

# Oike Library

御池ライブラリー

## 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-law@mbox.kyoto-inet.or.jp

## CONTENTS

金融法・弁護士法	金融機関の守秘義務と弁護士法 23 条の 2 に基づく照会 大阪地裁平成 18 年 2 月 22 日判決を中心として 弁護士 井上 博隆・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 1
独占禁止法	三井住友銀行事件—金融機関の独占禁止法違反 弁護士 住田 浩史・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 9
金融法	UFJ 信託銀行及び住友信託銀行の協働事業化事件の 一連の裁判例について 弁護士 小原 路絵・・・・・・・・ 11
金融商品取引法	財務報告に係る内部統制について 弁護士 坂田 均・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 15
民事執行法	債権差押命令を受けた第三債務者の義務 弁護士 永井 弘二・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 17
保険法	保険契約における「偶然」性の立証責任 弁護士 長野 浩三・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 20
労働法	「パワーハラスメント」に関する法律問題について 弁護士 上里 美登利・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 22
労働法	期間雇用労働者と雇止めについて 弁護士 稲山 理恵子・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 24
家族法	親権者の指定・変更—その 2 弁護士 茶木 真理子・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 26
医事法	医療用医薬品添付文書と医師の注意義務 弁護士 長谷川 彰・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 28
消費者法	創設された消費者団体訴訟制度と解釈上の問題点 弁護士 野々山 宏・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 30
特許法	特許製品のリサイクルと特許権の国内消尽 ～知財高裁平成 18 年 1 月 31 日判決～ 弁護士 草地 邦晴・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 33

2006/10  
No.24

# 金融機関の守秘義務と 弁護士法 23 条の 2 に 基づく照会 大阪地裁平成 18 年 2 月 22 日 判決を中心として

弁護士 井上 博隆

## 1、はじめに

金融機関の守秘義務は、銀行の秘密保持義務とも銀行秘密の原則とも言われ、一般的に「銀行その他の金融機関は、顧客との取引を通じておよびこれに関連して知り得た情報を正当な理由なくして他に洩らしてはならない義務」と解されている。1)2)

この情報を洩らすことのできる「正当な理由」は、守秘義務の限界とも守秘義務の免除ともいわれるが、従来、その内容が明確でないこととされ3)、「正当な理由」という大括りな議論では金融機関が耐えられないところまで来ているとされてきた。4) 大阪地判平成18年2月22日金判1238号37頁(以下、この判決を「本判決」と、また、この事件を「本件」という)は、弁護士法23条の2に基づく照会(以下、「23条照会」という)とこの守秘義務の限界について一つの判断を示した。

弁護士会の中には、23条照会について、金融機関等からの回答拒否事例が相当数あることから、プロジェクトチームを作って回答拒否事例に対する対策をとろうとしていることもあるようであり、23条照会と金融機関の守秘義務との限界について考えてみた。

- 1) 西原寛一「金融法」76頁法律学全集(株有斐閣、昭和43年)
- 2) 岩原紳一「銀行における顧客の保護」金融取引法体系第1巻163頁(株有斐閣、昭和58年)、後藤紀一「銀行の守秘義務」藤林・石井編判例先例金融取引法新訂版1頁(社金融財政事情研究会、1988年)、三上徹「金融機関の守秘義務」金法1600号28頁2001年等
- 3) 前田重行「金融機関と情報」ジュリスト増刊「新しい金融システムと法」26頁(株有斐閣、2000年)
- 4) 前掲2)三上28頁

## 2、本判決の概要

### (1) 事例の概略

本件は、金融機関が、23条照会や裁判所による調査囑託により預金開設者の名称や住所等の報告を求められたのに、預金開設者の同意を得られないこと

を理由に回答を拒否したため、弁護士の依頼者又は裁判所による調査囑託を申し出た者により金融機関を被告とし不法行為を理由に損害賠償請求された事例である。本件は、請求棄却され、原被告双方から控訴されている。

本件は、実質2件の共同訴訟である。一つ(以下「第1事件」という)は、いわゆるヤミ金からの債務者が貸金業法の取立規制を生じさせ(貸金業法21条1項6号、金融庁ガイドライン3-2-2 (3)2; 貸金業者等は債務整理に関する権限を弁護士に委任した通知等を受け取った後に債務者に対して正当な理由無く支払い請求することを禁止している)、また自己破産申立をするについて債権者一覧表を作成する必要からヤミ金業者の住所氏名を23条照会したものである。金融機関は何度か拒否したが、厳しいヤミ金の取立もあり、最終的に住所氏名を回答していた。

もう一つ(以下、「第2事件」という)は、ヤミ金から借りた債務者が、ヤミ金と称した者に小切手を発行し、契約不履行を理由に手形交換所に異議申立をしたところ、第三者に裏書きされていたため、その者の住所と電話番号を23条照会し、また、ヤミ金と称した者とその第三者に対して、第三者の住所をヤミ金と称した者方として、債務不存在確認請求訴訟を提起したが、第三者に送達されなかったため、裁判所に対して、金融機関に対するこの者の住所と電話番号の調査囑託を求めたものである。金融機関はいずれにも回答しなかったが、原告は債務不存在確認請求訴訟を公示送達により勝訴していた。

本稿では、本件について23条照会についてのみ、触れることにする。

本判決の論点は、①23条照会により報告を求められた事項について、照会先は弁護士会に対して報告義務を負うか、②それに限界はないか、③金融機関は、顧客の特定に関する情報について、23条照会に対して報告義務を負わないか、④それに限界はないか、⑤金融機関の守秘義務が制約を受ける場合は、どのような要件がある場合か、⑥要件を満たすためには23条照会の照会書にどのような記載が必要か、⑦本件ではその要件を満たしているか、⑧金融機関が、23条照会に対して報告しなかった場合、弁護士の依頼者に対して不法行為に基づく損害賠償義務を負うか、⑨本件において、報告しなかった金融機関に過失があったといえるかである。

### (2) 論点に対する裁判所の判断

ア、論点①照会先は23条照会をした弁護士会に

対して報告義務を負うか。

(結論)弁護士会に対して法的義務を負う。

(理由)法的義務を負う規定も報告しなかった場合の法的制裁の規定もないが、23条照会制度が、弁護士が基本的人権を擁護し社会正義を実現することを使命とする(弁護士法1条1項)ことから、弁護士が、受任している事件を処理するために必要な事実の調査及び証拠の発見、収集を容易にし、事件の適正な解決に資することを目的として設けられたものであること。

その適正な運用を確保する趣旨から、照会する権限を弁護士会に付与し、弁護士だけが申出が出来、その弁護士の申出が適当か否かの認定を弁護士会の判断にゆだねたこと。

弁護士会が、弁護士及び弁護士法人の指導、監督等を行うことを目的として設立された法人であり(同法31条)、懲戒権を付与され(同法56条)、懲戒の処分について取消しの訴えを提起することができる(同法61条)等であることなど。

イ、論点② 23条照会の報告義務に限界はないか。

(結論)報告義務を免れる場合があることは否定することができない。

(理由)23条照会の報告義務は、性質上絶対無制約のものではない。

ウ、論点③金融機関は、顧客の特定に関する情報について、23条照会に対して報告義務を負わないか。

(結論)顧客の同意を得た場合を除いて、原則として報告する義務を免れる。

(理由)銀行は、顧客に対し、顧客との間の取引契約に付随する義務として、取引に関連して知り得た顧客に関する情報を正当な理由がなく第三者に開示してはならないという秘密保持義務を負っており、銀行が情報をみだりに第三者に開示した場合には、顧客は銀行に対して債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を請求し得る。

また、顧客に関する情報は、銀行がこれらの情報を秘密として管理することによって顧客との間の信頼関係を維持し、その業務を円滑に遂行するという営業上の利益を有しており、法的に保護されるべきものである。

エ、論点④金融機関の守秘義務に限界はないか。

(結論)裁判を受ける権利の観点から一定限度の制約を受けることはやむを得ない。

(理由)何人も、裁判を受ける権利を保障されている(憲法32条)のであり、裁判制度を利用するに当たり、紛争の相手方(民事訴訟の被告等)を特定することが不可欠である。紛争の解決のために民事訴訟を提起する場合に限らず、破産手続の債権者一覧表の作成や債権者に対して取立てを停止させるような場合についても、最終的には債権者との間に生じている紛争を裁判制度により法的に解決することを目的とするものであることからすれば、紛争の裁判制度による解決に含まれる。

オ、論点⑤金融機関の守秘義務が制約を受ける場合は、どのような要件がある場合か。

(結論)

[1]顧客の行為によって23条照会により顧客の特定に資する情報の開示を求める者(照会申出をした弁護士の依頼者。以下「開示請求者」という。)の権利ないし法的利益が侵害されていることが明らかであるとみえること。

[2]情報が開示請求者の権利ないし法的利益の裁判制度による回復を求めるために必要である場合、その他これに準じる、情報の開示を受けるべき正当な理由があること。

[3]銀行に対して顧客の特定に資する情報の開示を求める以外に顧客を特定するため他に適当な方法がないこと。  
の要件をいずれも満たす場合。この場合、銀行は顧客に対し秘密保持義務違反を理由とする法的責任を免れる。

(理由)直接規律した実定法の規定は見当たらないが、類似の状況について立法的解決を図った特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律(プロバイダ責任制限法)4条1項の発信者情報の開示請求の制度の趣旨及び理念を参酌するのが相当である。

カ、論点⑥要件を満たすためには23条照会の照会書にどのような記載が必要か。

(結論)銀行が上記各要件(殊に[1]の要件)の具備について容易に判断することができるよう、照会書の記載等において必要かつ十分な事実を具体的に記述し必要に応じて裏付資料を添付するなど相応の配慮がされなければならない

い。

(理由)銀行が顧客の特定に資する情報を不当に報告した場合、銀行は秘密保持義務違反を理由に顧客から法的責任の追及を受ける立場にあることはもとより、情報はいったん開示されてしまうとその原状回復は不可能であることから、これによって情報に係る顧客の利益が回復不可能なまでに侵害される。

キ、論点⑦本件ではその要件を満たしているか。

(結論)第1事件について、照会書の記載から[2][3]の要件を満たしていることはもとより、[1]の要件も「満たしているものということができるものと解すべき」である。その後の内容証明郵便による書面の記載を考えあわせると、内容証明郵便受領の時点で3要件を満たすことは明らかである。

第2事件について、照会書の記載によっては[1][3]の要件を満たさない。その後の内容証明郵便による書面の記載を考えあわせると、内容証明郵便受領の時点で3要件を「満たしているものということができるものと解すべき」である。電話番号については、口座開設者の住所が開示されれば、その氏名とあわせて口座開設者を特定できるから、報告義務を負わない。

(理由)第1事件について、照会書には、依頼者は多重債務者であり破産申立を用意していること、照会の対象者はいわゆるヤミ金と思われること、この者の名称と預金口座のみを知らせていたため貸金業法に基づく取立規制を生じさせるため代理人就任通知を送付したいが名称所在が判明しないことが記載されていた。また、報告を拒否された後、銀行に回答を求めた内容証明郵便による書面には、取立を受けていること等が記載されていた。これらの記載から、法令上その取立が許容されないような高利の金利による貸付を受けたものであって、貸金業法21条1項による規制の対象とされている取立を受ける具体的危険が存在している。

第2事件について、照会書には、事件名として「出資法違反及び貸金業法違反の刑事告訴事件並びに契約無効確認訴訟事件」と記載し、異議提供金取り戻しのため契約無効確認請求訴訟の準備中であるが、相手方を特定

する必要がある旨記載していた。銀行から報告を拒否された後、銀行に回答を求めた内容証明郵便による書面には、利息は年利1000%以上であること、ヤミ金は社会問題となっていること、ヤミ金の住所は郵便局留めとなっていること、電話番号も電話代行業の電話回線を利用していること等が記載されていた。これらを考えあわせると、弁護士の依頼者は、出資法5条が処罰の対象として規定するような高金利を負担させられ、その返済のために小切手を振り出したのであり、貸金業法21条1項による規制の対象となる取立を受ける具体的危険が存在していることが明らかである。

ク、論点⑧金融機関が、23条照会に対して報告しなかった場合、弁護士の依頼者に対して不法行為に基づく損害賠償義務を負うか。

(結論)不法行為に基づく損害賠償責任を負うことがある。

(理由)弁護士会に対して負う法的義務であるから、義務に違反したことが直ちに報告により利益を受ける者(23条照会を申し出た弁護士の依頼者)に対する不法行為を構成しない。しかし、故意又は過失により義務に違反して報告しないことにより弁護士の依頼者の権利ないし法的利益を違法に侵害し損害を与えたものと評価することができる事実関係が認められる場合は、不法行為に基づく損害賠償責任を負う。

ケ、論点⑨本件において、顧客の特定に資する情報を報告しなかった金融機関に過失があったといえるか。

(結論)金融機関に過失はなかった。

(理由)銀行が、いかなる要件の下に23条照会の報告義務を負うかについての解釈が確立していたとは認められないし、当時の銀行実務において一定の運用基準が確立していたことを認めるに足りる証拠もない。秘密保持義務を果たすことは銀行の重要な責務の一つであり、顧客の同意が得られない限り報告をしてはならないとする考え方も有力であったことがうかがわれる。

銀行が不当に報告した場合、銀行は、秘密保持義務違反を理由に顧客から法的責任の追及を受ける立場にあり、また、情報はいった

ん開示されてしまうとその原状回復は不可能であり、そして、プロバイダー責任制限法4条1項の特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者の場合とは異なり、開示請求訴訟によらずに常に裁判外で対応することを余儀なくされ、それだけ慎重な対応が要請されることなど。

### 3、23条照会と報告義務

弁護士法23条の2第2項の規定は刑事訴訟法197条2項に倣ったものとされており、23条照会は、捜査官その他の国家権力の行使にあたる公的機関と同様に、弁護士法1条に定める「基本的人権を擁護し社会正義を実現することを使命とする」弁護士の公共的性格から弁護士の強制加入団体である弁護士法31条に定める公的団体である弁護士会に照会権を与えたものである。5)

従って、弁護士又は個人の利益を擁護するためのものではない。6)

このような制度趣旨から、照会を受けた先は報告義務があるとするのが、多数説である。7) これまでの裁判例も、これを認めている。8)

しかし、法的義務があるといっても、強制力を持つものではないと考えられている。9)

更に、23条照会があれば、当然に、情報を提供・開示する義務が発生するものではなく、正当な理由があるときは報告を拒絶することが出来るとされている。10)

本判決は、報告義務を認めるが絶対的に無制約のものではないと判示しており、この点において、多数説の見解を離れるものではない。

しかし、この報告義務の性格について明確にふれるものは、本判決を批判する升田弁護士の「弁護士制度のために認められるものであって、協力義務、公的な義務と言うべきものである」とするもの以外見あたらない。11)

報告義務を認める以上、情報の提供・開示ができない事情があったとしても、無視することは許されず、その旨回答する義務はあると考えられる。

5) 福原忠男「弁護士法23条の2の法制的意義」自由と正義23巻11号4頁以下(日本弁護士連合会、1972年(昭和47年))

6) 福原忠男「弁護士法」122頁特別法コンメンタール(第一法規出版(株)、昭和51年)、岐阜地判昭和46年12月20日判時664号75頁、札幌地判昭和52年12月20日判時885号155頁

7) 前掲6) 福原122頁、編著者日本弁護士連合会調査室「弁護士法条解弁護士法第3版」183頁(株弘文堂、平成15年)。兼

子他「裁判法」第4版381頁法律学全集(株有斐閣、平成11年)は「法律上報告義務を負うものではない」とし「特段の事情のない限り協力することが望ましい」とする。

8) 前掲6) 岐阜地判、京都地判昭和50年9月25日判時819号69頁、大阪高判昭和51年12月21日判時839号55頁、広島高岡山支判平成12年5月25日。但し、最判昭和56年4月14日判時1001号3頁は京都市の区長が犯歴の照会に応じた事例で「照会に応じて報告することも許されないわけではない。」とするにとどまる。

9) 飯畑正男「弁護士法23条の2」前掲5) 自由と正義27頁、前掲5) 福原5頁及び6) 福原122頁、前掲7) 日本弁護士連合会調査室192頁。但し、日本弁護士連合会「弁護士法23条の2に関するマニュアル」43頁(日本弁護士連合会、1986年)は、「行政訴訟及び損害賠償請求訴訟によって是正されうるとする法理論構成が検討されるべきである」とし、上野隆司「弁護士会からの預金照会と守秘義務」金法1229号30頁1989年は「照会先の義務違反に対し、報告請求の訴訟(行政訴訟または民事訴訟)を提起して、履践を直接又は間接に求めることは肯定されていい。」としている。

10) 前掲5) 福原5頁、前掲7) 日本弁護士連合会調査室185頁

11) 升田純「弁護士法23条の2所定の照会、民事訴訟法186条所定の調査嘱託に対する報告義務違反と不法行為の成否」金法1772号25頁2006年。なお、前掲5) 福原は「協力義務」とし、前掲6) 岐阜地判は「弁護士会に対して協力し・報告をなす義務」としている。前掲9) 日本弁護士連合会4頁は「事実解明と公正な判断を迫及する法的正義への協力としてなされる。」とする。

### 4、金融機関の守秘義務とその限界

#### (1) 金融機関の守秘義務

金融機関の守秘義務は、「諸外国においても早くから発展してきた法理として確立してきている」とされている。12) 我が国においても、明文の規定はないが、法的義務であることに異論はないとされている。13) その根拠は、多数説は銀行顧客間の契約における付随義務と解している。14)

この説によると、守秘義務に違反して顧客情報を第三者に漏洩したときは債務不履行による損害賠償責任を負う。15)

また、守秘義務は、銀行が自己の顧客の秘密を簡単に他に漏らしてしまうと、結局は顧客の信頼を失い、営業として成り立っていかなくなるので、金融機関の営業上の権利でもあるとされている。16)

本判決も、これら多数説の見解と離れるものではない。

12) 前掲3) 前田25頁

- 13) 前掲2)後藤1頁
- 14) 前掲3)前田26頁。他に商慣習説、信義則説、人格権説、証言拒否説があるとされている。前掲2)後藤2頁及び三上28頁
- 15) 前掲3)前田26頁。なお、東京地判昭和56年11月9日金法1015号45頁は、どの説によるかを明らかにしないで、銀行は債務不履行もしくは不法行為として損害賠償責任を負うと判断している。木内宜彦「金融法」150頁現代法律学全集41(樹青林書院、1989年)(以下、「木内全集」という)は、秘密漏洩がプライバシー権の侵害や名誉毀損となるときは不法行為に基づく損害賠償責任が競合するとしている。前掲2)岩原も同旨。
- 16) 大西武士「銀行秘密義務と実務上の問題点」金法461号18頁1966年、前掲9)上野31頁

## (2) 守秘義務の限界(免除)と23条照会

### ア、守秘義務の限界(免除)

金融機関の守秘義務も絶対的なものではなく、正当な理由があれば免除される。正当な理由がある場合として、イギリス法では、①情報の開示が法によって強制される場合、②情報の開示が公共に対する義務である場合、③銀行利益の保護のために開示が要求される場合、④情報の開示につき、顧客の明示または黙示の同意がある場合が挙げられている。17) わが国でも同様であるが、若干の違いがある。

西原教授及び前掲木内全集は、③④は同じであるが、①については、法令に基づき公権の発動する場合をあげ、これには強制調査の場合だけでなく、税務署の任意調査の場合を含めている。②はあげていない。法令に基づき公権の発動する場合に、弁護士会の照会が公権の発動ではないためと思われるが、23条照会が当たるとの記載はない。そして公権の発動の場合でも任意調査の場合には全ての場合に守秘義務が免除されるとはしていない。18)

一方、前田教授は、①②(「公共の利益」としている)④などとして、③は明確にはしていない。19) 後藤教授は、①③④が免除されることは異論がないとし、問題は任意調査の場合であるとして、銀行の守秘義務と公共の利益の調和をどこに求めるのかとしている。そして23条照会もこれにあたるかと考えているようである。20) 木内金法は公共の利益が優越している場合には23条照会の報告義務があるとする。21)

17) 前掲1)西原78頁、田中誠二「新版銀行取引法三全訂版」経済法令研究会平成1年38頁、前掲3)前田30頁、英国銀行法の主要なテキストといわれている Ellinger et al., Ellinger's Modern Banking Law, 4th ed.2006 167頁、Cranston, Principles of Banking Law, 2nd ed.2002 174頁も同じ。Cranston174頁は、これらの事由は、ほとんど例外なく諸法体系の地域の下でも制限事由と考えられているとする。

18) 前掲1)西原77頁、前掲15)木内148頁。但し、木内「銀行の秘密保持義務」金法12頁1984年(以下、「木内金法」という)は、アメリカ法のアプローチから「公共の利益が優越する場合には、その必要な範囲においてのみ法的に適正な手続を経て開示されるべきであり」とする。なお、前掲2)岩原169頁は「政府による銀行記録の調査」の項で、強制調査一般について、銀行は秘密保持義務をもって対抗し得ないと解すべきとし、任意的な調査嘱託(旧民事訴訟法262条、刑事訴訟法197条・279条、家審規8条、弁護士法23条の2)の場合、特にプライバシーに係わるようなものである場合には、格別慎重でなければならないとする。

19) 前掲3)前田26頁。なお、前掲17)Cranston175頁は、銀行の利益の制限は生き残らない、公共の利益に帰するとしている。

20) 前掲2)後藤2頁

21) 前掲18)木内金法16頁

### イ、23条照会により守秘義務が免除される場合

前記の通り、23条照会は強制力を持つものではなく、少なくとも情報の開示が法によって強制される場合にはあたらないものであり、23条照会のあった場合に、金融機関の守秘義務が免除されるのは、前記の分類によると、顧客の同意がある場合以外は、木内金法や後藤教授や前田教授の見解である守秘義務を守ることが「公共の利益」に反する場合であるということになる。

では、どのような場合が「公共の利益」(public interest)にあたるかについて、Cranston は、歴史的には不法行為の開示に関して秘密はないというルールに基づいているとし、守秘義務が反社会的行為に対する盾となるように見られることは金融機関の公的信用を害するとしている。22) 他に金融機関の監督の銀行の業績を調査するために必要な場合も「公共の利益」があるとされている。23)

本判決は、前記の通り、金融機関が守秘義務を免除される場合は顧客の同意があることを原則とするとし、そして、第2事件において、前

記のとおり照会書の記載だけでは、守秘義務は免除されるとせず、その後の内容証明郵便で、貸金業規制法21条1項による規制の対象となる取立を受ける具体的危険が存在していることが明らかになったため、報告義務を認めたものであり、第1事件も、破産申立の準備に必要であることだけで守秘義務を免除したものではなく違法な取立の具体的危険性があったからである。実務でも破産の申立に住所を特定出来なければ破産申立が受け付けられないということはない。

従って、本件でも、顧客が不法行為を行っていたかその具体的危険性があった事例であり、顧客を開示して金融機関が反社会的行為の盾になるように見られることを防ぐという意味で、公共の利益があったといえる事例であるということができる。

22) 前掲17) Cranston179頁

23) 前掲17) Ellinger183頁、前掲17) Cranston179頁

#### ウ、免除される場合の要件

23条照会の報告義務が金融機関の守秘義務に優先する基準として、従来「照会内容に具体的必要性と合理性が認められる」という基準が上げられるだけであったが24)、本判決は前記の通り〔1〕〔2〕〔3〕のより詳細な基準を上げており、その点では評価できる。

しかし、この要件も、妥当性、合理性が明らかでなく、金融機関に容易ではない判断を求めるもので、金融機関に自己責任で判断させるものであり、過大な負担を強いるという批判がある。25)

本件においては、前記の通り、開示することに公共の利益があった事例であり、明確に公共の利益がある場合を要件とした方がより基準は明確になったのではないと思われる。

今後の控訴審判決に期待したい。

24) 前掲9) 上野32頁、前掲7) 日本弁護士連合会調査室191頁、前掲8) 広島高岡山支判。但し、いずれも預金に関するものである。

25) 前掲11) 升田26頁、中原利明「弁護士法23条の2に基づく照会」金法1769号5頁2006年も同旨と思われる。

#### エ、守秘義務の免除要件があるのに23条照会の報告義務を怠った場合の効果

守秘義務の免除要件があるのに23条照会の報告義務を怠った場合、弁護士又はその依頼者は、不法行為として損害賠償請求権が認められるかに

ついて、肯定説と否定説がある。肯定説は、「損害賠償義務を肯定しないとすると、報告義務は、ほとんど法的拘束力の伴わないものとなる。」ことを理由としている。26)

否定説は「報告義務が、弁護士または依頼者個人の利益を擁護するためのものではない。」ことを理由とする。27)

本判決は、依頼者に対する不法行為による損害賠償請求権が発生することを認めたものである。しかし、この判決は、報告義務は公法上の義務であり何故私法上の効果を生じさせるのか、また、報告義務違反という不作為について不法行為が成立するためには私法上の作為義務が必要ではないか、その作為義務は何かという本件被告らの反論に答えていない。

思うに、肯定説は、報告義務の拘束力を確保するために損害賠償請求権を認めるというのである。しかし、23条照会の回答拒否理由は、①法律を根拠とするもの、②それ以外(守秘義務、意思確認の結果当事者の同意が得られない、プライバシー、捜査中、写しの送付はできない、委任状の添付がない、文書での回答には応じられない等)ということであり28)、多くはそれなりの理由がある場合であると考えられる。そうすれば、金融機関のように守秘義務を負っていて顧客に損害賠償請求義務を負う可能性のある場合に、依頼者や弁護士に損害賠償請求権が認められたとしても、金融機関としては他人からの損害賠償請求リスクをとって顧客からの損害賠償請求リスクをとらないのではないかと考えられ、情報提供・開示の動機付けにはなるようには思えない。

守秘義務を免除される要件を明確にした基準が作られることによって、金融機関が自己責任を負わないですむようにすることの方が実務的には先決であると思われる。

26) 前掲9) 上野31頁、前掲9) 日本弁護士連合会45頁。大阪地判昭和62年7月29日判タ678号200頁は、報告を拒否した照会先に対して依頼者が慰謝料請求したことに対して「正当な理由がないのに…拒否したことによって…何らかの具体的損害が生じた場合には、照会先に右損害発生が予見可能であったことを要件として…不法行為による損害賠償請求を行うことが考えられなくはない」としている。

27) 前掲6) 福原122頁。前掲6) 岐阜地判は弁護士からの請求を否定している。なお、前掲7) 日本弁護士連合会調査室192頁は、この岐阜地裁判決を紹介するだけであり、肯定説に

立つとはしていない。

28) 鳥山半六「二三条照会の現状と課題」前掲5) 自由と正義54  
巻12号24頁

## 5、23条照会に対し金融機関の守秘義務が免除される 場合と回答拒否事例について（私見）

### (1) 23条照会と調査嘱託

前記の通り、23条照会に対して金融機関の守秘義務が免除される場合は、顧客の同意がある場合か情報を提供・開示することが公共の利益のある場合(その他の要件は本判決と同じ)ということになる。これは、23条照会と類似した機能を営むといわれている調査嘱託(民事訴訟法186条、同132条の4第1項2号)とも調和するのではないかと考える。29)

調査嘱託の場合、公務所が守秘義務を理由に回答拒否できる場合は、「調査嘱託が公務員の職務上の秘密に関するもので、これに応じることにより公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれのない限り、回答を拒否出来ないというべきである」とされている。30) この理は金融機関においても異なることはないと考えられる。

つまり、金融機関は、23条照会の場合は、顧客の同意を得るか情報を提供・開示することに公共の利益がある場合にかぎり、情報を提供・開示しなければならず、調査嘱託の場合は、情報を提供・開示することにより公共の利益を害したり金融機関の業務の遂行に著しい支障がある場合以外は、提供・開示しなければならないということであり、原則と例外を逆に考えるのである。

このことは、金融機関の守秘義務の前記の4つの制限を考えても妥当であると考えられる。調査嘱託は、原則情報の提供・開示となるので、情報の開示が法によって強制される場合の1類型と考えるのである。前記西原教授や木内全集の見解では、法令に基づき公権の発動する場合に当たることになる。このことは、家事審判規則8条の調査嘱託の場合等でも同様である。31)

これは、23条照会が一方の弁護士の申立によってなされるのに対し、調査嘱託は原被告双方の主張や証拠を判断し、また意見を聞いてその妥当性や必要性について第三者的に裁判所が判断すること、23条照会とは裁判手続乃至これに準じることに使用されるのかは必ずしも明らかではないのに、調査嘱託の場合は裁判手続に使用されるこ

とが明らかであること、23条照会の場合「弁護士会は会員弁護士の意向を尊重して形式的要件が整えば申立を受け入れて照会を対象先に求めることが多いと思われる。」32)とされているのに対して、調査嘱託は前記の通り裁判所の第三者的判断が入ることからも、合理性があると考ええる。

このことは、従前、23条照会の利点は、訴訟提起前に証拠等の収集ができることがあったが33)、平成14年の改正により訴訟前から利用出来ることになった(132条の4第1項2号)ことからいえる。

23条照会のもう一つの利点は、相手方や裁判所に知られることなく証拠等収集ができることにあり、調査嘱託の場合は、この利点がないが、性質上やむをえないものではないかと考える。

司法研修所のテキストは、23条照会について「金融機関の中には、特定の預金の有無・入出金経過・残高等の照会に対し、預金者の秘密を理由に報告を拒絶する例が見られ、この場合も調査嘱託の申立てなどによるほかはないであろう。」34)としているが、23条照会の報告義務と調査嘱託の報告義務の内容に差があることを認める趣旨ではないかと考える。

29) 調査嘱託が23条照会と類似した機能を営んでいることについて、田村陽子「弁護士照会制度の法的位置づけ」前掲5) 自由と正義54巻12号2003年16頁、小海隆則「調査嘱託」民事証拠法大系第5巻132頁(株青林書院、2005年)

30) 前掲29)小海148頁

31) 松本他条解刑事訴訟法第3版増補版332頁(株弘文堂、平成18年、初版昭和59年)は、弁護士法23条の2第2項が做ったという刑事訴訟法197条2項について、「原則として報告すべき義務を負う。」「本項によって報告がなされた場合、…守秘義務に違反しないものと解されている。」とするが、同様の意味で理解することができる。但し、調査が警察官の個人的な利用のためになされる等公共の利益がないことが判明する場合は拒否しなければならない。

32) 前掲29)田村

33) 飯畑正男「照会制度の構造と機能」金法1064号11頁はこの点を強調する。

34) 司法研修所「4訂民事弁護における立証活動」36頁(司法研修所、平成16年)

### (2) 金融機関の23条照会拒否事例の検討

金融機関に対する23条照会の拒否事例として、①相続財産である預金の死亡時の残高照会、②相続人の一人からの相続財産である預金の取引履歴



照会、③財産分与を求める場合の預金残高乃至取引履歴の照会、④本件のような払込預金口座の預金契約者の特定に関する照会が挙げられている。35)

これらについて、拒否はやむをえないと考える見解と拒否を不当と考える見解がある。36)

私は、④以外について、下記の通りと考える。

- ①は相続分については相続人本人の権利でもあり、特別の事情のない限り開示するべきである。
- ②は被相続人が預金の払い戻された時点で認知症であったり等して、他人が権限なく払い戻した場合等以外は、開示する必要がない。なお、上杉弁護士は、「死者である被相続人のプライバシーが拒否理由たりえないことは、多言を要しないであろう。」とするが37)、Ellingerは、金融機関の守秘義務はおそらく死後も続くとしている。38) 被相続人は相続人に対しても預金の内容について秘密にしておきたいことがありえ、これは守られるべきであると考え。39)
- ③はその預金の名義は顧客のものであるが、それは形式だけであり、真実は、照会の依頼者の預金であることが明らかにされる場合等以外は開示する必要はない。なお、この点について、不当とする見解も、日常家事費用に関して夫婦の一方の名義にしている共有の場合に報告義務があると考えているようである。40)

35) 上杉一美「拒否事例の検討」前掲5)自由と正義54巻12号37頁以下

36) やむをえないと考える見解；前掲5)福原7頁は「弁護士会からの照会であるとして軽んぜられて拒否されたと見られる余地は極めて小さいように思われる。」としている。不当であると考えられる見解；前掲35)上杉、前掲33)飯畑10頁

37) 前掲35)上杉38頁

38) 前掲17)Ellinger170頁

39) 23条照会による開示請求を拒否された相続人の1人が、被相続人の預金の取引履歴の開示請求訴訟をした事例で、開示義務を肯定した東京地判平成15年8月29日金法1697号52頁と否定した東京高判平成14年12月4日金法1693号86頁があり、後者の上告審判決最判平成17年5月20日金判1751号43頁は請求者の上告棄却、上告受理申立不受理としている。これに関して、野村豊弘「預金取引の取引経過の開示請求」金法1746号15頁2005年は、預金者本人のプライバシー保護が考慮されなければならないとして、「相続人が当然に被相続人の生前の取引明細の開示を請求できるということには若干の躊躇を覚える。」としている。尾崎

達夫他「相続預金の取引経過の開示請求に対する実務対応」金法1774号28頁2006年は、相続人の一人に対する開示は守秘義務に反しないとしつつ、遺言不存在の場合、現実には拒絶する方が無難と思われるとする。

40) 前掲35)上杉38頁

## 6、おわりに

- (1) 本判決は、23条照会において、守秘義務が免除される要件(殊に[1]の要件)の具備について容易に判断することができるよう、照会書の記載等において必要かつ十分な事実を具体的に記述し必要に応じて裏付け資料を添付するなど相応の配慮がされなければならないとしているが、現実の23条照会には、裏付け資料の添付はおろか、その要件の記載さえ全くない場合もないではない。弁護士会としても、相手方が守秘義務を負うような場合には、守秘義務を免除される要件を明確に記載させ、これを裏付ける資料を添付するようした方が、情報の開示・提供が求められやすいし、その方が照会先にとっても判断がしやすくなると思われる。

司法研修所のテキストも「照会先…が照会に応じて進んで報告する諸条件を整えることが肝要である。照会申出に先立ち、照会先に赴いて事情を述べ協力を懇請しておくとか、照会があれば直ちに所要の報告をすることの確約を得ておくとかはその一例であり」と記載しているのである。41)

本件においても照会書の記載だけでは守秘義務を免除されるという判断がつかない或いはつきにくいものであったが、この点が的確に具体的になされていれば、本件訴訟提起前やもっと早期に開示された可能性もあるのではないかとと思われる。

- (2) 一方、本判決は、銀行実務において23条照会に対して開示をする場合の一定の運用基準が確立していなかったこと等を理由に銀行の過失を否定したが、この運用基準は、医療水準のように時と共に出現し発展していくものとは思えない。また、同様の訴訟事件を繰り返すようでは(特に本件のような顧客の側に不法な行為が見られる場合には)、金融機関全体の見識を問われないものではない。また、金融機関は明確な基準がないために困惑していることも事実であると思われ、全国銀行協会などで一定のガイドラインを作った方が、双方にとって良いことではないと思われる。

- (3) なお、本稿は、いかなる金融機関や団体や個人の意見を述べるものではなく、単なる私見にすぎない。

41) 前掲34)司法研修所36頁

## 三井住友銀行事件一 金融機関の独占禁止法違反

弁護士 住田 浩史

### 1 三井住友銀行事件とは

公正取引委員会は、平成17年12月2日、三井住友銀行に対し、独占禁止法第19条(不公正な取引方法第14項〔優越的地位の濫用〕第1号)の規定違反を理由とし、違反行為の排除措置をとるよう勧告を行い、同銀行は、同月21日、これを応諾し、勧告審決を受けた。三井住友銀行の行った違反行為の具体的内容は、金利系デリバティブ商品の一つである金利スワップを、事業者に対し、融資の条件である旨を明示ないし示唆するなどしてその購入を押しつけた、というものである。

金融庁も、この事実に加え、金融商品販売法上の説明義務違反が懸念される事案が多数にのぼることや、コンプライアンスよりも収益獲得優先が常態化していた経営姿勢の問題性を重く見て、平成18年4月27日、三井住友銀行に対して、半年間の金利系デリバティブ商品の販売勧誘停止などの行政処分を課した。

以下では、三井住友銀行事件について、金融機関が融資先に対して行う不公正な取引方法の様々な類型と比較しつつ、分析する。

### 2 融資先に対する不公正な取引方法の諸類型

#### (1) 人事権、事業内容への干渉

金融機関による融資先への不当なはたらきかけは、古くは、日本興業銀行事件に遡る。これは、当時、融資団の幹事銀行であった日本興銀が、経営難に陥った日本冶金に対し、10億円以上にのぼる融資の条件として、競争会社の社長に兼任で代表取締役社長に就任させ、現社長を会長職に追いやることなどを求め、了承させた事件であるが、公取委は、これが不公正な取引方法の旧一般指定10号「自己の取引上の地位が相手方に対して優越していることを利用して、正常な商慣習に照して相手方に不当に不利益な条件で取引すること」にあたるとした(公取委勧告審決昭和28年11月6日独禁法審決・判例百選第六版 p200)。また、同様に、銀行が融資先の人事権に介入したのものとして、三菱銀行事件がある(公取委勧告審決昭和32年6月3日独禁法審決・判例百選第二版 p186)。

今日では、金融機関をとりまく状況は変わったとはいえ、融資先が、金融機関から「金融機関も保有している他企業株式の譲渡制限」「事業範囲への干渉」「不動産の処分」「財産処分への制限」など、事業内容にわたる干渉を受け、渋々ながら了承するケースはいまなお見られる(公正取引委員会からのアンケートにおいて、1.9%の企業が、融資によって企業の自由度を著しく阻害されたとしている。平成18年6月「金融機関と企業との取引慣行に関する調査報告書」p38)のであり、過去の問題として否定し去ることはできないであろう。

#### (2) 歩積両建の強要、不良債権の債務引受の強要

さらに、手形割引金の一部を普通預金に強制的に積み立てさせることによって、債権保全のみならず、実質金利の引上げと、預金高の水増しを狙ったいわゆる「歩積両建」が問題となった岐阜商工信用組合事件がある(最2小判昭和52年6月20日)。最高裁は、これを「是認しがたい不当な不利益を与えるもの」と断じ、旧一般指定10号に違反するとし、実質的に利息制限法を超過する利息及び遅延損害金については、私法上も無効とした。

また、これと同様、融資にあたって不利益を押しつけたものとしては、品川信用組合事件がある(東京地判昭和59年10月25日判時1165号119頁)。これは、500万円の融資の条件として、物的担保とは別に、格別関係のない他人の債務144万円を重疊的に引き受けさせて同時に全額を弁済させた事案である。金融機関側からすれば、通常の融資に加え、不良債権の回収をはかることができるが、借主は、差額の356万円しか得ていないのに、500万円を借りたときと同様の元利金を返済しなければならないこととなる。これについて、判決は、「正常な金融取引の慣行上是認しがたい」として旧一般指定10号に反すると断じ、144万円の債務引受契約全部につき私法上無効とした。

今日においても、融資に際し、金融機関から「過剰な追加担保の要請(4.4%)」、「預金の創設・増額の要請(9.6%)」を受けるケースがしばしばみられている(前掲「調査報告書」p23～30)。

#### (3) 金利の引上げの強要

平成3年4月、都市銀行が、これまで、既存の契約について長期プライムレートに連動する貸出金利を採用していたのにもかかわらず、一方的に短期市場金利に連動する新長期プライムレートに

引き上げた。この横並びの引上げ自体がカルテルにあたると思われるが、借主にこれを強要することは優越的地位の濫用にあたる。

このような金利引上げの要請は、やはり今日においてもしばしば行われているようである(13.2%。前掲「調査報告書」p19～20)。

#### (4) 金融商品、サービスの購入の要請

そして、現在、金融機関による融資先への不公正な取引としてもっとも行われていると考えられるのが、金融商品や経営コンサルティング等のサービスの購入の要請である。融資に際し、金融機関から直接商品購入等の要請を受けたことがある企業が14.7%、金融機関の関連の保険会社などの商品購入の要請を併せると、22.7%にもものぼる。実に、約4社に1社が、このような要請を受けている実態がある(前掲「調査報告書」p27～30)。

以上のような流れを見てくると、金融機関の融資先に対する働きかけは、もっとも露骨な経営への介入にはじまり、その後、融資に際しての不利益の押しつけ、金利の引上げなどの金融機関の利益追及型へとかたちを変え、そして、今日においては、借主にとってもそれ相応の価値がありそうな商品ないしサービスの購入要請という、よりソフトな外見を呈してきたものと思われる。

### 3 三井住友銀行事件 — 「古くて新しい」手法

そして、三井住友銀行事件も、金利スワップという金利デリバティブ商品の購入の要請を融資の条件等としている点で、まさにこの商品購入要請型にあたるものと考えられる。その目的、手法、結果について詳しく見ていくことにする。

まず、同行の金利スワップ販売の目的は、融資の実質金利の引上げ及び利益の一括計上にある。金利スワップとは、ある想定元本額について、固定金利と変動金利を交換する契約(通常、銀行側が変動金利を融資先に払い、融資先が銀行に固定金利を払う。)であるが、この契約が積極的に勧誘されていた平成13年ころは、変動金利は極めて低い水準で推移していたため、同行が固定金利と変動金利の差額につき一方的に利益を得るであろうことが予測され、実質金利を引き上げたのと同じ効果を得ることとなる。そして、金利スワップは金利そのものとは違って、会計上資産として扱うことができるので、利益の一括計上が可能なのである。だからこそ、同行内部でも、金利スワップの販売により収益をあげる目標を立て、積極的

に販売を展開したのである。このような収益追求目的は、上記に挙げた歩積両建の強要などと共通するところである。

また、要請の手法としては、融資への条件付けや、金利スワップを購入しなければ融資に関して不利益な取扱いをする旨を示唆したり、拒否しているにもかかわらず上司を帯同させて執拗に購入を要請するなどの露骨な方法がとられているものが公取委の勧告の中で取り上げられているが、そのようなあからさまな方法でなくとも、融資と同時期にこのような要請があれば、融資先としては断りにくさを感じて当然であろう。

そして、このようにして金利スワップの購入を余儀なくされた融資先企業は、融資の金利に加え、金利スワップの差額、解約時には高額の解約金を支払わされるという著しい不利益を被ることとなる。

このように見ていくと、三井住友銀行事件は、金融商品の購入要請という新しいかたちをとりながら、その目的、手法、それがもたらす結果については、従前の優越的地位の濫用事例と変わるところはない。ただし、その媒介となっているのが金融商品であるという点から、金融機関の方から、「融資先企業側にも一定程度メリットのある話であった」「全くの別商品であるから断ることは容易であった」という弁解を招く可能性はある。その意味で、三井住友銀行事件は「古くて新しい」問題であるといえるだろう。しかし、金融庁もその処分理由に挙げているが、商品についての説明義務が果たされていないケースが多いと考えられる。とりわけ、金利デリバティブ商品という複雑な仕組みの金融商品については、事業者といえども経験はない者が多く、そのリスク等について理解することも容易ではなく、事業者であるからといって、説明がいい加減なものでよいとされてはならない。むしろ、交渉力の格差の点においては、消費者と事業者以上の格差があるというべきであり、説明義務については厳格に判断されなければならないであろう。

# UFJ 信託銀行及び住友信託銀行 の協働事業化事件の 一連の裁判例について

弁護士 小原 路絵

## 第1 最初に

平成16年7月、旧UFJホールディングスグループと住友信託銀行との間の経営統合交渉が決裂し、住友信託銀行が、旧UFJに対し、第三者との経営統合交渉等を差し止める仮処分を申請し、東京地裁がこれを認める決定を行った。この事件の帰趨については、当時、報道機関が大きく取り上げ、非常に話題になった。

今回、保全手続で敗訴した住友信託銀行が、旧UFJグループに対して行った損害賠償請求訴訟の一審判決が出たので、保全事件における決定と合わせて検討してみたい。

## 第2 仮処分事件決定（最高裁 H16.8.30 決定）

### 1 事案の概要

平成16年5月21日、旧UFJホールディングスグループのY1、Y2及びY3の三社は、X（住友信託銀行）との間で、事業再編及び業務提携（以下、「本件協働事業化」という。）に関する合意書を交わした（以下、「本件基本合意書」という。）。

本件基本合意書においては、

- ①「2004年7月末日までを目途に協働事業化の詳細条件を規定する基本契約を締結し、その後実務上可能な限り速やかに、協働事業化に関する最終契約書を締結する」（8条1項）、
- ②本件基本合意書の有効期間を平成18年3月末日までとする（10条）、
- ③「各当事者は、本件基本合意書に定めのない事項若しくは本基本合意書の条項について疑義が生じた場合、誠実にこれを協議する」（12条前段。以下、「誠実協議条項」という。）、
- ④「各当事者は、直接又は間接を問わず、第三者に対し又は第三者との間で本基本合意書の目的と抵触しうる取引等にかかる情報提供・協議を行わないものとする」（12条後段。以下、「独占交渉義務」という。）

という合意がなされた。

しかし、平成16年7月13日及び翌14日にわたり、Yらは、Xに対して、本件協働事業化を解消

する申入れを行った。

これに対し、平成16年7月16日、Xは、東京地裁に対して、Yらが、平成18年3月末日までの間、協働事業化に関して第三者へ情報提供を行うこと及び協議を行うことを差し止める仮処分命令の申立を行った。

同申立は、平成16年7月27日、認容され、Yらは本件仮処分決定に対して異議の申立を行ったが、平成16年8月4日、東京地裁は、本件仮処分決定を認可する旨の決定を行った。

そこで、Yらが行った保全抗告に対して、東京高裁は、平成16年8月11日、上記2つの決定を取消し、仮処分命令の申立を却下する旨の決定を行った。

なお、Yらは、平成16年7月13日ころまでに、三菱東京フィナンシャルグループとの経営統合を模索することとなっていたが、平成16年8月12日、経営統合に関する基本合意を締結した。

上記高裁決定に対し、Xが、最高裁に対して、許可抗告を行ったが、平成16年8月30日、最高裁は抗告を棄却した。

### 2 被保全権利

- (1) Xは、本件仮処分申立の被保全権利として、上記④の条項（「独占交渉義務」）が、Yらに対して、第三者との交渉を行わないという不作為義務を定めていることに基づき、Yらが、本件協働事業化のために、第三者と交渉することを差し止める権利を有していると構成した。

しかし、東京高裁は、XとYらの間の信頼関係は既に破壊されており、かつ、最終的な合意に向けた協議を誠実に継続することを期待することが不可能となったと理解せざるを得ず、遅くとも審理終結日である平成16年8月10日には、上記④の条項の効力は失われ、差止請求を認める余地はないとして、仮処分命令の申立を却下する判断を行った。

これに対し、最高裁は、上記④の条項に基づく債務、すなわち上記④の条項に基づいてYらが負担する不作為義務が消滅したかどうかを検討した。

最高裁は、社会通念上、本件協働事業化に関する最終的な合意が成立する可能性が存しないと判断されるに至った場合には、本件条項に基づく債務も消滅するが、本件において、合意が成立する可能性は低い、流動的な要素が全く

なくなってしまったとはいえ、社会通念上可能性が存しないとはまではいえず、債務は未だ消滅していないと判断した。

- (2) 東京高裁は、差止請求権という被保全権利が、上記④の条項に基づく権利であることを前提に、その権利の根拠たる本件条項の効力が既に失われたため、差止請求も認められないと判断したものと考えられる。

他方、最高裁は、被保全権利の根拠となる Y らの不作為義務の消滅について検討したものと見えるが、不作為義務があるからといって、X の差止請求権まで認められるかについては、正面から判断したものでないと考えられる。

- (3) また、東京高裁は、遅くとも審理終結日の平成 16 年 8 月 10 日時点においては、上記④の条項の効力が将来に向かって失われたとしているが、最高裁は、本件条項に基づく Y らの不作為義務は未だ消滅していないと、逆の判断を行った。

### 3 保全の必要性

- (1) 民事保全法 § 23 II は、仮の地位を求める保全処分の発令において、「争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき」という要件を定めている。

この要件中には、債務者(Yら)の損害を考慮する文言はない。学説もこれを考慮すべきというものと、債務者の損害は担保により回復されるもので考慮の必要がないとするものとが対立している。しかし、前者の立場の学説が有力であり、本件最高裁決定も、Y らの損害を考慮した判断を行った。

最高裁は、Y らの損害として、仮に仮処分の長期の差止め(平成 18 年 3 月まで)が認められると、Y らの現在の状況に鑑み、相当大きな損害を被ることが解されるとし、他方、X の損害については、「最終合意により得られる利益でなく、第三者を排除して有利な立場で交渉を進めることにより、最終合意が成立するという期待が侵害されるという損害」に過ぎず、事後の損害賠償により償うことが可能とした。

結局、最高裁としては、双方の損害の比較衡量を行い、Y らの被る損害の方が甚大で、担保により回復されるものではないとの判断を行い、これに比べ、X の損害が著しい又は急迫の

危険が生ずるとは言えないとして、保全法 § 23 II の要件を欠くとして、保全申し立てを棄却したと考えられる。

- (2) 本件仮処分申立は、X が、Y らに対し独占交渉義務に基づき差止請求権まで有するかという争いのある権利関係について、差止請求権があるという仮の地位を求めるものである。

仮差押えなどの保全手続の場合、金銭債権の存在などの被保全権利自体はあまり争いが無い場合が多いが、仮の地位を定める仮処分は、そもそも被保全権利について、債権者・債務者双方に争いがあることを出発点にしている。

この仮処分を認めることは、債務者にとってみれば、争いがある権利関係が確定される前に、自らが認めない権利関係を押しつけられることになるのであるから、この仮処分の検討においては、やはり債務者(Yら)の損害を考慮しなければならず、債権者の被る損害との比較衡量により判断した最高裁決定は妥当である。

また、仮の地位を定める仮処分の目的は、本案たる権利の本執行の保全ではなく、本案判決確定に至るまでの暫定的な法律状態の形成・維持にあるが、この暫定的な法律状態を形成・維持することで、将来における本案での権利実現が図られることを看過してはならず、本案の訴訟物との関わりは常に念頭におかれなければならない。

X の本案を考えた場合、本案で差止請求権が認められてこれを行使したからといって、最終契約の締結を Y らに強いることはできないのであるから、XY らとの間で最終契約が締結されなければ、結局、X 以外の引受先を探せなかったという Y らの損害が残るのみで、X にとって何の利益も残らない。また、Y らがこの差止に反して、第三者と交渉しても、間接強制による本案の執行しか想定できず、結局 X としては、金銭的な賠償を受けるしかないことになる。そうであれば、事後的にでも回復しうる X の単なる金銭的損害賠償を、第三者と交渉して直ぐにでも経営統合しないと破綻の危機に陥るといふ債務者の被る損害に優先させてまで、差止を認めることは相当でないと考えられ、本件最高裁決定が、債権者である X に生じる損害を期待権侵害による損害で、事後的な損害賠償により償いうるものとして、債務者の損害を優先さ

せた点も妥当といえる。

### 第3 損害賠償請求事件第一審判決（東地 H18.2.13 判決）

#### 1 請求原因

上記仮処分で敗訴した X が、Y らに対して、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償として、2331 億円の一部である 1 億円の損害賠償を求めた訴訟である。

X は、債務不履行として、①最終契約の締結義務違反、②独占交渉義務違反及び誠実協議義務違反を主張し、不法行為として、一方的に基本合意を破棄したことが不法行為を構成すると主張した。

#### 2 争点

本判決の争点としては、次の 5 つがある。

- ① Y らが解約申し入れを行った平成 16 年 7 月 13 日当時、Y らが、本件基本合意書に基づき、本件協働事業化に関する最終契約を締結する義務を負っていたか。
- ② 民法 § 130 の適用又は類推適用により、Y らが本件基本合意書に基づき、本件協働事業化に関する最終契約を締結する義務を負っていたか。（民 § 130: 条件成就によって不利益を受ける者が、故意に条件成就を妨げた場合は成就したものとみなす）
- ③ Y らが、独占交渉義務及び誠実協議義務を負うか。
- ④ Y らの上記③の義務が平成 16 年 7 月 13 日に消滅したか、これらの義務に違反したか。
- ⑤ 損害の範囲

#### 3 本判決の判断内容

##### (1) 争点①

本件基本合意は、最終契約を締結する義務を負う条項までなく、交渉の比較的初期に締結されたもので、合意内容も中核的内容も何ら確定的なものにはなっていなかったとして、本判決は、Y らが、最終契約を締結する義務まで負わないと判断した。

##### (2) 争点②

民 § 130 は契約が有効に成立していることが前提となるが、本件基本合意は、最終契約の内容が確定しておらず、本件協働事業化の契約は有効に成立していないのであるから、本条の適用の前提を欠くとして、本判決は、Y らが、最終契約を締結する義務まで負わないと判断し

た。

##### (3) 争点③

本件基本合意書は、12 条後段で上記第 2 の 1 項④のように定めており、この法的拘束力を否定するような事情はないとして、本判決は、Y らが独占交渉義務を負うと判断した。

誠実協議義務についても、本件基本合意書には、上記第 2 の 1 項③のような規定がいくつかあり、大規模かつ複雑多岐な協働事業化に向け、契約当事者が単なる努力義務だけでなく、誠実に協議すべき法的義務を負うという認識を持っていたとして、本判決は、Y らがこの義務も負うものと判断した。

##### (4) 争点④

本判決は、保全の最高裁決定と同様の規範を立て、社会通念上、本件協働事業化に関する最終契約が成立する可能性がないと判断されるに至った場合には、本件基本合意に基づく独占交渉義務及び誠実協議義務も消滅するが、本件においては、Y らの解約申し入れは、協議・交渉が一度もない一方的かつ突然の白紙撤回の通告であり、解約申し入れを行った平成 16 年 7 月 13 日当時、本件協働事業化を実現する方法が全くなかったとまでは断定できないとして、独占交渉義務及び誠実協議義務は消滅しないと判断し、これら義務違反による債務不履行責任があると判断した。

##### (5) 争点⑤

本判決は、最終契約が成立していない以上、最終契約の締結を前提とした履行利益との間に因果関係がないと判断した。

また、X が予備的に主張していた履行利益と合意が成立する可能性を乗じた額という計算方法も、相当因果関係の算出方法として採用できないとし、履行利益相当額として民訴 § 248 を適用すべきという主張も、損害発生という前提を欠き、適用できないとした。

さらに、本判決は、Y らには最終締結を前提とした履行利益以外に、独占交渉義務・誠実協議義務の違反について、債務不履行責任が認められるが、これに関する損害の主張立証がなされていないとして、X の請求を棄却した。

#### 4 (1) 債務不履行の成立

まず、独占交渉義務違反及び誠実協議義務違反を認めた争点④について、検討する。

本判決は、社会通念上、最終契約が締結不可能とならない限り、独占交渉義務及び誠実協議義務は消滅しないと判断しているが、何をもって、社会通念上不可能になったと認定するかが明らかではない。

本件のように、白紙撤回を申し入れ、既に第三者と交渉を始めても、不可能とは認定していない以上、実際に第三者と最終契約を締結しない限り、これら義務は存続するものとも考えられる。

他方で、本判決の規範を前提とすると、基本合意書の期間内の独占交渉義務を定めても、契約期間満了前にこの義務が消滅する可能性があることが前提となっている。

しかし、第三者と最終契約が締結されるまではこれら義務は存続するものといえ、期間を定めて独占交渉義務を定める一定の意味はある。

第三者との間で最終契約が締結されてしまうと、これら義務は消滅すると考えられるため、これに基づく差止請求はそもそも認められないことになり、損害賠償請求のみをなすうると考えられる。

また、一方的な白紙撤回等の解約過程が義務違反の事情として認定されているが、徐々に段階を踏んで撤回していれば、少なくとも誠実協議義務違反の問題は生じなかったといえる。しかし、この場合でも、独占交渉義務違反は、社会通念上、最終契約締結の可能性が無くなるまでは残ると考えざるを得ない。

なお、恐らく、Xは、本訴提起時には、Yらと三菱東京との経営統合が決まっていたため、保全と異なって差止請求を行わず、損害賠償請求のみを行ったと考えられるが、保全の最高裁決定が言及していないのと同様、本件判決では、独占交渉義務が残るとしても、これに基づいて、Xに差止請求権まで認められていたかは明らかではない。

## (2) 損害の範囲

次に⑤損害について、本判決は、最終契約の締結を前提とした履行利益に相当因果関係はないとしたが、必ずしもそうであろうか。

債務不履行の損害賠償の範囲は、相当因果関係で足りるとされているところ、平成16年7月13日当時の義務違反を想定する場合に、ここでの独占交渉義務違反がなければ、最終契約が締

結されていた可能性、基本合意からここに至るまでの交渉経緯などによっては、履行利益と相当因果関係があるといえる場合もあるのではないだろうか。

履行利益とは、契約が有効であり、それが完全に履行されていたら債権者が受けていた利益をいい、信頼利益とは、契約が有効であると信じたことによる損害といわれている。

一般に瑕疵担保責任や契約締結上の過失の場合の損害賠償が信頼利益に限るとされているが、これらは契約の内容が原始的に不能な場合であり、本件のように、最終契約締結の可能性が全く無いわけでないことを認定している場合と、事案が異なるとも考えられる。

また、仮に、履行利益を認められないとしても、独占交渉義務違反による損害の範囲が、どこまで認められるかも問題がある。

まず信頼利益として想定されるものとして、本件協働事業化交渉に要した費用が考えられる。これ以外にも、保全の最高裁決定が述べているような、最終契約がなされるであろう期待を侵害された損害として、独占交渉権が侵害され、このような訴訟対応に迫られた損害であるとか、統合に向けて何か準備していたものがあれば、それらが無駄になった損害などが考えられ、また、不法行為の場合には今回の弁護士費用など、様々なものが想定されると考えられる。

## 第4 まとめ

本件では、まず予防法務の観点からすれば、UFJ側として、住友信託との最終合意が締結されない可能性が少しでもあったのならば、基本合意を締結する際、長期の独占交渉義務の条項を認めるべきではなく、中途解約の条項を入れるべきであった。

しかし、破綻を免れるため、早急に協働事業化の引受先を探さねばならなかったUFJ側としては、住友信託の提案する契約書は拒否しがたいものがあつたと推察される。

本件は、住友信託が敗訴したと聞くと、本件基本合意書で独占交渉義務の条項が入れられているにもかかわらず、これが認められなかった事案かと誤解するが、そうではない。本件は、いずれも独占交渉義務が解約申入れ日まで存続していたことを認めているが、当該条項により第三者との交渉を差し止めたり、最終契約締結を前提とした履

行利益まで認めないものに過ぎない。つまり、独占交渉義務は契約通り認めているが、それにどこまでの効力を持たせるかという点が争われたといえるのではないか。

契約書の作成においては、信義則などの一般条項、強行法規違反の契約文言が無効になるのは当然であるが、本件のように、契約条項を入れたからといって、必ずしも想定通りの効力が認められるわけではないという点、今後の契約締結における実務において参考になると思われる。

契約締結の際の双方の力関係や、将来の予測可能性など、契約締結時点で、どこまでの契約書を作成できるか難しい点は残るが、今一度、各条項の持つ意味や、将来の紛争発生を想定した契約書の点検を心がけたい。

以上

#### 【参考文献】

最高裁 H16.8.30 決定(判時1872.28)

東地 H18.2.13 判決(判時1928.3)

## 財務報告に係る内部統制について

弁護士 坂田 均

### 1. 財務報告に係る内部統制の評価及び監査の基準案について

金融庁企業会計審議会内部統制部会は、平成17年12月8日、「財務報告に係る内部統制の評価及び監査の基準案」(以下、「基準案」という)を公表した。基準案によると経営者は、内部統制を整備・運用する役割と責任を有しており、財務報告に係る内部統制については、その有効性を自ら評価しその結果を外部に向けて報告することが求められている。

また、金融商品取引法が平成18年6月7日成立し、上場企業について平成20年4月1日以降開始する事業年度から、有価証券報告書の記載内容が金融商品取引法令に基づき適正であることを確認した確認書及び企業集団及び会社に係る財務計算に関する書類その他の情報の適正を確保するために必要なものとして内閣府令で定める体制について評価した内部統制報告書を提出するよう求めている(同法24条の4、193条の2、2項)<sup>1</sup>。

同法は「内部統制報告書」を有価証券報告書と合わせて提出することを求めているが、その具体的内容

に関しては、「財務報告に係る内部統制の評価及び監査の基準案」、及び将来公表予定の実施のための指針に準拠するものとされている<sup>2</sup>。

本稿では、基準案のうち財務報告に係る内部統制の有効性の評価について検討したい。

### 2. 内部統制の枠組みと財務報告の信頼性について

まず、基準案は、内部統制を、業務の有効性及び効率性、財務報告の信頼性<sup>3</sup>、事業活動にかかわる法令等の遵守並びに資産の保全という4つの目的<sup>4</sup>を達成するためのプロセスと定義し、経営者は、この4つの目的を達成するために、内部統制の6つの基本要素<sup>5</sup>が組み込まれたプロセスを整備し、そのプロセスを適切に運用していく役割と責任を担わなければならないとしている。

なかでも、財務報告の信頼性に関しては、基準案は、経営者に対し、一般に公正妥当と認められる内部統制の評価の基準に準拠して、その有効性を自ら評価し、その結果に向けて内部統制報告書を作成し報告しなければならないとしている(基準案Ⅱ、1)。

### 3. 財務報告に係る内部統制の評価について

では、基準案において報告が求められている、財務評価に係る内部統制の有効性の評価とは具体的にはどのような内容をもつのだろうか。

#### (1) 評価範囲の決定

まず、基準案では、経営者は、内部統制の有効性の評価に当たって、財務報告に対する金額的及び質的重要性を考慮し<sup>6</sup>、次の4つの事項について合理的に評価の範囲を決定し、評価の範囲に関する決定方法及び根拠等を適切に記録しなければならないとされている。

- ①財務諸表の表示及び開示
- ②企業活動を構成する事業又は業務
- ③財務報告の基礎となる取引又は事象
- ④主要な業務プロセス

これらの事項のうち、財務諸表の表示及び開示については、金額的及び質的影響の重要性の観点から、評価の範囲を検討する<sup>7</sup>。この検討結果に基づいて、企業活動を構成する事業又は業務<sup>8</sup>、財務報告の基礎となる取引又は事象<sup>9</sup>、及び主要な業務プロセス<sup>10</sup>について、財務報告全体に対する金額及び質的影響の重要性を検討し、合理的な評価の範囲を決定する(基準案Ⅱ、2(2))<sup>11</sup>。

#### (2) 有効性の評価

次に、経営者は、全社的な内部統制の整備及び運用状況、並びにその状況が業務プロセスに係る内部



統制に及ぼす影響の程度を評価する<sup>12</sup>。その上で、財務報告の信頼性に重要な影響を及ぼす統制上の要点(以下、「統制上の要点」という)を選定し、内部統制の基本的要素が機能しているかを評価する。

統制上の要点等に係る「不備」が財務報告に重要な影響を及ぼす可能性が高い場合は、当該内部統制に「重要な欠陥」<sup>13</sup>があると判断しなければならない。そのような重要な欠陥がない場合に、財務報告に係る内部統制は有効であると評価される。

### (3) 内部統制の重要な欠陥の是正

経営者による評価の過程で発見された財務報告に係る内部統制の不備及び重要な欠陥は、適時に認識し、適切に対応される必要がある(基準案Ⅱ、3(5))。

### (4) 評価手続きの記録及び保存

経営者は、財務報告に係る内部統制の有効性の評価手続き及びその評価結果、並びに発見した不備及びその是正措置に関して、記録し保存しなければならない。

## 4. 内部統制の評価及び報告のために必要とされる文書の範囲

### (1) 文書化の指針

今回の基準案では、文書化の基準については明らかにしなかった。

この点については、Sarbanes-Oxley 法に基づき設置された公開会社会計監視委員会(PCAOB: Public Company Accounting Oversight Board)が制定した内部統制監査基準が参考になるが、これによると次の7項目について文書化を求めている。

- ①財務諸表における全ての重要な勘定項目とディスクロージャーにおいてどのように内部統制が組み込まれているか。
- ②重要な取引がどのように開始され、承認を受け、記録・処理、報告がなされているか。
- ③取引データの流れにおいて起こりうるミスや不正が引き起こす決算書の重要な誤りがあれば、問題箇所を特定するための十分な情報。
- ④不正を防ぎまた発見する内部統制の仕組み。
- ⑤財務報告書作成の過程における内部統制の仕組み。
- ⑥資産保全のための内部統制の仕組み。
- ⑦経営者による内部統制の仕組みと検査と評価。

### (2) 業務プロセスに係る内部統制文書

業務プロセスに係わる内部統制の文書としては、具体的には、①各業務の流れ、および取引の開始・承認・記録・処理・報告等を明らかにした、「業務

説明書」または「フローチャート」、②各業務プロセス及び財務諸表作成プロセスごとに、財務諸表の虚偽記載のリスクと統制の関係を明らかにした一覧表である、「コントロール評価記述書」(RCM: リスク・コントロール・マトリックス)、その他にも、③コントロールの内容、テストの記述を記載した、コントロールテスト記述書、④権限規定などの添付書類などをあげることができる<sup>14</sup>。

いずれにしても、膨大な文書化の作業を伴うものであって、財務報告上のリスクのある事業拠点・単位、及び業務プロセスを適切に選別し統合することができるかが、省力化のために重要であるといわれている<sup>15</sup>。

(註)

<sup>1</sup> 確認書については、東京証券取引所が「有価証券報告書等の記載内容の適正に関する確認書」の提出を求めているほか、「企業内容等の開示に関する内閣府令」では平成16年3月期決算から任意の制度として導入されている。

<sup>2</sup> 米国企業改革法(Sarbanes-Oxley Act、Public Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002)404条は、内部統制報告書で、①財務報告に関する内部統制を構築し維持する責任が経営者にあること、②最近の会計年度における財務報告に関する内部統制の構成とプロセスの有効性に関する評価結果(アセスメント)、③経営者による上記報告に対して、登録監査法人がその信頼性について証明(アテストーション)をおこなうことを求めている(齋藤慎監修日本版SOX法研究会編「日本版SOX法入門」同友館35頁)。

<sup>3</sup> 財務報告とは、財務諸表及び財務諸表の信頼性に重要な影響を及ぼす開示事項等に係る外部報告で、勘定科目と注記で構成されている。

<sup>4</sup> COSO(Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Commission)が1992年、1994年に発表したフレームワークでは、最初の3つを内部統制の目的とする。

<sup>5</sup> 統制環境、リスクの評価と対応、統制活動、情報と伝達、モニタリング(監視活動)及びIT(情報技術)への対応の6つの基本的要素。

<sup>6</sup> 金額的及び質的重要性の判断の基準は未だ明らかにされていない。

<sup>7</sup> 「財務諸表の表示及び開示」については、例えば、財務諸表における勘定科目毎に、金額的影響の重要性

の観点から一定金額を設定し、評価の範囲を検討するとともに、質的影響の重要性の観点から、財務諸表に対する影響の程度を勘案し、評価の範囲に必ず含めなければならない勘定科目を決定することが考えられる(基準案Ⅱ、2)。

<sup>8</sup> 例えば、連結財務諸表に占める割合が僅かである事業や虚偽記載のリスクが少ない事業は評価対象から除外してよい(土田義憲「内部統制の評価モデル」154頁 中央経済社)。

<sup>9</sup> 例えば、通信販売を主とする会社が、アンテナショップで行う商品販売の売上高が全体の1%未満程度であるような場合は、その取引は主要な取引として識別する必要はない(土田154頁)。

<sup>10</sup> 例えば、業務プロセス(顧客の勧誘、与信審査、カタログの提供、受注、出荷指示、出荷、請求、代金回収)のうち、財務報告に係る業務プロセス(売上高と売掛金計上のもとになる出荷、売掛金の減少と現預金の増加になる代金回収、あるいはそれらに関連する受注、出荷指示、請求など)を識別する(土田155頁)。

<sup>11</sup> 対象業務プロセス選定のプロセスについて、齊藤129頁は以下のように分析する。

①財務諸表にとって、資産・負債、損益に関する影響の度合いなどから重要な意味について定義する。②重要と考えられる勘定科目に影響する業務プロセスを選ぶ。③システム化されている場合は、その業務システムも特定する。④直接財務諸表の勘定科目に関係がなくても、虚偽表示などに関連するような業務プロセスも探し出す。⑤選択された業務プロセスに係る部署を選び出す。⑥金額的に影響の大きな子会社など、重要な拠点を選択する。⑦業務プロセスと事業拠点を組み合わせ、本社を含む拠点ごとの重要な業務プロセスを選定する。

<sup>12</sup> リスク評価に当たっては、組織の内外で発生するリスクを、組織全体の目標に関わる全社的なリスクと組織の職能や活動単位の目標に関わる業務別のリスクに分類し、その性質に応じて、識別されたリスクの大きさ、発生可能性、頻度等を分析し、当該目標への影響を評価する(基準案Ⅰ、2(2))。

土田氏は、財務諸表の記載を経営者の表明であるとして、これを「アサーション」と意義づけし、実在性、発生、網羅性、評価・測定、権利・義務、表示・開示の6つに分類し、勘定科目の虚偽記載をアサーションの未達成とする(土田145頁)。売掛金や売上高では、現金販売の場合は販売代金の着服の危険性が高いので取引の「網羅性」のアサーションが満たされない可能性

は高いが、取引の「発生」(収益の実現)や「評価・測定」のアサーションが達成されない可能性は低い(同153頁)。

<sup>13</sup> Sarbanes-Oxley法では、不備を、軽微な不備(deficiency)、重要な不備(significant deficiency)、重要な欠陥(material weakness)の3種類に分類し、重要な欠陥が発見された場合には、内部統制は有効でないと評価する。

<sup>14</sup> 齊藤144頁以下。土田218頁以下。

<sup>15</sup> 齊藤146頁。土田332頁以下。

---

## 債権差押命令を受けた 第三債務者の義務 ～最判平成18年7月20日から～

---

弁護士 永井 弘二

債権者 → 債務者 → 第三債務者

### 第1 はじめに

債権者が債務者に対する金銭債権(貸金債権など)を実現するために、債務者が第三債務者に対して持っている金銭債権(預金債権や退職金債権など)を差押、仮差押するのは日常的に行われていることです。

この場合、第三債務者の立場とすれば、いきなり債権者、債務者間の紛争に巻き込まれることになるため(基本的に悪いのはきちんと支払わない債務者なわけです)、差押等によって第三債務者が不当に不利益な立場にならないように、例えば、第三債務者は本来の期限まで支払いを拒絶できますし、また、差押等までに債務者に対して反対債権を持っていた場合には、相殺によって処理して支払いを免れることができます。

とは言え、差押等を受けた第三債務者も、一種の紛争当事者になってしまうことも間違いなく、差押等の実効性を期すために債務者への支払いが禁じられ(民法481条、民事執行法145条)、また、さらに他の債権者から競合して差押等を受けた場合には、法務局に供託する義務が生じたりします(民執法149条)。

ところで、当たり前のことですが、第三債務者が裁判所から差押命令の送達を受けるまでに、債務者に支払ってしまっていた場合には、差押等は空振り

となり、第三債務者には何らの義務も生じません。

今回取り上げる問題は、第三債務者が債務者に支払ってしまったと言えるかどうか微妙な事案です。

1つは、古く昭和49年の最高裁判決で解決された問題で、第三債務者が債務者に債務支払いのために手形、小切手等を振り出していたが、決済までの間に、債務(もともとの債務で手形、小切手上の債務ではない。)に差押等をされた場合に、その後、手形、小切手を決済してしまって良いかという問題です。

そして、もう1つが今回の最判平成18年7月20日の事案で、近時のIT社会を象徴したような、オンライン振込依頼と銀行からの現実の振込までの間に差押命令が送達された事案です。

## 第2 手形、小切手の振出に関する最判 S49.10.24 判時 760p55

この最判の事案は、債務者が第三債務者に対して工事代金債権を持っており、第三債務者は、この工事代金支払いのために債務者に対して小切手を振り出していたところ、銀行での小切手決済前に、債権者が工事代金債権を仮差押したというものです。そして、第三債務者は、裁判所からの仮差押通知受領後、小切手を決済したのです。

最高裁は、こうした事案で、「小切手の支払が、前記仮差押命令の第三債務者に送達された後になされたとしても、これに対しては同仮差押命令の効力は及ばず、第三債務者は、同小切手の支払によってその原因債権である本件工事代金債権が消滅したことを仮差押債権者に対抗することができ」としました。

これは、もし仮差押後の小切手の決済が許されないとすれば、第三債務者としては、小切手の支払銀行に支払委託を撤回したり(これは基本的にできません。小切手法32条)、あるいは事実上債務者から小切手を取り戻すなどのことを迫られることになり、必要以上の負担を第三債務者に負わせてしまうことを考慮したものと考えられます(なお、もし最判が逆の結論を採っていたとすれば、第三債務者にサンクションのない手形、小切手の不渡制度を整備する必要が生じますが、手形小切手上の債権とは別の原因債権との関連が出てきてしまうため、そうした制度の構想は容易ではないように思われます。)

## 第3 最判平成18年7月20日の事案

今回の事案を整理すると、

- ・債務者が平成13年12月31日限り第三債務者(会

社)を退職することとなっていた。

- ・第三債務者は、慣例上、退職日に退職金を債務者の口座に振り込むこととなっていた。
  - ・第三債務者は、債務者等の従業員の給与、退職金につき、銀行と提携して「パソコンバンクシステム」「オンラインデータ伝送サービス」契約をして、予め指定した日に指定した口座に金銭を振り込むようFAXとパソコンデータ伝送をすることによって処理していた。
  - ・第三債務者は、債務者の退職に先立つ12月26日、28日(銀行の営業最終日)に債務者の口座に退職金が振り込まれるようFAX、伝送処理をした。
  - ・債権者の仮差押命令が27日午前11時頃に第三債務者に送達された(第三債務者の営業は、27日午後1時頃に終了する予定であった。)
  - ・第三債務者の総務担当は、仮差押命令受領後、人事労務担当課長に退職金の支払いを止められるか確認したが、同課長は「いったん無理」と回答した。
  - ・しかし、同課長は、経理部主計担当に確認したところ、主計担当は、「銀行窓口営業終了時刻の午後3時までに銀行窓口に向いて手続を執る必要がある」と答えたので、その旨総務部に報告した。
  - ・総務部は、午後0時20分頃、裁判所に対して、退職金の振込手続が完了した後に仮差押命令が届いたことを前提とする回答をすることとした。
- というものです。

## 第4 高裁判決(東京高裁 H15.10.22 判時 1914p91)

最判の原審である東京高裁は、

「本件における従業員の給与に限らず、一定の時期に大量に金銭債務を弁済する場合、個別的に現金を振り分けることに伴う労力を節約し、かつ生じうる過誤をも防止し、正確で確実な弁済を期することをも目的として、現在、金融機関を通じた振込手続が信頼性の高い決済手段として広く利用されており(公知の事実である。)、この手続を利用する債権者及び債務者とも、振込依頼手続を完了すれば、依頼内容に従った振込みが金融機関によって実行され、有効な弁済がされることが確実であると信頼するに至っていると推認しうることにかんがみると、第三債務者が、金融機関に対し、債務の本旨に従った弁済をするために、差押債務者が指定した口座への振

込みを依頼した後に、差押命令(仮差押命令についても同じ。)の送達を受けた場合、弁済期までに長い期間がある時期に振込依頼がされたなどの特段の事情がない限り、第三債務者の依頼に基づいて金融機関がした差押債務者に対する送金手続が差押命令の第三債務者への送達後にされたとしても、第三債務者の上記振込依頼に基づく弁済をもって差押債権者に対抗することができるかと解するのが相当である。事業者も、個人も、クレジットカードやローン等の信用制度、公共サービス等期間単位で清算することを要するサービスの利用の拡大等のため、金融機関を通じて債権債務関係を決済することが日常的に行われるようになって久しく、これを利用する事業者、個人、ともに大きな利益を受けているのであり(公知の事実である。)、このような事情の下においては、債権者も、債務者が上記仕組みを利用していることを前提として権利の確保を図るべきで、弁済期に伝統的な方法による債務の決済が行われることのみを予定して自らの権利が確保されると期待しうるのであるというべきである。]

として、近時のIT技術が進化した状況を強調して、26日の銀行への振込依頼をもって退職金の支払いは原則として終了し、「弁済期までに長い期間がある時期に振込依頼がされたなどの特段の事情」がない限り、第三債務者は債権者に対して振込依頼をもって支払済みであることを対抗できるとしました。

## 第5 最高裁判決

これに対し、最高裁は、  
「依頼人から振込依頼を受け、その資金を受け取った銀行(仕向銀行)がこれを受取人の取引銀行(被仕向銀行)に開設された受取人の預金口座に入金するという方法で隔地者間の債権債務の決済や資金移動を行う振込手続が、信頼性の高い決済手段として広く利用されていることは、原判決の判示するとおりであるが、一般に振込依頼をしても、その撤回が許されないわけではなく、銀行実務上、一定の時点までに振込依頼が撤回された場合には、仕向銀行は被仕向銀行に対していわゆる組戻しを依頼し、一度取り込んだ為替取引を解消する取扱が行われている(全国銀行協会連合会が平成6年4月に制定した振込規定ひな形・全銀協平6・4・1全事第8号参照)。本件においても、前記事実関係によれば、第三債務者は本件仮差押命令が送達された日(本件退職金が本件口座に振り込まれる日の前日)の午後3時まで

銀行窓口に行けば振込依頼の撤回の手続を執ることが可能であると知っていたことがうかがわれる。以上によれば、取引銀行に対して先日付け振込みの依頼をした後にその振込にかかる債権について仮差押命令の送達を受けた第三債務者は、振込依頼を撤回して債務者の預金口座に振込入金されるのを止めることができる限り、弁済をすることがどうかについての決定権を依然として有するといふべきであり、取引銀行に対して先日付け振込を依頼したというだけでは、仮差押命令の弁済禁止の効力を免れることはできない。そうすると、上記第三債務者は、原則として、仮差押命令の送達後にされた債務者の預金口座への振込をもって仮差押債権者に対抗することはできないといふべきであり、上記送達を受けた時点において、その第三債務者に人的又は時間的余裕がなく、振込依頼を撤回することが著しく困難であるなどの特段の事情がある場合に限り、上記振込による弁済を仮差押債権者に対抗することができるにすぎないものと解するのが相当である。]

として、原則として、債権者勝訴の判断をしました。そして、さらに「上記送達を受けた時点において、その第三債務者に人的又は時間的余裕がなく、振込依頼を撤回することが著しく困難であるなどの特段の事情」の有無をさらに審理させるために東京高裁に差し戻したのです。

## 第6 若干の検討

手形・小切手による支払いに関する昭和49年最判の結論については、その後の評釈等を見てもほとんど異論を見ません。これは、上記のとおり、手形・小切手を振り出した第三債務者に必要以上の義務を課することはできないためであると考えられます。

これに対し、平成18年最判の事案は、判示にもあるとおり、銀行窓口に行けば振込依頼を撤回できる、という点が重視されたものと言えます。

冒頭にも書いたとおり、第三債務者は、債権者と債務者との間の紛争にいきなり巻き込まれた第三者で、当人に落ち度は全くありません。その意味では、必要以上の負担を掛けるのは好ましいことではありません。しかし、債権回収手段としての債権差押命令制度がある限り、第三債務者の立場のみを優先してしまうと、債権回収手段が危殆に瀕して、正常な取引社会が実現されなくなる恐れもあり、その意味で、第三債務者の利益は一定後退せざるを得ません。

今回の事案は、特に近時ひろがりつつあるIT技術の進展の中での第三債務者の保護と債権回収手

段の貫徹の要請が正面からぶつかったものと言えます。これに対して最高裁は、原則として第三債務者がなし得ることがある以上、債権差押制度の維持、貫徹のために協力する義務があることを認めたもので、第三債務者の保護は、「上記送達を受けた時点において、その第三債務者に人的又は時間的余裕がなく、振込依頼を撤回することが著しく困難であるなどの特段の事情」という極めて限定された場面においてのみ認めることを鮮明にしたものと言え、実務的な影響は少なくない判例であると思います。

第三債務者の立場に立つことは誰しもあり得ることですし、具体的な「特段の事情」が認められるか否かを予め予測するのは難しい面がありますので、第三債務者の立場に立たされてしまった場合には、とにかくできる限りの努力をしなければならないということになります。

他方、債権者の立場としては、東京高裁が指摘するように、こうした判例に甘んじることなく、できるだけ早期に手続を執ることが必要であるのはもとよりですが、また、第三債務者から弁済済みとの申告があった場合でも、その具体的状況を確認することを怠らないことが必要であると言えます。

以上

## 保険契約における 「偶然」性の立証責任

弁護士 長野 浩三

### 1 保険契約の射幸性とモラルリスク

保険契約は射幸性を有するといわれている(保険契約自体は社会的有用性のあるものであるから、ここでいう射幸性は反社会性は含まない)。保険契約は、いわば、自らないし第三者の不幸に賭ける契約であり、常にモラルリスクを伴っているといえる。このモラルリスクの排除自体は保険制度の健全な発展のために必要不可欠であるが、この要請と被保険者の保険金受領という保険制度の存在意義とのせめぎ合いの問題として、「偶然」性の立証責任の問題がある。

### 2 「偶然」性

「偶然」性という場合、①契約成立時において保険事故の発生・不発生がいずれも未だ確定していない

こと(保険事故発生の不確定性)、という意味で用いられる場合と、②保険事故発生時において当該保険事故が被保険者の意思に基づかないこと(具体的事故の偶然性)、という意味で用いられる場合がある。

「偶然」性の立証責任という場合は、②の意味での偶然性をさすことが多い。

### 3 商法の規定

商法は、629条において、「損害保険契約ハ当事者ノ一方カ偶然ナル一定ノ事故ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ填補スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ与フルコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」としているが、ここでいう偶然性は①の意味での偶然性を指すと一般に解されている。

641条は「保険ノ目的ノ性質若クハ瑕疵、其自然ノ消耗又ハ保険契約者若クハ被保険者ノ悪意若クハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル損害ハ保険者之ヲ填補スル責ニ任セス」として保険事故が被保険者の故意によって招致された場合を免責事由としている。

さらに、火災保険に関して665条は「火災ニ因リテ生シタル損害ハ其火災ノ原因如何ヲ問ハス保険者之ヲ填補スル責ニ任ス但第六百四十条及ヒ第六百四十一条ノ場合ハ此限ニ在ラス」としている。

### 4 傷害保険における偶然性の立証責任

最判平成13年4月20日判例タイムズ1061号68頁、金融・商事判例1121号14頁、判例時報1751号171頁は、普通傷害保険契約の約款において、被保険者が急激かつ偶然な外来の事故によってその身体に被った傷害に対して約款に従い保険金(死亡保険金を含む。)を支払うこと及び被保険者の故意、自殺行為によって生じた傷害に対しては保険金を支払わないことがそれぞれ定められている事例における、偶然性の立証責任について、「本件各約款に基づき、保険者に対して死亡保険金の支払を請求する者は、発生した事故が偶然な事故であることについて主張、立証すべき責任を負うものと解するのが相当である。けだし、本件各約款中の死亡保険金の支払事由は、急激かつ偶然な外来の事故とされているのであるから、発生した事故が偶然な事故であることが保険金請求権の成立要件であるというべきであるのみならず、そのように解さなければ、保険金の不正請求が容易となるおそれが増大する結果、保険制度の健全性を阻害し、ひいては誠実な保険加入者の利益を損なうおそれがあるからである。本件各約款のうち、被保険者の故意等によって生じた傷害に対しては保険金を支払わない旨の定めは、保険金が支払

われない場合を確認的注意的に規定したものにとどまり、被保険者の故意等によって生じた傷害であることの主張立証責任を保険者に負わせたものではないと解すべきである。」として、立証責任を被保険者に負わせた。

## 5 火災保険における偶然性の立証責任

火災保険の立証責任に関しては、従来下級審で判断が分かれていたが、最判平成16年12月13日最高裁判所民事判例集58巻9号2419頁、判例タイムズ1173号161頁、金融・商事判例1221号32頁、判例時報1882号153頁、金融法務事情1751号44頁は、「商法は、火災によって生じた損害はその火災の原因いかんを問わず保険者がてん補する責任を負い、保険契約者又は被保険者の、悪意又は重大な過失によって生じた損害は保険者がてん補責任を負わない旨を定めており(商法六六五条、六四一条)、火災発生の際偶然性いかんを問わず火災の発生によって損害が生じたことを火災保険金請求権の成立要件とするとともに、保険契約者又は被保険者の故意又は重大な過失によって損害が生じたことを免責事由としたものと解される。火災保険契約は、火災によって被保険者の被る損害が甚大なものとなり、時に生活の基盤すら失われることがあるため、速やかに損害がてん補される必要があることから締結されるものである。さらに、一般に、火災によって保険の目的とされた財産を失った被保険者が火災の原因を証明することは困難でもある。商法は、これらの点にかんがみて、保険金の請求者(被保険者)が火災の発生によって損害を被ったことさえ立証すれば、火災発生が偶然のものであることを立証しなくても、保険金の支払を受けられることとする趣旨のものとして解される。このような法の趣旨及び前記一(2)記載の本件約款の規定に照らせば、本件約款は、火災の発生により損害が生じたことを火災保険金請求権の成立要件とし、同損害が保険契約者、被保険者又はこれらの者の法定代理人の故意又は重大な過失によるものであることを免責事由としたものと解するのが相当である。」と判示して、立証責任を保険者に負わせた。

## 6 車両保険における偶然性の立証責任

最判平成18年6月6日自動車保険ジャーナル1644号2頁は、落書きを原因とする車両保険金請求事案において、「本件条項は、「衝突、接触、墜落、転覆、物の飛来、物の落下、火災、爆発、盗難、台風、こう水、高潮その他偶然な事故」を保険事故として規定しているが、これは、保険契約成立時に発生する

かどうか不確定な事故をすべて保険事故とすることを分かりやすく例示して明らかにしたもので、商法629条にいう「偶然ナル一定ノ事故」を本件保険契約に即して規定したものであり、他方、前記約款第4章第1節第3条の条項は、保険契約者、被保険者等が故意によって保険事故を発生させたことを、同法641条と同様に免責事由として規定したものである。

本件条項にいう「偶然な事故」を、同法629条にいう「偶然ナル」事故とは異なり、保険事故の発生時において事故が被保険者の意思に基づかないこと(保険事故の偶発性)をいうものと解することはできない。」と判示して、車両保険における偶然性の立証責任を保険者に負わせた。また、同判平成18年6月1日自動車保険ジャーナル1642号2頁は自動車の水没事案で車両保険の偶然性の立証責任を同じく保険者に負わせた。

## 7 若干の考察

上記のとおり、傷害保険と火災保険・車両保険では偶然性の立証責任の結論が異なっている。この点について最判は、火災保険・車両保険での立証責任の問題は、傷害保険でのそれとは事案を異にするとして明確に区別している。傷害保険・車両保険はいずれも約款中に「偶然」性が規定されているが、傷害保険が被保険利益による制約のある損害保険ではなく、モラルリスク性が特に高いと言われていることが区別の根拠となっているものと思われる。

火災保険については、総則規定である629条が「偶然」性を要件としていることから、上記②の意味での「『偶然』な火災」であることを要すると解すべきであるとする主張もあるようであるが、629条の偶然性は上記①の意味であり、文言上直ちに665条の「火災」を②の意味での偶然性を含むものと解することは困難なように思われる。

## 8 実務上の対応

モラルリスク事案における立証責任は各保険類型で鋭く争われたところであるが、要は間接事実をいかに丁寧に積み上げられるかに係っているものであり、立証責任ですべての問題が解決するわけではないことから、今後も、これまでと同様、丁寧な事実調査、間接事実の積み上げをするほかないであろう。

また、立証責任の問題は約款上、偶然性の立証責任が不明確であったことから生じた問題でもあり、約款上立証責任を被保険者に負わすように約款を改正することも考え得る。しかし、立証責任を転換す

る条項は、消費者契約においては、消費者契約法10条によって無効とされる可能性が高く、事業者間契約においても、保険約款が認可約款であり、交渉による変更の余地がないことからすると、消費者契約と同様、(公序良俗違反によって)無効とされる可能性があるだろう。

(参考文献)文中の外、

最判平成13年4月20日に関して、自動車保険研究7号121頁、損害保険研究63巻4号281頁、判例タイムズ臨時増刊1096号122頁、判例評論518号35頁、法学教室254号113頁

西島梅治「保険法」筑摩書房

栗田和彦編著「保険法講義」中央経済社

## 「パワーハラスメント」に関する法律問題について

弁護士 上里 美登利

1 近年、「パワーハラスメント」という言葉を耳にすることが増えました。「これはパワハラではないですか」といった相談を受けることもあります。パワーハラスメントとは、フリー百科事典『ウィキペディア(Wikipedia)』によれば、「会社などで職権などのパワーを背景にし、本来の業務の範疇を超えて、継続的に、人格と尊厳を傷つける言動を行い、就労者の働く環境を悪化させる、あるいは雇用不安を与えることであり、岡田康子\*1が2002年秋頃に造語したものとされていますが、こうした定義をもってしても、何が「パワーハラスメント」に当たるのかという判断は難しい感があります。

もっとも、労働者の人格権や名誉権等の問題は、特に新しいものではなく、労使関係において以前から問題になってきたものです。本稿では、労働者の人格権や名誉権等が問題になった過去の裁判例を検討し、「パワーハラスメント」にならないためには、どのように注意すべきかという点を考えてみたいと思います。

2 本稿を執筆するにあたり、労働者の人格権や名誉権等が問題になった事例を見てもみますと、いくつかの場面に分けることができるように思われます。

具体的には、懲戒処分の内容が問題になるケース(無意味労働等)、懲戒処分の前提となる調査方法等

の相当性が問題となるケース、退職や配転強要及びこれに伴う嫌がらせ、上司の部下に対する許容限度を超えた叱責、職場における嫌がらせ、いじめ、セクシャルハラスメント事例等々です(なお、セクシャルハラスメント事例については、それだけで特有の問題となるため本稿では割愛しています)。

### (1) 懲戒処分の相当性が問題となった事案

東京地裁八王子支部平成9年10月16日付判決においては、バス運転手が危険性の高い運転行為を行ったことを理由とする始末書、反省文、感想文の作成等に対する慰謝料請求が棄却され、東京地裁平成15年12月1日付判決においても、JRの出札業務に従事する従業員が売上金紛失事故の際の嫌疑を掛けられて就業制限をされたことが名誉、人格権等を侵害するとして慰謝料請求が棄却されていますが、いずれも懲戒処分相当の行為を行ったと疑うに足りる理由があり、懲戒処分の内容も当該行為を前提とすればやむを得ないものであるとの理由です。

他方、横浜地裁平成11年9月21日付判決では、バス運転手の原告が事故において過失がないにもかかわらず、十分な調査がされないまま炎天下において構内除草作業をさせられたことについて、人権侵害の程度が非常に大きいとして営業所長と会社に対する慰謝料請求各60万円が認められています。また、福岡地裁小倉支部平成2年12月13日付判決においては、氏名札の着用を拒否した原告に対して就業規則及び企画商品の筆写を長期にわたって強制した行為が不法行為であり、車掌に対する教育訓練として実施された駐車場の除草作業の拒否を理由とする戒告処分も権利濫用として無効とされています。就業規則の書き写し強制が問題となり慰謝料が認められた事例は、他に仙台高裁秋田支部平成4年12月25日付判決もあります。

### (2) 調査方法等の相当性が問題となった事案

東京地裁平成14年2月26日付判決では、会社が管理するサーバー上の私用データを事前告知なしに調査したことがプライバシー侵害に当たり、事情聴取が名誉毀損に当たるなどといった主張がされていましたが、原告が問題行為の当事者であると合理的に疑われる事情が存在したこと等から事前告知なしの私用データの点検もやむを得ず、また事情聴取をする必要性と合理性が認められ、態様も社会的に許容しうる限界を超えてはいない

とされています。

### (3) 退職や配転強要及びこれに伴う嫌がらせが問題となった事案

東京地裁平成15年7月15日付判決は、アカデミックハラスメントとも称される事案と思われませんが、上司である教授から助教授に対して他の職員の前で退職を促す名誉毀損的趣旨の発言がされるなどしたことに対し、400万円という比較的高額な慰謝料が認められた事案です。また、千葉地裁平成6年1月26日付判決においても、退職勧告に従わなかった原告に対し、暴行を加えたりほとんど内容のない単純作業に従事させるなどしたことに対し、合計金300万円の慰謝料が認められています。

裁量権を逸脱した配転が人格権の侵害であるとして問題となった事案もあります。まず、東京地裁平成7年12月4日付判決は、経営の合理化策のため、課長職にあった者を受付業務担当へ配転したことについて、人格権を侵害する裁量権を逸脱した違法なもので、慰謝料100万円を認めました。また、福井地裁昭和62年3月27日付判決は、私立大学の教授を一般事務職へ職務変更したことに対する慰謝料として100万円を認めました。

さらに、神戸地裁平成6年11月4日付判決は、配転拒否に対する嫌がらせとして1年近くにわたり仕事をとり上げたこと等につき慰謝料60万円を認めています。

### (4) 度を越えた叱責が問題となった事案

函館地裁平成14年9月26日付判決は、組合員について、部課長10名ほどの面前で、上司から嘘をつく職員は使えないなどと叱責されたうえ、通常業務から外され就業規則等を読む作業に専念するよう余儀なくされたことなどについて、慰謝料20万円を認めました。また、東京高裁平成17年4月20日付判決は、上司が部下及び他の職員十数名に対して、当該部下に対する侮辱的発言と受け取られても仕方がない叱責メールを送信した事例において、名誉毀損及びパワーハラスメントであるとの主張がありましたが、名誉毀損に該当するとして5万円の慰謝料を認め、パワーハラスメントの意図はなかったとして、パワーハラスメントへの該当性は否定しました。

### (5) 嫌がらせやいじめが問題になった事案

まず、嫌がらせについて、東京高裁平成5年11月12日付判決は、組合員であった原告に対し、

10年以上もの長期にわたり、職場で一人だけ隔離したり在宅勤務を命じて仕事をさせなかったことにつき、原告の名誉及び信用を著しく侵害したとして、600万円の慰謝料を認めました。また、津地方裁判所四日市支部平成7年5月19日付判決は、郵便局員のビラ配り行為に対する上司の嫌がらせ行為につき、25万円の慰謝料を認めました。

いじめについて、東京地裁八王子支部平成8年11月25日付判決は、校長や教頭が、特定の教師に対して学年便りの差し換え・書き換えを指示したり、PTA 役員の前で原告を非難したり、事故による負傷に対する診断書の提出を求めるなど一連のいじめを行ったという主張に対し、校長や教頭の行為は立場上相当な理由があるなどとして請求を棄却しましたが、職場での外部労働組合に加入した職員に対する組織ぐるみのいじめが問題となった名古屋地裁平成17年4月27日付判決では、慰謝料500万円を認めています。また、上司からのいじめにより労働者が自殺してしまったという横浜地裁川崎支部平成14年6月27日付判決も、上司及び使用者に安全配慮義務違反等が認められています。

3 労働者の人格権侵害という主張が出てくるようになった背景には、「高度成長による経済的豊かさの達成により、実感的生存権意識が後退するとともに、わが国特有の伝統的な企業社会の観念が、特に成年労働者の間で変容してきたことを背景に登場した、精神的・文化的側面を含む「人たるに値いする生存」をめざす、生存権理念の新たな展開として捉えられている」\*2(平成6年度主要民事判例解説882頁)とされています。こうした意識がさらに高まってきたのか、前掲の裁判例を見ましても、退職強要や組合員に対する嫌がらせといった他の労働法上の問題が絡んだ事例以外にも、上司の叱責や問題行為に対する調査方法の相当性等を捉えて労働者が使用者等に対して慰謝料請求をするケースが出てきているようです。

ここで、指針となるのは、前掲東京地裁平成14年2月26日付判決が判示しているような「調査や命令も、それが企業の円滑な運営上必要かつ合理的なものであること、その方法態様が労働者の人格や自由に対する行き過ぎた支配でないことを要し、調査等の必要性を欠いたり、調査の態様等が社会的に許容しうる限界を超えていると認められる場合には労働者の精神的自由を侵害した違法な行為として不



法行為を構成することがある。」ということ、前掲東京地裁平成7年12月4日付判決が判示しているような、「人事権の行使は、労働者の人格権を侵害する等の違法・不当な目的・態様をもってなされてはならない」という点ではないかと考えます。要は、使用者、上司であっても、労働者の人格、名誉や精神的自由に配慮し、それらを制限する場合には、その必要性及び相当性を備える必要があるということであると思われます。また、使用者は、個々の職場において、上司が部下に対し、そうした人格権侵害と評価される行為を行っている場合には、労働者に対する安全配慮義務としてその状態を解消すべく努力しなければなりません。

このように考えれば、「パワーハラスメント」は、それほど難しい概念ではないように思います。

\*1 岡田康子(株)クオレ・シー・キューブ(1990年設立)代表取締役

「パワーハラスメント」という言葉は、著書『許すな! パワーハラスメント』(飛鳥新社)において定義付けされた。

\*2 平成6年度主要民事判例解説882頁の該当箇所においては、(角田邦重「労働者人格権の保障」労働法の争点(新版)152頁以下、同「企業社会における労働者人格の展開」日本労働法学会誌78号5頁以下参照)と記載されている。

## 期間雇用労働者と雇止めについて

弁護士 稲山 理恵子

### 第1 はじめに

期間雇用労働者とは、期間の定めのある労働契約に基づき雇用されている労働者をいう。期間の定めのある雇用契約は、(i)企業における多様なニーズの労働力需要に対応でき、また、(ii)期間中はやむを得ない事由がなければ雇用契約を解除できず、その上、その事由が一方の過失によるときは相手方に対して損害賠償も負わなければならないため(民法628条)、雇用期間中は雇用継続について一定の保障があるといえることから、企業において多く利用されている。しかし、他方で、期間雇用労働者の雇止めについては、裁判で争われることも多いため、今回は、期間雇用労働者と雇止めについて、判例を挙げつつ検討する。

### 第2 期間雇用契約が1度も更新されずに雇止めが行われた場合について

1 期間の定めのある契約において期間が満了した場合は、労働契約が終了し退職することになる。通達においても、「一定の期間又は一定の事業の完了に必要な期間までを契約期間とする労働契約を締結していた労働者の労働契約は、他に契約期間満了後引き続き雇用関係が更新されたと認められる事実がない限りその期間満了とともに終了する。」(昭和63.3.14基発150号)とされている。

2 しかし、期間雇用契約において、期間満了時の更新拒否が行われて裁判になった事案で、更新拒否が信義則に違反するとした判例があるので紹介する。

(1) 大阪高裁平成3年1月16日判決(労働判例581号36頁)

#### ア 事案の概要

期間雇用契約の最初の更新拒否に対し、臨時雇として1年の期間を定めて雇われていたタクシー運転手(申請人)が、雇用契約上の地位の保全を求めた事案で、仮処分1審決定が雇用期間満了を理由にその申請を却下したのに対し、2審決定は認容、右決定に対する異議事件判決においても2審決定が維持された事案。なお、①当該会社(被申請人)は、臨時雇運転手の雇用期間について、契約書上は1年の期間が定められているものの、昭和54年の臨時雇運転手制度の導入以降、自己都合による退職者を除き例外なく雇用契約が更新されており、被申請人が更新拒絶した前例はなく、②臨時雇運転手制度導入以降、本雇運転手に欠員が生じた時は臨時雇運転手の中から適宜本雇運転手に登用・補充していた。さらに、③申請人は、雇用契約の際、被申請人担当者から1年限りである旨の話は聞かされておらず、他の臨時雇運転手らが自動的に契約更新されていると聞知しており、自分も継続的に雇用されると考えていた。

#### イ 判旨

臨時雇運転手の雇用契約の実態(特に上記概要の①②)に照らせば、その雇用期間の実質は期間の定めのない雇用契約に類似し、申請人において雇用期間満了後も雇用が継続されると期待することに合理性があり、契約更新を拒絶することが相当と認められるような特段の事情がない限り、被申請人が期間満了を理由に本件雇用契約の更新を

拒絶することは信義則に照らして許されないとした上で、本件においては、上記特段の事情が認められず、雇用契約上の地位は継続しているとした。

- (2) 本件は、期間雇用契約の最初の期間満了時に更新拒否された事例であり、更新による雇用継続の事実もなく、それゆえに1審決定は申請を却下している。しかし、控訴審判決においては、その実質が期間の定めのない雇用契約に類似するものであって、雇用継続を期待することに合理性がある場合は、最初の期間満了時の雇止めであっても、更新拒絶をすることが相当と認められる特段の事情が必要であるとしている。

確かに、更新の回数は、「雇用継続への期待の合理性」の重要な一要素であり、初回の期間満了で更新拒否された場合には、雇止めが認められることが多いであろう。しかし、更新回数が重要な一要素であるとしても、「雇用継続への期待の合理性」は必ずしも更新回数だけでは判断できないため、雇止めの許否においては、更新回数も含めた当該雇用契約の個別事情を総合考量して、「雇用継続への期待の合理性」が判断されるべきであり、当該具体的事情に応じた柔軟な判断を行っている点において上記判決は重要な意義を有するといえる。

### 第3 反復更新後の雇止めについて

#### 1 判例

- (1) 最判昭和49年7月22日判決（労働判例206号27頁）

#### ア 事案の概要

雇用期間2ヶ月の期間雇用契約を締結した臨時工について、5回ないし23回の反復更新後の雇止めの効力が争われた事案。本件においては、従事する仕事の種類・内容は、本工と差異がなく、また、臨時工が2ヶ月の期間満了で雇止めされた前例もなく、殆どが長期間継続雇用されていた。また、雇用1年後には試験を経て本工採用の道が開けており、試験不合格となった場合でも相当数の者が引き続き雇用されていた。そして、契約時に、会社から長期継続雇用、本工への登用を期待させる言動があり、臨時工らも継続雇用を信じていたという事情があった。

#### イ 判旨

本件各労働契約は期間の満了毎に当然更新を重ねて実質上期間の定めのない契約と異ならない状態で存在していたとして、本件雇止めは解

雇に当たり、解雇に関する法理を類推すべきであるとした。そして、就業規則には、解雇事由として期間の満了が挙がっているが、臨時工の採用、雇止めの実態、作業内容、採用時・その後の会社側の言動に鑑みると、単に期間の満了だけでは雇止めを行わず、当該臨時工らもこれを期待・信頼して契約が存続維持されてきたのであるから、経済事情の変動により剰員を生じる等会社において従来の取扱いを変更して雇止めを行ってもやむを得ないと認められる特段の事情がない限り、期間満了を理由として雇止めをすることは、信義則上からも許されないとした。

- (2) 最判昭和61年12月4日判決（判例タイムズ629号117頁）

#### ア 事案の概要

20日の期間を定めた雇用契約締結後、2ヶ月の期間を定めた労働契約を5回にわたり更新した臨時員に対し、景気変動に伴う在庫の増加等を原因として、期間満了による雇止めを行った事案。なお、本件臨時員制度は景気変動に伴う受注の変動に応じて雇用量の調整を図る目的で設けられたものであり、採用手続きも簡易な方法を取り、比較的簡易な作業に従事していた。臨時員の契約更新には、1週間前に意思確認をし、期間満了の都度新たな契約を締結していた。

#### イ 判旨

上記各事情からすれば、5回にわたる契約の更新によって、本件労働契約が期間の定めのない契約に転化したり、期間の定めのない契約が存在する場合と実質的に異ならない関係が生じたともいえないが、その雇用関係はある程度の継続が期待され、実際に5回にわたり契約が更新されているのであるから、その雇止めに当たっては、解雇に関する法理が類推される。しかし、臨時員の雇用関係は、比較的簡易な採用手続きで締結された有期契約を前提とする以上、雇止めの効力を判断する基準は、いわゆる終身雇用の期待の下に、期間の定めのない労働契約を締結している本工を解雇する場合とはおのずから合理的な差異があるべきであるとし、事業上やむを得ない事情により人員削減をする必要があり、その余剰人員を他の事業部門へ配置転換する余地もなく、臨時員全員の雇止めが必要と判断される場合には、本工の希望退職募

集による人員削減を図ることに先立ち臨時員の雇止めが行われてもやむを得ないとした。

## 2 検討

### (1) 期間雇用労働者の反復更新後の雇止めについて

昭和49年判決においては、期間労働契約が期間の満了毎に当然更新を重ねて実質上期間の定めのない契約と異ならない状態となった場合に雇止めは解雇に当たり、解雇に関する法理が類推されるとしたが、昭和61年判決は、実質上期間の定めのない契約と異ならない状態とまではならなくとも、雇用継続への合理的期待がある場合には、解雇に関する法理が類推されるとした。しかし、いずれにせよ、期間労働契約においても、反復更新されるなど、雇用継続に対する期待に合理性がある場合には、期間満了により無条件に雇止めが認められる訳ではなく、解雇法理が類推されるとというのが、2つの最高裁判例及びそれに続く下級審判例の主流である。具体的に、期間労働契約において、いかなる場合に解雇法理を類推適用すべきであるか、その判断要素については、他の下級審判例においても多種多様であるが、多くの判例でも考慮されているように、①更新の回数、②雇用の通算期間、③採用手続きや仕事の種類・内容に関する期間の定めのない社員との差異の有無、④当該雇用の常用性の有無、⑤雇用継続を期待させる言動の有無、⑥雇用継続を期待させる制度の有無などを総合考量して、雇用継続への合理的期待が認められる場合には、解雇に関する法理が類推適用されるべきと考える。

### (2) 期間雇用労働者の解雇の要件

上記のように、一定の場合には、期間労働契約においても解雇に関する法理が適用されるとしても、解雇の要件は、期間の定めのない社員と同様であろうか。

この点、昭和61年判決においては、いわゆる終身雇用の期待の下に、期間の定めのない労働契約を締結している場合とはおのずから合理的な差異があるべきとし、人員削減の必要性がある場合には、本工の希望退職募集による人員削減を図ることに先立ち臨時員の雇止めが行われてもやむを得ないとした。これ以外にも、ほとんどの判例が、期間雇用労働者については、契約を反復更新された後でも、整理解雇におい

て正規従業員に劣後した取り扱いを認める。

しかし、大阪地裁平成3年10月22日判決(労働判例595号9頁)は、契約期間1年の定勤社員契約につき、契約内容・更新の実態等から更新拒否には解雇に関する法理が適用されるとした上で、正社員の解雇とはおのずから合理的な差異があることは否定できないとしながらも、当該雇止めは希望退職者を募集するなど十分な解雇回避努力を尽くさずになされたものとして無効としている。この事例は、雇用期間が長期(最短の者で6年5ヶ月、最長の者で11年10ヶ月)にわたる上、一日の労働時間も7時間と長く、定勤社員になると定年と俗称される56歳まで勤務継続できるかのような説明を会社がしていたという事情もあった。

一般的には、最高裁判例他多くの判例がいうように、終身雇用の期待の下に期間の定めのない労働契約を締結した正社員と期間雇用労働者の間には、解雇法理の適用要件についても差異があつてしかるべきであるが、期間労働契約といつても、その内容は様々であるから、一律に考えるのではなく、より正規従業員に近い場合は、解雇法理の適用要件も厳しくするなど、個々の雇用の実態に則して、解雇法理の適用要件が検討されるべきと考える。

以上

(参考資料)

- 1「トップミドルのための採用から退職までの法律知識(十訂)」安斎愈著
- 2「労働法第七版」菅野和夫著

## 親権者の指定・変更—その2

弁護士 茶木 真理子

- (7) 最高裁平成17年9月15日決定(家裁月報58巻4号90頁)  
(事案)

別居中の夫婦のうち、母親から子供を現在監護している父親に対し、子供の監護者を母親と定めること等を求めた。子供を父親が監護するに至った経緯に、父親が子供を無理矢理連れ去ったことがあった。

原審では、母親の監護権を侵害した違法状態

を継続している父親が現在の安定した状態を主張することは到底許されるものではないこと、子供がいまだ2歳の女兒であり母親の監護が望ましい年齢にあることなどから、子供の監護権者は母親が相当であると判断した。これに対し、父親が特別抗告を行った。

(決定内容)

形式的に「相手方の監護権を侵害した違法状態を継続している原告人が現在の安定した状態を主張することは到底許されるものではない。」とか「未成年者がいまだ2歳の女兒であり、本来母親の監護が望ましい年齢にある」ことを過大視してただちに判断すべき事案ではない。

現在未成年者は安定した状態にあり、子の利益及び福祉の増進を主眼として、人格形成上重要な発育の段階にある未成年者の養育状態を変更する結果となった場合、同人を情緒不安定に陥らせるなど、その人格形成上好ましくない悪影響を残すおそれがないかを十分検討した結論が導かれるべきである。

(コメント)

監護開始の際の態様や母親優先の原則を重視した原審に対し、子供が現在安定した生活を送っている場合には、その環境を変更するについては慎重な検討が必要だとして、現状尊重の立場をとったものである。

(8) 札幌高裁昭和61年11月18日決定(判タ631号191頁)

(事案)

離婚の際親権者を父親と定め、その後父親、その両親らと生活していたところ、母親から親権者変更の申し立てがなされた。

(決定内容)

当事者双方に親権者としての適格性においてそれほど優劣の差がないものの、父親の子供に対する監護養育の現状を見ると、心身ともに健全に成長して、安定した毎日を過ごしており、その生活環境にも何ら問題がない。

そうすると、まだ満3歳になったばかりで、その人格形成上重要な発育の段階にある子供の養育態勢をみだりに変更するときはその人格形成上好ましくない悪影響を残すおそれが大きいものと予想されるから、現段階においては親権者を変更することは相当でないと判断した。

(コメント)

3歳という年齢から母親優先の原則に従い親権者の変更が認められてもよい事案であったが、安定した生活を送っている現状を尊重して、親権者の変更は認めなかった。

**考察**

これまで見てきた裁判例からすると、子供が現時点において安定した生活を送っている場合には、現状を維持する方向での判断が下されているケースが多い。上記(7)の最高裁決定も、監護者に関する判断ではあったが、子供の安定した状況を確保し、環境の変化によって子供に悪影響が出ないように配慮すべきとしており、親権者の決定の際にも参考になるものである。子供としても、現在の生活が安定している場合には、特別な事情でもない限り現状を維持して欲しいという希望を持つ場合が多いであろうから、現状を維持することが結果として子供の意向を尊重することにもつながり、ひいては子供の利益になるものと考えられる。それでは、母親優先の原則や兄弟姉妹不分離の原則が裁判所では全く考慮されていないかというところではなく、当事者双方の監護状況に優劣がつけられないような場合には、これらの原則を考慮して親権者等が決定されていると評価できるであろう。

こういった裁判例の傾向からすると、親権を求める側は、子供の成長養育にとって望ましい環境を提供できるかについて具体的に主張していく必要がある。また、人事訴訟法の改正により、平成16年4月1日から、離婚訴訟手続においても、調査官に対し親権者の指定に関して必要な調査をさせることができるようになった。実務においては、このような調査が最大限活用されて、現在の子供の監護状況や子供の意向が正確に把握されることを期待したい。

**その他の問題**

1、親権は、父母が共同して行うのが原則であるが、そのどちらかが死亡した場合には生存している親が単独で行うこととなる。しかし、例えば、母親が幼い子供を残して死亡したようなケースでは、親権者である父親が子供を引き取るのではなく、母親の両親(子供からみれば祖父母)が子供を引き取って養育しているような場合がある。このような場合に、親と祖父母との間で子供を巡る争いが生じることになる。最近では、生存している親には子供の養育を任せることができないとして、祖父母等から、子供を引き取りたい、監護権を取得したいとの主張をきくことも多い。

まず、祖父母等第三者が監護者となりうるのが問題となるが、通説及び実務では、民法766条は、父母間で親権者の決定とは別個に監護者を定めうるとしただけでなく、父母の一方はもちろん祖父母等の第三者をも監護者として定めることができるとした制度と解し、これを肯定している(判例タイムズ1100号144頁)。ただし、祖父母等の第三者は、監護者の指定や面接交渉、子の引き渡しなど「その他監護について必要な事項」として子の監護に関する処分事件の申立権を有しないとするのが多数説のようである(同149頁)。なお、裁判例には申立権を否定したもの(仙台高決平成12年6月22日家裁月報54巻5号125頁等)と、肯定したもの(山形家審平成12年3月10日家裁月報54巻5号139頁等)とがある。

よって、祖父母等の第三者が子供を引き取りたいと考えたような場合には、生存親について親権喪失宣告の申立て(民法834条)を行い、あわせて祖父母等の第三者を後見人として選任すべきであるとの後見人選任の審判申立て(民法838条1号)をする方法が一般的ということになる。ただし、親権喪失の宣告がされるのは、「親権を濫用」しているか、「著しく不行跡である」かのどちらかの場合だけであり、単に親権者が子供を育てるよりは祖父母が育てることが望ましいという理由だけでは、親権喪失が認められることは難しいであろう。

- 2、これに対し、父母が離婚し、そのうちの一方が単独親権者となったところ、その親権者が死亡したため祖父母が子供を引き取って養育しているというケースについては、当然に未成年後見が開始するのかどうかについて争いがあった。現在の通説、実務は、親権者としての適格性について慎重に吟味できるとして、親権者の死亡によっても当然には後見が開始せず、後見人の選任の前後を問わず、生存親からの親権者変更申立を認める立場をとっている(同146頁)。

このケースについても、今回いくつかの裁判例を検討したが、子供が祖父母等のもとで安定した生活を送っており、新たな環境に置くよりも現状を尊重すべきであるとの理由で、生存親に親権者の変更を認めるのではなく、祖父母等を後見人に選任すると判断したものが比較的多く見られた(東京高裁平成6年4月15日決定、福岡家裁小倉支部平成10年2月12日審判、函館家裁平成13年6月19日審判等)。

## 医療用医薬品添付文書と 医師の注意義務

弁護士 長谷川 彰

### 1 最高裁平成8年1月23日判決

医療用医薬品の添付文書(能書)と医師の注意義務に関する判例として、最高裁平成8年1月23日判決がある。同判決は、医療水準は、医師の注意義務の基準(規範)となるべきものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできないとした上で、医薬品の添付文書について「医薬品の添付文書(能書)の記載事項は、当該薬品の危険性(副作用)につき最も高度な情報を有している製造業者または輸入販売業者が、投与を受ける患者の安全性を確保するために、これを使用する医師等に対して必要な情報を提供する目的で記載するものであるから、医師が医薬品を使用するにあたって右文書に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定されるものというべきである」と判示した。

この判決に対する評価として、従来の医療水準論が「医的」な医療水準論であったのに対し、本判決はアンチテーゼ＝「法的」な医療水準論を提示したとされる(伊藤・山口「医薬品の添付文書、医療慣行と医師の注意義務」判タ957号46ページ)。

### 2 最高裁平成14年11月8日判決

本件判決の事案の概要は、精神病院に入院中に治療のため複数の向精神薬の投与を受けた原告が、これらの薬剤の副作用によって、ステイブン・ジョンソン症候群(皮膚粘膜眼症候群。以下「SJS」と略称する)を発症し失明したとして、医療側に損害賠償を求めたというものである。

一審も控訴審も、医師らの投与したフェノバルによって、原告がSJSを発症し失明したものと認定したが、医師の過失が認められなかった。

フェノバルの添付文書には、「使用上の注意」の「副作用」の項に、「①過敏症 ときに猩紅熱様・麻疹様・中毒様発疹などの過敏症状があらわれること

があるので、このような場合には、投与を中止すること。②皮膚 まれに Stevens-Johnson 症候群(皮膚粘膜眼症候群)、Lyell 症候群(中毒性表皮壊死症)があらわれることがあるので、観察を十分行い、このような症状があらわれた場合には、投与を中止すること。」と記載されていた。一方、フェノバルとともに原告に投与されていたテグレトールの添付文書にも、「使用上の注意」の「副作用」の項にフェノバルの添付文書と同様の記載があった。原告には、このほかにも多種類の向精神薬が投与されていた。

投薬開始後約1ヶ月で原告の全身に発赤、発疹、手掌の腫脹が認められたので、医師らはテグレトールによる薬疹を疑い、その投与を中止した。その後原告の皮膚症状に改善が認められなかったが、フェノバルの投与は継続された。さらに約20日後から、皮膚粘膜症状が悪化し、さらに4日後にはチアノーゼ様、悪寒の症状が加わり、2日後には38度を超える発熱があり、全身が紫斑様を呈し、全身浮腫、顔面に落屑が認められるに至った。そこで、ようやくフェノバル投与が中止された。

以上の診療経過を前提に、原審は、①薬疹の発生は、向精神薬の投与に際して必ずしもまれでなく、精神科薬物療法においては、副作用の出現を認めた場合、使用薬剤の全面中止をすることはまれで、副作用を起こす可能性の最も高い薬剤を中止して経過を観察する方法が採られるのが一般的であり、本件医師は薬疹の頻度の高いテグレトールの投与を中止して薬疹の経過の観察を始めたこと、②薬疹の発生自体は、SJSの発症を推測させる徴候であるとは必ずしもいえず、当時、一般の精神科医が有する知識、経験等によっては、原告のSJSの発症を予測することはできなかったこと、③本件添付文書には、副作用としてSJSが現れることがあり、このような症状があらわれた場合には、投与を中止すべき旨の記載があるが、原告についてSJSの発症を診断できたのは、4月24日であることなどをあげ、3月20日当時原告の精神症状が活発かつ不安定で、向精神薬を全面的に中止すれば精神症状が急激に悪化する危険性があったとして、3月20日時点でフェノバルの投与を中止しなかったことが医師の裁量の範囲を超えるものとはいえないなどとして、医師の過失を否定した。

これに対し、最高裁は、「精神科医は、向精神薬を治療に用いる場合において、その使用する向精神薬の副作用については、常にこれを念頭において治

療にあたるべきであり、向精神薬の副作用についての医療上の知見については、その最新の添付文書を確認し、必要に応じて文献を参照するなど、当該医師の置かれた状況の下で可能な限りの最新情報を収集する義務があるというべきである。本件薬剤を治療に用いる精神科医は、本件薬剤が本件添付文書に記載された本件症候群の副作用を有することや、本件症候群の症状、原因等を認識していなければならなかったものというべきである。そして、原審の認定によれば、本件症候群は皮膚粘膜の発疹等を伴う多形しん出性紅はん症候群の重症型であり、その結果として失明に至ることもあること、その発症の原因としてアレルギー性機序が働くものと考えられていたことが認められる。」「当時、これらの知見のほか、薬疹の大半がアレルギー性機序によって発生するものであることや、アレルギーの関与する種々の種類の薬疹が相互に移行しあうものであり、例えば、限局型で軽症型の固定薬疹が急激に進行して汎発型で重症型の本件症候群や中毒性表皮壊死症型に移行することのあることなどが一般の医師においても認識可能な医療上の知見であったことがうかがわれる。このことからすると、本件添付文書に記載された①及び②の症状は、相互に独立した無関係な症状と見るべきではなく、相互に移行可能な症状であって、①の症状から②の症状へ移行する可能性があったことがうかがえる。」と判示し、3月20日にテグレトールによる薬疹のみならず、本件薬剤による副作用も疑い、その投薬の中止を検討すべき義務があったとして、SJSの症状自体が出現していなかったことなどから直ちに医師の過失を否定した原判決には、医師の過失に関する法令の解釈適用を誤った違法があるとして原審に差し戻した。

### 3 14年判決の意義

本判決の意義として、まず、精神科医が向精神薬を治療に用いる場合についての判断ではあるが、当該医師の置かれた状況の下で可能な限り最新情報を収集する義務があったとした点を挙げることができる。

次に、8年判決が、添付文書に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合は、これに従わないことにつき特段の合理的理由がない限り、その医師の過失が推定されると判示した点を受けつつ、過敏症が発症しているのに添付文書記載の投薬中止という注意事項に従わなかったから過失が推定されると認定したのでは

なく、過敏症発生の場合に投薬を中止することが、SJSの発症を防止するためのものではないとの主張にも配慮し、過敏症からSJSの症状への移行という医療上の知見が存在するとした上で、過敏症状の発生を認めた場合、SJSへの移行を予想し、十分な経過観察を行い過敏症状または皮膚症状の軽快が認められないときは、投薬を中止すべき注意義務があったと判示しているのである。

本判決の実務への影響としては、加藤判事が「①当時の医療上の知見をおさえる、②その知見により、医薬品により一定の兆候が生じた場合に副作用に移行する可能性の有無、程度をおさえる、③副作用への移行を具体的に予見すべき時期をおさえる、④副作用への移行を回避するために医師の講ずべき措置の内容をおさえる、⑤これらを基礎として、医師が結果予見、結果回避注意義務に違反したか否かを判断する」とまとめているが(加藤新太郎「医薬品添付文書と医師の投薬上の過失」NBL767号64ページ)、医師の過失の有無の判断過程として参考になる。

以上

## 創設された消費者団体訴訟制度と 解釈上の問題点

弁護士 野々山 宏

### I 創設された消費者団体訴訟制度の概要

※消費者団体訴訟制度は消費者契約法を改正することによって創設された。

- ①訴権の主体・内閣総理大臣の認定を受けた適格消費者団体(消費者契約法2条4項、13条)
- ②訴権の内容・行為の停止、予防に必要な措置を取ることを求める差止請求(12条)  
※損害賠償請求は今後の検討課題として制度化は見送られた。
- ③事業者等による差止請求の対象
  - i)不特定かつ多数の消費者に対する、
  - ii)4条1項から3項規定の不当勧誘行為、あるいは、8条から10条規定の不当契約条項を含む契約締結行為が、
  - iii)現に行い、または行うおそれがある場合(12条)。
- ④適格消費者団体に対しては義務規定や監督規定

を置き(23条から36条)、違反に対して罰則が設けられた(49条から53条)。

- ⑤内閣総理大臣に情報の公表を求め、独立行政法人国民生活センターや地方自治体に適格消費者団体への協力の役割を求めた(39条、40条)。
- ⑥訴訟手続きについては、民事訴訟法を原則とするものの、差止請求ができない一定の場合を設け(12条5項6項)、書面による事前請求の必要(41条)や管轄、移送、弁論の併合、訴訟手続きの中止(43条から46条)について特則を設けた。

### II 消費者団体による差止請求の必要性と意義

- 1 民事ルールを定めるだけでは、同種の被害が多数生じる消費者紛争や被害の予防、拡大防止に十分ではない→差止の必要。
- 2 差止を産業育成の範囲内で消費者保護を考慮しがちな行政機関だけにゆだねるのは十分ではない→差止権限を消費者団体へ。
- 3 この法制度は消費者基本法で規定された消費者の権利を具体化し、消費者団体の役割を実効化させるものとなる。
- 4 訴権を背景に行為停止申し入れによって訴訟に至らずに改善が図られる可能性が高まり、消費者被害の早期の予防、拡大防止が期待できる。
- 5 被害を受けた消費者が、消費者団体の差止訴訟で「違法」「無効」とされた判決を、自己の主張の根拠として利用でき被害救済の促進に寄与する。
- 6 消費者団体の市場における監視者の役割の実質化をはかれ、消費者団体の発言力を強化し、その社会的な存在意義が高まると考えられる。
- 7 事業者が、行政機関だけではなく消費者団体の意見にも耳を傾ける消費者指向の姿勢が強まっていく。
- 8 公正な消費者取引のあり方が市場当事者の対話によって実現されていくなど、消費者団体と事業者・事業者団体との関係が変わる契機となる。
- 9 消費者紛争や被害の予防、拡大防止に向けた行政機関と消費者団体の協力連携関係が強化するなど、行政機関と消費者団体の関係が変わる契機となる。
- 10 消費者契約法以外の消費者関連法規や環境保護法規における団体訴訟制度の導入に道を開いた。

### III 消費者団体の訴権の法的性質とその意義

- 1 消費者団体の訴権の法的性質
  - ①団体固有の実体法上の請求権と構成する説(固

有権説、ドイツの通説)

- ②団体が法定訴訟担当として行使するとする説
- ③社会の公正な取引秩序維持のために創設された民衆訴訟とする説

※法的性質を一義的に確定してそこから演繹的に、団体の当事者適格の可否を決定したり、重複提訴の可否や既判力の抵触などの訴訟構造の問題の解決に直結させる議論は建設的ではない。しかしながら、創設された制度(例えば、複雑な規定となっている12条など)を考えていくうえには、前提として法的性質を考え、そこから適切な解釈を導く意義がある。

## 2 改正法の考え方

創設された制度は、消費者団体に実体法上の権利を付与したものと考えられる

[理由]

- ①条文の文言・「当該行為の停止若しくは予防に必要な措置をとることを請求することができる。」とし、訴訟上の請求に限られていない。
  - ②23条で裁判外の行使を前提としている(4項2号、9号)。
  - ③法改正の前提となった報告書の記載・「消費者団体に対して民事実体法上の請求権を認めることが適切」。
  - ④消費者団体には消費者被害の未然予防・拡大防止などの消費者全体の利益を図る存在意義があり、消費者個人と異なる団体固有の利益が観念できる。
  - ⑤固有権説が現在の民事訴訟の基本構造に最もなじみやすい。
- 3 12条の差止請求権は、創設的付与か確認的付与か…全くの創設的付与でなく、もともと団体に固有の権利として内在していたが、適格消費者団体に限定して立法によって付与された権利と考えるべき。

## IV 差止請求権…12条をめぐる諸問題

### 1 差止めの対象となる事業者の行為

- ①消費者契約法4条1項から3項までに規定された5種類の不当勧誘行為(12条1項・2項)と8条から10条までに規定された不当条項の使用行為(12条3項・4項)。
- ②差止めの対象は事業者の「行為」…不当条項については、不当契約条項を含む消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示が対象となる。
- ③事業者団体の作成する標準契約書、管理業者が

個別事業者に勧めるモデル契約書などの契約条項の推奨行為は差止対象とならなかった。

### 2 差止めの要件

- ①「行為が不特定かつ多数の消費者に対するもの」「不当行為が現に行い又は行うおそれがあるとき」の2要件が特に定められた。個別消費者が取り消す場合と比べて、行使の要件を前者は限定し、後者は広げた。

- ②前者の限定は、「行うおそれ」と相まって、被害が広がる蓋然性があれば不特定かつ多数と判断されるべき。

### 3 差止めの相手方

- ①不当勧誘行為と不当条項使用行為で異なる。

- ②不当勧誘行為の場合

・不当勧誘行為を自らした、i) 事業者、ii) 契約締結の媒介の委託を受けた者など(受託者等)、iii) 事業者の代理人、iv) 受託者等の代理人が対象(12条1項)。

・さらに、委託や代理権を授与された者が不当勧誘行為をした場合には、自らは行っていない、委託や代理権を授与した側であるii iii ivに対しても差止請求ができる(12条2項)。

※賃貸仲介業者が不実告知で勧誘した場合や保険代理店が不利益な事実の不告知で勧誘した場合には、行為をした賃貸仲介業者・保険代理店のほか委託側である賃貸人や保険会社に対しても差止請求ができる。

- ③不当条項使用行為は、上記のi iiiが相手方となり、ii ivは相手方とはならない(12条3項、4項)。

### 4 差止めの内容

行為者に対しては、①当該行為の停止、②予防、③当該行為の停止若しくは予防に必要な措置を求めること(12条1項、3項)。

委託した第三者が不当行為をした場合の本人に対しては、①是正の指示、②教唆の停止、③当該行為の停止若しくは予防に必要な措置を求めること。委託先や代理店に対する適正な管理、監督を委託元である事業者を求める法的根拠になると考えられる。

### 5 差止の制限

- ①不正な利益を図り、または当該事業者等に損害を加えることを目的とする場合

- ②同一事業者の同一請求において、既に確定判決や裁判上の和解などが存する場合

※蒸し返し訴訟の弊害を除去するという目的



で設けられた制限

③制限規定の例外

- i 実質的な審理をしなかったとき（12条5項本文括弧書き）
- ii 確定判決等を取得した認定団体が消費者の利益に反する訴訟遂行をしたとして認定を取り消されたとき（12条5項但書）
- iii 判決や和解成立後に生じた事由に基づく場合（12条6項）

※複数団体の重複提訴は可能とし制限をしなかった。差止請求権が団体の固有の請求権であると考えれば、団体ごとに訴訟物は異なり、重複提訴が制限される理由はない。

④〔論点1〕12条5項2号本文の制限を民事訴訟法上どのように考えるか

法定訴訟担当説の立場・別の団体にも既判力が及び後訴遮断は当然の帰結

団体固有の実体法請求権説（改正法の立場）

- i) 固有の請求権であることを前提に、政策的に既判力を拡張させたとする考え方・6項の書きぶりから。
- ii) 本来別個の訴訟物であり他の団体の後訴の提訴は制限を受けないが、弊害除去のために政策的に設けられた実体法上の制限・5項本文の書きぶりから。
- iii) 本来別個の訴訟物であり他の団体の後訴の提訴は制限を受けないが、弊害除去のために政策的に設けられた提訴権の制限との考え方・制度趣旨から。私はこの考え方を主張している。

⑤〔論点2〕「請求の内容及び相手方の同一性」とは

- i) 日時場所を含めた社会的事実ととらえる考え方（山本豊教授）
- ii) 既判力と同様に考える考え方（三木浩一教授）
- iii) 訴訟物を基準に制限的に考える考え方（私見）

この制限は、政策的に除去しようとした事柄に限定されるのであり、弊害とは言えないような場合にまで提訴が制限されることがあってはならない。

差止めの根拠となる法規が異なる類型や条項を根拠とした主張であれば同一でないし、対象となる勧誘行為や条項使用行為が社会的事実として異なると評価される場合には同一ではないと考えるべき。

⑥〔論点3〕12条6項「後に生じた事由に基づい

て」とは

私見・12条6項所定の基準時以降に生じた事由について、弊害とされている蒸し返し訴訟と評価されない場合には広く提訴を認めるべき。

勧誘方法や契約条項が同一であっても、勧誘範囲や条項行使範囲が広がったとき、不当勧誘のマニュアルが発見されたとき、自らはしていないが委託している代理店の中に不当勧誘を行うものが現れたとき、行使条項文言は同一でも適法とされた実際の運用が前訴の主張とは異なっていることが発見されたとき、条項の社会的評価が変更されたと考えられるときなどは、他の団体が提訴しても蒸し返しとは言えず、「後に生じた事由」にあたるものと考えられる。

- 6 後訴遮断条項は、立法論としては削除し、特に権利の濫用にあたるものだけ排除できるようにすべき。

V 適格消費者団体の要件…13条

- ①内閣総理大臣が認定する。認定有効期間は3年。13条1項、17条。
- ②不特定かつ多数の消費者のための活動を主たる目的としており、現に相当期間の活動実績のあるNPO法人か民法34条の公益法人。13条2項。
- ③差止を適正に遂行するための体制及び業務規定の整備や理事要件など。事業者からの独立性は、役員構成で対処。13条3項。  
※活動実績については、申請団体だけでなく、その構成団体の活動実績も勘案して判断されるべき。
- ④差止請求権の適正な行使のために消費生活相談に関する資格者や弁護士、司法書士などの専門委員が関与する体制が求められる（3項5号）。

VI 適格消費者団体の義務と監督

- ①適格消費者団体に対して、多くの義務を課し、厳格な監督規定をおいている。

消費者団体の本来の活動の一つであると考えれば、これらの義務や監督は過剰。

新しい制度で事業者に不安感があり、消費者団体の社会的認知度がまだ十分でないことの反映…運用が大切

- ②適格消費者団体に課せられている義務

適格消費者団体間の連携協力努力義務（23条3項）

差止請求権行使に関する多岐にわたる他の適格消費者団体や内閣総理大臣に対する通知・報告義

務(23条4項)

情報提供者からの利用同意取得義務(24条)

秘密保持義務(25条)

指名開示義務(26条)

判決等の情報提供義務(27条)

金銭等の受領禁止(28条)

※「差止請求権の行使に関し」を制度の信頼性を損なうおそれある場合と解し、そのおそれのない、被害者への被害賠償や公正に運営されている消費者支援基金への寄付は認められるべき。

帳簿等の作成、保存、備置き、閲覧、提出義務(30条、31条)

政治的目的利用の禁止(36条)

## Ⅶ 訴訟手続きの特例

- ①原則として民事訴訟法の規定に従うが、重要な点で例外規定がある。
- ②1週間前に書面による事前通知がある(41条)。
- ③管轄は、本店所在地及び事業者の営業所等の所在地(43条)。
- ④同時複数提訴が禁止されないが、移送が容易にできる規定を置く(44条)。
- ⑤訴訟手続きの中止(46条)。

## Ⅷ 国、地方公共団体の役割

- ①消費者団体訴訟制度は新しい制度であり、その定着と適正な実効化には国や地方自治体の役割が期待される。
- ②差止請求訴訟の判決等の情報の公表(39条)。
- ③独立行政法人国民生活センター及び地方公共団体は、内閣府令に定めた消費生活相談情報を適格消費者団体に提供する。
- ④その他、財政支援は無し。

# 特許製品のリサイクルと

# 特許権の国内消尽

(知財高裁平成18年1月31日判決)

弁護士 草地 邦晴

## 1 はじめに

特許権者あるいはその許諾を受けるなどして適法な製造・販売権を有する者から特許製品を購入した者がこれを使用し又は転売する行為は、特許権侵害を構成しないものとして理解されてきたが、以前

からその理論的な根拠については学説上争われてきた。最高裁はいわゆるBBS事件判決(※1)において、国内消尽、国際消尽の理論を採用し、権利行使ができない理論的根拠については一応決着がついた形となっていたが、リサイクル製品等との関係で、特許製品を購入した者がこれに一定の加工を加えて販売した場合にも、特許権は消尽したものとして権利行使は許されないのか、許されるとすればその要件をどのように考えるのかについては、様々な説が提唱され、その一致を見ていなかった。また、上記最高裁判決は物の発明に関するもので、物を生産する方法の発明についても同様に消尽説を適用できるのかについても議論が残されたままとなっていた。

今般知財高裁は、こうした論点に対して判示を行い、消尽論を改めて確認した上で、特許権が消尽しない場合について新しい基準を打ち立て、権利行使が許されるか否かの判断基準を明らかにした(※2)。注目される判断であり、実務的にも意義が大きいと考えられるので紹介したい。

## 2 事案の概要

本件は、プリンターのインクカートリッジを製造販売するXが、適法に販売されたインクカートリッジの使用済み製品を回収し、インクを再充填した製品を輸入して販売していたYに対し、その差止等を求めたものである(事案では国内販売分のみならず、海外販売分もあり、国際消尽も問題となっている。この点も重要な問題であるが、今回は紙面の関係上国内消尽のみの紹介とする)。

## 3 第1審の判断(※3)

第1審では、まず物の特許についての国内消尽について、BBS判決を引用した上、「特許権の効力のうち生産する権利については、もともと消尽はあり得ないから、特許製品を適法に購入した者であっても、新たに別個の実施対象を生産するものと評価される行為をすれば、特許権を侵害することになる」とし、「新たな生産か、それに達しない修理の範囲内かの判断は、特許製品の機能、構造、材質、用途などの客観的な性質、特許発明の内容、特許製品の通常の使用形態、加えられた加工の程度、取引の実情等を総合考慮して判断すべき」として、本件においては、インクそれ自体は特許された部品ではないことや、環境保護等の観点からリサイクルされた安価なインクタンクへの指向が高まることなどを理由として新たな生産には当たらないと判断した。

そして、物の生産方法の特許の国内消尽について

も、同様に新たな生産に当たるものと認めることはできないと結論づけ、請求を棄却した。

#### 4 従来の判決例

従来、この論点に関して、物の発明にかかる特許権の消尽が認められるかが問題となった事例としては、いわゆる使い捨てカメラ事件(※4、※5)やアシクロビル事件(※6、※7)が著名であるが、その基準は必ずしも一致していない。

※4では、「実施品の客観的な性質、取引の態様、利用形態を社会通念に沿って検討した結果、権利者が、譲受人に対して、目的物につき権利者の権利行使を離れて自由に業として使用し再譲渡等出来る権利を無限定に付与したとまでは解することができない場合に、その範囲を超える態様で実施されたときには」権利行使が可能とされ、客観的な事情を基礎にした権利者の許諾が基準とされているようであり、※5では、「特許製品がその効用を終えた後においては、特許権者は、当該特許製品について特許権を行使することが許されるものと解するのが相当」「また、当該特許製品において特許発明の本質的部分を構成する主要な部材を取り除き、これを新たな部材に交換した場合にも、特許権者は、当該製品について特許権を行使することが許されるものと解するのが相当」とし、特許製品の効用の終了と特許発明の本質的な部分の交換の存否が基準とされた。

※7では、「特許発明の実施行為であるか否かは、相手方が特許製品についてなした変形行為を具体的にとらえ、当該製品及び実施対象の客観的な性質、利用形態等から、これが特許発明の新たな実施対象の生産に当たるか、そうではなく、当初の特許製品の本来の寿命を全うさせるための修理など、その実施対象の同一性の範囲内において行われているものに当たるかを、当該特許発明の構成と作用効果若しくはその技術思想に基づいて評価し、判断すべきである」と判示されており、本件の第1審判決同様、修理か生産かが基準とされていた。

#### 5 本件における知財高裁の判断

(1) 上記のような状況の中、知財高裁は、物の発明にかかる特許権について、判決はBBS事件最高裁判決を引用した上で、「しかしながら、(ア)当該特許製品が製品としての本来の耐用期間を経過してその効用を終えた後に再使用又は再生利用がされた場合(以下「第1類型」という)、又は(イ)当該特許製品につき第三者により特許製品中の特許発明の本質的

部分を構成する部材の全部又は一部につき加工又は交換がされた場合(以下「第2類型」という)には、特許権は消尽せず、特許権者は、当該特許製品について特許権に基づく権利行使をすることが許される」と判示した。そして、それぞれについて、具体例を挙げながら、考慮すべき事情や判断の方法について細かく基準を打ち立てた。

その理由として、第1類型については、特許権者は特許製品の譲渡にあたって、当該製品が効用を終えるまでの間の使用に対して対価を取得しているにすぎないから、効用を終えた後に再使用又は再生利用された特許製品に特許権の効力が及ぶとしても二重に利得を得ることにはならないし、他方でこのような加工が加えられた製品が使用、再譲渡されるときには特許製品の新たな需要の機会を奪うことになることなどがあげられている。第2類型については、もはや特許権者が対価を取得した特許製品と同一の製品ということができないので、これに対して特許権の効力を及ぼしても商品の自由な流通は阻害されないし、かえって効力が及ばないと特許製品の新たな需要の機会を奪われることになってしまうことなどがあげられている。

1審が採用し、学説でも提唱されていた「生産」か「修理」かという基準については、物理的な変更が加えられない場合に権利行使の許否の判断が困難であることや、特許法2条3項1号にいう「生産」と異なる意味で使用することになって概念を混乱させること、また第2類型を正しく評価できないことなどを理由として採用しなかった。

そして、本件については、判示した基準に従い詳細な検討を行った上で、特許製品の効用を終えたということとはできない(第1類型に該当しない)が、特許発明の本質的部分を構成する部材の一部についての加工又は交換がなされているとの理由で第2類型に該当するとし、1審の判断を覆して権利行使を認めた。

(2) 次に、物を生産する方法の発明にかかる特許の国内消尽については、知財高裁は、実施態様によって分けて検討することが適切とし、イ成果物の使用、譲渡等と、ロ方法の使用について検討を加えている。

イについては、物の発明にかかる特許権の場合と同様に消尽するとし、消尽しない場合についても上記の第1類型及び第2類型が同様に当てはまるものとした。

ロについては、物の発明にかかる消尽の議論はそ

のまま当てはまらないとした上で、(ア)物を生産する方法の発明に係る方法により生産される物が、物の発明の対象ともされている場合で、別個の技術的思想を含む物ではない場合には、物の発明にかかる特許権が消尽するならば、物を生産する方法の発明にかかる権利行使も許されない、(イ)特許権者等が、「特許発明に係る方法の使用のみに用いる物又はその方法の使用に用いる物であってその発明による課題の解決に不可欠なものを譲渡した場合において、譲受人ないし転得者がその物を用いて特許発明に係る方法により生産した物を使用、譲渡等する行為」については、権利行使が許されない、と判示した(※8)。

そして、本件においては、上記イの場面においては、第2類型に該当すること、上記ロの場面においては、物を生産する方法の発明と、生産される物の発明が、別個の技術的思想を含むものではなく、本件では物の発明にかかる権利行使が許される場合であること、を理由として、この点でも第1審の判断を覆し、物の生産方法の発明にかかる特許権に基づく権利行使を認めた。

## 6 本判決の意義

本判決は、知財高裁の大合議によるもので、従来見解が分かれていた論点について、判断の基準を詳細に明らかにしたもので、理論上も実務上も重要な意義を有するといえることができる。従前の「修理」か「生産」かという基準はその評価が難しく、判断は不安定な要素を残していたところであり、その意味では詳細な判断基準を示したことは意義が大きい。ただ、例えば第2類型にいう「特許発明の本質的部分を構成する」か否かの判断などは相当に高度な法的判断が求められるもので、行為者の予測可能性という意味では、未だ困難な側面を有しているといえよう。

以上

※1最三判平成9年7月1日(判時1612号3頁)

「特許権者又は実施権者が我が国の国内において特許製品を譲渡した場合には、当該特許製品について

は特許権はその目的を達成したものとして消尽し、もはや特許権の効力は、当該特許製品を使用し、譲渡し又は貸し渡す行為等には及ばないものというべきである。」

※2知高判平成18年1月31日(判時1922号30頁)

※3東地判平成16年12月8日(判時1889号110頁)

※4東地決平成12年6月6日(仮処分事件判時1712号175頁)

※5東地判平成12年8月31日(最高裁 HP)

※6東地判平成13年1月18日(判時1779号99頁)

※7東高判平成13年11月29日(判時1779号89頁)

※8但し「このような場合を含めて特許権の「消尽」といい、あるいは「黙示の承諾」というかどうかは、単に表現の問題にすぎない」と述べている。

## 編集後記

この秋、司法を取り巻く事情は大きく変わっています。9月にはロースクールを卒業した人が初めて受験した新司法試験の合格発表があり、10月には被疑者国選制度がスタートし、法律扶助事業については法テラスが始動します。今後も司法改革は継続していきますが、こうした流れにも対応しながら、さらに研鑽を積んで参りたいと思います。皆様のご意見・ご批判を是非お寄せ下さい。