違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理 (1)最近の中途解約に関する判例を契機として

OHSAWA, Aya / 大澤, 彩

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

法学志林 / Review of law and political sciences

(巻 / Volume)

106

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

19

(終了ページ / End Page)

101

(発行年 / Year)

2009-02-25

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00007242>

違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理（二）

——最近の中途解約に関する判例を契機として——

大澤 彩

序

第一章 日本法（その1）——現状における問題点の抽出

第一節 消費者契約法

第一款 学納金返還訴訟

1 最高裁判決の検討

（1）事案及び判旨の紹介

（2）検討

2 下級審裁判例との比較

3 消費者契約法一〇条との関係

4 小括

第二款 その他の消費者契約法九条一号適用事例

第三款 小括

違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理（二）（大澤）

1 違約金・損害賠償額の予定条項における「損害」の

意味

2 消費者契約法九条一号の「平均的な損害」の意味・

妥当性

第二節 民法

第三節 特定商取引に関する法律

1 規制の概要

2 裁判例

3 小括

第四節 小括——まとめと問題点の提示

1 違約金・損害賠償額の予定条項と「損害」

（1）民法、特別法における規制の現状

- (2) 「損害」の範囲
- (3) 「実損害」との関係
- (4) 「損害」算定の困難性
- 2 違約金・損害賠償額の予定条項の規制基準
 - (1) 評価要素
 - (2) 民法、特別法の基準の再検討
- 3 違約金・損害賠償額の予定条項の規制根拠 (以上本号)
- 第二章 日本法(その2) ——これまでの学説・裁判例
- 第三章 フランス法
- 結章 まとめと試論

序

近年、裁判所において消費者契約の解除時の損害賠償額の予定条項・違約金条項の効力が争われる事案が頻出している。その主な法理は消費者契約法九条一号であり、当該違約金条項で定められている違約金が事業者に生じる「平均的な損害」を超えるか否かが争われている。その中心は、いわゆる学納金返還訴訟である。学納金返還訴訟は、関西を中心に下級審で多数裁判例が出されたが、最高裁判平成一八年一月二七日判決で「三月三十一日までの解除であれば入学金の返還は認められず、授業料の返還のみが認められる」という結論が出されたことによって一定の解決を見たと言える。後に見るように、その最高裁の結論自体はおおむね支持されているといえ、もはやその結論を蒸し返す風潮がそれほどあるとは言えない。

しかし、最高裁が結論を出すに至った法的論理については、いくつか疑問を挟む余地があり、その疑問が消費者契

約法九条一号の基準について、さらには、現代における違約金・損害賠償額の予定条項に残された問題を提起している。とりわけ、学納金返還訴訟における裁判所の消費者契約法九条一号のとらえ方を、学納金返還訴訟以外の他の事案における消費者契約法九条一号適用例と比較して検討すると、その問題はさらに浮き彫りになる。一方で、解除時の違約金・損害賠償額の予定条項の効力が争われた裁判例としては、消費者契約法事例のみならず、消費者契約法施行前の事例を中心とした民法適用事例、また、英会話学校の中途解約時の精算規定が問題とされた特定商取引に関する法律適用事例が存在する。

このように、解除時の違約金・損害賠償額の予定条項について、日本法では現在のところ、消費者契約法、民法、特定商取引に関する法律という三つの異なる法理が問題となる。これら三つの法理を比較してみると、現在の解除時の違約金・損害賠償額の予定条項論に潜む問題点が浮き彫りになる。

そこで、まず、学納金返還訴訟最高裁判決が残した問題はもちろん、消費者契約法九条一号が適用された他の事例、民法、特定商取引に関する法律が適用された事例をも網羅的に検討し、現代における違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理に存在する問題点を指摘する。その際、消費者契約法九条一号の「平均的な損害」について検討した最近の学説も随所でとりあげ、さらに問題点を明確にする(第一章)。その上で、次に、これまでの日本における損害賠償額の予定条項についての学説・裁判例を検討し、現在問題となっている消費者契約法九条一号の問題点がこれまでの学説・裁判例とのずれによって生じていることを指摘する(第二章)。一方で、違約金・損害賠償額の予定条項につき、民法典はもちろん、消費法典という消費者保護の特別法によって解決が図られているフランスを比較の対象とする(第三章)。日本とフランスは、ともに消費者保護を目的とした特別法が規制の中心となっているものの、民法

との関係で興味深い問題を提起している点で共通する問題が存在すると思われるからである。最後に、以上の検討をもとに、今後の損害賠償額の予定条項の規制につき、消費者契約法九条一号のあるべき基準を中心に一定の示唆を導く(結章)⁽²⁾。

第一章 日本法(その1) ——現状における問題点の抽出

第一節 消費者契約法

消費者契約における違約金・損害賠償額の予定条項については、二〇〇〇年に成立した消費者契約法の九条一号でその妥当性が判断されることになる。

消費者契約法九条一号は、契約の解除に伴う損害賠償額の予定等の定めがある場合において契約が解除されたときに、民法四二〇条の規定の適用の如何にかかわらず、当該事業者が生ずべき「平均的な損害」の額を超える額の支払を消費者に請求することができず、その超過部分を無効とするものである。⁽³⁾

同条一号が対象としているのは、「契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項」である。消費者契約においては、契約の解除に伴う損害賠償額の予定と併せて損害賠償とは趣旨が異なる違約罰的なものとして高額な違約金を規定する場合があるが、このような場合にも消費者に過大な義務を課すことになりうるため、両者を合算した額が事業者が生じる「平均的な損害」の額を超えてはならないとして⁽⁴⁾いる。

「平均的な損害」とは、「同一事業者が締結する多数の同種契約事案について典型的に考察した場合に算定される平

均的な損害の額」という趣旨である。具体的には、「解除の事由、時期等により同一の区分に分類される複数の同種の契約の解除に伴い、当該事業者が生じる損害の額の平均値」を意味する。なぜこのような基準が定められているかと言えば、「事業者には多数の事案について実際に生じる平均的な損害の賠償を受けさせれば足り、それ以上の賠償の請求を認める必要はない」からである。「契約の類型ごとに合理的な算出根拠に基づき算定された平均値」であり、当該業種における業界の水準を指すものではない。また、解除に伴う損害賠償額の予定等の区分の仕方は、業種や契約の特性により異なるものであるところ、「平均的な損害」であるかどうかの判断は、当該条項で定められた区分毎に判断するとされている。⁽⁶⁾ もっとも、現実の損害額を立証できた場合には、それ以上の利得を事業者に認める必要はないとする学説もある。⁽⁶⁾

一方、「消費者契約法」第八条、第九条に規定する条項以外にも消費者の利益を一方的に害する条項が存在することから、同法一〇条では「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、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であって、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」が無効とされる。同法一〇条は、少なくとも立法担当者の解説では「第八条、第九条に規定する条項以外」を中心に想定されていること、⁽⁷⁾ 及び、「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」との比較が要求されており、例えば暴利行為等は本条の対象とならないとされていることから、損害賠償額の予定条項が同法一〇条によって無効とされることがあるかについては慎重な検討が必要である。しかし、その一方で立法担当者の解説では一〇条によって無効とされる条項の例として解除権制限条項が挙げられていること⁽⁸⁾ から、解除の場合の違約金が高額である場合など、「解除権を不当に制限している」と見られる場合には、一〇条によって

無効とされることもありうる。

以上の点を踏まえた上で、次に消費者契約法九条一号をめぐる裁判例をいくつかに分けて検討する。

第一款 学納金返還訴訟

1 最高裁判決の検討⁽⁹⁾

いわゆる学納金返還訴訟最高裁判決は、実際には同日に出された五つの最高裁判決から構成される⁽¹⁰⁾。しかし、ここではそれら一つ一つを紹介するのではなく、消費者契約法が適用された事案のうち、民集掲載判例の三つにつき、事案を簡潔なものにし、「入学金欠席条項がある場合」や「推薦入学の場合」といった「例外」も含めて最高裁がどのような解決を行ったかを説明する。また、本稿が違約金・損害賠償額の予定条項の規制基準に焦点を当てたものであることから、その点に関連する部分のみを引用する。

(一) 事案及び判旨の紹介

【1】最判平成一八年二月二七日民集六〇卷九号三四三七頁等

XはY大学の入学試験に合格し、入学金、授業料等を支払ったが、その後Y大学への入学を辞退した。Y大学の在学契約には学納金不返還条項が存在し、納付済の学納金の返還が拒否されたため、Xは支払った学納金の返還を請求した。

〔判旨〕

授業料等は、「一般に、教育役務の提供等、在学契約に基づく大学の学生に対する給付の対価としての性質を有するものと解され」る。

「…同日（引用者注：四月一日）よりも後に在学契約が解除された場合であっても、前納された授業料等に対応する学期又は学年の途中で在学契約が解除されたものであるときは、いまだ大学が在学契約に基づく給付を提供していない部分に対応する授業料等については、大学が当然にこれを取得し得るものではないというべきである。…これに対し、学生が大学に入学し得る地位を取得する対価の性質を有する入学金については、その納付をもって学生は上記地位を取得するものであるから、その後、在学契約等が解除され、あるいは失効しても、大学はその返還義務を負う理由はないというべきである」。

「…不返還特約は、入学辞退（在学契約の解除）によって大学が被る可能性のある授業料等の収入の逸失その他有形、無形の損失や不利益等を回避、てん補する目的、意義を有するほか、早期に学力水準の高い学生をもって適正な数の入学予定者を確保するという目的に資する側面も有するものといえる」。

「…不返還特約のうち授業料等に関する部分は、在学契約の解除に伴う損害賠償額の予定又は違約金の定めを有するものと解するのが相当である」。

「…不返還特約は、その目的、意義に照らして、学生の大学選択に関する自由な意思決定を過度に制約し、その他学生の著しい不利益において大学が過大な利益を得ることになるような著しく合理性を欠くと認められるものでない限り、公序良俗に反するものとはいえないというべきである」。

「…在学契約の解除に伴い大学に生ずべき平均的な損害は、一人の学生の大学との在学契約が解除されることによ

って当該大学に一般的、客観的に生ずると認められる損害をいうものと解するのが相当である。そして、上記平均的な損害及びこれを超える部分については、事実上の推定が働く余地があるとしても、基本的には、違約金等条項である不返還特約の全部又は一部が平均的な損害を超えて無効であると主張する学生において主張立証責任を負うものと解すべきである」。

「当該大学が合格者を決定するにあたって織り込み済みのものと解される在学契約の解除、すなわち、学生が当該大学に入学する（学生として当該大学の教育を受ける）ことが客観的にも高い蓋然性をもって予測される時点より前の時期における解除については、原則として、当該大学に生ずべき平均的な損害は存しないというべきであり、学生の納付した授業料等及び諸会費等は、原則として、その全額が当該大学に生ずべき平均的な損害を超えるものといわなければならない。…学生による在学契約の解除が、上記時点以後のものであれば、そのような時期における在学契約の解除は、当該大学が入学者を決定するにあたって織り込み済みのものということではできない」。

「…在学契約の解除の意思表示がその前日である三月三十一日までにされた場合には、原則として、大学に生ずべき平均的な損害は存しないものであって、不返還特約はすべて無効となり、在学契約の解除の意思表示が同日よりも後にされた場合には、原則として、学生が納付した授業料等及び諸会費等は、それが初年度に納付すべき範囲内ものにとどまる限り、大学に生ずべき平均的な損害を超えず、不返還特約はすべて有効となるといふべきである」。

（推薦入学の場合）「もっとも、入学試験要項の定めにより、その大学、学部を専願あるいは第一志望とすること、又は入学することを確約することができることが出願資格とされている推薦入学試験（これに類する入学試験を含む。）に合格して当該大学と在学契約を締結した学生については、上記出願資格の存在及び内容を理解、認識した上

で、当該入学試験を受験し、在学契約を締結したものであること、これによって、他の多くの受験者よりも一般に早期に有利な条件で当該大学に入学できる地位を確保していることに照らすと、学生が在学契約を締結した時点で当該大学に入学することが客観的にも高い蓋然性をもって予測されるものというべきであるから、当該在学契約が解除された場合には、その時期が当該大学において、当該解除を前提として他の入学試験等によって代替りの入学者を通常容易に確保することができる時期を経過していないなどの特段の事情がない限り、当該大学には当該解除に伴い初年度に納付すべき授業料等及び諸会費等に相当する平均的な損害が生ずるものというべきである」。

（入学式欠席条項がある場合）「もっとも、要項等に、『入学式を無断欠席した場合には入学を辞退したものとみなす』、『入学式を無断欠席した場合には入学を取り消す』などと記載されている場合には、当該大学は、学生の入学の意思の有無を入学式の出欠により最終的に確認し、入学式を無断で欠席した学生については入学しなかったものとして取り扱うこととしており、学生もこのような前提の下に行動しているものといえることができるから、入学式の日までに在学契約が解除されることや、入学式を無断で欠席することにより学生によって在学契約が黙示に解除されることとがあることは、当該大学の予測の範囲内であり、入学式の日翌日に、学生が当該大学に入学することが客観的にも高い蓋然性をもって予測されることになるものというべきであるから、入学式の日までに学生が明示又は黙示に在学契約を解除しても、原則として、当該大学に生ずべき平均的な損害は存しないものというべきである」。

「…前記の不返還特約の目的、意義に照らすと、同号（引用者注…消費者契約法九条一号）によって無効とならない部分が、同法二〇条にいう『民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの』に該当しないことは明らかである」。

その上で、四月一日以降に解除した当事者のうち、入学式欠席条項がなかった場合には授業料の返還を認めず、一方で入学式欠席条項があった場合には授業料の返還を認めた。推薦入試に合格し、入学手続を行った者については、「上記在学契約の締結時点においてXがY大学に入学することが客観的にも高い蓋然性をもって予測される状況にあった」として、授業料および後援会費の返還請求を認めず、一方で三月二九日に入学を辞退したXについては、授業料および後援会費の全額返還を認めた。

(2) 検討

最高裁は三月三十一日までの解除であるか四月一日以降の解除であるかによって、「平均的な損害」の有無を区別する。その上で、次の二つの「例外」を認めている。第一に、入学式欠席条項がある場合には、入学式の日までの解除であれば「平均的な損害」は生じないとしている。第二に、推薦入試による場合については、三月三十一日までの解除であっても授業料の返還を認めていない。入学金の返還は認めず、その一方で授業料については三月三十一日までの解除であれば返還を認めるという最高裁が示した原則的結論それ自体は、これまでの複数の下級審と同様である。¹¹⁾しかし、特に二つの「例外」と最高裁の「総論」との関係突き詰めて考えると、最高裁の判断プロセスに対するいくつかの疑問が生じる。以下、いくつかに分けてこの点を検討するが、その前に、最高裁の論理の問題点を示す際に重要な手がかりとなるものとして、調査官解説の記述をとりあげたい。調査官解説によると、最高裁が四月一日以降の解除については初年度に納付すべき授業料の額に相当する「平均的な損害」が生じるとしているのは次の理由による。¹²⁾

① 大学は、その設置運営について法令の制限及び所轄庁による監督を受け、学則に定める収容定員等に応じて大学設置基準所定の人的物的教育設備を整える義務を負っていること。

② 大学が新入生を募集する時期は限られていて、その時期以降の新入生の追加入学、及び修業年限の途中で入学者を受け入れることは必ずしも容易ではないこと。

③ 大学入試では受験者が複数の大学・学部を併願受験することが一般的に行われており、大学も合格者の相当数が実際には当該大学に入学しないことを見込んであらかじめ入学定員を上回る数の合格者を決定するなどしていること。

④ 入学辞退により、当該学生の入学受け入れ準備に要した費用が無駄になったり、事務手続きをやり直すための費用を要するとしても、これらは入学金によってまかなわれているといえることができること。

⑤ 大学は多数の学生と在学契約を締結し、多数の学生を対象として集団的に教育役務や教育設備等の提供を行い、そのための経費を支出しており、また、最終的に入学定員に対してどれだけの数の学生が入学するかは、入学辞退した当該学生とは無関係の事情によって決まるものであることなどから、一人の学生による在学契約の解除によって大学に生ずる損害を大学の支出の側から定型的に算出することは困難であること。

⑥ 大学の予算は年度単位で策定されており、在学契約に基づく給付も年度単位で行われていること。

1) 「平均的な損害」発生の基準時

最高裁は、「一人の学生が特定の大学と在学契約を締結した後に当該在学契約を解除した場合、その解除が当該大

学が合格者を決定するに当たって織り込み済みのものであれば、原則として、その解除によって当該大学に損害が生じたということとはできない」とする。具体的には、「不返還特約は、入学辞退（在学契約の解除）によって大学が被る可能性のある授業料等の収入の逸失その他有形、無形の損失や不利益等を回避、てん補する目的、意義を有するほか、早期に学力水準の高い学生をもって適正な数の入学予定者を確保するという目的に資する側面も有する」ものであり、四月一日より前の解除、つまり、「織り込み済み」の解除であれば、「損失を回避、てん補することができ、適正な数の入学予定者を確保することができる」ことから、「平均的な損害」がゼロになる、ということになる。この点は 調査官解説の②、⑥にも現れている。すなわち、年度単位で学生を募集している以上、三月三十一までに学生が解除の意思を示してくれない限り大学は新たな学生を追加入学させることはできないということである。これは後に消費者契約法九条一号をめぐる他の裁判例のところで検討する「代替可能性の有無」を問題にしたものといえる。

しかし、厳密に言うると、最高裁も言うように後期試験の合格者の発表が例年三月二四日頃までに行われていることや、補欠合格者の発表がほとんど三月下旬前に行われているという実情からは、「損失を回避、てん補することができ、早期に学力水準の高い学生をもって適正な数の入学予定者を確保」できるのは、実際には三月三十一よりも早い段階となるはずである。そうすると、三月三十一をもって損害の有無を決する枠組み自体は、必ずしも合理性を有するものではない。¹³⁾ 一方で、新年度が始まるのが四月一日であることを考えると、三月三十一日までの間であれば解除されることがありうる、すなわち「織り込み済み」と言えるということ自体は、それほど不自然な考え方ではない。大多数の学生は三月末までに進路が決定し、入学辞退をし得る状況にあることや、新年度の開始日という基準の明確性を考慮すると¹⁴⁾あり得ない判断ではない。また、仮に三月三十一よりも早い時点を「損害の有無」の判断基準とすると、

結局学生は学納金を返還して貰う可能性が低くなることになり、学生にとってかえって不利益となる。よって、「四月一日」を返還可否の基準として確立した最高裁の結論自体は一定の合理性を有するものといえることができる。⁽¹⁵⁾ 以上の点には「織り込み済み」であるかどうかと、実際の「損害の有無」はただちに結びつかないという問題点が表れている。⁽¹⁶⁾ つまり、解除時期に応じて違約金の額を決する際に、その時期の設定と実際の「平均的な損害」の有無が必ずしも一致しない場合があるという点が明らかになる。

この点は、最高裁が掲げた二つの「例外」と照らし合わせるとさらに明確になる。第一に、最高裁は、入学式欠席条項がある場合には、「入学式の無断欠席によって解除されることは、当該大学の予測の範囲内であり、入学式の日翌日に、学生が当該大学に入学することが客観的にも高い蓋然性をもって予測される」から、すなわち、「織り込み済み」であるから、損害はないとしている。しかし、入学式の日に解除されても、他の学生を補充できない点や予算の組み替えが出来ない点では「四月一日」ぎりぎりの解除の場合と同様である。⁽¹⁷⁾ つまり、「平均的な損害」はゼロとは言えない可能性がある。第二に、もう一つの例外として、最高裁は「…入学試験要項の定めにより、その大学、学部を専願あるいは第一志望とすること、又は入学することを確約することができることが出願資格とされている推薦入学試験（これに類する入学試験を含む。）に合格して当該大学と在学契約を締結した学生については、三月三十一日までの解除であっても授業料の返還を認めていない。最高裁が推薦入試の場合に学納金の返還を不要としている理由は、第一に、学生側が当該試験の特殊性を理解していたといえること、また、他の多くの受験者よりも一般に早期に有利な条件で当該大学に入学できる地位を確保していること、第二に、大学にとっては当該学生が大学に入学することが客観的にも高い蓋然性をもって予測されること、という理由である。第二の理由からは、後で学生を補充するこ

とができるか否かが「平均的な損害」の有無の判断の決め手となるのであろうが、推薦入試の場合は一般入試よりも入試の時期が早いことから、さらに補充の可能性が高いといえるので、これだけを理由に推薦入試の場合の「平均的な損害」の有無の特殊性を判断するのは不十分であるように思われる。一方、第一の理由からは、他の学生よりも早期に有利な条件で「入学できる地位を確保している」ことは、最高裁の論理で言えば本来であれば入学金で賄われているはずであり、その理由をもって「教育役務の対価」である授業料までも徴収することができるのかはやはり不明である。なお、下級審裁判例である横浜地判平成一七年四月一八日金判一二二五号四一頁（後掲【11】）では、「推薦入学試験の合格者が納付すべき入学金の法的性質としては、そのような高度な信頼関係を前提とした推薦入学試験の合格によって大学に入学しうる地位を付与し推薦入学の場合には、入学金の法的性質は、『学生としての地位』の対価という面に加え、『推薦合格』の対価という面を有するものと解される」というように、推薦入試の特殊性は「入学金」の部分で考慮している。

このように、本判決が「四月一日」を返還可否の基準とした点はもちろん、入学式欠席条項がある場合にはその基準が「入学式の日」であるという例外を示している点、さらに、推薦入試の場合には三月三十一日までの解除であっても返還不要であるとする点は、「平均的な損害」の有無の観点から見ると必ずしも十分に説明しきれない部分がある。また、そもそも四月一日をすぎれば「平均的な損害」の額が納付された授業料の額と一致するというのも不自然である。⁽¹⁸⁾確かに、大学側は、四月一日以降においては、辞退者がなければ確実に学納金を回収できる立場にあり、その損害の回避可能性がなくなることになるが、次に述べるように、⁽¹⁹⁾実際に「損害」が生じると言えるのが疑問である以上、検討の余地がある。⁽²⁰⁾しかし、「解除の時期」に応じて違約金の額の妥当性を検討する考え方自体は、消費者契約

法九条一号の文言が要求しているものでもあり、また、実際に在学契約以外の契約（例えば旅行契約）でも見られる考え方である。よって、その点から言えば最高裁が「四月一日」を基準とした点は、「政策上は」ありえない結論ではない。そうすると、「解除の時期」という評価要素と実際の「平均的な損害」の有無が必ずしも合致しない場合があり、違約金・損害賠償額の予定条項の効力の「判断プロセス」と「結論」にずれが生じる場合があるということになる。ここに、消費者契約法九条一号の「平均的な損害」という基準によって不返還特約の効力を判断することの限界が現れているのではないか。

2) 「平均的な損害」の有無

最高裁の結論に対しては、そもそも本当に「平均的な損害」が生じると言えるのかという実際上の疑問を提起することができ。実際には大学は学生からの解除があることを「織り込んで」あらかじめ多くの学生を合格させている。その結果、実際に定員を割ることもないよう運用がなされていることが多いといわれている。この点は調査官解説の③、④も指摘していることであり、すぐ後に述べるように、下級審裁判例の中にはこの点を考慮して授業料の返還を認めたものもある。そうすると、「四月一日」以降の解除であろうと、「入学式欠席による解除」であろうと、いずれにせよ「平均的な損害」はないと言いうこともできなくもない。収容定員より多い合格者を発表している以上、定員割れによる損害はあらかじめ「織り込まれて」いると言いうこともできることから、解除時期がいつであっても「平均的な損害」はないということも可能であろう。契約を解除することによって生じる損害として、解除に対応するための事務手数料、他の顧客と契約を締結する機会を奪われたという損害が考えられるが、前者は入学金でまかなうことが

でき、後者は補欠合格や水増し合格によって生じないということもできる。⁽²²⁾

仮に「損害」が全くないとすれば、学納金不返還条項は、「損害」の有無を問わず当事者の履行を確保することを目的として、解除の場合に一定の金額を消費者から徴収するものとなり、むしろ「違約金条項」に近い。最高裁は、学納金不返還特約を「損害賠償額の予定又は違約金の定め

の性質を有する」(傍点筆者)としており、違約金と損害賠償額の予定を区別していないが、⁽²³⁾「実損害」が全くないにもかかわらず一定の金額を消費者から徴収するのであればこれは違約金に近いはずである。そうすると、損害賠償額の予定条項であるか、それとも違約金条項であるかによって本件不返還特約の妥当性に違いが生じうるのかも検討の余地があろう。そもそも全く「損害」が生じえない場合に、このような特約を設けることができるか自体、検討の余地がある。

また、調査官解説の⑤が示すように、何百人単位での入学が見込まれる大学の在学契約という集団的な取引において、一人の契約解除に伴う「損害」を考慮に入れることにどれだけの意味があるかを再検討する余地も残されている。

3) 小括

以上のように、最高裁が「四月一日」を返還可否の基準とした点はもちろん、入学式欠席条項がある場合には「入学式の日の翌日」を基準とする点は、「平均的な損害」の実際の発生時はもちろん、「平均的な損害」の有無の観点から見ると必ずしも十分に説明できるものではない。⁽²⁴⁾しかし、最高裁の結論自体に対しては、学説でもそれほど批判されてはいない。仮に最高裁の結論自体が妥当であるとすると、「四月一日」及び「入学式の日の翌日」を基準とする理由としては、「平均的な損害」の有無ではなく、「遅くとも三月三十一日までは追加合格等で学生の進路が決定し、

四月一日に新学年が始まる点を考慮すると、三月三十一日までに学生が解除の意思表示を示すべきである」という考え方による方が自然ではないだろうか。実際に、各大学の要項には「三月〇〇日までに解除する旨を通知しなくてはならない」といった条項が入っていることが多いことから、解除の意思表示を示すのを四月一日以降に遅らせる学生の側にも問題があると見ることもできなくはない。⁽²⁵⁾ この点を理由に「四月一日」を基準とする点には一定の合理性がある。その一方で、入学式欠席条項がある場合については同日の判決が述べるように、大学側が入学式欠席条項を設けて学生が三月三十一日までに解除の意思表示を示す機会を失わせている以上、四月一日以降の入学式の日における解除がなされたからといって授業料の返還を拒むのは禁反言、信義則等の法理に照らして問題があるということができる。逆に、推薦入試の場合には、推薦入試合格による当該大学への優先的入学の可能性という利益を学生が得ている以上、後でそれを解除するのは信義則違反であるということも可能であろう。⁽²⁶⁾

最高裁の結論を「平均的な損害」の有無と結びつけて考えると、必ずしも明確な理由付けとは言えない部分も存在する。このことは、「平均的な損害」という基準によると、事案によっては「損害」をめぐる不自然な操作を行うことになることを意味するのではないだろうか。⁽²⁷⁾ この点は消費者契約法九条一号の基準が、違約金・損害賠償額の予定条項の効力を判断する上で適切なものといえるかどうかという根本的な問題点をも提起しうる。

一方で、最高裁の判断の背後にある「四月一日以降の解除の際に授業料を返還不要とする本来の理由付け」は、むしろ同法一〇条に体现された、両当事者間の衡平という考え方になじむものであり、それが本来同法九条一号の枠組みにはなじまない衡量であるにもかかわらず、同法九条一号の「平均的な損害」の基準の中に持ち込まれ、評価されているということではないか。⁽²⁸⁾ この衡平という考え方は、「平均的な損害」という基準が全面に出ているために同法

九条一号では全く反映されない形になっている。⁽²⁹⁾しかし、仮に同法九条一号は本来一般条項である同法一〇条を違約金・損害賠償額の予定条項について類型的に具体化したものであるのならば、⁽³⁰⁾同法九条一号と一〇条の関係についても見直しが必要であると思われる。

2 下級審裁判例との比較

以上指摘した点につき、これまでに出された下級審と比較してさらに問題点を明確にする。⁽³¹⁾ただし、「平均的な損害」の基準時及び有無についての問題点を明らかにする本稿の目的に基づき、以下では「平均的な損害」の基準時及び有無に関する部分のみ検討する。⁽³²⁾また、事案も公表裁判例のうち、以上の問題点に関連する部分に具体的に言及しているものに限定する。検討する裁判例は次の通りである。

- 【2】大阪地判平成一五年一〇月六日判時一八三八号一〇四頁
- 【3】東京地判平成一五年一〇月三日判時一八四六号二九頁⁽³³⁾
- 【4】大阪地判平成一五年一月七日裁判所HP（平成一四年（ワ）第九六三三号）
- 【5】大阪地判平成一五年二月二六日裁判所HP（平成一四年（ワ）第六三七五号）
- 【6】岡山地判平成一六年二月一八日裁判所HP（平成一四年（ワ）第一〇五八号）
- 【7】大阪地判平成一六年三月五日民集六〇巻九号三六五二頁【1】②一審
- 【8】東京地判平成一六年二月二〇日判タ一一九四号一八四頁

- 【9】東京高判平成一七年三月一〇日民集六〇巻九号三五—四頁（一）①原審
- 【10】大阪高判平成一七年四月二二日民集六〇巻九号三六—八頁（一）②原審
- 【11】横浜地判平成一七年四月二八日金判一二二五号四一頁
- 【12】東京地判平成一七年七月二一日判タ一一九六号八二頁
- 【13】東京地判平成一八年六月二七日判時一九五五号四九頁

下級審の「平均的な損害」のとらえ方は実に様々である。

第一に、学生の入学辞退による「損害」は「平均的な損害」にはあたらないとする裁判例が多い。もっとも、具体的なロジックは様々である。

まず、「定員割れによる補助金削減」は「平均的な損害」にはあたらないとする【2】や「入学辞退による欠員」は学生に入学しうる地位を付与したことに当然に伴う反射的效果にすぎないとする【5】、当該学生から得ることができた契約履行上の利益は「平均的な損害」にあたらないとする【6】がある。これらの裁判例は大学が主張する「損害」は「平均的な損害」の中に含まれ得ないとするものである。一方で、実際には入学辞退によって生ずる損害回避がなされていること【5】、大学が負う教育提供債務がもともと集団的概数的なものであることからYが契約締結後、予想した入学辞退者相当数について経済的利益を積極的に支出したとは認められず、現実の入学辞退のために被害が積極的に支出したと推測される事務手続費用は極めて小さいこと【6】、実際に定員割れが生じることではなく、そのために人的、物的手当が無駄になることもあり得ないこと【8】、入学辞退は予想済みであること【12】が

理由としてあげられている点からは、実際に「損害」が生じる可能性が低いという点を考慮していることがわかる。

また、入学者の事務手続費用に要した金額が「平均的な損害」にあたりうるかどうかを検討する裁判例がある【6】、【8】、【9】、【11】。実際にはすべて「平均的な損害」にはあたらないとされているが、入学者の事務手続費用については、最高裁のみならず下級審でも入学金でまかなうものとされることが多いことから、疑問が残る。

第二に、「平均的な損害」にあたりうるものについて、それが抽象的なものなのか具体的なものなのかという点が裁判例によって様々である。立法担当者によると、消費者契約法九条一号は本来「個々の事案において具体的に生じた損害」ではなく、当該契約類型の「平均的な損害」というより一般的・抽象的なレベルの損害である³⁴。しかし、裁判例では立法担当者の見解とは異なり「具体的に生じた損害」が念頭に置かれているように読める裁判例が存在する。「入学予定者数、入学者数の当初予測、入学辞退者数、入学者の受入に支出した費用、入学予定者の欠員の補充可能性などを具体的に立証しない限り、平均的損害が生じると認めることはできない」とする【3】、「入学辞退に伴う具体的な損害が生じていることを反証しない限り」とする【5】がこの例である。ここには、「平均的な損害」を完全に一般化・抽象化することは困難であり、実際には「実損害」を考慮に入れざるをえないという面があることが現れている。

第三に、下級審においても「四月一日」を「平均的な損害」の基準時とするものが少なからず存在する【7】、【9】、【10】、【12】、【13】。この点への疑問は最高裁のところで述べた通りであるが、「四月一日以降に入学辞退がされたとしても、それが当該大学の入学式後実際に授業が開始されるなどの時点に至っているというのでない限り、平均的損害が生じているとはいえない」とする【12】や、四月一日以降の損害額算定につき、納付済み授業料を春学期

日数で割ったものに辞退日から春学期終了までの日数をかけた値から三〇万円ないし二〇万円を引いた額を返還すべきとする【10】には、「提供していない役務の対価をとることは許されない」という発想が現れており、注目される。特に【10】は、最高裁が四月一日以前の解除か四月一日以降の解除かによって「平均的な損害」の範囲を「ゼロ」か「一〇〇」かにはっきり分けた点に対するアンチテーゼとも言える。

3 消費者契約法一〇条との関係

「平均的な損害」という基準では学納金不返還特約の効力を判断する上で無理が生じるということであれば、そもそもこの不返還特約の合理性を消費者契約法九条一号によって判断すること自体に問題があることになるのであろうか。学説の中には、学納金不返還特約を「実質的に解除を制限する条項」であるとするとするものや、「対価を相手方に保持させることを認める条項」であるとするとするものがある。⁽³⁵⁾前者は、裁判所が不返還特約につき消費者契約法九条一号の「平均的な損害」という関係でのみ問題を検討し、学生の解除権を保障するという視点からの条項の内容妥当性が考慮されなかった点を批判するものである。⁽³⁶⁾これらの学説によると、本件不返還特約は同法九条一号の問題ではなく同法一〇条の問題となる。また、そもそも大学側に「損害」が発生していないにもかかわらず損害を認定し、不返還特約を「損害賠償額の予定」と判断した点に問題があり、むしろ損害が発生していない事案については、損害賠償を定めた不当契約条項として消費者契約法一〇条の適用の可否が問われるべきであったとするものや、⁽³⁷⁾民法九〇条ないし消費者契約法一〇条の問題であるとすれば、最高裁のような「平均的な損害」に関する不自然な解釈を避けることもできるとするものもある。⁽³⁸⁾

これらの学説は、「平均的な損害」という基準による無理な論理構成を批判するものであり、傾聴に値する。もっとも、これについては、消費者契約法一〇条で判断することとして結論が変わるかどうかという問題も残されている。⁽³⁹⁾この点につき、大学ではないが予備校の在学契約における解除制限条項が問題とされた事案を見てみよう。大学と予備校という違いはあるものの、在学契約における中途解約時の精算をめぐる点で共通するものがあるからである。

【14】東京地判平成一五年一月一〇日判時一八四五号七八頁

大学医学部専門進学塾Yにおける普通講習受講契約等の締結にあたっての各契約の取消し、受講コースの変更等は一切認めない合意（本件解除制限特約）の効力が問題になった。

【判旨】請求認容。「本件冬期講習受講契約及び年間模試受験契約は、それぞれ準委任契約であり、民法上は当事者がいつでも契約を解除することができる」とされているが（民法六五一条、六五六条）、本件解除制限特約は解除を全く許さないとしているから、同特約は民法の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、『消費者の権利を制限』するものであるということが出来る」。

「Yが小規模、少人数の教育をめざす大学医学部専門の進学塾であって、申込者からの中途解除により講師の手配や講義の準備作業等に関して影響を受けることがあるとしても、当該冬期講習や年間模試が複数の申込者を対象としており、その準備作業等が申込者一人の解除により全く無に帰するものであるとは考えられない以上、申込者からの解除時期を問わずに、申込者からの解除を一切許さないとして実質的に受講料又は受験料の全額を違約金として没収

するに等しいような解除制限約定は、信義誠実の原則に反し、『民法第一条第二項に規定する基本原則に反して、消費者の利益を一方的に害する』ものといふべきである」。

消費者契約法一〇条は、「消費者の利益を一方的に害するもの」という要件の存在、さらには信義則の内容として「情報量、交渉力の不均衡」などを考慮することによって従来民法の信義則や公序良俗で判断されていた不当性を比較的容易に判断することを可能にしている。⁽⁴⁰⁾【14】では、問題となる契約条項によって消費者が受ける不利益を、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比較衡量し、両者が均衡を失っていると認められる場合に当該条項を無効とする見解に基づくものである。⁽⁴¹⁾これは、最高裁判決の検討のところで述べたように「損害」の有無ではなく「衡平」という観点からの条項の妥当性を可能にするものである。

その一方で、同法一〇条については、以下の問題点が残されている。

第一に、任意規定との比較を要求している点についての問題が残されている。⁽⁴²⁾この点、最高裁のように在学契約を「無名契約」であると解すると、任意規定との比較ができないために同法一〇条適用の余地はなくなる。

第二に、本判決があげている「申込者から中途解除により講師の手配や講義の準備作業等に関して影響を受けることがあるとしても、当該冬期講習や年間模試が複数の申込者を対象としており、その準備作業等が申込者一人の解除により全く無に帰するものであるとは考えられない」という点は、実質的には同法九条一号の「平均的な損害」の有無の判断に類似したものであるから、裁判所における判断方法につき同法九条一号による場合との違いがあるかについては検討の余地もある。

以上のように、消費者契約法一〇条は消費者の利益といった、消費者側の事情も含めて総合考慮可能な点で、少なくとも表面的には事業者の「損害」のみを考慮する同法九条一号よりも柔軟な判断を可能にするものである。しかし、いずれにせよ「平均的な損害」の有無に近い判断が要求されることや、何よりも「任意規定との比較」が要求される点で、同法一〇条によって直ちに判断が容易になるとは言えないだろう。そうすると、違約金・損害賠償額の予定条項の妥当性を判断するにあたっては、やはり消費者契約法九条一号の検討が不可欠となる。⁴³⁾

4 小括

最高裁判決で見たように、「解除の時期」と実際の「平均的な損害」が一致しない場合、さらには「実損害」の有無と「平均的な損害」が必ずしも一致しない場合がある。これは、「解除の時期」と「代替可能性」の消滅時がずれていることに起因している。これは、消費者契約法九条一号が「平均的な損害」という基準で違約金・損害賠償額の予定条項の効力を判断していることに無理があることを示しているのではないか。仮にそうであれば、いかなる基準をもって判断することが妥当なのだろうか。

特に、下級審裁判例の一部で述べられているように、学納金返還訴訟ではそもそも「損害」自体が生じないということが可能である。では、仮に「損害」が全く生じない場合に、それでも違約金・損害賠償額の予定条項を定める場合にはどのような基準によってその妥当性を判断することになるのであろうか。場合によっては、「平均的な損害」という基準ではなく別の基準を模索した方がよいのではないか。その際、前述したように消費者契約法一〇条の背景にある「衡平」という価値が参考になるが、消費者契約法一〇条によればすべて解決するわけではないことは

前述した通りである。そうすると、結局学納金不返還特約の効力を判断するにあたって無理が生じないような消費者契約法九条一号の基準を、一〇条に現れた価値を参考にしつつ模索する必要があるのではないだろうか。また、学納金不返還特約が「損害賠償額の予定条項」というよりはむしろ「違約金条項」に近いと考えればこの問題が解決するのであれば、消費者契約法では両者を区別していないものの、これらを区別する必要性も再検討の余地がある。

一方で、消費者契約法九条一号の「平均的な損害」については、その有無を検討する際に、それをどこまで抽象化することが可能なのか、実際には「実損害」を考慮に入れざるを得ないのではないかという疑問が生じる。あるべき違約金・損害賠償額の予定条項の規制基準を検討する際には、この点を念頭に置く必要があるだろう。特に、大学のような集团的・大量取引にあたって、一人の学生との契約が解除された場合の授業料逸失という「損害」と「実損害」が必ずしも一致するわけではないことから、集团的・大量取引における契約条項の効力を判断する上で「平均的な損害」という基準がどれほど意味を持つのか検討の必要がある。この点【14】が参考になる。さらに、最高裁判決および多くの下級審裁判例では、損害の有無につき「ゼロ」か「一〇〇」かという紋切り型の結論がとられており、そのことが「平均的な損害」という基準に基づく不返還特約の効力の判断への違和感をもたらしている可能性もある。そうであれば、不返還特約の効力につき、「一部無効の可能性」という効果面からの検討も有益となりうる。

最後に、下級審においては、四月一日以降の解除であっても授業開始前であれば「平均的な損害」は存在しないとするものがあつた。これは、前述したように「提供していない役務の対価を事業者が保持することは許されない」という発想によるものと思われる。もちろん、在学契約において「役務の提供」とは具体的に何を指すのか、それは「授業の提供」なのかそれとも「学生の地位の提供」なのかによって、四月一日以降のいつの段階で役務の提供があ

ったかの判断は変わりうる。この点の検討は必要であるが、ともかくも、「提供していない役務の対価を事業者が保持することは許されない」、言い換えれば、「提供した役務の対価以外の金銭を事業者が徴収することは許されない」という発想はのちにみる特定商取引に関する法律との関係で注目すべき点である。

第二款 その他の消費者契約法九条一号適用事例

消費者契約法九条一号が適用された事例は、学納金返還訴訟ばかりではない。それ以外の取引においても同法九条一号は活用されており、そこでの判断は特に学納金返還訴訟と比較する上で有益な示唆をもたらすものである。以下、四つの裁判例を検討する。

【15】東京地判平成一四年三月二五日金判一二五二号三六頁⁽⁴⁾

Yと飲食店Xとの間でなされたパーティーの予約における「予約を解約する場合には、原則として実施日前日まで解約料は不要だが、当該予約と日程上重なり合う予約あるいはその問い合わせをうけて先の予約客に確認した上、先の予約客から実施するとの確答を得た場合、先の予約客がその後解約すれば営業保証料として一律一人あたり五二二九円を徴収する」旨の合意の効力が問題となった。

判決は、消費者契約法九条一号の「平均的な損害」の意義について「当該消費者契約の当事者たる個々の事業者に生じる損害の額について、契約の種類ごとに合理的な算出根拠に基づき算定された平均値であり、解除の事由、時期の他、当該契約の特殊性、逸失利益・準備費用・利益率等損害の内容、契約の代替可能性・変更ないし転用可能性等

の損害の生じる蓋然性等の事情に照らし、判断するのが相当」とした。その上で、「本件予約の解約は、開催日から二ヶ月前の解約であり、開催予定日に他の客からの予約が入る可能性が高いこと、本件予約の解約によりXは本件パーティーにかかる材料費、人件費等の支出をしなくて済んだこと」および「Xは本件予約の解約がなければ営業利益を獲得することができたこと、本件パーティーの開催日は仏滅であり結婚式二次会などが行われにくい日であること、本件予約の解約はYの自己都合であること、及びY自身三万六〇〇〇円程度の営業保証料の支出はやむを得ないと考えていること」を考慮した上で、本件では旅行業界における標準約款のようなものが見当たらず、本件予約と同種の消費者契約の解約に伴い事業者が生ずべき平均的な損害額を算定する証拠資料に乏しいことを総合考慮して、民事訴訟法二四八条の趣旨に従って「平均的な損害」を算定し、一人あたりのパーティーの料金四五〇〇〇円の三割に予定人数の平均である三五人を乗じた四万七二五〇円の限度での請求を認めた。

【16】大阪地判平成一四年七月一九日金判一六二号三頁⁽⁴⁵⁾

自動車の注文書の特約事項にあった「万一私の都合で契約を撤回した場合には、損害賠償金（車輛価格の一〇〇分の一五）及び損害作業金（実費）を請求されても異議ありません」との定めが問題となった。

判決は、消費者契約法九条一号の「平均的な損害の額」の立証責任は事業者にあるとした上で、「Yによる契約解除によって事業者であるXには現実に損害が生じているとは認められないし、これら事情のもとでは、販売業者であるXに通常何らかの損害が発生しうるものとも認められない」、「Yの注文車両は他の顧客に販売できない特注品であったわけでもなく、Yは契約締結後わずか二日で解約したのであるから、その販売によって得られたであろう粗利益

(得べかりし利益)が消費者契約法九条の予定する事業者に生ずべき平均的な損害に当たるとはいえない」との判断をし、電話代などの通信費についても「額もわずかである上、事業者がその業務を遂行する過程で日常的に支出すべき経費である」として、Xの違約金請求を棄却した。

【17】さいたま地判平成一五年三月二六日金判二一七九号五八頁⁴⁶⁾

YがLPガス販売業者Xとの間で締結した、LPガスの供給元を変更するためのガス切替工事の請負およびLPガスの販売供給を内容とする契約における「Yがボンベ交換後一年未満でLP販売業者を変更した場合には、YはXに対し八万八〇〇〇円の違約金を支払う」旨の違約金条項の効力が問題になった。

判決は、「平均的な損害」の立証責任は事業者側にあるとした上で、「ガス切り替え工事のために一定の工事費用や通信費等の事務費用等がかかることは想定されるが、いずれも高額なものではなく、本件契約が締結されてから解約まで約五ヶ月経過し、Xはガス料金により一定限度これら費用を回収していると考えられること等に照らすと、平均的な損害額についてXから具体的な主張立証がない以上、本件において『平均的な損害』やそれを超える部分を認定することは相当でない」とし、Xの請求を棄却した。

【18】東京地判平成一七年九月九日判時一九四八号九六頁⁴⁷⁾

Xが、結婚式場及び結婚披露宴の予約の際に存在した取消料条項は消費者契約法一〇条に反し無効であることを主張して、Yに対し、予約金一〇万円等の返還を請求した。

判決は、契約不成立を前提としたXの同法一〇条に基づく主張には理由がないとした上で、同法九条一号に基づく判断を行っている。それによると、挙式予定日の一年以上前からY店舗での挙式等を予定する者は予約全体の二割にも満たないのであるから、Yにおいても、予約日から一年以上先の日に挙式等が行われることによって利益が見込まれることは、確率としては相当少ないのであって、その意味で通常は予定し難いことと言わざるを得ないし、仮にこの時点で予約が解除されたとしても、その後一年以上の間に新たな予約が入ることも十分期待し得る時期にあることも考え合わせると、その後新たな予約が入らないことにより、Yが結果的に当初の予定どおりに挙式等が行われたならば得られたであろう利益を喪失する可能性が絶無ではないとしても、そのような事態はこの時期に平均的なものとして想定し得るものとは認め難いから、当該利益の喪失は消費者契約法九条一号にいう平均的な損害に当たるとは認められない。また、本件全証拠によっても、Yが、本件予約の後に、その履行に備えて何らかの出捐をしたり、本件予約が存在するために他からの予約を受け付けなかったなどの事情は見当たらず、他に本件予約の解除によってYに何らかの損害が生じたと認めることはできない、として、本件取消料条項を消費者契約法九条一号に基づいて無効とした。

解除時の違約金・損害賠償額の予定条項の「平均的な損害」の判断基準については【15】があげている点が参考になる。それによると、「契約の種類ごとに合理的な算出根拠に基づき算定された平均値であり、解除の事由、時期の他、当該契約の特殊性、逸失利益・準備費用・利益率等損害の内容、契約の代替可能性・変更ないし転用可能性等の損害の生じる蓋然性等」であるとされている。

以上の点を踏まえて四つの事案を検討する。

【15】、【16】、【18】は履行前の解除の事案であるが、どの事案も解除時期が比較的早かったという点で共通している。その際考慮されているのはいずれにおいても「他の客からの予約が入る可能性が高いこと」(【15】)、「他の顧客に販売できない特注品であったわけでもな」いこと(【16】)、「仮にこの時点で予約が解除されたとしても、その後一年以上の間に新たな予約が入ることも十分期待し得る時期にあること」(【18】)といった「契約の代替可能性」ということができる。その上で「契約締結後わずか二日で解約した」【16】では「粗利益(得べかりし利益)」は「平均的な損害」にあたらないとされ、【18】では「その後新たな予約が入らないことにより、Yが結果的に当初の予定どおりに挙式等が行われたならば得られたであろう利益を喪失する可能性が絶無ではないとしても、そのような事態はこの時期に平均的なものとして想定し得るものとは認め難いから、当該利益の喪失は九条一号にいう平均的な損害に当たるとは認められない」とされているように、代替可能性があることを理由に得べかりし利益は「平均的な損害」にあたらないとされている。いずれも解除時期がかなり早い段階であることを考慮するとあり得ない結論ではない。

しかし、その一方で、二ヶ月前の解除であれば代替可能性が高いにもかかわらず、一人あたりのパーティーの料金四五〇〇円の三割の限度で請求を認めた【15】との関係が問題になる。確かに、【16】は限られた座席数をめぐる【15】、【18】の事案とは異なり、他の顧客を探して販売することが容易であるから、【15】と【16】の違いがあるのは理解できないこともない。⁴⁸⁾しかし、【18】も結婚式という一日に限定された数しか予約を受け付けることができない契約である点で【15】と同じであるにも関わらず、【18】では得べかりし利益は「平均的な損害」にあたらないとされ、【15】は事業者の請求の一部の請求が認められている。【18】の考え方は、請負契約を中途解約した場合の損害賠

償の範囲につき、それが履行利益であり、その中から請負人が一定の費用の支出を免れることのできた場合や解除後に第三者との契約を締結して利益を取得した場合等には損益相殺によりそれらを損害から控除しなければならぬという通説の考え方に照らしても妥当であるとされている。すなわち、得べかりし利益を考慮することを前提としたうえで、再受注率が相当程度見込まれることから「平均的な損害」を差し引きゼロとしたというものである。⁽⁴⁹⁾ 言い換えれば、「当該消費者との契約が解除されても、当該契約の目的となるものについて他の消費者との間で同種の契約を締結することができるような場合、すなわち代替性が高い場合には、得べかりし利益は『平均的な損害』に入らない」ということである。⁽⁵⁰⁾ 一方で、【15】では実際に他の客を断ったという「実損害」があった点が【18】と異なり、その結果、当該契約を締結していたがために他と契約を締結して利益を得る機会を失ったという「逸失利益」の賠償が認められたと解することができる。⁽⁵¹⁾ しかし、二ヶ月以上前である以上、別の新たな客を獲得できる可能性は絶無ではない。⁽⁵²⁾ そうであるとすると、そもそも「逸失利益」があったかどうかも検討の余地があり（その後、別の客を獲得する可能性がある以上、利益を得る機会を完全に失ったとは言えない）、【15】でも【18】同様、「平均的な損害」は存在しないとする可能性はあったものと思われる。そうだとすると、【15】では解除時期が比較的早かったという点は特に結論に影響を与えているわけではないことになる。この点は解除の時期と「代替可能性」という考慮要素の関係も含めて検討の余地がある。

以上については、民法が得べかりし利益の賠償を認めていることとの関係をどのように考えるべきであるかにつきさらなる検討を必要とする。【16】、【18】は、債務不履行解除の場合の損害賠償の範囲を履行利益とする民法の通説との関係で正当化するのには困難であり、むしろ「商品引渡前に契約解除された場合に損害賠償額を契約締結や履行に通

常要する必要に限定している」特定商取引に関する法律一〇条一項四号等の規定や割賦販売法六条一号を想起させるという見解がある。⁽⁵³⁾ また、標準約款の影響も指摘されている。⁽⁵⁴⁾ その一方で、【15】は、請負契約の中途解約の際には履行利益の損害賠償義務があるという一般論に引きずられたものであり、今後、役務提供型契約について違約金特約の効力を検討する際は、中途解約時点までに行われた事業者の履行準備作業の程度と解除後の事業者の通常の営業努力によって他の契約を獲得できる可能性ないし材料等の転用可能性（損害回避可能性）がどの程度認められるかという点を類型的に考察すべきとする学説がある。⁽⁵⁵⁾ このように、民法の解除時の損害賠償の範囲についての考え方と、消費者契約法九条一号の「平均的な損害」の範囲は緊張関係に立つものであると言える。この点は最後に改めて指摘する。

一方で、履行後の解除の事案である【17】では、初期費用や事務費用ともいうべき「ガス切り替え工事のための一定の工事費用や通信費等」はすでに代金で補填されているとしている。役務提供契約においては「役務の対価」の他に、初期費用や事務費用も一定程度発生するため、これらの金額を消費者にどの程度負担させることができるかが問題になるが、この点については、後に述べる特定商取引に関する法律をめぐる議論が参考になる。

以上のような問題はあるものの、前述した学納金返還訴訟とは異なり、以上の事案では「平均的な損害」という基準が果たす意味が大きい。すなわち、これら事案では「解除の時期」という評価要素とそれに基づく「平均的な損害」の算定、およびそれによる結論の説明が比較的容易である。それは、一つの契約が解除された場合にその解除時期によって事業者が生じうる損失が（それを消費者に負担させるべきかどうかは別としても）、学納金返還訴訟の場合とは異なり限りなく「実損害」に近いものであるからではないだろうか。そうすると、以上のような事案において

は、「平均的な損害」の具体的な内容の再検討は必要であるとしても、基準として意味がないとまでは言えないことになる。ただし、いくつかの点で問題も残されている。

第一に、立法担当者が言うところの「解除の事由、時期等により同一の区分に分類される複数の同種の契約の解除に伴い、当該事業者が生じる損害の額の平均値」という説明が、解除の事由や時期により解約金の額が分類されている旅行契約や外国語会話受講契約以外の事例にどれだけ一般化できるかという問題がある。⁽⁵⁶⁾ また、【15】のように、解除の時期よりもむしろ「機会の逸失」が重視されている事案を見ると、「解除の時期」という評価要素の意味が問題となる。

第二に、「平均的な損害」が「実際に生じた損害」なのか、それとも「あくまで平均的な、抽象的レベルでの損害なのか」という問題があり、裁判例によって消費者契約法九条一号の「平均的な損害」のとらえ方が異なっている。立法担当者によると「平均的な損害」とは、「当該消費者契約の当事者たる個々の事業者が生じる損害の額について、契約の類型ごとに合理的な算出根拠に基づき算定された平均値」であり、⁽⁵⁷⁾「実際に当該事業者が生じた、ないし生じうる損害」ではない。この点、【15】の「平均的な損害」のとらえ方はおおむね立法担当者の見解そのものであるが、一方で、「開催予定日が仏滅であること」はあくまで本件の個別事情であることから、「平均的な損害」の算定に当たっては考慮に入れるべきではない事柄とも言える。⁽⁵⁸⁾ また、【16】では「現実に損害が生じたか」も考慮に入れられている。しかし、「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」は「係争対象となっている当該消費者契約の解除による損害」ではない以上、たとえ本件事案では「現実の損害」が生じていなくても、本件と同種の契約事案において損害が生ずる場合があれば、「平均的な損害」をゼロとすることはできないはずである。⁽⁵⁹⁾ ここには、九条一号に「平均的

な損害」というきわめて一般的、抽象的あるいは客観的な基準と、「当該事業者に生ずる」というきわめて具体的なあるいは当該事案に特殊な基準とが混在していることによる「わかりにくさ」が表れているのではないか。⁽⁶⁰⁾ その一方で、係争対象となっている具体的事案に即した妥当な解決を目指すためには、⁽⁶¹⁾ 実際には「実損害」に結びつく個別事情を考慮に入れることは避けられないということも示しているのではないか。

第三款 小括

以上の消費者契約法九条一号適用事例の検討から、次の二つを問題点として指摘したい。

1 違約金・損害賠償額の予定条項における「損害」の意味

民法の考え方でいえば、債務不履行による損害賠償には、債務者の不履行によって債権者が現実費用等を支出したという積極的損害だけでなく、契約が履行されたならばそこから得られたであろう利益を失ったという消極的損害(得べかりし利益)も含まれる。そうすると、たとえ早い時期での解除であっても、当該解約によって事業者が利益を得られなくなったという損害は、既に、かつ常に生じているはずである。⁽⁶²⁾ それでも以上の裁判例が履行利益の賠償を認めていなかったのは、「代替可能性がある」という理由であった。しかし、消費者契約法はもちろん、後に見る特定商取引に関する法律などのいわゆる特別法において「代替可能性がある」というだけで民法の考え方を修正するにしても、その修正の根拠につき立ち入った検討が必要ではないだろうか。

一方で、【15】のように他の顧客を断った場合には「逸失利益」が「損害」にあたりとされた事例がある。しかし、前述したように解除時期が早い場合には「代替可能性がある」ことから、「逸失利益」自体あるのかも問題になるが、

ともかくも「逸失利益」をなぜ消費者に負担させることができるかについては慎重な検討が必要なのではないだろうか。

さらに、初期費用や事務費用と「損害」の関係については、特定商取引に関する法律の検討も踏まえた上で指摘したい。

2 消費者契約法九条一号の「平均的な損害」の意味・妥当性

消費者契約法九条一号が「平均的な損害」の額を問題にしている背景には、事業者は、多数の同種契約事案の中で生ずる損害額の総和を「ならして」平均的な損害額までの賠償を受けられることが前提となっているのであるから、たとえ当該事案において現実が生ずる損害がゼロであっても、すべての同種契約事案において、消費者は「平均的な損害」の額までは賠償請求を甘受せざるをえないという考え方が⁽⁸³⁾ある。

しかし、実際には「平均的な損害」の算定は容易ではなく、それが裁判例の混迷をもたらしていた。その理由は次の通りである。

第一に、「平均的な損害」の有無を判断する際に、それをどこまで抽象化することが可能なのか、実際には「実損害」を考慮に入れざるを得ないのではないかという問題点がある。特に、大学のような集团的・大量取引にあたって、一人の学生との契約が解除された場合の授業料逸失という「損害」と実際に生じる「実損害」が必ずしも一致するわけではないことから、集团的・大量取引における契約条項の効力を判断する上で「平均的な損害」という基準がどれほど意味を持つのか検討の必要がある。しかも、実際には「実損害」がない場合にどの範囲の金銭的負担を消費者に

違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理（一）（大澤）

負わせてよいのかについては慎重な議論が必要であろう。その際、前述したように違約金と損害賠償額の予定条項の違いがあるか否かも参考になる可能性がある。

第二に、「平均」を出すためにその算定の基礎となるべき「多数の同種契約事案」をどの範囲で捉えるのか。⁽⁶⁴⁾例え
ば【16】で、同種契約を「契約締結の二日後の解除の事案」とらえると平均的な損害はゼロとなる可能性があるが、「自動車の引渡し前の時期における解除」というふうに大きく括ると、損害の平均値は必ずしもゼロではない可能性が出てくる。⁽⁶⁵⁾

第三に、「平均的な損害」を算定するに当たっての考慮要素の意味である。学納金返還訴訟で見たように、「解除の時期」と実際の「損害」の有無が必ずしも合致はしないが、条項の妥当性を判断するためには別の法理（信義則や衡平など）を使えば支障がないという場合もあれば、それ以外の事案のように、「解除の時期」と「損害」の有無が比較的合致しやすい事案もある。これは、消費者契約法九条一号が標準約款などが存在するもっぱら後者のような事案を念頭に置いたことによるものなのか、それともあくまで学納金返還訴訟の特殊性を示すものなのかも含めて検討を要するが、仮に前者によるとすれば、「消費者契約の一般法」として規定された消費者契約法における違約金・損害賠償額の予定条項の基準として適切かどうかとも視野に入れて考慮の余地があるだろう。また、他の客を断った場合はたとえ二ヶ月前の解除であっても「平均的な損害」があるとした【15】では、「解除の時期」が結論に与えている影響について疑いが生じる。そうすると、「解除の時期」以外の特殊事情、すなわち、【15】でいえば「他の客を断った」という事情や、学納金不返還特約であれば在学契約の特殊性と、「解除の時期」との関係が問題となる。以上は「解除の時期」という評価要素の問題であるが、前述したように「代替可能性」という評価要素も学納金返還訴訟は

もちろん、それ以外のほとんどの事例で重要な役割を果たしていた。しかし、これも前述したように「代替可能性」という評価要素がなぜ民法の損害賠償の範囲を修正できるかについてはやはり慎重な検討が必要である。

第四に、消費者契約法一〇条の背景にある「衡平」という概念との関係も問題となる。学納金返還訴訟最高裁判決が仮に「平均的な損害」の有無だけはなく、それ以上の何らかの価値観をもって不返還特約の効力を判断しているとするれば、本来であればその価値観をできるだけ反映した基準を同法九条一号で設けるべきということになるのだろうか。この点は、一般条項である同法一〇条との関係も踏まえた上で、違約金・損害賠償額の予定条項を規制する根拠の探究、およびその根拠を基準に具体化する際のあり方について課題が残されていることを示している。

以上の消費者契約法九条一号にみる「平均的な損害」の意味およびその問題点を踏まえて、次に民法、特定商取引に関する法律をめぐる裁判例との比較・検討を行う。

第二節 民法

学納金返還訴訟のうち、消費者契約法施行前の事例については民法九〇条に基づく判断がなされている。具体例として、以下の裁判例があげられる。

- 【19】大阪地判平成一五年九月一九日判時一八三八号一〇四頁⁶⁶⁾
 【20】大阪地判平成一五年一〇月九日裁判所HP（平成一四年（ワ）第九六〇九号）

- 【21】大阪地判平成一五年一〇月三日判タ一一四八号二一四頁
前掲【3】東京地判平成一五年一〇月三日判時一八四六号二九頁
- 【22】大阪地判平成一五年一〇月二八日判タ一一四七号二二三頁
- 【23】大阪地判平成一五年一月七日裁判所HP（平成一四年（ワ）第九六〇八号）
- 【24】大阪地判平成一五年一月二一日民集六〇巻九号三七九二頁【1】③一審
- 前掲【5】大阪地判平成一五年二月二六日裁判所HP（平成一四年（ワ）第六三七五号）
- 前掲【6】岡山地判平成一六年二月一八日裁判所HP（平成一四年（ワ）第一〇五八号）
- 前掲【7】大阪地判平成一六年三月五日民集六〇巻九号三六五一頁【1】②一審
- 【25】大阪高判平成一六年九月一〇日民集六〇巻九号三八一〇頁【1】③原審⁶⁷
- 前掲【8】東京地判平成一六年二月二〇日判例タイムズ一一九四号一八四頁
- 前掲【9】東京高判平成一七年三月一〇日民集六〇巻九号三五一四頁【1】①原審
- 前掲【1】最二判平成一八年一月二七日民集六〇巻九号三七三二頁【1】③

多くの判決で共通しているロジックは次のようなものである。

まず、定員割れ・欠員によって発生する損害を回避するためには学納金不返還条項を定めることも一概に合理性を欠くものではないとされている。ここでは、学納金不返還条項が、定員割れによって生じる損害を回避するためのものであること、すなわち、「損害賠償額の予定」であることが示されている【19】〜【23】、前掲【5】。この点、

最高裁判決である前掲【1】は、不返還特約が、「在学契約の解除によって大学が被る可能性のある授業料等の収入の逸失その他有形、無形の損失や不利益を回避、てん補する」ものであり、かつ、「早期に学力水準の高い学生をもって適正な数の入学予定者を確保するという目的に資する」ものであるとしている。同じく「早期に学力水準の高い学生を確保する」ことを目的としているものとしては前掲【8】がある。もっとも、前掲【3】のように、不返還特約が学生にほとんど利益をもたらすものではなく一方的に大学側の事情によって定めたものであってその妥当性に疑問があるとするものもある。

次に、裁判所は受験生側の事情を考慮している。すなわち、学生は自らの自由な意思によってどの大学に進学するか、はたまた浪人するかを選べることから、不返還特約は受験生の自由に進路を選択する権利を奪っているわけではないということである。この点も多くの裁判例で指摘されている【20】、【22】、前掲【8】、前掲【1】。もっとも、この「自由な意思に基づく権利行使」については、次に述べる暴利行為の主観的要素の部分で考慮されている裁判例も多い【19】、【23】。

以上のように不返還特約の合理性を認めた上で、次に上記のすべての裁判例は、「YがXらに優越する状況や地位をことさらに利用して著しく対価的均衡を失する学納金を納付させるなど、その合理性を否定すべき特段の事情のない限り、公序良俗に反するものとは認め難い」【22】というように、民法九〇条の一類型とされる暴利行為論によって不返還特約の効力を判断する。その際、判断要素となるものは、「他人の窮迫・軽率に乗じたか」という主観的要素と「不相当な財産的給付か否か」という客観的要素の有無である。典型例は【22】であり、「自由に進路を選択する権利が奪われているわけではない」ことから、「YがXらに優越する状況や地位をことさらに利用して」いるわ

けではなく、また、「著しい対価の均衡を失する」わけではないとして、公序良俗違反を否定している。

その際、実際には特に主観的要素が重視される点に特徴があり、その有無の判断の困難さゆえに暴利行為が認められにくい⁽⁶⁸⁾。具体的には、「自らの自由意思に基づいて」いたこと【19】、【22】、【23】が重視され、主観的要素が否定されている。より具体的には、「大学が学生の経済的精神的負担にそれ相応の配慮をした制度設計をしていること」【20】、学生が不返還特約を承知の上で入学試験を受験していること(前掲【8】、前掲【1】)、受験生にとってメリットがあること【20】、前掲【6】、前掲【9】も、主観的要素を否定する理由となっている。

確かに、「対価の著しい不均衡」という客観的要素の有無を判断する基準も提示されているが、「授業料等の金額が許容できない程に著しく高額とまではいえない」とした前掲【5】、入学金の額が授業料等と対比した場合の割合や他大学の入学金の額と比較して合理的な範囲内であるとした前掲【6】、実際の入学金額を考慮に入れた前掲【9】以外では、明示的に金額等が判断要素とされていないことから、「消費者の窮迫、およびそれに乘じた優越的地位の濫用」という主観的要素の有無が学納金不返還特約の不当性を判断する際の重要な要素となっており、しかもほとんどの事案でこの主観的要素の存在が否定されている。この点、消費者契約法の適用によって条項の不当性を判断するのであれば、「平均的な損害」の有無(九条一号)が基準となり、暴利行為の主観的要素を判断することは要求されない。そうすると、消費者契約法が適用されるか民法の公序良俗規定によるかによって、条項の不当性の判断が大きく左右されることになる。

以上の判決に対し、【25】は、それ以外の学納金返還訴訟と判断を異にしている。【25】は、まず、暴利行為の客観的要素として「違約金ないし損害賠償額の予定額と在学契約が解除された場合に本大学に生じる実損害額との対比」

を掲げ、「本件不返還特約による違約金ないし損害賠償額の予定額である六一四万円が、実損害額を著しく上回る」とする。このような「損害額を上回る」という判断は、消費者契約法九条一号の「平均的な損害の有無」の判断に相通じるものがあるように思われる。その上で、主観的要素について「状況の濫用」があったとしている。⁽⁶⁹⁾ 仮に、【25】の客観的要素の判断方法が、消費者契約法の規定の存在に触発されたものであるとすれば、消費者契約法が一般法である民法の規定の適用に影響を与えていることになり、そのこの意味は大きい。これまで主観的要素を重視してきた民法の暴利行為論に対して、金額的不均衡が存在する場合には特段の事情がない限り主観的要素も満たされるというように、客観的な金額的不均衡の存在をもって暴利行為を認める可能性を示唆するものとなる。⁽⁷⁰⁾

ただし、このように客観的な金額的不均衡の存在をもって公序良俗違反を認める場合についても、その客観的要素が「実損害」との比較という事業者側の事情なのか、消費者にとって高額か否かという消費者側の事情なのかによって、意味が異なってくると思われる。この点は後に触れる。

ところで、学説の中には消費者契約法施行前の事案についても民法の公序良俗規定で返還を認める余地があるとするものも多い。⁽⁷¹⁾ その理由として、特に最高裁が在学契約の解除の根拠として学生の教育を受ける自由を最大限に尊重すべきことを挙げていることから、授業料の不返還特約の効力を考えるに当たってもこの点を配慮し、不返還特約が学生の教育を受ける自由という基本的な権利を侵害するものであるという点を重視した判断が必要なのではないかというものがあげられる。⁽⁷²⁾ また、学納金の分納制度など、受験生の経済的負担を考慮した軽減措置がない場合には、不返還特約が民法九〇条に反して無効とされることもありうるとする学説もある。⁽⁷³⁾ 前掲【1】では公序良俗違反が否定されたが、定員割れを起こしていないことや、不返還特約に係る授業料等の額が高額であることを指摘して、大学が

授業料等の返還に応じないのは信義則違反であるとする滝井裁判官の反対意見が付されている。⁽⁷⁴⁾客観的な不均衡を重視する学説と、主観的要素が重視されている裁判例とどちらが妥当かについてはさらなる検討を要するが、一つ言えることは、裁判例が主観的要素を重視している結果、公序良俗による違約金条項の効力の判断方法が、少なくとも「平均的な損害」という客観的な要素をもって判断する消費者契約法、さらには、次に述べる特定商取引に関する法律の違約金条項をめぐる考え方とは明らかに乖離しているということである。これについては、暴利行為を規制する民法九〇条と消費者契約法とはその目的を異にし、消費者契約法の思考によってはじめて不返還特約が無効とされ、消費者の利益が回復されたとの解釈を前提とすると、この解釈は消費者契約法の立法趣旨に合致するとするものがある一方で、⁽⁷⁵⁾消費者契約法の不当条項規制が民法九〇条の消費者公序の内容を確認したものであるにもかかわらず、消費者契約法の施行の前後で判断が分かれた点を批判するものもあることが傾聴に値する。⁽⁷⁶⁾後者の見解は、取引相手方の利益保護は、これまでも学説の努力により、民法九〇条の公序良俗規範の保護目的に積極的に取り込む方向に向かうものであったにも関わらず、最高裁が九〇条の公序良俗の意味を国家秩序・社会道德違反という狭い枠の中に押しとどめている点を批判する。⁽⁷⁷⁾また、少なくとも最高裁の「総論」は公序良俗違反の可能性を完全には否定していないが、もし仮に公序良俗に違反するとはどのような理由で違反するかにつき、主観的要素および客観的要素のバランス・妥当性も含めて、消費者契約法や次に述べる特定商取引に関する法律との関係も踏まえた検討が必要であろう。たとえば、前述した学納金不返還特約を無効とするロジックが本来であれば事業者に生じる「平均的な損害」の有無という客観的要素ではなく「当事者間の衡平」にあるのであれば、それはまさに「消費者の窮迫・無知に乗じて」という主観的要素をも考慮に入れることと類似する。そうすると、民法による損害賠償額の予定条項の無効

基準は、消費者契約法九条一号の今後の在り方を考える上でも参考になるはずである。

第三節 特定商取引に関する法律

1 規制の概要

最近では、外国語会話教室の受講契約の解除に伴う受講料の精算について定める約定の効力が特定商取引に関する法律四九条二項一号に定める額を超える額の金銭の支払いを求めるものであり、無効であるか否かが争われている。裁判例の検討を行う前に、まず同法四九条二項一号について述べておく。

特定商取引法四九条二項では「特定継続的役務提供契約⁷⁸⁾の中途解約の場合の損害賠償等の額の上限」が規定されている。

まず、「役務提供開始後」の場合については、「提供された役務の対価に相当する額」と「通常生ずる損害の額」を合算した額を超えてはならないとしている。中途解約の時点で既に提供済みの役務の対価相当額については事業者が正当に請求可能であることを確認したものであるが、これが既提供部分の精算であるという性格にかんがみ、既提供部分の対価の算出にあたっては原則として契約締結時の単価を用いるものとされ、また月をもって役務の対価が計算されている場合には、社会慣行等に照らし一ヶ月又はこれより短い期間を単位として精算するとされている⁷⁹⁾。この点につき、改正時の旧通産省の解説書では、「精算時の単価については、契約締結の際の単価を用いることが原則であり、合理的な理由なくこれと異なる単価を用いることはできません⁸⁰⁾」とある。さらに、役務提供の開始時に発生するもの等についても、「提供された役務の対価」といえる合理的な範囲に限定してこれに含めることができるとされている

ることから、入学金・入会金等の名目の金銭についても、既に提供された役務の対価に相当する合理的な範囲に限って、これに含まれうるとされている⁽⁸¹⁾。また、たとえば、交付書面の作成費、印紙税費、会員入力費等のいわゆる初期費用についてもこれに含まれうる⁽⁸²⁾。ただし、これらの初期費用は実質的には役務提供の対価としての性質を有するものも含めて徴収される例もあるが、政令一六条の金額は特商法四九条二項に基づき、役務提供の類型ごとに商慣習や事業者の経営実態、消費者の負担能力等を考慮したうえで契約締結費用および履行費用として通常費用として通常必要とされる合理的な範囲の金額として規定されたものであるから、正当な理由もなく入学金や入会金その他の名目のいわゆる初期費用として政令一六条の金額を超える費用を徴収することに合理的な必要性はないとされており、政令一六条の金額を超えて受領した初期費用の金額は、支払い済みの役務提供の対価に加えて計算することになる⁽⁸³⁾。

一方、「通常生ずる損害の額」については、政令で特定継続的役務ごとに上限額を設定している⁽⁸⁴⁾。「通常生ずる損害の額」を請求することが認められているのは、中途解約は理由の如何を問わず認められるものであることによる。

次に、「役務提供開始前」の場合には、契約の締結及び履行のために通常要する費用を請求することができるが、その金額は特定継続的役務ごとに政令で定める額が上限とされている⁽⁸⁵⁾。もっとも、同法の訪問販売部分などではやはり「契約の締結および履行のために通常要する費用を請求することができる」とされているが、ここでの「通常要する費用」とは、「現実にかかった費用」ではなく、「すべての場合の平均費用」とされていること、また、「通常要する費用の額は、当該商品若しくは当該権利の販売価格又は当該役務の対価の中にコストの一部として算入されているのが通例であり、請求することができる額は、このコスト計算の際の額を大きく超えることはできないものと解すべきであろう⁽⁸⁷⁾」とされていることは、先に述べた消費者契約法の「平均的な損害」との関係、および、学納金返還訴訟

との関係で注目すべき点である。

ここで注意すべきは、政令で定める額はあくまでも上限であり、個別ケースにおいて生じている損害又は費用の額がこれを下回っている場合にまで当該上限額を請求できることを容認するものではないという点である。⁽⁸⁸⁾ また、「役務提供開始前」か否かについては、オリエンテーション等の説明を受けただけで実際の役務提供に至らない段階は、役務の提供開始前と解されるとするものがある。⁽⁸⁹⁾

2 裁判例

裁判例で問題になっているのは、提供済役務対価相当額について、特約をもって自由に定めることができるかと、その対価額の中に違約金の要素を含めることが可能となり、中途解約に際し役務提供事業者が請求できる金銭について法定限度額を定めた法の趣旨を没却することになるという点である。すなわち、解約損料につき特定商取引に関する法律四九条二項一号ロのような厳しい制限が課せられると、事業者の中には、同法四九条二項一号イによって請求することが認められている提供済み役務の対価の部分を「ふくらませる」ことによって、中途解約による営業利益の減少を実質的にカバーしようとする者が出てくる。その際、役務の対価を正面から値上げするのではなく、期間の経過により消費者が実際には受けていない役務も提供済みとみなす契約条項を使用したり、中途解約の場合に契約時に適用された単価より高額な単価を用いて提供済み役務の対価を算定する契約条項を使用したりして、提供済み役務の対価を「ふくらませる」ことになると、そのような契約条項の特定商取引に関する法律違反の無効の問題が生じることになる。⁽⁹⁰⁾

【26】東京地判平成一六年七月二三日判時一八七三号一三七頁

「レッスンポイント制」を採用している語学教室Yとの間で契約を締結した受講生Xが中途解約および既に消化していたポイントを差し引いた残りのポイントに係る解約精算金の支払いを求めたところ、Yから当初の精算条件よりも低い金額による算定を主張された。そこで、Xは「実際に使用されていないレッスンポイントを使用したものとなす」Y主張の精算条件は特定商取引に関する法律四九条に違反し無効であると主張した。

〔判旨〕

「Yは、レッスンチケットの追加購入を勧める際、割引期間中であるとか、レッスンチケットを多量に購入する方が単価が安くなるなどと強調してレッスンポイントの追加購入を勧めるものの、消費有効期限があることなどの中途解約に伴う精算条件について口頭で説明することは少ないこと、追加購入の際、有効期限の経過により消化済みと看做すなどの精算条件の変更があっても、質問がない限り、その旨を口頭で説明することは少ないことが認められる。

このような実態は特定商取引に関する法律の趣旨に沿わないというほかなく、同法四九条二項の中途解約の場合の損害賠償等の上限に関する規定の趣旨やYがXに提供した役務の内容、レッスンポイントの勧誘に係る事情等からすると、本件における解約精算金額の算定に当たっては、実際に提供されていないレッスンポイントを有効期限の経過等を理由に消化済みのものとみなして計算することは許されない」。

【27】東京地判平成一七年二月一六日判時一八九三号四八頁

Xは外国語会話教室を開設するYからレッスンポイントを購入して同校に入学したが、その後中途解約した上で前払い受講料の精算を求めた。これに対し、Yは中途解約に際し、消化済みポイント数（現に提供を受けた役務の数）に応じたポイント単価により提供された特定継続的役務の対価に相当する額を算定してこれを前払金から控除できるとする約款に基づく精算を主張した。そうすると、Yでは購入したレッスンポイントが多くなるにしたがってポイント単価が安くなる制度を採用しているため、購入時の単価よりも安い単価での精算となり、購入時に支払った金額から提供済み役務相当対価を引いた金額よりも少ない金額しか返還されないことになる。Xは本件約款に基づく精算は特定商取引に関する法律四九条に反し許されないと主張した。

〔判旨〕

「この規制の趣旨は、前記のとおり、継続的役務取引において、中途解約を申し出た者に対し、継続的役務提供者が、多額の違約金特約などの適用を主張し、紛争が生じるという例が多発していたため、このような上限規制を設けることにより、利用者側が違約金等の請求を恐れて中途解約権の行使をためらうことがないようにして、中途解約権を実質的にも行使可能なものとするということにある。したがって、上記規定を現実の事例に適用するに当たっては、中途解約の際の精算について業者の定める特約の内容が合理的なものであるか、また、その内容が利用者側の中途解約権の行使を必要以上に制限する内容となっていないかといった観点からその適用の有無を判断し、これに反する特約は、その効力を否定する（同法四九条七項）ことにより、上記規制の趣旨を活かすべきである。」

「…事業者が役務の対価を前払金として受領していて、その中から既に提供された役務の対価に相当する部分を控除して返還するという場合において、前払金の授受に際して役務の対価に単価が定められていた場合は、その単価に

従って提供済みの役務の対価を算出するのが原則と解すべきであり、合理的な理由なくこれと異なる単価を用いて上記『提供された特定継続的役務の対価に相当する額』を控除することは、提供済み役務の対価の精算の趣旨を超えて、事実上、違約金を收受するに等しいものとして上記制限規定に触れるというべきである。『いかなる単価も自由に定めることができるというのであれば、中途解約の際の精算に際して非常に高額な単価に基づき『提供された特定継続的役務の対価に相当する額』を算定し、事実上、違約金の上限規定を潜脱することも許すということにつながりかねないのであり、相当でない。したがって、上記のとおり、利用者が前払金を支払ったときは、中途解約に当たっても『提供された特定継続的役務の対価に相当する額』を前払時の単価をもって算定することを原則とし、合理的な理由があり、利用者側の中途解約権の行使を必要以上に制限する内容となっていない場合に限り、これと異なる定めを約款等の中に置くことが許されると解すべきである』。

「Yは、…大量購入に伴う割引制度を悪用して、当初から購入したポイントを全部受講する意思がないのに、これを偽って割引価格で大量購入をして、中途解約により、割引価格をもって少数回の受講だけをするを防止し、上記制度の意義を無にすることがないようにすることを挙げる」。

「しかしながら、…大量購入に伴う割引制度を悪用する者がいるとしても、中途解約をしようとする者がすべてそのような者とは限らない以上、Y主張のような約款の存在は、Y主張の目的を超えて、同法が想定し、保障しようとしている中途解約権の行使を制約する方向に働く結果となる。したがって、Y主張の約款の内容は、その目的との関係において必要以上に中途解約権を制約するものといわざるを得ない」。

「…当初、多額の前払金を納入した者がそのことによって優遇された単価で受講できることが不公平とはいえない

のと同様に、その者が中途解約をするに際しても既に多額の前払金を支払っていたという理由によって優遇された単価で提供済み役務の対価を受けたとしてもあながち不公平とは言い得ない。したがって、上記のYの主張は本件約款の合理性を基礎付けるものとはいえない」。

「…以上によれば、Yの約款は、合理的な理由があるとはいえず、その実質的機能において利用者側が中途解約権を行使するに当たってこれを制約する役割を果たす点において前記の特定商取引に関する法律四九条二項一号の定める上限規制に反する」。

【28】東京高判平成一七年七月二〇日判タ一一九九号二八一頁【27】控訴審

受領金の授受に際して役務の対価に単価が定められていたときは、役務提供事業者は、原則として、その単価によって提供済み役務対価相当額を算定すべきであり、合理的な理由なくこれと異なる単価を用いることは、特定商取引に関する法律四九条二項の趣旨に反し許されないとした上で、本件精算規定は、それが契約時単価と異なる単価によって提供済み役務対価相当額を算定すべきものとしていることに合理的な理由はないとして無効であるとした。

【29】京都地判平成一八年一月三〇日裁判所HP（平成一七年（ワ）第七八四号）
〔判旨〕

「特定商取引法四九条二項一号イは、中途解約の時点で既に提供済みの役務の対価相当額について役務提供事業者が正当に請求可能であることを確認的に記載したものであるところ、提供済み役務の対価の精算という行為の性質に

照らせば、役務提供事業者が、役務受領者から受領した前払金につき、提供済み役務の対価に相当する部分を控除して当該役務受領者に返還する場合において、契約締結時ないし前払金の受領時に役務の対価に関する単価が定められており、この単価に基づいて前払金の金額が決定されていた場合には、原則として、この契約締結時ないし前払金の受領時に適用された単価に従って上記提供済み役務の対価を算定するべきである。そして、合理的な理由なく契約締結時ないし前払金の受領時に適用された単価と異なる単価を用いることは、これにより、役務受領者に対し、契約締結時ないし前払金の受領時に適用された単価を用いて精算を行う場合に比較して高額の金銭的負担を与える場合には、実質的に、役務提供事業者に同法四九条二項一号が許容する金額以上の請求を認めるものであり、特定商取引法が許容しない違約金ないしこれに類する金員を請求するものであるから、同法四九条二項一号の趣旨に反するものであり、同法四九条七項により無効であるといわなければならない。

「同法四九条二項一号ロが、役務提供事業者に一定額を上限にした損害額の請求を認めていることからすれば、特定商取引法は、中途解約によって役務提供事業者に生じ得る損害や営業上の不利益は、同法四九条二項一号ロに基づく請求により填補されることを予定しているというべきであるから、役務提供事業者に生じる損害や営業上の不利益を軽減ないし回避する必要があるといった点は、契約締結時ないし前払金の受領時に適用された単価と異なる単価を用いる合理的理由とはいえないと解される」。

【30】名古屋地判平成一九年二月一五日判時一九七一号二三七頁

Yとの間で外国語会話レッスンの受講契約を締結し、Yの経営する外国語会話教室で外国語会話レッスンを受講し

ていたXが、Yに対し、①主位的に、YがXの通学していた校舎（スクール）を一方的に廃止したのは本件受講契約の債務不履行に当たるとして、債務不履行に基づき、損害賠償金の支払を、②予備的に、不当利得に基づき、本件受講契約の中途解約に伴い発生した精算金残額二三万〇六六〇円及びこれに対する①と同様の遅延損害金の支払を求めている事案である。以下は②についての判示部分である。

〔判旨〕

「同号イの規定が、継続的役務提供契約の中途解約の場合に、同号ロの規定と相まって、役務提供事業者が役務受領者に対して請求し得る提供済みの役務の対価と中途解約により役務提供事業者が被る損害賠償額の予定又は違約金の性質を帯びる金額の上限を明確な枠組みの下に具体的に特定する趣旨に出たものであることが、その条文の体裁からも明らかであること、同号ロの規定が通常生じる損害の額の上限を具体的数値を示して規制する厳格な規定であることに照らすと、同号イの『提供された特定継続的役務の対価』は、当該特定継続的役務提供契約の締結時に当事者が合意した本来の対価を指すものであり、同号ロの規定する『通常生ずる損害』のための損害賠償額の予定又は違約金の性質を帯びたものが混入されてはならないと解するのが相当である」。

【31】最判平成一九年四月三日民集六一卷三九六七頁（28）上告審

〔判旨〕

「法四九条一項…の趣旨は、特定継続的役務提供契約は、契約期間が長期にわたることが少なくない上、契約に基づいて提供される役務の内容が客観的明確性を有するものではなく、役務の受領による効果も確実とはいえないこと

などにかんがみ、役務受領者が不測の不利益を被ることがないように、役務受領者は、自由に契約を将来に向かって解除することができることとし、この自由な解除権の行使を保障するために、契約が解除された場合、役務提供事業者は役務受領者に対して法定限度額しか請求できないことにしたものと解される。

本件料金規定においては、登録ポイント数に応じて、一つのポイント単価が定められており、受講者が提供を受ける各個別役務の対価額は、その受講者が契約締結の際に登録した登録ポイント数に応じたポイント単価、すなわち、契約時単価をもって一律に定められている。本件契約においても、受講料は、本件料金規定に従い、契約時単価は一律に一二〇〇円と定められており、Xが各ポイントを使用することにより提供を受ける各個別役務について、異なる対価額が定められているわけではない。そうすると、本件使用済ポイントの対価額も、契約時単価によって算定されると解するのが自然というべきである。

…本件清算規定に従って算定される使用済ポイントの対価額は、契約時単価によって算定される使用済ポイントの対価額よりも常に高額となる。本件料金規定は、契約締結時において、将来提供される各役務について一律の対価額を定めているのであるから、それとは別に、解除があった場合にのみ適用される高額の対価額を定める本件清算規定は、実質的には、損害賠償額の予定又は違約金の定めとして機能するもので、上記各規定の趣旨に反して受講者による自由な解除権の行使を制約するものといわざるを得ない。そうすると、本件清算規定は、役務提供事業者が役務受領者に対して法四九条二項一号に定める法定限度額を超える額の金銭の支払を求めるものとして無効というべきであり、本件解除の際の提供済役務対価相当額は、契約時単価によって算定された本件使用済ポイントの対価額と認めるのが相当である」。

以上のように、最高裁、下級審ともに、提供済み役務相当対価の精算にあたって、契約締結時と異なる単価による精算を認める特約を無効としている。その理由として共通しているのは、特定商取引に関する法律四九条二項一号の趣旨を潜脱するというものである。

特定商取引に関する法律では、基本的に事業者は「提供済み役務の対価のみ保持することが許され、それを超える範囲は返還すべき」という原則が貫かれている。具体的には契約締結時の書面において「精算に関する事項」として明らかにされているような場合でない限り、役務提供と純粋に比例的に生じる狭義の役務の対価のほかに、役務提供の開始時に発生するもの等についても、「提供された役務の対価」といえる合理的な範囲に限ってこれに含めることができる。裁判例もこの考え方に従ったものである。これについて、【27】～【30】では「合理的な場合を除き」という文言があることから、「合理的な理由があれば」契約締結時と異なる単価を用いることも許されるように読める。また、【27】では「提供済み役務につきいかなる単価でも自由に定めることができる」というのであれば、中途解約の際の精算に際して事業者の都合にしたがって一方的に高額な単価に基づき提供済み役務の対価相当額を控除できるとになり、法の趣旨を潜脱する」という言い方がされているのに対して、【29】ではより直接的に「役務提供事業者に四九条二項一号が許容する金額以上の請求を認める内容である場合は、…特定商取引法が許容しない違約金ないしこれに類する金員の請求を合意するものであり、同法四九条二項一号、同四九条七項に抵触する」という言い方がなされている点、また、【30】でも、「同号ロの規定する『通常生ずる損害』のための損害賠償額の予定又は違約金の性質を帯びたものが混入されてはならない」と直接的な表現がなされているなど、若干の判断の違いがみられる。⁽⁹³⁾

一方で、役務提供事業者が正当に対価を受領できる履行済みの役務としては、契約に基づく役務が現実提供されたことが必要であって、一定の場合には履行済みとみなすような特約（特定商取引に関する法律四九条七項により無効）を根拠に、現実の役務提供をせずに対価を取得することはできない。⁽⁹⁷⁾【26】はこの点を明確にしたものである。

このような裁判例の傾向に対して、学説の見解は以下のように分かれている。この学説の対立が今後の違約金・損害賠償額の予定条項の基準・あり方を考える上で興味深い問題を示している。

第一に、裁判例の傾向に賛成し、本件特約を無効とする説である。⁽⁹⁸⁾具体的には、特定商取引に関する法律四九条二項の趣旨が、役務受領者に自由に中途解約する権利を保障するとともに、中途解約を申し出た者に対して、事業者が控除できる金額の上限規制を設けることにより、役務受領者が高額な請求を恐れて中途解約権の行使をためらわないようにすることにあることを重視する。その結果、前払金の授受に際して役務の対価に単価が定められていたときは、その単価に従って提供済役務の対価を算出することが原則であり、これと異なる単価を用いて「提供された特定継続的役務の対価に相当する額」を控除し、役務受領者の中途解約権の行使を必要以上に制限するのは許されないということになる。⁽⁹⁶⁾

また、本件特約を無効とする説の中には、精算時の対価引き直し条項は、顧客一般が契約締結の際に対価そのものと同様の注意を向けるとはいえない付随条項であるから、付随条項としての内容審査を受けることになるとする説もある。⁽⁹⁷⁾

第二に、本件条項はあくまで提供済み役務の対価計算条項であり、特定商取引に関する法律四九条二項一号イは「提供された特定継続的役務の対価に相当する額」とするだけでその算定方法については何も規定されていないこと

から、当該価格は私法上の一般原則によって精算すべきであり、したがって、本件条項のような計算方法によって精算が行われたとしても、同法四九条二項一号違反とはならないとするものである。⁽⁹⁸⁾ この説は最高裁およびそれまでの下級審の見解を「私法上容認できない一般原則を定立するもの」として批判するものであり、対価の関する部分についての合意の効力を排除するのであれば暴利行為の観点から民法九〇条のもとで行われるべきであり、特定商取引に関する法律によって処理されるべき問題ではないとする。⁽⁹⁹⁾ また、最高裁は長期割引やまとめ買い割引などの割引価格が設定されている場合には、割引価格に基づいて既履行分の対価相当額を計算すべきという原則を示したことになり、そうすると、公共交通機関の定期券や回数券を一部利用して残部の払戻しを求める場合や商品を割引価格でまとめ買いたした後に一部返品する場合に、最初から短期または少量の契約をした場合の価格に従って精算する旨の特約があったとすると、その精算特約が消費者契約法一〇条に違反して無効とされる可能性も残すこととなり、事業者が中途解約に伴うリスクを避けるために長期の役務提供契約等において割引価格の設定を回避するようになるという実質的な批判もある。⁽¹⁰⁰⁾

3 小括

特定商取引に関する法律四九条二項一号イは、遡及効を有しない中途解約において提供済み役務の対価相当額を事業者が請求できるという民法の原則を確認したものであるといえることは間違いない。⁽¹⁰¹⁾ また、対価の問題は契約の中心的部分の問題であり、契約自由の原則から裁判所が介入することは許されないと考え方も一理ある。⁽¹⁰²⁾

しかし、本件のような対価計算条項は「対価」の問題であると割り切れることは本当にできるのだろうか。これにつ

いては、本件のような対価計算条項は中途解約という消費者にとって予定外の事態において初めて問題となるものであり、一方で、解除を制約するものであることから、付随条項であり、むしろ消費者契約法一〇条の問題であるとする学説がある。⁽¹⁰⁾

また、最高裁もまとめ買い等を不当としたとまでは言えず、提供済み役務対価相当額の算定を装って不当に過大な額を支払わせようとする脱法的な精算規定のみを規制しようとしていると考えられることもできる。⁽¹⁰⁾ そうすると、批判説が言うように、大量販売における割引制度自体がなくなるという懸念を抱く必要はないかもしれない。しかし、それでも最高裁の判決を素直に読むと、「提供済役務の対価」のみを事業者は保持することができ、それ以外の金銭は「一切」受領してはならないということになる。これは、先に見た消費者契約法九条一号の「平均的な損害」という基準の背後にある考え方、さらには、どの程度の違約金であれば「暴利」にあたらないかという民法の考え方とはかい離れたものとなる。このかい離を踏まえた上で、私法取引における違約金の概念に従って、提供済役務の対価の決定方法を検討する必要がある。具体的には、契約時の単価を少しでも超えるものであればただちに「合理的」なものとは言えなくなるのか、検討の余地がある。実際、裁判例に賛成する見解が、契約時の単価で提供済役務対価相当額を算定するべきであるというロジックをどのようにして導いているのかは明らかではない。⁽¹⁰⁾ これは、「合理的な場合を除き」という、本件特約が有効になる余地を残した下級審と、そのような余地を一切認めていない最高裁判決の違いにも関連するものであり、いかなる場合であれば「合理的」であるか、それともいかなる場合にも一切「合理的」ではなく、あくまで提供された役務の対価しか事業者は徴収できないということなのか、検討の余地がある。「合理的」という言葉は経産省の通達や解説書に見られる言葉であるが、この点について、学説では「合理的」という言葉

を用いると、法の認める返還額とあまり隔たりのない合意があった場合にはその約款の有効性を認める趣旨であると解することができるが、それでは法四九条の立法経緯や趣旨からして妥当でないとする見解もある⁽¹⁸⁾。しかし、他方で最高裁の考え方によると、事業者は純粹に役務提供済みの対価しかとれないということにもなる。すなわち、「本件清算規定に従って算定される使用済ポイントの対価額」が「契約時単価によって算定される使用済ポイントの対価額よりも常に高額となる」ような清算規定は、すべて「実質的に」「受講者による自由な解除権の行使を制約する」ということになり、そうであればこれは契約時単価を上回ることは一切許されないと規定するのと同じである⁽¹⁹⁾。よって、この点の検討は必要であろう。そうすると、民法の対価の問題とはいえ、その対価の計算方法については先に触れた民法や消費者契約法の考え方の影響を否定できない。また、そもそも中途解約の場合に既払金の全部または一部を返還しないという条項も消費者契約法九条一号の対象である以上⁽¹⁰⁾、検討は必要である。

また、立法担当者が言うように、役務提供の開始時に発生するもの等、すなわち、入学金や初期費用なども、「提供された役務の対価」という「合理的な」範囲でこれに含めることができる。そうすると、どの程度であれば「合理的」と言えるかを判断するにあたっては、やはり民法や消費者契約法九条一号の考え方が参考になるだろう。

特定商取引に関する法律（当時の訪問販売法）が特定継続的役務を対象とした法改正を行ったのは⁽¹¹⁾、あくまで、エステなどの特にトラブルが多かった役務につき、不確実な効果をもって誘引され、また長期間契約に拘束されるとい⁽¹²⁾う、その取引の形態上の特殊性があり、消費者トラブルが多発していることから特別に規制を加えたものであり、この特殊性にあてはまらないようなそれ以外の取引に同法の法理が直ちにあてはまるわけではないことはもちろんである⁽¹³⁾。このことから、同法の違約金条項をめぐる法理の考え方を、他の法理と比較することには慎重でならなければならない

らない。しかし、同法の違約金条項をめぐる法理、すなわち、「提供した役務の対価のみ保持できる」という法理は、他の取引における違約金条項をめぐる法理との関係でどのような意味を持つのかを検討することには重要な意味がある。すなわち、同法の意味が、未消化の役務に対応する対価の返還をしないとする条項や、返還額を減額したりする条項を無効とした点にあるのであれば、⁽¹⁰⁾そのことは他の法理との関係でどのような意味があるのであろうか。これについては、同法四九条二項の精算ルールが、消費者契約法九条一号を定型的に具体化したものと位置づけられるとの指摘もあることから、⁽¹¹⁾消費者契約法や民法との関係で特定商取引に関する法律の精算ルールの意義をどのように考えるかという問題意識を生じさせる。政令指定されていない継続的役務提供契約において同様の特約があった場合には、民法や消費者契約法九条一号による判断となり、具体的な数値を示しての上限規制である特定商取引に関する法律ではなく、相対的に柔軟な枠組みの中で条項の有効性判断が行われることになるが、この違いは特別法の分野の違いにすぎないといえるのか検討の余地がある。⁽¹²⁾そもそも、役務提供契約の「不確実な効果」、「長期間の拘束」といった事情は、何も同法の対象となる役務に限られるものではない。

また、特定商取引に関する法律自体、消費者を事業者の不当な勧誘や説明から保護するという目的も備えたものであり、【26】でもこの点が考慮されていることを念頭に置くと、実は違約金・損害賠償額の予定条項の効力を判断するにあたって条項の内容だけではなく、その条項が締結されるにいたった契約締結過程を考慮に入れざるを得ないということが改めて明らかになる。そうすると、一連の判決が言うように「提供済みの役務の対価以外の金銭を事業者が徴収してはならない」という原則を確立するのではなく、むしろ一連の判決で問題になった特約の仕組みを消費者が理解していなかったという契約締結環境の問題点を再検討することが、実際の紛争の解決に資する場合もあるので

はないか。この点は、条項規制の根拠にも立ち入った規制システム構築の必要性を再認識させるものである。

第四節 小括——まとめと問題点の提示

以上の消費者契約法、民法、特定商取引に関する法律をめぐる裁判例の検討からは、違約金・損害賠償額の予定条項につき、以下のような現状及び問題点を指摘することができる。

1 違約金・損害賠償額の予定条項と「損害」

(1) 民法、特別法における規制の現状

違約金・損害賠償額の予定条項については、民法四二〇条一項で、損害賠償額の予定条項につき、裁判所はその額を減額できないこと、二項で賠償額の予定は、履行の請求又は解除権の行使を妨げないこと、及び三項で違約金は賠償額の予定と推定されることを定めている。このように、違約金・損害賠償額の予定条項については、たとえ、その予定した損害賠償額が実際の損害よりも過大もしくは過少であっても裁判所がその額を減額できないことが民法上は原則である。

しかし、これについては、学説上古くから、賠償額の予定が暴利行為となるときは、公序良俗規定によってその全部または一部が無効とされることが認められてきた。⁽¹⁰⁾ 具体的には、当該予定額が実損害と比較して著しく過大であるかどうかという「著しい過大性」の要件に加えて、これらの条項を約定したのが損害賠償義務者となる側の契約当事者の困窮・軽率・無知に乗じて暴利がはかられた場合であることが必要であるという「暴利行為」要件が要求されて

違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理 (二) (大澤)

いる。⁽¹¹⁾

今日では、その予定された賠償額が、特別法による制限がある場合にはその制限に、また、特別法がない場合であっても、他人の窮迫に乗じて暴利を貪るような場合には（つまり暴利行為の場合には）、賠償額の予定は公序良俗によって制限されることがほぼ一致して認められている。⁽¹²⁾これによって、不当条項規制につき、消費者保護のために公序良俗規定を柔軟に活用するよう説く見解が有力となる。⁽¹³⁾ただし、民法の公序良俗による規制については、暴利行為の主観的要素が重視されることもあり、裁判所では消極的な判断が中心であることが本稿の検討からわかった。

一方で、特別法は以上の主観的要素ではなく、「損害」、「対価」というより客観的な基準を徹底するものである。消費者契約法九条一号は、事業者が生じる「平均的な損害」という点を基準にしている点で、暴利行為の主観的要素は問わずもっぱら客観的要素を問題にしていると考えられる。さらに、これをより徹底させて、履行後の解除の場合にはあくまで「提供済の役務の対価」及び政令で定められた金額のみの徴収のみを認めるといふ原則を示しているのが特定商取引に関する法律である。

(2) 「損害」の範囲

民法上、解除時の損害賠償としては履行利益の損害賠償が認められるとするのが通説である。⁽¹⁴⁾請負の場合、請負人がすでに支出した費用と、仕事を完成したとすれば取得したであろう利益から、解除によって得た利益（仕事の完成の時期までに他から得または得ることのできた利益）を控除する。⁽¹⁵⁾もっとも、履行利益と信頼利益の区別には日本法上意味がないとして、解除の場合の損害賠償の範囲は債務不履行の一般原則通りであると見る見解も有力である。⁽¹⁶⁾

一方で、消費者契約法九条一号の「平均的な損害」の範囲については、次のように考えられている。すなわち、事業者としては、ある契約が解除された場合、当該契約が履行された場合の経済状態と、当該契約が実現されなかったことよって生じた経済状態の差額を取得できればその損害を回復できる。すなわち、実損害を上回る賠償を事業者に認める必要はない。これが一号の趣旨である。⁽¹⁵⁾この前提には、消費者契約においては同一の事業者が多数の同種の契約を締結することが当然に想定されているから、特定の消費者と締結した当該契約の解除に伴って、当該事業者が被った損害があったとしても、その額のすべてについて、当該消費者から賠償を受けさせる必要はなく、多数の同種契約全体の中で損害がカバーされれば十分であるという考え方が⁽¹⁶⁾ある。

しかし、「平均値」としての損害額というのは、実際には不特定多数の消費者を対象とする同種の契約における代価の決定において、あらかじめ考慮され、織り込まれているものである。そうすると、「平均的な損害」は必要経費に限られることになる。⁽¹⁷⁾最近ではこのことを特定商取引に関する法律、さらには標準約款との関係で説明する学説がある。

標準約款との関係について、森田宏樹は当該事業者が属する業界の事業者団体の作成に係る標準約款において、契約の解除に伴う損害賠償の額について合理的な規律がなされている場合には、一定の条件のもとで、その規律に従った損害額を一応の基準として消費者契約法九条一号の「平均的な損害」を認定するという解釈論が成り立つとする。⁽¹⁸⁾

また、特定商取引に関する法律との関係について、同じく森田宏樹が次のように述べている。⁽¹⁹⁾すなわち、消費者契約法九条一号にいう「平均的な損害」の概念は、従来割賦販売法や特定商取引に関する法律において契約の解除に伴う損害賠償額の制限に関して採られていた、契約の履行前の段階においては解除に伴う損害賠償請求は原状回復賠償

に限定されるという法理をすべての消費者契約に一般化したものである。その結果、契約履行前の段階では原状回復賠償に限定され、原則として、契約の締結および履行のために通常要する平均的な費用（必要経費）の額が「平均的な損害」額となる⁽⁸⁾。これによって、消費者が望まない契約から離脱することを容易にしているといえることができる。ただし、例外として契約の目的に代替性がなく、当該契約の締結により他と契約を締結する機会を失ったことによる営業上の逸失利益が生じる場合には、このような機会の喪失による損害も「平均的な損害」に含まれる。このような場合には、現実には締結した契約から得べかりし営業上の利益（履行利益）の額を指標として用い、さらに損害を回避または軽減する可能性を考慮に加えつつ、相当な損害額を認定することが合理的である。

このように考えると、消費者契約法九条一号が基礎とする考え方は、消費者契約に特有の法理であり、民法の一般原則を修正するものである。しかし、なぜ民法の一般原則が修正されるのかについては立ち入った検討が必要なのではないだろうか。

さらに、特定商取引に関する法律によると履行前の場合は通常必要な費用のみしか消費者からとることができず、履行後の場合は「提供済役務の対価」と政令で定められた額に限られる。これは「提供した役務の対価」以外の損害は一切消費者に負担させることはできないという点で徹底したものである。初期費用等を合理的な範囲で盛り込むこともできるが、原則は「提供した役務の対価」のみの保持ということになる。その際、提供済み役務の対価を算出するに当たって「契約時の単価」が基礎とされていたのは、事業者はいかなるプラスアルファも消費者からとることができないという考え方に基づくものである。「提供済みの役務の対価」のみを保持できるという考え方は消費者契約法九条一号をめぐる裁判例の中でも一部見られた考え方であり、もともとは民法上当然のこととされている。ただし、

特定商取引に関する法律が適用された最高裁判決において、事業者が「提供済みの役務の対価」以外の一切の金額をとれないという結論がとられていたのは、一方で民法が損害賠償額の予定条項を認めることと矛盾しないのだろうか。この点、経産省の解説や特定商取引に関する法律をめぐる下級審裁判例が「合理的な場合を除き、契約時の単価を用いるものとする」としていたことの意味が問題となる。その「合理性」を判断するにあたっては民法、消費者契約法において損害賠償額の予定条項がいかなる限度で有効とされるかという考え方が参考になるはずであり、そのためにも民法、消費者契約法のさらなる検討が必要である。この点、特定商取引に関する法律をめぐる裁判例では、実際に問題となっていたのは「提供済み役務の対価の算定基準となる単価」の問題であるが、この算定如何によっては、消費者が「提供済み役務の対価」以上の金額を負担することに他ならないのであるから、単価を決定するにあたっては、「どこまでの金額を消費者に負担させることが民法、特別法上妥当とされるか」を考慮に入れざるを得ない。また、その際、学納金返還訴訟やそれ以外の消費者契約法適用事例でも問題になっていた「事務手数料」、特定商取引法で一定の限度で認められていた「初期費用」をどこまでもりこむことができるかについても、とりわけ「対価」との関係で重要となる。対価の中にこれらの費用があらかじめ盛り込まれていると言うことができればこれらの費用を別途請求することはできないからである。

以上のように、民法の考え方を修正している消費者契約法、特定商取引に関する法律については、その修正のあり方は是非はもちろん、その背景にある原理について、もう一度民法の「損害賠償」の範囲に立ち返った検討が必要ではないだろうか。

(3) 「実損害」との関係

予定賠償額支払義務が発生する要件として、何らかの損害が発生することは必要だろうか。これについて能見善久は、契約締結時に損害の発生が全く予想されないのに、損害賠償額の予定をすることは公序良俗に反して無効となることが多いのではないかとしている。⁽¹³⁾

この点に関して、違約金と損害賠償額の予定との違いについて一言しておく。⁽¹⁴⁾ 違約金には、損害賠償額の予定である場合と違約罰である場合がある。前者は、現実に発生した損害に代わるものである。一方後者は、債務不履行に対する制裁であり、合意の内容により、違約金とは別に実損害の賠償を請求し、又は違約金を超える実損害の賠償を請求することができる。どちらか明確でない場合には、損害賠償額の予定であると推定される。これについて、民法、消費者契約法は特に区別していない。違約罰ということでは例えば一〇条の問題にするなど、九条一号の例外とすることになると、規制の潜脱が行われやすいからである。⁽¹⁵⁾ しかし、それでもあまりに「損害」とは無関係な違約金条項はそもそも「平均的な損害」という基準になじみにくい。⁽¹⁶⁾ 学納金不返還特約で問題になっていたのはまさにこの点ではないだろうか。そうすると、「平均的な損害」という基準があるために、すなわち、常に「損害」を念頭に置く必要があるために、当該条項が「違約金」としての性質に近い場合には消費者を不当に拘束するものを規制するという目的が果たせない場合が出てくるのではないだろうか。

一方で、「平均的な損害」は民法四一六条一項の「通常生ずべき損害」とも異なり、同一事業者が同一契約類型につき同一の解除の時期に生ずる損害額の平均値として、抽象的に算定される額として解するほかない。⁽¹⁷⁾ また、損害額算定に合理性があり、かつ社会常識にも合致した通常の損害額というような意味であり、「平均的」における「平均」

の趣旨をあまり強調しすぎると本号の機能低下が著しくなるおそれがあるとする見解もある⁽¹³⁾。しかし、実際の事案では「実損害」を考慮に入れざるを得ない。「社会常識にも合致した通常の損害額」を算定する上では、抽象的な損害のみならず、実際の損害を考慮に入れることが不可欠ではないだろうか。実際の裁判例でも、立法者の見解とは異なり、「平均的な」損害ではなく、「実損害」を考慮に入れていると見られるものが少なからず存在した点にこの点があらわれているのではないか。

しかし、そうすると、民法四二〇条が想定する「実損害」と消費者契約法九条一号の「平均的な損害」との違いはどこにあるのだろうか。立法担当者が言うように「平均的な損害」が「実損害」ではなく「契約の類型ごとに合理的な算出根拠に基づき算定された平均値」であり、場合によっては「実損害」を超えることもあるということであれば、この規定は民法四二〇条とどの点で異なるのが疑問となる。たとえば、消費者契約においては、実損害を超える部分は無効とすることもできた可能性がある。

もっとも、以上の点を考える上で、現在問題となっている違約金条項・損害賠償額の予定条項が大量取引の中で用いられていることを念頭に置く必要がある。学納金返還をめぐる下級審裁判例でみられたように、大学が負う債務がもともと集団的なものであることから、「損害」を觀念すること自体が困難であるという問題がある。そうすると、「実損害」と「平均的な損害」が乖離することもあり得ることになるが、これが違約金・損害賠償額の予定条項の効力を判断する上で違和感をもたらすことはないのだろうか。

以上の点は、消費者契約法九条一号の「平均的な損害」という基準が一般的・抽象的な損害を念頭に置いていることとの限界を示していると思われる。

(4) 「損害」算定の困難性

消費者契約法九条一号の実効性を確保するためには、消費者が主張・立証すべき「平均的な損害」としては、一般消費者において得られる情報の範囲内で予測可能な損害であるとすべきことになる。具体的には消費者側の立証としては、当該事業者ではなく同種の一般的な事業者を基準とした平均的損害、すなわち通常生じる損害の主張・立証をもって足りるものとし、それを超える損害が当該事業者に平均的に生じることについては、当該事業者側で証明されないかぎり同法九条一号の適用があることとなる。⁽¹⁹⁾

また、損害額の算定方法についても問題となる。例えば、【15】は民訴法二四八条を使い、その際「本件予約から得られたであろう営業上の利益を基礎として『平均的な損害』を算定」している。この方法の是非が問題となるが、その際には立証責任の問題も検討する必要があるだろう。⁽²⁰⁾

2 違約金・損害賠償額の予定条項の規制基準

(1) 評価要素

消費者契約法九条一号は「解除の事由、時期等により同一の区分に分類される複数の同種の契約の解除に伴い」、当該事業者に生じる「平均的な損害」の有無を判断することを要求している。ここでは、解除の事由や時期が重要な評価要素となっている。解除の事由はともかく、解除の時期は事業者が他の消費者と契約を締結することによって損失を補填する可能性、すなわち「代替可能性」を考慮する上で重要な鍵となる。

しかし、学納金返還訴訟最高裁判決の検討で見たように、最高裁による「四月一日」という基準日と代替可能性が失われることによって生じる「損害」の発生日とは必ずしも一致しない。そうすると、「解除の時期」という評価要素と実際の「平均的な損害」の有無が必ずしも合致しないことになり、「解除の時期」を考慮して損害賠償額の予定条項の効力を決することの限界が現れていた。

一方で、「代替可能性」や、「他の客を断った」という事情、さらには「在学契約の特殊性」といった個別の評価要素の意味、それが違約金・損害賠償額の予定条項の効力を判断する上でどの程度重要なものとなるかについては、前に指摘した通りである。

(2) 民法、特別法の基準の再検討

消費者契約法九条一号は「平均的な損害」という客観的な基準によって条項の効力を判断するという態度をとっている。これは、民法の公序良俗規定による場合には、「一方当事者の窮迫に乗じて」という主観的要素と金額の不均衡という客観的要素の二つが基準となるのは異なっている。学納金返還をめぐる公序良俗適用事例では、その違反の成否について、学生の「著しい」不利益と学校法人側の「過大な」利益という基準で公序良俗違反性が判断されている。具体的には、不返還特約の意義・目的、入学辞退者が利害損失を判断して意思決定をしたことや、授業料等の金額が重視されている⁽¹⁴⁾。

公序良俗違反の場合、主観的要素が考慮されることによって違反が認められる可能性は低いものとなっていた。そうすると、消費者契約法九条一号のように主観的要素を問わず、「平均的な損害」という客観的な要素のみで効力を

決する方が条項の妥当性を判断する上で容易であるとも言える。実際、公序良俗規定が適用された裁判例の中にも、「対価」という客観的要素を重視して判断するものもあつたことには、民法が消費者契約法の基準に影響を受けていることがあらわれている。ただし、ここで注意すべきは、公序良俗違反を判断する際に考慮されていた「対価の不均衡」や「高額な対価」は、「消費者にとつての金銭的負担」という消費者側からみた対価の妥当性であり、消費者契約法九条一号がいうような「事業者にとつての損害」という事業者からみた妥当性ではない。これは、公序良俗規定においては、客観的要素を判断するにあつても消費者の事情を直接的に考慮しており、背景に消費者にとつての負担も考慮されている点で、直接的には「事業者にとつての損害」を問題にしている消費者契約法九条一号とは若干の差異があることを示している。

その一方で学納金返還訴訟のように、「平均的な損害」という客観的な基準だけでは条項の妥当性を判断するには不十分な事例も存在する。そうすると、公序良俗違反のように両当事者の衡平を視野に入れた基準にもメリットはある。

また、特定商取引に関する法律の基準は、それが「提供済み役務の対価」のみの保持を業者に認めることとなることから、消費者契約法の基準をさらに徹底化したものと言える。しかし、これについても、「合理的な範囲であれば」対価以上のものを保持することを認めるということになれば、やはり何が「合理的」であるかの基準が必要となる。

以上の点は、契約類型の違いや実損害との関係などを考慮できる「きめ細やかな基準」である具体的リスト（消費者契約法九条一号や特定商取引に関する法律がこれにあたる）と、「濫用」「不均衡」などの価値を体现できる「大き

な基準」である一般条項的な基準（消費者契約法一〇条や民法九〇条）との関係についての問題点、両者のバランスのあり方について検討の余地があることを示しているのではないか。

3 違約金・損害賠償額の予定条項の規制根拠

以上のように、民法と特別法の関係を理解するにしても、なぜ消費者契約法や特定商取引に関する法律で「代替可能性」がある場合には原状回復義務に限定されるという仕組みをとっているといえるかについては立ち入った検討が必要である。

これについて、大村敦志は、事業者は一定程度以上のリスクを消費者に直接転嫁すべきではないこと、及び違約金条項の存在によって、事業者が損害回避のための自助努力を怠ることにならないかを問題点として指摘する。確かに、一定の限度では違約金条項を用いることが許されるとしても、何が社会的に見て許容される限度であるかについて立ち入った検討が為されなければならない、とする。⁽¹⁰⁾

この指摘は、事業者に「損害」が生じるということに着目するだけでは違約金・損害賠償額の予定条項の効力を決するには不十分であり、一方で、消費者にとっての金銭的負担など「社会的に見て許容される限度」も考慮に入れる必要があることを示しているのではないか。そうだとすると、少なくとも直接的には事業者が生じる「損害」にのみ着目している消費者契約法九条一号について検討の余地が残されているのではないだろうか。

一方で、違約金・損害賠償額の予定条項の規制にあたっては、消費者契約の特殊性をどのように考慮するかも問題になる。消費者は事業者の優越的な地位に基づく条項を受けざるを得ない立場にあること、また、事業者は不測の事

態を見込んであらかじめコスト計算を行うことができるが、契約締結時に消費者が想定していないことが十分起こりうること（不確実性）を踏まえると、⁽¹⁵⁾事業者はどの程度まで金銭を徴収してよいのか。その際、特定商取引に関する法律に關する本稿の検討部分で述べたように、実際に考慮すべきは条項の内容だけでなく、その契約締結過程も総合的に判断することが必要となるように思われる。しかし、他方で、民法が一般ルールとして損害賠償額の予定・違約金条項を承認していることにも配慮する必要がある。こうした制度が導入されているのは、損害の発生あるいは損害の額について煩雑な立証を回避し、余計な紛争を避けることにあり、こうした制度が民法で承認されている以上、民法が考慮に入れた債権者の利益は合理的な範囲において消費者契約においても承認されるべきであるからである。⁽¹⁶⁾ そうであれば、「消費者契約であるから」というだけで違約金・損害賠償額の条項の規制を行うのは根拠として不十分であり、より立ち入った規制原理を模索する必要があるだろう。

以上に指摘した問題点は、「損害」の範囲から、違約金・損害賠償額の予定条項の規制基準、さらには規制根拠にわたるものであるが、これらの問題点を踏まえて民法、消費者契約法、特定商取引に関する法律という三層構造の諸法の位置や理論的關係に目配りすることによって、⁽¹⁶⁾今後の違約金・損害賠償額の予定条項のあるべき規制法理を模索することが可能になるのではないか。具体的には、消費者契約法九条一号の「平均的な損害」の意義および機能につき、割賦販売法や特定商取引に関する法律といった消費者契約に関する各則的な個別法規、民法典等の規制法理との關係から新たな視点を提示することになり、ひいては消費者契約法が果たすべき役割をどのように考えるかという点について興味深い問題を提起することになる。⁽¹⁶⁾ また、最終的には、違約金・損害賠償額の条項規制の法技術を検討す

ることにもなる。すなわち、不当な違約金条項は減額できるといふ原則を示すもの（民法）、違約金の上限を示すもの（消費者契約法）、適正な違約金計算の方式を示すもの（特定商取引に関する法律^(四)）という異なる3つの法理を組み合わせた法システムのあるべき姿につき、違約金・損害賠償額の予定条項の規制根拠にまでさかのぼり、さらには民法と消費者法の関係という観点からも検討を加えることで、一定の示唆が得られるのではないか。

以上の問題意識を踏まえ、次にこれまでの日本の違約金・損害賠償額の予定条項をめぐる議論を検討する。今日のようないろんな三層構造およびそれに基く混乱は、これまでの議論のどこに由来しているのか、またこれまでの議論との違いはあるのかを、違約金・損害賠償額の予定条項についての学説のみならず、主として一九九〇年代に盛んとなった中途解約をめぐる学説、およびこれまでの裁判例、さらには特定商取引に関する法律・割賦販売法の制定過程をもとに検討する。

※本稿は、二〇〇八年七月四日に開催された東京地方裁判所における「損害賠償請求訴訟の最先端を考える会」における報告をもとに執筆したものである。同研究会の席上において、林道晴・司法研修所事務局長、八木一洋、村田渉、中村也寸志各裁判官をはじめとする東京地方裁判所の裁判官の方々、畔柳達雄弁護士をはじめとする弁護士の方々、および原田昌和・立教大学准教授、米村滋人・東北大学准教授など多くの先生方より多大なご教示を賜った（参加者全員のお名前をここで挙げることはできないことをお詫び申し上げます）。この場を借りて感謝を申し上げます。

※本稿は平成二〇年度日本学術振興会科学研究費（若手スタートアップ）による研究の成果の一部である。

(一) この問題については近時主として二つの本格的研究が存在する。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」潮見佳男ほか編・特別法と民法法理（有斐閣、二〇〇六年）九三頁は、消費者契約法九条一号の「平均的な損害」につき、下級審裁判例の分析及び同法九条一号の制定に影響を与えたとみられる割賦販売法、特定商取引に関する法律との関係という観点から検討

違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理（一）（大澤）

を加える。千葉東美子「損害賠償額の予定・違約金条項をめぐる特別法上の規制と民法法理」山田卓生先生古稀記念・損害賠償法の軌跡と展望（日本評論社、二〇〇八年）四〇三頁以下は、割賦販売法と特定商取引に関する法律の規定に焦点を当て、その正当化根拠と民法との関係を検討している。本稿もこれらの研究から多大な示唆を受けたものであるが、学納金返還訴訟も含めた裁判例の網羅的検討を行った上で、民法、消費者契約法、特定商取引に関する法律の関係を摸索するという別の観点から違約金・損害賠償額の予定条項のあり方について検討する点で、これらの研究に新たな点を付け加えることができるのではないかと考えている。

(2) 筆者は不当条項規制について日仏比較を行った別稿（拙稿「不当条項規制の構造と展開——フランス法との比較から——」（一・未完）法学協会雑誌二二六巻二号一頁以下（二〇〇九年）公表予定）の中で、消費者契約法および民法による不当条項規制の現状とその課題について網羅的な検討を行っている。本稿はその別稿を「違約金・損害賠償額の予定条項」というあくまで個別具体的な側面から補足するものである。そこで、消費者契約法に関する先行研究の紹介・検討およびそれに基づく消費者契約法の問題点の指摘については別稿にゆだね、本稿では裁判例の検討を中心に行う。詳しくは別稿を参照いただければ幸いである。

(3) 内閣府国民生活局消費者企画課編「逐条解説消費者契約法【新版】」（商事法務、二〇〇七年）一九〇頁。

(4) 内閣府・前掲注（3）一九〇—一九一頁。

(5) 内閣府・前掲注（3）一九一頁。

(6) 潮見佳男編著「消費者契約法・金融商品販売法と金融取引」（経済法令研究会、二〇一一年）八一頁（松岡久和）。

(7) 内閣府・前掲注（3）二〇〇頁。

(8) 内閣府・前掲注（3）二〇四頁。

(9) 学納金返還訴訟をめぐることは、在学契約の性質、入学式欠席条項がある場合の解除等、多岐にわたる論点が存在するが、本稿では必要な範囲で触れるにとどめる。本稿で扱わなかった論点の一部は、拙稿「判批（最判平成一八年一月二七日民集六〇巻九号三五九七頁）」法学協会雑誌二二五巻九号（二〇〇八年）二〇九頁以下で触れている。

(10) 同日に出された五つの最高裁判決は次の通りである。①最判平成一八年一月二七日民集六〇巻九号三四三七頁、②民集六〇巻九号三五九七頁、③民集六〇巻九号三三七三頁、④裁時一四二四号二四頁、および、⑤憲法違反性が判断された判時一九五八号六一頁。これらの判決の調査官解説として、加藤正男・ジュリ一三四一号（二〇〇七年）一五六頁以下、また、評釈として、丸山繪美子「判批」法セミ六七号（二〇〇七年）一一六頁（①）、笠井修「判批」ひろば二〇〇七年六月号五四頁以下（①④）、今西康人「判批」判解五六号（判時一九八一号）（二〇〇七年）一七九頁以下（①③）、織田博子「判批」季刊教育法二五四号（二〇〇七年）六八頁

以下(①)④、後藤卷則「判批」民商二三六卷四・五号(二〇〇七年)一七九頁以下(③)、原田昌和「判批」民商二三六卷四・五号(二〇〇七年)一九七頁以下(④)、中里真「判批」法学三〇号(二〇〇七年)二五一頁以下(①)、草地未紀「判批」清和法学研究一四卷二号(二〇〇七年)一〇三頁以下、小粥太郎「判批」セレクト二〇〇七(二〇〇八年)一四頁以下(①)、野澤正充「判批」平成一九年度重判解(二〇〇八年)七九頁以下(①、②、③)、拙稿・前掲注(9)(②)がある。また、一連の最高裁判決の分析として、松丸正「私立大学前納学金返還訴訟——最高裁判所第二小法廷二〇〇六年一月二七日判決」法セミ六・二六号(二〇〇六年)三八頁以下、「特集」『学納金返還請求』最高裁判決を読んで「NBL八四九号(二〇〇七年)八頁以下(以下、「コメント」で引用)、潮見佳男「学納金返還請求」最高裁判決の問題点——民法法理の迷走(上)(下)「NBL八五一号七四頁以下、八五二号五五頁以下(二〇〇七年)、後藤卷則「時の問題 学納金返還請求訴訟」法学教室三三三号(二〇〇七年)九頁以下、上杉めぐみ「大学学納金における不返還特約の検討——最一小判平一八・二一・二七及び最一小判平一八・二一・二三をもとに——」国民生活研究四七巻三号(二〇〇七年)五五頁以下がある。

(11) 注(10)で引用した多くの評釈も結論自体にはそれほど反対の旨を示していない。ただし、本文でも触れるように「二つの例外」とりわけ入学式欠席条項があった場合の判断に対する批判は多い。明確な批判を示すものとして、野澤・前掲注(10)八一頁、同・前掲注(10)コメント一七一―一八頁、鹿野・前掲注(10)コメント一四―一五頁を参照。

(12) 加藤・前掲注(10)一六〇頁。

(13) この点を指摘しつつ、鹿野・前掲注(10)コメント一四頁は、「四月一日の前後で、解除によって生ずる平均的損害が〇から一〇になるということとはあり得ない」とする。もっとも、消費者契約法九条一号の解除の「時期」の区分や「同種の」消費者契約を細分化してとらえることは学生と大学の双方にとってあながち不合理ともいえない、とする。

(14) 加藤・前掲注(10)一六〇頁。

(15) 野澤・前掲注(10)重判八一頁。

(16) 潮見・前掲注(10)NBL(下)六二頁。

(17) 野澤・前掲注(10)重判八一頁は「入学式(四月二日)の時点では、大学は新たな入学者を確保することができず、損害の回避可能性はない」と指摘する。また、鹿野・前掲注(10)コメント一五頁も参照。

(18) 笠井・前掲注(10)六一頁は、前期分のみを納付する学生が多いことからこの点を指摘する。また、今西・前掲注(10)一八五頁も参照。

違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理(二)(大澤)

- (19) 野澤・前掲注(10) 重判八一頁。
- (20) 四月一日を基準として「織り込み済み」が否かを機械的に判断できるものなのか、特に、一定の入学辞退者が出ることを予測して、定員をオーバーして合格発表をしているようなケースでは問題があるものとして、織田・前掲注(10) 七三頁。
- (21) 窪田充見「入学金・授業料返還特約における契約の性質決定と消費者契約法——京都地判平成一五・七・一六、大阪地判平成一五・九・一九を契機として」ジュリ二五五号(二〇〇三年) 九九頁、織田・前掲注(10) 七三頁、笠井・前掲注(10) 六一頁。大学が入学辞退を「織り込み済み」かどうかではなく、追加合格などによって損害の回避を図ることができるかが重要であるものとして、後藤・前掲注(10) 法教一四頁。また、今西・前掲注(10) 一八六頁も本判決が損害の現実性を離れた抽象度の高い損害を觀念していることに若干の疑問を禁じ得ないとする。
- (22) 上杉・前掲注(10) 六二頁は旅行契約等のキャンセルによって生じる損害と比較した上でこのように述べている。この点を踏まえて、すでに二〇〇〇年の段階で日本弁護士連合会消費者対策委員会編「コンメンタール消費者契約法」(商事法務研究会、二〇〇一年) 二六九頁は、大学に生じうる損害は「入学およびその後の撤回に伴う事務手続き費用相当額程度」であるとしていた点が注目される。
- (23) 消費者契約法九条一号も条文上は両者を区別していないが、落合誠一「消費者契約法」(有斐閣、二〇〇一年) 二三八頁が言うように「理論的には」区別できるものである以上、検討の余地はあるだろう。
- (24) 潮見・前掲(10) NBL(下) 六二頁。
- (25) 大野・前掲注(10) コメント一頁は、大学の学籍発生日が四月一日であり、二重学籍は認められていない以上、受験生としても遅くとも三月末までには自己がどの大学等に進学するかは当然決定すべきであり、その意思決定を求めることも酷とは言えないとする。
- (26) なお、同日の別の最高裁判決(④)につき、信義則による条項の援用を制限したという観点から論じるものとして、原田・前掲注(10) が興味深い。
- (27) 潮見・前掲注(10) NBL(下) 六一頁は、本判決が「損害」という観点から不返還特約をとらえて不当性を評価するには技巧に技巧を重ねなければならず、妥当と考える結論を導くための理論構成に無理があったとする。小粥・前掲注(10) 一四頁もこの点に触れる。本件に九条一号を適用したことに疑問を呈するものとして、後藤・前掲注(10) 民商一九三頁、窪田・前掲注(10) コメントがある。
- (28) 潮見・前掲注(10) NBL(下) 六三頁。
- (29) 一〇条においてであれば前面に出てきたであろう大学選択の自由という学生側の基本的権利の位置づけや、大学にとっての代替措

置の期待可能性および行為義務の内容と限界、さらには、在学契約の性質を語る際に重視された教育機関としての大学の公共性や学生の質の確保の要請といった要素が「平均的な損害」を超えた損害が学校法人側に発生したか否かという数量的な基準の中に埋没し、授業料等の不返還特約の不当性に関する判断構造を見通しの悪いものにしてしているとすると、潮見・前掲注(10) NBL(下) 六三頁。

(30) 潮見・前掲注(10) コメント一〇頁。

(31) 学納金返還訴訟全般について、野澤正充「私立大学に対する学納金返還請求訴訟」法セミ五八九号(二〇〇四年)五八頁以下、平野裕之「在学契約の成立、法的性質及び入学金をめぐる判例総合研究——学納金返還請求訴訟判決を契機として——」慶応法学一(二〇〇四年)三三五頁以下、岩田啓「前納金返還請求訴訟の現状について——消費者契約法施行後の判例から窺われる到達点を中心として——」中京大学法学研究論集二四号(二〇〇四年)二七頁以下、草地未紀「学納金返還訴訟に関する一考察(一)(二)完」清和法学研究一巻二号六七頁以下、二巻二号六九頁以下(二〇〇四—二〇〇五年)、大野徹也「学納金返還請求訴訟の論点および下級審判決の動向」NBL八四一—八四二号(二〇〇六年)四頁以下、菅野佳夫「大学入学生辞退者の入学金、前納授業料返還請求事例」判タ二二二〇号(二〇〇六年)五四頁以下。また、裁判例をもとにした検討として、窪田・前掲注(21)、潮見佳男「学納金不返還条項の不当性——立命館大学学納金返還請求訴訟第一審判決(大阪地判平成一五・一二・二)を契機として」NBL七九七号(二〇〇四年)一八頁以下。下級審の動向について、拙稿・前掲注(2)を参照。

(32) 学納金返還訴訟をめぐることは、在学契約の性質、入学式欠席条項がある場合の解除方法等、多岐にわたる論点が存在するが、本稿では必要な範囲で触れるにとどめる。本稿で扱わなかった論点の一部は、拙稿・前掲注(9)二〇九頁以下で触れている。

(33) 控訴審(東京高判平成一七年二月二四日(平成一五年)ネ(六〇〇二号))の結論はほぼ同旨であるが、一般入試以外の入学辞退者については学納金返還を信義則違反として認めなかった。

(34) 落合・前掲注(23)一三九頁。もっとも、その一方で同種の事業者の「平均的な損害」ではなく、「当該事業者の」平均的な損害であることから、その意味では一般的・客観的基準を徹底しているわけではない。この点が消費者契約法九条一号の「平均的な損害」の理解をさらに困難にしているのではないだろうか。

(35) 「解除権制限条項」とするものとして窪田・前掲注(10) コメント一〇—一一頁、対価保持条項とするものとして、潮見・前掲注(31)二三頁、同・前掲注(10) NBL(下)六一頁。両方の性質を踏まえて二〇条の問題とするものとして後藤・前掲注(10) 法教一三頁、同・前掲注(10) 民商法六二四頁。

違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理(二)(大澤)

- (36) 窪田・前掲注(10) コメント一〇一―二頁。
- (37) 上杉・前掲注(10) 六一頁。
- (38) 潮見・前掲注(10) NBL(下)六一頁、小粥・前掲注(10) 一四頁。
- (39) 野澤・前掲注(10) 八一頁は、学納金不返還特約を全部無効としたときの具体的な帰結が明確ではないことから、消費者契約法九条一号により、平均的な損害を超える部分のみを無効とする方が明確かつ妥当な解決が図れるとする。
- (40) 拙稿・前掲注(2)を参照。
- (41) 木太伸広「判批」(14)「判タ」二二五号六七頁。
- (42) 拙稿・前掲注(2)では、消費者契約法一〇条が適用された裁判例を検討しているが、そこで見たように任意規定との比較という要件の困難さが現れていた。
- (43) 一〇条適用説の問題点を示すものとして、今西・前掲注(10) 一八六頁。
- (44) 評釈として、野口恵三「判批」NBL七五三三号(二〇〇三年)七二頁以下、坂東俊矢「判批」リマークス二七号(二〇〇三年)下(三)三八頁以下、大塚和成「判批」銀行法務21・六三〇号(二〇〇四年)一〇頁(初出：銀行法務21・六一三三号(二〇〇四年)九二頁。本判決をもとにした分析として、山本豊「消費者契約法九条一号にいう『平均的な損害の額』」判タ一一一四号(二〇〇三年)七三頁以下、池本誠司「バーティカル予約の解除と損害賠償特約の効力」消費者取引不当条項検討委員会から④「国民生活研究四三巻二号(二〇〇三年)五四頁以下。
- (45) 評釈として、野口恵三「判批」NBL七六一号(二〇〇三年)七七頁以下、本判決をもとにした検討として、山本豊・前掲注(44)七三頁、森田宏樹「消費者契約の解除に伴う『平均的な損害』と標準約款」消費者取引不当条項検討委員会から③「国民生活研究四三巻二号(二〇〇三年)四四頁以下、朝倉佳秀「消費者契約法九条一号の規定する『平均的な損害』」の主張・立証責任に関する一考察——問題点の検討と裁判例の紹介——」判タ一一四九号(二〇〇四年)二七頁以下(のちに佐々木茂美編『民事実務研究1』(判例タイムズ社、二〇〇五年)一三八頁以下に所収)。
- (46) 評釈として、山崎敏彦「判批」リマークス二九号(二〇〇四年)下(五)五〇頁以下。
- (47) 評釈として、梅村悠「判批」ジュリ一三五二号(二〇〇八年)一四六頁。
- (48) この違いについて述べるものとして、森田・前掲注(一)一三三頁。
- (49) 梅村・前掲注(47)一四八頁。

- (50) 日弁連・前掲注(22) 一〇四頁。
- (51) 森田・前掲注(1) 一三三頁。
- (52) 池本・前掲注(44) 五八頁。
- (53) 山本豊・前掲注(44) 七七頁。
- (54) 森田・前掲注(45) では標準約款との関係で検討がなされている。
- (55) 池本・前掲注(44) 五九頁。
- (56) 山本豊・前掲注(44) 七五頁。
- (57) 内閣府国民生活局消費者企画課編・前掲注(3) 一六五頁。
- (58) 山本豊・前掲注(44) 七七頁。
- (59) 森田・前掲注(1) 九八頁。
- (60) この二つの基準の混在について、坂東・前掲注(44) 四二頁。
- (61) 森田・前掲注(1) 九九頁は、【16】がこのような解決を目指しているように見えると指摘する。
- (62) 森田・前掲注(1) 一〇〇頁。
- (63) 森田・前掲注(1) 九九頁。
- (64) 森田・前掲注(1) 九九頁。
- (65) 森田・前掲注(1) 九九頁。
- (66) 控訴審(大阪高判平成一六年五月二〇日(未公表))でも同様の結論がとられている。
- (67) 評釈として、岡林伸幸「判批」リマックス(二〇〇六年(上)) 一〇頁、後藤卷則「判批」判評五六三号(判時一九〇九号(二〇〇六年) 一七四頁、片野正樹「判批」判タ一二一五号(二〇〇六年) 一六頁。本判決と同じく公序良俗違反による無効を認めたものとして、大阪高判平成一六年九月一〇日(平成一五年(ネ)第三七〇七号)がある。
- (68) 四宮和夫「能見善久『民法総則(第七版)』(弘文堂、二〇〇五年) 二四四頁。
- (69) ただし、不返還特約がすべての事案で暴利行為となると判示したものではないことに留意すべきとするものとして、片野・前掲注(67) 一七頁。
- (70) このように、客観的な金額的不均衡のみで足りるとするものとして、後藤・前掲注(67) 一七八頁。

違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理(二)(大澤)

- (71) 例として、後藤・前掲注(67)、同・前掲注(10) コメント一五頁、岡林・前掲注(67)。
 (72) 後藤・前掲注(10) コメント一六頁。
 (73) 野澤・前掲注(31) 六一頁。
 (74) 民集六〇巻九号三七五〇頁以下。
 (75) 野澤・前掲注(10) 八一頁、同・前掲注(10) コメント一八頁。最高裁判決によって消費者契約法九条一号に関し、民法で無効とされなかった条項の無効も導きうるという創設規定的理解が示されたとするものとして、落合・前掲注(10) コメント九頁、丸山・前掲注(10) 一一六頁。
 (76) 潮見・前掲注(10) NBL(下) 五九一六〇頁。また、この両者の対立、すなわち、民法と消費者契約法の関係に着目するものとして小粥・前掲注(10) 一四頁。
 (77) 潮見・前掲注(10) コメント一〇頁。
 (78) 特定商取引に関する法律四一条以下の「特定継続的役務(四一条二項)は以下のとおりである。

特定継続的役務	期間	金額
いわゆるエステティックサロン	一月を超えるもの	いずれも五万円を超えるもの
いわゆる語学教室	二月を超えるもの	の
いわゆる家庭教師(通信指導等を含む)	二月を超えるもの	
いわゆる学習塾	二月を超えるもの	
いわゆるパソコン教室(二〇〇四年改正で追加)	二月を超えるもの	
いわゆる結婚相手紹介サービス(二〇〇四年改正で追加)	二月を超えるもの	

- (79) 経済産業省商務情報政策局消費経済部消費経済政策課編『平成一六年版 特定商取引に関する法律の解説』(経済産業調査会、二〇〇四年) 二五一頁。この点は通達でそのように言われている。
 (80) 通商産業省産業政策局消費経済課編『Q&A改正訪問販売法「特定継続的役務」(日本消費者協会、二〇〇〇年) 九六頁。
 (81) 経産省・前掲注(79) 二五一頁。ただし、実際に請求が可能であるか、また、請求できる金額については個別ケースにより異なると思われる(通産省・前掲注(80) 一〇四頁)。また、これらの事項は契約書面に記載すべき事項であることを指摘するものとして

圓山茂夫『詳解特定商取引法の理論と実務・補訂版』(民事法研究会、二〇〇七年) 五一〇頁。

(82) 通産省・前掲注(80) 一〇二頁。

(83) 齋藤雅弘ほか『特定商取引法ハンドブック(第三版)』(日本評論社、二〇〇五年) 三九九―四〇〇頁。

(84) 次のように定められている。

エステ	二万円又は契約残額の二〇%
外国語	五万円又は契約残額の二〇%
家庭教師	五万円又は一月分の役務の対価
学習塾	二万円又は一月分の役務の対価
PC教室	五万円又は契約残額の二〇%
結婚紹介	二万円又は契約残額の二〇%

(85) この例として、初期費用があげられる。通産省・前掲注(80) 一〇二頁。

(86) 次のように定められている。

エステ	二万円
外国語	一万五〇〇〇円
家庭教師	二万円
学習塾	一万一〇〇〇円
PC教室	一万五〇〇〇円
結婚紹介	三万円

(87) 経産省・前掲注(79) 八五頁。同様の規定がある電話勧誘販売についての同解説書一四二頁、業務提供誘引販売契約についての同

二九二頁にも同様の記述がある。

(88) 経産省・前掲注(79) 二五二頁。

(89) 圓山・前掲注(81) 五〇一頁。

違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理(二) (大澤)

- (90) 山本豊「特定継続的役務提供契約の中途解約と提供済み役務の対価計算条項」判例タイムズ二〇〇六年三二頁。
- (91) 経産省・前掲注(79)二五一頁。
- (92) この点を評価するものとして、山本・前掲注(90)三七頁。
- (93) 千葉恵美子「判批(31)」判解五九一号(判時一九九六年)二〇〇八年一七〇頁にまとめられている。
- (94) 梶村太一・石田賢一編「特定商取引法」香林書院、二〇〇六年(「東海林尚」四五二頁。齋藤ほか前掲注(83)三八八頁、三九二頁。この点に関して、同三九三頁は、経産省が「みなし提供」について、特商法が中途解約の場合の違約金の上限を規制した趣旨を潜脱することを認めることになるとして批判する。
- (95) 齋藤ほか・前掲注(83)三九七頁、本田「判批(27)」判解五六五号(判時一九一五年)二〇〇六年一八三頁。
- (96) 「探究 受贈契約解約清算金請求事件——最三判平成一九・四・三を受けて」NBL八五八号(二〇〇七年)以下、「NBL特集」とする)一七一―一八頁の本田純一コメント。同様の考え方として、圓山・前掲注(81)五〇―一五〇三頁。齋藤ほか・前掲注(83)三九七頁。
- (97) 山本豊・前掲注(90)三六頁。
- (98) 潮見佳男「特定継続的役務提供契約の中途解約と提供済み役務の対価確定法理」ジュリ一三〇二号(二〇〇五年)八九頁が、特定商取引に関する法律をめぐって近時問題となっているのは、未消化役務に対応する前払対価の不返還条項や、高額の違約金・損害賠償額の予定条項ではなく、「前払い対価を精算するにあたって、提供済み役務の対価につき、同一内容の役務に対するものとして対価算定の基礎となりうる料金単価が複数存在しているとき、いかなる単価でこの提供済み役務の対価を算定するのが正当か」という問題であると捉えている点には、このような姿勢が現れているといえる。
- (99) 前掲注(96)NBL特集一五頁における高野一彦のコメント。
- (100) 潮見・前掲注(98)五頁。
- (101) 前掲注(96)NBL特集一四頁における鎌田薫コメント。同「前払式継続的役務提供契約の中途解約と精算」東京高判平成一八・二・二八(NBL八三二号(二〇〇六年)一二頁以下も参照。同趣旨のものとして、潮見・前掲注(98)九五頁。また、鎌田は、既服行分の対価に関する合意という「給付およびその対価に関する条項」には本来裁判所は安易に介入するべきではない以上、対価に関する合意ではなく中途解約に伴う損害賠償額の予定の効力を必要限度で制限するのが本来のあり方であると批判するが(前掲注(96)NBL特集一五頁)、これも同趣旨であらう。

- (102) 山本・前掲注(90)三五頁。
- (103) ただし、中心条項と付随条項の区別の意味・可否については検討の余地がある。これについては、拙稿・前掲注(2)の連載第二回目で検討する予定である。
- (104) 山本・前掲注(90)判タ三六頁。これに対して、法四九条二項一号は消費者契約法九条一号の平均的損害額を定型化したものであるとするものとして、千葉恵美子「消費者契約法と割賦販売法・特定商取引法」ジュリ二〇〇号(二〇〇一年)三四頁、同・前掲注(93)一七二頁。
- (105) 前掲注(96)NBL特集一四頁の鎌田薫コメント。
- (106) 千葉・前掲注(93)一七〇頁。
- (107) 遠藤曜子「判批【31】」金判二二七号(二〇〇七年)一〇頁。
- (108) 山本・前掲注(95)一八三頁。前掲注(96)NBL特集二二頁の山本豊コメントも同趣旨。
- (109) 遠藤・前掲注(107)一一頁。
- (110) 潮見編・前掲注(6)七九頁(松岡久和)。
- (111) これまでの特定商取引に関する法律の改正の経緯は、齊藤雅弘ほか・前掲注(83)五頁以下、圓山・前掲注(81)七頁以下が詳しい。
- (112) 通産省・前掲注(80)二三頁。また、この点を詳しく述べているものとして、齊藤雅弘ほか・前掲注(83)三三二頁。平成一年の旧訪問販売法改正にあたってはこのような認識のもと、「特定継続的役務提供契約」についての規定が盛り込まれた。この経緯については次回に触れる。
- (113) 本判決はあくまで特定商取引に関する法律の事案における判断であり、その射程が直ちにそれ以外の契約に及ぶものではないとするものとして、例えば浅井弘章「判批【31】」銀行法務21・六八一号(二〇〇七年)六二頁。また、本判決における判示事項が、同種の契約・事案を超えて、同法における条文解釈一般の指針となるかについては今後の検討課題であるとするものとして、遠藤・前掲注(107)九頁。
- (114) 潮見・前掲注(98)八九頁。
- (115) 圓山・前掲注(81)四九九頁。
- (116) 山本豊・前掲注(90)三七頁。

違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理(一)(大澤)

- (117) 奥田昌道『債権総論・増補版』(悠々社、一九九五年)二二五頁。
- (118) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』(岩波書店、一九六四年)一三三頁。
- (119) 我妻・前掲注(118)一三三頁。通説・判例の考え方についてまとめたものとして、川島武宜、平井宜雄編『新版注釈民法(3)総則(3)法律行為(1)』(有斐閣、二〇〇三)一四七頁(森田修)。
- (120) 奥田・前掲注(117)二二五頁、中田裕康『債権総論』(岩波書店、二〇〇七年)一七七頁。
- (121) 指摘するものとして森田修・前掲注(119)一八一頁。この学説の流れは次回検討する。
- (122) 我妻栄『債権各論(上)(民法講義Ⅴ)』(岩波書店、一九五四年)二〇一頁、谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法(13)債権(4)補訂版』(有斐閣、二〇〇六年)七三四頁(山下末人)。
- (123) 幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(16)』一七七頁(打田峻一、生熊長幸)。
- (124) 星野英一『民法概論Ⅳ(契約)』(良書普及会、一九九四年)二七〇頁。
- (125) 星野・前掲注(124)九三頁は四一六条によってきまるとしており、最近では平井宜雄『債権各論Ⅰ(上)』(弘文堂、二〇〇八年)二四八頁がこのように述べる。
- (126) 日弁連・前掲注(22)一五二―一五三頁。
- (127) 森田・前掲注(1)一一五頁。
- (128) 森田・前掲注(1)一一六―一七頁。
- (129) 森田・前掲注(45)五一―五五頁、同・一〇二頁。
- (130) 森田・前掲注(1)は本稿の検討とは異なり、割賦販売法六条や特定商取引に関する法律一〇条一項の規定の沿革にまでさかのぼって検討を行っている。本稿も今回は問題提起という趣旨によって、四九条二項一号の検討を中心に行ったが、次回、特定商取引に関する法律の沿革をたどる中でこれらの規定の沿革にも触れることとする。また、それとの関係で消費者契約法の沿革についても次回触れる。他に、千葉・前掲注(1)、同・前掲注(10)、谷本圭子『損害賠償額・違約金の予定』法セミ五四九号(二〇〇〇年)三四頁以下も、割賦販売法や特定商取引に関する法律と消費者契約法九条一号を比較している。
- (131) 森田・前掲注(1)一一九頁。
- (132) 森田・前掲注(1)一二〇頁。この結果、消費者契約法九条一号の「平均的な損害」額への制限法理は、消費者契約の締結過程において何らかの問題があった場合に、一定の要件の下で消費者に付与されるクーリング・オフの権利による対処と並んで、それを補完

する機能を果たしうるとする。

- (133) 能見善久「四二〇条（賠償額の予定）」奥田昌道編『注釈民法一〇卷（債権（1））』（有斐閣、一九八七年）六六八頁。
- (134) 中田・前掲注（120）一七八頁。
- (135) 潮見編・前掲注（6）七九頁（松岡久和）。
- (136) 河上正二『民法総則講義』（日本評論社、二〇〇七年）四〇九頁。
- (137) 谷本・前掲注（130）三五頁。
- (138) 松本恒雄ほか『Q&A消費者契約法解説』（三省堂、二〇〇〇年）一三四頁（畔柳達雄）。
- (139) 日弁連・前掲注（21）一五五頁。潮見編・前掲注（6）八〇頁（松岡久和）。
- (140) 消費者契約法九条一号の立証責任が学説・裁判例で分かれていることについては、拙稿・前掲注（2）で検討した。
- (141) 潮見・前掲注（10）NBL（下）五八頁。
- (142) 大村敦志「損害賠償（3） 違約金と責任制限」同・もうひとつの基本民法Ⅱ（有斐閣、二〇〇七年）一八二頁。
- (143) 消費者契約の「脆弱さ」および「不確定性の考慮」について、大村敦志『消費者法（第三版）』（有斐閣、二〇〇七年）一八三―一八五頁。
- (144) 潮見佳男『債権総論Ⅰ（第二版）』（信山社、二〇〇三年）四〇〇頁。
- (145) 山本・前掲注（90）三三頁。
- (146) 森田・前掲注（1）一四二頁。
- (147) 大村・前掲注（143）一九二頁。