

# 格安・割引航空券の一部不使用と 不当条項規制

丸 山 絵美子

- I 序
- II ドイツにおける「Cross-Ticketing・Cross-Border-Selling禁止条項」の有効性を巡る訴訟
- III 格安・割引航空券の一部不使用と日本における不当条項規制

## I 序

長期海外留学や長期海外出張が決まったとき、片道航空券を買おうとすると、直面する問題がある。たとえば、格安・割引海外往復航空券が14万円で販売されているのに、片道航空券は37万円であるといった事態に遭遇することがある。そこで容易に思いつくのが、往復航空券を購入して海外に渡り、復路の航空券を使用しないという手段である。さらに復路についても、格安・割引海外往復航空券をEチケットで購入し、往路を搭乗せずに、復路の部分だけを利用しようとする人もいるかもしれない。さて、いわゆる片道放棄などと呼ばれるこのような格安・割引往復航空券の利用の仕方については、「片道放棄をすると正規料金との差額を請求される」「差額を請求されることになっているが、請求されることはない」「片道放棄をすると、格安航空券を販売した旅行代理店が航空会社からペナルティを請求されるので、このペナルティ額を請求されることもある」といった情報が錯綜している。実際に、格安・割引往復航空券の片道利用に問題がないか否かは、契約の問題である。

\* 本稿は、科学研究費補助金（若手研究(B)課題番号 22730077「不当条項規制と商品設計・価格設定の自由」）の助成による研究成果の一部である。

〈2〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

航空券の購入によって、航空会社との間に運送契約が成立し、航空会社は航空券を提示した顧客を運送する義務を負うことになるが、この契約の内容、およびこの契約条件の有効性等にかかわる法が問題となるのである。そこでまず確認すべきは、具体的契約条件ということになる。航空会社のHPリンクから、国際航空運送約款を確認すると、この問題に関連すると考えられる次のような契約条件を確認することができる（アンダーライン著者）。

第●条（航空券）

…

（●）（搭乗用片の使用順序）

■ 会社は、航空券に記載された出発地からの旅程の順序に従ってのみ、搭乗用片の使用を認めます。

■ 最初の国際線の運送区間の搭乗用片が使用されておらず、旅客がその旅行をいずれかの予定寄航地から開始する場合、その航空券は無効であり、会社はその航空券の使用を認めません。

第●条（運賃及び経路）

（●）（経路）

会社規則に別段の定めのある場合を除き、運賃は、運賃に付随して示された経路に対してのみ適用されます。同一運賃で経路が複数ある場合には、旅客は、航空券の発行前に経路を指定することができます。旅客が経路を指定しない場合には、会社が経路を決定することができます。

第●条（経路等の変更、運送不履行及び接続不能）

（●）（旅客の申出による経路等の変更）

■ 運送開始後においては、次の規定が適用になります。

・ 往復割引運賃を適用して発行された航空券で、経路等の変更により新しい旅程が往復割引運賃の適用条件を満たさなくなった場合には、既に運送の終了した区間であっても往復割引運賃は適用できなくなります。

■ 経路等の変更後に適用される運賃及び料金は、航空券の発行日において運送開始日に適用されることとされていた運賃及び料金とします。ただし、旅客が最初の国際線の運送区間の搭乗用片に対して、経路等の変更を申し出た航空券が未使用である場合には、適用される運

賃及び料金は、航空券の変更時に有効な運賃及び料金とします。

■ 会社は、経路等の変更後に適用される運賃及び料金と旅客が支払った運賃及び料金との差額を旅客から申し受け、又は払い戻すべき金額があるときは第●条に従って旅客への払戻を手配します。

要するに、航空券について経路指定がある場合、指定順序で利用しなければ、予定航路の途中からの利用はできないこと（条項A・一部不搭乗の場合の残部航空券失効条項）、往復割引で販売されている航空券について経路を変更すると割引運賃が適用されなくなり、差額の清算が行われること（条項B・経路変更時の正規料金との差額清算条項）が定められているように読める。しかし、ある旅程で購入した航空券のうち、一部（片道）の利用をしなくとも、代金を全額支払っているのであるから、一部の権利を放棄したにすぎず、正規料金との差額について請求を受け、あるいは往路に搭乗しない場合に復路のチケットが無効となるのは納得できないと考える人は存在するであろう。

ここで日本における契約関係・約款分析や関連法の検討にただちに入るとも可能であるが、ドイツにおいては、この問題に関連する「Cross-Ticketing・Cross-Border-Selling禁止条項」の使用差止訴訟が、消費者センター総同盟によって、複数の航空会社に対して提起され、BGHによる判断も示されるに至っており、論点を整理する上で、有益な素材を提供してくれている。そこで、ドイツにおけるこの訴訟について紹介をし、ドイツにおける議論の立て方を参考にしながら、日本の法制度を前提に論点を整理するという形で、検討を加えていきたい。なお、日本を含めた国際航空約款の多くは、IATA（国際航空運送協会）の推奨ルールに依拠するものである。

## II ドイツにおける「Cross-Ticketing・Cross-Border-Selling禁止条項」の有効性を巡る訴訟

ドイツにおいて個人による訴訟が提起されたのは、往路を利用せずに、復路に搭乗しようとした際に、航空券が無効となっていることを告げられたケースである。消費者団体による差止訴訟の対象も、一部不搭乗の際の残部航空券失効条項である。格安・割引往復航空券の往路にのみ搭乗し、復路を利用

#### 〈4〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

しなかった顧客に、正規料金との差額請求を航空会社が行い紛争となったケースは確認できず、また経路変更時の差額清算条項は差止訴訟の対象とされていない。

### 1 BGH判決登場前

#### (1) 個人による損害賠償請求訴訟と下級審判決

往路の飛行機に搭乗しなかったことを理由に、復路の航空券が失効したと告げられた顧客が、別に新たな航空券を購入して帰還することとなり、支払った費用を損害として航空会社に賠償請求を行うという事案に関し、いくつかの下級審裁判所による判決が出された。以下に紹介している個人の損害賠償訴訟に関する判決は、すべて、顧客の請求を認めており、ほとんどの裁判例が、BGB307条によって残部航空券失効条項の無効を認めているが、②判決だけは、当該条項の契約内容化を否定するという法律構成によって、顧客の請求を認容している。

#### ①AG Köln Urt. v. 05.01.2005 NJW2005,2716

〔事案の概要〕 フランクフルト・ドレスデン間の往復航空券を2回購入した消費者Xは、どちらについても、往路の飛行機に搭乗せず、復路だけを利用することを航空会社Yに伝えたところ、Yは、運送約款（3.3.1）における「航空券は記載された出発地から開始し、合意された経路を介して、目的地までとなる運送区間に対してのみ有効となります。支払われた運送料金は我々の運賃料金表に対応し、記載された運送区間についてのみ適用されます。これは、我々と約束された運送契約の本質的要素であります。航空券にあるすべての搭乗用片が完全に、かつ航空券に予定された順序に従って使用されない場合には、航空券の使用は認められず、航空券は無効となります。」という条項によって、購入航空券は失効したという返答を行った。結局、Xは、2回とも、新たな航空券を購入することとなった。そこで、XはYに対し、新たな航空券の購入にかかった費用について損害賠償請求した。

〔判旨の概要〕 AG Kölnは、Yの援用した条項は、BGB307条<sup>1)</sup>2項により無効となるとして、Xの損害賠償請求を認めた。理由の概要は以下の通りであ

る。運送契約は請負契約であり、Yは運送契約上の運送義務を履行していないことになる。Yは、運送約款3.3.1号4文を理由に顧客の運送を拒否する権利を有さない。この規定はBGB307条2項に違反する。顧客からの（部分）解約は自由であり（BGB649条）、これを排除する条項は顧客を不当に不利に扱っていることになる。顧客に往路復路を利用しなければならないという意味での協力義務（BGB642条）はない。往路に搭乗しない理由は多様であり、航空会社には片道料金が往復より安くなるよう価格を形成する自由はある。顧客が往路に搭乗しないことにより航空会社は不利益を受けず、むしろチケットの一部払い戻しが認められないという不利益が顧客にある。それを超えて、復路の給付を拒絶することは、不当に不利な扱いと認められる。

## ②AG Frankfurt a.M. Urt. v. 21.02.2006 NJW2006,3010

〔事案の概要〕Xは、インターネットを介して航空会社YのHPで、Xの業務執行者と3人の職員のために、割引往復航空券を予約した。これは、二都市間の①往路7月12日復路7月23日と、同じ都市間の②往路7月8日復路7月13日というクロスする形でのチケット予約であった。各々片道を購入するよりも往復を二つ分購入する方が安かったため、往路は①を、復路は②のチケットを利用する予定であった。Xらは②について往路の飛行機に搭乗せず、7月13日に復路のみを利用しようとしたところ、往路の不搭乗によりキャンセルとなったと告げられ、帰還のためXは復路の運賃として合計3348ユーロ80セント支払って搭乗し、その後、XはYに対してBGB634条4号、280条1項3項、281条を根拠に損害賠償の支払いを求めた。

〔判旨の概要〕AG FrankfurtはXのYに対する損害賠償請求を認容した。その理由の概要は、以下の通りである。Yは、運送契約に基づき、各々のチケットの往復について運送する義務を負っていた。Yは復路をキャンセルする権

- 1) BGB307条1項 普通取引約款における条項は、約款使用者の契約相手方を信義誠実の要請に反して不当に不利に扱う場合には、無効である。不当に不利な取り扱い、条項が不明確でありかつ分かりにくいことから明らかとなることがある。
- 2項 不当に不利であることは、疑わしい場合には、以下の条項について認められる。
- 1号 当該条項が法律上の規定の本質的な基本的思考に合致していない場合、または
- 2号 当該条項が契約の性質から明らかとなる本質的な権利及び義務を契約の目的達成が危険にさらされるほどに制限している場合。
- 3項 1項及び2項ならびに308条と309条は、法規定から逸脱またはこれを補充するルールが合意されている普通取引約款における条項に対してのみ適用される。他の条項は、1項2文に基づき、1項1文によって無効となり得る。

〈6〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

限をもたず、Xの業務執行者と職員は、Yが運送に義務づけられる有効な復路のチケットを保持していた。7月13日の復路のチケットは、7月8日往路に搭乗しないことによって失効しない。復路の航空券の有効性を維持するために往路に搭乗する義務は発生しておらず、そのような義務は一般法原理からも明らかではない。給付を要求するか否か、いかなる範囲で要求するかを顧客は自由に決めることができ、その種の給付の一部だけの利用は権利濫用とは認められない。Xが、クロス予約を行うことによって費用を節約したという場合も同様である。Yがそのような予約を妨げようとするなら、Xによって具体的事例において利用される可能性を契約上排除する必要がある。そのような契約上の排除は、当事者間においては合意されていない。料金条件の最後に、「販売条件」と表示され、これをクリックすると「一般運送約款」という項目が示されているという態様では、Yが設定している契約条件を、要求できる方法で、Xが認識することを可能にしているとは言えない。往路の不搭乗の際に、復路がキャンセルされ得るということは、有効に当事者間で締結された運送契約に採り込まれていない。Yのホームページに掲載されている様々な条件は、いかなる条件が顧客によって選択された旅行に適用されるのが明確ではなく、BGB307条1項にいう透明性の要請に反するものである。その他の点では、この条項は、BGB305 c 条1項<sup>2)</sup>にいう不意打ち条項にも該当する。債権者は彼に帰属している請求権の一部のみを利用することは自由であるという法律上の指導形象からも逸脱している。条項は強調もされていない。

③AG Erding Urt. v. 27.03.2007 RRa 2007,184

〔事案の概要〕 インターネットを介して予約したミュンヘン・フロレンツ間の格安往復航空券について、運送約款3.3.1「合意された運送給付は航空券に記載された出発点から開始し、合意された経路を介して、目的地までとなる全運送区間の利用を対象とします。航空券に記載された運送区間の運送に対する請求権は、運送が一部または航空券に予定された順序通りに使用されない場合には、失われます。運賃の計算は、現実使用された運送を基礎とす

2) BGB305c条 1項 普通取引約款において、当該事情とりわけ契約の外形によれば約款使用者の相手方がそれを予期する必要がないほどに異例な条項は契約の構成要素とならない。

るので、全運送の使用が締結された運送契約の本質的要素となります。航空券は、それゆに、すべての搭乗用片が完全に、かつ順序に従って使用されない場合にはその使用が認められず無効となります。」という条項によって、航空会社Yが顧客Xの搭乗を拒否するという事態が発生した。

〔判旨の概要〕AG Erdingは、往路不搭乗によって復路の運送給付に対する請求権は失われず、したがってXはYに対して損害賠償請求権（BGB631条、634条4号、280条、281条）を有するとした。裁判所は、航空会社の約款が有効に契約内容となっていることを認めたとうえで、条項は、通例ではないというだけで不意打ち的なものとはらず、思慮分別に従えば心の準備が顧客にできないような内容でなければならないが、ここで問題となっている条項3.3.1は、BGB305c条1項にいう不意打ち条項でもないとする。しかし、運送約款3.3.1は、Xを不当に不利に扱うものであり、BGB307条1項にも2項にも反するものとして無効になるとする。Yの条項が規定するYのキャンセル権は、Yに経済的利益を与え、顧客に不当な不利益をもたらす。顧客がすでにその座席について支払っているにもかかわらず、Yは再びそれを販売できることになり、キャンセルされた顧客は新しいチケットを購入しなければならない。約款規制法による条項規制に対して、その条項の無効が約款使用者にどのような一般経済的効果を及ぼすかは考慮されない。決定的なのは、規範の保護目的によれば、消費者が条項によって不当に不利に扱われているかどうかということだけである。さらに、当該条項は、BGB649条（請負における注文者の任意解約告知権）の本質的な基本思考からも逸脱している。また、当該条項は、単なる給付記述条項でもない。判例は、約款規制を免れる領域を、給付記述の狭い領域に限定している。すなわち、その存在なしには、本質的契約内容の確定性が欠如し、有効な契約がもはや認められないような場合である（BGH,NJW-RR1993,1059）。法律や慣習から逸脱して主たる給付を修正変更しているような条項は、給付記述条項ではなく、内容規制を免れない（BGHZ130,150）。今回の条項が内容規制下にあることに疑いはない。そして、Yは当該条項の無効はYの価格形成の自由を侵害するものでもであると主張するが、Yは様々な制約を通じて価格を形成できる立場にあり、クロスチケットを妨げることが顧客を不当に不利に扱うことに至ってはならならず、Yの価格形成を可能とする条項の設定は、顧客を不当に不利に扱うことなしに、可能であると考えられるので、条項の無効によって私的自治が侵害されるこ

〈8〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

とはならない。ドイツ国内においては競争事業者も同じ規制に服するのであり、競争上の不利益という議論も成り立たない。IATAの指針に法的拘束力はない。Yが運送しなかったことによって、Xには損害が発生しており、これは代替航空券手配に要した費用として算定される。

④AG Köln Urt. v. 15.05.2007 NJW-RR2008,214

〔事案の概要〕 Xは、XとXの妻の二人分のミュンヘン・マルセイユ間の往復航空券をYのところで1名108ユーロ44セントで購入した。この価格は、Yの特別料金であり、いわゆるE-Combi-Tarifであった。往路は2006年10月13日であり、復路は2006年10月22日である。Xの妻は往路の飛行機に搭乗したが、Xはすでにフランスに滞在していたため往路の飛行機には搭乗しなかった。復路の2006年10月22日の便に搭乗しようとしたところ、Yの従業員はXの運送を拒絶した。その理由は往路の飛行機に搭乗しなかったため、復路の航空券は失効したというものである。Xは長時間にわたる口論の上、675ユーロ38セントで帰路の航空券を購入した。訴訟代理人である弁護士の文書によって、Xは、復路の飛行機代にかかった費用の償還を求めた。Yは運送約款を示して支払いを拒絶した。約款3.3.1「合意された運送給付は、航空券に記載された出発地から開始し、目的地までの全旅程となる運送区間を把握しています。すべての搭乗用片が完全に、かつ航空券に予定された順序に従って利用されない場合には、航空券は無効となり、運送は行われません。すべての運送給付の利用は、我々と締結された運送契約の本質的構成要素であります。チケットの一部分に対する解約告知は、契約によって排除されております。支払われた価格が、実際にご利用された運送給付の価格を超えている場合には、上記のことは該当しません。」という条項である。さらに約款には5.6「事前の連絡なしに予約された運送予約席をご利用されない場合、われわれは、お客様に対して準備された乗換機の予約や帰路の予約を抹消する権利を有するものとします。事前の通知があった場合には、乗換機および帰路の予約は維持されるものとします。」という条項もあった。Yはその後、76ユーロ44セントだけ返還したが、Xは差額の598ユーロ94セントの支払いを求めている。

〔判旨の概要〕 AG Köln は、Xの請求を、BGB280条1項、281条1項、631条を理由に全面的に認めた。理由の概要は、以下の通りである。YはBGB631

条によってXを飛行機で運送する義務を負っていたところ、過失によって履行しなかった。Xは有効なチケットを所持しており、Yは運送に義務づけられていた。Yに復路をキャンセルする権利はなかった。往路の飛行機に搭乗しなかったことによってYの運送義務は喪失しない。Yは運送契約をBGB643条によって解約できない。復路のチケットの有効性を維持するために往路を利用するBGB642条の義務（請負における注文者の協力義務）は、Xにはない。Xのそのような義務は約款からも生じない。Yの約款が有効に契約に取り込まれているか、BGB305条2項2号の意味で内容を認識できるものかどうか、BGB305c条の不意打ち条項か否か、BGB307条1項の透明性の要請に反しているかどうかは判断する必要はない。Yの約款の条項は、BGB307条2項によって無効である。これらの条項はBGB307条1項2項の審査を免れない。主たる給付約束を制限、修正、変更する条項は、BGB307条以下の内容規制の下にある（BGHZ100,173）。運送約款の3.3.1と5.6はBGB307条2項に違反する。BGB649条の基本思考に合致しないからである。BGB649条によれば注文者はいつでも解約告知する権限がある。一部解約告知はYに要求できるものである。一定の価格計算システムの維持はここでは関係ない。往路復路は分離可能である。

## (2) 消費者団体訴訟と下級審判決

顧客の個人訴訟にみられるような事例に関する苦情の増加に直面し、ドイツの消費者団体は、航空会社で使用されている条項の差止めを求めて訴えを提起した。そして、二つのOLG判決（⑥⑧判決）において異なる結論が示された後、統一的BGHの判決が示されるに至っている。なお、差止訴訟の対象はBGB307条からBGB309条違反の条項であり、不意打ち条項に関するBGB305c条1項は個人訴訟でのみ問題となるものである。

⑤LG Frankfurt a.M. Urt. 14.12.2007 WM2008,501（一審）

⑥OLG Frankfurt a.M. Urt. 18.12.2008 VuR 2009,72（控訴審）

〔事実の概要〕

原告Xは、ドイツにおいて活動する16の消費者センターおよび25の消費者団体の総同盟であり、被告航空会社（ブリティッシュエアウェイズ）Yが用

〈10〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

いている約款3c号1の差し止めを求めている。Yの所在地はドイツではないが、ドイツには営業所を有している。Yのインターネットサイトでは、ドイツ語で普通取引約款が呼び出しできるようになっている。そこでは、航空運送の請求は、顧客が有効な航空券を提示できない場合には、行われないとされている（3a号5）。そして3c号1は、「航空券に記載された旅程の順序に従ってすべての搭乗用片が利用されない場合には、会社はその航空券の使用を認めず、その航空券は無効である。」と規定している。Yは、この条項によって、その運賃システムの効果が失われることを妨げようとしている。Yは、ヒースロー空港までの乗継便を提供しており、この空港を起点に、Yは、長距離飛行を行っている。後者の長距離運送をぎりぎりの人数まで搭乗させるために、Yは、たとえば、ヒースロー空港を起点とする長距離飛行のために、他の飛行場の領域から、乗客を獲得しようと試みている。それゆえ、Yは、時として、その種の乗継便を、自国からの直行便よりも、安い値段で提供している。問題となっている条項によって、Yは、直行便に関心のある乗客が、その乗継便を予約することによって安い料金を選択し、しかし、乗継便は利用しないという事態（Cross-Border-Selling）を回避したいと考えている。

さらに、Yは、一定期間の滞在期間となる観光目的の旅行者に対して、往復運送を、ただちに帰還するビジネスマンよりも、安い料金で提供している。Yは、顧客が、最低滞在期間を伴う二つの航空券を安く取得し、その片道だけを各々使用する事態（Überkreuzbuchen）を回避しようとしている。

Xは、Yに対して、可罰的差し止めの意思表示を示すことを要求している。それにおいて、Yは、言及された3c号1の条項の使用をやめることに義務づけられることになる。Yは、この意思表示をすることを拒絶している。

〔一審⑤の判旨の概要〕

LGは、Xの訴えを完全な範囲で認めた。判旨の概要は以下の通りである。管轄についてはUKlaG6条から導かれる。また、IATAがこのような内容の条項の使用を推奨していることは、審査を排除する理由とならないとする。そして、一部給付を請求しないことが、残給付の喪失となる条項は、法律上の指導形象に反するという。債権者が給付の一部を利用しない場合、いまだ履行できる残部給付の請求権が総じて失われるという法秩序は存在しない。逆に、給付の不受領の場合に、違約金の支払いを約款使用者に約束する条項は、無効である（BGB309条6号<sup>37)</sup>）。レストランが、コースメニューを注文した

客に、スープを食べなかったことを理由に、メインを拒否し、あるいは追加料金でのみメインを提供するといった例からも、問題の条項の不当性は明らかであるとする。行為基礎の喪失の要件（BGB313条）が満たされない限り、契約は維持されるべきであり、今回の条項は法秩序から明らかとなる原理に反する。航空会社が契約を解消できるとする条項はBGB308条3号<sup>4)</sup>に反する。そして、市場部門毎に高価格を維持するという航空会社の目的を阻害するような顧客の行動に罰を与えることに、この種の条項のねらいがあるが、消費者の行動は異議が申し立てられるものではない。

[控訴審⑥の判旨の概要]

OLGはまず、EuGVVO5条3項によってドイツの裁判所には国際的な管轄があることを確認した。この規定によれば、加盟国に住所を有する者は、不法行為や不法行為と同等の行為、あるいは不法行為から生じる請求権が手続きの対象となっている場合、被害が発生したまたは発生するおそれのある土地の裁判所で訴えることができる。EU裁判所は、2002年10月1日の判決において、オーストリアの消費者保護団体の、ドイツの企業に対する、約款上の条項の差し止め請求を、この規定に基づいて認めた（NJW2002,3617）。この判決に従う。ドイツの法秩序への侵害が差し迫っているので、裁判所は、国際的な管轄を有する。Yがドイツで支店を経営しているかどうか、誰がインターネットにおける約款を作成しているかは関係ない。

本件条項は、BGB307条1項に違反する。この違反は、Yの契約相手が不当に不利に扱われていることを前提としている。不当に不利な扱いは、BGB307条2項1号によれば、通常は、法律上の規定の本質的基本思考から逸脱し、合致していない場合に存在する。

AG Köln (④) は、BGB307条2項違反を、BGB649条が注文者に契約をいつでも解約できる権限を与え、部分解約告知も許されていることにあるとみた。しかし、当裁判所は、この理由づけには納得できない。というのは、合

3) BGB309条 法律上の規定からの逸脱が許されている場合でも、普通取引約款における以下の条項は無効である

6号（違約罰）給付の不受領、受領遅滞、支払遅滞もしくは相手方の契約解消の場合に対して、約款使用者に対する違約罰の支払いを定めている条項。

4) BGB308条 普通取引約款において、以下の条項は、特別に無効となる

3号（解除権の留保）客観的に正当化され、かつ契約で示された理由なしに、その給付義務を解消する約款使用者の権利を合意すること：継続的債務関係には適用しない。

〈12〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

意された飛行距離あるいは飛行部分を、飛行しない乗客は、請負契約を解約しようとはしていない。というのは解約によって請負契約は終了し、運送義務は失われてしまう。これは消費者の意思には合致しない。しかしながら、本件条項は、法律上の規定の基本思考から逸脱している。というのは、この条項によって、給付と反対給付の関係が妨げられているからである。消費者は、一定の報酬を支払い、それによって、一定の目的地まで運送される。Yの見解に反して、このような給付は、顧客が一部区間を搭乗しなかったとしても、不能となるものではない。この場合、乗客を、残りの区間について合意されたとおりに運送することは、法律上も事実上も不能とはなっていない。絶対的の定期行為は、債権者が一定時点において給付が行われていることを重要視している取引であるが、この場合、消費者は、放棄した部分区間の定期性を重視していない。法的な意味での不可分給付ではなく、一部区間の不搭乗によって、残運送の法律上の不能がもたらされるものではない。なるほど、自然的な意味で可分であっても、給付目的から不可分性が明らかとなることはある。しかし、これは共同債権者の場合などである。本件条項の目的は、旅客から、それ以降の運送債権を、報酬債権を維持したまま奪うことにあり、法律上の評価に違反する。乗客は、全飛行距離に対する料金を支払っているにもかかわらず、新たな航空チケットを購入しなければならず、他方で、Yは、その席を他の新しい客に販売することも可能である。これによって消費者は不当に不利に扱われていることになる。

本件条項は内容規制を免れる給付記述条項ではない。なぜなら、条項がなければ原則として与えられていた請求権の喪失へと至っているからである。乗客がその運送請求権を失うことになる条項においては、法的には違約罰が問題となっている。BGB309条6号によれば、給付の不受領の場合について、約款使用者に、違約罰の支払いを約束する条項は無効である。残部航空券失効条項は、違約罰条項とみることができる。なるほど、BGB354条は債務者が義務を履行しない場合に、債務者が契約から生じる権利を失うという留保をつけた契約が締結された場合に債権者にのみ解除権を与えている。しかし、当事者が、権利の失効を約束し、かつ個々の権利だけを失うことになるという場合にも、違約罰規制が準用され得る（BGHNJW-RR1993,243）。残部航空券失効条項は、その点では、違約罰の特別事例である。したがって、BGB309条6号にこの条項は違反する。そのような違反は、BGB307条2項1号に

いう法律上の規定の本質的基本思考にも違反するものである。

しかし、全世界での使用の差止めというLGの判断は修正される。これはドイツ裁判所の管轄を超えている。ドイツ国内でのみの差止めを認めることができる。

⑦LG Köln Urt. v. 19.11.2008 VuR2009,76

⑧OLG Köln Urt. v. 31.07.2009 VuR2009,437

〔事実の概要〕

原告Xは、ドイツにおいて州を超えて活動する16の消費者センターおよび25の消費者団体の総同盟である。被告Yは、航空会社（ルフトハンザ）である。XはYに約款上の条項3.3.1の差し止めを求めている。「合意された運送給付は、航空券に記載された最初の出発地で開始し、最後の終着地で終了する運送区間を内容とするものである。搭乗用片がすべて利用されず、航空券に予定された順番で利用されない場合には、航空券は無効となり、運送は行われない。全運送給付の利用は締結された運送契約の本質的な要素である。個別区間の解約告知は契約上排除されている」。Xは、上記条項が無効であると主張し、催告手続きにかかった費用の賠償も求めている。Yは、BGB307条3項によって規制を免れることを主張している。また、Xの述べる無効の理由に反対している。そして、Yの主張と異なる判断を示しているドイツの裁判所の判断は、ヨーロッパ法に違反し、ヨーロッパ裁判所で判断されなければいけないという主張を行っている。

〔一審⑦の判旨の概要〕

請求認容。問題の条項は、BGB307条3項によって内容規制を免れるものではない。価格合意は約款規制法による内容規制の対象とならないが、合意された条項がない場合に任意法規が適用される、価格や給付に間接的影響を与える価格付随合意は規制の対象となる（BGHW1993,2237等参照）。ここでは、規制可能な条項が問題となっている。問題となる条項が存在しない場合、任意法が介入する。これがBGB307条から309条の内容規制の下にあるということに対して、当該条項がIATAの推奨条項であるということは重要ではない。BGHが、その1983年1月20日の判決（NJW1983,1322）で、普通航空運送約款の無効という問題について詳細な理由づけとともに示したように、このことは、裁判所による内容規制の妨げとはならない。本件で、問題とさ

〈14〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

れた条項の1文は、BGB305b条（個別合意の優先）との関係で、BGB307条によって無効となる。それ以外の部分は、BGB307条1項、2項1号に違反する。

〔控訴審⑧の判旨の概要〕

控訴は大部分において認容される。予約された旅程の一部を利用する権利を排除することは、顧客を不当に不利に扱うことにはならない。これに対して、Xは、正当にも、条項3.3.1の1文によって個別合意優先が排除されることを論難しており、これはBGB307条1項の不当に不利な扱いを示す。正当にも、LGは、条項は、BGB307条以下の審査対象となるとした。BGB307条3項1文にいうように、法規定を逸脱し、補充する条項は規制対象であり、本件で争われている条項はその種の条項である。法律上の規定の再現や給付記述条項が規制の対象外であることに異論はないが、ここで争われている条項はこれらに該当しない。確立した判例によると、その種類によれば、法律の規定やその他の法令によって規制されていない契約条項は内容規制を免れる。価格の形成を含めて契約上の給付義務の種類や範囲を直接に規定している合意は、規制対象とならない。というのは、契約当事者は、民法に妥当する私的自治の原則から給付と反対給付を原則として自由に合意できるからである。それに対して、主たる給付約束にかかわるが、しかしそれを制限し、変更し、アレンジし、修正する条項は、内容規制の対象となる。したがって、審査を免れる給付記述は、その存在がなければ、本質的契約内容について確定性や確定可能性を欠き、有効な契約がもはや認められないような狭義の給付記述条項にとどまる。契約の本質的要素は規制を免れるが、しかし主たる義務に影響を及ぼす付随合意は規制の対象となる。したがって、問題となっている条項は、内容規制を受けることになる。Yによって顧客と締結される契約の本質的要素には、出発地、目的地、搭乗日、価格が属する。市場競争にさらされるこの契約上の双務義務の内容形成に介入することはできないが、問題となっている条項3.3.1の1～4文では、運送契約の本質的要素は問題となっていない。むしろ、これらは、追加的に、顧客が契約上合意した給付を完全におのみ使用でき、一部放棄は許されないことを定めている。契約の本質的要素にかかわらない付随合意が問題となっている。

しかしながら、問題となっている条項は、これが予約された旅程の一部だけを利用することを妨げるという理由によって、不当に不利な扱いとは言え

ないのである。条項は、約款使用者が、相手方の利益をあらかじめ考慮し、相応の代償を認めることなしに、一方的な内容形成によって、濫用的に、相手方の犠牲において自己の利益を貫徹しようと試みた場合には、不当に不利なものとなる。相手方の不利益を上回る約款使用者の優先すべき利益がある場合にも不当性は否定される。この不当性判断にあたっては、他の条項との共同作用を考慮に入れるべきである。ここから、問題となっている条項は、顧客を不当に不利に扱うものではない。このことは、当初から一部利用を狙っていた顧客にも、後発的事情によって一部利用となってしまった顧客にも、妥当する。Yは、価格を距離だけではなく、様々な要素から定めており、短い飛行距離が長い飛行距離の値段より高くなることもある。問題となっている条項は、全体として、クロスボーダーやクロスチケット等の方法で、顧客が、航空会社が予測しているのと異なる方法で格安の運送を利用しようとするのを妨げようとするものである。Yは、顧客に、その希望された運行を、旅程の拘束が順守される限りで、その定められた価格で提供することを申し出ている。顧客がこの価格構造を回避することを妨げる必要があり、Yの条項は濫用的に一方の利益のみを考慮するものではない。Yの価格体系と条項による保護は、顧客の不当に不利な扱いとならない。⑥判決によると、このような条項は、顧客の請求権を奪うという目的を有するとされているが、予約した運送期間が当初より必要な運送期間に対応していない顧客については、そのような評価は妥当しないのである。

Xが援用するテレフォンカードの有効期限に関する判決（NJW2001,2635）とは事情が異なる。その判決は、最低12DM分で購入しなければいけないにもかかわらず、有効期限がふさげられていることについて、給付と反対給付の均衡原理に反するとした。前払いした会話単位を、有効期限内に利用しなければならない点において契約の等価性が侵害されていると。しかしこの判断は今回の事例にはあてはまらない。飛行機の顧客は、自ら搭乗しないことによって、均衡障害を引き起こしているのである。何らかの事情によって搭乗できなかった顧客にとっても不当に不利なものではない。このような事例について、Yは条項3.3.2（顧客が変更を申し出た場合）が問題となるが、これはXによって訴えの対象とされていない。また自己の領域における事情によって予約変更をする顧客は、価格に関して、変更後の予約便の顧客と同じく扱われることになるが、これがいかなる理由から、顧客に不利なものと言えるか

〈16〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

は明白ではない。さらに不可抗力の事態において適時の連絡があった場合に、追加費用をもらわないという記載もある。ただし、条項3.3.1の1文は、BGB 305b条に規範化された個別合意優先に違反するという点においてBGB307条違反である。この条項は、個別合意が仮に行われても、それにかかわらず、航空券に記載された全区間の利用に顧客が義務づけられるように読めるからである。

(3) 下級審判決に対して示された見解

①～⑧の下級審裁判例に対しては、いくつかのコメントや論文が公表されている。多くの見解は、BGB307条やBGB309条6号によって問題の条項を無効とする立場を支持しているが（Schmid、Kappus、Freitag、Purnhagen、Hauzenberger）、問題の条項を給付記述・価格条項としてBGB307条の規制の対象外となるとする見解（Teichmann）や、一部不搭乗時の割引不適用という条項であれば問題はないところ、残部請求権の完全な喪失という効果は行き過ぎであるという点で正当化されないとする見解（Greiner）も示されている。

■ ①に対するコメント：Ronald Schmid, RRa2005,139は、往復・周遊航空券の一部利用を認めないIATAのモデルは法的拘束力を有するものではなく、約款規制の問題となることを述べたうえで、BGB307条2項によって消費者を不当に不利に扱うものであるとした①判決を正当なものと評価する。周遊チケットの一部利用を認めないことについて、「スーツを購入する者は、常にズボンとジャケットを一緒に着ることに義務づけられない。いかなる売主が、ズボンだけを着用予定であるという買主に対して、より高額の価格を支払わせるという考えをもつだろうか？」という疑問を投げかけている。

■ ②判決に対するコメント：Andreas Kappus, NJW2006,3012は、原告を勝訴させた結論を支持し、②判決は様々な考慮要素を並べ、不意打ち条項に言及するが、条項が契約内容となっても、航空会社にキャンセル権限を付与する条項は、航空会社には同じ席の二重売りを可能とするという正当化できない利益をもたらす、顧客には不当な不利益をもたらすものと評価する。またBGB631条BGB649条に反するものとして、BGB307条1項1文お

よびBGB307条2項1号による規制が問題となるとコメントしている。

■ ⑤に対するコメント：Robert Freitag, EWiG2008,99は、顧客が復路のチケットを失ったにもかかわらず、当初の全額の運賃を支払わなければならない契約条件は、実質的に違約罰であり、消費者契約についてはBGB309条6号によって、事業者間契約については307条2項によって無効とされるべきと述べる。また、Kai P. Purnhagen, VuR2009,75は、残部航空券失効条項はBGB309条6号により無効となるという⑤判決の示した法律構成を支持している。

■ ⑥に対するコメント：Andreas Teichmann, RRa2009,103は、一部不搭乗時の残部チケット失効条項は、自由市場経済の原則に従う価格政策を確保するため航空会社が定めている給付記述・価格合意条項であり、BGB307条によって内容規制できないものであるとして、⑥判決を批判する。航空会社は、この条項によって、主たる給付義務を制限しているわけではなく、むしろ、特別の料金に対し往復全部の利用が一つの商品として定義されており、一部不搭乗によって顧客は自ら不能を引き起こし、航空会社は給付不受領に対して別個独立の支払い義務を顧客に負わせるわけではないので、違約罰条項でもないとする。顧客は、全部のクーポンの利用を条件とする安い価格を選んだ場合、本来の賃金表では高い値段となる給付を、その対価の支払いなしに利用する自由はないとする。

■ ①~⑥までの一連の判決を踏まえた検討：

・Purnhagen/Hauzenberger, VuR2009,131<sup>5)</sup>は、クロスチケット禁止条項の目的は、空席を回避するという価格政策の維持にあることを確認した上で、この条項は約款規制法による審査に耐えられないとする。まず、顧客に、反対給付なしに、予定航路の運送の完全な受領を義務づけることは、主たる給付義務を修正することになり、契約における通常の給付のシナラグマ的關係

5) Kai P. Purnhagen/Ing. Mag. Klemens Hauzenberger, Das Verbot von Cross-Ticketing in den AGB von Flugbeförderungsunternehmen und deren verbandsklagerechtliche Kontrolle — Eine ökonomische und rechtliche Analyse, VuR2009,131.

〈18〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

からの逸脱を表明することになるとする。また、完全受領義務とその義務違反における航空券失効条項は、BGB309条6号にいう違約罰として有効性を維持できないと評価する。往復を統一の給付として定義すること自体は、スーツの売買と同様に、違法ではないが、完全な受領とチケットの失効を定める条項は、違約罰の禁止（BGB309条6号）にも、BGB307条1項2項にも違反するという。航空会社には損害は発生しておらず、報酬という反対給付は支払われているので、航空券の無効は追加的な罰を意味することになり、この条項は、消費者に圧力をかけるものであり、かつ違約罰としての機能を果たすという。さらに、顧客の解約告知権を排除している部分はBGB308条7号によっても無効となるとする。航空会社の価格政策の観点からは、約款規制においては考慮の余地がないという見解を示す。

・Stefan Greiner, RRA 2009,121<sup>6)</sup>は、航空会社の正当な経済的利益を考慮すべきであるが、問題となっている条項における完全な請求権の喪失という効果が過剰であるとして、別の形で条項の内容形成をすべきことを提案している。航空会社の設定する条項の目的が、安い価格によって、乗継便利用客と目的地に長い期間滞在の顧客を獲得することにあることを確認した上で、失効条項は約款使用の相手方が予想できないほど異常なものではなく、不意打ち条項には該当しないとす。そして、法規定からの逸脱（BGB307条3項）に関しては、BGB649条は関係せず、均衡侵害も当事者の合意があれば問題とならないが、当該条項は、BGB266条から読み取れる、債権者は給付の一部を請求できるという法思考から逸脱し、約款規制の審査の下に置かれるとする。そして、違約罰か否かについては、履行利益を超える間接的財産増加が約款使用者に認められる場合にのみ違約罰が問題となると考えるべきとし、航空会社が、失効させた予約席を他の顧客に転売する時間的余裕のあるケース（Cross-Ticketingの場合）には、違約罰と評価され得るとする。そして、理由のない解除権留保を規制するBGB308条3号による規制を問題とし得るが、これは評価の余地のある条項なので、このような内容形成に対する正当な理由があるかが問われるという。乗継便利用客等に割引を与える航空会社の利益は尊重すべきものであるが、割引の喪失を超えて、完全な運送

6) Stefan Greiner, Ganz oder gar nicht!— Zur Unterbindung des „Cross-Border-Selling“ und „Cross-Ticketing“ durch die Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Fluggesellschaften, RRA 2009,121.

請求権の喪失は行き過ぎであり正当化されず、顧客への不当な不利益を表明するという。解決策として、通常価格を出発点に、予約の際に乗継便利用割引や長期滞在割引であることを明確に示し、指定通りにチケットが使用されていない場合には、割引不適用の差額清算という内容にすれば、これは実際に履行する給付の市場価値の請求にすぎないので、違約罰にもあたらず、順番通りに利用しなかった場合の価格合意として、BGB307条3項により規制を免れると論じている。

■ ⑦判決に対するコメント：Kai P. Purnhagen, VuR 2009,76は、⑦判決が、個別交渉合意優先原理との矛盾を理由づけとした点は説得的ではないと評価する。そして、⑦判決がBGB307条1項、2項1号による無効について詳細な理由づけを展開していない点を批判し、⑥判決が示したように、BGB309条6号により無効となるべき違約罰条項が問題となっているとコメントしている。

#### (4) BGH判決登場までに示された論点・法律構成

ここで、上記の下級審裁判例と学説によって示された論点・法律構成を整理しておくことにしよう。

#### ■ 一部不搭乗時の残部航空券失効条項の狙い

ドイツにおいて問題となっている一部不搭乗時の残部航空券失効条項とは、多少の表現の違いはあるものの、「合意された運送給付は、航空券に記録された最初の出発地で開始し、最後の終着地で終了する運送区間を内容とするものである。搭乗用片がすべて利用されず、航空券に予定された順番で利用されない場合には、航空券は無効となり、運送は行われぬ。全運送給付の利用は締結された運送契約の本質的な要素である。個別区間の解約告知は契約上排除されている。」というものであり、1文～4文が包括的に扱われることが多いが、2文に焦点をあてて、条項の無効が争われる場合もある（⑤⑥判決）。このような条項が置かれる目的は、ドイツの判決や学説において言及されていたところからすると、空席をできる限りなくすため、高額であれ

## 〈20〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

ば当該飛行機を利用しないであろう余暇目的の顧客や乗継便を利用して搭乘しなければならぬ顧客を、格安の値段で呼び込みつつ、高額であっても当該飛行機を利用するビジネス顧客や直行便利用客を割引航空券購入層から排除することにある。後者の顧客はより高い価格で航空券を購入することを前提に、航空会社は格安・割引往復航空券を一定数提供し、飛行機の空席を減らす価格体系を形成しており、その維持のためにも、これらの条項が必要であるということであった。問題となっている条項は、国際航空運送協会（IATA）の推奨するものであるが、ドイツの裁判所では、IATAの示すルールに法的拘束力がないことを前提に、ドイツ約款規制法（BGB305条以下）による規制問題としている。

国際航空運送約款上の条項の差止めに関しては、管轄の問題も重要であるが、本稿の関心からはこの問題には立ち入らない。不当条項規制にかかわる論点としては、条項の契約内容化と、条項の内容規制とがあり、後者においては、とりわけ条項の性質（給付記述条項か、違約罰にあたるかなど）と不当性判断における考慮要素・価値判断が問題となっている。

### ■ 約款・条項の契約内容化

約款は、契約締結時に、相手方に明示的に示され（これが著しく困難な場合には営業所などに掲示され）、約款の内容を認識できる状況が作られ、相手方がそれに同意した場合にのみ、契約内容に組み込まれる（BGB305条2項）。また、BGB305c条によって、BGB305条2項の組入れ要件が満たされる場合でも、契約の外形によれば異例であり、相手方が考慮に入れないのが通常である条項は、不意打ち条項として契約の内容とならない。

個人による損害賠償訴訟では、ホームページを介してのEチケットの購入が行われていた。②判決は、「販売条件」と表示され、これをクリックすると「一般運送約款」というリンク項目が示されるという態様では相手方が約款の内容を認識することを可能にしているとはいえないという判断を示し、不意打ち条項性や不明瞭条項の可能性にも言及していた。しかし③判決では、約款の契約への組入れが肯定され、不意打ち条項ともいえないことが確認され、④判決では、BGB307条による不当な不利益が肯定されることから、組入れ、不意打ち、透明性の問題は判断する必要はないとされている。

ホームページなどを介してのインターネット取引では、約款について明確なリンク指示がされていれば、基本的には、約款の開示・認識可能性の付与には十分であると考えられており、また、多くの判決は、問題となる条項を不意打ち的なものとするよりは、むしろ条項の不当性の問題として検討を展開している。なお、消費者団体による差止訴訟の対象はBGB307条から309条に違反する条項だけである。

## ■ 条項の内容規制

### 1) 給付記述・価格に関する条項か？

BGB307条3項1文によれば、BGB307条1項、2項、308条、309条による内容規制は、法規定から逸脱またはこれを補充する条項を対象とする。不明確条項であることを理由とする無効の余地は残されているものの（BGB307条3項2文）、給付記述条項や価格を定める条項、法律上の規定を再現しているだけの条項は内容規制の対象とならない。給付の種類、範囲などについて記述する条項については、それが無い場合に適用される法律上の規定が存在せず、不当性判断の基準となるべきものが存在しないからである。これは、一方では、裁判官が法に拘束されることを表明し、他方では、市場経済原理の擁護を表明するものと説明されている<sup>7)</sup>。

もっとも、ドイツの判例によれば、給付内容に関する条項であっても、単に給付内容を記述するものではなく、主たる給付約束を制限し、変更し、アレンジや修正を加える条項は、ここでいう給付記述条項には該当せず、内容規制に服する<sup>8)</sup>。内容規制審査を免れる給付記述条項とは、その存在なしには、本質的契約内容の確定性が欠如し、有効な契約がもはや認められないような条項に限られる（BGHZ100,158;BGH,NJW-RR1993,1059<sup>9)</sup>）。

紹介したほとんどの判決とコメントは、今回問題となっている条項は、単なる給付記述条項ではなく、BGB307条以下による規制の対象となることを出発としている。ただし、Teichmannは、問題の条項は往復などをワンセッ

7) Ulmer [Ulmer=Brandner=Hensen, AGB-Recht 10Aufl., 2006] /Fuchs, BGB § 307 Rn.14.

8) Ulmer /Fuchs, BGB § 307 Rn.38.

9) Wolf [Wolf=Lindacher=Pfeiffer, AGB-Recht 5Aufl., 2009], BGB § 307 Rn.292.

〈22〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

トの商品として価格を設定している条項であり、給付記述・価格に関する条項としてBGB307条以下の規制外という見解を示していた。

2) 違約罰条項か？

問題の条項が違約罰ということになれば、消費者契約についてはBGB309条6号が適用される。

BGB309条6号は、給付の不受領、受領遅滞、支払遅滞、相手方の契約解消に対して、約款使用者が定める違約罰条項を無効としている（ブラックリスト）。BGBでは、これとは別に、BGB309条5号において損害賠償額を包括的に予定する条項を規制しており、予定額が所定の事例において事物の通常の経過に従い予期される損害もしくは通常生ずべき減価を超える場合に条項無効とされている。違約罰条項と損害賠償額の包括予定条項との区別は、判例によれば、その条項の内容からすれば、生じた損害賠償の請求を容易にすることが意図されているのか、それとも、債務者への圧迫的履行促進手段となることが意図されているのかによるとされるが、学説には、予定額が当初より通常の損害額と関連性を示しているか否を基準とすべきという見解もみられる<sup>10)</sup>。違約罰条項は、一般に、損害填補にかかわらない利益の増大が図られる危険があり、たいていの場合、契約適合的な行動の促進は損害賠償の予定条項によって十分に達成できることから、違約罰条項は規制すべきものと考えられている<sup>11)</sup>。したがって、列挙された事例に限定して違約罰条項を無効としている点に疑念を示す見解が少なくないが<sup>12)</sup>、いずれにせよ、給付の不受領・受領遅滞、支払遅滞、契約の解消については広く把握する方向での解釈が支持されている。BGB309条6号の違約罰概念は、契約上の主たる給付義務違反に対し金銭・その他の給付を要求する狭義の違約罰のほか、契約上の主たる義務ではない行動を債務者に行わせる独立的違約罰も含むと言われている。もっとも、契約違反に対し権利の喪失を予定する権利喪失条項については、これも規制対象に含まれるという説明がある一方で<sup>13)</sup>、何らかの支払いが別個に義務づけられない以上は、BGB309条6号の適用はないとい

10) M■nKomm [M■nchner Kommentar zum BGB 5Auffl. 2004 /Kieninger], BGB § 309 Nr.5 Rn.5.

11) Wolf/Dammann, BGB § 309 Nr.6 Rn.1-9.

12) Wolf/Dammann, BGB § 309 Nr.5 Rn.1-9.

13) Wolf/Dammann, BGB § 309 Nr.5 Rn.1-9., BGH NJW-RR1993,243 参照。

う見解もある<sup>14)</sup>。判例は、違約罰条項か否かに争いがあるような事例では、BGB307条による規制を行う傾向にある。

⑥判決は、残部航空券失効条項がなければ、本来、顧客に帰属するはずの権利が、運送の不受領によって失われるのであるから、実質的に違約罰であり、BGB309条6号の少なくとも準用が考えられ、またBGB307条2項1号にいう法律上の規定の基本思考にも反する規定であるとする。学説にも違約罰的条項として捉える方向性を支持するものが確認できるが、違約罰であることを、Purnhagen/Hauzenbergerは、給付の一部不受領あるいは協力義務違反に対するサンクションの意味をもち、顧客に対して圧力をかけるという観点から基礎づけ、Freitagは、顧客が復路運送請求権を失うのに、運賃の全額支払いに義務づけられたままであることに着目していた。さらに、Greinerは、失効させた予約席をさらに転売するような約款使用者に履行利益を超えた財産的利益の増加が認められる場合だけを違約罰条項であるとしていた。このような違約罰の性格を肯定し得るとする見解に対し、⑧判決は、予約時から、必要な区間と予約区間が一致していない顧客については、⑥判決のいう顧客に与えられている請求権を奪うという評価はそもそも妥当しないとしており、また、Teichmannも顧客は不搭乗によって自ら不能を引き起こしており、別個の支払い義務を負わせるような条項ではなく、違約罰条項ではないとしていた。

### 3) 不当性判断の考慮要素・価値判断

BGB307条2項は、顧客にとって不当に不利であることは、当該条項が法律上の規定の本質的な基本的思考に合致していない場合（1号）、または当該条項が契約の性質から明らかとなる本質的な権利及び義務を契約の目的達成が危険にさらされるほどに制限している場合（2号）に認められるとする。したがって、そこからの逸脱が問題とされるべき法規範が存在するか否かが不当性判断の重要な手掛かりとなる。

①③④判決は、BGB649条（請負における注文者の任意解約告知権）を逸脱する条項であり、BGB649条を排除していることは顧客の不当な不利益を根拠づける理由の一つであるとしていた。しかし、これに対して、⑥判決は、

---

14) Ulmer/Hensen, BGB § 309 Nr.6 Rn.7., BGH NJW-RR1993,464 参照。

〈24〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

顧客は請負契約を解約したいわけではなく、BGB649条が排除されているという観点からBGB307条2項違反として無効とする構成には説得力がないと批判し、むしろ、残部航空券失効条項によって給付と反対給付の均衡が妨げられることになることを重視していた（⑥判決）。

さらに、当該条項の不当性を肯定し無効とする判決では、顧客は当初のチケットについて全額支払った上、復路についてさらに支払うという不利益を受けること（②判決⑥判決）、顧客が往路に搭乗しないことによって航空会社に不利益はないこと（①判決）、復路の航空券を失効させることにより航空会社は一つの席を二重に販売するという利益を得ること（②判決⑥判決）、航空会社の価格体系維持に関する利益は約款規制にあたっての考慮要素とならず（④判決）、航空会社の価格形成の自由が妨げられるわけでもないこと（③判決）を理由として挙げている。これに対して、当該条項を有効とする⑧判決では、顧客が自ら搭乗しないことによって給付と反対給付の均衡をやぶっているのであり、格安航空券を市場に出すことを可能とする価格体系を維持するために顧客のクロスチケットなどの行動を阻止するための当該条項は、航空会社の利益のみを一方向的に考慮するものではないと評価している。

## 2 BGH判決とその法律構成

### (1) BGH判決

以上のように、OLGにおいて、問題の条項の有効性について見解が分かれた中、2010年4月29日に、⑤⑥判決と⑦⑧判決の上告審として二つのBGH判決が出されるに至った。判旨には、事実関係と主張の違いに応じた若干の違いはあるものの、主要部分について同一の判断が示されていることから、ここでは、⑤⑥判決の上告審について詳しく紹介することにしよう。（アンダーライン筆者）

⑨BGH U. v. 29.04.2010 (XaZR5/09) ⑤⑥の上告審 NJW2010, 1958

[事案の概要]

上記⑤⑥参照。Xは、消費者との契約において3c号1という条項を用いることをやめること、1977年4月1日以降に締結された契約の清算においてこの

条項の援用をしないことを求め、予備的に、ドイツ居住の消費者および契約上の出発地がドイツである場合の契約に当該条項を用いないことを求めている。LGはXの訴えを認容し、OLGは予備的請求の範囲で認めた。上告手続きにおいて、Xは、2009年12月17日以降に締結された契約に訴えを制限した。

[判旨の概要]

BGHは、まず、控訴審裁判所の判断の概要を示し、また、ドイツの裁判所は、EuGVVO5条3号によって国際管轄を有すること、2009年12月17日に施行された契約上の債務関係に適用される法に関する2008年17日の593/2008号規則によって、旅客運送契約に対しては、その国に出発地や指定地がある限りで、旅客の通常の滞在地にある国内法が基準となるところ、上告手続きの争いの対象は、2009年12月17日よりもあとにドイツにその住所がある消費者によって締結された出発地がドイツにある契約における問題の条項の使用に限定されたので、条項の有効性はドイツ法によって判断されることを確認する。そして、差し止めが求められた条項の有効性について以下のように判示する。

「4. Xは、Yに、UkLaG3条1項1号・1条によって、問題の条項の使用差し止めを求めることができる。当該条項はBGB307条1項によって無効である。

a) この条項によって、運送給付を一部分だけ利用する顧客の権利は排除されている。このような排除は、控訴審裁判所が正当にも認めたように、BGB307-309条の内容審査の下に置かれる。

aa) BGB307条3項1文によれば、法規定から逸脱しこれを補充する普通取引約款の条項が内容規制の下に置かれる。これに対して、主たる給付の直接の対象に関する合意（いわゆる給付記述条項）は、契約自由を考慮して、他方当事者によってもたらされる対価に関する合意と同様に、内容規制に服さない（BGHZ146,331,338参照）。このような意味における規制を免れる給付記述条項は、なるほど、義務づけられた給付の種類、範囲、質を確定するような条項だけである（BGHZ161,189,190f,BGHZ148,74,78…）。法律から逸脱して、主たる給付約束を、あるいは信義誠実によって義務づけられる給付を、変更し修正する条項は、内容規制の下に置かれる。したがって審査を免れる給付記述条項は、それが欠けた場合には、本質的契約内容の確定ができず、有効な契約をもちや承認できないような狭い領域の給付記述条項だけである（BGHZ148,74,78;BGHZ141,137,141…）。

〈26〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

bb) 一方における、出発地、目的地、時期、運送すべき人によって特徴づけられる運送給付、そして、他方における運送給付へ支払うべき対価は、Yによって顧客と締結された旅客運送契約の主たる給付義務に属する。合意された運送給付の一部利用をする旅客の権利の排除によって、Yが契約上義務づけられている給付も、その対価請求権も内容的には変更を受けていない。

cc) 一部給付に対する旅客の請求権の排除によって、運送条件は、法律の規定を逸脱している。

(1) 債権者は、信義誠実の原則に反しないかぎり、原則として契約上、債権者に帰属している全給付の分割可能な一部だけを債務者に要求する権利を有する（…）。この準則は、債務法の本質的な基本思考に属する。というのは、一部給付の請求権によって債権者は、そこに利益を有する全給付の一部だけにかかわる可能性を有する。同じことは、債権者が、全給付の要求に結びついたりリスクや不利益を、耐え得るあるいは希望する範囲に制限するため、全給付を減じられた範囲に制限したいと考える場合にも妥当する。このような権利は、意図された給付結果、すなわち債権者の利益を満足を生じさせるため、可能性、要求可能性、相応性に基づき給付をもたらすという、一般的な給付目的に合致する正義の要請から導かれる（…）。

(2) Yによって提供される航空運送給付は法律上も経済上も分割可能である。給付は、減価を伴わず、給付目的を侵害せずに分割給付に分けることができるときには、分割可能である（…）。口頭弁論で議論された適用事例は、Yの直行便を超える飛行を含む運送給付は、通常、この意味において、容易に、Yによってもたらされる個々の運送給付に分割できることを示す。問題の条項は、たいていの場合、国境を超える飛行にかかわり、そこでは、顧客は、希望する主たる飛行のほかに、主たる飛行の出発地までの乗継便と一緒に予約するという事例にかかわる（Cross-Border-Selling）。他方では、この条項は、重複予約の形での往復飛行機の同時予約にかかわる（Cross-Ticketing）。両方の事例において、契約上の全体給付は、事実上も法律上も分割可能である。一部不能は絶対的定期行為の観点からは生じない。というのは、航空運送給付は、通常、絶対的定期行為ではないからである（…）。また、一部給付は、絶対的定期行為においても、一部給付の利用時点において何の変更もない限りで、可能である。旅客の履行請求権は、具体的にその時々々の飛行にのみかかわり、不搭乗によって失われ、取り戻すことはできないという

ことは、BGB275条2項の経済的不能の観点からも明らかである。飛行機のやり直しは要求されない。しかし、この不能は乗らなかつた飛行機にのみかわかる。それ以外の約束された航空券の飛行は、これによって不能となることはなく、それゆえ、一部可能であることは妨げられない。上告理由がいうような運送給付が二つの飛行によってもたらされず、一つの飛行によってもたらされる場合に事情が異なるかについては、条項はこのような事例に限定されていないので判断する必要はない。

(3) 旅客の一部給付に対する請求権は、原則として、信義誠実に基づき、排除できないものである。たしかに、旅客が、その希望している出発空港から目的地までの直行便が提供されているにもかかわらず、契約締結にあたってすでに、Yの全給付を利用する意図を有さず、むしろ、Yがたとえば乗継ゆえの不便さや時間のロスを受ける顧客に対してのみ提供している価格上の利益を獲得することだけが目的で、これを予約している場合には、信義誠実に基づき排除し得るかもしれない。しかし、この条項は、そのような事例における一部給付利用の請求の排除に制限されておらず、むしろ、旅客が、変更された計画ゆえに、主たるフライトの空港近辺におり、あるいは乗継便に乗り遅れ他の方法で主たる飛行機に乗ろうとしている場合をも含めている。このような場合に、信義誠実の原則は、主たる飛行への運送に対する旅客の請求権を妨げるものではない。

b) 運送給付の部分利用をする顧客の権利を（一般的に）排除することは、顧客を、信義誠実の原則に反して不当に不利に扱うことになる。なぜなら、それは、法律上の規定の基本思考に合致せず、Yの利益は、条項によって行われた方法での法規定の逸脱を正当化できない。

aa) Yは問題の条項によって、一定の乗継便と結びついた長距離飛行および一定の往復便を、全給付約束によって包括される個々の飛行よりも安く提供するという利益を追求している。このような提供は、Yに、乗継便の出発地における安い価格期待を正当に評価することを可能ならしめている。このような期待は、個々の出発地における様々な価格水準から結果として生じ得るものであり、乗継便はこれが直行便よりも安い場合にのみ予約されるということからも生じる。一定の最低滞在期間を予定する往復チケットの提供によって、Yは、目的地に比較的長い滞在を予定し、計画がフレキシブルで、安い価格であれば不便な時間帯でも購入する旅行者の価格イメージを正当に

評価できるようになっている（…）。そのような料金の内容形成は、もし、より高い価格で提供している直行便の利用を獲得するために、安い乗継便価格を旅客がつけこんで利用することを、Yが甘受しなければならないとすれば、目的を達成できないことになる。したがって、この条項は、正当な、条項規制においても原則として尊重されるべき、その時々様々な需要に応じて、その価格を私的自治的に形成し、市場の必要性にあわせ、市場において入手可能なベストな価格を要求できるようにするというYの努力に役立つものである。

bb) しかし、このようなYの利益は、最初の一部給付の利用に障害が発生し、あるいはその利益を後から失わせるような、計画の後発的変更や事情の変更の際、Yに対する全給付の請求権を失ってしまう顧客の利益と対立する。顧客は、予約された運送給付の枠内で、彼にとって利益のある予約されたチケットの利用をする自由を有してよい。旅客にとっては、支払われた航空代金は、少なくとも、彼らが生じた変更に基づきなお利益を有する等価物を具体化すべきものであり、その結果、この部分について、新たに、場合によってはより高い値段で、予約する必要性を強制されない。

cc) 旅客のこの利益は、Yがその運送約款で、変更希望の際に、旅客が変更にかかる代金を受け入れる場合に、予約変更を提供していることによって考慮されているとは言えない。予約変更条項は、このような場合、顧客によって払われるべき価格について明示していないし、旅客が、彼によって支払われたのと同じ値段で、あるいは予約変更に際して支払うよりも安く、本来の予約時には、残部の運送給付に該当する個別の請求権を入手できていたという場合に、旅客を、Yによって日々確定される高額な価格から保護するような条項でもない。

dd) 料金体系の効果を失わせないようにするというYの利益は、一部給付請求の一般的な排除を正当化しない。というのは、Yはその利益を他のより穏やかな条項によって擁護できるにもかかわらず、顧客が払った対価に対して、反対給付を完全になくすことによって、問題の条項によって、一部不搭乗の際に、締結された旅客運送契約の等価関係が、完全に顧客の負担に移動するものとなっているからである。約款使用者の正当な利益に基づき相手に課せられる普通取引約款における義務とサンクションは、過剰禁止の下にあり、相応な限定を必要とする（…）。いずれにせよ、条項は給付の等価関係

の顧客に対する過重な負担にいたっている。Yの価格構造の私的自治的形成に関する利益の擁護には、この構造の裏をかく行為の回避のために、一部区間不搭乗の場合、より高額の対価の支払いを顧客に課す条項で十分である。たとえば、一部給付の利用がなかった場合、残部給付に対して、予約時点でこの一部給付に請求されている価格の支払いを定めることで十分である。そのような条項は、運送給付の部分的な利用の場合に、場合によっては、追加料金の支払いをYが要求さえすればよいので要求できないものではない。問題の条項によった場合、Yは、旅行の各ステーションで、条件が遵守されているかをチェックし、給付を完全に利用していない顧客を拒絶するという形で権利主張することになる。同じような方法で、Yは、顧客が追加料金を支払うかどうか左右させる形で対応できる。その他の点では、そのような条項があれば、料金構造回避の試みは魅力的ではないので、主としてこの条項の適用としては、顧客がその当初の計画から逸脱して計画して行動をしなければならなくなり、それゆえ一部給付を利用できない事例だけを考慮することになるであろう。」

⑩BGH U. v. 29.04.2010 (XaZR101/09) ⑦⑧判決の上告審

問題とされた条項部分や控訴審判断に違いはあるものの、⑨判決の同じ判決が示されている。

(2) BGHの判断のポイント

BGHは、問題の条項を、単なる給付記述条項ではなく、BGB307条から309条の審査対象となる条項であるとする。その上で、この条項は、債権者による給付の一部利用は可能であるという法原理から逸脱し、一部利用可能性の一般的な排除は、原則として信義誠実の原則に反することになるが、その一方で、航空会社の価格政策維持とこの裏をかく顧客の行動の阻止（Cross-Ticketing・Cross-Border-Sellingの禁止）については航空会社に正当な利益があることを認める。BGHは、一般的法原理からの逸脱はあるものの、約款使用者の正当な目的が認められる条項であることを前提に、残チケットを失効させ、搭乗時の値段で新たに部分チケットを購入させることになる条項は、意図的にこの価格政策の裏をかこうとする顧客のみならず、事情変更等で一

〈30〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

部区間搭乗できなかった顧客にも適用される点で、航空会社の目的に照らして行き過ぎであり、等価関係という観点から一部不搭乗の顧客に過剰な負担を負わせていると判断している。結論としては、一般的に一部不搭乗の場合に残部チケットが失効すると定める条項は、BGB307条によって無効であり、航空会社は、より緩やかな条項で目的を達成すべきとする。

BGHは、さらに、傍論において、例示的に、許容できる内容の条項として、割引の条件となっている全区間の搭乗をせずに、一部区間不搭乗であった顧客に対して、予約時点でその区間だけを購入した場合の価格との差額清算を請求する条項は認められると述べている（差額が請求されることが明らかとなれば、価格システムの裏をかく顧客の行動はなくなるであろうとも述べている）。

BGHの見解は、全区間利用が条件の給付について、一部の利用はできるものの、割引特典は受けられなくなるという方向での解決を示唆するものである。判旨からは、不可抗力による一部不搭乗の事態の扱いは必ずしも明らかではないが、予約時から一部不利用を意図していなかったケース（予約後の契約変更）でも、顧客は一部不搭乗による割引特典の喪失を甘受しなければならぬことになる。

BGHの判決に対しては、これからドイツにおいて学説の見解などが示されていくであろうが<sup>15)</sup>、BGHの判断は、残部チケット失効条項を無効とはしたものの、Cross-Ticketing・Cross-Border-Sellingを許容しないという態度を明らかにしたものであり、基本的には、航空会社の現在の価格政策を尊重するものと評価できるのではあるまいか。

---

15) 脱稿後、Dr. Stefan Greinerにより、BGHが提案する清算条項について、個人の意見としては、不可抗力による一部不利用時には割引価格を維持すべきだが、乗客の一身上の事由（病気等）による場合は、差額清算されてよいのではないかというコメントを頂いた。この場で御礼申し上げる。

### Ⅲ 格安・割引航空券の一部不使用と日本における 不当条項規制

#### 1 問題の確認

以上のようなドイツにおける議論の立て方を参考としながら、関連する日本法の適用・解釈という観点から、同種の条項の有効性について検討を加えてみよう。日本においては、最初に確認したとおり、同種の契約条項を、国際航空運送約款として航空会社が用いているところであるが、実際のトラブルが殆どないためか、裁判において争われるには至っていない。ここでは、ドイツにおいて差し止めの対象とされた〔条項A・一部不搭乗の場合の残部航空券失効条項〕のほか、日本において話題にのぼることの多い〔条項B・経路変更の場合の正規料金との差額清算条項〕もあわせて、検討を加えておく。検討すべき課題は、1)約款・条項の契約への組入れ、2)これらの条項の性質と条項を規制するにあたって適用される条文の確定、3)無効か否かを判断するにあたって考慮されるべき要素である。

#### 2 約款・条項の契約への組入れ

約款の契約への組入れについて、日本の従来<sup>16)</sup>の判例理論<sup>16)</sup>は、個別条項の内容を認識していなくとも、約款による意思によって約款の拘束力を認める。しかし、約款の拘束力の承認には、民法（債権法）改正委員会の指針に示されているように、原則として、適切な開示（個別条項の認識可能性の付与）と当該約款によることへの合意の有無が問われるべきであろう<sup>17)</sup>。このように考えても、店舗でのチケット購入時には約款を記載した文書が交付されることによって、ホームページを通じてのEチケット購入の場合には契約成立までのプロセスにおいてわかりやすい形で約款へのリンクが示されることによって、最低限の開示は足りていると考えられ、約款全体の契約内容化が否

16) 大判大正4・12・24民録21輯2182頁。

17) 約款の組入れの問題については、河上正二『約款規制の法理』178頁以下（有斐閣、1988年）とそこに紹介された諸見解のほか、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般(1)』86頁以下（商事法務、2009年）を参照。

定されることはない。

それでは、条項A・Bの契約内容化はどうか。ドイツの裁判例の多くは、条項Aについて、異例的な不意打ち条項とまでは言えないとしていた。しかし、ドイツで行われた個別の損害賠償訴訟や消費者センターに寄せられた苦情は、約款へのリンクだけでは顧客がこの条件に目を通さず、あるいは約款の意味するところを十分に理解できなかったことに起因していたことが推測される。一部不搭乗によるチケット失効という意味内容を顧客が予約前に明確に認識できていた場合には、顧客はあえてCross-Ticketing・Cross-Border-Sellingに踏み出さなかったと考えられるのである。日本では、不意打ち条項の契約内容化を否定する立法を行うべきか否かについて議論があるところであるが<sup>18)</sup>、その当否は別として、個別条項の契約内容化については、通常損耗補修条項特約の成立を否定した最高裁平成17・12・16判時1921号61頁が参考となる。条項Aや条項Bは、当初合意された給付や対価という主たる給付内容に影響を与える重要な条項であり、また、ドイツのBGHの判決でも言われていたように、一般には、債権者は可分な給付の一部利用・一部放棄は可能であり、顧客も、通常は、当初約束された対価を全部支払うのであれば、分割可能な給付の一部利用・一部放棄に問題はないと考えるであろう。このような主たる給付内容に影響を与え、一般的な法原理や顧客の平均的理解から逸脱している条項については、より高度なレベルの開示が要求されてよいと考える。そうであれば、契約書やHPに、平均的顧客に理解しやすい形で、一部不搭乗による残部チケットの失効や割引価格の不適用について具体的に記載していない場合には、当該特約についての合意は成立していないと判断する可能性はあるものとする。もちろん、このような契約条件が具体的に平明に示されている場合には、合意内容化を否定することはできないが、少なくとも、現行の約款の文言と約款全体の交付・リンク貼りだけである場合には、具体的に平明に説明しているとは言い難いのではなかろうか。

チケット購入時に、国際運送約款へのリンクを示すこととは別に、割引適用条件などについて契約条件が平明に示されているような場合には、条項A・Bの契約内容化は否定されないので、内容規制の問題となり、また、適格消費者団体による差止訴訟の対象という観点では、消費者契約法8条から10条

---

18) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注■94頁以下。

による条項A・Bの規制可能性が直ちに問われることになる。

### 3 内容規制

#### (1) 条項の性質と適用条文

問題となっている条項が、どのような種類の条項なのかを判定するプロセスは、とりわけ不当条項リストが完備されている場合には、重要な意味をもつ。

条項A（一部不搭乗の場合の残部航空券失効条項）に対し、ドイツでは、内容規制を免れる給付記述条項か、BGB309条6号により無効となる違約罰条項に該当するのかが検討されていた。日本においては、違約罰条項を無効とするようなブラックリストは存在しない。しかし、いずれにせよ、伝統的な意味での違約罰とは、顧客に契約上の義務を履行させる圧力手段であって、損害賠償とは別の付加的金銭支払い約定であることからすれば<sup>19)</sup>、条項Aの目的は顧客を搭乗させること自体にあるわけではなく、伝統的違約罰概念に直ちに該当するものではない。また、条項Aは、損害賠償の額を予定するものではなく、平均的な損害の額を基準に不当条項を規制する消費者契約法9条1号の適用は問題とならない。条項Aは、一部不搭乗の場合の残部運送給付に対する請求権の失効条項、旅程通りの運送についてだけ航空会社の給付義務を定める条項、あるいは定められた旅程を割引価格に対する一つの不可分単位として設定している条項などと解する余地があり、いずれにせよ給付内容・価格の設定にかかわる条項と言える。もっとも、当該条項がなくとも、契約の主要内容は確定されているということができ、また、当該条項がなければ、全旅程のうち一運送機関による離陸から着陸は可分な一単位であると考えられ、一区間を利用してなくても、残部は不能となるわけではないことからすれば、残部区間に対する請求権・運送給付義務は存続し続けるのが原則となりそうである。そうであれば、当該条項がなければ存在したであろう法律関係を修正する条項として消費者契約法10条<sup>20)</sup>、あるいは消費者契約ではない場合には民法90条・1条2項による規制を考えることができよう。

19) 奥田昌道編『注釈民法(10)』420条 [能見善久] (有斐閣、1987年) 参照。

条項B（復路不搭乗の場合の差額請求条項）はどうか。顧客の行動は、当初支払われた運賃と引き換えに本来全旅程の給付を請求する権利が顧客にあるところ、これを一部放棄したものとみることができる。条項Bは、このような事態について、割引運賃の適用を否定し、正規料金との差額を請求するものであるので、顧客の側は、この条項は契約の中途解約に対する損害賠償額の予定あるいは違約金条項であり、消費者契約法9条1号によって、平均的な損害は0であるから無効であるという主張を行うかもしれない。しかしながら、この条項Bの目的は、条項Aと異なるところはない。条項Bは、個別事例において発生し得る損害の填補を目的とするわけではなく、一定の条件を満たす顧客にのみ割引価格によってサービスを提供し、この条件に合致しない顧客を割引価格の適用から外すという目的を有するものである。この条項を置くことにより、航空会社の目的を妨げる顧客の行動は阻止・抑制されることになる。条項Bは、定められた旅程を割引価格に対する一つの不可分単位として設定し、逸脱の場合には割引価格の適用を否定する条項と言えそうである。したがって、条項Bも、給付の内容・価格にかかわる条項ということになるが、この条項がなければ、当初定められた対価を全額支払った上、権利の一部を放棄することは可能であることが原則となることからすれば、消費者契約法10条の適用は否定されず、消費者契約にあたらぬ場合には、民法90条、1条2項による規制を考えるべき条項ということになろう。

なお、現行法を前提とすると、事業のために運送契約が締結された場合、条項無効の主張は民法1条2項または民法90条に基づいて行われることになるが、運送機関の利用約款に関しては、消費者契約か否かで実質的不当基準に差は生じないと考えるべきではなからうか。なぜなら、運送契約の条件の設定にあたっては、ビジネス顧客においても個別交渉の余地は典型的に存在せ

---

20) 消費者契約法10条の価格など中心条項への適用可能性については議論がある。中心条項への適用を一般的に肯定する見解、価格条項の中でも市場競争が機能しない付随的価格条項については適用を肯定する見解などがみられる。価格に関する条項と消費者契約法10条については、山本豊「不当条項規制と中心条項・付随条項」『別冊NBL54号 消費者契約法—立法への課題—』94頁以下（1999年）、田中教雄「消費者契約法10条による不当条項の規制に関する一考察」法と政治52巻2・3号199頁以下（2001年）、桑岡和久「価格付随条項の内容規制(一)（二・完）」民商127巻3号355頁（2002年）、127巻4・5号678頁（2003年）など参照。私見は、価格や主たる給付内容にかかわる条項でも、少なくとも、その条項が不当とされ抜け落ちてても、契約が確定性を失わず維持できるような条項は、現行消費者契約法10条の適用対象とできると考えている。中心条項規制の問題は別の機会に詳しく論じた。

ず、運送事業者側も同等取り扱いを前提としているので、このような取引類型において、約款上の条項規制が行われる場合に、顧客による利用が事業目的か否かで、異なる基準を用いる理由はないと考えられるからである。

## (2) 不当性判断の考慮要素と評価

それでは、条項Aや条項Bは、信義誠実の原則に反して消費者の利益を一方的に害するものと言えるのであろうか（消費者契約法10条後段）。

まず、条項Aと条項Bの目的が、一定の顧客だけに格安・割引航空券を提供し航空会社の価格政策を維持することにあることは、ドイツ法の検討から確認できたところである。この価格政策が尊重されるべきものとすれば、航空会社の条項設定目的は正当であることになる。ドイツのBGH判決は、目的は正当であるが、この目的達成の手段として、条項Aは過剰であり、すべての顧客について、残部チケットを失効させることは、信義誠実に反して顧客を不当に不利に扱うことになるとしていた。これは、消費者契約法10条による条項の不当性判断にあたっても参考となる視点である。往路不搭乗の顧客には、片道を予約していた場合との差額を支払わせれば足り、残部チケットを失効させて、顧客に新たなチケットを購入させる必要はない。この点では、日本で用いられている条項Aについて、消費者契約法10条による無効を論じる可能性は十分にあるということになる。

さらに、ドイツのBGH判決は、傍論において、不可抗力の場合の扱いは明らかではないものの、顧客の一部不搭乗が確認された場合、予約時点での正規価格との差額を清算する条項を提唱している。カウンターで一部不搭乗の理由を確認することには限界があり、これを航空会社に厳密に調査させることは、生じるコストから、結局、航空会社の価格政策の維持を危うくする可能性があり、問題がある。しかし、たとえば、事故による交通機関の遅延や災害などの事情で、往路や乗継便に乗り遅れ、結局、復路や主たる飛行部分だけを利用することになった顧客については、搭乗時に不可抗力事情などを文書その他の明らかな証拠から確認できることを要件に、一部不搭乗を理由とする差額請求をしないという処理をすることは航空会社にも要求可能なのではなかろうか。このような顧客は、まさに航空会社が格安での呼び込みの対象としていた顧客であり、不可抗力の事態などの証明を要件とすれば、

〈36〉 格安・割引航空券の一部不使用と不当条項規制（丸山）

航空会社に確認の過剰なコストをかけることにはならないからである。

#### 4 終わりに

割引特典と商品設計という問題に関しては、いわゆるNOVA事件<sup>21)</sup>が想起される。NOVA事件では、割引価格清算条項は、特定商取引に関する法律49条2項1号の適用問題としてではあるが、損害賠償額の予定・違約金条項と性格づけられ、制限金額を超える金銭の支払いを定める条項として無効とされた。中途解約権の確保や不確実性の均衡が問題となる継続的役務提供の割引価格清算条項と、格安割引航空券におけるチケット失効・経路変更時差額清算条項とでは、その目的・内容は異なっており、不当性判断において考慮されるべきファクターも異なってくるものの、割引特典の適用・不適用にかかわる条項を、損害賠償額の予定・違約金条項の問題としてアプローチすることには問題があると考え<sup>22)</sup>。割引特典の適用・不適用にかかわる条項は、消費者契約法9条1号ではなく、消費者契約法10条や民法90条の問題として捉え、契約類型の特徴や割引・差額清算条項の具体的内容・目的などに応じて、その不当性を検討していくべきであろう。

なお、ドイツにおける苦情や訴訟の増加は、航空産業における価格設定の仕方自体にも原因があると考え<sup>23)</sup>。航空運送市場の自由化と競争政策<sup>23)</sup>、さらには、競争法と私法との関係についても、国際航空運賃の問題は、興味深い素材を提供しているが、このような観点からの考察は今後の課題としたい。

---

21) 最判平成19・4・3民集61巻3号967頁。

22) NOVA事件判決には多数の評釈が示されており、判決の法律構成の是非について、評価は学説においても分かれている。「探求 受講契約解約清算金請求事件」(鎌田薫・高野一彦・本田純一・松本恒雄・山本豊) NBL858号12頁以下、遠藤曜子・金判1277号8頁、池本清治・NBL872号18頁、滝沢昌彦・判例セレクト2007(法教330号)16頁、千葉恵美子・判評591号6頁、山本豊・ジュリ増刊1354号平成19年重判82頁、石田剛・消費者法判例百選126頁などがある。

23) 国際航空協定や航空運賃設定と独禁法については、政府規制等と競争政策に関する研究会「国際航空市場の実態の競争政策上の課題について」(平成19年11月29日)、多田敏明「日米加独の航空産業における略奪的価格設定」土田和博=須網隆夫編『政府規制と経済法』303頁以下(日本評論社、2006年)を参照。