

平成25年3月29日判決言渡 同日原本交付 裁判所書記官

平成24年(ネ)第2488号 解約違約金条項使用差止請求, 不当利得返還請求  
控訴事件(原審・京都地方裁判所平成22年(ワ)第2497号(原審第1事件),  
平成23年(ワ)第917号(原審第2事件), 平成24年(ワ)第555号(原  
審第3事件))

口頭弁論終結日 平成25年1月30日

判 決

京都市中京区烏丸通二条下ル秋野々町529番地

控訴人・被控訴人(原審第1事件原告)

特定非営利活動法人京都消費者契約ネットワーク

(以下「1審原告法人」という。)

同代表者理事 高 薫 英 弘

控訴人・被控訴人(原審第2事件原告)

(以下「1審原告」という。)

控訴人(原審第2事件原告)

(以下「1審原告」という。)

控訴人(原審第2事件原告)

(以下「1審原告」という。)

控訴人(原審第2事件原告)

(以下「1審原告」という。)

控訴人・被控訴人(原審第2事件原告)

(以下「1審原告」という。)

控訴人(原審第2事件原告)

(以下「1審原告」という。)

控訴人(原審第3事件原告)

(以下「1審原告」という。)

上記8名訴訟代理人弁護士

	長	野	浩	三
同	増	田	朋	記
同	畑	地	雅	之
同	糸	瀬	美	保
同	谷		文	彰
同	下	坂	高	弘
同	中	村	和	浩
同	黒	田	啓	介
同	澤	田	将	樹
同訴訟復代理人弁護士	志	部	淳	之介

東京都新宿区西新宿二丁目3番2号

控訴人・被控訴人（原審第1～第3事件被告）

K D D I 株 式 会 社  
（以下「1審被告」という。）

同代表者代表取締役 田 中 孝 司  
同訴訟代理人弁護士 星 川 勇 二  
同 渡 部 英 人  
同 星 川 信 行  
同 竹 本 英 世

主 文

- 1 審原告らの各控訴をいずれも棄却する。
- 1 審被告の控訴に基づき、原判決中、1 審被告敗訴部分を取り消す。
- 上記取消部分に係る1 審原告法人、同[ ]及び同[ ]の1 審被告に対する各請求をいずれも棄却する。
- 訴訟費用中、1 審原告法人、同[ ]及び同[ ]と1 審被告の間で生じた費用は、第1、2 審を通じて、1 審原告法人、同[ ]及び同[ ]の負担とし、1 審原告[ ]、同[ ]、同[ ]、同[ ]及び同[ ]の各控訴費用は同各1 審原告らの負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 各控訴の趣旨

1 1 審原告法人

- (1) 原判決中1 審原告法人に係る部分を次のとおり変更する。
- (2) 1 審被告は、消費者との間で、a u通信サービス契約を締結するに際し、原判決別紙1記載の解約金条項など、下記の事項を内容とする意思表示を行ってはない。

記

a u通信サービス契約における2年の定期契約を締結した消費者は、同契

約が自動更新される前に、1 審被告又は消費者が同定期契約を解除したときは、1 審被告に対し、9 9 7 5 円（消費税転嫁分を含む。）以上の解約金を支払う。

- (3) 1 審被告は、消費者との間で、a u通信サービス契約を締結するに際し、原判決別紙1記載の解約金条項など、下記の事項を内容とする意思表示を行ってはない。

記

a u通信サービス契約における2年の定期契約を締結した消費者は、a u通信サービス契約が2年経過して自動更新された後、1 審被告又は消費者が同定期契約を解除したときは、1 審被告に対し、解約金を支払う。

2 1 審原告[ ]、1 審原告[ ]

- (1) 原判決中、1 審原告[ ]及び同[ ]に係る部分を次のとおり変更する。
- (2) 1 審被告は、1 審原告[ ]及び同[ ]に対し、それぞれ9 9 7 5 円及びこれに対する平成2 3年3月2 9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

3 1 審原告[ ]、同[ ]、同[ ]、同[ ]、同[ ]

- (1) 原判決中、1 審原告[ ]、同[ ]、同[ ]、同[ ]及び同[ ]に係る部分を取り消す。
- (2) 1 審被告は、1 審原告[ ]、同[ ]及び同[ ]に対し、それぞれ9 9 7 5 円及びこれに対する平成2 3年3月2 9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

- (3) 1 審被告は、1 審原告[ ]に対し、1 万9 9 5 0円及びこれに対する平成2 3年3月2 9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- (4) 1 審被告は、1 審原告[ ]に対し、9 9 7 5 円及びこれに対する平成2 4年2月2 9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

4 1 審被告

主文 2, 3 項と同旨

## 第 2 事案の概要

### 1 本件の要旨

原審第 1 事件は、消費者契約法（以下「法」という。）13 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である 1 審原告法人が、電気通信事業等を目的とする株式会社である 1 審被告に対し、1 審被告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又は今後使用するおそれのある約款に記載の、消費者が 2 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、法 9 条 1 号及び 10 条により無効であると主張して、法 12 条 3 項に基づき、1 審被告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る事案である。

原審第 2, 第 3 事件は、1 審被告との間で 2 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 9975 円（消費税転嫁分を含む。以下同じ。）の解約金支払義務を定める契約条項に基づき、1 審被告に対し解約金を支払った 1 審原告法人以外の 1 審原告らが、上記解約金条項は、法 9 条 1 号及び 10 条により無効であると主張して、1 審被告に対して、不当利得返還請求権に基づき、上記解約金相当額及びこれに対する各訴状の送達日の翌日を起算日とする民法所定の年 5 分の割合による遅延損害金の支払を求める事案である。

原審は、1 審原告法人、同 [ ] 及び同 [ ] の請求の各一部を認容し、その余の各 1 審原告の請求を棄却した。

1 審原告法人、同 [ ] 及び同 [ ] は、請求の全部認容を求めて各控訴を提起し、その余の各 1 審原告も原判決の取消しと請求認容を求めて各控訴を提起した。

1 審被告は、1 審原告法人、同 [ ] 及び同 [ ] の請求の各一部を認容した

部分の取消しと、同請求の棄却を求めて控訴を提起した。

2 前提事実、争点及び争点に対する当事者の主張は、後記 3 に 1 審原告らの当審主張を、後記 4 に 1 審被告の当審主張を付加するほかは、原判決の「事実及び理由」の第 2 の 1, 2 に記載のとおりである。

### 3 1 審原告らの当審主張

#### (1) 法 9 条 1 号の平均的な損害

##### ア 法 9 条 1 号の解除の事由、時期等の区分について

法 9 条 1 号は、消費者契約における違約金等の額が、解除事由、解除時期等の区分に応じて当該事業者が生じる平均的な損害を超える場合は、当該超える部分を無効とする。

解除事由、解除の時期等の区分の定めは、業種、業態によって異なる。例えば、旅行契約の解約による違約金については、解約の時期を区分し、20 日前から 7 日前までは代金の 20%、7 日前から前日までは代金の 30%、当日は 50% などと違約金を定める例がある。業種によって異なるから一律に定められていないが、法は、自ずと合理的な範囲に区分して定められることを予定している。先の例で、旅行前の解約の場合に全体での平均的な損害が旅行代金の 50% であるとして、7 日前までの解約でも 50% の解約金を定めた場合、不合理な結果となることは明らかである。

法 9 条 1 号は、事業者において、適切な区分を設定することを予定するが、事業者の定めた区分を前提として、有効性を判断するのではなく、解除の時期により事業者が生じる損害に著しい差異が生じる場合は、適切な区分に基づいて判断すべきである。著しい差異を生じるか否かは合理的に判断できるし、今後の議論や判例の集積によって予測が可能となるから、以上のように解したとしても法的安定性を害することはない。

本件定期契約では、解約の時期によって事業者の受ける損害に著しい差異があり、2 年間で同一の区分とすることはできない。本件定期契約の料

金の定めは月単位であるから、当該解約月における事業者の平均的な損害が解約金を下回る場合は、本件解約金条項は無効となるというべきである。

#### イ 平均的な損害に逸失利益は含まれないこと

事業者と消費者の間には情報・交渉力に大きな格差があり、事業者は同種の契約を反復して大量に行う。消費者契約で、消費者が事業者に対し解約等による損害賠償義務を負う場合でも、事業者に実損害を上回る損害賠償請求権を認める必要はなく、法9条1号は、賠償すべき損害を実損害に制限している。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がない場合に限られる。すなわち、事業者が、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り、他の消費者との間で同じ消費者契約をする機会を失った場合には、逸失利益が損害となると解すべきである。「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、他の契約を締結することによる損害のてん補の可能性を考慮することはできない」とする原判決は不当である。

1審被告は、一人の消費者の解約があっても、他の消費者との契約を獲得することによって容易に代替して利益を得ることができる。本件では平均的な損害に含まれる逸失利益は存在しない。

最高裁は、学納金訴訟で「一人の学生が特定の大学と在学契約を締結した後、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、原則として、その解除によって当該大学に損害が生じたということとはできない。」と判示した（最高裁判所平成18年11月27日判決・判例時報1958号12頁）。携帯電話の通信契約には、大学のような定員があるわけではなく、常に多数の消費者が契約に加入し、解約により脱退することが予定されているから、一部の消費者の解約は1審被告によって織り込み済みであり、上記最高裁

判決と同じである。このほかに逸失利益が法9条1号の平均的な損害に当たらないとする下級審裁判例がある。

#### ウ 本件で1審被告に逸失利益がないこと

本件定期契約を締結した消費者は、これに付加してインターネットサービスを有償で受けることができ、かつ解約料を支払うことなく同サービスの提供の中止を求めることができる。したがって、逸失利益を算定する際ARPU（通信事業者の1契約当たりの1か月の売上を表す数値。）の額に基づくとしても、インターネットサービスはいつでも打ち切ることができるから、ARPUの額からインターネットサービスによる額を控除しないで算定するのは誤りである。

また、本件定期契約の解約を望む契約者は、期間中の解約ができない以上、契約期間満了まで最も経済的負担の少ない料金プランに変更すると考えられる。1審被告の設定する中で、最も低額の料金プランは1か月780円であるから、これからARPUの固定経費1000円を控除すると毎月の逸失利益は存しない。したがって、1審被告の平均的な損害はゼロである。

#### (2) 法10条後段該当性

本件定期契約の2年という期間は、1審被告が合理的根拠もなく一方的に設定した期間である。消費者は、日常生活に携帯電話が不可欠であるから、1審被告の設定した条項に従って契約することを余儀なくされ、契約時に解約を予想していないから、勧められるままに本件定期契約をし、その結果、解約の必要が生じたときでも、解約金の支払を求められることになる。2年という期間に合理的根拠がない以上、本件解約金条項は消費者にとって一方的に不利益である。更新後の期間を考慮すると、本件解約金条項は、半永久的に消費者の解約権行使を制限するのに等しい。

消費者のほとんどは、「割引後」価格を使用対価、通常の対価として認識

しており、「割引後」価格で契約している。1 審被告は、通常の基本使用料が存在し、本件定期契約ではそれが減額されているかのような印象を与えて消費者を誘導し、本件定期契約を押し付けているのが実情であり、本件定期契約以外の契約を選択した場合の説明はしない。

消費者は、1 審被告によって一方的に本件解約金条項を設定されており、その内容を交渉する余地はない。消費者は、契約時、解約のことは念頭になく、本件解約金条項の根拠は知らされず、その実質的な内容を理解することなく契約させられているのである。

1 審被告は、契約の場面で、消費者との情報量と質及び交渉力に格差のあることを利用して、解約を想定していない消費者につけこみ、誤導して本件解約金条項を選択せざるを得ない状況においている。このような契約を是正するのが法の趣旨である。

### (3) 更新後について

#### ア 法9条1号に関して

本件定期契約の更新は、何らの手続を要することなく自動的に従前の契約内容を引き継ぐのであって、再契約ではなく、従前の契約期間の延長にほかならない。本件定期契約後、中途解約によって1 審被告の被る損害は、24か月後にはゼロになるから25か月目以降に新たに損害が生じるのは不合理である。

#### イ 法10条後段に関して

本件解約金は、一定期間継続すべき契約を消費者が中途解約したことによる損害をてん補する趣旨のものである。したがって、当初予定した期間経過後は違約金を取得する理由はない。自動更新後も本件解約金条項が有効であるとする、解約金の負担が半永久的に課されることになる。

1 審被告は、消費者との契約時、更新が自動更新であることや、更新後も期間が設定され解約金を課せられることをパンフレットなどで説明して

いない。1 審被告と消費者の間で更新後の解約金条項の適用については明確な合意はない。

### 4 1 審被告の当審主張

#### (1) 法9条1号の区分について

法9条1号は、平均的な損害に関して、「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」と定める。この「区分」は、当該条項で設定されたものに限られる。当該違約金条項の是非が問題となるのであるから、当該条項に区分が設けられていなければ区分のないものとして、区分が設けられていればその区分に従って、それぞれ判断すべきである。

当該条項に区分が存在しない場合に適宜の区分を持ち込んだり、事業者の定める区分と異なる区分を設定することはできない。

#### ア 区分の設定がない場合

当該条項に区分が設定されていない場合は、解除の時期により事業者が生ずべき損害に著しい差異が生じる場合であっても、裁判所が適宜「区分」を設定して平均的な損害を算定することは許されない。なぜなら、この場合に区分を設定をすることは、当該条項の趣旨内容を改変することになるからである。法9条1号の核心は、違約金等の額が当該事業者に発生した損害の平均値を超えることを許さない点にあり、解除時期による区分を必須の要件とする必要はない。原判決のように、時期により「損害の著しい差異」があるとして区分を細分化するのは相当ではない。「損害の著しい差異」は意味内容が不明確であり法的安定性を欠く上、実務的に耐えがたい時期の細分化を要求することになるからである。

原判決の解釈にしたがった場合でも、本件で、4か月ごとに区分して逸失利益を平均すれば、最後の4か月の間に解約した契約者についても、事業者の被った平均的な損害は、本件解約金を上回ることになるから、本件

解約条項は無効とならない。裁判所の区分設定によって、法9条1号違反の有無を判断するのは法的安定性を欠いており、相当ではない。

#### イ 本件解約金条項の区分

法9条1号は、契約自由の観点から、事業者がその判断で区分を設けることを許容し、当該区分に応じた平均的な損害を超える過大な違約金につき、当該超える部分を無効としている。

1審被告は、本件解約金条項に更新月とそれ以外の契約月の2区分を設定した。仮にそうでないとしても、本件定期契約が2年間の有期契約であるから、解約時期による区分を2年と定めたことになる。本件解約金条項には上記2区分もしくは1区分があり、1か月ごとの区分を設定した原判決は誤りである。

#### ウ 平均的な損害と解約金の比較

1審被告は、前記イのとおり区分を設定することによって、過大な契約解除料の支払を求めたわけではない。原判決は、平均的な損害額を、原判決別紙2のとおり、契約締結日の属する月につき9万6000円と認定したのを始めとし、以下月ごとに区分して更新月の前月につき4000円と認定したが、これらを平均すると5万円になる。本件解約金はこれよりも大幅に低額である。法9条1号は、「平均的な損害」を超えるか否かを基準にしており、当該解除における「実損額」を超えるか否かを問わない。解除の区分を細分化し、異なる解除料を設定するよりも、一律の解除料とする方が消費者の理解は得られやすく、大多数の消費者にとってより低額の解除料となる。解除料を細分化することは、「契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮」することを求める法3条1項の趣旨に反する。

#### (2) 平均的な損害の算定方法

基本使用料の累積割引額と逸失利益は選択的關係に立つから、下記のい

れかによって算定すれば足りる。

#### ア 基本使用料の累積割引額による算定

本件定期契約においては、2年間解約しないことを前提として、契約期間の全期間にわたって基本使用料の割引をしている。中途解約された場合には、割引条件が遡って失われたことになるが、対価は割引後の基本使用料の支払しか受けていないから、差額分が1審被告の損害となる。

#### イ 逸失利益に基づく算定

中途解約された全契約を対象に損害の平均値を算定すべきである。したがって、解約された各契約の解約までの平均期間に基づいて、契約が維持されなかった平均期間を求め、これに1か月当たりの逸失利益を乗じることによって平均的な損害を算定すべきである。

原判決は、解約金の多寡により変動する解約までの平均期間を用いて平均的な損害を算定するのは相当ではないとした。しかし解約金の多寡により解約までの期間が変わることと本件解約金条項は関係がない。また、解約金の多寡により解約までの平均期間が変動するからといって、平均期間を用いて算定することが不相当になるものではない。

### 第3 当裁判所の判断

#### 1 本件解約金条項が法9条1号により無効であるか否か（争点(1)）

(1) 本件解約金条項が「解除に伴う損害賠償の額の予定」又は「違約金」に該当するか。

前提事実のとおり、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9975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、1審被告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」に当たるとする。

(2) 法9条1号にいう「平均的な損害」の意義について

ア 法9条1号が、解除に伴う損害賠償の予定等を定める条項につき、解除に伴い事業者が生ずべき平均的な損害の額を超過する損害賠償の約定を無効としたのは、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。

事業者は、契約の相手方の債務不履行があった場合、民法416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420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。法9条1号は、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。

このように、法9条1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416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416条にいう「通常生ずべき損害」であり、逸失利益を含むと解すべきである。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416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と解される。

イ 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、法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。1審原告らは、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、適宜同一の区分に分類される複数の同種の契約ごとに、事業者が生じる損害を算定すべきであると主張する。しかし、法の文言は前記のとおりであり、当事者が設定した区分を裁判所がさらに細分化することを認める趣旨であるとは解されない。ただし、その区分の平均的な損害と比較して、実損害が著しく低額となる例が同区分中に多数生じる場合は、そのような区分の定め自体が不当であり、法10条により無効となるものと解される。

ウ したがって、法9条1号の平均的な損害は、民法416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って算定すべきである。

本件定期契約は、2年間の期間の定めのある契約であり、証拠（乙7）及び弁論の全趣旨によれば、2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ものと認められる。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う関係には立たない。本件解約金条項は2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といえることができる。

(3) 本件定期契約の解約に伴う平均的な損害の算定方法について

2年間を区分とする本件定期契約の解約に伴い1審被告に生じる平均的な損害は以下のとおり算定するのが相当である。

ア 平均的な損害の算定の基礎となる損害額について

契約締結後、当事者の債務不履行があった場合、相手方の請求できる損害賠償の範囲は、契約が約定どおり履行された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。1審被告が2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1審被告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）を基礎とすべきである。

イ 解約に伴う逸失利益の算定方法

証拠（甲3）によれば、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ことが認められる。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のが相当である。

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べきである。

ウ 本件定期契約における解約に伴う逸失利益

(ア) 証拠（甲37、乙7、乙10）及び弁論の全趣旨によれば、次の事実が認められる。

a 本件定期契約の契約者のARPUの推移は、次のとおりである。

① 平成21年度	5624円
② 平成22年4月～12月	4940円
③ 平成23年4月～12月	4480円

b 1審被告が本件通信契約の締結に伴い支出する経費の種別及び内訳は、次の①、②のとおりである。月々の②の経費の額は、ARPUの15%～20%の額に相当する。

- ① 中途解約により支出を免れない費用  
販売代理店に支払う手数料、設備投資・運用費用等
- ② 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を支払う  
接続料金等、契約継続に伴い発生する費用

(イ) 前記認定のとおり、下落傾向にはあるが、平成21年度以降、各年度におけるARPUはいずれも4000円を上回り、1審原告法人以外の1審原告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、前記認定のARPUの平均値は5014円（1円未満切捨て。）であること等に照らすと、1審原告法人以外の1審原告らの契約満了時におけるARPUを5000円として、本件定期解約の解約に伴う逸失利益を算定するのが相当である。

(ウ) また、前記認定のとおり、解約によって1審被告が支出を免れる経費は、多くてもARPUの20%に相当する額であるから、これを前記5000円から控除し、1か月当たりの1審被告の解約に伴う平均的な損

害を4000円と認める。

エ 解約までの平均期間

証拠(乙7)によれば、本件定期契約を中途解約した契約者の平均解約時期は、契約締結時又は更新時から11.59か月間が経過した時点であり、2年間の契約期間から上記期間を控除した月数は12.41か月になる。前記1か月ごとの逸失利益にこの残余期間を乗じた金額が、本件で法9条1号の平均的な損害に当たると解することができる。同金額は4万9640円である。

オ 更新後について

前提事実及び証拠(甲3)によれば、本件定期契約においては、更新日の属する月に解約の意思表示をしない限り、期間満了日の翌日である更新日に本件定期契約が更新され、新規に本件定期契約を締結したのと同様の効果が生じることとなる。したがって、更新後の解約においても、更新前と同様、1審被告には契約期間満了時まで契約が継続していれば得られたであろう通信料収入等を基礎とする逸失利益が認められるから、解約に伴い被告に生じる平均的な損害の算定方法も、更新前後で同様であると解する。

(4) 1審原告らの主張について

ア 平均的な損害は原則として逸失利益を含まないとの主張について

1審原告らは、本件通信契約は、大量の新規契約等が予定されており、ある消費者との間で本件定期契約を締結した場合に、他の消費者との間で本件定期契約を締結する機会を喪失するわけではなく、ある契約の解約に伴い生じる損害は、別の契約によりてん補されることから、逸失利益を基礎に平均的な損害を算定することはできない旨主張する。

しかし、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にとどまる。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。

法9条1号の解釈にあたって、① 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上記損害のてん補額を控除して平均的な損害を算定するが、② 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はない。そして、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、1審原告らの主張は採用できない。

イ 1審原告らは、逸失利益の算定に関して、ARPUからインターネットサービスに係るARPUを控除して計算すべきであるとか、解約を検討した契約者が最も低額の料金プランに変更することを前提として逸失利益を算定すべきものであると主張するが、携帯利用者中インターネットを利用しない契約者が相当数いて、そのARPUを控除するのが相当であることを推認させる証拠はない。また、中途解約が生じた場合の平均的な損害を算定するには、前記のとおり解約者の解約までの平均期間を元に残期間の逸失利益を算定するのが相当であって、解約を検討する者が最も低額の料金プランに変更するという1審原告らの主張は何ら証拠に基づくものではないから採用できない。

(5) 1審被告の主張について(基本使用料金の累積割引額と平均的な損害)

1審被告は、本件定期契約が2年間継続することを期待して割引した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を算定す

る上での基礎とすべきであると主張する。

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。1審被告が、2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、1審被告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、1審被告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。このほか、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。

したがって、法9条1号の平均的な損害を算定するにあたっては、解約に伴う逸失利益を基礎とするのが相当である。なお、契約期間が2年間継続した場合に1審被告が得られる通信料収入等を基礎に平均的な損害を算定すれば、1審被告に生ずべき平均的な損害はてん補されるから、累積割引額を平均的な損害を算定する際の基礎とすることは、1審被告に生じた損害を二重に評価することにもなり妥当でない。

## 2 本件解約金条項が法10条に反するか（争点(2)）

### (1) 法10条前段該当性について

ア 法10条前段における、民法等の「法律の公の秩序に関しない規定」は、明文の規定のみならず、一般的な法理等も含まれる（最高裁判所平成22年（オ）第863号同23年7月15日第二小法廷判決参照）。

イ 民法は、委任及び準委任のほか、請負において、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旨を定め、この場合に生じる損害をてん補するため、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とする（民法641条、651条、656条）。すなわち、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、役務の提供を受け手が、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と解される。

ウ 本件通信契約は、民法の定める委任及び準委任の主要な特徴である、特定の受任者に対する委任者の特別な信頼関係の存在を前提としないが、1審被告による通信サービス役務の提供及びこれに対する契約者による代金の支払を給付内容とする契約であり、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。したがって、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1審被告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。本件解約金条項は法10条前段に該当する。

### (2) 法10条後段該当性について

ア 本件解約金条項は、契約者が本件定期契約を解約し、1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。しかしながら、

（ア） 本件定期契約における契約期間は約2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。

（イ） 本件定期契約は2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1審被告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9975円という額は、前記説示のとおり、中途解約に伴い1審被告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。

(ウ) 前提事実のとおり、本件定期契約は、契約者に2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。

(エ) (ウ)の基本使用料の割引きと中途解約に際しに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(乙1、乙2の2)。

イ 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・パンフレット記載され(前記(エ))、消費者と事業者である1審被告の間で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(前記(ア))、解約金が法9条1号の平均的な損害を超えるものではないこと(前記(イ))、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(前記(ウ))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ず、法10条後段に該当しない。

ウ 前記認定のとおり、本件定期契約の更新は、新規の契約締結と同様の効果を有するものであるから、更新後においても、本件解約条項が法10条後段に該当することはない。1審原告らは、更新によって半永久的に本件定期契約に拘束されると主張する。しかし、証拠上、本件定期契約の更新拒絶を阻害する要因となる事実が存するとは認められない。前提事実のと

おり、契約者は更新日の属する1か月間は、本件解約金条項の適用を受けることなく、更新を拒絶することができ、しかも弁論の全趣旨によれば、被控訴人は、更新日の属する月の前月には定期契約の満了及び自動更新について案内し、前月から更新日における更新拒絶の申し出を受け付けていることが認められる。更新日の属する月の前月から更新日の属する月の満了まで、消費者は、それまでの利用実績や利用による便宜、向後の更新の場合の長短をそれぞれ検討し、更新拒絶を選択することができるのであるから、半永久的に拘束が続くとはいえない。

エ 1審原告らは、前記(イ)の基本使用料の割引について、同業他社との競争の結果、基本使用料を従前の半額程度に設定せざるを得なくなっただけであるのに、本件定期契約の月額基本使用料金の額を50%割引であるとして誘引し、新規契約者のほとんど、又は全ての者が、本件定期契約を締結しているのが実態であり、本件定期契約の本質・実態は、競争可能な基本使用料金の価格に不当な2年間拘束を付加しただけのものであり、しかも、各契約者は、1審被告の代理店から選択の余地を示されることなく、本件定期契約を締結させられていると主張する。

市場における財やサービスの価格は、需要と供給のバランス、同業者との競争等により決まるものであるということができ、契約当事者間においては、価格はあくまでもその間の合意によって定まる。消費者契約のように大量に、定型で行われる契約においても、その価格が合意によって定まるものであることは同じである。1審被告は、通常契約と本件定期契約を用意し、契約期間の定めの有無と合わせて異なる基本使用料を契約内容として提示し、各消費者と契約を締結しているのである。

1審原告らは、競争の結果基本料金を従前の半額に設定したとあたかも通常契約の基本使用料の実態がないかのように主張するが、同事実を認めるに足りる証拠はない。ちなみに、乙7号証によると、2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は16.69%、人数にして444万人に上る（平成21年12月末時点）ことが認められる。契約時、本件定期契約と通常契約を比較した上で通常契約を選択する契約者が相当数存在することからすると、契約者は、各契約類型を比較した上で、本件定期契約を選択することによって基本使用料の割引きを受ける反面、2年間解約の制限を受けることを了解しているものと認めるのが相当であって、契約内容を比較することなく、1審被告代理店に勧められるまま本件定期契約をしているとは認められない。

オ 1審原告らは、MNPは、自由に携帯電話会社を選択する権利・利益を消費者に保障する制度であるのに、本件解約金条項は、消費者の自由に携帯電話会社を選択できる権利・利益を阻害すると主張する。

MNP制度は、消費者にとって、電話番号を変更することなく、通信事業者を変更することを可能にするものであるが、事業者間の移動の自由を保障するものでも、事業者が解約を制限することを禁じる制度でもないのであって、MNP制度に鑑み、本件解約金条項が信義則に反することになるものではない。

3 以上によれば、その余の点について判断するまでもなく、1審原告法人の差止めを求める請求、その余の1審原告らの不当利得返還請求はいずれも理由がないことに帰する。

#### 4 結論

1審原告らの各請求は、いずれも理由がないから、これらを棄却すべきである。よって、原判決中、1審原告法人、同[ ]及び同[ ]の各請求についての1審被告敗訴部分を取り消し、同部分に係る同1審原告らの各請求を棄却し、1審原告[ ]、同[ ]、同[ ]、同[ ]及び同[ ]の各請求を棄却した原判決は相当であるから、1審原告らの各控訴を棄却することとし、主文のとおり判

決する。

大阪高等裁判所第1民事部

裁判長裁判官

小 島 浩

裁判官

三 木 昌 之

裁判官

橋 本 都 月

これは正本である。

平成25年3月29日

大阪高等裁判所第1民事部

裁判所書記官 西 森 公 治