

## 個別論点の検討

第1 . 不利益事実の不告知 .....	1
第2 . 「平均的な損害の額」の立証に関する規律の在り方 .....	7

## 第1．不利益事実の不告知

### 1．第34回消費者契約法専門調査会の資料内容とこれに対する指摘

不利益事実の不告知の論点について、第34回消費者契約法専門調査会(以下「専門調査会」といい、単に「第 回」という場合には、同回の消費者契約法専門調査会を指すものとする。)資料1では、次のような提案をしていた。

以上を踏まえ、不利益事実の不告知に関し、例えば下記のように、法第4条第2項の主観的要件に重過失を追加するという考え方について、どう考えるか。

(法第4条第2項)

消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対してある重要事項又は当該重要事項に関連する事項について当該消費者の利益となる旨を告げ、かつ、当該重要事項について当該消費者の不利益となる事実(当該告知により当該事実が存在しないと消費者が通常考えるべきものに限る。)を故意に又は重大な過失によって告げなかったことにより、当該事実が存在しないとの誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。ただし、当該事業者が当該消費者に対し当該事実を告げようとしたにもかかわらず、当該消費者がこれを拒んだときは、この限りでない。

これに対し、当該提案の方向性自体について反対する意見は見られなかったが、「重大な過失」が如何なる場合に適用されるのか、適当な事例を基に「重大な過失」の認定の在り方について確認すべきではないかとの指摘が見られた。

### 2．事業者団体に対するヒアリングにおける主な意見

事業者に与える影響等を検討するため、第36回及び第37回で実施された事業者団体からのヒアリングにおいて示された意見のうち、本論点に関する主な意見を以下紹介する。

- ・無用に適用範囲を拡大することのないようお願いしたい(日本証券業協会)。
- ・「重大な過失」が「ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態」(第34回資料1・11頁脚注19)であることを明示し、また、「重大な過失」と解釈される事例を具体的に示していただきたい(一般社団法人全国銀行協会)。

### 3. 検討

#### (1) 「重大な過失」が問題となった裁判例

「重大な過失」について、「通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すものと解する」とした最高裁判決<sup>1</sup>がある。

そして、「重大な過失」が問題となった裁判例としては、法律の明文規定で「重大な過失」が要件とされていた事案ではないものの、例えば下記の各裁判例が存在している。

##### ア 東京地判平成 21 年 8 月 27 日<sup>2</sup>

**【事案】** 個人たる原告(以下「X」という。)が、被告会社(以下「Y」という。)の仲介により、未完成物件であった建物(マンション)を居住目的で訴外会社から買い受けたところ、当該建物は、Yが完成図面を取り違えてXに説明していたことにより、Xが希望する物件とは異なるものであったことが判明したため、売買契約は解除された。そこで、Xは、Yとの本件仲介契約を解除した上で、Yに対し、報酬の一部として支払った金銭の返還等を求めた事案である。

なお、本件仲介契約では、Yが一般媒介契約に係る重要な事項について故意又は重過失により事実を告げず、又は不実のことを告げる行為をしたときには本件仲介契約を解除することができる旨が定められていたため、Yの故意又は重過失の有無が争われた。

**【判旨】** Yは、Xから全室南に面したマンションを紹介してほしいとの希望を具体的に聞いており、その希望に添った建物の間取図をXに示し、重要事項説明の際にも同様の図面を交付するなどしておきながら、対象物件の図面を取り違えていたために、Xとしては、希望に添わない建物である本件建物の売買契約を締結するに至ったと認定した。

上記認定事実から、本件仲介契約における目的の中心である売買契約の対象物件について、重要な事項についての事実を告げなかったことについてYには重過失があったと判示した。

<sup>1</sup> 最判昭和 32 年 7 月 9 日民集 11 卷 7 号 1203 頁(大判大正 2 年 12 月 20 日民録 19 輯 1036 頁を引用)。なお、本件は失火責任法にいう「重大ナル過失」について争われたものであり、失火者のなした焚火の場所の選定や監視状況等の諸般の事情を考慮して重大な過失の有無が判断された。

<sup>2</sup> 判例集未登載(平成 20 年(ワ)35640 号 出典:ウェストロー・ジャパン)。

イ 東京地判平成 16 年 4 月 23 日<sup>3</sup>

【事案】 個人たる被告(以下「Y」という。)からYの自宅たる土地建物を共同して買い受けた個人たる原告ら(以下「Xら」という。)が、本件建物に売買当時説明を受けなかった火災による焼損があるとして、Yに対して、瑕疵担保又は不法行為を原因として、これらによる減価分等の損害賠償を請求した事案である。

なお、本件売買契約にはYが瑕疵担保責任を負わない旨の特約が付されており、本件火災の存在を説明しなかったことについて、Yは本件火災の存在を忘れていた旨を主張していた。

【判旨】 本件建物の一部が焼損する火災(以下「本件火災」という。)が発生し、消防車が出動したことがあったが、売買契約締結に当たって、Yからも本件売買契約を仲介した仲介会社からもXらにその旨の説明はなく、重要事項説明書にも記載がなかったと認定した。

本件火災による焼損は隠れた瑕疵に当たると判示した上で、一般に、自宅に消防車が出動したことは強く記憶に残る異常な出来事であり、個人にとって自宅である土地建物の売却は特別に重要な取引であり、建物の売却に当たり当該建物が火災に遭った事実は買主に告げるべき重要な事項であることは、だれの目にも明らかであるとして、Yが、本件火災のことを思い出さなかったというのは不自然であるとした。

そして、民法第 572 条によりYが焼損を知りながらXらにこれを告知しなかった場合には、当該特約の効力は及ばないことから、容易に思い出すことができ、当然に思い出して告知すべき事項を、思い出さずに告知しなかった場合には、故意と同視すべき重大な過失があるというべきであり、当該特約の適用を認めることは信義則に反して許されないと判示した。

ウ 東京地判平成 21 年 3 月 6 日<sup>4</sup>

【事案】 原告会社(以下「X」という。)が宅地建物取引業者たる被告会社(以下「Y」という。)から土地建物を購入したところ、本件土地が鉛によって汚染されていることが判明したことから、民法第 570 条の隠れた瑕疵に当たるとして、XがYに対して、損害賠償を求めたのに対し、引渡後 6 か月以内に瑕疵を通知しなかったから商法第 526 条第 1 項・第 2 項により瑕疵担保の請求ができないとして、Yがこれを争った事案である。

【判旨】 Xが本件土地の引渡しを受けてから 6 か月以内にYに対し、本件瑕疵の通知をしなかった以上、商法第 526 条第 2 項により、瑕疵担保責任を

<sup>3</sup> 判例時報 1866 号 65 頁。

<sup>4</sup> 判例集未登載(平成 20 年(ワ)10418 号 出典:ウェストロー・ジャパン)。

問えないとした。その上で、同条第3項は「悪意」とのみ定めてあり、売主に「重過失」があることを含めていないが、仮に同条項の「悪意」に「重過失」も含めるとした場合に、Yに「重過失」が存したかにつき以下のとおり判断した。

Yが本件建物を買い受ける前まで新聞販売所として約30年間使用されていたこと、本件建物は建築後約80年経過している建物であったこと、本件土地は戦災の被害を受けなかったこと、本件土地は土壌汚染地区の指定を受けていない土地であること等の事実から、本件土地が土壌汚染を疑わせる用途に供された事情もないこと、土壌汚染対策法による指定区域ではないことを考慮し、Yが宅地建物取引業者であったとしても、Yが本件売買に当たり、土壌汚染につき調査しなかったことに重過失があったとはいい難いと判示した。

## (2) 「重大な過失」が問題となり得る消費生活相談事例

仮に、消費者契約法第4条第2項の主観的要件に「重大な過失」を追加した際に、「重大な過失」の有無が問題となり得る消費生活相談事例としては、例えば下記の各相談事例<sup>5</sup>が考えられる。

**事例1** 集合墓地から自宅の庭先に墓を移転する契約を石材店と締結した後に、役場に相談したところ、役場から墓の移転を却下されてしまった。自分は、墓の建立に行政の許可が必要である事や、行政は自宅の庭への建立を認めない方針である事など全く知らなかった。石材店が正しい情報を伝えてくれさえしていれば契約していない。石材店はあくまでも契約の履行を迫ってくる。

**事例2** 中古自動車を購入する際に、「多少の傷がバンパーにあるが、安心して買ってください。」と説明されたので購入を決めた。半年後、板金塗装業者へ車体の色を変える依頼をしたところ、当該業者から「車体の中が何かにつぶかったようにグシャグシャになっている。事故車ではないか。」と指摘された。中を見ると緩衝部品が潰れていた。

事例1において、自宅の敷地に墓（いわゆる個人墓地）を建立できると石材店から言われたので契約を締結した場合には、墓石を取り扱う石材店であれば、通常は墓の建立に関する規定や手続等<sup>6</sup>を知っているものと考えられるため、故意があっ

<sup>5</sup> いずれの事例もPIO-NET情報。

<sup>6</sup> 墓地、埋葬等に関する法律第4条第1項において、「埋葬又は焼骨の埋蔵は、墓地以外の区域に、これを行つてはならない。」とされている。また、同法第10条による墓地経営許可申請に

たとまでは認定することができないとしても、自宅の敷地に墓を建立するための許可が認められるのは極めて例外的な場合であることを告げなかったことについて、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態、つまり「重大な過失」があったといい得る。

また、事例2においては、中古自動車販売店であれば、通常は取扱う中古自動車の部品等に異常がないか外見のみならず内部を含めて確認するものと考えられる。そのため、故意があったとまでは認定することができないとしても、当該中古自動車内部の緩衝部品が潰れていることを告げなかったことについて、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態、つまり「重大な過失」があったといい得る。

以上のとおり、各事例を検討すると事業者側に「故意」があったとまでは認定することができないと考えられるものの、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態（重大な過失）にあったものと考えられる。

以上を踏まえ、法第4条第2項の主観的要件に「重大な過失」を追加するとすれば、「重大な過失」は、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態にある場合に適用されるべきものとして加えることが考えられるが、法第4条第2項の主観的要件に「重大な過失」を追加するという考え方について、どう考えるか。

---

対する不許可処分に係る審査請求に対する裁決（昭和41.9.21厚生省環第840号）において、「墓地が無秩序に各所に散在するような事態は極力さけるべきものであって、個人墓地のごときは、従前から特に山間等人里離れた場所で近辺に利用しうる墓地が全く存しない場合に限り認めるものとされてきたのである。」とされている。

## 【参考条文】

失火ノ責任ニ関スル法律（明治 32 年法律第 40 号）

民法第七百九条ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス但シ失火者ニ重大ナル過失アリタルトキハ此ノ限ニ在ラス

民法（明治 29 年法律第 89 号）

（売主の瑕疵担保責任）

第 570 条 売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、第 566 条の規定を準用する。ただし、強制競売の場合は、この限りでない。

（担保責任を負わない旨の特約）

第 572 条 売主は、第 560 条から前条までの規定による担保の責任を負わない旨の特約をしたときであっても、知りながら告げなかった事実及び自ら第三者のために設定し又は第三者に譲り渡した権利については、その責任を免れることができない。

商法（明治 32 年法律第 48 号）

（買主による目的物の検査及び通知）

第 526 条 商人間の売買において、買主は、その売買の目的物を受領したときは、遅滞なく、その物を検査しなければならない。

2 前項に規定する場合において、買主は、同項の規定による検査により売買の目的物に瑕疵があること又はその数量に不足があることを発見したときは、直ちに売主に対してその旨の通知を発しなれば、その瑕疵又は数量の不足を理由として契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求をすることができない。売買の目的物に直ちに発見することのできない瑕疵がある場合において、買主が六箇月以内にその瑕疵を発見したときも、同様とする。

3 前項の規定は、売主がその瑕疵又は数量の不足につき悪意であった場合には、適用しない。

墓地、埋葬等に関する法律（昭和 23 年法律第 48 号）

第 4 条 埋葬又は焼骨の埋蔵は、墓地以外の区域に、これを行つてはならない。

2（略）

第 10 条 墓地、納骨堂又は火葬場を営もうとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。

2（略）

## 第2 「平均的な損害の額」の立証に関する規律の在り方

### 1 第33回の資料内容とこれに対する指摘

「平均的な損害の額」の立証に関する規律の在り方の論点について、第33回資料1では、次のような提案をしていた。

以上を踏まえ、立証責任の転換とは別に、「平均的な損害の額」の資料が提出されないという訴訟の実態への対応として、下記のような考え方について、どう考えるか。

(消費者の立証活動を容易にするため)

消費者は「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」又は「同種の事業を行う通常の事業者が生ずべき平均的な損害の額」のいずれか又は双方を立証することができ、「同種の事業を行う通常の事業者が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「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」と推定され、事業者がその推定を覆すためには「同種の事業を行う通常の事業者が生ずべき平均的な損害の額」よりも「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」がより高くなることを立証する必要があるという趣旨の規定を設ける。

(事業者からの根拠資料提出を積極的に促すため)

消費者契約法上の「平均的な損害の額」を巡る訴訟について、事業者による「平均的な損害の額」の算定の根拠となる資料の提出を制度的に促す方策について、その課題を慎重に考慮しつつ検討する。

の提案に対しては、法律上の推定を支える経験則が認められるかという観点から、「同種の事業」というだけでは、必ずしも費用構造が同等でない場合も考えられ十分でなく、当該事業者と類似しているということを要するのではないかとの意見が示された。もっとも、類似しているという点をさらに細分化・具体化することが、推定規定により立証の困難を緩和するという趣旨を失わせるという問題への懸念も示された。

の提案に対しては、提出の対象となる資料の明確化や、一般的な証拠提出義務を定める民事訴訟法第220条と異なる特別の規定を設ける必要性・合理性があるかといった課題が存在しており、委員からも、とりわけ営業秘密にかかわる資料の提出について、どのような必要性のもとでどこまで求めることができるのか、その制度設計は困難である旨の指摘があった。

## 2. 事業活動への影響等に関するヒアリングにおける主な意見

事業者に与える影響等を検討するため、第36回及び第37回で実施された事業者団体からのヒアリングにおいて示された意見のうち、本論点に関する主な意見を以下紹介する。

### について

- ・「同種の事業を行う通常の事業者」に「同業他社」が含まれるとすれば、事業規模の違いや他の事業経営の状況、参入時期の違い、収益構造やコスト構造の違い等、事業者によって「平均的な損害の額」は異なるものである。同業他社の状況で当該事業者の平均的な損害額を推定するべきではない（一般社団法人新経済連盟）。
- ・電気通信事業者は、巨大なネットワークを自前で構築している者もあれば、他社から設備を借りる者もあり、また専業ではなく異業種からの参入者も存在しているため、サービスの制度設計や価格設定なども様々であることから、「同種の」や「通常の」といった外延が不明確な要件では、却って争点が増え混乱が生ずるおそれがある。したがって、法によった一律的な規制より、裁判所の訴訟指揮による柔軟な判断がなされる方が、消費者・事業者双方にとって個別の事案に適した解決方法が提示されるのではないかと（一般社団法人電気通信事業者協会）。

### について

- ・裁判所の訴訟指揮に委ねるべきである（一般社団法人新経済連盟）。
- ・企業秘密・各種ノウハウ等保持すべき機密情報があるため、その導入については慎重なご議論を頂きたい（一般社団法人電気通信事業者協会）。
- ・事業者に資料提出を義務付ける規律などについては、消費者による本規定の濫用を防止するための方策についても慎重に検討いただきたい（日本証券業協会）。
- ・訴訟の相手方が保有する資料の収集は、消費者契約に特有の問題ではなく、訴訟制度一般の問題と考える。そして、これに対処するための民事訴訟法上の制度がすでに用意されている以上は、この問題は個別事案に応じた裁判所の訴訟指揮に委ねられるべきであるから、消費者契約法においてさらに別途の制度を設けることについては、慎重な検討が必要である（一般社団法人全国銀行協会）。

### 3. 「平均的な損害の額」の立証に関する実態把握の概要

第38回では、井田委員より消費者契約法第9条第1号の「平均的な損害の額」が争われた事例について報告が行われるとともに、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の五條操検討委員長からのヒアリングが実施され、「平均的な損害の額」の立証に関する実態把握が行われた。以下では、これらの実態把握の概要について整理する。

#### (1) 消費者側の立証の困難性

ヒアリング等の結果によれば、消費者側は、主張立証方法を工夫して訴訟活動を行っているものの、事業者側からの資料の開示等がなければ、やはり立証は難しい状況にあることが示された。例えば、事業者側からの資料の開示なしに、実損害（とりわけ履行利益が含まれると考えた場合）を個々に積算していくことは極めて困難である。また、契約上の対価から解除により不要となる費用等を控除して算定する方法も考えられるが、少なくとも控除部分が「超える部分」となるという限度での主張となる上、事業者側からの開示等がなければ、結局、不明な部分は「平均的な損害の額」に含まれることとなってしまふ。そして、同業他社の条項との比較に基づく主張については、「事実上の推定」が働くか否かという点について、判例上も必ずしも明らかではないという問題があるとの指摘があった。

#### (2) 事業者の立証活動の現状

他方で、ヒアリング等の結果によれば、事業者側の対応として、「平均的な損害の額」に関する資料の開示を行わないケースが多数存在することが指摘された。すなわち、裁判外の交渉では計算の根拠として資料開示が行われることはほとんどなく、訴訟においても、「立証責任のある消費者側で立証しなければならない」旨が主張されて資料提出がなされないなどの実態があり、示されても算定結果のみで裏付けとなる原資料が示されることはまれであるといった状況等が述べられた。

さらに、その理由として、証拠が事業者側に偏在し、立証責任が消費者側にあるという現状においては、訴訟戦略や営業秘密への懸念という観点から事業者側には開示するインセンティブが働かないという問題のほか、そもそも事業者側が紛争発生まで「平均的な損害の額」を算定せずに違約金等を定めていると思われる場合も見られる（実際に事業者が適格消費者団体に対してそのように明言した例もあるとのことであった）という問題についても指摘された。

### ( 3 ) 裁判所による対応

裁判所による対応に関しては、ヒアリング等においても、経験として「平均的な損害の額」の立証に関し、事業者側が資料を開示しないことについての裁判所の対応は様々であったとの指摘があった。

なお、文書提出命令に関しては、「平均的な損害の額」の算定根拠として事業者の利益率や原価などの開示が必要となる場合があり得るが、これらが営業秘密に属する場合の手当てがないため、文書提出命令の利用だけでは資料の獲得が困難であることが指摘された。

## 4 . 検討

### ( 1 ) 実態把握を踏まえた政策的必要性

消費者契約法第9条第1号における「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が、この額はあらかじめ消費者契約において算定することが可能なものであると考えられ、事業者には多数の事案について実際に生じる平均的な損害の賠償を受けさせれば足り、それ以上の賠償の請求を認める必要はないと考えられ、規定されたものである<sup>7</sup>。

このような規定の趣旨に照らせば、本来的には、事業者が、損害賠償の額を予定し又は違約金を定める条項を定める際には、あらかじめ「平均的な損害の額」を算定した上で、その額を超えない範囲において定めることが求められることになると考えられる。

さらに、消費者契約法第3条第1項は、事業者と消費者との間に情報・交渉力の格差があることを踏まえ、消費者の理解を深めるため、事業者の努力義務として、消費者契約の締結について勧誘をするに際して、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を消費者に提供するように努めなければならないことを定めており、その趣旨に照らすと、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て必要な情報を提供するように努めなければならない<sup>8</sup>と解される<sup>9</sup>。

ところが、上記の実態把握においては、現在の制度のもとでは、消費者側で「平均的な損害の額」を立証することが困難であるのみならず、事業者側にとっても「平均的な損害の額」について資料を開示して積極的に根拠を示そうとするインセンティブが働かない状況にあり、さらには、あらかじめ「平均的な損害の額」が算定されることなく、損害賠償の額を予定し又は違約金を定める条項が定められているように伺われるとの指摘があった。

この点に関しては、より詳細にその実態を把握するべきものと考えられる。

仮に、事業者が損害賠償の額を予定し又は違約金を定める条項が定めるに際し、あらかじめ「平均的な損害の額」を算定しておらず、そのために算定の根拠を示すことができないというような実態があるのであれば、消費者契約法第9条第1号の規定が置かれた趣旨が必ずしも全うできていない状況にあるということになると

<sup>7</sup> 消費者庁ウェブサイト

[http://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_system/consumer\\_contract\\_act/annotations.html](http://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/annotations.html) において公表されている消費者契約法の逐条解説（平成29年2月改訂。以下「逐条解説」という。）116頁参照。

<sup>8</sup> 民事訴訟法において、営業秘密等、文書の所持者がその提出を拒絶することができる事由があるとされるような場合（同法第220条第4号八）まで、その対象に含まれるという趣旨ではない。

<sup>9</sup> 逐条解説118頁参照。

考えられ、このような状況に対しては、何らかの手当てを講ずるべき政策的必要性があるのではないかと考えられる。

その場合の手当てとしては、様々な手法が存在すると考えられるが、以下ではこれまでの専門調査会における審議を踏まえ、消費者契約法において考え得る対応策についての考え方を整理する。

## (2) 推定規定により立証の困難を緩和する考え方

上記のとおり第33回では、「平均的な損害の額」の立証に関する規律の在り方に関する一つの方策として、推定規定により立証の困難を緩和する考え方が検討された。

もっとも、第33回では、消費者側で立証を行う推定の前提となる事実を、「同種の事業を行う通常の事業者が生ずべき平均的な損害の額」とすることとして検討を行ったところ、上記のとおり「同種の事業」というだけでは法律上の推定を支えるには十分ではないとの指摘があり、事業活動への影響についてのヒアリングにおいても「同種の事業」という点についての懸念が示されていた。

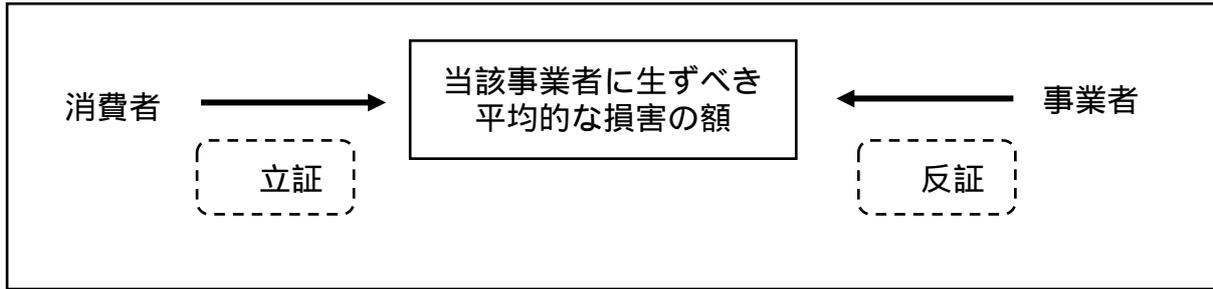
そこで、これらの指摘や懸念が示されたことを踏まえ、推定の前提となる事実関係としては、単に同種であるにとどまらず、当該事業者と類似していることを要することとし、消費者が「事業の内容が類似する事業者が生ずべき平均的な損害の額」を立証した場合には、その額が「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」と推定される趣旨の規定を設けるということが考えられる。

あるいは、「事業の内容が類似する」という点をより具体化する観点から、例えば「事業規模その他の事業の内容が類似する事業者が生ずべき平均的な損害の額」というような形で、考慮要素を明示することも考えられる。

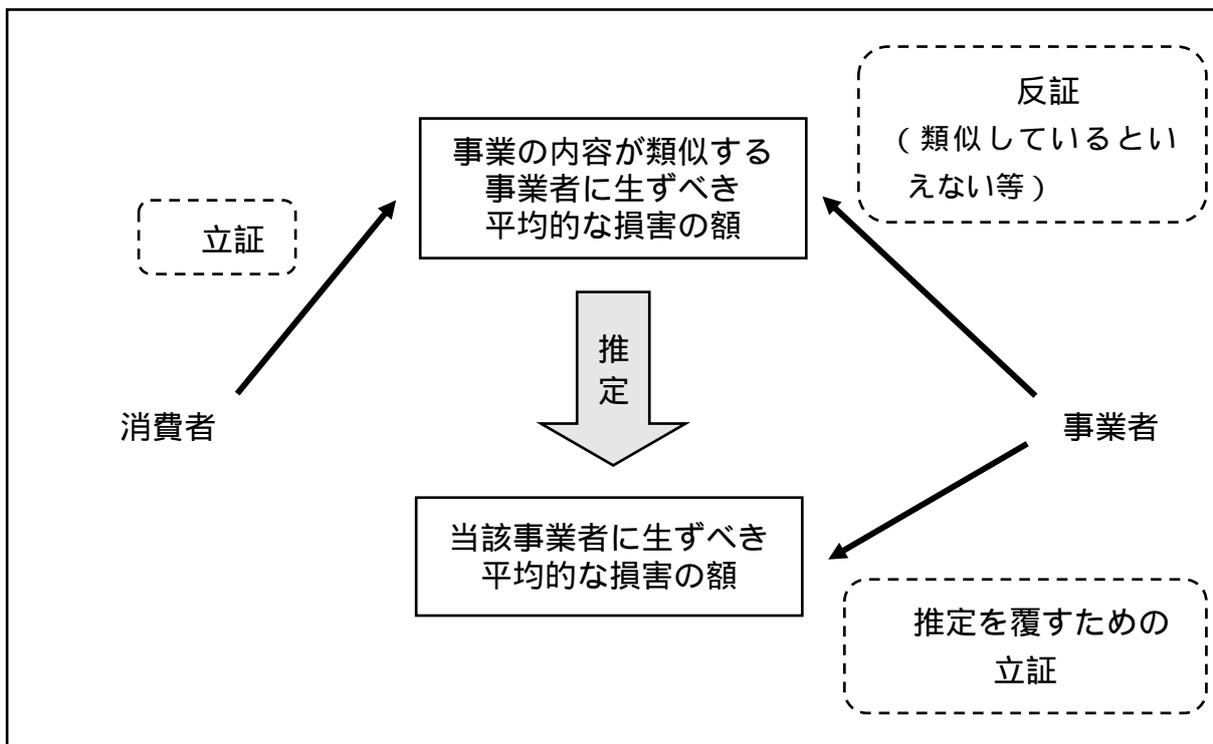
もっとも、上記のとおり、このように規定を細分化・具体化することについては、推定規定により立証の困難を緩和するという趣旨を失わせる可能性があるとの指摘が示されており、この点は慎重に検討する必要があると考えられる。

なお、このような趣旨の規定を設けた際には、実際上の訴訟における立証活動としては下記のような形となることが想定される。

( ) 消費者が「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」を立証する場合



( ) 消費者が「事業の内容が類似する事業者が生ずべき平均的な損害の額」を立証する場合



すなわち、消費者は( )と( )の両方の立証活動を選択することが可能となるが、( )のように、消費者が推定の前提となる「事業の内容が類似する事業者が生ずべき平均的な損害の額」を立証することを選択した場合には、まず、その額とともに事業内容の類似性等が争点となることが考えられる。

他方で、裁判所がその類似性等を認定し、「事業の内容が類似する事業者が生ずべき平均的な損害の額」が証明されたとの心証を抱いた場合には、法律上の推定が働くこととなるから、その推定を覆すためには、事業者側が「当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」についての立証を行わなければならないことになる。

### (3) 事業者による根拠資料の提出を制度的に促す考え方

上記のとおり第33回では、事業者による根拠資料の提出を制度的に促す考え方についても、その課題についての検討が行われていた。

このような考え方については、一般的な証拠提出義務を定める民事訴訟法第220条と異なる特別の規定を設ける必要性・合理性があるかといった課題が存在しており、営業秘密にかかわる資料の提出という問題もあるため、委員からは制度設計が困難となるのではないかとの指摘もあった。

一方、第38回で行われたヒアリングの中では、「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」が立証目標となり、既存の相手方手持ち証拠の開示という手法のみでは必ずしも消費者側の立証が機能しないとの指摘がされていた。その趣旨を踏まえると、仮に事業者による根拠資料の提出を促す制度を設けた場合であっても、消費者において当該資料から「平均的な損害の額」を算定可能となるような資料が、適切にその対象とされなければ実効性に欠けることとなるおそれもある。

これらの点に鑑みれば、事業者による根拠資料の提出を制度的に促す考え方については、第33回で指摘のあった事案説明義務を背景とした考え方などとも併せ、民事訴訟法等との関係を慎重に吟味した、より精緻な検討を積み重ねた上で対応を考えるべき将来的な方策として位置づけることが考えられる。

以上を踏まえ、「平均的な損害の額」の立証に関する規律の在り方について、どう考えるか。
--

## 【参考条文】

租税特別措置法（昭和 32 年法律第 26 号）

（非居住者の内部取引に係る課税の特例）

第 40 条の 3 の 3 （略）

2 （略）

3 国税庁の当該職員又は非居住者の納税地の所轄税務署若しくは所轄国税局の当該職員が、非居住者に内部取引に係る第一項に規定する独立企業間価格を算定するために必要と認められる書類として財務省令で定めるもの（その作成又は保存に代えて電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他の人の知覚によつては認識することができない方式で作られる記録であつて、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。次項において同じ。）の作成又は保存がされている場合における当該電磁的記録を含む。）又はその写しの提示又は提出を求めた場合において、当該非居住者がこれらを遅滞なく提示し、又は提出しなかつたときは、税務署長は、次の各号に掲げる方法（第二号に掲げる方法は、第一号に掲げる方法を用いることができない場合に限り、用いることができる。）により算定した金額を当該独立企業間価格と推定して、当該非居住者のその年分の所得税法第百六十四条第一項第一号イに掲げる国内源泉所得につき同法第百六十五条第一項の規定により同法第二十二条の規定に準じて計算した金額又は同法第二条第一項第二十五号に規定する純損失の金額につき同項第四十三号に規定する更正（以下この条において「更正」という。）又は同項第四十四号に規定する決定（第十二項において「決定」という。）をすることができる。

一 当該非居住者の当該内部取引に係る事業と同種の事業を営む個人で事業規模その他の事業の内容が類似するものの当該事業に係る売上総利益率又はこれに準ずる割合として政令で定める割合を基礎とした前項第一号ロ若しくは八に掲げる方法又は同項第二号に定める方法（同項第一号ロ又は八に掲げる方法と同等の方法に限る。）

二 （略）

4～17 （略）

（国外関連者との取引に係る課税の特例）

第 66 条の 4 （略）

2～5 （略）

6 国税庁の当該職員又は法人の納税地の所轄税務署若しくは所轄国税局の当該職員が、法人にその各事業年度における国外関連取引に係る第一項に規定する独立企業間価格を算定するために必要と認められる書類として財務省令で定めるもの（その作成又は保存に代えて電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他の人の知覚によつては認識することができない方式で作られる記録であつて、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。次項において同じ。）の作成又は保存がされている場合における当該電磁的記録を含む。）又はその写しの提示又は提出を求めた場合において、当該法人がこれらを遅滞なく提示し、又は提出しなかつたときは、税務署長は、次の各号に掲げる方法（第二号に掲げる方法は、第一号に掲げる方法を用いることができない場合に限り、用いることができる。）により算定した金額を当該独立企業間価格と推定して、当該法人の当該事業年度の所得の金額又は欠損金額につき

法人税法第二条第三十九号に規定する更正（以下この条において「更正」という。）又は同法第二条第四十号に規定する決定（第十七項において「決定」という。）をすることができる。

- 一 当該法人の当該国外関連取引に係る事業と同種の事業を営む法人で事業規模その他の事業の内容が類似するものの当該事業に係る売上総利益率又はこれに準ずる割合として政令で定める割合を基礎とした第二項第一号ロ若しくはハに掲げる方法又は同項第二号に定める方法（同項第一号ロ又はハに掲げる方法と同等の方法に限る。）

二 （略）

7～22 （略）