

2019. 6. 27 「消費者契約法改正に向けた専門技術的側面の研究会」

ヒアリング報告資料

報告者 適格消費者団体
特定非営利法人消費者支援機構関西
【通称 KC's】
元差止検討委員長 五條 操（弁護士）

【報告内容】

消費者・消費者団体側代理人から見た、消費者契約法（以下「法」という。）9条1号に基づく契約条項の無効が争点となる訴訟・交渉における「平均的な損害」の立証等に関する実務の実情等

【要旨】

- 1 消費者契約法9条1号の「平均的な損害の額を超える」ことの主張立証は、立証責任を負担する消費者側が、事業者の「協力」なしに主張立証を行うことは事実上困難であり、このことが、訴訟、訴訟外の差止請求や交渉等のあらゆる場面において悪影響を及ぼしている。
- 2 上記問題点を解決するための最適解は立証責任の変更である。「平均的な損害」概念を違法性判断の基準としている以上、違法性判断のために企業秘密を含む事業者の収益構造や再契約率に関わる資料が紛争当事者や裁判所に開示されることは、いわば法の予定しているところであり、立証責任の転換を否定する本質的理由にはなりえない。

はじめに

- ① なぜ法9条1号に関する判例法の形成は不十分なのか
- ② なぜ違約金に関する個別法の整備や、個別法と法9条1号との整合性に関する「総点検」がすすまないのか？
- ③ なぜ違約金に関する業界の自主的なルール形成がすすまないのか

第1 法9条1号の立法趣旨等**1 立法趣旨**

解除時の過大な違約金・損害金の定め禁止により消費者契約の適正化を図ること

法9条1号は解除における局面に限定されているものの、過大な違約金の禁止＝事業者は契約の解除によって、過大な利得を得るべきではないという、消費者契約における一種の公序が法文化されたものと考えられ

る。

2 過大な違約金・損害金の弊害

- (1) 違約金とは？＝契約の拘束力を高めるための手段
- (2) 無限定に違約金を認めることの問題性
 - ① 一方性 契約条項作成者は事業者であることから、違約によるペナルティが一方的に消費者に不利になりがち（事業者の債務不履行時の責任限定や免責とセット）
 - ② 付款であることから、消費者の選択による是正の余地は限定的
 - ③ 契約の拘束力を過剰に高めることにより、事業者は「とにかく契約させること」にコストを集中し、結果、対価の質低下等が発生しやすい。
 - ※ 消費者契約においては、消費者の脆弱性も相まって、取消事由に至らないものも含め不当な勧誘が行われやすく、少額大量契約であること等の特質から、その是正（とりわけ悪質事業者がそれを躊躇する程度まで行われること）が容易でない
 - それが行き着くところまで行った例が、定期購入の問題

3 法9条1号による消費者の契約離脱の（一定の）自由の確保機能

前記2(2)③の特質から、事業者の違約金の定めを「平均的な損害」に限定し、過大な消費者の負担や、過大な負担による契約の過剰な拘束を制約する必要性がある。

→ その意味で法9条1号は、特商法とりわけ特定継続的役務提供契約に対する中途解約時の違約金規制と連続性を有する制度と理解できる¹。

4 「平均的な損害」と民法上の損害賠償との関係、とりわけ履行利益について

法9条1号の「損害」について、少なくとも、常に履行利益が含まれると考えることは、上記の立法目的（消費者の過大な負担の防止）とは相容れない。

すなわち、1万円の対価に対する履行利益が9900円の契約と同10000円の契約を事業者の債務が未履行状態で各解除した場合、前者については常に9900円以上が「平均的な損害」となり、後者については10000円以上が「平均的な損害」になることになる。

このような結論は法9条1号を事実上空文化するものであるし、学納金

¹ そもそも消費者契約における一般規定である法9条のみで、多種多様な契約の解除に関する違約金規定を過不足なく規律することは非常に難しい。その意味で、仮に法9条1号の規定を整備するにしても、特商法その他の個別法による補充は不可欠と思われる。

事件最高裁判例(最判平成18年11月27日)の判示内容とも矛盾する。

「平均的な損害」について妥当な解釈を行うためには判例法の形成が重要であると思われる。しかし、裁判所が判例法形成を行うためには、適切な判断のために必要な資料が訴訟資料として提出されていることが前提となる。

5 違法性の判断基準として立法者が「平均的な損害」を採用したことの意味

違約金等が過大かどうかの判断基準が「平均的な損害」であり、

- ① 事業者が違約金条項を定めるにあたっては、自らが保有する資料に基づいて「平均的な損害」を算定した上でこれを超えない範囲で条項を作成
- ② 契約条項の法9条1号適合性が司法審査の対象となった際には、上記算定結果及びその根拠となる資料の妥当性が裁判所により判断されることが、立法の前提となっていたはずである。

つまり、「平均的な損害」を算定するためには、事業者が有する内部データが必須であり、「平均的な損害」なる基準を採用した時点で、事業者の内部データに裁判所や紛争当事者、適格消費者団体等がアクセスすることは想定されていたものである。ところが、立法技術的に現行規定のような文言をとり、立証責任は消費者(団体)が負うとされた結果、法9条1号の立法目的ないしあるべき機能と、現行規定との間に齟齬が生じている。

この齟齬による病理が問題となっている。

病理① 事業者が平均的な損害を考慮して契約条項を策定するインセンティブがない

病理② 事業者に平均的損害の算定に必要な資料を開示するインセンティブがない

6 この病理現象の是正の最適解は、立証責任の転換である。

そもそも上記病理現象は、法9条1号の立証責任の分配が、民事法規範における一般的な規律(通常要証事実に関する証拠を保持していると考えられる側に立証責任を課す。)と異なることに起因している。

立証責任の転換に伴う懸念点、例えば事業者の営業秘密保護等はそれ以外の方法により手当てすればよい²し、そもそも法9条1号関連訴訟が事業者の営業秘密を不正に取得する目的で行われているという事実が存在するとも思われない³。

² 現行民事訴訟法上も訴訟記録の第三者の閲覧制限等の制度はあり、実際に利用されている。

³ 少なくとも適格消費者団体には、消費者契約法上さまざまな行為義務が課されており、濫用的な権利行使を防止することは十分に可能である。

また、事業者が個別に「平均的な損害」の算定を行うことが困難というのであれば、例えば、契約類型ごと、解約時期に発生する「平均的な損害」を算定し、すべての同種事業者について「平均的な損害」を超えない水準で個別法として違約金の上限を定める⁴のが筋であり、消費者側の立証を困難にすることにより問題解決を図ることは本末転倒である。

法9条1号の主張立証に関しては立法による早期の改善が不可欠であり、他の代替策（事業者に対する資料の提出義務の法定、推定規定の設置等）に積極的に反対するものではないが、事業者による資料開示や立証活動が消極的な現状において、裁判等の実務実例から諸要素を抽出し、法規範化することには一定の困難が伴うものと予想される。もし代替策が法規範として機能しないのであれば、端的に立証責任の転換により対処すべきであり、平成30年改正時にもむしろそのような提案をするべきだった。

法9条1号の立証に関しては、構造的な問題があることは専門調査会におけるコンセンサスであったと理解している⁵が、事業者が現状を是としている⁶以上、事業者側に問題解決のための建設的な議論を期待できるのか、疑問が残る。

以下第38回消費者契約法専門調査会における報告と重複するところもあるが、法9条1号関係訴訟等における主張立証の実態について説明する。

第2 「平均的な損害」の主張立証構造

1 「平均的な損害」の額とその構成要素及び算定根拠

実務上、「平均的な損害」については、以下のような手法が用いられている（名称は説明のために便宜的に付けたものである。）。

(1) 「足し算」型主張

考えうる「損害」を列挙し、これを積算することにより「平均的な損害」を算定する方法⁷。ただし、個々の「損害」の内容及び金額は事業者からの開示（主張）がない限り算定困難である。また、履行利益が損害に含まれると考えた場合、事業者からの開示がない限り、これを算定することは不可能である。

⁴ このような立法が行われれば、法11条2項の「別段の定め」になるし、業界団体において上記の観点から標準約款等を作成し、違約金の算定根拠を開示しておけば、個別事業者はそれほど大きな立証負担を負うことはないのではないかと。

⁵ 消費者契約法専門調査会報告書9頁

⁶ 本研究会第3回日本経済団体連合会意見

⁷ 事業者に発生する「損害」を積算する方法により法9条1号違反を認定した例としては、大阪高判平成25年1月25日がある。

(2) 「引き算」型主張

契約上の対価から、解除により控除される要素（例えば、履行不要となる役務提供相当額等）を控除した金額を、一応の「平均的な損害」として主張する方法⁸。「平均的な損害」の金額を正確に算定しなくても、当該条項が平均的な損害を超えることを立証すれば足りる消費者団体訴訟等において用いられることがある^{9,10}。前記の「足し算」型主張に比べると、消費者側の立証は容易だが、事業者側から履行利益相当額の開示がない限り、必然的にその全額が「損害」に含まれることになる。

(3) 同業他社との比較

同業他社の違約金等規定との間に大きな乖離があることが平均的な損害を超えることの根拠の一つとなることがある。しかし、いかなる場合に「事実上の推定」が生じるかについての判例の態度は必ずしも明らかでない。また、現行法の法文上はストレートに他社の違約金が推定の根拠となりうるか？という問題がある。

2 立証

① 主張を裏付ける「平均的な損害」の具体的計算結果

前記「足し算」型の個別の構成要素の算定結果を示す資料

この計算が可能なのは事業者のみであり、事業者が計算を行わなければ、資料は存在しないことになる。事業者からこれら資料が提出される場合、集計表等の形式が取られることが多いが、資料自体から信用性を判断することは難しい。

② ①を裏付ける会計帳簿や集計表、提供される物や役務の原価に関する資料・報告書等

①の信用性の判断根拠となる資料である。例えば、再契約率に関する集計表の信用性を判断するためには、基礎となる事例の一覧表等による検証が必要となる。

③ その他の証拠

例 同業他社の規定、モデル約款、裁判例等

3 問題点

現状の立証責任に関する規範下では、十分な主張・立証活動が行われているとは言いがたい。要因は以下のとおりである。

(1) この種の事案における証拠の偏在構造

⁸ 裁判所がこの手法で「平均的な損害」を算定し、法9条1号違反を認定した例としては、京都地判平成28年12月9日がある。

⁹ 「足し算」型と「引き算」型の主張が同時に行われる場合も多い。

¹⁰ 他方で具体的に違約金等の減額を求める個別訴訟においては、「引き算型」主張では消費者は目的を達成することができない。

「平均的な損害」の算定及び立証に必要な資料のほぼすべてを事業者が保有し、消費者側は資料の有無すら知ることが困難である。

(2) 立証命題の特殊性

上記のとおり、「平均的な損害」の立証においては、事実そのものではなく、「算定結果」が立証目標となるため、既存の相手方手持証拠の開示手法のみでは必ずしも消費者側の立証が機能しない。

(3) 事業者側は、紛争が発生するまで、「平均的な損害」について算定していなかったのではないと思われる場合がある。

上記のような主張・立証構造のため、事業者側において、「平均的な損害」を提示しないと、適切な審理が難しいが、事業者が「平均的な損害」を算定した上で、違約金等の料率等を算定していないと思われるケースがある。

(4) 事業者の開示インセンティブが働かない

現実には、事業者側において「平均的な損害」を具体的な算定根拠とともに示さないと、これについて議論することは困難である。

しかし、「平均的な損害」を超えることの立証責任が消費者側にある以上、事業者は、立証責任を理由に、これを示すことを拒否しうるし、実際にも、開示されないケースは多数存在する。

相手方に立証責任が属する事項について、立証責任を負わない側が積極的に資料開示して反証するケースは、そうすることにより勝訴する相当の確証がある場合か、相手方の一応の立証が成功しており、反証しなければ敗訴する可能性がある場合が考えられる。

しかし、本号に関しては、そもそも「平均的な損害」の内容自体があいまいであるため、前者のケースはそれほど多くなく、かつ、必要証拠のほぼすべてを事業者側が所持するこの種の事案においては、事業者側は資料を開示して再反論の糸口を与える可能性との得失の考量を常に求められる。

その結果、事業者側から平均的な損害の算定根拠となる資料・証拠の開示が当初からなされることはまれである。

また、事業者は訴訟戦略上、個々の積算要素について、実際よりも高額であればこれを争わず、低額の場合にのみ反論・反証すれば足りることになる。

加えて前記のとおり、事業者の側も、条項作成時に「平均的な損害」を算定していないのではないと思われるケースでは、適切な開示ができない。また、営業秘密との関連から、開示を躊躇する傾向が強い。

第3 法9条1号違反を理由とする消費者団体訴訟や裁判外の差止めにおける立証上の問題¹¹

¹¹ なお、個別訴訟においても、状況はほぼ同じだが、経験上個別訴訟の方が事業者の資料開示は抑制的であると思われる。

1 裁判外交渉

(1) 消費者団体側の主張

- ① 解約時に発生する実損害の積算
- ② 解約により不要となった費用を差し引いた金額と違約金等との比較
- ③ 同業他社の条項との比較

(2) 事業者の対応

① 抽象的否認

繰り返し開示を求めても応じない場合も多い。

また、違約金等条項の策定にあたり、「平均的な損害」の算定をしていない旨明言する事業者もある。

② 算定根拠を示した否認

資料の正確性、事例の分類・抽出方法や算定方法等の正確性を判断しつつ、交渉することとなるが、計算の根拠となる資料開示まで伴うことはほぼないため、消費者側としては、信用性判断が難しい。

(3) 適格消費者団体における工夫 非公開ルール

消費者支援機構関西 (KC's) では、差止請求活動にあたり、事業者との交渉時に非公開段階を設け、非公開交渉段階で提供を受けた資料について、原則として第三者に公表しない等のローカルルールを設け、営業秘密等事業者の懸念に一定の配慮を示している。このルールが機能し、改善につながる場合もあるが、十全ではない。

また、非公開下での説明内容と矛盾すると思われる主張が訴訟でなされることもある。

2 提訴するか判断

相手方からの主張や資料の開示が不十分な状態で、提訴するかどうかの判断を求められることが多い。団体では、当該事業者のトラブル事例の多寡、同業他社の状況や同種事案の裁判例の結果等を参考に判断するが、適格消費者団体が契約条項の適法性判断で敗訴した場合の社会的影響力(一種の「お墨付き」効果)等もあり、法9条1号の法規範としてのあいまいさによる判決結果の予測困難性¹²も相まって、提訴を断念する事例は相当数存在する。

個別被害事例の場合は、その多くが少額事例であることも相まって、予測可能性に乏しい状況での提訴は更に困難である。

3 提訴後

(1) 主張

- ① 相手方に否認理由(すなわち、「平均的な損害」の算定根拠)を明らか

¹² 提訴しなければ判例法も形成されず法規範として明確化されないのが、悪循環というほかない。

にするよう求めるが、拒否（ないし無視）されることも相当ある。

これらに対する裁判体の態度（積極的に釈明を求めるかや、事業者が回答を拒否した場合に、これを弁論の全趣旨としてどの程度考慮するか等）は、裁判体によって相当異なる。

- ② 相手方から一応の算定根拠が示された場合、個々の費目の「損害」該当性が論点となるとともに、費目の算定方法の妥当性や算定根拠となった資料の信用性等が問題となる。

(2) 立証

- ① 消費者団体側の立証だが、裁判例や同業他社の約款例等以外は、通常事業者側から提出を受けた資料による立証が行われるのが通例である。ただし、「損害」性や損害額について、争いがある場合、消費者側に可能なのは総じて「反証」的活動である¹³。

- ② 事業者側が資料提出を拒否した場合、文書提出命令申立による立証が考えられる。

ア 事業者が契約条項策定にあたり、「平均的な損害」を算定していれば、この算定資料の提出申立をすることにある。しかし、内部文書や営業秘密¹⁴であることを理由に、これを争う場合が多いと思われる。

「平均的な損害」の算定には、事業者の利益率や原価の開示が必要な場合もありうるが、現行法上、これらが営業秘密に属する場合の手当がないため、文書提出命令等の利用だけで立証資料を獲得することは困難である。

イ 事業者が上記算定をしていない場合、決算書類や会計帳簿、営業報告書等により算定を行うほかない。

しかし、決算書類や会計帳簿等については、単に資料を閲覧しただけでは、「平均的な損害」の算定を行うことは極めて困難である。

- ③ 事業者側の立証（反証）の典型例としては、

ア 「平均的な損害」の算定結果のみを表形式で示したもの

イ 個々の項目と損害額について立証するものがある。

アについては、例えば結婚式場の契約における再契約率が問題となる場合には、データの算定根拠やその正確性が問題となるが、その原資料が示されることはまれであり、消費者側で原資料を取得することが困難であることは前記のとおりである。

¹³とりわけ「足し算」型事例では、消費者側は反証的な活動しか行う能力がない。にもかかわらず、消費者側に立証責任を負担させていることに根本的な問題があると言わざるを得ない。

¹⁴ 営業秘密であることを理由に判決や訴訟資料について閲覧制限の申立が行われることもままあり、その結果、当事者以外の第三者が主張立証活動において検証を行うことも容易ではない。

イについても、立証の程度は事業者により様々であり、中には単に幹部従業員の陳述書及び証人尋問のみを申請し、個々の損害額の根拠となる客観的資料の提出を一切行わない事業者も存在した。

4 和解

同種事件では、差止訴訟、個別訴訟の別にかかわらず、裁判外のものを含め、和解により紛争が終了することも多い。

特に法9条1号に関する差止訴訟では、事業者が現に使用する契約条項を差し止めしても、変更後の契約条項について差止判決が直接の拘束力を持つわけではないため、差止判決を得ただけでは紛争が根本的に解決しない場合がある。そのため、和解による解決は、適正な違約金等条項の形成という意味では一定の意義を有している。

しかしながら、相手方からの資料提出が不十分であると、合理的と思われる違約金規定（契約時期と履行時期に一定期間がある契約形態の場合、違約金は契約後一定期間後にのみ発生し、その料率は、段階的に上昇する場合が多い。）の策定が困難である上、裁判所から和解案が提示された場合にも、これを受諾するか否かの判断が極めて難しい。

5 訴訟の長期化

契約条項が消費者契約法8条ないし10条に違反するかが争点となる訴訟については、消費者団体訴訟制度創設当初は、人証による立証の必要がない場合が多い等の理由から、通常の民事裁判に比べ、短期に終了するのではないかと予測されていた。しかし、実際には、法9条1号に関する訴訟はむしろ長期化傾向にある（別表）。

在学契約等、判例法が形成されている契約類型では若干短期化するが、その他の契約類型では長期化傾向が顕著と思われる。

第38回消費者契約法専門調査会でも報告¹⁵されたとおり、要因の一つは立証を巡るやり取りの長期化であると考えられる。

以上

¹⁵ 同委員会井田委員報告。本研究会第2回日本弁護士連合会提出資料参照

(別表)					
提訴団体	提訴	判決	日数	対象契約	備考
佐賀消費者フォーラム	H28.12.5	R1.6.14	922	冠婚葬祭互助会	
消費者支援ネットくまもと	H28.9.16	R1.5.11	968	自動車売買	
京都消費者契約ネットワーク	H27.4.30	H28.12.9	590	インターネット接続	引き算型
消費者支援機構福岡	H24.12.26	H26.11.19	694	冠婚葬祭互助会	H27.11.15控訴審判決
京都消費者契約ネットワーク	H23.10.11	H26.8.7	1032	挙式披露宴実施	H27.1.29控訴審判決
大分消費者問題ネットワーク	H24.7.20	H26.4.14	634	在学	
京都消費者契約ネットワーク	H23.10.11	H25.4.26	564	挙式披露宴実施	再申入案件。 H26.2.21控訴審判決
消費者被害防止ネットワーク東海	H23.10.4	H24.12.21	445	在学	
		平均	731		
※ H24以降R1.6.20までに一審判決言渡のあった、法9条1号関連の消費者団体訴訟の集計。 消費者庁ホームページと提訴団体からの聞き取りにより作成					