

平成 24 年 7 月 3 日

法制審議会 民法（債権関係）部会 御中

大阪弁護士会 民法改正問題特別委員会 有志

辰野久夫 島川 勝 小池康弘 田仲美穂

橋田 浩 尾崎博彦 林 邦彦 葉袋真司

山本健司(49期) 安部将規 石川直基 上田 純

稲田正毅 赫 高規 山形康郎 新宅正人

辻村和彦 橋本芳則 高尾慎一郎 阪上武仁

福井俊一

## 約款に関する不当条項の一般規定とリスト化に関する提案

### 1. 約款における不当条項規制

そもそも、契約自由の原則は、当事者による交渉ということが前提として想定されている。しかしながら、現実には、様々な事情から、当事者の実質的な交渉が確保できない場合が存在する。契約自由も一定の内在的制約に服するのであって、当事者間の実質的な交渉が確保できていない場合の契約条項などには、契約の内容的規制，すなわち不当条項規制は不可欠である。

約款の使用という状況は、上記のような特徴が顕著にみられる一つの局面である。約款が現代社会においてきわめて重要な役割を果たしている現状に鑑み、約款という一つの指標を基礎とした不当条項規制を設けることは、契約法の現代化という作業において、不可欠な要素である。

### 2. 不当な約款条項の一般規定

#### (1) 一般規定の必要性

約款条項に関する不当条項に規定を設ける場合、あらかじめ、多種多様な規定を網羅的に想定した規律を設けることは困難であり、包括的な一般規定を置くことは不可欠である<sup>1</sup>。

#### (2) 一般条項の内容

不当な約款条項に関する一般的な規定を設けるにあたっては、類似の規定である消費者契約法 10 条の規定が参考になるが、同条前段の任意規定との比較については、同条の解釈として、実際には比較対象は実定的な任意規定には限定されないことが

---

<sup>1</sup> 消費者契約法 10 条参照。

既に一般的に承認されているところである<sup>2</sup>。そもそも、不当条項性の判断において重要な要素は、原則的な権利義務関係からのかい離の存否とその程度である。「任意規定のとの比較」にこだわる積極的な理由を見出しがたい以上、新たに規定を設けるにあたって、あえて「任意規定との比較」を条文に組み入れる必要性は認めがたい。むしろ、国民にとっての分かりやすさという観点からは、このような誤解を招くおそれもある表現は有害であり、端的に「当該条項が存在しない場合と比較して」との表現を採用すべきである。

また、同条後段の信義則を基準とすることについては、約款の不当条項規制においても同様の基準を採用することは基本的に妥当であるが、同条の解釈としても、「一方的」との文言には、特別な意義は認められておらず、また、認めるべきでもないことから、あえて法文に規定する意義は認められない。

### (3) 適用除外について

実質的な個別交渉（個別合意）を経て採用された条項は、不当条項規制の適用除外としてもよい（この点で約款の不当条項規制は、消費者契約の不当条項規制とは異なる。）。

しかし、事業者間において約款を用いた場合について、個別的交渉の可能性だけをもって、不当条項規制の適用から除外することには反対である。そもそも、相手方が事業者であっても、そうでなくとも、およそ約款取引である限り、当事者間の実質的な交渉が確保できていない条項であることに変わりはなく、不当条項規制を及ぼす必要性並びに許容性に差異は認められない。

しかも、「交渉の可能性」ということで例外を許容してしまうと、「可能性」には程度という問題が伴うだけに、いかなる程度の「可能性」が必要なのかについての基準が明確でなく、もし、わずかな可能性あるいは抽象的な想定だけで足りるということになれば、ほとんどの事業者間の取引において、約款の不当条項規制が適用されなくなってしまう点でも問題がある。

実際問題としても、事業者間の取引であっても、相手方が小規模事業者である場合や、一定規模の事業者であったとしても、当該取引につき専門的知識及び経験を有しない場合などには、不当な約款条項を押し付けられるといった事態が起こりうる。単に交渉可能性があったというだけで、約款条項を不当条項規制の対象外とすることは妥当ではない。

また、事業者間取引においては、多くの場合、契約締結の時間的コストを抑えるために、他方当事者の約款の使用を受け入れることも少なくないのであって、その場合、他方当事者の使用する条項は公正なものであることを期待して受け入れているのであって、決して不公正な内容のものまでを積極的に受け入れようという趣旨

---

<sup>2</sup> 最判平成23年7月15日金判1372号7頁

で当該約款の使用を受け入れるものでもない。「交渉可能性」があったことで、適用除外とすることは妥当ではない。

なお、契約の中心部分に関する条項を適用除外とすることについても、反対である。なぜなら、給付内容を定める条項なのか否かの区別は困難な場合もあり、また、約款条項を組み合わせることによって、不当条項規制を潜脱することが可能であるからである。対価の取り決めなどにおいても、携帯電話の料金規定のように、複雑で分かりにくいものもあるからである。

#### (4) 考慮要素・判断基準について

約款条項の不当性判断には総合的な判断が避けられないことから、考慮要素や判断基準（枠組み）を明示することには一定の意義が認められる。しかし、各約款の性格やその使用状況によって考慮すべき事情の範囲や意味合いも異なりうるため、考慮要素を単純に列挙することには問題もあり、また、一般的な判断基準を端的に示すことも難しい。そこで、類似の規定である消費者契約法10条においても、これらの点は明示されていないことを併せ考え、あえて条文上明示することはせず、解釈に委ねることが妥当である。

### 3. 不当な約款条項のリスト化

#### (1) リスト化の必要性

具体的にどのような約款条項が不当条項規制に該当するかについては、リスト化すれば、予見可能性が高まるとともに、不当条項の削減や法的安定性にも資する。一般的な条項に加えて、不当条項のリストを設けるべきである。

#### (2) リストの分類（性格分け）

ブラックリストとグレーリストの2種類に分けることが一般的であるが<sup>3</sup>、主張立証における機能との関係を考えると、以下の3種に区分して検討することが妥当である。

①形式要件型 (ブラック)	評価的要素を伴わないもの 「〇〇を…とする条項は、無効とする。」 〔または、「〇〇を…とする条項は、□条（一般条項）に該当するものとみなす。〕
②評価抗弁型	評価的要素が不当性判断の阻却事由となるもの

<sup>3</sup> ブラックリストとグレーリストの2つに区分する考え方の中でも、反証を許すか否かで区分する見解（民法改正検討委員会『債権法改正の基本方針』113頁。なお、【3.1.1.35】参照）と評価的要素を伴うか否かによって区分する見解（河上正二『約款規制の法理』372頁。ドイツ民法308条及び309条参照）があるようである。

(ダークグレー)	<p>「〇〇を…とする条項は、無効とする。ただし、合理的な理由に基づき相当な範囲にとどまるときはこの限りでない。」</p> <p>〔または、「〇〇を…とする条項は、〇条(一般条項)に該当するものと推定する。ただし、…〔以下、上記のただし書と同じ〕。〕〕</p>
③評価要件型 (ライトグレー)	<p>評価的要素が不当性判断の要件となるもの</p> <p>「〇〇を…とする条項は、合理的な理由に欠け不相当なものと認められるときは、無効とする。」</p> <p>〔または、「〇〇を…とする条項は、合理的な理由に欠け不相当なものと認められる場合には、〇条(一般条項)に該当するものとする。」〕</p>

不当性を阻却する事由の立証責任の有無という観点では、①形式要件型と③評価要件型は共通するが、主張立証の場面での当該条項の持つ意味合いの強さという観点からは、①形式要件型>②評価抗弁型>③評価要件型の順で効力が強くなる<sup>4</sup>。

一般条項との関係においては、①形式要件型の規定は、「みなされるもの」の列举であり、②評価抗弁型は「推定されるもの」の列举である。③評価要件型は、一般規定の例示という意味にとどまるが、注意を促す機能を認めることができる<sup>5</sup>。

リストの中身となる条項をいずれのタイプの性格のものとして示すかについては、約款の不当条項規制が、当事者のいずれが約款条項を定めたかという点を基準とするもので、この点には一定の情報の質・量及び交渉力の格差を認めることもできるものの(一種の「権限」の保持それ自体、および、それを招いた状況)、事業者間取引にも適用されるという性格に鑑みれば、基本的には③評価要件型をベースにすることが妥当である。もっとも、適用場面を記述的要件に絞り込むことによって、どのタイプを選ぶのかを変えることも可能である。すなわち、要件を絞り込めば、形式要件型も可能な場合はあるし、逆に、より広く適用されうる規定とすると、評価的要素を持ち込むことが必要となる。この点は、個別の項目ごとに、効果を見据えつつリストの内容(要件)を検討する必要がある。

<sup>4</sup> 知的財産契約に関する独占禁止法上のガイドラインを定めた公正取引委員会の旧「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」には「黒条項」「灰黒条項」「灰条項」という分類があった。

<sup>5</sup> ③評価要件型の類型を「ホワイト・リスト」と呼ぶことも考えたが、この呼称には「不当ではないもののリスト」との語感もあることから、本文記載の呼称を選択した。なお、大澤彩「フランスにおける濫用条項のリストについて」(『法学志林』107巻2号40頁)参照。

後記(3)のリストの配列方法の問題をひとまず措いて、この3種の性格分けに従った条文の骨子を、一般条項とともに示すと、次のとおりとなる<sup>6</sup>。

## 第101章 約款条項の無効

### 第1001条（一般規定）

約款に定められた条項（以下、「約款条項」という。）であって、当該条項が存在しない場合と比較して、約款使用者の相手方（以下、「相手方」という。）の利益を信義則に反する程度に害するものは無効とする<sup>7</sup>。

### 第1002条（形式要件型）

次に掲げる約款条項は、無効とする。〔…1001条に該当するものとみなす〕

一 約款使用者が任意に債務を履行しないことを許容するなど約款使用者に対する契約の拘束力を否定する条項（A1）

二 契約の解釈・補充権限を約款使用者に排他的に認める条項（A4）

三 給付の適合性について、約款使用者に一方的決定権を与える条項（A5）

四 約款使用者の債務不履行責任を制限し、又は損害賠償額の上限を定めることにより、相手方が契約を締結した目的を達成不可能にする条項（B1）

五 約款使用者の債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償責任の全部を免除する条項（B2）〔ただし、無償契約の場合には故意または重大な過失に基づく場合に限る。〕

六 約款使用者の故意または重大な過失による債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償責任の一部を免除する条項（B3）

七 相手方の解除権を一切認めない条項（法定解除権排除条項）（D3）

八 約款使用者が債権を第三者に譲渡するにあたって、相手方が予め異議なき承諾をするとの条項（債権譲受人に対する抗弁権の事前放棄条項）（G2）＊

九 ある約款条項が、本法その他の法律の規定により無効（全部無効）とされるべき場合において、当該規定に反しない限度でなお効力を保持することを定める条項（サルベージ条項）（H2）＊

### 第1003条（評価抗弁型）

次に掲げる約款条項は、無効とする。ただし、合理的な理由に基づき相当な範囲にとどまるときはこの限りでない。〔…1001条に該当するものと推定する。ただし、…〔以下、上記のただし書と同じ。〕〕

一 約款使用者に、契約の重要な内容を一方的に変更する権限を与える条項（A2）

<sup>6</sup> 括弧内は、別紙【約款条項における不当条項リストについて】の符号である。なお、＊印のものについては、他の性格付けることも考えられることには同別紙参照。

<sup>7</sup> 第1002条から第1004条との関係を明示するために、「次条から第1004条の適用の有無にかかわらず」と明示することも考えられる。

二 約款使用者の債務不履行又は不法行為に基づく人身損害についての損害賠償責任を一部免除する条項（B 4）＊

三 法律の定めによる相手方の解除権（法定解除権）の行使について、違約金を求める条項（C 1）＊

四 契約の無効、解除、取消において、約款使用者が受領した金員を返還しない条項（精算義務免除条項）（C 3）＊

五 約定解除権について、約款使用者のみが解除権を留保する条項（D 3）＊  
第 1004 条（評価要件型）

次に掲げる約款条項は、合理的な理由に欠け不相当なものと認められるときは、無効とする。

〔…合理的な理由に欠け不相当なものは 1001 条に該当するものとする。〕

一 約款使用者に、契約の内容（第 1003 条 1 号に定める事項を除く）を一方的に変更する権限を与える条項（A 3）

二 相手方の債務不履行について、過大な違約金を定める条項（C 2）

三 約款使用者による契約解除を容易にする条項（D 1）

四 相手方による契約解除を制限する条項（D 2）

五 相手方の一定の作為又は不作為があった場合に意思表示を擬制する条項（E 1）

六 約款使用者の相手方に対する意思表示の到達を擬制する条項（E 2）

七 相手方の抗弁権の行使を排除する条項（F 1）

八 相手方に付与された期限の利益を喪失させる条項（F 2）

九 約款使用者が、相手方の同意なく契約上の地位を第三者に承継させることができるとする条項（G 1）

十 相手方の訴訟上の権利を制限する条項（法律上の管轄と異なる裁判所を専属管轄とする条項、相手方の立証責任を加重する条項、仲裁条項等）（H 1・2）

### (3) リストの配列方法

リストの配列の仕方については、効果を基準にブラックリストとグレーリストに分ける提案もなされているが、むしろ、対象項目を基準に整理した方が国民にとって分かりやすいものとなる。

### (4) 具体的なリストの候補

別紙【約款条項における不当条項リストについて】記載のとおりである。なお、参考のために、消費者契約に関する不当条項リストの案を備考欄に記載する。

別紙【約款条項における不当条項リストについて】

- ①形式要件型：評価的要素を伴わないもの(みなしタイプ)
- ②評価抗弁型：評価的要素が不当性判断の阻却事由となるもの(推定タイプ)
- ③評価要件型：評価的要素が不当性判断の要件となるもの(例示タイプ)

A 約款使用者による給付内容の一方的決定, 変更等を定める約款条項			消費者契約の リスト案※
1	約款使用者が任意に債務を履行しないことを許容するなど 約款使用者に対する契約の拘束力を否定する条項	①形式要件型	同左①
2	約款使用者に, 契約の重要な内容を一方的に変更する権限 を与える条項	②評価抗弁型	同左②
3	約款使用者に, 契約の内容 (A 2 以外の事項=非重要事項) を一方的に変更する権限を与える条項	③評価要件型	②評価抗弁型
4	契約の解釈・補充権限を約款使用者に排他的に認める条項	①形式要件型	同左①
5	給付の適合性について, 約款使用者に一方的決定権を与え る条項	①形式要件型	同左①
B 約款使用者の免責を定める約款条項			
1	約款使用者の債務不履行責任を制限し, 又は損害賠償額の 上限を定めることにより, 相手方が契約を締結した目的を 達成不可能にする条項	①形式要件型	同左①
2	約款使用者の債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償責 任の全部を免除する条項	①形式要件型	同左①
3	約款使用者の故意または重大な過失による債務不履行又は 不法行為に基づく損害賠償責任の一部を免除する条項	①形式要件型	同左①
4	約款使用者の債務不履行又は不法行為に基づく人身損害に ついての損害賠償責任を一部免除する条項	①形式要件型 又は②評価抗 弁型	同左①
C 約款の相手方の責任を加重する約款条項			
1	法律の定めによる相手方の解除権 (法定解除権) の行使に ついて, 違約金を求める条項	②評価抗弁型	同左②
2	相手方の債務不履行について, 通常予想を超える違約金 を定める条項	③評価要件型	②評価抗弁型
3	契約の無効, 解除, 取消において, 約款使用者が受領した 金員を返還しない条項 (精算義務免除条項)	②評価抗弁型 又は③評価要 件型	②評価抗弁型

<b>D 解除・期間に関する約款条項</b>			
1	約款使用者による契約解除を容易にする条項	③評価要件型	②評価抗弁型
2	相手方による契約解除を制限する条項	③評価要件型	②評価抗弁型
3	相手方の解除権を一切認めない条項（法定解除権排除条項）	①形式要件型	同左①
4	約定解除権について、約款使用者のみが解除権を留保する条項	②評価抗弁型 又は③評価要件型	②評価抗弁型
<b>E 到達擬制条項，意思表示擬制条項</b>			
1	相手方の一定の作為又は不作為があった場合に意思表示を擬制する条項	③評価要件型	②評価抗弁型
2	約款使用者の相手方に対する意思表示の到達を擬制する条項	③評価要件型	②評価抗弁型
<b>F 相手方の抗弁権等の排除を定める約款条項</b>			
1	相手方の抗弁権の行使を排除する条項	③評価要件型	②評価抗弁型
2	相手方に付与された期限の利益を喪失させる条項	③評価要件型	②評価抗弁型
<b>G 契約・債権変動を定める約款条項</b>			
1	約款使用者が、相手方の同意なく契約上の地位を第三者に承継させることができるとする条項	③評価要件型	②評価抗弁型
2	約款使用者が債権を第三者に譲渡するにあたって、相手方が予め異議なき承諾をすとの条項（債権譲受け人に対する抗弁権の事前放棄条項）	①形式要件型 又は 468 条中に規定	同左①
<b>H 訴訟関係に関する約款条項</b>			
1	重要な訴訟上の権利の制限（法律上の管轄と異なる裁判所を専属管轄とする条項，相手方の立証責任を加重する条項，仲裁条項等）	③評価要件型	②評価抗弁型
2	その他の訴訟上の権利の制限	③評価要件型	同左③
<b>I 横断的事項を定める約款条項</b>			
1	強行規定（または不当条項規制）の適用を不当に回避するために、他の法形式を利用する場合（脱法行為）	民法 90 条の直後	
2	ある約款条項が（全部）無効とされるべき場合において、有効性を認めうる限度（範囲）でなお効力を保持することを定める条項（サルベージ条項）	①形式要件型 又は民法 90 条の直後	

※消費者契約のリスト案は、対比のために参考として示すものである。