

Title	在学契約の成立、法的性質及び入学金をめぐる判例総合研究： 学納金返還請求訴訟判決を契機として
Sub Title	Les études des arrêtes sur le contrat d' enseignement et sa formation du contrat
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2004
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.1 (2004. 12) ,p.325- 376
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	民事実務フォーラム
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20041215-0325

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

在学契約の成立、法的性質及び入学金を めぐる判例総合研究

学納金返還請求訴訟判決を契機として

平野 裕之

- 1 はじめに
- 2 在学契約の法的性質など
- 3 在学契約の成立時期及びそのメカニズム
- 4 入学金の法的位置づけ
- 5 学生からの入学辞退以外の契約の終了と入学金
- 6 おわりに

判例一覧

飽くまでも筆者の入手した判決だけを掲げたものである。関東では複数校が共同被告とされているが、関西では大学ごとの訴訟になっているため数多くの判決が出されている。出典の記載のないものは、最高裁ホームページ、国民生活センターもしくは日本私立大学連盟から判決文入手したものである。消費者契約法施行前の事例には をつけてある。

- 【1】 大阪簡判昭38・8・5判例時報354号72頁（関西大学）
- 【2】 東京地判昭46・4・21判例時報642号42頁（上智大学）
- 【3】 大阪地判岸和田支判平8・2・16法律論叢70巻4号147頁（昭和大学医学部）
- 【4】 大阪高判平8・11・7法律論叢70巻4号147頁（【3】の控訴審判決）

- 【5】 最判平9・3・20法律論叢70巻4号147頁(【4】の上告審)
- 【6】 東京地判平15・2・23(慶應義塾付属中学校)
- 【7】 京都地判平15・7・16判時1825号46頁(京都女子大学)
- 【8】 大阪地判平15・9・19判夕1143号276頁(関西医科大学)
- 【9】 大阪地判平15・10・6(神戸薬科大学)
- 【10】 大阪地判平15・10・9(関西学外国語大学)
- 【11】 大阪地判平15・10・16(大阪薬科大学)
- 【12】 大阪地判平15・10・23判時1846号29頁(大阪産業大学)
- 【13】 東京地判平15・10・23判時1846号29頁(関東学院大学など)
- 【14】 東京地判平15・10・23判夕1148号214頁(大手前看護専門学校)
- 【15】 大阪地判平15・10・27(関西大学)
- 【16】 大阪高判平15・10・28判夕1147号213頁(帝塚山大学)
- 【17】 大阪地判平15・11・6(関西大学)
- 【18】 大阪地判平15・11・7(被告不明)
- 【19】 大阪地判平15・11・7(被告不明)
- 【20】 大阪地判平15・11・7(被告不明)。【18】～【20】は裁判官及び判決内容とも同じ。
- 【21】 東京地判平15・11・10判時1845号78頁(進学塾)
- 【22】 大阪判平15・11・11(大阪医科大学)
- 【23】 大阪地判平15・11・18(大阪電気通信大学)
- 【24】 神戸地尼崎支判平15・11・27(兵庫医科大学)
- 【25】 神戸地尼崎支判平15・11・27(関西学院大学)
- 【26】 京都地判平15・11・27(京都薬科大学)
- 【27】 大阪地判平15・12・1(立命館大学)
- 【28】 大阪地判平15・12・11(武庫川女子大学及び同短期大学。消費者契約法施行前の受験生1名を含む)
- 【29】 大阪地判平15・12・16(玉手山学園)
- 【30】 東京地判平15・12・22(玉手山学園)
- 【31】 福島地裁会津若松支部判平15・12・22(京都精華大学)
- 【32】 大阪地判平15・12・22(京都産業大学)
- 【33】 大阪地判平15・12・24(関西大学)
- 【34】 神戸地判平15・12・24(甲南大学)

- 【35】京都地判平15・12・24（花園大学）
- 【36】東京地八王子支判平15・12・26（都留文科大学）
- 【37】大阪地判平15・12・26（四天王寺国際仏教大学）
- 【38】大阪地判平16・1・8（近畿大学）
- 【39】神戸地判平16・1・14（神戸学院大学）
- 【40】大阪地判平16・1・21（阪南大学）
- 【41】大阪地判平16・1・28（大阪電気通信大学）
- 【42】大阪地判平16・2・13（大阪経済大学）
- 【43】岡山地判平16・2・18（川崎医科大学）
- 【44】東京地判平16・3・22（東京医科大学など）
- 【45】東京地判平16・3・30（日本大学など）
- 【46】東京地判平16・4・30（東邦大学など）
- 【47】大阪高判平16・5・19（神戸薬科大学。【9】の控訴審判決）
- 【48】大阪高判平16・5・20（関西大学。【17】の控訴審判決）
- 【49】大阪高判平16・5・20（関西医科大学。【8】の控訴審判決）
- 【50】大阪高判平16・5・28（大阪薬科大学。【11】の控訴審判決）
- 【51】大阪高判平16・7・16（関西大学。【15】の控訴審判決）
- 【52】大阪高判平16・7・22（関西学院大学。【25】の控訴審判決）
- 【53】大阪高判平16・7・22（阪南大学。【40】の控訴審判決）
- 【54】大阪高判平16・8・25（京都女子大学。【7】の控訴審判決）
- 【55】大阪高判平16・9・10（神戸松蔭女子大学。原判決の判決文は入手していない）
- 【56】大阪高判平16・9・10（大阪医科大学。【22】の控訴審判決）【55】【56】は裁判官及び判決内容とも同じ。
- 【57】大阪高判平16・9・14（神戸学院大学。【39】の控訴審判決）
- 【58】大阪高判平16・10・1（大阪経済大学。【42】の控訴審判決）

1. はじめに

(1) 学納金返還請求訴訟及び本稿の対象の限定

本稿は、学納金返還請求訴訟についての判決を総合的に分析し検討するもの

である。但し、紙数が限られているため、今回は**在学契約の性質、成立時期及び入学金**をめぐる問題点に限定して検討をしていきたい（問題となっているのは専ら私立大学である）。表記の研究会では、学納金返還請求訴訟をめぐるすべての法的問題を取り上げたが、中心問題である授業料の返還請求をめぐる諸問題については、次の機会に譲ることにする。

ところで、現在2003年から2004年にかけての学納金返還請求訴訟が社会の注目を浴びているが、過去にも既に【1】から【6】の判決がありその時々にか社会的な注目を浴びていた¹⁾。今回の学納金返還請求訴訟も第二ラウンドに入り既に控訴審判決も多数出されている。とりわけ注目されるものとして、消費者契約法施行前の事例で、授業料の返還を認めない部分の合意を民法90条違反により無効として返還を認めなかった第一審判決を変更する画期的な控訴審判決が3つの立て続けに出されており（大阪高判平16・9・10（神戸松蔭女子大学）大阪高判平16・9・10（大阪医科大学）及び大阪高判平16・10・1（大阪経済大学）の3である）、近い将来、消費者契約法施行後の事例のみならず施行前の事例についても、最高裁による判断が示されることが予想されるまでになっている。これまでの判決の結論だけ整理すると、次のようである。

授業料については、[Ⓐ] 消費者契約法施行前の事例では、大阪高判平16・9・10及び大阪高判平16・10・1（大阪経済大学）の3つの判決以外²⁾は一切の返還請求を認めていないが、[Ⓑ] 消費者契約法施行後の事例については、ア4月以前の入学辞退では授業料全額の返還請求がすべての訴訟で認められているも

1) とりわけ【5】判決は4月7日の入学辞退の事例でありまた原審判決を是認しただけの判決ではあるが、最高裁判決である。今回の学納金返還請求訴訟がこれほどの社会的注目を浴びたのは、原告側弁護士が大々的なキャンペーンをはってホームページまで作成して、「ぼったくり」を許さないという正義感に燃えて活動し、全国に多数の訴訟が提起されたこと、また、その背景に消費者契約法の施行という消費者である受験生側の追い風があったことが原因である。

2) 大阪高判平16・9・10の2つの判決は、不返還特約を、大学側の損害はゼロに近く、かつ、授業料納付の締切期日がかかなり早めに設定してあり悪質であるという理由で、公序良俗に違反し無効とした（入学金の返還請求は退ける）。消費者

の、イ4月になってからの入学辞退（ないし退学）については判決の判断が分かれている（全額返還を認めるもの、全額の返還を認めないもの、日割計算をするものの3つに分かれている）。この問題は次の機会に検討することにする。

これに対し、入学金については、京都地判平15・7・16（京都女子大）の判決のみが入学金の返還を命じている他は（それも控訴審の大阪高判平16・8・24で変更されている）入学金の返還を認めた判決はない。入学金については、その額が異常に高額な事例でもない限り返還請求は認められそうにない状況であり、判例はほぼ固まっているといえよう。しかし、この結論を最高裁がそのまま受け入れる保証はない。

(2) 入学金についての問題

入学金の法的性質について初めて判断を下したのが東京地判平15・2・23（慶應付属中学）であり、それ以前には、入学金と授業料とを区別せず不返還の合意の効力を問題として、公序良俗に違反せず有効とするのみで、入学金について法的な分析は試みられていない。不返還合意の合理性を検証する必要が出てきている現在、入学金の法的分析が問題を解く鍵とならざるをえない。契約時に支払う一時金としては、民法には手付金についての規定があり（民法557条）敷金といったものの存在を前提とした規定もあるが（民法316条）基本的に民法における研究の十分な分野ではない。そのため、入学金をめぐる諸問題は、これまでの民法学の研究成果を紐解くことにより解決が模索できるような問題ではない。そして、問題を更に難しくしている事情として、大学が主体と

契約法施行前の事例は大丈夫と安心していた大学側に衝撃を与えた判決である。

の点は消費者契約9条1項の平均的損害の認定と関係してくる問題であり、ここに大学側が覆せれば結論が変わってくるし、ここを覆せなくても、更にの要件があるので、授業料の締切期日を早期に設定していなければこの判決に従っても公序良俗に違反することはない。これに対して、大阪高判平16・10・1（大阪経済大学）は、そのような要件を設定することなく、授業料の不返還特約を損害賠償額の予定として暴利行為であり無効としたので、そのインパクトは遥かに大きい。

なっているという事情がある（大学が聖域でないのは当然だが）。大学という一方の側の契約主体が、営利法人ではなく、公的資金が投入されている公益法人であり準公的教育機関であるという特殊性、更には、大学入学を1つの団体に加入するかのようなものと捉える特殊な社会意識のため、団体への「入会金」よろしく入学金といったものにわれわれは鈍感になってしまっている。

確かに準公的教育機関としての特殊性は否定できないが、それを私法の契約理論に直ちに持ち込むには違和感を免れない。最終的に経営が行き詰った場合には、予備校などとは異なり何らかの形で救済のために公的資金が投入されてもやむを得ないであろうが、そのような公的資金により薄く広く負担をするのではなく、入学金また授業料を支払った受験生という私人に負担させるのが妥当なのか³⁾、大学・受験生間の契約については形式的に契約理論を貫徹してしまつてよいのか、といった疑問がある（法的構成の問題は残るが、経済的には注3）に見たように不合理なものとはいえないため）。以下には、在学契約の法的性質などの分析をした後に、入会金をめぐる法的問題を中心に検討をし

3) 確かに負担については個々の受験生が負担しているといつてよいが、ところが他方で、利益を受けたのは誰かという、授業料の不返還についてもあてはまる議論であるが、大学が一方向的に利益を搾取したといつてよいとは思われない（筆者は業界代表ではなく、中立的立場からの検討であることを再度断つておく）。確かに入学を辞退した受験生の入学金や授業料が、大学運営に使われていることは明らかである（これを争うのは印象を悪くする）。しかし、営利法人のようにその利益を配当などで分配してしまつているというわけではない。大学では、その利益を分配することなく、この収入分を財源としているからこそその分授業料が安くなつているのであり、いわばこの利益を入学した全学生に薄く広く分配しているのである。結局利益を受けているのは、大学自身ではなく入学した学生であり、更にいえば、その分、補助金を抛出することを免れた国であり、広く国民全般であるとさえいえる。これを大学1人がぼったくつているとして、大学の責任にして、全学生に配分してしまつた利益を1人大学に全部返還させるとするのは、法的にはどう構成するかは別として経済的に見た場合に大変問題のあることであろう（訴訟で学費の返還が認められ、事情が変わつたとしても、分配してしまつた利益を取戻すために過去の学費の追加徴収を今更できるものではない）。そして、ある学生から見

ていきたい(なお、本稿で判決文の傍点はすべて引用者が付け加えたものであることをお断りしておく)。

2. 在学契約の法的性質など

(1) 判例の状況

(a) 在学契約の法的性質について

在学契約が、教育役務の提供という準委任的要素を中心とする契約であることは疑いない。しかし、在学契約はそれに尽きず、施設利用などの要素を含むため、準委任契約そのものとする判決はない。更には、大学の学生になるという地位を取得する契約かのような社会的意識があるかもしれないが、在学契約に身分取得要素を含むものとするべきかは検討を要しよう。また、運営主体が公益法人の一種であり、また社会を担う人材養成を担う全人格的な養成がされた公法的規制が強いということから、単に民法上の契約に準じて扱ってよいのかといった疑問も拭えない。まずは判例を紹介していこう⁴⁾。

準委任契約類似の無名契約という判決 判例には在学契約を「準委任

ると、自分は他の大学にそのような利益を与えたかもしれないが、他方で、自分自身もその大学の入学を辞退した受験生から利益を得ているのであり、相互的な(損益相殺されるような)関係に立っている。その恩恵を受けないのは、頂点に立つ大学の学生であり(また、他を辞退していない学生は利益だけを受ける)、他の大学には利益を与えたが、辞退する受験生がいなかったり極めて少ないので利益を受けることはないのも、もし公平を保つならば上位校ほど補助金を比例的に上げてその分を埋め合わせるしかない。一見すると何かおかしいと思われる日本の制度も大きな観点から見ると全体としては合理的に機能しているということができ、なにか不合理ではないかという不返還特約がわが国で認知されてきたのは、このような社会的背景を市民が直感的に理解してきたためではないだろうか。

4) なお、東京地判平16・3・30(日本大学等)で専門学校も被告とされており、専門学校では、「職業技術又は知識等を学生に習得させるという成果が重視される」とはいえ、技術等の習得という仕事完成が求められる請負契約的側面が、大学に比し、強いということができると付け加えている。

契約類似の無名契約」と称する判決が一番多く⁵⁾、類似の表現を採用する判決もいくつかある⁶⁾。準委任契約そのものとされていないことについては、施設利用契約の部分が含まれていることのみならず、大学からは自由に解約ができないこと、必要経費を国が補助しているため、学生が負担するのは費用の全部ではなく一部にすぎないことも根拠としてあげられている（東京地判平16・3・22（東京医科大学など））。学生としての地位を取得するという大学社会への「加入」を理由にするかは疑問があり、この判決以外はそのような側面を指摘・強調することはない。

施設利用契約の要素も含めて定義をする判決の諸判決も無名契約という中に施設利用契約の要素が含まれていることは認めているので表現の問題に過ぎないが、判決には施設利用契約の要素も定義の際に列挙するものがある。例えば、京都地判平15・7・16（京都女子大学）は、「在学契約は、学生が大学等を設置する学校法人に対して、大学等の目的に応じた講義、実習、実験等の狭義の教育活動を自己に行い、関連する様々な役務の提供という事務を委

5) 大阪地判平15・10・9（関西学外国語大学）、大阪地判平15・10・16（大阪薬科大学）、大阪地判平15・10・23（大阪産業大学）、大阪地判平15・10・27（関西大学）、大阪大学平15・10・28（帝塚山大学）、大阪地判平15・11・6（関西大学）、大阪地判平15・11・7（3つの判決とも）、大阪地判平15・11・11（大阪医科大学）、大阪地判平15・11・18（大阪電気通信大学）、大阪地判平15・12・16（玉手山大学）、大阪地判平16・1・21（阪南大学）、大阪高判平16・9・10（2つの判決）など。東京地判平16・3・22（東京医科大学など）は、準委任契約に類似した有償双務契約とし、準委任契約に最も近いので法令や学則により明らかでない内容については民法の準委任の規定に従った合意をしたものと解するのが相当とする。大阪高判平16・7・22（関西学院）、大阪高判平16・9・16（神戸学院）は「準委任ないし準委任契約類似の無名契約」とする。

なお、大阪地判平15・12・1（立命館大学）に対しては、潮見佳男「学納金不返還条項の不当性」NBL797号20頁以下（2004年）は、二重の論理の飛躍があると酷評する。確かに表面だけ見れば、準委任的要素を中心とすることから民法651条の適用を導いているかのようであるが、実質的に任意解除の必要性を十分検討した上での結論であり、651条は最終的に条文上の根拠として付けられたものにすぎないといえる。

託する準委任契約の性質のほか、学生が大学等の施設を利用することができるという施設利用契約の性質などを有する無名契約」という⁷⁾。

準委任契約に類似した無名契約ではないとして教育法の理念を強調する判決　他方で、東京地判平15・10・23（関東学院大学など）は、「準委任契約に……類似した無名契約ということはできず、教育法の原理及び理念により規律されることが予定された継続的な有償双務契約としての性質を有する私法上の無名契約」とする判決もある（次の判決も教育基本法等の規律を受けることを強調する）。

大学という社会への加入の要素を掲げる判決　神戸地判平15・12・24（甲南大学）は、「学生は、大学という一つの社会に加入することによって、『学生』という身分地位を取得し、さらには、大学の定める学則や大学の指導に服するという側面（かかる側面においては、大学は、教育基本法及び学生教育法等の公法上の様々な規制を受ける。）も有しているというべきであるから、結局、在学契約は、学校教育の特質に基づく特殊な契約関係にあり、継続的な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という」（大阪地判平15・12・26（四天王寺国際仏教大学）も同様）。大阪地判平15・12・1（立命館大学）は、準委任契約の性質を主たる性質とし、「施設利用契約の性質や学生としての身分取得という要素などもあわせ有する無名契約」という⁸⁾。

6) 大阪地判平15・10・23（大手前看護学校）は、「教育の提供等という事務を委任することを本質的要素とする有償双務契約であり、民法上の規定にない無名契約」と、また、大阪地判平15・12・11（武庫川女子大学）、大阪地判平15・10・27（関西大学）も、「主として準委任契約、付随的に……有償双務の無名契約」と表現している（大阪地判平16・2・13（大阪経済大学）も同様）。

7) 大阪地判平15・10・6（神戸薬科大学）も「主として準委任契約、付随的に施設利用契約等の性質を併せ持つ有償双務の無名契約」という。その他、同様の判決として、大阪地判平15・10・27（関西大学）、大阪地判平15・11・11（大阪医科大学）、神戸地裁尼崎支判批ら15・11・27（関西学院大学）、京都地判平15・11・27（京都薬科大学）、大阪地判平15・12・22（京都産業大学）など。

8) 大阪地判平16・1・28（大阪電気通信大学）「在学契約は、学生が大学に入学し

～ と とでは大学という社会への加入ということを認めるか否か、
と とでは教育法の理念を強調し取引法の原理だけでは規律できない特殊な
契約と認めるかという点で差があるが、この差がとりたてて入学金の理解には
影響を与えているとは思われない。いずれの判決も、入学金を学生の地位取得
の対価とするのではなく、学生となりうる地位取得（俗にいう滑り止めの地位確
保）の対価として構成するため、結局いずれの判決でも入学金の返還請求は認
められていない。その意味で議論の実益は殆どない。純粹取引法原理で解決で
できるのかは、次にもう一度改めて検討してみよう。

(b) 在学契約と取引法原理 塾や予備校などのいわゆる教育産業は、自
動車教習所、資格試験予備校、大学受験予備校に典型的に見られるように、一
定の結果実現のための合目的な教育（いわゆる受験教育）がされるのであり、
また、授業収入を財源とする営利事業として講座ごとの受講が可能など講座に
よる単価計算により運営されている。ところが、大学のような公益法人では、
教育内容が受験教育ではなく、営利活動のように対価収入によって運営さ
れているのではなく、国の補助金を大きな財源としている特殊性がある。判決
にも、在学契約が単なる取引秩序によって規律するに馴染まない特殊な契約で
あることを認めるものがある。

私立中学との在学契約についても、「教育法の原理及び理念による規律を受
けることが当然に予定されているという意味において、取引法原理に適合しな
い側面を有しているので、準委任契約には該当しない」とされている（東京地
判平15・2・23（慶應中学））。私立大学との在学契約についても、東京地判平

て当該大学の学生としての社会的地位を取得することを目的とする契約」といい、
一種の準委任契約としての性格を有することは否定し得ないが、「単に大学の役務
の提供に対する対価を支払うに止まらず、その社会的地位を取得することに伴い、
大学の定めた規則等に従う義務を負うほか、大学の教育上の監督に服する地位に
立つ。また、社会的にも、学生となることに伴い、様々な特典を享受するととも
に、種々の制約を受ける」ことから、単純に準委任契約上の関係として割り切る
ことができないという。

15・10・23（関東学院大学など）は、「教育法の原理及び理念による規律を受けることが当然に予定されているという意味において、取引法原理に適合しない側面を有しているので、同じく非法律行為の事務の委任を目的とする準委任契約には該当しない」という（東京地判16・3・30（日本大学など）⁹⁾、東京地判平16・4・30（東邦大学など）も同様）。

「教育法の原理及び理念による規律を受けることが当然に予定されているという意味において、取引法原理に適合しない側面を有している」というが、公法的規律を受けるというだけで取引法原理に適合しないというのは理解しえない。確かに、補助金のお陰で、経済的な対価関係には立たず、部分的に公教育的側面を有するという点は否定できない。しかし、繰り返しになるがこれらの評価が、入学金の評価また入学金をめぐる法的問題の解決に関する限りでは、直ちに影響を与えているとは考えられない。大学の倒産を救済するために公的資金を投入するなどの特別の政策的な施策が施されることは正当化されても、契約法原理に異質な要素を盛り込むことには違和感がある。しかし、判例についていえば、大学の経営を揺るがしかねない授業料などの巨額な返還請求が認められた場合の、大学の倒産といった社会的インパクトを考えた大所高所から見た政策的な判断が盛り込まれる可能性は全くないとはいえないであろう。

また、東京地判平15・10・23（関東学院大学など）は、「単に人的・物的教育施設の利用とその対価の支払に関する法律関係にとどまらず、教育という全人格的な営為を対象とするだけに、取引法の原理には馴染まない要素をも包摂している」ことなども、準委任契約には該当しない理由に挙げている。確かに、家庭で行う人格的教育の延長線上の事務を代わりに行っているという側面はあるが、スポーツクラブへの入会や更にいえば雇用契約などさえ全人格的關係が基礎にあるといえ、この点から取引法原理と異なる原理による解決ができると直結させるのは疑問である。

9) 「取引原理とは異なる教育の理念が当事者を規律するという意味で、取引法原理にそぐわない側面をも有している」と明言する。

(2) 在学契約の法的性質についての学説

判例には表現の差以上のものがないのとは対象的に、学説を見ると、次の2つの考えにはかなりの温度差が見られる。

(a) 学生としての身分取得を契約の内容とする学説 伊藤進教授は、次のように在学契約の特殊性を強調する。

「在学契約には、「教育施設の利用関係としては賃貸借が、教育遂行ないしそのための事務処理としては無形の仕事の請負が、また学生としての身分取得という要素などを包括しており、このため典型契約のいずれにも該当しない無名契約である。」「ただ、私法上の無名契約であるといっても、単なる経済的価値の提供を目的とする取引契約とは異なり、教育に関する契約であるということ、最も人的信頼関係を基礎にした継続的債権関係であるという際立った特質をもつ契約である。したがって、在学契約における法律関係に関しては、教育法規や教育の理念に基づく教育上の配慮を優先させ、また人的信頼関係に重きを置いて、学則その他の諸規則を解釈適用あるいは民法上の契約規定を適用して判断しなければならない。」¹⁰⁾

在学契約の要素として、「教育研究に必要な物的施設の利用関係としての要素」、「教育実施役務提供としての要素」、「学校という特殊部分社会（団体）加入とそれによる身分取得という要素」、及び、公立義務教育学校以外については、有償性という要素があるという（60～61頁）。最後の有償性についてであるが、「単なる教育施設利用のための対価や教育実施役務提供に対する報酬にとどまるものではな」く、「学校社会の加入・身分地位取得のための出捐としての要素も大きいのである。このため、学費をめぐる法律関係は財産法上の論理によってだけでは処理できない要素を持つのである。」という（61頁）。最後に要約として、次のように述べる（62頁）¹¹⁾。「在学契約の法的性質は、私法上の無名契約であり、教育施設の利用関係としては貸借の要素、教

10) 伊藤進『民法講義5 契約（有斐閣大学双書）』（昭53）344頁。

11) 伊藤進「在学契約と契約理論」同『教育私法論』（平12）65頁以下。初出は季刊教育法30号（昭53）。引用頁は本文に示す。

育実施役務提供ないしそのための事務処理としては無形の仕事の請負の要素を、特殊部分的学校社会への加入・身分取得というこれまでの私法上の契約ではみられなかった要素を包含したところの私法上の無名契約と解するのが妥当ではないか。」「そして、在学契約は、かかる契約を基礎とした学校自治規範によって規定されかつそれが契約の内容を画するという側面をもった特殊な契約でもあるということである。」と。

(b) 学生としての身分取得を問題にしない学説 (a)説の身分取得要素の契約性には問題があり、若干の疑問が残ると批判されている¹²⁾。加藤永一教授は、教育契約一般について「教育役務という事務を目的とした準委任契約」とし、学校教育の特殊性として、「1つは集団的な教育が行われているということである。」「もう1つは、人的物的施設を用いて、一定の体系・編成にしたがって、学校という組織が教育を実施するということである。このことから、教育内容および教育の仕方が定型的なものになる。また、組織体としての機能を維持するための規律が必要になるという帰結が導きだされる。」(266頁)そして、結論として、「学校教育契約は個別教育契約と異質ではない。委任ないし無名契約、その延長としての附合契約としていずれも私法の適用をうける。」(274頁)とする¹³⁾。

(3) 本稿の立場

(a) 教育提供という準委任の要素を中心とする無名契約 どの判決も、在学契約が、教育役務の提供、その付随的な事務として学生管理のための事

12) 奥野久雄「学校教育契約」法律時報59巻3号(昭62)40頁、「授業料納入は、給付義務であり学校設置者が負担する給付義務と対価関係に立つ」と評されている(41頁)。窪田充見「入学金・授業料返還訴訟における契約の性質決定問題と消費者契約法」ジュリスト1255号(平15)97~98頁は、教育役務の提供という準委任契約のほかに、地位の取得を目的とする有償契約の部分を認めるかといった、複数の契約が複数の内容を持った1つの契約か、構成の余地があることを指摘する。

13) 加藤永一「学校教育契約」『現代契約法大系第7巻』(昭60)260頁。

務処理のほかに、図書館を中心としたセミナーハウスなどの施設利用資格の付与、また、教室や体育施設等の利用資格の付与などの種々の付随的な付与といった複合的な要素により構成されるが、教育役務の提供を中心とする契約であることは認めている。従って、要は契約の中身であり、準委任契約に類似した契約というかわないかはどうでもよいことである。

(b) 学校社会の加入・身分地位取得という点について 次に、伊藤教授が強調する「学校社会の加入・身分地位取得」という点であるが、確かに現在の日本の大学が、教育能力ではなく大学のブランドに見合った学生を入試により選別する能力しか期待されていない実情では、大学の学生、大学の卒業生ということが（個人の能力や大学でどんな勉強をしたかは、その次の問題）1つのブランドとして社会的評価の対象になり、そのために、大金をはたいてもそのような社会的評価をうける属性を手に入れようと裏口入学の事件が起きるわけである。しかし、そのような社会的評価があるとしても、そのような評価を受ける学生たる地位を取得することと対価関係があるわけではなく、契約内容から切り離してよい問題であろう。

では、団体への加入という側面はないのか。学則といった人の団体を規律する規則があることは確かである（「大学に入る」というのは比喩としてはよいであろう）。しかし、学生自体が団体を作って活動しているわけではなく、飽くまでも規律の対象として学生が組織づけられているに過ぎない。大学法人が社団法人か財団法人かは必ずしも明確ではないが（財団法人というべきか）、たとえ社団法人であるとしても大学を運営する設立した団体の一員になるわけでもない。1つの大学という社会に入るというよりは、大学内部のサークルをはじめ各種の団体に入ることによって団体的な帰属意識が作られるに過ぎず（また、卒業後にも、OB会、ホームカミングデー、OBの施設利用などいろいろ大学との結びつきがある）、学校社会への加入ということを在学契約の中身として考えるべきではない。したがって、地位取得の対価として入学金を理解することに俄かには賛成できない。

(c) 主体の公益主体性の重視 取引法原理以外の考慮が必要か すでに

(1)(b)に述べたが、大学が公益法人（特別法である学校法人法に依拠するが）である点については、在学契約の扱いの点では大きく考慮する必要はないと思われる。まず、教育自体に公益が否かを左右するほどの大きなウェイトがあるかは疑問である。進学校では高校でありながら、予備校のような授業がされているところがあるようであり、また、大学も近時は課外の資格セミナーや社会人向けの講座を運営したりしており、ますます教育での差別化は玉虫色の説明になってきている。教育ということの内容から当然に公益か否かが異なってくるというものではない。

次に、学生の負担と給付との間には公的資金が投入されているため対価関係が完全ではないこと、大学への社会的期待・評価、また、大学がそれに応えるべき任務など、予備校・専門学校にはない性格があることは確かであり、契約の両当事者の保護の必要性の比較という価値判断に何らかの影響を与えることはあるかもしれない。しかし、本来はそのような政策的考慮は、繰り返すが公的資金を投入して学納金返還請求訴訟により財政が悪化した大学の救済についての特別法で実現するのが正道であろう（但し、その保証がないことから、そのような危惧が個々の判決に影響を及ぼしている可能性はある）。

3. 在学契約の成立時期及びそのメカニズム

(1) 在学契約の成立をめぐる判例の状況

在学契約の成立時期については、詳しく議論しない判決もあるが（大阪地判平15・9・19（関西学院大学）、大阪地判15・10・27（関西大学）、大阪地判15・10・6（神戸薬科大学）、京都地判15・11・27（京都薬科大学）など）、次のように判決は分かれている¹⁴⁾。

14) なお、大阪地判15・12・24（関西大学）は、合格発表によって、「合格者は、自らが希望すれば当該大学と在学契約を締結することのできる資格（一種の期待権と評価し得る。）を有することになる」という。

(a) 在学契約の成立（一般論）

合格者の入学手続きが申込み、大学の受領が（黙示の）承認という判決 京都地判昭15・7・16（京都女子大学）は、この点についての初めての判決であり、「入学試験に合格をした入学希望者が、大学等の所定の入学手続を履践すること……が在学契約の申込みに当たり、大学等が、異議の留保することなくこれを受領することが黙示の承諾の意思表示に当たり（相当期間内に、異議が伝えられないことによって、承諾の意思表示が申込者に到達する。）これによって在学契約が成立する」と判示する。その後、同様の判決は多くこれが大多数である¹⁵⁾。入学許可書発送が承諾であるという大学側の主張はことごとく退けられている。

申込み・承諾を明らかにしない判決 判例の中には、東京地判平16・3・22（東京医科大学など）のように、在学契約の成立時期を明確にするだけで、申込み・承諾の関係は明らかにしない判決がある。即ち、「入学時納入金の納付、入学手続書類の送付、提出等の入学手続が完了すれば、入学試験合格者が当該大学に入学する意思を有していることが確実にされたものということができ、他方、大学としては、同入学試験合格者に対して学生としての身分を付与し、大学教育を提供する義務を負うことになるから、在学契約は、入学試験合格者の入学手続が完了した段階で成立するというべきである」という。この内容は後述の私見に比較的近い考えと評しえる（申込み・承諾を明らかに

15) 大阪高判平15・10・6（神戸薬科大学）、大阪地判平15・10・16（大阪薬科大学）、大阪地判平15・11・11（大阪医科大学）、大阪地判平15・11・18（大阪電気通信大学）、神戸地判平15・11・27（兵庫医科大学。大学は承諾すべき義務を負うと述べている点は注目される）、大阪地判平15・12・16（玉手山学園）、大阪地判平15・12・22（京都産業大学）、大阪地判平15・12・26（四天王寺国際仏教大学）、神戸地判平16・1・14（神戸学院大学）、大阪地判平16・1・28（大阪電気通信大学）、大阪地判平16・2・13（大阪経済大学）、東京地判16・3・30（日本大学など）、東京地判平16・4・30（東邦大学など）、大阪高判平16・5・19（神戸薬科大学）、大阪高判平16・9・10の2つの判決。この中には「黙示の」承諾といわぬ判決もある。

しない判決として、大阪地判平15・9・19（関西医科大学）、大阪地判平15・10・6（神戸薬科大学）、京都地判平15・11・27（京都薬科大学）等。大阪地判平15・12・1（立命館大学）は入学手続を申込みというが承諾を問題にしない。

合格発表により予約完結権が付与されるという判決　大阪地判平15・10・9（関西外語大学）は、「受験生が入学試験に出願することで在学契約の申込みを行い、これに対して当該学校法人が、……入学試験の合格発表を行うことによって、合格者に対し、在学契約の一身専属的な予約完結権を付与し、合格者が、当該大学へ学納金を納付するなどの入学手続を行うことによって、かかる予約完結権が行使される結果、始期を次年度の4月1日とする在学契約が成立する」という（同様の判決として、大阪地判平15・10・28（帝塚山大学）、大阪地判平15・11・6（関西大学）など）。予約完結権が合格者に付与されるというが、この判決文では予約契約の存在は述べられていない。私見としては基本的にこの立場に賛成し、より内容を解明し後述のように当初の受験契約に停止条件付き在学契約の予約が成立するものと考えている。

オプション契約という判決　消費者契約法の国民生活審議会での審議中に、入学金の位置づけにつきオプション料という意思の意見が提案されているが¹⁶⁾、大阪高判平16・5・20（関西大学）は、「入学し得る地位の対価」と「入学の対価」とを区別し、この審議会でのオプション契約という見解を援用している。しかし、予約完結権の付与に対して対価が支払われるのであればオプション料というのも分かるが、それでは、入学手続が予約になり、その後受験生が予約完結の意思表示をして初めて在学契約が成立することにな

16) 国民生活審議会第3回消費者契約法検討委員会（平成11年6月30日）における審議では、ある委員より（委員名不明）「正式に学生になるかもしれないし、ならないかもしれないけれども、なるかならないかを定める権利を入学金を対価として買っている。株式のオプションと同じだと思います。ですから、オプションをいくつも買ってそのうち1つだけ行使してあとは捨てるということで、論理的には説明がつくと思うのです。あとは、社会的に見てオプション料があまりにも高すぎるのではないかという話である、ということが述べられている。

り、われわれの社会意識とはかけ離れるであろう。むしろ解約手付けという理解が実体には近いであろうが、しかし、そもそも民法651条1項で自由に解除ができるというのが判決の一般的な理解であり、手付けにより解除権が留保されるというのもしっくりこない。むしろ、651条2項の制限しかない651条1項の自由な解除権を制限する違約金という負担をつけて、解除を制限しているものとみるのが正当であろう。

(b) 成立に関する特約について

(ア) 入学金と授業料とが分納で入学金納入後授業料を支払わないと入学が認められない場合 昭和50年9月1日の文部省管理局長・大学局長通知は、「少なく入学料以外の学生納付金については、合格発表後、短期間に納入させるような取扱いは避けること」といった通知が出されており¹⁷⁾、入学金と授業料は分納にされているが、授業料を期限までに納入しないと入学が認められないものと定められている場合には、どう法的に理解・構成すればよいのであろうか。

予約ないし予約的地位という判決 東京地判平15・10・23（関東学院大学など）は、早稲田大学につき、第2次手続のうち入学関係書類の提出があるまで在学契約は成立しないが、在学契約の予約が成立しているとみることができるといふ。また、大阪地判平15・12・22（京都産業大学）も、「入学手続を完了することにより在学契約を締結し得る予約的地位を得たものとして、被告との間の契約関係類似の関係に立つ」といふ。これに対し、東京地判平16・3・22（東京医科大学）は、「入学金（入学申込金）の納付によって、在学契約の予約が成立すると解するのが相当である」と、予約であることを断言する。

在学契約の締結に影響ないとする判決 大阪地判平15・12・24（関西大学）は、単なる事務処理上の形式的な手続にすぎず、その履践の有無が在学契約の帰趨に影響を及ぼすことはない。解除条件を定めたものと解すべきでは

17) 反対にいえば、入学金は短期間に納入させてもよいことを認めてしまったことになり、高額な入学金についてそのような扱いが妥当なのかは後述する。

ないとする¹⁸⁾。この立場では、期日までに授業料を支払わなくても債務不履行になるだけであり、契約を大学側が特約により失効させることはできないということになる。しかし、それでは積極的に入学辞退の意思表示をない限り¹⁹⁾在学契約は存続することになり、学生管理に支障を来たすことになる。

解除権の付与とする判決 京都地判平15・7・16(京都女子大学)は、入学式の無断欠席の場合とは異なって解除条件と解することも考えられるが、被告大学からそのような主張はされていないので、期日までに学納金を支払わないことによって契約を解消しようとする意思を明らかにしたものと見ることができるという。大阪地判平15・12・11(武庫川女子大学)は、入学金納入後、第二次手続として授業料を一定の期日までに支払うこととし、期間内に納入がないと入学を辞退したものと看做すと規定しており、「被告大学は、原告に対し、平成14年3月25日までに前期授業料等を納入しないとの方法で、本件契約を将来に向かって解除できる権利を付与したと解することができる」従って、この約定解除権に基づき、原告は本件契約を解除した(期日までに授業料を支払わないことによって)ものと解するのが相当であるとする。

解除条件とする判決 大阪地判平15・10・27(関西大学)は、授業料納付期限を経過しても納付せず、「本件在学契約は授業料納付期限の経過をもって解除条件が成就したことにより、将来に向かって効力を失ったものと認められる」という。これがもっとも無難な法的説明であると思われる。

一連の手続が終了して初めて契約が成立するという判決 大阪地判平15・11・7(3つの判決とも)は、「入学金を納入し、必要書類を提出したのみで、その後において、前期授業料及び前期施設費の納入を行っていないことに鑑みれば、未だ²⁰⁾在学契約として完全に成立したものと認められないものの、原告らと被告との在学契約が、入学金の納入、必要書類の提出並びに前期授

18) この判断は、「そうすると、原告は、学納金を納入することにより被告と本件在学契約を締結した後、これを解消する何らの手続きをとらないまま、学校年度の開始により被告大学の学生としての地位を取得したことになる。」という結論を導く前提である。

業料及び前期施設費の納入といった一連の過程を経て段階的に成立に至るものであり、入学金の納入、必要書類の提出(及び被告の受領)が、在学契約成立過程における重要な一部分であることからすれば、入学金を納入して必要書類を提出したにすぎない者についても一定の契約的地位(……)が発生する」と判示している(類似の判決として、京都地判平15・12・24、神戸地判平15・12・24(甲南大学)がある)。

(イ) 入学式に出席しなかった場合 大学によっては、入学式に無断で欠席すると入学が取り消されるものと定めているところがあり、そのような定めを法的理解・構成がやはり問題になる。京都地判平15・7・16(京都女子大学)は、入学式の無断欠席により入学が取消しになることが入学手続要項等に記載されており、入学式の無断欠席により在学契約を解消しようとする意思を明らかにするために欠席するものと推認できるという。大阪地判平15・12・11(武庫川女子大学)は、「被告学校は、入学式、オリエンテーション(……)の期間に届け出ることなく欠席することにより、本件契約を将来に向かって解除できる権利を付与したと解することができる」、従って、この解除権に基づき本件契約を将来に向かって解除したものと解するのが相当であるとした((a)と同じ判決で構成も同じ)。大阪地判平15・12・22(京都産業大学)も入学式に出席せずに退学扱いとなった事例も同様である。しかし、(ア)と同様に解除条件と構成すればよいと思われる。

(2) 在学契約の成立をめぐる学説の状況

(a) 在学契約の成立時期 学説のあまり議論していない領域であるが、次のように分けられよう。

願書 = 提出申し込み、合格発表 = 条件付承諾という学説 弁護士の見解であるが、「私立学校への入学希望者が当該学校に入学の申込をし、入学試験に合格した場合に入学が許可され、右の契約が成立するわけであるが、右の入学許可は、入学手続として各種の納入金を所定の期間内に納付することを条件とする承諾と解することができる」という主張がされている¹⁹⁾。しかし、

入学試験を受けたというだけでは、合格発表がありさえすれば入学をするという確定的意思が受験生にはなく、賛成できないと批判されている²⁰。判例によっても合格発表が承諾の意思表示だという原告の主張は、ことごとく排除されている。

合格発表 = 申込資格の付与という学説　伊藤教授は、「入学資格の認定（合格通知）は、在学契約の『申込』資格の付与であり、入学手続きが『申込』で、入学手続きの完了によって承諾され在学契約は成立する。身分取得の要素をもつ契約の特徴として、民法上の契約締結法理では一般的に予定されていない『申込』資格の取得という概念を用いることが必要ではないかと思われる」という²¹。基本的に多くの判決がこれにしたがっていることは既にみた。

合格発表 = 申込という学説　新美教授は、「在学契約においては、入学許可（=合格通知）を『申込』、入学手続きを学校設置者によって限定された『承諾の方法』、入学手続きをとることを通じてなされる意思表示を『承諾』、ととらえるのが適切」とする²²。大学側の意思表示をどこに求めるのかは苦慮するところであり、判例には受領を承諾の意思表示とするものが多いのであるが、合格発表を合格者に対する申込みという構成を提案するものである。しかし、判例にはこれに従うものはない。

(b) 入学金の部分について独自の契約と考えるべきか　窪田教授は、教育役務の提供という準委任契約のほかに、地位の取得を目的とする有償契約の部分に認めるかといった、複数個の契約か複数の内容を持った1つの契約か、構成の余地があることを指摘している²³。その後、実際に判例は分かれること

19) 濱秀和「判批」『教育判例百選 第2版』61頁。

20) 新美育文「在学契約」伊藤進編『契約法』（昭53）260頁。

21) 伊藤進『民法講義5 契約（有斐閣大学双書）』（昭53）345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』（平13）「入学金を返還しない旨の学則の効力」266頁はこれに賛成。

22) 新美育文「在学契約」伊藤進編『契約法』（昭59）259頁。奥野久雄「学校教育契約」法律時報59巻3号（昭62）40頁はこれに賛成。

は既にみたようである。また、京都地判平15・7・16（京都女子大学）に対して、学生としての地位の取得ではなく、学生としての身分を取得し得る地位（入学資格）として捉えるほうが合理的と批判するが、その後の判例がこの立場と同じであること既にみたようである。

(3) 本稿の立場

法的効果でとりたてて差が出るとは思われないので、実益のある議論ではないが、以下のように考えたい。

(a) 入学試験受験契約の成立 合格を停止条件とする予約を包含する
これまで入学試験受験の部分を取り離して考えようとする意見はないが、本稿としてはあえて受験の部分について1つの契約を独立して認めたい。

入学試験受験契約の内容 入学試験の受験契約は、在学契約自体とは別個の契約と観念することができる（後述のように予約を内容として含むとしても同様）。入学の申込みができる者を一定の学力があると大学が判断した者に限定し、その学力判断をしてもらうことを受験生が申し込み、大学がその履行として判断をするための学力テスト（学力テストに必ずしも限定されず、推薦の場合には推薦と面接など）を実施することになる。受験申込みがその申込みであり、形式的な「受験」資格の有無の内部審査を経て、受験票を発送することが承諾になる（後述のように予約を含むので予約の承諾にもなる²⁴⁾）。その後、大学は試験を実施することにより学力審査を実施する債務を履行することになる。当然のことながら、受験者本人の学力を審査するのであり、本人の受験でなければ審査の対象にならない。

23) 窪田充見「入学金・授業料返還訴訟における契約の性質決定問題と消費者契約法」ジュリスト1255号（平15）97～98頁。

24) 承諾は契約の成立のためには必要ではあるが、大学の公的な性格からして、正当な理由なしに承諾を拒絶することは許されない。もし、正当な理由なしに承諾をせず受験を拒否した場合には、不法行為となり志願者に対して慰謝料の支払いを義務づけられよう。

合否決定・通知をめぐる問題　この審査を経て、大学学内での合否決定がされ、入学を可とするものと決定がされ受験生に通知される。合格発表も受験契約の履行であり、合否を受験生に知らせ（慣行として校内の掲示が伝統的であったが、ホームページへの掲載、電話での問い合わせに応じるなど種々の方法による）、入学手続書類を送付の方法または取立の方法によるかは自由であるが、合格者に配布することを義務づけられる。無名契約ではあるが、委任契約の結果報告義務（民法645条）に匹敵する義務である。

① 合格者を不合格と発表した場合　合格基準に達しているのに、採点ないし出題ミスされには掲示の際のミスで、合格の報告がされなかった場合には、結果報告義務の債務不履行（不完全履行）であり、これによって生じた予見可能な通常損害を賠償する義務を負う（民法416条²⁵⁾）。これにより大学に入学できなかったとしても、契約は成立していないので（入学手続期間が後述の予約完結権の行使期間であり、その期間内に予約完結の意思表示がされていないので）、大学側が特別に入学を認め合格者が承諾をしない限り学生の地位を取得することはない（入学を認める決定をし、場合によっては他の大学に支払った入学金を補償しているようである）。

② 不合格者を合格と発表した場合　不合格の者に誤って合格が通知された場合に　採点ミス、採点の入力ミスなど原因はいろいろ考えられる、合否通知は結果を報告するだけの通知であり意思表示ではなく、合格基準に達していない以上、それに信頼しても在学契約申込み資格は認められない。従って、入学手続前に判明すれば修正の通知をすることができよう（合格したと思って、他の滑り止め大学に合格したのに入学手続をしなかった場合には、損害賠償を問題にできよう）。しかし、そのまま入学手続をしても、その申込みは無効であり契約は成立せず、そのまま卒業しても卒業も一切無効というのは、われわれの社会通念に反するであろう。やはり、自分の非を受験生の不利益に転嫁す

25) 通常は慰謝料だけが問題になるが、そのため浪人をした場合には財産損害の賠償も問題になる。

べきではなく、また、入試の合否決定は形式的な手続であり、本当は実質的な能力こそが大学教育では問われるのであり、一度入学契約がされてしまえば（4月1日になつたらではなく）入学資格がない点は追完され、学力不足などを理由とした退学手続を経なければ学生の身分を失わせることはできないというべきであろう。

以上は、大学に非がある場合の話であり、代人受験など受験生側に問題がある場合には、たとえ入学手続がされても契約は有効に成立することはない。従って、発覚した場合には、退学ではなく、学生の地位を有しないことを確認して、それまでの単位取得などを無効と確認することができる。このような入試における不正の場合には、学力不足などを理由とする退学手続による必要はない。但し、大学入学後に一年奮起して優秀な成績を残している場合には、大学の個別判断で入学追認をすることは許されよう²⁶⁾。卒業しても在学契約は無効のままであり、このことはいつまでも変わらないはずであるが、何か時効のようなものが考えられないか検討の余地はある。

(b) 在学契約の成立 上記の入学試験受験契約に履行としてなされた入学試験において合格と判断された者が入学手続をすれば、在学契約を大学側は拒絶できないという結論は異論がないであろう。合格者に在学契約の申込資格が与えられ、大学が承諾の自由を有していると考えべきではない。しかし、合格発表は先に述べたように、合格者についてはこの入学資格があることの報告にすぎず、合格発表を合格者への在学契約の申込みと考えることはできない。受験生の受験申込みが在学契約の申込みともいえないこと、判例のいうとおりである。では、その後合格者が入学手続をすることを申込みと考えなければならぬのであろうか。

判例には入学手続を予約完結権の行使と構成するものがあり（大阪地判平15・10・9（関西外語大学）、大阪地判平15・10・28（帝塚山大学）、東京地判平16・

26) 不正入学を追認して有効にすることは、どんな場合にも許されず必ず公序良俗に違反して無効と考える必要はない。

3・22(東京医科大学など)、しかしその元となる予約をどう構成しているのかは明確ではないこと既に述べた通りである。しかし、むしろ入学試験の受験契約に並存して、合格者に在学契約の予約完結権を認めること＝在学契約の予約もされていると考えるべきである(予約完結の意思表示がされて初めて在学契約が成立する)。大学が拒絶できないということを直截に構成しようとするれば、このような構成も可能であろう。そうすると、受験生の入学手続は予約完結の意思表示であり、その到達により在学契約が成立し(入学金の支払いが意思表示の要件とされる)、大学の内部の手続は契約の成立のために必要ではないことになる。以上のように、大学の承諾拒絶不可、承諾の意思表示不要ということ直截に実現できる利点を考えれば、受験契約と同時に在学契約の予約がされていると考えるのが妥当といえよう²⁷⁾。予約契約(オプション契約)が成立するとともに、手付け契約があり解除権が受験生側に留保されていると考えるべきではなく、このことは次の入学金の理解に影響を及ぼしてくる。

4. 入学金の法的位置づけ

(1) 入学金の法的性質について

(a) **問題点** 授業料は教育役務の提供の対価でありそこには当然、学生管理に関する付随的事務の手数料も含まれている。入学時に役務給付の対価を支払うとすれば、これらの手数料の前払いか、または4月1日になり学生の身分を取得する前の事務処理のため手数料ということになる。これらは、大学教育及び付随的サービスが提供されて初めてまた履行された分に対応する額のみ取得でき(準委任またはこれに類似する契約とする判決では、民法648条2項、650条1項が掲げられる)、「大学教育が提供されたとは認められないうちに在学

27) 授業料の納入期限を過ぎても授業料を納付しなかったり、入学試験への出席をしなかった場合について、辞退了したものと同視するといった条項の効力であるが、学生管理に必要であり有効だとすれば、解除条件がつけられているものと構成すべきである。

契約が解除された場合は、これを取得する根拠を欠き、大学は、学生に対してこれを返還すべき義務を負う」(東京地判平16・3・22(東京医科大学))というのが、判例上異論を見ない結論である。そのため、入学金も役務提供の対価であるとなると、不返還特約の合意の効力によってしか返還義務を否定することはできないことになる。

授業料は継続的な役務提供の対価であり、賃貸借でいったら賃料債務に匹敵する債務であるが、入学金は賃貸借でいえば権利金といった内容不明の一時金と同様のものであり、これを支払うことが入学の要件とされている(私見で構成すれば、入学金を支払うことが予約完結権行使の要件ということになる)。賃料の前払いとしての権利金ではなく礼金のように契約をしてもらったこと自体の対価であろうか。契約自由の原則からいえばそのような合意も可能であり、公序良俗に違反しない限り有効である。ところが、そのような礼金にすぎず半ば贈与だとしても、受験生側はどのように理解しているかは疑問であるし、また、そのような理解しておりそのような半ば強制的贈与はしたくないとしても契約の修正はできない(大学の提案する契約をするかしないかだけの選択権しかない附合契約である)。一方で、対価関係のない礼金のようなものであれば、附合契約においては暴利行為として無効とされる可能性があり、他方で、対価としての位置づけをして教育役務の対価の前払いだとすれば、1年次の授業料はその分低くなっていなければならず、また、入学しなければ返還されるべきことになってしまい、不返還特約の効力を問題にせざるをえないことになる。いずれの道に進んでも茨の道が待ち構えているのであるが、判例はこのいずれの道も回避して、入学金を礼金でも授業料の前払いでもない、「何か」への対価と構成してその受領を正当化する道を模索した。そのような方向は既に伊藤教授により提案されていたが、そのような解決が本当に妥当なのか検証していこう。

また、理論的に問題があっても、日本において慣行として定着し、社会通念により認知されているまでであれば、結論としては目を瞑ることも憚らないので、社会意識も検証する必要があるだろう。入学金という慣行は日本独自のものようであり、また、戦後日本の大学で定着し、その他の契約に拡大していったもの

のようである（調査をしていないので確信はない）。しかし、定着しているからといってそれが合理的なものとは限らず、悪しき慣習にすぎない可能性もある（なにせ附合契約だから）。

(b) 判例の分析 【5】判決までは入学金と授業料を一緒くたにして不返還特約を問題にして返還請求を退けてきたが、【6】判決が初めて入学金の法的分析に取り組み、その結論は大学側に安堵の息をつかせるものであった。その後これまでのすべての判決は、原告によって入学金も教育役務の対価であるという主張がされるがすべて退けられ、返還請求が否定されている。

(ア) 不返還合意の効力により返還請求を退けた【5】までの判決【1】～【5】の判決は、入学金の性質を問題にすることを避け、不返還合意を有効としてその効力により返還請求を退けていた。例えば、大阪簡判昭38・8・5（関西大学。初めての判決）は、入学時納付金には「いろいろの種目が含まれていて一律に言えないが」仮に返還請求権があったとしてもという形で不返還合意の効力を問題にし、受験生側も知悉していたので権利放棄がされており、また、受験生側も「結局違約である勿論取消し違約することは自由であるが約則は守られねばならぬ違約金を徴収することは一般に行われている……」のであるから入学金その他の費用について違約者からこれを徴収することは決して公序良俗に反するものとは思われぬ」と判示している。

東京地判昭46・4・21（上智大学）も、入学金の性質については全く触れずに、心裡留保、在学契約が解除条件つきであったという主張を退けた上で、入学金と授業料とを区別せずに不返還合意の効力を問題にし、「入学試験の合格発表の時期や入学手続期限は、各大学において、新学期開始までに必要な諸準備、緒手続をなすのに要する日数を考慮し、また可及的にその欲する学生を必要な員数確保するという大学としての当然の要求を満たすべく、各大学それぞれの事情に応じて、自ら適当とする時点にこれを定めることができ」、そして、受験生も「すべり止め」としての「それ相当の利益を享受するのであるから、それによる不利益はその者が自ら負担すべきであるものといえる」のであるから、3月4日の入学手続期限を不当なものではないとする。そして、補欠合格

からの補充が可能な時期の入学辞退でも種々の困難が生じることは明らかであるとして、不返還合意により不当な不利益をあげることはならないとする（この点は授業料についての別稿に譲る）。

大阪地判岸和田支判平8・2・16（昭和大学医学部）は、既に入学手続きをして入学金・授業料などを支払った者が、上位志望校から補欠合格の知らせを3月31日頃に受けたため、4月7日になって入学を辞退する意思表示をした事例であるが²⁸⁾、やはり入学金の分析はしておらず、入学金と授業料を区別せず不返還特約の効力を問題にしている。詳しくは、授業料についての別稿に譲るが、定員割れは大学運営の資金計画に重大な支障を来すこと、随時入退学が可能な塾などとは異なり補充可能な時期は限られ、一旦欠員が生じると途中での補充ができず医学部では6年間欠員となることから、「1人の受験生が多数校を受験する今日にあっては、早期に、確実に収容定数に足りる入学制を確保することが重要事項となる」、また、「このことは、特に収容定数が少なく、学生1人当たりが多額の費用を要する医学部にあっては尚更である」とし、「したがって、早期に、確実に収容定数に足りる入学制を確保するために、入学手続き期限を設定することにも、一応の合理性があり、その具体的期日を何時にするかについては、それぞれの大学の事情もあり、相当の範囲内で大学側の裁量を認めるべきである」とする。そして、入学辞退者が生じて補充ができず定員割れが生じ財政不足になることを最小限とどめたいと考えるのは当然であり、この要請のために一定時期以降の入学辞退者には学納金を返還しないこともまったく合理性に欠けるとまではいえない、とくに本件の入学辞退は入学式の直前であるとして、不返還合意が経済的に大学側に有利なものではあるが、大学側にそのような合意を必要とする理由も理解できないわけではなく、暴行行為にあたり公序良俗に反するとまではいえないものという。控訴審の大阪高判平8・11・7は²⁹⁾、4月7日付けの入学辞退により契約を合意解除したもので

28) 被告大学では、合格発表は2月16日1週間後の2月22日正午までが入学手続き期間であるが、3月19日正午までの入学辞退者には、入学金以外の納入金は返還することになっていた。

あり、原告は講義を受けたり施設を利用したりする権利を自ら放棄したものであり、対価関係にある給付を行わずに対価全額を取得することは、その事態の生じた経緯を検討することなく当然に公序良俗に反するとはできない、被告大学には収容定数に足りる入学者を早期に確実に確保する必要がある、受験生としても「それなりの利益を享受したわけである」として、公序良俗違反を否定している（上告審の最判平8・11・7は原判決を正当とするだけで新たな判断はしていない）。

このように、かつての判決は入学金の解明を避け、授業料と入学金とを区別せず不返還合意の効力により、返還請求権の否定という解決をしたのである。これに対し、消費者契約法施行後は同法9条1号に抵触することになるためか、裁判所は解決の場合を一歩手前の入学金の性質の解明に求め、水際で消費者契約法9条1号の議論に入るのを回避している。

(イ) 不返還合意を問題にせずそもそも不当利得ではないとする【6】以降の判決　近時の判決は、そもそも入学金は入学を辞退したとしてもその内容からして返還を要しないものとして、不返還合意の効力を問題にすることなく返還請求を退けている。なお、いずれの判決もこのほかに入学事務手数料利用を含むものということを肯定している。

学生としての地位取得の対価という判決　学納金返還請求訴訟が社会の注目を浴びた後の最初の判決として、京都地判平15・7・16は、「『入学金』を代表とする入学時のみに支払を求められる費目は、大学等の提供する諸種の便益を受ける学生としての地位を取得するについて、一括して支払われるべき金銭であって、入学に伴って必要な大学等の手続及び準備のための諸経費に要する手数料としての性格を併せ有する」とした³⁰⁾。そのため、4月1日なり

29) 前田達明京都大学教授(当時)による鑑定意見書が出されており、入学金を除き前期授業料などの不返還合意については公序良俗に違反し無効と結論づけている。

30) 被告大学側は、「入学手続時に支払う学納金は、入学資格の取得及び保持の対価である旨主張する」が、「在学契約の成立とは別に入学資格の保持契約なるものを観念する必要はな」と退けられている。

学生の身分取得後に、入学を辞退しても返還を請求できないが、3月中の入学辞退では、未だ学生たる地位を得ていないため返還請求ができるとされている³¹⁾。その後、これに従う判決はなく³²⁾、また、控訴審判決である大阪高判平16・8・25で変更され、入学金の返還請求は退けられている。

入学しうる地位ないし資格の対価という判決（はぼ確定した判決）

① 入学し得る地位の対価と入学事務手数料　しかし、その5ヶ月ほど前に、異なる立場から、この問題についての最初の判決が出されていた。東京地判平15・2・23（慶應付属中学）がそれであり、「入学予定者を確定して、これらの者と各種の書類を取り交わすなどの事務手続、あるいは入学者の受入準備作業」に、「入学金のうち相当部分はこれに充てられるとみて差し支えない。また、入学予定者は、いったん入学手続を了してしまえば、入学年度の4月1日をもって正規に生徒としての資格を取得する地位を付与されることになるところ、この段階まで至れば、もはや中学校から合理的な理由もないのに一方的に在学契約を解除することができ」ず、「法律上も強固な契約上の地位」を取得する。「このような在学契約における入学予定者の法律上の地位に照らすと、入学金は、前示の入学手続上の諸費用に充てられるほか、在学契約上の

31) これまで大学に不利な判決が出されたのは、京都地判平15・7・16（3月中の辞退者に入学金の返還まで認めた）、大阪高判平16・9・10の2つの判決（消費者契約法施行前の事列について授業料の不返還特約を公序良俗に違反し無効とした）及び、大阪高判平16・10・1（大阪経済大学）の4つの判決であるが、いずれも大学側の原告代理人弁護士は同一である。裁判官が大胆な判決を出す裁判官に当たったということの他、訴訟にあたった弁護士の一身専属的な問題もあったという話を漏れ聞いている。

32) 大阪地判平15・10・9（関西外国語大学）は、「……学生としての地位を取得するについて一括して納付されるべき金銭」と表現しており、この表現だけからは京都地判平15・7・16（京都女子大学）と同じかのようにあるが、納付により学生としての地位を取得すると別のところで表現をしており、4月1日前の入学辞退でも返還を認めない趣旨であると思われる（大阪地判平15・11・6（関西大学）も同様）。

地位の取得についての対価とみることができ、このように解することが在学契約締結当事者の合理的意思に合致すると考えられる」としていた。

(b) ほぼ判例として確立 その後、の判決があったものの、大阪地判平15・9・19(関西医科大学)は、②の判決に戻り、その後も例外なくこの立場が採用され、判例として確立されつつある。例えば、大阪地判平15・10・6(神戸薬科大学)は、「大学に入学するというこの意味は、……当該学生にとり、対外的に一定の社会的価値を有する『当該大学の学生』という身分を取得するという側面をも有して」あり、「学生にとっては、大学に入学することそれ自体により、教育役務等の提供を待たずして、一定の価値の提供を受けたと評価することができるのみならず、次善の策として志望順位の高い大学の合否結果を見たうえで最終的に入学する大学を決定することが広く見られるのであり、入学金は当該大学に入学し得る地位を取得することへの対価としての性質を有しているとする(更に必要な準備行為の対価としての性質も有している)。神戸地判平15・12・24(甲南大学)は、「特定の大学に入学し得る地位を取得すること自体に一定の価値を有するものと評価することが可能であり」³³⁾また、入学金が入学時に一度だけ支払うべき金員であることにも鑑みれば、当該大学に入学し得る地位を保持することの対価(一種の権利金)としての性質を有する」という(大阪地判平15・10・27(関西大学)もほぼ同様)。表現の異なるものとして、大阪地判平15・12・1(立命館大学)は、「当該大学への在学契約申込資格を保持しうる権利取得の対価」とする。

このようにほぼこの立場が判例として確立したとあってよい状況であるが、ただ説明として、(4月を待たずに入学手続により在学契約は成立しているため)当該大学の学生たる地位を取得すること自体に価値があるとしてその対価とするか、それとも、当該大学に入学しうる地位を確保した(いわば滑り止めの確

33) 大阪高判平16・5・19(神戸薬科大学)も、「対外的に一定の社会的価値・評価を有する『当該大学の学生』という地位ないし身分を取得するという側面」があり、入学を認められるということ自体により、「現実の教育役務等の提供を待たずして、一定の価値・評価を享受する」という。

保）ということの対価とするか³⁴⁾、説明には微妙に温度差はある（後者が多数といえよう）。

㉔ 根拠づけ 表現に差はあるが、いずれの考えでも入学金は入学後の教育役務の対価ではなく、4月1日前の入学辞退でも、入学手続を経て、その後入学辞退をしなければ4月1日になり学生となる地位を取得した以上（俗に言う滑り止めの地位を確保できた以上）、対価の履行を受けているものとして入学金の返還請求は認められていない³⁵⁾。その根拠付けとしては、授業料と別

34) 神戸地判平16・1・14（神戸学院大学）は、「当該大学の学生」という身分自体が一定の社会的価値を有しており、そうすると、当該大学の学生という身分を取得する前の時点における「当該大学に入学し、当該大学の学生という身分を取得しうる資格ないし地位」もまた、一定の社会的価値を有しているという。

35) 権利金の性格を有すると称する判決として、大阪地判平15・9・19（関西医科大学）、大阪地判平15・10・16（大阪薬科大学）、大阪地判平15・10・23（大手前看護学校）、大阪地判平15・11・7（3つの判決）、大阪地判平15・12・1（立命館大学）、京都地判平15・12・24（甲南大学）、大阪地判平15・12・26（四天王寺国際仏教大学）、神戸地判平15・12・24、大阪地判平16・1・8（近畿大学）、東京地判平16・3・22（東京医科大学など）がある。権利金とは称しない判決として、大阪地判平15・10・6（神戸薬科大学）、大阪地判平15・10・9（関西外語大学）、東京地判平15・10・23（慶應義塾大学など）、大阪地判平15・10・23（大阪産業大学）、大阪地判平15・10・27（関西大学）、大阪地判平15・11・6（関西大学）、大阪地判平15・11・11（大阪医科大学）、大阪地判平15・11・18（大阪電気通信大学）、神戸地判平15・11・27（兵庫医科大学）、京都地判平15・11・27（京都薬科大学）、大阪地判平15・12・11（武庫川女子大学）、大阪地判平15・12・16（玉手山学園）、大阪地判平15・12・22（京都精華大学）、大阪地判平15・12・22（京都産業大学）、京都地判平15・12・24（関西大学）、大阪地判平15・12・26（四天王寺国際仏教大学）、神戸地判平16・1・14（神戸学院大学）、大阪地判平16・2・13（大阪経済大学）、東京地判16・3・30（日本大学）、大阪高判平16・5・19（神戸薬科大学）、大阪高判平16・5・20（関西大学）、大阪高判平16・7・22（関西学院）、大阪高判平16・7・22（阪南大学）、大阪高判平16・9・16（神戸学院）、大阪高判平16・10・1（大阪経済大学）、大阪地判平16・1・28（大阪電気通信大学）は、「一種の期待権」と評価しうるという。大阪地判平16・1・21（阪南大学）のように、特に判断を示さず授業料とは異なるとして返還請求を

に入学時にのみ徴収すること、授業料とは別会計となっていること、当事者の合理的意思などがあげられている。また、事務処理手数料程度しか入学金として取得しえないという主張に対して、大阪地判平15・12・1（立命館大学）が、「契約の締結により、一方が利益を確保し、他方が、契約に拘束される上、契約が解消された際のリスク回避をする手段も制限されるような場合には、後者が前者から契約を締結すること自体の対価を徴したとしても不合理であるということとはできない。」と判示している（大阪地判平16・1・8（近畿大学）も同様）。そして、入学金という制度がわが国独自の制度であるという点については、わが国に特有な事情があることにより正当化されると述べられていること、後述する³⁶⁾。

詳細に分析した大阪高判平16・9・10 大阪高判平16・9・10の2つの判決は、消費者契約法施行後の契約については授業料の返還が認められることはほぼ確立した後に、入学金という最後の砦に挑んだ控訴審の判決であり入学金について詳細に検討をしている。注目される内容を多く含んでいるので、その内容を詳しく紹介しよう（しかし、結論としては、入学金の返還請求を否定。また、相当性については後述）。

④ 授業料とは異なる まず、判決は、入学金が入学に際してだけ支払われる一時金であること、入学金以外は一定期日までに入学辞退がされれば返還されるが、入学金は返還されないこと、昭和50年文部省通知、平成14年文部科学省通知においても、入学金については返還を求めてはいないこと、昭和50年文部省通知に基づいて学納金の扱いを検討した私学連盟も、入学金を除いて改善を求めたに過ぎないことから、入学金とその他の学納金とは一般的に異なる扱いがされていることを認める。

否定する判決もある。なお、京都地判15・11・27（京都薬科大学）は、「入学金は手附金的な性質を有している」ともいう。

36) なお、大阪高判平16・7・22（関西学院大学）は、被告から学費・その他の経費も「入学することのできる地位の対価」である旨の主張がされたが、当然のことながら退けられている。

(b) 契約時払い一時金についての一般論　このような慣行は、わが国において、「継続的な人的関係（団体）に参加する場合（塾や習い事やスポーツクラブ等）には、定期的な費用以外に、参加時にのみある程度まとまった金員を添えて申し込むことは一般に行われており、そのような金員については、後に参加を取りやめても返還されない場合が多い。さらに、賃貸借契約における権利金なども同様の性格を帯びてものもあると推定される」という。その上で、法的に分析をし、「これらの初期費用の性格には、参加の真摯性の担保（解約手付けの機能）、新たな参加者のための事務費用（名簿の追加・更新、連絡費用等の実費部分）、参加を取り止める場合の制裁金（解約手付の機能）、参加しなかった場合の当該団体の被る損害に対する賠償金（賠償額の予定としての機能）、当該団体に参加することを許諾すること自体の対価（権利金的性格）等種々の要素が含まれている」と、一般論を展開する。

(c) 入学金についての分析　まず、滑り止めの役割を担わされることので多い私立大学にとっては、「受験生の入学意思を確認し、少しでも入学辞退者を減少させることに重大な利害関係を有すると考えられるから、手付的機能や賠償額の予定としての機能は重要である」とする。その理由として、一度欠員を生じると途中で補充ができず、また、数だけでなく、入学者の学力水準及び多様性を確保することが重要なことがあげられている。「そして、このような役割を持った入学金を納付することによって、受験生は、大学に入学し得る地位を得ることになり（それが「滑り止め」としての機能である。）反面、大学側は一方的に解除することを制約されることになる（……）。その意味では、入学金は一種の権利金的な性格を持っている。また、大学側としては、入学金を納付した受験生が入学を辞退しない限り、当該入学予定者が大学に現実に入学するか否かにかかわらず、在学契約の始期である4月1日から入学する者として諸種の事務処理手続を行う必要が生じるから、入学金は、そのための準備行為を行うための手続費用としての性格をも有している」という（～は筆者が追加）。

(c) はすでにこれまでの判決で認められていたところであり、(c) を強調

したことが本判決の特徴である。このことから(2)㉔ に述べるように2割を基準とすることになる。しかし、㉔ の費用に相当する金額は別として、㉔ の機能の関係は明らかではない。㉔ ならば、㉔ を超える金額もそれだけで受領が正当化されるが、㉔ ならば手付けに過ぎないので、解約されずに4月1日を迎えたならば、目的を達成し本来のほかの対価(=授業料)に充当されるべきことになる。㉔ を強調するとこのような問題点を引きずり出してくることになる。

(2) 入学金をめぐる法的問題について

(a) 入学金の上記の法的性質から導かれる法的結論

在学契約の成立により履行済み 先ず、在学契約が成立すれば、入学しうる法的地位を取得したことになり、大学の債務は履行済みということになるので、4月1日になり学生の身分を取得することは必要なく、入学を辞退したり、入学後に退学しても入学金の返還は請求できない。これは判例が一致して認める結論である(京都地判平15・7・16(京都女子大)は例外)³⁷⁾。大阪高判平16・9・10の2つの判決も、上記のように詳細に分析しながら、最終的にはこの結論を認める。また、大阪地判平16・1・28(大阪電気通信大学)は、学生となりうる地位の取得によりその目的を達したものであるということができ、その後合格者が入学辞退をしても、「それは合格者がその意思に基づき入学し得る権利を行使しなかった結果であり、入学金の対価として得た大学入学資格を放棄したものと解するしかない」という。

消費者契約法9条1号の平均的損害との関係 また、入学金には入学準備費用も含んでいるため、本稿では扱わないが、授業料の不返還特約の部分のみが損害賠償額の予定とされ、平均的損害の認定において入学金で全てに考

37) 円谷峻「判批」私法判例リマークス29号(平16)49頁も、入学金に対応する履行を既に受けているものとして、受験生が契約解除をしても入学金の返還を請求できないというのは妥当であると評する。

慮されているので入学準備の費用は消費者契約法9条1号の平均的損害の算定において考慮することはできないものとされている³⁸⁾。

(b) 在学契約と入学金 別個の付随的契約と理解するか 既に、在学契約と入学金の支払い部分とを切り離して考えるべきかについては、判決が分かれていることを述べた。重複するが簡単に確認をしておこう。

別個の契約であることを否定する判決 京都地判平15・7・16（京都女子大学）は、「在学契約の成立とは別に入学資格の保持契約なるものを観念する必要はな」という。また、大阪地判平15・9・19（関西医科大学）も、「入学金を、入学しうる地位ないし資格の対価と捉え、その他の学納金を、教育役務等の提供を受ける対価と捉えたからといって、必ずしも、在学契約とは別個の入学資格取得保持契約なるものを観念しなければならない必然性はなく、在学契約の意思解釈として、入学金とその他の学納金の性質とを別意に合意したものと理解することは十分に可能」という³⁹⁾。大阪高判平16・9・16（神戸学院）は、「上記入学金の性質に対応する契約は、売買契約における解約手付けや、賃貸借契約における敷金契約の場合と同様に、在学契約の従たる契約として、在学契約と同時に成立するものと解することができる」という（大阪高判平16・7・22（関西学院）もほぼ同様であり、「『在学契約』とは別個に『入学資格の取得・保持契約』とでも称すべき契約関係が成立することは何ら実態を無視したものではない」という）。

別個の契約であることを肯定する判決 従たる契約として入学資格取

38) 大阪地判平15・11・7（3つの判決）は「入学辞退に伴い欠員が発生した結果生じうる種々の損失については、本来的には、入学しうる地位を付与した対価として取得した入学金をもってこれを填補すべきである」という。その他同様の判決多数）

39) 同様の判決として、大阪地判平15・9・19（関西医科大学）大阪地判平15・11・7（3つの判決）大阪地判平15・12・11（武庫川女子大学）大阪地判平16・1・8（近畿大学）神戸地判平16・1・14（神戸学院大学）。殆どの判決はこの点については判断していない。

得保持契約を認める判決　大阪高判平16・5・20（関西医科大学）は、「当該大学に入学することよりも、むしろ、当該大学に入学することができるという選択権を有することに価値を見出している」、「入学資格取得保持契約が、売買契約における解約手付契約や、賃貸借契約における敷金契約のように、在学契約の従たる契約として成立していることは何ら不自然ではない。」とする。別個の契約と明言するのはこの1件であるが、オプション契約ということを示唆した大阪高判平16・5・20（関西大学）も含めれば2件といえる。

(c) 入学金の額の相当性

不相当に高額な場合についての一般論　判例は、「入学金の有する上記の利益及び出捐に対する対価としての性質にかんがみ、その金額が社会通念上不相当に高額である場合には、入学金が上記対価とは認められない」（京都地判平15・12・24（花園大学））、「もっとも、入学金の全部あるいはその一部が、当該大学への入学準備行為及び当該大学に入学し得る地位の対価としての性格以外の性格を有する金員であると認められる特別の事情があれば、入学金の全部又は一部の返還が認められる場合もある」（大阪地判平15・12・26（四天王寺国際仏教大学））、「そのような性質の金員として不相当に高額な場合は、相当額を超える部分は、全納授業料等と同等な性質を有する可能性が高い」という（東京地判平16・3・24（東京医科大学など））。他にも傍論として不相当に高額の場合について言及する判決は多い（例えば、神戸地判平15・12・24（甲南大学）など）。

大阪高判平16・9・10の2つの判決は、大学が一方的に設定しているため、入学金はその目的にふさわしい金額になるとは限らず、その目的に照らして相当な額を超える場合には、その超える部分は、大学が提供する教育役務に対する費用ないし報酬と評価せざるを得ないとして、以下のようにそのための基準について述べている（一応の2割という基準を示した点が、これまでにはない注目される判断である）。

一概には決し得ないが、宅地建物取引業法39条1項が、手付けの金額を代金の2割を越すことを禁じていることを、一応の基準として考慮すべきである。もっとも、損害賠償額の予定の面からみれば、裁判所はその額を増減できない

こと（民法420条2項）事務処理としての側面もあること、長年の慣行である面も否定できないことから、厳格に2割とするのではなく、おおむねこれを参考として、社会的相当性を超えない場合は、本来的な入学金と評価せざるを得ない。なお、基礎とすべき額は、在学期間全体ではなく、1年分とするのが常識的である、と。

しかし、既に述べたように、手付け金であれば最終的に授業料に充当されるべきであるが、そうは運用されていない。入学し得る地位の対価がどうして授業料に対して2割ということが一応の基準になるのかは、説明がされていないといわざるをえない。

事例における相当性の判断 東京地判平16・3・22（東京医科大学など）は、文部科学省の作成した「教育指標の国際比較 平成15年版」によると、私立大学の平均入学金は平成13年度は28万6528円、平成14年度は28万4828円、国立大学の平均入学金は平成13年度は27万7000円、平成14年度は28万2000円、公立大学の平均に遊学金は平成13年度は38万7200円、平成14年度は39万4097円であり、1年間の授業料に対する割合は私立大学が35パーセント程度、国立大学が56パーセント程度、公立大学が79パーセント程度であることから、芝浦工業大学の平成14年度の入学金28万円、法政大学の入学金が27万円、中央大学の入学金が24万円であり、それぞれ授業料に対する割合は約25パーセントから約41パーセントであり、当該大学に入学する権利を確保するための権利金（入学し得る地位を確保するための対価）及び大学側の入学受入準備の費用として相当に高額であるとは認められないとしている。そして、東京医科大学については、入学金100万円はそれだけみると高いが、授業料の約43パーセントであり、授業料を基準とした場合に比べて入学金の割合が著しく高いとまではいいがたいとされている（東京地判平16・3・22（東京医科大学））。

その他、40万円（大阪地判平15・10・16（大阪薬科大学））、26万円（大阪地判平15・10・27（関西大学）大阪地判平15・11・6（関西大学））、30万円（神戸地判平15・11・27（関西学院大学））、30万円（大阪地判平15・12・26（四天王寺国際仏教大学））、50万円（大阪高判平16・5・19（神戸薬科大学））がそれぞれ

相当な範囲を超えていないと判断されている。神戸地判平16・1・14（神戸学院大学）でも、入学金の額は学費と比べて低く、入学金の性質に照らしても不当に高額とはいえないとされているが、入学金は28万円（経済学部、人文学部）40万円（薬学部）である。また、大阪高判平16・7・22（阪南大学）は、入学金25万円は、入学し得る地位等の対価として不当なものではなく、消費者保護法制を潜脱していると認めることができる金額ではなく、前期授業料54万円と比較しても同様という。

近時の大阪高判平16・9・10（大阪医科大学）は、2割という一応の基準を示した上で、1年分の授業料等496万円の2割をわずかに超える程度の100万円の入学金について、おおむね2割であり本来の入学金の性格を持つものと認め、返還請求を退けている。大阪高判平16・9・10（松蔭女子大学）では、年間の授業料当が合計100万円であり、入学金30万円はその3割となり、2割という基準からは「いささか高額に思えなくもないが、その額が30万円ということと入学金の性格からして、いまだ社会的相当性を失うものではない」とする。この2つの判決は、消費者契約法施行前の事例について、授業料の不返還特約を公序良俗に違反し無効とするという画期的な判決を下しているが、授業料についてはこのように結局返還請求を認めていない。

(d) 払込時期の合理性 大阪高判平15・12・24（甲南大学）は、「入学金が著しく高額であったり、払込時期が甚だしく早期である等、その設定が極めて不当であると評価し得る場合には、入学金の受領が不相当な財産的利益を目的とするものとして無効であると考え余地もないではない」と傍論的に、払込時期の設定により無効となる余地を認める（但し、一部無効で、入学金の部分だけ無効となるのであろうが、その大学を第一志望にしているも無効となるのか疑問は残る）。しかし、結論としては、「大学側では、最短でも4年間に渡って学生人数の影響を受ける立場にあり、定員割れがあれば財政的に支障を生ずることや受験生側では入学資格を確保することにより安んじてより志望の高い他大学を受験できる利益を得ることなどの事情を考慮すると、本件の30万円という入学金の額が甚だしく高額であるともいえないし、2月20日前後を払込期限と

するその時期に照らしても、同大学における入学金規定が著しく不相当であるとは解されない」としている。冒頭判例一覧【2】～【4】の判決は、授業料と入学金についての不返還特約を一緒に扱った判決であるが、支払時期についても考慮事由としつつ、本件では不合理ではないものとしたことは既に述べた。

授業料については、支払い時期の不合理性を根拠として公序良俗違反とした判決があるが（大阪高判平16・9・10の2つの判決）その判決も入学金については既述のように詳細な分析をしているものの、有効としている。もし入学金は入学し得る地位取得の対価という説明が崩されれば、入学金についての返還不要という結論が揺るぐことになり、不返還合意の効力を問題とせざるをえないことになればその支払時期も考慮にいれて判断しなければならないことになる。従って、この問題は入学金の分析をした上でないと、結論を出せないのので、入学金の分析とともに後述することにした。

(3) 入学金をめぐる学説と本稿の立場

(a) 学説の状況

(ア) これまでの議論 学説としてはこれまで殆ど議論がなく、次の2つの両極端な主張が目を引くところである。一方で私立大学所属の研究者、他方で受験生側の弁護士とその立場の違いによりラディカルに結論が変わっている。

不返還特約がなくても返還を要しないという学説 伊藤教授は、返還しない旨の定めは、信義則からみても許されるものと思われる。「学校は、入学手続完了後直ちに、教育を実施するために必要な人的・物的施設等の諸準備を整えなければならないが、これらは、入学手続完了者が納入した入学金額をも予算として行われるのが普通であるからである。このため、返還を認めない定めがなくとも、特に返還を認めるとの意思が表示されていない限り、同様に解してよい」と述べている⁴⁰⁾。しかし、入学金がそのような事務処理費用・報酬だけでは説明できないほど高額であることは既に述べたとおりである。

40) 伊藤進『民法講義5 契約（有斐閣大学双書）』（昭53）345頁。

返還を要するという学説 他方で、判例一覧【1】の判決が出る前に入学金の返還請求が社会的に注目された時期の昭和38年の古い論稿であるが（何件か訴訟が古くから提起され、そのたびに社会的な注目は浴びてきた）、梶山弁護士により次のように主張されている⁴¹⁾。「入学金は、結局は学校の運営費に充てられるものであり、子どもがその人的・物的施設を利用して教育を受けることに対する対価（……）の一部としての性格をもつのであるから、学校教育法6条にいう授業料にあたるものといってよい。」「つまり入学金支払に対応する学校側の反対給付は、子どもが当該学校に通学した場合に始めてうけうるものに外ならない。」「入学取消によって、学校側が現実を受ける損害は、入学取消のために事務手続が若干煩雑になる程度のことであろう。それであれば、妥当な額の取消手数料を定めて、残りの納付金は父母に返還すべきであろう。」公立学校の合格発表よりはるかに前に入学手続を設定するのは、受験生あるいは父母の弱みに乗じたものであり、また、入学金を担保に公立学校への流出をくいとめようとしているように見られる。本来的には、消費者保護のための利用条件の適正化を立法措置をもって講ずべきであるが、それが欠けている現状では民法90条の積極的な活用によって、その不備を補うべきであろう（67頁）。

(イ) 近時の議論 その後殆ど議論がなく、今回の訴訟及び判決を契機に議論が始まったばかりであり、今後判例評釈を中心に議論が深められていくことが期待される。

受験生側に立つ入学金・授業料問題東京弁護団の塩谷崇之弁護士は、当然の発言であるが、入学金の相場は文系10～30万円、医大では100～200万円に達するが、「入学準備をするために3～5万円くらい支払うのは仕方ないと思う人は多いかもしれない。しかし、現状は高すぎる」といっていると報じられている⁴²⁾。筆者の偽らざる感想もまったく同じである。また、日本弁護士連合会

41) 尾山宏「入学金返還要求をめぐる法律問題」現代の学校2号（昭38）66頁。

42) 小林直「大学前納金訴訟からみえる“傾向と対策”」国民生活2004年3月号27頁による。

消費者問題対策委員会編『コンメンタル消費者契約法』（平13）266頁は、「入学金を返還しない旨の学則の効力」の解説では、「入学金については、準委任契約に基づき生じる費用（学生証の発行、各種通知、その他の入学受入準備のための費用）の前払として、支払請求権が受任者たる大学に認められる（民法649条）、同時に契約成立を証する機能をも有しているものと考えられる」と説明されている。そのため、入学金の不返還特約を損害賠償額の予定と理解して、消費者契約法9条1号の平均的損害としては事務処理費用だけとする。

学者によっても、手付と比較して、「現在の入学金は高額であるとの感を認めない。入学金の額については、大学側がもう一度検討し直して、その算出根拠を明らかにする必要がある。」といわれている⁴³⁾。しかし、判例に積極的に反対する判例評釈は今のところ見当たらない⁴⁴⁾。入学しうる地位の取得の対価という説明に対する、民法学者の分析が注目されるところであるが、今のところ意識的か無意識的か問題に触らないようにしているような雰囲気である。

(b) 本稿の立場 入学時に学生に支払わせる金銭についてあるべき姿をいえば、入学準備の事務処理費用にとどまるべきである。必要もないのにそれ以上の金銭の支払いをさせるのは適切ではない。ところが、実際には単なる事務処理費用では説明できない高額な支払いを、大学側は学生側に求めその支払いを入学の要件としている。その収入を経営者が私利私欲のために使用するのであれば言語道断であるが、一方で、それは必要あってのものであると推測され、他方で、それによって大学が利益を受けているというものではない（これは注3）に既に述べたので省略する）。ではどのような必要性に基づき正当化できるものなのか、入学金の機能・内容について分析していこう。

43) 野澤正充「私立大学に対する学納金返還請求訴訟」法学セミナー589号（平16）62頁。

44) 野澤正充「私立大学に対する学納金返還請求訴訟」法学セミナー589号（平16）62頁は、「現実に受験生は、大学に入学しうる資格を保持するという利益を受けており、入学を辞退したからといって、学納金の全額の返還を認めることには問題がある」ともいっている（傍点引用者）。

オプション料という説明 手付けという構成が、そもそも特約なしに自由に解約ができるので特別に解除権を認めてもらった対価とはいえ適切ではないこと既に述べた。むしろ、入学辞退は認めるが入学金は返還しないというのは、無理由解除権を制約し入学金を放棄しなければ解除ができないものとする合意であり、従って、その実質は手付けのように解約を認めてもらう対価ではなく、解約の自由を制限する解約料の特約であるといわざるを得ない⁴⁵⁾。

45) なお、大学ではなく英会話スクールの事例であるが、次のような事例があり、解約料はその旨表示されている必要はない。

XはY英会話スクールに「多量のレッスンポイントを購入したほうが単価が安い」「中途解約することになっても、使用期間が3ヵ月以上残っていれば、未使用のレッスンポイントは残量の一番近いレッスンのパック単価に乗じて計算して、残金から手数料を差し引いて返還してもらえ」と勧誘され、デメリットは手数料くらいで済む旨の説明をされ、使用期間一年間でレッスンポイント100回の契約をし、さらに「今月中なら5%引きですから、ぜひとも追加購入してください」と勧められ、追加購入し、さらに、まだレッスンポイントが残っていたにもかかわらず、600ポイントの契約をし、その後に顧客が自己都合により中途解約の申し入れをして清算を求めた。Y側の清算書には、「各登録ポイント数には有効期限が定められている。有効期限は登録ポイントのうちの最初の3分の1が契約日から1年、次の3分の1が契約日から2年、最後の3分の1が契約日から3年です」と記載され、返金額は25万5834円と記載されていた。そのため、Xがその計算方法は実際に使用されていないレッスンポイントを提供したもとして計算したもので、特定商取引法49条に違反しており無効である、契約の内容「600レッスンポイント、価格71万8200円」に基づいて実際に利用した138回分の対価を計算し、これに解約手数料5万円を加えれば、50万3014円が返還されるべきであるとし、これに感謝料と弁護士費用を加えた合計約96万円の支払いを求めて提訴した。

東京地判平16・7・13(国民生活センターより判決文を入手。国民生活2004年11月号掲載予定)は次のように判示した。

Yは、レッスンチケットの追加購入を勧める際、割引期間中であるとか、レッスンチケットを多量に購入するほうが単価が安くなるなどと強調してレッスンポイントの追加購入を勧めるものの、消費有効期限があることなどの中途解除に伴う清算条件について口頭で説明することは少ないこと、追加購入の際、有効期限の経過により消化済みと看做すなどの清算条件の変更があっても、質問がない限

そして、解約料なので、入学を辞退した者に返還がされないのは当然であるが、入学者については、威嚇効果を発揮して無事解除がなされることなく4月になれば、手付けが代金の一部に充当されるのと同様に、入学金のうち事務処理費用分以外は授業料に充当されるべきである。ところが、形式上は1年目の授業料に編入されていないという問題が、この立場では残される（実質的には授業料に組み込まれて計算されているのであろうが、大学側はこの点を争っている）。

判例の説明に一番近いのは、相手だけを拘束させておいて、自分は他の契約に逃げる余地を残しておきそれに対価を支払うという予約（オプション契約）構成であろうが、これも同様の疑問がある。特約がなくても学生側は自由に辞退でき、大学はその性格上退学以外は学生を辞めさせられないのである。本来ない利益を特別に与えたというのではないので、どうして対価を支払う必要が

り、その旨を口頭で説明することは少ないことが認められる。このような実態は特定商取引法の趣旨に沿わないというほかなく、同法49条2項の中途解約の場合の損害賠償等の上限に関する規定の趣旨やYがXに提供した役務の内容、レッスンポイントの勧誘にかかる事情等からすると、本件における解約清算金額の算定に当たっては、実際に提供されていないレッスンポイントを有効期間の経過等を理由に消化済みのみとみなして計算することは許されない。

特定商取引法49条2項によれば、特定継続的役務提供等契約が解除され、それが特定継続的役務提供の開始後である場合、役務提供事業者は、提供された特定継続的役務提供の対価に相当する額と当該特定継続的役務提供契約の解除によって通常生ずる損害の額として同法41条2項の政令で定める役務ごとに政令で定める額を合算した額にこれに対する法定利率による遅延損害金の額を合算した額を超える額の金銭の支払いを特定継続的役務の提供を受ける者に対して請求することができないとされている。本件において、上記の「提供された特定継続的役務提供の対価に相当する額」は、71万8200円（Xが支払ったレッスンポイント代金） \times 138（Xの消化したポイント） \div 600（本件レッスンポイント）=16万5186円となり、「語学の教授」に関する「契約の解除によって通常生ずる損害の額として41条2項の政令で定める役務ごとに政令で定める額」は、5万円又は契約残額の100分の20に相当する額のいずれか低い額であるから5万円となる。そうすると、本件契約が解除されたことに伴って、YがXに支払うべき金額は71万8200円から16万5186円と5万円の合算額21万5186円を控除した50万3014円となる。

あるのかという疑問がある。そのために、入学手続がされても授業料の支払いがあるまで予約であるという構成が出てくるのであり、これならば予約をして地位を確保してもらった対価ということもスムーズに説明することができる。但し、予約の対価として予約完結権行使に際して支払われる一時金ということも考えられるが、全員が予約をしたいわけではなく第一志望の場合もあるであろうから、全員に予約（オプション契約）をさせてその対価を徴収するのは適切ではないという嫌いはある（特に人気の高い上位校）。やはりオプションだということであれば、オプション料を支払って地位を確保するか、入学の決意が確定しているのでオプション契約はしないで直ちに在学契約をして、無駄にオプション料の支払いを避けることができるという選択制度になっていなければおかしいであろう。

入学し得る地位の対価という説明 では、判例の今や確立しつつある入学しうる地位の対価という説明は、はたして妥当なものであろうか。要するに滑り止めの対価というのであるが、契約の成否を一方的に受験生側に決定できる地位をあたえる対価だとすれば、オプション料のようなものになるが⁴⁶⁾、それが適切ではないことは既に述べた。入学しうる地位の確保は、合格発表だけで与えられているのである。本稿の立場でいえば合格発表により合格者に予約完結権が与えられるのである。予約完結権の付与自体には何らの対価も要求されていない。

合理性は全くないのか では、入学金には入学事務手数料以外に全く合理性がなく、礼金のようなものとしてその公序良俗違反性を判断しなければならないのであろうか、または、授業料の実質前払いとして評価しなければならないものなのであろうか。

46) 一応ある不動産物件を予約で確保するのは、不動産という固定しさんを予約により固定してしまうというのとは異なる点、及び、売買契約とは異なり契約をしたら解約できないので異なり、在学契約の場合にはけをした語でも自由に受験生側から解約ができることなどの点で異なっている。

大阪地判平15・12・1（立命館大学）は、原告が入学金という制度が外国にはないことを批判したのに対して、「極めて多数の大学が存在し、受験生も1人で複数の大学を受験することが一般的である日本においては、大学にとっては、入学意思を有する合格者とそうでない合格者を区分することができ、また、受験生にとっては、一定期間、在学契約申込資格を保持することが可能となるという利点があることから、長年にわたって施行されてきた制度であり、他の諸国とは異なる事情も存することから、諸大学の大学に入学金が存しないからといって、直ちに、日本の入学金制度を不合理なものと断ずることはできない」とする。

このように合理性を認めるのが一般の意識といえるのかもかもしれないが、これを学生の地位を取得しうる資格を保持したことの対価というのは、いかにもこじつけのようである。何度もいうが入学手続により在学契約が成立後であっても、民法651条1項により特約なしに自由に解除ができるのであるから、後半の学生への恩恵かのような評価は決して適切ではない。むしろ、651条2項の損害についての賠償額の予定（解約料）を実質とし、機能として、他の優先順位の志望校の合格発表まで手続を待てるのに、合格したところに手続をしてしまうのを抑止する（優先順位の志望校の合格に自信がないと、発表前でも合格している大学に入学手続してしまいそうである）ための役割を担わされているものといえよう。これにより、いわばオーバースタッキングを避け、なるべく早めに学生数の読みを可能な限りできるようにしているのである。国公立大学の発表まで準備が確定しないというのでは新学期の開始が迫るまで霧の中をさまようことになり困るので、入学金だけはなるべく早めに支払わせたいところであるが、それも授業料とは異なりまったく自由でよいのかは疑問なしとしない。しかし、問題となるのは入学金が現在のように高額であるからであり、5万円から10万円程度の適性額であれば、早期の入学金の納付を要求してもさほど不都合はないであろう（しかし、手続期日的にももっと余裕を与えるべきであろう）。

先に述べたような上位校の受験に失敗したものと思い込んで発表前に断念してしまった者、または、いくつも手続きをして喜ぶような大学にとってはた迷

惑な奇特な者（このような者がいるとは思わないが）が、上位校の発表前なのに入学手続きをしてしまい予測がつかなくなるのを阻止するための解約料であれば、入学を辞退しても返還しないという抑止的效果を果たす特殊な解約料であるから、消費者契約法9条1号に抵触せず抑止的效果を果たす金額として合理的な金額を支払わせることは可能であろう。しかし、附合契約において、そのために社会通念から許容されるべき金額は、5万円から10万円程度であろう。また、651条2項の損害が発生するというのであればその旨明示すべきであり、当然消費者契約法9条1号の適用を受けることになる（そうすると、授業料同様に返還を命じられる可能性があるが。しかし、上の解約料の性格からは本来懲罰金のようなものなので別の性格の支払いであり、消費者契約法9条1号は適用されない）。また、解約料についても損害賠償額の予定にせよ、入学を辞退しないで4月を迎えた者については、授業料に充当されるべきである⁴⁷⁾。これにより、第一志望なのに入学金を払わされるといふ不都合を回避できる⁴⁸⁾。

そして更に、何よりも注3)に述べたような事情がある（大学側としてはここが一番重要であろう）。抑止的效果を持った違約金を私利私欲のために取得しているのではなく、入学した全学生に入学金、授業料などをこれを財源として

47) 4月になり学生の地位を取得した者については、全体の授業料が入学金分差し引かれているのでであろうから、もし入学金を取らなければ授業料が増加することになり、支払う総和には変わりがないので問題にしないでよい。しかし、形式だけの問題にしても、授業料として正規に計上してもらったほうが払う方としても納得がいくであろう。大学側としても、入学金収入がなくなってもその分を授業料でカバーするので、何も不都合はないはずである。

48) 入学手続で、滑り止めとして入学金を支払って手続をする者と、入学意思が確定して入学金なしに入学手続をする者とが自由に選択できるようにすることも考えられるが、そうすると入学意思が画定していないのに後者で入学金を支払わずに手続しておいて、結局入学を辞退するという者が必ず出てくるであろうから（学生側からの解約は入学前後を問わず制限できない）、やはり全員に支払わせておいて、無事4月1日になり入学したら入学金を学費に充当するというのが合理的な手続であろう。

低く設定することにより、学生に広く配分してしまっているのである。大学が返還をさせられても事情が変わったから過去に遡って授業料の追加徴収できるものではなく、返還を命ぜられると1人大学だけが負担をすることになる不都合性があり、また、上位校以外は損益相殺にも似た相互的な関係にあることから、法理論的には問題があっても、経済的にはなんとなく（勿論、完全にはではない）正当化でき、それ故に社会意識もこれを直感的に理解し容認してきたのだといえる。そして、その損益相殺的な関係は同様の学部間にあるので、例えば医学部の入学金が他の学部よりも高くでも不合理ではなくなるわけである。こう考えれば、その金額的な基準また手続の時期的な基準をどうするかは問題が残るとしても、極めて不合理なものでない限り、入学金という得たいの知れない存在も大学にとっては合理化できないものではないということになる。

5. 学生からの入学辞退以外の契約の終了と入学金

(1) 学生側からの解除

(a) 学生からの債務不履行解除 浦和地判平7・12・12判時1575号101頁は、幼稚園の事例であるが、不履行を理由に親（契約当事者は親であり、第三者のためにする契約）が授業料等の返還を請求した事例で、「被告は各原告に対し、各原告から納付を受けた入学金、学舎債、授業料（能力開発教室分の授業料を含む）及びバス代を返還すべきところ、本件契約は、その性質から将来に向かって解消されるものと解されるので、各原告らが被告に納付した金額のうち、平成5年4月分の授業料及びバス代については、その返還を求めることはできないものと解するのが相当である」とされている。なおこの事例では、被告は、入舎説明会の際に原告らに約束した内容が入舎直後に実現することが出来ないことを知りながら、或いは不注意にもそうした状態にはならないものと轻信し、原告らに働きかけて本件契約を締結させたという、契約締結段階に問題があった事例であり、両親にそれぞれ10万円の感謝料を認容している。この判決によれば、契約解除までに既に給付を受けた授業料及びバス代の相当額については

返還請求ができないが、入学金は返還請求できることになる。そうすると、任意解除の場合には入学金の返還は請求できず、他方で、債務不履行解除の場合には入学金も返還請求できることになる⁴⁹⁾。

しかし、在学契約は継続的契約関係であり、解除は契約関係を遡及的に消滅させるものではないし、また、近時の入学金についての入学しうる地位の対価という構成からいえば、入学金の返還を認めることはできないであろう。但し、勧誘行為に違法がありそもそも契約をしなかったと思われるような悪質な事例では、入学金を含めて全面的な補償がされるべきである。大阪地判平5・2・4判時1481号149頁(阪大予備校事件)はそのような虚偽広告がされた悪質な事例であるが、仮に、受験生がその予備校の実態を事前に知っていたならば、この予備校の入学を申し込まず、学費の支払いもしなかったであろうと認められることから、受験生は支払学費欄記載の金額の財産的損害を被ったものと認めている。入学金という制度がなく授業だけの事例であったようであるが(「学費」とのみいうので、入学金と授業料が別かは不明)もし入学金を取っていた場合にも入学金相当額の損害賠償が認められていたと思われる⁵⁰⁾。

(b) 任意退学 学生が任意退学した場合については、これまでの判例から推論する限り、4月1日以前の入学辞退でも入学金へ返還しないのであるから、学生たる地位を取得した後の任意の退学はましていわずや入学金の返還を請求

49) なお、虚偽広告などの不当勧誘を理由に契約解除をしないで損害賠償が請求された事例では、支払った金額全てについて不法行為を理由に損害賠償義務が認められているが(大阪地判平5・2・4判時1481号149頁)そのような入り口に問題があった事例ならば結論としても不合理的ではないであろう。それ以外の場合については、解除に遡及効がないこととの関係で、入学金の返還請求をどのように説明して認めるのか、問題はあろう。

50) 原告受験生らは受験勉強のための貴重な時間の浪費を余儀なくされ、また、他の予備校に入学して勉学する機会を失ったため、多大な精神的苦痛を受けたことが認められるとして、30万円の慰謝料が認容され、また、債務不履行と構成されながら、事案の違法性の程度に、本訴請求に対する被告の対応を勘案して、弁護士費用の1割の賠償を認めている。

できるはずはないことになる（解約に遡及効はない）。しかし、入学事務処理費用以上の金額については、抑止的な性格を持つものであるとするならば、無事に4月になり学生の地位を取得したならば、本来の対価、即ち授業料に充当されるべきである。それをしていないのは不合理であり、4年間（短大なら場合2年間）に割り振って（4年制の場合）在学期間分を差し引いた残額は返還されるべきことになる。このことは、任意解除のみならず債務不履行解除にも等しくあてはまらう。

（2） その他の場合

（a） 入学書類の不備による入学拒否 東京地判平15・12・26（都留文科大学。東京新聞平成15年12月27日朝刊による）は、入学書類の提出忘れを理由に入学を拒否した上、納付を受けた入学金などを市条例に基づき返還しない山梨県都留市立大学につき、「手続き途中のものまで理由を問わず返還しないのは行き過ぎ」とし、「書類の不備など手続き上発生するすべての危険を合格者の側に負担させるのは信義則にかなうとは言いがた」として、全額の返還を命じたと報じられている。当然の判決であろう。

（b） 大学からの学則に基づく退学措置 学生が学期途中で退学措置を受けた場合に、大学はそれ以後の授業料を返還しなければならないかという問題があるが、入学金については、これまでのどの判決でも、4月1日になり学生の地位を取得したからというか（京都地判平16・7・16（京都女子大））、それとも入学しうる地位を取得したから履行済みというかは別として（退学の効果も遡及しない）、入学金の返還は問題になるはずはない。しかし、抑止的機能を持つ特殊な支払金であるとするならば、辞退せずに入学した以上、授業料に充当されるはずなので返還の可能性が出てくる。4年間を基礎として退学するまでに在学していた期間に応じて差し引いて残額を返還すべきことになる可能性があること、任意退学が否かは問わないことになる。学生が退学という不利益を受ける以上に、既払い授業料また授業料に匹敵する入学金部分の返還まで認められなくなるというのは酷である。

6. おわりに——入学金についての本稿のまとめ

判例は被告とされた大学に入学金の返還義務を認めていないが、本稿では民法の契約理論を形式的にあてはめればいくつかの問題があることを述べた。民法理論としては威嚇的機能を発揮する解約料（651条2項の損害賠償額の予定とすることも可能）としてしか正当化するのは困難である。この民法理論を、教育法の理念に基づき取引法原理を貫くべきではないとして大上段に修正することは、妥当ではない。確かに、判例には、大学が国家の根本である人を育成する公的に管理された教育機関であること、また、そのため国家による補助金＝国民の税金が投入されていること、従って、その財政を脆弱にして大学をつぶすわけにはいかないこと、等の大局的な考慮が働いていることは否定できないであろう。

しかし、それだけではないというのが、この問題の奥の深さである。注3)で述べたように、ぼったくりというのは誤りであり、その利益を大学が経営者への配当などで分配しているのではなく、それを財源とすることで全体の授業料を低く設定でき（これを否定すべきではない。これまで大学側は財源としていないといったこじつけをいっていたため印象を悪くした嫌いがある）得た利益を全学生に広く分配してしまっているのである。最終的な利益を受けているのは学生であって、大学ではない。大学が入学金を返還させられたら、過去の学生からその分計算し直して追加徴収できるかというそれはできず、1人大学だけが利益は学生に還元し残っていないのに予想も計算もしていない支出を強いられ、下手すれば倒産さえ危惧されることになるのである。更に、威嚇的效果を発揮する金銭が必要なことも否定できず、また、損益相殺的な関係であり（辞退していない学生は利益だけを受けるという不公平感があるが、これに目をつぶるためには、滑り止めの利益の取得と威嚇的效果のある制度の必要性というだけでは足りず、合理的な金額、手続時期という要件は不可欠である）結論としては、傍論として悪質な例外以外は入学金の返還を認めないこれまでの判決は妥当なも

のとして是認することができるといえよう⁵¹⁾。

以上のように、学納金返還請求訴訟における入学金の返還請求をめぐることは判決の結論に異論はないが、これまで余り光の当てられることになった聖域にも等しかった在学契約について、これほどの判決が短期間に積み重ねられており、大学に所属する者として戦々恐々として傍観していながらも判決の学問的な意義を高く評価をしたい。

51) 本来ならば、この理屈は授業料にもあてはまるところであるが、額が大きい点は大きく異なり、また、消費者契約法施行により授業料は返還するものとしてその分授業料を値上げするなどの改善をすることが要請されたのにそれを怠ったという状況の変更があり、消費者契約法施行後の事例についての授業料返還についてはこれを認める判決は容認せざるを得ないかと思っている。授業料の点については次の別稿で検討する。