

サルベージ条項に対する消費者契約法10条の適用

弁護士、甲南大学法科大学院兼任教授 鈴木尉久

1 はじめに

サルベージ条項については、消費者契約法（以下、「消契法」という。）における不当条項の類型の一つとして追加するべきであるという立法論的な問題があるが、それと並行して、現にサルベージ条項が用いられている場合、当該サルベージ条項に対して消契法10条の適用は可能かという解釈論的な問題がある。

本稿では、上記の解釈論的な問題を中心に、サルベージ条項に関して、①サルベージ条項の概念・種類、②消契法10条の基本的な解釈論、③ひょうご消費者ネットの申入れ活動の実際、④代替条項に対する消契法10条の適用に関する解釈論、⑤透明性の原則に関する問題点、⑥狭義のサルベージ条項に対する消契法10条の適用に関する解釈論、⑦サルベージ条項についての立法の動き、の順序で論述することとしたい。

2 サルベージ条項の概念・種類

広義のサルベージ条項とは、不当条項規制により約款条項が無効とされた場合において、無効となる範囲の限定や無効部分の補充についてあらかじめ定めた契約条項をいう¹⁾。

広義のサルベージ条項には、①代替条項と、②救済的条項付記（狭義のサルベージ条項）がある。

代替条項とは、不当条項規制により約款条項が無効とされた場合において、無効な条項に代わる規律の確定方法あるいは具体的内容を規定する形式の条項をいう。

代替条項には、代替方法の観点から分類した場合、①約款使用者が代替的規律確定権を留保する旨の条項、②第三者にそのような権限を与える条項、③一定の代替的規律に合意する義務を両当事者に課す条項、④予め具体的な内容の代替規律を定めておく条項、⑤無効な条項にできるだけ近い有効な規律が妥当する旨の条項等があるとされている²⁾。

このように代替条項にもいくつか種類があるが、これらのうち最も単純で基本形となるのは、不当条項規制により約款条項が無効とされた場合において、予め無効とされた約款条項に代替する具体的内容の規律が定められている形式の条項、すなわち「A条項が無効な場合にはB条項を適用する。」という条項である。そこで、本稿では、この原型的な代替条項についての有効性を論じる。

救済的条項付記（狭義のサルベージ条項）（以下、単に「サルベージ条項」といったときは狭義のサルベージ条項を指す。）とは、本来であれば全部無効となるべき約款条項に、その効力を強行法規によって無効とされない範囲に限定する趣旨の文言を付記したものをいう³⁾。

たとえば、全部無効となるべき、事業者の責任減免条項について、「法律で許容される範囲内において」という趣旨の文言を付け加える場合がこれにあ

1) 武田直大「不当条項規制による契約の修正」（弘文堂2019年）299頁。
2) 武田前掲註1の300頁。
3) 消費者委員会消費者契約法専門調査会報告書（平成29年8月）・12頁。

たる。

3 消契法10条の解釈論

1 消契法10条前段の解釈論

消契法10条前段にいう「法令中の公の秩序に関しない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消費者の義務を加重する消費者契約の条項」とは、その契約条項が、当該条項がなければ適用された、当事者間に情報格差・交渉力格差がない理想的状況において合意されたであろう権利義務関係と比較し、消費者に不利であることを意味する。比較対象となる任意法規は、明文の規定に限定されず判例法や契約に関する一般的な法理等も含まれる⁴⁾。

任意規定や判例法、契約に関する一般法理には、情報格差・交渉力格差のない対等当事者間で妥当する適正な価値判断ないし正義内容が含まれており(任意法規の指導形象機能)、そこからの合理的な理由のない乖離は、情報格差・交渉力格差の結果を示すものと考えられ、不当条項であることの徴表となる。

そこで、消費者契約法10条前段においては、任意法規の適用の場合等と比較して消費者に不利であることが、不当条項として規制されるための要件とされているものである。

2 消契法10条の後段の解釈論

消費者契約にあつては、構造的に「消費者と事業者との間に存する情報の質と量及び交渉力の格差」(消契法1条)があり、しかも事業者は約款によって消費者と取引をすることが通例である。

約款を利用して消費者契約の締結がなされた場合

には、①消費者が多数の契約条項を了知して精査し尽くすことは困難であり、事業者が自己に有利な内容の契約条項を多数の契約条項の中に隠蔽して設定することも可能であること(隠蔽効果、情報の質及び量の格差のあらわれ)、②契約条項があらかじめ事業者によって確定され、しかも当該契約条項が同種の多数の取引に用いられており、それによる以外の選択肢が事実上ないため変更はありえず、消費者による交渉の余地がないこと(附合性、交渉力の格差のあらわれ)といった問題がある。

約款が利用された消費者契約にあつては、契約条項についての消費者の意思的関与の希薄さや、実質的交渉の欠如により、当事者双方が契約内容の形成に関与することによる内容の合理性の保障が働かない特徴があり、約款が利用された消費者契約における、情報の質と量及び交渉力の格差に起因する希薄な合意による消費者の自己決定基盤の喪失に対し、事業者にはその補填の意味で消費者の利益への適正な顧慮義務が認められ、また、実質的対等性を確保し消費者の自己決定権を支援する目的での司法的介入(不当条項規制)が正当化される。

このようなことから、消契法10条後段にいう「民法第1条第2項に規定する基本原則」(信義則)とは、「消費者との間の情報の質と量及び交渉力の構造的格差に由来して、契約条項の作成を事実上ゆだねられた事業者が、自己の利益ばかりに固執することなく消費者の利益を適切に顧慮すべき信義則上の義務」を意味し⁵⁾、「消費者の利益を一方向的に害する」とは、その契約条項が、消費者が本来有しているはずの利益を不当に侵害し、正当な理由もなく両当事者間の利益の衡平が損なわれていることを意味すると理解されている⁶⁾

そして、この不均衡性の判断基準としては、比例

4) 最判平成23年7月15日民集65巻5号2269頁。平成28年改正により、消契法10条に「消費者の不作為をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項」が例示されたことにより、この点は、法文上も明らかになった。

5) 中田邦博「消費者契約法(2) 不当条項規制」法学セミナー683号100頁。

6) 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商法雑誌123巻4・5号74頁は、「正当な理由もなく、双方の利益の間に不均衡をきたし、その意味での均衡性ないし相互性を破るような条項が、信義則に反し、無効とされることになる。」とする。

原則が妥当するとされる⁷⁾。

消契法10条前段要件と後段要件の関係については、実務上は、消契法10条前段要件は、問題となる契約条項のスクリーニング（ふるい分け）のための要件として機能しており、消契法10条前段で比較対象とされる任意規定や判例法、契約に関する一般法理と、消契法10条後段で信義則違反の判断の基礎となる法理は、同種のものであり、前段要件で問題となった、任意規定等からの乖離あるいは両当事者の権利義務関係の不均衡につき、その程度が大きい場合が、後段要件の信義則に反して消費者の利益を一方的に害すると評価されることになる⁸⁾。

3 消契法10条における取引態様の考慮の可否

消契法10条による不当条項の内容規制は、一旦契約が問題となる契約条項を含んで成立したことを前提として、契約条項の内容の適正化を行う規制であるから、そこでの不当性判断にあたっては、契約条項について事前の説明がなされたか等の契約締結過程における取引の態様は本来考慮されないと考えられる。

しかし、情報の質と量及び交渉力の格差に由来す

る、消費者の意思的関与の希薄さや実質的交渉の欠如は、契約条項の内容不当性という結果にすべて結晶化されるわけではなく、条項内容を知る機会が消費者に与えられていたかどうかといった事情、難解な約款条項を消費者に対しわかりやすく解説することを事業者が試みていたかどうかといった事情など、契約締結過程における情報提供に関する取引態様は、司法的介入の根拠である消費者の実質的な自己決定を伴わない合意（希薄な合意）がなされたかどうかを判断するうえでの資料となりうると考えられる⁹⁾。

したがって、契約条項の不開示性・不明確性・理解困難性といった事情から消費者が契約内容を十分に認識しうる状態ではなかった場合は、そのこと自体は直接的に契約条項の文言に影響するものではなく、契約条項の内容不当性に直結するものではないが、契約条項に関する合意の希薄さをもたらす客観的事実といえ、契約の拘束力の正当化を阻害する事由として、不当条項の内容規制においても、考慮要素となりうると考えるべきである¹⁰⁾。

判例¹¹⁾も、消契法10条の後段要件について、「当該条項が信義則に反して消費者の利益を一方的に害

- 7) 山田孝紀「契約法における比例原則—契約の内容形成・権利行使の制限—」博士学位申請論文81頁によれば、比例原則とは、目的と手段の均衡を要求する法原則であり、その内容は、①手段が目的達成のために適合的か（適合性の原則）、②目的達成のため相手方にとって他のより侵害的でない手段があるのに当該手段をとっていないか（必要性の原則）、③侵害される利益と達成される利益とが均衡を失っていないか（均衡性の原則）である。前掲山田179頁以下では、消費者契約法10条後段の信義則違反の判断においては比例原則が採用され、具体的には、事業者が消費者の不利益の少ない代替手段でも目的を達成しよう一方で、現に使用しようとしている約款条項が消費者に過大な不利益を与える場合、約款条項の適用が軽微な義務違反や過失に対して過大な制裁となる場合には、約款条項の不当性が認められるとしている。
- 8) 河上正二「民法総則講義」日本評論社（2007年）409頁は、「任意法が適用された場合の権利義務関係とは、結局のところ『当該特約がないとした場合に法規定から導かれるであろう法律状態』を指しているわけであるから、確立した任意規定的判例を含めて、不文の任意法規範を含むものと解すべきである。…そのうえで、そのような基準からの逸脱に正当な理由がなく、当事者間の衡平を損なうものであって、その乖離の具合が信義則上許容される限度をこえていると考えられる場合は、当該条項を無効とすることが可能となる。」とする。
- 9) 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）瀬川信久先生・吉田克己先生古希記念論文集」（成文堂2018年）487頁は、「定型約款問題においても、定型性と附合契約的性格が相俟って介入が正当化され、その背後には、当事者の意思決定の関与の薄弱さがあるとすれば、消費者契約法における不当条項への介入契機も当事者の意思決定の働きが十分機能しない点にある点で、同質の介入契機を有していると言え、両者を完全と区別する必要があるとは思われない。」とする。
- 10) 不当条項の内容規制は、契約条項の内容不当性という結果を重視するものであり、契約締結過程における情報格差・交渉力格差のことさらな濫用がなくても、交渉力に劣る消費者は、事業者の提案する契約条項をそのまま受け入れざるを得ないのだから、たとえば、契約締結過程で事業者が消費者に対し問題となっている契約条項の説明をしたということだけで、内容の不当性が解消されるわけではない。その意味で、合意の希薄さは条項内容の不当性の一微表と見ることができ、情報提供不足に伴う合意の希薄さがなければ不当性がないということにはならない。

するものであるか否かは、消契法の趣旨、目的（同法1条参照）に照らし、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。」と判示した。

この判例については、警戒の目でみる見解もあるが¹²⁾、内容に着目して不当な条項の効力を否定するという方法（内容規制モデル）と、契約締結過程に着目し条項内容を知る機会を消費者に与えたかを問題とする方法（情報提供モデル）は、互いに補完しあう関係にあるとみるべきである¹³⁾。

そうすると、消契法10条の後段要件の判断においては、民法548条の2第2項の場合と同様、取引の態様も考慮されるのであり、契約条項の不開示、あるいは難解さや説明不足といった契約締結過程の情報提供に関する事情¹⁴⁾は、信義則違反の有無程度の判断において考慮要素となると考えられる¹⁵⁾。

4 消契法10条による無効

約款中のある契約条項が消契法10条により不当条項だとされた場合の効果に関しては、効力維持的縮小解釈説と条項全部無効説がある¹⁶⁾。この二つの考え方の中では、学説上は条項全部無効説のほうが有力である。

効力維持的縮小解釈説は、ある約款条項が無効と評価される場合において、当該約款条項を全体的に無効と扱うのではなく、その条項の効力を法によって許容される限度にまで縮小して維持させるという考え方である。たとえば、事業者は一切責任を負わないと定めた免責条項は、不当条項であると考えられるが、その効果としては、「故意・重過失免責を定めた部分のみが無効となり軽過失免責を定めた部分は有効として維持される。」とする。

これに対し、条項全部無効説は、一個の契約条項の一部が不当であると判断される場合、その条項は全部無効となり、一部無効となって残部が有効とされるわけではないという考え方である。

たとえば、事業者は一切責任を負わないと定めた免責条項は、不当条項であると考えられるが、その効果としては、条項全部が無効となるとするのである¹⁷⁾。

効力維持的縮小解釈は許されず、不当条項全部が無効とされるべきであるという条項全部無効説の根拠は、①透明性原則への抵触、すなわち、事業者に過剰な利益を付与する包括的な契約条項の効力が制限解釈で維持されてしまうと、契約条項それ自体からは権利義務を見通せないことになってしまうこと、②不当条項利用に対する帰責性と一般的予防、すなわち、許容限度を超えて包括的な条項を作成し

11) 最判平成23年7月15日民集65巻5号2269頁。

12) 中田前掲註5の100頁は「近時の最高裁の敷引きや更新料に関する判決においては、交渉経過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。」と指摘しているし、また、大澤彩「消費者契約法における不当条項規制の『独自性』と『領分』を求めて」河上正二編「消費者契約法改正への論点整理」（信山社2013年）350頁では、条項についての説明によって条項内容の不合理性が治癒されるという結論が導かれる可能性があること、契約締結時点の事情は約款の組み入れレベルの問題と考えるべきこと、団体訴訟において個別の契約締結時点の事情を契約内容の妥当性判断の上で考慮することは疑問であることを挙げて、条項の不当性判断にあたって契約締結時点の事情を考慮することは妥当ではないとする。

13) 鹿野菜穂子「約款による取引と透明性の原則—ドイツ法を手掛かりに—」長尾治助ほか編「消費者法の比較法的研究」（有斐閣1997年）96頁。

14) 消費者庁消費者制度課「逐条解説・消費者契約法〔第4版〕」296頁は、信義則違反が認められるか否かにつき「当該条項によって消費者が受ける不利益がどの程度のものか、契約締結時に当該条項の内容を十分に説明していたか等の事情も考慮し、消費者契約の趣旨、目的に照らして判断されるものと考えられる。」とし、契約締結過程の情報提供が考慮要素となることを明記している。

15) 潮見佳男「消費者契約・定型約款における不当条項規制」法学教室459号76頁は、消費者契約法10条は「情報格差・交渉力格差のもとで契約が締結されたという『態様』面を『民法第1条第2項に規定する基本原則』に反しているかどうかの評価（信義則判断）に組み込む余地が残されている」と指摘する。

16) 武田前掲註1の2頁～4頁。

17) 山本敬三「不当条項に対する内容規制とその効果」民事研修507号20頁。

た事業者には条項全部を無効とされてもやむを得ない帰責事由があるし、事業者に過剰な利益を付与する包括的な契約条項でも、裁判所がぎりぎり無効としない有利な契約条件で維持してくれるなら不当条項の流布は防止できない不都合が生じることに存する。

そして、条項全部が無効となったために生じた欠缺部分については、任意規定又は補充的契約解釈¹⁸⁾によって補充され合理的なものに修正されると考えられている¹⁹⁾。

4 ひょうご消費者ネットの申入れ活動

筆者は、ひょうご消費者ネットの理事長をつとめているが、同ネットによる不当条項の使用差止の申入れにあたり、以下のような、サルベージ条項に対する消契法の適用に関する解釈論を踏まえることが必要な事案を取り扱ったことを契機として、この問題に関心を持つに至った。

平成30年1月、仮想通貨交換業者の取引システムが攻撃され、仮想通貨交換業者が顧客から預かっていた仮想通貨が不正に送金されるという事件があった。このとき、仮想通貨交換業者はネム以外の仮想通貨も含めて出金を長期間停止したため、多くの顧客は、預けた仮想通貨が値下がりしても売却ができないなどの損失を被った。これを機に、ひょうご消費者ネットにおいて、複数の仮想通貨交換業者の契約条項を調査したところ、いくつかの業者の利用規約には「当社は一切責任を負いません」という契約条項が見受けられた。

適格消費者団体²⁰⁾であるひょうご消費者ネットは、平成30年9月26日、仮想通貨交換業者である

コインチェック株式会社、株式会社 bitFlyer の2社に対して、両社が利用している「当社は一切責任を負いません」等の契約条項は、消契法8条1項の、不当な免責条項(事業者の責任を全部免除する条項)に該当すると考えられるとして、このような条項を削除するように求める申入れを行った。

ひょうご消費者ネットからの上記申入れに対し、コインチェック株式会社は、以下のように利用規約を修正する旨の回答書を返送した。

11 本項その他本規約上の当社の責任を免責する規定にかかわらず、消契法の適用その他の理由により、当社が登録ユーザーに対して損害賠償責任を負う場合でも、損害賠償の範囲は、当社の行為を直接の原因として現実に発生した損害に限定され、かつ、損害の事由が発生した時点から遡って1ヶ月の間に登録ユーザーから現実に受領した第7条第1項に定める手数料の総額を上限とします。

このようなコインチェック株式会社による修正条項は、免責条項が強行法規に反し全部無効となるべき場合に、その条項の効力を、無効な条項に代わる規律を定めることによって維持しようとするものであり、「代替条項」に該当するものであった。

同様に、ひょうご消費者ネットからの上記申入れに対し、株式会社 bitFlyer は、以下のように利用規約を修正する旨の回答書を返送した。

18) 条項の無効によって生じた欠缺を補充すべき適切な任意法規が見当たらない場合には、両当事者の合致した仮定的意思が推察できるならば、両当事者が条項の無効を認識したと仮定したとき信義誠実に従い両当事者の利益を適切に衡量して合意したであろう規律を、補充的契約解釈として適用することができるという考え方が有力である。

19) 武田前掲註1の353頁は、このようなルールを「法が定める代替規律秩序」と呼んでいる。

20) 適格消費者団体とは、消費者の利益擁護を主たる目的とした、専門性のある、相当期間活動実績のあるNPO法人のうち、内閣総理大臣の認定を受けたものをいう。適格消費者団体は、事業者又はその代理人等に対し、不特定かつ多数の消費者に対してなされる不当勧誘行為又は不当条項の使用行為について、停止、予防又はこれに必要な措置を、訴訟上請求することができる。

2 当社は、本サービスに関連して登録ユーザーが被った損害について、一切賠償の責任を負いません。

3 前項その他当社の損害賠償責任の一切を免責する規定は、消契法その他法令で認められる範囲でのみ効力を有するものとします。

なお、消契法その他法令で当社の損害賠償責任の免責が認められない場合においても、当社に故意または重過失がある場合を除き、当社の賠償責任は、損害の事由が生じた時点から遡って過去1ヶ月の期間に登録ユーザーから現実に受領した本サービスの利用料金の総額を上限とします。

このような株式会社 bitFlyer による修正条項は、少々複雑であるが、これら各条項の関係は、第2項の「全部免責条項」が消契法その他法令に抵触して本来全部無効となるべきところを、第3項前段の「狭義のサルベージ条項」によって法令の範囲内で無効とならないぎりぎりのところで救済し、さらに重ねて第3項後段の「代替条項」によってそこで定める一部免責条項の範囲では有効なものとして無効から救済しようとするものであると理解される。

結局、両社は、全部免責条項は改めるものの、広義のサルベージ条項を利用し続けると回答してきたものであって、ひょうご消費者ネットとしては、これを容認することができなかつたため、令和元年7月19日付けで両社に対し再申入書を発送し、消契法10条に反することを指摘して、サルベージ条項や代替条項を使用することなく、事業者として責任を負う範囲を明確にした具体的な条項を作成するよう、再度申し入れた。

このようなひょうご消費者ネットからの再申入れに対し、両社は誠実に対応され、広義のサルベージ条項を用いない形での一部免責条項を導入するとの回答をしたため、本件事案は終了することとなっ

た²¹⁾。

ひょうご消費者ネットは、適格消費者団体としての実務を行う上で、サルベージ条項ないし代替条項に対して、消契法10条を適用することができるのかという解釈論に直面することになり、今回は事業者の理解を得られて解決に至ったが、この問題については、裁判例は見当たらず、また、学説の展開も十分とは言えない状況が続いている。

5 代替条項に対する消契法10条の適用

1 代替条項の問題点

(1) 総論

原型的な代替条項（A条項が無効な場合にはB条項を適用する。）については、①法律関係形成機会の多重付与という問題点と、②法が定める代替規律秩序の回避という問題点があると考えられる。

以下、詳述する。

(2) 法律関係形成機会の多重付与

ア 条項使用者不利の原則

代替条項では、複数の契約条項が設定されているが、条項使用者不利の原則も、複数の解釈がある場合の問題であり、契約内容が多義的である点で共通している。そこで、代替条項を条項使用者不利の原則と対比させることによって、その問題点が浮き彫りになるのではないだろうか。

条項使用者不利の原則とは、契約の条項について、解釈を尽くしてもなお複数の解釈の可能性が残る場合には、条項の使用者に不利な解釈を採用すべきであるという考え方をいう。

消費者契約における条項使用者不利の原則の理論的根拠は、①消費者契約においては、契約条項は、あらかじめ事業者がみずからの欲する契約条件に従い一方的に文章化して確定するものであり、消費者には契約条項作成につき交渉の余地がない以上（附

21) なお、この申入活動の詳細については、ひょうご消費者ネットのホームページ <https://www.hyogo-c-net.com/> を参照。

合性)、契約条項の表現の不明確さは、事業者の帰責事由により生じたものであり、そこから生じる解釈上の疑義は、契約条項を作成使用している事業者の不利益に帰せしめるのが公平原則にかなうこと²²⁾、②契約条項に関する解釈上の疑義による紛争が生じた場合に、情報・交渉力の格差に由来して事業者により消費者が不利な解釈を押し付けられることを防止すべきこと²³⁾、にある。

条項使用者不利の原則は、事業者は「消費者契約の内容が、その解釈について疑義が生じない明確なもので、かつ、消費者にとって平易なものになるよう配慮する」よう努めなければならないという消費法3条1項1号の趣旨から導かれる考え方である²⁴⁾。

条項使用者不利の原則は、最判平成26年12月19日集民248号189頁や最判平成19年6月11日集民224号521頁で、採用されていると指摘されている²⁵⁾。また、最高裁判所平成13年4月20日判決集民202号161頁における亀山継夫裁判官の補足意見も、条項使用者不利の原則を指摘するものである。火災保険における地震免責条項に関する神戸地裁平成11年4月28日判決・判例タイムズ1041号267頁及びその控訴審である大阪高裁平成12年2月10日判決・判例タイムズ1053号234頁も、条項使用者不利の原則を適用したものと見える。

イ 代替条項と条項使用者不利の原則の対比

条項使用者不利の原則においては、①事業者が、一義的に定まらない複数の契約解釈を、②通常は、過失によって生じさせた場合に、③その複数の解釈のうちどの解釈を選択するのかについて消費者に選択権を与え、④これによって、契約内容が確定せず不明確ゆえに当該契約条項が無効となる事態を回避

している。

これに対し、代替条項においては、①事業者が、同一事態に適用されるべき契約条項をA条項、B条項というように複数設定し、②そのような設定は、もちろん意図的なものであって、③設定された複数の契約条項について、事業者自身が、適用順序を指定選択してすべての契約条項の適用を求め、④これによって、できる限り無効部分が任意規定又は補充的契約解釈によって補充される事態を回避している。

条項使用者不利の原則と代替条項は、いずれも、事業者の契約時における多義的な契約の定めに対する対処であること、無効を回避しようとするものであること、については共通している。

しかし、当該複数の条項ないし解釈の選択権については、条項使用者不利の原則においては、契約締結時における複数解釈の余地を残すような多義的自己決定を事業者の帰責事由であると評価して反対当事者である消費者にどの解釈を選択するかについての選択権が付与されるべきであるとされているのに対し、代替条項においては、契約締結時における複数の契約条項を設定する多義的自己決定が意図的になされているにもかかわらず、このような複数の契約条項を設定した事業者がすべての契約条項の適用を求め、その適用順序を決定する選択権を事業者自身に付与することが求められている。

このような対比からすれば、条項使用者不利の原則の考え方と、代替条項を許容する考え方は、相容れないものを含んでいるといえる²⁶⁾。

以上のような、代替条項と条項使用者不利の原則の対比から明らかになった事項には、代替条項の特

22) 上田誠一郎「契約解釈の限界と不明確条項解釈準則」日本評論社(2003年)を参照。

23) 消費者庁消費者制度課「逐条解説・消費者契約法〔第4版〕」115頁。

24) 消費者庁消費者制度課「逐条解説・消費者契約法〔第4版〕」116頁。

25) 第33回消費者委員会消費者契約法専門調査会(平成29年2月24日開催)資料1。

26) もっとも、条項使用者不利の原則は、複数の解釈のいずれが適用されるか不分明な場面の問題であるのに対し、代替条項においては、複数の契約条項の適用順序があらかじめ事業者の指定するおりに決まっており、いずれが適用されるか不分明ではないと割り切る考え方もありうところではある。しかし、代替条項の場合でも、裁判所の判決があるまでは、A条項が適用されるのか、それともA条項が無効となってB条項が適用されるのかは不分明であることが前提とされており、代替条項の問題と条項使用者不利の原則の問題とは、共通するものがある。

徴と問題点が集約されていると考えられる。

ウ 法律関係形成機会の多重付与の問題点

代替条項は、「A条項（主たる条項）が無効な場合にはB条項（二次的な代替規律を定める条項）を適用する。」との条項形式により、①同一事態に適用されるべき複数の契約条項を設定するという事業者の多義的自己決定と、②複数の契約条項を、事業者の選択した順序に従って逐次的に全部適用するという事業者の意思は、いずれも契約自由の原則のもとで法によって承認され得るものであるとの前提に立ち、事業者において、複数回にわたって自己に有利な法律関係形成の機会を獲得しようとするものである。

しかし、上記①のような、事業者が同一事態に適用されるべき複数の契約条項を設定することは、自己を規律する法律関係の形成につき曖昧さを残す不十分な自己決定であると言わざるを得ないし、上記②のような、複数の契約条項の逐次的全部適用とその適用順序の事業者による選択は、契約締結時における主たる条項の一方的な作成の機会に加え、さらに主たる条項が無効な場合に、もう一度、二次的な代替規律を定める条項の適用により、事業者にその意図する法律関係形成の機会を再度付与することになる点で、相手方たる消費者が負担する不利益（附合性のもとで自らの意思では左右できない法律関係に巻き込まれるという危険を二度にわたって負担することになる不利益）への配慮に乏しい²⁷⁾。

代替条項は、事業者に対し、みずから決めたことに従わなくてもよい機会を付与する条項形式であり、「自己決定による自己責任」の原則から逸脱しているという問題点があると言える。

(3) 法が定める代替規律秩序の回避

代替条項は、事業者が、条項全部無効のリスクを回避するために用いられており、その意味で、代替条項は、条項全部無効説を前提にしているものである。

代替条項は、条項全部無効説を前提としつつ、このような条項が全部無効となった後の欠缺部分の補充に関するルールをかいぐろうとする点に不当性がある²⁸⁾。

すなわち、代替条項の使用によって事業者がかいぐろうとしているのは、条項全部無効説のいわば後半部分にあたる「条項全部が無効となったために生じた欠缺部分については、任意規定又は補充的契約解釈によって補充され合理的なものに修正される」というルールであり、このような任意規定又は補充的契約解釈による無効欠缺部分の埋め合わせというルールよりも、事業者自身が定める無効の場合に二次的に適用されるべき条項（B条項）の優先適用を求める点に、代替条項の本質がある²⁹⁾。

2 代替条項の条文構造

消契法10条前段要件を具備するには、当該契約

27) 武田前掲註1の312頁は、上記のような考え方に批判的なカッセルマンの見解を紹介している。その見解によれば、約款使用者の契約自由を一度しか認めないのは根拠なき制裁であり、また、代替的規律自体が不当条項規制に服するから顧客に不利益は与えておらず、約款使用者による一方的な契約形成権限の二重行使も是認されるとされる。しかし、根拠なき制裁と考えるか、それとも附合性のもとでの契約自由の限界を超えていると考えるかは、評価の問題というほかに、また、代替的規律の「内容」が不当条項規制に服するのは当然であり、問題なのは、代替条項のような条項の「形式」が許容されるかである。

28) 平成27年6月12日開催の第12回消費者契約法専門調査会において、山本敬三座長は、狭義のサルベージ条項を念頭に、「前提として、条項の一部が不当な場合に、その条項が全部無効になるのかどうかという問題があり、それによると全部無効になるという前提のもとで、この（サルベージ条項）の議論であるということだけは確認しておいたほうがよいだろうと思います。」「これは、本来ならば条項が全部無効になってしまうのを、そうならないようにしようとする手法の一つであって、しかも非常に包括的な形で安全策を講じようとしているというところが、恐らく一番大きな問題点なのだろうと思います。その意味では、条項が全部無効になるのを簡便にかいぐることができることを容認するのかどうかということが、この問題の本質ではないかと思っています。」と発言している。

29) 代替条項が許容されるとすれば、「A条項が無効な場合にはB条項を適用する。B条項が無効な場合にはC条項を適用する。」というように代替条項を積み重ねることにより、いわば帰納的に、事業者はぎりぎり無効にならない範囲で最も事業者にとって有利な契約条項を発見しうることになり、事実上、効力維持的縮小解釈を容認することにつながりかねない。

条項が、任意規定や判例その他一般的に存在する法理と比較して消費者を不利に扱う条項に当たることが必要である。

しかし、代替条項の場合、A条項とB条項の二つの条項の組み合わせから成り立っており、当該条項のどこを任意規定や一般法理との比較対象とするべきなのかは、一見したところ明らかではなく³⁰⁾、代替条項について、消契法10条前段要件が具備され得るのかについては、解釈上の問題がある³¹⁾。

そのため、代替条項については、条文構造の分析が重要となる。

代替条項は、「A条項を適用する。ただし、A条項が無効な場合には、B条項を適用する。」という条項形式である。

このような条項形式は、以下のような3つの部分から構成されていると考えることができる。

- ①第一次的には、先行適用のある主たる条項(A条項)を適用する。
- ②第二次的には、代替的規律を定める二次的条項(B条項)を適用する。
- ③代替的規律を定める二次的条項(B条項)の適用は、㉞先行適用のある主たる条項(A条項)が不当条項規制の結果として無効となったことを停止条件とし、かつ、㉟条項無効の場合における「法が定める代替規律秩序である任意法規又は補充的契約解釈」の適用に優先するものとする。

代替条項の特徴は、上記③の部分、すなわち、「A条項を適用する。ただし、A条項が無効な場合には、B条項を適用する。」の下線部分(以下、この部分を「サルベージ部分」という。)にあると考えられる。

サルベージ部分のうち、上記③㉞の部分は、代替的規律を定める二次的条項(B条項)の適用の要件を、上記③㉟の部分は、代替的規律を定める二次的条項(B条項)の適用の効果を、それぞれ定めているものである。

4 代替条項に対する消契法10条の適用

(1) 法律関係形成機会の多重付与

サルベージ部分のうち上記③㉞の「先行適用のある主たる条項(A条項)が不当条項規制の結果として無効となったことを停止条件とする」との部分(以下、「無効停止条件部分」という。)は、複数の契約条項の設定と当該複数の契約条項の逐次的全部適用により、事業者に2度にわたって自己に一方的に有利な法律関係の形成をする機会を付与しているものといえる。

しかし、一般的法理である契約自由の原則ないし私的自治の原則によれば、人は私的法律関係を自らの意思決定に基づいて自由に形成することができるものの、一旦意思決定した以上はその意思決定に拘束される(自己決定による自己責任の原則)。自己を規律する法律関係を2度にわたって段階的に形成することまで認めるものではないと考えられる。

無効停止条件部分は、一般的法理である「自己決定による自己責任の原則」が通常適用される場合に比較して、事業者により有利であり、その相手方当事者である消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重していると言え、消契法10条前段要件を満たす。

そして、消費者契約は、契約条項があらかじめ事業者によって確定され、消費者による交渉の余地がないという意味で附合性を有するところ、このような附合性がある状況のもとでは、①複数の契約条項の設定は、同一事態に適用されるべき条項を一義的

30) 前掲註28の専門調査会において、山本健司委員は、狭義のサルベージ条項を念頭にはあるが、「10条は、原則的な権利義務関係と、不当条項が定める権利義務関係との比較というものを重要な判断要素としていると理解しております。この点、サルベージ条項は、それ自体は特定の権利義務を定める条項ではなくて、他の不当条項とワンセットになって初めて意味を持つ、特殊な条項です。10条で無効とできるかは、不透明であるように思います。」と述べ、問題点を指摘している。

31) 前註28の専門調査会において、山本敬三座長は、「本来であれば条項が全部無効になるのをかいくぐろうとしている意味での不当性の問題なのだろうと思いますが、それが消費者契約法10条でつかまえられるのか。」という点が問題であると指摘している。

かつ明確に表現していないという意味で事業者に帰責事由がある不十分なものと評価できること、②複数の契約条項の逐次的全部適用により、事業者は「自己決定による自己責任の原則」を逸脱して2度にわたって自己に一方的に有利な法律関係の形成をする機会を得ることになり、その反面、消費者の地位は不利になること、③代替条項という条項形式を用いなくても、たとえば、端的に「代替的規律を定める二次的条項」のみの適用を求めるといふ、より消費者にとって不利益の少ない他の選択肢を採用しうること、を考慮すると、代替条項は、消契法10条後段の信義則に反して消費者の利益を一方的に害すると評価しうる。

(2) 法が定める代替規律秩序の回避

サルベージ部分のうち上記③④の「代替的規律を定める二次的条項（B条項）の適用は、条項無効の場合における『法が定める代替規律秩序である任意法規又は補充的契約解釈』の適用に優先するものとする。」との部分（以下、「無効回避部分」という。）は、無効欠缺部分の補充につき、任意法規又は補充的契約解釈を差し置いて、事業者自身が定める代替的規律を定める二次的条項（B条項）の優先適用を求めているものといえる。

しかし、条項全部無効の場合には、その無効部分の補充のために任意法規又は補充的契約解釈が適用されるのが一般的法理である。

無効回避部分は、条項全部無効の場合に、一般的法理である「任意法規又は補充的契約解釈」に比較して事業者に有利な事業者自身が定める代替的規律を定める二次的条項（B条項）の優先適用を求めるものであり、相手方当事者である消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重していると言え、消契法10条前段要件を満たす。

次に、無効回避部分につき、消契法10条後段の

要件を検討する。

無効とは、予定された法律効果が当初より全く発生しないことをいうが、それは法律効果を否認するための法技術であり、無効原因や無効とされることによって保護される法益を考慮しつつ、その「法的効果」が検討されるべきである³²⁾。

「契約条項の無効」によって目的とされているのは、単に不当な契約条項を排除することにとどまるのではなく、契約条件を改訂し、情報格差・交渉力格差がない状態であれば合意されたであろう契約条件と不当条項による契約条件とを置換することである。

したがって、不当条項規制により契約条項全部が無効とされた場合に、それによって生じた欠缺部分を埋めるために任意法規又は補充的契約解釈が適用されるというルールは、「契約条項全部無効」による法律効果の一部であると考えられる。

契約条項の全部無効の場合に適用される「任意法規又は補充的契約解釈」は、不当条項を使用した事業者に対する制裁であるとともに、不当条項に遭遇した消費者に対して実質的な契約自由を回復する地位を保障する意味を持つものであり、さしあたりの原状回復をするという消極的な意味付けを与えられているものではなく、歴史的経験的に形成された当事者間の公正かつ合理的な権利義務の分配方法の定めであり、その内容は正義の基準として機能する積極的意義を有する³³⁾。

そうすると、契約条項の全部無効の場合に適用される「任意法規又は補充的契約解釈」は、形式的に消契法10条という強行規定による無効の法律効果の一部であるという理由で強行法規性を帯びているとともに、実質的にも不当条項規制による消費者保護を目的とする正義の基準であるという意味で強行法規性が認められるべきである。

契約条項が全部無効となった場合、「任意法規又

32) 酒巻修也「一部無効の本質と射程（9・完）：一部無効論における当事者の意思の異議を通じて」北大法学論集70巻2号33頁は、無効の本質は契約成立時における違反された合法性を回復するためのサンクションであると指摘している。

33) 河上正二「任意法の指導形像機能（Leitbildfunktion）について」NBL1128号51頁以下。

は「補充的契約解釈」と約款による二次的な代替的規律（B条項）とが仮に競合したとすれば、この競合関係においては、本来は強行法規性が認められる「任意法規又は補充的契約解釈」が優越すると考えられる。ところが、代替条項においては、この本来の在り方が逆転させられており、消費者にとっては「任意法規又は補充的契約解釈」よりも内容的に不利である、事業者の定める二次的な代替的規律（B条項）の優先適用が求められているものである。³⁴⁾

したがって、代替条項は、無効欠缺部分の補充につき法が定める「任意法規又は補充的契約解釈」ではなく、事業者自身が定める二次的な代替的規律であるとすると、消契法10条後段の信義則³⁵⁾に反して消費者の利益を一方向的に害すると評価しうる。

5 代替条項と消契法10条による無効範囲

上記のとおり、代替条項の条文構造を3つの部分に分析した上、そのうち、サルベージ部分を構成する無効停止条件部分及び無効回避部分については、いずれも消契法10条が適用されるという本稿の立場からすると、サルベージ部分が無効になるのに伴って、代替的規律を定める二次的条項（B条項）の適用を規定する条項部分も当然に無効になると考えられる。

なぜなら、無効停止条件部分が無効である以上は、これを効力発効の停止条件としている代替的規律を定める二次的条項（B条項）の適用される機会もありえないことになり、また、無効回避部分が無効である以上は、常に「任意法規又は補充的契約解釈」が優先的に適用されることになるため、代替的規律を定める二次的条項（B条項）が適用される機会もありえないことになるからである。「不能の停止条件を付した法律行為は、無効とする。」と定める民

法133条1項が類推適用されると考えてよい。

したがって、代替条項のうちサルベージ部分に消契法10条を適用すると考えた場合、「A条項を適用する。ただし、A条項が無効な場合には、B条項を適用する。」という条項形式を持つ代替条項のうち、直ちに無効にはならず存続しうるのは、「A条項を適用する。」という部分のみである。

この場合において、A条項の存続を認める考え方と、A条項の単独での存続を認めず、代替条項全体が一体的に無効になるという考え方の二つが成り立ちうる。

具体的規律を二次的に定める代替条項は、それ自体が主たる条項の有効性に疑義があることを宣明しているに等しく、二次的な代替的規律こそが事業者が真に有効であると考えている条項であると思われ、主たる条項を用いることによって、あわよくば義務の縮減ないしは権利の伸長を図ろうとする事業者の不当な意図を推察させる。したがって、代替条項を利用した事業者に対する制裁と代替条項の流布を防止する一般予防の観点から、A条項の単独での存続を認めず、代替条項全体が一体的に無効になるという考え方を採用することも、ありうるころではある。

しかし、先行適用のある主たる条項（A条項）は、事業者が第一次的に適用を求めた契約条項であり、また、代替条項の一部を構成していたにせよ、これを単独で取り出して評価した場合には条項形式上問題があるわけではないから、私的自治・自己決定権尊重の趣旨からできる限り無効とすることは回避されるべきであると考えられる。

したがって、「A条項を適用する。ただし、A条項が無効な場合には、B条項を適用する。」という代替条項は、消契法10条の適用により、「ただし、

34) 武田前掲註1の323頁によれば、ドイツでは、代替条項について、連邦通常最高裁判所（BGH）と連邦労働裁判所（BAG）は、BGB306条2項（条項が契約の要素にならないか無効である限りにおいて、契約の内容は法律上の規定に従う。）からの逸脱が許されないことを理由に、その効力を否定しているとされる。

35) 消費者との間の情報の質と量及び交渉力の構造的格差に由来して、契約条項の策定を事実上ゆだねられた事業者は、契約条項の内容についてはもちろん、契約条項の形式についても、自己の利益ばかりに固執することなく消費者の利益を適切に顧慮すべき信義則上の義務を負っていると考えられる。

A 条項が無効な場合には、B 条項を適用する。」との部分につき無効で書かれざるものとみなされ、その結果、「A 条項を適用する。」という契約条項のみが存続することになると考えるべきである³⁶⁾。

6 小括

以上より、「A 条項（主たる条項）が無効な場合には B 条項（二次的な代替規律を定める条項）を適用する。」との条項形式（代替条項）は、①事業者による、契約締結時における複数の契約条項の設定という多義的自己決定の帰責性と、複数回にわたる法律関係形成の機会獲得という「自己決定の自己責任」原則の逸脱の点、及び、②無効欠缺部分の補充につき、強行法規性を有する法が定める「任意法規又は補充的契約解釈」に優先して、事業者自身が定める二次的な代替的規律の適用を求める点で、消契法 10 条に反して無効であり、「A 条項を適用する。」との条項に書き換えられたものとして取り扱われる。

6 透明性の原則

1 概念

透明性の原則とは、約款は、顧客が自己の権利義務を確実に認識し、見通すことができるよう、正確に、確定的に、平易に、できるかぎり明瞭に記述されなければならないという原則をいう³⁷⁾。

2 根拠

透明性の原則の根拠は、約款による契約も、顧客の意思の関与が希薄であるとはいえ、契約である以上、顧客が契約時に当該契約の諸条件につき認識し

理解しうる状態に置かれたものでなければ、当該条項に基づく契約を締結したものとして、拘束力を認め得ないこと、すなわち自己決定による法律関係形成のための最低限の基盤を確保することに求められる³⁸⁾。

3 機能

透明性の原則は、①契約締結時においては、明確で平易な記述を要求することにより不当な契約条件を隠蔽することを防止し、消費者が自らの判断で市場において他の選択肢をとる機会を保障する機能を持つとともに、②契約履行時においては、権利義務を確実に見通せる正確な記述を要求することにより、事業者が不明確な条項に由来する不当な裁量を行使して消費者の法的地位を不安定にすることを防止する機能を持つ³⁹⁾。

4 消契法 10 条における透明性の原則の考慮

透明性の原則は、契約条項が、正確性、確定性、平易性、明瞭性を備え、消費者が当該契約条項によって自己の権利義務を確実に認識し、見通すことができるものであることを要求するものであって、契約条項が内容的に消費者の利益を害するものであるかどうかという不当条項規制とは、別の視点に基づく準則である。

消契法 10 条は、直接的には、契約条項の内容が適正であることを求める規定であるから、消契法 10 条で透明性の原則違反を考慮しうるかは疑問の余地がある。

しかし、透明性の原則の根拠は、契約条件についての認識・理解が欠けると契約の拘束力を正当化できない点に求められる。内容規制モデルに併用し

36) もちろん、存続する主たる条項（A 条項）についても、それ自体に対し、不当条項規制が及ぶことになる。

37) EC 不正条項指令 5 条第 1 文。

38) 鹿野菜穂子「約款の透明性と組入要件・解釈・内容コントロール—民法および消費者契約法の改正へ向けて」長尾治助先生追悼論文集「消費者法と民法」収録（法律文化社 2013 年）12 頁は、「わが国では、透明性の意義・根拠について、必ずしも自覚的な議論が展開されてきたとはいえないが、この要請は、自己決定による法律関係の形成のための最低限の基盤を確保することにあり、つまりは、契約法の基礎にある私的自治、契約自由の原則に基づくものであるといえよう。」とする。

39) 石原全「約款における『透明性』原則について」一橋大学研究年報・法学研究 28 号 3 頁

て情報提供モデルを考慮するべきであるという立場からすれば、不正確、不確定、難解、不明瞭で透明性のない契約条項は、約款を利用した消費者契約における消費者の意思的関与の希薄さや実質的交渉の欠如を助長するもので、契約条項の内容の適正さに対する担保を失わせるものであり、透明性がないことは希薄な合意をもたらすから、契約条項の不当性を判断するにあたり、透明性の原則違反は考慮要素となりうると考えられる。

しかも、透明性の原則違反は、契約締結過程での情報提供が不十分であることを意味するものの、その点は契約条項それ自体に結晶化されており、当該契約条項を見るだけで、平均的顧客の理解度及び期待に照らして明確かつ平易に条項が作成されているかどうかは明らかであるという意味で、契約条項自体が備えるべき適格性の問題である。消契法10条は、契約条項の内容が適正であることを要求するものであるが、同時に契約条項の形式が透明なものであることを合わせて要求していると考えことは十分可能である。

また、契約締結後の履行過程においても、透明性のない契約条項は、その曖昧さゆえに、事業者が解釈にあたり広範な裁量を行使することができ、消費者に不利な契約解釈を押し付けることができるという意味で、契約条項の不当性の問題とも密接にかかわっており、透明性の原則は、不当条項規制の一翼を担う役割を果たしうると考えられる⁴⁰⁾。

以上のとおり、透明性の原則違反によって、契約締結段階において不透明な契約条項から消費者の実

質的な自己決定を伴わない合意（希薄な合意）が助長され契約の拘束力の正当性を欠くこと、及び、契約履行段階において不透明な契約条項の解釈にあたり事業者が広範な裁量を行使して消費者に不利な内容を押し付けうることからみて、消契法10条の適用にあたっては、透明性の原則を考慮しうると考えられる⁴¹⁾。

なお、消契法10条は内容規制を行う条項であり、透明性を欠くだけではならず内容的にも消費者の利益を害する条項のみを無効にすると考えられる。その場合、不透明な契約条項しか提示されていないという取引態様が、消契法10条の信義則違反を認める重要な要素となり、内容不当性と「合わせて一本」的な総合的考慮がなされるべきである⁴²⁾。

7 サルベージ条項に対する消契法10条の適用

1 代替条項とサルベージ条項の異同

代替条項とサルベージ条項は、同じ条文構造を有する。

すなわち、代替条項は、「A条項が無効な場合にはB条項を適用する。」という条項であり、典型的なサルベージ条項は、「法律上許容される限りにおいて全部免責とする」という条項であるが、サルベージ条項は、「全部免責条項（A条項）が無効な場合には、事業者の責任を法律上許容される限度で免除するような条項（B条項）を適用する。」と書き換えることができる。⁴³⁾

40) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編「コンメンタル消費者契約法〔第2版増補版〕補巻—2016年・2018年改正」商事法務（2019年）220頁は、上記の点を重視しており、サルベージ条項の消費者契約法10条後段該当性について、「紛争の際には、事業者が、消費者に、強行規定によってどこまでが無効であるかの限界を示すことを迫り、結果として、最も不利な条項内容を前提に、消費者が泣き寝入りになる場合も少なくない契約条項である。当該条項は、本来消費者が事業者に対して損害賠償等の責任追及をなしうるにもかかわらず、法令に詳しくない消費者に責任追及を断念させる（責任追及ができないと消費者に誤認させる）不利益を与えるともいえる契約条項であり、消費者契約法の趣旨、目的に照らせば、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。」と指摘している。

41) 落合誠一「消費者契約法」（有斐閣2001年）151頁は、「消費者にとって不明確で理解しにくい契約条項は、当事者間の法律関係を規律すべき契約条項の本来の機能にも合致せず、事業者が消費者の正当な利益を考慮して契約条項を作成する努力を尽くしていないものと一般に判断される。かかる場合は本法3条1項の事業者の努力義務違反であるのみならず、本条の信義則の要請に反することになる」とする。

42) 鹿野前掲註38の24頁参照。

このように、代替条項とサルベージ条項とでは、いずれも「A条項が無効な場合には」という条件が成就した場合に、「B条項」を適用するという条文構造となっており、この点では両者共通している。

しかし、代替条項とサルベージ条項とでは、二次的に適用される「B条項」の内容に違いがある。

すなわち、代替条項においては、主たる条項が無効の場合において二次的に適用されるべき具体的な条項が事前に明確に提示されているが、サルベージ条項においては、二次的に適用されるべき条項は具体的には提示されておらず、最終的に裁判所によって解釈されるまでは内容が決定せず、決定されるべき条項内容を事前に予測することは困難である。

代替条項においては、二次的に適用されるべき条項が明示されているため、透明性の原則違反の問題は生じないと考えられているが、サルベージ条項においては、二次的に適用されるべき条項の内容が明確ではなく、透明性の原則違反の問題があると指摘されている。

したがって、広義のサルベージ条項の有効無効を検討するにあたっては、代替条項の問題がより基礎的な問題であり、狭義のサルベージ条項はこれに透明性原則違反が加わった、より応用性の高い問題であると考えられる⁴⁴⁾。

2 サルベージ条項の問題点

「法律上許容される限りにおいて全部免責とする。」というようなサルベージ条項の問題点として、次のようなものがあると指摘されている⁴⁵⁾。

(1) 透明性の原則との抵触

サルベージ条項が利用された場合、消費者は、契約から生じる権利義務について適切な情報を得ることができず、訴訟によりようやく自己の権利義務の範囲を確実に知ることができるにとどまるが、これは透明性の原則に反している⁴⁶⁾。

(2) 不当条項の事実上の通用

サルベージ条項が利用された場合、不当条項として全部無効の疑義が持たれる契約条項であっても、事業者は、有効な部分が一部分でも存する可能性があるとの建前から利用し続けることが可能となり、条項無効の範囲を事業者が一方的に操作することを許容することによって、訴訟をしない大多数の消費者に対して、事実上、無効部分も含めて不当条項全体を押し付け、泣き寝入りを強いる結果をもたらす⁴⁷⁾。

(3) 適正な条項策定への動機付けの喪失

サルベージ条項が有効とされると、事業者は、適正な内容での契約条項の策定へのインセンティブをそがれることになり、むしろサルベージ条項の利用促進が事業経営上推奨されることになりかねない⁴⁸⁾。

(4) 効力維持的縮小解釈の強要

約款条項の一部が不当である場合の法律効果については、一般には、不当な部分だけが無効になるという効力維持的縮小解釈は許されず、当該約款条項全部が無効となり、無効となった条項の欠缺部分には裁判所によって適正な契約内容が補充されると考

43) 河上正二「脱法行為禁止規定、サルベージ条項」消費者契約における不当条項研究会編・消費者契約における不当条項の横断的分析(別冊 NBL128号)(商事法務2009年)177頁が例示する「ただし、本条項は、強行規定によって保護された顧客の利益を排除するものではありません。」といった条項も、同様の書き換えが可能であろう。

44) 武田前註1の302頁。

45) 第15回消費者契約法専門調査会「個別論点の検討(9)(消費者庁提出資料)」60頁。

46) 武田前掲註1の325頁。

47) 須藤希祥「軽過失による人身損害賠償責任の一部免責条項、サルベージ条項」NBL1106号23頁。

48) 須藤前掲註45の23頁。

えられているが、サルベージ条項は、効力維持的縮小解釈を強要するものであり、裁判所に対し、ぎりぎり無効とならない有利な契約条件を探し出す負担を課すとともに、消費者に対し、無効の主張立証に成功しても最低限度の権利擁護で満足すべきことを要求する⁴⁹⁾。

サルベージ条項は、上記のような問題点を有しているが、そのうち最も根幹的なのは、(1)の「透明性の原則との抵触」であり、その余の(2)ないし(4)の問題点についても、透明性の原則違反が通底していると考えうる。

すなわち、(2)の「不当条項の事実上の通用」については、透明性の原則違反が契約の履行過程において現れた場合の弊害を指摘したものと考えられる。

(3)の「適正な条項策定への動機付けの喪失」の指摘を受け、後記のとおり、消費者庁の「逐条解説・消費者契約法〔第4版〕」において、改正消費法3条1項1号の透明性の原則に関する努力義務は、サルベージ条項にも及ぶことが明らかにされている。

(4)の「効力維持的縮小解釈の強要」についても、効力維持的縮小解釈は許容できず不当条項の条項全部が無効となるという考え方の根拠として、透明性の原則が存するものであり、効力維持的縮小解釈の強要は、透明性の原則への抵触をもたらす。

したがって、サルベージ条項の最大の問題点としては、透明性の原則へ抵触があると考えられる。⁵⁰⁾

3 サルベージ条項の条項形式の構造

典型的なサルベージ条項は、「法律上許容される限りにおいて全部免責とする。」という条項であるが、これは、「全部免責条項(A条項)を適用する。全部免責条項(A条項)が無効な場合には、事業者の責任を法律上許容される限度で免除するよう

な条項(B条項)を適用する。」と書き換えることができる。

さらに分析すると、サルベージ条項の条項形式は、以下のような3つの部分から構成されていると考えることができる。⁵¹⁾

- ①第一次的には、先行適用のある全部免責条項(A条項)を適用する【全部免責条項部分】。
- ②第二次的には、代替的規律を定める二次的条項として、事業者の責任を法律上許容される限度で免除するような条項(B条項)を適用する【法律限度免責条項部分】。
- ③代替的規律を定める二次的免責条項(B条項)の適用は、⑦先行適用のある全部免責条項(A条項)が不当条項規制の結果として無効となったことを停止条件とし【無効停止条件部分】、かつ、④条項無効の場合における「法が定める代替規律秩序である任意法規又は補充的契約解釈」の適用に優先するものとする【無効回避部分】。

上記③の部分、すなわち、「全部免責条項(A条項)を適用する。全部免責条項(A条項)が無効な場合には、事業者の責任を法律上許容される限度で免除するような条項(B条項)を適用する。」の下部部分(以下、この部分を「サルベージ部分」という。)は、代替条項におけるサルベージ部分と同一の構造と内容を有しており、したがって、代替条項と同様に、このサルベージ部分に対して消費法10条を適用できると考えられる。

これに加えて、サルベージ条項においては、上記②の「第二次的には、代替的規律を定める二次的条項として、事業者の責任を法律上許容される限度で

49) 河上前掲註33の56頁。

50) 武田前掲註1の325頁～326頁は、ドイツの学説上、サルベージ条項は、組入段階ではBGB305条2項2号、内容規制の問題としてはBGB307条1項2文に規定された、透明性の原則違反のゆえに効力を否定されると解されているとし、同340頁は、BGHの判例も「結論的に、学説における支配的見解と一致しているものといえる。」とする。

51) 武田前掲註1の90頁は、契約条項のテキストの文法構造と規範構造が必ずしも一致しないことを指摘している。サルベージ条項は、そのテキストの文法構造如何にかかわらず、規範構造として、3つの構成部分に分析しうると考えられる。

免除するような条項（B条項）を適用する。」との条項部分（以下、この部分を「法律限度免責条項部分」という。）が、透明性の原則に反するのではないか問題とされるべきである⁵²⁾。

4 消契法10条によるサルベージ条項の規制

(1) 消契法10条前段要件とサルベージ条項

上記のとおり、「法律上許容される限りにおいて全部免責とする。」とのサルベージ条項は、三つの部分から成り立っていると考えられるが、そのうち「事業者の責任を法律上許容される限度で免除するような条項（B条項）を適用する。」との法律限度免責条項部分は、その内容が不透明であるという問題点を有する。

透明性の原則は、前記のとおり、契約時に契約内容を十分認識できる状態になかったにもかかわらず、その契約に拘束されるのでは契約自由の原則に反すること、すなわち、契約条件を容易に認識しえることが、自己決定による法律関係形成のための最低限の基盤であることにその根拠が求められる。透明性の原則は、明文規定を待つまでもなく、契約自由の原則から導きうる一般的な法理であると言える⁵³⁾。

また、事業者は、消費者にとって「消費者契約の内容が、その解釈について疑義が生じない明確なもので、かつ、消費者にとって平易な」条項を作成するよう配慮する努力義務を負っており（消契法3条1項1号）⁵⁴⁾、事業者はサルベージ条項を使用せず具体的に条項を作成するよう努めるべきであるとされている⁵⁵⁾。

透明性の原則は、契約自由の原則に由来する一般

的な法理であり、消契法3条1項1号によりその遵守の努力が義務づけられていることからすると、これから理由なく乖離することは否定的な評価に値することから、透明性の原則は、消契法10条の前段要件の「任意法規その他の一般的な法理」であると言ってよい。

したがって、サルベージ条項のうち法律限度免責条項部分は、透明性の原則に反するものとして、消契法10条前段要件を満たす。

(2) 消契法10条の後段要件とサルベージ条項

契約条項は、消費者が自己の権利義務を確実に認識し、見通すことができるよう、正確に、確定的に、平易に、できるかぎり明瞭に記述されなければならないところ、「法律で許容される範囲内において」という趣旨の文言が付記された法律限度免責条項部分は、消費者に対し当該条項から生じる権利義務について不十分な情報しか与えておらず⁵⁶⁾、このような契約条項の不透明性は、消費者の実質的な自己決定を伴わない合意（希薄な合意）を助長し契約の拘束力の正当性を失わせるものであり、かつ、事業者が契約条項の解釈につき過大な裁量を与えて消費者の法的地位を不利に陥れるものであるから、当該契約条項によって消費者にもたらされている不利益（不透明性と内容不当性）は、事業者が情報格差・交渉力格差に由来する希薄な合意につけ込んだ結果と評価でき、より透明性の高い他の条項形式を選択することも事業者にとって可能であったことも考慮すると、消契法10条後段要件の信義則に反すると認められる。

52) 武田前掲註1の355頁は、救済条項的付記についての透明性につき、「代替規律の明示と第1次な条項内容の明示という、2つの問題が含まれている」と指摘する。

53) 鹿野前掲註13の113頁は「契約自由の理念及び信義誠実の原則からは、契約締結前における約款提示義務、約款条項を明確かつ理解容易な形で記載・表現する義務を導くことができるであろう」とする。

54) 努力義務規定には、任意規定と異なりデフォルトの場合に法律関係を形成する効力はないが、公正かつ合理的な権利・義務やリスク配分の在り方のモデルが立法者によって提案されているものとみることにはでき（指導形象機能）、その違反に対しては否定的評価がなされるべきである。

55) 消費者庁消費者制度課「逐条解説・消費者契約法〔第4版〕」119頁。

56) ユルゲン・プレルス「約款のわかりやすさ—ドイツ法における不明確準則と透明性原則」明治学院大学法学研究91号250頁。

(3) 小括

サルベージ条項のうち法律限度免責条項部分は、消契法10条に反し、無効となりうる。すなわち、①消契法10条前段要件については、「任意法規その他の一般的な法理」である透明性の原則に抵触しているためこれを充足し、②消契法10条後段要件については、条項の不透明性は、契約の拘束力の正当性を失わせ、かつ、事業者が条項解釈についての不当な裁量を付与するものであるから、当該契約条項の内容が消費者に不利益なものであるときは、その不利益の作出について透明性の原則違反が寄与している点も考慮して信義則違反を認めうる。

5 サルベージ条項と消契法10条による無効範囲

サルベージ部分に違法性があるのみならず、法律限度免責条項部分にも透明性の原則の違反がある点で、サルベージ条項は、二次的に適用されるべき条項を事業者が確定して明示している「代替条項」の場合よりも、違法性が高いと言え、サルベージ条項を利用した事業者に対する制裁とサルベージ条項の流布を防止する一般予防の観点から、条項形式の点からは違法性がない全部免責条項部分についても、分離した上での存続を認めず、サルベージ条項全体が一体的に無効になるという考え方もありうるところである。

しかし、全部免責条項部分は、事業者が第一次的に適用を求めた契約条項であり、私的自治・自己決定権尊重の趣旨から条項形式という形式的な点で無効とすることはできる限り回避されるべきであると考えられる。また、代替条項については、先行適用のある条項の単独存続を認めるが、サルベージ条項については、これを認めないというように法効果を異にすることになれば、代替条項とサルベージ条項を厳格に区別する必要が生じるが、そのような区別は実務的には容易ではないと考えられる。

したがって、全部免責条項部分は、他と切り離して存続が認められるべきである。⁵⁷⁾

6 小括

(1) 代替条項と同様の条文構造を有することによる無効

サルベージ条項のうち、無効停止条件部分が、複数の契約条項の設定と当該複数の契約条項の逐次的全部適用により、事業者が複数回にわたって自己に一方的に有利な法律関係の形成をする機会を付与していることは、「自己決定の自己責任」原則を逸脱している。また、無効回避部分が、無効欠缺部分の補充につき、「法が定める代替規律秩序である任意法規又は補充的契約解釈」に優先して、事業者自身が定める二次的な代替的規律の適用を求めていることは、この場合における「任意法規又は補充的契約解釈」が不当条項規制による消費者保護を目的とする正義の基準であるという意味で強行法規性を有していることと矛盾している。

したがって、サルベージ条項のうちサルベージ部分に対しては、消契法10条の適用があり、これによって、サルベージ部分は無効となると考えられる。また、サルベージ部分の無効に伴い、民法133条1項が類推適用されて、法律限度免責条項部分も無効となると考えるべきである。

(2) 法律限度免責条項部分に対する消契法10条の適用

サルベージ条項のうち、法律限度免責条項部分は、サルベージ部分の無効に連動して無効になるという理由のほか、それ自体が透明性の原則に抵触しているという理由で、消契法10条の適用を受けて無効となる。

57) 武田前掲註1の351頁も、「筆者は、救済的付記がなかったとすれば有効な条項を、付記が存在することだけを理由に無効とすることは、行き過ぎではないか、と考える。」としている。

(3) 結論

「全部免責条項（A条項）を適用する。全部免責条項（A条項）が無効な場合には、事業者の責任を法律上許容される限度で免除するような条項（B条項）を適用する。」とのサルベージ条項は、消契法10条の適用の結果、「全部免責条項（A条項）を適用する。」と書き換えられ、その余の部分は無効となり、全部免責条項（A条項）のみが存続する。そして、存続した全部免責条項（A条項）については、通常どおり、消契法8条以下の条文による不当条項規制がなされ、もし当該全部免責条項（A条項）が無効と判断される場合には、その無効部分の欠缺は、「任意法規又は補充的契約解釈」によって補充されることになる。

8 サルベージ条項についての立法の動き

1 平成29年消費者契約法専門調査会報告書

サルベージ条項を不当条項の一類型として消契法に追加するべきかに関しては、消費者委員会消費者契約法専門調査会で議論されてきた。

しかし、同専門調査会報告書（平成29年8月）は、コンセンサスを得られなかったとし、今後の課題として、必要に応じ検討を行うべきであるとの結論を出した⁵⁸⁾。

2 衆参両院の附帯決議

平成30年の消契法改正にあたり、衆議院⁵⁹⁾及び参議院⁶⁰⁾は、政府に対し、サルベージ条項等の不当条項の類型の追加につき引き続き検討を行うこと等の措置を求める附帯決議をした。

3 逐条解説消費者契約法の記載

平成29年消費者契約法専門調査会報告書を受けて、逐条解説・消費者契約法⁶¹⁾には、以下のような記載がなされるに至った。

「サルベージ条項とは、ある条項が強行法規に反し全部無効となる場合に、その条項の効力を強行法規によって無効とされない範囲に限定する趣旨の条項をいう。例えば、本来であれば無効となるべき条項に『法律で許容される範囲において』という文言を加えたものがこれに当たる。サルベージ条項が使用された場合、有効とされる条項の範囲が明示されていないため、消費者が不利益を受けるおそれがあるという問題がある。事業者は、消費者にとって『消費者契約の内容が、その解釈について疑義が生じない明確なもので、かつ、消費者にとって平易な』条項を作成するよう配慮する努力義務を負っていることから（法第3条第1項第1号）、サルベージ条項を使用せずに具体的に条項を作成するよう努めるべきである。例えば、消費者契約においてサルベージ条

58) 消費者委員会消費者契約法専門調査会報告書（平成29年8月）・12頁は、「ある条項が強行法規に反し全部無効となる場合に、その条項の効力を強行法規によって無効とされない範囲に限定する趣旨の条項をサルベージ条項という。サルベージ条項が使用された場合、有効とされる条項の範囲が明示されていないため、消費者が不利益を受けるおそれがあるという問題がある。この問題点を踏まえ、サルベージ条項を無効とされる不当条項の類型として追加すべきであるという意見があったが、法改正や判例変更逐一に対応することは事業者にとって不可能を強いるものであることなどサルベージ条項を使用する必要性があることについての指摘もあり、コンセンサスを得るには至らなかった。そこで、サルベージ条項を現時点で不当条項として規律するのではなく、サルベージ条項の使用状況や裁判例の状況等を踏まえた上で、今後の課題として、必要に応じ検討を行うべきである。もっとも、事業者は消費者にとって『明確かつ平易な』条項を作成するよう配慮する努力義務を負っていることから、サルベージ条項を使用せずに具体的に条項を作成するよう努めるべきであり、その旨を法第3条第1項の逐条解説に記載するなどにより、より適正な条項作成が行われるよう促すことが相当と考えられる。」と記載している。

59) 衆議院消費者問題に関する特別委員会「消費者契約法の一部を改正する法律案に対する附帯決議」（平成30年5月23日）第5項は、「…サルベージ条項等の不当条項の類型の追加など消費者委員会消費者契約法専門調査会報告書において今後の検討課題とされた事項につき、引き続き検討を行うこと。」としている。

60) 参議院消費者問題に関する特別委員会「消費者契約法の一部を改正する法律案に対する附帯決議」（平成30年6月6日）第7項は「消費者委員会消費者契約法専門調査会報告書において今後の検討課題とされた諸問題である、…サルベージ条項等の不当条項の類型の追加…などにつき、引き続き検討を行い、本法施行後3年を目途として必要な措置を講ずること。」としている。

61) 消費者庁消費者制度課「逐条解説・消費者契約法〔第4版〕」119頁。

項を用いた例としては、『賠償額は、法律で許容される範囲内において、10万円を限度とします』という条項があるが、法は事業者の故意又は重過失による損害賠償の一部を免除する条項を無効とすることから（法第8条第1項第2号、第4号）、『賠償額は10万円を限度とします。ただし、事業者の故意又は重過失による場合を除きます』と具体的に書き分けるように努めるべきである。」

4 消費者庁消費者契約に関する検討会

消費者庁「消費者契約に関する検討会」においては、サルベージ条項は、消契法8条から10条までの適用により無効になるべき契約条項について、「法律上許容される範囲において」という文言を付記することで、無効から救済されて直ちには無効とは言えなくなるという不明確性と消費者に対する萎縮効果を伴っており、消契法による不当条項規制を無意味にしてしまう脱法的な条項であるとの認識のもとに、改めてこれを消契法においてとりあげて無効とする定めを置く方向で議論が進んでいる⁶²⁾。

5 立法提案

サルベージ条項については、いわゆるブラック・リストに分類される不当条項の類型の一つとして消契法に明文で規定されることが望ましい。立法にあたっては、本稿における検討結果が参照されるべきである。

サルベージ条項は、代替条項と同じ条文構造を有し、そのサルベージ部分の無効停止条件部分と無効回避部分に条項形式として問題がある上に、その法律限度免責条項部分に透明性の原則に抵触する問題がある。

これを前提とすると、立法されるべきサルベージ条項の規制をする条文としては、「法律上許容される限りにおいて全部免責とする。」といった条項は、

「全部免責条項を適用する。全部免責条項が無効な場合には、責任を法律上許容される限りにおいて免除するような条項を適用する。」と読み替え得ることを前提として、たとえば、「一次的に適用のある条項が消費者契約法その他の法令の規定により無効となった場合に、二次的に適用されることを予定された消費者契約の条項であって、その内容が消費者契約法第3条第1項第1号の配慮を欠いているものは、無効とする。」というようなものが考えられる。

また、サルベージ条項の立法的規制を行うと同時に、「A条項が無効な場合にはB条項を適用する。」という代替条項についても、不当条項として規制する条文を設けることが望ましい。代替条項とサルベージ条項は同一の構造を有しており、両者の区別は必ずしも明確ではないと考えられ、サルベージ条項が立法的に無効とされると、これに伴い代替条項が多用されることになることが予想されるからである。

代替条項も含む広義のサルベージ条項の規制立法案としては、たとえば、「一次的に適用のある条項が消費者契約法その他の法令の規定により無効となった場合に、二次的に適用されることを予定された消費者契約の条項であって、その内容が、法令中の公の秩序に関しない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消費者の義務を加重するもの、又は、消費者契約法第3条第1項第1号の配慮を欠いているものは、無効とする。」というようなものが考えられる。

9 終わりに

本稿では、サルベージ条項の条文構造を分析して、契約法理に照らした法的評価を行い、消契法10条の適用によって、その無効を導くことができることを論じた。

62) 事務局案として、①「消費者契約法その他の法令の規定により無効とすべき消費者契約の条項について、無効となる範囲を限定する条項」を消契法10条の第1要件の例示として追加する、あるいは、②「消費者契約法その他の法令の規定により無効とすべき消費者契約の条項について、無効となる範囲を限定する条項は無効とする」という趣旨の条項を新設するとの提案が示されている。

ただ、サルベージ条項の無効は、契約条項の形式の不当性を問題とする点で、契約条項の内容の不当性を問題とする通常の消契法10条の適用とは異なるところがある。

したがって、サルベージ条項は不当条項の一種として無効であることを明示する消契法の改正がなされるべきであり、このような立法によって無用の紛争を避けることができ、また、サルベージ条項を利用しない契約条項の作成が促されることになると考えられる。