

定型約款における不当条項規制

—「定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念」の考慮

野田和裕

第 1 章 はじめに

民法には「約款」に関する規定が存在しなかったこともあり、立法審議の最終段階まで意見の対立がみられたが、2017 年の民法改正法⁽¹⁾によって「定型約款⁽²⁾」に関する 3 か条 (改正民法 548 条の 2 から 548 条の 4 まで) の規定が新設された。「定型約款」の新設規定に関する立法の経緯やその特徴については、すでに多くの詳細な分析・検討が行われている⁽³⁾。

そこで、本稿では、これらを参照しながら、特に、不当条項規制に関する規律に焦点を絞って、改正民法 548 条の 2 第 2 項の解釈・運用について具体的に検討することとする。その際、とりわけ、同条 2 項が、条項の不当性審

(1) 民法の債権関係の分野について、民法制定以来およそ 120 年ぶりに全般的な見直しを行う「民法の一部を改正する法律」(平成 29 年法律第 44 号)は、2017 年 5 月、第 193 回国会において成立し、同年 6 月に公布された。

(2) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(2013 年 7 月 4 日補訂。以下「中間試案」という)では規律の対象を表す名称として「約款」という言葉を用いていたが、この言葉は実務において広く用いられているものの、それによって指し示されているものがどのようなものであるかは様々であったため、この言葉をそのまま法律上の定義語として用いると、かえって実務的な混乱を招くおそれがあることが懸念された。そこで、別の新たな言葉である「定型条項」という用語を用いることとされたが(法制審議会民法(債権関係)部会資料 75B(以下「部会資料 75B」と引用)9 頁)、その後、「定型条項」という用語は「条項の総体」ではなく個別の条項を指す概念と誤解されるおそれがあることを考慮し、最終的に「定型約款」という用語が採用されることになった(部会資料 83-1・46 頁、同 83-2・37 頁)。

査にあたって、「取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念」を考慮要素として明文化した点に注目し、これがどのような役割を果たしうるのかについて考えていくことにする。

というのも、かつて筆者は、不当条項の内容規制がなされる際の判断構造について、個別の条項が不当か否かを判断する際に、契約全体との関連性を考慮に入れるべきことを、当時のドイツ約款規制法 (AGB-Gesetz) 9条および1993年 EC 不当条項指令4条1項⁽⁴⁾を参照しながら、指摘した⁽⁵⁾。そして、

-
- (3) 鹿野菜穂子「民法改正と約款規制」曹時67巻7号(2015年。以下「鹿野・約款規制」と引用)1801頁、沖野眞巳「約款の採用条件について—『定型約款』に関する規律の検討—」高翔龍ほか編『日本民法学の新たな時代』(有斐閣, 2015年。以下「沖野・約款」と引用)525頁、森田修「約款規制—制度の基本構造を中心に(その1)~(その4)」法教432号92頁, 433号88頁, 434号85頁, 435号88頁(2016年)、吉川吉衛「定型約款の規定に関する解釈」國士館法学49号(2016年)95頁、山田創一「定型約款に関する債権法改正の考察」名城法学66巻3号(2016年)273頁、河上正二「『約款による契約』と『定型約款』」消費者法研究3号(2017年)1頁、山本敬三「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」消費者法研究3号(2017年。以下「山本敬三・問題点」と引用)31頁、鹿野菜穂子「『定型約款』規定の諸課題に関する覚書き」消費者法研究3号(2017年)73頁、沖野眞巳「『定型約款』のいわゆる採用要件について」消費者法研究3号(2017年)97頁、丸山絵美子「『定型約款』に関する規定と契約法学の課題」消費者法研究3号(2017年)155頁、大澤彩「『定型約款』時代の不当条項規制」消費者法研究3号(2017年)177頁、廣瀬久和「『定型約款』規定についての覚書を再び掲載するに当たって」消費者法研究3号(2017年)207頁、山本豊「定型約款の新規定に関する若干の解釈問題」ジュリ1511号(2017年)46頁、川地宏行「民法改正における定型約款の組入要件と内容規制」『現代私法規律の構造』(第一法規, 2017年)117頁、山本豊「改正民法の定型約款に関する規律について」深谷格ほか編著『大改正時代の民法学』(成文堂, 2018年。以下「山本豊・規律」と引用)377頁、山下友信「定型約款」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅲ契約(2)』(商事法務, 2018年)137頁、河上正二「改正民法における『定型約款』規定における若干の問題点」松久三四彦ほか編『社会の変容と民法の課題(上巻)』(成文堂, 2018年。以下「河上・問題点」と引用)473頁、大澤彩「不当条項規制の現状と課題」消費者法研究6号(2019年。以下「大澤・現状と課題」と引用)179頁など。

契約全体との関連で個別条項の不当性を判断することから、単独では許容される内容の個別条項が他の条項との相互作用の結果として契約相手方に不当な不利益を惹起するという場合(増幅作用)があるし、逆に、個別条項がそれ自体としては契約相手方に著しい不利益をもたらすのだが、契約全体との関連で見れば、不当とまではいえないという場合(補償作用)が出てくる旨を述べていた。

この点、改正民法の立法審議の最終段階にあたる「民法(債権関係)の改正に関する要綱案の原案(その2) 補充説明」⁽⁶⁾にも、「『(取引)の実情』や『取引上の社会通念』を考慮することとされているが、これは信義則に反するかどうかを判断するに当たっては、当該条項そのもののみならず、取引全体に関わる事情を取引通念に照らして広く考慮することとするものであり、当該条項そのものでは相手方にとって不利であっても、取引全体を見ればその不利益を補うような定めがあるのであれば全体としては信義則に違反しないと解されることになる。」との説明があり、補償作用の考え方を念頭に置きながら、新設規定の解釈・運用を図っていくとする姿勢が見受けられる⁽⁷⁾。

ところが、改正民法の定型約款に関する諸論考においては、この点について深く検討を加えたものは今のところ見当たらない。それゆえ、本稿では、

- (4) 1993年4月5日にEC閣僚理事会が採択した「消費者契約における不公正条項に関するEC指令」Richtlinie 93/13/EWG v.5.4.1993,ABI EG Nr.L95 v.21.4.1993,S.29。本指令の紹介および翻訳として、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(1993年)78頁以下、河上正二=大村敦志「EC消費者関連指令(仮訳) - 最近の二つの重要指令」NBL534号(1994年)34頁,41頁以下(河上訳)、松本恒雄=鈴木恵=角田美穂子「消費者契約における不公正条項に関するEC指令と独英の対応」一橋論叢112巻1号(1994年)1頁以下がある。
- (5) 野田和裕「約款の内容規制と約款全体・契約全体との関連性」広法21巻1号(1997年)87頁。
- (6) 部会資料86-2・4頁。

この点を中心に検討を行うこととしたい。

第2章 改正民法における不当条項規制の構造とその特徴

第1節 規定の構造

改正民法 548 条の 2 第 1 項は、定型約款によって契約の内容が補充されるための要件、すなわち、個別条項についての「みなし合意」(合意擬制)の要件を定めている。その上で、同条 2 項は、①「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」、②「その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるもの」については、「合意をしなかったものとみなす」⁽⁸⁾と定める。

規定の構造としては、前段要件として、①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ること、後段要件として、②相手方の利益を一方的に害すると認められるものであることを定め、②の判断基準として信義則、②の考慮要素として「定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念」を挙げている。

同項は、消費者契約法 10 条 (一般条項) と類似の規律を採用するものであ

(7) さらに、法制審議会民法(債権関係)部会第 99 回会議事録(以下「第 99 回会議事録」と引用) 8 頁(村松幹事発言)では、「定型約款の変更」に関する質疑において、「例えば、利用料金など契約の中心部分を変更せざるを得ないということであったとしても、それは客観的には相応に合理性があるということが言えるのかどうか、こういった判断を行うことになりましたが、相手方に与えられる不利益の程度に応じまして、場合によっては、その契約から離脱する自由を与える等々、そういった補償的措置も含めて判断して合理的と言えなければならないだろうということが想定されているということでございます」との説明がされており、合理性の判断において「補償的措置」(補償作用)が考慮要素になることが示唆されている。

(8) 第 96 回会議事録 39 頁(村松幹事発言)では「合意をしなかったものとみなす」と「無効」との違いについては、「基本的に大きな差はない」と説明されている。

るが、同法や従来の不当条項規制の考え方とは異なって、不当条項はそもそも契約に組み込まれないとの考え方を採っている⁽⁹⁾。すなわち、いったん契約内容となったうえで、条項内容の不当性ゆえに無効とされるという枠組み（二元的構成—無効構成⁽¹⁰⁾）ではなく、548 条の 2 第 1 項による個別条項についての合意擬制にもかかわらず、同条第 2 項は、内容に問題がある等の一定の条項は合意擬制から排除され契約内容にならないとの枠組み（一元的構成—不合意構成）を採用している。

また、中間試案や第 85 回会議（部会資料 75B・12 頁）まで議論された「不意打ち条項の規制」と「不当条項の規制」に関するルールを「一本化」し、みなし合意による合意擬制の例外として再構成する形で整備されている⁽¹¹⁾。

第 2 節 学説による評価と特徴づけ

不当条項規制に関する規律を立法化するための苦渋の決断であったという立法過程の経緯はあるものの、548 条の 2 第 2 項が、不意打ち条項規制と不当条項規制との融合型の規定となったことに対しては、学説は一樣に批判や違和感を表明している。

他方で、改正によって新設された同項を積極的に特徴付け、その意義を見出そうとする見解も示されている。

(9) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、2017 年。以下「潮見・概要」と引用）229 頁。

(10) 組入規制（その補完としての不意打ち条項規制）と不当条項規制という二元的構成は、約款規制に関する現在の学説の一般的な考え方といえる（山本敬三・問題点 56 頁）。

(11) 部会資料 83-2・39 頁では、「定型約款については、その特有の考慮事情として、『定型取引の態様』が挙げられている。これは、契約の内容を具体的に認識しなくとも定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなされるという定型約款の特殊性を考慮することとするものである。この特殊性に鑑みれば、相手方にとって予測し難い条項が置かれている場合には、その内容を容易に知り得る措置を講じなければ、信義則に反することとなる蓋然性が高いことが導かれる（この限度で不意打ち条項に果たさせようとしていた機能はなお維持される。）」と説明されている。

その代表的な見解によれば、同項は、条項内容のみならず、契約締結（意思形成過程）を含む取引行為のプロセスをも考慮に入れて当該条項の不当性、正確には個別条項合意擬制からの排除を判断する枠組みを採用している点に、特徴がある⁽¹²⁾。すなわち、同項にいう「その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして」という記述は、消費者契約法10条における不当条項規制が事業者・消費者間の構造的な情報格差・交渉力格差を基礎に据えたものであるのとは異なり、合意内容の希薄性（契約の内容を具体的に認識しなくても定型約款の個別の条項について合意したものとみなされるという定型約款の特殊性）、契約締結の態様や、健全（合理的）な取引慣行その他取引全体に関わる事情を広く考慮に入れ、契約の内容面と手続面の両面から当該条項の不当性の有無が評価されるということを含意するものである⁽¹³⁾。立案担当者も、定型約款についての不当条項規制においては、①当該条項の内容面での不当性と、②当該条項を相手方（顧客）が認識・予測困難であったという不当性（不意打ち的要素）の両面が考慮されることになると述べている⁽¹⁴⁾。

この点、立案担当者の説明においては、（立法過程で導入が検討されてきた不意打ち条項規制が、主に経済界からの過剰な規制であるとの批判を受けて、見送られた経緯を踏まえてであろうが）同項が不意打ち条項規制で期待された役割を担うとの趣旨が盛んに強調されている。

もっとも、これに対しては、本来の意味での不意打ち条項規制——条項内容

(12) 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）45頁。

(13) 部会資料86-2・4頁、鹿野・約款規制28頁、潮見佳男「消費者契約・定型約款における不当条項規制」法教459号（2018年）77頁。

(14) 村松秀樹＝村尾博憲『定型約款実務のQ&A』91頁。沖野・約款568頁は、同項は純然たる内容規制ではなく、不意打ち条項としての規律がそこに盛られていると述べる。また、森田・前掲注(3)法教434号93頁は、不意打ち条項規制は、あくまで発展的に解消されたのであって、規制内容としては新規定において堅持されていると述べる。

自体が不当とはいえなくても、相手方が合理的に予期できない異例な条項は契約への包括的組入れから除外される——とは異なると指摘することができる⁽¹⁵⁾。このようにみれば、改正民法 548 条の 2 第 2 項の文言中には、不意打ち条項規制にふさわしい文言を見出すことができず⁽¹⁶⁾、上記のように立案担当者が不意打ちの要素の考慮も含まれていることを殊更強調して説明することに対しては、疑問があるといわざるをえない⁽¹⁷⁾。

他方、これらとは別に、不意打ち条項規制と不当条項規制との融合型の規定となった改正民法 548 条の 2 第 2 項は、「ヨリ広い視野の下に置けば、いわゆる『併せて一本』論に立つ契約の有効要件論が、ついに明文の規定を持つに至ったことを意味し、その意義は小さくない」と指摘する見解もある⁽¹⁸⁾。さらに、融合型の規定であったとしても、不意打ち条項規制と不当条項規制とがそれぞれ独立の規制類型として機能すべきであり、さらに進んで、暴利行為類似の「併せて一本」という第三の規制類型も認めるべきとの見解も示されている⁽¹⁹⁾。従来 of 暴利行為論によれば、たとえ給付の不均衡などの客観的要件が充足される場合であってもそのみでは無効とするには足りず、さらに当該事案における悪質性など非難すべき主観的態様といった主観的要件も併せて充足される必要があるとの考え方が採られてきたことからすると、従来の暴利行為論とは若干異なった考え方であるが、民法改正による新設規

(15) 山本敬三・問題点 61 頁、大澤・現状と課題 213 頁。この点、筒井健夫=村松秀樹『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018 年）254 頁は、不意打ち条項についても、内容の不当性が認められてはじめてみなし合意の除外の効果が導かれるとする。

(16) 山本豊・規律 404 頁。

(17) 潮見・概要 230 頁は、改正民法 548 条の 2 第 2 項について、条項の不当性判断の中に不意打ち条項性をも組み込んだもの——不当条項規制および不意打ち条項規制を「一本化」したもの——と捉えることに疑問を抱くと述べる。

(18) 森田・前掲注 (3) 法教 435 号 96 頁。

(19) 山本敬三ほか「(座談会) 定型約款」ジュリ 1525 号 (2018 年) 96 頁 (山本健司発言、深山雅也発言)。

定を手がかりとして、こうした新たな解釈論が展開される余地もありえよう。

第3節 若干の検討

(1) 内容面での不当性審査 (内容規制) と、それとは別の面での不当性審査の区別

以上のように学説の評価もいまだ定まっていない状況にあるといえるが、どのように考えていくべきであろうか。

上述の通り、改正民法 548 条の 2 第 2 項は、不意打ち条項規制と不当条項規制との融合型規定であるとされているが、両者はそれぞれ異質のものである。すなわち、不意打ち条項規制は契約内容となるか否かのレベルの話であり、不当条項規制は契約内容となった条項が不当か否かのレベルの話である。

したがって、当該条項に関する①「内容面での不当性審査 (内容規制)」と、②それとは別の「手続面 (不意打ち的要素) での不当性審査」は、無理に融合するのではなく、それぞれにふさわしい判断基準の下で解釈・運用していくことが必要である (もともと、本節 (2) において後述するように、②「手続面 (不意打ち的要素) での不当性審査」については、別の捉え方も可能と考えるが、さしあたり、ここでは内容規制とは別の面からの不当性審査という意味で捉えておく)。学説でも、約款条項の内容の不当性と、契約締結過程における諸事情の両方が揃わなければ不当性を認めることができないというように考える必要はないとの見解⁽²⁰⁾ や、約款の抽象的審査と、個別事情への配慮とは別立てとするのが適当であるとの見解⁽²¹⁾ が示されているところである。

このように改正民法 548 条の 2 第 2 項の規律内容を 2 つの面に分類する考え方は、当該取引における個別事情への配慮を、どの程度具体的に考慮する

(20) 山下・前掲注 (3) 164 頁。

(21) 河上・問題点 480 頁。

ことが必要になるかという点において、区別の実益を有する。というのも、従来の約款理論において一般に理解されているように、①「内容面での不当性審査」、すなわち、約款条項の内容規制の問題では、定型的内容についての客観的抽象的審査を基本とすべきであり⁽²²⁾、改正民法の下においても、このような考え方が整合的かつ妥当である。これに対して、②の「手続面（不意打ち的要素）の不当性審査」については、当該取引における個別事情を重視して考慮していくことが多くなるであろうし、そうすることが基本的には適切であると思われる。すなわち、①「内容面での不当性審査（内容規制）」と、②それとは別の面での不当性審査とは、当該取引における個別事情を考慮する必要性の有無について、基本的なスタンスを別異に考える必要があるといえよう。

(2) 契約締結過程のみならず契約締結後の事情も考慮

上述したように、立案担当者の説明によれば、②「手続面（不意打ち的要素）での不当性審査」においては、契約締結過程の事情（手続面）を考慮するものとされているが、少なくとも改正民法 548 条の 2 第 2 項の条文文言上、契約締結過程の事情に限って考慮に入れるべきものとは読むことができない。この点、不当性審査の基準時を契約締結時に限定する必要は特になく、契約締結後の事情をも広く考慮に入れるべきとの考え方を排除すべきではあるまい⁽²³⁾。もちろん、不意打ち条項規制の明文化見送りや不当条項規制との融合規定の新設といった立法の経緯からすると、こうした説明も理解できないではない。しかし、今後の解釈・運用にあたっては、必ずしも立法の経緯にと

(22) 河上・問題点 480 頁は、約款条項の内容的規制の問題は、定型的内容についての抽象的審査を基本とすべきであって、個別事情による調整問題は、むしろ信義則あるいは権利濫用による「援用」規制で対処すべきではないかと述べる。

(23) 鹿野・約款規制 28 頁も、契約締結過程の事情は、あくまでも一考慮要素に過ぎないと述べる。

らわれすぎることなく、より一般的に、契約締結過程（不意打ち的要素）のみならず契約締結後の個別事情をも考慮に入れた、新たな不当性審査の規律が導入されたと考えるべきであろう。そして、このような新たな規律については、従来の考え方との関係でいえば、「信義則に基づく条項の援用規制」の考え方⁽²⁴⁾が明文化されたものと捉えるのが適切であるようにも思われる。

(3) 「信義則に基づく条項の援用規制」の考え方の明文化

民法1条2項が規定する信義則によって個別条項に基づく権利主張（条項の援用）を制限するという考え方は、裁判実務上も定着している⁽²⁵⁾。こうした裁判例は、当該条項自体を無効と判断しているわけではなく、当該条項を用いた権利主張（条項の援用）が、当該具体的事情の下においては制限されるということを企図するものと考えられる⁽²⁶⁾。その際には、当該事案における一切の個別事情を考慮した上で、契約条項の内容が一方当事者に不当に不利である場合には、当該条項に基づく権利主張（条項の援用）が制限されている⁽²⁷⁾。

さらに、こうした「信義則に基づく条項の援用規制」の考え方は、時間的な拡がりを見せてもいる。すなわち、条項の内容自体からは明白な不当性が見出し難い場合でも、事前の広告のあり方や、勧誘から契約締結に至るプロセス、場合によっては履行態様の如何によって約款条項が一方的に約款作成

(24) 大澤・現状と課題 212 頁は、契約締結過程の事情は、契約締結過程の規制や条項の明確性、約款の組入れ、信義則に基づく当該条項の援用の可否の判断で考慮に入れてきた事情であると述べる。

(25) たとえば、最判昭和 62 年 2 月 20 日民集 41 卷 1 号 159 頁など。

(26) 安永正昭「保険契約の解釈と約款規制」商事法務 1330 号（1993 年）25 頁、谷口知平ほか編『新版注釈民法（1）総則（1）〔改訂版〕』（有斐閣、2002 年）110 頁（安永正昭執筆）。

(27) 消費者庁消費制度課編『逐条解説消費者契約法〔第 4 版〕』（商事法務、2019 年）295 頁。

者（事業者）に有利に作用する（あるいは相手方（顧客）に思わぬ不利益を生ずる）可能性があることにも配慮すべきであって、個々の事情を考慮しながら、信義則による約款の援用制限を行うことも必要であるとの指摘である⁽²⁸⁾。すなわち、契約締結過程の事情のみならず、履行態様など契約締結後の事情をも考慮に入れるべきことが場合によっては必要となる⁽²⁹⁾。この点、改正民法 548 条の 2 第 2 項の下では、「定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念」に照らして、（契約締結過程の事情のみならず）契約締結後の事情も考慮に入れながら、「信義則に基づく条項の援用規制」を行うことができる途が開かれたといえよう。

以上の通り、改正民法 548 条の 2 第 2 項は、①信義則に基づく条項の内容規制および②信義則に基づく条項の援用規制という二つの規律を定めた規定であると理解すべきである⁽³⁰⁾。そして、この二つの規律は、いずれも「定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念」に照らして、信義則判断を行うものであるが、いずれも契約締結過程の事情のみならず、契約締結後の事情をも考慮に入れて条項の不当性審査を行うものとして解釈・運用していくべきである。

①信義則に基づく条項の内容規制については、以下において、章を改めて検討したい。

(28) 河上正二「約款の適正化と消費者保護」『現代の法 13・消費生活と法』（岩波書店、1997 年）121 頁。

(29) たとえば、信義則に基づき免責条項の援用を制限した最判昭和 46 年 6 月 10 日民集 25 卷 4 号 492 頁は、当該条項を無効と判断する手法ではなく、当該具体的事情の下において「取引上の社会通念」に照らして「信義則に基づく条項の援用規制」を行う手法を用いており、その際、（契約締結過程の事情のみならず）契約締結後の事情（銀行取引の履行過程における払戻請求時の事情）を考慮して判断を行っている。

(30) 山本豊・規律 400 頁は、条項の無効ではなく、契約内容となるかどうかのレベルで規制するという手法は、従来判例における隠れた内容規制の手法——ただし、その一部のみ——を明文化しようとするものといえると述べる。

第3章 不当条項の内容規制における考慮要素の明文化

第1節 不当条項の内容規制における考慮要素に関する立法提案

改正民法548条の2第2項の下では、(信義則に基づく条項の援用規制と同様に)「信義則に基づく条項の内容規制」についても、「定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念」が考慮要素となる。もっとも、この考慮要素は、内容規制の場合と援用規制の場合とで、異なった観点から考慮されることになるであろう。

この点、不当条項の内容規制に関する立法審議の初期の段階では、「不当性の判断に当たって考慮すべき要素は様々であると考えられるが、その主要なものを明文で定めておくことは、予見可能性を高める上でも有益であると考えられる。」⁽³¹⁾として、具体的な立法提案が参照されていた⁽³²⁾。

たとえば、1998年日本私法学会シンポジウム「民法100年と債権法改正の課題と方向」において、山本豊が示した「(不当条項規制の一般規定)(1)契約当事者は、一方当事者によりあらかじめ準備され個別的に交渉されなかった契約条項が、契約の目的である物品または役務の性質、当該条項と内容的

(31) 部会資料13-2・11頁。また、参考資料として、検討委員会試案「不当条項の効力に関する一般規定」が示されている。

<1> 約款または消費者契約の条項〔(個別の交渉を経て採用された消費者契約の条項を除く。)]であって、当該条項が存在しない場合と比較して、条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するものは無効である。

<2> 当該条項が相手方の利益を信義則に反する程度に害しているかどうかの判断にあたっては、契約の性質および契約の趣旨、当事者の属性、同種の契約に関する取引慣行及び任意規定が存する場合にはその内容等を考慮するものとする。

(32) ちなみに、消費者契約法10条では、考慮すべき要素が明文化されていないが、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た(消費者庁企画課編『逐条解説消費者契約法〔第2版〕』(商事法務、2010年)222頁)。

に関連する他の条項および契約締結時の全状況を考慮に入れて（下線は引用者。以下同じ）、その当事者に不相当に不利なものであるときは、その条項の全部または一部の無効を主張することができる。ただし、その条項について個別的交渉を行うことが期待可能であったことを条項使用者が証明したときは、このかぎりでない。」との提案である。なお、ここで注目すべきは、当該条項と「内容的に関連する他の条項」のみを顧慮すべきこととされている点である。「内容的に関係の薄い条項が顧客に有利になっているという理由で問題の条項が安易に正当化されてはならないこと、とりわけ条項使用者は問題の条項を前提として価格計算しているはずであるから、契約全体をみれば内容的にバランスがとれているとの条項正当化論は原則として否定されるべきであるという考慮に基づく」⁽³³⁾とされ、これは、ドイツの約款法学説⁽³⁴⁾と同

(33) 山本豊「契約の内容規制」『債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として—』別冊NBL51号(1998年)80頁,96頁。

また、1999年日本私法学会「『消費者契約法』をめぐる立法的課題」に関連して、潮見佳男は不当条項の内容規制がなされる際の考慮要素について、個別の契約条項が不当か否かを判断する際に、契約全体との関連性を考慮に入れるべきことを、1993年EC不当条項指令4条1項を参照しながら指摘した(潮見佳男「不当条項の内容規制—総論」『消費者契約法—立法への課題—』(1999年)160頁)。そして、「こうした契約全体への評価との関連で個別条項の不当性を判断することから、単独では許容される内容の個別条項が他の条項との相互作用の結果として契約相手方に不当な不利益を惹起するという場合(増幅作用)があるし、逆に、個別条項がそれ自体としては一方当事者に著しい不利益をもたらすのだが、契約全体との関連でみれば、不当とまではいえないという場合(補償作用。たとえば、契約内容の一方的変更を事業者に許す条項を設けつつ、合わせて、この場合における無条件解約権・原状回復請求権を消費者に与える条項を設けているような場合)が出てくる」としている。

そのほか、消費者契約を念頭に、「契約目的、他の契約条件、当事者の交渉の経緯その他の事情」に照らして契約条件・条項が不公正であるかどうかを判断することを提案する考え方(沖野真己「『消費者契約法(仮称)』の一検討(1)」NBL652号(1998年)22頁)が提示されていた。

(34) 詳しくは、野田・前掲注(5)・115頁。

様の考え方に依拠するものであった。

そのほか、1993年 EC 不公正条項指令 4 条 1 項⁽³⁵⁾ やヨーロッパ契約法原則⁽³⁶⁾ も参照されていた。

第 2 節 不当条項の内容規制における考慮要素に関する規定文言の変遷

(1) 立法審議における変遷

これらの立法提案やモデル法の内容を参照した上で、中間試案⁽³⁷⁾ は、「契約内容の全体、契約締結時の状況その他一切の事情を考慮して」相手方に過

(35) 1993年 EC 指令 4 条 1 項は、「契約条項の不公正さは、契約の対象とされた物品またはサービスの性質、契約締結時点における契約締結に伴う全事情および当該契約の他の全ての条項または当該条項と依存関係にある他の契約の全ての条項を考慮して評価される。」と規定する。

(36) ヨーロッパ契約法原則 4 : 110 条 1 項は、契約条項の不当性の判断に当たり、「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及び契約締結時の事情」が考慮されると規定する。

なお、DCFR (共通参照草案) II - 9 : 407 条 (不公正さを判断する際に考慮すべき要素) は、「(1) この節の規定の適用にあたり、契約条項が不公正であるかどうかを判断するときは、II - 9 : 402 条 (個別に交渉されなかった条項の透明性確保義務) による透明性確保義務、契約において定められるべき事項の性質、契約の締結過程における事情、他の契約条項及び当該契約の基礎とされた他の契約の条項を考慮しなければならない。(2) II - 9 : 403 条 (事業者と消費者との間の契約における「不公正」の意味) の適用に当たっては、(1) の規定に定める契約の締結過程における事情は、消費者が契約の締結前に当該条項を知るための現実の機会をどの程度与えられていたかを含む。」と規定する (窪田充見ほか監訳クリスティアン・フォン・バルほか編『ヨーロッパ私法の原則・定義及びモデル準則 共通参照草案 (DCFR)』(法律文化社、2013年) 120頁)。

(37) 中間試案第 30, 5 (不当条項規制) には、「前記 2 によって契約の内容となった契約条項は、当該条項が存在しない場合に比し、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ものであって、その制限又は加重の内容、契約内容の全体、契約締結時の状況その他一切の事情を考慮して相手方に過大な不利益を与える場合には、無効とするものとする。(注) このような規定を設けないという考え方がある。」と規定されていた。

大な不利益を与えるか否かを評価するものとした。また、その後の「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討⁽³⁸⁾」では、条項が無効かどうかを判断するに当たっては、「当該契約の内容の全部（定型条項以外の部分を含む。）、契約の締結の態様その他一切の事情を考慮するものとする。」と規定された。要するに、当初の立法審議では多少表現は異なるものの、当該条項のみならず「契約内容の全体」が考慮要素となること、また、「契約の締結の態様その他一切の事情」も考慮要素となることが示されていた。

ところが、不当条項規制および不意打ち条項規制の一本化が示された「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）」⁽³⁹⁾以降は、改正に至るまで「その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして」という言葉で固まることとなった。

(2) 立案担当者の説明

この結果、改正民法の不当条項規制において何が具体的に考慮要素になるのであろうか。「その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして」という表現は、立法当初の表現と比較すると抽象的な表現となったことから、分かり難い表現になったのは否めない。

この点に関する立案担当者の説明⁽⁴⁰⁾においては、次のように述べられている。まず、改正民法 548 条の 2 第 2 項では、①「定型約款に特有の考慮事情として、『定型取引の態様』が挙げられているが、これは、契約の内容を具体

(38) 部会資料 75B・13 頁および同 81B・12 頁（相手方に過大な不利益を与える契約条項の効力）では、「定型条項の契約条項は、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重するものであって、民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害するものであるときは、無効とする。この場合において、無効か否かについて判断するに当たっては、当該契約の内容の全部（定型条項以外の部分を含む。）、契約の締結の態様その他一切の事情を考慮するものとする。」と規定されていた。

(39) 部会資料 83-1・46 頁，同 83-2・39 頁。

(40) 部会資料 86-2・4 頁。

的に認識しなくとも定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなされるという定型約款の特殊性を考慮することとするものである。」との説明である。この説明①では、「定型取引の態様」として、いわゆる合意の希薄性が指摘されているが、前述したように、この特殊性を根拠として「手続面（不意打ち的要素）での不当性審査」において契約締結過程の事情を考慮する必要が強調された説明へと繋がっていくことになる。

立案担当者の説明においては、さらに、②『(取引)の実情』や『取引上の社会通念』を考慮することとされているが、これは信義則に反するかどうかを判断するに当たっては、当該条項そのもののみならず、取引全体に関わる事情を取引通念に照らして広く考慮することとするものであり、当該条項そのものでは相手方にとって不利であっても、取引全体を見ればその不利益を補うような定めがあるのであれば全体としては信義則に違反しないと解されることになる。」との説明が加えられている。この説明②が、不当条項の内容規制における考慮要素に関わるものであり、それによればやはり、当該条項のみならず「契約内容の全体」が考慮要素となること、すなわち、(かつての立法提案やモデル法と同様に)個別条項が不当か否か(より正確に言えば、契約内容となるか否か)を判断する際には、契約全体との関連性を考慮に入れるべきとの準則が、改正民法でも規律されることとなったといえそうである。

もっとも、前述したように、「その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして」という表現自体の抽象性の高さに加えて、立案担当者の説明では、このうち①「定型取引の態様」という文言と、②「(取引)の実情」や「取引上の社会通念」という文言とをあえて区別して、それぞれに異なった意味を与えようとしている点も、(一つの典型例ではあるかもしれないが)抽象度の高い文言の解釈として、そこまで限定的な捉え方が可能であるのか、若干の疑問が残る。

(3) 改正民法 548 条の 2 第 2 項の今後の解釈・運用の見通し

学説においても、改正民法 548 条の 2 第 2 項の今後の解釈・運用の見通しは定まっていないようである。

改正民法 548 条の 2 第 2 項は、消費者契約法 10 条と異なって、任意規定を考慮の基準とする考え方を採用していない。したがって、相手方の属性など幅広くその定型取引の事情を考慮すべきことを意味するものと考えらるべきであり、その意味では、改正民法 548 条の 2 第 2 項の不当条項規制は消費者契約法 10 条より柔軟であり、場合によっては軽度の規制になることも認められるとの見解⁽⁴¹⁾、他方で、「定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして」という判断基準では、解釈如何によって運用の幅が変わりうることに懸念を抱くと共に、取引全体の内容を見ればその不利益を補うような定めがあることを理由に相手方にとって不利な条項が契約組み入れから排除されないことが結論として妥当なのか、疑問が残る判断が下されることを不安視する見解⁽⁴²⁾もある。

そこで、以下では、章を改めて、不当条項の内容規制において、契約全体との関連性を考慮に入れる際に、どのようなことに留意すべきか、この点に関する議論の蓄積のあるドイツ法を参考にしながら考えてみたい。

第 4 章 いわゆる補償理念の導入による新たなアプローチの可能性

第 1 節 補償作用と増幅作用

(1) 契約全体との関連の考慮

これまで、民法あるいは消費者契約法の明文規定として、個別条項が不当か否か（契約内容となるか否か）を判断する際に、契約全体との関連性を考慮に入れるべきである旨の定めはなく、この点については、あまり意識され

(41) 山下・前掲注 (3) 164 頁。

(42) 大澤・現状と課題 211 頁、215 頁。

てこなかったのが実情である。その意味では、改正民法に手がかりとなる文言が明文化されたことには重要な意義がある。

かつて筆者は、「約款の内容規制と約款全体・契約全体との関連性」と題する論文において、ドイツ約款法の不当条項規制における契約全体の顧慮を中心に、ドイツの判例・学説を分析検討したことがある。

ドイツの約款法においても、個別の条項について不当性審査をする際には、約款全体・契約全体との関連、とりわけ約款中の他の条項などを考慮しなければならないとされている⁽⁴³⁾。このことは、次のようなことを意味している。

約款全体・契約全体との関係を考慮すると、個別条項がそれ自体としては相手方に著しい不利益をもたらすが、契約全体との関連でみれば、不当とまではいえないという場合(補償作用 „Kompensationswirkung“)⁽⁴³⁾が生じうる。他方で、逆に、単独では許容される内容の個別条項が他の条項との相互作用の結果として契約相手方に不当な不利益を惹起するという場合(増幅作用 „Verstärkereffekt“ oder „Summierungseffekt“)⁽⁴⁴⁾も生じうるということになる⁽⁴⁴⁾。

このうち、特に、補償作用に関しては多数の裁判例があり、ドイツ約款法の不当条項規制において、重要な機能を担っている。すなわち、様々な取引類型・契約類型に関する個別具体的事例において、不当性が問題となる個別条項がもたらす相手方の不利益が、別の条項・個別合意がもたらす利益によって代償的措置が講じられた結果、埋め合わされたと評価できるか否か、つまり補償作用が認められるか否かについて、不当条項の内容規制に関する裁判ではチェックが行われ、裁判例としても肯定例・否定例ともにかなり集積している。

(2) 補償作用に関するドイツの裁判例⁽⁴⁵⁾

(43) Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 307 Rn.36ff..

(44) 詳細については、野田・前掲注(5) 96頁以下を参照。

(45) 詳細については、野田・前掲注(5) 106頁以下を参照。

たとえば、補償作用を肯定した裁判例として、ドイツ連邦通常裁判所(以下「BGH」と記す)1981年12月1日判決⁽⁴⁶⁾がある。

【事実関係】 国内外の新聞・雑誌等を販売する売主Y(地域卸売商人)と買主X(小売商人)との間で締結された新聞雑誌供給契約において、商品の種類・数量を決定する権利(配分権 Dispositionsrecht)を売主Yに譲渡する旨の条項が置かれていたところ、買主Xは、この条項が無効であることの確認を求めて提訴した事案である。

【判旨】 商品の種類・数量を決定できるのは買主であるということは、明文の規定はないが、法秩序全体から導かれる売買法の原則である。そのような法命題もAGBG9条(当時の約款規制法AGB-Gesetzの一般条項であり、現在のドイツ民法BGB307条)2項1号にいう「法規定」にあたるので(vgl. BT-Drucks.7/3919,S.23)、売主に配分権を譲渡する旨の条項は、法規定の本質的基本思想と抵触をきたすものといえる。

しかし、他方において、売主Yは買主Xに対して、対応する仕入代金が入金記帳されるのと引換えに、売れ残った商品を売主Yに返品する権利(返品権 Remissionsrecht)を認めている。条項の内容審査の際には、この点が考慮されなければならない。「個別の契約条項が、約款使用者の契約相手方に不当に不利益を与えるか否かについては、全契約内容を考慮しそこで基礎づけられた双方の権利・義務を考量することによってはじめて、確かな解答を得ることができるからである。」本件では、配分権を譲渡するという買主Xの不利益に対する適切な経済的な埋め合わせが、返品権を付与するという形でなされているので、信義誠実の原則に反する不当な不利益は認めることができない。確かに、配分権も返品権もなければ、買主Xは自己の意向どおりに商品の種類・数量を決められるが、反面、売れ残りリスクを全て負担しなければならない。売主Yへの配分権の譲渡は、本質的にみれば買主Xから経営

(46) BGHZ82,238=NJW1982,644.

判断の自由を奪うものであるが、他方において、返品権は、判断ミスによるリスクから買主Xを解放し、売主Y側で出版社に転嫁するよう要求するものといえる。配分権を譲渡することによる不利な作用は、これら相互補完的な条項によって、ほぼ元どおりに取り除かれるのである。それゆえ、契約条項は全体として均衡がとれていると考えられ、買主Xの非難はあたらない。

他方で、補償作用を否定した裁判例として、BGH1986年5月5日判決⁽⁴⁷⁾がある。

【事実関係】 振込取引において、受取人が複数の口座を有している場合、仕向銀行の選択により、振込依頼人の指定口座とは別の口座に入金することも認められる旨の任意選択条項 (Fakultativklausel) の有効性が争われた事案である。なお、本件仕向銀行の振込依頼用紙書式の脚注には、「別の口座への振込を排除する必要がある場合には、『または受取人の別の口座』という文言を抹消することができます」という指示がされていた。しかし、本件では、振込依頼用紙に記載された任意選択条項 (「または受取人の別の口座」) は抹消されていなかった。

【判旨】 任意選択条項は、振込契約の性質から生ずる重要な権利および義務を制限し、契約目的の達成を危殆化するといえるので、信義誠実の原則に反して振込依頼人に不当に不利益を与えている (AGBG 9条1項, 同条2項2号)。

本件のように、売買代金の債権者 (受取人) が特定の口座のみを債務者 (振込依頼人) に知らせた場合、原則として、債権者の別の口座への振込については同意がなく、別の口座への振込は弁済の効果を生じない。したがって、債務者は、任意選択条項が記載された振込依頼用紙を利用し、かつ、任意選択条項を抹消しない限りは、債務者の給付が弁済の効果を生じず、二重弁済

(47) BGHZ98,24=NJW1986,2428.

しなければならないリスクを負うことになる。通常、債務者は、債権者に対する不当利得返還請求権を取得し、原則として、売買代金債権との相殺が認められるとしても、売買代金の二重弁済のリスクから常に保護されるとは限らない。例えば、債権者の破産宣告後に不当利得返還請求権を取得した場合には、ドイツ破産法55条2号により、もはや相殺することができなくなる。このような不利益は、振込依頼用紙の任意選択条項を抹消しうる旨の指示によっては埋め合わされない。この指示が脚注において小さな活字で書かれており不明瞭である点は別としても、銀行の平均的顧客にとって、任意選択条項の上述のような不利益は予見可能ではないからである。それゆえ、銀行の平均的顧客は、任意選択条項の抹消可能性を指示されても、十分に保護されることにならない。

第2節 補償作用が認められるための要件——補償の等価性および内容的な相互関連性

個別条項の内容審査の際に、約款全体・契約全体との関連を考慮するとしても、その関連を何の限定づけもなく斟酌するとなると、ある個別条項の妥当性・有効性に疑いが持たれる場合において、その条項による契約相手方の不利益と別の条項のもたらす利益とが全く関連性のないときや全く釣り合わないときでも、契約全体との関連により当該条項が許容されることになるおそれがある。そうなると、相手方の地位は本当の意味で回復されることにはならないし、約款の内容規制の判断構造が極めて不明瞭になるおそれもある。

この点、ドイツ約款法の学説によれば、ある条項による相手方の不利益と、別の条項によってもたらされる利益とは、少なくとも等価値でなければならぬとされ、補償の等価性が要件となっている。また、相手方の地位が本当の意味で回復されるためには、ある条項による不利益と別の条項による利益との間には、内容的な相互関連性がなければならぬとされている。このようなドイツ約款法に関する裁判例や学説の議論は、改正民法548条の2第2

項に基づく不当条項規制においても参考になるであろう⁽⁴⁸⁾。

第3節 補償理念の導入による実践的な意義

見方を変えれば、補償作用には、ある条項が不当であるとされるリスクがある場合に、約款使用者が自身で相手方にとって利益となる別の条項を置くことによって、当該条項の不当性を除去し契約全体を適正なものとする事ができる(不当条項のクリーン化)、という積極的側面を認めることもできる。その意味では、従来、主としてとられてきた約款規制の方法、すなわち、公序良俗違反や信義則違反のような一般条項、強行規定、さらには任意規定からの著しい逸脱等を理由として、約款条項に対して否定的評価を下し、そうした条項を排除することで、約款による弊害を除去しようとする「消去法的なアプローチ」(不当条項を無効とする解決)とは違った、約款条項の適正化のための基準を提供することにも繋がる法理論であるとも考えられる。すなわち、約款使用者の側に約款形成において指針となるべき法理論を与えるものであり、契約内容適正化へ向けた約款使用者の自主的取組みを促進しながら、大量取引の定型化・効率化といった合理化利益にも十分に配慮しうる視点を提供できるといえよう。

いずれにしても、改正民法548条の2第2項の解釈・運用にあたっては、今後、具体的にどのような場合に補償作用・増幅作用が生ずるかについて、きめ細かい判断基準を形成してゆくことが必要と思われる。この点、筆者が旧稿において分析検討した後のドイツの判例法理の展開や、ドイツ約款法学説の進展について、補償作用のみならず増幅作用に関する裁判例も含めて、さらに調査する必要があるが、これについては別稿で改めて論じることしたい。

*なお、本稿は、JSPS 科研費 JP18K01365 の助成による成果の一部である。

(48) 詳細については、野田・前掲注(5)111頁以下を参照。