

令和4年（ネ）第■■■■号 違約金支払請求控訴事件

控訴人 ■■■■

被控訴人 ■■■■

控訴理由書

令和4年4月15日

東京高等裁判所第■■■■民事部■■■■係 御中

控訴人訴訟代理人弁護士 徳 本 俊 二

第1 はじめに（本件事案の本質と原判決の不可解な姿勢）

1 本件事案の本質（悪質商法による典型的な消費者事件）

- (1) 本件は、■■■■受験予備校（以下「本件予備校」という。）を営む被控訴人が、その元受講生である控訴人が同予備校教材（以下「本件教材」という。）を第三者に譲渡した行為について、同予備校規約（以下「本件規約」という。）に反するとして違約金500万円及びその遅延損害金の支払いを求めたという事案である。

原判決は、本件規約のうち、本件教材の譲渡禁止を定めた条項（以下「本件譲渡禁止条項」という。）について、同教材譲渡によって被控訴人の「営業上の利益」が害されるおそれがあるとして合理性（有効性）を認めた（原判決4頁・争点(1)）。そのうえで、同譲渡禁止違反につき違約金500万円を定めた条項（以下「本件違約金条項」という。）については、違約金額100万

円の限度で有効であるとして（同・争点(3)）、原告の請求を一部認容した。

しかし、本件は、「事業者（予備校）がその営業上の正当な利益を守る目的で消費者（受講生）の行動を規律する規約を定め、同規約違反によって生じた損害を回復し又は将来の損害発生を防止するために、同規約違反に対する違約金を定めている」というような正当な事案ではない。すなわち、被控訴人（事業者）が、受講生（消費者）らに周知されていない本件規約を口実として、控訴人を含む受講生らに対し、不意打ち的に違約金名目で不当に多額の金員を請求し、これを奪取しようとする事案であって、典型的に多数の同種事案が現に（過去に）発生し又は将来発生する可能性がある。その本質は、悪質商法によって多数の被害者（受講生）らを生むおそれのある典型的な消費者事件である。

- (2) 消費者事件の特徴として、個々の被害者（消費者）の被害額が比較的少額（せいぜい数十万円から100万円程度）であることから、被害者が弁護士を代理人に立てて勝訴しても、弁護士費用等のコストを考えれば、得られる経済的メリットはほとんどなく（場合によってはマイナスになる。）、さらに敗訴のリスクも考えれば、弁護士を立てず泣き寝入りせざるを得ないことが多い（事業者側の提示した和解案に無条件で従う場合も少なくない。）。本件もまさにそのような事案であって、被控訴人が500万円の違約金を請求すると同時に80万円の和解金を提示し（甲19）、これに対して、弁護士を立てないまま同和解案をやむを得ず受け入れて泣き寝入りしている受講生らも少なくないのではないかと思われる。なお、「違約金500万円に対する和解金80万円」というのは、弁護士費用との関係で、被害者（受講生）を泣き寝入りに誘導させる、実に絶妙な金額設定であり、他の消費者事件でも類似の手法がよく見られる（被告準備書面(1)の第2の2〔3～5頁〕で詳述したとおりである。）。

このような事件の相談を受けた弁護士としても、費用対効果の観点から、

やむを得ず受任を断るか、あるいは、社会正義実現のために弁護士自らが損失覚悟で受任するほかないというのが実情である（真つ当な弁護士であればこのような事件の受任にあたって違約金500万円を基準に着手金又は報酬を定めることはないであろうし、最低基準額で着手金又は報酬を定める弁護士も少なくないと思われる。ただ、事件処理の労力等から見て最低基準額では多くの弁護士が受任を断るのではないかと思われる。）。

控訴人本人も、あえて一般的な弁護士報酬基準（旧日弁連報酬基準等）に従った弁護士費用を負担してまで本件を弁護士に委任するつもりはなかった。そのため、代理人弁護士選任には苦勞し、控訴人代理人が本件を受任しなければ泣き寝入りせざるを得ない状況であった。そこで、控訴人代理人としても、社会正義実現（より正確に言えば、そこまで高尚な考えではないが、最低限の弁護士倫理又は一般市民の素朴な正義感として「社会的不正義を放置して、多数の被害者が発生するおそれが高いことを認識しながら、あえてこれを見過ごすわけにもいかない」）という見地から、自らの損得勘定抜きで、本件を受任することとした。

以上のとおり、控訴人（同代理人）としては、単純に自らに有利な結論を求めているわけではなく、何よりも公正な事実認定と法的評価（そこから論理的に導かれる結論）を求めているのである。

2 原判決の不可解な姿勢（不合理な判断によって不正義を導く姿勢）

- (1) 原審裁判所は、当初から本件事案の本質を見誤り、控訴人（被告）代理人が最初に出廷した期日（原審第2回口頭弁論期日）から、すでに結論が決まっているかのように、控訴人に対し和解を勧めたうえで、争う姿勢を示した控訴人代理人に対し、呆れて意に介さないような姿勢であった。原審第1回口頭弁論期日（被告欠席）において、どのようなやり取りがあったのかは不明である。ただ、原審裁判所は、一般的に見て、著作権侵害に該当するような著作物の複製・譲渡、事業者の保有する各種情報のインターネット上での

流出，オークションサイトでの各種トラブルなどの違法・不当な行為が広く横行しているという社会的実情に鑑み，著作権者又は事業者側の利益を擁護しようという政策的判断が働いて，無意識に「控訴人（著作物譲渡者，オークションサイト出品者）は悪であって，被控訴人（著作権者，事業者）はその被害者である」という先入観を抱いたのかもしれない。

しかし，本件は，そのような事例とは異なり，著作権侵害に該当しないのはもちろん，事業者の何らかの利益（営業上の利益等）を侵害するものでもない。その点は，被控訴人（原告）と控訴人（被告）との主張立証を対比してみれば，容易に判断することができるのではないだろうか。仮に上記のような政策的判断が働いたとしても，本件では，被控訴人側に正義があるわけではなく，事実を捻じ曲げてでも被控訴人を勝たせなければならない事情など皆無である。ただ，ありのままの素直な事実認定及び法的評価をすれば，自ずと正義に沿う結論（被控訴人敗訴判決）が導かれるはずである。

後記第2で詳述するとおり，被控訴人の主張の虚偽又は不合理性は明らかである（被控訴人は控訴人の主張に対し何一つまともな反論をなし得ていない。）。原審裁判所は，先入観に囚われて，控訴人がどんなに被控訴人の主張の虚偽又は不合理性を詳述しても，それに何の関心も示さず，被控訴人に問い質そうともせず，常に「結論ありき」で，同結論に合わせて事実を曲解し又は証拠価値のない証拠（甲22，31，32など）を引用し，さらに不都合な事実又は主張（被控訴人の虚偽等）には触れずに結論を導いているにすぎない。

- (2) なぜ，原判決のような判断になるのか，なぜ，原審裁判所までもが，あえて被控訴人にとって都合のいい曲解又は証拠価値のない証拠の引用をするのか，あるいは，被控訴人にとって不都合な事実又は主張に触れようとしなのか。控訴人としては，原審裁判所の意図するところが全く理解できず，虚しささえ感じてしまう。

原判決の背景事情として、被控訴人（原告）が別の受講生らを被告として訴え提起した同種事件が過去に多数又は複数存在し、これら事件において、受講生側が十分な訴訟活動をせず又はすることができなかったがために、一定の違約金支払いを命じる判決が下され又はその旨の訴訟上の和解が成立し、原審裁判所は、本件について、これら事件との整合性を保とうとしたのかもしれない。しかし、仮にこのような同種事件が存在していたとしても、本件で当事者双方の主張立証をよく吟味せず同種事件の結論に足並みを揃えて控訴人（被告）を敗訴させる合理的理由はないはずである。

仮に原判決が裁判所の判断として確定すれば、多くの一般人が控訴人及び被控訴人双方の主張書面を対比したうえで判決書を読んだとき、裁判所に対し不信感を抱くであろうし、ひいては国民の司法全体に対する信頼も揺るぎかねない。さらに、仮に原判決が裁判所の判断として維持されてしまえば、各種予備校等が合理的理由もなくオリジナル教材等の譲渡禁止その他規約を定めて、同規約違反を理由とした違約金名目で受講生らから不当に多額（同規約の保護対象とされた名目上の「予備校側の利益」とも均衡を欠いた過大な金額）の金員を徴収することにお墨付きを与え、このような不当な違約金徴収目的の悪質商法が裁判所公認のビジネスモデルとして横行するおそれがある。その意味でも、控訴人（同代理人）は、心の底から原判決に強い危機感を抱いており、正義に反する原判決を裁判所の判断として絶対に維持させるわけにはいかないと考えている。

第2 原判決の判断の不当性

1 本件譲渡禁止条項の有効性（原判決・争点(1)）

(1) 原判決の「本件教材は貸与品である」との認定について

ア 被控訴人は、本件教材は被控訴人が本件受講契約（甲3）上の役務提供義務を履行するのに必要な限度で控訴人に貸与したものにすぎない旨主張する。仮に同主張のとおり本件教材が貸与品（被控訴人の所有物）であれ

ば、控訴人の第三者に対する本件教材譲渡が禁止されるのは当然である。しかし、本件教材は、控訴人がその対価を支払って適法にその所有権を取得したもの（譲渡品）である。

被控訴人は、本件受講契約は役務提供契約であり、控訴人の支払った代金は同役務の対価（受講料）であって本件教材の対価は含まず、相応の対価なしに本件教材を譲渡することはあり得ないなどとして、本件教材は譲渡品でない旨主張する（原告第1準備書面の10頁1行目以下）。同主張の前提として、本件教材は受講料27万8000円（甲3）では評価されていない極めて高い価値を有すると言いたいようである。

しかし、[REDACTED]の過去問集（解答及び解説付き）その他試験対策用テキストについては、他社（[REDACTED]）が一般に安価（2年分の試験問題とその解答例及び解説に加えて[REDACTED]関連の情報を掲載した全350頁程度のものを約3000円）で販売しており（乙3）、誰でも手軽に入手可能である。また、そもそも[REDACTED]の試験問題自体が特殊又は高度な知識又は能力を問うものではなく、一般教養、並びに基礎的な[REDACTED]の知識又は理解を問うものにすぎない。そのため、過去問集その他試験対策用テキストの内容も、特殊又は高度なものになりようがない。したがって、被控訴人が誇る過去問集その他試験対策用テキストも、他社（[REDACTED]）が出版するもの（乙5）と大差がない（むしろ安価で市販されている他社の出版物のほうが優れた内容であるとさえ思える。）。本件教材は、このような陳腐な内容にすぎず（乙4）、被控訴人が主張するような高い価値を有するものではなく、市場価値で評価すれば1冊当たりせいぜい数百円ないし数千円程度であると思われる。

一般に、大学その他学校（学校教育法第1条）の入学試験又は各種資格試験対策のための予備校又は学習塾とその受講生又は生徒との契約関係は、

サービス（講義又は授業）提供を目的とする役務提供契約である。同契約においては、予備校からその受講生に対し講義に使用するためのテキストその他教材が配布されることが多い。同テキストその他教材については、サービス（講義）提供から独立した固有の高い価値を有するものではなく、当該サービス提供と一体不可分としてこれに付随する物品であって、その対価は役務提供契約の代金（受講料）に含まれるものであって、受講契約（役務提供契約）とは別にあえて物品売買契約が締結されなくても（受講契約中にあえて「教材代金」という費目を設けなくても）、当然に受講生に譲渡されたものと理解するのが一般的である。

イ 原判決は、「本件予備校においては、受講生に配布する教材に I D 番号を付しており、本件教材にも I D 番号が付されているところ（前記認定事実 1 (8)）、原告が受講生に対して教材を譲渡するのであれば、かかる I D 番号を付す必要がないから、I D 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」（原判決 1 2 頁 1 7 行目以下）として、本件教材は貸与品であると認定している。

しかし、本件教材が譲渡品又は貸与品のいずれであるかという問題について、同教材に I D 番号が付されているという事実から議論を出発させ、ほぼ同事実のみに依拠して、本件教材は貸与品である旨認定するというのは、あまりにも強引で全く合理性のない「結論ありき」の事実認定である。すなわち、原判決は「原告が受講生に対して教材を譲渡するのであれば、かかる I D 番号を付す必要がない」と指摘するが、教材が譲渡品であっても、原告（被控訴人）の都合で同教材に I D 番号を付すべき事情はほかにも存在する。すなわち、被控訴人は、教材を貸与品であるとしながら、受講契約の終了した元受講生からも同教材を回収せず、いつまでもその手元に残して泳がせ（実質的には譲渡品扱いであって、「貸与品」というのは後付けの理由である。）、同教材が「メルカリ」等に出品されるや、その I D

番号から直ちに出品者（元受講生）を突き止め、違約金500万円を請求すると同時に80万円での和解を提示している（甲19）。したがって、最初から受講生らによる教材の第三者譲渡を誘発して違約金名目で500万円を請求したうえで譲歩として80万円での和解するという「違約金徴収システム」をつくり、同システムの一環として、出品者を突き止める目的で教材にID番号を付したとも考えられる。

もちろん、その確証はないが、この点に関する被控訴人の主張は、あまりにも不自然・不合理であり、重要な事実につき明らかな虚偽（後記第2の1(1)キなど）もあるから、上記「違約金徴収システム」は一定の合理的根拠に基づく主張である（被告準備書面(4)の第1の1(2)〔2～6頁〕）。それにもかかわらず、原判決は、被控訴人の主張の不自然性・不合理性又は虚偽には全く触れず、何の疑いもなく「原告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」と言い切ってしまう。同判断自体が誤りであるから、これを前提として本件教材は貸与品であると認定する合理的理由はない。

ウ 前記のとおり、そもそも社会常識（一般人の感覚）からして、各種予備校がその運営する講座等で配布する教材等は、特段の事情がない限り、受講生に譲渡されたものであるというのが共通認識である。仮にこれを貸与品とするのであれば、予備校が受講生に対しその旨を周知徹底させ、講座終了後速やかに同教材等を回収すべきである。

本件受講契約（平成27年10月31日申込み）のサービス提供期間は平成28年■■■■■■■■■■第一次試験前日で終了した（甲2の第3項3号）。それにもかかわらず、その後しばらく経過して、控訴人の知らないところで改訂された本件規約（令和元年12月1日改訂版）に、細かい文字で「貸与品である」（乙1）旨加筆されても、すでに受講終了していた控訴人はもちろん、本件規約改訂後に受講した受講生も含めて、ほぼすべ

ての受講生らは、本件譲渡禁止条項及び本件違約金条項など認識しておらず、教材が貸与品である又は教材譲渡が禁止されているなどとは思わないはずである。したがって、講座終了後何年も経過して教材を「メルカリ」等に出品したところで「規約違反である」として違約金を請求されても、元受講生としてはたまったものではない。

エ また、 試験の受験には年齢制限があり、控訴人（平成
 日生，甲3）は、平成30年 月実施の第一次試験（受験資格：平成 日生から平成 日生まで）を最後に、受験資格を失っていた。そのため、令和2年5月当時、控訴人にとって本件教材は不用品になっていたことから、これを廃棄するくらいであれば他人に譲渡して換金したほうが良いと考えるのは、ごく自然な合理的判断である。控訴人も、小遣い稼ぎという程度の軽い気持ちで、本件教材を1冊あたり3000円程度で「メルカリ」に出品した（甲11の2頁目）。このうち「
 演習」数冊（甲11）を合計1万5000円で、「過去問解説 平成18年度～平成28年度」数冊（甲12）を合計3万9800円で第三者に譲渡し（甲15の2頁目）、同譲渡代金から手数料及び送料を差し引いた残額として併せて4万8345円（1万3325円＋3万5020円）を得た。

その当時、控訴人は、本件教材が貸与品又は譲渡が禁止されたものであるなどとは認識しておらず、ましてや本件教材譲渡に対し違約金500万円が請求されるなどとは夢にも思っていなかった。これが一般人の共通認識又は常識であって、本件予備校の受講生又は元受講生らのほとんども、同様の認識であると思われる。

これに対し、被控訴人は、控訴人は本件規約（本件教材譲渡に対して違約金500万円が課されていたこと）を認識していたはずである旨主張し、原判決もその旨認定する。しかし、このような主張又は認定は、あまりに

も一般人の感覚からズレており、小学生の算数レベルで判断し得る経済的合理性すら欠いている。すなわち、控訴人が本件教材を第三者に譲渡して得られる利益（代金）はたかが知れており、実際にも上記のとおり4万8345円を得たにすぎない。この程度の利益を得るために、本件規約の存在を認識しながらあえて違約金500万円を請求される危険を冒す者などいない（なお、違約金500万円の請求が法的に認められるか否かは別問題であって、請求されること自体が重大なリスクである。）。

オ 原判決は、「被告は、本件教材が貸与されたものであれば、貸与期間の定めがあるはずであるとか、被告に対して返還を求めなかったのは不合理であるなどと主張する。しかしながら、教材を使用する講座が終了した後も、本件予備校の他の講座を受講し、[REDACTED]の受験対策を行っている受講生が一定数いることが考え得ることからすれば、全受講生に対して講座終了時に必ず返還させる運用にしていけないなど貸与期間を明示していなかったとしても、何ら不合理ではないから、被告の上記主張は、採用できない。」と述べる（原判決13頁4行目以下）。

まず、原判決は「全受講生に対して講座終了時に必ず返還させる運用にしていけないなど貸与期間を明示していなかったとしても」として、あたかも「原告（被控訴人）は、一部の受講生に対しては講座終了後に教材を返還させる運用をしており、必ずしも厳格に貸与期間を定めていなかったにすぎない」かのように述べる。しかし、これは被控訴人に有利な曲解であって、被控訴人が講座終了後に受講生に教材を返還させる運用など一切していなかった（「全受講生に対して…必ず返還させる運用にしていけない」というレベルどころではない）ことは、次のとおり、被控訴人の主張から明らかである。

被控訴人は、「原告において、不要かどうかの問合せをして、受講生から不要であるなどの申出のあったものについては返還を求めている（。そし

て、返還を求めた場合で返還されなかったことはこれまでにない。原告が返還を求めれば返還するものであるから、貸与であることは明らかである。」と主張する（原告第3準備書面の2頁21行目以下）。

しかし、仮に上記主張第一文のとおりであったとすれば、むしろ教材は貸与品ではない（譲渡品である）と理解するのが自然である。すなわち、仮に教材が貸与品であれば（特に教材を厳しく管理していたのであれば）、受講契約当初から貸与期間又は返還時期の定めがあるはずであって、いずれにしても、これを返還させるのが原則である。被控訴人が受講生に対し教材が不要であるか否かの問合せをして不要である旨の申出があつて初めてその返還を求めるのであれば、教材を返還するか否かは受講生側の任意であつて（返還義務はない）、それは貸与の性質に反する。

被控訴人は、本件教材が貸与品である旨の主張が争われたため、貸与品であることを取り繕うために急遽、連絡の取れる元受講生に対し教材が不要であるか否かの問合せをして不要である旨の申出があつたものについて返還を求めるという措置を取り始めたのかもしれない。そのため、上記のような主張になつてしまったのではないかと思われる。

また、実際のところ「返還を求めた場合で返還されなかったことはこれまでにない」というのが真実であるのか否かは不明であり、その立証は何らなされていない。また、いつから返還を求め始めたのか、どのくらいの規模で（全受講生のうち何割の者に対して）返還を求めたのか、返還を求める際にどのような説明をしたのかも不明であつて、それらの事情如何によつては全く意味のない指摘である。

カ 次に、前記原判決（13頁4行目以下）のうち、被控訴人が講座終了時に教材を回収しなかったという点については、控訴人としても、講座終了後も受講生の便宜に配慮して一定期間は教材を回収しないという運用自体に合理性があることを積極的に指摘して認めている。ただ、そのうえで、

いつまでも無期限で回収しないというのは、被控訴人の主張する「損害」及び「コスト」から見て、極めて不合理ではないかと主張しているのである（被告準備書面(4)の第1の1(2)ウ [4～6頁]）。

すなわち、被控訴人は、教材の第三者譲渡によって莫大な損害（被控訴人の主張によれば少なくとも年間6968万7800円）が発生すると主張するが（原告第3準備書面の4頁以下「損害」）、仮にそうであれば、いつまでも（元受講生が ██████████ 試験の年齢制限に達した後も）元受講生から教材を回収しないというのは杜撰な管理であるというほかない。たとえ各教材にIDを付して教材転売者（元受講生）を突き止めることができたとしても、被控訴人が主張する「莫大な損害」を回復し得るものではなく、仮に回復し得るとしても未然に損害発生を防止するに越したことはない。したがって、いつまでも元受講生から教材を回収せず放置しながら、わざわざ監視員（被控訴人の主張によれば人件費年間480万円）を使って「メルカリ」等を監視して出品された教材をIDで特定し、さらに弁護士（被控訴人の主張によれば弁護士費用年間1359万9960円）を使って出品者を特定して被害回復措置をとるとするのは、実に間の抜けた（馬鹿げたともいえる）対応である。

ところが、原判決は、このような被控訴人の主張の不合理性又は虚偽にも全く触れようとしない。控訴人としては、原判決の意図がどこにあるのか全く理解できないが、あまりにも偏頗な事実認定ではないだろうか。

なお、上記のとおり、被控訴人の主張によれば、教材の第三者譲渡によって莫大な損害（少なくとも年間6968万7800円）が生じるとのことであるが、これは、いわば「風が吹けば桶屋が儲かる」のような仮定に仮定を重ねた論法であり、前提事実にも多くの誤りがあって、何の論理性もない主張である（被告準備書面(4)の第1の2(2) [10～14頁] で詳述したとおりである。）。このように、被控訴人が「子供騙し」ともいえる奇

異なる主張をして虚偽を通そうとしているにもかかわらず、原判決は、このような被控訴人の態度すら問題視しない。

キ さらに、被控訴人は、控訴人が本件教材を「メルカリ」に出品したとき（令和2年5月ころ）まで同教材を回収しようとしなかった理由について、明らかな虚偽を述べている。すなわち、「原告から被告に対して受講期間終了後の『延長制度』の利用を提案したところ、これに対する返事を得られていなかったことから、被告が『延長制度』の利用を検討中であり、原告からテキストの返還を求めるのに適した時期にないと判断したためである。」と主張する（原告第3準備書面の2頁26行目以下）。

この点については、受講期間終了後（平成29年12月19日）、控訴人がメールで被控訴人代表者■■■■■に対し簡単な質問（■■■■■の基準を満たして合格することができるのか）をしたところ、控訴人はすでに受講生ではないため情報を伝えることができないとして「延長制度」の利用を勧められたという事実があったことは確かである。すなわち、被控訴人代表者の話によると、「延長制度」は、利用料金6万4800円（税込み）で、1年間延長して従前と同内容の講座を受講することができるが、「連続する年」が利用条件で、控訴人は同条件を満たしていないところ（平成28年■■月に受講期間が終了している。）、「控訴人には特別に同制度の利用を認める」（悪質商法などでよく聞く勧誘文句である。）とのことであった（乙11の1、2）。

これに対し、控訴人としては、二度と本件予備校で受講するつもりはなく（受講内容が満足できるようなものではなかった。）、ただ単に上記質問に答えてもらいたかっただけであり、そのために6万4800円もの費用をかけるのも馬鹿らしいと思って「延長制度」の勧めに応じなかった。この件に関するメールは、控訴人の「前向きに検討させていただきます。その際は是非、宜しくお願い致します！」との送信に対し、被控訴人代表者の「準

備が整いましたら、いつでもご連絡下さい！」との返信で終わっているが（乙11の3, 4）、控訴人の同メールは単なる「社交辞令」にすぎず、「延長制度」の利用を検討していたわけではない。

いずれにしても、上記メールのやり取りをもって控訴人の返事待ちであったとする被控訴人の主張は、あまりにも無理がある。すなわち、本件受講契約（平成27年10月31日申込み）のサービス提供期間は平成28年■月実施の■■■■■■■■■■第一次試験前日で終了している（甲2の第3項3号）。さらに、前記のとおり、■■■■■■■■■■試験の受験には年齢制限があり、控訴人（平成■■■■■■■■■■日生）は、平成30年■月実施の第一次試験（受験資格：平成■■■■■■■■■■日生から平成■■■■■■■■■■日生まで）を最後に、受験資格を失ったから、どんなに遅くとも平成30年■月以降は「延長制度」利用の検討中ということにはあり得ない。それにもかかわらず、令和2年5月ころまでの間、控訴人が被控訴人から本件教材返還を請求され又は同教材譲渡禁止を指摘されたことは一切なかった。

原判決は、このような被控訴人の主張の明らかな虚偽にも全く触れようとしない。原判決の偏頗な態度はあまりにも甚だしくないであろうか。

(2) 本件譲渡禁止条項の保護対象とされる「営業上の利益」について

ア 原判決は、「本件教材の内容を見ることによって、原告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原告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原告の営業上の利益が害されるといえる。」として、本件譲渡禁止条項の合理性（有効性）を認めている（原判決13頁21行目以下）。

しかし、本件教材の第三者譲渡によって流出してしまうという「ノウハウ」なるものについては、被控訴人の主張内容がはっきりせず、原判決も

その具体的内容を全く示していない。

すなわち、被控訴人は、損害論について、唐突にも「原告の送付するテキスト等は、 [redacted] の受験に関するノウハウが詰め込まれたものである」（原告第3準備書面の4頁21行目）と述べ、あたかも、本件教材が秘匿性の高い貴重な情報を掲載したものであって、それが自明の事実であるかのような主張から出発している。

しかし、そもそも、本件教材に掲載された情報にどれほどの秘匿性があり、それがどれほど貴重なものであるのかが、大前提となる問題である。これを自明の事実であるかの如くスルーしてしまえば、その後どんな説明をしようが、本件教材の第三者譲渡による被控訴人の損害発生の可能性及びその程度（損害額）は何も論証されたことにはならない。実際のところ、[redacted]の試験問題自体は特殊又は高度な知識又は能力を問うものではなく、一般教養、並びに基礎的な [redacted] の知識又は理解を問うものにすぎない（乙2）。そのため、過去問集その他試験対策用テキストも、特殊又は高度なものであろうはずがなく（乙4）、また、市販されている他社（[redacted]）の出版物でも十分に入手可能な情報でしかない（乙5）。それ以上に被控訴人が主張するような何らかの特殊な「ノウハウ」なるものは存在しない。

それにもかかわらず、原判決は、被控訴人のよく分からない主張を真に受けて、あたかも本件教材には何らかの秘匿性の高い貴重な「ノウハウ」が存在するかのような前提で事実認定している。

イ もっとも、[redacted] は、[redacted] であり、[redacted] ともいふべき存在である。それだけに、世間では、[redacted] との誤解が大きく、過大な

不安心理に駆られた多くの受験生が[]受験予備校に通うというのが実情でないかと思われる。しかし、実際には、上記のとおり、[]試験は特殊又は高度な知識又は能力を要するわけではなく（乙2）、せいぜい一般的な大学受験レベルにすぎない（しかも難関校レベルではない。）。したがって、その過去問集など本件教材の第三者譲渡によって被控訴人にいかなる損害が生じ得るのかについては、大学受験予備校の教材が第三者譲渡された事案（乙8）と同様に考えることができる。

一般的な大学その他各種学校受験又は各種資格試験受験についても、過大な不安心理に駆られた受験生が同試験合格のために少しでも有益な情報を得ようとして同試験対策予備校に通うことは少なくない。しかし、実際に通ってみると、市販のテキスト等では得られない特殊な情報を同予備校から得られることは稀であるというのは、多くの人々が経験したことではないかと思われる。もっとも、予備校で特殊な情報を得られるかどうかは実際に通ってみなければわからないというのも実情であり、そこが予備校ビジネスのカラクリであるともいえる。すなわち、予備校としては、受験生にとって有益な情報（市販テキスト等では得られないような貴重な情報）を適正価格で提供するために同情報を秘匿するというよりも、受験生にとって無益な情報（市販テキスト等でも得られる陳腐な情報）を、そうとは知らず誤信した受講生に対し、役務（講座等）という形で提供することによって高額の対価を得るといふビジネスモデルを維持するため、当該情報が無益なものであることを受験生（不特定多数の受講生候補者）に知られないよう同情報を秘匿ということが重要になってくる。

そのような意味では、予備校側の事情として、その運営する講座等で使用されるテキスト等の内容を秘匿する必要性があるともいえる。しかし、そのテキスト等に掲載された情報自体は秘匿性の高い貴重なものではなく、これが外部に漏洩されることによって、予備校が正当な利益を奪われて何

判決10頁22行目)。

しかし、原判決が上記証拠として引用するカタログ(甲22)及び受講生受験番号一覧(甲32)は、いずれも被控訴人作成資料であって、何の客観的な裏づけもなく、XXXXXXXXXX試験合格者一覧表(甲31)と照らし合わせてみても何の証明にもならない。さらに、受講生受験番号一覧(甲32)には、合格実績水増しを窺わせる事情も認められる。この点については、控訴人が詳細に主張したにもかかわらず(被告準備書面(5)の1(1)(2)[1~8頁])、原判決は、これも完全に無視して、何の根拠もなく、本件予備校がXXXXXXXXXX試験合格者の「多く」を輩出している旨認定している。全く論拠不明である。

被控訴人は、本件予備校受講生の合格者占有率は9割以上に及ぶ旨主張しているところ(甲22)、原審裁判所も、さすがにあからさまな水増しを真実であると認定するわけにもいかないということだと思われるが、「多く」という曖昧な表現に変換してごまかしている。しかし、「多く」ということすら何ら立証されていない。ちなみに、被控訴人よりもはるかに歴史が長く会社規模も桁違いに大きいXXXXXXXXXX株式会社が運営するXXXXXXXXXX(XXXXXXXXXX受験予備校)によると、同校受講生のXXXXXXXXXX試験合格者数は、過去12年間で平均して年間約XXXX名(全合格者の1割程度)である(被告準備書面(5)の1(2)[5~6頁])。

仮に原判決による前記「営業上の利益」認定にあたって「本件予備校がXXXXXXXXXX試験合格者の多くを輩出している」との事実が前提ないし背景事情になっているのであれば、同事実の真偽を確認する必要がある。これには消費者庁に対する調査嘱託が有効な手段となり得るため、控訴人は原審において同調査嘱託申立てを行った。ただ、原審裁判所が「その必要性はない」旨指摘していたため、控訴人としても、上記事実の真偽を確認するまでもなく、本件譲渡禁止条項及び本件違約金条項の不合理性(無

効)は明らかである(原審裁判所もそのような認識だからこそ調査嘱託の必要性を否定した。)と、思って、原審裁判所の訴訟指揮に従って同申立てを取り下げたのである(被告準備書面(5)の3(1)[12頁])。しかし、原判決のような不合理な事実認定がなされるのであれば、改めて消費者庁に対する調査嘱託申立ても考える必要がある。

2 本件違約金条項の有効性(原判決・争点(3))

(1) 消費者契約法第9条との関係について

ア 原判決は、「被告は、本件違約金条項が定める違約金はあまりに高額であって、受講生の受けるべき利益と比較して不均衡であり、法外であるから、本件違約金条項は消費者契約法9条1号及び同条2号の趣旨に反して無効であると主張する。しかしながら、消費者契約法9条1号は、消費者契約の解除に伴う損害賠償額又は違約金額についての定めであり、そして、同条2号は、遅延損害金についての定めであって、本件のように教材を第三者に売却等をした場合とは場面を異にするから、同条の趣旨に反することを理由として、本件違約金条項が無効であるとは認められない。」と述べる(原判決16頁13行目以下)。

原判決に指摘されるまでもなく、消費者契約法第9条1号は契約解除に伴う賠償額の予定(違約金)について、同条2号は遅延損害金に係る賠償額の予定(違約金)についての定めであって、本件とは場面を異にするというのは当然である。ただ、そのうえで、控訴人は、これら規定は各場面における賠償額(違約金)の適正額(上限値)を定めたものであって、これら以外の場面でも、事業者と消費者との契約関係においては、賠償金(違約金)の適正額(上限値)が規律されて然るべきであり、本件でも、これら規定の趣旨に従って、同規定が定める適正額(上限値)に準ずる基準が妥当すると主張するものである。契約解除に伴う賠償額の予定(違約金)又は遅延損害金に係る賠償額の予定(違約金)については、厳格な基準が

定められているが、その他の場面では、同基準とかけ離れた高額な賠償額（違約金）を定めることが許されるというのは、法の趣旨（消費者保護）から考えてあり得ない。

したがって、本件において、仮に本件譲渡禁止条項が有効であることを前提として、同条項違反に対する違約金を課すことが許されるとしても、同違約金額は、せいぜい「本件教材の第三者譲渡によって被控訴人に生ずべき平均的な損害額」（消費者契約法第9条1号に準ずる額）に限定されるべきである。なお、その「損害額」は被控訴人に主張立証責任がある。

イ さらに、原判決は、本件違約金条項の文言（甲2）を根拠として、「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。」と述べる（原判決17頁8行目）。しかし、逆に、本件違約金条項が違約罰ではなく損害賠償額の予定を定めたものであることは、被控訴人と控訴人との間で争いのない事実である。したがって、原判決の上記認定は弁論主義に反する。

すなわち、被控訴人は、「債務不履行による損害賠償請求をするには、損害の発生及び数额を証明しなければならないが、實際上その証明は容易ではないため、債務者に予定の賠償額を支払わせることによって履行を確保する必要がある。そのため損害賠償額を予定する訳であるが、予定額は当事者間で自由に定めることが出来るものであって、裁判所であってもその額を増減することはできないものである。本件では、原被告間で本件規約に反して譲渡した場合の違約金については500万円である旨が定まっているのだから、本件規約に反して譲渡を行った被告に対して500万円を請求できるのは当然のことである。」と主張する（原告第1準備書面の6頁7行目以下）。その主張の当否はともかくとして、同主張第一文は民法第420条1項（損害賠償額の予定）の趣旨を述べたものであって、同主張は、本件違約金条項が損害賠償額の予定を定めたものである（違約罰ではな

い。) ことを前提としている。

確かに、本件違約金条項の文言（甲 2）からすれば原判決のような解釈もあり得るが、上記のとおり、被控訴人自身がこれを否定しているのだから、本件違約金条項が損害賠償額の予定を定めたものである（違約罰ではない。）ことは間違いない。

それにもかかわらず、原判決は、被控訴人に有利な結論を導こうと付度してか、弁論主義に反してまで上記のような事実認定をしている。あまりにも偏頗に過ぎるのではないだろうか。なぜ、原審裁判所が、これほどにも被控訴人（同代理人）の主張立証の拙さを補ってまで、被控訴人を勝たせようとするのか（又は控訴人を負けさせようとするのか）、控訴人には全く理解することができない。

ウ さらに、仮に原判決が裁判所の判断として維持されるとすれば、一般的に、事業者と消費者との間の契約において、契約解除に伴う場合（消費者契約法第 9 条 1 号）又は遅延損害金（同条 2 号）を除いて、違約罰（違反行為に対する制裁）名目にすれば、公序良俗違反にまで至らない限り、事業者が消費者から自由に金員を奪取する規約を設けることができることになってしまう。これもまた悪質事業者にお墨付きを与えることになって、原判決の社会に与える波及効果（悪影響）は小さくない。

(2) 違約金額（100万円）の合理性又は相当性について

ア 原判決は、本件違約金条項が損害賠償額の予定ではなく違約罰（損害填補ではなく違反行為に対する制裁金）を定めたものであるとして、違約金額が必ずしも実際の損害額に拘束されない（適正な違約金額について被控訴人に立証責任を負わせない）という解釈を導いたうえで、「被告は、本件講座とは別の講座を本件予備校において受講した際に、講座の内容を他者に漏洩等をする、500万円が請求される旨が記載された誓約書に署名していること（前記認定事実 1(2))、被告は、本件教材をメルカリに出品す

ることが本件規約に違反することを警告されても、再び出品し、原告から出品の事実の有無を確認されても否認した上で、更には出品者名を変えてまで出品したこと（前記「前提となる事実」(5)ないし(8)）からすれば、被告は、500万円という違約金を示されても、本件教材の売却を思いとどまることはなく、執拗に売却を試みていたといえること、被告は、令和2年5月1日にメルカリに本件教材を出品した際に本件規約違反である旨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のものであって、被告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、原告は、本件訴え提起するに当たり、委任した弁護士に対して支払う報酬額を含め相当の費用を要したこと（弁論の全趣旨）も、考慮する必要がある。」（原判決18頁8行目以下）として、本件違約金条項は100万円の限度で有効であるとした。

原判決は、あたかも、①控訴人が本件教材の第三者譲渡について違約金500万円が発生すると認識したうえで、②被控訴人の警告を無視して出品者名を変更してまで本件教材のメルカリ出品を繰り返し、③控訴人が警告を無視して出品を繰り返したから、被控訴人はこれを悪質であると判断して違約金を請求した（控訴人が警告に従っていれば被控訴人は違約金を請求しなかった）かのように認定する。しかし、以下詳述するとおり、同認定は、被控訴人と控訴人との間で争いのある事実について、何の証拠もなく又は証拠を曲解し、被控訴人の主張をそのまま認めたものであって、被控訴人を勝たせたいがために、控訴人を悪者扱いしようとするかのようなものである。

イ まず、原判決は、前提事実及び弁論の全趣旨から認められる事実（認定事実1(2)）として、「被告は、本件予備校における講座を受講した平成28年3月12日及び同年8月の2回にわたり、講座内容について他者に公開、漏洩等をしないことを約する誓約書に署名し、原告に提出した。この誓約

書には、第三者が講座の内容を使用した場合は、『法的手段により、内容を使用した会社または個人に対し、五百萬円の請求措置が取られますことを了承致します。』という記載もされていた。(甲33, 34)」と認定する(原判決10頁24行目以下)。同事実自体は間違いないが、原判決は、これをもって、控訴人が本件教材の第三者譲渡について違約金500万円が発生することに同意していた(少なくともその旨認識していた)かのように誤導しようとしている。

しかし、そもそも、原判決が証拠として引用する甲第33号証及び第34号証は、本件受講契約とは対象講座を異にし、本件との関連性はない。すなわち、本件受講契約の対象は、XXXXXXXXXX試験第一次試験(XXXXXXXXXXの学科試験)の対策講座である。これに対し、甲第33号証はXXXXXXXXXX試験(XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXを選抜するために実施している試験)の対策講座を、甲第34号証はXXXXXXXXXX試験第二次試験XXXXXXXXXXの対策講座を対象としたものである。したがって、甲第33号証及び第34号証には本件との関連性はない。

また、甲第33号証及び第34号証はその性質又は文面から見て詐術的であり、同書面に署名した受講生らは、これが違約金500万円を誓約する旨の書面であるとは認識していなかったはずである。すなわち、まず、これら書面には誓約文言が記載されているものの、受講後の感想などのアンケートと一体となっているから、受講生らは、講座終了後のアンケートへの協力を求められて、誓約書とは思わず同アンケートに回答するつもりで、署名欄も含めて記入したものと思われる。さらに、違約金「五百萬円」については、「第三者によりこのセミナーの内容が使用された場合は、……法的手段により、内容を使用した会社または個人に対し、五百萬円の請求措置が取られますことを了承致します。」と記載されているため、同記載を

よく確認した受講生としても、そのほとんどは、500万円を請求される可能性があるのは、「(セミナーの) 内容を使用した会社または個人」(被控訴人と競合し、営利目的で被控訴人のセミナー内容を盗用した事業者)であって、単にセミナー情報の漏洩に関わったにすぎない受講生自身が法的責任を問われることはない(受講生自身は「(セミナーの) 内容を使用した会社または個人」に該当しない)と認識したはずである(だからこそ抵抗なく同書面に署名した。)。このように被控訴人が同書面をあえて曖昧な文言にしたのも、まさに受講生らが法的責任を問われるなどと認識しないまま抵抗なく同書面に署名するように仕向けるためであると思われる。

本件受講契約に係る講座については、控訴人を含む受講生らが上記(甲33, 34)のような「誓約書及びアンケート」なるものに署名させられたか否かは不明である。ただ、仮にこのような書面が存在したとしても、上記のとおり控訴人が違約金500万円を誓約したことにはならない。さらに、一般人の言語感覚からすると、同書面の誓約文言から、教材の第三者譲渡が「セミナーで知り得た内容全てに関し、自分以外の者への発表、公開、漏洩」又は違約金500万円の発生事由に該当するとは読み取ることとはできない。したがって、いずれにしても、控訴人が被控訴人に対し本件教材を第三者に譲渡しない旨誓約して違約金500万円に同意し又はその旨の誓約書に署名したという事実は存在しない。

結局、被控訴人は、このように詐術的な「誓約書」(甲33, 34)を証拠として「控訴人は500万円の違約金に同意した」旨主張するだけで、そのほかに同主張を裏づける事実ないし証拠を示すことはできないようである。これは、むしろ「控訴人は500万円の違約金に同意した」との事実が存在しないことの証左であり、さらに、被控訴人が受講生らの無警戒又は不注意に乗じて同「誓約書」を利用して受講生らに法外な違約金を支払わせようと意図していたことをも推認させるといえる。

(5) 被告は、令和2年5月1日、株式会社メルカリが運営するインターネットフリーマーケットである「メルカリ」(以下、単に「メルカリ」という。)において、「 」という出品者名で、本件教材を5つに分けて出品した(甲4ないし8)。しかし、メルカリの当該出品ページのコメント欄に、本件規約に違反している旨のコメントがされたことを受けて、被告は、当該出品を全て取り消した。

(6) 被告は、令和2年5月6日、本件教材を5つに分けて再びメルカリに出品し、この内2つにつき、譲渡が成立した(以下「本件譲渡」という。甲9ないし15)。

(7) 被告は、原告から電話で本件教材の出品が本件規約違反である旨を伝えられ、譲渡が成立していなかった残り3つの本件教材の出品を取り消した。

(8) 被告は、令和2年5月22日、出品者名を「 」に変更した上で、譲渡が成立していなかった残り3つの本件教材をメルカリに出品した(甲15ないし18)。

しかし、上記認定事実については、何の証拠もなく、控訴人の自白があったわけでもなく、控訴人は次のとおり述べたにすぎない。すなわち、「被告が『メルカリ』に出品した本件教材の一部について、同出品は規約違反である旨のコメントがあったことは事実である。しかし、同コメントは匿名であったため、原告によるものか否かは不明である。」、「被告以外にも、本件教材と同じものを『メルカリ』に出品している者は複数存在し、同出品ページにも同様に規約違反である旨のコメントがあった。そのため、被告は、同コメントを悪戯又は嫌がらせであると認識し、他の出品者と同様に、同コメントを削除し又は無視して出品を継続していた。」、「その後、原告代表者が被告に架電し、強い口調で『メルカリにテキスト出品しているよね。録音しているから正直に答えたほうがいいよ。』などと申し向けてき

た。被告は、この電話を受けて、本件教材の第三者譲渡が法的に許されないことであると誤信し、すべての出品を取り消し、それ以降は本件教材を出品していない。」と述べたにすぎない。また、「被告が出品者名を変更したこと」(複数の出品者名を使用したこと)自体は認めたが、出品者名変更に係るその余の事実(その経緯、時期など)については不知又は否認とした(被告準備書面(1)の第1の5 [2頁])。

さらに、被控訴人提出の書証(甲4～18)では、各出品の日付が特定されておらず(控訴人も各出品の日時を覚えていない。)、少なくとも、控訴人は、被控訴人(同代表者■■■■自身)から電話で警告を受けたことによって、出品者名を「■■■■」から「■■■■」に変更したわけではない(そもそも被控訴人から電話を受けて以降は本件教材を出品していない。)。また、控訴人は、被控訴人(同代表者■■■■自身)から電話で警告を受けたこと自体は認めているが、その日時は覚えておらず、被控訴人提出の電話音声反訳(甲27)に記載された日時及び会話内容を認めたわけではなく、同日時又は会話内容が客観的証拠によって裏づけられたわけでもない(原告代理人が勝手に作成したものにとすぎない。)。なお、被控訴人作成の令和2年9月24日付証拠説明書でも、「■■■■」名義での出品と「■■■■」名義での出品が同じ日付(令和2年5月6日)となっており、また、被控訴人によると、被控訴人が電話で控訴人に警告したのは令和2年5月21日である(控訴人は警告後に出品者名を「■■■■」から「■■■■」に変更したわけではない)とのことである(甲27)。

以上より、少なくとも「被告は、本件教材をメルカリに出品することが本件規約に違反することを警告されても、再び出品し、原告から出品の事実の有無を確認されても否認した上で、更には出品者名を変えてまで出品したこと(前記「前提となる事実」(5)ないし(8))からすれば、被告は、500万円という違約金を示されても、本件教材の売却を思いとどまること

はなく、執拗に売却を試みていたといえること、被告は、令和2年5月1日にメルカリに本件教材を出品した際に本件規約違反である旨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」

(原判決18頁10行目以下) などという事実認定にならないことは明らかである。すなわち、原判決は、違約金額100万円と認定するにあたって、その前提として重大な事実誤認を犯したことになる。

エ 以上より、違約金額を100万円とする合理的理由は何ら存在しない。仮に本件教材譲渡について何らかの違約金が発生するとしても、前記第2の2(1)アのとおり、同違約金額は、せいぜい「本件教材の第三者譲渡によって被控訴人に生ずべき平均的な損害額」(消費者契約法第9条1号に準ずる額)に限定されるべきである。その具体的金額については、東京地方裁判所平成25年7月10日控訴審判決(乙8)が参考になると思われる(被告準備書面(2)の第3の2(3)[19~20頁]で詳述した。)

(3) 第三者著作権侵害に依拠した違約金請求の不当性について

ア 原判決は全く問題視していなかったが、本件では、そもそも、被控訴人自身が教材(■■■■の過去問集)の出版にあたって、過去問の著作権者(■■■■)及び過去問で引用された原文の著作権者の許諾を得ているのか極めて疑わしいという問題がある。■■■■はそのホームページ上で過去問を公開しているが、試験問題の一部(第三者の原文を引用したと思われる部分)について「著作権の関係上、問題文は掲載いたしません。」として非公開にし(乙2)、■■■■自身でさえ、引用原文(著作権法第32条1項、2項に該当しないもの)の著作権者から試験問題(著作権法第36条1項)以外での使用について許諾を得ていないことが窺われる。

仮に被控訴人が教材出版にあたって■■■■その他第三者(引用原文の著作権者)からその著作物使用の許諾を得ていないのであれば、被控訴

