

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:oiike-law@mbox.kyoto-inet.or.jp

CONTENTS

税 法	取引先等第三者に対する税務調査と対応(金融機関を中心として) 弁護士 井上 博隆・・・1
会 社 法	ブルドックソース事件(最高裁平成19年8月7日第二小法廷決定) 弁護士 坂田 均・・・10
不正競争防止法	「商品等表示」(不競法2条1項1号)を巡る近時の裁判例 弁護士 草地 邦晴・・・14
民 法	1番抵当権設定時に同一所有者要件を満たさず、2番抵当権設定時にこれを満たす場合、1番抵当権消滅後、2番抵当権が実行された時の法定地上権の成否 ～最判平成19年7月6日(金融・商事判例1271.33)から～ 弁護士 永井 弘二・・・16
民 法	名誉毀損に関する近時の裁判例 弁護士 上里 美登利・・・18
製造物責任法	製造物責任と製造者以外の行為の関係 弁護士 住田 浩史・・・22
国家賠償法	民間児童養護施設の損害賠償責任(最判平成19.1.25、判例時報1957.60) 弁護士 小原 路絵・・・25
医 事 法	内視鏡検査後の経過観察義務違反による過失が認定された裁判例の紹介 弁護士 長谷川 彰・・・28
家 族 法	養育費を巡る諸問題 弁護士 茶木 真理子・・・29
労 働 法	休職期間満了時の復職の可否について 弁護士 稲山 理恵子・・・31
保 険 法	車両保険の車両盗難事案において被保険者が主張立証すべき事項 弁護士 長野 浩三・・・33
環 境 法	景観利益の法的保護について-京都市新景観条例と国立市景観訴訟- 弁護士 谷山 智光・・・34
消 費 者 法	特定商取引法の改正へ向けた議論をどう考えていくか 弁護士 野々山 宏・・・36

2007/10
No.26

取引先等第三者に対する税務調査と対応（金融機関を中心として）

弁護士 井上 博隆

取引先等第三者に対して税務調査がなされることがある。突然に調査がなされることもあり、対応に苦慮する場合もあると聞くので、税務調査の概要とその対応について、金融機関を中心としてまとめてみた。なお、3. 通達については原文に当たることができず孫引きであること、(井上)と記載する部分は私見にすぎないので、注記しておく。

1、租税・租税法

<p>国税</p> <p>1、<u>通則法</u>；個別租税法に特別の規定がない限り、すべての国税に適用される。</p> <p>① <u>国税通則法</u> 租税法の体系的整備と国税に関する法律関係の明確化を目的として制定されたもの。</p> <p>② <u>国税徴収法</u> 国税の滞納処分の手続および国税と他の債権との優先劣後の関係について定めている。地方税その他公法上の金銭債権の徴収については、国税滞納処分の例によることが多い。</p> <p>③ <u>国税犯則取締法</u> 国税に関する犯則事件の調査および処理について特別の手続を定めたもの。</p> <p>2、<u>個別租税法</u> 所得税法、法人税法などのように、個別の国税に関する法律。 個別の国税の課税要件に関する定め、個別の国税に特殊な問題に関する定め、通則法に対する特例の定め等を内容としている。</p> <p>3、<u>租税特別措置法</u> 各国税に関する租税特別措置を定めた法律であり、その規定は個別租税法の規定に対する特例の性質をもっている。</p> <p>4、<u>関税</u>については、関税法・関税定率法および関税暫定措置法が規定しており、国税通則法・国税徴収法および国税犯則取締法の規定は適用されない。関税が外国貿易と関連しているため特殊な取扱を必要とするため。</p>	<p>地方税</p> <p>1、<u>地方税法</u> 通則的规定(第1章)とともに、各地方税の課税要件および賦課・徴収の手続について網羅的な規定をおいている(第2章以下)。 地方税の犯則調査について、国税犯則取締法の規定が準用される(71条、72条の73、73条の41等)。</p> <p>2、各地方団体は、この法律の定めに基づいて<u>条例</u>および<u>規則</u>を制定し、それに基づいて地方税を賦課・徴収する。</p>
<p>関税：国税の内、外国からの輸入貨物に課されるもの。税関によって賦課徴収される。</p>	<p>内国税：関税以外の国税。国税庁の組織系統(国税局、税務署)によって賦課徴収される</p>
<p>直接税：普通は、法律上の納税義務者と担税者(租税を実際に負担する者)とが一致することを立法者が予定している租税といわれる。最近は、所得や財産など担税力(租税を負担する能力)の直接の標識と考えられるものを対象として課される租税と定義される。 例；所得税、相続税、地価税、固定資産税</p>	<p>間接税：普通は、法律上の納税義務者と担税者(租税を実際に負担する者)とが一致しないことを立法者が予定している租税といわれる。最近は、消費や取引など担税力を間接的に推定させる事実を対象として課される租税と定義される。 例；消費税</p>

2、税務調査

1、個別税法上の課税処分（更正・決定、賦課決定等）のための調査	
任意調査（取引先等の承諾が必要）	強制調査（取引先等の承諾は不要）
<p>① <u>質問検査権</u> この調査が、狭義の税務調査とよばれ、その調査権限が質問検査権（質問し帳簿書類（電磁的記録を含む）その他の物件を検査できる）である。 質問検査は各個別の租税に関する調査について必要のあるときに行うことができる。（所税234、法税154等）</p> <ul style="list-style-type: none"> 「調査について必要があるときとは、権限ある税務職員において、具体的事情に鑑みて客観的必要があるときと判断する場合をいう。」（大阪高判H10.3.19） <p>② <u>反面調査</u> 質問検査の相手方ごとの分類：下記 ii と iii が反面調査といわれる。金融機関への調査は iii。</p> <ul style="list-style-type: none"> i、納税義務者や確定損失申告書を提出した者（所税234I①、法税153等）；本人調査という。 ii、支払調書・源泉徴収票等の提出義務者（所税234I②） iii、これらの者と取引関係のある第三者（所税234I③、法税154、相続60 I ③⑦、等） <ul style="list-style-type: none"> 客観的な必要性があると認められる場合は、本人調査を経ないで反面調査を認める（最決S48.7.10、最判S58.7.14） 反面調査を、被調査者への事前通知、本人の同意なしに実施し、被調査者に調査の具体的必要性・理由を開示しなかったとしても、社会通念上相当な範囲内で実施された場合は適法（京都地判S50.7.18）。 <p>③ <u>刑罰（懲役、罰金）</u> 質問検査は、強制調査ではない。直接的・物理的強制はできない。 しかし、質問検査に対する正当な理由のない不答弁・虚偽答弁・検査拒否等は刑罰が科せられる（所税242⑧、法税162②、相続70②～⑤等）。間接的に応答が強制される。 →適法な質問に対して、金融機関等取引先が取引内容を答えても守秘義務に反せず、債務不履行や不法行為とはならない。</p> <ul style="list-style-type: none"> 昭和50年代以降起訴された事案は見受けられないとして、より適当な履行確保手段を設けるべきだとする論文がある。（斎藤文雄「質問・検査権を巡る諸問題—質問検査に対する受忍義務の履行確保のための方策を中心として—」税大論叢50号170頁以下税務大学校2006年） <p>④ <u>身分証明書の携帯・提示</u> 租税職員は、身分証明書を携帯し、関係人の請求のあったときは、これを提示しなければならない（所税236条、法税157条、相税60条3項等）。強行規定である。 これに違反する質問・検査は違法であり、応答義務・受忍義務は生じない（最判S27.3.28）。</p>	<p>な し</p>

<p>⑤ <u>第三者の立ち会い</u> 税理士以外の第三者の立会を認めるかどうかは、担当職員の合理的な裁量に委ねられている(東京高判S50.3.25等)</p> <p>⑥ <u>反面調査の範囲・程度等</u> 反面調査の範囲や程度等は、質問検査の必要性和相手方の私的利益との衡量において社会通念上相当な限度にとどまる限り、課税庁の合理的選択に委ねられる(前掲S48年最決)。 反面調査実施の時期・回数、方法、業務支障の程度等が、調査の必要性など課税の適正の要請を考慮してもなお耐え難い程度に至る場合には、当該取引先調査は違法と評価される。</p> <p>⑦ <u>犯罪捜査のために認められたものと解してはならない</u>(所得税法234条2項等)。</p>	
--	--

2、国税徴収法上の滞納処分のための調査

任意調査 (取引先等の承諾が必要)	強制調査 (取引先等の承諾は不要)
<p>① <u>質問検査権(141条)</u> 徴収職員は、滞納処分のため、滞納者の財産を調査する必要があるときは、必要と認められる範囲内で、滞納者・滞納者と一定の関係を有する者に質問し、財産に関する帳簿書類(電磁的記録を含む)の検査権がある。</p> <p>② <u>身分証明書の携帯・呈示</u> 身分証明書を携帯し、関係者の請求があったときはこれを呈示しなければならない(147条1項)。</p> <p>③ <u>刑罰(188条)</u> ;10万円以下の罰金</p> <p>④ <u>犯罪捜査のために認められたものと解してはならない</u>(147条2項)。</p>	<p>① <u>捜索(142条1項2項)</u> 徴収職員は、滞納処分のため必要のあるときは、<u>滞納者の物又は住居その他の場所につき</u>捜索することが出来る。1項 徴収職員は、滞納処分のため必要のあるときは、<u>次の各号に該当する限り第三者の物又は住居その他の場所につき</u>捜索することが出来る。2項 i、滞納者の財産を所持する第三者がその引渡をしないとき。 ii、滞納者の親族その他の特殊関係者が滞納者の財産を所持すると認めるに足りる相当の理由がある場合において、その引渡をしないとき。</p> <p>② <u>金庫などの開扉等(142条3項)</u> 徴収職員は、<u>捜索に際し必要のあるときは、滞納者・第三者の金庫などを開かせ又はこれを開くため必要な処分を</u>することが出来る。</p> <p>③ 強制調査であるが、<u>裁判所の令状は不要</u>である。</p> <p>④ <u>捜索時間</u> 原則として、日没後から日出前までは不可(143条)。</p> <p>⑤ <u>立ち会い</u> 捜索の相手方又は警察官等を立ち会わせる必要がある(144条)。</p> <p>⑥ <u>出入禁止</u> 捜索に支障があるときは関係のない者の出入りを禁止できる(145条)。</p> <p>⑦ <u>捜索調書の作成・交付</u> 捜索調書を作成し、相手方及び立会人に交付しなければならない(146条)。</p> <p>⑧ <u>身分証明書の携帯・呈示</u> 捜索の場合、身分証明書を携帯し、関係者の請求があったときはこれを呈示しなければならない(147条1項)。</p> <p>⑨ <u>刑罰</u> 拒否すれば、脱税の幫助、教唆、暴行強迫による場合は公務執行妨害罪になることがある。</p> <p>⑩ <u>犯罪捜査のために認められたものと解してはならない</u>(147条2項)。</p>

3、国税犯則取締法上の犯則事件捜査のための調査

任意調査（取引先等の承諾が必要）	強制調査（取引先等の承諾は不要）
<p>① 具体的な租税犯の容疑がある場合に、これを租税犯則事件（「犯則事件」）といい、犯則事件の解明のために行う調査を租税犯則調査という。</p> <p>② 租税犯則調査は、収税官吏（国税庁・国税局又は税務署の職員で租税犯則調査の権限を与えられた職員）が行う。具体的には、直接国税の犯則調査は、国税庁調査査察部の指揮のもとに、各国税局の調査査察部所属の査察官（いわゆる「マルサ」）が行う。間接国税の犯則調査は、各国税局所属の調安官と各税務署の間接税担当の職員が行う。</p> <p>③ 租税犯則調査は、犯則事実の存否とその内容を解明することを目的とする手続で、犯罪事実が確認された場合は、告発（直接国税）または通告処分（間接直税）が行われる。実質的には刑事手続に準ずる手続である。</p>	
<p>① <u>質問検査権</u> 犯則事件の調査の必要があるときは、犯則疑者・参考人への質問し、犯則疑者の所持物件・帳簿・書類等の検査権があり、またはこれらの者が任意提出物を領置できる(国犯1条1項)。必要があるときは、参考人の所持する物件・帳簿・書類等を検査できる(同2項)。</p> <p>② <u>身分証明書の携帯</u> 収税官吏は、身分証明書を携帯しなければならない(4条)。</p> <p>③ <u>領置物件の封鎖など</u> (なお、収税官吏は、犯則疑者から提出を受けた領置した物件について、封鎖・開封等の処分ができる(3条の2第2項)。</p> <p>④ <u>領置目録の作成・交付</u> 物件・帳簿・書類等を領置したときは、領置目録を作り、物件等の所有者または所持者から請求があるときは、その謄本を交付しなければならない(7条)。</p> <p>⑤ <u>直接国税については刑罰規定なし</u>。 但し、間接国税については、検査の拒否・妨害・忌避に対しては、罰金(3万円以下)が科される(19条の2)。検査の相手方は、適法な検査である限り、受忍義務がある。</p> <p>⑥ <u>出入禁止</u> 質問・検査・領置のため必要があるときは、何人に限らず、その場所への出入を禁止できる(9条)。</p> <p>⑦ <u>顛末書の作成・提示</u> 質問・検査・領置をした場合は、顛末書を作成して、立会人に示し、ともに署名捺印しなければならない(10条前段)。立会人が署名捺印を拒否した場合・署名捺印ができない場合は、その旨を附記しなければならない(同後段)。</p>	<p>① <u>臨検・捜索・差押</u> 犯則事件の調査の必要があるときは、その所属官署の所在地等を管轄する地方裁判所・簡易裁判所の裁判官の許可を得て、臨検(一定の場所に立ち入ること)・捜索(犯則疑者の身体や所持品を調べ、住居その他の場所に立ち入って探索すること)または差押をすることができる(国犯2条1項2項)。 但し、間接国税の現行犯・準現行犯の場合、急速を要し、裁判官の許可を得られない場合、収税官吏は、犯則現場で臨検・捜索・押収をなす(国犯3条)。 ・犯罪疑者以外の第三者に対しても許される。(東京高判H14.3.30) ・強制調査の時点で、犯則が一応存在するとの嫌疑で足りる(東京地判S62.12.14)</p> <p>② <u>身分証明書の携帯</u> 収税官吏は、身分証明書を携帯しなければならない(4条)。</p> <p>③ <u>開鎖・開封等</u> 臨検・捜索・差押をするに必要があるときは、収税官吏は、開鎖・開封等の処分を行うことができ(3条ノ2第1項同2項参照)、また警察官の援助を求めることができる(5条)。</p> <p>④ <u>立ち会い</u> 捜索をする場合は、捜索すべき場所の所有者・事務員等で成年に達した者を立ち合わせなければならない(6条)。</p> <p>⑤ <u>差押目録の作成・交付</u> 物件・帳簿・書類等を差押・領置したときは、差押目録・領置目録を作り、物件等の所有者または所持者から請求があるときは、その謄本を交付しなければならない(7条)。</p> <p>⑥ <u>臨検などの時間</u> 臨検・捜索・差押は、日没から日出までの間は、原則としてすることができない(8条)。</p> <p>⑦ <u>出入禁止</u> 臨検・捜索・差押をする間は、何人に限らず、許可を得ずにその場所に入出することを禁止することができる(9条)。</p> <p>⑧ <u>顛末書の作成・提示</u> 臨検・捜索・領地・差押をしたときは、顛末書を作成して、立会人に示し、ともに署名捺印しなければならない(10条前段)。立会人が署名捺印を</p>

	<p>拒否した場合・署名捺印ができない場合は、その旨を附記しなければならない(同後段)。</p> <p>⑨ <u>許可状(令状)の提示</u> 裁判官の令状を相手方または立会人に提示しなければならない。(東京高判S44.6.25、関税125条)。</p> <p>⑩ <u>令状の記載内容</u> 令状には、臨検すべき場所、捜査すべき身体・物件、請求者の官職・氏名、有効期限、裁判所名、裁判官の記名捺印、犯罪嫌疑者の氏名・犯罪事実が記載される。 →調査はこの記載内容に限定される。</p> <p>⑪ <u>刑罰</u> 拒否すれば、脱税の幫助、教唆、暴行強迫による場合は公務執行妨害罪になることがある。</p>
--	--

4、国税不服審判所の審査請求の審査のための調査

任意調査 (金融機関の承諾が必要)	強制調査 (金融機関の承諾は不要)
<p>① <u>審理のための質問検査等</u> 審理を行うため必要があるときは、審査請求人の申立又は職権で、参考人へ質問し、帳簿書類等の提出・留置を求め検査することができる(国税通則法97条1項)。</p> <p>② <u>身分証明書の携帯</u> 国税審判官、副審判官その他の国税不服審判所の職員は、身分証明書を携帯し、関係人の請求があるときは提示しなければならない(同法97条3条)。</p> <p>③ <u>犯罪捜査のために認められたものと解してはならない</u> (同法 97 条 5 項)。</p> <p>④ <u>刑罰</u> (同法 126 条) ; 3 万円以下の罰金</p>	<p>な し</p>

3、通達

任意調査について	強制調査について
<p>1、昭和25年4月4日大蔵省銀行局長通達 「金融機関について預貯金等の調査を行う必要がある場合には、特に預貯金等の秘密性保持の為」、「調査または検査に関する権限の行使については、濫に漏れないよう留意し、<u>直接金融機関について調査を行わなければその者について適正な課税又は滞納処分等が出来難いと認められる場合に限ることとし、普遍的に個人別の預貯金等の調査を行なうようなことはこれを避ける</u>」べきこと</p>	<p>な し</p>
<p>2、昭和26年10月16日大蔵省銀行局長通達・蔵銀第5363号+国税庁通達・直所1-116「金融機関の預貯金等の調査について」</p> <p>(1) 1記載の<u>直接金融機関について調査を行わなければその者について適正な課税又は滞納処分等が出来難いと認められる場合は、以下のような場合である。</u></p> <p>① 犯則事件の調査上必要のある場合 ② 租税滞納の場合において処分上必要のある場合 ③ 相続税、富裕税等の課税に関して、調査時の預金残高を確認する等のため必要がある場合</p>	<p>左記通達は「国税査察官等が令状により行う査察調査を除き」とされている。 この通達の出された昭和26年は、国税徴収法(昭和34年4月20日成立)が出来る前であるため、国税徴収法の強制調査について記載していないが、これについても適用されないと考えるべきではないかと思われる(井上)</p>

<p>④ 租税の物納若しくは延納又は徴収猶予の申請があった場合において、その許否を決定するため必要がある場合</p> <p>⑤ 所得税又は法人税の課税標準の調査に当り、所得金額の計算につき必要な帳簿書類がないの真实性を疑うに足る相当の事由がある場合において、その者の業種、事業規模等から見て通常銀行取引があると認められ又は銀行取引のあることを推定するに足る相当の事由があり、且つ、その銀行取引を調査しなければ取引の事情が明らかとならない場合</p> <p>⑥ 所得税法等の規定により銀行が徴収すべき所得税又は提出すべき支払調書等につき監査上特に必要がある場合</p> <p>(2) 調査するにあたっては、国税庁長官、国税局長、税務署長の証印のある書面(承認書)(井上註、調査証とも言われる)を調査先に提示すること。</p> <p>(3) 預貯金調査が、普遍的・一般的調査にならないこと。</p>	
<p>3、昭和30年7月21日全銀協・全業第29号 調査を拒絶する場合として、下記を上げている。</p> <p>①常識的に判断して被調査者があまりに多数である場合</p> <p>②被調査者との取引があるかないかわからない場合の調査</p> <p>③索引簿、印鑑簿、元帳綴り、伝票綴の一覧調査</p> <p>④貸金の棄議書などの内部メモ</p>	<p>な し</p>
<p>4、昭和30年7月21日全銀協・通業第154号 ・質問・検査にあたり、税務職員は所轄署長の正式な調査承諾書を呈示して銀行の承諾を得ること ・調査が普遍的に個人別の預金調査に及んではないこと。</p>	<p>な し</p>

4、具体的対応

納税の義務は、憲法で定められた義務でもある。公共性をもつ金融機関として、適正公平な課税に協力するのは当然のことである。とはいえ、徴税側の調査権と金融機関の守秘義務とが直接にぶつかり合うことになるわけであるから、調査が調査権の濫用にあたると思われるときは、毅然として拒否するだけの心構えは必要である。(後記参考文献松島225頁)

任意調査について	強制調査について
1、一般的対応	
<p>① 必ず身分証明書および承認書(「金融機関の預貯金等の調査証」、調査目的・調査者・被調査者名などが記載されているはず)の提示を求めて、臨店者の身分と調査対象を確認する。</p> <p>② 印鑑簿・元帳ファイル・伝票綴などをみせる場合には、調査対象者以外の取引先の預金などが、目にふれないように、調査対象者の該当部分だけを分離するか、金融機関職員が立ち会って、対象外の調査が行われないようにチェックする。コンピューターのデータを見せる場合も同様。</p> <p>③ ②と関連して、架空名義の預金などの取扱いをどうするかは問題である。 しかし、現在の実務では借名・仮名預金は認めら</p>	<p>1、国税徴収法による強制調査を受ける場合は、下記貸金庫の場合以外は、前記の要件から、金融機関が違法に引き渡さないことはないと考えられ、搜索等を受けることは考えにくいのではないかと。(井上)</p> <p>2、国税犯則取締法の場合</p> <p>①身分証明書と令状の提示を求める。</p> <p>②令状の記載内容(前記)を確かめ、記載内容に従う。 令状は、一般的許可状(場所や目的物が全く特定されない場合)は認められておらず、個別主義を貫くことが要請されている。 したがって、臨検・搜索・差押について、それぞれ機会・場所・事件を異にするごとに個別の許可状を必要とする。また、一度使用した許可状を再使用するこ</p>

<p>れていない。ただ、実在の名義人と実質的預金者が合意してあるいは実質的預金者が名義人の代理人・代行者として名義人の預金とすることもあり得る。調査対象者とその預金などとのつながりを、なんらかの方法で合理的に調べてきた上で、確認を求めたときはともかく、そうでなければ、わからない旨回答する。</p> <p>④ 調査対象者と金融機関との間の権利義務にもとづく証券以外のものの調査は拒否する。 正式の帳簿書類以外の、たとえば稟議書や金融機関職員のメモなどの調査は拒否する。</p> <p>⑤ 調査対象は、特定の少人数に限定し、一度に相当程度に多数数が被調査者になっているときは断わる。</p> <p>⑥ 営業時間外や、期末などでとくに多忙で正常な業務運営の妨げになるときは、事情をよく説明し、断る。</p> <p>⑦ 調査される取引先に通知する法的義務はない。一方、顧客から税務調査があるか又はあったかどうか顧客に通知してはならないという法的義務もない。 税務調査があったことの間い合わせがあった場合に、顧客に回答することは可能である。しかし、連絡することも無用の混乱を招くことになるので、差し控えた方がよい乃至慎重に行う必要がある。また、事前通知は、脱税の補助となる可能性もあり、避けるべきである。 税務署に対し、顧客が税務署の調査があった場合に金融機関から顧客に通知することを希望していることを伝えることは、顧客との間の守秘義務に反する恐れがある。税務署に対しては、一般論として、顧客に通知してほしい旨伝えるに留めるべきである。</p> <p>⑧ 税務職員の大声・強い調子に負担を感じて要求に応じた場合、直接的物理的な強制と同視される程度でない限り、被調査者が黙示の承認を与えたと判断されるので(京都地判H3.4.12)、注意を要する。</p> <p>⑨ 国税反則取締法の場合、顛末書の内容を確認する。</p>	<p>とも出来ない。</p> <p>3、国税徴収法の場合は領置・搜索調書の、国税犯則取締法の場合は顛末書の内容を確認する。</p>
<p>2、預金調査で投資信託、融資関係の帳簿・書類を求められた場合</p>	
<p>預金調査であっても、預金に関するものに限らず、業務に関する一切の書類・帳簿を調査できると考える見解もある(松井国税庁調査査察部調査課長「銀行店舗における国税調査について」金融法律実務講座224頁昭和32年)。 しかし、預金関係の調査で融資関係の調査が出来るのは疑問であるという見解が多い。 ただ、預金関係の調査で投資信託の帳簿・書類の提出を求められた場合は、前記判例の社会通念上調査の相当な範囲に含まれると考えられる(井上)。</p>	<p>令状の記載に従う。(令状に投資信託などの記載がなければ、これについては拒否する。)</p>

3、被調査者と異なる特定された他人・他法人名義の複数乃至多数の預金の帳簿・書類を求められた場合	
<p>時に30以上の被調査者と異なる特定された他人・他法人名義の複数乃至多数の預金の帳簿・書類を求められることがある。</p> <p>前記全銀協通達の「①常識的に判断して被調査者があまりに多数である場合」とはいえない数であり、また、一覽調査といえない程度のものは、調査証には一般に「預貯金者の名義等は異なっているが、その者と同一であると認められるものを含む」と記載されており、また、前記最判昭和48年等を考えると応じざるを得ない。特に、国税犯則事件の場合は。(井上)</p> <p>なお、「被調査者の数が20～30も連記されているもの…は普遍調査の懸念があり、「取引無」と回答するものが結構あるということは、見込み調査に近い例があるのではないかと懸念を抱かせる。しかし、調査理由等の説明は不要とされ、説明を受けたとしても金融機関は確認材料を持たないので、一見して違法な調査とわかるものを除いて、これに応じたことにつき、金融機関の法的責任が認められることはないであろう。」とする文献がある(後記参考文献三上13頁)。</p>	<p>令状に対象物が特定されているので調査にこれに応じる。</p>
4、包括的な資料の帳簿・書類の提出を求められた場合[たとえば、預金取引明細一覽表(要求性・定期性残高1000万円以上)、大口取引明細表、事業融資先一覽表、大口貸出先上位50先リスト、手形小切手マイクロフィルム、貸金庫台帳などの提出を求められた場合]	
<p>「顧客と金融機関の取引の現状が、他人名義や架空名義などで行われる場合が多いという実態から見て…その名義の如何を問わず、その調査対象とされた者の取引と推定される場合はもちろん、その取引が他人名義、架空名義などで行われていないかどうかを確認する必要がある場合にも、当然に質問検査権を行使できるものである」(後記参考文献柴田9頁、1973年の文献)という見解がある。</p> <p>しかし、現在は、架空預金はありえない。実在する他人の同意を得てあるいは実質的預金者が名義人の代理人・代行者として名義人の預金とすることはあり得るとしても、その他人の特定をすれば足りるのであり、これは普遍的・一般的調査といわざるを得ないのでないか。前記全銀協通達の元帳などの一覽調査と言わざるをえない。(井上)</p> <p>判例上調査理由の開示は法律上の要件でないとされているが、「税務調査の実際において…調査理由の開示を全くしないというのではなく、運用上は不正計算発見の端緒となる資料を隠匿したり作為することが予想される場合や調査妨害が予知される場合等、円滑な税務調査の実施に支障を来すと思われるとき以外は、原則として…ある程度調査の理由を説明したほうが納税者の納得と協力を得て調査を進めるうえで有効でもあるので、できるだけその理由を開示することとしている」(前記柴田8頁)ので、理由の説明を求めて、合理的理由がない以上一覽調査として断るのが妥当ではないか。</p>	<p>令状の記載に従う。</p> <p>しかし、一般的許可状は出されないので、余程の特別な事情のない限り、このような令状が出されるとは考えられないのではないか。そうとすれば、なぜ任意調査なら、このようなことが許されるのか、この点でも疑問がある。(井上)</p>

5、貸金庫	
<p>被調査者乃至関係者契約の貸金庫の有無の質問、その貸金庫の状況を検査出来る程度であり、貸金庫の中の搜索は出来ない。</p>	<p>1、国税徴収法の場合 国税徴収法基本通達142条関係5は、142条1項により、納税者が利用している貸金庫についても、これにより搜索などできると解している。 また、最判H11. 11. 29は、貸金庫の内容物について、銀行は利用者と共同して民法上の占有をしていると判示することから金融機関を第三債務者として貸金庫内容物の引き渡し請求権を差し押さえることができるとするが、これは迂遠な手続きであるとする。 貸金庫の搜索の場合、調査書に根拠条文の記載が無く、格納物全てを記録しない搜索調書が交付されるだけで、「契約者から格納物が足りない等のクレームを受ける懸念がある」（後記参考文献三上15頁）とされる。根拠条文及び格納物全部の搜索調書への記載を求めるべきである。</p> <p>2、国税犯則取締法の場合 令状に従う。</p>
6、疑わしい取引の届出書（組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律 54 条）	
<p>56条で、金融庁長官は、54条により金融機関から金融庁長官・都道府県知事に届けられ通知された事項を税務職員等に提供し、税務職員らは金融庁長官に情報の記録の閲覧・謄写などが出来るとしているので、強制調査であってもこの手続きに従ってもらう。但し、令状にこの届出書の記載があれば応じる。</p>	

参考文献(前掲文献以外)

金子宏「租税法第10版」弘文堂2005年
 松島泰「銀行の法律」220頁以下(株)ビジネス教育出版社1995年
 名越秀夫他「Q & A 情報流出と法的責任」118頁以下(株)清文社1998年
 三上徹「公的調査における銀行の協力義務」金法1482号12頁以下1997年
 その他
 柴田勲「国税直税部所得税課「銀行調査と質問検査権」金法686号4頁以下1973年
 武田昌輔「税務調査」判例先例金融取引法5頁以下キンザイ1988年
 黒瀬雄三「税務調査と銀行の秘密保持義務」商事法務1310号27頁以下1993年
 堺澤良「銀行調査と質問検査権」金法1482号37頁以下1997年
 和田照男「公的調査と銀行の守秘義務」金法1515号6頁以下1998年
 松沢智「租税処罰法」(株)有斐閣1999年
 寶金敏明「税務調査」現代裁判法体系29 60頁以下新日本法規1999年平成11年
 石島弘「税務調査と犯則調査の差異」新・裁判実務体系・租税争訟32頁以下青林書院2005年
 村重慶一「税務調査の違法と国家賠償」新・裁判実務体系・租税争訟88頁以下青林書院2005年
 (財)大蔵財務協会「国税徴収法精解」2005年平成17年
 光安豊史「税務署の調査」金法1802号26頁以下2007年

ブルドックソース事件 (最高裁平成19年8月7日第二小法廷決定)

弁護士 坂田 均

事実の概要

Aは、米国デラウェア州の有限責任会社であり、原告人は、Aの全ての持分を有する英領ケイマン諸島の投資ファンドである。相手方は、ソースその他の調味料の製造販売会社で、東証2部に上場している。今回、Aは相手方に公開買付したことから、相手方が、対抗策として、Aらを不適者として排除したうえで、新株予約権無償割当てを実施したことから、これに関わる株主総会決議の有効性が問題になった。敵対的公開買付に関する最高裁判所の判断として注目される。

今回の公開買付に関わる事実の経緯は次のようなものである。

- 5月18日 Aは公開買付の公告及び公開買付開始届出書の関東財務局長に提出した。
- 5月25日 相手方は、意見表明報告書を関東財務局長に提出した。
- 6月1日 Aは、回答報告書を関東財務局長に提出した。
- 6月7日 相手方は、取締役会で公開買付反対決議し、次の対応策を決議した。①一定の新株予約権無償割当てに関する事項を株主総会の特別決議事項とすること等を内容とする定款変更議案(以下、本件定款変更議案)、及び②これが可決されることを条件として、新株予約権無償割当てを行うことを内容とする議案(以下、本件議案)を、6月24日に開催予定の定時株主総会に付議すること。

この議案のうち新株予約権無償割当てに関する部分は、「相手方は、その企業価値及び株主の共同の利益の確保・向上のためにされる、新株予約権者のうち一定の者はその行使又は取得に当たり他の新株予約権者とは異なる取扱いを受ける旨の条件を付した新株予約権無償割当てに関する事項については、取締役会の決議によるほか、株主総会の決議又は株主総会の決議による委任に基づく取締役会の決議により決定する。この株主総会の決議は特別決議をもって

行う。」というものであった。

6月24日 本件定款変更議案及び本件議案は、いずれも出席株主の議決権の約88.7%、議決権総数の約83.4%の賛成により可決された。

この決議をもって可決された本件新株予約権無償割当ての概要は、次のとおりである。

- ア 新株予約権無償割当ての方法により、基準日である7月10日の最終の株主名簿及び実質株主名簿に記載又は記録された株主に対し、その有する相手方株式1株につき3個の割合で本件新株予約権を割り当てる。
 - イ 本件新株予約権無償割当てが効力を生ずる日は、7月11日とする。
 - ウ 本件新株予約権1個の行使により相手方が交付する普通株式の数(割当株式数)は、1株とする。
 - エ 本件新株予約権の行使により相手方が普通株式を交付する場合における払込金額は、株式1株当たり1円とする。
 - オ 本件新株予約権の行使可能期間は、9月1日から同月30日までとする。
 - カ 原告人及びAを含む原告人の関係者(以下、併せて「原告人関係者」という。)は、非適格者として本件新株予約権を行使することができない(以下「本件行使条件」という。)
 - キ ①相手方は、その取締役会が定める日(行使可能期間の初日より前の日)をもって、原告人関係者の有するものを除く本件新株予約権を取得し、その対価として、本件新株予約権1個につき当該取得日時点における割当株式数の普通株式を交付することができる。また、②相手方は、その取締役会が定める日(行使可能期間の初日より前の日)をもって、原告人関係者の有する本件新株予約権を取得し、その対価として、本件新株予約権1個につき396円を交付することができる(以下、これらの条項を「本件取得条項」という。)。なお、上記金額は、本件公開買付けにおける当初の買付価格の4分の1に相当するものである。
 - ク 譲渡による本件新株予約権の取得については、相手方取締役会の承認を要する。
- 6月24日 相手方取締役会は、本件新株予約権無償割当ての要領を決議するとともに、税務当局に対する確認の結果、原告人関係者に

何らの負担・義務を課することなく1個につき396円の支払いと引き換えに譲り受ける旨を決議した(以下、本件支払決議)。なお、この額は公開買付価格1584円の四分の一である(希釈化の割合)。

平成19年6月13日、抗告人は、本件新株予約権無償割当てには法247条の規定が適用又は類推適用されるが、これは株主平等の原則に反して法令及び定款に違反し、かつ、著しく不公正方法によるものであるなどと主張して、本件仮処分命令の申立をした。

これに対して、原審は、同年7月9日、本件新株予約権無償割当てが相手方の企業価値の毀損を防止するために必要かつ相当で合理的なものであり、また、抗告人関係者がいわゆる濫用的買収者であることを考慮すると、これは株主平等の原則に反して法令等に違反するものではなく、著しく不公正な方法によるものともいえないとして、抗告を棄却した。

判 旨

1. 法109条1項に定める株主平等の原則について

(1) 株主を差別的に取り扱うことの当否について

個々の株主の利益は、一般的には、会社の存立、発展なしには考えられないものであるから、特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の存立、発展が阻害されるおそれが生ずるなど、会社の企業価値が毀損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱ったとしても、当該取扱いが衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、これを直ちに同原則の趣旨に反するものということとはできない。

そして、特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の企業価値が毀損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるか否かについては、最終的には、会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであるところ、株主総会の手続が適正を欠くものであったとか、判断の前提とされた事実が実際には存在しなかったり、虚偽であったなど、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである。

(2) 経営方針及び投資回収方針を明示していない点について

本件総会において、本件議案は、議決権総数の約83.4%の賛成を得て可決されたのであるから、抗告人関係者以外のほとんどの既存株主が、抗告人による経営支配権の取得が相手方の企業価値を毀損し、相手方の利益ひいては株主の共同の利益を害することになると判断したものである。そして、本件総会の手続に適正を欠く点があったとはいえ、また、上記判断は、抗告人関係者において、発行済株式のすべてを取得することを目的としているにもかかわらず、相手方の経営を行う予定はないとして経営支配権取得後の経営方針を明示せず、投下資本の回収方針についても明らかにしなかったことなどによるものであることがうかがわれるのであるから、当該判断に、その正当性を失わせるような重大な瑕疵は認められない。

(3) 公平の理念及び相当性の判断基準

次に、本件総会における株主の判断を前提にして、本件新株予約権無償割当てが衡平の理念に反し、相当性を欠くものであるか否かを検討する。

抗告人関係者は、本件新株予約権に本件行使条件及び本件取得条項が付されていることにより、当該予約権を行使することも、取得の対価として株式の交付を受けることもできず、その持株比率が大幅に低下することにはなる。しかし、本件新株予約権無償割当ては、抗告人関係者も意見を述べる機会があった本件総会における議論を経て、抗告人関係者以外のほとんどの既存株主が、抗告人による経営支配権の取得に伴う相手方の企業価値の毀損を防ぐために必要な措置として是認したものである。さらに、抗告人関係者は、本件取得条項に基づき抗告人関係者の有する本件新株予約権の取得が実行されることにより、その対価として金員の交付を受けることができ、また、これが実行されない場合においても、相手方取締役会の本件支払決議によれば、抗告人関係者は、その有する本件新株予約権の譲渡を相手方に申し入れることにより、対価として金員の支払を受けられることになるところ、上記対価は、抗告人関係者が自ら決定した本件公開買付けの買付価格に基づき算定されたもので、本件新株予約権の価値に見合

うものということが出来る。これらの事実にかんがみると、原告人関係者が受ける上記の影響を考慮しても、本件新株予約権無償割当てが、衡平の理念に反し、相当性を欠くものとは認められない。

2. 対応策について事前の定めがないこと一著しく不公正な方法について

本件新株予約権無償割当ては、突然本件公開買付けが実行され、原告人による相手方の経営支配権の取得の可能性が現に生じたため、株主総会において相手方の企業価値の毀損を防ぎ、相手方の利益ひいては株主の共同の利益の侵害を防ぐためには多額の支出をしてもこれを採用する必要があると判断されて行われたものであり、緊急の事態に対処するための措置であること、原告人関係者に割り当てられた本件新株予約権に対してはその価値に見合う対価が支払われることも考慮すれば、対応策が事前に定められ、それが示されていなかったからといって、本件新株予約権無償割当てを著しく不公正な方法によるものということとはできない。

また、株主に割り当てられる新株予約権の内容に差別のある新株予約権無償割当てが、会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等又はこれを支持する特定の株主の経営支配権を維持するためのものである場合には、その新株予約権無償割当ては原則として著しく不公正な方法によるものと解すべきであるが、本件新株予約権無償割当てが、そのような場合に該当しないことも、これまで説示したところにより明らかである。

判例分析

1. 本件事案の特徴としては、まず、第一に、公開買付けが実施された後に対応策が立てられた事案であること、第二に、相手方が発行する新株予約権に会社が強制的に取得できる旨の取得条項が付されていたこと(法236条1項7号)、第三に、不適格者に対する新株予約権取得の対価としては、希釈化の割合に応じて、公開買付け価格の四分の一を提供していたこと、第四に、原告人には買収後の経営計画や投資回収の具体案がなかったこと、を挙げることができる。
2. このような状況で、本判決は、会社の企業価値が毀損され、会社の利益ひいては株主の共同の利

益が害されることになるような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱ったとしても、当該取扱いが衡平の理念に反し、相当性を欠くものではないとすることを明らかにした。

3. 企業価値が害されるような場合には、差別的取扱いも許されるということであるが、この企業価値が害されているかどうかの判断は、最終的に会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであるとした。

本判決では、議決総数の約83.4%という圧倒的多数で可決されたことを重視している。株主総会における判断の正当性を量の視点から理由づけたものといえる。

この点に、関連して、新株予約権等の発行差し止めを回避するための方策として、「**企業価値・株主共同の利益確保又は向上のための買収防衛策に関する指針**」(2005年5月27日経済産業省、法務省)は、株主総会による決議の有用性を強調している。即ち、株主総会の決議に基づいて、買収防衛策として新株予約権等を発行するときは、通常、①株主共同の利益を確保し、向上させるものであることが推認され、②株主の意思に依拠し、かつ、③取締役会の権限濫用のおそれのない必要かつ相当な方法によるものと推認されると考えられるので、公正な発行とされる可能性が高いとしている。本判決は、指針の株主意思の尊重の考え方に沿うものである。

4. 本件で、原告人は、回答報告書にも、本件株主総会においても、経営支配権を取得した後の経営方針を明示せず、投下資本の回収方針についても明らかにしていなかった。公開買付けによって企業価値が高められるとの反論がなされなかった特殊な事案である。原審では、このような原告人を濫用的買収者であるとしている。

裁判所は、著しく不公正な方法株主総会における判断の正当性もしくは瑕疵の存否を検討するに当たりこの事実を重視した。

5. 対応策が事前に定められていなかったことについては、①株主総会で必要であると判断されたこと、②緊急の事態に対処する措置であって、経済的価値に見合う対価が支払われること、③専ら経営権維持を目的としたものではないことを理由に、著しく不公正な方法にはならないとした。

事後的な差別的取扱いによって、原告人は支配権の希釈化という予測困難な損失を被っている

が、株主総会が必要と判断し、経済的損失が補填されていれば是認するということである。なお、希釈化した経済的損失に見合う対価の支払について、前掲「指針」は、著しく不公正な方法による発行とされないためには、「発行時に過度に株主に財産的損害を生じさせないこと」が、必要性・相当性確保の原則から求められるとしている。

6. 現経営者やこれを指示する特定の株主の経営支配権を維持するためのものである場合については、その新株予約権無償割当ては原則として著しく不公正な方法になることを確認している。この点、記憶に新しいニッポン放送事件(平成17年3月23日東京高裁保全抗告棄却決定 判時1899-56)で、裁判所は、新株予約券発行は現経営陣による支配維持を主目的としており、債権者による支配権の獲得が、債務者の企業価値を著しく毀損することは明らかでないとして新株予約権の発行差止めを認めている。

7. ユノカル事件判決 (Unocal Corporation v. MESA PETROLEUM CO, 493 A. 2d 946 June 10, 1985) (MESAの2段階TOBに対して(第1段階は1株\$54、第2段階はジャンクボンド)、防衛策として、UnocalはMESAを排除して、49%の株主に対して1株当たり\$72の差別的Exchange Offerを取締役会で決議し実行した。)は、敵対的TOBに対する防衛策の適法性の要件を明らかにした重要な判決である。

今回の最高裁の判断と比較し、その影響を見てみたい。

ユノカル判決で、裁判所は、次のとおり判示している。

まず、第一に、買収(takeover)に関しても、経営判断の原則が適用されること。

その結果、防衛策がInformed basis, Good Faith、Best interests of the companyであること等が「推定(presumption)」される。

第二に、取締役らは、①会社政策に対する危険性(a danger to corporate policy)と②防衛策に効果があること(effectiveness)を証明しなければならない：

The directors are of necessity confronted with a conflict of interest, and an objective decision is difficult. In the face of this inherent conflict directors must show that they had reasonable grounds

for believing that a danger to corporate policy and effectiveness existed because of another person's stock ownership.

①の要件との関係では、選択的株式買戻策(a selective stock repurchase)については、取締役らの支配権を持続させることが唯一もしくは主要な目的であってはならないとされています。

②の要件は、防衛策がTOBで課せられた脅威(threat)との関係で、「合理的」なものでなければなりません。

If a defensive measure is to come within the ambit of the business judgment rule, it must be reasonable in relation to the threat posed.

なお、TOBが強制的(coercive)なものであるかは、取締役らが合理的に検討すべき要素であるとしている：

While not a controlling factor, it also seems to us that a board may reasonably consider the basic stockholder interests at stake, including those of short term speculators, whose actions may have fueled the coercive aspect of the offer at the expense of the long term investor. Here, the threat posed was viewed by Unocal board as a grossly inadequate two-tier coercive tender offer coupled with the threat of greenmail.

そして、次のように結論づけた：

Thus, the board's decision to offer what it determined to be the fair value of the corporation to the 49% of its shareholders, who would otherwise be forced to accept highly subordinated "junk bonds", is reasonable and consistent with the directors' duty to ensure that the minority stockholders receive equal value for their shares.

最高裁の判断基準と比較すると、第一に、経営判断の原則が適用される場面ではなかったが、株主総会の判断について、議決権総数の約83.4%の賛成を得て可決されたものであるから、その判断が尊重されるべきだとした。

第二に、会社の企業価値が毀損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることにな

るような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱ったとしても公平の理念に反しないとしているが、上記「危険」の要件にも相当するものである。

第三に、防衛策としてとられた措置の「合理性」は、「著しく不公正な方法」の要件について、緊急の事態に対処するためのものであること、そして、抗告人関係者に対してはその新株予約権の価値に見合う対価が支払われていることが考慮要素としてあげられている。

第四に、TOBの「強制的」要素については、最高裁では、控訴審と異なり、抗告人が濫用的買収者であるとはしていないが、発行済株式のすべてを取得することを目的としているにもかかわらず、相手方の経営を行う予定はないとして経営支配権取得後の経営方針を明示せず、投下資本の回収方針についても明らかにしなかったことを重視している。

8. 結語

以上みてきたように、無理なあてはめは禁物であるが、最高裁は、「企業価値・株主共同の利益確保又は向上のための買収防衛策に関する指針」、及びUnocal事件判決を意識しながら、それに相応する要件論を展開したといえるのではないか。

以 上

「商品等表示」(不競法2条1項1号) を巡る近時の裁判例

弁護士 草地 邦晴

1 不正競争防止法2条1項1号

不正競争防止法は、周知性のある他人の商品等表示(※1)を使用して、他人の商品や営業を混同させる行為を「不正競争」行為の一つとしており(同法2条1項1号)、従前から他の権利(例えば商標権)などでカバーされない「商品等表示」の保護を求めて、同条項の適用が問題となった事例は多い(商品の「形態」そのものが「商品等表示」に該当するかについては、拙著※2)。この問題は、知的財産関係の法改正や判例の蓄積によって解決されていったものも少なくないが、出所表示の機能をもつに至る表示の種類は多

様性がある、抑止されるべき不正競争行為と評価すべきか、それとも許容される自由競争の範疇と考えるのかは、事案ごとに複雑な様相を呈していて、現在なおその適用を巡って争いとなることは少なくない。そこで、今回は、「商品等表示」性が問題となった最近の判決例を2件紹介したい。

2 配色(色彩構成)の「商品等表示」性が争われた事例

本件は、胃潰瘍治療剤を製造販売するE社が、そのカプセルとこれが装填されるPTPシートについて、類似する胃潰瘍治療剤を製造販売するT社に対して、不正競争防止法2条1項1号違反を理由とする製造販売の差止め等を求めた事案であり、E社のカプセル(緑色と白色)とPTPシート(銀色に青色文字)の配色に商品等表示性が認められるかが争われた。(報道によると、E社はGE(ジェネリック)薬を製造販売する12社に対して同様の訴訟を提起していたようであり、いずれもE社の請求が棄却され、知財高裁でもその結論が維持されたようであるが、そのうちの1件である。)

この点について、第1審(※3)は、カプセルやPTPシートが、「商品の容器もしくは包装」に当たるという意味で「商品等表示」となりうることは認めたものの、色彩やその組み合わせは本来的には商品の出所を表示するものではないこと、色彩は本来何人も自由に使用できるもので、商標法においては文字や図形、記号等と結合してはじめて商標となるとされていること、不競法は色彩そのものを当該事業者に独占させることを目的としていないのに、かえって第三者の市場参入を阻害して色彩の独占を認めることになる、などの理由をあげ、「色彩自体が特定の出所を表示する二次的意味を有し、不競法2条1項1号にいう「商品等表示」に該当するためには、①そのカプセルやPTPシートの色彩が客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有しており(特別顕著性)、かつ②そのカプセルやPTPシートの色彩が特定の事業者によって長期間独占的に使用され、または極めて強力な宣伝広告や爆発的な販売実績等により、需要者においてその色彩を有するカプセルやPTPシートが特定の事業者の出所を表示するものとして周知になっていること(周知性)が必要」と判示し、本件についてはE社の色彩構成は他にも見られるありふれたものと認定した上で①特別顕著性自体を否定し、②周知性も否定した。

これに対する控訴審(※4)では、「それ自体とし

て極めて特異なものであったり、あるいはそうでなかったとしても、特定の者による長期間の独占的な使用、極めて強力な宣伝広告活動、圧倒的な販売実績等がある、需要者において、当該配色のカプセルが、特定の事業者の出所を表示するものとして周知となっている場合」には、「商品等表示」性を否定する理由はない、としつつ、本件では周知性を否定して、控訴は棄却された。

従前色彩自体の商品等表示性が争われた事案としては、単色について家電製品における濃紺色(※5)やジーンズのタブの赤色(※6)などがあるが、それでも「商品等表示」性は否定されている。今回は単色のものと比較すると商品等表示性が認められる余地は大きくなっているが、色彩やその構成自体は有限であることから、色彩の単純な組み合わせにすぎない場合には、その独占を認めれば、競争を阻害しかねないのは事実であり(使用できる色の組み合わせが無くなってしまふ)、この意味で不競法上は制限的に解釈されるのはやむを得ないであろう(※7)。

控訴審判決と第1審を比較すると、控訴審においては第1審の2つの要件を「かつ」では結ばず、①を欠いても②のみで商品等表示性を獲得しうるとしている点で異なっている。従前から商品の形態や模様などが商品等表示性を獲得する要件として、特別顕著性と周知性を求める見解は一般的であり、判決例も多数に及ぶ(※2)。この控訴審の述べる意図は必ずしも明らかではないが、いずれにしても特別顕著性がない(ありふれた色彩構成)であるにもかかわらず、周知性が獲得されて出所表示機能が獲得されるという事態は、現実には想定しにくいいため、理論上はともかく結論として差異は出てこないものと思われる(※8)。

そうすると、現行法上は単純な色彩構成が商品等表示性を獲得する場合というのは、概念的には想定できるものの極めてレアなケースである。現実には色彩構成が不競法上保護されるためには、複雑で特異な組み合わせ、特殊な配列や図案化といった要素が加わる必要があるように思われる。

3 宗教法人名称の「商品等表示」性が争われた事例

本件は、T教の宗教法人である原告が、「T教豊文教会」の名称を使用していた被告に対して、不競法2条1項1号に基づく「T教」の名称の使用の差止め等を求めたという事案である。元々被告は原告との被包括関係を設定して宗教法人となっていたが、その後

被包括関係が廃止されたという経緯があり、被告は宗教活動について名称は使用しているものの、収益事業は行わず、行う予定もないという事実が認定されており、こうした非営利事業の場合にも同条項の適用があるか(商品等表示の定義※1にいう「営業」を表示するものと言えるか)が問題となった(※9)。

従来から、公益法人等による事業等についても、取引社会における事業活動については広く「営業」該当性を認めた判決例は多数あり、学説上もこれを支持しているところであったが、「営業」の定義については必ずしも一致しておらず(※10※11など)、その適用範囲の限界がどこにあるのかの問題があった。この点について、第1審(※12)は、不競法2条1項1号の適用を認めて使用差止めを認容したが、控訴審は逆にこれを棄却し、最終的には最高裁が次のとおり判断を示した(※13)。

「不正競争防止法は、営業の自由の保障の下で自由競争が行われる取引社会を前提に、経済活動を行う事業者間の競争が自由競争の範囲を逸脱して濫用的に行われ、あるいは社会全体の公正な競争秩序を破壊するものである場合に、これを不正競争として防止しようとするものにほかならないと解される。

…上記理解によれば、ここでいう「営業」の意義は、取引社会における競争関係を前提とするものとして解釈されるべきであり、したがって、上記「営業」は、宗教法人の本来的な宗教活動及びこれと密接不可分の関係にある事業を含まないと解するのが相当である。」その結果、その名称が「商品等表示」に当たるとはいえず、名称を使用する被上告人(被告)の行為は不正競争行為にあたらないと結論づけた。

最高裁は、明確な適用範囲に関する限界規範までは明らかにしなかったが、「社会通念上営利事業といえないものであるからといって、当然に同法の適用を免れるものではない」としており、他方で「そもそも取引社会における事業活動と評価することができないようなものについてまで、同法による規律が及ぶものではない」としていることからすれば、「営業」概念の範囲そのものについては相当に広く解釈する姿勢を明らかにしたといえる。その上でそもそも取引社会における事業活動と評価できないような限定的な場合において、その限界を示したものと言うことができよう。この点では従来の下級審や学説と立場を異にするのではなく、不競法の解釈問題としては穏当なものであると思われる。

以上

- ※1 「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器もしくは包装その他の商品または営業を表示するものをいう」(2条1項1号)
- ※2 御池ライブラリNO.14 9頁
- ※3 東京地裁平成18年2月10日判決 最高裁HP
- ※4 知財高裁平成18年11月8日判決 最高裁HP
なお不法行為の成否など他の重要な論点を含むがここでは割愛する。
- ※5 大阪高裁平成9年3月27日判決 最高裁HP
- ※6 東京高裁平成13年12月26日判決 最高裁HP
- ※7 海外では色彩の配列そのものが商標として保護されている立法も見られるが、我が国の現行商標法においてはそれ自体では保護されていない。
- ※8 E社のT薬品工業(株)に対する知財高裁平成18年9月28日判決においては、「少なくともそれがありふれたものではない顕著な特徴を有していることが必要と解すべき」と特別顕著性の要件は必要と判示されている。
- ※9 本件では名称権に基づく侵害行為の差止めも争われており、この点の判示も重要であるが、本稿では割愛する。
- ※10 「経済的対価を得ることを目的とする事業」新注解不正競争防止法(小野昌延編著)128頁
- ※11 「取引社会における事業活動であれば、ここにいる「営業」の要件を満足すると解すべきであろう」不正競争法概説第2版(田村義之著)68頁
- ※12 東京地裁平成16年3月30日判決 判タ1162号276頁
- ※13 最二小平成18年1月20日判決 判時1925号150頁

**1番抵当権設定時に
同一所有者要件を満たさず、
2番抵当権設定時に
これを満たす場合、
1番抵当権消滅後、
2番抵当権が実行された時の
法定地上権の成否
～最判平成19年7月6日
(金融・商事判例1271.33)から～**

弁護士 永井 弘二

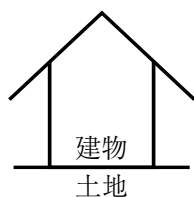
第1 はじめに

法定地上権とは、抵当権設定時に土地と建物が同一の所有者の所有となっている場合、土地または建物の一方に抵当権が設定されるなどして、その抵当権によって競売された結果、土地と建物の所有者が異なることとなった時、法律によって建物のために成立する地上権です(民法388条、なお、民事執行法81条により土地または建物の一方が強制競売された時にも同様の法定地上権が成立します)。

この制度の趣旨は、抵当権設定時に土地建物が同一の所有者である場合は、建物には賃借権等の用益権を設定できませんから、こうした場合に建物に地上権が成立しないと、競売後の土地所有者は、建物所有者に対して建物収去土地明渡を求めることとなりますが、そうすると、建物という一般に高価な物の取り壊しが横行して社会経済的な損失が大きいこと、抵当権者及び抵当権設定者(当初の所有者)の意思から見ても、建物を存続させても構わないとの意思を持っているのが通常であることなどから、法律によって地上権が成立することとして、建物の保護を図ったものと説明されています。

この法定地上権を巡っては、民法が1箇条をおいているだけであることにも起因して、これまでも様々な論点が議論され判例が積み重なってきています。今回の最高裁判例も、こうした論点の1つを解決するものです。

第2 事案と争点



建物 所有A→②所有Y
土地 所有Y

- ①土地建物にBの抵当権
- ③土地のみにCの抵当権
- ④Bの抵当権抹消
- ⑤Cによる抵当権実行により、土地をXが取得

今回の事案を簡略化すると(実際は共有に関する問題もありますが割愛します。)、上記の図のとおり、土地所有者Y、建物所有者Aの状態①土地建物にBが1番抵当権を設定した後、②建物所有者がYとなり(この時点で土地建物はYの同一所有)、その後、③土地のみにCが2番抵当権を設定した。その後、④Bの1番抵当権が抹消され、その後、⑤Cによって土地が競売されて、土地をXが取得した。このような状況で、XはYに対して土地所有権に基づいて建物取去土地明渡を請求したという事案です。争点は、建物についてYに法定地上権が成立するか否か、というものです。

今回の争点を理解するためには若干の説明が必要です。

Bの1番抵当権を基準にすると、その設定時は土地と建物の所有者が別であるため法定地上権の要件を満たしませんが、Cの2番抵当権設定時はいずれもYが所有者であるため法定地上権成立の要件を満たすことになります。

かつて、最高裁は、本件のような事案で、Bが土地のみに1番抵当権を設定しており、且つ、Bの抵当権が抹消されずBが1番抵当権に基づいて土地を競売した場合、法定地上権の要件を満たすCの2番抵当権があったとしても、法定地上権は成立しないと判断しました(最判平成2年1月22日判時1349p56)。

今回の事案とこの平成2年最判の違いは、法定地上権の成立要件を満たすCの2番抵当権設定後にBの1番抵当権が抹消され、競売は2番抵当権に基づいてなされた点です。一見すると、あくまでCの2番抵当権では法定地上権成立の要件を満たすわけですから、地上権が成立するという結論となるかのようにも思えます。

しかし、この平成2年最判を前提にした場合、Cの立場としては、法定地上権の成立しないBの1番抵当権がある以上、法定地上権は成立しないという前提で2番抵当権を取得するという判断をすることもあり得ます。抵当権者の立場からすると、法定地上権が成立するという事は、それだけ土地の評価額が下がることになり(反対に建物の評価額は上がります。)、法定地上権の成否は土地の担保価値評価に大きな影響を及ぼします。そうすると、法定地上権が成立せず土地評価が大きいと予測したCの期待を保護する意味でも、今回の事案でも法定地上権は成立しないという解釈は成り立ち得ます。

実際、今回の最高裁判決の1審、2審とも、こうしたCの期待を保護して、法定地上権は成立しないと判断をしました(X勝訴)。

第3 最高裁判決

しかし、最高裁は、1・2審を逆転させ、今回の事案では法定地上権が成立すると判断をしました。

この判断の理由は、まず、あくまで今回の競売手続時点では先順位であるBの抵当権は既に消滅していること、競売時点で最先順位抵当権であるCの抵当権設定時においては同一所有者の要件を満たしていること、また、1・2審が問題にしていたCの期待については、Cの立場としては、Cの競売までにBの抵当権が弁済等によって抹消されることも予測すべきであり、その場合には、2番抵当権が1番抵当権になるという順位上昇の利益を受け、他方、法定地上権が成立するという状況になることも予測した上で担保価値を評価すべきであるとししました。

第4 若干の検討

1 かつて戦前の大審院は、土地建物が異なる所有者の段階で、「建物」に対して1番・2番の抵当権が設定された後、土地建物の所有者が同一となって、さらに「建物」に3番抵当権が設定されたという状況で、1番抵当権による競売がなされた場合、法定地上権が成立すると判断しています(大判昭和14年7月26日)。これは、この競売手続によって法定地上権成立要件を満たす3番抵当権も当然に抹消されるため、法定地上権が成立することを予期した3番抵当権者の期待を保護したのではないかと思われます。土地抵当権者と違って建物抵当権者は法定地上権が成立した方が建物の評価が上がって有利です。

これに対し、前述の平成2年最判は、「土地」に対する抵当権については、先順位の抵当権設定にあたって法定地上権成立の要件を満たさない以上、その抵当権者の期待(法定地上権が成立しない方が土地評価が上がります。)を保護しなければならないとしたものです。

このように、所有者の同一性の要件については、「土地」抵当権の場合と「建物」抵当権の場合では、同じような状況でも結論を異にしていることになり、それは抵当権者の「土地」または「建物」の担保価値把握に対する期待の違いということの説明されることになると思われます。

他方、こうした解釈において不利益を被り得る人の立場について検討すると、まず、大審院の事案で建物抵当権が設定された場合には、土地建物の同一所有者となった人が土地所有権について地上権を設定されるという不利益を被ることになりますが、この人は自ら3番抵当権を設定したわけですから、そうした不利益を甘受しなければならないということになります。

また、平成2年最判の事案では、競売時点での建物所有者(これは土地所有者と同一)が地上権設定を受けられないという不利益を被ることになりますが、この人は建物所有権取得時点あるいは土地所有権取得時点において、先順位の抵当権が土地に付着していることを理解していたことになり、この点でも地上権が成立しない不利益を甘受しなければならないということになります。

したがって、こうした「土地」抵当権の場合と「建物」抵当権の場合で結論を異にしていることについては妥当な結論であると思えます。

- 2 今回の判決は、結局、平成2年最判を前提にしたとしても、2番抵当権者たるCは、法定地上権成立要件を満たさないBの抵当権があっても、後にそれが弁済等で消滅することも考えた上で担保評価すべきであったことを指摘するものです。確かに、Cの2番抵当権設定時にBの1番抵当権があったとしても、実際にCの抵当権実行時にBの抵当権がない以上、法定地上権成立を認めるのは当然であると考えられ、今回の最高裁判決も結論として妥当なものであると思えます。
- 3 なお、あくまで推測ですが、今回の競売手続では、平成2年最判を前提として、1・2審が判断したように法定地上権が成立しないという前提で、競売裁判所は土地評価額を大きく評価し、Xはそう

した高い評価額で競落したという状況があった可能性があります。もしそうだとすると、今回の最高裁のように法定地上権が成立するという前提で評価された場合には、Xはより安い金額で競落できたということになります。そうした実態があったために、1・2審はX勝訴の判断をしたのではないとも思われます(邪推かもしれませんが)。

以上

名誉毀損に関する近時の裁判例

弁護士 上里 美登利

第1 はじめに

近時、名誉毀損に関する訴訟や、訴訟に至らないまでも、この表現は名誉毀損に当たるのではないかとの訴えをよく耳にします。また、名誉毀損が問題となる場面も、典型的な新聞、雑誌、小説等のみならず、インターネット掲示板の書き込みや訴訟中の行為等様々です。

そこで、あまり体系的ではありませんが、筆者が、近時、しばしば名誉毀損が問題とされると思うケースについて、裁判例を外観してみました。

第2 問題となった場面

1 報道機関や作家による表現が問題となった事例

まずは、従来からよくある新聞や小説による表現が問題となった事例ですが、最近では、特に、「意見ないし論評」か、「事実の摘示」かが問題となったケースが目につきました。

意見ないし論評による名誉毀損の成否については、意見論評の前提となっている重要な事実について真実であることが証明され、かつ意見論評の域を逸脱したものでないときには、名誉毀損による不法行為が成立しないとするのがほぼ確立した判例法理です(判例時報1959号・30頁、最高裁昭和62年4月24日判決等)。

近時では、最高裁平成16年7月15日判決が、XがYの著作物の一部分を無断で採録し、Yの見解の批判等を内容とする書籍を出版したのに対し、Yがその著作物においてXの上記採録を「ドロボー」であり、Xの上記書籍を「ドロボー本」と繰り返し記述した上、上記採録が著作権侵害である

などとの見解を表明したことに対し、これは意見ないし論評に当たるとして、名誉毀損の成立を否定しました。

また、産経新聞社が、社説に「問題教師 すみやかに教壇からはずせ」との標題の下に、「…反日的な教育を行っていた…中学教師は、…教育委員会が動き、研修を命じられた。」旨の記事を掲載したことに対する慰謝料等請求に対し、東京高裁平成19年1月16日判決は、請求を棄却した原審を維持し、上記記事は、いずれも意見ないし論評の域を逸脱しているとはいえないなどとして、名誉毀損は成立しないと判断しています。

しかしながら、これらの裁判例を見ても、実際のところ、事実摘示か意見ないし論評かの峻別が困難な場合は多いものと考えられます。

2 裁判に関連して問題となった事例

- (1) 訴訟中の行為によって当事者や代理人の名誉が毀損されたとして訴えが提起される事例は、少なからず存在します。

近時でも、東京地裁平成18年3月20日判決は、準備書面や陳述書において、相手方当事者に関して、「こんな不倫女」とか「狂気の男女関係」や、「話が複雑で頭が混乱するので、まず被告〇〇の男関係を年代順に掲げる」という文章に引き続く記載が問題となったところ、訴訟が敵対当事者間における弁論と証拠による攻撃防御である以上は、筆のすべりというものもまた避けられないところであるとしながら、このように被告〇〇の異性関係を年代順に詳しく記載しないとなぜ「話が複雑で頭が混乱する」のかよく分からず、相手方に対する個人攻撃の目的があったことを十分に伺わせるとし、精神的損害に対する不法行為責任として、20万円の損害賠償を認めました。

また、京都地裁平成18年8月31日は、貸金業者が相手方代理人について「…訴訟提起までしてくる行為は、原告代理人が単に弁護士費用を稼ぎたいだけの行為であるとしか考えられず、この様な行為も権利濫用であり、信義則にも反する行為である。」等と記載した答弁書を提出し、陳述擬制されたことに対する名誉毀損による慰謝料請求訴訟の事案ですが、請求を棄却した原審を取り消し、訴訟活動に名を借りて、訴訟上する必要のない事実を主張し、相手方等の名誉を損なう行為に及び正当な訴訟活動として

許容される範囲を逸脱していると判断し、名誉毀損による不法行為を認め、10万円の支払いを命じました。

従来から、民事訴訟においては、当事者が弁論を尽くす必要があり、当事者の鋭い利害対立からしばしば名誉や信用を損なう主張がされることがあるという性質があること、また、それに対して相手方は直ちに反論等が可能であり、かつ、当該主張の当否や主張事実の存否は、事案の争点に関するものである限り、終局的には裁判所の判断するところとなり、これによって損なわれた名誉や信用を回復することができること、相手方等の名誉が毀損されたとしても、それが当然に不法行為を構成するものではなく、訴訟行為と関連し、訴訟遂行のために必要であり、主張方法も不当とは認められない場合には、違法性が阻却されるとされてきました(前掲京都地裁平成18年8月31日判決に同旨)。

この枠組みによれば、訴訟において、争点に関して自らの主張を通そうとする余り、相手方の名誉を毀損するような主張がされた場合でも、訴訟活動に名を借りた不必要な主張でない場合は、原則として不法行為と評価されることはないと考えられます。

なお、訴訟行為の場合、名誉毀損の要件である不特定多数人への伝播可能性をどのように捉えているのかという点が気になるのですが、その点は余り具体的に問題とされていないように思われます。訴訟記録が閲覧可能であり、法廷が公開されていることから、抽象的には不特定多数人への伝播可能性はあると考えられますが、余り具体的には検討されていないように思います。

- (2) 他にも、訴訟に関連する事例としては、訴訟提起に際しての記者会見や新聞報道による名誉毀損が問題とされる事例があります。

例えば、医師の患者に対するセクシュアルハラスメント等を理由とした損害賠償請求訴訟(結果は患者側敗訴)の訴状の写しを記者クラブ幹事社にFAX送信し、記者会見をした訴訟代理人の行為及び医師の実名を使用して提訴記事を掲載した毎日新聞社について、名誉毀損等による損害賠償請求を求めた事案(他に、不当訴訟の主張もされました。)があります(東京高裁

平成18年8月31日判決)。本事例では、まず、記者会見において、司法記者クラブの記者に摘示された事実が何か問題とされましたが、それは、「医師がセクハラ等の不法行為を行ったこと」ではなく、訴え提起の事実と何を請求原因事実としているかであると判断されました。もっとも、社会的評価を低下させるかは、同会見に基づく報道に接した一般国民の普通の注意と読み方を基準として判断すべきであるとし、民事訴訟の提起の報道に接した国民の中には、真相は不明であるものの、少なくとも提訴者からセクハラ等と受け取られるような何らかの行為があったのかもしれないとの印象を受けること等から、提訴事実自体がその限度で医師の社会的評価を低下させ、名誉を毀損するものと認定しています。

また、毎日新聞社の記事については、鍵括弧を付した「診察でセクハラ行為」との大見出しがつけられ、これと並んで「〇〇医科大教授相手に提訴」との小見出し(小見出しには鍵括弧がない。)が掲げられているものの大見出しに比べて活字のポイントが小さいことや、医師につき実名を使用し、本文のほとんどを訴状から提訴者の主張を引用している点につき、同記事は、医師がセクハラを行ったとの事実を摘示するものであると医師は主張しましたが、そのような事実を報道したものであるとの印象を与える余地がないのではないものの、小見出しを併せて見れば、セクハラ等を理由に医師に対する提訴がなされたとの事実を報道する趣旨であることを明確に読み取ることができるなどとなりました。もっとも、訴訟提起の事実自体が社会的評価を下げるとして、名誉を毀損したと認定していません。

ただ、上記事件の結論としては、判決は、記者会見及び新聞報道とも、公共の利害に関する事柄であること、公益目的、真実性の要件を充たし、いずれも違法性が阻却されるとし、医師の請求を一部認容した原審を取り消しました。

3 インターネット上の誹謗中傷について

- (1) インターネットの普及により、インターネット上の電子掲示板等に匿名で特定の者に対する誹謗中傷がなされることが非常に多くなり、そうした表現をめぐる裁判も非常に多く提起されています。

インターネットの電子掲示板等の場合、新聞や雑誌と異なり、誹謗中傷を受けた対象も、同じ場面で即時に反論することが理論上可能なため、対抗言論による名誉回復ができるとの反論も考えられます。

しかし、古くは、ニフティーサーブ事件(東京地裁平成9年5月26日判決、東京高裁平成13年9月5日判決)において、反論が可能であるからといって被告の名誉毀損的発言が許容されるものではないとして相当性を欠いた被告の侮辱的発言を名誉毀損に当たると判断されていますし、その後の裁判例においても、インターネット掲示板での名誉毀損発言につき、一般的に対抗言論の法理で違法性が阻却されると判断していることはいずれもありません。

特に、誰でも匿名で書き込みを行うことができるインターネット掲示板の場合、反論を行うことがさらなる誹謗中傷発言を引き起こす可能性も高く、対抗言論の論理を当てはめることは難しいと考えられます。

- (2) インターネット上の表現行為については、その発信者の匿名性の問題等から、直接の加害者ではない掲示板の開設者に対して、表現の削除を求めたり、削除義務違反に基づく損害賠償請求をしたりする裁判例が多く存在します。

例えば動物病院対2チャンネル事件判決(東京地裁平成14年6月26日判決、東京高裁平成14年12月25日判決)は、特定の動物病院に関し、「過剰診療、誤診、詐欺、知ったかぶり」「ヤブ(やぶ)医者」他多数の書き込みがされたケースですが、条理上の削除義務を負っていたとして、2チャンネルの開設者に対し、不法行為に基づく損害賠償として動物病院と経営者に対する各金200万円の支払いを命じ、人格権としての名誉権に基づき名誉毀損的発言の削除を命じました。

「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」)は、平成13年11月30日に成立し、平成14年5月27日から施行されましたが、同法は、削除義務や開示請求への回答義務を直接規定したのではなく、他人の権利侵害の認識(認識可能性)や権利侵害の明白性等の要件が具備されない場合には、プロバイダがこれらの義務を負わないといった定め方をしています。

そのためか、同法施行後も、プロバイダが、名誉毀損的発言の削除請求に応じなかったり、発信者情報の開示請求に応じないケースが多く、これらを求める訴えが多数提起されています。

4 社内における上司の部下に対する名誉毀損

会社内での上司による部下の名誉毀損が認められた裁判例として、東京高裁平成17年4月20日判決があります。これは、社内メールにおいて、十数名の所員全てが閲覧可能な状態で、上司が部下に対し、「やる気がないなら、会社を辞めるべきだと思います。…」 「あなたの給料で業務職が何人雇えると思いますか。あなたの仕事なら業務職でも数倍の実績を挙げますよ。…」などと度を越えた叱責を行ったという事例です。判決は、請求を棄却した原審を取り消し、損害賠償請求を5万円の限度で認容しました。これも、インターネットが普及したゆえの事件ということができ、多数の者に同時に情報を発信できるという電子メールの簡便さがもたらす危うさを示しているように思われます。

第3 救済措置

1 インターネット上の書込み記事の削除等

前述のように、プロバイダ責任制限法が平成14年5月27日から施行されたものの、プロバイダが削除請求や発信者情報の開示請求に応じないケースは多く、訴訟は頻発しています。

例えば、東京地裁平成15年7月7日判決は、大手化粧品製造販売会社及びその代表者に関し、インターネット掲示板で、代表者が家政婦として愛人を募集したという記載に始まる多数の女性問題に関する指摘と共に「セクハラじい」「エロ社長」等という侮辱的表現が多数用いられ、また、同人が会社人事を恣意的に行った等の記載が多数なされたケースにおいて、これらは社会的評価を低下させる表現であるから、条理に基づき当該発言を削除すべき義務があると判断し、会社及び代表者に対し、各300万円、100万円の損害賠償請求を認めています。なお、同判決では、名誉毀損発言が現存しないとの理由で、削除請求は棄却されています。

また、東京地裁平成15年6月25日判決は、インターネット掲示板における、20代の女性プロ麻雀士に関する「はなこちゃん、整形しすぎ。…別人

だね。皆驚いただろうな！親泣かなかった？」とか「整形雀士」との表現につき、同人の社会的評価を低下させるとし、芸能活動をしていたとしても、同人の容貌・異性関係についてまで、侮辱的表現を用いて事実を摘示したり評価したりすることが許されるものということとはできないとし、また、掲示板の管理運営者の認識、又は認識可能性から、プロバイダ責任制限法3条1項1号、2号の要件が存在していたと判示し、100万円の損害賠償と、名誉毀損発言の削除を命じています。

もっとも、上記のような判決が出たにもかかわらず、プロバイダが判決に従わない場合には、有効な執行手段がなく、現実的救済が困難であるという問題が残っています。

2 名誉の回復措置

法律上は、民法723条において、裁判所が名誉を回復するのに適当な処分を命ずることができる規定されており、謝罪広告等が認められる場合があります。

また、対抗言論の一種と考えられますが、例えば、朝日新聞社は、自社の紙面上の表現によって自己の名誉を毀損されたという申立に対し、必要と判断された場合には、第三者によって構成される「報道と人権委員会」で調査を行い、その結果を紙面上で公表するという制度を設けています。近時では、株式会社整理回収機構の申立に対し、平成19年8月21日付で、整理回収機構の反論を一部掲載すると共に、上記委員会による調査結果と見解を発表しました。報道機関による自主的な対抗言論の機会の確保として一定の評価ができるものと考えます。

3 損害賠償

名誉毀損による損害額の算定要素に関しては、通常、一般的な慰謝料に関する算定要素である被害の程度・態様、被害者の職業・社会的地位、侵害行為の態様、侵害行為後の加害者の態度、被害者・加害者間の関係等に加え、被害者側の事情として、被害者の年齢・職業・経歴、被害者の社会的評価、被害者が被った営業活動上・社会活動上の不利益等、加害者側の事情として、加害行為の動機・目的、名誉毀損事実の内容、名誉毀損事実の真实性・相当性の程度、事実の流布の範囲・情報伝播力等が挙げられています(判例タイムズ1055号12頁)。

近時の高額賠償裁判例としては、例えば、新

潮社が「週刊新潮」において、「ロシアで美術品『窃盗』裏金要求疑惑『なんでも鑑定団』丸投げプロのスキャンダル」と題する見出しを付した記事を掲載する等したことに対し、東京地裁平成17年4月19日判決は、謝罪広告の掲載と共に金550万円を認容しました(控訴棄却)。また、少し前になりますが、プロ野球選手に対する週刊誌の名誉毀損行為に対し、1000万円の慰謝料と謝罪広告を認容した裁判例もあります(東京地裁平成13年3月27日判決)。

これらは、いずれも上記の算定要素から高額賠償が認められたケースといえ、今後も、上記算定要素に基づいて賠償額が定められるものと思われます。

第4 以上、名誉毀損に関する近時の裁判例を見てきましたが、特に鋭く表現の自由と名誉権が対立し、それに関連した主張が繰り返されているケースはあまりなかったように思われます。他方、時代の変化による新しい表現手法であるインターネットの掲示板における名誉毀損的発言が非常に問題となる場合が多く、インターネットに関しては、名誉回復手段の問題等で課題が残っていると思われます。

以上

参考文献

- ・判例時報1959号30頁
- ・判例タイムズ1055号4頁
- ・判例タイムズ1110号80頁
- ・判例タイムズ1182号80頁

製造物責任と 製造者以外の行為の関係

弁護士 住田 浩史

1 問題の所在

製造物責任法が施行された平成7年7月から10年余りが経過した現在、製造物責任に関する裁判例もいくつか出てきており、なかには注目すべき内容のものもある。

さて、製造物に関わる当事者は、なにも製造者だけではない。製造物は、市場に流通する際に、販売店や代理店、卸売業者や小売業者などの中間取引者を媒介するのはむろんである。さらに、加工業者等の二次製造業者のもとで部品として製品に組み込まれたり、医薬品や医療用器具のように医師などの専門家の処方や医療行為を介することがあったり、また消費者のもとに届けられる際にも工事業者などにより設置工事などが行われることがある。さらに、消費者のもとに届けられた後も、消費者が使用することとなったり、またその使用に関して修理業者等が修理や整備、あるいは改造を行うことがある。このように、製造物について、製造者以外の行為の介在が見られる場合、製造物責任法上、どのように位置づけるべきであろうか。

本稿及び次稿においては、製造物責任法に関する裁判例のうち、この論点に関わるものをいくつか紹介し、製造物責任と製造者以外の行為の関係について論ずることとする。

2 裁判例

(1) 二次製造業者の製造行為

A 東京地判平成15年7月31日(判時1842号84頁)

ア 事案の概要

原告は、被告製造にかかる汎用製品であるFTスイッチを購入してカーオーディオを製造販売したところ、当該FTスイッチの一部が常時短絡する不具合が多発し、回収修理のために多額の費用を要した。

イ 欠陥

肯定(設計上の欠陥)

ウ 二次製造業者(カーオーディオ製造業者)の

行為について

被告は、原告が高温、高湿、電圧連続印加の複合状態において継続的に使用することは、保証範囲の範囲外での使用であり、欠陥がないと主張した。

原告は、仕様書で保証された範囲内の使用であると反論した。

判決は、「本件FTスイッチは、本件保証範囲の範囲内で本件短絡事故を発生し」と判示し、被告の主張を斥けている。

(2)医療行為

B 東京地判平成15年3月20日(判タ1133号112頁)

ア 事案の概要

医師が、乳児(原告の子)の気管切開部位に装着した被告Ⅰ製医療器具に被告Ⅱ製の呼吸回路機器を接続したところ、接続部が閉塞して乳児が呼吸困難で死亡した。

イ 欠陥

肯定(被告Ⅰ・被告Ⅱいずれについても指示・警告上の欠陥)

ウ 医療行為について

被告Ⅱは、事故は医師の医療器具の使用上の注意義務違反によるものとして製造物責任を免れる(因果関係の否定)と主張した。

原告は、医師の注意義務違反があったからといって製造物責任を免れるものではないと反論した。

判決は、「医療器具の製造・輸入販売業者は、医療現場における使用実態を踏まえて、医療器具の使用者に適切な指示・警告を発して安全性を確保すべき責任があるのであって、たとえ医療器具を使用した医師に注意義務違反が認められるからといって、企業が製造物責任を免れるものではない」として、医師の注意義務違反を認めたとうえで、これにより製造物責任は免責されないとした。

C 東京地判平成15年9月19日

ア 事案の概要

医師が、原告の脳動静脈奇形につき被告輸入販売にかかるカテーテルを用いて手術中、カテーテルが破裂して脳梗塞が発症した。

イ 欠陥

肯定

ウ 医療行為(等)について

被告は、医師が過剰加圧したために破裂した(欠陥評価)と主張した。

原告は、通常予測される医療行為の範囲内(欠陥評価)であったと反論した。

判決は、「術者が経験上体得した通常予想される使用形態を越えて、あえて過剰な加圧でもしない限り、破損しないような強度を備えていなかったと推認される」として、医師の注意義務を否定し、製品の欠陥を認めた。

(3)消費者の行為

D 東京高判平成13年4月12日(判時1773号45頁)

ア 事案の概要

被害者(遺族原告)は、勤務先工場において、被告製造にかかるプラスチック製食品容器(フードバッグ)油圧裁断機を操作中、付設されていた自動搬送装置のリフトに頭部を挟まれて死亡した。

イ 欠陥

肯定(設計上の欠陥)

ウ 使用者の行為について

被告は、荷崩れが起きても、非常停止ボタンで機械を停止させ、あるいはリフトが最上部で停止したときに手動ボタンで下降させて除去できるのに、あえて作動中のリフトに体を入れるような危険な使用方法をとったのであるから、到底予見し得ず、欠陥はないと主張した。

原告は、そもそも容易に荷崩れが起きる仕様になっており、いちいち非常停止ボタンで電源を切ったうえで崩れたフードバッグを除去するのではなく、思わず体をリフト上に入れてしまうことは予見できると反論した。

判決は、操作担当者が常に機械を停止させて作業を中断して荷崩れを修正するということは考えにくいとの心理についてふれた上で、「本件機械の製造者としては、そのような操作担当者の心理にも配慮し、機械の安全性を損なうことの内容にする必要があるというべきである。」とし、被害者の行為が「客観的に危険な行為であっても、作動しているリフトの上部に手や体を入れ

て崩れたフードバッグを取り除こうとすることをもち、予測の範囲を超えた異常な使用形態であるということとはできない」とし、被告の主張を斥けている(ただし、過失相殺5割を認定)。

E 仙台地判平成13年4月26日(判時1754号138頁)

ア 事案の概要

被告製造にかかる自動車のフロント・サイドマスク(日除け・凍結防止)を購入した原告が、これを使用中、附属のゴムひもに接続された金属製フックを上下に動かしたため、フックが跳ね上がって左眼に突き刺さり角膜裂傷等の傷害を負った。

イ 欠陥

肯定

ウ 消費者の行為について

被告は、一旦装着した後に上下に動かせば、ゴムの張力によりフックが外れることは構造上容易に理解できるから、通常使用の予測の範囲内とはいえず(欠陥評価)、また大幅な過失相殺がされるべきである(過失相殺評価)と主張した。

原告は、通常使用の予測の範囲内であったと反論した。

判決は、「通常の使用の範囲を超えた行為に出たものと認めることはできない」として、欠陥を認め、また過失相殺の主張には理由がないとした。

3 考察

(1) 製造者以外の行為の製造物責任法上の位置づけ

上記裁判例を検討するに、いずれの裁判例においても、被告は、それぞれ介在する中間取引者ないし消費者について、通常の使用の範囲(裁判例A、Bにおいては、仕様書や注意書等において保証した範囲)を超えた行為が認められる、との主張をし、原告の主張に対する反論を構成している。

しかしながら、その法的な位置づけについては、判決文における主張整理部分及び裁判所の争点に対する判断部分を読んでも、必ずしも明らかではないように思われる。例えば、評価的要件事実である「欠陥」の評価障害事実と位置づけるようでもあったり、上記裁判例Bの被告Ⅱのように、損害との因果関係を否定する事情として挙げているものもある。それに加え、消費者の行為を挙げる裁

判例D、Eについては、製造物責任を前提とした上での被害者の落ち度、すなわち過失相殺事由としても主張されている。

それでは、被害者を含めた製造者以外の行為について、製造物責任法上の法的位置づけについてはどのように考えるべきであろうか。

製造物責任法上の「欠陥」とは、当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていることである(製造物責任法2条2項)ところ、具体的には、「製品の特性、その通常予見される使用形態、その製造業者等が当該製造物を引き渡した時期その他の当該製造物に係る事情」によるとされている。

製造者以外の行為は、「その通常予見される使用形態」に関連してくると思われる。すなわち、消費者や加工業者、あるいは医療従事者等により、通常予見することができないような使用形態がとられた場合にのみ損害が生じるような場合については、そもそも「欠陥」にはあたらないという欠陥の評価障害事実ととらえることが可能である。

さらに、当該製造物に欠陥はあるものの、損害は、製造者以外の行為により生じたものであって、欠陥とは関係がない、という法的因果関係の評価障害事実として主張することもありえよう。しかしながら、製造者以外の行為が当該製造物の欠陥の影響下にあるのであれば、たとえ製造者以外の行為に落ち度があったとしても、損害と当該製造物の欠陥との間に因果関係がないと考えることはできない。この点、裁判例Bは、医療器具の使用方法につき医療従事者の注意義務違反を認めながらも、「医療現場における医療器具の使用実態を踏まえて、医療器具の使用者に適切な指示・警告を発して安全性を確保すべき責任がある」として、製造者は製造物責任を免れるものではないとした。高度の注意義務を負うべき医療従事者の注意義務違反ですら欠陥と損害の間の因果関係を否定するものではないのであり、誤使用等を理由として安易に因果関係を否定することはできない。

また、過失相殺事由としての主張は、消費者の誤使用の自己責任を製造者の製造物責任と調整する役割を果たすものと考えられる。

しかしながら、理論的には、本来誤使用が通常予見できるかどうかについては、既に述べたとおり、欠陥概念の評価において論じ尽くされているはずであり、過失相殺においてこのことを再び論じる必要はないのではないかと。製造物の欠陥の影

響下にある誤使用によって損害が生じたのであるならば、それこそまさに欠陥によって生じた損害なのであって、そもそも消費者の落ち度として過失相殺すべき事由にはならない。また、製造物の欠陥によって損害が生じたものの、予見できないような消費者の誤使用によりその損害が拡大したという場合には、損害拡大との間の因果関係の問題になるのであり過失相殺の問題ではないと考えられる。

(2) 「通常使用」の範囲について

次の問題として、この「通常の予測の範囲」ないし「通常使用」ということばのとらえ方であるが、いかなる範囲まで「通常」と認めるかについては、どう考えるべきであろうか。

「通常」というからには、当然のことながら、「理想的な使用を行う慎重な消費者、医療従事者が注意書の内容を知悉し常に基礎文献等にあたることのできる余裕のある「理想」の医療現場、改造や修理についての正確な知識と能力を有する「理想」の修理業者や加工業者を想定してはならず、当時の製造物の使用の実際の実態や、使用する者の具体的労働環境や心理などに即して考えなければならない。

とくに、消費者については、フールプルーフ(fool-proof)ということば(無論、このことば自体そもそも消費者をバカにしている感も否めない)で個人的には好きではないが)が既に我が国においても普及しはじめてるように、消費者による誤使用の可能性を予見して製造物の設計ないし指示・警告を行わなければならないのが製造者に課せられた義務である。この点、機械の操作担当者の心理にも配慮し、客観的に危険な行為であるといえども、予測の範囲を超えた異常な使用形態であるということとはできないとした裁判例Dは、実務上参考となろう。

(3) まとめ

製造物責任訴訟において、被告側から、消費者の誤使用やその他第三者の行為の介在について主張されることはしばしばある。

本稿においては、消費者の誤使用やその他製造者以外の行為の介在がある場合においても製造者の製造物責任を肯定した裁判例のみを紹介したが、その他、誤使用等があることにより簡単に欠陥を否定したケースも散見される。これらの中には、上記のような具体的な製造物の使用実態や、

製造物に関する当事者らの知識や能力、慣行、心理状況などについて具体的に踏み込まないままに、簡単に「通常の範囲内を超えた」との判断を下しているのではないかと思われるものもある。

しかしながら、消費者の誤使用がある、第三者の注意義務違反がある、という事実は、これを予測して安全性を確保するという、まさに製造者に対する製造物責任法上の義務づけの契機になり得るものであり、それ自体をもって製造者の責任を免じたり減じたり事情となるものでは決してないことに留意しなければならない。

以上

民間児童養護施設の損害賠償責任 (最判平成19.1.25、判例時報1957.60)

弁護士 小原 路絵

1 はじめに

民間の児童養護施設に入所中の児童Xが、同じく入所中の他の児童から暴行を受け傷害を負った事件に関し、Xの入所を決定した都道府県(以下「当該県」といいます。)及び当該児童養護施設を管理運営する社会福祉法人(以下「当該法人」といいます。)に対して、損害賠償を請求する訴訟が提起されました。

最高裁は、平成19年1月25日、当該県に対して損害賠償責任を認め、当該法人に対してはその責任を否定しました(以下、「本件判決」といいます。)

両者の責任については、都道府県の措置により児童を養育していた社会福祉法人の責任という、公権力の行使を民間人(又は団体)が行う場合の責任の所在について、国賠法1条1項の解釈が問題となりました。

以下、検討の上、私見を述べたいと思います。

2 事案の概要

(1) 児童養護施設

児童養護施設とは、保護者のいない児童、虐待されている児童その他環境上養護を要する児童の養護や自立援助等を行うための施設(児童福祉法41条)で、かつて孤児院と呼ばれていた施設です。

国・公共団体は、児童養護施設等の設置義務

を負っており(同法35条1項、2項)、また、児童養護施設等への入所を要すると認められる児童に対し、その入所措置を採る義務を負っています(同法27条1項3号。以下「3号措置」といいます。)。なお、通常、この権限は、児童福祉法32条1項により、児童相談所長に委任されていることが多いです。

- (2) Xは、母親の病氣療養による家庭での養育困難を理由に平成4年1月10日に、当該県により、3号措置が取られ、当該児童養護施設に入所しました。

事件は、平成10年1月11日に発生し、当時Xは9歳でした。加害児童4名も、3号措置により、当該児童養護施設に入所していました。本件暴行により、Xは、右不全麻痺、外傷性くも膜下出血等の傷害を負い、高次脳機能障害等の後遺症が残りました。

3 下級審の判断

- (1) 一審(名古屋地判平成16. 11. 12、賃金と社会保障1387. 42)は、当該県から委託を受け養育監護を行っている当該法人の行為は国賠法1条1項の「公権力の行使」に該当し、その職員等が「公務員」に該当するとして、当該県に対する損害賠償請求を認容し、他方、当該法人について、「公務員」個人が責任を負うことがないことから、当該法人も使用者責任を負わないとして、当該法人に対する損害賠償請求を棄却しました。
- (2) 二審(名古屋高判平成17. 9. 29、賃金と社会保障1407. 56)が、当該県のみならず、当該法人に対しても損害賠償請求を認めたため、当該県及び当該法人は上告しました。当該法人への請求を認めた理由は、国賠法1条1項とは、公務員が違法に他人に損害を与えた場合に、当該公務員との関係で、公務員個人の責任を排除したに過ぎず、公務員の行為の違法性は消滅せず、組織法の公務員でなく、国賠法上の公務員に該当する者の使用者責任は排除されていないからとされました。

4 最高裁判断

- (1) 最高裁は、当該県の上告を棄却、当該法人の上告を破棄自判しました。
- (2) 当該県の責任

本件判決は、児童福祉法が、国及び地方公共団体に、児童の養育監護について様々な責任を負わせていることや(例えば、2条が、国及び地方公共団体に、保護者ととともに、児童が心身ともに健や

かに育成する責任を負うと規定していること、都道府県に児童相談所の設置が義務づけられていること(改正前15条)、3号措置の義務、28条の親権者等の意に反する場合に家裁の承認を得て児童を施設に入所させる権限、50条7号の費用の支弁等。)、47条の児童福祉施設長の親権代行権限等を摘出し、「法は、保護者による児童の養育監護について、国又は地方公共団体が後見的な責任を負うことを前提に、要保護児童に対して都道府県が有する権限及び責務を具体的に規定する一方で、児童養護施設の長が入所児童に対して監護、教育及び懲戒に関しその児童の福祉のため必要な措置を採ることを認めている。上記のような法の規定及び趣旨に照らせば、3号措置に基づき児童養護施設に入所した児童に対する関係では、入所後の施設における養育監護は本来都道府県が行うべき事務であり、このような児童の養育監護に当たる児童養護施設の長は、3号措置に伴い、本来都道府県が有する公的な権限を委譲されてこれを行って都道府県のために行使するものと解され」、当該法人職員等による養育監護行為は、公権力の行使に当たる公務員の職務行為にあたるとしました。

(3) 当該法人の責任

本件判決は、国賠法1条1項とは、公務員が、違法に他人に損害を与え、国又は公共団体が賠償の責めを負う場合に、公務員個人が民事上の損害賠償責任を負わないと解したものとして(最判昭和30年4月19日、最判昭和53年10月20日等)、この趣旨からすれば、「国又は公共団体以外の者の被用者が第三者に損害を加えた場合であっても、当該被用者の行為が国又は公共団体の公権力の行使に当たるとして国又は公共団体が被害者に対して同項に基づく損害賠償責任を負う場合には、被用者個人が民法709条に基づく損害賠償責任を負わないのみならず、使用者も同法715条に基づく損害賠償責任を負わない」とし、3号措置に基づき入所した児童に対する当該法人の職員等による養育監護行為が公権力の行使に当たり、当該県が国賠法1条1項に基づく損害賠償責任を負うため、本件職員の使用である当該法人は、民法715条に基づく損害賠償責任を負わないとしました。

5 同種裁判例

家裁による民間の補導委託施設で試験観察中の少年が、同施設に収容中の少年から集団暴行を受け受

傷した事件で、施設の管理者を国賠法上の公務員として国の損害賠償責任を認め、他方、管理者個人の責任を否定したものがあります(浦和地判平成8.2.21、判例時報1590.114)。

また、精神薄弱者援護施設に関する広島地裁福山支部昭和54.6.22判決もあります(判例時報947.101)。この判決は、県の国賠法上の責任だけでなく、施設を経営する社会福祉法人の責任も認めました。

6 考察

(1) 国・公共団体が、民間に事業を委託している例は多くあります。近時よく用いられるPFI(Private Finance Initiativeの略。公共施設の設置運営に関し、民間資金を利用すること。)の手法もその一つと言えると思います。

また、従来の公権力と民間の法律関係も、平成18年10月1日から施行された障害者自立支援法が、「措置から契約へ」と言われるように、変化してきました。

このように、国・公共団体の民間の利用が増え、更に、その利用形態が変化中、本判決のような事件が発生した場合、それぞれ、どこまでの責任を負うのか、国・公共団体と民間とのリスク配分を考える上で、本判決は重要な意義を持つと考えられます。

また、児童養護施設だけでなく、介護施設や、保育施設など、国・公共団体の委託を受けて業務を行っている施設は多く、現場の責任や注意義務を考慮する上でも、大変参考になる判例と思われるます。

(2) 本件判決の射程距離

まず、国賠法1条1項の公権力の行使と認められるには、単に、国・公共団体の委託を受けているというだけでは足りません。国・公共団体から、権限の委譲を受け、その業務を国・公共団体のために行っていることが必要であると考えられています(いわば委託された事務の公権力性の問題)。

本件判決も、これに関し、児童福祉法の条文を引用しつつ、児童の養育監護がそもそも当該県の権限であること、当該法人が、この権限の委託を受け、業務を代わりに行っていたことを指摘した上で、公権力の行使の該当性を判断しています。

とすれば、今回、Xの損害が、この養育監護という業務の中での公務員の過失と因果関係があっ

たため、当該県の責任が認められたと考えられますが、施設の設備等に関する過失、養育監護からはずれた職員の故意過失、施設の別途事業に関する過失行為など、養育監護に結びつかない当該法人の過失(使用者責任も含む。)による損害については、国・公共団体が責任を負わない場合も考えられます。

また、今回要保護児童に対する3号措置に基づく児童養護施設の養育監護が問題になっており、即ち、都道府県が、保護者がいる場合の後見的養育監護を行う場面ではなく、保護者に代わって第一次的に養育監護を行う場面での、当該県から当該法人への権限委譲が行われたケースでしたが、第一次的に養育監護を行える保護者が別にいる場合にまで、国・地方公共団体の責任が認められるかは明らかではありません。

(3) 公務員の免責

今回、国賠法上、国・地方公共団体が責任を負う場合に公務員個人が直接被害者に対して責任を負うことがないという解釈から、公務員の使用者である当該法人の責任も否定されました。

国賠法1条2項には、公務員に故意又は重過失があった場合の、国・公共団体の当該公務員に対する求償権が定められています。

この求償権は、当該法人の職員等に向けられるものと考えられますが、職員を使用している当該法人に対しては、国・地方公共団体が債務不履行責任を追求することも考えられます。国賠法1条2項はあくまで個人との関係を定めたものに過ぎず、対法人との関係を定めたものではないと考えることもできるからです。

また、そもそもの請求段階で、国賠法による組み立てでなく、被害者が、当該法人に対し、民法709条による不法行為責任を追求する場合も考えられ、本件判決により、当該法人に対する責任が全て否定されたということではないと考えられます。ただ、当該県が当該法人に対して求償するとしても、その求償範囲については、本件判決は何ら明らかにするものではありません。

以上

【参考文献】

- ・岡田正則「民営児童養護施設における養育監護行為の過失と都道府県の損害賠償責任」(賃金と社会保障1445.70)

- ・稲葉一将、速報判例解説－最判平成17.1.25－(TKCローライブラリー 行政法NO.8)
- ・大曾根寛「児童養護施設における児童間の暴行・傷害と損害賠償の責任主体」名古屋地判平成16.11.12(賃金と社会保障1387.28)

内視鏡検査後の経過観察義務違反による過失が認定された裁判例の紹介

弁護士 長谷川 彰

1 はじめに

内視鏡機器の進歩により、開腹手術が行われることは少なくなり、内視鏡下に検査や手術が行われることが多くなっている。内視鏡下に行われる場合は、身体への侵襲が大幅に軽減され、術後のQuality of lifeの向上に寄与しているといわれている。

今後、内視鏡下での検査や手術は益々増加すると考えられるが、本件判例は、内視鏡的逆行性膵胆管造影、(ERCP)、内視鏡的経鼻胆道ドレナージ(ENBD)後の患者の経過観察の義務違反が問題とされた事例である。

2 事案の概要

時期：平成13年

病院：私立病院

ERCP 検査の結果、結石が認められ、総胆管結石嵌頓による閉塞性黄疸と診断された。

今後、総胆管結石嵌頓による重症膵炎、化膿性胆管炎を併発し、生命の危険を来す可能性もあるとして、ENBDを施行した。3時間後の血液検査の結果、アミラーゼが728iu/Lであり、飲水のみ許可された。翌日、腹部CT 検査を行った段階では、重症膵炎の所見はみられなかった。検査の翌々日から主治医は学会出席のため、不在となり、代替りの医師が担当した。血液検査では、WBC1300、CRP >7.0mg/dl、アミラーゼ267iu/L等を確認したが、膵炎重症度判定の検査である血液ガス分析、腎機能、血清蛋白値、血清Ca 値、プロトロンビン値などは施行されなかった。患者は、腹満感が強く、尿量減少、呼吸が荒くなる等の症状があった。

検査から3日目の腹部CT 検査で、重症膵炎及び

腹膜炎と診断され、ICUでの集中治療が可能な別の病院へ移送された。転送先では、壊死性膵炎の状態にあり、その原因がENBD チューブにあると判断し、チューブが抜去された。その後、同病院で治療が続けられたが、約3週間後に多臓器不全にて死亡。

3 争点

(1)ERCP検査及びENBD施行後において、経過観察等を怠り、急性膵炎が重症化しないように適切な治療を行わなかった過失があるか。

(2)上記過失が認められた場合、死亡との因果関係は認められるか。

4 裁判所の判断(岡山地裁平成19年1月31日判決)

争点(1)について

医師らは、検査翌日のCT 検査の結果、患者の膵炎をCTGrade IIIと診断し、絶食・補液、膵酵素阻害剤などの投薬を行ったが、検査翌日から翌々日にかけて患者が腹満感を訴え続け、腹痛が増強し、多量の発汗と呼吸が荒くなるなどの症状がみられるなど症状の悪化が認められたにもかかわらず、医師は看護婦に電話で連絡を受けて投薬の指示をしたのみで、直接診療したのは、検査翌々日の午前中に1回したのみであった。

重症急性膵炎の死亡率は20%～30%と高く、急性膵炎が発症した場合、重症化しないように治療につとめなければならない。

検査翌日にはCT 検査で急性膵炎が発症したと診断し、かつ、患者の症状が改善しなかったのであるから、各種の検査を頻回に行うことにより、投与している薬剤の効果を確認し、急性膵炎の原因が留置したENBD チューブによる膵管開口部圧迫に起因するものであるかの検証を行うべきであるのに、これを怠り、ENBD チューブ抜去の判断を含め急性膵炎の治療が適切でなかった結果、膵炎を重症化させた。

なお、閉塞性黄疸の治療方法は、ENBD チューブによる方法以外にもあるのに対し、膵炎が重症化した場合は、膵臓の細胞が壊死し、不可逆的状況が生じるから、ENBD チューブを抜去することを決断すべきであった。

争点(2)について

「検査翌々日に腹部CT 検査が施行され、膵炎重症度判定の血液マーカーを測定していれば、重症膵炎と判定されていた可能性は排除できない

が、この時点で集中治療の可能な別病院へ搬送されていても、患者の生命を救えたか否かについては不明である」とのA医師の意見書と「早期に重症度の検査、画像診断と適切な処置がなされ早期に集中治療が行われれば、不幸な結果に至る可能性は回避できたかもしれない」とのB医師の意見書が併存したが、裁判所は、検査翌日に急性膵炎は中等症と診断しているのであるから、その後CT検査や膵炎重症度判定血液マーカーなどの検査を行っていれば、ENBDチューブ抜去を含む適切な治療を行い膵炎の重症化を防ぎ得た可能性または重症膵炎に対する治療をより早期になし得た可能性が高いとしたうえで、検査翌々日の時点で別病院へ搬送されていれば救命できたか否かを判断できない事態となったのは、同日CT検査を行っていなかったため、膵炎の程度を立証できないからであることに鑑みると、上記事実を立証できない不利益を原告らに負わせるのは妥当でないとし、因果関係を認定した。

5 コメント

ENBDを実施後膵炎が生ずることがあることはよく知られている。医学文献では、「とりあえず当日は絶食とし、抗菌薬と蛋白分解酵素阻害薬を投与し2時間後にアミラーゼ値を測定して、患者を注意深く観察する」「膵炎や胆管炎が生ずるかどうかについては十分に経過を追うべきである。その指標としては患者の疼痛、発熱の有無および血液結果(血算、CRP、ALP、アミラーゼ等)が参考になる。」などと記述されている。

本件でも、検査翌日のCT検査で膵炎発症を診断していたが、その後の2日間、重症化することに対する腹部CT検査や膵炎重症度判定血液マーカーなどの検査がなされていないことを過失と認定した。また、急性膵炎の原因が、留置したENBDチューブによる膵管開口部圧迫に起因すると認定し、ENBDチューブ抜去しなかったことも過失と認定した。

さらに、死亡との因果関係で、被告医療機関が腹部CT検査をしなかったことが膵炎の程度を立証できない理由であり、その不利益を原告に負わせるべきでないとし、立証責任を転換して、因果関係を認定した点は、医療訴訟に必然する情報の偏りを是正する意味で有意義である。

以上

養育費を巡る諸問題

弁護士 茶木 真理子

1 養育費とは、民法766条1項にある「子の監護に必要な事項」として、裁判所が、非監護親から監護親に支払を命ずる未成熟子の養育に要する費用である(判タ1111号285頁)。養育費の金額については、東京・大阪養育費等研究会より提案された算定方式、算定表(同頁)に従って算定する方法が実務では定着している。よって、最近では、そもそも収入の認定に争いがある場合や、算定表が想定していない特別の事情がある場合等を除いて、養育費の金額自体が大きな争いになることはそう多くなく、算定表を参考とした金額で早期に合意が成立することが多い。そこで、本稿では、養育費を巡るその他の問題について、過去の裁判例を踏まえて検討したいと考える。

2 義務者が無職である場合

最近では、義務者が無職であったり、義務者の収入が最低生活費を下回るというケースも多く、このような場合にも、養育費の請求は可能か否かが問題となる。

義務者が無職である場合、原則として収入は「0」とせざるを得ないが、働くことが可能であるのに職に就いていないような場合には、義務者の収入を推計したうえで養育費を算出すべきである。収入推計にあたっては、賃金センサスを参考とする方法が調停時報155号10頁に紹介されている。

これまでの裁判例でも、義務者が無職である場合にも、養育費の支払を命ずる立場に立つものがある。

大阪高裁平成6年4月19日決定(家月47巻3号69頁)は、離婚後に義務者が退職して無職で収入がなく、また多額の負債を抱えていて、経済的余力がないとの義務者の主張を入れて、権利者の養育費の申立を却下した事件の抗告審である。このような義務者の主張に対し、親の未成熟子に対する扶養義務は生活保持義務であるから、義務者自身の生活が維持されており、債務の弁済もなされている以上、子に対する扶養義務を免れる余地はないと判断した。そのうえで、退職の理由、退職金等の収入の有無、失業保険受給の有無、新たな就職の有無、新たな就職先を

探す努力の程度などを調査すべきであるとして、これらの調査、審理を尽くさせるため、原決定を取り消し、差し戻している。また、この決定では、義務者が無職である場合でも、義務者の潜在的労働能力を前提にして、養育費を算定する可能性も検討すべきであると指摘している。

福岡家裁平成18年1月18日審判(家月58巻8号80頁)も、先行する審判において養育費の支払いを命じられた義務者が、勤務先を退職して収入がなくなったとして養育費免除の申立をした事案である。裁判所は、義務者が先行する強制執行を免れるために勤務先を退職したと認定し、現在収入を得ていないことを前提に養育費を免除することは相当でないとして、申立人の潜在的稼働能力を前提に義務者が勤務を続けていれば得べかりし収入に基づいて養育費を算定すべきとした。

3 一括請求の可否

子の生活費という養育費の性質、あるいは、成長や養育環境の変化により子の要扶養状態は一定ではない等の理由より、養育費は終期までの金額を一括で支給するのではなく、定期金支給の方法が原則とされている。義務者が定職に就き、また、継続して支払う意思を有している場合には定期金支給の方法でも構わないが、退職をして今後支払い見込みは無いが退職金等のまとまった手持資金があるようなケースでは義務者に一括で支払わせるのが妥当である。

この点について、一括請求を認めた裁判例もある。長崎家裁昭和55年1月24日審判(家月34巻2号164項)は、子が満18歳になるまでの養育費を一括して審判確定後即時に支払うことを命じたものである。この審判は、養育費は毎月その月分を支給するのを原則としつつも、一括払いを相当とする特段の事情がある場合には例外的にこれを肯定すべきとした。そのうえで義務者が中国国籍で、何時本国に帰国するかわからず、また子を本国の戸籍に入籍させる意思がないことに鑑みると、義務者が、将来に亘り、養育費の定期的給付義務の履行を期待し得る蓋然性が乏しいことを、一括払いを認める特段の事情として挙げている。

4 養育費負担の始期

養育費の支払いをいつ終了させるかという終期については、高校卒業時まで、成年に達するまで、大

学卒業時までのいずれかの時期で、親の資力や生活レベル等の個別事情に基づいて、決められている。他方、養育費支払の始期については、裁判例は、①夫婦の別居ないし離婚など扶養を要する状態が発生した時からとするもの、②請求の時(調停、審判の申立時)からとするものにと判断が分かれている。

最高裁平成9年4月10日判決(判時1620号78頁)、同平成19年3月30日判決(家月59巻7号120頁)は、離婚訴訟において、別居後離婚までの期間における監護費用の支払いを求める旨の申立てがあった場合には、民法771条、同766条1項が類推適用されて、人事訴訟手続法32条1項(旧法15条1項)所定の子の監護に関する処分を求める申立として適法であると判断した。この判決は、離婚請求を認容するに際し、別居後離婚までの間の子の監護費用の支払いを命ずることの可否について判断した判例とされているが、養育費の始期について、①の時点からの養育費負担の可能性を認めたものといえる。ただし、①の立場に立ったとしても、過去に遡った養育費の額が多額となる場合には、公平の観点から相当の範囲に限定される可能性はあろう(同旨として宮崎家裁平成4年9月1日審判・家月45巻8号53頁)。

5 当事者が外国に居住している場合の算定

前述の養育費算定表は、簡易迅速性と予測可能性の観点から、従来実額認定していた部分を、統計値等の裏づけをもった一定の割合や指数に置き換えて、算定方式の簡素化を図ったものである。よって国内における具体的な地域格差については考慮せず、全国一律に適用されるものとされている(判タ1209号4頁)。ただし、当事者が国外に生活の本拠を置いている場合には、別途、生活の実情を踏まえる必要が生じる。

この点につき、大阪高裁平成18年7月31日決定(家月59巻6号44頁)は、婚姻費用分担に関する判断ではあるが、一方当事者が外国(タイ)に居住している場合に、日本との物価を比較して生活費指数を修正した上で(具体的には、タイ国の物価が日本に比べて格段に安く、日本の半額程度の費用で生活が可能であるとして、生活費指数を2分の1とした。)、前述の算定方式に従って算定しており、養育費の算定においても参考になるとと思われる。

以上

休職期間満了時の復職の可否について

弁護士 稲山 理恵子

1 はじめに

休職とは、従業員について労務に従事することが不能又は不適當な事由が生じた場合に、使用者が当該従業員に対し労働契約関係そのものは維持させながら労務への従事を免除すること又は禁止することをいう。

休職には、傷病休職、起訴休職、出向休職、事故欠勤休職、懲戒休職などさまざまあるが、ここでは、傷病休職を取り上げたい。

傷病休職とは、業務外の傷病による欠勤が長期間に及んだときに休職期間を定め、休職期間中に傷病から回復して就労可能となれば復職するが、傷病が回復せず期間満了になれば自動退職となる制度である。かかる休職制度については、通達において、期間満了の翌日等一定の日に雇用契約が自動終了することを就業規則に定めて明示し、かつ、その取り扱いについて規則通り実施し、例外的な運用や裁量がなされていないならば、終期到来による労働契約の終了となり解雇の問題は生じないとされており(昭和27年7月25日基収1628号通達)、判例においても、「自然退職の規定は、休職期間満了日になお休職事由が消滅していない場合に、期間満了によって当然に復職となったと解したうえで改めて使用者が当該従業員を解雇するという迂遠な手続きを回避するものとして合理性を有する」(東京地判昭59.1.27、労働判例423号23頁、判例時報1106号147頁)とされている。

傷病休職においては、休職期間中に傷病が回復せず期間満了になれば自動退職となるため、休職期間満了時には、復職の可否について紛争が生じることがしばしば見受けられる。そこで、以下では、①休職期間満了時に労働者側が傷病の回復を立証せねばならないのか、会社側が復職可能でないことを立証しなければならないのかという、立証責任の所在について述べた上で、②復職可否の判断基準について検討する。

2 立証責任について

この点、東京地裁昭和59年1月27日判決は、「復職を否定して休職期間満了による自然退職扱いにする場合にあっては…使用者が当該従業員が復職することを容認し得ない事由を主張立証して初めてその復職を拒否して自然退職の効果の発生を主張しうるものと解するのが相当である。」(東京地判昭和59.1.27。判例時報1106号147頁)として、使用者側に復職を容認し得ない事由についての主張立証責任を認めた。

休職期間の経過により自動的に退職の効果が発生すると解し、従業員に傷病が治癒したことの立証の責任を負わせることとすると、休職中の従業員の復職を実質的に困難ならしめることとなり不当であるから(東京地判昭和59.1.27)、上記判決は妥当と考ええる。

3 休職期間満了時における復職可否の判断基準について

休職期間満了時の復職可否の判断基準に関する判例については、多数あるが、このうちいくつかの判例を紹介する。なお、ウの最高裁判例は、休職期間満了時の復職可否の判断基準に関する判例ではないが、休職期間満了時の復職可否の判断基準にも同最高裁判例と同様の考え方が当てはまるので、紹介する。

(1) 判例

ア 浦和地裁昭和40年12月16日判決(判例時報438号56頁)

【事案の概要】

椎間軟骨ヘルニアに罹患し、使用者から休職処分(期間一年、無給)を受けた従業員が、その後医師より就業可能の診断を受け、医師の証明書を添えて復職を請求したが、使用者は復職を承認せず、従業員に対し解雇の意思表示を行った事案。

【判旨】

病気休職者が、復職するための事由の消滅としては従前の職務を通常の程度に行える健康状態に復したときをいうものというべきであるとし、従業員の病状回復をもってしては従前の業務に従事出来る程度の回復とは認めがたいとして、病気休職の事由が消滅したとはいえないとした。

(但し、当該事案においては、就業規則が休職

期間満了の場合にも自動的に退職となることを規定しているとすれば、休職期間が満了したときに当然復職することが前提になっている労働協約に抵触するから、就業規則はその限度において効力を生じず、休職期間満了により復職した旨判断している)

イ 東京地裁昭和59年1月27日判決(判時1106号147頁)

【事案の概要】

結核性髄膜炎に罹患し休職していた従業員が、復職希望等の要望を述べ、復職を申し出たが、使用者は、復職申出を拒否した。その後さらに、従業員は申請人は被申請人に対し、「治療を終了し治癒と認定するので以後通常勤務に差支えない。」旨の医師の診断書を提出し、就労の提供をしたが、使用者は申出を拒否して長期病欠勤の期間を延長したのち、退職したものとして扱った事案。

【判旨】

本件職場事情のもと、他の職員の協力を得て当初の間はドキュメンティストの業務のみを行なわせながら徐々に通常勤務に服させていくことも十分に配慮すべきであり、前記の後遺症の回復の見通しについての調査をすることなく、また、復職にあたって右のような配慮を全く考慮することなく、復職不可能と判断した措置は妥当なものとは認められないとして、本件退職取扱いの措置は無効のものであり、復職申出を容れて従業員として取扱うべきものであるとした。

ウ 最判平成10年4月9日判決(労働判例736号15頁)

【事案の概要】

使用者(被上告人)が従業員(上告人)に対し、工事現場監督業務に従事していた従業員の病気(バセドウ病)を理由に自宅療養命令を発し、これに対し従業員が事務作業を行うことは可能として主治医作成の診断書を提出したが、使用者は診断書に現場監督業務に従事しう旨の記載がないことから、自宅療養命令を持続した事案で、この間の賃金を支払わなかったため、従業員が使用者に対し、右業務命令はその必要性なくして、または、不当労働行為として発せられたものであるから無効であるとして、右の間の賃金の支払を求めた事案における上告審。

【判旨】

労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結した場合においては、現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできないとしても、その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ、かつ、その提供を申し出ているならば、なお債務の本旨に従った履行の提供があると解するのが相当であるとした。

(2) 検討

アの浦和地裁昭和40年12月16日判決は、復職の要件を「従前の職務を通常程度に行える健康状態に復したとき」とする。

しかし、使用者側に常に従業員の健康状態に見合う職種の業務に就かせる義務はないとしても、一律に「従前の職務を通常程度に行える健康状態に復したとき」でなければ復職を認めないとすると、同一の企業における同様の労働契約を締結した労働者の提供しうる労務の範囲に同様の身体的原因による制約が生じた場合に、その能力、経験、地位等にかかわらず、現に就業を命じられている業務によって、労務の提供が債務の本旨に従ったものになるか否か、また、その結果賃金請求権を取得するか否かが左右されることになり不合理である(最判平成10年4月9日判決)。

よって、現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできない場合であっても、少なくとも、当該従業員が職種や業務内容の限定なく採用されており、その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ、かつ、その提供を申し出ているならば、復職が認められるべきである。

このように、基本的には、最高裁判例の立場にたった復職可否の判断基準が妥当であると考えられるが、復職が否定された場合の効果の重大性を考えると、軽勤務に就かせればほどなく通常業務に服せながら徐々に通常勤務に服させていくことも十分に配慮されるべきであろう。

以上

【参考資料】

- ・「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
- ・「労働法 第七版」菅野和夫 著
- ・「働く人のための法律相談」岩出誠・藤倉眞 著
- ・「実務労働法講義 上巻」岩出誠 著

車両保険の車両盗難事案において 被保険者が主張立証すべき事項

弁護士 長野 浩三

1 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、車両保険の落書き事案において、「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べきである。

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、同庁平成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。

これらの最判がでたことから、車両保険の盗難事案についての立証責任についても偶然性の立証責任は保険者に負わされることになろうとの予測がなされていたが、盗難事案につき、平成19年4月に3つの最判が出された。

2 最判平成19年4月17日自動車保険ジャーナル1685号2頁・金融・商事判例1267・25

同判決は、「被保険自動車の盗難という保険事故が発生したとして本件条項1に基づいて車両保険金の支払を請求する者は、「被保険者以外の者が被保険者の占有に係る被保険自動車をその所在場所から持ち去ったこと」という外形的な事実を主張、立証すれば足り、被保険自動車の持ち去りが被保険者の意思に基づかないものであることを主張、立証すべき責任を負わないというべきである。」と判示して、車両の持ち去りが被保険者の意思に基づくという免責事由の審理をさせるために原判決を破棄し原審に差し戻した。

3 最判平成19年4月23日自動車保険ジャーナル1686号4頁・金融・商事判例1267・25

同判決は、「被保険自動車の持ち去りが被保険者の意思に基づかないものであることを主張、立証すべき責任を負うものではない。しかしながら、上記主張立証責任の分配によっても、上記保険金請求者は、「被保険者以外の者が被保険者の占有に係る被保険自動車をその所在場所から持ち去ったこと」という盗難の外形的な事実を主張、立証する責任を免れるものではない。そして、その外形的な事実は、「被保険者の占有に係る被保険自動車が保険金請求者の主張する所在場所に置かれていたこと」及び「被保険者以外の者がその場所から被保険自動車を持ち去ったこと」という事実から構成されるものというべきである。」とし、「外形的・客観的にみて第三者による持ち去りとみて矛盾のない状況」が立証されれば盗難の事実が事実上推定されるとした原判決について、上記「矛盾のない状況」が立証されるだけでは盗難の外形的な事実を合理的な疑いをを超える程度にまで立証したことにはならないとして、原判決を破棄した。

4 最判平成19年4月23日自動車保険ジャーナル1686号13頁・金融・商事判例1267・25

同判決は、「保険金の支払請求をする者は、「被保険者以外の者が被保険者の占有に係る被保険自動車をその所在場所から持ち去ったこと」という盗難の外形的な事実を主張、立証すれば足り、被保険自動車の持ち去りが被保険者の意思に基づかないものであることを主張、立証すべき責任を負うものではないというべきである。」とし、自動車の持ち去りが被

保険者の意思に基づかないものであることにつき主張立証責任を負うとしてその証明がされてないとして棄却した原判決を破棄した。

5 最判からの保険金請求者が主張立証すべき事項

上記最判からは、下記のとおり言える。

- ①保険金請求者は、「被保険者以外の者が被保険者の占有に係る被保険自動車をその所在場所から持ち去ったこと」という盗難の外形的な事実を合理的疑いを超える程度にまで主張、立証する必要がある。
- ②①の事実、「被保険者の占有に係る被保険自動車が保険金請求者の主張する所在場所に置かれていたこと」及び「被保険者以外の者がその場所から被保険自動車を持ち去ったこと」という事実から構成される。
- ③保険金請求者は、被保険自動車の持ち去りが被保険者の意思に基づかないものであることを主張、立証すべき責任を負うものではない。

ここで重要なことは、上記①の第三者による被保険自動車の持ち去りという外形的事実は保険金請求者に合理的疑いを超える程度にまで立証する責任が認められていることである。

6 具体的には

具体的にどの程度の事実の立証によって上記請求者の立証責任が果たせたかは今後の裁判例・判例を待つ外ないが、上記最判後の名古屋地判平成19年4月27日自動車保険ジャーナル1691号13頁は、偽装盗難の動機について首肯しうる事実が証明されていないとする事案で、原告主張に関し、路上に鍵を落とし金属音に気づかない不自然さ、盗難前後の行動に関する重要な供述の変遷があったこと、その中には虚偽の話しも含まれていたこと、盗難後に乗ったとされるタクシー代の額が供述と実際とで大きく異なっていることなど、原告供述の変遷、客観的事実との相違などをあげて、上記外形的事実が認定できないとしている。

これまでのモラルリスク事案でも、丁寧な事実に関する供述録取、客観的状況との不一致などが重要な要素であったが、上記最判からは、これまでと同様の丁寧な事実関係の整理が極めて重要であるといえるし、不自然な供述、不合理な状況が多い事案ではモラルリスク事案として保険金の支払につき慎重になすべきことも従前と変わらないというべきであ

ろう。

以上

景観利益の法的保護について —京都市新景観条例と 国立市景観訴訟—

弁護士 谷山 智光

第1 はじめに

京都市のいわゆる新景観条例が本年9月から施行された。同条例により、例えば「田の字」地区では最高45mから31mと建物の高さ規制が強化された。同条例からもうかがえるように、近時、景観に対する意識は高まっており、景観を害する建物に対する訴訟が提起されることもある。

かかる訴訟においては、そもそも良好な景観を享受する権利ないし利益が保障されるのか、保障されるとしていかなる行為がこれに対する違法な侵害となるのが論点となる。

以下、東京都国立市景観訴訟をもとに検討する。

第2 事案の概要

東京都国立市の通称「大学通り」に面する土地を購入して、地上14階建てのマンション(高さは最高で43.65m)を建築、販売した不動産業者らを被告として近隣住民らが同マンションの高さ20mを超える部分(7階以上)の撤去等を求めた事案である。なお、同マンションの建築工事開始当時、同地区には具体的高さを規制する条例等はなかった。

第3 第一審(東京地裁平成14年12月18日判決・判例タイムズ1129号100頁)

いわゆる抽象的な環境権や景観権といったものが直ちに法律上の権利として認められないとしても、特定の地域内において、当該地域内の地権者らによる土地利用の自己規制の継続により、相当の期間、ある特定の人工的な景観が保持され、社会通念上もその特定の景観が良好なものと認められ、地権者らの所有する土地に付加価値を生み出した場合には、地権者らは、その土地所有権から派生するものとして、形成された良好な景観を自ら維持する義務を負

うとともにその維持を相互に求める利益(景観利益)を有するに至ったと解すべきであり、この景観利益は法的保護に値し、これを侵害する行為は、一定の場合には不法行為に該当すると解すべきである。

もっとも、被告の本件建物建築は、本件土地の所有権に基づく権利行使であるから、これにより原告らが景観利益の侵害を受けているとしても、その程度が受忍限度を超えていると認められて初めて違法なものとなり、不法行為となる。

そして、原告らの被害が受忍限度を超えるものであるか否かは、原告らの被害の内容及び程度、地域性、被告の対応、法令違反の有無、被害回避可能性など、諸般の事情を総合考慮して検討すべきである。

この上で、本件では、受忍限度を超えているとして、建物の一部撤去を認めた。景観利益の保護を理由に完成マンションの一部撤去を命じた判決として社会的にも注目をあびた。

第4 控訴審(東京高裁平成16年10月27日判決・判例タイムズ1175号205頁)

良好な景観を享受する利益は、その景観を良好なものとして観望する全ての人々がその感興に応じて共に感得し得るものであり、これを特定の個人が享受する利益として理解すべきものではないというべきである。

良好な景観の近隣に土地を所有していても、景観との関わりはそれぞれの生活状況によることであり、また、その景観をどの程度価値あるものと判断するかは、個々人の関心の程度や感性によって左右されるものであって、土地の所有権の有無やその属性とは本来的に関わりないことであり、これをその人個人についての固有の人格的利益として承認することもできない。

もっとも、建築物の建築が周辺住民等に対する加害目的でされたり、建築物の形状等が権利行使として著しく合理性を欠くと認められるなど社会的に相当性を欠くと判断されるときには、不法行為を構成する場合がありますと解される。

その上で、被告の本件土地の取得及び本件建物の建築が、社会的相当性を欠く違法なものであるとは認められないとして、第一審判決を取消し、原告らの請求を棄却した。

第5 上告審(最高裁平成18年8月30日・判例タイムズ1209号87頁)

良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益(景観利益)は、法律上保護に値するものと解するのが相当である。

もっとも、この景観利益の内容は、景観の性質、態様等によって異なり得るものであるし、社会の変化に伴って変化する可能性のあるものでもあるところ、現時点においては、私法上の権利といい得るような明確な実体を有するものとは認められず、景観利益を超えて「景観権」という権利性を有するものを認めることはできない。

民法上の不法行為は、私法上の権利が侵害された場合だけではなく、法律上保護される利益が侵害された場合にも成立し得るものである(民法709条)が、本件におけるように建物の建築が第三者に対する関係において景観利益の違法な侵害となるかどうかは、被侵害利益である景観利益の性質と内容、当該景観の所在地の地域環境、侵害行為の態様、程度、侵害の経過等を総合的に考察して判断すべきである。

景観利益は、これが侵害された場合に被侵害者の生活妨害や健康被害を生じさせるという性質のものではないこと、景観利益の保護は、一方において当該地域における土地・建物の財産権に制限を加えることとなり、その範囲・内容等をめぐって周辺の住民相互間や財産権者との間で意見の対立が生ずることも予想されるのであるから、景観利益の保護とこれに伴う財産権等の規制は、第一次的には、民主的手続により定められた行政法規や当該地域の条例等によってなされることが予定されているものということができる。

したがって、ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり、公序良俗違反や権利の濫用に該当するものであるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くことが求められると解するのが相当である。

その上で、本件建物は、行政法規等には違反しておらず、違法な建築物であるということはないこと、相当の容積と高さを有する建築物であるが、

その点を除けば本件建物の外観に周囲の景観の調和を乱すような点があるとは認め難いこと、当時の刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり、公序良俗違反や権利の濫用に該当するものであるなどの事情はうかがわれないことから、行為の態様その他の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くものとは認め難く、景観利益を違法に侵害する行為に当たるといふことはできないとして、原告らの上告を棄却した。

第6 最後に

以上のように、最高裁判所は、景観利益について権利性までは認めなかったが、法律上保護に値する利益であると認め、これが侵害された場合にも民法上の不法行為が成立しうることを認めた。そして、いかなる行為がこれに対する違法な侵害となるのかについて具体的な基準を示した。

国立市環境訴訟では、具体的な高さを制限する条例等がなかったこともあり、景観利益の侵害にあたらぬという結論となったが、仮にこれが具体的な高さを制限する京都市景観条例のもとであったなら結論は変わった可能性がある。そういう点で、今後の京都においても注目すべき興味深い判決と思われる。

以上

特定商取引法の改正へ向けた議論を どう考えていくか

弁護士 野々山 宏

1, 特定商取引法とその改正の必要性

特定商取引法は、消費者トラブルが多発している①訪問販売、②電話勧誘販売、③通信販売、④連鎖販売取引、⑤業務提供誘引販売取引、⑥特定継続的役務提供の6形態の商取引を規制対象としている。同法はこれらの商取引に関する業法と位置づけられ、規制手法は、20世紀に制定された消費者法制の多くがそうであったように、行政規制が基本である。書面交付義務、クーリング・オフ、勧誘行為規制、広告規制などにより、消費者に正確な情報を提供し、消費者に主体的な判断の機会

を確保し、事業者に対して禁止行為を定め、違反に対しては行政監督を及ぼし、重大な事項には罰則を定めている。規制権限は規制内容によって、主務大臣及び都道府県知事が有している。

近年はクーリングオフ(9条など)や損害賠償額の制限(10条など)に限られていた民事効果を拡大し、訪問販売等の勧誘にあたって不実告知あるいは不利益事実の不告知がされたときには取消ができることが定められている(2004年改正。9条の2など)。

特定商取引法で規制されている訪問販売等の取引は、私生活等の平穏を害する不意打ち的な販売方法であったり、将来不確実な利益を勧誘動機として複雑な契約に引きずり込むなど問題の多い取引である。高齢者の消費者被害の多くが訪問販売によるものであり、若者にマルチ商法(連鎖販売取引)やエステなどの特定継続的役務提供取引の被害が多くなっている。

特定商取引法はこれらの消費者被害に対処する法律であり、一定の効果があがっているが、最近の被害事例には対処できない場合が多くある。特定商取引法で規制対象とされている消費者被害への対策として、特定商取引法を改正することは急務である。

2, 改正への検討状況

経済産業省産業構造審議会消費経済部会特定商取引小委員会では、2007年2月から特商法の見直しに関する審議を進め、同年6月19日には中間とりまとめを発表した(※特定商取引小委員会における審議内容や中間とりまとめは経済産業省のホームページ参照 <http://www.meti.go.jp/policy/consumer/sankoshin/main.html>)。同年7月30日までパブリックコメント募集し、8月末から同小委員会の審議を再開している。

中間とりまとめで公表された同小委員会における特定商取引法改正の論点と議論状況は以下の通りである。参入規制の導入による訪問販売規制の強化、インターネット通信販売等の通信販売規制強化、消費者団体訴訟制度の導入、指定制の廃止の可否などが主な論点となっている。

3, 「中間とりまとめ」の論点と検討の方向性

【論点1】個品割賦購入あっせん(信販会社によるクレジットカード契約のこと)を利用した悪質訪問販売被害の規制の強化方策

(1) 個品式クレジット利用訪問販売業者の登録制などの参入規制の導入の可否

導入を検討するにあたっては、個品割賦購入あっせんを利用した訪問販売業者を、実質的に限定する必要がある(登録制度等)との認識で、具体的な検討をすることとなったが、以下の4つの意見を十分考慮することとしている。①個品式クレジット業者に既払金返還を含む民事責任を負わせる等の手当てをすることが前提。②与信審査責任がクレジット業者にあることが不明確にならないような仕組みとすることが前提。③対象業者数が過剰にならないよう行政コスト面から実行性のある仕組みとすること。④悪質業者に悪用されないような仕組みとすること。

(2) 不招請勧誘の規制の導入の可否

勧誘を拒絶する消費者に対する訪問勧誘を規制する方向で検討する。その際、勧誘を受ける意思の確認義務、ステッカー等での拒絶意思表示、等も検討する。

(3) 判断力不足者への勧誘規制の可否

判断能力の不足した高齢者等に対する不当な契約に取消権を付与する必要性が指摘され、具体的に可能か検討する。

(4) 訪問販売協会の会員管理強化、展示会商法・呼び出し監禁商法など脱法的な手口への対策は、その必要性があることで一致。

【論点2】 インターネット通信販売を中心とした通信販売の対策強化方策

(1) 迷惑広告メールにオプトイン規制の導入の可否

迷惑広告メールにつき、現行法のオプトアウト規制から、承諾を得た場合以外には送信禁止(オプトイン規制)の可能性を検討する。

(2) 返品ルールの可否

特約がなければ返品できるとする現行法の解釈を、法律上明確化する必要性あり。

(3) 決済手段の選択権確保の導入の可否

インターネットオークション等で、代金前払いだけでなく、同時決済・事後決済方法を選択できることを検討する。

(4) 虚偽誇大広告による契約の取消権の付与の可否

著しい虚偽誇大広告による契約に取消権を付与すべきとの意見があるが、消費者契約法

の課題でないか、金額が小さく利用の可能性があるか、等の批判的意見を含め検討する。

(5) ネット取引の場の提供事業者の責務の内容

ネットオークション、ショッピングモールの運営者に、出店者・出品者の法律遵守を働きかける責務をどう扱うか検討する。

【論点3】 消費者団体訴訟制度の導入の可否とその内容

(1) 消費者団体訴訟制度を特商法に導入することの重要性につき基本的に合意を得た。

(2) 制度設計の方針

消費者契約法に導入された消費者団体訴訟制度を基本的に踏襲することが適当。損害賠償を含めることや後訴制限の問題は、消費者契約法の実勢を見た上で、他の法令を含めて別途検討することとし、早急に導入を実現するのが適当。

(3) 検討課題

特商法では既に行政処分が準備されており、行政処分を行う行政機関と差止請求を行う消費者団体との関係など制度間調整を具体的に検討する。

【論点4】 特商法の執行の厳正化

(1) 調査・処分の対象範囲を取引の実態に合わせて一部拡大する必要性があり、具体的に検討する。

(2) 立ち入り調査時の証拠入手権限の強化。

(3) 特商法違反に対する罰則の強化。

【論点5】 指定商品・指定役務制の廃止の可否

(1) 基本方針

指定商品・指定役務制は被害の後追いとなっているので、これを廃止し、原則適用方式(ネガリスト)化すべきとの意見が強い。

(2) 検討課題

商品と役務では外延の明確さに違いがあり、関係省庁や関係法令との調整作業を含めてさらに検討する。

4, 私見

今回の特定商取引法の改正は、①個品式クレジット利用訪問販売業者の登録制などの参入規制の導入、②インターネット通信販売に迷惑広告メールのオプトイン規制をするなどの新たな規制ルールの導入、③消費者団体訴訟制度の導入、④指定商品・指定役務制の廃止など、従来か

ら改正の必要が指摘されていた重要な部分が含まれており、これらの論点がいずれも改正につながれば、消費者被害対策に重要な役割を果たすことになる。しかしながら、中間とりまとめでは、両論併記となっているものも多く、「なお検討する」となっているものも多い。また、中間とりまとめにおいて共通認識となっていると考えられるインターネット通信販売規制に対する基本的視点や消費者団体訴訟制度導入にあたっての行政機関と消費者団体との調整の必要性の強調など、問題と思われる点もある。これらの点について以下に私見を述べる。

- (1) 訪問販売の中でも、クレジットと呼ばれている信販会社による個品割賦購入あっせんの方法を利用する業者に相談や被害が多くある実状から、個品式クレジットを利用した訪問販売業者の登録制を導入して、悪質業者の排除を図ることは実現されるべきである。
ただし、形式的な登録制では、登録後に悪質販売行為を展開する業者をチェックできず、逆に信販会社が、「登録業者だから信用力があり、取引を認めた」との弁解に利用する恐れもある。したがって、厳格な登録要件を設定した登録制を導入すると同時に、割賦販売法を改正するなどして信販会社の既払金返還の共同責任規定を併せて導入することが不可欠である。
- (2) 消費者が望まない不意打ち的な不招請勧誘は、多くの消費者が不本意な契約を結ばされているだけでなく、勧誘そのものが消費者の平穏な生活を侵害している、定型的な困惑類型に属する勧誘方法である。高齢者をはじめとする消費者被害の多くが不招請勧誘によるものであることからすれば、不招請勧誘を禁止すべきである。事前に要請がない消費者への勧誘の禁止(オプトイン方式)が必要である。違反に対しては、同法9条の2などと同様に取消の効果を認めるべきである。消費者契約法に不招請勧誘禁止の同様の規定がおかれれば、それでも足りるが、現行特商法は訪問販売など不招請勧誘を原則として許容している法規であり、この法規に禁止規定と違反の場合の効果を規定する意味がある。書面によるあらかじめの勧誘拒否(訪問販売お断りステッカー等)をしていれば、勧誘することが違法となるのはもちろんである。
- (3) 判断能力の不足した高齢者等は、勧誘を断

る力が弱く、事後的に勧誘内容の再現もできないので、被害の防止も救済も困難なことが多い。そこで、「顧客の判断能力が不足した状態であることを知り又は知りうべきでありながら、契約の締結を勧誘する行為」を禁止し、これによって必要性のない契約を締結した場合、消費者に契約取消権を付与すべきである。

- (4) 訪問販売業界による会員管理等の強化はもちろんであるが、多くの悪質業者が信販会社の加盟店となっている実情から、信販会社による加盟店管理責任の強化が必要である。
- (5) 中間とりまとめでは、通信販売は不意打ち性が少なく被害額が少ないとの特性を指摘しており、これを受けて過剰規制とならないことを強調している。しかしながら、インターネット通信販売には通信手段を通じて私生活に入ってくるため遮断が難しく、販売者の匿名性のリスクがあること、カード情報などの個人情報取得されやすいことなどから、十分な規制の強化が必要であるとの認識が重要であり、これを欠く中間とりまとめの共通認識は問題である。
- (6) 迷惑広告メールの禁止、返品ができるルールの明確化、商品未到着に対処する同時ないし事後決裁方法の義務化、虚偽誇大広告に対する取消権の導入など指摘されている規制は現に生じているトラブルに対処するものであり、早急に導入すべきである。
さらに、インターネットを通じた販売の発達によって、販売者等に関する情報が限定されたものとなっているので、被害救済を円滑にするために、消費者保護の見地から損害賠償に必要な情報であるサーバの管理者、販売サイト・オークションサイトの管理人らに対する情報開示請求権を認める必要がある。
- (7) 消費者団体訴訟制度は消費者契約法において既に実現しているが、消費者被害は消費者契約法だけで救済できるものではない。特定商取引法の諸規定は消費者被害の救済に資するものであり、同法に消費者団体訴訟制度によって、被害を多発させている特定商取引関係業者に対し消費者の視点で監視できるようにすることは、被害の拡大防止や予防にとって必要である。

消費者契約法に導入された消費者団体訴訟制

度では、差止対象は取消できる勧誘行為や無効な条項の契約締結行為となっているが、これは同法がもともとは消費者の私的な権利を規定していたからにすぎない。消費者団体訴訟制度は消費者団体による公正取引実現のための制度であるから、必ずしも私権とリンクする必然性はない。特定商取引法で定める取り消しできる行為や無効な契約条項は限定されている。限定すれば消費者契約法以外に消費者団体訴訟制度を導入する意味は極めて小さくなる。特定商取引法に消費者団体訴訟制度を導入する意義は同法所定の禁止行為や義務違反行為に対して消費者団体に差止権限を付与するところにある。

導入にあたっては、推奨行為を差止対象とすること、後訴制限効の撤廃、損害賠償・利益吐き出し制度の導入など消費者契約法に消費者団体訴訟制度を導入した際に積み残された諸問題の解決を図ることを検討する必要がある。

また、適格消費者団体の認定や監督は、事務の重複を避け、効率的な制度の運用のために内閣府に一本化すべきである。

- (8) 特商法へ消費者団体訴訟制度を導入するにあたっては行政機関との調整など消費者団体の活動を制限する規定を設けるべきではない。調整を求める意見が強いようであるし、消費者団体訴訟制度を行政権限の補完的役割に位置づける意見もあるようだが、消費者団体訴訟制度は産業育成と消費者保護のバランスの中で行使しがちな行政権限とは異なり、消費者利益に立って取引の公正を図る制度であり、行政機関の視点とは全く異なる視点を基礎とするものである。これを行政権限の補完と考えたり、行政規制を優先するかのような考えを持つことは制度の本質を見誤ったものである。消費者団体は行政機関と独立して差止等をおこなうものであり、消費者団体の活動を制約したり、その独立性を制約するような行政機関行政権限と差止請求権限との調整制度は定めるべきではない。

- (9) 特定商取引における被害は勧誘方法や取引形態に原因がある。商品・権利又は役務の種類には直接関係はない。取引対象品目によって法適用の有無に差を設ける合理性は認められないことから、政令指定商品制は、直ちに廃止すべきである。

もし、同法の適用上不都合な結果や適正な事業への過剰な規制となる場合が生じるとすれば、問題となる取引においては特商法の適用が除外される商品等を定めることによって、対応すべきである。

以上

編集後記

最近、新しい判例が次々に出され、重要な新しい法律の制定や改定が頻繁に行われています。

これに伴い、弁護士の業務も複雑化・多様化・専門化してきました。今回のOike Libraryは40頁近いものとなりました。皆様のご意見・ご批判を賜りながら更に研鑽を重ねたいと考えています。