

〈研究ノート〉

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

久須本 かおり

1. 問題の所在

適格消費者団体京都消費者契約ネットワークが、NTT ドコモ、KDDI、ソフトバンクモバイルの大手通信事業者各社に対して起こした訴訟は、昨年、京都地裁において相次いで判決が出され、社会的に注目を集めたことは記憶に新しい（NTT ドコモについては京都地判平成 24 年 3 月 28 日判時 2150 号 60 頁（以下、①判決と呼ぶ）、KDDI については京都地判平成 24 年 7 月 19 日判時 2158 号 95 頁（以下、②判決と呼ぶ）、ソフトバンクモバイルについては京都地判平成 24 年 11 月 20 日判時 2169 号 68 頁（以下、③判決と呼ぶ）。また①～③判決を総称して「3 判決」と呼ぶ。）。京都消費者契約ネットワークが各社に求めたのは、いずれも同じ次の 2 点である。第 1 に、各社の携帯電話利用サービス契約において存在しているところの、「契約期間を 2 年間の定期契約とした上で基本使用料金を通常の契約の半額とし、その 2 年間の期間内に本件契約を解約する場合には、一律 9975 円の解約金を支払わなければならない」とする規定（以下、「当初解約金条項」と呼ぶ。）、ならびに、「本件契約は、契約締結から 2 年間経過すると自動的に更新され、以後、消費者は本件契約を解約するに際して、更新時期となる 2 年に 1 度の 1 ヶ月間（あるいは 2 ヶ月間）に解約を申し出ない限り、前記と同額の解約金を支払わなければならない」とする規定（以下、「更新後解約金条項」と呼ぶ。また、「当初解約金条項」と「更新後解約金条項」

をあわせて、「本件解約金条項」と呼ぶ。)⁽¹⁾ が、消費者契約法9条1号ならびに10条に該当して無効であるとして、携帯電話利用サービス契約の締結時において本件解約金条項を意思表示の内容とすることの差止請求、第2に、無効な本件解約金条項に基づいて支払った金銭の不当利得返還請求である。これら3判決は、問題状況も争点もあまり違いがない事案について、同じ京都地方裁判所で下された判決ではあるものの、結論が分かれており、非常に興味深い。そればかりでなく、3判決は、携帯電話利用サービス契約の法的性質、消費者契約法9条1号の「平均的な損害」の解釈、10条後段該当性の具体的判断など、理論的に重要な内容をいくつも含むものである。一方で、いずれも複数の争点を含む長い判決であり、損害の計算が絡むこともあって複雑で分かりにくい。もっとも、NTTドコモとの訴訟については昨年12月に控訴審判決が出され（大阪高判平成24年12月7日判例集未搭載）、第1審判決が維持されたものの、上告も検討されているとのことであり、その他の2社の訴訟については大阪高裁で係争中であることから、最終的な決着がつくには今しばらく時間がかかりそうである。そこで、中間段階ではあるが、現時点で示された判決を元に、争点を整理し、それに関する各判決の考え方の違いを比較検討することで、なぜこのように結論が分かれたのか、そしてどのような結論が望ましいのかを検証してみたい。

2. 消費者契約法9条1号ならびに10条の趣旨と射程

まずは、3判決でその適用が問題となっている消費者契約法9条1号と10条の趣旨と要件を、簡単に確認しておこう⁽²⁾。

9条1号は解除に伴う損害賠償額の予定の制限について規定したものである。消費者契約においては、消費者が契約を解約した場合や消費者の債務不履行

(1) 通信事業者によって本件解約金条項の規定の文言は多少異なるものの、その内容はほぼ同じである。

行を理由として事業者が契約を解除した場合に、事業者が消費者に対し損害賠償金、違約金、解約金、キャンセル料などといった名称で高額な金員の支払いを求めうる旨を規定した契約条項が、事業者によって定められている場合が少なくない。もともと民法では、債務者に帰責事由のある債務不履行が存在する場合でも、債権者は債務者に対し、債務者の債務不履行と相当因果関係のある実損害額しか賠償請求できないとされている（民法416条）。社会的弱者を一方当事者とする消費者契約においては、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差」が存在するため、「事業者が適切なバランスを失し、自己に一方向的に有利な結果をきたす可能性が否定できない」ことに鑑みれば、事業者により一律かつ一方向的に定められた契約条項に従って、事業者が消費者に対し実損害額を上回るような金員を請求できることを認めるならば、事業者は不当に利益を得ることになるし、ましてや消費者に帰責事由がない場合や希薄な場合には、なおさら不合理な結果を招来することになる。そこで、9条1号は、消費者の債務不履行を理由として事業者が消費者契約を解除した場合はもちろん、その他の理由によって契約が解除された場合であっても、消費者契約の解除によって事業者が被った損害を上回る高額な損害賠償金、違約金、解約金、キャンセル料といった金員の支払義務を定める契約条項について、事業者の損害を上回る部分について無効とする旨を定めたものである。

9条1号は、ア)「消費者契約の解除に伴う」、イ)「損害賠償額を予定し、又は違約金を定める条項」であって、ウ)「これらを合算した額が、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、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害を超えるもの」という要件を定めている。3判決では、要件ウ)との関係で、「平均的な損害」をどのように算定すべきかが特に問題となっている。なお、要件ア)に関連して、

-
- (2) 以下で説明する消費者契約法の制度趣旨と要件については、消費者庁企画課編「逐条解説消費者契約法（第2版）」（2010年）（以下、「逐条解説」と呼ぶ）、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編「コンメンタル消費者契約法（第2版）」（2010年）（以下、「コンメンタル」と呼ぶ）によるものである。

ここでいう解除とは、事業者からの債務不履行解除はもちろん、消費者による法定解除や約定解除権の行使による契約解除や解約告知、事業者・消費者間の合意解除、契約解除の意思表示とみなされる事由の発生⁽³⁾、解除条件の成就など、およそ消費者契約が解消される場合における消費者の金員支払義務を定める契約条項は、すべて「消費者の解除に伴う」に該当すると解されている。また、要件イ)に関連して、「損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項」かどうかは、違約罰、解約金、キャンセル料といった名目の如何を問わず、本号の立法趣旨に照らして、その条項の意図する実質から判断されなければならないと解されている⁽⁴⁾。

次に、10条は、消費者契約において消費者に不当に不利益な契約条項を無効とする一般条項である。本来、消費者契約における契約条項の適正化のためには、無効とされるべき不当条項をリストとして列挙することが有用であり、実際に8条や9条は契約条項の全部又は一部が無効となる条項を具体的に列挙した、いわゆるブラック・リストの定めとなっている。しかしながら、具体的なリストであらゆる不当条項を網羅するのは困難であるし、時代の変化に伴って生じる新たな不当条項に対応する必要もある。そこで不当条項の効力を否定する一般条項として10条が設けられたのである。したがって、8条や9条に該当しない契約条項でも、消費者に不当に不利益な契約条項は10条によって無効となる。

10条は、ア)「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」の存在を前提として、イ)それらの「規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項」であって、ウ)「民法第

(3) 最判平成18年11月27日判時1958号12頁は、入学手続要項に入学式を無断欠席した場合には入学を辞退したものと見なす旨の記載があり、実際に入学式を無断欠席した場合、厳密には消費者から事業者に入学辞退の意思表示が存在していない事案についても、9条1号の適用を肯定している。

(4) 前掲注3判決では、有償双務契約である在学契約の前払対価返還義務（原状回復義務）の免責を定めた授業料不返還特約について、9条1号の適用を肯定している。

1 条第 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」という要件を定めている。3 判決では、要件ア) に関連して、本件解約金条項と比較されるべき「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」を何ととらえるか、要件イ) に関連して、比較の結果として本件解約金条項が「消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する」ものと評価できるか、要件ウ) に関連して、本件解約金条項が「民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」と評価できるかが問題となっている。

なお、3 判決では、そもそも本件解約金条項が消費者契約法の規制対象とする不当条項といえるのかも争われている。NTT ドコモは、本件解約金条項は、基本使用料の 50% 割引等のサービスを受けるための「対価」であって、損害賠償額の予定や違約金の定めではないと主張し、またソフトバンクモバイルは、多数の取引条件がパッケージとして一体化した料金プランの中に組み込まれた取引条件の一つであり、「契約目的の一部」を構成しているのであるから、契約の中心条項にあたりと主張し、いずれも消費者契約法の規制対象とならないとする。

9 条及び 10 条が、契約の目的や対価など契約の中心条項の不当性が問題となっている場合にも適用されるのかについては議論があるが、契約の主要な目的や価格に関する事項は適用対象から除外されとする見解が有力である⁽⁵⁾。すなわち、これらの条項は、消費者と事業者との間でなされる取引の本体部分を構成し、それは基本的に市場の取引において決定され、国家の介入は抑制されるべきであって、取引の本体部分が一方にとって結果として不利益であったとしても、それは取引の結果であり、原則として自己責任として引き受けねばならない。もし不利益だからといって広く契約の解消を許せば、円滑な取引の実行はほとんど不可能になり、消費者取引市場は成り立たなくなってしまうか

(5) 沖野眞巳『『消費者契約法（仮称）』の一検討(6)』NBL657 号 56 頁、山本敬三『消費者契約立法と不当条項規制』NBL686 号 28 頁、落合誠一「消費者契約法」(2001 年) 152 頁。

らである。また、このように考えたとしても、契約締結過程で消費者に十分な情報提供が行われるようにすれば弊害はないし、著しい対価の不均衡については民法 90 条の公序良俗違反で救済できる。しかし、こうした見解に対しては次のような疑問が呈されている。そもそも契約の中心的部分と付随的部分とが判然と区別できるか否か自体が疑問であること、現在の消費者被害の実情に照らせば、契約の中心的部分についても消費者が合理的に意思決定できるだけの基盤が契約準備交渉・締結段階で整備されているとはいえないこと、市場において競走メカニズムが完全に機能しているとはいえないこと、民法 90 条は、元来国家秩序や人倫に反する行為を極めて例外的に無効としてきた条文であって、伝統的な理解や実際の裁判例をみる限り、公序良俗規範によって現実の消費者被害が適切に救済されるとみることには疑問が残ること、である⁽⁶⁾。

この問題に言及した先例としては、居住用建物賃貸借契約における更新料特約が、対価そのものについて定める中心条項に該当するかどうかが争われた、大阪高判平成 21 年 8 月 27 日判時 2062 号 40 頁と大阪高判平成 21 年 10 月 29 日判時 2064 号 65 頁がある⁽⁷⁾。これらの判例では、更新料が設定されることによって、月額賃料が低く抑えられているという関係にあるのであれば、更新料条項も対価決定に密接に関連した条項であるといえ、消費者契約法 10 条の条項規制になじまないのではないかが問題とされたが、裁判所は、対価に関する

(6) 河上正二ほか「消費者契約法—立法への課題」(1990 年) 12 頁以下(河上), 94 頁以下(山本豊), 144 頁以下(潮見佳男)。

(7) 更新料条項の消費者契約法 10 条該当性については、既に多くの研究がなされているが、それらを総括するものとして、河上正二・判例評論 628 号 22 頁。なお、この問題については、最判平成 23 年 7 月 15 日民集 65 卷 5 号 2269 頁が、更新料条項の 10 条前段該当性を肯定した上で、賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載された更新料条項は、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間等に照らし高額に過ぎる特段の事情がない限り、10 条後段には該当しないとしている。また、いわゆる敷引特約の 10 条該当性についても、最判平成 23 年 7 月 12 日判時 2128 号 43 頁が、これと同じ判断枠組みを採用している。いずれの最高裁判決も中心条項性の問題には言及がないので、ここでは取り上げない。

条項は消費者契約法 10 条の適用対象から除外されるとの原則を確認しつつ、「経済的性質をも含めた広い意味で対価とされるもの……を理解すべき情報に不当な格差があり、又は理解に誤認がある場合には上記原則のようにいうことができないことは自明である」として、契約締結過程における当事者間の情報格差を前提に、更新料特約についても消費者契約法の規制が及ぶとしている。ここでは、更新料特約が広い意味で対価に関する条項、すなわち中心条項に含まれるとした上で、中心条項に消費者契約法の規制が及ばないという原則は、あくまで当事者間に情報格差がなく、中心条項の内容について誤認がない場合にのみ妥当するのであって、このような前提を欠く場合には、たとえ中心条項であっても消費者契約法の規制対象となるという考え方が示されており、折衷的な見解といえようか。もっとも、中心条項に含まれるものを広くとらえることは、消費者契約法非適用の原則が妥当する場面を拡張することになるということは、以下で指摘されているとおりであり、何を中心条項に取り込むかについては慎重な判断が求められる。

①判決や③判決では、上記の有力説と同様、契約の主要な目的や物品又は役務の対価それ自体については、当事者の合意に委ねるべきであり、意思表示の瑕疵や民法 90 条で無効とできる場合を除けば、その有効性を裁判所が個別に判断すべきものではなく、契約自由の原則に委ねられるものであるとしている。その上で、携帯電話利用サービス契約は、継続的に携帯電話を利用するための通信サービスの提供が主要な目的であり、本件解約金条項は、その文言、契約全体の位置づけ、当事者の意思解釈からすれば、消費者が 2 年間という契約期間の定め反して解約した場合に、通信事業者に対し一定額の金員を支払う義務があることを規定したものであって、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認められること、また、通信サービスという役務の提供に対する対価は、通信サービスを受けるために必要な費用、すなわち、基本使用料、通話料及び通信料であり、2 年間解約しなければ発生しない解約料は、事前に本件契約に組み込まれて対価を構成するものとはいえないこと、更に、仮に解約金条項が中心条項に該当すると解すると、9 条や 10 条の非適用の外延を不当に広げることになって、消費者保護の趣旨を没却するおそれがある

り妥当ではないとした。これらの判決は、結局、本件解約金条項は損害賠償額の予定あるいは違約金条項であって、中心条項ではないと考えるため、中心条項に消費者契約法の不当条項規制が及ぶ場合があり得るかについては何ら判断していないが、本件解約金条項を契約の対価に関する条項とみることができないとする理由付けは至極もつともであって、本件解約金条項に不当条項規制が及ぶことは異論の余地はないものと思われる。

3. 当初解約金条項の9条1号該当性

3判決では、9条1号の要件のうち、要件ア)を満たすことについては特に問題なく、また、要件イ)についても、本件解約金がサービスの対価であるとの通信事業者側の主張に対して、裁判所は合理的理由をもってこれを損害賠償額の予定あるいは違約金を定めた条項であると判断していることは先に紹介したとおりである。最も争われているのは要件ウ)であり、この要件にいう「平均的な損害」の考え方の違いが結論を分かち原因となっている。

まずは、「平均的な損害」の意義について確認しておこう。内閣府国民生活局は、これを、「同一事業者が締結する多数の同種契約事業について典型的に考察した場合に算定される平均的な損害の額という趣旨である。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、当該事業者が生じる損害の額の平均値を意味するものである。」「事業者には多数の事業について実際に生じる平均的な損害の賠償を受けさせれば足り、それ以上の賠償の請求を認める必要はないためである。」と解説している⁽⁸⁾。これによると、「平均的な損害」とは、民法416条1項にいう「通常生ずべき損害」とは異なる概念として規定され、個々の事案における具体的な損害ではなく、一般的かつ客観的な平均損害をいうものと解されることになる。「平均的」という文言が用いられたのは、消費者契約は不特定かつ多数の消費者との間で締結

(8) 前掲注2・逐条解説209頁。

されるため、個別の契約の解除に伴い事業者に生じる損害を算定・予測することは消費者にとって困難であることによる。他方、算定される平均的損害は、同種の事業者のそれではなく、「当該事業者」の平均的損害であるから、「当該事業者」の平均的損害が、同業事業者における一般的・客観的平均損害と異なっているとしても、あくまで「当該事業者」のそれが基準になるということになる。

この「平均的な損害」の解釈に関連して3判決で争われているのは、具体的には次の2点である。第1に、平均的損害をどのように算定するか、であり、これは更に、平均値を出すための対象とすべき顧客をどうやって区分するかという問題と、携帯電話利用サービス契約の解約によって通信事業者にどのような費目の損害が発生するか、という問題に分けられる。第2に、具体的に算定された平均的損害を、本件解約金は実際に越えているといえるかである。以下、順に検討していこう。

(1) 平均をとるべき顧客の区分—解除の時期

9条1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」て平均的損害の額を算出すべしと定めている。これは、解除の事由や時期によって当該事業者に生ずべき損害の額が異なりうるからである。3判決では、携帯電話利用サービス契約を締結するにあたって、2年間の定期契約をした消費者が、それを期間満了前に中途解約した場合に生じる「平均的な損害」が問題となるが、ここでの解除の事由はいずれも定期契約の中途解約であるので、解除の事由による区分は必要ない。では、解除の時期による区分は必要か。一般的に考えて、2年間という定期契約において、2、3ヵ月目で早々に解約する場合と、満期直前の23ヵ月目で解約する場合とでは、前者の方が後者に比べて通信事業者に生じる損害は大きいように思われる。なぜなら、通信事業者は、定期契約期間中は安定的に利益を得られることを見込んでいたはずであって、中途解約の時期が早まればそれだけ得られる利益が減ることになるのはもちろんのこと、通信事業者はサービス提供にかかる様々なコストを24ヵ月に分散する形で料金設定をしているはずであり、早期に中途解約されたのではそれらのコストも回収できないという損失を被ると考えられるからである。

この点、①ならびに③判決は、次のような考え方にたつ。9条1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賠償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と解すべきである。そうすると、9条1号の平均的な損害の算定にあたって基礎とする消費者の類型は、消費者保護の観点から当該事業者が損害賠償の予定又は違約金について定めた条項の類型が著しく不当であるような事情のない限り、原則として、当該条項で定められた類型を基礎とすべきである。本件解約金条項は、2年間という定期契約を締結した顧客について、その顧客の具体的な特性、料金プラン及び解約の時期等を一切問わず、一律に9975円の解約金の支払義務を課していることから、平均的損害の算定については、当該定期契約を締結した顧客を一体のものとして判断すべきである。

これに対して、②判決は、事業者が解除の事由、時期等により区分をせずに、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、区分ごとに損害を算定すべきであるとする。そして、携帯電話利用サービス契約においては、解約時期の違いによって平均的損害の額に著しい差異が生ずるので、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、平均的損害を算定すべきであるとして、基本使用料の設定も通信料の請求も1ヵ月ごとであり、1ヵ月の範囲内であれば解約時期の違いが平均的損害の額に差異を生じさせるものではないとして、解約時期を1ヵ月ごとに区分して平均的損害を算定すべきであるとする。

平均的損害の算定にあたって、解除時期によって区別した先例として、いわゆる学納金返還に関する最高裁判決がある（最判平成18年11月27日民集60巻9号3437頁、同3597頁、同3732頁）。最高裁は、在学契約の解除に伴い大学に生ずべき平均的な損害は、在学契約の解除によって当該大学に一般的、客観的に生ずると認められる損害をいうとした上で、各大学においては相当数の

入学手続未履行者や入学辞退者をあらかじめ見込んで、合格者を決定し、予算の策定作業を行って人的、物的教育設備を整え、また複数回の入試実施及び多様な入試選抜により入学者の数及び質の確保を図ることに努め、あるいは補欠又は追加合格等により入学者を補充するなどの措置を講じている実情の下においては、1人の学生が当該在学契約を解除した場合、その解除が当該大学が合格者を決定するに当たって織り込み済みのものであれば、つまり学生が当該大学に入学することが客観的にも高い蓋然性をもって予測される時点よりも前の時期における解除については、原則として、当該大学に生ずべき平均的な損害は存しないが、その解除が右時点以後のものであれば、解除によって、学生が当該年度に納付すべき授業料等及び諸会費等に相当する損害を被るのであり、これが当該大学に生ずべき平均的な損害であるとした。そして、ほとんどの受験生が3月下旬までに進路を決定することが可能であり、したがって3月末に解除の意思表示をしうる状況にあること、4月1日には大学の入学年度が始まり、在学契約を締結した者は学生としての身分を取得することに照らし、分岐点となる「学生が当該大学に入学することが客観的にも高い蓋然性をもって予測される時点」を、「4月1日」とした。なお、1人の学生の在学契約の解除に伴い、当該学生の受入のために要した費用が無駄になったり、事務手続をやり直すための費用を要したりすることもあるが、これは入学金によってまかなわれているので、上記判断には影響しないとする。この最高裁判決の考え方（特に4月1日を越えると途端に1学期分の損害が丸々大学に発生するという発想）の是非についてはともかく、この考え方に従えば、解除の時期が4月1日を越えなければ大学には全く損害は生じず、越えてしまえば学納金（数十万から数百万）に相当する損害が発生することになり、その差異は明らかであるので、時期による区分が必要であるという発想はうなずける。しかし、携帯電話利用サービス契約の場合、解除の時期がいつであろうと、いずれにせよ通信事業者に損害が生じることは確かであり、解除の時期が1ヵ月早いか遅いかで、通信事業者に生じる損害に「著しい」差異が生じるわけではないという点で、事情が異なる。要は、発生する損害を1ヵ月単位で区切って算定し、極めて初期に解約した場合に生ずる損害と、満期に近い時期に解約した場合に生ずる損

害との間に比較的明確な形で生じる金額の差異を、一方で定期契約者全体における2年分の損害のリスクを平均化して一つの金額としてとらえることによって無視してしまうことが許されないほど、著しい差異とみるかどうかという問題である。①②判決の区分と③判決の区分のどちらが適切であるかについては、当該事業者が生じた「損害」を何ととらえるのかという点とも密接に絡むので、この点を検討してから評価することにした。

なお、①判決における原告は、通信事業者は顧客ごとに料金プランを個別に管理し、契約月数も管理しているのであるから、個別の顧客ごとに平均的損害を算出すべきであって、顧客を総体としてとらえて平均的損害を算定すべきではないと主張しているが、この主張は先に説明した「平均的な損害」の解釈に照らして妥当ではない。

(2) 事業者が生ずる損害の種類

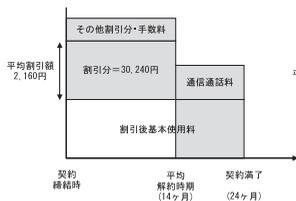
携帯電話利用サービス契約の解約に伴って、通信事業者にはどのような費目の損害が発生するか。この点、通信事業者各社の主張は異なるので、まずは、各社が主張した「損害」が何であったのかを示した上で、これに対して裁判所がどのような判断を示したのか整理しよう（次頁別表参照）。なお、京都消費者契約ネットワークは、割引前の基本使用料と割引後の基本使用料の差額、事業者が携帯電話利用サービスを提供することにかかる各種コスト、解約に伴って事業者が生ずる逸失利益は、すべて「損害」にあたらないと主張するが、2年間は継続することが合意された契約を消費者が中途解約する場合に、事業者全く何らの損害も発生しないという主張はおよそ通らないであろう。とはいえ、通信事業者の主張するすべての費目が「損害」として認められるかは別問題である。

(i) 通信事業者の主張する損害

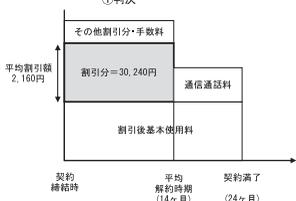
まず、NTTドコモは、定期契約の中途解約によって、①中途解約までに割引いた基本使用料及び家族への国内通話無料等その他の割引分、②中途解約がなかった場合の定期契約満了までの基本使用料、通話通信料、③契約の締結及

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

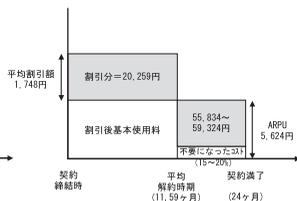
【NTTドコモの主張】



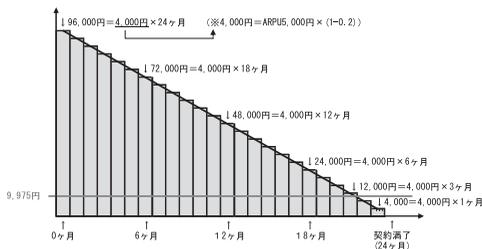
①判決



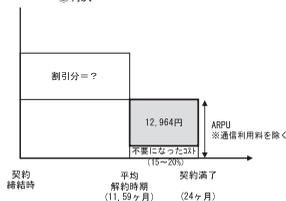
【KDDIの主張】※771717961(他も考え方は同じ)



②判決



③判決



び解約のための費用等の損害を被ると主張する。そして、①については、携帯電話利用サービス契約の平均月額使用料は4320円、定期契約加入者の割引率は50%であるから、割り引いた基本使用料金の平均値は2160円であり、中途解約した者の契約締結から中途解約時までの平均経過月数は14ヵ月であるから、2年間の定期契約が中途解約されるまでに割り引いた基本使用料の累計額の顧客1人あたりの平均は2160円×14ヵ月=3万0240円となり、これが「平均的な損害」の一部を構成することになるところ、この金額だけで9975円を優に超えるのであるから、9条1号に該当しないとす。

次に、KDDIは、定期契約の中途解約によって、①月々の基本使用料の累積

割引額、②通信料収入等の減少、という損害を被ると主張する。①については、定期契約の契約者の平均的な割引額は1748円、中途解約した者の契約締結から中途解約時までの平均経過月数は11.59ヵ月であるから、基本使用料金の累積割引額は1748円×11.59ヵ月＝2万0259円となるとし、②については、平成21年度における本件定期契約におけるARPU（通信事業者の1契約あたりの1ヵ月の売上げを表す数値）は5624円であり、先に述べた解約までの月数と契約期間満了までの差は12.41ヵ月であるから、5624円×12.41ヵ月＝6万9793円の通信料収入等の減少が生じているとする。もっとも、ARPUに占める各種コストの内訳は、a) 料金を回収するためのコスト（請求コスト）及び通話等の際に他の通信事業者に支払う接続料金（アクセスチャージ）等、契約者の解約により事業者が以後支払いを免れるもの（15～20%）、b) 代理店において契約者が契約を締結した際に通信事業者から販売代理店に支払われる手数料や、設備投資・運用費用等、解約以降も支出を止められないもの又は既に支出済みのもの（55～65%）、c) 逸失利益（20～25%）、であるから、通信料収入等の平均的な減収額である6万9793円から解約に伴い通信事業者が支出を免れるa)を控除した額である5万5834円ないし5万9324円が損害となるとする。そして、①と②の金額を合計した額は9975円を上回るから、9条1号に該当しないとする。

最後に、ソフトバンクモバイルの損害のとらえ方は、基本的にはKDDIと同じであり、①定期契約の顧客に与えられていた種々の優遇取引条件の提供が無為に帰したことによる損失と、②ARPUからアクセスチャージや継続手数料などの変動コストを控除したものに、契約者の平均解約時期と2年間との差の期間を乗じたものの合計であるとする。

各社とも、契約締結後解約までの期間については、平均割引額をベースとして、これに解約までの平均契約期間を乗ずるという方法で損害を算定しているが、解約後から2年の満期までの期間については、KDDIとソフトバンクモバイルはARPUをベースとして、これに平均残存契約期間を乗ずる方法をとっているのに対し、NTTドコモは割引後の基本使用料をベースとして、これに平均残存契約期間を乗ずる方法をとっている点で異なっている。また、NTT

ドコモの損害計算の方法は、パンフレット等で顧客に明示された基本使用料を計算の基礎としているのに対して、KDDI やソフトバンクモバイルは、ARPU という顧客には開示されていない数値を元に損害を計算している点に特徴がある。

(ii) 裁判所の考える損害

では、これらの通信事業者の主張に対して、裁判所はどのような判断を示したのか。

①判決では、NTT ドコモの主張する①の損害、すなわち、契約開始時から中途解約時までの基本使用料の平均割引額に、解約までの平均契約期間を乗じたものを、平均的損害として認めた。これは、消費者が中途解約した場合、通信事業者は、現に通常基本使用料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の支払いしか受けていないことになり、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、この期間の通常基本使用料と割引後基本使用料の差額は、通信事業者に生じた損害といえることができるという考えによるものである。これに対して、②の損害、すなわち、中途解約から契約期間満了までの割引後基本使用料に、解約から期間満了までの平均残存契約期間を乗じたものについては、次のような理由で損害とは認めなかった。①判決は、特商法や割賦販売法が、物の引渡又は役務の提供が履行される前に解除があった場合、事業者と消費者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も、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していることを引き合いに出して、これは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に、民法 416 条 1 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として、こうした趣旨は消費者契約一般に妥当すると考えられるから、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員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上で、平均的な損害の算定においてもこの考え方を及ぼすこととしたものと解することができるとする。そして、携帯電話利用サービス契約において通信事業者が消費者に対して負う義務の中核は、消費者に携帯電話の利用を可能とする役務であり、このような役務の提供は、ある消費者との間で契約を締結した場合でも、他の消費者に対して同時に行うことが可能であって、他の消費者との間で契約を締結する機会を喪失することは考えられないから、中途解約時から契約期間満了時までの割引後基本使用料の累積額は、平均的な損害の算定の基礎とすることはできないとする。結論として、 $2160 \text{ 円} \times 14 \text{ ヶ月} = 3 \text{ 万 } 0240 \text{ 円}$ がNTT ドコモに生じる平均的な損害であり、これは9975円を上回るから、本件解約金条項が9条1号に該当するとはいえないとした⁽⁹⁾。

次に、②判決では、KDDIの②の主張のように、1ヵ月あたりのARPUから支出を免れた費用を控除したものを基礎として損害を算定すべきであるとしたものの、これに平均解約時期から契約期間満了までの残存期間を乗ずる形で平均的な損害を算出するという方法をとらなかった。まず、ARPUを損害計算の基礎とすべきであるとするのは、次のような考え方に基づく。すなわち、契約締結後に一方当事者の債務不履行があった場合に、他方当事者が416条により請求できる損害賠償の範囲は、契約が約定通りに履行されたのであれば得られたであろう利益（逸失利益）に相当する額であるから、これを参照し、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通信事業者が得られたであろう通信料収入等を基礎とすべきである。具体的には、本件定期契約のARPUを基礎として、これに解約時から契約期間満了時までの期間を乗じたものから、解約に伴い通信事業者が支出を免れた費用を控除することにより行うのが相当である。そして、ARPUについては年によって変動かつ下落しているものの、いずれも4000円を上回り、その平均値が5014円であることに照らし、

(9) なお、控訴審判決でも、この判断が維持されたが、金額が修正されており、平均基本割引額 $1837 \text{ 円} \times$ 解約までの平均契約期間 $13.7 \text{ ヶ月} = 2 \text{ 万 } 4799 \text{ 円}$ とされた。

ARPUを5000円とすること、また定期契約を1ヵ月継続するのに伴い、通信事業者に追加的に発生する経費は多くてもARPUの20%であるから、これを控除した4000円が解約に伴い生ずる1ヵ月あたりの損害となる。もっとも、先に述べたとおり、②判決は、解除時期によって平均的な損害の額には著しい差が生じることを理由に、1ヵ月ごとに区分して平均的損害を算定すべきであるとする考え方にたち、1ヵ月あたりの損害4000円に、当該顧客が実際に解約した月から契約期間満了までの期間を乗じたものが、事業者が生じる平均的な損害と計算されることになる。その結果、22ヵ月目と23ヵ月目に解約した場合には、それぞれ事業者が生ずる損害は $4000円 \times (24ヵ月 - 22ヵ月) = 8000円$ 、 $4000円 \times (24ヵ月 - 23ヵ月) = 4000円$ となり、9975円はこれを超えることになるから、超過額の限度で9条1号により無効となるとする。

なぜ、KDDIが主張したように、ARPUから支出を免れた費用を控除したものに、平均解約時期から契約期間満了時までの期間を乗じなかったのかについては、解約時期によって損害の額に著しい差が生じるという理由の他に、②判決は次のような理由を挙げる。契約者が他の事業者に変更すべく解約を望む場合、月々の基本使用料金や契約期間満了までの期間、解約金の額を比較対照し、解約の際に支払いを余儀なくされる解約金の額の増減に応じて解約時期が変動することが予想されるのであって、平均解約時期は9975円という解約金の額を前提とする定期契約の契約者の行動の結果であるから、解約金条項の解約金の額が平均的な損害を超過するかどうかを判断するに当たって、このように変動する性質の平均解約時期を用いることはできない。

また、KDDIの主張する①の損害、すなわち基本使用料の平均解約時期までの累積割引額を損害と認めない理由として、②判決は次のように述べる。KDDIの主張する算定方式によると、契約者が契約締結直後に解約をした場合に平均的損害額が最も小さくなり、契約期間満了直前に解約した場合にその額が最も大きくなることになるが、満了直前に解約した場合に通信事業者が得た通信料収入は、満了まで契約が継続した場合に通信事業者が得られる通信料収入をわずかに下回るに過ぎないのに、契約期間満了直前に平均的損害が最大となり、満了の瞬間に平均的損害がゼロとなるとするのは不自然である。むしろ、

契約の継続期間が長くなればなるほど、通信事業者の得られる通信料収入が増加し、その期待が実現される関係にあるはずだから、期間満了直前の解約の場合には通信事業者の損害は最小化するはずである。加えて、KDDIの主張する算定方式によると、事業者が通常契約の基本使用料の価格を引き上げれば、平均的損害の額を容易に操作することが可能となるが、このように解すると、民法416条を定型化し、解約に伴い事業者が消費者に過大な金員の請求をすることを制限するという9条1号の趣旨を没却するおそれがある。そもそも、通常契約は、本件定期契約とは別個の契約であり、通信事業者が定期契約の契約者から通常契約の通信料を得ることは契約上予定されていないから、通常契約の基本使用料と定期契約の基本使用料との差額は逸失利益にあたらぬし、契約期間が2年間継続した場合に事業者が得られる通信料収入等を基礎に平均的損害を算定すれば、事業者に生ずべき損害はすべてカバーされるはずであって、これに加えて累積割引額を平均的損害算定の基礎とすることは、事業者が生じた損害を二重に評価することになり妥当ではない。

最後に、③判決では、ソフトバンクモバイルの主張する損害②、すなわち、ARPUからアクセスチャージや継続手数料などの変動コストを控除したものに、契約者の平均解約時期から契約満了時期までの期間を乗じたものという算定方法が基本的には採用されているものの、ARPUの算定にあたっては変動性の大きい通信利用料に関する収入と費用を除き、基本使用料やオプション料、保証料などの固定的費用を算定の基礎とすることとし、そのように計算した結果、1万2964円が平均的損害として生ずる金額であり、これは9975円を上回るので9条1号に反しないとする。

③判決では、①判決が特商法や割賦販売法の制度趣旨を平均的損害の算定にも持ち込み、履行前に解除された部分については、他の消費者との契約機会を喪失したといえる場合を除き、逸失利益の損害賠償請求はできないとした考え方を否定し、次のようにいう。9条1号は、民法の一般原則通りに損害賠償の予定や違約罰の全額を認めると不当な場合に、平均的損害という一定の枠を設けて、消費者保護を図る規定に過ぎず、特別の規定なく、それ以上の制限を課すものではないし、民法上、損害賠償の予定ないし違約罰を請求する場合には、

逸失利益の考慮が許されるのが原則であり、逸失利益の請求が不当な類型とされるものについては民法の一般原則を修正するための要件が明文で定められているが(特商法や割賦販売法など)、9条1号にはそのような定めはない。実際上も、継続的契約が予定されている場合、消費者と事業者との間で継続期間における収入を見込んで基本契約の内容が決せられているのであり、事業者が企図する利益は継続期間の収入であり、中途解約された際の損害は、契約が期間満了まで継続されたならば得られたであろう利益とするのが自然であるし、契約の履行をより忠実に守った者の損害が小さくなるという点も当事者の意図に合致する。

(3) 評価一どのように算定すべきか

以上に示したとおり、各判決における平均的な損害の算定方法は三者三様である。ではどの方法が望ましいといえるか。評価は難しいが、自分なりに分析してみたい。

始めに、各判決における平均的損害の算定方法を簡単にまとめておこう。

①判決：通常基本使用料と割引後基本使用料との差額(2160円)×契約締結時から平均解約時期までの期間(14ヵ月)=3万0240円

②判決：ARPU(1契約あたりの1ヵ月の売上げ5000円)×0.8(通信事業者が解約により支出を免れた費用20%の控除)×当該消費者の解約時期から契約期間満了時までの期間=解約時期により損害額が異なる(例えば、21ヵ月目解約の場合12000円、22ヵ月目解約の場合8000円、23ヵ月目解約の場合4000円)

③判決：(ARPU-支出を免れた費用(通信料に関する収入・費用は除く))×平均解約時期から契約期間満了時までの期間=1万2964円

まず、①判決は平均解約時期までの基本使用料の累積割引額を損害算定の基礎としたのに対し、②判決と③判決は、ARPUから支出を免れた費用を控除した額を損害算定の基礎としている。ここで先ず大きく考え方が分かれるが、双方の算定方法は基本的な発想が異なっているように思われる。①判決の場合、ある顧客に対して2年間の定期契約を結ぶことを交換条件として基本使用料を割引いたところ、2年を待たず中途解約されてしまった場合には、いつでも

自由に解約できる通常契約を結んだ上で同じ時期に解約した場合と比べて、基本使用料を割引いた分だけ通信事業者は損をしたことになる。通常契約の顧客と同じ内容の通信サービスを提供されているにもかかわらず、定期契約の顧客は割り引きされた基本使用料を払えば済むのは、あくまで2年間解約しないことが条件となっているからであって、その条件が満たされなくなった以上、基本使用料を割引するという交換条件もはじめからなかったことになるはずだというわけである。ここでは、その顧客が定期契約を結んでいなかったらあったであろう利益状態を回復すること、具体的にいえば、定期契約以外の選択肢としては通常契約しかないのであるから、その顧客が定期契約を結んでいなかったら、その代わりに通常契約を解約時まで締結していたはずであり、それによって通常の基本使用料が得られたはずであるが、既に割引後の基本使用料は受領しているので、その差額を回復することが指向されていることが分かる。

これに対して、②・③判決では、2年間の定期契約を結んでいれば、それにより2年分の利益が得られたはずであるのに、それが中途解約されたことによって得られなくなったという逸失利益を損害とみている。ここでは定期契約が中途解約されることなく最後まで履行されていれば通信事業者が得られる利益状態の実現が指向されていることが分かる。

いずれの考え方も損害のとらえ方としては十分成り立ちうるが、少なくとも、通信事業者が主張しているような、解約前は前者の考え方で、解約後は後者の考え方で損害を算定し、それを「合算」したものを平均的な損害とする考え方を採用しがたいことは明らかである。前者の考え方は、「定期契約を締結していなかったら」通信事業者が置かれたであろう利益状態（つまり通常契約が解約時まで結ばれていた状態）を実現しようとするものであり、後者の考え方は、定期契約の存在を前提として、「定期契約が満期まで存続していたら」通信事業者が置かれたであろう利益状態を実現しようとするものであり、いずれも目指すところが異なるのであって、双方を同時に主張することは論理矛盾である。また、②判決でも示されているように、通信事業者は、基本使用料を割引いたとしても2年間契約を継続してもらえれば、割引分は埋め合わせができるとの経営判断の上で定期契約を制度設計しているはずであるから、中途解約に

よって発生する損害は、解約時まで割り引いた累積額を損害ととらえようが、残存契約期間の逸失利益を損害ととらえようが、理論的には一方のみの計算によって生じうる損害はすべてカバーされるはずであって、両方をともに損害ととらえることは損害を二重評価することになるため許されないといえよう。

では、いずれの考え方を採用すべきか。これを考える前に、そもそも逸失利益を「平均的な損害」に含めてよいかという問題を検討しておく必要がある。これが許されないのであれば、②③判決の算定方法は自動的に採用できないことになるからである。逸失利益が「平均的な損害」に含まれるかについて言及した判例としては、登録済未使用車（いわゆる新古車）の売買契約が、消費者の都合によって解約された場合の損害賠償金の支払いが争われた大阪地判平成14年7月19日金法1162号32頁があるが、そこでは、その販売によって得られたであろう粗利益（得べかりし利益）が消費者契約法9条の予定する事業者に生ずべき平均的な損害に当たるとはいえないとされている。また、これを支持する見解として、消費者が、消費者契約の解除に伴い、事業者から不当に損害賠償や違約金の出捐を強いられることのないように設けられたという9条1号の趣旨からして、事業者に認められるべき平均的な損害に逸失利益が含まれるのは、当該消費者契約の目的が他の契約において代替ないし転用される可能性のない場合に限られるというべきであるとするものがある⁽¹⁰⁾。これと同様の考え方は、①判決が引き合いに出しているところの、特商法や割賦販売法の規定にみられるものである（商品の引渡前に契約が解除された場合には、契約の締結及び履行のために通常要する費用の額しか購入者に請求することができないとして、逸失利益の賠償を明確に否定する）。もっとも、この事案では、売買契約の対象車両が既に確保されていたかどうかも定かではない上に、契約締結後わずか2日で解約がなされており、更に他の顧客に販売できないような特注品ではないという事情が認められることから、事業者には実損害はほとんどないといえる特殊な事案といえ、ここでの判断が、2年間の契約期間のうち既に

(10) 前掲注2・コンメンタール168頁。

1年以上サービスを受け続けた後の解約といった携帯電話利用サービスの中途解約の場合に同様に妥当するとは思えない。また、①判決は、特商法や割賦販売法の制度趣旨を消費者契約法にも及ぼし、当該消費者との間で消費者契約を締結したことにより他の消費者との契約締結機会を喪失したといえる場合を除き、逸失利益を損害に含めるべきではないとするが、民法上、契約が解除された場合に請求できる損害賠償の範囲は416条に従って決まるのであり、416条の損害には逸失利益が当然に含まれること、そして、こうした民法の原則を制限することは事業者の利益を侵害することになるので、明文をもって行われなければならないところ、特商法や割賦販売法には制限規定があるのに対して、消費者契約法はそのような規定が置かれていないことからすれば、消費者契約法においてはそのような制限を及ぼすべきではないと解するのが素直であろう。したがって、逸失利益も平均的な損害の中に含まれると考える。

その上で、私は、この場合の平均的損害の計算の基礎とすべき損害は、累積割引額ではなく、逸失利益ととらえる方がよいのではないかと考える。確かに、累積割引額は顧客に開示されている契約料金をもって計算することが可能であり、消費者にとって損害計算の方法が明瞭で分かりやすいというメリットがある。また、ARPUは通信事業者にとって極めて内部的かつ機密的な情報であり、こうした情報を公表することなく平均的な損害を算出できるに越したことはない。しかし、そもそも割引額は通信事業者の損失とイコールではない。通信事業者は基本使用料を割り引いた結果として損害を被ると同時に、利益も得ているはずであり、この利益分は損害から控除されるべきである。具体的には、定期契約という契約類型を設定することで、顧客がより長期間契約を継続するようになる、あるいは割引後の価格に魅力を感じて、顧客数そのものが全体として増加するなど、結果として通信事業者は通常契約しか存在していない場合よりも利益を得ているはずであって、こうした利益を累積割引額から控除して初めて、通信事業者の実損害額を観念することができるのである。また、理論的には、9条1号の趣旨が、消費者契約が解約された場合に事業者に生じる損害につき416条1項の「通常生ずべき損害」を越える賠償を認めないことにあるとすれば、9条1号の「損害」は「通常生ずべき損害」を前提とするものと

解すべきであるし、民法上は、契約が解除された場合の損害賠償において、逸失利益は「通常生ずべき損害」に含まれると解されており、しかも相手方に生じた損害の中心的費目であることが多い。更に、実質的にみても、通信事業者が2年間の定期契約を設定する目的は、一方で割引による魅力的な価格提示によって顧客数を増加させる点にもあるが、より重要なのは、現在の顧客に長期間にわたって当該通信事業者との通信利用サービス契約を継続してもらうことで、安定的な利益を得ることにあるのだから、将来にわたって継続的に利益を得られるという通信事業者の期待が、定期契約の中途解約によって裏切られた場合に、そこで生ずる損害は逸失利益であると考えるのが最も通信事業者の意識に合致しているといえよう。

逸失利益を平均的な損害計算の基礎とすべきであるとしても、更に、②判決は、平均解約時期の数値を損害算定に用いることを否定し、解約時期によって生じる損害に著しく差異があることを理由に、個々の消費者の解約月に応じて1ヵ月単位で平均的損害を算定するのに対し、③判決は平均解約時期から契約期間満了時までの期間を乗じることで平均的損害を算定するのであるが、いずれの方法が妥当であろうか。この点、私は後者の方法がよいのではないかと考える。確かに、②判決のいうように、個々の消費者単位でみれば、定期契約を現に2ヵ月目で解約した顧客と、同じ契約を現に22ヵ月目で解約した顧客とでは、通信事業者に与える損害には明確な差が生じる（②判決の計算方式でいえば、前者の損害は8万8000円、後者の損害は8000円）。しかし、通信利用サービス契約は、不特定多数の顧客を相手とする契約の最たるものであって、通信事業者は②判決のいうように解約時期に応じて損害を段階的に把握しているわけではなく、契約類型ごとの顧客全体の平均値を元に損益計算を行い、様々な取引条件を決定しているのが実情である。すなわち、月ごとに段階的に生ずるはずの、中途解約により生ずる損害というリスクは、同じ定期契約を結んでいるすべての顧客に平均化・分散化されているということである。9条1号が「平均的」という文言を用いた理由が、不特定多数の消費者と締結される消費者契約において、個別の契約の解除に伴い事業者が生ずる損害を算定・予測することは困難であることにありと解されていることからすると、通信事業者さえ予

定していない区分を持ち出して平均的損害を計算するのは適当ではない。また、2年間という大きい区分で損害を算定することが、消費者保護の観点から著しく不当であるといえるかという点については、1ヵ月単位で通信事業者に生ずる損害をみた場合に、2ヵ月目で現に解約した顧客は本来8万8000円の損害を与えているのに、この損害のリスクが定期契約者全体に分散される結果、実際には9975円の解約金の支払いで許されていること、24ヵ月のうち21ヵ月目までの解約については、通信事業者に与える損害よりも解約金の額が下回っていること、22ヵ月目と23ヵ月目で現に解約した顧客については9975円を下回る損害しか事業者に与えていないが、これらの顧客が22ヵ月目に入る前に解約する可能性はあったわけであり、その限りでこれらの者も中途解約のリスクが全体に分散されることによる恩恵は受けているといえることから、2年間という区分で損害を算定することは消費者にとっても不当とはいえないと考える。

更に、9条1号が、第17次国民生活審議会報告における条文案にあった「事業者通常生ずべき損害」という表現を修正し、「平均的な損害」としたのは、ここでいう損害が416条1項にいう「通常生ずべき損害」とは異なり、債権者の具体的事情を捨象して客観的に算定するという方法（抽象的損害計算）の意味で理解されるべきであろうという解釈論が採用された結果であることからすると、平均的な損害の計算は、平均値を用いた「控えめな算定」の名の下に経験則を通じて行われるべきであるから、通信料収入等の変動利益は逸失利益に算入すべきではなく、基本使用料等の固定利益を基礎に算定すべきである。

以上の検討から、③判決の示した損害計算の方法が最も妥当であると考えられる。

4. 更新後解約金条項の9条1号該当性

3判決では、更新後解約金条項の9条1号該当性についても争われているが、いずれも更新とは2年間の定期契約の繰り返しであるとして、更新後の平均的損害の計算方法も、更新前と同様に考えるべきであるとする。もっとも、①判決、③判決の計算方法によると、平均解約時期のデータが必要となるところ、

定期契約制度の導入からそれほど年数が経過していないために更新後の顧客に関する平均解約時期の十分なデータが存在しないことが問題となった。裁判所は、更新前後で数値が大きく変わるといった特段の事情はないとの判断から、当初解約金条項の計算の際に使用した平均解約時期を更新後解約金条項の計算でもそのまま用いている。データがないためやむを得ない判断であると考えられるが、若干疑問が残る。電話の新機種が次から次へと発売され、ナンバーポータビリティ制度の導入によって通信事業者間の競争が一層激しさを増している現在において、最初の2年目と次の2年目、更にその次の2年目の平均解約時期が全く同じであるといえるのであろうか。例えば、定期契約者が、契約開始から19ヵ月経過した頃、他の通信会社の契約プランに非常に魅力を感じ、そちらに乗り換えたいと思ったが、解約金を支払いたくないので、あと5ヵ月は我慢して、2年たった時点で解約をしようと思っていたとする。ところが、日々の雑事に追われて解約手続を失念してしまい、定期契約が自動更新されてしまったという場合、さすがに改めて2年間我慢し続けることはできないからということで、解約金を支払ってでも定期契約を解約したいと思うケースが考えられる(10条の議論の際に触れるが、消費者には解約手続期間に関する意識が一般的に希薄であるように思われ、知らない間に自動更新されてしまったというケースは少なくないのではないだろうか)。また、他社の料金プランが現在の料金プランよりも割安であることを理由に通信会社を乗り換える場合には、解約手続を失念したことに気付いた時点でできる限り早く解約をした方が、9975円を支払ってもなお得であるという場合が多いであろう。これらの場合には、解約時期は最初の2年目に比べて短くなることが予想される。このように、最初の2年とそれ以降の2年では、それまで既に2年間サービスを受けてきたかどうかの違いから、解約金条項が消費者に与える解約抑止のインセンティブの程度は変化するのである。

少し考えを巡らせただけでもこのような可能性が考えられるのであるから、「控えめな算定」という意味では、2年目の平均解約時期を若干はやめて計算することもあり得たのではないだろうか。いずれにしても、今後の裁判の中で、更新後の平均解約時期に関するデータは示されることになるであろうから、よ

り正確な損害の算定はそれによるべきである。

5. 当初解約金条項の10条該当性

3判決では、10条の要件に関連して、第一に、本件解約金条項と比較されるべき「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」を何ととらえるか、第二に、比較の結果として本件解約金条項が「消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する」ものと評価できるか、第三に、本件解約金条項が「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方向的に害するもの」と評価できるかが争点とされている。先に述べたとおり、9条1号に該当しない契約条項も、10条に該当すれば無効とされるどころ、②判決は9条1号に該当する部分についてのみ10条該当性を認めたものの、①③判決はいずれも10条該当性を全面的に否定しており、その理由付けはほぼ共通する。以下順に各争点について検討する。

- (1) 携帯電話利用サービス契約の法的性質と、「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項」の解釈

10条前段にいう「民法、商法その他の法律」とは、民法、商法、その他消費者契約の内容を規律するあらゆる法律を意味し、民事ルールのみを規定する法律に限定されず、消費者の権利や義務についての規定を含むものであれば民事訴訟法や業法なども含めて理解してよいとされる。また、「公の秩序に関しない規定」とは、いわゆる任意規定を意味する⁽¹¹⁾。「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」の範囲については、明文の任意規定に限られるとする見解と明文の任意規定に限られないとする見解とがあるが、後者の見解が多数説である⁽¹²⁾。この見解は、10条前段は、当該条項がなければ消費者に認められ

(11) 前掲注2・コンメンタール183頁。

ていたであろう権利義務関係と比較して、消費者に不利益な権利義務関係を定めている契約条項を、不当条項と判断するものであって、当該契約条項がなければ消費者に認められていたであろう権利義務関係というものは、明文の任意規定のみならず、裁判例の蓄積などによって一般に承認されている不文の任意法規、契約に関する一般法理等をあわせて考慮することによって初めて確定できるものであるから、10条にいう「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」には、明文の任意規定のみならず、広く不文の任意法規や契約に関する一般法理も含まれると考えるものである⁽¹³⁾。3判決は多数説に立つことを明らかにしているが、これらの判決でこの文言の解釈が問題となったのは、次で説明するように、携帯電話利用サービス契約が民法上の典型契約のいずれにも該当しないため、ここでいう任意規定が明文の任意規定に限られるとすると、それに相当するものがなく比較もできないことになってしまうからであった。

「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」を上記のように解するとして、携帯電話利用サービス契約における「公の秩序に関しない規定」とは何か。ここで、携帯電話利用サービス契約の法的性質が問題となる。

3判決は、おおむね次のような考え方に立っている。携帯電話利用サービス契約は、事業者が消費者に対して一定期間の継続的な携帯電話利用サービスという役務を提供し、消費者がその対価を事業者を支払うことを中核的な内容とするものである点で、委任契約又は準委任契約等の民法が定める役務提供型契約と類似する性格を有するものの、大量・定型な携帯電話の利用契約である点で、役務提供型契約の主要な特徴であるところの、当事者双方の対人的信頼関係、信任関係を前提としていないことから、委任契約又は準委任契約に類似する非典型契約（無名契約）である。一方で、委任契約や準委任契約において

(12) 前者の見解を主張するものとしては、松本恒雄「規制緩和時代と消費者契約法」法セミ549号7頁、後者の見解を主張するものとしては、山本・前掲注5・22頁、中田邦博「消費者契約法10条の意義」法セミ549号39頁。

(13) 落合・前掲注5・147頁は、民事ないし商事条約、商慣習、最上級審判例や確立した判例、学説上の確立した法原則はこれに含まれるとする。

は、役務の提供を受ける者が、一方的に契約を解除することができることを規定しているほか、この場合に生じる損害を填補するために、一定の要件の下で、解除の相手方が、解除の意思表示をした者に対し、解除に伴う損害賠償を求めることができることを定めているところ（民法 641 条）、これは、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、少なくとも役務の提供者に生じる損害を填補する限り、不要に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ものといえる。そして、委任契約や準委任契約と類似する性格を有する携帯電話利用サービスにもこの一般法理は同様に妥当すると解されるどころ、本件解約金条項は、解約に伴い通信事業者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で、解約に伴い相手方に生じる損害の限度で損害賠償請求権を認める右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しているといえるから、10 条前段の要件を満たすといえる。

電気通信利用サービス契約の法的性質については、これまであまり議論されることはなかったようであり、3 判決がこの点について正面から言及した初めての判例であるが、3 判決の示した理解で問題はないと思われる。

(2) 10 条後段該当性

当該契約条項が「民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」にあたるかどうかは、一般に、契約の対象となる物品・権利・役務の性質、当該契約の他の条項、当該契約が依存する他の契約の全条項を含む契約時点でのすべての事情が考慮されると解されている。もっとも、このような判断基準ではあまりにも曖昧であって、本条による消費者保護の目的が達成されないおそれがあるのみならず、事業者の正当な経済活動に無用な萎縮的效果を招く可能性もある。そこで、裁判例の蓄積を待つて一定の判断基準を見だしていく作業が必要となるのであって、その意味で、3 判決に示された具体的判断は、そうした礎の一部を構成するものとして意義がある。以下では、3 判決がどのような具体的事情を考慮要素としたのかをまとめてみよう。

なお、学説では、10条後段該当性の判断に際して、次の点に留意すべきであるとの指摘が示されており、有用な視点であると思われるので、ここで紹介しておく⁽¹⁴⁾。

○当事者の情報力・交渉力の格差の程度・状況。事業者は、信義則の要請から、消費者契約において一方的に自己の利益を図ることは許されず、消費者の正当な利益を考慮しなければならないところ、情報力・交渉力に格差がある場合に、これを濫用して消費者の正当な利益を害することは信義則に反する。

○消費者が、当該条項に合意するよう勧誘されたかどうか。消費者に当該条項の存在・内容を十分理解させず、消費者の正当な利益を害することは、信義則に反する。

○当該物品・権利・役務が、当該消費者の方から特別に求めたものか。これは当該消費者契約締結に関する消費者の知識・関心等に関連する。

○当該条項が、消費者にとって明確で理解しやすいものか。消費者にとって不明確で理解しにくい契約条項は、事業者が消費者の正当な利益を考慮して契約条項を作成する義務を尽くしていないものと一般に判断され、消費者契約法3条1項の事業者の努力義務違反であるのみならず、信義則の要請にも反する。

○消費者に当該条項の基本的内容を知る機会が与えられていたか。契約締結までに消費者が当該条項の基本的内容を知る機会がない場合には、事業者は消費者の正当な利益を考慮しない信義則違反の可能性が大きいと判断される。

加えて、10条後段の「消費者の利益を一方的に害する」とは、事業者が消費者の正当な利益を配慮せず、自己の利益をもっぱら優先させて消費者の利益を害する結果をもたらすことを意味するが、これも上記のような総合考慮によって判断されなければならないものであり、例えば、当該条項が消費者に不利益なことを規定していても、他の条項においてその不利益が実質的にカバーされていれば、総合的に判断して「消費者の利益を一方的に害する」とはいえないと判断されることになる。

(14) 落合・前掲注5・151頁。

以上を踏まえて、3判決で示された具体的判断要素をまとめると次のとおりとなる。ちなみに、①判決と③判決では、始めに一般論を展開しており、10条後段に該当するかどうかは、「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」であるとしている。

(ア)2年間という期間は、著しく長期にわたり消費者の解約の自由を制限するものではない

(イ)解約金9975円は平均的損害を超過しない合理的な範囲の額にとどまる

(ウ)本件解約金条項にかかる解約金の支払いに関しては様々な形で明示ないし告知され、消費者はこれを十分認識した上で契約を締結しているといえるから、消費者と事業者の間に看過できないような知識、情報及び交渉力の差があるとはいえない

(エ)定期契約を締結した消費者は、解除が制約される一方で、通常契約に比べて基本使用料が安く設定されるなど、優遇された契約条件でサービスを受けられるという利益を得ている

(オ)定期契約以外の通常契約も存在し、実際に通常契約を締結している消費者もいることから、実質的な選択の自由は確保されており、押しつけられた契約であるとはいえない

(カ)ナンバーポータビリティ制度は、番号を変更することなく他社に移行できる制度に過ぎず、事業者が期間制限を設ける契約を用意することや中途解約の場合に解約金をとることを禁ずるものではない

(キ)無料で解約できる期間を設けており、その期間は不当に短いものではない

各判断要素はそれぞれ妥当な内容であり、いずれの判決も、できるだけ複数の要素を提示することによって丁寧かつ慎重に判断をしていることがうかがわれる。

6. 更新後解約金条項の10条後段該当性

3判決は、更新後の定期契約も最初の2年間の定期契約の繰り返しであるととらえていることから、更新後解約金条項の10条後段該当性については、基本的に当初解約金条項の議論がそのまま妥当すると考えているようであり、更新前と更新後とで若干事情が異なる判断要素については改めて言及しているものの、その理由付けはかなり簡略化されており、当初解約金条項の10条該当性ほど丁寧な判断をしていない。

しかしながら、私は、当初解約金条項と更新後解約金条項では、10条後段該当性を判断するにあたっての考慮要素が異なり、とりわけ消費者の申入れがない限り定期契約が「自動的に更新」されるという点が10条後段に該当する可能性があると考えます。

そもそも解約に伴い相手方に生じる損害に関係なく一定の金員の支払義務を課す解約金条項は、消費者の解約の自由を制限するものであるが、当初解約金条項に関しては、契約開始から2年間という拘束は不当に長い期間であるとはいえないし、なにより消費者は、定期契約締結時に、基本使用料が割り引かれるというメリットだけでなく、2年間は解約できないという拘束がかかることや、解約した場合には解約金9975円を支払わなければならないというデメリットも十分告知を受けた上で、自らこういう拘束を受けることを選択して契約書にサインしているといえるので、10条後段該当性は否定されてしかるべきである。しかし、既に当該契約を2年間契約している者が、更に自動的に2年間拘束されるということになると、結果的には当初契約時から積算して4年間拘束されることになるのであって、ナンバーポータビリティ制度も導入され、通信事業者間のサービス競争が激化している現状において、これが不当に長期間とはいえないと言い切れるか、果たして疑問である。

確かに、消費者は2年ごとに契約を更新しているのであるから、更新後も契約期間は2年間であって、当初解約金条項の正当性と同様の判断が、更新後解約金条項の判断にも妥当してしかるべきだと反論されるかもしれない。しか

し、当初解約金条項の正当性の判断が、更新後解約金条項にも妥当するといえるためには、消費者がこの条項に関するメリットとデメリットを「再度」確認した上で、改めて2年間の拘束を受ける方を更新の時点で「自発的に」選択したといえる状況でなければならない。しかしながら、現状における自動更新の仕組みでは、更新後再び2年間の拘束を受けることについて消費者の意識的な合意があったとは評価できないのではないだろうか。カタログやガイドブック、ウェブサイト等に、2年経過すると自動更新されること、更新月の1ヵ月ないし2ヵ月間は無料で解約できること等の説明があるとしても、これから新規で通信利用サービス契約の締結を考えている消費者はそういう情報に自らアクセスする機会もあろうが、既に通信利用サービス契約を締結している者が、契約後に自分の契約内容を改めて確認することはあまりないであろう。そうすると、こうした情報は当初契約を締結した際に提供されて以来、説明を受ける機会はなく、また2年もたてば情報の内容すら忘れてしまっているという消費者は少なくないものと推測される。また、契約期間の満了する月の前後に送付する請求書に、申し出のない限り自動更新されることが通知されているというが、通常、毎月の請求書の内容は変わり映えするものではないから、月々の請求金額のみをチェックしてあとの部分は見ないという消費者も少なくないであろうし、自分が定期契約を何年何月から開始したのかを明確に意識している消費者はまれであろうから、更新月にいつもと異なることが書かれていても読み飛ばしてしまうおそれは高い。その結果、知らないうちに自動更新されていた、という場合が相当数あることが予想される。

気付かないうちに自動更新されてしまっていたということが、結果として消費者の意に添うものであれば問題はなく、通信事業者も自動更新された方が消費者にとって便宜であると主張しているが、消費者にとって一方的に利益になる契約であればともかく、利益と引き替えに消費者の解約の自由を制限するという不利益を課す契約であることからすれば、申し出をしない限り、つまり消費者の明示の意思表示なくしてこのような契約を自動更新させることには問題があろう。黙示の意思表示が許されるのは、当該状況において、表意者の行動をもって一定の意思表示をしたものと判断するのが一般常識や社会通念に照ら

して妥当であると言える場合であるが、与えられた情報の記憶が希薄化したところで、更新月を明確に意識していない消費者が更新拒絶の申し出をしないという状況をもって、更新を「希望」することの黙示の意思表示があるととらえることはいささか乱暴である。消費者の「契約継続」の意思確認は、本人の能動的行動が必要とされる方法で行われるべきである（例えば、返信用はがきで「更新を希望する」にチェックさせる、あるいはメール等で意思確認をするなど）。

7. 結びにかえて

3判決では、定期契約の中途解約において、9975円という金員の支払いを義務づけることが、消費者の解約の自由を不当に制約する一方で、通信事業者に不当に利益を与えることになるかどうか、中心的な争点となっており、定期契約が自動的に更新されてしまう点については、ほとんど問題にされていない。それは、京都消費者契約ネットワークの請求が、いずれも本件解約金条項が消費者契約法9条1号あるいは10条により全面的に無効であるとするものであって、仮にこの請求が認められていたら、消費者は更新の前後に関係なく、解約金を支払わずして中途解約ができることになるから、定期契約が自動継続されるとしても何ら消費者に不利益は生じないためであろう。しかし、3判決では、京都消費者契約ネットワークの請求は一部を除いて認められなかったし、①判決の控訴審判決も原審の判断がそのまま維持されたことからすると、今後出される判決においても、京都消費者契約ネットワークの主張が認められるのはかなり難しい状況であるといえる。9975円という解約金条項の有効性が前提とされた場合、次に争うべきは自動更新条項の妥当性ではなからうか。一律9975円という解約金の支払義務を課す条項が、中途解約を制限する効果を有することはまぎれもない事実であり、このような制限条項が正当化されるのは、解約金の金額が不当なものでないだけでなく、十分に情報を提供された顧客がその他の契約条件との総合考慮の末、自らこの制限に服することを選択したといえる状況が必要であるところ、上述のとおり、自動更新時にこの状況が確保

されているといえるかは大いに疑問である。そうだとすると、1ヵ月の無料で解約できる期間に解約申入れを失念した顧客は更に2年間、同様の制限に服さざるを得なくなるが、これは消費者の不注意を利用した事実上の顧客囲い込みであり、ナンバーポータビリティ制度の趣旨にも反する可能性が高い。いずれにしても、今後の上級審での判例の展開を見守りたい。

[追記]

本稿の脱稿後、大阪高裁で争われていたKDDIの事件については、平成25年3月29日に、差止を認めた第一審京都地裁判決を取り消し、請求を棄却する原告逆転敗訴の判決が出された。大阪高裁は、月当たりの逸失利益を第一審と同じく4000円としたものの、損害額は解約者全体で平均した残りの期間12.41ヵ月に基づき、平均的損害を49640円と算出し、この金額は解約金9975円を上回るため、解約金支払条項を適法と判断したものである。