

判 例 研 究

不当表示に該当する広告を作成した WiMAX
提供者者と当該広告を自社の広告として
利用した WiMAX 販売業者に共同
不法行為責任が認められた事例

—— 東京高裁平成 30 年 4 月 18 日判決（平成 29 年（ネ）第 3234 号
不当利得返還等請求控訴事件、判時 2379 号 28 頁）——

神 澤 真佑佳

- 一 はじめに
- 二 本件事案の概要
 - 1 事案の概要
 - (一) 当事者
 - (二) Y らによる WiMAX2+ のギガ放題プランの広告と実際との相違
 - (三) Y らに対する X の請求
 - 2 原審の判断
 - 3 控訴審の判断
 - (一) 消費者契約法 4 条 1 項 1 号に基づく契約の取消し
 - (二) 不法行為に基づく慰謝料請求
 - 4 控訴審後の経緯
- 三 検討
 - 1 序
 - 2 共同不法行為の要件（民法 719 条 1 項前段）についての学説と最高裁の理解
 - (一) 民法 719 条の存在意義の観点から民法 709 条の要件充足を求めない学説
 - (二) 各行為者の行為に民法 709 条の要件充足を求める最高裁
 - 3 本件控訴審判決における共同不法行為の枠組み
 - (一) 加害行為の一体性としての Y らの広告表示

- (二) 損害（慰謝料）
- (三) 本件控訴審判決で前提とされている多数説の立場
- 4 最高裁の枠組みからみた本件控訴審判決の課題
 - (一) 提供者 Y2 の過失の存在が本件控訴審判決から明らかではない
 - (二) 小括
- 四 本件控訴審判決の意義と残された課題
 - (一) 本件控訴審判決の意義
 - (二) 残された課題

一 はじめに

東京高裁平成 30 年 4 月 18 日判決⁽¹⁾は、無線通信データサービスの契約締結に際し、通信制限の存在、およびその具体的内容に関する不実告知による取消し（消費者契約法 4 条 1 項 1 号）が認められた事案である。さらに本件控訴審判決では、提供者 Y2 が作成した、景表法 4 条 1 項 1 号（平成 26 年改正前）における不当表示に該当する広告を利用し、販売業者 Y1 が消費者を勧誘していたことを根拠に、Y らに共同不法行為責任が認められた。

本件事案の争点は、広告、および店頭説明において、「高速・通信量制限なし・使い放題」といった利便性のみが強調される一方で、通信制限の存在を目立たないようにされていた場合に、消費者契約法 4 条 1 項 1 号における不実告知の存在を理由に契約の取消しが認められるか否かである。⁽²⁾

(1) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日判時 2379 号 28 頁。

(2) こうした問題関心のもと、本件事案を評釈するものはいくつかある。谷本誠司「無線データサービスにかかる消費者契約の取消し（東京高判平成 30・4・18）」銀法 836 号（2018 年）69 頁、宮野勉「通信サービスについて消費者契約法の重要事項の不実告知等により取消し、さらに不法行為が認められた事例」現代民事判例研究会編『民事判例 18 —— 2018 年後期』88 頁（日本評論社、2019 年）、熊谷士郎「無線データ通信サービス提供者の不実告知（東京高判平 30・4・18）」現消 43 号（2019 年）76 頁、中田邦博「無線データ通信サービスの広告等における通信制限に関する不実告知に基づく取消しと不法行為」リマークス 59 号（2019 年）38 頁、カライスコスアントニオス「「ギガ放題」と名付けられた料金プランの無線データ通信サービスの消費者契約について、通信制限に関する広告および説明が重要事項の不実告知にあたるとして、消費者契約法 4 条 1 項により取消しが認められた事」

不当表示に該当する広告を作成した WiMAX 提供者者と当該広告を自社の広告として利用した WiMAX 販売業者に共同不法行為責任が認められた事例したがって、共同不法行為責任の成立が直接の争点というわけではない。

もっとも、通信サービスの宣伝内容が実際の内容と相違する場合において、無線通信データサービスの提供者者と販売業者に共同不法行為責任が認められることは、被害を受けた消費者にとって、取りうる手段が広がった可能性を示唆するものである。

そこで、東京高裁平成 30 年 4 月 18 日判決において共同不法行為が認められた意義を分析することを通じて、本件控訴審判決における残された課題を明らかにしたい。

二 本件事案の概要

1 事案の概要

(一) 当事者

販売業者 Y1 は、電気量販店の 100 パーセント子会社であり、通信サービスの代理店業務等を目的に設立された株式会社である。他方、提供者者 Y2 は、携帯電話などの移動体通信機器で使われる通信回線網を自社で設立・運営し、独自に通信サービスを提供している法人である。

販売業者 Y1 は、提供者者 Y2 と契約し、WiMAX などの通信設備を提供者者 Y2 から借り受けて、親会社が設置する家電量販店において、WiMAX などの勧誘を消費者に対して行っていた。そして販売業者 Y1 は、消費者を勧誘する際、提供者者 Y2 の許諾を受けて、提供者者 Y2 の広告などを自社の広告として利用していた。

消費者である X は、平成 3 年生まれの男性である。X は、大学卒業後、東京都内の IT 関連企業に勤務しているが、通信分野の専門家ではなかった。X が勤務する会社では、事業所以外の労働（リモートワーク）が認められていた。そのため X は、勤務先や取引先との情報通信、あるいは取引先への情報提供や自らの動画視聴のために、無線データ通信サービスの

ㄴ 例」判時 2409 号〔判評 726 号〕（2019 年）160 頁がある。

利用に関心を寄せていた。

(二) Y らによる WiMAX2+ のギガ放題プランの広告と実際との相違

X は、提供者 Y2 が提供する WiMAX2+ の広告などを検討した。その広告には、大きな活字で「ギガ放題」「ヤバイ速が、止まらない」「月間データ通信量ナシ！」などと記載され、通信制限がないことが強調されていた。提供者 Y2 が作成した広告表示によれば、WiMAX2+ は、通信速度が速く、データ通信量、および通信速度の制限もないことから、大量のデータ送受信をする必要がある自身の仕事に適していると X は考えた。そこで X は、家電量販店 A 店において、販売業者 Y1 との間で、WiMAX2+ のギガ放題プランの契約（以下「本件契約」と表記する）を締結した。

しかし実際には、X が契約したギガ放題プランには、「混雑回避のための速度制限（3 日 3G 制限）」が課せられることになっていた。

この 3 日 3G 制限は、直近 3 日間のデータ通信量が合計 3 ギガバイト以上となった場合に、通信速度が制限されるというものである。こうした通信速度が制限される旨は、パンフレット等には小さな活字で、文字間隔が非常に狭く、密集する状態で記載されていた。

ただし X は、3 日 3G 制限に関する記載に気がついていなかった。また、販売業者 Y1 の販売員からの店頭説明において、通信速度が事実上制限されないかのような説明が行われていた。そして X は、販売業者 Y1 と本件契約を締結し実際に WiMAX2+ を利用した。ところが、容易に通信速度が制限されてしまい、X が予定していた用途に関しては、使い物にならなかった。

(三) Y らに対する X の請求

そこで X は、①民法 96 条 1 項に基づく詐欺、または消費者契約法 4 条 1 項 1 号における不実告知があったことを理由に、販売業者 Y1 との間で締結した本件契約を取消し、不当利得返還請求権に基づいて既払利用料などの返還を販売業者 Y1 に対して求めた。

加えて、②提供者 Y2 が作成した広告表示は、景表法 4 条 1 項 1 号に

不当表示に該当する広告を作成した WiMAX 提供者と当該広告を自社の広告として利用した WiMAX 販売業者に共同不法行為責任が認められた事例における不当表示に該当するものであり、自社の広告として販売業者 Y1 が当該広告を利用していた。このような当該広告の不当表示は、Y らの共同不法行為である。したがって、Y らの広告と販売業者 Y1 の虚偽説明によって不本意ながら本件契約の締結を強いられたとして、不法行為に基づく損害賠償請求権に基づいて、慰謝料 1 万円を連帯して支払うよう、X が Y らに求めた。

さらに X は、③販売業者 Y1 との間で、本件契約を解除する際、契約手数料として 1 万 9000 円を販売業者 Y1 に支払う旨を定める解約金規定は消費者契約法 9 条 1 項に違反して無効であるとして、販売業者 Y1 に対する解約手数料としての債務が 3000 円を超えて存在しないことの確認を販売業者 Y1 に求めた。

2 原審の判断

原審は、X からの請求を棄却した。その理由として原審は、①の請求に関しては、提供者 Y2 が提供する広告に、混雑回避のための速度制限（3 日 3G 制限）⁽³⁾ が課されると記載されていた点を指摘する。この点から原審は、Y らが当該広告において通信量に制限がないといった事実と異なる説明をしたとはいえないために、本件契約締結に際し、Y らが積極的⁽⁴⁾に欺罔行為を行なったとはいえないと判断した。⁽⁵⁾

加えて原審は、3 日 3G 制限下における You Tube の動画視聴状況を、販売業者 Y1 の販売員が具体的に説明した点を指摘し、この点から原審は、通常人の感性をもって、3 日 3G 制限後の通信速度について具体的に理解⁽⁶⁾することができる説明を販売業者 Y1 の販売員が行っていたと判断した。⁽⁷⁾これにより原審は、販売業者 Y1 が本件契約締結の際に重要事項について事実と異なる説明を行なったとはいえないと判断した。

(3) 東京地判平成 29 年 6 月 21 日判時 2379 号 38 頁。

(4) 東京地判平成 29 年 6 月 21 日・前掲注(3) 44 頁。

(5) 東京地判平成 29 年 6 月 21 日・前掲注(3) 44 頁。

(6) 東京地判平成 29 年 6 月 21 日・前掲注(3) 44 頁。

(7) 東京地判平成 29 年 6 月 21 日・前掲注(3) 45 頁。

次に②の請求に関して、提供者 Y2 が作成した広告表示には通信制限がある旨の記載があった点を原審は指摘し、提供者 Y2 が作成した広告が景表法 4 条 1 項 1 号所定の不当表示に該当しないと原審は判断した。⁽⁸⁾

さらに③の請求に関して原審は、提供者 Y2 が販売業者 Y1 に通信設備を利用させており、提供者 Y2 が定めた定期プラン廃止料に、①提供者 Y2 の通信設備への投資、維持費が計上されている点および、②利用者が契約を解約することで提供者 Y2 に発生する解約事務手数料が計上されている点を指摘する。⁽⁹⁾ 原審は、提供者 Y2 が定めた定期プラン廃止料に、以上の 2 点が計上されていることを考慮し、1 年目の解約料 1 万 9000 円が、「平均的な損害の額を超える」とは認められないと判断した。⁽¹⁰⁾

以上のように原審が X の請求を棄却したため、③の債務不存在確認請求を除いて X が控訴したところ、X の請求が認容された。

3 控訴審の判断

(一) 消費者契約法 4 条 1 項 1 号に基づく契約の取消し

(1) 重要事項と不実告知の認定

まず控訴審は、販売業者 Y1 に、「3 日 3G 制限の内容について、どのような態様でどの程度使用すると 3 日 3G 制限にかかるのか、3 日 3G 制限にかかった場合にどの程度の通信速度が低下するのか、3 日 3G 制限にかからないように WiMAX2+を利用すると通信量を自主規制せざるを得ない場合があるのかなどの点を、わかりやすく説明」する義務があることを認めた。⁽¹¹⁾

そのうえで控訴審は、販売業者 Y1 の X に対する説明が以下のような説明だったと認定し、⁽¹²⁾ 3 日 3G 制限について事実と異なることを告げてい

(8) 東京地判平成 29 年 6 月 21 日・前掲注(3) 46 頁。

(9) 東京地判平成 29 年 6 月 21 日・前掲注(3) 45 頁。

(10) 東京地判平成 29 年 6 月 21 日・前掲注(3) 46 頁。

(11) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

(12) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

不当表示に該当する広告を作成した WiMAX 提供者と当該広告を自社の
広告として利用した WiMAX 販売業者に共同不法行為責任が認められた事例⁽¹³⁾
たものであると認めた。

具体的には、①ユーザーの利用形態次第では 3 日 3G 制限にかかる虞があるにも関わらず、3 日 3G 制限にかかることが極めて稀であるかのよう
に説明した点、②通信制限にかかった場合には通信速度が著しく低下し、
ユーザーの利用形態次第では使い物にならない虞があるにもかかわらず、
制限が軽いものだと説明した点、③通信制限にかからないようにするには、
通信量を自主規制せざるを得ない虞があることを告げなかった点、および
④月間通信量には事実上制約もないかのような表現を用いた点を控訴審は
認定した。

そのうえで控訴審は、これらの点から、販売業者 Y1 が 3 日 3G 制限に
ついて事実と異なることを告げていたと認定し、販売業者 Y1 の説明が消
費者契約法 4 条 1 項 1 号の不実告知に該当すると控訴審は判断した。⁽¹⁴⁾ その
結果、控訴審は、販売業者 Y1 の説明により X が誤認して本件契約を締
結したことを認定し、さらに消費者契約法 4 条 1 項 1 号に基づき、本件契
約を取消すことを認めた。⁽¹⁵⁾

(2) 販売業者 Y1 の説明義務違反

次に控訴審は、販売業者「Y1 の広告や販売員の説明によって、X が 3
日 3G 制限を含む本件契約（ギガ放題プラン）の内容を十分に理解した上で
適切な選択ができるとは考え難い」⁽¹⁶⁾と認定した。これにより控訴審は、販
売業者 Y1 が電気通信事業法 26 条における説明義務に違反していたと判
断した。⁽¹⁷⁾

(二) 不法行為に基づく慰謝料請求

(1) Y らの不当表示に該当する広告と過失認定

さらに控訴審は、Y らの広告表示が実際よりも WiMAX2+ が著しく優

(13) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

(14) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

(15) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

(16) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

(17) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

良であったと誤信させて不当に顧客を誘引するものであったことを認め、Y らの広告表示が景表法 4 条 1 項 1 項における不当表示に該当することを認め⁽¹⁸⁾た。

そのうえで控訴審は、Y らの広告内容に照らし、Y らの広告を見た消費者が、WiMAX2+の性能を実際のものよりも著しく優良であると誤認する可能性があることを Y らが容易に予測できたはずだと認定し、Y らには、広告表示について、少なくとも過失があると判断⁽¹⁹⁾した。

(2) 販売業者 Y1 の説明義務違反

さらに控訴審は、販売業者 Y1 と販売員の説明が、「電気通信事業法 26 条の説明義務に違反し、消費者契約法 4 条 1 項 1 号の不実告知に該当するとともに、不法行為⁽²⁰⁾にも該当する」と判断した。

(3) Y らの不法行為により X に生じた損害

そのうえで控訴審は、X が、Y らの不法行為によって不要な契約を締結させられたことにより、X に精神的苦痛が発生したと認定し、1 万円の慰謝料⁽²¹⁾を認め⁽²¹⁾た。

4 控訴審後の経緯

控訴審の後、Y らが上告受理申立て⁽²²⁾を行った。しかし最高裁が、Y らの上告を受理しない決定を下し、控訴審の判決が確定⁽²³⁾した。

(18) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

(19) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

(20) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 38 頁。

(21) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 38 頁。

(22) 平成 30 (受) 第 1290 号上告受理申立事件 (株式会社ラネット)、平成 30 (受) 第 1291 号上告受理申立事件 (UQ コミュニケーションズ株式会社)。

(23) 最高裁令和元年 6 月 7 日第二小法廷決定 (判例集未搭載)。

不当表示に該当する広告を作成した WiMAX 提供者と当該広告を自社の広告として利用した WiMAX 販売業者に共同不法行為責任が認められた事例

三 検討

1 序

本件事案では、無線データ通信サービスの宣伝内容が実際の内容と相違していたことから、本件契約の相手方である販売業者 Y1 に対して、本件契約の取消しを原因に、不当利得に基づく既払利用料等の返還が求められていた。さらに、提供者 Y2 が作成した、景表法 4 条 1 項 1 号における不当表示に該当する広告を利用し、販売業者 Y1 が消費者を勧誘していたことを根拠に、Y らに共同不法行為責任が認められた。

不法行為の問題に限定する場合、ここで問題となるのは、X との関係では直接の加害者ではない提供者 Y2 に、なぜ不法行為責任が認められるのかである。より具体的にいえば、景表法 4 条 1 項 1 号に該当する広告を作成したことだけでは、提供者 Y2 に民法 709 条における不法行為に基づく損害賠償責任を基礎づけるものではない⁽²⁴⁾。

仮に、提供者 Y2 に固有の不法行為責任が認められない中で、Y らに共同不法行為責任が認められたのであれば、少なくとも最高裁の枠組みと異なる枠組みを採用しているといえ、その意義が明らかにされる必要がある。

そこで以下では、共同不法行為の要件についての学説と判例の理解を概観した後、本件控訴審判決の意義について分析を進めていく。

2 共同不法行為の要件（民法 719 条 1 項前段）についての学説と最高裁の理解

（一）民法 719 条の存在意義の観点から民法 709 条の要件充足を求めない学説

共同不法行為の要件は、民法 719 条 1 項前段に規定されている。条文には、数人が、共同不法行為によって他人に損害を与えた場合に、各自が、

(24) 波光巖、鈴木恭蔵『実務解説景品表示法〔第2版〕』208頁（2016年、青林書院）。

その損害全部について連帯して賠償責任を負うことが規定されている。とはいえ、民法 719 条の存在意義についての理解に対する違いから、共同不法行為の要件について、学説と判例で見解の一致を見ていない。

一方で学説は、損害賠償責任の拡張に、民法 719 条の存在意義があると考える。⁽²⁵⁾ 損害賠償責任の拡張に存在意義があると考えた学説によれば、共同不法行為制度に、行為者の行為と事実的因果関係のない損害についてまで加害者に損害賠償責任を負わせ、それを通じて、民法 719 条に被害者の救済を図る意味を持たせる。⁽²⁶⁾

そのうえで、共同行為者に責任を負わせるための要件である共同行為の解釈について、関連共同性の強弱によって、大きく見解が2つに分かれている。

具体的には、より強い関連共同性を求める見解として、共謀などのように、各行為者の加害行為についての意思的関与がある場合にのみ共同行為があると考えるのが主観的関連共同説⁽²⁷⁾である。それに対して、より広く、各人の加害行為に社会観念上一体性がある場合にも共同行為性があると考えるのが客観的関連共同説⁽²⁸⁾であり、現在の多数説だとされる。⁽²⁹⁾

ただし、関連共同性の強度について、どの程度のものを要求するにしても、学説の立場を前提とする場合、各行為者の行為につき民法 709 条の不法行為の成立要件が充足していれば、共同不法行為とは認められない⁽³⁰⁾。というのも、各行為者の行為が不法行為の成立要件を充足しているのであれば、各行為者に、生じた損害について民法 709 条に基づいて損害賠償責任を負わせることが可能だからである。

(25) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』192 頁（1992 年、弘文堂）、前田達明『民法 VI₂（不法行為法）』176、185 頁（1980 年、青林書院）など。

(26) 平井・前掲注(25) 196 頁、前田・前掲注(25) 185 頁。

(27) 前田・前掲注(25) 181 頁。

(28) 平井・前掲注(25) 196 頁。

(29) 平井・前掲注(25) 196 頁。

(30) 平井・前掲注(25) 192 頁、前田・前掲注(25) 185 頁。

不当表示に該当する広告を作成した WiMAX 提供者と当該広告を自社の広告として利用した WiMAX 販売業者に共同不法行為責任が認められた事例

(二) 各行為者の行為に民法 709 条の要件充足を求める最高裁

他方で最高裁は、共同不法行為の要件として、少なくとも、各行為者の行為につき、民法 709 条の不法行為の成立要件が充足していることを前提にしていると理解されている。

最高裁は、民法 719 条 1 項前段の成立要件を示したリーディング・ケースとされる最判昭和 43 年 4 月 23 日民集 22 卷 4 号 964 頁で、①各行為者の行為につき民法 709 条の不法行為の成立要件を充足し、かつ②各行為者の不法行為が客観的に見て協働している場合に、各自が、加害行為と相当因果関係に有る損害について賠償責任を負うと判示した⁽³¹⁾。

しかしその後、最高裁は、最判平成 13 年 3 月 13 日民集 55 卷 2 号 328 頁で、①各行為者の行為が、民法 709 条の不法行為の成立要件を充足し、②各行為者の不法行為が不可分の 1 個の損害を引き起こした場合に、各自が、その損害全部について損害賠償責任を負うと判示した⁽³²⁾。最高裁が、共同不法行為の要件として以上のように判断した基礎には、共同不法行為の効果である連帯責任の観点を強調することにある⁽³³⁾。

3 本件控訴審判決における共同不法行為の枠組み

以上では、学説と最高裁における共同不法行為の要件の枠組みについて概観した。そこで以下では、まず、本件控訴審判決を分析し、本件控訴審判決が前提とする共同不法行為の要件の枠組みを確認する。

(一) 加害行為の一体性としての Y らの広告表示

まず、控訴審は、Y らの広告を見た消費者が WiMAX2+ の性能について、実際のものよりも著しく優良であると誤認する予見可能性があったにもかかわらず、景表法 4 条 1 項 1 号における不当表示に該当する表示を

(31) 最判昭和 43 年 4 月 23 日民集 22 卷 4 号 964 頁 [965 頁]。

(32) 最判平成 13 年 3 月 13 日民集 55 卷 2 号 328 頁 [333 頁]。

(33) 前田陽一「民法 719 条の存在意義と原因競合論——民法 719 条の立法的課題検討のための準備作業として」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』225 頁 [231 頁] (商事法務、2015 年)、窪田充見『不法行為法 (民法を学ぶ)』478 頁 (有斐閣、第 2 版、2018 年)。

行った Y らに、過失を認める。⁽³⁴⁾ そのうえで控訴審は、販売業者 Y1 が、提供業者 Y2 から、通信設備を借り受けて消費者に対して勧誘を行い、かつ提供業者 Y2 が作成した広告などを、提供業者 Y2 に許しを得て自社の広告として利用して消費者を勧誘していた点を積極的に評価し、Y らに共同不法行為責任を認めた。⁽³⁵⁾

控訴審が Y らに共同不法行為責任を認めた事情によれば、提供業者 Y2 が作成した、景表法 4 条 1 項 1 号における不当表示に該当する広告を利用し、消費者を勧誘していた点から、控訴審は Y らに共同不法行為責任を認めていたといえる。そうすると、控訴審は、客観的に見て、社会観念上、販売業者 Y1 と提供業者 Y2 の加害行為に一体性が存在すると評価し、Y らに共同行為性を認めたといえる。

(二) 損害（慰謝料）

(1) 財産的損害の被害と慰謝料請求

次に、控訴審は、Y らの不法行為により不要な契約を締結させられたことを理由に X が精神的苦痛を被ったとして、慰謝料を認める。⁽³⁶⁾

慰謝料については、民法 710 条に規定がある。条文によれば、財産権侵害があった場合にも、非財産的損害に対する慰謝料が認められている。しかし一般的には、財産権侵害があった場合、財産的被害の回復があれば、それに伴う非財産的被害も回復されたと評価され、特段の事情がなければ、それに伴う非財産的被害も回復されたと評価され、特段の事情がなければ、慰謝料は認められないと理解されている。⁽³⁷⁾ 特段の事情としては、愛好利益⁽³⁸⁾ など、財産権侵害によって生じた財産的被害とは別に、財産的被害の回復によっても慰謝されない精神的苦痛を被ったなどの特段の事情がある場合

(34) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

(35) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 38 頁。

(36) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 38 頁。

(37) 加藤一郎『法律学全集 22-Ⅱ 不法行為〔増補版〕』230 頁（1974 年、有斐閣）。

(38) 例えば獣医が不適切な手術によって満 15 歳の犬を死亡させたことにつき、治療費相当額と慰謝料が認められた事例がある（東京高判平成 19 年 9 月 27 日判時 1990 号 21 頁）。もっとも、死亡した犬が 15 歳という高齢であることを理由に、代替品購入費用としての財産的損害は否定された。

不当表示に該当する広告を作成した WiMAX 提供者と当該広告を自社の広告として利用した WiMAX 販売業者に共同不法行為責任が認められた事例に限られる。

本件控訴審判決では、本件契約の取消しを原因とする不当利得に基づく既払利用料の返還が認められていた。したがって、X に生じた財産的被害は、すでに回復されているはずである。ここで問題になるのは、財産的被害の回復に加え、精神的苦痛に対する慰謝料の支払いを認めうる特段の事情が、本件事案に存在するといえるかである。

(2) 特段の事情の存在

控訴審によれば、Y らの広告や販売時の説明は、以下の 2 点を理由に、社会的に許されないものだと評価されている⁽³⁹⁾。具体的には、①全てのユーザーにとって、他者と比較して著しく優位な差別化ができると誤認混同させる虞があった点、および② Y らが顧客獲得競争に走るあまり、本来獲得すべきではない顧客を獲得してまで、シェア拡大を目指すような広告や販売時の説明を行っていた点である。

しかしながら、Y らの広告や販売の際の説明方法が社会的に許されないと評価できるとしても、Y らの広告や販売時の説明方法は、決して違法行為ではない。そのため、財産的被害の回復に加え、精神的苦痛に対する慰謝料の支払いを認める特段の事情があったとはいえない⁽⁴⁰⁾。むしろ、控訴審が Y らの広告や販売時の説明を社会的に許されないものだと評価した本件控訴審判決の意図からすれば、Y らに対する制裁的側面があったといえることができる。

(三) 本件控訴審判決で前提とされている多数説の立場

提供者 Y2 が作成した、景表法 4 条 1 項 1 号における不当表示に該当

(39) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

(40) 商品先物取引の受託会社である Y 会社に商品先物取引を委託した X が、商品先物取引において損失を被ったことにつき、差玉向かいについての説明義務違反があったことなどを理由に財産的損害と慰謝料を請求した事例がある（大阪高判平成 23 年 2 月 25 日先物取引裁判例集 62 巻 126 頁）。大阪高裁は、Y 会社の支店の従業員である Y3 に手仕舞い拒否についての違法性を認め、さらに Y 会社の支店長である Y2 に差玉向かいについての説明義務違反を認め、財産的損害賠償を認めた。しかし、財産的損失の回復によっても慰謝されない精神的苦痛を被ったとはいえないことを理由に、慰謝料を認めなかった。

する広告を、販売業者 Y1 が利用して消費者を勧誘していた点から、控訴審は、Y らに共同不法行為責任を認めたといえる。そうすると本件控訴審判決では、Y らの共同行為性について、最高裁の枠組みとは異なる、多数説の立場を前提に判断していたといえることができる。

それでは、本件事案を最高裁の枠組みからみたときに、Y らに共同不法行為責任が認められるのだろうか。とりわけ X との関係では直接の加害者ではない提供業者 Y2 に、なぜ不法行為責任が認められるのが問題となる。

4 最高裁の枠組みからみた本件控訴審判決の課題

(一) 提供業者 Y2 の過失の存在が本件控訴審判決から明らかではない

(1) 景表法における不当表示それ自体が提供業者 Y2 の過失を構成しない

業者が景表法に違反する行為を行った場合、当該行為の排除措置や課徴金納付命令といった行政処分が、消費者庁や都道府県によって行われる(景表法 7 条、33 条 2 項、同条 11 項)。逆にいえば、景表法に違反する行為それ自体は、民法 709 条における不法行為に基づく損害賠償義務を基礎づけるものではない。⁽⁴¹⁾

そうすると、業者が景表法に違反したことにより被害を受けた者が当該業者に対して損害賠償請求を行う場合には、景表法に違反する行為に加え、業者に民法 709 条における損害賠償義務があることを被害者が立証する必要がある。

(2) X に対する提供業者 Y2 の過失を基礎づける認定事実・判断の不存在

景表法における不当表示それ自体が、提供業者 Y2 の過失を構成するものではない。そうすると本件事案では、少なくとも以下の 2 つの法律構成に関する事実と、当該事実について控訴審で判断されていたかが問題となる。

具体的には、(a) 消費者との関係で、本件契約の直接の相手ではない提

(41) 波光＝鈴木・前掲注(24) 208 頁。

不当表示に該当する広告を作成した WiMAX 提供者と当該広告を自社の広告として利用した WiMAX 販売業者に共同不法行為責任が認められた事例提供者 Y2 に、信義則上の説明義務違反があるのか、および (b) 提供者 Y2 から通信設備を借り受けて、消費者に無線データ通信サービスを提供する販売業者 Y1 に対する監督・指導義務が、提供者 Y2 にあるのか問題となる。

(a) X に対する提供者 Y2 の信義則上の説明義務

第一に、本件契約の直接の相手ではない提供者 Y2 に、消費者との関係で、信義則上の説明義務違反が認められるのか問題となる。

信義則上の説明義務違反について判断した最高裁判決として、最判平成 23 年 4 月 22 日民集 65 卷 3 号 1405 頁がある（以下「平成 23 年判決」と表記する）。平成 23 年判決は、「契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為責任を負う⁽⁴²⁾」ことを判示する。

しかし本件事案は、平成 23 年判決と異なり、提供者 Y2 は、契約の一方当事者ではない。したがって、契約の一方当事者ではない提供者 Y2 に、消費者との関係で信義則上の説明義務に違反し、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかったといえるかが、本件事案では問題となる。

この問題につき控訴審は、3 日 3G 制限の存在とその具体的内容は、消費者契約法 4 条 1 項 1 号における重要事項に該当すると判断すると同時に、3 日 3G 制限に関する広告表示が、景表法 4 条 1 項 1 号に基づく不当表示に該当すると評価する。しかしながら控訴審は、契約の一方当事者ではない提供者 Y2 に、消費者との関係で信義則上の説明義務があるかについて判断していない。

そうすると、不法行為の各要件の充足が必要だと考える最高裁の枠組み

(42) 最判平成 23 年 4 月 22 日民集 65 卷 3 号 1405 頁 [1408 頁]。

(43) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

(44) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 37 頁。

によれば、提供業者 Y2 に義務違反があるかどうかは少なくとも不明である。そのため Y らに共同不法行為責任があると説明することができないはずである。

(b) 販売業者 Y1 に対する提供業者 Y2 の指導・監督義務違反

第二に、提供業者 Y2 から通信設備を借り受けて、消費者に無線データ通信サービスを提供する販売業者 Y1 に対する指導・指導義務が、提供業者 Y2 にあるのが問題となる。具体的には、本件契約締結が行われた平成 27 年 6 月当時は、電気通信事業法 27 条の 3（令和元年改正前）が施行されて⁽⁴⁵⁾いないため、民法 715 条 1 項に基づいて、指導・監督義務が提供業者 Y2 にあるといえるかが問題となる⁽⁴⁶⁾。

民法 715 条 1 項は、被用者が事業の執行にあたり第三者に加えた損害について使用者が損害賠償責任を負うことを規定する。具体的には、①使用者と被用者に一定の関係があり、かつ②被用者による加害行為と使用者の事業の執行との間に関連性があれば、被用者が第三者に加えた損害について使用者が賠償責任を負うこととなる。

しかし本件事案では、販売業者 Y1 は、提供業者 Y2 から通信設備を借り受けて、販売業者 Y1 が消費者との間で無線データ通信サービスの提供を行っている。そうすると、販売業者 Y1 が提供業者 Y2 の指導監督に服しているといえるかが問題となる。

この問題に関して控訴審は、提供業者 Y2 が販売業者 Y1 に広告や通信設備などを利用すること認めていた事実を認定した。しかしながら、そうした事実を前提に、提供業者 Y2 が販売業者 Y1 に対して民法 715 条 1 項⁽⁴⁷⁾における指導・監督義務があることについて、控訴審は判断していない⁽⁴⁸⁾。

(45) 電気通信事業法 27 条の 3（令和元年改正前）は、平成 27 年 5 月 22 日に公布され、平成 28 年 5 月 21 日に施行された。

(46) 現行法であれば、電気通信事業法 27 条の 4 を類推適用して、同法が前提とする代理店ではない提供業者 Y1 に対する指導・監督義務が提供業者 Y2 にあるといえるかが問題となる。

(47) 東京高判平成 30 年 4 月 18 日・前掲注(1) 31 頁。

(48) 本件事案の原審判決は、解約手数料として 1 万 9000 円を支払う旨を定める解約金規定ノ

不当表示に該当する広告を作成した WiMAX 提供者と当該広告を自社の広告として利用した WiMAX 販売業者に共同不法行為責任が認められた事例
そうすると、提供者 Y2 に義務違反があるかどうかは少なくとも不明である。そのため最高裁の枠組みによれば、Y らに共同不法行為責任があると説明することができないはずである。

(二) 小括

以上では、本件事案を最高裁の枠組みからみたときに、Y らに共同不法行為責任が認められるのだろうかという点から分析を行った。その分析結果は、次のようにまとめることができる。

まず前提として、景表法に違反する行為それ自体は、消費者庁や都道府県によって行政処分を基礎づけるが、民法 709 条における不法行為に基づく損害賠償義務を基礎づけるものではないとされる。そうすると、被害者が景表法に違反した業者に対して損害賠償請求を行う場合、景表法に違反する業者の行為に加え、業者に民法 709 条における不法行為に基づく損害賠償義務があることを被害者が立証する必要がある。

そのうえで、本件事案との関係で提供者 Y2 の過失を構成するものとして、少なくとも、X との関係で、提供者 Y2 の信義則上の説明義務違反と、民法 715 条に基づく、販売業者 Y1 に対する提供者 Y2 の指導・監督義務違反という 2 つの法律構成が考えられる。

一方で、X に対する提供者 Y2 の信義則上の説明義務違反に関しては、契約の一方当事者ではない提供者 Y2 に、消費者との関係で信義則上の説明義務に違反し、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかったといえるかが本件事案では問題となっていた。

他方で、民法 715 条に基づく、販売業者 Y1 に対する提供者 Y2 の指導・監督義務違反に関しては、販売業者 Y1 は、提供者 Y2 から通信設

ㄨ が消費者契約法 9 条 1 項における平均的損害を超えるものではないと評価した。この評価の理由付けにおいて、原審判決は、解約金手数料を定める定期プラン廃止料を提供者 Y2 が定めていることを認定している(東京地判平成 29 年 6 月 21 日・前掲注(3) 45 頁)。この点を突き詰めれば、販売業者 Y1 は、提供者 Y2 の指揮監督に服していると評価できる余地はあろう。

備を借り受けて、販売業者 Y1 が消費者との間で無線データ通信サービスの提供を行っていることから、提供業者 Y2 と販売業者 Y1 との間に、指導監督関係があるといえるかが問題となっていた。

以上の、いずれの法律構成においても、提供業者 Y2 に義務違反があるか否かという問題につき、提供業者 Y2 が X との関係で直接の加害者ではないために、X に生じる損害を回避する義務を認めてよいといえるかが問題となっていた。しかしながら、この問題について控訴審は判断していない。それゆえ最高裁の枠組みからは、Y らに共同不法行為責任があると説明することができないという課題が本件控訴審判決にあったといえることができる。

四 本件控訴審判決の意義と残された課題

(一) 本件控訴審判決の意義

本件控訴審判決の意義は以下の 2 点にある。まず、Y らの広告や販売の際の説明方法が社会的に許されないことを根拠に、財産的被害の回復に加え、精神的苦痛に対する慰謝料の支払いが認められた点に、本件控訴審判決の第一の意義がある。

本件控訴審判決では、本件契約の取消しを原因とする不当利得に基づく既払利用料の返還が認められたうえで、精神的苦痛に対する慰謝料の支払いが認められていた。しかしながら、財産的被害が回復された場合、特段の事情がなければ慰謝料は認められないはずであり、本件事案によれば、少なくとも特段の事情に該当しうる事情があるとはいえない。

むしろ、控訴審が Y らの広告や販売時の説明を社会的に許されないものだと評価した本件控訴審判決の意図からすれば、Y らに対する制裁的側面があったといえることができる。

加えて、提供業者 Y2 が作成した、景表法 4 条 1 項 1 号における不当表示に該当する広告を利用し、販売業者 Y1 が消費者を勧誘していたことを根拠に、Y らに共同不法行為責任が認められた点に、本件控訴審判決の

不当表示に該当する広告を作成した WiMAX 提供者と当該広告を自社の広告として利用した WiMAX 販売業者に共同不法行為責任が認められた事例第二の意義がある。これにより、被害者に生じる損害を回避すべき直接の加害者ではない者に対して、組織の構造自体を過失として捉える組織過失が控訴審で認められたと考えることができる。

そうすると通信サービスの宣伝内容が実際の内容と相違する場合において、仮に契約当事者である販売業者が倒産した場合であっても、個々の販売業者を相手にせずに、胴元である提供者だけに対して、使用料や解約手数料を直接請求する可能性が示唆される。

(二) 残された課題

しかしながら、本件控訴審判決の第二の意義との関係で、残された課題もある。とりわけ、本件控訴審判決は、提供者 Y2 に義務違反があるか否かという問題につき、具体的に判断していない。その意味で、最高裁の枠組みから Y らに共同不法行為責任があると説明することができないという課題を、本件控訴審判決は残している。

この点についてさらに検討を深めるために、直接の加害者ではない者に対して、他人の権利・法益を保護する義務を基礎づける根拠について、組織過失が問題となる他の裁判例と比較して分析し、検討することが不可欠である。ひとまず筆を置くものの、他日の研究を期することとしたい。