

# 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@oike-law.gr.jp

## CONTENTS

消費者契約法	初の更新料無効判決 -京都地裁平成21年7月23日判決と大阪高裁平成21年8月27日判決- 弁護士 谷山 智光 . . . . . 1
消費者法	結婚式場・披露宴会場の利用契約の解約の法律構成 弁護士 野々山 宏 . . . . . 2
民法	双務契約における解除権の行使と同時履行の抗弁権との関係 弁護士 北村 幸裕 . . . . . 4
民法	土壤汚染と瑕疵担保責任 弁護士 相井 寛子 . . . . . 6
親族法	親権の基礎の検討 弁護士 福市 航介 . . . . . 9
相続法	相続に起因する共有者間の紛争について 弁護士 茶木 真理子 . . . . . 12
相続法	遺留分減殺請求における遺留分侵害額の算定にあたっての 相続債務の加算の可否～最高裁平成21年3月24日判決～ 弁護士 上里 美登利 . . . . . 15
保険法	生命保険契約上の地位の変更及び相続～保険法改正を踏まえて～ 弁護士 住田 浩史 . . . . . 17
民法・福祉法	介護事故 2-転倒①高齢者が介護を拒否した事例 弁護士 井上 博隆 . . . . . 19
倒産法	集合債権譲渡担保に対する民事再生法上の実行中止命令 ～大阪高裁平成21年6月3日決定から～ 弁護士 永井 弘二 . . . . . 24
独占禁止法	独占禁止法の平成21年改正について ～課徴金の適用範囲の拡大を中心に～ 弁護士 草地 邦晴 . . . . . 26
消費者団体訴訟法	消費者団体訴訟制度に基づく差止訴訟の論点について 弁護士 長野 浩三 . . . . . 28
商標法	グーグル・アドワーズ事件判決について 弁護士 坂田 均 . . . . . 31
消費者法	不招請勧誘禁止を条例で行なう試み 弁護士 長谷川 彰 . . . . . 32

2009/10  
No.30

## 初の更新料無効判決 —京都地裁平成21年7月23日判決と 大阪高裁平成21年8月27日判決—

弁護士 谷山 智光

### 第1 はじめに

京都地裁平成21年7月23日判決(以下、「京都地裁判決」という。)は、居住用建物の賃貸借契約における更新料特約(以下、単に「更新料特約」という。)を消費者契約法10条により無効とした。これまで、更新料特約を同条により無効とした判決はなく、本判決が初めての判決である。

また、大阪高裁平成21年8月27日判決(以下「大阪高裁判決」という。)も、更新料特約を有効とした京都地裁平成20年1月30日判決を変更し、更新料特約を消費者契約法10条により無効とした。これまで、更新料特約の有効性について判断した高裁判決はなく、本判決が初めての高裁判決である。

消費者契約法10条は、民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって(前段要件)、民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは(後段要件)、無効とする規定している。

以下、京都地裁判決及び大阪高裁判決が、消費者契約法10条前段要件及び後段要件についてどのように判断したのか分析する。

### 第2 前段要件について

京都地裁判決及び大阪高裁判決は、いずれも、賃貸借契約は、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払いを内容とする契約であり(民法601条)、賃借人が賃料以外の金員の支払を負担することは賃貸借契約の基本的内容に含まれないとした上で、更新料特約は、契約更新時に賃借人が賃借人に更新料を支払わなければならないとする点で、民法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の義務を加重したものであるとしている。

### 第3 後段要件について

京都地裁判決及び大阪高裁判決いずれも、後段要件の検討にあたって、更新料の法的性質を問題とし

ている。

まず、①更新拒絶権の放棄の対価という性質について、京都地裁判決は、居住用建物の賃貸借において、賃借人が当該物件の使用を必要とする事情は通常想定できず、正当事由(借地借家法28条)が認められる可能性がほとんどないことから、大阪高裁判決は、賃借人は賃料収入を期待して契約を締結しているため更新拒絶をすることは想定しにくいこと、通常は更新拒絶の正当事由は認められないと考えられることから、いずれも合理性を否定している。

また、②賃借権強化の対価という性質については、京都地裁判決は、正当事由が認められる可能性はほとんどないことから、大阪高裁判決は、契約期間が1年間であり、賃借権が強化される程度はほとんどないこと、専ら他人に賃貸する目的で建築された居住用物件の賃貸借契約においては、通常は賃借人からの解約申入れの正当事由は認められないことから、いずれも合理性を否定している。

さらに、③賃料の補充という性質については、京都地裁判決は、実際の使用期間の長短にかかわらず支払わなければならない、使用収益の対価である賃料の一部として評価することはできないことから、大阪高裁判決は、更新料が家賃とは異なり、定額のまま変更が予定されておらず、家賃の増減と連動することがないこと、現実には更新後賃貸借契約が途中で終了した場合でも全く精算されない扱いとされていることから、いずれもその合理性を否定している。なお、大阪高裁判決は、「賃貸借契約の当事者間においては、賃料とされるのは使用収益の対価そのものであり、賃貸借契約当事者間で賃貸借契約に伴い授受される金銭のすべてが必ずしも賃料の補充の性質を持つと解されるべきではない(そうでなければ、敷金はもちろん、電気料、水道料、協力金その他何らかの名目をつけさえすれば、その名目の実質を大幅に超える金銭授受や趣旨不明の曖昧な名目での金銭授受までも賃料の補充の性質を持つと説明できるとされかねないからである。)」としている。

以上のように、京都地裁判決及び大阪高裁判決は、いずれも、更新料に何らの合理的性質も見出していない。京都地裁判決においては、「趣旨は不明瞭」であるとし、大阪高裁判決においては、「法律的には容易に説明することが困難で、対価性の乏しい給付というほかはない。」としている。

そして、このように更新料に合理的性質が認められないことも理由に、更新料特約を民法第1条第2項

に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるとしている。

#### 第4 最後に

以上のとおり、京都地裁判決及び大阪高裁判決は、いずれも、更新料特約は消費者契約法10条の前段及び後段要件に該当し無効であるとした。

敷引特約及び更新料特約をはじめ居住用建物の賃貸借契約においては不当条項が多数存在している。京都地裁判決及び大阪高裁判決が、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払いという賃貸借契約の基本的内容を確認した上で、更新料のように趣旨の不明瞭な金員の支払を強いる条項を無効としたことは、消費者である賃借人保護の見地から極めて大きな意義を有するといえる。

以上

## 結婚式場・披露宴会場の 利用契約の解約の法律構成

弁護士 野々山 宏

### 1 結婚式場・披露宴会場の利用契約の特徴

結婚式場や披露宴会場の利用に関するトラブルが増えている。国民生活センターは平成21年6月4日に「増加する結婚式場・披露宴サービスのトラブル」を公表した。PIO-NET（全国消費生活情報ネットワーク・システム）によると、これらの相談は毎年増え続け、2008年度には1222件となっている。なかでも、申込金等の返金や解約料に関するトラブルが多くなっている。

結婚式・披露宴会場に関する契約は、これらの実施日より相当程度以前に申込をされ、その内容は当初は明確でないものが次第に具体化する特徴を持っている。また、申込から実施まで長期間を要するため、この間に、婚約破棄や急な転勤など事情変更が生じ、契約の変更や解約が行われることが起こりやすい。さらに、実施費用そのものが、消費者にとって高額な契約であることが多い。その結果、これらの利用契約には変更や解約が行われやすいが、一方で、約款で定められた契約の変更・解約に伴う変更料・解約料などが高額となりがちで、これを巡って紛争が生じている。

### 2 適正な契約内容であることと説明の重要性

契約の申込から実施までに相当長期間の時間の経過がある特徴から、約款が定められ、これが開示されていることが、紛争の予防、取引の適正化について必要なことである。但し、その約款の内容が消費者契約法その他の諸法規に適合する適正なものであることと、その内容が十分に消費者に説明され理解されることが重要である。

また、その内容は当初は明確でないものが次第に具体化する特徴から、契約内容が明確でないまま申込がされ、いつ契約が成立したかが当事者間で明確でないことも多い。事業者側が、ブライダルフェアにきた顧客や他の会場も見てから決めようとしている顧客に「仮押さえ」「とりあえずの申込」などの文言で勧誘して申込をさせることも多く、このような勧誘文言が紛争の温床となっている。

顧客はまだ契約が成立していないと考え、無償で断れると考えているにもかかわらず、事業者側は申込金の支払によって契約が成立していると考え、一定の解約料の支払いを求めるなど、当事者の認識が異なることから、申込の撤回や解約をめぐる紛争となるケースがある。

いつ契約が成立したかは、単に申込金を支払っただけではなく、結婚式・披露宴の実施に不可欠な事項を明確にしたうえで、合意がされる必要がある。そうでなければ契約が成立したとは判断すべきではない。また、申込にあたって「仮押さえ」「とりあえずの申込」などの文言を事業者が使用して消費者が契約が未だ成立していないとか、意思表示の撤回を無償でできると誤解した場合の不利益は事業者が受けるべきである。

### 3 神奈川県消費者被害救済委員会の解決事例

このような、結婚式場・披露宴会場の利用契約における説明と解約を巡る紛争の解決方法として、平成20年1月に報告された神奈川県消費者被害救済委員会の「結婚式場における婚礼契約の解約に関する紛争事件」は事業者による事前説明を消費者契約法4条の取消事由にあたりと評価して解決した事例として興味深い(詳細は神奈川県消費者被害救済委員会のホームページに報告書が公表されているので参照されたい)。

ここでは、事業者が同一の2件の紛争事件を類似事件として取り扱っている。いずれも顧客の希望に基づく当初の見積額は、260万円余りであったが、詳しい内容の打ち合わせはされずに経過した。数ヶ

月後に事業者の案内でブライダルフェアに参加し、そこで詳細な打ち合わせをしたところ、担当者から、顧客の希望する婚礼をあげるには、当初見積額では無理で、遙かに高い350万円から390万円が必要であると知らされた。顧客は申込時の話と違うので、解約を申し出たところ、約款所定の解約料として、1名は160万円余り(実施予定日から約2ヶ月前)、1名は58万円(実施予定日から約4ヶ月前)を請求され紛争となった。この紛争に対してあっせんに入った神奈川県消費者被害救済委員会は、「一般に、消費者にとって婚礼とは、一生に一度だけ経験する特別な儀式であり、多額の費用負担が伴うにも関わらず、その事前知識は少ないことから、契約に際しては、事業者と情報の質及び量並びに交渉力に大きな格差が考えられる。」として、「事業者が、このことを十分認識し、消費者に誠意を尽くし十分な説明及び助言をすべき義務がある」とした。そのうえで、当該事業者が、①契約勧誘時に説明資料を申立人に渡していない、②契約勧誘時のコース料理の説明資料に金額が記載されていない、③契約勧誘時に提示する定型の見積りに一般的な消費者が当然含まれると考える内容(ウェディングケーキ、手袋など)が含まれていない、④消費者の個別の要望を認識しながら、要望事項を反映させた見積を提示していない、⑤即日契約を促すために、希望の挙式の見積額が顧客の予算範囲を超えているので、様々な割引プランを無理に組み合わせたり、顧客の希望を見積書に反映させないなど、予算内で収まるよう見せかけるなどの不適切な勧誘行為があったことを認定して、事業者の勧誘行為には消費者契約法4条の不実告知および不利益事実の不告知があったものと判断して、消費者に負担額を課さずに解決した。

事業者の説明内容が不明確なことが多く、強引な申込勧誘が多いことからすると、立証の問題はあるが、このように、消費者契約法4条所定の行為があったとして、取消を認める法律構成も可能である。

#### 4 最も多い紛争は解約料の額

結婚式・披露宴会場に関する契約を巡る紛争では、解約料を巡るものが最も多い。挙式実施日の1年以上前の早期の解約や、申込から1週間程度後の解約でも高額な解約料を請求されるなどのトラブルや、30日前の解約でも契約した代金のほぼ全額を請求されるなど解約料が高額、高割合となることのトラブルがある。各事業者はこれらの契約の特殊性から、約款によって解約自体は認めているが、その場合の

損害賠償額の予定としての解約料が消費者にとって高額と考えられる条項が多いのが実態である。

解約料など契約の解除に伴う損害賠償の予定は、消費者契約法9条1号により、当該事業者の生じる「平均的損害」を越える条項は無効となる。結婚式・披露宴会場に関する契約の解約における「平均的損害」は、消費者が立証するには困難がある。挙式・披露宴の実施契約が解約されても同一日時に別個の挙式・披露宴が実施されるとなると、事業者には解約された契約に関する実費以外は損害は生じない。解約された日時に別個の挙式・披露宴が申し込まれる可能性は実施日が近づくにつれて低くなると考えられる。多くの約款において、解約日が実施日に近づくにつれて高くなっていることはこのことを考慮したものであろう。

それでも、「平均的損害」の算定は困難が伴う。社団法人日本ブライダル事業振興協会の標準約款があるが、それ自体高額である。これよりも高額なものは「平均的損害」を超えているとの事実上の推定が働くことと解される。

実施日から1年以上前の、早期の解約に関して参考になる裁判例として、挙式予定日から1年以上前に結婚式場の予約をし、その数日後に予約を取り消した場合において、予約金10万円の返還を認めない条項が消費者契約法9条1号によって無効となとした東京地判平17・9・9(判時1948号96頁)がある。判決は、挙式予定日の1年以上前から得べかりし利益を想定することは通常困難であり、「仮にこの時点で予約が解除されたとしてもその後1年以上の間に新たな予約が入ることも十分期待し得る時期にあることも考え合わせると、その後新たな予約が入らないことにより被控訴人が結果的に当初の予定どおりに挙式等が行われたならば得られたであろう利益を喪失する可能性が絶無ではないとしても、そのような事態はこの時期に平均的なものとして想定し得るものとは認め難い」とした。

実施日の1年前以上前に予約を取り消した場合には、「平均的損害」はないとする解釈は極めて妥当である。また、解約日がいつであろうと、実施しなければ飲み物など使用しないで済んだものもあり、見積額全額を解約料とする約款も無効であると考えられる。

その中間の場合に、「平均的損害」をどう算定するかは、今後の課題となっている。

## 5 最後に

結婚式は人生の門出である。その実施にあたってはトラブルは避けたいものである。しかしながら、結婚式・披露宴をめぐる契約の勧誘方法や約款の問題点は多く、上記以外にも不当と考えられる条項が見られるところである。

業界自身による改善も強く望まれる。また、消費者においても、説明をよく聞き、説明と異なる部分を見つけた時にはあきらめずに交渉し、また、解約料などの契約条項についても専門家のアドバイスを受けながら交渉していくことが大切である。

# 双務契約における解除権の行使と同時履行の抗弁権との関係

弁護士 北村 幸裕

## 1 初めに

売買契約等の双務契約において、先履行とされている一方の債務が遅滞に陥り、債権者からの催告にも応じないため、法定解除権が発生した後、後履行債務の履行期が到来して両債務が同時履行の関係に立った場合、既に発生している解除権を行使するに当たり、当該同時履行の関係を解消する必要があるのだろうか(以下、「本件争点」とする。)

本件争点に対して判断をした近時の判決につき、以下、検討を加えたい。

## 2 判例(東高H19年9月5日判決判タ1292-207)

### (1) 事案の概要

ある不動産の所有者であったAは、Bに対し、当該不動産を売却した(以下、「本件契約」という。)。本件契約において、Bは、平成17年3月8日限り、当該不動産に設定されていた根抵当権を抹消する義務(抹消登記手続義務)を有しており、Aは、同月31日限り、当該不動産をBに対して明け渡す義務を負っていた。ところが、Bは上記履行期に抹消登記手続を行わず、Aによる催告にも応じなかったため、Aには本件契約につき解除権が発生した。ところが、Aが当該解除権を行使しないうちに、Aの不動産明渡義務の履行期も到来した。

なお、当該不動産は、Aによる解除権の行使前に、BからCに対し転売されていた。本件訴訟では、

本件契約の解除を主張するAに対して、Cは、Aが解除権を行使する時点で、後履行債務の履行期が到来しており、両債務が同時履行の関係に立っていたところ、BはAに対し履行の提供したことから、Aの解除は無効である(解除権の行使ができない)として争った。

### (2) 判旨(関連部分のみ抜粋)

先履行すべき債務が履行遅滞に陥っても、後に履行すべき反対当事者の債務がその後の時間の経過によって履行遅滞となったときには、両債務は同時履行の関係に立つものではあるが、先履行すべき債務が履行遅滞に陥り、債権者から債務者に対する催告がされて解除権が発生した場合には、その後になって債権者が債務者に対して負う後に履行すべき債務の期限が到来したため債権者の債務も履行遅滞に陥ることとなったからといって、既に発生した解除権が消滅する理由はないから、両債務が同時履行の関係に立つとはいえず、債務者が自らの債務の履行の提供をするなどしない限り、債権者は改めて自らの債務を提供して催告をし、あるいは自らの債務を提供しなければ解除権を行使し得ないと解すべきものではない。

本件においては、Bが先履行すべき債務について履行遅滞に陥り、債権者であるAから催告を受けながらこれを履行しないまま経過するうちにAが履行すべき債務について履行期が到来して両債務が同時履行の関係に立ったものであるが、Bにおいては、自らの債務の履行の提供をするなどしなければAによる解除権の行使を阻止することはできないものというべきところ、本件全証拠によってもBがAに対して上記のような履行の提供をしたと認めることはできない。

### (3) 結論

判決は、Cの主張を判断する前提として、本件争点につき、解除権が既に発生した後に同時履行の関係に立った場合、解除権の行使に当たり、当該同時履行の関係を解消する必要はないと判断した。

## 3 検討

### (1) 判断の妥当性について

まず、本件判決が示した判断の妥当性について、検討を加えることとする。

契約を解除するという事は、当事者間で締結した契約の拘束力から、契約当事者を解放することである。契約は、当事者の合意に基づき締結さ

れたものである上、守られなければならないというのが大原則である。そのため、契約の拘束力から当事者を解放するためには、当然ながら、解放するに値する理由が必要となる。

日本の現民法の法定解除において、当該解放に値する理由として規定されているのが債務不履行である。

ここで、民法540条1項には、「契約又は法律の規定により当事者の一方が解除権を有するときは、その解除は、相手方に対する意思表示によってする。」と規定されており、条文上、解除は、①解除権を有すること(解除権の発生)、②解除の意思表示(解除権の行使)という2段階を踏むことが明らかである。

この2段階が認められていることの結果、解除権を有するに至った者は、当該解除権を行使するかしないか、自己にとって最も利益となる選択を選ぶことが出来るのである。裏返せば、債務者は、債権者の選択により自らは望まない結果を享受しなければならない。

つまり、日本民法においては、債務不履行には債務者の帰責性が要件とされているところ、当該債務不履行を解除権の発生原因としているのであるから、債権者に対して解除権の行使につき選択の余地を与えたということは、帰責性を有する債務者へのペナルティーの一種と捉えるべきなのである。

そのため、一旦発生した解除権を行使させないためには、債権者側に解除権といういわば武器の行使を妨げるに値する理由が別途必要となる。

民法の規定上、一旦発生した解除権の行使を阻害する事由として規定されているのは、492条、547条及び548条である。

このうち、492条は、弁済又は弁済の提供の効果として、解除権の行使を阻害する場面を規定しているが、これは、むしろ、債務不履行要件を満たさなくなるという債務者の事情の変更による解除権の行使を妨げる場面であるといえ、少し場面が異なる。債権者側に解除権の行使を妨げるに値する理由があるか、という観点からは、民法の規定上は、547条及び548条に限られている。

前者は、催告を受けながらそれでもなお解除権を行使しない場合であり、後者は、解除権を有するものが自己の行為により契約目的物を損壊等した場合であり、いずれも、債権者側に解除権を行

使させないとしても正当化できる理由が認められる。

当該民法の規定を参考にすると、債務者側の事情によって、解除権の行使を妨げるには、少なくとも民法547、548条に類する程度の理由が必要であろう。本件のように、履行遅滞、催告、催告期間の経過によって、解除権を有することになった者にとって、自らの後履行債務の履行期到来という事実が、解除権の行使を妨げるに値する事実といえるか疑問である。

このような観点からすれば、同時履行の解消は解除権の行使の要件ではないといえる。

また、本件では当事者の債務の履行期に先後関係があったが、仮に同時履行の関係に立っていた場合を考えると、解除のために自己の債務の履行の提供をする場合、解除権を行使すると同時に履行の提供をしている必要はなく、催告時に指定した時点で履行の提供をすればよいとされている(最判S36年6月22日民集15-6-1651)。このことは、履行遅滞が解除権の行使要件ではないことを当然の前提にしているといえ、このことから、同時履行の解消は解除権の行使の要件ではないことを裏付けているといえる。

以上、本件判決の判断は、妥当であると考えられる。

## (2) その他の問題点

本件争点については、これまで、判例上も学説上もほとんど議論がなされていなかった。これは、実務上の問題として、本件争点について裁判所が判断する必要性が認められなかったからと考えられる。

すなわち、契約の一方当事者が、先履行債務の履行遅滞に基づき契約を解除しようとするとき、解除を妨げる相手方としては、民法492条に基づき、自己の債務の弁済又は弁済の提供(以下、まとめて「弁済等」と記載する。)をするのが最も簡便かつ有効な方法である。弁済等が催告期間内であればそもそも解除権は発生しないし、催告期間経過後であっても、一旦発生した解除権は消滅する。そのため、通常、訴訟においては、弁済等の主張がなされるだけであり、その前段階である同時履行の関係に立っている事実を別途主張することはあまり考えられない。

裁判所としては、弁済等の有無だけを判断すれば十分であり、催告期間が経過した場合に、あえて、同時履行と解除権の行使の関係を判断する必

要件は乏しかったと考えられる。

本件訴訟の原審判決が公開物に掲載されていないことから、Cの主張の詳細は不明であるが、上記の高裁判例の事案の概要及び判旨からすると、Cは、弁済等の主張を行っていただけの可能性もある。

にもかかわらず、本件訴訟で、本件争点が判断されたのは、裁判所に好意的に推測すると、先履行債務を行使すべき者が、訴訟当事者であるCではなく、訴外Bであったことに起因すると考えられる。Cとしては、債務の弁済を提供しようにも自身での提供が困難であった事情がある。そのため、本件訴訟では、当事者間で実質的に本件争点も議論されており、本件争点についてあえて裁判所が判断する必要性が認められたのではなかろうか。

なお、本件争点の判断については、本来当事者間で争点になっていなかったものを、問題意識を有していた裁判所が勝手に判断した、いわゆる筆が滑った可能性も十分考えられることは付言しておく。

#### 4 まとめ

本件争点に対する本件判決の結論自体は、論理的には極めて妥当なものと考えられる。これまで十分な議論がなされていなかったことにつき、妥当な結論を明言したという意味で、本件判決には意義があるといえよう。

しかしながら、そもそも本件争点に対する判断が必要であったのかという観点で本件判決を見ると、判決文からその必要性を読み取ることは困難といわざるを得ない。わかりやすい判決文という観点からは、どうして本件争点に対する判断が必要であったのかについて、明言すべきであったと考える次第である。

## 土壌汚染と瑕疵担保責任

弁護士 相井 寛子

### 第1 はじめに

民法570条及び同法の準用する566条1項は、売買の目的物に「隠れた瑕疵」があるときには、買主は売主に対して損害賠償請求をすることができ、さらに、瑕疵のために契約をした目的を達することが出来ないときは、買主は契約を解除することができる旨を定めている。

土地の売買契約において、売買契約の目的たる土地に、売買契約締結時の取引観念上、有害であると認識されていなかった物質が含まれていた場合、後に、当該物質が有害であることが社会的に認識され、法令によって規制されたときには、「隠れた瑕疵」ありとして、売主は民法570条の瑕疵担保責任を負うか。

以下、この点について判断した東京高判平成20年9月25日金判1305号36頁を検討する。

### 第2 事案

#### 1 事案の概要

原告は、東京都足立区土地開発公社であり、被告は、主にふっ素機能商品の製作・販売をする株式会社である。本件土地は、従前、被告によって、主に工業用ふっ酸を製造するための工場用地として利用されていた。

原告は、本件売買契約締結に先立ち、平成3年2月20日に土壌調査を行ったところ、本件土地の表層土に東京都の定める公用地取得にかかる基準値を超える鉛や砒素等が含有されていることが判明した(以下、「平成3年調査」という)。

しかし、原告は、平成3年調査の結果にもかかわらず、平成3年3月15日、日暮里・舎人ライナー開設に不可欠な用地の被買収者に提供する代替地とするため、被告から、本件土地を購入した(以下、「本件売買契約」という)。

その後、平成14年4月、原告は、訴外Aとの間で、本件土地を前記日暮里・舎人ライナー開設のための代替地として訴外Aに提供するための協議を行った。これに伴い原告は、前記平成3年調査で基準値を超える鉛等が検出されていたことから、平成17年10月、他の物質の汚染状況等を調べるた

めに再度土壌調査を行った(以下、「平成17年調査」という。)。この平成17年調査によって、本件土地にはふっ素やPCBが含有されていることが判明した。

平成18年7月5日、平成17年調査の結果を知った訴外Aが、本件土地の代替地としての取得を拒否した。このため、原告は、本件土地を公園として利用することを決定したが、これは、平成13年4月1日から施行されている東京都条例にいう「土地の改変」に該当するため、原告は、同条例によって、本件土地の土壌汚染調査及び汚染の拡散防止措置を行わなければならなくなった。

そこで、平成18年10月27日、原告は、被告に対し、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求として、本件土地の土壌汚染調査費用及び汚染の拡散防止措置の費用等の支払いを求めた。

## 2 ふっ素に対する規制

### (1) 環境基本法16条に基づく環境省告示

平成3年8月環境省告示46号「土壌汚染にかかると環境基準について」が、平成13年3月28日付環境省告示によって改正され、別表の項目にふっ素が加えられた。

### (2) 東京都条例

鉛や砒素等を有害物質として指定し、土地の改変時の改変者の義務について規定するものとして、平成13年4月1日に施行されている。しかし、ふっ素が有害物質として指定されたのは、平成15年2月15日である。

### (3) 土壌汚染対策法(平成15年2月15日施行)

ふっ素及びその化合物が特定有害物質に指定されている。

## 第3 裁判所の判断

### 1 原審(東京地判19年7月25日金判1305号50頁)

原審では、原告の法的構成が異なっていたため、本稿の問題点について直接判断がなされていない。

### 2 控訴審

#### (1) 以下、判決の関連部分を引用する。

「居住その他の土地の通常の利用をすることを目的として締結される売買契約の目的物である土地の土壌に人の生命・身体・健康を損なう危険のある有害物質が上記の危険がないと認められる限度を超えて含まれていないことは、上記売買契約の目的に照らし、売買契約の目的物である土地が通常備えるべき品質・性能に当た

るといふべきである。したがって、上記売買契約の目的物である土地の土壌に実際には有害物質が含まれていたが、売買契約締結当時は取引上相当な注意を払っても発見することが出来ず、その後売買契約の目的物である土地の土壌に売買契約締結当時から当該有害物質が人の生命・身体・健康を損なう危険がないと認められる限度を超えて含まれていたことが判明した場合(以下、「①の場合」という。))には、目的物である土地における上記有害物質の存在は民法570条にいう隠れた瑕疵にあたりと解するのが相当である。

ところで、居住その他の土地の通常の利用をすることを目的として締結された売買契約の目的物である土地の土壌に含まれていた物質が当時の取引観念上は有害であると認識されていなかったが、売買契約後に有害であると社会的に認識された場合において、売買契約の目的物である土地の土壌に当該物質が人の生命・身体・健康を損なう危険のある有害物質が上記危険がないと認められる限度を超えて含まれていたことが判明したとき(以下、「②の場合」という。))にも、売買契約の目的物である土地の土壌に人の生命・身体・健康を損なう危険のある有害物質が上記危険がないと認められる限度を超えて含まれていないことという、上記売買契約の目的物である土地が通常備えるべき品質・性能を欠くといふべきであり、この点において①の場合と差はない。また、②の場合には、買主にとっては、売買契約締結当時取引上相当な注意を払っても売買契約の目的物である土地に含まれていた物質が有害であると認識することは出来なかったといふべきであって、この点においても、①の場合と差はない。さらに、売買契約締結当時、売買契約の目的物である土地に含まれている物質の有害性が社会的に認識されていたかどうかは、当事者が売買契約を締結するに当たって前提となる事実をどのように認識していたか、また、認識可能であったかに包含される問題であって、事実の範疇に包含される問題であると考えられる。そして、このことは上記売買契約の目的物である土地に含まれていた物質が当時の取引観念上は有害であると認識されていなかったが売買契約締結後有害であると社会的に認識されたために、当該物質を土壌を汚染

するものとしてこれを規制する法令が制定されるに至った場合において、売買契約の目的物である土地の土壤に当該物質が人の生命・身体・健康を損なう危険がないと認められる限度を超えて含まれていたことが判明したとき(以下、「③の場合」という。)にも当てはまるのであり、売買契約締結当時土壤を汚染するものとして当該物質を規制し、汚染の除去等の措置を定める法令の規定が存在しなかったことを理由に、売買契約締結当時は目的物である土地の土壤中に当該物質が含まれていても、上記売買契約は適法であったとして、③の場合に、民法570条にいう隠れた瑕疵が存在することを否定することはできないというべきである。」

#### (2) その他

上記争点の他、本件では瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点についても判断されている。

まず、民法167条の適用の有無については、「瑕疵担保による損害賠償請求権には消滅時効の規定の適用がある」とする最三小判平成13年11月27日民集55巻6号1311頁を引用し、適用されるところとした。そして、起算点については、上記最判の法理は、特段の事情が存在する場合には及ばないところ、本件は特段の事情があるため、ふっ素が有害であると社会的に認識された平成13年3月28日から時効が進行すると判示した。

### 第4 検討

#### 1 「隠れた瑕疵」

##### (1) 瑕疵の存在時期

瑕疵の存在時期については、法定責任説に立つ限り、「隠れた瑕疵」は、契約締結時に存在していなければならない。契約責任説に立つ場合でも、危険移転時とする見解や受領時とする見解等諸説あるが、土壤にふっ素が含まれていたことが瑕疵であると捉えれば、瑕疵は契約締結時から存在していたことになり、瑕疵の存在時期については問題がない。

##### (2) 「隠れた瑕疵」

ア 一般に、民法570条にいう「隠れた瑕疵」の意味については、「隠れた」とは、取引上一般に要求される注意をもってしても発見できないことであり、「瑕疵」とは、当該目的物が通常有すべき品質・性能を欠いていること、又は、契約上予定された性質を欠くものである

とされている。

本件では、売買契約の目的物が、売買契約締結当時には有害であるという社会的認識がない物質を含有していたことを捉えて、当該目的物が通常有すべき品質・性能を有していないといえるかが問題となっている。

イ この点、結論として、私は本件判決の立場に賛成である。特に、被告が汚染者である本件事案に限っては、被告に損害賠償責任を負担させることは妥当であると考える。

しかし、本件判決に対しては、現代の科学的知見では有害物質と認識できなくても、将来有害物質であると判明すれば、土地の売主は将来にわたっていつまでも瑕疵担保責任の負担を被ることになろうし、当該土地が転々流通した後に、ある時点の買主が瑕疵担保責任を追及し、損害賠償をした売主が次々に同様の請求を前主に対してすることになろうという批判がある。これらは予測可能性や法的安定性といった観点からの批判であろう。

もちろん、予測可能性や法的安定性といった観点も重要であるが、後述のように、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権にも民法167条の適用があるのであるから、特段の事情のない限り、引渡時から10年を経過すれば、売主は瑕疵担保責任から一応は解放される。これに加え、そもそも瑕疵担保責任には、民法570条及びこれを準用する同566条3項によって、買主が瑕疵の存在を知ったときから1年の除斥期間が定められているのであるから、売主が将来にわたっていつまでも瑕疵担保責任にさらされるということはない。

また、瑕疵担保責任が追及できないとなると、法定責任説の立場からは、売買契約の目的物たる土地の土壤に、売買契約締結時には取引観念上有害であると認識されていなかったが、売買契約締結後に有害であると社会的に認識された物質が含まれていることが判明した場合、これによるリスクは全面的にその時点の買主が負うことになる。本件のように、売主が汚染者である場合、このような結論は当事者間の公平に反する。売主が汚染者でない場合でも、上記リスクは当該土地の流通過程に関わった者の間で可能な限り分散されるべきであり、最終的には汚染者に負担させる

べきものであるから、有害物質が含まれていることが判明し、何らかの調査・防除措置を求められた買主だけに負担させるべきものではない。

契約責任説の立場では、特則である瑕疵担保責任を追及できなくても一般の債務不履行責任を追及することは可能であろうが、無過失責任である瑕疵担保責任を認めるメリットは大きい。

以上のような理由で、本判決の判断は妥当であると考えられる。

なお、私の検索した限りでは同様の判断をした判例・裁判例はない。本件も本稿末尾記載の参考資料によると、上告・上告受理申立がなされているようであるから、最高裁の判断が待たれる。

## 2 その他

消滅時効の起算点については、控訴審の判断に特段問題はないように思う。

もっとも、これに関連して、1年間の除斥期間について少し検討する。

本件判決では、除斥期間については特に触れられていないようである。これは、本稿第2の1記載のとおり、原告が本件土地の土壤にふっ素が含まれていることを知ったのは平成17年調査の結果が出たときであり、この時点から1年以内に本件訴訟が提起されているからであろう。

しかし、判決も指摘するように、ふっ素が有害物質であることが社会的に認識されたのは平成13年3月28日であり、原告の属性からいって原告は平成13年3月28日からあまり時間を置かず、ふっ素が有害であることを知っていた、若しくは知ることができたといえる。そして、おそらく原告は被告が本件土地を工業用ふっ酸の製造工場用地として利用していたことを知っていた。また、平成13年調査の結果によると、ふっ素以外の有害物質が土壤に溶出していたというのであるから、ふっ素も他の有害物質と同様、土壤に溶出しているであろうことは十分に予測できた。

以上のような事実から、原告は、平成13年3月28日又はその直近の時点以降いつでも土壤調査をすることは可能であったのに、平成17年に至るまで土壤調査をせずに放置していたといえ、このような場合にも民法570条及びこれを準用する566条3項の文言通り、瑕疵の発見時点から除斥期間が

進行するとしてよいか疑問がある。

## 【参考文献】

- 東京地判19年7月25日金判1305号50頁
- 東京高判平成20年9月25日金判1305号36頁
- 最三小判平成13年11月27日民集55巻6号1311頁
- 判例タイムズNo.1291(2009.5.10)号43頁
- 判例タイムズNo.1125(2003.9.25)号30頁

## 親権の基礎の検討

弁護士 福市 航介

### 1 はじめに

今日、親権法の分野では、子の親権や監護権を巡る争い、面会交流を巡る争い、さらには、子の虐待等の不適切な親権行使が問題となっている。

ところが、日本では、国家が家庭内に介入することについて、非常に消極的である。その結果、上記の問題は自力救済に任せられ、結果として、本来守られるべきはずの子の利益が害されているという現状がある。

現在、親権法の改正を求める活動が活発になりつつあるが<sup>1</sup>、これを実現するためには、国家の家庭への介入を積極的に認める必要がある。もっとも、問題が親子関係という自然的関係を対象とするため、国家の家庭への介入に消極的な議論も考えられる。

そこで、国家の家庭への介入可能性を検討するためには、親権の基礎を検討することが有意義であると思われる。

### 2 親権とは何か

それでは、親権とは、一般にどのように定義されているのであろうか。

この点、親権とは、「親の子を哺育・監護・教育する職分」等とされている<sup>2</sup>。

このように、親権という文言にかかわらず、親の子に対する義務性が強調されるのが現在の一致したところである。「親権は、他人を排斥して子を哺育・監護・教育する任に当たりうるという意味では権利であるとしても、その内容は、子の福祉を図ることであって、親の利益を計ることではない」<sup>3</sup>とされるのである。

しかしながら、これは子の福祉を全うするために

親の利益を図ることができないことを示すだけであり、国家が家庭内に介入できるのか、どの程度介入することができるのかについて、回答するものではない。

国家の介入可能性を考えるためには、親権が成り立つ基礎を検討する必要がある。

### 3 親権の基礎

#### (1) 私法義務説と公的義務説

それでは、親権の基礎として、何が考えられるのであろうか<sup>4</sup>。なぜ、親権の義務的な性格が導出されるのであろうか<sup>5</sup>。

この点については、私法義務説と公的義務説が対立するといわれている<sup>6</sup>。

私法義務説とは、親の子に対する私法上の義務とする見解であり、親子の自然的関係を発生根拠としている。これは、親の子に対する教育について、国家からの介入を防ぐという目的があると考えられる。これに対して、公的義務説とは、国家社会に対する義務とする見解であり、子の存在の公共性を強調する立場であると考えられる。これは、子の養育について国家が中心的な役割を果たすものとして、国家の介入が容易になる見解と考えられる。

#### (2) 両説の適否

確かに、公的義務説を採用すれば、国家が家庭に介入することが容易になるであろう。しかし、この見解は、後述のとおり、国家目的から画一的に子の福祉が語られる可能性があり、かえって個別具体の子の福祉を害する結果となることが危惧される場所である。

もっとも、だからといって、私法義務説を徹底することが正当であるとは思われない。親権の基礎を親子の自然的関係に求めるとすれば、親子関係の私事性が強調されることによって、国家による不介入が過剰になされる虞があるからである<sup>7</sup>。私法義務説は、親権の基礎を親子関係という自然的関係に求めるが、そもそも、子の福祉を中心に据えると、親でしか親権を行使できないという結論は論理的には出てこない。両親が存在しない子は存在するし、民法も、そのような子の存在を前提として、その子の福祉を充足させる存在として、未成年後見人を認めているのである。

#### (3) 親権の基礎

結局、誰に親権者としての責務を担わせるか、どのような範囲でその者に責務を担わせるかとい

う問題は、法政策の問題であるに過ぎない<sup>8</sup>。親子の自然的関係とか、親の国家や社会に対する義務等という観点は、法政策を決定する一要素として考慮されるに過ぎないと思われる。親権は自然権等という絶対的なものではない。ドライな考え方もかもしれないが、これが親権の基礎であると考えられる。

### 4 親権に対する国家介入の可能性

#### (1) 親権法の法政策—ミクロ的観点とマクロ的観点

現代における親権法の政策目的は、「子の福祉の実現」にあるというべきである。そして、「子の福祉」とは、ミクロ的観点とマクロ的観点から検討すべきである。

ミクロ的な観点についてみると、一人一人の子が健全な発達と成長を遂げるためには、その一人一人の実情にあった監護と教育がなされる必要がある。このようにすることにより、個別具体の子の尊厳を確保することができるのである。マクロ的な観点についてみると、子が社会性を持つ存在であるということに留意する必要がある。子の福祉を実現するとは、次世代を担う国民を生産するということであり、社会の存続に関わることを考えなければならない<sup>9</sup>。

親権を誰にするか、どの程度の親権行使を認めるかはこのような観点から決定されなければならない。

#### (2) 国民の納得という観点

しかし、法政策を掲げたとしても、法政策を実現するに際しては、国民の納得がなければならない。いかに理想を掲げたとしても、国民から納得が得られないようであれば、法政策として国民に浸透しない。特に、親権という親子の自然的関係を対象とするだけに国民の納得という観点は大きいものと思われる。親権は、他の法律と同じように、いやそれ以上に、その時代毎の文化的背景に規定されるものであることに留意しなければならない。ただし、文化的背景といっても、既存の文化的価値を啓蒙する必要があることを前提とすべきことは当然である。

#### (3) 親権に対する国家介入の可能性—国家と親との役割分担

以上の点からすれば、親は、通常、子の実情を知っており、子の監護や教育を行う意思を有しているから、子を監護する意思と能力があるといつてよい。また、親子の自然の愛情関係の継続は

子の健全な成長に必要なものである。親に親権を託することが一人一人の子が健全な発達と成長を遂げるためには必要であろう。また、子が公共性をもつ存在であるとしても、国家が中心となって子の監護・教育をすることは、子の福祉が国家目的化され、かえって、個別具体的子の福祉に反する結果となる。また、コストの点からもおよそ肯定できるものではないであろう。国民も、親は子に生命を直接与えた者として、第一次的には子に対して保護養育の責任があると考えていると考えられる。

そうすると、子の福祉の観点からは、原則としては、親権は両親に行使させるのが妥当である。しかしながら、親権は、単なる法政策なのであるから、絶対視すべきものではない。親権の行使態様については、国家は常に関心を持ち、親による親権の行使について、積極的に介入する等、後見的な役割を担うべきである。

## 5 単独親権制度から共同親権制度への移行

### (1) 婚姻中の親権行使

一人一人の子が健全な発達と成長を遂げるためには、その一人一人の実情にあった監護と教育がなされる必要があることは前述したが、両親は、通常、子の実情を知っており、子の監護や教育を行うことを欲しているといえ、子の監護や教育をする意思と能力を有するということができる。また、両親と子の自然的な愛情関係の継続が子の福祉にとってよいといえる。さらに、国民一般の感覚からしても、父母の婚姻中は、共同して子の監護・教育を行うことが子の福祉のために良いと考えられているものと考えられる。したがって、両親の親権行使の態様は、共同して行うことが妥当であり、民法も、これを確認している<sup>10</sup>。

### (2) 離婚後の親権行使

ところが、民法は、父母が離婚した場合には、単独親権制度を採用している<sup>11</sup>。

しかしながら、これは子の福祉の観点からは疑問がある。

なぜなら、上記の通り、両親は通常子の実情を知っており、子の監護や教育を行うことを欲しているといえ、子の監護や教育をする意思と能力を有するということができるが、それは両親が離婚をしても変わりがないと思われるからである。また、子との関係では、両親と子の自然的な愛情関係の継続が子の福祉にとってよいことも変わらな

いと思われるのである<sup>12</sup>。離婚後の親権行使が単独でなされるべきことについて、立法担当者は両親の協力ができないという実際論を根拠にしており<sup>13</sup>、なぜか離婚後については、親の観点が重視されてしまっているが、方法論としては、子の福祉のために両親の親権行使を調整するという道を採用すべきであったと思われる<sup>14</sup>。

### (3) 国家介入の可能性

立法論としては、離婚後も共同親権制度を採用すべきであると考ええる。国家は、両親の協力ができないと諦めるのではなく、積極的に両親の親権行使の調整を行わなければならない。そのためには、裁判離婚だけでなく、協議離婚をしたとしても、親権行使の態様については、裁判所の審査を経るということが必要ではないかと思われ、そのようにしたからといって、親権を害する等ということはない。

もっとも、現行法が単独親権制度を採用している以上、当面は国家としては、両親の愛情を受けることが子の福祉にとってよいという観点から、面会交流の義務性を承認し、面会交流の頻度や内容を充実させるというような解釈論で積極的に対応すべきである。

## 6 不適切な親権行使に対する対応

不適切な親権行使、具体的には児童虐待等に対する対応については、筆者が詳しくないため、詳論できないが、基本的な方向性としては、国家は積極的に不適切な親権行使に対して、親権停止や親権喪失等の手段をとるべきものと考えられる。

現行法では、不適切な親権行使に対する対応として、児童虐待防止法による面会通信制限等の公的規制により親権が大幅に制約されているが、親権自体は厳として存在することから、「子にとって必要な救済に対して、妨害として働く『親権の壁』が実務現場を苦悩させている」とされているところである<sup>15</sup>。

そもそも、親権が両親に与えられるべきと考えられるのは、前述のとおり、子の監護・教育する意思と能力を有するからである。そのような意思と能力を有しない者の親権行使を容認すると、かえって、子の福祉に反し、親権法の政策目的を害する。国家としても、最低限の子の福祉の確保に関してはある程度画一的な基準で望むべきであるし、国家がそのような対応に出なければならない事象は例外的に発生するものと考えられるから、コストの観点からも問題はない。ここでも、親権法の政策目的を達成で

きない場合には親権を絶対視する必要はなく、国家は積極的に親権の制限を行うべきである。

## 7 おわりに

現在の家事実務は、家庭内の問題に国家が積極的に介入せず、家庭内の問題処理は事実上、自力救済で行われているというのが実感である。しかし、自力救済では、子の福祉の観点に立った公正な処理は望めない。子の福祉の実現のためには、国家が積極的に家庭内に介入できる内容をもった親権法の改正が急務であると思われる。

以上

- 1 水野紀子「家族法改正—婚姻・親子法を中心に—親権法」ジュリスト1384号58頁以下参照。
- 2 我妻榮『親族法(法律学全集23)』(有斐閣・昭和43年12月20日)316頁参照。
- 3 前掲・2・316頁参照。
- 4 本稿では、親権の基礎について、若干の検討を行うわけであるが、この問題は、於保不二雄元教授が「親権の性質決定をするについては、過去の歴史を回顧しまた将来への発展をトさなければならない。それとともに、歴史的発展は巨視的には時代とともに大きく転化してゆくわけであるが、同一時代にあっては過去、現在、未来の三時代的性格が重なり合うものであり、また、個々の事項については必ずしも同一歩調で変化してゆくものとは限らない、ということ忘れてはならない。それだけ、親権の性質もまた極めて複雑であって、この問題単純に解明することは困難である。」(於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法(25)』(有斐閣・平成16年12月20日)4頁参照。)と述べられているとおり、簡単な問題ではないということを銘記する必要がある。本稿の検討も、検討のための試論という性格が強い。
- 5 親権の支配的側面から監護的側面への歴史的な移行過程は、前掲4・1頁ないし6頁に詳しい。本文では、字数の関係から、もっぱら親権の監護権的側面、義務的側面を検討している。
- 6 川田昇『親権と子と利益』(信山社・平成17年3月30日)37頁以下参照。
- 7 現在の家事実務でも、そのような感想を抱くことが少なくない。
- 8 但し、子が自らの福祉の充足を求めることは憲法13条等の保護を受けると考えるべきである。
- 9 前掲4・5頁が、「20世紀親権法においては、親権は、未成年子に対する監護権ということだけでなく、これはもっぱら子の利益のため、子の福祉のためであることが謳われるようになってきた。このことは、子の監護ということ、単に親子間・家族親族間の問題として親族自治的に処理されてよいという問題ではなく、社会的国家的任務であることを示すものである。だから、親権は、子に対してのみでなく社会国家に対する任務として、その後見性・社会性ということが一段と要請されてきているとみなければならない。」とするのは本文と同趣旨のものと思われる。
- 10 民法818条3項参照。
- 11 民法819条参照。
- 12 ただし、この点については、筆者の感想に過ぎず、臨床心理学からの詳細な実証的研究が必要であると考えられる。
- 13 我妻榮博士は、「理想論としてはともかくも、実際論としては、実行が困難であろう。父母が離婚すれば、居住を異にするだろうし、子はそのいずれかに引き取られるだろうから、その

父母が協議しなければ親権を行使し得ないということは、子にとって甚だしく不利益であろう。」とされている(前掲6・8頁参照)。

- 14 おそらくは、国民一般の意識からして、いきなり共同親権制度を採用することに躊躇があったのではないかと考えられる。
- 15 前掲1・59頁参照。

## 相続に起因する共有者間の 紛争について

弁護士 茶木 真理子

### 1 はじめに

相続が開始し、相続人が数人あるときは、相続財産は共同相続人にその相続分に応じて共有の状態に帰属することとなり(民法898条、899条)、複雑な問題が生じる。

共同相続となった場合の相続財産の管理については、民法には一般的な規定が何ら設けられていない。この点について、相続財産の共有は、民法249条以下に規定する「共有」とその性質を異にするものではないと解されており(最判昭30. 5. 31、最判昭50. 11. 7)、相続財産の共有の場合にも同条以下の規定が適用されることとなる。したがって、相続財産に関する保存行為は各共同相続人が単独でこれを行うことができる。また、相続財産の管理行為は相続分の割合に従ってその過半数を持って決せられることとなる(民法252条)。

この相続財産の共有状態は、あくまでも、後に相続人間で遺産分割が行われるまでの過渡的な状態に過ぎない。しかし、遺言を巡って相続人間で紛争が生じるなど、実際に遺産分割が行われるまでに長期間要するケースもあるため、遺産分割が行われるまでの間に、相続財産を巡って共同相続人間で紛争が生じる場合も少なくない。

そこで、相続に起因して共同相続人間で生じうる紛争のケースをいくつか例にとり、そのケースに関する最高裁判決の見解を紹介したうえで、現時点で考えられる問題点を整理したい。

### 2 相続財産が不動産である場合にその占有を巡って紛争となるケース

被相続人が不動産を所有していたところ、相続が開始したために、共同相続人間で共有となるケースは多々ある。一部相続人がこの不動産を単独で占有

している場合、当該不動産を占有していない他の相続人は、占有相続人に対しいかなる主張ができるであろうか。

(1) 明渡請求の可否

まず、他の相続人が占有相続人に対し、この不動産を明け渡すよう求めることができるのか。この点について判断したものが、最判昭41. 5. 19(民集20巻5号947頁)である。同判決は、持分を合計すると過半数を超える相続人が、少数の持分しか有しない占有相続人に対し明渡を求めた事案であるところ、明渡を求めるためには、「明渡を求める理由」を主張立証しなければならないとして、明渡請求を認めなかった。よって、多数持分権者であっても、持分が過半数を超えるというそれだけの理由では、当然に明渡請求をすることはできないことになる。

(2) 非占有者の保護

それでは、どのようにして占有使用できない相続人が保護されるのかが問題となる。この点については最判平12. 4. 7(裁判集民198号1頁)が判断しており、「不動産の共有者は、当該不動産を単独で占有することができる権原がないのにこれを単独で占有しているほかの共有者に対し、自己の持分割合に応じて占有部分に係る賃料相当額の不当利得金ないし損害賠償金の支払いを請求することができる。」とした。

このように、最高裁は、不動産を占有使用することができない相続人は、占有相続人に対し、自己の持分割合に応じた「賃料相当額」の賠償ないしは返還を求めることにより保護されることを明確にしたといえる。

残る問題は、「賃料相当額」をどのように算定するかであり、実際の訴訟では、この「賃料相当額」を巡って、鑑定が行われることが予想される。この点については、「利用・管理の方法についての協議が調う見込みのない共有物は、通常の賃料額で第三者に賃貸することは困難であるなど、単独所有物のようにその機能効用を十分に発揮した利用をすることは難しいから、損失額・利得額を賃料相当額よりも大幅に低く認定することが可能な場合も少なくない。」との指摘がなされているところである(後掲参考文献①)。ただ、それでも実際どれほどの減額となるのか難しい問題であろう。私見としては、この場合の賠償額は、相続人が占有使用できないことに対する補償であるから、共

有物を第三者に賃貸することを想定する必要はなく、純粋な賃料相当額そのままを損失と捉えればいいのではないかと考える。

(3) 使用利益の返還が不当なケース

以上のとおり、不動産を占有使用することができない相続人は、占有相続人に対し、自己の持分割合に応じた「賃料相当額」の賠償ないしは返還を求めることができるが、占有相続人が相続を機に突然高額な賠償を求められることが不当なケースもある。例えば、占有相続人が被相続人の家族として同居しており、相続開始後も引き続き居住している場合等が想定される。

この点、相続不動産が建物である場合について、最判平8. 12. 17(民集50巻10号2778頁)は、「共同相続人の一人が相続開始前から被相続人の許諾を得て遺産である建物において被相続人と同居してきたときは、特段の事情のない限り、被相続人と右の相続人との間において、被相続人が死亡し相続が開始した後も、遺産分割により右建物の所有関係が最終的に確定するまでの間は、引き続き右同居の相続人にこれを無償で使用させる旨の合意があったものと推認されるのであって、被相続人が死亡した場合は、この時から少なくとも遺産分割終了までの間は、被相続人の地位を承継した他の相続人等が貸主となり、右同居の相続人を借主とする右建物の使用貸借関係が存続することになる」として、使用貸借契約の成立を推認することにより占有相続人の保護を図っている。

この判決で、まず注意しなければならないのは、直接の射程としているのは、建物の場合である点である。よって、相続財産が土地や非居住用の建物の場合は、別途検討が必要である。

また、使用貸借契約が推認されるためには「特段の事情のない限り」という留保が付されているため、被相続人が遺言などで反対の意思を明確にしているような場合は、この「特段の事情」にあたり、使用貸借契約成立の推認が破られることになると考えられる。

さらに、占有相続人が居住以外の態様で建物の使用を始めた場合にも、「特段の事情」に該当するとして、使用貸借契約成立の推認が破られると考えることもできるであろう。なぜなら、最高裁の考えは、あくまでも、被相続人の意思としては、相続の開始前と同一態様の使用を続ける限りにおいて、占有相続人に無償での使用を許したものと

思われるからである。この点については、相続人間で使用貸借契約が推認されるのは、「相続開始前と同一態様の使用を続けることを借主の義務とする約定が付されているものと解すべき」であり（後掲参考文献①）、「居住用建物を改装し、同建物内で商売を始めた場合」や「第三者に転貸したような場合」は用法義務違反（民法594条）により使用貸借契約の解除が認められる余地もあるとの指摘もなされている（後掲参考文献②）。しかし、使用貸借契約の解除と捉えてしまうと、解除自体は「管理行為」として持分の過半数が必要となるから、過半数に満たない持分しか有しない相続人は保護されなくなってしまうという不都合が生じる。よって、占有相続人が居住以外の態様で建物の使用を始めたような場合には、前述のとおり、使用貸借契約は成立しないと考えるべきであろう。

### 3 相続財産に一部相続人が変更を加えてしまったケース

一部相続人が遺産分割までの間に、相続財産に変更を加えてしまい、これを巡って相続人間で紛争となることも考えられる。例えば、山林を伐採してしまった場合、土地上の建物を取り壊して更地にした場合等である。

そもそも、相続財産に変更を加えることは、共同相続人全員の同意がなければできない（民法251条）。にもかかわらず、一部相続人が相続財産の変更を行った場合、他の相続人は原状回復を求めることができるのか。

この点について判断したのが、最判平10. 3. 24（判時1641号80頁）である。同判決は、相続人のうちの一人が他の相続人に無断で相続財産である土地に宅地造成工事を行い、非農地化したという事案であるところ、「共有者の一部が他の共有者の同意を得ることなく共有物を物理的に損壊しあるいはこれを改変するなど共有物に変更を加える行為をしている場合には、他の共有者は、各自の共有持分権に基づいて、右行為の全部の禁止を求めることができるだけでなく、共有物を原状に復することが不能であるなどの特段の事情がある場合を除き、右行為により生じた結果を除去して共有物を原状に復させることを求めることもできると解するのが相当である。」「もっとも、共有物に変更を加える行為の具体的態様及びその程度と妨害排除によって相手方の受ける社会的経済的損失の重大性との対比等に照らし、あるいは、共有関係の発生原因、共有物の従前の利用

状況と変更後の状況、共有物の変更に同意している共有者の数及び持分の割合、共有物の将来における分割、帰属、利用の可能性その他諸般の事情に照らして、他の共有者が共有持分権に基づく妨害排除請求をすることが権利の濫用に当たるなど、その請求が許されない場合もあることはいうまでもない。」としている。よって、他の共有者は、各自の共有持分権に基づいて、共有物に変更を加える行為の禁止を求めることができるだけでなく、原則として原状に復させることを求めることができることとなる。

しかし、実際は、相続人間で紛争になる以上、この事案のように共有物に既に大幅な変更が加えられてしまっているケースも多いであろう。そのような場合には、「共有物を原状に復することが不能である」場合とされたり、相手方の受ける社会的経済的損失が重大であるとして権利の濫用と判断されることも相当あるのではないかと予想される。そうであれば、一部相続人が相続財産に変更を加え、変更後に多大な収益をあげたような場合（上記最判の場合もこれにあたるであろう）、占有使用できない相続人は「賃料相当額」の賠償を求めるしかないのでは、あまりに不公平となるようなケースも想定される。

### 4 相続財産から生じる果実（賃料等）を巡る紛争のケース

相続財産が相続開始前から他人に賃貸されていたような場合、その賃料を巡って共同相続人間で紛争となるケースが考えられる。

この点については、最判平17. 9. 8（民集59巻7号1931頁）は、「遺産は、相続人が数人あるときは、相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有に属するものであるから、この間に遺産である賃貸不動産を使用管理した結果生ずる金銭債権たる賃料債権は遺産とは別個の財産というべきであって、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得するものと解するのが相当である。遺産分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものであるが、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得した上記賃料債権の帰属は、後にされた遺産分割の影響を受けない。」と判断した。

この判決に従えば、例えば、相続人がX、Yの2名で、相続財産としてA、Bという二つの貸地がある場合、後に遺産分割でXがA土地、B土地両方を相続することになったとしても、遺産分割までの間のA土地、B土地の地代は、X、Yそれぞれに2分の1ずつ帰属

することになり、全てがXに帰属することにはならない。

## 5 最後に

前記2の場合については、同居相続人のみが使用利益を独占することとなり、どうしても相続人間で不公平が生じることが予想される。この点については、後掲参考文献②では、相続人間の利害調整の方法として、特別受益(民法903条)として考慮する方法が紹介されており、参考になるとと思われる。

### 参考文献

- ①野山宏「平成8年最判解説(民)(下)1002頁」
- ②奥野寿則「相続人の一部が共同相続財産を単独で占有使用する場合の法律関係について」(判タ1236号58頁)
- ③松原正明「判例先例相続法 I」日本加除出版株式会社

# 遺留分減殺請求における 遺留分侵害額の算定にあたっての 相続債務の加算の可否 ～最高裁平成21年3月24日判決～

弁護士 上里 美登利

## 1 はじめに

相続が発生した時、積極財産のみならず、消極財産(債務)が存在する場合があります。例えば、被相続人が、預金や不動産を保有しつつ、収益不動産経営のため、金融機関から借入れをし、債務を負担している場合があります。そうしたなか、相続人の1人に対し、「全てを相続させる」という遺言が存在する場合、他の相続人(遺留分権利者)は遺留分減殺請求権を行使することが考えられますが、その際、遺留分権利者は、相続債務のうち法定相続割合による額を遺留分の額に加算することができるのでしょうか。この点に関する最高裁判決が出ましたので、ご紹介致します。なお、本稿の意見にわたる部分は私見となりますので、予めご了承ください。

## 2 遺留分減殺請求の範囲

遺言によって、相続人の1人に対して「全てを相続させる」とされた場合、まず、全ての積極財産は、この相続人が承継します。これに対し、他の相続人は、遺留分減殺請求権を行使することが考えられま

す。この遺留分減殺が可能な範囲は、一般的に、遺留分権利者の①遺留分額と②「純相続分額」との差額によって求めるとされています<sup>1</sup>。

①の遺留分額の算定は、 $\{(\text{積極財産} + \text{贈与価額} - \text{債務}) \times \text{遺留分率} - \text{遺留分権利者が生前贈与ないし遺贈を受けた額}\}$ によって算定します(民法1029条1項、1028条、1044条、900条)。②「純相続分額」とは、遺留分権利者が相続によって、正味得た財産額をいい、(相続によって得た積極財産額 - 相続債務分担額)によって算定します。この②純相続分額が①遺留分額より少ないときは、その差額を遺留分侵害額として、減殺請求によって取り戻すことができるとされているのです(最高裁平成8年11月26日判決<sup>2</sup>参照)。

## 3 最高裁平成21年3月24日判決の事例

では、以上の一般論を踏まえ、最高裁平成21年3月24日判決<sup>3</sup>の事例を検討したいと思います。この事例は、被相続人が不動産を含む積極財産4億3231万7003円、消極財産(債務)4億2483万2503円を遺したが、遺言により、Yに全てを相続させるとの公正証書遺言が存在したというものです。相続人は、子であるXとYの2人であり、XはYに対し、遺留分減殺請求権を行使する意思表示をしました。ここで、遺留分減殺が認められる範囲が問題となったのです。

上記一般原則からすれば、Xの①遺留分額は、「4億3231万7003円 - 4億2483万2503円」 $\times 1/2 \times 1/2 = 187万1125円$ となります。では、Xが相続によって正味得た「純相続分額」はいくらになるのでしょうか。

ここで問題となるのが、②純相続分の算定にあたり、「相続債務分担額」をどうみるかです。Xが、「相続債務分担額」とみるべき法定相続割合による相続債務を負担していると考えれば、純相続分は、「 $0 - 4億2483万2503円 \times 1/2 = -2億1241万6252円$ 」となります。すると、遺留分減殺が可能な金額は、①187万1125円 - ②(-2億1241万6252円) = 2億1428万7377円となります。これが、X側の主張です。

この点について、最高裁平成21年3月24日判決は、次のように判断しました。「本件のように、相続人のうちの一人に対して財産全部を相続させる旨の遺言により相続分の全部が当該相続人に指定された場合、遺言の趣旨等から相続債務については当該相続人にすべてを相続させる意思のないことが明らかであるなどの特段の事情のない限り、当該相続人に相続債務もすべて相続させる旨の意思が表示されたものと解すべきであり、これにより、相続人間においては、

当該相続人が指定相続分の割合に応じて相続債務をすべて承継することになると解するのが相当である。」「したがって、相続人のうちの一人に対して財産全部を相続させる旨の遺言がされ、当該相続人が相続債務もすべて承継したと解される場合、遺留分の侵害額の算定においては、遺留分権利者の法定相続分に応じた相続債務の額を遺留分の額に加算することは許されないものと解するのが相当である。」

そのため、本件で、XがYに対して遺留分減殺できる範囲は、187万1125円(但し、本件では、価格弁償の方法によった場合の弁償額は191万3034円となっています。)に限られることとなります。

#### 4 相続債務の性質

本件で、Xが「相続債務分担額」として、法定相続割合による相続債務額の加算を主張する根拠としては、種々理由が挙げられていますが、そのうちの1つとして、債権者との関係があります。

一般に、遺言によって相続分の指定がされた場合、指定の効力は相続債務に及ぶと解されていますが、それは共同相続人間の内部関係にとどまり、債権者に対してはこれを主張することはできないと解されてきました。そうすると、遺留分権利者は、債権者との関係では、依然として法定相続割合による相続債務を負っているのであり、そうである以上、遺留分侵害額の算定にあたり、同債務額を加算すべきというのです。

確かに、遺留分権利者(X)は、債権者に求められて相続債務の弁済を履行した場合、全て相続するとされた相続人(Y)に対し求償できるとどまるとすると、相続人(Y)の無資力リスクを負うことになってしまいます。

しかしながら、最高裁平成21年3月24日判決は、相続債務に関する相続分の指定について、「相続債権者に対してはその効力が及ばないものと解するのが相当であり、各相続人は、相続債権者から法定相続分に従った相続債務の履行を認められたときには、これに応じなければならず」と対債権者との間では、Xが相続債務を法定相続割合に従って負担することを明言しながら、上記のような遺留分侵害額の算定にあたり、Xの相続債務負担額の加算は認めないという結論を導きました。

#### 5 本最高裁判決によった場合の妥当性について

本判決については、判例タイムズ1295号177頁の解説において、「遺留分侵害額の算定は、相続人間の内部的な法律関係を前提として、最終的に遺留分

権利者の手元に残すべき数額を求めるものであるから、上記法律関係を前提として解釈すべきである。相続人間では遺留分権利者に相続債務の負担部分がない以上、遺留分権利者が相続債権者からの請求に応じて相続債務を履行した場合の法律関係は、求償関係が清算される前の暫定的なものであって(遺留分権利者から相続財産全部を取得した相続人への求償が残る。)、これを前提として、遺留分権利者が最終的に自らの手元に復帰させ得る額である遺留分侵害額を算定するのは、相当でないというべきである。」との理論付けがされています。

確かに、遺留分制度自体が相続人内部の問題である以上、遺留分侵害額の算定にあたっての相続債務の取扱いについても、相続人間における負担の有無によって決するのが理論的と思われます。

他方、Xが指摘するように、仮にXが債権者の求めに応じて相続債務の弁済を履行した場合、Yに対して求償することになりますが、その際のYの無資力リスク等をXが負担することの妥当性はどうか。この点、<sup>iii</sup>本最高裁判決も、「相続債権者の方から相続債務についての相続分の指定の効力を承認し、各相続人に対し、指定相続分に応じた相続債務の履行を請求することは妨げられないというべきである。」と述べており、実務的には、「実際には遺産をもらった者が相続債務を支払うことで処理されているため、遺留分額に遺留分権利者の相続債務負担額を加算して計算することは一般になされていない」との指摘もあります<sup>iv</sup>。また、債務超過の場合は、相続放棄も考えられます。実際には、遺留分侵害額に法定相続割合による相続債務を加算しなければ、遺留分権利者が著しい不利益を負うという場面はあまり多くないのではないかと思います。

以上

i 最高裁判所判例解説 民事篇 平成8年度(下)988頁以下

ii 最高裁判所判例解説 民事篇 平成8年度(下)983頁以下

iii 判例時報2041号45頁以下

iv 『遺留分の実務』(新日本法規 編集 名古屋弁護士会 法律研究部)

## 生命保険契約上の地位の変更及び相続 ～保険法改正を踏まえて～

弁護士 住田 浩史

### 1 はじめに

生命保険契約は、主として、保険者(保険会社、保険事故たる死亡に基づき保険金を支払う者)、保険契約者(保険者と保険契約を締結して保険料を納める者)、被保険者(保険事故の客体。通常は保険契約者と一致するが、他人の死亡を保険事故として保険金が支払われる保険もある)、保険金受取人(保険金請求権を有する)と、多数の当事者が関与する複雑な契約である。

そして、その当事者も常に一定不変とは限らず、契約上の地位の移転や保険会社の合併などの当事者の意思に基づく変動や、死亡による相続の開始、破産手続の開始など意思によらない変動が考えられる。

生命保険契約は、損害保険契約などに比して保険価額も大きく、積立式保険の場合は資産としての側面もあり、また被保険者の家族の生活保障的な側面もある特殊な契約であるため、その当事者の変動の可否や効果については、契約法や相続法のみならず、保険法特有の法的問題について留意しなければならない。

本稿では、相続を含めた生命保険契約上の当事者の地位の変更について、商法及び判例法理における問題点を整理するとともに、2008年6月に新しく制定された保険法(2010年春施行)においてどのような改正がされたのかについて見ていくこととする。

### 2 保険者

#### (1) 保険者の地位の移転

保険業界の再編等で、保険会社の合併や会社分割が行われる場合がある。この場合には、消滅保険会社の保険契約は存続保険会社や新設保険会社に移転されることとなる(保険業法159条)。また、一部の契約を他の保険会社に集団的に移転させることもできる(包括移転、保険業法135条)。これらに対して、利害関係人たる保険契約者は、異議申立手続を行うことができるとされている。

#### (2) 保険者の倒産

保険者の倒産は、保険契約者サイドにとってさらに深刻な問題である。これまでのケースにおいては、通常、会社更生法に基づく更正手続がとられてきたが、この場合、保険金請求権等は更生債権となり、一旦支払が停止され、更生計画によりその縮減がなされることとなる。ただし、開始決定前の保険事故発生による保険金請求権の取り扱いについては、実務上は、全額の支払いがなされたり、保険契約者保護機構からの資金援助制度の適用を受けて保険金額の90%の支払がなされる場合もある。また、実体法上も、保険金請求権者は保険者の総財産について一般先取特権を有する(保険業法117条の2第1項)とされ、他の一般債権者より優先するとされている。

### 3 保険契約者

#### (1) 保険契約者の地位の移転

商法及び保険法上に明文の規定はないが、生命保険契約の約款上、保険契約者は、その地位を、保険者の同意を得て、第三者に移転することができることとされていることが多い。この点は、民法法理における契約上の地位の移転と同様であるが、約款上は、保険契約者と被保険者が異なる他人の死亡保険においては、保険者の同意に加えて被保険者の同意を要するとされている。これは、他人の死亡保険におけるモラルリスクや保険金犯罪を防ぐためのいわゆる「同意主義」の顕れである。

#### (2) 保険契約者の破産等

生命保険契約に基づく解約返戻金請求権はいわば財産であり、保険契約者の債権者はこれを差し押さえて解約することができる。また、保険契約者につき破産手続が開始された場合、選任された破産管財人は、通常、生命保険契約については双方未履行の双務契約として、これを解除して解約返戻金を財団に組み入れることを選択することとなる。

そうなると、解除後に保険契約者が死亡しても保険金が支払われず、死後の生活保障という生命保険契約の目的が達せられない。これに関連して、商法は、保険契約者の破産の場合には、保険者は、保険金受取人に対して保険金の支払を請求することができる(商法683条1項)としているが、保険金受取人側からの契約継続へのアプローチを権利として認めた規定はなく、保険契約継続を望む保険金受取人としては、差押債権者や破産管財人との

任意の交渉を行って保険契約の解約を回避するはかなかった。

そこで、保険法は、いわゆる介入権制度を導入し、解除の通知から1か月以内に解約返戻金相当額を支払えば、差押債権者や破産管財人の解除の効果を打ち消すことができるとした(保険法60条、89条2項)。ただし、介入権の効果は、保険契約者の地位の移転を直接もたらすものではないため、その後、保険金受取人は、(1)にしたがい、保険契約者及び保険者の同意を得て、保険契約者の地位を譲り受けるということになる。

### (3) 保険契約者の死亡

保険契約者が死亡した場合、相続に基づき、相続人にその地位が承継される。共同相続の場合は共同保険契約者となるが、保険約款上は、保険者の事務の負担を避けるため、代表者1人の定めを置くか、定めない場合は保険者の1人の保険契約者に対する行為は他の保険契約者に対しても効力を有するとされていることが多い。

## 4 被保険者

### (1) 被保険者の死亡

被保険者の死亡は、生命保険においては保険事故そのものであるから、保険金支払請求権の発生という効果を生じる。

### (2) 被保険者の契約からの離脱

被保険者の地位は、保険事故の客体そのものであるから、第三者に移転することはあり得ない。それでは、被保険者と保険契約者が異なる場合、すなわち他人の死亡保険契約において、被保険者が契約から離脱したい場合はどのようにすればよいのだろうか。例えば、夫が、自らが保険契約者かつ保険金受取人として、妻を被保険者として、妻の同意を得て生命保険契約を締結していたが、その後離婚する場合などである。

現行商法においては、被保険者がいったん生命保険契約に同意した以上は撤回できないとされていたため、保険契約者の協力が得られない場合は契約関係からの離脱はできなかった。

そこで、保険法は、他人の死亡保険契約の場合、保険契約者に、①保険金犯罪、②信頼関係破壊事由、③親族関係の終了等の事情変更のいずれかの事情がみられた場合は、被保険者に、保険契約者に対する保険契約解除請求権を認め(保険法58条、87条)、保険契約者が解除しない場合は判決による強制執行(意思表示擬制)を認め、契約からの離

脱を可能にした。

## 5 保険金受取人

### (1) 保険金受取人の指定

保険金受取人は、保険金請求権者のことである。この保険金請求権は、死亡保険であっても、死亡した被保険者からこれを承継取得するのではなく、保険金受取人の固有財産となり、被保険者の遺産からは離脱している(保険金請求権の固有性)。

保険金受取人については、通常、契約時に保険契約者が指定する。この指定の解釈が問題となる場合がある。

#### ア 無指定

全くの無指定の場合は、保険契約者自身を保険金受取人としたものと解すべきである。ただし、通常、保険約款には、指定がない場合は相続人に支払う、との規定があり、これは、相続人が保険金受取人に指定されたことと解すべき(最判昭和48年6月29日民集27巻6号737頁)とされている。

#### イ 相続人との指定

「相続人」との指定は、保険契約者の合理的意思に基づき、被保険者死亡時の被保険者(これを保険契約者と解する説もある)の相続人たるべき者と指定したと解すべきとされている。また、この相続人が複数いる場合は、その権利取得割合は相続分の割合によるものと解すべきとされている(最判平成6年7月18日民集48巻5号1233頁)。

### (2) 保険金受取人の変更

#### ア 変更権

商法においては、保険金受取人の変更権放棄を原則とし(商法675条1項)、また、保険契約者死亡後の変更権行使を認めていない(商法675条2項)が、保険約款上はこれをいずれもを認めている。

保険法もこれを明文で認めた(保険法43条1項)。なお、他人の死亡保険契約においては、保険金受取人の変更には被保険者の同意が必要となることはいうまでもない(保険法45条)。

#### イ 変更の方式、効力発生時期

商法においては、保険者への変更の通知が対抗要件とされていたが、変更の意思表示の相手方や効力発生時期については明確な定めはない(商法677条1項)。最判昭和62年10月29日民集41

巻7号1527頁は、保険者、新旧保険金受取人のいずれでもよいとしたが、相手方のない意思表示であるとする説、保険者に限るべきであるとする説など、様々な説が対立してきた。

保険法は、保険金受取人変更の意思表示の相手方を保険者のみとし、通知の効果発生時には発信主義(ただし到達を要する)を採用し(保険法43条2項ないし3項)、この問題を立法的に解決した。

ウ 遺言による変更

商法及び民法においては、保険金受取人の変更は遺言事項とされていないため、保険契約者の遺言による受取人変更ができるかどうか争いとなっており、裁判例も、否定例、肯定例いずれもある。

保険法においては、遺言による保険金受取人変更を認めた(保険法44条1項)。

遺言による変更の場合、保険契約者の相続人が、この変更の旨を通知しなければ、保険者には対抗することができない(保険法44条2項)。

(3) 保険金受取人の保険事故発生前の死亡

ア 保険金受取人の再指定

商法は、保険事故発生(=被保険者死亡)前に保険金受取人が死亡した場合は、保険契約者が保険受取人を再指定できる(商法676条1項)としている。

また、保険法も、上記のとおり原則として変更権を認めているので、この場合に再指定することは無論可能である。

イ 保険契約者が保険金受取人の再指定を行わないうちに死亡した場合

商法は、アの再指定を行わないまま死亡した場合は、指定保険金受取人の相続人が確定的な保険金受取人となる旨規定している(商法676条2項)。

保険法は、保険金受取人の相続人が受取人となることを定めている(保険法46条)が、保険契約者の相続人もまた変更権を行使できるとされている。

ウ 保険契約者が保険金受取人の再指定を行わないうちに死亡したが、その前に保険金受取人の相続人が死亡していた場合

商法は、保険金受取人の相続人が死亡した場合については明らかにしていなかったが、最判平成5年9月7日民集47巻7号4740頁は、商法676

条2項にいう指定受取人の相続人について、相続人のみならず、その順次の相続人であって保険事故発生(=被保険者の死亡)時に現に生存する者であると解すべきとした。また、その権利取得割合については、民法427条により各人平等となるとした。この結論は、一見、上記(1)②の受取人の指定の場合には相続分によるとの結論と整合しないのではないかとも思えるが、受取人の指定には保険契約者の「意思」が介在しており、相続分の割合との合理的意思解釈ができるが、他方、受取人死亡の場合は「意思」が介在していないため、結論が異なることもあながち不相当とはいえない。なお、各社の保険約款においては、この最判と同様の権利取得割合が記載されているものもあれば、相続分によると定められているものもある。

一方、保険法は、上記のとおり、保険金受取人の相続人が新たな受取人となる旨明快な定めをおいており(保険法46条)、順次の相続人が受取人となるとの上記最判と同様の結論となるであろう。

## 介護事故 2 - 転倒

### ① 高齢者が介護を拒否した事例

弁護士 井上 博隆

#### 1、はじめに

高齢者の介護事故の内、転倒が一番多い。次いで、転落や誤嚥が多い。転倒は移動中や歩行中に多く発生する。1) 前回の誤嚥につづいて、介護事故の転倒・転落の裁判例について、裁判例が考えている注意義務の内容を検討したいと考えているが、紙数の関係で、今回は、転倒事故の内、高齢者が介護者の介護を拒否した事例をとりあげたい。引き続き、転倒事故の内、被介護者が待機指示に違反した事例、介護拒否・待機指示違反事例以外の事例、その後、転落事故を取り上げ、最後に、転倒・転落事故についてまとめて考えてみたいと考えている。

#### 2、高齢者の転倒

高齢者は、筋萎縮や関節の拘縮、神経系の老化による平衡機能の低下によって、安定した立位を保持することが困難になり、起立性調節障害(起立性低

血圧)や感覚機能の低下がこれに加わると、転倒しやすくなる。そして、骨は、加齢とともに脆弱化し、軽微な外力により骨折を生じる。高齢者の骨量は、特に女性において閉経後急速に低下するといわれており、転倒時の骨折が大きな問題となる。骨折は、橈骨下端骨折、大腿部頸部骨折、椎体の圧迫骨折などが多い。骨折により身体的・精神機能は急速に低下するのが高齢者の特徴である。転倒によって骨折に至らなくても、打撲や挫傷を起こした高齢者は、しばしば抑鬱反応を招くことがある、といわれている。骨折による、長期臥床と抑鬱反応、廃用症候群が重なる、いわゆる「寝たきり」の状態は、高齢者における最大の問題となっている。2) また、転倒による硬膜下血腫などにより死亡したり、骨折→長期臥床→肺機能低下・誤嚥→肺炎→死亡という経過をたどることもある。3) 従って、予想以上に重篤な状態になることもあり、健全な成人と同様には考えられない。このことを、高齢者自身が自覚していないこともあり、介護者には、高齢者に十分説明することが求められる。

### 3、裁判例

高齢者が介護を拒否した裁判例は、別表の通り、2例ある。1は、病院での看護師の介護事故であり、2は通所介護施設の介護職員の介護事故である。いずれも、トイレ時の歩行事故であり、被介護者は女性である。いずれも、被介護者が転倒の危険性があると認識されていた事例であり、歩行介護義務違反による過失を認めている。1は、病院は、介護拒否を免責事由として主張せず、過失相殺を主張しているだけである。2は、被介護者が介護者の介護を拒絶したとして免責されると主張している。

2では、通所介護契約上の安全配慮義務として、本人の転倒の危険性のある状態から考えて、歩行時において、安全の確保がされている場合等特段の事情のない限り常に歩行介護をする義務を負うと一般論を述べ、そしてこの事例において、トイレは、入口から便器まで1.8mの距離があり、横幅も1.6mと広く、しかも、便器までの壁には手すりがないことから、安全の確保がされている場合等特段の事情がないと判断されている。この理は、患者の療養上の世話をする病院においても、同じことがいえ、1の事例でも同様の注意義務を認めていると考えられる。

### 4、介護拒否の場合の説明・説得義務、免責事由

(1) 2の事例では、介護担当職員が、身体障害者用トイレの入口まで杖をつく被介護者の直近に付き

添って歩き、左腕を持って歩行の介助をしたり見守ったりして、歩行の介護をしたが、その際、歩行に不安定さはなかった。トイレに入った段階で、被介護者は介護者に対して「自分一人で大丈夫だから」と言って内側から戸を閉めた。この際、介護者は、戸を開けるべきか迷ったが、結局、戸を開けず、被介護者が出た際に、又、歩行の介護をしようと考えた。ところが、被介護者がトイレ内で2,3歩、歩いたところで転倒した。この事故以前、このトイレを利用する際に、職員が便器まで歩行の介護をしたことはなく、被介護者から介護を求められたことはなかった。

このような事実関係において、判決は、介護の専門知識を有すべき介護義務者においては、要介護者に対し、介護を受けない場合の危険性とその危険を回避するための介護の必要性とを専門的見地から意を尽くして説明し、介護を受けるよう説得すべきであり、それでもなお、要介護者が真摯な介護拒絶の態度を示したという場合でなければ、介護義務を免れることにならないとし、施設は、これらの説明をせず、また説得もしていないとして、施設の免責の主張を認めなかった。

#### (2) 説明義務と免責

介護者が説明義務を尽くしたのに、被介護者が、これを拒否した場合には、責任が免除されることがあり得る。2の事例でも、施設側は、本人の意思を無視してまで介護せよとの主張は、今までの介護福祉の中で培われてきた倫理を大きく揺るがすと主張している。このような考え方は、自己決定権の尊重の点からも是認できる。

しかし、責任を免除される程度に説明義務を尽くしたといえるためには、被介護者が適切合理的に自己決定ができる程度に、被介護者の知識・能力等に応じて、介護の必要性と介護を受けない場合の危険性を、被介護者が理解できるように説明する必要がある。2の事例では、介護者は、介護の必要性や介護を受けない場合の危険性などを説明しておらず、施設の免責を認めなかったことは、やむを得ないところである。

高齢者は、トイレくらいは自分で行ける、或いは行きたいという思いを強く持っていると考えられ、また、転倒した場合の危険性や重篤な状態になりうることを余り認識していないと考えられ、これらを十分に説明しないと適切合理的な自己決定ができない。

(3) 説得義務と免責

2の裁判例では、前記の説明義務に加えて「介護を受けるよう説得すべきであり、それでもなお、要介護者が真摯な介護拒絶の態度を示したという場合でなければ、介護義務を免れることにならない」として、説明義務だけではなく、説得義務を尽くした上で、被介護者が真摯な介護拒絶を示した場合に、施設は責任を免除されるとしている。

医療事故の文献であるが、患者が医師の療養指導を守らなかった場合などに、医師が患者に説得することは、法的に是認され、それは、患者の自

主的判断の機会が確保され、また、患者に対して最善の治療をなすべき義務を負っている医師としては当然のことであり、患者にとって好ましいことである、とするものがある。4)しかし、この文献では、説得義務までがあるとまでは述べていない。

また、介護者に、説得義務を認めることは、被介護者の意図に反した介護でも受け入れを強制されることを要請することになりかねないとし、被介護者の自立への意思の配慮からも疑問視する見解もある。5)

番号	判決	事故年月	訴訟の結果	事故の概要	施設の種類の
1	東京高判 H15.9.29 判時1843.69	H13.5	過失あり。 過失相殺8割を認める。 病院に対し、選択的に債務不履行と不法行為を求め、不法行為(看護師の過失を認め、使用者責任)を認める。	72歳。女性。 多発性脳梗塞で入院の翌日、トイレに行くのに准看護師が同行したが、帰りに「一人で帰れる。大丈夫。」と言ったので介助しなかった。 30分後、ベッド側で後頭部強打して倒れているところ発見。4日後、急性硬膜下血腫で死亡。	病院
2	横浜地判 H17.3.22 判タ1217.263	H14.7	過失あり。 過失相殺3割を認める。 法人に対し、選択的に債務不履行と不法行為を求め、債務不履行(職員の履行補助者としての安全配慮義務違反)を認め、不法行為を否定。	85歳、女性。 通所介護サービスを受けており、室内の広い身体障害者用トイレに行くのを介助したところ、トイレ内での歩行介助を断り、トイレ内で転倒。 大腿骨頸部内側骨折により、要介護2から要介護4の状態になった。	社会福祉法人 (通所介護施設)

しかし、最近、専門家としての説明義務について、主として取引行為を念頭においていると思われるが、説明義務を「情報または判断の提供・不提供、情報の説明、助言、警告を広く含む概念」ととらえ、専門家責任としての説明義務は、「専門家に対する信頼に応えるべき義務であり、その目的は自由な意思決定あるいは自己決定権の保証につきるものではない。」とするものがある。そして、「顧客の目的や資力に適合的な取引の選択を助け、あるいは、適合しない取引の不合理性を説明し、場合によっては、当該取引をしないよう勧

告する義務を含みうる。」「顧客の判断・行動が顧客の利益を損なう可能性があることを知り得た場合、事業者は、顧客の不足している知識を補い、必要に応じて適切に助言し、警告しなければならない。」「事業者は、その危険性を警告するとともに、それを回避するための方法を助言する義務を負う。」とする。6)

これを2の事例で考えると、被告の社会福祉法人は介護保険法上の通所介護施設であり、利用者の日常生活上の世話をすることが事業内容となっており、また、その通所介護契約においても、原

事故以前の状況	争点と裁判所の判断
<p>麻痺の程度は、どうにか独歩は可能で足は上がるが正常な筋力はない状況。 意識レベルは清明で、頭痛や呂律不良はなし。 転倒の危険性があったので、医師・看護師から、トイレに行く際は必ずナースコールで看護師を呼ぶよう指導・注意されていた。 複数の点滴がされておりトイレに行く回数の増加は予測されていた。</p>	<p>① 過失：車椅子を使用させるか、病室内で排尿させるか、家族の付き添いをさせなかったことに過失があるか。 →軽度の左上下肢の片麻痺があり、転倒などの危険性があると認識しており、トイレに行く際にもナースコールを押すよう指導していたこと、入院したばかりで麻痺の程度、歩行能力の安定性などの的確に判断しうる情報はなかった。従って、病室内で排尿させる方法を講じなくても、看護師の付添があればトイレに行き来することが可能と判断したのであるから、看護師が必ず付添い、転倒事故発生防止義務があった。 意識が清明であり、麻痺の程度も軽かったので家族の付添いをさせる必要はなかった。</p> <p>② 因果関係：(1審は因果関係を否定したが)トイレから戻った際には支障なく、その後トイレに行こうとして転倒した可能性も否定できないが、看護師から現認される都度一人での歩行の転倒の危険性があるので必ずナースコールするように指導されていたのに、一人で帰室することを容認されたことがナースコールしなかった原因と考えられ、付き添わなかった過失と転倒との間に因果関係がある。</p> <p>③ 過失相殺：意識清明であり、転倒の危険性の説明を受け、再三ナースコールをするよう指導を受けていた、遠慮や歩行能力の過信等も考えられるが、本人にも過失がある。一方、転倒の日からリハビリが予定されており、看護師が一人の帰室を容認したのは時期尚早であったが、本人の状態を比較的良好に観察しており、本人の意思を尊重した面もあった。</p>
<p>両変形性膝関節症、脊椎骨粗鬆症、左大腿骨頸部骨折(術後)等があり、何かにつかまらなければ歩行はできかった。 主治医から移動中の転倒の危険性が指摘されていた。本件施設内で転倒したこともあり、移動について、見守り・介助をするようにしていた。 意思の伝達は可能であり、精神・神経症状はなかった。</p>	<p>① 過失 i：歩行介護義務違反 →本人の状態から考えて、通所介護契約上の安全配慮義務として、歩行時において、安全の確保がされている場合等特段の事情のない限り常に歩行介護をする義務を負う。 トイレは、入口から便器まで18mの距離があり、横幅も16mと広く、しかも、便器までの壁には手すりがないので、転倒する危険性が予測された。 過失 ii：通常のトイレ使用を誘導しなかった。→判断せず。</p> <p>② 介護拒絶のため、介護義務が免除されるとの主張に対して →介護の専門知識を有すべき介護義務者においては、要介護者に対し、介護を受けない場合の危険性とその危険を回避するための介護の必要性とを専門の見地から意を尽くして説明し、介護を受けるよう説得すべきであり、それでもなお、要介護者が真摯な介護拒絶の態度を示したという場合でなければ、介護義務を免れることにならない。</p> <p>③ 不法行為の成否 →歩行介護義務は、通所介護契約に基づいて導かれるものであるから、不法行為の成立は認められない。</p> <p>④ 過失相殺：本件トイレを自ら選択し、トイレ内の介護を求めることをせず、かえって、職員に対して一人で大丈夫だからと言って、自らトイレの戸を閉め、誤って転倒したので、本人にも過失がある。</p>

告の移動の介助、見守り等を行う介護サービスも含まれていた。2の判決は、「本件施設は、介護サービスを業として専門的に提供する施設であって、その職員は介護の専門的知識を有すべきである」のに、説明も説得もしていないとしている。前記6)の文献は、専門家の説明義務について、契約上の説明義務と専門家としての地位に基づく説明義務が併存するとするが、この裁判例は、通所介護契約上も通所介護事業を営む専門事業者としても、介護の専門家としての信頼に応えるべき義務があったといえ、被介護者が自己の身体・生命に危険な行為をする場合や身体・生命の危険回避の為の行為を拒絶する場合は、これを回避するための警告・勧告義務を含む説明義務があるとして、これを説得義務と表現したものと考えられるのではないかと考える。7)

この理は、療養上の世話を業務内容に含む病院や看護師にもあてはまる。1の事例では、医師からも看護計画からも、トイレに行く際はナースコールを押すよう指導されており、看護師としては、医師の指示上も看護計画上も、被看護者に付添い転倒防止を図ることを求められていたのであるから、被介護者が「一人で帰れる。大丈夫。」と言っただけで、一人で帰室させたことは、看護師の専門家としての注意義務に反することは明らかであり、このため、介護拒絶を理由に免責を主張しなかったのではないかと考えられる。8)

##### 5、不法行為か債務不履行か（介護職員の専門家責任）

1の事例は、看護師の過失(民法709条)を認めて病院に使用者責任(民法715条)を認め、死亡日から遅延損害金を認めている。一方、2の事例では、施設に対し、通所介護契約上の安全配慮義務を負う施設の履行補助者である介護職員の注意義務違反を認め、施設の債務不履行として訴状送達の日翌日からの遅延損害金を認めたが、施設の歩行介護義務は通所介護契約に基づくものであるから不法行為までは認められないとした。

2と同様に、「介護士」の歩行介護義務違反に、その勤務する医院の債務不履行を認めたが、医院の不法行為を否定したものとして東京地判平成15年3月20日判時1840号20頁がある。

2の介護職員の資格などは明らかではなく、また、前記東京地判の「介護士」の正確な資格は明らかではない。

1の事例も病院の債務不履行責任を否定するもの

ではないと考えられるが、1の判断と2及び東京地判の判断の違いは、看護師・病院及び施設の専門家としての注意義務違反を認めるが、介護職員や「介護士」の専門家としての責任までは認められないと考え、その不法行為責任については施設や医院の使用者責任を否定したものであろうか。9)

##### 6、過失相殺

1の裁判例は、被介護者の過失割合を8割としたが、2の裁判例は3割とした。

1の事例では、被介護者が、再三にわたり、ナースコールをするよう指導されていたのにこれを守らなかったことが、被介護者の過失を大きく取ったものと考えられる。

再三にわたる看護師のナースコールの指導がどのような内容であり、どの程度のものであったか不明であるが、その指導の内容によっては、前記看護師としての注意義務の高さなどを考えると、2の事例と比較しても、過失割合を高く取りすぎではないかと考えられる。

なお2の事例では、身体障害者用トイレを選択したことも過失相殺の対象としている。しかし、車いすを使用する必要はないが身体機能の低下している高齢者でも、着脱の便利さから、室内の広い身体障害者用トイレを使用することは往々にしてあることであり、これを過失相殺の要素と考えることには疑問がある。

- 1) 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～」9頁(平成14年)
- 2) 「転倒〈高齢者の〉」医学大事典第2版(今日の診療プレミアムDVD Vol.19)((株)医学書院2009年)及び坂巻豊教「老人の骨折の特殊性」今日の整形外科治療指針第5版(今日の診療プレミアムDVD Vol.19)((株)医学書院2009年)
- 3) 硬膜下血腫で死亡事例は、本件1の裁判例、長期臥床後死亡事例は、東京地判平成15年3月20日判時1840号20頁、大阪高判平成19年3月6日賃金と社会保障1447号55頁
- 4) 中村哲「医師の説明義務とその範囲」新裁判実務体系第1巻医療過誤訴訟法101頁((株)青林書院2000年)
- 5) 菅富美枝「本人の介護拒絶と介護施設の安全配慮義務－施設職員の歩行介護上の過失による介護施設損害賠償責任事件(横浜地判平17. 3. 22判時1895号

頁)賃金と社会保障1420号33頁

- 6) 横山美夏「説明義務と専門性」判タ1178号19頁、21頁、25頁
- 7) 菊地馨実「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号42頁は、「介護職員による不適切な介護行為が要介護者の生命・身体への危険に直結するとの業務の性格に由来する(単なる説明・助言だけでは給付義務・配慮義務を尽くしたことはないものと思われる。)」とする。
- 8) 看護師は、傷病者などに対する療養上の世話をすることを業とするものである(保健師助産師看護師法5条6条)ところ、「①主治医の治療方針に基づく一般的指示には従わなければならないが、②療養上の世話における具体的事項は医師の指示を待たずに独自の判断で行えるものと解すべきである。」とされている。菅野耕毅「看護事故判例の理論－医事法の研究IV－」17頁(信山出版株式会社1997年)
- 9) 前記7)横山18頁は、専門家の定義について、「法律に基づいて一定の資格が認められているのであり、契約の相手方である依頼者に対し、特殊領域に関する高度な情報を提供することを業とするものである。」する考え方と、これに疑問を呈し、「『専門家性』を支えている要素の多くは、単純作業と較べた場合の、業務内容の複雑さや裁量の幅、給付や対象の性格についての一定の『傾向』とでもいべきものであり、取引社会において『専門性』は境界指標ではなく、程度を示すパラメーター以上のものではない。」とする考え方があるが、前者の定義は、典型的な専門家の特徴と理解すれば足りるであろうとされる。

## 集合債権譲渡担保に対する 民事再生法上の実行中止命令 ～大阪高裁平成21年6月3日決定から～

弁護士 永井 弘二

### 第1 はじめに

ライブラリーNo25で検討しましたが、近時の金融実務では、将来継続的に発生する売掛金などの債権を集合的に譲渡担保にして、金融をはかることが多くなってきています。他方、民事再生法31条では、担保権の実行手続の中止命令を出せることになっていきます。

ここでの問題は、こうした集合債権譲渡担保に対して、民事再生法31条の中止命令を出せるか否かです。

### 第2 担保権中止命令の趣旨

民事再生においても、担保権の実行手続は、別除権等として民事再生手続にかかわりなく進行できるのが原則です(この点が、担保権も一定の制限を受ける会社更生との大きな違いです)。しかし、主力製品の工場など再生債務者の営業継続にとって必要不可欠な不動産に担保権が付いている場合、担保権がそのまま実行されてしまうと、再生債務者は営業を継続できずに、結局、破産に至らざるを得ません。そのため、民事再生においては、再生債務者は、担保権者との話し合い、協定によって、これを受け戻すなどの必要が出てきます。

担保権中止命令が本来予定している形態は、不動産担保について、一時的に競売手続を中止して、再生債務者と担保権者との話し合いの時間を作ることにあります。その間に、再生債務者は、担保権者との協定等によって、債務者の営業継続の道を探ることになるのです。

### 第3 集合債権譲渡担保と不動産担保の違いと問題の所在

不動産担保の場合、担保権中止命令が出されて競売手続が一時的に中止されても、不動産価格の異常な下落等がない限り、担保権者にとっては、それほど大きな不測の損害を被ることがないのが一般です。そのため、一時的に競売手続を中止して、担保権者と再生債務者との間の話し合いの機会を確保することも可能になるのです。

民事再生法31条では、中止命令発令の要件として、「競売申立人に不当な損害を及ぼすおそれがないものと認めるとき」を要求しており、また、発令にあっても「相当期間を定めて」中止を命令するに過ぎないものとされています。これは、こうした不動産担保において、一時的に手続を中止したとしても、担保権者にとってもそれほど不測の損害を被ることがないことを前提としているのです。

他方、債権譲渡担保の場合には、担保に供された債権には弁済期があるため、中止命令によって、譲渡担保権の実行が中止され、その間に弁済期が到来した場合には、第三債務者は再生債務者に弁済することになってしまい、事実上、中止命令によって担保権が消滅したのと同様の効果が発生することになってしまいます。これでは、担保権者と再生債務者との話し合いの機会を確保するためという担保権中止命令の本来の趣旨を超えて、いきなり担保権消滅の効果を与えるに等しいものとなってしまいます。

そこで、集合債権譲渡担保においても、このような担保権中止命令を出せるのか、「競売申立人に不当な損害を及ぼすおそれがないものと認めるとき」の要件に該当するのかが問題となるのです。

#### 第4 大阪高裁決定の事案の概要と決定

この事案の再生債務者は入院患者が多くいる病院で、病院経営の資金繰りのために、金融機関に対して、平成21年12月分までの病院の健康保険組合に対する毎月の診療報酬請求権を譲渡担保に供していたという事案です。

民事再生手続開始決定を得た病院は、平成21年2月分(4月支払)についてのみ、担保権実行中止命令の申立を行いました。

原審京都地裁は、具体的な理由を記載することなく、この中止命令を認めたため、金融機関が抗告し、これに対する判断が、今回の大阪高裁決定となります。

高裁決定では、

「債権を対象とする譲渡担保権は、担保権実行手続中止命令により再生債務者が取り立てれば、その範囲で当該債権が消滅する特殊性を有し、不動産に対する担保権と同視できないが、他方において本件のような集合債権譲渡担保では、新たに発生して譲渡担保権の対象に組み込まれる債権が存在するから、担保権者に損害が生じるかどうかはこのような全体の状況を勘案して判断すべきであり、譲渡担保権の対象となった債権の一部が担保権実行手続中止命令の結果、事実上消滅する可能性があることのみ

をもって、担保権者に不当な損害が生じるということとはできない。」

として、2月分の診療報酬債権のみに対する中止命令の場合には、残りの診療報酬債権をも勘案して、担保権者に不当な損害が発生するか否かを検討すべきとしました。

そして、12月までの診療報酬債権は、「再生債務者が営業を継続する限り発生することが見込まれ」、「その総額は金融機関の被担保債権額を大きく上回ると想定できる」ことから、2月分について中止命令を出したとしても、金融機関に不当な損害は生じないとしました。

#### 第5 若干の検討

高裁の決定は、一般論としてはそのとおりかもしれませんが、今回の事案を詳細に見た場合には、「再生債務者が営業を継続する限り発生することが見込まれ」、「その総額は金融機関の被担保債権額を大きく上回ると想定できる」との2つの事実認定は、本当にそのとおりなのか否かが、本来は問題になると考えられます。

診療報酬は、上記のとおり、2月分が4月に支払われるという形態となっており、2ヶ月先までは一応の支払の目処はありますが、それでも、病院から健康保険組合に対する請求額どおりの金額が支払われるわけではなく、組合側の審査によって目減りすることもあります。

そして、12月分まで担保権として持っていたとしても、病院の経営が危殆に瀕した場合には、結局、営業を継続できず、後の診療報酬債権は発生しないこととなる可能性も十分にあります。

病院自身が民事再生手続中という事態を考えた場合、高裁が「再生債務者が営業を継続する限り発生することが見込まれ」、「その総額は金融機関の被担保債権額を大きく上回ると想定できる」と認定したことに、はたしてどれだけの根拠があったのかは疑問もないわけではありません。

そして、高裁の決定を前提とすれば、今回の事案では、病院は、毎月、中止命令を申立てていくこととなります(実際、今回の事案でも3,4月分についても申し立てられています。)、それが10月分や11月分になった時には、残余債権が少なくなるため、中止命令が認められないということになると考えられます。

担保権中止命令は、本来、上記のとおり、再生債務者と担保権者との話し合いの機会を確保するという点に趣旨があるわけですが、このように、対象債

権が順次目減りしていくという事態が、この趣旨に添うと言えるのか否かも疑問があると思います。

私個人の見解ではありますが、今回の事案は、再生債務者が入院患者を多く抱える病院であったこと、つまり、今回の中止命令が認められなければ、病院は破産等に移行せざるを得ないことも考えられ、その場合には、多くの患者が被害を受ける可能性があったことが、裁判所の判断にも強く影響を与えたのではないかと思います。

その意味で、今回の高裁決定は、必ずしも普遍的なものではなく救済判例に近いものではないかと考えています。

(参考文献)

判決 金融商事1321p31

「いわゆる集合債権譲渡担保権の実行に対する再生手続上の中止命令」山本和彦、金融商事1321p2

## 独占禁止法の平成21年改正について ～課徴金の適用範囲の拡大を中心に～

弁護士 草地 邦晴

1 平成21年6月3日、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律」(以下「改正法」という)が成立し、同月10日に交付された。その一部はすでに施行されているが、主な改正点については公布の日から1年を越えない範囲で政令で定める日から施行されることとされており、具体的には平成22年1月が予定されている。※1

独占禁止法は、最近では平成17年にも改正されており、課徴金制度の見直しや犯則調査権限の導入等、その規制強化が図られてきたが、今回の改正では、さらに課徴金の適用範囲の拡大、主導的事業者に対する課徴金の割増し、不当な取引制限等に対する懲役刑の引き上げ、企業結合規制の見直しなど、より一層の規制、制裁の強化が図られている。特に、課徴金が排除的私的独占や不公正な取引方法にも拡大する点は重要で、事業者にとっては事業活動が違反にあたるか否かの判断がかなり微妙な例が多いことから、過度の萎縮的効果が働くのではないかと懸念されている。

事業活動を展開する上では、不公正な取引方法への該当性を検討するべき取引は少なくなく、判断に悩むことも事例も多いことから、課徴金の適用範囲の拡大は実務的には注意を要するものとなる。そこで、以下は改正法による主な改正点のうち、特に課徴金の適用範囲の拡大について概観し、検討したい。

### 2 現行法における課徴金の対象行為

現行法において課徴金の対象となる主な行為は、大きく分けると、不当な取引制限(3条後段、7条の2第1項)と支配型私的独占(3条前段、7条の2第2項)との2類型である。※2

- (1) 不当な取引制限は、複数の事業者が相互にその事業活動を拘束し、共同遂行することによって、一定の取引分野の競争を実質的に制限することになる行為をいい、価格カルテルや談合が代表例である。そのうち、①商品又は役務の対価に係るもの、②供給量又は購入量、市場占有率、取引の相手方を実質的に制限することにより対価に影響することとなるものが課徴金の対象とされていた(7条の2第1項)。
- (2) 後者の私的独占とは、事業者が単独または複数で他の事業者の事業活動を排除し(「排除型」)、または支配する(「支配型」)ことにより、一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為をいう。このうち、現行法で課徴金の対象とされていたのは、「支配型」私的独占のみである。「支配型」私的独占は、市場における有力な事業者が、他の事業者に何らかの制約を加え、その価格、数量、取引先などの決定を支配することによって、取引分野における競争を制限して、直接的な利益を獲得しようとする行為である。この意味で競争制限的な効果において、不当な取引制限と変わるところがなく、またその利益を保持させるべきではない点でも共通するところから、平成17年改正で対象行為に加えられたものである(7条の2第2項。なお、対象が対価に影響することとなるものに限られている点は不当な取引制限と同様。)

### 3 改正法により拡大される課徴金の対象行為

#### (1)「排除型」私的独占

平成17年改正の際も、「排除型」私的独占も課徴金の対象とするべきかが議論されたところであった。しかし、「排除型」私的独占で、競争の実質的制限から得られる経済的利益は必ずしも直接的なものではないことや、違反行為に該当するか否かの判断が困難であることなどもあって、見送られ

ていた。しかし、排除型においても、一旦他の事業者の事業活動が排除されると、その後のシェア回復が期待しにくいことや、競争の実質的な制限を要件とする不当な取引制限や支配型が課徴金の対象となっていることとの整合性、違反行為の抑止的効果への期待等の理由から、改正法により加えられることとなった。

不当な取引制限や、支配型との要件の差異について見ると、不当な取引制限には含まれている「購入」に係る行為は含まれておらず(この点では「支配型」と共通)、他方で、「支配型」(不当な取引制限も同様)では要件とされている対価への影響については、特に要件とされていない点異なる(新7条の2第4項)。改正にあたっては、「排除型」私的独占については、要件該当性の判断が困難で事業者に過度な萎縮的効果を及ぼすとの懸念があったことを踏まえ、公正取引委員会がそのガイドラインを定めて要件を明確化することが予定されている。※3

なお、課徴金の金額であるが、その算定率においては、「支配型」私的独占が一定の売上高に対して10% (小売業3%、卸売業1%)とされているのに対して、6% (小売業2%、卸売業1%)とされている。

## (2) 不公正な取引方法

不公正な取引方法とは、旧2条9項によれば、公正な競争を阻害するおそれがある行為のうち、公正取引委員会が指定するものである。不公正な取引方法は、もともと公正競争を阻害するおそれのある行為を予防的に規制するもので、競争の実質的な制限を伴う上記の各行為とは質的に異なる上、様々なガイドラインこそ定められているものの、その違反の有無の判断はかなり微妙なものである。そのため、課徴金の納付を命じられるということになると、事業活動が過度に萎縮的になる可能性が指摘され、これまで課徴金の対象とはされていなかった。

しかし、違反行為の抑止力として課徴金の導入を求める意見が強かったことから、改正法は、一般指定による不公正な取引方法の中から、特に違法性が明確である等の5つの場合について改正法の中に要件を定め、これを課徴金の対象行為として定めることとしたものである。

従って、一般指定により定められる不公正な取引方法全般が対象となるものではなく、また5

つの場合についても一般指定の要件よりもさらに厳格な要件が加わった行為だけが課徴金の対象となっている場合がある。平たく言えば、禁止され、排除措置命令の対象となる不公正な取引方法(19条、20条)のうち、違法性の強い一部の行為のみが課徴金の対象となっているにすぎないので注意を要する。

### ① 共同の取引拒絶

これを定める一般指定1項と比較すると、実質的にはその要件は同じであるが、違反「取引」のうち「供給」に係るものだけが課徴金の対象となり、供給を受けることについては対象となっていない点異なる(新2条9項1号)。また、課徴金の対象となるのは、10年以内に同一の違反行為タイプの繰り返し認められる場合に限定されている(新20条の2)。

### ② 差別対価

一般指定3項と比較すると、まず、差別的対価をもって商品又は役務の「供給を受けること」が含まれていない点で狭く、さらに供給の「継続」性と「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」との要件が加わっている点でさらに厳格になっている(新2条9項2号)。本来対価は自由に決定されるべきであることから、「不当に」という要件だけではなく、これらの要件を課し、公正競争阻害性が強い場合にのみ、課徴金の対象としている(さらに違反行為タイプの繰り返しの要件があることは①と同様(新20条の3))。

### ③ 不当廉売

一般指定6項と比較すると、「その他不当に商品又は役務を低い対価で供給し」が含まれず、他方で「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」との要件が加わっている(新2条9項3号)。継続性を欠き、要件的にも不明確な後段の行為は課徴金の対象とはせず、公正競争阻害性が強い場合のみを課徴金の対象としたものである(さらに違法行為タイプの繰り返しの要件があることは①と同様(新20条の4))。

### ④ 再販売価格の拘束

再販売価格の拘束については、一般指定12項の要件と変わるところはない(新2条9項4号)。但し、違法行為タイプの繰り返しを要件とすることは①と同様である(新20条の5)。①～④の場合については、課徴金の算定率は、一定の売上高に対して3% (小売業は2%、卸売業は1%)である。

## ⑤ 優越的地位の濫用

これを定める新2条9項5号のうち、イ、ロについては一般指定14項1号、2号の定めと同様であるが、ハについては3号に加えて新設されたものである。①～④と異なって違法行為類型の繰り返しは要件とされていないが、他方で「継続してするもの」である場合のみ、課徴金の対象とされている(新20条の6)。課徴金の算定率は、一定の売上高に対して1%である。

- 4 このように、不公正な取引方法のうち、課徴金の対象となる行為については、一定の要件が付加され、また継続性や繰り返しが要件とされているため、実際にはいきなり課徴金を課される、ということあまり多くないと思われる。しかし、排除型私的独占についてはこうした要件はなく、優越的地位の濫用などは、基本的に継続的に行われるものが多いため注意を要する。また、カルテル等について主導的事業者への課徴金の算定率の加重、排除措置命令、課徴金納付命令に係る除斥期間の延長などの改正も行われていることにも注意を要しよう。今後、ガイドライン等も整備されることと思われるので、その運用にも目を配る必要がある。

## ※1 公正取引委員会「改正独占禁止法」のページ

<http://www.jftc.go.jp/dk/h21kaisei/h21kaisei.html>

## ※2 この他に、国際的協定等の規制(6条)違反の場合など

## ※3 公正取引委員会は、平成21年6月19日に「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」(原案)を公表した(意見募集は8月19日まで)。

<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/09.june/09061902.pdf>

## 参考文献

公正取引No. 706「特集 平成21年改正独占禁止法」  
「平成21年改正独占禁止法のポイント」

株式会社商事法務 伊藤憲二他

## 消費者団体訴訟制度に基づく 差止訴訟の論点について

弁護士 長野 浩三

- 1 2007年6月8日に消費者団体訴訟制度を導入する消費者契約法が施行されてから、すでに同法に基づく数件の差止訴訟が提起され、認諾、和解、判決がされている。本稿では、差止訴訟の判決に現れた差止訴訟の論点について紹介し、若干考察をすることとする。

## 2 京都地判平成21年4月23日裁判所HP

- (1) 本件は、金銭消費貸借契約において、債務者が貸付金の返済期限が到来する前に、貸付金を全額返済する場合に(期限の利益を喪失したことによる返済を除く)、返済時までの期間に応じた利息以外に返済する残元金に対し割合的に算出される金員を債権者に対し交付する旨を定める契約条項(以下、「本件条項A」という。)と、債務者が期限の利益を喪失し、貸付金の残元金を直ちに返済すべき義務が発生した場合に、返済時までの期間に応じた利息及び遅延損害金以外に返済する残元金に対して割合的に算出された金員を債権者に対し交付する旨を定める契約条項(以下、「本件条項B」という。)の使用差止を求めた訴訟である。
- (2) 同判決は、法41条の事前請求について、「法41条が事前請求書に請求の要旨の記載を求めているのは事業者が自ら不当行為の是正をする機会を与えることになると解されるから、『請求の要旨』とは差止請求の相手方である事業者等に対し、訴えによって差止めの対象となる行為がどのような行為かを示す程度の事項をいうと解するのが相当である。

上記のとおり、本件事前請求書には原告が事業者である被告に対し、本件各条項の使用については是正を求める旨の記載があり、訴えによって差止めの対象となる行為が本件各条項を含む契約の締結であることが示されているといえるから、『請求の要旨』の記載があるといえる。また、…本件事前請求書には被告が使用している早期完済違約金条項は法10条により無効と判断されるから早期完済違約金条項を含む契約締結の差止め及び予防

措置を求める旨の記載があるから、争いになっている実情が記載されているといえ『紛争の要点』の記載がある。」(12頁)とし、法41条の事前請求の記載内容と訴状の請求内容との同一性につき請求対象がどのような行為かを示す程度の事項で足りると判断している。事前請求書と訴状の記載内容に厳密な同一性を求めると、訴訟での主張が若干変わるとして事前請求書が別途必要となり、極めて煩瑣な手続となることから、厳密な同一性を求めない点は極めて妥当である。

(3) 「現に行い又は行うおそれがあるとき」について

同判決は、「被告の改訂後の借用証書(乙6ないし乙8)では本件条項Bは使用されていないから、被告が本件条項Bを含む消費者契約の締結を現に行っているとはいえない。

このように、被告は契約書式を改訂し現在、本件条項Bを使用していないことからすると、被告が不特定かつ多数の消費者との間で本件条項Bを含む消費者契約の締結を行うおそれがあると認めることはできない。

…原告は、…本件条項Bを復活させて使用するおそれが極めて高い旨及び被告が過去において本件条項Bを使用しており、本件条項Bが無効であることを認めていないことからすると現在本件条項Bの使用をやめていても、将来の使用のおそれは否定できない旨主張する。

しかし、…被告は現に契約書式から本件条項Bを削除しており、単に従前の契約書式の本件条項Bを二重線で抹消するなどして一時的に使用を中断しているのとは事情が異なることに本件訴訟において今後使用の予定はないと述べている(弁論の全趣旨)から原告の上記主張は採用できない。」(15頁から16頁)と判示し、事業者が契約書式から条項を削除していることをもって「おそれ」がないと判断している。

しかし、これでは、訴訟を提起された時点で書式を変更しさえすれば「おそれ」なしとなり、差止請求が棄却され、事業者が再び条項を使用した場合に再度差止請求しなければならなくなり、極めて不当である。

① 過去に本件条項を使用している者は「おそれ」があるというべきである。

差止請求の際の「おそれ」については、不正競争法関連で既に研究がなされており、裁判例も相当数ある。消費者契約法の差止要件の「おそ

れ」の解釈においてもこれらと同様に解することができる。現在は違反行為が停止されているとしても、将来、違反行為が再開されるおそれがあるときは、差止判決を下す必要性は失われない(田村善之「不正競争法概説第2版」203頁)。また、商標使用に関してであるが、かつて商標権侵害行為を継続していた者であるかぎり、現時点で中止しているとしても、特段の事由のないかぎりには、「虞れ」有として差止請求を認容すべきとされている(平尾正樹「商標法第1次改訂版」311頁)。

② 裁判例においても、過去もしくは現在において違反行為がなされた事実があれば、下記のとおり、特段の事情のないかぎり、「おそれ」が認められている。違反行為を一時やめていても、それだけでは、将来の「おそれ」は否定されないのである。東京地判昭和55年4月18日(LLI登載、ダイワ釣り具事件)は、仮に現在は問題の標章を使用していないとしても、被告はかつて使用したものであり、問題の標章の使用行為は不正競争行為に該当しないと争っているのだから、使用するおそれがあるものといわざるを得ないとした。

③ また、過去に不当条項を使用した事業者は、当該不当条項を用いた意思表示を行ったことがあり、消費者から不当な利得を得た事業者である。このような不当な事業活動によって不当な利益を得た事業者については、基本的に、上記「意思表示を行うおそれ」があるとしなければ、適格消費者団体からの差止請求がなされ、ないしは、なされるおそれがあるときに、一方的に「(不当条項の)使用をやめた」と宣言すれば容易に差止請求を回避できることになり、将来不当条項が使用されることを予防できない。

④ 事業者が、問題となる条項を有効だと主張している場合には条項を使用するおそれがあるというべきである。事業者が無効な条項であることを争っている場合には、当該事業者は当該不当条項を有効と認識しているのであるから、いつまた使用するとも限らないのである。特にこのような場合には、単に当該事業者が「使用をやめた」といっても上記「意思表示を行うおそれ」が認められるというべきである。例外的に「おそれ」が否定されるのは、真に当該事業者が当該不当条項を無効な条項と認識し、当該不

当条項によって得た利益を消費者に返還する等、当該不当条項を無効な不当条項、すなわち、法律上使用してはならない条項であると認識していることが明らかな場合に限られるといふべきである。

(4) 本件条項Aが消費者の利益を一方的に害する条項かどうかについて

本判決は、「利息制限法所定の制限利率を超える約定利息を定めた金銭消費貸借契約が存在する場合は、本件条項Aは消費者の義務を加重するものと評価せざるを得ず、そのような場合、本件条項Aは消費者が法律上支払義務を負わない金員を支払うことを内容とする条項として、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものと評価せざるを得ない。…本件条項Aは貸付けの内容いかんによっては消費者の義務を加重する場合があります、かかる場合は信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるといえる。…国民生活審議会消費者政策部会に設置された消費者団体訴訟制度検討委員会の平成17年6月23日付の報告書には概要以下の記載があることが認められる。…該当する契約条項が具体的なケースによって有効・無効の判断が分かれ得るものや、該当する契約条項の一部についてのみ無効とされるものがある。こうした一部無効とされる契約条項については、①無効となる場合があり得る契約条項がそのまま使用されることは適当でないこと、②事業者には消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮することが求められること(法3条)、からこれらの規定に該当する契約条項についても差止めの対象とすべきである。…上記…のとおり、平成18年の法改正にあたって上記消費者団体訴訟制度検討委員会は、該当する契約時横行が具体的なケースによって有効・無効とされる契約条項については、①無効となる場合があり得る契約条項がそのまま使用されることは適当でないこと、②事業者には消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮することが求められていること、からこれらの規定に該当する契約条項についても差止めの対象とすべきであると報告している。かかる報告を踏まえて検討すると、差止請求の対象である当該契約条項を含む契約の他の契約条項(本件では貸付利率等)によって当該契約条項が法10条に該当し無効・有効の判断が分かれる場合であって、当

該契約条項を使用した契約締結を差止めるべき必要が高い場合には、当該契約条項を使用した契約締結を差止めの対象とすることも許容するのが法12条の趣旨であると解される。」(18頁から20頁)として本件条項Aについて差止を認めた。条項が無効となる場合があれば差止対象となるとしており、差止請求の必要性から一部無効条項の差止を認めたものとして評価できるものである。

(5) 本判決には、意思表示の停止については仮執行宣言が付されたが、契約用紙の廃棄については仮執行宣言は付されなかった。意思表示の停止につき仮執行宣言が付されたのも特徴的である。

3 差止請求訴訟にはさまざまな論点があり、今後、裁判例が重ねられていくにつれて論点の議論も深化していくことと思われる。私も適格消費者団体の理事・事務局長、代理人弁護士として、今後も差止訴訟を積極的に追行し、研究を深めたいと考えている。

## グーグル・アドワーズ事件 判決について

弁護士 坂田 均

1 米国グーグル社の広告サービス「アドワーズ」(Adwords)に関しては、その適法性について各国で議論が起こっている。

「アドワーズ」(Adwords)は、例えば、「A」というブランド商品の購入希望している者が、グーグル社の検索サイト上で「A」または「化粧品」という用語を打ち込みクリックすると、検索結果とともに、ディスプレイ上の「スポンサーリンク」(Sponsored link)欄に、化粧品業界でAと競争関係にあり広告を希望しているB社のブランド名や会社名が表示され、そこを更にクリックすると、B社のホームページにリンクされる。広告を希望するB社は、グーグル社からブランド名「A」や推奨キーワードである「化粧品」という用語を購入することによって、このような広告サービスを受けることが出来る。

このグーグル社の当該広告サービスは、「A」というブランドを無断で商業上使用することによって、「B」のブランドを売り込んだり、「A」社との提携関係などについて需要者の誤認混同を招来させているのではないかということが問題となる。

2 ところで、ニューヨーク連邦地方裁判所は、2006年、上記例と同様の事件で、原告レスキューコム社の商標権侵害請求について、訴訟要件を充たさないとして訴えを却下している<sup>1</sup>。同裁判所は、原告レスキューコム社は、ラーナム法45条の「当該商標を商業上使用」(use of the mark in commerce)の主張を適法に行っていない、すなわち、主張自体失当として訴えを却下したが、その実質的な理由は、「競争会社の広告はグーグル社のプログラムが引き金になって行われたとしても、グーグル社自身の行為はレスキューコム社の商標を展示したとはいえない」というものである。

これに対して、米国第2巡回高等裁判所は、一審判決を取消し、裁判の差戻し(remanded)を命じた<sup>2</sup>。

グーグル社による原告の商標使用に対しては、グーグル社は、当該商標を単に検索用語として使用しているという以上に、広告希望者に対してレス

キューコム社の商標を展示、申込、および売買しようとしたとして、「商業上の使用」を認めたものである。

本件は、グーグル社の「アドワーズ」という広告手法について、米国連邦巡回高裁の判断として注目される。ただ、本件は、訴訟要件としての主張が適法になされていたかが争点になったに過ぎず、商標権侵害について実体的判断がなされたものではないことに注意する必要がある。

更に、第2巡回高等裁判所は、同様の事案である1-800事件<sup>3</sup>で、商業上の使用を否定している。同事件では、ウェンユー社が開発した広告用プログラムは、プログラム中に32,000件のウェブサイトアドレスや29,000の検索用語等が内蔵されており、インターネット上でプログラムのユーザーが興味のある用語を打ち込むと、関連する上記アドレスや検索用語がディスプレイ上に現れ宣伝効果を発揮するというものであった。グーグル社のサービスとの違いは、1-800事件の場合、ユーザーが検索のためある用語を打ち込むと、関連する用語がアランダムに表示されるというものであるのに対して、グーグル社のは、商標や検索用語を広告希望者に販売し、確実に「スポンサーリンク」に表示されるというものであり、両者は事案が相違している。

3 グーグル社の「アドワーズ」に関しては、フランス最高裁でも違法との判断がなされている(現在、欧州裁判所で争われているということである)。日本では未だ、訴えが提起されたという話は聞かない。グーグル社の提示する新しい広告手法の適法性が問われる事件として、今後日本でも問題となる可能性があり、各国の推移を見守る必要があるだろう。

1 Rescuecom Corp. v. Google Inc., 456 F. Supp.2d 393, N.D.N.Y. 2006. 連邦民事訴訟規則12条(b)(6)違反を理由にしている。

2 Rescuecom Corp. v. Google Inc., 562 F.3d 123, 2<sup>nd</sup> Cir. April 3, 2009.

3 1-800 Contacts, Inc.v. Whenu.com,Inc., 414 F. 3d 400, June 27, 2005

## 不招請勧誘禁止を条例で行なう試み

弁護士 長谷川 彰

### 1 はじめに

不招請勧誘という言葉は、まだまだ耳慣れないと思う。インターネットで検索したところ、「マネー百科」というサイトに次のように説明されていた。

「不招請勧誘とは、顧客の依頼によらない勧誘のことをいいます。たとえば、取引先の勧誘であっても、買う予定がない時に不意に勧められるのは不招請勧誘といえます。金融商品販売法では、金融機関等はあらかじめ勧誘方針を定めてこれを公表することとされており、その中に勧誘の方法や時間帯、勧誘の適正の確保に関する事項等についても公表することとされています(第8条)。また、金融商品取引法では、金融商品取引契約の締結の勧誘の要請をしていない顧客に対し、訪問し、または電話をかけて金融商品取引契約の締結の勧誘をする行為を禁じています(第38条)。」

また、国民生活センターの「第37回国民生活動向調査」には、「不招請勧誘とは、消費者が希望していない、招いていないにもかかわらず不意に来る勧誘であり、訪問販売や電話勧誘がその代表的なものである」と記載されている。

このような不招請勧誘を受けて、不要不急の商品を購入させられたり、投機取引に誘い込まれたりする消費者が多数存在することは、国民生活センターの相談統計にも現れている。

このような不招請勧誘を自治体の条例により禁止することを検討するのが、本稿の目的である。

### 2 規制方法について

- (1) 不招請勧誘の規制方法としては、①あらかじめ消費者からの要請がない限り勧誘をしてはならないとする方法(オプトインという)と②消費者が勧誘を望まない旨を表示している場合には勧誘をしてはならないとする方法(オプトアウトという)がある。

上記引用文にある金融商品取引法第38条3号の規定は、オプトイン規定である。また、引用文に金融商品販売法8条とあるのは、現行の9条である。金融商品販売業者が勧誘方針を定めて公表することとなっているが、不招請勧誘禁止を当該業者が

自主的に定めることが望まれる。

- (2) オプトイン規制もオプトアウト規制も「第1回目の勧誘」から禁止する規定である。これに対し、消費者が勧誘を受けた際にこれを断った場合に、引き続き勧誘したり、別の機会に再勧誘することを禁止するという方法もある。この方法は、少なくとも事業者は1回は消費者に接触できるため、オプトインやオプトアウトと比較すると、消費者が断り切れずに不要不急の商品を購入させられるなどの被害を防止する方法としては劣ると言わざるを得ない。

### 3 既存の条例について

- (1) 京都府消費生活安全条例

平成19年7月1日から施行された京都府消費生活安全条例15条1号は「…消費者の拒絶の意思に反し、契約の締結を勧誘し、又は契約を締結させる行為」を禁止事項とし、これを受けた施行規則第2条別表1の(15)は「消費者からの要請がないにもかかわらず、又は消費者に冷静に検討する時間を与えず、消費者に次々と執ように商品の販売等の契約の締結を勧誘し、又は契約を締結させる行為」を、(19)は「消費者が勧誘を拒絶する旨の意思を示しているにもかかわらず、なおも契約の締結を勧誘し、又は契約を締結させる行為」を禁止している。

(15)は、一度勧誘して契約締結に至った業者が、2度、3度と同じ消費者を勧誘するいわゆる「次々販売」を規制しようとするもので、2度目3度目の勧誘には消費者の要請を要件としており、再勧誘禁止の一態様と見ることができると考えられる。このため、1回目の勧誘を全面的に防止できるかは疑問であり、1回目の勧誘を受けた際に拒絶の意思を示すと、そこから勧誘を継続することが禁止されると見るべきであろう。ただし、予めこのような意思を示すことができれば、オプトアウト規定として有効に機能する。後述する生駒市の条例とその運用の例が参考になる。

- (2) 群馬県消費生活条例

平成18年7月1日から施行された群馬県消費生活条例第16条1項は「知事は、消費者の取引の安全を図るため、事業者が消費者の知識、能力又は経験の不足に乗じて消費者を取引に誘引し、又は消費

者に取引を強制することにより消費者にその供給する商品又は役務の選択を誤らせるような取引方法を不当な取引方法として規則で定めるものとする。」と規定している。これを受けた施行規則第1条の2 別表第1の23号は「商品の販売等に関して、消費者からの要請がないにもかかわらず、消費者に反復継続して執ように商品の販売等をする契約の締結を勧誘し、又は契約を締結させること」を、25号は「商品の販売等に関して、消費者からの要請がないにもかかわらず、住居又は業務を行っている場所に電話し、物品を送付し、又は訪問して、契約の締結を勧誘し、又は契約を締結させること」を不当な取引方法として禁止している。

23号は、前記京都府条例施行規則の(15)のいわゆる次々販売規制と同趣旨と解される。これに対し、25号は、オプトイン規定である。

### (3) 生駒市消費者保護条例

平成20年4月1日から施行された生駒市消費者保護条例第11条1号は「消費者を欺き、又は消費者に迷惑を及ぼして接触し、勧誘する行為」を禁止している。これを受けた施行規則第2条別表1項(2)「消費者の意に反した勧誘」として「消費者が契約締結の意思がない旨若しくは訪問勧誘、電話勧誘等を受ける意思がない旨を表明しているにもかかわらず、又はその意思を示す機会を与えることなく、消費者の住居、勤務先その他の場所を訪問し、又は電話すること」を禁止行為と定めている。

生駒市では、「訪問勧誘を受ける意思がない旨」の「表明」方法として、「訪問販売お断りステッカー」を市内各世帯に配布し、玄関付近に貼付することを呼びかけている。ステッカーには「訪問販売お断り！！ 消費者保護条例制定市 お帰り下さい！ 生駒市消費生活センター」という文言が共通で、さらに「悪質」という文字が記載されているステッカーとこの文字の記載がないステッカーの二種類がある。飛び込みの訪問勧誘は一切受けたくない場合には、「悪質」の文字のない方を、悪質な訪問販売だけを断りたい場合は「悪質」の文字が記載された方を貼るという使い分けをしている。ステッカー配布の説明文書には、ステッカーを無視して訪問勧誘すると違法になると明示している。

先に見た京都府条例は、「勧誘を拒絶する旨の意思を示している」という文言を用いているため、勧誘拒絶の意思表示を要件としていると解釈さ

れ、具体的な契約の勧誘に対し、拒絶の意思表示が必要だから、「勧誘お断りステッカー」の貼付のような一般的な意思の表明では足りないという結論となりやすい。

これに対し、生駒市の条例の文言は、「訪問勧誘を受ける意思がないことの表明」となっており、その表明方法として、およそ訪問販売一般について断る場合と悪質な訪問販売に限って断る場合を分け、消費者の意思をより具体的に明示するという方法を用いることによって、訪問勧誘を事前に拒否するオプトアウトの効果を生んでいると見ることができる。

## 4 秋田県めいわく勧誘禁止条例案

- (1) 以上概観したように、これまでの自治体の規制は、いわゆる消費者保護条例の中で、不当な取引行為を禁止し、不招請勧誘を不当な取引行為の一類型として規制するという方法がとられてきた。このなかで、オプトインの規定を設けているのは、群馬の条例のみであり、再勧誘禁止に止まる条例が多く、オプトアウト規定を設けたり、オプトアウト規定と同一の効果を運用で生みだしている生駒市のような例は今のところ例外的な存在である。
- (2) これに対し、秋田県では要請のない電話、訪問による勧誘を適正に規制することによって消費者被害を防止し、県民の平穏に安心して生活できる権利を保障することを目的とする「秋田県めいわく勧誘禁止条例」の制定が検討されている。
- (3) 同条例案では、まずオプトイン規制の対象として①先物取引及びこれに類似する取引の勧誘、②ヤミ金、融資保証等の融資申し込み、あっせん等の勧誘を規定し、さらに知事の指定で対象を広げることができるようにしている。
- (4) さらに、同条例案では、「めいわく勧誘拒否登録制度」を設け、オプトアウト規制を行うこととしている。これは生駒市の条例をさらに一歩進めた画期的な制度である。この制度が創設されると、事業者は、登録した消費者に対しては、電話、訪問による勧誘ができなくなる。

アメリカやカナダには、「Do Not Call registry (勧誘電話拒否登録制度)」がある。その目的は、消費者のプライバシー保護にあるようだ。アメリカの制度では、登録された電話番号に勧誘電話をかけた事業者は1件あたり最高1万6千ドルの罰金が科せられる。

秋田の条例案の登録制度もこれにならったもので、罰則による担保も設けられている。しかし、アメリカなどのような登録された電話番号への勧誘電話の禁止という単純なものではなく、訪問勧誘を対象としているため、登録を世帯単位で行うか、個人単位で行うか、電話番号のみの登録で足りるのか、住所・氏名の登録も行うのか、登録の有無を事業者が知る方法をどのようにするのかなど、実効性ある制度にするには、まだまだ検討すべき点が多いように思われる。

## 5 まとめ

- (1) 不招請勧誘が、先物取引をはじめとする投資取引被害の端緒となっていることはつとに知られたところである。また、主として独居老人をターゲットにしたふとんの過量販売、悪質リフォーム商法、学習教材の訪問販売被害など不要不急の商品販売や役務提供取引による消費者被害の多くが、不招請勧誘を禁止することにより防止できると見られている。

もちろん、不招請勧誘自体が、平穩に安心して生活できる権利を侵害するものとして、禁止されるべきものであるが、不招請勧誘自体をやめさせることを主眼におくのか、不招請勧誘を端緒とする取引被害の防止に主眼をおくのかで、規制方法や運用の方法が異なってくると思われる。

- (2) 前述したように、Do Not Call registryがプライバシー保護を目的に電話勧誘自体が行われないことに主眼をおいていることは明らかである。これに対し、各地の条例が目指すものは、投資取引被害や訪問販売被害を効果的に防止する手段として不招請勧誘禁止を考えるべきである。

不招請勧誘自体の禁止を主たる目的とすると、たとえば、秋田の条例案のような登録制をとった場合、「登録したのに訪問勧誘を受けた」などという苦情が寄せられることを行政としては懸念せざるを得ない。また、違反業者の特定が、特に電話勧誘については困難であり、違反業者に対する罰則などの適用の実効性が保証される可能性が低いとの意見もあながち的はずれとはいいたいと思

われる。

しかし、投資取引被害や訪問販売被害を効果的に防止する手段と位置づければ、不招請の訪問勧誘や電話勧誘自体の防止や摘発を重視する必要性は低い。むしろ、実質的な訪問販売被害が発生した場合に、それが不招請勧誘に端を発していたことが判明すれば、その段階で条例違反行為として対応(業務停止などの行政処分や罰則の適用)するとともに、事業者に対する民事上の損害賠償請求を認めることにつなげていけば、訪問販売被害防止や被害拡大防止につながると考えられ、その効果が大きい期待できるのである。

- (3) 以上の観点から、秋田の条例案のように先物取引など一定の取引類型について、オプトイン規制を行うほか、オプトアウト規制の方法としては、電話勧誘に対しては登録電話への勧誘電話を禁止し、訪問勧誘に対しては、生駒市の運用にならって、不招請勧誘拒絶登録者であることを示すステッカーを玄関先に貼付するという方法をとるべきである。

これに違反して電話勧誘・訪問勧誘を行い、消費者と契約を締結し、被害を発生させた事業者の特定は、契約締結にいたっている以上容易である。したがって、その事業者に対し、条例違反行為として行政上・刑事上の処分を厳格に行なうこととなる。さらに、不招請勧誘拒絶登録者であるのにあえて違法な勧誘を行ったものとして、その勧誘行為の違法性は高いと判断できるので、民事賠償も認められやすいと考える。

また、このような考え方は、取引被害を発生させた事業者に対する条例の適用が主眼であるから、不招請勧誘禁止規定と営業の自由との衝突も回避できると考える。

以上

## 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。変動著しい現在の法的状況にも対応していきたいと思っています。ご意見・ご感想を頂戴できましたら幸いです。