

Oike Library

CONTENTS

特集 労働法 2

1	労働条件の変更	弁護士 永井 弘二	1
2	定年制と雇用延長	弁護士 坂田 均	3
3	同一労働同一賃金	弁護士 上里美登利	5
4	配転・出向・転籍	弁護士 草地 邦晴	8
5	団体交渉について	弁護士 住田 浩史	11
特 許 法	部品の交換による特許権侵害	客員弁護士 大瀬戸豪志	13
民 法	主債務者に対する求償権の消滅時効の中断事由と共同保証人間の求償権の消滅時効中断 —最高裁平成27年11月19日判決	弁護士 若竹 宏諭	15
民 法	遺言書の破棄について —最高裁平成27年11月20日第二小法廷判決	弁護士 加守田枝里	17
民 法	忘恩行為を理由とする贈与の撤回・解除 —民法(債権法)改正拾遺	客員弁護士 二本松利忠	19
民 法	認知症の者の妻と長男の不法行為責任(民法714条1項) —最高裁平成28年3月18日判決	弁護士 森貞 涼介	21
損 害 賠 償 法	胎児死亡時の損害賠償について	弁護士 北村 幸裕	24
家 族 法	子の監護に関する最近の裁判例 (監護者指定・面会交流を中心に)	弁護士 小原 路絵	25
刑 事 訴 訟 法	刑事訴訟法等の一部を改正する法律案 (平成27年3月13日提出)の概要3	弁護士 谷山 智光	27
金 融 法	金融機関の反社会的勢力対応を巡る近時の裁判例について	弁護士 茶木真理子	29
消 費 者 法	差止請求訴訟における「おそれ」の有無 —大阪高判平成28年2月25日判時2296号81頁、金融・商事判例 1490号34頁(クロレラチラシ配布差止等請求控訴事件)	弁護士 長野 浩三	32
消 費 者 法	健康食品とその表示・広告 —消費者委員会の建議を巡って	弁護士 野々山 宏	34
消 費 者 法	改正消費者契約法・改正特定商取引法の概要と今後の課題	弁護士 伊吹 健人	38
消 費 者 法	米国クラスアクション制度における通知・分配実務の調査報告	弁護士 志部淳之介	40
消 費 者 法	条例による不招請勧誘禁止の意義	弁護士 長谷川 彰	44

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

1 労働条件の変更

弁護士 永井 弘二

Q1-1 労働条件変更の形態

入社時に決められていた労働条件が変更されるのは、どういった場合でしょうか。

A1-1

労働条件とは、給与額、休憩・休暇の態様、退職金額等多岐にわたります。雇用関係も労働契約という契約になります。こうした労働条件は、入社時の労働契約によって定められるのが原則です。したがって、まず、①使用者、労働者の契約当事者のいずれもが変更し合意した場合、労働条件の変更は可能です(労働契約法3条、8条、Q2)。次に、使用者が従業員全般にわたって労働条件の変更をする場合があります。これは、②就業規則の変更(Q3)、③労働組合との協議による労働協約の変更(Q4)、によって行われることになります。

解説

1 労働契約も契約であり、契約自由の原則から使用者と労働者の合意によって労働条件を変更することができる(労働契約法8条)。但し、労働契約は就業規則よりも労働者に不利益なものであってはならない(同法12条)。

また、使用者にとっては労働者は代替者を確保し得ることから現実の場面では使用者が労働者に対して優位な立場にあるため、労働者を保護する法制として労働法制が定められている。こうした労働法制の趣旨から、労働者の合意の有無は、より厳密に検討されることとなる(Q2)。なお、事前合意に基づく配転等の使用者の人事権の行使は労働条件変更の問題ではなく、有効な人事権行使である限り労働者の同意が必要となるわけではない。

2 就業規則とは、事業場の労働者集団に対して適用される労働条件や職場規律に関する明文化された規則類であり、常時10人以上の労働者を使用する使用者には就業規則の作成義務がある(労働基準法89条)。労働契約法制定以前から、就業規則の変更による労働条件の不利益変更が有効か否かが議論されてきたが、労働契約法は、こうした議論を受けて就

業規則の変更に合理性が認められる時には、不利益変更も可能であることを明示した(労働契約法9、10条、Q3)。

3 労働協約とは、使用者と労働組合との間の労働条件等に関する合意であり、書面化されて両当事者が署名または記名押印したものである(労働組合法14条)。労働協約によっても労働条件の変更が認められることがある(Q4)。

Q1-2 合意による変更

上司から迫られて、退職金算定基準の変更に同意する書面に署名してしまいました。しかし、よく見ると退職金額が大幅に減額されています。書面に署名してしまうと、何も言えなくなるのでしょうか。

A1-2

就業規則の変更のない場合は労働契約法違反となり(労働契約法12条)、就業規則の適用が受けられます。また、不利益内容について十分に説明を受けて同意したのでない限り、同意の効力はありません。

解説

1 労働契約法制定以前から、就業規則に反する労働契約は無効であるとされてきており(労働基準法93条)、これは労働契約法12条に引き継がれている。したがって、退職金算定基準の変更が就業規則に反している場合には無効となる。もっとも、使用者がこのような同意を求める以上、就業規則も変更していることが多いと考えられ、その場合には、就業規則の変更による労働条件の不利益変更の合理性が認められるのが問題となる(Q3)。

2 また、使用者と労働者の立場が対等とはいえないことから、労働者の同意が認められるためには、具体的な事情のもとにおいて、労働者の自由な意思による同意であったか否かが判断されることとなる。最高裁は、「当該変更を受け入れる旨の労働者の行為の有無だけでなく、当該変更により労働者にもたらされる不利益の内容及び程度、労働者により当該行為がされるに至った経緯及びその態様、当該行為に先立つ労働者への情報提供又は説明内容等に照らして、当該行為が労働者の自由な意思に基づいてされたものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するか否かという観点からも判断されるべき」としている(最判平成28年2月19日裁判所時報1646号57頁、同最判の引用判例として昭和48年1月19日最判民集27巻1号27頁、平成2年11月26日最判民集44巻

8号1085頁)。

したがって、労働者の同意があったというためには、十分な説明、情報提供が必要であり、また、労働者が同意するに至った経緯等から、その同意に不合理な部分がないのかが検証されることとなる。

なお、上記最判は、信用組合の吸収合併に伴う退職金算定基準の変更であり、消滅信組の退職金規程がこれよりも低額な吸収信組の退職金規程に統一されるにあたり、消滅信組の従業員がこれに同意する書面を作成したという事案である。この意味で、同最判は一種の集团的労働関係に関する判断ではあるが、個別的労働関係においても援用は可能な判断と考えられる。

その他、賃金の減額や放棄等について、労働者の自由な意思に基づく同意とは言えないとして同意を否定した判決例は少なくない(東京高判平成12年12月27日労判809号82頁、最判平成15年12月18日労判866号14頁など)。

Q1-3 就業規則の変更による労働条件の変更

就業規則を変更することによって、労働条件の切り下げができる場合があると聞きましたが、有効か否かは、どういった基準で判断されるのでしょうか。

A1-3

就業規則の変更は「合理性」が認められることが必要であり、「合理性」が認められるか否かは、「就業規則変更の必要性の内容・程度、変更による不利益の程度、変更後の就業規則の内容の相当性、代償措置その他関連する労働条件の改善状況、労働組合等との交渉の経緯、他の労働組合又は他の従業員の対応、同種事項に関するわが国社会における一般的状況」等を総合考慮して判断されることになります(労働契約法10条参照)。そして、賃金、退職金などの労働者にとって重要な権利の変更については、「高度の必要性に基づいた合理性」が要求されます。

また、就業規則は労働者に周知させる手続を経ていないと拘束力を生じません(労働契約法7条、労働基準法106条参照)。

解説

1 労働契約法制定前は、就業規則による労働条件の不利益変更については明確な法規定がなく、判例法によりその可否、基準が形成されてきた。労働契約法10条等は、こうした判例法を成文化したものと見える。

こうした判例法のリーディングケースがいわゆる「秋北バス事件」の最高裁判決(最判昭和43年12月25日判時542号14頁)である。最高裁は、就業規則について、一種の法的規範性を認める一方で、就業規則は経営主体が一方的に作成・変更できることから、「就業規則の作成又は変更によって、既得の権利を奪い、労働者に不利益な労働条件を一方的に課することは原則として許されない」ことを明確にしつつ、労働条件の集合的处理、統一的・画一的な決定をその建て前とする就業規則の性質から、「当該規則条項が合理的なものである限り」、労働者はその適用を拒否することはできない、という判断をした。

その後、「当該規則条項が合理的なものである限り」との判示における「合理性」の判断基準について、判例が積み重ねられる状況となった。タケダシステム事件(最判昭和58年11月25日判時1101号114頁)、大曲市農協事件(最判昭和63年2月16日判時1278号147頁)、第一小型ハイヤー事件(最判平成4年7月13日判時1434号133頁)、第四銀行事件(最判平成9年2月28日判時1597号7頁)などを経て、上記のような判断基準が形成されてきた。結論として、これらの事案では、就業規則の変更による労働条件の変更は有効とされてきた。但し、第四銀行事件(最判平成9年2月28日判時1597号7頁)では反対意見も付されており、同事案が限界事例であることがうかがわれた。

こうした中、みちのく銀行事件で、最高裁は就業規則の変更による不利益変更を無効とした(最判平成12年9月7日判時1733号17頁)。第四銀行事件とみちのく銀行事件の比較は必ずしも簡単ではないが、第四銀行事件が、定年年齢の延長に伴う賃金減額の事案であり、従前の定年年齢後の継続雇用の慣習による期待は法的な期待とは言えないとされたのに対し、みちのく銀行事件は、定年年齢に変更はなく定年直前の数年間の賃金減額の事案であり、定年までの雇用の期待は法的な期待であったという点が重視されているようである。このため、第四銀行事件では定年年齢の延長を捉えて一種の代償措置であると判断されている(但し、従前から定年後の継続雇用の慣習がある中での賃金減額であり、実質は賃金切り下げに等しいという実態があり、この点が反対意見の根拠となっている。)のに対し、みちのく銀行事件では、こうした代償措置がない点が重視されるようにも見える判断となっている。

2 また、就業規則はこれを労働者に周知させなければ

ばならず(労働契約法7条、労働基準法106条)、これを欠いた場合には、就業規則の労働者に対する拘束力は生じない(労働契約法7条、最判平成15年10月10日判時1840号144頁)。

Q1-4 労働協約の変更による労働条件の変更

労働組合との協議によって従前の労働条件を変更する労働協約が締結されましたが、こうした協約には反対の労働者も拘束されてしまうのでしょうか。

A1-4

労働協約の場合は、これが不合理でない限りその効力を生じます。但し、労働協約の効力が及ぶのは原則として、その協約を締結した労働組合の組合員である従業員です。但し、事業場の4分の3以上の従業員を組織する労働組合が締結した労働協約は、当該事業場の非組合員にも効力が及びます(労働組合法17条)。

解説

- 1 労働協約は就業規則に優先し(労働契約法13条)、就業規則よりも労働者に不利な内容の部分も労働協約が優先するとされている。これは、労働協約締結にあたっては種々の駆け引き等がなされ、一方で労働者に優位な内容を獲得するために、他方で不利益な内容を受忍することもあるためである。したがって、労働協約による労働条件の不利益変更は、就業規則の変更をせずとも効力が生ずることとなる。
- 2 そして、労働協約による労働条件の変更は、その変更内容が不合理でない限り、効力を生ずるとされている(朝日火災海上保険事件(最判平成8年3月26日判時1572号133頁、最判平成9年3月27日判時1607号131頁))。これは、労働協約は労働組合を通じた労使の合意という側面があり、使用者が一方的に定める就業規則とは異なることから、原則として合理性が推認されるためである。したがって、労働協約による労働条件の不利益変更は、変更内容が不合理でない限り有効となる。

但し、労働協約締結に際し、組合大会決議を経ておらず、組合員からの意見聴取が不十分であったり(中根製作所事件(東京高判平成12年7月26日労判789号6頁、最判平成12年11月28日労判797号12頁))、協約合意についての書面作成がない場合には(最判平成13年3月13日判時1746号144頁、労働組合法14条)、労働協約自体の効力が生じないとした判例がある。

- 3 次に、労働協約の効力が及ぶのは、原則として労働協約を締結した労働組合の組合員である従業員で

あり、また、その協約が一定の事業場についてのものである場合には、当該事業場に所属する組合員である従業員ということになる。

しかし、協約を締結した労働組合が、当該事業場の4分の3以上の従業員を組織している場合には、その事業場の非組合員も当該労働協約に拘束される(労働組合法17条)。労働条件の不利益変更についても、上記朝日火災海上保険事件最高裁判決(最判平成8年3月26日判時1572号133頁)は、労働協約が不合理でない限り、未組織の非組合員にも効力が及ぶとしている。

2 定年制と雇用延長

弁護士 坂田 均

Q2-1

就業規則で、定年年齢を60歳未満とすることは許されますか。定年については法令でどのように規制されていますか。

A2-1

許されません。高年齢者等の雇用の安定等に関する法律(以下、「高年齢者雇用安定法」という。)8条により、定年は60歳を下回ることはできないとされています。また、65歳未満の定年制度を定めている場合には、高年齢雇用確保のための所定の措置をとることが求められています。

解説

定年とは、労働者が一定の年齢に達したことを退職の理由とする制度である。上記のように、定年は60歳を下回ることはできないとされている。また、同法9条によると、使用者は、高年齢者雇用確保のために措置をとることが義務付けられている(同法9条)。従って、使用者が定年を定めている場合(65歳未満の場合に限る)、定年の延長や再雇用等の措置をとる必要がある。

Q2-2

高年齢者雇用安定法によると65歳未満の定年制を定めている事業主は、どのような雇用確保の措置をとればいいのでしょうか。

A2-2

事業主は、65歳未満の労働者に対して、希望者全員に継続雇用の機会を与えなければなりません。以下に述べるように、いくつかの選択肢があります。

解説

高年齢者雇用安定法は、平成16年の改正で、事業主が雇用する労働者の定年の定めをする場合は、60歳を下回ることはできないと規定した(同法8条)。また、65歳未満の定年を定めている事業主については、①当該定年の引き上げ、②現に雇用している高年齢者が希望する場合には、定年後も引き続き雇用する制度(「継続雇用制度」)の導入、または、③その定年制の廃止のいずれかの措置を講じなければならないとして、再雇用確保のための措置を義務付けた(同法9条1項)。

②の措置に関しては、当初、定年後の継続雇用者を事業場の労使協定や就業規則の定める基準によって選別できるとしていた。

その後、厚生労働大臣は、「高齢者雇用確保措置の実施及び運用に関する指針」(平成24年11月9日厚労省告示560号)(以下、「指針」という。)によって、「継続雇用制度を導入する場合には、希望者全員を対象とする制度とする。」こととして、原則継続雇用義務に改めた。但し、「心身の故障のため業務に堪えられないと認められること、勤務状況が著しく不良で引き続き従業員としての職責を果たし得ないこと等就業規則に定める解雇事由または退職事由(年齢にかかるものを除く。)に該当する場合には、継続雇用しないことができる。」との例外事由を設けた。この指針の内容に沿った法律改正は平成24年8月に成立している(平24法78)。

この改正高年齢者雇用安定法が施行されるまで(平成25年3月31日)に、労使協定により継続雇用制度の対象者を限定する基準を定めていた事業主については、経過措置として、以下の図が示す様に、老齢厚生年金の報酬比例部分の支給開始年齢以上の年齢の者について、継続雇用制度の対象者を限定する基準によって選別することが認められている(なお、この図は、「厚労省ホームページ高年齢者雇用安定法Q&A」からの引用である。)

(参考)老齢厚生年金の報酬比例部分の支給開始年齢

平成25年4月1日から平成28年3月31日まで	61歳
平成28年4月1日から平成31年3月31日まで	62歳
平成31年4月1日から平成34年3月31日まで	63歳
平成34年4月1日から平成37年3月31日まで	64歳

Q2-3

事業主は、65歳未満の労働者に対して、希望者全員に継続雇用の機会を与えなければならないということですが、その継続雇用の機会には、「特殊関係事業主」による雇用が含まれるとされています(同法9条2項)。

この特殊関係事業主とは、どのようなものですか。

A2-3

特殊関係事業主とは、当該事業主の経営を実質的に支配することが可能となる関係の事業主、その他当該事業主と特殊の関係のある事業主として厚生労働省令で定める事業主をいいます。詳細は、高年齢者等の雇用の安定等に関する法律施行規則(以下、「高年齢者雇用規則」という。)で定められています。

解説

継続雇用制度には、「事業主が、特殊関係事業主との間で、当該事業主の雇用する高年齢者であってその定年後雇用されることを希望するものをその定年後に当該特殊関係事業主が引き続いて雇用することを約する契約を締結し、当該契約に基づき当該高年齢者の雇用を確保する制度が含まれるものとする。」と定めている(同法9条2項)。

特殊関係事業主には、①当該事業主の子法人等、②当該事業主を子法人とする親法人、③当該事業主を子法人とする親法人等の子法人等(当該事業主、①及び②に掲げる者を除く)、及び④当該事業主の関連法人等、⑤当該事業主を子法人等とする親法人等の関連法人等(④に掲げる者を除く)としている(高年齢者雇用規則4条の3)。

親法人等については、議決権の過半数を自己の計算において所有している法人、議決権の100分の40以上、100分の50以下で緊密な関係があることで当該法人等の意思と同一の内容の議決権を行使すると認められる者等をいうとされている(「高年齢者等の雇用の安定等に関する法律の一部を改正する法律等の施行について」平成24年11月9日職発1109第2号)。

関連法人等については、法人等が、子会社以外の他

の法人等の議決権の100分の20以上を自己の計算において所有している場合や、同100分の15以上、100分の20未満を自己の計算において所有し、当該法人等の役員、業務を執行する社員若しくは使用人である者、又これらであった者であって当該法人等がその財務及び営業又は事業の方針の決定に影響を与えることができるものが、その代表取締役、取締役又はこれらに準ずる役職に就任していること等が上げられている。

Q2-4

有期契約労働者についても、継続雇用は必要ですか。例えば、就業規則で、「有期契約労働者については、60歳を超えては契約の更新はしない」と定めていることがありますが、これは高年齢者雇用安定法9条1項に違反しますか。

A2-4

原則としては、違反しません。

高年齢者雇用安定法9条1項は、労働契約のなかでも、主として期間の定めのない労働者について継続雇用を確保するために導入されたものであると理解されているからです。

解説

高年齢者雇用安定法9条1項は、期間の定めのない労働者が定年を迎えたときに、65歳未満の場合に継続雇用の機会を与えることを目的としている。

従って、この制度目的からは、本制度は有期契約の労働契約関係の規律を想定していないものであると理解されている。

ただ、事情によっては、労働契約の文言としては期間の定めがあつて有期契約の形式を有する場合であっても、労働契約法18条1項や裁判例により期間の定めのない労働契約であると法的に評価される場合には、同法9条1項の適用されることがあるといえる。

Q2-5

例えば、ある有期契約社員(1年ごとの更新・雇用期間上限5年)が、5年間の雇用期間満了を迎えて当該会社を退職したが、引続き、これまでの使用者の子会社が、当該労働者を有期契約社員(1年ごとの更新・雇用期間上限3年)として雇用したとします。その場合、当該労働者は、労働契約法18条1項が定めている「期間の定めのない労働契約への転換申込」をすることはできますか。

A2-5

同法18条1項は、「同一の使用者との間で締結された2以上の有期労働契約の契約期間の通算期間が5年を超える労働者」には、当該労働者は「期間の定めのない労働契約への転換申込」をすることができると定めています。ただ、この通算は、「同一の使用者」との間での複数の有期労働契約に限って認められるものであり、設問の場合のように、親子関係にある会社間の場合は、子会社が親会社で勤務実績のある労働者を雇用したとしても、親会社で勤務した期間は通算されないと理解されています。

解説

有期労働契約が通算で5年を超えて更新された場合は、労働者の申し込みにより、当該更新後の雇用期間満了後、労働契約は期間の定めのない労働契約に転換する(同法18条1項)。有期労働契約の利用の濫用を防止し、労働者の雇用の安定を図ることが目的である。労働条件は、労働協約、就業規則、労働契約に別段の定めがない限り、直前の労働条件と同一となる。また、労働契約で、この転換申込権を予め放棄させることはできない。

期間の定めのない労働契約への転換は、同一使用者間の契約に限られる。従って、親子会社間や同一グループ企業に属する企業間のように、法人格が異なる使用者間では雇用期間の通算は行われぬ。子会社が、親会社で就業実績がある人を雇用するとなった場合であっても、雇用期間の通算はなされない。

ただ、例外的に、「転換申込権」を免れるために、労働契約の主体を形式的に他の使用者に切り替えたに過ぎない等の事情がある場合は、脱法目的で行われたと評価され「法人格の否認の法理」が適用される可能性があるが、そのような場合には雇用期間が通算されることがあり得る。

3 同一労働同一賃金

弁護士 上里 美登利

Q3-1 再雇用職員の労働条件

最近、定年後に再雇用された嘱託社員について、正

社員と同様の賃金を払うべきという判決が出たと聞きましたが、詳しく教えてください。

A3-1

東京地裁平成28年5月13日判決（労働判例1135号11頁）のことと思われます。

本東京地裁判決は、運送会社に勤務する3名の60歳定年後再雇用の嘱託社員につき、定年退職前と全く同じ立場で同じ業務に従事しているにもかかわらず賃金の額に相違があると認定しました。そして、当該嘱託社員の労働契約を労働契約法20条違反により効力を有しないとして、正社員と同様の就業規則の適用を認めました。

解説

東京地裁の判断の理由は以下のとおりである。

〈判決が前提とした原告の労働条件〉

- ・業務：バラセメントタンク車に乗務し、指定された配達先にバラセメントを配送。（正社員と同じ。）
- ・配転等：嘱託社員の労働契約において、「業務の都合により勤務場所及び担当業務を変更することがある」旨の定めあり。（正社員就業規則にも、業務の都合により配置転換又は転職を命じることがある旨定めあり。）
- ・賃金：一般職員の8割弱

〈判決の判断要旨〉

- ・①有期契約労働者の職務の内容並びに②当該職務の内容及び配置の変更の範囲が無期契約労働者と同じであるにもかかわらず、労働者にとって重要な労働条件である賃金の額について無期契約労働者との間に相違を設けることは、その相違の程度にかかわらず、これを正当と解すべき特段の事情がない限り、不合理である。
- ・嘱託社員である原告らと正社員との間には、業務の内容及び当該業務に伴う責任の程度に差異が無い。
- ・被告が業務の都合により勤務場所や業務の内容を変更することがある点でも差異はない。
- ・原告らの職務内容に照らし、定年の前後においてその職務遂行能力についての有意な差が生じているとは考えにくい。
- ・賃金についての相違を正当と解すべき特段の事情はない。
- ・以上により、本件嘱託職員の労働契約は労働契約法20条に反する。

Q3-2 法規制

そもそも、嘱託社員の賃金を正社員と同じにするよう定めている法律などあるのですか。

A3-2

正面から嘱託社員やパートタイム労働者等のいわゆる非正規社員と正社員の賃金を同一にするよう定めているわけではありませんが、①パートタイム労働法9条(旧8条)は、通常の労働者と同視すべき短時間労働者に対する差別的取扱いを禁止しています。

また、②パートタイム労働法8条及び労働契約法20条は、パートタイム労働者及び有期契約労働者の待遇がいわゆる正社員と相違する場合は、職務内容、当該職務内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して不合理であってはならないと定めています。

解説

法規制の概要は以下のとおりである。

- 1 短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律（平成5年6月18日法律第76号）（いわゆる「パートタイム労働法」）9条(旧8条)

①職務の内容が当該事業所に雇用される通常の労働者と同じ

②職務の内容及び配置の変更の範囲が通常の労働者と同じ

と見込まれる短時間労働者については、

賃金、教育訓練、福利厚生施設の利用その他の待遇について、差別的取扱いをしてはならない。

※職務内容とは、業務の内容及び責任の程度を意味する(同法8条)。

- 2 パートタイム労働法8条/労働契約法20条

パートタイム労働者/有期契約労働者について、通常の労働者/期間の定めのない労働者と待遇が相違する場合は、

①職務の内容

②当該職務の内容及び配置の変更の範囲

③その他の事情

を考慮して、不合理であってはならない。

Q3-3 これまでの裁判例

これまで、Q3-1の東京地裁判決以外に、いわゆる非正規社員の賃金等が正社員のものよりも低いことをめぐって争われた裁判例はありますか。

A3-3

近時では①大阪高裁平成21年7月16日判決（労働判

例1001号77頁)、②大分地裁平成25年12月10日判決(労働判例1090号44頁)があります。

①大阪高裁判決の事案の当時、労働契約法20条・現パートタイム労働法8条の規定は存在せず、現9条の適用が問題となりましたが、原告は、通常の労働者と同視すべき短時間労働者には該当しないと判断されました。

②大分地裁判決は、パートタイム労働法旧8条(現9条)の適用が問題とされた結果、通常の労働者と同視すべき短時間労働者であるにもかかわらず正社員より賃金等で待遇が劣るとして、旧8条違反による不法行為の成立を認めました。

解説

判決のポイントは以下のとおり。

1 大阪高裁平成21年7月16日判決

〈判決が前提とした原告の労働条件〉

- ・1年の雇用契約(2回更新)
- ・実労働時間：週35時間。残業も一般職員より短かった。
- ・業務：相談業務(原告は相談業務以外も従事していたと主張)

なお、一般職員に相談員はいなかった。

- ・賃金：一般職員と375万円余りの差

〈判決の判断要旨〉

- ・①同一(価値)労働であるにもかかわらず、②当該事業所における慣行や就業の実態を考慮しても許容できないほど著しい賃金格差が生じている場合には、均衡の理念に基づく公序違反として不法行為が成立する余地がある。
- ・本件では、嘱託職員の労働が一般職員の労働と同一価値であるとまで認めることができない。
- ・相談以外の業務を行ったという嘱託職員の主張については、それらの職務は相談業務に関連したものである等認定。
- ・採用基準が一般職員と異なること、労働時間が一般職員より短いこと、一般職員と異なり異動は予定されていなかったこと等を認定。

2 大分地裁平成25年12月10日判決

〈判決が前提とした原告の労働条件〉

- ・労働時間：7時間(正社員8時間)
- ・1年間の雇用契約(反復更新により約7年間継続雇用)
- ・業務：貨物自動車の運転手として、タンクローリーによる危険物等の配送及び附帯事業に従事すること(当事者間に争いなし)。

- ・賃金：正社員より賞与が年間40万円低く、年間休日が平均年約30日少ないなどの差

〈判決の判断要旨〉

- ・準社員は正社員と同じ業務に従事していた。
- ・転勤、役職への任命等の点における正社員と準社員の差異については争いがあったが、以下の理由によりその差異は大きくないと認定。

就業規則上、正社員のみ管外を含む就業場所の変更及び出向が定められていたが、正社員ドライバーの管外転勤や出向自体が非常に少なかった。

賃金規程改定前は、準社員でも役職者に就任した場合の手当の定めがあり、数は少ないが役職者に任命されたケースもあった。

- ・原告は、パートタイム労働法8条(現9条)1項の「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」に該当すると認められ、同項に違反する。
- ・パートタイム労働法8条1項に違反する差別的取扱いは不法行為を構成するため、損害賠償を請求できる。

Q3-4 今後の対応

なぜ、Q3-1の東京地裁判決は、話題を呼んでいるのですか。注意点はありますか。

A3-4

定年後の再雇用が問題とされたためと考えられます。

本東京地裁判決に基づく、定年後再雇用の嘱託職員について、賃金を大幅にカットしつつ、定年退職前と全く同じように勤務させていた場合には、労働契約法20条違反が認められる可能性が高く、注意が必要です。もっとも、同事件は現在控訴審係属中であり、今後の動向に注意する必要があります。

解説

1 東京地裁平成28年5月13日判決は、定年退職後の再雇用であっても、労働契約法20条が適用されるとして、嘱託職員の労働契約の効力を否定し、正社員の就業規則が適用されると判断した。

2 本東京地裁判決は、定年退職後の再雇用であっても、職務内容並びに当該職務の内容及び配置の変更の範囲が正社員と同一であるにもかかわらず賃金の額に相違を設けることは、その相違の程度にかかわらずこれを正当と解すべき「特段の事情」がない限り、不合理であるとの評価を免れないとした。

そして、「特段の事情」の検討過程において、「一般に、従業員が定年退職後も引き続いて雇用される

に当たり、その賃金が引き下げられる場合が多いことは、公知の事実であるといって差し支えない。…企業において、定年後継続雇用者を定年前と同じ業務に従事させるのか否かという点はさておき、賃金コストの無制限な増大を回避しつつ定年到達者の雇用を確保するため、定年後継続雇用者の賃金を定年前から引き下げることそれ自体には合理性が認められるというべきである。」としつつ、「しかしながら、他方、我が国の企業一般において、定年退職後の継続雇用の際、職務の内容並びに当該職務の内容及び配置の変更の範囲が全く変わらないまま賃金だけを引き下げることが広く行われているとか、そのような慣行が社会通念上も相当なものとして広く受入れられているといった事実を認めるに足りる的確な証拠はない。」とも述べた。

本東京地裁判決の事案では、再雇用した嘱託職員を定年退職前と全く同じ立場で同じ業務に従事させていたと認定されており（なお、この点について判決文からすると、会社との間に大きな争いはなかったように見受けられる。）、その場合には、労働契約法20条に違反すると認定されている。

本東京地裁の上記判旨によれば、定年退職後に雇用した嘱託職員について、企業が賃金を引き下げようとすれば、以前とは異なる職務に従事させること等の対策が考えられるが、それが果たして本当に労使双方にとって望ましい労働形態かどうか疑問の余地もあり、今後の高裁判断等を見守る必要がある。

4 配転・出向・転籍

弁護士 草地 邦晴

Q4-1 配転

会社から勤務場所の変更の内示がありました。私は希望していないのですが、会社から命令があっても応じなければ、どうなるのでしょうか？

A4-1

配転が就業規則上に定められているなど、労働契約の内容となっている場合には、命令に応じなければ所

定の処分の対象となることがあります。但し、命令が他の法令に違反していたり、権利の濫用に該当する場合には、命令自体が無効となることがあります。

解説

会社と労働者との間の雇用関係の内容は、労働契約によって定められる。使用者は、労働契約の締結に際し、賃金、労働時間その他の労働条件を明示しなければならず、就業の場所や従事すべき業務に関する事項についても明示することが求められている（労働基準法15条1項）。他方、労働契約法は労働契約の内容について、合理的な労働条件を定めた就業規則を労働者に周知させていた場合には、その就業規則で定める労働条件によるものとしており（7条）、就業規則で定める基準に達しない労働契約はその部分が無効となるため（12条）、就業規則の定めがある会社との労働契約においては、ここに就業の場所の変更に関する定めが置かれることが通例である。

一般的な就業規則の例では、「会社は、業務上必要がある場合に、労働者に対して就業する場所及び従事する業務の変更を命ずることがある。」「労働者は正当な理由なくこれを拒むことはできない。」といった形で、配転に関する条項が設けられている。

この場合、会社が業務上の必要性から就業場所の変更を命じた場合、正当な理由なくこれを拒むことは、就業規則に違反し、業務上の命令に従わないということになるため、事情によっては、懲戒処分の対象ともなり得ることとなる。

もっとも、この命令が法令に違反していたり、会社による権利の濫用と認められるような場合には、命令が無効となることはあり得る。例えば、不利益、差別的な取扱として行われる場合を禁じるものとしては、労基法3条、104条2項、雇用機会均等法6条、育児介護休業法10条、個別労働紛争解決促進法4条3項、労働組合法7条等があり、労働契約法は権利の行使にあたってこれを濫用することを禁じている（3条5項）。判例上も、業務上の必要性がない場合、他に不当な動機・目的をもってなされた場合、通常甘受すべき程度を著しく越える不利益を負わせるような特段の事情がある場合には、権利濫用として無効になりうることを認めている（東亜ペイント事件（最判昭和61年7月14日判タ606号30頁））。

Q4-2 出向と転籍

出向とは何ですか？ 労働者派遣や、転籍とはどのように違うのですか？

A4-2

出向(在籍出向)とは、労働者が使用者(出向元)との労働契約に基づく従業員たる身分を維持しながら、出向先の会社との間にも雇用関係を発生させる人事異動の形態です。出向先とも雇用関係が生じる点で労働者派遣とは異なり、出向元との雇用関係を維持している点で転籍(移籍出向)とは異なります。

解説

配転(就業場所や従事する業務内容の変更)が、あくまでも使用者である会社内部における人事異動であるにすぎないのと異なり、出向(在籍出向)、転籍(移籍出向)、労働者派遣は、会社外部との関係を生じる¹。

出向は、元の会社(使用者・出向元)との間における従業員としての地位を維持したまま、他の会社(出向先)の指揮命令の下で、長期間にわたって就労する人事異動の一形態である。基本的な労働契約関係は出向元との間で維持されるが、その一部の権利義務関係が出向先に譲渡ないし移転されており、その範囲で出向先との間でも雇用関係を生じることとなる。出向の内容を直接的に規律している法律はないため、どのような権利義務が出向元に残り、あるいは出向先に移転することになるかは、原則として出向元と出向先との間で締結される契約の内容により定まることとなる。

転籍は、従業員と会社(転籍元)との労働契約関係を終了させて、新たに他の会社(転籍先)との間の労働契約関係を発生させるという人事異動の一形態である。出向とは異なり、元の会社との労働契約関係を終了させるものであることから、従業員本人の個別的な同意がなければ会社はこれを命じることができないと解されており、転籍元に就業規則の定めがあるだけでは転籍させることはできない。転籍に伴う法律関係については、転籍元、転籍先と当該従業員との間で締結される契約により定まることとなる。

労働者派遣は、派遣元の会社の従業員としての地位を維持したまま、派遣先の指揮命令の下で一定期間就労するものであり、派遣先との労働契約関係は生じない点で、出向とは異なるものである。

Q4-3 出向と労働者の同意

出向は、どのような場合に命じることができるのですか？ 労働者の同意がない場合にも出向を命じることができるのですか？¹

A4-3

就業規則に出向を命じることがある旨の規定が定め

られている等労働契約上の内容となっている場合には、出向を命じることができます。労働協約や就業規則にも定めがなく、労働契約上の合意もない場合には、原則として、労働者の個別の同意が必要です。

解説

出向においては、労働契約上の権利義務関係の一部が出向元から出向先に譲渡ないし移転されることとなる(A4-2参照)。使用者の一方的な変更は労働者への影響が大きいことから、民法上、使用者は、労働者の承諾を得なければ、その権利を第三者に譲渡することはできないと定められているため(625条1項)、ここにいる承諾の内容として、個別的な承諾まで要するのかが問題となる。

この点について、最高裁は、就業規則に「業務上の必要によって社外勤務をさせることがある」という規定があり、当該労働者に適用のある労働協約である社外勤務協定において、社外勤務の定義、出向期間、出向中の社員の地位等出向労働者の利益に配慮した詳細な規定が設けられているといった事情の下では、個別的同意なしに、出向先においてその指揮監督の下に労務を提供することを命ずる出向命令を発令できると判示している(新日本製鐵事件(最判平成15年4月18日労働判847号14頁))。

同判決は、出向労働者の利益にも配慮した規定が設けられているという前提の下ではあるが、就業規則や労働協約において出向命令が定められている場合には、個別的な同意を不要としており、こうした場合には労働者の包括的な承諾があり、これで足りると解しているとみることもできよう。

一般的な就業規則には、「会社は、業務上必要がある場合に、労働者を在籍のまま関係会社へ出向させることがある。」といった規定が置かれることが多く、グループ会社や関連会社への出向が多用される企業においては、出向者の不利益を回避する出向規程等の整備が行われていることが多いため、こうした場合には出向命令を発することができると解されよう²。

規則等がなく、労働契約上包括的な承諾を認めるべき事情もなければ、出向には当該労働者の個別的同意が必要であろう³。

Q4-4 出向と労働条件の変更

関連会社への出向を命じられましたが、出向後の勤務条件は今よりもかなり悪くなります。そのような出向命令にも従わなければならないのでしょうか？

A4-4

出向後の労働条件が、著しく低下する場合には、出向命令が無効となることがあります。但し、出向の必要性や選定方法、賃金、労働時間、業務内容、代替措置の有無など労働者の受ける不利益の程度などを含めた総合的な判断となります。

解説

会社が出向を命ずることができる場合であっても、出向の必要性や、対象労働者の選定に係る事情その他の事情に照らして、権利の濫用と認められる場合には、出向命令は無効となる(労働契約法14条)。

「出向の必要性」については、必ずしも高度の必要性に限定されるものではなく、労働力の適正配置や労働者の能力開発、業務の能率増進や運営の円滑化等企業の合理的運営に寄与するものであれば足りると解されるが、必要性があっても他に不当な目的がある場合には権利の濫用となる場合もあり得よう(東亜ペイント事件)。

また、「その他の事情」には、出向に伴う労働条件の変更の内容、程度や、労働者の受ける不利益の程度等も含まれるものと解されることから、これらの事情を総合的に勘案して、権利の濫用に当たるか否かを判断することとなる(新日本製鐵事件・日本レストランシステム事件も同旨)。

裁判で争われた事例では、通勤時間が2時間近くになり、休日数の減少、労働時間の増加があり、業務内容も運転から清掃業務に変更されたが、出向に関する協定により特別措置がとられて出向後むしろ賃金総支給額が増加していた事案で、労働条件の悪化が著しいということができないとして権利濫用を否定したもの(JR東海中津川運輸区事件(名地決平成14年7月3日労判838号42頁))や、そもそも出向の必要性があると言えない上、職務内容が調理、営業から配送作業に変更されるにもかかわらず、労働条件について十分な説明が尽くされていない等として権利濫用を肯定したものの²などがある。

Q4-5 出向と就業規則の適用関係

出向後の労働時間や、休日、残業、有給休暇の取得等は、どのような取扱になりますか。

A4-5

契約により定められている場合は、これに従うことになります。一般的には、労働時間、休憩、休日などについては、出向先の就業規則に従います。時間外・

休日労働協定(いわゆる36協定)に関しては、出向先の労働者数に含まれ、出向先の協定があることが必要となります。有給休暇については、出向元の勤続年数を通算し、出向元で発生した有給休暇を出向先で取得できると解するべきです。

解説

出向社員の労務の提供に関する事柄については、現実の労務の提供が出向先で行われることから、出向先の就業規則が適用されると考えられる。従って、労働時間、休憩、休日、休暇などは出向先の就業規則に従うこととなる。その結果、労働条件が出向元のそれよりも労働者に不利益になる可能性があるが、その場合の有効性についてはQ4-4を参照されたい。出向規程等が整備されている場合には、その中で代償措置がとられていることも少なくない。

出向先での時間外・休日労働に関して、労働基準法の制限を上回る場合には、いわゆる36協定が必要となるが、出向社員には出向先の労働時間が適用となるため、出向先において36協定の締結と届出がなされていることが必要であり、出向社員は出向先の「事業所の労働者の過半数」の労働者数の中に算入されることとなる。

出向社員の有給休暇については、出向元で取得していた有給休暇を出向先で取得することができるかという問題を生じる。

この点について労働省通達⁴は、有給休暇発生要件の「継続勤務」の意義について、勤務の実態に即し実質的に判断するよう求めており、在籍型の出向については勤続年数を通算するとしている。そうすると、出向元での勤務年数を通算して有給休暇が与えられると解するべきであり、これを出向先においても取得できると解される。

但し、その行使にあたって時季変更権を行使する場合は出向先においてこれを行うこととなろう。

1 以下では、在籍出向を単に「出向」、移籍出向・転籍出向を単に「転籍」と言う。

2 日本レストランシステム事件(大高判平成17年1月25日労判890号27頁)は、出向命令権の根拠は就業規則の包括的な事前合意で足りるとする一方、出向命令を有効に行うには、出向先労働条件に関する規定が整備され、その内容も著しい不利益を被らせるものでないことを要すると判示する。

3 出向を命じる根拠があっても、権利濫用に当たる場合には無効となる点はQ4-4を参照。

4 昭63.3.14基発150号

5 団体交渉について

弁護士 住田 浩史

Q5-1

私は、従業員30人の小さな株式会社を運営しています。このたび、突然「XXユニオン」という労働組合から「団体交渉開催要求書」という文書が届きました。文面をよくみると、従業員のひとりが加盟しているということが記載されていました。私の会社には労働組合などありません。このような外部の労働組合と交渉する義務があるのでしょうか。

A5-1

外部の労働組合も、団体交渉の当事者です。よって、使用者は、正当な理由がない限り、従業員が組合員となっている外部の労働組合からの団体交渉開催要求に対して、応じる義務があります。

解説

団体交渉の主体となり得る当事者は誰か。

団体交渉とは、労働組合またはそれに準ずる団体が、代表者を通じて使用者と労働条件等について交渉することをいう。団体交渉の労働者側の当事者は、まず、労働組合である。労働組合とは、「労働条件の維持改善その他経済的地位の向上を図ることを主たる目的として組織する団体又はその連合団体をいう」と定義し(労働組合法2条)、「団体」とは、規約や社団的組織と財政を備えた人的集合をいう。

この労働組合の中には、ユニオン、合同労組等と称される企業外の労働組合があるが、これらの労働組合も、組合員の属する企業に対して団体交渉の当事者として、団体交渉を求めることができる。その他、単位組合の上部団体も、単なる連絡組織に過ぎず労働組合の実態をもっていない、あるいは単位組合に対する統制力を有していないということでない限り、単位組合と共同して団体交渉の当事者たり得る(ただし、単位組合と上部団体とで別個の団体交渉の申込があるような場合には、使用者は、二重交渉のおそれがあるとして交渉を拒むことができるものと解される。)

その他、争議団や日雇労働者の団体等についても、労働組合法7条2号の「雇用する労働者の代表者」と認められる限り、団体交渉の当事者となり得る。被解雇

者の団体も、解雇の効力を争っている場合や、退職金や賃金の支払を要求している場合には、団体交渉の当事者となり得る。

Q5-2

私は、社内で協議して、総務部長を団体交渉の担当として交渉にあたらせることにしました。すると、XXユニオンから「代表取締役が出てこなければ話にならない」としてこのままでは不当労働行為にあたる、といわれました。団体交渉には必ず代表取締役が出席しなければならないのでしょうか。

A5-2

誠実に交渉するための権限を有する者が交渉担当者として出席しなければなりません、必ず代表取締役が出席しなければならないわけではありません。

解説

Q5-1は、団体交渉の当事者についての問題であるが、Q5-2は、団体交渉の担当者についての問題であり、これらは明確に区別されなければならない。

使用者側の担当者については、まず、交渉当事者間で特別の合意がある場合はこれに従うこととなるが、このような合意がない場合は、使用者が、組織内の管理・決定権限の配分に応じて交渉担当者を選任することとなる。

ところで、使用者は、Q5-3の解説で述べるとおり、単に、交渉のテーブルにつくだけにとどまらず、労働組合の要求に対して、その具体性や程度に応じた回答や主張をし、必要に応じて、論拠を示し、あるいは資料を提示する義務がある(誠実交渉義務)。よって、誠実交渉義務を果たすことができない者を交渉担当者とすることは、誠実交渉義務違反となる可能性がある。

では、代理人弁護士はどうか。使用者が委任した弁護士が団体交渉について回答したことについて、単なる法的アドバイザーに過ぎず弁護士の回答は会社の回答ではないとして、組合側が、団交拒否の不当労働行為を申立てた事案について、使用者は弁護士に窓口交渉を含む交渉権限及び一定の妥結権限を委任したものとして不当労働行為に当たらないとした命令がある(平成26年(不再)第19号リコー(管理職ユニオン・関西)事件、中労委データベース)。

Q5-3

これまで団体交渉を3回開催し、争点について議論

を重ねましたが、こちらにも譲れない部分があり、どうしても妥結の糸口が見つけれられません。ところが組合からは「譲歩が見られない」として、譲歩をしなければ誠実に交渉したことにはならないとして不当労働行為にあたる、と言われました。会社には譲歩する義務があるのでしょうか。

A5-3

譲歩義務はありませんが、その論拠を示して反論するなどの努力をすべき義務があります。

解説

使用者には、団体交渉を行う際の基本的な義務として誠実交渉義務がある。

東京地判平成元年9月22日労判830号66頁(カール・ツァイス事件)は、「使用者は自己の主張を相手方が理解し、納得することを目指して、誠意をもって団体交渉に当たらなければならず、労働組合の要求や主張に対する回答や自己の主張の根拠を具体的に説明したり、必要な資料を提示するなどし、また、結局において労働組合の要求に対し譲歩することができないとしても、その論拠を示して反論するなどの努力をすべき義務があるのであって、合意を求める組合の努力に対しては、右のような誠実な対応を通じて合意達成の可能性を模索する義務があるものと解すべきである。」として、誠実交渉義務の中身を具体的に明らかにした。

また、誠実交渉義務は、絶対的・硬直的なものではなく、交渉における要求内容や労働組合の態度によって影響を受ける、相対的・流動的なものである。すなわち、組合側に合意達成の努力を怠る等の問題がある場合には、使用者の誠実交渉義務もこれに応じて軽減されることがある。

Q5-4

団体交渉で、1日30分以内に限り就業時間中の組合活動を認めるという条項について、「同業者中、認めないのはおたくの会社だけだ。」などと強く迫られたこともあり、短時間だからいいかと思い、「応じる。」と言ってしまいました。ところが、他の従業員からの不満もあり、やっぱりこれを考え直そうと思います。組合から労働協約の締結を求められましたが、拒否できますか。

A5-4

相互に議論を尽くし、誠実な交渉の上でなされた最終的な合意である場合には、使用者は組合の求めに応

じて、その合意内容について労働協約を作成する義務があります。

解説

団体交渉の結果、労使間に合意が成立したと認められる場合は、使用者は、当該合意の協約化を拒否することはできない。

もっとも、これは、労使間に実質的な合意が成立したことを前提とするものである。東京地判平成5年1月21日労民集44巻1号1頁(石塚証券事件、なお、控訴審東京高判平成7年2月22日労民集46巻2号655頁も原審の判断を維持。)は、罵声や怒号のなかで進められた団交において、同業他社の協約状況に関する誤解に基づいて行われた会社の回答は、誠実な団交の成果といえず、回答書と同内容の協約作成を拒否したことは相当な理由があるとされ、不当労働行為にあたらないと判断している。

また、最判平成7年1月24日労判675号6頁(文祥堂事件)は、「全体的な合意の成立を条件とする暫定的ないし仮定的な譲歩にかかわるもの」であれば、最終的な合意の成立とはいえず、協約化の義務はないとした。

主な参考文献

- 菅野和夫『労働法 第11版』弘文堂、2016年
- 西谷敏『労働組合法 第3版』有斐閣、2012年
- 山口浩一郎『労働組合法 第2版』有斐閣、1997年

部品の交換による特許権侵害

客員弁護士 大瀬戸 豪志

1 特許製品の部品の交換

特許製品の部品の交換が特許権の侵害に当たるかどうかは、古くて新しい問題である。とくに、その部品が消耗品である場合が問題になる。

この点については、先ず、特許権者又は特許権者から許諾を受けた者(以下「特許権者等」という。)が譲渡(販売)した特許製品の部品の交換が問題になる。結論から言えば、原則として自由に交換できる。特許権者等が譲渡した特許製品については、いわゆる消尽理論によりその特許製品について特許権者等は重ねて特許権を行使することができない。その理由は、特許製品について譲渡を行う都度、特許権者等の許諾を要するという事になれば、市場における商品の自由な流通が阻害され、特許製品の円滑な流通が妨げられることになり(取引の安全)、他方、特許権者等は、特許製品を自ら譲渡する際に特許製品として譲渡代金を取得したり、実施料を取得することにより、特許発明の公開の代償を確保する機会は保障されているものということができるのであるから、特許権者等が譲渡した特許製品について、二重に利得を得ることを認める必要性は存在しない(二重利得の防止)というところにある(最判平成9年7月1日(BBS事件))。このように、特許権者等が譲渡した特許製品そのものについて特許権を行使することができないから、その結果として、その特許製品の通常の使用により無くなったり、摩耗した部品(消耗品)を交換する行為に対しても特許権侵害を主張することはできない。

しかし、この原則には例外がある。最判平成19年11月8日(インクタンク事件)は、その例外として次のように判示している。

「特許権の消尽により特許権の行使が制限される対象となるのは、飽くまで特許権者等が我が国において譲渡した特許製品そのものに限られるものであるから、特許権者等が我が国において譲渡した特許製品につき加工や部材の交換がされ、それにより当該特許製品と同一性を欠く特許製品が新たに製造されたものと認められるときは、特許権者は、その特許製品について、

特許権を行使することが許されるというべきである。そして、上記にいう特許製品の新たな製造に当たるかどうかについては、当該特許製品の属性、特許発明の内容、加工及び部材の交換の態様のほか、取引の実情等も総合考慮して判断するのが相当であり、当該特許製品の属性としては、製品の機能、構造及び材質、用途、耐用期間、使用態様が、加工及び部材の交換の態様としては、加工等がされた際の当該特許製品の状態、加工の内容及び程度、交換された部材の耐用期間、当該部材の特許製品中における技術的機能及び経済的価値が考慮の対象となるというべきである。」

これによれば、特許権者等によって譲渡された特許製品の部品(消耗品)の交換についても、その交換によって当該特許製品と同一性を欠く特許製品が新たに製造されたものと認められるときは、特許権の侵害になる。

2 特許権侵害品の部品の交換

次に、特許権者等の許諾を得ずに譲渡(販売)された特許権侵害品の部品の交換が問題になる。特許権の侵害行為(直接侵害)は、特許製品の業としての生産、使用、譲渡等、輸出、輸入、譲渡等の申出に限られているので(特許法2条1項1号)、部品を交換する行為は、たとえそれが特許権侵害品の部品の交換であっても特許権侵害にはならない。また、当該部品が、特許法101条1号の特許製品の生産にのみ用いる物(専用品)や同条2号の特許発明の課題の解決に不可欠なもの(不可欠品)に該当する場合には、その部品の業としての生産、譲渡、輸入、譲渡等の申出は特許権侵害とみなされるが(同条柱書、間接侵害)、その部品の交換は間接侵害にはならない。このように、特許権侵害品の部品の交換は、直接侵害にも間接侵害にもならないというのが、特許法上の原則であるが、最近、これに対しても一定の条件のもとに特許権侵害(直接侵害)になるという判決が現れた。知的財産高判平成27年11月12日(生海苔の共回り防止装置事件)がそれである。

この判決の事案は、「生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置」の発明(本件発明)について特許権(本件特許権)を有する一審原告が、「生海苔異物除去機」(被告装置)の製造販売等をする一審被告に対し、被告装置は本件発明の技術的範囲に属し、被告装置の部品(後記「本件固定リング及び本件板状部材」)は特許法101条1号の間接実施品(被告装置の「生産にのみ用いる物」)に当たるから、一審被告が被告装

置及び被告装置の部品を製造販売等する行為は、本件特許権を侵害する行為であり、さらに、一審被告が被告装置に対して被告装置の部品を取り付ける行為（本件メンテナンス行為1）及び点検、整備、部品の交換（ただし、本件メンテナンス行為1を除く）、修理（本件メンテナンス行為2）を行う行為も本件特許権を侵害する行為であると主張して、被告装置及び被告装置の部品の製造販売等並びに本件メンテナンス行為1、2の差止め及び損害賠償等を求めた事案である。

一審判決（東京地判平成27年3月18日）は、被告装置及び被告装置の部品に対する原告の差止請求及び損害賠償請求等を一部認容し、さらに、本件メンテナンス行為1についても被告装置の部品の一部（本件板状部材）を取り付ける行為の差止めを認容したが、本件メンテナンス行為2については原告の請求を棄却した。本件判決も、原告の差止請求及び損害賠償請求を一部認容し、本件メンテナンス行為2の請求を棄却したのは一審判決と同様であるが、本件メンテナンス行為1については、被告装置の部品の全部（本件固定リング及び本件板状部材）又はその一部を取り付ける行為の差止請求を認めた。この点に関する本件判決の理由は下記のとおりである（下線は本稿の筆者が付した）。

「本件メンテナンス行為1に係る差止請求には、実質的には、被告装置の本件固定リング又は本件板状部材について、新しい本件固定リング又は本件板状部材に交換する行為の差止請求が含まれているものと解することができる。

イ 製品について加工や部材の交換をする行為であっても、当該製品の属性、特許発明の内容、加工及び部材の交換の態様のほか、取引の実情等も総合考慮して、その行為によって特許製品を新たに作り出すものと認められるときは、特許製品の『生産』（特許法2条3項1号）として、侵害行為に当たると解するのが相当である。

本件各発明は、・・・生海苔混合液槽の選別ケーシングの円周面と回転板の円周面との間に設けられた僅かなクリアランスを利用して、生海苔・海水混合液から異物を分離除去する回転板方式の生海苔異物分離除去装置において、クリアランスの目詰まりが発生する状況が生じ、回転板の停止又は作業の停止を招いて、結果的に異物分離作業の能率低下等を招いてしまうとの課題を解決するために、突起・板体の突起物を選別ケーシングの円周端面に設け（本件発明1）、回転板及び／又は選別ケーシングの円周面に設け（本件発明3）、あ

るいは、クリアランスに設けること（本件発明4）によって、共回りの発生をなくし、クリアランスの目詰まりの発生を防ぐというものである。

そして、被告装置においては、・・・厚さ数mm、長方形の板状である板状部材8（本件板状部材）が、環状固定板4（本件固定リング）の表面4bの一部に形成された凹部に嵌め込むようにして取り付けられ、ボルトで固定されており、板状部材8の表面部分が環状固定板4の表面4bよりも僅かに突出することにより、『表面側の突出部』を形成し、板状部材8の側面部分が環状固定板4の内周側部分（内周端面）4aよりも僅かに突出することにより、環状固定板4と回転円板3とで形成された環状隙間C内に「側面側の突出部」を形成するものであって・・・、この構成を備えることによって、環状固定板4の内周側面（内周端面）4aと回転円板3の側面（端面）3aとで形成された環状隙間Cに目詰まりが生じることを防止することができるものであると認められ、被告装置の上記構成・・・が、本件各発明の構成要件C『生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置』に該当する。

上記のとおり、本件板状部材は本件固定リングに形成された凹部に嵌め込むように取り付けられて固定されることにより、本件各発明の『共回りを防止する防止手段』（構成要件A3）に該当する『表面側の突出部』、『側面側の突出部』を形成するものであるが、本件固定リング及び本件板状部材は、被告装置の使用（回転円板の回転）に伴って摩耗するから、このような摩耗によって上記突出部を失い、共回り、目詰まり防止の効果を喪失した被告装置は、本件各発明の『共回りを防止する防止手段』を欠き、もはや『共回り防止装置』には該当しない。

そうすると、『表面側の突出部』、『側面側の突出部』を失った被告装置について、新しい本件固定リング及び本件板状部材の両方、あるいは、いずれか一方を交換することにより、新たに『表面側の突出部』、『側面側の突出部』を設ける行為は、本件各発明の『共回りを防止する防止手段』を備えた『共回り防止装置』を新たに作り出す行為というべきであり、特許法2条3項1号の『生産』に該当する。」

「エ 上記イのとおり、一審原告は、被告装置において、本件固定リング又は本件板状部材を、新しい本件固定リング又は本件板状部材に交換する行為の差止めを求めることができる。」

要するに、この判決は、特許権侵害品（被告装置）の

うち摩耗によって効用を失った部品(「表面側の突出部」、「側面側の突出部」)を新しい部品に交換することは、当該特許権侵害品(「共回りを防止する防止手段」を備えた「共回り防止装置」)を新たに作り出す行為といえるから、「生産」行為に該当し、特許権侵害になるというのである。この判断の根底には、本件発明の技術的範囲に属する被告装置の環状隙間Cに目詰まりが生じることを防止するための部品(「表面側の突出部」、「側面側の突出部」)の交換は、単に摩耗した消耗品を交換したというにとどまらず、クリアランスの目詰まりの発生を防ぐための共回り防止手段として選別ケーシングの円周端面、回転板及び/又は選別ケーシングの円周面あるいはクリアランスに突起・板体の突起物を設けるという本件発明の本質的部分に係る構成を欠くに至った状態のものについて、これを再び充足させるものであるということができ、本件発明の実質的な価値を再び実現し、クリアランスの目詰まりの発生の防止という本件発明の作用効果を新たに発揮させるものであるとの考慮が働いているように思われる(前掲インクタンク事件最判参照)。

3 今後の問題

上にみた生海苔の共回り防止装置事件の知財高判の事案は、特許権侵害品(被告装置)を製造・販売した特許権侵害者自身が、海苔の製造業者(ユーザー)が使用している当該特許権侵害品(被告装置)の部品の交換をしていたというものである。その限りでは、この判決の内容に異論はないかもしれない。

しかし、この判決の考え方によれば、部品の交換によって特許権侵害品を新たに作り出すものと認められる限り、それを自ら製造することのないリース業者がリース物件(特許権侵害品)のメンテナンスとしてその部品を交換するような場合はもとより、特許権侵害品を使用しているに過ぎないユーザーが自らその部品の交換を行っているような場合まで、特許権侵害品の生産として、侵害行為に当たることになるであろう。特許権侵害品を自ら製造することのないリース業者やその使用者が、部品を交換するだけで特許権侵害品の生産として特許権侵害の責めを負うことになるという結論には違和感がある(判旨が「製造」とはいわず、「新たに作り出す行為」といっているのはそのせいかもしれない)。

そればかりでなく、特許法101条の専用品(同条1号)や不可欠品(同条2号)に該当しない部品についても、その交換行為が特許権侵害品の生産行為として特許権

侵害になるということになりかねない。しかし、そのような結果は、厳格な要件の下に特許権の直接侵害の発生を防止するための部品の生産等の行為を特許権侵害とみなす同条の立法趣旨との関係で問題なしとしない。上記の生海苔の共回り防止装置事件の知財高裁判決の判旨を容認するにしても、その適用範囲についてなんらかの歯止めが必要になるであろう。

(本稿は、平成28年8月1日に御池総合法律事務所で開催された研究会の報告を基に作成されたものである。)

主債務者に対する求償権の 消滅時効の中断事由と 共同保証人間の求償権の消滅時効中断 —最高裁平成27年11月19日判決

弁護士 若竹 宏論

第1 はじめに

民法の一部を改正する法律案が国会に提出され、債権法改正を間近に控える中(同法案は、平成28年6月1日に継続審査で決議された。)、近時、保証人が取得する求償権と消滅時効に関する最高裁判例が出された。保証人の主債務者に対する事前求償権の時効中断事由が事後求償権の消滅時効を中断するか否かについて判断した最三小判平27・2・17判タ1412号129頁、代位弁済した保証人が主債務者に対して取得した求償権について消滅時効の中断事由がある場合に当該保証人が他の共同保証人に対して取得する共同保証人間の求償権の消滅時効を中断するか否かについて判断した最一小判平27・11・19金法2043号66頁である。両裁判例で問題となった点については、いずれも最高裁判所の判断が初めて示されたものである。本稿においては、後者の最高裁判例を紹介したい。

第2 事案の概要

1 本件は、共同保証人の1人であり、主債務者の借入金債務を代位弁済した原告(信用保証協会)が、他の共同保証人であった被告に対し、共同保証人間の求償権(民法465条1項、442条。以下「本件求償権」

という。)に基づいて、求償金残元金と遅延損害金の支払いを求めた事案である。

主な事実経過は以下のとおりである。

- (1) 被告は、A社からの委託を受け、B銀行との間で、A社がB銀行に対して負担する一切の債務を連帯保証する旨の契約をした。A社は、平成2年8月、B銀行から2口合計8490万円を借り入れたが、その際、原告は、A社からの委託に基づき、その借入金債務を連帯保証した。
 - (2) その後、原告は、平成6年2月23日、B銀行に対し、上記借入金の残債務全額を代位弁済した。
 - (3) A社は、平成6年12月から平成13年5月までの間、原告に対し、上記代位弁済により発生した求償金債務を一部弁済した。
 - (4) 原告は、平成14年5月、A社に対し、上記求償金の支払いを求める訴訟を提起し、同年9月、請求認容判決が言い渡され、同判決は同年11月5日の経過によって確定した。
 - (5) 原告が平成24年7月に本件訴訟を提起した。
- 2 被告は、本件求償権について、消滅時効の成立を主張し、これに対し、原告は、主債務者に対する求償権の消滅時効の中断事由がある場合には、民法457条1項の類推適用により、共同保証人間の求償権についても消滅時効の中断の効力が生じると主張した。第一審(大津地判平25・2・28金法2043号74頁)は、民法174条の2によって主債務者の求償権等債務の短期消滅時効期間が10年に延長するときは、保証人の債務の消滅時効期間も10年に変ずるものと解すべきとし、被告の消滅時効の主張を排斥して、原告の請求を認容した一方で、控訴審(大阪高判平25・7・9金法2043号69頁)は、本件求償権の時効期間は5年であるとして原告の請求を棄却(平成11年2月23日の経過によって時効消滅)したため、原告は、上告受理の申立てを行った。
- 3 最高裁判所は、保証人が主債務者に対して取得した求償権の消滅時効の中断事由がある場合であっても、共同保証人間の求償権について消滅時効の中断の効力は生じないものと解するのが相当であるとして、原告の主張を排斥し、上告を棄却した(以下「本判決」という。)¹。

第3 考察

- 1 現行民法上、共同保証人の1人が自己の負担部分を超えて代位弁済をした場合、当該共同保証人は、主債務者に対して求償権を取得する(民法459条、

462条)とともに、他の共同保証人に対しても求償権を取得する(民法465条1項、442条)。本件では、原告が代位弁済したことにより、これらの求償権を取得したことになるが、各求償権の関係について、主債務者に対する求償権の消滅時効の中断事由が生じた場合に共同保証人間の求償権の消滅時効が中断するか否かという点が問題となった。本判決以前には、この点を判示した最高裁判例は見当たらない。

本件の原告は、共同保証人間の求償権の性質について、保証人が弁済による代位により取得する他の共同保証人に対する保証債権と共同保証人間の求償権の類似性を指摘した上、両者が実質的に同じであり、共同保証人間の求償権も保証人の主債務者に対する求償権を担保するためのものであるとして、主債務者について生じた事由の絶対的効力を定めた民法457条が類推適用されると主張した。

しかしながら、共同保証人間の求償権は、本判決が判示するように、主債務者の資力が十分でなく、主債務者に対する求償では満足できない場合に、出損をした保証人だけが損失を負担しなくてはならなくなるとは共同保証人間の公平に反することから、共同保証人間の負担を最終的に調整するためのものであると解されている²。共同保証人間の求償権の法的性質をこのように解するのであれば、弁済による代位により取得する保証債権と共同保証人間の求償権は、実質的に同じであるということとはできないし、共同保証人間の求償権が主債務者に対する求償権の担保であるという関係もない以上、民法457条を類推する基礎はないであろう³。したがって、上記共同保証人間の求償権の法的性質を前提とする限り、本判決の結論は妥当である。

- 2 本判決の結論からすると、主債務者からの内弁済が継続されていたり、主債務者に対する求償権について確定判決を取得していたからといって、共同保証人間の求償権の消滅時効が中断されることにはならない。しかしながら、実際上は、共同保証人が主債務者に対する求償権との関係で連帯保証人にもなっている場合も多いと思われ、主債務者に対する求償権の時効中断措置を講ずることで連帯保証契約に基づく保証債務履行請求権が確保されるから(民法457条1項)、共同保証人間の求償権についての時効中断措置まで取られていないケースもあると思われる。今後は、(主債務者に対する求償権について連帯保証人となっていない他の共同保証人が存在する場合にはいうまでもなく)共同保証人間の求償権独

自の時効管理が必要になってこよう。

3 本判決の結論は、債権法改正後も維持されるであろうか。保証人の主債務者に対する求償権については、現在の考え方が基本的には維持され(法案459条1項、462条1項)、共同保証人間の求償権についても特段の変更はない(法案465条1項)。したがって、債権法改正によっても、本判決から窺われる保証人の主債務者に対する求償権と共同保証人間の求償権の関係に変更が生ずるものではなく、本判決の結論は維持されることになるだろう。なお、本件では、共同保証人間の求償権が訴訟物とされていたが、原告は、弁済による代位により、債権者が被告に対して有していた保証債権も取得しており、かかる保証債権を訴訟物に据えることも可能だったのではないかと、という疑問も湧く。もっとも、かかる保証債権は、共同保証人間の求償権の範囲内でのみ行使することができるものと解されているため⁴(なお、法案501条2項では、共同保証人間での代位求償が問題となる場合に、弁済者代位を認めた上で、その上限を、債務者に対する求償権ではなく、共同保証人間での求償権とすることが明記されている⁵)、共同保証人間の求償権が時効により消滅している本件においては、いずれの債権を訴訟物に据えたとしても、原告の被告に対する請求が認められないという結論に変わりはないと思われる。

4 なお、本件は、代位弁済から18年以上が経過してからの訴訟提起であったため、本件求償権が商事債権でも民事債権であっても、消滅時効期間は経過しており、原告は、本件求償権の消滅時効期間の伸長か、時効中断を主張立証しなければならない事案であったが、本件求償権について商事消滅時効(商法522条)が適用されるか否かも争われていた。

本件の控訴審は、本件求償権に商事消滅時効の適用があるとして、消滅時効期間を5年と解し、本件求償権の消滅時効を認めた⁶。その理由付けにおいては、信用保証協会が商人である債務者の委任に基づいて成立した保証債務を履行した場合において、信用保証協会が取得する求償権が商法522条に定める5年の消滅時効にかかることと解した最二小判昭42・10・6判タ214号144頁が引用されていた。しかしながら、共同保証人間の求償権が共同保証人間の負担を最終的に調整するためのものであるならば、保証人の主債務者に対する求償権と共同保証人間の求償権との間の主従関係は認められないと考えられるため、共同保証人間の求償権の消滅時効期間につい

て、保証人の主債務者に対する求償権と同じに解すべき必然性はなく、共同保証人間の求償権の性質からすれば、むしろ別に考えるべきであろう。したがって、私見としては、共同保証人間の求償権の消滅時効期間は10年と解すべきであると考ええる。なお、商事消滅時効については、債権法改正に伴い廃止される予定であり⁷、同改正後は、この点の問題は生じないこととなる。

- 1 代位弁済後に主債務者が破産宣告を受け、その破産手続において、原告(信用保証協会)が主債務者に対する求償権を破産債権として届け出て、その額等が異議なく確定したことから、消滅時効の中断が主張された事件について、最高裁判所は、本判決と同日に同じ法理を示して、時効中断の主張を認めなかった。
- 2 八木良一「判解」最判解民事篇平成7年度(上)10頁
- 3 民法457条1項については、付従性からの帰結であるとする見解と、付従性からの当然の帰結ではなく、債権者保護ないし債権担保の確保をはかる政策的規定であるとする見解がある(中田裕康『債権総論 第三版』499頁(岩波書店、平25))。
- 4 中田・前掲(注3)363頁、八木・前掲(注2)9～10頁
- 5 潮見佳男『民法(債権関係)改正法案の概要』170頁(きんざい、平27)
- 6 但し、仮に消滅時効期間が10年であった場合はどうか、ということにも言及していた。なお、第一審は、原告が被告に対して取得した求償権が商行為によって生じたものであるとしており、本件求償権には商事消滅時効が適用されるという見解であったことが窺われる。
- 7 潮見・前掲(注5)42頁

遺言書の破棄について —最高裁平成27年11月20日第二小法廷判決

弁護士 加守田 枝里

1 はじめに

民法1024条前段より、遺言者が故意に遺言書を破棄したときは、その破棄した部分については、遺言を撤回したものとみなされる。

最判平成27年11月20日民集69巻7号2021頁(以下、「本判決」という。)は、自筆証書遺言の文面全体の左上から右下にかけて赤色ボールペンで1本の斜線が引かれたものについて、同遺言が撤回されたものとみなされるか否かが争点となった事案において、遺言書に故意に斜線を引く行為は、民法1024条前段所定の「故意に遺言書を破棄したとき」に該当するとして、遺言者が同遺言を撤回したものとみなし、同遺言の効力を否定

した。

2 遺言の撤回について

遺言者は、いつでも遺言を撤回することができる(民法1022条)。なぜなら、遺言の目的は、死者の死亡の瞬間における意思を尊重するというものであるところ、遺言書を作成した時点から遺言が効力を生ずる時点までの間には、時間の経過があるため、遺言者がかつてなした意思表示に永久に拘束されるとすると、遺言の目的に反するし、遺言者にとって酷である¹。また、遺言は相手方のない単独行為であり、遺言の効力発生まで、遺言処分の名宛人が法律上の利益を取得することはないため、撤回によって害される第三者の権利は存在しない²。

遺言が厳格な要式行為であることから、遺言の撤回は、原則として遺言の方式によらなければならないが(民法1022条)、遺言者が故意に遺言書を破棄したときなど、一定の場合には、遺言の方式によることなく撤回の効力を生ずる(民法1023条、1024条)。

3 遺言書の破棄による遺言の撤回について

(1) 民法1024条前段より撤回したとみなされるためには、次の3つの要件を満たす必要がある。すなわち、遺言者自身が破棄すること、遺言書が破棄されること、遺言者が故意に破棄することを満たさなければならない³。

(2) まず、いかなる場合に、「破棄」と言えるか。

破棄とは、遺言書の焼捨て、切断、一部の切捨てなど遺言書自体の有形的破棄の場合の他、記載内容の抹消も含まれる。記載内容の抹消の場合、いかなるものであれば破棄にあたるかについて、学説は次のように議論していた。

通説は、破棄と言えるためには、内容を識別できない程度にすることを要求し、元の文字を判読できる程度の抹消であれば、破棄ではなく、変更ないし訂正として一定の形式を備えない限り、元の文字が効力を持つとしている(見解1)^{4・5}。

これに対して、文面が判読できる状態であっても、全体が塗抹されたり斜線で消されたりした遺言書は、それが遺言者によるものであるならば、変更ないし訂正の方式に即していなくても、破棄されたと解すべきであるとする見解(見解2)⁶や、遺言書の本文については通説と同様に解しつつ、遺言者の署名が抹消されたような場合は、撤回として扱うべきであるとする見解(見解3)⁷等がある。

(3) 次に、故意の内容をいかに解すべきか。

学説は、破棄の故意が必要であるとしている。すなわち、遺言者が遺言書であることを認識し、これを破棄する意思で破棄したことが必要であるとし、遺言を撤回する旨の故意までは必要でないとしている⁸。

4 本判決とその下級審判決について

(1) 第一審(広島地判平成25年11月28日民集69巻7号2027頁)は、遺言者は「本件遺言書に斜線を引いた時点で少なくとも一時的に本件遺言について撤回の意思を有していたと推認される」としつつも、「元の文字を判読できる程度の抹消であれば、破棄でなく、変更ないし訂正として一定の形式を備えない限り、元の文字が効力をもつことになる」として、本件については、斜線が引かれた後も判読可能な状態を維持していることを理由に、遺言書の文面全体に斜線を引いたことは遺言書を撤回する行為には当たらないとした。

(2) 原審(広島高判平成26年4月25日民集69巻7号2033頁)も、「原文が判読できる状態で傍線を引いているだけでは、格別の事情がない限り、遺言書の破棄には当たらないと解される」として、第一審判決を正当と認めた。

(3) これらに対して、本判決は、「遺言書の一部を抹消した後にもなお元の文字が判読できる状態であれば、民法968条2項所定の方式を具備していない限り、抹消としての効力を否定するという判断もあり得よう」とした上で、「本件のように赤色ボールペンで遺言書の文面全体に斜線を引く行為は、その行為の有する一般的な意味に照らして、その遺言書の全体を不要のものとし、そこに記載された遺言の全ての効力を失わせる意思の表れとみるのが相当である」として、本件遺言書に故意に本件斜線を引く行為は、「故意により遺言書を破棄したとき」に該当するとした。

(4) 上記3(2)で述べた学説の見解に照らして考えると、第一審および原審は、通説(見解1)の立場に立っているのに対し、最高裁は、見解2を採用したのと考えられる。

さらに、最高裁は、遺言者の故意に関して、斜線を引く行為が「遺言の全ての効力を失わせる意思の表れとみるのが相当」と言及していることから、上記3(3)で述べた学説とは異なり、少なくとも、文面を識別できない程度に記載内容を抹消したのではな

い場合には、単に意図的に遺言を破棄しただけではなく、遺言を撤回することに向けられた意思があることが判断の基礎とされているように考えられる⁹。

5 本判決の問題点、今後の課題

まず、斜線を引くことによる抹消行為が、遺言者自身によって行われたものであるかについての判断が容易ではない。遺言者が加筆・修正した場合には、筆跡等から、それが遺言者によってなされたものであるか否かを判断することが可能であるが¹⁰、斜線の場合には、文字の場合と異なり、遺言者によるものであるか否かの判断が困難となる。

次に、本判決は、文面全体に斜線を引くという行為について判断したものであるが、文面の一部のみに斜線が引かれていた場合に、撤回の問題となるのか、あるいは変更ないし訂正の問題となるのかについては判断されていない。本判決は、遺言書の一部を抹消した場合について、元の文字が判読できる状態であれば、民法968条2項所定の方式を具備していない限り、抹消としての効力を否定するという判断もあり得ると指摘するにとどめている。他人の変造等を防ぐために変更の方式を定めた民法968条2項の潜脱を防ぐには、変更ないし訂正の問題として慎重に判断されるべきであると考ええる。

6 おわりに

本判決は、記載内容の抹消の場合にいかなるものであれば破棄にあたるかについて、最高裁の見解を初めて明らかにしたものであり、意義がある。もっとも、上記の通り、斜線を引いた者が遺言者自身であるか否かをいかに判断するか、遺言書の一部のみを抹消した場合にも撤回の問題となるかといった点については明らかでなく、今後の裁判例の蓄積を待ちたい。

- 1 中川善之助＝加藤永一『新版 注釈民法(28) 相続(3) 補訂版』(有斐閣、2002年)396頁
- 2 前田陽一ほか『民法Ⅳ 親族・相続』(有斐閣、第3版、2015年)390頁
- 3 中川＝加藤・前掲注1 413頁
- 4 中川＝加藤・前掲注1 413頁
- 5 中川善之助・泉久雄『相続法』(有斐閣、第4版、2000年)640頁
- 6 伊藤昌司『相続法』(有斐閣、2002年)67頁
- 7 松原正明『全訂先例判例相続法Ⅳ』(日本加除出版、2010年)345頁
- 8 中川＝加藤・前掲注1 414頁
- 9 上田誠一郎『批判』法学教室427号48頁(2016年)
- 10 上田・前掲注11 50頁

忘恩行為を理由とする 贈与の撤回・解除 —民法(債権法)改正拾遺

客員弁護士 二本松 利忠

第1 はじめに

親族間で贈与がなされた後、受贈者が贈与者を虐待するなど、受贈者に忘恩行為¹があった場合に、贈与者は贈与を撤回又は解除して贈与した物を取り戻すことはできるか。民法にはこの問題を直接に規律する規定がなく、裁判実務でしばしば争いになってきたところ、平成27年3月31日に国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」の立案段階で、このような場合を規律する規定を新たに設けることが検討された。しかし、多くの新設規定と同様、最終案の段階で外されてしまった。以下、「幻の条文」に終わった贈与の撤回(解除)をめぐる問題を紹介することとする。

第2 忘恩行為等を理由とする贈与の撤回・解除

1 贈与の撤回等に関する現行民法の建前

現行民法では、書面によらない贈与は、贈与者がこれをいつでも撤回することができるが、履行の終わった部分については撤回することは許されないとされている(民法550条)。したがって、書面による贈与や履行が終了した贈与については、受贈者に忘恩行為等があった場合などの特別の事情が生じた場合に、そのことを理由として贈与者が贈与の効力を否定して、給付した物の返還を請求することは許されないのが原則である²。

一方、大陸法系の諸国では、忘恩行為その他特別の事情による贈与の撤回を認めている立法例が多いようである³。例えば、フランス民法では、受贈者が①贈与者の生命を狙った場合、②贈与者に対して虐待、違法行為、重大な侮辱をして有責の場合、③贈与者に対する扶養料を拒んだ場合に、贈与者は贈与の撤回ができるとしている。我が国の民法は、このような諸外国の立法例と比較すると特異な存在であるが、明治時代の法典編纂の過程において、諸外国の立法例をも参照した上で、贈与の撤回を明確に否定したものとされている⁴。

2 忘恩行為と贈与の撤回等に関する裁判例

贈与をめぐるのは、将来の扶養などを期待して贈

与したり、それまでの良好な情誼関係を基礎にして贈与したにもかかわらず、受贈者にその関係を破壊するような重大な忘恩行為・背信行為があったとして、贈与を撤回又は解除して贈与した物の返還を求めるという紛争がしばしば生じている。

上記の立法の経緯からすれば、このような場合の贈与の撤回又は解除は認められないことになり、裁判例にも、贈与後に感情的な対立が生じて受贈者が贈与者に暴行を加えて傷害を負わせた事案について、民法には、ドイツ民法等のような忘恩行為に基づく取消権に関する規定はないとして贈与の取消しを否定した仙台高判昭36・8・23下民集12巻8号1953頁がある。

しかし、裁判例の多くは、受贈者に贈与の基礎となった情誼関係を破壊するような忘恩行為等があった場合に贈与の効力を否定し、目的物の返還を認める傾向にあるといえる。ただし、この場合を規律する明文の規定を欠くため、次のとおり、様々な法律構成が用いられている。

(1) 負担付贈与と認定し、負担の不履行による解除を認めた事例(東京高判昭52・7・13判時869号53頁、東京高判昭54・12・20判タ409号91頁等)

上記東京高判昭52・7・13は、受贈者が老齢に達した贈与者を扶養し、円満な養親子関係を維持し、同人から受けた恩愛に背かないことを贈与に伴う負担と認定し、受贈者がその負担である義務の履行を怠ったとして、贈与契約の解除を認めた(上告審の最判昭53・2・17判タ360号143頁も、この結論を認容して上告を棄却した。)

(2) 受遺欠格(民法965条、891条)に準ずる事由がある場合には贈与を取り消すことができるとした事例(札幌地判昭34・8・24下民集10巻8号1768頁等)

(3) 動機の錯誤があったとして贈与を無効とした事例(福岡地判昭46・1・29判時643号79頁等)

(4) 信義則又は条理により贈与の撤回を認めた事例(新潟地判昭46・11・12下民集22巻11=12号1121頁、東京地判昭50・12・25判タ335号288頁、大阪地判平元・4・20判時1326号139頁等)

上記新潟地判昭46・11・12は「贈与が親族間の情誼関係に基き全く無償の恩愛行為としてなされたにも拘らず、右情誼関係が贈与者の責に帰すべき事由によらずして破綻消滅し、右贈与の効果をそのまま維持存続させることが諸般の事情からみて信義衡平の原則上不当と解されるときは、諸外国の立法例における如く、贈与者の贈与物返還を

認めるのが相当である」とした。

また、上記東京地判昭50・12・25は「贈与が、親族関係ないしはそれに類する継続的な特別の情誼関係に基づいてなされたに拘らず、右情誼関係が、受贈者の背徳的な忘恩行為によって破綻消滅し、ために贈与者が、右贈与なかりせば遭遇しなかったであろう生活困窮等の窮状に陥り、右贈与の効果を維持することが諸般の事情に照らし条理上不当と解されるような場合には、贈与の撤回ができる」とした。

3 忘恩行為と贈与の撤回等に関する学説

学説上も、最近は、一定の場合に贈与の撤回又は解除を認める見解が多いが、①受遺欠格の規定を類推適用する見解、②負担付贈与と認定して負担の不履行解除を認める見解、③信義則により処理すべきとする見解、④事情変更の原則による見解、⑤法の欠缺があるとして条理による撤回を認める見解等、裁判例以上に様々な見解が主張されている⁵。

第3 民法(債権法)改正の立案段階における検討

1 中間試案

上記のとおり、裁判実務においては、受贈者の贈与者に対する背信行為等を理由として贈与の効力を否定することを認めるものが多い。しかし、その法律構成は多岐にわたっており、また、どのような場合に認められるかの要件や贈与の効力が否定される範囲も不明確で、法的安定性を欠くと批判されていた。

そこで、今回の民法(債権法)改正の準備段階から、贈与における背信行為等を理由とする撤回(又は解除)の規定を新設することが検討され、中間試案に、次のような新設規定が盛り込まれた⁶。

「(受贈者に著しい非行があった場合の契約の解除)

贈与契約の後に、受贈者が贈与者に対して虐待をし、若しくは重大な侮辱を加えたとき、又は受贈者にその他の著しい非行があったときは、贈与者は贈与契約を解除して、返還を求めることができる。」

また、これと併せて、「贈与者が贈与契約の時に予見することのできなかった事情の変更が生じ、これにより贈与者の生活が著しく困窮したとき」に贈与契約の解除を認める(ただし、履行済みのものは除く。)という規定も盛り込まれた⁷。

2 最終案

ところが、中間試案に対するパブリック・コメントにおいて、このような規定を設けることに賛成す

る意見が多数であったものの、反対の意見も少なからずあり⁸、法制審議会民法（債権関係）部会の議論でも解釈上の疑義・問題点がいろいろと指摘され⁹、結局、議論が熟していないとして、今回の民法（債権法）改正案からは外されることになった。同様に、贈与者が著しい困窮に陥った場合の贈与の解除に関する規定も盛り込まれなかった。

第4 おわりに

今回の民法（債権法）改正で受贈者に著しい非行があった場合の贈与契約の解除等に関して明文の規定が設けられないことは残念であり、この問題に対する対処の仕方は従前どおり解釈論によることになる。

贈与の動機・態様は多様であるにしても、その基礎には信頼・情誼関係が横たわっているのが一般であるから、受贈者によってその信頼関係・情誼関係が覆されたり、贈与者やその家族の生活が極度に困窮した場合は、贈与の原因が失われたものとして、贈与の撤回（解除）を認めるのが相当なことがある。その場合に、どのような法律構成によるのが適当かはもちろん事実関係によることになるが、信義則ないし条理に基づく贈与の撤回又は解除を肯定して贈与した財産の取戻しを認める処理の仕方が排斥されたわけではないと考えられる。その場合、「受贈者が贈与者に対して虐待をし、若しくは重大な侮辱を加えたとき、又は受贈者にその他の著しい非行があったとき」という要件に基づき、厳正かつ慎重な判断がなされることになる。

- 1 「忘恩行為」とは、一般的に、受贈者が贈与者を殺害しようとし、贈与者に対して暴行・虐待を加え、あるいは侮辱を与えるといった受贈者の行為とされている（このほか異性関係、遺棄、贈与者の親又は配偶者に対する虐待・侮辱等の行為を含むことがある。）。ただし、我が国においては、「忘恩」は、受贈者が贈与者に恩情をかけてもらいながら、その恩を忘れるという意味にとられやすく、特殊な身分的上下関係に由来する恩とか義理といった日本的な倫理観をイメージさせるものであるため、最近では、「背信行為」、「非行」という言葉が使用される傾向にある。
- 2 後述のとおり、贈与が負担付であった場合には、双務契約の規定が準用されるから（民法553条）、受贈者が負担（例えば扶養）を履行しないときは、贈与者は贈与契約を解除することができる。
- 3 加藤一郎「忘恩行為と贈与の効力」法教16号69頁、後藤泰一「忘恩行為にもとづく贈与の撤回—ドイツ法を通して—」民商91巻6号1頁
- 4 後藤・前掲3頁、加藤一郎・前掲69頁
- 5 加藤一郎・前掲71頁、加藤永一「履行済みの贈与が撤回される場合があるか」ジュリスト増刊・民法の争点236頁、山本敬三『民法講義Ⅳ—1』（有斐閣、2005年）356頁
- 6 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」151頁
- 7 上記中間試案151頁
- 8 民法（債権関係）部会資料71-5『民法（債権関係）の改正に関する

る中間試案』に対して寄せられた意見の概要（各論5）」（法務省HP:www.moj.go.jp）

- 9 法制審議会民法（債権関係）部会第16回会議（平成22年10月19日）議事録（法務省HP:www.moj.go.jp）

認知症の者の妻と長男の 不法行為責任（民法714条1項） —最高裁平成28年3月18日判決

弁護士 森貞 涼介

第1 はじめに

本件は、旅客鉄道事業を営むX（JR東海）が、アルツハイマー型認知症の男性（当時91歳）Aが駅構内の線路に立ち入り、Xの運行する列車に衝突して死亡した事故（以下、「本件事故」という。）により、列車の遅延や代替輸送費用等の損害（719万円余）を被ったとして、Aの妻Y1及び長男Y2に対し、民法709条又は714条に基づき、損害賠償を請求した事案である。本稿では、「法定の監督義務者」及び「法定の監督義務者に準ずべき者」に関する本判決の考え方を論評した上で、残された問題について言及する。

第2 事実関係の概略

1 当事者及び関係者

AとY1は、昭和20年に婚姻し、以後同居していた。AとY1との間には、4人の子がいるが、長男Y2及びその妻Bは、昭和57年に愛知県にあるA宅から、甲市に転居しており、他のAの子らもいずれも独立している。

2 Aの認知症の発現と進行

Aは、平成12年頃に認知症の罹患を窺わせる症状を示すようになり、平成14年には、アルツハイマー型認知症に罹患したと診断され、平成16年頃には、見当識障害や記憶障害の症状を示し、平成19年2月には要介護4の認定を受けた。

3 Aの介護状況

Yら、B及びAの三女Cは、平成14年3月頃から、折に触れて、今後のAの介護をどうするかを話し合い、Y1は既に80歳であって1人でAの介護をすることが困難になっているとの共通認識に基づき、介護の実務に精通しているCの意見も踏まえ、Bが単身

でA宅の近隣に転居し、Y1によるAの介護を補助することに決めた。

Y1は、Aの介護に当たっていたが、本件事故当時85歳で、平成18年1月頃までには要介護1の認定を受けており、Aの介護もBの補助を受けて行っていた。他方Y2は、引き続き甲市に居住し、本件事故の直前の時期において1ヶ月に3回程度週末にA宅を訪ねているという状況であった。

4 本件事故の発生

Aは、本件事故当日(平成19年12月7日)の午後4時30分頃にデイサービス施設から帰宅し、Y1及びBと一緒に過ごしていたが、Bが別室で片付けをし、Y1がまどろんで目を閉じていた僅かな隙に、A宅から一人で外出し、a駅から列車に乗り、a駅の北隣のd駅で降り、排尿のためにホーム先端のフェンス扉を開けてホーム下に下りた。そして、同日午後5時47分頃、d駅構内において本件事故が発生した。

第3 争点

本訴訟では、Y1及びY2が、①法定監督義務者に当たるか(同法714条1項)、②法定の監督義務者に当たらないとしても、法定監督義務者に準ずべき者として同条項が類推適用されるかが争われた。

第4 裁判所の判断

1 上記争点①(法定監督義務者該当性)について

(1) 規範

本判決は、「一方の配偶者が精神上の障害により精神保健及び精神障害者福祉に関する法律5条に規定する精神障害者となった場合には、同法上の保護者制度(同法20条(平成25年法律第47号による改正前のもの)参照)の趣旨に照らしても、その者と現に同居して生活している他方の配偶者は、夫婦の協力及び扶助の義務(民法752条)の履行が法的に期待できないような特段の事情のない限り、夫婦の同居、協力及び扶助の義務に基づき、精神障害者となった配偶者に対する監督義務を負うのであって、民法714条1項所定の法定の監督義務者に該当するものというべきである。」(以上筆者引用。下線は筆者による。)として、Y1の責任を認めた原審の判断に反論する形で次のような一般論を示した。

すなわち、平成11年法律第65号により、保護者の精神障害者に対する自傷他害防止監督義務が廃止されたこと(保護者制度そのものも平成25年に

廃止)、民法858条における後見人の禁治産者に対する療養看護義務が、平成11年の改正により、成年後見人の成年被後見人に対する身上配慮義務に改められたことに鑑みれば、事故当時、保護者や成年後見人であるというだけでは、直ちに法定の監督義務者に該当するということとはできない。

民法752条に定める夫婦の協力扶助義務は、夫婦相互間で負う抽象的な義務であって、第三者との関係で夫婦の一方に何らかの作為義務を課すものではない。従って、同条から直ちに第三者との関係で相手方を監督する義務を基礎付けることはできないから、本条を714条1項にいう法定の監督義務を定めたものということとはできず、他に夫婦の一方が他方の法定監督義務者であるとする実体法上の根拠は見当たらない。

(2) 本件について

上記規範に従い、Y1及びY2ともに法定の監督義務者に当たらないとした。

2 上記争点②(法定監督義務者に準ずべき者該当性)について

(1) 規範

本判決は、上記争点②について、「もっとも、法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合には、衡平の見地から法定の監督義務を負う者と同視してその者に対し民法714条に基づく損害賠償責任を問うことができるとするのが相当であり、このような者については、法定の監督義務者に準ずべき者として、同条1項が類推適用されると解すべきである(最高裁昭和56年(オ)第1154号同58年2月24日第一小法廷判決・裁判集民事138号217頁参照)。その上で、ある者が、精神障害者に関し、このような法定の監督義務者に準ずべき者に当たるか否かは、その者自身の生活状況や心身の状況などとともに、精神障害者との親族関係の有無・濃淡、同居の有無その他の日常的な接触の程度、精神障害者の財産管理への関与の状況などその者と精神障害者との関わりの実情、精神障害者の心身の状況や日常生活における問題行動の有無・内容、これらに対応して行われている監護や介護の実態など諸般の事情

を総合考慮して、その者が精神障害者を現に監督しているかあるいは監督することが可能かつ容易であるなど衡平の見地からその者に対し精神障害者の行為に係る責任を問うのが相当といえる客観的状況が認められるか否かという観点から判断すべきである。」(以上筆者引用。下線は筆者による。)と判示した。

(2) 本件について

ア Y1について

Y1については、本件事故当時、Y1自身が要介護1の認定を受けていたことや、Aの介護もBの補助を受けて行っていたことから、Y1は、Aの第三者に対する加害行為を防止するためにAを監督することが現実的に可能な状況にあったということはできないとして、法定監督義務者に準ずべき者には当たらないとした。

イ Y2について

Y2については、Y2は甲市に居住して東京都内で勤務していたもので、本件事故まで20年以上もAと同居しておらず、本件事故直前の時期においても1箇月に3回程度週末にA宅を訪ねていたにすぎないことから、Y2は、Aの第三者に対する加害行為を防止するためにAを監督することが可能な状況にあったということはできないとして、法定監督義務者に準ずべき者には当たらないとした。

第5 検討

1 本判決の残した問題

本判決は、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律に定める保護者は、直ちに法定の監督義務者に該当するということできないと判示しており、この点は、近時増えているとされる学説と、結論及び理由付けにおいて一致している^{1・2}。その上で、本判決は、民法752条等を根拠にしてY1が法定監督義務者とした原判決の判断も否定しているところ、そもそも、親族間の扶養義務を同法714条の法定の監督義務と結びつけた議論は従来ほとんどなされていなかったこと³から、この点に関して最高裁が原審の理論を採用することは躊躇されたのかもしれない。

Yらが法定監督義務者に当たらないとした理由付けの当否は措くとして、本判決によれば、「責任無能力者を監督する法定の義務を負う者」にその責任無能力者が惹起した損害の賠償義務を課す明文規定があるにもかかわらず、実体法上、誰がその「法定

の監督義務を負う者」かを定める規定が存在しないという矛盾が生じることになる⁴。なお、原々審はY2が、原審はY1が法定監督義務者に当たるとしたため、このような矛盾した事態は生じていなかった。

本判決の法定監督義務者に準ずべき者に関する規範による限り、認知症の者の介護により関わった家族ほど、監督義務者に準ずべき者として損害賠償責任を負い、介護に無関心で何もしなかった家族ほど、何らの責任も負わないという事態に陥ることとなる。本判決の残した問題として、家族に認知症の者がいる場合には関わらない方が結果的にリスクを回避できるという風潮を形成ないし助長するおそれが指摘できる。

また、本件は、「老老介護」、義父を介護する義理の娘、という我が国で決して少なくない事情により特徴付けられた事案であるといえよう。前者については社会問題化しており、後者についても伝統的に我が国で見られる事態である(因みに、岡部裁判官の意見中で、Y1が、BがAの介護をするのは長男の嫁であるから当然のことであると考えていたことについて言及がある。)

本判決の規範によれば、自らも老いた一方配偶者には他方配偶者に対する監督義務者としての責任はなく、また、自分の妻に親の介護を任せた長男にも監督義務者の責任はないということになる。従って、現在の日本に多く存在すると思われる事案において、被害者は泣き寝入りせざるを得ないおそれがある。

このような問題を残すことになった原因は、本件では、Yらが法定監督義務者であることを定めた実体法上の規定がないと判断したことにある。同法714条1項という規定を民法においている以上、法定監督義務者が存在しない事態を容易に認める解釈をとることは妥当ではない。

2 本件の特殊事情

本件は、JR東海が被害者であり、個人が損害を被った場合とは、「被害者」の性質が大きく異なる。また、Yらは、Aの介護のために様々な方策をとっており(詳細は判決文を参照されたい)、岡部裁判官及び大谷裁判官の各意見では、Y2は法定監督義務者に準ずべき者に当たるが、同条項但書に該当するから免責が認められると結論付けられている。つまり、本件の個別事情を見ると、Yらに責任を負わせるのは酷であるという価値判断が裁判所にあったと想像されるし、筆者もこの点については共感でき

る。

従って、本件では被害者及び加害者の個別事情に基づく価値判断が、結論に大きく影響していると思われる、今後の全ての事件について妥当するとは言えないのではないか。

- 1 潮見佳男『基本講義債権各論Ⅱ不法行為法』92頁(新世社、第2版、平成21年)
- 2 窪田充見『不法行為法』176頁(有斐閣、初版、平成22年)
- 3 「判批」金融・商事判例第1496号36頁(平成28年)
- 4 廣峰正子「判批」金融・商事判例第1493号2頁(平成28年)

胎児死亡時の損害賠償について

弁護士 北村 幸裕

1 はじめに

民法上、私権の享有は出生に始まるとされながらも(民法3条1項)、胎児の損害賠償請求権については、既に生まれたものとみなすとして(民法721条)、権利能力の始期に関する規定が修正されている。

この胎児に認められた損害賠償請求権の捉え方には諸説あるところであるが、胎児は生きて出生した場合に、さかのぼって権利能力があったことにするとして、胎児の保護者に損害賠償請求権の代理行使を認めないのが判例の立場である(大判昭和7年10月6日民集11巻2023頁いわゆる阪神電鉄事件)。

この立場によれば、胎児の時点で死亡した場合は、胎児には損害賠償請求権が認められないこととなる。

そうすると、交通事故等の不法行為によって胎児が死亡した場合、その損害賠償を誰が請求することができるのかという損害賠償請求権の請求権者の問題と、その胎児の死亡という事実をどのように評価すべきかという金銭的評価基準の問題等の問題が生じる。

そこで、本稿では、上記2つの問題に絞って以下検討していくこととしたい。

2 損害賠償請求権者について

胎児が死亡した場合の損害賠償請求権者になりうるものは、母親、父親、胎児自身、その他親族が考えられる。

(1) 胎児について

このうち、胎児については、上記の判例の立場に立つと、胎児が損害賠償請求権を取得することはなく、損害賠償請求権者になることは否定される。胎児死亡により、胎児が取得した損害賠償請求権を父又は母が相続することにもならない。

(2) 母親について

一方、母親については、損害賠償請求権を取得すること自体に争いはないが、その法律構成には違いがある。胎児の流産・死産は母体に対する傷害に吸収されるとして、母体に対する傷害による慰謝料額を算定する際の考慮要素とする立場と、胎児の生命に対する侵害として近親者固有の慰謝料を認める立場との違いがある。

近時の裁判例を見ても、いずれの立場に立って判断されるか統一されておらず、いずれの立場の判例も散見されている。

ただし、厳密に言うと、このような立場の差が散見されているのは、原告が請求時によって立つ立場が異なっているためであり、判決において原告の請求に判断が拘束された結果であるように思われる。

例えば、医療過誤事件では、胎児は死亡したものの、母親に重篤な傷害等は生じていないケースが多い。そのため、原告の請求においては、胎児の生命に対する侵害として近親者固有の慰謝料を請求し、母親の傷害慰謝料を請求していないケースがほとんどである。この場合、判決においては、近親者固有の慰謝料額を判断するため、母親に生じた傷害結果を一考慮要素としているようである。

一方、交通事故事件のように母親にも流産・死産とは異なる傷害結果が発生している事例においては、母親の傷害慰謝料と胎児の生命に対する侵害として近親者固有の慰謝料を別項目として請求しているケースでは、それぞれの慰謝料を認定する傾向があるが、近親者固有の慰謝料を個別の損害として請求していないケースでは、母親の傷害慰謝料を算定する一考慮要素としている(大阪地判平成18年2月23日交民集39巻1号269頁等)。

そうすると、医療過誤、交通事故等の事件類型はさておき、原告として損害賠償請求する場合には、胎児死亡に基づく近親者固有の慰謝料と、母親に傷害結果が生じている場合にはその傷害慰謝料を別の損害項目として請求する必要があるだろう。

(3) 父親について

父親については、近親者固有の慰謝料を認めるか

どうかについて、かつては否定する裁判例もあった。しかし、近時の裁判例では概ね認めているようである(否定する裁判例が見あたらなかった)。

ただし、その慰謝料額は、母親と比べて低額となっている。胎児は母親の体の一部でもあることからすれば、母親と比べ父親の慰謝料額がある程度低額になるのはやむを得ないのかもしれない。

(4) その他の親族

裁判例は見あたらない。論理的には、民法711条の類推適用がなされれば請求権が認められる余地はあると思われるが、実際には困難であろう。

3 金銭的評価基準

一方、金銭的評価においては、慰謝料額の算定基準が問題となる。

近時の事例を見ても、認容された慰謝料額は様々であり、認定するために参考となる基準がない状況にあり、事例ごとに比較すると不均衡が生じていると思われる。例えば、一般的には数百万円程度の認定になっている事例が多い中、医療過誤訴訟において、医師側に極めて悪質な事実が認定された特殊なケースではあるとはいえ、父母併せて合計2800万円を認容しているものもある(東京地判平成14年12月18日判タ1182号295頁)。

東京地裁民事交通部では、胎児死亡時の近親者固有の慰謝料を算定する基準を提案していることがあった。

これによると、慰謝料額の認定に当たっては、①胎児は出生という危険な事態を控えていることから出生後の子どもと同額とはできないものの、出生直後の子どもの死亡の場合との均衡を図る必要があること、②母体保護等法において定められている「胎児が、母体外において、生命を保続することのできない時期」(妊娠22週)を越えると、母体外での生存可能性が高くなることから、この事実を慰謝料に反映させる必要があること、③妊娠3カ月を過ぎると、胎盤が完成して自然流産がしにくくなり、胎児が成長する可能性が高くなることを考慮する必要があるとしている。

その結果、妊娠3カ月時点の慰謝料額を100万円程度、妊娠10カ月時点の慰謝料額を600万円～800万円程度として(当該基準作成時は1989年)、ある程度の目安を定め、それを基準に、種々の事情を考慮して算定することが提案されていた。

当時の基準によると、出生直後に子どもが死亡した場合の死亡慰謝料額が1500万円から1600万円とされていたことから、出生直前である妊娠10カ月時点で、出

生後の死亡慰謝料のおよそ半額を認定していることになる。

胎児は次第に成長していき、その胎児の成長に併せて父母の愛情が深まり、出生に対する期待が高まっていく。そのため、成長の度合いに応じて慰謝料額を増額するというのは適切であると考ええる。

しかし、出生には危険が伴い、通常の出生においても無事に出生できない場合もあるという点は考慮すべきとはいえ、果たして出生直前の慰謝料額を、出生直後の慰謝料額の半分と認定するほど、出生児の危険性が高いと言えるのか、その基準には疑問がある。

また、その後、具体的な慰謝料額の算定基準の提案等もなされていない。

事例の積み重ねが乏しいことから、算定基準の作成が困難なのかもしれないが、胎児死亡における父母の近親者慰謝料の基準の作成が望まれるところである。

4 結語

以上、損害賠償請求権者及び金銭的評価基準に関して検討してみたが、事例が多くないためか、裁判例のばらつきが大きい。

事例の集積が待たれるとともに、請求時点において目安となる基準の算定が急がれるのではなかろうか。

参考文献

- ・長久保守夫『胎児死亡の場合の損害賠償の算定』交通事故による損害賠償の諸問題Ⅱ(公益財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部)
- ・大嶋芳樹『胎児死亡の慰謝料』判例タイムズ1033号157頁以下

子の監護に関する最近の裁判例 (監護者指定・面会交流を中心に)

弁護士 小原 路絵

1 はじめに

近時、家庭裁判所に係属する子の監護に関する事件数が増えている。子の監護に関する事件としては、養育費の請求、監護者の指定、子の引渡し、面会交流がある。特に後三者の事件数が増加しており、事案の性質から、対立は熾烈で長期化する案件が多い。

そこで、平成24年からの公刊物に掲載された裁判例をいくつか取り上げ、最近の傾向を検討してみたい。

2 現在の監護状況の開始に問題がある事例

- (1) 東京高決平成24年10月5日判タ1383号327頁(原審: さいたま家川越支審平成24年5月10日)

原審で、4歳の子を平成23年10月以降監護している母に対して、父が監護者の指定の審判と、子の引渡しを求める審判と審判前の保全処分を求めたところ、平成24年5月10日にいずれも認める審判がなされた。子は、同月24日の保全処分の執行により父に引き渡された。抗告審でも、父は静岡県、母は埼玉県と遠方に居住しており、双方とも子との関係は良好であったが、元々父宅で監護されていた子を母が平成23年10月に連れ出した状況が、平穏なものではなく、子の生活環境を急変させ、配慮に欠けるものであったとして、原審を維持する決定がなされた。

- (2) 東京高決平成24年10月18日判時2164号55頁(原審: 前橋家太田支審平成24年8月9日)

原審で、別居中に母が4歳の男児を監護していたところ、父宅に宿泊を伴う面会交流をさせた翌日、母の実家で子が「パパがよい」と泣きながら言ったため、そのまま父が子を連れ戻ったとして、監護者の指定と引渡しの審判前の保全処分が求められた。父の現在の監護状態が、面会交流終了後も子を返すことを拒んでおり、連れ去りに等しい状況にあるとして、母を監護者とし、母に引き渡すよう保全処分が命令された。しかし、抗告審では、強制的な奪取にあたらなうとして、保全申立が却下された。

- (3) 東京高決平成24年6月6日判時2152号44頁(原審: さいたま家川越支審平成24年4月26日)

平成22年5月5日、別居に伴う引っ越し作業中に、母が男児2人(審判時、小学4年生と幼稚園)を父に相談することなく連れて、川越市内の同居アパートから茨城県石岡市の実家に転居した。平成23年8月7日、母と面会交流の約束を取り付けた父が、母宅を両親・親戚を連れて訪れ、無理矢理子らを車に乗せて連れ去った。母から監護者指定と子の引渡しを求める審判と保全処分が申し立てられた。平成23年9月28日、監護者を母、子らを母に引き渡す保全処分が命令された。保全処分の執行は、長男が川越から出たくないと言ったため、不能で終了したが、本案においては、継続性を重視して、母宅で1年3ヶ月安定して暮らしており、父の違法な連れ去りにより現在の状況が作出されたとして、監護者を母、子らを母に引き渡すよう判断された(抗告審でも原審が維持された。)

3 合意違反

- (1) 東京地判平成27年1月29日判時2270号62頁

別居中の夫婦間において一週間交替で1歳前後の男児を交互に監護する旨の合意に母が違反したことについて、不法行為が否定された。平成25年6月24日頃、新潟(父)と東京(母)で一週間毎に交互監護することを合意した。その後3ヶ月は新幹線を利用して交互監護が続いたが、同年10月3日に母が子の引渡しを拒んだ。本件合意の性質について、その成立過程から、余程のことがない限り変更が許されない、というようなものではないとした。また、父が新潟に転居した理由や双方に信頼関係がない状態で、1歳前後の子が一週間毎に生活環境が変わり、長距離移動をさせられることが子の福祉に沿うものとは言い難いとした。さらに、母が子の引渡しを拒んだ理由が、父と男児の双方の顔に傷があったが、父が自分の傷について同月11日に予定されていた夫婦関係調整調停の第一回期日で説明するとして、説明しなかったことが原因で、交互監護の合意の性質との関係では正当ともいえるとした。父は、当該調停期日に欠席し、監護者指定と子の引渡しを求める保全処分及び本案を申し立てたが、いずれも平成26年1月29日に却下された。

- (2) 福岡家審平成26年12月4日判時2260号92頁

平成19年生まれの男児について、平成22年7月11日より、別居中(離婚調停中)の父母において保育園の送迎を利用して、一週間毎の交互監護が開始された。同年8月6日、母から監護者指定の本案及び審判前の保全処分が申し立てられた。同月25日に、監護者が指定されるまで、交互監護を継続する合意書が交わされた。平成23年1月に、監護者を母とし、月3回の面会交流を実施するという暫定的合意がなされたが、東日本大震災により、母が父に相談することなく、同年4月に東京から福岡県への転居を決めたため、面会交流は事実上不可能となった。同年7月12日、面会交流に関する条項を含んだ内容で離婚調停が成立し、母が親権者とされた。しかし、その後の面会交流が実現せず、父が親権者変更等を申立て、子が父を強く拒絶するに至った主な原因は母の言動にあるとされ、監護者を母、親権者を父に変更する審判がなされた。

4 第三者機関の立会い

- (1) 肯定例: 東京高決平成25年6月25日家月65巻7号183頁(原審: 東京家審平成25年3月28日家月65巻7号)

190頁)

小学2年生の男児と同居している母と別居中の父との間で離婚訴訟が継続中のところ、母が父から別居前に精神的虐待を受けていたと主張し、父による子の連れ去りを懸念するなど、双方の信頼関係が失われている状況で、母が面会交流に消極的になり、このような懸念を抱くこともやむを得ない事情があるとして、面会交流の早期開始のため、当初は第三者機関の立会いを条件とした。

原審で引用されている肯定例として、東京家審平成18年7月31日家月59巻3号73頁。

(2) 否定例：仙台家審平成27年8月7日判時2273号111頁

離婚後に、非親権者である父が、7歳の女兒に対する面会交流を求めた事案で、父の暴力的言動と、母の不信感や嫌悪感が深刻で、父母間の協力も期待し難いとして、第三者機関の関与があっても円滑な面会交流の実施は期待し難い等として、申立を却下した。

5 検討

平成24年4月1日施行の民法改正で離婚時の協議事項として面会交流が明文化され、平成25年1月1日から家事事件手続法が施行され、ハーグ条約は平成26年4月1日から日本国内で発効するなど、家事事件を巡る状況はここ数年で大きく変化した。

従来は、監護者指定の事件で、母性優先で一定程度連れ去りを容認すると思われる審判例や、継続性の原則で現状維持の判断がなされるものもあった。しかし、ハーグ条約が自力救済を禁止し、連れ去りを認めていないことから、上記2項で述べたような、監護の始まりに問題がある連れ去り事案では元に戻すという判断がなされる傾向があると考えられる。なお、上記2項の3つ目の事例は、母が父に相談なく、子を実家に連れ帰っていることから監護が開始した事案で、この始まり自体にも問題があるといえるが、その後の父の奪取の違法性の方が強いと判断されたとも考えられる。

また、上記3項で述べた通り、当事者間の合意に反した当事者には、合意の履行を高めるためにも、不利益な判断がなされる傾向にあると考えられる。監護親は、高葛藤事例になればなるほど、子の福祉よりも、自身の感情や今後の交渉を有利に進めるために、面会交流を不当に拒む傾向がある。しかし、そういった事実上の拒否がまかり通らないためには、このような審判例は意義がある。さらに、上記3項の2つ目の事例で

は、母の面会交流を阻害する言動が、父への親権者変更につながったと言えるが、かかる考え方は、いわゆるフレンドリーベアレントルールを採用したともいえる。なお、公刊物未登載だが、同ルールを採用したと考えられる千葉家裁松戸支部平成28年3月29日付けの審判例が報道されている。

次に、面会交流については、家庭裁判所はDVなどの事情がない限り、積極的な方針をとっていると考えられる(否定例として、東京高決平成27年6月12日判時2266号54頁は、暴言と対物暴力を主とする事案で、監護親がPTSD、子らが心因反応を発症している事案で直接交流を認めず、限定的な間接交流に止めた。)。面会交流が子の福祉に反する場合にこれを無理に押し進めてはならないことはもちろんだが、高葛藤の当事者に第三者が関与することで、面会交流が実現することもあるし、面会交流を取り決めた調停条項が長く履行され続けることもあり、第三者機関の役割が果たすところは大きい。上記4項の1つ目の審判例のように、条項中に第三者機関の利用が条件とされる事例もあるが、条件となっていなくても、利用されることで円滑な面会交流が実現している例も多い。

最後に、最高裁判所の裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(第6回)(平成27年7月10日公表「4 家庭裁判所における家事事件の概況及び実情並びに人事訴訟事件の概況等」(131頁以下))において、手続代理人の役割について述べられている。つまり、近時、当事者が、インターネット等で情報を得ることで、自身の主張に固執し、代理人の説得が及ばないケースが増えていくという。また、代理人のスキル自体も不足しているケースもあるとのことであり、依頼者の感情的な意向が、子の福祉に沿わないと考えられる場合に、依頼者を説得することがなかなか難しい事例もあるが、自戒を込めて紹介しておく。

刑事訴訟法等の一部を改正する法律案 (平成27年3月13日提出) の概要3

弁護士 谷山 智光

第1 改正法成立

平成27年3月13日、刑事訴訟法等の一部を改正する

法律案が国会に提出された。同法律案は、平成28年5月24日に成立した(同年6月3日公布)。

同改正法の内容として、①一部事件における取調べの録音・録画制度の導入、②証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度・刑事免責制度の導入、③通信傍受の合理化・効率化、④裁量保釈の判断に当たっての考慮要素の明確化、⑤被疑者国選弁護対象事件の拡大等弁護人による援助の充実化、⑥証拠一覧表の交付手続の導入等証拠開示制度の拡充、⑦犯罪被害者等・証人を保護するための措置、⑧証拠隠滅等の罪などの法定刑の引き上げ、⑨自白事件の簡易迅速な処理のための措置が挙げられる。

同改正法の施行時期は4段階に分けられ、早いもの(④⑧)は公布の日から20日経過後(同年6月23日)、遅いもの(①など)は公布の日から3年以内に施行される。

前々稿(42号)では①④⑤⑥を取り上げ、前稿(43号)では⑦⑧⑨を取り上げた。本稿では②③を取り上げる。

第2 証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度・刑事免責制度の導入

1 証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度

(1) 合意の手続

検察官は、特定犯罪(例えば、贈収賄罪、一定の組織的犯罪、一定の財政経済関係犯罪、一定の薬物犯罪等)に係る事件の被疑者又は被告人が特定犯罪に係る他人の刑事事件について一又は二以上の第一号に掲げる行為(取調べに際して真実の供述、証人として尋問を受ける場合において真実の供述、証拠の提出その他必要な協力)をすることにより得られる証拠の重要性、関係する犯罪の軽重及び情状、当該関係する犯罪の関連性の程度その他の事情を考慮して、必要と認めるときは、被疑者又は被告人との間で、被疑者又は被告人が当該他人の刑事事件について一又は二以上の同号に掲げる行為をし、かつ、検察官が被疑者又は被告人の当該事件について一又は二以上の第二号に掲げる行為(不起訴、公訴取消し、特定の訴因・罰条による公訴提起等、特定の訴因・罰条の追加・撤回・変更、論告における特定の刑を科すべき旨の意見陳述、即決裁判手続きの申立て、略式命令の請求)をすることを内容とする合意をすることができる(350条の2)。

かかる合意をするには弁護人の同意がなければならず(350条の3第1項)、検察官、被疑者又は被告人及び弁護人が連署した書面により、その内容

を明らかにしてする(「合意内容書面」。同2項)。

(2) 合意がある場合の公判手続の特例

検察官は、被疑者との間でした上記合意がある場合において、当該合意に係る被疑者の事件について公訴を提起したときは、冒頭手続が終わった後(事件が公判前整理手続に付された場合にあっては、その時後)遅滞なく、証拠として合意内容書面の取調べを請求しなければならない(350条の7第1項)。

また、被告人以外の者の供述録取書等であって、その者が上記合意に基づいて作成したもの又は同合意に基づいてされた供述を録取し若しくは記録したものについて、検察官、被告人若しくは弁護人が取調べを請求し、又は裁判所が職権でこれを取り調べることにしたとき、検察官、被告人若しくは弁護人が証人尋問を請求し、又は裁判所が職権で証人尋問を行うことにした場合において、その証人となるべき者との間で当該証人尋問についてした上記合意があるときは、検察官は、遅滞なく、合意内容書面の取調べを請求しなければならない(350条の8、350条の9)。

(3) 合意の終了

当事者が合意に違反したとき、検察官が合意に基づいて訴因・罰条の追加、撤回又は変更を請求したが裁判所がこれを許さなかったとき等、被疑者又は被告人等がした他人の刑事事件についての供述の内容が真実でないことが明らかになったとき等は、被告人又は検察官は、その理由を記載した書面により、当該離脱に係る合意の相手方に対し、当該合意から離脱する旨の告知をして、合意から離脱することができる(350条の10)。

(4) 合意の履行の確保

検察官が合意に違反した場合(例えば、不起訴の合意に違反して公訴を提起した場合)、判決で公訴を棄却する等しなければならない(350条の13)。また、検察官が合意に違反したときは、合意の際の協議によって得られた被告人の供述、合意に基づいてした被告人の行為によって得られた証拠は、異議がない場合をのぞき、証拠とすることができない(350条の14)。

他方、合意に違反して、検察官等に対し、虚偽の供述をし又は偽造変造の証拠を提出した者は5年以下の懲役に処せられる(350条の15)。

2 刑事免責制度

検察官は、証人が刑事訴追を受け、又は有罪判決

を受けるおそれのある事項についての尋問を予定している場合であって、当該事項についての証言の重要性、関係する犯罪の軽重及び情状その他の事情を考慮し、必要と認めるときは、あらかじめ、裁判所に対し、当該証人尋問を、①尋問に応じてした供述及びこれに基づいて得られた証拠は、一定の場合を除き、証人の刑事事件において、これらを証人に不利益な証拠とすることができない、②自己が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受けるおそれのある証言を拒むことができないという条件により行うことを請求することができる(157条の2)。

かかる請求は、証人が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受けるおそれのある事項について証言を拒んだと認める場合にもできる(157条の3)。

第3 通信傍受の合理化・効率化

1 対象事件の拡大

従来、通信傍受を行いうる対象犯罪は薬物犯罪、銃器犯罪、集団密航、組織的殺人に限られていたが(通信傍受法別表)、今回の通信傍受法の改正でこれらを別表Ⅰとした上で、新たに別表Ⅱを新設し、現住建造物等放火、殺人、傷害、傷害致死、逮捕・監禁、逮捕等致死傷、身代金目的略取等、窃盗、強盗(1項強盗に限る。)、強盗致傷、詐欺(1項詐欺に限る。)、恐喝(1項恐喝に限る。))や児童ポルノ提供等の罪等も対象犯罪となった(但し、別表Ⅱに掲げる罪にあっては、当該罪に当たる行為が、あらかじめ定められた役割の分担に従って行動する人の結合体により行われるものに限られる。))。

2 新たな傍受方法の導入

新たな通信傍受の方法として暗号技術を活用した傍受(通信傍受法9条)や通信管理者等に一時保存させる方法による傍受が認められた(通信傍受法20条1項)。

第4 最後に

刑事訴訟制度は、公判前整理手続や裁判員裁判制度の導入など従来の制度から大きく変容してきているが、今回の改正はさらなる変容をもたらすものである。もはや一昔前の刑事訴訟制度とは別物と言っても決して過言ではない。弁護士として、被疑者・被告人の利益擁護のために改正点を押さえ、新たな制度への対応が求められる。

金融機関の反社会的勢力対応を巡る近時の裁判例について

弁護士 茶木 真理子

第1 はじめに

金融機関の反社会的勢力への対応については、平成19年6月に政府により策定された「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」(以下、「政府指針」という。)、平成20年3月に金融庁により一部改訂された「主要行等向けの総合的な監督指針」(以下、「監督指針」という。))等により、「一切の関係遮断」が基本原則とされた。これを受けて全国銀行協会及び全国信用金庫協会は、銀行取引約定書や普通預金規定等に盛り込む暴力団排除条項(以下、「暴排条項」という。))の参考例を制定し、金融機関もこれを参考に暴排条項を各規定等に盛り込むことで、反社会的勢力との関係を遮断するための取組を推進してきた。

その後も、金融機関では、反社会的勢力との関係遮断にむけた態勢整備、適切な事前審査・事後審査の実施、反社会的勢力と判明した場合の速やかな取引解消等の各種取組が進められているが、理論上争いとなる論点が残っており、実務上、対応に苦慮する場面が生じることもある。

近時、このような反社会的勢力対応における課題に対し、2つの裁判例が出された。本稿では、この裁判例を紹介するとともに、若干の考察を加えたいと思う。なお、本稿において意見にわたる部分は筆者の私見である。

第2 新規取引申込への対応—東京地判平成26年12月16日金法2011号108頁

1 預金開設申込など、新規取引申込があったという入口場面においては、以前より、契約自由の原則が妥当する場面であり、反社との疑いがあれば口座開設申込を謝絶しても法的には問題はなく、また、謝絶の理由を説明する必要もないと解されてきた。いったん反社との取引関係に入ってしまうと、これを解消することは容易ではないから、入口場面での厳格な対応が重要である。この点に関する判断を示したのが、東京地裁平成26年12月16日判決である。

2 事案の概要

原告(個人)が被告(銀行)に対し普通預金口座の開

設申込みをしたところ、被告はこれを拒絶した。被告は合理的な理由なく口座開設申込を拒絶してはならない義務があったにもかかわらず、原告の父が過去に政治団体に所属していたことを理由に拒絶したと考えられるとして、原告が被告に対し不法行為に基づく損害賠償(慰謝料)の支払を求めた事案である。

3 判決の内容

確かに、銀行業については、銀行取引が一般消費者の社会生活にとって不可欠な生活手段となっているほか、国民経済の発展に資するという公共性が認められる。

しかし、預金口座の開設申込みがされた場合において、銀行に承諾を義務付ける法令上の根拠はないし、また、上記のような銀行業務の公共性から、直ちに、預金口座の開設の申込みの場面における契約自由の原則の適用が制限され、銀行が預金口座の開設の申込みを承諾すべき義務があるとまではいえない。

被告は、本件口座開設申込を拒否した理由について、総合的に判断した結果である旨回答しており、原告が既に被告の別支店に普通預金口座を有しており、本件口座開設申込を拒否されたとしても銀行取引を行うことが可能であったことを考慮すると、原告の父が過去に政治団体に所属していたという事実をもって、本件口座開設申込を拒否したと認めることはできない。

よって、被告が本件口座開設申込を拒否したことについて、不法行為は成立しない。

4 考察

本判決は、法令上の根拠がないこと、銀行業務の公共性から、直ちに、被告には原告の口座開設申込みを承諾すべき義務はないと判断したものである。

入口場面では、契約自由の原則が制限されることなく、口座開設申込みを拒絶できるとの見解が是認されたことは評価できる。また、口座開設申込みを承諾すべき義務がなく、契約自由の原則が制限されない以上、拒絶の理由を明らかにする義務もないと解される。

なお、本判決は、不法行為の成立を否定する理由として、同じ銀行の他支店で原告が口座を有していたことを考慮している。このため、仮に他支店で口座を有していないケースでは結論が異なるのが問題となり得るが、多くの日常的な取引において現金払いでの対応が可能であり、社会生活を送る上で預金口座は必須と言えない状況を踏まえると、この点

を過度に強調し、拒絶を躊躇する必要はないものと考ええる。

第3 暴排条項の遡及適用について—福岡地判平成28年3月4日金法2038号94頁

1 前述のとおり、全国銀行協会は、平成21年9月に普通預金規定に盛り込む暴排条項の参考例を公表し、これを加盟銀行に通知した。また、全国信用金庫協会でも同様の対応が取られた。暴排条項とは、反社会的勢力でないことを表明・確約すること、取引開始後に相手方が反社会的勢力であると判明した場合等に預金を解約することを内容とするものである。そして、全国銀行協会等からの通知を受けて、各金融機関は普通預金規定にこの暴排条項を導入した。

反社会的勢力との関係遮断という暴排条項の目的を達するためには、その導入以前から普通預金契約をしていた顧客についても、暴排条項を適用させる必要がある。しかし、このような遡及適用を認めてよいのか、約款を追加的に不利益変更している以上、適用にあたっては個別の同意を得ることが必要なのではないか、との点が論点となり、見解は分かれている。実務上も、遡及適用は困難であるとして、対象となる顧客については合意を得て解約する方式を採用している金融機関も存在するようである。

この暴排条項の遡及適用の問題について、初めて判断したのが福岡地裁平成28年3月4日判決である。

2 事案の概要

被告Y1銀行及び被告Y2銀行とそれぞれ預金契約を締結した原告らが、被告らが預金契約締結後に預金規定に追加した暴排条項に基づき預金契約を解約したことについて、①暴排条項の有効性、また、②仮に有効であるとしても追加された暴排条項が遡及的に適用されることを争い、③さらには本件で預金契約を解約することは信義則違反ないしは権利濫用に当たるなどとして、預金契約の解約は無効であると主張した事案である。

3 判決の内容

(1) ①暴排条項の有効性について

ア 被告らが普通預金規定等の取引約款に暴排条項を追加した目的は、政府指針や金融庁の監督指針等の趣旨を踏まえ、反社会的勢力との関係遮断が特に強く求められる金融機関としての社会的責任を全うすべく、近年、暴力団を始めとする反社会的勢力が資金獲得活動を巧妙化させ

ている中で、不当な資金獲得活動の温床となりかねない取引を根絶するため、反社会的勢力との取引を拒絶し、預金口座の不正利用等による被告らの被害を防止するのみならず、反社会的勢力の経済活動ないし資金獲得活動を制限し、これを社会から排除して、市民社会の安全と平穩の確保を図ることにありと認められ、暴排条項の目的の正当性及び必要性が認められることは明かである。

イ 誓約書の徴求や預金口座のモニタリングによつては、反社会的勢力による預金口座の不正利用や資金獲得等を事前に確実に防ぐことができず、一度不正利用等がされれば被告らにとって看過し難い被害が生じ、事後的な対応によつてその被害を回復したり、反社会的勢力が得た利益を取り戻したりすることも困難であることからすれば、上記目的達成のため、反社会的勢力に属する預金契約者に対し、解約を求めることも上記目的を達成する手段としては合理的といえる。一方で、反社会的勢力に属する者には、預金口座が使用できない場合、社会経済活動において種々の不都合が生じることは否定できないものの、各種支払について口座引落とし以外の支払方法による支払が可能であることが多いことからしても、電気、ガス、水道等のいわゆるライフライン契約とは異なり、預金契約については、契約が締結されなくても社会生活を送ることがおよそ不可能なものとはいえず、これによる不利益も限定的であるといえる。そもそも、この不利益自体、反社会的勢力に属しなくなるという、自らの行動によって回避できるものである。

ウ よつて、暴排条項は、憲法14条1項、22条1項の趣旨に反するものとも、公序良俗に反するものともいうことができず、有効である。

(2) ②遡及適用の是非について

預金契約のように、ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であつて、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的であるような定型的取引については、定型の取引約款によりその契約関係を規律する必要性が高いから、取引約款を社会の変化に応じて変更する必要性が生じた場合には、合理的な範囲において変更されることも、契約上当然に予定されているといふことができ、既存契約の相手方

の個別の合意がない限り、その変更の効力が既存の契約に一切及ばないと解するのは相当ではない。

暴排条項は、公益目的を有しており、単に預金口座の不正利用等による被告らの被害を防止することのみを目的としたものではないこと、反社会的勢力による預金口座の不正利用は社会にとって依然として大きな脅威となっていること、暴排条項の目的は暴排条項が追加されたときに既存の預金契約にもこれを適用しなければ達成することが困難であること、暴排条項が適用されることによる不利益は限定的であること、被告では暴排条項の追加に先立ち、その内容や効力発生時期を自行のホームページへの掲載、店頭等におけるポスターの掲示やチラシの配布等の適切な方法により周知していること等を総合考慮すると、暴排条項の追加は合理的な取引約款の変更にあたるといふことができ、既存顧客との個別の合意がなくとも、既存の契約に変更の効力を及ぼすことができる。

(3) ③信義則違反・権利濫用

過去に違法な入出金がないことは、解約を制限すべき事情に当たるとはいえない。また、生活口座であるとの主張については、子供の学校関係費用の引落口座等代替性のない生活口座については解約が制限される余地があり得るとしても、本件口座は原告ら社会生活を送る上で不可欠な代替性のないものであるといった事情は認められないから、本件の口座解約は信義則違反ないし権利の濫用に該当するとはいえない。

4 考察

まず、①暴排条項の有効性について、これまでに判断した裁判例としては、刑事事件に関するものではあるが、大阪高判平成25年7月2日判タ1407号221頁があつた。本判決も、上記大阪高判と同様に、暴排条項の目的の正当性、必要性、手段の合理性を認定して、有効性を認めている。

次に、②遡及適用の是非については、前述のとおり、これまでこれを否定する見解があり、実務上の対応も分かれていたところ、本判決は、これまでの暴排条項追加に至る経緯や反社会的勢力による被害の実態等も詳細に認定したうえで、明確に遡及適用を認める旨判断したものであつて、大きな意義があると考えられる。

最後に、本判決は、③信義則違反・権利濫用の判断の中で、「代替性のない生活口座」の場合には解

約が制限される余地があると述べており、注意が必要と思われる。この「生活口座」に関しては、そもそも何をもって「生活口座」と扱うのか、「生活口座」であっても一律排除すべきか、といった課題が残っている。第2でも述べたとおり、多くの日常的な取引において現金払いでの対応が可能であり、そもそも「代替性のない生活口座」自体が存在するのか疑問であることからすると、本判決の判断を受けても、例えば現役暴力団員の「生活口座」について消極的な対応を取るというのは、金融機関としては望ましくないものと考ええる。

なお、本判決については控訴されているようであり、控訴審判決にも注目したい。

参考文献

- ・「《座談会》〔最新版〕金融機関における反社会的勢力排除への実務対応」金融法務事情2021号6頁
- ・鈴木正人ほか「反社会的勢力の預金口座解約の実例を踏まえた実務上の留意点」金融法務事情2031号6頁
- ・鈴木仁史「暴力団排除条項の追加変更（遡及適用）による口座解約－福岡地判平28.3.4の検討－」金融法務事情2043号6頁
- ・森原憲司「生活口座の取扱いとリスク管理」銀行法務21・790号4頁

差止請求訴訟における「おそれ」の有無

—大阪高判平成28年2月25日判時2296号81頁、金融・商事判例1490号34頁（クロレラチラシ配布差止等請求控訴事件）

弁護士 長野 浩三

1 事案の概要

本件は、適格消費者団体（原告＝被控訴人）が、クロレラ等を原材料とする健康食品を販売する会社であるサン・クロレラ販売（被告＝控訴人）に対し、日本クロレラ療法研究会（以下、「クロレラ研究会」という。）の作成であるとの体裁でクロレラ等の効能等に関する記載を内容とする新聞折り込みチラシを配布することが、景品表示法10条1項1号¹の優良誤認表示及び消費者契約法4条1項1号の不実告知に当たるとして、景表法10条1項1号、消費者契約法12条1項及び2項に基づき、チラシの配布差止めを求めるとともに、優良誤認表示があった旨の周知広告を配布するよう求めた事案である。

2 第1審判決（京都地判平成27年1月21日判時2267号83頁）

同判決は、研究会チラシを配布した者は被告自身であり、研究会チラシの商品表示該当性についても「研究会チラシは、単にクロレラやウコギの成分の効用を人々に知らしめようとする広告ではなく、被告商品の販売促進を目的とするものであり、研究会チラシの記載は、被告商品の内容に関する『表示』と認められる。」とし、研究会チラシの優良誤認表示該当性についてもこれを肯定し、チラシ配布の差止めを認めた。

3 控訴審判決（大阪高判平成28年2月25日）

控訴審判決は、優良誤認表示を行うおそれの有無につき、「(3)控訴人は、原審で審理対象とされた研究会チラシを今後も配布する予定がない旨主張し（平成27年7月17日付け控訴人第1準備書面第4の2）、平成23年2月21日から同年10月4日までに配布されたことのある(2)掲記のチラシについても同様に陳述する（平成27年12月11日当審第3回弁論準備手続期日）。

平成27年6月29日以降、控訴人が控訴人名義で配布しているチラシには、「サン・クロレラA」という商品名が大きく記載され、目立つ文字で「クロレラは医薬品ではありません」と記載されている上、被控訴人が差止対象とした原判決別紙1の2(1)から(4)までの表示は一切されておらず、クロレラの栄養素、「サン・クロレラA」のこだわりとして、精製方法、使用しているクロレラの種等が記載され、体験談としても、健康習慣や生活習慣が記載されているのみであり、ウコギ（イソフラキシジン）の記載は全くない（乙82）。

特定の疾病の治療、予防又はその効能、効果が特定の製品について宣伝されると薬事法に抵触する問題があるが、特定の製品についてではなく、一般的なある成分についての宣伝であれば直ちに薬事法上問題があるということには若干困難があるとするのでは、薬事法上の規制が十分働いていないのではないかということとは、既に昭和62年7月の衆議院社会労働委員会の質疑に取り上げられている（甲22）。そして、健康食品の摂取により特定の疾病が快復したとの記載（原判決別紙1の2(4)に記載の表示）は、効能効果があるとの表示があるからといって、消費者に、当該商品を医薬品と誤認させるものとはいいい難いが、医薬品と同等の効能効果があるとの広告と解されるのであれば、まず、薬事法上の規制が考えられるものである。

そうすると、控訴人が現在控訴人名義で配布しているチラシについて、再度、特定の疾病が快復したとの

記載をしたり、薬効があるなどの原判決別紙1の2(1)及び(3)に記載された内容を表示することは、チラシを一新した控訴人に行動に照らし、客観的にみても考えられないというべきである。

したがって、現段階では、控訴人が被控訴人が主張するところの優良誤認表示を行うおそれがあるとは認められない。」として、「おそれ」を否定し、被控訴人の請求を棄却した。

4 関連する裁判例—京都地判平成21年9月30日判時2068号134頁

適格消費者団体である原告が、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被告に対し、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め及び同条項を含む契約書用紙の破棄等を求めた事案において、同判決は、「消費者契約法12条の『現に行い又は行うおそれがあるとき』とは、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ではなく、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。

被告は、平成19年7月から、定額補修分担金条項を含む賃貸借契約を締結していないと主張するが、被告が、平成20年3月25日における報道関係者に対する報告……において、定額補修分担金の違法性については争う姿勢を見せていること、本訴訟においてもその違法性を争っていることからすると、今後、被告が定額補修分担金条項を含む消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示を行う蓋然性が客観的に存在するといわざるを得ない。よって、消費者契約法12条3項の『消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示を現に行い又は行うおそれがあるとき』に当たる」と判示しており、定額補修分担金の違法性について争う姿勢を見せていることから「おそれ」があると認定している。

5 不正競争防止法分野における学説・裁判例

現在は違反行為が停止されているとしても、そのことのみをもって差止めの必要性や「おそれ」要件は否定されない²。

また、裁判例も、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、特段の事情のない限り、「おそれ」が認められるとしている。

(1) 東京地判昭和47年1月31日判タ276号356頁(月桂樹事件)は、被告の使用する商章(月桂樹に基づくもの)が原告の商標権を侵害しているとして、商標権

に基づき、その使用の差止めを求めた事案である。被告は、原告からの警告を受けて、同商章の使用を差し控えていたが、裁判所は、被告が月桂樹を自己の商品イメージないし出所表示とすることを変えていないこと、警告以前は同商章を使用しており、現在はただ無用の紛議を避けるため使用を控えていただけであることから、今後、同商章を使用するおそれがないとはいえないとした。

(2) 東京地判昭和55年4月18日LLI登載(ダイワ釣具事件)は、仮に現在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された。

(3) 東京地判平成13年4月24日判時1755号43頁は大手携帯電話会社の名称に基づくドメイン名を取得し、このドメイン名などを表示したウェブサイトを開設していた被告に対して、原告大手携帯電話会社がその表示等の差止めを求めた事案で、被告は、提訴後、ウェブサイトの運営を一時停止した。裁判所は、「現在その運営を一時的に停止しているという事情を考慮しても、被告が本件ドメイン名の使用が不正競争行為に当たることを争っていることに照らせば、今後、被告が本件ドメイン名を使用し、本件ウェブサイト上に本件表示を掲げるおそれがあると認められる。」と判示した。

6 福岡高判平成27年7月28日金融・商事判例1477号45頁について

同判決は、事業者が当該行為の違法性を争っていた事案において、上記「おそれ」につき、「当該事業者により、当該行為がされる蓋然性が客観的に存在していることを要するものと解される」とし、契約条項を改訂した事業者につき上記「おそれ」を否定している。

しかし、この判旨は、上記5のこれまでの差止めの必要性に関する学説や裁判例に反し、不当に上記「おそれ」を狭く解するものである。

このように狭く「おそれ」を解するときは、事業者は「当該行為を中止した」ことを形式的に整えれば容易に差止請求を免れることになり、再び違法行為がなされた際に効果的に当該違法行為を抑止することができない。

実質的にも当該行為を中止し将来に渡っても当該行為を行わないのであれば差止命令があってもなんら事業者に不都合はないが、被害を受ける消費者にとって

は、差止命令がなければ再び違法行為が行われた際に直ちにこれを防止することができず、新たな消費者被害が発生してしまう。

7 上記控訴審判決の評価

控訴審判決は、優良誤認表示を「現に行い、又は行うおそれがあるとき」(景表法10条1項1号)の該当性について、相手方は、遅くとも平成27年1月22日以降、従前とは記載内容を一新したチラシを配布し、控訴審で審理対象とされた研究会チラシの配布を一切行っていないことから、控訴審で審理対象とされた研究会チラシを配布するおそれはない旨判示する。

そもそも、差止命令が発せられる趣旨は、不当表示を排除する役割を行政機関だけでなく裁判所にも負わせ、消費者の利益を適切に確保することに求められるところ、事業者が「当該違法行為をやめた」と宣言すれば、将来において違法行為を再開するおそれがないという判断を裁判所がするのであれば、上記差止命令の趣旨は全く達せられない。

定額補修分担金条項使用差止請求事件判決(京都地判平成21年9月30日判時2068号134頁)では、被告が当該条項の違法性を争っていることから、今後、被告が当該条項を使用する蓋然性が客観的に存在すると言わざるを得ない旨判示されており、「おそれ」の有無の判断では、事業者が現在も違法性を争っているかどうかが最重要視されている。

不正競争防止法等の分野では、現在違反行為が停止していても、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と解釈されており、この解釈に基づく裁判例も相当数存在する。控訴審判決は、上記の裁判例及び学説とかけ離れ、相手方が違法性を争っているにもかかわらず、現在違法行為をやめていれば、将来において違法行為を再開するおそれがないと判断しており、「おそれ」の解釈を誤るものである。

控訴人にとって、研究会チラシは約28年にわたって使用された顧客誘因ツールであり、控訴人の営業上非常に重要なものである。控訴人は、一貫して研究会チラシの適法性を主張しており、また、控訴審において、研究会チラシを配布しない内容での和解を拒否している。このような控訴人の態度から考えれば、現在違法なチラシの配布を止めているという一点をもって、違法行為を再開する「おそれ」がないと判断した控訴審は誤りである。

8 おわりに

被控訴人は、平成28年3月2日に上告受理申立てを行った。差止請求が認められれば、健康食品の表示に対する適格消費者団体の差止請求が活発化することが考えられるため、最高裁の判断に注目したい。

- 1 景表法に課徴金制度を導入する改正法(平成26年法律第118号)が平成28年4月1日に施行されたため、本稿執筆時点では本稿にいう景表法10条1項1号は30条1項1号となっている。本稿では改正法施行前の条番号で示す。
- 2 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』(有斐閣、2003年)203頁、平尾正樹『商標法 第1次改訂版』(学陽書房、2006年)311頁等。

健康食品とその表示・広告

—消費者委員会の建議を巡って

弁護士 野々山 宏

第1 はじめに

平成28年4月12日、内閣府消費者委員会は「健康食品の表示・広告の適正化に向けた対応策と、特定保健用食品の制度・運用見直しについての建議」(以下、「建議」と略称する。)を公表した。この建議は、従来から「健康食品」と呼ばれる分野において表示・広告に問題があり、それが依然として解決していないこと、健康食品の制度である特定保健用食品(以下、「特保」と略称する。)が国民に十分に理解されていないこと、平成27年4月に機能性表示食品制度が始まり、問題の多い「いわゆる健康食品」の淘汰が必要なことから、健康食品の表示・広告適正化と機能性表示食品制度発足後の特保制度の在り方について意見を述べている。

この建議は、内閣府消費者委員会に設置された「特定保健用食品等の在り方に関する専門調査会」(以下、「専門調査会」と略称する。)の検討結果をまとめた平成28年3月公表の報告書(以下、「報告書」と略称する。)を踏まえている。筆者は、この専門調査会の委員の一人として検討に参加し、主として健康食品の表示・広告に関して意見を述べた。本稿は、その際述べた意見を中心に、健康食品の表示・広告の問題について記したものである。

第2 食品に関する法

食品を中心とした法は多様である。主な法は以下のとおりである。

食品安全基本法は、食品の安全性の確保に関する基本理念、国・地方公共団体・食品関連事業者の責務、消費者の役割を規定し、併せて、内閣府に設置された食品安全委員会の食品健康影響評価(リスク評価)等の事務や役割を定めている。

食品衛生法は、食品の安全性を確保するために公衆衛生の見地からの諸措置を規定している。食品と添加物の表示制度は平成25年制定、平成27年施行の食品表示法に移管されている。

農林物資の規格化等に関する法律(JAS法)は、農林物資を規格化し、「JAS規格」による格付け制度等を規定している。飲食料品の品質表示制度は平成25年制定、平成27年施行の食品表示法に移管されている。

健康増進法は、高齢化等が進む中で、国民の健康増進推進の基本的な事項を定め、国民の栄養の改善その他の国民の健康の増進を図る措置を講じるための国・地方公共団体・事業者の責務と諸制度を定めている。栄養表示等の表示制度は、平成25年制定、平成27年施行の食品表示法に移管されている。

食品表示法は、国民が自主的、合理的に安全な食品を選択するために必要な包装容器等の原材料や添加物に関する表示が、従来は食品衛生法、JAS法、健康増進法の3法にばらばらに規定されてわかりにくかったことから、消費者基本法の基本理念を踏まえて、上記3法の食品表示の規制を統合して、消費者と事業者にとってわかりやすく、整合性の取れた表示基準を制定したものである。

また、食品と、医薬品・医薬部外品・化粧品等を画してこれらの製品の品質、有効性及び安全性の確保と危害発生防止をはかる法律として、医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律(新薬事法。以下、「薬機法」と略称する。)がある。その他にも食品、とりわけ農産物の安全性の確保に関して、農薬取締法、BSE対策のための牛トレーサビリティ法、事故米不正流通対策のための米トレーサビリティ法がある。

そして、食品を含む製品、商品に関する法として、計量法、景品表示法や、消費生活被害の防止と安全を確保するための政策を規定した消費者安全法、欠陥商品の損害賠償を定めた製造物責任法(同法は加工された製品を対象としており、未加工の農水産物そのものは対象外)などがある。

健康食品も食品である以上、これらの法の規定のもとで販売等が許されている。

第3 「食品」における「健康食品」

人の口から摂取する物は、食品と医薬品等(医薬品、医薬部外品、再生医療等製品)と大別され、医薬品等はその安全性の確保や表示・広告が薬機法で厳格に規制されている。

「食品」は、法の規制目的によって、定義が多少異なっている。①食品安全基本法2条は「薬機法に規定する医薬品、医薬部外品及び再生医療等製品を除く全ての飲食物。」、②食品衛生法4条1項は「薬機法に規定する医薬品、医薬部外品及び再生医療等製品を除く全ての飲食物。」(但し、4条2項で添加物を別に定義して食品とは別に取り扱っている。)、③食品表示法2条1項は「薬機法に規定する医薬品、医薬部外品及び再生医療等製品を除く、添加物を含む全ての飲食物。」として食品衛生法で定義している添加物も含むことを明記するなどである。

そして、「健康食品」は、食品の一つであるが法令上の定義はなく、広く健康の保持増進に資する食品として販売されている物を指す。「健康食品」には、健康増進法、食品表示法などによって、一定の条件で機能性の表示が認められている「保健機能食品」として、①特定保健用食品、②栄養機能食品、③機能性表示食品の3つがあり、その他に機能性の表示が一切認められない「いわゆる健康食品」がある。

安全性や表示・広告の問題は、機能性の表示が一切認められていない「いわゆる健康食品」に多く発生しているが、保健機能食品にも問題は生じている(1例として、消費者庁が実施した平成28年3月の特保の広告に対する健康増進法32条1項に基づく勧告がある。)

第4 健康食品の利用の現状

報告書で、アンケート調査などに基づいて詳細に検討されているように、「健康食品」の利用には、以下のような実態があると思料される。

1 消費者は保健機能食品や「いわゆる健康食品」を問わず、製品を正しく理解した上で、健康食品を利用しているとは言えない。

- ・食品であり、あくまで補足的なものであることが理解されていない。これさえ摂取していれば大きな効能・効果があるとの誤解をしている消費者もいる。
- ・広告・表示において、効果・効能が強調され、消

費者は過度な期待をもち、さらに危険性が理解されていない(副作用、過剰摂取、医師の治療との障害の可能性、アレルギーなど)。実際に、「いわゆる健康食品」では健康被害が生じている。

- ・成分にバラツキがあることの認識に欠けている。
- ・特に「いわゆる健康食品」には機能表示に科学的根拠が薄弱であることが多いことが認識されていない。
- ・カプセル、錠剤、粉末、ドリンクの形態となっており、形態から医薬品の効果・効能を期待する消費者もいる。

2 消費者は健康食品に関する制度を理解した上で、特保などを適切に利用しているとはいいがたい。

- ・「特保」の名称は知っていても、その意味を知らない消費者が多い。
- ・「特保」の機能性が過大に宣伝され、これを過大に評価して利用している。
- ・健康食品は食品であり、あくまで健康増進・食生活改善のための補充的なものであることが理解されていない。これさえ摂取すれば効果があると誤解している消費者がいる。

3 「いわゆる健康食品」および特保の表示・広告に対する消費者の期待度は、実際の効果より過大であり、広告や宣伝が消費者に過度の期待を抱かせている実態がある。

- ・表示・広告が一定の症状への機能性を強調していることが多く、医薬品的な効果・効能を期待する傾向がある。
- ・特に、「いわゆる健康食品」の広告に、根拠不明、不明確な効果・効能の強調、根拠不明な体験談が多く見られる。
- ・曖昧なイメージ広告で、効果・効能を誘導しているものもみられる。広告では効果・効能は確認できない。

4 このような健康食品、とりわけ「いわゆる健康食品」の利用に問題があることから、内閣府食品安全委員会の「いわゆる『健康食品』の検討に関するワーキンググループ」が、2015年12月に「いわゆる『健康食品』に関する報告書」と「いわゆる『健康食品』に関するメッセージ」を公表している。中でも、以下の「19のメッセージ」と「まとめ」は多くの人に知ってもらいたい内容であり、是非一読して健康食品の利用に役立ててもらいたい。

※食品安全委員会 「健康食品」についての19のメッセージ

(1) 食品としての安全性についてのメッセージ

- ①「食品」でも安全とは限りません。
- ②「食品」だからたくさん摂っても大丈夫と考えてはいけません。
- ③同じ食品や食品成分を長く続けて摂った場合の安全性は正確にはわかっていません。

(2) 「健康食品」としての安全性についてのメッセージ

- ④「健康食品」として販売されているからといって安全ということではありません。
- ⑤「天然」「自然」「ナチュラル」などのうたい文句は「安全」を連想させますが、科学的には「安全」を意味するものではありません。
- ⑥「健康食品」として販売されている「無承認無許可医薬品」に注意してください。
- ⑦通常の食品と異なる形態の「健康食品」に注意してください。
- ⑧ビタミンやミネラルのサプリメントによる過剰摂取のリスクに注意してください。
- ⑨「健康食品」は、医薬品並みの品質管理がなされているものではありません。

(3) 「健康食品」を摂る人と摂る目的についてのメッセージ

- ⑩「健康食品」は、多くの場合が「健康な成人」を対象にしています。高齢者、子ども、妊婦、病気の人が「健康食品」を摂ることには注意が必要です。
- ⑪病気の人が摂るとかえって病状を悪化させる「健康食品」があります。
- ⑫治療のため医薬品を服用している場合は「健康食品」を併せて摂ることについて医師・薬剤師のアドバイスを受けてください。
- ⑬「健康食品」は薬の代わりにはならないので医薬品の服用を止めてはいけません。
- ⑭ダイエットや筋力増強効果を期待させる食品には、特に注意してください。
- ⑮「健康寿命の延伸(元気で長生き)」の効果を実証されている食品はありません。

(4) 「健康食品」の情報についてのメッセージ

- ⑯知っていると思っている健康情報は、本当に(科学的に)正しいものですか。情報が確かなものであるかを見極めて、摂るかどうか判断してください。

(5) 「健康食品」の摂取についてのメッセージ

- ⑰「健康食品」を摂るかどうかの選択は「わからない中での選択」です。
- ⑱摂る際には、何を、いつ、どのくらい摂ったかと、効果や体調の変化を記録してください。
- ⑲「健康食品」を摂っていて体調が悪くなったときには、まずは摂るのを中止し、因果関係を考えてください。

※食品安全委員会 「健康食品」について安全な選択をするためのまとめ

- ・健康の保持・増進の基本は、健全な食生活、適度な運動、休養・睡眠です。
- ・「健康食品」を摂る選択をする前に、今の自分にとって本当に必要か考えてください。その際に、信頼できる(科学的根拠のある)情報を入手するように努めることが、自身の健康を守るために大切です。
- ・「健康食品」を購入/摂る場合は、このメッセージで述べられている点に注意して、選択をすることが必要です。
- ・増量することは健康被害をもたらすリスクを高めます。たとえ効果が実感できなくても、増量してはいけません。
- ・「健康食品」を摂っていて体調が悪くなった場合は、すぐに摂るのをやめてください。

第5 健康食品の表示・広告の是正措置

このように、健康食品の問題がある表示・広告によって、製品の実態と消費者の期待感に格差が生じている。ガイドラインや自主基準による是正では不十分であり、以下のような法規制の強化と違反者への執行を十分に行っていく是正措置が必要である。

1 表示規制

販売されている健康食品の危険性やデメリットが十分に理解されていない現状があり、健康被害につながるおそれがあるから、過剰摂取・他の製品との組み合わせなどの危険性やデメリット、対処法を、商品の表示に効果・効能と同じポイントの大きさの字で示す必要がある。

食品であり、あくまで補的なものであることを目立つところに表示する。

何より表示は、利用する消費者にわかりやすい表現とし、以上の点を食品表示法及びその関連法規やガイドラインで示す必要がある。

2 広告規制

特保や機能性表示食品で表示が許されている内容のみ、機能性の広告ができることを徹底する必要がある。表示と広告の一致をはかり、容器に表示できない内容は広告への掲載も禁止し、容器に表示すべき内容は広告にも掲載することを徹底する。

特保や機能性表示食品など機能性の広告が許される場合でも、危険性、デメリットの記載を義務づける。また、それだけを食して効果・効能が現れないことを明示する。医薬品の効果を誤解・連想させる広告を禁止し、「個人の感想」など検証不能な広告は禁止すべきである。

健康増進法31条などを改正して、①特保や栄養機能食品、機能性表示食品以外の加工製品については、暗示的なものも含めて機能性の広告はできなしとし、②誇大表示については、健康に深く関わることから、「著しく」相違がなくとも事実と異なる表示を禁止し、「著しく」なくとも人を誤認させる表示を禁止し、③「個人の感想」など検証不能な広告は禁止すべきである。

すべての健康食品について、①医薬品的な効果・効果を含まないことの明記、②事実と反する効果・効果について科学的確証のない広告の禁止、③認められた保健機能食品と紛らわしい名称や期待を与える広告の禁止を明記して徹底する。

3 行政処分の執行の強化

健康増進法に不実証広告規制を導入し、広告に関する根拠情報の開示請求をできるようにして、担当行政機関による検証や執行を容易にする。

健康増進法を改正し、①(景品表示法同様の)適格消費者団体による差止請求権を認める、②消費者からの申出制度の導入・拡充をする、などして違反行為に対する是正策を強化する。

違反者に対する厳しい執行の実現のため、執行体制の強化をして食品表示法、健康増進法の違反者への執行などを強化する。

4 ガイドライン・自主規制

ガイドラインの見直しとガイドラインを常にアップデートする。また、ガイドラインの内容を事業者浸透させるために、行政機関のホームページへの掲載だけでなく、消費者や事業者への周知徹底に力を入れる。

ガイドラインの有効性を確保するために、違反者への措置などを徹底する。

5 消費者教育

食育との連携の強化が必要であり、特保などの意味やあくまで補助的な食品であることの理解を広める。

健康食品の被害事例の教育と速やかなわかりやすい情報提供が必要である。

第6 おわりに

以上の通り、健康食品における表示・広告には現在多くの問題がある。これに対しては、表示規制・広告規制において法規制の強化が必要であり、これを担保する執行を強化する必要がある。また、ガイドライン、自主基準の充実とその周知徹底、併せて消費者教育を実施していく必要がある。

これらのいくつかは、今回の建議にも、実現すべき内容として、あるいは、検討すべき内容として指摘されており、今後の消費者庁等における検討状況を注視していく必要がある。

改正消費者契約法・改正特定商取引法の概要と今後の課題

弁護士 伊吹 健人

第1 はじめに

平成28年5月25日、「消費者契約法の一部を改正する法律」(以下、「改正消契法」という。)及び「特定商取引に関する法律の一部を改正する法律」(以下、「改正特商法」という。)が成立した¹。

改正消契法は公布の日から起算して1年を経過した日(平成29年6月3日)、改正特商法は公布の日(平成28年6月3日)から1年6月以内に施行される(ただし、いずれも後記の民法改正に関わる部分は、改正民法の施行日に施行される。)

第2 改正消契法の概要

1 過量契約取消権の新設

高齢者や障害者の判断能力の低下等につけ込んで不必要な商品の購入等をさせる勧誘行為が問題視されており、消費者側からは、そのような場合も消費者契約法で契約を取り消すことができるようにすることを求める意見が挙がっていた。

今回の改正では、そのような勧誘行為のうち、特に被害の多い過量販売(改正消契法4条4項前段)と、次々販売(同項後段)の事案で、新たに消費者の取消権が認められた。

具体的には、「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分量、回数又は期間が当該消費者にとっての通常の分量等を著しく超えるもの」を、事業者がそれと知りつつ勧誘した場合に、取消しが認められる。

2 不実告知の「重要事項」の拡張

これまで、不実告知の対象となる「重要事項」は、目的となるものの「内容」(商品の質等)や「取引条件」(商品の代金等)と定められていた。そのため、動機に関する事実の不実告知があった事例では、「内容」にも「取引条件」にも不実告知がないということで、取消しができない可能性があった。

今回の改正では、不実告知における「重要事項」として、新たに「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が当該消費者の生命、身体、財産その他の重要な利益についての損害又は危険を回避するために通常必要であると判断される事情」が追加された(改正消契法4条5項3号。断定的判断の提供や不利益事実の不告知は従前のままである。)

これにより、例えば、床下にシロアリがいるといった虚偽の説明でシロアリ駆除契約を締結した事案や実際には市場流通性のない山林について売却できるとの虚偽の説明で測量契約を締結した事案等でも契約の取消しが認められることになる²。

3 取消権の期間制限の伸長

現行法において、消費者契約法の取消権は、追認をすることができる時から6ヶ月、契約締結の時から5年以内に行使しなければならない。

しかし、実際には、消費者からの相談時にはすでに期間が経過していることもあるため、被害救済を促進する観点から、短期の行使期間が6ヶ月から「1年間」に延ばされた(改正消契法7条1項)。

4 取消し後の返還義務(民法改正への対応)

従前は、民法703条を根拠に、現存利益の返還で足りるとの解釈がなされていた。

ところが、民法の改正法案では、取り消した場合に原状回復義務があるとされていることから、現存利益を超えて返還義務を負う可能性がある。

そこで、今回の改正では、民法が改正されても、消費者取消権によって契約を取り消した場合には、

現存利益を返還すればよいことが明文化された(改正消契法6条の2)。

5 不当条項の追加

事業者の債務不履行や契約の目的物に瑕疵があった場合の解除権を消費者に放棄させる条項(例えば、「いかなる理由があってもキャンセルには一切応じません。」)は、例外なく無効とされる(改正消契法8条の2)。

6 10条前段への例示の追加

10条前段の例示として、「消費者の不作为をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項」(例えば、「継続購入が不要との連絡がない限り、サブリメントを継続的に購入することとします。」という条項)が追加された(改正消契法10条)。

このような条項は、10条後段の「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」にあたれば、無効となることが確認されたものである。

7 8条の文言修正

8条1項3号、同4号の「民法の規定による」との文言が削除された(改正消契法8条1項)。

第3 改正特定商取引法の概要

1 指定権利制の見直し

指定権利制については、事業者が特商法の規制対象となっていない「権利」の取引だと主張することで規制を免れようとするのが問題となっている。

今回の改正では、従来の政令指定権利は廃止せず残されたが、「役務」を幅広く解釈してカバーし、「役務」と位置づけることができない「社債その他の金銭債権」と「会社の株式」や「社員権」等を、従来の政令制定権利と併せて「特定権利」と位置づけることで(改正特商法2条4項)、規制の抜け穴が生じないようにすることとなった³。

2 消費者被害の予防、救済のための制度の拡充

(1) 通信販売に関して、消費者からの事前の請求や承諾なしにファクシミリ広告をすることが禁止された(改正特商法12条の5)。

(2) 電話勧誘販売に過量販売解除権が導入された(改正特商法24条の2)。

(3) 改正消契法と同様に、訪問販売、電話勧誘販売、連鎖販売取引、特定継続的役務提供及び業務提供誘引販売取引における取消権の短期の行使期間について、追認することができる時から6ヶ月

とされていたのが、「1年間」に延ばされ、また、取消権によって契約を取り消した場合には、現存利益を返還すればよいことになる(改正特商法9条の3、24条の3、40条の3、49条の2、58条の2)。

3 悪質事業者への対処の強化

(1) 次々と法人を立ち上げて違反行為を行う事業者への対処として、業務停止を命ぜられた法人の取締役やこれと同等の支配力を有すると認められる者等に対して、停止の範囲内の業務を新たに法人を設立して継続することなどが禁止された(改正特商法8条の2第1項、15条の2第1項、23条の2第1項、39条の2第1項ないし3項、47条の2第1項、57条の2第1項、58条の13の2第1項)。

(2) 業務停止命令の期間が最長1年から2年に延ばされた(改正特商法8条1項、15条1項、23条1項、39条1項ないし3項、47条1項、57条1項、58条の13第1項)。

(3) 不実告知等に対する法人への罰金の300万円以下から1億円以下への引き上げや、業務停止命令違反に対する懲役刑の上限の2年から3年への引き上げなど、刑事罰が強化された(改正特商法70条ないし74条)。

(4) 違反事業者の所在が不明な場合には、処分書を交付するということを一定期間掲示することで、事業者に交付したものとみなし、処分を可能とした(改正特商法66条の3ないし5)。

(5) 業務停止命令を受けた悪質事業者に対して、消費者利益を保護するために必要な措置を指示することができることを明示した(改正特商法7条1項、14条1項、22条1項、38条1項ないし3項、46条1項、56条1項、58条の12第1項)。

第4 残された課題

1 消契法について

消費者取消権の対象となる不当勧誘の類型について、今回の改正では、過量契約のみが追加となった。しかしながら、高齢者や障害者の判断能力の低下等につけ込んだ不当な勧誘は、これらの場合に限られないから⁴、事業者が、消費者の困窮、経験の不足、知識の不足、判断力の不足その他の当該消費者が消費者契約を締結するかどうかを合理的に判断することができない事情があることを不当に利用したような場合にも取消しを認めるべきである。また、困惑類型として、威迫する言動、不安にさせる言動、迷惑を覚えさせるような仕方その他心理的な

負担を与える方法で勧誘する場合も追加するべきである。

また、広告、チラシ配布など不特定多数に向けられた行為が「勧誘」に該当するか解釈に争いがあるが⁵、情報化に伴いインターネットの画面上で不实告知に相当する内容が掲載され、それを信じた消費者がトラブルに巻き込まれる事例も多く現れていることから、消契法の不当勧誘に関する規律が及ぶことを明文で定めるべきである。

さらに、「平均的な損害の額を超える」(9条1号)ことの主張立証責任について、事業者が生ずる損害について消費者が資料を有していることは通常ありえず、事業者立証責任を負担させることが妥当かつ公平であり、その旨を明文の定めをもって規定すべきである。

消契法については、今後の残された課題とされた点について、「本法成立後遅くとも三年以内に必要な措置を講ずること」が要請されている⁶。

2 特商法について

迷惑な訪問取引や電話勧誘は、個々人の生活の平穩を害すだけでなく、悪質商法の温床となっている。今回の特商法改正の議論の中では、事前拒否者への訪問取引・電話勧誘の禁止制度(いわゆるDo-Not-Knock制度、Do-Not-Call制度)⁷の創設が求められていた。

しかしながら、今回の改正では、その制度創設はなされず、このままでは、独居の高齢者等を狙った訪問取引や電話勧誘による被害等を防ぐことができないままである。

このような勧誘規制については「引き続き高齢者等の被害が多発した場合には、諸外国の取組等も参考にしつつ、勧誘規制の強化についての検討を行うこと」とされており⁸、今後、被害の現場の状況を顕在化させること、訪問販売お断りステッカーや迷惑電話防止装置等を全国各地で普及させること等を通じて、迷惑な勧誘を拒否する法律上の制度を創設する必要性があることを示していくことが重要となる。

る特別委員会における河野太郎内閣府特命担当大臣(消費者及び食品安全)(当時)の発言も参照。

- 3 平成28年5月18日付第190回国会参議院地方・消費者問題に関する特別委員会における井内正敏消費者庁審議官(当時)の発言も参照。
- 4 例えば、消費者の知識不足・判断力不足に乗じて、市場価格よりも高額で商品を購入させたり、廉価で当該消費者の所有物を買受ける事案等が挙げられる。
- 5 消費者庁消費者制度課編『逐条解説消費者契約法』109頁以下(商事法務、第2版補訂版、平成27年)、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法』69頁以下(商事法務、第2版増補版、平成27年)等。
- 6 消費者契約法の一部を改正する法律案に対する附帯決議(参議院)。
- 7 海外の制度の概要については、長谷川彰「オーストラリア・シンガポールのDON'T Call制度の紹介」御池総合法律事務所『御池ライブラリー』42号47頁以下、特商法改正時の議論の状況等については、森貞涼介「日本の不招請勧誘規制と特定商取引法の改正議論」御池総合法律事務所『御池ライブラリー』43号41頁以下を参照。
- 8 特定商取引に関する法律の一部を改正する法律案に対する附帯決議(参議院)。

米国クラスアクション制度における 通知・分配実務の調査報告

弁護士 志部 淳之介

第1 はじめに

消費者裁判手続特例法(以下、「特例法」という。)の施行が、本年10月1日に迫っている(以下、「新制度」という。)。近畿弁護士会連合会、京都弁護士会、大阪弁護士会、兵庫県弁護士会の消費者保護委員会は、本年3月に米国クラスアクションの運用実態調査のために、共同で海外調査を行った。私は、事務局長として同調査に参加し、米国クラスアクションのダイナミズムと機械によって極限まで自動化、効率化された通知分配業務の実態を目の当たりにした。本稿は、日本の新制度運用の一助とするため、その調査結果の一部を報告するものである。

第2 米国クラスアクションの概要と日本の新制度との違い

米国クラスアクションは、原則として消費者が脱退を申し出ない限り、小切手等の分配を受けることができるという、いわゆるオプトアウト方式を採用している。また、米国の制度では、クラスの代表者がクラス

1 改正法の概要や具体的な条文は、下記消費者庁ホームページを参照。
(消契法)

http://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/consumer_contract_amend.html
(特商法)

http://www.caa.go.jp/trade/index_1.html

2 平成28年5月18日付第190回国会参議院地方・消費者問題に関する

メンバー全体を代表して訴訟を行う。

これに対して日本の新制度は、原告は被害者ではなく国が認定した特定適格消費者団体に限定されていること、通知・分配の対象となる消費者についてはオプトアウトではなく申し出を必要とするオプトインとなっていることなど米国クラスアクションとは異なる点が多い。しかし、極めて多数の被害者にスムーズに金銭を分配して被害救済を早期に図る必要性は共通である。

第3 米国クラスアクションにおける申請率

米国クラスアクションにおいても、消費者の申請を待って分配を行うケース(オプトイン方式)が存在する。クラス構成員からの情報が無い限り、個別の損害額が確定できない場合がこれに当たる。

もっとも、米国のクラスアクションの分配手続における申請方式の採用は、特に消費者事件においては避けるべきとされている。その理由は、消費者事件において申請方式を採用すると、一般に申請率が低く、オプトアウト方式による分配に比して被害救済が十分に行われなからである。特に、被害額が僅少であるケース、消費者に証拠の提出や情報の提供を求めるケース、申請書式が複雑なケースにおいては、申請率は低い割合にとどまるということである。その結果、事案にもよるが、一般に消費者事件における申請率は10%前後となっている。

第4 日本の新制度で予想される問題点

日本の新制度は、消費者からの授権(特例法31条)を前提とするオプトイン方式である。加えて、米国のクラスアクションと異なり、対象となる消費者が通知や分配のための一定額の費用を支払って簡易確定手続に参加することが必要となる可能性が極めて高い。さらに、消費者からの参加を促すためには、何よりも新制度を知ってもらうことが必要であるところ、現状、我が国において新制度が一般に広く知られているとはいえない。このように、我が国においては、制度そのものに消費者からの申請率を上げるための障害となり得る要素が存在し、申請率が低迷することが懸念される。

第5 主体としてのクレームアドミニストレーター

米国で、通知分配業務を行うのは、クレームアドミニストレーターという民間の会社である(以下、「通知分配会社」という。)。通知分配会社は、会計士資格を持つ者やデータアナリスト、プログラマー等で組織さ

れる。メンバーの中に弁護士は少なく、多くて1割というところである。通知分配会社は、クラスアクション制度の通知分配業務のほかに、破産管財事件、Eディスカバリー業務等を中心に行っている。民間会社によって規模は様々であるが、今回調査の対象としてヒアリングを行ったABDataは、社内に400人の従業員を擁し、これとは別にインド共和国にも外部委託のチームが存在し、申請や問い合わせ処理を行っているとのことであった。

第6 申請率確保のための工夫

1 対象消費者に情報を伝達するための工夫

(1) 通知方法の選択

米国では、通知の方法として、郵便、Eメール、新聞広告、メディア広告、記者会見報道、事業者の会報誌への掲載等が存在する。それらの手段は、いずれかひとつの方法が選択されるのではなく、複数の手段組み合わせで用いられる。日本の新制度においても複数の通知方法を採用することを検討すべきであるが、問題は、どのような事案で、どのような方法を選択するかことが望ましいかという点である。

(2) 消費者の属性

まず、対象消費者の属性を考慮する必要がある。消費者の属性によって、有効な連絡ツールや、目につきやすい広告手段が異なるからである。例えば、米国では、通知する対象者グループの属性が、20代の若者であれば電子メールやウェブサイトを活用する方法が検討される。このほか、インターネット上で申込みをする商品の購入者が被害者であるような事案では、実際に消費者が注文の際に使用した電子メールを利用している可能性が高いため、電子メールでの通知方法が選択されるべきであるし、実際に申込みを行ったウェブサイトにおける広告も有効である。このように予想される対象消費者の属性により最適と考えられる通知方法を選択するという点は、日本の新制度の運用に際し参考にすべきである。

(3) 事業者の提供する情報

通知方法は、対象消費者が被害に遭った状況によっても変わってくる。事案によって事業者側から提供される情報も異なる(例えば、銀行が違法な手数料を徴収していたような事案では、被告となった当該銀行には住所や電話連絡先等の顧客情報や顧客リストが存在するであろうから、これら

を利用した郵送等の通知方法が考えられるが、他方、ハンバーガーショップの不当表示による被害事例等では、事業者側も顧客の連絡先を把握していないことが通常であるので、そうした情報の提供は望めないであろう。仮に、事業者が通信事業者で対象消費者のEメールアドレスのリストを持っていれば、郵送のほか、メール送信により通知を行うことも視野に入れるべきである。被告となった事業者が頻繁に広告宣伝を行っているような場合は、被告による公表(メディア広告)を要請することも考えられる。事業者にとっても過度の負担とはならず、消費者への情報伝達の効果も大きいと考えられるからである。要するに、事業者が対象消費者についてどのような情報を保有しているかを検討し、それを提出してもらい、消費者の住所への郵送以外の連絡手段、広報手段をとり得るのであれば、積極的にそれらを利用していくべきである。

2 対象消費者に通知内容を読んでもらい、理解してもらうための工夫

申請率を確保するためには、対象消費者が通知を受け取った際に、実際にそれを開封して目を通し、内容を理解する必要がある。そのために、以下の工夫が考えられる。

(1) 消費者の興味を引くための工夫

通知の記載は、対象消費者の興味をあおり、通知全体を読む気にさせるものでなければならぬ。そのためには、見出しに大きなフォントを用いたり、斜字体で記載するなどして強調することや、見出しにおいて、誰が対象かを伝え、同時に通知を読むことが消費者にとって利益となることを示すこと等が有効な手段である。また、冒頭で、通知を行う主体が信用ある団体であることを伝え、悪質な勧誘ではないことを記載し、消費者からの信用を得ることも必要である。

(2) 概要書面の利用

通知の記載は、必要以上であっても必要以下であってもならない。米国では、複雑な事案であっても通知文書は、8～11頁程度が望ましいとされている。日本においては、通知事項がかなり細かく法定されているが、これを単に列挙した通知を送付しても、消費者に読まれない可能性がある。目指すべきは、いかに少ない言葉を用いて、多くの情報を伝えるかである。

そのためには、通知を受け取った消費者にとつ

て、特に関心が高いと思われる得られる経済利益とその可能性について1枚の概要書にまとめることも有益である。また、封書による郵送通知や1枚のハガキによる通知を併用する手法は参考になる。法定要件を満たす書面やウェブサイトの整備を行うことはもちろんであるが、それにとどまらず、簡易に一読了解できるハガキによる通知等も視野に入れるべきであろう。

(3) 通知内容の平易化

通知内容は、それ自体が明確かつ理解しやすいものであり、かつ、不要な情報を記載しないことが必要である。対象消費者の属性分析をして、記載方法に変化をつけることも有効である。平易な言葉を用いるということも重要である。法的な専門用語を羅列した場合、消費者がそれを最後まで読む確率は低くなるであろうから、消費者が日常的に触れている単語を用いて説明すべきであろう。さらに、説明が長ければ読み手の負担となるため、一読して要点をつかめるものが望ましい。

(4) 書式の工夫

消費者によっては、視力等が低下していることが考えられる。そこで、対象となる消費者の属性を考慮して、実際に郵送する通知の様式、サイズ、フォントの大きさ、配色等を決める必要がある。

3 消費者に申請(授権)してもらうための工夫

申請率を確保するためには、対象消費者が通知を受け取り、その内容を理解し、実際に申請書式の返送や授権等にむけて行動を起こしてもらう必要がある。そのためには、申請のために消費者が負担する作業の量を極力軽減する必要がある。

例えば、郵送による通知であれば、授権の申込書等に返送用の切手を貼っておく、料金受取人払扱にすること、ハガキそれ自体が申請書式になっており、必要事項を記入後、プライバシー保護シールを貼ったうえで返送してもらう等、消費者の負担を軽減することが望ましい。また、申請をする際に、消費者が記載すべき事項や提出すべき資料を極力少なくし、提出する資料を簡易なものにとどめることが望ましい。

第7 通知分配業務の迅速化、効率化

消費者から新制度が信頼されるためには、消費者に対し迅速かつ確実に返金がなされる必要がある。そのためには、通知分配業務を効率化して迅速に大規模な

消費者被害事案を取り扱えるようにすること、確実な分配を行うために人為的なミスを極力排除することが必要である。

1 自動化、機械化の必要性

米国のクラスアクションにおいて通知分配業務は、原告代理人が行うことはほとんどない。通知分配業務を行うのは、専門の設備と技術を有する通知分配会社である。彼らは、大勢の対象消費者に通知が行えるよう、大型の通知作成機械を保有し、独自の通知・分配システムを有している。

通知分配作業が機械化、自動化されたのは、大量の消費者への迅速な通知分配を可能にするため（大規模消費者被害の救済）、また、人の手の介入を極力減らし、人為的なミスを避けるためである（消費者への確実な分配）。そのために、それぞれの通知分配会社は、多額の費用をかけて自前の通知分配のためのシステムを築き上げてきたのである。

例えば、郵便物については、大型機械により、1分間に何百通もの郵便物を作成することが可能である。また、消費者からの郵送物については、スキャンしてデータとして保存する。紙媒体での保管は行っておらず、全てデータで管理している。どの通知分配会社も、データ管理やシステムについての専門家を擁している。

2 具体例

参考までに、分配対象消費者が1000人規模の事件においては、専用のシステムと専門スタッフをもってすれば、スタッフ数7～8人のチームで対応が可能であるとのことである。担当者の内訳は、プロジェクトマネージャー1人、郵便物の担当者（郵便物の分類、消費者からの申請書類のスキャン、郵便物の運搬等）が1人、データ分析、管理要員が1人、ウェブサイト作成、管理が1人、残りがコールセンター要員である。コールセンター要員は、同時に申請対応や消費者からの問い合わせ対応も担当する。コールセンターは自動音声システムを利用することもある。

日本の新制度においても、団体の資金力からすると、通知分配作業に携われる実働の事務担当者は、一桁の人数に限られるのではなかろうか。それらの人数で対象消費者1000人規模の事件を扱うには、対象消費者からの授権・届出の有無及び内容や団体と消費者との間のやりとりのデータ化やコールセンターの外部委託（及びそれに伴うQ&Aマニュアルの作成）等も検討の余地がある。

第8 特定適格消費者団体支援の必要性

新制度の担い手となるのは、内閣総理大臣の認定を受けた特定適格消費者団体である。同団体の母体となるのは、現行の適格消費者団体であるが、多くの団体は、予算規模が年間百数十万円程度であり、新制度の担い手として十分な財政的基盤を備えているとはいえない。米国における通知・分配業務の機械化、自動化の流れをみると、日本においても同様に機械化、自動化を進めるべきであるが、特定適格消費者団体に新しい設備やシステムの開発をする資金的な余裕はない。

この点、消費者庁では、消費者団体訴訟制度の実効的な運用に資する支援の在り方に関する検討会が開催され、本年6月30日に取りまとめが公表された¹。同報告書では、新制度において特定適格消費者団体が仮差押えを行う際に、独立行政法人国民生活センターを立担保機関として立担保を実施する等、実効的な団体支援の方策が記載されている。他方で、財政支援については、現行の地方消費者行政推進交付金の利用を促す等の方策についてしか言及がなく、特定適格消費者団体に対して直接的な財政支援を行うことは記載されていない。

通知・分配業務を自動化、機械化するためには、多額の資金が必要であるが、現状、特定適格消費者団体が自力でこの資金を準備するのは困難である。新制度においては、報酬上限が定められる等、同制度自体で特定適格消費者団体が財政基盤を強化することは困難であること、及び差止め関係業務及び被害回復関係業務には公益的側面があることに照らせば、消費者庁をはじめとする行政が団体に対し直接的な資金援助を行うことが検討されるべきである。また、消費者庁が、消費者からの申請を受け付ける共通のプラットフォームや、共通の通知書式を作成することも効果的である。通知を受け取った消費者が、詐欺的な通知と区別することを可能とする意味もある。

第9 第1号事案選択の重要性

新制度を適切に運用するためには、①消費者に新制度を知ってもらうための方策を検討するとともに、②申請率を下げる要因を的確に把握し、③それらの要因を取り除くための工夫、対策を実践することが必要である。そして、多くの消費者に制度を利用してもらうためには、まず新制度の存在と内容を消費者に知ってもらい、理解してもらう必要がある。また、同時に、実際に新制度を適切かつ効果的に運用することにより、制度に対する消費者の信頼を確保する必要がある。

る。そのためには、日本の新制度の担い手である特定適格消費者団体が、最初に取り扱う事案を慎重に選択することが重要である。第1号事案として適切な事案を選択することにより、新制度の認知が大きく高まることが期待できるだけでなく、制度に対する期待と信頼を高めることにつながるものと考えられるからである。今回の調査結果を踏まえると、例えば、①消費者にとって返還される金額が明確であること、②消費者に確実に分配がなされること、③消費者にとって自分が対象に含まれるのか否かがわかりやすいこと、④消費者に多数の資料等の提出を求める必要がないこと、⑤事案自体が消費者の関心を引き、共感を持って受け止められるものであること等が考慮されるべき要素であろう。

第10 おわりに

専門的かつ高度なノウハウを有する通知分配会社を擁する米国のクラスアクションであっても、消費者事件の分配手続において申請方式を採用した場合、消費者からの申請率は10%前後にとどまっている。日本では、消費者は授權時に一定の費用負担をして第二段階への参加をすることになる可能性が高いため、申請率を確保するためには米国以上に種々の対策を講じることが必須である。

新制度は、これまでの日本の民事訴訟制度にはなかった全く新しい制度であり、今後どのような問題が生じるか未知の部分もまだまだ多い。今回の米国クラスアクションの申請方式の事案の運用状況の調査は、新制度運用にあたり多くのヒントを与えてくれるものであるが、それでも日本の新制度を完璧に機能させるには未だ不足している情報が多い。この制度を運用して消費者の被害救済を実効的に行うためには、申請率低下の要因の分析とそれに対する対応策の研究をこれからも続ける必要がある。そして、新制度の第1号案件の事案を慎重に検討し、そうした事案で消費者の実効的な被害救済を成功させることが最初の課題である。

1 消費者庁「消費者団体訴訟制度の実効的な運用に資する支援の在り方に関する検討会報告書」平成28年6月30日、http://www.caa.go.jp/planning/pdf/160630_0001.pdf

条例による不招請勧誘禁止の意義

弁護士 長谷川 彰

- 1 一人暮らしの高齢者が、突然販売業者に自宅訪問を受け、多額の商品を購入させられたとか、販売業者からの突然の電話勧誘を受けた主婦が、電話代やインターネット接続料が安くなるなどといわれて、ブロードバンド接続サービスなどを一方的に契約させられたなどという被害が後を絶たない。

このような被害を防止する目的で、前の国会で、特定商取引法の改正が議論され、いわゆるDo-Not-Call規制およびDo-Not-Knock規制が検討されながら、立法に至らなかった。特に、Do-Not-Knock規制は、新聞業界などの反対が強かったとのことである。

本稿では、Do-Not-Knock制度の必要性和自治体の消費者保護条例の役割について、あらためて検討する。なお、筆者は、Do-Not-Call制度は、ここで述べる自治体の条例による規制にはなじまず、法律制定が不可欠であると考え。そして、先の国会でも、Do-Not-Callに絞れば、新聞協会の反対も回避でき、法律制定が可能であったのではないかと密かに考えているが、今となっては後の祭りであり、今後法律制定へ向けて巻き返していくしかない。

- 2 「不招請勧誘」とは、勧誘・取引を希望しないものへの勧誘のことであり、要請・同意のない勧誘と言い換えることができる（第32回近弁連大会シンポジウム「ストップ迷惑勧誘」報告書3ページ）。

不招請勧誘の規制方式には、オプト・イン方式とオプト・アウト方式がある。

オプト・イン方式の規制は、原則として不招請勧誘が禁止され、事前の要請・同意があってはじめて勧誘が許されるという規制方式である。

これに対し、オプト・アウト方式は、原則は勧誘自由であり、勧誘拒否があった場合に、勧誘を禁止するという方式である。

オプト・イン方式の規制では、事業者が、「消費者から要請又は承諾の意思表示があったこと」を主張立証しなければならない。これに対し、オプト・アウト方式の場合、消費者が「勧誘拒絶の意思表示

をした」ことを主張立証する必要がある。

- 3 不招請勧誘禁止と類似の規制に再勧誘禁止がある。「再勧誘禁止」とは、契約の締結をしないという意思表示をした者に対して、契約締結の勧誘を継続したり、再度の勧誘をすることを禁止することをいう。

この違いを理解するために、現行法上、不招請勧誘禁止規定並びに再勧誘禁止規定がどのような文言となっているかを見ていくことにする。

商品先物取引法214条9号は「商品取引契約(当該商品取引契約の内容その他の事情を勘案し、委託者等の保護を図ることが特に必要なものとして政令で定めるものに限る。以下この号において同じ。)の締結の勧誘の要請をしていない顧客に対し、訪問し、又は電話をかけて、商品取引契約の締結を勧誘すること(委託者等の保護に欠け、又は取引の公正を害するおそれのない行為として主務省令で定める行為を除く。)」を禁じている。また、同条7号は「商品取引契約の締結の勧誘に先立って、顧客に対し、自己の商号又は名称及び商品取引契約の締結の勧誘である旨を告げた上でその勧誘を受ける意思の有無を確認することをしないで勧誘すること。」を禁じている。

これらの規定は、典型的な不招請勧誘禁止規定である。

これに対し、特定商取引法17条は「販売業者又は役務提供事業者は、電話勧誘販売に係る売買契約又は役務提供契約を締結しない旨の意思を表示した者に対し、当該売買契約又は当該役務提供契約の締結について勧誘をしてはならない。」という文言となっており、再勧誘禁止規定である。

これらの条文を対比するとわかるとおり、不招請勧誘禁止は、消費者の要請や同意がなければ、そもそも勧誘をはじめられないのに対し、再勧誘禁止は、一度は勧誘することを認めた上で、勧誘されたものが、それ以上勧誘を続けることを断ったり、契約を締結しないとの意思表示をした場合に、更に続けて勧誘や契約締結を求めることが禁じられるのである。

販売業者等の話を聞いてから、その内容を吟味してそれ以上勧誘を続けることを断ったり、いざ契約締結という段階で契約をしないことを明示すれば、業者はそれ以上勧誘や契約締結を求めることができなくなるのであるから、再勧誘禁止を徹底すれば、

被害を防ぐことができると考えてよいだろうか。

しかし、特に一人暮らしの高齢者などは、一旦勧誘行為を許してしまうと、なかなか断れなくなってしまう、不要な契約を締結させられてしてしまうというのが現実である。したがって、消費者からの要請や同意がない限り勧誘できない(オプト・イン)とするか、消費者が予め訪問勧誘を拒絶している場合は勧誘できない(オプト・アウト)という不招請勧誘禁止規定が必要なのである。

- 4 冒頭述べたとおり、特商法改正による不招請勧誘禁止規定の導入は見送られた。しかし、各地の自治体の条例では、訪問販売の事前拒否制度を設け、「訪問販売お断りステッカー」を貼っている住居への訪問販売を禁止しているところが多くある。

たとえば、大阪府消費者保護条例17条は「事業者は、消費者との間で行う商品及び役務等の取引に関し、次のいずれかに該当する行為であって規則で定めるもの(以下「不当な取引行為」という。)を行ってはならない。」とし、同規則5条の別表トは「拒絶の意思を表明している消費者に対し勧誘し、又は早朝若しくは深夜に訪問し、若しくは電話をかける等の迷惑を覚えさせるような方法で、消費者の住居、勤務先その他の場所を訪問し、又は当該場所に電話をかける等により契約の締結を勧誘する行為」を規定する。規則の解説を見ると、「拒絶の意思を表明しているとは、事業者が訪問又は電話をした際に、『セールスお断りします』と表明する場合や、訪問者から見える場所に『訪問販売お断り』と明示したステッカーを貼ってある場合などを指す」としている。これは、上記のうち、オプト・アウト方式の不招請勧誘禁止規定といえる。

もっとも、大阪府のように事前の拒絶意思の表明方法として条例上「訪問販売お断り」ステッカーを貼付する行為がこれに該当するとしている自治体がある一方で、事後的な勧誘拒絶・契約締結拒絶のみ認める規制に止まっている条例もある。しかし、既に述べたとおり、後者のような再勧誘禁止を定めるだけでは、訪問販売被害防止には不十分である。

今後は、すべての自治体が、事前の拒絶意思を表明しているものへの勧誘を禁止し、この事前の拒絶意思の表明方法として条例上「訪問販売お断り」ステッカーを貼付する行為がこれに該当すると規定する条例を制定することが必要である。そして、この条例によって、不招請勧誘が十分規制でき、訪問勧

誘被害を撲滅できればよいし、万一、十分規制できない場合には、いよいよ法律による規制が必要であるとの立法事実が明確となり、今回見送られた特定商取引法の改正を実現できると考える。

編	集
後	記

特集記事は労働問題を取り上げました。No.36でも特集したテーマですが、多様な局面で問題が発生しうる分野ですし、近時注目される裁判例も出ていますので、併せてご覧いただければ幸いです。その他、当事務所所属の弁護士が、多彩な法律問題について論じております。内容についてのご意見、ご感想などお寄せいただき、御池ライブラリーを充実したものにしていければうれしく思います。