

# Oike Library

## CONTENTS

### 特集 金融法・改正民法（平成27年3月31日提出法案から）

1	消滅時効	弁護士	上里美登利	1
2	債権者代位権、詐害行為取消権	弁護士	永井 弘二	3
3	多数当事者間の債権債務関係（分割債権関係、不可分債権関係、連帯債権関係）	弁護士	福市 航介	7
4	多数当事者の債権債務関係（保証）	弁護士	福市 航介	9
		弁護士	茶木真理子	
5	債権譲渡・債務引受	弁護士	茶木真理子	13
6-1	弁済	弁護士	上里美登利	16
6-2	弁済による代位	弁護士	福市 航介	16
7	相殺	弁護士	上里美登利	18
<hr/>				
刑 事 訴 訟 法	刑事訴訟法等の一部を改正する法律案 （平成27年3月13日提出）の概要 1	弁護士	谷山 智光	19
<hr/>				
会 社 法	これからの取締役会はどうなるか	弁護士	坂田 均	20
<hr/>				
特 許 法	特許権侵害差止仮処分と損害賠償責任	客員弁護士	大瀬戸豪志	24
<hr/>				
著 作 権 法	応用美術と著作権—知財高裁平成27年4月14日判決を題材に	弁護士	草地 邦晴	28
<hr/>				
家 族 法	国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約 （ハーグ子奪取条約）加盟と日本の親子法制	客員弁護士	二本松利忠	31
<hr/>				
損 害 賠 償 法	不法行為に基づく損害賠償における遺族補償年金の損益相殺的調整について —最判平成27年3月4日金融・商事判例1466号24頁、自動車保険ジャーナル1938号1頁、 労働判例1114号7頁、保険毎日新聞2015年7月30日	弁護士	長野 浩三	33
<hr/>				
損 害 賠 償 法	後遺障害の認定—PTSDについて	弁護士	北村 幸裕	35
<hr/>				
損 害 賠 償 法	民法改正法案と交通事故損害賠償実務	弁護士	住田 浩史	37
<hr/>				
消 費 者 法 民 事 訴 訟 法	集团的消費者被害のための新しい2段階訴訟制度に関する 最高裁規則の制定	弁護士	野々山 宏	39
<hr/>				
消 費 者 法	消費者契約法改正の動向—内閣府消費者委員会消費者契約法専門 調査会「中間取りまとめ」の評価と検討	弁護士	志部淳之介	41
<hr/>				
消 費 者 法	クロレラチラシ配布差止等請求事件第一審判決について	弁護士	伊吹 健人	45
<hr/>				
消 費 者 法	オーストラリア・シンガポールのDON'T Call 制度の紹介	弁護士	長谷川 彰	47

## 御池総合法律事務所

〒604-8186 京都市中京区烏丸御池東入 アーバネックス御池ビル東館6階  
TEL:075-222-0011 FAX:075-222-0012 E-mail:oike@oike-law.gr.jp

# 1 消滅時効

弁護士 上里 美登利

消滅時効における時効期間及び起算点が一部変わったこと、「中断」の概念を「完成猶予」と「更新」に再構成し、各事由を整理し直したという点に特徴がある。債権管理の方法に大きく影響するため、これまでの債権管理体制を見直す必要がある。

## 1 消滅時効期間

### (1) 債権

「権利を行使することができる時」から10年間という規律(法案166条1項、167条1項)に加え、新たに「権利を行使することができることを知った時」から5年間という規律が加わった。

この「権利を行使することができることを知った時」とは、債務者に対する権利行使が事実上可能な状況のもとにおいて、債権者がその請求が可能な程度にこれを知った時を意味し、例えば、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権であれば、一般人ならば安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権を行使し得ると判断するに足りる基礎事実を債権者が現実に認識した時点を指すと考えられるとされている(民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(4)2頁(2))。

### (2) 不法行為による損害賠償請求権

「不法行為の時から20年間」の期間につき、判例

は除斥期間であるとしていたが、改正案において、消滅時効であることが明記された(法案724条柱書)。よって、「中断」(改正案では「完成の猶予」)等の対象となり、また、援用についての信義則違反や権利濫用の主張も正面から行うことが可能となる。

### (3) 生命・身体への侵害による損害賠償請求権の特則

生命・身体への侵害による損害賠償請求権については、不法行為によるものと債務不履行に基づくものとを問わず、主観的起算点から5年間、「権利を行使することができる時」から20年とする特則が設けられた。

### (4) 主な消滅時効期間のまとめ

現行法から変更があった部分は、下記表1で太字ゴシックとしている。

## 2 完成猶予と更新

(1) 現行法は、催告及び承認を除く中断事由について、手続きの申立等により消滅時効が中断すると規定しながら、他方で、一定の事由により手続きが途中で終了した場合には、遡って時効中断の効力が生じないとしている。しかし、判例は、裁判上の請求や破産手続参加について、いわゆる「裁判上の催告」としての効力を認め、手続きの終了時から6ヶ月以内に法案153条所定の手続きを取れば時効が中断するとしている。もっとも、「裁判上の催告」としての効力が認められる事由の範囲には疑義が生じている。

そこで、こうした問題を踏まえ、改正案では、裁判上の催告に関する判例法理を明文化し、解釈上不明確であった部分を明確化すると共に、中断事由によって時効の完成が妨げられるという効力

表1 主な消滅時効期間

法案条文

債権	166条1項1号	(1) 権利を行使することができることを知った時から5年間
	166条1項2号	(2) 権利を行使することができる時から10年間
	167条	但し、人の生命・身体への侵害による損害賠償請求の場合は、20年間
定期金債権	168条1項1号	(1) 各債権を行使することができることを知った時から10年間
	168条1項2号	(2) 各債権を行使することができる時から20年間
職業別の短期消滅時効		廃止
不法行為による損害賠償請求権	724条1号	(1) 損害及び加害者を知った時から3年間
	724条の2	但し、人の生命・身体への侵害による損害賠償請求の場合は、5年間
	724条2号	(2) 不法行為の時から20年間(消滅時効)
確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって確定した権利	169条1項	10年間 (但し、確定の時に弁済期の到来していない債権を除く。169条2項)

を、時効の「完成猶予」、新たな時効が進行を始めるという効力を、時効の「更新」という表現を用いて再構成した。

(2) 改正案における時効の完成猶予事由と更新について、下記表2にまとめた。

表2 消滅時効の完成猶予及び更新

完成猶予の事由	法案条文	完成猶予期間	更新	
			更新される場合	新たな時効が進行を始める(更新)時点
裁判上の請求	147条1項1号	・各事由が終了するまで ・確定判決等による権利の確定なく事由が終了した場合(訴えの取下げ等)の場合、事由が終了したときから6ヶ月	確定判決等により権利の確定したとき	事由が終了した時
支払督促	147条1項2号			
和解、調停	147条1項3号			
破産、再生又は更生手続の参加	147条1項4号			
強制執行	148条1項1号	・各事由が終了するまで ・申立ての取下げ又は法律の規定に従わないことによる取消による事由の終了の場合、事由が終了したときから6ヶ月	申立ての取下げ又は法律の規定に従わないことによる取消による事由の終了以外	事由が終了した時
担保権の実行	148条1項2号			
担保権の実行としての競売	148条1項3号			
財産開示手続	148条1項4号			
	154条	注：各手続が時効の利益を受ける者に対してしないときは、その者に通知をした後でなければ、完成猶予又は更新の効力を生じない		
仮差押え	149条1号	事由の終了の時から6ヶ月を経過するまで		
仮処分	149条2号			
	154条	注：各手続が時効の利益を受ける者に対してしないときは、その者に通知をした後でなければ、完成猶予又は更新の効力を生じない		
承認	152条1項		承認	承認のときから
催告	150条1項	催告から6ヶ月を経過するまで		
	150条2項	注：再度の催告は、時効完成猶予の効力を有しない		
天災等による時効の完成猶予	161条	天災その他避けることのできない事象のため、147条1項各号、148条1項各号の手続を行うことができないときは、その障害が消滅した時から3ヶ月を経過するまでの間		
協議による時効の完成猶予	151条1項1号	権利についての協議を行う旨の書面による合意があった時から1年を経過するまで ※「書面」は電磁的記録も可能(151条4項)		
	151条1項2号	151条1項1号の書面による合意において当事者が協議を行う期間(1年に満たないものに限る)を定めたときは、その期間を経過するまで		
	151条1項3号	当事者の一方から相手方に対して協議の続行を拒絶する旨の通知が書面でされたときは、その通知の時から6ヶ月を経過するまで ※「書面」は電磁的記録も可能(151条5項)		
	151条1項柱書	注：151条1項1号～3号のうち、いずれか早い時までの完成猶予		
	151条2項	注：再度の合意は、本来の時効完成時から通じて5年を超えることができない		
	151条3項前段	注：「催告」によって時効の完成が猶予されている間にされた151条1項の合意は、時効の完成猶予の効力を有しない		
	151条3項後段	注：151条1項により時効の完成が猶予されている間にされた「催告」は、時効の完成猶予の効力を有しない		

(3) 新たな完成猶予の事由～書面による協議の合意  
 現行法では、当事者間で、権利をめぐる争いを自発的に解決するために協議を継続していても、時効の完成が間際となった場合、その完成を阻止するためだけに時効中断の措置を執らざるを得ないという問題がある。そこで、当事者間の権利に関する協議の合意を時効の完成猶予事由として新設した。

### 3 援用権利者

消滅時効の援用権者である当事者につき、「当事者(消滅時効にあつては、保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む。)」と明記した(法案145条)。

## 2 債権者代位権、 詐害行為取消権

弁護士 永井 弘二

### 第1 責任財産の保全

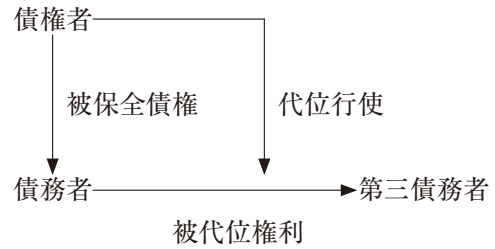
債権者代位権と詐害行為取消権は、債務者の責任財産を保全するための制度である。責任財産とは、金銭債務の債務者が、第三債務者に対して有する売掛金や、その所有する家のような財産であり、債務者が債務を履行しない場合に、債権者にとって強制執行による回収ができる財産を指す。

債務者が自らの財産をどのように処分しようが、本来は債務者の自由である。

他方、債権者が債務者に金銭を貸し付けるなどの与信をする場合には、債務者の責任財産を見込んでいるのが通常であり、債務者が、その財産である売掛金を回収しないでいたり、家を他に売却等してしまうと、債権者は債務者の財産から回収できないという不利益を被ることになる。

そこで、債務者が債務の履行に行き詰まっている状態にあるなどの一定の要件が備わった場合には、債権者が債務者の責任財産に干渉することを許して、責任財産の保全を図るための制度が債権者代位権と詐害行為取消権である。

### 第2 債権者代位権



債権者代位権は、債権者が「自らの債権(被保全債権)を保全する必要がある場合」に、債務者が有する権利(被代位権利)を、債権者が債務者の代わりに行使することができる権利である。「自らの債権を保全する必要がある場合」とは、原則として、債務者の資力が債務の弁済をするのに不十分な場合など、債務者が無資力状態にあることとされている。こうした無資力状態にあるにもかかわらず、自ら債権を積極的に行使していない場合に、債務者の財産処分の自由に債権者が干渉することを許したのである。

現行民法は、債権者代位権について423条の1箇条を設けているだけであり、その詳細は判例法理に委ねられてきた。今回の民法改正では7箇条を設けて、従前の判例法理を明確化したり、あるいは判例法理を変更するなどしている。

なお、単に第三債務者から被代位権利を回収しようとする場合には、被代位権利を差し押さえることでも同様の効果を持つことになる。実務上、債権者代位権を行使する場面というのは、これにより第三債務者の財産を仮差押する必要があるような場合である。

#### 1 債務者の被代位権利の行使等

今回の改正での最も大きな変更は、債権者が債権者代位権を行使した場合、債務者が被代位権利を行使(取立や処分等)できるか否かという点である。

従前の判例は、債権者が債権者代位権の行使に着手し、これを債務者が知った場合等には、債務者は被代位権利の処分権を失うとされていた(大判昭和14年5月16日民集18巻557頁)。

改正民法では、この判例法理を変更し、債権者が債権者代位権を行使しても、債務者は被代位権利の取立、処分等が妨げられないとし、また、第三債務者は債務者に返済することも認められることが明記された(法案423条の5)。

これは、従前の判例法理でも、第三債務者の弁済が禁止されるのか否かまでは不明確であったことなど、第三債務者の立場が不安定であったことによる

ものと考えられる。

実務上、債権者が債権者代位権を行使する場合は、第三債務者が債務者に返済してしまう可能性も考慮するのであり、直接債権者に支払ってもらえるような場合に代位権を行使することが多い。また、代位権行使の必要性があるのは、第三債務者の財産を仮差押等する場合であり、この手続と合わせて被代位権利を仮差押するなどの手続を取れば良い。これにより第三債務者の立場も明確になる。

したがって、今回の民法改正が実務に与える影響は、それほど大きなものではないと思われる。

## 2 訴訟告知

従前、判例法理では、債権者が債権者代位権に基づく訴訟をした場合、その判決の効力は債務者にも及ぶとされていた(法定訴訟担当・民訴法115条1項2号)。

しかし、債務者が当該訴訟に全く関与していない場合にも、判決の効力が債務者に及ぶのは不当でもあるため、改正民法は、債権者が債権者代位権に基づく訴訟を提起した場合には、債務者に訴訟告知することを義務づけた(法案423条の7)。これにより、判決の効力は当然に債務者に及ぶことになる。

## 3 その他の改正点

その他の改正点は以下のとおりである。

### (1) 被保全債権について

被保全債権が強制執行により実現できないもの場合には、債権者代位権は行使できないことが明記された(法案423条3項)。

また、被保全債権の期限が未到来の間は、被代位権利の保存行為以外の場合には債権者代位権を行使できないのは現行民法と同様である(法案423条2項)。現行民法は、「裁判上の代位」(非訟事件手続法72条)による場合は、被保全債権が期限未到来であっても代位行使できることとされていたが、改正民法ではこれが削除されている。これは、この「裁判上の代位」の制度がほとんど使われていないこと(改正にあたっての最高裁の調査では平成14年から平成18年までに申し立てられたのは2件に過ぎず、取下と却下になっているとのことである。)、被保全債権が期限未到来でも、一定の要件を満たせば、仮差押等の保全処分や訴訟提起は可能であることを理由とするものである。

### (2) 被代位権利について

被代位権利としては、従前の行使上の一身専属

権の他、差押禁止債権も被代位権利とはならないことが規定された(法案423条1項但書)。これは従前の判例法理の明文化である。

### (3) 代位行使の範囲、あり方等

代位行使できる範囲は、被代位権利が金銭債権のように可分である場合には、被保全債権の範囲を限度とすることが明記された(法案423条の2)。

また、被代位権利が金銭等の引渡可能な物の場合には、債権者は第三債務者に対して、直接自己に引き渡すことを求めることができること、引き渡しがあった場合には、被代位権利が消滅することが明記された(法案423条の3)。

第三債務者は、債務者に対して主張できる抗弁を債権者に主張できることが明記された(法案423条の4)。

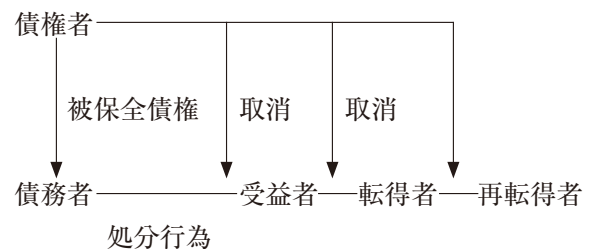
いずれもこれまでの判例法理の明文化である。

### (4) 登記等の請求権を被保全債権とする債権者代位

登記等を対抗要件とする物件が、第三債務者から債務者、そして債権者に順次移転されてきたが、登記等が第三債務者の名義のままであり、債務者が登記等の移転に協力しない場合、債権者は登記等を債務者に移転することを求めることができることが明記された(法案423条の7)。

本来、債権者代位権は、債務者の責任財産を保全する制度であり、このような登記等の移転を求めることを趣旨とはしていないが、従前の判例は、債権者代位権の転用事例として、こうした取扱を認めてきた。改正民法の規定は、この判例法理の明文化である。

## 第3 詐害行為取消権



詐害行為取消権は、債務者の財産処分行為等によって債権者への弁済原資を減少させてしまったり(狭義の詐害行為)、一部の債権者だけに弁済等を行うことで(偏頗行為)、十分な弁済ができなくなるにもかかわらず(債務者の無資力)、そのことを債務者及び処分行為の相手方(受益者という)も知っていたような場合には、債権者が、その処分行為を取り消すことを認めた

制度である。債務者の無資力とそれについての債務者、受益者の悪意を要件として、債務者の財産処分行為等に債権者が干渉することを認めた制度である。

詐害行為取消権に類似した制度に、破産法等の倒産法における否認権の制度がある。これは破産者等が破産等の前にした財産処分行為について、財産を逸失させたり(狭義の詐害行為)、破産債権者の間で不公平な状況となる場合に(偏頗行為)、破産管財人等によって、その財産処分行為を取り消すことを認めた制度である。平成16年に大改正された破産法では、この否認権の制度が整備されている。

現行民法は、詐害行為取消権について424条から426条の3箇条を設けていたに過ぎず、詳細は判例法理に委ねられてきた。改正民法では14箇条を設けており、基本的にはそれまでの判例法理を整理しつつ、一部従前の判例法理を変更して破産法の否認権と同様の規律をした。

### 1 詐害行為取消権の要件1

債務者と受益者の間の行為が財産権を目的としたものでない場合と、被保全債権が強制執行により実現できない権利である場合には、詐害行為取消権を行使できないとされた(法案424条2、4項)。これは従前の判例法理を明文化したものである。

また、被保全債権は、債務者と受益者との間の処分行為よりも「以前の原因」に基づいて生じたものである必要があることが明記された(法案424条3項)。従前、保証人が求償権に基づいて詐害行為取消権を行使する場合、保証契約が処分行為の前であれば良いのか、保証人の代位弁済が処分行為の前である必要があるのかについて明確な判例法理がなかったが、改正民法は「以前の原因」としていることから、保証契約が処分行為の前であれば、代位弁済は処分行為の後であっても保証人は詐害行為取消権を行使できることが明確化されたと言える。

### 2 詐害行為取消権の要件2-相当対価による処分行為

不動産などを相当対価(適正な代金額)により処分した場合にも詐害行為が成立するか否かについては、現行民法には規定がなく、判例によって詐害行為が成立し得るとされてきた。他方、破産法は、相当対価による処分の場合に否認権が成立し得る要件を規定した。

今回の改正民法では、基本的には、破産法上の否認権とほぼ同様の規律をしたものと言える(法案424

条の2)。

具体的には、①不動産を金銭に変えることなどにより、金銭を隠匿等するおそれが現に生じていること、②債務者が隠匿等の意思を持っていたこと、③受益者が債務者の隠匿等の意思を知っていたこと、の3つの要件を必要とした。

この範囲では、破産法の規律と同様であるが、破産法では、③の要件に関連して、破産者が法人の場合に受益者がその取締役や大株主であったり、破産者が個人である場合に受益者が親族等であった場合には、③の意思が推定されるとしている。

今回の改正民法では、この③についての推定規定は置かれておらず、また、法制審議会における改正民法の中間試案の段階では、破産法と同様の推定規定が置かれていたが、最終の改正案では削除されている。しかし、法制審議会における議論を見ると、推定規定については、他の民法の条項にはあまり使用されていないことから明文化を避けるが、具体的な訴訟場面での事実上の推定等によって適切な運用がなされることを想定しているとされており、訴訟実務においては、事実上の推定が働くと考えられる。

### 3 詐害行為取消権の要件3-特定の債権者に対する偏頗行為

債務者が特定の債権者のみに弁済したり、財産を担保に入れたりした場合には、債権者の平等を害することになる(これを偏頗行為という)。こうした偏頗行為が詐害行為取消権の対象となるか否かについても、現行民法には規定がなく、判例は一定の場合には取消を認めてきた。その要件は、必ずしも全ての判例が同様の判示をしているわけではないが、一般には、債務者と受益者が通謀して他の債権者を出し抜く意図があった場合には詐害行為取消権の対象となるというように理解されてきた。

今回の民法改正では、こうした従前の判例法理の一般的な理解を規定することとなった(法案424条の3第1項)。すなわち、偏頗行為が①債務者が支払不能状態となった時になされ、②債務者と受益者が通謀して他の債権者を害する意図をもって行われた場合に詐害行為取消権の対象となることとされた。

破産法では、偏頗行為が①破産者が支払不能状態または破産手続開始の申立をした状態でなされた時に、②受益者が支払不能または破産手続開始申立の事実を知っている時には否認権行使が認められることとされている(破産法162条)。

条文上は、今回の改正民法の方が、「通謀により他の債権者を害する意図」が加重されており、要件が厳しいように見える。この点の法制審議会における議論経過は必ずしも明確ではないが(ほとんど議論されていないように見えるが、否認権よりも要件を加重したという説明はなされていない。)、**「通謀」**といっても、「債務者が支払不能状態にある場合に、他の債権者へは弁済せずに受益者だけに弁済する場合」であることを債務者、受益者が共に知っていた場合には、「通謀」があったと評価されると考えられ、否認権の場合と大きな違いはないと考えられる。

また、否認権で規定されている受益者が取締役、親族等であった場合の推定規定が改正民法では規定されていないが、これは上記の相当価格の売却の場合と同様、実務場面における事実上の推定等によって処理されることになると考えられる。

次に、贈与などの無償行為については、債務者が支払不能になる以前の30日以内になされた場合で、債務者と受益者が通謀して他の債権者を害する意図をもってなされた場合には、詐害行為取消権の対象となるとされた(法案424条の3第2項)。破産法上は、この点でも受益者の悪意(他の債権者を害するものであることを知っていたこと)を要件としており、「通謀」までの要件加重はないが、これも上記と同様に否認権の場合と大きな差はないと考えられる。

#### 4 詐害行為取消権の要件4－過大な代物弁済等

例えば100万円の債権に対して、500万円の価値のある不動産を代物弁済した時のように、過大なものを代物弁済したような場合には、差額分(400万円)については、上記の基本的な詐害行為の要件が備わった場合には取消ができることとした(法案424条の4)。

判例法理の明文化であると共に、破産法の否認権と同様の規律である。

#### 5 詐害行為取消権の要件5－転得者に対する取消

現行民法は、詐害行為取消の対象となり得る物件の移転が、受益者からさらに転得者になされた場合、転得者の悪意を要件として転得者に対しても詐害行為取消権の行使が認められるとしている(法424条1項但書)。この場合の「悪意」の対象は、債務者から受益者に対する詐害行為取消要件の充足についての悪意なのか、受益者は善意であっても転得者自身について詐害行為取消要件の充足についての悪意

なのか、については条文上明確ではないが、判例は、受益者が善意でも転得者が悪意の場合には詐害行為取消権が発生するとしていた(最判昭和49年12月12日金法743号31頁)。

これに対して、破産法の否認権は、転得者の前者(受益者等)についても悪意であることを要件としており、上記判例と整合しない状況となっている(破産法170条1項1号)。

そこで、改正民法は、これらの問題を整理して破産法の否認権との整合性を図るために、転得者の悪意の対象は、債務者と受益者の間の処分行為について詐害行為取消権の要件が充足していることとした上で、再転得者がいるような場合も、その前者全てが悪意であることを、転得者、再転得者に対する詐害行為取消権行使の要件とした(法案424条の5)。

#### 6 詐害行為取消権の行使

改正民法は、詐害行為取消権の行使方法についても規定を設けているが、基本的には、これまで判例法理で確立されてきたものと同じである(法案424条の6～9)。

ただ、債務者にも判決の既判力を及ぼさせるために、訴訟を提起した場合には、債務者に対する訴訟告知を義務化した(法案427条の7)。これは債権者代位権と同様の規律である。

その他、現物返還が困難な場合に価額賠償を求められること(法案424条の6)、処分行為が金銭のように可分である場合には被保全債権額を限度とすること(法案424条の8)、処分された物が金銭や動産等の場合には、債権者は直接引渡を請求できること(法案424条の9)、などはこれまでの判例法理を明文化したものである。

#### 7 詐害行為取消権行使の効果

現行民法は、詐害行為取消権を認める判決の効果は他の全ての債権者にも及ぶとしているが、債務者に効果が及ぶか否かは明記されていなかった。改正民法は、全ての債権者の他に債務者にも効果が及ぶことが明記された(法案425条)。

また、取消の結果、受益者が不動産の売買代金等の反対給付を履行済みの場合や弁済を取り消された場合は、受益者は反対給付の返還請求権を取得し、また、弁済によって消滅した債権が復活することが明記された(法案425条の2、3)。

転得者に対する詐害行為が取消された場合には、

転得者は債務者に対して、自らの反対給付の額や弁済等によって消滅した債権額を限度として、受益者の債務者に対する反対給付の返還請求権や弁済によって復活する債権額と同額の債権を有することが規定された(法案425条の4)。この場合、例えば、債務者から受益者への不動産移転の代金額が1000万円で、受益者から転得者への不動産移転の代金額が1200万円だった場合には、転得者は債務者に対して1000万円の代金債権を取得することになる。差額200万円については、従前の解釈どおり、受益者(または直接取引した前転得者)に対する不当利得関係によって処理されることになると考えられる。

### 8 期間制限

現行民法では、詐害行為取消権は、債権者が対象行為を知った時から2年、行為の時から20年で時効消滅するとされているが、改正民法は、対象行為を知った時から2年以内、または、行為の時から10年以内に提訴しなければならないとした(法案426条)。これは時効ではなく「出訴期間」と呼ばれるものであり、時効に関する中断等の規定の適用はない。

実務上、詐害行為対象物件を予め仮処分によって処分禁止することが多く、現行民法では、これにより詐害行為取消権の消滅時効が中断されていた。改正民法では、こうした中断効が生じないので注意する必要がある。

## 3 多数当事者間の債権債務関係

(分割債権関係、不可分債権関係、連帯債権関係)

弁護士 福市 航介

### 第1 債権者複数の規律

#### 1 類型化

- (1) 債権者が複数存在する場合として、法案は、①分割債権、②不可分債権(法案428条および同429条)、③連帯債権(法案432条ないし435条の2)の3つの類型を設定した。
- (2) 新設された連帯債権とは、複数の債権者が債務者に対し、同一の可分給付について有する債権で

あって、各債権者はそれぞれ独立して全部の給付を請求する権利を有し、そのうちの一人の債権者がその給付を受領すれば全ての債権者の債権が消滅するものである。連帯債権については、解釈上認める裁判例(東京地判平成14年12月27日判時1822号68頁)や学説(たとえば、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(悠々社、4刷、2000年)376頁参照。)が従前から存在したことから、法案によって認められることとなった。なお、不可分債権と連帯債権は、債権の内容が性質上可分であるか不可分であるかによって区別される(法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の法律の改正に関する中間試案の補足説明」206頁以下参照。)

- (3) 分割債権については、現行法の規律が維持されたが、不可分債権および連帯債権について、次に述べるとおり、変更又は新設された部分がある。

#### 2 複数債権者の1人に生じた事由

- (1) 複数債権者の1人ついて生じた事由は、次の表のとおりである。

	分割債権	不可分債権	連帯債権
弁済	現行法と同じ	絶対効 (428、432)	絶対効 (432)
請求	同上	絶対効 (428、432)	絶対効 (432)
更改	同上	相対効 (428)	絶対効 (433)
免除	同上	相対効 (428)	絶対効 (433)
相殺	同上	絶対効 (428、434)	絶対効 (434)
混同	同上	相対効 (428、435)	絶対効 (435)
時効	同上	相対効 (428、435の2)	相対効 (435の2)

- (2) 更改および免除について、不可分債権の場合は、債権者は、全部の履行を請求できるとしつつ、更改又は免除によって得た債務者の利益を償還しなければならないとされているのに対し(法案429条第2文)、連帯債権の場合は、更改又は免除によって得た債務者の利益分はそもそも請求できないとされている(法案433条)。これは、性質上可分な給付を内容とする連帯債権(金銭債権であることが通常である。)においては、更改又は免除をした債権者以外の債権者が、債務者に対し、連帯債権全体について履行を求めることができるとして、その債権者が、更改又は免除をした債権者に分与



される利益を債務者に償還しなければならないのは迂遠だからである(民法(債権関係)部会資料80-3・11頁以下参照。)

3 複数債権者の内部関係

不可分債権および連帯債権の内部関係について、法案においても特に規定がないが、特別の事情がない限り、分配割合は平等と推定されると考えられる。

第2 債務者複数

1 類型化

- (1) 債権者が複数存在する場合として、法案は、①分割債務、②不可分債務(法案430条)、③連帯債務(法案436条ないし445条)の3つの類型を設定している。連帯債務については、連帯債務の成立原因を明示することとなった。
- (2) これらは、当該債務の内容が性質上可分であるときは分割債務、ただし、法令又は法律行為の定めがある場合には連帯債務、当該債務の内容が性質上不可分であるときは不可分債務として類型化されたものである(法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の法律の改正に関する中間試案の補足説明」188頁以下、民法(債権関係)部会資料67A・2頁以下参照。)
- (3) 分割債務については、現行法の規律が維持されたが、不可分債務および連帯債務については、変更された部分がある。

2 複数債務者の1人に生じた事由

- (1) 複数債務者の1人について生じた事由は、次の表のとおりである。

	分割債務	不可分債務	連帯債務
弁済	現行法と同じ	絶対効	絶対効
請求	同上	相対効 (430、441)	相対効 (441)
更改	同上	絶対効 (430、438)	絶対効 (438)
免除	同上	相対効 (430、441)	相対効 (441)
相殺	同上	絶対効 (430、439)	絶対効 (439)
混同	同上	相対効 (430、441)	絶対効 (440)
時効	同上	相対効 (430、441)	相対効 (441)

- (2) 重要な点は、請求について相対効しか認められなくなったことである。これは、連帯債務者間の

関係は様々であり、請求の絶対効を認めるだけの主観的な共同関係があるとは限らないことに基づく(民法(債権関係)部会資料67A・4頁参照。)。ただし、債権者と債務者との間で絶対効を生じさせる特約を締結することは可能である(法案441条但書)。そのため、債権者としては、債権管理のため、各債務者と絶対効を生じさせる特約を締結することが必要となる。

また、免除又は時効の完成による利益を受けた債務者は、自己の負担部分については、他の債務者から求償権を行使され、その部分を負担しなければならない(法案445条)。また、求償に応じた連帯債務者は債権者に対して償還請求をすることができないことに留意が必要である(民法(債権関係)部会資料83-2・14頁以下参照。)

なお、相殺については、他の債務者は、債権を有する債務者が相殺を援用しない間は、当該債務者の負担部分を限度として債権者に対する履行を拒むことができることとなった(法案439条2項)。現行法436条2項は、「相殺を援用することができる」と規定されており、その解釈が分かれていた。すなわち、①反対債権を有する連帯債務者の負担部分の限度で他の連帯債務者がその反対債権を自働債権として相殺の意思表示をすることができるという理解(たとえば、川井健『民法概論3(債権総論)』(有斐閣、2版、2005年)188頁)と、②同項は、反対債権を有する連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者は履行を拒絶することができるという抗弁権を与えたものであるという理解である(たとえば、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(悠々社、4刷、2000年)356頁参照。)。法案は、後者の考え方を採用したものである。

3 複数債務者の内部関係

- (1) 連帯債務者の1人が弁済した場合の他の連帯債務者に対する求償について、自己の負担部分を超えなくとも、負担部分の割合に応じて求償できることとなった(法案442条1項)。この規定は、真正連帯債務および不真正連帯債務に適用されるとされている(潮見佳男「民法(債権関係)改正法案の概要」(きんざい、平成27年8月18日)99頁以下参照)。そのため、連帯債務については、従前の判例を踏襲したものであるが(大判大正6年5月3日民録23輯863頁)、不真正連帯債務については、判例(最判昭和63年7月1日民集42巻6号451頁)を変更するものである。

(2) 事前通知および事後通知の懈怠による求償権の制限を規定した現行法443条は基本的に維持された。ただし、現行法443条1項は、「債権者から履行の請求を受けたこと」を事前に通知しないで共同の免責を受けたことを要件としていたが、債権者からの請求を受けたことは重要ではなく、連帯債務者の1人が弁済等をする旨通知しなかったことが重要であることから、「共同の免責を得ること」を事前に通知しないで共同の免責を得たことが要件となった(民法(債権関係)部会資料67B・6頁以下参照)。

また、現行法443条2項では、先に弁済等をした連帯債務者が事後の通知をせず、かつ、後に弁済等をした連帯債務者も事前の通知をしなかった場合において、後に弁済等をした連帯債務者は、同条1項の事前通知を怠った以上、同条2項の保護を受けることができないとするのが判例であったが(最判昭和57年12月17日民集36巻12号2399頁)、法案443条2項では解釈に委ねたとされている。

(3) 無資力者がいる場合の求償権の取り扱いについても、基本的に現行法444条の規律が維持された。ただし、求償者および他の有資力者の全てが負担部分を有しない者である場合には、これらの者が平等の割合で負担するというのが判例であったが(大判大正3年10月13日民録20輯751頁)、法案同条2項は明文化した。

#### 4 その他

現行法441条が規定していた連帯債務者についての破産手続開始の規律は、破産法104条1項により適用することがなくなっていたことから削除された(法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の法律の改正に関する中間試案の補足説明」198頁参照)。

また、現行法445条は、連帯債務者の1人が連帯の免除を得た場合において、他の連帯債務者の中に無資力者がいるときは、その無資力者が弁済をすることができない部分のうち、連帯の免除を得た者が負担すべき部分は、債権者がこれを負担するとしているが、債権者の意思に反するとの批判があったことから削除された(民法(債権関係)部会資料67A・18頁以下参照)。

## 4 多数当事者の 債権債務関係 (保証)

弁護士 福市 航介

弁護士 茶木 真理子

### 第1 保証債務の附従性、随伴性、補充性

#### 1 附従性

保証債務には附従性があるとされ、この附従性には、成立における附従性(主債務がなければ成立しないという性質)、内容における附従性(主債務より重くなることはないという性質)および消滅における附従性(主債務が消滅すれば消滅するという性質)があるとされる。法案においても、現行法での上記規律は基本的に維持された(法案446条ないし同448条)。

ただし、内容における附従性について、保証契約締結後に主債務の内容が加重された場合であっても、保証債務にその影響は及ばないと解釈がなされていたものの、明文の規定はなかった。そこで、法案448条2項で上記解釈が明文化された(民法(債権関係)部会資料67A・22頁以下参照)。

#### 2 随伴性

保証債務の随伴性(被保証債権が債権譲渡その他の原因により移転すれば、それに随伴して移転するという性質)は、現行法の規律が維持された。

#### 3 補充性

保証債務の補充性(保証人は主たる債務の履行がない場合に補充的に履行の責任を負うという性質)、具体的には、催告・検索の抗弁についても、現行法の規律が維持された。

### 第2 保証人の求償権

#### 1 委託を受けた保証人の求償権

- (1) 基本的には現行法の規律を維持するものであるが、詳細化された。
- (2) すなわち、委託を受けた保証人が代物弁済によって共同の免責を受けた場合、求償権額が出捐額なのか共同免責額なのかが不明であったことから、出捐額が共同免責以下であれば出捐額が基準となり、出捐額が共同免責を超える場合には共同免責額が基準となることとした(法案459条1項。民法(債権関係)部会資料67A・28頁参照)。

(3) また、委託を受けた保証人が弁済期前に弁済等をした場合(たとえば、期限の利益を放棄して弁済をした場合)、主債務者が債権者に対して有していた期限の利益が奪われることになる。そこで、判例(大判大正3年6月15日民録20輯476頁)は、保証人が期限前に弁済等をした場合においては、事後求償権の行使は主債務の期限の到来を待たなければならないとしていた。法案459条の2は、これを明文化するものである(民法(債権関係)部会資料67A・27頁以下参照。)

(4) 委託を受けた保証人の事前求償権は、現行法上459条に定められていたが、法案では460条に移された。なお、現行法460条3号は削除された。ここで想定されていたのは、終身定期金債務の保証であったが、そこで、定められた要件を満たす場合には、そもそも主債務の額ですら不明であって、事前求償になじまず、実務上利用されていなかったからである(民法(債権関係)部会資料67A・28頁以下参照。)

## 2 委託を受けない保証人の求償権

基本的には現行法の規律を維持するものである。なお、委託を受けた保証人が弁済期前に債務消滅行為をした場合の規律と委託を受けない保証人の求償権の規律とは同様である(法案462条。なお、民法(債権関係)部会資料84-3・20頁参照。)

## 第3 保証人の通知義務

### 1 委託を受けた保証人

#### (1) 主債務者に対する保証人の事前通知

法案463条1項は、委託を受けた保証人が弁済前に主債務者に対して通知をしなかった場合を規律しているものである。委託を受けた保証人については、現行法の規律が維持された。

#### (2) 主債務者に対する保証人の事後通知

463条3項は、委託を受けた保証人が主たる債務者に対する事後通知を怠ったために主たる債務者が善意で弁済その他の債務消滅行為をしたときは、主たる債務がした債務消滅行為を有効であったものとみなすことができるとした。

### 2 委託を受けない保証人

#### (1) 主債務者に対する保証人の事前通知

委託を受けなかった保証人(主債務者の意思に反する保証人を含む)は、既に求償権の範囲が制限されているから(法案462条、同459条の2第1項)、事前通知をしないことを理由とする求償権の範囲

の制限に関する定めは置かれていない(民法(債権関係)部会資料67B・9頁、民法(債権関係)部会資料80-3・15頁参照。)

#### (2) 主債務者に対する事後通知

これについては、前記1(2)と同一の規律とされた(ただし主債務者の意思に反する無委託保証人は事後の通知を怠ったか否かにかかわらない。)

### 3 その他—委託を受けた保証人に対する主債務者の事後通知義務

法案463条2項は、委託を受けた保証人に対する主債務者の事後通知義務を定めたものである。この点については、現行法の規律が維持されている。

## 第4 主たる債務者について生じた事由の効力

まず、主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の完成猶予および更新に関しては、現行法の規律が維持された。

また、現行法457条2項は相殺の抗弁については規定されていたが、主債務者のその他の抗弁については明文の規定がなく解釈に委ねられており、判例は、保証人は保証債務の附従性に基づき主債務者が債権者に対して有する抗弁権を主張できるとしていた(最判昭和40年9月21日民集19巻6号1542頁)。法案457条2項は、これに倣い、主債務者が有するその他の抗弁についても、保証人はその抗弁を債権者に対抗できることを明文化した。そして、法案457条3項は、主たる債務者が有する抗弁が相殺権、取消権、解除権であった場合には、保証人に当該権利の処分権限ではなく、履行拒絶権を与えることとする従来の解釈を明文化した(民法(債権関係)部会資料67A・24頁以下参照。)

## 第5 連帯保証人に生じた事由の効力

履行の請求が相対的効力事由となったことが重要である。連帯保証人の1人に対する請求の効力が主債務者に及ぶことに対しては、連帯保証人は主債務者の関与なしに出現しうるから主債務者に不測の存在を与えかねないという問題点が指摘されていた。そこで、原則として、連帯保証人の1人に対する請求の効力は主債務者に及ばないこととした(民法(債権関係)部会資料67A・29頁以下参照。)。ただし、当事者の合意によって連帯保証人の1人に対する請求が主たる債務者に対して効力を有するとすることは可能である(法案458条は、法案441条但書きを準用している。)

(以上文責 福市)

## 第6 根保証

### 1 極度額(法案465条の2)

現行民法465条の2では、個人貸金等根保証契約のみが対象とされていたが、個人根保証契約(一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約であって保証人が法人でないもの)一般に拡張された。

よって、賃貸借や継続的売買取引など貸金等債務を含まない個人根保証契約でも、極度額の定めがなければ、根保証契約の効力が生じないことになる。

### 2 元本の確定事由(法案465条の4)

元本確定事由のうち、①債権者による保証人の財産に対する強制執行又は担保権の実行、②保証人の破産手続開始、③主たる債務者又は保証人の死亡の各事由については、個人根保証契約一般に拡張された。

他方で、①債権者による主たる債務者の財産に対する強制執行又は担保権の実行、②主たる債務者の破産手続開始については、個人根保証契約のうち主たる債務の範囲に貸金等債務を含むものに限って確定事由とされている。これは、例えば、不動産賃貸借契約における主債務者(賃借人)について強制執行や破産開始決定があっても賃貸借契約は当然に終了しないため、保証人の責任のみ消滅させることは相当でないとの判断からである。

### 3 求償権についての保証契約(法案465条の5)

1項は、根保証契約の保証人が法人である場合に、その求償権に対して個人保証がなされ、この個人求償保証契約が根保証契約でない場合、法人根保証契約において極度額の定めがなければ、個人求償保証契約は効力が生じない、とする。

2項は、貸金等根保証契約の保証人が法人である場合に、その求償権に対して個人保証がなされた場合、法人貸金等根保証契約において元本確定期日の定め等がなければ、個人求償保証契約は効力が生じない、とする。なお、2項の場合は、求償権の保証契約には根保証契約も含まれる。

### 4 元本確定期日(法案465条の3)

1で述べたように、民法465条の2の適用対象が個人根保証契約一般に拡張されたため、元本確定期日について定める現行民法465条の3を個人根保証契約一般に拡張するかが問題となった。しかし、借地借家法によって保護される建物賃貸借契約等において、賃貸借契約は存続するにもかかわらず、根保証契約によって担保される債務は元本確定期日までに生じ

たものに限定されてしまうこと等につき批判があったため、個人根保証契約一般への拡張は見送られた。

## 第7 保証人保護の方策の拡充

### 1 個人保証の制限(法案465条の6)

1 事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約又は主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる根保証契約は、その契約の締結に先立ち、その締結の前日1箇月以内に作成された公正証書で保証人になろうとする者が保証債務を履行する意思を表示していなければ、その効力を生じない。

2 前項の公正証書を作成するには、次に掲げる方式に従わなければならない。

(略)

3 前二項の規定は、保証人になろうとする者が法人である場合には、適用しない。

情誼に基づき安易に保証契約が締結されることを防止するために、新設された規定である。保証人になろうとする者は、原則として、保証契約締結の前日1箇月以内に作成された公正証書で、保証債務を履行する意思を表示しなければならず、本条の要件を充たさない保証契約は無効となる。

保証の委託の有無は問わないが、保証人が個人の場合のみ適用がある(3項)。

また、「事業のために負担した貸金等債務」を主たる債務とする保証契約又は根保証契約が対象となる場合、「事業」とは、「一定の目的をもってされる同種の行為の反復的継続的遂行」であり、営利の要素は必要ないとされている(部会資料78A・20頁)。この点について、名藤朝気ほか「保証に関する民法改正と金融機関の実務対応」(金法2019号44頁以下)では、問題になる場合として、i 居住者住宅ローン、ii 不動産投資ローン、iii カードローンの各場合を挙げて、整理して論じられているので参考になる。また、後日、借入金が事業資金に流用された場合の保証契約の効力についても、「いったん有効に成立した保証契約の効力が事後的に覆されるものではないと考えられる」とされているが(同)、金融機関としては金銭消費貸借契約書等において明確に資金用途を定めておくことが有用であると考えられる。

### 2 個人保証(求償権保証)の制限(法案465条の8)

「事業のために負担した貸金等債務を主たる債務と

する保証契約」または「主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務等が含まれる根保証契約」の求償債務を主たる債務とする個人保証契約についても、(1)と同様の制限が課される。

### 3 個人保証の制限の適用除外(法案465条の9)

前3条の規定は、保証人になろうとする者が次に掲げる者である保証契約については、適用しない。

保証人が下記①～④に該当する場合には、公正証書の作成を要しない。通常、法人の役員や支配株主等、債務の内容を把握できる立場にある者については、保証契約のリスクについて合理的な判断が可能であり、かつ、これらの者による保証を認める社会的有用性が考慮されたものである。

① 「主たる債務者が法人である場合のその理事、取締役、執行役又はこれらに準ずる者」(法案465条の9第1号)

「これらに準ずる者」とは、業務執行権または業務執行の決定に関与する法定地位を有する者に限られ、例えば、先代の経営者などは含まれないと解される(前掲金法2019号47頁)。

② 支配株主等による保証(同第2号)

③ 「主たる債務者(法人である者を除く。)と共同して事業を行う者」(同第3号前段)

業務執行の権限や代表権限、業務執行に関する監督権限など、事業の遂行に関与する権利を有する者であるとともに、その事業につき利害関係を有することが認められる必要があるとされている(部会資料78A・20頁)。

④ 「主たる債務者(法人であるものを除く。)が行う事業に現に従事している主たる債務者の配偶者」(同第3号後段)

配偶者のうち、主たる債務者が行う事業に現に従事している者に限定される。

### 4 契約締結時の情報提供義務(法案465条の10)

1 主たる債務者は、事業のために負担する債務を主たる債務とする保証又は主たる債務の範囲に事業のために負担する債務が含まれる根保証の委託をするときは、委託を受ける者に対し、次に掲げる事項に関する情報を提供しなければならない。

一 財産及び収支の状況

二 主たる債務以外に負担している債務の有無並

びにその額及び履行状況

三 主たる債務の担保として他に提供し、又は提供しようとするものがあるときは、その旨及びその内容

2 主たる債務者が前項各号に掲げる事項に関して情報を提供せず、又は事実と異なる情報を提供したために委託を受けた者がその事項について誤認をし、それによって保証契約の申込み又はその承諾の意思表示をした場合において、主たる債務者がその事項に関して情報を提供せず又は事実と異なる情報を提供したことを債権者が知り又は知ることができたときは、保証人は、保証契約を取り消すことができる。

3 前二項の規定は、保証をする者が法人である場合には、適用しない。

(1) 1項は、保証人が主債務者による弁済の可能性を検討し、自分が現実に保証債務を履行しなければならなくなる蓋然性を把握することを可能とするために、主たる債務者に、保証を委託する時点で、保証人に対し適切な情報を提供する義務を課すものである。

提供が義務づけられる情報は、1項各号記載のとおりである。

また、本条により情報提供が義務づけられる場合とは、①事業のために負担する債務についての保証であること、または、事業のために負担する債務が主たる債務に含まれる根保証であること、②主債務者から保証人に対し委託があること、③個人保証であること(法人保証ではないこと)のいずれも充たす場合のみとなる。

(2) 2項は、主債務者がこの情報提供義務に違反した場合、保証人による保証契約の取消しが認められる場合があることを定める。すなわち、①主たる債務者が1項各号に定める情報を提供しなかったこと、または、事実と異なる情報を提供したこと、②これによって保証人がその事項について誤認をし、それによって保証契約の申込み又は承諾の意思表示をしたこと、③債権者が①について知りまたは知ることができたこと、以上①～③のいずれも充たした場合には保証契約を取り消すことができる。

5 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務(法案458条の2)

保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、保証人の請求があったときは、債権者は、保証人に対し、遅滞なく、主たる債務の元本及び主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのものについての不履行の有無並びにこれらの残額及びそのうちの弁済期が到来しているものの額に関する情報を提供しなければならない。

主債務者の履行状況について保証人が知る手段を設けるとともに、債権者が保証人に対し情報を開示した場合は、今後は、法令に基づく義務の履行となることを明らかにしたものである。これにより、債権者が本条に基づき情報を提供しても、守秘義務違反を構成するものではないことが明確になった。

情報義務が課されるのは、委託のある保証に限られる。ただし、個人保証・法人保証を問わない。

また、提供しなければならない情報は、①債務不履行の有無、②債務の残額、③②のうち弁済期が到来しているものの金額である。

なお、情報提供義務に違反した場合の効果は法定されておらず、債権者は保証人に対して一般的な債務不履行責任を負うことになると解される。

## 6 主たる債務者が期限の利益を喪失した場合の情報提供義務(法案458条の3)

1 主たる債務者が期限の利益を有する場合において、その利益を喪失したときは、債権者は、保証人に対し、その利益の喪失を知った時から2箇月以内に、その旨を通知しなければならない。

2 前項の期間内に同項の通知をしなかったときは、債権者は、保証人に対し、主たる債務者が期限の利益を喪失した時から同項の通知を現にするまでに生じた遅延損害金(期限の利益を喪失しなかったとしても生ずべきものを除く。)に係る保証債務の履行を請求することができない。

3 前二項の規定は、保証人が法人である場合には適用しない。

当然喪失か、請求喪失かを問わず、主たる債務者が期限の利益を喪失した場合に、債権者に対し、主たる債務の履行状況に関する保証人への情報提供義務を課するものである。

保証の委託の有無は問わない。ただし、保証人が法人である場合には、本条の適用はない。

本条2項に違反した場合、債権者は、保証人に対して、期限の利益を喪失した時から1項に基づく通知を行った時まで生じた遅延損害金に対応する部分について、保証債務の履行請求ができなくなる。

(以上文責 茶木)

## 5 債権譲渡・債務引受

弁護士 茶木 真理子

### 第1 債権譲渡

#### 1 債権の譲渡性とその制限

##### (1) 譲渡制限の意思表示の効力(法案466条2項、3項)

当事者間で譲渡を禁止又は制限する旨の意思表示(以下「譲渡制限特約」という。)がある場合であっても、債権譲渡の効力が妨げられないことを明確にした(2項)。よって、譲渡制限特約に反する譲渡がなされても、債権譲渡自体は有効であり、債権者は譲受人であって譲渡人ではない。また、譲渡人は債務者に対し履行を請求することはできない。

現行民法では、譲渡禁止特約に違反する譲渡の効力については、債務者の利益を保護するため、譲渡当事者間でも譲渡は無効である(ただし、善意無重過失の譲受人との関係においてのみ有効)との見解(物権的効力説)が有力とされてきたが(部会資料74A・2頁)、譲渡禁止特約が債権譲渡による円滑な資金調達を阻害しているとの指摘から、これとは異なる見解(相対的効力説)を採用することが明確にされた。

ただし、債務者の利益を保護するために、譲受人が悪意又は重過失の場合には、債務者は、その譲受人に対する債務の履行を拒むことができるほか、譲渡人に対して弁済その他の債権を消滅させる行為をすることができ、かつ、その事由をもって譲受人に対抗することができる(3項)。

##### (2) 譲渡制限の意思表示を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができない場合(法案466条4項)

債務者が譲渡制限特約を理由に悪意・重過失の譲受人への弁済を拒みつつ、譲渡を理由に譲渡人への弁済をも拒むことは許されるべきではない。

そこで、債務者が債務を履行しない場合において、悪意・重過失の譲受人が相当の期間を定めて債務者に対し「譲渡人への履行」の催告をしたにもかかわらず、その期間内にも債務者による履行がないときは、債務者は悪意・重過失の譲受人からの請求を拒むことができないとされた。

(3) 譲渡制限の意思表示が付された債権にかかる債務者の供託(法案466条の2、法案466条の3)

譲渡制限特約付債権が譲渡された場合において、債務者が弁済の相手方につき判断に迷うという事態に備えて、債務者は、譲受人の善意・悪意に関係なく、弁済供託をすることによって債務を免れることができるとされた(法案466条の2第1項)。供託をした債務者は、遅滞なく、譲渡人及び譲受人に通知をしなければならない(2項)。また、供託された金銭は、譲受人に限って、還付を請求することができる(3項)。

また、譲渡制限特約付債権が譲渡された後に、譲渡人が破産手続開始決定を受けたときは、譲受人は悪意・重過失であっても、債務者に対して、その債権全額の金銭の供託をさせることができるものとされた(法案466条の3第1項)。よって、譲受人から供託の請求があった場合は、債務者は破産管財人への弁済が禁止されることになる。これは、円滑な債権譲渡による資金調達を阻害しないように、譲受人が倒産手続外で債権全額の回収ができるようにしたものである。また、法案466条の2と同様、供託をした債務者は、遅滞なく、譲渡人及び譲受人に通知をしなければならず、供託された金銭については、譲受人に限って還付を請求することができる。

(4) 譲渡制限の意思表示が付された債権の差押え(法案466条の4)

合意によって差押禁止財産を作出することは認められないとの価値判断から、差押債権者に対しては譲渡禁止特約を対抗できないとされてきた従前の判例法理を明文化したものである(1項)。

ただし、譲受人が悪意・重過失の場合で、その譲受人の債権者によって強制執行がなされた場合は、債務者は、その債務の履行を拒むことができ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもって対抗することができる(2項)。

(5) 預金債権又は貯金債権に係る譲渡制限の意思表示の効力(法案466条の5)

預貯金債権については、通常、譲渡制限特約が

付され、これが一般的に周知されている。そこで、譲渡制限特約が付されている預貯金債権については、従前の判例法理通り、悪意・重過失の譲受人との関係では譲渡が無効であるとしたものである(1項)。よって、譲渡制限特約が付されている預貯金債権が悪意・重過失の譲受人に譲渡された場合は、その預貯金債権の債権者は譲渡人であって、譲受人ではないということになる。悪意・重過失の譲受人であっても、債権者は譲受人であり、債務者は譲受人に対する履行の拒絶等ができるとした466条2項及び3項の例外となる。

なお、譲渡制限特約が付されている預貯金債権に対する強制執行をした差押債権者に対しては、債務者は譲渡制限特約をもって対抗できない(2項)。

2 将来債権の譲渡

従前の判例上認められていたとおり、将来発生する債権(将来債権)も譲渡は可能であること、債権譲渡の対抗要件の方法により対抗要件を具備することができることを明文化するものである。

また、将来債権が譲渡された後に譲渡人と債務者との間で譲渡禁止特約が付された場合について、対抗要件具備時までに譲渡禁止特約が付された場合には、債権者を固定すると債務者の利益を優先させるために、譲受人等はその特約を知っていたものとみなすこととした(3項)。よって、この場合には、466条3項の規定が適用され、債務者は譲受人に対する履行の拒絶等ができることになる。

3 債権譲渡と債務者の抗弁

(1) 異議をとどめない承諾による抗弁の切断(法案468条)

債務者保護の観点から、従前の民法468条1項(債務者が異議をとどめないで承諾をしたときは、譲渡人に対抗することができた事由を善意譲受人に対抗することができなくなる旨の規定)が削除された。

債務者は、対抗要件具備時までに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる(1項)。ただし、債務者が自らの意思表示によって抗弁を放棄することは妨げられない(部会資料74A・11頁)。

(2) 債権譲渡と相殺(法案469条)

債務者は、対抗要件具備時より前に取得した譲渡人に対する債権による相殺をもって譲受人に対

抗することができる(1項)。差押と相殺の場面と同様、いわゆる「無制限説」を採用したものである。

また、対抗要件具備時より後に取得した譲渡人に対する債権であっても、対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権や、譲受人が取得する債権と同じ発生原因である契約から生じる債権については、相殺が可能とされた(2項)。ただし、対抗要件具備時より後に他人から債権を取得した場合には、合理的な相殺の期待はないから、その債権を自働債権として相殺することはできない。

## 第2 債務引受

現行民法には、債務引受に関する規定がなかったため、併存的債務引受及び免責的債務引受について、それぞれ要件と効果につき明文化された。

### 1 併存的債務引受(法案470条、471条)

(1) 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担する(法案470条1項)。併存的債務引受における債務者の債務と引受人の債務は連帯債務の関係にあることが明らかにされ、特別の合意がない限り、連帯債務に関する規定が準用されることになる。

併存的債務引受は、債権者と引受人となる者との契約によってすることができる(同条2項)。この場合、債務者の意思に反する場合であっても認められる。

また、併存的債務引受は、債務者と引受人となる者との契約によってもすることができるが、この場合は、債権者が引受人となる者に対して承諾をした時に初めて効力が発生する(同条3項)。なお、この場合の併存的債務引受は、第三者のためにする契約に関する規定に従う(同条4項)。

(2) 引受人は、併存的債務引受により負担した自己の債務について、その効力が生じた時に債務者が主張することができた抗弁をもって債権者に対抗することができる(法案471条1項)。

債務者が債権者に対して取消権又は解除権を有するときは、引受人は、これらの権利の行使によって債務者がその債務を免れる限度において、債権者に対して債務の履行を拒むことができる(同条2項)。

### 2 免責的債務引受(法案472条～472条の4)

(1) 免責的債務引受の引受人は債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担し、債務者は自己の債務を免れる(法案472条1項)。

免責的債務引受は、債権者と引受人となる者との契約によってすることができる(同条2項)。この場合において、免責的債務引受は、債権者が債務者に対してその契約をした旨を通知した時にその効力を生ずる(同項)。

また、債務者と引受人となる者が契約をし、債権者が引受人となる者に対して承諾をすることによってもすることができる(同条3項)。

(2) 免責的債務引受の引受人は、債務者に対して求償権を取得しない(法案472条の3)。ただし、債務者と引受人との間で求償関係を生じさせるとの特約をすることは妨げられないと解される。

引受人は、免責的債務引受により負担した自己の債務について、その効力が生じた時に債務者が主張することができた抗弁をもって債権者に対抗することができる(法案472条の2第1項)。

債務者が債権者に対して取消権又は解除権を有するときは、引受人は、免責的債務引受がなければこれらの権利の行使によって債務者がその債務を免れることができた限度において、債権者に対して債務の履行を拒むことができる(同条第2項)。

(3) 債権者は、債務者の債務を担保していた担保権を、あらかじめ又は同時に引受人に意思表示をすることにより、引受人が負担する債務に移すことができる(法案472条の4第1項、2項)。ただし、引受人以外の者がこれを設定した場合には、その者の承諾が必要となる。

保証人についても同様に移転できるが、引受人以外の者が保証人である場合は、その者の書面による承諾が必要となる(同条第3項、4項)。

## 第3 契約上の地位の移転(法案539条の2)

契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をした場合において、その契約の相手方がその譲渡を承諾したときは、契約上の地位は、その第三者に移転することを明文化した。

ただし、賃貸不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転に関しては、特別の規律が用意されている(法案民法605条の2、605条の3)。



## 6-1 弁済

弁護士 上里 美登利

1 弁済によって債権が消滅するという大原則を定めた条文がこれまで存在しなかったため、この条文を設けた(法案473条)。

### 2 第三者の弁済(法案474条)

(1) 弁済をするについて正当な利益を有する者でない第三者は、債務者の意思に反して弁済をすることができないが、債務者の意思に反することを債権者が知らなかったときは、この限りでない(法案474条2項)。

(2) 正当な利益を有する者でない第三者は、債権者の意思に反して弁済をすることができないとされた(ただし、その第三者が債務者の委託を受けて弁済をする場合において、そのことを債権者が知っていたときは、この限りでない。)(法案474条3項)。

これにより、債務者の意思に反するかどうかを債権者が確認できない場合、債権者が受領拒絶することが可能となる。

(3) なお、債務の性質が第三者の弁済を許さないとき、又は当事者が第三者の弁済を禁止し、若しくは制限する旨の意思表示をしたときは、第三者弁済はできない(法案474条4項)。

### 3 債務の履行の相手方(法案478条)

(1) 第三者が受領権限を有する場合、その者に対する弁済が有効であることを明確にした(法案478条1項括弧書き)。

(2) 受領権限のない者に対する弁済の効力

従来「債権の準占有者」との文言がそもそも用語としてわかりにくいこと等から、これに代えて、「取引上の社会通念に照らして受領権者としての外観を有するもの」に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する、とした。

従来「債権の準占有者」に該当するとされてきた判例・通説の見解を変更するものではないとされている(民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(5)27頁)。

### 4 代物弁済(法案482条)

代物弁済契約が諾成契約であることを明示したうえで、代物が給付されたときに弁済の効力が生じて債権が消滅することを明らかにした。

### 5 弁済の方法(法案483条～487条)

(1) 弁済の時間(法案484条2項)

弁済の時間について、商法520条に則り、法令又は慣習により取引時間の定めがあるときは、その取引時間内に限り、弁済をし、又は弁済の請求をすることができることと定めた。

(2) 受取証書の交付請求(法案486条)

弁済をする者は、弁済と引換えに、弁済を受領する者に対して受取証書の交付を請求することができることとした。

もともと、受取証書の交付をしなければ債務の履行を請求できないという関係にはなく、債務者が履行期を徒過しても受取証書の交付義務について同時履行の抗弁権があることを理由として、遅滞に陥らないと主張することはできないとされている(民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(5)33頁)。

### 6 弁済の充当(法案488条～491条)

取引の実態に合わせ、まずは、当事者の合意に従うべきことを条文上明確にした(法案490条)。その上で、従来の民法の充当に関する規定の規律を概ね維持した。

## 6-2 弁済による代位

弁護士 福市 航介

### 第1 総論

1 代位弁済によって原債権が法定移転すること、当該原債権を担保する各種の担保も原債権に随伴して移転することについては、現行法と同一の規律が維持されるものと考えられる。

2 求償権と原債権の別債権性についても、現行法と同一の規律が維持されるものと考えられる。そのため、各別に元本額、弁済期、利息や遅延損害金の有

無・割合を異にするために総債権額が各別に変動する。また、求償権と原債権は、別個に消滅時効にかかる。さらに、求償権と原債権の時効中断の関係も現行法の規律と同一である。そして、求償権に原債権の担保が「接ぎ木」されるわけではないことも同一であると考えられる。

- 3 また、求償権への内入金は原債権にも影響を及ぼし、求償権と原債権のそれぞれに内入弁済があったとされること、求償権と原債権の主従競合関係(原債権が求償権を確保することを目的として存在するという附従的な性質を有する関係)が認められることは、現行法と同一と考えられる。
- 4 なお、任意代位については、現行法の「債権者の同意があった」ことという要件が削除された(法案499条)。そのため、任意代位と法定代位の相違点は、債権譲渡の権利行使要件と第三者対抗要件を満たさなければ、代位の事実をもって債務者や第三者に対抗できないことに尽きることになった(法案500条)。

## 第2 弁済者代位の要件と効果

### 1 要件

若干の表現の修正が見られるが、現行法の規律を基本的に維持している。

### 2 効果

- (1) 法案501条1項および2項は、現行法501条柱書前段の規律を基本的に維持するものである。原債権の法定移転、原債権と求償権の別債権性、主従競合などは、前記第1に記載のとおりである。
- (2) 法案501条2項括弧書は、共同保証人間での代位求償が問題となる場合に、弁済者代位を認めたいうえで、その上限を債務者に対する求償権ではなく共同保証人間の求償権(現行法465条、法案465条)とすることとした(民法(債権関係)部会資料80-3・27頁参照)。この問題については、学説上の対立があったところ、明文の規定で解決された(潮見佳男『民法(債権関係)改正法案の概要』(きんざい、平成27年8月18日)170頁以下参照)。
- (3) 法案501条3項は、現行法501条後段の考え方を基本的に維持するものである。ただし、次の点で修正と補充がなされている(以下は、潮見佳男『民法(債権関係)改正法案の概要』(きんざい、平成27年8月18日)171頁および172頁の記述および指摘の各資料による)。
  - ア 保証人や物上保証人が債務者からの第三取得

者に代位できることは法案501条1項から当然に導かれるものであるため、これを明示しなくなった(現行法501条1号は保証人について明示している。民法(債権関係)部会資料80-3・26頁参照)。

- イ 保証人が債務者からの第三取得者に代位する場合には、現行法501条1号は代位について予め附記登記を要件としていたが、法案501条3項は不要とした。代位の附記登記がないことを理由に債権が消滅したという第三取得者の信頼が生じるか疑問であること、抵当権付きの債権が譲渡された場合に、代位の附記登記が担保権取得の第三者対抗要件とされていないこととのバランスを考慮したものである(法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の法律の改正に関する中間試案の補足説明」296頁参照)。法案では、代位の附記登記は、担保権を実行する際における承継を証する公文書(民執181条3項)として位置づけられることになる。

- ウ 501条3項5号は、物上保証人からの第三取得者を物上保証人とみなし、通説に依拠した明文化を図った(法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の法律の改正に関する中間試案の補足説明」296頁以下参照)。なお、現行法501条の「第三取得者」について、債務者からの第三取得者のみを指すのか、物上保証人からの第三取得者も含むのかについて学説に対立が生じていた。

### (4) 保証人と物上保証人の二重資格について

二重資格者の取り扱いについては、議論があったようであるが(法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の法律の改正に関する中間試案の補足説明」296頁、民法(債権関係)部会資料62・11頁、民法(債権関係)部会資料80-3・27頁参照)、今後も解釈に委ねられることとなった(民法(債権関係)部会資料83-2・31頁参照)。

- (5) 一部弁済による代位については、代位者が単独で抵当権を実行することができることとした判例(大決昭和6年4月7日民集10巻535頁)を改め、代位者による単独の抵当権実行を認めないこととした上で、これを抵当権以外の権利行使にも一般化して明文化された(法案502条1項)。また、一部弁済による代位が認められる場合であっても、債権者は単独で権利行使することができるという従来の一般的な理解も明文化された(法案502条2項。法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の法律の改正に関する

る中間試案の補足説明」299頁)。

- (6) また、一部弁済による代位の場面において、満足面での原債権者優先主義(抵当権が実行された場合における配当は債権者が代位弁済者に優先するというもの)を認めた判例(最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁、最判昭和62年4月23日金法1169号29頁)を明文化し、かつ、抵当権以外の権利行使にも一般化した(法案502条3項)。
- (7) なお、法案502条4項は、現行法502条2項と同じである。

### 第3 債権者の担保保存義務

- 1 法案504条1項は、現行法504条の規定内容を基本的に維持したうえで、債権者が担保保存義務に違反して担保の喪失等をした後に、物上保証人等から抵当不動産を譲り受けた第三者が担保保存義務違反による免責の効力を債権者に対して主張することを認めた判例(最判平成3年9月3日民集45巻7号1121頁参照。)を明文化するとともに、抵当権を超えて一般化した。
- 2 現行法504条については、銀行取引では、債務者の経営状況の変化等に伴い、債務者から担保の差替えや一部解除の要請がしばしば行われるところ、担保の差替えや一部解除は、少なくとも形式的には同条が定める担保喪失又は減少に当たるため、この要請が合理的であったとしても、債権者としては、法定代位者全員の個別の同意を得ない限り、債務者からの要請に応じることができず、時宜に応じた円滑な取引ができないという問題があった。
- 3 そのため、金融機関等は、実務上、法定代位者である保証人や物上保証人との間で担保保存義務免除をする特約を事前に結び、その有効性が認められてきた(大判昭和12年5月15日新聞4133号16頁参照。)。もっとも、当該担保保存義務の免除特約は常には有効とはされていないし(最判平成7年6月23日民集49巻6号1737頁)、担保不動産の第三取得者のような特約を締結することができない者との関係では同条の適用の有無が問題となっていた。
- 4 法案504条2項は、取引上の社会通念に照らして合理的な理由があると認められるときに、免責の効果が生じないこととした。なお、法案504条2項は、引き続き担保保存義務免除特約の効力が認められるとともに、その効力の限界に関する判例も維持されるとの考えに基づくものとされている(法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の法律の改正に関する中

間試案の補足説明」303頁、潮見佳男『民法(債権関係)改正法案の概要』(きんざい、平成27年8月18日)174頁参照。)

## 7 相殺

弁護士 上里 美登利

### 1 不法行為債権等を受働債権とする相殺禁止の一部緩和(法案509条)

以下の債務を除き、不法行為債権等を受働債権とする相殺が可能となった。

- ① 悪意(単なる故意ではなく「損害を与える意図」を含む。)による不法行為に基づく損害賠償の債務
  - ② 人の生命又は身体の侵害による損害賠償の債務
- ※①②とも、債権を他人から取得した場合には、相殺可能。

今回の改正により、例えば、交通事故の物損については、相殺ができ、相手方が無保険の場合の無資力リスクを一定程度回避できる。

### 2 被差押債権を受働債権とする相殺(法案511条)

昭和45年判決(最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁)以来、無制限説を前提として実務上の運用がされてきたという実態を踏まえて条文上明確化した。

①差押えを受けた債権の第三債務者は、差押え前に取得した債権による相殺をもって対抗することができることを明記した(法案511条1項)。

②差押え後に取得した債権であっても、差押え前の原因に基づいて生じたものであるときは、その第三債務者は、その債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができるとした。ただし、第三債務者が差押え後に他人の債権を取得した場合は、相殺できない(法案511条2項)。

### 3 相殺の場合の充当関係につき、判例に則った定めを置いた(法案512条)。

当事者の合意がない場合は、相殺適状に達した債権から相殺対象となり、法定充当の定めにも則り、費用、利息、元金の順に充当することが定められた。

# 刑事訴訟法等の一部を改正する法律案 (平成27年3月13日提出) の概要 1

弁護士 谷山 智光

## 第1 改正の経緯と内容

平成27年3月13日、刑事訴訟法等の一部を改正する法律案が国会に提出された(本稿脱稿時には未成立。)

改正がなされる契機として、厚労省元局長無罪事件及び同事件における大阪地検特捜部検察官による証拠改ざん事件があったことは無視できない。その後、検察の在り方検討会議、法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会を経て、「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果」が取りまとめられ、上記改正案となった。しかしながら、改正案の内容は、上記各事件の反省が十分に生かされていないものとなっている。

改正案の内容として、①一部事件における取調べの録音・録画制度の導入、②証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度・刑事免責制度の導入、③通信傍受の合理化・効率化、④裁量保釈の判断に当たっての考慮事情の明確化、⑤被疑者国選弁護対象事件の拡大等弁護人による援助の充実化、⑥証拠一覧表の交付手続の導入等証拠開示制度の拡充、⑦犯罪被害者等・証人を保護するための措置、⑧証拠隠滅等の罪などの法定刑の引き上げ、⑨自白事件の簡易迅速な処理のための措置が挙げられる。

本稿では、紙面の都合上、①④⑤⑥を取り上げ、その余は次稿以降で取り上げることにする。

## 第2 一部事件における取調べの録音・録画制度の導入

### 1 取調べ等の録音・録画義務

#### (1) 原則

検察官又は検察事務官は裁判員裁判対象事件又は検察官独自捜査事件について、司法警察員は裁判員裁判対象事件について、それぞれ逮捕・勾留されている被疑者の取調べや弁解の機会の付与の際には、被疑者の供述及びその状況を録音及び録画を同時に行う方法により記録媒体に記録しておかなければならない(301条の2第4項)。裁判員裁判対象外事件(検察官独自捜査事件は除く。)の取調べ、在宅被疑者や参考人の取調べは、法律上は録

音・録画の対象とならない。起訴事件数の約98%が裁判員裁判対象外事件であること、検察官独自捜査事件は年間100件(起訴事件数の約0.1%)程度と言われていることからすると狭きに失する。取調べの適性確保の必要性はいかなる事件であっても変わらないのであるから、このような対象事件の限定は不当と言わざるを得ない。この点、上記「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果」においても、附帯事項として、「制度の対象とされていない取調べであっても、…実務上の運用において、可能な限り、幅広い範囲で録音・録画がなされ、かつ、その記録媒体によって供述の任意性・信用性が明らかにされていくことを強く期待する。」と明記されている。

#### (2) 例外

機器の故障その他のやむを得ない事情により、記録をすることができないとき(4項1号)、被疑者の拒否その他の被疑者の言動により、記録をしたならば被疑者が十分な供述をすることができないと認めるとき(2号)、指定暴力団の構成員による犯罪に係るものであると認めるとき(3号)、犯罪の性質、関係者の言動、被疑者がその構成員である団体の性格その他の事情に照らし、被疑者の供述等が明らかにされた場合には、被疑者若しくはその親族の身体・財産への加害行為又は畏怖・困惑させる行為がなされるおそれがあることにより、記録をしたならば被疑者が十分な供述をすることができないと認めるとき(4号)は、記録の必要はない。

#### 2 記録媒体の取調べ請求

検察官は、裁判員裁判対象事件又は検察官独自捜査事件について、被告人の自白調書の取調べを請求した場合において、被告人又は弁護人が任意性を争った場合には、任意性立証のため、当該書面が作成された取調べ又は弁解の機会の開始から終了に至るまでの間における録音及び録画の記録媒体の取調べを請求しなければならない(1項本文)。但し、4項各号に該当することにより記録が行われなかった場合その他やむを得ない事情により記録媒体が存在しないときは、この限りでない(1項但書)。

検察官が、1項の規定に違反して、記録媒体の取調べを請求しない場合には、裁判所は自白調書の取調べ請求を却下しなければならない(2項)。

## 第3 裁量保釈の判断に当たっての考慮事情の明確化

裁量保釈に関する規定である90条に、逃亡又は罪証

隠滅のおそれの程度のほか、身体拘束の継続により被告人が受ける健康上、経済上、社会生活上又は防御の準備上の不利益の程度その他の事情といった考慮事情が規定された。この点、上記「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果」では、附帯事項として、「現行法上確立している解釈の確認的な規定として掲げているもの」としているが、とりわけ「防御の準備上の不利益」が法律上明記されたことは意味があるろう。

#### 第4 被疑者国選弁護対象事件の拡大等弁護人による援助の充実化

##### 1 被疑者国選弁護対象事件の拡大

被疑者国選弁護対象事件が、被疑者に対して勾留状が発せられている全事件に拡大された。したがって、これまで被疑者国選弁護対象外であった暴行罪(刑法208条)や住居侵入罪(刑法130条前段)でも国選弁護人が選任されることになる。

##### 2 弁護人の選任に係る事項の教示

弁護人選任権の告知(例えば203条1項)にあたって、弁護士、弁護士法人又は弁護士会を指定して弁護人の選任を申し出ることができる旨及びその申出先を教示しなければならないとされた。

#### 第5 証拠一覧表の交付手続の導入等証拠開示制度の拡充

##### 1 類型証拠開示の対象の拡大

類型証拠開示の対象に、共犯者の身体拘束中の取調べについての取調べ状況報告書(316条の15第1項8号)、検察官請求証拠である証拠物の押収手続記録書面(9号)、類型証拠として開示すべき証拠物の押収手続記録書面(2項)が追加された。

##### 2 証拠一覧表の交付制度

検察官は、検察官請求証拠の開示後、被告人又は弁護人から請求があったときは、速やかに、被告人又は弁護人に対し、検察官が保管する証拠の一覧表の交付をしなければならず(316条の14第2項)、証拠一覧表の交付後、証拠を新たに保管するに至ったときは、速やかに、当該証拠の一覧表を交付しなければならない(5項)。

証拠一覧表には、証拠物については品名・数量を、供述録取書には標目・作成年月日・供述者氏名を、供述録取書以外の証拠書類には標目・作成年月日・作成者氏名を、それぞれ記載しなければならない(3項)。この点、証拠の要旨の記載は求められていな

い。「供述調書」「実況見分調書」「捜査報告書」といった標目のみでは、その内容を知ることができないから、証拠開示としては不十分と言わざるを得ない。

また、検察官は、人の身体・財産への加害行為又は畏怖・困惑させる行為がなされるおそれ(4項1号)、人の名誉・社会生活の平穏が著しく害されるおそれ(2号)、犯罪の証明又は犯罪の捜査に支障を生ずるおそれがあると認めるもの(3号)は証拠一覧表に記載しないことができる。

##### 3 公判前整理手続等の請求権

上記のような類型証拠開示や証拠一覧表の交付は、公判前整理手続又は期日間整理手続に付されることが前提であるところ、検察官、被告人又は弁護人に公判前整理手続(316条の2)・期日間整理手続(316条の28)の請求権が付与された。もっとも、整理手続に付するかどうかは裁判所の判断であり、整理手続に付さないとの判断に対する不服申立ては認められない。

## これからの取締役会は どうなるか

弁護士 坂田 均

### 1 「日本再興戦略」とガバナンス体制の強化

安倍政権の基本政策をまとめた「日本再興戦略」(平成25年6月閣議決定。同27年6月30日改訂案が閣議決定。)では、我が国の企業がグローバル市場において「稼ぐ力」を高めていくために、「攻め」のガバナンス体制の強化が基本施策の一つとしてあげられている。「経営者による大胆かつ前向きな判断を後押しする一環として、取締役会の役割や個々の取締役の責任の範囲を明確化し、経営者が迅速かつ果敢に意思決定を行えるようにする。」ためであるとしている(同改訂第一部第一総論4頁)。

我が国の企業の自己資本利益率(ROE)は欧米の企業に比較して著しく低いといわれているが、企業の中長期的な収益性・生産性を高め企業価値を高めるためには、「攻め」のガバナンス体制の強化が必要であるとの認識である。実効性のあるガバナンス体制を実現するために、これまで、機関投資家と企業との建設的

対話を求めた「スチュワードシップ・コード」の策定(同26年2月)、業務執行の監督機能を強化するための「社外取締役の確保」に向けた改正会社法の施行(同27年5月)、および有効な企業統治を実現するための「コーポレートガバナンス・コード」の策定(同年6月)等がなされてきた。

我が国の企業は、このような状況において、業務執行およびコーポレートガバナンスのあり方について、一定の変化が求められているといえる。

さらに、平成26年の会社法の一部を改正する法律で取締役会の第三のガバナンス体制ともいえる「監査等委員会設置会社制度」が導入された。監査等委員会は過半数の委員が社外取締役で構成され、廃止される監査役制度に代わって、同委員会が業務執行に対する監督機能を担当することになった。

このように我が国では矢継ぎ早にガバナンス体制の強化の政策が実施されてきたが、日本再興戦略が想定している経営者による「攻め」の経営とガバナンス体制の強化はいったいどのように実効性をもち得るのだろうか。

## 2 取締役会の2つの役割とガバナンス機能

(1) これまで取締役会の重要な権限は、①業務執行の監督と、②業務執行の具体的な意思決定の2つである(会社法362条2項)。いわゆる「監督機能」と「意思決定機能」であるといわれてきた。

監査役設置会社においては、「重要な業務執行」等に関する事項だけでなく、多くの業務執行の意思決定が取締役会でおこなわれ、その権限を取締役に委任することは許されていなかった(同法362条4項)。このような「意思決定機能」を中心とする取締役制度は世界的に見て特有のものであった。従来の監査役設置会社制度においては、「意思決定機能」に重点が置かれ過ぎているし、会議体を通じた意思決定には時間もかかる。また、監査役による「監督権能」の強化も独立性の点で不徹底であったという批判が寄せられていた。

(2) そこで、平成14年に「監督機能」と「意思決定機能」を分離し、モニタリング型の実効性あるものとするために、業務執行取締役等に報告を求めることができるとし、また同委員会に業務及び財産の状況の調査をする権限を付与した点である(同法399条の3 1項)。監査等委員は、株主総会で監査等委員である取締役以外の選解辞任についての意見陳述する権限も与えられている(同法342条の2 4項)。

の主な役割は、執行役等の職務執行の監督であり(同法1項2号)、その他「経営の基本方針」等の決定に関与するほかは、重要な業務執行組織等にかかる事項、内部統制システムにかかる事項その他法定事項への関与に限定されることになった。

ところが、我が国ではこの指名委員会等設置会社制度は成功しなかった。企業経営者にとってみると、過半数が社外取締役で構成される指名委員会や報酬委員会に取締役の選任や役員報酬の決定を委ねることに抵抗があったからである。

平成27年7月28日現在、東証1部上場会社の中で指名委員会等設置会社制度は、イオン、オリックス、コニカミノルタ、ソニー、東芝、野村ホールディングス、日立製作所、東京電力、みずほフィナンシャルグループ、三菱UFJフィナンシャルグループ等の51社に限られている。

(3) そこで、取締役会の「監督機能」と「意思決定機能」のバランスを修正し、迅速かつ果敢な意思決定と攻めのコーポレートガバナンスを実現するために導入されたのが監査等委員会設置会社制度である。

監査等委員会の主な権限は、取締役の職務執行の監査および監査報告の作成である(同法399条の2 3項)。監査等委員会設置会社では監査役は置かれない。監査等委員会は、過半数が社外取締役で構成され、その監査権限は適法性監査だけでなく妥当性監査にも及ぶ。

第一の特徴は、監査等委員会による監査を実効性あるものとするために、業務執行取締役等に報告を求めることができるとし、また同委員会に業務及び財産の状況の調査をする権限を付与した点である(同法399条の3 1項)。監査等委員は、株主総会で監査等委員である取締役以外の選解辞任についての意見陳述する権限も与えられている(同法342条の2 4項)。

第二の特徴は、重要な業務執行の委任である。監査等委員会設置会社では、取締役会の主な職務は、経営の基本方針の決定のほかは、取締役の職務執行の監督であり(同法399条の13 1項)、取締役会の過半数が社外取締役の場合は、「重要な業務執行」の決定を委任できる(同条5項)、定款に定めがある場合には、「重要な業務執行」の決定の全部または一部を取締役に委任することができる(同条6項)。

どのような事項が「重要な業務の執行」に該当

するかは、各会社の取締役会が制度の目的から合理的かつ自主的な判断によって決まることになるが、委任事項の範囲次第によって、取締役会の「監督機能」と「意思決定機能」のバランスが異なることになる。

- (4) では、監査等委員会設置会社において、このように「監督機能」と「意思決定機能」のバランスを修正し、「重要な業務執行」の決定権限を個々の取締役に委任することができるとすると、業務執行の意思決定や執行の過程に取締役会が関与できなくなり、業務執行取締役の専横を許すことにならないかといった懸念が生じるが、その場合のコーポレートガバナンスは十分に実効性を有するのであろうか。

コーポレートガバナンスは、監査等委員会による監査に依存することになるが、もちろんそれだけでは能力的に限界があるし、実効的な機能は果たし得ない。当然、社内の監査部門、財務部門、法務部門等内部統制部門との連携が不可欠であるといえる。

そこで、以下においては、(株)東京証券取引所と金融庁が共同で取りまとめた上場会社のための「コーポレートガバナンス・コード」(原案)が何を目指しているのか、概要をみでみる。

### 3 コーポレートガバナンス・コード(原案)の概要

- (1) 平成27年3月、コーポレートガバナンス・コードの策定に関する有識者会議において、コーポレートガバナンス・コード原案(以下、本コード(原案)という)が策定された。本コード(原案)が目指すものは、会社の意思決定の透明性・公正性を担保しつつ、これを前提とした会社の迅速・果敢な意思決定を促すことを通じた、いわば「攻めのガバナンス」の実現であるとしている(本コード(原案)7)。

- (2) コードの構成及びスケジュール

本コード(原案)は、5つの基本原則、30の原則、および38の補充原則からなっている。基本原則は、①株主の権利・平等性の確保、②株主以外のステークホルダーとの適切な協働、③適切な情報開示と透明性の確保、④取締役会等の責務、⑤株主との対話で構成されている。

本コード(原案)を踏まえ、(株)東京証券取引所は、同年6月1日にコーポレートガバナンス・コードを上場規程に別添として定めた。スケジュールとしては、3月決算の上場会社(東証)の場合は、平

成27年6月1日以降最初に開催される定時株主総会の日から6か月を経過する日までに、「コーポレート・ガバナンスに関する報告書」を提出しなければならない。英法における「プリンシプルベース・アプローチ」および「コンプライ・オア・エクスプレイン」という手法を用いている。すなわち、上場会社は、本コードを遵守しているのか、そうでない場合は遵守していない理由を説明しなければならない。

- (3) 取締役会の責務については以下の内容になっている。

- (i) 基本原則4 取締役会等の責務；

上場会社の取締役会は、株主に対する受託者責任・説明責任を踏まえ、会社の持続的成長と中長期的な企業価値の向上を促し、収益力・資本効率などの改善を図るべく、

- ① 企業戦略等の大きな方向性を示すこと、
  - ② 経営陣幹部による適切なリスクテイクを支える環境整備を行うこと、
  - ③ 独立した客観的な立場から、経営陣(執行役及びいわゆる執行役員を含む)・取締役に對する実効性の高い監督を行うこと、
- 等の役割・責務を適切に果たすべきである。

- (ii) 原則4-2 取締役会の役割・責務(2)；

取締役会は、経営陣幹部による適切なリスクテイクを支える環境整備を行うことを主要な役割・責務の一つと捉え、経営陣からの健全な企業家精神に基づく提案を歓迎しつつ、説明責任の確保に向けて、客観的な立場において多角的かつ十分な検討を行うとともに、経営陣幹部の迅速・果敢な意思決定を支援すべきである。

- (iii) 原則4-7 独立社外取締役の役割・責務；

上場会社は、独立社外取締役には、特に以下の役割・責務が期待されていることに留意しつつ、その有効な活用を図るべきである。

- ① 経営の方針や経営改善について、自らの知見に基づき、会社の持続的な成長を促し中長期的な企業価値の向上を図る、との観点から助言を行うこと、
- ② 経営陣幹部の選解任その他の取締役会の重要な意思決定を通じ、経営の監督を行うこと、
- ③ 会社と経営陣・支配株主等との間の利益相反を監督すること、
- ④ 経営陣・支配株主から独立した立場で、少数株主をはじめとするステークホルダーの意

見を取締役に適切に反映させること。

- (iv) 原則4-11 取締役会・監査役会の実効性の確保のための前提条件；

取締役会は、その役割・責務を実効的に果たすための知識・経験・能力を全体としてバランス良く備え、多様性と適正規模を両立させる形で構成されるべきである。

取締役会は、取締役会全体としての実効性に関する分析・評価を行うことなどにより、その機能の向上を図るべきである。

- (4) 内部統制部門との連携や情報収集については以下のように述べている。

- (i) 原則2-2 会社の行動準則の策定・実践、補充原則2-2①；

取締役会は、行動準則が広く実践されているか否かについて、適宜または定期的にレビューを行うべきである。

- (ii) 原則3-2 外部会計監査人、補充原則3-2②；

取締役会及び監査役会は、高品質な監査を可能とする十分な監査時間の確保、外部会計監査人からCEO・CFO等の経営陣幹部へのアクセス(面談等)の確保、外部会計監査人と監査役・内部監査部門・社外取締役との十分な連携の確保、外部会計監査人が不正を発見し適切な対応を求められた場合や、不備・問題点を指摘した場合の会社側の対応体制の確立の対応を行うべきである。

- (iii) 原則4-13 情報入手と支援体制；

取締役・監査役は、その役割・責務を実効的に果たすために、能動的に情報を入手すべきであり、必要に応じて、会社に対して追加の情報提供を求めるべきである。

- (5) 適切な情報開示に関しては以下のように述べている。

- (i) 基本原則3 適切な情報開示と透明性の確保；

上場会社は、会社の財政状態、経営成績等の財務情報や、経営戦略・経営課題、リスクやガバナンスに係る情報等の非財務情報について、法令に基づく開示を適切に行うとともに、法令に基づく開示以外の情報提供にも主体的に取り組むべきである。その際、取締役会は財務情報や非財務情報が正確で利用者にとって分かりやすく、情報としての有用性の高いものとなるようにすべきである。

- (ii) 原則3-1 情報開示の充実；

上場会社は、法令に基づく開示を適切に行うことに加え、会社の意思決定の透明性・公正性を確保し、実効的なコーポレートガバナンスを実現するとの観点から、各原則において開示を求めている事項のほか、さらに、会社の経営理念や経営戦略、経営計画、コーポレートガバナンスに関する基本的な考え方と基本方針、経営陣幹部・取締役の報酬の決定にあたっての方針と手続、経営幹部や取締役監査役候補の指名を行うにあたっての方針と手続等の情報について開示を行うべきである。

#### 4 業務執行の監督は有効か

- (1) 以上みてきたように、日本再興戦略で示唆された、会社がグローバル市場における「稼ぐ力」を高めていくために、「攻め」のガバナンス体制の強化が基本施策の一つとしてあげられ、経営者による大胆かつ前向きな判断を後押しする一環として、取締役会の役割や個々の取締役の責任の範囲を明確化し、経営者が迅速かつ果敢に意思決定を行えるようにする趣旨は明確になったと思う。

問題は、「攻め」のガバナンス体制、すなわち、会社の業務執行の意思決定機能をできるだけ執行役や業務執行取締役に委任し、取締役会は、もっぱら会社内部監査部門との連携によって監督機能に専念するというが、本当にそれによって実効的なコーポレートガバナンスが実現できるかである。

- (2) 東芝の不適切会計問題は、日本のリーディングカンパニーの不祥事として各界に大きな衝撃を与えた。「チャレンジ」と称する経営陣トップによる過大な数値目標の設定により、①赤字受注の工事損失の引当を計上しなかったこと、②棚卸評価を適切に行わず評価損を出さなかったこと、③部品取引で利益を過大に計上したこと等によって、1500億円を超える不適切会計が行われていたことが明らかになった。

第三者委員会の調査報告書によると、①経理部は引当金の計上などの会計処理が必要となる事実を知らず何等の行動もとらなかったこと、②財務部は社長の「チャレンジ」の原案を起案担当していたこと、③経営監査部は、カンパニーでの経営コンサルタント業務がほとんどであったこと、④有報等開示委員会では、財務報告にかかる



内部統制システムの有効性について独自になんらかの確認や検討を行っていた形跡はなかったこと、⑤取締役会においては、受注後に数百億の赤字が見込まれる案件についても報告がなされた事実がなかったこと、⑥監査委員会においては、引当金の計上などの会計処理が必要となることを裏付ける事実を認識しているにもかかわらず、問題点を審議するなどの行動はとられなかったこと、⑦会計監査人においては四半期レビューの際に会計処理の問題の多くについて指摘されなかったこと等、整備されていたはずの監査・監督部門、監査委員会、会計監査人等コーポレートガバナンス体制は全く機能しなかった。

同社は指名委員会等設置会社の代表格であった。すべての部門が機能しなかったという衝撃的な事実である。

何が問題だったのか。

- (3) 第一に、会社経営トップの企業倫理感が如何に重要であるかを物語る一件である。このような経営トップの悪性を指名委員会なり監査委員会が何故見抜けなかったのか疑問である。

加えて、第二に、一定金額を超える取引に関する財務情報に関しては、業務執行の意思決定およびその後の処理の「プロセス」が取締役会または指名委員会や監査委員会に提示されていなかったことである。この「プロセス」が取締役会に開示されるべきであった。業務執行の意思決定自体は会社経営者の専権事項であったとしても、意思決定および処理がなされた後の監査委員会において、意思決定と処理の「プロセス」が資料を添えて説明され、監査委員らに知る機会が与えられなければならなかった(この機会は与えられていたのに適正な手続がなされなかったというべきかもしれない)。あるべきコーポレートガバナンスが、たとえ「意思決定機能」を会社経営者に委ねるとしても、それは、取締役会の「業務執行のプロセス」を監督する権能を奪うものであってはならないからである。

第三に、会計監査人と会社との直接的な契約はもうやめなければならない。第三者機関を通じた会計監査人と会社との間接的な契約締結を模索する必要がある。なぜなら、監査法人の報酬は会社から支給されるという意味で、その関係は、利益相反的だからである。

第四に、経理部、その他の内部監査部門には、

独自の内部通報制度が利用できるような配慮が必要である。

第五として、社外取締役についても、責任限定契約が故意または重過失のあるときは免責されないことを周知徹底すべきである。

いずれにしても、東芝の不正会計処理事件は、稼ぐ力を高めていくために攻めのガバナンス体制を強化するという理想に水を差したし、その道の方が容易でないことを知らせることになった。

## 特許権侵害差止仮処分と 損害賠償責任

客員弁護士 大瀬戸 豪志

### 1 特許権侵害差止仮処分命令の申立てと特許の無効

特許権侵害差止の仮処分命令の申立てがあったときは、競業者は、裁判所による仮処分命令の発令があるまでその製品の製造販売を停止する義務はないが、差止の発令があった後は法的義務が発生する。この場合にとくに問題となるのは、競業者が対抗手段として特許庁にした特許無効審判請求において係争特許を無効とする審決がだされ、その審決が確定した場合である。特許無効審決が確定したときは当該特許は初めから存在しなかったものとみなされるから、仮処分命令は被保全権利を欠くものとなり、その根拠を失う。競業者側からすれば、特許権侵害をしていないのに仮処分命令によって自社製品の製造販売をすることができなくなり、これにより損害を被ることになる。その結果、仮処分命令の申立人(債権者・特許権者)は、競業者(債務者)から、民法709条の不法行為を理由としてその損害の賠償を請求される場合がある。

### 2 裁判例

#### (1) 違法性(権利侵害)

特許権侵害に基づく仮処分命令の申立てがなされた後に、当該特許が無効になった場合に、それを原因として損害を被った債務者(競業者)が民法709条の不法行為を理由とする損害賠償請求をするためには、まず、無効になった特許(無効特許)に基づく債権者(無効特許の特許権者)の仮処分命令

の申立てが違法性(権利侵害)を有するものでなければならぬ。この点について、最近の裁判例をみると、大阪地裁平成19年2月15日判決(裁判所ウェブサイト)は、「訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものである上、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である」という最高裁判所昭和63年1月26日判決を援用して「仮処分の申立てが仮処分制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められる事情が存するときに限り違法性を有すると解すべきである」とし、この事案の被告による仮処分の申立て・追行にはそのような事情が認められないから、不法行為を構成しないと述べている。

しかし、同判決は、仮処分命令が発令され、その執行(特許権侵害品の執行官保管、間接強制等のいわゆる狭義の執行)がされた場合については違法性があるものとしている。すなわち、「仮処分決定が、被保全権利が存在しないために当初から不当であったことが本案訴訟等において確定した場合、その決定を得てこれを執行した仮処分債権者に故意又は過失があったときは、仮処分債権者は、仮処分債務者の権利利益を違法に侵害したものととして、民法709条により仮処分債務者がその執行によって受けた損害を賠償すべき義務があるというべきである」という。

それでは、仮処分命令が発令されたが、その執行(狭義の執行)がされなかった場合はどうか。この点につき、東京地裁平成26年2月25日判決(判例集未搭載)は、「本件仮処分命令は原告[仮処分債務者・競業者]に送達されたことにより効力を生じ(民事保全法17条、7条、民事訴訟法119条[広義の執行])、原告には原告製品1の製造および販売等をしてはならないという不作為義務が課せられ、その効力は本件仮処分の取下げまで継続していたところ、本件特許が無効である旨の第2次審決取消訴訟判決の確定により本件特許権は初めから存在しなかったものとみなされた(特許法125条)から、本件仮処分命令に係る手続の利用は、被保全権利を欠くものとして、違法である。」と判示している。

これらの判決によれば、仮処分命令の申立て自体は、原則として違法性を有しないが、仮処分命令(決定)を得たり、その執行をした場合には、無効特許に基づく仮処分手続の利用は違法性を有するということになるであろう。

## (2) 過失の推定

次に、仮処分申立人(債権者)の過失が問題になる。この点について、上記の大阪地裁平成19年判決は、違法性に関する上記の判示部分に続けて、「その場合には、特段の事情のない限り、債権者には過失があったものと推定するのが相当である」とし、上記の東京地裁平成26年判決も、「仮処分命令が被保全権利を欠く場合には、仮処分債権者による当該仮処分命令に係る手続の利用は違法であり、仮処分命令が発令された後に被保全権利の不存在が裁判上確定した場合には、特段の事情のない限り、仮処分債権者には被保全権利を欠く仮処分命令に係る手続の利用について過失があったものと推定される」という。

両判決が拠り所とするのは、「仮処分命令が、その被保全権利が存在しないために当初から不当であるとして取り消された場合において、右命令を得てこれを執行した仮処分申請人が右の点について故意または過失のあつたときは、右申請人は民法709条により、被申請人がその執行によって受けた損害を賠償すべき義務があるものというべく、一般に、仮処分命令が異議もしくは上訴手続において取り消され、あるいは本案訴訟において原告敗訴の判決が言い渡され、その判決が確定した場合には、他に特段の事情のないかぎり、右申請人において過失があつたものと推認するのが相当である。」という最高裁判所昭和43年12月24日判決である。

## 3 寸評

### (1) 仮処分命令申立ての違法性について

上述のように、裁判例によれば、無効特許に基づく仮処分手続きは、仮処分命令が発令(決定)されるまでは違法性を有しないが、仮処分命令が債務者に送達された場合(広義の執行)、又は執行官保管や間接強制等が行われた場合(狭義の執行)には、違法性を有する。このように、狭義の執行のみならず、広義の執行の場合にも無効特許に基づく仮処分手続きが違法性を帯びるのは、それにより債務者が自社製品の製造販売を停止する法的義

務を課せられ、不当に債務者の財産処分権が制限されるというところにあるのであろう。

## (2) 過失の推定について

民法709条の不法行為を理由とする損害賠償請求をするためには、被告(債権者・仮処分の申立人)に故意又は過失があったことを必要とする。この点につき、一般論としては、不法行為における過失の推定は、本来原告が負担すべき被告の過失の立証が、専門知識の欠如等により容易でないという場合に、公平の見地から、その負担を緩和し、立証責任を被告に転換するものである<sup>1</sup>。したがって、立証の点で平等な立場・能力を有する当事者間において過失を推定するのは、公平さを欠き、適切でない。そこでは、原則通り、被告の過失は、原告(債務者)において立証しなければならない。

この理は、無効特許に基づく特許権侵害差止仮処分命令の申立てを原因とする不法行為が問題となる場合にもそのまま妥当するものというべきであろう。すなわち、無効特許に基づく特許権侵害差止仮処分命令の申立てを原因とする損害賠償請求訴訟においては、通例、当事者である原告(債務者)も被告(債権者)も、いわゆる当業者であり、ともに係争技術について専門知識を有する者であって、自己の主張を立証することについて対等の関係にある。そこでは、被告(債権者)との関係において、原告(債務者)の立証を容易にしなければならないというような事情は存在しない。したがって、特許権侵害差止仮処分命令の申立てを原因とする不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においては、被告(債権者)の過失は推定されず、原則通り、原告(債務者)において被告(債権者)の過失を立証しなければならないと解すべきであろう。

これに反し、上述のように、大阪地裁平成19年判決及び東京地裁平成26年判決は、最高裁昭和43年判決に依拠して被告の過失を推定している。しかし、相手方を誤った土地所有権に基づく埋立工事禁止等の仮処分申請という通常事件の最高裁昭和43年判決を無効特許に基づく仮処分命令申立という特殊な事案について当然のごとく被告(債権者)の過失を推定することには裁判官からも次のような疑問が呈されている。「上記最判は、通常事件についての仮処分の事案であることから、そこで示された判断基準が、特許権侵害差止めの仮処分の場合、とくに、当該仮処分命令が発令・執行された後に、当該特許を無効とする審決が確定した

場合にも当てはまるかが問題となる。特許を無効とする審決が確定すると、当該特許権は、初めから存在しなかったものとみなされる(特許法125条)から、仮処分命令の執行が被保全権利がないに行われた違法なものになるという点では、原告敗訴の本案判決が確定した場合と異ならない。しかし、この場合にも債権者の過失の推定を認めるかどうかについては、特許事件の特殊性に鑑みて議論のあり得るところであり、特許権が特許庁の実態審査を経て発生した公権的権利であることや特許の有効性判断が困難な場合も多いことなどを理由に、特許権者の過失を推定することに疑問を呈する見解もある。」<sup>2</sup>とされているところ、ここで言及されている特許権者の過失を推定することに疑問を呈する見解とは、「不当仮処分の不法行為責任については、同様に解し得ないであろう[無過失責任に近い考え方を採り得ないという意味]。蓋し、…仮処分裁判所の性格(保全の必要性の有無判断の要素として、無効事由を含めることができるという点)や審理の実情(債務者の審尋を十分に尽して決定をする点)を考慮すると、後日、権利が確定的に無効となったとしても、当然に過失が肯認されるような見解は採り得ないといえよう。原則どおり、原告において、被告の過失(例えば無効事由を容易に知り得た等の事情)を具体的に証明しなければならない。」<sup>3</sup>というものである。

上記の二つの地裁判決と同様の観点から、特許権者(債権者・被告)の過失を推定するのが下級審判決の一般的な傾向であるが(例えば、東京地裁平成14年12月17日判決、大阪高裁平成16年10月15日判決、東京高裁平成17年1月31日判決等)、上述のような批判的見解に照らしてみると、そのような傾向を見直す必要があるように思われる。とりわけ、我が国の特許制度は、欧州の特許制度と並び世界に誇れる厳格な審査主義に立脚しているにもかかわらず、この審査を受けて成立した特許の特許権者がその権利を行使するに当たり、改めて無効理由の存否を一からやり直さなければ仮処分申立てすら安心してできないというのでは、特許権者にとってあまりにも酷であり、ひいては審査・審判制度そのものに根本的な疑念を抱かせることになる。とくに、進歩性の有無のような無効理由の存否が争点となる事案では、技術の進歩により特許発明に関わる技術分野が多岐にわたることが多く、そのような状況の下で先行技術等の存在や

それに基づく進歩性等の無効理由の存否の調査を尽くさなければ特許権者の過失が推定されるというのは、特許権者に過度の負担を強いるものであり、衡平さに欠けるものというべきであろう。

### (3) 過失の推定の覆滅事由について

前掲最高裁昭和43年判決による場合にも、「特段の事情」、すなわち仮処分命令の申立てをするのに相当な事由があれば過失の推定は覆るが、特許権侵害差止仮処分命令申立事件の裁判例は、この「特段の事情」の認定についても厳しい態度をとっている。上記の東京高裁平成26年判決を例にとってこの点をみれば、以下のごとくである。すなわち、被告(債権者)の特許に対する特許異議決定、第1次審決、仮処分命令及び本案判決のいずれにおいても、同一の公知資料に基づく進歩性の欠如が否定され、特許の有効性の判断が維持されており、進歩性欠如による無効審決が確定したのはその後の第2次無効審判の審決取消訴訟においてである。このように特許の有効性の判断に関する複雑な事実経過のもとにおいても、判決は、「被告が、本件仮処分の申立て当時、特許無効審判手続きにおいて本件特許が無効である旨の審決がなされることを予測することが不可能であり、又は著しく困難であったとはいえないと考えられる」から、「本件仮処分命令に係る手続の利用につき、被告に過失があったとの推定を覆すに足りる事情があると認めることはできないと判断するのが相当である。」として、被告の過失を認定した。

しかし、この判決については、以下のような問題を指摘することができよう。まず、債務者が権利の有効性についてきちんと争わないまま仮処分命令が発令され、執行されたような場合には、相当な事由があるものとして過失の推定が覆るものとされている<sup>4</sup>。東京高裁平成26年判決の事案においても、原告(債務者)は、仮処分手続きにおいて特許異議決定時の公知技術に基づく無効理由を繰り返しただけで、当該特許の有効性についてきちんと争っていない。この点からみても、仮処分命令の申立てについて被告(債権者)に過失があったもの推定することはできないというべきであろう。

また、「債務者が主張した無効の抗弁を裁判所が排斥して仮処分命令を発令した場合にも、債権者に上記のような厳しい責任を負わせるのが相当であるとは、直ちには言い難い<sup>5</sup>」として、従前の下

級審の判決を疑問視する見解がある。この観点からすれば、仮処分手続きにおいて、原告(債務者)は、特許異議決定において引用例とされたものと同一の公知技術に基づき特許の進歩性欠如による無効を理由とする権利濫用の主張をしているが、裁判所はこれを排斥し、仮処分命令を発令している。さらに、本案訴訟判決(侵害訴訟判決)においても、仮処分命令と同一の公知資料に基づく進歩性欠如による無効を理由とする原告(債務者)の権利濫用の主張が明確に否定されている。このような事実があるにもかかわらず、仮処分申立てについて被告(債権者)の過失を推定し、被告(債権者)の側に一方的に厳しい責任を負わせるのは、著しく公平さを欠くものであって、相当でないというべきであろう。

さらに、この事案においては、仮処分命令の発令後、「周知技術」を示すものとして、仮処分手続きの際に提出された疎明資料のほか、原告(債務者)から数多くの資料が提出されているが、これらの資料は、本来、本件仮処分命令の発令時まで提出されるべきものであった。それにもかかわらず、その発令後にはじめて提出されているという事実は、それだけでも、前述のように、原告(債務者)が権利の有効性についてきちんと争わないまま仮処分命令が発令され、執行された場合として、過失の推定を覆すに足る相当な事由(特段の事情)に当たるものというべきであろう。また、主引例及び副引例のほかに、これだけ多くの周知技術を組み合わせなければ当業者が本件特許に係る発明を容易にすることができなかつたということは、被告(債権者)のみならず当業者にとっても、進歩性の判断がとりわけ困難であったということを示すものであり、この点からしても被告の過失の推定を覆す相当な事由があるものといえることができる。

以上から明らかなように、この事件においては、過失の推定を覆す相当な事由が具体的かつ明確に存在していたものといえる。したがって、仮処分申立てについて、被告に過失があったものといえることはできず、不法行為は成立しなかったものと考えられる。

### (4) 結びに代えて

上でみたように、無効特許に基づく仮処分手続きの利用について、裁判所は、特許権者側に非常に厳しい態度で臨んでいる。競業者側から損害賠

償請求訴訟が提起されれば、ほとんどの場合特許権者に損害賠償が命じられるのが現状である。そのような状況には、もちろん見直されなければならない点もあるということは上で指摘したとおりであるが、特許権者がその特許権を行使するに当たっては、競業者から思わぬ反撃や逆襲を受けることがあるということをよく考慮に入れて慎重に対処することが要求される。

- 1 内田貴『民法 債権各論 第3版』349頁。
- 2 大西勝滋 [平成24年4月1日現在東京法務局訟務部長]「特許権の仮処分」高部真規子編『特許訴訟の実務』257頁、267頁～268頁。
- 3 飯村敏明 [前知財高裁所長]「無効判決確定前の権利行使と損害賠償責任」特許判例百選第2版226頁。
- 4 八木貴美子「違法な保全処分における過失の判断」秋吉稔弘先生喜寿記念論文集277頁、288頁。
- 5 前注2・大西269頁。

## 応用美術と著作権

—知財高裁平成27年4月14日判決を題材に

弁護士 草地 邦晴

### 1 応用美術と著作権法上の問題点

人の創作活動により作り出される美的創作物には、専ら鑑賞を目的とする純粋美術と、実用・産業上の利用に供される応用美術があるとされており、応用美術が「美術」の著作物として著作権法上保護されるか否かという問題は、立法当時から議論が行われてきた論点である。工業所有権法で「意匠」は「物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であって、視覚を通じて美感を起させるもの」(意匠法2条)と定義されており、応用美術は意匠法による保護を受けうため、著作権法による保護との調整という問題が意識されたためである。

結局、現行著作権法は、美術の著作物について「絵画、版画、彫刻その他の美術の著作物」(著作権法10条1項4号)と定義し、「この法律にいう『美術の著作物』には、美術工芸品を含むものとする」(同法2条2項)としたものの、その他に応用美術に関する規定はおかなかった。そのため、この問題は後の解釈に委ねられる形となったが、立法過程における審議会の答申では、

量産品のひな形または実用品の模様として用いられることを目的とするものなどは、意匠法等工業所有権制度による保護に委ね、純粋美術としての性質をも有する場合には美術の著作物として取り扱われることが説明されていたようであり、これがその後の議論にも影響を与えてきたとされる。<sup>1</sup>

### 2 応用美術に著作権法の保護は与えられるか(学説の状況)

著作権法の保護が与えられる応用美術については、2条2項にいう「美術工芸品」に限定するという立場(限定説)もあるようであるが、これに限定されず著作権法による保護を受けうとする立場(例示説)が多数説とされている。

意匠法との棲み分けについては、両法による保護は独立に検討すればよく、重複適用にも支障はないと考える立場もあるが、一般的には、意匠権と著作権はいずれも創作に係わるものであることや、意匠権としての保護には出願審査と登録が必要で、保護期間も20年であるところ、著作権としての保護には登録は必要なく、著作者人格権や支分権も発生し、保護期間も50年と長いことから、知的財産法全体の中での整合性のとれた適用関係を考慮することが必要と考えられてきた。

例えば、「著作権法で保護されている純粋美術と同視できるものであると解すべき」「応用目的が存してもなお著作権法の保護を受けるに足るプラス $a$ がある応用美術に限り著作物として認知すべきであり」「ここでいうプラス $a$ とは、著作者人格権、翻案権・貸与権等の支分権、長い保護期間等を認めることにより利用・流通の妨げになってもなお著作権法を適用する必要性が高い場合と解すべき」とするもの<sup>2</sup>や、「美術の著作物として法的評価をするに『相応』の美的創作物に対して、著作権法を適用することを重視すべき」「両方制度の相違に照らし、当該美的創作物を著作権制度により保護することにより、不合理な弊害事象を惹起する可能性の有無を考慮して、この相応性が評価されるべき」とするもの<sup>3</sup>等があり、応用美術の著作権保護については、一定の高いハードルを設ける考え方が多数説となっていた。

### 3 応用美術を巡る裁判例の動向(1)

裁判例においても、言い回しの差異はあるものの、概ね応用美術は原則として意匠法による保護を受けべきものであり、「純粋美術としての性質」「純粋美術と同視しうる程度の美的創作性」「純粋美術と等しく

美術鑑賞となりうる程度の審美性」などが認められる場合に著作権法上の保護が与えられると解されてきた。例えば、高裁レベルの判決例では、次のようなものがある。

(1) 木目化粧紙事件(東京高裁平成3年12月17日判決<sup>4</sup>)

「応用美術のうち、例えば実用品の模様などとして用いられることのみを目的として製作されたものは、本来、…意匠法によって保護されるべき」であるが、「実用品の模様などとして用いられることのみを目的として製作されたものであっても、例えば著名な画家によって製作されたもののように、高度の芸術性(すなわち、思想又は感情の高度に創作的な表現)を有し、純粋美術としての性質をも肯認するのが社会通念に沿うものであるとき」は、美術の著作物に該当する。

(2) ファービー事件(仙台高裁平成14年7月9日判決<sup>5</sup>)

応用美術は「現行著作権法上は原則として著作権法の対象とならず、意匠法等工業所有権制度による保護に委ねられていると解すべき」であるが、「純粋美術と同視できる程度に美術鑑賞の対象とされると認められるもの」は著作権法上保護の対象となる。「美術の著作物といえるためには、応用美術が、純粋美術と等しく美術鑑賞の対象となりうる程度の審美性を備えていることが必要である」

(3) チョコエッグ・フィギュア事件(大阪高裁平成17年7月28日判決<sup>6</sup>)

「応用美術であっても、実用性や機能性とは別に、独立して美的鑑賞の対象となるだけの芸術性を有するに至っているため、一定の美的感覚を備えた一般人を基準に、純粋美術と同視しうる程度の美的創作性を具備していると評価される場合は、『美術の著作物』として、著作権法による保護の対象となる場合がある」

#### 4 応用美術を巡る裁判例の動向(2)

こうした基準のあいまいさ、抽象性については、批判もあったが、下級審ではこうした基準によりながら、個々の事案ごとの特殊性も加味して結論を導いており、近時の知財高裁においても基本的にこれらの考え方が踏襲されているように見受けられた。

(1) 知財高裁平成26年1月22日判決<sup>7</sup>

「本件図柄は、あくまでも広告看板用のものであり、実用に供され、あるいは、産業上利用される応用美術の範ちゅうに属するというべきものであるところ、応用美術であることから当然に著作物

性が否定されるものではないが、応用美術に著作物性を認めるためには、客観的外形的に観察して見る者の審美的要素に働きかける創作性があり、これが純粋美術と同視し得る程度のものでなければならぬと解するのが相当」

(2) 知財高裁平成26年8月28日判決<sup>8</sup>

「一品制作の美術工芸品と量産される美術工芸品との間に客観的に見た場合の差異は存しないのであるから…量産される美術工芸品であっても、全体が美的鑑賞目的のために制作されるものであれば、美術の著作物として保護される」「実用目的の応用美術であっても、実用目的に必要な構成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握できるものについては、…当該部分を上記2条1項1号の美術の著作物として保護すべきであると解すべき」「他方、実用目的の応用美術であっても、実用目的に必要な構成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握することができないものについては、…同号における著作物として保護されない」

#### 5 知財高裁平成27年4月14日判決<sup>9</sup>

こうした中で、知財高裁は、被告の製造販売する製品形態が、原告らの製造等に係る大量生産されている幼児用の椅子「TRIPP TRAPP」の形態に酷似し、原告らの著作権を侵害すると主張して提起された訴訟に対し判決を言い渡した(以下「本判決」という。不競法等他の論点もあるが本稿では割愛する)。

原審(東京地裁平成26年4月17日判決<sup>10</sup>)は、応用美術が著作権法の保護を受けるためには「著作権法による保護と意匠法による保護との適切な調和を図る見地から、実用的な機能を離れて見た場合に、それが美的鑑賞の対象となり得るような美的創作性を備えていることを要すると解するのが相当である」と判示して著作物性を否定しており、従前からの裁判例や学説に沿った考え方が示されていた。

ところが、本判決は、著作物として著作権法上の保護を受けるためには、当該表現が、作成者の何らかの個性が発揮されたものでなければならぬ(表現が平凡かつありふれたものである場合は「創作的」な表現ということとはできない)と述べつつ、

① 著作物性の要件として、「応用美術は、装身具等実用品自体であるもの、家具に施された彫刻等実用品と結合されたもの、染色図案等実用品の模様として利用されることを目的とするものなど様々であり

(括弧内略)、表現態様も多様であるから、応用美術に一律に適用すべきものとして、高い創作性の有無の判断基準を設定することは相当とはいえず、個別具体的に、作成者の個性が発揮されているか否かを検討すべき」

② 意匠法との関係について、「著作権法と意匠法とは、趣旨、目的を異にするものであり(括弧内略)、いずれか一方のみが排他的又は優先的に適用され、他方の適用を不可能又は劣後とするという関係は、明文上認められず、そのように解し得る合理的根拠も見出し難い。」「加えて、…一定範囲の物品に限定して両法の重複適用を認めることによって、意匠法の存在意義や意匠登録のインセンティブが一律に失われるといった弊害が生じることも、考え難い。」とし、「応用美術につき、意匠法によって保護され得ることを根拠として、著作物としての認定を格別厳格にすべき合理的理由は、見出し難い」とした。

③ その他被控訴人の主張に対しては、「『美的』という概念は、多分に主観的な評価にかかるもので…判断基準になじみにくい」「応用美術は、実用に供され、あるいは産業上の利用を目的とするものであるから、当該実用目的又は産業上の利用目的にかなう一定の機能を実現する必要があるので、その表現については、同機能を発揮し得る範囲内のものでなければならない。応用美術の表現については、このような制約が課されることから、作成者の個性が発揮される選択の幅が限定され、したがって、応用美術は、通常、創作性を備えているものとして著作物性を認められる余地が、上記制約を課されない他の表現物に比して狭く、また、著作物性を認められても、その著作権保護の範囲は、比較的狭いものにとどまることが想定される。」「応用美術につき、他の表現物と同様に、表現に作成者の何らかの個性が発揮されていれば、創作性があるものとして著作物性を認めても、一般社会における利用、流通に関し、実用目的又は産業上の利用目的の実現を妨げるほどの制約が生じる事態を招くことまでは、考え難い」等と述べた。

## 6 本判決についての考察

(1) 本判決においては、①著作権保護の要件に関して、純粋美術としての性質や美的鑑賞の対象といった言葉は用いられておらず、「個別具体的に、作成者の個性が発揮されているか否か」を著作物性の要件として検討している。そこでは、個別具

体的な創作性の有無は問題とされるが、平凡でありふれた表現が著作物性を有しないことは応用美術に限る問題ではないから、応用美術を特別視せず、一般的な著作物性の要件の中で論じているものと考えられる。

さらに、この問題で常に意識されてきた、②意匠法との関係に関し、排他的あるいは優先的關係は認められないとし、重複適用を認めても弊害がないと論じており、この点でも従前の学説や、裁判例とは異なる立場をとっていると見ることができよう。

(2) もっとも、そうすると、現行著作権法の立法意思に沿った解釈と言えるのか、また、意匠権で保護されない、あるいは保護が終了した応用美術の表現が、著作権での保護を受けうることで、意匠の保護のみならず産業の発達という目的をも有する意匠法の趣旨が損なわれるのではないかとの疑問も生じる。

本判決は、この点にも配慮してか、このように解しても著作権保護の範囲は比較的狭いものにとどまることが想定され、弊害は生じないものであることなど、被控訴人の主張(従前からの多数説)に対して、丁寧に論じようとしているように見受けられる。うがった見方をすれば、①のように解しても、応用美術において創作性を有するものとして著作物性を認められる場合は狭く、結論的には、従前の考え方をとった場合と大きく変わるところがないということを示唆しているようにも思われる。

(3) しかし、本判決は②意匠法との関係について、従前の枠組を踏み出そうとしていることが伺え、著作権の保護が与えられる範囲についても、①の解釈・基準を前提とすれば、従前よりも広く認めざるを得なくなるように思われる。実際、本判決では、1審では否定され、また、被告を異にする同じ椅子に関する別事件(東京地裁平成26年4月17日判決<sup>11</sup>)でも否定されていた、本件椅子の著作物性が、一部とはいえ認定されている。

そうすると、今後もこうした判断の枠組が採用されるとすれば、応用美術の著作物性については、実務的にも影響を受けることが考えられる。

(4) 本判決は、結論としては、著作物性は一部認められたものの、侵害が否定されて、控訴は棄却となった。

しかし、その判示したところは、応用美術を巡

る論点に一石を投じたことは間違いがなく、本判決の射程をどのように捉えるのか、また、前記した知財高裁の判事事項との整合性、そしてそもそもの解釈論に変更が加わっていくのか等、今後活発な議論が予想されるところであり、実務的にも注目される。

- 1 知的財産法の理論と実務 第4巻『著作権法・意匠法』(新日本法規出版 編集牧野利秋他 「3 著作権法による応用美術の保護」 榎戸道也 33頁～)
- 2 著作権法(初版)(有斐閣 中山信弘著 145頁～)
- 3 詳解著作権法(第4版)(ぎょうせい 作花文雄著 146頁～)
- 4 判例時報1418号120頁～(原審:東京地裁平成2年7月20日判決)
- 5 判例時報1813号150頁～(原審:山形地裁平成13年9月26日判決)
- 6 判例時報1928号116頁～(原審:大阪地裁平成16年11月25日判決)
- 7 最高裁HP(裁判例情報)から ワイナリーの広告看板に関する事案
- 8 判例時報2238号91頁～(原審東京地裁平成25年7月19日判決) ファッションショーにおけるモデルの化粧、衣服の選択、動作等の著作物性等が争いとなった。なお、この判決のとらえ方については様々あるようであるが、判例時報解説は、従前の最高裁判決と下級審判例を踏まえて詳細に判示したものと捉えている。
- 9 最高裁HP(裁判例情報)から
- 10 最高裁HP(裁判例情報)から
- 11 最高裁HP(裁判例情報)から

## 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約(ハーグ子奪取条約)加盟と日本の親子法制

客員弁護士 二本松 利忠

### 第1 はじめに

わが国が91番目の加盟国となった「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」(ハーグ子奪取条約)(以下「ハーグ条約」という。)が平成26年4月1日に発効し、同日、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」(以下「実施法」という。)及びこれに関する最高裁規則が施行された。ハーグ条約は、国際結婚等が破綻した場合において、子が国境を越えて不法に連れ去り又は留置(以下「連れ去り等」という。)された場合に、子を迅速に常居所地国に返還したり面会交流を実現するための国際協力の仕組み等を定めた多国間条約である<sup>1</sup>。

以下、子の返還等の運用状況を紹介した上、ハーグ条約加盟が日本の親子法制に及ぼすであろう影響を考

えてみたい。

### 第2 子の返還等の運用状況

1 ハーグ条約発効から平成27年3月末までに家裁に申し立てられた子の返還申立事件数は20件あるが、既済事件は認容9件、却下1件(連れ去り等がハーグ条約発効前であったとして却下された事例のようである。)、調停成立1件であり<sup>2</sup>、このほか東京弁護士会等のADR(外務省委託事業の国際家事ADR)において和解成立に至った事例が2件あったと報告されている<sup>3</sup>。一方、米・仏・独等の国外に連れ去られた子について、平成27年6月時点で日本への返還が実現したケースが5件あり<sup>4</sup>、ハーグ条約の双方向性の効果が生じている。

なお、返還の申立件数がそれほど多くないのは、ハーグ条約発効の事前周知がある程度奏功したことが要因のようである<sup>5</sup>。

2 返還が認容された事例の割合が高いのに驚かされるが、このような運用が続けば、「日本は子を返還しないし、子を親から引き離して面会をさせない国である。」といった欧米諸国からの批判に一定程度応えていくことになるし、連れ去り等を恐れて日本人が子を伴って一時帰国することを許さない国(米国等)も、今後はこうした制約を課さなくなると期待されている<sup>6</sup>。ただ、今後、返還拒否事由を認めて申立てを却下する事例(たとえば、子を返還することによって、子の心身に害悪を及ぼすことその他子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること[実施法28条1項4号]に該当するとして申立てを却下するなど)が増えると、その解釈や運用が批判されることとなろう。

### 第3 ハーグ条約加盟が日本の親子法制に及ぼす影響

近年、涉外家事事件が増加しており、日本の家族法制や家裁実務が外国の目にさらされて批判されたり、逆に外国の家族法制との違いなどについて日本側の知見が増えてきた。この影響を受けて、日本の家族法制や家裁実務も少しずつ変わってきており、今後さらに大きく変化していくことが予想されるが、ハーグ条約はまさにその嚆矢といえる。ハーグ条約が日本の親子法制や家裁実務に与える影響は多分野に及ぶであろうが、ここでは「子連れ里帰り」と子の引渡し執行の問題について考えてみる。

#### 1 「子連れ里帰り」について

(1) ハーグ条約は、国境を越えた連れ去り等が子の



利益を大きく害するという考えのもと、その速やかな返還(原状回復)を実現しようというものであり(ハーグ条約前文)、それは連れ去り等の一方的行為により監護者の決定等の面で有利にことを運ぼうとすること(自力救済)を禁ずるものである。その背後には「まず、子が居住している地で、離婚後の子の監護等の問題をきちんと取り決め、それから離婚すべきである。」という共通のコンセンサスがある。

- (2) わが国では、妻(母親)が離婚するつもりで夫(父親)の留守中に黙って子を連れて実家に帰ってしまうことがよくある。夫婦仲が破綻した場合によく行われる妻(母親)による「子連れ里帰り」である。少子化を反映して、実家の両親が歓迎することも多いようである。そして、その後の離婚における親権者の指定等の際に、監護の継続性等の面で事実上妻(母親)に有利となることが多い(特に幼児の場合)。こうしたことから、夫(父親)やその両親から強い不満が出され、ときに子の奪還ということが起きる。しかし、夫婦が共同で親権を行使している場合には、夫婦の一方による幼児に対する監護は、親権に基づくものとして、特段の事情がない限り、適法とするのが判例であり、したがって、子連れ里帰りはとがめられず、現在の監護の状態を考慮して、奪還者(夫)に対して妻(母親)への引渡しを命ぜられることが多い。夫(父親)からすると、子どもを勝手に連れ去ったのは妻(母親)であり、自分は元の場所に子どもを連れ戻したに過ぎないと主張し、引渡しを命ずる家裁の審判に従わず、子の引渡執行にも抵抗し、人身保護請求にまで至ることも少なくない。
- (3) しかし、そもそも子連れ里帰りはハーグ条約で禁止している「自力救済」にはほかならないのではなからうか。それがまた夫による自力救済の連鎖を引き起こしている。ただ、日本では子連れ里帰りが自力救済として好ましくないという意識は、一般市民のみならず、法律家層にもあまり見られないようである<sup>7</sup>。また、子どもが、いきなり従来の生活環境から引き離され、父親から離れるだけでなく、友達とも事前に何の別れもできないまま遠くに連れていかれることは、ハーグ条約における連れ去り等と同様、子の利益を大きく害することになるのではなからうか。
- (4) 連れ帰る前に子の生活の本拠地で監護養育のことを両親がきちんと話し合うということが当たり

前となるには、養育支援やDV対策等解決すべき課題が多く、かなりの障壁がある。しかし、ハーグ条約による返還事例が増えるにつれ、日本でも、少しずつ子連れ里帰りの問題について認識が改まっていく可能性があり、また、そのように期待している。

## 2 子の引渡し執行について

ハーグ条約等の関連で、国内における子の引渡し執行事件に与える影響が注目される。

- (1) 実施法では、民事執行法の特則として、子の返還の執行手続を定めている<sup>8</sup>。実施法が定める返還命令手続自体、できる限り話し合いによる円満解決を図ることを志向しているといえるが、解放実施の段階に至っても、なお任意の履行に応ずるよう説得すること等が求められている(実施法140条1項、3項等)。

子の返還命令が出されたにもかかわらず、奪取者の命令無視、抵抗等により解放実施ができなければ、日本は法治国でないという非難を受けることになる。日本流のソフト戦術がはたして奏功するのか、その運用次第ではより強力な解放実施方法を検討していくことになる。

- (2) 国内法事案における子の引渡しについては、これまで執行官による直接強制が認められてきたが、実施法の制定に伴い、その運用が変更された<sup>9</sup>。実施法と同様に手続の適正に配慮するとともに、子の心情に特に配慮した執行方法で行うとされている。ここでも、実施法と同じく、強制執行の段階において、できる限り任意の履行に応ずるよう執行官が説得することなどが要請されている。これまで子の引渡しの直接強制には種々の抵抗にあつて難渋するケースが多かったが、新しい運用でそうした困難事例に対応できるのか、その実効性次第では法改正を含む検討がなされることになる。

## 第4 おわりに

返還事例の具体的内容は公表されていないので、常居所地国に返還された子について、その後の監護養育状況がどうなっているのか、今度は連れ去った親との別れになっていないか心配になる<sup>10</sup>。何よりも子の「最善の利益」の実現に向けて両親が賢明な選択をしてくれることを祈るばかりである。国として子を常居所地国に返還した以上、その子に様々な支援をするとともに、返還された子のその後の状況について追跡調査し

て、法改正や運用に反映させていく責務があると考え  
る。

- 1 ハーグ条約等に関する文献は多数に及ぶが、差し当たり、横山潤「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約について」法曹時報63巻3号1頁、堂蘭幹一郎＝西岡達史「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律（いわゆるハーグ条約実施法）の概要」法律のひろば66号9号54頁参照
- 2 村井壯太郎「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律における子の返還申立事件等の手続と裁判所における運用について」家庭の法と裁判2号16頁
- 3 糞毛誠子＝黒田愛「弁護士会等ADRによるハーグ条約事案の和解あっせん＝東京・大阪での手続－」家庭の法と裁判2号24頁
- 4 外務省ホーム・ページ：<http://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr-ha/page22>。なお、これまで日本国内への奪取事例ばかり注目されてきたが、日本から外国への奪取事例もかなり多いと推測されている（横山・前掲20頁）。
- 5 孫崎馨「日本のハーグ条約への加入と中央当局の運用について」家庭の法と裁判2号7頁
- 6 孫崎・前掲7頁
- 7 弁護士の中にも、これから別居して離婚したいという妻に対し、「子どもを自分で育てたいと思うなら、必ず子どもを連れて出なさい。新しい居住先を見つけてから迎えに行くとか、仕事が見つかったら迎えに行くなんで、甘いことをしてはだめだ。」などとアドバイスする者もいるようである。また、一部の研究者からは、裁判例には、子連れ里帰りをむしろ肯定的に評価しているものが多いとさえ指摘されている（早川眞一郎「『ハーグ子奪取条約』断想－日本の親子法制への一視点」ジュリスト1430号16頁）。
- 8 山本和彦「ハーグ条約（子奪取実施法）の施行に伴う実務とその課題」新民事執行実務12号27頁
- 9 福島政幸「ハーグ条約および国内実施法における解放実施事務が国内における子の引渡し執行に与える影響」新民事執行実務12号40頁
- 10 日本から常居所地国への返還が申し立てられている事案において、日本において監護権についての本案の決定は禁止される（ハーグ条約16条、実施法152条）。しかし、常居所地国で監護権についての本案の決定をすることは禁止されておらず、子を日本に連れ去った親が不法な連れ去り等を理由に監護権を失っていることもありうる。また、現地で監護権の所在を争うにしても、日本人妻には言葉、定職、収入、養育支援等の面で大きなハンディがある（これが不法な連れ去り等をやる大きな動機であろうが…）。

## 不法行為に基づく損害賠償における 遺族補償年金の損益相殺的調整について

一最判平成27年3月4日金融・商事判例1466号24頁、  
自動車保険ジャーナル1938号1頁、労働判例1114号7頁、  
保険毎日新聞2015年7月30日

弁護士 長野 浩三

### 1 はじめに

交通事故などの不法行為に基づく損害賠償請求事件

においては、被害者が死亡した場合には、労災給付として、遺族補償年金が支給される事案がある。交通事故などの不法行為に基づく損害賠償請求債務は、発生と同時に遅滞に陥るとされているので（最判昭和37年9月4日民集16巻9号1834頁）、事故日からの遅延損害金にこの年金が充当されるのか、が問題となる。

なお、御池ライブラリー 38号の拙稿では、遺族補償年金のほか、自賠責保険金、障害年金等についての充当関係について判例を紹介しているので参照されたい。

### 2 本判決の内容

本判決は、下記のとおり判示して、労働者災害補償保険法に基づく遺族補償年金等によりてん補される損害について、事故時から遅延損害金が既に発生しているとして、同保険金等がその支払時における損害金の元本及び遅延損害金の全部を消滅させるに足りないときは、まず遅延損害金の支払債務に充当されるべきであるとした最判平成16年12月20日判例タイムズ1173号154頁につき判例変更した。

「被害者が不法行為によって死亡し、その損害賠償請求権を取得した相続人が不法行為と同一の原因によって利益を受ける場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額を相続人が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図ることが必要となることがあり得る（最高裁昭和63年（オ）第1749号平成5年3月24日大法廷判決・民集47巻4号3039頁）。そして、上記の相続人が受ける利益が、被害者の死亡に関する労災保険法に基づく保険給付であるときは、民事上の損害賠償の対象となる損害のうち、当該保険給付による填補の対象となる損害と同性質であり、かつ、相互補完性を有するものについて、損益相殺的な調整を図るべきものと解される（最高裁昭和58年（オ）第128号同62年7月10日第二小法廷判決・民集41巻5号1202頁、最高裁平成20年（受）第494号・第495号同22年9月13日第一小法廷判決・民集64巻6号1626頁、最高裁平成21年（受）第1932号同22年10月15日第二小法廷判決・裁判集民事235号65頁参照）。

労災保険法に基づく保険給付は、その制度の趣旨目的に従い、特定の損害について必要額を填補するために支給されるものであり、遺族補償年金は、労働者の死亡による遺族の被扶養利益の喪失を填補することを目的とするものであって（労災保険法1条、16条の2から16条の4まで）、その填補の対象とする損害は、被害

者の死亡による逸失利益等の消極損害と同性質であり、かつ、相互補完性があるものと解される。他方、損害の元本に対する遅延損害金に係る債権は、飽くまでも債務者の履行遅滞を理由とする損害賠償債権であるから、遅延損害金を債務者に支払わせることとしている目的は、遺族補償年金の目的とは明らかに異なるものであって、遺族補償年金による填補の対象となる損害が、遅延損害金と同性質であるということも、相互補完性があるということもできない。

したがって、被害者が不法行為によって死亡した場合において、その損害賠償請求権を取得した相続人が遺族補償年金の支給を受け、又は支給を受けることが確定したときは、損害賠償額を算定するに当たり、上記の遺族補償年金につき、その填補の対象となる被扶養利益の喪失による損害と同性質であり、かつ、相互補完性を有する逸失利益等の消極損害の元本との間で、損益相殺的な調整を行うべきものと解するのが相当である。

(2) ところで、不法行為による損害賠償債務は、不法行為の時に発生し、かつ、何らの催告を要することなく遅滞に陥るものと解されており(最高裁昭和34年(オ)第117号同37年9月4日第三小法廷判決・民集16巻9号1834頁参照)、被害者が不法行為によって死亡した場合において、不法行為の時から相当な時間が経過した後<sup>1</sup>に得られたはずの利益を喪失したという損害についても、不法行為の時に発生したものとしてその額を算定する必要が生ずる。しかし、この算定は、事柄の性質上、不確定、不確定な要素に関する蓋然性に基づく将来予測や擬制の下に行わざるを得ないもので、中間利息の控除等も含め、法的安定性を維持しつつ公平かつ迅速な損害賠償額の算定の仕組みを確保するという観点からの要請等をも考慮した上で行うことが相当であるといえるものである。

遺族補償年金は、労働者の死亡による遺族の被扶養利益の喪失の填補を目的とする保険給付であり、その目的に従い、法令に基づき、定められた額が定められた時期に定期的に支給されるものとされているが(労災保険法9条3項、16条の3第1項参照)、これは、遺族の被扶養利益の喪失が現実化する都度ないし現実化するのに対応して、その支給を行うことを制度上予定しているものと解されるのであって、制度の趣旨に沿った支給がされる限り、その支給分については当該遺族に被扶養利益の喪失が生じなかったとみるのが相当である。そして、上記の支給に係る損害が被害者の逸失利益等の消極損害と同性質であり、かつ、相互補完

性を有することは、上記のとおりである。

上述した損害の算定の在り方と上記のような遺族補償年金の給付の意義等に照らせば、不法行為により死亡した被害者の相続人が遺族補償年金の支給を受け、又は支給を受けることが確定することにより、上記相続人が喪失した被扶養利益が填補されたこととなる場合には、その限度で、被害者の逸失利益等の消極損害は現実にはないものと評価できる。

以上によれば、被害者が不法行為によって死亡した場合において、その損害賠償請求権を取得した相続人が遺族補償年金の支給を受け、又は支給を受けることが確定したときは、制度の予定するところと異なってその支給が著しく遅滞するなどの特段の事情のない限り、その填補の対象となる損害は不法行為の時に填補されたものと法的に評価して損益相殺的な調整をすることが公平の見地からみて相当であるというべきである(前掲最高裁平成22年9月13日第一小法廷判決等参照)。」

上記のとおり、本判決は、遺族補償年金は、被害者の死亡による逸失利益等の消極損害と相互補完性がある一方、損害の元本に対する遅延損害金に係る債権は、遺族補償年金による填補の対象となる損害と、相互補完性があるということとはできないこと、被害者の相続人が遺族補償年金の支給を受け、又は支給を受けることが確定することにより、相続人が喪失した被扶養利益が填補されたこととなる場合には、その限度で、被害者の逸失利益等の消極損害は現実にはないものと評価できることから、制度の予定するところと異なってその支給が著しく遅滞するなどの特段の事情のない限り、その填補の対象となる損害は不法行為の時に填補されたものと法的に評価して損益相殺的な調整をすることをした。

### 3 これまでの最判

自賠償保険金について、最判平成11年10月26日交通事故民事裁判例集32巻5号1331頁は、事故日から自賠償保険金支払までの遅延損害金への充当を認め、遺族厚生年金について、最判平成16年12月20日判例タイムズ1173号154頁は、事故時から遅延損害金が既に発生しているとして、まず遅延損害金の支払債務に充当されるべきであるとし、労災給付、障害基礎年金・厚生年金が支給された事案において、最判平成22年9月13日判例タイムズ1337号92頁、判例時報2099号20頁は、労災保険法に基づく各種保険給付や公的年金制度に基づく各種年金給付は、損害の元本との間で、損益

相殺的な調整を行うべきであるとしていた。

#### 4 若干の考察

これまでも、死亡事案でも後遺障害事案でも、給付される年金給付はどれも逸失利益と相互補完性があり、別異の取り扱いをすることが合理的かどうかは疑問な点があるとする指摘がなされており、また、実務的には、死亡事案や自賠責保険金では遅延損害金への充当計算もせいぜい数回ですむところ、労災給付や障害年金給付の遅延損害金への充当を認めると、給付が多数回に及び充当計算が極めて煩瑣になることが大きく影響している（これらが煩瑣であるとして遅延損害金への充当を相当とは思われないとする見解として、大島眞一「交通損害賠償訴訟における虚構性と精緻性」判例タイムズ1197号27頁）とする見解もあった。

本判決は遺族補償年金給付による填補の対象となる損害と同性質であり、かつ、相互補完性を有するのは逸失利益等の損害元本であり、遅延損害金でないことを明らかにし、また、都度遺族補償年金が支給され被扶養利益が填補されることで逸失利益はないと評価できることを明らかにした上で、遺族補償年金の元本への充当を認め、上記平成16年最判を変更した点で実務上極めて重要な判決であるといえる。

ただ、損害元本への充当の例外とされている「制度の予定するところと異なってその支給が著しく遅滞するなどの特段の事情」があった場合の取扱については、どの部分につき、どの期間の遅延損害金に充当されるのかなどの問題が残されている（例えば、1ヶ月遺族補償年金の給付が遅延した場合には、当該年金額についての1ヶ月分の遅延損害金についてのみ遅延損害金に充当されるのか、別の充当方法になるのか、など）。

また、上記平成11年最判が判示する自賠責保険金の遅延損害金からの充当が今後否定されるのかも問題となるも、自賠責保険金の性質は、遺族補償年金等と異なり、まさに被害者の損害賠償の填補そのものであるから、平成11年最判は変更されないのではないかと考えられる。

## 後遺障害の認定 —PTSDについて

弁護士 北村 幸裕

### 1 PTSDとは

PTSDとは、Post-traumatic Stress Disorderの頭文字をとったもので、日本語では、「心的外傷後ストレス障害」や「外傷後ストレス障害」といった名称で呼ばれる精神疾患である。外傷によって脳に損傷が生じた結果発生する精神障害は器質性精神障害、脳に損傷が生じていないものは非器質性精神障害と分類されているが、PTSDは後者に含まれる。

PTSDは、不法行為に基づく損害賠償請求において、被害者が被った損害の内容、具体的には、残存した後遺障害の内容として主張されることがある。

ところが、PTSDについては、その概念にあいまいな点がある上、被害者の治療という観点からなされる医師による診断と、加害者が賠償すべき範囲を画する法的判断が必ずしも一致しないことから、不法行為とPTSDを疑わせる症状との間の因果関係の有無が争われることが多い。

また、仮に因果関係が認められたとしても、後遺障害該当性やその程度が争われるし、精神疾患であるがゆえに、被害者自身の心的要因が影響している可能性が高く、素因減額の必要性が争われることとなる。

そこで、以下では、PTSDの法的問題、中でも後遺障害該当性を中心として整理することとする。

### 2 医学的な診断基準と因果関係について

医学的なPTSDの診断基準には、現時点で、①世界保健機関（WHO）の診断基準であるICD-10、②アメリカ精神医学会（APA）の診断基準であるDSM-5（2013年）の2つの基準がある。いずれもわかりにくい表現であり、かつ多義的であることから、ここで具体的に紹介することは避けるが、その共通点を挙げると、①自分又は他人が死ぬ又は重傷を負うような外傷的な出来事を体験したこと（強烈な外傷体験）、②外傷的な出来事が継続的に再体験されていること（フラッシュバック）、③外傷と関連した刺激を持続的に回避すること、④持続的な覚醒亢進症状があること、という要件になると思われる。

これらの医学的な基準のうち①は、不法行為自体が

被害者に及ぼす影響の程度を要件としているのであって、PTSD該当性の判断において、不法行為との因果関係の有無の判断が同時に行われていることに注意を要する。つまり、医師が不法行為によってPTSDに罹患したとの診断を行うことは、医師が、不法行為とPTSDを疑う症状との間の因果関係を肯定する判断を行ったことになっているのである。

しかし、相当因果関係の有無は、損害賠償の範囲を画するという法的判断である以上、本来、専門ではない医師が、確定的に因果関係の有無の判断をすることは困難である。

また、PTSDの診断にあたっては、上記診断基準を機械的に適用するのではなく、患者の治療の必要性など様々な必要性から、当該基準を厳格に適用するとPTSDに該当しないと判断されるケースであってもPTSDとの診断がなされている場合があるようであり、医師によってPTSDの診断基準の運用・適用に差異があることが指摘されている。

そのため、医師による診断結果については、法的な観点で見ると、慎重に判断する必要がある、少なくともPTSDの診断がなされたことをもって、安易に因果関係を肯定することはできないと言うべきである。

実際の裁判例においても、PTSDの該当性を否定したものが数多くあり、因果関係の認定は慎重に判断されているといえる。

### 3 労災保険および自賠責保険における後遺障害該当基準

PTSDが後遺障害に該当するか否かの客観的基準としては、平成15年10月1日以降治療した後遺障害に適用されている労災保険及び自賠責保険における後遺障害認定基準が存在する。

当該基準においては、PTSDに該当するかどうかという観点で後遺障害該当性を判断せず、ICD-10第V章「精神および行動の障害」に分類されるPTSDを含む非器質性精神障害全てを包括して、当該症状が事故と因果関係が認められる場合に、個別具体的な事情を検討しながら、後遺障害該当性を判断するという基準が採用された。平成15年より以前に適用されていた労災保険及び自賠責保険の認定基準では、PTSDに該当しない精神疾患は14級としか認定できなかったがこれを改正したのである。

具体的には、交通事故後、①抑うつ状態、②不安の状態、③意欲低下の状態、④慢性化した幻覚・妄想性状態、⑤記憶又は知的能力の障害、⑥その他の障害

(衝動性の障害、不定愁訴等)のうちいずれか一つ以上の症状があることが求められる。当該症状の認定においては、ICD-10の基準に基づき精神疾患と言うべき状態に至っていることまで要求されている。

また、上記症状が認められることを前提として、①身辺日常生活、②仕事・生活に積極性・関心を持つこと、③通勤・勤務時間の遵守、④普通に作業を持続すること、⑤他人との意思伝達、⑥対人関係・協調性、⑦身辺の安全保持・危機の回避、⑧困難・失敗への対応のいずれか一つ以上の能力に障害が認められることが要求されている。

現在の労災保険や自賠責保険における後遺障害認定では、これらの能力の低下の状況と就労意欲の低下等の事情を総合判断して、以下のように、後遺障害を認定しているのである(詳細な認定基準については割愛する)。

#### A 非該当

日常生活又は就労が普通にできる場合、すなわち、元の職種又は同様の職種に就くことができ、特に配慮が不要な場合である。

#### B 14級(軽度)

「通常の労務に服することはできるが、非器質性精神障害のため、軽微な障害を残すもの」がこれに該当する。「職種制限は認められないが、就労に当たり多少の配慮が必要である場合」が例示されている。

#### C 12級(中程度)

「通常の労務に服することはできるが、非器質性精神障害のため、多少の障害を残すもの」がこれに該当する。「職種制限は認められないが、就労に当たりかなりの配慮が必要である場合」が例示されている。

#### D 9級(重度)

「通常の労務に服することはできるが、非器質性精神障害のため、就労可能な職種が相当な程度に制限されるもの」がこれに該当する。「対人業務につけないことによる職種制限が認められる場合」が例示されている。

#### E 7級(超重度)

具体的な基準自体は設けられていないが、上記Dを越える就労制限が認められる場合には、個別的に判断する余地があることを認めている。

### 4 民事裁判における判断方法

民事裁判上、PTSDに基づく後遺障害の請求がなさ

れた場合、現在の労災保険及び自賠責保険の基準の影響によって、被害者がPTSDに罹患したかどうかという認定は重要ではなくなったといえる。もちろん、これらの基準は、労災事故や交通事故に適用されるものではあるが、その他の損害賠償請求訴訟においても、当該基準を参考にして後遺障害を認定している場合が多い。そのため、以前と異なり、PTSDの認定がなくとも、不法行為と精神疾患に因果関係が認められれば、後遺障害として柔軟な認定が可能となった。

裁判所としては、①実際に被害者に生じている症状が不法行為と因果関係があるかどうかを判断し(この認定で傷病名をPTSDと認定しても良いが、あえて認定する必要はない)、これが肯定されたならば、②後遺障害該当性を判断し、必要に応じて③素因減額を検討すれば良い。

なお、素因減額の判断については、私見ながら、因果関係を肯定するに至った事情がその判断に強く影響すると考えている。

すなわち、不法行為の被害に遭った者であれば誰もが発症してもおかしくないとの観点から因果関係が認定された場合には、素因減額による損害の公平な分担の必要性は低くなり、事案によっては素因減額自体が否定されるだろう。

一方、当該被害者の特性上当該症状が生じたとの認定を含んで因果関係を認定した場合には、素因減額により損害額を調整する必要性が高まるものと思われる。

これら素因減額については、一定の基準を抽出することは困難であり、事例ごとに判断していくしかない。

#### 【参考文献】

- ・有富正剛『交通事故賠償訴訟におけるPTSD』民事交通事故訴訟損害賠償額算定基準(赤い本)平成16年384頁(公益財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部)
- ・日本賠償学会編『賠償科学(改訂版)』202頁以下(民事法研究会平25)
- ・羽成守編著『新型・非典型後遺障害の評価』127頁以下(新日本法規出版株式会社 平17)
- ・『労災補償障害認定必携』(一般財団法人労災サポートセンター 平23)

## 民法改正法案と 交通事故損害賠償実務

弁護士 住田 浩史

### 1 はじめに

去る2015年3月31日、民法の一部を改正する法律案が国会に提出された。

同法案の可決成立、施行時期については、本稿脱稿の時点<sup>1</sup>では未定である。

しかしながら、債権法を中心とする大改正であり、交通事故損害賠償実務にも少なからず影響があるため、現在提出されている法律案<sup>2</sup>(以下、「案」という。)を前提として、あらかじめ留意しておくべき点を、①消滅時効、②法定利率、③共同不法行為者をめぐる法律関係、④相殺の順に指摘しておく。

### 2 ①消滅時効

消滅時効については、短期消滅時効に関する規定(民法170ないし174条)の削除等、大きな改正があるが、交通事故に関係してくるのはおおむね以下の点である。

不法行為に基づく損害賠償請求権(民法709条)については、現行法では「被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知ったときから3年間」で時効消滅し、除斥期間が不法行為時から「20年」(民法724条)であるところ、案では、①いずれも時効であることが明記された上、②とりわけ、生命・身体侵害(いわゆる人身損害)の不法行為については前者の期間が「知ったときから5年間」と延長された(案724条の2。後者については同じ。)。これは、人身損害についての救済の必要性が高く、また、損害の算定にも時間を要するためである。

また、現行法において時効の「中断」とされている事項は、案では時効の「完成猶予」として整理された(案147条1項等)が、その中でも、協議による時効の完成猶予という新たな類型が加わった(案151条1項)ことが注目される。これは、当事者が協議を行う旨の合意を書面で行った場合は一定期間(1年または協議で定めた1年未満の期間。その後も通算5年まで再合意可能である。)の時効の完成猶予効が付与されるというものである。

交通事故では、例えば後遺障害の認定に長期間がか

かるようなケースについて、時効中断のために債務者に債務承認を求めることがあったが、改正後は、この協議による完成猶予の方式が用いられることが考えられよう。

### 3 ②法定利率

不法行為に基づく損害賠償請求権の遅延損害金や、将来において取得すべき利益(逸失利益等)や将来において負担すべき費用(将来介護費用)の中間利息控除の基準となる利率は、現行法では年5%(民法404条、中間利息については最判平成17年6月4日民集59巻5号983頁)の固定利率であった。

ところが、案は、5%を経済情勢にそぐわないとし、施行当初の法定利率を3%(案404条2項)とし、また、その後は固定ではなく3年を1期とする変動制を採用した(案404条3項ないし5項)。

なお、交通事故に関して言えば、上記遅延損害金は、遅滞日である不法行為日の法定利率が基準となり(案419条1項)、将来利益ないし費用の中間利息控除もやはり、損害賠償請求権発生日の法定利率が基準となり(案417条の2)、その後の法定利率の変動によって、これらの利率も変わるわけではない。

### 4 ③共同不法行為者をめぐる法律関係

#### (1) 共同不法行為者の一人に対する免除の効力

共同不法行為者間の関係は不真正連帯債務関係(最判昭和57年3月4日判時1042号87頁)とされており、一方の債務者に対して行った免除は他方に対して効力を及ぼさないのが原則であるが、債権者において他方の「残債務をも免除する意思」があるときには他方にも免除の効力が及ぶという判示もなされており(最判平成10年9月10日民集52巻6号1494頁)、どのような場合に絶対効があるのか、必ずしも明確ではなかった。

これに対して、案では、連帯債務一般について免除等の相対効が原則として定められた上、債権者及び他の連帯債務者が「別段の意思」を「表示」した場合には絶対効があるとされ(案441条但書)、絶対効が認められる場合が限定された。これは、不真正(なお、このような相対効の原則が導入されたことで、そもそも、改正後も真正・不真正の区別の実益がどの程度あるかは、疑問なしとしない。)連帯債務についても同様に考えられる。

#### (2) 共同不法行為者間の求償

また、現行法においては、共同不法行為者間の

求償について、一部弁済(負担部分=過失割合を超えない弁済)の場合に求償権が生じるかどうか必ずしも明らかではなく、「過失割合に従って定められるべき自己の負担部分を超えて被害者に損害を賠償したとき」に限り求償できると判示する裁判例もあった(最判昭和63年7月1日民集42巻6号451頁等)。

これに対して、案では、連帯債務一般について、負担部分を超過する弁済かどうかにかかわらず、他の連帯債務者に対して、負担部分に応じた額の求償権を有することを明らかにした(案442条1項)。不真正連帯債務についても同様と考えられる。

### 5 ④相殺

現行法においては、物損、人身含め、交通事故によって生じた債権を受働債権とする相殺を行うことは禁止されている(民法509条)。

これに対して、案では、物損(ただし、悪意の不法行為は除く)の損害賠償請求権を受働債権とする相殺は禁止されていない(案509条)。

例えば、現行法では、双方に過失が生じるような事故で、一方が無資力の場合において、他方当事者が賠償金の回収はできないにもかかわらず賠償義務のみが生じるということが不可避であった。改正後は、無資力者の損害賠償請求債権を受働債権として相殺し、無資力リスクを回避するという方法が考えられる。

また、人身損害についても、「他人から譲り受けた」損害賠償請求権は、受働債権としてなお相殺が可能である(案509条但)とされている。この「譲り受けた」は、字義からして債権譲渡を意味していることは明らかであるが、例えば、保険会社が被害者に保険金を支払った場合の保険代位(保険法25条)など法律上当然の債権移転を経たものは含まないという趣旨と考えられようか。この点は、法律案の前段階の法制審議会「要綱案」<sup>3</sup>では、「他人から取得した」とされており、表現が変わっているところである。

### 6 むすびに

既に述べたとおり、案は、国会において修正がなされる可能性があり、また、法律である以上、解釈論が起り得ることは避けられない。今後、どのような議論がなされるか、引き続き注目したい。

1 2015年8月17日

2 法務省Webサイト、「民法の一部を改正する法律案」法律案要

網、新旧対照条文、[http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07\\_00175.html](http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00175.html)

3 法制審議会民法(債権関係)部会Webサイト「民法(債権関係)の改正に関する要綱案」、<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900244.html>

## 集団的消費者被害のための 新しい2段階訴訟制度に関する 最高裁規則の制定

弁護士 野々山 宏

### 1 はじめに

少額多数被害が特徴で、従来は泣き寝入りしがちであった消費者の財産的被害を、消費者団体によって集団的に簡易迅速な回復を図るための「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律」が、平成25年12月4日に成立し、同月11日に公布された。「消費者裁判手続特例法」の略称が使われることが多い(以下、本稿では、単に「特例法」という)。

特例法は、3年以内の施行にむけて、手続当事者となる特定適格消費者団体(以下、本稿では、単に「団体」という)の認定・監督に関するガイドラインが作成され、さらに特例法16条、30条が詳細を最高裁規則に委ねていることもあり、特例法に基づく訴訟手続の詳細について、平成27年6月29日に最高裁判所規則第5号「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する規則」が制定された(以下、本稿では、単に「特例規則」という)。施行は、特例法の施行と同日とされている。筆者は、この特例規則を検討する「最高裁判所民事規則制定諮問委員会」の委員として議論に参加させてもらった。規則の全文や諮問委員会の議論の内容は、最高裁ホームページに公表されている<sup>1</sup>。

特例法は、新しい制度として、消費者被害を簡易迅速に集団的な被害回復を図ることを意図しており、消費者の権利の実効性の確保のためには、この訴訟制度が積極的に活用されていかなければならない。特例規則も特例法に基づく訴訟が円滑に実効性ある手続となる内容と運用が強く望まれる。一方で、特例法は、こ

れまで日本にない新しい訴訟制度であり、通常の民事訴訟と異なるところも多く、理論上、運用上多くの論点や課題があることが指摘されている<sup>2</sup>。特例規則も、理論上、運用上の論点に関して議論のうえ制定されている。

### 2 総則(特例規則1条)

まず、重要な論点は、特例法は通常の民事訴訟法と比べてどのような視点で解釈ないし運用されるかについてである。特例法第1条は立法目的として、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差により消費者が自らその回復を図ることに困難を伴う場合があることを鑑み」と規定され、契約締結の場面だけでなく被害回復等の紛争解決の場面においても消費者と事業者の間には情報の質・量や交渉力に格差があることを明確に宣言している。この格差是正のために内閣総理大臣に認定された特定適格消費者団体に訴権を与えており、特例法の解釈・運用にあたっては、格差是正が実現できる解釈をしていく必要がある。この点、特例規則でも、特例法に基づく手続は民事訴訟に比してより円滑・迅速性が求められるが、第1条でその場合でも特例法の趣旨を踏まえることを明確にしている。

そして、本制度は日本でこれまで経験していない新しい制度であり、解釈や運用においては、実態を反映させながら柔軟な対応が求められることを認識すべきである。制度を担う各当事者が工夫しながら、少額多数の消費者被害を効率的に回復できる制度を実際に日本に定着させていく姿勢が必要である。

### 3 共通義務確認訴訟に係る民事訴訟手続の特例(特例規則2条から5条)

ここでは、第1段階の共通義務確認訴訟の、①訴状記載事項、②裁量移送、③弁論の必要的併合の申出の方式、④和解の際に明らかにすべき事項の、いずれも実務上重要な点について定めている。

訴状記載事項として、対象消費者の数によって管轄が異なることから、対象消費者の予想数を記載することとなったが、第1段階の訴訟の開始時に団体がその数を正確に把握することは困難なので、特例規則2条2項1号では「対象消費者の数の見込み」として、おおよその数で良いとされた。

また、和解をする場合には、共通義務の範囲を明確にするために、①対象債権及び対象消費者の範囲、②事実上及び法律上の原因を明らかにする必要があるこ



とが規定された(特例規則5条)。

簡易確定手続と異議訴訟を加えると3段階となる訴訟構造において、被害金を請求する法的構成が複数ある場合の併合関係をどうするかについて問題となった。多数の当事者に多くの法律構成を認めると円滑・迅速を害する結果となるので、複数の法的構成がある場合には、第1段階から選択的併合や予備的併合を義務付けるべきとの意見がある<sup>3</sup>。特例規則の検討でも、共通義務確認訴訟段階及び簡易確定手続開始申立段階において、その旨を明記すべきではないかが議論となった。しかしながら、共通義務確認訴訟段階及び簡易確定手続開始申立段階においては個別具体的な対象消費者が手続に参加していないため、参加消費者の個別状況、証拠の有無等が一切不明である。そのため、共通義務確認の訴えについて選択的又は予備的併合が強制されれば、あるいは簡易確定手続開始の申立について1つの請求を選択しなければならないとすると、同一の勧誘や条項であっても、選択されなかった債権を保有する対象消費者は2段階目の手続に参加できず、改めて第1段階から訴訟をしなければならないこととなる。また、事業者側の認否やその後の争いにおいて、他の請求であれば認められたかもしれない参加消費者の被害回復の道を閉ざす恐れが大きい。処分権主義の原則に則り、法律構成、併合形態の選択については団体の主体的判断に委ねるべきである。特例規則には共通義務確認訴訟段階及び簡易確定手続開始申立段階において、単純併合として、選択的併合や予備的併合を義務づけることはしなかった。ただし、第2段階で個別対象消費者が債権届出をするときには個別事情が判明しており、円滑・迅速の要請と2重請求とならないように、できる限り1つの対象債権にしばって届出るとともに、数個の対象債権を届出の場合には順位を付して選択的なものとすべきとされた(特例規則19条)。

#### 4 簡易確定手続(特例規則6条から35条)

共通義務確認訴訟で団体が勝訴した後の、第2段階となる対象消費者の届出による簡易確定手続について定めている。

また、簡易確定手続において、対象消費者から団体への手続の授権が行われるが、授権の証明は書面で行わなければならないとされた(特例規則20条)。多数の当事者を処理するためには、特定適格消費者団体に共通する簡易確定手続におけるコンピュータシステムの構築も必要となってくる。今後、電磁的に授権を確認

するシステムも考慮されてくるであろう。「書面」を狭く解してこのようなシステムによる授権ができなくなる可能性がないようにすべきである。

少額多数の対象消費者の事件の場合には、メールによる通知・連絡もあり得るところである。メールによる通知・連絡ができなくなる解釈・運用は避けるべきである。

さらに、特例規則26条は、相手方事業者から債権届出団体に対して認否前に証拠書類の送付を求めることを認めた。円滑・迅速な手続進行には資するが、相手方事業者が探索的に実施して、対象消費者の証拠の有無によって認否をする濫用的行使の危険がある。本制度は、そもそも事業者と消費者との間に情報力・交渉力の格差があることを踏まえて導入されたことに留意すべきであり、通常であれば、事業者は、契約書、顧客情報等認否のために必要な証拠書類を有していると考えられる。そのため、「必要があるとき」の要件を厳格に解した訴訟運営が望まれる。例えば、商品の品質に問題があり、「製造番号〇番から〇〇番までの商品を購入した消費者」が対象消費者である場合に、事業者には、誰が何番の商品を購入したか不明であるため認否ができないという限られた件など、消費者に証拠書類の提出を求める必要があり、事案の性質上証拠書類を確認しないと認否ができない場合に限定されるべきである。

#### 5 異議後の訴訟に係る民事訴訟手続の特例(特例規則36条から38条)

簡易確定手続における裁判所の決定に納得できない当事者がこれに対して異議を述べると、通常訴訟に移行する(特例法52条)。この場合の、①裁量移送、②授権の証明、③訴訟手続の受継の申立の方式について、特例を規定している。

#### 6 仮差押え等(特例規則39条から42条)

特例法は、被保全債権の具体的な当事者や額が確定していない第1段階で仮差押えを認めた。第2段階以降、多数の個別の対象消費者がいくつかの段階で時間において順次債務名義を取得する。債務名義取得後の仮差押えをした財産の強制執行を、団体の裁量を認めるか、機械的に決めていくべきかが問題となる。特例規則は、この点特にどちらにするか定めなかった。いずれ実務において決着しなくてはならないが、申立人の意思を尊重する処分権主義に合致し、団体の裁量による柔軟な対応が出来、執行においても簡便となる、

団体の裁量を認める取り扱いが妥当と考える。

## 7 おわりに

特例法に基づく制度は、実際の訴訟手続が始まれば、さらに新たな理論上、運用上の論点や課題が生じてくることは間違いない。消費者法に携わる研究者と法律実務家がともに知恵を絞って、これらの論点や課題の解決に向けて研究し、訴訟に取り組み、同法による新しい制度が国民に高い評価を受ける実績をあげていけるよう努力していかなくてはならない。

### 1 規則全文

[http://www.courts.go.jp/vcms\\_lf/270629syouhisyakisoku.pdf](http://www.courts.go.jp/vcms_lf/270629syouhisyakisoku.pdf)  
最高裁判所民事規則制定諮問委員会  
議事録

[http://www.courts.go.jp/saikosai/vcms\\_lf/270629gijiroku.pdf](http://www.courts.go.jp/saikosai/vcms_lf/270629gijiroku.pdf)  
配付資料

[http://www.courts.go.jp/saikosai/iinkai/minzikisoku/minzi\\_siryu\\_270310/index.html](http://www.courts.go.jp/saikosai/iinkai/minzikisoku/minzi_siryu_270310/index.html)

- 2 理論上、運用上の論点・課題については、山本和彦『解説 消費者裁判手続特例法』(弘文堂H27)、町村泰貴『消費者のための集団裁判』(LABO H26)、消費者庁消費者制度課『一問一答 消費者裁判手続特例法』(商事法務 H26)、千葉恵美子ほか『集団的消費者利益の実現と法の役割』(商事法務 H26)、三木浩一ほか「(特別座談会)消費者裁判手続特例法の理論と課題」論究ジュリスト9号138頁(H26)、町村泰貴「消費者裁判手続特例法の共通義務確認の訴えと訴訟物」北大法学論集65巻3号57頁(H26)、伊藤眞「消費者被害回復裁判手続の法構造」法曹時報66巻8号1頁(H26)、特定適格消費者団体の認定・監督に関する指針等検討会「特定適格消費者団体の認定・監督に関する指針等について」消費者庁ホームページ、日本弁護士連合会「『特定適格消費者団体の認定・監督に関する指針等検討会』報告書に対する意見書」日弁連ホームページなどの文献がある。

### 3 前掲伊藤

化、高度情報化といった社会の変化に伴い、高齢者の判断能力低下につけ込んだ勧誘やインターネット上の不当な広告・不当条項等による消費者被害が増加してきた<sup>3</sup>。こうした社会経済状況の変化に伴い、同法の改正の必要が説かれるようになった<sup>4</sup>。

平成26年8月、内閣総理大臣から消費者委員会に対し、「同法施行後の社会経済状況の変化への対応等の観点から、契約締結過程及び契約条項の内容に係る規律等の在り方」の検討を行うよう諮問がなされた<sup>5</sup>。同委員会では専門調査会が立ち上げられ、消費者契約法の改正についての議論が進められてきた<sup>6</sup>。平成27年8月、専門調査会は、「中間取りまとめ」を公表し<sup>7</sup>、現時点までの審議内容を整理し、今後の検討の方向性を示すに至った。

中間取りまとめにおいては、同法改正の方向性として評価できる部分もあるものの、法施行後の社会経済状況の変化への対応として不十分と言わざるを得ないものも存在する。

本稿では、中間取りまとめで整理されている事項のうち、特に重要と思われる4つの論点の検討状況の概要を説明したうえで、中間取りまとめで示された「今後の検討の方向性」の評価と検討を行う。

## 第2 各論点についての中間取りまとめの概要

中間取りまとめの概要は、消費者委員会専門調査会のウェブサイトで公表されているので、詳細はそちらを参照していただきたいが<sup>7</sup>、特に重要と思われる下記4つの論点については、概略以下のような内容になっている。なお、ここで挙げた4つの論点は、現行法を「社会経済状況の変化に対応」したものとするために(中間取りまとめ1頁)、特に改正が必要であると思われるものを選択したものである。

- 1 「勧誘」要件の在り方(法第4条第1項、第2項、第3項)

「事業者が、当該事業者との特定の取引を誘引する目的をもってする行為をしたと客観的に判断される場合、そこに重要事項についての不実告知等があり、これにより消費者が誤認をしたときは、意思表示の取消しの規律を適用することが考えられる」とされている(中間取りまとめ10頁)。ただし、適用対象となる行為の範囲については、「事業者に与える影響等も踏まえ、引き続き検討すべき」とされている(中間取りまとめ10頁)。

- 2 「重要事項」(法第4条第4項)

「重要事項」に、「消費者が当該消費者契約の締結

## 消費者契約法改正の動向

### —内閣府消費者委員会消費者契約法専門調査会「中間取りまとめ」の評価と検討

弁護士 志部 淳之介

## 第1 はじめに

平成13年に施行された消費者契約法<sup>1</sup>は、消費者が取消し得る契約及び無効となる不当な契約条項を定めた、消費者の権利実現にとって重要な法律である。しかし、同法の実体法部分は平成13年の施行以来一度も改正されておらず<sup>2</sup>、この間、現在に至るまで、高齢

を必要とする事情に関する事項」を現行法第4条第4項所定の事由に追加して列挙することで、事業者が消費者に対して契約を締結する必要があると誤認させるような不実告知等を行う場合も契約の取消しを可能にすることが適当と考えられる。」とされている。さらに、「当該消費者契約の締結が消費者に有利であることを裏付ける事情(例えば、事業者が消費者に一般市場価格は購入価格よりも大幅に高いことを説明した事例における一般市場価格などが想定される。)や、当該消費者契約の締結に伴い消費者に生じる危険に関する事項等を列挙することのほか、列挙事由を例示として位置付けることも考えられるところであり、引き続き検討すべきである。」とされている(中間取りまとめ17頁)。

### 3 不当勧誘行為に関するその他の類型(合理的な判断を行うことができない事情を利用して契約を締結させる類型)

「事業者が消費者の判断力の不足等を利用して不必要な契約を締結させるという事例について、一定の手当てを講ずる必要性があることについては特に異論は見られなかった。」としながらも、「規定を設けるとしても、適用範囲を明確にしなければ、事業者の事業活動を過度に制約したり、事業活動を委縮させたりすることにもなりかねない。」とされている(中間取りまとめ22頁)。そのうえで、「消費者の置かれた状況や契約を締結する必要性について、一般的・平均的な消費者を基準として判断することや、そのような消費者の状況を事業者が不当に利用した場合を規律の対象にすることなど、適用範囲の明確化を図りつつ消費者を保護する観点から規定を設けることについて、引き続き実例を踏まえて検討すべきである。」とされている(中間取りまとめ22頁ないし23頁)。

### 4 損害賠償額の予定・違約金条項

「同種事業者に生ずべき平均的な損害の額を超える部分が立証されれば、それから当該事業者に生ずべき平均的な損害の額を超える部分を推認することができる場合もあると考えられる。」とされている。この点を踏まえ、「消費者の立証の困難性を緩和するため、同種事業者に生ずべき平均的な損害の額を超える部分を当該事業者に生ずべき平均的な損害の額を超える部分と推定する規定を設けることを含め、検討すべきである。」とされている(中間取りまとめ34ないし35頁)。

## 第3 中間取りまとめの評価と検討

### 1 「勧誘」要件の在り方(法第4条第1項、第2項、第3項)

(1) 争点となっているのは、不特定多数の者を対象とする勧誘行為が、法第4条の「勧誘」に含まれるかという点である。中間取りまとめでは、事業者が、当該事業者との「特定の取引を誘引する目的をもってする行為をしたと客観的に判断される場合」に誤認取消しの規律を適用すべきという案が提案されている。ただし、適用範囲については引き続きの検討の必要性を説いており、広告等の不特定多数を対象とする勧誘行為が「勧誘」に含まれるとすべきかどうかは明言していない。

(2) この点、事業者が消費者に対して特定の取引を誘引する目的をもってした行為について重要事項に不実告知があり、消費者が誤認による意思表示をした場合には、それが不特定の者を対象とした広告等であっても、誤認取消しできるように明文の明定を置くべきである。

(3) 理由は、不特定多数を対象とする広告であっても、それを受け取った消費者からすれば、契約を締結する意思の形成に直接影響を与える行為となり得るからである。実際に、消費生活相談事例等では、広告に掲載された不実告知に相当する内容を信じた消費者の事例が見受けられるほか、近年のインターネットの普及に伴い、インターネットの画面上で不実告知に相当する内容が掲載され、それを信じた消費者がトラブルに巻き込まれる事例も多く見受けられる<sup>8</sup>。

(4) 一方で、広告一般に誤認取消しの規律を及ぼすとなると、対象が広範囲にわたるため<sup>9</sup>、一定の歯止めをかける必要がある。この観点から、「当該事業者との特定の取引を誘引する目的をもってする行為」に対象を限定する中間取りまとめの案は、支持できる。例えば、一般的に会社のイメージ、好感度や知名度をアップするための広告は同要件を満たさず、取消しの規律の対象とならないだろう。他方で、インターネット広告で、商品情報に不実の記載があり、それを信じてネットで商品注文を行ったような場合は、消費者の契約締結への意思決定に直接的に影響を与えたものとして、上記要件を満たさずであろう。このように、上記要件は、本条による取消しの規律を及ぼす対象を限定するための要件として機能するものと考えられる。以上より、中間取りまとめの提案には賛成である。

## 2 「重要事項」(法第4条第4項)

- (1) 争点となっているのは、「重要事項」に契約動機となった事実を含むかという点である。中間取りまとめは、一案として「消費者が当該消費者契約の締結を必要とする事情に関する事項」を現行法第4条第4項所定の事由に追加して列挙するという案を提案している。
- (2) この点、「重要事項」の列挙事由に「消費者が当該消費者契約の締結を必要とする事情に関する事項」を付加すべきという案には賛成である。実務上、契約動機など契約締結の前提となる事項に関して不実告知がなされている紛争は極めて多く、契約動機を「重要事項」に含むとする形での改正が望ましい。また、上記のような案は、立法例としても決して不適切なものではない。特定商取引法においても、同法第6条第6号で「顧客が…契約の締結を必要とする事情に関する事項」、第7号で「前各号に掲げるもののほか…契約に関する事項であって、顧客(中略)の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの」といった包括的な規定を置き、契約動機に関する事項も取消しの対象に含まれるという規定ぶりになっている。
- (3) また、中間取りまとめでは、当該消費者契約の締結が消費者に有利であることを裏付ける事情も同条に追記したうえで、例示列挙と位置づけるべきとされている。

この点、現行法にない事情を追記することには賛成であるが、前提としてそれらが例示列挙であることを明記することが必須である。さもなければ、列挙事由に当たらないという理由で、現行法の解釈により救済されていた被害事例が、改正により救済困難となる事態も想定されるからである。

## 3 不当勧誘行為に関するその他の類型(合理的な判断を行うことができない事情を利用して契約を締結させる類型)

- (1) 争点となっているのは、合理的な判断を行うことができない事情を利用して契約を締結させる類型に取消しの規律を及ぼすか否か、及ぼすとするばいかなる要件のもとに取消しできるものとするかという点である。  
中間取りまとめでは、規定を設けることについて、「引き続き実例を踏まえて検討すべき」とされており、いかなる場合に取消しの規律を及ぼすかという点については明確な指針を示せていない。
- (2) この点、高齢化の進む現代において、判断能力

の低下に乗じて勧誘を行うような、いわゆる「つけ込み型不当勧誘」に関する規定を規定すべき必要があることは明らかである<sup>10</sup>。そこで、消費者に合理的判断ができない事情があることを利用して事業者が当該消費者に不必要な契約を締結させた場合には、当該消費者に当該契約の取消(又は無効)の主張を認める規定を立法すべきである。具体的な規定の在り方として、まず、主観的要素として、実際の被害事例に現れている典型的な被害類型である「判断力の不足、知識・経験の不足、心理的な圧迫状態、従属状態」などを例示列挙したうえで、当該事情があるために一般的・平均的な消費者であれば通常することができる判断ができない状況を指すという趣旨で「消費者が当該契約をするかどうかを合理的に判断することができない事情」という要件を設けるべきである。

他方で、事業者の取引の安全への配慮という観点から、事業者の主観的態様として、上記のような消費者側の事情を事業者が「利用」したという要件を付加することは必要であろう。

## 4 「平均的な損害の額」の立証責任

- (1) 争点となっているのは、「平均的な損害の額」の立証責任の分配をどのように考え、どのように規定するかという点である。中間取りまとめでは、「同種事業者に生ずべき平均的な損害の額を超える部分を当該事業者が生ずべき平均的な損害の額を超える部分と推定する規定を設けることを含め、検討すべきである。」とされている。
- (2) この点、中間取りまとめの提案している案は不十分である。「平均的な損害」の主張・立証責任は、事業者に転換すべきであり、端的にその旨の規定を設けるべきである。
- (3) 理由は、当該事業者が生ずべき平均的な損害は、通常は当該事業者にしかり得ない事柄であり、消費者に主張・立証責任を課すのは不可能に近い困難を強いるものであるからである。他方で、事業者においては、自らの帳簿その他の内部資料によって、平均的損害を主張・立証することは容易である。したがって、主張立証責任の公平かつ合理的な分担という観点から、「平均的な損害」の主張・立証責任を事業者に転換すべきである。
- (4) 立証責任を転換すべきという案に対しては、事業者から、「消費者が契約解除に際し、事業者が契約条項において予定した額が大きすぎると主張するのであれば、なぜ大きすぎると考えるのかにつ

いて立証するというのは当然のことである」<sup>11</sup>との反論がある。しかし、前述のように企業の内部情報、資料を消費者が入手することは通常あり得ないのであるから、その立証を要求することが「当然」とはいえないであろう。

また、「収支構造、原価率、コスト等の事業者にとって重要な機密事項を公開することになるおそれがある」との批判もあるが(中間取りまとめ34頁)、企業の重要機密については、民事訴訟法上、秘密保護のための訴訟記録の閲覧等の制限の制度が整備されており(民事訴訟法第92条)、事業者が心配するような重要機密の流出は考え難い<sup>12</sup>。

さらに、「企業活動の実態に関する証拠を提出することによる企業秘密に対する影響や、証拠の収集・保存や訴訟における立証等において事業者が生ずるコストにも配慮する必要がある」(中間取りまとめ34頁)との意見もあるが、現行法は、証拠の収集、立証のために生ずるコストをすべて消費者に負わせるものとなっており、このコストにも配慮する必要がある。

また、「消費者による立証の必要がなくなれば、不当と判断すべき根拠・心象がない違約金条項についても違約金条項というだけで訴訟が提起されることが懸念され、事業者や裁判所の争訟対応コストが増大することが懸念される」<sup>13</sup>との意見もあるが、消費者が、根拠が存在しないにも関わらず訴訟を提起することは考えがたく、実際にそのような濫訴の懸念を裏付ける事実や資料も存在しない。

「無効を主張する側が立証責任を負うのが民事訴訟上の原則であり、事業者側に情報が偏っていることだけを理由に転換することは妥当ではない」<sup>14</sup>等の意見も存在するが、議論の対象となっているのは、その民事訴訟上の原則を消費者保護の観点からどのように転換していくかという点である。他の法分野においても、自動車損害賠償保障法第3条但書のように被害者保護の要請から過失について立証責任の転換を図っている立法例が存在する。大上段に民事訴訟法上の大原則を振りかざしているだけでは議論が前に進まない。

- (5) 以上のように、事業者の意見には、当然配慮する必要があるものの、これらの意見の中には誤解に基づくと思われるものが多く存在する。立証責任の転換が企業秘密の流出に直結するわけではないし、消費者から根拠のない訴訟が乱発されると

も考え難い。今後は、事業者の意見の聞き取りも十分に行ったうえで、出された意見に対し適切に説明を行い、理解を得る必要がある。

#### 第4 終わりに

以上みてきたように、中間取りまとめは、消費者契約法が施行されてから現在に至るまでの社会経済状況の変化に十分に対応できているとはいいがたい。特に、高齢化が進むなか、判断能力の低下に乗じた事業者の不当な勧誘行為を規制することは急務である。その他の論点についても、同様に現在の社会経済状況に対応すべく改正を行う必要がある。今後、改正の内容が具体化していくなかで消費者の権利擁護及び被害回復のために十分に機能する改正となることを期待したい。

- 1 平成12年法律第61号
- 2 ここでの実体法部分とは、契約締結過程及び契約条項の内容に係る部分を指す。手続法部分については、平成18年の法改正により、消費者団体訴訟制度(差止請求)が導入されている。
- 3 独立行政法人国民生活センター(以下、「国民生活センター」という。)の「消費者契約法に関連する消費生活相談の概要」によると、例えば、「判断能力に問題のある人の契約」の相談は、2011年で7644件、2012年で8717件、2013年で10252件と年々増加している(国民生活センターウェブサイト  
[http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20141127\\_1.pdf](http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20141127_1.pdf))。
- 4 例えば、日本弁護士連合会は、同法についての改正試案を平成26年7月にまとめている。詳細は、同会のウェブサイトを参照されたい。  
[http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2014/140717\\_3.html](http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2014/140717_3.html)
- 5 内閣府ウェブサイト  
<http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/other/meeting5/>
- 6 審議の経過については、中間取りまとめ50頁以下にまとめられている。
- 7 消費者委員会消費者契約法専門調査会「中間取りまとめ」  
[http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/other/meeting5/doc/201508\\_chuukan.pdf](http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/other/meeting5/doc/201508_chuukan.pdf)
- 8 国民生活センターのウェブサイト上に掲載された相談事例では、インターネットのショッピングモール内の通販サイトで購入したスニーカーが偽物であった事例等が紹介されている(国民生活センターウェブサイト  
[http://www.kokusen.go.jp/jirei/data/201402\\_1.html](http://www.kokusen.go.jp/jirei/data/201402_1.html))。インターネット取引における「ニセモノ」に関するトラブルが増えており、ここ10年間の相談件数の推移をみると、2010年度から2013年度にかけて急増しているという(同センターウェブサイト  
[http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20141016\\_1.html](http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20141016_1.html))。
- 9 事業者の意見として、「不特定の者に向けた広告等について、特に限定を付さないとする案については、予期しないところに適用対象が拡大しかねない」「対象となる範囲が広くなりすぎて混乱を招く」等の懸念が示されている(中間取りまとめ10頁)。
- 10 中間取りまとめ22頁。「事業者が消費者の判断力の不足等を利用して不必要な契約を締結させるという事例について、一定の手当を講ずる必要があることについては特に異論は見られなかった」とされている。
- 11 一般社団法人新経済連盟意見書「消費者契約法の見直しに関する

意見」(一般社団法人新経済連盟代表理事、三木谷浩史)11頁(同連盟ウェブサイト [http://jane.or.jp/upload/topic423/topic\\_1.pdf](http://jane.or.jp/upload/topic423/topic_1.pdf))。

12 実際に、結婚式場のキャンセル料を定めた条項が「平均的な損害」を超え無効となるかが争われた事案において、事業者の内部機密については事業者から民事訴訟法第92条に基づく記録閲覧等の制限申立てが行われ、機密部分につき閲覧制限の決定がなされている(大阪高判平成27年1月29日、特定非営利活動法人京都消費者契約ネットワークウェブサイト

<http://kccn.jp/data/mousiiresasitome/kekonsiki/plandosee/20150129PlanDoSee.pdf>)。

13 第15回専門委員会【参考資料4】阿部泰久委員提出資料(7/16経営法友会)消費者契約法専門調査会における消費者契約法改正検討に関する意見提出にあたって 22頁(内閣府ウェブサイト [http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/other/meeting5/doc/150717\\_sankou4.pdf](http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/other/meeting5/doc/150717_sankou4.pdf))

14 前掲13 22頁。

## クロレラチラシ配布差止等 請求事件第一審判決について

弁護士 伊吹 健人

### 1 はじめに—消費者団体訴訟制度について

消費者団体訴訟制度は、全国で活動する消費者団体の中から内閣総理大臣が認定した「適格消費者団体」が、消費者全体を代表し、その権利・利益を守るために、事業者に対して、不当契約条項や不当勧誘行為、不当広告の差止請求をすることができるものとする制度である。現在、全国で、12の適格消費者団体が、消費者の権利・利益を守るために精力的に活動している。

そのような中、京都地方裁判所で、全国で初めて、適格消費者団体による景品表示法に基づく差止請求を認める判決(京都地判平成27年1月21日金商1467号54頁)が出された。

### 2 事案の概要

本件は、適格消費者団体である原告が、景品表示法10条1号に基づき、クロレラ等を原材料とする健康食品を販売する会社である被告に対し、新聞折り込みチラシの配布差止め等を求めた事件である。

問題となったチラシ(以下、「本件チラシ」という。)には、クロレラの効果効能として、「病気と闘う免疫力を整える」「高血圧・動脈硬化の予防」「肝臓・腎臓の働きを活発にする」との記載や、体験談として、「クロレラ粒…を継続的に服用したところ、肺気腫の症状

が改善した」「前立腺がんの検査数値(PSA値)が急激に低下した」といった記載がされていた。

原告は、本件チラシが、景品表示法10条1号における優良誤認表示にあたるとして、同チラシ配布の差し止めや、「チラシには…不当景品類及び不当表示防止法10条1号の優良誤認表示がありました。今後は、優良表示誤認を行わないようにいたします。」などと記載した周知広告の配布等を求めて提訴した。

### 3 本件の争点

本件において、被告は、本件チラシの①商品表示該当性及び②優良誤認表示該当性を争った。

まず、①商品表示該当性については、次のように主張している。すなわち、景品表示法における「表示」とは、「事業者が自己の供給する商品…の内容…について行う広告その他の表示」(同法2条4項)をいうところ、本件チラシには、広告の発行責任者として、「日本クロレラ療法研究会」(以下、「研究会」という。)という被告とは別の組織名が記載されており、被告の会社名が記載されていないこと、及び、「クロレラ」や「ウコギ」等の一般的に用いられている原材料の効果効能についての記載はあるが、被告が販売する具体的な商品名が記載されていないことから、本件チラシは、被告の商品の内容を表示するものではない。

次に、②優良誤認表示該当性については、優良誤認表示にあたるか否かの立証責任は原告にあるから、原告において、クロレラやウコギの効能効果が存在しないことを科学的に立証するのとなければ、優良誤認表示であるとは認められないと主張している。

### 4 本判決の内容

(1) 本判決は、上記①及び②の争点について、それぞれ次のような判断をして、原告の請求を全面的に認容した。

(2) ①商品表示該当性について

まず、チラシに被告の会社名が記載されていない点については、チラシの発行主体とされている研究会が法人格のない団体である上、被告の従業員が研究会の会員となっていることや、チラシの配布費用はすべて被告が負担していること、研究会に資料請求すると被告から商品のカタログや注文書が送付されてくること等の具体的事実からすれば、研究会は「被告商品の宣伝広告活動を行う被告の組織の一部門にすぎないと考えるのが合理的である」として、「研究会チラシを配布した者は

被告自身であり、…細胞壁破碎クロレラ粒等の薬効を表示したのも被告自身であるということになる」とした。

次に、チラシに被告の商品名が記載されていない点については、まず、一般論として、景品表示法による不当表示に対する規制は、商品を購入させるための不当な誘導を社会から排除し、一般消費者の適正な商品又は役務の選択を確保することを目的とするところ、商品名を表示しない広告であっても、多数の消費者が当該広告で行われた不当な説明に誘導されて特定の商品購入に至るといふ仕組みがある場合には、当該広告をも景品表示法の規制対象としなければ、その目的を達成することは困難となるから、「ある広告に、字面上、商品名が記載されていないとしても、その一事から当該広告は商品表示ではないとして規制対象から外すのは相当ではない」とした。

そして、営利法人による新聞折込チラシの配布は、通常、その商品の販売促進を目的とするものであると考えられるとの前提の上、本件チラシは「研究会が推奨する商品の購入を強く誘導するものである」ところ、「研究会が購入を推奨するのは被告商品だけである」から、結局のところ、顧客は、本件チラシの記載に関心を持って研究会と接触すれば、被告商品の購入を勧誘されることになるという実態に着目し、本件チラシは、『単にクロレラやウコギの成分の効用を人々に知らしめようとする広告ではなく、被告商品の販売促進を目的とするものであり、研究会チラシの記載は、被告商品の内容に関する「表示」と認められる』と判断した。

### (3) ②優良誤認表示該当性について

まず、一般論として、医薬品が薬事法<sup>1</sup>の厳格な規制の下に置かれ、国による厳格な審査を経て承認を得なければ製造販売することはできず、承認を受けていない医薬品は医薬品的な効能効果を表示することが刑罰をもって禁止されているという我が国の制度からすれば、「①医薬品的な効能効果を表示する商品があれば、当該商品が当該効能効果を有することについて国の厳格な審査を経た医薬品であり、②通常の事業者であれば、承認を受けた医薬品でない商品について医薬品的な効能効果を表示して販売しないであろうという社会通念が形成されているというべきである」とし、「医薬品としての承認がされていない商品について、医薬品的な効能効果が表示されている場合、当該表

示は、一般消費者に対し、当該商品があたかも国により厳格に審査され承認を受けて製造販売されている医薬品であるとの誤認を引き起こすおそれがあるから、優良誤認表示にあたと認めるのが相当である」とした。

その上で、本件チラシは、上記のような記載内容からすれば、「一般の消費者に対し、細胞壁破碎クロレラ粒等が医薬品であるとの誤認を引き起こすおそれがあるから、医薬品的な効能効果がある」と表示するものである」とし、優良誤認表示該当性を肯定した。

## 5 判決の意義

(1) 判決の注目すべき点の第一点は、健康食品広告の現状に警鐘を鳴らした点である。

判決は、そもそも景品表示法が商品の広告についてのルールを定めているのは、一般消費者が正しい情報に基づいて商品を選ぶことができることを守るためであるから、チラシに記載された効果効能があろうがなかろうが、一般消費者にとって医薬品と誤解させるのなら、誤った情報をもとに商品を選ぶことになるから、景品表示法が禁止する優良誤認表示にあたと判断している。

このような判決は、健康食品広告において、一般消費者に誤解を与えるような広告を日常的に目にする現状に対して警鐘を鳴らしたものと評価できる。実際、判決は、チラシが「商品の宣伝広告として社会一般に許容される誇張の限度を大きく踏み越えるものである」と断言し、不当広告を戒めている。

(2) 判決の注目すべき点の二点目は、消費者団体訴訟制度の意義が存分に発揮された点である。

本件チラシを巡っては、従来、消費者庁や厚生労働省、国会で検討がされていたが、被告の会社名も商品名も記載されておらず、一見して景品表示法に違反すると言いきれないことから、これまで国が何らかの措置を執ることに踏み切れずにいた。そのように国が対応できず、消費者自ら身を守らなければならない状況の中、適格消費者団体が裁判所に対してチラシの配布を止めさせるよう求め、実際に裁判所がチラシの配布を止めるように命じたものである。さらには、周知広告の配布を命じた点も、消費者の利益保護の観点から大きな意義があるといえる。

消費者の視点に立って活動する適格消費者団体

が、消費者の利益を代表して、事業者の不当な行為の差止めを求めることで、多発する消費者被害の防止・救済を実効的なものにするという消費者団体訴訟制度の意義が存分に発揮された判決と評価できる。

## 6 おわりに

本判決は、消費者団体訴訟制度の新たな先例を生むものとして、実務的に大きな影響を与えるものといえる。

集団的消費者被害救済制度という新たな局面を迎える中、消費者全体の利益を守り、適正な社会を実現する上で、適格消費者団体が果たす役割の重要性が再確認された。

各適格消費者団体が、その活動をより一層活発化させ、不当な事業活動を撲滅することが期待される。

本事件については、被告が控訴したため、今後控訴審でいかなる判断がなされるか、注目される。

1 平成26年11月25日以降は、「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」という名称に変更されている。

# オーストラリア・シンガポールのDON'T Call 制度の紹介

弁護士 長谷川 彰

## 1 はじめに

消費者の要請がないのになされる不招請電話勧誘は、勧誘を受ける側にとって迷惑であり、また消費者トラブルの発生する大きな原因ともなっている。

これに対し、電話勧誘を望まない消費者が、予め電話番号を登録しておけば、事業者がその電話番号に勧誘電話をかけると制裁を受けるという制度がDON'T Call 制度である。ヨーロッパ諸国、南北アメリカ諸国、オーストラリア、シンガポール、韓国などではこの制度を取り入れており、いまやグローバルスタンダードとなっている。

本年3月に近弁連からオーストラリアとシンガポールの行政機関、消費者団体、事業者団体を訪問して、両国のDON'T Call 制度について聴き取り調査を行う

機会を得た。そこで、両国のDON'T Call 制度について報告する。

## 2 オーストラリアのDON'T Call 制度

### (1) 訪問調査先

オーストラリア通信メディア庁 (DON'T Call 制度を所管する行政機関)、ヴィクトリア州規制当局 (行政機関)、オーストラリアデータ活用型マーケット・広告協会 (事業者団体)、オーストラリア通信消費者行動ネットワーク (消費者団体)、消費者活動法律センター (消費者団体)

### (2) 制度の沿革

従来、電話勧誘に対する規制は、州法レベルで行われていたため、州ごとに規制が異なっていた。また、事業者団体の自主規制として、電話勧誘を受けたくない消費者の氏名と電話番号を登録する制度を運用していた。

しかし、消費者団体のリサーチによると、消費者の半数が過去6ヶ月以内に不招請の電話勧誘を受けたことがあるという回答をしており、そのうち18%が毎日、50%が毎週電話勧誘を受けているとの結果が出ており、自主規制では電話勧誘の減少に十分な効果を上げることができなかった。また、州ごとに規制が異なるという点は、事業者にも評判が悪く、規制を統一する必要があった。

そこで、2005年から導入が検討され、2006年6月30日にDo Not Call Register Act 2006が制定され、2007年5月31日から運用が開始された。

2015年2月5日時点での登録数は、固定電話約570万件 (家庭用固定電話の3分の2に相当)、携帯電話約430万件となっている。

### (3) 規制対象

消費者がオーストラリア通信メディア庁 (以下、ACMAという) の管理するDo Not Call Register (DNCR) に登録した場合、事業者は、商品やサービスの販売提供・広告・販売促進など、不動産あるいは不動産利益の販売提供・広告・販売促進など、事業や投資の機会の販売提供・広告、販売促進など、寄付金の勧誘、その他規則において特定された目的で架電ないしFAX送信することが禁止される。営業に関するあらゆる電話勧誘が対象となっており、業種や契約金額による限定はない。

### (4) 登録できる電話番号、登録方法、登録の有効期間

DNCRに登録できる電話番号は、オーストラリ



ア国内の電話番号で、主に家庭用として使用されている電話番号、行政機関の電話番号、FAX送受信専用の番号(家庭用・事業用を問わない)である。

登録方法は、電話、Web、郵便、FAX、E-mailがあり、いずれも無料である。登録した者が削除を希望する場合も、上記のすべての方法で行える。なお、登録されるのは電話番号のみであり名前などは登録されない。

一旦登録した場合の有効期間は、立法当初3年とされていた。これは、事業者団体の要望を受け入れたものである。しかし、この3年間が経過する前に改正されて、5年、6年、8年と延長が繰り返され、再登録が必要な事態が回避された。そして、ついに2015年4月27日からは、登録の有効期間が撤廃され、一旦登録すると、登録した者が抹消しない限り有効となった。

(5) 適用除外

DNCRに登録している消費者が、特定の事業者からの電話勧誘を受けることに同意した場合には、適用除外とされる。

また、登録された慈善団体、教育機関、政府機関省庁、登録された政党、議会の無所属議員、政治家候補者からの電話および市場調査や社会研究を行う者による調査も適用除外とされる。

さらに、登録された番号に誤って架電したりファックスした場合には、適用除外とされる。ただし、誤ったことが合理的といえ、かつ、繰り返してない場合に限る。

(6) 事業者による登録の確認

電話勧誘やFAX勧誘をする事業者は、まず、事業者用のサイトでアカウントを作成する。アカウント登録の費用を支払うことで、500件分の電話番号の確認ができる。それ以上の数の電話番号について、登録の有無を確認するには、確認する電話番号の数に見合った費用の前払いを行わなければならない。その上で、事業者は自ら保有する電話番号のリストをACMAに提出すると、DNCRに登録されている番号であるかどうか分かる形式で事業者に戻される(番号洗い出し方式)。

この方式では、事業者は、自ら保有する番号以外の登録された番号を新たに知ることができないので、番号の登録がいわゆるカモリストになることを防止できる。

事業者は、少なくとも30日ごとに電話番号がDNCRに登録されているかを確認しなければなら

ない(消費者サイドから見ると、登録後30日間は企業からの電話勧誘がなされる可能性があるということになる。)

なお、事業者が負担すべき費用は一覧表の通りである。

タイプ (確認できる件数)	費用	2013-14 実績 (割合)
Type A (500)	A\$ 0	392 (9.04%)
Type B (20,000)	A\$ 79	1,702 (39.25%)
Type C (100,000)	A\$ 370	1,798 (41.47%)
Type D (1,000,000)	A\$ 3,200	423 (9.76%)
Type E (10,000,000)	A\$ 27,000	15 (0.35%)
Type F (20,000,000)	A\$ 45,000	1 (0.02%)
Type G (50,000,000)	A\$ 67,500	2 (0.04%)
Type H (100,000,000)	A\$ 90,000	3 (0.07%)

費用の支払い方法としては、上記のほかに、年間1万オーストラリアドル程度を支払うことで、1年間いくつでも電話番号を確認できるというライセンス方式もある。

このようにして事業者が支払った費用は、ACMAが民間企業に委託しているリストへの登録業務、事業者からのリスト確認業務などの委託費に充てられる。

(7) 事業者に対する調査及び制裁

ACMAが違反行為の調査・指導を行っている。事前調査により、事業者による違反が確認された場合、指導、勧告、正式な調査という3段階の対応をしている。

調査にあたって、ACMAは電話事業会社から通話記録を取り寄せたり、電気通信法の規定により、事業者や第三者に対し、強制通知を発令することで架電をした電話番号の一覧、架電をした者の氏名・連絡先、勧誘に用いられたマニュアルなどの資料を収集することができる。

正式な調査の結果、違反行為が認定された場合、公式の警告、強制力を伴う合意、過料(架電1回あたり最高2,200A\$)、差し止め、連邦裁判所による民事罰(架電1回あたり最高1万1,000A\$)といった制裁が科せられる。

運用開始から、2015年4月16日までの処分件数(DNCRenforcement outcomesに掲載)は、公式の警告が28件、強制力を伴う合意が25件、過料8件、民事罰2件となっている。

(8) DON'T Call制度の効果

先にも述べたとおり、電話番号の登録件数は1000万件以上ある。DNCRに登録した消費者の約90%が、登録後電話勧誘が減少したと回答している。

制度導入前には、事業者団体から、コールセンターの廃止などによる雇用への悪影響が懸念されていた。しかし、制度導入後は、コールセンターの廃止で削減された労働力が、外部からの問い合わせに対応する部署に配属されることで吸収することができたとのことである。

また、不招請電話勧誘ができない半面、電話勧誘をすることについての同意をきちんと消費者から取り付けて、そのような消費者を対象に電話勧誘を行うという営業形態に移行しているとのことである。

### 3 シンガポールのDON'T Call 制度

#### (1) 訪問調査先

シンガポール個人情報保護委員会(DON'T Call 制度を所管する行政機関)、シンガポールダイレクトマーケティング協会(事業者団体)、高島屋シンガポール(事業者)、シンガポール消費者協会(消費者団体)

#### (2) 制度の沿革

従来シンガポールでは、シンガポールダイレクトマーケティング協会が自主規制として、DNCRを運用していた。

政府は、企業誘致の一環として、国際的な企業がシンガポールで活動する際に同国内で個人情報が保護されていないと不都合があるとの認識で、2012年に個人情報保護法(Personal Data Protection Act 以下PDPAという)を制定し、その法律の中で、Do not call Registry制度も盛り込んだ。立法の背景には上記経済的な理由のほかに、消費者の自宅への電話勧誘、携帯電話へのSMSの送信などに対する消費者からの苦情が増加していたこともあった。

DNCRへの登録は、2013年12月2日から始まり、2014年1月2日から運用が開始された。運用開始時点で、約50万件の登録があった。運用開始1年後の2015年1月時点で77万1000件以上の登録がなされている。

#### (3) 規制対象

先にも述べたが、シンガポールのDON'T Call 制度は、PDPAの36条以下に規定がある。

規制対象は、BtoCのテレマーケティングであり、商品・役務の提供、広告、商機・投資機会の提供、広告、その他情報を得たり提供したりすることに関して法令等で定められた目的で、DNCRに登録された電話番号に電話の音声、SMS、FAXでメッセージを送ることが禁止されている。

#### (4) 登録できる電話番号、登録方法、登録の有効期間

シンガポール電話番号であれば、企業の電話番号も登録可能である。

登録方法は、電話やWeb、SMS、IVRS(フリーダイヤル)がある。登録費用は無料である。登録する対象について、音声によるメッセージを受けることを拒絶するのか、FAXやSMSも含むのかを自由に選択できる。

登録の有効期間の定めはなく、登録した者が抹消するまで有効である。

#### (5) 適用除外(法37条5項 別表8)

- a 公的機関が実施した商業目的でないプログラムの下に、公的機関が送るメッセージ、または、同プログラムを促進するために公的機関が送るメッセージ
- b (職務上ではなく)個人の立場又は世帯の立場で行動する個人が送るメッセージ
- c 人の生命、健康、安全を脅かす緊急事態に対応するために必要なメッセージ
- d 以下のものを唯一の目的とするメッセージ
  - i 受け手が事前に送り手との間ではじめることに合意していた取引について、その商取引を促進し、全うさせ、確認する目的
  - ii 受け手が購入又は使用している製品・役務について、保証情報、製品回収情報、安全又は保障情報
  - iii 受け手が事前に送り手との間ではじめることに合意していた取引の下、受け手が受け取ることになる商品・役務を引き渡す目的(引渡には、商品の最新化や高級化を含む)
- e 以下のものを提供することを唯一の目的とするメッセージ
  - i 下記に規定するものについての条件や特徴に関する変更についての通知
  - ii 下記に規定するものについての受け手の立場又は地位の変更の通知
  - iii 下記に規定するものについての定期的な間隔をおいての残高情報又は他の種類の勘定明細書

## 記

会費、会員権、口座、貸付または送り手によって提供される商品又は役務の受け手が継続して購入・使用することも含む比較的継続的な取引関係

f 市場研究又は市場調査を行うことのみが目的であるメッセージ

g 個人の立場又は世帯の立場で行動する個人以外の組織に対し、当該組織の目的のために送られたメッセージ

以上のほか、消費者が事業者に対して電話勧誘等を受けることについて明瞭で二義を許さない同意を与え、かつ、その同意が文書または事後に確認しうる形態で立証される場合には、当該事業者は同意した消費者に対して電話勧誘等を行うことができる。

上記eの継続的な関係にある顧客に対する場合を適用除外とする規定は、事前の登録数が50万件を超えたことから、制度が発効する直前に設けられたものである。

### (6) 事業者による登録の確認

電話勧誘等をしようとする事業者は、事業者用のウェブサイトで30シンガポールドル(海外の企業は60シンガポールドル)を支払ってアカウントを作成しなければならない。これによって、無料のクレジットが500(電話番号500件分)与えられる。これ以上の数の電話番号を確認するためには料金を支払わなければならない。料金は、クレジットの数が多ければ1件あたりの単価は低くなり、たとえば、5000クレジットで100シンガポールドル、100万クレジットで1万シンガポールドルとなっている。企業の80%は500のフリークレジットで足りており、500シンガポールドルを支払っている企業が残りの20%程度、それ以上支払っている企業は全体の1%くらいである。

事業者は、架電しようとする電話番号のリストをシンガポール個人情報保護委員会(以下、PDPCという)に提出し、DNCRに登録されているかどうかを確認しなければならない。一度確認すると30日間は確認しなくてよい点は、オーストラリアと同様である。PDPCは、事業者に、リストに記載された電話番号がDNCRに登録されているか否かが分かるような形式で返還する(洗い出し方式)。

### (7) 事業者に対する調査及び制裁

PDPCには、違反行為の調査・指導権限がある。

PDPCは、DNCRの運用が開始されてから6500以上の苦情について調査を行った。対象は、760社を超えている。調査の対象となった企業は、不動産、教育、小売業などである。

DNCR違反は刑事犯罪となり、1件あたりの上限1万シンガポールドルの罰金が課せられる。これとは別に、少額事件についてPDPCが自ら罰金を課すという制度がある。この場合の上限は、1000シンガポールドルで、企業がこれに従わない場合には、PDPCが訴訟手続をとることになるとのことであった。

具体的な制裁の事例として、学習塾とその取締役が3万9000シンガポールドルの罰金を課せられた事例がある。このケースでは、300以上の苦情申立があり、このうち37のケースについて訴追がなされ、有罪となったのが13のケースということで、1件あたり3000シンガポールドルの罰金であった。

### (8) DON'T Call制度の効果

2015年1月時点での電話番号の登録数が77万1000以上、アカウントを取得している企業数が5000社、企業がPDPCに番号確認を行った件数は4億8300万である。

PDPCが2014年3月に、13歳以上の1000人を対象にDNCRに関する調査を行った。その結果、70%がテレマーケティングが減ったと回答し、60%が企業の運用が改善されたと回答した。また、43%が継続的関係のある企業からは継続的に情報を受けたいと回答している。

同時期に行われた金融、保険、旅行、小売り、情報、通信教育などの企業1000社に対する調査では、80%がDNCRを理解し、70%がPDPAの義務を理解していた。また、PDPAを遵守することによって消費者の信頼を促進すると回答したのが70%、情報の国際的な受け渡しにとって有益であると回答したのが67%となっている。

## 4 日本への示唆

現在わが国でも、DON'T Call制度の導入について内閣府消費者委員会の特定商取引法専門調査会で議論がなされているが、一部の企業が導入に反対しているとのことである。

しかし、人が嫌がることを行ってはいけないという規律は法律以前の常識のレベルの問題である。

オーストラリアでも、シンガポールでも、立法前から事業者団体がDNCRを自主規制として運用していた。

どちらの国でも、事業者団体から伺ったことは、「勧誘を受けたくないという消費者は、最終的にいくら勧誘されてもそれを拒否するので、そのような消費者に対して資金や時間をかけて、かつ迷惑をかけて、企業としてのブランドや評判に傷をつけるのは望ましくない」という感覚である。極めてまっとうな意識である。

翻って、わが国では、再勧誘禁止規定を墨守しているという発言の数分後に、「断られたけれども、とっていただくところまで漕ぎ着けるといふ例が多々ある」などと大新聞の社長が公の場で発言するという風土である。勧誘に対し、「考えておきます」と回答するのは、日本人であれば、断り文言であるといふのは共通認識であると思うのだが。

2015年5月に実施された消費者庁の「消費者の訪問勧誘・電話勧誘・FAXに関する意識調査」によれば、96.4%が今後、電話勧誘を全く受けたくないと回答している。わが国も、世界の趨勢に倣って、早期にDON'T Call制度を導入し、電話勧誘を望まない人に対する勧誘を禁止すべきである。制度導入に際しては、高齢者や障害者などの「弱い消費者」が簡易に登録ができることが重要である。また、事業者による登録番号の確認方法は、両国や韓国が採用している「番号洗い出し方式」を採用すべきである。そして、違反行為に対する行政指導や刑事罰の適用についても、迅速に執行し、実効性のある制度となるように制度設計されなければならないと考える。

編 集  
後 記

今号の特集では、現在国会に提出されている民法改正案について、金融取引の分野に関して整理をしています。現在の判例や実務のポイントもあわせて理解できるコンパクトな内容になっておりますので、ぜひご一読ください。

また、このたび当事務所に新たに加わった大瀬戸豪志客員弁護士も原稿を執筆しております。知的財産法関係の分野においても、よりいっそう充実した法的サービスを提供したいと考えております。

そのほか、各弁護士が日頃の研鑽の成果を発表しておりますので、ご意見、ご感想などをいただければ幸甚です。