



Title	不当条項差止訴訟における一部無効条項の処理
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2016, 66(3-4), p. 219-243
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79183
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

不当条項差止訴訟における一部無効条項の処理^①

武 田 直 大

- 一 序論
- 二 一般的な差止請求の可否
- 三 差止範囲の限定の要否
- 四 一部無効条項の範囲
- 五 結論

一 序論

1 一部無効条項の処理が問題となった差止訴訟の具体例

本稿は、不当条項差止訴訟における一部無効条項の処理について考察を加える。まずは、具体的にどのような問題が存在するかを説明するために、消費者契約法九条一号に該当する条項の差止めが認められた裁判例として、京都地判平成二三年十二月十三日判時二二四〇号四二頁（以下、「裁判例【1】」とする。）を紹介する。同裁判例においては、個別消費者の事業者に対する不当利得返還請求が併合されているが、差止訴訟の問題に限定してその概

要を説明すると、次のとおりである。

Y₁は、冠婚葬祭の相互扶助等の業務を行う株式会社であり、不特定かつ多数の消費者との間で、消費者が将来行う冠婚葬祭に備え、所定の月掛金を前払いで積み立てることにより、当該消費者は、冠婚葬祭に係る役務等の提供を受ける権利を取得し、Y₁は、当該消費者の請求により、そのような役務等を提供する義務を負うことを目的とする契約（以下、「本件互助契約」という。）を締結していた。Y₁が本件互助契約を締結する際に用いていた約款には、消費者が本件互助契約を中途解約した場合、当該消費者は、支払済金額から所定の手数料——一口の金額および積立回数が異なる三つのコースごと、加入口ごとに異なる。——を差し引いた解約払戻金をY₁に対して請求することができる旨の条項（以下、「Y₁解約金条項」という。）が存在した。

Y₂は、旅行業や相互扶助的冠婚葬祭の業務等を行う株式会社であり、不特定かつ多数の消費者との間で、代金分割前払方式による利用券取得契約（以下、「本件積立契約」という。）を締結していた。Y₂が本件積立契約を締結する際に用いていた会則には、消費者が本件積立契約を中途解約した場合、当該消費者は、①支払済金額相当の利用券の交付を受けるか、または、②支払済金額から所定の手数料を差し引いた解約払戻金を受け取るかを選択することができ旨の条項が存在した（以下、②の条項を「Y₂解約金条項」という。）。

適格消費者団体Xは、Y₁およびY₂に対し、解約手数料に関して、消費者契約法四一条所定の事項を記載した書面により差止請求を行い、訴訟を提起した。Xは、主位的請求において、本件互助契約または本件積立契約を締結するに際し、解約時に支払済金額から「所定の手数料」などの名目で解約金を差し引いて消費者に対し返金する旨を内容とする意思表示を行ってはならない旨等を請求し、予備的請求において、現に使用されている文言の契約条項を内容とする意思表示を行ってはならない旨等を請求した。

本判決は、XのY₁に対する主位的および予備的請求を、次のとおり一部認容した。すなわち、「Y₁は、消費者との間で、冠婚葬祭の互助会契約を締結するに際し、消費者が冠婚葬祭の施行を請求するまでに解約する場合、解約時に支払済金額から『所定の手数料』などの名目で、五八円に第一回目を除く払込の回数を掛けた金額を超える解約金を差し引いて消費者に対し返金する旨を内容とする意思表示を行ってはならない」とするとともに、同内容の条項が記載された契約書用紙の破棄等を命じた。Y₁解約金条項は、施行請求前に解約された場合について、振替費用を超える限度で、消費者契約法九条一号により無効とされた。また、Y₂に対する請求については、「平均的な損害」に含まれる費用が存在せず、Y₂解約金条項は消費者契約法九条一号により無効であるとして、主位的請求が全部認容された。⁽²⁾

2 問題の所在

右のような裁判例を考慮すると、差止訴訟における一部無効条項の処理について、次のような諸問題を指摘することができる。

(1) 一般的な差止請求の可否

第一に、現に使用されている文言の条項に限らない一般的な差止請求を行うことが可能であるか、という問題である。裁判例【1】において、Xの差止請求は、より低額の条項（縮減された条項）を含め一般的に解約金条項の差止めを求める主位的請求と、現に使用されている文言によって請求内容を特定する予備的請求の二段構えになっていた。このような二段構えの請求がされた背景には、次のような配慮が窺われる。まず、予備的請求に関して、現に使用されている文言の不当条項の差止請求が可能であることについては、特に問題がない。しかしながら、こ

のような請求だけでは、たとえ差止判決が得られたとしても、わずかな文言の変更によって、差止めを回避されるおそれがある⁽³⁾——例えば、「所定の手数料」という文言を、「所定の違約金」に変更した場合を考えよ。——。主位的請求のような一般的な差止請求が認められれば、このような懸念は解消される。しかしながら、このような請求は、消費者契約法八条以下による不当性評価以前に、認められない可能性がある。というのは、一般的な差止請求が認められるためには、まさに本稿が論じようとするように、理論的にクリアすべきハードルが存在するからである。本判決は、Xの主位的請求を、特に問題視することなく（一部）認容しているが、このことは検証を要する問題である。

(2) 差止範囲の限定の要否

第二に、無効範囲と連動して差止範囲を限定する必要があるか、という問題が存在する。裁判例【1】は、無効範囲と差止範囲を連動させている。すなわち、「消費者が冠婚葬祭の施行を請求するまでに解約する場合」、「五八円に第一回目を除く払込の回数を掛けた金額を超える（部分）」という二つの限定を伴って、Y「解約金条項の消費者契約法九条一号該当性が肯定されたが、これらの限定は、差止範囲に反映されている。このような処理が適切であるか、また、どのような場合に適切であるか、がここでの問題である。

(3) 一部無効条項の範囲

第三に、そもそも何が一部無効条項なのか、言い換えれば、一部無効条項に特有の処理をすることができるのか、どのような場合なのかを、明らかにする必要がある。裁判例【1】においては、解約時期による区分と金額の限定が問題となっているが、他にも一部無効条項に当たるか否かが問われる場面が存在する。

3 関連裁判例

消費者契約法八条以下に該当する不当条項に対する差止請求が（一部）認容された裁判例としては、裁判例【1】のほかに、次のものを挙げることができる（これらの裁判例も、裁判例【1】と同様の方法で表記する。⁽⁴⁾）。

- 【2】 京都地判平成二二年四月二三日判時二〇五五号一二三頁
- 【3】 京都地判平成二二年九月三〇日判時二〇六八号一三四頁
- 【4】 大阪高判平成二二年一〇月二三日（消費者支援機構関西HP、【2】の控訴審⁽⁵⁾）
- 【5】 大阪高判平成二二年三月二六日（京都消費者契約ネットワークHP、【3】の控訴審⁽⁶⁾）
- 【6】 京都地判平成二四年七月一九日判時二一五八号九五頁
- 【7】 大阪地判平成二四年一月一二日判時二一七四号七七頁
- 【8】 名古屋地判平成二四年二月二一日判時二一七七号九二頁
- 【9】 大阪高判平成二五年一月二五日判時二一八七号三〇頁（【1】の控訴審）
- 【10】 大阪高判平成二五年一〇月一七日消費者法ニュース九八号二八三頁（【7】の控訴審）
- 【11】 大分地判平成二六年四月一四日判時二二三四号七九頁
- 【12】 福岡地判平成二六年一月一九日（消費者支援機構福岡HP）⁽⁷⁾

これらのうち、裁判例【2】【4】【6】【7】【8】【9】【11】【12】については、一部無効条項の処理またはそれに関連する問題を含んでいる。しかも、裁判例【2】【4】【6】においては、裁判例【1】におけるのと異なる処理を見出すことができる。そこで、以下では、これらの裁判例についても適宜言及しながら、検討を進めていく。⁽⁸⁾

二 一般的な差止請求の可否

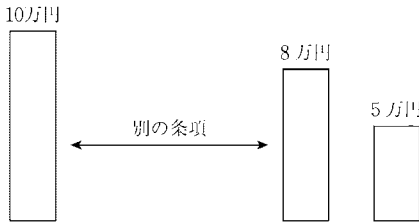
裁判例【1】におけるXの主位的請求のような、縮減された条項を含む一般的な差止請求が認められるためには、次の二つの問題を解決しなければならない。

1 抽象的差止請求の可否

第一の問題は、一般的な差止請求が、差し止められるべき行為の特定性を欠くものとして、却下される可能性がある。これは、いわゆる抽象的差止請求の適法性の問題である。差止回避に対処するための抽象的差止請求の可能性は、従来から、不正競争・知的財産権侵害訴訟の領域において議論されており、不当条項に対する差止訴訟においても、同様の問題が生じているものといえる。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

先に述べたとおり、裁判例【1】は、この問題に立ち入っていないが、Xの主位的請求を適法なものとして扱っている——このことは、後述する裁判例【6】も同じである。——。また、近時の学説においては、少なくとも間接強制による強制執行の可能性を肯定すべき場合には、抽象的請求も適法とする考え方が強くなっている、との指摘がされている。⁽¹³⁾この問題については、十分な検討が必要であるが、さしあたり、少なくとも裁判例【1】におけるXの主位的請求と同程度の抽象的な請求は適法であると解して、論を進めたい。本稿が主張したいのは、抽象的差止請求を肯定するだけでは、Xの主位的請求を基礎づけることはできない、ということだからである。

【図1】



2 条項の捉え方

裁判例【1】におけるXの主位的請求が認容されるための第二の問題は、差止めの実体法上の要件を充足するか否かである。解約金条項一般を対象とする同請求は、さしあたり条項文言を基準とすると、現に使用されている条項またはそれと同等の条項だけでなく、 Y_1 ・ Y_2 が過去にも使用していない解約金条項まで、差止対象とするものである。このような差止請求が、「現に行い又は行うおそれがあるとき」という消費者契約法一二条三・四項の要件を充たすのが問題となる。

この問題の解は、条項をどのように捉えるかにかかっている。以下では、単純化のため、契約解除に伴い一〇万円の違約金を徴収する旨の条項が消費者契約法九条一項に該当するものと評価されたという設例をもとに、このことを説明する。

(1) 「現在の文言のこの条項だけが、現に使用されている」という捉え方

一〇万円の違約金条項の捉え方としては、第一に、一〇万円の条項だけが現に使用されており、別ものである五万円や八万円の条項が使用されているわけではない、とすることが考えられる。図示すると、図1のとおりである。

このような捉え方をすると、一〇万円の違約金条項に対する差止請求は、現在の行為に対する停止請求として肯定されるが、たとえ五万円以上の違約金が「平均的な損害の額」を超えるとしても、五万円を超える違約金条項に対する差止請求は、将来の行為に対する予防請求として認められる余地があるだけである。しかしながら、五万円の違約金条項が将来使用される「おそれ」は、当然に存在するわけではなく、原告

の側で個別に立証しなければならないことになる。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

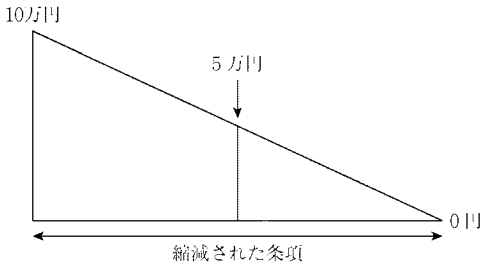
このような発想は、まず、次のような学説の見解に見出される。すなわち、解約金の率を少しずつ引き下げるなど、差止請求とのいたちごっこが繰り返される事態が予想される場合には、例外的に、一二条三項にいう「予防に必要な措置」として、「少なくとも〇〇%を超える違約金を定める条項を使用してはならない」という形で判決を下すことがあってもよい、とする見解である。⁽¹⁶⁾

さらに、携帯電話利用サービス契約における解約金条項について差止めが請求された事案にかかる裁判例【6】も、類似の見解に立脚するものと考えられる。同裁判例において、原告は、裁判例【1】におけるXの主位的請求と同様に、一般的な形で差止めを請求した。これに対して、裁判所は、解約時期と金額によって区画された一部範囲において解約金条項の消費者契約法九条一号および一〇条該当性を肯定したが、「被告が、今後、本件解約金条項を改訂し、本件定期契約において解約時期等による区分がある解約金条項を使用するおそれがあることを示す証拠はないことから、差止めの対象となるのは、あくまで被告が現に使用する本件解約金条項を含む意思表示に限られるというべきであって、被告が今後新たに解約時期等による区分がある解約金条項を使用することを想定して、一部無効となる範囲を明示した意思表示の差止めを求めることはできないと解する」と述べて、現に使用されている解約金条項の限度で、請求を認容した。

(2) 「大は小を兼ねる」という捉え方

条項の捉え方の第二は、現に使用されている条項の中に縮減された条項も含まれている、とするものである。これによると、一〇万円の違約金条項には、五万円の違約金条項も含まれていることになる。図示すると、図2のとおりである。

【図2】



このように考えれば、現在の条項文言上は一〇万円の違約金条項しかなくとも、五万円や八万円の違約金も違法であると評価されるならば、それらの条項に対しても、現在の行為に対する停止請求として、差止めを求めることが可能となる。結果として、五万円以上の違約金を徴収する条項について、包括的な差止請求が認められることになる。⁽¹⁷⁾ 裁判例【1】が、条項が使用される「おそれ」の有無を特に審査することなく、より低額な解約金条項を含む一般的な差止判決を下した背景には、このような条項の捉え方があるものと推察される。このことは、同裁判例の控訴審である裁判例【9】および同種の解約金条項が問題とされた裁判例【12】においても、同様である。

私見としては、このような「大は小を兼ねる」という条項の捉え方、そして、それを基礎とした縮減された条項を含む一般的な差止請求は、規制の実効性を確保するという観点から望ましいものであり、否定されるべきではないと考える。⁽¹⁸⁾

三 差止範囲の限定の要否

1 無効範囲と差止範囲の連動

次なる問題は、一部無効条項に対する差止請求がされた場合に、差止範囲の判断を無効範囲の判断と連動させるべきか否かである。この問題に関して、従来の裁判例・学説には、次の二つの考え方が見出される。

(1) 連動肯定説

裁判例【1】は、無効範囲と差止範囲を連動させる考え方をとっている。すなわち、同裁判例においては、「消費者が冠婚葬祭の施行を請求するまでに解約す

る場合」、「五八円に第一回目を除く払込の回数を掛けた金額を超える（部分）」という二つの限定を伴って、Y解
約金条項の消費者契約法九条一号該当性が肯定されたが、これらの限定は、差止範囲に反映されている。

また、学説においても、一部無効条項につき、原告が単に当該条項の使用差止めを求めたときは、一部認容判決
を下すべきである、との見解が存在する。¹⁹⁾

(2) 連動否定説

これに対して、早期完済違約金条項⁽²⁰⁾に対して差止請求がされた裁判例【2】は、無効範囲と差止範囲を連動させ
ていない。すなわち、裁判所は、「利息制限法所定の制限利率を超過する利息付金銭消費貸借が存在する場合」と
いう限定を付して、消費者契約法一〇条該当性を肯定したが、差止範囲については、制限利率を超過する場合に限
定することなく、早期完済違約金条項を含む契約の締結を停止することを命じている。

さらに、学説においても、無効範囲と差止範囲とは必ずしも連動するものではなく、一部無効条項全体の差止め
を求めることができる、との指摘がされている。⁽²¹⁾

2 請求の趣旨による区別

私見によれば、無効範囲と差止範囲とを連動させるべきか否かは、原告がいかなる趣旨の差止請求をしているか
に左右される問題である。というのは、次のとおりである。

(1) この条項またはそれと同等の条項に対する差止請求がされた場合

差止請求の趣旨としては、第一に、現に使用されている文言のこの条項の差止めを求めることが考えられる。先
の一〇万円の違約金条項の例でいうと、「一〇万円の違約金を徴収する」という条項についての差止請求である。

このような請求は、前掲図1のような考え方を取った場合だけでなく——この場合には、予防請求が可能な場合を除き、このような請求しか認められない。——、前掲図2のような考え方を取った場合にも可能である。このような請求がされた場合には、現在の文言のこの条項の違法性（一〇万円が違法か否か）だけが問題であり、どこからが違法なのか（五万円や八万円が違法か否か）は決定的な意味を持たない。このことから、現在の条項文言を全体として摘示して、「この条項を含む意思表示」の停止を命じることが可能である。

厳密にこの条項だけでなく、この条項と同等の条項をも対象とする差止請求についても、同様に考えることができる。例えば、裁判例【11】においては、所定の期日以降に在学契約が解除された場合には校納金を全額返還しない旨の、大学受験予備校の不返還条項が問題とされたが、原告は、授業料相当額を全額返還しないとする条項一般について、差止請求を行った。裁判所は、解除後の期間に対応する授業料の全額について、一般的・客観的に損害を被ることはならず、授業料の全額不返還を定めた当該不返還条項は、消費者契約法九条一号に該当するとした。そのうえで、「本件不返還条項の授業料に関する部分のうち、具体的にどの範囲が平均的な損害を超えることとなるのかについては、必ずしも明らかではないが、本件における請求の趣旨の内容によれば、原告は、あくまで当該不返還条項を現状のまま使用することの差止めを求めるものであり、解除までの期間……に対応する授業料に関する部分の無効を主張するものではなく、また、被告が当該不返還条項を修正して使用することまで差止める趣旨でもない」として、原告の請求を全部認容した。ここでは、現状の条項と同等の条項だけを差止対象に含める請求の趣旨に鑑みて、無効範囲と差止範囲の連動が否定されている。²²⁾

(2) 縮減された条項を含む一般的な差止請求がされた場合

第二に、前掲図2の考え方に依拠すると、縮減された条項を含む一般的な差止請求が可能である。このような請

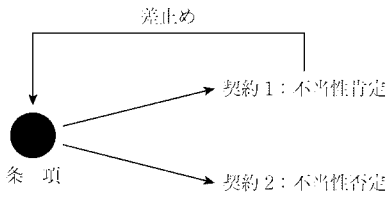
求がされた場合には、無限定の差止めを認めるべきではない。というのは、差止範囲を限定しなければ、改訂を施すなどして不当ではなくなった条項の使用まで、禁止することになるからである。五万円を超える違約金条項に対する差止請求がされたが、平均的損害が七万円と見積もられる場合を考えてみれば、わかりやすい。差止判決の効力が将来長期にわたり事業者の契約自由を制限することに鑑みると、無限定の差止めは、過剰差止めであり、正当化困難である。

裁判例【1】が無効範囲と差止範囲を連動させた点は、このように考えることによって正当化することができる。これに対して、裁判例【2】およびその控訴審である裁判例【4】²³については、一般的な差止請求がされているにもかかわらず、無効範囲と差止範囲とを切り離したことを、問題点として指摘することができる。すなわち、これらの裁判例における原告の請求は、早期完済違約金条項の差止めを、場合を分けて求めるものであった。それにもかかわらず、前述のように、当該条項が無効となる場合に限らず差止めを認めたことは、過剰差止めの危険を孕む判断であったといえる。²⁴

四 一部無効条項の範囲

以上の検討によれば、差止訴訟における一部無効条項の処理には、次の特徴をみとめることができる。すなわち、①無効範囲に含まれる条項一般に対する差止請求の他に、一部無効となる範囲を厳密に特定することなく、現に使用されている文言のこの条項（またはそれと同等の条項）を対象とした差止請求が可能であること、②後者の請求がされた場合には、無効範囲と差止範囲を連動させることなく、条項全体の差止めを命じてよいことである。もっとも、このような処理が可能な場合があるとしても、原告が差止対象を自由に特定してよいことにはならない。例

【図3】



えば、事業者が使用している契約書や約款の全体を一体のものとして、「そのどこかに違法な部分があるから、全体として差止めを求める」といった請求をする場合には、問題があろう。そうすると、右のような処理が可能な一部無効条項の範囲がどこまでなのかを、決定しなければならない。以下では、場合ごとに、一部無効条項としての処理が妥当するか否かを検討する。

1 他の契約内容に応じて不当性判断が分かれる場合

裁判例【2】においては、制限超過利率の有無が問題とされていた。これは、他の契約内容に応じて不当性判断が分かれる場合として、一般化することができる。この場合を一部無効の問題として捉え、条項全体の差止めを肯定するということは、次のことを意味する。すなわち、複数種類の契約に組み入れられる単一の条項が、不当性を生じる契約に組み入れられる可能性があることを理由に、一律に差止対象となるということである。図示すると、図3のとおりである。裁判例【2】に即して言えば、制限

超過利率が存在する契約にも存在しない契約にも組み入れられる早期完済違約金条項が、前者の契約に組み入れられることを理由に、一律に差止対象となりうることになる。

しかしながら、以上のような処理は、次の理由により適切ではない。第一に、法文と整合するか疑わしい。複数種類の契約に組み入れられる単一の条項を差止めるということは、意思表示により契約構成要素となる前の条項を差止めを意味する。

このことは、意思表示を差止対象とする消費者契約法十二条の文言に整合しない——意思表示の停止や予防のために必要な措置として、複数種類の契約に用いられうる契約書

などの廃棄を命じることが、また別の問題である。……。第二に、実質的に見ても、消費者が当該条項によって不利益を受けるのは、不利益が生じうる契約を締結した場合に限られるところ、不利益を生じない契約において当該条項の使用を禁止する必要はない。

以上の理由から、不当性判断を左右する他の契約内容は、異議を唱えられる条項と共に、請求の範囲を特定するために必要な情報——不当条項を含むものの、契約の締結につき差止めを請求するのかを明らかにするために、原告が特定しなければならぬ事項——として位置づけるべきである。裁判例【2】に即していえば、たとえ特定文言の早期完済違約金条項についてのみ差止めが請求されても、制限超過利率が存在する場合についてしか請求を認容すべきではなかった。⁽²⁵⁾

2 条項文言の一部が不当と評価される場合

ある条項文言が複数の要素を含み、その一部が違法とされる場合がありうる。例えば、裁判例【7】においては、建物賃貸借契約について、賃借人に「解散、破産、民事再生、会社整理、会社更生、競売、仮差押、仮処分、強制執行、成年被後見人、被保佐人の宣告や申し立てを受けたとき」のいずれかの事由が該当するときは、賃貸人は契約を解除することができる旨の条項が問題とされた。裁判所は、成年被後見人および被保佐人の開始審判や申し立てを解除事由とする部分についてのみ、消費者契約法一〇条に該当すると評価した。⁽²⁶⁾

この場合の処理につき、従来の学説には、十分解明が進んでいない問題であるとの留保をしつつ、次のような提案をするものがある。すなわち、条項が形式的には単一であつても——契約書等において一か条となつていても——、独立に内容審査の対象とすべき複数の規定を含む場合には、それぞれの規定が十二条三・四項にいう「条

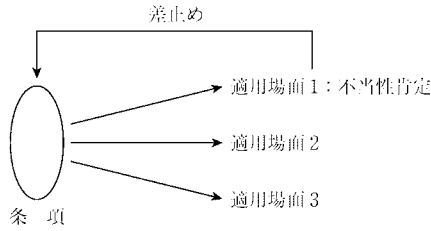
項」として差止対象となる、とする提案である。この提案によると、ある要件に複数の効果が結び付けられている条項、一定の効果を生じさせる複数の要件を定めている条項、さらに解約時期を区分した解約金条項は、複数の条項を含むとされる。⁽²⁷⁾したがって、裁判例【7】における複数の解除事由を列挙する解除条項も、解除事由ごとに一つの「条項」として扱われることになる。裁判例【7】も、一〇条に該当する解除事由についてのみ、差止めを命じている。⁽²⁸⁾

私見としては、「独立した内容審査の対象」という基準を次のように解したうえで、この提案に賛同したい。すなわち、差止めを請求する原告は、差止対象が消費者契約法八条以下に該当することを、主張・立証しなければならない。とすると、同時に、八条以下の各規制規範が、契約のどの部分を個別に把握して不当性評価を下すのかを、最低限明らかにしなければならない。このような意味での個別の規制対象は、それを「条項」と呼ぶかともかく、一部無効条項としての処理の前提となる単位といえる。⁽²⁹⁾

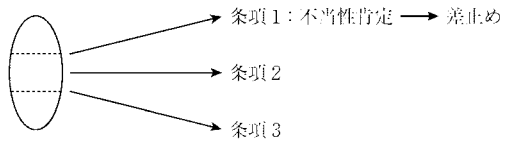
3 適用場面に応じて不当性判断が分かれる場合

裁判例【1】においては、冠婚葬祭の施行請求の前後という解約時期の区分によって、解約金条項の不当性判断が分けられている。この解約時期の区分は、Y₁が使用していた条項の文言には存在しなかった。これを一般化すると、複数の適用場面を包含する形で定式化されている条項につき、ある適用場面では当該条項が不当と評価されるが、他の適用場面ではそう評価されない場合といえることができる。⁽³⁰⁾この場合については、文言として一体である以上、一つの規制対象と見てよいのか(図4)、それとも、不当性評価を異にする複数の区分が觀念される以上、それぞれごとに複数の条項があり、そのいずれが差止対象となるのかを特定しなければならないのか⁽³¹⁾(図5)、が問題と

【図 4】



【図 5】



なる。

を一つの条項として最低限特定すれば、それで足りるのではないかと考えられる。例えば、裁判例【8】においては、在学契約の解除の時期によって不当性判断（消費者契約法九条一号）が異なる専門学校の学費不返還条項が問題とされたが、原告は、解除の時期にかかわらず一律に返還しないとする条項の差止めを請求し、裁判所は、この請求を認容している。⁽³³⁾

「独立した内容審査の対象」を基準とする従来の学説は、文言自体が区分されている場合を例としており、この場合の処理については明確でない。私見によれば、次のように考えられる。すなわち、2で述べた見解を貫徹するならば、図5のように考えるべきことになる。しかしながら、差止訴訟の目的が、消費者に不利益を生じさせる条項を含む契約を締結させないことにあるとするならば——このような見方は、意思表示に焦点を合わせる消費者契約法十二条三・四項の文言に整合的である。⁽³²⁾——、条項文言の定式自体を評価対象として捉えることができる。そして、特定文言の条項に対する差止請求にも、事業者に当該文言の使用停止や改訂を迫る意味がある。したがって、文言として一体である部分

4 量的な一部無効が問題となる場合

最後に、数量的な過剰性が不当性判断の根拠となっており、当該数量を縮減すれば不当性が除去される場合が存在する。典型的には、再三にわたり言及している解約金ないし違約金の額のように、消費者契約法九条一号における「平均的な損害の額」を超えるか否かの判断が、この場合に当たるといえる。

この場合には、当該数量の全部が一体的に評価対象になっているといえる。したがって、全体を一個の規制対象として扱うことができる。さらに、ここでは、文言上の区分が存在するときでも、複数の区分が累積的に不当性評価をもたらすならば、全体として一つの規制対象と見ることができる。例えば、契約解除に際して、損害金と違約金という名目で、二種類の金銭の支払いが義務付けられているときでも、消費者契約法九条一号によれば、損害賠償額の予定または違約金が「平均的な損害の額」を超えるかは、それらを合算して評価されるのだから、両者は全体として一つの差止対象となる。

五 結論

本稿の検討をまとめると、一部無効条項は差止訴訟において次のように処理することができる。

(1) 差止訴訟においては、現在の文言のこの条項だけが存在するのではなく、縮減された条項もそこに含まれているものとして、一部無効条項を捉えてよい。このような条項の捉え方により、この条項およびそれと同等の条項に対する差止請求だけでなく、縮減された条項を含む一般的な差止請求が可能となる。

(2) この条項およびそれと同等の条項に対する差止請求がされた場合には、無効範囲と連動させることなく、条項全体を差止対象とすることができる。これに対して、縮減された条項を含む一般的な差止請求がされた場合には、

無効範囲を考慮して差止範囲を限定する必要がある。

(3) 右のような処理が可能という意味で一部無効条項の問題ということができる場合として、次の二つが挙げられる。第一に、包括的に定式化された条項において、適用場面に応じて不当性判断が分かれる場合である。例えば、解約時期による区分を規定していない解約金条項を、消費者契約法九条一号に基づいて規制する場合である。第二に、量的な一部無効が問題となる場合である。例として、消費者契約法九条一号における「平均的な損害の額」の評価が挙げられる。これに対して、他の契約内容に応じて不当性判断が分かれる場合および条項文言の一部が不当と評価される場合は、本稿に言うところの一部無効条項の問題ではない。

(1) 本稿は、拙稿「判批・京都地判平成二三年十二月十三日判時二一四〇号四二頁」現代消費者法一七号(二〇一二年)七〇頁を基礎に、大阪大学民事法判例研究会(二〇一二年二月二七日)において行った報告をもとにしている。長期在外研究中に原稿を用意しなかったため、裁判例を除き、二〇一三年以降の法状況をフォローすることができなかったことについて、予め了解を願う。

(2) 裁判例【1】の控訴審である後掲大阪高判平成二五年一月二五日(裁判例【9】)は、Y₂解約金条項について原審の判断を維持したものの、Y₁解約金条項については、「平均的な損害」の算定を修正した。すなわち、一回六〇〇円の振替費用、ならびに年二回の「全日本ニュース」および年一回の入金状況通知の作成・送付費用一四、二七円(一年あたりの金額)が平均的損害に含まれるとし、「六〇〇円に第一回目を除く払込みの回数を掛けた金額及び一四、二七円に契約年数を掛けた金額を超える解約金を差し引いて消費者に対し返金する旨を内容とする意思表示を行ってはいらない」とした(施行請求前に解約された場合の限定は同じ)。

(3) このような懸念は、従来から、学説が指摘しているところである。山本豊「適格消費者団体による差止請求」法律時報八三巻八号(二〇一一年)三二頁、同「消費者団体訴訟制度の基本的特色と解釈問題」法律のひろば六〇巻六号(二〇〇七年)四五頁、大高友一「消費者団体訴訟制度における法律実務家の役割とその留意点」ジュリスト一三二〇号(二〇〇六

年）九三頁などを参照。

(4) 差止訴訟制度の運用状況については、消費者庁ウェブサイトの消費者団体訴訟制度のページ (http://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/collective_litigation_system/) を参照。本文に挙げた裁判例は、二〇一六年八月二三日現在、同ページ中の「消費者契約法第三十九条第一項に基づく公表」の項目にて確認することができるものである。以下、本稿において参照するURLは、全て二〇一六年八月二三日現在、有効なものである。

(5) <http://www.kc-s.or.jp/>

(6) <http://kccn.jp/>

(7) <http://www.cso-fukuoka.net/>

(8) 建物賃貸借契約における定額補修分担金条項にかかる裁判例【3】【5】においても、条項が消費者に有利になる場合との関係で一律差止めの相当性が問題とされている。しかしながら、観念的には当該条項が消費者に有利となる場合があるものの、現実にはそのような例があるとは窺えないことから、そもそも場合を分けずに不当条項と評価されている。したがって、一部無効条項の処理という問題領域を、やや外れる裁判例であるということができる。これらの裁判例は、どこまでの（仮定的な）事情を考慮して条項の不当性を判断するか——典型的な事情に限り考慮すべきか、それとも非典型的な事実経過まで考慮に入れるべきか——という問題との関連において、検討される必要がある。この問題については、拙稿「ドイツ不当条項規制における事後的審査説について——包括的な条項における規制対象の画定法理としての再構成——」(阪大法學六三卷二号一四一頁(二〇一三年))において、主として個別訴訟に関してであるが、検討を行った。私見としては、差止訴訟においても、非典型的な事実経過においてのみ消費者の不利益が生じるのであれば、そもそも不当条項と評価しないことがありうるし、逆に、希な場合に消費者の利益となりうるとしても、過剰差止めの防止との関係で考慮するほどのことではないのであれば、そのような場合を除外して不当条項と評価する必要はない、と考える。

(9) 例えば、「デイズニールランド」という表示について差止判決が下された場合、濁点を取って「ティスニールランド」という表示に変更すれば、強制執行を免れるのかという問題である(東京地判昭和五九年一月一八日判時一一〇一号一〇九頁を参照)。この領域における抽象的差止請求の問題については、金炳学「知的財産権侵害差止請求における訴訟物の特定と執行手続について——生活妨害訴訟における抽象的差止訴訟との比較検討を中心として——」(法政研究七二卷三号(二〇〇六

年) 一四九頁、田村善之「知的財産侵害訴訟における過剰差止めと抽象的差止め」同『競争法の思考形式』一四九頁(一九九九年、初出一九九七年)、野村秀敏「債務名義における不作為命令の対象の特定」同『予防的権利保護の研究』一七頁(一九九五年、初出一九八五年)などを参照。

(10) 抽象的差止請求が議論されているもう一つの領域として、公害・生活妨害訴訟がある。しかしながら、そこでの問題状況は、不当条項や不正競争・知的財産権侵害に対する差止訴訟とは、多分に異なっている。すなわち、公害・生活妨害については、侵害行為や侵害防止措置を原告の側で特定することがそもそも困難であることから、抽象的差止請求の必要性が説かれているのであって、侵害行為の変更が問題とされているわけではない。このような問題状況の違いについても、前掲注(9)に挙げた諸文献を参照。

(11) 三木浩一「消費者団体訴訟の立法的課題——手続法の観点から」NBL七九〇号(二〇〇四年)五二頁。

(12) 不当条項の差止訴訟に関しては、消費者契約法一二条にいう不当行為の「停止若しくは予防に必要な措置」の特定も、問題となっている。裁判例【3】は、被告が従業員らに対して問題の条項を含む意思表示を行うための事務を行わないことを指示すべき旨の請求につき、事業者の義務の内容が一義的に明らかでなく、請求の特定を欠き不適法であるとして、これを却下している。これに対して、裁判例【5】は、請求自体の特定性に欠ける点はないとしたが、二年近く当該条項が使用されておらず、当該条項を含む意思表示をしないことを従業員にも周知徹底したことが認められるとして、請求を棄却した。学説にも、裁判例【5】を支持するものがある(笠井正俊「判批」京都地判平成二十二年一〇月三〇日」現代消費者法一〇号・二〇一一年・一〇八頁)。

ここでの抽象的請求の可否は、具体的な防止措置の決定を被告に委ねるという側面において、公害・生活妨害訴訟におけるのと同様の問題を含んでいる。

(13) 笠井・前掲注(12)・一〇八頁。

(14) 不当条項差止訴訟と問題状況の類似する不正競争事件について抽象的差止請求を肯定する議論においては、「回避の危険」をメルクマールとして、包括的な差止請求の範囲を画そうとする見解が存在する(野村・前掲注(9)・一五七頁以下を参照)。また、消費者団体訴訟に関しても、同様の見解が主張されている(長野浩三「消費者団体訴訟制度(改正消費者契約法)と弁護士役割」自由と正義五七号・二〇〇六年・八九頁)。しかしながら、本文(1)のような条項の捉え方をする

限り、縮減された条項の使用は、現在の条項に対する差止めを回避するものとはいえない。というのは、縮減された条項は、現在の条項と等置されず、現在の条項が継続使用されているものと評価されないからである。

このことを説明するうえで、ドイツ法の状況を紹介することが有益である。ドイツ差止訴訟法 (Unterlassungsklagegesetz) 九条は、不当な約款に対する差止請求を認容する場合の判決本文について、異議を唱えられた条項の文言を記載したうえで (一号)、同じ内容の条項の使用または推奨の差止命令を含むことを要求している (三号)。この三号該当性の判断につき、例えば、約款使用者が異議を唱えられた期間を短縮した場合、新たな条項は、依然として長すぎる場合でも、——経済的に無意味なほどに軽微な変更を除き——旧条項と同じ内容ではなく、たとえそれが違法であっても、新たな訴えによらなければ差し止めることができない、とされている。要するに、九条三号にいう同じ内容の条項とは、質的かつ量的に同じ内容の条項でなければならないのである (拙稿「不当条項規制における規制対象の画定 (二・完)」阪大法学六一巻二号・二〇一一年・一五〇頁を参照)。

ドイツ差止訴訟法九条三号は、他の差止訴訟においても判例・通説とされる核心説 (Kerntheorie) と呼ばれる理論を法定したものであり (Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/5422, 12)、請求の趣旨および判決本文において具体的な行為を特定したうえで、執行段階において「核心」を同じくする行為をも把握するという方法をとるものである。執行段階を柔軟化するという点で抽象的差止請求とは考え方を異にするが、「核心」内容の理解を抽象的差止めの限界づけに引き直して考えることは可能である。というのは、核心説に対しては、「核心」概念の曖昧さや執行裁判所が「核心」内容を探求することによる法的不安定性などが指摘されているが (ドイツにおける核心説に対する批判については、野村・前掲注 (9)・九四頁以下、上村明広「差止請求訴訟の訴訟物に関する一試論」岡山大学法学会雑誌二八巻三・四号・一九七九一年・一〇七頁以下、同「差止請求訴訟の機能」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟法2』弘文堂・一九八四年・二九三頁以下を参照)、抽象的差止請求における差止範囲の枠付けは、「核心」を明らかにすることに他ならないとされているからである (野村・前掲注 (9)・一六五頁)。

(15) 従来の裁判例において、不当条項が使用される「おそれ」があると考えたのは、過去に当該条項が使用されていたが、現在は使用されていないという事案である (裁判例【3】【5】を参照)。本稿が想定しているのと場面が異なることは、言うまでもない。

(16) 山本・前掲注(3)(二〇一二年)三三頁、同・前掲注(3)(二〇〇七年)四五頁および三木浩一他「座談会」消費者団体訴訟をめぐる「ジュリスト」一三二〇号(二〇〇六年)二六頁以下「山本発言」を参照。ただし、どのように条項を改訂するかは事業者側の私的自治に属する事柄である等の理由から、「解約金額を〇〇〇円に改めよ」といった積極的な改訂請求を許容するのは、相当ではないとする。

(17) ドイツにおける同様の考え方につき、拙稿・前掲注(14)・一五〇頁を参照。

(18) 拙稿・前掲注(14)・一七三頁。

(19) 三木浩一「訴訟法の観点から見た消費者団体訴訟制度」ジュリスト一三三〇号(二〇〇六年)七〇頁。

(20) 利息付金銭消費貸借契約の借主が、貸付金の返済期限が到来する前に貸付金全額を返済する場合に、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金員を貸主に対し交付する旨を定める条項をいう。

(21) 山本・前掲注(3)(二〇一一年)三〇頁以下、同・前掲注(3)(二〇〇七年)四四頁、三木他・前掲注(16)・二五頁以下「山本発言」、角田美穂子「消費者団体の差止請求権と民事ルール」「取引法の変容と新たな展開(川井健先生傘寿記念論文集)」日本評論社(二〇〇七年)一二六頁を参照。

(22) 在学契約の解除の時期にかかわらず学費を一律に返還しない旨の条項一般について差止請求がされた裁判例【8】においても、同様の処理がされている。

(23) もっとも、裁判例【2】と【4】では、無効範囲の限定の仕方が異なっている。後者においては、制限利率内の利息が定められている場合にも、他の条項や具体的適用状況次第で、条項が消費者契約法一〇条に該当することがあるとされている。

(24) この点、裁判例【2】は、他の契約内容によって不当性判断が分かれる場合であって、当該条項を使用した契約締結を差し止めるべき必要性が高い場合には、当該条項を使用した契約締結を差止対象とすることも許容するのが、消費者契約法十二条の趣旨であるとする。その際、次のような立法過程の議論を参照している。すなわち、①無効となる場合があり得る契約条項がそのまま使用されることは適当でないこと、②事業者には消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものとなるよう配慮することが求められていることを理由に、一部無効条項についても差止対象とすべきである、との議論である(国民生活審議会消費者政策部会消費者団体訴訟制度検討委員会報告「消費者団体訴訟制度の在り方について」

<http://www.consumer.go.jp/seisaku/shingikai/19bukai9/file/shiryo1.pdf> 二〇〇五年・七頁)。同様に無限定の差止めを許容する裁判例【4】も、①消費者にとって無効判断が極めて困難であること、および、②自由返済との関係において消費者を混乱・困惑させるものであることを理由に、そのような条項が不特定多数の消費者との間で用いられることは、消費者契約法三条の趣旨に照らし相当でないとする。

これらの論拠によつて、本文に述べたところと異なる結論を正当化することは、困難である。まず、範囲を限定して差止めを命じたとしても、不当な要素を含む条項を、そのまま使用することができないわけではないから、条項改訂をもたらす効果と差止範囲の限定とは無関係である。また、消費者にとって無効判断が困難であることから消費者契約法三条の趣旨に反するとの論拠も、不当性が生じないように改訂された条項の使用まで禁止する根拠とはならない。裁判例【2】に即していえば、制限利率を超過する場合を除くという付記を加えた早期完済違約金条項は、そもそも無効とならない以上、消費者が無効判断を誤る危険は存在しない。さらに、自由返済との関係の不明瞭さについても、このことをもって早期完済違約金条項が一律無効であるとするのではないならば——裁判例【4】は、消費者契約法一〇条後段の判断要素としても、この不明瞭さを挙げている。——、不明瞭だけを理由に無効ではない条項の使用を禁止することはできない。

- (25) 山本・前掲注(3)(二〇一一年)三二頁以下は、一方で、条項の特定と共に、意思表示を差し止める契約の種類も特定する必要があることを指摘するが、他方で、他の契約内容と結合して消費者に不利益を与える場合が一部無効に当たるとかは、曖昧にしている。すなわち、「単独でみれば有効な契約条項が、他の典型的に使用されている条項と結合して消費者に与えるべき不利益を理由に(一部)無効とされ、その使用停止が命ぜられる可能性も排除されない。」(三二頁)と述べている。これに対して、私見によれば、消費者の不利益を左右する他の契約内容は、差止範囲を特定するために必要な情報であり、無効範囲を特定することなく全体として差止めを請求することができるという意味での一部無効条項の問題ではない。(26) これに対して、控訴審である裁判例【10】においては、そもそも消費者契約において問題とならない解散・会社整理・会社更生を除き、破産・民事再生・競売・仮差押・仮処分・強制執行の決定または申立てについても、消費者契約法一〇条に該当するとされた。

- (27) 山本・前掲注(3)(二〇一一年)三〇頁、同・前掲注(3)(二〇〇七年)四四頁を参照。ここでは、「独立した有効性審査の可能性」をもって条項画定基準とするドイツにおける支配的見解が参考にされているものと、推測される(この見

解については、拙稿・前掲注(14)(一)・阪大法学六一巻一号一三二頁以下を参照)。同様の考え方は、先に、個別訴訟の文脈において、山本敬三「不当条項規制に対する内容規制とその効果」民事研修五〇七号(一九九九年)二五頁以下が展開している。

(28) 控訴審である裁判例【10】においては、「(当該条項)記載の各事由が生じたことにより無催告で契約を解除できるとする条項を内容とする意思表示を行ってほならない」とされた。この判決本文を文字通りに読めば、解散・会社整理・会社更生の解除事由も、差止範囲に含まれる。しかしながら、これらの解除事由がそもそも消費者契約において問題とならないとされたことを考えると、これらの解除事由をも禁止する趣旨ではないのではないかと解される(むろん、消費者契約においてこれらを解除事由としても無意味であるが)。

(29) 拙稿・前掲注(14)・一七六頁。

(30) 消費者契約法九条一号にいう「解除の事由、時期等の区分」につき、同法の立案担当者は、当該条項の文言において解除の事由や時期が区分されている場合を想定した説明をしている(消費者庁企画課編『逐条解説・消費者契約法』商事法務・第二版・二〇一〇年・二〇九頁以下)。しかしながら、実務では、「当該条項において設定された」という文言にもかかわらず、現に問題となっている解除事由や時期に応じた不当性判断が行われている。その典型例として、学納金返還請求訴訟において、解除時期が四月一日の前後いずれであるかによって、不返還特約の無効判断が分けられていることが挙げられる(最判平成一八年一月二七日民集六〇巻九号三四三七頁、民集六〇巻九号三五九七頁、判時一九五八号六二頁)。また、既に法制定後初期の学説において、「当該条項において設定された」という文言を重視しない解釈をすべきことが説かれていた(山本豊「判批…東京地判平成一四年三月二五日、大阪地判平成一四年七月一九日」判タ一一一四号・二〇〇三年・七五頁)。

(31) ドイツでは、請求の趣旨および判決本文において、条項文言とともに当該条項がいかなる場合に不当と評価されるかを特定しなければならないとすることで、結論としてこれに類する見解が存在する。この見解の概略については、拙稿・前掲注(14)・一四七頁以下を参照。

(32) 三木他・前掲注(16)・二六頁「加納発言」は、意思表示を危険が現に発露している場面とし、その場面を差し止めるという形で、一二条が立案されていることを指摘している。

(33) 個別訴訟における不当条項規制も、条項の定式自体に対する規制であると考えてよいかは、別の問題である。筆者は、別稿において、個別訴訟においては、具体的規制規範が「特定の状況における特定の法律効果からの顧客の保護」を目的とし、かつ、過大な権利の留保を抑止せんとする趣旨に出たものである場合には、条項が適用される個々の場面において当該条項から生じる権利義務の内容が、個別の規制対象として把握されとし、その例として、学納金返還訴訟における解除時期の区分に関する最高裁判例を挙げた（拙稿・前掲注（8）一七六頁および一七八頁を参照）。私見によれば、適用場面に応じて不当性判断が分かれる場合には、個別訴訟と差止訴訟において、規制対象の画定に差異が生じることになる。このことは、両訴訟形態において不当条項規制のもたらす効果が異なること（契約条項の効力否定と当該条項を含む意思表示の差止め）に起因する。この点において、規制対象の画定は、規制規範の要件面だけでなく、効果面をも考慮に入れる必要があることになる。