

# 消費者契約法9条1号所定の「平均的な損害の額」 の立証に関する問題

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2022-03-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: FUKUMOTO, Tomoyuki メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24517/00065577">https://doi.org/10.24517/00065577</a>

This work is licensed under a Creative Commons  
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0  
International License.



# 消費者契約法9条1号所定の 「平均的な損害の額」の立証に関する問題

福本知行

## 目次

- 一、はじめに
- 二、「平均的な損害の額」の立証負担軽減のための諸方策
  - 1. 事実上の推定
  - 2. 民事訴訟法248条の類推適用
  - 3. 事業者側の実体法上の情報提供義務
  - 4. 事業者側の訴訟法上の協力義務
- 三、おわりに

## 一、はじめに

(1) 消費者契約法9条1号所定の「平均的な損害の額」をめぐるのは、いわゆる学納金判決（最判平成18・11・27民集60巻9号3437頁）が、証明責任の所在に関するリーディングケースとなっている<sup>1)</sup>。最高裁は、在学契約の解除に伴って大学に生ずべき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

---

1) 数多くの評釈・コメントがあるが、証明責任への言及のあるもののみ挙げると、加藤正男・〔判解〕1183頁、松本恒雄・別冊ジュリ249号108頁、後藤卷則・法教322号9頁、朝倉佳秀・NBL849号12頁、野々山宏・NBL849号20頁。

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」と判示して、消費者側に証明責任があることを明らかにした<sup>2)</sup>。

(2) もっとも、「平均的な損害の額」の立証が必ずしも容易でないことには共通認識がある。すなわちまず、「平均的な損害の額」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をいい、当該消費者契約の当事者たる個々の事業者に生ず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を意味する、とされている<sup>3)</sup>。したがって、それは個別の消費者契約において現実に事業者が生じた実損害や、事業者が属する業界全体を基準とする平均（いわゆる業界標準）を意味するのではなく、あくまで当該の事業者が消費者との間で締結する多数の契約を類型化して、その類型ごとに計算される平均値を意味するのであり、通常の損害賠償請求訴訟における損害額とは様相を異にする。のみならず、「平均的な損害の額」の算定の基礎となる事情や資料は、専ら事業者側の支配領域に属する事象に関わるものであるため、証拠の偏在が典型的に見られる状況であり、消費者側による立証には構

- 
- 2) 消費者契約法の施行後、学納金判決以前の段階では、事業者が証明責任を負うと判示した裁判例も公表されていた（例えば、大阪地判平成14・7・19金判1162号32頁、さいたま地判平成15・3・26金判1179号58頁、京都地判平成15・7・16判時1825号46頁）。もっとも、消費者契約法が消費者保護を目的としていること、専ら事業者の内部事情に属することを消費者が立証することの困難性、などの実質的観点から、事業者が証明責任を負うという理解も、理論上おおよそ成り立ちえないものではない、という指摘は、学納金判決後もなされている。「各パネリストの報告テーマ・提案趣旨・報告骨子—平成19年12月1日開催・消費者法要件事実研究会」法科大学院要件事実教育研究所報6号（2008）61頁、98頁以下〔田島純藏〕、城内明「消費者契約法9条1号に係る残された課題」現代消費者法34号（2017）63頁参照。また、特に消費者団体サイドからは、解釈論あるいは立法論として、繰り返し主張されているところである。
- 3) 消費者庁消費者制度課編『逐条解説 消費者契約法（第4版）』（2019・商事法務）277頁参照。

造的な困難がある。

(3) ところで、消費者契約法の立法過程においては、「平均的な損害の額」の立証について意識的に議論が行われたことは窺えない<sup>4)</sup>。証明責任の所在についても、いわゆる法律要件分類説を前提として消費者側にあるとする理解が一般的であったようである。すなわちまず、消費者契約法9条1号は、民法420条が定める賠償額の予定・違約金制度の例外として、平均的な損害の額を超える部分については損害賠償額の予定や違約金の定めを無効とすることによって、事業者と消費者との間の合意の効力を法律によって制限するものと位置づけられている<sup>5)</sup>。元来、損害賠償額の予定には、債務不履行が生じた場合に、あらかじめ合意で定めた予定額が実損害よりも多額か少額かを問わず、約定の予定額を以って決着を図ることで、損害賠償を請求する債権者に、実損害を証明する負担を免れさせる、という趣旨も含まれており、消費者契約法9条1号がこのような合意の効力を一定範囲で制限するものであるとすれば、合意によって損害賠償額の予定あるいは違約金として定めた額が、平均的な損害の額を超え、その限りで無効であることを主張する債務者、すなわち消費者側が「平均的な損害の額」について証明責任を負うことになる、という理解を前提にしているものと見られる<sup>6)</sup>。

- 
- 4) 消費者契約法9条1号において「平均的な損害の額」という要件が設定された経緯については、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・山本敬三・森田宏樹編『特別法と民法法理』(2006・有斐閣)93頁,110頁以下参照。
  - 5) なお、平成29年の債権法改正により、民法420条1項後段(「この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。」)が削除されたが、これは賠償額の予定の効力は当事者の合意の趣旨に基づいて判断すべきであり、約定額での賠償のみを認めるのが当事者の通常の意味であるとしても、当事者がこれと異なる趣旨で賠償額を約定することは可能であり、当事者の合意が公序良俗違反などを理由として否定される余地もある、などとする通説的見解を前提にするものと説明されている(大村敦志・道垣内弘人編『解説 民法(債権法)改正のポイント』(2017・有斐閣)126頁以下[加毛明])。
  - 6) 朝倉佳秀「消費者契約法9条1号の規定する『平均的損害』の主張・立証責任に関する

(4) 他方において、学納金判決がなされる直前の平成18年6月7日に公布された消費者契約法の一部を改正する法律（平成18年法律第56号）により、適格消費者団体による不当条項の差止請求の制度が新設され、平成19年6月7日に施行された。すなわち、差止請求関係業務を行うための内閣総理大臣の認定（同法13条）を受けた適格消費者団体には、団体に固有の権利として不当条項の差止請求権が与えられ（12条）、その行使として事業者に対し、不当な契約条項の使用差止めを求める訴訟を提起することができるようになった<sup>7)</sup>。これ以降、適格消費者団体が事業者を被告として、差止請求訴訟を提起する事例は、すでにかかなりの数に上っている<sup>8)</sup>。このことは、現実の訴訟において消費者契約法9条1号が用いられる典型的場面を変容させることにもなったと言えよう。すなわち従来は、事業者側からの違約金・キャンセル料等の請求に対する抗弁として、消費者側から「平均的な損害の額」を超える部分の無効が主張されるという場面や、学納金判決のように、すでに事業者を支払われた金銭のうち、「平均的な損害の額」を超える部分は無効であるとして消費者側が不当利得の返還を請求する場面<sup>9)</sup>が典型と目されていた

---

一考察」佐々木茂美編『民事実務研究I』（2005・判例タイムズ社）138頁（初出・判タ1149号（2004））。この論稿は、消費者契約法の施行後、学納金判決が現れる前までの段階で、立法過程の検討や裁判例の分析も踏まえて「平均的な損害の額」の証明責任は消費者側にあることを詳論しており、この問題の基本文献となっている。

- 7) 差止請求権の法律構成につき、三木浩一「消費者団体訴訟制度の概要と評価」同『民事訴訟による集会的権利保護の立法と理論』（2017・有斐閣）29頁（初出・ジュリ1320号（2006））、30頁以下参照。
- 8) 令和元年9月の「消費者契約法改正に向けた専門技術的側面の研究会」の報告書（以下では、「令和元年報告書」と引用する）（[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_system/consumer\\_contract\\_act/review\\_meeting\\_002/pdf/consumer\\_system\\_cms202\\_190912\\_01.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/review_meeting_002/pdf/consumer_system_cms202_190912_01.pdf)）30頁によると、消費者契約法9条1号の「平均的な損害の額」に関して争われた主な裁判例として消費者庁が把握しているものは、平成31年2月13日時点で96件である、とのことである。
- 9) これと同様の理は特定適格消費者団体が不当利得に係る請求について提起する共通義務確認の訴え（消費者裁判手続特例法3条1項2号参照）においても妥当することにな

が、適格消費者団体の差止請求訴訟においては、「平均的な損害の額」を超えることが、差止請求権の発生原因として主張されることになったのである。

しかしながら、専ら事業者側の支配領域に属する事象に関わる「平均的な損害の額」をめぐる、適格消費者団体に何か特別な調査権限が与えられたわけでもないため、「平均的な損害の額」の立証をすることが困難であるという状況は、個人としての消費者が訴訟を進行する場合と、適格消費者団体が訴訟を進行する場合とで変わりはない。その意味で、適格消費者団体に差止請求権を与えるというこの制度の創設は、不当条項の規制によって消費者被害を未然に防止するうえで画期的なことではあったが、その実効化のための訴訟手続面での手当てには、なお検討の余地があると思われる。すでに、「平均的な損害の額」の証明軽減のために、裁判例・学説上、様々な方策が提示されているほか、消費者委員会や消費者庁の検討会・研究会において立法論的な検討も続けられているところである<sup>10)</sup>。本稿はこれらの動向を整

---

ろう。

10) 現在のところ、消費者庁の「消費者契約に関する検討会」が、令和3年9月に公表した報告書が最新である（以下では、「令和3年報告書」と引用する）。([https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_system/meeting\\_materials/assets/consumer\\_system\\_cms101\\_210910\\_01.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/meeting_materials/assets/consumer_system_cms101_210910_01.pdf))。この検討会は、「消費者契約法改正に向けた専門技術的側面の研究会」を引き継いで、令和元年12月から開催されていたものである。もっとも、「平均的な損害の額」の立証負担の軽減は、これ以前から内閣府消費者委員会の「消費者契約法専門調査会」で議論が続けられたものの、平成27年の報告書（以下では、「平成27年報告書」と引用する）では、「速やかに法改正を行うべき内容を含む論点」には盛り込まれず、引き続き検討を行うこととされた（[https://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2015/doc/20151225\\_shoukei\\_houkoku1.pdf](https://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2015/doc/20151225_shoukei_houkoku1.pdf)）。これを受けた平成28年の消費者契約法一部改正に際し、衆議院での付帯決議において、引き続き検討を行い、改正法成立後遅くとも3年以内に必要な措置を講ずることとされた。この間の議論については、原田昌和「現行規定（8条・9条）の見直し」法時88巻12号（2016）50頁、54頁を参照。その後、専門調査会が再開され、平成29年8月の報告書（以下では、「平成29年報告書」と引用する）では、「平均的な損害の額」の立証に関する規律の在り方が、「措置すべき内容を含む論点」に掲げられ、推定規定の新設が提言されていた（[https://www.cao.go.jp/consumer/history/04/kabusoshiki/other/meeting5/doc/20170808\\_shoukei\\_houkoku.pdf](https://www.cao.go.jp/consumer/history/04/kabusoshiki/other/meeting5/doc/20170808_shoukei_houkoku.pdf)）。し

理・検討し、「平均的な損害の額」の立証負担を軽減するための方策を検討するための基礎作業とすることを目的とする。

## 二、「平均的な損害の額」の立証負担軽減のための諸方策

### 1. 事実上の推定

(1) 「平均的な損害の額」の証明責任が消費者側にあることを前提としつつ、事実上の推定を活用することによって証明負担の軽減を図ることは、消費者契約法の立法直後の論考でも言及されているほか<sup>11)</sup>、学納金判決においても示唆されており<sup>12)</sup>、実務上もその活用が主張されていたものである<sup>13)</sup>。その意味で、最も正統的な方策ということができる。そこでまずは、この事実上の推定の具体的な構造を確認し、検討することから始めたい。すなわち、事実上の推定は、経験則に基づいて間接事実から主要事実を推認することを意味するのだとすれば、ここにおいては「平均的な損害の額」が、いかなる事実

---

しながら、これを受けた平成30年の消費者契約法一部改正に際しては、推定規定の新設は盛り込まれず、衆参両院の付帯決議において、平均的損害額の推定規定の創設等について改正法成立後2年以内に必要な措置を講じることが求められた。この間の議論については、宮下修一「不当条項規制をめぐる改正と今後の課題」ジュリ1527号(2019)64頁、66頁以下を参照。

11) 例えば、落合誠一『消費者契約法』(2001・有斐閣)140頁。

12) もっとも、学納金判決においては、納付済みの授業料が「平均的な損害の額」を超えるかどうかについて、在学契約の解除(入学辞退)の時期を4月1日の前後で区別し、3月末までの場合は、大学において織り込み済みとして損害はなく、したがって不返還特約はすべて無効、4月1日以降の場合は、全額が平均的な損害を超えるものではなく、不返還特約はすべて有効と判示したため、事案との関係では事実上の推定が問題になる余地はないことになる。

13) 朝倉・前掲注6)152頁、吉野晶「不当条項規制をめぐる訴訟」現代消費者法14号(2012)28頁、33頁以下。

から、どのような経験則に基づいて推認されるのかを明らかにしておく必要がある。

(2) 学説上はまず、当該事例における実損害について、その有無あるいは金額を立証し、これをもって、類似事例における平均的な損害を事実上推定することが提案されている<sup>14)</sup>。しかしながら、当該事例における実損害の額は、契約の類型ごとに合理的な算出根拠に基づいて算出された当該事業者が生じる損害額の平均値を意味する「平均的な損害の額」とは別概念であり、「契約条項において想定されている平均的な損害の額は個々の契約における実損害の額と一致するものである」、という経験則は存在しないように思われる。したがって、当該事例というただ1つの契約事例における実損害から平均的な損害の額を推認することはできない。結局、この提案は実質的に見れば、「平均的な損害の額」について証明責任を負う消費者側の証明主題を、相対的に立証の容易な実損害に差し替えるもの、あるいは消費者側としてなしうる最大限の立証活動として、事業者が生じた実損害の立証をしたことを条件として、「平均的な損害の額」の証明責任を事業者側に転換するものと見ることができると、それは賠償額の予定・違約金条項の趣旨を変容させることになる。

(3) 次に、相手方事業者の属する業界の標準約款や同種事業者が使用する条項の定める違約金の額が「平均的な損害の額」の一応の基準となりえ、相手方事業者の契約条項の定める違約金の額が、それらの定める違約金等の額を上回ることを消費者が証明すれば、事業者の側で、自己に特有の事情により標準約款等の規律では考慮されていない損害が生じることを立証しなければならない、と説明するものがある<sup>15)</sup>。ここでは、例えば「標準約款や同

---

14) 朝倉・前掲注6)152頁注21。

15) 山本豊〔判批〕判タ1114号(2003)73頁,76頁,森田宏樹「消費者契約の解除に伴う『平

種事業者の使用する条項の定める違約金の額あるいは損害賠償の予定額は、合理的な算出根拠に基づいて、通常の事業者が被ることあるべき損害の平均値を算出して定められたもののはずである」などといった経験則が、前提とされているものと見られる。

確かに、標準約款や同種の事業者が使用する条項における違約金額の算出根拠が、客観的に明らかにされていれば、「平均的な損害の額」の算出過程を検証することが可能であるが、それが常に明らかとは限らない。特に標準約款等が存在せず、同種事業者が使用する条項を参照する場合、個々の同種事業者が使用する違約金条項の算出根拠となる資料は、それぞれの事業者の営業上の秘密にも関わることであるから、容易に明らかにされるとは考えられない。のみならず、そのような場合にいわゆる業界標準を明らかにしようとするのであれば、ある程度の数の同種事業者が使用する条項を参照し、その算出根拠となる資料を入手する必要があると考えられる。しかし、任意でそのような資料の提供に積極的に応じる同種事業者は稀であろう。

(4) このようにみると、事実上の推定を活用したとしても、消費者側の立証負担は、現に相手方となっている当該事業者に生ずべき平均的な損害の額を直接に立証する場合と比較して、それほど軽減されないように思われる。なお、立法論としては、消費者が、消費者契約の目的となるものの内容及び取引条件が類似する同種の事業者に生ずべき平均的な損害の額を立証した場合には、その額が、当該事業者に生ずべき平均的な損害の額と推定される旨の規定を設ける、という考え方も示されている<sup>16)</sup>。もっとも、この考え方に対しても、同種事業を行っていると言えるのかの判断が難しく、具体的運用が困難であること、推定規定は価格や解約料の横並びを助長し、消費者に不利

---

均的な損害』と標準約款」国民生活研究43巻1号(2003)44頁,54頁,潮見佳男編著『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』(2001・経済法令研究会)80頁以下[松岡久和]。  
16)「平成29年報告書」9頁,「令和元年報告書」34頁。

益を生じる恐れがあること、合理的に算定された標準約款や同種事業者が当事者となった参考となる裁判例等が存在しない場合には、他の事業者の具体的な「平均的な損害の額」を明らかにしなければならず、これを消費者が行うことは一般的には困難であること、事業者によってコスト構造やビジネスモデルが異なることから、あらゆる消費者契約を通じた推定の基礎となる経験則を見出すことは困難であり、事業の類似・同種性を要件とするのみでは、他者の損害額により「平均的な損害の額」を推定することは困難であること、などが指摘されており<sup>17)</sup>、現状ではコンセンサスは得られていない。

## 2、民事訴訟法248条の類推適用

(1) 東京地判平成14・3・25判タ1117号289頁<sup>18)</sup>は、消費者契約法が、平成13年4月に施行された後、9条1号の最初の適用事例とされている。このケースでは、民事訴訟法248条の趣旨を援用して裁判所が相当と認める「平均的な損害の額」を認定する、という手法がとられている。事案は、飲食店を営む事業者から、パーティーを内容とするサービス契約を消費者が中途解約したことに基づく営業保証料を請求したのに対して、消費者側から「平均的な損害の額」を超える部分の無効が抗弁として主張された、というものである。裁判所は、平均的な損害を算定するにあたり、民事訴訟法248条の趣旨に従って、1人当たりの料金の3割に予定人数の平均を乗じた額を以って平均的な損害と認めるのが相当であると判示した。そして、このように、「平均的な損害の額」に248条の趣旨を援用することの意味については、契約条項の定める違約金額が「平均的な損害の額」を超えていることは間違いな

---

17) 「令和元年報告書」35頁。

18) 主な評釈として、山本豊・前掲注15)、坂東俊矢・私法判例リマークス27号38頁、丸山絵美子・別冊ジュリ249号110頁、大塚和成・銀行法務21 630号110頁など。

が、いくら超えているかの証明が極めて困難である場合に、裁判所が相当な平均的損害額を認定することができ、「平均的な損害の額」について証明責任を負う当事者が証明に失敗したとして、一刀両断的に事案の解決を図るのではなく、裁判所による裁量的解決を可能ならしめる機能を果たすものと評価されている<sup>19)</sup>。この評価は、248条の趣旨を裁判所の裁量による損害額の評価を許容するものとみる、いわゆる裁量評価説に親和的な理解を示すものと見ることができる<sup>20)</sup>。

(2) 248条はもともと、損害賠償請求訴訟において、損害の発生が認められるにもかかわらず賠償が得られないという事態を回避し、損害の公平な分担を図ることを目指して、請求権者による損害額の立証困難を軽減する規定である。これに対して、平成14年の裁判例では、248条の趣旨を援用することにより、請求権者（＝事業者）ではなく、賠償義務者（＝消費者）の立証困難の軽減がもたらされている点において、やや様相を異にしている。すなわち、消費者としては、契約条項中の損害賠償予定額・違約金額の定めのうち、「平均的な損害の額」を超える部分の無効を抗弁として主張しており、この主張に理由があれば、約定の損害賠償義務の範囲を制限することができるはずである。しかし、「平均的な損害の額」が立証できなければ、損害賠償の予定・違約金条項のうち無効となる範囲が不明となるので、抗弁に理由がないとせざるを得ないことになる。このような事態を回避するために、248条の趣旨を援用するのは、損害の公平な分担という損害賠償法の理念を、損害賠償の予定・違約金条項で定められた損害の分担の基準を変更する場面にも

19) 山本豊・前掲注15)76頁。

20) 三木浩一「民事訴訟法248条の意義と機能」同『民事訴訟における手続運営の理論』（2013・有斐閣）471頁、487頁以下（初出・2008）。周知のように、248条の趣旨をめぐっては、損害額についての証明度を軽減する趣旨か、裁判所の裁量による損害額の評価を許容する趣旨かをめぐって、議論が錯綜している。議論状況につき、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）（第2版補訂版）』（2014・有斐閣）56頁以下を参照。

貫徹させることを意味するものと位置づけることができる<sup>21)</sup>。

(3) さらに、消費者契約法の事案ではないが、近時、最判平成30・10・11民集72巻5号477頁<sup>22)</sup>が最高裁として初めて、248条の類推適用を肯定したことが注目される。この判例は、東京証券取引所に上場されていた株式会社の株式を募集等により取得した者が、会社の提出した有価証券届出書に参照すべき旨を記載された半期報告書のうちに重要な事項について虚偽の記載があり、それにより損害を被ったと主張して、会社に対し、金融商品取引法（金商法）18条1項に基づく損害賠償請求訴訟を提起したというものである。最高裁は、「請求権者の受けた損害につき、有価証券届出書の虚偽記載等によって生ずべき当該有価証券の値下がり以外の事情により生じたことが認められる場合に、当該事情により生じた損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、民訴法248条の類推適用により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、金商法19条2項の賠償の責めに任じない損害の額として相当な額を認定することができる」と判示した。

金商法19条2項は、請求権者が受けた損害の額の全部または一部が、有価証券届出書の虚偽記載等によって生ずべき値下がり以外の事情によって生じたことを、賠償の責めに任ずべき者が証明した場合には、その範囲で賠償の

---

21) 実損害とは区別された計算上の値にすぎない「平均的な損害の額」が裁判所による認定の対象となっている点も通常の損害賠償請求訴訟とは異なる。もっとも、この点は、独禁法違反の価格協定によって消費者が被った損害を、現実購入価格と価格協定がない場合の販売価格（想定販売価格）との差額と見て、想定販売価格について248条の適用が肯定されること（高田裕成・三木浩一・山本和彦編『注釈民事訴訟法第4巻』（2017・有斐閣）1035頁〔山本和彦〕）と類似するであろう。

22) 評釈として、田中寛明・曹時71巻6号1217頁、同・ジュリ1534号88頁、越山和広・私法判例リマークス60号114頁、川中啓由・新・判例解説Watch24号151頁、松岡啓祐・新・判例解説Watch24号121頁、加藤新太郎・NBL1167号84頁、門口正人・金法2106号58頁、松尾健一・金法2123号28頁、坂田宏・法教461号159頁、船津浩司・法教461号158頁、川嶋四郎・法セミ773号120頁。

責めに任じないことを定めるものである。したがって、ここにおいて248条の類推適用が肯定されたことは、請求権者の相手方の主張する抗弁がどの範囲で理由があるかを判断する際にも、損害の公平な分担という損害賠償法の理念を実現するという248条の趣旨が及ぶことが明らかにされたことになる。したがって、先の平成14年の東京地裁判決の事案のように、事業者が契約条項に基づいて、平均的な損害の額を上回る過大な違約金の支払いを請求してきた場合に、消費者が、消費者契約法9条1号に基づいて、契約条項の無効を抗弁として主張する場合にも、この判例の射程が及び、248条の類推適用を肯定する余地があると思われる<sup>23)</sup>。

(4) 以上に対して、学納金判決の事案においては、学生が既に支払い、大学が受領した学納金のうち、「平均的な損害の額」を超える範囲について、消費者側から不当利得返還請求訴訟が提起されており、消費者契約法9条1号による無効が、不当利得返還請求権の発生原因として主張されていることになる。このような事案にも248条の趣旨を及ぼして、事業者側が返還すべき利得の額の算定において相当な額を認定してよいかは問題である。しかしながら、学納金判決がいみじくも示しているように、そこにおいて問題となった、すでに納付した納付金の不返還特約の下では、事業者側つまり大学が当該条項に基づいてすでに納付された納付金を消費者側つまり、受験生に返還しないことにより、「平均的な損害の額」を上回る額が事業者の下に保持されている状態が生じており、不当利得返還請求は消費者の側からこの状態を回復しようとするものである。したがってここでは、不当利得返還請求といっても実質的・経済的に見れば、消費者契約の解除に伴って消費者が負担す

---

23) なお、この判例よりも前に、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法〔第2版増補版〕』（2015・商事法務）172頁は、消費者にとって不当に高額な損害額が算定される可能性もあるとして、むしろ248条の安易な援用を戒めていたが、同条の類推適用を一切否定するものではなかろう。

べき違約金あるいは損害金の範囲の確定を図るのに等しいところであり、これによって損害の公平な分担という損害賠償法の理念はむしろ、貫徹されることになると思われる。

さらに、このような実質的に損害の公平な分担が目指されている不当利得返還請求にも248条を類推する可能性については、近時の伊藤眞教授の論稿が注目される<sup>24)</sup>。伊藤教授の論稿は、消費者契約法の事案を素材とするものではなく、価格談合行為を理由とする無効を主張してする既払いの売買代金相当額の不当利得返還請求に対して、費消された給付目的物の想定落札価格相当額の金銭の支払いについての不当利得返還請求権を自働債権とする相殺が主張されたという裁判例<sup>25)</sup>を素材とするものである。そして、①経済的には原告が談合行為を不法行為として、現に支払った代金額と想定落札価格との差額を損害額として請求するのと変わりがない、②仮に原告がそのような請求をしたときは、想定落札価格の認定について248条の適用が認められる可能性があることとの対比で、想定落札価格という立証命題の実質は同じであるにもかかわらず、不当利得返還請求権の発生原因事実として被告の証明責任に属するために、248条の適用があり得ないことになるのは、公平に合致しない、③この場合、被告の不当利得返還請求権は原告の損害賠償請求権の反対形相ともいうべきものであり、被告から給付された目的物を原告が費消したことによって原告に利得が生じていることは明らかなのであるから、法248条を類推適用して、想定落札価格を基礎とする原告の利得額を認定すべきであると考えられる、として、不当利得返還請求にも248条の趣旨を及ぼしうることがあることが論証されている。翻って、事業者側が消費者に対

24) 伊藤眞「民事訴訟法第248条再考—最判平成20年6月10日判タ1316号142頁はパンドラの箱を開けたか?—」梅善夫先生・遠藤賢治先生古稀祝賀 民事手続における法と実践(2014・成文堂)475頁、498頁以下。もっとも、名古屋地判平成21・8・7判時2070号77頁は、不当利得返還請求権の場合には利得及び損失について248条の適用を否定している。

25) 東京地判平成23・6・27判時2129号46頁。

して返還すべき不当利得の額を算定する際に、「平均的な損害の額」を認定する場合も、同様の状況が見られることから、248条の趣旨を及ぼすことは、十分に成り立つ余地があると思われる。

(5) もっとも、その後、消費者契約法9条1号の適用事例の多くを、適格消費者団体の差止訴訟が占めるようになり、事業者側からの損害賠償請求訴訟や消費者側からの不当利得返還請求訴訟の事例がほとんど見当たらなくなっている。不当条項の差止請求訴訟は、抽象的審査訴訟に近い性格を有するものとも見られるように<sup>26)</sup>、損害の公平な分担という損害賠償法の理念とは直接の関係がないと考えられ、このような動向の中にあっては、248条の類推という手法を採用する裁判例も、平成14年の裁判例以降、見当たらない状況である。学説も、平成14年の裁判例の直後には、この手法に言及するものが見られたが<sup>27)</sup>、近年はあまり顧みられていないようである。

### 3、事業者側の実体法上の情報提供義務

消費者契約法3条1項が、消費者契約の締結段階において、事業者には消費者の権利義務についての必要な情報を提供する努力義務があるとしていることを手掛かりとして、訴訟における主張のレベルで、事業者側が、否認の理由として平均的損害の具体的内容にまで踏み込んだ認否をすべきことは当然である、とするものがある<sup>28)</sup>。確かに、消費者契約法の理念として、事

---

26) 三木浩一「消費者団体訴訟制度の立法的課題」同・前掲注7)2頁，7頁参照。

27) 朝倉・前掲注6)152頁注22，山本豊・前掲注15)76頁。

28) 朝倉・前掲注6)153頁。なお、「平成27年報告書」14頁以下は、消費者契約法3条1項の趣旨にてらし、事業者と消費者との間で「平均的な損害の額」が問題となった場合にも、事業者は消費者に対し必要な情報を提供するよう努めなければならないと解されるとしつつ、この解釈を逐条解説に記載するなどして周知することが適当、とするに止まる。

業者が消費者の権利義務についての情報提供に努めるべきことは当然であるが、この義務は、まさに努力義務にとどまるものであるから、これのみでは規範的な意味での義務を導くことはできないであろう。訴訟上も、事業者に積極否認を義務づけるといっても、努力義務にとどまるもの、あるいは民訴規則79条3項に定めるような、訓示の意味を導くことができるにとどまるものと言わざるを得ず、これだけでは訴訟資料の充実を図る上で、実効性を収め難いように思われる。現に、事業者側の非協力的な訴訟追行姿勢が、消費者団体サイドから、指摘されているところである<sup>29)</sup>。

立法論としては、差止請求権を行使する適格消費者団体に、差止請求権に付随的なものとして、平均的な損害の額の算定に必要な資料の開示を事業者に対して請求する、実体法上の権利を付与することも検討されている<sup>30)</sup>。元来、適格消費者団体は、消費者契約法41条により、提訴に先立って事業者に対して書面による事前請求をすることが求められており、これを経たことが差止請求訴訟の訴訟要件となると解されているので<sup>31)</sup>、提訴に至る前の段階で、十分な情報収集や調査を行うことが必須になっている。しかしながら現状では、そのための十分な手段が適格消費者団体に与えられているとは言いがたく、適格消費者団体による差止請求という制度を通じた不当条項規制の実効性を高めるためにも、また提訴に至る前に適格消費者団体と事業者との間の交渉による決着を促進するためにも、適格消費者団体の実体法上の権限の

---

また、営業秘密等、民事訴訟法上、文書の所持者がその提出を拒絶できる事由があるとされるような場合まで、その対象に含まれる趣旨ではないとの注記がある。「令和3年報告書」13頁では、消費者契約の解約時に違約金条項について不当でないことを説明する努力義務を事業者に課すことが提案されている。

29) 「第5回 消費者契約法改正に向けた専門技術的側面の研究会」における、五條操弁護士とのヒアリング報告資料 ([https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_system/consumer\\_contract\\_act/review\\_meeting\\_002/pdf/review\\_meeting\\_002\\_190628\\_0002.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/review_meeting_002/pdf/review_meeting_002_190628_0002.pdf)) 4頁以下。

30) 「令和元年報告書」39頁以下。

31) 消費者庁消費者制度課・前掲注3)500頁以下。

強化を目指す方向は支持すべきものと考え<sup>32)</sup>。

#### 4、事業者側の訴訟法上の協力義務

(1) 学説の中には、消費者契約法の成立後に行われた、景表法や特定商取引法の改正の動向を参照して、事業者側に損害賠償額の予定又は違約金の定めの設定方法が合理的であることの証拠を示す資料の提出義務を課し、当該資料の提出がない場合には、消費者側の主張を真実であるとみなすことを、解釈論あるいは立法論として主張するものも見られる<sup>33)</sup>。すなわち、例えば景表法7条2項は、内閣総理大臣が事業者のした表示が不当表示に当たるかどうかを判断するために必要があるときは、当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料の提出を、事業者に求めることができるとし、事業者が資料を提出しないときは、当該表示を不当表示とみなして措置命令を発することができるとしている。特定商取引法においても、不実告知や誇大広告に関し、主務大臣が販売業者または役務提供事業者に対して必要な措置を取るべきことの指示をすることに關し、同様の規律を定めている<sup>34)</sup>。

---

32) 城内明「消費者契約法9条1号に係る残された課題」現代消費者法34号(2017)54頁以下、69頁は、「そもそも、個々人の被害は少額にとどまることの多い消費者紛争の解決手段として重要な役割を果たしている消費者相談の場面等、裁判外の解決において、訴訟法上の権利は意味をなさない。」という。消費者個人が当事者となる場合を前提にすれば、そのとおりであろうが、適格消費者団体の差止請求を前提にすると、訴訟法上の権利を強化することは、差止請求訴訟提起前の段階で、それを背景とする交渉が可能になり、適格消費者団体の交渉力の強化に直結する点で、意味があるというべきである。

33) 後藤・前掲注1)12頁以下。

34) 特定商取引法6条の2(訪問販売における不実告知)、12条の2(通信販売における誇大広告)、21条の2(電話勧誘販売における不実告知)、34条の2・36条の2(連鎖販売取引における不実告知・誇大広告)、43条の2・44条の2(特定継続的役務提供における誇大広告・不実告知)、52条の2・54条の2(業務提供誘引販売取引における不実告知・

これらは、直接的には、行政処分的前提となる情報につき、事業者に対して資料の提出を求める権限を行政庁に付与することで行政処分の適正性を確保することを意図するものと見られるが、そのことの裏返しとして、事業者には資料を提出し、行政調査に協力する行政法上の義務があると解することができ、事業者がこれに違反した場合、行政庁が命令や指示を発するかどうかを判断する際に、事業者に不利な認定がなされるという、行政手続上の制裁が科されることを定めていることになる。したがって、「平均的な損害の額」が問題とされる訴訟手続において、これを参照するというのは、消費者との間で損害賠償額の予定あるいは違約金を定める契約条項の不当性をめぐって訴訟を進行している事業者には、裁判所に対する関係で、契約条項の内容が平均的な損害の額を超えない合理的なものであることを示す資料を提出すべき訴訟法上の義務が課され、事業者がこれに違反した場合は、裁判所は平均的な損害の額に関する消費者側の主張を真実とみなすことができる、という訴訟手続上の制裁が科されることを意味するのであろう。

確かに、景表法や特定商取引法の規律には事業者側も立証への協力をすべき場合がある、という理念を見て取ることができる。しかしながら、そもそもそれは行政手続上の義務であり、そのことから当然に訴訟手続上の義務が導かれるわけではないし、消費者契約法の不当条項規制に関しては、行政処分による是正措置が想定されているわけでもないから、これのみでは少なくとも解釈論としてはかなり難しいのではないかと思われる。

(2) 民事訴訟法の解釈論としては、すでに事案解明義務論や具体的陳述義務・証拠提出義務論によって、証明責任を負わない当事者の協力義務の根拠づけが試みられ<sup>35)</sup>、消費者契約法9条1号所定の「平均的な損害の額」へのそ

---

誇大広告)。

35) 民事訴訟法一般の立法提案として、三木浩一・山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』(2012・有斐閣)17頁以下参照。

の適用も主張されているところである<sup>36)</sup>。

すなわちまず、春日偉知郎教授の事案解明義務論においては、証明責任を負う当事者の主張が抽象的なものでなく、主張を裏付ける「具体的な手掛り」を提示するものであることを要求し、「平均的な損害」に関しては、解除の事由、時期等によって区別される契約類型ごとに、当該契約の特殊性、逸失利益、準備費用、利用率等損害の内容、契約の代替可能性、変更ないし転用可能性等の事情のうち、消費者が入手可能な情報を具体的に示し、かつ、できる限りこれを裏付ける資料も提出して、平均的な損害を超えるとの法的評価を導く具体的な事実を主張して、その事実の存在を高度の蓋然性の程度まで証明したときは、事業者はみずから所持する資料に基づいてこれを反駁する主張・証拠を提出しなげなければならない、と説明する<sup>37)</sup>。また、松本博之教授の具体的陳述義務・証拠提出義務論においては、情報の偏在する訴訟においては、証明責任を負う当事者の事実主張は概括的・抽象的なもので足りるとして、消費者が「平均的な損害」が生じていないこと、または、損害賠償の予定額と違約金の合計額が「平均的な損害」を超過することを概括的に主張すれば、事業者は、消費者の主張を否認するときは「平均的な損害」の算定根拠を示して積極否認をすべきであり、単純否認にとどまる場合には消費者の概括的主張を自白したものとみなされる、とする<sup>38)</sup>。これらの見解

---

36) 実務的にも、司法研修所編『現代型民事紛争に関する実証的研究—現代型契約紛争(1)消費者紛争』(2011・法曹会)76頁以下が、平均的損害についての消費者の主張を事業者が争う場合に、その具体的理由として、消費者が主張するのとは異なる平均的損害額を明らかにするように求めてその主張内容を攻撃防御の対象にするとともに、事業者が合理的な理由なく理由を述べないときは、事実上の推定や弁論の全趣旨によって消費者側の主張をもって平均的な損害を認定することが考えられる、という。もっともこれは、義務違反の効果を、あくまで事実上の推定や自由心証の枠内に止まるものと見る点で、事案解明義務論や具体的陳述義務・証拠提出義務論の説くところよりも、弱いものである。

37) 春日偉知郎「要件事実の証明責任と事案解明」法セミ647号(2008)28頁, 31頁以下。

38) 松本博之『証明軽減論と武器対等の原則』(2017・日本加除出版)88頁以下。

は、いずれも情報の偏在する訴訟において格差を解消し、当事者間の実質的な対等性を確保しようとする点で問題意識は共通である。

(3) もっとも、当該事業者に生ずべき「平均的な損害の額」の算定根拠となる事情や資料が、構造的に専ら当該事業者の支配領域下にある以上、消費者側としては、その立証以前に、具体的な主張をすること自体が必ずしも容易ではないとみられる。そのため、事案説明義務論のいうように、消費者側による「具体的な手掛かり」の主張・立証を要件とするのでは、当事者間の実質的な対等性を確保することが容易ではないと思われる。

他方、具体的陳述義務・証拠提出義務論のいうように、証明責任を負う当事者の主張が抽象的・概括的なもので足りるということになると、模索的証明を助長する可能性もありうるところである。この点は、証明責任を負わない当事者に事案の解明を期待しうる場合に当たるかを判断する際に、当事者双方に訴訟外ですでに「特別の接点」が存在することを必要とし、その意味で、具体的事実陳述義務を基礎づける信義則は、単なる訴訟上の信義則ではなく実体関連的なものであるとすることで<sup>39)</sup>、整合性を保っていると解される。そして、「特別の接点」が認められる場合としては、証明責任上有利な地位に立つ当事者の一定態様の先行行為が存在すること、または証明責任を負わない当事者の一定態様の個人的事情や相手方との関係が存在する場合が挙げられている<sup>40)</sup>。「平均的な損害」に関しては、損害賠償の予定や違約金を設定した条項を含む、事業者と消費者との間の契約関係を以って、「特別の接点」と見ることができであろう。もっとも、この点はさらに、適格消費者団体による差止請求の場合は、適格消費者団体と事業者との間には契約関係を前提としていないので、何を「特別の接点」と見るかが問題となりうる。この点は恐らく、適格消費者団体は差止請求訴訟を提起するの

---

39) 松本博之『民事訴訟における事案の解明』(2015・日本加除出版) 60頁。

40) 松本・前掲注39)60頁。

先立って、事業者に対して書面による事前請求をすることが要求されており、提訴をするかどうかを判断するための基礎となる情報の収集という形態においてではあるが、事業者との間で交渉が行われることが制度的に前提となっていることに求めることができるであろう。事業者が、適格消費者団体との事前の交渉において誠実な対応をするのであれば、契約条項の合理性を根拠とともに説明する、あるいは契約条項の不当性を認識して、それを修正することによって、適格消費者団体からの提訴を回避することができる。

(4) 立法論としては、特許法104条の2<sup>41)</sup>の規定を参考として、事業者が「平均的な損害の額」を超えるという消費者側の主張を否認するときは、自己の主張する「平均的な損害の額」及びその算定根拠を明らかにしなければならないとして、積極否認を義務づける考え方も示されている<sup>42)</sup>。この考え方は、積極否認を法律上の義務とする点では、事案解明義務論や具体的陳述義務・証拠提出義務論の主張するところと一致すると見られる。しかしながら、この考え方の意図するところは、裁判所が訴訟指揮により、事業者に対して任意の資料提出などの対応を求めやすくすることにあり、事業者がこの義務に違反する場合も、制裁措置までは規定せずに、裁判所の訴訟指揮により算定根拠等の明示義務を履行するよう促し、裁判官の自由心証に影響を及ぼす可能性という程度の、事実上の効果をあげることが念頭に置かれるにとどま

---

41) この規定は、平成11年の特許法改正で追加され、新民事訴訟法の下で民事訴訟規則79条3項が積極否認の義務を定めたことを一歩進めて、特許権侵害の事案では侵害行為を組成する物などは侵害者側にあることが多いことに鑑み、当事者の公平の観点から設けられたと言われている。茶園成樹編『特許法（第2版）』（2017・有斐閣）307頁〔勝久晴夫〕。もっとも、松本・前掲注37)61頁は、特許法の改正は知的財産権の保護の強化・迅速化の要請を背景に訴訟促進の観点が前面にあることを指摘し、訴訟促進の観点のみでは、証明責任を負わない当事者に積極否認を義務づけることはできず、特許法104条の2による相手方の事実陳述義務も実体関連的な信義則に基づき根拠づけることができる、という。

42) 「令和元年報告書」36頁以下、「令和3年報告書」15頁以下。

る<sup>43)</sup>。この点では、具体的陳述義務・証拠提出義務論の主張するところよりも緩やかな規律を提案するものとなっている。その意味で、実効性には疑問の余地があるが、積極否認をすることを規則レベルに止まらない法的な義務として明示すること自体、ささやかながらも一步前進と見ることは可能である<sup>44)</sup>。もっとも、特別法において積極否認を法的に義務づける規定が個別的に置かれることで、逆に民事訴訟一般においては民事訴訟規則に規定が置かれる、訓示規定の定める義務にすぎないことが固定化されることにもつながりかねないので、正面から民事訴訟法一般の立法問題として議論すべき時期に来ているのではないかと思われる<sup>45)</sup>。

### 三、おわりに

本稿は、消費者契約法9条1号所定の「平均的な損害の額」の立証負担を軽減するために、解釈論または立法論として主張されてきた諸方策に検討を加えた。その結果、①立法当初想定され、学納金判決においても言及されて

---

43) 「令和元年報告書」37頁。

44) なお「令和3年報告書」15頁以下では、平均的な損害とその算定根拠には事業者側の営業秘密に該当し得る情報も含まれることや、平均的な損害の額の立証には相応の専門性と労力負担が求められることから、積極否認の特則の利用主体を、適格消費者団体及び特定適格消費者団体に限定することが現実的である、としている。

45) すでに、三木・山本編・前掲注35)6頁、15頁以下が提案するところである。なお、「令和元年報告書」37頁以下ではさらに、特許法105条の規定を参照し、文書提出命令の特則として、利用主体を適格消費者団体に限定して、「平均的な損害の額」を超える蓋然性が相当程度高いと認められる場合に、事業者には平均的な損害の額について立証するため必要な書類等の提出を命ずることができることとし、その際、事業者が提出を求められた書類等に営業秘密が含まれることを疎明したときは、適格消費者団体に秘密保持義務を課すという規定を設けることも提案されているが、「令和3年報告書」16頁以下では、将来の検討課題とされている。

いた事実上の推定の活用には、確たる経験則の裏付けが見当たらず、立証負担の軽減にはそれほど役立たないこと、②民事訴訟法248条の類推は、消費者個人が当事者となる訴訟の場面においては、理論上なお可能であること、③事業者側の積極否認を義務づけることは、すでに立法に向けて動きがあるところであるが<sup>46)</sup>、義務違反の効果が裁判官の自由心証に影響を及ぼしうるに止まるものとされている点で、実効性に疑問が残ること等が明らかになった。

消費者契約法9条1号の主たる適用場面が適格消費者団体による差止請求訴訟になっていることを前提にすると、不当条項規制を一層実効的なものとするためには、適格消費者団体の差止請求関係業務の基盤を強化する必要があると痛感される点である。適格消費者団体には情報収集や調査のための特別な権限が与えられているわけではないので、「平均的な損害の額」を立証するための資料が構造的に事業者側に握られているという状況は、適格消費者団体が訴訟を進行する場合であっても、消費者個人が訴訟を進行する場合と何ら異ならない。不当条項規制のために適格消費者団体の果たす役割に期待するのであれば、それに応えうるだけの業務基盤を確立することが急務であろう。

---

46) 「令和3年報告書」を踏まえて、令和4年の通常国会への法案提出が予定されているようである。