

# 団体訴訟制度における消費者契約法 10 条の要件

上 杉 めぐみ

## 目 次

### はじめに

#### 第 1 法 10 条に基づく差止請求権の行使につき争った事例

- (1) 京都地判平成 21 年 4 月 23 日 (早期完済違約金条項 )
- (2) 大阪高判平成 21 年 10 月 23 日 (早期完済違約金条項 )
- (3) 大阪高判平成 22 年 3 月 26 日 (定額補修分担金条項)
- (4) 京都地判平成 24 年 1 月 17 日 (更新料条項)
- (5) 京都地判平成 24 年 3 月 28 日 (携帯電話解約違約金条項)

#### 第 2 法 10 条の構造 実体法と差止請求権の要件の差異

##### 1. 任意規定の意味 - 前段要件

- (1) 学説における解釈
- (2) 裁判所の見解
- (3) 「一般的な法理等」の意味

##### 2. 信義則違反 - 後段要件

- (1) 前段要件と後段要件の関係性
- (2) 法 10 条における「信義則」の意味
- (3) 法 10 条における信義則違反の判断要素

### むすびにかえて

## はじめに

消費者契約法 (以下「法」とする場合は「消費者契約法」を指す。) に  
団体訴訟制度が導入されてから 5 年が経過し (平成 17 年 6 月 7 日から施

行)、制度の担い手である適格消費者団体は10団体となった<sup>1</sup>。また、制度の運用当初は、法4条規定の不当勧誘、法8条、法9条、法10条規定の不当条項が差止めの対象行為とされていたところ、平成19年の改正により、特定商取引に関する法律(特定商取引法)58条の4ないし9(訪問販売、電話勧誘販売、通信販売、特定の役務提供取引、継続的役務提供取引、連鎖販売取引における禁止行為及び禁止特約)や、不当景品類及び不当表示防止法(景品表示法)10条(優良誤認、有利誤認)にまで対象が拡大した。裁判上の差止めも年間平均5件のペースで行われていることから<sup>2</sup>、同制度は定着していることがうかがえる。

ところで、差止めの対象行為の一つである法10条は一般条項と呼ばれており、法8条や法9条のように個別具体的な規定方式を採っていない。大きな枠組みとして任意規定からの逸脱(前段要件)と信義則違反の判断(後段要件)の二段構成の要件が示されているが、いかなる契約条項に法10条が適用されるか解釈上争いがあった。そこへ法10条に関する最高裁(最判平成23年3月24日<sup>3</sup>、最判平成23年7月12日<sup>4</sup>、最判平成23年7

---

1 消費者機構日本(COJ)、消費者支援機構関西(KC's)、全国消費生活相談員協会(全相協)、京都消費者契約ネットワーク(KCCN)、消費者ネット広島、ひょうご消費者ネット、埼玉消費者被害をなくす会(なくす会)、消費者支援ネット北海道(ホクネット)、あいち消費者被害防止ネットワーク(ACネット)、大分県消費者問題ネットワークの10団体(認定順)。

2 差止請求事案は、消費者庁「消費者契約法第39条第1項に基づく差止請求に係る判決等に関する情報の公表について」<<http://www.caa.go.jp/planning/index.html#m02>>で閲覧可能。

3 民集65巻2号903頁。原審である大阪高判平成21年6月19日民集65巻2号932頁も前段要件の任意規定につき「判例の蓄積等により一般に承認されている不文の法規や契約に関する一般法理」と示している。第一審は京都地判平成20年11月26日金商1378号37頁。

4 判タ1356号87頁。原審は大阪高判平成21年12月15日金商1378号46頁。

## 団体訴訟制度における消費者契約法 10 条の要件

月 15 日<sup>5</sup>、最判平成 24 年 3 月 16 日<sup>6</sup>) が出たことにより、一定の枠組みが示されたことになった。すなわち、最高裁は、前段要件の任意規定につき、「一般の法理等も含む」と判示して、明文の規定に限定されないことを明らかにした。また、後段要件の信義則違反について、「契約当事者の有する情報の質や量および交渉力の格差の程度等諸般の事情を総合的に考慮して決すべき」と判示して、当該条項が個別具体的に無効か否か判断するという枠組みを示した。

これを受け、団体訴訟制度のさらなる活用のためには次のことについての説明が求められる。まず、差止めの実務では、差止めの相手方から、明らかに比較できる任意規定が存在しないので法 10 条に反しておらず不当条項ではないと反論されることが多いことから、「一般の法理等」の意味を明らかにすることが要請されている。また、法 12 条以下に規定されている差止請求権の行使は、「不特定かつ多数の消費者」に対して消費者被害が生じるまたは生じるおそれがあるときに認められるが<sup>7</sup>、これは、消費者契約に関連した被害は一般に同種の被害が多数の者にわたるという特徴を有しているものの、個々の消費者に生じる被害額が比較的少額であり、事後の被害救済を求めて、個々の消費者が訴えを提起することは困難であることから、代わりに特定の団体が差止請求権を行使することを認めたも

---

第一審は京都地判平成 21 年 7 月 30 日金商 1378 号 50 頁。

5 民集 65 巻 5 号 2269 頁。原審は大阪高判平成 22 年 2 月 24 日金商 1372 号 14 頁。  
第一審は京都地判平成 21 年 9 月 25 日判タ 1317 号 214 頁。

6 金商 1389 号 14 頁。原審は東京高判平成 21 年 9 月 30 日金商 1327 号 10 頁。第一審は横浜地判平成 20 年 12 月 4 日金商 1327 号 19 頁。

7 消費者庁企画課『逐条解説消費者契約法 [第 2 版]』(商事法務, 2010 年) 260 頁, 日本弁護士連合会編『コンメンタール消費者契約法 [第 2 版]』(商事法務研究会, 2010 年) 287 頁。

のと説明されている<sup>8</sup>。そのため、団体訴訟制度の目的は、「消費者全体の利益の擁護」とされ<sup>9</sup>、各当事者の事情を個別具体的に判断するわけではなく抽象的な消費者像を想定していることから、最高裁の判示した個別具体的判断基準が差止請求権ではどのように解釈されるのかを明らかにする必要がある。

以上の問題意識のもとで、実定法上の法 10 条の要件を整理しつつ、団体訴訟制度における法 10 条の要件について検討を行う。

## 第 1 法 10 条に基づく差止請求権の行使につき争った事例

- (1) 京都地判平成 21 年 4 月 23 日（早期完済違約金条項）<sup>10</sup>

### 事案の概要

貸金業を営む Y（被告）が消費者と金銭消費貸借を締結するにあたり使用した契約書には、「貸付金の最終弁済期日前に貸付金を全額返済する場合（期限の利益を喪失したことによる返済を除く）に、返済時までの期間に応じた利息以外に返済する残元金に対し割合的に算出される違約金を負担することを定めている契約条項」（以下「契約条項 A」とする）、及び、「貸主が期限の利益を喪失し、貸付金の残元金を直ちに返済すべき義

---

8 国民生活審議会「消費者団体訴訟制度の在り方について」（平成 17 年 6 月 23 日）2 頁、野々山宏「消費者団体訴訟制度の創設 - 改正消費者契約法の論点と課題」法教 312 号 99 頁（2006 年）。

9 国民生活審議会・前掲注(8) 5 頁。

10 判タ 1310 号 169 頁。本判決に対する評釈には、坂東俊矢・五條操『事例にみる消費者契約法における不当条項』（新日本法規，2011 年）336 頁～341 頁、笹本幸祐「早期完済違約金条項の消費者契約法 10 条該当性」法セミ 656 号 137 頁（2009 年）、渡邊雅之「消費者契約法 10 条に関する近時の重要判例の分析」NBL 918 号 55 頁～57 頁（2009 年）等がある。

務が発生した場合に、返済時までの期間に応じた利息及び遅延損害金以外に返済する残元金に対して割合的に算出された金員を貸主に対し交付する旨を定めている契約条項」（両者を併せて「早期完済違約金条項」という。）が、次のような文言で記載されていた。

「貸付金の弁済期日が到来する前に、貸付金額の全部を償還することができるものとします。この場合は、償還する残元金に対する 3 パーセントの違約金を負担します。又、第 2 項（期限の利益の喪失）により貸付金の全部を償還する場合も同様とします。」

適格消費者団体である X（原告）は、Y が消費者との間で契約を締結する際に使用し、又は使用するおそれがある早期完済違約金条項は、法 10 条に該当し無効であるとして、Y に対して本件各条項を含む契約締結の差止め及び各条項を含む借用証書の用紙の廃棄を求めた。

判旨（一部請求認容・一部請求棄却）

(i) 法 10 条の前段要件について

民法は、借主は同種・同等・同量の物を返還する義務（587 条）及び元本の存在を前提とした利息の支払義務を負い、また、期限前に期限の利益を放棄して返済する場合には、元本に対する期限までの利息を支払う義務を負うとしている（136 条 2 項但書）。

もっとも、利息制限法 1 条 1 項及び 2 条は、貸主には、借主が実際に利用することが可能な貸付額とその利用期間とを基礎とする利息制限法所定の制限内の利息の取得のみを認める趣旨の規定であり、同趣旨に照らせば、利息制限法を適用した結果過払金が発生し、かつ、他に借入金債務が存在した場合は、特段の事情のない限り、民法 489 条及び民法 491 条の規定に従って、弁済当時存在する他の借入金債務に充当されるものと解される。そして、借入金債務の利率が利息制限法所定の制限を超えるために過払金が生じ、他方で、他の借入金債務の利率が利息制限法所定の制限利率を超える場合には、貸主は充当されるべき他の借入金の元本に対する約定の期

限までの利息を取得することができないと解するのが相当である（最高裁判平成 15 年 7 月 18 日第二小法廷判決・民集 57 卷 7 号 895 頁）。以上より、当該他の借入金債務の利率が制限利率を超える場合、利息制限法は、当該他の借入金債務について民法 136 条 2 項但書の適用を排除する趣旨と解するのが相当であるから、この限りで、他の借入金債務についての貸主の期限の利益は保護されるものではなく、充当されるべき元本に対する期限までの利息の発生は認めることはできない。

(ii) 法 10 条の後段要件について

「……貸付利率が利息制限法所定の制限利率を超える利息付金銭消費貸借契約が存在する場合に、本件条項 A を含んだ金銭消費貸借契約書用紙を用いて他の金銭消費貸借契約が締結されると、当該他の金銭消費貸借について、上記最高裁判例の趣旨に反して充当されるべき元本に対する期限までの利息の取得を認めるのと同しいような内容の合意が成立したことになり、本件条項 A は民法の規定による消費者の義務を加重するものとして機能することになる。」

Y は、借主が任意の意思に基づいて早期に完済するときに契約条項 A によって高率の利息支払いを余儀なくされても、それは割賦弁済を続けることができるのに、あえて一括弁済を選択した結果によるものであり、信義則に反しないと主張するが、契約条項 A を用いることで、利息制限法の利率を超える利息分、つまり、借主が法律上の支払い義務のない金銭を支払わざるをえない内容を定めているといえることから、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものと評価せざるを得ない。

(2) 大阪高判平成 21 年 10 月 23 日 (早期完済違約金条項 )<sup>11</sup>

事案の概要

(1)の控訴審。X が控訴。

判旨 (請求棄却)

「……証拠……によれば、Y は、約定日ごとに利息と元金最低支払額又は随意の元金を支払い、最終弁済日までに残元金を完済する方式を自由返済と称し、これを Y における金銭消費貸借契約として宣伝しており、実際に本件条項 A を含む金銭消費貸借契約を締結した事例においても、弁済方法を自由返済としていることが認められるが、本件条項 A のような早期完済違約金条項は、上記の自由返済の概念とは必ずしも整合せず、このような契約条項は消費者をいたずらに混乱、困惑させるものであるといわざるを得ない。このように考えると、本件条項 A は、仮に同条項を含む金銭消費貸借契約が利息制限法所定の制限の範囲内の利率を定めるものである場合にも、これが民法又は商法の規定に比し消費者の義務を加重するときは、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものとして、消費者契約法 10 条により無効となると評価せざるを得ない。」

(3) 大阪高判平成 22 年 3 月 26 日 (定額補修分担金条項)<sup>12</sup>

事案の概要

Y (被告・控訴人・被控訴人) は不動産賃貸業等を目的とする事業者で

---

11 消費者支援機構関西ホームページ <<http://www.kc-s.or.jp/>>。本件の評釈には、拙稿「判例評釈」愛知大学法学部法経論集 191 号 65 頁～86 頁 (2012 年) がある。

12 原審は京都地判平成 21 年 9 月 30 日判タ 1319 号 262 頁、控訴審は、LEX / DB データベース (文献番号 25470736)。本件の評釈には、笠井正俊「判例研究」現代消費者法 10 号 103 頁～109 頁 (2011 年)、笹本幸祐「定額補修分担金特約と消費者契約法 10 条」法セミ 652 号 131 頁 (2009 年)、長野浩三「消費者契約法 (3) 消費者団体訴訟の実際と課題」法セミ 684 号 104 頁～105 頁 (2011 年) がある。

あるが、Yが消費者との間で建物賃貸借契約を締結する際に用いた契約書には、定額補修分担金条項が次のような文言で記載されていた。

- 「1. 消費者は、目的建物退去後の賃貸借開始時の新装状態への回復費用の一部負担金として、定額補修分担金をYに対し支払う。
2. 当該消費者は、Yに対し、定額補修分担金の返還を、入居期間の長短にかかわらず、請求できない。
3. Yは、当該消費者に対し、定額補修分担金以外に目的建物の修理・回復費用の負担を求めることはできない。ただし、当該消費者の故意又は重過失による同建物の損傷及び改造については除く。」

上記条項は、賃借人が明け渡した居室を新装状態に回復するための費用の一部負担金として負担すべきとする内容で、その額は、10万円～30万円程度、概ね賃料の2～4倍程度とされていた。なお、同契約においては、故意または重過失による賃借物件の損耗、改造費用につき、別途賃借人に請求することが定められており、敷金は設定されていない。

適格消費者団体であるX（原告・控訴人・被控訴人）は、定額補修分担金条項は原状回復に関する特約であり、本契約では、Yが定額補修分担金とは別に、賃借人の故意又は重過失による損耗の原状回復費用を賃借人に請求できることになっていることから、定額補修分担金が設定されていることで、故意または重過失による損耗の原状回復費用について二重取りとなることがあり、消費者の義務を加重しているとして法10条に該当し無効であると、当該条項の使用につき差止め及び当該条項を含む契約書の破棄を求めた。

判旨（原判決変更・請求一部認容・請求一部棄却）

(i) 法10条の前段要件について

「定額補修分担金条項においては、賃借人が賃貸借契約締結時に、賃貸借開始時の新装状態への回復費用の一部負担金として、一定の金銭（定額補修分担金）を支払うこととされており、ほかに通常損耗の原状回復費用

## 団体訴訟制度における消費者契約法 10 条の要件

が定額補修分担金には含まれないとの条項もないから、定額補修分担金条項は、通常損耗分の原状回復費用をも含んでいるものと解される。そして、故意又は重過失による賃借物件の損耗・改造費用については、別途賃借人に請求できることが定められていること、いったん支払った定額補修分担金の返還を請求できないとされていることからすると、結局、賃借人の軽過失による損耗の原状回復費用が、支払った定額補修分担金の額に満たない場合には、賃借人は本来負担しなくてもよい通常損耗の原状回復費用を負担させられることになる。

相当額の通常損耗の発生が不可避的であることも考慮すると、この点において、定額補修分担金条項は、民法の規定の適用による場合に比して、賃借人の義務を加重する条項であるといえることができる。」

### (ii) 法 10 条の後段要件について

「……定額補修分担金条項の内容をみると、賃借人の軽過失による損耗の原状回復費用が定額補修分担金の額を超える場合には、賃借人はその差額の支払を免除されるから、その額によっては賃借人の利益になることもあり得るが、…賃借人の軽過失による損耗の原状回復費用が、定額補修分担金の額に満たない場合には、賃借人は本来負担しなくてもよい通常損耗の原状回復費用を負担することになる。」

「……定額補修分担金の額は、……7～30 万円で平均して 18 万円強であり、月額家賃の 2～4 倍で平均して 3 倍強である。賃借人の軽過失による損耗の原状回復費用がこれらの額になることは、あまりないと考えられる。」

「……Y は建物賃貸借、マンション管理、運営等を業としており、建物の修繕に関する知識や情報が豊富であること、定額補修分担金の額は、明確な算定基準はなく、Y が、賃借物件ごとに、賃借人の特性、賃貸物件の広さ、設備・素材の損傷のしやすさ、契約期間、用法などの諸要素を総合的に考慮し、退去時の原状回復費用を予想して提示していたことが認められる。」

他方、……Yが、建物賃貸借契約締結に際し、賃借人に、定額補修分担金について、退去時において入居時と同様の新装状態に回復することが必要で、そのうちの一部として定額補修分担金を負担してもらう旨の説明をしていたことが認められるものの、その有利な点、不利な点を判断するために必要な情報（一般的に生じる原状回復費用の種別と額、賃借人の軽過失による原状回復費用が定額補修分担金の額に満たない場合には本来負担しなくてもよい通常損耗部分の原状回復費用を負担させられる結果となることなど）を提供していたと認めるに足りる証拠はない。

そうすると、賃借人が消費者である場合、賃借人は、定額補修分担金の額が自己に有利か不利かを判断するのに十分な情報なくして定額補修分担金条項に合意することが多くなり、賃借人と賃貸人との間に、顕著な情報の質及び量の格差があることになる。

以上によれば、定額補修分担金は、その額によっては賃借人に有利となることもあり得るが、定額補修分担金の額の設定方法や賃貸人と賃借人との情報の格差を考慮すると、その額が賃借人に有利に決められることは期待しがたく、上記認定のとおり、本件においては定額補修分担金の額が軽過失による損耗の額を超えるようなことはない認められ、軽過失による損耗の原状回復費用はもとよりこれに通常損耗の原状回復費用を加えた額を超えるように定められることが、構造的に予定されているとさえいえるものである。

結局、定額補修分担金の額が賃借人にとって有利な額である場合が観念的にはあり得るとしても、本件における定額補修分担金条項は、信義則に反して消費者を一方的に害する条項であるということが出来る。」

(4) 京都地判平成 24 年 1 月 17 日 (更新料条項)<sup>13</sup>

事案の概要

不動産賃貸借及び不動産賃貸借の仲介業務等を目的とする Y (被告) は、不特定かつ多数の消費者との間で、月額賃料 5 万 1,000 円、1 年ごとに 15 万円の更新料を Y に支払う旨の条項 (以下「更新料条項」という。) を用いて、居住用建物賃貸借契約を締結・合意更新していた。

適格消費者団体である X (原告) は、Y 使用の更新料条項は法 10 条により無効であるとして、主位的に、更新料条項を含む意思表示の停止及び同行為に供する契約書用紙の破棄を求め、予備的に、更新期間 1 年に対する更新料の額が月額賃料の 2 倍以上の更新料を支払う旨の条項を含む意思表示の停止及び同行為に供する契約書用紙の破棄を求めた。

判旨 (請求棄却)

(i) 法 10 条の前段要件について

裁判所は、更新料の性質につき、「賃料の補充ないし前払、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質を有する」と示したうえで、「賃貸借契約は、賃貸人が物件を賃借人に使用させることを約し、賃借人がこれに対して賃料を支払うことを約することによって効力を生ずる (民法 601 条) のであるから、更新料条項は、一般的には賃貸借契約の要素を構成しない債務を特約により賃借人に負わせるという意味において、任意規定の適用による場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重するものに当たる」と判示した。

(ii) 法 10 条の後段要件について

「……更新料が、一般に、賃料の補充ないし前払、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質を有することは、前記(1)に説示

---

13 LEX/DB データベース (文献番号 25480375)。

したとおりであり、更新料の支払にはおよそ経済的合理性がないなどということはできない。また、一定の地域において、期間満了の際、賃借人が賃貸人に対し更新料の支払をする例が少なからず存することは公知であることや、従前、裁判上の和解手続等においても、更新料条項は公序良俗に反するなどとして、これを当然に無効とする取扱いがされてこなかったことは裁判所に顕著であることからすると、更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人と賃貸人との間に更新料の支払に関する明確な合意が成立している場合に、賃借人と賃貸人との間に、更新料条項に関する情報の質及び量並びに交渉力について、看過し得ないほどの格差が存するとみることもできない。」

(5) 京都地判平成 24 年 3 月 28 日 (携帯電話解約違約金条項)<sup>14</sup>

事案の概要

電話通信事業等を目的とする Y (被告) は、不特定かつ多数の消費者との間で、携帯電話利用サービス契約を締結している。同契約のうち「ひとりでも割 50」等と称する契約は、契約期間を 2 年間の定期契約とした上で、基本使用料金を通常の契約の半額とする (以下「本件契約」という。) ものであるが、本件契約には、上記 2 年の間に消費者が解約する場合には、消費者の死亡後の一定期間内に解約する場合や中途解約と同時に一般契約の身体障がい者割引を受けることになった場合等を除き、Y に対して 9,975 円の解約金を支払わなければならないとの特約が設けられていた。

また、契約締結から 2 年が経過すると本件契約は自動的に更新され、以後、消費者は、本件契約を解約するに際して、更新時期となる、2 年に 1 度の 1 か月間に解約を申し出ない限り、解約金を Y に対して支払わなけ

---

14 京都消費者契約ネットワークホームページ <<http://kccn.jp/>>。

ればならないとしていた（両者を併せて「本件解約金条項」という。）。

適格消費者団体である X（原告）は、Y 使用の本件解約金条項は法 9 条 1 号又は法 10 条に該当し、無効であるとして、本件解約金条項を含む意思表示の停止を求めた。

### 判旨

#### (i) 法 10 条の前段要件について

本件契約は、一種の無名契約であると認められるが、「民法は、委任契約及び準委任契約（民法 651 条 1 項）のほか、雇用契約（同 627 条 1 項）及び請負契約（同 641 条）においても、役務の提供を受ける者がいつでも契約を一方的に解除することができる」と規定しており、このような規定の背景には、役務の提供を受ける者が、もはや役務の提供を受けることが不要となったにもかかわらず、受領を強いられるのは妥当ではなく、役務の提供を受ける者に対して一方的な解約権を付与することによって、役務の提供を受ける者をこのような事態から解放し、それによって経済的な不効率を回避するとの基本的な考え方が存在するものということができる。

そうだとすれば、このような考え方は、民法上の典型契約に限らず、役務提供型の契約に一般的に存在する法理であり、法 10 条前段の『公の秩序に関しない規定』に該当するというべきである。

そして、本件解約金条項は、消費者に対し、契約期間の末日の属する月の翌月を除く月に本件契約を解約する際に、常に一定の金額の支払義務を課しているものであり、民法 651 条 2 項は相手方に不利な時期に委任の解除をしたときに限って損害賠償義務を課しているものに過ぎないことをも踏まえれば、...『公の秩序に関しない規定』に比較して消費者の権利を制限し、消費者の義務を加重しているというべきである。」

#### (ii) 法 10 条の後段要件について

「.....消費者は、本件契約を締結することにより、本来であれば標準基本使用料を Y に対して支払うべきところ、2 年間の契約期間内に中途解

約しないことを条件として、割引後基本使用料金のみを支払で Y から役務の提供を受けることができるのであって、消費者が上記の条件に違反した場合に、本件当初解約金条項に基づき一定の金額を支払うことは、その金額が合理的な範囲にとどまっている限り、およそ法律上の原因が何ら存在しないとか、およそ経済的合理性が何ら存在しないとかいうことはできない。……」

「……消費者が本件当初解約金条項に基づき Y に対して支払うべき 9975 円という金額は、消費者が当初の契約期間中に本件契約を中途解約した場合に Y に生じる『平均的な損害』を超えるものではないから、合理的な範囲にとどまっているというべきである。

また、本件当初解約金条項の存在により、消費者が Y に 9975 円を支払わなければ本件契約を解約できないことについても、消費者が上記のとおり契約期間において基本使用料金についての割引を受けていることは、役務提供型契約における一般法理に基づく解約権につき制限を受けることに見合った対価ということができる。」

これに加えて、各契約の名称にはいずれも割引を示す「割」という文字が含まれており、各契約のサービス料金に関する説明資料には解約金がかかることが説明されているので、「……Y は、消費者に対し、本件当初解約金条項についてその性質を明確に説明しており、Y と消費者との間には、このような説明を踏まえた上で、本件当初解約金条項に基づく明確な合意が成立しているというべきである。

以上のとおりの各事実を踏まえれば、消費者は本件当初解約金条項に基づき解約権の制限を受けるものの、そのことに見合った対価を受けており、制限の内容についても何ら不合理なものではなく、しかも、Y と消費者との間には、本件当初解約金条項に関して存在する情報の質及び量並びに交渉力の格差が存在するということはできないといえるから、本件当初解約金条項は、法 10 条後段には該当しないと解するのが相当である。」そ

して、この点は更新後の解約金条項についても同様である。

## 第 2 法 10 条の構造 実体法と差止請求権の要件の差異

### 1. 任意規定の意味 - 前段要件

#### (1) 学説における解釈

法 10 条前段では、「民法，商法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」と規定して、任意規定からの逸脱を要件として挙げているところ，この「任意規定」については，学説上，明文の任意規定に限られる「限定説」と，明文の任意規定に限られないとする「拡張説」に分かれている<sup>15</sup>。

まず限定説を採る見解<sup>16</sup>であるが，そのほとんどが，法の立法過程を理由としている。すなわち，第 16 次国民生活審議会（以下「国生審」という。）消費者政策部会中間報告「消費者契約法（仮称）の論点に関する中間整理」（平成 11 年 4 月）では，信義則に反して消費者に「不相当に厳しい制限を加える条項」は無効とする旨の EU 指令型「一般条項」を設けることが予定されていた。しかしながら，事業者の反対等により，第 17 次国生審報告「消費者契約法（仮称）の立法にあたって」（平成 11 年 12 月）

---

15 このような分類は，山本敬三『民法講義 総則 [第 3 版]』（有斐閣，2011 年）309 頁による。

16 限定説に該当するものとして，松本恒雄「規制緩和時代と消費者契約法」法セミ 549 号 7 頁（2000 年），山田誠一「消費者契約法と金融商品の販売等に関する法律」金融 640 号 5 頁（2000 年），潮見佳男「消費者契約法と民法理論」法セミ 549 号 14 頁（2000 年），松本恒雄 = 加藤雅信 = 加藤新太郎「鼎談・民法学の新潮流と民事実務 (1) 消費者契約法を語る」[加藤雅信発言] 判夕 1206 号 23 頁（2006 年）。

では、包括的な一般条項が明文化されなかった結果から、法 10 条における「任意規定」とは、明文規定に限定されると説明されている<sup>17</sup>。なお、立法担当者も、法 10 条の前段要件につき、「民法、商法等の法律中の任意規定から乖離している場合」（下線は筆者による。以下同様。）と示し、適用要件を明らかにするために比較対象を明文の任意規定に限定すべきとしている<sup>18</sup>。

これに対して、拡張説を支持する見解<sup>19</sup>は次のように理由を述べる。まず、消費者契約について不当条項規制を行う必要があるのは、事業者と消費者の間に情報力・交渉力の格差があるからであって、その格差ゆえに消費者が本来なら同意しないものにも同意してしまうことに鑑みれば、当該問題条項を無効にすべきであるという。そして、不文の任意規定や契約に関する一般法理も、特約がない場合の権利義務を規律する点では明文規定の場合と変わらないので、両者を区別すべき理由はないとしている<sup>20</sup>。

---

17 山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制 第 17 次国民生活審議会消費者政策部会報告の検討」NBL686 号 22 頁（2000 年）。

18 消費者庁企画課・前掲注(7) 220 頁。

19 山本敬・前掲注(17) 22 頁。同論文を支持するものとして、中田邦博「消費者契約法 10 条の意義」法セミ 549 号 39 頁（2000 年）、山本豊 「消費者契約法（3）完」法教 243 号 62 頁（2000 年）、山本豊 「契約の内容規制（その 2） 不当規制」法教 340 号 126 頁（2009 年）、後藤巻則「ひな型廃止と消費者契約法」銀行法務 21 583 号 12 頁（2000 年）、落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001 年）147 頁、潮見佳男『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』[松岡久和]（経済法令研究会、2001 年）89 頁、山口康夫『やさしい法律シリーズ 消費者契約法の解説』（ネットスクール株式会社、2011 年）116 頁、日弁連・前掲注(7) 185 頁。

20 山本敬・前掲注(15) 310 頁。

(2) 裁判所の見解

次に、これまでの裁判例における前段要件の判断について整理すると、敷引特約（民 601 条，民 606 条，民 608 条）<sup>21</sup>，更新料条項（民 601 条や民 614 条や借地借家法 28 条）<sup>22</sup>，定額補修分担金条項（民 616 条，民 598 条）<sup>23</sup>，礼金条項（民 614 条）<sup>24</sup>，賃貸借契約における解約予告期間特約（民 617 条 1 項 2 号，民 618 条）<sup>25</sup>，生命保険における無催告解除条項（民 540

---

21 民 601 条を用いたものとして大阪高判平成 21 年 12 月 3 日 LEX/DB データベース（文献番号 25470730），京都地判平成 21 年 7 月 23 日判タ 1316 号 192 頁，神戸地判平成 17 年 7 月 14 日判時 1901 号 87 頁等。民 606 条を用いたものとして大阪高判平成 16 年 12 月 17 日判時 1894 号 19 頁等。民 608 条を用いたものとして大阪地判平成 19 年 3 月 30 日判タ 1273 号 221 頁。

22 民 601 条を用いたものとして最判平成 23 年 7 月 15 日金商 1372 号 7 頁，京都地判平成 23 年 3 月 30 日 LEX/DB データベース（文献番号 25470744），京都地判平成 23 年 1 月 27 日 LEX/DB データベース（文献番号 25470741），京都地判平成 22 年 12 月 22 日 LEX/DB データベース（文献番号 25470740），京都地判平成 22 年 9 月 1 日 LEX/DB データベース（文献番号 25470739），京都地判平成 21 年 9 月 25 日判時 2066 号 81 頁。民 614 条を用いたものとして，京都地判平成 22 年 10 月 29 日判タ 1334 号 100 頁，大阪高判平成 21 年 8 月 27 日判時 2062 号 40 頁，京都地判平成 21 年 7 月 23 日判タ 1316 号 192 頁，京都地判平成 20 年 1 月 30 日判時 2015 号 94 頁。借地借家法 28 条を用いたものとして大阪高判平成 21 年 10 月 29 日判時 2064 号 65 頁，大阪高判平成 22 年 3 月 26 日 LEX/DB データベース（文献番号 25470738）等。

23 大阪高判平成 22 年 3 月 26 日 LEX/DB データベース（文献番号 25470736），京都地判平成 20 年 4 月 30 日判タ 1281 号 316 頁，大阪高判平成 20 年 11 月 28 日判時 2052 号 93 頁等。

24 京都地判平成 20 年 9 月 30 日裁判所ホームページ，大阪簡判平成 23 年 3 月 18 日消費者法ニュース 88 号 276 頁。

25 東京簡判平成 21 年 2 月 20 日裁判所ホームページ。

条，民 541 条)<sup>26</sup>，瑕疵担保責任の解除制限特約（民 566 条，民 570 条)<sup>27</sup>，大学医学部専門の進学塾の中途解約制限特約（民 651 条)<sup>28</sup>，英会話講師養成講座の学費不返還特約（民 651 条)<sup>29</sup>，クレジット免責特約（民 400 条)<sup>30</sup>，遅延損害金特約（法 9 条 2 号)<sup>31</sup> 等，明文規定と比較しているものが多数を占めており，なかには，比較すべき明文規定がないことから法 10 条の適用は認められないとした事例もある<sup>32</sup>。しかし，賃貸借契約における敷引や更新料については，そもそも法的性質が不明であることから，具体的な明文規定を挙げずに前段要件に該当するとの判断をするものや<sup>33</sup>，契約自由の原則といった不文法理に比して消費者の義務を加重することになる

---

26 前掲注(6)。

27 東京簡判平成 18 年 3 月 10 日 LEX/DB データベース（文献番号 25437027）。

28 東京地判平成 15 年 11 月 10 日判タ 1164 号 153 頁。

29 大阪地判平成 17 年 9 月 30 日消費者法ニュース 66 号 209 頁。

30 さいたま地判平成 19 年 6 月 1 日裁判所ホームページ。

31 東京簡判平成 20 年 11 月 27 日裁判所ホームページ。

32 大阪地判平成 20 年 6 月 25 日交通事故民事裁判例集 41 巻 3 号 764 頁は，「傷害保険契約は，約款を中心とする保険契約によって権利関係が創設されたものであって，そもそも当事者間の権利義務関係を規定する私法規定はない」として法 10 条の適用を認めなかった。

33 神戸地裁尼崎支判平成 22 年 11 月 12 日判タ 1352 号 186 頁は，敷引の意味が明らかでないということから具体的任意規定を示さずに前段要件の該当性を判断している。京都地判平成 21 年 7 月 2 日 LEX/DB データベース（文献番号 25472616）は，賃借人が賃料以外の金銭の支払を負担することは賃貸借契約の基本的内容には含まれないという賃貸借契約の法理を基にして具体的任意規定を挙げずに前段要件につき判断している。名古屋簡判平成 21 年 6 月 4 日判タ 1324 号 187 頁は，敷金を交付する契約につき直接その意義を明らかにした明文の規定がないことから敷金交付という契約の趣旨より消費者の義務を導き出し，それと異なる定めは無効となるとしている。

か否か判断したものもあり<sup>34</sup>、下級審では見解が分かれていた。

こうした状況の中で、冒頭で示した最判平成 23 年 7 月 16 日が、「任意規定には、明文の規定のみならず、一般的な法理等も含まれる」と判示したことから、法 10 条規定の「任意規定」の意味については「拡張説」を採るということが確立したといえる。ただ、この「一般的な法理等」の具体的な意味までは明らかにされていないので、以下検討していく。

(3) 「一般的な法理等」の意味

(A) 「一般的な法理等」に対する見解

任意規定に「一般的な法理等」が含まれるという意味について、厳密には、判例法理や慣習法等の不文法理によって承認されている契約類型を比較基準として任意規定からの逸脱を判断するというものと、任意規定

---

34 大阪地判平成 19 年 11 月 30 日 LEX/DB データベース（文献番号 25451188）

は、衛星カラーテレビ強制受信契約特約の効力を争ったもので、裁判所は「放送法 32 条及びこれに基づく放送受信規約は、Y の放送を受信することのできる受信設備を設置した者に対し、放送を視聴する意思の有無にかかわらず、その受信設備の種類に応じた契約を締結し、その契約の種類ごとに定めた受信料を負担することを義務づけており、……これは、契約による法律関係の形成についての個人の自由を制限するものであるとともに、法律の任意規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限し又は義務を加重する消費者契約の条項（消費者契約法 10 条）を定めたものと解する余地がある。」としたうえで、当該条項は、契約自由の原則の例外として許容されるものであり、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものではないとして、法 10 条の適用を認めなかった。また、大阪高判平成 21 年 9 月 17 日金商 1334 号 34 頁は、保険請求者側に事故発生の急激性かつ偶然性について立証責任があるとする条項につき、最判平成 13 年 4 月 20 日民集 55 巻 3 号 682 頁の判示を基に法 10 条の適用を検討しており、当該条項は無効をきたすものと解することはできないとしている。こうした判断は、最高裁判例で確立した判例法理を「任意規定」と捉えたものと解される。

は例示にすぎず、不文の任意法理を含め、消費者に認められる権利義務が消費者の不利に変更している場合には任意規定から逸脱したと判断するという2つに分けられる<sup>35</sup>。以下では、それぞれの主張の根拠を整理する。

#### (B) 判例法理や契約準則のみとする見解

の見解からは、まず、予測可能性ということが主張される。すなわち、第16次国生審中間報告では、無効になる不当条項を具体的に示した目的は紛争処理基準の明確化であり、それは消費者の証明負担の軽減という意義があると示している<sup>36</sup>。このことを考慮すれば、任意規定につき、既に判例法理等で認められている場合に限るべきであるということになる。

また、予め用意された約款を用いることで、当事者は契約内容につき個別的に交渉することは不要となり、約款の提供者である事業者は契約締結過程における費用や労力を節約でき、その結果、消費者側も契約価格の引き下げという恩恵を受けることができることになる。他方で、約款が用いられなければ、事業者は契約ごとに消費者と交渉する必要があり、仮に契約内容につき紛争が生じた場合には、事後的に裁判所等によって契約の解釈や欠缺補充を通じて確定させなければならなくなるので、交渉や紛争解決のために多大なコストがかかり、これが契約の価格に反映されることになる<sup>37</sup>。こうした前提の下では、の見解が採用されると、事業者側は条

---

35 このような分類は、中田裕康「消費者契約と信義則論」ジュリ1200号74頁(2001年)による。

36 第17次国生審報告でも「公正で予見可能性の高いルールを策定する」ことを重視している。

37 ハイン・ケッツ著・潮見佳男=中田邦博=松岡久和訳『ヨーロッパ契約法』(法律文化社、1999年)260頁、太田勝造「約款条項の規制と経済分析」落合誠一ほか『我が国における約款規制に関する調査(経済企画庁委託調査)』(商事法律研究会、1994年)59頁以下。

項の不当につき見通しが立てられず、常に紛争に対応するためのコストを算定して契約に臨む必要が出てくることになる。そのため、契約の対価は引き上げられ、消費者側もそれを受け入れなければならないことになる。

(C) 任意規定を例示と捉える見解

反対に、の見解からは次の 2 点が主張される<sup>38</sup>。第一に、消費者契約で見られる契約は、必ずしも民法で規定している類型に該当するものばかりではなく、また、判例法理としても確立していない場合が多いので<sup>39</sup>、仮に「一般的な法理等」の意味を、のように捉えた場合には、不当条項を規制することが困難になるということが主張されている。実際の契約で用いられている条項のうち、例えば、「事業者が規約変更を通知した後、一定期間内に解約しなかったときは規約の変更を承諾したものとみなす」とするものや「開梱した場合には契約条件の内容を承諾したものとみなす」という「意思表示の擬制」条項は、意思表示の擬制によるリスクを消費者の負担とすることで、消費者を契約に不当に拘束させる等の消費者の意思表示の自由を奪うという不当性が指摘されている。また、一方的に契約内容を変更できる「契約内容変更権」条項や、契約当事者間で契約内容等に理解に差異が生じた場合に事業者が一方的に解釈することができる「契約適合性の判定権を認める条項」を事業者が設けておけば、消費者は、契約締結時に予想していなかった不利益を被る可能性が指摘されている。しか

---

38 山本敬・前掲注(17) 22 頁。同見解を支持するものとして、中田邦・前掲注(19) 39 頁、山本豊・前掲注(19) 62 頁、後藤・前掲注(19) 12 頁、中田裕・前掲注(35) 74 頁、山本健司「契約適合性判定権条項など 4 種類の契約条項について」別冊 NBL128 号 19 頁 (2009 年)。

39 松本・前掲注(16) 7 頁でも、「新種の契約の場合には何らの規定が存在しないことが多い」と示している。

し、これらの条項は、対応する明文規定はもちろん判例法理等も存在しないので、既に認められた不文法理のみを任意規定に含むと解釈する場合、前段要件に該当しないことになりかねない<sup>40</sup>。

そして第二の理由は、不当条項規制の必要性である。そもそも消費者と事業者の間には構造的な情報力・交渉力の格差があり、この格差のために消費者は本来同意しないことまで同意してしまう<sup>41</sup>。このように消費者の意思決定の自由が確保されていない場合には、契約自由の原則を貫徹させるべきでなく、消費者が一方的に不利益を被っているという状況の改善を図ることが必要と認められる場合には、条項規制によって事業者の利益を損ねることを考慮してもなお、これを無効にする必要があるという<sup>42</sup>。このことから、既に認められている判例法理等だけでなく「条項がなければ消費者に認められていたはずの状態」=「特約がない場合の権利義務」ということも法 10 条前段の「一般的な法理等」に含まなければ、法創造の意義を否定することになる<sup>43</sup>。下級審判決のなかにも、前段要件の「民法、商法、その他の法律の規定」につき、「公の秩序に関しない規定」を比較対象とすることを明らかにしているにすぎないとして、「当該規定を適用した場合と消費者契約の条項が適用される場合とで、いずれのほう为消费者の権利を制限し、又は義務を加重することになるのかどうかを明らかに

---

40 消費者契約における不当条項研究会『消費者契約における不当条項の横断的考察』別冊 NBL 128 号（商事法務、2009 年）3 頁～4 頁。同研究会は内閣府旧国民生活局により実施されたもので、任意規定につき限定説に立ったものであるが、実際に事業者が用いている約款内の条項を調査し、不当条項と判断されるうるものを抽出し、今後ブラック・リストとして立法すべきことを提言している。

41 山本敬・前掲注(17) 22 頁。

42 日弁連・前掲注(7) 195 頁、法務省「民法（債権関係）の改正に関する検討事項(8) 詳細版」3 頁 < <http://www.moj.go.jp/content/000049817.pdf> >。

43 山本敬・前掲注(17) 22 頁。

すれば足りる。」と明示したものがある<sup>44</sup>。

(D) 両見解の分析

約款利用により消費者が利益を享受するという点については、一見すると妥当な理由づけであるようにも思われるが、次のように反論することができる。たとえば、内容が一方当事者にとって多少不利益なものであったとしても、交渉のための時間やコストを省くために内容に関心を払わずに契約をする行動は不合理なものといえず<sup>45</sup>、そのような場合には、私的自治の原則から当該条項を規制する必要はないといえる。しかし、約款は、元来、多数の取引を定型化することで大量に処理できるようにと商人間取引の中で考案されたものであることから、取引に不慣れな消費者が、約款の内容を十分に理解することは難しく<sup>46</sup>、こうした約款利用による利益の享受は、完全契約<sup>47</sup>の条件が満たされ、なおかつ適正な約款が用いられているという前提条件を満たしてはじめて実現するとされている<sup>48</sup>。したがっ

---

44 京都地判平成 23 年 3 月 24 日 LEX/DB データベース (文献番号 25470743)。

45 山本豊・前掲注(19) 118 頁。

46 河上正二『約款規制の法理』(有斐閣, 1988 年) 19 頁。

47 完全契約とは、太田・前掲注(37) 52 頁～53 頁によると、取引費用が存在しないことから、効率的な資源配分をもたらすもの、つまり、契約当事者全員が各自の目的を達成するうえで理想的な状態となるものを指すとしている。

48 太田・前掲注(37) 55 頁～58 頁によると、当事者が合理的であること、情報が完全であること、市場に独占がないということで完全契約(当事者間の取引はパレート最適の意味で効率的な資源配分をもたらす契約)となり、このような場合には、企業が提示する約款について納得いかなければ自分に不利な条項どおりの契約を結ぶことを回避することができるので、合理的消費者が交渉する費用や時間を省略したいと願っている場合には、約定どおりの契約は実現されることが望ましく、規制を行うべきではないという。また、企業間で厳しい競争があり、当該分野への参入障壁がなければ、標準書式は自ずと効率的なものになる場合にも、同様に

て、現在の消費者契約においては完全契約の条件がおおよそ満たされているとは言い難く、条項を規制する必要が生じているといえ、の見解をとるべきといえる。

(E) 差止請求権事例における「一般的な法理等」の解釈

こうした解釈は裁判例にも現れている。明文規定と比較していない(2)(3)(5)の裁判例を取り上げてみていく。

裁判例(3)は、定額補修分担保金条項につき、最判平成 17 年 12 月 16 日の賃貸借契約の退去時に賃借人が負担する原状回復義務には通常損耗は含まれないとする判例法理<sup>49</sup>を基準とし、定額補修分担保金条項によれば賃借人は通常損耗分も負担することになるとして前段要件の該当性を認めており、判例法理との比較によるものといえる。また、裁判例(5)は、役務の提供を受けることが不要になった場合、経済的不効率を避けるためにいつでも契約関係を解消できるとすることは、委任、雇用、請負の契約に共通して認められることから役務提供型の契約一般に存在する法理であるとして前段要件の該当性を認めているので、契約準則との比較によるものといえる。

これに対して裁判例(2)は、Y が広告で掲げている「自由返済」という文言に着目して判断している。すなわち、「自由返済」=「繰上返済が可能である」という印象を広告により消費者に与えているものの、早期完済違

---

約款を規制する必要はないとしている。

49 最判平成 17 年 12 月 16 日判時 1921 号 61 頁は、「……建物の賃貸借においては、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる賃借物件の劣化又は価値の減少を意味する通常損耗に係る投下資本の減価の回収は、通常、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に入れてその支払を受けることにより行われている。そうすると、建物の賃借人にその賃貸借において生ずる通常損耗についての原状回復義務を負わせるのは、賃借人に予期しない特別の負担を課することになる……」として、通常損耗は原状回復義務に含まれないことを判示した。

約金条項があるために、消費者が期限前に元本を返済したとしても、期限までの利息を Y に支払わなければならないことになる。このため、同広告のもとで当該条項が用いられていなければ、消費者は繰上げ返済を行い、負担する利息を軽減することができるはずであったのが、当該条項が用いられているために繰上げ返済を行った場合にも利息を軽減することができず、期限の利益の喪失を誘発することになる。以上より、裁判所は、消費者の不利に変更しているかどうかという基準で判断し差止請求権の主張を認めたものと解されるだろう。

(F) 行政法的規定

明文の任意規定や判例法理、契約準則等がないものの、消費者庁等が提示している通達、指針、ガイドラインがある場合、それらが「一般的な法理等」に含まれるか問題になる。論点としては、まず、通達、指針、ガイドラインは法的拘束力や強制力を有しないものであること、そして、行政法的規定であることから私法上の効果に関わらないので含むべきではないという点である<sup>50</sup>。

たしかに、独占禁止法のような取締法に違反しても直ちに私法上無効とならないとした判決<sup>51</sup>も見られるが、一方で、食品衛生法に反して有害な食品を販売するという契約は、公序良俗違反であるとした判決<sup>52</sup>も見られ、学説上も行政法的規定であるという理由で「一般的な法理等」に含まれないとすべきでないとの見解もある<sup>53</sup>。また、通達等は消費者保護の観点から遵守することが望ましい基準として提示された行政法的規定であり、任

---

50 山本豊 ・前掲注(19) 126 頁。

51 最判昭和 52 年 6 月 20 日民集 31 卷 4 号 449 頁等。

52 最判昭和 39 年 1 月 23 日民集 18 卷 1 号 37 頁等。

53 四宮和夫=能見善久 『民法総則 [第 8 版]』(弘文堂、2010 年) 251 頁。

意規定を「公の秩序に関しない規定」と解するのであれば、通達等も契約当事者の意思表示に劣後する性質のもの、すなわち、「公の秩序に関しない規定」と解釈することができる。以上のことから、通達、指針、ガイドラインを一般的な法理等を含めて判断すべきであると考ええる。

#### (G) 強行規定の除外

さて、「一般的な法理等」の枠組みを上記のように把握する場合、あらゆるものが前段要件に該当すると思われるが、契約法領域において強行規定の効力を有する規定は含まれないという点に注意する必要がある。

強行規定は公の秩序に関するものであり、例えば、利息制限法がこれに該当するが、特別法だけでなく民法の中にも強行規定とされるものが存在する<sup>54</sup>。たとえば、「強行規定は公序良俗が具体化された規定群である」<sup>55</sup>というように、公序良俗（民法 90 条）はその最たるものといえるだろう。一方で、任意規定とは、当事者意思が明らかにならない部分を補充するために、当事者の意思の推測や立法者の価値判断を加えて作られたものである<sup>56</sup>、当事者が任意規定の内容と異なる意思を表示した場合には、当該意思表示が任意規定に優先することとなっている（民 91 条）。

消費者契約においては、情報力・交渉力の構造的格差の存在により当事者間の意思表示の正当性が保障されていないことから、当事者間で締結した合意との関係では、本来、劣後する任意法規を「当事者の合理的意思」として優先させる必要があるとして、一般条項としての法 10 条の役割が

---

54 この論点の最新の議論は、「任意法と強行法」法セミ 684 号 1 頁～30 頁（2012 年）を参照。

55 河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007 年）262 頁、川井健『民法概論 1 [第 4 版]』（有斐閣、2008 年）145 頁。

56 四宮=能見・前掲 53 191 頁。

求められることになる<sup>57</sup>。

したがって、当事者の合意では排除することのできない強行規定や強行規定的効力を有するものは、上記のように法 10 条によって優先させる必要はないことから、「一般的な法理等」の中に含まれないと解することになるだろう。そうすると、裁判例(1)は、借主に利息制限法の利率を超える利息を課すことになり、その部分については法 10 条に該当するとしてXの請求を認容しているが、厳密には法 10 条の要件を満たさない事例であったと評価できるだろう<sup>58</sup>。

## 2. 信義則違反 - 後段要件

### (1) 前段要件と後段要件の関係性

#### (A) 学説の整理

法 10 条を文言どおり忠実に解釈すれば、「前段要件」と「後段要件」の全く別個である 2 つの要件を満たすことで、無効という効力を導きだすということになる<sup>59</sup>。しかし、「任意規定や任意規定から導かれる判例準則は、多くの場合一定の正義内容を含み、当事者の意思内容の合理性を判断する際の有力な手がかりをも提供している」<sup>60</sup> と解されおり、他方、信義則は契約の趣旨を解釈する基準であると理解されていることから<sup>61</sup>、前段要件

---

57 河上・前掲注(55) 263 頁は、このことを「任意法における半強行法化」と表現している。

58 黒木理恵「ニューファイナンス—審京都地裁判決」消費者法ニュース 80 号 161 頁 (2009 年) は、「強行法規に違反する不当条項をどのような方法・基準で差止対象としてとらえるかという悩みどころがあります。」としている。

59 山本豊 ・前掲注(19) 124 頁。

60 河上・前掲注(55) 263 頁。

61 最判昭和 32 年 7 月 5 日民集 11 卷 7 号 1193 頁。

の中に後段要件の信義則が含まれることになり、「任意規定に比し」という要件は意味を持たなくなるとの指摘がある<sup>62</sup>。

そこで、両者を関連付けて捉えようとするものがみられるようになった。それらを簡単に整理すると<sup>63</sup>、法 10 条の適用については後段要件が重要であり、前段要件は単なる例示でしかない（「任意規定からの逸脱」=「信義則違反」=無効）とする説<sup>64</sup>、「任意規定からの逸脱 + 逸脱についての合理的な理由の欠如」=「信義則違反」=無効とする説<sup>65</sup>、「任意規定からの逸脱」（前段要件）+「逸脱についての積極的合理性の欠如」（後段要件）=無効とする説<sup>66</sup>、「任意規定からの逸脱」という客観的基準（前段要件）+「信義則違反」という個別具体的基準（後段要件）=無効とする

---

62 山本敬・前掲注(17) 35 頁。

63 両者の関係に関する詳細な分析は、山本豊・前掲注(19) 124 頁～125 頁参照。

64 中田邦・前掲注(19) 39 頁、山本豊・前掲注(19) 125 頁。四宮・能見・前掲注(53) 251, 252 頁は、「信義則違反の範囲を任意規定との乖離の場合に限定することは、消費者契約法の規定の意味を失わせることになりかねない。」と指摘する。山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商 123 巻 4・5 号 74 頁（2001 年）は、正当な理由なく、双方間の均衡性や相互性をやぶるような条項は、法 10 条により無効となるとしている。この説に類するものとして、山本敬・前掲注(15) 310 頁、山里盛文「消費者契約法 10 条後段要件の判断基準について」明治学院大学法律科学研究所年報 28 号（2012 年）掲載予定。

65 山下友信『保険法』（有斐閣、2005 年）124 頁。

66 加藤雅信『新民法体系 契約法』（有斐閣、2007 年）149 頁～150 頁は、「任意規定逸脱条項になんらかの積極的な合理性が認められるような場合に、それは契約の双方当事者の推定的意思に合致するとして、その条項は『消費者の権利を制限し、又は義務を加重する』側面があるとしても、なお有効であると解することができると思われる。この意味では、消費者契約法 10 条末尾の文言は、信義則違反の有無というより、任意規定逸脱条項の積極的合理性の有無を問うものと解すべきであろう。」としている。

説<sup>67</sup>が主張されている。

(B) 裁判所の見解

ここでは、冒頭で提示した 3 つの判例を取り上げて、前段と後段の関係性について検討していく。まず、最判平成 23 年 3 月 24 日は、敷引特約の有効性につき争った事案であるが、「賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものであるから、賃借人は、特約のない限り、通常損耗等についての原状回復義務を負わず、その補修費用を負担する義務も負わない。」ので、敷引特約は任意規定に比して消費者の義務を加重すると判断しつつも、敷引金が契約書に明示されている場合には、「補修費用等は含まれないものとして賃料の額が合意されているとみるのが相当であって、敷引特約によって賃借人が上記補修費用を二重に負担するということはできない」とし、また、「賃貸人が取得する金員を具体的な一定の額とすることは、通常損耗等の補修の要否やその費用をめぐる紛争を防止するといった観点から、あながち不合理なものとはいえず」として、当該条項を無効と評価しなかった。

更新料条項の有効性につき争った最判平成 23 年 7 月 15 日は、「更新料条項は、一般的には賃貸借契約の要素を構成しない債務を特約により賃借人に負わせる」ものとして消費者の義務を加重するものであるとしつつも、「更新料が、一般に、賃料の補充ないし前払、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質を有する」としたうえで、「従前、……更新料条項は公序良俗に反するなどとして、これを当然に無効とする取扱いがされてこなかった」ことから、当該条項を無効と評価しなかった。

さらに最判平成 24 年 3 月 16 日は、保険契約無催告解除条項の有効性に

---

67 中田裕・前掲注<sup>(35)</sup> 74 頁は、法的安全の要請と消費者保護との調和を図ったものと説明している。

つき争った事案であるが、まず、「本件失効条項は、……保険料の払込みがされない場合に、その回数にかかわらず、履行の催告（民法 541 条）なしに保険契約が失効する旨を定めるものである」として、消費者の権利を制限するものとしつつも、「本件各保険契約においては、……債務不履行の状態が一定期間内に解消されない場合に初めて失効する旨が明確に定められて」おり、「上記一定期間は、民法 541 条により求められる催告期間よりも長い 1 か月」となっていること、「払い込むべき保険料等の額が解約返戻金の額を超えないときは、自動的に上告人が保険契約者に保険料相当額を貸し付けて保険契約を有効に存続させる旨の本件自動貸付条項が定められていて、長期間にわたり保険料が払い込まれてきた保険契約が 1 回の保険料の不払により簡単に失効しないようにされている」ことなど、「保険契約者が保険料の不払をした場合にも、その権利保護を図るために一定の配慮がされている」ことから、上記運用を確実にしたうえで約款を適用していることが認められる場合には、後段要件に該当しないとした。

これらの判断枠組みは次のように説明できる。まず、法 10 条が、不当条項が任意規定から逸脱し、そうした逸脱が信義則に反して一方的に害する場合には無効になると規定していることから、内容が不利であったとしても契約コストの低減を図ろうと当該条項を含む契約に当事者が積極的に合意し、消費者が利益を得るといいうように一概に不当条項と評価されない場合には、消費者を一方的に害することにならず、是正する必要性が生じないことになる<sup>68</sup>。

---

68 潮見・前掲注<sup>(19)</sup> [松岡] 91 頁。佐久間毅『民法の基礎 1 総則 [第 3 版]』（有斐閣，2008 年）215 頁～216 頁は、「不利益を正当化しうる事情としては、当該条項が無効になると事業者が被る不利益が、当該条項が有効とされた場合に消費者が被るであろう不利益と同等以上であると考え、消費者にその不利益に対する代償が十分に与えられていることなどが考えられる」とする。同旨として、日弁連・前掲注<sup>(7)</sup> 195 頁。

そうすると、後段要件で重要なのは、条項が一方的に害するか否かということだが、上記 3 判例によると、当該条項が、「自己の利益のみを考えて相手の利益を配慮しない」<sup>69</sup> 場合には無効と評価され、反対に、当該契約や当該特約の趣旨からして相手方の利益も配慮した合理性のある条項は無効とならないとしていることから、「合理性」を一つのメルクマールとしていると捉えることができる。

以上より、判例の見解は、一定の合理性があれば後段要件に該当しないとして の説を採用しているものと考えられる。

### (C) 私見

最高裁が の説を採用した背景には、推測の域を出ないが、前段要件における任意規定の意味を「一般的な法理等」と示したために、適用範囲を拡大し過剰な消費者保護に傾いてしまったことへの揺り戻しとして、後段要件で調整をはかったのではないだろうか。

しかし、上記判決に対して私見は の説を採るべきと考える。まず、前段要件である任意規定からの逸脱の有無について、先に述べたように当該条項がなければ消費者に認められていたはずの状態と現状とが乖離しているか否かを判断することになるが、明文規定や判例法理が存在していない場合はその判断自体が新たな規範を導き出すことになる。一方で、後段要件における信義則も、契約法の領域では、契約の解釈の指針となるだけでなく、民法上規定のない新たな規範を創設するものであると理解されていることから<sup>70</sup>、前段要件に該当するか否かは実質的に信義則違反の判断に

---

69 山本敬・前掲注(15) 310 頁。

70 内田貴『民法 [第 4 版]』（東京大学出版会，2008 年）488 頁，四宮=能見・前掲注(53) 16 頁。

なるといえる<sup>71</sup>。このように解することで、法 10 条の対応できる範囲を広げることができ、名実ともに一般条項としての役割を果たすことになると考えられる。

なお、法 10 条の前後段 2 要件をまったく別個の要件として捉える場合には、当該契約条項がこの 2 つの要件を充足することにつき消費者が立証責任を負うとしているが<sup>72</sup>、 の説を採る場合、消費者は任意規定からの逸脱について証明することができれば、法律上の推定により、信義則違反が導き出され、当該条項は無効と評価されることになるので、消費者の立証負担が軽減されることにもつながるだろう。

## (2) 法 10 条における「信義則」の意味

さて、前段要件と後段要件とを既述のように理解した場合、比較できる任意規定がない場合に、法 10 条後段に規定された信義則の判断が重要になってくるが、この「信義則」の意味について、学説上、無効とされる条項は現行民法においても無効になるという見解（確認説）と、現行民法では必ずしも無効とはされないという見解（創造説）に分かれている<sup>73</sup>。

確認説の趣旨として、民法で無効とされるものをわざわざ規定として置く必要はないが、法で規定されたもののみが無効とされ、それ以外は無効とならないという反対解釈を防ぐために規定を置く意義があるということ

---

71 下級審の中にもこのように解するものが見られる。名古屋地判平成 23 年 4 月 27 日消費者法ニュース 88 号 208 頁は、借家人の家賃保証委託契約において、賃料の支払いが一度でも滞納されたときは賃借人の意向にかかわらず単独で解除され、更新料を支払わなければならないとする「解除更新料特約」は、「契約の趣旨に反するもの」であるから信義則違反であると判示している。

72 落合・前掲注(19) 144 頁。

73 このような分類は、山本敬・前掲注(17) 22 頁による。

が説明されている<sup>74</sup>。これに対して創造説の趣旨は、民法と消費者契約法は、立法趣旨も予定とする適用対象も異なるのであり<sup>75</sup>、また、確認説を前提とするなら、わざわざ法 10 条を規定した意味がなくなるということを指摘している<sup>76</sup>。立法担当者である消費者庁は確認説を採用しているが<sup>77</sup>、学説は、創造説を支持するものが多い<sup>78</sup>。

こうした中で最判平成 23 年 7 月 15 日は、「当該条項が信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるか否かは、消費者契約法の趣旨、目的（同法 1 条参照）に照らし、……判断されるべきである。」と示したことから、創造説を採用することが判例によって裏付けされたと解されよう。

### (3) 法 10 条における信義則違反の判断要素

#### (A) 学説・裁判例の展開

これを踏まえ、法 10 条における信義則違反の判断要素について検討していく。学説上は、条項の内容を判断するもの<sup>79</sup>と 契約締結過程にか

---

74 第 17 次国生審報告書 第 3 4. 契約条項 (1) [説明]。

75 日弁連・前掲注(7) 192 頁。

76 山本敬・前掲注(17) 22 頁

77 消費者庁企画課・前掲注(7) 222 頁。

78 山本敬・前掲注(17) 19 頁，中田邦・前掲注(19) 39 頁，日弁連・前掲注(19) 192 頁～193 頁，潮見・前掲注(19) 90 頁。

79 四宮=能見・前掲注(53) 244 頁は、民法では契約内容が不当であるときに、その効力を否定するのは信義則や公序良俗の役割であるが、その基準は明確でないので、消費者契約法は、具体的にどのような条項が不当かを示し、内容を規制するものと主張する。同見解を支持するものとして、佐久間・前掲注(63) 216 頁，山本豊・前掲注(19) 120 頁，中田邦博「消費者契約法 (2) 不当条項規制」法セミ 683 号 100 頁 (2011 年) 等。

かわる事情も考慮して当該条項の不当を判断するもの<sup>80</sup>に分かれているが、裁判例は、最判平成 23 年 7 月 15 日の「当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考量して判断されるべきである。」という判示により、の契約締結過程における事情も含めて判断するものとうかがえる。

(B) 契約締結過程における事情を判断要素とする危険性

実体法上の観点から整理すると、まず、の見解からは、「消費者契約法とは、『実質的な契約自由』を実現するために、裁判官に対して契約内容を検討・審査することを命じており、……裁判官は、消費者契約における内容形成を単に当事者間での形式的な合意にゆだねて事足りるとするのではなく、契約の内容を吟味しながら、その条項の合理性を判断しなければならない。」との指摘があり、そのうえで、近時の最高裁判決に対しては、「交渉などの個別具体的な事情を考慮して当事者の『合意』を優先させており、結果的に契約の内容を事後的に適正なものとして形成するという観点が重視されていないように思われる。これでは、裁判所に契約条項

---

80 落合・前掲注(9) 151 頁～152 頁では、当事者の情報力・交渉力の格差の程度・状況、消費者が当該条項に合意するよう勧誘されたかどうか、当該物品・権利・役務が、当該消費者の方から特別に求めたものかどうか、当該条項が消費者にとって明確で理解しやすいものであるかどうか、消費者に当該条項の基本的内容を知る機会が与えられていたかどうかということを挙げて、個別具体的に検討すべきことが示されている。また、大澤彩「建物賃貸借契約における更新料特約の規制法理（下）」NBL932 号 62 頁（2010 年）は、更新料特約に限定しているが、「更新料特約の内容の合理性のみで特約の有効性を判断することはできないことから、特約の成立レベルの事情である『説明の有無』や『明確性』をも考慮要素としているということが出来る」としている。

の内容を事後的に規制する権限を託した消費者契約法の意義が失われてしまふであろう」として、形式的な合意があれば不当条項が規制されないおそれを指摘している<sup>81</sup>。

この点、裁判例(3)は、「Y が、建物賃貸借契約締結に際し、賃借人に、定額補修分担金について、退去時において入居時と同様の新装状態に回復することが必要で、そのうちの一部として定額補修分担金を負担してもらう旨の説明をしていたことが認められるものの、その有利な点、不利な点を判断するために必要な情報……を提供していたと認めるに足りる証拠はない。」として、当該条項の不当性を認めているが、こうした判示は、形式的な合意があれば有効と判断される危険性を孕んでいると考えられる。そこで、形式的な合意による危険性を避けるためには、情報力の格差により一方的当事者において不利となる条項の存在及び内容を知ることができずに契約を締結したという場合、当該条項につきそもそも意思表示の合致がないものとの解釈論をとるべきだろう<sup>82</sup>。例えば、先述した最判平成 17 年 12 月 16 日では、借主に通常損耗についての原状回復義務を負担させるには、「少なくとも、賃借人が補修費用を負担することになる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、仮に賃貸借契約書では明らかでない場合には、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、それを合意の内容としたものと認められるなど、その旨の特約…が明確に合意されていることが必要である」として、当該条項の合意を認めていない。このように解釈するならば、当該条項をきちんと明示せず、また説明せずに契約締結に至った場合というのは、不当条項規制ではなく、不当勧誘規制の対象になるとも言えるだろう。この点につき、今後の判例の集積を待ち検討していく。

---

81 中田邦・前掲注(79) 100 頁。

82 山本豊 ・前掲注(19) 120 頁。

(C) 交渉力を判断要素にすることの問題点

次に交渉力という要素であるが、当事者間に情報や交渉力の格差がある場面では、たとえ交渉が行われたとしても消費者は当該条項の効果を理解できず、仮に理解できた場合にも適切に契約交渉に影響を及ぼすのは困難であり、実質的に交渉が行われていることはないとの指摘がある<sup>83</sup>。そして、實際上、形式的な交渉さえ行えば、不当条項であったとしても規制を潜脱することが可能であるという問題点が考えられることから、個別に交渉を行った条項も消費者契約法の規制の対象に含むべきとしている<sup>84</sup>。この点、法務省の債権法改正部会でも、消費者にとって、事業者と交渉してより有利な契約内容を提案することに要する費用は、通常それによって得られる利益と釣り合わないため、事業者から提示される契約条項を議論することなく受け入れることとなるが、このような場合には契約自由の原則が妥当していないことから、不当条項について規制することが正当化されると指摘している<sup>85</sup>。そして、形式的に交渉をしたことにすれば容易に不当条項規制を潜脱することができることとなるという問題点を考慮して、消費者と事業者との間で個別に交渉がされたとしても、それを理由として上記各規定の適用が除外されることはないとしている<sup>86</sup>。なお、消費者契約法制定の際にモデルとした「消費者契約における不公正条項に関するEC指令」(93/13/EEC)が条項の検討において契約締結過程にかかわる

---

83 消費者庁企画課・前掲注(7) 22頁。

84 沖野眞巳「『消費者契約法(仮称)』の一検討(6)」NBL657号56頁～57頁(1999年)、落合・前掲注(19) 152頁、山本豊・前掲注(19) 63頁、山本豊・前掲注(19) 118頁、日弁連・前掲注(19) 190頁。

85 このほかに、公共的な目的に基づく秩序の維持や社会的弱者の保護という理由も挙げられている。

86 法務省・前掲注(42) 6頁～7頁。

事情（特に交渉力）を考慮していることから、消費者契約法でも同様の解釈をすべきとする主張がある<sup>87</sup>。たしかに EC 指令では、個別的に交渉されていない条項は、信義誠実の要請に反し消費者の不利益において当事者の権利義務における重大な不均衡をもたらすときには不公正であるとして、個別交渉を経て合意に至った条項は有効であるとしているが、EC 指令では事前に作成されている契約条項は常に個別に交渉されなかったものとみなされるという手当がされている<sup>88</sup>。一方で、消費者契約法にはそうした工夫がされておらず、EC 指令の法理をそのまま妥当させることは適当でないだろう<sup>89</sup>。

#### (D) 差止請求権事例での判断要素

実定法上の理解をもとに、差止請求権の行使につき、法 10 条後段要件がどのように判断されているか整理していく。まず、各裁判例で情報力の格差について、裁判例(4)と(5)は、当該条項に関し、事業者から説明されているという点をもって、両当事者の間に条項に基づく明確な合意が成立していることから情報力の格差はなく、また、当該条項は不合理なものといえないとして差止請求権の行使を認めなかった。つまり、情報力の格差も当該条項の当不当の判断要素としていると解される。しかし、こうした事例は、実定法上の理解によれば意思表示の合致がない条項として把握すべ

---

87 落合・前掲注(19) 151 頁は、指令の序文 16 が条項の当不当について契約締結過程にかかわる事情を判断要素としていることを指摘している。

88 同指令採択の経緯、概要については、新美育文「消費者契約における不公正条項に関する EC 指令の概要と課題」ジュリ 1034 号 86 頁（1993 年）参照。

89 山本豊・前掲注(19) 127 頁は、契約締結過程における事情を法 10 条後段の該当性の判断要素とする見解は、条項内容の当不当の評価と契約締結過程における事情をどのように関連づけて判断するのかを解明していないと指摘する。

きであり、差止請求権の行使においても同様の対処をすべきといえる。

これに対して裁判例(3)は、情報力の格差を当該条項の当不当の判断要素とするのではなく、消費者契約法の適用の是非を検討する際の要素にしていると解される。すなわち、賃貸人は定額補修分担金条項自体を説明しているものの、定額補修分担金条項により、賃借人が本来は負担する必要のないものまで負担させるといふ不利益があることを情報として伝えていないことから情報力の格差があるとし、そのために、当該条項につき賃借人の有利になるように条項内容を設定することは困難であると解されるので、当該条項については消費者契約法の適用が認められるとして、差止請求権の行使を認めたものと考えられよう。

学説にも、当該契約が消費者契約に該当するか否かを判断する要素であると捉えるべきものがあり<sup>90</sup>、情報力の格差は条項の信義則違反という判断要素から外すべきといえよう。

次に交渉力の格差という要素であるが、裁判例(1)ないし(3)では言及されていない。裁判例(4)及び(5)は、当該条項に関して存在する情報及び交渉力の格差が存在しないと判示しているが、同判示に関する前後の文脈を確認すると、両事例とも情報力の格差が生じていない点を判断しているのであって、交渉力は問題にしていないことがうかがえる。この点、裁判所は、法1条の規定を考慮して、情報力の格差がないことを示す場合にあわせて交渉力の格差もないと判示したと推測され、特に交渉力の格差を意識して判示したようには思われぬ。したがって、法10条に基づく差止請求権の事案では、交渉力は当該条項の不当性を判断する際の考慮要素とされていないといえることができるだろう。

---

90 山里・前掲注(64)。

## むすびにかえて

実定法上の法 10 条の要件を整理したところ、前段要件である任意規定は、拡張説のなかでも明文規定や不文法理である判例の準則や慣習法のほかに、当該条項がなければ消費者に認められていた権利・義務までも含むと解釈することができることが明らかになった。もっとも、そうした場合にも、「一般的な法理等」を公の秩序に関しない規定と捉えるならば、信義則や公序良俗といった民法のなかでも強行規定的性質を備えているものは前段要件から除外すべきとなる。これにより、比較対象となる任意規定がないから差止請求権を行使できないとする問題は解決することになる。

また、「一般的な法理等」に消費者に認められていた権利、義務を含む場合、前段要件を満たすかという判断は、信義則違反の判断と同義になるので比較すべき明文規定がない場合に後段要件が重要になってくる。

そこで、後段要件の信義則違反の判断要素であるが、まず実体法上の議論を整理すると、条項の当不当を判断する際に契約締結過程における事情をも考慮する見解を採用すると、当該条項の内容に合理性がなくとも単に形式的な合意や交渉が認められれば、当該条項が有効と判断されるおそれがあり、裁判による救済を目的とした消費者契約法の意義を阻害することになりかねない。このことから、情報力や交渉力の格差という要素は、法 10 条の判断要素に含むべきでないとする見解を支持するのが妥当である。

後段要件を上記のように理解すれば、実定法上の法 10 条も抽象的な消費者像をもとに当該条項の当不当を判断することになり、法 12 条は実体法上の要件と変わらないことになる。この点、実体法上の法 10 条の事例の中に、個別契約締結過程に関する具体的当事者間の個別事情を離れて抽象的に当該条項の有効性を判断した興味深い例がある<sup>91</sup>。東京高判平成 21 年 9 月 30 日金商 1327 号 10 頁は、当該条項が法 10 条の規定により無効か

どうかは、「個別の当事者間における事情を捨象して、当該抽象的に検討して判断すべきであるから（同条に規定する消費者契約の条項を含む消費者契約の締結について、適格消費者団体による差止請求が可能であるのも……、条項を抽象的に判断することにより、当該条項の有効無効の判断が可能であるからである。）」と示し、意識的に法 10 条と法 12 条は同判断基準としている。また、学説の中にも、信義則における信頼・期待は、具体的なものと抽象的なものに分かれるところ、消費者契約法では抽象的なものでよいとするものもある<sup>92</sup>。

このように解した場合、最高裁が判示した情報力及び交渉力の格差という基準は、差止請求権では、消費者契約法の適用があるか否かを判断する基準と解することが妥当であろう。

以上、不当条項に対する差止請求権の要件について検討したが、今後は、不当条項以上に個別具体性の強い不当勧誘に対する差止請求権について同様の検証を行い、改めて差止請求権の実体法上の位置づけについて検討することにする。

(2012 年 5 月 11 日脱稿)

---

91 山本健・前掲注<sup>(38)</sup> 23 頁は、神戸地判平成 17 年 7 月 14 日判時 1901 号 87 頁につき、一般的な判断材料と抽象的な評価に基づいた考察の結果、敷引特約にはおよそ合理性が肯定しがたいとして、同特約の法 10 条違反を導いていると評価している。

92 山口・前掲注<sup>(19)</sup> 115 頁。