

次に、考慮事情の一つである解除事由については、そもそも、消費者からの解除事由のいかんにより事業者に生ずべき平均的損害の額が左右されるという理論的関係があるのか、疑問である。実際、そのような関係がないことは、立案当局の解説書も自認しているところである。この疑問は、解除事由を考慮事情に挙げている前述の判決にも同様に当てはまる。許容されるべき違約金額には解除事由により差がつけられるべきであるが、それは事業者に生ずる平均的な損害額が異なるからではなく、別の理由によって正当化されるべきであろう。

○同上 76頁

解釈論としては、正面から事業者に証明責任ありとするのではなく、事実上の推定を活用するなどして対処するのが穏当であろう。たとえば、消費者が、業界標準約款または多くの同種事業者の約款が相手方事業者の契約条項よりも低額の違約金を定めていることを証明すれば、その額が当該事業者の平均的損害額であると推定され、事業者の方でその推定を覆す事実を証明しなければならなくなるとすることが考えられる。

○松岡久和「消費者契約法の逐条解説—9条」（潮見佳男編著『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』）80頁

本条が「平均的な損害の額」を上限とする趣旨は、事業者の具体的な損害の額を消費者が立証することが困難であることに鑑み、一般的な消費者に入手可能な情報をもとにした抽象的な損害計算で足りるとしたものと考えることができる。したがって、たとえば、標準旅行業約款などのように当該業界で使用されている基準の平均（中略）を手がかりとしたり、訪問販売法施行令別表第5に定められた特定継続的役務提供の場合の「契約の解除によって通常生ずる損害の額」「契約の締結及び履行のために通常要する費用の額」を参考に、消費者が事業者に生じる「平均的な損害の額」は最大でも××円程度であるとの主張をすれば、事実上の推定が働き、事業者の側で具体的な根拠を挙げて実際に生じる「平均的な損害の額」が問題の条項で定められた額以上であることを証明しない限り、本号の適用があるとすべきである。

【参考4】「消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等」に関連する裁判例

○主な裁判例のまとめ（番号は、次頁以降の各判例の冒頭に付記された数字と一致する。）

No.	裁判年月日	裁判番号	責任	契約関係	備考
①	東京地判平成14年3月25日	判タ1117号289頁	不明	パーティー予約	民訴法第248条の趣旨
②	大阪地判平成14年7月19日	判タ1114号73頁	事業者	車両販売契約	
③	さいたま地判平成15年3月26日	金判1179号58頁	事業者	LPGガス販売契約	
④	京都地判平成15年7月16日	判時1825号46頁	事業者	在学契約	
⑤	大阪地判平成15年10月6日	判タ1148号289頁	消費者	在学契約	事実上の推定
⑥	大阪地判平成15年10月16日	最高裁HP	消費者	在学契約	事例の集積等
⑦	東京地判平成15年10月23日	判時1846号29頁	事業者	在学契約	
⑧	大阪地判平成15年11月7日 (平成14(ワ)第6370号)	最高裁HP	消費者	在学契約	事実上の推定
⑨	大阪地判平成15年11月7日 (平成14年(ワ)第9633号)	最高裁HP	消費者	在学契約	事実上の推定
⑩	京都地判平成15年11月27日	最高裁HP	不明	在学契約	事業者が平均的損害について何ら主張・立証をしない
⑪	大阪地判平成15年12月1日	-	消費者	在学契約	
⑫	大阪地判平成15年12月11日	-	消費者	在学契約	
⑬	大阪地判平成15年12月22日 (平成14年(ワ)第9617号)	-	消費者	在学契約	
⑭	大阪地判平成15年12月22日 (平成14年(ワ)第6376号等)	-	消費者	在学契約	
⑮	京都地判平成15年12月24日	最高裁HP	消費者	在学契約	
⑯	大阪地判平成15年12月26日	最高裁HP	消費者	在学契約	事実上の推定
⑰	大阪地判平成16年1月28日	-	不明	在学契約	
⑱	大阪地判平成16年2月13日	-	消費者	在学契約	事実上の推定
⑲	岡山地判平成16年2月18日	最高裁HP	不明	在学契約	
⑳	千葉地判平成16年7月28日	消費者法ニュース 65号170頁	事業者	建物工事請負契約	
㉑	東京地判平成16年12月20日	判タ1194号184頁	不明	在学契約	
㉒	横浜地判平成17年4月28日	判時1903号111頁	消費者	在学契約	民訴法第248条を適用 又は類推適用
㉓	東京地判平成17年7月21日	判タ1196号82頁	不明	在学契約	
㉔	東京地判平成17年9月9日	判時1948号96頁	不明	結婚式予約	
㉕	東京地判平成18年6月12日	-	事業者	建築請負契約	
㉖	最判平成18年11月27日	判タ1232号97頁	消費者	在学契約	事実上の推定

①東京地判平成14年3月25日（判例タイムズ1117号289頁）

（事案）

飲食店を営む事業者が、当該飲食店において30名ないし40名でパーティーを実施するとの予約を解約した消費者に対し、予約の際承諾した解約時の営業保証料（1人当たり5229円、ただし、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した場合）の40人分である20万9160円の支払を請求したもの。

（判決の内容）

「そこで、問題となるのは、消費者契約法9条1号にいうところの『平均的な損害』の意義であるが、これについては、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、判断するのが相当である。」

「前記（1）アからも明らかなおり、本件予約の解約は、開催日から2か月前の解約であり、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被控訴人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が認められる。

他方、前記（1）アないしウによれば、被控訴人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2次会などが行われにくい日であること、本件予約の解約は控訴人の自己都合であること、及び控訴人自身3万6000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（弁論の全趣旨）が認められる。」

「以上の控訴人、被控訴人にそれぞれ有利な事情に、そもそも本件では証拠を検討するも、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等を総合考慮すると、本件予約の解約に伴う『平均的な損害』を算定するに当たっては、民訴法248条の趣旨に従って、1人当たりの料金4500円の3割に予定人数の平均である35名を乗じた4万7250円（ $4500 \times 0.3 \times 35 = 4万7250円$ ）と認めるのが相当であり、この判断を覆すに足りる証拠はない。」

②大阪地判平成14年7月19日（金融・商事判例1162号32頁）

（事案）

車両（登録済未使用車、俗に「新古車」と称されるもの。）の販売契約を締結した翌々日に当該契約が解除されたことにつき、売主たる事業者が、買主たる消費者に対し、特約条項に基づき車両価格の15%に相当する金額の損害賠償の支払を求めたもの。

（判決の内容）

「そして、消費者契約法9条1号に定める『当該事業者が生ずべき平均的な損害の額』は、同法が消費者を保護することを目的とする法律であること、消費

者側からは事業者にどのような損害が生じ得るのか容易には把握しがたいこと、損害が生じていないという消極的事実の立証は困難であることなどに照らし、損害賠償額の予定を定める条項の有効性を主張する側、すなわち事業者側に立証責任があると解すべきである。」

「これを前提として本件について検討するに、本件では、被告（消費者）による本件売買契約の撤回（解除）がなされたのは契約締結の翌々日であったこと、弁論の全趣旨及び証拠（被告本人）によれば、原告（事業者）担当者は、本件売買契約締結に際し、被告に対し、代金半額（当初全額と言っていたが、被告が難色を示したため、半額に訂正した）の支払を受けてから車両を探すと言っていたことが認められることなどからすれば、被告による契約解除によって事業者である原告には現実には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、販売業者である原告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。」

③さいたま地判平成15年3月26日（金融・商事判例1179号58頁）

（事案）

LPGガス販売業者である原告が、原告と被告（消費者）との間で締結されたLPGガス販売契約に係る特約に基づき、被告に対し、同契約の解約に伴う約定（ボンベ交換後1年未満でLPGガス販売業者を変更した場合には違約金を支払う旨）違約金8万8000円及びこれに対する解約日の翌日である平成14年8月21日から支払済みまで商事法定利率による遅延損害金の支払を求めた事案。

（判決の内容）

「そして、平均的な損害額の主張立証については、消費者契約法が消費者保護を目的とする法律であること、消費者は事業者にどのような損害が生じ得るのか把握し難いこと、損害が生じていないという消極的事実の立証は困難であることなどに照らすと、違約金条項の有効性を主張する側、すなわち事業者側が負担すべきものと解される。

したがって、事業者たる原告が、平均的な損害額について主張立証する必要があるところ、原告は、この点についてなんら具体的な主張立証をしようとしていない。」

④京都地判平成15年7月16日（判例時報1825号46頁）

（事案）

学納金の返還請求（原告らが、被告大学との間で在学契約を締結し、入学金、初年度前期授業料、施設利用料等の金員を納入したところ、その後入学を取りやめたと主張して、被告に対し、在学契約の解除に基づき学納金の返還等を求めた事案）。

（判決の内容）

「消費者契約法9条1号は、消費者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事項であって、これらを合算した額が、当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害の額を超えるものについては、当該超える部分について無効とする旨を定めるものであるが、これは、

消費者が、消費者契約の解除に伴い、事業者から不当に損害賠償等の負担を強いられることがないように定められた規定であると解され、その趣旨からすると、消費者契約中のある条項が消費者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かどうかは、その条項の文言のみではなく、実質的に見て損害賠償額の予定又は違約金を定めたものとして機能する条項であるかどうかによって判断すべきである。

「消費者契約法9条1号が消費者契約における消費者保護のために設けられた規定であること、平均的損害の算定根拠となる同種の契約において発生する損害の内容及びその数額ならびに損害回避可能性などの証拠が事業者側に偏在していることに照らすと、平均的損害の金額は、事業者が主張立証責任を負うと解すべきである。」

⑤大阪地判平成15年10月6日（判例タイムズ1148号289頁）

（事案）

学納金の返還請求。

（判決の内容）

「次に、消費者契約法9条1号は、その構造上、平均的な損害の額を超えると認められる部分に限り、損害賠償額の予定等を無効とする旨規定しているところ、損害賠償予定額が平均的な損害の額を超えることにつき消費者が立証責任を負うのか、損害賠償予定額が平均的な損害の額を超えないことにつき事業者が立証責任を負うのかということがまず問題となる。

この点については、上記のとおり平均的な損害の額を超える部分に限って損害賠償額の予定等を無効とするという同条の構造や、いったんは双方に合意が成立している以上、合意の効力を否定する者がその効果発生障害事実の立証責任を負うと解するのが法の原則であることなどに照らせば、消費者において損害賠償予定額が平均的な損害の額を超えることの立証責任を負うと解すべきである。

これに対し、原告らは、消費者保護の理念、消費者による立証困難等を根拠に、法人等の事業者が平均的な損害の額を超えないことの立証責任を負うと主張する。しかし、締結された契約が消費者契約であること、すなわち契約主体が「事業者」と「個人」であることのみを要件として、いったん有効に成立した合意の効果を原則的に否定するのは、合理的根拠に乏しく、また、立証困難等の不都合は事実上の推定等其他の方策により解決すべき問題であって、かつそれで足りるというべきである。」

「（本件で平均的な損害の額を超える部分は認められるかについて）在学契約は、その性質上、学生の解除により大学が他の者から収入を得る機会を失うことがあり得ることも当然に予定しているものというべきであって、たとえ学生がした在学契約の解除により大学が他の者から収入を得る機会を失ったとしても、それを大学の被る損害として観念することはできないものと認めるのが相当である。」

「前記の在学契約の性質にかんがみると、大学は、入学辞退により定員割れが生じ得ることを踏まえたうえであらかじめ合格者の調整を図るべきであり、定

員割れのリスクは大学において甘受すべきであるから、その予測が外れ、定員割れの事態が生じたとしても、それを学生の入学辞退による平均的な損害と評価することはできないものと認めるのが相当である。」

⑥大阪地判平成15年10月16日（最高裁判所ホームページ）

（事案）

学納金の返還請求。

（判決の内容）

「消費者契約法9条1号は、民法420条に定める損害賠償額の予定ないし違約金の制度を前提としつつ、裁判所がその額を増減することができないとされている民法上の原則を消費者契約について例外を設け、消費者契約法9条1号所定の平均的な損害を超える部分に限り損害賠償額の予定ないし違約金の合意を無効とすることとしたものであるということが出来る。

消費者契約法9条1号の上記条文の構造によれば、合意にかかる損害賠償額の予定及び違約金の額が同号所定の平均的な損害を超える事実は、損害賠償額の予定ないし違約金の合意に対する権利障害事由として、上記合意の効力を否定する者、すなわち消費者がその主張立証責任を負うと解することが主張立証責任の所在に関する法の原則に合致するものであり、相当であるというべきである。

これに対し、原告らは、消費者保護を目的とする消費者契約法の立法趣旨や消費者が上記平均的な損害を立証することの困難性等を挙げ、損害賠償額の予定ないし違約金の額が平均的な損害の額を超えないことにつき事業者が主張立証責任を負う旨主張する。しかし、事業者が平均的な損害の主張立証責任を負うと解することは、消費者契約について損害賠償額の予定ないし違約金の合意を一般的に無効とし、事業者により平均的な損害の主張立証がされた部分に限り有効とするという解釈と採ることにほかならないが、かかる解釈は、上記合意のうち平均的な損害を超える部分に限り無効とする旨定めた消費者契約法9条1号の上記条文の構造と整合しないといわざるを得ない。また、消費者契約法9条1号は、上記のとおり、損害賠償額の予定ないし違約金の合意がある場合、裁判所がその額を増減することができないとする民法上の原則に修正を加え、その合意のうち平均的な損害を超える部分を無効とするという方法で消費者保護を図ったものというべきであって、平均的な損害についての主張立証責任を事業者を負わさなければ消費者契約法の立法趣旨が達成できないということとはできない。さらに、立証の難易は、主張立証責任の所在を決める際の一つの考慮要素であるが、それが決定的な基準になるものではないことはいうまでもない。契約の相手方である事業者の事業内容に精通しない消費者が、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者に生ずべき平均的な損害の額を立証することが容易ではないことは否定できないものの、当該事案において事業者が被った実損害の立証を強いられるのとは異なり、事例の集積等によりその額を客観的、定型的に算定することが可能であるといえるから、上記立証の困難性は、消費者契約法9条1号の上記条文の構造との整合性の欠如を

無視してまで事業者に平均的な損害の額を超えないことについて主張立証責任を負わせる理由としては十分とはいえず、この点に関する原告らの主張は採用できない。」

「(原告らが納入した前期分授業料等の合計額は、本件で被告が被るべき「平均的な損害」を超えるかについて) しながら、証拠(甲37)によれば、平成13年度の被告大学の入学定員は240名であったのに対し、合格者数は774名であり、入学者数は280名であったと認められ、これによれば、被告は、平成13年度において入学定員をはるかに超える学生を被告大学に入学させていたことが明らかである。平成14年度の被告大学の入学定員、合格者数、入学者数は被告においてこれを明らかにせず、他にこれを直接認めるに足りる証拠はないが、他に反対証拠のない本件においては、平成13年度のそれと同様の状況であったと推認するのが相当である。これによれば、被告は、平成14年度においても、合格者が入学を辞退したことによって定員を下回る入学者数しか得られなかったという状況にはならなかったと推認することができる。このような状況からすれば、原告らの辞退の申出の時期が学校年度の開始日に相当程度近いとしても、原告の入学辞退により被告は損害を被らなかったと認めることができる。

なお、前示のとおり、現行の大学受験制度においては、受験生が同一年度に複数の大学に対し入学出願することが可能であり、実際にも複数の大学に入学出願することが少なくなく、入学金納付者においても最終的に入学する大学をより志望順位の高い大学に変更する者がいることが広く認められる。したがって、大学も、入学金納入者の全員が最終的に入学するとまでは予定しておらず、各年度、ある程度の割合で入学を辞退する者があらわれることを想定し、これを見越して合格者を発表していると解するのが合理的である。大学が例年このようないわばリスクを回避するための制度的な工夫をしていることからすれば、仮に合格者が入学を辞退したことによって大学が定員を下回る入学者数しか得られない年度があったとしても、大学に生ずべき平均的な損害はないものと認めるのが相当である。」

⑦東京地判平成15年10月23日(判例時報1846号29頁)

(事案)

学納金の返還請求。

(判決の内容)

「消費者契約法9条1号所定の平均的損害とは、同一事業者が締結する多数の同種契約事案について、当該契約の性質、解除事由、解除時期、損害填補の可能性、解除により事業者が出捐を免れた金額等、諸般の事情を考慮して、典型的に考察した場合に算定される平均的な損害の額をいう。

ところで、同法は、事業者と消費者との間には情報の質及び量に格差があることを前提として消費者の利益の擁護を図ることを目的としているところ、この損害に関する情報及び証拠の多くが事業者側にあることはいうまでもない。したがって、消費者が一般的に入手可能な情報及び証拠に基づいて損害計算を