

2017.5.12 消費者契約法専門調査会ヒアリング報告資料

報告者 適格消費者団体
特定非営利活動法人消費者支援機構関西
【通称 KC's】
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

【要旨】

法9条1号においては、判例上「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（最判平成18年11月27日）とされることから、消費者側が「平均的な損害」を主張立証する必要があるが、実際には、消費者側が事業者の「協力」なしに、立証を行うことは事実上困難であり、制度変更が必要である。

【前提問題としての「損害」の解釈】

立証の問題の前提として、「平均的な損害」の解釈指針、とりわけ履行利益について考慮すべきか、あるいはどの程度考慮すべきかに関し立法者や裁判所の立場が明確でない。

法9条1号は、解除の「時期」を「平均的な損害」の考慮要素に加えている以上、「損害」に履行利益全額が常に含まれることはないと考えられる。

仮に、履行利益が無条件に「損害」に含まれるとすると、履行期までの時期の長短に関わりなく、履行利益相当額が損害として認められることとなり、また、履行利益が大きい事業者・取引ほど高額の違約金等を受領することが正当化され、事業者による過大な違約金等の徴求やこれに伴う悪影響の除去という、法9条1号の立法趣旨が没却される。

しかしながら、現状では、「損害」ととりわけ履行利益との関係について判例・学説上解釈が確立したとは言い難い状況である。

【本紛争類型における主張・証拠構造】

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。ただし、個々の「損害」額は事業者からの開示がない限

り算定困難な上、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。

(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。「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。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明らかでない。

2 立証

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。

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

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。

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

「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、既存の相手方手持ち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) 事業者に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、前記のとおりそもそも「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。

【消費者契約法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】

(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

解約時に発生する実損害の積算

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

同業他社の条項との比較

- (2) 事業者の対応

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。

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ばないため、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、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、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

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。

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

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。

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。

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。

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。

【法9条1号の改正に関する意見】

1 消費者契約法9条1号の立法により、解除に伴う損害賠償・違約金条項に

関し、「平均的な損害」を超える金員の支払規定が禁止された。これにより事業者は、違約金等条項を作成する際、「平均的な損害」を調査・算定し、それを超えない範囲で規定され、既存の違約金等についても、見直し・改訂が行われると期待されていた。その結果、事業形態ごとに、適正な違約金等の水準が確立することが期待されていた。

- 2 しかし消費者契約法施行から約16年近くを経たが、現実には、消費者側からみて、上記の期待が実現しているとは言い難い。

訴訟による解決事例をみても、「平均的な損害」の具体的契約形態ごとの解釈については、在学契約の学納金規定等一部の分野を除いては、ほとんど判例の形成が進んでいない。最高裁で事件の決着をみた事例でも、判断が分かれており、統一的な解釈が示されていないと思われるもの(冠婚葬祭互助会)、最高裁が条項の有効性判断を行った根拠が明確になっていないもの(携帯電話の2年拘束契約)等がある。

また、上記最判で示唆された、「事実上の推定」についても、いかなる場合に事実上の推定が認められるかについて、判例法の形成がなされているとは言い難い状況である。

- 3 これらの状況が生じているのは、前記した「損害」の解釈の問題と並んで、法9条1号の主張・立証責任の分配が実態に即していないこと、紛争類型に即した立証上の手当が全くなされていないことが大きな要因になっていると考えられる。

状況を改善するためには、「平均的な損害」の立証責任を事業者に課すことが最も直截かつ効果的であるが、現行の立証責任の分配を前提とするとしても、推定が生ずる場合を法的に明確化したり、事業者に資料の提出責任を課すことが有用であると思われる。

以上