

英国における不公正条項規制について (二) 完

川 和 功 子

- 一 はじめに
- 二 国際条約、国際的取引に適用される諸原則、諸外国、日本における不公正条項規制について
 - (一) 国際条約、国際的取引に適用される諸原則、諸外国の不公正条項規制
 - (二) 日本における不当条項規制
- 三 英国における不公正契約条項法の規制
 - (一) 一九七七年不公正契約条項法
 - (二) 一九九九年不公正条項規則
- 四 英国における不公正条項についての判断
 - (一) OFTおよびその他の団体による消費者法の執行(以上三五九号)
 - (二) 一九九九年不公正条項規則における不公正条項を判断する要件(以下本号)

- (1) 概観
 - (2) 個別の交渉
 - (3) 中心条項
 - (4) 信義則・重大な不均衡・消費者の不利益要件とその関連
 - (5) 契約の不公正性を判断するための考慮事項
 - (6) 過程的不公正性と実質的不公正性
 - (7) 透明性
 - (8) 作成者不利の解釈準則 (Interpretatio contra proferentem)
- 五 まとめにかえて

四 英国における不公正条項についての判断

- (二) 一九九九年不公正条項規則における不公正条項を判断する要件
- (1) 概観

不公正条項であるかどうかの判断における要件として、一九九九年不公正条項規則五条(1)は、(一) 個別に交渉がなされていないという点、(二) 信義則に反するという点、(三) 重大な不均衡が存在するという点、(四) 消費者に不利益という点について規定する。六条(1)は、不公正条項であるかの判断は、契約締結時の契約締結にもなうすべての事情およびその契約のその他の条項またはその契約が依存するその他の契約を参照するとしている。六条(2)は、平易かつ明瞭である限り、中心的条項である契約の主たる目的物の定義について、または、物品もしくは役務の対価としての価

格もしくは報酬が十分であるかどうかについては、条項が公正であるかの判断から除外されるとする。さらに、付則二において不公正であるとされる可能性のある条項が例示されている。

以下本章では、一九九九年不公正条項規則五条(1)における不公正性を判断する要件について検討する。

(2) 個別の交渉

一九九九年不公正条項規則五条は、「個別に交渉されなかった契約条項は、信義誠実 (good faith) の要請に反し、契約から生じる当事者の権利義務に著しい不均衡を生じさせ、消費者に不利益をもたらす場合」に不公正な条項であるとみなされるとする。EC不公正条項指令の草案においては、個別に交渉がなされている条項も適用範囲に入っていたが、強固な反対意見を受け、適用範囲から除外することになった。⁽⁸⁴⁾ 但し、個別の交渉がなされていることの証明責任はその条項を支持する者が負担することになる。⁽⁸⁵⁾

一九九九年不公正条項規則五条(2)によれば、条項があらかじめ起草されており、それゆえ消費者がその実質的内容に何ら影響を及ぼすことができなかつた場合に不公正条項であるかの判断がなされることとなる。

しかしながら交渉がなされた場合であっても、それが過程的な不公正さが無いことを意味するものではないとの指摘がなされる。⁽⁸⁶⁾ 具体的には、(一) 消費者は事業者との交渉を経たとしても、自己が失うもの、自己の負うリスク等について明確に理解しないまま条項について同意する可能性がある、(二) 交渉により選択肢の幅が広がる可能性もあるが、それらの選択肢が合理的なものであるとは必ずしもいえない、⁽⁸⁷⁾ (三) 消費者が交渉したとしても、消費者が自己を保護するだけの強い交渉上の地位にあったとはいえない、⁽⁸⁸⁾ (四) 個別交渉は結果としての条項が実質的に公正であることを意味するものではない、⁽⁹⁰⁾ といった点が問題視される。

(四)について、例えば、条項が規則付則二(1)(e)にあたる、「消費者がその義務の履行を怠った場合」の、「不相当に高額な賠償金を支払う」ものである場合、交渉によって賠償金がある程度下げられたとしても、消費者にとっては不利な契約となることが指摘される⁽⁹¹⁾。さらに、消費者が条項の変更を行うことを想定して消費者に契約の草案が提示され、消費者が条項の変更を行わなかった場合であっても、条項に影響を及ぼすことができた可能性があったとして、ある条項が適用の範囲から除外される可能性もある⁽⁹²⁾。

法委員会の二〇〇二年のコンサルテーション・ペーパー、二〇〇五年のレポートにおける提案では、EC不公正条項指令は加盟国に最低限度の水準を課すものであることから、英国においては、中心条項を除いた個別に交渉された条項について、法委員会が一九七七年不公正契約条項法と一九九九年不公正条項規則統合後の判断要件として提案する、公正かつ合理的でなければ不公正条項であるとする「公正かつ合理的」なテストを課すことから除外するべきではないとする。その理由としてはすでに述べたように、どのような場合に条項が個別に交渉されたのかどうかがいまいであること、消費者が交渉された条項であることが意味するところについて認識していないかもしれないこと、シンプルな法律のぞましいことがあげられている⁽⁹³⁾。

さらに、消費者によって申し立てられた請求におけるの証明責任は、一九七七年不公正条項法と同様に条項が合理的要件をみたしていると主張する事業者に課されるべきであり、事業者が条項が公正であることを証明しなければならぬとする⁽⁹⁴⁾。一九九九年不公正条項規則においては、消費者に証明責任があるとされているが、条項が明確に不公正なものである場合には、裁判所が自ら不公正性の争点の申し立てをすることができるとされている⁽⁹⁵⁾。

(3) 中心条項

一九九九年不公正条項規則六条(2)は、「条項の不公正性の評価は、条項が平易かつ明瞭な言葉である限り、契約の主たる目的物の定義について、または、物品もしくは役務の対価としての価格もしくは報酬の妥当性には関係しない」とする。Teitelは、この不公正性の評価からの除外は、取引の本質的な特質(essential features)に関わる当事者の契約自由にとって重要である点を指摘する¹⁷⁾。

しかしながら、すべての目的物、価格についての条項が不公正性の評価から除外されるわけではないことに留意する必要がある。一九九九年不公正条項規則付則二(1)(k)は、「売主または提供者が、正当な理由なしに、供給されるべき製品または役務の性質を一方的に変更することができるとする」条項、付則二(1)(l)は、「物品の価格を引渡し時に定めるものとし、または、物品の売主、もしくは役務の提供者は価格を引き上げることができるとしておきながら、いずれの場合にも、最終的な価格が契約時に合意した価格に比べて著しく高い場合に、これに対応して契約を解除する権利を消費者に与えない」条項を例示している。

OFTは、消費者の注意を引くように提示され、消費者が取引の中心であると認識したのでない限り、中心条項であると判断するのは困難であるとする見解を一九九六年の報告書で公表している。署名をする前に、消費者が実際に主要な目的物が条項によって定義されているものを見て、読んだのでない限り、つまり、その条項に関して、消費者が適正に注意を惹かれたのでない限り、中心条項との判断はできないこととなる。さらに、価格の妥当性ということに関しては、価格についてのすべての条項が排除されるわけではないとする¹⁸⁾。

法委員会は、二〇〇二年のコンサルテーション・ペーパー、二〇〇五年のレポートにおいて、条項が平易な言葉で記載されている限り、つまり、透明性が確保される限り、中心条項については不公正の判断を行わないという現行採用さ

れているアプローチと同様のアプローチを採用する。この理由としては、市場秩序からこのような条項は不公正であることは少なく、このような条項について判断することは、契約自由に過度に干渉することになること、事業者の、消費者に対して契約の主たる目的物を明確にするインセンティブが必要であることが指摘される⁽⁹⁸⁾。さらに、中心条項の内容について、不公正性が判断される取引の本質的、または中心的な条項と、不公正性の判断がなされるその他の条項について区別することが提案される⁽⁹⁹⁾。

二〇〇二年のコンサルテーション・ペーパー、二〇〇五年のレポートにおいては、透明性があり、消費者が合理的に期待するものと同様である限り、消費者契約においての目的物について定める条項は、不公正性の評価から除外されるべきであるとの提案がなされる。さらに、透明性があり、消費者が合理的に期待する支払いと実質的に同じ状況において支払われるものであり、かつ、実質的に消費者が合理的に期待する方法と同様に計算されている限り、消費者契約においての支払い価格を定める条項については、不公正性の評価がなされるべきではないとする⁽¹⁰⁰⁾。

学説においても、上記付則 2 (1)(K)、(1)において契約の主たる目的物の定義、価格についての条項が不公正の判断に組み込まれていることからしても、消費者が合理的に期待するものと著しく異なる内容の条項は不公正の判断から除外されるべきではないとするのが妥当であるとする意見がみられる⁽¹⁰¹⁾。

この点につき、二〇〇二年のコンサルテーション・ペーパー、二〇〇五年のレポートに先立ち中心条項について判断を下し、影響を与えた *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc.* ⁽¹⁰²⁾ において、最高裁は、'もし、一九九四年不公正条項規則三条(2)(b) (現行一九九九年不公正条項規則の六条(2)(b) が広く解釈されてしまうのなら、消費者を不公正で不利益な標準書式契約から保護するための法制度の目的が挫折してしまう⁽¹⁰³⁾。裁判所はある条項が中心的な条項であるか否かについて判断する際に、条項には「取引の実質を表現」するものと、それらを取巻く付随的

なものという重要な区別があることを指摘した。この事例においては、クレジット契約における銀行からの借り手が債務不履行に陥った場合の約定利息が、消費者に対して下された判決において課される債務と別個に支払われなければならないとする条項の有効性が争われ、そのような条項は中心条項でない⁽¹⁰⁾と判断された。

最高裁は、当該条項は債務不履行の際の条項であり、付随条項であるから一九九四年不公正条項規則三条(2)(b)の適用範囲には含まれないとした。条項が通常のクレジット契約の場合の利息についての条項ではなく、債務不履行の場合の支払いに関する条項であったことが、当該条項は中心条項でないとして排除されなかった理由としてあげられる⁽¹¹⁾。Bingham 卿は不公正性の判断において、契約締結時の典型的な当事者の地位を考慮する必要があるとする⁽¹²⁾。Steyn 卿は、すべての契約条項が価格または報酬と関連していると解釈することもできるとすれば、価格が上昇する条項についても不公正の判断がなされないことになるため、適用除外について制限的な解釈がなされるべきであるとし、これらの条項が不公正判断の対象とならなければ、制度に重大な穴があいてしまうことになる⁽¹³⁾。

しかしながら、その後の *Office of Fair Trading v. Abbey National plc.*⁽¹⁴⁾ において最高裁は中心条項の範囲について *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc.* と異なつた判断を下した。この事例においては、銀行からあらかじめ許可を得ていない過振り(貸越)がなされた場合の銀行が課す手数料についての条項が一九九九年不公正条項規則六条(2)によって不公正の判断から除外される条項に当たるとかが問題となつた。最高裁は、EC 不公正条項指令は主要な価格と付随的な価格について区別しないことから、そのような区別はなされるべきではないとし、過振り手数料については中心条項として不公正性の判断がなされるべきではないとの判断を下した⁽¹⁵⁾。六条(2)については、客観的基準で不公正性の判断をすべきであるとし、客観的基準において消費者は「典型的な消費者」ではなく、「仮想的合理的人」として解釈されるべきであり、契約における価格と報酬について関連する条項を読み、かつ、客観的に価

格と報酬がどのようなものであるかを確認することができるとして、銀行と協議を重ね、銀行は自主的に口

最高裁判決を受け、OFTは過振り手数料についての調査を停止したものの、銀行と協議を重ね、銀行は自主的に口座費用の一覧を提示したり、あらかじめ設定されていない過振り手数料の概要についてイラストで説明するなど、透明性を増す手段を講じ、さらに、多くの銀行がその手数料を変更した結果、過振り手数料の平均額は二〇〇七年の三四ポンドから二〇一〇年には一四ポンドに減少した。⁽¹¹⁾

この判決後、最高裁だけでなく業者団体も何が付随的な代価にあたるのかの定義付けの不確実性について懸念を示したことを踏まえ、二〇一二年、法委員会は新しい提案として、中心条項につき主要な条項と付随的な条項の区別を設けず、透明性は重要であるが、それだけでは、価格に関する条項を除外するには十分ではないとして、「透明かつ顕著」であれば、価格に関する条項は不正性の判断から除外されるべきであるとした。⁽¹²⁾ 顕著性が必要とされるのは、透明性があっても、小さい文字で印刷された「条項および条件」は、多くの消費者に読まれないからであるとする。⁽¹³⁾ 最高裁の立場と同様、消費者は「取引の本質」について認識していなければならないとの意図に基づく提案である。⁽¹⁴⁾ 顕著であるかどうかは、条項が、合理的に十分に情報を得ており、合理的に注意深く、かつ用心深い「平均的消费者」が認識できる方法で提示されたか否かで判断される。⁽¹⁵⁾ さらに、透明性と顕著性の意味についてはガイドラインを設けることが望ましいとして、裁判所がガイダンスを考慮すべきかどうかについて意見を求めている。⁽¹⁶⁾ そして、一九九九年不正条項規則付則二のグレイ・リストに従い、価格上昇条項、早期解除料、および契約違反料に関する条項については、六条(2)の不正性の判断がなされるとした。⁽¹⁷⁾

この判決に関し、支持する見解は、銀行のサービスと支払いがパッケージ化されていることから、条項を中心的なものと付随的なものに分類することはできず、消費者は保護されなければならないが、条項が平易、明瞭で公正ならば、

役務の提供者の犠牲において消費者が保護される必要はないとする⁽¹⁰⁾。この裁判例の背景には、過振り手数料からの収入は銀行の当座預金からの収入の三〇%をも占めること、もし不公正な条項であるとの判断がなされた場合、顧客は六年間にわたり支払った不公正な手数料の返済を求めることができると、銀行と株主および保証人である国が多額の責任を負うことになるという事情があることにも留意する必要がある⁽¹¹⁾。他方批判する見解も多数見うけられる。平均的な消費者が契約の通常の履行において支払うべきものからかけ離れているこのような手数料について、真のインフォームド・コンセントを得る見込みは限られていること、インフォームド・コンセントの機会があったとしても、消費者にはそのような条項について削除する取引的地位がないこと、消費者に日常的に影響するものではないこのような手数料は市場規律の対象とはならないこと、従って、消費者にとつて、このような手数料についての選択肢がほぼないこと、短期間、少額の貸出しであっても、手数料が三〇―四〇ポンドと不均衡に高いことなどが指摘される⁽¹²⁾。消費者保護法は、「合理的な消費者は、平易で明瞭かどうかに関わらず」、「長く、複雑な標準書式契約を読まないことについて認識しなければならぬ」とし、消費者は契約締結前に関連する契約条項について読む能力を有し、価格および報酬が客観的にどのようなものであるかを確認することが想定されるとする *Office of Fair Trading v. Abbey National plc.* における *Mance* 卿の意見は現実的でないとする批判がなされる⁽¹³⁾。前述の *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc.* において *Bingham* 卿が、消費者を標準書式契約における不公正および不利な条項から保護する目的⁽¹⁴⁾、*Steyn* 卿が「消費者をより強い契約当事者からの濫用から保護する」目的のために一九九九年不公正条項規則三条(2)(b)の範囲について制限的に解釈する重要性を説いたこと⁽¹⁵⁾、法委員会も同様の意見を述べていたこと⁽¹⁶⁾などからも、合理的な消費者の観点から、中心条項について考慮することを拒絶する *Office of Fair Trading v. Abbey National plc.* における最高裁の立場は、消費者の合理的な期待を保護することに失敗しているとの批判がなされる⁽¹⁷⁾。立法的解決が望ましいとする立場から

は、英国の不正条項法制について一九九九年不正条項規則と一九七七年不正契約条項法という二つの法が存在し、消費者にとって分かりにくいものとなっていることが指摘され、透明性があり、消費者が合理的に期待する支払いと実質的に同じ状況において支払われるものであり、かつ、実質的に消費者が合理的に期待する方法と同様に計算されている限り、消費者契約においての支払い価格を定める条項に関しては、不正性の評価がなされないとする二〇〇五年のレポートの提案について考慮すべきことが主張される¹²⁸。

(4) 信義則・重大な不均衡・消費者の不利益要件とその関連

一九九九年不正条項規則五条(1)においては「信義誠実の要請に反し、契約から生じる当事者の権利義務に著しい不均衡を生じさせ、消費者に不利益をもたらす場合」という要件が存在する。これらの要件が個別の均等な要件であるか否か、不利益要件はこれらの要件と同等に重要であるか否かといった点に関する議論について以下紹介する。信義誠実の要件については、指令の作成においても、加盟各国それぞれにおける「信義誠実」概念の法的意義が異なるため、この概念を独立の要件として、指令のなかで用いるか否かについて議論があったものの、「著しい不均衡」という判断テストと併せて採用し、前文一六において信義誠実について説明することで問題を解決したという経緯があったことに留意する必要がある¹²⁹。

まず、Bingham 卿は著しい不均衡について、「契約における当事者の権利および義務が、提供者の優位に重きがおかれるあまり提供者に著しく有利に傾いている」状態であるとする。著しい不均衡を生じさせる条項とは、「利益をもたらす選択権 (beneficial option)」、裁量もしくは権限、または消費者に対する不利な負担 (disadvantageous burden)」、リスク、もしくは義務」を課す条項を含むとする¹³⁰。ただし、著しい不均衡を引き起こすすべての条項が不正とされる

わけではない。信義則の要件に反して消費者の不利益となる条項が不正とされる⁽¹³⁾。条項が不均衡を発生させ、それが著しいものであるかの判断という点について、OFTの解釈においては、二つの側面が存在するとされる。一つは、不正さの可能性、つまり、当事者間において権利の著しい不均衡が発生する可能性があるかどうかについての判断がなされる側面である。例えば、提供者が価格を変更できる無制限の裁量を与える条項は不正条項となり、価格の控えめな変化であっても消費者に対して拘束力がないものとなる⁽¹⁴⁾。二つは著しい不均衡についての判断がなされる側面である。つまり、条項が消費者に対して、著しく不利であったとしても、消費者の有利に働くような対応する条項によって、平衡させてある場合、例えば、売主が価格を上げる権利を有していたとしても、消費者が違約金なしに契約から解放される現実的な権利 (realistic right) が存在している場合には著しい不均衡がないとされる⁽¹⁵⁾。

英国における信義誠実については、まず、一九九四年不正条項規則が付則二において、信義誠実の評価において考慮すべき点についてのガイダンスを提供していた。それらは、両当事者の交渉上の地位の強さ、消費者が条項に同意する誘因があったかどうか、消費者の特別な注文に応じて物品または役務が販売または提供されたかどうか、売主または提供者が消費者と、公正かつ衡平に接しているかどうかという点についての指針を提供するものであった。他方、一九九九年不正条項規則は、一九九四年不正条項規則と異なり、信義誠実の評価において考慮する要素のリストをおいていない。しかしながら、信義誠実について、不正条項に関するEC不正条項指令の前文一六では、「選択された一般的な基準に従ってなされる条項の不正性についての評価は、とりわけ利用者間の一体性を考慮に入れた集団的サービスを提供する公的性格を有する者による販売または提供活動については、関係する異なった利益を全体的に評価することによって補充されなければならない。このことが、信義誠実を要請する。信義誠実について評価するにあたっては、両当事者の交渉上の地位の強さ、消費者が当該条項につき同意する誘因を有していたのか、および物または役務

が消費者の特別な注文に応じて販売または提供されたのかについて、特别的考慮を払わなければならない。信義誠実の要請は、売主または提供者がその正当な利益につき配慮しなければならない契約の相手方を公正かつ衡平に扱うことにより、みたすことができる」としており、信義誠実の評価において考慮する要素はまだ存在しているといえる。

このEC不公正条項指令の前文からすれば、信義則の要件の役割は「著しい不均衡」が機械的に適用されないように、裁判所が「利益の総合的評価」を行うことを保証するものであるかのように解釈できる。⁽¹³⁾つまり、消費者の利益を害する、契約上生じる当事者の権利と義務の著しい不均衡が存在する場合であっても、「消費者が当該条項につき同意する誘因を有していたのか、および物またはサービスが消費者の特別な注文に応じて販売または提供されたのか」、「売主または提供者がその正当な利益につき配慮しなければならない契約の相手方を公正かつ衡平に扱っている」のかについて考慮することにより、不公正性が判断されることになる。

英国の判例、学説において、「信義誠実」という言葉自体、大陸法系の用語であるため英国契約法において受け入れられるべきかどうかについて、否定的な見解も存在する。否定的な見解を代表するものとして、「信義則に基づいて交渉を実行する義務は、交渉において当事者が対抗する地位にあることと本来的に両立しない」とし、当事者はいつでも交渉から手を引くことが出来るはずであるとするとする。Walford v. Miles⁽¹⁴⁾における、Ackener 卿の法廷意見があげられる。他方、Bingham 卿は、そのような原則を採用していないものの、エクイティーが非良心的な取引を排除するなど、英国法は不公正性の問題に対し、断片的に解決を發展させてきたとする。⁽¹⁵⁾

それでは、英国における信義則の意味とはどのようなものなのか、この点につき、学説においては、過程的な意味における信義則と、実質的な信義則という区別について言及するものがある。⁽¹⁶⁾

Beale は、信義則の過程的な側面からは、提供者は、消費者の利益を考慮しなければならないことが要請されるとする。

この過程的な側面からすれば、事業者が消費者の注意を引き、説明するという段階を踏むことによって、不意に提示された場合、不公正であるかもしれない条項が有効とされる場合がある。他方信義則の実質的な側面からは、契約条項の実質的な内容に関連し、ある特定の条項、例えば過失による死亡または人的損害を排除する条項は常に信義則に反して、不公正であるとされるべきであるとする⁽¹⁹⁾。

Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Ltd. ⁽²⁰⁾においてBrigham 裁判官は、信義誠実とは、「両当事者が欺いてはならぬ」といふことと「公正に取引する」こと (playing fair)、「真実を話す」こと (come clean)、「手の内を見せる (putting one's cards upwards on the table)」、「手」があること⁽²¹⁾。その本質は「公正でオープンな取引 (fair and open dealing)」であるとする。

York v. Director General of Fair Trading v. First National Bank plc. において、Brigham 卿は、信義誠実の要件は公正でオープンな取引がなされることであり、「オープンさ」は、条項が「完全に、明確に、読みやすく」表現されており、「隠された落とし穴や罠がない」ことを要求しているとする。また、「条項が消費者に不利に働くかどうかについて適切な配慮がなされるべき」であるとし、公正な取引 (fair dealing) とは「提供者が意図的または無意識的に、消費者の窮状、貧困、経験の欠如、契約の目的物を熟知していないこと、取引的地位の脆弱さ、または規則の付則二に掲げられている要因あるいはそれらの要因に類似した要因を利用してはならないことを要請するもの」であって、「商業的な道徳と実務の良い基準」に基づいているとする。この意味における信義誠実は、「人工的または技術的な概念でもなく」、「英国弁護士にとって全くなじみのないものではない」とする⁽²²⁾。

OFTは、信義則の役割とは、供給者が、消費者の弱い取引的地位または経験の欠如を利用して消費者の権利または義務を決定することがないよう要請するものであって、契約は消費者の正当な利益を尊重するように起草されなければ

ならないとする⁽¹⁴⁾。契約前の説明のパンフレットが存在したり、消費者が違約金なしでクーリング・オフ期間が与えられていれば、供給者側の信義誠実について評価する際に考慮されるが、これらの事情は通常は通常使用される言葉の使用および透明性の形式ならびに構造 (use of ordinary words and a transparent style and structure) によって代わられるものではないとする⁽¹⁵⁾。

法委員会は、二〇〇二年のコンサルテーション・ペーパー、二〇〇五年のレポートにおいて、EC不公正条項指令の国内法規化は加盟国にその形式、方法が委ねられていること、信義誠実という用語は英国法になじみがなく混乱を招くため⁽¹⁶⁾、不公正性の判断において、信義誠実ではなく、一九七七年不公正契約条項法における「公正かつ合理的」な条項か否かという基準を採用するべきであると提案を行っている。信義則に反するか否かについて判断要素に加え「公正かつ合理的」でない条項が不公正条項であるとする理由としては、「公正」については、事業者が主観的に不公正な行為を行っていない、消費者の利益を害する意図がない場合、条項は不公正でないとの解釈が可能であることから「公正」で「合理的」という二つの要件が存在する方が消費者にとって有利であり、不公正性の判断においてより多くの指針を与えるものであることがあげられる⁽¹⁷⁾。法委員会作成の不公正契約条項法草案の一条は、公正さと合理性は、「当該条項の透明性」、およびその「条項の実質、効果ならびに合意時のすべての状況」を考慮して決定される、とする。透明性とは、「合理的に平易な言葉で表現され、読みやすく、明瞭に提示され、かつ、問題となっている契約条項または通知によって影響を受ける可能性の高い、どのような者にとっても容易に入手可能である」ことを意味する⁽¹⁸⁾。さらに、「公正かつ合理的」テストの「条項の実質、効果ならびに合意時のすべての状況」とは、一条(4)において、(a)当該契約の他の条項、(b)当該契約が依存する他の契約条項、(c)両当事者の利益のバランス、(d)当該条項によって不利な影響を受ける当事者のリスク、(e)保険の可能性および蓋然性、(f)当該条項によって不利な影響を受ける当事者の利益

が保護されるその他の方法、(g)当該条項の存在による（その条項のみ、あるいは他の条項とあわせて）、それが存在しなかった場合との相違の程度、(h)当該条項により不利な影響を受ける当事者の知識および理解、(i)両当事者の交渉上の地位の強さ、(j)当該契約が関係する物品または役務の性質、を指すとす⁽¹⁴⁾。

「著しい不均衡」について不公正性を判断する要件に含めない理由としては、「著しい不均衡」要件は、消費者にとつて「厳しい」条項が安い価格で調整され、正当化されることを示唆しているようであるが、消費者はそのように厳しい条項を評価せず、そのような取引を欲していなかった場合、条項は不公正とされることがあげられる⁽¹⁵⁾。不公正の問題にとつて重要なのは、当事者間の利益の公正なバランスであるとする⁽¹⁶⁾。信義誠実を加えないことに関する疑問をさけるため、信義誠実において要求されるすべてのことがらが、この「公正かつ合理的」という基準にも含まれることも提案に記載することが考えられるものの、そこまで記載することは必要ではないとの判断がなされる⁽¹⁷⁾。

Steyn 卿は、著しい不均衡については、条項の実質的な側面に注目する概念であるとするものの、信義誠実と、著しい不均衡という概念は、大幅に重複している部分が存在すると指摘する⁽¹⁸⁾。それは例えば、「消費者に価格の割引などの反対の利益を与えることなく、売主あるいは供給者に著しく優位を与える条項」であれば、不公正な条項とされる可能性があるからであるとする⁽¹⁹⁾。

EC 不公正条項指令、英国の判例における裁判官のコメントなどから総合して考えると、「著しい不均衡」は契約条項についての実質的な要素、信義誠実は契約条項についての実質的・過程的要素のどちらの要素にも関連する概念であるという結論が導かれる⁽²⁰⁾。しかしながら、ある条項が実質的に不公正であると判断されるような場合においては、契約過程における経緯を問題とすることなく、不公正性の判断がなされることも可能である。

最後に消費者の不利益という要件につき、Steyn 卿は、消費者の不利益、信義則、著しい不均衡は独立した要件であ

るものの、消費者の不利益という要件は、判断の上で付け加える部分がありませんとして⁽¹⁵⁶⁾いる。不利益が存在することが要求されているが、不均衡である場合であっても損失を与えていない場合も存在し、特定の損害が存在することを予定しているのではないとされる。例えば、顧客に払い戻しができない供託金を要求する条項はその供託金がいかに少額のものであっても消費者にとって不利益となるとされる⁽¹⁵⁷⁾。

(5) 契約の不公正性を判断するための考慮事項

一九九九年不公正条項規則六条(1)は、契約の不公正性は「契約締結の目的とされた物品もしくは役務の性質を考慮し、契約が締結された当時の、契約締結に伴うすべての状況、および当該契約の他の条項、もしくはその契約と依存関係にある他の契約の条項のすべてを考慮」して判断される旨規定する。

まず、物品またはサービス(役務)の性質について、*Chiffa* は、土地の売買における、買主が手付解除した場合に失う買主の手付金が売買価格の一〇％である条項を例にあげ、裁判所は不公正の判断をする際に、業界の慣行の影響を考慮することができる⁽¹⁵⁸⁾。

Bryen & Langley Ltd. v. Boston⁽¹⁵⁹⁾においては、不公正性の判断をする際、テレビのセットを買う場合のように通常の消費者が関連する取引と異なり、建物の建築契約においては、専門家の助言を受けることよってのみ引き受けられる取引であったかどうかが重要であるとされた。助言を受けることにより、条項について影響を与えることが可能であり、五条(2)の個別の交渉が行われたとされれば不公正の判断はなされないことになる。

契約締結に関わる全ての状況という点については、強迫もしくは不当威圧がない場合であっても、売主または提供者が消費者に対して、圧力をかけて、契約を締結させたか、または消費者に条項の重要性について、早急に考慮する時間

を与えずに契約を締結させたか、消費者が契約の条項について読み、理解し、考慮して決定したかが不正の判断に関連してくることとなる。⁽¹⁰⁾ EC不正条項指令の前文二〇は、「契約は、平易なわかりやすい言葉で起草されるべきである」としている。⁽¹¹⁾

一九九九年不正条項規則は、不正性の判断として、他の契約条項についても考慮することを要求している。前文一九にも規定されているように、契約の中心条項については不正であるとの評価は行われないものの、他の条項の公正さを評価する場合には、契約の主要な目的とされたことがらおよび供給される物品もしくは役務の品質対価格の割合が考慮される。⁽¹²⁾

(6) 過程的不公正性と実質的不公正性

上記のように、不正性の判断においては、契約の条項に関わる実質的な側面と契約の過程的な側面が関連しているとされる。この区別は、契約の内容と契約の締結過程について論じた「E」の論文において提唱されたものである。⁽¹³⁾

Evans-Lombe 裁判官は、不正や (unfairness) について、「実質的不公正性」と「過程的不公正性」の二種類に区別することができるとした。提供者と消費者の義務の合理的な評価から逸脱した (out of proportion) 一方的な条項が、提供者から消費者に課される場合に「実質的な不正」となるとする。

他方、「過程的不公正」とは、契約が作成された、または条項が組み入れられた方法、⁽¹⁴⁾ 契約時の状況を指し、⁽¹⁵⁾ その条項自体は、実質的に不正である必要はないものの、契約の締結において、消費者が、優位のバランスに重大な影響を与える一方的な条項に知らず知らずのうちにさらされることであるとする。このような不正性は学説でいうところのいわゆる不意打ち (unfair surprise) であるとす。そして、条項が不正かどうかの判断は、当該ケースのすべての

状況を考慮し「実質的、過程的な不公正の両方から基礎づけられる」としている。⁽¹⁰⁾

二〇〇二年の法委員会のコンサルテーション・ペーパーによると、一九九九年不公正条項規則五条(1)の解釈に関連して、いくつかの説がある。第一説は、著しい不均衡は実質的不公正さに関連し、信義誠実は過程的な不公正さに関連しているという区別を提唱する。この第一の説からすると、一九九九年不公正条項規則は実体的および過程的な不公正が存在する場合に不公正条項であるとするが、一九七七年不公正契約条項法においては実質的不公正さが存在すれば、条項が不公正であると判断することが可能である。⁽¹¹⁾例えば、過失による財産への損失または損害 (loss or damage) についての責任を排除する条項につき消費者に注意を促し、消費者が抗議しなかった場合であっても、一九七七年不公正契約条項法の適用において裁判所は合理性の要件が満たされていないと判断することが可能である。⁽¹²⁾

第二の説は、一九九九年不公正条項規則について、「消費者の不利益となる著しい不均衡」という要件は、最低限の要件であり、不均衡が取るに足らないものであったり、消費者の利益にかなうものである場合には不公正とはいえないと判断できるとするものである。従って信義則に反しているかどうかが不公正性を判断する主なテストとなる。⁽¹³⁾

第三の説は、重要なのは著しい不均衡要件であるとするものである。信義則の要件はドイツ法からの影響によって指令において採用されたが、ドイツ法においては信義則の影響は薄れているとされ、フランス法においてもEC不公正条項指令が国内法規化された際には、信義則の要件が採用されず、欧州委員会 (European Commission) も著しい不均衡要件が重要であるとの見解を示していることがその根拠となっている。⁽¹⁴⁾ この説に対しては、EC不公正条項指令前文一六の文言や、フランス法においては履行の一般的な要件として信義則が存在することなどの批判が可能であるとされる。⁽¹⁵⁾

第四の説は、一九九九年不公正条項規則においては、著しい不均衡を生じさせ、信義則に反するため条項が不公正で

ある場合と、実質的にはそのような影響があるように見えなくとも、過程的な信義誠実さの欠如が存在する場合の両方から不公正条項であると判断することが可能であるとされるものである。

法委員会は、一九九九年不公正条項規則の運用においては、実質的な不公正さのみしか存在しない場合であっても、不公正条項であるとの判断が可能であるとする⁽¹⁷⁾。それは、D G F T (Director General of Fair Trading (現在の O F T)) および付則一に掲載された団体は、消費者に条項が提示された方法にかかわらず、不公正条項の使用を禁ずることができ、付則二のリストの大部分は実質的に不公正な条項であることからきている⁽¹⁸⁾。Gibson 裁判官も、いくつかの条項は不均衡を引き起こすため、過程的な不公正性は必要要件ではなく、いつでも不公正であるという取り扱いがなされるとした⁽¹⁹⁾。

さらに法委員会は、一九九九年不公正条項規則と一九七七年不公正契約条項法のどちらが適用されても、実質的に不公正な条項であれば無効となる可能性があるが、一九九九年不公正条項規則においては、実質的に条項が不公正でなくとも、契約に組み込まれた過程において不公正さがあれば不公正条項であるとの判断が可能であるとし、このような理解は、一九九九年不公正条項規則付則二(1)(i)において、契約締結前に消費者が理解する真の機会がない条項に消費者を拘束する条項が不公正条項の例としてあげられていることと合致するとされる⁽²⁰⁾。

結論として、法委員会は一九九九年不当条項規則において条項が不公正であると判断されるためには、実体的不公正性と過程的な不公正性のどちらも必要とされるといふ第一の説をとらず、その他の説は可能であるとするものの、第三の説は E C 不公正条項指令の文言との調和が困難であるため、第二、第四の説がより適切であると判断する。しかしながら、信義則と実質的な不均衡の果たす正確な役割は実務においてはあまり相違はないとする。従って裁判所は、E C 不公正条項指令の前文一六において規定されるように、「関係する異なった利益を全体的に評価」し、売主または提供者

が「その正当な利益につき配慮しなければならぬ契約の相手方を公正かつ衡平に扱ったかどうか」について判断するべきであるとする。⁽¹⁶⁾

結局のところ、一九九九年不当条項規則において条項が不公正であると判断されるためには、実体的不公正性と過程的不公正性のどちらも必要とされるわけではなく、実質的な不公正さのみしか存在しない場合であっても、不公正条項であるとの判断が可能であり、さらに、実質的に条項が不公正でなくとも、契約に組み込まれた過程において不公正さがあれば不公正条項であるとの判断を行うことが可能である。

最後に、条項が実質的に不公正であっても、契約過程の状況によっては公正となるかの問題に関連し、法委員会は、二〇〇二年のコンサルテーション・ペーパーにおいて、過程的不公正さについてのガイドラインを設けるか否かについて検討している。ガイドラインは条項が公正かつ合理的であることを確保しようと試みる事業者に有用な指針を与えるものであるという見方もある一方、ガイドラインが存在することで、明確な条項であつて、消費者が事前に読む機会があつた場合などには、事業者が契約締結過程が公正であつたと主張する余地をより多く与えてしまうという見方もあるとする。OFTからも指摘されるように、事業者はこのような方法で消費者にとつて「厳しい条項」の使用を正当化することを時折試みていることから、ガイドラインの存在は厳しい条項を排除する努力を弱めることになると結論付ける。⁽¹⁷⁾

二〇〇五年法委員会レポートの提案においては、どのような条項が不公正であるかの判断において、公正かつ合理的であるかどうかについては、透明性が存在するかどうか、条項の実質と効果について、契約締結時におけるすべての状況を検討することが提案され、過程的不公正性と実質的不公正性の双方についての考慮が必要であると主張される。⁽¹⁸⁾ しかしながら、*Office of Fair Trading v. Foxtons* ⁽¹⁹⁾ の控訴審で説明されたように、執行を担う団体による執行と比較して

裁判所における消費者の集団的利益が関わる法執行については、すべての個別の状況を考慮することは可能でないとの指摘がなされる。⁽⁸⁾

(7) 透明性

一九九九年不正条項規則七条は、売主または提供者は、契約の条項が平易かつ明瞭な言葉で表示されることを保証するものとし、六条⁽²⁾もEC不正条項指令と同様、平易な明瞭な言葉で表現されている限り中心条項が不正条項かどうかの判断から除外されるとする。

法委員会の二〇〇二年のコンサルテーション・ペーパー、二〇〇五年のレポートは、平易かつ明瞭な言葉は、不正性の判断がなされる際に明示的に考慮されるべきであるとし、消費者に対し、明確かつアクセスしやすい方法で提示されなければならないと、さらに、あいまいでないことも必要であるとする。⁽⁹⁾このように、法委員会の報告書において、透明性は非常に重要な要素としての位置づけがなされており、中心的な条項について透明性の要件が満たされない場合には契約が無効とされる場合があり、その他の条項についても透明性の要件が満たされないこと自体が、不正条項であるかどうかの判断につながる可能性もあるとされる。⁽¹⁰⁾法委員会の提案においては、条項が公正かつ合理的であるかどうかは、条項が透明性を有しているかどうか、条項の実体と効果、および契約が締結された時点で存在していた状況について考慮するとの提案がなされている。⁽¹¹⁾

OFTは透明性について、完全合意条項の例を提示し、権限なく発せられた声明に基づく責任から事業者を保護する条項について、条項が平易、明瞭な言葉で、かつ読みやすく印刷されており、消費者の注意を明確にひき、かつその重要性が説明され、このことに照らして消費者がすべての条項について検討する公正な機会を与えられ、消費者が契約に

ついで変更する公正な機会を与えられなければ、不公正となる可能性がより高くなるという見解を示している。⁽¹⁸⁷⁾ O F T は一九九九年不公正条項規則七条の解釈について、語彙だけではなく、契約の構造までその射程に取込むものであるとし、長いセンチテンスやクロス・レファレンス(相互参照)が可能な限り避けられているかどうかとも考慮しなくてはならないとする。⁽¹⁸⁸⁾

ただし、条項の表現および使用のみならず、条項の実質に信義則の判断が関連してくるため、透明性のみで不公正性を判断するには十分ではないと結論付ける。信義則の役割としては提供者が、消費者の弱い取引的地位または経験の欠如を利用して消費者の権利または義務を決定することがないよう要請するものであって、契約は消費者の正当な利益を尊重するように起草されなければならないとする。⁽¹⁸⁹⁾

以下、四 英国における不公正条項についての判断(一) O F T およびその他の団体による消費者法の執行 において言及した事業者に対する協議のなかで、拘束力のある誓約により O F T が修正させた条項の例についていくつか紹介する。⁽¹⁹⁰⁾

「この契約およびこの契約に含まれる利益ならびに利得は会員個人のものであり、会員は販売、移転、譲渡をしてはならない」という条項が、「会員権は譲渡することができない」という条項に修正されている。⁽¹⁹¹⁾

また、「契約上の物品の価格と、顧客から会社に対する、その他の勘定における、その他すべての支払われるべき金銭が全額支払われない限り、物品についての財産の権原は確定的に会社にとどまる(顧客に対する当該物品の引渡しにかかわらず)」、「という条項が「あなたが支払いを終えるまで、我々は物品の所有権を保有しつづける」と修正されている。⁽¹⁹²⁾ さらに、「この契約において供給された材料および物品は、商品性のある品質を有しており、かつ当該物品の通常の目的に適合するものである」との条項は「この契約において供給された材料および物品は、満足な品質を有しており、

かつ当該物品の通常の目的に適合するものである」と修正されている。⁽¹⁹⁾

透明性について判断を下した判例としては、上記の *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc.*⁽²⁰⁾ があげられる。このケースにおいては、クレジット契約において、借り手が債務不履行に陥った場合、銀行は、借り手の未払いの残高が支払われるまで、顧客に対する裁判所の判決による負債に加えて約定の利息を徴収できるとする条項が不公正なものかどうか争われた。この条項によれば、顧客は判決における割賦払いの命令 (*instalment order*) による支払いに加えて、約定の利息を支払うこととなる。

OFTは当該条項について消費者の注意を引く可能性が低いとして、不公正であるとの判断を示した。OFTはこのような条項は、契約に関する裁判上の負債について制定法上の利息を課すことを禁じ、裁判上の負債について分割払いがなされている限り、制定法上の利息は支払われないことを規定する命令⁽²¹⁾から消費者が受ける利益を奪うものであるとの申し立てを行った。一九七四年消費者信用法の適用を受けるこの命令は、判決後に契約上の利息が支払われることを禁じていないものの、OFTは、命令は消費者が判決上の負債に加えて利息が課されることに反する一般的な政策を反映しているものであるとの解釈を示していた。⁽²²⁾

控訴審は、OFTと同様、契約後においても消費者が自己の権利を保護するために、条項の悪影響についての情報を与えられるべきであるとの立場を採用し、条項が不公正であるとの判断を下した。控訴審では、信義誠実について、「公正およびオープンな取引の促進、ならびに不意打ちおよび真の選択の欠如を妨げることを要請する」とした。⁽²³⁾ ある条項が「消費者の注意を明確に喚起しない条項であるが、消費者が合理的に予測できず、かつ不利益となる結果を生じさせる」可能性がある場合、その条項は、信義誠実の要件に反するおそれがあるとする。⁽²⁴⁾ 透明性については、「条項は合理的に透明性を有し、消費者の合理的な期待を挫折させる結果を生むものであつてはならない」とする。

控訴審は、消費者は契約を締結するかどうかを選択する際、情報を与えられた上で選択すること (informed choice) が可能な地位におかれるべきであるとして、消費者が情報を与えられる権利を重視する。⁽¹⁹⁾ 契約上の利息が、判決後に、判決による支払いに追加して課されるということについて契約締結または契約締結前に借り手の注意が特に喚起されず、このことは、借り手にとって不快な驚きであったため、条項は不公正であるとの判断が下された。⁽²⁰⁾

しかしながら最高裁では条項が不公正であるとする控訴審の判断は否定された。Bingham 卿は借り手の不快な驚きがあるものの、契約当事者の権利と義務に著しい不均衡はないとした。利息について説明する手紙が送付されており、利息についての条項は消費者を害し、当事者の権利と義務に著しい不均衡を生じさせ、信義誠実の要請に反するものではないとした。取引の本質は、銀行が借り手に資金を提供し、借り手は利息とともに返済することであり、当事者のどちらかが、銀行が元本または利息を自発的に徴収することを控えることを推定していないとする。⁽²¹⁾

二〇一二年のイシュー・ペーパーでは、Office of Fair Trading v. Abbey National plc. の判決後、透明性は重要であるが、それだけでは、価格に関する条項を除外するには十分ではないとして、透明かつ顕著 (prominent) であれば、価格に関する条項は不公正性の判断から除外されるべきとの提案がなされていることについてはすでに述べた。⁽²²⁾

OFTや法委員会が透明性の重要性を訴え、OFTが事業者との協議において事業者の誓約による条項の修正を積極的に行ってきたが、Director General of Fair Trading v. First National Bank plc.、Office of Fair Trading v. Abbey National plc. の判決以降、透明性の要件の重要性は低下していることさえある。⁽²³⁾

(8) 作成者不利の解釈準則 (Interpretatio contra proferentem)

一九九九年不公正条項規則7条(2)は、記載された条項の意義について疑いある場合には、消費者に有利に解釈される

と規定する。法委員会は作成者不利の解釈準則は、排除条項に関する法的規制が出現する以前にコモンロー上のルールとして活用されてきたが、それ単体では、消費者を害する条項に対しては弱い武器であると指摘する²⁰⁾。法委員会の提案は、作成者不利の解釈準則はコモンロー上のルールとして適用されることから、準則を統合された法案に含めることは必要でないかもしれないとするものの、統合された法案に含めても不利益はないため準則の規定を設けることにしたとする⁽²⁰⁾。

五 まとめにかえて

本稿においては、英国の不当条項規制が定める不公正条項を判断する、「信義誠実」「当事者間の契約上の権利・義務の著しい不均衡」「消費者の不利益」「中心条項の除外」「個別交渉条項の除外」「明瞭性・透明性」「作成者不利の解釈」という一般条項に関する不公正性を判断する要件について、その意義、相互の関連性についての議論、関連判例についての検討を行った。

英国の不公正条項規制としては一九七七年不公正契約条項法とEC不公正条項指令が国内法規化された一九九九年不公正条項規則という二つの法が存在している。一九七七年不公正契約条項法は消費者契約だけでなく、その他の契約にも適用され、契約上の責任排除または制限条項について適用される。一九九九年消費者契約における不公正条項規則は、消費者契約における不公正条項に関するEC指令と同様、その対象を売主または提供者と消費者間の消費者取引に限定し、責任排除・責任制限条項だけでなく、不公正条項について広く規定することを意図している。

英国の不公正条項規制の特徴として、二つの主要な法律が存在すること、OFTの役割の重要性、大陸的な信義則と

いう概念などを含むEC不公正条項指令を自国の法制度に取込むためにさまざまな議論が法委員会等で活発になされてきたことが指摘される。

本稿では不公正条項の一般条項に関する判断要件について、法委員会による一九七七年不公正契約条項法と一九九九年不公正条項規則を統合した新しい法案の提案などがなされた二〇〇二年の法委員会のコンサルテーション・ペーパー、二〇〇二年のコンサルテーション・ペーパーに対する団体や個人、学界、政府機関等からのコメントを踏まえた提案を含む二〇〇五年のレポート、さらに、二〇〇九年の*Office of Fair Trading v. Abbey National plc.* ⁽²⁰⁾を踏まえ、一九九九年不公正条項規則の適用が除外される条項について特に検討した二〇一二年のイシュー・ペーパー、OFTの見解、主要な判例の動向等を中心に検討を行った。

英国における不公正条項規制を含む消費者法制の執行に欠かせないものとして、一九九九年不公正条項規則および二〇〇二年企業法第八編における執行をあげることができる。二〇〇二年企業法第八編は、OFTに英国における消費者法制の執行において他の執行者の行為をコーディネートする役目も含め、先導的な役割を果たす権限を与えている。⁽²⁰⁾ 不公正性の判断についての裁判例が少ないこともあり、OFTによる拘束力のある誓約による事業者の条項の修正は、不公正条項に関する法制度において重要な地位を占めるものであるということができる。

一九九九年不公正条項規則における不公正性を判断する要件につき「個別に交渉された条項」が公正性の判断から除外されている点につき、法委員会の提案としては、中心条項を除いた個別に交渉された条項を、法委員会が提案する不公正を判断する「公正かつ合理的」なテストから除外するべきではないとする。その理由として、上記のように、どのような場合に条項が個別に交渉されたのかどうかがいまいであること、消費者が交渉された条項であることが意味するところについて認識していないかもしれないこと、シンプルな法律がのぞましいことがあげられている。

「中心条項の除外」、「透明性」について、法委員会の二〇一二年のイシュー・ペーパーは、*Office of Fair Trading v. Abbey National plc.* ⁽²⁰⁾に従い、主要な条項と付随的な条項の区別を設けて付随的な条項については不正の判断を行う立場を採用せず、透明性は重要であるが、それだけでは、価格に関する条項を除外するには十分ではないとして、透明かつ顕著であれば、価格に関する条項は不正性の判断から除外されるべきであるとする⁽²⁰⁾。学説からは、この「消費者の権利に反する」判決は、協議による誓約を通じて事業者の条項の修正に成果を収めてきたOFTの権威を傷つけるものであるとの否定的な評価もなされており⁽²⁰⁾、立法的な解決が望まれるとの主張もなされる⁽²¹⁾。

一九九九年不正条項規則五条(1)における「信義誠実の要請に反し、契約から生じる当事者の権利義務に著しい不均衡を生じさせ、消費者に不利益をもたらす場合」という要件について、法委員会は、信義誠実につき、EC不正条項指令の国内法規化は加盟国にその形式、方法が委ねられていること、信義誠実という用語は英国法になじみがなく混乱を招くとする⁽²²⁾。そこで、不正性の判断においては、信義誠実ではなく、一九七七年不正契約条項法における「公正かつ合理的」といった用語を使用するべきであるとの提案を行っている。信義誠実に反するか否かについて判断要件に加え「公正かつ合理的」でない条項が不正条項であるとする理由としては、「公正」については、事業者が主観的に不正な行為を行っていない、消費者の利益を害する意図がない場合条項は不正でないとの解釈が可能であることから「公正」で「合理的」という二つの要件が存在する方が消費者にとって有利であり、より多くの指針を与えることがあげられる⁽²³⁾。

法委員会不正契約条項法案の二四条は、公正さと合理性は、「当該条項の透明性」、およびその「条項の実質、効果ならびに合意時のすべての状況」を考慮して決定される、とする。さらに、透明性は、「合理的に平易な言葉で表現され、読みやすく (legible)、明瞭に提示され、かつ、問題となっている契約条項または通知によって影響を受ける可能性の

高い、どのような者にとつても容易に入手可能である」ことを意味するとする。

「著しい不均衡」について不公正性の判断要件に含めない理由としては、「厳しい条項」が安い価格で調整され、正当化されることを示唆しているようであるが、消費者はそのように厳しい条項を評価せず、そのような取引を欲していなかった場合、条項は不公正となることがあげられる。⁽²⁴⁾ 信義誠実を加えないことに関しての疑問を避けるため、信義誠実において要求されるすべてのことがらが、この「公正かつ合理的」という要件にも含まれることも提案に記載することが考えられるものの、そのような記載をすることは必要ではないとの判断がなされる。⁽²⁵⁾

このように、信義誠実においての「両当事者の交渉上の地位」、「消費者が当該条項につき同意する誘因を有していたのか」、「物またはサービスが消費者の特別な注文に応じて販売または提供されたのか」、「売主または提供者がその正当な利益につき配慮しなければならない契約の相手方を公正かつ衡平に扱ったのか」、「公正でオープンな取引」であるのか、「条項が完全、明確に、読みやすく」表現されているのか、「条項が消費者に不利に働くかどうかについて適切な配慮がなされ」ているのか、「提供者が意図的または無意識的に、消費者の窮状、貧困、経験の欠如、契約の目的物を熟知していないこと、取引的地位の脆弱さ、または規則の付則二に掲げられている要因あるいはそれらの要因に類似した要因を利用して」いるのか、「不意打ちおよび真の選択の欠如を妨げ」ているのかなどすべての考慮事項が、「公正かつ合理的」という要件のなかで過程的不公正性と実質的不公正性の双方の考慮がなされることも含めて充足されるかどうか今後検証されていくべきではないかと思われる。

中心条項の除外、透明性については *Office of Fair Trading v. Abbey National plc* 判決が下されたことにより、今までの法委員会、OFTの、消費者の条項に対する理解、選択を重視する方向性とは一見異なった事業者の経済活動の自由を重視する方向性が打ち出されているかのように見受けられる。⁽²⁶⁾ ただし、集団利益の保護を取扱う判例による不公

正条項法制の執行と、事業者との協議において、誓約による個別条項の修正などが可能なOFTの消費者法制度の執行については考慮する事柄が必ずしもすべて一致するものではないことも指摘されている。今後Office of Fair Trading v. Abbey National plc. 判決により、OFTの不正条項を巡る法の執行がどのような影響を受けるのであろうか懸念される⁴⁸⁾ところである。また中心条項、信義則、透明性、消費者等の解釈について、英国裁判所とEC裁判所の間に乖離が生じてくるかについても今後の動向が注目される⁴⁹⁾。

日本法および債権法改正における不当条項に関する議論においても、信義則の解釈、透明性、個別の交渉を経て採用された条項、契約の中心部分に関する条項、消費者が合理的に予測できなかった不意打ち条項といった不当性を判断する要件および要件相互の関連性などについて今後の議論の動向が注目される。

【付記】

本稿は科学研究費補助金（基盤研究（C））の交付を受けた研究成果の一部である。

- (47) European Commission, *Proposal for a Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts* [1990] O.J. C. 243/2, European Commission, *Amended Proposal for a Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts* [1992] O.J. C. 73/7; see Hans Brandner and Peter Ulmer, *The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission* 28 C.M.L.Rev. 647, 656 (1991).
- (48) Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation (SI 1999/2083) reg. 5 (4).
- (49) See CHRIS WILLET, *supra* note 83, at 168.
- (50) *Id.*, *The Law Commission Consultation Paper*, *supra* note 10, para. 4, 52.
- (51) See CHRIS WILLET, *supra* note 83, at 168.
- (52) *Id.*

- (9) *Id.*
- (16) RICHARD LAWSON, EXCLUSION CLAUSES AND UNFAIR CONTRACT TERMS 239 (9th ed., Sweet & Maxwell 2008).
- (62) *Id.*
- (93) *Law Commission, and the Scottish Law Commission Issue Paper, supra* note 10, para. 8. 5.
- (74) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 4. 52; *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report, supra* note 10, paras. 3. 50-3. 55; 角田光輝「EU消費政策：契約法に関する消費者保護指令の経緯」〔2〕「信州大学法学論集」一五巻九一頁 一三二頁 (二〇一〇年)。
- (95) Unfair Contract Terms Act, 1977. s 11 (5); *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report, supra* note 10, paras. 3. 130 and 8. 32.
- (99) *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report, supra* note 10 paras. 3.124, and 3.130, 8.32; *Law Commission, and the Scottish Law Issues Paper, supra* note 10, para. 2.4.; *Oceano Grupo Editorial SA v. Quintero* (Joined Cases C-240/98 to C-244/98) of 27 June 2000, [2000] ECR I-4941.
- (5) GUENTER TREITEL, THE LAW OF CONTRACT para. 7-101 (Edwin Peel ed., 12th ed., Sweet & Maxwell 2007).
- (98) OFT, *Unfair Contract Terms, A Bulletin Issued by the Office of Fair Trading, Issue No.1*, at 8 (1996).
- (96) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 4. 57; *Law Commission Report, supra* note 10, para. 3. 57.; CHRIS WHILLER, *supra* note 83, at 248.
- (101) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para and *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report, supra* note 10, para. 3.62.
- (101) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, paras. 4. 59, 9. 12-9. 14; *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report, supra* note 10, paras. 3. 57, 3. 65-3. 66, 8. 16-8. 17, Unfair Contract Terms Bill, cl.4 (2) and (3).; WHILLER, *supra* note 83 at 248.
- (101) WHILLER, *supra* note 83, at 248-249.
- (101) [2002] 1 AC 481 (H.L.), [2001] 3 WLR 1297. 一九九四年規則のもとで提起された訴訟であるが、一九九九年規則の場合と異ならないとされる。

- (10) [2002] 1 AC 481, 491; CHITTY, *supra* note 63, para. 15-056.
- (10) [2002] 1 AC 481, 491.
- (96) [2002] 1 AC 481, 491 and 501.
- (10) [2002] 1 AC 481, 491.
- (10) [2002] 1 AC 481, 499.
- (10) [2009] 3 W.L.R. 1215 (S.C.); Office of Fair Trading v. Foxtons Ltd. [2009] EWHC 1681 (ch), [2009] 3 EGLR 133, [2009] EWCA Civ. 288, [2010] 1 W. L. R. 663. 以上の判決の控訴審の判断によつて、「典型的な消費者」の観点から一九九九年不正条項規則六条(2)に基き、Foxtonと消費者とある土地所有者の間に締結された標準書式契約における更新料を定める条項について、不正性の判断から除外されるか否かについて検討した。更新料についての条項はFoxtonが、Foxtonの紹介したテナントがその賃貸期間を更新または延長した場合に、Foxtonが更新または延長について交渉しなかったとしても、賃貸料の一部を徴収することができると定めるものである。裁判所は、更新料はコミッション全体とは別個のものであり、消費者である土地所有者はこの条項を中心的な取引であると考へておらず、消費者の土地所有者からは補助的な事柄であるため除外されないとした。([2009] EWHC 1681 (ch), [2009] 3 EGLR 133, at [43] and [50])。さらに、更新料についての条項は明確で顕著ではなかったとした。([2009] EWHC 1681 (ch), [2009] 3 EGLR 133, at [74])。当該条項は、支払額が大きく、時間の経過につれて消費者に不利に作用し、相応のサービスが提供されないため、「著しく不均衡」が存在し、典型的な消費者の注意を引く条項ではないことから、不正であると判断された。([2009] EWHC 1681 (ch), [2009] 3 EGLR 133, at [90] and [91])。
- (10) [2009] 3 W.L.R. 1215, 1231, 1237 and 1250. 過振り手数料について、銀行の個人向けの当座預金からの収入の三〇%を占めるものであるとされる。
- (11) [2009] 3 W.L.R. 1215, 1249-1250; *Law Commission and the Scottish Law Commission Issue Paper*, *supra* note 10, paras. 5, 23 and 5, 24.
- (12) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issues Paper*, *supra* note 10, paras. 5, 68 and 5, 69.
- (13) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issue Paper*, *supra* note 10, paras. 8, 13, 8, 16, 8, 25-8, 26, 8, 41.
- (14) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issue Paper*, *supra* note 10, para. 8, 25.
- (15) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issue Paper*, *supra* note 10, para. 8, 26.
- (16) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issue Paper*, *supra* note 10, para. 8, 29-8, 33. しかしながら、消費者の注意の度合(level of attention) は物品や役務の種類によつて異なるものとす。 See Joined Cases T-183/02 and T184/02 *El Corte Ingles v Office for Harmonisation in*

the Internal Market (Trade Marks and Designs) [2004] ECR II-00965 at [68].

- (11) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issue Paper*, *supra* note 10, paras. 8, 34-8, 37.
- (11) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issues Paper*, *supra* note 10, paras. 8, 14-8, 16-8, 17.
- (11) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issues Paper*, *supra* note 10, paras. 8, 14-8, 16-8, 17.
- (11) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issues Paper*, *supra* note 10, paras. 8, 14-8, 16-8, 17.
- (11) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issues Paper*, *supra* note 10, paras. 5, 24, 5, 25 and 5, 23.; [2009] UKSC 6, [2010] 1 AC 696 at [36].
- (12) Chris Willlett and Martin Morgan-Taylor, *Recognising the Limits of Transparency in EU Consumer Law, Consumer Protection in European Consumer Protection* 153. (James Deveney and Mel Kenny ed., Cambridge University Press 2012).
- (12) Mindy Chen-Wishart, *Transparency and Fairness in Bank Charges*, L.Q. R. 157, 160 (2010).; *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd* [1971] 2 Q.B. 163, 169 (CA) per Lord Denning.
- (13) Chen-Wishart, *supra* note 122, at 160-161.; [2009] 3 W.L.R.1215, 1250.
- (14) [2002] 1 AC 481, 491 (H.L.).
- (15) [2002] 1 AC 481, 499 (H.L.).
- (16) *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report*, *supra* note 10, para.3, 60.
- (17) *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report*, *supra* note 10, para.3, 60.
- (18) Paul S. Davies, *Bank Charges in the Supreme Court*, 69 *The Cambridge Law Journal* 21 (2010).
- (19) NEUBA, *supra* note 52, at 143-144.; WHILLER, *supra* note 83, at 224, n.244.; Commission of the European Communities, *Proposal for Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts* COM/90/322 final, [1990] O.J.C. 243.; Commission of the European Communities, *Amended Directive for Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts* COM/92/66 final, [1992] O.J.C. 73.
- (20) *Proposal for Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts* COM/92/66 final, [1992] O.J.C. 73.
- (21) Director General of Fair Trading v. First National Bank plc. [2002] 1 AC 481, 494 (H.L.).
- (21) *Id.*; CHITTY, *supra* note 63 para.15-073.
- (22) OFT, *Unfair Contract Terms, Bulletin No.1*, *supra* note 98, para. 1, 5 (1996).; CHITTY, *supra* note 63, paras. 15-079 and 080.
- (23) CHITTY, *supra* note 63, para. 15-081.; *Unfair Contract Terms, Bulletin No. 1*, *supra* note 98, paras 1-5.; LAWSON, *supra* note 91, at 243.

- (134) CHITTY, *supra* note 63, para. 15-074; Recital 16, Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts Directive.; Unfair Contract Terms Act 1977 s.11 (1) and Sch.2.
- (135) Walford v. Miles [1992] 2 A.C. 128, 138.
- (136) Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Programmes Ltd. [1989] Q.B. 439.
- (137) Hugh Beale, *Legislative Control of Furness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts in JACK BEATSON AND DANIEL FRIEDMAN* eds., GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW at 245 (Clarendon Press, 1995); NEBBIA, *supra* note 52, at 147.
- (138) See Beale, *supra* note 137, at 245.
- (139) *Id.*
- (140) Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Ltd. (C.A) 1 Q.B. 433 (1987).
- (141) 1 Q.B. 433, 439 (1987).
- (142) Director General of Fair Trading v. First National Bank plc. [2002] 1 A.C. 481, 494.
- (143) [2002] 1 A.C. 481, 494.
- (144) Pat Edwards, *The Challenge of Unfair Contract Terms Regulation Unfair Contract Terms in A Bulletin Issued by the Office of Fair Trading Bulletin, no. 4, 9 (1997)*.
- (145) OFT, *Unfair Contract Terms, Bulletin No.2* (September 1996), paras. 2, 21-2, 24.
- (146) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, paras. 4, 89-4, 90.
- (147) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, paras. 4, 87-4, 103; *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report, supra* note 10, paras. 3, 9 and 8, 21.; NEBBIA, *supra* note 52, at 147.
- (148) *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report, supra* note 10, Unfair Contract Terms Bill, cl. 14 (1) and (2).
- (149) *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report, supra* note 10, Unfair Contract Terms Bill, cl. 14 (4); 須藤 前掲注 (44) 八八一八九頁。
- (150) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 4, 90.
- (151) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, paras. 3, 57-3, 71, and 4, 90.

- (87) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 4, 89; *The Law Commission and The Scottish Law Commission Report, supra* note 10, para. 3, 91.
- (88) [2000] Q.B. 672, 687, per Gibson L.J., [2002] 1 A.C. 481, 500; Hugh Collins, *Good Faith in European Contract Law*, 14 O.J.L.S. 229, 249 (1994); Lawson, *supra* note 91, at 240.
- (89) [2000] Q.B. 672, 687, per Gibson L.J.
- (90) Willett, *supra* note 83 at 225.
- (91) [2002] 1 A.C. 481, 499, per L. Steyn.
- (92) Lawson *supra* note 91, at 245.
- (93) Chitty, *supra* note 63, para. 15-083.
- (94) [2006] EWCA Civ. 973.
- (95) Chitty *supra* note 63, para. 15-084. 一九九九年不公正条項規則付則2(1)(i)は「契約締結前に、内容を認識する現実の機会のない条項に対して、消費者が確定的に (irrevocably) 拘束される」様な状況。つまり、消費者が読み、理解、考慮、そして契約条項について決定する現実の機会があったかどうかによって判断される。」
- (96) Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, Recital 20.
- (97) Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, Recital 19.
- (98) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 3, 58 at n 126; Allen Leff, *Unconscionability and the Code- the Emperor's New Clause*, 115 U. PA L. Rev. 485 (1967).
- (99) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 3, 58.
- (100) *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report, supra* note 10, Unfair Contract Terms Bill, Appendix A, draft bill, cl. 14, Explanatory Notes, 42.
- (101) Director General of Fair Trading v. First National Bank plc. [2000] 1 W.L.R. 98, 110 (Ch.D.).
- (102) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 3, 58.
- (103) *Id.* s. 2 (2).

- (169) The Law Commission Consultation Paper, *supra* note 10, para. 3. 58.
- (170) *Id.* para. 3. 61; s.9, AGBG; Code Civil, Art. 1134.
- (171) *Id.* para. 3. 61, Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, Recital 16.
- (172) *Id.* para. 3. 63.
- (173) *Id.*
- (174) Director General of Fair Trading v First National Bank plc. [2000] QB 672 (C.A.) 686-687.
- (175) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 3. 67.
- (176) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 3. 69.
- (177) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 4. 97.
- (178) *The Law Commission and The Scottish Law Commission Report, supra* note 10, Appendix A, draft bill, cl. 14 (1). and clause 14 (2).
- (179) [2010] 1 WLR 663.
- (180) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issue Paper, supra* note 10, para. 9. 49; [2010] 1 WLR 663, 686.
- (181) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, paras. 4. 104, 4. 105 and 9. 25; *Unfair Contract Terms Bulletin No. 4, supra* note 144, at 13-18.
- (182) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, paras. 409, 4. 107 and 4. 108; Law Commission Report, *supra* note 10, paras. 3. 63-3. 66 and 3. 97-3. 102.
- (183) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10 paras. 5. 76-5. 79; *The Law Commission and The Scottish Law Commission Report, supra* note 10, para. 3. 101.
- (184) OFT, *Unfair Contract Terms, A Bulletin Issued by the Office of Fair Trading, No.2*, paras. 2. 21-2. 28 (1996).
- (185) Edwards, *supra* note 144, at 16; OFT, *A Bulletin Issued by the Office of Fair Trading, No.2, supra* note 184, para. 2. 21 (1996).
- (186) Edwards, *supra* note 144, at 9.
- (187) OFT, *Unfair Contract Terms Guidance* (2008).
- (188) *Id.* Annex at 131.

- (87) *Id.* Annex at 139-140.
- (88) *Id.* Annex at 135-136.
- (89) [2002] 1 A.C. 481.
- (90) County Courts (Interest on Judgment Debts) Order 1991.
- (91) Consumer Credit Act, 1974, c.39.
- (92) [2000] Q.B.672, 674.
- (93) [2000] Q.B.672, 687.
- (94) [2000] Q.B.672, 687.
- (95) [2000] Q.B.672, 687.
- (96) [2000] Q.B.672, 688.
- (97) [2002] 1 A.C. 481, 497.
- (98) [2009] 3 W.L.R.1215 (S.C.).
- (99) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issue Paper, supra* note 10, paras. 8, 13, 8, 16, 8, 25-8, 26, and 8, 41.
- (100) [2002] 1 A.C. 481.
- (101) [2009] 3 W.L.R.1215 (S.C.).
- (102) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 3, 74.
- (103) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 4, 110.; *Law Commission Report, supra* note 10, para. 3, 106-3, 107 and 8, 27.
- (104) [2009] 3 W.L.R.1215 (S.C.).
- (105) *See OFT, Enforcement of Consumer Protection Legislation Guidance, supra* note 61, 2, 5.
- (106) [2009] 3 W.L.R.1215 (S.C.).
- (107) *Law Commission and the Scottish Law Commission Issue Paper, supra* note 10, paras. 8, 13, 8, 16, 8, 25-8, 26, and 8, 41.
- (108) *Chen-Whishart, supra* note 122, at 158.

- (211) Davies, *supra* note 128, at 24.
- (212) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, paras. 4, 89-4, 90.
- (213) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, paras. 4, 87-4, 103; *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report, supra* note 10 paras. 3, 9, 8, 21.; NEBHA, *supra* note 52, at 147.
- (214) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 4, 90.
- (215) *The Law Commission Consultation Paper, supra* note 10, para. 4, 89; *The Law Commission and the Scottish Law Commission Report, supra* note 10, para. 3, 91.
- (216) Whillet, *supra* note 83, at 200; Howell, *supra* note 83, 282.
- (217) Whillet, *supra* note 83, at 205, 211 and 212.