

消費者契約法9条1号における 「平均的な損害」と得べかりし利益

—携帯電話通信サービス契約の中途解約違約金
条項に係る高裁判決をめぐって—

山下 良

一 はじめに

消費者契約法9条1号（以下、「本条」という。）は、消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、または違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、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、当該消費者契約と同種の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額を超えるものについては、当該超える部分を無効とすると定めている。

民法では、債務不履行により契約が合意通りに履行されなかったために債権者が損害を被った場合、その損害の賠償を請求することができる。ここでいう損害とは実損害、すなわち、債務の不履行によって通常生ずべき損害、または特別の事情によって生じた損害であっても予見可能性のあるものである（民法416条）。この損害には、債務不履行によって債権者が現実費用等を支出したという積極的損害だけでなく、契約が合意通りに履行されていたならば得られていたであろう利益（得べかりし利益）を失ったという消極的損害も含まれると解されている。しかし、損害賠償を得るためには、債権者が損害の額を具体的に立証しなければならない。そこで、民法420条1項は、当事者は損害賠償額や違約金額を予定しておくことができると定めている。これにより、債権者は立証の負担を回避することができる、債務者は予め賠償すべき額を知ることができる。

ここで予定される額は、本来であれば債権者が立証するであろう実損害

に近いものであることが要請されるが、基本的に当事者の合意に委ねられている。そして、ひとたび合意が成立すれば、その額が公序良俗に反すると評価されるほどに著しく過大なものでない限り、裁判所もこれを増減することができない（民法420条1項後段）。このため、事業者と消費者の契約のように、情報・交渉力に格差のある当事者間で締結される契約では、損害賠償額の予定または違約金を定める条項が、事業者の有利に利用されてきた。悪質な事業者が、消費者の契約解除を妨害するために、または、最初から高額なキャンセル料を取ることを見込んで、損害賠償または違約金条項を定めることがしばしば行われてきた。しかし、被害者は相手方の不法行為・債務不履行から利得を得てはならないとする被害者の利得禁止原則からすれば、消費者が本来支払うべき金額以上の利得を事業者に認めることは不合理である。こうした不合理を是正するためには、このような契約条項によって消費者が負うことになる責任を制限することが必要である。消費者保護法制に限らず、このような損害賠償額を予定する条項等の効力を制限する規定は多々あるが（注1）、本条は、同様の規制を消費者契約一般に広げ、強化したものである（注2）。

このような趣旨からすれば、契約解除によって事業者に生ずべき実損害を超える部分は無効とすると規定すればよいようにも思われるが、本条は「平均的な損害」としている。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、類型的に考察した場合に算出される平均的な損害の額である。また、当該消費者契約の当事者である個々の事業者に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、当該業種における業界の水準を指すものではないとされている（注3）。

実損害ではなく平均的な損害としたのは、消費者の立証の負担に配慮したためであると考えられる。すなわち、ある損害賠償の予定または違約金条項を本条によって一部無効とする場合、消費者が、当該条項で定めている額が事業者に生じる損害を超えるものであることを立証しなければならない（注4）。これが実損害であった場合、事業者が生じた具体的な損害額を、

消費者が立証しなければならないことになる。これには事業者の全面的な協力が必要であるが、当然ながら事業者の協力は期待できない。したがって、事実上不可能を強いることになる。そこで、これを平均的な損害とすることで、一般的な消費者にも入手可能な情報をもとにした抽象的な損害額の計算で足りるとしたものと考えられる。そして、消費者が、事業者に生じる平均的な損害の額は最大でも何円程度であるとの主張をすれば、事実上の推定が働き、事業者が実際に生じる平均的な損害の額が当該条項で定められた額以上であることを具体的に立証しない限り、本条の適用があると解される（注5）。

ここで問題となるのが、本条の平均的な損害に、得べかりし利益が含まれるか否かという点である。民法の債務不履行における損害には、前記のように得べかりし利益が含まれると解されているが、本条の平均的な損害については、条文上も解釈上も明確ではない。得べかりし利益が含まれるとすれば、その分平均的な損害の額は大きくなるので、有効とされる損害賠償の予定または違約金の額も大きくなり、事業者に有利となる。このため、消費者保護の観点からすれば、得べかりし利益は含まれないとすることが望ましいが、そのように解することができるかは検討を要する。このように考えると、この問題は、民法と本条との関係をどう捉えるかの問題であるといえることができる。

近時、この点について判断した高裁判決が3件現れた。これらの判決は、適格消費者団体である特定非営利活動法人京都消費者契約ネットワーク（以下、「KCCN」という。）が、大手携帯電話通信サービス会社であるNTTドコモ、KDDI、ソフトバンクモバイル（以下、それぞれ「D社」、「K社」、「S社」という。）に対して、中途解約違約金条項の使用差止めを求めてそれぞれ提訴した、いわゆる消費者団体訴訟の控訴審判決である（注6）。これらの判決は、3社が同種の定期契約によるサービスを提供し、同種の解約金条項を用いていたにもかかわらず、平均的な損害への得べかりし利益の算入について、異なった判断が下されている。

そこで、本稿では、これらの高裁判決を題材として、本条における「平

均的な損害」に得べかりし利益が含まれるか否かの判断基準について、問題点の整理と若干の検討を試みる。

二 携帯電話利用サービス契約の中途解約違約金条項

1 事案の概要

まず、3件の事案を、一まとめにして概観する。事件の争点は、不当条項規制の適用の可否、解約金条項の本条該当性、消費者契約法10条該当性など多岐に渡るが、本稿では、平均的な損害に得べかりし利益が含まれるかという点のみに着目する。

携帯電話通信サービス会社である3社は、それぞれ、契約期間の定めのない通常の契約によるサービスの他に、2年間の定期契約によるサービスを提供していた。定期契約では、携帯電話の月々の基本使用料金は通常契約の半額とされている。この定期契約は、契約締結日から2年間で期間満了となり、消費者が解約しない限り自動的に更新される。ただし、この定期契約には、消費者が解約をする場合、契約で定められた一定の時期（定期契約の期間の末日の属する月の翌月）でなければ、一律9975円の解約金を支払うこととする解約金条項が付されていた。

このような解約金条項に対して、KCCNは、解約により事業者は将来にわたって通信サービスの提供を免れるのであるから損害は生じない、平均的な損害に逸失利益が含まれるのは、当該消費者契約の目的が他の契約において代替ないし転用される可能性のない場合に限られるので、大量の新規契約・解約が予定されている携帯電話事業では、解約に伴う逸失利益は平均的な損害には含まれないなどと主張して、当該解約金条項で定める9975円は平均的な損害を超えているとして使用の差止めを請求する訴えをそれぞれ提起した。

これに対して、3社は、本条は特に逸失利益を除外するとは規定していない、仮に本条の損害に逸失利益を含まないとすると、事業者は、損害賠償の額の予定についての条項がない場合には民法416条により逸失利益を請求できるのに、損害賠償の額の予定についての条項がある場合には逸失

利益を請求できないということになる、本条には契約の目的が代替ないし転用可能な場合に逸失利益を除外するとの規定は存在しないなどと主張して、それぞれ争った。

2 判旨

次に、3社の第一審、控訴審判決の判旨を、同様に平均的な損害と得べかりし利益に焦点を当ててみていく。

(1) D社第一審判決

(京都地裁平成24年3月28日判決・判時2150号60頁【請求棄却】)

京都地裁は以下のように判示して、KCCNの請求を棄却した。

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格差にかんがみ、……消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とする……ことにより、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与すること」(同法1条)を目的とするものである。同様の目的を持つ特定商取引法および割賦販売法では、訪問販売、電話勧誘販売、特定継続的役務提供等契約、業務提供誘引販売契約、割賦販売について、それぞれ、各種業者と消費者との間に損害賠償の予定または違約金についての合意がある場合でも、契約の目的となっている物の引渡しまたは役務の提供等が履行される前に解除があった場合には、各種業者は消費者に対し、契約の締結および履行のために通常要する費用の額を超える額の支払を請求できないと規定している(特商法10条1項4号・25条1項4号・49条4項3号・同条6項3号・58条の3第1項4号、割賦法6条1項3号・同項4号)。「これらの規定は、各種業者と消費者が契約を締結する際においては、各種業者の主導のもとで勧誘及び交渉が行われるため、消費者が契約の内容について十分に熟慮することなく契約の締結に至ることが少なくないことから、契約解除に伴う損害賠償の額を原状回復のための賠償に限定することにより、消費者が履行の継続を望まない契約から離脱することを容易にするため、民法416条1項の規定する債務不履行に基づく損害賠償を制限したものと解することができる」。

以上の特定商取引法および割賦販売法の各規定に対し、本条は、事業者が契約の目的を履行した後の解除に伴う損害と、事業者が契約の目的を履行する前の解除に伴う損害とを何ら区分していないが、本条は、「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」。

そして、上記のような、特定商取引法、割賦販売法において契約解除に伴う損害賠償の額を限定した事情は、消費者契約一般において妥当すると考えられることからすると、本条は、「事業者に対し、消費者契約の目的を履行する前に消費者契約が解除された場合においては、その消費者契約を当該消費者との間で締結したことによって他の消費者との間で消費者契約を締結する機会を失ったような場合等を除き、消費者に対して、契約の目的を履行していたならば得られたであろう金額を損害賠償として請求することを許さず、契約の締結及び履行のために必要な額を損害賠償として請求することのみを許すとしたうえで、『平均的な損害』の算定においてもこの考え方を基礎とすることとしたものと解することができる」。

「被告が本件契約に基づき消費者に対して負う義務の中核は、消費者に携帯電話の利用を可能とする役務である。そして、このような役務の提供は、ある消費者との間で本件契約を締結した場合であっても、他の消費者に対して同時に行うことが可能であるから、被告においては、ある消費者との間で本件契約を締結した場合に、他の消費者との間で本件契約を締結する機会を喪失するという事は考えられない」。

そうすると、「基本使用料金の中途解約時から契約期間満了時までの累積額を損害賠償として請求することは、中途解約が本件契約の目的についての履行よりも前になされたものであるにもかかわらず、その履行がなされていれば得られたであろう金額を損害賠償として請求することに該当

し」、本条に照らせば、当該累積額については、「平均的な損害」の算定の基礎とすることができないというべきである。

そこで、本件でD社に生じる平均的な損害を算定すると、まず、D社と本件契約を締結した契約者につき、各料金プランごとの平成21年4月から平成22年3月までの月ごとの稼動契約者数（前月末契約者数と当月末契約者数を単純平均したもの）を単純平均し、それぞれに各料金プランごとの割引額（標準基本使用料金と割引後基本使用料金との差額）を乗じて加重平均した金額は2160円となる。次に、D社と本件契約を締結した契約者のうち、平成21年8月1日から平成22年2月28日までの間に本件契約（更新前のものに限る。）を解約した者について、本件契約に基づく役務の提供が開始された月からの経過月数ごとの解約者数に、それぞれの経過月数を乗じて加重平均した月数は、14か月となる。したがって、本件でD社に生じる平均的な損害は、2160円に14か月を乗じた3万0240円である。本件解約金条項の9975円はこれを下回るので、本件解約金条項が本条に該当するということはできない。

(2) D社控訴審判決（大阪高裁平成24年12月7日判決・

判時2176号33頁【控訴棄却】〔上告受理申立〕

大阪高裁は、基本的に第一審の判断枠組みを維持しているが、料金プランごとの平成23年4月から平成24年3月までの月ごとの稼動契約者数の平均に割引額を乗じて加重平均した金額は1837円、平成23年4月1日から平成24年3月末日までの間に本件契約（更新前のものと1回更新のものを含む。）を解約した者について、経過月数ごとの解約者数にそれぞれの経過月数を乗じて加重平均した月数は13.5か月と認定している。したがって、平均的な損害の額は、1837円に13.5か月を乗じた2万4800円であり、本件解約金条項の9975円はこれを下回るので、本件解約金条項が本条に該当するということとはできないと判示した。

(3) K社第一審判決（京都地裁平成24年7月19日判決・

判時2158号95頁【一部認容、一部棄却】）

京都地裁は以下のように判示して、KCCNの請求を一部認容した。

「法9条1号が、解除に伴う損害賠償の予定等を定める条項につき、解除に伴い事業者が生じる平均的損害の額を超過する損害賠償の約定を無効とした趣旨は、事業者が、消費者に対し、消費者契約の解除に伴い事業者が『通常生ずべき損害』（民法416条1項）を超過する過大な解約金等の請求をすることを防止するという点にある。したがって、法9条1号は、債務不履行の際の損害賠償請求権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し、同号にいう損害とは、民法416条にいう『通常生ずべき損害』に対応するものである」。

「また、同号が、『平均的』という文言を用いたのは、消費者契約は不特定かつ多数の消費者との間で締結されるという特徴を有し、個別の契約の解除に伴い事業者が生じる損害を算定・予測することは困難であること等から、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契約における平均値を用いて、解除に伴い事業者が生じる損害を算定することを許容する趣旨に基づくものと解される」。

以上によれば、本条の平均的損害の算定は、「民法416条に基づく損害の算定方法を前提とし、解除事由、時期等により同一の区分に分類される同種の契約における平均値を求める方法により行うべきである」。

上記のような考えに基づく、本件定期契約の解約に伴いK社に生じる平均的損害の算定方法は、次のとおりである。

「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条により請求できる損害賠償の範囲は、契約が約定どおり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。したがって、本件定期契約の中途解約に伴い被告に生じる平均的損害を算定する際にも、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収入等（解約に伴う逸失利益）を基礎とすべきである」。

「また、民法の規定により債務不履行に基づく損害賠償請求をする際、当該債務不履行に起因して債権者が支出を免れた費用等がある場合には、その額を控除して賠償額を算定することとされている。したがって、法9条1号における平均的な損害の算定にあたっては、解約に伴い事業者が支出を免れた費用を、解約に伴う逸失利益から控除すべきである」。

本件通信契約においては、ある契約が締結されることにより、他の契約を締結する機会を喪失するとはいえず、それゆえ、解約に伴い別の契約を締結する機会が新たに生じるともいえないから、他の契約を締結することによる損害の填補の可能性を考慮することはできない。

そこで、本件でK社に生じる平均的な損害を算定すると、まず、本件定期契約のARPU（通信事業者の1契約あたりの1か月の売上を表す数値）の平均値を5000円とし、本件定期契約が1か月間継続するのに伴いK社に追加的に発生する経費は、多くてもARPUの20%に相当する額であることが認められるから、5000円から20%を控除した4000円が、解約に伴う1か月あたりの逸失利益である。これに、解約時から契約期間満了時までの期間を乗じた額が平均的な損害となる。本件定期契約においては、解約時期を1か月毎に区分して、各区分毎に、被告に生じる平均的な損害を算定すべきである。したがって、本件解約金条項中、本件定期契約が締結または更新された日の属する月から数えて22か月目の月の末日までに解約がされた場合に解約金の支払義務があることを定める部分は有効であるが、23か月目以降に解約した場合に平均的な損害額を超過する解約金の支払義務があることを定める部分は、上記超過額の限度で、本条により無効である（注7）。

(4) K社控訴審判決（大阪高裁平成25年3月29日判決・

KCCNウェブサイト【一部控訴棄却、一部取消自判】〔上告受理申立〕
大阪高裁は、基本的に第一審の判断枠組みを維持しているが、本条における解除の事由、時期等の区分については、当該条項で事業者が定め、消費者が同意した契約内容に従うと解すべきであり、当事者が設定した区分を裁判所がさらに細分化することを認める趣旨であるとは解されないと

して、2年間という期間を1つの区分とした。

そして、本件定期契約を中途解約した契約者の平均解約時期は、契約締結時または更新時から11.59か月間が経過した時点であり、2年間の契約期間から上記期間を控除した月数は12.41か月であるとする。したがって、平均的な損害の額は、4000円に12.41か月を乗じた4万9640円であり、本件解約金条項は本条により無効とはならないと判示した。

(5) S社第一審判決

(京都地裁平成24年11月20日判決・判時2169号68頁【請求棄却】)

京都地裁は次のように判示して、KCCNの請求を棄却した。

「法9条1号の趣旨は、事業者と消費者との合意により損害賠償の予定や違約罰が自由に定められることになると、消費者に過大な義務を課されるおそれがあるため、損害賠償の予定と違約金の合計について、事業者に生じる平均的損害の賠償の額を超えてはならないとすることにより消費者を保護しようとするにありと解する」。

「そうだとすれば、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、平均的損害という一定の枠を設けて、消費者保護を図る規定にすぎず、特別の規定なく、それ以上の制限を課すものではないと解すべきである」。

そして、民法上、損害賠償の予定ないし違約罰を請求する際には、逸失利益の考慮が許されるのが原則であり、本件契約が解除された場合も民法の原則上は逸失利益の考慮が許されること、逸失利益の請求が不当な類型とされるものについては、特定商取引法や割賦販売法などで民法の一般原則を修正するための要件が明文で定められているが、本条には何らそのような定めはないことからすれば、本件解除料条項について逸失利益の考慮が許されないとする理由はない。

「また、原告は、本件契約は、他者との契約により代替可能性があるため逸失利益の考慮は許されないと主張する。しかし、ホテルの宿泊予約を解約する場合に、宿泊予定日まで期間が空いているため他の客と契約が締

結できる蓋然性が高いような場合などに算定される損害が低額になるのは、他の者と契約を締結することにより解除による損害の埋め合わせがなされているからにすぎず、逸失利益の考慮が許されないとする理由となるものとはいえないし、本件契約は、数の制限をせずに契約者を募集して、各人が2年間の契約を満了することが前提となっている契約類型であって、中途解約した者の損害を他の者と契約を締結して埋め合わせることはできない種類の契約であるというべきであるから、原告の主張を採用することはできない」。

したがって、本件でS社に生じる平均的な損害は、本件定期契約が解約されることにより生じる逸失利益（基本料金、オプション料金、保証料金の平均から、固定的なコストを控除した額）に、契約残期間（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解すべきであり、当該金額は1万2964円である（注8）。よって、本件解除料9975円は平均的損害を超えることはないため、本条に反しない。

(6) S社控訴審判決（大阪高裁平成25年7月11日判決・

KCCNウェブサイト【控訴棄却】〔上告受理申立〕

大阪高裁は、基本的に第一審の判断枠組みを維持しているが、本条はあくまでも民法416条を前提としつつ、そこで生ずる損害を、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と解するのが相当であり、このように解する以上、本条の平均的な損害は、民法416条にいう「通常生ずべき損害」と同義であって、事業者の営業上の利益（逸失利益）が含まれると解するのが相当であるとする。そして、本件における平均的な損害の額は、解除に伴ってS社に生じる1か月あたり、平均して1契約あたりの逸失利益に、解除後の平均残存期間を乗じた額である4万7689円であり、本件解除料はこれを超えるものといえないと判示した。

3 問題の所在

2006年10月に、携帯電話会社の契約者が事業者を変更する際、電話番号

を変更することなく新たな携帯電話会社のサービスを受けることができるモバイル・ナンバー・ポータビリティ制度（MNP制度）が導入されたことにより、消費者は従来よりも気軽に携帯電話会社の乗換えをするようになった。これにより、携帯電話会社間の競争が激化し、各社は顧客の確保のために、値下げやサービスの充実に注力することとなった。当該事案で問題となった解約金条項付の定期契約は、いわゆる「2年縛り」で、比較的長期間の拘束期間を設定し、長期間の拘束であるために基本使用料金を割引するが、拘束期間の途中で解約には違約金を課すというものである。

平均的な損害と得べかりし利益について、3社の判決をみると、まず本条と民法416条の関係が問題とされている。D社判決では、本条を、消費者保護の要請から民法416条による損害賠償を制限したもの、すなわち、消費者契約法独自の規定として民法を修正するものであると位置づける。これに対して、K社、S社判決では、本条はあくまで民法416条を前提としつつ、その内容を定型化するものであると位置づける。前者の解釈によれば、必ずしも民法416条の解釈に捉われる必要はないので、平均的な損害に得べかりし利益は含まれないという結論も導きやすい。これに対して、後者の解釈によれば、損害賠償の範囲についてはあくまで民法416条の解釈を前提とするので、得べかりし利益も含まれると解すべきということになろう。

また、これと関連して、契約の代替可能性と逸失利益（得べかりし利益）の関係が問題とされている。すなわち、ある契約者が解約したとしても、他の消費者と契約して損失を埋め合わせることができる場合には、平均的な損害から得べかりし利益を控除するべきではないかという問題である。これについて、D社判決は、原則として逸失利益の算入を否定し、例外的に、その消費者契約を当該消費者との間で締結したことによって他の消費者との間で消費者契約を締結する機会を失ったような場合にのみ、逸失利益の算入を認めるとする。これに対して、K社、S社判決では、原則として逸失利益の算入を肯定し、例外的に、当該消費者契約の解約に伴って、別の契約を締結する機会が新たに生じ、これにより損害が填補されたといえる

場合には、損益相殺の問題として当該填補額を逸失利益から控除するとしている。契約に代替可能性があれば平均的な損害に得べかりし利益は含まれないとする見解は、従来の裁判例を踏まえたものであるが、D社・K社・S社判決の事案における定期契約が代替性のない契約であるといえるのかも問題となる。

そこで、以下では、本条の位置づけと、契約の代替可能性と得べかりし利益の関係について、従来の議論と裁判例を整理する。

三 本条の位置づけ

1 従来の議論

本条を、あくまで民法416条を前提とするものとして位置づけるか、あるいは消費者契約法独自の規定として民法を修正するものとして位置づけるかについては、見解が分かれている。

学説は、(1) 民法420条は証明負担を回避するために損害賠償額の予定を認めた規定であるが、その予定額はあくまでも、本来認められる損害額に近いものであることが要請される。そこで消費者契約法が選んだ定型的な基準が「平均的な損害の額」であると理解するならば、これはあくまでも民法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に関して強行法規化したものとして位置づけることができるとする見解^(注9)、(2) 平均的な損害とは、個々の契約の単位でみた解除に伴う損害額ではなく、当該事業者が反覆継続して締結する同種契約について類型的・一般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。民法の解釈においても、他の契約を獲得したことにより回避された損害は控除するとの原則が承認されているが、消費者契約法はこれを類型的にみることにより一層明確化したものと解されるとする見解^(注10)、(3) 本条は、従来、割賦販売法や特定商取引法において契約の解除に伴う損害賠償額の制限に関して採られていた、契約の履行前の段階においては解除に伴う損害賠償請求は原状回復賠償に限定されるという法理を、すべての消費者契約に一般化したものとして理解されるべきであるとする見解^(注11)、(4) 割賦販売

法や特定商取引法のような特別法上の規制原理のうち、過怠約款規制としての不当条項規制と中途解約に伴う規制は、本条の「解除の事由、時期等の区分に応じ」、「当該事業者が生じるべき平均的な損害額」という要件をより精査した規制基準であり、消費者契約の一般法として民法の特別法である消費者契約法に取り込むべきルールである。本条は、特別法上の規制原理を考慮することによって、民法の一般原則を修正する消費者契約の解消に関するルールとして位置づけなおすことはできるものと解されるとする見解^(注12)、(5)「平均的な損害」という概念によって履行利益の賠償が原状回復賠償に制限されるのではなく、「解除に伴う損害」という概念によって、事業者の請求可能な賠償額が、履行の前後を問わず、原状回復に必要な額に限定されることになるとする見解^(注13)がある^(注14)。

過去の裁判例では、本条の位置づけについて判断したものは見当たらないが、D社・K社・S社判決は、これを正面から判断している。さらに、D社判決とK社・S社判決では、対照的な判断がなされている。以下では、この点について、D社・K社・S社判決を概観する。

2 D社・K社・S社判決の概観

D社判決は、まず消費者契約法の目的を挙げ、これと目的を同じくする特定商取引法、割賦販売法の、契約が履行される前に解除された場合の責任制限規定と同様に、平均的な損害には得べかりし利益が算入されないとする。

K社判決は、本条は民法416条を前提とし、その内容を定型化するという意義を有し、本条にいう損害とは、民法416条にいう「通常生ずべき損害」に対応するものであるとする。そして、消費者の約定解除権行使に伴う損害賠償の範囲は、原則として、契約が履行された場合に事業者が得られる利益の賠償と解され、それは結局民法416条が規定する相当因果関係の範囲内の損害と等しくなるため、本条でいう平均的な損害とは、民法416条でいう通常生ずべき損害と同義であるとする。

S社判決は、消費者契約法には賠償範囲を制限する規定がない以上、民

法の一般原則に従うことを示唆している。そして、本条はあくまでも民法416条を前提としつつ、そこで生ずる損害を、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と解するのが相当であり、このように解する以上、本条の平均的な損害は、民法416条にいう「通常生ずべき損害」と同義であって、事業者の営業上の利益（逸失利益）が含まれると解するのが相当であるとする。

D社判決では、特定商取引法、割賦販売法における規制原理の本条への取り込みを、正面から肯定する。これは、前記(3)・(4)の見解に親和的な判断であるといえる。消費者保護の必要性を前面に出した判断であるといえるが、他方で、特別法の原理を消費者契約の一般法へ取り込む理由づけが、目的が同趣旨であるというだけで十分かという点が問題である。特別法の原理が消費者契約一般に妥当しうるものであるか、また、他の同趣旨の規制原理も消費者契約の一般法に取り込むことが肯定されうるかも問題となる。

K社・S社判決は、本条が民法416条を前提とするものであるとするのみならず、本条でいう平均的な損害と、民法416条でいう通常生ずべき損害は同義であるとする。これは、前記(1)の見解に親和的な判断であるといえる。その理由として、消費者の約定解除権行使に伴う損害賠償の範囲は、原則として、契約が履行された場合に事業者が得られる利益の賠償と解され、それは結局民法416条が規定する相当因果関係の範囲内の損害と等しくなるとする。

確かに、本条の出発点は、民法420条に基づいて予定される損害賠償額は合意に委ねられており、そのままでは消費者の不利になるので、これを適切に抑制することにある。そして、それがどの程度まで抑制されるべきかについては、事業者が被った実損害の額と一致させることが理想的である。しかし、すでにみたように、消費者が事業者の具体的損害を立証する困難性や、事業者は不特定多数の消費者と反復継続的に同種の契約を締結する当事者であり、個別の消費者の解除による損害額について予め約款で定めておくことが難しいという点などを鑑みて、本条でいう損害を平均的

な損害としたのである。前記のように、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、類型的に考察した場合に算出される平均的な損害の額である。すなわち、個別の事案において、当該消費者の契約解除によって事業者が生じた具体的な損害が問題とされているのではない。

この点について、D社判決は、本条の趣旨からすれば、「事業者は、個別の事案において、ある消費者の解除により事業者に実際に生じた損害が、契約の類型ごとに算出した『平均的な損害』を上回る場合であっても、『平均的な損害』を超える額を当該消費者に対して請求することは許されないものであり、その反面、ある消費者の解除により事業者に実際に生じた損害が、『平均的な損害』を下回る場合であっても、当該消費者は、事業者に対し『平均的な損害』の額の支払を甘受しなければならないということになる」と述べている。これは、平均的な損害という概念の特徴を端的に表している。ある違約金条項が定められたが、個別の消費者の解除によって事業者が生じた実損害が当該違約金条項の額を下回っていた場合に、個別的处理で損害賠償額を実損害額まで制限するのであれば、結局平均的な損害という概念には意味がないことになる。したがって、本条が民法416条を前提としたものであるとしても、平均的な損害と通常生ずべき損害が同義であるとまではいえないものと思われる。

三 契約の代替可能性と得べかりし利益

次に、契約の代替可能性と得べかりし利益の関係について、従来の裁判例を踏まえたうえでみていく。

1 従来の裁判例

まず、これまでの裁判例で、平均的な損害に得べかりし利益が含まれるか否かが問題となった事例を概観する。

①東京地裁平成14年3月25日判決・判タ1117号289頁

(以下、「①判決」という。)

飲食店において2か月後に30名ないし40名でパーティーをする旨の予約をした消費者が、予約した翌日にこれを解約した事案において、飲食店が予約時に合意していた解約時の営業保証料の支払を請求した事例。東京地裁は、本条の平均的な損害について、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損害の生じる蓋然性等の事情に照らして判断するのが相当であるとした。そして、当該事案では、開催日から2か月前の解約であり、開催予定日に他の客からの予約が入る可能性が高いこと、当該予約の解約により飲食店はパーティーにかかる材料費、人件費等の支出をしなくて済んだことを挙げる一方で、飲食店は当該予約があったため他の80名の予約を断っており、当該予約がなければ営業利益を獲得することができたこと、パーティーの開催予定日は仏滅であり結婚式2次会などが行われにくい日であることなどを考慮すべき要素として挙げている。そして、当該事案では、平均的な損害を算定する証拠資料に乏しいことから、民訴法248条を適用して、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名を乗じた4万7250円を損害額として認定した。

②大阪地判平成14年7月19日・前掲（注1）（以下、「②判決」という。)

自動車販売業者である売主から自動車を購入する契約を締結した買主が、契約締結の翌々日にこれを解除した事案において、売主が契約締結時に合意していた損害賠償金の支払を請求した事例。大阪地裁は、当該事案では、解除がなされたのは契約締結の翌々日であったこと、売主は代金半額の支払を受けてから車両を確保することとされていたことなどからすれば、売主に現実に損害が生じているとは認められず、また、通常何らかの損害が発生しうるものとも認められないとした。また、仮にすでに車両が確保されていたとしても、買主の注文車両は他の顧客に販売できない特注品であったわけでもなく、買主は契約締結後わずか2日で解約したのであ

るから、その販売によって得られたであろう粗利益（得べかりし利益）が、本条の予定する事業者が生ずべき平均的な損害に当たるとはいえないと判示した。

③東京地裁平成17年9月9日判決・判時1948号96頁

（以下、「③判決」という。）

結婚式場および結婚披露宴会場の運営を行っている事業者に、1年後に結婚式および結婚披露宴を行うと申し込んで予約金を支払った消費者が、予約した6日後にこれを解除したところ、事業者が取消料条項に基づいて予約金の返還を拒んだ事案において、消費者が予約金の返還を請求した事例。東京地裁は、挙式予定日の1年以上前から当該事業者での挙式等を予定する者は予約全体の2割にも満たず、予約日から1年以上先の日に挙式等が行われることによって利益が見込まれることは、確率としては相当少ないのであって、その意味で通常は予定し難いことといわざるを得ないし、仮にこの時点で予約が解除されたとしても、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し得る時期にあることも考えると、その後新たな予約が入らないことにより、当該事業者が結果的に当初の予定どおりに挙式等が行われたならば得られたであろう利益を喪失する可能性が絶無ではないとしても、そのような事態はこの時期に平均的なものとして想定し得るものとは認め難いとして、当該利益の喪失は平均的な損害に当たるとは認められないと判示した。

④最判平成18年11月27日・前掲（注1）（以下、「④判決」という。）

いわゆる学納金返還請求訴訟である。最高裁は、一般に、各大学は、入学試験に合格しても入学手続を行わない者や、在学契約を締結した後に解除する者などが相当数存在することをあらかじめ見込んで合格者を決定し、同一学部、同一学科の入学試験を複数回実施したり、補欠合格等によって入学者を補充するなどの措置を講じており、このような実情の下では、一人の学生が在学契約を解除した場合、その解除が当該大学が合格者を決

定するに当たって織り込み済みのものであれば、原則として、その解除によって当該大学に損害が生じたということはできないとする。そして、学生が当該大学に入学することが客観的にも高い蓋然性をもって予測される4月1日より前の時期における解除については、原則として、当該大学に生ずべき平均的な損害は存しないものというべきであると判示した^(注15)。

⑤横浜地裁平成21年7月10日判決・判時2074号97頁

(以下、「⑤判決」という。)

弁護士が依頼人から遺産分割事務の委任を受けた後に、その責めによらない事由によって解任された事案において、依頼人に対して、いわゆるみなし成功報酬特約または民法130条によるみなし条件成就を主張して、成功報酬の支払を求めた事例。横浜地裁は、当該委任契約の定める報酬を得ることができなかった逸失利益について、これをそのまま平均的損害に加えてしまうと、中途解除に係る損害賠償額の予定または違約金を適正な限度まで制限することを意図する本条の趣旨が没却されてしまうことは明らかであり、委任事務の大半が終了していながら、受任者の責めに帰することのできない事由により委任契約が解除されたというような場合に、別途民法130条の適用があり得ることは格別、約定の報酬額を逸失利益として、これをそのまま平均的損害に含めるような扱いは許されないというべきであると判示した。

⑥東京地裁平成23年11月17日判決・判時2150号49頁

(以下、「⑥判決」という。)

権利能力なき社団である大学のラグビークラブチームが、合宿のために旅館での宿泊を予約していたところ、宿泊予定者の一部が新型インフルエンザに罹患したために、宿泊前日にその予約を取り消して取消料を支払った事案において、当該取消料の返還を請求した事例。東京地裁は、平均的な損害とは、同一事業者が締結する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額であり、具体的には、当該解除の事由、

時期に従い、当該事業者が生ずべき損害の内容、損害回避の可能性等に照らして判断すべきものと解するのが相当であるとする。そして、まず、当該取消しにより旅館が被った損失額を、宿泊料金、グラウンド使用料金についてそれぞれ算定して、計127万3305円とした。次に、その額から、当該取消しによる損害を回避できたか、または支出を免れることができた額を、食材費、水道光熱費等についてそれぞれ算定して、計47万5460円とした。そして、前者から後者を控除した79万7845円を平均的な損害として認めた。

⑦東京地裁平成24年4月23日判決・公刊物未搭載

(以下、「⑦判決」という。)

ドレス等のレンタル店を営む事業者に対し、4か月後に使用するドレス等のレンタルを申し込んで代金を支払った消費者が、申込みの翌日にこれを解約したところ、事業者が解約料条項に基づいて代金の返還を拒んだ事案において、消費者がその返還を請求した事例。東京地裁は、当該事業者が生じる平均的な損害は、当該契約が解除されることによって事業者に一般的、客観的に生ずると認められる損害をいうものと解され、具体的には、契約締結から解除までの期間中に事業者が契約の履行に備えて通常負担する費用、および同期間中に事業者が他の顧客を募集できなかったことによる一般的、客観的な逸失利益がこれに当たるものと解されるとする。そして、当該事案においては、契約締結から解除までの実質1日の期間中に、事業者が契約履行に備えて何らかの費用を通常負担するということはできず、また、そのような実質1日の期間中に、他の顧客を募集できなかったことにより、事業者が一般的、客観的に利益を逸失するというのもできないとして、解除により事業者が生ずる平均的な損害は存在しないと判示した。

⑧大阪高裁平成25年1月25日判決・判時2187号30頁

(以下、「⑧判決」という。)

会員制の冠婚葬祭業者が消費者との間で締結している互助契約における、解約時に払戻金から所定の手数料が差し引かれる旨の解約金条項について、適格消費者団体による使用の差止請求、および、個別の消費者による返還請求がなされた事例。大阪高裁は、当該事業者は互助契約の締結により冠婚葬祭に係る抽象的な役務提供義務を負っているものの、消費者から冠婚葬祭の施行の請求を受けて初めて、当該消費者のために冠婚葬祭の施行に向けた具体的な準備等始めるものであり、その請求がされる前に解約された当該事案においては、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べきであり、具体的には契約の締結および履行のために通常要する平均的な費用の額が平均的な損害となるものと解されるとする。そして、この平均的な費用の額とは、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、性質上個々の契約との間において関連性が認められるものを意味するものと解するのが相当であるとする。そして、当該事案では、月掛金を一回振り替えるたびに事業者が負担する振替費用60円、年二回の会報および年一回の入金状況通知の作成・送付費用14.27円が平均的な損害に含まれると判示した。

2 得べかりし利益の算入の可否の判断基準

上記の裁判例は、それぞれ事案を異にしており、単純に比較検討することはできないが、平均的な損害に得べかりし利益が含まれるか否かの判断基準については、損害の回避可能性が手がかりとされているものが多い。すなわち、契約の代替によって損害の発生を回避できる可能性があるのであれば、平均的な損害から得べかりし利益を控除している。これは、リーディングケースとなった①判決で示された、契約の代替可能性・変更ないし転用可能性、という基準が参考とされたものと思われる。③・⑦判決は、

いずれも契約の履行から相当前の時点で解除された事案であり、履行予定日までの間に他の消費者との契約によって損害を回避できる可能性が十分に見込めたといえる。④判決は、学生が在学契約を解除しても、それが当該大学にとって織り込み済みのものであれば、当該大学に損害が生じたということとはできないとする。そして、織り込み済みであるか否かの基準として、4月1日という時期を定めている。

このようにしてみると、損害の回避可能性は、解除の時期によって判断されているようにもみえる。そうだとすれば、解除の時期が早いほど損害の回避可能性は高まり、得べかりし利益の算入は否定されるはずである。しかし、①判決は、パーティーの開催予定日から相当前の解除であるにもかかわらず、平均的な損害が生じるとしている。

①判決は、平均的な損害の判断に際して、消費者側に有利に働く要素（開催日から2か月前の解約であり、開催予定日に他の客からの予約が入る可能性が高いこと、当該予約の解約により飲食店はパーティーにかかる材料費、人件費等の支出をしなくて済んだことなど）と、事業者側に有利に働く要素（飲食店は当該予約があったため他の80名の予約を断っており、当該予約がなければ営業利益を獲得することができたこと、開催予定日は仏滅であり結婚式2次会などが行われにくい日であることなど）をそれぞれ挙げている。それらが平均的な損害額の算定にどの程度影響を与えたかは明らかでないが、結論として1人当たりの料金の3割を平均的な損害として認めている。解除が開催予定日の2か月前であることからすれば、開催予定日に他の予約が入る可能性がないとは通常考えられない。したがって、損害の回避可能性は、単純に解除の時期が早いか遅いかで判断されているのではないということになる。

①判決で問題となったのは、パーティーを内容とするサービス契約であるが、これは、所定の日時に飲食物を製造し提供するという請負契約の性質と、パーティーの運営補助という労務提供契約（請負契約）の性質と、これに伴う会場の貸与という施設利用契約の性質とを合わせ持つ複合的な契約であるといえる。こうした労務提供を中核とする契約であることから

すると、本来は民法641条の注文者の無理由解除権が認められる契約であると解される^(注16)。民法641条では、注文者は、仕事の完成前であればいつでも、相手方に生じた損害を賠償して契約を解除できるとされている。ここでいう損害賠償は履行利益の賠償であると解されており、注文者は、請負人がすでに支出した費用と、仕事を完成したとすれば取得したであろう得べかりし利益を賠償しなければならない。しかし、企業としての請負人を単位として考えれば、請負人が解除後に第三者と契約を締結して利益を取得した場合には、解除された契約の得べかりし利益と共に、新たな契約による利益を得ることができ、二重の利得を得ることになる。このような二重利得は、損害賠償の範囲から控除されるべきである。また、請負人が通常の営業努力をすれば他の契約を締結することができるのに、営業努力を怠った結果他の契約を獲得できなかったために、二重利得にならないので得べかりし利益を獲得できるという結果になると不当である。したがって、請負人には信義則上の損害拡大防止義務があると考えて、通常の営業努力をすれば他の契約を締結できると認められる場合には、得べかりし利益の算入を否定するべきであるといえる^(注17)。

このような損害拡大防止義務は、消費者契約法の観点からも肯定できる。すなわち、事業者は多数の同種契約を締結する立場にあり、契約が解除された後にも、他の消費者と同種の契約を締結して損害を軽減することも可能である。このような場合に、あえて他の契約を獲得する努力を怠ることによって、平均的な損害に得べかりし利益を算入することができるということになれば不当であるからである^(注18)。

以上からすれば、①判決では平均的な損害が認められなかったのではないかとも思えるが、①判決では、飲食店が当該予約の存在を理由として、他のパーティー予約をすでに断っているという点が、事業者側に有利に働く要素として挙げられている。上記のように、事業者が通常の営業努力をすれば他の契約を締結して損害を回避できると認められるか否かが、得べかりし利益の算入の可否の判断基準となるとしても、他方で、事業者が消費者との間で当該契約を締結していたために、他の消費者と契約して利益

を得る機会をすでに失ったか否かについては、これとは別に判断されるべきである。そして、事業者がすでに他の消費者と契約して利益を得る機会を喪失している場合には、それによる逸失利益が、平均的な損害の算定に際して考慮されるべきである。このような逸失利益が問題となるのは、ある者と契約を締結すると、当該契約と内容的に両立する契約を他の者とは締結しえないような関係に立つ場合、すなわち、契約の目的に代替性がなく、当該目的に対する関係で複数の契約のいずれかについてのみ履行が可能であるという択一的な関係に立つ場合に限られるといえる^(注19)。①判決におけるパーティーを内容とするサービス契約は、同じ場所、同じ日中で複数のパーティーを開催することはできないので、契約の目的に代替性のない類型であったといえる。

以上からすれば、平均的な損害に得べかりし利益の算入を認めるか否かについては、まず事業者の通常の営業努力による損害の回避可能性が問題となり^(注20)、次に、回避可能性があっても、当該契約を締結していたことによる機会喪失の有無が手がかりとなっているといえる。①判決は、損害の回避可能性はあるが機会喪失があった事案、②・③・④・⑦判決は、損害の回避可能性があり機会喪失はなかった事案、⑥判決は、契約全体としては損害の回避可能性がないが、各損害を個別的にみて損害の回避可能性のある額を控除していった事案と整理することができる。

また、⑤判決では、得べかりし利益について、本条の趣旨を理由として平均的な損害への算入が否定されている。そして、⑧判決では、損害賠償の範囲を原状回復に限るとしながら、さらに、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費用に限るとしている。このことから、平均的な損害への得べかりし利益の算入については、上記の、損害の回避可能性、機会喪失の有無とは別に、当該損害を、解除した消費者に負担させることが正当化しうるか否かという、消費者保護の目的の側面からの判断が働いているといえる。

3 D社・K社・S社判決の概観

次に、損害の回避可能性の有無と、機会喪失の有無に着目して、D社・K社・S社判決を概観する。

D社判決は、当該契約について、ある消費者との間で契約を締結した場合であっても、他の消費者に対して同時に行うことが可能であるから、他の消費者との間で本件契約を締結する機会を喪失するということは考えられないとして、算入を否定した。

K社判決は、解約に伴い別の契約を締結する機会が新たに生じたとはいえないから、損害の填補の可能性を考慮することはできないとして、算入を肯定した。

また、S社判決は、当該契約は、数の制限をせずに契約者を募集して、各人が2年間の契約を満了することが前提となっている契約類型であって、中途解約した者の損害を他の者と契約を締結して埋め合わせることはできない種類の契約であるとして、算入を肯定した。

D社判決の判断は、当該契約の特性を踏まえており妥当であると思われる。当該契約は大規模通信サービス契約であり、契約者の数の制限なしに随時締結される契約であるから、ある消費者が解約したために、別の消費者との契約を逸するという事は考えられない。したがって、損害の回避可能性があり、機会喪失はなかった事案であるということができると思われる。

これに対して、K社判決は、解約に伴い別の契約を締結する機会が新たに生じたとはいえないとし、S社判決は、当該契約は数の制限をせずに契約者を募集して、当該契約は各人が2年間の契約を満了することが前提となっており、中途解約した者の損害を他の者と契約を締結して埋め合わせることはできないとする。しかし、当該契約は、数を制限せずに募集した契約者を一つの総体として、全体から利益をあげる契約であるということが出来る。この全体から利益があがらないとすれば、事業者としては、料金設定の見直しなどで対処することとなろう。一人の消費者が解約したとしても、新規の消費者が随時、数の制限なしに契約を締結しているのであ

り、消費者の総体は、個々の消費者が入れ替わりながら存続し続ける。損害の埋め合わせという観点からみれば、当該契約は、中途解約した者の損害を他の者と契約を締結して「埋め合わせすることはできない（損害の回避可能性がない）」類型というよりは、「埋め合わせることが観念できない」類型であるといえるのではないだろうか。そうであるとすれば、これを「埋め合わせすることはできない」類型と同一視して、得べかりし利益の算入を肯定するのは不合理ではないかと思われる（注21）。

五 おわりに

これまでみてきたように、平均的な損害に得べかりし利益を算入することの可否については、損害の回避可能性と、機会喪失の有無が手がかりとなっており、その観点からは、D社・K社・S社判決の事案では、得べかりし利益の算入は否定されるべきであったと思われる。

他方で、解除による損害を、解除した消費者に負担させることが正当化しうるかという観点からは、当該事案では、むしろ解約者自身に負担させるべきであるとする考え方もある（注22）。このような考え方をとれば、解約した消費者に対して得べかりし利益を請求することは不合理ではないということになるが、その場合、事業者としては、K社第一審判決で下された判断のように、より細かい区分で解約金条項を定めておくことが望ましいということになる。

【参考文献】

本文に引用したもののほか、大澤彩『不当条項規制の構造と展開』（有斐閣、2010年10月）、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43巻1号44頁（2003年6月）など。

消費者契約法9条1号における「平均的な損害」と得べかりし利益：山下

- (注1) たとえば、特定商取引法10条、割賦販売法6条、宅地建物取引業法38条、利息制限法4条、労働基準法16条など。
- (注2) 潮見佳男編著『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』77・78頁〔松岡久和〕(経済法令研究会、2001年5月)
- (注3) 消費者庁企画課編『逐条解説消費者契約法〔第2版〕』209頁(商事法務、2010年5月)
- (注4) 損害賠償額の予定または違約金額が、平均的な損害を超えているか否かを立証する責任が、消費者と事業者のいずれにあるかということは、一つの問題である。立法の経緯(朝倉佳秀「消費者契約法9条1号の規定する『平均的な損害』の主張・立証責任に関する一考察」判タ1149号28・29頁(2004年7月)参照。)、また、訴訟上その法律効果が発生することによって利益を受ける側が立証の責任を負うとする要件事実についての法律要件分類説からすれば、消費者にあると考えられる。判例も消費者にあるとする(最高裁第二小法廷平成18年11月27日判決・民集60巻9号3437頁)。しかし、事業者が受ける損害の平均を立証するためには、事業者の内部的事情の情報が必要であるが、これは消費者には容易に把握しがたい。このため、下級審の裁判例には、違約金条項の有効性を主張する事業者が、平均的な損害を超えていないことを立証するべきであるとしたものもある(大阪地裁平成14年7月19日判決・金判1162号32頁、さいたま地裁平成15年3月26日判決・金判1179号58頁)。学説では、消費者保護を目的とする消費者契約法1条の趣旨、また、事業者の平均的な損害を消費者が立証することの困難性から、立証責任は事業者に転換していると解するべきであるとする説や(日本弁護士連合会編『消費者法講義〔第4版〕』102頁〔野々山宏〕(日本評論社、2013年3月))、消費者に立証の責任があるとしても、事実上の推定や文書提出命令などを用いることにより、事実上その負担を軽減するための配慮をするべきであるとする説がある(朝倉・前掲31頁、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタル消費者契約法〔第2版〕』170・171頁(商事法務、2010年3月)、山本豊「消費者契約法9条1号にいう『平均的な損害の額』」判タ1114号76頁(2003年5月)、落合誠一『消費者契約法』140頁(有斐閣、2001年10月))。前掲最判平成18年11月27日も、事実上の推定が働く余地はあるとする。表題に掲げたテーマとの関連から、本稿ではこの問題にはこれ以上立ち入らない。
- (注5) 潮見・前掲(注2)80・81頁〔松岡〕
- (注6) 個別の消費者による不当利得返還請求も併合されているが、本稿では割愛する。
- (注7) この方法で計算すると、K社に生じる平均的な損害は、契約締結日または更新日の属する月に消費者が解約した場合は逸失利益4000円に残存24か月を乗じた96000円、2か月目に解約した場合は残存23か月を乗じた92000円……22か月目に解約した場合は12000円、23か月目に解約した場合は8000円、24か月目に解約した場合は4000円となり、23か月目で解約金条項の9975円を下回る。
- (注8) 当該事案では、逸失利益、契約残期間を計算する上での具体的な数字が公開されていない。

- (注9) 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商123巻4・5号71・72頁 (2001年2月)
- (注10) 池本誠司「パーティー予約の解除と損害賠償特約の効力—消費者取引不当条項検討委員会から④—」国民生活研究43巻2号57頁 (2003年9月)
- (注11) 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」潮見佳男ほか編『特別法と民法法理』140頁以下 (有斐閣、2006年10月)
- (注12) 千葉恵美子「損害賠償額の予定・違約金条項をめぐる特別法上の規制と民法原理」円谷峻・松尾弘編『損害賠償法の軌跡と展望』430頁 (日本評論社、2008年5月)
- (注13) 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101頁以下 (2008年12月)
- (注14) 岡林伸幸・判例評論656号21・22頁 (2013年10月)、谷本圭子・現代消費者法19号78・79頁 (2013年6月)、大澤彩「消費者契約法における不当条項リストの現状と課題」NBL958号45頁 (2011年8月)、丸山絵美子「損害賠償額の予定・違約金条項および契約解消時の清算に関する条項」消費者契約における不当条項研究会『消費者契約における不当条項の横断的分析』143頁以下 (商事法務、2009年10月) 143・144頁参照。
- (注15) 最高裁第二小法廷平成18年11月27日判決・民集60巻9号3597頁も同旨。同様に、在学契約の解除によって生じる損害が、当該学校にとって織り込み済みであるといえるか否かを、解除の時期によって区分したものと、最高裁第二小法廷平成18年12月22日判決・判タ1232号84頁は、いわゆる鍼灸学校の納付済授業料等の不返還特約について、鍼灸学校の入学試験に関する実情が大学のそれと格段に異なるというべき事情までは見だし難いとして、④判決で示された基準を用いて判断を下している。そして、名古屋地裁平成24年12月21日判決・判時2177号92頁は、専門学校について、AO入試、推薦入試、専願での一般・社会人入試および編入学によって入学許可された場合、在学契約が解除される時期にかかわらず納入後の学費を一切返還しないとする不返還条項の有効性が争われた消費者団体訴訟である。これについて名古屋地裁は、大学の場合と別異に解する理由はないとして、それぞれの入試について、解除者の代わりに入学者を通常容易に確保することができるものと認められる時期まで (AO入試、推薦入試および専願での一般・社会人入試については2次募集の最終試験日まで、編入学入試については入学年度の2月1日まで) に解除された場合には、当該専門学校に平均的な損害は生じないと判示した。
- (注16) 池本・前掲 (注10) 54頁
- (注17) 池本・前掲 (注10) 55頁
- (注18) 山口・前掲 (注13) 103頁は、契約を解除された事業者が、損害を抑制・軽減する行動をとるであろうという行為規範の存在を前提として初めて、平均的な損害の額が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になるとする。
- (注19) 森田・前掲 (注11) 133・134頁

消費者契約法9条1号における「平均的な損害」と得べかりし利益：山下

(注20) ただし、②判決は売買契約の事案であり、得べかりし利益の算入を否定したのは、民法理論との関係では正当化することが困難であるとの指摘がなされている（山本・前掲（注4）77・78頁）。

(注21) 小田典靖「消費者契約法」消費者法ニュース96号41頁（2013年7月）は、契約数が一定存在しており、統計的に代替利益の可能性を算出できない場合には、一切代替利益を平均的損害から控除することはできなくなってしまうのではないかという問題を指摘している。

(注22) 丸山・前掲（注14）152・153頁は、携帯電話サービスなどの契約においては、一人の顧客にサービスを開設するための諸経費が初期にかかり、これを最低期間の拘束によって回収するという形で価格が設定されている場合には、業者の乗換えをしばしば行う消費者にかかる諸経費を、一つの業者との契約を長年継続している消費者の料金から回収するのは不当であるから、むしろ解約者自身に負担させるべきであるという考え方もあり得るとしている。また、井上健一・ジュリ1467号92・93頁（2014年5月）は、事業者が生じうる「損害」と解約金9975円との乖離が大きくなることにより、長期間契約をしているロイヤルティの高い契約者が、ロイヤルティの低い解約者の事業者に対するコストを負担することこそが問題であるとし、平等を図るためには、解約金はある程度変動すべきであり、契約ないし更新からまもない時点での解約であれば高く、更新時期までの期間に応じて遞減すべきであるとす