

【論文】

違約金条項と公序良俗・消費者契約法 10 条に関する 若干の考察

**－教材の譲渡禁止特約違反の場合の違約金条項の効力に関する
事件（東京高裁令和4年11月10日判決）を題材として－**

**Some Considerations on Penalty Clauses and Public Order and
Morality and Article 10 of the Consumer Contract Law**

石 井 美 緒
ISHII Mio

<目次>

1. はじめに
2. 違約金条項に関する裁判例と学説
3. 教材の譲渡が問題となった裁判例と検討
4. おわりに

(要旨)

民法420条1項は債務不履行に関する損害賠償額の予定を定めることを認めているが、債務不履行の場合の違約金条項が公序良俗、違約金条項の違反や消費者契約法10条違反に該当する場合には、無効となる。これに関する裁判例では、違約金条項の効力の明確な判断基準が示されていないが、債権者の侵害される利益、履行確保の目的や債務者の行為態様等が勘案されているものが多い。本稿では、これらの裁判例（特に東京地判令和4・2・28及び東京高判令和4・11・10）を分析・検討し、損害額や履行確保の目的及び手段の具体的内容や包括条項の問題等の観点から、無効の判断基準を検討する。

1. はじめに

近年、電子商取引（EC）の市場規模が拡大の一途を辿っている。国内EC市場規模についてみると、個人間EC（CtoC-EC）も急速に拡大しており、令和5年のCtoC-ECの市場規模は2兆4817億円（前年比5.0%増）と推計されている¹。

このように拡大傾向にある中で、様々な物品やチケット等の転売も頻回に行われている。転売対象としては、法的に規制されているチケット（特定興行入場券の不正転売の禁止等による興行入場券の適正な流通の確保に関する法律）、緊急措置としての生活関連物資（国民生活安定緊急措置法）や他人物等（他人物売買は、契約自体は認められているが（民法561条）、他人物のまま引き渡すと、所有権侵害及び窃盗・横領等の刑法犯に該当する）もあれば、法的規制の対象外の商品もある（例えば、キャラクターカード・ゲーム機器・スニーカー等）。

事業者は、転売に伴う様々な弊害を可及的に防止するために、本人確認の厳格化、購入

数制限、抽選制の採用及び売買時に転売禁止条件を付す等の措置を講じている。これら事業者の措置の目的の多くは、高額での転売を防止することにより、当該商品・サービスを自己使用目的で欲する消費者等に対し、直接かつ広く当該商品・サービスを提供できるようにすることにある。しかし、事業者が、それ以外の目的で転売を規制する場合もある。例えば、ある予備校が受講生に教材を交付する際に、規約等で譲渡禁止及び違約金条項を付したにも拘わらず、受講生が当該条項に違反して第三者に当該教材をインターネットで譲渡した場合、条項に定められたとおりの違約金を支払う義務があるのだろうか。近時、これに関する事件があり、1審（東京地判令和4・2・28）と控訴審（東京高判令和4・11・10）は、いずれも事業者の請求を一部認容したが、両判決の認容額には20倍の差が生じている。これらの裁判例は、本件教材の交付の法的性質（貸与か譲渡か）、著作権法（譲渡権の消尽規定との関係）、民法（譲渡禁止及び違約金条項が公序良俗違反により無効となるか）及び消費者契約法（不当条項に該当し無効となるか）に関する多くの論点を孕んでいる。

本稿では、違約金条項に関する民法及び消費者契約法の論点について、民法の公序良俗違反と消費者契約法の不当条項規制（事業者と消費者の情報の量・質及び交渉力の差を勘案）の関係にも着目しつつ、学説・裁判例の分析・検討を行った上で、教材のインターネットでの出品に関する上記裁判例の検討を行う。

2. 違約金条項に関する裁判例と学説

契約違反の場合の違約金条項については、当該条項が損害賠償額の予定を定めたものか、違約罰なのか、違約金条項は、いかなる場合に民法90条（公序良俗違反）により無効となるのか、消費者契約については、いかなる場合に消費者契約法10条（不当条項）に該当するのかが問題となる。そこで、以下、これらに関する学説及び裁判例について整理した上で、検討する。

2-1. 民法 420 条の損害賠償額の予定・違約罰に関する学説及び裁判例

(1) 学説

民法420条は、債務不履行について損害賠償の額を予定することを認めており（1項）、違約金を賠償額の予定と推定している（3項）。

賠償額の予定については、裁判例では、後記のとおり、その額が現に生じた損害の額及び当事者が賠償額の予定をした目的に照らして過大だと評価されるときには、公序良俗違反により（一部）無効とされており、学説も同様に解釈している²。

これに対して、違約罰は債務不履行に対する制裁金として履行を確保するためのものであり、損害賠償の予定とは性質上異なるものであると解されている³。違約金の性質が違約罰であると認められた場合、これとは別に損害賠償請求をすることが理論上は可能である^{4・5}。違約罰は債務者を不当に圧迫する恐れがあるので、明白な合意がない限り、違約罰と認められず、前記のとおり、違約金は賠償額の予定と推定される（民法420条3項）。債権者は、反証を挙げてこの推定を覆しうるが⁶、実際には違約金と称していても損害賠償の目的であることも多い⁷。

また、違約罰の定めと解する場合でも、その金額の有効性については厳格に解する見解がある⁸。これに対して、違約罰が損害賠償とは別に上乗せしてよいというのであれば、現

実の損害額を基準として減額する必要はなく、妥当性の判断にあたっては債務の履行の確保という点が最も重要であり、損害賠償額の予定において考慮していた発生した損害との均衡といった要素を重視すべきでないという見解がある⁹。

他方、損害賠償額の予定についても、実際に損じた損害を念頭に置いたものであるべきであるが、「違約金が賠償額の予定と推定されることもあって、両者を厳格には区別しないことを考えると、賠償額の予定という形をとって債務の履行確保を図ることがあるのはある程度認めざるをえない」とした上で、「このような履行確保目的が考慮されるか否かは、債務の種類、目的とする不履行の態様などにより区別して考えるべきであり」、それ次第では、「過大性」の判断において履行確保の目的が加味されてなされる場合もあるという見解がある¹⁰。

(2) 裁判例

以下の裁判例では、違約罰でも損害賠償額の予定でも、公序良俗違反に該当し、概ね、各契約の目的物の対価額のごく一部に限り有効とされており、両者による明確な相違は見出し難い。また、その際の主な勘案事情としては、実損害の発生（の可能性）や債務者側の行為等の不当性が挙げられているが、この点も違約罰か損害賠償額の発生かで、明確に異なるとも、当該勘案事情により有効とされた違約金額に大きな差が生じるとも断じ難い¹¹。

例えば、大津地判昭和48・11・8判時741号101頁【地積訂正】と東京地判平成25・5・29平成23年（ワ）41371号【不動産転売】は、違約金条項を違約罰と解しており、その理由として損害の発生が（殆ど）予想されていないことを挙げている。

このうち【地積訂正】では、売主の地積訂正の遅滞に対する違約金条項について、「明らかに権衡を失する過大な賠償額を予定しているものであるから、あくまでこれを賠償額の予定とみるときは無効とせざるを得ない」と述べており、違約罰と解することにより、かろうじて違約金を認めていると解される¹²。その上で、同判決は、買主（個人）の地積訂正に関する履行強制の念の強さと売主（不動産業者）の落ち度（地積訂正の予定に関する見込み違い）は認めながらも、「いわゆる違約罰は一種の私的制裁にあたるものであるから、その適用上私的自治の原則が大巾に修正されることは免れない」こと、地積訂正が1ヶ月程度遅れることがあっても損害発生は殆ど予想されなかった（土地の引渡しは行われている）ことから、売買代金の3割の違約金条項について一部無効（同代金の5%の範囲で有効）とした。

また、【不動産転売】は、買主が5年間の転売禁止義務に違反したことについて、売買代金と同額の支払義務が約定されていたという事案である。裁判所は、転売禁止目的（売主（水産加工品事業等）の関連会社が、当該不動産上でスーパーマーケット営業の継続を希望しており、同社の地域住民及び取引先に対する信用を維持すること）に照らして著しく均衡を欠くこと、売主自身には損害がなく、かつ当該関連会社の信用が転売により現に毀損されたという証拠もないこと、買主は不動産業者（専門家）であり転売禁止及び違約金発生について説明を受け十分に理解していること（買主の窮迫、軽率又は無経験を利用して当該条件に合意させたとはいえないこと）、上記目的が不当でないこと、当該売買条件を売主が重視していたこと、違約金条項は双方に課されていること及び当該禁止条項の遵守可能性から、一部有効としている。ただし、約定の違約金額が売買代金5億円相当額であった

のに対し、裁判所の認定額はその1% (500万円) に留まっている (なお、転売禁止期間は5年間であったにも拘わらず、買主は代金支払いの僅か3か月後に転売しているが、当該行為の不当性については判旨で言及されていない)。

このように、違約罰と解した場合、損害発生 (の可能性)、当事者の属性 (違約条項に関する理解度等)、片務的か否か、債権者の履行強制の念の強さ (合意に至る経緯)、債務者の落ち度 (行為態様) 等が勘案事情として挙げられてはいるものの、結論としては、そのうちの損害発生の可能性が低いことが重視されて、有効とされる範囲は極めて限定されていると解されよう。

一方、大阪地判平成2・10・26判時1394号94頁【建物越境】は、違約金条項を賠償額の予定と解している。事案は、売主 (会社経営者) 及び買主 (不動産業者) が不動産売買契約を締結する際に、売主が、隣地地主の建物越境について同人の承諾書入手する等の条件が付されていたにも拘わらず、その義務を履行しなかった (さらに、契約締結後の実測により他の隣地地主の越境も判明した) ため、買主が売主に対し、違約金 (売買代金の20%相当額 (手付金と同額)) を請求したというものである。裁判所は、売買契約の目的 (買主の転売目的)、経緯 (買主における境界等土地の状況の事前確認の不十分性。不動産業者として通常有すべき慎重さの著しい欠如)、その後の履行の状況 (履行に向けての売主の努力)、売主の債務不履行の程度 (隣地地主の越境部分は、3.8㎡であり本件土地の全体面積の1.8%であること)、売買契約を巡る当事者の利害関係等 (土地価格が値下がり気味になると、買主は、履行期前にもかかわらず解除を前提とした言動を取ったり、金利分と利益分 (手付金の約20%) の支払を条件に、契約の白紙撤回を提示したりしていたこと) 等に照らして、本件違約条項に基づく違約金としては、約定の違約金のうち3割に相当する6810万円 (売買代金の6%) の範囲で認められると解した。判決文全体から筆者が推測する限りではあるものの、高額の逸失利益 (転売利益等) が認められない可能性が高かったことが、結論に少なからず影響していると考えられよう (ただし、認定額については、履行期前の買主の提示額 (売買代金の約4%) より高く認定されており、仮に、当該提示額という買主の従前の請求額を一つの根拠としているのであれば、私見としては疑問がある)。

東京地判平成13・2・27判タ1123号161頁【不動産引渡遅滞1審】は、以下の事案において、違約金条項の性質については言及しないまま、売買代金の2割については有効としており、その点では他の裁判例より高額の違約金を認めているといえよう。事案の概要は以下のとおりである。売主と買主 (ともに不動産業者) との間で、不動産売買契約を締結する際に、第三者Aが当該不動産を占有していたため、売主は、残代金支払・引渡日までにAから明渡しを受けて買主に引き渡すことになっていた。その後、買主は、売主から、引渡し期限の延期と資金繰りを理由に残代金支払日を当初の予定より早めることの懇願を受けた。そこで、売主に対し、①当初の引渡し日までに引渡不能の場合は1日5万円の使用損害金を支払い、②上記延期申入れに係る期限までに引渡不能の場合には500万円の遅延損害金を支払うとともに、その後も15日ごとに500万円ずつ遅延損害金を支払うとの違約金の定めと、代金の200万円の減額及び1000万円の支払留保を含む合意書を提示し、それを条件に残代金を上記のとおり早期に支払う旨提案し、売主はその提案を了承した。しかし、売主は引渡日までにAより明渡しを受けられず、買主は、自身とAとの間の仮処分事件の和解により、当初の引渡し日の約9か月後に引渡しを受けた。そこで、買主は売主に約定の違約金のうち未払い分の支払を請求した。裁判所は、合意の際の買主の切迫状況、売買代金の減額、違約金

の二重発生（月額1150万円）及び買主の請求額は売買代金（約1億1000万円）にほぼ匹敵することから、違約金の合意の一部（売買代金の20%を超える額）が暴利行為であって民法90条により無効であるとした。裁判所はこのように、売主側の不当性よりも、合意に至るまでの買主側の対応及び違約金額の高額性に着目して一部無効とはしているものの、他の裁判例に比して有効とした範囲は広い。もっとも、当該認定にあたって、Aへの和解金の支払い以外、買主の実損害については言及していない。なお、東京高判平成13・7・30【同控訴審】は、公刊物未搭載のため詳細は明らかでないが、合意に至った主な意図が暴利を図ったものとはいえないこと及び売主が偽造の明渡合意書を作成するなどの双方の事情に加え、買主の実損害が考慮されて、買主の請求が全部認められたようである^{13, 14}。

また、東京地判令和3・10・28令和2年（ワ）27259号【不貞行為①】は、不貞行為禁止に関する違約金条項を損害賠償額の予定と解した上で、当該条項に定められた違約金全額を損害金として認めている。事案は以下のとおりである。Xと、その婚約者Cと不貞行為を続けていたYは、損害賠償に関する合意を締結した。また、同合意にあたり、今後、Yが、「Cとメール、電話等の私的接触の事実の発覚後、直ちに1回につき10万円をXに支払う。ただし、CがYに電話、メール等をした場合、YはXに速やかに報告をすれば違約金は課さない。」「再度、不貞行為をもった場合は、Yは、Xに1回につき100万円を支払う」旨の違約金条項も定めた。Yはこれに違反してCと合計6回性交渉（「本件違反行為」）をしたとして、XがYに600万円の損害金を請求した。裁判所は、本件違反行為は、本件合意書作成日から同行為が発覚した日まで、「半年以上に渡って繰り返されたものであること、本件違反行為の結果、Cは父親がYである可能性の高い子を妊娠するに至り、Cの内心においてXとの婚約関係の解消も検討していたこと、XとCは最終的には結婚するに至っているが、Cは本件妊娠に係る子を堕胎しており、本件違反行為がXとCの婚約関係に与えた影響は大きいものであったといえることを踏まえると、本件違反行為による不貞行為の回数が6回であり、損害賠償額が600万円になるとしても、本件条項の趣旨目的に照らし一見して著しく過大であると評価することはできず、公序良俗に反して無効であるということとはできない」とした。本件判決は、Yの行為態様やXの無形の損害の甚大さを勘案しているといえよう。

一方、東京地判平成30・12・20平成30年（ワ）3561号【不貞行為②】は、以下の事案において、上記各裁判例とは異なる事情を勘案している。Xは、その夫Aと不貞行為を行ったYとの間で示談しているが、YはXに慰謝料として200万円を支払うことの他に、当該念書の内容に虚偽があった場合には、慰謝料は倍額400万円にして支払う旨の文言（「本件条項」）が記載されているところ、その後、YはAと再び不貞行為を行った。裁判所は、本件条項を損害賠償額の予定と解した上で、以下の理由により全部無効とした。すなわち、同条項の趣旨目的（不貞行為の抑止が主眼）の合理性は認めつつ、その手段については、「YがAと再度の不貞行為に及んだ場合に限るなど、その文言上では行為態様を何ら限定していないことは明らかであり、一般的抽象的に『内容に虚偽があった場合』とするものである。この文言からは、上記趣旨目的を超えて、本件念書記載内容と異なる事態が生じた場合の一切を対象とするものと解さざるを得ず、対象行為が過度に広範囲であるといわざるを得ない（例えば、本件念書の記載内容に単純な誤記があった場合や、不貞行為に直結する内容でなくともYがAと連絡を1回でも取り合っただけでも本件条項の対象になると解さざるを得ない。仮にXがこのような場合を含める意図がなかったとしても、少なくとも本件条項の文言上はその意図どおりになっていない。）。上記趣旨目的をふまえても、対象行為の内

容等を全く考慮せずに一律に違約罰を200万円とする論拠を導くことは困難であり、対象行為の内容等と責任内容が均衡しないことは明らかである」とした。裁判所は、その他、当該念書の作成経緯（慰謝料の分割払い遅延に対する加算払いの条項の金額の不合理性等を含む）に鑑みても、「本件条項の記載にあたってYがその法的意味や趣旨を真に理解していたものとは認めがたい」として、公序良俗違反により全部無効とした。裁判所はこのように、条項の包括性や同条項に関するYの理解度を理由に全部無効としており、実際にYは再度の不貞行為を行っているもののXの請求を認めておらず、既述の裁判例とは傾向が異なると思われる（なお、同じ不貞行為でも違約金条項を全部有効とした【不貞行為①】は、包括条項ではなく、YとCとの接触禁止事項のうち電話等と不貞行為との違約金額を分けていたり、電話等の場合についても免責事項を設けていたりしており、これらの事情も勘案されていると思われる）。当該事案は、個人間であり事業者と消費者との間の合意ではないため、消費者契約法が適用されない事案であるが、後述の消費者契約法10条の解釈（判断要素）にあたって示唆に富む判決と思われる。

2-2 違約罰・損害賠償額の予定の消費者契約法10条の適用に関する学説及び判例・

裁判例

(1) 学説

消費者契約法10条は、「消費者の不作為をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって（「前段要件」）、民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは（「後段要件」）、無効とする」と定めているところ、後段要件のうち「民法第1条第2項に規定する基本原則」（信義則）をどのように解釈するかが問題となる。

この点、内閣府国民生活局消費者企画課は、「現在、民法第1条第2項に反しないものは本条によっても無効にならない」¹⁵としたが、学説上の多数説は、同条における信義則は、民法上の信義則とは異なる性格を持つと解している¹⁶。すなわち、消費者契約法における信義則の要請とは、「立法趣旨からして消費者と事業者の情報格差・交渉力格差を是正する原理としての均衡性原理に基づくものと解すべきであ」り、後段要件においては、「契約条項が『一方的に』、いいかえれば『正当な理由がなく』消費者の利益を害することが要件とされ、この正当の理由の有無が信義則の要請に基づく均衡性による判断によって決まる」と解されている¹⁷。

また、後段要件を判断するにあたり、違約金合意に至る当事者間の具体的事情を考慮する見解（「落合説」）があり、特に留意する事情として以下のものを挙げる¹⁸。

(i) 当事者の情報力・交渉力の格差の程度・状況

(ii) 消費者が、当該条項に合意するよう勧誘されたか。

勧誘状況によっては、消費者に当該条項の存在・内容を十分理解させず、消費者の正当な利益を害する場合がある。

(iii) 当該物品・権利・役務が、当該消費者の方から特別に求めたものか。

(iv) 当該条項が、消費者にとって明確で理解しやすいものであるか。

すなわち、「消費者にとって不明確で理解しにくい契約条項は、当事者間の法律関係を規律すべき契約条項の本来の機能にも合致せず、事業者が消費者の正当な利益を

考慮して契約条項を作成する尽力を尽くしていないものと一般に判断される。かかる場合は本法3条1項の事業者の努力義務違反であるのみならず、本条の信義則の要請に反することになる。この関係で必要以上に包括的な条項は、明確で理解し易い契約条項とは言えず、」本条の信義則に反する。

(v)消費者に当該条項の基本的内容を知る機会が与えられていたかどうか。

このように「消費者側に情報・交渉力がなく、当該条項の合理性の有無について自覚的な判断ができないときに、それを利用して、事業者が不当な利益を上げているか、を重視することは、」消費者法の目的(1条)に合致するものである¹⁹。そして、この判断において「重要なのは、当該消費者の知識・関心等の程度であり、落合説は、「問題となっている事件における当該当事者の具体的な事情を考慮するものである」と解されている²⁰。

また、損害賠償額の予定と違約罰については、以下の見解がある(「丸山説」)²¹。「代金支払い債務以外の義務違反に対して置かれる損害賠償額の予定条項は、現行法では消費者契約法10条により規制されるが、…少なくとも、実損害以上の利益を事業者に保持させる必要はない」。違約罰については、「解除に伴い事業者が生じ得る平均的な損害がほとんどない契約類型であるにもかかわらず解除に伴い消費者に本来の対価と同額の負担を課す条項、あるいは生じる損害の2倍、3倍といった額の負担を負わせる条項は、違約罰的性格を有するといえる。債務不履行や解除権行使に対する制裁的なニュアンスが強く、目的に対する手段として相当といえないような場合には、かかる違約金条項は消費者契約法10条によって全部無効とされる可能性がある。その一方で、本来の損害額に比して高額な違約罰の定めであっても、対象とされる行為の違法性と目的の合理性、期待される効果と他の適切な手段の欠如などに鑑みて、過大な違約罰ではないと評価される場合もあるのではないか」。

(2) 裁判例

建物賃貸借契約の更新の際に賃借人が賃貸人に賃料2か月分の更新料を支払う旨の条項が、消費者契約法10条により無効になるか否かが争われていた事案において、最判平成23・7・15民集65巻5号2269頁【更新料最判】は、後段要件について「消費者契約法の趣旨、目的(同法1条参照)に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考量して判断されるべき」であると判断している。同判決は、「消費者側に情報・交渉力がなく、当該条項の合理性の有無について自覚的な判断ができないときに、それを利用して、事業者が不当な利益を上げているか、を重視」しており、同法1条の規定に合致するものであり²²、妥当であろう。

それでは、違約金条項について消費者契約法10条の適用が問題となった事案の判決は、情報の量・質及び交渉力の差を勘案する等により、民法420条と公序良俗違反が問題となった裁判例とは異なる判断を示しているのであろうか。以下、違約金条項が消費者契約法10条に違反するか否かが争われた事案について概説・検討する。

① 消費者契約法10条の適用を否定した裁判例

(i) 岡山地判平成25・8・27平成24年(レ)221号【コインパーキング】

Yが、Xの経営するフラップ板の設置されたコインパーキングの無人駐車場(本件駐車場)

に車両を駐車させたにも拘わらず、駐車料金を支払わないまま出庫させたとして、Xが、Yに対し、駐車場利用契約の違約金条項に基づき、5万円の支払い等を請求した。本件駐車場の入口付近に設置されていた看板には「不正利用の場合は、罰金として5万円頂きます」との記載があった。Yは、Xとの間で駐車場の利用契約を締結し、本件駐車場の駐車枠に入庫させて駐車を開始し、約4時間後に本件車両を出庫させた。同駐車に係る駐車料金は1000円であった。

裁判所は、以下のとおり述べて当該違約金条項を有効とした。本件「違約金の定めは、駐車料金相当額に加え、利用者が利用料金を支払わないまま出庫したなど不正利用がなされた場合に、当該利用者を特定して料金等を請求するために現実の駐車料金の多寡にかかわらず、Xが要する支出を損害として予想して損害賠償額の予定（民法420条3項、1項）を定めたものであると認められる。そうすると、上記違約金の定めが、任意規定の適用による場合に比し、消費者であるYの義務を加重するものに当たるとはいえないから、消費者契約法10条により無効であるとはいえない。」また、上記「事情に加え、定められた違約金が5万円であることに鑑みれば、本件契約における違約金の定めが民法90条に反するものであるとはいえない。」

（ii）東京地判令和2・1・23平成30年（ワ）19064号【お見合いパーティ①】

Yは、X（お見合いパーティイベント業）の提供するイベントに参加する際に、独身者という参加条件に違反して同イベントに参加した場合には、違約金としてXに対して30万円を支払うという参加確認書に署名した。なお、同確認事項1には、本イベントが独身限定であること、同2には、イベントに既婚者が参加してはならないことを理解しているか、同3は既婚者が参加した場合に違約金30万円が生じることを承諾するかという、3つの二者択一の質問事項が設けられていた。Yは、合計14回にわたり当該イベントに参加したが、実際には既婚者であったとして、XがYに対し、違約金合計420万円等の支払いを求めた。

裁判所は、参加確認書の作成及び同書の確認質問事項の体裁等から、参加条件に違反した場合には上記違約金を支払う旨の合意が成立したと認めた²³。

その上で、各イベントの参加費の額（せいぜい1回当たり2000円から6000円程度）やXに実質的な損害が生じていないことから、違約金条項の金額は、明らかに高額に過ぎ、公序良俗・消費者契約法10条違反であるというYの主張を以下の理由により退けた。まず、本件違約金は賠償額の予定と推定した上で、以下のとおり述べた。「Yに債務不履行があるときには、損害の有無や多少を問わず、Xが違約金の支払を求めることのできる性質のものである」、「また、参加確認書のうち各質問事項の部分で用いられている文字は、他の部分の文字より相対的に大きく、黒地に白抜きで記載され、かつ、参加者が回答欄に自署して選択肢を選択するような体裁になっているから、参加確認書のうち各質問事項に係る参加条件や違約金に関する部分については参加者に注意喚起する工夫が施されているということができるほか、少なくともイベント会場にも参加確認書と同様の内容が記載された下敷きのようなものがあったことはYも本人尋問において認めるところであり…、参加確認書以外にも参加者の参加条件や違約金について告知する配慮が施されていたということができる。」

② 消費者契約法10条の適用を否定しつつ過失相殺を認めた裁判例

東京地判令和元・8・26平成30年（ワ）25535号【錠前交換】の事案は、以下のとおりで

ある。建物の賃貸人X（ビル管理組合）が、賃借人Y1（個人）及び保証人Y2に対し、Y1が賃貸借契約を解約して建物を退去するに際し、Xに無断で建物の錠前を交換する等の債務不履行があった等と主張して、約定の違約金（賃料相当額の倍額である10万6000円）等の支払い等を請求した。

裁判所は違約金の法的性質について、民法420条3項の推定規定を適用した上で、以下のよう述べた。「賃料等相当額の倍額である10万6000円という違約金の額については、本件建物の古い錠前よりも高価とされる新しい錠前の交換費用が3万7800円にとどまることを踏まえると、やや高額な嫌いがあることは否めないが、錠前の無断交換に伴いXによる本件建物の管理に支障を来すことと相当因果関係のある損害は、鍵及び錠の交換費用にとどまらない可能性もあることを踏まえると、あらかじめ約定される違約金の定めとしては、これが直ちに公序良俗に反するとか、消費者契約法10条に違反するとまで認めることはできない」。もっとも、Y1が錠前を交換するに至った「経緯に照らせば、X代表者において十分な指示を伝えなかったことには過失があったといわざるを得」えないとして、その割合を5割と評価して、違約金として5万3000円の支払義務を認めた。

③ 消費者契約法10条の適用を認めた裁判例

東京地判令和元・9・3平成31年（レ）103号等【駐車券紛失控訴審】の事案は以下のとおりである。Xは、Yの運営する駐車場を利用した際に駐車券を紛失したため、駐車場の利用約款の規定が定める駐車券紛失時の料金として3万円をYに支払ったが、消費者契約法10条違反等を理由として、不当利得に基づき3万円の利得金等の支払等を求めた。1審（立川簡易裁判所平成30年（ハ）595号）はXの請求を認めたため、Yが控訴した。なお、本件駐車場の利用料金は、15分につき300円、ただし、平日については入庫後12時間の上限を1800円としていた。

控訴審は、【更新料最判】を引用した上で以下のとおり述べた。「本件条項は、時間当たりの利用料金を超える支払義務を利用者に負わせるという意味において、任意規定の適用による場合に比し、消費者であるXの義務を加重するものに当たるといふべきである。」、 「本件条項が信義則に反する程度に一方的に消費者の利益を侵害するかを検討するに、本件条項は、Yが一方的に定めたものであり、本件駐車場の利用者には、本件条項を定めるか否かといった点や、駐車場紛失時の料金額の点について交渉する余地はなかったものと認められ…、Yと本件駐車場の利用者の間には、本件条項に関し、情報及び交渉力の格差があったことは明らかである。」、 「そのような情報及び交渉力の格差がある状況で定められている本件条項は、利用者が駐車券を紛失した場合において、一律に一日当たり3万円の料金を負わせるものであり、実際の利用時間が判明したか否かに関わらず料金を定めるその内容をみれば、上記情報及び交渉力の格差が信義則に反する程度に一方的に消費者の利益を侵害しているとみる余地があるといふべきである。」。その上で、本件の具体的な事情として「Xが本件駐車場の利用時間を過少に申告する等して、本来の利用料金の支払を免れようとしていたとかがわせる事情は見当たらない」し、「Xの本件駐車場の利用時間は1時間38分…であり、同時間に相当する本来の利用料と比較すると10倍をも超える金額の支払義務が生じる結果となっている」ことを認定した。そして、これら及び「消費者契約法の目的（1条）を総合的に考慮すれば、本件条項は、少なくとも、Xとの関係においては、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものに当たるといふべきである」とした。ま

た、Yが主張するとおり、本件条項を定めた趣旨、すなわち駐車場利用時間の過少申告による不正利用の防止については、合理性は首肯できる部分もないではないとしつつ、駐車場事業者団体のガイドラインのNG事例（駐車場紛失について「虚偽の申告があることが明確であるなどの問題」がないにもかかわらず、「返金手続きに応じない」）を挙げた上で、「出庫時点において、入庫時間が判然としないために、一定の金額の支払を求めるものの、その後実際の利用時間に照らして差額を返金するといった条項は考えられ得る」のであるから、「実際の利用時間のいかにかわらず本件条項が常に有効であるということとはできない」として、実際の利用時間に相当する料金（1800円）との相殺後の2万8200円の返還請求を認めた。

2.3 学説及び裁判例の検討

(1) 学説の検討

前記のとおり、裁判例では、損害賠償額の予定と違約金とは別個のものと解されている。しかし、損害賠償額の予定は、契約時に契約違反等に対するエンフォースメントを具体的に定めるという点で一定の抑止力もあり、履行確保の目的が含まれていると考えられる²⁴ ²⁵。また、違約金についても、履行確保の究極目的は損害の防止のためであり、その目的の合理性や手段の妥当性を判断する際には、想定しうる損害額（営業上の利益等金銭賠償の対象ともなりうる場合）も基礎に判断することになる。したがって、違約金条項は、両者の性格を兼ね備えることも少なくないであろう。このことは、実際の裁判例にも合致している。すなわち、仮にこれらを厳然と区別して違約金条項の不当性を判断する場合、理論上は、損害賠償額では、行為態様の違法性を勘案することは難しいであろうし、違約金については、行為態様は勘案されるのに対し、害される金銭的利益は重視されないことになろう。しかし、民法90条に関する前記裁判例では、損害賠償の予定であれ違約金であれ、発生する損害（の有無）や行為態様が勘案されている。

そして、違約金条項の消費者契約法10条の適用にあたっては、同法1条（事業者と消費者の情報の量及び質並びに交渉力の格差に着目）及び10条の趣旨から、落合説、すなわち、当事者の情報力・交渉力の格差・状況、当該条項が、消費者にとって明確で理解し易いものであるかどうか（包括的な条項は、明確で理解し易い契約条項とはいえない）、消費者に当該条項の基本的内容を知る機会が与えられていたか否か等を判断要素とする見解に賛同する。その上で、違反行為態様が複数あり、損害額にも典型的に差が生じうるにも拘わらず、違約金条項が包括的に定められた場合、行為態様によっては消費者に過大な負担を生じさせるものであり、また、どの違反行為によりどのような損害が項目として考えられるか等について、消費者にとって明確で理解し易い契約条項とはいえないので、無効と解すべきである。さらには、損害項目について、消費者が一般的に把握することが困難な場合には、事業者においてその根拠説明が必要であると解される。そうでなければ、消費者は、違約金条項について真に認識して合意を締結することは困難である。このことは、消費者契約法1条の趣旨や令和4年改正による9条2項の創設の趣旨にも合致するといえよう。同項は、事業者が違約金等を定めた契約条項に基づき違約金等を請求する場合において、消費者からの求めに応じて、事業者は違約金等の算定の根拠の概要について説明する努力義務を課している。すなわち、「消費者からすれば、請求されている『損害賠償又は違約金』の具体的な金額と『平均的な損害の額』との関係性が説明されなければ、請求されている

金額が妥当なのか判断できない。したがって、事業者は、請求する損害賠償又は違約金が平均的な損害の額を超えているか否かについて、消費者が理解し得るように説明するよう努めなければならない」²⁶。同規定は、1条の目的から創設された規定であり、当該趣旨は債務不履行の場合の違約金条項（同法10条）にも妥当すると解される。確かに当該説明義務は努力義務であり、かつ、消費者からの請求に基づくものであるが、同法10条が争点となった際に、事業者が当該条項の合理的な根拠を一定程度示すことができるか否かも、違約金条項の不当性の判断要素の1つとなりえよう（事業者が訴訟時に合理的説明をすることができない損害は、消費者が契約時に理解できたとは推認し難い）。

また、金額の妥当性については、消費者契約法9条1項（解除を伴う損害賠償額の予定や違約罰に関する規定）を参考にするのが適切であると考ええる。すなわち、民法420条は、損害の発生や損害の額について煩雑な証明を回避し、余計な紛争を避けることを趣旨として、消費者契約法9条がこれに修正を加えた根拠は、「消費者にとって自己の債務不履行により事業者にとれほどの具体的損害が生じたのか（＝どの部分が債務不履行を契機とした事業者の利得にあたるか）を立証することが困難な点を考慮に入れたものである」²⁷。このような、本来認められる損害額に近いものであることの要請は、解除を伴わない場合にも妥当すると考えられる。したがって、債務不履行の場合の違約金の有効性（10条の後段要件の検討）にあたっては、平均的な損害の額も考慮要素の1つとすることが妥当であると解される²⁸。

一方、債務の履行確保を目的とする違約罰の（性格も併有している）場合には、前記の「本来の損害額に比して高額な違約罰の定めであっても、対象とされる行為の違法性と目的の合理性、期待される効果と他の適切な手段の欠如などに鑑みて、過大な違約罰ではないと評価される場合もあるのではないか」とする丸山説²⁹に、基本的に賛同する。その上で、違約罰は、一種の私的制裁であること（【地積訂正】）及び履行確保のためには制裁金が高ければ高いほど抑止力は高く、どの程度の金額であれば抑止力として妥当であるかを証明するのは（特に、金銭的損害に換算できない損害の防止の場合）、事業者との間で情報の格差のある消費者にとって極めて困難であることから、上記要素について以下のとおり付言する。すなわち、

- ① 履行確保の目的の重要性や違反行為の重大性を抽象的ではなく、当該事案において可能な限り具体的・客観的に検討すること（例えば、刑罰の対象ともなりうる行為、両者の信頼関係の根幹に関わる事項や履行されないと甚大なトラブルが生じてしまうリスクが高い行為など）、
 - ② 他の適切な（債務者の負担が過大でない）手段があったか、
 - ③ 複数の違反行為をある程度類型化できる場合、当該類型ごとに、どの程度の違約金を課するのが適切であると概算できたか、違約罰は包括的でなかったか、
 - ④ 当該目的や手段の妥当性について債務者に明確な認識可能性があったか
- 等が勘案されるべきであろう。

以上のとおり、債権者が違約金条項を提示する場合、損害賠償額や制裁金が過度にならないような設計をしていなければ、たとえ禁止条項と違約金額自体については、消費者への強い注意喚起により債務者が認識できたとしても（【お見合いパーティ①】）、消費者が真に理解した上での合意とは認め難いであろう（【不貞行為②】）。

なお、解除に伴うまたは履行遅滞の場合の損害賠償額の予定については一部無効と規定

されている（消費者契約法9条1項）のに対し、同法10条では単に「無効とする」と定められている。そこで、同条違反の場合の違約金条項の効力については、全部無効説（条項全部無効＋任意法規による処理）³⁰と一部無効説³¹とで見解が分かれている。全部無効説は、事業者が包括条項を定めておいても一部有効とされたとすると、「ともかく包括的に不当な条項を定めておけば、あとは裁判所の方でぎりぎり有効な範囲で条項を維持してくれることになる。それでは、不当条項が流布するのを防げないし、異議を唱えない相手方はそれによって実際に不利益をこうむるおそれがある」とする³²。高額な違約金条項の場合、消費者がその有効性を訴訟で争おうとすると、訴額を基準に弁護士費用が算定されることが一般的であるため、弁護士費用の負担も大きい。そのため、現実問題として訴訟での解決に消極的とならざるを得ない（事業者の言い値で示談する）ことが少なくないと推測される。この点からも全部無効とすることが妥当であると考ええる。

（2）裁判例の検討

前記の消費者契約法10条に関する裁判例はいずれも違約金を損害賠償額の予定であると認定している。以下、上記私見に基づきこれらの裁判例を若干検討する。

【駐車券紛失】については、事業者が違約金条項を一方的に決めているところ（消費者契約法の趣旨、すなわち情報力と交渉力の格差に着目）、一律3万円としており、当該金額はXの実際の利用時間の10倍となっている。また、同じ紛失の場合でも、本件のように出入車時刻（実際の利用時間）が事業者の多大な負担なく容易に判明する場合であるか不正の場合であるか、利用者の行為態様等、想定される状況如何に関わらず一律の取り扱いをしている。このように、違約金条項の目的に照らして手段が不合理であり、「必要以上に包括的な定め方」³³であると認められるため、無効とした裁判所の判断は妥当である。

【錠前交換】は、実際の交換費用と比較しつつ損害がそれにとどまらない可能性があることから、当該費用の約3倍の損害賠償額の予定の条項について、10条の適用を否定した。ただし、消費者の錠前交換（ひいては当該損害発生）に至る経緯（消費者への指示の不十分性）に照らして、事業者側の過失割合を50%としている。損害が実際の交換費用に留まらないという点については、仮に、具体的な損害項目とそれに関する一般的な損害額が示されている等により、消費者が認識できうるのであれば、過失相殺を認めている点³⁴も併せて、妥当な結論であると解される。

一方、【コインパーキング】については、消費者契約法10条にいう当該条項の比較対象である「任意規定」は、民法416条が妥当であり、損害賠償額の予定としている点は妥当ではないと解される。当該判旨によると、損害賠償額の予定については消費者契約法10条が適用される余地がなくなる可能性がある。また、1時間当たりの駐車料金と罰金5万円との関係（算定根拠）が不明確なまま（例えば、不正利用の場合には、駐車場の利用料の他に調査費用等が損害に該当する等といった説明が示されていない）、全部有効としている点においても疑問が残る。

また、【お見合いパーティ①】では、裁判所は、違約金条項を損害賠償額の予定と解しながら、実際の損害額やそれとの乖離について言及していない。確かに、本件の役務はお見合いパーティの提供であり、参加者は独身限定であることが大前提であることは容易に想定できる。そのようなサービスの根幹に関わる参加条件に違反して既婚者が当該パーティに参加すれば、参加者間におけるトラブルの可能性も大きく、また、当該事業者の信

用が失墜する等、事業者に与える有形無形の損害は甚大であることが予測できる。一方で、その金額を立証することは履行遅滞等に比して極めて困難であるといえよう。しかし、既婚者が参加している事実は認められるものの、トラブルや信用失墜に至るか否かは参加後の参加者の具体的行為態様等にもよること、違約金額は、Yの前記主張による1回の参加費の50～150倍であり、あまりにも高額であること、判文からは、その算定根拠の具体的説明がなされているとは認め難いことを考えると、均衡を失っている可能性も高いといえよう。また、裁判所が、事業者側の参加者に対する注意喚起の程度のみで、参加者が、違約金条項に関する情報を真に理解していると解していると思われる点で、検討が十分とはいえない。加えて、本件は、上記のとおり、履行確保が極めて重要であると解されるところ、参加者が独身であること（本件サービスの根幹に関わる条件）を担保するための事業者側の方策が、参加者の自己申告及びその際の参加者への注意喚起という簡便な措置に留まっており、他の客観的かつ実施可能な手段の有無も、違約金条項の効力を検討するにあたっての重要な判断要素となりえよう（このような簡便な措置に留まっていた点は、参加費が比較的低廉（前記のとおり、Yの主張によると2000円～6000円）であることにも関係していると思われる）。本判決は、個人間の示談における違約金条項を民法90条に基づき無効とした【不貞行為②】に比しても、消費者にとって厳しいと解される。

以上の裁判例を見る限り、違約金条項に関する消費者契約法10条の適用については、民法90条の適用と比べて無効判断が緩和されている等、明確な傾向があるとはいえない。消費者契約法10条の趣旨等に鑑みれば、実際の損害額や条項の包括性等を考慮して違約金条項を無効とした【駐車券紛失】の判決が妥当と思われる。

3. 教材の譲渡が問題となった裁判例と検討

3-1. 裁判例

(1) 事案の概要

Xは、航空大学校受験を目的としたパイロット予備校（「本件予備校」）の運営会社である。Yは、平成27年10月、Xの講座（「本件講座」）の受講を申し込み、受講料26万8030円を支払って同講座の受講契約を締結した。当該受講規約（「本件規約」）には、以下の禁止事項等及び罰則の規定が含まれていた。

- ① 受講生又は第三者が予備校の許諾を得ないで予備校教材を複製、頒布、譲渡、貸与、翻訳、再利用することは、いかなる方法においてもできない（「本件譲渡禁止条項」）。
- ② 上記に違反した場合は、直ちに差止めを求め、退会処分とする。当該コース正規受講料の10倍の料金又は500万円のより高額な方を違約金として申し受ける。加えて、民事上の措置（損害賠償等）・刑事上の措置（著作権法）を取る（「本件違約金条項」）。

なお、本件規約は、本件予備校について紹介したパンフレットに記載されており、Yが上記申込みで用いたウェブの入力フォーム中には、同規約への同意を確認するためのチェックボタンが設けられていた。本件講座の受講期間は、教材（「本件教材」）の発送日（平成27年11月）から航空大学校1次試験（同28年7月）前日までであった。同試験の出題分野は、英語・一般教養・数学・物理等であり、本件講座の主な内容は、本件教材に基づき講師が行う講義の配信であった。Xは、本件予備校において受講生に配布する教材にID番号を付しており、本件教材にもID番号が記載されていた。航空大学校の受験資格は年齢制

限があるため、Yは、平成30年で受験資格を失い本件教材は不要となったが、YはXから同教材の返還を求められなかった。

Yは、令和2年5月1日、本件教材（合計21冊）を5つのセットに分けて合計13万7600円で出品したが、出品ページのコメント欄に規約違反のコメントが付され、当該出品を全て取り消した。しかし、Yは同月6日、本件教材を5つに分けて再び出品し（合計13万3600円）、このうち2つにつき譲渡が成立した（合計譲渡額は5万4800円）。Yは、同月頃、出品者名を変更して残り3つの教材を合計7万8800円で出品した。

Xは、Yに対して、違約金条項に基づき500万円の支払の請求訴訟を提起した。

（2）東京地判令和4・2・28判時2545号86頁【教材出品1審】

1審は、本件教材の交付を貸与と認定し、転売禁止条項・違約金条項のいずれも消費者契約法10条には違反しないとしつつ、違約金条項については民法の公序良俗違反により一部無効（100万円の範囲で有効）とした。

① XのYに対する教材交付の法的性質

裁判所は、XのYに対する教材の交付について、以下のとおり譲渡ではなく貸与と認定した。すなわち、「Xが受講生に対して教材を譲渡するのであれば、かかるID番号を付す必要がないから、ID番号を付している事実は、本件教材が貸与されているものであることを強く推認させるといえる。そして、Xは、」その後に「教材は貸与するものであり、その所有権はXにあることを明記した規定を本件規約に追加する改訂を行ったが…、この改訂の前から教材にID番号が付されていたことも併せ考えれば、この本件規約の改訂は、教材は貸与するものであることを明確にするために行われたものであって、この改訂によって教材の譲渡から貸与に取扱いが変更されたものではないと認められる」と述べた。

以上から、転売禁止条項と譲渡権の消尽（著作権法26条の2第2項）との関係の検討には至らなかった。

② 譲渡禁止条項の有効性

裁判所は、以下の理由を述べて、消費者契約法10条の適用を否定した。すなわち、「本件教材は貸与されたものであるから、Yが本件教材を自由に処分する権利を本来的に有するとはいえない上に、Yは、航空大学の入学試験に合格するために本件受講契約を締結し、本件教材の貸与を受けたのであるから、本件教材を第三者に売却できないことによって何らかの利益が害されるとはいいい難い。」「これに対し、本件教材の内容を見ることによって、Xが本件予備校において行っている講座等の内容を推して知ることができるのであるから、本件教材が第三者に対して譲渡されれば、受講生ではない第三者にXのノウハウが流出するというべきであって、本件予備校の受講生の減少にもつながり得るといえる。そうすると、本件教材の譲渡によってXの営業上の利益が害されるといえる。」

③ 本件違約金条項の消費者契約法10条違反

裁判所は、②とほぼ同趣旨の理由により、違約金条項は消費者契約法10条に違反しないとした。

④ 違約金条項の性質と公序良俗違反

裁判所は、違約金条項が公序良俗違反である旨のYの主張については、一部認容した。まず、本件違約金条項の性質について、「『違約金』に加えて損害賠償請求を別途行うとしていることからすれば、本件違約金条項は、損害賠償の予定額を定めたのではなく、違約

罰を定めたものと解するのが相当である」と当該条項の文言から判断した。

そして、違約金条項を設ける必要性（受講生による教材の売却等の防止の実効性確保）や受講生との関係において不公平ともいえないこと等から全部無効とは認められないが、「本件違約金条項の目的が受講生による教材の売却等を防止し、Xが営業上の損害を被らないようにするという点にあるとすれば、かかる目的を達成するために必要な限度を超えた違約金を設定すると、受講生の負う負担と比して不均衡となるから、必要な限度を超えた違約金の範囲については、公序良俗に反して無効と認めるのが相当である」とした。

その上で、あてはめとしては、

- (i) Yが支払った受講料額（26万8030円）
 - (ii) Yの出品額（最初の出品時は合計13万7600円、2回目の出品時は合計13万3600円）
 - (iii) XのYに対する訴訟前の示談金提示額が80万円であり、提訴前であれば、本件譲渡によってXが負った損害は、80万円で補填できると考えていたことが推認できることからすれば、500万円という違約金額は、高額に過ぎて公序良俗に反する。
- 他方で、
- (iv) Yは、受講契約の約5か月後以降、本件講座とは別の講座を本件予備校で受講した際に、講座の内容を漏洩等すると500万円が請求される旨が記載された誓約書に、複数回署名していること
 - (v) Yは、出品が規約違反であることの警告受領後も再び出品し、Xから出品の事実の有無を確認されても否認した上で、出品者名を変えてまで出品したこと
 - (vi) Yが一度目の出品の際に規約違反の指摘があった時点で出品を繰り返さなければ、本件のような問題は生じなかったものであり、Yにとって本件譲渡禁止条項を遵守することは容易であったのに対し、Xは、訴訟提起に当たり、弁護士報酬額を含め相当の費用を要したこと

を考慮する必要があることから、100万円の限度で有効であるとした。

(3) 東京高判令和4・11・10判タ1520号50頁【教材出品控訴審】

控訴審は、違約金条項については、1審と同様、違約罰を定めたものとした。

その上で本件違約金条項は、損害賠償義務に加えて違約罰を課するものであるから、消費者契約法10条の前段要件を充足するとした上で、後段要件にも該当するとした。

すなわち、本件違約金条項の目的（Xが提供する講義や教材等の内容が外部に漏出等することにより生じる著作権侵害や本件予備校の経営に与える悪影響を防止）に鑑みて、漏出等発生の場合にはその態様によって損害の規模も様々である一方で、Xがこれを具体的に立証して賠償を求めるには相応の負担や困難も伴う面があるため、違約罰という制裁を予め定めておくことにより、漏出等の事態が生じるのを未然に防止すること自体は、「本件規約に定められた付随的義務を守るとは受講生に特段大きな負担をかけるものとはいえないことにも照らすと、」直ちに消費者である受講生の利益を一方的に害するとまではいい難いとした。「しかしながら、違約金が現実に課される段になれば受講生の受ける負担は現実的なものとなるから、その額が禁止事項違反により生じ得る損害の額に比して高額に過ぎると評価すべき場合には、」後段要件に該当する。付随的義務に違反した場合、損害賠償義務を負うのに加えて500万円又はそれ以上の違約罰を課されることになることは、「受講生が基本的義務として負う受講料額を超える負担を付随的義務違反に対する制裁として課

すというものであって、契約当事者間の公平な負担の観点から看過できない負担を受講生に負わせるものである（違約罰の例として挙げられる違約手付も通常は売買代金額の範囲内の額が定められることが想起される）。しかも、本件違約金条項で定められた違約金額は受講生が支払う受講料の額をはるかに超えた多額に及ぶものであり、受講生にとって過酷な結果を招くものといわざるを得ない。」「もっとも、本件違約金条項の対象となっている禁止事項には様々なものが含まれており、Xによる配信授業やセミナー等を密かに収録してインターネット上で公開したり、本件教材を複製して多数の者に頒布したりするなどの行為も含まれる一方で、本件違約金条項について十分な認識を欠く受講生が本件予備校教材を知人に譲渡してしまったために違約金を請求されるといった場合も含まれ得る。それらの個別事情によって、受講生側の義務違反の程度は大きく異なるし、Yに生じる損害もまた大きく異なり得るところであるから、本件違約金条項の適用が受講生の利益を一方的に害するか否かを一律に判断することは困難といわざるを得ない」とした。

その上で、あてはめとしては、以下のとおり損害と行為態様の両面で判断した。「本件教材の内容は、英語、数学、物理等の問題とその解説であり、その内容それ自体がこれらの科目の一般的知識を有しているだけでは理解や解答ができないような特殊なものであると認めるだけの証拠はないし、類似の問題集が市販されているから本件教材に記載されているものと同種の内容を不特定多数の者が入手可能な状況にあるともいえる（筆者注：本件予備校の教材には、大学校入試試験で持ち帰りが可能な問題用紙には掲載されていない問題文も掲載されている。しかし、D出版が出版している「E入試問題集」（3080円（税込））にも、上記問題文が掲載されている。）そうすると、かかる事情の下でYが本件教材を他の特定人に譲渡したからといって、それによりXの経営にとって望ましいものでないというレベルを超えた多額の損害まで発生するものとは考えられない（少なくともそのような損害が生じ得ると認めるだけの立証はされていない）。」「他方、Xの譲渡行為は他の禁止条項に違反した場合に比べて義務違反の程度は典型的に低いものの、YはXから譲渡を制止されながら譲渡に及んだ...ものであり、かかる場合に違約金が何ら課されないとなると、本件規約の実効性を一部失わせるものになり得ることを否定できない」とした。結論として、本件違約金条項は、消費者契約法10条により、本件事実関係の下では5万円を超える部分は無効であるとした。

3.2 判決の検討

(1) XのYに対する教材交付の法的性質

本件では、まずXのYに対する教材の交付が貸与か譲渡かが問題となった。貸与か譲渡かにより、後述のとおり当事者の権利・義務が大きく異なってくるし、譲渡の場合には、譲渡権の消尽規定（著作権法26条の2第2項）との関係でも譲渡禁止特約の有効性も問題となる。また、仮に譲渡禁止特約自体は有効であったとしても、契約の法的性質は違約金条項の有効性の判断（行為態様の悪質性や損害額等）に影響しうる。このように、契約の性質は当事者にとって極めて重要な問題であり、慎重に考察されるべきである³⁵。本件は、教材込みでの受講契約であり、受講契約の文言上、貸与か譲渡か明確ではないと推測される。当該推測を前提とした場合、それにも拘わらず、1審及び控訴審は、主にテキストにIDが付されていることを理由として貸与であると認定しており³⁶、疑問がある。

まず、消費者契約法3条1項1号は、事業者の努力義務の1つとして「消費者契約の条項を

定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が、その解釈について疑義が生じない明確なもの…になるよう配慮すること」を定めている。本条はあくまでも努力義務であるが、事業者がこれを履行せず、契約の根幹に関わり、消費者の基本的な権利・義務の内容の解釈に疑義が生じた場合には、その不利益は事業者が負うべきである（条項使用者不利の原則）³⁷。仮に貸与であれば、受講生はテキストの使用に関する善管注意義務（民法400条）や契約終了時の返還義務を負うのであり（同法601条）、当該賃借物を第三者に譲渡した場合、単なる契約違反に留まらず、譲渡権侵害（著作権法26条の2第1項、112条1項、119条1項、民法709条）や横領罪（刑法252条1項）に該当する³⁸。この点、本件では、規約に賃貸借期間も含めて貸与に関する基本的事項が明記されていない。したがって、条項使用者不利の原則により譲渡であると解すべきである。

加えて、受講にあたり使用する教材の使用目的は受講生の学習目的の実現のためであり、汚損や分解等を含めて、自己の裁量で自由に使用することが想定されて配布されている。このことから、譲渡と解するのが自然であろう。さらには、本件規約では、契約締結当時は「教材及び情報…に関する著作権、商標権等の一切の権利は、本件予備校に帰属する」と知的財産権の帰属について定められているに留まり、教材の所有権の帰属は明記されていない。また、同規約においても譲渡等の禁止条項に違反した場合、「民事上の措置（損害賠償等）・刑事上の措置（著作権法）を取る」と定められているが、横領罪に関する言及はない（ここでいう「著作権法」は、教材や授業の複製・複製物の譲渡や公衆送信等を想定していると考えられる）。さらには、実際に本件教材の使用目的（航空大学校を受験）を実現できる年齢上限を経過しても、予備校は受講生から教材の返却を受けていない³⁹。なお、Xは、Yとの受講契約後に規約を改訂しており、「当社は、受講生に対して、シリアル番号で受講者毎に個別に管理された教材を貸与します。教材の所有権は当社にあり、受講生は、善良なる管理者の注意をもって使用しなければなりません。」という条項を追加しているが（ただし、Xは、受講生全員から教材の返還を受けているわけではない）、これをもって、改訂前から教材が貸与であることを明確にするために行われたとする1審及び控訴審の判断には、合理性が認められない。

また、上記のとおり、裁判所が当該交付を貸与であるとした主な根拠はID番号が付されていることにあるが、当該事実は譲渡であることを否定する理由にはならない。仮に貸与契約に基づく返却のためであれば、受講生（借主）の氏名等により照合できれば十分であり、ID番号は事務手続の便宜のためであれば格別、それ以外では不可欠ではない。ID番号は、むしろ、受講生に譲渡され返却義務がない中で、誰が転売したかを特定するために必要だったと考えるのが妥当であろう。

以上より、受講に伴う本件教材の交付は譲渡と解するのが妥当である。

（2）教材の譲渡禁止条項の有効性

1審や控訴審のように教材の交付を貸与とするのであれば、本件教材の譲渡禁止は、賃借人として当然の基本的義務を定めたものであるから、消費者契約法10条に違反しない⁴⁰。

一方、私見のように本件教材の交付を譲渡と解した場合でも、譲渡禁止条項自体は、以下の理由により同法に違反しないと考える⁴¹。確かに、流通の確保及び第二譲渡へのコントロールによる二重利得の機会の保護の不要性の趣旨から、譲渡権は消尽するという規定がある（著作権法26条の2第2項）。しかし、譲渡禁止条項に違反して譲渡がされたとしても、

受講生の契約違反に留まると考えられる。すなわち、消尽規定自体は適用され、著作権侵害に該当しないと考えられるため、著作権者はその後の流通を阻止することまではできない。加えて、本件譲渡禁止条項は、教材の内容の漏出を防止することが目的であり、当該目的及び手段の合理性自体は否定し難い。以上のとおり、譲渡権の消尽規定の趣旨に反しないことから、非著作物（【不動産転売】のような不動産や動産）と同様、譲渡禁止自体を無効とする正当理由は認められない。

（3）違約金条項の有効性

1審は、譲渡禁止条項のみならず、違約金条項も消費者契約法10条に反しないとしている（民法の公序良俗違反は認めている）。その理由は譲渡禁止条項の理由付けと同趣旨であり、両論点の利益対立状況の相違が十分に反映されているとは言い難い⁴²。これに対して控訴審は、当該相違に着目して消費者契約法10条違反を認めている点で妥当である⁴³。

1審と控訴審の大きな相違点は、これに加えてXに発生しうる営業上の損害の解釈にある⁴⁴。これらの判決では、本件違約金条項は違約罰と解されている。しかし、前記の私見のとおり、違約金条項は損害賠償の予定と違約罰の両性質を有する場合があるし、いずれの場合でも、損害発生の可能性が有効性判断の主要な要素の1つとなる⁴⁵。この点、当該営業上の損害について、1審は、譲渡禁止条項の有効性の争点の中で「本件教材の内容を見ることによって、Xが本件予備校において行っている講座等の内容を推して知ることができる」のであり、教材の転売により「Xのノウハウが流出するというべきであって、本件予備校の受講生の減少にもつながり得る」と言及しており、講座における本件教材の重要性を示している⁴⁶。確かに、禁止事項の中には、受講内容等を収録（録画、録音等）することも挙げられており、これは講座内容そのものの流出であるため、受講者減少等の営業上の損害が生じる可能性が大きい。一方、本件は教材の内容の漏出であるところ、1審の判断は、当該教材の具体的内容や市販本との相違等を検討することなく、教材の無断譲渡と講座の受講生減少に因果関係があると考えている点に疑問が残る。本件では、教材を正規に入手するには講座を受講することが必要と推測されるところ、第三者は、仮に受講生の出品等により本件教材を入手できなかった場合、いかなる対応をとると考えられるか。教材が配信授業と同一内容を収録しているのであれば格別、そうではない場合、高額（約27万円）の講座を申し込むのではなく、教材に記載されたのと同種の情報のみの入手で足りると考えて市販の教材で代替する等の可能性も大いに考えられる。Xが教材を単体で販売せずかつ譲渡禁止条項を設けること自体は、営業戦略の観点から一定の合理性が認められるであろう。しかし、そのこととXの具体的損害は別問題であるところ、1審では、教材転売により流出する「ノウハウ」の内容や「予備校の受講生の減少」の可能性について、具体的に検討されていない⁴⁷。

また、1審は、違約金条項を100万円の範囲で有効とした理由付けの1つとして、示談金として80万円を提示（提訴前であれば損害は80万円で補填できると考えていたことを推認）していることを挙げている点についても、禁反言の観点から勘案するのであれば格別、高額な違約金条項を作成したXの希望額を基礎とした判断であり、妥当ではない（【建物越境】参照。買主が売主に対し、履行期前に、賠償額の予定額のうちの一部金額の支払を条件として、契約の白紙撤回の可能性を示唆していたことを、違約金条項の有効範囲の判断の1理由としている）。加えて、他の多くの裁判例とは異なり（【お見合いパーティ①】を除く）、

契約の対価（約27万円）をはるかに超えた額の違約金を認めている点でも、過大であると考えられる（控訴審も、この点に言及している）。

この点、控訴審は、本件教材の内容を具体的に検討し、「その内容それ自体がこれらの科目の一般的知識を有しているだけでは理解や解答ができないような特殊なものであると認めるだけの証拠はないし、類似の問題集が市販されているから本件教材に記載されているものと同種の内容を不特定多数の者が入手可能な状況にあるともいえる」とし、「かかる事情の下でYが本件教材を他の特定人に譲渡したからといって、それによりXの経営にとって望ましいものでないというレベルを超えた多額の損害まで発生するものとは考えられない」としており、損害の具体的内容を重視している。このこと及び契約の対価（受講料）との関係を考慮している点で、妥当な判断といえよう。

もっとも、控訴審の判旨からは本件違約金条項を一部無効としていると解され、その点については疑問が残る。私見としては、前記のように消費者契約法10条違反については全部無効説⁴⁸が妥当であると考ええる。加えて、本件違約金条項は、様々な禁止行為について一律に高額な違約金を定めており、しかも、当該コース正規受講料の10倍の料金又は500万円の「より高額な方」を違約金としている。各違約金額の算出基礎は甚だ不明確であって合理性に乏しい上に（【準専属歌手契約】等）、複数の金額のうち、より高額な方を違約金とすることの合理的根拠も示されていない。このように根拠が不明確かつ必要以上に包括的な条項であることから⁴⁹、全部無効とするのが妥当と考える。この点、控訴審は、「本件違約金条項の対象となっている禁止条項には様々なものが含まれて」いることを認め、授業を収録・インターネット上で公開したり、教材を複製して多数の者に頒布したりするといった、本件よりもXに多大な損害を与える可能性のある行為や、一方で、本件違約金条項について十分な認識を欠く受講生が教材を知人に譲渡してしまう行為も⁵⁰、禁止行為となっていることを挙げている。そして、控訴審は、このような包括条項が設けられていること自体を問題視する代わりに、本件の事情の下で一部有効としており、理論的には、情報・交渉力に格差のある消費者の保護として不十分といえよう。様々な行為態様についてある程度行為態様が類型化でき、行為類型ごとに損害額が一定程度想定されるにも拘わらず、高額・包括的違約金条項を定めていること自体が問題である。

加えて、違約罰という観点からも、Xは履行確保のための重要な他の措置を取っておらず、Xに不利な結論が下されても不合理ではないと考える。すなわち、Xの主張では、本件教材は貸与でありノウハウ流出を防止しているとのことであるが、流出防止のためには、貸与であること及び一定期間経過後には返還する義務があることを契約時に明記の上、Yに対して強く注意喚起して認識させるべきであるし、教材の回収を徹底することが必要である。しかし、XはYとの契約時に教材が貸与であることを明記・説明しておらず、また、前記のとおり、実際にも、Xは、受講者が本件教材を使用する必要がなくなった後もYから返還を受けていない。このような契約締結の経緯及びその後のXの対応からも、Xが履行確保に向けて注力したとは認め難い。

ただし、控訴審の認定額は5万円（受講料の2割弱）に留まっており、譲渡された本件教材と他の市販されている同種教材の金額等との均衡を図っているようにも思われ、実質的には全部無効とした上で、本件教材の実質価格に限り賠償義務を認めているともいえよう。すなわち、Xの実損害としてはそれ以外に調査・弁護士費用等が考えられうる（1審）⁵¹。また、Yが実際に得た利得（5万4800円）の吐き出しや、Yが得ようとした利得（約13万円

で2回出品)の支払いを認めることも、履行確保の目的を実現するための手段としては合理性が認められうる^{52 53}。あるいは、これが譲渡権侵害であれば、Yの得た利益がXの損害額であると推定される(著作権法114条2項)。しかし、控訴審は、これらを賠償義務として認めていない⁵⁴。この点、Xは予定される損害の内訳を示すことなく、包括的かつ過大な違約金条項(しかも二重基準)を設けているのである。このことからすると、立証額の負担軽減・紛争防止という民法420条の本来の趣旨から逸脱して当該条項を設けた事業者側に、条項の全部無効のリスク、すなわち実損害の主張立証負担(著作権法の上記推定規定の主張立証を含む)を負わせるのが衡平であり、Xが具体的に主張立証していない以上、当該規定に基づく損害に関して言及していない控訴審の判断は妥当であろう。

4. おわりに

本稿では、債務不履行の場合の違約金条項の有効性について、民法の公序良俗違反及び消費者契約法10条に該当するか、裁判例や学説を分析・検討してきた。

違約金条項は賠償額の予定と推定されるところ、同予定と違約罰との性格を併有する場合もある。裁判例では、いずれの場合でも、実際の損害額(の有無)及び行為態様が判断要素となっているが、当該要素を勘案した上での違約金条項の有効な範囲の明確な基準は認められない。これらの判断にあたっては、害される経済的利益や履行確保の目的や手段について、事案に即して具体的に検討することが肝要である。また、特に消費者契約では、包括条項や損害の算定根拠が不明確なものについては、情報・交渉力に劣る消費者の真の理解の下に合意されたか疑問があるため、同法1条の観点からも無効とされる可能性が高いと考えるのが妥当であろう。

なお、【教材出品】は規約上の違約金条項が問題となった事案であるが、本稿では、規約の契約への組み入れ(民法548条の2第2項)⁵⁵や約款と個別の合意の場合の条項の効力に関する比較⁵⁶については検討できなかった。この点については今後の検討課題としたい。

本稿は、令和3年度・令和4年度・令和5年度商学部研究費(共同研究)研究課題名「ポスト・コロナ時代の個人・組織・社会の在り方に関する学際的研究」(所管：商学研究所)の研究成果の一部である。

〔注〕

- 1) 経済産業省 商務情報政策局 情報経済課「令和5年度 電子商取引に関する市場調査報告書」(令和6年9月) 68頁。
- 2) 奥田昌道『債権総論 [増補版]』(悠々社, 1992) 214頁, 奥田昌道編『新版注釈民法 (10) II』(有斐閣, 2011) [能見善久 = 大澤彩] 609頁以下, 潮見佳男『新債権総論 I』(信山社, 2017) 543 - 544頁等。
- 3) 王晨「日中契約責任法における損害賠償の予定と違約罰 (一)」民商法雑誌108巻4・5号 (1993) 633頁。
- 4) 奥田編・前掲 (注2) 665頁 [能見 = 大澤], 磯村保編『新注釈民法 (8)』(有斐閣, 2022) 792頁 [難波譲治] 等。
- 5) 違約金の性質について整理するものとして, 王・前掲 (注3) 633頁。

- 6) 於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣，1972）156頁，奥田・前掲（注2）216頁，中田裕康『債権総論〔第4版〕』（岩波書店，2020）224頁。
- 7) 奥田編・前掲（注2）664頁〔能見＝大澤〕。
- 8) 奥田編・前掲（注2）666頁〔能見＝大澤〕。
- 9) 磯村編・前掲（注4）795頁〔難波〕。桑岡和久〔判評〕私法判例リマークス68号（2024）28頁も同旨。
- 10) 能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制（5・完）」法学協会雑誌102巻7号（1985）1231・1290頁，同103巻6号（1986）1105頁。
- 11) 判例は，無効判断にいたる根拠，無効の幅などには必ずしも統一的な基準はないとするものとして，王・前掲（注3）635-636頁。違約罰に関しても裁判例自体が少なく，判断手法が確立しているとはいえないとするものとして，桑岡・前掲（注9）28頁。
- 12) 当該判決の認定については，損害賠償額の予定についても減額は可能であるから，違約罰とすることの必要性に疑問を呈すもの（判時741号101頁〔囲み記事〕）や「裁判所の意図は，おそらく，違約罰においては損害賠償額の予定と解するよりも大幅な減額が可能だ，という点にあったのであろう」という見解（奥田編・前掲（注2）666頁〔能見＝大澤〕）がある。
- 13) 蛭川明彦〔判評〕判タ1154号23頁。
- 14) その他の裁判例として，名古屋高判昭和45・1・30下民集21巻1=2号155頁【準専属歌手契約】がある。準専属歌手がレコード会社との間での準専属歌手契約に違反し，テレビの素人のど自慢番組に出場したことに対する約定の違約金500万円の効力が問題となった。裁判所は，500万円が一般的にみて著しく高額であるのみならず，当該歌手の立場や待遇（知名度が著しく低く，支払われる契約金等が低いこと）や他社の違約金額と対比して著しく権衡を失っていることから，暴利行為とした上で，実損額は最高限約55万円とみるべきとして，違約金条項を公序良俗違反で無効とした。
- 15) 消費者庁消費者制度課編『逐条解説 消費者契約法〔第2版補訂版〕』（商事法務，2015）227頁。
- 16) 中田邦博「消費者契約法10条の意義」法セミ549号（2000）39頁，山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL686号（2000）23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版補訂版〕補巻』（商事法務，2019）211頁等。
- 17) 中田邦博・前掲（注16）39頁。
- 18) 落合誠一『消費者契約法（補訂）』（有斐閣，2004）151-152頁。
- 19) 道垣内弘人「消費者契約法10条による無効判断の手法」大村敦志編『民法研究 第2集 第2号〔東アジア編2〕』（信山社，2017）50-51頁。
- 20) 道垣内・前掲（注19）51頁。
- 21) 丸山絵美子『中途解約と契約の内容規制』（有斐閣，2015）362頁。
- 22) 道垣内・前掲（注19）50-51頁。
- 23) 因みに，Xが，別の参加者Yに対し違約金を請求した同種事案では，裁判所はXとYとの間での違約金30万円の合意の成立を否定した（東京地判平成24・1・31平成23年（ワ）10218号【お見合いパーティ②】）。本件の参加確認書は，【お見合いパーティ①】の書

類の体裁とは異なっていた。裁判所は、顧客カードに注意事項が記載されているという体裁であり、Yが契約書的なものであるとは認識していなかったとしても不自然ではないと判断した。

- 24) 於保・前掲（注6）153頁，能見・前掲（注10）法協102巻7号1231・1290頁，同103巻6号1105頁等。
- 25) 損害賠償制度について，被害者が受けた損害に比して裁判所が賠償を命じる額が低くとどまっていた，違法行為の抑止という機能が十分に果たせていないのではないかと，問題意識に基づく違法収益移転制度の創設を求める立法提言について，「民事司法改革シンポジウム 実効性ある民事裁判制度実現のために－損害賠償制度改革の課題と展望－」判時2576号（2024）5頁以下。「加害者の故意又は過失を要件とする不法行為法は，そもそもその出発点において制裁法としての性格を有している」とするものとして，窪田充見「損害賠償制度を考える視点－日弁連の2つの立法提言が投げかける課題」同27頁。
- 26) 消費者庁『消費者契約法逐条解説』（令和5年9月）166頁。
- 27) 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商法雑誌 123巻4・5号（2001）71頁。
- 28) なお，解除を伴わない違約金・賠償額予定の不当性判断の根拠条文としては，文言上から消費者契約法10条とするのが通説である。10条の適用または9条の類推適用を認めるものとして潮見・前掲（注2）547頁。（類推）適用を否定するものとして，大阪高判平成25・10・17平成24年（ネ）3565号，後記【教材出品1審】。
- 29) 丸山・前掲（注21）362頁。
- 30) 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商法雑誌123巻4＝5号（2001）77頁，潮見・前掲（注2）544頁等。
- 31) 均衡回復型公序良俗違反に関する奥田編・前掲（注2）〔能見＝大澤〕612頁等。
- 32) 山本敬三・前掲（注30）77頁。
- 33) 落合・前掲（注18）153-154頁。
- 34) 最判平成6・4・21集民172号379頁，奥田・前掲（注2）215頁。債権者は自己の過失の結果を他人に転嫁してはならないという点が根拠として挙げられるところ，「この考え方には，合意の尊重というよりも公平の観点が色濃く表れている」とするものとして，『新基本法コンメンタール 債権1』（日本評論社，2021）89－90頁〔白石友行〕。【建物越境】も一般論として過失相殺による約定損害賠償額の効力の一部否定・減額を認めている。
- 35) 馬場圭太〔判評〕新・判例解説Watch 民法（財産法）252号（2023）3頁参照。
- 36) 貸与説を採るものとして谷川和幸〔判評〕コピライト756号（2024）45頁。
- 37) 消費者庁・前掲（注26）19頁。
- 38) 谷川・前掲（注36）47頁参照。
- 39) ドラマ台本の無断転売防止のために，関係者に配布する行為を譲渡ではなく貸与とする方法を挙げた上で，貸与といえるためには，配布時にその旨を説明するだけでは足りず，貸与の実体を伴っている必要があるとする見解として，梅田康宏「テレビ・ラジオお助け法律相談所」GALAC 2023年6月号49頁。
- 40) 馬場・前掲（注35）3頁，谷川・前掲（注36）45頁参照。

- 41) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「契約・利用ワーキングチーム検討結果報告（平成18年7月）」、文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」（平成19年1月）18頁参照。
- 42) 桑岡・前掲（注9）29頁参照。
- 43) 消費者契約法との関係では有効であるのに、より適用が厳格であるはずの民法90条を適用すると無効となるという構成には違和感を覚えるものとして、馬場・前掲（注35）4頁。筆者も同意見である。
- 44) 控訴審判決紹介の解説（前掲・判タ1520号50頁（本文3.1（3）））は、「1審判決と本判決の結論の違いは、義務違反の事前抑止という違約罰の目的の観点と当事者に生じ得る損害ないし負担という観点を踏まえた判断における力点の置き方の差によるもののように考えられる」として、控訴審は、後者（当事者に生じ得る損害ないし負担）を十分に考慮すべきとする趣旨であろうとしている。私見としては、予備校の営業上の損害の程度を抽象的に捉えるか、本件教材の内容に即して具体的に考えるかの違いであると解するが、履行確保の目的の場合、その抽象性から手段たる違約罰が高額になる可能性があり、1審では、それが現出したともいえるであろう。
- 45) 1審は、示談提示額を損害補填額と推認することから、本件違約金条項は履行確保と損害填補の機能を併有するとみていると考えるものとして、桑岡・前掲（注9）29頁。
- 46) 本件譲渡禁止条項の実質が秘密保持契約である可能性を示唆するものとして、谷川・前掲（注36）45頁。
- 47) Xは、本件教材の情報の貴重性・高価値性及びXに生じる損害は年間8800万円を超えることを主張しているが、市販の問題集との相違（付加価値性）や当該損害の根拠を具体的には示していない。
- 48) 山本敬三・前掲（注30）77頁、潮見・前掲（注2）544頁等。
- 49) 落合・前掲（注18）151-152頁。
- 50) もっとも、控訴審は私見とは異なり、受講生は本件教材を貸与されたものと認定している。そうすると、譲渡先が本件のような公衆か知人かは、他人物の処分すなわち横領（刑事罰の対象）に該当する点で異なるところはないため、基本的には本件の行為態様と違法性の程度の点で異なるところはないと思われる。
- 51) 本件とは異なり、Yが、大学受験予備校（X）の講義を録音した媒体物であるMD、模擬試験の試験問題冊子及び解答用紙の複製物をインターネットオークションに出品し、いずれも落札された事案において、Xが、Yに対して、複製権・譲渡権侵害に基づき損害賠償を請求した事案において、東京地判平成25・7・10平成25年（レ）211号【講義録音等控訴審】は、受講料等の他に文書作成費用及び郵便費用等及び弁護士費用の請求の一部を認容した（原審（東京簡易裁判所平成23年（ハ）36382号）で一部認容された警察との打合せ費用等の請求は否定）。
- 52) 1審が出品価格を考慮するのは、履行確保の観点からであると捉える見解として桑岡・前掲（注9）29頁。もっとも、情報や交渉力の格差がある消費者契約の場合、消費者に当該項目に関する認識が必要であり、利得の吐き出しを違約金に含むことについては原則として抑止的であるべきであろう（河野航平「損害賠償額の予定に関する合意の効果論－抽象的損害計算論を分析視角として－」法學政治學論究119号（2018）557頁

参照)。なお、桑岡・前掲（注9）29頁は、1審について、示談金提示額は損害を補填できる額であると推認することから、本件違約金条項は履行確保と損害填補の機能を併有するとみてしていると解釈している。

- 53) 因みに、違約金条項を違約罰と認定した【地積訂正】では、違約による利得は売主ではなく、【不動産転売禁止】では転売による買主の利得の有無は認定されていない。
- 54) 確かに、控訴審は、違約金条項を違約罰としていることからすれば、Xは、それを超えて損害がある場合には損害賠償を請求できるという考え方もあろう。しかし、本件違約金条項については、控訴審は「具体的に立証して賠償を求めるには相応の負担や困難も伴う面があることから、違約罰という制裁を予め定めておくことにより、漏出等の事態が生じるのを未然に防止する趣旨に出たものと解される」としており、また事実認定において、市販の類似の教材の存在及び価格を判示していることから、行為態様のみならず損害も勘案していると解される。したがって、実際には違約罰と損害賠償額の予定の両方の性格を兼ね備えていると捉えるのが妥当であろう。
- 55) 人形の転売禁止に違反した場合の違約金条項について、民法548条の2第2項により、合意しなかったものとみなされたものとして、東京地判令和3・5・19令和2年（ワ）19407号【人形転売】。
- 56) 王・前掲（注3）636頁、能見善久「違約金・損害賠償の予定とその規制（3）」法協102巻7号44頁、「同（5・完）」法学協会雑誌103巻6号1108－1109頁。

Abstract

Article 420 of the Civil Code permits the provision of a schedule of the amount of damages for default, but if the penalty clause for breach of contract falls under violation of public order and morals or violation of Article 10 of the Consumer Contract Act, it is invalid. Although the court decisions on this issue do not clearly indicate the criteria for determining the validity, many of them take into consideration the infringed interest, the purpose of securing performance, and the manner of the act. This paper analyzes and examines these precedents (especially, Tokyo District Court decision on February 28, 2022 and Tokyo High Court decision on November 10, 2022), and examines the criteria for judging invalidity from the viewpoint of the amount of damages, specific details of the purpose and means of securing performance, and the issue of comprehensive clauses, etc..