HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

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（二）
著者	佐藤，弘直；SATO，Hironori
引用	北海学園大学法学研究，51(4)：683-700
発行日	2016-03-31

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

研究ノート

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（二）

佐藤弘直

6 「平均的な損害」の額の算定

(1) 算定の基礎

ここまでみてきたように事例1と事例2・3とでは「平均的な損害」の範囲の捉え方を異にすることから直ちに全事例を比較することはできない。[25]「平均的な損害」の額を算定するための基礎をどこに求めたかをそれぞれの事例についてみてみる。「平均的な損害」の額、すなわち「契約の類型ごとに合理的な根拠に基づき算定された平均値」を算定するにあたりいかなる指標を用いて算出したかをみる。

ア　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」を「平均的な損害」の範囲に含めず、

「基本使用料金の割引分の契約期間開始時から中途解約時までの累積額」を「平均的な損害」の範囲とした。「平均的な損害」の額を算定するにあたり、「同一の区分に分類される複数の同種の契約」を「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」をもって区分の外延とした。解約の時期については、本件解約金条項は、「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、一律に解約金の支払義務を課しているから、当該事業者が行っていない細分化をすることなく、本件解約金条項を含む本件契約を締結した「顧客」を算定の基礎とした。このような顧客を算定の基礎にして以下のような計算方法をもって「平均的な損害」の額を算定した。すなわち、「本件契約を締結した契約者（傍点は筆者）につき、各料金プランごとの」「月ごと稼働契約者数（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を乗じて加重平均した金額を求める。次に本件契約を締結した「契約者」のうち、本件契約を解約した者について、役務提供開始の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を求める。そして先の加重平均した金額に加重平均した月数を乗じて「平均的な損害」の額を算出する。

イ　事例2では本件定期契約と通常契約の基本使用料金の差額の累積額を「平均的な損害」の範囲に含めず、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得られたであろう通信料収入等（解約に伴う逸失利益）を「平均的な損害」の範囲とした。すなわち、「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（傍点は筆者）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（傍点は筆者）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して、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[26]をもって算定した。本件定期契約をY_2と締結した「個々の契約者」の一契約当たりの一か月の売上額（ＡＲＰＵ）を算定する。そしてこの月額に本件定期契約が解約された後の契約期間満了時までの平均残余期間を乗じて「平均的な損害」の額を算出する。[27]

事例３では計算方法を明示していないが、事例２と同じ方法をもって算出されている。算定の基礎となる消費者の範囲についても言及がない。しかし、平成二二年四月から平成二三年三月までの間に、Y_3と「本件契約を締結した契約者（傍点は筆者）の平成二三年五月分の平均収入（ＡＲＰＵ）」を算定の基礎としていることから、事例３はY_3と本件契約を締結した「契約者」を区分の対象としている。そして、本件契約を締結した「契約者」からの平均収入（ＡＲＰＵ）に解除後の平均残存期間を乗じて「平均的な損害」の額を算出する。事例２と同じ手法を用いて算出しているのである。

ウ　以上のようにして「平均的な損害」の額を算定しているのであるが、この算出方法にも問題点が潜んでいる。「平均的な損害」の額算定のための数値が「消費者」を対象としたものを使用しているか不分明なのである。すなわち、携帯電話利用契約を締結した者のうち「消費者」との契約に限定し、「消費者」である者だけの数値を基礎に「平均的な損害」の額を算出しなければならない。しかし、それぞれの事例には突如として「顧客」「契約者」という語が登場し、「消費者」という表現が消える。「顧客」や「契約者」なる語が「消費者」と同義であるやもしれないが、判決文からこれらの語が同義であると理解するのは難しい。確かに事例２には、「乙七号証によると、二年間の継続使用を要求される本件定期契約ではなく通常契約を選択する消費者（個人）が、個人契約者全体に占める割合」という部分[28]がある。個人ではあっても「事業のために契約の当事者となる場合」がある。本件契約を締結した「顧客」ないし「契

約者」から「消費者」と「非消費者」を分別する文脈が存在しないのである。このような曖昧な状況が生じた原因は、提出された証拠にある。「平均的な損害」の額に関わる証拠を提出する義務があるのは、消費者団体訴訟を提起した原告たるXや、不当利得金の返還を求める個々の消費者にある。[29] しかし、適格消費者団体Xらに被告たる事業者の収益や契約者に関わる情報を保持、あるいは収集する能力は通常はない。事業者であるY1ないしY3が提出した証拠に依らざるを得ないのもやむを得ない。[30] 裁判所は、民事訴訟法二四八条で認められている「相当な損害額」として採用・認定したものであろう。ほかにも証拠能力の問題がある。この点については後述する。

(2) 算定の時期―基準時

ア 「平均的な損害」の額を算定するとき、その基礎となる数値はどの時期の数値を使用するか。損害額算定の基準時の問題がある。債務不履行あるいは不法行為に基づく損害賠償請求の場合、債務不履行時あるいは不法行為時が基準時とされる。すなわち、責任原因発生時を基準時とするのである。[31]

消費者契約法九条一号の「平均的な損害」の額の算定基準時はいつか。消費者団体訴訟制度は、不当な契約条項の使用など消費者契約法一二条所定の事業者の一定行為の不作為を求める訴訟制度である。事業者の使用する契約条項の不当性判断の基準時はいつかという問題もある。消費者契約法九条一号該当性を検討する対象となる契約条項の場合、「平均的な損害」の額を超える部分について無効であることを理由に適格消費者団体が契約条項使用の差止めを求めているのであるから、「平均的な損害」の額の算定の基準時と契約条項の不当性判断の基準時は同時期でなくてはならない。また、契約条項を使用し始めたときは妥当な契約条項であったものが、その後不当性を帯び、不当な契約条項となることがなくはない。[32] とすると、不当な契約条項と評価されうるときの数値をもって、「平均的な損害」の額が

算定される必要がある。このような問題意識から各事例の考える「平均的な損害」の額の基準時をみてみよう。

契約条項使用開始時については、事例1では平成一九年一一月[33]からと認定されている。事例2では認定されておらず、事例3では平成二二年四月二七日からと認定されている。消費者契約法四一条による事前請求の日については、事例1と2では平成二二年三月一日、事例3では平成二二年一一月二九日と認定されている[34]。消費者団体訴訟の提起の日については、事例1と2は平成二二年六月一六日、事例3は平成二三年一月一九日である。事実審の口頭弁論終結時は、事例1は平成二四年一一月七日、事例2は平成二五年一月三〇日、事例3は平成二五年五月一四日である[35]。

各事例において採用された「平均的な損害」の額の算定の基礎となる数値をみてみよう。事例1の基本使用料金の割引額の平均値については、平成二三年四月から平成二四年三月までの間の数値を用いている。解約までの経過月数の平均値については、平成二三年四月から平成二四年三月までの間の数値を用いている。事例2のＡＲＰＵ[36]については、平成二三年四月から同年一二月までの間の数値を用いているが、解約後契約期間満了時までの残存期間の平均月数の数値はどの時期のものかは不明である。事例3のＡＲＰＵについては、平成二二年四月から平成二三年三月までの間の数値を使用し、解約後の平均残存期間月数は平成二二年四月と五月の平均値を用いている。

イ　これらの数値を⑴でみた計算方法に当てはめてみると次のようになる。

事例1では、平成二三年四月から平成二四年三月までの間の割引額の加重平均した金額に平成二三年四月から平成二四年三月までの間の役務提供開始の月からの経過月数を加重平均した月数を乗じて「平均的な損害」の額を算出する。

事例2では、平成二三年四月から同年一二月までの間の本件定期契約のＡＲＰＵの月額に本件定期契約が解約された後の契約期間満了時までの平均残期間を乗じて「平均的な損害」の額を算出する。しかし、契約残存期間について

は、いつからいつまでの間に本件定期契約を解約した契約者の数値を使用して算定したかは不明である。

事例3では、平成二二年四月から平成二三年三月までの間に本件定期契約を締結した契約者の平成二三年五月のＡＲＰＵの月額に平成二二年四月と五月に解約された本件定期契約の解約時から契約期間満了時までの平均残存期間を乗じて「平均的な損害」の額を算出する。

以上みてきた各事例を対比してみると、事例1では算出のための平均金額と平均月数との期間が対応しているが、事例2と3では、ＡＲＰＵと残存期間とが対応していないことがわかる。このような「平均的な損害」の額を算出するために用いられた基礎的な数値の対応関係に存在する不一致は、証拠としての能力に問題がある。訴訟資料としての証拠の能力の問題点については、訴訟法上の問題点として後に改めて検討するので指摘にとどめる。

ウ　各事例の中で証拠として採用された数値を照らし合わせてみると、各事例において裁判所が「平均的な損害」の額の基準時をどの時点に設定しているか定かではないことがわかる。とすると、契約条項の不当性の判断の時期をどの時点と認定しているかも明らかでないことになる。また、事例1と事例2では、消費者団体訴訟とともに消費者個人が申し立てた不当利得に基づく利得金返還請求訴訟を併合審理している。個々の消費者が消費者契約法九条一号を理由に契約条項の無効を主張する場合、消費者ごとに、あるいは申し立てたすべての消費者を包含しうるように解約の時期の「平均的な損害」が算定されなければ、契約条項の不当性の判断はできない。消費者個人がそれぞれ申し立てた訴訟は、「合一にのみ確定すべき」共同訴訟（民事訴訟法四〇条）ではないからである。消費者団体訴訟の差止請求と個々の消費者の不当利得に基づく利得金返還訴訟の併合審理に潜む問題点について、訴訟法上の問題点として後にあらためて検討する。

(3) 損益相殺による控除

ここまでみてきたように、訴訟法に大きくかかわる問題点が多く潜んでいる。訴訟法上の問題点は後に検討することとして、実体法上の問題として損益相殺の問題を検討する。

損害賠償請求にあたり債権者が利益を受けた場合は、当該利益を損害賠償額の総額から控除する。明文の規定はないものの、損害は補填されればよく、損害の発生により利得を得ることは許されないという衡平の原則から認められている。損益相殺についてのこのような理解から、本件契約の解除により、損害賠償請求権を有する事業者が支出を免れる費用や別の契約締結の機会を得るなど解除に起因して生じた損害を補填するような利益を得る部分があるとき、それらによる収入は、損益相殺の対象となる。各事例はどのようにみたであろうか。

ア　事例1では、損益相殺に触れていない。

事例2では次のようにいう。民法において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。しかし、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。すなわち、解約に伴い、別の契約を締結する機会が新たに生じ、これにより損害がてん補されたといえる場合には、解約に伴う逸失利益から損害のてん補額を控除して「平均的な損害」の額を算定するが、解約に伴い別の契約を締結する機会が新たに生じたといえない場合には、平均的な損害の算定に当たり、他の契約を締結したことによる利益を損益相殺すべきでない。「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。」「中途

解約に伴い支出を免れる費用」についてのみを逸失利益から控除する。

事例3では、「本件契約は、不特定多数の顧客に対し、特に定員を限定せずに提供される定型サービスであるから、特定の顧客が契約を解除した場合、別の顧客との契約が可能になり、同契約をすることによって、上記解除によって生じた損害が填補されるといった性質の取引ではない。」そして、本件契約は、ある契約の締結により他の契約の締結の機会が失われるという性質のものでない。すなわち、「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、かつ、」「本件契約を含む携帯電話サービスは、大規模インフラをもって、不特定多数の顧客に対し、特に定員を限定せずに提供される定型サービスであり、特定の顧客が契約を解除した場合に、別の顧客との契約が可能になって埋め合わせができるといった、契約目的に代替可能性がある類型の契約ではない」、という。

ウ　以上のような基準から損益相殺の対象について、各事例は次のようにいう。事例1では、Y_1は逸失利益に相当する損害が顕在化しない理由の中で、本件契約が「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」として、損益相殺の対象となる利得がないという。

事例2では、Y_2は、「中途解約に伴い支出を免れる費用」として、「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」を挙げ、これらの費用が損益相殺の対象となるという。

事例3ではY_3は、平成二三年五月分の変動コストから変動利益を算出する。判決文が一部ブランクとなっているため内容は明確ではないが、「これらサービスに係る収入及び経費を除外すべきであるともいえない。」と変動利益の中の経費として考慮したことを示すから、損益相殺の対象となる費用はないというのであろう。

(4) 具体的な「平均的な損害」の額

このように示された基準から、各事例が算出する「平均的な損害」の額を以下でみてみよう。

ア　事例1では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前月末契約者数と当月末契約者数を単純平均した稼働契約者数を単純平均し、それぞれに料金プランごとの標準基本使用料金と割引後基本使用料金との差額を乗じて加重平均した金額は、一八三七円となる。また、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、「平均的な損害」の額は、一八三七円に一三・五か月を乗じた二万四八〇〇円となる。

イ　事例2では本件定期契約の契約者のＡＲＰＵの推移が平成二一年度では五六二四円、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となる。これらＡＲＰＵの平均値は五〇一四円（一円未満切捨て。）であること等に照らすと、契約満了時におけるＡＲＰＵは五〇〇〇円と算定できる。解約によってY_2が支出を免れる経費、損益相殺できる額は多くても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残余期間は、一二・四一か月である。したがって「平均的な損害」の額は、四〇〇〇円に一二・四一か月を乗じた四万九六四〇円となる。

ウ　事例3では、具体的な数値がマスキングされていて不明であるが、(2)イの計算方法から「平均的な損害」の額は四万七六八九円となる。

いずれの事例も解約金を上回る「平均的な損害」を事業者は負うから、本件解約金条項は消費者契約法九条一号に該当しないとの結論を導く。

7　事業者の経営戦略と「平均的な損害」の関係

事業者がある事業を営むにあたり、ある契約者からは利益が生まれず、他の契約者からは利益が生まれ、事業全体としては利益が生まれるような事業を展開することは許されるか。事業者がある契約、しかも不特定かつ多数の消費者と締結する契約において、多種の契約内容、たとえば数種の料金体系や数種の特典付きの契約などを用意し、その多様な内容を組み合わせて、消費者の選択によって契約内容を決定するような携帯電話利用契約においても同様の事業展開は許されるのであろうか。この点電気通信事業者は、多くの消費者に受け入れられる携帯電話利用サービスを提供するとともに、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する責務を負う。このような事業を展開するY_1に対しXは、「実際に生じる損害に対して解約金が少額であるとして」基本使用料金の割引分の契約期間開始時から中途解約時までの累積額を「平均的な損害」の額とすることを不合理であると主張する。この点について事例1は、Y_1には「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う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」、という。そして、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」であると本件通信契約の内容について不合理さはないという。ま

たY1が「電気通信事業会社として、上記のような諸要素の考慮の上、本件契約という商品構成を設計したものと考えられるから、そこでは、当該商品の利用者数、途中解約者数等を想定した上で、提供可能な基本使用料金の額、途中解約があった場合の利益の補完手段等を検討しているであろうことは当然である。そうすると、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」。「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う設計であれば、これが不合理ということはできない。」という。事例1は、ある契約者からは利益が生まれず、他の契約者からは利益が生まれるような事業は、事業者の経営戦略として許されるというのである。

いかなる者と契約を締結するかは契約自由の原則から許容されるものであり、対価や中心条項に関する契約内容について、法は謙抑的であるべきであるといわれる。契約内容についての情報が充分に告知され、消費者が自己の選択権を害されていないのであれば、契約内容の多様さは不当なものとは評価されず、したがって事業者の経営戦略もまた不当性を帯びない。事業者の経営戦略が公序に反するかという問題に帰するのである。したがって、経営戦略のひとつとなる契約に使用された条項は、消費者契約法九条一号によって不当性を判断できず、消費者契約法一〇条あるいは民法の公序良俗違反該当性での不当性判断に依らざるを得ない。

8　小括―消費者契約九条一号関係

(1)各事例はいずれも本件解約金条項は、消費者契約の解除に伴う「損害賠償の額を予定し、又は違約金」を定める条項であるという。この契約条項に基づいて支払われる解約金には消費税が課せられている。税法上損害賠償金には課

税されない。損害賠償金と解約手数料が混在しているような場合には、解約手数料が含まれていても課税されない取扱いである。解約手数料単独の場合にのみ課税される。

携帯電話利用契約締結にあたり利用開始時の利用者情報の登録手数料の支払が求められ、これに対する消費税が支払われている。とすると、中途解約時に支払う解約金は利用開始時に登録された事項の抹消のための事務手数料であって、損害賠償金が含まれていない。したがって、消費税が課税されていると考えることができる。また、契約締結時に登録手数料が支払われるのであるから、解約時にも原状回復として登録事項を抹消する事務手数料が「解約金」名目で支払われているとも考え得る。このような理解に立てば消費税が課税されていることと整合する。しかし、各事例は、本件解約金条項を当該事業者が締結する多数同種の消費者契約においてあらかじめ設定する解除に伴う損害賠償の額を予定し、または違約金を定める条項と理解する。

(2)「平均的な損害」とは、「個々の事業者に生ずる損害の額」についての平均値であって、当該業種における水準ではない。当該事業者が消費者との間で締結する同種の契約を多数集め、その多数から求められる平均値をいう。「平均的な損害」は、消費者ごとの個々の契約における具体的な損害ではなく、当該事業者において同種の契約の解約から生じる損害の平均値である。[37] 消費者契約法九条一号は、このようにして算出した平均値を超える部分を無効とし、事業者が請求しうる損害額を合理的な適正額に限定することを目的とする。この平均値をどの期間の数値を用いて計算することになるか。この問題は、「平均的な損害」の基準時とも大きくかかわる。本件解約金条項が不当な条項であるとすると、この条項を使用し始めたときから不当性を帯びている可能性がある。とすると、本件解約金条項の不当性の判断の基準時のひとつである「平均的な損害」の算定の始期も、解約金条項の使用開始時となる。終期については、遅くとも消費者契約法四一条の事前請求のときとすべきである。というのは、消費者契約法四一条の事前請求は、適

格消費者団体が当該条項の不当性を確知し、事業者との間で当該条項の不当性に関する質疑応答を繰り返し、その結果当該条項の不当性が払拭できず、適格消費者団体が消費者団体訴訟（差止請求訴訟）を視野に入れてなされるものであるから、事前請求時には当該条項が不当性を帯びている可能性があるからである。

各事例はしかし、このような理解に立っているかは疑わしい。事例1と3では、契約条項の使用開始時を認定しているが、事例2ではその認定がない。事例1では契約条項使用開始後三年を経過したときの数値を用いている。事例3では契約条項使用開始時から四一条による事前請求時、そして消費者団体訴訟提起後に至るまでの間の数値を用いている。しかし、事例3は契約条項使用開始後七か月で事前請求をしており、そのうちの二か月の解約者数についての数値を算定の基礎としているに過ぎない。平均値算出の数値として十分な指標となっているかは疑わしいのである。[38] また、当該条項において設定された「区分」は「平均的な損害」を算出するための基礎となる数値の範囲を確定するためのものであるが、事例3では契約条項の使用開始時から間もないため、「平均的な損害」の額を算定する資料としての適格に乏しいともいえる。

(3)「平均的な損害」の算定のために、契約条項の使用開始時から四一条による事前請求時までの数値を用いるべきであるとの考え方は、消費者団体訴訟の差止請求では妥当しうるとしても、個々の消費者が当該契約条項の不当性を理由に、すなわち消費者契約法九条一号を理由に既に支払った解約金相当額について不当利得の返還請求権に基づいて提起した利得金返還請求訴訟においても妥当するか。事例1と2では消費者団体訴訟と個々の消費者が申し立てた不当利得に基づく利得金返還請求訴訟が併合審理されている。事例1では個々の消費者が解約した後の期間の数値を用いて「平均的な損害」の額が算定されている。事例2の消費者のうち一名については解約時を含む期間の数値が用いられているが、他の六名については解約した後の期間の数値が用いられている。どの期間の数値を用いて「平均的な損

害」の額を算定すべきかの問題が潜んでいる。

この点は損害の額の算定時期、すなわち基準時はいつかの問題とも関連する。解除による損害賠償の標準時は、履行期、解除時、損害賠償請求時のいずれかと考え得る。[39] いずれの時期と理解しても、民事訴訟法上の処分権主義から訴え提起時とすることも可能である。このような典型契約の解除における基準時の考え方が消費者契約法九条一号の「平均的な損害」の額の基準時と整合するとは限らない。

(4)この「平均的な損害」の額の算定に用いる数値は、次の点において問題となる。消費者契約法九条一号の趣旨を「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」との理解のもとで、「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」とする事例1の考え方がある。しかしこのような理解は、消費者が事業者に生じた実損額を超えた負担を求められることを許容することを意味する。[40] 実損害を超えた額について消費者に負担させることを妥当とする。すなわち、平均的解約時期よりも早い時期に解約した場合、当該消費者には事業者が負った実損害よりも多い負担をさせることになる。消費者が事業者の実損害よりも多く負担した部分を取り戻すためには、消費者契約法九条一号を根拠とし得ないことになる。また、「平均的な損害」の額算定のための資料のほとんどが事業者の手の中にある状況下での訴訟提起を消費者に負担させている。

(5)「平均的な損害」の範囲を考える際の前提として、携帯電話利用契約の法的性質が重要性をもつ。すなわち、携帯電

話利用契約が典型契約に親和的であるとすると民法の規律が及び、親和的でないとすると継続的な役務提供契約一般の規律が及ぶことになる。民法の規律の対象となるとすると「平均的な損害」の範囲に逸失利益が含まれると考えられ、継続的な役務提供型の契約となると必ずしも逸失利益のすべてを含むとは考えない。

契約の拘束力、すなわち契約関係を維持する義務は、売買契約のような権利移転型の契約と役務の提供を一定期間給付する役務提供型の契約とでは同一といえない。権利移転型契約においては、代金の支払と目的物の交付が行われることにより、契約当事者の権利は満足し契約関係は終了する。契約関係終了までの期間は長くない。これに対し役務提供型しかも継続的役務提供型にあっては相当期間にわたって契約関係が持続する。そうすると当初予定しない事態が発生したり、役務の提供を受けても予想していたとおりの成果が得られないなど不測の事態が発生することがある。このような状況にあっても契約関係を維持し続けなければならないとすることは妥当ではない。そこで、事情の変化、すなわち当事者が当初想定していなかった事態の発生に応じて、帰責事由が存在しない場合であっても契約関係の解消を求めることができるとして、契約の拘束力に強弱あることを認める。また、契約期間満了までの逸失利益をすべて支払う義務を負わせると契約の解消に消極的とならざるをえない。そこで逸失利益のすべてを負担することなく契約関係の解消を認めることを許容する制度も存在する。役務提供型の契約には請負、委任などの典型契約とともに携帯電話利用契約のような非典型契約が存在する。典型契約と類似あるいは無名契約と性質決定するのであれば、民法の規律を直ちに適用するのではなく、当該契約の法的性質を吟味し、契約関係の解消に伴う精算を規律すべきである。(41)

本件契約の性質決定と料金体系の関連、すなわち「半額割引と二年間の契約期間」と「低料金と二年間の契約期間」の違いからも「平均的な損害」の範囲に逸失利益を含むとするか否かの判断を異にしていることがみえる。本件契約

に定められた基本使用料金を役務が提供された期間において、半額を支払った場合と全額を支払った場合とでは、損害の範囲の考え方において違いを生じるからである。

この相違は、「平均的な損害」の額算定の基礎にも表れる。すなわち、事例1は、利用料金、契約金、旅行代金という契約内容の一部となった支払義務のある代価を損害額算定の基礎とする。これに対し、事例2、3は、事業者の実損害額を基礎とする。プランごとの通話に関する基本使用料金と通信使用料金との組み合わせが数種類設定され、この組み合わせを月ごとに変更することができる。このような多様かつ複雑な使用料金から事業者の損害額を算定することは難しい。そこで一か月の売り上げを表す数値（ＡＲＰＵ）をもって損害額算定の基礎とした。

(6)あるプランで損害が発生しても他のプランでその損害を補てんできるように商品構成をもって携帯電話利用契約は商品設計されている。このような経営戦略を採用し、この戦略に沿った契約内容としての契約条項の不当性は、消費者契約法九条一号をもって判断しえない。消費者契約法一〇条の不当条項か民法の公序良俗に反する契約条項かによる判断となる。次に、消費者契約法一〇条に関する問題点を検討する。

(25) 商品設計のとらえ方が「平均的な損害」の内容についての判断を異にするとの見解がある。（大澤彩「携帯電話利用契約における解約金条項の有効性に関する一考察」ＮＢＬ一〇〇四号（二〇一三年）一七頁）

(26) ＡＲＰＵとは、通信事業の一契約当たりの一か月の売上を表す数値である。（判例時報二二一九号六七頁参照）

(27) 事例2の第一審では、「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に生ずべき損害に著しい差異がある契約類型」であるとして、解約時期を一か月ごとに区分して、各区分ごとにY_2に生じる「平均的な損害」を算出している。（判例時報二一五八号一〇二頁）

(28) 判例時報二二一九号七二頁

(29) 「平均的な損害」の額の立証責任について、最高裁判所は平成一八年一一月二七日の判決（民集六〇巻九号三四三七頁）において、「平均的な損害及びこれを超える部分については、事実上の推定が働く余地があるとしても、基本的には、違約金等条項である不返還特約の全部又は一部が平均的な損害を超えて無効であると主張する学生において主張立証責任を負う」と判示した。

(30) たとえば事例1では乙一九（判例時報二一五〇号七四頁）、乙二五（判例時報二一七六号四〇頁）、事例2では、解約までの平均期間を乙七号証により認定している（判例時報二二一九号七〇頁）。事例3では、乙二二、乙二三によりＡＲＰＵや変動コスト、平均解約期間を認定している。「乙」とは、被告提出の書証に付される付号である。

(31) 債務不履行に基づいて契約が解除された場合にあっては解除当時の時価を基準時とする判例として、最判昭和二八年一二月一八日（民集七巻一二号一四四六頁）がある。

(32) 原告である適格消費者団体京都消費者契約ネットワークのホームページで公開しているそれぞれの事例において差止請求訴訟を提起するにあたり、消費者契約法四一条が要求する事前請求書の作成日付は、事例1と2は平成二二年二月二五日、事例3は平成二二年一一月二九日である。提訴した適格消費者団体は、事前請求書を作成したときにはすでに契約条項が不当性を帯びていると認識している。

(33) 高等裁判所では一一月と判示するが（判例時報二一七六号四〇頁）、地方裁判所でY_1は九月と主張している（判例時報二一五〇号七〇頁）。

(34) 事例1は判例時報二一五〇号六二頁、事例2は判例時報二一五八号九八頁、事例3は判例時報二一六九号六九頁参照。これらはいずれも第一審裁判所が認定する日付であるが、高等裁判所はいずれもこれらの日を引用して、認定している。

(35) 消費者団体訴訟提起の日と口頭弁論終結の日は、いずれも原告である京都消費者契約ネットワークのホームページで公表している判決文によるものである。

(36) 第一審裁判所では、ＡＲＰＵの値を平成二一年と平成二二年四月から同年一二月までのものを証拠採用している。

(37) 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、二〇一五年）、後藤巻則ほか『条解消費者三法』八六頁〔後藤巻則〕（弘文堂、二〇一五年）参照

(38) 開業間もない事業者の場合の証拠の収集の困難性について述べるものに、後藤巻則ほか『条解消費者三法』九〇頁〔後藤巻則〕（弘文堂、二〇一五）がある。

(39) 我妻栄『債権各論上巻（民法講義Ⅴ$_1$）』二〇二頁（岩波書店、一九五四年）参照

（40）実損害を超える賠償を事業者に認める必要がない。その超過額は事業者が不当に利益を得ることになるとの指摘がある。（山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」ＮＢＬ六八六号（二〇〇〇年）一四頁）

（41）「無理に近似した典型契約を探して、その規定を類似する安易な態度も、できるだけ避けなければならない」との指摘がある。（我妻・前掲注（39）四八頁）