

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8月3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(11)

### 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、再度主張する。

## 第2 企業ポイントの財産的価値について

### 1 企業ポイントの財産的価値と対価的給付なしでの剥奪の違法性

企業ポイントとは、事業者が、消費者との契約関係に基づき、取引に付随して消費者に対して交付する財貨又は権利であって、当該事業者又は当該事業者が指定する者との取引において生じる金銭債務の弁済のために使用することができるものをいう。

企業ポイントは、各種取引において決済手段として用いることができ、また、電子マネーとの交換が可能となっていること等から、消費者は、これを財産的価値のあるものとして、認識している。

今日では、企業ポイントは、取引社会で頻繁に利用されており、経済的規模も年々拡大しているものであり、消費生活において極めて重要な地位を占めるに至っており、ほとんどの消費者は、企業ポイントを「お金のように重要な価値だと思う。」と考えている（甲10の85頁の図6参照）。

このように、企業ポイントは、電子マネー類似の代金債務の弁済に利用しうる財貨であり、対価的給付なしでの剥奪は、消費者契約法上の問題を生じると考えるのが相当である。

そして、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「給付が提供されなければ対価を支払う必要はない」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している。解除による原状回復にあたっては、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。

## 2 「無償のおまけ」論に対する反論

企業ポイントを、事業者が消費者に対して、再取引の誘引のために与える恩典（無償の景品）であると評価し、このような恩典としての性格を有する企業ポイントが対価的給付なしに剥奪されたとしても、消費者契約法の趣旨に反しないといった考え方は、誤りである。

すなわち、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り、その経済的実態を見れば、対価なしに無償で提供されたものではない。消費者は、「商品+企業ポイント」という複合商品に対して対価を支払っているものであり、その意味で消費者は企業ポイントに対しても対価を支払っているのである。IFRIC（国際財務報告解釈指針委員会）の解釈指針第13号が、企業ポイントの公正価値（fair value）を算出する取扱いを指示していることから、企業ポイントに対して対価が支払われていることは明らかである。このようなポイント付きの商品という複合商品を分断して、「商品」に対してだけ対価が支払われており、「企業ポイント」に対しては対価が支払われていないと事業者が見做したとしても、そのような擬制は事業者が消費者との間の交渉力格差を濫用した結果にすぎず、消費者契約法の適用場面で「企業ポイントには対価が支払われていない。」との擬制を鵜呑みにするべき理由はない。

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、これを反対給付なしに剥奪する契約条項は、消費者の財産権を侵害していると考えてよい。

## 第3 「制限された財産権」の考え方に対する反論

## 1 はじめに

原判決は、「JMB会員も、本件JMB特典がそのようなもの（一旦利用した後は払戻しを受けられないこと等）であることをJALもしくは被控訴人から明確に示された上で発行を受け、利用しているということが出来る。」（原判決7頁13行目）と判示している。

このような考え方は、いわば、企業ポイントである本件JMB特典は、発行会社であるJALから消費者に対して発行された時点から、「一旦利用した後は払戻しを受けられない」との制限付きの（いわば「小さく生まれた」）財産権であり、本件JMB特典が発行時の約定に従って、「一旦利用した後は払戻しを受けられない」との取扱いがなされたとしても、消費者契約法上の問題を生じないという考え方であるといえる。

しかし、このような「制限された（小さく生まれた）財産権」の考え方は、誤りである。

## 2 現実に使用されているJALの約款について

### (1) JAL IC利用クーポンについて

本件において、「JAL IC利用クーポン」につき現実に使用されているJALの約款は、「JAL IC利用クーポン特典規約」（甲21）である。この「JAL IC利用クーポン特典規約」（甲21）の第7条第2項は、「前条に基づくIC利用クーポンの加盟店への移転後、利用者と加盟店との間のIC利用クーポン移転の原因となる取引行為に無効、取消、解除等が生じた場合であっても、利用者はJAL及び加盟店に対して当該IC利用クーポンの再移転又は移転の取消を求めることはできないものとし、利用者はこれに一切異議を申し立てないものとします。ただし、利用者が加盟店に対して、IC利用クーポンの再移転又は移転の取消以外の請求をな

すことを禁止するものではありません。」と規定している。

「JAL IC利用クーポン特典規約」(甲21)の第7条第2項の本文は、JALと消費者との間の会員契約(補償関係)上の特約であり、IC利用クーポンの決済手段としてのファイナリティ(支払完了性)の維持確保の観点から、支払手段たるIC利用クーポンそれ自体の返還【度数の減数の取消】を認めないこととしたものである。

そして、「JAL IC利用クーポン特典規約」(甲21)の第7条第2項の但書は、加盟店と消費者との間の取引にあたり、決済手段としてIC利用クーポンが利用された場合において、その取引(対価関係)に無効、取消、解除等が生じたときは、消費者は加盟店に対し、支払手段たるIC利用クーポンそれ自体の返還【度数の減数の取消】以外の方法による清算を求めることができることを規定している。

この但書を見れば明らかとおり、IC利用クーポンについては、その発行会社であるJALは、消費者と加盟店との間の取引(対価関係)が無効、取消、解除等となった場合、対価関係当事者である消費者と加盟店との間で、清算・払戻しがなされることを容認している。

そうすると、IC利用クーポンについては、「『一旦利用した後は払戻しを受けられない』との制限付きの財産権」として発行されているわけではない。事実の問題として、IC利用クーポンは、「小さく生まれた」ものではないのである。

## (2) JAL利用クーポン(紙)について

本件において、「JAL利用クーポン(紙)」につき現実に使用されているJALの約款は、「JAL利用クーポン(紙)」の裏面

(乙4の2)に記載されている「ご利用になられると払戻はできません。払戻不可、予約変更不可の商品は、ご確認のうえ、ご利用ください。」との条項である。

この条項を見れば、払戻不可、予約変更不可の商品も存在するようであるが、他方、払戻可、予約変更可の商品が存在することを前提としていることが明らかである。そして、さらに、「JAL利用クーポン(紙)」の裏面(乙4の2)をみると、その末尾の条項は、「多くのツアーや一部の航空券など予約変更のできない商品をご購入の後に、ご都合により予約変更が必要となった場合は、払戻の後、再度新規購入となります。」と規定しており、パッケージツアーの旅行代金については、消費者が標準旅行業約款上の任意解除権を行使した場合には、払戻がなされることを当然とする規定が置かれている。

他方、「JAL利用クーポン(紙)」の取り扱いについて説明している乙7、乙8の1には、「また、パッケージツアーをご予約いただいているお客さまで、コースおよび日程変更が生じた場合は一旦解約となります。したがって、すでに利用クーポンでお支払いいただいた金額は、取消料の有無にかかわらず払い戻しできません。ただし、上記は変更がお客さまご都合による場合に限りです。」との記載がある。

この乙7、乙8の1の記載は、「JAL利用クーポン(紙)」の裏面(乙4の2)の記載とは、必ずしも整合がとれておらず、消費者が、一般に行われている標準旅行業約款による旅行契約から乖離した取扱いがなされることを、明瞭に認識しうる程度の、はっきりとした告知がなされているとは言えない。

### (3) まとめ

企業ポイントである本件JMB特典は、発行会社であるJALか

ら消費者に対して発行された時点から、「一旦利用した後は払戻しを受けられない」との制限付きの（いわば「小さく生まれた」）財産権であるとの考え方は、少なくとも「JAL IC利用クーポン」については、JALによる発行時にそのような制限的な特約が存在していないことが明らかであって、本件では妥当しえない。原判決は明白な事実誤認をしている。

また、「JAL利用クーポン（紙）」については、そのような制限的な特約の有無は一義的に明瞭であるとは言えず、消費者に対して、「一旦利用した後は払戻しを受けられない」との制限が、疑義のない方法で明瞭に告知されているとはいえない。

### 3 条項援用型の第三者のためにする契約について

#### (1) 問題の所在

「JAL利用クーポン（紙）」の取り扱いについて説明している乙7、乙8の1には、「また、パッケージツアーをご予約いただいているお客さまで、コースおよび日程変更が生じた場合は一旦解約となります。したがって、すでに利用クーポンでお支払いいただいた金額は、取消料の有無にかかわらず払い戻しできません。ただし、上記は変更がお客さまご都合による場合に限りです。」との記載がある（以下、これを「JALの払戻不可特約」という。）。

上記のような「JALの払戻不可特約」（乙7、乙8の1）は、JALの会員契約（補償関係）上の特約であり、JALと消費者との間の会員契約（補償関係）において取り決められている契約条項であるにもかかわらず、その適用対象として想定されているのは、相手方（株式会社ジャルパック）と消費者との間の旅行契約（対価関係）である。

すなわち、上記のような「JAL利用クーポン（紙）」について

定められた「JALの払戻不可特約」（乙7、乙8の1）は、第三者である相手方（株式会社ジャルパック）のために、当該第三者が援用しうる免責条項を、JALと消費者とが相互間の契約においてあらかじめ定めておくという意味合いを有しており、第三者のためにする契約の一種であると考えられる。

## (2) ヒマラヤ条項の有効性

運送契約の当事者が、運送人の履行補助者について、免責条項の援用を認めるような場合を、条項援用型の第三者のためにする契約というが、このような条項が船荷証券上で用いられた場合を「ヒマラヤ条項」と言い、英米法上はその有効無効が問題となっている。そのため、ヘーグ・ヴィスビー条約が締結され、ヒマラヤ条項が一定範囲で条文化されて有効とされている。また、日本法でも、国際海上物品運送法20条の2第2項は、「運送人の責任が免除され、又は軽減される場合には、その責任が免除され、又は軽減される限度において、当該運送品に関する運送人の使用する者の荷送人、荷受人又は船荷証券所持人に対する不法行為による損害賠償の責任も免除され、又は軽減される。」との条項が設けられた。

なお、ヘーグ・ヴィスビー条約や国際海上物品運送法20条の2第2項では、免責条項を援用しうるのは運送人と雇用関係にある者又はそれに準ずる者に限定され、独立的補助者は免責条項を援用することはできないと解釈されている。

## (3) 「JALの払戻不可特約」の有効性

本件において、「JAL利用クーポン（紙）」について定められた「JALの払戻不可特約」は、JALと消費者との間の会員契約（補償関係）において、定められた特約であるところ、このような特約は、契約外の第三者である相手方（株式会社ジャルパック）と

消費者との間の旅行契約（対価関係）において、効力を有するとは考えられない。

その理由としては、以下の３点がある。

#### 記

##### 条項援用型の第三者のためにする契約の限界

ハーグ・ヴィスビー条約や国際海上物品運送法 20 条の 2 第 2 項では、免責条項を援用しうるのは運送人と雇用関係にある者又はそれに準ずる者に限定され、独立的補助者は免責条項を援用することはできないと解釈されている。それは、免責条項による保護効が、広義の海上運送企業組織の一部を構成する第三者に対して及ぶのは合理的なものであるとしても、企業組織体の外にある第三者に対してまで及ぶとするのでは、免責条項の援用を受ける契約当事者の利益を過度に侵害するからである。

本件について見れば、JAL と相手方(株式会社ジャルパック)は、旅行業を営むにあたり一体としての企業組織を形成しているわけでもなく、一方が他方の履行補助者の関係にあるものでさえなく、まったく別個の事業を営んでいるものである。このような無関係の事業者のために、ヒマラヤ条項類似の免責条項である「JAL の払戻不可特約」の効力が生じるとは、およそ考えられない。

##### 対価関係における消費者保護制度との抵触

本件において、消費者と相手方(株式会社ジャルパック)との間の旅行契約（対価関係）においては、標準旅行業約款及びその基礎にある消費者契約法 9 条 1 号及び同法 10 条による消費者保護の規律が支配しており（その詳細は、平成 24 年 4 月 9 日付け上告受理申立理由書（7）参照）、旅行契約が標準旅行業約款所定の任意解除権の行使により解除された場合の原状回復を妨げる

趣旨である本件条項（本件条項は、消費者と株式会社ジャルパックとの契約関係において用いられているものである。その要点は、平成24年8月1日付け上告受理申立理由書（10）の第2項記載のとおり。）は、消費者契約法9条1号及び同法10条に抵触し、差し止められるべきものである。

このように、消費者と相手方ジャルパックとの間の旅行契約においては、標準旅行業約款及びその基礎にある消費者契約法9条1号及び同法10条によって、消費者は保護されており、旅行契約解除の場合の原状回復を妨げる旅行契約上の特約の効力は否定されるものである。

そうすると、仮に、本件条項と同趣旨である、旅行契約解除の場合の原状回復を妨げる特約（「JALの払戻不可特約」）が、消費者とJALとの間の会員契約において、条項援用型の第三者のためにする契約の形式でなされたとしても、そのような特約の効力は否定されなければならない。旅行契約解除の場合の原状回復は、消費者の権利として、標準旅行業約款及びその基礎にある消費者契約法9条1号及び同法10条によって保障されているものであり、そのような消費者保護の仕組みが、条項援用型の第三者のためにする契約の形式が取られたことをもって、脱法されるいわれはないからである。

この点、宅配便を取り扱う貨物運送業者が定めた責任限度額の定めを、契約外の第三者である荷受人に対して援用しうるかが問題となった最判平成10年4月30日・裁判集民事188号385頁が、判示にあたり、冒頭で、当該責任限度額の定めが合理的なものか否かを判断していることは、重要な意味を持つと考えられる。

本件における、「JAL利用クーポン(紙)」について定められた「JALの払戻不可特約」は、あえて標準旅行業約款の規律に反して、反対給付なしでの本件JMB特典の剥奪を目指すものであり、そこには合理性は認められない。「JAL IC利用クーポン」については、「JALの払戻不可特約」のような条項が定められていないこと(甲21の第7条第2項但書)を考慮しても、「JAL利用クーポン(紙)」について定められた「JALの払戻不可特約」には、何の合理性もないことが明らかであろう。

したがって、消費者とJALとの間の会員契約において定められた「JALの払戻不可特約」には、合理性がなく、旅行契約(対価関係)における消費者保護の規律と抵触するため、無効である。

#### 不意打ち条項の排除原則

不意打ち条項排除の原則とは、交渉の経緯、通常取引慣行、契約の目的などからみて、消費者がその存在を到底予測できないような異例な契約条項(付随的合意部分)は、契約内容とはならないとする原則をいう。

顧客の予期せぬ不意打ち条項は、たとえ包括的に約款適用への同意があったとしても、採用合意の及ぶところではなく、契約に取り込まれず、その拘束力が否定される。すなわち、消費者は仮に約款の開示を受けたとしても、事業者に比べ情報・交渉力に劣り、能力・知識・時間的余裕などがなく、契約内容を正確に吟味できない特性があるし、また、約款にはその定型性のゆえに認識が十分及ばず見過ごしやすいという隠蔽効果があるのであって、採用合意が及んでいるとは考えられないような例外的な不意打ち条項にまで拘束力を認めることはできない。

有名な地震免責条項にかかる大審院大正4年判決大審院判大正

4年12月24日・民録21巻2182頁は、「保険契約者が約款の内容に通曉しないで、それにより契約するのは、多くはその約款の内容如何にかかわらず概してその適当なるに信賴して契約するものにほかならない。したがって、契約の当事者は、とくに普通保険約款によらない旨の意思を表示せずに契約したときは、反証のないかぎりその約款によるの意思をもって契約したものと推定すべきである。」としており、不意打ち条項排除について親近的な判示をしている。すなわち、約款によるもの推定は、顧客が一般的に当該契約において得ようとする合理的期待に反せず、自己が異常に不利益・不衡平に扱われないとの信賴に基づいてのみ妥当するものであり、不意打ち的で非慣行的な約款条項は、契約内容に採用されていないとみうる。

また、賃貸契約書に、原状回復を大幅に上回る修繕を負わせる特約条項が記載されている場合につき、最判平成17年12月16日・裁判集民事218号1239頁は、「建物の賃借人にその賃貸借において生ずる通常損耗についての原状回復義務を負わせるのは、賃借人に予期しない特別の負担を課すことになるから、賃借人に同義務が認められるためには、少なくとも、賃借人が補修費用を負担することになる通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、仮に賃貸借契約書では明らかでない場合には、賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められるなど、その旨の特約（以下「通常損耗補修特約」という。）が明確に合意されていることが必要であると解するのが相当である。」として、予期しがたい契約条項については、明確な合意が必要であると判示している。

そうすると、予期しがたい意外な契約条項については、明確な合意がなければ契約内容にならないと考えられるところ、「JAL利用クーポン（紙）」について定められた「JALの払戻不可特約」（乙7、乙8の1）は、消費者とJALとの間の契約における特約であるにもかかわらず、その規律する内容は、消費者と旅行者（株式会社ジャルパック）との間の旅行契約の解除の場合を規律する特約であって、当事者を異にする契約関係を規律する点で意外であるばかりか、標準旅行業約款の定めと異なる取扱いをする点で予期しがたい不利益を消費者に及ぼすものであり、しかも、「JAL利用クーポン（紙）」の裏面の契約条項（乙4の2）との整合性がなく、明確な約定とも言えない。

したがって、「JAL利用クーポン（紙）」について定められた「JALの払戻不可特約」は、不意打ち条項排除の原則により、消費者とJALとの間で締結された会員契約においても、契約内容となっていないと解される。

#### (4) まとめ

以上のとおり、「JAL利用クーポン（紙）」について定められた「JALの払戻不可特約」（乙7、乙8の1）は、その効力をみとめがたいものである。

そうすると、「JAL利用クーポン（紙）」についても、「『一旦利用した後は払戻しを受けられない』との制限付きの財産権」として発行されているとは言えない。「JAL利用クーポン（紙）」も、「小さく生まれた」ものではないのである。

#### 4 結論

本件JMB特典は、発行会社であるJALから消費者に対して発行された時点から、「一旦利用した後は払戻しを受けられない」との制

限付きの（いわば「小さく生まれた」）財産権であり、本件JMB特典が発行時の約定に従って、「一旦利用した後は払戻しを受けられない」との取扱いがなされたとしても、消費者契約法上の問題を生じないという考え方は、成り立たない。

本件は、本件JMB特典の発行時の問題（補償関係上の問題）ではなく、本件JMB特典が旅行契約（対価関係）において決済手段として用いられた後に、当該旅行契約が標準旅行業約款上の任意解除権行使によって解除された場合の原状回復にかかわる問題であり、消費者と相手方（株式会社ジャルパック）との間における旅行契約（対価関係）上の問題である。

以 上