

平成30年（ネ）第2658号 契約締結差止等請求控訴事件

控訴人 特定非営利活動法人埼玉消費者被害をなくす会

被控訴人 株式会社NTTドコモ

控訴理由書

平成30年6月18日

東京高等裁判所民事部 御中

控訴人訴訟代理人弁護士	長	田	淳
同	松	苗 弘	幸
同	久保	田 和	志
同	佐	藤 徳	典
同	木	村 智	博
同	宮	西 陽	子
同	木	下 真由	美
同	月	岡	朗
同	貞	松 宏	輔

記

第1 原審判決の内容

- 1 本件は、「この約款は変更することがあります。この場合には、料金その他の提供条件は、変更後の約款によります。」といういわゆる包括的な約款変更条項（本件変更条項）について、消費者契約法（以下、単に「法」ということもある。）10条該当性（①10条前段該当性、②後段該当性）が争点となつ

た事案である。

原審判決は、①法10条前段該当性は、肯定したものの、②法10条後段該当性を否定した。

2 しかしながら、原審判決は、

- ① 契約や約款の変更においても、当然に私的自治の基本原則である意思主義が妥当し、本来当事者の個別の同意が必要であるとの原則を確認しながら（原審判決11頁）、他方で本件変更条項を根拠に（個別の同意がなくても）意思主義に基づかない約款変更が許されることについて何ら論理的な法的根拠を示すことなく、しかも、極めて緩やかな範囲で認めている点
- ② 契約変更や約款変更の場合において、その変更に対する同意、不同意の権限を剥奪され、事業者側のみはその権限が付与されるということ自体が、私的自治の原則及びこれに基づく意思主義の原則からすれば、まさにその前提となる基本的権限の剥奪であり、著しい不利益であるにもかかわらずこれを軽視している点
- ③ 適格消費者団体による差止請求権の制度が事後的に条項を無効として扱えば個別救済できる条項であるものを事前に排除し消費者被害を予防するために認められた制度であることを看過し、学者の見解を全て無視して、事後的に個別救済できることを理由にして本件変更条項の不当条項性（法10条後段該当性）を否定している点
- ④ 原審において裁判所が積極的に、具体的に変更された本件手数料条項の合理性は、本件変更条項の不当条項性を否定する論理的根拠にはならず、直接的な論理関係がないとして争点整理をしておきながら、本件手数料条項の変更が合理的であることを本件変更条項の不当条項性を否定する積極的な理由としている点
- ⑤ 被控訴人の契約のほとんどが消費者に対して期限前解約について違約金の定めを置いている契約＝期間の定めのある契約＝であり、変更後の約

款内容に異議のある者が自由に契約を解約できる権利も付与していないにもかかわらず、安易に本件変更条項を適用させている点やその点の合理性等についても何ら理由中に示すことなく、本件手数料条項が合理的であることを認め本件変更条項の法10条後段該当性を否定している点

- ⑥ そもそも上記⑤の点のほかにも、本件手数料条項の変更については、被控訴人に大きな経済的利益を与える変更であり、消費者の同意なく変更出来るほどの合理的な変更とは到底いえない要素を多数抱えていることを看過し、本件手数料条項の変更が合理的であると認定している点

など重大な誤りがある。

- 3 原審判決は、上記の通り明らかに論理的整合性を欠いている上に、民法改正における法制審議会の議論をはじめとした約款変更の一般的な解釈論とも大きく隔たりのある誤った判決と言わざるを得ない。

速やかに改められるべきである。

- 4 本件控訴理由書においては、まず、控訴人が差し止めを求めている本件変更条項の位置づけについて確認し、その上で上記の原審判決の誤りについて論じる。

そして、最後に、原審が明白な論理矛盾をおかしてまで控訴人の請求を棄却した理由と考えられる本件変更条項を無効にすることにより生じる事業者にとっての具体的弊害はほとんどないこと、及び本件変更条項を有効にすることによって、生じる消費者にとっての実害の方が極めて大きいことを論じる。

第2 控訴人が差止を求めている本件変更条項について～本件変更条項の位置づけ

～

- 1 原審において、控訴人は、消費者にとって本件変更条項から個別同意のない約款変更の合理的限界を見いだすことはできず、それゆえ本件変更条項は、白紙的な包括的約款変更条項であると主張した。

このような不明確かつ包括的な条項は、事業者に対して消費者契約の条項の明確化を求めている法3条の定めにもそぐわない規定である。

- 2 加えて、被控訴人は、原審において、約款変更と本件変更条項の関係について下記の通り、主張している。

「意思主義とは、当事者の意思に基づいた法律効果が発生するということであり、本件では、本件変更条項によることが当事者間で合意されているのであるから、本件変更条項に基づいた法律効果が発生するのである。」（被告第5準備書面2頁第1項）。

この主張において、被控訴人は、契約時に本件変更条項に合意することを以て意思主義の要請である当事者の合意の要件がすべて満たされていると主張している。

しかしながら、意思主義における合意が法律効果の発生に向けた同意である以上、このように無限定な合意が法律効果の発生の前提となる合意（同意）として意味を持つことはない。原告準備書面（3）2頁及び同準備書面（5）で引用した法制審議会民法（債権法関係）部会での民法改正における議論も同様の理解である。そして、現に改正民法548条の4が、約款変更においては約款変更を許容する条項があるだけでは変更後の条項について合意があったとは扱っていないことも明らかである。

この点に関する被控訴人の主張は失当であり、原審も法10条前段該当性における判旨においては、控訴人と同様の理解から同様の判断をしている。

- 3 原審において控訴人が差し止めを求めている本件変更条項は、意思主義のもとにおける法律効果発生の前提となる合意とは本来認められないにもかかわらず、被控訴人が意思主義のもとで変更後の約款に関する合意の直接の根拠であるとして扱っている条項である。

ところで、本件変更条項はその文言上許される約款変更の範囲に制限がない。しかも、一方的に約款変更をされる消費者の側に対する手続き的な保証も規定さ

れていない。その上で、被控訴人自身はかように広汎な約款変更権を付与する（と文言上解される）本件変更条項を約款変更の直接の根拠として扱っている。そうであれば、消費者の立場からはなおさら、本件変更条項は、原則として制限のない自由な約款変更を事業者に認めるものである、と理解されるのは当然なのである。

このことは、本件変更条項の不当条項性を判断する前提として、極めて重要である。

- 4 以上のように、本件変更条項に対する被控訴人の理解及び消費者からみて合理的にどのように解釈されるかという点を整理した上で、以下原審判決の誤りを指摘する。

第3 原審判決の論理的矛盾（意思主義の原則との関連）

- 1 意思主義の要請からは、本来、変更後の約款が効力を有するには、変更後の約款に対する個別の合意が必要である（甲第14号証以下）。このことは原審も確認している。

したがって、「将来にわたるいかなる約款変更にも同意する」という「あらかじめの包括的な同意」は、変更後の約款についての同意と評価することはできないのはもちろん、その同意は、意思主義の観点からは法的にはほとんど無意味なはずである。

もし、個別の合意がなくても約款変更が認められる場合があるとすれば、それは意思主義の要請からは、利用者にとって有利な約款変更であるなど、いわゆる「推定的同意」が認められるなど当事者の合意があったと同視することができる場合に限られるはずである（後述）。

したがって、このような「あらかじめの包括的な同意」に相当する約款変更条項があれば約款変更が許されるとか、反対に約款変更条項がなければ約款変更が許されないという論理的关系はないことは明白である（改正民法548条の4

参照)。

その意味において、本来、このような約款変更条項は、法的な同意としては無意味(無効)である。

しかしながら、被控訴人は、前述の通り、(まさに「あらかじめの包括的な同意」と文言上解釈される)本件変更条項による同意を「根拠」に(すなわち、「推定的同意」が働かない場面においても、包括的な)約款変更が許されると主張している(被告第5準備書面ほか)。

これは、いわばあらかじめの包括的な同意、すなわち、無意味な同意を意思主義のもとで法律効果を発生させる同意と同列に扱っているものであり、まさにこの点が問題なのである。

だからこそ、そもそも本件変更条項に基づく変更は意思主義の原則を逸脱するものである。

それゆえ、本件変更条項は、意思主義の原則に照らして、消費者の義務を加重し、権利を制限する規定なのである(原審判決11頁)。

しかしながら、これは法10条該当性を論ずるためにその条文の文言に沿って控えめに言っただけの話であり、本件変更条項が問題なく機能するよう見えるのは、せいぜい前述の推定的同意が働くなど当事者の合意があったと同視しうる場合と重複する場面にすぎない。その意味において、本件変更条項は独自に適用されるべき場面をもたず、その意味で約款変更の直接の根拠とはなりえない(推定的同意の働かない場面における同意の代替とはなりえない)。すなわち、絶対的なゼロ(無効)であり、法的同意の根拠としてその適用は想定しえないのである。

原審は、法10条前段該当性における判示部分では、この点を正しく指摘し、かつ同意のない約款変更が認められる法理は確立していないことも明示している。

すなわち、原審の判示では、本件変更条項は、本来必要とされる個別の合意ではなく、意思主義の観点からは法的に無意味であって変更後の条項に対する同意

とみなすことはできない、これを消費者契約法の文脈でいえば10条前段に該当すると確認しているのである。すなわち、法10条前段の「消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する」には、本来法的に無効な効果を発生されるかのように文言上定められている条項も該当する、と解釈しているのである。

にもかかわらず、原審は、この前提を失念し、本件変更条項を根拠に約款変更ができることを当然の前提にして（いわば、一度無効であると宣言したものを有効にして）、法10条後段該当性についての判示を展開している。

なぜ、意思主義に反する（いわば「無効」な）本件変更条項を根拠に約款変更ができることが当然の前提とされているか、ということについての法的根拠や理由は一切示されていない。本件変更条項による包括的同意は法律効果を発生させる同意としては無意味なことを確認しながら、本件変更条項を根拠に約款変更が出来ることを当然の前提として論理を展開することは、明らかに矛盾している。

本来であれば、本件変更条項の法10条後段該当性の検討は、本件変更条項が同意として機能しない場面を除外したうえで、これと反する（無制限な約款変更を認める）文言との比較検討において信義に反するものであるかを論じるべきなのである。

例えば、本件変更条項より文言上制限的であるが、（文言上読み取れる適用範囲において依然として）法的に無意味な同意を含む約款変更条項の法10条後段該当性の判断は、その無意味な同意部分が如何に広汎であるか、という点からなされるべきなのであり、その無意味な同意部分による約款変更を肯定したうえでの不都合性を検討するというのは（無効なものを有効と取り扱っているゆえに）論理的にも破綻しているのである。それなのに、原審は、無意味な同意部分を含む本件変更条項の適用を全面的に肯定したうえでその不都合性を論じるという奇妙な判断を行っている。

- 2 繰り返しになるが、意思主義の観点からは、本件変更条項のような包括的な約款変更条項は、法律効果を生じさせる同意とはいえず個別の約款変更を認め

る直接の根拠にはならないのである。

また、被控訴人自身が第5準備書面で引用する法制審議会の村松審議官の発言も、約款変更条項が約款変更の根拠となるものではないことを明示し、これを前提に発言しているのである（原告準備書面（5））。

- 3 以上の通り、本件変更条項のような包括的な約款変更条項は、そもそも約款変更を肯定する直接の根拠とはならないのである。

意思主義の原則を確認しながら、この点を看過し、当然に本件変更条項を根拠に約款変更が（しかも緩やかに）許されるとする立場にたつて法10条後段該当性を論じている原審の誤りは明白である。

言い換えれば、原審は、意思主義のもとで法律的な同意の根拠にならないと自ら確認した包括的変更条項を同意の根拠として約款変更を認めているという論理矛盾をおかしているのである。

なお、原審判決がこの誤りを前提にして差止請求に関する誤った理解を展開している点の問題については、後述する（後期「第5」）。

第4 原審判決が私的自治の場における自己決定権を決定的に軽視している誤り

- 1 このように、本件変更条項の法10条前段該当性を認める以上、それは本件変更条項が無意味な故に該当するのであるから、同条後段該当性を検討するにあたって、「仮に本件変更条項がその文言に定める通り適用された場合の不都合性」を検討すること（例えば、敷引特約のように、特約を適用した場合に生じるメリットとデメリットを比較するような検討方法）は論理矛盾である。そのような無意味な条項を存置することによって無制限な約款変更を許容する可能性、かかる可能性が引き起こす約款変更の限界を巡る無数の紛争が多数の消費者の権利を害することの不当性が問題であると評価されなければならない。

その意味において、被控訴人によれば、本件変更条項は、本来必要な変更後の約款に対する消費者の個別の同意なく約款変更を認める根拠として扱われて

いる条項である（すなわち、本件変更条項が名目的だとか、有名無実だとはいえないということである）のだから、もしかかる条項が有効とされるのであれば、契約変更や約款変更の場において、消費者はその変更に対する同意、不同意の権限を剥奪され、事業者側のみはその権限が付与されることになるのである。そのこと自体が、私的自治の原則からすれば、まさに基本的権限の剥奪であり、著しい不利益となるのであり、また、かかる条項を存置することによって、将来に渡って消費者の基本的権限を害する可能性が残ることが問題とされるべきなのである。

- 2 原審は、この基本的な権限の剥奪を余りにも軽視している。
- 3 個人の自己決定権は我が国の最高法規である憲法以下、全ての法律においてもっとも重視されている基本的権限の一つである。実際の変更内容の不利益の軽重にかかわらず、自己の同意なく、一方的に事業者の権限で約款変更がなされるということ自体が、消費者にとっては自己決定権の一方的な制限であり著しい不利益なのである。
- 4 こういうと利益な変更についても同様ではないかという批判が考えられるがそうではない。客観的に利益な変更で同意が不要なのは、その変更に対しては同意が推定されるからである（甲第21号証）。同意が得られるのであれば、自己決定権の侵害とはいえない。

その意味において控訴人も、合意がなければいかなる約款変更も認められないと主張しているのではない。具体的な変更の目的や内容によっては、結果として合理性が認められ、自己決定権の侵害とはいえないケースもありうる。

しかしながら、それは意思主義の原則の例外として許容される程度に合理性が認められる場合に限るのであって、包括的な本件変更条項を根拠に自己決定権の剥奪を許容することは自己決定権の剥奪自体を著しい不利益といわざるを得ない。

不利益な変更であれば、同意が推認されないケースも多く、その場合は、変

更の不利益の軽重に関わらず消費者は基本的な権限である自己決定権を剥奪されることになるのである。

しかしながら、包括的な本件変更条項は、広汎かつ無限定な約款変更を許容するものであり（変更に限界を画する文言は一切ないにかかわらず本件変更条項が制限的に適用されることの根拠は被控訴人によって主張ないし立証されていない）この不利益を著しいものではないと判旨している原審は、基本的な人権である自己決定権に対する理解が不足しているといわざるをえない。

被控訴人は、本件変更条項の存在を根拠として約款を変更しているのである。本件変更条項は、文言上包括的にすぎ、いかなる変更も許容しているという意味でも、消費者の関与無く一方的に約款変更を認める根拠とされている点でも基本的な権利である自己決定権を剥奪するものであるから消費者の権利を著しく制限し、義務を加重するものなのである。このような大きな不利益を、一定の不利益であり、著しい権利の侵害とはいえないと判示している原審の誤りは極めて明白である。

- 5 そもそも、被控訴人が用いているような包括的約款変更条項は不当条項であるという理解は一般的である。民法改正法案における議論の内容については、原告準備書面（3）（4）を中心に既に紹介しているが、民法の一般的な教科書においても、本件変更条項のような包括的約款変更条項は不当条項となる旨を明示している。

例えば、極めて実務的な要素を意識した立場といわれている道垣内弘人東京大学大学院法学政治学研究科教授によるリーガルベイス民法入門（日本経済新聞社）にも「現在、社会に存在する約款にも、「この規約は、当社が顧客の同意無く変更できるものとします。」という条項が入っている場合があるのだが、この条項は、場合によっては消費者契約法10条や民法548条の2第2項で効力が否定される場合もありうる。」と記載されている（甲第31号証・228頁）。原審判決のように変更後の約款が消費者契約法10条に違反するという理解で

ないことは明白である。

また、詳解改正民法（潮見佳男・千葉恵美子・片山直也・山野目章夫編 商事法務）においても、「しかも、「当社は約款を変更することがあります」といった抽象的な変更条項に典型的であるが、このような確定性の乏しい条項では変更後の内容自体が不明であって、変更内容について相手方が同意したと評価することはできない。むしろ、使用者に価格や給付の一方的な変更権限を与える約款条項は、不当条項との典型例だと考えられてきた（潮見佳男＝角田美保子「不当条項リストをめぐる諸問題」河上正二ほか・消費者契約法【別冊NBL54号】【商事法務1999号176頁など】）。」とも記載されている（甲第32号証・414頁 変更条項による事前合意、原告準備書面（1）や（3）でも同様の記述のある文献を紹介している）。

6 これらの点に関する端的な発言を原告準備書面（3）で多数引用しているが一部を再掲する。

(1) 法制審議会における山下友信委員の発言（甲第17号証・21頁）

「何も限定を付けないで変更出来ますというのは典型的な不当条項で、それを民法が基本形として置くというのはやはりどこかおかしい。」

(2) 法制審議会における山本敬三幹事の発言（甲第17号証・24頁）

「定型条項の変更についても、（中略）、変更留保条項を入れることに合理性があるのは、変更留保条項の中にどのような場面にどのような変更をするのかということが示されている場合だろうと思います。そして現実に健全な企業であれば、定型的に変更せざるを得ない状態が予想される時には、そのような形で限定して変更留保条項を入れるのではないかと思います。そのような限定をしない包括的な変更留保条項は、不当条項の典型であって、入れたくないというのが本当のところだろうと思います。それが、このままの形では入れざるを得なくなってしまうのが問題であるということを改めて述べておきたいと思います。」

(3) 法制審議会における沖野幹事の発言（甲第27号証・17頁）

「元々この定型条項の変更は、本来は一旦契約したものを変更するには個別の合意が必要なところ、それが困難であってかつ必要性や合理性があるという場合に例外的ルートを作ろうというものであり、元も変更出来るという条項がある場合、その変更出来るという条項が合理的な形で全てを書ききっているというようなものであれば、それは条項の問題であり、書ききっていないのであれば不当条項の問題だということですから」

第5 事後的救済が可能なことを理由に本件の不当条項性を排除した誤り

- 1 原審は、法10条後段該当性を否定するにあたり、約款の変更が民法90条に該当し、無効となる場合及び変更後の約款の内容が消費者契約法10条によって無効になる場合があるから、本件変更条項により消費者が被る一定の不利益は重大なものとはいえないと判示している（原審判決13～14頁）。
- 2 しかしながら、この論旨には何重もの誤りがあり、本末転倒な破綻した論理であることは明らかである。
- 3 原審は、本件変更条項が存在する場合は、（判示理由前段において）公序良俗に違反しない限り、約款変更が自由に認められると示している。しかしながら、原審は法10条前段該当性についての理由中において、個別の合意がなくても約款変更を許す法理は確立していないと正しく判示している。一方で、原審の法10条後段に関する論理では、（極めて例外的に適用されるべき）民法90条に違反しない限り本件約款変更条項を根拠に自由に約款変更ができる、という改正民法の立場とも全く異なる新たな法理を原審が作出していることになってしまう。
- 4 また、（判示後段において）は、変更後の内容が法10条に違反した場合には無効となることを理由に本件変更条項によって、消費者が被る一定の不利益が重大ではないと判示している。

しかしながら、消費者契約法の適用に限らず変更後の約款の内容が実体法上無効であれば約款変更条項の有無にかかわらず当該変更後の約款が無効となることは、当然である。その場合の法10条前段該当性は、変更前の条項ではなく変更後の条項の内容と一般法理や任意規定との比較を問題にしているところ、変更後の条項が無効とされる場合は極めて限定的なものになってしまう。これでは、包括的な約款変更条項があれば原則として個別の同意がなくても自由に約款の変更が許されることになってしまう。この結論は、意思主義の原則に明白に反するとともに、改正民法の立場とも明らかに異なる。

この点の原審の論理は、変更後の約款の内容が消費者契約法上無効とされなければ、自己の同意なく「常に」変更後の約款に拘束されることを認めているに等しい点で極めて不当であるし、論旨が逆転している。

- 5 そもそも、ここでいう「消費者の不利益」とは、本件変更条項によって、事業者に一方向的に付与された約款変更権に基づき、自己の意思に関係無くあらかじめ定めていた契約内容が不利益に変更されてしまうこと自体にあるのであるから、変更された後の内容のみが問題となっているのではない。

本件変更条項は、消費者の自己決定権という観点からいうと、これを一方向的に剥奪しているものなのであるから、それ自体明らかに著しい不利益と評価すべきなのである。

本来消費者は、事業者が契約の変更を申し込んだ場合、その内容自体に一定の合理性があったとしても変更を了承するか、変更を拒否し、当該事業者の他の契約や、当該事業者に限定せずに他の事業者などがより有利と思われるプランが存在していた場合、変更を拒否し、他の契約に乗り換える自由を有している。被控訴人の本件変更条項に対する考え方は、本件変更条項を約款変更がなされた場合には、その権利を全て奪い、変更後の約款に拘束されることを強いる規定なのである。

- 6 これらの点を看過し、単に事後的救済が可能であることを理由に本件変更条

項について法10条後段該当性を否定した原審の誤りは明白であるし、無効な条項が有効なものとして扱われるのを予防するために差止請求を認めている法の趣旨を没却するものなのである。

なお、原審は、控訴人が法10条に違反していない条項について差し止めを認めるように主張しているかのように判示しているが、控訴人の主張は、事後的救済が可能であるからといって、契約条項の明確化を事業者の努めと定める法3条の趣旨や当該規定を理解する一般的な消費者の解釈を不当に歪めた限定的な解釈を行うことによって、本来消費者契約法上不当条項とされるべき規定の差止請求を棄却するのは不当であるという趣旨の主張をしているのである。

原審の判断は、消費者契約法が制定され、そして、適格消費者団体に、具体的な侵害がなくても侵害のおそれがあれば、事前に差し止め請求を認めるようになった消費者契約法における制定、改正の過程及び趣旨を無視したものである。

第6 変更後の規定と本件請求との関係に関する原審の誤り

- 1 原審裁判長は、第2回口頭弁論期日において、控訴人に主張の補充を求めた際に、控訴人の本件変更条項の法10条該当性の主張と変更後の手数料条項の当不当は、直接の論理的関係にない（言い換えれば、手数料条項に合理性があることは、本件変更条項の不当条項性を否定する直接の論拠とはならない）との理解を自ら示した。
- 2 控訴人の理解としても、本件手数料条項の不当性の有無にかかわらず、本件変更条項は、不当条項であるとの理解であり、そのように主張している。

ただし、後述のように本件手数料条項の変更自体が、本来不当な変更であるから、そのことは本件条項の不当条項性を更に基礎づける要素であるから、控訴人は、この点についても、詳細な主張をしてきた。他方で、被控訴人は、原審第2回口頭弁論期日以降、この点については、積極的な反論を行わなかった。

- 3 しかるに原審判決は、当該手数料条項の有料化が合理的な変更であると認定

しそのことを本件変更条項の不当条項性を否定する積極的な理由として引用している。

4 この点でも、原審の論理は破綻している。

そして、後記「第7」以下の通り、本件手数料条項の変更自体、到底許されない不合理な変更である。

第7 そもそも本件変更条項を根拠に約款変更が認められるものではないこと（再度の確認）

- 1 すでに述べている通り、本件変更条項は、「この約款は変更することがあります。この場合、料金その他の提供条件は、変更後の約款によります。」という包括的なものであるから、意思主義のもとにおける法律効果を発生させる同意とは評価できない（控訴人準備書面（2）及び（3）に引用している文献及び法制審議会議事録。控訴人準備書面（4）に引用した村松審議官の発言及び原審の法10条前段該当性における判示参照）。
- 2 この点、例えば労働契約においても、当事者の個別の合意がなく、労働条件を切り下げることが原則として禁止されるが、例外的に、労働者に利益な内容も含んでいるなど限定的に高度な必要性がある場合には、合理性がある変更として認められることがある（労働契約法9条、10条）。しかしながら、労働契約書や就業規則に「就業規則は変更することがあります。この場合、給料その他の労働条件は、変更後の規定によります。」という規定を設け、これに同意していたからといって、この同意を根拠に労働契約法8条の同意があるとして労働条件の切り下げを有効とするような解釈論は存在しないといっていであらう。
- 3 本件変更条項のような包括的な同意は、法律効果を発生させる同意としては無限定で無意味な同意である。原審判決は、本件変更条項を根拠とした約款変更を認めるにあたって、何の法理に基づいて何を根拠にしているのか。根本的

な点が不明なままである。

- 4 被控訴人は、当該包括的な同意によって意思主義の要請をみたすといっているが、これが法律論としては突飛な論理であることは既に何度も指摘している。
- 5 本件変更条項の存在は約款変更を許す直接の根拠にはならない。

第8 被控訴人が、本件変更条項を根拠に、有期契約にも約款変更を適用させている上に、本件手数料条項を含む約款変更を行うにあたって、消費者に契約離脱の自由も与えていないこと及びこの点について原審の理由不備の誤り

- 1 被控訴人の契約は、契約期間満了前に消費者の側から解約する際には、期限前解約であることを理由に消費者に数万円の解約手数料の負担がかかる契約であり、2年程度の期間の定めがある契約がほとんどである（甲第23号証～第25号証）。
- 2 そのような契約であるにもかかわらず、被控訴人は、本件手数料条項を含む約款変更を行うにあたり、異議のある消費者に対して解約手数料を免除することもしていない。言い換えれば、被控訴人は、契約した消費者を契約離脱の自由も与えず有期契約で縛った上で、消費者に（利益な内容を一切含まない）不利益な内容の変更を含む約款変更を行っているのである。
- 3 一方で解約手数料により契約を縛りつつ、一方で消費者の関与無く、事業者が一方的に約款を変更することに当事者間に正当な公平性は全くなく、信義則に違反することが明らかである。これらの、本件条項が有期契約にも適用される点及び異議のある場合に違約金等なく契約から離脱する自由も手続的に保障されていない点からしても、本件変更条項の法10条後段該当性は明白である。
- 4 原審でも引用したが、あらためて松本恒夫一橋大名誉教授の法制審議会における発言（第98回）を再度引用しておく（甲第20号証）。

「変更の所で離脱との関係ですが、期間の定めのある契約をしている場合とない契約をしている場合と、二つパターンがあると思うんです。期間の定めのある定型約款による契約をしている場合に、期間内に変更するというのは、よほどの場合でないと認められるべきではないだろうと。相手方一般に有利な場合であればいいだろうけれども、そうでない場合は、諸般の事情に照らして合理的なものであるという部分は、期間の定めのある場合は、基本的には、これは満たさないと考えるべきではないかと思えます。期間の定めのない場合については、これは変更を認める必要は確かにあると思うんですけど、その場合は、正に離脱できるということが少なくとも新たに認められない限りは、やはり合理性の要件を満たさないと解釈すべきだろうと思えます。」（下線は、控訴人訴訟代理人による。）

- 5 本件変更条項は、解約手数料で当事者を縛る有期契約において、契約離脱の自由を認めない形で適用させている点について極めて公平性を欠いている。原審は、主張整理においては、控訴人の主張部分を引用しておきながら、判決理由中ではこの点について一切触れていない。そういった意味で理由不備の違法もある。

なお、約款に関する改正民法の解釈において、契約離脱の自由は合理性の判断において重要であると指摘する多数の文献も存する（甲第18号証、第19号証など）。

第9 本件手数料条項の変更自体の不当性にかかる原審の認定・判断の誤り

1 証拠や主張に基づかない事実認定

原審は、本件手数料条項の導入に関して「前記前提事実によれば、被告は、情報通信機器の普及率が急速に高まる中、環境保護の取組の一環として（中略）本件手数料条項を置いたことが認められる。」と事実認定している（原審判決14頁）。

しかしながら、前提事実と認定されている事実には、被控訴人が顧客にこのように説明をした事実は認められるものの、本件手数料条項の導入の目的が真に環境保護の取組の一環としての紙媒体の発行数のさらなる削減であったことを客観的に示す証拠は提出されていない。

むしろ、被控訴人自身、本件手数料条項の導入の目的は、「単に環境保護に資するのみならず、経営資源の有効活用にもつながる。」（答弁書3頁）と主張している。

原審や被控訴人が指摘するように7000万件を越える契約があると考えた場合、これまで無償であった請求書の送付をやめることによって（徴収することになった100円を規準に考えると）、被控訴人にとって、単純計算で一月あたり70億円の経費削減効果を生み出すことになる変更である。

常識的に考えて、被控訴人の主な目的が環境保全、経営資源の有効活用のいずれを重視しているかは極めて明白であろう。

そうであるにもかかわらず、当該判示のような事実認定をしていること自体、原審判決の不公平な判決態度を如実に示しているというべきである。

さらに、環境保全という目的自体に一定の正当性があるとしても、これに対する企業イメージのアップは、被控訴人が享受するものであり、これらを理由に消費者に後述のようなサービス料の増加という不利益な変更を一方的に課することを正当化する理由にはなりえない。

2 紙媒体の発行の削減という視点だけならば、手数料の有料化でない方法で容易に実現できる。

具体的には、eリビングの利用で足り、紙媒体の請求書の発行を不要とする顧客に対しては毎月の利用料金について100円の値引きをすればいいだけである。

この方法を被控訴人がとらないのは、まさに、被控訴人の経営的理由からにはほかならない。

3 以上の観点から本件手数料条項の不当性を判断するにあたって重要な要素を再度あげる。

- (1) 本件は、消費者が期間途中で解約しようとする数万円の手数料を消費者が負担することになる有期契約についても、期間途中から適用される変更であること。
- (2) この変更について、消費者に異議があったとしても、消費者は、自ら違約金を負担して解約を申し出なければ、被控訴人との契約から離脱し他のサービスに乗り換えることも許されず、変更後は、強制的に適用される契約となっており、周知したか否かにより消費者の不利益が解消されるものではなく周知の意味がないこと。
- (3) この変更によって、被控訴人は、一月あたり最大70億円（少なくとも数十億円）の経費を削減できるという経済的利益を享受すること。
- (4) 本件変更は、これまで無償で提供されていた請求書（言い換えれば通話料金に含まれていたサービス）を一方的かつ永続的に通話料金とは別に有料化するものであり、消費者にとっては通話料金の実質値上げともいえるものであり、消費者には不利益しかないこと。

この点、判示の「サービス利用料の増加等を回避でき、不特定多数の相手方に対する均一な内容の給付を可能にするという意味において」、契約「者にとっても利益となる面がある」との議論が成り立たないことも明白である。

これらの点は公平性及び合理性を判断するのに極めて重大な視点である。

加えて、

- (5) 代替手段は十分ではないこと（原告準備書面（3）参照）。
- (6) 原審判決は、「常に契約者の個別の同意が必要であるとすると、意思確認等のためのコストが増大し、契約者が負担するサービス利用料が増大し、ひいては相手方に対して均一な内容の給付をするという本件各契約の目的を達成することが困難になる。」ことを理由にしているが、この点の判示は、以

下の理由によって、控訴人の主張を曲解しており全く理由にならないこと。

ア まず、控訴人は、約款変更には常に個別の同意が必要だとは一切主張していないので、この点の判示は、全く理由にならない。特に本件は、将来的に相当程度の経費の削減が見込める変更であるのであるから、被控訴人においては契約更新日から変更を適用させることによっても十分に目的を達成できるものである（この場合、異議があれば消費者は違約金なしで契約から離脱できる。）。

イ 次に、個別の同意をとるとサービス利用料の増大のリスクがあるか否かは具体的状況で論じられるべきであるところ、実際に被控訴人は、顧客の細かい嗜好などを分析して「ターゲティング広告」を行う技術を有しており、顧客毎に異なる取り扱いを十分可能とする技術ツールを有している（インターネットの普及によって通信と顧客管理のコストが大幅に削減された現在にあって、さしたる証拠もないのに被控訴人のような大企業にとって個別の同意にかかるコストが必然的にサービス利用料の増加を招くと認定することは時代錯誤も甚だしい）上に、当該変更時点では被控訴人は6361億円の「通信事業営業利益」を計上しており、「サービス利用料等の増加」が避けられないという状況にはなかつたというべきである。

したがって、判決が「個別同意をとることのサービス利用料増大」を個別の同意なき本件手数料条項への変更が許容されるべき（もしくはやむなき）理由としているのであればそれは誤りである。これらの点も原審判決は、証拠に基づかず被控訴人の主張のみで安易に認定しており、問題である。

(7) 原審判決は、「紙媒体の請求書等の発行を受ける契約者についてのみ生じる費用を同人負担させることは、契約者間の公平に適うものである」と判示しているが（原審判決14頁）、この「契約者間の公平」は、紙媒体の請求書等の発行を受けないものについて100円の値下げを実現すれば同じ効果を得ることが出来るのであって、「契約者間の公平」が実現できる。少なく

とも契約期間内に無償であったものを有償化し、実質的な値上げを行うことは事業者と消費者の公平を損なうものであり、原審判決のいう「契約者間の公平」がこれを正当化する理由とはならないのは明白である。

特に「eビリング」は閲覧期間に制限があり、パソコンがないと保存することができない、という紙媒体の請求書に比べて不完全な利用料金通知サービスである。本件手数料条項の導入は、有期契約で縛られている消費者に対して、このような不完全なサービスではなく従前のサービスを引き続き受けなければ追加料金を支払え、というに等しいものである。本件手数料条項の導入は実質的な値上げであり、被控訴人による本件手数料条項の導入は、本件変更条項を利用して一方的に値上げという不利益を消費者に押しつけるものであり、不当である。

前述の通り、この点について原審判決は、①eビリングの目的は紙媒体の削減、環境保護であるとしつつ、②eビリングを利用できる契約者がなお紙媒体の請求書を希望する場合には発行手数料を負担させることは契約者間の公平に適う、と判示しているが（原審判決14頁）、誤りである。

なぜなら、実際、被控訴人は、本件手数料条項導入時に、同じ紙媒体の発行であっても、請求書払いとカード払いや口座振替の利用者では発行手数料に差を設けていた（カード払いや口座振替の場合の「口座振替のご案内」「ご利用料金のご案内」は請求すると50円であるのに対して、請求書は100円である。甲第33号証）のである。制度上eビリングを利用出来るはずのカード払いや口座振替の場合よりもeビリングを利用出来ない請求書払いのほうが書面発行に際しての金銭的負担が重いのは、「契約者間の公平」という観点からは説明がつかない不公平な取扱いであり、本件手数料条項の目的がeビリングの利用者との公平を図るところになかったことは明白である。

それどころか、前述のごとく、本件手数料条項の導入にあたっては、被控

訴人は、請求書払いの利用者を明らかに差別的に取り扱っているものであり、原審判決の「契約者間の公平」は本件手数料条項の導入により、むしろ害されたといつてよい。eビリングと紙の明細の両方を利用している者の方が、eビリングを利用せずに請求書払いの利用者よりも、多くの利便を得ているのに負担が少ない、という結果になっているのである。

第10 本件変更条項を許容しないことによって生じる不都合は事業者にとっても存在しない一方で本件変更条項を許容することによって生じる消費者の不利益は極めて大きいこと

1 原審は、極めて無理をして、控訴人の請求を棄却している。

その理由について控訴人は、本件のような包括的な約款変更条項が実際の社会に横行しており、これを不当とすることの影響力の大きさをおそれたためであると考えている。

2 しかしながら、このおそれは、全くの杞憂である。

(1) まず、すでに「第4」などでも述べた通り、そもそも控訴人は、約款変更条項がなければ、一切の約款変更が認められないという前提の主張はしていない。本件変更条項のような約款変更条項が存在しなくても、消費者の同意なく約款変更が認められる場合はありうる。言い換えれば、本件変更条項が無効であっても、被控訴人のなす約款変更が一切認められなくなるわけではない。

すなわち、意思主義の例外として、変更の必要性や目的及び内容や手段に当事者の合意があったと同視しうるような合理性があれば、変更も認められる。消費者に利益な変更はもちろん、一定の不利益を含む内容の変更であっても、その内容が事後に整備された法律の要請に基づくものであったり、双方に帰責性のない契約当時予期できなかったような事情の変更に基づくやむをえない変更であって、変更内容にも合理性があり、契約の目的に反せず、契約者の合理的な意思からは同意があったと同視して良い程度の内容の変更で、周知の期

間を設けかつ異議がある場合には、契約離脱の自由を保障するようなものであったりするのであれば、本件条項によらずに変更することは、現行法でも認められる（乙第22号証の裁判例など）。具体的な規準は、将来は、改正民法548条の4の解釈論の中で決められていくことにもなる。

- (2) そして、そもそも被控訴人のような事業者においてこれからはなされるであろう約款変更の有効性も、本件変更条項のような包括的な約款変更条項を根拠に有効、無効を判断するものではなく、上記の規準で判断されるものである。
- (3) また、原審でも指摘したように、被控訴人の利用している約款変更条項（本件変更条項）は、事業者が用いる約款変更に関する条項のうち、考えられる中でももっとも限定のない包括的な変更条項であり、仮に無効と判断したとしてもそのことが被控訴人以外の事業者に対して与える影響は、いわゆる電気通信事業者などの限定的な範囲の事業者にとどまる。
- (4) 控訴人も、本件変更条項のような包括的な約款変更条項ではなく、改正民法548条の4の要件や合理性の判断基準を明確に記載する形式の具体的な約款変更条項であれば、消費者契約法に違反するとは考えない。

控訴人は、被控訴人がそもそも合理性を判断する基準をあらかじめ用意することなく包括的約款変更条項を根拠に約款変更が許されると考えて、本件変更条項を使用している点が問題であるとしているのである。

- (5) かつ、本件訴訟で問題とされているのはあくまで消費者契約における本件変更条項の不当条項性であって、事業者契約には影響がない。
 - (6) 以上の通り、本件変更条項が消費者契約法に違反して無効であると判断されたとしても、そのことが事業者一般に与える影響は、ほとんどないのである。
- 3 他方で、消費者契約法の趣旨に照らして、本件変更条項の法10条該当性を否定することは、消費者契約法そのものの趣旨を没却するだけの甚大な悪影響がある。

- (1) 法3条をはじめとした消費者契約法の趣旨を完全に没却する結論になること。

現行消費者契約法3条1項は、「事業者は、消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮するとともに、消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮する」ことに努めると規定されているところ、平成30年6月8日に成立した改正法ではさらに、「消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容がその解釈について疑義が生じない明確なもので、かつ、消費者にとって平易なものになるよう配慮すること」（改正法3条1項1号）とさらに押し進められている。

このように消費者契約法においては、契約条項が消費者に理解できる内容にすることを求められているにもかかわらず、明らかにその文言からは消費者が想像できない限定を付することによって当該条項の不当条項性を否定する（原審や被控訴人の論理）のは、消費者契約法の趣旨に真っ向から反するものである。

- (2) 法制審議会（民法改正債権法関係）で行われた約款変更にかかる議論の到達点を全面にわたって無視する結果になること。

法制審議会では、度々包括的約款変更条項の不当条項性が議論され、その結果、改正民法の内容も変更されている。その上で、包括的約款変更条項の不当条項性は消費者契約の場面においては、消費者契約法の趣旨に沿って解釈されるべきであるという点では意見の一致をみている（原告準備書面(2)(3)）。

原審のような無理な理論構成をとると、包括的約款変更条項は消費者契約法上不当条項にあたる余地がないことになるが、それでは、この点に関する改正法における法制審の議論は全て無に帰してしまう。

- (3) 一方的約款変更を極めて包括的変更条項の存在を根拠に緩やかに認める結果になり、改正法の立場とも大きく異なること。

被控訴人による本件変更条項を根拠とした約款変更を認めることは、事業者による極めて包括的な約款変更条項の存在を根拠とした一方的な約款変更を緩やかに認める結果となり、改正民法の立場とも大きく異なることとなる。

- (4) 実際に、被控訴人をはじめ事業者が行っている不当な約款変更に対する歯止めとはならず、ますますそのような約款変更が横行する結果となること。

被控訴人は、本件変更条項に基づき、本件手数料条項とは別の変更も行っている。

例えば、被控訴人は、平成27年6月に、ファミリー割引について本件変更条項を根拠に変更している。すなわち、それまで実施されていた「余った無料通信分の家族への適用」が廃止されている（甲第34号証）。この代替手段として被控訴人は、契約者本人の無料通話分を上限額まで繰り越すことのできるサービスを導入しているのであるが、家族間で分け合うサービスは、購入する上で決め手ともなりうるとても重要なサービスであり、このようなサービスを有期契約期間中に消費者の同意なく一方的に変更することが許されるはずはない。

しかしながら、現実に被控訴人は、このような基本的な料金に関する変更すら本件変更条項に基づき行っているのである。

このような変更は、本件変更条項の不当性を正面から判断しなければ一向に変わらない社会情勢なのである。

繰り返しになるが、被控訴人の利用している約款変更条項（本件変更条項）は、事業者が用いる約款変更に関する条項のうち、考えられる中でももっとも限定のない包括的な変更条項である。このような条項ですら有効とされるのであれば、これまで限定的な要件を加えてきた事業者が一斉に追随することは必至であり、改正民法施行前の約款変更ラッシュ、法理上の混乱を招くであろう（

原審が本件変更条項を有効とする論拠は非常に大雑把なものであり、改正民法の法理と適合しないことは先述した通りである）。

第11 結論

以上の通り、原審判決には多数の誤りがあり、本件変更条項は法10条に違反して無効であることは明らかであるから、控訴人の主張する通り、原審判決は取り消され、本件変更条項を含む契約の申込み及び承諾の意思表示の差し止めが認められるべきである。

以 上