

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

労 働 法	派遣労働者と派遣先との間の黙示の労働契約の成立要件 弁護士 北村 幸裕 1
金 融 法	相続預金取引履歴の開示・続報 ～平成21年1月22日最判から～ 弁護士 永井 弘二 3
金 融 法	原因関係を欠く振込の場合の受取人からの払戻請求と権利濫用 弁護士 小原 路絵 5
弁 護 士 法	弁護士会照会の現状と今後についての提言 弁護士 上里 美登利 8
保 険 法	搭乗者傷害保険における事故と傷害との因果関係 -最判平成19年5月29日判タ1255・183、 判時1989・131、判例評論595・29について- 弁護士 長野 浩三 10
民法・利息制限法	過払金の他の借入金債務への充当の可否 -最判平 20・1・18 の具体的適用例- 弁護士 谷山 智光 11
民 法	民法改正-債権の消滅時効制度-について 弁護士 相井 寛子 15
特 許 法	侵害訴訟における請求棄却判決後の訂正審決の確定と 再審事由該当性に関する検討 —最高裁平成20年4月24日判決を題材として— 弁護士 福市 航介 17
著 作 権 法	インターネット上の諸問題とイギリス著作権法における抗弁 弁護士 坂田 均 24
商 標 法	地域団体商標制度とその活用上の留意点 弁護士 草地 邦晴 26
民法・福祉法	介護事故①: 誤嚥 弁護士 井上 博隆 28
医 事 法	メチシリン耐性黄色ブドウ球菌(MRSA)感染症による死亡等の 事案に関する判例の状況について 弁護士 長谷川 彰 35
消 費 者 法	消費者被害における損益相殺-平成20年6月の2つの最高裁判例- 弁護士 住田 浩史 38
消 費 者 法	適格消費者団体による勧誘行為の差止請求と和解 -大阪地裁平成 21 年 3 月 4 日和解を巡って- 弁護士 野々山 宏 40

2009/4
No.29

派遣労働者と派遣先との間の黙示の労働契約の成立要件

弁護士 北村 幸裕

1 はじめに

昨今の不況を背景として、派遣労働者の契約更新の拒絶(いわゆる雇止め)が社会的に問題となっている。

派遣労働者が雇止めに対抗する手段の一つとして、派遣先との間で黙示の労働契約が成立していたことを主張することが考えられる。そこで、いかなる場合に、派遣労働者と派遣先との間に黙示の労働契約が成立していたか、黙示の労働契約の成立要件につき、近時の2つの判決を参考にしながら、以下検討することとする。

2 判例の紹介(なお、本論考に必要な範囲に限る)

下記に紹介する判決は、いずれも一般論として黙示の労働契約の成立は認めており、争点は、当該事案において認められるかという点にあった。

(1) マイスタッフ事件控訴審判決(東京高裁平成18年6月29日判タ1243-88)

ア 事案の概要

本件事案は、派遣期間を6カ月と定めた労働者派遣契約を締結し、派遣先に派遣された派遣労働者が、3回の派遣契約更新後に雇止めをうけたために、派遣先及び派遣元に対して、労働契約上の権利を有する地位の確認と損害賠償を求めた事案である。

当該派遣労働者は、派遣先との関係に対する労働契約が成立する理由として、当該派遣労働者と派遣先との間で黙示の労働契約が成立すると主張した。

イ 判決が示した要件

労働者派遣法所定の労働派遣は、自分の雇用する労働者を、その雇用関係を維持したまま、他人のために、その他人の指揮命令を受けて、労働に従事させることであるが(同法二条一号)、労働者が派遣元との間の派遣労働契約に基づき派遣元から派遣先へ派遣された場合でも、派遣元が形式的存在にすぎず、派遣労働者の労務管理を行っていない反面、

派遣先が実質的に派遣労働者の採用、賃金額その他の就業条件を決定し、配置、懲戒等を行い、派遣労働者の業務内容・期間が労働者派遣法で定める範囲を超え、派遣先の正社員と区別し難い状況となっており、派遣先が、派遣労働者に対し、労務給付請求権を有し、賃金を支払っており、そして、当事者間に事実上の使用従属関係があると認められる特段の事情があるときには、上記派遣労働契約は名目的なものにすぎず、派遣労働者と派遣先との間に黙示の労働契約が成立したと認める余地があるというべきである。

ウ 判決の結論

事実認定の結果、黙示の労働契約の成立を否定した。

(2) 松下プラズマディスプレイ事件控訴審判決(大阪高裁平成10年4月25日判タ1268-94)

ア 事案の概要

本件事案は、当初、いわゆる偽装請負といわれる形態で受入企業内で勤務していた請負会社の労働者が、受入企業に対して、雇用契約上の地位を有することの確認と損害賠償を求めた事案である。

当該労働者が、受入企業との間で直接の労働契約関係があることの理由の一つとして、黙示の労働契約の成立が主張された。

イ 判決が示した要件

黙示の合意により労働契約が成立したかどうかは、当該労務供給形態の具体的実態により両者間に事実上の使用従属関係、労務提供関係、賃金支払関係があるかどうか、この関係から両者間に客観的に推認される黙示の意思の合致があるかどうかによって判断するのが相当である。

ウ 判決の結論

事実認定の結果、黙示の労働契約の成立を肯定した。

3 検討

(1) 両判決の要件の整理

ア マイスタッフ事件

当該事案は、派遣労働者と派遣先との間の黙示の労働契約の成否が問題となった事案であり、その成否を判断する要素として判決は、①派遣元が形式的な存在であること、②当事者間に事実上の使用従属関係があると認

められる特段の事情が存することの2要件を挙げている。そして、②の特段の事情を判断するにあたっては、派遣先の派遣労働者の採用、賃金額その他の就業条件の決定の程度、配置、懲戒等の実施状況等が考慮されるとしている。

イ 松下プラズマディスプレイ事件

一方、当該事案は、いわゆる偽装請負の場合に、請負企業の社員と受入企業との間の黙示の労働契約の成否が問題となった事案であり、その成否の判断要素として、判決は、両者間に事実上の使用従属関係、労務提供関係、賃金支払関係の有無を挙げている。

(2) 要件の相違点

上記2判決の要件を比較すると、その表現は異なるものの、労働関係の成否が問題となる当事者間に事実上の使用従属関係が認められるかという点は共通している。

ところが、両判決は、当該労働者と派遣元または請負企業との関係を独立の要件とするかどうかで異なっている。マイスタッフ事件では、派遣元が形式的な存在であることを要件として明示しているのに対し、松下プラズマディスプレイ事件では、請負企業との関係は独立の要件としては挙がっていない。

後者の判決も、独立の要件としては挙げていないものの、事実認定においては、請負企業と労働者との関係について検討している。すなわち、本件は偽装請負で違法であるから、そのような違法な労働を前提とした請負企業と労働者の雇用契約は公序良俗に反し無効である、として、請負企業と労働者の労働契約関係が存在しないことを認定しているのである。

すると、両判決の要件の違いは、労働者と形式上雇用関係がある企業との労働関係が実質的には存在していないことが必須の要件か、一考慮要素にすぎないのか、という点に求められるのである。

(3) 問題提起

まず、これ以降、要件を検討する前提として、労働者派遣も偽装請負も、雇用している労働者を受入企業において労働に従事させる形態、すなわち三者間の関係である点では共通であることを確認しておく必要がある。両判決は、問題となっている場面が一見異なるようにも思え

るが、上記のとおり、労働者・雇用元・受入企業の三者間の問題である点は共通しているといえ、両判決の要件の違いは、労働者派遣か請負かという契約形式の違いだけでは説明できないと思われる。

そうすると、あくまでも私見であるが、上記のような要件の違いが現れたのは、両判決において、三者間に存在しうる契約関係の理解の違いが、要件に現れたと考えられるのではなかろうか。すなわち、労働者を起点として、雇用元と受入企業それぞれの間に労働契約が併存して成立するかどうか、という二重の労働契約の成否についての理解が異なっているからと私は考えるのである。

以下、労働者派遣に場面を限定して検討すると、仮に、当該労働者につき、派遣元との労働契約と、派遣先との労働契約が、法律上も事実上も併存はしないと考えれば、派遣先との労働契約を認めるためには、派遣元との労働契約が実質的には存在していないことが必要となり、必須の要件となる。

一方、併存があり得ると考えれば、派遣元との労働契約の不存在は、重視すべき要件ではないと考えることが可能である。すると、後者の判決のように、独立の要件とするのではなく、一考慮要素とすることもありえよう。

果たして、いずれが妥当であろうか。

(4) 私見

結論からいうと、私は、派遣労働者と派遣元との間に実質的な労働契約が存在しないことは、派遣先との黙示の労働契約の成否を判断するにあたり、必須の要件であると考えている。

労働者派遣は、派遣元との労働契約を前提として、派遣労働者は派遣先の指揮命令に服することが当然予定されている(労働者派遣法2条1項)。ところが、派遣先の指揮命令状況等といった派遣労働者と派遣先との関係のみを要件として、派遣先との黙示の労働契約を認めると、通常の労働者派遣においても、派遣先と派遣労働者との関係によっては、労働契約が成立しうることになる。派遣労働者にとっては、二重の労働契約が成立し、自らが都合の良い契約を選択することが可能となる。

派遣労働者の地位の安定という点からは有利な解釈といえるが、そもそも、このような解

積を労働者派遣制度が予定しているのであろうか、はなはだ疑問である。

二重の労働契約が成立した場合、派遣労働者にとっては、通常、派遣先との契約関係を選択する方が有利であるから、派遣元にとっては自らが関与しがたい事情に基づいて、派遣元の財産というべき派遣労働者が派遣先に雇用されることになりかねず、派遣元の損害は大きい。このような解釈を認めると、ひいては、労働者派遣制度が崩壊してしまうことになりかねない。

すると、少なくとも労働者派遣制度においては、派遣労働者と派遣元との労働契約関係と併存して、派遣先との間にも労働契約関係が成立する二重契約状態は想定されていないといえる。

したがって、労働者派遣制度が現存する原状において、派遣労働者と派遣先との直接契約を認めるためには、派遣元に不利益を課してもよいといえる事情、すなわち、派遣元との契約関係が実質的に存在していないという事情、もしくは存在しないと認定しても差し支えない事情が必要と考える。後者の一例が、上記松下プラズマディスプレイ事件における、偽装請負にかかる労働者と雇用元との労働契約が公序良俗に反し無効であるということであろう。

マイスタッフ判決においても、黙示の労働契約の成立を認めるには、通常行われている指揮命令のみではならず、「派遣労働者の業務内容・期間が労働者派遣法で定める範囲を超え」ている必要があると判示しており、私見と同様の問題意識を有している。

4 結論

以上のとおり、派遣労働者と派遣先の黙示の契約関係が認められるためには、派遣労働者と派遣先との間に使用従属関係が認められる等の派遣先に関する事情に加え、派遣労働者と派遣元との契約関係が実質的には存在しないといえる、または存在しないと認定して差し支えないという派遣元に関する事情が必要であると考えられる。

そうすると、労働者派遣法が予定している、派遣労働者と派遣元との関係に問題がない適法な労働者派遣がなされている以上、派遣労働者が派遣先との間で黙示の労働契約の成立することは想定できないと思われる。

参考文献

- 1 平成19年度主要判例解説 P326～ 山本正道
- 2 有期契約による長期雇用派遣労働者の雇止めと派遣元派遣先企業の関係
労働判例863-5 鎌田耕一
- 3 労働者派遣と派遣元・派遣先企業の業務
労働判例880-6
- 4 判タ1268-94 松下パネルディスプレイ事件
判例解説
- 5 労働判例960-5 松下パネルディスプレイ事件判例解説部分
- 6 いわゆる偽装請負と黙示の雇用関係 NBL885-13 濱口桂一郎
- 7 裁判実務大系(5) 渡辺昭=小野寺則夫編 P23～
- 8 安田病院事件(最高裁H10.9.8)判決及び解説
- 9 その他基本書類

相続預金取引履歴の開示・続報 ～平成21年1月22日最判から～

弁護士 永井 弘二

第1 はじめに

相続人が被相続人の預金取引履歴を銀行などの金融機関に開示請求できるかどうかについては、既に、御池ライブラリー2006年3月No23で小原弁護士が詳細に検討しています。この時は平成17年5月20日最判を前提とした解説でした。

この平成17年最判は、結論としては、金融機関には、相続人に対する取引履歴の開示義務がないかに見える判断だったのですが、今回、表題の平成21年1月22日最判は、相続人からの取引履歴開示請求に対して、理由を付した上で、金融機関は開示義務を負うということを鮮明にしました。

平成17年最判後、金融機関の履歴開示実務は、各金融機関ごとに区々な扱いとなって、見通しのたたない状況が続きましたが、今後、金融機関には開示義務があるとの前提で実務的な運用がなされると思われます。

また、事案は異なりますが、関連判例として、訴訟の相手方名義の預金口座の取引履歴について、訴訟手続では第三者である金融機関に対する文書提出命令を認めた平成19年12月11日最判があります。

今後、実務的には、一定の要件が整った場合には、金融機関に開示義務があることが相当程度明確になったと考えられ、金融機関としても取扱いに苦慮する場面が減ることになるのではないかと思います。

第2 平成21年最判以前の状況の整理

1 今回の平成21年最判以前の状況は、基本的にライブラリーNo23で小原弁護士が解説していたとおりでした。

2 平成17年最判以前の下級審の状況

簡単に振り返ると、平成17年最判の原審である東京地裁平成14年8月30日判決、東京高裁平成14年12月4日判決は、いずれも結論として、相続人から金融機関に対する被相続人の取引履歴の開示請求を否定しました。

ただ、東京地裁は、相続人の金融機関に対する履歴開示請求権それ自体を否定したのに対し、東京高裁は、預金契約が(準)委任契約類似の要素を含む可能性があり、その場合には預金契約に基づく開示請求権自体は存することになるとも考えられるがその立証が無いこと、また、預金契約に基づく開示請求権が認められるとしても、相続人は預金契約上の地位を不可分に相続しており、単独で開示請求権を行使できないとして、結果として相続人の開示請求権を否定していました。

他方、東京地裁平成15年8月29日判決は相続人単独の開示請求を肯定しており、また、大阪高裁平成15年9月18日判決は相続事案ではありませんが預金者からの開示請求を肯定していました。

3 平成17年最判

平成17年最判は、上記の東京高裁平成14年12月4日に対する上告及び上告受理申立を実質的理由無く棄却等しただけの判断であり、その評価については、論者によって若干ニュアンスが異なっていましたが、多くは、この最判で金融機関に開示義務がないということが決着したというものとはなっていませんでした(判例タイムスNo1248p42吉野内謙志判事補など)。

第3 平成21年最判

平成21年最判の原審である東京高裁平成19年8月29日判決(判例集等未掲載で詳細は不明です。)は、相続人単独の開示請求権を認めており、最高裁もこれを肯定する形で理由を付して判断しています。

最高裁の判示は、まず、預金者自身に対する開示義務について、「預金契約は基本的には消費寄託契約の性質を有するが、単にそれに留まらず(準)委任事務の性質を有するものも多く含まれている。単なる消費寄託だけでは金融機関に報告義務が生ずるものではないが、(準)委任事務の性質に類するものも含まれる以上、委任の規定における報告義務(民法645、656条)が適用され、金融機関は、預金契約に基づき預金者に対して預金口座の取引経過を開示すべき義務を負う。」(内容は筆者要約)として開示義務を認め、次に、預金者が死亡した場合の相続人単独での開示請求について、「相続人全員に帰属する預金契約上の地位に基づき、共有関係における保存行為として、相続人は単独で開示請求を行使できる」(内容は筆者要約)としました。

この法的判断について若干補足すると、平成17年最判の下級審は、預金契約を消費寄託契約(単に金銭などを預かる契約)として考えると、預かった受託者は委託者に対して報告義務を負うという明確な法的根拠を示し難いことなどから、開示請求権を認めるのに消極的だったわけですが、平成17年最判の原審である東京高裁は、上記のとおり、委任契約類似関係であるとすれば、受任者は委任者に報告義務を負っていることから(民法645、656条)、預金者の履歴開示請求権を肯定できる余地があることを判示していました。

そして、平成21年最判は、預金契約について(準)委任契約関係を正面から認めて、預金者の金融機関に対する履歴開示請求権を認めたのでした。

次に、相続人が単独で開示請求権を行使できるのか否かについて、平成17年最判の原審東京高裁は、預金契約上の地位が不可分であることを理由に、相続人単独での開示請求権の行使を否定したのですが、平成21年最判は、預金契約上の地位が共有として相続人全員に不可分に帰属していることを前提としつつ、履歴開示は、一種の保存行為(民法252条但書、264条、例えば建物が共有だった場合に補修することなど)として、相続人は単独で履歴開示請求権を行使できるとしたのでした。

第4 関連の平成19年12月11日最判

冒頭に触れた関連判例としての平成19年最判は、事案を簡略化すると、原告Aの被告Bに対する訴訟中に、審理のために必要であるとして、銀行Cに対してBの預金取引履歴を開示するよう文書提出命令を申し立てたという事案です。上記の相続人の履歴

開示請求は、あくまで自分に帰属すべき預金についての履歴開示ですが、この事案では、訴訟の相手方の預金履歴であり、当然、AとCとの間には契約関係はなく事案としては全く異なります。

最高裁は、訴訟手続の中でBが当該取引履歴を保有している時にB自身がAに対して開示義務(文書提出義務)を負う場合には、Cは文書提出義務を負うとしました。

法的解釈の内容については文書提出命令に関連するものになるのでここでは割愛しますが、金融機関としては、今後、同様の開示請求について、裁判所の文書提出命令ではなく、より緩い手続である文書送付嘱託や調査嘱託がなされた場合にも、基本的には開示義務を負うことになると考えられ、この点でも煩雑な判断を避けられることになると考えられます。

第5 若干の検討

相続人の金融機関に対する預金履歴開示請求については、今回の平成21年最判で一応の決着を見たことになります。この意味で、平成17年最判は、原審東京高裁が「預金契約を委任関係類似と見る余地もあるが事実認定できる証拠がない」と判示したことを受けて、最高裁としては事実認定できなかった上での判断に過ぎないと位置づけることになると思われます。

平成21年最判は「開示請求の態様」「開示を求める対象ないし範囲等」によっては、一定の場合には履歴開示請求が権利濫用になることもあり得ると判断しており、今後は、この範囲について議論が生じる可能性もあります。

ただ、これは金融機関の開示事務の煩雑さなどを考慮したものと考えられ、原則として金融機関に開示義務があるという前提である以上、上記の平成15年大阪高裁判決が、「不必要に何回にもわたって繰り返されているとか、銀行業務に著しい支障が生じるとか、ことさらに銀行業務を混乱させ、停滞させることのみを目的とするなど」と判示しているところと大きな差がないものと考えられます。したがって、金融機関としては、大阪高裁が指摘するような余程の事情がない限り、開示することになると思います。

冒頭に見たように、相続人からの預金履歴開示請求に対する対応は、特に平成17年最判以後混乱した状況にありましたが、今回の平成21年最判でかなり統一的に理解され開示が進むものと思います。

従来、金融機関が開示に消極的だった最大の理由は、当事者間の争いに金融機関が巻き込まれるおそれのあることにあったことにあると思われます(例えば、開示に反対する当事者からプライバシー侵害であるとして提訴等されるおそれ)、最高裁判例で開示義務が明示されたことにより、金融機関にとっても争いに巻き込まれるおそれが減ったと理解できると考えられます。

その意味で、文書提出命令に関する上記の平成19年最判とも合わせて考えた時、金融機関としては、開示義務を前提として事務処理することで、煩雑な判断をしなければならない場面は相当程度に減少したと言えるのではないかと思います。

原因関係を欠く振込の場合の 受取人からの払戻請求と権利濫用

弁護士 小原 路絵

1 はじめに

振込は、通常、振込人が受取人に対して、売買代金の支払いなど、何らかの支払義務を負っている場合に、その支払手段として用いられることが多い。つまり、振込人と受取人の間に、売買契約等の原因関係が存するのが通常であるが、同姓同名の別人口座やATM操作を誤って別人口座に振り込むなど(いわゆる「誤振込」)、振込人と受取人の間に何らの原因関係も存しない場合が起こりうる。また、近時、振り込め詐欺を始め、預金口座が犯罪に使われることが多くなり、受取人の払戻請求権が問題になることも多い。

平成20年10月10日、最高裁第二小法廷が、原因関係を欠く振込の場合の受取人の払戻請求権について、権利の濫用に当たるかという問題について判断を示した(以下「本判決」という。)

そこで、誤振込に関する裁判例と合わせて本判決を検討してみたい。

2 従来の裁判例等

- (1) 「振込取引は、振込依頼人・仕向銀行間の振込依頼契約(準委任契約)、仕向銀行・被仕向銀行間の内国為替規則に基づく為替取引契約、被仕向銀行・受取人間の預金契約の複合取引と考えられて」おり、「一連の取引は関連して行われるが、各々

の取引は独立しており、振込依頼人と被仕向銀行、仕向銀行と受取人間には直接の法律関係はないとされ、「振込取引の大量・反復性、迅速処理の必要性もあって、振込は原因関係から切り離された無色の取引であると主張されてきた」(後掲三上論文)。

そのため、誤振込の場合に、受取人と被仕向銀行との間で預金債権が成立するか、受取人の払戻請求が認められるかについては、従来から様々な考え方があった。

- (2) この点、最二小判H8. 4. 26(以下「H8判決」という。)は、原因関係の存否にかかわらず、受取人と被仕向銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して誤振込金額相当の普通預金債権を取得すると判示した。本件は、受取人の債権者から当該預金口座が債権執行され、誤振込金が差し押さえられたため、振込人が第三者異議の訴えによりその排除を求めた事案であったが、上記判示により、振込人は受取人に不当利得返還請求権を有するにとどまり、強制執行の不許を求めることはできないとされた。
- (3) 次に、最小二決H15. 3. 12(以下「H15決定」という。)は、誤振込を知った受取人がそれを秘して払戻を受けた場合に、被仕向銀行を被害者とする詐欺罪が成立するか争われた事案である。被告人はH8判決を主張して無罪を争ったが、H15決定は「誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、誤った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといふべきであるから、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立する」と判示した。
- (4) また、名古屋高判H17. 3. 17(上告受理申立後の経緯は不明。)は、誤振込された預金を、受取人に対して貸付債権を有する被仕向銀行が相殺することは、正義・公正の観念に照らして無効と判示した。
- (5) さらに、東地判H17. 9. 26(確定)は、上記(4)と同様の事案で、被仕向銀行が行った相殺は有効だが、振込依頼人に対して誤振込金相当額の不当利得返還義務を負うと判示した。
- (6) H8判決は、誤振込の当事者以外のいわば第三者との関係で誤振込後の預金債権の帰属が問題にされた事案といえるが、当事者間が不当利得返還

請求権以外に、金融機関との間で直接払戻請求ができるかは明らかでなかった。また、H15決定は、民事の判決ではなく、刑事の犯罪成立に関わる決定であり、これをそのまま民事上の解釈に適用することもできない。

ただ、やはり、振込人に対して不当利得返還義務を負う受取人が、被仕向銀行に対して、払戻請求ができるというのは素直な感覚として、違和感を覚えるというところでもあり、誤振込の受取人の払戻請求が認められるか、その解釈が問題となっていた。

3 本判決の事案

Xは、Y銀行において、普通預金を有しており、また、Xの夫であるBは、C銀行において、1100万円の定期預金を有していた。

X夫妻の自宅からXBの預金通帳及び銀行印を窃取したAらは、C銀行において、夫Bの定期預金を解約し、この元利合計1100万7404円を、XのY銀行普通預金口座に振り込んだ(以下「本件振込」という。)。さらに、Aらは、Y銀行において、Xの当該口座から、1100万円の払戻を受けた(以下「本件払戻」という。)

Xは、Yに対し、本件払戻は、無権限者による無効なもので、預金債権はなお存在しているとして、本件振込に係る預金の一部である1100万円の払戻を求めた。

4 本判決の判断

- (1) 第一審(東地判H17. 12. 16)は、Yが準占有者に対する弁済として免責(民法478条)を主張したのに対し、担当者の過失を認め、Xの払戻請求を認容した。
- (2) そこで、Yは準占有者に対する弁済の主張に加え、本件振込は誤振込と同様、Xはこれを振込依頼人に返還しなければならず、最終的に自己のものとする実質的権利はないとして、Xの払戻請求が権利濫用にあたるとの主張を追加して控訴した。

これに対し原審(東高判H18. 10. 18)は、Xの普通預金になったとしながら、Xは自己のために払戻請求する固有の権利を有さず、振込依頼人に返還する義務を負い、Xの権利行使はこの返還義務の履行の範囲にとどまり、特段の事情が無い限り、自己の払戻請求でなく、原状回復のための措置を執る方法によるべきで、既にAらによる払戻が行われた後では、Xの利得は消滅しており、Xは払

戻を受ける正当な利益を欠き、権利濫用にあたる
とした。

- (3) 本判決は、Xの上告受理申立を受け、Xの預金
債権の成立を認めながら、以下の通り判示し、原
審に差し戻す判決を行った。

つまり、H8判決で、受取人が被仕向銀行に対
して預金債権を有する以上、原因関係を欠いて、
受取人が振込人に不当利得返還義務を負う場合で
あっても、受取人が預金債権を有する以上、その
行使が不当利得返還義務の履行手段としてのもの
などに限定される理由はない。ただし、払戻を受
けることが当該振込みに係る金員を不正に取得す
るための行為であって、詐欺罪等の犯行の一環を
成す場合であるなど、これを認めることが著しく
正義に反するような特段の事情があるときは、権
利の濫用に当たるとした。

そうすると、本件において、Xに権利の濫用に
当たる事情はなく、債権の準占有者に対する弁済
の有効性について更に審理を尽くす必要があると
した。

5 検討

- (1) H8判決からすれば、XのYに対する預金債権は
認められるとしても、H15決定からすれば、Xの
払戻請求は認められなさそうである。
- (2) この点、本判決は、払戻請求が、権利の濫用に
あたらないとして、準占有者に対する弁済の過失
の有無を高裁に差し戻しており、原審通り、Yの
過失が認定されれば、Xの払戻請求が認められ、
H15決定と矛盾するようにも思える。
- (3) しかし、そもそも、H15決定は、金融実務にお
いて、誤振込の申出があれば、入金処理が完了し
ていても、受取人の承諾を得て振込依頼前の状態
に戻す、「組戻」という手続が執られており、他方、
受取人から誤振込の指摘があった場合にも、振込
依頼人に対し、照会を行うなどの措置が講じられ
ているとして、誤振込を知った受取人には、金融
機関にそれを告げる信義則上の義務があるとして
いた。その上で、その告知を行わず、払戻請求を
行うことが詐欺罪の欺罔行為にあたると判示して
いた。

とすれば、原因関係を欠く場合に払戻請求を行
うこと自体は、預金債権が成立している以上、直
ちに権利濫用にあたるということではなく、誤振
込を知った金融機関が、上記組戻または照会とい
う手続を経ようとしたが、振込人から何らの請求

もなされず、原状が回復されることがなかった場
合に、初めて受取人の払戻請求が認められること
になると考えられ、後は、振込人と受取人の不当
利得返還請求の問題で処理すべきということにな
ると思われる。

- (4) 本件では、本件振込の後、本件払戻が行われて
おり、Xの夫Bから、Yに対する請求が難しかった
のかもしれない(H8判決のようにXとYの間で預
金債権が成立したとなると、BとYの間に直接の
法律関係はなく、また本件払戻により、Yに利得
も残っていない。)、また、XBが夫婦であり、そ
の後の不当利得返還の処理が問題なく行われそう
な事案といえ、Xが払戻を受けるという結論も妥
当とも思える。

しかし、仮にXBが夫婦でなかった場合、その
後の不当利得返還請求が、確実に履行されるかは
問題がある。

ただ、全くの他人がかかる払戻請求を行った場
合には、本件判決がいうところの「特段の事情(払
戻を受けることが当該振込みに係る金員を不正に
取得するための行為であって、詐欺罪等の犯行の
一環を成す場合であるなど)」にあたる可能性があ
り、直ちに払戻請求が認容されることにはならな
いと考え、受取人が不当に利得するという事態は
回避できるのではないかと思われる。

【参考文献】

- 最二小判H20. 10. 10(金融法務事情1857. 51、金融・
商事判例1308. 60)
最二小決H15. 3. 12(金融法務事情1697. 49)
最二小判H8. 4. 26(金融法務事情1455. 6)
東高判H18. 10. 18、東地判H17. 12. 16(金融法務事情
1814. 39、金融・商事判例1263. 44)
三上徹「誤振込と預金の成立」(銀行法務21No. 645.
10)
名古屋高判H17. 3. 17(金融・商事判例1219. 59)
東地判H17. 9. 26(金融・商事判例1226. 8、同1228. 6)

弁護士会照会の現状と 今後についての提言

弁護士 上里 美登利

1 はじめに

弁護士にとって、弁護士会照会(弁護士法23条の2に基づく制度であるため、「23条照会」とも呼ぶ。)は、訴訟等の受任事件を遂行するにあたり必要な事実関係を解明するための重要な手段です。

ところが、個人情報の保護に関する法律に対する過剰ともいえる反応のせいか、最近では、弁護士会照会に対する報告拒否事例が多く、弁護士会照会が機能不全に陥っているようです。

他方で、弁護士会照会を受ける側からしても、平たく言えば、別に報告を拒否したくてしているのではないというのが本音ではないかと思います。

この点につき、弁護士会照会に対して報告を拒否した金融機関に対して、不法行為責任こそ認めなかったものの、何ら制約のない報告義務を認めた大阪高裁平成19年1月30日判決(判例時報1962号78頁・最高裁平成20年11月25日判決において、上告棄却、上告受理申立却下により確定)が出ました。しかしながら、同判決が出た後も、同判決に対する批判的な意見が多いせいか、照会先の姿勢はあまり変わっていないように思われます。

そこで、弁護士会照会への報告が拒否される根本的な問題点はどのようなところにあるのか、本稿では、照会を受ける側からの視点も取り入れつつ、検討したいと思います。

なお、本稿中、意見にわたる部分は、筆者の私見となりますので、予め御了承ください。

2 大阪高裁平成19年1月30日判決の分析

同判決の事案は、弁護士会照会ないし裁判所の調査囑託によって、金融機関に対し、ヤミ金業者のものとされる預金口座を有する者の名称、住所、電話番号の照会がされたところ、拒否されたため、金融機関の不法行為責任が追及された事案です。

原審の大阪地裁平成18年2月22日判決は、銀行は①開示請求者の法的利益が侵害されていることが明らかであり、②開示を受けるべき正当な理由があつて、③他に適当な方法がない場合には、秘密保持義

務に優先する報告義務がある旨判示しましたが、当該報告拒否については「過失」がなく不法行為責任を負わないと判断しました。

これに対し、本高裁判決は、銀行に顧客との間で秘密保持義務があることを認定しつつも、弁護士会照会に対する回答義務は何らの制約を受けないと明言しました。その理由としては、弁護士法によって弁護士会がその個人情報を得ることが必要であると判断した場合に、その情報が個人情報であるとの理由でその取得を制限されるのであれば、弁護士法の趣旨が没却され、必要な事実関係の解明を追求する国の司法制度が維持できなくなってしまうからとしています。

本高裁判決において注目すべきは、照会先の報告義務の有無を判断する過程において、弁護士の職務が、国の機関による公務とはいえないまでも、極めて公共性の強い性格のものと位置づけられているというべきであるとし、そのうえで、弁護士会照会制度について、我が国の司法制度を維持するための一つの制度と位置づけ、その適正な運用を確保する趣旨から、照会権限を弁護士会に付与し、個々の弁護士の申出が23条の2の照会の制度の趣旨に照らして適当でないか否かの判断を当該弁護士会の自律的判断に委ねたものと解されると述べている点であると思います。

ところが、金融機関に対するアンケート結果(金融法務事情1834号38頁)から窺えるように、実際には、裁判所や市町村、警察等からの照会には答えるが、弁護士会照会には回答しないというように、他の公的機関による照会と弁護士会照会とは異なる対応がされているようです。

3 前科照会事件を振り返って

弁護士会照会への報告義務を考えると、必ず引き合いに出されるのが、いわゆる前科照会事件(最高裁昭和56年4月14日判決・民集第35巻3号620頁)です。同事件は、弁護士会照会に応じて報告を行うと、不法行為責任を問われる場合があることを示した事例として捉えられていますが、今一度事案と判示内容を確認しておく必要があると思われます。

事案は、自動車教習所の技術指導員Xの解雇につき、京都地裁と中央労働委員会で争われていたところ、会社側の代理人弁護士が、京都弁護士会に対し、Xの前科及び犯罪経歴につき、「中央労働委員会、京都地方裁判所に提出するため」と申出書に記載して照会の申出をしたのを受けて、弁護士会は、

同申出書を添付して照会を行い、中京区長が同照会に応じて、道路交通法違反11犯、業務上過失傷害1犯、暴行1犯の前科がある旨報告したというものです。これに対し、Xは、慰謝料等の請求を求める訴訟を提起し、最高裁は、前記申出書の記載しかない状態で、漫然と犯罪の種類、軽重を問わず、前科及び犯罪経歴のすべてを報告することは、原判決の事実関係のもとにおいては、過失による違法な公権力の行使にあたると判示しました。

この最高裁判決については、その結論だけでなく「前科等の有無が訴訟等の重要な争点となっていて、市区町村長に照会して報告を得るのでなければ他に立証方法がないような場合には、裁判所から前科等の照会を受けた市区町村長は、これに応じて前科等につき報告をすることができるのであり、同様な場合に弁護士法23条の2に基づく照会に応じて報告することも許されないわけではないが、その取扱には格別の慎重さが要求されるものといわなければならない。」と判示したことに留意する必要があります。

すなわち、最高裁判例解説民事編昭和56年度258頁以下で解説されているように、原審は、弁護士の守秘義務は依頼者に対する委任事務処理の報告義務に優先せず、守秘義務を負わない依頼者から秘密の漏れる恐れがあるというかなり一般的な論拠から市町村長は弁護士会の前科照会には報告を拒否すべきであるとして、弁護士会の照会と裁判所等の照会との間に明確な差異を設けていたのに対し、本最高裁判決は、そのような立場を取っていないのです。本最高裁判決は、問題を前科及び犯罪経歴の照会の場合に限定し、弁護士会の照会と裁判所等の照会との間に原審のような差異を設けずに、正しい裁判の実現という公益上の理由から、一定の場合には弁護士会の照会に応じて前科等を報告することも許されないわけではないとしており、従って、争点とされていた特定の前科及び犯罪経歴の有無に限って照会され、これに限って報告されていたならば、本件のような問題は生じなかったのではないかとと思われるのです。

4 取引履歴と伝票の送付に対する損害賠償請求事件

これに対し、「申出の理由」として、預金口座の資金の動きと会社の資金の動きの相関関係から被告が破産会社を支配していた事実を立証するという具体的照会事由を記載した上で、「預金元帳」の写しの送付を求めた弁護士会照会に対し、金融機関が顧客の承諾を得ることなく、取引履歴と伝票を送付した

ことに對し、プライバシー侵害であるとして不法行為責任が追及された事案もあります(原審岡山地裁平成11年4月8日判決は違法性及び過失を認めたが、広島高裁岡山支部平成12年5月25日判決・判例時報1726号116頁は、違法性も過失も否定した。)

この事案は、公刊物掲載以上に詳しい事実関係は不明ですが、上記最高裁判決に拠っても、不法行為責任を追及されるような事案ではなかったのではないかと思います。しかし、照会先の立場からすると、このような訴訟を提起されること自体が大きな負担となり、事実上、報告を控えるようになってしまうでしょう。

5 検討

以上を前提にして、照会先から拒否されることなく報告を受けるためには、照会先に対して回答義務の存在を主張するだけでなく、照会先が回答を行ったこと自体につき不法行為責任が認められた唯一の判例である前科照会事件についても、当該事件は前科・犯罪経歴という人のプライバシーの最たるものにつき、範囲を限定しない照会がなされ、範囲を限定せず全ての前科・犯罪経歴の回答がなされた事案であるということを理解してもらう必要があると思われます。そして、今後は、回答を拒否すべき場合かどうかを判断させる義務を照会先に負わせないよう、弁護士会が個々の弁護士からの申出について、その照会事項が訴訟等において必要なのか、照会理由からして不必要な照会事項は含まれていないか等々の判断を厳密に行う必要があると思います。照会先に判断義務を負わせることは、結果として、報告拒否を招くと思われるからです。

照会先が弁護士会照会に対して躊躇なく回答できるようにするためには、結局のところ、上記のような厳格な審査等によって、前掲大阪高裁平成19年1月30日判決が述べるように、弁護士会照会が、極めて公共性の高い機関による適正判断がされた上での照会であるという実体を備え、照会先において、裁判所や警察等の照会と異ならない位置付けにまで引き上げられることが必要だと思います。

そして、弁護士会照会に対して回答したことへの責任追及を容易に受けることがないような配慮があればより望ましく、例えば、私見として、顧客等から照会に報告したことへのクレームをつけられた場合には、「クレームは照会をした弁護士会側に付けてほしい」と応じて構わないのではないかとこの見解が述べられていますが(金融法務事情1482号22頁)、

面白い方策と思います。

搭乗者傷害保険における事故と 傷害との因果関係

-最判平成19年5月29日判タ1255-

183、判時1989・131、
判例評論595・29について-

弁護士 長野 浩三

1 上記最判は、高速道路上の単独事故後、路肩へ待避のため歩行中に後続車にれき過され死亡した事実で搭乗者傷害保険金の支払いを認めた事案である。本件では、搭乗者傷害保険における事故と傷害・死亡との因果関係が問題となる。

2 本件事案の事実関係は下記のとおりである。

本件被保険者は、高速自動車道で、普通乗用自動車を運転中、何らかの原因により運転操作を誤って、本件車両を中央分離帯のガードレールに衝突させるなどし、その結果、本件車両は、破損して走行不能になり、走行車線と追越車線とにまたがった状態で停止した(以下、この事故を「本件自損事故」という。)。本件自損事故の現場は、その付近に街路灯等がなく、暗かった。被保険者は、本件自損事故後すぐに本件車両を降り、小走りで走行車線を横切って道路左側の路肩付近に避難したが、その直後に本件車両と道路左側の路肩との間を通過した後続の大型貨物自動車に接触、衝突されて転倒し、更に同車の後方から走行してきた大型貨物自動車によりれき過されて死亡した。

被保険者が勤務していた株式会社は、本件保険会社との間で、本件車両を被保険自動車とする自家用自動車保険契約(以下「本件保険契約」という。)を締結していた。

本件保険契約に適用される自家用自動車保険契約普通保険約款には、搭乗者傷害条項(以下「本件搭乗者傷害条項」という。))があり、同条項には、次のような定めがあった。

ア 保険会社は、被保険者が保険証券記載の自動車(以下「被保険自動車」という。))の運行に起因する急激かつ偶然な外来の事故により身体に傷害を被った場合は、この搭乗者傷害条項及び一般条項

に従い、所定の保険金を支払う。

イ この搭乗者傷害条項において被保険者とは、被保険自動車の正規の乗車装置又は当該装置のある室内(隔壁等により通行できないように仕切られている場所を除く。)に搭乗中の者をいう。

ウ 保険会社は、被保険者が前記アの傷害を被り、その直接の結果として、事故の発生日からその日を含めて180日以内に死亡した場合は、被保険者1名ごとに保険証券記載の保険金額の全額を死亡保険金として被保険者の法定相続人に支払う。法定相続人が2名以上である場合は、保険会社は、法定相続人に対し、法定相続分の割合により上記死亡保険金を支払う。

3 本件判決要旨

本件判決は、要旨、下記のとおり判示した。

自家用自動車保険契約普通保険約款の搭乗者傷害条項に、「被保険自動車の正規の乗車装置等に搭乗中の者が、被保険自動車の運行に起因する急激かつ偶然な外来の事故により身体に傷害を被り、その直接の結果として死亡したこと」が死亡保険金の支払事由であると定められている場合において、被保険自動車の運転者が、夜間、高速道路において自損事故を起こし、これにより走行不能となった上記自動車から降りて路肩付近に避難したが、その直後に後続車にれき過されて死亡したことは、①当該運転者が後続車の衝突等により身体の損傷を受けかねない切迫した危険を避けるために車外に避難せざるを得ない状況に置かれたこと、②その避難行動は避難経路も含めて上記危険にさらされた者の行動として自然なものであったこと、③上記れき過が上記自損事故と時間的にも場所的にも近接して生じていることなど判示の事情の下では、上記自動車事故と上記れき過との間に相当因果関係が認められ、上記条項における死亡保険金の支払事由に該当する。

4 本件での問題点

上記のとおり、搭乗者傷害保険条項では、①被保険自動車に搭乗中の者が、②同自動車の運行に起因する事故により、③傷害を被り、④その直接の結果として死亡した場合、死亡保険金が支払われることになっている。

本件のように、車外でのれき過により死亡した場合に、搭乗中に生じた傷害でないとして搭乗者傷害条項での傷害には該当しないとする考え方もある。しかし、上記のとおり、搭乗者傷害保険条項の規定上、傷害が搭乗中に発生したことは要件とされてい

ない。求められている要件は、上記②のとおり、事故「により」傷害を被ったことである。本件では、本件自損事故と後続車によるれき過による傷害との間が「により」といえるか、すなわち、これらの間に相当因果関係があるかが問題となる。

この点、本件自損事故による軽微な傷害を「傷害」ととらえ、同傷害と死亡との「直接性」の問題とすることも考えられなくはないが、この「直接性」を肯定することは困難だろう。

- 5 本件判決は、上記のとおり、本件自損事故と後続車によるれき過との間に相当因果関係を認めた。この認定に際して、本件判決は、「(被保険者)において上記避難行動とは異なる行動を採ることを期待することはできなかったものというべきである。」と認定し、上記の避難行動以外の行動を適切にとれなかったことを認定している。

この判示につき、「車内にいても必ずしも死亡するとは限らないのだから、車外脱出以外の行為が期待できないといえるのか。」「搭乗者傷害条項の本来予定する要件論や適用場面を逸脱したものと思われる。」などの批判がされている(福島雄一・上記判例評論)。しかし、前者については事実認定の問題であり、後者については搭乗者傷害保険の約款上の規定から判断すべきであり、搭乗者傷害保険の趣旨から約款文言を保険契約者に不利に解することはできないだろう。

- 6 類似の事例として、被保険自動車が橋を進行中欄干に衝突し、車体前半が宙ぶり状態となり、自らも鼻骨に傷害を負った者が車体をつたって後部トランク付近に至ったのちに川に転落して溺死した事案につき、本件事故による受傷の直接の結果として死亡が惹起されたと認定し、死亡保険金の支払を認めた大阪高判昭和59年4月18日判タ540・319、高速道路を走行中ガードレールに衝突し車体が横転したはずみに車両から放り出され身動きできない状態で後続車にれき過され死亡した事案において死亡保険金の支払を認めた東京高判平成7年6月26日判タ895・268がある。

本件判決はこれらよりも被保険者が事故後にいかなる行動をとるかにつき自由に決定できる程度が高そうに思える事案であるが、本件回避行動以外の行動をとることができなかったとして事故と死亡との間に相当因果関係を認めた。しかし、自損事故とその後の回避行動中の事故による傷害に常に相当因果関係が認められるものではないと思われ、具体的な

事案処理にあたっては、個別的に運行起因事故と傷害との因果関係を検討すべきであろう。

過払金の他の借入金債務への 充当の可否

—最判平20・1・18の具体的適用例—

弁護士 谷山 智光

第1 最高裁平成20年1月18日判決

御池ライブラリー27号(2008年4月号)で、過払金の他の借入金債務の充当の可否に関する近時の最高裁判例の分析を行った。そのうち、最高裁平成20年1月18日判決が具体的な判断基準を示している点で注目された。すなわち、「第1の基本契約に基づく取引により発生した過払金を新たな借入金債務に充当する旨の合意が存在するなど特段の事情がない限り、第1の基本契約に基づく取引に係る過払金は、第2の基本契約に基づく取引に係る債務には充当されないと解するのが相当である」としつつ、かかる合意が存在するか否かの判断について「①第1の基本契約に基づく貸付け及び弁済が反復継続して行われた期間の長さや②これに基づく最終の弁済から第2の基本契約に基づく最初の貸付けまでの期間、③第1の基本契約についての契約書の返還の有無、④借入れ等に際し使用されるカードが発行されている場合にはその失効手続の有無、⑤第1の基本契約に基づく最終の弁済から第2の基本契約が締結されるまでの間における貸主と借主との接触の状況、⑥第2の基本契約が締結されるに至る経緯、⑦第1と第2の各基本契約における利率等の契約条件の異同等の事情を考慮して、第1の基本契約に基づく債務が完済されてもこれが終了せず、第1の基本契約に基づく取引と第2の基本契約に基づく取引とが事実上1個の連続した貸付取引であると評価することができるか」という基準を示したのである。もっとも、同判決は原審に差し戻しており、上記基準が具体的にどのような結論に至るのか必ずしも明らかでなく、今後の判例の集積が待たれる。

そこで、本稿では、最高裁平成20年1月18日判決後に、上記基準をもとに充当の可否について判断さ

れた6つの判決(i～vi)を分析し、上記基準が結論にどのように作用するのかを検討する。

第2 ①第1の基本契約に基づく貸付け及び弁済が反復継続して行われた期間の長さ

i は、結論として充当合意を否定しているものの、「第1取引の継続期間は3年以上、第2取引の継続期間は5年9ヶ月余りであるが、…」としており、これらの期間については充当合意を肯定する要素となりうることを窺わせている。

この点、iiiの第1取引は約2ヶ月であり、今回分析した判決中では最も短い。同判決は、結論として充当合意を肯定している。もっとも、判示上、かかる期間を積極的に充当合意を肯定する要素としては窺われず、④及び⑤等他の要素が充当合意の肯定に大きく影響したと思われる。

他方、iiの第1取引は11年7ヶ月であり、今回分析した判決中では最も長い。同判決は、結論として充当合意を否定している。これは、③等他の要素が大きく影響した結果である。

これらの判決を見る限り、①については、少なくとも3年程度の期間があれば、通常、充当合意を肯定する要素になると思われる。

第3 ②第1の基本契約に基づく最終の弁済から第2の基本契約に基づく最初の貸付けまでの期間

i は、1年2ヶ月という期間を充当合意を否定する一要素としている。

もっとも、ivは約3年2ヶ月であるが、結論として充当合意を肯定している。これは、④等他の要素が充当合意肯定に大きく影響したと思われる。

iiiも1年5ヶ月であるが、結論として充当合意を肯定している。これも、④及び⑤等他の要素が充当合意肯定に大きく影響したと思われる。

他方、iiは51日と、今回分析した判決中では最も短い。同判決は、結論として充当合意を否定している。これは、③等他の要素が充当合意否定に大きく影響した結果である。同判決は、「第1の基本契約が解約によって終了し、継続的取引終了の意思が明確である場合には(すなわち、体裁ばかりの形式的解約手続などでない限り)、次の取引期間までの期間は重要な意味を持たないというべきである」としている。

これらの判決を見る限り、②については、少なくとも1年2ヶ月程度の期間があれば、通常、充当合意を否定する要素になると思われる。

第4 ③第1の基本契約についての契約書の返還の有無

ii、viは契約書を返還していることが認定された判決であり、いずれも充当合意が否定されている。

これらの判決を見る限り、契約書の返還は充当合意を否定する要素になると思われる。

とくに、iiでは、ひと月の間にまとめて弁済がなされ貸付債務が完済されており、同弁済の内、前3回はATMによる入金、最後の弁済は借主が貸主の店頭でなされていること等から、「今後取引を継続しないという当事者の意思が明確であり、解約手続による取引の終了は外形的にも明らかで、次の取引は想定されていないことが明らかである」として、上記の通り、①が約11年7ヶ月、②が51日であるにもかかわらず、充当合意を否定している。

同判決の妥当性については疑問があるが、viが約100万円を一括返済している事実を重視して結論として充当合意を否定していること、vが特に多額の金員をまとめて弁済したという状況にはないということも考慮して結論として充当合意を肯定していることを見れば、第1取引の終了の態様は充当合意の可否を判断するにあたって重要な要素になると思われる。

第5 ④借入れ等に際し使用されるカードが発行されている場合にはその失効手続の有無

iii、ivは、カードの失効手続がなされず継続使用がなされていた事実が認定された判決であり、いずれも充当合意が肯定されている。とくに、ivは②が3年2ヶ月という期間があったにもかかわらず、充当合意を肯定しており、本要素が強く影響したと思われる。

これらの判決を見る限り、カードの継続使用は充当合意を肯定する強い要素になると思われる。

第6 ⑤第1の基本契約に基づく最終の弁済から第2の基本契約が締結されるまでの間における貸主と借主との接触の状況

iiiは、担当者が電話で継続的に融資の勧誘を行っていたことが認定された判決であり、充当合意が肯定されている。iiiは②が1年5ヶ月の期間があったにもかかわらず、iと異なり充当合意が肯定されており、本要素が強く影響したと思われる。

かかる判決を見る限り、接触・勧誘の事実は充当合意を肯定する強い要素になると思われる。

第7 ⑥第2の基本契約が締結されるに至る経緯

iiは勧誘がないにもかかわらず、借主が貸主の店

舗を訪れ契約を申し込み、新規貸し付けと同程度の確認作業を行ったことが認定された判決であり、充
当合意が否定されている。

かかる判決を見る限り、勧誘もなく借主が自発的に第2の契約を締結している場合には、充
当合意を否定する要素になると思われる。

第8 ⑦第1と第2の各基本契約における利率等の契約条件の異同

i は利率や遅延損害金が異なることを充
当合意を

否定する要素として重視している。

他方、iiiは借入限度額及び貸付利率が異なるが取引名称が同一であることも充
当合意を肯定する要素としており、ivは残高スライドリボルビング方式による金
銭消費貸借契約であるとして充
当合意を肯定する要素としている。もっとも、これらは、上記でみたように、④ないし⑤の要素が強く影響した結果と思われる。

なお、ii はリボルビング形式、利率及び遅延損害

	判 決	結 論	①第1の基本契約に基づく貸付け及び弁済が反復継続して行われた期間の長さ	②第1の基本契約に基づく最終の弁済から第2の基本契約に基づく最初の貸付けまでの期間	③第1の基本契約についての契約書の返還の有無	④借入れ等の際に使用されるカードが発行されている場合にはその失効手続の有無
i	山形地裁酒田支部 平成20年2月14日 (判時1998号101頁)	否定	第1取引：約3年 第2取引：約5年9か月	第1取引と第2取引： 約1年2か月 第2取引と第3取引： 約3年9か月	不明	第2取引に関してカードが発行されたと思われるが、終了時に失効手続がとられたかは不明 その他の取引でカードが発行されたか不明
ii	大阪高裁 平成20年4月9日 (金判1300号56頁)	否定	約11年7か月	51日	有り	有り
iii	神戸地裁 平成20年6月10日 (兵庫県弁護士会HP)	肯定	第1取引：約2か月 第2取引：約3年 第3取引：約3年半	第1取引と第2取引： 約1年5か月 第2取引と第3取引： 約4か月 第3取引と第4取引： 約1年5か月	不明	無し 当初交付したカードの継続使用を容認していた
iv	東京地裁 平成20年7月24日 (兵庫県弁護士会HP)	肯定	約5年4か月	約3年2か月	不明 少なくとも基本契約の解約を申入れをした事実はない	無し 第2取引でも使用
v	東京高裁 平成20年8月27日 (兵庫県弁護士会HP)	肯定	約7年	0日	不明	不明
vi	横浜地裁 平成20年9月5日 (兵庫県弁護士会HP)	否定	約7年	1年2か月	有り	不明

金が同一であったにもかかわらず、充当合意を否定している。これは、上記に見た通り③が強く影響した結果だと思われる。

これらの判決からすれば、⑦は充当合意の肯否にあたって、必ずしも決定的な要素ではないのではないと思われる(どちらにでも転びうる。)

第9 まとめ

今回、6件の判決を分析したが、それぞれ評価の仕方等が異なる要素もあった。分析例が少ないことか

ら、すべてにおいて統一的なメルクマールを見いだすことは未だ困難であるが、その中でも、最高裁の基準③、④、⑤の要素については、充当合意が肯定されるか否定されるかの重要な要素になってくるのではないかと思われた。今後、当事者よりこれらの事情を聴取し、場合によっては尋問を行うことも必要になるとと思われる。

⑤第1の基本契約に基づく最終の弁済から第2の基本契約が締結されるまでの間における貸主と借主との接触の状況	⑥第2の基本契約が締結されるに至る経緯	⑦第1と第2の各基本契約における利率等の契約条件の異同
金銭消費貸借契約に関連して何らかの接触等があったことを認めるに足る証拠はない	不明	第1取引は不明であるが、第2取引及び第3取引は、借入限度額、約定利率及び遅延損害金の点が異なる
勧誘をした事実は認められない	借主が貸主店舗を訪れ申込み 新規貸し付けと同程度の確認作業を約30分ほどかけて行った	リボルビング形式の継続的金銭消費貸借で、利率や遅延損害金の割合等は同一
担当者が電話で継続的に融資の勧誘を行っていた	不明	第1取引と第2取引は基本契約の名称が一部重複し、借入限度額、貸付利率及び返済方式が同一 第1・2取引と第3取引は、契約名称及び貸付利率は異なるが、借入限度額が同一 第3取引と第4取引は借入限度額及び貸付利率が異なるが基本契約の名称が同一 第1取引ないし第4取引の全体について同一の顧客番号を付して管理
不明 第1取引自体が、個々の取引残高が存しない場合でも、基本契約期間を自動更新させることを予定して締結された基本契約に基づいて開始された取引である。	不明	借入限度額や約定利率こそ異なるものの、一定の借り入れ限度額を定めた借り入れ残高スライドリボルビング方式による継続的金銭消費貸借であるという点では類似している
問題とならず	出資法の改正に対応すべく利率を変更するため	利率を除く契約条件は弁済方法が若干変更されただけで基本的には変更がなく、両者の契約番号には共通点がある
不明	3000円の払戻の連絡を契機に偶然に再開	利率、遅延損害金、各回の最低弁済額、借入限度額が異なる

民法改正 —債権の消滅時効制度—について

弁護士 相井 寛子

1 はじめに

民法の改正については、近年多くの研究会で活発に議論されており、さまざまな研究会から改正案が出されています。そして、早ければ今年の夏ころにも法制審議会での審議が開始されるのではないかとされています。

このように民法改正についての研究会はたくさんありますが、その中でも有力視されているのが、法務省民事局参与である内田貴氏が参加されている民法(債権法)改正検討委員会(以下、「検討委員会」といいます。)です。そこで、今回はこの検討委員会の見解を中心に紹介していきたいと思います。なお、検討委員会は、平成21年3月末日までに改正の基本方針を発表する予定です。

2 検討委員会の改正案

(1) 基本的視点

まず、検討委員会の改正案(以下、「検討委員会案」といいます。)では、時効の完成によって、債権は消滅するのではなく、その存否が確定されなくなるだけである(存否不認定構成)と考えているため、「消滅時効」ではなく「債権時効」という呼称を用いています。もっとも、このような構成によった場合にも、債権が遡及的に消滅すると捉える従来の処理と基本的には同様になります。

その上で、債権時効制度の存在理由は、「時の経過による事実関係の曖昧化によって生じうる諸々の負担と危険から人々と社会を解放し、人々の日常生活の安心と社会の安定を維持することにある」としています。検討委員会案では、この存在理由が、債権時効制度設計の基礎とされ、あらゆる部分で貫かれています。

(2) 起算点と時効期間

ア 原則

(ア) 検討委員会案

債権時効の期間は、民法その他の法律に別段の定めがある場合を除き、債権を行使することができる時から[10年]を経過することによって満了する。

ただし、この[10年]の期間を経過する前に債権者(債権者が未成年者又は成年被後見人である場合は、その法定代理人)が債権を行使することができること及び債務者を知り、又は合理的にみて知ることができたときは、その知った時又は知ることができた時から[3年/4年/5年]を経過した時に、時効期間が満了する。

(イ) 解説

上記のような条文の体裁からすると、一見、現行法と同じく時効期間は原則10年のようにも思えます。しかし、実際の債権回収の場面においては、ほとんどの場合に但書が適用されると考えられます。

検討委員会案が事実上、現行法より時効期間を短縮(その中でも3年とする案が有力です。)する理由は、①一方で、早期決済が通常で、金額もそれほど小さくなく、債権発生 of 証拠も弁済の証拠の作成・保存も期待しがたい取引においては、事実関係の曖昧化が急速に進行するために、短期の期間制限を定める必要があり、他方で、債権発生や弁済の証拠が作成され、保存されることが通常である債権についても日常大量の取引を行うことから法律関係の早期安定が求められていること、②債権時効期間をできるだけ統一してわかりやすいものにすることが必要であること、③比較法的観点などが挙げられています。

イ 例外

(ア) 検討委員会案

検討委員会案は、上記の原則的な時効期間の例外を認めることには十分に慎重であるべきであるとしながらも、いくつかの例外を規定しています。その中でも、注目すべきは、以下の2つです。

- ① 生命・身体・名誉その他の人格的利益に対する侵害による損害賠償債権につき、起算点と期間の例外を検討する。
- ② 継続的債権、債務不履行または不法行為が継続もしくは反復される場合、債務不履行または不法行為による損害が継続的もしくは断続的に発生する場合等につき、起算点の例外(たとえば、債権時効は、継続的債権関係の終了の時、最後の債務不履行または不法行為の時、もしくはそれらによ

る最後の損害発生時から進行を開始するものとする)の必要性を検討する。

(イ) 解説

上記例外①については、生命・身体・名誉等の人格的利益に対する侵害の場合には、被害者たる債権者は、通常の生活を送ることが困難な状況に陥り、物理的・経済的・精神的に平常時と同様の行動をとるよう期待することはできません。そこで、そのような状態の債権者に合理的な行動をとることや事実関係曖昧化防止措置を講じることを求めるべきではないとされています。これに対して、加害者たる債務者は、他人に深刻な被害を引き起こしたのであるから、他の場合よりも長期の危険や不安にさらされても仕方がないといえます。

具体的には、債権者が損害及び債務者を知った時から[5年/10年]、または、損害発生時から[20年/30年]の経過によって時効が完成するという案が検討されているようです。

上記例外②については、債務不履行や不法行為が一連のものとして行われ、あるいは債務不履行または不法行為による損害が一連のものとして生じる場合には、損害の全容を知ることができない段階で、個々の損害について債権を行使するなどの事実関係の曖昧化防止措置を講じるよう債権者に強いることが適当ではないと考えられることから、設けられたとされています。

ウ その他

以上の他、検討委員会案は、時効期間の合意による設定の制度を提案しています。もっとも、合意による設定といっても全く自由に定められるのではなく、起算点は「債権を行使することができるとき以後」、時効期間は1年以上10年以下という制約が課せられます。また、民法90条(公序良俗)や消費者契約法10条(消費者の利益を一方的に害する条項の無効)に反するような合意は許されず、時効期間の合意による設定が認められる場合についても、たとえば事業者間取引にかかる債権に限る、あるいは、消費者取引にかかる債権を除外するなど、限定の要否が検討されています。

(3) 時効障害

ア 名称

債権時効の障害事由としては、現行法の「時効の中断」という用語は用いず、「時効期間の更新」、「時効期間の進行の停止」、「時効期間満了の延期」の三種類とされています。

イ 解説

(ア) 時効期間の更新

現行の「時効の中断」に相当する概念で、時効期間の更新となるのは、債権時効の存在理由である事実関係の曖昧化が解消され、その時点でそれまで進行してきた時効期間を無意味にしてよいような場合であるとされています。

具体的には、①民事執行(差押え)、②債務者の承認の2つを定めています。

(イ) 時効期間の進行の停止

新設される概念で、残存期間を減らさずに、時効期間の進行を停止するものです。時効期間の進行の停止とされるのは、曖昧化が解消されるには至らないが、曖昧化の進行を債権者が止められる状態になり、その時点で時効期間の進行を止めてよいといえるような場合であるとされています。

具体的には、①現行法における「請求」及びそれに準じるもの、②民事執行の申立、③民事保全の申立、④債権について協議する旨の当事者間の合意、⑤債権に関するADR開始の申立ての5つとされています。

注目すべきは④ですが、これは、当事者の自発的解決を支援するものであるとされていますが、「協議する旨の合意」をどのように認定するか、進行再開事由をどのように定めるかといった問題があり、未だ検討中のようです。

(ウ) 時効期間満了の延期

現行の「時効の停止」に相当する概念で、時効期間満了の延期となるのは、曖昧化の進行が止まっていなくても、そのことを債権時効制度の趣旨に照らして債権者の不利に考慮することが適当でなく、時効期間の本来の満了時期が到来したとしても債権時効の効果を生じさせるべきではないような場合とされています。

具体的には、①催告、②現行法の時効の停

止事由とされています。

3 さいごに

検討委員会案の他にも、先日、判例タイムズ1281号には、民法改正研究会の改正試案が掲載されていました。そこでは、時効制度について、時効期間をすべて5年に統一し(例外的に少額債権については2年)、さらに、消滅時効期間の完成をすべて毎年3月に統一する「年度末時効」という制度が提案されています。

ここ数年のうちに、民法は施行以来もっとも大きく改正されます。民法は、私たちが仕事や生活をしていくためのルールを定めたものです。改正後の民法を実務の要請に適合し国民にとってわかりやすく、使いやすいものにしていくために実際に民法を使う私たち国民の一人一人が民法改正論議に関心をもち、必要な提言をしていかなければならないと思います。

なお、ここで紹介したもの以外にもたくさんの改正点があります。詳細は、下記の検討委員会HPをご参照下さい。

【参考文献】

民法(債権法)改正検討委員会HP
(<http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/indexja.html>)
『『日本民法典財産法改正試案』民法改正研究会 代表加藤雅信』判例タイムズ 1281号(2009.1.1)5頁以下 判例タイムズ社
『特集「民法改正の動き」』
月刊大阪弁護士会-OBA Monthly Journal
2009.113頁以下 大阪弁護士会
「民法改正実務家の視点②」ビジネス法務2009.3
52頁以下 中央経済社

侵害訴訟における請求棄却判決後の 訂正審決の確定と再審事由該当性に関する検討

—最高裁平成20年4月24日判決を題材として—

弁護士 福市 航介

第1 はじめに

侵害訴訟において無効の抗弁を採用した結果なされた請求棄却判決後に訂正審決が確定した場合、このことをもって再審事由とすることができるかについて、最高裁第1小法廷平成20年4月24日判決(以下「本判決」という。)は、傍論ながら再審事由に該当する可能性を認めつつ、訂正をしたことに基づく対抗主張が特許法104条の3第2項の趣旨に反し許されないとした。私見は、本判決に賛成するものであるが、本判決には、特に再審事由に関する理論的な問題をはじめとする種々の興味深い論点があることから、本稿において、これに対する若干の考察を試みるものである。

第2 事案の経過

本判決の事案の経過は、【別紙】最高裁第1小法廷平成20年4月24日判決事案経過表記載のとおりであり、原告は、その後、上告理由で原判決には民事訴訟法338条1項8号該当事由があるとの主張をした¹。なお、別紙中、Xは原告を、Yは被告を指す。

第3 争点

XのYに対する特許権の侵害を理由とする損害賠償等の請求につき、Yの特許法104条の3第1項に基づく無効主張を採用して請求を棄却すべきものとする控訴審判決がされた後に、上記特許権に係る特許請求の範囲の減縮を目的とする訂正を認める審決が確定した場合、Xが同審決が確定したため民訴法338条1項8号の再審事由が存するとして控訴審の判断を争うことができるか。

第4 本判決の判断

本判決の判断については、紙面の都合上、以下に極めて簡単に概略紹介するが、判決文に関しては、原典に当たって確認していただきたい²。

1 法廷意見

(1) 本件訂正審決が確定したことにより、本件特

許は、当初から本件訂正後の特許請求の範囲により特許査定がされたものとみなされるところ(特許法128条)、前記のとおり本件訂正は特許請求の範囲の減縮に当たるものであるから、これにより上記無効理由が解消されている可能性がないとはいえず、上記無効理由が解消されるとともに、本件訂正後の特許請求の範囲を前提として本件製品がその技術的範囲に属すると認められるときは、上告人の請求を容れることができるものと考えられる。そうすると、本件については、民訴法338条1項8号所定の再審事由が存するものと解される余地がある。

- (2) しかし、特許法104条の3の趣旨は、特許権侵害紛争をできる限り特許権侵害訴訟の手続内で迅速に解決するという点にある。同条2項は、その趣旨を攻撃防御の提出に反映させた規定である。そうすると、無効主張のみならず、無効主張を否定又は覆す主張(以下「対抗主張」という。)も同条項の対象となる。

- (3) 本件事案の経過をみると、Xは第1審の段階から対抗主張を提出できた。少なくとも、原審の審理においては対抗主張を行うべきであった。ところが、Xは、原審の審理途中で訂正審判請求とその取り下げを繰り返した。

そうすると、Xが対抗主張を原審口頭弁論終結時前に提出しなかったことを正当化する理由はない。

- (4) Xが本件訂正審決が確定したことを理由に原審の判断を争うことは、特許法104条の3の趣旨に照らして許されない。

2 泉徳治裁判官意見

- (1) Xとしては、無効の抗弁に対し、訂正審判の請求をした場合には無効部分を排除することができ、かつ、Y製品が減縮後のクレーム内に含まれることを主張立証すれば足りる。また、訂正審判請求は、口頭弁論終結時までにすればよく、既に訂正審判請求をしていることや当該請求が確定していることまで主張・立証する必要はない。

- (2) 本件では、上記主張立証の基礎事実が口頭弁論終結時までに既に存在し、Xはいつでもこれを主張立証することができた。Xとしては、事実審口頭弁論終結時までに、上記の主張立証を尽くして無効の抗弁を排斥すべきであり、事実審が、当事者双方の主張立証の程度に応じた訴

訟状態に基づく自由心証の結果として、無効の抗弁の成立を認めた以上、事実審口頭弁論終結後になって、Xが訂正審判を請求し訂正審決が確定したとしても、訂正審決によってもたらされる法律効果は事実審口頭弁論終結時までに主張することができたものであるから、訂正審決が確定したことをもって事実審の上記判断を違法とすることはできない。

- (3) 事実審が特許法104条の3第1項の規定に基づく無効の抗弁の成否について行う判断は、当初の特許査定処分を所与のものとして行うものではなく、上記のとおり、訂正審判の請求がされた場合にはそれが認められるべきものであるか否かも考慮の上、換言すると、訂正審決によってもたらされる法律効果も考慮の上で行うものであるから、その後に訂正審決が確定したからといって、上記判断の基礎となった行政処分が変更されたということとはできない。仮に、原告が、事実審口頭弁論終結時までに、訂正審判の請求をした場合にはそれが認められるべきものであることを主張しなかったため、事実審がその点の判断をしなかったとしても、その後に原告が上記主張を行うことは許されないから、訂正審決が確定したから上記の再審事由が存するということはできない。

第5 考察

私見としては、侵害訴訟において無効の抗弁を容れて請求棄却判決がなされた後に訂正審決が確定した場合に再審事由に該当する可能性を認めつつ、特許法104条の3により、再審事由を主張できないとした本判決に賛成したい。理由は、次のとおりである。

1 再審事由該当性

本判決に関しては、特に後述の再審事由該当性に関して、いくつかの否定的な見解も存在するので、以下、若干の検討を行う。

- (1) 前提—民訴法338条1項8号について

民事訴訟法338条1項8号(以下、民事訴訟法を単に「民訴法」という。)は、「判決の基礎となった…行政処分が後の…行政処分によって変更されたこと」を再審事由として掲げる。

その趣旨は、判決の基礎たる資料に異常な欠点がある場合には、裁判の適正の理念に反するし当事者にも酷であり、裁判に対する信頼を損なうことからこれを防止しようとする点にある³。

8号の「基礎となった行政処分」とは、その成立・効力を前提として判決がなされた場合であり、かつ、その取消し・変更が遡及的である場合を指す。取消しは、行政事件訴訟での取り消された場合だけでなく、行政機関による取消しを含むとされている⁴。

(2) 訂正審決確定による再審事由該当性

ア そこで検討すると、侵害訴訟において請求棄却判決がなされた後に特許請求の範囲を減縮する訂正審決が確定した場合、請求棄却判決の基礎となった特許査定により発生している特許の内容と訂正審決により変更された特許の内容とは明らかに異なる。そして、訂正により無効理由が解消され、かつ、請求棄却判決の基礎となった特許査定により発生している特許のクレームと訂正審決により訂正された特許のクレームとが重なり合う部分にイ号製品が含まれる可能性が生じる。

そうすると、当該判決は、裁判の適正の理念や裁判に対する信頼を損なうものとなっているといえることができると考えられる⁵。

イ 実質的にも、訂正により無効理由が存在しなくなり、訂正後の特許請求の範囲にイ号製品が属している可能性があるにもかかわらず、たとえ侵害訴訟の当事者間においてのみであったとしても、無効を理由とした判決が維持されるということを肯定することは特許権者にとって酷であるように思われる。

ウ したがって、侵害訴訟において無効の抗弁を容れて請求棄却判決がなされた後に訂正審決が確定した場合には、これが再審事由に該当すると考えるのが正当である。

その意味で、本判決が「本件訂正は特許請求の範囲の減縮に当たるものであるから、これにより上記無効理由が解消されている可能性がないとはいえず、上記無効理由が解消されるとともに、本件訂正後の特許請求の範囲を前提として本件製品がその技術的範囲に属すると認められるときは、上告人の請求を容れることができるものと考えられる。そうすると、本件については、民訴法338条1項8号所定の再審事由が存するものと解される余地がある」とするのは正当な指摘である。

(3) 再審事由該当性否定説について

これに対して、侵害訴訟において無効の抗弁

が認められたことにより請求棄却判決がなされた後に特許請求の範囲を減縮する訂正審決が確定した場合であっても再審事由該当性を否定する見解があるので、これについて検討を行う。

ア 菱田説について⁶

この見解は、その論拠として、理論的には、特許法104条の3により特許付与処分が侵害訴訟の受訴裁判所と当事者を法的に拘束するわけではなくなったことから、特許付与処分が侵害訴訟の「判決の基礎となった」とはいえないことを挙げ、実質論としては、十分に争う機会が与えられた者に再審の機会を与えることは、紛争の解決を遅延させるものでしかないことを挙げる。

確かに、この見解が指摘するとおり、十分に争う機会が与えられた者に再審の機会を与えることは、紛争の解決を遅延させるものでしかないといえ、この点は十分に考慮する必要がある⁷。しかしながら、この点は後記のとおり、別途対応することは可能である。

また、特許法104条の3は、特許権の効力がないことを直接の理由に侵害訴訟の裁判所が請求を棄却することを認めたのではなく、特許権が有効に存在することを前提として(すなわち、特許査定処分の取消訴訟の排他的管轄を前提として)、侵害訴訟の裁判所がその特許について「特許無効審判により無効にされるべきもの」と判断する場合には特許権者がその「権利を行使することができない」ので請求を棄却すべきであるとしたものである⁸。そうすると、侵害訴訟における請求棄却判決を分析すると、当該判決は、①当該特許権は有効に存在するが、②特許法104条の3第1項にあたる抗弁事由があるので、特許権者がその「権利を行使することができない」ことを根拠とするものと考えられる。菱田説は、特許付与処分が侵害訴訟の受訴裁判所と当事者を法的に拘束するわけではなくなったというが、上記①のとおり、特許査定処分の取消訴訟の排他的管轄の尊重を前提とし、侵害訴訟の受訴裁判所と当事者は前になされた特許付与処分が有効であることを前提としなければならないのだから、正当とはいえないように思われる⁹。

イ 笠井説について¹⁰

この見解は、その論拠として、侵害訴訟の確定判決が訂正の可否について判断した上で特許が無効とされるべきものと判断していたのであれば、審判で当該訂正が認められて訂正審決がなされ、その限りで特許が有効とされたとしても、侵害訴訟の裁判所の104条の3第1項該当性の判断が覆ることはないこと等を挙げる。

確かに、侵害訴訟の確定判決が訂正の可否について判断した上で特許が無効とされるべきものと判断していたのであれば、判決の基礎たる資料に異常な欠点があるとまではいえないように考えられ、そうだとすれば、このような場合に再審事由該当性を否定するとの考え方もあり得る。しかしながら、専門庁たる特許庁が訂正により特許が有効とされるべきであるとした判断については無視できないものがある。訂正後のクレーム内にイ号製品が属している可能性を考えると、判決の基礎たる資料に異常な欠点はないとして、再審事由該当性を否定しきることには若干の躊躇を覚える。

この見解は、前記菱田説と同様に、原告が訂正審判請求等を行うことによって再審の訴えを繰り返す余地を生むという弊害を危惧するが、後記のように、これに対する別途の規制を設けることができる以上、あえて再審事由を否定する必要まではないのではないかと考えられるところである。

ウ 岩坪説について¹¹

この見解の論拠は、審決取消訴訟において訂正審決がされたことが訴訟物である審決の適法性そのものに影響を及ぼすのに対し、侵害訴訟の請求棄却判決に対する訂正審決は一抗弁事由の成否にのみ影響を及ぼす事由にすぎず、審決取消訴訟の場合とはこの点で根本的に異なること、請求棄却判決後の無効審判不成立審決が再審事由とされないことと均衡がとれないことを挙げる。

しかしながら、前者について検討すると、再審事由該当性において問題なのは、訂正にもかかわらず、当初の特許査定という行政処分が判決の基礎となっているという点であって、訴訟物へ影響するかどうかという問

題とは異なるように思われる。また、後者についても、判決の基礎となった特許査定処分については全く同じである以上、判決の基礎資料自体には全く誤りはないのであるから、判決の基礎資料の妥当性の観点から裁判の適正を確保しようとした民訴法338条1項8号の再審事由該当性を否定することは、必ずしもバランスが悪いとまではいえず、再審事由を否定しきりだけの実質的な理由となりうるとまではいえないように思われる。

エ 泉徳治裁判官意見について

本判決における泉徳治裁判官意見は、「事実審が特許法104条の3第1項の規定に基づく権利行使制限の抗弁の成否について行う判断は、当初の特許査定処分を所与のものとして行うものではなく、上記のとおり、訂正審判の請求がされた場合にはそれが認められるべきものであるか否かも考慮の上、換言すると、訂正審決によってもたらされる法律効果も考慮の上で行うものであるから、その後訂正審決が確定したからといって、上記判断の基礎となった行政処分が変更されたということはできない。仮に、原告が、事実審口頭弁論終結時までに、訂正審判の請求をした場合にはそれが認められるべきものであることを主張しなかったため、事実審がその点の判断をしなかったとしても、その後に原告が上記主張を行うことは許されないから、訂正審決が確定したから上記の再審事由が存するということはできないのである。」として、再審事由該当性を否定する。

しかしながら、前記のとおり、特許法104条の3は、侵害訴訟の裁判所は「特許無効審判により無効にされるべきもの」かどうかを判断するのであって、当初の特許査定の取消訴訟の排他的管轄が前提とされている以上¹²、直接的に特許が無効であると判断するのではない。特許権者は、単に「権利を行使できない」にすぎないのであるから、同意見のいうように、事実審が特許法104条の3第1項の規定に基づく無効の抗弁の成否について行う判断が、当初の特許査定処分を所与のものとして行うものではないといえるかどうか疑問である。また、同意見は、原告が、事実審口頭弁論終結時までに、訂正審判の請求をした

場合にはそれが認められるべきものであることを主張しなかったため、事実審がその点の判断をしなかったとしても、その後に原告が上記主張を行うことは許されないから、訂正審決が確定したから上記の再審事由が存するということとはできない等とし、手続保障充足の観点から再審事由を否定しようともしている。しかし、民訴法338条1項8号は、原告に手続保障が与えられて判決がされたにもかかわらず、判決の基礎に重大な誤りが存在する場合には、主として裁判の適正や裁判に対する信頼の維持という客観的な利益の保護をする必要があるとして定められたものであるから、原告に手続保障が与えられていたという点から直ちに8号該当性を否定することには違和感を感じる。

(4) 小括

結局、侵害訴訟において無効の抗弁を容れて請求棄却判決がなされた後に訂正審決が確定した場合には、再審事由を肯定することが妥当であると考えられる。再審事由該当性を肯定する可能性を示唆した本判決は妥当である。ただし、再審事由該当性否定説が危惧する再審の繰り返しによる一回的紛争解決ができないことについては、別途配慮が必要である。

2 特許法104条の3による修正

本判決は、再審手続による紛争の一回的解決の遷延を防止するために、特許法104条の3による修正を行っている。

本判決は、特許法104条の3第2項が無効の抗弁の濫用による訴訟遅延を防止しようとするものであること、無効の抗弁に対する特許請求の範囲の減縮を目的とする訂正を理由とする再抗弁(以下「対抗主張」という。)に対しても同条項の趣旨が及ぼさなければ同条項の趣旨を達成できないことを論拠として、対抗主張にも同条項による却下の対象となるとする。

同条項の趣旨が本判決がいうようなものであることは異論がないところであり¹³、問題なのは同条項が対抗主張にも適用されるかであるが、同条第1項にいう「特許無効審判により無効にされるべきもの」には、当該特許が訂正審決によって無効事由を回避することができるかどうかも含めて判断されるべきものと解されていることからすれば

¹⁴、対抗主張の再抗弁もこの要件で判断されることになるものと思われる。そうすると、同条第2項にいう「前項の規定による攻撃又は防御の方法」に対抗主張が含まれると考えられるから、本判決の判断は妥当なものというべきであろう。

ただし、既述のとおり、民訴法338条1項8号の趣旨が重要なものであることからすれば、審理の遅延防止という特許法104条の3第2項の趣旨との利益衡量は適切に行うべきと考えられる。

3 本判決の結論について

本判決の法廷意見は、「Xは、第1審においても、Yらの無効主張に対して対抗主張を提出することができたのであり、上記特許法104条の3の規定の趣旨に照らすと、少なくとも第1審判決によって上記無効主張が採用された後の原審の審理においては、特許請求の範囲の減縮を目的とする訂正を理由とするものを含めて早期に対抗主張を提出すべきであったと解される。そして、本件訂正審決の内容やXが1年以上に及ぶ原審の審理期間中に2度にわたって訂正審判請求とその取下げを繰り返したことにかんがみると、Xが本件訂正審判請求に係る対抗主張を原審の口頭弁論終結時前に提出しなかったことを正当化する理由は何ら見いだすことができない。」(筆者注：上告人をX、被上告人をYとしている。)として、Xの対抗主張を却下している。本判決が述べるとおり、Xには対抗主張を行う機会が第1審段階から存在し、控訴審段階からは自らが訂正審判請求をしているのであるから、控訴審においても対抗主張を行うことは容易であったといえるにもかかわらず、Xが訂正審判請求とその取り下げを繰り返した後、控訴審判決後になってはじめて対抗主張をおこなったというのであるから、やはりXによる対抗主張を正当化する理由はないと言わざるを得ない。

したがって、Xによる対抗主張を却下した本判決の結論は正当である。

第6 結びに代えて—今後の課題

1 本判決は、侵害訴訟において無効の抗弁が認められたことにより請求棄却判決がされた後に訂正審決が確定したことを再審事由に当たりうるとしながらも、特許法104条の3の趣旨に鑑み、原審判決後の対抗主張を却下したものであり、その理論的枠組み及び結論自体は既述のとおり妥当であるといえる。

2 そこで、今後の課題は、同条の機能範囲がどこ

まであるかという点にあると考えられる。この点については、筆者の能力及び紙面の都合もあることから、結びに代えて、解決の基本的な方向性を簡単に示すにとどめることとする。

特許紛争における紛争解決の一回性及びその合理性は、つとに主張されてきたところであり、そうだとすると、基本的には特許法104条の3第2項の機能範囲を拡大させることが妥当であると思われる。

もっとも、このように侵害訴訟において特許紛争の一回的解決を促進すると、侵害訴訟の場面では特許権者が特許権を行使できなくなる範囲は拡大し、特許権者保護という観点からは問題があるとも考えられる。

しかし、特許権者は、侵害訴訟を提起する前段階に、自らの特許権に付着する無効理由を精査し、これを取り除く機会が与えられている。また、仮に、特許権者の対抗主張が却下され、無効の抗弁が認められた判決が維持されたとしても、侵害訴訟では当該特許権自体を無効にすることはなく、しかも、判決の効果は侵害訴訟の当事者間に及ぶに過ぎないから、当該訴訟における当事者の自己責任を問うことは難しくない¹⁵。無効の抗弁が容れられた判決が維持されたとしても、特許権者としては、依然として対世効を有する特許権を保持しており、その有効・無効については、別途、訂正審判や無効審判で争う機会が残されている¹⁶。

そのように考えると、特許法104条の3第2項の機能範囲を基本的に拡大する方向で考えることは、特許権者保護の観点からしても必ずしも不当ではないように思われる。

お、侵害訴訟の請求認容判決確定後に特許無効審決が確定した場合には、基本的には侵害訴訟の判決の基礎となった特許の内容と無効審決後の特許の内容が変更されたことは明らかであるから、本件の題材と同一の議論がなされると考えられる。

- 7 財団法人知的財産研究所『審判制度に関する今後の諸課題の調査報告書』(2007)88頁(森義之)は、このような再審が認められるとすると、再審の手続において、訂正してもやはり特許は無効であったとして請求が棄却されることがあり得るが、その場合でも原告が再度の訂正をすることによって再度再審査請求をすることが考えられ、他方、再審の手続において、訂正をすることによって特許が無効でないと請求が認容されることもあり得るが、その場合でも、その後に特許無効審判請求で特許が無効になると再び再審となることが考えられ、このように再審が際限なく繰り返されるという法的には極めて不安定な事態が生ずるおそれがあることを挙げる。
- 8 知的財産関係二法／労働審判法』(商事法務・2004. 10. 22)59頁、特許庁編『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説[第17版]』(発明協会・2008. 5. 30)287頁参照。
- 9 笠井正俊「特許無効審判の結果と特許権侵害訴訟の再審事由」民事訴訟雑誌第54巻41頁以下を参考としている。
- 10 笠井・前掲9 48頁参照。
- 11 岩坪哲「訂正許可審決と侵害訴訟における再審事由の成否—最判平成20・4・24—」NBL888号29頁参照。
- 12 近藤昌明＝齋藤友嘉・前掲8 59頁、特許庁編・前掲8 287頁参照。
- 13 近藤昌明＝齋藤友嘉・前掲8 59頁、特許庁編・前掲8 287頁参照。
- 14 牧野利秋他・座談会「知的財産高等裁判所設置法及び裁判所法等の一部を改正する法律について」知財管理55巻4号471号(飯村敏明、牧野利秋)参照。
- 15 ただし、そのことから直ちに再審事由該当性を否定することは、裁判の適正や裁判に対する信頼確保の点から必ずしも妥当とはいえないことは既述のとおりである。審理遅延防止及び一回的紛争解決の要請と裁判の適正や裁判に対する信頼確保の要請との間の適切な衡量は、やはり、特許法104条の3第2項条の「不当に審理を遅延させる」という要件で行うことが妥当であろう。
- 16 もっとも、特許権者は、自己の特許権に無効となりうるとレッテルを貼られることとなり、判決の証明効との関係で事実上の不利益を被ることとなる。しかし、このことは、通常の民事訴訟も同様であって、それが特許権者に対する不当な影響とまではいえないであろう。

- 1 再審は前訴訟中に、上訴による不服申立ての機会がなかった場合に限り認められるものであり(民訴法338条1項但書)、また、訴訟経済の観点からも338条1項4号以下の再審事由も法令違反として、上告理由となる(最判昭和38年4月12日民集17巻3号468頁以下)。なお、再審事由該当事実は職権調査事項であるから、上告審でも事実の審理ができる(上田徹一郎『民事訴訟法[第4版]』(法学書院・2004. 2. 15)590頁参照。)
- 2 最高裁ホームページ<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080501151210.pdf>参照。
- 3 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下』(有斐閣・2004年7月20日)509～510頁参照。
- 4 高橋・前掲3 519頁参照。
- 5 当事者に酷であるとの点についても、異常な資料に基づいた判決を当事者に押しつけることはやはり当事者に酷であると思われる。
- 6 菱田雄郷「知財高裁設置後における知的財産訴訟の理論的課題—民事手続法の視点から」ジュリスト1293号69頁以下参照。な

最高裁第1小法廷平成20年4月24日判決 事案経過表

	裁判所	特許庁
平成 5年 4月12日	X 特許出願	
平成11年 1月22日	X 特許登録(「ナイフの加工装置」)	
平成13年 9月10日	X→Yら Stg: 特許法100条1項に基づく差止請求権、不法行為に基づく損害賠償請求権 Kgイ号製品は、本件特許権の請求項1を内容とする発明1の技術的範囲にある	
平成13年12月 7日	Yら→X 第2回口頭弁論 E権利濫用の抗弁(キルビー抗弁) 発明1には明らかな無効理由がある	
平成15年 7月25日		Y1→X 発明1について、特許庁へ無効審判請求
平成16年 1月30日		特許庁 発明1について、無効審決
平成16年 2月 6日	X→Yら 第18回口頭弁論 Kgを追加 請求項5を内容とする発明5のうち、請求項1を引用する部分にかかる発明の技術的範囲内にある	
	Yら→X 請求原因の追加は時期に遅れた攻撃 防御方法である	
平成16年 3月15日	Yら→X 第19回口頭弁論 E権利濫用の抗弁 発明5には明らかな無効理由がある	
平成16年10月21日	第1審判決 Xの請求棄却 権利濫用の抗弁を容れる(技術的範囲に属するかどうかの判断をせず)	
平成16年11月 2日	X 控訴	
平成17年 1月21日		X→特許庁 第1次訂正審判請求 請求項5について特許請求の範囲を減縮
平成17年 2月 1日	Yら→X E特許法104条の3の抗弁 発明5には明らかな無効理由	
平成17年 4月11日		X→特許庁 第1次訂正審判請求取り下げ X→特許庁 第2次訂正審判請求
平成17年 5月31日	X Kg撤回 請求項1の技術的範囲に属すると の主張を撤回 発明1の無効審決が確定している	
平成17年11月25日		特許庁→X 訂正審判請求成り立たない
平成17年12月22日		X→特許庁 第2次訂正審判請求取り下げ
平成18年 1月20日	原審 口頭弁論終結	
平成18年 4月18日		X→特許庁 第3次訂正審判請求
平成18年 5月31日	原審判決 控訴棄却 特許法104条の3の抗弁を容れる	
平成18年 6月16日	X 上告及び上告受理申立て	
平成18年 6月26日		X→特許庁 第3次訂正審判請求取り下げ X→特許庁 第4次訂正審判請求
平成18年 7月 7日		X→特許庁 第4次訂正審判請求取り下げ X→特許庁 第5次訂正審判請求
平成18年 8月29日		特許庁 訂正すべき旨の審決→確定(クレーム減縮)

インターネット上の諸問題と イギリス著作権法における抗弁

弁護士 坂田 均

1. インターネットの世界では、ネット・オークション¹や検索エンジン²などの新しい取引形態や情報検索技術の発展が著しい。最近、これらの新たな取引形態や技術が、著作権法上十分に保護されていないことが問題になっている。いうまでもなく、日本著作権法では、著作権の制限規定は個別類型ごとに列挙され、アメリカにおけるFair Useのような一般的な権利制限規定はおいていないので、新たに登場した課題に弾力的に対応することは容易でない。判例や学説は、複製概念や、引用の要件の見直し等色々な工夫を試みて解決を図ろうとしているが、必ずしも十分な対応ができていないのが現状である。

しかし、著作権侵害の可能性が払拭できなければ、新しい取引形態や技術の発展は望めない。そこで、新たな制限規定を設けようという提案が活発に行われている。

このような状況を踏まえて、外国がどのように対応しているかを知ることは、立法論を含む今後の検討に資するものである。アメリカにおけるFair Useは日本に十分紹介されているので、今回は、イギリスにおける著作権の制限規定を紹介したい。

2. イギリス著作権法(Copyright, Designs and Patents Act 1988)(以下、「CDPA」という)³における侵害の主張に対する抗弁は、日本の著作権の制限規定と同様に個別規定を列挙してその範囲を限定している。今回は紹介しないが、主な制度としては、研究、個人研究を目的とした公正使用Fair Dealing for the purpose of Research or Private Study(29条)、批判や批評を目的とした公正使用Fair Dealing for the purpose of Criticism or Review(30条)、事件報道Reporting of Current Events(30条)、図書館使用Library Uses(37条-44条)、教育使用Educational Uses(32条-36条)等がある。

以下でインターネット上の他人の著作物の利用に関して関連する制度についてその概要を簡単に紹介する。

(1) 付随的使用(Incidental Uses)

例えば、人物を写真撮影したときにたまたま背景として他人の著作物が写っている場合があるが、そのような取り込みが付随的である場合(incidental inclusion)は、著作権の侵害にはならないとしている(CDPA31条1項)。

「付随的」という意味については、議論のあるところであるが、イギリス高等法院は、サッカーのプロリーグであるプレミアリーグのライオンマークとその所属クラブの紋章を、スポーツ選手のカード会社であるが被告が無断複製したFootball Association Premier League Ltd v. Panini UK 事件⁴において、「取り込まれたマークと紋章はカード上のプロサッカー選手の写真の不可欠な部分(integral part)を構成し、それなしでは被告の望んだ完全な写真(the complete picture)にはならない」と判断し、付随的使用の抗弁を否定した。高等法院は、被告の希望した写真という主観的要素も考慮しているが、「付随的」であるかどうかは、単に、客観的なテストだけではなく、主観的なテストも考慮されるべきであるとしている。雑誌の表紙の無断コピーが問題になったIPC Magazines Ltd v MGN Ltd 事件⁵では、高等法院は、偶然か(casual)、必須か(essential)、付属しているか(subordinate)、単なる背景か(mere background)という意味において、付随的取り込みであるか否かを判断すべきであるとして考慮すべき要素を明らかにした。

この問題は、日本著作権法の下ではどのように処理されるのであろうか。

照明器具のカatalog写真に背景として取り込まれた床の間の「書」の著作権侵害が争われた雪月花事件で、裁判所は、複製概念を規範的にとらえ、「雪月花」等の書は縮小されていて、美的要素を直接感得することができる程度に再現されていないとして、複製権の侵害自体を否定した⁶。雪月花事件ではたまたま対象が縮小されていてその詳細が再現されていないという特殊性からテクニカルな処理が可能であったが、この判断基準の適用範囲はかなり限定されていると言えよう。

(2) 芸術作品の販売のための広告(Advertisements For Sale of an Artistic Work)

絵画をカatalog販売する場合その写真を掲載することがあるが、芸術作品の販売を目的と

した広告は著作権侵害にはならないとしている(CDPA63条1項)。この規定は、広告の媒体を限定していないから、インターネット上への画像のアップロードは、販売のための広告を目的とする限りは著作権侵害にはならない。

日本著作権法では、美術の著作物等を展示する場合に観覧者に小冊子に著作物を掲載することが認めている(法47条)が、鑑賞用の書籍と同視できるものは含まれないので、その適用範囲は狭い。インターネット・オークションで絵画を画像としてアップロードする行為は同条では救済されない。田村善之教授は、引用(法32条)について、従来判例上認められてきた明瞭性と附従性の要件は、研究・批評型を超えては適用すべきでないとして、「公正な慣行に合致する」、「引用の目的上正当な範囲内」の要件を文言に忠実に解釈することで解決を試みている⁸。

(3) 一時的な技術的必要による複製(Temporary Technology-Dictated Copies)

例えば、キャッシュ(caching)やウェブサイト情報のクローリング等の検索エンジンサービスに伴う複製について、イギリスの著作権法は特段の規定を設けていない。しかし、この点Information Society 指令⁹ 5条1項は、一時的(temporary)な再生が、①過渡的または付随的(transient and incidental)であること、②技術的過程において不可欠または本質的な要素(integral and essential elements)であること、③その目的が、(i) ネットワークにおいて第三者間で情報を移すために、過渡的(intermediary)に複製するものであるか、または(ii) 法に準拠した使用(a lawful use)であること、そして、④独立した経済的重要性(independent economic significance)がないことの各要件を充たす場合は、著作権の侵害にはならないとしている。同項は、強行法的性格を有すると理解されていたが¹⁰、2003年10月31日に施行された規則によってそのことが確認されている¹¹。

日本著作権法においては、対応できる規定はない。複製概念を修正して、所定の目的で一時的になされた再生は、複製にあたらないという解釈を取らざるを得ないが、そもそもそのような再生が「一時的」といえるかが問題になろう。

3. 現在、日本では著作権の制限規定の見直しが検討されている。考え方としては、アメリカのFair Useのような一般的規定を設けるべきだとする考え

方と、従来のように個別規定によって対応すべきであるとの考え方が対立している。著作権者の利益と流通の円滑を弾力的に調和させるためには一般的規定が適しているといえる。逆に、権利者の権利が不当に制限されたり、利用者側の法的安定性が損なわれたりすることを考えると個別規定によって対応すべきことになる。どちらが妥当かは、今後の議論によって明らかになるだろうが、これまで日本にあまり紹介されてこなかったイギリスの著作権法がひとつの参考資料になると思われる。

- 1 ネット・オークションでは、出品者が商品画像を提供し、その画像がオークション・サイトにアップロードされる。従って、例えば、商品が絵画である場合、複製権や送信可能化・自動公衆送信権の侵害が問題になる。
- 2 文化審議会著作権文化会法制問題小委員会「平成19年度・中間まとめ(平成19年10月12日)」では、「インターネット上のウェブサイトの情報を間断なく収集し、そのデータをサーバに格納して、これを解析したものをデータベース化するとともに、利用者からの検索要求に応じてそのウェブサイトの所在等の情報を検索結果として表示するもの」と定義している。従って、同中間まとめによると(46頁)、検索エンジンサービス業者の行為は、①ウェブサイト情報の収集・格納(クローリング)、②検索引インデックス及び検索結果表示用データの作成・蓄積、③検索結果の表示(送信)に分類できるが、各過程においては、①については、複製権の侵害が、②については、複製権や翻案権の侵害が、③については、送信可能化・自動公衆送信権の侵害がそれぞれ問題になる。
- 3 Copyright, Designs and Patents Act 1988 第3章28条～76条。
- 4 Football Association Premier League Ltd v. Panini UK, Dec. 13, 2002, High Court of Justice (Chancery Division), 2004 FSR 1.
- 5 IPC Magazines Ltd v MGN Ltd, Feb. 11, 1998, High Court of Justice (Chancery Division), 1998 FSR 431.
- 6 東京高裁平成14年2月18日判決 判時1786-136。
- 7 レオナルド・藤田事件(東京地裁平成元年10月6日判決 判時1323-140)。
- 8 「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」(知財管理56-9 2006)。
- 9 Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society.
- 10 British Copyright Council “Copyright and the Information Society” (June 22, 2001)
- 11 The Copyright and Related Rights Regulations 2003.

地域団体商標制度と その活用上の留意点

弁護士 草地 邦晴

1 地域団体商標制度について

地域団体商標制度は、平成18年4月1日に施行された改正商標法により新設された制度である。同制度は、地域の名称と商品(役務)の名称からなる商標について、一定の範囲で周知となった場合には、事業協同組合等の団体が地域団体商標として商標登録することを認める制度で、地域の事業者が協力して同一のブランドを用いることで、地域産業のブランド化をさらに推し進め、地域商品(役務)の付加価値を向上させて、その競争力を強化させることが期待されている。

制度ができて約3年が経過したが、平成21年2月4日現在での出願件数は、全国で869件、平成21年2月10日現在での登録査定数は、全国で417件(海外地域のもの2件を含む)にのぼっており、この制度が地域産業の活性化に広く利用されている状況がうかがえる。特に、京都府は出願件数が142件、うちすでに登録査定を受けた件数が54件にのぼり、件数では他地域を大きく引き離している(※1※2)。特に伝統産業の分野で広く京都ブランドが継承されてきたことが裏付けられた結果と言え、また京都の地域産業がこうしたブランド力をてこにして、さらなる競争力の向上を目指している姿勢が見て取れる。

もっとも、こうした地域団体商標の登録は、地域産業の活性化の強力な武器となりうることは確かであるが、ともすれば商標登録自体と登録の宣伝で満足してしまい、制度の利点を十分に生かせていない例もあるように見受けられる。また、地域団体商標として独占的な使用が認められる反面として、商標の使用法や品質が適切に維持されていない場合には、一部の不適切事案の発生により、地域ブランド全体の信用力が低下し、大きなダメージを受けるリスクがあるということは、意外と意識されていない。

地域団体商標の中核は、商標登録後の品質管理と運用にあると言っても過言ではなく、登録商標の取得は、品質コントロールによるブランド力の強化と、そのブランド力の戦略的活用のための一つの手段、最初の一步であることを強く自覚しておく必要があ

る。

そこで、以下では主に地域団体商標の特性や活用について整理し、留意点について述べる(地域団体商標の登録要件については他に譲ることとする。審査基準については※3などを参照されたい)。

2 地域団体商標の特性について

地域団体商標が登録査定を受けると、通常の商標権と同様、商標権者がこれを独占的に使用する権限が与えられ、無断でこれを使用する第三者に対して、侵害の停止やその予防を請求することができ、侵害品の廃棄や予防に必要な行為の請求を行うことができる(商標法36条。以下特に法律名を付さない場合は商標法を指す)。また、侵害を行った者に対して損害賠償の請求を求めることも可能になる(民法709条)。商標権を活用するために、第三者に商標の使用を認める通常使用権を設定することも可能であり、存続期間やその維持など、基本的には通常の商標権と同様の性質を持つ。

しかし、地域団体商標には、特別の規定が設けられていることがあり、またその性質から、通常の商標権とは区別してその特性を把握しておく必要がある。

(1) 使用権の及ぶ範囲

商標登録出願は、商標の使用をする1又は2以上の商品又は役務を、政令で定める区分に従って指定することが必要であり(6条)、商標権者はその指定商品(役務)について使用する権利を専有する(25条)。

この点は、地域団体商標においても変わるところがないが、地域団体商標においては、例えば指定商品は「○○産の△△」という風に、地域を限定して指定されており、指定された「○○産」以外の商品には使用権は及ばない。

(2) 移転の制限(24条の2第4項)

地域団体商標は、合併等の一般承継の場合を除いて、商標権の移転は認められていない。地域団体商標の取得には、その制度趣旨から厳格な主体要件が定められており(7条の2)、その趣旨が没却されないよう、移転が制限されている。従って、譲渡による投下資本の回収はできない。

(3) 専用使用権の設定不可(30条1項但書)

地域団体商標は、後記のように商標権者とその構成員による使用が許されている(31条の2第1項)ところ、専用使用権が設定されると商標権者やその構成員の使用も制限されることになり(同項但

書但し、地域団体商標の廃除)、また商標権の移転制限が容易に潜脱されることになりかねないため、専用使用権の設定自体が認められていない。

(4) 先使用権(32条の2)

地域団体商標はすでに周知性を獲得していることが登録の要件となっているので、当該商標は、通常は、商標登録以前には特定の団体やその構成員に独占されずに自由に使用されている。そこで、出願前から不正競争の目的なく継続して当該商標を使用していた者は、商標権者の構成員ではなくとも引き続きその商標を利用することが可能である(先使用権)。但し、登録後については、出所の混同を招きかねないため、商標権者は先使用権者に対して、出所の混同を防ぐのに適当な表示を付すべきことを請求することができることとされている(同条2項)。

3 地域団体商標の使用と活用について

(1) 構成員の使用(31条の2)

地域団体商標については、商標権者が事業協同組合等の一定の団体に制限されており、その制度目的から、団体の構成員が、「当該法人又は当該組合等の定めるところにより」、「指定商品又は指定役務について」「地域団体商標に係る登録商標の使用をする権利」を有している。

つまり、商標権者は事業協同組合等の団体であるが、その団体の構成員は通常使用権の設定契約を締結することなく、地域団体商標の通常使用権が与えられることになる。

しかし、構成員はこの使用権を移転することが認められておらず(同条2項)、団体の構成員資格を失うとこの使用権も失うことになる。第三者に対して再使用許諾する権利や、構成員資格を失った場合の使用権については、別途商標権者からの許諾を受ける必要があるので、注意を要する。

(2) 地域団体商標の使用基準

他方で、構成員の上記使用権については、「当該組合等の定めるところにより」という法律上の制限が加わっている点は重要である。構成員は商標を使用することができるが、商標権者である団体は、その使用について一定の使用基準を定めることができ、構成員の使用権は、これにより制限されることになる。

このように、地域団体商標制度は、商標権者の構成員が商標権を使用することを広く認める一方で、商標権者がそのブランド力を高めるため、商

品(役務)の品質等の基準や商標使用についての基準を定め、これに従った使用がなされることを当然の前提としており、こうした基準の下で地域ブランドの信用力が維持され、発展することが期待されているといえることができる。

この意味で、商標権者である事業協同組合等の団体が、適切な基準を明文化し、これを適切に運用・管理することは、地域団体商標の命運を握っているといっても過言ではなく、万一こうした基準が設定されず、個々の構成員が品質の劣る商品(役務)に当該商標を付し、あるいは使用権を持たない商品(役務)に当該商標を付すようなことが起これば、ブランド力は著しく低下することになるし、その影響は登録された地域団体商標であるが故に、当該地域産業全体に及ぶことにもなりかねない。

(3) 地域団体商標権の取消・無効

また、商標権者又はその構成員が、商品(役務)の品質について誤認を生じさせる商標の使用をしたときは、請求により商標権が取り消されることがある点にも注意が必要である。例えば、構成員が〇〇産の牛肉を指定商品とする地域団体商標を、〇〇産以外で生産された牛肉に使用した場合には、需要者は〇〇産の牛肉と品質誤認するため、このような場合には登録商標が取消しの対象となってしまう(51条)。

さらに、地域団体商標が登録された後に、登録商標を使用していない、あるいは他人がその商標を使用しているのを放置して、権利者や構成員以外の者が登録商標を使用するようになり、出所表示としての機能を失った場合には、利害関係人からの請求により、商標権が無効とされることもあり得る(46条1項6号)。

このように、構成員の不正な商標の使用、あるいは第三者による無断使用については、商標権者は常に注意を払う必要があり、その適正な使用を確保するべく速やかに対応することが要求されていると言えよう。

(4) 通常使用権の設定

なお、上記したように、地域団体商標については、商標権者はそのブランド品の流通や宣伝のために、企業や地方公共団体等に、その使用を許諾することができる。こうした使用権の設定により、地域ブランドの競争力を拡大させる戦略を進めていくことが可能であるが、他方で、こうした使用

許諾の契約においては、ブランドイメージを低下させたり、ブランド力にただ乗りされることを防止するために、使用範囲や内容、方法について厳格な定めを置くことが必要であろう(通常使用者の使用についても、(3)の商標権の取消があり得る(53条)。

- 4 以上のように、地域団体商標については、通常の商標権とは異なる性質や効果があり、その特性を十分に理解した上で、これを活用し、商標権者による継続的な監視の下に運用していくことが不可欠である。せっかく育ててきた地域ブランドが、かえって信用力を失う結果とならないよう、統一的な戦略のもとに、適切に登録商標を使用し、継続的に競争力を高める取組みを行っていくことが望まれる。

- ※1 「登録査定案件リスト」(特許庁商標課・平成21年2月10日付)
- ※2 「地域団体商標の出願状況について」(特許庁商標課・平成21年2月4日付)
- ※3 「改正商標審査基準」「商標審査便覧」

参考文献：地域団体商標制度説明会テキスト(特許庁)他
 上記はいずれも特許庁のHPより
http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/torikumi/t_torikumi/t_dantai_syouhyou.htm

介護事故①：誤嚥

弁護士 井上 博隆

1、はじめに

平成12年(2000年)4月に介護保険が施行され、いわゆる「措置から契約へ」となって10年目を迎えようとしている。今後、ますます高齢者が増え、介護事故も増加することが予想される。介護事故は、転倒・転落、誤嚥等が多いといわれており、これらを中心に介護事故に関する裁判例も散見されるようになってきた。

そこで、これまでの裁判例から、高齢者の介護事故について、注意義務や過失がどのようにとらえられているかを考え、今後の介護事故予防への道筋を考えてみたい。今回は、誤嚥について考える。

2、誤嚥

誤嚥とは、食物や唾液が、嚥下(飲み下す)されて食道から胃に入るべきところ、誤って気道(気管、肺)に入ることをいう。

食物が口に取り込まれるときを口腔期といい、口蓋が鼻腔を閉じる。咽頭に押し出された食物は、咽頭筋の収縮による蠕動運動で押し出される(咽頭期)。喉頭蓋が下に倒れ気道が閉じられ、食物が食道に入る(食道期)。誤嚥は、咽頭期と食道期に起こる。

誤嚥は、高齢者特に脳血管障害や認知症の高齢者に多く、むせて苦しい、窒息したり誤嚥性肺炎となる。窒息した場合は、数分で死に至るか重篤な状態となるといわれている。

3、高齢者の誤嚥事故の裁判例

高齢者の誤嚥事故の裁判例は、別紙の通りである。

この内、判決1と判決2は介護保険施行前の、判決3は介護保険施行直前の、判決4と判決5は介護保険施行後2年以内の、判決6と判決7は介護保険施行後4年以降の裁判例である。但し、判決6は病院のものであるが食事介助の事故であり、注意義務・過失を考える上で基本的には変わらないものと考えられる。判決1、判決3乃至判決5、判決7は特別養護老人ホームの事故であり、この内、判決1と判決5はショートステイの事故である。判決2は老人保健施設の事故である。

4、誤嚥の注意義務・過失

別紙の裁判例からも明らかなように、誤嚥についての注意義務・過失は、大きく分けると①食事前、②食事中、③誤嚥後の各段階で争点となっている。

①食事前の段階では、i、食事の経口的摂取の是非、ii、食材の選択(誤嚥を起こしやすい食材を使用したか否か等)、食物の大きさ、調理方法(とろみをつける等誤嚥を起こしにくい調理方法をとっていたか等)、iii、誤嚥の予防措置を取っていたか(覚醒の確認、姿勢、手・口腔内ケア、義歯の装着等)等が争点となっている。

②食事中の段階では、i、食事中の介助の方法(1対1か、量が適切か、一口ごとにゆっくり食べさせているか等)、ii、食事中の嚥下状態の確認(一口ずつ嚥下を確認しているか、口腔内に食物が残っていないか等)、iii、監視体制(嚥下の状況を確認する人数、頻度、注意の仕方等)等が争点となっている。

③誤嚥後の段階では、i、誤嚥の予見義務、ii、適時の救急救命措置(タッピング、ハイムリッヒ法、吸引器の使用、医師や119番通報等)、iii、救急救命措置の仕方の妥当性、iv、救急救命措置後の観察・監視等が争点となっている。

④また、①②③を通じて、施設・病院側の教育・指導の適切性等も争点となっている。

5、裁判例へのコメント

(1) 判決1、判決4乃至判決7は、注意義務違反・過失を認めて原告の請求を認容している。一方、判決2と判決3は、従前摂食障害・誤嚥の兆候が見られず誤嚥の予見可能性がなかったこと、誤嚥後も適時に救急救命措置がなされていることを理由に、原告の請求が棄却されている。特に、判決3では、食道期の誤嚥であることを強調している。

(2) 判決1と判決4は、誤嚥後の注意義務違反・過失を認めている。判決1は、誤嚥の予見義務と適時の救急救命措置義務違反を、判決4は、救急救命措置後の観察・監視義務違反を認めている。

特に、判決4は、介護職員らは医療に関する専門的知識・技術はなく、吸引しても適切に異物が完全に除去されたか適切に判断することは困難であることから、1回目の急変に際し吸引し容態が安定したように見えても引き続き常時そばについて様子を注意深く観察し、再度容態が急変した場合は医師に適切な措置を求めたり、119番通報することを求めていることが注目される。

従前、誤嚥か否かの判断や吸引を医療資格のない介護職員に求めるのは適切ではないのではないかという議論があったが、これに対する一つの判断を示したものといえよう。

一方、医事資格のある者は医学的観察及び措置の注意義務が加重されるものと考えられる。

(3) 判決5と判決6は、食事中の嚥下動作の確認に注意義務違反・過失を認めている。

いずれも、嚥下障害があったことを認めながらも、誤嚥の危険性のある食材を使用したことや義歯を装着しなかったこと自体を過失とはせず、誤嚥の危険性のある食材を使ったり、義歯を装着しないで摂食させることは、より誤嚥の危険性が増すことから、より高度の食事中の監視・観察義務を認めている。

判決5では、中腰でやや見下すような姿勢での観察では不足としている。判決6では、一口ごとに咀嚼して飲み込んだか確認する義務があるとしている。

(4) 判決7は、食事前の誤嚥予防措置違反を認めている。厚生労働省の福祉サービスにおける危機管理に関する検討会「福祉サービスにおける危機管理(リスクマネジメント)に関する取り組み指針」を引用して、施設が、指針記載の留意事項を、経験のない契約職員であった介護職員に指導教育しておらず、介護職員もこれをしていなかったことに注意義務違反を求めている。

この点に過失を求めることは、下記の参考文献にも記述されていない。今後、介護にあたる施設や関係者は留意しておいた方が良くように思われる。医療事故裁判においてガイドラインが過失判断の大きな要素となっていることと同じ流れにあるように思われる。

特に、介護保険制度・「措置から契約へ」が制度的に熟してきて、誤嚥予防の方法が標準化され共通の認識となっていると考えられ、今後も、前記指針や参考文献2の82頁の「誤嚥防止のための介護技術」記載の内容を行っていないときは、その点をとらえて過失ととらえられる可能性があるのではないと思われる。

(5) (1)(2)(3)(4)を見ると、もとより、高齢者の嚥下障害の程度等事例によって異なることは当然としても、従前は誤嚥後の措置が主たる争点とされてきたが、最近では、より前の段階の、食事前の誤嚥予防措置や食事中の介助方法・監

視観察に注意義務・過失を求められる傾向があるのではないかと考えられる。

前記のように、誤嚥の判断が医学的判断を伴うことや吸引等医学的措置を介護職員にこれを求めることに疑問視する見解があること(参考文献6の37頁、9の19頁)、誤嚥して窒息すれば緊急救命措置をとっても数分で死亡等することから、判決2や判決3のように誤嚥後の措置に過失を求めることが難しい事例があることが理由であると思われる。

- (6) 判決3乃至判決7のいずれもが、食事前の食材や食物の調理方法・摂取の方法の過失を認めていない。食事介護の基本は、自分で食べる、口から食べる、嗜好などが満たされることとされており、誤嚥の蓋然性が高くない限り、裁判例の判断は当然ともいえ、その代わり、食事中の介助の方法や見守りについての注意義務が加重されることになる。
- (7) 食事時の監視体制について、判決2は、自立して食事をしていて40名に対して、介護職員3名が食堂内を巡回し介助をしていたが、事故発生直後に救急救命措置をしていること等を理由に過失はないとし、判決3は吸引を4、5分後にしたことが遅きに失したとはいえないとしている。

一方、判決6は、7名の重症患者と個室患者(但し、複数名は経管栄養管理等のため食事介助の必要なし)を1名の看護師と他のチームと掛け持ちの看護師1名で食事介助していた場合に、誤嚥の危険性の高かった患者に対しては、一口ごとに咀嚼、飲み込み等を見守るとともに、誤嚥の場合に即時に対応する義務があるとし、他の患者の世話などのために離れる場合にも見守りは5分おきではならず、より頻回にすべきであったとしている。

前記の通り、窒息した場合数分で死亡又は重篤な状態となることを考えれば、利用者の嚥下能力を勘案しながら、嚥下状態の監視観察と、異常時には重篤な状態にならないように、数分内に救命措置がとれる人数や見守り体制をとる必要があるということが出来る。

- (8) 不顕性誤嚥

被告側から誤嚥は不顕性誤嚥であり誤嚥予見可能性がなかったと抗弁されることがある。判決5は、不顕性誤嚥についての文献の記載から、食事中に食物をのどに詰まらせるような症例を

対象として理解されているとは考え難いとして、この抗弁に対して否定的に判断している。

- (9) 判決3は、食道期の誤嚥であることを強調して、誤嚥の予見可能性を否定している。しかし、現在では食道期の誤嚥も一般に知られていると考えられ、今後、事情によっては過失があるとされる場合もあるのではないかと考えられる。

6. まとめ

最近の裁判例をみると誤嚥の注意義務過失は食事前の誤嚥予防措置や食事時の介助方法、監視観察に求められる傾向にある。

このためには、厚生労働省の取り組み指針等、標準化された方法を指導し守ること、誤嚥の危険性の高い利用者には高度の監視、観察が必要とされることが、数分内に救急救命措置がとれる体制を整えること等が求められよう。

参考文献

- 1、古笛恵子「事例解説 介護事故における注意義務と責任」新日本法規出版(株)平成20年
- 2、介護支援専門員テキスト編集委員会「四訂介護支援専門員基本テキスト」第3巻「高齢者保健医療・福祉の基礎知識」(財)長寿社会開発センター平成19年
- 3、菊池馨実「高齢者介護事故をめぐる裁判例の総合的検討(一)」賃金と社会保障1427-23/2006年
- 4、大阪弁護士会高齢者障害者総合支援センター「介護事故マニュアル」大阪弁護士協同組合2006年
- 5、兵庫県弁護士会消費者保護委員会・兵庫県国民健康保険団体連合会編著「これで安心介護トラブルの処方箋」兵庫県社会福祉協議会2005年
- 6、高野・青木編「介護事故とリスクマネジメント」あけび書房(株)2004年
- 7、拙稿「相談・苦情解決に必要な法律知識」福祉サービスに関する苦情解決事業・研修会報告書～福祉サービスの質の向上をめざして～所収・沖縄県福祉サービス運営適正化委員会平成14年
- 8、厚生労働省・福祉サービスにおける危機管理に関する検討会「福祉サービスにおける危機管理(リスクマネジメント)に関する取り組み指針～利用者の笑顔と満足を求めて～」平成14年
- 9、菊池馨実「介護事故とリスクマネジメント(一)」経営協218号16頁社会福祉法人全国社会福祉協議会・全国社会福祉施設経営者協議会2002年

番号	判決	事故年月	訴訟の結果	事故の概要	施設の種類	誤嚥以前の状況
1	横浜地判 川崎支部 H12.2.23賃金 と社会保障 1284	H7.12	認容(過失あり； 選択的に、債務 不履行責任と不法 行為責任を求め、 いずれを認めたか 不明)	73歳。 ごはん、なめたけお ろし、茄子、みそ汁 の食事時、誤嚥した ものは具体的には不 明。死亡。	特別養護老人ホーム (ショートステイ)	多発性脳梗塞等の既往症。 紙おむつ、食事と入浴時以外はベッドで過ごし、食事は常食を全面的に介助されており、食べ物を嚥んでいる時間が長く、なかなか飲み込まない傾向があった。
2	横浜地判 H12.6.13 賃金 と社会保障 1303.14	H9.9	棄却(過失なし； 主位的に債務不 履行責任、予備的 に不法行為責任を 求める)	75歳。 こんにゃくの田楽。 死亡。	老人保健施設	中等度の痴呆症。 常食常菜とされたが、 本人の希望により全 粥常食と変更された。 食べ残すこともあつた が、主食、副菜とも に全量食べていた。
3	神戸地判 H16.4.15 賃金 と社会保障 1427/45	H12.3	棄却(過失なし； 不法行為責任を 求め、これを否定)	82歳。牛乳に浸した パン。死亡。	特別養護老人ホーム	老人性痴呆症、全盲等。 事故前は、食事を全 量摂取することも多 く、近接した時期に は誤嚥の兆候を認め られなかった。 包括的自立支援プロ グラムに「嚥下機能 面での問題点：有」「 食事のすすめ方に注 意」等の記載があつた。 事故当時はパン粥を 口にため込み、食塊 をなかなか飲み込め なかった。

過失についての争点と裁判所の判断

①飲み込みが悪いことを十分に認識して食事の監理と監視をするべきであったか

→判断なし

②誤嚥の発見が遅れ、また、救急救命措置をとるのも遅れたか。

→○ 飲み込みが悪く、食物を口にため込む時間がかかっていたこと、朝食直後の事故であることから、真っ先に疑われるのは誤嚥であるのに、誤嚥の措置をしていない。吸引器を取りに行くこともしていない。また、異変発見後15分後まで救急車を呼ぶこともなく、適切な措置を怠った。

①誤嚥の危険性のあるこんにやく提供に過失があるか。

i、こんにやくを食材にしたことや料理方法に過失があるか。

→× 便通を良くする等の理由で食材としたこと、小さく切り分ける等高齢者に配慮していたこと等から過失があるとはいえない。単に誤嚥の危険性があるという一事で食事に供したこと自体に過失があるとはいえない。むしろ、食事について自立した者に通常の家庭料理に近い食事を提供することは老人保健施設の目的に合致している。

ii、こんにやくに加え、事故当時、ゴボウ、きゅうりが食材に使われ、硬い食材を同一機会に提供したことに過失があるか。

→× すべて通常の家庭料理で用いられる食材であり、組合せも不自然ではなく、高齢者の特質に応じて調理され、嗜好にも合致し過失はない。

②入れ歯をせず、食欲不振であり、全粥を提供されていたことにより咀嚼力が低下していたのに常食のメニューを提供し付き添って介助しなかった過失がある。

→× 入れ歯をしなかったといえず、咀嚼力の低下は明らかではなく、格別摂食障害があったと認められず、付き添って介助する義務は認められない。

③食事時の監視体制や監視状況に過失があるか。

→× 自立して食事をしていて40名に対して、介護職員3名が食堂内を巡回し必要な介助をしていたこと、食材により付き添って摂取させることが必要な入所者に対しては料理を事前に取り上げておく等の措置を講じていたこと、事故発生直後、職員3名が直ちに駆け寄り救急救命措置(タッピング、病院への連絡、入れ歯をとる、吸引器)を開始していることから過失はない。

④救急救命措置に過失があるか。

→× 職員は、速やかに、通常一般的に用いられる救急救命措置を行い、症状の改善が見られなかったので、速やかに隣接の病院に搬送のうえ医師の措置に委ねているのであるから救急救命措置違反ということとはできない。

①包括的自立支援プログラムの記載を理解し実施する義務を怠った過失があるか。

→× 介護保険の適用を受けるためのケアプランであり、介護保険により提供される介護内容が記載されていて、少しでも問題点があれば記載されているのであって、嚥下能力等を反映した措置を示しているのではないから、実行されていなくても直ちに義務違反とはいえない。

②抗うつ剤を投与されており、その嚥下困難等の副作用による誤嚥を回避すべき注意義務があるか。

→× 抗うつ剤の副作用が現れた事実はなく義務はない。

③2、3日前からむせることがあり、

i、横向き嚥下等の方法による介助すべき義務

ii、パン粥等を飲み込めなかったことを認識していたから観察する義務

iii、パン粥等を飲み込めなかったからはき出すように促す義務

iv、パン粥にせず食事性状の変更、体位変換、嚥下方法の工夫をする義務

v、すぐに口の中に指を入れてかき回す、ハイムリッヒ法(横隔膜の圧迫によってはき出させる)、吸引する義務、があるか。

→× 2、3日前からむせることがあったと認める的確な証拠がない。

i iv 誤嚥が起こるのは、咽頭通過・食道への送り込みの際と、食道通過の際であり、前者は誤嚥が食塊が飲み込まれて即時に起こるが、後者は食塊が飲み込まれて一定の時間が経過して起こり、嚥下反射は良好であり、食塊が胸につかえたり、のどを通らない症状があり、食塊が呼吸とともに気管に流れ込んで誤嚥を引き起こす。本件は後者による誤嚥である。i ivは前者の誤嚥の注意義務であるから前提を欠く。

ii iii これまで後者の誤嚥の兆候を認識していないのであるから誤嚥の可能性を認識することは不可能であり、認識する義務があるとすると食事介護中常に肺・頸部の呼吸音を聞く必要があり、そのような義務は認められない。

v かき回す、ハイムリッヒ法は、後者の誤嚥には功を奏しない。吸引は、本件での有効性に疑問である上、4、5分後にしており遅きに失したとはいえない。

4	東京地判 H19.5.28 判時 1991/81	H13.8	認容(過失あり； 選択的に、債務 不履行責任と不法 行為責任を求め、 後者を認める)	98歳。出前の玉子丼 のかまぼこ片等。死 亡。	特別養護老人ホーム	肺気腫、うっ血性心 不全等の既往症があ ったが、食事を自ら 摂取していた。 施設では、月1度選 択メニューで入所者 の希望の出前の丼を 提供していた。
5	名古屋地判 H16.7.30 賃金 と社会保障 1427/54	H13.12	認容(過失あり； 選択的に、債務 不履行責任と不法 行為責任を求め、 後者を認める)	75歳。こんにゃくと はんぺん。死亡	特別養護老人ホーム (ショートステイ)	軽度の痴呆があり、 総入れ歯、車いすを 使用し、食事等や座 位保持にも介助を必 要。 過去6回の利用があ ったが、いずれも嚥 下障害ありと調査票 に記載されていた。
6	福岡地判 H19.6.26 判タ 1277/306	H16.10	認容(過失あり； 主位的に不法行為 責任、予備的に債 務不履行責任とを 求め、前者を認め る)	80歳。おにぎり。死 亡	病院	老人性痴呆・誤嚥性 肺炎等の既往症。 食欲低下改善のため 、介護老人保健施設 から個室に入院。 軽度の嚥下障害が続 いていた、また、歯 の欠損状態から看護 日誌に「食事摂取時 は必ず義歯装着のこ と。誤嚥危険性大」 と記載され申し送ら れていた。基本的 には看護師が食事介 助する看護プランで あった。 誤嚥時、看護師は病 室を30分間離れてい たと認定されている。
7	松山地判 H20.2.18 判タ 1275/219	H17.7	認容(過失あり； 選択的に、債務 不履行責任と不法 行為責任を求め、 後者を認める)	年齢不詳。 おもゆ、きゅうりと もやしの酢の物、み そ汁等の食事時、具 体的には不明。死亡	特別養護老人ホーム	医師から、加齢にと もなうもの、又は小 さい脳梗塞・脳血管 障害等によって食事 の飲み込みが悪くな っており、嚥下障害 が進行したり、誤嚥 性肺炎の可能性があ ると説明されていた 。 ベッドで食事介助を 受けて摂食していた 。 むせ状態が続いてい た。

①食事中の食物の性質・大きさ・量等と嚥下状態の監視に過失があったか。→判断なし ②常時、医療関係職員の配置義務があったか。→判断なし ③看護職員不在の際の誤嚥に備え、介護職員らに対する吸引の仕方、誤嚥者の状態の把握の仕方等の指導に過失があったか。→判断なし ④誤嚥に際する吸引後の観察・吸引義務、119番通報等の措置義務に過失があるか。 →○ 病院退院時に食事中の嚥下状態の観察が必要であると記載され、また、介護職員らは医療に関する専門的知識・技術はなく、吸引しても適切に異物が完全に除去されたかの確に判断することは困難であった。食事中泡を出し、吸引した(1回目)。その後、また、泡を出し、呼吸が苦しそうでチアノーゼが見られた(2回目)。その後顔面蒼白でぐったりしたので119番通報等した(3回目)。1回目の急変の際に吸引し容態が安定したように見えても、引き続き観察し再度容態が急変した場合は、直ちに、嘱託医等に連絡して適切な措置を求めたり、119番通報して救急車の出動を要請すべき義務があった。しかるに、介護職員が常時そばについて様子を見ていたわけではなく、他の入所者の介助をしながら様子をうかがう程度であったので過失がある。
①誤嚥の危険性の高いこんにゃく・はんぺんを食べさせたことに過失があったか。 →判断なし ②家族がこんにゃくを食べさせないよう依頼していたのに介助者に伝えなかったことに過失があるか。 →判断なし ③嚥下障害の程度の判断を誤り、「きざみ」としないで「一口大」としたことに過失があるか。 →判断なし ④嚥下の危険性の高いこんにゃく・はんぺんを食べさせる場合は、小さくしたり、嚥下動作を確認して食べさせる義務があったか。 →○ 高齢、総入れ歯、嚥下障害があったこと、こんにゃくやはんぺんは嚥下障害のある人に向かない食品であることから、誤嚥しないよう細心の注意を払う必要があり、口の中の確認、嚥下動作の確認をする義務がある。中腰でやや見下ろすような姿勢で介助していたことは食物が口の中に残っていたことを見過ごした可能性がある。また、嚥下動作を確認していたと認められない。 ⑤誤嚥後、正対して背中をタッピングするのではなく、立たせて背後からタッピングする義務。→判断なし ⑥不顕性誤嚥であったか。 →× 不顕性誤嚥は、少量を気付かないうちに吸引するもの、夜間睡眠中に唾液が下気道や肺に不顕性誤嚥され肺炎の発症原因となること等と文献に記載されており、食事中に食物をのどに詰まらせるような症例を対象として理解されているとは考え難い。
①誤嚥の危険性のあるおにぎりを提供したことに過失があったか。 →× 嚥下状態が悪いのに、嚥下しやすく工夫されていないおにぎりを提供したことは適当ではなかった。しかし、食欲不振解消が重要事項となっており、本人の希望に添って提供され、約2週間おにぎりでもせたことはなく、歯科医も歯肉を使用するなどして咀嚼すれば嚥下可能としていたことから、注意して嚥下する限り誤嚥はないから、おにぎりを提供したこと自体に過失はない。 ②義歯を装着しないと咀嚼能力が劣り、食塊形成がうまくできないため誤嚥の危険性があるのに、義歯を装着しなかったことに過失があったか。 →× 食事の際に義歯の装着を勧められたが拒否し、いやがる本人に強制的に義歯を装着することもできないので、義歯を装着する義務があったとはいえない(但し、この場合、誤嚥の危険性が増すので、より一層摂食状況を見守る注意義務がある)。 ③誤嚥しないように、また、誤嚥した場合には直ちに吐き出させるために見守りをする必要があるか。 →○ 軽度の嚥下障害があったこと、前日にも牛乳をむせたこと、義歯を装着させないまま嚥下しにくいおにぎりを提供したことから、誤嚥の危険性を認識していた。このような場合、摂食する際に一口ごとに食物を咀嚼して飲み込んだか否かを確認するなどして見守るとともに、誤嚥した場合には即時に対応する義務がある。他の患者の世話などのために離れる場合にも頻回に摂食状況を見守る義務があった。仮に、病院らの主張のように5分間隔で見守っていたとしても、誤嚥する危険性が高かったのであるから、準夜帯で看護師の人数が少なく、世話をすべき患者が多いことを考慮に入れても、5分おきでは不足、少なくともより頻回の見回りをすべきであった。
①経口摂取を一時停止して経管栄養の方法をとるか、経口摂食を継続するのであれば、誤嚥の危険性の少ないものに変更した上、観察態勢を一層強化すべきであったか→判断なし ②食事の介助をする場合、口腔ケアの徹底、覚醒の確認、頸部を前屈させて、ゆっくり食事させる、複数回嚥下させるかの確認義務があるか。 →○ 厚生労働省の福祉サービスにおける危機管理に関する検討会「福祉サービスにおける危機管理(リスクマネジメント)に関する取り組み指針～利用者の笑顔と満足を求めて～」(平成14年)の「食事に関する介護マニュアル(臥床状態で自力摂取ができない人の介助)の一例」の留意事項を引用した上、医師から嚥下障害の進行等の説明を受けており、むせ状態が続いていたから、施設としては、i 覚醒をきちんと確認しているか、ii 頸部を前屈させているか、iii 手、口腔内を清潔にする、iv 一口ずつ嚥下を確かめているか等の点を確認し、実際に行われるように職員に教育、指導すべき義務があった。施設は、教育指導を怠り、職員も i ii iii をしなかった。 ③誤嚥事故発生後の緊急対応に過失があったか→判断なし ④吸引措置に過失があったか→判断なし

メチシリン耐性黄色ブドウ球菌 (MRSA)感染症による死亡等の 事案に関する判例の状況について

弁護士 長谷川 彰

1 はじめに

MRSAとは、メチシリンをはじめとするすべてのβ-ラクタム薬(抗生物質)に耐性となった黄色ブドウ球菌のことで、これによる感染症は治療・救命が困難とされている。

MRSA 感染症に関する訴訟の争点は大きく分けると①病院の院内感染防止に向けた衛生管理体制に不備があったとして感染発症防止義務を争点とする場合と②感染徴候ないし感染が判明した後の治療の適否(細菌培養検査、抗生物質の選択、投与時期など)を争点とする場合に分かれる。

本稿では、これらの争点についての裁判例を紹介する。なお、実際の訴訟では、上記以外の争点についても争いとなった事案もあるが、本稿では割愛した。

2 感染発症防止義務が争点となった事案

①東京高裁平成10年9月30日判決(判タ1042)

(事案)

事故日：平成3年3月

心臓手術を受けた三歳の幼児がMRSA感染症による敗血症で死亡

(争点)

手術中またはその後の手術室内での感染についての病院の責任

(なお、原告は、MRSA感染後の治療の適否は争っていない)

(判旨)

(1) 手術室内でMRSAに感染したとの事実のみでは、医療機関ないし医師の過失が推定されるものではない。

(2) 医療機関には手術室内を無菌状態に維持すべき注意義務があり、右注意義務はその当時の医療水準のもとで必要とされる最善の注意義務でなければならないところ、本件医療機関の手術室では当時の同種医療機関が実践しているのと同程度の消毒体制が敷かれてお

り、本件手術に際して特別な消毒体制を採る必要性は見あたらない。本件医療機関及び医師に過失は認められない。

②大阪地裁平成13年10月30日判決(判タ1106)

(事案)

事故日：平成7年12月

三歳の幼児が、脳腫瘍摘出手術後にMRSAによる化膿性髄膜炎に罹患し死亡

(争点)

脳腫瘍摘出手術後、髄膜炎(MRSA)に感染させた過失が認められるか

(判旨)

(1) 脳腫瘍摘出手術後の合併症としては、髄液漏や髄膜炎が挙げられており、大後頭隆起付近の縫合部では髄液漏を起こしやすく、髄液漏が姑息的に処理して止まりにくいときは、髄膜炎や脳腫瘍に発展しやすいので、早急な対応が望まれる。

(2) MRSAが接触感染により発症するものであることは広く知られている。

(3) 脳腫瘍摘出手術から11日目以降に創部からの髄液漏があったが、その際、被告病院には、患部を十分に消毒し、ガーゼ等で患部を十分に被覆しガーゼを固定すること等により、医療関係者または第三者が患部や患部から漏出した髄液等に接触して発症するMRSA感染を防止するための適切な処置を講ずる義務があったにもかかわらず、これを怠り、患部を露出させたまま一時放置していたほか、患部の消毒や被覆についての適切な処置を講じなかったため、MRSAによる化膿性髄膜炎に罹患したもので、被告病院には、原告らの長男がMRSAに感染したことについて過失がある。

③大阪地裁堺支部平成13年12月19日判決(判タ1189)

(事案)

事故日：平成6年7月

椎間板ヘルニアの摘出手術を受けたが、症状改善が見られないため、持続硬膜外ブロック療法を受けていた患者が、MRSAに感染し、重篤な後遺障害が残った

(争点)

MRSAの感染経路・感染原因及び感染防止義務違反の成否

(判旨)

(1) 感染経路

硬膜外ブロック療法に際する薬液注入時のカテーテル内腔からの汚染がMRSAの進入経路と推認する。

(2) 感染原因

持続注入器(商品名 バクスター・インフューザー)は、使い捨て用の製品であるにもかかわらず、バクスター・インフューザーを繰り返し使用したことがMRSAの感染原因の可能性が高い。

(3) 感染防止義務違反

持続硬膜外ブロック療法に際し、使い捨て用器具であるバクスター・インフューザーを繰り返し使用したことにより、薬液内にMRSAが混入し、硬膜外カテーテル内腔を通じてカテーテル先端部に膿瘍を形成した。

このようなバクスター・インフューザーの使用法は、バクスター・インフューザーの取扱説明書の「警告」の記載に明らかに反する。

被告病院の医師及び看護婦によるバクスター・インフューザーの用法は、適正を欠くものであって、感染防止義務に違反する。

3 治療の適否が争点となった事案

①東京地裁平成15年10月7日判決(判時1844)

(事案)

事故日：平成8年7月

妊婦が帝王切開で出産後、MRSAに感染し、重度の後遺障害が残った

(争点)

- (1) 院内感染予防義務違反が認められるか
- (2) MRSA感染症の治療として、抗生剤バンコマイシンの投与時期の適否

(判旨)

- (1) 後記の通り被告病院に、MRSA感染症治療として抗生剤バンコマイシンを投与すべき義務を怠った過失を認め、院内感染予防義務違反については判断しなかった。
- (2) 抗生剤バンコマイシン投与義務違反について

ア 平成8年7月12日帝王切開にて双子出産。第一子の咽頭、便、胎脂からMRSA検出。

イ 羊水の細菌培養検査について

7月10日採取、7月12日午後に分離培養完了。被告病院において使用されている自動

細菌検査システムによりMRSAの場合の菌同定に要する時間を考慮すると、7月15日午前中には、原告の感染の原因菌がMRSAであることを知り得た。

ウ いつから治療を開始すべきか

被告病院医師は、7月15日午前中には原告の感染原因菌がMRSAであることを知り得た。原告は、7月13日から15日午後7時頃にかけて、断続的に高熱、CRP値の上昇、呼吸機能、肝機能及び腎機能の軽度の低下等感染症を疑わせる症状が見られた。

以上より、遅くとも7月15日午後7時頃の段階において、MRSA感染症治療として抗生剤バンコマイシンを投与する義務があったが、被告病院が実際にバンコマイシンを投与したのは、18日午前9時30分であったから、義務違反が認められる。

②最高裁平成18年1月27日判決(判タ1205)

(事案)

事故日：平成5年6月

80歳を越えた女性が、脳梗塞発作で入院中、MRSAに感染し、全身状態悪化で死亡

(争点)

MRSAに感染後、担当医師が早期に抗生剤バンコマイシンを投与しなかった過失の有無

(判旨)

早期にバンコマイシンを投与しなかったことについて、担当医師の過失を否定した原審の判断には、証拠の評価を誤り、経験則に反して、早期にバンコマイシンを投与しなかったことが当時の医療水準に適うものであるとの事実認定をした違法がある。

③名古屋地裁平成19年2月14日判決(判タ1282)

(事案)

事故日：平成14年9月

生体肝移植を受けた患者が、MRSA敗血症を原因とする感染性心内膜炎で死亡

(争点)

- (1) 被害患者がMRSAを保菌するに至った機序・被告病院の責任
- (2) 術前術後におけるMRSA保菌を発見するために必要な細菌検査義務の懈怠の有無
- (3) 感染徴候に対する検査義務及び治療義務違反の有無

(判旨)

- (1) 本件における感染経路は特定できない。被告病院の衛生管理体制は当時の医療水準に見合うもので、この点において被告病院に過失はない。
- (2) 当時の医療水準は、感染徴候が見られない段階においては臨床症状をにらんだ上で適切と思われる部位について必要最小限に細菌培養検査を行えば足り、被告病院に過失はない。
- (3) 感染徴候に対する検査義務及び治療義務違反を肯定

ア 易感染状態にあった患者に対し、MRSA感染症の感染徴候を早期に把握し、保菌ないし感染が疑われる部位の細菌培養検査等を行って起炎菌の同定を行い、MRSA感染症を発症ないし重篤化しないように起炎菌において薬剤感受性が確認されている抗生剤を早期に適切な方法で投与すべき義務がある。

イ 9月12日に患者の咽頭扁桃拭液からMRSA検出。その後の1日ごとの被告病院の対応を認定した上で、9月17日に被告病院医師が、既に患者の咽頭扁桃拭液からMRSAが検出されたとの報告を受けていたこと、好中球の核の左方移動、脈拍数及び腹水の増加を認識していたことから早急に細菌培養検査を行い、9月15日に一旦中止していたMRSAに適応のある抗生物質の投与を再開すべきであったと判断。

4 まとめ

- (1) MRSAは、人間の鼻腔や皮膚に常在する細菌であり、保菌者すべてが感染症を発症するわけではない。しかし、上記判例で見られるように、幼児や高齢者、大がかりな手術を受けた患者などいわゆる易感染状態にあった患者について、ときに重篤な感染症を引き起こし、敗血症などによる死亡につながる危険性がある。
- (2) 医療機関の感染発症防止義務違反の責任を迫及する場合、MRSAは上記の通り人体に常在する細菌であり、またその潜伏期間が一定していないことなどから、感染経路を明確に特定できずに医療機関の責任が認められない事案が多い。上記2の①の判例はその典型例である。平成8年に発行された「医療 判例ガイド」(有斐閣)246頁には、「もともとは常在菌である黄色ブドウ球菌が薬剤耐性

化したものであるだけに感染源を特定しがたい面がある」]「ほとんどのMRSA訴訟において院内感染として病院の感染防止責任を問うことは難しいのではないかと」の記述があり、平成13年発行の「医療事故の法律相談」(学陽書房)239頁にも同様の記述が見られる。もっとも、本稿で取り上げた2の②及び③のように医療機関の杜撰な医療行為を立証した場合には、感染防止義務違反が認められた事案もあり、感染発症防止義務違反の主張立証を最初から断念することなく、事案に応じた対応が求められる。

- (3) これに対し、感染後の治療義務については、医療機関の責任を肯定する判例が少なくない。2の③の判例の解説(判例タイムズ1189号298頁)には「入院患者がMRSAに感染しても、その感染経路・感染時期を特定することは困難であるし、それに対する治療方法も確立していないため、患者が医療機関の責任を追及することは困難であり、MRSAに関する医療過誤事例はそれほど多くない」などと記述されているが、平成11年10月に刊行された朝倉書店発行の「内科学 第7版」では、すでにMRSA感染症の治療薬としてバンコマイシン、テイコプラニン、アルベカシンが挙げられている。

本稿で取り上げた判例にみられるとおり、医療機関側が患者の症状がMRSA感染によるものであることを知り得た時期を特定することにより、バンコマイシン等MRSA感染症の治療に効果のある抗生剤の投与を適時に行わなかった医療機関の責任を問うことができる。もっとも、最近では、バンコマイシン耐性腸球菌という細菌も現れており、前述した感染防止義務違反についても追求する必要があると思われる。

医療機関側としても、院内感染対策委員会の設置、マニュアルづくり、易感染状態にある患者の他の患者からの隔離などの対応を行って感染防止に努めるとともに、発症を見逃さず、適時にバンコマイシン等の投与を行い、重篤な合併症や後遺障害の発症を防止することが望まれる。

消費者被害における損益相殺 —平成20年6月の2つの最高裁判例—

弁護士 住田 浩史

第1 はじめに

平成20年6月に、いわゆる消費者被害事例について、不法行為による損害額の算定にあたっては、被害者が当該不法行為によって得た利益を損益相殺の対象として損害額から控除することは民法708条の趣旨に反し許されないとした最高裁判例が2つ出された(以下併せて「平成20年6月最判」という。)

本稿では、平成20年6月最判の意義と、消費者被害における損害額の算定のあり方について述べる。

第2 平成20年6月最判の意義

1 平成20年6月最判の内容

(1) 最三小判平成20年6月10日(金融・商事判例1296号21頁)

本件は、いわゆるヤミ金被害者が、業者に対して元利金等として弁済した金員全額の損害賠償を求めた事案であるところ、原審は、ヤミ金から交付を受けた元本を損益相殺として損害額から控除した。

しかしながら、上告審は、「反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為にかかる給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも、上記のような民法708条の趣旨に反するものとして許されないものというべきである。」とした上で、ヤミ金の元本交付は不法行為の手段であって、反倫理的行為によって得た利益は、不法原因給付によって生じたものというべきとして、損益相殺は許されないとして、原審を破棄して差戻した。

(2) 最三小判平成20年6月24日(裁判所時報1462号241頁)

本件は、被害者が、米国債購入資金名下に騙取された金員全額の損害賠償を求めた事案であるところ、原審は、騙取者から交付を受けた仮

想配当金を損益相殺的な調整をはかるために損害額から控除した。なお、騙取者は本件行為等につき詐欺罪で起訴され、懲役6年の判決を受けている。

上告審は、上記(1)同様、仮想配当金の交付は詐欺実行ないし発覚を防ぐ手段であり、損益相殺は許されないとして、原審を破棄して差戻した。^{*1}

2 平成20年6月最判の射程

平成20年6月最判は、反倫理的な行為、すなわち、社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為によって得た利益は、民法708条の不法原因給付にあたるだけでなく、被害回復の場面において損益相殺もされず、被害者がそのまま保持することを結論として是認したものである。

投資詐欺やヤミ金に限らず、いわゆる悪質商法は、社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為であると認定されるケースは少なくないと考えられるところ、消費者被害における損害額の算定について、この平成20年6月最判が与える影響は大きいものと思われる。今後、被害者側の主張立証も、この平成20年6月最判を意識して、不法行為構成を取った上で、当該不法行為の反倫理的行為性に重点をおいていくことが考えられるし、民法や消費者契約法に基づく取消や無効など意思表示の瑕疵による原状回復、不当利得返還を求める際も、同様に損益相殺は許されないとの主張を行っていくこととなろう。

第3 消費者被害における損害額の算定

1 平成20年6月最判以前の消費者被害における損害額の算定

かつて、そして今日もまた、消費者をねらった悪質商法においては、たとえば投資詐欺の場合、加害者は、被害者から金員を収奪する一方ではなく、より多額の金員を収奪するために、あるいは詐欺の発覚を防ぐために、配当金等の名目で被害者に金員等を交付することがしばしばである。また、着物等の過量販売や、悪質リフォームの次々商法など、商品やサービスの対価として金員を収奪するケースも多い。

それでは、従前は、社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為によって得た利益といえども、単純に損益相殺されてきたのであろうか。以下、見るように、そう単純ではない。

① 原野商法等

原野商法等の詐欺行為、暴利行為も、加害者から「原野」等の給付がある。しかしながら、裁判例は、利用可能性または換金可能性がないとして、無価値であるとの評価を下して、結論として、損益相殺を否定する例が多い(大阪地判平成5年3月29日判例タイムズ831号191頁)。無価値であるから損益相殺しないとの判断は、未公開株商法や、大和都市管財のいわゆる抵当証券商法でもなされている。

② ベルギーダイヤモンド事件

無限連鎖講類似の違法組織として商法自体が公序良俗に違反し不法行為とされたベルギーダイヤモンド事件においては、不法行為の手段として行われたダイヤモンドの給付は不法原因給付であると認定されながら、客観的価額相当額(代金額の10分の1)が損益相殺されている(名古屋地判平成6年5月27日判例タイムズ878号235頁。なお、他の裁判所もやはり損益相殺しているが、やはり価額を相当程度低減させている)。

③ 未公開株商法

東京地判平成19年12月13日(消費者法ニュース75号185頁)は、証取法違反の未公開株商法について、売買自体が公序良俗に反し無効であって、被害者は株券の所有権を取得しないから、株券の交付を受けたことをもって損害額には影響しない旨の判断をして損益相殺を否定している。これも、損益相殺をできるだけすべきでないとの価値判断に基づくものであると思われる。

このように、不法行為、とりわけ反倫理的行為であるケースが多い消費者被害の場合には、反倫理的行為を予防抑止のためにも、損益相殺をできるだけしない、ないしは制限しようとする諸工夫がなされていたのである。平成20年6月最判もこのような流れの中に位置づけられるべきものと考えられる。

2 平成20年6月最判以降の消費者被害における損害額算定のあり方

さて、平成20年6月最判は、結論として、消費者が、悪質商法によって被った損害の回復に加え、これによって得た利益を保持することを認容したこととなる。これは、その結論だけを切り取ってみれば、消費者が過剰に損害を回復しているのではないかとも思われる。すなわち、平成20年6月

24日判決の例でいえば、被害者は、騙し取られた投資資金元本名目の金員に加えて、配当金名目の金員も保持したままとなり、詐欺被害を受ける前よりも儲かっているのではないかと、との(いささか安直ではあるが、予想しうる)批判が考えられる。

しかし、このような批判は一面的かつ近視眼的に過ぎる。逆に見れば、仮にこのような場合に損益相殺を許容すれば、投資詐欺の加害者は、結局のところ仮想配当金が戻ってくると同様の経済的効果を得られることとなる。本来であれば、不法原因給付として不当利得返還請求ができないにもかかわらずである。こうなれば、反倫理的行為を予防抑止することはできない。いかに反倫理的行為を行おうとも、被害者に対して不法行為が発覚して法的手続によって被害回復請求がなされたような場合でさえ、自分の投下資金は自分の手元に戻ってくるとなれば、加害者は何ら損はしないからである。泣き寝入りしている消費者から収奪した分で十分元がとれると考える加害者は後を絶たない。被害者への仮想配当金の原資もまた、別の被害者から騙取したものであることは大いにありうるのである。

平成20年6月最判は、このような被害者の利益状況と加害者の利益状況に鑑みて、損益相殺しないのが相当であるとの価値判断を下したのであるとも考えられる。とすれば、これは、損害賠償という制度に、これまでの「損害の公平な分担」、すなわち損害の回復という目的のみならず、懲罰的損害賠償の趣旨、業者の違法行為の予防抑止や違法利益の吐き出しという観点を事実上織り込んだものとも考えることもできよう。

消費者被害における損害額の算定をめぐる問題については、ほかにも、欠陥住宅事件における居住利益の控除の問題や、消費者契約法による取消の際の利得の返還の問題(いわゆる「押しつけ利得」問題)など、類似の問題がある。これらについては字数不足のため触れられないが、平成20年6月最判の発想は、とりわけ消費者被害における損害賠償制度の目的、あり方を考える上で興味深いものといえる。

*1 なお、田原睦夫裁判官の「加害者から被害者に対してなされる給付が、不法行為と一体をなしていると評価できる場合には、その給付相当額は、被害者の財産上の損害額の算定において差し引かれるべきものとする」との反対意見がある。

適格消費者団体による 勧誘行為の差止請求と和解 —大阪地裁平成21年3月4日和解を巡って—

弁護士 野々山 宏

1、消費者契約法改正によって、平成19年6月から、「消費者団体訴訟制度」が動き出している。同制度では、内閣総理大臣が認定した適格消費者団体が、消費者被害の予防・拡大防止のため、消費者契約法に抵触する不当勧誘や不当条項の使用を行う事業者に対し、当該行為の差止を請求できる。

同制度による差止訴訟は、平成20年3月以降、計6件の訴訟が提起されて、認諾や判決がすでにされたものもある。同制度による差止訴訟は、新しい訴訟制度であるために、実際に訴訟が始まると当初検討されていなかった諸問題が生じている。

平成21年3月4日に大阪地方裁判所で、適格消費者団体による差止訴訟について和解が成立した。この和解は消費者団体訴訟制度における初の和解であると同時に、これまで係属した6件の差止訴訟の内、唯一の不当勧誘の差止事案であることに特徴がある。

2、事案の概要

消費者契約法13条に基づく適格消費者団体である特定非営利活動法人消費者支援機構関西(以下、同団体の略称である「KC's」という。)が、英会話教室などを経営している株式会社FORTRESS、JAPAN(以下「F社」という。)に対して、その勧誘方法が退去妨害(消費者契約法4条3項2号)、不実告知(同法4条1項1号)、不利益事実の不告知(同法4条2項)にあたる不当勧誘であるとして、①営業者からの退去妨害の停止、②「いつでも好きなときに受講できる」等の不実告知の停止、③レッスン開講日及び開講時間が予め受講者のコースに応じて定められており、またカリキュラムも約10日前になってようやく半月分が発表される等の不利益事実を告げないまま、「受講期間内の受講回数は無制限です」「他の英会話教室に比べて受講料が安い」などの消費者にとって利益を告げることの停止、④不当勧誘行為を容認ないし推奨する内容を記載した文書等の廃棄、⑤不当勧

誘行為の停止についての従業員らに対する周知徹底する措置、を求めた事案である(KC's ホームページ <http://www.kc-s.or.jp/> 参照)。

3、和解内容

本件は平成20年8月に提訴され、実質審理に入る前から和解協議がされ、平成21年3月4日に、和解が成立した。和解内容の詳細はKC'sのホームページを参照していただきたいが、以下のような特徴と意義がある。

- (1) 第1に、F社が過去に不当な勧誘行為を行っていたことを和解条項として認めたことが挙げられる。認めた内容は差止を求めた上記①ないし③の消費者契約法抵触行為だけではない。特定商取引法の抵触行為である、④消費者に対し、不招請かつ執拗な電話勧誘や事業所での長時間勧誘など、「迷惑を覚えさせるような仕方」で勧誘する行為、⑤消費者に対し、「この場で決断しなさい。」などの威迫的な文言を用いたり、人格的非難にわたるような文言を用いるなどして困惑させる行為、⑥契約の締結に関する判断力が不足している消費者に対する、その判断力の不足に乗じた勧誘行為、⑦その財産の状況に照らして契約を締結させることが不適当な消費者に対する勧誘行為、についても、過去に行っていたことを認めた。
- (2) 第2に、F社は、訴状記載の消費者契約法抵触行為だけでなく、前記④ないし⑦の特定商取引法抵触行為についても、以後これに該当する勧誘行為をしないことを約束した。訴状の請求の趣旨を超えて、不当勧誘行為の予防を獲得し、平成20年の消費者契約法、特定商取引法改正による、消費者団体訴訟制度の特定商取引法への拡大を先取りする内容となっていると評価できる。
- (3) 第3に、F社が今後消費者契約法違反の前記①ないし③に該当する行為を行ったときには、当該消費者からの取消の要求に応じるとともに、当該消費者から受け取った金員がある場合には、その全額を当該消費者に返還することを内容としている。訴訟の当事者ではない、今後被害者となる可能性のある消費者に対する支払義務を認めたことは、消費者団体訴訟制度が被害予防だけでなく、被害回復についても一定の役割を果たすことが明らかとなった意義がある。
- (4) 第4に、F社が、特定商取引法に抵触する前記④ないし⑦のいずれかに該当する行為を行ったときには、当該消費者からの解約その他の申出に誠

実に対応することとし、請求の趣旨以外の不当勧誘の場合にも消費者全体の利益のために被害回復の道筋を付けた。第3のように明確な金銭返還義務を定めなかったのは、第三者に対する場合を含めて、財産上の利益の受領を制限している消費者契約法28条の解釈上の争いを避け、金銭返還義務を消費者契約法12条の差止請求の範囲内にとどめたものであろう。ただし、同法28条は差止請求権の行使の適正性および制度の信頼性を損なうものではなく、差止請求権の行使または不行使の対価として金銭の授受がされたものでないものまで禁止する趣旨でないと解されるので(内閣府国民生活局消費者企画課編「逐条解説 消費者契約法〔新版〕」343頁)、消費者契約法抵触行為以外の勧誘行為の禁止約束違反に対して被害消費者への金銭返還約束をすることも「その差止請求権の行使に関し」にあらず、許されると解すべきである。

(5) 第5に、F社が、今後前記①ないし③のいずれかに該当する行為を行った場合には、原告であるKC'sに対し、違約金を支払うことを定めている。消費者契約法28条1項4号にあたる違約金約束である。なお、今回の和解条項とはなっていないが、差止訴訟の和解において、同法12条にあたる行為以外の勧誘行為についてこれをしないとの約束をし、その違反行為にも違約金条項が許されるかは議論があり得る。前述した28条の趣旨からすれば、差止請求権の行使の適正性および制度の信頼性を損なうものではなく、差止請求権の行使または不行使の対価として金銭の授受がされたものでないものであり、また、同法12条の差止請求権とは別の合意と解されるところから「その請求権の行使に関し」にあらず、許されると解すべきである。

(6) 第6に、F社は従業員らに対し、前記①ないし⑦記載の行為を行ってはならないことを周知徹底する措置をとり、さらに原告であるKC'sに対し、周知徹底措置の実行状況を書面にて報告すること、および、消費者が本件和解が成立したことについて言及する場合は、消費者が本件和解条項の内容を知り得る機会を確保することを定めた。被害防止措置を具体的に定めたものである。特に、抽象的になりがちな周知徹底措置を具体的に定め、KC'sによるチェックの機会を設けたことに意義がある。

4. 検討すべき課題

(1) 本件和解は、請求の趣旨を超えるものであり、

「和解」と言うものの勝訴判決を得るよりも広く被害予防がはかられる内容となっている。いわば「勝訴以上和解」と呼べるものである。今後の課題は、F社がこの和解条項を遵守することをKC'sや消費者が十分に監視できるか、違反行為を発見したときに強制執行を円滑に行うことができるかにある。

(2) このような「勝訴以上和解」ができたのは、それまでの被害情報の収集とこれに基づく訴訟外の申し入れ等がその基礎にあると考えられる。この和解内容を広く消費者に周知させるとともに違反事実があれば直ちに、KC'sに情報提供されるシステムが必要である。消費者契約法39条により、内閣総理大臣によって和解の内容が公表され(1項)、その業務は国民生活センターが行うことになる(3項)。各地の消費者センターには、国民生活センターを通じて和解内容の情報が提供されることとなろうが、一般消費者への周知や消費者センターへの相談事例のKC'sへの情報提供は、これだけでは不十分である。判決や和解があり、これが消費生活に重要な影響を及ぼす場合には、原告である適格消費者団体からの発信はもちろんであるが、各自治体から消費者に発信できるシステムを導入すべきであり、被害相談事例を消費者センターから原告適格消費者団体へ通報できるシステムの導入が必要と考える。

(3) また、違反事例がある場合に速やかに強制執行を行うことが被害拡大予防に必要である。前記3(5)により、前記3(1)①ないし③の不当勧誘をした場合には違約金支払条項があるので、KC'sはF社に対して、差押その他の金銭債権による強制執行を行うこととなり、その他の条項違反の場合には間接強制による執行となる。いずれの場合にも、違反行為が債務名義とされた義務内容にあたる行為となるかどうかが問題となってくる。勧誘行為については、違反行為の有無が契約条項に比べて明確でない。執行文付与、請求異議等の異議訴訟において義務違反事実の証明をしていくことになるので、ここでも情報収集が重要となる。また、間接強制を執行する場合には債務名義としての和解条項の抽象性も問題となってくる可能性がある。この点に対する検討も必要である。

新しい制度を動かして行くには、これまで誰も検討してこなかった課題にぶつかることがある。制度を動かしながら、ぶつかる問題を一つ一つ解

決していくしかない。消費者団体訴訟制度による初めての本件和解も、大きな成果であるとともに、今後の課題への第1歩であるとも言える。

編集後記

御池ライブラリーは、当事務所の弁護士がそれぞれ現在最も関心ある分野について研究・発表するものです。今回は14名の弁護士による発表であり、内容もおのずと多彩なものになったと思われます。ご意見・ご感想を頂戴できましたら幸いです。