

# 中国の消費者契約における不当条項規制 (三・完)

潘 芳 芳

## 目次

### はじめに

#### 第1章 行政による不当条項規制

#### 第2章 私法による不当条項規制

##### 第1節 消費者権利利益保護法における不当条項規制

##### 第2節 契約法における不当条項規制

###### 第1款 立法前の議論状況

###### 第2款 立法過程における議論状況

###### 第3款 契約法における不当条項規制に関する内容および適用状況

###### 1 不当な免責条項の無効 (以上 263号)

###### 2 約款の内容規制

###### 第4款 まとめ

##### 第3節 改正消費者権利利益保護法における不当条項規制

##### 第4節 まとめ—私法規制の特徴および問題点 (以上 265号)

#### 第3章 中国法の総括および日本法との比較

##### 第1節 中国法の総括

##### 第2節 日本法との比較

###### 第1款 規制のアプローチ、規制の正当化根拠

###### 第2款 規制対象

###### 第3款 不当性の判断基準

###### 第4款 規制効果

###### 第5款 規制方法

### むすびにかえて

### 第3章 中国法の総括および日本法との比較

#### 第1節 中国法の総括

中国では、消費者契約における不当条項に対して、行政規制として、行政機関による契約書の認可審査或いは届出、モデル契約書の使用推奨、不当約款作成禁止規定に違反した事業者に対する行政処罰が行われている。これらの行政規制には一定の事前予防効果が見られるが、第1章で検討したように、次のような問題が存在している。第1に、行政機関による契約書の認可審査あるいは届出の対象は特定の契約類型に限定されており、すべての契約類型に対応することができない。第2に、モデル契約書はもっぱら行政の手に委ねられ作成されており、行政と事業者が分離されていないという計画経済の残滓により、モデル契約書に事業者に有利な内容が取り入れられる可能性は否定できない。第3に、行政処罰制度が設けられているものの、現実では関連行政部門からの圧力により、巨大企業、特に市場を独占した国有企業に対する処罰が困難である。また行政処罰の過料の上限額が事業者の違法行為により得た収益額に比して明らかに低い場合が多いため、現在の行政処罰制度は事業者の違法行為に対して十分な抑制力が確保されていない。

このように、行政による規制は依然として主たる手段として使われている。その背景には中国の経済体制および庶民の意識が作用していると思われる。中国では、計画経済期においては、契約の本質的な機能は国の経済計画の準備、具体化および実行であったため、行政機関による契約の管理・監督が常に行われていた<sup>1)</sup>。1980年代から中国は計画経済から市場経済への移行に着手しているが、市場に対する政府の介入が依然として蔓延しており<sup>2)</sup>、競争市場が完全に形成されていないことから、未だ市場経済への移行が完了したとはいえない<sup>3)</sup>。したがって、行政規制を主たる手段としていることは、計画経済期の残滓ともいえる。また、問題が発生すると必

1) 王晨『社会主義市場経済と中国契約法』（有斐閣、1999年）15頁。

2) 例えば、民間企業の金融、エネルギー、通信、自動車などの重要産業への参入を制限すること、補助金や資金調達および税制などの面で国有企業を優遇し、民間企業より国有企業に有利な競争条件を与えること、外国企業に圧力を加えて技術移転を促すことや、中国からの輸出に有利なように人民元相場を低く抑えることなどがある。

3) 世界銀行＝国務院発展研究中心連合課題組『2030年の中国 建設現代、和諧、有創造力的社会』（中国財政経済出版者、2013年）28頁。

ず行政を頼ろうとする庶民の意識が影響していると考えられる。ところで、近い将来に市場経済への移行が完了すると思われる中国では、かつての日本と同様に、行政改革、景気対策、国際化への対応等の問題に直面して、行政規制中心から私法（司法）規制の重視へ転換することが予想されることから、私法規制の重要性は増すと考える。

私法規制に関していえば、消費者権利利益保護法および契約法は不当条項規制に関する私法ルールを導入した。消費者に私法ルールを利用して自らの利益を自らの手で守らせる権利を与えたことは評価すべきであろう。しかし、第2章で検討したように、私法規制には主に次のような問題が存在している。

第1に、条文の整合性の問題がある。例えば、消費者権利利益保護法24条（新法26条）において、約款と約款の存在形態である通知、声明、店頭告示とが規制対象として並列されていることや、免責条項の効力判断に関する契約法39条1項後段と同法40条2号、同法53条の間に矛盾があることなどを挙げるができる。条文の整合性の問題が生じた主な原因は、法制定に至るまでの理論的な検討が不十分であったことにあると考えられる。中国では、法律を制定する際に、外国法に既に存在している規定から利用できそうな部分をそのまま取り入れるだけで、規定を支える法理に対する研究・検討は必ずしも十分ではないと言われており<sup>4)</sup>、そのことも影響していると思われる。

第2に、消費者私法理論が確立されていないことがある。まず、消費者権利利益保護法改正前の裁判実務の状況を見ると、消費者契約条項の効力判断が問題となった場合、特別法である消費者権利利益保護法24条を根拠規定とする裁判例もあり、一般法である契約法の関連規定を根拠規定とする裁判例もあり、果てはその両方を根拠規定とする裁判例さえある。したがって、実務者から見ると、消費者と事業者間の契約を規律する消費者権利利益保護法24条の規定と、対等な立場にある当事者間の契約を規律する契約法の関連規定には差異がないようである。また、学説の議論においても、消費者契約の特殊性から出発して独自の民事ルールを策定することはほとんど検討されていない。そもそも、中国では、消費者を経済的弱

---

4) 河山肖水著・鈴木賢＝宇田川幸則共訳『中国養子法概説』（敬文堂、1998年）146頁。

者として保護するという発想はあるものの、当事者の属性（一方が消費者であり他方が事業者であること）を考慮して、一般的な民事ルールに一定の修正を加え、消費者取引における独自の民事ルールを創設すること、いわゆる消費者私法理論がまだ確立されていないと思われる。

第3に、消費者私法ルールの明確性の欠如である。消費者私法理論が確立されていないため、現行の中国の不当条項規制に関する私法ルールには不明確な点が数多く存在している。とくに従来中国の議論の問題点として、不当条項規制の正当化根拠が明確化されず、その結果、①規制のアプローチの仕方、②規制対象の範囲、③不当性の判断基準、④不当条項規制の効果、⑤規制方法について、説得的かつ体系的な立法や学説の議論が展開できていない。したがって、これらの点に着眼した検討が必要であると考えられる。

以上のことを踏まえ、次節では消費者契約における不当条項規制の私法ルールを明確させるために、上記の諸論点について、日本法との比較を基に、中国における不当条項規制制度の今後の展開について検討する。

## 第2節 日本法との比較

日本では、契約条項の内容規制について、古くから約款規制論という形で、その後、特に1990年代以降はいわゆる不当条項規制論という形で、活発な議論がなされてきた<sup>5)</sup>。2000年に成立した消費者契約法8条から10条に不当条項規制に関する規定が設けられ、2006年の同法の改正により適格消費者団体による差止訴訟制度が導入された。さらに、2013年に消費者裁判手続特例法制定により集団的被害回復制度が導入され、2016年に消費者契約法の2度目の改正が行われた。消費者契約法成立以降、同法によって不当な契約条項を無効とする裁判例が頻出し、学説も条文の文言解釈のあり方や、不当条項リストの拡充化等について議論を展開している。以上のような議論の中には、日本の不当条項規制の課題およびその解決策が示されており、それは中国の今後の不当条項規制を展望する際の有益な示唆を提供することができると思われる。なお、ここでは日本における議論を網羅的に検討することではなく、あくまで検討にとって有益な示唆となるものを中心に扱う。

---

5) 消費者契約法立法前の議論の詳細な内容については、大澤彩『不当条項規制の構造と展開』（有斐閣、2010年）73頁以下を参照。

### 第1款 規制のアプローチ、規制の正当化根拠

中国では、一般法である契約法は、不当な免責条項を無効とする個別的な規制規定を設けるほか、消費者約款を含む一般的な約款規制制度を導入し、約款の内容に対する直接的な規制を行っている（不当な免責条項に対する個別規制＋一般的な約款規制）。また、特別法である消費者権利利益保護法は、消費者約款を規制対象とし、不当な内容の消費者約款条項を無効にすることによって規制を行っている（消費者約款に対する規制）。したがって、中国における不当条項規制は、免責条項に対する規制を除いて、基本的に約款アプローチを採用しているといえる。約款アプローチを採用した理由について、消費者権利利益保護法および契約法の立法担当者の説明によれば、約款は設定者により一方的に作成され、相手方は約款内容の形成に実質的に関与できないため、約款内容に合理性の保障がないからである。すなわち、消費者権利利益保護法・契約法のいずれも、一方当事者が約款によって契約条項内容を一方的に決定していることを規制根拠としている。この立場では、契約内容の一方的決定が問題であって、契約当事者がどのような立場においても、規制の範囲は約款に限られる。

一方、日本では、消費者契約法制定前から、不当条項規制のアプローチをめぐる、約款アプローチと消費者アプローチの対立が見られた。両者の実質的な差は、不当条項規制の根拠にあると思われる。約款アプローチを主張する見解によれば、約款という契約締結の仕方により、顧客側の意思的関与の希薄さや、実質的交渉の欠如により、合意の正当性保障メカニズムが一般に機能しがたいことから、規制が要請される<sup>6)</sup>。これに対して、消費者アプローチを主張する見解によれば、事業者と消費者の取引における立場により、情報力・交渉力の格差が生じ、それにより合意の正当性保障メカニズムが一般に機能しがたいことから、規制が要請される<sup>7)</sup>。すなわち、不当条項規制の正当化根拠は顧客側の契約内容の形成への関与が実質的働かず、契約内容の合理性の保障がないため、積極的に内容規制を行う必要があるということにある。ただし、顧客側の意思の関与の希薄さを

6) 河上正二「約款の適正化と消費者保護」岩村正彦ほか編『岩波講座・現代の法13 消費生活と法』（岩波書店、1997年）118頁～119頁、河上正二「『消費者契約法』をめぐる立法的課題・I 総論」私法62号（2000年）13頁～14頁など。

7) 山本豊「約款規制」ジュリスト1126号（1998年）116頁、同「契約の内容規制」別冊NBL51号（1998）70頁以下など。

導いた原因として、契約締結の仕方と当事者の属性あるいは取引における立場が考えられる。前者は約款規制アプローチの考え方であり、後者は消費者アプローチの考え方である。消費者契約法は結局、消費者と事業者との間の情報力・交渉力の構造的な格差という規制根拠に基づき、消費者アプローチを採用し、契約の締結の仕方（約款によるものであるか否か）を問うことなく、特定の消費者契約条項を無効としている。

民法全体の立法手法はともかくとして、消費者契約の場合、「消費者がある条項によって不当な利益を得ることは、『約款』である場合に限られず、契約当事者間の情報力・交渉力の格差がある契約であれば、全ての場合において見られる」という日本消費者契約法の考え方は合理性があるものとする。

さらに一步進んでいえば、これは国の政策判断の問題でもある。すなわち、広い範囲で消費者を救済するという政策を取る立場なら、契約の締結仕方にかかわらず、不当条項規制が行われるべきである。

したがって、消費者契約における不当条項規制の根拠が消費者と事業者の間にある構造的な格差にあり、しかも広い範囲で消費者を救済する必要があることを考えれば、中国においても、消費者契約の条項について、消費者アプローチを採用し、約款による契約か否かを問わず不当条項規制を行うべきと考える。

## 第2款 規制対象

### 1. 個別交渉がなされた条項

前述のように、中国は免責条項を除いて、基本的に約款による契約を不当条項規制の対象としている。約款の定義規定によれば、契約締結時に相手方と協議されていないということが約款の要件となっているので、個別交渉がなされた条項は不当条項規制の対象から除外されている。

一方、日本では、個別交渉がなされた条項の規制の可否について、消費者契約法の立法段階から議論されたものの、明文で規定されなかったため、現在でも議論が続いている。個別交渉がなされた条項を規制対象から除外する主な理由は、私的自治との相容性、すなわち、個別交渉がなされた以上は自己責任を負うべきであるということにある<sup>8)</sup>。他方、個別交渉がな

---

8) 河上正二「『消費者契約法(仮称)』について—消費者取引における包括的民事ルールの策定に向けて」法教221号(1999年)72頁、山本敬三「消費者立法と

された条項も規制対象にする理由として、事業者と消費者の間にある構造的な格差により、現実には実質的な交渉がなされることは期待できないこと、実質的な交渉の有無の判断が困難であることが挙げられている<sup>9)</sup>。

この問題は前述の不当条項規制の正当化根拠の問題と密接に結び付いていると思われる。約款の場合、個別交渉がなされた上で締結された合意であれば、約款が用いられていることに起因する問題が解消されるので、規制する必要がなくなる。しかし、消費者契約の場合、事業者と消費者の間に情報力・交渉力の構造的な格差が存在する以上、現実には実質的な交渉がなされることは期待できないから、個別交渉がなされたとしても規制する必要がなお存在する。

また、私的自治との相容性という観点から見ても、私的自治原則は、契約当事者間が実質的な交渉が可能な対等な立場において契約することを前提としている。しかし、消費者契約の場合、この前提条件が満たされていないため、一般的な私的自治原則を修正することが要請される。

したがって、消費者契約における不当条項規制の根拠から考えれば、個別交渉が行われたからといって、規制対象から直ちに除外されるべきではないと考える。

## 2. 契約の中心条項

契約条項の内容からみると、契約の主要目的や価格に関する中心条項を不当条項規制規定の適用範囲から除くか否かについて、中国では明文で規定されておらず、学説でも議論されていないが、裁判例では中心条項に対して規制を及ぼすことを肯定している。なお、そもそも中国の学者や実務家には中心条項と付随条項を区別するという意識すらないと推測される。

一方、日本では、中心条項と付随条項を区別して規制することは、伝統的には約款規制論で用いられてきた。すなわち、約款規制論を主張する見解によれば、中心条項について、通常顧客の主観的な意思が関与し、伝統

---

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（2000年）29頁など。

9) 落合誠一ほか「座談会 消費者契約適正化のための検討課題（2）」NBL622号（1997年）16頁鎌田発言、山本豊「消費者契約法（3）・完—不当条項規制をめぐる諸問題」法教243号（2000年）63頁、平尾嘉晃「不当条項規制に関する一般条項」河上正二編集『消費者契約法改正への論点整理』（信山社、2013年）99頁、日本弁護士連合会「消費者契約法の実体法改正に関する意見書（2014年版）」など。

的な意味で合意の実質が備わるため、中心条項は約款規制の対象から除外されるべきである<sup>10)</sup>。これに対して、反対意見として、消費者と事業者の間に情報力・交渉力の点で構造的な格差が存在することで、契約の中心条項についても消費者が事業者と対等な決定ができるかという疑問があり、そこに介入する可能性が残されていると主張されている<sup>11)</sup>。

この問題も不当条項規制の根拠から考える必要がある。消費者と事業者間の情報力・交渉力の構造的な格差が存在ゆえ不当条項を規制するという日本消費者契約法の考え方からすると、中心条項と付随条項を区別せず規制することは筋が通ったものといえる。なぜなら、消費者と事業者間の構造的な格差により、中心条項の場合でも、消費者に事業者と実質的な交渉を行った上で、合理的な選択・決定することを期待することができないからである。

また、中心条項を不当条項規制の対象外とする理由として、マーケット論理により、取引本体部分において競争メカニズムが機能することは期待できるから、中心条項は基本的に市場取引によって決定され、国の介入は抑制されるべきであると主張されている<sup>12)</sup>。しかし、市場において競争メカニズムが完全に機能しているのかは疑問である。

さらに、そもそも契約の中心的部分と付随的部分が判然と区別できるか否かという現実問題がある。日本の消費者契約法 10 条が適用された建物賃貸借特約に関する事案において、これらの特約が契約の価格と密接な関連を有している<sup>13)</sup>。

以上の点を踏まえると、消費者契約の場合、中心条項も不当条項規制の対象外とされるべきではないと考える。

---

10) 河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、1988年)391頁以下。

11) 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(2001年)545頁以下、松岡久和「消費者契約法10条」潮見佳男編著『消費者契約法・金融商品販売法』(経済法令研究会、2001年)85頁。

12) 山本豊「不当条項規制と中心条項・付随条項」別冊NBL54号(1999年)104頁以下、落合誠一『消費者契約法』(有斐閣、2001年)152頁～153頁など。

13) 山本豊「借家の敷引条項に関する最高裁判決を読み解く—中間条項規制法理の消費者契約法10条への進出」NBL954号(2011年)21頁。

### 第3款 不当性の判断基準

#### 1. 一般条項

##### (1) 判断基準

不当条項の判断基準として、中国法では公平原則、日本法では信義則を定める。なお、公平原則も信義則も不当性の判断基準を示したというより、なぜ不当条項を規制すべきかという法理を示したといえる<sup>14)</sup>。そこで、こうした抽象的な法理を具体化した基準を設ける必要があると考える。

日本では、消費者契約法成立前から、具体的な判断基準のあり方が模索されており、「任意法規範の逸脱」<sup>15)</sup>、「契約上の本質的権利または義務を非常に制限し、契約目的達成を困難にすること」<sup>16)</sup>、「その条項を有効とすることによって消費者が受ける不利益と、その条項を無効とすることによって事業者が受ける不利益との衡量」<sup>17)</sup>、「消費者の期待に反し消費者に著しく不利な内容」<sup>18)</sup>等が提案された。

結局、消費者契約法は、10条の一般条項に「任意規定からの乖離（任意規定に比し、消費者の権利を制限し、または消費者の義務を加重すること）」、「消費者の利益を一方向的に害する」といったより具体的な要件を取り入れている。

しかし、その後の議論により、任意規定からの乖離という要件の存在ゆえに契約条項の無効とされる余地が狭くなっていることが分かった<sup>19)</sup>。これに対して、判例では、賃貸借契約の更新料条項の有効性に関する最高裁判決（最二判平成23・7・15民集65巻5号2269頁）は、正面から「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。そこで、判例上任意規定が明文の規定に限らないという解釈が定着したといってもよい。他方、学説でも、任意規定の範囲を明文の規定に限らず、

---

14) 日本消費者契約法10条における「信義則」の「法理」と「基準」の区別については、大澤・前掲注(5)451頁以下を参照。

15) 河上・前掲注(6)122頁、石原全「契約条件の適正化について」ジュリスト1139号(1998年)49頁以下。

16) 石原・前掲注(15)49頁以下。

17) 山本敬三・前掲注(8)23頁。

18) 沖野眞巳「消費者契約法(仮称)の一検討(6)NBL657号(1999年)52頁～53頁。

19) 落合・前掲注(12)147頁、山本豊・前掲注(9)62頁、中田邦博「消費者契約法10条の意義—一般条項は、どのような場合に活用できるか、その限界は」法セ549号(2000年)39頁、山本敬三・前掲注(11)539頁など。

不文の任意規定や一般法理まで無限に拡大解釈されるようになった<sup>20)</sup>。その結果、問題となる契約条項が、当該契約におけるデフォルト・ルール（当該条項がなければ適用されるルール）と比較して、消費者の権利を制限しまたは義務を加重するものになると考えられる<sup>21)</sup>。しかし、デフォルト・ルールが明文で規定されていない事項に関する契約条項が問題となった場合、当該条項がデフォルト・ルールと比較して消費者に不利な内容となっているかを判断することは容易ではない。そこで、2016年6月3日に公布された消費者契約法の一部を改正する法律において、デフォルト・ルールが明文の規定から必ずしも明らかであるとはいえない契約条項の例として、「消費者の不作为をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたものとみなす条項」を挙げることとした。

以上の日本の経験から、中国において不当性の判断基準を明確にするために、より具体化した基準を設ける必要があるが、明確性を追求するあまり文言を細かくし、規制範囲を限定しすぎないことが重要であることが分かる。

不当条項規制の目的からいえば、契約条項が不当であるか否かを判断する際に、根本的に考えなければならないのは、当事者間の利益の均衡性といった取引の公正さである。すなわち、契約条項によって消費者が受ける不利益とその条項を無効にすることによって事業者が受ける不利益とを衡量し、両者が均衡を失っていると評価できる場合に、事業者による消費者の利益の不当な侵害として、当該契約条項が無効となる。ただし、ここでいう「均衡性を失っている」というのは、たとえば、51対49ならば、そのように評価されるというのではなく、合理性を欠いた不均衡が求められる<sup>22)</sup>。実際、中国でも日本でも多くの裁判例・学説では、当事者間の利益の均衡性が不当性判断の中核となっていることを確認することができた<sup>23)</sup>。問題は、このことを一般条項規定においてどのように規定すべきか

---

20) 落合・前掲注(12)147頁、山本豊・前掲注(9)62頁、中田・前掲注(19)39頁、山本敬三・前掲注(11)539頁など。

21) 消費者委員会消費者契約法専門調査会「消費者契約法専門調査会報告」([http://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2015/houkoku/20151225\\_houkoku.html](http://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2015/houkoku/20151225_houkoku.html))9頁。

22) 道垣内弘人「消費者契約法10条による無効判断の方法」能見善久ほか編『民法の未来：野村豊弘先生古稀記念論文集』（商事法務、2014年）394頁。

23) 日本の学説については、落合・前掲注(12)152頁、松岡・前掲注(11)91頁、中田・前掲注(19)39頁、山本敬三『民法講義I総則（第2版）』（有斐閣、2005年）277頁などがある。裁判例において契約の当事者間の利益の均衡性を重視し、条項の不当性を判断した例として、保険料不払いによる無催告失効条項に関する

である。その際に、日本の消費者契約法 10 条の「消費者の利益を一方的に害する」という文言や、中国契約法制定過程において提案された「契約の相手方（消費者契約の場合は消費者）に不合理な不利益を与える」という文言が参考になる。

## （2）考慮要素

次に問題となるのは、条項の不当性判断に当たって、実際具体的にどのようなことを考慮して「当事者間の利益の均衡性」を判断すべきであろうか。

この点について、中国では、単に当事者の利益の比較考量を意識していることにとどまっており、ほとんどの判決書は記載内容が簡潔で詳細な議論が行われていないため、裁判例から不当性判断における考慮要素を抽出することが困難であった。比較的に詳細な議論が行われた僅かの裁判例において、事業者が事前に消費者に対して契約条項の存在を告知したことが考慮されていることが判明した。

一方、日本では、消費者契約法成立後、10 条をめぐる裁判例では、一般条項の信義則違反の有無を判断する際に考慮されるべき要素に言及するものが多数存在し、その集大成として、最高裁の判決（最二判平成 23・7・15 民集 65 巻 5 号 2269 頁）は、「消費者契約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、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」という総合的な考慮のガイドラインを示している。また、学説においても、「当該契約条項が信義則違反となるかの判断は、当該消費者契約締結時を基準とし、契約の対象となる物品・権利役務の性質、当該契約の他の条項、当該契約が依存する他の契約の全条項を含む契約時点でのすべての事情が考慮される」とする説が有力に主張されている<sup>24)</sup>。

---

東京高判平成 21・9・30（金商 1389 号 14 頁）、敷金条項に関する最一判平成 23・3・24（民集 65 巻 2 号 903 頁）、最一判平成 23・7・12（判時 2118 号 43 頁）、更新料条項に関する最二判平成 23・7・15（民集 65 巻 5 号 2269 頁）などがある。

24) 落合・前掲注（12）150 頁以下。

「当事者間の利益の均衡性」の判断は当該契約に係る事情を総合的に考慮して行わなければならないことはいうまでもない。なお、多様な要素を総合的に考慮するというだけでは抽象すぎるので、以下では、日本の裁判例や学説で議論された点を中心に検討することにしたい。

#### (Ⅰ) 問題となった条項の他の条項の考慮

日本の裁判例において、契約条項の有効性を判断する際に、問題となった契約条項だけではなく、他の契約条項を含め契約全体における当事者間の利益の均衡性を考慮しているものが多数存在している。例えば、建物賃貸借契約における敷引金条項の有効性に関する最高裁判決（最一判平成23・3・24民集65巻2号903頁）は、敷引金条項の効力を判断するにあたって、賃料の額も考慮に入れて検討した。また、保険料不払いによる無催告失効条項の有効性に関する原審判決（東京高判平成21・9・30金商1389号14頁）および最高裁判決（最二判平成24・3・16民集66巻5号2216頁）は、無催告失効条項の効力を判断するにあたって、その条項と関連する猶予期間、自動貸付制度、復活制度を定める他の条項も併せて考慮に入れて検討した。さらに、携帯電話利用サービス契約における中途解約金条項の有効性に関する一連の判決（京都地判平成24・3・28判時2150号60頁、大阪高判平成24・12・7判時2176号33頁、京都地判平成24・11・20判時2169号68頁、京都地裁平成24年7月19日判時2158号95頁、大阪高判平成25・7・11LEX・DB掲載）は、中途解約条項の効力を判断するにあたって、基本使用料金が安くなっていることを考慮に入れて検討した。

この点について、不当条項規制は契約条項自体の効力を問題にするので、基本的に問題となった契約条項の内容を見てその効力を判断すべきだと考える。しかし、場合によっては、その条項の内容が他の条項と依存関係にあること（問題の条項が他の条項と相まって消費者の利益を害するあるいは逆に他の条項により消費者の不利益が除去ないし緩和される場合）もありうるので、このような場合には、契約条項の効力を判断する際に他の条項の存在も併せて考慮されなければならない。

#### (Ⅱ) 契約締結の態様に係る事情の考慮

消費者に対する説明や情報提供の状況、交渉状況等の契約締結の態様に係る事情も契約条項の効力を判断する際に考慮することは、日本の裁判例の主流となっている。しかし、学説が指摘したように、これらの裁判例で

問題となっているのが、建物賃貸借特約など価格設定条項と密接な関連を有し、契約締結時に消費者が注目し選択の考慮要素とする条項であり、裁判例における不当性判断の仕方は、このような条項の特質（中間条項性）とかかわっているから、典型的な付随条項において内容の不当評価が無効判断の基準とされるべきである<sup>25)</sup>。また、多くの建物賃貸借特約関連裁判例において、契約締結過程における事情を考慮に入れていたのは、条項の不当性を内容面のみに着目して判断することが困難であったからではないかという指摘もされている<sup>26)</sup>。したがって、契約締結過程における事情の考慮の有無は、契約条項の性質によって異なる扱いをする必要があるではないかと考える。具体的には、条項内容が客観的に見て不公正であると評価できるような場合（例えば免責条項などの典型的な付随条項）、契約締結過程における事情を考慮する必要がない。他方、条項内容のみ条項が不当であるか否かを判断することが困難な場合は、契約締結過程における事情を考慮に入れてもよい。

なお、契約締結過程における説明や情報提供の状況、交渉状況を条項の不当性判断の際に考慮に入れたとしても、具体的にいかなる説明、交渉を求めるべきかという問題を避けて通ることはできない。日本の裁判例でも、説明状況、交渉状況の考慮の仕方により、契約条項の効力判断の結果が分かれている。説明内容、交渉状況を緩めに求める（例えば、説明の内容を条項の「存在」のみ求める）裁判例では、契約条項が有効とされるが<sup>27)</sup>、逆に、これらの内容を厳格に求める（例えば、説明の内容を条項の「法的性質」まで求める）裁判例では、契約条項が無効とされる<sup>28)</sup>。この問題は不当条項規制の根拠から考えなければならない。消費者契約の場合、消費者と事業者の間にある情報力・交渉力の格差により、消費者が当該条項に伴う利害得失を判断することができないゆえに不当条項を規制する必要がある

---

25) 山本豊「消費者契約法10条の生成と展開—施行10年後の中間回顧」NBL959号（2011年）23頁。

26) 大澤彩「不当条項規制関連裁判連の傾向から見る消費者契約法の課題」『平成23年度消費者契約法（実体法部分）の運用状況に関する調査報告書』（<http://www.caa.go.jp/planning/23keiyaku.html>）87頁。

27) 例えば、京都地判平成20・1・30（判時2015号94頁）、大阪高判平成21・10・29（判時2064号65頁）、京都地判平成22・10・29（判タ1334号100頁）など。

28) 例えば、京都地判平成21・7・23（判時2051号119頁）、大阪高判平成21・8・27（判時2062号40頁）、京都地判平成21・9・25（判時2066号84頁）など。

ある。したがって、契約締結の態様に係る事情を考慮に入れる場合、事業者は消費者が一般的に当該条項に伴う利害得失を判断する際に必要な情報、取引選択肢を明確に提供すればよいと考える。

### (Ⅲ) 条項外実務の考慮、契約締結後の事情の考慮

この問題を提起したのは、保険料不払いによる無催告失効条項事案である。すなわち、内容だけをみれば契約条項が無効となるが、条項外の実務対応措置によって消費者の不利益を除去・緩和していることを考慮して、有効判断をすることができるか。この点に対して、原審判決（東京高判平成 21・9・30 金商 1389 号 14 頁）は消極的な立場を取ったが、最高裁判決（最二判平成 24・3・16 民集 66 卷 5 号 2216 頁）は積極的な立場を取って、条項外の実務対応措置が確実にされているか否かを重要な考慮要素として挙げている。学説においても、多数が積極説を取っている<sup>29)</sup>。

さらに、条項外実務の考慮と関連して、考慮される実務の時的制限という問題が議論されている。契約締結後の事情を考慮すべきではないという見解によれば、契約条項は契約時までの事情を考慮してなされる当事者間の取引の結果であることを前提とするから、契約締結後の事情ゆえ契約条項の効力を左右するものではない<sup>30)</sup>。これに対して、「原則として、契約が締結された時点を基準としたすべての事情を考慮して判断するが、必要な場合（例えば、契約締結後事業者が消費者に継続して情報を提供し、消費者がそれを確認し契約条項に関する理解が深まった場合）には契約締結後の事情を考慮することも認められて良い」という見解も見られる<sup>31)</sup>。

これらの点について、「当事者の利益の均衡性」という契約条項の不当

29) 鹿野菜穂子「保険契約約款における「無催告失効条項」の効力（東京高裁平成 21.9.30 判決）」金融判例研究 20 号（2010 年）78 頁、足立格「最高裁、保険料不払いによる無催告失効条項を消契法 10 条により無効とした東京高判平成 21・9・30 を破棄・差戻し」NBL974 号（2012 年）4 頁、渡邊雅之「生命保険約款における無催告失効条項に関する最高裁判決が約款実務に与える影響」金融法務事情 1943 号（2012 年）83 頁、鬼頭俊泰「保険契約における無催告失効条項が消費者契約法 10 条に該当せず有効であるとした事例」法律のひろば 65 卷 5 号（2012 年）72 頁、原田昌和「医療保険・生命保険の無催告失効条項と消費者契約法 10 条（最判平 24・3・16）」現代消費者法 16 号（2012 年）127 頁、山下友信「生命保険契約における継続保険料不払いと無催告失効条項の効力：最二小判平 24.3.16 を契機として」金融法務事情 1950 号（2012 年）46 頁など。

30) 落合・前掲注（12）150 頁～151 頁。

31) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法（第 2 版）』（日本評論社、2010 年）198 頁、道垣内・前掲注（22）397 頁。

性判断基準からすると、条項の内容に限らず、事業者が行った条項外実務により、消費者の不利益が回避された場合、この要素も考慮されるべきではないかと考える。なお、団体による差止訴訟の場合、差止判決による契約内容の適正化を進めるという差止制度の機能を発揮するために、条項外実務は考慮要素から除外されるべきと考える。

#### （Ⅳ）個別事情の考慮

契約締結の態様に係る事情や、条項外実務の考慮と関連して、これらの事情の具体性の問題が議論されている。すなわち、契約締結の態様に係る事情や条項外実務を条項の有効性判断にあたって考慮に入れるとしても、事業者の一般的な行動を考慮するのか、それとも、問題となっている事案における個別事情を考慮するかという問題がある。

学説においては、「約款を用いた消費者契約では、いかに消費者契約であるとはいえ、約款使用による一元的処理を通じての取引の合理化・効率化の要請を考慮に入れて、不当性を判断することが求められるから、契約の定型的基礎事情は考慮されるものの、個別事情は考慮されるべきではない」と主張する見解がある<sup>32)</sup>。これに対して、「個別事情を考慮することは、事業者側に不利に働く場合と有利に働く場合とがありうるので、約款コントロールと個別事情を考慮することは矛盾しない」という反対の意見が見られる<sup>33)</sup>。

この点について、契約は一定の環境の下で個別的に締結されており、個別訴訟で肝心なことは具体的な事案を処理することにあると思われる。例えば、問題の事案において実際に実務対応がなされていないのであれば、一般的実務対応がなされていても、それにより個別事案を処理することは妥当とは言えない。したがって、個別訴訟の場合、当該事案の個別具体的な事情を考慮すべきである。他方、団体による差止訴訟の場合、団体訴訟の性質により、条項の審査は個別事情を考慮せず抽象的に審査する必要がある。

#### （Ⅴ）まとめ

中国法において、不当条項規制の一般条項に具体的な考慮要素を列挙した「評価規定」を設けるべきか、設ける場合にいかなる要素を考慮すべき

32) 潮見佳男「消費者契約である生命保険契約における保険料不払いによる無催告失効条項の効力」ジュリスト増刊1453号（2012年）68頁。

33) 道垣内・前掲注（22）391頁。

かについては、さらなる慎重な検討を要するが、上記の日本における議論から、少なくとも以下の点を指摘することができる。

契約条項の不当性を判断する際に、基本的には条項自体の内容の合理性を注目すべきであるが、当事者の利益の均衡性という判断中核から、問題となった条項以外の要素によって消費者の不利益が実質的にカバーされることがあれば、その要素を総合的に考慮して条項の不当性を判断すべきである。例えば、問題となる条項の他の契約条項、消費者に対する説明や情報提供の状況、交渉状況等の契約締結の態様に係る事情、条項外の実務の運用状況等を考慮に入れることが可能である。その場合、個別訴訟においては個別当事者間における事情を考慮すべきであるが、団体による差止訴訟においては個別事情を考慮せず抽象的に審査すべきである。

## 2. 不当条項リストの設定

不当性判断基準の明確化のもう1つの方法は不当条項リストの併用である。具体的にどのような条項が不当条項に該当するかを例示的に掲げることについては、危険条項についての消費者と事業者への情報提供機能、無効条項に対する予防機能と市場における実質的競争促進機能、および裁判外での紛争処理機能がある<sup>34)</sup>。このことは中国でも日本でも意識されている。しかし、問題は不当条項リストをどのように作成するのかである。以下では、日中法の比較から、中国と日本の現存のリストの改善およびリストの補完の留意点について、さしあたりいくつかの点を提示する。

### (1) 現存のリストの改善

#### (I) 事業者の免責条項

中国でも日本でも事業者の免責条項を不当条項リストとして掲げている。しかし、その判断基準が異なる。中国の消費者権利利益保護法は、人身損害の免責条項か財産損害の免責条項か、責任排除条項か責任制限条項かを問わず、如何なる事業者の免責条項も無効としている。一方、日本の消費者契約法は、責任排除条項と責任制限条項を区別したうえで、故意・重過失については責任排除条項でも責任制限条項でも無効とし、軽過失については責任排除条項に限って無効としている(同法8条1項1号～4号)。

---

34) 河上正二「消費者契約法の展望と課題」現代消費者法14号(2012年)75頁。

これに対して、日中両国で、軽過失による免責条項、特に軽過失による人身損害に関する免責条項を無効にすべきか否かについて、議論されている。1つの方向性として、財産損害の場合は、個別の事情（たとえば、合理的な理由の有無等）を考慮して不当性を判断することで、グレイ・リストとして定め、人身損害の場合は、人間の生命・身体という法益の重要性および処分不可能性から、原則として一切の人身損害に関する免責条項を無効とし、例外として法令により損害賠償責任が制限されているときは、それをさらに制限する部分についてのみ無効とすることが考えられる。

## （Ⅱ）損害賠償額の予定・違約金条項

損害賠償額の予定・違約金条項について、中国ではリスト化されていないが、消費者の責任を加重する条項の一種として実務上認められている。また、債務者の債務不履行に対する損害賠償額の予定・違約金について、契約法に裁判所が過大な違約金を調整することができるという規定が設けられている。その後の契約法の司法解釈により、具体的な過大な違約金の判断基準が示されている。すなわち、過大な違約金であるか否かの判断基準は、実損害を超えたか否かであり、その考慮要素として、契約の履行状況、当事者の過失の程度、当事者の締結地位の強弱、約款の適用の有無等の多項目の要素がある。この判断基準によれば、損害の対象には事業者の逸失利益も含まれるが、損害の算定において、契約締結段階の当事者の地位の強弱も考慮されるため、例えば事業者間契約であるか消費者契約であるかによって損害が異なりうる。

一方、日本の消費者契約法は、契約の解除に伴う損害賠償額の予定・違約金条項について、平均的な損害を超えた部分を無効としている（同法9条1号）。消費者契約法立法後、「平均的な損害」の意義、特に「平均的な損害」に事業者の逸失利益が含まれるか否かについて、議論されている。9条1号は民法416条や民法によれば認められる損害賠償額を前提とする考え方では、そこには当然に事業者の逸失利益が平均的な損害に含まれる<sup>35)</sup>。これに対して、9条1号を消費者契約特有の契約解消ルールとして位置づける考え方では、履行前解除において契約の目的に代替性がなく機会の喪失

---

35) 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（2001年）72頁、潮見佳男『債権総論Ⅰ（第2版）』（信山社、2003年）400頁。

が観念できる場合にのみ、事業者の逸失利益が平均的な損害に含まれる<sup>36)</sup>。

平均的な損害と比べて、実損害という概念は損害の対象は明確である。ところが、消費者契約において事業者の主導のもとで勧誘・交渉が行われ、消費者は契約の内容について十分に熟慮することなく契約の締結に至ることが多いという消費者契約の特性から考えると、民法の実損害の損害対象をある程度限定する必要があると思われる。また、同一の事業者が多数の同種の契約を締結することが前提とされている消費者契約の特性に基づくこと、また、不当条項リストが消費者団体訴訟における規制基準となることも考えると、平均的な損害を基準とすることには一定の意味があると考ええる。したがって、平均的な損害の概念を消費者特有のものとして明文で規定した上で、原則としてその対象を信頼利益に限定し、例外として契約の時期の区分、契約の目的等に照らし、他の顧客を獲得する等によって代替することが不可能となり、利益を得る機会を喪失した場合、逸失利益を損害に含めることを定めるという提案<sup>37)</sup>が有用であると考えられる。

## (2) リストの補完

現存の不当条項のリストが貧弱なものであり、それを充実させる必要があるということは、中国でも日本でも指摘されている。具体的にどのようなものをリストに掲げるべきかについては、今後慎重な検討を要するが、ここでは、日本の議論から、リストを補完する際に留意すべき点をあげる<sup>38)</sup>。

36) 森田宏樹「消費者契約の解除に伴う『平均的な損害』の意義について」潮見佳男ほか『特別法と民法法理』(有斐閣、2006年)93頁以下、千葉恵美子「損害賠償の予定・違約金条項をめぐる特別法上の規制と民法法理」山田古希『損害賠償法の軌跡と展望』(日本評論社、2008年)403頁以下。

37) 大澤彩「不当条項リストの補完」河上正二編集『消費者契約法改正への論点整理』(信山社、2013年)79頁～80頁。

38) 日本におけるリストの補完に関する議論は、以下の文献を参照する。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実態分析』(商事法務、2004年)別冊NBL92号、同『消費者契約における不当条項の横断的分析』(商事法務、2009年)別冊NBL128号、大澤・前掲注(5)458頁以下、同「不当条項規制関連裁判例の傾向から見る消費者契約法の課題」前掲注(26)90頁、同「消費者契約法における不当条項リストの現状と課題」NBL958号(2011年)43頁以下、日本弁護士連合会「消費者契約法の実体法改正に関する意見書(2014年版)」([http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2014/opinion\\_140717\\_3.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2014/opinion_140717_3.pdf))58頁以下、近畿弁護士会連合会消費者保護委員会『消費者取引法試案—統一消費者法典の実現をめざして』(消費者法ニュース発行会議、2010年)消費者法ニュース別冊69頁以下等。

（Ⅰ）リストのあり方

不当条項リストを作成するに当たっては、ブラック・リストとグレイ・リストに分けて定めることが望ましいと考える。一定の要件を満たせば他の要素を考慮するまでもなく当然に無効とされるべき条項をブラック・リストとして掲げることは、具体的な要件が存在するゆえに不当性判断がより容易となるが、反面、条項の不当性判断が硬直的な運用を招くことがあり、またブラック・リストの結果の厳しさからリストアップされる条項の数が限られることが想定される。そのため、ブラック・リストと合わせて、不当条項であることを推定した上で、他の事情を踏まえれば当該条項の合理性が認められうる条項をグレイ・リストとして定めることが効果的な方法であると考えられる。

（Ⅱ）リストの民商法規範との整合性、消費者保護の見地の考慮について

リストを設定する際に、現存の民商法規範との整合性や消費者保護の見地の考慮が必要である。現存の民商法規範には契約当事者間の権利・義務を合理的に分配するルールが定められている。リストを設定する際に、これらの民商法規範において合理性が認められてきたルールとの整合性が図られるべきである。他方で、消費者と事業者の間に存在する構造的な格差により、対等な立場にある当事者間の契約を前提とするルールを修正し、消費者保護の見地から消費者と事業者間の権利・義務を合理的に分配する独自のルールを作る必要がある。

（Ⅲ）リストの抽象度と明確さのバランスの配慮について

リストの抽象度と明確さのバランスの配慮が必要である。リストが抽象的すぎて、実効性を欠くというのは現在の中国法の問題の1つである。これに対して、日本法の問題として、規定の明確さを重視しすぎて、リストの適用範囲が限定される結果となった。例えば、9条1号の「契約の解除に伴う」という限定や、2号の金銭債務の支払い遅滞への限定が9条の射程を狭くしてしまった。しかし、立法後の議論から、契約条項の実態や本来的な損害賠償の予定・違約金条項規制の理念からすれば、上記の限定なしで、消費者の義務違反に対する損害賠償の予定等条項への規制の拡大可能性が十分存在するから、より広い形の不当条項リストが作成されるべきであることが分かる。したがって、民法の条文程度かこれをやや具体化した程度の抽象度を想定しておくことが望ましい。

(Ⅳ) リストの内容の選定・表現の確定

リストの内容の選定は、主にその国での消費者トラブルの実態を踏まえて、リスト化することが必要である。リストすべき不当条項の種類や具体的な文言をいかに定めるかについては、本稿の日中比較だけでは不十分であるが、日本におけるリストの充実化に関する提案から、少なくとも以下のような内容がリストにすることが可能だと考える。

ア、事業者の責任・負担を不相当に軽くする条項（例えば、事業者の債務を排除する条項、事業者の証明責任を軽減する条項など）。

イ、事業者に一方的な権限を与える条項（例えば、事業者に契約内容の一方的な変更権限を与える条項、事業者が正当な理由なしに任意に契約から離脱することができたり、事業者の任意となる条件に事業者の履行をからせる条項、事業者が第三者と入れ替わることを許す条項など）。

ウ、消費者の権利を不相当に制限する条項（例えば、事業者に契約違反があった場合に消費者が事業者に対して取得する損害賠償請求権、解除権その他契約違反を理由とする救済手段の全部または一部を剥奪する条項、消費者側の抗弁権・留置権・相殺権を剥奪する条項、消費者の権利行使期間を法律で定められた期間を短縮する条項など）。

エ、消費者の義務・負担を不相当に重くする条項（例えば、意思表示の擬制によるリスクを消費者に負担させる条項、リスク転嫁条項など、消費者に不利な専属的合意管轄を定めた条項など）。

第4款 規制効果

不当条項規制の効果について、中国では、一般法である契約法において、一般条項の公平原則に違反した場合の約款の効力に関する規定が存在しないという立法上の問題があるが、裁判例では、ほとんどの裁判例は契約条項の全部無効を認めている。

日本では、不当条項に該当する消費者契約条項はその全体が無効となるか、それとも一部無効になるかについて、学説上は、比例原則に忠実に一部無効を原則とすべしとの見解<sup>39)</sup>と予防原則・透明性原則・制裁的観点を

---

39) 山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』（有斐閣1997年）138頁以下、同「消費者契約法（3）・完一不当条項規制をめぐる諸問題」前掲注（9）63頁以下。

重視して全部無効とすべしとの見解<sup>40)</sup>が対立している。

一部無効を認める最大の利点は、「ここまでは許容される範囲だ」ということが裁判所によって具体的に示されることはその後の同様の条項の策定に格好の指針を与えることにある。しかし、消費者契約の内容の適正化を進める見地から、不当条項設定者に対する制裁および不当条項の抑制を考えるなら、不当条項を全部無効にするのが適格的であると考えられる。

### 第5款 規制方法

私法規制の方法として、個別訴訟による判決効は訴訟当事者にしか及ばないので、消費者被害救済の効果は限定的である。

この点について、中国では、2013年の消費者権利利益保護法の改正により、一部の消費者協会（中国消費者協会及び省、自治区、直轄市で設立された消費者協会）が公益訴訟を提起することができるようになった。しかし、具体的な訴権内容が明文で規定されておらず、関連する下位法令および司法解釈も制定されていないため、本稿執筆段階では不明である<sup>41)</sup>。また、消費者公益訴訟の主体から見ると、新消費者権利利益保護法は一部の消費者協会のみが公益訴訟の訴権を与えている。消費者協会は社会団体であると言われているが、そもそも同協会は行政機関である工商行政管理の下に設置されており、その活動は行政機関の指導の下で行われ、経費も行政機関から提供されている。そればかりでなく、中央・地方を問わず、同協会の理事会構成メンバーのほとんどは共産党や国家機関の幹部、および各業界団体の幹部により構成されており、そのトップには工商行政部門の幹部が就任している<sup>42)</sup>。これらのことから、同協会の実質は準行政組織であるとみなすことができよう。したがって、今後中国では消費者協会が公益を目的とした民事訴訟を提起することになるが、その実態は日本の消費者団体訴訟とは異質なものとなる可能性が高いと思われる。

一方、中国とは異なり、日本では、被害の事前防止・拡大防止に限らず、

40) 河上・前掲注(10) 374頁以下、山本敬三・前掲注(11) 543頁。

41) 本稿校正段階において、消費民事公益訴訟案件審理の法律適用に関する司法解釈（中国語原文は「最高人民法院関与審理消費民事公益訴訟案件適用法律若干問題的解釈」である）が公布され、その中、消費者にとって不公平、不合理な約款について、原告となる消費者協会はその無効を主張することができることと定められている。

42) 中国消費者協会第5期理事会名簿（中国消費者協会公式サイト <http://www.cca.cn/public/detail/21369.html>）。

既に被害を受けた消費者を集団的に救済することも公益訴訟の目的とされている。この目的を達成するために、集団的消費者被害回復訴訟制度が導入され、二段階の特殊な民事裁判手続が創設された。消費者被害には少額同種の被害が多発するという特徴があり、少額の被害者にとっては、被害額と紛争解決に要する費用・労力を勘案すると、個別訴訟の提起による被害回復は割に合わないことが多い。この状況は中国でも同様である。したがって、中国も積極的に集団的消費者被害回復訴訟制度の導入を検討する必要がある。その際に、日本法は参考とすべきモデルの一つとなるであろう。

## むすびにかえて

本稿では、中国の消費者契約における不当条項規制の現状を考察・分析した。中国では、計画経済の残滓ないしは庶民の行政に対する依頼心から現在もなお行政による規制が強力ではあるものの、行政部門あるいは政府官僚と事業者の利益が癒着していることもあるため、行政規制の本来の機能が十分に果たされていない。また、近い将来に市場経済への移行が完了し、行政規制から私法（司法）規制へと転換することが予想されるから、私法規制の重要性が増すと思われる。しかし、現在の中国における私法規制の問題点として、不当条項規制の正当化根拠が明確化されず、説得的かつ体系的な立法や学説の議論は展開されていない。そこで、日本法との比較を踏まえて、中国の法規制の在り方について以下のような提言をし、本稿のむすびにかえたい。

まず、消費者契約においては、不当条項規制の根拠が消費者と事業者との間の情報力および交渉力の構造的格差にあると解されることから、約款に限定しない消費者アプローチが採られるべきである。

次に、消費者契約における不当条項規制の根拠から考えれば、個別交渉を経た条項や価格などの中心条項も直ちに規制対象から除外すべきではない。

そして、契約条項の不当性を判断する際に、基本的には、問題となった条項自体の内容の合理性に注目すべきである。ところが、「当事者の利益の均衡性」という判断中核から、問題となった条項以外の要素（例えば、契約締結の態様に係る事情や条項外実務の運用状況など）によって消費者の不利益が実質的にカバーされることがあれば、その要素も広く考慮して

条項の不当性を判断すべきである。その場合、個別訴訟においては個別当事者間における具体的な事情を考慮すべきであるが、団体による差止訴訟においては個別事情を考慮せず抽象的に審査すべきである。さらに、不当性の判断基準を明確化させるために、具体的なリストを整備することが最も効果的だと考える。

また、不当条項設定者に対する制裁により、消費者契約の内容の適正化を進める見地から、不当と認められた契約条項を全部無効にすべきである。

最後に、規制方法として、被害の事前予防・拡大予防に限らず、日本のように既に被害を受けた消費者を集団的に救済する制度の導入を検討する必要がある。

