

## 携帯電話役務提供の定期契約に伴う「早期解約金」(ETFs : early termination fees)が無効とされたカリフォルニア州判例——「In re Cellphone Termination Fee Cases」

平野 晋<sup>1</sup>

### 要 旨

携帯電話役務の一～二年の定期契約に伴う解約金条項を無効と判断したカリフォルニア州控訴裁判所の判例を紹介する。同裁判所は先ず、本件の解約金条項が連邦通信法の専占する「料金」の回収を意図しておらず、顧客の解約（<sup>チャーン</sup>churn）を阻止する「抑止力」たることを意図していたこと等を理由に、州法が適用されると判断。その上で、解約金条項が州の消費者契約法に違反して無効と評価される理由を次のように示した。①顧客による中途解約で生じる損失額よりも予定損害賠償額が下回ったという「効果」だけでは有効と解されない。②解約金条項及びその金額を決定・採用した当時の「動機・目的」（意図）が損害賠償を予定する理に適った努力を示しておらず、専ら顧客の解約率を低く抑える「抑止力」が意図されていたから無効である、と。

上記判例の紹介に併せて、「二年縛り+解約金」問題の理論的根拠を、アメリカの法律論文から簡潔に紹介している。

**キーワード** : early termination fees (ETFs) / 早期解約金、liquidated damages / 予定損害賠償、CALIFORNIA CIVIL CODE §1671 / カリフォルニア民事法典 1671 条、FEDERAL COMMUNICATIONS ACT §332 / 連邦通信法 332 条、reasonable endeavor to estimate fair compensation / 公正な填補を見積もる理に適った努力、(1) the motivation and purpose in imposing the [liquidated damages], and (2) their effect / 予定損害賠償を課す(1)動機と目的、及び(2)その効果

### はじめに

本稿は、携帯電話役務提供の、日本に於けるいわゆる「二年縛りに伴う違約金」の有効性を争う訴訟に相当するカリフォルニア州の判例を紹介する。「携帯電話解約金事件」<sup>2</sup>と呼ばれる本件では<sup>3</sup>、「定期契約」(term contracts)の満了前の解約の際に顧客が支払いを

<sup>1</sup> 中央大学教授・大学院総合政策研究科委員長。

<sup>2</sup> *In re Cellphone Termination Fee Cases*, 193 Cal.App.4th 298, 122 Cal.Rptr.3d 726, 2011 Cal. App. LEXIS 249 (Cal. App. 1st Dist. 2011), *review denied*, (June 15, 2011) and *cert. denied*, 132 S.Ct. 555, 181 L.Ed.2d 397 (2011).

<sup>3</sup> 本件の下級審として引用されることもある事件は、*Ayyad v. Sprint Spectrum, L.P.*,

要求される「早期解約金」(early termination fees ; 以下場合により「ETF(s)」と云う)を規定した契約条項が<sup>4</sup>、「liquidated damages clauses」(以下、場合により企業法務業界に於ける呼称慣行に従って「リキダメ条項」と云う)<sup>5</sup>であると性格決定された上で、その条項の内容及びその導入決定の際の考慮事項等が不適切であったことを主な理由として、無効であると判断されている。なお「リキダメ条項」とは、日本に於ける「損害賠償額の予定条項」又は「予定損害賠償(額)条項」の概念である。

ところで日本に於いても、いわゆる「二年縛り+違約金」の契約慣行が、利用者による携帯電話事業者間の自由な乗り換え・選択を妨げること等を理由に、問題になっている。例えば、内閣府の消費者委員会が、2012年12月11日に公表した「電気通信事業者の販売勧誘方法の改善に関する提言」に於いて、「消費者保護の観点からも長期間にわたって契約関係を継続させるこのような契約形態の妥当性」が問題視されている<sup>6</sup>。公表裁判例についても、本稿脱稿時点で<sup>7</sup>少なくとも六件が研究者により分析されており<sup>8</sup>、今後更に裁判例の公表・分析が進捗する可能性も否定できない。総務省「ICTサービス安心・安全研究会 / 消費者保護ルールの見直し・充実に関するWG」は<sup>9</sup>、正にこの問題も対象にしており、その検討は今後も発展し得る<sup>10</sup>。そこで、本稿では、この問題に関してアメリカで、そのような顧客を「困り込む」契約慣行を「無効」(invalid)と判断した判例を紹介し、今後の議論に資することとしたい。

---

2008 WL 2937047 (Cal. App. Dep't Super. Ct., July 28, 2008). 同事件も引用しつつ、携帯電話役務の定期契約に伴う早期解約金等の問題を論じた代表的論文は、Oren Bar-Gill & Rebecca Stone, *Mobile Misperceptions*, 23 HARV. J. L. & TECH. 49, 112 & n.234 (2009).

<sup>4</sup> ETFs が電気通信事業者の契約では嘗てから採用されていた慣行については、see, e.g., Adrew H. Sherman, et al., “Untouchable?” *Treatment of Tariff-Based Claims*, 25-9 ABIJ 16 (2006).

<sup>5</sup> 拙著『体系アメリカ契約法—英文契約の理論と法務』§5-03b, 158~59頁、§5-14, 187~94頁(中央大学出版部 2009年)(「リキダメ条項」とその前提の「liquidated damages」法理一般を解説)参照。

<sup>6</sup> 同提言は、内閣府消費者委員会「電気通信事業者の販売勧誘方法の改善に関する提言」(2012年12月11日), *available at* <<http://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2012/1211teigen.html>> (last visited Sept. 5, 2014)参照。

<sup>7</sup> 2014年9月10日。

<sup>8</sup> 京都地判平24・7・19判時2158号19頁を含む六件の分析については、井上健一「携帯電話サービスの契約解約金と消費者契約法の平均的損害」ジュリスト1467号90頁(2014年5月); 丸山絵美子「携帯電話利用契約における解約金条項の有効性」法政論集252号312<187>頁(2013年); 執行秀幸「携帯電話の中途解約条項と消費者契約法九条一号・一〇条違反」私法判例リマークス48号47頁(2014年〔上〕)、等参照。

<sup>9</sup> 例えば次の公開資料参照。総務省「ICTサービス安心・安全研究会 / 会議資料・開催案内等」*available at* <[http://www.soumu.go.jp/main\\_sosiki/kenkyu/ict\\_anshin/](http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/kenkyu/ict_anshin/)> (last visited Sept. 5, 2014).

<sup>10</sup> 同研究会の中間とりまとめ案は次を参照。ICTサービス安心・安全研究会「消費者保護ルールの見直し・充実に関するWG 中間とりまとめ(案)」(2014年6月), *available at* <[http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000300649.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000300649.pdf)> (last visited Sept. 5, 2014).

## 1. 携帯電話役務提供の定期契約に伴う早期解約金を批判するアメリカの代表的学説<sup>11</sup>

後に本稿で本件「*携帯電話解約金事件*」が明らかにする通り、本件被告の携帯電話事業者 Sprint 社が早期解約金を導入した意図は、その「抑止力」(deterrent)を用いて「解約率」(churn rate)を低く抑えること(囲い込み)にあった。消費者による自由な「携帯電話事業者の乗り換え」(switching carriers)を阻止する、そのような早期解約金に対する学説上の批判の論理的根拠は、『法と工学技術ハーヴァード・ジャーナル』(HARVARD JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY)誌に掲載された代表的論文「移動体の誤認」(*Mobile Misperceptions*)<sup>12</sup>が日本の論議にも有用である。そこで、以下、先ずはその指摘・分析の概要を箇条書き的にまとめておこう<sup>13</sup>。

- (1) 早期解約金を伴う定期契約は、確かに一方では料金割引等の利益を消費者に付与し、この利益面が契約締結時に大きく認識される[からこそ消費者は定期契約を締結する]。
- (2) しかし他方では、[人間の認知・判断能力の限界ゆえに、]主に将来の不利益を消費者は「過小評価」(underestimate)する<sup>14</sup>。
- (3) その為に割引率という目の前の利益ばかりに「近視眼」(myopia)的に目を奪われ<sup>15</sup>、将来に被る様々な不利益を巨視的に認知できないから、自己利益に反して定期契約を締結してしまう。
- (4) 消費者がこのように「短期的利益」(short-term benefits)に左右されて長期的な損失を過小評価する傾向を、携帯電話事業者は知っていると思われる<sup>16</sup>。
- (5) 早期解約金は消費者を長期間にわたり同じ携帯電話事業者に縛り付ける「ロック・イン」(lock in)効果を生む。契約者の内の47%が乗り換えを希望しているところ、実際に乗り換えるのは3%に過ぎず、その他の利用者は早期解約金ゆえに乗り換えが妨げられているという調査結果もある<sup>17</sup>。

<sup>11</sup> 本稿が紹介する学説以外にも、予定損害賠償に関するアメリカの学説には、果たしてリキダメ条項が「契約を破る自由」一原語では efficient breach : 「効率的[契約]違反」一の観点から強制されるべきか否かという論点を扱うものが有名である。しかし本件「*携帯電話解約金事件*」はこれを論じていない上に、LEXIS のデータベースに於いても携帯電話役務の ETFs を論じた効率的契約違反の有用な文献が見当たらなかったため、この論点を本稿では扱わない。なお効率的契約違反については、樋口範雄「アメリカ契約法上の損害賠償の予定について」*学習院大学法学部研究年報* 19 卷 1 頁(1984 年)；拙著『体系アメリカ契約法』前掲注(5) §1-01-7, 21~22 頁、§ 5-03b, 159 頁、等参照。

<sup>12</sup> Bar-Gill & Stone, *supra* note 3.

<sup>13</sup> *See id.* at 55, 75, 90-91, 97-98.

<sup>14</sup> *See id.* at 90-91.

<sup>15</sup> *Id.* at 91 (携帯端末入手に掛かる目の前の費用の補助金[や料金割引]を近視眼的に過大評価しつつ、長期的に通信費で支払う損失は過小評価するという人間の認知上・意思決定上の欠点を示唆)。

<sup>16</sup> *Id.* at 80, 92, 96 (消費者が長期的には得せず損さえするにも拘わらず短期的な便益に惑わされることを、電気通信事業者が理解しているようである等と指摘)。

<sup>17</sup> *Id.* at 97 & n.180 (citing Lauren Tara Lacapra, *Breaking Free of a Cellular Contract*

- (6) 「より望ましい商品」(a better fit/deal) が他の携帯電話事業者から提供されている事実を、消費者が定期契約期間の途中で——後掲(9)～(11)のように——「気付いて」(new-found knowledge) も、消費者の乗り換えは早期解約金によって妨げられるから、消費者はそのより望ましい商品を選択できないという不利益を被る<sup>18</sup>。
- (7) すなわち将来の不利益を考慮しないまま最初に誤った選択がひとたび定期契約されると、早期解約金によるロック・イン効果ゆえに、最初の誤った選択による不利益が「長期間にわたって継続 (prolong) する」効果が生まれる<sup>19</sup>。
- (8) 携帯電話市場では特に技術革新が激しいから、二年縛りは長過ぎる (a two year lock-in is relatively long)<sup>20</sup>。
- (9) 消費者が過小評価してしまう将来の不利益の一つは、選択した「役務[の品質]が思っていたよりも悪かった」(例えば宣伝と異なって実際には繋がり難かったり、速くなかったりする) ことに契約後にはじめて気付いても、他社のより良い役務に乗り換えられない不利益である<sup>21</sup>。
- (10) 消費者が過小評価してしまうもう一つの将来の不利益は、そもそも定期契約を最初に選択した時点に於いても他社の役務の方が本当は望ましかつたけれども、それを合理的に認知・選択・決定し損ねた「失敗」(mistake) に契約後に気付いても、他社のより良い役務に乗り換えられない不利益である<sup>22</sup>。
- (11) 消費者が過小評価してしまうもう一つの将来の不利益は、より良い他社の役務が将来提供され始めても、それに乗り換えられない不利益である<sup>23</sup>。

---

—New Web Sites Help Consumers Swap or Resell Phone Service; Avoiding \$175 Termination Fee, WALL ST. J., Nov. 30, 2006, at D1). See also Ethan Zweig, Note, *I Think We Should See Other People: The Benefits of Eliminating Handset Exclusivity and Instituting Tiered Pricing in the Mobile Broadband Market*, 6 BROOK. J. CORP. FIN. & COM. L. 649, 669 (2011-2012) (“customers acknowledged that the [early termination] fees discourage switching carriers . . .”と指摘)。

<sup>18</sup> See Bar-Gill & Stone, *supra* note 3, at 55, 97.

<sup>19</sup> *Id.* at 55, 75, 98.

<sup>20</sup> *Id.* at 97. なお日本でも「技術の発展等により新たな携帯やサービスが登場し . . . 他社に乗り換える必要が発生することもありうる」と指摘する論考としては、執行・前掲注(8) 49頁。

<sup>21</sup> Bar-Gill & Stone, *supra* note 3, at 90 (“service may not be as good as promised”な場合を指摘)。なお定期契約締結後に加入者が、携帯電話の話中にしばしば切断する経験をして解約したにも拘わらず、早期解約金を請求された事例を、*Waudby v. Verizon Wireless Servs., LLC*, 2007 WL 1560295 (D.N.J. May 25, 2007)に基づき紹介する論考としては、see Ben Everard, Essay, *Early Termination Fees: Fair Game or Federally Preempted?*, 77 GEO. WASH. L. REV. 1033, 1034 (2009)。日本に於いても、「実際に利用してみなければ . . . 選択したプランが最適なものかわからないこともあろう」と指摘する論文としては、執行・前掲注(8) 49頁参照。

<sup>22</sup> See Bar-Gill & Stone, *supra* note 3, at 55 (“consumer mistake”からの治癒をロック・イン効果が阻むと指摘)。なお携帯電話役務商品/契約の内容が複雑過ぎることも、消費者による[最初の]合理的選択を阻む要因であると指摘されている。See *id.* at 54, 80, 95-96, 98.

<sup>23</sup> *Id.* at 90, 97 (“another carrier may offer a better deal”等と指摘)。

- (12) 早期解約金のロック・イン効果は、上記の直接的な損失を消費者に被らせることに加えて、携帯電話事業者間の競争が阻まれることによる間接的な損失も生む。早期解約金は非効率な携帯電話事業者でさえも顧客を囲い込んでしまえるから、他のより効率的な携帯電話事業者による[商品開発]努力や参入を妨げてしまう<sup>24</sup>。

以上の分析は、古い「合理的選択理論」(rational choice theory)を前提とした分析に止まらない。寧ろ、意思決定論や行動科学・認知科学等からの知見、すなわち合理的な判断ができない人の誤謬(the imperfect rationality of consumers)も踏まえた新たな知見に基づいている点に於いて、日本も学ぶべきであろう<sup>25</sup>。

## 2. 「携帯電話解約金事件」の背景<sup>26</sup>

早期解約金の契約慣行は、アメリカでも評判が悪い(infamous)<sup>27</sup>。その為であろうか2000年代に入ってから、複数の携帯電話事業者達に対して多くの集団訴訟(クラス・アクション: class actions)が提起された後に、次々と示談が成立している。訴訟への反応として、全ての大手携帯電話事業者が、長期の定期契約期間の「解約時期に拘わらず変動しない早期解約金」(time-invariant ETF)を一律に同額請求する慣行を改め、金額を変動(prorate)させる、「解約時期により変動する段階的な早期解約金」(time-variant, graduated ETF)を採用している<sup>28</sup>。それ迄は、例えば二年の定期契約の満了の僅か一か月前に解約しても、固定化された早期解約金の全額支払いを顧客が求められていたのである<sup>29</sup>。(なお日本の大手携帯電話事業者が揃って同額の違約金を、解約時期とは無関係に一律に逡減されることなく請求している契約慣行は、裁判例や学説で問題になっている<sup>30</sup>。)

本件「携帯電話解約金事件」は、以上の多くのクラス・アクションの一つとして代表的

<sup>24</sup> *Id.* at 55, 98.

<sup>25</sup> *Id.* at 53, 97. 「限定合理性」(bounded rationality)の概念に代表される、合理的選択理論への批判としての認知心理学、意思決定論、行動科学等の知見を用いた学際法学(law ands)的アプローチについては、例えば拙著『アメリカ不法行為法—主要概念と学際法理』第III章348~457頁(中央大学出版部2006年)参照。

<sup>26</sup> *See, e.g.,* Bar-Gill & Stone, *supra* note 3, at 76, 112; David Cline, Note, *Consumer Choice: Is There App for That?*, 10 J. ON TELECOMM. & HIGH. TECH. L. 147, 159 (2012) (T-Mobileへの集団訴訟、示談、及び全ての大手携帯電話事業者による逡減的ETFsへの移行を指摘); Zweig, *supra* note 17, at 669 (Sprintに続いてAT&Tも集団訴訟を示談解決したと指摘)。

<sup>27</sup> *See, e.g.,* Everard, *supra* note 21, 1034 (“infamous ‘Early Termination Fee’ (‘ETF’)”と表現している)。 *See also Analysis of Various Provisions in Cell-Phone Contracts*, faircontracts.org, available at <<http://faircontracts.org/issues/cell-phones>> (last visited Sept. 5, 2014) (ETFsが「injustice」であると評価)。

<sup>28</sup> *See, e.g.,* Bar-Gill & Stone, *supra* note 3, at 76, 103, 112 (Verizonが先駆けて2007年7月に、\$175のETFsから一か月当たり\$5ずつ逡減する制度を導入し、全ての大手事業者が2008年の終わり迄にこれに似た逡減的ETFsを採用したと指摘)。

<sup>29</sup> *Id.* at 75-76.

<sup>30</sup> 解約金を変動・逡減すべきと主張する論文として例えば、井上・前掲注(8)92~93頁参照。

な公表判例であり、かつ法廷意見が早期解約金の契約慣行の主な争点を詳しく分析しているので参考になる。

### 3. 「リキダメ条項」の有効性要件

次章4.に於いて「携帯電話解約金事件」のケース・ブリーフ（case brief：判例要約）を紹介する前に、本件の主な争点であるリキダメ条項の有効性要件について以下、簡潔に概説する。

#### 3. 1. 「罰則」(penalties) であってはならない。

アメリカ契約法の原則では、契約違反の損害賠償額（含、予定損害賠償額）が実際の損害額の填補の範囲を超えてはならず、従って不法行為法では認められている制裁的な懲罰的損害賠償（punitive damages）も契約法では認められない<sup>31</sup>。この原則を「契約上の制裁強制禁止則」（the rule against the enforcement of contractual penalties）と云う<sup>32</sup>。従って、罰金であると解されるようなリキダメ条項は無効とされてしてしまう。

実務では、予定損害賠償条項として契約違反に対し多額の一括「固定額」が発生するようにドラフティングするよりも、額を「変動」させた方が、罰金と解されずに有効と解され易いと云われている<sup>33</sup>。この為、本件を含む集団訴訟への対応として前述した通り<sup>34</sup>、早期解約金を全ての大手携帯電話事業者が解約時期に拘わらない固定額から逡減する変動額に移行させたことは、法律実務的には（も）理解できる対応である。

#### 3. 2. 「三つの基準」(Three-Pronged Test)

リキダメ条項の有効性を判断する法源（primary authorities）は、州毎に異なり、『リステイトメント（第二次）契約法』<sup>35</sup>や『統一商事法典』<sup>36</sup>の規範を取り入れ／又は取り入れられた判例法や制定法で判断されているが、殆どの法域では以下の三つの基準を考慮するという指摘が見受けられる<sup>37</sup>。

- (1) 契約違反により予想される損害賠償が、その金額又は証明に於いて不確定であること、
- (2) リキダメ条項によって当事者達が損害賠償額の予定を意図したのであって、罰金として機能することを意図していなかったこと、及び
- (3) 合意内容に規定された金額が、違反により生じる正しい填補の理に適った予

<sup>31</sup> 拙著『体系アメリカ契約法』前掲注(5) §5-03b, 158～59頁、§5-14, 187～94頁参照。

<sup>32</sup> 同上§5-14, 188頁。

<sup>33</sup> 同上192頁。

<sup>34</sup> 前掲注(28)に付帯する本文参照。

<sup>35</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §356.

<sup>36</sup> UCC §2-718.

<sup>37</sup> Michael Pressman, *The Two-Contract Approach to Liquidated Damages: A New Framework for Exploring the Penalty Clause Debate*, 7 VA. L. & BUS. REV. 651, 657 (2013) (本文中の引用は拙訳、以下同様)。

測でなければならぬこと。(強調付加)

### 3. 3. 「意図」要件の弱体化による「二つの基準」(Two-Pronged Test) : 「不確定性」(uncertainty) と「理に適っていること」(reasonableness)

上記三つの基準の内の(2)に該当する、リキダメ条項を合意する/させる本意、すなわち[起案する側の]当事者の真の「意図」(intent 又は intention) が実は罰金を科し履行を強制することにあるか否かの要素については、これを有効性の検討要素とすることに消極的な指摘も近年見受けられる<sup>38</sup>。例えば有名な基本書『FARNSWORTH ON CONTRACTS』<sup>treatise</sup> <sup>フアーンスワース</sup>は以下のように述べている。

[契約法に於ける罰金の]禁止は、履行が強要されることに反対するポリシーに基づくから、問題の核心は合意内容を当事者達が罰金として意図していたか否か (whether . . . intended . . . as a penalty) ではない。寧ろ、その合意内容が履行の強制的効果を有するか否か (but whether . . . has the effect of compelling the performance) が問題の核心なのである。

と(強調付加)<sup>39</sup>。

このように「効果」対「意図」という二分律的(dichotomy)な対立を前提としつつ、前者が優勢とする指摘に対し、本件「携帯電話解約金事件」は、興味深い判断を下している。すなわち「意図」(法廷意見の中では「動機及び目的」—motivation and purpose—という表現を用いている)も「効果」と同様に重要である、と明示しているからである<sup>40</sup>。

### 3. 4. カリフォルニア州の予定損害賠償法(制定法)

後掲 4.6.の【適用された主な規範等】の中で引用するように、カリフォルニア州では、制定法化された基準がリキダメ条項の有効性判断に適用される。同制定法(CALIFORNIA CIVIL CODE—以下『カリフォルニア州民事法典』と云う—の1671条(d))は、特に消費者契約については、リキダメ条項が原則として無効(invalid)と規定しており、消費者保護の為の特別法としての色彩が強い。

ところで有効性を判断する際の、「意図」と「効果」の双方の、要件としての関係を理解することは難しい。しかし、カリフォルニア州民事法典1671条の解説文献が<sup>41</sup>、次のよ

<sup>38</sup> See, e.g., RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §356 cmt. c (「有効性に関する当事者達の実際の意図も、約定を当事者達が予定損害賠償と性格付けているか罰金と性格付けているかも、有効性の決定に於いては、重要ではない」と解説している)。 (強調付加) See also 24 SAMUEL WILLISTON, A TREATISE ON THE LAW OF CONTRACTS §65:3, at 251 (Richard A. Lord ed., 4th ed. 2007) (“in some jurisdictions the intention of the parties to a contract has been recognized as an inappropriate guide to enforceability of a stipulated damages provision” と指摘)。

<sup>39</sup> III E. ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS §12.18, at 313-14 (3rd ed. 2004)。

<sup>40</sup> 後掲本文 4.8.2. 参照。

<sup>41</sup> 23 CAL. JUR. 3D DAMAGES § 182, available at Westlaw Int'l. (Database updated Aug.

うに解説している部分は、両者の微妙な関係を理解する参考になろう。

予定損害賠償条項は、被るであろう損失の予測の理に適った試みを表している限りは、たとえ履行を当事者に奨励することが意図されていても (**intended to encourage a party to perform**)、それだけでは無効ではない。(強調付加) 予定損害賠償の合意の有効性は、罰金ではなくて予定損害賠償を規定しようとしていたか否か次第に懸っている。従って、文言それ自体が、履行を強制し、罰金を意図していたことを示していれば (**the language itself indicates a penalty was intended, to compel performance**)、無効な罰金である[と解釈される]。しかしながら、裁判所は条項をその内容によって解釈できる (**a court may interpret a provision according to its substance**) ので、当事者達が罰金と呼んでいたとしても (**even if the parties have referred to it as a penalty**) その他の点で有効であれば、裁判所はその有効性を支持することになる。

#### 4. 「携帯電話解約金事件」のケース・ブリーフ

以下、判例概要、特にその判決の根拠となった、法廷意見が示す理由部分を中心に、紹介する。

##### 4. 1. 【事件名及び出典表示】

*In re Cellphone Termination Fee Cases*, 193 Cal.App.4th 298, 122 Cal.Rptr.3d 726, (1st Dist. 2011), *review denied*, (June 15, 2011) and *cert. denied*, 132 S.Ct. 555, 181 L.Ed.2d 397 (2011).

##### 4. 2. 【裁判所】

カリフォルニア州控訴裁判所第一区担当 (Court of Appeal of California, 1st District).

##### 4. 3. 【判決、決定、命令等の年月日】

2011年3月3日。

##### 4. 4. 【事実の概要及び訴訟の主な経緯】

2003年に原告達(以下「 $\pi$ 」と云う<sup>42</sup>)が、被告 Sprint 社(以下「 $\Delta$ 」と云う<sup>43</sup>)他の携帯電話事業者達に対する訴えをカリフォルニア州裁判所に提起。[一年～二年の定期契約の]早期解約金が罰金 (penalties) に該当し、カリフォルニア州民事法典 1671 条(d)に違反し、早期解約金が『相当な売上と利益』を生んでおり、『顧客による無線電話事業者の容易な変更を阻止すること』 (“to prevent consumers from readily changing wireless telephone carriers”) を目的としている、等と主張した<sup>44</sup>。

---

2014) (last visited Sept. 3, 2014) (本件「*Cellphone Termination Fee Cases*」も引用した上で解説している)。

<sup>42</sup> 本稿では「X」ではなく、原告「**p**laintiff」の頭文字を表す「 $\pi$ 」を用いる。

<sup>43</sup> 本稿では「Y」ではなく、被告「**d**efendant」の頭文字を表す「 $\Delta$ 」を用いる。

<sup>44</sup> *Cellphone Termination Fee*, 122 Cal.Rptr.3d at 732-33.

多くの事実審理前(プリ・トライアル—pretrial—) 手続を経て、陪審員による事実審理(トライアル—trial—)が2008年5月12日から開催された。△の証拠は、早期解約金が、月極契約プラン(month-to-month service plans)の場合には含まれておらず、携帯電話機の代金を大きく補助しかつ比較的低額で月々の請求額を提供する(which offer heavily subsidized handsets and relatively low monthly charges)一年及び二年の定期契約(one-year and two-year term contracts)にのみ含まれている事実を示した。△の専門家証人(expert [witness])は、早期解約金が、携帯電話機と携帯電話役務が『バンドル(一括)化された商品』に対して顧客が支払う価格の一部であり、かつ長期定期契約プランに含まれた料金減額の対価である(an ETF is a part of the price the consumer pays for the “bundle” of the handsets and cellular service, and is part of the quid pro quo for the rate reductions included in long-term plans)と証言している<sup>45</sup>。なお△は、早期解約金は『FEDERAL COMMUNICATIONS ACT』(以下『連邦通信法』と云う)が専占(preemption)<sup>46</sup>する「料金」(rates)に該当するので州法上の請求に服しないと主張<sup>47</sup>。更に△は、πの主張に反論して、早期解約に伴う実際の損害額が早期解約金よりも相当程度大きいことの証明に努めた<sup>48</sup>。陪審員は、πが△との契約に違反したこと、πが支払った早期解約金の総額、及び実際の損害額等について事実認定を行っている<sup>49</sup>。

評決後に州地裁(trial court—以下「事実審裁判所」と云う—)は<sup>50</sup>、先ず連邦通信法が専占しないと判断。そして早期解約金が、カリフォルニア州民事法典1671条に違反した等と述べた。その主な理由として、△が『主に顧客離れを阻止する手段として』早期解約金を導入(was implemented “primarily as a means to prevent customers from leaving”)し、導入の際に定期契約『違反により△が被るであろう損失を決定し、又はそのような損失の公正で平均的な填補を見積もる努力—理に適った努力どころかそうではない努力でさえも—を怠った』(“... [Sprint] made no endeavor—reasonable or otherwise—to determine what losses it would sustain from breach or to estimate a fair average compensation for such losses.”)と認定している<sup>51</sup>。更に早期解約金は、契約違反時の予定損害賠償として発動されていた(invoked)から、これを「履行の代替的手段」(alternative means of performance)<sup>52</sup>として正当化することも出来ないと判断した<sup>53</sup>。

<sup>45</sup> *Id.* at 733-34.

<sup>46</sup> 「専占」とは、連邦法と不整合な州法を前者が凌駕(to supersede)等する法理である。BLACK'S LAW DICTIONARY 1369 (10th ed. 2014).

<sup>47</sup> *Ayyad*, 2008 WL 2937047.

<sup>48</sup> *Cellphone Termination Fee*, 122 Cal.Rptr.3d at 734-35.

<sup>49</sup> *Id.* at 735.

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> *Id.* at 735, 747.

<sup>52</sup> 「alternative means of performance」又は単に「alternative performance」の定義付けは難しい。しかし次のハイポ(hypo.—仮想事例—)が参考になろう。仮に建設会社が、一定の期日迄に二軒の家の建設を完了するか、又は四千ドルを支払うと約束した場合、この約束は①予定損害賠償や②罰金と解釈できるだけではない。これは③「建設しない特権」(the privilege of not build)であって、その特権の価格が四千ドルであり、すなわち「解約する選択肢の行使価格が[四千ドルに]固定されているオプション」(an option, with a price fixed for the exercise of an option to terminate)と解釈できる。尤も裁判所は、

2009年1月8日に△が控訴した。

#### 4. 5. 【主な争点】

- (1) 早期解約金は、連邦通信法が管轄・専占 (preemption) する『商用移動体役務が請求する料金』 (“the rate charged by any commercial mobile service”) に該当する為に、州法たるカリフォルニア州民事法典に基づく本件請求が棄却されるべきか。
- (2) 早期解約金は、州法典 1671 条(d)上の違法なりキダメ条項か。及び、
- (3) 早期解約金は、代替的履行手段と性格決定されて、罰金 (penalty) には該当しないか。

#### 4. 6. 【適用された主な規範等 (制定法、判例等の一次的法源、及びその他の二次的法源)】

- 『連邦通信法』 (FEDERAL COMMUNICATIONS ACT : FCA) 47 U.S.C. §332 (c)(3)(A) (商用移動体役務の「料金」を規制する権限は州になく連邦が専占するけれども、「それ以外の契約条項」を州が規制する権限は明確に認めて、次のように規定している。“No state or local government shall have any authority or regulate the entry of or the rates charged by any commercial mobile service or any private mobile service, except that this paragraph shall not prohibit a state from regulating the other terms and conditions of commercial mobile services.” (emphasis added)).
- 47 U.S.C. §414 (『連邦通信法』の留保条項—saving clause—として次のように規定している。“Nothing in this chapter contained shall in any way abridge or alter the remedies now existing at common law or by statute, but provisions of this chapter are in addition to such remedies.”).
- 前掲『連邦通信法』§332 (c)(3)(A)の下院議事録 H.R. Rep. No. 103-111, at 260-61 (1993), *reprinted in*, 1993 U.S.C.C.A.N. 378, 588 (州に規制権限があると明記されている「その他の契約条項」—“other terms and conditions”—の解釈に資する委員会の議事録).
- *Spielholz v. Superior Court*, 86 Cal.App.4th 1366, 104 Cal.Rptr.2d 197 (Ct. App. 2001) (役務利用不能な地域があることを偽って宣伝していたと主張する州法上の請求の裁判には、役務の価値の決定—determination of the value of the provider’s service—が不可欠であっても、その決定は料金を規制する「主な目的及び直接的な効果」—a principal purpose and direct effect—を欠いているから専占されないと判断。更に役務提供者は料金の連邦通信委員会への届出を免除されているから、「認可料金理論」—the filed rate doctrine—に基づく専占も当てはまらないと判断。) .
- *In re Wireless Consumers Alliance Inc.*, 15 F.C.C.R. 17,021 (2000) (虚偽広告や詐欺

---

「alternative」(代替) と呼ばれることもあるオプションの有効性を形式で決定せず、本当に当事者達がオプションを取引で決定したか否かの内容で判断する。例えば問題の条項が解約を望む一方当事者の要求によって挿入された場合には、オプションが意図されていたと解釈される蓋然性が高い。 JOSEPH M. PERILLO, CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS §14.34, at 535-36 (6th ed. 2009).

<sup>53</sup> *Cellphone Termination Fee*, 122 Cal.Rptr.3d at 735.

的事業慣行を禁じる州消費者保護諸法違反、又は州の契約法等に基づく訴訟に於いて、州裁判所が携帯電話役務提供者に対し金銭的救済を命じることが連邦通信法によって専断されるか否かの宣言的裁定—declaratory rulings—が連邦通信委員会に求められ、同委員会は次のように述べている。連邦通信法の文言及び立法記録から、州裁判所が顧客に損害賠償を付与することが妨げられているとは云えない。私的な契約と契約諸法理が強制され得る競争市場への、商用移動体電波役務（含、無線電話役務提供者）産業による依存を促すように、連邦通信法が設計されていると主張する評論者達に、委員会も同意する。それ故に、規制された環境に於いてではなく、競争市場で商用移動体電波役務提供者が事業を営むならば、州の契約法及び不法行為法上の請求は原則として州裁判所に於いて強制可能であるべきである。商用移動体電波役務提供者による契約違反又は詐欺により、損害を被った顧客に対し、州裁判所が損害賠償を付与しても、それ自体—per se—が連邦通信法の禁じる料金決定に関与したことはない、と。尤も委員会は注意深く次のように付記もしている。具体的な損害賠償の付与又は具体的な作為・不作為的救済—injunctive relief—の付与が連邦通信法の禁じる料金規制に該当するか否かは、事件の全ての事実及び状況次第で決まる、と。).

- *Ball v. GTE Mobilnet of Cal.*, 81 Cal.App.4th 529, 96 Cal. Rptr. 2d 801 (Cal. Ct. App. 2000) (携帯電話の noncommunication time への課金や、分単位の請求の「端数切り上げ」等に対する州法上の訴えが、連邦通信法の専断に服するか否かを扱った事件).
- *Pac. Bell Wireless, LLC v. Pub. Utils Comm'n*, 140 Cal.App.4th 718, 44 Cal. Rptr. 3d 733 (2006) (お試し猶予期間を付与せずに契約の第一日目から早期解約金を課し返金しないポリシーや通信可能地域に関する顧客誤導に対し、罰金等を命じた州公益事業委員会が連邦通信法に専断されないと判断された).
- 『カリフォルニア州民事法典』1671 条。以下のような文言から、携帯電話役務利用契約のような消費者契約 ((c)項) の場合にはリキダメ条項を無効と解釈すること ((d)項) を原則としていることが明らかである。

1671. (a) This section does not apply in any case where another statute expressly applicable to the contract prescribes the rules or standard for determining the validity of a provision in the contract liquidating the damages for the breach of the contract.
- (b) Except as provided in subdivision (c), a provision in a contract liquidating the damages for the breach of the contract is valid unless the party seeking to invalidate the provision establishes that the provision was unreasonable under the circumstances existing at the time the contract was made.
- (c) The validity of a liquidated damages provision shall be determined under subdivision (d) and not under subdivision (b) where the liquidated damages are sought to be recovered from either:
- (1) A party to a contract for the retail purchase, or rental, by such party of personal property or services, primarily for the party's personal, family, or household purposes; or

(2) A party to a lease of real property for use as a dwelling by the party or those dependent upon the party for support.

(d) In the cases described in subdivision (c), a provision in a contract liquidating damages for the breach of the contract is void except that the parties to such a contract may agree therein upon an amount which shall be presumed to be the amount of damage sustained by a breach thereof, when, from the nature of the case, it would be impracticable or extremely difficult to fix the actual damage. (強調付加)

- *Better Food Mkts. v. Amer. Dist. Teleg. Co.*, 40 Cal.2d 179, 253 P.2d 10 (1953) (△の盗難警報器が契約通りの通報を怠り、盗人に金庫内の財物を盗まれた雑貨会社πが損害賠償を請求。カリフォルニア州最高裁はπの賠償額を、契約書のリキダメ条項が規定する\$50に制限)。
- *Utility Consumers' Action Network, Inc. v. AT&T Broadband of Southern Cal., Inc.* 135 Cal.App.4th 1023, 37 Cal. Rptr. 3d 827 (2006) (消費者保護非営利団体による州法違反の訴えに対し、ISPによる支払遅延の予定損害賠償規定が有効であると判断)。
- *Hitz v. First Interstate Bank*, 38 Cal.App.4th 274, 44 Cal. Rptr. 2d 890 (1995) (クレジットカードの支払遅延手数料と限度額超過手数料規定を巡る集団訴訟に於いて、同手数料規定が理に適った努力を示しておらず、無効な予定損害賠償に当たるという事実審裁判所の判断を支持)。

#### 4. 7. 【判決、決定、命令等の結論】

- (1) 早期解約金は専占されず州法上の本件請求が許される。
- (2) 早期解約金はカリフォルニア州民事法典 1671 条(d)上の違法なりキダメ条項に当たるので無効。
- (3) 早期解約金は代替的履行に当たらず、[無効な]リキダメ条項である。  
事実審裁判所の判決を支持する。△の損害賠償額及び控除されるべき金額を決する再度の事実審理の為に事件を差し戻す。

#### 4. 8. 【結論に至った理由、規範の当てはめ、等】

##### 4. 8. 1. 連邦法の専占について

△による「黙示の専占」(implied preemption)の主張は、「*Spielholz*」事件に於いて裁判所が拒絶しているので、本件にも当てはまらない。

本件早期解約金のカリフォルニア州消費者保護諸法に基づく無効化は、△の料金に対して間接的及び付随的な影響しか与えないから専占されない。「*Spielholz*」事件に於いて、連邦通信法上の「regulate . . . the rates charged」等の文言は、行為の主な目的及び直接的な効果 (principal purpose and direct effect)が価格を管理することにあるような行為のことを意味し、その他の諸活動に直接的な異議を唱える請求、例えば虚偽の宣伝のような請求で、金銭的救済を付与する為に役務の価値を決定しなければならない請求は、料金規制ではない、と裁判所が述べている。更に、「*Ball*」事件も、『実料金 (the actual rates)

に僅かに触れる程度の関係しか』有さない『請求慣行』(billing practices) に対しても専  
占が及ぶと迄は述べていない<sup>54</sup>。「*Pac. Bell Wireless*」事件に於いても、カリフォルニア  
州第五区控訴裁判所は、お試し期間を全く付与せず (without providing any trial period)  
に、猶予期間なしに契約の第一日目から早期解約金を課し返金しないポリシーを採ってい  
た Cingular 社 に対して 罰金及び返金命令を課したカリフォルニア州公益事業委員会  
(Public Utility Commission : PUC) を支持しつつ、公益事業委員会の決定が『Cingular  
社の料金に直接的な異議を唱えていなかったし、かつその構造の具体的変更を要求しても  
いなかった』 (“do not directly challenge Cingular’s rates, nor do they require Cingular  
any specific changes to its infrastructure”) から、連邦通信法によって専占されないと結  
論付けている<sup>55</sup>。更に次のように述べている。「公益事業委員会が課す罰の主な目的及び直  
接的な効果は、Cingular 社による不実表示を防止することであり、かつ早期解約金を支払  
った携帯の顧客を補償することである。Cingular 社の料金に対するこれ等の罰の影響は付  
随的であり、従って公益事業委員会の決定は[連邦通信法]によって専占されない。」と<sup>56</sup>。

本件事実審裁判所は、「実際の損害賠償額を予定損害賠償額に置き換える契約上の合意  
によって、契約上の損害賠償 (伝統的な州の機能) [の性格]が携帯事業者の料金 (連邦の  
関心事) に変わってしまう訳ではない」と<sup>57</sup>、正しくも述べている。「*Wireless Consumers*」  
事件に於いて連邦通信委員会は、「認可料金理論 (the filed rate doctrine) の適用を避  
けて、「規制された環境に於いてではなく、競争市場で[商用移動体電波]役務提供者が事業を  
営むならば、州の契約法及び不法行為法上の請求は原則として州裁判所に於いて強制可能  
であるべき。」と述べている<sup>58</sup>。

本件に於ける△の早期解約金は、月割り比例配分ではないので、定期契約の最初の月で  
解約しても最後の月で解約しても同額を支払う (the ETF’s were not prorated, so that the  
customer would pay the same amount whether the termination occurred during the  
first month or the last month of the contract term) <sup>59</sup>。△は、早期解約金を導入する際  
に、解約により失われる売上 (lost revenue) や、節約費や、予想される逸失利益 (expected  
lost profits) を一切分析しなかったと事実審裁判所で認定されている。当初、早期解約金  
は全く回収不能という前提で、実際の損失又は損失の見積もりに基づかず、競争的な視  
点に基づいて決められていた。早期解約金を採用した△の目的は、他社への顧客の[激しい]  
乗り換え・解約 (churn) を管理すること、すなわち「主に顧客離れを阻止する手段とし  
て」実行された。言い換えれば早期解約金は、△の料金回収可能な要素であると意図され  
たのではなく、寧ろ抑止力—契約料金構造への顧客の遵守を強制する抑止力か、又は不遵  
守を罰する抑止力—として役立たせようと意図されたのである。早期解約金の一部の顧客  
に請求されるという理由に基づき、早期解約金に「料金」のラベルを単に貼るだけでは料  
金にはならないのである。

<sup>54</sup> *Id.* at 745.

<sup>55</sup> *Id.* at 746 (emphasis added).

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> *Id.* at 739 (emphasis added).

<sup>59</sup> *Id.* at 745.

#### 4. 8. 2. 『カリフォルニア州民事法典』1671条（リキダメ条項の合法性）について

法典1671条(c)(1)及び(d)が規定するように、消費者契約 (a consumer contract) に於いては、契約違反の際の損害賠償額を予定する条項は、例外的に有効とされる場合以外は原則として無効である。 [原則として]無効と推定されるから、無効の推定を覆す立証責任は条項の有効性を主張する当事者が負う。 有効性に関し判例は、次の二つの要件を満たすように要求してきた。 ①「実際の損害賠償額を確定することが非現実的又は極度に困難でなければならない」(fixing the amount of actual damages must be impracticable or extremely difficult) こと、及び ②損害賠償額の予定として選ばれた金額が、「被った損害の公正な填補を見積もる理に適った努力を表していなければならない」(must represent a reasonable endeavor to estimate fair compensation for the loss sustained) こと、の二つである<sup>60</sup>。なお要件の何れかが欠ければ無効である。

①の「非現実性」の要件は、実際の損害が比較的少額ゆえに、債務不履行の度に消費者が満足するまで実際の損害額を立証することが経済的に現実的ではないことを証明しても満たされる。 事実審裁判所も、顧客毎の月毎の売上の喪失 (lost monthly revenue per customer) を△が示すことは容易だけれども、節約費 (avoidable costs) を決定することは非現実的であるから、契約の当初で実際の損害賠償額を確定することは非現実的であったと認定している。

②の「理に適った努力」は、(i) 予定損害賠償を課す「動機と目的」(motivation and purpose)、及び (ii) 予定損害賠償の賦課が与える「影響」(effect) の双方により決せられる。『違反から生じるであろうと当事者達が予想し得た実際の損害賠償額の範囲に対し何の理に適った関係性も有さない』ようなリキダメ条項 (A liquidated damages provision that “bears no reasonable relationship to the range of actual damages that the parties could have anticipated would flow from a breach”) は、違法な罰金に該当する<sup>61</sup>。「理に適った努力」の要件を立証する為に、予定損害賠償の有効性を主張する当事者は、違反により如何なる損失を被るであろうかを決する『何らかの分析』(“some form of analysis”) を実際に行い、かつ「被るであろう損失の公正で平均的な填補を見積もる真正かつ言い訳的ではない努力」(a genuine and non-pretextual effort to estimate a fair average compensation for the losses to be sustained) を行った旨の証拠を示さなければならない<sup>62</sup>。本件に関し事実審裁判所は次のように認定している。△が2000年に早期解約金の導入を決定し、かつ2005年にその値上げを決定した際に、契約違反で如何なる損失を被ることになるのかを決めたり、その損失に対する公正で平均的な填補額を決める為の努力を — 理に適った努力ばかりかそうではない努力でさえも — 一切しなかった。 解約により失われる売上 (lost revenue) や、節約費や、予想される逸失利益 (expected lost profits) も一切分析しなかったのである。早期解約金額は、実際の損失や損失予想等には全く基づかず、競争的な視点に基づいて決められた。 早期解約金を採用する目的は、他社への顧客の[激しい]乗り換え・解約を管理可能にすること、すなわち『主に顧客離れを阻止する手段として』実行された (implemented, “primarily as a means to prevent customers from leaving”)

<sup>60</sup> *Id.* at 747 (emphasis added).

<sup>61</sup> *Id.* (emphasis added).

<sup>62</sup> *Id.* (emphasis added).

のである、と<sup>63</sup>。

以上の事実審裁判所の認定は十分な証拠に基づいている。△の消費者マーケティング部門の副社長は、解約率(churn rates)を引き下げる手段として1999年から早期解約金の概念を検討し始めたと言っている。導入は△のマーケティング部門が決定し、社内文書は早期解約金を「150ドルの契約罰則金」(\$150 contract penalty fee)とか「罰則、すなわち契約解約金」(Penalty or Contract Cancellation Fee)と呼んでいたのである<sup>64</sup>。Nextel社と△が合併後に早期解約金を\$200に値上げした理由は、Nextel社の合併前の早期解約金額に従っただけであり、契約の早期解約による損失等の予測に基づく分析を行った証拠はない、と事実審裁判所が認定している。

これに対し△は以下のように主張している。△の職員は皆、『早期解約金が失われる売上のごく一部分しか填補しないことを認識していた』(“aware that their ETFs would recover only a fraction of the revenue lost”)。『競争が激しいから、顧客が契約に違反し早期解約することから生じる損失を填補するような如何なるレベルの金額にも早期解約金を設定し得ないことが、十分に認識されていた』(“well understood that due to competitive forces, the ETF could not be set anywhere near a level that would compensate it for a customer’s breach through early termination”)、と<sup>65</sup>。そして、△は次のように主張している。『実際の損害賠償額を超過しない』如何なる請求も『罰金たり得ない』(any charge that “does not overstate actual damages cannot be a penalty.”)。事実審裁判所が、早期解約金の効果を考慮に入れず、かつ理に適った努力の基準における動機と目的の要件を満たす為には『損害賠償額の予測に関する正式な検討』(“formal study of estimated damages”)が必要であると要求したことに於いて、同裁判所は誤っている。早期解約金は『損失を相当程度超過するように意図されてい』なかった(not “intended to exceed loss substantially”)から、理に適った努力基準の動機と目的の要件を「違反していないし違反できない」(do not and cannot violate)、と<sup>66</sup>。

しかし△が[早期解約による]損害等[の一部しか回収できないこと]に関する情報を『認識』していたかもしれない(may have been “aware”)としても、その情報を早期解約金の導入決定の際に、又はその金額を決定する際にも、△が考慮したという証拠は事実審裁判所で一切示されていないのである<sup>67</sup>。

△の主張の要点は、早期解約金が結果的には実際の損害賠償額よりも下回っていることさえ示せば、「動機と目的」が何であれ、その「効果」(effect)は利益を生んでいる訳で

<sup>63</sup> *Id.* at 747-48 (emphasis added). なお事実審裁判所は次のように認定している。それ迄は月極契約(month-to-month contracts)が原則だったところ△は、「顧客離れ数を減らすこと」(to decrease the number of customers who leave)を目的として早期解約金導入を2000年に決定。その導入・金額決定の際に主に考慮したのは、競合他社が早期解約金を\$150～\$200に設定している事実や、料金割引等の利益を受ければ長期間の縛り+早期解約金という不利益な新種の契約を顧客が受容する見込み等であった、と。Ayyad, 2008 WL 2937047.

<sup>64</sup> *Cellphone Termination Fee*, 122 Cal.Rptr.3d at 748.

<sup>65</sup> *Id.* (emphasis added).

<sup>66</sup> *Id.*

<sup>67</sup> *Id.*

はないのだから、それ以上は要求されるべきではない、という点にある。

△の主張は、先例である「*Better Food*」事件に依拠し、同事件が「完全に客観的な効果の基準を課している」(imposes an entirely objective effect test)と△は主張する<sup>68</sup>。しかし「*Better Food*」は商業的な[事業者同士の]契約を扱った判例であるし、実際の損害賠償額を確定することの非現実性と、契約締結時点に於ける予定損害賠償額への両当事者達の合意とに焦点を当てている。更に同判例は、その判断の基礎となる理由や法目的を明示していない。

「*Utility Consumers*」事件は、リキダメ条項の背後にある「意図」に焦点を当てた後掲「*Hitz*」事件に対して批判的とも読めるので、多少は△の主張の根拠になるかもしれない。しかし「*Utility Consumers*」事件は、△に有利な次の事実認定に、πが訴訟(申立)手続の上で同意したことを前提とする判例である[から、本件とは異なる]。すなわち「*Utility Consumers*」は、△が[契約の当初に於いて予想される]損失額の分析を行って、その損失額が契約上の予定額を上回ることを分析が示している、かつ予定額が理に当たっていた、という前提に基づく判例であった。しかし本件に於いては、事実審裁判所が認定したように、定期契約の違反から生じる実際の損害賠償額の近似値でさえも求める努力が—理に合った努力ばかりか、そうではない努力でさえも— 証拠によって示されていない。寧ろ、「完全に顧客離れに対する抑止力たる目的に絞ってマーケティング的な判断が下されたこと」(a marketing decision made with an entirely deterrent purpose and focus)が証拠で示されているのである。理に合った努力の基準は、リキダメ条項[の導入]を検討した際に実際に考慮された状況に焦点を当てるべきであって、事後的な理由付け (post hoc rationalization) に焦点を当てるべきではない<sup>69</sup>。

「*Hitz*」事件では、クレジットカードに支払遅延手数料と限度額超過手数料を導入する際に、銀行が新たな収益源を欲しがっていたことや、支払遅延・限度額超過による費用の検討や分析を全く行っていなかったことを証拠が示していた。それにも拘わらず銀行は、「費用のことを『良く知っている』」(“had a ‘good understanding’ of costs”)と自称する行内の責任者による、支払遅延や限度額超過から銀行が利益を得た例を見たことがないという主張に依拠[して支払遅延手数料と限度額超過手数料をクレジットカードに導入]した。裁判所は、『決定的な要素』(the “pivotal factor”)は行員が「費用のことを良く知っている」か否かではなく、銀行の動機と目的にあると指摘。本件で△の Sprint 社が主張しているのと同様な、後年になってからの費用の分析に基づく主張を退けつつ、裁判所は、そのような後付けの分析は支払遅延手数料と限度額超過手数料の金額を決定する際の動機と目的とは関連性がなく、従って理に合った努力の争点には無関係な証拠 (irrelevant) である、と認定している。その理由として、予定損害賠償の有効性はその規定が契約に挿入された時点に存在した状況によって決せられ、事後の出来事で決せられる訳ではないと指摘して、次のように述べている。「予定損害賠償の『金額』は、公正な填補を見積もる『理に合った努力の結果を表していなければならない』 . . . .」 (“The ‘amount’ of liquidated damages ‘must represent *the result* of a reasonable endeavor’ to estimate fair

<sup>68</sup> *Id.* at 749.

<sup>69</sup> *Id.* at 750.

compensation...”)。「問題とされている金額がそのような[理に適った努力の]結果である  
為には、要求されている理に適った努力が論理的に金額の設定よりも前に生じていなければ  
ならない」と<sup>70</sup>。

当裁判所は、「Hitz」と「Utility Consumers」とが相反するとは必ずしも捉えていない。  
「Utility Consumers」も、理に適った努力が①[予定損害賠償の]請求を課す動機と目的、  
及び②その効果、の双方に依拠すると指摘している。二つの要件の何れかの立証責任を怠  
れば、△にとっては致命的なのである。

△は早期解約金[と定期契約の組み合わせ]が消費者に便益を付与しているとして次のよ  
うに主張している。早期解約金[と定期契約の組み合わせ]ゆえに、月々の低額料金と補助  
金による低額な携帯電話機を△が提供でき、しかも、早期解約金は△の実際の損害賠償金  
よりも低額か少なくとも同程度に抑えられている。このような場合に裁判所が理に適った  
努力の基準を適用すれば、消費者がより高額な実際の損害賠償に服することに繋がり、理  
に適った努力の基準の法目的に反することになる、と。しかし、あと知恵の言い訳  
(hindsight justification)にのみ焦点を当てて、仮に事前(at foresight)の努力は要求  
されないと解釈したならば、理に適った努力の要件は意味を無くしてしまう。そうすれば、  
「消費者契約に於いて、恣意的に選ばれた請求額が恒常的に課されてしまい」(arbitrarily  
selected charges could be routinely imposed in consumer contracts)、訴訟になってから  
企業がそれなりの言い訳を集めれば足りることになってしまう。予定損害賠償が資する機  
能の一つは、契約違反による損害賠償額を決定しなければならないことに由来する不確定  
要素を除去し、訴訟を減少させることにある。予定損害賠償の金額がもし契約の当初に試  
みられた理に適った損失の予測と一致するように設定されなければ、その機能が失われて  
しまうであろう<sup>71</sup>。

契約違反からどのような損失を被るかを決する「何らかの形の分析」(some form of  
analysis)を実際に行ったこと、及び被る損失の公正で平均的な填補を見積もる真正な努  
力をしたことを、△は示さなければならない。△は、事実審裁判所で、早期解約金を正当  
化できる『正式な検討』(“formal study”)が必要である、と裁判所から要求されたと主張  
する。しかし事実審裁判所はそこまで要求していない。当裁判所も、理に適った努力を立  
証する為にはどのような分析まで必要であったのかを具体化することは避ける。しかし少  
なくとも本件では、事実審裁判所の裁判記録に明らかな通り、早期解約金を課す決定をし  
た時点に於いて△が、如何なる分析もしていなかったのである(at least... there was an  
absence of any analysis)。遡って見れば早期解約金額が実際の損失に照らして理に適っ  
ていて、少なくとも一部の顧客に対しては早期解約金が便益を付与していたかもしれないと  
いう△の主張は正しいかもしれない。しかし[データに基づかずに早期解約金が発生する  
損失よりも低いという]「組織としての直感」(institutional intuition)は、「分析  
に基づく評価」(analytical evaluation)の代替たり得ないし、遡及して正当化さえできれ  
ば契約の当初に求められる客観的評価抜きでも済まされる訳ではない(retrospective  
rationalization does not excuse the objective assessment required at the inception of

<sup>70</sup> *Id.* at 751 (emphasis added).

<sup>71</sup> *Id.* (emphasis added).

the contact.)<sup>72</sup>。

#### 4. 8. 3. 代替的履行について

△は、早期解約金が、契約満了前に一定額を支払うことにより契約を終了できる「代替的履行」に相当すると主張する。支払の性格が予定損害賠償に該当する為には、契約違反が支払の契機にならねばならない。契約条項が債務履行の代替的な選択肢を付与しているだけならば、それは損害賠償を課すことにならず、法典 1671 条の制限に服することはない。尤も、契約が代替的な方法で履行可能であると表示しながらも、その実、一つの確定的な履行しか念頭に置いておらずその違反を条件として追加的支払を課す場合には、予定損害賠償の審査を免れない。さもなくば立法者が禁じた契約を見逃すことになるからである。

事実審裁判所は、本件リキダメ条項の文言が、顧客の意に反して△による予定損害賠償金の賦課を許しており (the ETF provision permitted to Sprint to impose the fee on customers involuntarily)、早期解約金を課された顧客の内の 80%は△側から契約が解約されていると認定している<sup>73</sup>、「早期解約金の支払いが契約を満了させるかの理に適った選択肢を顧客に付与していない」と述べている。顧客が支払えば定期契約を早期に解約できる、と条項が仮に記載していれば、事実審裁判所が述べるように、条項は履行の代替的手段たり得たかもしれない。しかし△は、契約の違反及び契約の解約を宣言した上で、違反により生じた予定損害賠償金としての早期解約金を課していたのである。△は、選択肢が契約の当初から顧客に提示されていたから、事実審裁判所が誤っていると主張している。しかし早期解約金条項が単に選択肢を付与するものと理解又は意図されていないことは、契約の当初から早期解約金が顧客の意に反して△側によって発動できたこと (could be triggered involuntarily by Sprint) から裏付けられている。△は早期解約金条項が履行の代替的手段を提供しているという立証責任を果たしていないと事実審裁判所は認定しており、相当数の証拠がその認定を支持している<sup>74</sup>。

#### 5. 「携帯電話解約金事件」が示唆する事柄

最後に本件が示唆する事柄を例示しておこう。

##### 5. 1. 「効果」のみならず「動機・目的」(意図)も、消費者契約に於ける予定損害賠償

<sup>72</sup> *Id.* at 751-52 (emphasis added).

<sup>73</sup> 事実審裁判所は次のように認定している。本件の早期解約金は、以下の何れの事象によっても発生し得た。すなわち、①顧客が契約を解約したい意思を△に通知することにより解約する場合、又は②正当な理由により (for cause) △が契約を早期に解約する場合、である。つまり△は[②を用いることで]、早期に解約する決定権を顧客から奪い取りつつ早期解約金を課することが可能であった。このような状況に於いては、早期解約金を支払うか、又は契約期間を完了するかの合理的な選択肢を、顧客に付与していない。加えて、早期解約金が課される場合の約 80%に於いて、[②を用いて]△側が契約を解約して早期解約金を課している。結果的に、早期解約者の約 80%に於いて顧客に対し代替的な履行手段を付与しておらず、早期解約金条項は、その金額が「損害賠償金の代替になるリキダメ条項として機能している」(to function as a liquidated damages provision where the payment operated as a substitute for damages)、と。Ayyad, 2008 WL 2937047.

<sup>74</sup> *Cellphone Termination Fee*, 122 Cal.Rptr.3d at 752-53.

## 条項の有効性判断に於いては考慮すべきこと

先に紹介した通り<sup>75</sup>、アメリカ契約法上のリキダメ条項の有効性判断基準としては一般に、罰金を科す「意図」や契約履行を奨励・強要する「意図」に基づいて条項が起案されたか否かが、近年、あまり重要視されないという指摘もあった。しかし本件では、起案者側の「動機」や「目的」(すなわち「意図」)も、リキダメ条項の「効果」と同様に重要であると述べられている。何故に本件では、リキダメ条項有効性判断基準の近年の指摘とは異なる規範が示されたのであろうか。

一つの可能な解釈・仮説は、本件がいわゆる「B 2 B」(Business-to-Business)型の事業者同士が当事者になる契約事案ではなく、「B 2 C」(Business-to-Consumer)型の消費者契約であった点に依拠して展開することが可能である。そもそも本件に適用されたカリフォルニア州民事法典 1671 条(d)は、消費者契約に適用され、しかもリキダメ条項を原則的に無効とし、有効と解されるのは例外的であると規定されている。いわば消費者保護の為の特別法・消費者契約法的色彩が強い制定法なので、その有効性の審査に於いても、B 2 B 契約に於ける場合よりも厳しく解釈されたと理解することが可能であろう<sup>76</sup>。特に B 2 B 契約に於けるリキダメ条項を有効と解した「*Better Food*」が本件とは異なる、と法廷意見が指摘している部分に、B 2 C と B 2 B との区別的取扱いを読み取ることが出来よう。更に法廷意見が、仮にあと知恵の「効果」さえ良ければリキダメ条項採用当時の「意図」を無視しても済まされることになれば、「消費者契約に於いて、恣意的に選ばれた請求額が恒常的に課されてしまう」ことを懸念していた部分も、上記解釈の根拠になろう。

このような解釈に基づけば、△がリキダメ条項導入と金額を決定した際の意図(動機・目的)が、消費者契約に於ける有効性判断では重要である点が着目されることになる。特に、「効果」に於いてリキダメ条項が実際の損害額をたとえ上回っていなかったにも拘わらず、それでもリキダメ条項導入の「意図」が解約率(churn rate)の低減化・抑止力にあった点が、無効と解釈する際の重要な要素であったと、この点を強調する文献も見受けられる<sup>77</sup>。

## 5. 2. 集団訴訟の後に逡減的な早期解約金に移行したこと

先に紹介した通り<sup>78</sup>、解約時期がたとえ満期近くであっても一律に一定の早期解約金を課していた契約慣行を、全ての大手携帯電話事業者は、本件を含む集団訴訟の後に、逡減的な早期解約金制へ移行させている。他方、日本の大手携帯電話事業者は、未だに揃って同額の解約金を解約時期の違いに拘わらず課しており<sup>79</sup>、これに対する批判も学説に見受

<sup>75</sup> 前掲本文 3.3.参照。

<sup>76</sup> See Sherman, et al., *supra* note 4, at 69 (次のように指摘して、リキダメ条項が B2B 契約では有効と解釈される傾向を指摘。“The rule against penalty clauses . . . has come to seem rather an anachronism, especially in cases in which commercial enterprises are on both sides of the contract.” (emphasis added)).

<sup>77</sup> *Analysis of Various Provisions in Cell-Phone Contracts*, *supra* note 27, at text accompanying notes 70-71.

<sup>78</sup> 前掲本文 2.参照。

<sup>79</sup> 総務省 ICT サービス安心・安全研究会「中間とりまとめ(案)」前掲注(10) 49 頁「参考資料 15」参照(携帯電話大手事業者三社が揃って二年の定期契約の違約金として

けられる<sup>80</sup>。従って、アメリカの取り組みに見倣う点があるかもしれない。

### 5. 3. 携帯電話役務の消費者契約に係る訴訟の活発化が見られ、参考になりそうな事例もあること

電気通信役務に係る多くの先例・判例を引用しながら分析していた本件の法廷意見からは、消費者保護に関して、携帯電話の電気通信事業者による様々な商慣行が紛争化していることが読み取れる。更に、既に多くのこれら事例で問題になった商慣行については、現在正に日本でも似た問題が生じているという事実を読み取ることができる。

例えば本件が引用・分析していた「*Pub. Utils Comm'n*」は、定期契約にお試し猶予期間を全く設けずに早期解約金を課す契約慣行や通信可能地域についての誤導が、カリフォルニア州の消費者保護法令違反とされ罰金等が科され、その処分が連邦通信法によって専占されないとして支持されている。携帯電話が本当に繋がるか、本当に繋がり易いのか、通信速度が本当に速いのか等々は、実際に使用してみないと解らないという電気通信役務の特性に鑑みれば、「*Pub. Utils Comm'n*」が日本の今後の制度・政策論議でも参考になりそうである。

このように、アメリカでは既に多くの学ぶべき先例・判例が存在することに本件は気付かせてくれると評価できよう。

### おわりに

日本に於ける「二年縛り+違約金」の契約慣行に対する、消費者契約法や民法の信義則の該当性を検討した裁判例は、「平均的な損害の額」（消費者契約法第九条一号）さえ超えなければ、違約金条項の「目的」の合理性を正しく勘案せずに有効性を認めているとして批判する学説も見受けられる<sup>81</sup>。

他方、本件に於いてカリフォルニア州控訴裁判所は、リキダメ条項の予定損害賠償額が損失の額を下回る「効果」だけではその有効性の根拠として不十分と解釈した。条項の「動機・目的」（意図）の適性さも重視した上で、その動機・目的が損失の填補ではなく、専ら解約率（チャーン churn rate）を抑える抑止機能（deterrent）であったとして、条項を無効と評価している。両国の法制度が異なることは十分承知した上でも、なおアプローチの違いには興味を惹かれる。

加えて日本の裁判例（の主に法一〇条の該当性）に関連して、例えば二年の定期契約による解約権の制限が不当に長期ではないか、ある程度受給してみないと役務の質を判断できないとまでは云い難いか、情報・交渉力の格差が存在するとは云えないか（選択肢や特質を消費者が正しく認識・理解できたか）、等の論点が、学説で言及・分析されている<sup>82</sup>。これについては、本稿が紹介したアメリカの学説が一～二年の定期契約を批判する論理的

---

¥9,500 を設定している事実を表示)。

<sup>80</sup> 前掲注(30)参照。

<sup>81</sup> 丸山・前掲注(8) 302〈197〉頁参照。

<sup>82</sup> 例えば同上 295〈204〉、299～297〈200～202〉頁；執行・前掲注(8) 49頁；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——役務提供契約における商品設計のあり方と民法・消費者契約法」NBL 1004号 17頁、22、24頁(2013年7月1日)、等参照。

根拠として、「ロック・イン効果」や消費者による意思決定時の「限定合理性」等を示している点等が、日本に於ける今後の検討でも有用かもしれない。

#### 参考文献

- [01] *Analysis of Various Provisions in Cell-Phone Contracts*, fair contracts.org, available at <<http://faircontracts.org/issues/cell-phones>> (last visited Sept. 5, 2014) (米国).
- [02] *Ayyad v. Sprint Spectrum, L.P.*, 2008 WL 2937047 (Cal. App. Dep't Super. Ct., July 28, 2008).
- [03] *Ball v. GTE Mobilnet of Cal.*, 81 Cal.App.4th 529, 96 Cal. Rptr. 2d 801 (Cal. Ct. App. 2000).
- [04] Oren Bar-Gill & Rebecca Stone, *Mobile Misperceptions*, 23 HARV. J. L. & TECH. 49 (2009) (米国).
- [05] *Better Food Mkts. v. Amer. Dist. Teleg. Co.*, 40 Cal.2d 179, 253 P.2d 10 (1953).
- [06] BLACK'S LAW DICTIONARY (10th ed. 2014) (米国).
- [07] JOSEPH M. PERILLO, CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS (6th ed. 2009) (米国).
- [08] CALIFORNIA CIVIL CODE §1671(c)&(d).
- [09] 23 CAL. JUR. 3D DAMAGES § 182, available at Westlaw Int'l. (Database updated Aug. 2014) (last visited Sept. 3, 2014) (米国).
- [10] *In re Cellphone Termination Fee Cases*, 193 Cal.App.4th 298, 122 Cal.Rptr.3d 726, 2011 Cal. App. LEXIS 249 (Cal. App. 1st Dist. 2011), review denied, (June 15, 2011) and cert. denied, 132 S.Ct. 555, 181 L.Ed.2d 397 (2011).
- [11] David Cline, Note, *Consumer Choice: Is There App for That?*, 10 J. ON TELECOMM. & HIGH. TECH. L. 147 (2012) (米国).
- [12] Larry A. DiMatteo, *A Theory of Efficient Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages*, 38 AM. BUS. L.J. 633 (2001) (米国).
- [13] Ben Everard, Essay, *Early Termination Fees: Fair Game or Federally Preempted?*, 77 GEO. WASH. L. REV. 1033 (2009) (米国).
- [14] E. ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS (3rd ed. 2004) (米国).
- [15] FEDERAL COMMUNICATIONS ACT (FCA), 47 U.S.C. §332 (c)(3)(A).
- [16] *Hitz v. First Interstate Bank*, 38 Cal.App.4th 274, 44 Cal. Rptr. 2d 890 (1995).
- [17] H.R. Rep. No. 103-111, at 260-61 (1993), reprinted in, 1993 U.S.C.C.A.N. 378, 588.
- [18] *Pac. Bell Wireless, LLC v. Pub. Utils Comm'n*, 140 Cal.App.4th 718, 44 Cal. Rptr. 3d 733 (2006).
- [19] Michael Pressman, *The Two-Contract Approach to Liquidated Damages: A New Framework for Exploring the Penalty Clause Debate*, 7 VA. L. & BUS. REV. 651 (2013) (米国).
- [20] RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §356 & cmt. c.
- [21] Adrew H. Sherman, et al., *"Untouchable?" Treatment of Tariff-Based Claims*, 25-9 ABIJ 16 (2006) (米国).

- [22] *Spielholz v. Superior Court*, 86 Cal.App.4th 1366, 104 Cal.Rptr.2d 197 (Ct. App. 2001).
- [23] UNIFORM COMMERCIAL CODE (UCC) §2-718.
- [24] 47 U.S.C. §414.
- [25] *Utility Consumers' Action Network, Inc. v. AT&T Broadband of Southern Cal., Inc.* 135 Cal.App.4th 1023, 37 Cal. Rptr. 3d 827 (2006).
- [26] *Waudby v. Verizon Wireless Servs., LLC*, 2007 WL 1560295 (D.N.J. May 25, 2007).
- [27] Brent T. White, *The Morality of Strategic Default* (Ariz. Legal Studies, Discussion Paper No. 10-15 2010), cited in Curtis Bridgeman, *The Morality of Jingle Mail: Myths about Strategic Default*, 46 WAKE FOREST L. REV. 123 (2011).
- [28] *In re Wireless Consumers Alliance Inc.*, 15 F.C.C.R. 17,021 (2000) (米国).
- [29] Ethan Zweig, Note, *I Think We Should See Other People: The Benefits of Eliminating Handset Exclusivity and Instituting Tiered Pricing in the Mobile Broadband Market*, 6 BROOK. J. CORP. FIN. & COM. L. 649 (2011-2012) (米国).
- [30] ICTサービス安心・安全研究会「消費者保護ルールの見直し・充実に関するWG 中間とりまとめ (案)」(2014年6月)  
*available at* 〈[http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000300649.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000300649.pdf)〉 (last visited Sept. 5, 2014).
- [31] 井上健一「携帯電話サービスの契約解約金と消費者契約法の平均的損害」ジュリスト 1467号90頁(2014年5月).
- [32] 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——役務提供契約における商品設計のあり方と民法・消費者契約法」NBL 1004号17頁(2013年7月1日).
- [33] 京都地判平 24・7・19判時 2158号19頁.
- [34] 執行秀幸「携帯電話の中途解約条項と消費者契約法九条一号・一〇条違反」私法判例リマックス 48号47頁(2014年〔上〕).
- [35] 総務省「ICTサービス安心・安全研究会 / 会議資料・開催案内等」*available at* 〈[http://www.soumu.go.jp/main\\_sosiki/kenkyu/ict\\_anshin/](http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/kenkyu/ict_anshin/)〉 (last visited Sept. 5, 2014).
- [36] 内閣府消費者委員会「電気通信事業者の販売勧誘方法の改善に関する提言」(2012年12月11日),  
*available at* 〈<http://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2012/1211teigen.html>〉 (last visited Sept. 5, 2014).
- [37] 丸山絵美子「携帯電話利用契約における解約金条項の有効性」法政論集 252号187頁(2013年).
- [38] 樋口範雄「アメリカ契約法上の損害賠償の予定について」学習院大学法学部研究年報 19巻1頁(1984).
- [39] 平野晋『アメリカ不法行為法—主要概念と学際法理』(中央大学出版部 2006年).
- [40] 平野晋『体系アメリカ契約法—英文契約の理論と法務』(中央大学出版部 2009年).