

＜判例研究＞

## 学納金返還請求訴訟上告審判決 —在学契約における憲法と民法・消費者契約法の交錯—

山 岸 喜久治

### 【1】はじめに

大学入試に際して、受験生が複数の大学を受験するのはごく普通である。それは国立と私立であったり、すべて私立であったりと、パターンは様々でありうるが、1大学のみを受験というのは、日本ではおそらく稀であろうと思われる。一般入試の場合、複数の大学を受験する目的は、いわゆる「浪人」を回避するためのものであり、受験大学が志望する大学・学部とは学問系列の異なる場合も少なくない。通常の実験生は、学びたい分野の中で、受験産業による「格付け」を参考に、また学費等さまざまな点を考慮し、自らの序列化に従って第一志望以下の大学を複数受験すると思われる。

幸か不幸か、大学受験すべてに不合格となったり、1つだけ合格したような場合は選択の余地はないが、仮に複数の大学に合格した場合には、受験生にとっては当然、志望順位の高いものから選択したいと願うことになるろう。国公立大学を第1志望とする場合、受験日の早い私立大学を受験し、合格することで、「浪人」回避の保証を得ることも広く行われているが、後に発表される国公立大学に運よく合格できた場合はどうするか。「浪人」回避のためにやむなく納めた学納金、そしてとられた手続は、どうなるか。より直接的には、入学手続は合法的に取り消せるか、納めた学納金は返還を求めることができるか、という問題意識が生じるだろう。ほとんどの受験生は、これまで争うこともなく、事実上請求を放棄してきたにちがいない。ごく一部の受験生、そして親が入学辞退後に学納金返還を求めてきたが、大学側は、入学に際して支払われた納付金は理由のいかんを問わず返還しないものとする「不返還特約」を盾に、これを拒んできた。ここで法的に問題となるのが、この不返還特約は民法1条2項（信義誠実原則違反）・90条（公序良俗違反）により無効とならないかどうかである。

平成13年（2001年）4月1日に消費者契約法が施行されて以来、この不返還特約が民法だけでなく同法にも違反するのではないかという意識が高まり、全国で、三桁に近い大学・専門学校を被告とする訴訟が提起され、紛争が法廷の場にもちこまれることになった（松丸正「特集・最高裁判決2006—弁護士が語る大学の常識を覆す—私立大学前納学納金返還訴訟」法学セミナー2007年2月626号38項）。訴訟上の争点は、多岐にわたり、事案も、受験生の入学辞退の時

期や各大学の入学手続の内容が異なるため、一様に扱うことはできないが、次の3点に関し、各裁判例でほぼ共通の理解が存在していたようである（野沢正充「私立大学に対する学納金返還請求訴訟」法学セミナー2004年1月589号58項以下）。

第1に、大学と学生（受験生）との間の在学契約に、消費者契約法の適用が認められることには、異論がない。大学側の主張は、在学契約に関する情報が周知されており、学生との間に情報の格差がないので、格差を前提とする消費者契約法は適用されないというものであるが、裁判所はこうした主張を斥けた。

第2に、平成13年4月の消費者契約法施行以前の事案については、不返還特約の有効性が公序良俗（民法90条）の問題として争われ、裁判所はこれを無効とせず、大学側に学納金の返還義務はないとの判断を下している。裁判所の多くが、消費者契約法の成立によって初めて特約の無効問題を俎上にのせたと考えられる。

第3に、4月1日以降の入学辞退者については、判決の多くが学納金の返還を認めず、少なくとも入学金の返還を認めない点で、結論がほぼ一致している。

したがって結論的に、初期の訴訟において下級審判決は、一部の例外を除き入学金については、一致して返還を認めていないようである。しかし授業料等については、消費者契約法施行後の平成14年度以降の入学試験において、3月31日までの入学辞退の場合には、消費者契約法9条1号により不返還特約は無効であり、大学は授業料等を返還する義務を負うという点では、概ね一致していたという（「学納金返還訴訟上告審判決」判例時報1958号13項（調査官解説））。

こうした中で、最高裁判所第二小法廷は、平成18年11月27日、係属していた5件の学納金返還請求訴訟に関し、初めての判断を下すに至った（後藤巻則「学納金不返還条項の不当性」民商法雑誌136巻（2007年）616項）。この最高裁判決は、消費者契約法に関する最初の上告審判決であるとともに、私立大学における学納金返還請求事件につき消費者契約法の適用を断じた初めての最高裁判決でもある（今西康人「学納金返還訴訟上告審判決」判例時報1981号（2007年）183項）。その内容には、個別事案の解決にとどまらず、射程の長い判示によって学納金返還をめぐる様々な問題に決着を付けようとする最高裁の強い意思が感じられるという（小粥太郎「学納金不返還特約の効力などー学納金返還訴訟」判例セレクト2007年14項）。学納金返還問題は、最高裁判決によってほぼ終息に向かうこととなった。

本稿は、平成18年11月27日に出された5つの最高裁判決のうち、学納金返還事件のモデル的な事例であるN大学事件（判例時報1958号12頁）を取り上げ、民法・消費者契約法の主要論点を検討し、さらに憲法（公法）と民法・消費者契約法（私法）との関係いかんという、近年再び関心呼びつつある「人権の第三者効力」論との係わりで、大枠的な憲法問題の整理を行う

ものである。

## 〔2〕 事実の概要と論点

〔端緒〕

A（被上诉人）は、N大学（上诉人）芸術学部演劇科の平成14年度一般推薦入試（公募制）を受験し、11月27日に合格した。そして同人は、N大学が定めた「一般推薦入試要項」と「入学手続要項」に従って、所定の期限までにN大学に対し、入学者納入金として、入学金26万円、授業料等71万円・後援会費1万円（半期分）の合計98万円を納入するとともに、入学手続書類を提出し、入学手続を行った。

B（上诉人）は、N大学の平成14年度文理学部心理学科の一般入試を受験合格し、N大学が定めた「入学試験要項」と「入学手続要項」に従って、所定の期限までに、N大学に対して、入学者納入金として、入学金26万円、授業料等42万円・後援会費1万円（半期分）の合計69万円を納入するとともに、入学手続書類を提出し、入学手続を行った。

なお、N大学の入学関係要項には、いったん提出した入学手続書類と入学者納入金は、いかなる理由があっても返還しない旨の記載（不返還特約）があった。

〔経緯〕

Aは、平成14年3月13日にN大学に対し、「退学願」を提出してN大学への入学を辞退する旨を申し出た。

Bは、平成14年3月29日ころ、N大学に対して、電話にてN大学の入学を辞退する旨告げ、同年4月3日、Bの送付した「入学辞退届」がN大学に到達した。

本件は、A及びBがそれぞれ大学への入学を辞退して大学との間の在学契約を解除したなどとして、大学に対し、不当利得返還請求権に基づき、本件学生納付金相当額に対する支払を求める事案であり、N大学は、本件不返還特約が有効に存在するなどを主張して、各請求を争っている。

原審は、Aの請求については、授業料等・後援会費の72万円の返還を認めたが、Bの請求について、全部棄却すべきものとした。

〔論点〕

訴訟上の論点は、概要、以下のようなものである。すなわち、学納金（入学金・授業料）の法的性質は何か、学納金を返還しないとする不返還特約の法的性質は何か、在学契約の法的性質は何か、民法との関係で消費者契約法の適用はどのように位置づけられるか、その際憲法上の教育権はどう生かされるか、不返還特約のうち授業料等に関する部分は損害賠償額の予定か、平均的損害の立証責任は誰が負うか等である。

### 【3】最高裁判決

本件最高裁判決は、判旨項目が多岐にわたり、分量もかなりにのぼる。判決は、「総論」部分と「各論」部分に分かれるので、以下、それぞれの重要部分を要約する。

#### （１）総論

##### ア．在学契約の性質

大学は、学術の中心として、広く知識を授けるとともに、深く専門の学芸を教育研究し知的、道徳的及び応用的能力を展開させること等を目的とするものである。大学と学生との間で締結された「在学契約」は、大学が学生に対して、講義、実習及び実験等の教育活動を実施するという方法で、上記の目的にかなった教育役務を提起するとともに、これに必要な施設等を利用させる義務を負い、他方、学生が大学に対して、これらに対する対価を支払う義務を負うことを中核的な要素とするものである。在学契約は、学生が、部分社会を形成する組織体である大学の構成員としての学生の身分、地位を取得、保持し、大学の包括的な指導、規律に服するという要素をも有している。在学契約は、複合的な要素を有するものである上、大学の公共性から教育法規によって規律されることが予定され、取引法の原理になじまない側面も少なからず有している。以上から、在学契約は、有償双務契約としての性質を有する私法上の無名契約と解するのが相当である。

##### イ．在学契約の成立時期

学生が要項等に定める入学手続の期間内に学生納付金の納付を含む入学手続を完了することによって、両者の間に在学契約が成立するものと解するのが相当である。もっとも、入学手続を完了して在学契約を締結した者が当該大学の学生の身分を取得するのは、当該大学が定める入学時期、すなわち通常は入学年度の４月１日であり、大学によって教育役務の提供等が行われるのも同日以降であるから、双務契約としての在学契約における対価関係は、同日以降に発生することになる。

##### ウ．学生納付金の性質

学生納付金には、①入学金、②授業料、③実験実習費、施設設備、教育充実費等、④学生自治会費、同窓会費、父母会費等が含まれる。このうち②と③は、教育役務の提供等、在学契約に基づく大学の学生に対する給付の対価としての性質を有するものと解される。これに対して、①の入学金は、入学時のみに納入することとされ、法令上も授業料とは別に位置づけられている（学校教育法施行規則４条１項７号等）。

入学金は、その額が不当に高額であるなどの特段の事情のない限り、学生が当該大学に入

学しうる地位を取得するための対価としての性質を有するものであり、当該大学が合格した者を学生として受け入れるための事務手続等に要する費用にも充てられることが予定されている。入学金の納付を義務づけていることは公序良俗に反するとはいえない。

#### エ．在学契約等の解除

(ア) 教育を受ける権利を保障している憲法26条の趣旨や教育の理念にかんがみると、大学との間で在学契約等を締結した学生が、当該大学において教育を受けるかどうかについては当該学生の意思が最大限尊重されるべきであるから、学生は、原則として、いつでも任意に在学契約等を将来に向かって解除することができる一方、大学が正当な理由なく在学契約等を一方的に解除することは許されないものと解するのが相当である。

(イ) 入学辞退を申し出ることは、在学契約の解除の意思表示と評価することができる。

(ウ) 入学辞退の申出が当該学生本人の確定的な意思に基づくものであることが表示されている以上は、口頭によるものであっても、原則として有効な在学契約の解除の意思表示と認めるのが相当である。

(エ) 在学契約は、解除により将来に向かってその効力を失うから、少なくとも学生が大学に入学する日（通常4月1日）よりも前に在学契約が解除される場合は、学生は当該大学の学生としての身分を取得することも、当該大学から教育役務の提供等を受ける機会もないのであるから、特約のない限り、在学契約に基づく給付の対価としての授業料等を大学が取得する根拠を欠くこととなり、大学はこれを学生に返還する義務を負うものというべきである。同日よりも後に在学契約が解除されたものであるときは、いまだ大学が在学契約に基づく給付を提供していない部分に対応する授業料等については、大学が当然にこれを取得し得るものではないというべきである。

これに対して、学生が大学に入学しうる地位を取得する対価の性質を有する入学金については、その納付をもって学生は上記地位を取得するものであるから、その後に在学契約等が解除され、あるいは失効しても、大学はその返還義務を負う理由はないというべきである。

#### オ．不返還特約の性質

(ア) 一般に、大学は、要項等において、「いったん納付された学生納付金は理由のいかんを問わず返還しない」などと定めており、学生納付金を納めて大学と在学契約を締結した学生は、これらの定めを理解、認識して納付したものと認められるから、当該学生と当該大学との間においては、上記定めに従った特約（不返還特約）が成立したものと認められる。

(イ) 入学金については、その性質上、大学は返還義務を負うものではないから、不返還特約のうち、入学金に関する部分は、注意的な定めにすぎない。

(ウ) 不返還特約のうち、授業料等に関する部分は、在学契約が解除された場合に、本来は大学が学生に返還すべき授業料等に相当する額の金員を、大学が取得することを定めた合意である。

合格者が実際に当該大学に入学するかどうかは、不確実であり、実際の入学者が定員との関係で増減がある場合は、十分な国庫補助金も得られない場合もあり、また新年度以降の学生の追加入学は、事実上困難であることなど、諸般の事情を考慮すると、不返還特約は、入学辞退によって大学が被る可能性のある授業料等の収入の逸失その他の有形、無形の損失や不利益等を回避、てん補する目的、意義を有するほか、早期に学力水準の高い学生をもって適正な数の入学予定者を確保するという目的に資する側面も有するものといえる。以上によれば、不返還特約のうち授業料等に関する部分は、在学契約の解除に伴う損害賠償の予定又は違約金の定め の性質を有するものと解するのが相当である。

カ．在学契約等への消費者契約法の適用

消費者契約法は、消費者と事業者との間で締結される契約を消費者契約として、包括的に同法の適用対象としており、すべての法人が事業者としての「法人」に該当するものと解されるから、在学契約の当事者である学生と大学（学校法人等）は、消費者および事業者に当る。同法施行後に締結された在学契約は、消費者契約に該当する。不返還特約は、違約金条項に当る。

キ．不返還特約の公序良俗違反該当性

前記のとおり、不返還特約は、一概にその合理性を否定することはできない。不返還特約は、その目的、意義に照らして、学生の大学選択に関する自由な意思決定を過度に制約し、その他学生の著しい不利益において大学が過大に利益を得ることになるような著しく合理性を欠くと認められるものでない限り、公序良俗に反するものとはいえないというべきである。

ク．不返還特約の消費者契約法上の効力

（ア）消費者契約法9条1号の規定により、違約金等条項は、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（平均的損害）を超える部分が無効とされるところ、在学契約の解除に伴い大学に生ずべき平均的な損害は、一人の学生と大学との在学契約が解除されることによって当該大学に一般的・客観的に生ずると認められる損害をいうものと解するのが相当である。そして、上記平均的な損害及びこれを超える部分については、事実上の推定が働く余地があるとしても、基本的には、違約金等条項である不返還特約の全部または一部が平均的な損害を超えて無効であると主張する学生において主張立証責任を負うものと解すべきである。

（イ）前記のとおり、今日の実情の下においては、一人の学生が特定の大学と在学契約を締結した後、当該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とはできないものというべきである。なお、一人の学生が在学契約の解除に伴い、大学においては、当該学生の受け入れのために要した費用が無駄になったり、事務手続をやり直すための費用を要したりすることもあるが、これらは入学金によって賄われているものといえることができる。



したがって、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と解される在学契約の解除、すなわち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時点よりも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り、学生の納付した授業料等は原則として、全額が当該大学に生ずべき平均的な損害を超えるものといわなければならない。

これに対し、学生による在学契約の解除が、上記時点以後のものであれば、そのような時期における在学契約の解除は、当該大学が入学者を決定するにあたって織り込み済みのものということはできない。そして、大学の予算は年度単位で策定されていて、当該年度の予算上の支出計画を変更するなどして人的物的教育施設を縮小したり、支出すべき費用を減少させたりすることは困難であること、一般に在学契約に基づく大学の学生に対する給付も1年を単位として準備されていることなどに照らすと、当該大学は、原則として、上記解除により、学生が当該年度に納付すべき授業料等に相当する損害を被るものというべきであり、これが上記時期における在学契約の解除に伴い当該大学に生ずべき平均的な損害といえることができる。したがって、上記時期に在学契約を解除した学生の納付した初年度に納付すべき授業料等については、原則として、当該大学に生ずべき平均的な損害を超える部分は存しないものというべきである。(ウ) 一般に、4月1日には、学生が特定の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ものというべきである。そうすると、在学契約の解除の意思表示が同日よりも後にされた場合には、原則として、学生が納付した授業料等は、それが初年度に納付すべき範囲内のものにとどまる限り、大学に生ずべき平均的な損害を超えず、不返還特約は、すべて有効となるというべきである。

もっとも、専願の推薦入試に合格して当該大学と在学契約を締結した学生については、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ものというべきであるから、当該在学契約が解除された場合には、代わりの入学者を容易に確保することができる時期を経過していないなどの特段の事情がない限り、当該大学には、授業料等に相当する平均的な損害が生じるものというべきである。

#### ケ. 不返還特約等の消費者契約法10条該当性

前記のとおり、不返還特約のうち平均的な損害を超える部分に限って、消費者契約法9条1号によって無効とされるのであり、前記の不返還特約の目的、意義に照らすと、同号によって無効とならない部分が、同法10条にいう「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」に該当しないことは明らかである。また入学金の納付の定めは、入学し得る地位を取得するための対価に関する定めであるから、同条にいう「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し消費者の権利を制限し、または消費者の義務を加重する消費者契約の条項」には該当せず同条適用の要件を欠くものという

べきである。

## （２）各論

ア．学生納付金が納付され、入学手続が行われた時点で、本件在学契約が成立した。

イ．本件入学金の納付の定めについては、これが公序良俗に反して無効と解すべき事情はうかがわれない。消費者契約法10条も適用されない。原告Bの請求のうち、本件入学金の返還を求める部分は理由がない。

ウ．原告Bは、平成14年3月29日ころ、電話で被告N大学への入学を辞退する旨告げたというのであるから、これにより原告Bの確定的な入学辞退の意思表示されたものというべきであり、したがって原告Bに係わる本件在学契約は、同年3月29日ころ解除されたものと認められる。

エ．本件不返還特約のうち、授業料等に関する部分は、在学契約解除に伴う損害賠償の予定又は違約金の定め の性質を有するものと解される。

オ．本件在学契約は消費者契約に当り、本件不返還特約（本件授業料等に関する部分）は、違約金条項に当る。

カ（ア）原告Aは、「本学部に入 学することを確約できる者」とする本件推薦入試を受験して、合格発表を受けた後、所定の期限である平成13年12月4日までに、本件学生納付金を納付して被告N大学と在学契約を締結したというのであるから、原告の入学が客観的にも高い蓋然性をもって予測される状況にあったものというべきである。そうすると、原告Aが本件在学契約を解除した平成14年3月13日の時点で、被告大学において他の入学試験等によって代わりの入学者を通常容易に確保することができる時期を経過していないなどの特段の事情がない限り、この在学契約の解除について被告大学に生ずべき平均的な損害は、本件授業料等に相当する額を下回るものではないというべきである。原告Aに係わる本件不返還特約は全部有効と認められるので、被告大学は、原告Aに対し、本件授業料等の返還義務を負わないというべきである。

（イ）上記の特段の事情について審理判断することなく、原告Aによる在学契約の解除について被告大学に生ずべき平均的な損害が存しないとして、原告Aが納付した本件授業料等の全額がこれを超えるものとした原審の判断には、明らかな法令の違反がある。

キ（ア）原告Bは、平成14年3月29日ころ本件在学契約を解除したが、この時点では、原告Bが被告大学に入 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ような状況にはなかったというべであり、この在学契約の解除については、被告大学に生ずべき平均的な損害は存しないものであって、原告Bが納付した本件授業料等は、その全額がこれを超えるものとして、原告Bに係る不返還特約は全部無効というべきである。被告大学は原告Bに対し、本件授業料等を返還する義務を負う。



## 〔4〕研究

### （１）在学契約の法的性質

最高裁判決によれば、「大学は、学術の中心として、広く知識を授けるとともに、深く専門の学芸を教授研究し、知的、道徳的及び応用的能力を展開させること等を目的とする（学校教育法52条、69条の2第1項）もの」であるという位置づけのもとに、大学と学生との間で締結される在学契約は、大学が学生に「講義、実習及び実験等の教育活動を実施するという方法で」教育役務を提供し、これに必要な教育施設をも利用させる義務を負い、学生は大学に対して、これらに係る対価を支払う義務を負う契約であるとされる。学生は、大学の構成員としての身分、地位を取得、保持し、大学の包括的な指導、規律に服することなどから、在学契約には複合的な要素が認められる。また、大学は、その目的や公共性（教育基本法6条1項）等から、教育理念や教育法規によって規律されることが予定されており、取引法の原理にはなじまない側面を少なからず有している。以上から、「在学契約は、有償双務契約としての性質を有する私法上の無名契約」とであると判示された。

在学契約の法的性質をめぐることは、下級審で「準委任契約」とする立場と「無名契約」と理解する立場に分かれ、対立していたが、最高裁は後者の立場を宣明したことになる（潮見佳男『学納金返還請求』最高裁判決の問題点（下）－民法法理の迷走』NBL, No. 852（2007, 3, 1）55項以下）。

学納金の返還の問題を委任契約（民法651条）論で説明すると、学生の側は、自由にいつでも解約することができ、原則的に賠償責任も生じないから、その全面返還を主張するには都合がよい。しかも、大学へ入って教育サービス（役務）を受けることは、大学教育の実態からして、委任契約の延長にあると考えても、それほど不自然ではないだろう。

他方、大学というのは、教育権（憲法26条）に対応する一種の「制度」であり、数々の教育関連法規の制約を被る。その意味で、大学は、「公共性」ないし「公法性」を帯有する存在である。最高裁が「取引法の原理になじまない」と述べたのも、このような認識があつてのことと思われる。最高裁判決は「学生の意思が最大限尊重されるべきであるから、学生は、原則として、いつでも任意に在学契約等を将来に向かって解除することができる一方、大学が正当な理由なく在学契約等を一方的に解除することは許されない」と言明した。在学契約は、私法上の契約ではあるが、そこには憲法26条の教育権保障の趣旨から由来する「公法的契機」が認識されるということであろう。

しかしこうした認識は、実際の判決文には生かされず、単に「有償双務契約としての性質を有する私法上の無名契約」と定義づけられるに留まった。

## （２）消費者契約法と不返還特約

### 〔入学金と授業料〕

不返還特約は、損害賠償額の予定又は違約金の定め の性質をもつもので、民法90条の「公序良俗」には反しないが、消費者契約法9条1号の「平均的な損害」を超える部分は無効になるとされた。そして判決は、不返還特約のうち、入学金と授業料等を峻別し、それぞれにつき検討を加える。

まず、入学金は、不相当に高額で、他の性質を有すると認められる特段の事情のない限り、「入学し得る地位を取得するための対価」「事務手続等に要する費用」に充てられるものとして、返還は不要であるとされた。入学金は、事務処理手続の費用にのみ充られるものという見方も成り立つが、判決は、学生がそれによって自らの入学できる地位取得の対価であり、大学が当然に徴収できるものとした。

これに対して、授業料は、契約解除により「大学が当然にこれを取得し得るものではない」との前提に立ち、「平均的な損害」を超えた部分の特約は無効とされ、授業料の返還が許容される。一般入試の場合、3月31日までの入学の辞退は、「織り込み済み」の辞退であるから、平均的な損害は生じないが、4月1日以降は、入学は高い蓋然性をもって予測されるので、この日以降の辞退において、納付金は平均的な損害を超えず、不返還特約は有効となる。ただし推薦入試の場合は、契約成立時に入学が高い蓋然性をもって予測されるので、「特段の事情」のない限り、解約の時点において、初年度の納付金相当の平均的な損害が生じ、不返還特約は有効とされるのである（丸山絵美子「学生納付金返還請求訴訟」〔最新判例演習室＜民法＞〕法学セミナー2007-03no. 627、116項）。

判決の論理は、「平均的な損害」というものを基準に、平均的な損害が生じるか生じないかを考える時点として、3月31日までと4月1日以降を区別し、31日までは平均的な損害は生じないが、1日以降は平均的な損害が生じるものと類型化した。そして判決が、消費者契約法9条は、解約による損害が平均的な損害に留まるケース（不返還特約有効＝授業料返還必要なし）と、平均的な損害を超えるケース（不返還特約無効＝授業料返還必要あり）を想定していると解釈したが、実際には、①そもそも何らの損害も発生しない段階、②損害が平均的なものに留まる段階、そして③損害が平均的なものを超える段階の三つが考えられる。判決は、この区別を意識せず、「織り込み済み」の論理も加わって、わかりにくいものとなった。

### 〔消費者契約法9条か10条か〕

平成13年施行の「消費者契約法」は、包括的でしかも予測可能性のある具体的な私法ルールを用意することで、深刻化する消費契約サービス紛争の未然防止と妥当な解決をはかることが期待された。これまで日本の民・商法には、消費者契約そのものをターゲットにした私法ルー

ルがほとんど存在せず、問題の解決は業法中心の「公法」ルールに依拠せざるをえなかったため、同法の制定が待たれていたという（〈特集〉「学納金返還請求」最高裁判決を読んで―①消費者契約法の効果が発揮された判決〔落合誠一〕NBL849号、2007. 1. 15、8項）。

ところで消費者契約法は、「消費者と事業者との間の格差にかんがみて

1 事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができること

2 事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の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ほか

3 適格消費者団体が事業者団体に対して差止請求をすることができること

これらによって、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を目的とするものである」（第1条）。

本件で問題となった受験生（個人）と大学（学校法人）との間で結ばれた「在学契約」は、法律の文言上は消費者契約にあたるが、最高裁もこのことを明確に認めた。

さて、学則や入学試験・手続要項で定められた「不返還特約」は、「いったん提出した入学関係の書類と納入金はいかなる理由があっても返還しない」旨を内容とするものである。判決は、不返還特約のうち、授業料等に関する部分は「損害賠償の予定又は違約金の性質を有するもの」と位置づけた。そして前記のように、判決は、この損害賠償の予定額が「超」平均的損害に相当するかどうか、相当する場合は消費者契約法9条1号（＝強行法規）により無効となるかどうかを検討した。

しかし、不返還特約の性質をこのように理解することは、必ずしも自明ではないという（前記〈特集〉③不返還特約の意味と位置づけを中心に〔窪田充見〕NBL. 849号、2007. 1. 15、10－11項）。学納金に関する不返還特約は、解約の時期や理由をまったく問題とすることなく、返還しないという内容のものであるため、実質的には解除を認めないものにほかならない（解約の制限）。この見方からは不返還特約は、消費者契約法9条の問題ではなく、むしろ同法10条ないし民法90条の問題として扱われることになる。

こうして仮に不返還特約が解除権の制約として機能するなら、当該特約の内容が妥当かどうかの検討が必要である。すなわち「授業料に対応する部分については準委任契約としての性格を有するものとして、（類推適用される）民法651条を消費者（学生）に不利に変更する特約の有効性が、消費者契約法10条によって問題とされる」のである（前掲・窪田充見11項）。

#### （４）憲法29条（財産権）と消費者契約法

本判決と同日に、最高裁は、別件で消費者契約法の憲法適合性につき、概要つぎのような判断を下している。争点は、消費者契約法が損害賠償額の予定又は違約金の定めを制限している

（9条1号）ことが、憲法29条（財産権保障）に違反するかどうかというものであった。まず、この判決＝最高裁平成18年11月27日第二小法廷判決（判例時報1958号61項）から引用する。

「財産権に対する規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである。」（最高裁平成12年（オ）第1965号、同年（受）第1703号同14年2月13日大法廷判決・民集56巻2号331項）。

「消費者契約法9条1号は、同法2条3項に規定する消費者契約について、消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であって、その額が同法9条1号に定める額を超えるものは、当該超える部分を無効と定めている。」

「このような規定を定める必要性について考えると、消費者と事業者との間には、その有する情報の質及び量並びに交渉力の格差が構造的に存在し、消費者と事業者との間に締結される契約を双方の自由な交渉にゆだねるときには、上記のような格差から消費者の利益を不当に侵害する内容の契約が締結されるおそれがあるから、このような消費者の不利益の発生を防止し、消費者を保護する必要があるというべきである。」

「消費者契約法は、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等によって、消費者の利益の擁護を図り、もって国民経済の健全な発展に寄与することを目的として制定されたものであり、上記のような消費者と事業者との間に存する格差に着目して、同法2条において、両者の間で締結される契約を広く同法の適用対象と定め、同法9条1号は、消費者契約の解除に伴って事業者が消費者に対し高額な損害賠償等を請求することによって、消費者が不当な出えんを強いられることを防止することを目的とするものであって、このような立法目的が正当性を有することは明らかである。」

「更に同号の内容が、上記のような目的を達成するための手段として相当であるか否かについて考えると、同号は、損害賠償の予定等を定める条項をすべて無効とするのではなく、そのうち、解除される消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い事業者に生ずべき平均的な損害の額を超える部分を無効とするにとどまるものであり、このことからすれば、同号の規定が、上記のような立法目的達成のための手段として、必要性や合理性を欠くものであるとすることはできない。」

「したがって、消費者契約法2条3項に規定する消費者契約を対象として損害賠償の予定等を定める条項の効力を制限する同法9条1号は、憲法29条に違反するものではない。」

ところで、判決の中で引用された最高裁平成14年2月13日の判決（判例時報1777号37－38項）は、インサイダー取引規制に関するものであったが、最高裁は、その中で、証券取引法164条1項と憲法29条との関係について次のように述べていた。

「財産権は、それ自体に内在する制約がある外、その性質上社会全体の利益を図るために立法府によって加えられる規制により制約を受けるものである。財産権の種類、性質等は多種多様であり、また、財産権に対する規制を必要とする社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策に基づくものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等を図るものまで多岐にわたるため、財産権に対する規制は、種々の態様のものがあり得る。このことからすれば、財産権に対する規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである。」

「法〔証券取引法〕164条1項は、証券取引市場の公平性、公正性を維持するとともにこれに対する一般投資家の信頼を確保するという目的による規制を定めるものであるところ、その規制目的は正当であり、規制手段が必要性又は合理性に欠けることが明らかであるとはいえないのであるから、同項は、公共の福祉に適合する制限を定めたものであって、憲法29条に違反するものではない。」

以上に述べられた最高裁の基本的立場は、かつて共有森林につき、持分価格2分の1以下の共有者に、分割請求権を否定した森林法186条本文の規定について、憲法29条2項に違反するとの判断を示した森林法違憲判決（最大判昭62年4月22日民集41巻3号408項）と、実質的に異なるものではない（判例時報1777号37項〔調査官解説〕）。森林法違憲判決の中でも、最高裁は、すでに次のように述べていたからである。

「財産権は、それ自体に内在する制約があるほか」「立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうる」。「裁判所としては、立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又規制目的が公共の福祉に合致するものであっても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであって、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法29条2項に違背するものとして、その効力を否定することができるものと解するのが相当である」。森林法186条の立法目的は、「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の増進を図り、もって国民経済の発展に資することにある」。このような目的は、「公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない」とされた。



しかし、森林法には森林の範囲、期間の限定がないことや、現物分割においても合理的な分割が可能であることなど、ただちに細分化に至るわけではないことなどから、森林法186条による分割請求権の制限は、立法目的との関係において「合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らかであって」同条は、憲法29条2項に違反し、無効であるとされた。

森林法判決の冒頭部分で「財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうる」と判示されており、確かに表現上は、証券取引法事件判決とかなり類似したものとなっている（しかし合憲・違憲の結論は分かれることになった）。

このように、判断表現に差のない証券取引法事件判決と森林法判決ではあるが、近年、最高裁は、もっぱら証券取引法事件判決を引用して財産権分野の事件処理を行っていると評される（遠藤美奈「消費者契約法9条1号と憲法29条」判例セレクト2007年9項）。本件の学納金返還請求事件も、その線に沿った判決であった。

したがって「学納金」判決は、違憲審査基準についてみるならば、比較考量の手法を前提としつつ、①立法の規制目的の正当性、および②規制の立法目的達成手段としての必要性もしくは合理性の有無を基準としている。もっとも事件の内容と関係法規が異なり、また「森林法判決」、「証券取引法判決」、「学納金判決」の3つでは、問題となった法分野に違いのあることも軽視できない。森林法は、所有権（民法の物権）、証券取引法は、取締役のインサイダー取引禁止（会社法）、学納金は、消費者契約（民法の債権）といった違いである。また、違憲審査の前提として、二分法をとるなら、それぞれの法律が「積極的規制目的」なのか「消極規制目的」なのか、ということも問題となる。森林法上の規制は、積極規制目的であると思われ、インサイダー取引規制は、やはり積極規制目的であるが、消費者契約法は、両目的が絡み合う規制であると考えられよう。同法には、「消費者の利益を図り、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を目的とする」（1条）旨定められている。

#### 〔4〕 むすびー公法と私法との交錯領域

本最高裁判決は、結局、入学辞退が3月31日までに行われれば、学納金のうち、入学金以外は返還を認めるという形で、事案を処理した。この結論自体は、政策論としてはほぼ妥当な線であったと言えよう。しかしなお個別的にみると、事例によっては、憲法26条の教育を受ける権利を侵害しかねない場合もありうる。たとえば、入学金が高額に設定されている系統の大学の場合、受験生が入学辞退による金員の損失を回避するために、上位の志望校を断念することになるようであれば、それは、教育を受ける権利から導かれる大学選択の自由を制約すること

にもなろう（前記〈特集〉⑦消費者契約法施行前の不返還特約も無効と解する余地も〔後藤巻則〕16項）。最高裁も「不返還特約は、その目的、意義に照らして、学生の大学選択に関する自由な意思決定を過度に制約し、その他学生の著しい不利益において大学が過大に利益を得ることになるような著しく合理性を欠くと認められるものでない限り、公序良俗に反するものとはいえない」と判示しており、限定的ではあるが、公序良俗違反になる余地を認めた。こうして、学納金の不返還問題を考えるには、憲法26条の「教育を受ける権利」（どの大学で教育を受けるかの決定権）を「公序論」の中心に据える必要があるという見方も説得的である（後藤巻則「学納金不返還条項の不当性」民商法雑誌136巻4・5号 2007年 622項）。

#### 〔私法と公法の接点〕

そこであらためて、民法90条の「公序良俗」とは何かという原理的な問題が生じ、さらに本稿との関係で言えば、憲法26条の教育を受ける権利が「公序良俗」の内容を構成することはできないかどうか、という問題にも発展する。この問題は、より普遍化すれば、公序良俗違反の契約を無効とする「民法」と、教育権を社会権として保障する「憲法」との関係いかなの問題に尽きよう（もっともこの問題は、平成13年の、民法の特別法としての消費者契約法の制定以降は、主として同法と憲法26条との関係いかなの問題に変換された）。

さて両者の関係をめぐる問題は、憲法論としては、いわゆる「基本権の私人間効力論」の問題に係わる。伝統的な捉え方では、ある法関係が「公法関係」と把握されるなら、憲法が適用され、「私法関係」として性格づけられるならば、そこには憲法ではなく民法が適用されるものと考えられてきた。この理解は、「立憲君主政モデル」であるとの批判もあるが（高橋和之「人権論のパラダイム—私人間効力論を中心にして」憲法問題〔17〕2006年45項）、戦前から今日に至るまで、通説的憲法学の考え方であったことは間違いない。

法律関係を「公法関係」と「私法関係」とに分けることは、ヘーゲル哲学以来のドイツ国法学の一般的な捉え方であり、戦前戦後を通じて、日本の公法学の主流がそれを受け入れてきたことは、動かしがたい事実である。現在の日本国憲法下においても、その考え方の影響力は少なくない。一般的な法学概論の教科書では、たとえば国家と私人の関係は「公法関係」であり、私人と私人の関係は「私法関係」とであるとされ、前者は、言わば「縦の関係」であり、後者は「横の関係」として説明される。そして前者には、憲法が適用されるのに対して、後者には、民法が適用されるのである。

明治憲法下においては、このような公法・私法のデュアリズム（二元論）は、それぞれ自己完結した法体系として存在していた。しかし敗戦後、憲法は、「立憲君主政モデル」から「国民主権モデル」に転換したので、明治憲法下の二元論とは、矛盾ないし不整合をきたすこととなったのである。それを人権領域で、法理論上整合させようとしたものがいわゆる人権（基本権）の私人間効力ないし第三者効力の問題であった。より具体的に言えば、それは、憲法の基

本価値である人権は私法関係においては保障されないか、あるいは保障されるとしても直接的にはなく間接的に、といった問題に接続していく。言うまでもなく、人権は私法関係において、民法90条の「公序良俗」条項を媒介として、すなわち人権侵害の契約等をこの条項違反により無効として、人権は、間接的に保障されるというのが今日の通説である。

戦後改革によって、「公法関係」は「国民主権モデル」へと、根本的に変化することになったが、「私法関係」は、民法をベースとして、無変更のまま存続することとなった。したがって今日においても、法関係の二元的構成は、認識概念として、また説明概念としても有効であると思われる。

以上を前提にすれば、本件で問題となる憲法的論点は、①憲法26条の教育権が私立大学（＝私法関係）でどのように扱われるか（直接適用か間接適用か等）、②私法の特別法である消費者契約法は、憲法29条の財産権と公共の福祉との関係で、どのように位置づけられるかの二つである。

論点①について。教育権は、法常識では社会権に属するものであり、自由権的契機を内包し、学習権的な構成を容認するものとはいえ、主として国家に対し、権利保障の様々な施策を要請するという性質を帯びる（樋口陽一／佐藤幸治／中村陸男／浦部法穂『注釈日本国憲法（上）』1984年598項以下）。換言すれば、ここでは、基本権主体（国民）の対国家に対する作用関係が主要な問題となる。国家と市民社会ないし公法と私法との二元論を肯定する立場からは、たとえば私立大学が教育基本法や学校教育法の適用を受けるとしても、それが基本的には「私法関係」に属するものである以上、在学契約の成立と解除の場面で、憲法ないし教育権を持ち出すことの逡巡がある。基本構図の理解を誤ってはならないという配慮からである。教育権は国家に対する積極的「公権」であるため、私法上の関係において「裸」のままで登場すべき人権ではないと言わねばならない。

論点②について。憲法29条は、「財産権は、これを侵してはならない」（1項）「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」（2項）と規定しており、ここでの主要な論点に、人権と公共の福祉との原理的な問題があることは言うまでもない。とくにここで問題となるのは、消費者契約法が「公共の福祉に適合するやうに」定められた「法律」に該当するかどうかである。最高裁判決は、当然該当するものと判断したが、先に述べたように、消費者契約法が私法の特別法であるとするれば、それはあくまで「私法」であって、憲法の影響が及ぶ「公法」にはあたらないだろう。それはともかく、そもそも、戦後制定の「憲法」29条の「公共の福祉に適合するやうに」定められた法律の中に、戦前制定の「民法」は属するのか、これまでの憲法学ではまったく問題とならなかった論点である。少なくとも一般に了解されうるのは、「消費者の利益を不当に害する」契約等を無効することのできる消費者契約法は、「公共の福祉」に適合するやうに定められた法律であり、同時に民法の強行法規（信義誠実・公序良

俗原則) を具体化した「特別法」でもあるという視点であろう。

[まとめ]

不返還特約の問題は、あらゆる人が、それぞれの立場から議論に参加してよいテーマである。それぞれの言い分の数だけ論点の数がある、といっても過言ではない。しかし、その最大の問題は、「いったん提出された入学手続書類及び入学者納入金はいかなる理由があっても返還しない」と書かれるその表現法そのものにある。受験生にとって、納付金の額や納付期限については交渉の余地がなく、一方的に大学側に決定されてしまっていること、受験生の側は不本意ながらそれに従わざるを得ないのが現実である。このこと自体、すでに消費者契約法上の問題であると思われるが、「いかなる理由があっても返還しない」という、この「威圧」的な言い回しで、相手を従わせ、否応なしに金員を手にするというやり方は、「個人の価値を尊重し」「正義と責任」を重んずる(教育基本法2条)はずの大学にふさわしくはない。個人の尊厳と信義誠実の原則(民法1・2条)に明らかに反しているといえよう。

もっとも、この問題の背景に、日本の大学入試制度の問題と大学間の格差問題、私立大学に対する国庫助成が乏しい現状、私学経営の難しさ、世界一高い学費、不十分な奨学金制度等の問題があることも忘れてはなるまい。法律論による解決がすべてではない。

#### [参考文献]

- ・野沢正充「新判例研究・私立大学に対する学納金返還請求訴訟」法学セミナー 589号(2004) 58項
- ・＜特集＞「学納金返還請求」最高裁判決を読んでーコメント集ーNBL849号(2007) 8-22項
  - 1 落合誠一「消費者契約法の効果が発揮された判決」
  - 2 潮見佳男「学納金返還と公序良俗規範」
  - 3 窪田充見「不返還特約の意味と位置づけを中心に」
  - 4 松本恒雄「判例による『在学契約法』の創造」
  - 5 朝倉佳秀「『平均的な損害』の主張立証責任の所在に決着」
  - 6 鹿野菜穂子「平均的損害の判断枠組みと2つの例外に疑問」
  - 7 後藤巻則「消費者契約法施行前の不返還特約も無効と解する余地も」
  - 8 野沢正充「総論は適切であるが各論に疑問の残る判決」
  - 9 茨木 茂「返還すべき場合と範囲をもっと拡大すべき」
  - 10 野々山宏「平均的損害の立証責任を学生に認めた判断は問題」
  - 11 大野徹也「『口頭辞退有効説』が残した禍根」
- ・後藤巻則「学納金不返還条項の不当性」民商法雑誌136巻4・5号(2007) 611-644項
- ・後藤巻則「時の問題 学納金返還請求訴訟」法学教室322号(2007) 9項

- ・丸山絵美子「最新判例演習室〔民法〕学生納付金返還請求訴訟」法学セミナー 627号 2007年116項
- ・潮見佳男「『学納金返還請求』最高裁判決の問題点（上）－民法法理の迷走」NBL851号（2007）75－80項
- ・潮見佳男「『学納金返還請求』最高裁判決の問題点（下）－民法法理の迷走」NBL852号（2007）55－65項
- ・今西康人「学納金返還訴訟上告審判決」判例時報1981号（2007）179項
- ・加藤正男「最高裁判決の解説」ジュリスト1341号（2007）155項
- ・小粥太郎「学納金不返還特約の効力など－学納金返還訴訟（最判平成18. 11. 27）」判例セレクト（2007）14項
- ・松丸正「特集・最高裁判決2006－弁護士が語る大学の常識を覆す－私立大学前納学納金返還訴訟」法学セミナー 626号（2007）

【付記】本稿は、東北大学公法判例研究会（09. 1. 17）での報告に加筆したものである。



## **Case relating to the demand for returning the entrance fees and the tuition fees after the entrance refusal, the Supreme Court. November 27, 2006**

Prof. Kikuji YAMAGISHI

### **The facts**

The plaintiff, an applicant passed a recommendatory entrance examination of N-Uni. and paid the entrance fees and the school fees and went through the entrance formalities. Afterwards he passed an entrance examination of another university that he was eager to enter, so he reversed the entrance process of N-Uni.

The plaintiff demanded the return of the entrance fees and the school fees that he had already paid, but N-Uni. didn't meet his demand. Therefore he could not help bringing a case to get the paid money back from N-Uni.

### **Points of Judgment**

The district court and the Hight Court ruled that N-Uni. should return the school fees, but need not return the entrance fees. The Supreme Court, however, ruled the different judgment. The main points of the decision are as follows :

- (1) A contract of attendance at school is that with each obligation and cost in a private law.
- (2) When the contract of attendance at school comes into existence?
- (3) The entrance fees are the costs to gain a position on which an entrance into the university could be permitted.
- (4) About the effects of a cancellation of the contract of attendance at school.
- (5) A special contract, under which a candidate for an examination shall not demand the return of all paid fees after a cancellation of the contract of attendance at school, in general not unlawful in the civil law. But so far as the regulations for protecting consumers are applicable, such a special contract may be unlawful and invalid.
- (6) Even if the entrance contract was canceled, the damages did not still occur when N-Uni. had already taken them into account.
- (7) Whether the "not return" contract may be against the public order-rule and the faith-rule in the civil law.