

平成23年(受)第1698号 不当条項使用差止等請求上告受理申立事件

申立人 特定非営利活動法人ひょうご消費者ネット
相手方 株式会社 ジャルパック

平成24年4月9日

上記申立人訴訟代理人弁護士	鈴	木	尉	久	
同	辰	巳	裕	規	
同	柿	沼	太	一	
同	上	田	孝	治	
同	近	藤	加	奈	子

最高裁判所 御中

上告受理申立理由書(7)

第1 はじめに

本件において、差止対象たる第一審判決末尾添付目録記載の各契約条項(以下、「本件条項」という。)は、消費者契約たる旅行契約の一部を構成しているものであり、この点、原判決が誤りであることは、既に指摘したとおりである。

そこで、本書においては、本件条項が、消費者契約法9条1号又は消費者契約法10条に抵触するため、消費者契約法12条3項に基づき、差し止められるべきことを、あらためて主張する。

第2 消費者契約法9条1号違反について

1 消費者契約法9条1号の解釈

消費者契約法第9条1号によれば、消費者契約の解除に伴う損害賠償額の予定条項は、平均的損害額(解除の事由、時期等の区分に応じ、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額)を越える損害賠償額の予定条項は無効とされている。

消費者契約法9条1号は、証明負担の軽減のために事業者が損害賠償額の予定することは認めつつも、その予定額が民法上本来認められる実損害(契約履行の場合の経済状態と契約が解除された場合との差額)の賠償額を超えてはならないことを要請しているものであり、

また、消費者契約においては同一の事業者が多数の同種の契約を締結することが当然に想定されているから、特定の消費者と締結した当該契約の解除に伴って当該事業者が被る損害は、その額すべてについて当該消費者から賠償を受ける必要はなく、多数の同種契約全体の中で損害が填補されれば十分であり、個別の消費者に対して賠償が認められる損害額は、多数の同種契約の平均値を上限にするべきである、との趣旨に基づいている。

ここでいう「平均的損害額」とは、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契約について、その解除に伴って当該事業者が生じる損害額の平均値を意味する。

特に、事業者が自己の債務を履行する前に契約が解除され場合に、事業者が消費者に請求することのできる損害賠償額は、給付されていない目的物の対価を請求することはできないとの原理(「給付なければ対価なし」の原理)が働く。そのため、契約が履行された場合に得られる利益(履行利益)の賠償までは認められず、当該契約が締結されなかったと同様の状態におく限度での賠償が認められるにすぎない。

い。

したがって、履行前の解除の場合は、原則として、「契約の締結及び履行のために通常要する費用」が「平均的損害額」となり、例外的に、契約の目的に代替性がなく、当該契約の締結により他と契約を締結する機会を失ったことによる営業上の逸失利益が生じる場合には、このような機会の喪失による損害も「平均的損害」に含まれる。機会喪失による損害の認定に当たっては、現実には締結した契約から得べかりし営業上の利益の額や、損害を回避軽減する可能性が考慮される。

消費者契約法9条1号にいう「解除」には、法定解除のみならず約定解除及び将来に向かってのみ効力を生ずる解約告知も含まれると解されている（内閣府国民生活局消費者企画課編「逐条解説・消費者契約法」補訂版（商事法務）164頁）。また、消費者契約法9条1号の趣旨は、「解除」を機に事業者が実損害を上回る不当な利得を図ることを阻止し、消費者の金銭的な負担を適正なレベルに引き戻すことにある。その適用範囲は、事業者が選択した契約条項の文言によって左右されるものではなく、実質的に判断される。たとえば、最判平成18年11月27日民集60巻9号3437頁は、「大学の入学試験の合格者と当該大学との間の在学契約における納付済みの授業料等を返還しない旨の特約は、在学契約の解除に伴う損害賠償額の予定又は違約金の定めの本質を有する。」としたうえで、消費者契約法9条1号を適用している。

本件条項は、「JMB特典での決済は、決済後の取り消し、コースおよび日程変更の場合、取消料の有無にかかわらず、払い戻しできません。」等と定めているものであり、その文言いかんにかかわらず、消費者契約法9条1号の射程内にあるものであって、本件条項は、消費者から旅行契約を解除した場合に、JMB特典で決済された旅行代

金については全額没収する取扱いとし、仮にその額が標準旅行業約款の定める取消料以上となったとしても一切返還しないとの内容を含んでいる以上、消費者契約法9条1号に抵触するものである。

2 本件任意解除権行使の際の取消料の上限について

標準旅行業約款・募集型企画旅行契約の部(甲2)第16条第1項は、「旅行者は、いつでも別表第一に定める取消料を当社に支払って募集型企画旅行契約を解除することができます。通信契約を解除する場合にあっては、当社は、提携会社のカードにより所定の伝票への旅行者の署名なくして取消料の支払いを受けます。」と規定しており、相手方(株式会社ジャルパック)の用いている旅行業約款・募集型企画旅行契約の部(甲3)第16条第1項にも同一の規定が存在する(以下、この規定による解除権を、「本件任意解除権」と言う)。

本件任意解除権行使の際には、旅行者は、標準旅行業約款・募集型企画旅行の部(甲2)第16条第1項又は相手方(株式会社ジャルパック)の旅行業約款・募集型企画旅行の部(甲3)第16条第1項所定の別表第一に定める取消料(以下、「標準取消料」という。)を支払うものとされている。

標準取消料の収受は、「給付が提供されなければ対価を支払う必要はない」という原則の例外であり、一旦契約締結により手中に収めうる事が予想された旅行代金についての旅行業者の期待を一定限度で保護し、手配業務を既に遂行している可能性や、解除時点から旅行出発日までの短期間で代替的な旅行者を募集することを余儀なくされ、契約獲得の機会が減少したことによる旅行業者の営業上の逸失利益も考慮した上で、一定額の損害賠償だけは例外的・制限的に許容する趣旨で認められたものである。

標準取消料の額は、観光庁長官及び消費者庁長官が「旅行者の正当

な利益を害するおそれがないものであること」(旅行業法第12条の2第2項第1号)という認可基準を当然に満たすものと判断し、しかも、解除の時期を区分して、標準旅行業約款において公示したものであるから、相手方(株式会社ジャルパック)と消費者との間の企画旅行契約について、本件任意解除権が行使された場合における消費者契約法9条1号所定の「平均的な損害の額」は、標準取消料の額を上回ることはないと考えられる。

したがって、解除に際して標準取消料の額を超過する経済的負担を消費者に課する契約条項は、消費者契約法9条1号に抵触することになる。すなわち、旅行契約においては、標準旅行業約款に定める取消料の額こそが、消費者契約法9条1号所定の「平均的な損害の額」に該当するものである。

3 本件条項の消費者契約法9条1号との抵触

本件条項は、本件JMB特典の全額没収を規定する点で、標準取消料を超過する取消料の収受を相手方(株式会社ジャルパック)に許す結果となっている。

本件条項は、そのいずれにも「取消料の有無にかかわらず」との文言が規定されていることから明らかなとおり、標準取消料の収受とは別個に、消費者が相手方(株式会社ジャルパック)に納付したJMB特典を相手方(株式会社ジャルパック)が没収して返還しないとするものであって、標準取消料を超過する額のJMB特典の没収を行うことを明示的に規定しているものである。相手方(株式会社ジャルパック)は本件条項にもかかわらず、その全面適用を避け、標準取消料の額がJMB特典没収額に満たない場合には、これとは別個に標準取消料を徴収する取り扱いをしていないようであるが、差止対象とされているのは、あくまで本件条項であり、本件条項は、明示的に「取消料

の有無にかかわらず」との文言によって、標準取消料とは別個に、JMB特典の全部没収を規定しているのだから、実際の取り扱いがいかなるものであろうとも、差止めが認容されるのは当然である。この点、確実になされている実務上の約款運用も参照して消費者契約法の違反の有無を考えると判例（最判（小2）平成24年3月16日平成22年（受）332号生命保険契約存在確認請求事件）があるが、適格消費者団体による差止訴訟に関しては、誤解を招く透明性の低い条項を駆逐する必要性から、むしろ「事業者有利解釈の原則」が妥当し、実務的運用如何にかかわらず、約款条項それ自体の規定ぶりから判断して差止めの可否が決されるべきものである（山本豊「消費者団体訴権制度の基本的特色と解釈問題」法律のひろば2007年6月号39頁以下）。

したがって、本件条項は、それ自体として、消費者契約法第9条第1号所定の「平均的な損害の額」を超過する額の損害賠償額の予定又は違約金を定める契約条項であり、消費者契約法第9条第1号に抵触する。

また、本件任意解除権が行使された場合における「平均的な損害の額」は、標準旅行業約款に定められた標準取消料の額を上回ることはないと考えられるが、相手方（株式会社ジャルパック）は、本件任意解除権の行使時期を問わずに旅行契約に基づいて交付されたJMB特典を返還せず、これを収受しているものであるから、本件条項は、消費者契約法9条1号所定の不当条項に該当する。たとえば、国内旅行の場合、標準旅行業約款・募集型企画旅行の部16条1項所定の方法により算定すれば、「旅行開始日の前日から起算してさかのぼって21日目に当たる日」までに解除された場合には、一切取消料は不要であるはずであるにもかかわらず、本件条項の使用の結果、旅行者は、

旅行代金として支払ったJMB特典を全面没収されてしまうことになる点、国内旅行の場合、標準旅行業約款・募集型企画旅行の部16条1項所定の方法により算定すれば、旅行者は、旅行出発前に本件任意解除権を行使すれば、旅行当日に解除した場合でさえ旅行代金の50%の取消料を負担すれば済み、納付した旅行代金の半額は手元に戻ってくる権利が保障されているはずなのに、旅行代金を全額JMB特典によって支払った場合には、旅行出発の1ヵ月前の解除であろうが2ヵ月前の解除であろうが、旅行代金の100%相当額のJMB特典を相手方(株式会社ジャルパック)によって没収されてしまうことになる点を見れば、本件条項が、消費者契約法9条1号所定の不当条項に該当することが明瞭に理解しうる。

なお、消費者契約法9条1号の趣旨は、「事業者の利得の禁止」ではなく、「消費者に損失を与えることの禁止」であり、これによって消費者が解除権行使を躊躇しないよう保障することにあるのだから、相手方(株式会社ジャルパック)が、JALからJMB特典の券面額に相当する金額を振込送金で受け取った上、本件約款所定の取消料を超過する受領額を、JALへと返金している事実があったとしても、消費者契約法9条1号で規定された平均的損害を超える取消料を消費者に負担させる条項ことは明らかである。

4 まとめ

標準旅行業約款上の取消料の基準は、消費者契約法9条1号にいう「平均的損害」の典型例であり、本件条項は、これを超過して、なおJMB特典の全部没収を規定している以上、本件条項が消費者契約法9条1号に抵触することは明らかである。

第3 消費者契約法10条違反

1 消費者契約法 10 条の解釈

消費者契約法 10 条は、不当な消費者契約の条項を無効とするための要件として、任意規定（民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定）からの逸脱、信義則（民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則）違反の 2 つをあげている。

ここでいう「任意規定」は、特に契約上の合意がなされなかった場合に適用される法律や契約に関する一般法理のことであり（最判平成 23 年 7 月 15 日民集 65 巻 5 号 2269 頁）、このような法律や法理には、交渉力格差のない対等当事者間で妥当する適正な価値判断ないし正義内容が含まれていると考えられるため、任意規定からの逸脱は、交渉力に劣位する消費者を不当に害するものと推定される。

また、消費者契約法第 10 条にいう「信義則違反」とは、問題となっている契約条項により、消費者が本来有しているはずの利益を事業者が適切に配慮することなく奪っており、その結果、正当な理由もなく両当事者間の利益の衡平が損なわれていることを意味する。

本件条項は、解除権行使による遡及的原状回復の効果を否定している点で、任意規定たる民法 545 条 1 項に反しており、かつ、「給付なければ対価なし」との双務契約の牽連関係に基づく契約正義を体現している原状回復義務を否定し、交渉力格差のない対等当事者間ではありえないような給付なしの利得を保持する地位を相手方（株式会社ジャルパック）に付与するものだから、信義則に反して消費者の利益を一方的に害しており、消費者契約法 10 条に抵触する。

2 任意規定からの逸脱（10 条前段所定の要件）

本件任意解除権の法律効果は「解除」であり、標準旅行業約款・募集型企画旅行契約の部（甲 2）第 1 条第 1 号又は相手方（株式会社ジャルパック）の旅行業約款・募集型企画旅行契約の部（甲 3）第 1 条

第1項に基づき、民法第545条第1項の適用を受け、契約当事者は原状回復義務を負うこととなる。したがって、本来、本件任意解除権の行使があれば、旅行者は、旅行業者に対して、決済のために引き渡した金銭のその他の財産のすべての返還を求めることができるはずである。

ところが、本件条項は、この民法第545条第1項の適用によって認められている解除権行使による遡及的原状回復の効果を否定し、消費者は、募集型企画旅行契約に基づく旅行代金の決済のために相手方（株式会社ジャルパック）に引き渡したJMB特典の返還を請求できないものとして、消費者の権利を制限している。

したがって、本件条項は、任意規定である民法第545条第1項の適用による場合に比し、消費者の権利を制限する契約条項である。

3 信義則違反（10条後段所定の要件）

消費者契約法10条所定の信義側違反の要件については、問題となっている契約条項が、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」（消費者契約法1条）の利用によって、消費者が本来有しているはずの利益を、信義則に反する程度に侵害し、正当な理由もなく両当事者間の利益の衡平が損なわれている場合に認められるところ、本件では、契約正義、無認可約款、企業ポイントの財貨性又は権利性といった3つの観点から見て、いずれも消費者契約法10条所定の信義側違反の要件が具備されている。

第1に、契約正義の観点を述べる。一般に、解除の法律効果としての原状回復義務は、給付と対価との等価有償交換を目的とする双務契約における「給付なければ対価なし」との牽連関係に基づく契約正義を体現しているものであり、本件条項は、給付がないのに対価を保持することを事業者に認めている点で、信義則に反して消費者の利益を

一方的に害すると言える。

第2に、無認可約款の観点を述べる。本件条項は、観光庁長官が公示した標準旅行業約款よりも消費者に不利であるとともに、観光庁長官の認可（旅行業法第12条の2第1項）を現に受けておらず、将来的にも認可を受けることのできる見込みのない無認可約款である。旅行業法第12条の2第2項第1号は、観光庁長官が旅行業約款の認可をする際の基準として、「旅行者の正当な利益を害するおそれがないものであること」を要求しているところ、これは、消費者契約法10条にいう「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」と同趣旨のものと理解しうるから、無認可約款たる本件条項は、消費者契約法10条にも抵触する。

なお、無認可約款の効力について判断した最判昭和45年12月24日・民集24巻13号2187頁は、主務大臣の認可を受けずに変更された船舶海上保険約款を利用してなされた保険契約も有効であるとしたものの、その理由の中では、船舶海上保険が企業保険であり、保険契約者が企業であって約款の内容に通曉し、保険会社と対等の交渉力を有することを強調している。消費者は、事業者と比較すると、情報の質及び量に劣っていて約款内容を十分に理解できず、また交渉力に格差があり不当な契約条件でも拒絶できない立場にあるから（消費者基本法1条）、この最高裁判例の趣旨を旅行業約款に及ぼして考えると、無認可であるという点は、やはり約款による契約の有効性を判断する上で影響を与えると考えられる。

そうすると、本件条項は、標準旅行業約款の定めよりも消費者に著しく不利な契約条件を定めるものであり、無認可である点も含めて考えると、情報の質と量及び交渉力の格差のゆえに消費者に押し付けられたものとして、消費者契約法10条に抵触する。

第3に、企業ポイントの財貨性又は権利性の観点を述べる。本件条項は、財産権としての企業ポイント（本件におけるJMB特典）を、何らの対価的給付もないまま一方的に剥奪することを内容とするものであって、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。

そもそも解除による原状回復にあたっては、原則として、契約が最初から存在しなかったのと同様の法的状態が回復されなければならないものであって、消費者の手元には企業ポイントの原物かあるいはその代替物が戻されてしかるべきである。

現に、ANAセールス株式会社というANAの子会社たる旅行業者は、「『ANAマイルVacation（ツアー）』でお支払いいただいたツアーを解約された場合、取消手数料を差し引いた金額分の『旅行再利用券』を発行いたします。」との規約のもとに、企業ポイント利用によって旅行代金を支払った場合の払戻しについては、「旅行再利用券」の交付によって対応している。

このような、消費者の不利益を緩和する措置がとられている場合であるならば、直ちに消費者契約法10条違反の問題とはならないのかもしれないが、本件において、相手方（株式会社ジャルパック）が本件条項に基づき行っているような、企業ポイント利用による旅行代金決済の場合の代金額全額没収というような、標準取消料を無視する形の取扱いは、信義則に反して消費者を不利益に陥れるものである。

企業ポイントといえども、商品とともに購入されたものであって消費者の経済的負担のもとに消費者の手元に取得されたものであること、企業ポイントは、決済媒体として広範囲に利用されるに至っており、電子マネーにも換価可能な財貨として一般に認識されていること等からすれば、JMB特典であると理由いうだけで、標準取消料を超

えて没収してよいとは考えられない。

4 まとめ

本件条項は、任意規定である民法第545条第1項の適用による場合に比し消費者の権利を制限しており、かつ、「給付なければ対価なし」との契約正義に反し、旅行業法第12条の2第2項第1号所定の「旅行者の正当な利益を害するおそれがないものであること」の要件を充足しない無認可約款であるとともに、財産的価値を有する本件JMB特典を一方的に剥奪する点で、消費者の利益を信義則に反する程度に侵害している。本件条項が消費者契約法10条所定の不当条項に該当することは明らかである。

第4 結論

本件条項は、消費者契約法9条1号又は消費者契約法10条に抵触するため、消費者契約法12条3項に基づき、差し止められるべきである。

以上