

# 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

民 法	凍結精子を用いた死後の人工生殖 (最高裁平成18年9月4日第2小法廷判決) 弁護士 相井 寛子 . . . . . 1
民 法	保証人に対する請求と権利濫用、保証債務の錯誤等 ～最判平成22年1月29日など～ 弁護士 永井 弘二 . . . . . 4
会 社 法	上場会社における株主総会の議決権行使結果の公表について 弁護士 草地 邦晴 . . . . . 5
会 社 法	平取締役の第三者に対する責任 弁護士 上里 美登利 . . . . . 8
労 働 法	就業規則の最低基準効と労働条件の不利益変更 弁護士 北村 幸裕 . . . . . 10
労 働 法	貸金債権放棄の有効性 弁護士 住田 浩史 . . . . . 13
労 働 法	「心の健康」に対する使用者の配慮義務について 弁護士 茶木 真理子 . . . . . 17
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 . . . . . 20
消費者契約法	契約の動機と考えられる事項を、消費者契約法4条4項の 「重要事項」に当たるとした判決… 名古屋地判平21・12・22 平成20年(ワ)第6505号事件 弁護士 野々山 宏 . . . . . 22
消費者契約法	敷引特約に関する高裁判決について 弁護士 谷山 智光 . . . . . 24
民法・福祉法	介護事故3-転倒②利用者が待機指示に従わなかった事例 弁護士 井上 博隆 . . . . . 26
著作権法	Author 弁護士 坂田 均 . . . . . 32
著作権法	編集著作物について 弁護士 福市 航介 . . . . . 34
金融取引法	EB 弁護士 長谷川 彰 . . . . . 37

2010/4  
No.31

## 凍結精子を用いた死後の人工生殖 (最高裁平成18年9月4日第2小法廷判決)

弁護士 相井 寛子

### 1 事案の概要

甲(夫)と乙(妻)は、夫婦である。甲は、慢性骨髄性白血病に罹患しており、骨髄移植を受けるためには、放射線治療を受ける必要があったが、放射線治療を受けると無精子症になる可能性があった。このため、甲は、精子を凍結保存した。甲は、骨髄移植を受け、一旦は職場復帰も果たしたが、その後、死亡した。乙は、甲の死亡後、甲の両親とも相談し、凍結精子を用いて、体外受精を行い、Xを出産した。

X(親権者乙)がY(検察官)に対し、民法787条に基づいて、Xが甲の子であることについて、死後認知を求めた。

### 2 判旨

(1)1審(松山地判平成15年11月12日 判タ1144号133頁)

結論：棄却

理由：法律上の父子関係が認められるか否かは、子の福祉を確保し、親族・相続法秩序との調和を図る観点のみならず、用いられた生殖補助医療と自然的な生殖との類似性や、その生殖補助医療が社会一般的に受容されているか否かなどを、いわば総合的に検討し、判断していくほかはないのである。

死者について性的交渉による受精はありえないから、このような人工授精の方法は、自然的な受精・懐胎という過程からの乖離が著しい。そして、そのことが原因かどうかはともかくとして、社会的な通念という点からみても、このような人工授精の方法により生まれた子の父を、当然に精子提供者(死者)とするといった社会的な認識は、なお、乏しいものと認められる。その意味で、精子提供者が死亡した後、保存精子を用いて人工授精がされて、懐胎し、子の出生があったという場合において、精子提供者(死者)をもって、当然に、法律上の父と認めることには、なお、躊躇を感じざるを得ない。

(2)控訴審(松山高判平成16年7月16日 判タ1160号86頁)

結論：認容

理由：認知請求が認められるための要件は、自然懐胎による場合には、子と事実上の父との間に自然血縁的な親子関係が存することのみで足りると解される。

しかしながら、人工授精の方法による懐胎の場合において、認知請求が認められるためには、認知を認めることを不当とする特段の事情が存しない限り、子と事実上の父との間に自然血縁的な親子関係が存在することに加えて、事実上の父の当該懐胎についての同意が存することという要件を充足することが必要であり、かつ、それで十分であると解するのが相当である。

(3)上告審(最高裁平成18年9月4日第2小法廷 判時1952号36頁)

結論：原判決破棄。控訴棄却。

理由：現在では、生殖補助医療を用いた人工生殖は、自然生殖の過程の一部を代替するものにとどまらず、およそ自然生殖では不可能な懐胎も可能とするまでになっており、死後懐胎子はこのような人工生殖により出生した子にあたるどころ、上記法制は、少なくとも死後懐胎子を死亡した父親との間の親子関係を想定していないことは明らかである。すなわち、死後懐胎子については、その父は懐胎前に死亡しているため、親権に関しては、父が死後懐胎子の親権者になりうる余地はなく、扶養等に関しては、死後懐胎子が父から監護・養育・扶養を受けることはあり得ず、相続に関しては、死後懐胎子は父の相続人になり得ないものである。また、代襲相続は、代襲相続人において被代襲者が相続すべきであったその者の被相続人の遺産の相続にあずかる制度であることに照らすと、代襲原因が死亡の場合には、代襲相続人が被代襲者を相続し得る立場にある者でなければならないと解されるから、被代襲者である父を相続し得る立場にない死後懐胎子は、父との関係で代襲相続人にもなり得ないというべきである。このように死後懐胎子と死亡した父との関係は、上記法制が定める法律上の親子関係

における基本的な法律関係が生ずる余地のないものである。そうすると、その両者の間の法律上の親子関係の形成に関する問題は、本来的には、死亡した者の保存精子を用いる人工生殖に関する生命倫理、生まれてくる子の福祉、親子関係や親族関係を形成されることになる関係者の意識、更にはこれらに関する社会一般の考え方等多角的な観点からの検討を行った上、親子関係を認めるか否か、認めるとした場合の要件や効果を定める立法によって解決されるべき問題であるといわなければならない、そのような立法がない以上、死後懐胎子と死亡した父との間の法律上の親子関係の形成は認められないというべきである。

### 3 検討

#### (1) 学説

##### ア 肯定説

生物学上の親子関係の存在及び既に生まれた子の福祉の観点から、法的親子関係を認めるべきであるとするものである。肯定説の中には、死後懐胎子を嫡出子とする見解と非嫡出子とする見解がある(嫡出子とする見解は、死を相対的に捉え、父親は、生まれた子との関係では死亡していないと捉えるものである。)

##### イ 否定説

凍結精子によって男性の死後に子をもうけることは、自然の摂理に反すること、法的に基本的な法律関係のない者であり、あえて法的親子関係を形成する必要性はないことなどを根拠とする。

#### (2) 若干の考察

私個人の意見としては、否定説を支持する。以下に述べることは、後記松川正毅教授、水野紀子教授の評釈と同様の立場に立つものである。

本件事例には、①死者の凍結精子を用いた人工生殖の是非という問題と、②そのような生殖によって生まれてきた死後生殖と生物学上の父(死者)との間に法的親子関係を成立させるかという問題の2つが含まれている。

##### ① 死者の凍結精子を用いた人工生殖の是非

ア 松川教授によると、「そもそも生殖補助医療は、自然の生殖に医師が手を貸すとい

う意味であり、自然の生殖でなしえないことまで、生殖補助医療で可能になるとは考えない。凍結精子により、人の死を超えて、その人の生殖の可能性を残すのは、自然を大きくゆがめることになる」とされる。

医療技術が日々進化し、死後生殖のように、自然生殖によっては不可能なことも技術的に可能になる中、どこかで歯止めが必要である。この点、生殖補助医療は、あくまで自然生殖の「補助」あり、自然の摂理に反してまで医療が介入することは許されないと考えるべきである。死者から子をつくるとするのは、親の我侭であり、人が人を創り出すことは許されないように思われる。

イ 水野教授によると、「出生は、子にとってこの世への強引な拉致である。人生の重さは、いうまでもない。その重荷をあえて背負わせる新しい命の創造は、生きている両親の意思によって、はじめて正当化できることである」とされる。

自然生殖による場合は、生殖の瞬間、両親の意思の合致が存在するのが原則である。しかし、死者の生殖子を用いる場合、施術の直前の意思を確認することは不可能である。死亡直前に意思確認がなされていたとしても、生きていたとしたら翻意の可能性はある。生殖補助医療を自然生殖の補助であるとする立場からは、死後生殖に限らず、生殖補助医療すべてにおいて、施術の直前の意思を要求すべきであるし、死後生殖に至っては、そのような施術の直前の意思確認は構造的に不可能であるから、認められるべきではないと考える。

##### ② 法的親子関係の成否

ア 上記最高裁判決で述べられているように、死後懐胎子と生物学上の父(死者)の間には、親権も、扶養も、相続も認められない。また、代襲者が被代襲者の相続人でないので、代襲相続も生じない。すなわち、法的親子関係を認めても、死後懐胎子と生物学上の父との間には、基本的な法的関係が生じないのである。本件で問題となっているのは、生物学上の親子関係ではなく、法律上の親子関係を認めるか否かであるか

ら、基本的な法的関係を生じない以上、法的親子関係を認める必要はない。

イ 子の福祉の観点については、松川教授が「本来、子には生まれながらにして父と母がいるという前提を、子の福祉とするならば、その前提を、母親が意図的に崩していることになる。そもそも父なき子である以上、それ以上のものを与える法的な必要性は見出し得ないし、このことが、果たして子の利益、子の福祉になるのかどうか疑わしい。このようにして生まれてしまった子に父子関係がないとしても特別に子の福祉に反することになるとは考えられない」とされている。

さらに、1審判決及び水野教授も指摘するところであるが、死後生殖に対する見解の社会的な一致が見られない現段階で、法的親子関係を認めることが、子の不利益になる可能性もある。将来的に、死後生殖が立法で禁止され、世論の流れも批判的なものとなった場合、死後生殖によって誕生し、死者との間に親子関係を認められたことによって、死後懐胎子が精神的な負担を負うということも考えられるのである。

子の福祉に関連して、上記最高裁判決の滝井繁男裁判官の補足意見では、「法律上の親子関係を肯定することが生まれてきた死後懐胎子の福祉にとってどれだけの意味を持つものかは、必ずしも明らかになっているわけではない。ここで考えなければならないのは、生まれてきた死後懐胎子の福祉をどうするかだけでなく、親の意思で死後懐胎子を生むということはどういうことであり、法律上の親子関係はどのようなものであるべきかであって、その中で、生まれてくる子の福祉とは何かが考えられなければならないのである。既に生まれている死後懐胎子の福祉の名の下に、血縁関係と親の意思の存在を理由に法律上の親子関係を肯定すれば、そのことによって懐胎時に父のいない子の出生を法が放任する結果となることになりかねず、そのことをむしろ懸念するのである。何人もその価値を否定し得ない生まれてきた子の福祉の名において、死後懐胎子を生むということ、法律上

の親子であるということの意味、そして、その中で自分の意思にかかわらず出生することとなる死後懐胎子についての検討がおろそかにされてはならないと考えるのである」とされている。

以上のような理由から、死後生殖子を生物学上の父(死者)との間に、法的親子関係を生じさせる必要はない。

#### 4 おわりに

本件については、以上のような判断がなされているところではあるが、上記最高裁判決も指摘するように、本件のような問題は、学会の自主ルールだけでは不十分であり、立法によって解決が図られるべきである。本件最高裁判決から約3年半経っているが、本件のような問題を解決する立法は未だ成立していない。今後同様の事態が生じないように、早期の立法化が望まれる。

#### 参考文献

- 松山地裁平成15年11月12日判決  
 松山高裁平成16年7月16日判決  
 最高裁平成18年9月4日第2小法廷判決  
 水野紀子「判例評釈 死者の凍結精子を用いた生殖補助医療により誕生した子からの死後認知請求を認めた事例」判タ1169号98頁  
 村重慶一「夫死亡後、生前冷凍保存した精子を用いて妻が人工授精を受け出生した子からの死後認知が認容された事例」判タ1184号114頁  
 村重慶一「死後生殖子の法的地位」判タ1207号32頁  
 窪田充見「特別座談会 家族法改正に向けて(下) 追記-実親子関係をめぐるその後の動き」ジュリスト1325号180頁  
 松川正毅「男性死亡後に保存精子を用いた人工生殖によって生まれた子の親子関係」ジュリスト1332号89頁  
 村重慶一「保存された男性の精子を用いて当該男性の死亡後に行われた人工生殖により女性が懐胎し出産した子と当該男性との間における法律上の親子関係の形成の可否」判タ1245号121頁  
 丸山絵美子「死者の保存精子により出生した子と死後認知請求」法学セミナー625号109頁  
 家永登「法律時評 最高裁判決と生殖補助医療の行方-平成十八年九月四日最高裁第二小法廷判決から」法律時報78巻12号2頁

## 保証人に対する請求と権利濫用、 保証債務の錯誤等

～最判平成22年1月29日など～

弁護士 永井 弘二

### 第1 はじめに

銀行等の金融機関が保証人に請求した場合、保証人側が種々の理由で請求を拒む場合があります。典型的には、「保証をした覚えがない。」「署名押印したのは別人である。」等の保証契約自体が成立していないという場合ですが、他にも、保証契約はしたが錯誤により無効である、保証人に対する請求は権利濫用で許されないという主張もなされます。

表題の最判平成22年1月29日は、金融機関の保証人ではなくグループ会社における従業員の地位にある者が会社に対して保証したという事案で、直接金融実務とは関わりはありませんが、おそらく保証債務の履行請求について権利濫用を認めた最初の最高裁判例ではないかと思われまます。

また、保証債務の錯誤無効については、最判平成14年7月11日判時1805p56が錯誤無効を認めた最初の最高裁判例ではないかと思われまます。

### 第2 最判平成22年1月29日…権利濫用

この事案は、建物の内装工事等を業とする会社が、内部部門や支店等を次々に独立法人としながら、実質的な経営は従前の代表者等が行っているというグループ会社において、実質稼働人員3名ほどの小規模支店が独立させられ、上位会社との間で経営顧問契約を締結させられて、売上高の66%にもものぼる「顧問料」を上位会社に支払われていたというもので、若干23歳程の従業員が、その小規模支店の代表者にさせられた上、資金繰りに行き詰まると上位会社から借入をさせられて、尚且つその借入の保証人になられたという事案でした。

1審は上位会社の保証人に対する請求を権利濫用として否定しましたが、控訴審は請求を認めていたところ、最高裁は、控訴審を破棄して上位会社の請求を棄却しました。最高裁は、上記のような事情に加え、小規模会社の経理自体が上位会社に押さえら

れていたことなど詳細な事実を確認した上で、保証人は名目だけの代表者に過ぎず、経営に関する裁量もほとんど与えられておらず、経験も浅く若年の従業員に等しい立場にあったことなどを理由として、上位会社による請求を権利濫用としました。

結論として異論のないところだと思います。

### 第3 最判平成14年7月11日判時1805p56

この事案は、いわゆる空クレジット事案で、従前、下級審で判断が分かれていたもので、既に多くの評論・解説が出ています。

空クレジットというのは、例えば自動車のクレジット売買で、実際の商品(自動車)が存在しないにもかかわらず、あたかもこれが存在するように装ってクレジット契約を組んで、自動車代金としてクレジット会社から販売会社に支払われる代金を購入者がもらって、購入者がクレジット会社に返済していくというものです(販売会社は多額の手数料をもらうのが通常です)。空クレジットであることは販売会社と購入者は当然分かっていますが、クレジット会社とクレジット代金についての保証人は知らないのが通常です。もちろんクレジット会社に対する詐欺になりますが、経済的実質としては購入者がクレジット会社に正常返済できるのであれば、結果として単なる融資とみることもできないではありません。このため、保証人にとって直ちに錯誤になるのかどうか、見解が分かれていました。

最高裁は、こうした空クレジットについて、正規なクレジット契約を比較した場合、債務者(購入者)に対する経済的信用には差があり、保証人としてのリスクに違いが生じるから、保証人にとっては要素の錯誤にあたり、保証契約は無効となるとしました。

### 第4 その他の態様

1 保証債務について権利濫用や錯誤により責任を否定した最高裁判例は、現時点では以上のようなものしかみあたりません。

金融実務の現場では、特に主債務者の経営状態が悪化していたことを理由に、金融機関の保証人に対する請求が権利濫用であったり、錯誤であると主張することがあります。

2 東京高判平成17年8月10日判時1907p42

この事案は、債務者の会社が、融資時点においてシステム金融に多額の借入をしており、信用金

庫も自行でシステム金融の小切手決済を頻繁に行っているなどの事情があったもので、保証協会が物的担保を融資条件としたことから、何ら業務とは関連のない代表者の義兄(高齢で癌を患っている)の唯一の自宅土地建物を担保徴求したという事案であり、しかも、義兄は当初担保提供を断っており、信用金庫の担当者が「この会社は大丈夫だ」と念押ししたことを受けて、ようやく担保提供に応じたところ、融資から4ヶ月ほどで手形不渡りを出して倒産したというものでした。

1審は、それでも信用金庫の請求を認めましたが、高裁は、債務者会社がシステム金融に多額の借入をしていた等の破綻状態にあったことを、信用金庫は容易に見抜くことができたことを認定しつつ、債務者会社が破綻状態であったことは保証人の動機の錯誤にあたり、「債務者会社が破綻状態にないから保証する」という動機も、上記の経過の中では表示されているとして、保証契約は錯誤無効となるとしました。

3 東京高判平成6年3月24日金法1414p33

この事案は、保証協会付き融資にあたって2名の保証人を条件とされたところ、保証人Aに対しては「Bが保証人になるから。」との理由で承諾してもらったところ、Bは当初保証を拒絶していたが、信用金庫担当者がBに対して「代わりの保証人が見つかるまでの一時的なもので、保証人としての責任は負わせない。」と述べて、保証人にならせたというものでした。信用金庫担当者がここまで述べたということが認定されたのは、主債務者自身がBの承諾を得られないから融資をあきらめると信用金庫担当者に述べていたにもかかわらず、「保証協会に対する面子があるから今更困る。」と担当者が乗り出してBの承諾を取ったという事実が認定された結果です。

判決は、Bの責任がないことを前提として(虚偽表示もしくは心裡留保という構成です)、Aの保証はBが保証人になるという点に動機の錯誤があり、その錯誤は2分の1の範囲で一部無効となるとして、Aの責任を半額にしました。

第5 若干の検討

保証人は、本来、主債務者が支払に行き詰まった場合に責任が生じるというものですので、保証人が入るとするのは、将来的に主債務者が行き詰まるこ

とも念頭に置いていることになります。逆に言えば、保証人もそうした事態があり得ることを前提に保証人になっていると言えます。そうすると、単に、主債務者が破綻したからという理由だけで、保証人の責任が否定されることはあり得ません。

以上で検討した事案を見ると、空クレジット以外の事案は、いずれも債権者サイドが、保証人の保証動機に関連して何らかの関与をしており、債務者の窮状などを知り得る立場にあったことが大きなポイントとなっていると言えます。したがって、融資金融機関が主債務者の窮状、破綻可能性を知り得るような時には、保証人の責任が否定されやすいと見る事ができると思われます。

保証人側としては、こうした金融機関の対応について検討してみる余地があり、他方、金融機関としては、当該融資について安易な審査を戒めているといえると思います。

以上

---

## 上場会社における株主総会の 議決権行使結果の公表について

---

弁護士 草地 邦晴

1 はじめに

上場会社の株主総会の議決権行使の結果について、公表を求める動きが強まっている。金融庁金融審議会は、2009年6月に「我が国の金融・資本市場の国際化に関するスタディグループ報告～上場会社等のコーポレート・ガバナンスの強化に向けて～」(※1)を公表した。同報告では、株主意思の明確化、経営陣への牽制効果、株主への説明責任等を理由として、株主総会の議決権行使の結果について、「単に可決か否かだけでなく、賛否の票数まで公表することが適当」とし、そのルール化を促した。これを受けて東京証券取引所は、2009年10月、上場企業に対して「株主総会議案の議決結果の賛否の票数を含めた公表について、積極的に実践」するよう求めるに至った(※2、※3)。

こうしたことから、2010年の株主総会では、議決権行使結果の公表を行う上場会社が増加することも予想される場所であり、また今後ルール化の動きも予測される場所であることから、本稿ではその

実際と実務上の問題について簡単に検討したい。

## 2 現行法と公表を求める動き

- (1) 現行法においては、株主総会の議事録には議事の経過の要領とその結果を記載することが定められているが(※4)、票数までの記載は求められていないと解されており、一般には可決か否かの記載にとどまる例が多いと思われる。また、委任状や議決権行使書面、電磁的方法による議決権行使については、株主の閲覧謄写請求が認められているが(※5)、一般への公開までは求められていない。そのため、これまでも議決権行使の結果を公表していた上場企業もあったが、ごく小数にとどまっていた。
- (2) しかし、投資家(特に海外)からは株主総会の議決権行使の結果公表についての要望が強く、株主総会の透明性の確保や、経営陣の説明責任、ガバナンスの強化等を理由として、様々な団体がこれを求めるようになった(※6)。海外での上場企業に関しては、例えば米国や英国ではすでに公表が義務づけられているようであり(※7)、その動きは広がりつつあって、この点も我が国に対する圧力を一層強めることとなった。
- (3) こうした動きに対し、経団連は上記のスタディグループ報告に先だって、「より良いコーポレートガバナンスを目指して【主要論点の中間整理】」(※8)を公表し、当日投票分を含めた開示が対応困難であることや、株主以外に議決権行使結果を開示することによる会社外部からの影響力の増大、数字だけが一人歩きしてガバナンスを歪める結果にもなりかねないことを懸念し、個別実態に即した各企業の判断に委ねるべき問題であると牽制していた。上記したスタディグループ報告が「総会前日までに把握した賛否の票数についての開示を求めることでも十分意義ある開示になり得る」(※1)とし、東証も同趣旨を述べている(※2)ことは、こうした実務的な問題にもある程度配慮したものであろうが、公表の方向性自体については揺らぐところではなかったのである。

## 3 公表に関する問題点

- (1) 株主総会の透明性の確保や、説明責任の確保、議決権行使を通じた経営陣への牽制効果などを考えると、総論的には公表が望ましいところであろうが、各論的に見ると、経団連の指摘にも無理か

らぬところがあり、総会前日までに把握した賛否の票数の開示にとどまるとしても、全ての問題が解消されるわけではない。

確かに総会前日までにすでに多くの株主が事前行使をすませ、その段階で可決が明確になっているようなケースであれば、総会当日の議決権行使の集計にあまり大きな意味もなく、前日までの行使結果を公表することで大きな問題はないように見える。実際、すでに公表を行っている上場会社ではこのようなケースが比較的多く、その場合には前日までに可決条件が整ったとしてその結果を公表し、当日出席株主の集計は省略した旨を注記しているようである。

- (2) しかし、実際にはそのような上場会社、株主総会ばかりではない。大株主が当日出席して議決権行使する場合もそうであるが、事前行使の割合が著しく低い場合には、事前行使の結果(可決か否か、また賛否の割合)と総会当日を含めた結果が大きく異なることもあり得るところで、そのような場合に前日までの結果だけを公表すると、投資家を含め社会一般に実態と異なる誤ったメッセージを送ることにもなりかねない。

また、すでに公表を行っている上場会社の例では、総会前日までの行使結果と、当日出席株主のうち議決権行使の賛否について確認できたものを加算し、この旨を注記して結果を公表しているものが見受けられる。総会前日までに可決が明らかにならない議案では、可決の結果報告のために、少なくともそうせざるを得ないのであるが、この場合、当日出席の株主のうち、確認容易な大株主の議決権行使だけを加算しているのではないかと推測され、大勢には影響がないと思われるものの、正確性の点では問題は残ることになる。総会前日までの事前行使の結果についても、実際には事前行使をしながら当日出席して行使する株主もいるので、実は確定したものではなく、最終的には変更される場合もあるのである。

- (3) そうしてみると、総会前日までに把握した賛否の結果でもよいとは言っても、どこまでの結果を集計し公表するのか、というのは非常に微妙な問題を孕む。それならばと、全ての議決権行使の結果を集計するということになる、今度は総会当日に株主ごとに異なる株式数を1人ずつ確認しながら集計を行う作業を、過誤無くしかも短時間に行わなければならない。大量の人員配置ある

いは投票設備の導入などが検討されなければならなくなり、当日出席株主が多い上場会社では、総会運営上大きな負担となることも予想される。そもそも可決が明らかな議案が圧倒的に多い中で、全ての議案、株主総会に対してそこまで必要なのかという疑問も残るし、長期的には集計の容易性から議決権の事前行使や電磁的方法による行使が促進される可能性があり、総会当日も集計作業の時間確保に追われることになれば、当日の株主総会自体は形骸化するのではないかと懸念もある。

- (4) この他にも、役員を選任議案について、各取締役ごとの票数までも公表するべきか、という問題がある。すでに公表している上場会社の例では、最低得票数(割合)のみあるいは最低と最高得票数(割合)を示す形で議案全体の結果を公表するものと、各別にこれを公表しているケースが見られるところである。

#### 4 現状と今後の展開

- (1) 2008年に株主総会の議決権行使の結果を公表した上場会社は確認されているもので4社であったが、2009年では少なくとも32社が確認されているようである(※9、※10)。上記した東証からの要請を受けて、2010年に公表する上場会社は大幅に増えることも予想され、いずれにしても遠くない時期に公表は避けられなくなっていくであろう。

いずれ何らかの形で公表に関するルール化が図られるものと考えられるが、現在のところは統一的な見解はなく、上場会社としては次の株主総会に向けて、公表するか否か、公表するとすればその公表の対象となる議決権行使の範囲(事前行使の結果にとどまるのか、当日確認出来る分まで含むのか、全ての議決権行使にまで及ぶのか等)とその公表の仕方(議案ごとか個別まで開示するか、票数か割合かあるいはその両方か、事前行使と当日行使を区別するのか、ホームページ上か等)の検討が必要となってくるだろう。

- (2) 総会運営サイドとしては、総会当日を含めた議決権行使の厳密な集計と公表には負担感が強いと思われるが、可決か否かが微妙な議案があることを考えれば、本来全ての議決権行使を集計することを想定した体制作りはどの上場企業においても必要なことである。社会的な要請も強いことから、こうした体制作りを進める一方で、可能なところから、積極的、自主的に議決権行使の結果を公表

していくことは、企業の姿勢としても望ましいと考えられる。

様々な問題があることは上記したとおりであるが、そうであればこそ、むしろ上場企業自らが自主的に公表に向けて積極的に行動し、実態に即したルール化も図っていくことが必要となるように思われる。

(注：本稿入校後の2月12日、金融庁は「企業内容等の開示に関する内閣府令(案)」を公表し、議案ごとの議決権行使の結果開示を内容とする改正を3月31日に施行する予定となった。)

以上

- ※1 金融庁 金融審議会 金融分科会(2009年6月17日)  
[http://www.fsa.go.jp/singi/singi\\_kinyu/tosin/20090617-1/01.pdf](http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20090617-1/01.pdf)
- ※2 東証「株主総会議案の議決結果の公表について  
のお願い」(2009年10月29日)  
[http://www.tse.or.jp/news/200910/091029\\_b.html](http://www.tse.or.jp/news/200910/091029_b.html)
- ※3 上場制度整備懇談会「安心して投資できる市場  
環境等の整備にむけて」(2009年4月23日)  
<http://www.tse.or.jp/rules/seibi/seibi.pdf>  
では、「株主が議決権行使結果に容易にアクセス  
できるような制度の整備をすすめていくことが  
望ましい」とするにとどまっていた。
- ※4 会社法施行規則72条第3項
- ※5 会社法310条第6項第7項・311条第3項第4項・312  
条第4項第5項
- ※6 例えば、ACGA(エイシアン・コーポレート・  
ガバナンス・アソシエーション)「日本のコー  
ポレート・ガバナンス白書」(2008年5月)  
[http://www.midcgroup.com/j\\_libry/  
ACGAJapaneseTranslation\\_F\\_080630Revised.  
pdf](http://www.midcgroup.com/j_libry/ACGAJapaneseTranslation_F_080630Revised.pdf)  
ACCJ(在米商工会議所)意見書(2010年2月ま  
で有効)  
[http://www.accj.or.jp/doclib/vp/VP\\_SVA\\_  
DEG.pdf](http://www.accj.or.jp/doclib/vp/VP_SVA_DEG.pdf)
- ※7 米国SEC(証券取引委員会)規則は四半期報告書  
に結果を記載することを求める。
- ※8 2009年4月14日 [http://www.keidanren.or.jp/  
japanese/policy/2009/038.pdf](http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2009/038.pdf)
- ※9 商事法務No. 1883 121頁
- ※10 「上場会社による議決権行使の結果開示」大和総研



<http://www.dir.co.jp/souken/consulting/report/strategy/cg/09071401cg.pdf>  
<http://www.dir.co.jp/souken/consulting/report/strategy/cg/09080301cg.pdf>

## 平取締役の第三者に対する責任

弁護士 上里 美登利

### 1 はじめに

会社との取引によって損害を被った際、会社に対する損害賠償請求に加え、あるいは会社が破産した場合等は会社に対しては請求せずに、当該会社の取締役に対し、会社法429条(旧商法266条の3)に基づく損害賠償請求がされることがあります。

この会社法(旧商法)に基づく取締役の損害賠償請求が認められる要件は、①取締役が悪意・重過失により会社に対する任務を懈怠したこと、②任務懈怠によって、第三者の損害が発生したこと(因果関係)ですが、判例は、任務懈怠によって、直接第三者に損害を発生させた場合(直接損害)と、任務懈怠によって会社に損害を与え、それにより第三者に損害を発生させた場合(間接損害)とを問いません<sup>1</sup>。

ここで、第三者が取締役らに対して損害賠償請求を行う場合は、既に会社が破綻状態にあり、会社から賠償請求を受けられる見込みが低いことが多く、その場合、請求対象を多くするため、特に、会社の代表取締役のみならず、平取締役に対しても損害賠償請求がされる場合が多くあります。ところが、平取締役、特に名目的取締役の場合、過去の裁判例を見ると、事例毎にその責任が認められる場合と認められない場合とが混在しています。そこで、本稿では、有名な最高裁昭和48年5月22日判決<sup>2</sup>以降の裁判例から、傾向を読み取りたいと考えます。なお、本稿のうち意見にわたる部分は筆者の私見です。

### 2 最高裁昭和48年5月22日判決

同判決は、「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行な

われるようにする職務を有するものと解すべきである。」と述べ、平取締役の責任を認めた原判決を認め、上告を棄却しました。

この最高裁判決の事例は、電気製品の販売を行う会社において、商事部と修理部に分かれ、代表取締役1名が商事部を担当して販売を、平取締役2名が修理部を担当して修理を営んでいたが、平取締役2名は修理に専念し、会社の運営は代表取締役1名が取締役会も株主総会も開催せずに行って会社の業績を悪化させ、融通手形を濫発して不渡りを出し、手形金等の損害を与えたというものでした。

この事例においては、平取締役らは名目取締役というわけではなく、会社の業務に関わっていたケースですが、この最高裁判決は、特に名目取締役を除外しておらず、この判決を文字通り適用すると、名目取締役を含め、広く平取締役が代表取締役の業務執行一般を監視していなかった場合、任務懈怠責任が認められることになりそうです。

しかし、実際には、その後が続く下級審裁判例の多くは、様々な理由によって、平取締役(名目取締役)の責任を否定しています。

### 3 否定裁判例

名目的取締役の責任を否定する理由について、昭和63年主要民事判例解説233頁では、次のように分類されています。①現実の担当者が旧商法266条ノ3の責任を負わない場合は任務懈怠と損害との間に相当因果関係がないとするケース(最高裁昭和45年7月16日判決<sup>3</sup>等)、②注意義務を尽くし監視していたとしても違法行為は防止できず損害が生じたであろうから相当因果関係がないとするケース(例えば、大阪地裁昭和60年4月30日判決<sup>4</sup>は、代表取締役らが粉飾決算を行っていた場合に、一取締役がこれを阻止するための行動を取ったとしても、粉飾決算が阻止されたとは認められないから、因果関係なしとした。)、③一般的監視義務はあるが、實際上、取締役としての職責を尽くすよう求め、権限の行使をするのは困難であり、任務懈怠に悪意・重過失はないとするケース(例えば、仙台高裁昭和63年5月26日判決<sup>5</sup>は、妻が取締役であったが、会社は夫の個人事業に近かったケースにつき、代表取締役の業務執行全般についてこれを監視し、必要があれば代表取締役に対し取締役会を招集することを求め又は自らこれを招集し、取締役会を通じて業務の執行が適性に行われるようにする職責を尽くすよう求めることは困

難であるから、妻には故意又は重過失があったもの  
ということとはできないとした。)

この点、②は、確かに取締役の任務懈怠責任は、  
結果責任を負わせるものではなく、因果関係は当然  
必要ですが、これを安易に認めてしまうと、代表取  
締役等の業務執行が独断的で不適切なものであれば  
あるほど、他の取締役は責任逃れができることにな  
りかねず、第三者の救済の観点からは慎重に判断さ  
れるべきと考えます。

③は、理論的に、果たして経営に関与していない  
ことをもって、故意・重過失なしといい得るのか疑  
問を感じるところです。

#### 4 肯定裁判例

他方、平取締役の責任を認めた裁判例も多数存在  
します。例えば、東京地裁平成9年12月18日判決<sup>ii</sup>は、  
小規模な建築会社において、工事代金を受領したが  
工事を行わずに破綻した会社の平取締役(自らも契  
約交渉に当たるなどしていた。)について任務懈怠責  
任を認めています。東京地裁平成19年11月30日判決<sup>iii</sup>  
は、詐欺的商法で未公開株の販売を行った会社の  
取締役(「営業本部長」の肩書きを持つ。)に対する責  
任を認めています。これらの事例では会社の業務に  
全く関与しない名目取締役とは言い難く、前掲の最  
高裁判決のケースに近いように思います。

また、福岡高裁平成11年5月14日判決<sup>iv</sup>は、小規模  
同族会社で取締役会も開かれていませんでしたが、  
経営不振状況下において、代表取締役が適正な活動  
を行うであろうと安易に信頼すべきではないとし  
て、代表取締役の母であった平取締役の任務懈怠責  
任を認めました。同取締役は、報酬を受け取って  
いたようですが、名目に近く、珍しい肯定例のよう  
に思われます。

肯定例については、その他の事例も、概ね、完全  
な名目ではなく、自らも会社業務に携わっている場  
合がほとんどのように見受けられます。

さらに、東京地裁平成17年12月22日判決<sup>v</sup>は、詐  
欺的商法による被害事案ですが、「名目上の取締役  
になっていたにすぎず、実際の経営に関与してい  
ないから責任がない」と述べた被告に対し「取締  
役に就任している以上、同被告が取締役として実  
際の経営に関与することが不可能であったといっ  
た特段の事情がない限り、取締役としての責任を  
免れるものではないというべきところ・・・」と一  
歩踏み込んだ判断をしています。しかし、これま  
で公開されている

裁判例では、取締役に就任した以上、監督義務を  
果たそうとしなかったこと自体に責任を認めるよ  
うな例は、これ以外には見あたりませんでした。

#### 5 まとめ

名目取締役の責任を否定する背景としては、も  
ともと、旧商法下では、実質的には個人事業主で  
ありながら会社形態を取り、法定の取締役の人数  
(3人)を揃えるために、親族等の名前を使い、会  
社経営に関与することが想定されておらず、関与  
することも困難であり、報酬も受け取っていない  
名目だけの取締役を置いていたケースが多数存在  
しその場合に、こうした名目取締役に損害賠償責  
任を負わせるのは酷であるという価値判断が働  
いていたようです。

しかし、会社法が株式会社の取締役を1人とし  
る組織形態を認めたことから、名目取締役を置  
く必要はなくなったのであり、それでもあえて複  
数の取締役を置く以上は、各取締役に付き、監  
視義務を果たそうとしなかったことをもって任  
務懈怠であると判断することも可能なのではない  
かと思われます。こうした指摘は、各所におい  
て述べられており、現在のところ、会社法が施  
行された後の裁判例においてこの点が理由付け  
とされたものは見当たりませんが、今後の裁判  
例に注目したいものと考えます。

- i 最高裁昭和44年11月26日判決(最高裁判所民事判  
例集23巻11号2150頁)
- ii 最高裁判所民事判例集27巻5号655頁
- iii 最高裁判所民事判例集24巻7号1061頁
- iv 東京高等裁判所(民事)判決時報36巻4・5号87頁
- v 判例タイムズ678号175頁
- vi 判例タイムズ970号235頁
- vii 判例時報1999号142頁
- viii 判例タイムズ1074号30頁
- ix 判例タイムズ1207号217頁

## 就業規則の最低基準効と 労働条件の不利益変更

弁護士 北村 幸裕

### 1 はじめに

使用者と労働者が労働契約を締結する場合、個別の契約締結の際に契約内容を決定することはあまりなく、就業規則によって一律的に労働契約の内容を決定していることが大半であろう。

昨今の経済状況の変動に伴い、使用者の立場からすれば、賃金、退職金、諸手当、労働時間その他労働条件の変更を検討する機会が多くなってきたのではなかろうか。

今回は、以下の判例の検討を通じて、使用者側が労働条件の不利益変更を実施する場合の注意点について考察したい。なお、紙幅の都合上、就業規則の不利益変更における、変更内容の合理性についての考察は、本稿では行わず、主に、就業規則の最低基準効の観点からの考察を行うこととする。

### 2 判例の紹介(大阪地裁平成21年3月19日判決 労判989号80頁)

#### (1) 事案の概要

本件は、被告に雇用され退職した原告が、被告の退職金に関する規定(平成6年8月改訂のもの)に基づき、退職金及びこれに対する遅延損害金の支払いを求め、これに対し、被告が、その後の退職金に関する規定を3回にわたり変更したことによって、退職金額が減額され、退職金制度が廃止されたとして、原告の上記請求を争った事案である。

#### (2) 事実関係

##### ア 1回目の変更

まず、使用者である被告には、平成6年8月改訂とされた退職金に関する規程(以下、「会社規程」という。)が存在し、これにより従業員の退職金が定められていた。ところが、平成7年4月15日付補則事項として、会社規程に定められた退職金が3分の2に減額される旨の記載(以下、「補則事項」という。)が、会社規程に追加される形で記載されていた。

そして、当該会社規程の表紙には、原告を含む従業員の押印があった。

##### イ 2回目の変更

次に、平成10年6月1日実施との記載のある就業規則(以下、「平成10年就業規則」という。)において、退職金の支払い条件が変更され、併せて、金額も減額された。平成10年就業規則には、「就業規則を閲覧し、同意致します」旨の不動文言の記載があり、これに続けて、原告を含む従業員の署名押印がなされていた。

##### ウ 3回目の変更

そして、平成15年10月1日実施との記載のある就業規則(以下、「平成15年就業規則」)において、退職金制度が廃止され、当該規則の末尾に、「就業規則の内容を確認し、内容に同意します。」と手書きで記載され、原告とは別の社員2名が代表として、署名押印を行っていた。

#### (3) 両者の主張

##### ア 原告の主張

原告の主張の概要は、上記3回の実業規則の変更については、いずれも同意していない、また、当該退職金の規定の変更は、就業規則の不利益変更であるところ、変更内容が合理的内容でない上、内容の周知、意見聴取がされておらず、変更後の就業規則には効力がない、というものであった。

##### イ 被告の主張

一方、被告は、上記3回の実業規則の変更については、いずれも原告は同意していたのでその変更は有効である、仮に、3回目について、原告の同意がなかったとしても、その変更内容は合理的であり、就業規則の不利益変更の要件を満たすことから、有効な変更であり、原告を拘束する、というものであった。

なお、被告は、1回目及び2回目の変更については、原告の合意の存在のみを主張し、就業規則の変更の要件を具備していたか否かについて、主張立証は行わなかった。

#### (4) 判決内容

##### ア 原告の退職金が補則事項の内容に変更されたか否か

原告の押印は、補則事項を含めて、会社規程の内容を了承したとの趣旨で押印されたものと推認することができる。

ところで、元来、労働条件は、労働者と使用

者が、対等な立場において決定するものである（現行の労働契約法3条1項）が、就業規則は、労働者の労働条件について、統一的かつ画一的に決定するために定型的に定めるものであり、そのため、その内容は合理的なものにすることが求められている。そして、労働基準法93条（現行の労働契約法12条）は、同法89条、90条、92条及び106条の各規定とあいまって就業規則の内容の合理性を担保するために、いわゆる直律的効力を定めたものと解される（昭和43年12月25日大法廷判決・民集22巻13号3459頁参照）。

このことに照らすと、就業規則に定められた労働条件の基準より不利益な労働条件については、労働協約を締結するか又は就業規則を変更しない限り、個々の労働者がその労働条件を内容とする労働契約を締結した場合においても、その不利益部分において無効であり、就業規則に定める基準によるものと解するのが相当である。

そうすると、使用者が労働者に不利益な労働条件を定める就業規則に変更するに当たり、個々の労働者が同変更へ同意した場合においても、そのことから直ちに労働条件の内容が同変更後の就業規則の内容に変更されると認めることはできない。

確かに、使用者が、労働者と合意することなく、就業規則を変更することによって、労働契約の内容である労働条件を労働者の不利益に変更することは、その変更が合理的なものである場合を除いて、原則として許されないと解される（現行の労働契約法9条、10条本文参照）。しかし、上記の説示に照らすと、このことをもって、使用者が、労働者との間で、就業規則における労働条件の内容を不利益に変更することに合意をすれば、当然に労働条件の内容が就業規則の不利益変更後のものになるとまで認めることはできない。

したがって、原告が、補則事項が制定される前後において、同補則事項を含む会社規程に同意していたとしても、このことから直ちに原告の退職金が同補則事項の内容に変更されるとは認められず、原告の退職金は、補則事項の内容に有効に変更されたとは認められない。

イ 原告の退職金が平成10年就業規則の内容に変更されたか否か

原告の署名押印は、平成10年就業規則の内容に同意したとの趣旨で署名押印されたものと推認することができるが、原告が、平成10年就業規則が制定される前後において、同就業規則に同意する趣旨に署名押印をしていたとしても、このことから直ちに原告の退職金が平成10年就業規則の内容に変更されるとは認められず、原告の退職金は、平成10年就業規則の内容に有効に変更されたとは認められない。

ウ 原告の退職金が平成15年就業規則の内容に変更されたか否か

原告が被告に対し、平成15年就業規則による退職金の一律不支給に同意する手続をとったことを認めるに足りる的確な証拠はない。

次に、平成15年就業規則の不利益変更による効力についてみると、平成15年の就業規則による退職金制度の廃止について、これを認めるだけの合理的な内容のものであったとは認められない。

したがって、平成15年就業規則による退職金制度の廃止は、就業規則の不利益変更として、その効力を認めることができないものというべきである。

### 3 判例の考察

#### (1) 就業規則の最低基準効

労働基準法93条、現行の労働契約法12条は、「就業規則で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については、無効とする。この場合において、無効となった部分は、就業規則で定める基準による。」旨定める。

これを就業規則の最低基準効という。

本判決において、1回目の補則事項による退職金規程の変更及び2回目の就業規則の変更に関しては、まず、この就業規則の最低基準効を確認した。

#### (2) 就業規則変更の要件

そして、次に、本判決は、仮に、就業規則よりも不利益な内容の合意がなされたとしても、当該合意のみをもって、当該就業規則が有効に変更されるわけではないと判示した。つまり、就業規則の変更には、当然ながら、労使間の合意だけでなく、法定の要件が必要であることを確認したのである。

就業規則の変更の要件は、①就業規則を労働者

へ周知すること、②変更内容が合理的であることとされている(労働契約法10条本文)。そして、労働者の個別の合意がある場合には、②就業規則の変更内容の合理性は問題とならず、①周知性の要件を満たすのみで、有効な変更となると解されている。

すなわち、使用者としては、労使間の合意がある場合には、②内容の合理性については考慮せず、当該就業規則の規定内容を変更した上で、①労働者に周知すればよい。

ところが、上記変更の要件のうち、①周知性の要件該当性が不明なのであるから、就業規則の変更が認められなかったことは極めて当然である。本判決は、この当然の事実を確認した。

### (3) 本判決から見える問題点

本判決における上記判断については、いずれも条文上当然のことであるが、重要な争点となっている。このことから、使用者側である本件被告に、就業規則の最低基準効の理解が十分でなかったことが読み取れる。

しかしながら、本件被告の無理解については、致し方ない一面がある。

というのも、最高裁判例において、就業規則における労働条件を下回る労使の合意がなされた場合には、当該合意内容が労働契約の内容になる、という、就業規則の最低基準効に対する無理解を前提にした判断をなしたものがあるからである(最高裁判決平成6年1月31日 労判648号12頁「朝日火災海上保険事件」)。

本判決で問題となった補則事項は、平成7年4月15日付のものであり、上記最高裁判決直後のことであるから、被告の無理解を一方的に責めるわけにもいかないであろう。

しかし、その後、最高裁においても、適切な就業規則の最低基準効の理解に基づく判決がなされているのであり(最高裁判決平成15年12月18日 労判886号14頁)、労働契約法が制定されたこととも併せ考えると、改めて最低基準効の重要性が確認されなければならないといえる。

### (4) 就業規則の変更について

労働条件を労働者に不利益に変更する使用者としては、2つの方法が考えられる。すなわち、①労使間の個別合意を行う場合、及び②労使間の格別の合意なく就業規則の変更による場合である。このうち、前者の場合についてみると、使用者が採

るべき手続きは、以下のとおりとなる。

まず、労働条件の不利益変更について、労使間の合意を行う。

ところが、個別の労働者と合意が成立したとしても、そこで手続を終了してはならない。当該不利益変更が、就業規則における労働条件を下回る場合には、就業規則の最低基準効が働くため、合意が成立した当該労働者との関係でも、労働条件の変更が無効となるからである。

したがって、就業規則も併せて変更しなければならない。この手続を経て、ようやく労働条件を不利益に変更することが出来るのである。

つまり、労働条件につき、就業規則を下回るよう不利益に変更する際には、労働者の合意とは別に、使用者は必ず就業規則を変更しなければならないのである。このことは、例え、不利益変更について、全従業員の合意があったとしても、何ら変わるものではない。

上記手順は、条文の規定上当然のことであるが、使用者側にとっては意外と盲点になりがちなので、使用者側に確認を求める意図から本稿において指摘しておく。

以上

## 賃金債権放棄の有効性

弁護士 住田 浩史

### 第1 はじめに一賃金債権放棄の意思表示と賃金全額払いの原則

労働者による賃金債権放棄の意思表示があるとされる場合、その放棄は有効であり、賃金債権は消滅

するのであろうか。それとも無効となるのであろうか。

使用者は、労働者の賃金については、その全額を支払わなければならない(いわゆる賃金全額払いの原則)。よって、使用者は、法令に別段の定めのある場合、若しくは労働者の過半数で組織する労働組合(ない場合は労働者の過半数を代表する者)との書面による協定がある場合を除いて、賃金の全額を労働者に対して支払われなければならない(労働基準法24条1項)。

賃金全額払いの原則が労働基準法の定める賃金の

### 賃金債権の放棄の有効性について争われた裁判例

No.	裁判所/判決日付	出典	事件名	結論	放棄対象	放棄の態様
1	最二小判 昭和48年1月19日	民集27巻1号27頁、 判例時報695号 107頁	シンガー・ ソーイング・ メシーン・カ ンパニー事件	放棄有効	未払退職金 の全額 408万2000円	「いかなる請求権も有 しない」旨の書面に署 名した
2	大阪地判 平成5年5月26日	労働判例631号 13頁	国土リアルエ ステート事件	放棄有効	未払報酬(歩 合給)の全額 500万円	「和解金150万円の支払 を受けることを条件と して報酬債権を含む全 債権を放棄する」旨の 書面に署名した
3	東京高判 平成12年12月27日	ジュリスト1239号 161頁	更生会社三井 埠頭事件	放棄無効	将来給与の 20パーセン ト	使用者からの一方的な 減額通知についての黙 示の承諾 就業規則変更なし
4	東京地判 平成15年11月17日	未登載		放棄の事実 なし	将来給与2か 月分 70万5520円	平成12年2月、3月分 の給与を支払うことは困 難であると口頭で伝えた 、「はい」と答えた
5	最一小判 平成15年12月18日	労働判例866号 14頁	北海道国際航 空事件	放棄無効	過去1か月 分給与の20 パーセント 14万円	減額して支払い、労働 者も異議なくこれを受け 取った(減額が遡及 することについては異 議を申し述べた) 就業規則については遡 及適用条項を入れて改 正
				切下げ合意 有効	将来給与の 20パーセン ト	減額して支払い、労働 者も異議なくこれを受け 取った 就業規則・賃金規定を 改正
6	東京地判平成20年 9月30日	労働判例977号 74頁	ゲートウェイ 21事件	切下げ合意 不成立	将来給与の1 /7 5万円	飲食店で告知し、労働 者も異議を述べなかつ た

諸原則のうち最も重要な一つとされているのは、「労働者の賃金は、労働者の生活を支える重要な財源で、日常必要とするものであるから、これを労働者に確実に受領させ、その生活に不安のないようにすることは、労働政策の上から極めて必要」(いわゆる最大判昭和36年5月31日民集15巻5号1482頁)だからである。

賃金債権放棄の意思表示の効力は、常にこの賃金全額払いの原則との関係において議論されてきた。このほか、将来の賃金減額についての労働者の承諾については、労働条件の不利益変更や就業規則の強

行的直律的効力(労働基準法93条)が問題となってくるが、以下では、賃金全額払いの原則との関係を中心に、裁判例(下記一覧表参照。以下番号はこの表の番号を指す)を分析しつつ、問題を整理する。

**第2 裁判例の分析**

1 既発生の賃金債権について

(1)分類の必要性

賃金債権の放棄の問題は、論理的には、第一に、将来継続的に発生する賃金債権についての放棄が問題となるもの(3,4,5,6)、及び、過去

放棄の時期	放棄のイニシアティブ・経緯	放棄の対価	労働者の地位	その他
退職時	使用者が、経費使用に関する疑惑に基づき、書面に署名を求めた	(今後使用者から損害賠償請求を受けない)	西日本における総責任者の地位退職後競争会社への就職が決まっていた	
退職後7か月	使用者代理人と労働者の交渉で、「格別威圧的なものではなかった」	和解金150万円	不明	
在職中	更生決定前に管理職を召集して一斉に通知。減額根拠の説明もなく、諾否も求めず。	なし	管理職	全従業員均一の不利益でなく管理職のみの負担であった
在職中 平成12年初めころ	労働者の怠慢から未収金発生したため財政状態が悪化し、口頭で伝えた	なし	次長(管理職)	就業規則に基づく解雇(勤務成績不良)の有効性は認められた
在職中	悪化する経営を支援する北海道議会から自助努力を求められ、賃金カット	なし	管理職(課長以上)	
在職中	経営不振により減額を一方的に告知、減額内容も告げない承諾書をとるなどしていない	なし	秘書職、結婚したばかり、社長は「ワンマン」とされている	

の既発生の個別の賃金債権が問題となるもの(1,2,5)に分類されるべきであろう。なぜならば、前者の場合、債権の放棄以前に、まずもってその基礎となる使用者と労働者の継続的關係の変更、すなわち労働条件の変更として有効かどうかという問題ととらえるべきだからである。

しかしながら、一部の裁判例においては、雇用関係から既に発生した賃金債権を放棄できるか、という問題と、そもそも雇用関係からその賃金債権が発生するのかどうかというその前段に位置づけられるべき問題を峻別していないきらいがある(同様の指摘として、裁判例3について論じられた荒木尚志教授「労働判例研究 第982回」ジュリスト1239号161頁)。例えば裁判例3は、切下げ合意があったかどうかを論じないまま、賃金債権放棄の問題と捉えているようである。

まずは、既発生 of 個別の賃金債権についての放棄について論じる。

## (2) 裁判例が重要視するファクター

賃金債権の放棄の有効性についてのリーディングケースは、裁判例1である。裁判例1は、「労働者の自由な意思に基づくものであることが明確であり、自由な意思に基づくものであると認めるに足る合理的な理由が客観的に存在するとき」に限り、賃金債権の放棄の意思表示は有効となるとしている。なお、この合理的な理由の立証責任は使用者側にあるとされている(裁判例5)。

また、裁判例1における色川幸太郎裁判官の反対意見(以下「色川反対意見」という。)は、労働者の自由意思の認定の具体的基準について、「本件で問題となったような、相殺の合意又は使用者からの要請ないし働きかけによる放棄については、使用者の威勢によって抑圧されたものでなく、労働者の真に自由なる意思に出た場合にかぎって、その効力が認められるべき」であり、「とくに、放棄の場合は、相殺と異なり、労働者にとって消滅させられるべき自己の債務がなく、失うのみで得るところがない」ため、「放棄が、使用者から抑圧を受けたものではなく、真に自由な意思によるものであると認めるにあたっては、それによって、当該労働者がいかなる事実上、法律上の利益を得たものであるのか

など、労働者がその権利を放棄するにつき合理的な事情の存在したことが明らかにせられなければならない」としている。

この色川反対意見は、昭和48年最判の基準の具体的あてはめに関して極めて示唆に富むものであり、多数学説に支持されているところである。

### ア 放棄の態様

そして、より具体的には、まずもって放棄の意思表示のあり方、態様が重要視される。労働者の自由な意思が「明確」にあらわれている、とされるためには、意思表示自体が「明確」でなければならないことは当然である。放棄の意思表示が有効とされた裁判例1,2においては、いずれも書面で放棄していることが明示されていた。また、放棄の意思表示自体がないとされた裁判例4においては、書面がないことが重要な点として考慮されている。黙示の意思表示については、否定される可能性が高いというべきであろう(裁判例3,5)。

### イ 放棄の時期

また、放棄の時期にも留意すべきである。退職から長期間が経過していることで、色川反対意見のいう、使用者と労働者という従属的支配的な関係から脱したとみられるためである。たとえば、裁判例2においては、放棄の時期が、退職後7か月経過していることが考慮されている。

逆に、退職まもなくといった状況であったり、雇用関係の清算が未だ終了していない場合などは、放棄の有効性を否定する方向にはたらくであろう。

### ウ 放棄の経緯

放棄に至った経緯も重要である。賃金債権の放棄については、通常、使用者側がイニシアティブをとって動くであろう。有効とされた裁判例2では、威圧的ではなかったことが考慮されている。また、否定例では、使用者が賃金減額を一方的に決め、理由も説明せず、労働者に諾否も求めなかったということが考慮されている。

### エ 放棄の対価

この点は、賃金債権と反対債権との合意相殺と大きく異なる点である。すなわち、色川反対意見が指摘するがごとく、賃金債権の放



棄は、労働者にとって失うのみで得るところがない。よって、放棄によって、債務免除等も含めた何らかの対価を得ているとすれば、放棄の有効性を肯定する方向にはたらくといえる(裁判例1、2)が、他方、これがなければ、放棄の有効性を否定する強い事情であるといえる。

#### オ 労働者の地位

労働者は構造的に使用者から抑圧を受ける地位にあり、例えば管理職であるからといって、放棄の意思表示が有効であるという方向にはたらくとは一概にいえないであろう。ただし、裁判例1のように、大企業の西日本の総責任者という地位で、かつ、退職後も競争会社に就職が決まっているという特殊な事情がある場合は、これを多少考慮してもよいものと思われる。

無論、社長が絶対的権勢を有している、などの会社風土があれば、放棄の有効性を否定する方向にはたらくと考えられる。

## 2 未発生 of 賃金債権について

次に、将来継続的に発生する賃金債権についての切下げ合意及び放棄についても整理しておく。

### (1) 切下げ合意の存否、有効性

将来の賃金切下げについて、労働条件の変更ととらえた場合は、労働者の個別同意の有効性及び就業規則の強行的直律的効力との関係が問題となる。

賃金切下げについての労働者の承諾がいかなる場合に認められるかについては、ここに挙げていないものを含め、多くの裁判例が出されているが、確固たる基準は未だ定立されていないようである。本稿では詳しく扱うことはしないが、例えば、裁判例5の原審は、切下げについて(過去の分はともかくとして)減額それ自体には異議を述べていなかったことをもってあっさり労働者の同意を認めているようである。他方、裁判例6は、より実質的に「ただ異議を述べなかつたと言うだけでは必ずしも十分でなく、積極的なこれを承認する行為が必要と見られるというべきである。」とした上、「減額の内容さえ知らされておらず、その内容を理解してこれを受け入れたとは認められないし、その後承諾書等により承諾したなどの積極的な行為があったとの証拠も存しない。」として、切下げ合意は

不成立とした。

また、労働者の個別同意があったとしても、就業規則の変更措置がとらなければ、その承諾の効力は否定されることとなる(労働基準法93条)。

### (2) 切下げ合意がない場合の賃金債権の放棄の存否、有効性

個別合意がない、あるいは就業規則変更がなく、切下げ合意が効力を有さない場合、次に、労働者の賃金債権の放棄の意思表示があったかどうか問題となるが、これについても、上記1で述べたファクターを重視してその存否ないし有効性を判断することとなろう。

ただし、使用者としては、そもそも、賃金切下げについての承諾を求めることはしても、わざわざ、別途放棄の意思表示を求めることはしないであろうから、検討すべきは、自ずと、労働者の黙示の放棄の意思表示があったか、ということとなろう。また、将来の賃金債権放棄が問題となるのであるから、当然労働者は在職中ということになる。よって、これらは、いずれも放棄の有効性を強く否定する方向にはたらくであろう。賃金債権の放棄があまり簡単に認められるとすれば、労働基準法93条の強行的直律的法規性が無意味になるともいえる。

他方、実際に問題となるのは、裁判例3や裁判例5のように更生直前の会社であったり、経営が相当悪化している企業においてであろうから、十分な減額根拠の説明をして明示的な諾否を求めるなど適正な手続を踏んでいれば、放棄の意思表示が有効とされる場合もないとはいえない。

## 第3 結論

以上見てきたとおり、賃金債権の放棄は、原則として労働者にとってメリットがないうえ、労働基準法が定める諸規定に照らしても、かなり例外的なものといえ、不存在ないし無効となる可能性が大である。賃金の既発生、未発生にかかわらず、使用者においては、やむなく労働者に賃金債権の放棄を求めなければならない場合には、上記のような問題があることに十分留意しなければならない。

## 「心の健康」に対する使用者の 配慮義務について

弁護士 茶木 真理子

### 第1 はじめに

厚生労働省による平成19年労働者健康状況調査によれば、仕事や職業生活について強い不安、悩み、ストレスを感じている労働者は約6割に上るとされている。近年の労働者の自殺者の増加、これに伴う労災認定等を巡る訴訟案件の増加といった事情も加わって、精神疾患を抱える労働者の存在が大きくクローズアップされている。このような流れを受けて、職場における労働者の安全と健康の確保をより一層推進するため、労働安全衛生法が改正されるなどの法整備がなされてきた。また、厚生労働省も「労働者の心の健康の保持増進のための指針」などを示して、事業場におけるメンタルヘルスケアの積極的な推進を勧めている。

労働者の「心の健康」に対する使用者の取組としては、大きく分けて、労働者が心の健康を害することがないようにどのような予防措置をとらなければならないかという問題と、労働者が実際に心の健康を害した場合にどのように配慮しなければならないかという問題とに整理できると思われる。この点、事前の予防措置については、上記厚生労働省の指針等を参考にすることにより、使用者としては明確な対応が可能となったといえる。

そこで、本稿では、実際に労働者が心の健康を害することとなった場合に、使用者には法的責任としてどのような配慮義務が課されるかを、近時の裁判例を参考にして検討することとしたい。なお、本稿では、精神疾患が私傷病である場合に限ることとする。

### 第2 安全配慮義務

使用者が、信義則上認められる付随義務として、労働者の生命・身体を危険から保護するように配慮すべき義務、すなわち「安全配慮義務」を負うことは、判例によって確立された法理であった(最高裁昭和59年4月10日判決、民集38巻6号557頁)。これを受けて、「使用者は、労働契約に伴い、労働者がその生命、

身体等の安全を確保しつつ労働することができるよう、必要な配慮をするものとする。」と安全配慮義務を明文化したのが、労働契約法5条である。

この安全配慮義務の具体的な内容について、水島郁子「障害・傷病労働者への配慮義務」(ジュリスト1317号239頁)では、①作業環境整備義務、②安全衛生実施義務、③適正労働条件措置義務、④健康管理義務、⑤適正労働配置義務に分けることができると整理されている。

この整理に従った場合、主に労働者の心の健康に関連すると思われるのが③ないし⑤の義務である。また、③、④は事前の予防措置に関するもの、⑤が実際に労働者が心の健康を害することとなった場合の使用者の配慮義務に関するものといえる。⑤について、前掲水島論文では、具体的には「労働者の個別事情に応じて、適正な措置を講じる義務」とされており、使用者に対し労働者の健康状態に応じて個別具体的な対応を求めるものであるといえる。

労働者が精神疾患により労務の提供ができない場合、その不能の程度により、上記適正労働配置義務の具体化として、使用者は配置転換、休職命令といった措置をとることが想定される。以下、この配置転換、休職命令といった措置をとる場合に、使用者がどのような配慮をしなければならないのかを検討したい。

### 第3 配置転換について

- 1 労働者の精神疾患の内容やその程度によっては、休職前の業務に復職することは困難であっても、他の業務であれば復職することが可能という事情がある場合も少なくないと思われる。
- 2 最高裁平成10年4月9日判決(片山組事件、判時1639号130頁等)は、傷病により、従前の労務の提供ができない労働者に対して、使用者がどのような配慮をしなければならないかを考えるための判断枠組みを示したと指摘されている(前掲水島論文)。すなわち、上記最判は、「労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結した場合においては、現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十分にできないとしても、その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ、かつ、その提供を申し出てい

るならば、なお債務の本旨に従った履行の提供があると解するのが相当である。」とした。本事件においては、職種を特定しない労働契約であったことや、労働者から他の業務について労務提供の申し出があったといった個別事情が前提とされているが、労働者が傷病を負った場合に使用者に対し、積極的に配置転換を検討すべきであることを示していると解される。

3 これに対し、精神疾患を患った労働者に対して行った配置転換が違法とされた例があるので紹介する。

(1) 鳥取地裁平成16年3月30日判決(鳥取県・米子市中学校教諭事件、労判877号74頁)

(事案の概要)

市立中学校の教諭であり、精神疾患、精神障害を患っていた労働者が、それらの疾患が完治していないにもかかわらず配置転換を受け、これにより病状が悪化したとして、慰謝料の支払いを求めた事件である。

(判決内容)

本件配転は「当時の原告の病状や治療の必要性、原告本人の治療についての意向を十分に確認することなく、これらに対する配慮を欠いたままなされ、その結果、一時的に原告の病状を悪化させるなどしたもので違法といわざるを得ない」と認定し、慰謝料の支払いを命じた。

(2) 京都地裁平成12年4月18日判決(ミクロ情報サービス事件、労判790号39頁)

(事案の概要)

メニエール病に罹患していた労働者が、京都支社から大阪支社への転勤を命じられたところ、この転勤命令が命令権の濫用であり、原告がこの命令に違反して無断欠勤したことを理由とする解雇が無効であると主張した事件である。

(判決内容)

原告が勤務していた京都支社の他の従業員は原告がメニエール病であることを知らされており、メニエール病のために仕事等に支障が生じるかもしれないことは周知されていたこと、原告が自宅から大阪支社に通勤するには1時間40分以上を要するところ、メニエール病のためこのような長時間の通勤に耐えられるかどうかは疑問であることなどを勘案す

ると、被告の転勤命令は転勤命令権の濫用であって許されない、とした。

(3) 旭川地裁平成6年5月10日決定(損害保険リサーチ事件、判タ874号187頁等)

(事案の概要)

旭川市内で勤務する損害調査会社の調査員であった労働者が、神経症を理由として約1年3か月余り休職した後、東京地区への転勤を命じられたため、退職の意思表示をなしたところ、この退職の意思表示は、違法な配転命令を告知され、懲戒解雇を回避するためにやむなくしたものであるから、錯誤等により無効であると主張した事件である。

(決定内容)

労働者が治療の効果をあげるには旭川にとどまることが必要である反面、東京で勤務させる必要性は小さく、配転命令は債権者に対して通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるものであって、配転命令権の濫用であると判断した。

(4) 検討

以上の裁判例は、心の健康を害した労働者に対し配置転換を命令するにあたり、使用者は、労働者が配転先での労務提供が可能か否かの点だけではなく、配転によって労働者の健康、病状を悪化させることにならないかについても検討しなければならないことを示していると思われる。また、その際には、本人の意向や、主治医等の意見を十分に聴取したうえで結論を出すことが必要といえよう。

#### 第4 休職命令、復職の可否の判断について

- 1 労働者が精神疾患により労務の提供ができない場合、労働者が自ら休暇を取得したり、使用者が休職を命じる取扱いが一般的である。また、休職期間を満了してもなお復職できない状態にあるときは、就業規則において解雇あるいは退職とする定める例も多い。
- 2 労働基準法において解雇が制限されているのは、業務上の傷病の場合(同法19条)のみである。よって、労務の提供ができない場合に労働者を解雇とすることは可能であるが、ただし、労働契約法16条が定めるとおり、当該解雇が合理性、社会的相当性を欠くときは解雇権の濫用として無効となる。

次に、休職後の解雇措置が争われた裁判例から、休職命令や復職の可否の判断にあたって、使用者はどのような配慮が求められるのかを検討する。

- 3 まず、使用者が休職を命ずることなく解雇した場合に、解雇の有効性が問題となった事例として、東京地裁平成17年2月18日判決(カンドー事件、労判892号80頁)がある。本事件は、躁うつ病を理由に解雇された原告が、当該解雇は解雇権を濫用したもので無効であると主張した事件である。裁判所は、就業規則では最大2年の休職期間を与えることが可能であるところ、原告に与えられたのは7か月余りに過ぎないこと、使用者側において専門家の意見を求めた形跡がないこと、医師の意見によれば適正な治療を受けさせることによって回復する可能性がなかったとはいえないこと、自律神経失調症を患っている他の労働者は雇用を継続しており平等取扱いに反することなどから、解雇は解雇権の濫用であるとした。

本事件のように、期間の経過により労働者の疾病の回復や好転がある程度予想できるような場合で、かつ休職期間が満了していない場合には、解雇ではなく、まず再度の休職命令や期間の延長といった措置を検討する必要があると思われる。

- 4 これに対し、休職期間の満了によって解雇あるいは退職とされた事例として、以下の裁判例がある。この場合は、復職の可否が主たる争点となる。

- (1) 東京地裁平成16年3月26日判決(独立行政法人N事件、労判876号56頁)

(事案の概要)

精神疾患による休職を命じられた労働者が通常勤務が可能な状態に回復したと主張したが、使用者が休職期間満了により労働者を解雇したため、解雇の有効性が争われた事件である。

(判決内容)

医師の見解によれば、原告が復職当初担当できる業務量は従前の半分程度であり、その期間として半年を要するとされているが、半年という期間はいかにも長く、半年後に十分に職務を行える保障がないこと、休職期間が2年6か月と長期間に及んでいることなどを考慮して、解雇は有効であるとした。

- (2) 大阪地裁平成20年1月25日判決(キャノンソフト情報システム事件、労判960号49頁)

(事案の概要)

自律神経失調症等を理由に休職中であった労働者が、復職可能であるとして復職の意思表示をしたのに対し、使用者が復職を拒否し休職期間満了により退職としたため、このような使用者の対応が理由のない就労拒絶であり違法であると主張した事件である。

(判決内容)

原告が復職を求めた後診断書を提出し、その診断書は被告の疑問に医学的見地から答える内容となっており、原告の病状が復職可能な程度に回復していたと判断できる資料として十分であったと認定し、原告を休職期間満了により退職したものとしたことは無効であるとした。

- (3) 検討

上記(1)独立行政法人N事件は、リハビリ的復職の相当性が問題となった事案といわれている。リハビリ的復職を経ずになされた解雇が有効とされているものの、その判断にあたっては、休職期間が長期間に及んでいたことの影響が相当大きいように思われる。一般的には、解雇とする前にリハビリ的復職措置をとったような場合には、使用者側に有利な事情となることが考えられる。また、解雇の有効性の判断にあたっては、ほかに、休職中の労働者に対し情報提供等の職場復帰支援策を行っていたり、職場環境の改善や職場復帰支援への理解を高めるための教育研修を積極的に行っているといった事情が使用者側にあれば、当然考慮されることになると思われる。

次に、復職の可否の判断については、精神疾患の場合は特に容易ではない。前掲のカンドー事件では、解雇が無効とされた理由のひとつとして、復職の可否を判断するにあたって、使用者が医師の意見を聴取していなかったことが重視されている。よって、使用者としては、まず労働者に診断書等の資料提出を求め、提出された資料では不十分と判断した場合には、労働者の同意を得て医師等から直接意見を聞くといった対応も必要となる。上記(2)キャノンソフト情報システム事件でも、納得のいく説明を求めて医師との面談等を求めなかった使用者に対し、そのような手段を講ずるべきであったとの指摘がなされている。

この点、大阪地裁平成15年4月16日判決(大建工業事件、労判849号35頁)は、休職中の労働者が、復職を希望するにあたって、診断書等の資料の提出を拒否したというものであり、使用者が労働者に対し復職の根拠資料の提出を求めることができるかが問題となった事案である。

裁判所は「従前の職務を通常程度行える健康状態に復したかどうかを使用者が労働者に確認することは当然必要なことであり、しかも、債権者の休職前の勤務状況及び満了日まで達している休職期間を考えると、債務者が、債権者の病状について、その就労の可否の判断の一要素に医師の診断を要求することは、労使間における信義ないし公平の観念に照らし合理的かつ相当な措置である。」とし、労働者に対し「医師の診断あるいは医師の意見を聴取することを指示することができるし、(労働者)としてもこれに応じる義務がある」とした。

復職の可否の判断に限らず、心の健康を害した労働者に対し使用者が適切な措置を講じるためには、労働者の健康状態について情報を収集することが不可欠である。前掲水島論文では、労働者が診断書を提出しないなど非協力的である場合には、それだけ使用者の配慮義務も減じるものといえるとの指摘もなされている。

## 第5 まとめ

以上より、心の健康を害した労働者に対しては、いかなる措置を行う場合であれ、使用者はまず必要な情報を収集し、本人の意向を十分踏まえたうえで、適正な具体的措置を行うことが望まれているといえる。

使用者としては、労働者の勤務態度や休職中の対応が良くなかったことが原因となるなどして労働者との間で感情的なもつれがある場合も少なくないと思われるが、労働者の病気の内容、程度、家庭環境といった個別的事情をよく理解したうえで、冷静な判断も必要となろう。

このような冷静な判断のもと適正な具体的措置を行うためには、前掲水島論文でも、労働者・使用者間のコミュニケーション(協議)の重要性が指摘されていることを最後に紹介しておく。

参考文献(本文中で紹介した以外のもの)

- ・東京弁護士会労働法制特別委員会編著「新労働事件実務マニュアル」ぎょうせい
- ・虎の門法律事務所編「労働契約法と労務管理の実務」三協法規出版
- ・荒木尚志ほか「詳説 労働契約法」弘文堂

## 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。今回は京都地判平成21年4月23日裁判所HPについて紹介した。本稿では、私が事務局長・理事を務め、私自身が訴訟代理人ともなった適格消費者団体京都消費者契約ネットワーク(Kyoto Consumer Contract Network 略称「KCCN」)の下記判決について紹介し、差止訴訟の判決に現れた差止訴訟の論点について若干考察をすることとする。

### 2 京都地判平成21年9月30日裁判所HP

- (1) 本件は、消費者契約法に基づき内閣総理大臣の認定を受けたKCCNが、不動産賃貸業及び不動産管理業を目的とする事業者である株式会社長栄に対し、定額補修分担金条項が同法10条に反して無効であるとして、同法12条3項に基づき、定額補修分担金条項を含む意思表示をすることの差止及び同条項を含む契約書用紙の破棄等を求めた事案である。
- (2) 定額補修分担金とは、敷金の代わりにリフォーム費用として賃借人が賃貸人に支払うとされる一時金(額としては敷金程度)で、軽過失損耗はこれでカバーされるが故意・重過失損耗はこれでカバーされないといえるものである。マンション・アパート賃貸借契約における不当な原状回復費用特約が消費者契約法により無効となったことから、新たに管理業者などによって考案された条項で、賃借人に一方的な負担を強いる実質的には無効な原状回復条項そのものといえる。京都におけるマンション・アパート賃貸借契約条

項には極めて不当なものが多くあり、これまでに無効となったものとして上記原状回復費用特約(大阪高判平成16年12月17日判時1894号19頁、同庁平成17年1月28日兵庫県弁護士会HP)、敷引特約(神戸地判平成17年7月14日判時1901号87頁、大阪高判平成21年12月3日、同庁同月15日、いずれも刊行物未掲載)等があるが、この定額補修分担金条項もその一つであり、消費者契約法10条により無効であることは明らかである(京都地判平成20年4月30日金融・商事判例1299号56頁・判例タイムズ1281号316頁・判例時報2052号86頁、大阪高判平成20年11月28日、同庁判平成21年3月10日、いずれも京都敷金・保証金弁護士HP <http://www1.ocn.ne.jp/~benagano/shikikin.html>)。そして、この条項の使用は、京都で考案されて以降、京都だけでなく、全国的な広がりを見せており、各地で消費者被害を発生させている。

(3) 消費者契約法10条該当性

本判決は、定額補修分担金条項は、消費者契約法10条に基本的に該当すると判示する。同条項が、本来賃借人が負担する必要のない通常使用損耗等を賃借人に負担させること、賃借人と賃貸人との情報の格差、定額補修分担金の金額が賃借人に有利に設定されることは観念的にはありうるが賃貸人・賃借人の情報格差を考慮するとそれは期待できないこと等から基本的に同条項が消費者契約法10条に該当するとした。

(4) 「現に行い又は行うおそれがあるとき」について

本件では、被告は、新規契約においては既に同条項の使用をやめていると主張していた。他方、同条項が無効であることについては争っていた。このような場合に、上記「おそれ」があるといえるかどうか問題となった。

この点につき、同判決は、「現に行い又は行うおそれがあるとき」を「現実に差止めの対象となる不当な行為がされていることまでは必要なく、不当な行為がされる蓋然性が客観的に存在している場合であれば足りる」とし、被告が同条項の違法性について争う姿勢を見せ、本件においてもその違法性を争っていることから、今後上記蓋然性が客観的に存在するといわざるをえないとして上記「おそれ」を認めた。

被告長栄は、本件条項は有効だと主張しつつ、本件条項の使用はやめたから使用のおそれはない

と主張していたもので、この点について、使用のおそれを認めて差止を命じたことは消費者団体訴訟制度に実効性を持たせるものといえる。この点は、前回紹介した京都地判が事業者がやめたと主張する条項について使用の「おそれ」を認めなかったのとは対照的である。

(5) 一律の差止の可否

本件では、定額補修分担金の金額如何にかかわらず一律の差止を求めていた。上記のとおり、観念的には少額の定額補修分担金が設定されることにより消費者に有利な場合が理論的には(あくまで理論的な問題にすぎないが)ありうる。そこで、金額如何にかかわらない一律の差止が認められるかが問題となった。

この点につき、同判決は、「被告において、賃借人の利益になる態様で、定額補修分担金条項を運用していた例があるとは到底認められず、基本的に信義則に反して消費者を一方的に害していたといえることができる。そうすると、今後とも被告において消費者契約法10条に反する態様で定額補修分担金が運用されるものと考えざるを得ず、その額を問わず一律に当該条項自体の使用を差し止めるのが相当である。」として一律の差止を認めた。実態を直視して現実の妥当性を考慮した極めて妥当な判決である。

(6) 合意更新の場合に差止ができるか

被告は、合意更新時においては、更新合意契約を締結し、その他の条項については原契約通りとする旨の意思表示を行っていた。これが本条項の意思表示にあたり差止対象となるのではないかが問題となった。

本判決は、「定額補修分担金条項は、当初の賃貸借契約締結時に、賃借人が退去時に支払うべき原状回復費用の額を定額に定めることを合意し、あらかじめその支払いを完了させておくものであるから、合意更新時に改めて何らかの意思表示がされることは予定されていないと考えられ、合意更新時における定額補修分担金条項の使用については、差止めの対象を観念できないともいえるが、合意更新の意義によっては、従前の契約内容を変更したり、これに付加したりして、定額補修分担金条項を含む意思表示をすることも観念できないではない。しかし、被告において、合意更新時に定額補修分担金条項を含む意思表示をしたことがあることを窺わせる証拠もなく、今後の合意更新

時において被告がそのような意思表示を行うおそれがあるとも認められないから、結局のところ、合意更新時における差止請求には理由がない。」と判示した。

しかし、「当初の賃貸借契約締結時に、賃借人が退去時に支払うべき原状回復費用の額を定額に定めることを合意し、あらかじめその支払いを完了させておくものであるから、合意更新時に改めて何らかの意思表示がされることは予定されていないと考えられ、合意更新時における定額補修分担保条項の使用については、差止めの対象を観念できない」との点については、合意更新時に使用している「賃貸借契約継続・改定事項に関する覚書」には、「五、その他の契約事項については原契約通りとする。」とされており、同覚書に記載がない本件条項についても「原契約通り」とする意思表示がなされている。合意更新ごとに、被告は、消費者との間で、定額補修分担保条項の内容である、定額補修分担保金を支払うべきこと、支払った定額補修分担保金を返還しないこと、故意等のほかにはそれ以外に補修費用を請求しないこと、すなわち本件条項の意思表示を行っているのである。なお、本件と同様、「原契約通りとする。」とする合意更新について、原契約で用いられていた契約条項につき消費者契約法の適用対象となる意思表示であると認定した(すなわち、当該合意更新において原契約と同様の内容の意思表示が行われたと認定した)事案として、大阪高判平成16年12月17日判時1894号19頁がある。

そして、今後合意更新する消費者は、これから被害にあうのであり、差止が必要である。今後合意更新する消費者につき差止が認められないとすれば、消費者は、(無効な)本件条項をたてに退去時に支払った定額補修分担保金の返還を拒否されてしまう。合意更新時の差止こそ本条項による消費者被害を未然に防止するためには必要不可欠なのである。

従って、合意更新時においても本件条項の使用差止は認められるべきである。

### 3 本判決の意義

本判決は、「使用をやめた」と事業者が主張する事案につき、使用の「おそれ」を認めた点、額の問題のある定額補修分担保条項につき一律の差止を認めた点は極めて重要な意義がある。他方、現実被害を

発生させている合意更新時の意思表示につき差止を認めなかった点については極めて不十分であったといえる。

本件は、双方が控訴し、平成22年3月26日に大阪高裁で判決言渡となっている。

今後とも、KCCNでは、事業者の不当行為につき積極的に本制度を用いて差止を行っていくつもりであり、私も積極的に同制度の活用に加わっていきたい。

## 契約の動機と考えられる事項を、 消費者契約法4条4項の「重要事項」

に当たるとした判決…

名古屋地判平21・12・22

平成20年(ワ)第6505号事件

弁護士 野々山 宏

### 1、事案の概要

本件は、原野商法の二次被害事案である。原告は市街化調整区域内の景観計画区域指定がされ、砂防法の適用のある山林をかつて購入しこれを所有していた。被告は不動産業者であり、その従業員が原告に電話をして、原告所有土地を売れるかのように話して、当該土地の売却広告と測量を勧めた。その後、原告は被告と、郵送で土地測量契約と広告掲載契約を締結し、測量費として77万7000円、2年分のインターネット広告費として42万円を送金した。そして、被告は当該土地を測量し図面を作成して原告に交付し、被告管理のホームページに広告として掲載した。

その後、原告は被告に対して、特定商取引法に基づくクーリングオフの通知、及び消費者契約法4条の不実告知または不利益事実の不告知に当たるとして取消の意思表示をした。

原告は、クーリングオフ、消費者契約法4条の取消のほか、錯誤無効、不法行為の主張もしているが、重要な争点は、①本件は電話勧誘販売に当たるか、②ホームページへの広告掲載は指定役務か、③土地が売却できるかのように勧誘したことは、土地測量契約と広告掲載契約の動機といえるが、消費者契約法4条4項の「重要事項」にあたるか、④実施した測量や広告掲載は消費者の不当利得となるか、である。

本稿では、③の争点について解説する。

## 2、判旨

原告(消費者)勝訴。

土地測量契約についてのみ特定商取引法のクーリングオフを認め、土地測量契約、広告掲載契約の両方について消費者契約法4条1項1号の不実告知による取消を認めた。前記争点①は電話勧誘販売であるとし、争点②については広告掲載は指定役務でないとした。

争点③については、被告従業員が原告に対し、「あなたの土地のすぐ近くまで道路ができています。あなたの土地にも影響が出ますよ。家も建ち始めています。」「(売却は)ぼちぼちです。」との発言を認定し、当該土地には市場流通性が期待できず売却は困難であることが容易に判るにもかかわらず、当該土地に売却可能性があるとして述べたことを認定した。そのうえで、判旨は、その勧誘文言によって原告が本件土地に「売却可能性があり売却のために必要であると信じたために、本件測量契約及び本件広告掲載契約を締結した」として、「本件土地の売却可能性は、消費者契約法4条1項1号、4項1号の『用途その他の内容』についての『重要事項』に当たる。」とした。

争点④については、原告の利得を否定した。測量については測量費用相当額を被告が立証しなかったこと、広告についてはホームページに掲載されただけであるし、売却可能性が少なく原告に利得がないこと、が理由とされた。

## 3、解説

消費者契約法4条1項1号の不実告知による取消においては、不実告知が「重要事項」についてされなければならない。

「重要事項」とは、消費者契約法4条4項に規定され、①物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの質、用途、その他の内容、または ②物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの対価その他の取引条件、であって、消費者が当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきものである。

「通常影響を及ぼす」事項か否かは、契約当時の一般的消費者を基準として判断するのを原則とするが、そうでなくても、当該消費者が契約を締結するか否かについて特に重要と考えている事項について、当該事業者がそのことを知りまたは知りうべき

ときは、その事項も重要事項とすべきである\*1。

重要事項が、消費者契約法4条4項各号に列挙されている契約の内容や取引条件に限定されるのか否か、特に契約を必要とする事情ないし動機が重要事項となるかについて解釈上の争いがある。実際の消費者被害では、点検商法や黒電話商法、健康食品やエステへの勧誘など、不実告知等が契約の内容や取引条件そのものではなく、契約を必要とする事情に関する場合が多いにもかかわらず、消費者契約法4条4項の文言からは、直裁に契約を必要とする事情などの動機が重要事項に当たるか明確ではなく、むしろ排除されているとも読めるからである。実際、4条4項の各号は限定列挙であるとし、契約が必要となった事情や動機は重要事項に含まないとするのが立法担当者の考え方であった\*2。学説は解釈によって契約が必要となった事情を重要事項に含めようとしている。例えば「消費者が当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきもの」が重要事項の中核であることを重視して、4条4項各号が重要事項の例示列挙にすぎないとする見解\*3、各号は例示ではないとしても、各号の解釈、具体的には「質、用途その他の内容」を広く捉えることで具体的妥当性を図ろうとする見解もある\*4。契約の締結を必要とする事情が当事者間で表示されていれば、動機も意思表示の内容となり、契約内容となったと解すると考える説もある\*5。筆者は、条文からは4条4項各号を限定列挙と解せざるを得ないが、1条の趣旨から、「用途」を広く解し、契約を締結する必要性は契約の目的になるものの用途に含まれ、契約を必要とする事情が当事者間で表示されていれば用途について契約の内容となっていると解すべきであると考えている\*6。実際には契約をする必要性がなかったのであれば、当該契約の目的となるものの用途について不実告知があったと解釈すべきである。

本判決は、契約を必要とする事情を「用途その他の内容」に当たるとし、「用途」に絞ってこれを広く解するのでなく「その他の内容」も含めてこれを広く解釈する考え方を取っている。立法者のような硬直した実態と解離した解釈を取らずに、消費者被害の実態に即した判断をしたと評価できるところである。

これまでの裁判例としては、通信機器リース契約の勧誘において、「当該機器を使用しないと従前の電話が使えない」あるいは「電話機を交換しないと光ファイバーを敷設できない」と述べたことを不



実告知として取消を認めた神戸簡判平16・6・25、大阪簡判平16・10・7(いずれも兵庫県弁護士会ホームページ)は判決に解釈論が言及されていないが、契約を必要とする事情に関する不実告知を認めていた。本判決は、明確に根拠を示して判示したことに大きな意味がある。

争点④の、取消がされた場合の消費者の不当利得をどう考えるかは、理論的にも実務的にも極めて重要で興味深い論点であるが、残念ながら、本判決はこれには深く踏み込まなかった。

- \*1 同旨・日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編「コンメタール消費者契約法」(商事法務研究会、2001年)74頁。反対・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〕」(商事法務、2007年)127頁
- \*2 前掲内閣府逐条解説131、132頁
- \*3 池本誠司「不実告知と断定的判断の提供」法セミ549号20頁、山本敬三「消費者契約法と情報提供法理の展開」金融法務事情1596号11頁等
- \*4 前掲日弁連コンメタール75頁以下、四宮和夫・能見善久「民法総則 第6版」法律学講座双書 弘文堂249頁、道垣内弘人「消費者契約法と情報提供義務」ジュリスト1200号49頁以下
- \*5 前掲池本法セミ549号20頁
- \*6 野々山宏「消費者契約法と契約締結課程の適正化」法学教室310号102ページ

## 敷引特約に関する 高裁判決について

弁護士 谷山 智光

### 第1 はじめに

敷引特約に関して、昨年、高裁判決が3件出された。敷金とは、賃借人が賃料の支払その他賃貸借契約上の債務を担保する目的で賃貸人に交付する金銭をいい、かかる敷金から一定額を控除して返還しないこととする特約を敷引特約という。この点、関西地方では、敷金のことを「保証金」と称する場合が多く見られるところ(最高裁判所判例解説民事編平成10年度下767頁)、保証金も賃借人の賃料の支払その他賃貸借契約上の債務を担保することを目的としている限り、実質的には敷金といえる。

これまで、同特約の有効性に関する地裁判決はあったものの高裁判決はなかった。大阪高裁平成21年6月19日判決(以下「6月19日判決」という。)は同特約を有効とし、大阪高裁平成21年12月3日判決(以下「12月3日判決」。)及び大阪高裁平成21年12月15日判決(以下「12月15日判決」という。)は同特約を無効と判断した。

### 第2 事案の概要

6月19日判決は保証金40万円のうち21万円が、12月3日判決は保証金40万円のうち35万円が、12月15日判決は保証金100万円のうち60万円が特約により控除された事案である。

### 第3 消費者契約法10条前段要件該当性

上記3つの判決は、いずれも敷引特約が、「民法、商法その他の法律の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は義務を加重する消費者契約の条項」(消費者契約法10条前段要件)に該当することを認めている。

その中でも12月3日の判決の論理は明快である。12月3日判決は、「賃貸借契約は、賃貸人が賃借人に対して賃借物件を使用収益させる義務を負い、賃借人が賃貸人に対して賃借物件の使用収益の対価として賃料を支払う義務を負うことによって成立する契約であり(民法601条)、賃貸目的物の使用収益と賃料

の支払が対価関係にあることを本質的な内容とするものである。そして、民法上、賃借人に賃料以外の金銭的負担を負わせる旨の明文の規定は存しない。そうすると、民法において、賃借人が負担する金銭的義務としては、賃料以外のものを予定していないものと解される(ただし、賃借人に債務不履行がある場合は、別である。)。また、判例や学説の集積によって一般的に承認された不文の任意法規や契約に関する一般法理によっても、賃貸借契約終了時に保証金から一定額を控除して返還する旨の特約が確立されたものとして一般的に承認されているということとはできない。したがって、賃借人に賃料以外の金銭的負担を負わせる内容の本件特約は、賃貸借契約に関する公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、賃借人の義務を加重するものと認められるから、本件特約は、消費者契約法10条前段にいう『消費者の義務を加重する消費者契約の条項』に該当する。」としている。

#### 第4 消費者契約法10条後段要件該当性

- 1 上記のように、いずれも消費者契約法10条前段要件該当性を肯定されているにもかかわらず、有効無効について結論が分かれたのは、10条後段要件該当性に関する判断が影響している。
- 2 この点、6月19日判決は、特約の内容及び契約経過年数により控除される保証金の額が賃貸借契約書に具体的に明記されていたこと、重要事項説明書にも同様に保証金控除額が記載されていたことをもって、賃借人が賃貸借契約締結に際し、特約の存在及び内容を十分告知され、明確に認識していたとし、さらには、賃貸建物の契約条件等に関する情報は、不動産仲介業者やインターネット等を駆使して検索をすることができたなどとして、これらを10条後段要件該当性を妨げる事情の一つとしている。
- 3 しかしながら、消費者と事業者との間の交渉力の格差に鑑みれば、不当条項についていくら明記・説明があっても、消費者が事業者に対し交渉によりこれを削除をさせることは事実上不可能である。それゆえ消費者契約法10条は、同条の要件を満たす内容の不当条項についてこれを無効とすることとしたのである。したがって、10条に反するか否かの判断にあたっては、当該条項の内容が10条の要件を満たすのかが問題とされなければならない、当該条項について明記・説明があつたかどうかを問題とすべきでない。明記・説明があつたかどうかを問題にし、これがあつたがゆえに10条に反せず有効とするのであれば、不当条項はすべからず有効となりかねず、10条、ひいては消費者契約法の立法趣旨を没却する。

また、インターネット等から得られる情報は限られているし、居住用物件の賃借人である消費者と、不動産賃貸業を営み、多くの賃借人と賃貸借契約を締結する貸貸人である事業者との間には、建物賃貸借に関する情報を継続的に得ることができるかどうかにつき明らかに格差がある。

したがって、6月19日判決は消費者契約法の趣旨を無視し、極めて形式的に判断するものであり妥当でない。

- 4 この点、12月3日判決は、「被控訴人が保証解約引金として負担することになる通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているとはいえないし、控訴人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものとも認められないから、本件特約に係る保証解約引金が自然損耗・通常使用による損傷の原状回復費用の性質を有するものであるとは認められない。また、仮に、百歩譲って、本件特約に係る保証解約引金が自然損耗・通常使用による損傷の原状回復費用の性質を有するものであるとしても、保証解約引金の額は、一般的に生じる自然損耗・通常使用による損傷の原状回復費用を踏まえた上で算定されるべきところ、賃借人は、当該物件又は同種物件の修繕経験を有するのが通常であり、その経験の蓄積により修繕費用に通常どの程度要するのかの情報を持ち、計算することが可能であるが、他方、消費者である賃借人は、通常、自ら賃借物件の修繕をすることなどの経験はなく、したがって、一般的に賃借人が有するような上記情報を有するとは考え難いところである。そうすると、保証解約引金の額は、上記情報を有している貸貸人がその情報を基に設定するのが一般的と考えられ、賃借人となろうとする者にとっては、上記情報を持ち合わせないままで、保証解約引金の額が相当なものか否かを検討し、他の賃借物件の賃貸条件との優劣を比較検討したり、貸貸人との間で保証解約引金の額について交渉したりすることは困難であるといわざるを得ないから、本件特約は、この点からしても、消費者と事業者との間にある情報、交渉力の格差を背景

にしたものといわざるを得ない。」「被控訴人を含め賃借人は、通常、個々の保証解約引が合理的な理由に基づくものであるか否かを検討することなく、何らかの合理的な理由があるものとして保証解約引による負担を承知しているものと考えられるのであるから、前記認定のとおり、本件保証解約引には控訴人が主張するような合理的な理由がない以上、被控訴人が、保証解約引金35万円について、契約を締結する前からその金額及び支払時期を提示されて、その負担を承知していたからといって、被控訴人の保護に欠けるところがないとはいえない。」「インターネット、情報誌、パンフレットや店頭情報等によって、本件特約に係る保証解約引金がどのような趣旨のものであるか、保証解約引金の額がどのような根拠に基づいて算定されているかを知ることは困難であり、…消費者である被控訴人と事業者である控訴人との間に情報、交渉力の格差があることを否定することはできない。」として、消費者契約法10条後段要件該当性を肯定した。

また、12月15日判決は、「本件敷引金には何ら合理的な理由が見いだせないところ、…控訴人は、不動産業を営む事業者であるから、本件賃貸借契約締結の際に、本件敷引金の敷引に何ら合理的な理由がないことを認識しつつ、同契約を締結し本件敷引金を授受したと認められる一方で、被控訴人は、上記敷引には何らかの合理的な理由があると考えてその負担を了承したものであり、その法的性質等を具体的かつ明確に認識した上でこれを受け入れたものではないと認められる。」として、消費者契約法10条後段要件該当性を肯定した。

12月3日判決及び12月15日判決は消費者契約法の趣旨から実質的に判断するものであり妥当である。

## 第5 最後に

6月19日判決については賃借人側より、12月15日判決については賃貸人側から、それぞれ上告及び上告受理申立がなされた(12月3日判決は確定している。)

12月3日判決及び12月15日判決と比較しても、6月19日判決が不当であることは明らかであり、最高裁判所において、敷引特約が消費者契約法10条に反し無効であるとの判断がなされることが待たれる。

## 介護事故3—転倒② 利用者が待機指示に 従わなかった事例

弁護士 井上 博隆

### 1、はじめに

今回は、前回の利用者が介護者の介護を拒否して転倒した事例につづき、利用者が介護者の待機指示に従わずに転倒した事例を取り上げる。

### 2、裁判例

裁判例としては、別表の通り、4例ある(裁判例の番号は前回の続き番号とする)。

3,4はリハビリから戻る際の事故、5は食事時、6は入浴時の事故である。3,4,6は、利用者が、脳出血乃至脳梗塞の後遺症、5は認知症の事例である。

3,5,6は大腿骨骨頭骨折の結果を、4は硬膜下血腫の結果を発生し、4,5,6は死亡しており(但し、6は2年後死亡)、いずれも重大な結果を発生している。

### 3、過失(予見可能性)

(1) 3乃至6は、いずれも、利用者に、身体的に転倒のおそれがあり、また、判断能力にも問題があった事例である。

前回の介護を拒否した裁判例の事例は、いずれも身体的に転倒のおそれがあったが、判断能力に問題はなかった事例である。おそらく、利用者の判断能力に問題のあった場合は介護を拒否しても介護者がこれを真に受けなかったためであろうと考えられる。今回の待機指示に従わなかった事例は、いずれも、身体能力にも判断能力にも問題があった事例であり、利用者の待機指示についての理解能力の有無、介護者の理解能力の見極めの有無が争点となっている。

(2) 裁判例の事実認定から見る限り、判断能力の程度は3)5)6)4)の順に、弱いと考えられる。

判決は、3,5について過失を否定した。3については、利用者は介護者の指示について理解能力もあったし、指示を守れる状況にあったとしている。5については、意思疎通ができており、介護者の指示に従わない様子は見られなかったので結果の

番号	判決	事故年月	訴訟の結果	事故の概要	施設の種類の
3	東京地判 H10.7.28 判時 1665.84	H4.7	過失なし。 ボランティア派遣の社会福祉 法人とボランティアに対し、 債務不履行責任を求め、いず れも否定する。	59歳。女性。脳出血の後遺症で 病院に通院、リハビリ訓練後、 帰宅するべくボランティアの歩 行介護を受けて病院の玄関の風 除室まできたところ、タクシー が来ておらず、ボランティアが、 風除室の壁際に連れて行き、「こ こで待っていて下さい。タク シーを呼んで来ますから。」と言 い残して外へ出たところ、玄関 外側のマットの上で転倒、左大 腿骨頭部骨折。	社会福祉法人社会福 祉協議会
4	東京地判 H14.6.28 判タ 1139.148	H10.9	過失あり。病院に対し、債務 不履行責任を求め、病院に医 療行為を行う上で過失がある とする。	63歳。男性。椅子座位姿勢によ るリハビリ中(砂袋を脚に載せ たテーブルを置いて前方への転 倒防止装置をしていた)、動か ないようにと指示して、付添の 看護師が、午後の検査の予定を 確認するため、数メートル先の ナースステーションに向って離 れた間に転倒して頭部を打撲 し、3日後、硬膜下血腫による脳 軟化で死亡。 (裁判所の認定した事故態様)患 者は立ち上がり、又は、立ち上 がろうとして体のバランスを失 い、椅子ごと後方に転倒し、左 頭部を強打した。	大学病院
5	福岡高判 H19.1.25 判タ 1247.226 福岡地判 小倉支部 H18.6.29 判タ 1247.226	H14.12	1、2審とも過失(安全配慮義 務違反)なし。 法人に対し、主位的に不法行 為(使用者責任)、予備的に債 務不履行責任を求め、1審、2審 とも否定。	88歳、女性。 居室内で配膳準備し、椅子に座 らせた状態で、介護職員が、食 事を持ってくるまで座って待つ てと言って、他の人の食事の準 備をするため居室を離れたとこ ろ、25分後食堂の壁にもたれて 座っていた所を発見。大腿骨頸 部内側骨折等と判明、1ヶ月余り 後肺炎により死亡。 (裁判所に認定した事故態様)介 護職員の指示に従わず、食堂ま で歩行し転倒した。	社会福祉法人(指定 介護老人福祉施設・ 特別養護老人ホー ム)

事故以前の状況	過失についての争点と裁判所の判断
<p>脳出血の後遺症。日常生活の自立動作や自立歩行が可能になるようにリハビリ訓練中。左半身麻痺、失認状態のため、杖による歩行は可能であったが、屋外歩行の場合は、介護者が動静を監視し、危ないときはすぐに支える体制をとる必要があった。しかし、立っただけでは近位監視は不要で、10分程度は安定した姿勢で立っていることが可能であった。言語障害はなかった。</p>	<p>(ボランティアの過失)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・ボランティアであれ、障害者の歩行介護を引き受ける以上、善良な管理者の注意義務を尽くさなければならない。しかし、素人であるボランティアに対して医療専門家のような介護を期待することはできない。障害者の身を案ずる身内の人間が行う程度の誠実さをもって通常人であれば尽くすべき注意義務で足りる。</li> <li>・本人は、ボランティアがタクシーを呼びに行ったことを理解していた、風除室の壁際は人の往来が激しいような危険な場所ではなかった、長時間待たせたのではない、本人は歩行に介助が必要であることは理解していたから、本人は指示に従って待つべきであり、ボランティアに過失はない。</li> </ul> <p>(社会福祉法人との契約関係)</p> <p>社会福祉法人は、ボランティア派遣依頼者の希望に応じて適切な登録ボランティアを紹介するものであり派遣する法的義務まで負うものではなく、本人と社会福祉法人との間で介護者派遣契約が成立したと解する余地はない。</p>
<p>陳旧性脳梗塞、糖尿病性網膜症で高度の視力障害で通院、陳旧性脳梗塞に伴う痙攣発作(てんかん)で入院。入院時、幻覚症状、意識混濁状態、見当識障害。保存的治療後、徐々に改善し、入院5日目から椅子座位姿勢によるリハビリを開始し、翌日の事故。 前日も時々ボーとしている、会話成立するも失見当識などの症状があり、抗痙攣薬を処方されており、再発作を起こす可能性があった。一方、食事・服薬など自力摂取、動かないようにという注意等に領いて理解を示し、異常などを訴えていなかった。</p>	<p>(予見可能性)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・患者は、事故当時、自ら立ち上がり、又は、立ち上がろうとする運動機能を有していた。</li> <li>・患者は、事故当時、陳旧性脳梗塞に伴うてんかん発作に関わる症状が、再発しないといえる程度まで寛解しているとは言い難い状態であり、看護師の指示を聞き、弁識し、指示に従って行動を抑制する十分な能力を有していたと認められない。</li> <li>・看護師の指示を理解せず、或いは、理解しても失念して立ち上がろうとするなどの行動を起こし、転倒する可能性を予見できた。</li> </ul> <p>(結果回避可能性)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・転倒を予見できたので、これを回避するために必要な措置を講ずるべきであった。前方への転倒防止措置を執るだけでなく、椅子を壁に近接させる等後方への転倒防止策をとったり、付添を中断するときは、立ち上がれないよう身体を固定したり、常時看護師がつきそう等通常とりうる措置により転倒防止を図ることができた。</li> </ul>
<p>全盲状態、老人性痴呆症状。 時々徘徊することがあり、施設では、徘徊や転倒防止に努めていた。 介護者との意思疎通はできていた。介助乃至手摺り伝いに自己歩行でトイレや食堂等に行っていた。 前日まで食事の際に介護職員の指示に従わず居室を離れたことはなかった。当日も指示に従わないような様子うかがえなかった。</p>	<p>(予見可能性)</p> <p>意思疎通は可能であり、介護職員の指示に従わないで居室を離れたことはなく、当日も指示に従わない様子うかがえなかったため、事故発生の予見可能性はなかった。</p> <p>(結果回避可能性)</p> <p>約40名の入所者に対し、介護職員3名、看護職員(他の階も含めて)1名の態勢であり、朝食準備の繁忙な時間であること、食堂の他居室で食事をする入所者が少なかつたこと、転倒するまで短時間であったこと、介護・看護態勢が介護保険の配置基準を満たしていないと判断しがたいこと、介護保険の基準で緊急やむを得ない場合を除き、身体的拘束が制限されていること等から注意義務違反ということとはできない。</p>

番号	判決	事故年月	訴訟の結果	事故の概要	施設の種類
6	大阪高判 H19.3.6 賃金と社会 保障 1447.55、 京都地判 H18.5.26賃 金と社会保 障1447.63	H13.12	1審過失(安全配慮義務違反) なし、2審過失あり。 法人に対し、債務不履行責任 を求め、1審否定、2審肯定。	79歳、女性。 (2審の認定)介護福祉士が浴室 で入浴(全介助)させるため、横 のリビングルームまで誘導し、 椅子に座らせた。途中でトイレ に行くか尋ねたが行くといわな かった。「ここで待っていてく ださいね」と言って浴室の湯温 の確認などのため10数秒乃至20 数秒離れたすきに、本人はトイレ に行こうとして歩き出し、トイ レの出入り口付近で転倒、右 大腿骨頸部骨折、翌日手術。4ヶ 月余後骨癒合、事故後要介護度 が重度化、転倒、骨折、誤嚥等 により入退院、2年後死亡。	株式会社(グループ ホーム、介護保険前 の呼称の指定痴呆対 応型共同生活施設)

予見可能性はなく、繁忙時であった等のため結果回避可能性も否定しており、3と比較して明確に利用者に理解能力があったとは認定していない。これは、利用者の理解能力の差を示しているものと考えられる。

一方、4、6(2審)は、介護者の過失を認めた。

4、6(2審)いずれも、利用者が、介護者の待機指示を理解できないか、理解しても忘れて歩行し出すなどの行動を取り、転倒してしまう危険性がありこれを予見できたとしている。

ただし、4は、陳旧性脳梗塞に伴う痙攣発作のため入院して6日目の事故で椅子座位姿勢によるリハビリを開始した翌日の事故であり、陳旧性脳梗

塞が寛解しているとは言い難い状態であったことを重要視している。一方、6(2審)は、認知症の周辺症状も出現しており、多数の入居者と静穏に暮らしていたところから1人離れてリビングに誘導されるという場面転回による症状動揺の可能性があったことを重要視している。4は、病状から考えて、理解能力が経常的に弱っていたことを認めているのに対し、6は、従前置かれていた場面から異なる場面に置かれたことによる一時的な理解能力の混乱・動揺を認めており、4と6において結果回避義務の内容について、別異の判断をしている。

事故以前の状況	過失についての争点と裁判所の判断
<p>多発性脳梗塞、徘徊等の認知症の症状。要介護度3。                  両下肢筋力低下に基づく不安定歩行があったが、施設内の平坦な場所をつかまりなしに独立歩行可能。独立歩行で一度も転倒したことなし。                  度々トイレの場所、便器の使用方法がわからない、尿失禁が多い等があった。                  事故後の職員作成の援助計画には、「ふらつきが多くなっていたのを分かっているながら、一人にして職員が離れたこと、離れる時の声掛けの不足を反省している」との記載あり。</p>	<p>(安全配慮義務)                  (1審)終始見守る義務はない。                  施設に法令上要求されている職員数など、本人の自立度(日中ほとんどベッドから離れて生活している、介護を必要とするが一時も目を離せない状態ではない)、事故当時の症状は介助量が増えているが特別な異常はない、リビングの床は平坦であったことなどから、20秒、30秒の間でも目を離してはならないという法的義務はない。                  (2審)離れる際に特別な変化が起こらないか確認をする注意義務がある。                  リビングに着座したまま落ちて待機指示を守れるか、仮に歩行を開始した場合、常と変わらぬ歩行態度を維持できるか、独歩させても差し使えないか等の見通しを事前確認するべき注意義務がある。                  (予見可能性)                  認知症の中核症状ばかりか周辺症状も出現しており、多数の入居者と一人離れてリビングに誘導されるという場面転回による症状動揺の可能性があったこと。頻繁にトイレに行き来する行動傾向があった。待機指示を理解できず、いったん理解しても忘却し、急に不穏行動や次の行動に移ることは容易に推測が可能な状況にあった。ふらつきなど転倒の危険性があった。                  (結果回避可能性)                  通常の見守り義務と異なる高度な注意義務ではない。また、結果回避可能性を否定すべき事情もない。                  (死亡との因果関係)2審：否定←多発性脳梗塞を基礎疾患とする自然的経過として廃用症候群が進行し、これに嚥下障害等の諸症状を併発して、総体として生体機能が衰退して死亡した。事故後の転倒、胃潰瘍、認知症の進行、嚥下障害等をすべて骨折に帰責するには、生体を取り巻く複雑な要素が交錯混在しており、骨折と死亡との間に相当因果関係があるとは認められない。                  (過失相殺)2審：否定。本人の判断能力の状態から賠償額を減縮すべき落ち度はない</p>

**4、過失(結果回避可能性)**

(1) 前記の予見可能性に加えて、4,6(2審)は、いずれも結果回避可能性があったとしている。

4は、前方への転倒防止措置だけではなく後方への転倒防止措置をとったり、付添を中断するときは身体を固定したり、常時看護師が付き添うなどの転倒防止措置を採る義務があり、これができたとしている。

一方、6では、1審判決が、20秒30秒の間でも目を離してはならないという終始見守る法的義務はないとしたのに対し、2審判決は、着座したまま落ちて待機指示を守れるか等、離れる際に特別な変化が起こらないか事前に確認する義務があり、

これができたとし、そしてこれは高度な注意義務ではないとしている。

4は場合によっては常時付き添う義務を必要とし、6(2審)は常時付き添うなど見守る義務はないが、離れた後の状況判断を求めている。4と6(2審)の判決の判断の差は、前記と同様に、利用者の判断能力の程度の差によるものと考えられる。

(2) 身体拘束の問題

4では身体固定義務をも認めている。

厚生省令(指定介護老人福祉施設の人員、設備、運営に関する基準)12条4項は、「指定介護老人福祉施設サービスの提供に当たっては、入所者又は他の入所者等の生命又は身体を保護するため緊

急やむを得ない場合を除き、身体的拘束その他入所者の行動を制限する行為を行ってはならない。」(介護老人福祉施設、指定介護療養型医療施設、痴呆対応型共同生活介護、特定施設入所者生活介護、短期入所生活・療養介護も同様の規定がある)としている。そして、厚生労働省の「身体拘束ゼロへの手引き」(平成13年3月厚生労働省「身体拘束ゼロ作戦推進会議」)は「緊急やむを得ない場合」とは、身体拘束しないことにより、利用者又は他の利用者の生命身体が危険にさらされる可能性が著しく高いこと(切迫性の要件)、身体拘束以外に危険を回避する代替手段のないこと(非代替性の要件)を充たすこと、身体拘束が一時的なもの(一時性の要件)が必要とされている。また、最高裁判平成22年1月26日判決(平成22年2月11日現在公刊物未登載)は、病院における身体拘束の事例で「入院患者の身体を抑制することは、その患者の受傷を防止するなどのために必要やむを得ないと認められる事情がある場合にのみ許容されるべきものである」としている。1)

これらを考えると、4)の事例は、看護師が午後の検査予定を確認するため、その場を離れたのであり、身体拘束の要件である切迫性と非代替性の要件を充たしていないと考えられる。

## 5、待機指示の仕方、内容

裁判例では、いずれも利用者の理解能力の程度が争点となっている。しかし、拒否事例の場合の介護の必要性の説明と同じように、利用者の判断能力・理解能力の程度によっては、待機指示の明確性、理由、待機する時間などの説明の仕方や内容も争点になりうると考えられる。

6では、職員が事後「1人にして職員が離れたこと、離れる時の声掛けの不足を反省している」と記載しているようであるが、待機指示の仕方や方法も明確になされるべきであったことを示唆している。

5の事例でも、判決では、過失を否定しているが、介護者が、配膳準備をして座らせた状態で、食事を持って来るまで待つと言って、利用者の居室を離れ、25分後に食堂で発見したというのであるが、利用者は食事を持って来るには長時間待たされたため不安になって食堂に赴いたのではないかと考えられ、介護者としては、具体的に待つ時間や離れる理由を明確に伝えておく必要があったのではないかと考えられる。

## 6、事故防止のために

3乃至6いずれの事例をとっても、介護者にとって、実際の場面では、利用者の理解能力の見極めは、非常に難しいように思える。現に、6の判決について、「今後・・・常時の見守りを前提とした体制を強いられることになる」と予想される。」「高齢者の引受けを躊躇する事態も生じかねない。」「『自律』の実現や、『ケア』の発想とはかけ離れた、介入主義的・パターンリスティックな『管理型』介護が助長されかねないであろう。」という批判がなされている。2)

しかし、翻って、現実には起こった介護事故に介護者に過失があるか否かを考える前に、3乃至6の各事例について、事故の予防ができなかったかを考えると、過失があったとされた4の事例は、前記のように、看護師は午後の検査予定を確認するために、わざわざ、その場を離れる必要はなかったと考えられるし、6の事例も、浴室の湯温の確認などを先にしてから利用者を誘導すれば事故は起こらなかったのではないかと考えられる。

過失が無いと判断された3の事例では、一旦戻って待合室に座らせてからタクシーを呼びに行けば、また、5の事例でも、食事を持ってきて配膳をしてから利用者を座らせれば、いずれも事故を防げたのではないかと考えられる。

理解能力の見極めが難しいからと言って、パターンリスティックな管理型介護というのは飛躍した議論であると考えられる。

## 7、ボランティアの注意義務

3の事例で、判決は、ボランティアの注意義務について善良な管理者の注意義務を負うことを認めながら、「素人であるボランティアに対して医療専門家のような介護を期待することはできない。障害者の身を案ずる身内の人間が行う程度の誠実さをもって通常人であれば尽くすべき注意義務で足りる。」と判断している。専門家ではないボランティアの注意義務を軽減するものではあるが、判断基準が非常にわかりにくい。

この点について「『障害者を介護する通常人が尽くすべき注意義務』であると簡潔に述べるべきであったとする見解があるが、この方がわかりやすい。3)

また、ボランティア(無償)であっても専門家によるものであれば高度の注意義務(善管注意義務)を原則として負うとされている。4)5)



- 1) 1審判決は名古屋地裁一宮支部判平成18年9月13日賃金と社会保障1480号69頁、控訴審判決は、名古屋高判平成20年9月5日賃金と社会保障1480号43頁。一審判決は身体拘束を適法とし、控訴審判決は切迫性、非代替性の要件を認められず、また、緊急避難行為とも認められず違法とし、最高裁判決は適法とした。
- 2) 菅富美枝「認知症の要介護者に対する待機指示と介護施設の安全配慮義務違反」賃金と社会保障1447号52、53頁
- 3) 黒田有志弥「ボランティアの善管注意義務とその紹介をめぐる法律関係」ジュリスト1174号117頁
- 4) 前田陽一「ボランティアの民事責任」別冊ジュリスト153号223頁
- 5) 3の判決は、利用者とボランティアを紹介した社会福祉協議会との間の契約関係を否定しているが、この判決の解説(判時1665号85頁)は、社会福祉協議会の事業の内容・特性、利用者の依頼に基づき継続的にボランティアを派遣したことを考慮すると、結論には疑問が残るところであり、今後の検討課題であるとしている。また、前掲4)前田は、『適切なボランティアを紹介すること』に係る契約責任ないしは信義則上の責任－登録ボランティアと依頼者の相互の申告に照らし、適切な選任およびボランティアに対する必要な指示(情報提供)をすべき法的義務－が考えられる」とする。

---

## Author

---

弁護士 坂田 均

### 1. はじめに

デジタル社会が到来し著作者の権利が根本から揺らいでいる。確かに、利用者の利便性の観点からは、できるだけ著作者の権利は制限的である方がよいという見解が説得力をもつ。実際、googleのような情報検索サービス業者が行っている情報のクロウリングや解析は、著作者から同意を得ることを前提にしては成り立たない事業である。2010年の著作権法改正で47条6及び同条7が新設され、検索や情報解析のための複製が一定の範囲で許されることになった。これはほんの始まりに過ぎず、今後も、デジタル社会の潮流に飲み込まれるように著作者の権利は制限を受けていくことが予想される。極端な論者は、著作者から利用禁止権を奪い、経済的対価のみを与えればよいという。そうなれば文字通り著作権法の根本を揺るがす事態になる。そのようなことがはたして許されるのであろうか。そもそも著作者の権利は creative work を保護するための制度で、自然権や人格権に由来するものであるから、そこには侵すべからざるものがある。著作者の権利は断固として守られなければならないという意見も当然反論として出てくる。ただ、この反論が観念的な形式論に陥らないためには、その考え方を支えている実質について検討を加え、正当化されるものかどうか検証されなければならない。

当面の課題は、今回の著作権法改正で解決されたが、デジタル社会における情報利用の効率化という観点から、著作者の権利に対するいっそうの圧力が既に生じている。このような事態に直面して、もう一度著作者(Author)、著作者人格権(Moral Rights)、および創作性(Originality)といった著作権法の基本概念を複数の観点から再考してみる必要がある。

### 2. 著作者概念の歴史の変遷

世界で最初の著作権法は、英国の1710年法(いわゆる Statute of Anne)であるといわれている。同法は、出版業者や書籍販売業者のギルド的な独占権を

保護するために制定されたものであり、本来、書籍取引規制法としての性質を有していたが、同時に、著作者の作品に対する権利(the first proprietor of his work)についても規定し、最大で28年間保護されていた。

その後、Pope v Curl 事件(1741年)で、ハードウィック(Hardwicke)判事は、手紙に対する財産的権利は手紙の受領者に移転するが、その内容である文章に対する権利は作成者に帰属するという画期的な判断を示した。知的財産権としての著作者の権利が誕生した瞬間である<sup>1,2</sup>。

1770年代に至り、ロンドンの出版業者や書籍販売業者は、彼らの独占権を永久に存続させるための運動をしていくことになるが、その際、著作者の権利を大いに利用し、著作者の権利をコモンローにおける財産権として位置づけて、その権利は永久に保護されるべきであると主張したのである。残念ながらその試みは失敗に終わり、保護期間の延長は認められなかった。Statute of Anneでは、出版から14年が経過したときに、著作者が生存している場合は、更に14年の延長を認めると規定しており、この点で、同法は著作者の保護を正面から認めたものであるといわれている。この著作者の権利は、ジョン・ロックが提唱する自然権に由来するものであり、著作者は創作行為の報酬として財産的権利が与えられたとする見解が有力である。ただ、英国ではこの自然権論には根強い反論がある。法的性質論は別にして、少なくとも、コモンローと世界では著作者の権利は、労働の対価としての財産権と認識されるに至るのである。

その後時代は19世紀となり、英国著作権法は、大陸諸国との協調の時代に入る。財産権の保有者としての著作者概念を有する英国著作権法と、ローマ主義的な人格権的な著作者概念を有する大陸法が互いに衝突しながら妥協の道を模索する時代が到来したのである。英国著作権法は、1988年法で著作者人格権(Moral Rights)を立法化した。これによって、英国著作権法は、コモンローと体系的に矛盾する要素を取り込むことになったが、現在でも、英国では著作者人格権に対する態度は冷淡で、著作者人格権は伝統的な英国著作権法の体系の外にあるものと位置づける見解が有力である<sup>3</sup>。

### 3. 著作者の価値に対する批判

「芸術家の役割は、この国の文化の核心をとらえ、

それを次世代のために記録することである。我々は芸術作品を通してしばしば真実を知ることができる。」<sup>4</sup> ロックの思想によれば、著作者の保護は、このような価値のある表現を創作した者に報いるためにある。

しかし、創作的な表現は、本当に著作者のものか。著作者に独占させて良いものか。もう一度検討する必要がある。

この点、フランスの哲学者ミッシェル・フーコは、その論文「著作者とは何か(“What is an author”)?」(1969)で、著作者の権利は、著作者に内在する自然権的なものではなく、その表現の内容は社会的に構築されたものであると主張する。ポスト構造主義からみた著作者の意味は、従来のロック的あるいは個人主義的な著作者像とは大きく異なるものである。

また、米国の著作権法学者ベンジャミン・カプラン(Benjamin Kaplan)は、数世紀にわたって著作者の権利を強く保護してきたが、その保護を受ける著作者が、果たしてそのような強力な保護を正当化させるだけの価値を創出しているかは疑問であると述べている<sup>5</sup>。

### 4. 創作性の概念の多様化

データベース、コンピュータプログラム、映画などは古典的な著作物と異なり、多くの人間が、大きな投資金額によって、創作される性質を有しており、このような著作物は著作者のユニークな個性の発露の所産といった考え方が必ずしも説得力を持ち得ていないのも事実である。著作物として保護される根拠を何に見いだすのかが問題になる。

ポスト構造主義の立場からの批判が全て正しいとは思えないが、表現の内容が社会的に構築された要素を含むことを明らかにしている点で示唆されるものがある。

著作者の保護といっても、著作物の種類によってその実体は異なっており、古典的な芸術作品から、データベース、プログラム、そして映画のように企業的なコラボレーションによって創作される作品まで、創作の実態は必ずしも同じではなく、多元的に検討していく必要があると思われる<sup>6</sup>。

以上

1 Mark Rose, “The Author in Court: Pope v. Curl” (1994) at 221.

- 2 Lionel Bently, "Copyright and the Death of the Author in Literature and Law" (1994)
- 3 W.R. Cornish, "Moral rights under the 1988 Act" (1989), 12EIPR 449
- 4 US Congress Rec. E2227.
- 5 Benjamin Kaplan, "An Unhurried View of Copyright" (1967).
- 6 Oren Bracha, "The Ideology of Authorship revisited: Authors, Marks, and Liberal Values in Early American Copyright" (2008), Yale LJ 118:186

## 編集著作物について

弁護士 福市 航介

### 第1 はじめに

編集著作物を規定する法12条1項については、編集著作物を他の著作物と同様に取り扱うべきであり、同条項は法2条1項1号の確認規定であると理解する見解と法12条1項は編集著作物について一種のアイデアまで保護した規定であると理解する見解がある。この論点については、既に検討されているところではあるが、自己の理解の確認と今後の研鑽の基礎とするために検討するものである。結論的には、同条項は、法2条1項1号の確認規定であると解すべきであり、編集著作物は他の著作物との差異は、相対的なものにとどまり、絶対的なものではないと考えるものである。

### 第2 編集著作物とは

- 1 編集著作物とは、「編集物でその素材の選択又は配列によって創作性を有するもの」をいう(12条1項)。したがって、編集著作物に該当するための要件として、①編集物であること、②その素材の選択又は配列に創作性があることが必要である。
- 2 編集著作物は旧著作権法下でも規定されていたが、現行著作権法とは、編集著作物に該当するための要件が異なっていた。すなわち、旧著作権法下では編集著作物は、「数多ノ著作物ヲ適法ニ編輯シタル者ハ著作物ト看做シ其ノ全部ニ付イテノミ著作権ヲ有ス」とされていたため、①編集物であること、②著作物を素材とすること、③適法に

編集することが要件となっていた。現行法と異なり、素材を著作物に限定し、素材の選択や配列自体に創作性を明示的に求めていなかった点等に特徴がある。旧法は編集著作物を素材の個性を利用しつつ、素材を組み合わせることで別個独立の個性を表現したものと捉えていたものと推測される<sup>①</sup>。

- 3 旧著作権法下では編集著作物は上記のとおり定義されていたため、保護の狭小化を招いた。すなわち、非著作物を対象とする編集物(事実的編集著作物)については保護の範囲から除外され、著作物を対象とする編集物であっても素材となっている著作物の個性が勘案されるため、侵害判断において素材の表現が重視されざるを得なかった。事実的編集著作物は情報検索のツールとして社会に極めて重要な役割を果たしていたにもかかわらず、保護の対象から除外ないし軽視されたのである<sup>②</sup>。
- 4 現行著作権法が非著作物を対象とし、選択又は配列行為自体に創作性が認められることを明示したことにより、保護対象が大幅に拡張され、編集著作物独自の保護範囲も明らかになった。

### 第3 創設規定説の内容

- 1 上記のような現行著作権法における編集著作物の内容の変化や情報化社会での情報インフラとしての事実的編集著作物の重要性の認識を基礎として、編集著作物の生産のインセンティブを確保するという観点から、法12条1項は、編集著作物については「編集体系」という一種のアイデアを保護することを認めたとのものであるという創設規定説が提唱されている<sup>③</sup>。
- 2 一般的な著作物では創作性や侵害判断の基準が著作物の外形的な表現に置かれるのに対し、編集著作物では、編集者は、個々の素材の表現化に関与する必要はなく、所与の素材を選択・配列すればよいだけであるから、編集者の知的活動が必ずしも編集著作物の場合の外形に現れるとは限らないという特殊性がある。このような特殊性を考慮して編集著作物の適切な保護範囲を措定するには、本来、著作権法の保護を受けることができない創作過程を創作物に連動させる必要がある。そのためには、編集者が実際に何に着目して編集活動を行ったかという観点から編集著作物の創作性を検討する必要がある(以下、この作業について論者の使用する「素材の抽象化テスト」との文言を

用いる。)④、法12条1項における「素材」概念は、このような解釈を可能にするものとして機能する。創設規定説の解釈学的基礎は、この点にあると思われる。

3 創設規定説の特徴は、表現・アイデア二分論の適用と創作性の判断にある。すなわち、通常の著作物に関する表現・アイデア二分論の適用は、外形的表现からみて明らかに表現と思われるもののみを「表現」と捉え、表現か否かの判定が難しいものは、全てアイデアとすることによってなされているとの認識の下に、編集著作物に関する表現・アイデア二分論の適用は、「グレイ・ゾーンにこそ創作者の知的営為が投影される編集著作物においては、伝統的な通説のようにグレイ・ゾーンを全てアイデアの範疇に押し込むのではなく、…まず「素材の抽象化テスト」によって「素材」を最大限(筆者注)どこまで抽象化することができるかという問題として現れる」として、編集著作物の保護範囲を実質的にはアイデア部分にまで拡大する。そして、創作性について、後記のとおり、著作物を対象とする編集著作物については素材が異なれば別の創作であるとし、非著作物を対象とする編集著作物については客観的創作性判断等を導入することで保護の不必要な拡大を防止するのである⑤。

4 このように創設規定説は、法12条1項を「素材」概念を利用することにより、実質的には編集方針という一種のアイデアまで保護することを可能にした規定であると解するのである。この見解によれば、「素材」概念の解釈によっては、編集著作物の保護範囲は拡大するから、侵害判断に影響を与える。また、著作権法の基本構造自体も再検討する必要が生じるように思われる。

#### 第4 創設規定説の妥当性

1 しかし、創設規定説が指摘する、上記のような解釈上の特徴が通常の著作物性の解釈では現れない特殊なものであるといえないのではないかとの疑問が生ずる。すなわち、上記のような編集著作物の特徴をもってしても、法12条1項は、編集著作物を他の著作物と異なる取扱いをしているのではなく、法2条1項1号の確認規定ではないかという疑問が生ずる。

2 確かに、編集著作物においては、編集者の知的活動が必ずしも編集著作物の場合の外形に現れ

るとは限らないという特殊性があることは事実である。しかし、編集著作物においては、素材の選択又は配列行為自体の創作性が求められている以上、事柄の性質上、編集著作物における創作性の判断対象は表現過程にならざるを得ない。これをもって、編集著作物についてはアイデアを保護しなければならない程に通常の著作物と異なるとはいえない。

3 また、創設規定説は、編集著作物においては、グレイ・ゾーンにこそ創作者の知的営為が投影されることから、通常の著作物における創作性の判断とは異なり、「素材の抽象化テスト」によって「素材」を最大限抽象化できるかという視点から、まずは保護範囲を拡大する方向で創作性の判断をすべきであるという。しかしながら、そもそも通常の著作物についても、抽象的なアイデアと具体的な表現との間には様々な段階を観念しうるとされており、どの程度まで抽象化されれば表現として保護されなくなるかという問題は生じる⑥。創設規定説が編集著作物についてだけ抽象化する程度を拡大することを許容するのであれば、その許容性の基礎が論ぜられなければならないが、それがなされているとまでは言えないように思われる。結局、編集著作物も、他の著作物と同様に、どの情報に独占を許し、どの情報をパブリックドメインとするのかという点について、事案を通じて個別具体的に判断するしかないものと思われる。

4 もちろん、編集著作物の中には編集方針というアイデアの保護が求められていることは事実である。しかし、編集方針も一定の具体化がなされれば、「表現」として著作権法上の保護が与えられるし、一旦保護されれば翻案権の保護がなされる。翻案権すら及ばないような表現については、現行著作権法は利用者の保護を優先していると考えべきではないかと思われる。それでも、保護の必要性があるというのであれば、それは著作権法の制度の範疇を超えるのであるから、独自の立法による対応が必要ではないかと考えられるのである⑦。

5 創作性判断について、創設規定説は、著作物を対象とする編集著作物については、素材の個性が重要な意味を有し、その個性ある素材を選び配列した点に創作性を見い出すことができ、通常の著作物と同様に、素材についても表現の一部として全体的考察が必要となるとする⑧。これにより素

材が異なれば別の編集物と取り扱うことを可能とし、編集著作物の保護範囲を狭めようとする。また、非著作物を対象とする編集著作物については、選択の幅を問題とする客観的創作性判断を採用し、不可避的表現・ありふれた表現の理論やマージ理論等を勘案して創作性を判断し、かつ、編集体系それ自体を保護する場合にはさらに新規性や進歩性等の一定のレベルの創作性も要求とすることで、保護範囲の不当な拡大を防止するようである<sup>9)</sup>。

- 6 しかしながら、著作物を対象とする編集著作物であったとしても、創作性判断の対象となるのは、あくまでも選択行為又は配列行為であって、素材自体の創作性が対象となるわけではない。確かに、著作物を対象とする編集著作物については、素材を含めて自己の著作物としていることは事実であるが、侵害判断において問題とされるのは、結局、創作性が認められる選択行為又は配列行為だけであって、素材自体の著作物性については問題とされないとと思われる。選択行為又は配列行為に創作性が認められ、当該選択行為又は配列行為についての複製権や翻案権が侵害されるような場合には、たとえ素材が異なっても、著作権侵害となるものと思われる。
- 7 また、創作性判断において、選択の幅を問題とする客観的創作性判断を採用し、不可避的表現・ありふれた表現の理論等を勘案して、創作性判断を行うという点についても、そもそも客観的創作性判断が主観的創作性判断よりも厳格であるのかという点についても実証されているとまではいえないのではないかとと思われるし<sup>10)</sup>、通常の著作物についても、創作性を表現の選択の幅の問題とすることは可能である<sup>11)</sup>。
- 8 さらに、創設規定説は、創作性判断について「右の該当事実を整理・編集することは、従来の実事情報資料においても採られていたものであって、原告リストがこの点において何らかの独自性、新規性を有するとは認めることができず」と判示する裁判例<sup>12)</sup>や「日常生活における経験から容易に推測することができる程度の事項であり」とか「ありふれた発想であって、専門的な知識や特段の創意工夫を要することなくしうることであるといえる」等と判示している裁判例<sup>13)</sup>があることを根拠として、創作性判断に新規性や進歩性を取り入れる可能性を示唆しているが、これらの事案では、い

ずれも表現・アイデア二分論の適用上、抽象的なアイデアに属するとして判断したり、表現の選択の幅を問題とすることで解決できた可能性があり、新規性や進歩性にまで言及する必要まではなかったものであると考えられるから、その先例的価値がどの程度あるか不明である。

- 9 以上述べてきたとおり、編集著作物は、通常の著作物と異なる取扱いをする必要はないのではないかと考えられ、法12条1項は、2条1項1号の確認規定であると考えられる<sup>14)</sup>。

## 第5 おわりに

創設規定説が指摘するように、編集著作物の内容の変化や情報化社会での情報インフラとしての事実的編集著作物の重要性の認識を基礎として、編集著作物の生産のインセンティブを確保する点は認識すべきである。しかし、それをすべて著作権法の枠内で解決することはやはり限界があるのであって、そのためには、編集著作物における編集方針等を保護する独自立法を待つしかないように思われる。

以上

- ①横山芳久「編集著作物に関する基礎的考察—職業別電話帳は果たして著作物なのか?—」コピーライト475号3頁以下(2000)参照。
- ②横山・前掲①3頁参照。
- ③横山・前掲①5頁では、「事実的編集物の効果的な保護を期するのであれば、編集物の外形に拘泥せず、編集体系(アイデア)の保護にまで踏み込まざるを得ない場合がある」とされる。中山信弘『著作権法』(有斐閣・2007)116ないし117頁参照。
- ④横山・前掲①4頁。
- ⑤横山・前掲①6頁参照。なお、中山・前掲③110頁参照。
- ⑥鳥井良他『著作権法入門』(有斐閣・2009)31頁、中山・前掲③48頁以下参照。
- ⑦日本においては、現在に至っても立法が迅速になされるとまでは言い難いが、そのことは、著作権法制度の範囲内でアイデアを保護することに直ちにはつながらないであろう。
- ⑧中山・前掲③115ないし116頁参照。
- ⑨横山・前掲①9ないし12頁、中山・前掲③110頁、114ないし115頁参照。
- ⑩井上由里子「創作性(3)別冊ジュリスト198号13頁(2009)は、創作性を「個性の発露」とする主観的創作性判断と「選択の幅」とする客観的創作性判断について、「著作権制度の積極的正当化根拠はどこに求められるかという原理的な問題について、両説の間には大きな溝があるように思われるが少なくとも創作性の具体的な判断基準に関しては、数多ある表現の選択肢の一つを選び出したところにこそ保護に値する「個性の発露」を重視する立場に立って、「表現の選択の幅」という基準を採用することは可能であるとされる。また、帖佐隆「創作性の高低と保護範囲」別冊ジュリスト198号15頁(2009)は、「「個性」という語と「表現の選択の幅」という語は結局同じ内容を述べていると考えられる。」とされている。

- ①中山・前掲③52頁以下参照。
- ②東京地裁平成11年2月25日判決。
- ③東京地裁平成10年3月17日判決。
- ④確認規定説を主張する学説として、田村善之『著作権法概説(2版)』(有斐閣・2001)23頁、作花文雄『詳解著作権法(第3版)』(ぎょうせい・2004)117頁参照。なお、松尾和子「本件編集著作物の素材とは何か」村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法』(東京布井出版界・2001)334頁、田中孝一「編集著作物」牧野利秋・飯村敏明『新・裁判実務大系 著作権関係訴訟』(青林書院・2004)153頁、晋一「編集著作物について」牧野利秋・飯村敏明・三村量一・末吉互・大野聖二編『知的財産法の理論と実務第4巻(著作権法・意匠法)』(新日本法規・2007)28頁以下参照。

## EB

弁護士 長谷川 彰

### 1 はじめに

わが国では、長期に渡って低金利政策がとられている。しかし、投資家は、資産をできるだけ高い利回り、安全に運用したいと希望する。そのような投資家の思惑につけ込んで、いろいろな金融商品が販売されている。特にデリバティブ取引といわれるものが、近年金融商品の主たるものとして販売されている。

デリバティブ取引とは、金融派生商品とも呼ばれ、為替、金利、債券、株式等の原資産に係る伝統的な現物取引から派生した金融取引であり、原資産の市場価格または指標に依存して理論価格が決まる金融商品である。その類型としては、先物取引、オプション取引、スワップ取引、クレジット・デリバティブ取引などがある。

金融商品取引法は、2条20項から25項までをデリバティブ取引の定義にあてている。

これらデリバティブ取引のうち、本稿ではEBを取り上げて解説する。

### 2 EBとは

EBとは、Exchangeable Bondの略称であり、他社株式償還条項付社債といわれるものである。旧証券取引法では、規制対象が有価証券関連のデリバティブ取引のみであったが、EBは旧法のもとでも公認されていた店頭デリバティブ商品である。

もともと欧米でEBというのは、他社株転換債を

意味し、転換社債の所有者が株式へ転換する際に、債券の発行会社以外の会社の株式に転換できる権利の付いた社債である。IBMは、1986年インテル株に転換できる他社株転換債を3億ドル発行した。インテルはIBMに部品を供給する企業の中でも最大のものの一つであり、IBMはインテルの発行済み株式の19%を取得していた。しかし、当時インテルは業績が芳しくなく、IBMはインテル株の売却を決めたが、市場で大量に売却すると値が下がるため、これを回避するとともに、課税上のメリットも考慮し、他社株転換債を発行したといわれている(サティアジット・ダス著「トレーダー、デリバティブ、そして金」412頁)。

これに対し、わが国でEBとかEB債といわれるものは、上記の通り他社株式償還条項付社債であり、特定銘柄の株式の値動きに連動して償還方法が現金償還か対象株式の現物償還かが決まるデリバティブ商品である。

### 3 具体例

名称：ダブルEB型早期償還条項付トリプル・デジタルクーポン他社株転換条項付円建債券  
 発行者：ノルウェー輸出金融公社(一般に格付けの高い機関が発行者となる。しかし、発行者の格付けは、償還が現金となった場合の支払いの確実性を示すにすぎず、この商品のリスクを小さくするものではない。)

利率

3ヶ月毎に

- ① 各「利払評価日」の参照会社2社のいずれの最終価格もその上限利息判定価格(当初価格×110%)以上である場合  
→年15.00%
  - ② 各「利払評価日」の参照会社2社のいずれの最終価格もその下限利息判定価格(当初価格×80%)以上、かつ、いずれか一方または両方の最終価格が、その上限利息判定価格(当初価格×110%)未満である場合  
→年9.00%
  - ③ 各「利払評価日」の参照会社2社のいずれか一方または両方の最終価格が、その下限利息判定価格(当初価格×80%)未満である場合  
→年0.10%
- \*ただし、第1回目の利払日における利率の下限は年9.00%とする。

## 償還条項

### ① 早期償還

3ヶ月毎に設定された「早期償還評価日」の株価が、参照会社2社とも「当初価格」以上になった場合→額面100%で現金償還。

上記①が一度も実現せずに満期を迎えた場合。

### ② 満期償還その1

「償還判定日」に参照会社2社とも、株価が「当初価格」以上になった場合→額面100%で現金償還。

### ③ 満期償還その2

「償還判定日」に参照会社の株価が、少なくとも1社が「当初価格」未満の場合。→株式+現金調整額(端株分)で償還。

### ③の場合に償還される銘柄及び株数

償還される銘柄：最終価格を当初価格で除した数値が低い方の会社。

償還株式数：社債額面÷償還対象株式の当初価格

## 4 わが国のEB債の仕組み

EB債は、債券+プットオプションの売りを組み合わせた商品である。プットオプションとは、売りつける権利のことである。この権利に対して付けられる売買価格を「プレミアム」という。

上記具体例は、実際に証券会社が販売しているEB債であるが、EB債の仕組みを考える場合に、これを単純化して、A会社1社のみを参照会社とし、株式の当初価格と同額で債券を1年償還で発行すると仮定する。

たとえば、「当初価格」を1万円として、発行会社は債券を1万円で発行し、投資家から1万円を受け取る。市場での一般的な利率が2%であったとすると、発行会社は5%の利率を設定する。市場利率との差3%は、オプションのプレミアムである。つまりプットオプションを投資家は債券発行会社に3%の上乗せ利率分で売ったことになる。

償還日の株価が1万円以上であれば、発行会社は

オプションを行使せずに、1万円を現金で償還し、利息500円を支払う。しかし、償還日に株価が7000円に値下がりしていた場合は、発行会社はオプションを行使し、市場で7000円でA社株を調達し、投資家に株券で償還すればよい。投資家は、株価7000円のA社株と利息500円を償還されることになる。

\*前記の実際に発行されている事例では

3ヶ月毎の「早期償還評価日」に2社ともに「当初価格」を市場価格が上回った場合には、プットオプションの買い手である機関投資家は権利行使を放棄し、一般投資家は投資額(額面金額)を回収し、それまでに入手したプレミアムが利益となる。満期に株価が「当初価格」を下回れば、機関投資家は売りの権利を行使し、一般投資家はこれを引き受けて、株式を受け取ることになる。

## 5 問題点

- ① 一般投資家に自分がプットオプションの売り手の立場に立つことの認識がない。
- ② 株価下落のリスクはすべて一般投資家が負担するが、株価上昇のメリットはプレミアムに反映するにとどまる(リスクとリターンのアンバランス)。

すなわち、上記の検討事例で見られるとおり、投資家は株価がいくら上昇しても得られる利益は市場金利との差額300円にすぎない。これに対し、株価が下落すると、上記の事例では、償還時に2500円の元本割れが生じている。さらに、今後の株価次第ではさらに損失が拡大するおそれがあり、極端な場合、A社が倒産すれば、投資額はゼロになる。

実際に販売されている上記具体例のように、第1回目の利率をかなり高く設定している商品もあり、これに目を奪われがちであるが、投資家がプットオプションの売り手の立場に立たされるという極めてリスクの高い商品であることがどれだけ認識されているか疑問である。

以上

## 編集後記

御池ライブラリーをお届けします。

今回は、時勢を反映して労働法関係の研究が多くなりました。

そのほか、法制度についての研究や最高裁判例の検討など所属弁護士が日常取り組んでいる事件の延長線上の問題を取り上げて、研究発表しております。

皆様よりのご意見・ご感想をいただきましたら幸いです。