

平成30年（ネ受）第1013号 上告受理申立て事件

申立人 特定非営利活動法人埼玉消費者被害をなくす会

相手方 株式会社NTTドコモ

上告受理申立理由書

平成31年1月30日

最高裁判所 御中

上告受理申立人代理人

弁護士 長 田 淳

弁護士 松 苗 弘 幸

弁護士 久保田 和 志

弁護士 佐 藤 徳 典

弁護士 木 村 智 博

弁護士 宮 西 陽 子

弁護士 木 下 真由美

弁護士 月 岡 朗

弁護士 貞 松 宏 輔

目次

第1	はじめに	3
第2	上告受理申立理由1	4
1	原判決の判断	4
2	法令解釈の重大な違反の要点	5
3	個別訴訟における合理的意思解釈による条項の限定解釈の適用	6
4	適格消費者団体の差止請求訴訟における不当条項の判断方法	8
5	差止請求訴訟において安易な限定解釈を加えることの不当性	10
6	差止請求訴訟における合理的限定解釈の濫用とは	13
7	無制限な約款変更条項に関する法律学者の見解	14
8	法10条と12条とで解釈運用を区別することの正当性	15
9	原判決自体の論理的破綻	17
10	約款変更条項は不当条項の審査対象ではないとする見解の誤り	18
11	本件解釈が弁論主義にも違反していること	20
12	本件変更条項による実際の約款変更は、原審が認定した範囲に留まらないこと	21
13	法12条3項の後段要件について	21
14	破棄差戻しの必要性	26
15	結論	26
第3	上告受理申立理由2	26
第4	上告受理申立理由3（理由不備及び審理不尽）	29
第5	上告受理申立理由4（弁論主義違反の結果としての理由不備）	29
第6	最後に	30

第1 はじめに

- 1 本件は、適格消費者団体による消費者契約法に基づく差止請求訴訟である。

本件における原審東京高裁平成30年11月28日判決（以下「原判決」という。）の結論及び理論の当否は、今後の適格消費者団体による差止請求訴訟の生殺を左右するといっても過言ではないほど、今後の差止請求訴訟全般に多大な影響を与えるものであるから、下記のとおり、最高裁判所で判断されるものである。

- 2 本件において、第1審と原審のいずれも、裁判所は適格消費者団体である申立人の請求を棄却している。しかしながら、その棄却の論理的構成は第1審と原審では全く異なる。

第1審判決は、申立人の主張を正確に理解しないまま、また、約款変更の限界に関する解釈論としても民法改正における約款変更の議論とかけ離れた完全に誤った見解にたった上、証拠に基づかない事実認定のもとで判示している。ただし、消費者契約法（以下「法」という。）10条前段該当性を認めた判断に限っては、第1審が正当である。

- 3 一方で、原判決は、申立人の主張については、ほぼ正確に理解した上で、具体的な約款変更の限界についてもほぼ正しい理解を示している。

ところが、原判決は、第1審と同様の結論を導くため、法10条前段該当性に関する判断につき第1審判決の論理を大幅に修正した。

しかし、その大幅に修正された論理は、無制約な約款変更条項が意思主義の例外としても許される範囲を逸脱した不当条項に該当するという申立人の主張を概ね正確に理解しているように思われるにもかかわらず、第1審判決と同様の結論を導くためか差止請求訴訟の対象である本件変更条項の意味について、合理的解釈を理由とした相手方の主張とも異なる修正的な限定解釈を一方的に加えるという相当無理な判断手法を用いたうえで、およそ差止請求の対象に当たらないと結論付けたものである。

こうした原判決の判断は、適格消費者団体に付与された差止請求権（法12条）の意義を踏まえた不当条項（法10条）の解釈を根本的に誤ったものであり、法12条

が消費者被害の防止のために、適格消費者団体に不当条項について差止請求訴訟の権限を認めた基本的な立法趣旨が没却され、同制度の存在意義自体が失われてしまうという点で、原判決は重大な法令解釈の誤りがある。

4 申立人としては、原判決がこのように無理な技巧的な解釈を行ってまで、通説的な見解と異なり（なお、申立人の1審及び原審における約款変更条項に関する主張は、改正民法における法制審議会の議論状況やこれをまとめた公刊物の見解とほぼ同一であるので、甲27, 28, 20や甲42号証などは是非直接目を通していただきたい。）、本件変更条項の不当条項性を否定したのは、①相手方が大企業であること②当該企業と同様の約款変更条項を用いている事業者が少なくないことなどから、本件差止請求を認容した場合に経済活動に混乱が生じることを懸念しているのではないかと思われる

しかし、この危惧は後述するように誤りであるし、むしろ、本件差止請求を本件のような手法で否定した場合、その他の不当条項についても条項を修正的に限定解釈する手法によって不当条項性が否定され、適格消費者団体による差止請求訴訟が、実効性を完全に失ってしまう危惧があることを看過しているというほかない。

したがって、原判決は破棄されなければならない。

以下、詳述する。

第2 上告受理申立理由1

1 原判決の判断

原判決は、相手方の約款変更に関する本件変更条項（第1審判決別紙2契約条項目録記載の「当社は、この約款を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。」との条項をいう）の意味について、次のような解釈を示した。

すなわち、

① 原判決は、事業者が契約条項を根拠に当事者の合意がないまま自由に約款変更をすることは許されないことを前提にしつつ、本件変更条項については、その文言上は無制約な約款変更ができる意味であると読み取られる内容であるにもかかわらず、「本件変更条項は、『・・・変更が客観的に合理的なものである場合に限り、変更後の約款によります。』との趣旨と解するのが相当である。」（原判決12頁）という解釈を示したうえで、本件変更条項は「当社はこの約款を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、変更が客観的に合理的なものである場合に限り、変更後の約款によります。」という趣旨に限定して解釈を加えるべきであるという判断（原判決12頁）を示した（限定解釈の優先的適用）。

その上で、

② 「本件変更条項による約款変更の合理性は、変更の内容を問題とされるべきものであって、本件変更条項自体は、価値中立的なものである。・・・法10条該当性も、変更後の内容につき判断されるべきである。・・・約款の変更条項が存在しなくても、一定の合理的な範囲において変更が許される場合があるという意味では、本件変更条項は、基本的に、創設的ではなく確認的な条項であるというべきである。」（原判決12頁19行目以下から13頁2行目）と判断し、つまり約款変更条項は不当条項の判断対象外であると位置づけて、「本件変更条項が、法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して、消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する条項である（法10条前段）とは認められない。」（同13頁）と結論付けた。

2 法令解釈の重大な違反の要点

合理的意思解釈による限定解釈は、個別事案の訴訟において、抽象的な文言の契約条項に対し、当事者の意思や契約目的を合理的に解釈し、契約条項の意味や効果について限定的な解釈を行うことによって、結論の妥当性を図ろうとするものである。つまり、合理的意思解釈の手法は、個別事案に対する契約条項の無制限・無限定な適用を抑制する場合に用いられるものとして利用されてきたものである。

ところが、差止請求訴訟において合理的意思解釈の手法を無限定に用いた場合、抽象的で無限定な文言であるために事業者が消費者に不利な解釈を一方的に押し付けるおそれがある契約条項が引き続き使用されるという、かえって不当な結果を招来する結果となる。

この点、原判決は、本件変更条項の定めは不明確であると判示しつつも、本件変更条項に対し特段の留保なく合理的意思解釈を加えており、その結果無制約な本件変更条項を引き続き使用することが許されるという不当な結果を招いている。

このような解釈は、適格消費者団体の差止請求を認めた法12条以下の趣旨に反し、およそ差止請求制度自体を封印するに等しい不当な結果をもたらすものであって、到底許容できない重大な法令解釈の誤りである。

以下、個別訴訟と差止請求訴訟とを比較して検討する。

3 個別訴訟における合理的意思解釈による条項の限定解釈の適用

法10条における「不当条項」とは、民法等の法令の任意規定または民法法理の適用による場合に比して消費者の権利を制限しまたは消費者の義務を加重する条項であって（前段要件）、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するもの（後段要件）をいうものとされ、こうした不当条項は無効となると規定している。

そこで、本件変更条項のような無制限な約款変更条項が存在する契約において、例えば、契約期間2年間の縛りがある継続的な契約において毎月の料金額を事業者側の一方的な都合のみで2倍の金額に値上げしたようなケースや、中途解約が制限されている契約期間を一方的に4年間に延長したようなケースを想定して、これを個別訴訟で争う場合を検討してみる。

継続的な契約において、一方当事者の都合のみで価格を2倍に値上げすることや、中途解約が制限されている契約期間を一方的に2倍の期間に延長することは、合理的な範囲を超える一方的な契約条件変更に当たり、民法上許容されないことはもちろん、本件のような約款変更条項が定めてあったとしても許容されない不当な契約条件変更にあたると考えられよう。

この場合、個別事案の訴訟においては、①当該約款変更条項は法10条に反し無効であるとの判断を示した上で、2倍の料金値上げや2倍の期間延長は無効である、という判断を下す方法も可能であるし、②当該約款変更条項を合理的意思表示により限定解釈し、2倍の料金値上げや2倍の期間延長といった契約条件変更には適用される条項ではないから、2倍の料金値上げや2倍の期間延長は無効である、という判断を下すことも可能である。「②」の場合は約款変更条項自体は無効と判断されないが、いずれの方法であっても契約当事者である消費者が保護される結論に違いは生じない。

そもそも合理的意思表示による限定解釈の手法は、最高裁昭和51年7月19日判決が「おもうに、法律行為の解釈にあたっては、当事者の目的、当該法律行為をするに至った事情、慣習及び取引の通念などを斟酌しながら合理的にその意味を明らかにすべきものである。」と判示したものを先例とする。合理的意思表示の機能には、契約条項の効力に対する規範として公序良俗違反（民法90条）や信義則違反（民法1条の2）という抽象的かつ例外的な規定しかなかった当時、契約条項自体の効力の否定までは判断が困難であるが、個別事案における不当な結論を排除するために、契約当事者の合理的意思の推認という手法によって適用されてきた法理である。

また、同判決の理由中に「当事者の目的」「当該法律行為をするに至った事情」を真っ先に例示していることから明らかなように、合理的意思表示による限定解釈の手法は、紛争となった当事者の主観的な意思や目的や個別の事情を契約条項の判断に取り入れようという手法である。

すなわち、合理的意思表示による限定解釈の手法は、あくまで個別紛争を妥当な結論に至らしめるための解釈論である（実際、民法改正論議において、契約解釈の準則をあらたに成文化する議論が、法制審議会においてなされたが、合理的意思表示論が結論の妥当性を導くための手法であり柔軟性を維持するためには成文化するべきではないという裁判官委員の強い反対によって意見の一致をみず断念されたことからみても、合理的解釈論が結論の妥当性を導くための一手法として用いられてきたことが裏付けられよう）。この点、法制審議会民法部会（債権法関係）第85回において、永

野委員（当時最高裁民事総務局長）は、以下のとおり発言している（法制審議会民法（債権法関係）第85回議事録添付文書1）。

「契約の解釈というものの中には事実認定の問題、あるいは評価の問題、あるいは修正という形での法創造的な性格のものもありまして、それを事案に応じて数々のテクニックを使って妥当な解決を導いているというのが実情であります。」

このように、合理的意思解釈による限定解釈は、個別紛争において、妥当な結論を導くための手法として機能している。ただし、消費者契約法のように不当条項について内容規制が存在する場合には、内容規制の効果として無効とすることについて、不必要な限定解釈を行うべきではない。例えば、「契約の解釈と民法改正の課題」（2013年商事法務「経済社会と民法」719頁添付資料2）において、山本敬三京都大学教授は以下のように述べる。

「こうした手法は、契約を無効とするための法律上の手段が十分整備されていないところでは、そのような制約の中で必要な救済を与えるものとして評価することができる。しかし、本来の問題が不当な契約を規制するための手段の不備にあるのであれば、それを改善し、無効とすべきものは無効といえるようにする必要がある。現在では、消費者契約に関しては新たに内容規制に関する規定が設けられている。そのような手がかりがあるときには、不当な条項を無効と判断し、契約の内容規制を行う事に躊躇すべきではないと考えられる。」

そして、合理的意思解釈による修正的限定解釈を消費者契約の個別訴訟の場面で適用する場合は、消費者の権利・利益が現実に侵害されるなどして、個別の権利侵害等が存在することがせめての前提となる。合理的限定解釈論は、個別事案の権利侵害において妥当な結論を導くための手法として従前から用いられてきた手法なのである。

4 適格消費者団体の差止請求訴訟における不当条項の判断方法

(1) 適格消費者団体に差止請求権を付与した趣旨は、次のとおりである。

消費者と事業者との間の情報及び交渉力の格差を踏まえると、個々の消費者が不当条項や不当表示や不当勧誘行為によって権利侵害を受けた場合に、それぞれが

訴訟によって争うことは実際のところ難しく泣き寝入りとなりがちとなる。そこで、同種被害の拡大防止・未然防止のために、適格消費者団体が個々の消費者に代わって原因行為である不当条項、不当表示または不当勧誘行為を将来に向けて差し止めることを請求できるものとした。

つまり、不特定多数の消費者被害発生のおそれがあるとき、その共通の原因を除去できることが差止請求権の制度目的なのである。

- (2) 仮に個別訴訟において、判決の理由中で当該契約条項が不当条項に当たり無効であると評価されたとしても、または合理的意思表示のもとに限定的解釈の手法などにより変更後の契約条件による事業者の請求が否定されたとしても、事業者が当該不当条項を削除しない限り、その後も、事業者が自己に都合よく解釈して同種トラブルを繰り返す可能性が高い。これは個別訴訟における判断は当該訴訟当事者間においてのみ法的効力を有するに過ぎないことから、当然のことである。

そこで、適格消費者団体に対し、当該団体は個別的な権利侵害を受けていないにもかかわらず、不当な契約条項の差止請求権限を認めたのが法12条以下の適格消費者団体の制度趣旨である。

- (3) そして、適格消費者団体が差止請求権を行使する要件としては、①事業者が不特定かつ多数の消費者との間で法第8条から第10条に規定する不当な契約条項を定めており、②当該不当条項を含む消費者契約の申込み又は承諾を現に行い又は行うおそれがあるとき、当該行為の差止等を請求することができる旨規定している（法12条3項）。

不当勧誘行為に対する差止請求（法12条1項）や不当表示に対する差止請求（景表法30条1項）も、基本的に共通の要件設定である。

- (4) したがって、本件変更条項のような、①文言上消費者に一方向的に不利な約款変更を無制限に行うことを可能とする契約条項が存在しており、②その契約条項を利用することによって、消費者に不利な約款変更が現に行われまたは行われるおそれがあると認めるときは、適格消費者団体は当該条項に対する差止請求ができることが、まさに制度目的に合致することとなる。

- (5) これに対し、事業者が今後も本件変更条項を存続させる意思を表明しているにもかかわらず、「今後は合理的な範囲で約款変更を行う方針である」という意思表示さえすれば不当条項でなくなるということでは、差止請求の当否が当該不当条項の使用者の意思に左右されることとなり、差止請求訴訟の制度目的を否定することにほかならない。
- (6) 同様に、裁判所が、本件変更条項に対し許容される範囲を超えた広汎な合理的意思解釈を加えたうえで不当条項ではないと判断することも、差止請求訴訟の制度目的を否定することにほかならない。そもそも、個別の条項につき当事者の個別具体的意思の合致が明確に存在しなくても契約成立を認めるのが約款による特殊性である。したがって、約款解釈こそもっとも明確性が要求されるのであり、当事者意思を根拠に修正的合理的解釈を試みるのは、背理とまでは言いがたいものの、現実的ではない。少なくとも、そのような解釈によって、不明確な不当条項を自ら策定した事業者が制限的解釈によって条項の無効を免れるという結論が不合理であることは明白である(本件変更条項全体が無効となっても消費者に不利益は一切ない上に、事業者の(個別の合意がない)約款変更が一切認められないという結論にもならない)。
- (7) 差止請求訴訟は、請求権者の権利侵害の存在を前提とせず、社会的にみて不当条項と評価される契約条項が存在している事実があれば、現に一般消費者に対する権利侵害が行われている場合、または権利侵害が行われるおそれがあると認められる場合は、その使用差止を請求できる訴訟である。したがって、対象となる契約条項が不当条項に当たるか否かについても、当該契約条項が一般社会において、特に一般消費者にとって当該条項がどのような意味として受け止められているか、また一般事業者においてどのように解釈運用されているのかを基準として、判断しなければならないのはその性質上当然である。

5 差止請求訴訟において安易な限定解釈を加えることの不当性

- (1) 前記のように、事業者が今後も本件変更条項を存続させる意思を表明しているにもかかわらず、「今後は合理的な範囲で約款変更を行う方針である」という意思表

明さえすれば不当条項でなくなるということでは、差止請求の当否が当該不当条項の使用者の意思に左右されることとなり、差止請求訴訟の制度目的を否定することにほかならない。

例えば、上記のように宣言して差止請求が否定された後に、当該事業者が前言を翻して後日明らかに逸脱した約款変更を行ったとしても、個別訴訟において争うことはできても、差止請求訴訟の方法ではもはや差止請求の対象とならないことになるからである。

(2) これも前述したが、裁判所が、本件変更条項に対し合理的意思解釈論の本来想定される目的を逸脱して、差止請求訴訟の場において客観的に見れば無制約な約款変更を可能とする条項であると読むことができる条項について、合理的意思解釈による修正的限定解釈を加えたうえで不当条項に当たらないと判断することも、差止請求訴訟の制度目的を否定することにほかならない。

(3) 加えて、法12条の2第1項2号は、差止請求訴訟について、「他の適格消費者団体を当事者とする差止請求に係る訴訟等（訴訟並びに和解の申立てに係る手続、調停及び仲裁をいう。以下同じ。）につき既に確定判決等（確定判決及びこれと同一の効力を有するものをいい、次のイからハまでに掲げるものを除く。以下同じ。）が存する場合において、請求の内容及び相手方が同一である場合」は、訴えを提起することができないと定めている。つまり、差止請求訴訟の確定判決等には対世効的な効果を認めているのである。この点を踏まえれば、安易な合理的限定解釈を利用することによって差止請求を棄却することの不当性が一層明らかとなる。

例えば、本件変更条項と全く同じ約款変更条項を用いる別の事業者が、代金額を数倍に値上げるとか、中途解約が制限された契約期間を大幅に延長するような明らかに不当な約款変更を行った場合、本件変更条項と同様な約款変更条項は不当条項として差止請求の対象にならないとすると、どれほど悪質な約款変更であっても差止請求が認められないことになる。こうした結論が不当であることは言うまでもない。

(4) さらに言えば、差止請求が棄却された後は、文言上不当と評価される条項が存置されるわけではあるから、個々の裁判官の法令解釈が事実上統一されるまで個別訴訟を繰り返さなければならないという事態が避けられない。個別訴訟における判決理由中の条項解釈は対世効や既判力を有しないから、当然のことである。

このように、差止請求訴訟において、個別の事情や個々の裁判官の裁量等によって判断方法が左右される合理的意思解釈を理由とした修正的限定解釈を安易に利用することは、差止請求訴訟判決に対世効を認めた趣旨に真っ向から反することになる。

(5) また、個別紛争における適用条文と差止請求訴訟における適用条文について異なることは、消費者契約法の明文でもみられる。

例えば、法12条1項及び3項は、差止請求においては、消費者契約法の不当条項の要件をみたす条項であって他の法律の適用によって無効となる規定も対象になると定めている（法11条2項によれば、個別訴訟においては、消費者契約法の不当条項の要件をみたす条項であっても、他の法律の適用によって無効となる規定は、消費者契約法は適用されず、他の法律が適用される、と定められている。）

（消費者契約法注釈添付資料3）。

差止請求訴訟の対象となり得る以上、当該条項に消費者契約法が適用されることは当然であるが、その違い、すなわち、個別紛争における消費者契約法の解釈適用（他の条項で無効になれば他の条項を適用させる）と差止請求訴訟に関する解釈適用（他の条項で無効になるものでも差止請求訴訟においては消費者契約法の不当条項規定を適用させる）の違いは、差止請求による不当条項の一般的な排除という趣旨から必然的に導かれるものなのである。

法律の条文の適用においてさえ、このように定められているのであるから、差止請求訴訟において、条項を合理的に解釈する際にも、当然、同様に差止請求の不当条項を一般的に排除するという要請が考慮されなければならないのが法12条以下の制度趣旨というべきである。

- (5) 以上のとおり、本来は個別訴訟における救済の手法として用いられるべき合理的
意思解釈の手法が差止請求訴訟において用いられることを認めるならば、社会一
般における不当条項該当性の判断を行う差止請求訴訟が、実質的に骨抜きにされ
ることとなり、まさに合理的限定解釈の濫用というほかない。

6 差止請求訴訟における合理的限定解釈の濫用とは

- (1) ところで、差止請求訴訟において合理的意思解釈による限定解釈の手法を、およ
そ一切用いてはならないと主張しているわけではない。

すなわち、差止請求訴訟の不当条項該当性の評価場面において、個別訴訟におけ
る合理的意思解釈の手法を用いることが、理念的には事実認定に問題として許容さ
れる場合があるとしても、少なくとも、当該契約条項の一般的評価として、社会一
般の通常の評価としてまたは法律学者の通説的解釈として、消費者の利益を著しく
害する不当条項と評価されるものである場合、当該契約条項について合理的意思解
釈の手法による修正的限定解釈を加えて差止請求を否定することは、もはや裁判官
に許された事実認定の範囲を超えた法令解釈の違反であり、差止請求制度の存在意
義を否定するものであって、その重大性は明確であるというべきである。

- (2) この点につき、山本豊京都大学教授は、「適格消費者団体による差止請求」（法
律時報83号33頁、添付資料4）において、以下のように論じている。

「我が国においては、契約条項に関する紛争を扱う個別訴訟において、契約
条項を制限的に解釈して、消費者に有利な解決を導くという手法が愛用され
てきた。たとえば、スポーツクラブの会則中の『本クラブの利用に際して、
会員本人または第三者に生じた人的・物的事故については、会社側に重過失
のある場合を除き、会社は一切損害賠償の責を負わないものとする。』とい
う免責条項に関し、施設の設置または保存に瑕疵があるため生じた損害につ
いてまで免責するという趣旨ではないと解釈して、消費者を勝訴させる場合
がそれである。しかし、差止請求訴訟においては、制限された条項は、その
制限された内容で有効であることになり、条項使用の差止めを訴求した適格
消費者団体は、敗訴の憂き目をみ、誤解を招く透明度の低い表現をもつ契約

条項が引き続き使用される結果となる。したがって、差止訴訟においては、契約条項の制限解釈を行うことについては慎重な態度が要請されよう。」

つまり、個別訴訟において活用される合理的限定解釈の適用は、差止請求訴訟においては差止請求訴訟の趣旨に反して不当な事態を招くことがないかどうかを慎重に検討し、その適用は抑制的でなければならないことを明言しているのである。

- (3) 次に述べるとおり、無制約な約款変更条項は不当条項の典型例であるという理解は、法学者の通説的見解であるし、社会一般の理解も同じである。このように不当条項該当性が明らかな契約条項について、ことさら限定解釈を加えて差止請求の対象から除外することは、契約条項の解釈に関する裁判官の裁量の範囲を逸脱し、差止請求権に関する法令解釈に違反する重大な違法があるものというべきである。

7 無制限な約款変更条項に関する法律学者の見解

- (1) 既に主張しているとおおり、民法改正に関する法制審議会民法（債権法関係）部会での議論においても、無制限な約款変更条項が不当条項に当たることは当然の前提として認識している。その他の約款変更に関する学者の論文においても同様である。

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）

「これは先ほど加納関係官もおっしゃっていたと思いますが、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眞己幹事の発言（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、元々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」

④ 大澤彩法政大学准教授の論文「『定型約款』時代の不当条項規制」における見解（甲22号証199頁）

「特に変更可能性のある対象を例示せずに包括的に変更の可能性のあることを示す条項の場合には、約款作成者の一方的な都合で場合によっては、価格や目的物の内容自体についても変更ができるということとなり、不当性が高い。そうすると特に消費者契約においては、約款の定型性のみならず情報・交渉力の格差ゆえに消費者が契約形成に関与することが非常に困難である以上、約款変更条項の有効性自体が慎重に審査されることになる。」

(2) このように、無制限な約款変更条項が不当条項に当たることは、民法改正の審議を通じて、法律学者の定説であることが確認されているのである。

そうであれば、不当条項性がこれほど明白な本件変更条項について、原判決が合理的限定解釈を加えることにより法10条の不当条項の前段要件におよそ該当しないと判断したことは、法令解釈の明らかな違反であるというべきである。

8 法10条と12条とで解釈運用を区別することの正当性

(1) 法12条1項及び3項は、差止請求において、消費者契約法の不当条項の要件をみたす条項であって他の法律の適用によって無効となる規定も対象になると定めている（法11条2項によれば、個別訴訟においては、消費者契約法の不当条項

の要件をみたま条項であっても、他の法律の適用によって無効となる規定には、消費者契約法は適用されないと定められている）。

差止訴訟の対象となりうる以上、当該条項に消費者契約法が適用されることは当然であるが、その違い、すなわち、個別紛争における消費者契約法の解釈適用（他の条項で無効になれば他の条項を適用させる）と差止請求訴訟に関する解釈適用（他の条項で無効になるものでも差止請求訴訟においては消費者契約法の不当条項規定を適用させる）の違いは、差止請求による不当条項の一般的な排除という趣旨から必然的に導かれるものなのである。

法律の条文の適用においてさえ、このように定められているのであるから、差止請求訴訟において、対象となる契約条項を合理的に解釈する際にも、当然、同様に差止請求の不当条項を一般的に排除するという要請が考慮されなければならないのが法12条以下の制度趣旨というべきである。

- (2) さらに、消費者契約法は、法3条において、「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、消費者契約の締結について勧誘をするに際しては、消費者の理解を深めるために、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての 必要な情報を提供するよう努めなければならない。」と定めている。

原判決のように、本件変更条項のように複数の読み方ができるような不明確な条項を合理的意思解釈の名のもとに修正的限定的な解釈をとることにより差止請求の対象から排除するとなれば、仮に不明確な条項を定めても裁判所による限定解釈の恩恵で差止を免れることが期待されることとなり、同法が条項の明確化を具体的な努力義務として定めた趣旨はいつまで経っても達成されず、その趣旨に真っ向から反することになる。

いうまでもなく、消費者契約法は、消費者の保護を目的としている。したがって、対象条項をあえて消費者保護に反する方向で解釈することが許容しているはずがない。

- (3) 現に、これまでの差止請求においても、このことは意識されてきており、申立人が把握する限りにおいて、差止請求訴訟において合理的意思解釈のもとで制限的な解釈を行い、そのことを理由にして不当条項性を否定した判決は一例もない。本判決の判断手法は異例である（添付資料5）。

例えば、大阪高裁平成25年10月17日判決（添付資料6）は、賃貸借契約における解除については、そもそも信頼関係破壊の法理が存在するところ、事業者の解除事由の一つとして「破産・個人再生等の開始決定を受けた場合」という規定について、これにより信頼関係を破壊するに至った場合などの制限を解釈で付加して、法10条該当性を避けるような手法はとらず、条文の文言に沿って法10条違反の有無を判断し、差止請求を認容している（一部は同様に文言に沿って解釈し、法10条違反を否定している）。問題となっている条項について文理からかけはなれた修正的限定的解釈を合理的意思論で行うことは差止請求において、これまで実務的にもなされてこなかったものである。

- (4) こうした判断基準によれば、本件変更条項は、「当社は、この約款を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。」という文言であって、約款変更の範囲や内容について何ら限定がないこと、無制限な約款変更条項を定めることによって、事業者側の都合により必ずしも法的な意味での合理的範囲内とは言えないケースについても約款変更が行われる可能性があることが明らかである。

そうであれば、社会一般の捉え方からすれば、合意がなくても許容される約款変更がありうるとの確認には止まらないで、これを逸脱して約款変更が行われる根拠として利用されるおそれがある条項として受け止められているものというべきである。

9 原判決自体の論理的破綻

- (1) 原判決は、以上紹介したように、無制限な約款変更条項に対する通説的な法律論を全く無視して、合理的意思解釈による限定解釈を加えれば不当条項にならないと

いう論理構成を採用したものであり、適格消費者団体の差止請求制度の趣旨を没却するだけでなく、法律論としても到底放置できない重大な誤りを犯している。

その結果、原判決の判示の中にも論理的に矛盾をきたしているところがある。

- (2) すなわち、原判決は、「本件変更条項は、『当社はこの約款を変更することがあります。この場合は、料金その他の提供条件は、変更が客観的に合理的なものである場合に限り、変更後の約款によります。』という趣旨と解するのが妥当である」

(原判決12頁) という判旨に続けて、「(ただし、条項自体からは無限定の変更が許されるとも読める点からすれば、文言の明確性の観点からも、変更が許される一定の合理的な範囲について、できる限り明確な文言により定めておくことが将来の紛争を防止するためにも望ましいものと思料する。)」(同12頁) と述べており、本件変更条項自体からみれば、「無限定の変更が許されるとも読める」ことを認定しているのである。

- (3) さらに、原判決は、「仮に包括的な約款変更条項が、文字通りいかなる変更をも許す条項であれば、消費者の権利を害する不当条項といわざるをえないが、・・・」

(原判決15頁) とも述べている。

ここでいう「文字通りいかなる変更をも許す条項であれば」という意味が、合理的限定解釈を加えないで評価する場合という趣旨だとすれば、包括的(無制約)な約款変更条項は社会一般の受け止め方や法律学者の通説的見解として不当条項の典型であると評価されているのであるから、これを前提とすれば、原判決の論理的帰結としても不当条項であると判断しなければならないはずである。

10 約款変更条項は不当条項の審査対象ではないとする見解の誤り

- (1) 原判決の判示のうち、「本件変更条項による約款変更の合理性は、変更の内容を問題とされるべきものであって、本件変更条項自体は、価値中立的なものである。消費者に有利に変更されることもあれば、不利な変更がされることもあり得るのであって、消費者の権利を侵害し、又は消費者の権利を加重するかは、変更される条項の内容次第であるから、法10条該当性も、変更後の内容につき判断されるべき

である」(原判決2頁)という部分も、個別訴訟と差止請求訴訟における審査対象を誤解した見解である。

- (2) すなわち、個別事案の訴訟においては、個別的権利侵害がないところに個別訴訟の請求権は成立しないから、請求の趣旨として判断を求める対象は、実際に行われた約款変更後の契約条件の内容の当否となることは言うまでもない。その場合、判決理由中で、約款変更の根拠とされた約款変更条項が無効であるという判断を下すことも可能であるし、合理的限定解釈を加えることによって約款変更条項の効力自体を判断しない方法も可能である。

ただし、無制約な約款変更条項それ自体が個別消費者の権利を侵害したとは言えないので、個別訴訟における請求の趣旨としては、約款変更条項の無効確認だけを求めることは困難であろう。

- (3) これに対し、適格消費者団体の差止請求訴訟においては、消費者被害発生のおそれがある共通の原因を除去できることが制度目的であるから、無制限な約款変更条項によって不適切な約款変更が行われるおそれがあるときは、当該約款変更条項自体を差止請求の対象とすることが可能でなければならない。

なお、差止請求訴訟において、約款変更条項の使用差し止めとともに、変更後の条項を併せて差止請求の対象とすることも可能である。例えば、前述の2倍の料金値上げや2倍の契約期間延長のケースであれば、無制限な約款変更条項とともに変更後の料金の請求または契約期間条項の利用を差し止めることも考えられる。ただし、本件訴訟において、申立人が変更後の請求書発行の料金請求を差止対象としなかったのは、本件請求書発行の料金請求が合理的範囲を逸脱した不当な内容に当たるかについてということに関する個々の論点について、裁判所の判断が分かれうる可能性があると考え、いわば不当条項該当性が明白な本件変更条項だけを差止請求の対象に絞ったのである。

一方で、約款変更条項の法10条違反を問題にせず、個別の変更条項だけを取り出して法10条違反を論じるのは困難である。変更について個別の同意がない変更後の条項に効力が認められない理由は、単に個別の同意がなくても効力を及ぼす

法的根拠がないからであり、変更された条項が法10条によって無効となるからではない（例えば、改正民法548条の4の要件をみたさないからであり、現行法でいえば、変更後の約款に同意があったと同視しうる程の例外的且つ合理的な条件がそろっていないからである。さらに、原判決の展開する理論を前提にすれば、客観的に合理的な変更とは認められず約款法理の適用がないからである。これは法10条の適用ではない。）。例えば、約款変更によって対価条項が変更された場合には、対価条項については消費者契約法10条前段で比較すべき一般法理も任意規定もないから消費者契約法10条は適用されない。原判決も、約款変更条項が不当条項になる余地は認めているにもかかわらず、個別になされた変更後の約款の効力のみを問題にすれば足りるかのような判示をしているのは問題である。

仮に、原判決がいうように約款変更条項が差止請求の対象にならないとすると、変更後の約款の効力のみを問題にするという立場をとることになり、多数の契約当事者がいるにもかかわらず適格消費者団体が不当条項を理由に差止請求をすることができない上に、個別訴訟では約款変更条項の不当条項性について請求の趣旨とすることや直接に効力について判断を求めることは困難であるため、およそ司法判断の対象にならないおそれがある。その上で、多数の当事者が変更後の約款についてそれぞれ個別に訴訟を提起しなければ救済がなされないということになる。こうした結論が不当であることは言うまでもない。

11 本件解釈が弁論主義にも違反していること

そもそも、原判決のとるような解釈は、相手方が第1審及び原審において何ら主張していない法律構成である。

相手方は、第1審において、意思主義との関係において「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）と主張しており、本件変更条項を意思主義による合意（意思の合致）の根拠となる規定であると主張し、原審でもこの立場を変更していないのである。相手方は、本件変更条項を単なる約款法理（これが確立していると評価すべきでないことは後述するがそれはさておき）の確認であるとは位置づけ

ておらず、また、約款変更の具体的限界や基準はあらかじめ定めることはできないと改正民法とも異なる主張を行っているのである。その意味で、原審の本件変更条項の解釈は、手続的に弁論主義にも違反している。

12 本件変更条項による実際の約款変更は、原審が認定した範囲に留まらないこと

原判決は第1審判決と異なり、相手方が、本件変更条項（によって確認された約款変更法理）に基づき変更した手数料条項や相手方が行った料金改定などが、約款変更の法理に照らして許される範囲の約款変更なのか否かについて判断を回避している。

これは、原判決が、申立人の主張を正確に理解した結果、当該現実になされた変更が、個別の合意がなくても許される範囲の約款変更であるとは判断できないとの心証を有したからにほかならない。本件証拠関係からいえば、相手方が本件変更条項を根拠として現実になした手数料の変更や料金プランの改定が本来許される範囲の約款変更でないことも明らかである。しかし、本件変更条項が、原判決の認定するように単なる約款変更の法理を確認したものにすぎないと認定するのであれば、本件変更条項の存在を理由に相手方が実際に変更した約款が当該法理を超える場面に適用されることが想定されていないか否かに関して、本件変更条項によって変更された現実の約款変更が当該法理の範囲に留まっているのかどうかを判断することは必要不可欠である。もちろんそれだけではなく、社会一般に本件変更条項と同様な無制約な約款変更条項がある場合に、どのような約款変更が行われているかという実態も審理する必要がある。

しかし、原判決は前記のとおり、この点について何ら判断することなく、本件変更条項を客観的にみて合理性が認められる場合に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の法理を確認した規定だと位置づけている。原判決は、審理不尽、理由不備の誹りを免れない。

13 法12条3項の後段要件について

- (1) 第1審判決及び原判決が、法律学者の通説的見解をも無視してまで本件変更条項の差止請求を否定した実質的な価値判断を推測すると、わが国の多数の事業者が本件と同様な無制約約款変更条項を現に使用していることから、本件変更条項につい

て差止請求を認容した場合は経済活動に大きな混乱が生じるおそれがあると懸念しているのではないかと思われる。

しかし、原判決の懸念を仮に法12条3項の要件の中で検討するとすれば、前段要件の「第8条から第10条に規定する消費者契約の条項」（不当条項該当性）の解釈適用の問題ではなく、後段要件の「(不当条項による)意思表示を現に行い又は行うおそれがあるとき」（差止の必要性）の解釈適用の問題として検討するものである。

そして、差止の必要性の問題として検討したとしても、法12条3項の後段要件の解釈としても差止請求を否定する理由は存在しないこと、約款変更条項の場合はこれを差し止めたとしても特段の混乱は生じないこと、したがって原判決の懸念はそもそも問題にする必要のない誤解であることを、以下で明らかにする。

(2) 差止めの必要性とおそれの判断

ア 適格消費者団体による差止請求訴訟は、不当条項や不当表示や不当勧誘行為が存在すること（法12条3項前段要件）だけではなく、不特定多数の消費者に対し違反行為を現に行いまたは行われるおそれがあること（同項後段要件）が必要である（法12条1項も同様である）。

差止めの必要性の要件は、現に違反行為が行われている場合はもちろん、不特定多数の消費者に対し今後違反行為が行われるおそれがあると認められる場合も、被害防止の観点から差止請求を行うことができるものと規定されているのである。

イ これを広告チラシにおける不当表示の場合でみると、事業者が不当表示に当たる記述を含む広告チラシの配布を行っていたが、差止請求訴訟を提起された後に当該不当表示を含むチラシの配布を中止した状態で営業活動を継続している場合には、原則として不当表示を行うおそれが消滅したと評価することができるものと解されている（最高裁平成29年1月24日判決，民集71巻1号1頁）。そこで、不当表示を含むチラシの配布を中止した場合でもなお今後再開するおそれがあるかどうかは、個別事案においておそれの存在を肯定すべき個別事情の存在を検討することとなる。

ウ 次に、不当勧誘行為に対する差止請求の場合は、例えば、訪問販売における不当勧誘行為に対する特定商取引法による差止請求の場合であれば、訪問販売活動を中止し店舗販売に業態を変更した場合には、違反行為を中止したものと評価することができようが、訪問販売を継続している場合には、営業マニュアルを改訂したり、販売員に対する研修を実施したりしたという程度では、必ずしも違反行為が行われるおそれが消滅したとまでは判断できないであろう。少なくとも、消費者庁または都道府県による特定商取引法の行政処分においては、この程度の間接的な行動だけでは、違反行為が今後再発するおそれが消滅したとは評価していない運用であると思われる。

エ これに対し、不当な契約条項に対する差止請求の場合は、事業者が当該不当条項を約款や契約書面から削除または修正した状態で営業活動を継続している場合であれば、客観的な行動として違反行為を中止したことが認められることから、原則として違反行為を行うおそれが消滅したものと認めることが可能であろう。しかし、約款や契約書面の中に当該不当条項を記載した状態のままであり、今後も当該契約条項の使用を継続する意思を表明している場合は、原則として当該契約条項を使用して違反行為を行うおそれがあるものと判断することとなるはずである。

オ それでは、事業者が、客観的に不当条項と評価される契約条項を記載した契約書面を、の使用を継続している状態において、今後は合理的範囲内での約款変更

に制限的に運用するという「意思表示」をした場合はどうか。

客観的に見て不当な契約条項が現に存在しており、今後も当該不当条項を記載した契約書面の使用を継続することを表明している場合は、「（不当）条項を含む消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示を現に行い」（法12条3項）という状態であると評価すべきであり、当該不当条項を直接適用した契約であることは要しない。なぜなら、消費者契約を締結した後に、実際に当該契約条項が適用される場面が発生するか否かは不確定であるが、不当条項を含む消費者契約の締結の意思表示をした時点で、消費者に対し当該不当条項による被害発生の危険が

明確な形で現実化したものと評価できることから、その段階で当該不当条項が含まれている契約書面を使用して消費者契約を締結することを差し止める必要があるからである。

仮にそうでないとしても、法12条3項は、不当条項が含まれる消費者契約の締結を現に行った段階に限らず「行うおそれがあるとき」にも、差止請求を認めているのであるから、少なくともこれに該当することは明らかである。「おそれがないと言えるためには、事業者が違反行為の再発防止の行動をとっていることが求められるからである。

したがって、事業者が、不当条項が存在する契約書面等について外形的に何ら変更する行動がないまま、単に合理的範囲を超えて使用しないという意思表示をただけでは、当該不当条項を使用するおそれが存在していることは明らかである。

原判決の判断の根底には、大企業である相手方が「本件変更条項は合理的な範囲での変更に関し利用するものである」と表明していることから、相手方は本件変更条項が存在していても合理的範囲を逸脱した不当な約款変更は行わないであろうと判断した可能性があるが、そのような認定判断が法12条3項の解釈として成り立たないことは言うまでもない。

ましてや、原判決は、相手方が「本件変更条項は合理的な範囲での変更に関し利用するものである」と表明していることをもって、不当条項の前段要件に該当しないものと判断したのであるから、その解釈が誤っていることはもはや明白であろう。

(3) 無制約な約款変更条項の差止めと経済活動の混乱のおそれ

ア 民法改正の審議において示された民法法理としての約款変更の範囲と約款変更条項の存在の意義を踏まえれば、仮に本件変更条項を差止めたとしても、民法法理に基づく約款変更は一定の範囲内で認められるのであるから、仮に本件変更条項を不当条項として差止めたとしても、何ら事業者に不都合は生じない。

イ すなわち、法制審議会民法（債権関係）部会の平成26年7月8日の審議において、事務局から提案された原案は、約款変更について約款変更留保条項を置いておくことが必要前提条件と解される条文であった。

これに対し、例えば、山下友信委員は、「これは先ほど加納関係官もおっしゃっていたと思いますが、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、それを民法が基本型として置くというのはやはりどこかおかしい。」と発言した（甲17号証・21頁）。

また、山本敬三幹事は、「さらに、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。」と発言した（甲27号証・27頁）。

ほかの委員からも、同様な懸念の発言が行われた結果、現在の改正法のように約款変更留保条項の存在は必要前提条件ではなくなった。

したがって、無制約な約款変更条項を全面的に削除したとしても、民法法理上は一定の合理的な範囲内で約款変更は認められるのであるから、裁判所が本件変更条項の差止めを命じたとしても、相手方の事業活動に特段の悪影響は生じないのである。

ウ むしろ、改正民法の施行を控えて、健全な事業者の課題は、無制約な約款変更条項を存続させることではなく、改正民法の趣旨を踏まえて、具体的に想定される約款変更の事項や範囲をできるだけわかりやすく記載するよう（法3条）、見直しをすることこそが求められているのである。

このような状況において、原判決は、本件変更条項について、差止請求の後段要件の問題として吟味することすらなく、そもそも前段要件の不当条項に当たらないと判断したものであり、それどころか、約款変更条項の差止めではなく変更後の契約条項のみが差止請求の対象となり得るかのような判断を示しており、到底放置できない法令解釈の重大な誤りである。

14 破棄差戻しの必要性

以上検討したとおり、原判決が、本件変更条項が、前段要件の不当条項に該当しないと判断した点は、必ず破棄しなければならない重大な法令解釈の誤りである。そして、後段要件の解釈適用についても、上記12(2)オにおいて述べたとおり、差止めの必要性は十分に認定できるところである。ただし、仮に第1審も原審も後段要件については全く審議していないことを考慮するならば、最高裁としては、本件変更条項が法12条3項の前段要件に当たることの解釈を示したうえで、後段要件の該当性について審理をやり直させるため、破棄差戻しの判断を下すべきである。

15 結論

上記のように、法12条以下の差止請求の制度趣旨に反しない解釈（すなわち許容される限度を超えた合理的解釈による制限解釈を行わないこと）を行えば、本件変更条項は、同条項を根拠に事業者に特段の制限なく包括的に一方的な約款変更権を認められた規定と理解されるべきである。

そうすると、原判決もそのような規定が法10条に違反することは認めている。原判決の指摘する「個別の合意がなくとも一定の場合に約款変更が認められるという限度で存在する約款法理」よりも本件変更条項が、消費者の権利を制限し、義務を加重する規定であって信義誠実の原則に反していることは明らかである。

第3 上告受理申立理由2

- 1 原判決は、「個別の合意がなくとも一定の場合に約款変更が認められるとの法理が確立している。」と判示し、これを法10条前段の「民法，商法（明治三十二年法

律第四十八号) その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し」の該当性判断の前提とする一般法理を、「合意がなくても一定の場合に約款法理が認められるとの法理」であることを前提にしている。上記のように合理的意思解釈によって修正的限定解釈を行わなければ、原判決の指すこの法理を前提にしても法10条の前段要件に該当することは明らかであるが、これに加え、そもそも、原判決が判示するように「個別の合意がなくても一定の場合に約款変更が認められるとの法理が確立している。」とはいえない。個別の合意がなくても、一定の場合に約款変更が認められる場合があることは申立人も争わないが、それはあくまでも意思主義の例外である。改正民法も個別の合意のない約款変更は意思主義の例外として位置づけており、「何事にも例外はある」という一般論を超えて、個別の合意がなくても一定の場合に約款変更が認められているなどという当該法理が意思主義と対置して独立して別個に存在などしていないことは明らかである。

2 実際には、これまで、最高裁で一定の場合に個別の同意がなくても、約款変更が認められるとの法理について言及したことは一度もないし、そもそもそのような事案の最高裁判決すらない。原判決は、いくつかの裁判例を原判決8頁イにおいて、引用しているが、理解が明らかに誤っている。

(1) まず、原判決が、引用している最高裁昭和41年(オ)第768号同45年12月24日判決(乙24号証, 判決文8頁イ(ア))は、契約締結後に約款が変更された場合の判決ではない。この判決は、契約締結時には既に従前の定型約款から変更されていた約款が変更について主務大臣の認可を得ていないことを理由に効力を否定した原審の判断をあらためたものである。契約当時に既に変更されていた約款は、契約時には存在しているのであるから、これは改正民法でいえば、548条の2の場面であり、本件の問題とは全く異なる(この点は、第1審でも明確に主張している。そうであるにもかかわらず、この判決を原判決が引用して約款変更の法理が存在すると判示しているのは明白な誤りである)。約款変更の問題は、契約成立時に存在した約款を当事者の一方が個別の同意なく一方的に変更することが許されるかどうかの議論であり、本判決の射程とは全く別の議論である。

(2) 次に、福岡高等裁判所平成28年(ネ)第321号同年10月4日判決は、暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律等の法改正などによって、暴力団排除の対策として各金融機関に法の要請として求められた変更を行った場合のものであり、かつ変更後の約款に当事者を拘束するものではなく、契約を解除するものであり、本件のような約款変更の場面とは事案を異にする例外的な場面で裁判例である。第1審、原審でも主張しているとおおり、申立人は、この結論を否定するものではないが、本件の射程となるものではない。なお、乙25号証の解説文中にも、こうした変更後の約款の遡及適用(契約中に約款が変更された場合の変更後の約款の拘束力)については学説も判例も確立していないと述べており、一定の法理が確立しているとの原判決とは正反対の理解をしている。

(3) 最後に唯一、東京地裁平成25年(ワ)第30474号同27年1月16日判決は、本件と事案が類似しているといえる。しかし、一地方裁判所の一事例の判決で、当該法理が裁判例上確立しているとの判断は明らかに飛躍がすぎよう。そもそも、この事案では、当該原告は、約款変更条項の不当条項性については公序良俗違反のみを理由としており、個別の同意がない約款変更が何故認められかなどについても争点化されておらず、本件争点についての先例的価値はない。

3 さらに原判決は改正民法の定めを理由に一定の場合に約款変更が認められる法理を認定しているが、既に第1審から何度も主張しているとおおり、改正民法548条1項は、一定の要件を満たした場合には、「合意があったものとみなす」と規定しており、意思主義を前提としていることは明らかである。

4 したがって、法10条前段において、比較されるべき一般法理は、第1審が認定したとおおり、意思主義の規定であり、少なくとも改正民法施行前の現時点において、個別の合意がなくても一定の合理的範囲で約款変更が認められる法理を確立した法理として、法10条前段該当性を判断すべきではない。当該法理を前提とせず第1審同様に判示すれば、本件変更条項が法10条前段に該当することは明白である。そして、本件変更条項は、単なる約款変更を確認した法理とはいえず、原審において、相手方が主張するように本件変更条項によって意思主義の個別の同意に該当させようという

条項であるから、本件変更条項により、あらゆる変更が可能であるということになり、法10条後段該当性も明白である（もっとも、そもそも原判決のとおり法理が確立したことを前提にしても、本件変更条項は、文言上何ら限定を加えていない（客観的に合理的な変更に関し効力を有することを明示していない）ことからすれば、原判決を前提にしても、法10条該当性は明らかに認められることは第2で論じた。）。

第4 上告受理申立理由3（理由不備及び審理不尽）

- 1 上記第2・9でも指摘したところであるが、原判決は第1審判決と異なり、相手方が、本件変更条項（によって確認された約款変更法理）に基づき変更した手数料条項や相手方が行った料金改定などが、約款変更の法理に照らして許される範囲の約款変更なのか否かについて判断を回避している。

○ これは、原判決が、申立人の主張を正確に理解した結果、当該現実になされた変更が、個別の合意がなくても許される範囲の約款変更であるとは判断できないとの心証を有したからに他ならない。しかし、本件変更条項が、原審の認定するように単なる約款変更の法理を確認したものにはすぎないと認定するのであれば、本件変更条項の存在を理由に相手方が実際に変更した約款が当該法理を超える場面に適用されることが想定されていないか否かに関して、本件変更条項によって変更された現実の約款変更が当該法理の範囲に留まっているのかどうか、さらには社会一般に本件変更条項と同様な無制約な約款変更条項を用いて合理的範囲を逸脱した約款変更を行っているケースがないかどうか、を審理判断することは必要不可欠である。

- 2 しかし、原判決は前記のとおり、この点について何ら判断することなく、本件変更条項を客観的にみて合理性が認められる場合に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の法理を確認した規定だと位置づけている。審理不尽、理由不備の誹りを免れない。

第5 上告受理申立理由4（弁論主義違反の結果としての理由不備）

そもそも、原判決の採るような解釈は、相手方の第1審及び原審の主張とも異なっている。

相手方は、第1審において、意思主義との関係において「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）と主張しており、本件変更条項を意思主義による合意（意思の合致）の根拠となる規定であると主張し、原審でもこの立場を変更していないのである。相手方は、本件変更条項を単なる約款法理（これが確立していると評価すべきでないことは後述するがそれはさておき）の確認であるとは位置づけしておらず、また、約款変更の具体的限界や基準はあらかじめ定めることはできないと改正民法とも異なる主張を行っているのである。その意味で、原審が本件変更条項について、「個別の同意がなくても一定の場合に約款変更が認められるとの法理を確認した条項」と解釈したことは、手続的に弁論主義にも違反している。

原判決は、弁論主義に違反し、本件変更条項について、当事者のいずれもが主張していない条項解釈を判断の不可欠の前提にして結論を導いているから、理由不備の違反がある。そして、前記の第2のとおり、当事者が主張している条項解釈に従えば、本件変更条項は、法10条に違反することは明白であるから、当該違法は、結論を左右する重大な違法である。

第6 最後に

- 1 第1審判決及び原判決が、本件変更条項の差止請求を否定した実質的な価値判断は、わが国の多数の事業者が本件と同様な無制限約款変更条項を現に使用していることから、本件について差止請求を認容した場合に経済活動に混乱が生じることを懸念しているのではないかと思われる。
- 2 しかし、第1審で相手方が示している書証等からも明らかなように、本件のように限定のない約款変更条項を用いている事業者は相手方をはじめとする電気通信事業者の一部など限定的である。

3 しかも、当該変更条項の効力を否定したからといって、既になされている約款変更が直ちに効力を失うわけでもない。福岡高裁判決が示すとおり、同意がなくても効力を有する例外的な場合はあるし、利益変更などは同意の存在を推認させるので当然有効となるであろう。時間が経過して、契約更新時がなされている場合には、その時点で既に変更されているのであれば、約款変更の問題ではなくなる。實際上、改正民法548条1項の要件を満たす変更であれば、概ね効力が認められるといってもよい（改正民法548条1項は、約款変更条項の存在を必須の条件とはしていない）。

4 改正民法で真剣に議論がなされたことを踏まえ、改正民法施行前に事業者が定型約款における約款変更規定を精査するに極めて適した時期であることなどを踏まれば、原判決のように、本件変更条項を無理な解釈によって救済することはかえって、これらで議論された要件を踏まえない約款変更条項を改正民法施行後にも残すことにつながり、消費者契約法全般（3条、12条など）の制度趣旨を没却するものである。

5 少なくとも、本件のように無理な修正的限定解釈を許容して、適格消費者団体による差止請求訴訟の存在意義を殺してまで本件変更条項の存在を許容する正当な利益は何ら存在しないというべきである。もし、本件の結論を維持するなら、消費者契約法10条のみならず同法8条に関連する「一切責任を負わない。」などという条項も合理的解釈によれば事業者が故意または過失がある場合は責任を負うので、「事業者が故意過失ある場合を除き一切責任を負わない。」と修正的に解釈を行うことによって有効になり、差止請求の対象とならないという結論になる（実際に当該条項については、これまで指摘を受けた事業者のほとんどは訴訟に至ることなく任意で条項を修正していたのに、原判決を契機に同様の主張を行い、修正を拒む事業者が出てきている。）。

6 以上のとおりであるから、本件上告を受理し、適正な判断を下されることを強く望む次第である。

以上