

【論説】

## 消費者契約法9条1号「平均的な損害」における 損害算定基準について

岡 田 希世子

### 要 約

本稿は、消費者契約法9条1号「平均的な損害」における損害の算定基準について論じるものである。消費者契約法9条1号の「平均的な基準」の解釈・適用が問題となった裁判例に関して、最高裁判決をまとめた後に、裁判例を「同種契約」ごとにグループに分け、それぞれの契約における「平均的な損害」の算定基準としてどのようなものが利用されているのかについて検討し、損害の算定基準の解明を試みることにより契約のキャンセル料に関する問題を検討するものである。

### I はじめに

消費者契約法は2001（平成13）年4月1日に施行され、約20年経過した。消費者契約法は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の差に鑑み、消費者が誤認したり、困惑したりした場合等について契約の意思表示を取り消すことや、消費者の利益を不当に害する条項（不当条項）を無効にすること等により、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とするものである（同法1条）。つまり、消費者契約法は、事業者と消費者との間を規律する民事ルールであるのに対し、同じ民事ルールを定めている民法は、対等当事者間における法律関係を念頭に置いているという違いがある。

消費者契約法が制定された後幾度かの改正が重ねられ、最新の改正は2018（平成30）年である。消費者契約法の条文のうち、よく利用されているのは、4条・9条・10条である。ところが、消費者契約法9条に関して、消費者契約法専門調査会で検討課題としてあげられていたが<sup>1</sup>、継続審議となり、未だ改正はなされていない<sup>2</sup>。

そこで、本稿では、消費者契約法9条1号に関する問題として、「平均的な損害」における損害算定基準の検討を行うことにする。

---

<sup>1</sup> 消費者委員会 消費者契約法専門調査会「消費者契約法専門調査会報告書」（平成29年8月）<[https://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2017/houkoku/20170808\\_sk\\_houkoku.html](https://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2017/houkoku/20170808_sk_houkoku.html)>（2020年2月10日閲覧）8頁以下。

<sup>2</sup> 消費者契約法の一部を改正する法律案に対する附帯決議第2号において、「『平均的な損害の額』の意義、『解除に伴う』などの本号の他の要件についても必要に応じて検討を加えつつ、当該損害額を法律上推定する規定の創設など消費者の立法責任の負担軽減に向け早急に検討を行い、本法成立後二年以内に必要な措置を講ずること。」とされた。  
衆議院 HP 議案情報・第196回国会附帯決議一覧 <[https://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/ketsugi/196/futai\\_ind.html](https://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/ketsugi/196/futai_ind.html)>（2020年2月10日閲覧）。

## II 消費者契約法 9 条の趣旨

### 1. 消費者契約法 9 条

消費者契約法 9 条は、消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効についての規定であるが、消費者庁の解説によれば、その趣旨は、「契約条項に基づく事業者による消費者の義務の加重としては、現実には、消費者契約の解除等に伴い高額な損害賠償等を請求することを予定し、消費者に不当な金銭的負担を強いる場合がある。そこで、本条においては、消費者が不当な金銭的負担を強いられることがないように、事業者が消費者契約において、契約の解除の際又は契約に基づく金銭の支払義務を消費者が遅延した際の損害賠償額の予定又は違約金を定めた場合、その額が一定の限度を超えるときに、その限度を超える部分を無効とすることとする。」<sup>3</sup>とされる。

そして、同法 1 号は、消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項のうち、解除に伴い当該事業者が生ずべき「平均的な損害」の額を超える部分につき無効であると規定する。つまり、契約の条項として解除に伴う損害賠償の額を予定することは問題ないが<sup>4</sup>、その額が、「平均的な損害」の額を超える部分を無効とする。ここで問題となるのが「平均的な損害」とは何かである。

### 2. 平均的な損害とは何か

消費者庁の解説によると、「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ものである。」<sup>5</sup>とし、また、この「平均的な損害」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、当該業種における業界水準を指すものではない。」<sup>6</sup>とする。

さらに、この「当該事業者が生ずべき平均的な額」に関しては、あらかじめ「平均的な損害の額」を十分算定していれば、紛争が生じた場合でも、算定根拠を示した説明も容易となり、損害賠償の額の予定又は違約金を巡るトラブルも回避できるとし、事業者においては、損害賠

<sup>3</sup> 消費者庁消費者制度課編『逐条解説・消費者契約法〔第4版〕』（商事法務，2019年）275頁。

<sup>4</sup> 民法 420 条は、「債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。」と規定していることから、あらかじめ損害賠償の額を契約条項等で定めること自体は可能である。

<sup>5</sup> 消費者庁・前掲注（3）277頁。

<sup>6</sup> 同上。

償の額の予定又は違約金を定めるに際しては、合理的な根拠をもって「平均的な損害の額」を算定しておくことが期待されているとする<sup>7</sup>。

しかし、実際の裁判例においては、あらかじめ「平均的な損害の額」を算出していなかったり、解約金（キャンセル料、取消料などを含む）の額について争われたりしており、統一した解決が図られていない。

### 3. 平均的な損害の意義に関する学説の状況

次に、学説の状況を簡単に見ていくことにする。「平均的な損害」の意義に関しては、大きく分けて2つの考え方がある。1つ目は、民法理論に基づくとするものであり、「平均的な損害」は民法416条の「通常生ずべき損害」と同義であるとするものであり、民法416条を前提としつつ、それを定型化した基準を消費者契約法に関し強行法規化したものとして位置付ける考え方である<sup>8</sup>。2つ目は、特定商取引法や割賦販売法における損害賠償額等の制限をもとにする考え方である<sup>9</sup>。

すなわち、1つ目の考え方をを用いると、「平均的な損害」は民法416条の「通常生ずべき損害」を前提とするため、通常の債務不履行と同じ効果が生じ、履行利益や逸失利益まで求めることができる。これに対して、2つ目の考え方をを用いると、契約履行前の解除に伴う損害賠償請求は原状回復義務に限定されるという法理を、消費者契約に一般化したものと位置付けることから、「平均的な損害」は原状回復義務に限定されることになる<sup>10</sup>。

それでは、裁判例において、「平均的な損害」がどのように捉えられているのかを丁寧に考察した後、学説の状況を踏まえつつ、検討を行うことにする。

## Ⅲ 消費者契約法 9 条 1 号をめぐる裁判例の特徴

### 1. 特徴

消費者契約法 9 条の解釈・適用が問題となった事例は少なくはないが、和解や簡易裁判所による解決が図られることも多いと思われるため、公刊物や判例データベースに掲載されてい

<sup>7</sup> 消費者委員会・前掲注（1）9頁。

<sup>8</sup> 山本敬三『契約法の現代化 I - 契約規制の現代化』（商事法務，2016年）262頁。

<sup>9</sup> 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』（有斐閣，2006年）140頁以下，千葉恵美子「損害賠償額の予定・違約金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 円谷峻・松尾弘編『損害賠償法の軌跡と展望』（日本評論社，2008年）403頁以下，谷本圭子「損害賠償額・違約金の予定」法セ 549号（2000年）35頁参照。

<sup>10</sup> 同上・森田 114~115頁。

る裁判例もそこまで多くはない。同条が適用された最初の裁判例は、法の施行から約1年後の東京地判平14.3.25（判タ1117号289頁）であり、現在までに、80件を超える裁判例を公刊物や判例データベース（筆者は、LEX/DBを用いた）で見ることができる（2020年2月現在）。

これらの裁判例は大きく分けて2つの種類に分けることができる。1つは、学納金返還訴訟であり、もう1つは、それ以外の裁判例である<sup>11</sup>。これらの裁判例のうち、半数あまりが学納金返還訴訟であり、その対象は大学から専門学校、幼稚園まで多岐に渡っている。学納金返還訴訟については、最判18.11.27（民集60巻9号3437頁）が出され、この判決後は、学納金返還訴訟以外の裁判例が続いている。

さらに、消費者契約法が2006（平成18）年に改正された際に、消費者団体制度を取り入れたことにより、全国に適格消費者団体が設立され<sup>12</sup>、適格消費者団体による裁判例は2011（平成23）年以降に増加している。消費者契約法9条の関係で言えば、適格消費者団体は、消費者契約法12条3号により不当条項の差止請求を行うことができるとされ、現在までに適格消費者団体によって提起された訴訟の多くが、不当条項の差止請求である。

以上のように、学納金返還訴訟については、最高裁判決が出されたことにより、一定の解決が図られたと言える。ところが、未だ問題は解決していない。その理由は、前述したように、「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」という趣旨であるため<sup>13</sup>、「学納金」に関する消費者契約法9条の解釈・適用については一定の解決が図られたと言えるが、それ以外の事案については解決されたとは言えないからである。そこで、以下では、まず、最高裁判決をまとめた上で、消費者契約法9条の「平均的な損害」の解釈が争われた裁判例を「同種契約」ごとにグループに分け、裁判所の解釈を検討することにする。なお、消費者契約法9条は同法10条と共に主張されることが多いが<sup>14</sup>、本稿では「平均的な損害」の解釈を行うことを目的とするため、消費者契約法10条には触れないことにする。

## 2. 学納金返還訴訟

学納金返還訴訟は、大学等の入学試験に合格し、入学金および授業料等を含む所定の納付金

---

<sup>11</sup> 学納金返還訴訟以外で消費者契約法9条1号について判断が示された裁判例につき、論文別紙参照のこと。

<sup>12</sup> 適格消費者団体は全国に21団体あり、そのうち、特定適格消費者団体は3団体である（2020年2月現在）。消費者庁「全国の適格消費者団体一覧」<[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_system/collective\\_litigation\\_system/about\\_qualified\\_consumer\\_organization/list/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/collective_litigation_system/about_qualified_consumer_organization/list/)>（2020年2月20日閲覧）参照。

<sup>13</sup> 消費者庁・前掲注（3）。

<sup>14</sup> 実務上は、消費者契約法9条1号と同法10条を主位的・予備的に主張されることが多く、たとえば、消費者契約法9条の適用が否定されると、10条の適用を問題とするなどのように運用されている。

を納付した者が、その後入学辞退を申し出た際に、納付済みの学納金の返還を求めた訴訟である。2002（平成14）年以降、全国各地で提訴され、その数は、学生側が350名、学校側が約150校とも言われており<sup>15</sup>、最高裁の判断が待たれていた。最高裁は、最判平18.11.27（民集60巻9号3437頁）で、3つの事件をまとめて判断した。当該判例の評釈は多数存在するため<sup>16</sup>、以下では要点のみ述べる。

#### (1) 契約の種類

最高裁は、学校法人と学生との間の在学契約を「有償双務契約としての性質を有する私法上の無名契約」とし、「原則として、いつでも任意に当該在学契約又はその予約を将来に向かって解除することができる一方、大学が正当な理由なく在学契約等を一方的に解除することは許されない」とした。

#### (2) 消費者契約法 9 条 1 号「平均的な損害」との関係

大学の入学試験の合格者が納付する入学金は、その額が不相当に高額であるなど他の性質を有するものと認められる特段の事情のない限り、「合格者が当該大学に入学し得る地位を取得するための対価」とし、大学側に入学金を返還する義務を負わないとした。

納付済みの授業料等を返還しない旨の特約（学納金不返還特約）は、解除の意思表示が大学の入学年後が始まる4月1日の前日である3月31日までにされた場合には、在学契約は解除により将来に向かってその効力を失うから、未だ大学が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、原則として大学に生ずべき平均的な損害は存在せず、全額が返還されるべきとした。

さらに、「平均的な損害」については、事実上の推定が働く余地があるとしても、その主張立証責任は、学生側にあるとした。

---

<sup>15</sup> 判タ1232号（2007年）99頁。

<sup>16</sup> 本判決には、多くの評釈が存在する。落合誠一「消費者契約法の効果が発揮された判決」NBL849号（2007年）8頁、潮見佳男「学納金返還と公序良俗規範」NBL849号（2007年）9頁、窪田充見「不返還特約の意味と位置づけを中心に」NBL849号（2007年）10頁、松本恒雄「判例による『在学契約法』の創造」NBL849号（2007年）11頁、朝倉佳秀「『平均的な損害』の主張立証責任の所在に決着」NBL849号（2007年）12頁、鹿野菜穂子「平均的損害の判断枠組みと2つの例外に疑問」NBL849号（2007年）13頁、後藤卷則「消費者契約法施行前の不返還特約も無効とする余地も」NBL849号（2007年）15頁、野澤正充「総論は適切であるが各論に疑問の残る判決」NBL849号（2007年）17頁、茨木茂「返還すべき場合と範囲をもっと拡大すべき」NBL849号（2007年）19頁、野々山宏「平均的損害の立証責任を学生に認めた判断は問題」NBL849号（2007年）20頁、大野徹也「『口頭辞退有効説』が残した禍根」NBL849号（2007年）21頁、平野裕之「学納金返還請求訴訟—入学手続後における入学辞退と入学金及び授業料等の返還請求」リマークス36号（2008<上>）38頁、潮見佳男「『学納金返還請求』最高裁判決の問題点（上）（下）—民法法理の迷走」NBL851号（2007年）74頁、NBL852号（2007年）55頁など参照。

### (3) 消費者契約法9条1号に関する本判決の意義

本判決は、消費者契約法9条1号の「平均的な損害」等の主張立証責任は、消費者側（本判決では合格者）にあるとした。そして、大学として「織り込み済み」の契約解除の場合の平均的な損害の有無について判断し、契約解除は将来に向かって効力を失うものであるから、未履行の債務については、特約がない限り消費者に返還すべきとしている。解除の時期については、基準日を4月1日とした。

さらに、在学契約について、下級審の多くが「準委任契約類似」や「準委任契約を含む無名契約」などとしていたが、本判決では、「有償双務契約としての性質を有する私法上の無名契約」と位置付けた点に特徴がある<sup>17</sup>。

## IV 学納金返還訴訟以外の裁判例の検討

### 1. 問題の所在

それでは、学納金返還訴訟以外の裁判例において、「平均的な損害」における損害を判断する算定基準として、どのようなものが利用されているのであろうか。前述したように、「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」<sup>18</sup>。そこで、以下では、いくつかの同一事業者が締結する同種の契約ごとにグループに分けて考察する。

「平均的な損害」は、消費者契約法専門調査委員会が指摘するように、事業者には、損害賠償の額の予定又は違約金を定めるに際しては、合理的な根拠をもって「平均的な損害の額」を算定しておくことが期待されている<sup>19</sup>。その為、「平均的な損害」を判断できる業界内の基準（標準約款等）がある場合に、標準約款が「合理的な根拠」のある算定基準であると認められた際には、標準約款が「平均的な損害」を算定するための基準として機能する場合がある。この点、「平均的な損害」の額についてほとんど争いのないものとして、建物賃貸借契約における解除をあげることができる。

建物賃貸借契約の中途解約に関して、賃借人からの解約について通常1か月（30日）前までに行い、賃借人に対して1か月（30日）分の賃料又は賃料相当額を支払うことにより契約

---

<sup>17</sup> この点、潮見教授は、潮見・同上74頁以下で、「在学契約を教育サービスの提供とそれに対する報酬（対価）の支払いを内容とする『準委任』という契約類型でとらえることを避け、『無名契約』という観点からとらえるべきものとした。」と指摘している。また、松本・同上では、「民法の契約法では不十分な規定しか存在しないサービス契約中の『在学契約』についての判例による法創造といってもよいであろう。」と指摘する。

<sup>18</sup> 消費者庁・前掲注(3)参照。

<sup>19</sup> 消費者委員会・前掲注(1)9頁。

が終了する旨の条項が存在するものが多数である<sup>20</sup>。それにより賃貸借契約の解約時に生じる「平均的な損害」は、1 か月（30 日）分とされ、1 か月（30 日）分を超える部分は消費者契約法 9 条 1 号により無効になるとする<sup>21</sup>。しかし、更新料については争いがある。2008（平成 20）年以降、更新料条項が消費者契約法 10 条により無効となるか否かについて争われた裁判例が頻出し、学説でも議論のあるところである<sup>22</sup>。本稿は消費者契約法 9 条に関する検討を行うため、10 条に関する詳細な議論は別稿に譲り、最判平 23.7.15（民集 65 卷 5 号 2269 頁）は、賃料の 2 か月分の更新料について、高額に過ぎるとまでは言えないとして消費者契約法 10 条に反しないと判断したことを指摘するに留める。

この他、手配旅行に関する事案である東京地判平 23.7.28（判タ 1374 号 163 頁）は、当該約款が、国土交通省が定める標準旅行業約款<sup>23</sup>と同一内容を定めたものである場合には、約款は消費者契約法 9 条 1 号の「平均的な損害」の内容を具体化したものとする。

したがって、当該契約に関して、業界内の標準約款が存在するときは、消費者契約法 9 条 1 号の「平均的な損害」の額を判断する際の基準とすることができる場合があると言える。ただし、以下の②大阪地判平 14.7.19（金判 1162 号 32 頁）が指摘するように、標準約款が存在する際、「業界の自主的規制に従うことが期待されているとは言えるが、標準約款はそれ自体法的拘束力や規範的効力を有するものではない」ため、標準約款はあくまでも当該契約条項における「平均的な損害」の額を判断する際の基準の 1 つとして機能するにすぎない。

では、標準約款のような基準がない場合は、どのような基準で判断しているのでしょうか。消費者契約法 9 条 1 号は、「当該事業者」に生じる「平均的な損害」であるので、標準約款等がない場合は、事案ごとに検討していくことになる。そこで、一時的契約（単発型契約）の場

<sup>20</sup> たとえば、全国賃貸不動産管理業協会「住宅賃貸借契約書」<<http://www.chinkan.jp/download/pdf/juutakuchintaishaku.pdf>>（2020 年 2 月 15 日閲覧）参照。

<sup>21</sup> 賃貸借契約を即時解約したことによる平均的な損害は、家賃等 1 か月分であるとした事例として、東京簡判平 21.2.20（LEX/DB 文献番号 25440831）。家賃相当額の 1.5 倍の賠償金の支払いに関する規定は、その 1 か月分を超える部分につき無効とした事例として、大阪地判平 21.3.31（消費者法ニュース 85 号 173 頁）。契約締結後 1 か月未満の解約の場合に 2 か月分の違約金額を設定していた約定は、その 1 か月分を超える部分につき無効とした事例として、東京簡判平 21.8.7（LEX/DB 文献番号 25441815）がある。

<sup>22</sup> 武田信裕「家屋賃貸借契約における更新料支払条項・敷引特約と消費者契約法」NBL855 号（2007 年）30 頁、渡邊雅之「消費者契約法 10 条に関する近時の重要判例の分析—無催告失効条項、更新料特約、早期完全違約金条項をめぐる—」NBL918 号（2009 年）49 頁、笠井修「更新料特約と消費者契約法 10 条（京都地判平 21.7.23 等）」現代消費者法 6 号 107 頁、大澤彩「建物賃貸借契約における更新料特約の規制法理（上）（下）—消費者契約法 10 条における『信義則』違反の意義・考慮要素に関する一考察」NBL931 号（2010 年）19 頁、932 号（2010 年）57 頁、加藤雅信「賃貸借契約における更新料特約の機能と効力—近時の大阪高裁の相反する裁判例の検討を兼ねて」法時 82 卷 8 号（2010 年）50 頁、平尾嘉晃「原状回復費用特約、敷引特約、更新料特約の問題点と実務での現状」ジュリ 1514 号（2018 年）76 頁など参照。

<sup>23</sup> 国土交通省「標準旅行業約款」<<http://www.mlit.go.jp/common/001239136.pdf>>（2020 年 2 月 20 日閲覧）参照。

合と継続的な契約の場合に分けて検討を行う。

## V 一時的契約（単発型契約）の場合

一時的契約（単発型契約）とは、一回限りの履行のみを目的とする単発型の契約を指す<sup>24</sup>。この契約の特徴は、売買契約や役務（サービス）提供契約の場合のように、契約時に債務の内容が確定している場合が多く、解約する際に債務が未履行であることが多いことが特徴として挙げられる。以下では、用いられた判断基準ごとに分けて論じる。使用する裁判例は以下の通りである（番号は論じる順番で用いる論文番号とする）。

- ①東京地判平14.3.25（判タ1117号289頁）
- ②大阪地判平14.7.19（金判1162号32頁）
- ③東京地判平17.9.9（判時1948号96頁）
- ④東京地判平23.11.17（判時2150号49頁）
- ⑤東京地判平24.9.18（LEX/DB 文献番号25497187）
- ⑥京都地判平26.8.7（判時2242号107頁）
- ⑦最決平27.9.2（LEX/DB 文献番号25541406）⑥の上告審

### 1. 現実に事業者に損害が生じているか否かで判断した裁判例（②③）

②は、消費者が自動車売買契約を契約翌日に撤回したが、事業者は契約条項に基づき車両代金の15%に当たる損害賠償金の支払いを求めた事案において、「『当該事業者に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に照らし、損害賠償額の予定を定める有効性を主張する側、すなわち事業者側にその立証責任があると解すべきである」とし、事業者に現実に損害が生じているとは認められないとして、本件契約条項に基づく請求は認められないとした。

上記裁判例と同趣旨のものとして、③を挙げることができる。本件は、結婚式予定日の1年前に申込みを行い予約金として10万円を支払ったが、その数日後に予約を取り消した事案につき、再販率を考慮し、「その後1年以上の間に新たな予約が入ることも十分期待できる」として、当該利益の喪失は法9条1号にいう「平均的な損害」に当たらないとした。

<sup>24</sup> 内田貴『民法Ⅱ〔第3版〕』（東京大学出版会，2011年）82頁，中田裕康『契約法』（有斐閣，2017年）183頁。

## 2. 契約解除によって生じる損害を算定した裁判例（①⑥⑦）

はじめに、①は、パーティの予約を契約締結の 2 日後に解約するとの意思表示をしたことにつき、事業者が営業利用料の支払いを求めた事案において、「平均的な損害」の意義は、「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」とした。そして、本件予約の解除に伴う「平均的な損害」を算定するに当たっては、「民法 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 人を乗じた 4 万 7250 円」を認めた。

次に、⑥は、結婚式場を予約した際、「本件成立後に消費者の都合により同契約を解除する場合は、所定のキャンセル料を支払う旨」の本件キャンセル料条項が規定されていた。本件では、法 9 条 1 号の「平均的な損害」には逸失利益が含まれると明言したうえで、「契約の相手方に債務不履行があった場合には、416 条に基づき、これによって通常生ずべき損害の賠償を請求することができるが、この『通常生ずべき損害』の中には、逸失利益が含まれるものと解される」とした。そして、逸失利益の算定に関しては、「逸失利益は、本件契約が解除されなかったとした場合に得べかりし利益であるところ、その算定は、サービス料を含む解除時見積額に、被告における本件契約に係る粗利率を乗じることで行うのが合理的である。」とし、「損益相殺は、『解除時見積額の平均×粗利率×再販率』の計算式により算定されるべきである」とした<sup>25</sup>。⑦は⑥の上告審であるが、上告は不受理となっている。

## 3. 旅館引受書および当事者の合意を算定基準として用いた裁判例（④）

④は、大学のクラブチームが合宿のために旅館を予約していたが、部員が新型インフルエンザに罹患したことから、前日に旅館をキャンセルした事案について、本件のような宿泊施設の取消料について業界における標準約款が存在せず、当該旅館と同地域に存する他の宿泊施設の取消料の定めも宿泊施設ごとに大きく異なり、他に基準となるべきものが見当たらないとして、旅館引受書及びホームページでの取消料の合意（宿泊前日の取消は、宿泊料金の 100%）に基づき、損害を算定している。そして、損害として、宿泊料金およびグランド使用料から、本件予約の取消により現実に支出を免れ、あるいは免れた費用（食材費、光熱費、クリーニング費

<sup>25</sup> 詳しい算定式として、以下のものを採用している。

逸失利益－損益相殺すべき利益

= (解除時見積額×粗利率) - (解除時見積額の平均×粗利率×再販率)

= 解除時見積額の平均×粗利率×(1-再販率)

= 解除時見積額の平均×粗利率×非再販率。

用、アメニティー費用14万4049円)を引いたものが損害として算定されている。

#### 4. 小括

一時的契約(単発的契約)における裁判例で使用された「平均的な損害」の額を算定するために用いられた基準は、3つである。しかし、同じような事案でも、使用された基準が異なるものもある。

③と⑥は同じ結婚式場利用契約であるが、③は期日までに再販売できることから損害はないとし、⑥は逸失利益を計算する際に、解除時見積額の平均に粗利率<sup>26</sup>と再販率をかけたものを損益相殺として位置づけている。つまり、⑥は再販率を逸失利益が発生するか否かの基準として捉えているのではなく、逸失利益が認められることを前提に、損益相殺算定の根拠となると捉えている。⑤は、事案の特殊性からどの基準で判断するか明確ではなかったため上記には含めなかったが、宿泊8日前にホテルをキャンセルした事案で、同ホテルは人気があり、宿泊予約を1週間前にキャンセルしても、新たな予約が取れる可能性があり、損害がキャンセル料50%を下回った可能性を指摘しているため、再販率は損害を算定する際に考慮すべきと考えていることが推察される。

一時的契約(単発的契約)の場合、消費者が契約を解除した際に生じる損害は、対象となる物あるいはサービスについて、その物(サービス)の損害だけを見るのか、そこから生じた損害まで含むのが問題となる。通常、民法545条に基づく解除の効果は、原状回復義務であり、損害賠償請求も可能である。この規定に基づいて考えると、⑥の裁判例のように、「平均的な損害」を416条の「通常生ずべき損害」と同義として捉え、逸失利益まで含むことが可能となる(①は416条について明言していないが、認定した損害項目から同趣旨であろう)。このように捉えたとしても、予約が入る可能性(再販率)が高ければ高いほど、損益相殺で控除される額が大きくなり、逸失利益は少なくなるため、再販率を損益相殺として見ることは、消費者にとって酷な結果になる訳ではない。すなわち、「平均的な損害」の額を判断する際、損害は、逸失利益－(再販率+支出を免れた費用)の基準で判断できるのではないだろうか<sup>27</sup>。

また、①は、民訴法248条を用いて損害を30%と見積もっている。⑦最決平27.9.2(LEX/DB文献番号25541406)は、解約日が結婚披露宴の1年前であれば、申込額の25%をキャンセル料とする条項は無効とは言えないとする考え方を採っている。④は前日の解約料を100%としている。これらから判断するに、たとえばホテルなどの場合は、人気の観光地である等の地

<sup>26</sup> 粗利率とは、売上総利益をいう(新村出編『広辞苑〔第7版〕』(岩波書店、2018年)より)。

<sup>27</sup> 梅村悠「結婚式場利用契約における申込金の不返還条項の有効性」ジュリ1352号(2008年)146頁参照。

域性も考慮したうえで、他の予約が入る可能性があること（再販率等）を勘案し、同地域同一事業者内での解約日による基準を策定する必要があると思われる。

## VI 継続的な契約の場合

継続的な契約とは、継続的にある一定期間契約が継続するものを指す。継続的な契約のうち、特定商取引法の特定継続的役務提供契約に該当するもの<sup>28</sup>については、解除によって通常生ずる額を定めているため（特商法 49 条）<sup>29</sup>、ここでは問題とはならない。ここで問題として取り上げるのは、継続的な契約のうち、多数当事者を相手とする契約である。

### 1. 冠婚葬祭事業

継続的な契約のうち、消費者契約法 9 条の解釈・適用が問題となったのは、冠婚葬祭事業における冠婚葬祭互助会と呼ばれる事業であった。冠婚葬祭互助会とは、加入者が毎月一定額の掛金を前払金として払い込むことにより、冠婚葬祭の儀式に対する役務（サービス）が受けられるというシステムである。ここで問題となるのは、役務（サービス）の提供がなされるまでに契約が解除された場合、当該事業者が生じる「平均的な損害」は何かである。ここで検討する裁判例は、以下の通りである。

⑧京都地判平 23.12.13（判時 2140 号 42 頁）

⑨大阪高判平 25.1.25（判時 2187 号 30 頁）      ⑧の控訴審

⑩最決平 27.1.20（LEX/DB 文献番号 2550528）      ⑨の上告審

⑪福岡地判平 26.11.19（判時 2299 号 113 頁）

⑫福岡高判平 27.11.5（判時 2299 号 106 頁）      ⑪の控訴審

⑬最決平 28.10.18（LEX/DB 文献番号 25544944）      ⑫の上告審

⑭京都地判平 26.8.19（LEX/DB 文献番号 25504801）

### 2. 裁判例の検討

#### (1) 契約内容

本件契約は、事業者が不特定多数の消費者との間で、消費者が将来行う冠婚葬祭に備え、所

---

<sup>28</sup> 該当するものは、エステティックサロン、美容医療、語学教室、家庭教師、学習塾、パソコン教室、結婚相手紹介サービスである。

<sup>29</sup> 解除によって通常生ずる額については、消費者庁：特定商取引法ガイド <<https://www.no-trouble.caa.go.jp/what/continousservices/>>（2020 年 2 月 14 日参照）が分かりやすい。

定の月掛金を前払いで積み立てることにより、消費者は冠婚葬祭に係る役務サービス等の提供を受ける権利を取得し、事業者は当該消費者の請求により上記サービス等を提供する義務を負うことを目的とする契約（相互契約）である。そして、本件契約は「相互契約約款」を用いて締結しており、本件約款には、契約期間中に消費者が本件相互契約を解約した場合は、支払済み金員から所定の手数料（解約手数料）を差し引いた解約払戻金を請求することができるとの条項があった。争いとなったのは、解約手数料が消費者契約法9条1号の「平均的な損害」を超えて無効なものとなるか否かである。

### (2) ⑧⑨⑩の裁判例についての消費者契約法9条に関する判断

⑧は、「平均的な損害」の解釈にあたっては、1人の消費者が本件相互契約を解約することによって事業者が生じる損害を検討する必要があるとした上で、事業者の主たる収入源は、本件相互契約の月掛金総額ではなく、実際に葬儀が施行される際の追加代金によっていることが強くうかがわれ、本件相互契約の会員募集、会員管理、物的設備準備も、葬儀が施行される際の追加役務の注文獲得を主たる目的に行われる営業活動の一環として位置づけるのが合理的と認定した。そして、本件解約による逸失利益については、1人の消費者が解約したか否かに関わらず生じる費用を除き、事業者が月掛金を1回振り替えるごとに負担した58円の振替費用を「平均的な損害」に当たるとした。

これに対し、⑧の控訴審である⑨は、具体的な冠婚葬祭の施行が請求される前に、相互契約が解約された場合、損害賠償の範囲は「原状回復を内容とするものに限定される」とし、「平均的な費用（経費）の額というのは、現実生じた費用の額ではなく、同種契約において通常要する必要経費の額を指すものというべきであり、ここでいう必要経費とは、契約の相手方である消費者に負担させることが正当化されるもの、言い換えれば、性質上個々の契約（消費者契約）との間において関連性が認められるものを意味すると解するのが相当である」とした。そして、「平均的な損害」とは、会社が負担する月掛け金1回あたりの振替費用、ニュース発行及び入金状況の通知の作成・送付費用であるとした。その後、上告したが不受理の決定がなされている（⑩参照）。

### (3) ⑪⑫⑬の裁判例についての消費者契約法9条に関する判断

⑪は、契約が役務提供前に解除された場合、逸失利益は、消費者契約法9条1号の「平均的な損害」に含まれないとし、「損害賠償の範囲は、被告が支出する費用の原状回復を内容とするものに限定され、具体性のない役務提供のための準備に要する費用や役務提供ができなくなったことによる逸失利益は含まれず、要するに、契約の締結及び履行のために通常要する平

均的な費用の額が本件における消費者契約法 9 条 1 号の『平均的な損害』の額となるというべきである」とした。そして、「平均的な損害」に含まれる必要経費にあたるものとして、解除によって回収不能の支出となる約款、パンフレット、確認書、申込書、銀行口座振替依頼書、加入者証、加入者証送付の際に同封する「ご加入のみなさまへ」と題する書面、冠婚葬祭ミニガイド小冊子、契約書印紙代、加入者証郵送費用、会員管理に要する費用として月掛金の集金に要する費用、会報誌作成費用が挙げられ、人件費は「平均的な損害」に当たらないとした。

これに対し、⑪の控訴審である⑫は、本件互助会契約における「平均的な損害」とは、契約が解除されることによって一審被告に生ずる損失のうち、契約締結に要する費用、当該契約を締結したことによって生ずる費用及び役務履行のための準備としてなされる当該会員の管理に要する費用が含まれるとし、「平均的な損害」として、⑪で認定されたものに加え、会員募集に要する人件費、営業用建物の使用に要する費用のうち、会員の募集及び役務履行のための準備として支出されたものを認定した。その後、上告したが不受理の決定がなされている（⑬参照）。

#### (4) ⑭の裁判例についての消費者契約法 9 条に関する判断

⑭は上記裁判例と異なり、適格消費者団体による差止請求訴訟ではなく、解約金返還訴訟である。本件において、「消費者契約法 9 条 1 項に照らして解約料条項の効力を考える場合に検討すべきは、そのような特定の会員のための特別な立替費用ではなく、会員のための一般的な支出費用である」とし、履行請求前の解約によって事業者が生じる「平均的な損害」の額は、会員管理費用のうち振替手数料等の集金費用、入金状況通知費用、完納通知費用のみを認定した。

#### (5) 小括

上記裁判例は、結論としては当該解約料が「平均的な損害」を超えないとされ、解約料条項が不当なものとはされていない。ここで問題となるのは、裁判例における「平均的な損害」の捉え方である。それぞれの裁判例は、以下の (a) ～ (c) のように「平均的な損害」の捉え方が異なる。

(a) 逸失利益を含むもの (⑧)

(b) 原状回復を内容とするものに限定されるとするもの (⑨⑩⑫)

(c) 会員のための一般的な支出 (⑭)

これらの裁判例は、おそらく「平均的な損害」を「必要経費」として捉え、当該契約を解除したことによって生じた経費を認定している。しかしながら、「平均的な損害」の額に「逸失利益」が含まれると明言しているのは⑧のみであり、⑨⑩⑫は、損害を原状回復を内容とする

損害の範囲内で捉えているようである。ところが、特に⑫は、営業上生じた人件費等まで認定しているため、「逸失利益」は認めないとの立場を採りつつ、結局のところ認めているようにも読める<sup>30</sup>。原状回復を内容とする損害に、営業上生じた損害が含まれるのであろうか。それでは、営業上生じた損害について、実際にどのような損害を「平均的な損害」として認定しているかについてみていこう。営業費用について、⑧は、営業は追加役務の注文獲得を主たる目的に行われるため、営業活動にかかる費用は、当該契約の解除によって生じる損害とは認定していない。その一方で⑫は、会員管理のために必要な人件費は、会員の募集及び役務履行のための準備としてなされる費用であるとして、損害として認定している。つまり、それぞれの損害項目の捉え方で、「平均的な損害」として算定されるか否かが変わっているようである。

以上から考えるに、当該相互契約を解除した際の損害の範囲は、原状回復を内容とすると捉えてよいと思われる。問題は、何を「平均的な損害」と捉えるかである。

「平均的な損害」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」<sup>31</sup>であるため、個々の契約で実際に生じた個々の損害を算定すべきではない。そして、その損害の範囲は原状回復を内容とするものに限定されるため、たとえ「平均的な損害」に逸失利益が含まれるとしても、その中に「1人の消費者が解約したか否かに関わらず生じる費用」を含めるべきではない。特に、不特定多数の消費者を相手とする契約の場合、営業活動として会員の募集や会員運営のために必要とされる費用が生じるのは当然であり、この費用は、1人の消費者が契約しても解約しても、いずれにしても経費として必要な費用であるため、このような費用を特定の消費者に請求すべきではない。

しかしながら、消費者の解約により、事業者に全く損害が生じていないわけではない。そこで、消費者が契約を解除したことによって生じた損害、つまり、原状回復を内容とする損害として解約によって生じる一般的な必要経費については、消費者に請求しても良いのではないだろうか。もちろん、この必要経費は、「合理的な根拠に基づき算定された平均値」である。

したがって、本件のような相互契約において本債務の履行前に契約を解除する場合には、解約料として事業者が要した一般的な必要経費については、「平均的な損害」の範囲内として、消費者に請求し得るものと考えられる。

---

<sup>30</sup> 升田純「冠婚葬祭解除金の判例と消費者契約法9条1号の『平均的な損害』」市民と法101号(2016年)3頁は、「この場合、損害の意義、損害の範囲、損害額の算定に関する事項は、民法の考え方が前提となっているものであり、事業者の逸失利益を含む営業上の損害も前記損害に含まれる」とし、逸失利益が認められたと指摘する。

<sup>31</sup> 消費者庁・前掲注(3)。

## 2. サービス（役務）を提供する定期契約の場合

サービス（役務）を提供する定期契約として、携帯電話およびインターネット接続に関する裁判例がある。裁判例には、以下の 9 つを見ることができる。携帯電話に関して、⑮⑯⑰がドコモ、⑱⑲⑳が KDDI、㉑㉒がソフトバンクを相手とする一連の裁判例である。インターネット接続契約に関して、㉓がある。

- ⑮京都地判平 24.3.28（判時 2150 号 60 頁）
- ⑯大阪高判平 24.12.7（判時 2176 号 33 頁）
- ⑰最決平 26.12.11（LEX/DB 文献番号 25505628）
- ⑱京都地判平 24.7.19（判時 2158 号 95 頁）
- ⑲大阪高判平 25.3.29（判時 2219 号 64 頁）
- ⑳京都地判平 24.11.20（判時 2169 号 68 頁）
- ㉑大阪高判平 25.7.11（LEX/DB 文献番号 25501529）
- ㉒東京地判平 25.1.31（LEX/DB 文献番号 25510263）
- ㉓京都地判平 28.12.9（LEX/DB 文献番号 25545413）

### (1) 契約

本件携帯電話契約は、不特定多数の消費者との間で締結される携帯電話サービス契約である。各社によってサービスの名称や内容は若干異なっているが、概ね共通しているのが、(a) 2 年間の定期契約であり基本料金の割引があること、(b) 期間内に解約した場合には 9975 円の解約金を支払うことを内容とする条項があること、(c) 2 年が経過すると当該契約は自動的に更新されることである。(c) は消費者契約法 10 条に関する問題であるためここでは触れない<sup>32</sup>。

### (2) ⑮⑯⑰の裁判例についての消費者契約法 9 条に関する判断

⑮は、「法 9 条 1 号は、損害賠償の予定又は違約金の金額の基準として、「(事業者)に通常生ずべき損害」ではなく、『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、当該消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害』の文言を用いている。このような文言に照らせば、法 9 条 1 号は、事業者に対し、民法 416 条 1 項によれば請求し得る損害であっても、その全てについての請求を許容するものではないといえることができる。」

「平均的な損害」を算定するに際し、「基本使用料金の割引分（基本使用料金の 50% の値引き）の契約期間開始時から中途解約時までの累積額」が「平均的な損害の算定の基礎となるべ

---

<sup>32</sup> この点については、大澤彩「携帯電話利用契約における解約金条項の有効性に関する一考察—役務提供契約における商品設計のあり方と民法・消費者法—」NBL1004 号（2013 年）17 頁が詳しい。

きと解」し、この累積額が逸失利益に該当するとし、中途解約時から契約満了時までの累積額については、「平均的な損害」の算定の基礎とすることができないとする。⑮の控訴審である⑯は第一審が相当であるとして控訴を棄却し、⑯の上告審である⑰は不受理の決定をしている。

### (3) ⑱⑲の裁判例についての消費者契約法9条に関する判断

⑱は、「平均的な損害」とは、民法416条にいう「通常生ずべき損害」に対応するものとし、平均的な損害の算定の基礎となる損害額については、「契約締結後に一方当事者の債務不履行があった場合に、他方当事者が民法415条、416条により請求のできる損害賠償の範囲は、契約が約定どおりに履行されたであれば得られたであろう利益（逸失利益）に相当する額である。」とした。⑲の控訴審である⑳も、消費者契約法9条1号は、「債務不履行の際の損害賠償の範囲を定める民法416条を前提とし、その内容を定型化するという意義を有するから、同号の損害は、民法416条にいう『通常生ずべき損害』であり、逸失利益を含むと解すべきである。」とした。

逸失利益の算定については、⑱は、「本件定期契約の解除に伴う逸失利益の算定は、本件定期契約のARPU（通信事業者1契約あたりの1か月の売上を表す数値）を基礎として、これに解約時から契約期間満了時までの期間を乗ずる方法により行うのが相当である。」とした。⑲は、平均的な損害の算定の基礎となる損害額について、「中途解約されることなく契約が期間満了時まで継続していれば被告が得られたであろう通信料（解除に伴う逸失利益）を基礎とすべきである。」とした。

### (4) ㉔㉓㉒の裁判例についての消費者契約法9条に関する判断

㉔は、消費者契約法9条1号は、「民法の一般原則通りに損害賠償の予定や違約罰の全額を認めると不当な場合に、平均的な損害という一定の枠を設けて、消費者の保護を図る規定にすぎず、特別な規定ではなく、それ以上の制限を課すものではない」としたうえで、「民法上、損害賠償の予定ないし違約罰を請求する場合には、逸失利益の考慮が許されるのが原則であり」、逸失利益の請求が不当な類型とされるものについては、特定商取引法等に規定があるが、法9条1号は何らそのような定めはないとして、逸失利益も考慮に入れるべきとした。「平均的な損害」を算定するに際して、本件契約は、「2年間という一定期間の定めのある継続的契約であり、当該期間中の継続的使用を考慮して、基本使用料、通話料、本件当初解除料のかからない解約月などが設定されている契約であること」等から判断し、本件契約が解約されることによる事業者が生じる逸失利益は、「平均解約期間と契約期間である2年間との差の期間を乗じた金額をいうもの」とし、逸失利益は、「基本使用料やオプション料、保証料金などの固

定的な費用を基礎に算定する。」とした。

⑭は、「契約期間である 2 年間の中途における解約という時期の区分を前提に、本件契約の解除に伴い、被控訴人に生じる損害の額の平均値を求め、これと本件解除料の額の比較を行えば足りる。」とし、「あくまでも 416 条を前提としつつ、そこで生じる損害を、当該事業者が締結する多数の同種契約について定型化した基準である」逸失利益が含まれるとした。⑮についての解釈も、⑯および⑰裁判例と似通っている。

#### (5) ⑮の裁判例についての消費者契約法 9 条に関する判断

⑮は、インターネット接続サービスに関する契約の約款中にある、有料利用開始日から起算して 2 年の最低利用期間を定め、その期間内に消費者が本件インターネット契約を解約したときは、2 年の残余期間分にかかる利用料金全額を一括して支払う旨の条項が、「平均的な損害」を超えるものとして争われた事案である。

「平均的な損害」の「損害」とは、民法 416 条にいう通常生ずべき損害と同義とし、解約に伴って被告に生ずべき「平均的な損害」は、「月額利用料から支出を免れた費用を控除した額である。単に他の事業者との比較によって導かれるものではなく、消費者契約の当該契約類型における合意内容にしたがって、個別具体的に判断すべきである。」とした。そして、事業者が本件契約の解約された場合の収支は、月額利用料は契約に応じて 3500～5000 円を失う一方、支出を免れる費用は少なくとも月額 178 円であるとし、本件解約料条項について、消費者契約法 12 条 3 項に基づく差止を認めた。

#### (6) 小括

上記裁判例は、いずれも「平均的な損害」は民法 416 条の「通常生ずべき損害」と同義であるという考え方に基づいており、当然に逸失利益が含まれるとしている。ところが、逸失利益の捉え方は異なる。「平均的な損害」における逸失利益の算定は以下の通りである。

- (a) 契約開始時から中途解約時までの基本使用料の割引分の累積額を算定：⑱⑲⑳
- (b) 民法 416 条に基づく損害の算定方法を基準とし、中途解約時から契約期間満了時までの ARPU（通信事業者 1 契約あたりの 1 か月の売上を表す数値）を基準にして算定：㉑㉒
- (c) 基本使用料やオプション料、保証料金などの固定的な費用を基礎に、2 年間という期間をもとに平均値を算定：㉓㉔㉕

上記裁判例は、いずれも上記計算式に則って逸失利益を算出すると、解約料である 9975 円を大幅に超えたため、当該解約料条項は「平均的な損害」を超えた無効なものではないとの結論に達している。しかしながら、この解約料は、そもそも事業者が生じる履行利益や逸失利益

を念頭に置かれたものとは考えられない。この点、丸山教授は、「9975円は当該解除によって生じる事業者の履行利益の喪失を補償するものでも、現実には生じた事務処理費用を補償するものでも、対価の保持や通常料金との差額計算などを直接の目的とするものでもなく、解約数を全体として一定程度に抑えることを一次的な目的とするものと考えられる」<sup>33</sup>としているが、まさにその通りではないだろうか。

携帯電話契約は、通信サービスを提供することを債務の内容としており、事業者は消費者がいつでもそのサービスを受けられる状態にしておけば足り、個別の消費者に特定の役務を提供すべきタイプのものではない。つまり、事業者は消費者がいつでも携帯電話等を使用できるように電波等を流しておけば足り、契約者が1人でも複数人でも、事業者の負担はさほど変わらない。このような大量かつ無限定に契約が締結される本件のような事業では、集団的に大量の解約がなされたような場合はともかく、限定的な契約者が一人解約しても、事業者にとってはそうした解約自体が「織り込み済み」であり、事業上大きなインパクトとはなりえないのではないだろうか<sup>34</sup>。

さらに、本件の契約における「平均的な損害」を算定するに際して、⑮⑯⑰⑳㉑㉒での計算式で用いられた、割引のない通常の「基本使用料」で契約する消費者はほとんどいないと思われる。そして、事業者も消費者が解約した際の解約料を約款で9975円と定めていることから、解約までに割引した分（月額基本使用料金の50%×使用した月分）を解約した消費者から回収しようと考えているとは思われない。そこで、9975円をどのように捉えるべきかについて、「大量取引という性質故に一定の金額に限定されるという論理を取る方が、無理がないように思われる。」<sup>35</sup>との指摘があるように、大量取引という点から考える必要があるのではないだろうか。

それでは、その観点から9975円という料金は妥当なのかが問題となる。しかし、この9975円が法的に妥当か否かについて結論を出すことはできない。なぜなら、この金額は、前述したように、逸失利益でも、解約に伴って生じた一般的な経費でもなく、おそらく解約を抑止するために設定された、消費者心理に訴えかける目的によるものだからである。

この点、総務省は、2年契約を途中で解約する際の違約金の上限を1000円、通信契約とセットの端末値引きを2万円までとする新ルールを採用した<sup>36</sup>。これにより、利用者が携帯会社を乗り換えやすくし、通信と端末それぞれで価格競争を促すという。この政策により、今後は、新たな携帯契約における契約条項を検討することになるであろう。

<sup>33</sup> 丸山絵美子「携帯電話利用契約における契約金条項の有効性」法政論集252号(2013年)312頁。

<sup>34</sup> 井上健一「携帯電話サービスの契約解約金と消費者契約法の平均的損害」ジュリ1467号(2017年)90頁。

<sup>35</sup> 大澤・前掲注(32)23頁。

<sup>36</sup> 日本経済新聞2019年6月18日朝刊。

ところで、大量取引を目的とした契約は、携帯電話サービス以外にも存在する。②は、インターネット接続サービスに関する事案であり、この約款には、解約すると 2 年の残余期間分にかかる利用料全額を一括して支払うという条項が存在した。この条項は、解約時に残余期間分の利用料全額を支払うという条項は、「平均的な損害」を超える部分につき無効であると認定されている。

## VII 検討

### 1. 「平均的な損害」の損害について

#### (1) 「平均的な損害」の算定基準について

本稿では、消費者契約法 9 条 1 号の「平均的な損害」は、何を基準に算定されているのかについて裁判例を考察してきた。

では、なぜ、「平均的な損害」の意義がここまで問題となっているのだろうか。この点について、「平均的」という文言がなぜ用いられたのか、明確ではないようなのである<sup>37</sup>。そして、「平均的な損害」が生じるのが、「解除に伴って」であるため、解除と損害という言葉から、解除の効果として、どこまでの損害が賠償できるのかが問題となるのである。さらに、消費者契約法は、民法と異なり対等当事者間の契約ではなく、情報格差等がある事業者と消費者との間の契約を規律する契約であるため、消費者を保護する必要性が生じる。これらの様々な要因が絡まって、様々な問題が生じていると思われる。それでは、本稿における裁判例の分析をもとに、学説等を考察したうえで、現時点での「平均的な損害」の算定基準の一つの到達点を導き出すことを試みる。

まず、算定基準として第一に挙げられるのが、「標準約款」である。前述したように、標準約款には法的拘束力はないが、一つの目安として「平均的な損害」を算定しうる材料にすることはできるであろう<sup>38</sup>。

次に考えられるのが、当該契約の合意である。たとえば、裁判例④は取消料の合意に基づき判断した。また、大阪地判平 25.7.3（消費者法ニュース 97 号 348 頁）は、ビーグル犬終身預かり契約で、「平均的な損害」を算定する際に、解約料の条項ではなく、その他の条項（1 か月以内に死亡した場合に、代金の半額を返還する旨の約定）から判断し、この半分の代金を超え

<sup>37</sup> 森田・前掲注（9）119 頁。

<sup>38</sup> ただし、金沢地判平 27.3.3（LEX/DB 文献番号 25506073）は、標準約款における基準は、合理的な根拠に基づくものであり、長年にわたって運用されて、業界において社会的秩序を形成しているとしても、「平均的な損害」を算定する基準として採用できないとしていることから、標準約款が当然に算定基準として利用できるものではない点に注意を要する。

る部分を「平均的な損害」を超える無効なものと認定している。したがって、事業者と消費者との間で締結された合意も、「平均的な損害」を算定するための材料にすることができると考えられる。もちろん、その合意が消費者契約法10条によって無効とされるような不当なものである場合は使うことはできない。

問題は、標準約款も当事者の合意もないような場合に、いかなる基準を用いて判断すべきかということである。本稿でみてきたように、一時的契約（単発的契約）では、「平均的な損害」を416条の「通常生ずべき損害」と同義として捉え、逸失利益をも請求できる。そして、「平均的な損害」の額を判断する際、逸失利益は、再販率や支出を免れた費用等を控除した額で計算できるのではないだろうか。しかし、当該事業者が生じた平均的な損害を算定することになるため、結局は実損害をもとに算定せざるを得ないことになるだろう。

次に、相互契約のような契約の場合、本債務である役務提供前の解除の場合に生じる損害は、原状回復の範囲内に留まると解すべきであろう。そして、最判平18.11.27（民集60巻9号3437頁）が指摘するように、解除の効果は将来に向かってその効力を失うため、未履行分は返還すべきである。さらに、解除に伴って当該事業者が生じる損害は、「必要経費」である。

最後に、携帯電話契約のような不特定多数と無制限に生じる契約に関する解約金は、大量取引という性質から解約金が一定に抑えられていると考えられるため、個別に検討すべきである。

## (2) 「平均的な損害」の損害とは何か

それでは、裁判例は「平均的な損害」における損害をどのように捉えているのだろうか。裁判例の多くは、「平均的な損害」は、民法416条の「通常生じる損害」と同義であると捉えており、この考え方を前提とする限り、逸失利益も含まれると捉えることになる。

ここで注意したいのは、裁判例が認定しているのは「逸失利益」であり、「履行利益」という用語を用いていないことである。履行利益とは、債権が有効であってそれが完全に履行されることによってうける利益を言う<sup>39</sup>。より具体的に言えば、履行利益には、①契約対象の交換価値、②填補取引に要した費用、③第三者（とりわけ、債権者の転売先）に対して支払った違約金・損害賠償額相当額、④転売利益の喪失額、⑤目的物の修補・追完に要した費用（修補費用・追完費用）などが含まれるとする<sup>40</sup>。逸失利益は、債務不履行の場合、債務が履行された場合には入手することができた利益の取得が債務不履行によって妨げられたために生じた損失をいう<sup>41</sup>。より具体的に言えば、①転売利益、②使用利益、③営業利益が含まれる<sup>42</sup>。

<sup>39</sup> 於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣、1972年）137頁。

<sup>40</sup> 潮見佳男『法律の森・新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）436頁。

<sup>41</sup> 奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ』（有斐閣、2011年）293頁〔北川・潮見〕。

<sup>42</sup> 同上、293~294頁。

以上より、「平均的な損害」とは、解除に伴う損害として、解除によって生じた逸失利益を含むものと考えられる<sup>43</sup>。ところが、相互契約の事例のように、損害の範囲を原状回復の範囲内であると捉えるべき事案もあり、結局のところ、消費者契約法 9 条は消費者契約特有のルールであり<sup>44</sup>、「平均的な損害」の基準は、事案によって柔軟に対応すべきものと思われる。

それでは、「平均的な損害」における逸失利益を具体的な事例でどのように解すべきであろうか。消費者契約法 9 条 1 号によれば、「平均的な損害」は、「解除に伴い」「当該事業者」に生じる損害であり、「平均的な損害」を民法 416 条の「通常生じる損害」を前提に捉えると、実損害となる考え方がある<sup>45</sup>。

確かに、一時的契約（単発的契約）の場合は、当該事業者で生じる「平均的な損害」と言っても、結局は実損害となってしまうのも致し方ないであろう。実際に生じた損害以外に基準となるものがない場合は、実損害が基準とならざるを得ないからである。その一方で、不特定多数を相手とするような契約の場合、実損害と言っても、個別契約で実際に生じた損害ではなく、「合理的な根拠に基づき算定された平均値」であるべきである。この損害をどのように計算するかについては、債権者の具体的事情を考慮して算定する方法（具的損害計算）とならんで、いわば「最小限の損害」として、そうした具体的事情を捨象して客観的に算定する方法（抽象的損害計算）も認められているとされる<sup>46</sup>。

逸失利益を算定する際、不特定多数を相手にする契約の場合、営業上の損害については注意が必要である。なぜなら、多数契約者のうちの 1 人が解約したとしても、その他の大多数の契約者を相手にするためには営業上の費用が必要であるため、このような場合にまで、事業者が 1 人の解約による営業上の損害が生じているとは言い難いからである。さらに、たとえ、特定の消費者と締結した契約が解除され、当該事業者が損害が生じたとしても、その額のすべてを当該消費者から賠償を受けさせる必要はなく、多数の同種契約の全体の中で損害がカバーされるのではないだろうか<sup>47</sup>。

これに対し、一時的契約（単発的契約）は、同じように解することができない。たとえば、④の裁判例のように、予約前日にキャンセルされてしまえば、新たな予約を取ることは不可能

<sup>43</sup> 山口幹雄「消費者契約法第 9 条 1 号における『平均的な損害』の意義と Avoidable Consequences Rule」明治学院大学法科大学院ローレビュー 9 号（2008 年）101 頁は、「『平均的な損害』の前提となる損害、すなわち『解除に伴う損害』とは、解除によって生じた損害、すなわち「履行利益」（の喪失）ではなく、解除によって無駄となった契約費用や、別の契約を締結できなかったことによる逸失利益等といえるのではないだろうか。」と指摘する。

<sup>44</sup> 大澤彩「不当条項規制関連裁判例の傾向から見る消費者契約法の課題」<[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_system/consumer\\_contract\\_act/report/pdf/03-4.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/report/pdf/03-4.pdf)>（2020 年 2 月 10 日閲覧）77 頁。

<sup>45</sup> 山本・前掲注（8）。

<sup>46</sup> 山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL686 号（2000 年）26 頁。

<sup>47</sup> 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～」国民生活研究第 43 巻 1 号（2003 年）52 頁参照。

であり、他でカバーすることができないからである。この場合には、営業上の逸失利益も認められると解すべきであろう。

## 2. 立証責任

「平均的な損害」等の主張立証について、最高裁は最判平18.11.27（民集60巻9号3437頁）で、消費者側にあるとしている。これは、実務の大勢を占めている要件事実論（法律要件分類説）および具体的な立法者意思に沿って、消費者が「平均的な損害」の主張立証責任を負うことを明確にしたものと評価されている<sup>48</sup>。

しかし、このように解すると、当該事業者の同種事案についての平均的な損害を一般消費者に厳密に主張・立証させるのは、不可能を強いるのに近い<sup>49</sup>。さらに、事業者の内部事情を消費者が証明することは難しく<sup>50</sup>、事業者も内部事情を暴露することになるため、双方に考慮した立証方法が求められる<sup>51</sup>。そこで、消費者の立証については、文書提出命令あるいは事実上の推定の活用等による運用上の軽減が裁判においてなされることにより<sup>52</sup>、平均値を事実上推認できるのである<sup>53</sup>。

したがって、「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のであって、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、消費者が事業者が生じる『平均的な損害の額』は最大でもこれ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、本号適用があるとすべき<sup>54</sup>ではないだろうか。

以上より、「平均的な損害」の立証責任が消費者側にあるとしても、実際には事業者にしかなしえないことも多いであろう。実際に、④東京地判平23.11.17（判時2150号49頁）は、水

<sup>48</sup> 朝倉・前掲注（16）。

<sup>49</sup> 日本弁護士連合会『コンメンタル消費者契約法〔第2版増補版〕』（商事法務，2015年）173頁。

<sup>50</sup> 野々山・前掲注（16）。

<sup>51</sup> 山崎敏彦「消費者契約法9条1号所定の『平均的な損害の額』の主張立証責任」リマークス29号（2004・下）50頁。

<sup>52</sup> 落合誠一『消費者契約法』140頁，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1114号（2003年）76頁。

<sup>53</sup> 朝倉・前掲注（16）。

<sup>54</sup> 潮見佳男編『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，2001年）80頁〔松岡久和〕。

道光熱費等の証明のために、所得税青色申告決裁書を用いている。このような資料を消費者側が提出することは困難であろう。前述したように、事業者側も内部事情を暴露されることは避けたいであろうから、双方に考慮した立証方法が求められる。

## Ⅷ おわりに

消費者契約法 9 条 1 項の「平均的な損害」の算定基準として、裁判例ではどのような基準が用いられているのかについての検討を行った。

消費者契約法の対象となる消費者契約は、事業者と消費者の契約である。この契約には多種多様な契約が含まれる。その為、すべての消費者契約に該当する「平均的な損害」の算定基準を見出すことはできなかった。しかし、すべての消費者契約に該当する 1 つの基準を作る必要はないかもしれない。なぜなら、日々様々な契約が生じており、現在では予想がつかない内容の契約が生じる可能性があるため、現在から未来に渡り消費者を守るために、「平均的な損害」というややあいまいな基準のままの方が良いかもしれないからである。そこで、今後も継続して、契約の特性に応じた基準を見出していくことを続けていくことが必要であろう。

さらに、問題となるのは、消費者が契約を締結する際に結ばれる「契約条項」の存在を認識していないことである。消費者は、契約条項を締結していること自体を知らなかったり、問題が生じてはじめて契約条項を見るなど、契約締結時に契約条項を十分に理解していないことが問題である。契約条項についての法規制は、本稿が対象とした消費者契約法 9 条、10 条、そして、同法 3 条が改正され、事業者に対する努力義務ではあるが、「その解釈について疑義が生じない明確なもので、かつ、消費者にとって平易なものになるように配慮すること」という規定があげられる。さらに 2020（令和 2）年 4 月から民法改正で導入された定型約款（新 578 条の 2 以降）の規定が施行される。これらの規定の前提となるのは、消費者が契約内容および条項について理解したうえで、契約を締結することであると思われる。消費者の意識改革も必要である。

## 別紙：消費者契約法9条について判断が示された裁判例（学納金返還訴訟を除く）

整理番号	論文番号	裁判例	掲載公刊物等	内容	下級審・控訴審等	適格団体による差止請求	
1	①	東京地判平14.3.25	判タ1117号289頁	パーティ			
2	②	大阪地判平14.7.19	金判1162号32頁	自動車			
3		さいたま地判平15.3.26	金商1179号58頁	LPガス			
4	③	東京地判平17.9.9	判時1948号96頁	結婚式場利用契約			
5		福岡高判平20.3.28	判時2024号32頁	マンション売買	福岡地判平19.2.16		
6		東京高判平20.12.17	金商1313号42頁	LPガス	さいたま地判平15.3.26		
7		東京簡判平21.2.20	LEX/DB 文献番号25440831	賃貸借契約即時解約			
8		大阪地判平21.3.31	消費者法ニュース85号173頁	賃貸借契約			
9		東京地判平21.5.19	判時2048号56頁	老人ホーム			
10		横浜地判平21.7.10	判時2074号97頁	弁護士委任契約			
11		東京簡判平21.8.7	LEX/DB 文献番号25441815	賃貸借契約			
12		東京地判平22.10.29	判タ1334号100頁	更新料	大阪高判23.4.27		
13		東京地判平23.7.28	判タ1374号163頁	手配旅行			
14	④	東京地判平23.11.17	判時2150号49頁	大学クラブチーム			
15	⑧	京都地判平23.12.13	判時2140号42頁	冠婚葬祭事業	大阪高判平25.1.25	最判平27.1.20	
16	⑮	京都地判平24.3.28	判時2150号60頁	携帯電話	大阪高判平24.12.7	最判平26.12.11	○
17	⑯	大阪高判平24.12.7	判時2176号33頁	携帯電話	最判平26.12.11	最判平26.12.11	○
18		東京地判平24.7.5	判時2173号135頁	更新料			
19	⑱	京都地判平24.7.19	判時2158号95頁	携帯電話			
20	⑤	東京地判平24.9.18	LEX/DB 文献番号25497187	ホテルキャンセル料			
21		東京地判平24.9.24	LEX/DB 文献番号25496805	更新料			
22		大阪地判平24.11.12	判時2174号77頁	賃貸借契約	大阪高判平25.10.17		○
23	㉑	京都地判平24.11.20	判時2169号68頁	携帯電話	大阪高判平25.7.11		○
24		大阪高判平24.12.7	判時2176号33頁	携帯電話	京都地判平24.3.28	最判平26.12.11	○
25	⑨	大阪高判平25.1.25	判時2187号30頁	冠婚葬祭事業	京都地判平23.12.13	最判平27.1.20	
26	㉒	東京地判平25.1.31	LEX/DB 文献番号25510263	携帯電話			
27		東京高判平25.3.28	判時2188号57頁	更新料	東京地判平24.7.5		
28	⑲	大阪高判平25.3.29	判時2219号64頁	携帯電話	京都地判平24.7.19		
29		大阪地判平25.7.3	消費者法ニュース97号348頁	犬終身預かり契約			
30	㉓	大阪高判平25.7.11	LEX/DB 文献番号25501529	携帯電話	京都地判平24.11.20		○
31		大阪高判平25.10.17	消費者法ニュース98号283頁	更新料	大阪地判平24.11.12		
32	⑩	最決平27.1.20	LEX/DB 文献番号2550528	冠婚葬祭事業	京都地判平23.12.13	大阪高判平25.1.25	○
33	⑥	京都地判平26.8.7	判時2242号107頁	結婚式場予約			○
34	⑭	京都地判平26.8.19	LEX/DB 文献番号25504801	冠婚葬祭事業			
35	⑪	福岡地判平26.11.19	判時2299号113頁	冠婚葬祭事業	福岡高判平27.11.5	最判平28.10.18	○
36	⑰	最決平26.12.11	LEX/DB 文献番号25505628	携帯電話	京都地判平24.3.28	大阪高判平24.12.7	○
37	⑩	最決平27.1.20	LEX/DB 文献番号2550528	冠婚葬祭事業	京都地判平23.12.13	大阪高判平25.1.25	○
38		金沢地判平27.3.3	LEX/DB 文献番号25506073	冠婚葬祭事業			
39	⑦	最決平27.9.2	LEX/DB 文献番号25541406	結婚式場利用契約	京都地判平26.8.7		○
40	⑫	福岡高判平27.11.5	判時2299号106頁	冠婚葬祭事業	福岡地判平26.11.19	最判平28.10.18	○
41	⑬	最決平28.10.18	LEX/DB 文献番号25544944	冠婚葬祭事業	福岡地判平26.11.19	福岡高判平27.11.5	○
42	㉔	京都地判平28.12.9	LEX/DB 文献番号25545413	インターネット契約			○
43		東京地判平29.12.27	LEX/DB 文献番号25551155	賃貸借契約			

\*論文番号とは、論文の中で引用した順番で振った番号を指す。論文番号を振っていない裁判例で本文で引用しているものもある。