

タイトル	携帯電話利用サービス契約における解約金条項に関する諸問題(一)
著者	佐藤, 弘直; SATO, Hironao
引用	北海学園大学法学研究, 51(3): 325-364
発行日	2015-12-30

## 携帯電話利用サービス契約における 解約金条項に関する諸問題（一）

佐藤弘直

### 一 はじめに

携帯電話利用サービス契約における解約金条項<sup>①</sup>が消費者契約法九条一号または一〇条に該当し、無効であるとして、適格消費者団体が提起した消費者団体訴訟について、平成二六年一月一日付けの新聞各紙は、適格消費者団体の上告が認められなかったと報道した。最高裁判所がした同月一日付けの上告不受理の決定が確定した<sup>②</sup>。すなわち、最高裁判所の判例と相反する判断がある事件など、原審高等裁判所の判決に「法令の解釈に関する重要な事項」を含むものと認められる事件について、最高裁判所が上告審として当該事件を受理することが認められているところ（民事訴訟法三一八条一項）、いずれの事件についても「民法法三一八条一項により受理すべきものとは認められない」と

して、最高裁判所は「上告審として受理しない」との決定をしたのである<sup>④</sup>。これにより各高等裁判所の判断が確定したが、大手携帯電話会社三社を被告とした携帯電話利用サービス契約における解約金条項の当否についての最高裁判所の見解は、明らかとされなかった。

原審である各高等裁判所は、携帯電話利用サービス契約における解約金条項<sup>⑤</sup>が消費者契約法九条一号または一〇条に該当しないと結論においては同じであるものの、その理由とするところは、必ずしも一様ではなかった。すなわち、一定の役務を提供する契約である携帯電話利用サービス契約が解除されたことにより支払われることになっている解約金条項の当否の判断において、携帯電話会社に生じる「平均的な損害」の範囲に役務が提供されていない期間である解除後契約期間満了時までの逸失利益（営業上の利益）を含めることができるかについては、判断が分かっていたのである。高等裁判所の判断が異なるのは、「平均的な損害」の範囲についての考え方の相違によるとの見方をする向きもあるが、事案を異にすることが判断を異にする原因であるとも考えられる。というのは、同一事案であるならば「平均的な損害」に対するとらえ方を異にする法令解釈を高等裁判所の判決として確定させることを適当でないとして、最高裁判所はどちらか一方を不受理とし、他方を受理した上で、原審高等裁判所の判断を否定すると考えるからである。「平均的な損害」の範囲に役務を提供していない期間の逸失利益が含まれるとする判断と含まれないとする判断が下されているにも関わらず、同じ裁判官で構成されている最高裁判所第一小法廷が相反する逸失利益の考え方双方を是認することにはならないはずだからである。

そこでまず、確定した原審高等裁判所の判決の内容を詳しく分析し、原審判決に現れた法的判断認定の基礎となった事実から問題点について検討をする。

次に、三判決のうち二判決については、契約当事者たる消費者と事業者との間で締結した契約条項の中に、消費者

契約法に反する条項が存在し、そのため契約の一部が無効であるとして、支払済解約金相当額の返還等を求める消費者が提起した訴えと適格消費者団体による消費者団体訴訟が併合審理されている。消費者団体訴訟と消費者が提起した訴訟との併合訴訟において、「平均的な損害」の額の算定の時期などについて同一の訴訟資料に基づいて審理している。そのような審理に問題点は潜んでいないかを検討する。

さらに、消費者裁判特例法が制定され、最高裁判所規則の制定など同法の施行に向けた法整備がなされているところである。消費者の提起する不当利得返還請求訴訟と適格消費者団体の提起する消費者団体訴訟とが併合審理される訴訟は、施行をまつ消費者裁判特例法に基づく訴訟と同様の効果をもたらすのではないかと考えられる。そこで、判決から見て取れる訴訟の経緯から消費者団体訴訟制度と消費者個人による不当利得返還請求訴訟とが併合された訴訟と、消費者裁判特例法に基づく訴訟との関係性を検討する。

## 二 事実の概要

### 1 事例①

#### (1) 請求

①消費者契約法一三条に基づき内閣総理大臣の認定を受けた適格消費者団体Xが、電気通信事業等を目的とする株式会社であるY<sub>1</sub>に対し、Y<sub>1</sub>が不特定多数の消費者との間で携帯電話利用サービス契約を締結する際に現に使用しており今後も使用するおそれのある解約金に関する条項は、消費者契約法九条一号または一〇条に該当して無効であるとして、消費者契約法一二条三項に基づき、当該条項など解約金に関する条項の内容を含む契約締結の意思表示の差止め

を求めた。

②事業者Y<sub>1</sub>との間で前記解約金条項を内容に含む携帯電話利用サービス契約を締結し、当該条項に基づく違約金をY<sub>1</sub>に対して支払った消費者一名が、当該条項が無効であると主張して、不当利得に基づき、利得金の返還とこれに対する遅延損害金の支払を求めた。

## (2) 解約金条項

FOMAサービス契約約款第六七条

「定期契約者は、その定期契約を契約の満了以外の事由により解除することを当社に通知したとき又は当社がその定期契約を解除したときは、料金表第1表第4（定期契約に係る解約金）に規定する料金の支払いを要します。」

FOMAサービス契約約款料金表第1表第4―2―1中「二年定期契約に係るもの」

「解約金の額 次の税抜額（かっこ内は税込額）九五〇〇円（九九七五円）」

## (3) 判旨（小見出しは筆者）

### a 法による規制の可否

消費者契約法九条および一〇条は、「事業者と消費者との間に情報の質及び量並びに交渉力の格差が存在することを踏まえ、消費者の利益を不当に侵害する条項を無効とすることを規定したものである。」消費者契約法九条一号は、「文言上、消費者契約の解除に伴う損害賠償の予定又は違約金を定める条項を対象としており、契約の目的である物又は役務等の対価についての合意を対象としていない。」また、「契約の目的である物又は役務等の対価それ自体に関する

る合意については、事業者と消費者との間に上記のような格差が存在することを踏まえても、原則として市場における需要と供給を踏まえた当事者間の自由な合意に基づくものである」から、「裁判所が個別の条項につき法一〇条に基づき信義則の見地から有効性を判断して消費者を保護することが妥当すべき領域」でない。

解約金が「実質的には、基本使用料の五〇％割引等のサービスを受けるための対価」であるとすれば、本件解約金条項が契約を二年間継続した場合に解約金の支払いが不要であることと整合しない。「解約金と二年間の割引との対価的関係は希薄なもの」である。

b 「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」か

「本件解約金条項について規定する本件約款六七条は、「定期契約に係る解約金の支払義務」との表題が付されており、「定期契約者は、その定期契約を満了以外の事由により解除することを当社に通知したとき又は当社がその定期契約を解除したとき」に、本件約款の「料金表第一表第四（定期契約に係る解約金）に規定する料金の支払いを要します。」と規定されている」。これによれば、本件解約金条項は、消費者が本件契約の契約期間内に解約した場合にY<sub>1</sub>に対し、「一定額の金員を支払うべき義務があることを規定したものであると認められ、契約上の対価についての合意ではない」。また、「上記のような本件解約金条項の文言に照らせば、消費者が、本件解約金条項に基づく支払義務をFOMAサービス契約又は本件契約の目的である役務等の対価であると認識して本件契約の締結に至ったとは認められない。」

c 「平均的な損害」の意義

消費者契約法九条一号の趣旨は、「特定の事業者が消費者との間で締結する消費者契約の数及びその解除の件数が多数にわたることを前提として、事業者が消費者に対して請求することが可能な損害賠償の額の総和を、これらの多

数の消費者契約において実際に生ずる損害額の総和と一致させ、これ以上の請求を許さないことにある」。「事業者は、個別の事案において、ある消費者の解除により事業者に実際に生じた損害が、契約の類型ごとに算出した「平均的な損害」を上回る場合であっても、「平均的な損害」を超える額を当該消費者に対して請求することは許されないのである」、その反面、ある消費者の解除により事業者に実際に生じた損害が、「平均的な損害」を下回る場合であっても、当該消費者は、事業者に対し「平均的な損害」の額の支払を甘受しなければならない」。

「法九条一号の「平均的な損害」の算出にあたって基礎とする消費者の類型は、原則として当該事案において事業者が損害賠償の予定又は違約金についての条項を定めた類型を基礎とすべきであり、解除の時期を一日単位に区切ってそれぞれの日数ごとに事業者に生じる金額を算定するというような当該事業者が行っていない細分化を行うことは妥当でない。」

「したがって、「平均的な損害」の算定については、本件契約を締結した顧客を一体のものとみて判断すべきである。」

d 「平均的な損害」の範囲

「消費者は、本来であれば毎月の基本使用料金として各料金プランごとに定まっている一定の金額を「Y<sub>1</sub>」に対して支払うべきところ、「本件契約の締結に伴い、二年間の契約期間内に中途解約しないことを条件として、契約期間の全期間にわたって基本使用料金の五〇%の値引きを受けて」いる。他方Y<sub>1</sub>は、「一定の期間に安定した収入を得られるのであれば、当該契約期間中は基本使用料金について割引を行っても採算に見合うと判断した上で、本件契約を締結した場合の割引率を五〇%と設定したものと考えられる。」

「そうすると、消費者が本件契約を契約期間内で中途解約した場合には、「Y<sub>1</sub>」は、「当該消費者に対し、現に標準基本使用料金の金額に相当する役務を提供したにもかかわらず、その対価としては割引後基本使用料金の支払しか受けて

いないこととなる。しかも「継続して安定した収入を得られるという前提も存在しなくなったのであるから、この期間の標準基本使用料金と割引後基本使用料金との差額」の累積額は、 $Y_1$ に生じた損害である。

e 基本使用料金の中途解約時から契約期間満了時までの累積額について

この間の累積額は、 $Y_1$ が本件契約に基づいて得べかりし利益に該当するものである。これらは、事業者にとつてのいわゆる履行利益であり、仮に、本件解約金条項および消費者契約法九条一号がいずれも存在しない場合には、 $Y_1$ は、民法四一六条一項に基づき、個別の消費者に対して「通常生ずべき損害」として、その賠償を請求することができる。

特定商取引に関する法律および割賦販売法に存在する「各種業者と消費者との間に損害賠償の予定又は違約金についての合意がある場合であっても、契約の目的となつてゐる物の引渡し又は役務の提供等が履行される前に解除があつた場合には、各種業者は、消費者に対し、契約の締結及び履行のために通常要する費用の額を超える額の金銭の支払を請求できない」との規定は、「事業者と不特定、多数の消費者との間の契約であることから、事業者と個々の当事者との関係が希薄で、かつ、同種の契約が繰り返されるため、個々の契約の解消による逸失利益に相当する損害が実際には顕在化しないことが多いと考えられることに加え、各種業者と消費者が契約を締結する際においては、各種業者の主導のもとで勧誘及び交渉が行われるため、消費者が契約の内容について十分に熟慮することなく契約の締結に至るといふ事情が少なくないことから、契約解除に伴う損害賠償の額を原状回復のための賠償に限定することにより、消費者が履行の継続を望まない契約から離脱することを容易にするため、民法四一六条一項の規定する債務不履行に基づく損害賠償を制限したもの」である。

これに対し、消費者契約法九条一号では、「事業者が契約の目的を履行した後の解除に伴う損害と、事業者が契約の目的を履行する前の解除に伴う損害とを何ら区分していない。」しかし、消費者契約法九条一号にある「当該条項にお

いて設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害」との「文言に照らせば、法九条一号は、事業者に対し、民法四一六条一項によれば請求し得る損害であつても、その全てについての請求を許容するものではない」。そして、先の事情は、「消費者契約一般において妥当すると考えられることからすると、」消費者契約法九条一号は、消費者に対して、「契約の目的を履行していたならば得られたであろう金額を損害賠償として請求することを許さず、契約の締結及び履行のために必要な額を損害賠償として請求することのみを許すとした」。

したがって、「基本使用料金の中途解約時から契約期間満了時までの累積額を損害賠償として請求することは」できない。

#### f 「平均的な損害」の算定<sup>(8)</sup>

$Y_1$ と「本件契約を締結した契約者につき、各料金プランごとの平成二三年四月から平成二四年三月までの月ごとの稼働契約者数（前月末契約者数と当月末契約者数を単純平均したもの）を単純平均し、それぞれに料金プランごとの割引額（標準基本使用料金と割引後基本使用料金との差額）（税込）を乗じて加重平均した金額は、一八三七円となる。」 $Y_2$ と「本件契約を締結した契約者のうち、平成二三年四月一日から平成二四年三月末日までの間に本件契約（更新前のものと同更新のものを含む。）を解約した者について、本件契約に基づく役務の提供が開始された月からの経過月数ごとの解約者数に、それぞれの経過月数を乗じて加重平均した月数は、一三・五か月となる。」

したがって、本件契約の更新前の中途解約による「平均的な損害」は、「一八三七円に一三・五か月を乗じた二万四八〇〇円であると認められ、」本件解約金条項に基づく支払義務の金額である九九七五円はこれを下回るものであるから、本件解約金条項は消費者契約法九条一号に該当しない。

g 消費者契約法一〇条前段該当性について

「民法等の「法律の公の秩序に関しない規定」は、明文の規定のほか、一般的な法理等をも含む」。

FOMAサービス契約は、Y<sub>1</sub>が「顧客に対して携帯電話端末を利用した通話及び通信等の利用を可能とする役務を一定の期間にわたって継続して提供し、顧客がその対価を」Y<sub>1</sub>に対して支払うことを中核的な内容とするものである。「このような契約は、民法が典型契約として規定する委任契約又は準委任契約にそのまま該当するということはいえず、一種の無名契約」である。

もっとも、民法は、委任及び準委任のほか、雇用及び請負においても、「役務の提供を受ける者がいつでも契約を一方的に解除することができる」と規定しており、このような規定の背景には、役務の提供を受ける者が、もはや役務の提供を受けることが不要となったにもかかわらず、受領を強いられるのは妥当ではなく、役務の提供を受ける者に対して一方的な解約権を付与することによって、役務の提供を受ける者をこのような事態から解放し、それによって経済的な不効率を回避するとの基本的な考え方が存在する」。このような考え方は、「民法上の典型契約に限らず、役務提供型の契約に一般的に存在する法理であり」、「消費者契約法一〇条前段の「公の秩序に関しない規定」に該当する。本件解約金条項は、消費者に対し、契約期間の末日の属する月の翌月を除く月に本件契約を解約する際に、常に一定の金額の支払義務を課している。民法が「相手方に不利な時期に委任の解除をしたときに限って損害賠償義務を課しているものに過ぎないことをも踏まえれば」、「本件解約金条項は、「公の秩序に関しない規定」に比較して消費者の権利を制限し、消費者の義務を加重している。

h 消費者契約法一〇条後段該当性について

消費者契約における特定の条項が、消費者契約法一〇条後段に該当して無効となるか否かについては、消費者契約

「法の趣旨及び目的に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存在する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考量して判断すべきである。」

消費者が二年間の契約期間内に中途解約しないという条件に違反した場合に、本件解約金条項に基づき「一定の金額を支払うことは、その金額が合理的な範囲にとどまっている限り、およそ法律上の原因が何ら存在しないとか、およそ経済的合理性が何ら存在しないとかいうことはできない。」

消費者が本件解約金条項に基づき $Y_1$ に対して支払うべき九九七五円という金額は、消費者が契約期間中に本件契約を中途解約した場合に $Y_1$ に生じる「平均的な損害」を超えるものではないから、合理的な範囲にとどまっている。また、本件契約を解約にあたり消費者が $Y_1$ に九九七五円を支払うことは、消費者が契約期間において基本使用料金についての割引を受けていることから、役務提供型契約における一般法理に基づく解約権につき制限を受けることに見合った対価である。

消費者は、本件契約の締結から二年が経過した時点で、本件解約金条項に基づく解約金を支払うことなく本件契約を解除することができるのであり、契約者の中途解約までの平均経過月数が一三・五か月であるから、消費者がそもそも解約権の制限に見合った対価を受けていることをも踏まえれば、この制限の期間が不当に長いなどということはない。

本件契約の名称にはいざれも「割引」を示す「割」という文字が含まれていること、カタログには「基本使用料から五〇％OFFとなります」、「二年単位で同一回線を継続利用いただくことが条件となり」および契約期間中に解約の場合は、「継続利用期間にかかわらず、九、九九七五円の解約金がかかります。」との各記載があること、ガイドブックには「二年間のご利用をお約束いただいた場合、基本使用料が五〇％OFFになる割引サービスです。」、「二年単位

で同一回線を継続利用いただくことが条件となり」、解約の場合は「継続利用期間にかかわらず、九、九七五円（税抜九、五〇〇円）の解約金がかかります。」等との各記載があること並びに契約書とは別個に作成する書面にも同様の記載が存在する。このような記載を通して $Y_1$ は、消費者に対し、本件解約金条項についての性質を明確に説明しており、 $Y_1$ と消費者との間には、本件解約金条項に基づく明確な合意が成立している。

そうすると消費者は、本件解約金条項に基づき解約権の制限を受けるものの、そのことに見合った対価を受けており、制限の内容についても何ら不合理なものではなく、しかも、 $Y_1$ と消費者との間には、本件解約金条項に関して存在する情報の質及び量並びに交渉力の格差が存在しない。

i 控訴審における判断の補足

電気通信事業者である $Y_1$ は、「不特定かつ多数の利用者に対し、安定的・継続的な同サービスを提供しなければならぬのであるから、消費者のニーズ、社会の経済情勢、競業他社の動向などを分析しつつ、自社の物的・人的態勢、経営状況等に応じ、同事業全体の経営戦略を立てるといふ高度の総合的な経営判断を基礎に据え、その提供する商品構成を設計する必要がある。」本件契約は、 $Y_1$ が「電気通信業者として、本件契約により二年間で得られる見込みの基本使用料、通話・通信料等、中途解約がされた場合の標準基本使用料金と割引後基本使用料金との差額の合計額、獲得できる見込みの契約者数、契約者の負担や便宜、サービス提供に要する物的・人的な経費負担などを総合的に考慮した上で設計された制度と認められ、そのことが不合理であるとはいえない。」また、「基本使用料金、定期契約の期間、解約金などが一体となって、いわばこれらのバランスの上のこのような商品が成り立っているものであり、これらを個々の要素に切り離して別々に吟味することは相当ではない。」「定期契約期間である二年間を通じて使用するものでなければ、本来は標準基本使用料金によるプランを適用すべきであったのであるから、基本使用料金の割引分は、

もともと減額されなかったはずの減額分を取り戻すというものであって、損害は現実に発生している。「本件契約は、基本使用料金、定期契約の期間、解約金などが一体となつて構成された商品というべきで、商品としては二年の期間全体における利益を考えなければならないのであって、個々の時点における利益と損害とを対比するのは相当ではない。」実際に生じる損害に対して解約金が少額であるとしても、「本件の割引プランは、当該商品の利用者数、途中解約者数等を想定した上で構成された商品というべきであるから、個々の契約者が途中解約をした場合において、発生した損害の全額が回収ができないとしても、そのことも踏まえて商品全体として設計されているものであるといえ、商品全体としては利益をあげるといふ設計であれば、これが不合理ということとはできない。」

## 2 事例2<sup>⑨</sup>

### (1) 請求

①消費者契約法一三条に基づき内閣総理大臣の認定を受けた適格消費者団体Xが、電気通信事業等を目的とする株式会社であるY<sub>2</sub>に対し、Y<sub>2</sub>が消費者との間で携帯電話を利用する通信サービス契約を締結する際に現に使用しまたは今後使用するおそれのある約款に記載の、消費者が二年間の定期契約の期間中に解約する場合は解約金を支払うことを定める条項が、消費者契約法九条一号および一〇条により無効であるとして、消費者契約法一二条三項に基づき、Y<sub>2</sub>が消費者との間で上記定期契約を締結する際、上記解約金条項を内容とする意思表示をすることの差止めを求めた。

②事業者Y<sub>2</sub>との間で二年間の定期契約である上記通信サービス契約を締結したが契約期間中に解約したため解約金支払義務を定める契約条項に基づき、Y<sub>2</sub>に対し解約金を支払った消費者七名が、当該解約金条項が法九条一号および一〇条により無効であると主張して、Y<sub>2</sub>に対して、不当利得返還請求権に基づき、上記解約金相当額とこれに対する遅

延損害金の支払を求めた。

(2) 解約金条項

a u通信サービス契約約款第八〇条

「定期 a u 契約契約者は、更新日以外の日に定期 a u 契約の解除があつたときは、別記 20 に定める場合を除き、料金表第 1 表第 4（契約解除料）に規定する料金の支払いを要します。」

料金表第 1 表第 4、2 料金額表中「第 4 種定期 a u 契約」

「料金額 税抜額（税込額）九、五〇〇円（九、九七五円）」

(3) 判旨（小見出しは筆者）

a 「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」か

「本件解約金条項は、更新日の属する月に解約をする場合や、解約に伴い契約種別を変更して本件通信契約を継続する場合等を除き、本件定期契約の解約に伴い解約金として九九七五円を支払う義務があることを定める契約条項であり、」契約者は、本件定期契約を契約期間の途中で解約し、Y<sub>2</sub>との間の契約関係の解消を望む場合には、「解約事由のいかんを問わず、上記解約金の支払を余儀なくされる。」したがって、本件解約金条項は、本件定期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に当たるとする。

b 「平均的な損害」の意義について

「事業者は、契約の相手方の債務不履行があつた場合、民法四一六条により、損害の賠償を求めることができるが、

この場合損害の発生及びそれが賠償範囲にあること（因果関係）を立証しなければならず、その証明の負担を回避するために、民法四二〇条は、事業者があらかじめ損害賠償額を予定することを認める。」消費者契約法九条一号の趣旨は、「この予定額が本来認められる損害額に近いものであることを要請し、定型的な基準として「平均的な損害の額」を超える違約金等の定めを許さない」ことにある。「債務不履行の際の損害賠償請求権の範囲を定める民法四一六条を前提とし、その内容を定型化するという意義を有するから、同号の損害は、民法四一六条にいう「通常生ずべき損害」であり、逸失利益を含む。なお、本件解約金条項が定めるのは、消費者に留保された解約権の行使に伴う損害賠償の予定であり、債務不履行による損害賠償の予定ではない。しかし、このような消費者の約定解除（解約）権行使に伴う損害賠償の範囲も、契約が履行された場合に事業者が得られる利益の賠償と解され、結局民法四一六条が規定する相当因果関係の範囲内の損害と同様である。<sup>10)</sup>

また、「同号が、「平均的な損害」としたのは、消費者契約は不特定かつ多数の消費者との間で締結されるという特徴を有し、個別の契約の解除に伴い事業者が生じる損害を算定・予測することは困難であること等から、同一の区分に分類される多数の同種契約における平均値を用いて、解除に伴い事業者が生じる損害を算定することを許容する趣旨である。そして、消費者契約法九条一号は、「当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ」て事業者が生ずべき平均的な損害を算定することを定めているから、区分は、当該条項により設定されたもの、すなわち事業者が定め消費者がこれに同意した契約内容に従うと解すべきである。<sup>11)</sup>

「したがって、法九条一号の平均的な損害は、民法四一六条に基づく損害の算定方法を前提とし、当該条項すなわち契約に定められた解除事由、時期等により同一の区分に分類される同種の契約における違約による損害の平均値を求めることによつて算定すべきである。」

本件定期契約は、「二年間継続して使用されることを基本的条件として、基本使用料、通話料等が設定されている」。「本件定期契約にはもとより契約者数の制限はなく、各通信事業者は、利益を上げるべくより多くの契約の獲得を目指して競争しており、中途解約者が生じたことによる損害について、次の契約がこれを埋め合わせるといふ関係には立たない。本件解約金条項は二年間という期間を一つの区分とし、その契約が解約されたことによる損害をてん補するものは本件解約金条項のほかにはない」。

c 「平均的な損害」の範囲

Y<sub>2</sub>が「二年間の継続契約を期待して契約を締結し、本件解約金条項を設定した」ことからして、本件定期契約の中途解約に伴いY<sub>2</sub>に生じる平均的な損害は、「中途解約されることなく契約が期間満了時まで継続していれば被告が得られたであろう通信料収入等（解約に伴う逸失利益）」である。

d 「平均的な損害」の算定

「本件通信契約の料金体系は、定額制である基本使用料金と従量制の通信料金を組み合わせたものであり、契約プランの種別によって基本使用料金の額や通信料金の単価等が異なる」。「また、契約者は、本件定期契約の契約期間中、自由に契約プランを変更することができ、月々に支払う基本使用料金の額及び通信料金の単価等は増減する。したがって、個々の契約者の月々の通信料金等は、加入している契約プランの種別及び通信量等に応じてばらつきがあり、同じ契約者であっても、契約期間中に一定の変動があり得る。このような料金体系等を考慮すると、本件定期契約の解約に伴う逸失利益は、本件定期契約のARPUを基礎として、その月額を算定し、これに一般に解約がされた場合の本件定期契約の平均残期間を乗ずる方法により行う」<sup>(12)</sup>。「なお、平均的な損害の算定にあたって、解約に伴い事業者が支出を免れた費用を解約に伴う逸失利益から控除」する。

本件定期契約の契約者のARPUの推移は、平成二一年度は五六二四円、平成二二年四月から一二月までは四九四〇円、平成二三年四月から一二月までは四四八〇円である。Y<sub>2</sub>が本件通信契約の締結に伴い支出する経費のうち中途解約に伴い支出を免れる費用（電話料金請求費用、通話等の際に他の電気通信事業者に支払う接続料金等、契約継続に伴い発生する費用）は、ARPUの一五％～二〇％に相当する額である。平成二一年度以降、各年度におけるARPUはいずれも四〇〇〇円を上回り、消費者らが締結した本件定期契約の満了時期の頃も同様であったと推測されること、ARPUの平均値が五〇一四円（二円未満切捨て）であること等に照らすと、契約満了時におけるARPUを五〇〇〇円とするのが相当である。また、解約によってY<sub>2</sub>が支出を免れる経費は、多くてもARPUの二〇％に相当する額であるから、これを五〇〇〇円から控除し、一か月当たりの解約に伴う平均的な損害を四〇〇〇円と認める。

本件定期契約を中途解約した契約者の平均解約時期は、契約締結時から一一・五九か月が経過した時点であり、二年間の契約期間から上記期間を控除した月数は一二・四一か月になる。一か月あたりの逸失利益四〇〇〇円にこの残余期間一二・四一か月を乗じた金額四万九六四〇円が、平均的な損害に当たる。

#### e 新たな契約締結の機会と損益相殺

「損害賠償請求に関して、債務不履行に起因して他の契約を締結する機会が新たに生じたことにより、損害がてん補されたとしても、逸失利益の賠償を求めることはでき、てん補額は、損益相殺の対象となる」。「また、債務不履行に起因して他の契約締結の機会を得たといえない場合は、他の契約による利益を損益相殺の対象とすることはできない」。「これは、消費者契約法九条一号の解釈においても同様である。「本件通信契約においては、ある契約が締結されることにより、他の契約を締結する機会を喪失するとはいえず、それゆえ、解約に伴い別の契約を締結する機会が新たに生じるともいえないから、他の契約を締結することにより、損害がてん補されると解することはできない」。した

がって、他の契約による利益を損益相殺の対象とすることはできない。

f 通常契約の基本使用料金の累積割引額について

「累積割引額は、契約者が契約締結直後に解約をした場合に最も小さく、契約期間満了直前に解約をした場合に最も大きくなり、かつ契約期間が満了した瞬間ゼロになる。」 $Y_2$ が、二年間継続することを期待して本件定期契約を締結することからすると、契約の継続期間が長くなるほど、 $Y_2$ の当初期待に沿うはずであるから、契約期間の経過によって大きくなる累積割引額を期間の中途解約の場合に生じる損害と評価するのは、損害のとらえ方として不自然である。「また、通常契約は、本件定期契約とは別個の契約であり、」 $Y_2$ が「本件定期契約の契約者から通常契約の通信料金を得ることは予定されていないのであるから、通常契約であれば得られたはずの利益を本件定期契約を中途解約した場合の損害とみることは相当ではない。」

g 消費者契約法一〇条前段該当性について

消費者契約法一〇条前段の、「法律の公の秩序に関しない規定」には、明文の規定のみならず、一般的な法理等も含まれる。

「民法は、委任・準委任及び請負等の役務の提供を給付内容とする契約において、役務の提供を受ける者が、役務の提供者に生じる損害をてん補する限り、不必要となった役務の受領を強いられることはないという一般法理を定めている」。

「本件通信契約においても、上記一般法理が同様に妥当すると解すべきであり、」本件解約金条項は、解約に伴い $Y_2$ に生じる損害の有無及びその多寡にかかわらず、「一律に一定の金員の支払義務を契約者に課す点において、解約に伴い相手方に生ずる損害の限度で損害賠償請求権を認める民法の一般法理と比較して、消費者の権利を制限し、消費者

の義務を加重するものである。」

#### h 消費者契約法一〇条後段該当性について

「本件解約金条項は、契約者が本件定期契約を解約し、一審被告との契約関係から離脱することを制限する効果を有する。」

「本件定期契約における契約期間は約二年間であり、ある程度継続するのが通常である通信契約の性質に鑑み、社会通念上著しく長期間にわたって解約を制限する規定とはいえない。」

「本件定期契約は二年間の定期契約であり、本件解約金条項に係る解約金は解約に伴い $Y_2$ が逸失する「期間満了時までの通信料収入等をてん補するという性格を有し、」同条項において定められた九九七五円という額は、中途解約に伴い $Y_2$ に生じる「平均的な損害を超過しない合理的な範囲の額にとどまる。」

「本件定期契約は、契約者に二年間解約できない制限を課す反面、月々の基本使用料は、通常契約の半額に設定されている。」

「基本使用料の割引きと中途解約に際して解約金の支払いを要すること、更新日に本件定期契約が更新されることについては、契約書に一義的かつ明確に記載され、契約締結時に契約者に交付される説明書類・パンフレット等にもその旨の説明がある。」「本件解約金条項を含む本件定期契約の締結に際し、契約者が考慮すべき要素は全部説明書類・パンフレットに記載され、」消費者と事業者である $Y_2$ の間で本件通信契約に関して知っておくべき情報に格差はない。

前記のとおり、本件定期契約において、社会通念上著しい長期間にわたって解約を制限するものではなく、解約金が法九条一号の平均的な損害を超えるものではないこと、契約者は、通常契約と比較した上で、本件定期契約を選択することができ、しかもその場合基本使用料割引の利益を受けられることからすると、本件解約金条項が、信義則に

反して消費者の利益を一方的に害する条項であるとはいえない。

### 3 事例<sup>13)</sup>

#### (1) 請求

消費者契約法一三条に基づく内閣総理大臣の認定を受けた適格消費者団体Xが、移動体通信事業等を目的とする事業者であるY<sub>3</sub>に対し、Y<sub>3</sub>の3G通信サービスに関する契約の約款中の、ホワイトプランNによる契約の契約期間中に、料金種別を変更または廃止する場合に消費者が解除料を支払う旨の条項が消費者契約法九条一号または一〇条に反し無効であるとして、消費者契約法一二条三項に基づき、当該解除料条項を含む本件約款に基づく意思表示をすることの差止めを求めた。

#### (2) 解約金条項

同契約約款第五三条

…「契約者は、料金表第1表第1の規定に該当する場合には、料金表第1表第6（解除料）に規定する料金の支払いを要します。」

同カ

…「料金種別の第3種Iを選択している契約者が、その料金種別の変更若しくは廃止することを当社に通知した場合又は当社がその料金種別を変更若しくは廃止した場合は、第6（解除料）1（適用）（2）欄に規定する事由に該当する場合を除き、第6に規定する解除料の支払いを要します。」

料金表第1表第6、2

…「区分：解除料、単位：一契約ごとに、料金額…九、五〇〇円（九、九七五円）」

(3) 判旨（小見出しは筆者）

a 法による規制の可否

契約の主要な目的や対価に関する事項である中心条項は、「本来、市場にゆだねられるべき事柄であるため、例外的に公序良俗違反等の一般条項による規制はあるにしても、このような事項に関する中心条項を不当条項規制の対象とすることは、市場に対する過剰介入になる」。主として契約関係の調整を自ら行うための措置を講ずる条項としての付随条項は、「広い意味では契約の履行過程で生じるトラブルに対処するためのものであって、予め事業者によって一括して定められていることが多い上、一般に消費者は、契約の締結に際して、契約の履行過程で障害が生ずることを念頭におくことが少ないため、安易に付随条項を受け入れてしまう傾向がある」ことから不当条項規制の対象となる。

「本件契約の主要目的は、一定期間（二年間）における携帯電話を利用する通信サービスの提供と利用に関するものであり、その対価として、基本使用料、通話料、メール通信料及びデータ通信料が定められている」から、「この点に関する条項は、本件契約における中心条項である」のに対し、「本件解除料条項は、契約が予定された一定期間（二年間）の途中で解約等された場合に関するものであるから、広い意味で契約の履行過程で生じるトラブルに対処するための条項として付随条項に該当する」。「本件解除料条項には、法九条及び一〇条の不当条項規制が適用される。」

b 「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」か

「本件解除料条項は、本件契約の契約期間が二年間であることを前提として、顧客が、本件契約を契約期間の途中で

解約する場合には、「顧客に本件解除料九九七五円の支払義務が生じることを定める契約条項であり、同条項は、契約の主要目的や対価に関する条項であるということはできないから、法九条一号にいう、「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」に該当するのは明らかである。」

c 「平均的な損害」の意義

「同一事業者が締結する多数の同種契約事案について類型的に考察した場合に算定される平均的な損害の額をいい、当該消費者契約の当事者たる個々の事業者が生じる損害の額について、契約の類型ごとに合理的な算定根拠に基づき算定された平均値を意味する」。消費者契約法九条一号は、「解除に伴う損害賠償額の予定等の区分の仕方は、業種や契約の特性により異なるものであることから、契約において定められた損害賠償の額の予定又は違約金の額が平均的な損害の範囲内といえるかどうかの判断は、「当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ」て行われるものと定めている。」

「本件契約の内容や特性等に鑑みた場合、本件解除料条項が、契約期間である二年間の中途における解除について、一括して定められていること自体、不合理なものではないし、また、消費者保護の観点を併せ考慮したとしても、上記の定め方が著しく不当であるということもできない。」

したがって、本件において、本件解除料が消費者契約法九条一号にいう平均的な損害を超えるか否かを判断するに際しては、 $Y_3$ の設定した、契約期間である二年間の中途における解除という時期の区分を前提に、本件契約の解除に伴い、 $Y_3$ に生じる損害の額の平均値を求め、これと本件解除料の額の比較を行えば足りる。

d 「平均的な損害」の範囲

民法四二〇条によると、「当事者の合意により債務不履行によって生じる損害賠償の額の予定又は違約金の定めを

することができ、この損害賠償の予定又は違約金は、公序良俗違反や信義則に反する場合を除き、原則として裁判所もその額を増減することができない」。消費者契約法九条一号は、「事業者が消費者契約において、契約の解除に伴う損害賠償額の予定又は違約金を定めた場合であっても、当該事業者が生ずべき平均的損害の額を超える額の支払を消費者に請求することができず、その超過部分を無効とする旨を定めており、ここにいう契約の解除とは、約定解除権や法定解除権はもとより、将来に向かつてのみ効力を生ずる解約（告知）や合意解除も含まれる」。「同号にいう解除に伴い、当該事業者が生ずべき平均的な損害とは、あくまでも民法四一六条を前提としつつ、そこで生ずる損害を、当該事業者が締結する多数の同種契約について定型化した基準である。このように解する以上、法九条一号の平均的な損害は、民法四一六条にいう「通常生ずべき損害」と同義であって、事業者の営業上の利益（逸失利益）が含まれる」。

この点、特定商取引に関する法律や割賦販売法には、「事業者が契約解除や債務不履行に伴う損害賠償額の予定又は違約金を定めた場合であっても、契約の履行前の段階においては契約解除に伴う損害賠償額は、契約の締結及び履行のために通常要する費用の額に限定される旨の規定が存在する」。消費者契約法九条一号においては「そのような限定はなく、解除に伴う平均的な損害を超えない限度で当該契約において行われた損害賠償の予定又は違約金の定めが有効なものとしてされているのであるから、同号の解釈として、損害賠償の予定又は違約金の額を契約の締結及び履行のために通常要する費用の額に限定すべき理由は存しない」。

そうすると、消費者契約法九条一号にいう平均的な損害には、逸失利益が含まれる。

#### e 「平均的な損害」の算定<sup>14)</sup>

ホワイトプランNは、平成二二年四月二七日にサービスを開始したところ、平成二二年四月から平成二



この点、本件契約における本件解除料条項は、本件契約が解除された場合には、原則として、当該契約における顧客との関係でY<sub>3</sub>に具体的に生じる損害の額にかかわらず、「一律に、一定の金員（本件解除料）の支払義務を課す点において、上記一般法理に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重するものとなる」。

#### 8 消費者契約法一〇条後段該当性について

「当該条項が信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるか否かは、法の趣旨、目的（法一条参照）に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考量して判断される」。

「本件解除料条項は、解除に際して、顧客側に、一律九九七五円の本件解除料の支払義務が生じる点で、顧客に対し、契約の解除を思い止まらせる効果があり、消費者の解除の自由を制限する性質を有するものであるということができ」る。しかしながら、他方、顧客が本件契約の申込みを行うに際して顧客に示される確認書には、契約解除料九九七五円がかかる場合があるとの記載があること、顧客に配布される注意事項には、大きな文字を用いて契約解除料が必要なる場合があるとの記載があること、Y<sub>3</sub>のウェブサイト（PCサイト、モバイルサイト）に、赤で、契約解除料（九九七五円）がかかる場合があるとの記載があり、これに加えて、カタログでも契約解除料についての説明が行われている。また、Y<sub>3</sub>の提供する携帯電話のサービスにおける料金プランには、基本使用料や通話料、通信料においてホワイプランNよりも割高な料金設定がされているものの、解除料条項は設けられておらず、現にこれらのプランを選択している顧客も存在する。

このような諸事情に鑑みると、本件解除料条項に関して、事業者と消費者との間に、看過できないような情報の質及び量並びに交渉力の格差等があるということとはできない。

以上に加えて、本件解除料は、本件契約の解除によって $Y_3$ に生じる平均的な損害の額を下回っている上、「ホワイトプランNは、基本使用料等の面で、他の料金プランより優遇されており、かつ、更新月においては、本件解除料を支払うことなく契約を解除することができる」との事情も存在するのであるから、このような本件契約の特質等に鑑みても、本件契約における本件解除料条項が、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるということはない」。

### 三 実体法上の問題点

#### 1 消費者契約法適用の可否

適格消費者団体が消費者契約法第一二条三項に基づいて事業者の行為の差止めを求め得るか否かの判断にあたっては、事業者が消費者と締結した消費者契約の条項に消費者契約法八条ないし一〇条に該当する条項が含まれていること、その前提として契約当事者間で締結された契約が消費者契約であること、すなわち当該契約が事業者と消費者との間で締結されたものであることの認定が必要となる。各事例において、携帯電話利用サービス契約が事業者と消費者との間で締結される消費者契約であるとの判断を示していない。各事例では、Xが適格消費者団体であること、事例1、2では $Y_1$ 、 $Y_2$ が「株式会社」であること、事例3では $Y_3$ が「事業者」であると示すにとどまる。また、事例1、2では原告となっている個人が消費者であることまたは非事業者であるとの認定はされていない。事例1では二名が、事例2では一名が携帯電話利用サービス契約を二回線分契約し、うち二名については契約日を異にしている。消費者性ないし非事業者性を認定していないのは、訴訟当事者の原告が適格消費者団体であることに基因しているとも

考えられる。事例1、2の訴訟手続きは携帯電話利用サービス契約を締結した消費者が原告となった不当利得返還請求訴訟が消費者団体訴訟と併合審理されている。このような訴訟の状況から判断が不要と考えたのであろうか。携帯電話の利用は、営業活動に不可欠なインフラとして恒常的に利用されていることも言を俟たない。個人であっても、営業のため携帯電話利用サービス契約を締結するのは想像に難くない。「平均的な損害」算定の際には、事業者性を有する個人による契約に関する部分が含まれてはならない。東京地方裁判所平成二三年一月一七日判決<sup>15)</sup>のように、権利能力なき社団である大学のラグビーチームの非事業者性の認定、そして旅館の個人経営者との間の宿泊契約の予約の消費者契約該当性が一つの争点となっている場合に、消費者契約該当性の判断を示せば足りるものではない。本稿でのいずれの事例においても携帯電話利用サービス契約が、例えば当事者の一方である電気通信事業者が携帯電話を利用し、他者と通話あるいは情報などの通信をすることができるシステムを提供し、他方当事者である消費者がその利用の対価を支払う内容の契約であって、消費者契約であることを示すべきである。

## 2 本件契約の法的性質

本件解約金条項<sup>16)</sup>を含む携帯電話利用サービス契約が法律上どのような規律を受けるかを考える前提として、本件契約の法的性質をみてみよう。

Y<sub>1</sub>ないしY<sub>3</sub>は電気通信事業を営む電気通信事業者である。電気通信事業とは、どのような事業であらうか。電気通信事業法第二条によれば、電気通信事業とは電気通信設備を用いて他人の通信を媒介し、その他電気通信設備を他人の通信の用に供するという電気通信役務を他人の需要に応ずるために提供する事業をいう、とある。<sup>17)</sup>このような事業を営む事業者が提供する役務と消費者がそれに対して支払う対価を中核とする携帯電話利用サービス契約は、民法に

ある典型契約のいずれかに分類しうるか。<sup>18)</sup>この点について各事例は次のとおり指摘する。事例1ではFOMAサービス契約は一種の無名契約である。事例2では本件通信契約は、準委任等の民法の定める役務提供契約と類似する性格を有する。そして事例3では本件契約は、相手方から独立して一定の役務の提供を行うという点で、民法に定められている請負や委任と類似する性格を有している。

このように各事例はいずれも民法に規定する典型契約にあたるとは明言しない。類似というところから、民法による規律を基に不当条項性を展開している。本件契約の法的性質が重要性を持つのは、消費者契約法一〇条該当性の判断においてであるから、後にあらためて検討する。

### 3 本件解約金条項の法的性質―消費者契約法九条一号関係

(1) 本件契約が消費者契約であることを前提にして、どのような基準から本件解約金条項を消費者契約法九条一号の「損害賠償の予定又は違約金」を定める条項と判断したのであろうか。

事例1では法九条一号は、文言上、消費者契約の解除に伴う損害賠償の予定又は違約金を定める条項を対象としており、契約の目的である物又は役務等の対価についての合意を対象としていない。ある条項が契約の目的である物又は役務の対価について定めたものに該当するか否かについては、その条項の文言を踏まえつつ、その内容を実質的に判断するとの基準を示した。事例2ではこの判断基準が示めされていない。事例3では一般に、契約の条項には契約によって当事者が獲得しようとしている主たる給付を定める中心条項と、主として契約関係の調整を自ら行うための措置を講ずる付随条項とがあつて、中心条項は法九条及び一〇条の適用の対象外であり、付随条項が不当条項規制の対象となる、という。そしてその理由を次のとおり述べる。すなわち契約の主要な目的や対価に関する事項は、本来、

市場にゆだねられるべき事柄であるため、例外的に公序良俗違反等の一般条項による規制はあるにしても、このような事項に関する中心条項を不当条項規制の対象とすることは、市場に対する過剰介入になる。<sup>19)</sup>これに対し付随条項は、広い意味では契約の履行過程で生じるトラブルに対処するためのものであって、予め事業者によって一括して定められていることが多い上、一般に消費者は、契約の締結に際して、契約の履行過程で障害が生ずることを念頭におくことが少ないため、安易に付随条項を受け入れてしまう傾向がある。

このような基準から事例1では本件解約金条項の文言によれば、本件解約金条項は、消費者が本件契約の契約期間内に解約した場合にY<sub>1</sub>に対し一定額の金員を支払うべき義務があることを規定したものである。本件解約金条項は、実質的な内容としても、契約上の対価についての合意ということはできず、契約期間内の中途解約時の損害賠償の予定又は違約金についての条項である、という。判断基準を示さない事例2では本件解約金条項は、本件定期契約の解約に伴い解約金として九九七五円を支払う義務があることを定める契約条項であり、契約者は、本件定期契約を契約期間の途中で解約し、Y<sub>2</sub>との間の契約関係の解消を望む場合には、解約事由のいかんを問わず、上記解約金の支払を余儀なくされる。したがって、本件解約金条項は、本件定期契約の「解除に伴う損害賠償の額の予定」又は「違約金」に当たる、という。疑いをはさむ余地がないというのであろう。事例3では本件解除料条項は、顧客が、本件契約を契約期間の途中で解約する場合には、顧客に本件解除料九九七五円の支払義務が生ずることを定める契約条項であり、同条項は、契約の主要目的や対価に関する条項であるということとはできないから、消費者契約法九条一号にいう、「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」に該当するのは明らかである、という。

(2)このようにして各事例は本件解約金が消費者契約法九条一号にいう損害賠償の額予定または違約金にあたりと判示した。

ところで、事例1の第一審においてY<sub>1</sub>が本件解約金条項が消費者契約法九条一号の不当条項に該当しない理由として、「本件解約金条項に基づく九九七五円は、基本使用料の五〇％割引等のサービスを受けるための対価」であり、「中途解約時に支払うべき料金について、損害賠償金や違約金であれば課税されないはずの消費税が課税されている」との主張をしている<sup>20</sup>。損害賠償金や違約金であるならば、消費者は消費税の支払を事業者にする必要はないのであるから、九五〇〇円の五パーセントに相当する四七五円を過払いしていることになる。消費税法基本通達をみてみよう。同通達第5章第5節5―5―2（解約手数料、払戻手数料等）には以下のように記載されている。すなわち、「予約の取消し、変更等に伴って予約を受けていた事業者が收受するキャンセル料、解約損害金等は、逸失利益等に対する損害賠償金であり、資産の譲渡等の対価に該当しないが、解約手数料、取消手数料又は払戻手数料等を対価とする役務の提供のように、資産の譲渡等に係る契約等又は取消し等の請求に応じ、対価を得て行われる役務の提供は、資産の譲渡等に該当する」。「例えば、約款、契約等において解約等の時期にかかわらず、一定額を手数料等として授受することとしている場合の当該手数料等は、解約等の請求に応じて行う役務の提供の対価に該当する。」「なお、解約等に際し授受することとされている金銭のうち役務の提供の対価である解約手数料等に相当する部分と逸失利益等に対する損害賠償金に相当する部分とが含まれている場合には、その解約手数料等に相当する部分が役務の提供の対価に該当するのであるが、これらの対価の額を区分することなく、一括して授受することとしているときは、その全体を資産の譲渡等の対価に該当しないものとして取り扱う。」

また、国税庁「タックスアンサー」No.六二五三キャンセル料によると、契約の解除の際に支払われる一時金、いわゆるキャンセル料に対する消費税課税の可否は、次のように取り扱われている。当該一時金の性質を「解約に伴う事務手数料」と「解約に伴い生じる逸失利益に対する損害賠償金」とに二分する。当該一時金が「解約に伴う事務手数料

料」の場合は、解約手続などの事務についての役務の提供に対する対価として課税の対象となり、他方、「逸失利益に対する損害賠償金」の場合は、解約されなければ得たであろう利益の補てん金として、資産の譲渡等の対価に該当せず課税の対象とならない。この点の説明の事例として航空運賃のキャンセル料の場合が挙げられている。「払戻しの時期に関係なく一定額を受け取ることとされている部分の金額は、解約に伴う事務手数料に該当し課税」の対象となる、という。

このような消費税課税の取扱いからすると、消費税を徴収する本件解約料は、事務手数料に該当し、逸失利益が含まれないと理解しうる。

#### 4 「平均的な損害」の意義

このようにして各事例は、本件解約金条項を消費者契約法九条一号でいうところの「損害賠償の額を予定し、又は違約金」を定める条項と認定した。事業者に生ずべき「平均的な損害」の額を超える部分が無効とされる。

立案担当者の解説によると、「平均的な損害」とは、「同一事業者が締結する多数の同種契約事案について類型的に考察した場合に算定される平均的な損害の額」であって、具体的には「解除の事由、時期等により同一の区分に分類される複数の同種の契約の解除に伴い、当該事業者に生じる損害の額の平均値」をいい、「当該消費者契約の当事者たる個々の事業者に生じる損害の額について、契約の類型ごとに合理的な算出根拠に基づき算定された平均値」をいう。「平均値」を求めるとすると、どの期間から求めることになるか。消費者契約法九条一号の文言からは、事業者と消費者との間で締結された消費者契約の条項において設定された時期の区分となる。各事例の解約金条項には解約の時期によって解約金が数種に分類されていない。二年間という時期の区分の中で解約により一定額の解約金の支払義務

が生じる。

各事例は、このような契約条項における「平均的な損害」をどのように理解したのであろうか。<sup>(22)</sup> 事例1では「事業者が消費者に対して請求することが可能な損害賠償の額の総和を、これらの多数の消費者契約において実際に生ずる損害額の総和と一致させ、これ以上の請求を許さないことにある」。「事業者は、個別の事案において、ある消費者の解除により事業者に実際に生じた損害が、契約の種類ごとに算出した「平均的な損害」を上回る場合であっても、「平均的な損害」を超える額を当該消費者に対して請求することは許されないであり、その反面、ある消費者の解除により事業者に実際に生じた損害が、「平均的な損害」を下回る場合であっても、当該消費者は、事業者に対し「平均的な損害」の額の支払を甘受しなければならない」という。事例2では法九条一号は、「事業者が消費者契約において、契約の解除等に伴い高額な損害賠償等を請求することを予定し、消費者に不当な金銭的負担を強いることを許さない趣旨である。」事業者があらかじめ損害賠償額を予定することを認め、「この予定額が本来認められる損害額に近いものであることを要請し、定型的な基準として「平均的な損害の額」を超える違約金等の定めを許さない。」「法九条一号は、債務不履行の際の損害賠償請求権の範囲を定める民法四一六条を前提とし、その内容を定型化するという意義を有する」。すなわち、「消費者契約は不特定かつ多数の消費者との間で締結されるという特徴を有し、個別の契約の解除に伴い事業者に生じる損害を算定・予測することは困難であること等から、同一の区分に分類される多数の同種契約における平均値を用いて、解除に伴い事業者に生じる損害を算定することを許容する趣旨である。」という。事例3では「法九条一号にいう平均的な損害とは、同一事業者が締結する多数の同種契約事案について類型的に考察した場合に算定される平均的な損害の額をいい、当該消費者契約の当事者たる個々の事業者に生じる損害の額について、契約の類型ごとに合理的な算定根拠に基づき算定された平均値を意味する。」という。

このように「平均的な損害」の意義について、各事例は、同じ見解に立つのである。

## 5 「平均的な損害」の範囲

(1)「平均的な損害」の意義を同じく理解する各事例が見解を異にするのは、「平均的な損害」の範囲においてである。<sup>23)</sup> 学説上も大別して二つの見解がある。<sup>24)</sup> 一つには民法理論に基礎を置く見解であって、「平均的な損害」は民法四一六条の「通常生ずべき損害」と異ならないことを前提に、同条を定型化した基準を消費者契約法に取り入れたとする見解である。民法の一般原則によれば、債務不履行による損害賠償請求には、積極的損害のほか、契約が履行されたならば得られたであろう利益（逸失利益）が含まれる。消費者が契約を解除したときには、事業者が債務を履行する前であっても契約が締結されている以上逸失利益の賠償を請求しうる。ただし、未履行部分の利益について他に補てんされる事情が存在すればそれは損益相殺として控除される。

もう一つには特定商取引に関する法律や割賦販売法等における損害賠償額等の制限に関する考え方に基礎を置く見解である。履行前の解除における損害賠償を事務手数料などの一定額に制限し、給付を受けていない目的物の対価すなわち逸失利益を請求することはできないという特別法上の損害賠償請求を規制する原理が民法の一般原則の修正として、消費者契約の解除の際に適用される。

このような見解があるなか、事業者であるY<sub>1</sub>ないしY<sub>3</sub>に発生した損害のうちどのような範囲の損害を「平均的な損害」であると、各事例はみたのであろうか。この点、既にみたように、本件契約の法的性質のとらえ方から各事例の考え方が見て取れる。すなわち、事例1は本件契約を「民法が典型契約として規定する委任契約又は準委任契約にそのまま該当する」とはいえず、一種の無名契約」ととらえ、直ちに民法の規律を採用しない。民法の上位概念

にある役務の提供を目的とする契約に関する規律から損害の範囲を導こうとする。これに対し事例2は「準委任等の民法の定める役務提供契約と類似する」とし、事例3も「民法に定められている請負や委任と類似する」という。このような民法類似とする性質決定は、民法の規律と同様の損害の範囲の考え方に傾倒しがちである。さて、各事例は「平均的な損害」の範囲をどのように確定しているであろうか。

(2) 積極的損害について、事例1では、「消費者は、本来であれば毎月の基本使用料金として各料金プランごとに定まっている一定の金額」を $Y_1$ に対して支払うべきところ、「本件契約の締結に伴い、二年間の契約期間内に中途解約しないことを条件として、契約期間の全期間にわたって基本使用料金の五〇%の値引きを受け」た。他方 $Y_1$ は、「当該消費者に対し、現に標準基本使用料金の金額に相当する役務を提供したにもかかわらず、その対価としては割引後基本使用料金の支払しか受けて」おらず、しかも $Y_1$ が「継続して安定した収入を得られるという前提も存在しなくなったのであるから、この期間の標準基本使用料金と割引後基本使用料金との差額」は $Y_1$ に生じた損害であると認定する。この損害を $Y_1$ に生じた積極的損害と捉えるのである。事例2と事例3では、このような積極的損害に言及しない。というのは、基本使用料金の定め方が事例1とは違うからである。事例1では、基本使用料金として具体的な金額を定め、その額から五〇パーセントの割引を行い割引後のプランを設定している。他方、事例2と事例3では、具体的な金額を定めた数種のプランを設定し、それぞれの基本使用料金の額の比較において半額となるプランが存在する。事例1の事業者 $Y_1$ は基本契約で基本使用料金額を設定し、特約プランとして割引を行う設定をしている。事例2と事例3は基本使用料金の額を異にする基本契約が数種設定されているのである。したがって、事業者からの役務の提供があった期間をみると、事例2と事例3では提供された役務に対応する基本使用料金全額が消費者から支払われている。これに対し、事例1では五〇パーセント割引された基本使用料金が支払われたにすぎず、役務に対応する基本使用料金

全額の支払いはなされていない。本件解約金条項の性質や内容に違いがみられないが、この基本使用料金の設定に違いがあり、この違いが事例1と事例2、3では事案を異にする原因であると考えられる。

(3)次に、消極的損害として、債務が契約どおりに履行されていたならば得られたであろう利益、すなわち逸失利益について、各事例はどのように判断しているかみてみよう。事例1では「基本使用料金の中途解約時から契約期間満了時までの累積額についての損害」は、 $Y_1$ が「本件契約に基づいて得べかりし利益に該当する」という。事例2では $Y_2$ が「二年間の継続契約を期待して契約を締結し、本件解約金条項を設定」しているから、中途解約されることなく契約が期間満了時まで継続していれば $Y_2$ が得られたであろう通信料収入等が解約に伴う逸失利益であるという。事例3では「事業者の営業上の利益」が逸失利益であるという。

では、このような逸失利益を「平均的な損害」の範囲に含まれるとしたか、すなわち役務の提供がなされていない部分に対応する逸失利益を請求できるとしたであろうか。事例1では消費者の保護を目的とする法律としては、消費者契約法の制定よりも前から、特定商取引に関する法律及び割賦販売法が存在する。「それぞれ、各種業者と消費者との間に損害賠償の予定又は違約金についての合意がある場合であっても、契約の目的となっている物の引渡し又は役務の提供等が履行される前に解除があった場合には、各種業者は、消費者に対し、契約の締結及び履行のために通常要する費用の額を超える額の金銭の支払を請求できないと規定している。これらの規定は、事業者と不特定、多数の消費者との間の契約であることから、事業者と個々の当事者との関係が希薄で、かつ、同種の契約が繰り返されるため、個々の契約の解消による逸失利益に相当する損害が実際には顕在化しないことが多いと考えられることに加え、各種業者と消費者が契約を締結する際においては、各種業者の主導のもとで勧誘及び交渉が行われるため、消費者が契約の内容について十分に熟慮することなく契約の締結に至ることが少なくないことから、契約解除に伴う損害賠償

の額を原状回復のための賠償に限定することにより、消費者が履行の継続を望まない契約から離脱することを容易にするため、民法四一六条一項の規定する債務不履行に基づく損害賠償を制限したものと解することができる。」これに対し「法九条一号は、事業者が契約の目的を履行した後の解除に伴う損害と、事業者が契約の目的を履行する前の解除に伴う損害とを何ら区分していない。しかし、法九条一号は、損害賠償の予定又は違約金の金額の基準として、「（事業者）通常生ずべき損害」ではなく、「当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害」の文言を用いている。このような文言に照らせば、法九条一号は、事業者に対し、民法四一六条一項によれば請求し得る損害であっても、その全てについての請求を許容するものではない。」そして、上記で述べたような事情は、「消費者契約一般において妥当すると考えられることからすると、法九条一号は、事業者に対し、消費者契約の目的を履行する前に消費者契約が解除された場合においては、その消費者契約を当該消費者との間で締結したことによって他の消費者との間で消費者契約を締結する機会を失ったような場合等を除き、消費者に対して、契約の目的を履行していたならば得られたであろう金額を損害賠償として請求することを許さず、契約の締結及び履行のために必要な額を損害賠償として請求することのみを許す」とした。基本使用料金の中途解約時から契約期間満了時までの累積額については、「平均的な損害」の範囲に含まれないと判断したのである。事例2では、本件定期契約の中途解約に伴い $Y_2$ に生じる平均的な損害を算定する際にも、「中途解約されることな

く契約が期間満了時まで継続していれば被告が得られたであろう通信料収入等（解約に伴う逸失利益を基礎とする。」また事例3では、特定商取引に関する法律および割賦販売法等には、「事業者が契約解除や債務不履行に伴う損害賠償額の予定又は違約金を定めた場合であっても、契約の履行前の段階においては契約解除に伴う損害賠償額は、契約の締結及び履行のために通常要する費用の額に限定される旨の規定が存在する。法九条一号においてはそのような限定

はなく、解除に伴う平均的な損害を超えない限度で当該契約において行われた損害賠償の予定又は違約金の定めが有効なものとしてされているのであるから、同号の解釈として、損害賠償の予定又は違約金の額を契約の締結及び履行のために通常要する費用の額に限定すべき理由は存しない。」このように事例2と3では、法九条一号の「平均的な損害」の範囲には、逸失利益が含まれる、という。

(4)事例1では役務提供型の契約の継続性と事情変更による契約関係解消の均衡を図る必要性を重視するのに対し、事例2と3では民法の損害賠償の規律から逸失利益を損害の範囲に含むとするのである。

このような逸失利益の取扱を異にする根拠は、次のところにもみられる。累積割引額の不在についての事例2の判断の中である。すなわち、「累積割引額は、契約者が契約締結直後に解約をした場合に最も小さく、契約期間満了直前に解約をした場合に最も大きくなり、かつ契約期間が満了した瞬間ゼロになる。」 $Y_2$ が、二年間継続することを期待して本件定期契約を締結することからすると、契約の継続期間が長くなるほど、 $Y_2$ の当初期待に沿うはずであるから、「契約期間の経過によって大きくなる累積割引額を期間の中途解約の場合に生じる損害と評価するのは、損害のとらえ方として不自然である。また、通常契約は、本件定期契約とは別個の契約であり、 $Y_2$ が本件定期契約の契約者から「通常契約の通信料金を得ることは予定されていないのであるから、通常契約であれば得られたはずの利益を本件定期契約を中途解約した場合の損害とみることは相当ではない。」さらに、「本件定期契約と通常契約は別の契約であるから、本件定期契約を選択した契約者が中途解約した場合に、遡って当初から通常契約を締結するものとみなすことができるかどうかも疑問がある。」

事例2、3の場合、二年間という期間の定める本件定期契約と期間の定めのない通常契約は、ともに基本契約であって、別個の契約であるのに対し、事例1では基本契約に「割引」に関する付款のあるものとなないものがあるという

ひとつの基本契約に基づく事例なのである。

- (1) 携帯電話利用サービス契約が二年ごとに自動更新される料金プランについて、総務省が見直しを要請するとの報道が平成二十七年七月一日付け朝日新聞になされた。二年ごとの更新期間以外で解約するときに支払いを義務付けている仕組みが消費者を利用契約に不当に拘束するとの批判に対応するものである。契約締結後二年内の解約に対しての違約金支払義務は承認するが二年経過後は違約金の支払いをすることなく契約を解消できるように要請するとのことである。
- (2) 本稿において消費者契約法を単に「法」と表現することがある。
- (3) 消費者庁ホームページにおいて、平成二十七年二月九日付けで消費者契約法三九条一項に基づいて、上告受理申立に対して不受理の決定がなされたと公表されている。
- (4) 本稿の各事例において、携帯電話会社三社に対し、消費者団体訴訟を提起した特定非営利活動法人京都消費者契約ネットワークホームページ参照
- (5) 各事例では、携帯電話利用サービス契約が契約締結後二年で自動更新され、自動更新後の解約にも中途解約による解約金支払条項が適用される。この更新後においても解約金条項の不当性が争われているが、本稿では割愛する。
- (6) 事例1ないし3を比較検討するものとして久須本かおり「携帯電話利用サービス契約の中途解約における解約金支払条項ならびに自動更新条項について」愛大一九五号（二〇一三）一一七頁、丸山絵美子「判研」法政論集二五二号（二〇一三）三一二頁、野澤正充「消費者契約法の規律と民法の法理」野村古稀「民法の未来」三九九頁（商事法務、二〇一四）などがある。
- また、事例1に関するものに桑岡和久「判研」現代消費者法No.二二（二〇一三）七三頁、井上健一「判研」ジュリスト一四六七号九〇頁（二〇一四）、岡林伸幸「判批」判例時報二一九三号一六五頁、城内明「判批」新判例解説Watch 八七頁、小林和子「判研」現代消費者法No.二三（二〇一四）九二頁、執行秀幸「判批」私法判例リマックス四八（二〇一四）四六頁等がある。
- (7) 判例時報二一七六号三三頁。なお、第一審裁判所判決は、判例時報二一五〇号六〇頁
- (8) 第一審判決と原審控訴審判決とは損害額算定の基礎となる資料が異なる。第一審判決の資料は次のとおりとなる。すなわち、Y<sub>1</sub>と「本件契約を締結した契約者につき、各料金プランごとの平成二二年四月から平成二二年三月までの月ごとの稼働契約者数（前月末契約者数と当月未契約者数を単純平均したもの）を単純平均し、それぞれに料金プランごとの割引額（標準基本使用料金と割引後

基本使用料金との差額（税込）を乗じて加重平均した金額は、二一六〇円となる。」 $Y_1$ と「本件契約を締結した契約者のうち、平成二一年八月一日から平成二二年二月二八日までの間に本件契約（更新前のもの）と一回更新のものを含む」を解約した者について、本件契約に基づく役務の提供が開始された月からの経過月数」との解約者数に、それぞれの経過月数を乗じて加重平均した月数は、一四か月となる。」

したがって、本件契約の更新前の中途解約による「平均的な損害」は、「二一六〇円に一四か月を乗じた三万〇二四〇円であると認められ、本件解約金条項に基づく支払義務の金額である九九七五円はこれを下回るものであるから、本件解約金条項は消費者契約法九条一号に該当しない。（判例時報二一五〇号七四頁）

(9) 判例時報二一九号六四頁。なお、第一審裁判所判決は、判例時報二一五八号九五頁

(10) この点について、第一審裁判所の判断と原審高等裁判所の判断に違いはない。

(11) この点について第一審裁判所と原審高等裁判所とは見解を異にする。第一審裁判所は、次のように判示した。「法九条一号は、「当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ」て事業者が生ずべき平均的損害を算定することを定めるが、「事業者が解除の事由、時期等による区分をせずに、一律に一定の解約金の支払義務があることを定める契約条項を使用している場合」であっても、解除の事由、時期等により事業者が生ずべき損害に著しい差異がある契約類型においては、解除の事由、時期等により同一の区分に分類される複数の同種の契約における平均値を用いて、各区分毎に、解除に伴い事業者が生じる損害を算定すべきである。」（判例時報二一五八号一〇一頁）

(12) 「平均的な損害」のとらえ方について、第一審裁判所は、原審高等裁判所と見解を異にする。「一か月あたりの解約に伴う逸失利益に、解約時から契約期間満了時までの期間を乗じる方法により被告が生じる平均的損害を算定すると、解約時期の違いによって、平均的損害の額には著しい差異が生ずる。」との見解から次のように判示した。「このような契約類型においては、解約時期により同一に区分される複数の契約における平均値を求めることにより、各区分毎に、被告が生ずる平均的損害を算定すべきと解する。そして、①本件定期契約の一契約者あたりの一か月の売上高であるARPU等を基礎に平均的損害を算定すること、②《証拠略》によれば、被告は基本使用料金を月額で設定・表示しており、通信料金等の請求も毎月に行っていることが認められること、③被告の一か月あたりの解約に伴う逸失利益は四〇〇〇円であり、解約時期の違いが一か月の範囲内であれば、被告が生じる平均的損害の額に著しい差異が生ずるとまでは評価できないこと等を考慮すると、本件定期契約においては、解約時期を一か月毎に区分して、各区分毎に、被告が生じる平均的損害を算定すべきである。」

- 具体的には、一か月あたりの逸失利益を四〇〇〇円とし、解約時期を一か月毎に区分して、平均的な損害を算出した。その結果、契約締結時期の属する月から数えて二三月目月に解約した場合八〇〇〇円、二四か月目に解約した場合四〇〇〇円が平均的な損害と算定されるから、九九七五円を超過する部分について無効と判断した。（判例時報二二五八号一〇二頁）
- (13) 適格消費者団体特定非営利活動法人京都消費者契約ネットワークホームページ。なお、第一審裁判所判決は、判例時報二一六九号六八頁
- (14) この項における金額や期間の一部について、特定非営利活動法人京都消費者契約ネットワークホームページ上では、マスキングがされているため、本稿では黒丸にて表す。
- (15) 判例時報二一五〇号四九頁
- (16) 事例3においては、「本件解除料」、「本件解除料条項」とされているが、本稿においては以後、「本件解約金」あるいは「本件解約金条項」と表記する。
- (17) 通信事業の詳しい内容については、江頭憲治郎『商取引法』三三三頁（弘文堂、第七版、二〇一三）以下参照。ここでは立ち入らない。
- (18) 役務提供型の典型契約には、雇用、請負、委任、寄託があり、委任が役務提供型契約の法律関係の通則と捉えられている。役務の提供を目的とする契約が雇用、請負、寄託のいずれにも該当しないときに、準委任に該当するとされることが多い。起草者が念頭に置いていなかったものまでもが準委任とされる結果、準委任に準用される委任の規律が必ずしも妥当しない場合がある。これを回避するため、無名契約との性質決定をし、解釈により妥当な解決を図ろうとするとの指摘がある。（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針』各種の契約（2）六頁（商事法務、二〇一〇）。商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』五〇一頁（商事法務、二〇一三）そこで、既存の典型契約に該当しない役務提供型の契約について適用される規定、いわゆる受皿規定の新設が検討された。（商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』四二〇頁（商事法務、二〇一三））
- (19) 自己決定を根拠とする見解もある。例えば、「対価ないし中心条項に原則として不公正性の評価が及ばないのは、対価等は通常、まさに当事者が現実認識して他との比較検討のうえで意思決定する事項であるから、その決定が尊重されるべきだということにある。」（鹿野菜穂子「約款の透明性と組入要件・解釈・内容コントロール」鹿野菜穂子ほか編『消費者法と民法』六頁（法律文化社、二〇一三））

- (20) 判例時報二一五〇号六三頁
- (21) 消費者庁消費者制度課『逐条解説消費者契約法』二〇九頁(商事法務、第二版補訂版、二〇一五)
- (22) 本件各事例から、解除の時期的区分により損害に差が生じる場合については、契約条項から離れて、解除の時期的区分に応じた損害の算定を求めることを明文化すべきであるという意見がある。(河上正二編『消費者契約法改正への論点整理』七八頁(大澤彩)(信山社、二〇一三))
- (23) 後藤卷則『消費者契約と民法改正』二〇〇頁(弘文堂、二〇一三)
- (24) 森田宏樹「消費者契約の解除に伴う『平均的な損害』の意義について」潮見佳男ほか編『特別法と民法法理』九三頁(有斐閣、二〇〇六)、千葉恵美子「損害賠償額の予定・違約金条項をめぐる特別法上の規制と民法法理」山田古稀『損害賠償法の軌跡と展望』四〇三頁(日本評論社、二〇〇八)学説の詳細については、最近のものとして後藤卷則ほか『条解消費者三法』九五頁(後藤卷則)(弘文堂、二〇一五)がある。