を検討する枠組みとして、2つのアプローチがあり得ると考えられる。すなわち、当初の約款において、約款使用者が相手方の同意を得ないで約款を変更することができるという条項（以下「変更条項」という。）が定められている場合に、その条項がどのような効力を有するかというアプローチが一つである。もう一つは、当初の約款にそのような条項が定められているかどうかにかかわらず、約款使用者が約款を変更することができる場合があるか、それはどのような場合かを検討するというアプローチである。

(2) 本文(1)の甲案は、上記の第1のアプローチで約款の変更の可否及び要件の問題を検討するという考え方を取り上げるものである。甲案によれば、当初の約款に変更条項が設けられていなかった場合は、約款の変更に関する規定の適用を受けないこととなり、その場合における約款の変更の可否については引き続き解釈に委ねられることとなる。また、例えば事情変更の原則など他の制度によって約款を変更することは否定されない。

当初の約款において、両当事者が変更条項に合意していたとしても、将来的にどのような変更がなされるかが分からない段階での合意を無条件に有効とすることには疑問があり、変更条項があるからといって約款使用者は無条件に約款を変更することができるわけではないと考えられる。そこで、甲案は、どのような約款の変更であれば変更条項に基づく約款の変更として有効なものとなるのかを検討しようとするものであり、具体的には、この補足説明の後記3以下の諸論点が問題になる。

(3) 他方、変更条項が当初の約款に含まれていなかったとしても、例えば法令の変更があった場合など、約款を修正する必要性が肯定される場合はあると考えられるし、また、約款の変更にもさまざまな場合があり、相手方に対する不利益がそれほど大きくないものもあるから、変更条項が定められていない場合には、事情変更の原則などによらない限り、約款の変更は一切認められないとすることは硬直的に過ぎるようにも思われる。また、相手方が約款を読んでいない場合があることに鑑みると、約款の変更の可否という同様の問題を扱うに当たって、変更条項が約款に規定されているかどうかという形式的な要件によって異なる処理をするのは不自然であるとも考えられる。このようなことから、本文(2)の乙案は、変更条項の有無にかかわらず、どのような要件で約款が変更されるかを検討するという考え方を取り上げるものである。

これに対し、仮に使用者に変更条項がなくても約款の変更ができる場合があるという立場を採るとしても、変更条項の有無によって約款の変更が可能な場合や

変更できる範囲に差があるとも考えられるので、このような考え方を採るのであれば、本文(1)の甲案を採用し、変更条項の有無によって区別して検討すべきであるとも考えられる。

本文(1)の乙案を採るとしても、約款の変更の要件については、この補足説明の後記3以下の論点について検討する必要がある。また、乙案を採るのであれば、約款の変更の可否については、事情変更の原則との整合性にも留意しながら検討する必要があると考えられる。

- (4) 以上に対し、約款の変更の可否や要件については必ずしも十分な議論の蓄積がなく、この補足説明の後記3以下の論点についても、十分にコンセンサスの得られる案を設けることは困難であるとも考えられる。そこで、約款の変更についての規定を設けないという考え方を取り上げるのが、本文(1)の丙案である。
- 3 約款使用者が相手方の同意なくして約款を一方的に変更するための要件としては、例えば、次のような点について検討することが考えられる。すなわち、①約款使用者が約款を変更することができる範囲に限界があるか、どのように画するか、②約款使用者が約款を変更するに当たって必要な手続があるか、③約款の変更に異議がある相手方を保護するための措置としてどのようなものが考えられるか、である。そこで、本文(2)では、本文(1)の甲案又は乙案を採り、約款の変更についての規定を民法に設けるに当たって、その要件として上記の各論点についてどのように考えるかを問題提起するものである。
- 4 約款を変更するための要件としては、少なくとも約款を変更する必要性があることが必要であると考えられるが、変更の必要性が認められればどのような内容の変更であってもすることができるというわけではないと考えられる。これは、当初の約款において変更条項が設けられていた場合であっても同様である。
- そこで、例えば、約款変更の必要性の程度、変更が相手方に与える不利益の程度などを総合的に考慮し、約款の変更が合理的なものと考えられる場合には、変更後の約款が契約内容になり、当事者を拘束する旨の規定を設けることが考えられる。
- これに対し、約款の変更の限界は公序良俗や信義則の解釈に委ねれば足り、約款の変更に限界があることを条文上明示する必要はないとの意見もある。
- これらの点について、どのように考えるか。
- 5 約款の変更権が一種の形成権であり、その行使は意思表示であるとする、意思表示の効果が生ずるためには、その意思表示が相手方に到達する必要がある（民法第97条第1項）。そうすると、約款を変更するためには、その旨を通知することが必要になると考えられる。
- これに対し、実務的には、約款の変更の都度その通知を行わなければならないとすると煩瑣であって事務的な負担が大きいとの指摘がある。実務上は、相手方の権利義務に関する重要な変更については個別に通知するが、相手方にとっての不利益がそれほど大きいとまでは言えない変更については、例えばウェブサイトに変更の通知とその内容を掲載して相手方が確認する機会を設けるに止めているとの指摘もある。そこで、このような実務運用が適法であることを確認する趣旨の規定を設け

るかどうかが、問題となり得るが、どのように考えるか。

- 6 相手方の個別の同意を得ないで約款の変更が行われた場合に、その変更内容に異議がある相手方に対してどのような救済手段を与えるかも問題になる。

相手方に異議がある場合には当該相手方に対しては変更前の約款が適用されれば、相手方の意思の尊重には資する。しかし、約款を使用することの大きなメリットは、多数の相手方に対して画一的な契約条項を使用することによって効率的に取引を行うことができることにあるから、相手方によって約款の内容がまちまちであることは、このような約款のメリットを損なうことになりかねない。

そこで、例えば、約款の変更には異議がある相手方は、継続的な契約から途中で離脱することによる違約金、手数料その他の不利益を課されることなく、契約から離脱（解除）することができることとすることが考えられる。しかし、これについても、約款の変更の軽重によっては離脱を認めるのがやむを得ないと考えられる場合もあれば、変更にかかる部分は付随的な条項に関するものであり、離脱を認める必要がないと考えられる場合もあり、一律に離脱を認めるのが適当であるとは言えないように思われる。また、仮に約款の変更には異議がある相手方による離脱を認める場合には、精算の必要が生ずるときにそれをどのように行うか（例えば、一定期間契約を継続することを条件に料金が安く設定されていたところ、相手方がその期間中に行われた約款の変更には異議があるとして契約を解除した場合、どのような範囲で返金などを行うか。）などの問題が生ずる。また、仮に離脱が可能であるとしても、離脱することによっては回復できない不利益が相手方に生ずる可能性もある。

このほか、約款の変更には異議がある相手方にどのような救済手段が与えられるかを条文上規定するのではなく、約款の使用者が変更には異議がある相手方にどのような権利を与えたかを考慮要素の一つとして、その変更の合理性を判断するという考え方もあり得る。

以上を踏まえ、約款の変更には異議がある相手方の権利保護を図る手段について、どのように考えるか。

### 第3 不当条項規制

#### 1 不当条項規制の規定の要否、適用対象等

不当な内容の契約条項の効力を規制するためのルールを明確化する規定を設けるかどうかについては、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 約款が使用された契約を対象に、不当な内容の契約条項の効力を規制するための規定（その具体的な内容は後記2以下参照）を設けるものとする。

【乙案】 規定を設けないものとする。

○ 中間論点整理第27, 1「不当条項規制の要否、適用対象等」[95頁(23)

7頁]

- (1) 契約関係については基本的に契約自由の原則が妥当し、契約当事者は自由にその内容を決定できるのが原則であるが、今日の社会においては、対等な当事者が自由に交渉して契約内容を形成することによって契約内容の合理性が保障されるというメカニズムが働かない場合があり、このような場合には一方当事者の利益が不当に害されることがないように不当な内容を持つ契約条項を規制する必要があるという考え方がある。このような考え方に従い、不当な契約条項の規制に関する規定を民法に設ける必要があるかについて、その必要性を判断する前提として正確な実態の把握が必要であるとの指摘などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。
- (2) 民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合に対象とすべき契約類型については、どのような契約であっても不当な契約条項が使用されている場合には規制すべきであるという考え方のほか、一定の契約類型を対象として不当条項を規制すべきであるとの考え方がある。例えば、約款は一方当事者が作成し、他方当事者が契約内容の形成に関与しないものであること、消費者契約においては消費者が情報量や交渉力等において劣位にあることから、これらの契約においては契約内容の合理性を保障するメカニズムが働かないとして、これらを不当条項規制の対象とするという考え方(消費者契約については後記第62, 2①)である。また、消極的な方法で不当条項規制の対象を限定する考え方として、労働契約は対象から除外すべきであるとの考え方や、労働契約においては、使用者が不当な条項を使用した場合には規制の対象とするが、労働者が不当な条項を使用しても規制の対象としないという片面的な考え方も主張されている。これらの当否を含め、不当条項規制の対象について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第1, 1 [1頁], 2(1) [5頁],  
部会資料20-2第1, 2 [11頁]】

(比較法)

- ・ドイツ民法第307条, 第310条
- ・オランダ民法第6編第233条, 第235条
- ・イギリス不公正契約条項法第2条, 第3条
- ・韓国約款規制法第6条
- ・フランス民法改正草案(テレ草案)第67条
- ・フランス民法改正草案(司法省草案2009年版)第79条
- ・フランス消費法典L132-1条
- ・1993年4月5日付けヨーロッパ共同体閣僚理事会指令第3条
- ・ヨーロッパ契約法原則第4:110条
- ・アメリカ統一商事法典第2-302条

(補足説明)

## 1 不当条項規制に関するルールを設けることの意義

契約については契約自由の原則が一般に妥当し、当事者は自由に契約内容を決定することができるのが原則である。しかし、この原則は無制限ではなく、契約に含まれる条項の内容が、一方の当事者に対して不当に不利益を与えるものである場合には、その条項の（形式的な）適用が否定される場合があるとされている。契約自由の原則の例外として契約内容に対する介入が許される理論的根拠についてはさまざまな考え方がある（部会資料13-2第1、1の補足説明[3頁以下]参照）が、最高裁判例を含む裁判例においても、条項を無効としたものは多くないものの、条項の文言を形式的に理解するのではなく、解釈を通じてその条項が適用される場面を合理的な範囲に制限すること（いわゆる隠れた内容規制）が多く行われてきたと言われている。

そこで、これまでも契約条項の司法的コントロールが行われてきたことを踏まえて、司法的コントロールの内容を明らかにして予測可能性を高めるため、定型的に合理的な合意形成が期待できない場面等を対象として、契約内容の合理性を担保するための具体的規律を置くべきであるという考え方がある。

## 2 公序良俗との関係

(1) 契約の内容に着目して契約条項を規制するための規定としては、現行法上も公序良俗の規定（民法第90条）があることから、不当条項規制に関する規定を設けるかどうかを検討するに当たっては、まず、公序良俗の規定によって無効とすることができる範囲を超えて契約条項の内容規制を拡大する必要があるかどうかの問題になる。

(2) 公序良俗による内容規制が不十分であり、規制の対象を拡大すべきであると考えるのであれば、その拡大すべき部分を対象とするものとして、公序良俗に関する規定とは別の制度を設ける必要がある。

この場合には、公序良俗によって規制される条項に加え、どのような契約条項を規制することとするのか、考え方を整理する必要がある。また、公序良俗によって従来効力を否定されていた範囲を超えて無効とすべき条項の範囲を拡大する必要性を基礎づける社会的実態の有無も問題になる。これらの点についてどのように考えるか。

なお、消費者契約を対象とする消費者契約法上の不当条項規制（同法第8条から第10条まで）については、見解が分かれているものの、創設的な規定であるという理解が多いと思われる。例えば、大学の入学試験の合格者が大学との間で締結した在学契約において、合格者が入学を辞退したときであっても納付済みの授業料は返還しない旨の特約（授業料不返還特約）が設けられていたところ、この特約の効力が争われた事案で、最高裁は、この特約を解除に伴う損害賠償額の予定又は違約金の定めであるとした上で、3月31日までに合格者が入学を辞退した場合には大学には損害は生じないとして、消費者契約法第9条第1号に基づいて当該特約を全部無効としたが（最判平成18年11月27日民集60巻9号3437頁）、同法施行前の同様の事案において、授業料不返還特約は公序良俗に

反しないと判断した（最判平成18年11月27日民集60巻9号3732頁）。これは、「公の秩序又は善良の風俗」に反するという民法第90条の基準を満たす悪質性の度合いは、「信義則に反して消費者の利益を一方的に害する」という消費者契約法第10条の基準を満たすための悪質性よりも高いことを前提としていると考えられる。

- (3) 以上に対し、不当条項規制は、従来から公序良俗の規定等を通じて行われてきたことを踏まえて、それを条文上明確化しようとするものであるという捉え方も可能である。このように捉えると、不当条項規制は、民法第90条に比べて規制の対象を拡大するものではないということになる。第11回会議においても、公序良俗を確認したものとして不当条項規制を捉えることも可能であることを指摘する意見があった。不当条項規制をこのように捉えるのであれば、公序良俗の規定に加えて不当条項規制に関する規定を設ける必要があるかどうか、あるとしてどのような意義を有するのかを検討する必要がある。

規定を設ける意義として考えられるものの一つとして、まず、民法第90条の「公の秩序又は善良の風俗」という文言は抽象的で、どのような場合にこの規定が用いられるのかを予測することが困難であることから、公序良俗の規定を具体化することにより、どのような場合に契約内容が無効とされるのかを明らかにすることが考えられる。現に、公序良俗違反は、当初は国家秩序や家族秩序に反するという限定的な意味で理解されてきたが、その後の判例・学説の展開を通じて、一方の当事者にとって不当な不利益を与えるという類型も公序良俗違反に含まれると理解されるに至っていることにも示されているように、公序良俗の概念は必ずしも明確ではなく、一方当事者にとって不当な不利益を与えるという類型が公序良俗違反に当たることを明文化すべきであるとの考え方も成り立つ。特に、具体的にどのような条項が不当条項に該当するかを列挙したリストを作成することができれば（後記5参照）、その適用範囲の予測可能性は更に高まると言える。他方、不当条項リストの作成に対しては問題が指摘されており（後記5参照）、このようなリストを設けないのであれば、抽象的な規定を設けるにとどまり、公序良俗の規定と比べて予測可能性が高まるとは言えないとの批判や、当事者が合意した条項の効力が否定されるのは極めて例外的な場合であるから、敢えて新たな規定を設けて予測可能性を高めるまでの必要はなく、個別に公序良俗の規定で対応すれば足りるとの批判も考えられる。

また、不当条項規制に関する規定を設けるもう一つの意義として、契約に不当な条項が含まれている場合に、契約全体の効力を維持しつつ不当な条項の効力のみを否定するための制度を設ける必要があるということが考えられる。民法第90条は法律行為全体を無効とすることを予定しており、契約のうちの不当な条項のみについてその効力を否定する制度としては、少なくとも文言上は必ずしも適切なものとは言えないからである。これに対しては、民法第90条の文言とは乖離しているが、現在の裁判実務は同条に基づいて法律行為の一部無効を導いており、これに従えば、一部無効を導くというだけのために新たな制度を設ける必要

はないとの批判が考えられる。また、仮にその必要があるとしても、公序良俗の規定に加えて新たな制度を設けるのではなく、同条の文言を修正すれば足りることも考えられる。

以上の点を含め、公序良俗を超えて契約条項の効力を否定する必要がないという立場に立った場合に、不当条項規制に関する規定を設ける意義についてどのように考えるか。

### 3 民法に不当条項規制を設けることについての批判

第11回会議においては、不当条項規制を設けることについて、民法に不当条項規制に関する規定を設けることは民法に取り締まり法規としての色彩を取り込むことになり、一般法としての性格を変容させることになるという指摘の意見があった。これは、交渉力の格差の是正や一方当事者の保護という政策的な観点からの契約内容への介入は、そのような政策の必要性がある分野で特別法によって行うべきであるという指摘である。しかし、不当条項規制は、特定の分野の契約について、その特質に着目して政策的な目的で契約自由を制限するのではなく、民法の基本原則である契約自由の原則を機能させる前提を欠く場合の法律関係を規定するものであると理解すれば、それは契約自由の原則の内在的な制約として民法に規定することが適切であるとも考えられる。現にこのような観点からの条項の規制は、公序良俗や信義則を通じて、民法の規定を実定法上の根拠として、裁判例においても行われてきた。そうであるとすると、不当条項規制に関する規定を民法に設けることが民法の性格を変容させることになるという指摘は当たらないように思われる。

### 4 不当条項規制の対象

仮に不当条項規制に関する規定を設ける場合にどのような契約類型を不当条項規制の対象とするかについて、立法論として、対象となる契約類型を限定せず、不当な条項が用いられる限りその条項の効力を否定すべきであるという考え方、約款が使用された契約を対象とする考え方、消費者契約を対象とする考え方などが主張されている（部会資料13-2第1、1の補足説明〔3頁以下〕参照）。このうち、消費者契約については、消費者契約法が既に不当条項規制に関する規定を設けているため、ここでは、前二者の考え方を取り上げる。

#### (1) 約款が使用された契約を対象とする考え方

ア 約款が使用された契約を不当条項規制の対象とするという考え方は、約款が使用された契約においては当事者間での交渉が行われず、一方の当事者（約款使用者）が一方的に契約内容を決定し、他方の当事者は契約内容の形成に関与することができないため、契約自由の前提が失われていることや、約款が主として規律することになる契約の付随的な場面については市場における競争が働きにくいことから、法による契約内容への介入が正当化されるという考え方である。この考え方は、約款が使用された場合には一方当事者が契約内容を決定するという事実自体に不当条項規制の根拠を求め、それ以外の原因（例えば約款使用者の経済的な規模や市場占有率など）による「交渉力の格差」を根拠とはしない考え方であると言える。本文の甲案は、このような考え方に従い、約



款が使用された契約を不当条項規制の対象とすることを提案するものである。

イ 約款が使用された契約を不当条項規制の対象とするとしても、ここにいう「約款」は組入要件の規定が適用される「約款」とは異なるという考え方がある。第11回会議においては、このような考え方を支持する意見があった。約款の組入要件は、相手方が約款に含まれる個々の条項について認識がなくてもそれが契約内容になるのはどのような場合かという観点から定められる(前記第2, 1参照)から、その適用対象となる「約款」もこのような問題が生じ得る契約条項を広く含むものとする必要がある(前記第2, 2参照)。これに対し、不当条項規制の対象を検討するに当たっては、契約自由の原則に委ねる前提を欠くのがどのような場合かが問題になる。「約款」を不当条項規制の対象とする考え方は、「約款」が使用された契約の内容は約款使用者が一方的に決定し、相手方が契約内容の形成に関与することができないということを理由として挙げるから、一方があらかじめ準備した契約条項であっても、それに基づいて現に相手方と交渉が行われた場合には、そのような定型的条項(の部分)は不当条項規制の対象としての「約款」から除外されるという考え方もあり得る。

第11回会議においては、事業者間で定型的な契約条項が用いられるのは、契約の締結を効率的に行うことが目的であるから、実質的な交渉が行われなかった場合であっても、相手方は契約条項に納得した上で契約を締結していたときは、不当条項規制の対象とする必要はないとの意見もあった。この考え方は、現実には交渉が行われなくても、交渉を行う可能性があれば、その条項を不当条項規制の対象となる「約款」から除外するという考え方であると考えられる。これに対しては、形式的な交渉が行われた場合や、形式的に約款の内容に異議を述べる機会が与えられただけで不当条項規制の対象から除外されることになれば、不当条項規制が潜脱されるおそれがあるとして、対象から除外するためには実質的な交渉が行われることが必要であるとの考え方も有力である。

これらの考え方のように、個別の交渉又はその可能性がある場合を「約款」から除外する考え方に対し、組入要件の適用の対象となる「約款」と不当条項規制の対象となる「約款」を一致させるという考え方もあり得る。特に、約款の組入要件の内容をどのように考えるかにもよるが、約款の組入要件を契約法の一般原則に比べて緩和すると考える場合には、そのような緩和が正当化される根拠が問題になるところ、その根拠として、契約内容の合理性を担保する他の制度が設けられていることを挙げるのであれば、組入要件の規定の適用対象と不当条項規制の対象とは一致させておく必要があるようにも思われる。

以上を含め、仮に「約款」が使用された契約を不当条項規制の対象とするという考え方を採る場合の「約款」の定義について、どのように考えるか。

なお、約款使用者の相手方が契約内容の形成に関与した場合にその関与した部分を不当条項規制の対象から除外する方法としては、上記のように約款の定義で調整するほか、相手方との間で交渉が行われた場合等を除外することも考えられる(後記2参照)。

ウ 約款が使用された契約を不当条項規制の対象とする考え方の根拠は、この補足説明の上記ア記載のとおりであるが、約款の使用を基準として規制の対象の範囲を画することが適切かどうかについては、以下のような指摘がある。すなわち、特に事業者間契約において約款が用いられ、実質的な交渉が行われなまま契約内容になるのは、交渉力に格差があるからではなく、契約締結ごとに契約条項を交渉して形成するコストを節約することができるという理由に基づく場合があるが、このような場合には不当条項規制を行う根拠としての交渉力格差は存在しないというものである。約款を不当条項規制の対象にするという考え方は、約款が使用された場合は契約内容が約款使用者によって一方的に形成されたと捉え、このような契約内容の形成の在り方そのものに不当条項規制を行う根拠があると考えるが、上記の指摘は、不当条項規制の必要性を基礎づける事情として、約款使用者の経済的な規模や市場の占有率に基づく優越的な地位の有無などを重視していると考えられる。したがって、約款の使用の有無を不当条項規制の対象を画する基準として用いることの是非を検討するに当たっては、このような着眼点の違いについてどのように考えるかが一つのポイントになると考えられる。

エ 約款が使用された契約を不当条項規制の対象とするものの実質的な意義は、約款が使用された場合には事業者間の契約であっても不当条項規制を及ぼすことにあると言える。消費者契約については、現行法上既に消費者契約法第8条から第10条までによって不当条項が規制されており、他方、消費者間の契約においては、そもそも約款が用いられることが想定しにくいからである。事業者間の契約について不当条項規制を及ぼすことに対しては、次のような批判がある。

第1に、これまでの裁判例では、契約解釈を通じた隠れた不当条項規制はともかく、不当な契約条項を無効とする裁判例は多くはないことや、事業者間の格差に基づいて生じている問題としては、不当条項規制が対象とする付随的な契約条項ではなく、価格や契約期間などの主たる給付内容が不当であるという問題の方が大きいことなどから、不当条項規制を強化しなければならない社会的実態があるのか疑わしいという批判がある。

第2に、相手方が事業者である場合には、自己にとって不当に不利な条項の是正を求めたり、その条項では譲歩した上で価格その他の契約条件等で有利な立場を得るなど、利益を守るための合理的な行動を期待することができるから、不当条項規制による契約自由への介入の必要性はないとの批判がある。仮に、事業者間契約を対象とする不当条項規制の基準を柔軟な判断ができるようなものにするとしても、裁判所による運用が事業者間契約を必要以上に制約するものになる危険を伴うことが指摘されている。

第3に、不当条項規制の判断基準を一義的に定めることは困難であり、裁判所がどのような判断を示すかが予測困難であることになると、契約内容の形成過程においてその条項が不当なものとして無効とされるリスクを抱えることに

なり、このようなリスクを回避するため、契約内容の形成について制約を受けることになるという批判がある。

第4に、新しい取引分野における契約実務に対する影響を懸念するものがある。不当条項規制がされる場合には免責条項や責任制限条項の不当性が問題になると考えられるが、このような条項は、特に情報通信や企業買収などの現代的な取引類型においては、事業リスクを回避するために不可欠な場合があり、これらが不当条項として規制されることになる不都合であるという批判がある。

このほか、不当条項規制の対象となる「約款」の定義については議論があり（この補足説明の前記2参照）、また、交渉がされた場合等は不当条項規制の対象から除外するという考え方も示されている（後記2参照）が、このような考え方が採用された場合には、「約款」該当性や「交渉」の有無を巡って無用の解釈問題や紛争が生ずるおそれがあるとの指摘がある。

本文の甲案を採る場合には、これらの指摘に対して回答する必要があるが、どのように考えるか。

オ 約款が使用された契約のみを不当条項規制の対象とすることに対しては、不当条項規制は公序良俗の規定（民法第90条）を超えて条項の効力を否定する範囲を拡大したものではなく、これを具体化した規定であると理解する立場（この補足説明の前記2参照）から、疑問が提起され得る。公序良俗の規定は、約款が使用されているかどうかにかかわらずすべての契約を対象としており、その適用に当たって、約款が使用された契約とその他の契約とを区別して扱うのは適当でないとも考えられるからである。これに対しては、両当事者間での契約交渉を経て契約内容が形成された場合と、一方が準備した定型的な契約条項に相手方がそのまま同意して契約が成立した場合とでは、契約条項に対する双方の関与の程度に差があることは否定できず、ある条項が公序良俗に反するかどうかの判断に当たって、(当事者が約款を使用した目的を含め) 約款が使用されたという事情は重要な考慮要素になることから、約款が使用された契約を類型的に切り出してこれに適用される制度を設けることには合理性があるとも考えられる。

他方、不当条項規制は公序良俗の規定とは異なる制度であるという理解に立てば、約款が使用された契約をその他の契約と区別して扱うこと自体は正当化しやすいと考えられる。しかし、この場合には、不当条項規制が公序良俗とどのように異なるのか、新たに規定を設ける社会的な必要性が生じているかが問題となる（この補足説明の前記2(2)参照）。

## (2) 不当条項規制の対象を限定しない考え方

ア 約款が使用された契約を不当条項規制の対象とするという考え方のほか、対象となる契約類型を限定せず、不当な条項が用いられている限り当該条項の効力を否定するという考え方がある。第11回会議においてもこのような考え方を支持する意見があった。

このような考え方によれば、不当とされる条項が使用されていれば、当事者の属性、力関係、その条項が合意された経緯などを考慮せずにその効力を否定することになる。しかし、不当条項の例としてしばしば挙げられる免責条項や責任制限条項が契約に含まれていたとしても、対等な当事者が交渉を行い、利害を計算した上で合意したのであれば、その効力を否定する理由はなく、実質的な必要性もないと考えられる。さらに、このような考え方によれば事業者間の契約についても広く不当条項規制の対象となるから、この補足説明の前記(1)エ記載の批判が当てはまることになり、これに対してどのように回答するかが問題になる。

以上からすると、少なくとも、契約類型を限定せず不当条項が使用されている限りその効力を否定するという考え方を採ることは、困難であると考えられる。

イ むしろ、この考え方は、契約内容に不当条項が含まれていることを当事者間に交渉力の格差があることの現れであると捉え、このような交渉力の格差がある場合を不当条項規制の対象にしようとする考え方であるとも言える。このように考えると、およそ不当条項である限りその効力が否定されるというわけではなく、その背景に交渉力格差があった場合にのみその効力を否定すべきであるということになるから、どのような場合に「交渉力格差」があったと言えるかの基準を（契約に不当条項が含まれているということ以外に）明らかにする必要がある。しかし、この点について、具体的な基準を明らかにする考え方は示されていないように思われる。

ウ 以上から、本文では、約款が使用された契約を対象とするもののほか、契約一般を対象として不当条項規制の規定を設けるという考え方や、交渉力の格差がある場合を対象として不当条項規制の規定を設けるという考え方は、取り上げていない。しかし、第11回会議においては、不当条項規制の対象を約款が使用された契約に限定すべきではないという意見もあったことから、以下の項目でも、必要に応じ、このような考え方にも言及することとする。

(3) なお、仮に不当条項規制に関する規定を設ける場合に、労働契約は対象から除外すべきであるとの考え方や、労働契約においては、使用者が不当な条項を使用した場合には規制の対象とするが、労働者が不当な条項を使用しても規制の対象としないという片面的な考え方も主張されている。このような考え方については、労働契約の内容については労働関係法規による規制がされている部分もあることから、これに重ねて契約の内容規制を行うことの必要性や、労働者側が不当な条項を使用する場合として具体的にどのような場合があるかなどに留意して検討する必要があると考えられるが、どのように考えるか。

## 2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項

(1) 仮に、約款が使用された契約を不当条項規制の対象とするという考え方を採る場合には、約款に含まれている契約条項であっても個別に交渉されたも

の〔個別に合意されたもの〕は不当条項規制の対象としない旨の規定を設けるものとしてはどうか。

約款使用者の相手方が事業者である場合には、現に個別交渉が行われなくても、その可能性があれば不当条項規制の対象としない旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

(2) 仮に不当条項規制に関する規定を設ける場合に、契約の中心部分に関する条項を不当条項規制の対象とするかどうかについては、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 不当条項規制の対象をどのように規律するかにかかわらず、契約の中心部分に関する条項〔対価に関する条項〕は不当条項規制の対象としない旨の規定を設けるものとする。その例外として、消費者契約においては、中心部分に関する条項〔対価に関する条項〕も不当条項規制の対象とする旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 規定を設けないものとする。

○ 中間論点整理第27, 2「不当条項規制の対象から除外すべき契約条項」〔96頁（239頁）〕

不当条項規制の対象とすべき契約類型に含まれる条項であっても、契約交渉の経緯等によって例外的に不当条項規制の対象から除外すべき条項があるかどうか、どのようなものを対象から除外すべきかについて、更に検討してはどうか。

例えば、個別に交渉された条項又は個別に合意された条項を不当条項規制の対象から除外すべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、どのような場合に個別交渉があったと言えるか、一定の契約類型（例えば、消費者契約）に含まれる条項は個別交渉又は個別合意があっても不当条項規制の対象から除外されないという例外を設ける必要がないかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、契約の中心部分に関する契約条項を不当条項規制の対象から除外すべきかどうかについて、中心部分とそれ以外の部分の区別の明確性や、暴利行為規制など他の手段による規制の可能性、一定の契約類型（例えば、消費者契約）に含まれる条項は中心部分に関するものであっても不当条項規制の対象から除外されないという例外を設ける必要はないかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第1, 2(2)〔6頁〕, (3)〔8頁〕】

(比較法)

- ・ドイツ民法第307条
- ・フランス消費法典L132-1条
- ・1993年4月5日付けヨーロッパ共同体閣僚理事会指令第3条, 第4条
- ・ヨーロッパ契約法原則第4:110条

(補足説明)

1 前記1で不当条項規制の対象とされた契約条項であっても、個別に交渉された条項や契約の中心部分に関する条項については、不当条項規制が及ばないこととすべきであるとの考え方がある。これらの条項を不当条項規制の対象から除外すべきかどうかは、前記1において、どのような考え方にに基づき、どのような契約類型に含まれる契約条項を不当条項規制の対象とすると考えるかによる。

2 (1) 約款が使用された契約を不当条項規制の対象とする考え方は、このような契約の内容は約款使用者によって一方的に決定され、相手方が契約内容の形成に関与することができないことを根拠とする。このような考え方に立てば、約款が使用されたとしても、その内容について個別に交渉が行われた条項は、双方の当事者が契約内容の形成に関与した上で定められたのであるから、不当条項規制の対象から除外すべきであるとするのが自然である。

これに対しては、個別に交渉された場合を除外すると、①交渉力に差がある当事者間においては個別交渉が行われても契約内容の合理性を担保することができないとの指摘、②形式的な交渉を行うことにより不当条項規制を容易に潜脱することができるようになるという指摘、③個別交渉がされたと言えるかどうかの判断は困難であるとの指摘がある。

しかし、約款が使用された契約を不当条項規制の対象とする考え方は、このような契約においては個別交渉が行われず、約款使用者が一方的に契約内容を決定すること自体に不当条項規制の根拠を求めているのであり、これと異なる意味での「交渉力の格差」を不当条項規制の対象とする根拠としているのではない。したがって、約款が使用された契約を不当条項規制の対象とする考え方を採る限り、必然的に、個別の交渉を通じて契約内容が形成された場合は不当条項規制から除外する必要があると考えられる。個別交渉によっても契約内容の合理性が担保できない場合があるとの上記①の指摘は、契約内容が一方当事者によって形成されることではなく、その他の原因に基づいて生じた交渉力格差に着目していることになり、そうであるとすれば、そもそも不当条項規制の対象を約款が使用されたかどうかにかかわらず、そのような交渉力格差が認められる場合に広げる必要があると考えられる(この点については、前記1の補足説明5(2)及びこの補足説明の後記(3)参照。もっとも、どのような基準に基づいて交渉力格差の有無を判断するかについては、具体的な考え方が示されていない)。そこで、本文(1)の第1パラグラフでは、約款が使用される契約を不当条項規制の対象とする考え方を採るのであれば、個別に交渉された条項を不当条項規制の対象から除外することを提案している。

個別に交渉された条項は不当条項規制の対象から除外されるとしても、上記②の指摘のとおり、形式的な交渉によって不当条項規制が容易に潜脱されるおそれがあるから、そこでの交渉は実質的なものである必要があるとの意見がある。実質的な交渉が行われたと言えるかは、不当条項規制の対象とされた趣旨に照らし、相手方がその条項の形成に実質的に関与したと評価できるかどうかを個別に判断

するほかないと考えられるが、そこでは、交渉の経緯のほか、当事者の属性、約款の性質、約款使用者が現実に約款に含まれる条項を修正する可能性の有無、結果的に当初の約款の条項が維持された場合は相手方がそれを受け入れた経緯などが考慮されることになると考えられる。

実質的な個別交渉が行われたかどうかの判断は困難な場合があるとの上記③の指摘に対しては、個別交渉が行われただけでは足りず、個別に合意された条項に限って不当条項規制の対象から除外するとの考え方もある。本文(1)第1パラグラフのブラケット内の部分は、このような考え方に従い、個別に合意された条項を除外するという別案を提示するものである。

他方、第11回会議においては、事業者間で契約締結を効率的に行うためにひな形が利用される場合には、相手方がそこに記載された契約条項に納得して受け入れている結果として、個別交渉が行われないことがあるとの意見があった。約款が使用された契約を不当条項規制の対象とする考え方を採るとしても、このように、相手方が、自分に不利な条項も考慮に入れた上で利害を計算し、個別に交渉する必要がないと認識した結果として交渉が行われなかった場合には、これを不当条項規制の対象とする必要はないとも考えられる。このような認識に立てば、例えば、相手方が事業者である場合において、約款に含まれる条項の修正を求めて交渉をすることを相手方に期待することができた場合には、実際に交渉がされなくても、その条項は不当条項規制の対象にならない旨の規定を設けることが考えられる。本文(1)の第2パラグラフは、このような考え方の当否を取り上げるものである。このように、約款が使用された契約については事業者間契約を含めて不当条項規制の対象とする考え方を採りつつ、事業者間契約については個別交渉の期待可能性のみで対象から除外する考え方に対しては、実質的な個別交渉が必要であるという立場からの批判のほか、どのような場合に不当条項規制の対象から除外されるかについて困難な解釈問題が生ずるという批判や、相手方が事業者である場合には典型的に交渉を期待することができるから、このような例外を設けるくらいであればそもそも事業者が相手方である場合には不当条項規制の対象から除外すべきであるという指摘などがあり得る。

- (2) 個別交渉がされた条項は不当条項規制の対象から除外すべきであるとの考え方を採るとしても、消費者契約など一定の契約類型については、例外として、個別交渉が行われても不当条項規制の対象とすべきであるとの考え方がある。しかし、約款を使用する契約を不当条項規制の対象とする考え方は個別に交渉が行われないことを不当条項規制の根拠としている以上、消費者契約など典型的に交渉力格差があるとされている契約であっても、個別交渉が行われれば不当条項規制の対象とする理由はないと考えざるを得ないと思われる。

もっとも、これは、約款が使用された契約を対象とする不当条項規制について言えることであり、その他の理由に基づく不当条項規制については異なる考え方が妥当する。消費者契約を対象とする不当条項規制においては、個別交渉がされたとしても、不当条項規制の対象から除外されるわけではない（消費者契約法第

8条から第10条まで)。

以上によれば、約款が使用された契約を対象とする不当条項規制を民法に設けた場合には、これと消費者契約を対象とする不当条項規制が併存することになる。ところ、消費者契約において個別交渉がされた場合には、約款が使用された契約を対象とする不当条項規制の対象から除外されるが、消費者契約を対象とする消費者契約法上の不当条項規制の対象からは除外されないこととすべきである(したがって、消費者契約について現在の不当条項規制を後退させることにはならない)。

(3) 以上に対し、契約当事者の一方が実質的に契約内容の形成に関与していないことに着目するのではなく、それ以外の根拠に基づいて不当条項規制を行うのであれば、個別交渉が行われた条項を不当条項規制の対象から除外する必要は必ずしもないと考えられる。

3(1) 契約の中心部分に関する条項については、市場メカニズムによって確定されるものであって不当性を判断する基準がなく、裁判官による判断に適しないことや、当事者にとって内容が明確で、当事者が自覚的に選択していることが多いことから、これを不当条項規制の対象から除外すべきであるとの考え方がある。このような考え方の根拠として、中心部分に関する条項についてのコントロールの手法としては相手方への開示が中心になるのに対し、付随的な条項の適正化に当たっては内容規制が中心になり、規制手法の重点が異なっているということを挙げる見解もある。

ここにいう中心部分に関する条項に該当するのは、商品や役務の対価を定める条項(すなわち、一方の当事者が相手方に対してすべき給付と、それに対して得られる反対給付との対価的な均衡が確保されているかどうか。)が典型である。もっとも、そのほかにどのような条項が含まれるかは必ずしも明らかでない。そのため、後記のとおり、中心部分とそれ以外の部分とを区別することは容易ではないとの意見もある。そこで、今後の議論の進め方として、例えば対価の相当性(給付と反対給付との均衡)に限って、これを不当条項規制の対象とすることを検討することも考えられる。

本文(2)は、中心部分(対価)に関する条項を不当条項から除外するかという問題を取り上げるものであり、その甲案は除外するという考え方を提案するもの、乙案は中心部分(対価)を除外する規定を設けないという考え方を提案するものである。

なお、仮に甲案を採るとしても、対価が複雑で分かりにくい場合に、相手方が契約を締結するかどうかを適切に判断できるように契約の重要な部分を説明する義務が課されたり、対価に不当な不均衡がある場合に暴利行為として契約の効力を否定されたりすることが否定されるわけではない。

(2) 第11回会議においては、契約の中心部分を不当条項規制の対象から除外する考え方を支持する意見もあったが、これに反対する意見もあった。これに反対する意見は、中心部分の条項と付随的条項との区別は困難であること、対価に関する



る条項であっても極めて複雑なものがあり、当事者が自覚的に選択したとは言えない場合があることなどを理由とする。これに対しては、契約の中心部分に関する条項として不当条項規制の対象から除外されるのを対価の相当性に限定すれば、これと他の部分とを区別することは必ずしも困難とは言えないという反論が考えられる。また、条項が複雑で一方の当事者にとって理解困難であることに起因する問題は、説明義務などによって対処すべきであるとも考えられる。

- (3) 仮に中心的部分に関する条項が不当条項規制の対象となる場合には、暴利行為に関するルールとの関係を整理しておく必要があると考えられる。単純にそれぞれの制度がそれぞれの観点から対価を規制するという考え方でよいかという問題である。

また、対価を定めた条項が不当条項規制の対象となる場合には、その規制の効果も問題になる（これについては、後記4も参照）。対価を定めた条項が不当とされる限度で効力を否定されるに過ぎないとすると、実質的には裁判官が対価を変更することになるが、その場合の適切な判断基準があるかなどが問題になると考えられる。他方、対価を定めた条項が全部無効になるとすると、契約はその内容を確定するために必要な事項について定めがないことになり、結局契約全体を無効とすることになると考えられる。

- (4) なお、中心部分に関する条項を不当条項規制の対象から除外するとしても、消費者契約については例外的に不当条項規制の対象から除外すべきでないとの考え方があ

る。現在の消費者契約法上の不当条項規制においては、契約の中心部分に関する条項が、条文上、不当条項規制の対象から除外されているわけではない。消費者契約法は中心部分に関する条項を不当条項規制の対象から除外していないと解するのであれば、仮に不当条項規制に関する規定を民法に設けるとしても、これが消費者契約に適用される限り、消費者契約法の立場と異なる立場を採る理由はないと考えられる。そこで、本文(2)の甲案においては、中心部分を不当条項規制の対象から除外するとしても、消費者契約については例外的に不当条項規制の対象から除外しないとすることを提案している（なお、中心部分を除外するかどうかについての結論は、不当条項規制を行う根拠から導かれるわけではないので、この補足説明の前記2(2)とは矛盾するものではない。）。

### 3 不当性の判断枠組み

仮に、約款が使用された契約を対象とする不当条項規制に関する規定を設ける場合には、公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、約款使用者の相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、信義則に反して相手方の利益を一方的に害するものを不当な条項とする旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間論点整理第27, 3「不当性の判断枠組み」[96頁(241頁)]

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、問題となる条項の不当性をどのように判断するかが問題となる。具体的には、契約条項の不当性を判断するに当たって比較対照すべき標準的な内容を任意規定に限定するか、条項の使用が予定されている多数の相手方と個別の相手方のいずれを想定して不当性を判断するか、不当性を判断するに当たって考慮すべき要素は何か、どの程度まで不当なものを規制の対象とするかなどが問題となり得るが、これらの点について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第1, 3(1)[9頁]】

《参考・現行条文》

(消費者の利益を一方的に害する条項の無効)

消費者契約法第10条 民法、商法（明治三十二年法律第四十八号）その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であつて、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。

(比較法)

- ・ドイツ民法第307条
- ・オランダ民法第6編第233条
- ・韓国約款規制法第6条
- ・フランス民法改正草案（テレ草案）第67条
- ・フランス民法改正草案（司法省草案2009年版）第79条
- ・フランス消費法典L132-1条
- ・1993年4月5日付けヨーロッパ共同体閣僚理事会指令第4条
- ・ヨーロッパ契約法原則第4：110条
- ・アメリカ統一商事法典第2-302条

(補足説明)

- 1 仮に不当条項規制に関する規定を民法に設ける場合に、どのような判断基準によって条項の不当性を判断するかについては、①比較対照すべき標準的な内容を何に求めるか（任意規定に限るか）、②個別の相手方との関係で判断するのか、当該条項の使用が予定されている多数の相手方について画一的に判断するのか、③不当性判断の考慮要素は何か、④不当性の判断基準は何か、などを検討する必要がある。

現行法においては、消費者契約法第10条が消費者契約に関する一般的な不当条項規制の規定を設けているが、これと同様の規定を設けるとすると、①については比較対照すべき標準的な内容を任意規定に求め、④については「信義則に反して一方当事者の利益を一方的に害する」かどうかという基準を設けることが考えられる。

なお、同条においては、②は解釈に委ねられており、③についても特段の規定は設けられていない。

- 2 不当性を判断するに当たって比較対照すべき標準的な内容として、任意規定がこれに当たることには異論はない。問題は、判例等によって確立しているルール、信義則等の一般条項や、明文のない基本法理等を含むかどうかである。当該契約条項がなければその当事者に認められていたはずの権利義務を不利に変更しているかどうかを問題とするのであれば、比較の対象を明文の任意規定に限定する必要はなく、この場合には、端的に当該契約条項の内容と当該契約条項が存在しない場合の当事者の権利義務とを比較すべきであるということになる。

もっとも、不当性の判断に当たって標準的な内容の法律関係と比較対照するという要件については、一方の当事者の利益を信義則に反して一方的に害するかどうかなどの不当性の判断基準との関係で、独自の意義があるかどうかを検討しておく必要がある。標準的な内容の法律関係は、それが明文の任意規定に限定されるとしても、あるいは、確立した判例法理や不文の原則を含むとしても、いずれにしてもこれに合致している場合には、それが信義則に反して相手方の利益を一方的に害すると言えることはないであろうから、標準的な内容との乖離は当然のことを定めたに過ぎないとも考えられる。むしろ、この要件は、標準的な内容を定めるルールの範囲を限定した場合に（例えば明文の任意規定に限定した場合に）、そのルールがない場合には、そのような事項に関する条項は、「信義則に反して当事者の利益を一方的に害するか」という判断を行うまでもなく不当条項に該当しないと結論を導くことを可能にすることにより、不当条項規制が及ぶ領域を限定する機能を果たしていると考えられる。そうであるとすれば、比較対照すべき標準的な内容を検討するに当たっては、不当条項規制が機能する領域を限定する必要があるかどうかという観点も含めて検討する必要があると考えられる。そのような限定が不要であるということであれば、そもそも標準的な内容の規定との比較対照という要件を除外することも考えられる。

他方、消費者契約法第10条は、「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」に比べて消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重することを要件としており、それが明文の任意規定に限定されるかどうかは解釈に委ねられている。仮に、不当条項規制に関する規定を民法に設ける場合に、これと異なる要件を定める理由がないとすれば、同条と同様に「公の秩序に関しない規定」と定めた上で、その範囲がどこまで及ぶかについては解釈に委ねるとすることも考えられる。本文では、このような考え方に従い、「公の秩序に関しない規定」との比較対照を行うという提案を取り上げている。

- 3 約款について不当条項規制をする場合に、これに含まれる条項の不当性を個々の相手方との関係で個別に判断するか、多数の相手方に対して一律に適用されることを前提に画一的に判断するかという問題が指摘されている。この点については、多数の相手方に対して一律に使用することが予定されているという約款の特質からすると画一的に判断すべきであるという考え方と、約款を使用した契約も個別の相手

方との契約であるところ、不当性判断は当事者の属性によっても異なり得ることなどを理由に、個別に判断すべきであるとの考え方がある。

もっとも、消費者契約法第10条は、この点についてどのように考えるかを条文上明示しておらず、仮に民法に不当条項規制に関する規定を設けるとしても、この点については解釈に委ねることも考えられる。また、そもそもこの点について規定を設けるのは難しく、立法提案にもこれを条文上明示するものは少ない。そこで、本文では、この点については解釈に委ねることとし、具体的な提案を取り上げていない。

- 4 不当性の判断に当たってどのような要素を考慮するかを明示する立法提案がある。例えば、契約（目的である物品や役務）の性質、契約全体の趣旨、関連する他の条項の内容、当事者の属性、契約交渉の経緯を含む契約締結時の状況、同種の契約に関する取引慣行、任意規定の内容などを考慮要素として挙げるものがある。これらの考慮要素を条文上明示することは、不当性の判断にとって有益であると考えられる。

これに対し、消費者契約法第10条については、その解説書では、不当性の判断に当たって考慮される要素として、当該契約の目的となるもの、対価その他の取引条件、契約類型、公益性や取引の安定といった社会一般の利益の有無等を踏まえて判断するとの理解が示されているが、条文上は考慮要素が明示されていない。そこで、仮に民法に不当条項規制に関する規定を設けるとしても、これと同様に、条文上は考慮要素を明示せず、解釈に委ねることが考えられる。本文では、このような考え方に従い、具体的な考慮要素については取り上げていない。

- 5 どのような基準で不当性を判断するかについて、不当条項規制に関する立法提案はさまざまな表現をしているが（不当条項規制に関する立法提案や比較法については、部会資料13-2第1, 3(1) [9頁以下] 参照）、そこでは、要するに、信義則に反して一方の当事者の利益を害する条項が不当な条項とされている点ではほぼ共通していると考えられる。これは、消費者契約法第10条の「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」という規定とも共通するものであると考えられるところ、民法に不当条項に関する規定を設けるに当たって、このような考え方を直ちに変更する必要はないと考えられる。そこで、本文では、このような考え方に従い、信義則に反して約款使用者の相手方の利益を一端的に害するかどうかを基準とする提案を取り上げている。

#### 4 不当条項の効力

- (1) ある条項が不当と評価された場合には、その条項は無効とするものとしてはどうか。
- (2) ある条項が無効とされた場合に、当該条項の全部が無効となるか、その条項が不当であると評価される限度で無効となるに過ぎないかについては、特段の規定を設けないものとしてはどうか。

○ 中間論点整理第27, 4「不当条項の効力」[96頁(242頁)]

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、ある条項が不当と評価された場合の効果が問題になるが、この点に関しては、不当条項規制の対象となる条項は不当とされる限度で一部の効力を否定されるとの考え方と、当該条項全体の効力を否定されるとの考え方がある。いずれが適当であるかについては、「条項全体」が契約内容のうちどの範囲を指すかを明確にすることができるか、法律行為に含まれる特定の条項の一部に無効原因がある場合の当該条項の効力をどのように考えるか(後記第32, 2(1))にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、不当な条項を無効とするか、取り消すことができるものとするかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第1, 3(2)[13頁]】

(比較法)

- ・ドイツ民法第307条
- ・オランダ民法第6編第233条
- ・韓国約款規制法第6条
- ・フランス民法改正草案(テレ草案)第67条
- ・フランス民法改正草案(司法省草案2009年版)第79条
- ・フランス消費法典L132-1条
- ・1993年4月5日付けヨーロッパ共同体閣僚理事会指令第6条
- ・ヨーロッパ契約法原則第4:110条
- ・アメリカ統一商事法典第2-302条

(補足説明)

- 1 仮に不当条項規制に関する規定を民法に設ける場合には、ある条項が不当と評価されたことの効果が問題になる。効果に関する具体的な論点として、無効とするか取消可能とするかという問題と、効力を否定することができる範囲の問題とが指摘されている。
- 2 まず、その条項の効力を否定するための手法として、無効とするか取消可能とするかについては、現在の消費者契約法第8条から第10条までとの整合性からは、無効とすべきであると考えられる。また、不当条項規制を公序良俗の規定を具体化したものと捉えると、その効果は民法第90条と同様とすべきであるから、この点からも、効果は無効とすることが適当であると考えられる(同条の効果を無効から取消可能に改めるべきであるという考え方は見当たらない)。

他方、不当条項規制は、契約当事者のうち一方の利益を保護する機能を有しており、その効力の否定を主張することができるのも一方当事者に限定されていると考えられる。この効果は取消しに近く、このことを強調すると、ある条項が不当と評価された場合の効果を取消可能とすることも考えられる。意思能力を欠く状態でされた法律行為や錯誤に基づく法律行為など、一方の当事者の利益を保護するための

制度であり、現行法上も当該当事者の側からのみ法律行為の効力を否定することができる制度については、効果を取消可能に改めることも検討されており（部会資料27第2, 3 [20頁], 第3, 3(4) [39頁]), 不当条項規制についてもこれらと同様に扱うとする考え方である。ただし、不当条項規制は、ある条項が不当であると評価された場合に、その条項の全体か一部かはともかく、契約の全体の効力は維持しつつ、契約の一部分の効力を否定しようというものであるから、効果を取消可能とするのであれば、契約の一部のみを取り消すことになる。取消しの対象を法律行為の一部とすることは、従来の取消しの制度とは異なっているが、このような取消しを可能とすることに問題がないか、留意しておく必要がある。

無効とするか取消可能とするかは、無効と取消しとの役割分担を一般にどのように考えるかという問題も視野に入れつつ検討する必要があるが、本文(1)では、消費者契約法第8条から第10条までと整合性があること、現在の取消しでは法律行為の一部の取消しという制度がないことなどを踏まえ、不当と評価される条項を無効とすることを提案している。

- 3 不当条項の効力が否定される範囲については、不当とされる限度で効力が否定されるか、その条項全体の効力が否定されるかが問題とされている。これは、契約条項の一部に無効原因があった場合にどの範囲で効力が否定されるかという問題の一場面である。

無効一般について、ある契約条項の一部に無効原因がある場合に、原則として無効原因が存在する限りでその部分の効力を否定すれば足りることにはおおむね異論がなかったが、この原則の例外として、消費者契約や約款が用いられた場合には、その条項全体を無効とすべきであるかどうか問題とされている（部会資料29第2, 2(1) [24頁]）。このような例外を設ける考え方は、消費者契約や約款が使用された契約など、他方が契約内容の形成に関与できないような契約類型において、無効原因がある限度で効力を否定すれば足りるとすると、契約内容の形成に関与できる側の当事者としては、無効原因があることを織り込んで一方的に自己に有利な条項を作成しておけば、少なくとも不当と評価されない部分は効力が認められることになるから、不当に一方に有利な条項の使用を助長することになるということとその理由とする。これに対しては、無効原因がある限度を超えて「条項全体」が無効になるというとき、その範囲が必ずしも明確ではない等の批判がある。

仮に、約款が使用された契約を不当条項規制の対象とする考え方採る場合には、不当条項が無効とされる範囲について特段の規定を設けず、無効一般の規律に委ねれば足りると考えられる。すなわち、無効一般について、その一部に無効原因がある条項が約款に含まれている場合にはその条項全体が無効になるという例外を認める場合には、不当条項についても、その例外規定が適用される結果として、条項全体が無効になることになる。したがって、不当条項規制の効果について特段の規定を設ける必要はない。他方、無効一般について、約款についての特則を設けないのであれば（すなわち、条項全体を無効としなければ不当な条項の使用を助長することになり、それを防止する必要があるという考え方採らないのであれば）、不当条

項規制についてのみ無効となる範囲の特則を設ける理由はなく、やはり不当条項の効果について規定を設ける必要はないことになる。

これに対し、不当条項規制の対象を約款が使用された契約に限定しないのであれば、無効となる範囲について特則を設けるかどうかの問題になり得る。しかし、前記のとおり、条項全体を無効とする立場は「条項全体を無効としなければ不当な条項の使用を助長することになる」という考え方に基づいているところ、このような考え方が仮に妥当するとしても、それは約款や消費者契約に限られると考えられる。そうすると、不当条項規制の対象になる条項であっても、このような考え方が妥当しない条項については、その条項全体を無効にする必要はないと考えられる。

以上によれば、いずれにせよ、不当条項について、その効力を否定する方法を無効とするのであれば、その効力を無効とするということを明らかにしておけば足り、無効となる範囲について特段の規定を設ける必要はないのではないかと。そこで、本文(2)では、不当条項として効力を否定される範囲について、特段の規定を設けないことを提案している。

## 5 不当条項のリストを設けることの当否

民法に不当条項に関する規定を設けるものとする場合に、不当な条項を無効とする旨の一般的な規定のほか、不当なものとして評価される（可能性がある）条項を具体的に列挙する規定（不当条項リスト）を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間論点整理第27, 5「不当条項のリストを設けることの当否」[97頁(242頁)]

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、どのような条項が不当と評価されるのかについての予測可能性を高めることなどを目的として、不当条項規制に関する一般的規定（前記3及び4）に加え、不当と評価される可能性のある契約条項のリストを作成すべきであるとの考え方があるが、これに対しては、硬直的な運用をもたらすなどとして反対する意見もある。そこで、不当条項のリストを設けるという考え方の当否について、一般的規定は民法に設けるとしてもリストは特別法に設けるという考え方の当否も含め、更に検討してはどうか。

また、不当条項のリストを作成する場合には、該当すれば常に不当性が肯定され、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することができないものを列挙したリスト（ブラックリスト）と、条項使用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の評価を覆すことができるものを列挙したリスト（グレーリスト）を作成すべきであるとの考え方がある。これに対し、ブラックリストについては、どのような状況で使用されるかにかかわらず常に不当性が肯定される条項は少ないのではないかなどの問題が、グレーリストについては、使用者がこれに掲載された条項を回避することにより事実上ブラックリストとして機能するのではな

いかなどの問題が、それぞれ指摘されている。そこで、どのようなリストを作成するかについて、リストに掲載すべき条項の内容を含め、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第1, 4 [15頁]】

(比較法)

- ・ドイツ民法第308条, 第309条, 第310条
- ・オランダ民法第6編第236条, 第237条
- ・韓国約款規制法第7条から第14条まで
- ・イギリス不公正条項契約法第2条, 第3条
- ・フランス消費法典L132-1条, R132-1条, R132-2条, R132-2-1条
- ・1993年4月5日付けヨーロッパ共同体閣僚理事会指令付表
- ・ヨーロッパ契約法原則第4:110条

(補足説明)

1 仮に、民法に不当条項規制に関する規定を設ける場合に、前記3のような一般的な規定が設けられただけでは、どのような条項がこれに該当するかの予測可能性が高いとは言えず、法的安定性を欠くこととなるおそれがある。そこで、不当条項規制に関する規定の帰結の予測可能性を高め、法的安定性を確保するため、不当条項に該当する(可能性のある)具体的な条項を条文上列挙するかどうかの問題とされている。このように、不当条項に該当する(可能性のある)具体的な条項を列挙したものは「不当条項リスト」と呼ばれている。その際に、常に効力を否定すべきであり、当事者が不当性を阻却する事由を主張立証することができない条項と、一応不当なものとして評価されるが、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という評価を覆す余地がある条項とを区別して規定を設けるという考え方がある。前者を列挙したものは「ブラックリスト」と呼ばれ、後者を列挙したものは「グレーリスト」と呼ばれている。このようなリストを作成することの意義として、予測可能性の向上、法的安定性の確保のほか、具体的な例を示すことによって不当条項規制に関する一般的な規定の解釈及び適用に当たっての指針を示すことを挙げる見解もある。

2 以上のような意義を指摘して、不当条項リストの作成を支持する意見がある一方、不当条項リストを設けるという手法自体に消極的な意見もある。

まず、不当条項規制は、契約に含まれる一部の条項を取り出し、その内容が不当であることを理由にその効力を否定するものであるが、契約の一部の条項においては当事者の一方に有利な規定が設けられているとしても、対価やその他の条項は他方に有利になっているなど、契約全体としては当事者双方の利益に配慮したバランスの取れたものとなっている場合もあるが、不当条項規制のリストを作成すると、このような条項についても効力を否定するという硬直した運用を招くおそれがあるという批判がある。



また、リストを作成することの現実の困難さを指摘するものとして、問題のある事例を網羅的に抽出することは困難である上、将来的に生ずる問題に対して個別具体的に妥当な解決を行うことが困難になることに懸念を示す意見がある。これに関連するものとして、その具体的な内容を検討するに当たっては、取引の現状においてどのような条項が用いられており、どのような問題が生じているかを検討する必要があるが、現時点では十分な実態の把握ができていないという指摘もある。

さらに、不当条項リストを作成するとしても、その適用対象を限定するという考え方もあり得る。例えば、ドイツの制度では、不当条項のリストが設けられているものの、事業者間については不当条項リストの適用が排除されている。同様に、事業者間の契約については、不当条項リストを適用することの弊害が大きいと考えれば、不当条項リストを作成するとしても、事業者間契約をその適用の対象から除外することも考えられる。

以上のように、不当条項リストの具体的な内容について検討する以前に、不当条項のリストを作成するという考え方自体について、意見が分かれている。そこで、本文では、不当条項リストを作成するという考え方（その中には、事業者間契約には適用しないという考え方も含まれる。）を取り上げ、その当否を問うている。

3 不当条項リストを作成するかどうかを検討するに当たっては、ブラックリストとグレーリストとで考慮すべき事項が異なると思われるので、以下では、ブラックリストとグレーリストに分けて検討する。

(1) 常に不当なものと評価され、不当性を阻却する事由の主張立証を許すことが相当でない条項があるのであれば、ブラックリストを作成してその条項をブラックリストに掲載しておくことは、不当条項規制の予測可能性を高めることになると考えられる。他方、常に無効とするという効果を定めることに対しては、硬直した運用を招き、具体的に妥当な結論を導くことができないこととなるおそれがあるとの批判が考えられる。例えば、免責条項や責任制限条項などは不当であると捉えられがちであるが、新しい取引類型においては大きな事業リスクを回避するためにこれらの条項が不可欠な場合もあり、そのような場合に免責条項等が無効とされるのは妥当でないというのである。確かに、常に不当性が肯定される条項としてどのようなものがあるかは、今後も新たな取引類型が出現するであろうことも踏まえ、慎重に検討する必要がある。しかし、契約の性質や締結に至る経緯、当事者の属性、対価や他の条項によって当事者間の均衡が保たれている可能性等を考慮しても、常に効力を否定しなければならないということにコンセンサスが得られる条項があるのであれば、そのことを条文上明示することを否定する理由はないと考えられる。つまり、ブラックリストを設けるかどうかは、基本的には、リストを設けることの是非それ自体が問題になるというよりも、そこに掲載すべき条項があるかどうか問題になると言える。

(2) ブラックリストに掲載すべき条項として、例えば、契約の一方当事者において一方的に契約の拘束力を実質的に失わせることができる旨を定める条項を挙げる考え方がある。例えば、一方の当事者のみに対して任意に債務を履行しないこと

を無条件で許容する条項や、債務不履行に基づく損害賠償債務を全部免除する条項などである。前者は、一方の当事者は何らの理由なく債務を履行しないことができ、それに対する債務不履行責任を負わないことを規定する条項を意味する。合理的な根拠に基づいて、一定の事由が生じた場合には当事者は債務の履行をしないことができるとする条項は実務上も多く見られるが、前者で想定されているのはこのような条項ではない。

このほか、一方当事者の故意又は重過失による債務不履行責任の一部を免除する条項を挙げる考え方や、無条件で裁判所への提訴を禁止する条項を挙げる考え方も示されている。

以上を踏まえ、常に不当と評価される条項として条文上明示すべきものがあるかどうかについて、どのように考えるか。

(3) もっとも、このように、ブラックリストに掲載すべきものを慎重に厳選した場合には、そこに掲載されることになる条項は極めて悪質性の高いものということになると考えられる。そうすると、特に不当条項リストを設けることの意義として、不当条項に関する一般条項の解釈及び適用に際しての指針になることを重視すると、このようなブラックリストの内容から、逆に、悪質性の特に高いもののみが「不当条項」に該当すると解釈される可能性があるとも考えられるので、このような副次的な効果の有無についても留意が必要であると思われる。また、不当性の特に高いものが列挙される場合には、結果的には、当然に無効と評価されてしかるべきもののみが列挙されることになり、予測可能性の面でもあまり役に立たないということも考えられる。そこで、仮にブラックリストを作成するのであれば、その内容を確定した上で、これらの観点からの検証も必要であると思われる。

4 ブラックリストと異なり、グレーリストについては、一応不当であると評価されるものの、その契約に関するさまざまな事情、例えば当事者の属性、契約交渉の経緯、対価やその他の条項等を含めた全体のバランスなどを考慮して不当性を判断することができることから、柔軟な判断が可能であるという長所がある。そのため、不当条項リストを設けることに対する批判のうち、硬直的な運用を招くという批判は、必ずしも妥当しないと考えられる。

他方で、リストを設けることには不当条項規制の適用の結果の予測可能性を高めるといった目的があったところ、グレーリストを設けても、それに該当する条項が直ちに不当なものとして扱われるのではなく、条項の内容以外の要素を総合的に評価して不当性の有無を判断することになるから、グレーリストを設けることによって予測可能性が高まる程度は限定的であるとも考えられる。

また、グレーリストは、硬直した運用をもたらすおそれがあるとの批判に応じて柔軟な判断を可能にしようとするものであるが、現実には、グレーリストを設けても予測可能性が必ずしも高まらないことともあいまって、当事者は、使用した条項が無効とされるリスクを回避するため、グレーリストに掲載された契約条項をできるだけ契約に用いないことになるおそれがあるとの指摘がある。そうすると、規定

上はグレーリストにとどめたとしても実務的にはブラックリストとして機能することになり、本来規制されるべきでない条項が契約実務において用いられないこととなるおそれがある。

グレーリストについては、このように、どのような条項をそこに掲載するかという問題もさることながら、それ以前に、グレーなもの（一応不当と評価されるにとどまり、その評価を覆す可能性があるもの）を条文上明示するという手法そのものの効果や弊害について検討する必要があるが、どのように考えるか。

〔ドイツ民法〕

第305条 約款の契約への組み入れ

- (1) 約款とは多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化されたすべての契約条項であって、一方の契約当事者（約款使用者）が他方の契約当事者に対して契約締結の際に設定したものをいう。その規定が外観上区別された契約の構成部分となっており、または、契約証書に記載されている場合も同様とし、その規定の範囲、書式、契約の方式は問わない。契約条項につき契約当事者間で個別に交渉がなされたものは、約款ではない。
- (2) 約款は、次の各号に定める要件をすべて満たし、かつ、他方当事者が約款の適用につき了解した場合に限り、契約に組み入れられるものとする。
  1. 約款使用者が、他方の契約当事者に対して約款を明示的に提示し、または、契約締結の形態故に明示的な提示が不相当に困難を伴う場合には契約締結の場所に約款を明確に認識可能な状態に置くこと
  2. 約款使用者が、他方の契約当事者に対して、約款の内容を認識する機会を、約款使用者に認識できる同人の身体的障害も考慮したうえで期待可能な形で与えたこと
- (3) 契約当事者は、本条第2項の定める要件に鑑みて、特定の種類の法律行為のための約款の適用につき、あらかじめ合意をすることができる。

第305a条 特別な場合における契約の組み入れ

次に掲げる各号のいずれかに該当する場合において、契約相手方が約款の効力を了解したときは、第305条第2項第1号および第2号所定の要件を満たさなくとも、約款は契約に組み入れられる。

1. 権限ある交通当局が認可した料金表または国際条約に基づいて告示された料金表、運送契約のための定期交通に関する鉄道の施行規則、旅客運送法に準拠して認可された市街電車、トロリーバスおよび自動車の運送規定
2. テレコミュニケーションおよび郵便のために監督官庁の官報において公表され、かつ、約款使用者の営業所に用意された約款であって、次に掲げるいずれかに関するもの
  - a 営業所以外の場所にある郵便ポストに郵便物を投函することにより締結される郵送契約
  - b テレコミュニケーション、情報その他のサービス提供に関する契約であって、直接、隔地的コミュニケーション手段の使用によりもたらされ、かつ、当該テレコミュニケーションサービスが1度に履行される場合であって、契約締結前に契約相手方に対して約款を入手可能にすることが極めて困難であるとき

第305c条 不意打ち条項および多義的な条項

- (1) 約款中の条項であって、諸事情とりわけ契約の外形に照らして、約款使用者の

相手方が予期する必要がないほどに異例なものは、契約の構成部分とならない。  
(2) 約款の解釈に疑義があるときは、約款使用者に不利に解釈しなければならない。

### 第307条 内容規制

- (1) 約款中の条項は、当該条項が信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手方を不相当に不利益に取り扱うときは、無効とする。不相当な不利益は、条項が明確でなく、または平易でないことから生ずる。
- (2) ある条項が次の各号のいずれかに該当する場合であつて、疑いがあるときは、不相当に不利益な取扱いがあると推定する。
  1. その内容が法規定と相違し、当該法規定の重要な基本思想と抵触をきたすとき
  2. 契約の性質から生ずる重要な権利または義務を制限し、契約目的の達成を危殆化するとき。
- (3) 本条第1項および第2項、ならびに第308条および第309条は、約款の規定であつて、法規定と相違し、または法規定を補充する規律が合意されているもの限り、適用される。その他の規定についても、本条第1項第1文との関連において本条第1項第2文により無効となし得る。

### 第308条 評価の余地を伴う禁止条項

約款における条項で、とりわけ、次のようなものは無効とする。

#### 1. (承諾期間および給付期間)

約款使用者が申込みの承諾もしくは拒絶、または給付の提供について、不当に長期もしくは十分に確定されない期間を留保する条項。ただし、ドイツ民法335条1項、同2項および同法356条に基づく撤回期間または返品期間の経過を待たうえで給付すべきとする留保については、この限りではない。

#### 2. (猶予期間)

約款使用者が、自己により実現されるべき給付につき、法規定に反して不当に長期または十分に確定されない猶予期間を留保する条項

#### 3. (解除権の留保)

実質的に正当でなく、かつ、契約上の根拠がないにもかかわらず、約款使用者が自己の給付義務から解放される権利を認める旨の合意。ただし、継続的債務関係については、この限りではない。

#### 4. (変更権の留保)

約束された給付を変更し、または、これと異なる給付をなす権利を約款使用者に認める旨の合意。ただし、給付の変更や異なる給付をなす合意が、約款使用者の利益状況に照らし、契約の相手方に期待し得るものであるときはこの限りではない。

#### 5. (表示の擬制)

一定の行為をなすこと、またはなさないことにより、約款使用者の契約相手方が表示をなし、またはなさなかつたものとみなす条項。ただし、次の事項をすべて満たす場合はこの限りではない。

- a) 明示の表示をなすために相当の期間が契約相手方に与えられていること
  - b) 約款使用者が、その期間の開始の際、所定の行為に付与される意味について契約相手方に対して特に明示する義務を負うこと
- 本号の定めは、ドイツ建設法の契約約款B部には適用しない。

6. (到達の擬制)

特段の意義を有する約款使用者の表示が、契約相手方に到達したものとみなす条項

7. (契約の清算)

契約の一方当事者が契約を解除または告知する場合、約款使用者が次に掲げるいずれかの請求をできる旨を定める条項

- a) 物もしくは権利の使用もしくは収益、または提供された給付に対して、不相当に高額な対価を請求できること
- b) 不相当に高額な費用の償還を請求できること

8. (給付処分の不能)

本条3号により、給付処分が不能であるために約款使用者が契約の履行義務から解放されることが認められる場合、約款使用者は次に定める義務のいずれも負わないこと

- a) 契約相手方に対して遅滞なく処分不能につき通知すること
- b) 契約相手方の反対給付を遅滞なく返還すること

第309条 評価の余地のない禁止条項

法規定と異なる合意が許容される場合においても、約款における次のような条項は無効とする。

1. (短期間での価格引き上げ)

契約締結後4ヶ月以内に引渡しまたは提供がなされるべき商品または役務について、対価の引き上げを予定する条項。ただし、継続的債務関係の枠組において引渡しまたは提供がなされるべき商品または役務については、この限りではない。

2. (同時履行の抗弁権)

次のいずれかの内容を含む条項

- a) ドイツ民法320条により約款使用者の契約相手方に成立する同時履行の抗弁権を排除または制限すること
- b) 約款使用者の契約相手方に成立する留置権が、同一の契約関係に基づくものである限りにおいて、これを排除し、または、とりわけ約款使用者による瑕疵の承認を要件とすることにより制限すること

3. (相殺の禁止)

約款使用者の契約相手方から、争いのない債権、または既判力によって確定された債権によって相殺する権限を奪う条項

4. (催告、猶予期間の設定)

他方の契約当事者に催告し、または給付もしくは追完のための猶予期間を設

定すべき旨の約款使用者の法律上の責務を免除する条項

5. (損害賠償請求権の包括的予定)

約款使用者の損害賠償請求権または減価償還を包括的に請求する合意であつて、次のいずれかの内容を定める条項

- a) 包括的予定額が、約款による規制の及ぶ場合において、事物の通常の経過に従つて予期されるべき損害、または通常生ずべき減価を超える場合
- b) 明示的ではないが、損害もしくは減価が全く生じていなかった、または包括的予定額を著しく下回ることを証明する機会が、他方の契約当事者に与えられていない場合

6. (違約罰)

給付の不受領もしくは受領遅滞、または他方の契約当事者が契約を解消する場合について、約款使用者に対して違約罰を支払う旨を約する条項

7. (生命、身体、健康の侵害があつたとき、および重大な過失があつたときについての免責)

a) (生命、身体、健康の侵害)

約款使用者の過失、または約款使用者の法定代理人もしくは履行補助者の故意または重大な過失によって生命、身体、健康を侵害したことにより生じた損害に対する責任を排除し、または制限すること。

b) (重大な過失)

その他の損害に対する責任について、約款使用者の重大な過失または約款使用者の法定代理人もしくは履行補助者の故意または重大な過失によって負うべき責任を排除し、または制限すること。

- a)およびb)の規定は、旅客運送法によって認可された、市街電車、トロリーバス、および定期交通である自動車の運送約款ならびに料金表における責任制限には適用しない。ただし、その内容が、1970年2月27日付けの路面電車、トロリーバスおよび自動車による定期路線交通のための普通運送約款よりも旅客に不利益にならない場合に限る。b)の規定は、国の認可を受けた宝くじ契約または富くじ契約には適用しない。

8. (義務違反におけるその他の免責)

a) (契約を解消する権利の排除)

約款使用者の責に帰すべき事由があり、売買の目的物または仕事の瑕疵以外の義務違反があつた場合において、他方の契約当事者の契約を解消する権利を排除し、または制限する条項。ただし、本条7号に定める運送約款、料金表については、同号所定の要件を満たす限りで、この限りではない。

b) (瑕疵)

新たに製造される物の引渡しおよび請負給付に関する契約において、以下の各号に定めるいずれかに該当することを定める条項

aa) (排除および第三者への問責)

瑕疵を原因とする約款使用者に対する請求権の全部またはその一部を排

除し、または、第三者に対する請求しか認めない、もしくは、事前に第三者に対する裁判上の請求をなすことを条件とすること

bb) (追完への限定)

約款使用者に対する請求権の全部またはその一部について、追完請求権に限定すること。ただし、追完が不首尾に終わった場合に対価の減額請求権、または建築工事給付が瑕疵担保の目的でないときに、他方の契約当事者の選択に従い解除を選択する権利が明示的に留保されている場合はこの限りではない。

cc) (追完費用)

約款使用者が負うべき追完に必要な費用、とりわけ運送費、交通費、労賃、材料費を負担する義務を排除し、または制限すること

dd) (追完の留保)

約款使用者が追完をなすにあたり、対価の全額前払い、または、瑕疵に鑑み不均衡に高額な対価を条件とすること

ee) (瑕疵通知の除斥期間)

約款使用者が他方の契約当事者に対して明白でない瑕疵の通期について除斥期間を設定し、当該期間が ff)の規定により許容される期間よりも短いこと

ff) (時効消滅の容易化)

ドイツ民法 438 条 1 項 2 号および 634a 条 1 項 2 号の適用を受ける場合において、瑕疵を原因とする約款使用者に対する請求権の時効消滅を容易にし、または、その他の場合につき、法律上の消滅時効期間の起算点から 1 年よりも短い消滅時効期間で時効が完成するとすること。ただし、ドイツ建設法の契約約款 B 部が総体として組み入れられている契約については、この限りではない。

9. (継続的債務関係における契約期間)

約款使用者により商品の定期的な供給、労務給付もしくは請負給付の定期的な提供を目的とする契約関係において、以下の各号のいずれかを定める条項

a) 他方の契約当事者を 2 年以上にわたって拘束する契約期間

b) 他方の契約当事者を 1 年以上にわたって拘束することになる契約関係の黙示の更新

c) 他方の契約当事者の不利益において、当初または契約期間または黙示に更新された契約期間の満了に先立ち、3 か月を超える期間の解約告知期間を定めること

ただし、一体をなしたものとして売却された物の引渡しに関する契約、保険契約、および、著作権法上の権利および請求権を有する者と、著作権およびそれに隣接する保護権に関する法律にいう著作権利用会社との間で締結された契約については、この限りではない。

10. (契約当事者の交替)



売買契約、雇用契約または請負契約において、第三者が約款使用者に代わり契約上の権利および義務を承継し、または承継し得るとする条項。ただし、条項のなかで次の定めがあるときはこの限りではない。

- a) 第三者が特に指定されていること
- b) 他方の契約当事者に対して、契約解除権が与えられていること

#### 1 1. (締約代理人の責任)

約款使用者が、他方の契約当事者との間で契約を締結する代理人に関して、以下の各号に定めるいずれかに該当する事項を定める条項

- a) 明示的かつ特別な説明なしに、代理人固有の責任または費用償還保証を課すこと。
- b) 無権代理の場合に、ドイツ民法 179 条が規定する内容を超える責任を課すこと。

#### 1 2. (立証責任)

約款使用者によって立証責任を他方の契約当事者に不利に変更する条項。とりわけ、以下の各号に定めるもののいずれかに該当するもの。

- a) 約款使用者の責任領域内にある事情についての立証責任を負わせること
  - b) 他方の契約当事者に特定の事実を証明させること
- b)の規定は、特別に署名され、または特別に認証された電子署名を付された受領確認証には適用しない。

#### 1 3. (通知および表示の方式)

約款使用者または第三者に対して行われる通知または表示について、書面方式よりも厳格な方式または特別の到達の要件を課す条項

### 第 3 1 0 条 適用範囲

- (1) 第 305 条第 2 項、同条第 3 項、第 308 条および第 309 条は、事業者、公法人または公法上の特別財産に対して用いられる約款には適用がない。本項第 1 文所定の約款について、第 308 条および第 309 条に掲げられた契約条項に該当するために無効となるときは、その限りにおいて、第 307 条第 1 項および第 2 項が適用される。商取引において通用している慣行および慣習は、適切に考慮されなければならない。
- (2) 事業者と消費者の間の契約(消費者契約)においては、本章の規定は次の各号を基準として適用する。
  - 1 約款は、事業者により設定されたものとみなす。ただし、当該約款が消費者により契約の中に組み入れられたときは、この限りではない。
  - 2 第 305c 条第 2 項、第 306 条および第 307 条ないし第 309 条ならびに民法施行法第 29a 条は、あらかじめ作成された契約条項が 1 回限りの使用を予定している場合であっても、消費者があらかじめ作成された契約条項の内容に影響を及ぼすことができなかつた限りにおいて、当該契約条項に対しても適用する。
3. 第 307 条第 1 項および第 2 項に定める不相当な不利益を評価するにあたっては、当該契約締結の際の諸事情をも考慮する。

(4) 本章の規定は、相続法、家族法および会社法の領域における契約、ならびに、労働協約、事務所協定および公務協定には適用されない。労働契約への適用にあたっては、労働法上認められる特殊性を適切に考慮しなければならない。第 305 条第 2 項および第 3 項は適用しない。労働協約、事務所協定および公務協定は、第 307 条第 3 項にいう法規定と同一の意味を持つ。

#### 第 3 2 8 条 第三者のためにする契約

- (1) 契約は、第三者が給付請求権を直接に取得する効果を伴って第三者への給付を目的とすることができる。
- (2) 特別の定めのない限り、第三者が権利を取得し得るか否か、第三者の権利が当然に生ずるか否か、契約当事者が第三者の同意なくその権利を消滅させもしくは変更し得るか否かは、諸般の事情、とりわけ、契約の目的にしたがって決定される。

#### 第 3 2 9 条 履行引受けにおける解釈準則

契約において一方当事者が債務を引き受けることなく相手方の債権者を満足させる義務を負う場合において、疑わしいときは、債権者は自己を満足させる請求権を直接取得しないものとする。

#### 第 3 3 0 条 生命保険契約または終身定期金契約における解釈準則

生命保険契約または終身定期金契約において第三者に対する保険金または終身定期金の支払いを約した場合、疑わしいときは、第三者は給付を請求する権利を直接に取得するものとする。無償の出捐がなされた場合において受贈者が第三者に対する給付を負担したとき、または、財産引受けもしくは土地引受けの場合において引受人が補償のために第三者に対する給付を約束したときも、同様とする。

#### 第 3 3 1 条 死亡後の給付

- (1) 第三者に対する給付が、約束をされた者の死亡後になされるべき場合、疑わしいときは、第三者は、約束の受領者の死亡と同時に給付を請求する権利を取得する。
- (2) 約束の受領者が第三者の出生前に死亡した場合、第三者に対する給付の約束は、その権限を留保していたときに限り、廃棄または変更することができる。

#### 第 3 3 2 条 留保がある場合の死因処分による変更

約束の受領者が約束者の同意がなくとも契約上定められた第三者に代えて他の者を指定する権限を留保していた場合、疑わしいときは、当該指令は死因処分によってもおこなうことができる。

#### 第 3 3 3 条 第三者による権利の拒絶

第三者が契約から取得した権利を約束した者に対して拒絶したときは、その権利は取得されなかったものとみなす。

#### 第 3 3 4 条 債務者の第三者に対する抗弁

諾約者は、契約から生ずる抗弁を、受益者に対しても対抗することができる。

#### 第 3 3 5 条 要約者の請求権

要約者は、第三者が独立に権利を行使できるときもなお、第三者に対する履行

を請求することができる。ただし、契約当事者による別段の意思表示が認められる場合はこの限りではない。

## 〔オランダ民法〕

### 第6編第231条

本節においては、次に掲げる語は、以下のように解するものとする。

- a. 約款とは、多数の契約において用いられることを目的とした、一つまたは多数の書面による条項をいう。ただし、明確かつ分かりやすい言葉で表現されている限り、給付の核心について定める条項は除かれる。
- b. 使用者とは、契約において約款を用いる者をいう。
- c. 相手方とは、書面への署名またはその他の方法により、約款の適用を承諾した者をいう。

### 第6編第232条

相手方は、相手方が約款の内容を知らないことを契約締結に際して使用者が知りまたは知るべきであったときでも、約款に拘束される。

### 第6編第233条

約款中の条項は、以下のいずれかの場合には、無効とされ得る。

- a. その条項が、契約の種類およびその他の内容、約款が作成された方法、相互に認識し得る当事者の利益、ならびにその他の事態の状況を考慮して、相手方にとって不相当に不利益となるとき。
- b. 約款使用者が、相手方に対して、約款を了知する合理的な機会を与えなかったとき。

### 第6編第234条

(1) 使用者は、以下のいずれかの場合には、第233条第b号において定められた機会を与えたものとする。

- a. 使用者が、相手方に対し、契約締結の前または契約締結時に約款を交付したとき。
- b. 以上が合理的に可能ではないときは、使用者が約款の閲覧を可能にし、または、約款を使用者によって指定された商工会議所または裁判所の文書課に保管されていること、および、求めに応じて相手方に送付されべきことを、契約締結前に使用者が相手方に対して知らせたとき。
- c. 契約が電子的方法で締結された場合において、相手方が後に約款を精査できるように相手方が約款を保存することを可能にすることによって、契約締結の前または契約締結時に約款が相手方に利用可能とされていたとき、または、以上が合理的に可能でないときは、約款の条項を電子的方法で調べることができ、また求めに応じて約款が電子的またはその他の方法で送付されることを、契約の締結に先立って相手方が知らされたとき。

(2) 約款が契約締結の前または契約締結時に相手方に交付されなかった場合において、使用者が求めに応じて遅滞なく自らの費用で相手方に約款を送らないときは、

その条項は無効となり得る。

- (3) 約款の送付義務に関する第1項第b号および第2項は、約款を送付することが使用者に対し合理的に要求され得ない限り、適用されない。

#### 第6編第235条

- (1) 以下の者は、第233条および第234条において定められた無効原因を主張することができない。

- a. 契約締結時にその直近の年次決算を公表している第2編第360条所定の法人、またはその時点において直近に第2編第403条第1項が適用された法人。
- b. 第a号の規定が適用されない当事者で、同号に定める時点において50人以上の者がそこで働いている場合、または、その時点で1996年商業登記法に基づく記載によって50人以上の者がそこで働いていることが示されている場合における当事者。

- (2) 約款がその代理人によって使われていた当事者は、相手方が同一の約款またはほとんど同一の約款が適用される契約を複数回締結していたときは、第233条第a号の定める無効原因を主張することができる。

- (3) 契約において同一の約款またはほとんど同一の約款を複数回使用している当事者は、第233条および第234条の定める無効原因を主張することができない。

- (4) 第3編第52条第1項第d号所定の期間は、条項が主張された日の翌日の初めをもって開始する。

#### 第6編236条

職業または事業の活動外で行為する自然人である相手方と約款使用者との間の契約においては、約款中の以下の各号に定める条項は、不相当に不利益なものと見なされる。

- a. 約款使用者によって約された給付を求める権利を相手方から全部かつ無条件に排除する条項
- b. 相手方の第5章第5節所定の契約解除権を排除または制限する条項
- c. 法律によって相手方が有すべき履行停止権を排除もしくは制限し、または法律によって約款使用者が有するものよりも広範な履行停止権を約款使用者に与える条項
- d. 約款使用者が一つもしくはいくつかの義務の履行をしなかったかどうかの判断を約款使用者自身に委ね、または、そのような不履行に基づいて法律によって相手方に認められる権利の行使を、相手方がまず第三者に対して裁判上の請求をしなければならないという条件にかからしめる条項
- e. いつでも契約を解除する権利を相手方が有しているとき、約款使用者が相手方に対して第三者による履行について責任を負っているとき、または義務およびそれと引き換えに約された権利が属する事業の譲渡に関連して義務の引受けが行われるときを除き、契約上の義務を第2章第3節所定の方法で約款使用者が第三者に引き受けさせることについて、相手方が約款使用者に事前に同意を与える条項

- f. 契約により約款使用者に生じる権利を第三者に譲渡する場合において、法律によりその第三者に対して主張し得べき権利または抗弁を排除または制限する条項
- g. 相手方がその期間内に権利を行使しなければならない法律上の時効期間または除斥期間を1年未満に短縮する条項
- h. 契約の履行に際し、約款使用者によりまたは約款使用者が責任を負う人もしくは物によって第三者に損害が生じた場合において、相手方が第三者の損害を賠償し、または法律によって相手方に義務付けられるものよりも多くの部分を約款使用者との関係で引き受ける条項
- i. 約款使用者によって約された価格を契約締結後3か月以内に増額する権利を約款使用者に与える条項。ただし、この場合において契約を解除する権利を相手方が有するときは、この限りでない。
- j. 電気を含む物の定期的供給または役務の定期的履行に関する契約において、1年以上の期間の黙示の延長または更新を認める条項
- k. 相手方の証明する権利を排除または制限する条項、または、相手方に義務付けられた給付の適切さに関する相手方の意思表示を含むことにより、もしくは約款使用者の義務違反が約款使用者に帰せしめられ得ることについての証明責任を相手方に負わせることにより、法律による証明責任の分配を相手方の不利益に変更する条項
- l. 相手方の不利益に第3編第37条と異なる規律を定める条項。ただし、相手方によって行われるべき表示の方式と関係するとき、または約款使用者に新しい住所が通知されるまでは相手方から約款使用者に伝えられた住所が引き続きそのままであると見なし得る旨定めるときは、この限りでない。
- m. 契約締結時に実際の住所をオランダの地方自治体に有する相手方が、知られた実際の住所をその地方自治体に将来有さない場合ではないのに、ある住所を選択する条項。ただし、契約が登記される物に関係し、かつ公証人の住所が選択されるときは、この限りでない。
- n. 法律により管轄を有する裁判官または一人もしくは何人かの仲裁人以外の者による紛争解決を定める条項。ただし、法律によって管轄を与えられる裁判官による紛争解決を選択するために、約款使用者が相手方に対し書面によって条項を援用してから少なくとも1か月の期間を相手方に与えるときは、この限りでない。

#### 第6編237条

職業または事業の活動外で行為する自然人である相手方と約款使用者との間の契約においては、約款中の以下の各号に定める条項は、不相当に不利益なものと推定される。

- a. 相手方の申込みまたはその他の意思表示に応答するために、異常に長期のまたは十分に明確ではない期間を認める条項
- b. その契約に関する法律上の規定をも考慮して、その条項がなければ相手方が

合理的に期待し得ることに比して、約款使用者の義務の内容を本質的に制限する条項

- c. 約された給付とは本質的に異なる給付を行う権利を約款使用者に与える条項。ただし、この場合において契約を解除する権利を相手方が有するときは、この限りでない。
- d. 契約上の拘束が約款使用者に対してもはや求められ得ないような契約所定の事由以外の理由に基づいて、約款使用者を契約上の拘束から解放しまたは約款使用者にその拘束から解放される権利を与える条項
- e. 履行に関し、異常に長期のまたは十分に明確ではない期間を約款使用者に認める条項
- f. 約款使用者および第三者に対し、法律上の損害賠償義務の全部または一部を免れさせる条項
- g. 相手方に法律上認められるべき相殺権を排除もしくは制限し、または約款使用者に対し法律が認めるよりも広範な相殺権を約款使用者に認める条項
- h. 不作為を含め、相手方の一定の行為に関し、制裁として相手方に認められる請求権または一定の抗弁を主張する権利の消滅について定める条項。ただし、その行為がその請求権または抗弁の消滅を正当化するときは、この限りでない。
- i. 相手方がその義務の履行に際して違反をしたという事実以外の理由に基づいて契約が終了した場合において、相手方に金銭の支払を義務付ける条項。ただし、それが約款使用者の被った損害または約款使用者の失った利益に関する合理的な賠償に該当するときは、この限りでない。
- j. 相手方に対し約款使用者または第三者との契約の締結を義務付ける条項。ただし、その契約と本条所定の契約の関係を考慮して、それが相手方に合理的に要求され得るときは、この限りでない。
- k. 第236条j号所定の契約に関して1年を超える期間を定める条項。ただし、1年の経過後に相手方がいつでも契約を解約告知できる権利を有するときは、この限りでない。
- l. 3か月を超える解約告知期間または約款使用者が契約の解約告知をなし得る告知期間よりも長期の解約告知期間に相手方を拘束する条項
- m. 相手方によってなされた表示の有効性に関して私署証書よりも厳格な方式を要求する条項
- n. 相手方によって与えられた代理権を撤回不可能にし、または相手方の死亡もしくは後見開始によって終了しない旨定める条項。ただし、代理権が登記される物の給付に関するものであるときは、この限りでない。

#### 第6編238条

- (1) 第236条および第237条所定の契約においては、相手方に対して以下のことを援用することができない。
  - a. 契約が第三者の名において締結されたという事実。その内容に関する条項が約款に含まれているという事実のみにその抗弁に基づいている場合に限る。

b. 約款が約款使用者の代理人の権限に対する制限を含んでいるという事実。その制限が、その条項がなければ相手方がそのことを予期し得ないほどに異常である場合に限る。ただし、相手方がそのことを知っているときはこの限りでない。

(2) 第236条および第237条所定の契約における条項は、明確かつ理解可能な言葉で記載されなければならない。条項の意味に疑義があるときは、相手方の有利に解釈するものとする。

#### 第6編第253条

(1) 当事者の一方から給付を求める権利または当事者のいずれかに対して別の方法で契約を援用する権利を第三者のために生ぜしめる契約は、契約がその効果に関する約定を含みかつ第三者がこの約定について承諾をしたときに、その権利を生じる。

(2) 承諾がなされるまで、その約定を申し入れた者は、その約定を撤回することができる。

(3) その約定に関する承諾または撤回は、関係するその他の当事者のうちのいずれかに対する表示によって行う。

(4) その約定が撤回不可能でかつ第三者に対して無償で行われたものであるときは、第三者がそれについて知っていて、かつ遅滞なくそれを拒絶しなかった場合には、承諾されたものと見なす。

#### 第6編第254条

(1) 第三者がその約定について承諾した後は、第三者はその契約の当事者と見なされる。

(2) 第三者は、その約定の目的と一致するときは、承諾する以前の期間にわたる権利についても、その約定から取得することができる。

#### 第6編第255条

(1) 第三者のためにする約定がその第三者に関して効力を生じないときは、その約定を申し入れた者は、自らまたは他の第三者を受益者として指定することができる。

(2) 給付を約した者が約定を申し入れた者に対しその指定のための合理的な期間を与え、かつその者がその期間内に指定を行わなかったときは、約定を申し入れた者は自らを受益者として指定したものと見なされる。

#### 第6編第256条

第三者のためにする約定を申し入れた当事者は、第三者がそれについて異議を述べない限り、第三者のためにその履行を求めることができる。

### 〔ケベック民法〕

#### 第1444条

① 契約において、第三者のために約定をすることができる。

② この約定は、受益者に、諾約者に対して約束した債務の履行を直接に請求する

権利を与える。

#### 第1445条

第三者たる受益者は、約定の時点において定められるまたは存在する必要はない。その時点で受益者が決定可能であり、諾約者がその者のために債務を履行しなければならぬ時点において、受益者が存在していれば足りる。

#### 第1446条

約定は、第三者たる受益者が、約定を承諾する意思を要約者または諾約者に知らせない限り、撤回可能である。

#### 第1447条

- ① 要約者のみが、約定を撤回することができる。その者の相続人も、その者の債権者も撤回することはできない。
- ② ただし、諾約者が約定を維持することについて利益を有する場合には、要約者は諾約者の同意なしには撤回することができない。

#### 第1448条

- ① 約定の撤回は、撤回が遺言によってなされたのでない限り、それが諾約者に知らされたときから、効力を生ずる。遺言によってなされた場合、相続の開始の時からその効力を生ずる。
- ② 撤回は、新たな受益者の指名がない場合、撤回は要約者またはその者の相続人に利益をもたらす。

#### 第1449条

第三者たる受益者はおよびその相続人は、たとえ要約者または諾約者が死亡した後であっても、有効にその約定を承諾することができる。

#### 第1450条

諾約者は、第三者たる受益者に、その者が要約者に対して主張できる事由を対抗することができる。

### 〔韓国約款規制法〕

#### 第6条（一般原則）

- ① 信義誠実の原則に反し、公正を失した約款条項は無効である。
- ② 約款において次の各号の一に該当する内容を定めている場合においては、当該約款条項は公正を失したものと推定される。
  - 1 顧客に対して不当に不利な条項
  - 2 契約の取引形態など、諸事情に照らし、顧客が予想し難い条項
  - 3 契約の目的を達成できないほど、契約上の本質的権利を制限する条項

#### 第7条（免責条項の禁止）

契約当事者の責任について定めている契約の内容中、次の各号の一に該当する内容を定めている条項は、これを無効とする。

- 1 事業者、履行補助者、若しくは被用者の故意又は重大な過失による、法律上の責任を排除する条項



- 2 相当な理由なしに事業者の損害賠償の範囲を制限し、または事業者の負担すべき危険を顧客に移転させる条項
- 3 相当な理由なしに事業者の担保責任による顧客の権利行使の要件を加重する条項、または契約目的物につき、見本が提示されるかまたは品質・性能などに関する標示がある場合、その保証された内容に対する責任を排除または制限する条項

#### 第8条（損害賠償額の予定）

顧客に対し不当に過重な遅延損害金などの損害賠償義務を負担させる約款条項は、これを無効とする。

#### 第9条（契約の解除・解約）

契約の解除・解約につき定めている約款の内容中、次の各号の一に該当する内容を定めている条項は、これを無効とする。

- 1 法律の規定による顧客の解除権または解約告知権を排除し、またはその行使を制限する条項
- 2 事業者のために法律において規定していない解除権・解約告知権を与え、または法律の規定による解除権・解約告知権の行使要件を緩和し、顧客に対し、不当に不利益を与える恐れのある条項
- 3 契約の解除・解約による事業者の原状回復義務を相当な理由なしに過重に負担させ、または原状回復請求権を不当に放棄させるようにする条項
- 4 契約の解除・解約による事業者の原状回復義務または損害賠償義務を不当に軽減する条項
- 5 継続的な債権関係の発生を目的とする契約において、その存続期間を不当に短期または長期にし、あるいは黙示の期間延長または更新が可能であるように定め、顧客に不当に利益を与える恐れのある条項

#### 第10条（債務の履行）

債務の履行について定めている約款の内容中、次の各号の一に該当する内容を定めている条項は、これを無効とする。

- 1 相当な理由なしに給付の内容を事業者が一方的に決定し、または変更できるような権限を与える条項
- 2 相当な理由なしに事業者が履行すべき給付を一方的に中止できるようにし、または第三者に代行させることができるようにする条項

#### 第11条（顧客の権益保護）

顧客の権益について定めている約款の内容中、次の各号の一に該当する内容を定めている条項は、これを無効とする。

- 1 法律の規定による顧客の抗弁権、担保権などの権利を相当な理由なしに排除または制限する条項
- 2 顧客に与えられた期限の利益を相当な理由なしに剥奪する条項
- 3 顧客が第三者と契約を締結することを不当に制限する条項
- 4 事業者が業務上知るようになった顧客の秘密を、相当な理由なしに漏洩する

ことを許す条項

#### 第12条（意思表示の擬制）

意思表示について定めている約款の内容中、次の各号の一に該当する内容を定めている条項は、これを無効とする。

- 1 一定の作為又は不作為があるとき、顧客の意思表示が表明されなかったものとみなす条項。但し、顧客に相当な期間内に意思表示をしなければ、意思表示が表明され、または表明されなかったとみなすという旨を明確に、別途告知した場合、あるいは、やむを得ない事由により、そのような告知をすることができない場合においては、この限りではない。
- 2 顧客の意思表示の形式または要件に対し、不当に厳格な制限を加える条項
- 3 顧客の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示が相当な理由なしに顧客に到達したものとみなす条項
- 4 顧客の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示に、不当に長期の期限または不確実な期限を定める条項

#### 第13条（代理人の責任加重）

顧客の代理人により契約が締結された場合において、顧客がその義務を履行しないときは、代理人にその業務の全部又は一部を履行する責任を負わせる内容の約款条項は、これを無効とする。

#### 第14条（訴えの提起の禁止など）

顧客に対して不当に不利な訴えの提起の禁止条項または裁判管轄の合意条項、あるいは相当な理由なしに顧客に立証責任を負担させる約款条項は、これを無効とする。

### 〔イギリス不公正契約条項法〕

#### 第2条（過失責任）

- (1) 何人も、契約条項又は一般公衆もしくは特定人に対してなされた通知を援用して、過失から生ずる死亡又は人身損害に対する自己の責任を免除又は制限することはできない。
- (2) 前項以外の他の損失又は損害の場合については、何人も、契約条項又は通知が合理性の要件を満たす場合を除いて、過失に対する自己の責任を前項と同様にして免除又は制限することはできない。
- (3) 契約条項又は通知が過失に対する責任を免除又は制限する趣旨である場合に、ある人がそれに同意を与え、又はそれを知っているからといって、その者が自発的にすべての危険を引き受けたことを示しているものと解してはならない。

#### 第3条（契約において生ずる責任）

- (1) 本条は、契約当事者の一方が消費者として、又は相手方の標準取引約款に基づいて取引をする場合に適用される。
- (2) 前項の場合の当事者の一方に対して、相手方は契約条項を援用して次のことをすることができない。

- (a) 自己が契約違反の場合に、違反に対する自己の責任を免除又は制限すること、又は
- (b) 次の権利があると主張すること。
  - (i) 合理的に期待されたものとは実質的に異なった契約履行をする権利
  - (ii) 自身の契約履行の全部又は一部について、まったく履行しない権利ただし、(本項の上記のいずれの場合においても)契約条項が合理性の要件を満たすときは、このかぎりでない。

## 〔フランス民法〕

### 第1119条

一般に、自己のためでなければ、自己の名で債務を負うことも、負わせることもできない。

### 第1120条

ただし、第三者の行為を約束することによって、その者に代わって請け合うことができる。ただし、その第三者が約務を引き受けることを拒否する場合には、請け合った者または追認させることを約束した者による保証を妨げない。

### 第1121条

それが、自己のために行う約定または他の者に対して行う贈与の条件であるときは、同様に第三者のために約定することができる。この約定を行った者は、第三者がその利益を受けようとする旨を申述した場合には、それを撤回することができない。

## 〔フランス民法改正草案（カタラ草案）〕

### 第1102-5条

- (1) 附合契約は、条件が、討議を経ずに他方当事者があらかじめ一方的に定めた通りに当事者の一方によって承諾される契約である。
- (2) ただし、そのような契約は、交渉に基づく個別的な条件をそれに付加することができる。

### 第1122-2条

しかしながら、当事者の一方を犠牲にして著しい不均衡を契約に生じさせるような条項は、特に消費者という性質によって特別な規定によって法律上保護が与えられているような場合、または、条項が〔当事者間の〕交渉を経ていない場合には、その者の請求により改訂または削除されうる。

### 第1171条

要約者と称される契約当事者の一人は、他方の当事者、すなわち諾約者に、受益者である第三者のために給付を実行することを約束させることができる。ただし、第三者は、それが将来の人であっても、正確に指名され、または約束の履行の時点で決定されうるものでなければならず、かつ、約束の履行の時点で受領能力を有していなければならない。

#### 第1171-1条

- ① 第三者が、その者のためになされた約定の利益を承諾しない限り、約定は、要約者により自由に撤回することができる。
- ② 承諾が撤回前になされた場合、承諾は、要約者または諾約者がそれを知った時から、約定を撤回不能にする。
- ③ 受益者は、その時から諾約者に対して義務の履行を直接に請求する権利を与えられ、その設定行為の時からその権利を有していたとみなされる。

#### 第1171-2条

- ① 撤回は、要約者、またはその者の死亡後はその者の相続人からしかすることができない。相続人は、受益者を承諾につき遅滞に付した日から3カ月の期間を経過した後からしか、撤回をすることができない。
- ② 撤回は、受益者たる第三者または諾約者がそのことを知った時から効力を生ずる。撤回が遺言によりなされたとき、撤回は死亡時に効力を生ずる。撤回が、新たな受益者の指名を伴わない場合、撤回は場合によって要約者またはその者の相続人に利益をもたらす。当初指名された第三者は、その者のためになされた約定からいかなる利益も享受しなかったものとみなされる。

#### 第1171-3条

承諾は、受益者、またはその者の死亡後は、反対の約定のない限り、その者の相続人からすることができる。承諾は、明示または黙示にすることができる。承諾は、要約者または諾約者の死亡後であってもすることができる。

#### 第1171-4条

要約者は、諾約者にその者の義務を受益者に対して履行することを自ら請求することができる。

### 〔フランス民法改正草案（テレ草案）〕

#### 第23条

- (1) 当事者の一方は、その同意を他方当事者による約款の承諾にかからしめることができる。
- (2) ある当事者によって示された約款は、状況から他方当事者がそれを承諾したことが明らかとなるときは、他方当事者に対して効力を有する。
- (3) 当事者の一方と他方とによって示された約款の間に不一致があるときは、両立し得ない条項は効力を有しない。

#### 第67条

交渉を経ていない条項が、契約に当事者の一方を犠牲にして著しい不均衡を生じさせる場合には、その者の申し出によって改訂ないし削除されうる。

#### 第129条

同様に、第三者のために約定をすることができる。第三者が、約定の締結の時に定められていない場合は、その履行の時に定められなければならない。

#### 第130条

第三者のための約定は、その者のために約定がなされた第三者に直ちに権利を与える。第三者は、要約者と同様、義務の履行を諾約者に請求することができる。

#### 第131条

- ① この権利は、第三者が承諾することを表明しない限り、要約者による撤回が可能である。要約者の死亡後は、反対の合意がない限り、この権利は、その者の相続人が受益者を承諾につき遅滞に付した日から3カ月の期間を経過した後に、相続人による撤回が可能である。
- ② 撤回は、受益者または諾約者によるその受領の時から効力を生ずる。撤回が遺言によりなされた場合、撤回は死亡時に効力を生ずる。
- ③ 当初指名された第三者は、約定からいかなる利益も享受しなかったものとみなされる。撤回に新たな受益者の指名が伴っていなかったとき、撤回は要約者またはその者の相続人に利益をもたらす。

#### 第132条

承諾は、受益者、またはその者の死亡後は、反対の約定のない限りその者の相続人がそれを行うことができる。承諾は、明示または黙示にすることができる。承諾は、要約者または諾約者の死亡後であってもすることができる。

### 〔フランス民法改正草案（司法省草案2008年版）〕

#### 第10条2項

附合契約は、本質的な約定が討議を経ずに予め一方的に定められる契約である。

#### 第29条

申込みが約款を参照させている場合、承諾者がそれを知っており、かつ反対の意思を表明しなかった場合には、承諾は約款の承認をもたらす。

#### 第142条

同様に、要約者と称される契約当事者の一人は、他方の当事者、すなわち諾約者に、受益者である第三者のために給付を実行することを約束させることができる。ただし、第三者は、それが将来の人であっても、正確に指名され、または約束の履行の時点で決定されるものでなければならず、かつ、約束の履行の時点で受領能力を有していなければならない。

#### 第143条

- ① 第三者が、その者のためになされた約定の利益を承諾しない限り、約定は、要約者により自由に撤回することができる。
- ② 承諾が撤回前になされた場合、承諾は、要約者または諾約者がそれを知った時から約定を撤回不能にする。
- ③ 承諾により、受益者は、その設定行為の時からその権利を有していたとみなされ、諾約者に対して義務の履行を直接に請求する権利を与えられる。

#### 第144条

- ① 撤回は、要約者、またはその者の死亡後はその者の相続人からしかすることができない。相続人は、受益者を承諾につき遅滞に付した日から3カ月の期間を経

過した後からしか、撤回をすることができない。

- ② 撤回は、受益者たる第三者または諾約者がそのことを知った時から効力を生ずる。
- ③ 撤回が遺言によりなされたとき、撤回は死亡時に効力を生ずる。撤回が、新たな受益者の指名を伴わない場合、撤回は場合によって要約者またはその者の相続人に利益をもたらす。当初指名された第三者は、その者のためになされた約定からいかなる利益も享受しなかったものとみなされる。

#### 第145条

承諾は、受益者、またはその者の死亡後は、反対の約定のない限りその者の相続人がそれを行うことができる。承諾は、明示または黙示にすることができる。承諾は、要約者または諾約者の死亡後であっても行うことができる。

#### 第146条

要約者は、諾約者にその者の義務を受益者に対して履行することを自ら請求することができる。

### 〔フランス民法改正草案（司法省草案2009年版）〕

#### 第11条第2項（2008年版第10条第2項）

附合契約は、本質的な約定が討議を経ずに予め一方的に定められる契約である。

#### 第24条

申込みが約款を参照させている場合、承諾者がそれを知っており、かつ、状況から他方当事者がそれを承諾したことが明らかになるときのみ、承諾は約款の承認をもたらす。

一方当事者と他方当事者とによって示された約款の間に不一致があるときは、両立し得ない条項は効力を有しない。

#### 第79条

交渉を経ていない条項で契約当事者間の権利と債務の間に著しい不均衡を生じさせるものは、その条項によって不利益を被っている契約当事者の請求により、裁判官によって削除されうる。

#### 第110条（2008年版第142条一部修正）

- ① 他人のために約定をなすことができる。
- ② 要約者と称される契約当事者の一方は、他方の当事者、すなわち諾約者に、受益者である第三者のために給付を実行することを約束させることができる。  
ただし、第三者は、それが将来の人であるときは、正確に指名され、または約束の履行の時点で決定されうるものでなければならず、かつ、約束の履行の時点で受領能力を有していなければならない。

#### 第111条（2008年版第143条一部修正）

- ① 第三者が、その者のためになされた約定による利益を承諾しない限り、約定は、要約者により自由に撤回することができる。
- ② 承諾が撤回前になされたのであれば、承諾は、要約者または諾約者がそれを知

った時から約定を撤回不能にする。

- ③承諾により、受益者は、その設定行為の時からその権利を有していたとみなされ、諾約者に対して約務の履行を直接に請求する権利を与えられる。

第112条（2008年版第144条）

- ① 撤回は、要約者、またはその者の死亡後はその者の相続人からしかすることができない。相続人は、受益者を承諾につき遅滞に付した日から3ヶ月の期間を経過した後からしか、撤回をすることができない。

- ② 撤回は、受益者たる第三者または諾約者がそのことを知った時から効力を生ずる。

- ③ 撤回が遺言によりなされたときは、撤回は死亡時に効力を生ずる。撤回が、新たな受益者の指名を伴わない場合、撤回は場合によって要約者またはその者の相続人に利益をもたらす。当初指名された第三者は、その者のためになされた約定からいかなる利益も享受しなかったものとみなされる。

第113条（2008年版第145条）

承諾は、受益者、またはその者の死亡後は、反対の約定のない限りその者の相続人がそれを行うことができる。承諾は、明示または黙示にすることができる。

承諾は、要約者または諾約者の死亡後であっても行うことができる。

第114条（2008年版第146条）

要約者は、諾約者にその者の約務を受益者に対して履行することを自ら請求することができる。

## 〔フランス消費法典〕

L. 132-1 条

- ① 事業者と非事業者または消費者の間の契約において、非事業者または消費者を害する形で、契約当事者の権利義務の間の判然とした不均衡を生み出すことを目的または効果とする条項は、濫用的である。

- ② L. 132-1 条によって設置される委員会の意見の後に定められたコンセイユ・データのデクレが、濫用的であると推定される条項のリストを決定する。このような条項を含む契約に関する紛争の場合、事業者は、争われている条項が濫用的な性質を持たないことの証明を提出しなければならない。

- ③ 同様の条件のもとで定められたデクレは、契約の均衡に対してもたらされる侵害の重大性を考慮に入れながら、反証の余地のない形で第1項の意味で濫用的であるとみなされなければならない条項の類型を決定する。

- ④ これらの規定は、契約の形式、媒体が何であれ、適用される。自由に交渉された条項もしくはそうでない条項、または既に作成された約款への参照を含んだ注文書、請求書、保証書、引渡明細書もしくは引渡証書、切符もしくは券についても同様である。

- ⑤ 民法典 1156 条から 1161 条、1163 条および 1164 条に規定された解釈の規律を損なうことなく、条項の濫用的な性質は、契約締結時における締結を取り巻くす

すべての状況、およびすべての他の契約条項を参照しながら評価される。2つの契約の締結または履行が法的に相互に依存している場合には、条項の濫用的な性質は、他方の契約に含まれている条項も考慮に入れて評価される。

- ⑥ 濫用条項は書かれていないものとみなされる。
- ⑦ 第1項の意味における条項の濫用的な性質の評価は、条項が明確かつ理解可能な形で規定されている限り、契約の主たる目的の決定、および売買された物または提供された役務の代金または報酬の適合性を対象としない。
- ⑧ 契約は、濫用的であると判断された条項なしに存続可能である場合、それらの条項以外のすべての契約条項は依然適用可能である。
- ⑨ 本条は公序規定である。

#### R. 132-1 条

事業者と非事業者または消費者の間の契約において、以下のような目的または効果を持つ条項は、反証の余地ない形で、L. 132-1 条第1項及び第3項の規定の意味で、濫用的であると、したがって禁止されていると推定される。

- 1. 非事業者または消費者を、その者が承諾した書面に記載されていない条項、または契約締結時に明示的に参照されておらず、かつその者が契約締結前に知らなかった別の書面に定められている条項に附合させることを確認すること。
- 2. 事業者の、その者の被用者または受任者により引き受けられた債務負担を尊重する義務を制限すること。
- 3. 契約期間、または引渡すべき物もしくは提供すべき役務の特徴もしくは代価に関する契約条項を一方的に修正する権利を事業者に留保すること。
- 4. 引渡された物または提供された役務が契約の約定に適合しているか否かを決定する権利を事業者のみに付与すること、または契約の何らかの条項を解釈する排他的な権利を事業者に与えること。
- 5. 事業者が物の引渡債務もしくは担保責任を負う債務、または役務提供債務を履行していないにもかかわらず、非事業者または消費者が自らの債務を履行することを強制すること。
- 6. 事業者によりその者の何らかの債務に対する違反があった場合に、非事業者または消費者が被った損害の賠償に対する権利を奪うまたは制限すること。
- 7. 事業者の物の引渡債務もしくは担保責任を負う債務、または役務提供債務の不履行の場合に、非事業者または消費者の契約の解除または解約を請求する権利を妨げること。
- 8. 事業者に契約を裁量により解約する権利を認め、非事業者または消費者に同じ権利を認めないこと。
- 9. 事業者が裁量により契約を解約したときに、事業者により実現されなかった給付の名目で支払われた金額を確保することを可能にすること。
- 10. 期限の定めのない契約において、非事業者または消費者に対して、解約を事業者に対するよりも長い予告期間に服させること。
- 11. 期限の定めのない契約において、非事業者または消費者による解約を、事業



者に対する賠償金の支払いに従わせること。

12. 適用される法律によれば、通常は契約の他方当事者に負わせるべき立証責任を、非事業者または消費者に課すこと。

#### R. 132-2 条

事業者と非事業者または消費者の間の契約において、以下のような目的または効果を持つ条項は、事業者が反証を提出した場合を除いて、L. 132-1 条第 1 項及び第 2 項の規定の意味で、濫用的であると推定される。

1. 事業者の給付の履行は、その実現が事業者の意思のみに依存している条件が課されているにもかかわらず、非事業者または消費者の確固たる債務の負担を規定すること。
2. 非事業者または消費者が契約の締結または履行をしなかった場合、事業者が、非事業者または消費者により支払われた金額を保持することを許し、反対に、事業者が締結または履行をしなかった場合、非事業者または消費者が同等の額の、または L. 114-1 条の意味における手付金を支払っていたときには二倍の額の賠償金を受け取る権利について定めないこと。
3. 債務を履行しない非事業者または消費者に、明らかに均衡を欠いた額の賠償金を義務付けること。
4. 事業者に合理的な期間のある予告なしに契約を解約する権能を認めること。
5. 事業者が契約の譲渡を、非事業者または消費者の同意なく、かつ、譲渡が非事業者または消費者の権利の減少をもたらす余地のある時に行うことを可能にすること。
6. R. 132-1 条第 3 号に規定された条項以外のもので、当事者の権利義務に関する契約条項を一方的に修正する権利を事業者に留保すること。
7. 法律が許している場合の他に、契約履行の目安としての *indicatif* 期日〔訳注：期日までに履行しなかったとしても解除や損害賠償の理由とはならない〕を約定すること。
8. 非事業者または消費者に対し、契約の解除または解約を、事業者に対するよりも厳格な要件または方法に従わせること。
9. 非事業者または消費者の利用できる証明手段を不当に制限すること。
10. 消費者による訴権または不服申立ての行使を排除または制限すること。とりわけ、消費者に法律上の規定に含まれていない仲裁裁判機関に必ず提訴することを、または必ず裁判外紛争解決手段を経ることを義務づけること。

#### R. 132-2-1 条

- ① 以下の場合、R. 132-1 条第 3 号並びに R. 132-2 条第 4 号および第 6 号は適用されない。
  - a) 価格が、事業者の制御していない相場、指標または率の変動に結び付けられている、有価証券、金融証券およびその他の商品または役務に係る取引。
  - b) 外国通貨、並びに郵便局で作成され、外国通貨の単位で作成された旅行小切手または外国為替の売買。

- ② R. 132-1 条第 3 号および R. 132-2 条第 6 号は、金融サービスの提供者が、非事業者または消費者が負う利率または金融サービスに関するすべての負担の額を、正当な理由がある場合に予告なく修正する権利を留保する条項の存在を妨げない。ただし、当該条項の存在を妨げないためには、事業者は他の契約当事者に速やかにその情報を提供する義務を負い、他の契約当事者は、契約を直ちに解約する自由を有していなければならない。
- ③ R. 132-1 条第 8 号および R. 132-2 条第 6 号は、金融サービスの提供者が、期限の定めのない契約を正当な理由がある場合に予告なく終了させる権利を留保する条項の存在を、事業者は契約相手方に直ちにその情報を提供する義務を負わなければならないことを条件として、妨げない。
- ④ R. 132-1 条第 3 号および R. 132-2 条第 6 号は、期限の定めのない契約が締結された場合に、引渡される物または提供される役務の価格に関連する修正を事業者が一方的に行うことができることを規定する条項の存在を、消費者が、場合によっては解約することを可能とする合理的な期間内に、そのことについて知らされていないことを条件として、妨げない。
- ⑤ R. 132-1 条第 3 号および R. 132-2 条第 6 号は、事業者が技術の進展に関連する契約の一方的修正を行うことを可能とすることを規定する条項の存在を、そこから価格の上昇や品質の変更を生じさせず、その義務により非事業者または消費者がどのような特徴に従うのかが契約に示されていた場合には、妨げない。

### 〔1993年4月5日付けヨーロッパ共同体閣僚理事会指令〕

#### 第3条

1. 個別に交渉されなかった契約条項は、それが、信義誠実の要請に反して、契約から生じる当事者の権利および義務に重大な不均衡を生じさせて消費者の利益を害する場合、不公正なものとみなされる。
2. 条項は、それがあらかじめ作成され、そのために消費者が当該条項の内容に影響を及ぼすことができなかつた場合、とりわけ、あらかじめ書式化された標準契約を用いる場合、常に、個別に交渉されなかったものとみなされる。  
条項のある一定の側面またはある特定の条項について個別に交渉されたという事実があつても、契約の全体的評価から、あらかじめ書式化された標準契約であることが示される場合、契約の残余に対する本条の適用を排除するものではない。  
売主または提供者は、標準契約条項について個別の交渉があつた旨を主張する場合、その立証責任を負う。
3. 付表には、不公正とみなすことのできる条項の例示的かつ非網羅的なリストが含まれる。

#### 第4条

1. 契約条項の不公正性は、契約締結の対象とされた物品またはサービスの性質を考慮し、契約締結時点において契約締結に随伴する全事情および当該契約の全条項または当該契約と依存関係にある他の契約の条項すべてを考慮して、評価され

る。ただし、このことは第7条の規定には影響を及ぼすものではない。

2. 条項の不公正性の評価は、当該条項が平易かつ明瞭な言葉で表現されている限りにおいて、契約の主たる目的の確定、ならびに提供されるサービスや物品の対価として支払われる代金や報酬の金額の妥当性には及ばない。

#### 第5条

消費者に対して契約の全部または一部の条項が書面によって提示されるときは、それらの条項は、つねに平易かつ明瞭なことばで起草されなければならない。ある条項の意味について疑問がある場合、消費者にとってもっとも有利な解釈が優先する。この解釈準則は、第7条第2項で定められた手続きとの関係においては、適用されない。

#### 第6条

1. 加盟国は、消費者と売主または提供者との間で締結された契約において使用された不公正な条項が、その国内法の定めるところにしたがって、消費者を拘束しないこと、および、その契約が不公正な条項なしでも存続可能であれば、契約はその他の条項について当事者を拘束し続けることを定めなければならない。
2. (略)

#### 付表

##### 第3条第3項において言及された条項

##### (1) 以下の目的または効果を有する条項

- (a) 売主または提供者の作為または不作為により消費者が生命または身体を害された場合において、売主または提供者の責任を排除または制限すること
- (b) 売主または提供者による契約上の義務の全部もしくは一部の不履行または不完全な履行の場合において、消費者が売主または提供者に対して有する債権と売主または提供者に対して負っている債務とを相殺する選択権を含む、売主または提供者またはその他の当事者に対して消費者が有している法的権利を不当に排除または制限すること
- (c) 消費者は拘束力される一方、売主または提供者によるサービスの提供の実現には、売主または提供者の意思のみに係る条件を付すこと
- (d) 消費者が契約の締結または履行をしないことに決めた場合においては、消費者が支払った金銭を売主または提供者が保持できるとしておきながら、売主または提供者が契約を解約した場合には、消費者は売主または提供者からそれと同等額の賠償金を受領できる旨を定めないこと
- (e) 消費者の義務の不履行の場合に、不当に高額な賠償金の支払いを要求すること
- (f) 売主もしくは提供者には、自由に契約を解消することが認められているにもかかわらず、同様の権利は消費者には認められていないこと。または、売主もしくは提供者は、いまだ提供していないサービスについて支払われた金銭を保持しうるとすること
- (g) 期間の定めのない契約について、売主または提供者は、合理的な通知なしに

終了させることができるとする。ただし、重大な理由がある場合はこの限りではない。

- (h) 期間の定めのある契約について、消費者が別段の意思を表明しない限り、自動的に契約が延長されるとされている場合において、消費者が契約の延長を望まない旨を表明するための期限が不当に早期に設定されていること
- (i) 契約締結前に内容を認識する機会が現実に与えられなかった条項について、消費者を拘束して、撤回不能とすること
- (j) 売主または提供者は、契約で特定された正当な理由なしに、契約の条項を一方的に変更しうるとすること
- (k) 売主または提供者は、正当な理由なしに供給されるべき物品またはサービスの性質を一方的に変更することができるとする
- (l) 物の価格を引渡時に定めるものとし、または、物の売主もしくはサービスの提供者は価格を引き上げることができるとしながら、いずれの場合についても、最終的な価格が契約締結時に合意した価格に比して不当に高額であるとき、そのことを理由に契約を解約する権利を消費者には与えていないこと
- (m) 提供された物もしくはサービスが契約に適合しているか否かを判定する権利を売主もしくは提供者に与えること、または、契約の文言を解釈する権利を排他的に売主もしくは提供者に与えること
- (n) 売主もしくは提供者の代理人によりなされた約束を遵守すべき売主もしくは提供者の義務を制限すること、または、そのような約束について、ある特別な方式規定によることを要求すること
- (o) 売主または提供者がその義務を履行しない場合においても、消費者はすべての義務を履行しなければならないとすること
- (p) 契約から生ずる権利および義務が譲渡されると消費者に保証の縮減をもたらすおそれがある場合に、売主または提供者は、消費者の同意なしに、その権利および義務を譲渡することができるとする
- (q) とりわけ、紛争解決は法規の適用に服さない仲裁のみによることを消費者に要求し、消費者の利用できる証拠を不当に制限し、または、当該事案に適用できる法によれば契約の相手方にあるとされる立証責任を消費者に転嫁することによって、消費者が訴訟を提起し、または、他の法的救済手段を行使する権利を排除または妨害すること

## 【ユニドロワ国際商事契約原則2010】

### 第2. 1. 10条（不意打ち条項）

- (1) 定型条項に含まれる条項のうち、相手方が合理的に予期し得なかった性質の条項は、効力を有しない。ただし、相手方がそれに明示的に同意していたときはこの限りではない。
- (2) ある条項が前項の性質を有するか否かを判断するにあたっては、その内容、言語および表示の仕方が考慮されなければならない。

#### 第5.2.1条（第三者のためにする契約）

- (1) 契約当事者（「諾約者」および「要約者」）は、明示的または黙示的な合意によって、第三者（「受益者」）に対して権利を与えることができる。
- (2) 受益者の諾約者に対する権利の発生および内容は、契約当事者の合意によって決まり、その合意に定める条件その他の制限に従う。

#### 第5.2.2条（特定しうる第三者）

受益者は、契約によって十分な確実性をもって特定できなければならないが、契約締結時に存在している必要はない。

#### 第5.2.3条（免責および責任制限条項）

受益者に対して付与することができる権利には、受益者の責任を免除または制限する契約条項に基づく主張をする権利を含む。

#### 第5.2.4条（抗弁）

諾約者は、要約者に対して主張することができたすべての抗弁を受益者に対して主張することができる。

#### 第5.2.5条（撤回）

契約当事者は、契約によって受益者に与えられた権利を、受益者がそれを承諾し、またはそれを信頼して合理的に行動するまでの間、変更または撤回することができる。

#### 第5.2.6条（放棄）

受益者は、与えられた権利を放棄することができる。

### 〔ヨーロッパ契約法原則〕

#### 第2：104条 個別に交渉されなかった条項

- (1) 当事者の一方は、個別に交渉されなかった契約条項を相手方が知らなかった場合において、契約の締結前または締結時にその条項につき相手方に注意を促すための合理的な措置を講じたときにかぎり、相手方に対し、その条項を主張することができる。
- (2) 契約書において条項を参照するだけでは、相手方がその契約書に署名したとしても、その条項について相手方の注意を適切に促したことはない。

#### 第4：110条 個別に交渉されていない不公正条項

- (1) 個別に交渉されていない条項が、信義誠実および公正取引の要請に反して、当該契約において生じる両当事者の権利義務に著しい不均衡をもたらし、当事者の一方に損害を与える場合には、その当事者は、当該条項を取り消すことができる。その際、当該契約の下で提供されるべき履行の性質、当該契約における他のすべての契約条件および契約締結時の事情が考慮される。
- (2) 本条の規定は、次の各号のいずれかに該当するものについては、適用されない。
  - (a) 契約の主たる内容を定める条項。ただし、その条項は、平易でわかりやすい言葉によるのでなければならない。
  - (b) 当事者の一方の債務負担の価値が、相手方の債務負担の価値と比較したとき

に、相当か否か。

#### 第6：110条 第三者のためにする合意

- (1) 契約上の債務の履行を求める第三者の権利が約束者と約束の相手方との間で明示的に合意されているとき、または契約の目的もしくは当該事情からそのような合意を推断することができるとき、第三者は、契約上の債務の履行を求めることができる。その第三者は、合意が締結された時に特定されていることを要しない。
- (2) 第三者が履行を請求する権利を放棄したときは、その権利は発生しなかったものとみなす。
- (3) 約束の相手方は、約束者に通知することにより、第三者から履行を請求する権利を奪うことができる。ただし、次の各号のいずれかに該当するときは、このかぎりでない。
  - (a) 第三者が、約束の相手方から、この権利が撤回不可能であるとの通知を受けていたとき
  - (b) 約束者または約束の相手方が、第三者から、この権利を受けることに同意するとの通知を受けていたとき

#### 〔アメリカ統一商事法典〕

##### 第2-302条（非良心的な契約または条文）

- (1) 法律の問題として、裁判所が、契約または契約の条項が契約締結の時点で非良心的なものであったと認めるときは、当該の契約を強制することを拒否するか、あるいは、非良心的な条項を除いた当該契約の残りの部分を強制するか、または非良心的な結果を避けるように、非良心的な条項の適用を制限することができる。
- (2) 契約または契約の条項が非良心的であると主張されたとき、または裁判所がそうであると思料するとき、両当事者は、裁判所がその決定を下すのに役立つ、当該契約の取引上の背景、目的および効果に関する証拠を提出する合理的な機会を与えられるものとする。

#### 〔アメリカ第二次契約法リステイメント〕

##### 第211条 標準化された合意書

- ① 第三項に定める場合を除き、合意の当事者の一方が書面に署名し、または他の方法で同意を表示した場合において、同様の書面が同種の合意の条項を表現するために常に用いられているとその者が考えるべきであったときは、その者は当該書面を書面に含まれている条項に関する完成合意書として採用したことになる。
- ② そのような書面は、類似の状況におかれているすべての者を同様に扱うことが合理的である場合には、それらの者が書面の標準的条項について知りまたは理解していたかどうかにかかわらず、常にそのように解釈される。
- ③ 書面にある特定の条項が含まれていることを知ったならば当事者はそのような同意を表示しないであろうと相手方が考えるべきであった場合は、その条項は合意の一部とはならない。