

Oike Library

CONTENTS

特集1 交通事故2

1	運行供用者責任、使用者責任	弁護士	北村 幸裕	1
2	休業損害	弁護士	長野 浩三	3
3	後遺障害	弁護士	住田 浩史	5
4	損益相殺	弁護士	森貞 涼介	7
5	物的損害	弁護士	志部淳之介	8

特集2 民法改正

1	民法総則関係	弁護士	茶木真理子	11
2	法定利率関係	弁護士	茶木真理子	12
3	債権の効力、解除	弁護士	永井 弘二	13
4	消滅時効	弁護士	上里美登利	17
5	定型約款	弁護士	上里美登利	19
6	売買	弁護士	小原 路絵	20
7	消費貸借	弁護士	小原 路絵	22

著作権法	職務著作の問題点	客員弁護士	大瀬戸豪志	23
------	----------	-------	-------	----

公益通報者保護法	公益通報者保護法改正の必要性	弁護士	長谷川 彰	24
----------	----------------	-----	-------	----

独禁法	「適正な電力取引についての指針」と新規参入者	弁護士	若竹 宏論	25
-----	------------------------	-----	-------	----

刑事訴訟法	Q&A 刑事事件1	弁護士	谷山 智光	28
-------	-----------	-----	-------	----

民法	中古住宅売買における仲介業者の調査・説明義務	弁護士	伊吹 健人	30
----	------------------------	-----	-------	----

消費者法	特定適格消費者団体の仮差押命令の担保金援助制度 — 独立行政法人国民生活センター法等の改正について	弁護士	野々山 宏	32
------	--	-----	-------	----

相続法	特別縁故者に対する相続財産の分与を巡る問題 — 被相続人の療養看護を行った介護施設の特別縁故者該当性	客員弁護士	二本松利忠	34
-----	---	-------	-------	----

商法・民事執行法	不動産に対する商事留置権について	弁護士	加守田枝里	36
----------	------------------	-----	-------	----

会社法	取締役会設置会社の代表取締役を株主総会において 選定可能とする定款の有効性 — 最決平成29年2月21日	弁護士	草地 邦晴	39
-----	---	-----	-------	----

民法・憲法 (プライバシー法)	プライバシーの権利の基礎概念について	弁護士	坂田 均	41
--------------------	--------------------	-----	------	----

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

特集1 交通事故2

1 運行供用者責任、使用者責任

弁護士 北村 幸裕

Q1-1 レンタカー会社の責任

先日、交通事故の被害に遭い、乗っていた車が壊れるとともに、大きな怪我までしてしまいました。相手の運転者に損害賠償請求をしたいのですが、資力がなく十分な賠償は困難とのことでした。

相手が運転していた車はレンタカーでした。この場合、車を貸したレンタカー会社の責任を追及することはできますか。

A1-1

車の損害等(物的損害)については請求できませんが、怪我に関する損害(人的損害)は、特段の事情がない限り請求可能です。

解説

交通事故が発生した場合、加害者には被害者に対する不法行為が成立することから、被害者は、直接の加害者である運転者本人には民法709条、その雇用主である使用者には同法715条に基づき、損害賠償を求めることができる。

しかし、これらの条文に基づいて損害賠償請求をする場合、被害者側に、不法行為の成立要件の立証責任が課されているが、その要件の一つである加害者の過失の立証が被害者にとって過大な負担となる場合がある。人的損害は、損害額が高額になることが多いため、過失の立証ができなければ、重大な損害を被った被害者が十分に保護されない。

そこで、被害者保護の観点から、人的損害に限り、自動車損害賠償保障法(以下、「自賠法」という。)3条によって、立証責任を転換し、「自己のために自動車を運行の用に供する者」(以下、「運行供用者」という。)に当たれば、被害者ではなく、加害者が免責事由の立証をしない限り、責任が認められるとされた。

本件では、レンタカー会社は、運転者ではなく、また運転者との間で雇用等に代表される使用関係も認め

られない。そのため、民法に基づく損害賠償請求ができないことから、物的損害の請求はできない。

一方、人的損害は、運行供用者にあたれば、賠償請求が可能となる。

運行供用者とは、判例上、「運行支配」と「運行利益」のいずれかが帰属する者をいうとしている。ここで「運行支配」とは、危険責任的な観点に基づき、「加害車両の運行を指示・制御すべき立場・地位」とされている。一方、「運行利益」は、報償責任的な観点に基づき、自動車所有者と運転者との関係性、自動車の運転状況、日常の自動車の管理状況等から認定すべきとされている。

ただし、近時の判例では、運行支配を中心に運行共用者性を判断しており、運行支配が認められるのであれば、自動車所有者が支配を喪失させる事実を立証しない限り、運行利益も広く認めるという基準が用いられているようである。

本件のようなレンタカー会社の場合、レンタカー会社と借受人である運転者との間では、自動車の貸渡契約が締結されていて、約定の期限までに返却されることから、当該車両の運行を指示・制御すべき立場・地位にあるといえ、運行支配が認められる。

したがって、レンタカー会社は、借主が返却期間を著しく徒過したり、レンタカー会社に無断で第三者に転貸して自由に運転させていたというような特段の事情がない限り、運行供用者にあたることから、自賠法3条に基づき、被害者の人的損害を賠償する責任を負う(最判昭和46年11月9日民集25巻8号1160頁)。

Q1-2 賃貸人等の責任

資力のない運転者による交通事故の被害に遭い、車が壊れるとともに怪我までしてしまいました。相手が、友人の車を無償で一時的に借りていた場合、その友人の責任を追及することはできますか。また、相手が、第三者の車を盗んでいた場合、所有者である第三者の責任追及はできますか。

A1-2

物的損害は、いずれに対しても請求できません。人的損害は、友人に対しては、特段の事情がない限り請求できます。一方、盗まれた車の所有者に対しては原

則として請求できません。

解説

無償で車両を貸した友人や盗まれた第三者には民法709条や同法715条の責任は認められないため、物的損害は請求できない。

一方、人的損害については、無償で貸した友人の場合、無償で貸していることから貸主には経済的な利益は認められないものの、使用貸借契約を締結する当事者間には密接な人的関係が存在しており、また、借主が返還を約束している以上、貸主の運行支配は、貸し出し中も継続していると考えられる。

そのため、借主が返却期間を著しく徒過したり、貸主に無断で第三者に転貸して自由に運転させていたような特段の事情がない限り、運行供用者にあたることから、自賠法3条に基づき、被害者の人的損害を賠償する責任を負う。

一方、窃取後の運転、すなわち泥棒運転の場合は、窃取者と被窃取者との間に人的関係が通常存在せず、窃取後に車両の返却がなされることも考えられない。

そのため、一般的には、車が盗まれた時点で運行支配が失われると考えられることから、泥棒運転時の車の所有者は運行供用者にはあたらないのが原則である。ただし、例えば、第三者の自由な出入りが可能な場所で、車の鍵をつけたままドアの施錠もせずに駐車していたケースでは、例外的に運行供用者責任が認められることもある（最判昭和57年4月2日集民135号641頁参照。その他責任を肯定した例として、大阪地判平成13年1月19日交民34巻1号31頁、大阪地判昭和61年3月27日交民19巻2号426頁等）。

Q1-3 リース会社の責任

資力のない運転者による交通事故の被害に遭い、車が壊れるとともに怪我までしてしまいました。相手が運転していた車両の車検証を見ると、使用者は相手本人でしたが、所有者は別の会社となっていました。この所有者に対して責任追及できますか？

A1-3

物的損害については請求できません。人的損害は、所有者の名義が異なる法的根拠によりますが、請求は困難と考えられます。

解説

自動車検査証上の所有者というだけでは、民法709条又は同法715条の責任は認められないことから、物的損害について請求はできない。

一方、人的損害については、場合分けして検討する必要がある。

自動車検査証の使用者と所有者の名義が異なる場合としては、①売買代金を担保するために名義を付している所有権留保の場合と②リースの場合が一般的である。

このうち、①所有権留保については、使用者には割賦代金を約定通り支払う限り自由な使用が認められており、所有者名義は割賦代金債権の担保のためになされているにすぎず、所有者には運行支配が認められないことから、所有権留保の場合の所有者は運行供用者には当たらない。

また、②リースについては、リース会社が自動車販売会社からユーザーの指定する車両を購入し、それをユーザーに賃貸する契約であるファイナンスリース契約の場合と、車両の維持管理までも引き受けるメンテナンスリース契約がある。

ファイナンスリースでは、契約形式は賃貸借契約となっているが、その実体は賃貸借ではなく金融であり、所有権留保特約付売主と立場が類似している。そのため、所有権留保の場合同様、原則として、運行供用者に当たらないといえる。

メンテナンスリースについては、見解が分かれている。車両の維持管理義務がある点を強調して、運行支配が及んでいると考えれば肯定となるが、維持管理義務を重視しなければ否定となる。

Q1-4 使用者の責任

資力のない運転者による交通事故の被害に遭い、車が壊れるとともに怪我までしてしまいました。相手がマイカー通勤中に事故を起こしていた場合、その勤務先の会社の責任追及はできますか。

A1-4

物的損害、人的損害いずれも、できる場合とできない場合があり、ケースによります。

解説

物的損害については、民法715条の責任が認められる場合に限り、使用者である会社の責任が肯定される。

一方、人的損害は、同条の責任又は運行供用者責任のいずれかが認められれば会社の責任が肯定される。

まず、民法715条の責任については、通勤中の事故の場合、事業執行性の要件が問題となる。

事業執行性は、判例上、交通事故を惹起した行為が使用者の事業執行中であると信頼できる外観を有して

いたかどうか(外観理論)が基準とされている。

そのため、マイカー通勤では、通常、事故被害者にとって、相手が会社の事業執行中であると信頼できる外観はなく、また会社の事業執行行為と密接に関連するとは認められないため、原則的に請求できない。ただし、①その自動車の運行が会社の業務と相当程度密接に結びついていること、②会社がマイカーの業務使用を命令、助長又は少なくとも容認していたこと等の事情がある場合には、例外的に事業執行性が認められる。

また、運行供用者責任についても、マイカー通勤の場合、原則として会社にその責任が認められることはないが、①その自動車の運行が会社の業務と相当程度密接に結びついていること、②会社がマイカーの業務使用を命令、助長又は少なくとも容認していたこと、③地理的・時間的条件から自家用車以外の通勤方法がないか、あっても他の方法が不適切であること等の事情がある場合は、例外的に認められるとされている。

2 休業損害

弁護士 長野 浩三

Q2-1 会社従業員の休業損害

私は株式会社の取締役をしています。今般、交通事故に遭って会社を休業しました。取締役でも休業損害は請求できますか。

A2-1

得ていた役員報酬のうち、労務提供の対価部分については休業損害を請求できますが、利益配当の実質をもつ部分は請求できません。

解説

給与所得者が交通事故で傷害を負い、休業したために給与が支給されなかった場合、支給されるはずであった給与額が休業損害となる(有給休暇を使用した場合にも損害算定される)。

取締役の場合には取締役報酬額をそのまま休業損害とするわけではなく、取締役報酬中の労務対価部分と利益配当部分のうち、労務対価部分のみが休業損害となる。利益配当部分は休業によっても失われないから、この部分は損害算定から除外するのである。

労務対価部分の認定は、会社の規模(同族会社か否か)・利益状況、当該役員の地位・職務内容、年齢、役員報酬の額、他の役員・従業員の職務内容と報酬・給料の額(親族役員と非親族役員の報酬額の差異)、事故後の当該役員と他の役員の報酬額の推移、類似法人の役員報酬の支給状況などを参考に判断するが、名目的な報酬額の何割という形で認定する方式が一般的である。賃金センサスの平均賃金額を参考に認定する例もある(公益財団法人日弁連交通事故相談センター研究研修委員会『交通事故損害額算定基準—実務運用と解説—』25訂版、平成28年、70頁以下)。

Q2-2 違法な営業についての休業損害

交通事故の相手方が特殊浴場で働いている女性で、交通事故で怪我をして働けなくなったとして巨額の休業損害を請求されています。この女性が得ていた収入を基礎として休業損害を支払わなければならないのでしょうか。

A2-2

その女性が実際に得ていた収入を基礎として休業損害を支払わなければならないわけではありません。どの程度支払うべきか、支払う必要はないかなどは裁判例によって異なっています。

解説

交通事故被害者の収入が違法行為によって得られている場合、これをそのまま休業損害として認定し、その賠償を認めると、法が違法行為を是認することになりかねない。他方で、違法性の程度が軽微な場合や全て損害該当性を否定すると被害者にとってあまりに過酷になる場合など、損害賠償を全て否定すべきでない場合もあると考えられる。そこで、違法な収入につき、どのような場合に損害認定すべきかが問題となる。

自動車運送事業につき道路運送法の免許を受けないで事業を行っているいわゆる白トラの損害について、最判昭和39年10月29日民集18巻8号1823頁は、道路運送法に違反する事業であってもその事業者が他人と締結する運送契約が当然無効になるわけではないとして無免許事業者の休業による営業利益の喪失につき損害賠償請求を認めた。他方、東京地判昭和43年3月28日交民1巻1号315頁は、道路運送法に違反して他人から賃借して営業活動に用いていた自動車が毀損したことによる逸失利益は法の保護するところではないとした。東京地判昭和45年4月10日判時610号68頁は、全面的には否定せず、逸失利益を認めた上で、収益の算定

にあたり無免許の事実を考慮して減額した。

特殊浴場で働く女性の損害賠償については、名古屋地判昭和54年1月31日交民12巻1号157頁は、女性が得ていた収入は公序良俗に反する行為による対価であるとして、損害としては全額否定した。他方、何らかの収入を得ていたとして、同世代の平均賃金程度の収入を休業損害として認めた事例もある(京都地判平成4年9月24日交民25巻5号1157頁、東京地判平成15年2月26日LLI/DB、判例秘書登載)。

Q2-3 企業損害

当社の従業員が交通事故に遭い、その従業員が休業したためにその従業員が担当していた事業が滞り、当社に損害が発生しました。当社はこの損害を交通事故の加害者に請求できますか。

A2-3

請求できません。

解説

1 企業損害について

直接被害者と企業とが法人格を異にする場合、間接被害者である企業はその被った損害の賠償を加害者に対して求めるかという問題が「企業損害」の問題である。

従業員が交通事故で傷害を負い、会社に対する労務を提供できない場合、会社と従業員との間の雇用契約に基づく労務供給債権に対する侵害行為といえる。債権侵害による不法行為が成立するには、強度の違法性を備えた場合でなければならず、故意ないしはこれに準ずる場合に限られるとするのが判例、通説である。これからすれば、交通事故で従業員が傷害を負って労務を提供できない場合、会社は交通事故加害者に企業損害を請求できないのが原則である。

しかし、最判昭和43年11月15日判時543号61頁は「会社の実権は代表者個人に集中して、同人には会社の機関としての代替性がなく、経済的に同人と会社とは一体をなす関係にあるものと認められる」場合に企業損害を肯定した。この判決は会社と個人とが一体、すなわち「財布はひとつ」の関係にある場合に企業損害を認めうるとされている。また、最判昭和54年12月13日交民12巻6号1463頁は、「Aの休業損害とXの営業上の損害とはその性質、内容はもとより実質上の帰属主体をも異にするものであって、AとXとの間には経済的一体関係を肯認することも

できない。」として従業員が傷害を負った場合の企業損害を否定している(飯村敏明編『現代裁判法大系⑥交通事故』新日本法規出版株式会社、平成10年、324頁以下)。

- 2 上記の基準からは、従業員が死傷した場合には上記の経済的一体性はないから企業損害は認められない。

代表者が死傷した場合には、全くの個人企業であるなど、上記の経済的一体性が認められる場合には企業損害が認められる。代表者でない役員の場合には、上記の経済的一体性が認められない場合が多いであろうが、例外的にこの役員が経営の実権を握っており、大株主であるなど、会社に賠償金を支払うことが、当該役員に賠償金を支払うに等しいような事実関係がある場合には企業損害を肯定しうる。

Q2-4 外国人の休業損害、逸失利益

私はパキスタン人で短期滞在中にて日本に入国し、オーバーステイとなった後も日本で仕事をしてそれなりの収入を得ていました。交通事故に遭って休業し、後遺障害も残ったのですが、休業損害や逸失利益は日本での収入を基礎として算定してもらえますか。

A2-4

日本で稼働できる蓋然性の有無、程度を考慮して、日本での収入を基礎とする期間と母国で得られるであろう収入を基礎とする期間を決定している裁判例が多くあります。

解説

外国人とは、日本の国籍を有しない者である(出入国管理及び難民認定法2条2号)。外国人には、①永住者として在留資格を有する外国人及びこれと同視する在留資格を有する者、②日本で現に就労している者(就労可能な在留資格がある場合とない場合がある。)、③観光客や一時的な商用で日本に滞在している者のように、就労可能な在留資格がなく、現に日本で就労していない者、の類型がある。

①は日本人と同様に損害賠償額の算定をすべきである。

③については日本での就労による損害は問題とならず、母国の基準で逸失利益等を算定する裁判例が多い(東京地判平成5年1月28日判時1457号115頁等)。

②について、休業損害や逸失利益などをどう考えるべきかが問題となる。

就労可能な在留資格を持っている外国人である場合

につき、名古屋地判平成4年12月16日交民25巻6号1446頁は「技術」という在留資格で一年ごとに在留期間の更新を続けていた中国人女性の逸失利益につき日本人の賃金センサスを基礎に20年の逸失利益を認めた。

不法就労者の場合には、短期滞在の在留資格で来日し、在留期間経過後も就労を継続して事故にあった事例が多い。最判平成9年1月28日判時1598号78頁は、短期滞在の在留資格で来日し、在留期間経過後も就労を継続して事故にあったパキスタン人の労災事故について、「予測される我が国での就労可能期間ないし滞在可能期間内は我が国での収入等を基礎とし、その後は想定される出国先(多くは母国)での収入等を基礎として逸失利益を算定するのが合理的といえることができる」とし、その就労可能期間は、「来日目的、事故の時点における本人の意思、在留資格の有無・内容、在留期間更新の実績及び蓋然性、就労資格の有無、就労の態様等の事実的及び規範的な諸要素を考慮して」認定するのが相当として、原審が、勤務していた会社を退職した日の翌日から3年間を就労可能期間と認定したことにつき不合理な認定判断とはいえないとした。

東京地判平成5年8月31日判時1479号146頁は、受傷したガーナ人女性について、症状固定後3年間は日本における実収入を基礎とし、それ以降はガーナにおける製造業の男女平均賃金額を基礎として逸失利益を算定した。大阪地判平成6年3月22日交民27巻2号402頁は、事故の翌日帰国予定であった韓国人の死亡逸失利益につき、韓国における賃金センサスを基礎として算定した。このように、日本で就労できたであろう期間を実質的に考慮して算定されている例が多い。

3 後遺障害

弁護士 住田 浩史

Q3-1 治療費の打ち切り

私は交通事故の被害者です。頸椎捻挫と診断され、3か月ほど通院していたのですが、加害者の保険会社から治療費の支払いを打ち切ると言われてしまいました。まだ痛むのですが、今後、通院してはいけなんでしょうか。

A3-1 通院してはいけないということはありません。通院する場合は、治療費をいったん自己で負担することになりますが、その後、事故による治療であると認められれば、賠償を受けられる可能性があります。

解説

交通事故の保険は、自賠責保険(強制保険)と任意保険に分かれている。任意保険がある場合、任意保険会社は、通常、被害者の便宜のため、自賠責保険から支払われるであろうと予想される額を含んだ額を立替えて保険金を支払う、いわゆる「一括払い」を行うが、治療費の立替払いも、この「一括払い」の一環として行われる。任意保険会社が、既にこれ以上治療の必要性がない状況にある(これを「症状固定」という。)と判断した場合は、この「一括払い」を打ち切るが、他方、被害者において、治療が必要であると判断した場合は、通院を継続することになる。

その場合、治療費は、いったんは自己負担(または健康保険使用)となり、その後、訴訟や自賠責保険に対する被害者請求において、事故と因果関係のある治療であると認められれば、治療費分の賠償金又は保険金が支払われることになる。

被害者としては、治療費の支払いを打ち切られた場合、少なくともいったんはその後の治療費が自己負担となり、またその後、その分についての賠償金や保険金が受けられない可能性があることを踏まえて、通院を継続するかどうかを判断すべきである。

Q3-2 後遺障害の認定を争う方法

Q3-1のケースで、治療終了後、主治医に後遺障害診断書を作成してもらい、加害者の保険会社に提出しました。ところが、かえてきた結果は「非該当」というものでした。加害者の保険会社に決められるのは納得がいかないのですが、この結果は受け入れるしかないのですか。

A3-2

後遺障害認定結果には、異議申立てや、自賠責保険・共済紛争処理機構に対する紛争処理申請ができるほか、訴訟やADRなどの手続きの中で、損害賠償額が妥当か否かの議論として、これを争うことができます。

解説

加害者加入の任意保険会社が、被害者との示談交渉の前提として、後遺障害の存否及び等級について、損害保険料率算出機構が各地に設置する自賠責損害調査

事務所に対してあらかじめ調査を申請し、その調査結果を得て被害者に告知する手続きを、事前認定手続という。これに対して、被害者が、自賠責保険に対して、直接、後遺障害分を含む保険金を請求する手続きを被害者請求(自賠法16条請求)という。

いずれについても、被害者は、認定結果が不当と考えた場合は異議申立てができ、異議申立てがあった場合、当該損害調査事務所が属する地区本部ないし本部に稟議の上、結論が出されることとなる。

さらに、被害者は、一般財団法人自賠責保険・共済紛争処理機構に対して、自賠責保険の結論変更を求める紛争処理申請を行うことができる。紛争処理委員会の判断は最終判断となり、上記の異議申立てとは異なり1度しか申請することはできない。

また、被害者は、これらの手続きを経ずに、司法機関である裁判所や公益財団法人交通事故紛争処理センター等のADR機関にて損害賠償額の可否を争い、または協議する中で、自賠責損害調査事務所の調査結果の不当性を主張していくという選択肢もある。

Q3-3 後遺障害による賠償額

Q3-2のケースで、異議申立ての結果、首の痛みが残存しているとして、後遺障害として14級9号が認められました。その後、保険会社からは、後遺障害分の賠償として、75万円の提示がありました。後遺障害が認められると、どのような賠償が受けられるのでしょうか。

A3-3

後遺障害が認められた場合、一般的には、その程度に応じた慰謝料と、それによる収入減がある場合には逸失利益の賠償が受けられます。また、訴訟の場合であれば、14級であれば、慰謝料として110万円、逸失利益として年収の5%の数年分を賠償として受けられる、というように、額や算定方式が定型化されています。

解説

後遺障害とは、症状固定時期に至った後も、なお症状が長期的に残存している状態をいう。

後遺障害は、その部位、態様や程度に応じて、自賠法施行令別表第1及び第2の等級表に1級～14級として細かく格付けされ整理されている。

交通事故による損害は、被害者の迅速な救済のため、訴訟においては、額の定額化、算定方式の定型化がはかられており、後遺障害による損害算定も例外で

はない。例えば、公益財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部『民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準』上巻基準編(いわゆる「赤い本」)2017年版によれば、慰謝料(後遺障害による精神的苦痛)は、1級の場合2800万円、14級の場合110万円とされ、また、逸失利益(後遺障害による得べかりし収入の喪失)は、1級の場合は年収×100%×労働能力喪失期間(原則67歳まで)、14級の場合は年収×5%×5年程度(いわゆる「むち打ち症」の場合)などとされている。訴訟では、これをベースとして、さらに具体的症状を勘案の上、認定されることとなる。

被害者としては、示談交渉において、上記の訴訟における額や算定方式にしたがった場合どの程度の額となるか、自賠責で認定された等級が訴訟でも認定されるかなどを見据えた上で交渉を行い、示談解決とするか、訴訟をするかを検討することとなる。

Q3-4 素因減額

Q3-3のケースで、額に納得がいかなかったため、弁護士に依頼して民事訴訟をすることにしました。そうしたところ、加害者から、もともと椎間板ヘルニアがあったため悪化したとして、後遺障害を争うとともに、素因減額の主張がありました。私は、賠償を受けられないのでしょうか。

A3-4

もともとの疾患(既往症)が、治療の長期化や後遺障害の発生または拡大に寄与したとして減額されることを素因減額といいます。素因減額されるかどうか及びその程度は、その「疾患の態様、程度」によって異なりますが、とくに、重篤な神経症状が残存しているケースの既往症として後縦靭帯骨化症などがある場合は、相当程度の素因減額がなされる傾向にあります。

解説

被害者の損害の発生または拡大に寄与している被害者側の要因を「素因」といい、素因を考慮して損害額を減ずることを「素因減額」という。最高裁も、身体的素因について、一般論として、最判平成4年6月25日民集46巻4号400頁において「被害者に対する加害行為と被害者の罹患していた疾患がともに原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らして加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するとき」には、素因減額を認めている。

例えば、近時の裁判例では、後縦靭帯骨化症については、名古屋地判平成28年2月26日ウエストローが

20% (12級)、大阪地判平成26年10月31日自保ジャーナル1938号53頁が30% (11級)、大阪地判平成24年9月19日自保ジャーナル1887号1頁が50% (5級)、京都地判平成22年1月21日自保ジャーナル1844号152頁が50% (3級)と認定するなど、相当程度の素因減額がなされ、また、後遺障害等級が重いほど、素因減額の割合が大きい傾向にある。

他方、椎間板ヘルニアについては、「頸椎ヘルニアも本件事故によって生じたものとはいえないが、本件事故前に具体的な症状が出ていたことを認めるに足りる証拠はなく、その程度は加齢に伴う通常の変性の範囲内のものであるというのであるから、素因減額をすべきとはいえない。」として否定した例などもある(名古屋地判平成26年1月31日自保ジャーナル1921号78頁、後遺障害等級12級)。

4 損益相殺

弁護士 森貞 涼介

Q4-1 労災保険と損益相殺

通勤中に交通事故に遭ったのですが、加害者から損害賠償金が支払われる前に、労災保険から給付を受けました。労災保険から受け取った金額は、加害者から支払われる賠償金から差し引かれるのでしょうか。

A4-1

労災保険法に基づく給付は、損害賠償の費目と対応関係があるものについては、加害者(の加入する保険会社)から支払われる賠償金から差し引かれます。

解説

不法行為によって被害者が損害を受けるとともに利益をも受ける場合において、損害からこの利益を差し引くことを「損益相殺」と言う。民法に明文の規定はないが、民法709条の「損害」とは、損益相殺後の実損害を意味しており、その根拠は、不法行為法における原状回復の理念の反面としての利得の防止の思想に基づくものと説明される。

労災保険などの社会保険給付を損害額から控除できる場合について、最判昭和62年7月10日民集41巻5号1202頁は、保険給付の費目と損害賠償の費目とが「同

一の事由」の関係にある場合であるとし、「同一の事由」とは、「保険給付の趣旨目的と民事上の損害賠償のそれとが一致すること、すなわち、保険給付の対象となる損害と民事上の損害賠償の対象となる損害とが同性質であり、保険給付と損害賠償とが相互補完性を有する関係にある場合をいうものと解すべき」と判示している。

労災保険給付の費目と損害賠償の費目とは、次のような対応関係がある(前者が労災保険給付で、後者が損害賠償の費目である)。すなわち、療養給付—治療費、休業給付・傷病年金—休業損害、障害給付—後遺障害逸失利益、介護給付—将来介護費、遺族給付—死亡逸失利益、葬祭給付—葬儀費用、という対応関係である。

但し、療養給付については、治療費以外にも、入院雑費や通院交通費への充当(損益相殺)を認める裁判例が多い。また、休業給付、傷病年金及び障害給付は、「消極損害(逸失利益)」という一括りで、休業損害及び後遺障害逸失利益の総額に充当される。

なお、慰謝料に対応する労災保険給付は存在しない。

労災保険給付の費目は、概ね損害賠償の費目と対応しており、従って、労災保険給付の大部分は損益相殺の対象となると言える。但し、労災福祉事業(労災保険法29条1項)から支給される種々の「特別支給金」は、控除の対象ではない(最判平成8年2月23日民集50巻2号249頁)。

Q4-2 年金給付と損益相殺

交通事故に遭ってしまい、後遺障害が残ることが分かりました。障害基礎年金として、2級の等級に基づき2ヶ月に1回、約13万円の受給を受けています。これは、加害者から支払われる賠償金から差し引かれるのでしょうか。

A4-2

加害者(の加入する保険会社)から賠償金が支払われるまでに現実に受給した金額及び受給が確定している未給付の金額は差し引かれます。

解説

国民年金から給付される障害基礎年金(本解説では障害基礎年金について論じるが、厚生年金からの障害厚生年金も同様のことが当てはまる。)は、損害賠償の費目という後遺障害逸失利益と対応関係にある。なお、被害者が死亡した場合の遺族基礎年金(遺族厚生年金)は、死亡逸失利益と対応関係にある。従って、

これらは上記最判昭和62年7月10日民集41巻5号1202頁の基準に従って、損益相殺の対象となる。

給付が年金方式で支給される場合には、控除の時的範囲が問題となる。この問題について、遺族年金に関する最判平成5年3月24日民集47巻4号3039頁は、「被害者又はその相続人が取得した債権につき、損益相殺的な調整を図ることが許されるのは、当該債権が現実に行われた場合又はこれと同視し得る程度にその存続及び履行が確実であるといえることができる場合に限られるものというべきである」と判示する。上記最判が、「履行が確実である」という範囲に限定を加えた理由は、債権には履行の不確実性が不可避的に伴い、債権を取得しただけで損害が現実には補てんされたということとはできないからである。

実務上、履行が確実と言える範囲については、口頭弁論終結時に発生が確定しており、口頭弁論終結後に支給される分、つまり、現在の年金支給の仕組上は、2ヶ月分が限度であろう。

Q4-3 人身傷害保険と保険会社の代位

交通事故に遭い、自分の加入している人身傷害保険から700万円の支払を受けました。聞いた話だと、裁判になった場合の基準で私の損害を計算すると、1000万円程度になるそうです。ただ、私にも過失が3割あるとも言われています。この場合、私が残りの300万円を裁判で請求することはできるのでしょうか。

A4-3

あなたが裁判で300万円を請求することは可能です。
解説

この問題を説明するためには、以下の3点を理解する必要がある。①人身傷害保険に基づく保険給付は、保険約款で規定された基準によって算出される金額であるため、裁判基準の損害額よりも低額となる場合がある。②人身傷害保険金は、保険約款上、被保険者の過失割合を相殺することなく支払われる。③人身傷害保険金を支払った保険会社は、保険法25条1項に基づき、加害者に対し、被保険者が有する損害賠償請求権を代位取得する。

人身傷害保険金の支払が、加害者からの賠償金の支払に先行した場合、保険会社の代位の範囲をどのように解するかによって、被害者が訴訟において請求できる金額が異なるところ、その解釈は複数あり得る。但し、後述する最高裁判例によって、実務上は決着している。以下、代表的な考え方と設例の帰結を述べる。

なお、過失割合は、被害者：加害者が3：7と認定されることを前提とする。

絶対説：保険会社は給付額について優先的に代位する。設例では、保険会社が700万円を代位請求し、被害者は300万円を請求しても、過失割合が3割なので、被害者が請求できる部分はない。

比例説：保険会社は、加害者の過失割合に対応する範囲で代位する。設例では、保険会社は、700万円の7割である490万円に代位し、210万円は代位できない。被害者は、210万円を請求することができる。

訴訟(裁判)基準差額説：人身傷害保険からの給付額はまず過失相殺される部分に充当され、その金額を超えた額についてのみ代位できる。設例では、人身傷害保険金のうち300万円は、被害者が加害者に請求できない過失相殺部分に充当され、保険会社は400万円を代位する。被害者は、300万円を請求することができ、最終的には過失割合に関係なく損害の全額を回収したことになる。

最判平成24年2月20日民集66巻2号742頁は、「保険会社は、保険金請求者に裁判基準損害額に相当する額が確保されるように、上記保険金の額と被害者の加害者に対する過失相殺後の損害賠償請求権の額との合計額が裁判基準損害額を上回る場合に限り、その上回る部分に相当する額の範囲で保険金請求権者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得すると解するのが相当である。」とした。この理由については、人身傷害保険金は、「被害者が被る実損をその過失の有無、割合にかかわらず填補する趣旨・目的の下で支払われるもの」であると説明している。

上記設例において、絶対説や比例説によると、被害者は自己の過失によって、損害の全額の賠償を受けられない結果となるところ、上記最判の採用した解釈は、被保険者が人身傷害保険に加入した目的を考慮するものであり妥当と考える。

5 物的損害

弁護士 志部 淳之介

Q5-1 代車使用料

先日、車に乗っていた時、後続車両に追突され、

乗っていた車が壊れてしまいました。修理しようと思うのですが、修理費のほかに、修理中の代車料がかかるそうです。私は被害車両を通勤に使用しているのですが、加害者に対して被害車両と同等の高級外車の代車使用料を請求できるのでしょうか。また、私はこれを機に車を買替えようと考えているのですが、買い替えまでの期間中の代車使用料を全額請求することができるのでしょうか。

A5-1

修理若しくは買い替え期間中に、代車を使用し、その使用料を支出したときは、代車使用料を損害として賠償請求できます。ただし、常に被害車両と同等の代車使用料が賠償請求できるわけではなく、被害車両の使用目的、使用状況などを考慮し、被害車両と相応する車種の使用料のみを賠償請求することができます。また、代車の使用が認められる期間は、修理や買い替えに要した全期間ではなく、通常、要すると認められる相当な期間の範囲内に限られます。

解説

1 はじめに

交通事故により車両が損傷し、修理や買い替えをする場合に、代車が必要となる場合がある。もっとも、利用した代車の使用料がすべて事故による損害として賠償の対象となるわけではなく、事故と相当因果関係が認められる代車使用料のみが当該事故による損害として賠償の対象となる。

2 代車利用の必要性

代車使用料が、事故による損害と認められるためには、代車利用の必要性が認められなければならない。具体的には、遊休車両が存在し、それを利用することが可能な場合には、代車利用の必要性が否定されることが考えられる。例えば、大阪地判平成19年12月20日自保ジャーナル1733号11頁は、高級外車が事故で損傷したが、通勤等の日常の用には別の国産車を利用していた事例において代車料損害を否認している。また、東京高判平成26年1月29日自保ジャーナル1913号148頁は、修理期間中、妻や子供と共用していた車両が利用可能であったとして代車料損害を否認している。

3 代車の種類・グレード

(1) 同一車種の代車を求めることの相当性

代車の利用期間は、修理等に必要と比較的短期間限定され、かつ、利用権の侵害に対する代替手段に過ぎないものであることから、被害車両と

同一車種の代車を求めることは相当でないとされている(飯村敏明編『現代裁判法大系⑥交通事故』新日本法規出版株式会社、平成10年、344頁以下)。この場合、被害車両の使用目的、使用状況等を考慮し、被害車両と相応する車種の使用料のみが、事故との相当因果関係を有するものと認められる。

(2) 外国高級車の事例

事故車が外国高級車である場合であっても、代車については国産高級車の代車料相当額を損害と認めた裁判例がみられる。例えば、京都地判平成19年11月29日交民40巻6号1543頁は、会社の通勤及び営業にメルセデスベンツが必要であるとの原告の主張に対して、「ベンツを代車とする必要性までは認められず、国産最高級車の限度で1日当たり1万5000円の代車費用を認めるのが相当である」としている。また、東京地判平成22年1月28日自保ジャーナル1823号93頁は、代車は「ジャガーのような高級外国車である必要性を認めるに足り証拠はなく」国産高級車の限度で「1日当たり2万円」を相当な代車料損害と認定している。

4 代車の使用が認められる期間

事故により損傷した自動車を買替え、あるいは修理する期間中、代車を使用し、それに伴う支出をした場合に、その使用した全期間にわたって代車使用料が認められるわけではない。通常要すると認められる相当な修理期間若しくは買い替え期間の範囲内での代車の使用が、事故と相当因果関係が認められるとされている(飯村敏明編『現代裁判法大系⑥交通事故』新日本法規出版株式会社、平成10年、344頁以下)。

なお、部品の調達や営業車登録等の必要があるときは長期間認められる場合もあり得るが、あくまで例外的な場合であるから、部品調達等にかかる時間は、慎重に検討されるべきである。

Q5-2 事故車両の価格減少

Q5-1のケースで、私の被害車両を修理してもらったのですが、修理後は評価価格が下がると言われました。そのように、評価価格が下がった分は賠償請求することができるのでしょうか。また、いくら請求することができるのでしょうか。

A5-2

事故により、被害車両を修理したとしても評価価格が下がる場合があります(「評価損」といいます。)、

この評価損を賠償請求できるかどうかについては、争いがあります。評価損を賠償請求できるとする立場に立った場合、金額の算定方法が問題となります。一般には、事故車の損傷部位及び程度、修理の程度及び修理費の額、事故車の使用年数等に応じて算定すべきとされています。

解説

1 評価損とは

自動車の中古市場では、必ずしも機能的障害が残存している等の事情が明確に認められない場合でも、事故歴があるという理由で、当該車両の評価価格が下落することがある。このような事故時の被害車両の評価価格と修理後の減価した評価価格との差額を評価損と称している。一般的には、評価損は修理しても外観や機能に欠陥を生じ、または事故歴により商品価値の下落が見込まれる場合に認められるとされているが(公益財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部『民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準2002年版』295頁以下)、評価損が、事故によって生じた損害として賠償の対象となるか否かについては、見解がわかれている。

2 否定説と肯定説の根拠

否定説は、修理をしたことにより被害車両が事故前の原状に回復しているから客観的には価格の下落が認められないこと等を根拠とする。他方、肯定説は、市場において、現実に評価損という評価価格の下落が生じていることを無視することは不当であることや、修理によって事故車を物理的に完全に事故前の状態に回復させることは不可能に近く、評価損は、潜在的な欠陥の残存に対する市場の評価であると考えられること等を根拠とする(公益財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部『民事交通事故

訴訟・損害賠償額算定基準2002年版』295頁以下)。

3 裁判例

裁判例においては、評価損を否定するもの(名古屋地判平成23年6月17日自保ジャーナル第1857号141頁、東京地判平成25年4月26日自保ジャーナル1901号153頁等)と、これを肯定するもの(横浜地判平成24年10月29日自保ジャーナル1887号140頁、神戸地判平成23年10月12日自保ジャーナル1872号144頁等)がある。

4 評価損の算定方法

一般的には、初度登録からの期間、走行距離、損傷の部位(車両の機能や外観に顕在的又は潜在的な損傷が認められるか)、車種(人気、購入時の価格、中古車市場での通常価格)等を念頭に、評価損が発生すべきか否か又はその金額を検討すべきとされている(飯村敏明編『現代裁判法大系⑥交通事故』新日本法規出版株式会社、平成10年、340頁以下)。

裁判例を概観すると、フレーム等の車両の構造上重要な部分や骨格部位が損傷された事例等で評価損が認められやすく(例えば、大阪地判平成24年10月16日交民45巻5号1261頁、東京地判平成26年12月3日自保ジャーナル1939号125頁等)、また、登録からの使用期間がおおむね1年以内のものが多くである(例えば、登録後14日の事例として、横浜地判平成24年10月29日自保ジャーナル1887号140頁、登録後約3か月の事例として、東京地判平成23年11月25日自保ジャーナル1864号165頁等)。評価損の算定金額は、事例により様々であるが、おおむね修理費用の1割～3割程度を認めるものが多くである(公益財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部『民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準2002年版』301頁以下)。

特集1 交通事故2 参考文献等

- 北河隆之ほか『逐条解説自動車損害賠償保障法』(株式会社弘文堂、第2版、平成29年)
 飯村敏明編『現代裁判法大系⑥交通事故』(新日本法規出版株式会社、平成10年)
 公益財団法人交通事故紛争処理センター編『交通事故損害賠償の新潮流』(株式会社ぎょうせい、初版、平成16年)
 塩崎勤ほか編『専門訴訟講座①交通事故訴訟』(株式会社民事法研究会、平成20年)
 東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会『民事交通事故訴訟の実務―保険実務と損害額の算定―』(株式会社ぎょうせい、第9版、平成27年)
 公益財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部『民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準上巻(基準編)』(第46版、平成29年)
 公益財団法人日弁連交通事故相談センター研究研修委員会『交通事故損害賠償算定基準―実務運用と解説―』(25訂版、平成28年)
 中畑啓輔『マイカー通勤中の交通事故に関する使用者の責任』判例タイムズ1436号(2017年)39頁以下
 影浦直人「評価損をめぐる問題点」公益財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部『民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準2002年版』(第31版、平成14年)295頁以下

特集2 民法改正

民法改正案が平成29年5月26日に成立し、同年6月2日公布された(平成29年法律第44号・45号)。一部を除き、公布の日から3年を超えない日に施行される(附則1条)。

御池ライブラリー No.42 2015年10月号において、民法改正案(平成27年3月31日提出法案)を取り上げた(内容は以下の通り)。ここで取り上げた内容についてはそのまま成立したため、今回、同号で取り上げなかった内容を取り上げる。

<御池ライブラリー No.42 2015年10月号>

- 1 消滅時効
- 2 債権者代位権、詐害行為取消権
- 3 多数当事者間の債権債務関係(分割債権関係、不可分債権関係、連帯債権関係)
- 4 多数当事者の債権債務関係(保証)
- 5 債権譲渡・債務引受
- 6-1 弁済
- 6-2 弁済による代位
- 7 相殺

なお、以下では、現行法を「旧法」とし、改正法を「新法」とする。

1 民法総則関係

弁護士 茶木 真理子

第1 意思能力(新法3条の2)

「意思能力」とは、「自己の行為の結果を弁識するに足りる精神的な能力」などと言われ、およそ7～10歳前後の能力とされている。かかる意思能力を欠く者の法律行為が無効であることは、これまでの判例・学説上も明らかではあったが、今回の改正で明文化された。

本規定は、施行日前にされた意思表示については適用されない(附則2条)。

第2 錯誤(新法95条)

1 旧法は「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。」とのみ定めていたところ、新法では「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」(表示行為の錯誤)に加え、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」(動機の錯誤)も対象となることが明示された

(1項)。

また、錯誤が認められるための要件の一つである「要素の錯誤」については、「法律行為の要素に錯誤があった」という文言から、「錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」と改正された(1項柱書)。これまでの判例法理で、「要素の錯誤」とは、表意者が意思表示の主要な部分とし、この点について錯誤がなかったら、表意者は意思表示をしなかったであろうし(主観的因果関係)、通常人も意思表示をしなかった(客観的重要性)とされていたところを反映させたものである。

2 錯誤による意思表示の効果については、新法では取り消すことができるとされた(1項柱書)。旧法下でも、表意者しか無効主張できないとされていたことを踏まえたものである。よって、新法では、錯誤の場合に民法120条以下の追認や期間制限の規定が適用されることに注意が必要である。

3 「動機の錯誤」については、これまでの判例法理でも「動機を表示して意思表示の内容とした場合」には錯誤になるとされていたところ、今回の改正では「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り」取り消すことができる

ことが明らかにされた(2項)。

- 4 重過失のある表意者からの錯誤の主張については、これを許さないとしていた旧法95条但し書きを維持しつつ、その例外として、「相手方が、表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかったとき」と「相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき」(いわゆる共通錯誤)には錯誤の主張が許されるとした(3項)。
- 5 さらに、錯誤による意思表示をもとに新たな法律関係に入った第三者の保護規定が新設された(4項)。この点は、従来、詐欺の場合の旧法96条3項を類推適用すべきとの有力説があったところである。なお、第三者には、善意無過失であることが要求される。
- 6 本規定は、施行日前にされた意思表示については適用されない(附則6条1項)。

第3 詐欺又は強迫(新法96条)

第三者による詐欺を理由とする取り消しについて、相手方が悪意の場合のみならず、相手方に過失がある場合が新たに加わった(2項)。

また、詐欺による意思表示をもとに新たな法律関係に入った第三者が保護される場合について、善意に加えて、無過失も要求することが明文化された(3項)。

本規定は、施行日前にされた意思表示については適用されない(附則6条1項)。

2 法定利率関係

弁護士 茶木 真理子

第1 法定利率(新法404条)

- 1 低金利が長期間継続している経済状況を踏まえ、旧法の定める年5パーセントという法定利率を引き下げることにした。また、経済情勢の変動に対応するため、利率の変動制が導入された。

本条は、法定利息(民法442条、575条等)の利率、及び利率を定めず単に利息を付する旨約した場合の利率に適用される。
- 2 上記のとおり、利率の変動制が導入されたが、適

用される利率は、別段の意思表示がないときは、「その利息が生じた最初の時点における法定利率による」とされた(1項)。よって、その後に、法定利率の変動があっても、利率は固定され、事後的に変更しない。

「その利息が生じた最初の時点」とは、「その利息を支払う義務が生じた最初の時点」を意味するとされている。よって、例えば、金銭消費貸借契約において単に利息を付する旨の特約がある場合は、利息は金銭の交付時より生ずるため(新法589条2項参照)、「利息を支払う義務が生じた最初の時点」とは金銭交付の時点を目指すものと解される¹。

- 3 今回の改正で、法定利率は、まずは3パーセントに引き下げられる(2項)。以後は、3年を一期として、3年毎に見直しを行う(3項)。

見直しの方法については、4項と5項に規定が設けられている。4項によれば、法定利率に変動があった期のうち直近のもの(「直近変動期」)における「基準割合」と、当期における「基準割合」との差に相当する割合を、直近変動期における法定利率に加算又は減算する。ただし、当該割合に1パーセント未満の端数があるときは、切り捨てる。なお、この場合の「基準割合」とは、5項によれば、その期が始まる2～6年前の5年間における国内銀行が行った短期貸付(新規、かつ貸出期間が1年未満のもの)の利率の平均である。

- 4 施行日前に利息が生じた場合におけるその利息を生ずべき債権に係る法定利率については、なお従前の例による(附則15条1項)。

また4項については、改正後初めて法定利率が変動するまでは、改正法施行後最初の期の「基準割合」を、各期における「基準割合」と比較することになる。また、「直近変動期における法定利率」とは年3パーセントとなる(附則15条2項)。

- 5 本改正により、商事法定利率を定めた商法514条は削除され、民法の法定利率に一元化される。
- 6 利率の変動制が採用されたことを受けて、金銭債務の損害賠償額の算定に関する特則を定めた新法419条1項については、「債務者が遅滞の責任を負った最初の時点」、すなわち債務者が遅滞に陥った時点(民法412条参照)における法定利率によって定めると改正された。よって、履行遅滞の状況が継続し、その後弁済等により遅滞が解消するまでに法定利率が変動しても、考慮はしない。なお、施行日前に債務者が遅滞の責任を負った場合における遅延損

害金を生ずべき債権に係る法定利率については、なお従前の例による(附則17条3項)。

また、将来において取得すべき利益について損害賠償額を算定する場合は中間利息の控除を行うが、この点についても新たな規定が設けられ、「損害賠償の請求権が生じた時点」を基準に行うことが明文化された(新法417条の2第1項)。将来において負担すべき費用についても、同様である(同条2項)。債務不履行時や不法行為時以後の法定利率が変動しても、考慮はしない。なお、施行日前に生じた将来において取得すべき利益又は負担すべき費用についての損害賠償請求権については、本条は適用されない(附則17条2項)。

以上について部会資料²をもとに整理すると、不法行為についての損害賠償請求権は、不法行為時に発生し、直ちに遅滞に陥るとされているので、損害賠償額の算定と中間利息控除の両方について不法行為時の法定利率が適用される。安全配慮義務違反に基づく債務不履行責任については、事故発生時に損害賠償請求権が生じているので、中間利息控除に用いる法定利率は事故発生時のものが適用される。他方で、この損害賠償請求権は期限の定めのない債務と解されているから、履行の請求をしたときから遅滞となる(民法412条3項)ため、損害賠償額の算定に用いる法定利率は請求時のものが適用される。

- 7 実際に法定利率が変動することになる場合は、ある時点で同時に存在する債権でも異なる法定利率が適用になる場合が生じるから、債権管理をする上で注意が必要である。

1 潮見佳男『新債権総論I』239頁(信山社、第1版、平成29年)

2 法制審議会民法(債権関係)部会(法務省Webサイト)
http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html 第93回会議(81B)

3 債権の効力、解除

弁護士 永井 弘二

第1 債権の効力に関連した新法の基本的な考え方

1 はじめに

債権とは、金銭の支払や物の引渡など、人に対して一定の行為を請求することのできる権利をいい、債権の効力とは、その権利を実現させることができる力をいう。

今般の民法改正では、こうした債権の効力に関連して、債務者の債務不履行時の責任や、売買で対象物に瑕疵があった場合などにおける売主の責任などについて、基本的な考え方が大きく変更された。

2 旧法下での理解とその変容

債務者が債務を履行しない場合には、債務者は債務不履行責任を負い、自らに帰責事由がないことを立証した場合には責任を免れる(旧法415条)。

旧法下では、この債務者の帰責事由は、基本的に債務者の「過失」と捉えられており、これは不注意と同義と理解されてきた。しかし、こうした債務者の主観的な状態を要件とすると、必ずしも適切な解決が得られないことなどが認識されるようになり、次第に、過失は一定の義務を前提とした義務違反として捉えられるようになってきた(過失の客観化、主として同様に過失を要件とする不法行為法の分野で深化されてきた)。

他方、旧法下でも、売買契約の売主の責任に関連して有力に主張されてきたいわゆる「契約責任説」(後述)を敷衍する形で、「契約において当事者がどのような契約の目的、内容を定め、また、どのような危険(リスク)を負担する意思であったのかということ」を基準とする考え方が有力に主張されていた。これは、過失を義務違反として捉える考え方をさらに契約の解釈全般に推し進めたものと理解することもできるように思われる。この立場では、債務不履行における帰責事由は、過失ではなく、契約の内容、趣旨にしたがって見た場合に、債務者の責任を否定することが合理的である事情を指すことになる。

3 新法での基本的な考え方

新法では、上記の「契約責任説」を敷衍する形で有力に主張されていた考え方を基礎に据えて、全体の整合性を図る構成となっている。

新法415条の債務不履行時の債務者の免責事由について「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」免責事由の有無を判断するとされているのは、まさにこの趣旨を鮮明にしたものと理解されている。

このことにより、いわゆる「原始的不能」の場合の契約の有効性、「売買契約における売主の責任」の構成などが大きく変容された。

4 原始的不能について

原始的不能とは、契約時点において、目的物が存在していなかったなど、債務の履行ができない状況を指す。

旧法下での理解は、このような原始的不能の場合には、法律行為の有効要件としての「実現可能性」が欠け、当該法律行為、契約は無効であるとされてきた(契約責任説の論者は、これを「原始的不能ドグマ」と呼んでいる。)。その上で、いわゆる契約締結上の過失の理論によって、責任のある当事者は、契約が無効であることによって相手方が被った不測の損害(いわゆる信頼利益)を賠償するものとされていた。

他方、契約後に目的物が滅失して債務の履行が不能となったような場合は、「後発的不能」とされ、不能となったことに責任のある当事者は債務不履行責任により相手方の損害(この場合はいわゆる履行利益、債務の履行がなされなかったことにより被った損害)を賠償し、当事者のいずれにも責任がない場合には、いわゆる危険負担(旧法534～536条、履行不能となった債務と対立する反対債務の履行の問題、売買の場合に契約後対象物が滅失した時に、代金債務の支払義務があるかどうかという問題)として処理されることとされていた。

このような旧法下の規律に対し、新法では、「原始的不能」の法律行為も有効に成立することを前提とすることとなった(新法412条の2第2項、履行不能の場合にも、損害賠償請求ができることが明示された。)。この意味で、従前の伝統的理解である法律行為の有効要件としての「実現可能性」は要件とはならなくなったと理解される。

新法の基本的な考え方は、契約等の有効性は、対象物の物理的な性状等によって左右されるのではなく、契約当事者の合意内容によって定められるべきであり、原始的不能の場合にも、当事者が原始的不能というリスクをどのように負担する意思であったかが問題とされるべきであるというものである。

したがって、契約の解釈によって、原始的不能のリスクを売主が負担するものと解釈されたとすれば、買主は売主に債務不履行に基づく損害賠償を請求できることになる(新法412条の2第2項、415条、この場合の損害が信頼利益なのか履行利益なのかも、基本的には契約の解釈によることになると考えられる。)。また、解釈によって売主がリスクを負担する趣旨ではないと解されるとすれば、通常は、当該

契約は無効とするのが契約の解釈ということになると考えられる(無効とならないとしても、売主には債務不履行の免責事由があるということになり、結局、危険負担の問題として買主には代金支払義務はないということになると考えられる。)。但し、この場合でも従前の契約締結上の過失のような議論として、一定の義務違反を措定して責任追及できる場合もあり得る。

そして、新法の立場では、契約内容が問題となるので、履行不能が原始的不能なのか後発的不能なのかは意味を持たず、いずれにおいても上記のように契約の解釈により解決が図られることになる。

5 売買契約の売主の責任について

売買契約の特定物としての目的物に瑕疵などがあった場合の売主の責任について(旧法570条、566条など)、旧法下の判例は、いわゆる法定責任説に立脚していると理解されていた。

法定責任説は、売買契約の特定物としての目的物に瑕疵がある場合であっても、売買契約は、その瑕疵のある目的物を前提に契約として成立しているに過ぎず、本来、買主は瑕疵があることによる損害等の賠償を売主に請求することはできないが(契約責任説の論者は、これを「特定物ドグマ」と呼んでいる。)、それでは買主に酷であるので、法律が売主の担保責任を売主の無過失責任として特別に認めた、というものである。ここでも、上記の原始的不能の場合と同様に、物の性状を前提とした規律がなされていたと言える。

これに対し、有力説であった契約責任説は、当事者の通常の意味としては、瑕疵のない目的物を前提として契約しているのであるから、瑕疵のある目的物を交付した売主には債務不履行責任があり、その場合、本来は売主の帰責事由が要件となるはずであるが、法律の規定はこれを要件としない無過失責任を認めた特則である、というものである。

新法は、旧法下での法定責任説を廃除し、契約責任説に立脚することを鮮明にした。新法は、562条、563条で追完請求権や代金減額請求権を規定し、ここでは「契約不適合」を要件としている(履行不能も「契約不適合」の一形態である。)。そして、買主は、これらの責任と共に新法415条の債務不履行責任を追及できることとしている。上記の法定責任説の立場からは、債務不履行責任を追及できることは説明ができない。また、法定責任説の立場からは、売買の目的物が特定物ではなく種類物の場合には異

なった規律となるが、契約責任説の立場からは、契約内容が重要であり(「契約不適合」が要件とされるのもそのためである。)、目的物が特定物か種類物かという違いは、基本的には問題とならない。新法は、売主の責任について特定物と種類物を分けた規律はしておらず、この点からも、新法は契約責任説に立脚していると理解することができる。

したがって、新法の売主の責任は、追完義務(新法562条)や代金減額義務(新法563条)については売主の帰責事由は要件とはならないが(逆に買主に帰責事由がある場合には、買主はこれらの請求ができない。)、新法415条の損害賠償を請求する場合には売主の帰責事由が要件となる(但し、立証責任はその不存在について売主にある。)。この点で、無過失責任であった旧法下の担保責任とは異なることになる。

6 新法の実務への影響

以上のように、新法は、当事者の合意内容を基礎として、債務不履行等の規律をしている。ここでの合意内容は、明示的な合意のみならず、黙示的な合意も含み、さらには、社会通念にしたがった当事者の合理的な意思をも含んで、当事者が目指した契約内容(契約の適合性)、当事者が負担、引き受けることとしたリスクなどを解釈していくこととなる。新法415条で債務者の免責事由について「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」免責事由の有無を判断するとされていること、売主の責任について「契約不適合」の有無を要件としていることなども、この趣旨と理解される。

旧法下でも、もちろん、契約内容の解釈が問題となったことは少なくなく、最高裁判決でも「当事者の合理的意思」をメルクマールとする判示も少なくなかった(最判平成24年12月14日判例時報2178号17頁・根保証で保証される債権を根保証の元本確定前に譲り受けた者が根保証人に請求できるか否かについての事例、など)。

新法下では、こうした契約内容の解釈が、いっそう頻繁に問題となることも予想される。

したがって、契約締結の段階でも、当事者が契約によって目指す目的、内容や、生じ得るリスクをできるだけ検討の上、こうしたことを明示することが、以前にも増して求められることになるのではないかと考えられる。

第2 債権の効力

1 以下では、債権の効力として、新法が改正された部分を概観する(中間利息の控除(新法417条の2)、金銭債務の特則(新法419条)については別稿のとおり。また、債権の効力としては、他に債権者代位権(新法423条以下)、債権者取消権(新法424条以下)があるが、この改正については、御池ライブラリー No.42 2015年10月号のとおり。)

2 受領遅滞(新法413条・改正)

債権者が債務者からの債務の履行を受けることを拒んだような場合は、債務者は、目的物についての善管注意義務が軽減され、自己の財産に対するのと同じの注意をすれば良い。

また、受領遅滞によって債務履行の費用が増加した時は、その増加費用は債権者の負担とされる。

3 履行・受領遅滞中の履行不能(新法413条の2・新設)

債務者が履行遅滞の責任を負っている間に、当事者双方の責任によらず債務の履行が不能となった場合には、その履行不能は債務者の責任とみなす。これは旧法下の判例法理の明文化である(大判明治39年10月29日民録12輯1358頁)。

逆に債権者が受領を拒むなどしている間に、当事者の責任によらず履行不能となった場合は、その履行不能は債権者の責任とみなす。

本来、当事者の責任によらない履行不能は、危険負担として処理されることとなる(新法536条)。しかし、債務者の履行遅滞、債権者の受領遅滞中に当事者の責任によらずに履行不能となった場合には、遅滞を惹起した者の責任となることを規定したものである。

なお、履行遅滞と履行不能の間に因果関係が存しない場合には、遅滞者は履行不能の責任を負わないとされている(具体例として、遅滞中に目的物が洪水で水没したが、目的物を引き渡していたとしても債権者の元で水没したと考えられる場合が挙げられている。)¹⁾。法律により責任が擬制されるとしても、因果関係まで擬制されるわけではないと説明されている。

4 債務不履行による損害賠償(新法415条・改正)

債務不履行における債務者の免責事由が、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」判断されることは上記のとおり。

債務の履行に代わる填補賠償を請求できるのは、履行不能、履行拒絶、契約解除(解除権の発生)の場合であることが明示された。

5 代償請求権(新法422条の2・新設)

債務の履行不能によって目的物の代償である権利を債務者が取得したときは、債権者は債務不履行による損害額の限度で、その権利を行使等できることが明示された。

これは、代償請求権といわれるもので、例えば、目的物の滅失により保険金が支払われることとなった様な場合が典型例である。

旧法では特に規定はなかったが、解釈上認められていた(危険負担に関する旧法536条2項を根拠としていた。)

6 経過規定

改正後のこれらの規定の適用は、基本的には新法の施行期日後に生じた債権について適用され、また、債権発生が施行日後であったとしても債権発生の原因が施行期日前であった場合には新法は適用されない(附則17条)。

第3 契約の解除、危険負担

1 解除の基本的な考え方の変更

債務不履行を理由とする解除についての基本的な考え方も、新法では変更が加えられた。

旧法下では、契約の解除権の発生には、債務不履行について債務者の帰責事由(従前の伝統的理解では「過失」)を要件としていた(旧法543条)。これは旧法下での解除の性質は、債務不履行に直面した債権者の債務者に対する責任追及の手段として捉えていたことによる。債権者は、契約を解除せずに填補賠償を請求するのか、解除して自らの債務を消滅させた上で損害賠償を請求するのかを選択することができた。

これに対し、新法は、契約の解除は、債務不履行に直面した債権者に、契約からの離脱(自らの債務の消滅)を認める制度として捉え直している。この場合には、債務者の帰責事由を要件とする必要はないため、新法では、債務者の帰責事由は解除権発生の要件ではなくなった(新法542条)。

他方、軽微な債務不履行の場合にも解除を認めてしまうのは、反対当事者にとって不測の事態となり、また、契約の拘束力をないがしろにするものでもあるため、基本的には、契約目的を達成することができない程度の重大な債務不履行の場合に解除が認められることとされた(新法542条1項各号)。

なお、契約の解除が認められるのは、基本的には契約目的の達成ができない場合であるとの規律は、

旧法下でも、解釈により概ね同様の判断がなされていたと考えられる。

2 催告解除(新法541条・改正)

相当の期間を定めて債務の履行を催告してもなお、債務者が債務を履行しない場合には解除権が発生する。

基本的には、旧法と同様の規律であるが、新法では、但書として、「契約及び取引上の社会通念」に照らして、債務不履行が軽微であるときは解除権は発生しないこととされた。

催告したにもかかわらず債務を履行しないという状態は、契約の目的が達成できない状態と同視できる。ただ、あまりに軽微な債務不履行の場合には、解除権を認めるのは契約の拘束力をないがしろにするという考え方である。

3 無催告解除(新法542条・改正)

債務の履行不能、債務者による不履行の意思表示等、契約目的を達成できない債務不履行の場合には、催告なく解除権が発生することとされた。

また、一部不履行の場合には、その一部のみを解除することができる場合があることも明記された。これは、契約が可分であることが前提と理解される。

なお、一部の履行遅滞の場合にその一部について上記の催告解除ができるが、一部の履行遅滞で契約目的が達成できない時は、全体を解除できると考えられる。一部履行不能の場合でも、契約目的が達成できない時は、全体を解除できると考えられる。

無催告解除の場合、債務者の帰責事由は解除権発生の要件ではない。

4 解除権の不発生(新法543条・新設)

債務不履行について、債権者に帰責事由があるときは、解除権は発生しないこととされた。

ここでの帰責事由は、「契約及び取引上の社会通念」に照らして判断されると考えられる。

なお、双方に一定の帰責事由が存するような場合、解除権不発生となるのは、債権者の帰責事由が優越するような場合であると考えられる²。

5 危険負担について(新法536条・改正)

上記のとおり、旧法下での解除は、債務者の帰責事由を要件として、債務者に対する責任追及の手段とされていたが、新法では、債権者の契約からの離脱を認める制度として改正され、債務者の帰責事由は要件ではなくなった。

他方、債務者に帰責事由がない場合の規律は、危

危険負担としても制度化されている。危険負担とは、例えば、物の売買契約において、売主に責任がなく物が滅失した場合には買主の引渡請求権は履行不能として消滅するが、この場合、売主の代金請求権がどうなるかという問題である。旧法下では、双方に責任がない場合には買主の代金支払債務も消滅し、買主に責任がある場合には買主は代金支払義務を負うこととされていた(旧法534条～536条)。

したがって、危険負担の制度は、債権者(上記の場合は買主)が契約解除により契約関係から離脱したのと同様の状況となる(買主に責任がなければ解除でき代金支払債務も消滅するが、責任があれば解除できずに代金支払義務があるので、危険負担と同様の状況となる。)。このため、民法改正論議の過程では、解除制度と別に危険負担の制度を残す意味はないのではないかと議論がなされたようである。解除は債権者(買主)の意思表示が必要だが、危険負担は意思表示は必要ないことから、不可思議な事態が生じうる等が理由のようである。

こうした議論を経て、新法の危険負担は、債権者による反対給付債務(上記の場合は買主の代金支払債務)の消滅ではなく、履行拒絶権として再構成されることとなった。

新法の危険負担の規律は、反対債務の消滅ではなく履行拒絶権として構成されたこと以外には、基本的には、結果として旧法下での規律と同様の規律となっている。

なお、売買の場合には、危険の移転時期は引渡時であることが明記されている(新法567条)。

6 経過規定

新法による解除や危険負担に関する規律は、新法施行日以後に締結された契約に適用される(附則30条、32条)。

4 消滅時効

弁護士 上里 美登利

新法における消滅時効の定めについては、御池ライブラリー No.42 2015年10月号でまとめたが、実務的に重要な点を以下に補足する。

第1 経過措置について

1 はじめに

新法においては、消滅時効の定めが大きく変わった。そこで、管理対象となる権利について、旧法と新法のどちらが適用されるかという点は、当面重要な課題となる。そのため、経過規定をまとめた。

2 消滅時効期間について

(1) 原則

附則10条4項は、「施行日前に債権が生じた場合におけるその債権の消滅時効の期間については、なお従前の例による」と定める。

よって、施行日前に債権が生じた場合(施行日以後に債権が生じた場合であって、その原因である法律行為が施行日前にされたときを含む。以下同じ。附則10条1項)は、旧法における消滅時効期間の定めが適用される。

(2) 特則：不法行為に基づく損害賠償請求権

また、附則35条1項は、「旧法第724条後段(省略)に規定する期間がこの法律の施行の際既に経過していた場合におけるその期間の制限については、なお従前の例による」と定める。この定めからすると、旧法724条後段の20年間(除斥期間と解されていた)が経過していない場合には、新法が適用され、時効期間と解されるため、新法が定める更新・完成猶予が可能となる。

さらに、附則35条2項は、「新法第724条の2の規定は、…旧法第724条前段に規定する時効がこの法律の施行の際既に完成していた場合については、適用しない」と定める。そのため、新法施行の際、3年の消滅時効が完成していなければ新法が適用され、不法行為により生命・身体を侵害された被害者の損害賠償請求権の消滅時効期間は、損害及び加害者を知ったときから5年間となる(新法724条の1号・724条の2)。

1 潮見佳男『新債権総論I』387頁(信山社、第1版、平成29年)

2 潮見・前掲注1 591頁

※参考(主な消滅時効期間 新旧対照表)

	旧 法		新 法	
債権	166条1項・167条1項	権利を行使することができる時から10年間	166条1項1号	(1) 権利を行使することができることを知った時から5年間
			166条1項2号	(2) 権利を行使することができる時から10年間
			167条	但し、人の生命・身体の侵害による損害賠償請求の場合は、20年間
定期金債権	168条1項前段	第1回の弁済期から20年間	168条1項1号	(1) 各債権を行使することができることを知った時から10年間
	168条1項後段	最後の弁済期から10年間	168条1項2号	(2) 各債権を行使することができる時から20年間
職業別の短期消滅時効	170条乃至174条	各債権により、1年間～3年間		廃止
不法行為による損害賠償請求権	724条前段	損害及び加害者を知った時から3年間	724条1号	(1) 損害及び加害者を知った時から3年間
	724条後段	不法行為の時から20年間(除斥期間)	724条2号	(2) 不法行為の時から20年間(消滅時効)
確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって確定した権利	174条の2第1項	10年間 (但し、確定の時に弁済期の到来していない債権を除く。174条の2第2項)	169条1項	10年間 (但し、確定の時に弁済期の到来していない債権を除く。169条2項)
商事消滅時効	商法522条	5年間	※整備法3条により削除	廃止

3 中断事由について

附則10条2項は、「施行日前に旧法第147条に規定する時効の中断の事由又は旧法第158条から第161条までに規定する時効の停止の事由が生じた場合におけるこれらの事由の効力については、なお従前の例による」と定める。

この原則論を受けて、附則10条3項は、施行日前において、新法151条で新設された、権利についての協議を行う旨の書面等による合意をしても、時効の完成猶予の制度は適用されないことを注記的に定めている。

第2 不動産の仮差押えによる時効猶予効について

仮差押えについては、旧法では、147条2号によって時効中断事由とされていた。そして、不動産の仮差押えによる時効中断の効力は、仮差押えの執行保全の効力(登記)が続いている間は時効が中断し続けている旨判断した最判平成10年11月24日民集52巻8号1737頁に基づく実務取扱いがされていると考えられる。

ところが、新法149条1号によって、仮差押えは「その事由が終了した時から6箇月を経過するまで」の時効完成猶予事由とされた。この「その事由が終了した

時」について、例えば、仮差押えの登記手続と仮差押命令の債務者への送達が完了した時点を「事由が終了した時」と捉えるなどした場合、上記の実務取扱いを正面から見直す必要が生じるという懸念があった。そこで、新法下における上記判例をめぐる議論を確認する必要があると考えられた。

もっとも、この点については、法制審議会民法(債権関係)部会第79回会議¹において言及されており、事務当局が「保全執行の効力が継続している限り、時効中断の効力は継続しているという判例法理については、今回の提案で変更する意図はありません。「その事由が終了した時」というのも、従来の判例法理における終了時点と同じ時点を指しているという趣旨で…そこを大きく変更するということはありません。」と回答しており、登記による保全執行の効力が終了する時点と捉え得るものと解される。もっとも、民事保全手続の暫定的機能を重視した本改正を踏まえて、判例変更がなされる可能性も否定できないとする見解²もあるため、今後の動向に注意する必要がある。

1 法制審議会民法(債権関係)部会(法務省Webサイト)
http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html

2 日本弁護士連合会『実務解説 改正債権法』(株式会社弘文堂、平成29年)80頁

5 定型約款

弁護士 上里 美登利

第1 旧法下における取扱い

旧法下では、民法に「約款」の規定は存在しなかったが、実際には、保険契約・銀行預金契約・旅行・宿泊等、様々な場面で「約款」に基づいた取引が行われている。必ずしも当事者間に個別の合意がない「約款」について、これまでは、判例や学説によって、当事者間に契約上の拘束力を持たせるための解釈論が展開されていた。

第2 新法における定型約款の定め

新法は、「定型約款」に関する規定を新設した。その概要は以下のとおりである。

1 対象となる定型約款の定義

この「定型約款」とは、「定型取引」において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいうとされている(新法548条の2第1項)。

このように、定型約款の対象は、「定型取引」(①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って、②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なもの」をいう。)とされている。この定義からすれば、生命保険約款、損害保険約款、旅行業約款、宿泊約款、運送約款、預金規定、コンピュータ・ソフトウェアの利用規約など、わが国で一般に「約款」と呼ばれているものは、ほとんどがこの定義に該当するとされている¹。

2 みなし合意の要件

「定型約款」については、一定の要件を満たすと、必ずしも定型約款の個別の条項について明確な合意をしていなくても、「合意をしたものとみなす」と定められた。一定の要件とは、以下の(1)(2)(3)にまとめられる。

- (1) 組入れ合意又は事前表示(新法548条の2第1項)
 - ・ 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき(1号)。又は、
 - ・ 定型約款を準備した者(「定型約款準備者」)があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき(2号)。
- (2) 内容上の制約(新法548条の2第2項)
 - 但し、個別条項のうち、
 - ・ 相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、
 - ・ その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして民法1条2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなされる。
- (3) 合意前の開示請求への対応(新法548条の3第2項)

定型約款準備者が、定型取引合意の前に、定型約款の開示請求を受け、これを拒んだときは、正当な事由がある場合を除き、新法548条の2のみなし合意の規定は適用されない。

なお、上記のような合意前の開示請求を拒んだ場合と異なり、新法548条の3第1項が定める合意後の請求を拒んだ場合の効果は規定されていないが、既に定型約款を内容とする合意は成立しており、相手方は開示義務違反を理由とする損害賠償請求等をすることが考えられるとされている²。

3 変更の要件

新法は、一定の要件を満たすと、個別に相手方と合意することなく、「定型約款」の内容を「変更」することができることと定めた。「変更」の要件は、以下の(1)(2)にまとめられる。

- (1) 変更の合理性(新法548条の4第1項)
 - ・ 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき(1号)。又は、
 - ・ 定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき(2号)。
- (2) 周知義務(新法548条の4第2項第3項)
 - ・ 効力発生時期が到来するまでに(3項)、
 - ・ 定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知すること

(2項)。

第3 経過規定

附則33条1項は、新法施行日前に旧法下で締結された契約に係る定型約款についても、附則33条2項3項が定める反対の意思表示がされない限り、新法における定型約款の規定を適用すると定める。そのため、旧法下で締結された契約に関する定型約款も、新法の要件を満たせば、その有効性の根拠を新法の規定に求めることができるものと考えられる。

また、附則33条1項ただし書きは、旧法下で有効とされた定型約款は新法でも有効であることも規定している。

- 1 潮見佳男『新債権総論I』38頁(信山社、第1版、平成29年)
- 2 潮見佳男『新債権総論I』47頁(信山社、第1版、平成29年)

6 売買

弁護士 小原 路絵

新法における大きな変更として、「瑕疵」という物の性状を示す表現を避け、「契約適合性」という当事者の合意内容から規律を設けることとされた。債務不履行への一元化とともに、担保責任が解体されたと理解することができる(ただし、債務不履行の意味での担保責任は一部残っている)。

また、売主の担保責任に関し、瑕疵担保責任(旧法570条)と数量不足・一部滅失の場合の責任(旧法565条)がまとめて規定されることとなった(後述)。

さらに、担保責任においては、従来の法定責任説から契約責任説が採用されることとなり、売主の二つの義務が前提とされている¹。

- ① 物の「種類・品質」・「数量」に関して契約の内容に適合した物を引き渡すべき義務(後述新法562・564条)
- ② 契約の内容に適合した「権利」を供与すべき義務(後述新法565条)

第1 手付(新法557条1項・改正)

旧法の「当事者の一方が契約の履行に着手するまでは」としていた規定が、「相手方が契約の履行に着手した後は」に改正された。

第2 売主の義務(新法560・561条・改正)

- 1 旧法560条の他人物売買の規定を維持した上で、移転義務を負う「他人の権利」として、権利の一部が他人に属する場合におけるその権利の一部を含むことが明記された(新法561条)。
- 2 権利移転の対抗要件を具備させる義務が明記された(新法560条)。

第3 買主の追完請求権(新法562条・新設)

- 1 引き渡された目的物が種類、品質又は数量の契約不適合の場合に、修補、代替物等の追完を請求できることとなった。

新法が、上記の通り、売主に、物の種類・品質・数量に関して契約の内容に適合した物を引き渡すべき義務を認めたことで、上記3章「債権の効力、解除」でも述べたいいわゆる「特定物ドグマ」(特定物売買において、性質は契約の内容にならない。)が否定されることとなった。つまり、法定責任説では、特定物について、旧法570条によるとして売主の追完義務を否定していたが(他方、不特定物について、買主が不完全な履行をする売主に追完請求権を有するとされてきた)、新法では、契約責任説を採用し、不特定物に限らず、追完請求権を一般的に認める規定となった²。

- 2 他方で、買主に一定の制約も認めた。
 - ① 追完方法の選択は買主に委ねた上で、買主に「不相当な負担」を課すのであれば、売主は、別の方法でも追完できる。
 - ② 上記不適合が買主に帰責事由がある場合、追完請求権はない(後述の代金減額・解除も同様)。
- 3 また、「隠れた」という要件がなくなったが、もともと買主の善意無過失(瑕疵の認識可能性)を意味していたところ、「契約適合性」(＝当事者の契約解釈・合意内容)に含まれていると考えられたからに過ぎない。

第4 買主の代金減額請求権(新法563条・改正)

上記第3で追完がないときに、催告の上(追完請求権の優位性)、減額請求ができることとなった(旧法では、権利の一部が他人に属する場合や数量不足の場合

にしか認められていなかった。)

催告を要するとされた点は、新法541条の解除の場合とパラレルの構成となっている。なお、追完不能・売主の追完拒絶の意思表示がある・履行時期が契約の目的となる場合などでは、催告は不要とされている。

また、不適合が買主に帰責事由がある場合、減額請求権はない。

第5 損害賠償と解除(新法564条・改正)

1 上記第3・第4は、新法415条の損害賠償と、新法541・542条の解除を妨げない。つまり、売買の契約不適合の場合の損害賠償と解除も、債務不履行の一般規定によることとなった。上記の通り、売主は、物の種類・品質・数量に関して契約の内容に適合した物を引き渡すべき義務を負っており、その違反は債務不履行として評価されるからである。

旧法では数量と品質の瑕疵を分けて規定していたが、新法では、契約適合性から共通ルールを適用した(ただし、期間制限では区別されている(後述新法566条))。この点、数量指示売買の意味に関する最判昭和43年8月20日民集22巻8号1692頁は維持され、数量に関する契約適合性の判断基準となる。

2 損害賠償において、旧法下での売主の担保責任の場合は無過失責任、債務不履行一般の場合は過失責任という整理が妥当しなくなった。また、旧法下では、前者は信頼利益にとどまるとされたが、これも履行利益が認められることとなった。

3 解除において、債務不履行一般で、債務者(売主)の帰責事由は不要という立場を採用したことから、契約不適合の解除の場合も同様となる。他方、上記第3・第4で述べた通り、買主に帰責事由のある場合は解除権が発生しない(債務不履行一般でも新法543条で同様の規定)。

旧法下では解除が認められるのは契約目的達成不能の場合に限られていたところ、本条で新法542条のみならず、新法541条の催告解除も準用されるため、契約不適合が「軽微」であるとの抗弁しかなしえないこととなった。つまり、従前は契約目的が達成できれば解除を免れたところ、契約目的が達成できても、「軽微」でなければ、解除されてしまうこととなる。

第6 権利移転義務の不履行(新法565条・改正)

売主から買主に移転した①権利が契約の内容に適合しない場合、②権利の一部が他人に属する場合におい

てその権利の一部を移転しない場合、上記第3～第5が準用される。これも契約責任説による帰結である。

上記の通り、売主は、契約の内容に適合した権利を供与すべき義務を負っている。

具体的には、①の例として、売買目的物の上に地上権・地役権・抵当権等の制限物権が存在している場合、当該不動産のために存在するとされていた地役権が存在しなかった場合などが考えられる。②の例として、他人物売買で、真の権利者が所有権移転を拒絶している場合が考えられる。

旧法561条は、買主が売主の権利に属さないことを知っていた場合の損害賠償を否定するが、新法では、契約不適合における買主の帰責事由が問題となっても、悪意に関しては規定されていない。

第7 買主の権利の期間制限(新法566条・改正)

1 上記買主の権利行使の期間制限として、「種類又は品質」の不適合を知ったときから1年とされた。種類または品質の不適合を知った買主は、1年以内に不適合の事実を売主に通知する義務を負い、この義務を怠ると失権するとされている。ただし、売主が不適合を知っていたまたは重過失の場合はこの限りでない。

このような枠組みを取る理由は、履行が終了したと期待する売主の保護の必要性和、期間経過により、使用や劣化で不適合の判断が困難になるため、早期の安定を図るためである。

2 他方、「数量」不適合の場合は期間制限がない。種類・品質と比べ、数量面での不適合は、売主にとって比較的容易に判断できることから、履行が終了したとの売主の期待を保護する必要性がないからである。

また、「権利」に関する不適合も、売主が契約の趣旨に適合した権利を移転したとの期待を抱くことは想定しがたいし、1年の期間で契約不適合の判断が困難になるとも言えないため、期間制限がない。

これらについては、債権の消滅時効に関する一般準則(新法166条1項)で処理される。

第8 危険の移転(新法567条・改正)

特定後の売買目的物の引渡後に滅失・損傷した場合、双方帰責事由がなければ、買主は支払いを拒めない。

履行の提供後に、買主が受領を拒みまたは受領できない場合も同じである。

危険負担に関する新法の考え方は、上記3章「債権の効力、解除」に記載の通りである。

第9 競売の特則(新法568条・改正、4項は新設)

競売による買受人は、新法541・542条による解除や新法563・565条による減額請求ができる。旧法568条1項が、「強制競売」に限定していたものを競売一般に広げた。

新法568条4項は、同条1項乃至3項が、競売の目的物の種類又は品質の不適合の場合に適用しないことを明記した。旧法570条但書(瑕疵担保責任における強制競売の適用除外)が実質的に維持されたことになる。

なお、債務者無資力の場合は、配当を受けた債権者に返還請求できる(2項)。

第10 担保責任と同時履行(旧法571条削除)

旧法571条が削除され、新法533条の一般ルールが適用されることとなった。新法533条には、「債務の履行」に「債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行」が含まれることが明記された。

- 1 法制審議会民法(債権関係)部会(法務省Webサイト)
http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html 第96回会議(83-2・42頁)
- 2 前掲1 第84回会議(75A・9頁)

7 消費貸借

弁護士 小原 路絵

第1 諾成的消費貸借の追加(新法587条の2・新設)

新法は、要物的消費貸借(新法587条)と諾成的消費貸借(新法587条の2)の二本立てとした。

ただし、諾成的消費貸借については書面によることとされた(電磁的記録を含む)。

ここにおける書面には、貸主の貸す意思と、借主の借りる意思の双方が書面に現れていることが必要となる(書面による保証契約の場合は、保証人の債務負担意思のみ)。

また、諾成的消費貸借で、借主は、金銭を受領するまでは解除できるとされた。これは、契約締結後

においても、金銭受領前であれば、借主に受領義務がないことが明確にされたと言える。ただし、この金銭受領前の解除により、貸主に損害が生じた場合、借主は損害賠償義務を負う。

第2 準消費貸借

書面によらない諾成的契約である。旧法588条の「消費貸借によらないで」という文言を削除することで、消費貸借を目的とする債務を対象とする準消費貸借を認める判例法理(大判大正2年1月24日民録19輯11頁)と整合させた。

第3 消費貸借の予約(旧法589条削除)

要物契約としての消費貸借の予約は、貸主に貸す義務を負わせるものであったが、諾成的消費貸借でこの目的を達することができるため、削除された。

第4 貸主の引渡義務等(新法590条・改正)

新法589条が、消費貸借が、特約で利息を付すことができる、原則無利息であることを定め、新法590条1項が、無利息の消費貸借について、無償契約の共通性から新法551条(贈与者の引渡義務等)を準用することを定めた。

新法590条2項は、利息付き・無利息の両方について、契約不適合な目的物の借主の価額償還を認めた。

旧法590条1項の利息付き消費貸借の貸主の瑕疵担保責任(代替物引渡義務と損害賠償義務)については、有償契約の売買の規定が準用されるため、旧法の同規定は削除された。

第5 期限前償還(新法591条3項・新設)

返還時期を定めた消費貸借において、借主による期限前返還で貸主が損害を被った場合の損害賠償請求権を定めた。

職務著作の問題点

客員弁護士 大瀬戸 豪志

1 職務著作(法人著作)とは

著作権法における著作者は自然人であることが原則である(同法2条1項2号、創作者主義)。しかし、次の要件を満たす場合には、いわゆる職務著作(法人著作)として、「法人その他使用者」(以下「法人等」という。)が当該著作物の著作者になる(同法15条)。

- ①法人等の発意に基づくこと
- ②法人等の業務に従事する者が職務上作成したものであること
- ③法人等が自己の著作の名義の下に公表するものであること(プログラムの著作物についてはこの要件は不要)
- ④作成の時における契約、勤務規則その他に別段の定めがないこと

職務著作が成立すると、法人等がその著作物の著作者となる結果、著作権及び著作者人格権は当該法人等に帰属する(著作権法17条1項)。

職務著作をめぐるのは、とくに上記の①と②の要件の充足の有無について論じられることが多く、③と④の要件については、従前、あまり議論の対象にされてこなかった。しかし、③の要件(第3要件)についても、とくに、著作名義の表示の仕方によって職務著作の成否に直接影響を及ぼす場合が少なくない。また、職務著作の成立による法人等の権利行使について問題が生じる場合がある。

2 「著作名義」の表示をめぐる問題

職務著作の第3要件である「自己の著作の名義」は、法人等が著作者として表示されていなければならない。書籍や研究報告書等の著作名義の表示として、「著作者」、「著者」、「編者」、「編著者」がみうけられる。そのうち、「著作者」及び「著者」の表示が、当該書籍や研究報告書等の著作名義に該当することは明白である。「編者」の表示は、複数人による論文集や雑誌などの編集著作物の著作名義としての意味を有する。「編著者」は、編集著作物の一部に編集者の著作物が含まれている場合の表示であり、当該編集著作物の著作名義と個々の著作物の著作名義としての意味を有す

る。

「法人等が自己の著作の名義の下に公表するものであること」という要件は、「結果として『法人等の名義で公表されたもの』ではなく、創作の時点において『法人等の名義で公表することが予定されていたもの』と解釈するのが相当である。」(大阪地裁平成24年2月16日判決—漢字検定対策問題集事件)とされている。その結果、たとえば、書籍や研究報告書等の奥付に「著作者 ○○大学」等の名称が表示されている場合にも、そこに収録されている個々の論文や研究報告等が、それぞれの創作の時点において当該大学の名義で公表することが予定されていたものでなければならず、そうでなかったときは、職務著作は成立しない。

共同研究の場合にとくに注意しなければならないのは、書籍等の奥付に「編者 ○○大学」とか「編者 ○○法律事務所」と表示されている場合である。その表示が当該書籍の編集著作者としての表示に該当することはいうまでもない。これにより○○大学や○○法律事務所は、編集著作物としての当該書籍等の著作者ということになる。しかし、その書籍に収録されている個々の論文や研究報告等の著作者は、それぞれの論文や研究報告等の作成者であって、大学や法律事務所は、それらの論文や研究報告等の著作者とはなり得ない。

また、刊行された書籍の奥付に「編者 ○○大学」とか「編者 ○○法律事務所」と表示されているだけで、当該書籍に収録されている個々の論文や研究報告等の著作名義が表示されていないときは、それらの論文や研究報告等について、もはや「法人等の名義で公表することが予定されていたもの」ということはできない。この点に関し、大阪地裁平成7年3月28日判決(商品カタログ事件)は、「未公表の著作物については、性質上法人等の著作名義で公表することを予定しているものは『公表するとすれば法人等の名義を付するような性格の著作物』ということができるとしても、既に公表された著作物であって、その公表の時点において法人等の著作名義が付されていないものは、『公表するとすれば法人等の名義を付するような性格の著作物』という余地はない。」と判示している。この判示は、既に刊行された著作物であって、その刊行の時点において「編者」としてのみ著作名義が表示されているだけで、個々の著作物の著作名義が表示されていない場合にも適用されるべきであろう。その結果、個々の著作物について職務著作は成立せず、実際の創作者である従業者が著作者となる。著作権法15条1項が法人等

の著作名義の表示を要求しているのは、「法人等がその著作物に関する責任を負い、対外的信頼を得ること」(東京地裁平成17年12月12日判決—宇宙開発事業団プログラム事件)にあるから、その表示は第三者保護の観点からも厳格に解されるべきものであるからである。

3 法人等が著作者となった場合の権利行使をめぐる問題

著作物について職務著作が成立すると、法人等が当該著作物の著作者となり、著作権及び著作者人格権は法人等に帰属する。その結果、法人等は、当該著作物を自由に利用することができるのが原則である。しかし、著作物を実際に創作した従業者の一般的人格的利益の保護の観点から、法人等による当該著作物の利用に一定の制約があるとする以下のような見解が有力に主張されている。

「現行法の下でも、従業者が現実の創作者であることに変わりはない以上、従業者の創作者としての尊厳を害するような行為については、一般的人格権に基づく救済が認められるべきである。このように、職務著作について、限定的とはいえ、従業者の人格的利益の保護が認められることになると、その分、使用者の著作物の利用に一定の制約が課されることになるが、個人の尊厳は雇用関係の中にあっても確保されるべき根源的な価値であるから、使用者は、自らの著作物の利用行為によって従業者の創作者としての尊厳を害することのないように配慮すべき立場にあるということができよう。」(横山久芳「職務上作成される創作物の権利の帰属について—『創作者主義』と『一般雇用原則』の二つの視点からの検討—」日本工業所有権法学会年報39号199頁)

この見解によれば、たとえば、A、B、Cの3名の従業者が共同で作成した職務著作に係る研究論文等について、法人等が、AとBの氏名のみを表示し、Cの氏名を表示しないで公表したような場合に、Cは、その不表示によって研究者としての矜持が害される等、Cの人格的利益が害されるときは、一般的人格権としての氏名権の侵害を理由として法人等に対し不法行為責任を追及することができるということになるであろう。

このような考え方をさらに押しすすめれば、元来公表を予定していなかった職務著作に係る著作物を法人等の独断で公表したことにより従業者の名誉が著しく害された場合や、職務著作に係る著作物の法人等による改変により従業者の矜持や名誉が著しく害されるよ

うな場合も同様に、従業者は、一般的人格権としての名誉権の侵害を理由として法人等に対し不法行為責任を追及することができることになるであろう。

このほか、法人等が、その著作物について職務著作により自己に著作者としての地位があることを奇貨として、その権利の行使(公表)に当たり、実際の創作者の人格的利益を害する行為をしたときは、法人等による権利の濫用(民法1条3項)に当たる場合もある。

公益通報者保護法改正の必要性

弁護士 長谷川 彰

- 1 学校法人「加計学園」の獣医学部新設計画を巡り、文部科学省の職員が行った文書の存在についての内部告発に対し、文部科学副大臣がその職員を国家公務員法違反として処分する可能性を示した。これは、現行の公益通報者保護法が通報対象事実とする範囲に、今回の告発された内容が含まれないという見解を前提としていると考えられる。
 - 2 公益通報者保護法は、リコール隠しや食品表示偽装事件などが発生したことを受け、2004年に成立し、2006年から施行されている法律であるが、当初より適用対象範囲が限定的であるとか、保護の要件が厳しすぎるなどの課題を持った法律であった。このため、同法附則第2条には「政府は、この法律の施行後5年を目途として、この法律の施行の状況について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする」と定められたのであるが、施行から5年経過しても政府の動きはなく、ようやく2015年6月から消費者庁が「公益通報者保護制度の実効性の向上に関する検討会」を設けて検討を開始し、2016年12月に最終報告書が公表された。同報告書は、制度の実効性を向上するための法改正に向けた具体的な検討をさらに進めるべきとは述べているが、そのような検討をいつまでに終えて、法改正にいつ踏み出すかを具体的に示していない点は極めて不十分である。
- しかし、報告書の示した改正の方向性について

は、概ね賛成できる内容であり、本稿では、この報告書を踏まえて、改正すべきポイントを指摘することとする。

- 3 現行法の基本構造は、公益通報を行った人が、その人が所属する行政官庁や企業から解雇などの不利益を受けた場合に、その不利益措置を無効として公益通報者の保護を図り、不利益措置を恐れずに公益通報できるようにするものである。しかし、法律が保護要件とする通報経路は複雑で厳しく、通報対象事実は厳格であるなど、公益通報者保護が実効的でないことは上記報告書も前提とするところである。

そこで、改正すべきポイントの1つ目は「通報対象事実の範囲」である。

現行法は、通報対象事実を刑事罰の担保のある法律に違反する事実限定している。もちろん、犯罪行為であれば、それを通報することは公益性があることは明らかであるが、犯罪行為でなくても、公益性の維持・回復の見地からは是正すべき行為はあるし、個別法の立法及び法改正により刑事罰規定が整備される前の段階でも公益性の維持・回復のために是正すべき行為は生じ得る。そこで、少なくとも行政・民事法上における明確な法律違反行為であれば通報対象事実とすべきである。

- 4 ポイントの2つ目は「不利益な取り扱いに対する刑事罰の新設」である。

公益通報者は自らの利益のためではなく、社会・公共のために通報を行うものであり、通報を行ったことにより勤務先から不利益取り扱いを受けることを恐れて沈黙してしまうことがないよう、不利益取り扱いをさせない方策が必要であり、不利益取り扱いをした場合には、その勤務先に刑事罰を科す制度を新設すべきである。

- 5 ポイントの3つ目は「外部通報の要件の緩和」である。

現行法は、外部への通報の要件を厳しく規定し、原則を事業者内部への通報とする制度設計となっている。しかし、近年明るみに出た三菱自動車の燃費偽装や東芝の不適切会計、化学及血清療法研究所の血液製剤不正など大企業での不祥事が長年継続していることが発覚するなど、企業内部の通報窓口が機能しないことが明らかとなっている。

そこで、まず、監督権限を有する行政機関への通

報については、現行法が、「通報対象事実が生じ、又はまさに生じようとしていると信ずるに足りる相当の理由がある場合」と規定している要件を勤務先に通報する場合の要件と同様に「通報事実が生じ、又はまさに生じようとしていると思料する場合」とすべきである。

次に、マスコミなど行政機関以外の外部への通報の要件も緩和すべきである。たとえば、行政機関に通報したにもかかわらず、一定期間行政機関が対応をしない場合なども外部通報を可能とすべきである。

- 6 ポイントの4つ目は「内部資料持ち出しにかかる責任の減免」である。

公益通報は、何らかの資料がなければ調査すら開始できないことが多いし、通報先も裏付け資料もなく通報しても取り合ってくれないことが現実である。しかし、資料持ち出しの責任を問われるリスクを常に通報者に負担させていては、通報者は萎縮してしまい、社会にとって真に有益な通報はなされなくなってしまう。そこで、内部資料持ち出しについては、公益通報の要件を満たす限り、責任を減免することを原則とすべきである。

- 7 このほかにも、①通報者がどの行政機関に通報してよいか迷うことなく通報できるように、行政の通報窓口を消費者庁に一元化する、②通報者の範囲を退職者、役員等及び取引先事業者に拡大する、③通報したことと不利益な取り扱いがなされたこととの因果関係の立証責任を緩和する、④通報先に通報者個人を特定する情報を漏洩させないために守秘義務を課す、などの制度を盛り込んだ法改正を早急に実現すべきである。

「適正な電力取引」についての指針」と新規参入者

弁護士 若竹 宏諭

1 はじめに

近年、我が国の電力システムに関連する法令の改正等が相次いで行われている。平成29年4月には、太陽

光案件の未稼働問題の解消に向けた新認定制度の創設、発電者間の競争を促し固定価格買取制度の下での国民負担の抑制を図るための入札制度等の導入、電力システム改革を反映するための仕組変更等を内容とする改正FIT法が施行された。また、電気事業法については、電力システム改革の下、平成28年4月より、電力の小売業への参入が全面的に自由化されており、平成32年4月には送配電部門の法的分離が実施される予定である。これら一連の改正もあり、電力小売ビジネスが一層盛んになり、電力市場における競争が促進されることが期待される。一方で、公正取引委員会は、平成29年6月30日、北海道電力株式会社に対し、同社が、独占禁止法第19条(同法第2条第9項第2号又は不公正な取引方法第3項〔差別対価〕)の規定に違反するおそれのある行為を行っていたものとして、警告を行った¹。今後は、電力小売ビジネスにおいても独占禁止法上の問題を視野に入れた対応が重要になってくると思われる。そこで、本稿では、電力小売全面自由化等を契機とした「適正な電力取引についての指針」の改定内容を元に、今後の電力小売ビジネスにおいてポイントとなり得る独占禁止法上の問題について簡単に紹介したい。

2 「適正な電力取引についての指針」と新規参入者

「適正な電力取引についての指針」(以下「本指針」という。)は、平成11年12月20日に公正取引委員会及び経済産業省により策定、公表されたものであり、以降、数度にわたる改定が行われてきた。そして、平成28年4月に電力の小売業への参入が全面自由化されることとなったことを契機として、同年3月に7回目の改定がなされ、続けて、ネガワット取引が平成29年4月より制度化されることに伴う改定が行われ、平成29年2月6日に公表されたものが最新のものである。

(1) 最近の主な改定事項

平成28年4月以降、従前より自由化されていた特別高圧及び高圧の需要家に対する小売供給に加え、一般家庭等の低圧部門にまで自由化が拡大された。これを受けて、平成28年3月の改定時には、電力小売においては、全国的な競争が行われる素地が出来上がってはいるものの、依然として、供給区域ごとに競争が行われ、また、電源の大部分を旧一般電気事業者が保有又は調達していることから、当該区域において旧一般電気事業者が有力な地位にあるという実態があった。そのため、本指針では、旧一般電気事業者を主体として、独占禁止法上問題となる行

為が明示される形が引き続き採られている。新たに明示された独占禁止法上問題となり得る点は、①セット割引による不当な安値設定、②他の小売電気事業者の業務提携に対する不当な介入、③不当な違約金・精算金の徴収、④スイッチングにおける不当な取扱い、⑤卸供給契約における不当な料金設定等卸電力取引所への電力投入の制限、及び⑥ネガワット事業者の排除である(①ないし⑤は平成28年3月の改定、⑥は平成29年2月の改定によるものである。)。以下では、電力小売ビジネスにおける新規参入の小売電気事業者(以下「新規参入者」という。)との関係でも問題となり得ると思われる行為類型(①～③)を紹介する。

(2) ①セット割引による不当な安値設定

電力小売全面自由化以降、ガスや電気通信サービス等の商品又は役務とセットで電力を販売し、単体で販売する場合に比して割安となる料金プランが提案されることがある。このようなセット割引は、バンドル・ディスカウントとも呼ばれ、事業者間の競争を促進させる側面を有する一方で、自らの顧客を囲い込むため、販売する商品や役務の供給に要する費用を下回る対価で販売しようとするものについては、当該商品や役務を供給する他の競争者の事業継続を困難とし、市場から排除するおそれがあることから、独占禁止法上問題となり得る行為である。

本指針は、セット割引について、原則として独占禁止法上問題とはならないとしつつ、区域において一般電気事業者であった小売電気事業者²が、自己の電気と併せて他の商品又は役務の供給を受けると電気の料金又は当該他の商品若しくは役務と合算した料金が割安になる方法で販売する場合において、供給に要する費用を著しく下回る料金で電気を小売供給することにより、他の小売電気事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるときは、独占禁止法上違法となるおそれがある(私的独占、不当廉売等)としている(第二部Ⅰの2(1)①イi(i))。「供給に要する費用を著しく下回る料金で電気を小売供給」しているかどうかについて、本指針は、「一般的には、電気と他の商品又は役務それぞれについて、その供給に要する費用を著しく下回る対価で供給しているかどうかにより判断する」としているが、競争政策研究センターに設置されたバンドル・ディスカウントに関する検討会は、バンドル・ディスカウントによる競争制限効果の有無の判断基準について「割引総額帰属テスト」³を提言している。同テストの詳細

については、「バンドル・ディスカウントに関する独占禁止法上の論点」(平成28年12月14日 公正取引委員会競争政策研究センター、バンドル・ディスカウントに関する検討会)を参照されたい。

セット割引による不当な安値設定については、新規参入者においても問題となり得ると思われる。しかし、他の新規参入者もセット販売を行うことで対処することは可能であるし、旧一般電気事業者が有力となっている市場の現状を踏まえると、新規参入者のセット販売による市場への影響は一般的には大きくないと考えられ、独占禁止法違反の問題が直ちに生じるものではないと思われる。

なお、本指針は、セット割引について、私的独占や不当廉売の行為類型として整理しているが、上記バンドル・ディスカウントに関する検討会の報告書においては、バンドル・ディスカウントが、抱き合わせ販売等、差別対価、取引妨害、不当顧客誘因等に該当する可能性があることを指摘している。

(3) ②他の小売電気事業者の業務提携に対する不当な介入

上記セット販売を行うに当たっては、小売電気事業者が他の事業分野の事業者と業務提携を行い、相手方の商品や役務の販売代理店となること等がある。本指針は、このような業務提携が直ちに独占禁止法上の問題を生じさせないとした上、区域において一般電気事業者であった小売電気事業者が、他の事業分野の事業者と業務提携を行うことにより自己の電気と併せて他の商品又は役務を販売する場合において、当該業務提携を行う事業者に対して、他の小売電気事業者との業務提携を行わないこと又はその内容を自己との提携内容よりも不利なものとするを条件とすることにより、他の小売電気事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるときには、独占禁止法上違法となるおそれがある(私的独占、拘束条件付取引、排他条件付取引、取引妨害等)としている(第二部Ⅰの2(1)①イi(ii))。旧一般電気事業者が、自己の供給区域内で事業提携を行う場合に、提携先に対して他の同業他社との提携を禁止する旨合意することは、当該提携先の取引先選択の自由を侵害し、他の代替的な取引先を容易に見出すことができないおそれを生じさせ得る。

この点、新規参入者についても、他の事業分野の事業者と代理店契約を締結し、当該契約において、他の同業他社との提携を禁止する旨合意する例もあると思われる。しかし、上記のとおり、市場の現状

を踏まえると、一般的には、そのような新規参入者の行為が独占禁止法上の問題を生じさせる可能性は低いと思われる。

(4) ③不当な違約金・精算金の徴収

携帯電話における二年縛りの契約のように、小売電気事業者が一般家庭を含む需要家の囲い込み等を目的として、長期間の契約を条件とした上で割安な料金プランを設け、当該契約において、中途解約の際に違約金や精算金を徴収する旨約されることが考えられる。このような違約金及び精算金の問題については、従前より、本指針において、独占禁止法上の問題点が指摘されていたところ、今般の電力小売全面自由化を契機として、一般家庭との小売供給契約も対象となるような問題事例が新たに提示されるなどした。すなわち、本指針は、区域において一般電気事業者であった小売電気事業者が、特定期間の取引を条件として料金が安くなる契約において、当該契約期間内に需要家が解約する場合に、不当に高い違約金・精算金を徴収することや、需要家との間で付随契約を締結する際、主契約と異なる時期に一方的に契約更改時期を設定することにより、当該需要家が他の小売電気事業者と契約を切り替える場合に違約金・精算金を支払わざるを得なくさせることといった2つの例を挙げ、これらは、需要家が当該小売電気事業者との契約を実質的に解約できず、他の小売電気事業者との取引を断念せざるを得なくさせるおそれがあることから、独占禁止法上違法となるおそれがある(私的独占、拘束条件付取引、排他条件付取引、取引妨害等)としている(第二部Ⅰの2(1)①イvii)。

このような不当な違約金・精算金の徴収を内容とする契約を締結すること自体は、新規参入者においても可能である。もっとも、上記他の問題同様、旧一般電気事業者との関係では、新規参入者が市場に与える影響力は小さく、独占禁止法違反の問題が生ずる可能性は小さいと思われる。

3 おわりに

以上のとおり、現状においては、供給区域において旧一般電気事業者が依然として有力な地位にあるという実態が存在するため、新規参入者が、本指針において明示された独占禁止法上の問題を直ちに惹起する可能性は高くはないと思われる。

もっとも、本指針に明示された独占禁止法上問題となる行為については、新規参入者も主体になり得る。

そして、平成29年8月には、経済産業省が、我が国のエネルギー基本計画の見直し作業を開始し、今後もエネルギー政策の進展や再生可能エネルギーの導入促進が期待される。その中で、電力市場における競争がさらに活発になることも想定されるため、新規参入者においても、独占禁止法上の問題が将来顕在化する可能性があることを踏まえ、契約実務等において、将来的リスクに備える対応を行うことが望ましいと考える。

- 1 <http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h29/jun/170630.html>
- 2 電気事業法改正により、「一般電気事業」がなくなったことから、小売電気事業について、「一般電気事業者」に代わって用いられる表現である。
- 3 セット販売に係る割引額全体を、競争的商品(従たる商品)からのみ割引かれるものとしてその販売価格を捉え、その競争的商品の供給に係る増分費用との大小を判断するもの。

Q&A 刑事事件1

弁護士 谷山 智光

Q1 逮捕(通常逮捕)

警察官から逮捕状を示されて逮捕されました。逮捕されるような覚えはありません。逮捕状とは何ですか。逮捕はいつまでされるのですか。

A1

逮捕状とは、裁判官が発する捜査機関に逮捕の権限を与える許可状です。罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があると認められ、逃亡のおそれ・罪証隠滅のおそれがない等明らかに逮捕の必要がないと認められないときに発せられます。

逮捕は最長72時間です。

解説

1 逮捕とは、比較的短期間の身体拘束をいい、通常逮捕(刑事訴訟法〔以下「法」という。〕199条)、現行犯逮捕(法212条)、緊急逮捕(法210条)がある。

憲法33条は、「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。」としているから、裁判官の

あらかじめ発する逮捕状によりなされる通常逮捕が原則である。

逮捕状は、裁判官が「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある」と認めるときに、検察官又は司法警察員の請求により発する(法199条2項本文)。この点、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある」については、捜査機関による主観的嫌疑では足りず、客観的・合理的な根拠に基づいて認められる必要があるが、捜査の初期段階であるから、公訴提起をするに足りる程度の嫌疑や有罪判決をする場合に要求される確信の程度までは必要ないと解されている。したがって、有罪判決を言い渡すに足りる証拠がない段階でも逮捕状が発せられることはあるし、逮捕状が発せられたからといって有罪であるとは限らない。

但し、「明らかに逮捕の必要がない」と認めるときは、逮捕状は発せられない(同但書)。この点、逮捕状の請求を受けた裁判官は、逮捕の理由があると認める場合においても、被疑者の年齢及び境遇並びに犯罪の軽重及び態様その他諸般の事情に照らし、被疑者が逃亡する虞がなく、かつ、罪証を隠滅する虞がない等明らかに逮捕の必要がないと認めるときは、逮捕状の請求を却下しなければならない(刑事訴訟規則143条の3)。

逮捕状には、被疑者の氏名及び住居、罪名、被疑事実の要旨等が記載されるところ(法200条1項)、逮捕状により被疑者を逮捕するには、逮捕状を被疑者に示さなければならない(法201条1項)。したがって、被疑者は、逮捕状を見ることによって、どのような罪名・被疑事実の嫌疑がかけられているのかを知ることができる。

2 司法警察員は、逮捕状により被疑者を逮捕したとき、又は逮捕状により逮捕された被疑者を受け取ったときは、法定の手続をした上で、留置の必要がないと思料するときは直ちに釈放し、留置の必要があると思料するときは被疑者が身体を拘束された時から48時間以内に書類及び証拠物とともに検察官に送致する手続をしなければならない(法203条1項)。

検察官は、被疑者を受け取ったときは、法定の手続をした上で、留置の必要がないと思料するときは直ちに釈放し、留置の必要があると思料するときは被疑者を受け取った時から24時間以内に裁判官に被疑者の勾留を請求しなければならない(法205条1項)。この時間制限は、被疑者が身体拘束をされた時から72時間を超えることができない(同2項)。

Q2 被疑者勾留

逮捕されてからもうすぐ72時間になります、検察官から勾留請求すると言われました。

勾留はどのような場合にされるのですか。

勾留はいつまでされるのですか。

A2

勾留は、罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合で、かつ、一部の罪にあたる事件を除き①定まった住居を有しないとき、②罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき、③逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があるときのいずれか1つにあたることで、勾留の必要があるときになされます。

被疑者勾留は一部の罪にあたる事件を除き最長20日間です。

解説

1 勾留とは、比較的長期間の身体拘束をいい、起訴前になされる被疑者勾留と、起訴後になされる被告人勾留がある。

検察官から勾留請求があった場合、裁判官は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合で、①定まった住居を有しないとき、②罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき、③逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があるときのいずれか1つにあたることで(法207条1項、法60条1項)、勾留の必要(法207条1項、法87条参照)があるときに勾留状を発する。この点、「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき」とは、単なる抽象的な可能性では足りず、罪証を隠滅することが、何らかの具体的な事実によって蓋然的に推測されうる場合でなければならず(大阪地決昭和38年4月27日)、判断にあたっては、①罪証隠滅の対象、②罪証隠滅行為の態様、③罪証隠滅の余地(客観的可能性及び実効性)、④罪証隠滅の意図(主観的可能性)の各要素が具体的な事案に即して検討される。

2 被疑者を勾留した事件につき、勾留の請求をした日から10日以内に公訴を提起しないときは、検察官は、直ちに被疑者を釈放しなければならない(法208条1項)。裁判官は、やむを得ない事由があると認めるときは、検察官の請求により、前項の期間を延長することができる。この期間の延長は、通じて10日を超えることができない(同2項。なお、一部の罪にあたる事件の例外として法208条の2)。この点、「や

むを得ない事由があると認めるとき」とは、事件の複雑困難(被疑者もしくは被疑事実多数のほか、計算複雑、被疑者関係人らの供述又はその他の証拠のくいちがいが多い、あるいは取調が必要と見込まれる関係人、証拠物等多数の場合等)、あるいは証拠蒐集の遅延若しくは困難(重要と思料される参考人の病気、旅行、所在不明もしくは鑑定等に多くの日時を要すること)等により勾留期間を延長して更に取調をするのでなければ起訴もしくは不起訴の決定をすることが困難な場合をいう(最判昭和37年7月3日判時312号20頁)。

3 なお、起訴前の被疑者勾留には、法律上、保釈は認められていない。

Q3 刑事処分

逮捕・勾留された私は、この先、どういう処分になるのでしょうか。

A3

捜査をした結果、検察官は、被疑者に対し、いかなる刑事処分を求めるかを決めます。

検察官が行う処分として①公訴提起(起訴)、②略式命令請求、③不起訴などが考えられます。

解説

1 捜査をした結果、捜査機関は、裁判所に、被疑者に対していかなる刑事処分を求めるかを決める。かかる決定は検察官が行う。

2 考えられるものとして、まず、公訴提起(起訴)がある(法247条)。公訴提起があると、裁判所において刑事裁判が始まり、裁判所によって、犯罪の証明(法333条1項)があるか否か、犯罪が証明された場合に被告人にいかなる刑を科すかが判断される。なお、証拠上、犯罪の証明があったといえない場合には無罪判決が言い渡される。

3 また、法律が定める比較的軽微な事件については、略式命令(簡易裁判所が、簡易な手続きで100万円以下の罰金又は料金を科す。法461条)を請求することができる。略式命令の場合は、刑事裁判の負担はない。但し、簡易な手続きで100万円以下の罰金又は料金を科せられるので、略式手続によることについて被疑者に異議がないことが必要である(法461条の2)。したがって、被疑者が犯罪を否認しているような場合には適さない。

4 捜査をした結果、嫌疑がない、もしくは嫌疑が不十分と判断された場合には、不起訴とされる。この

場合、当然、刑事裁判とはならない。

なお、嫌疑は十分ある場合であっても、検察官は、犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しない(起訴猶予とする)ことができる(法248条)。具体的には、犯罪の軽重、犯罪の情状、前科前歴の有無、常習性の有無、監督保護者の有無、住居定職の有無、反省の有無、被害弁償や示談の有無などが考慮される。例えば、犯罪が重大ではなく軽微である、初犯である、被害者と示談が成立しているような場合には起訴猶予とされる場合がある。

起訴猶予となった場合は、前科はつかない。

参考文献

別冊判例タイムズ34号「令状に関する理論と実務Ⅰ」(判例タイムズ社、2012年)
司法研修所検察教官室「平成15年版検察講義案」(法曹会、2004年)

中古住宅売買における 仲介業者の調査・説明義務

弁護士 伊吹 健人

1 はじめに

仲介により不動産売買がなされ、その目的物に瑕疵が存した場合、売主の瑕疵担保責任等が問題となるほかに、仲介人の調査義務ないし説明義務の違反に基づく損害賠償責任が問題となることがある。

本稿では、その典型的な場面の1つである、中古住宅売買において目的物に物理的瑕疵があった事案を取り上げ、不動産仲介業者(以下、単に「仲介業者」という。)の調査・説明義務違反がどのような場合に認められるのかを検討する。

以下では、まず総論として、仲介業者の調査・説明義務の根拠、範囲及び法的構成の一般論の議論状況を確認し、次に、各論的に、雨漏り、傾き及びその他に分けて、裁判例を整理・分析する。

2 総論

(1) 仲介業者の調査・説明義務の根拠

仲介業者が買主との間で不動産仲介契約を締結す

る場合に、仲介業者は、準委任契約である不動産仲介契約(最判昭和44年6月26日民集23巻7号1264頁)に基づく善管注意義務(民法656条、644条)として、委任者である買主に対して、調査・説明義務を負うと解される。その違反により買主に損害が発生した場合には、債務不履行による損害賠償責任を構成する。

仲介業者が売主との間で不動産仲介契約を締結する等、買主との間に委託関係がない場合には、判例上、仲介業者は、当該仲介業者の介入に信頼して取引をなすに至った第三者一般に対しても、信義誠実を旨とし、権利者の真偽につき格別に注意する等の業務上の一般的注意義務があるとされている(最判昭和36年5月26日民集15巻5号1440頁)ことから、当該注意義務として、調査・説明義務を負う場合があると解される。その違反により当該第三者に損害を生じさせた場合には、不法行為による損害賠償責任を構成する。

(2) 義務の範囲

一般論として、宅地建物取引業法35条列举事項に限らず、購入希望者に重大な不利益をもたらすおそれがあり、その契約締結の可否の判断に影響を及ぼすことが予想される事項であって、当該宅建業者が認識していたものについては説明義務を負うとされる(大阪高判平成16年12月2日判タ1189号275頁等)。

物件の瑕疵について、売主の提供する情報のみに頼ることなく、自ら通常の注意を尽くせば仲介物件の外観(建物内部を含む。)から認識することができる範囲で、物件の瑕疵の有無を調査して、その情報を買主に提供すべき契約上の義務を負うとされる(東京地判平成16年4月23日判時1866号65頁)。

他方で、取引対象不動産の隠れた瑕疵に関する専門家的調査や鑑定能力まで要求することはできないとされている(大阪高判平成7年11月21日判タ915号118頁等)。

具体的な説明義務の存否・内容の判断については、個々の事情を考慮して判断すべきとされている¹⁾。

3 裁判例の検討

(1) 雨漏り

調査・説明義務の前提として、仲介業者が雨漏りの事実を知っていたか(平成21年12月25日Westlaw Japan文献番号2009WLJPCA12258004号)、疑わせるような特段の事情(東京地判平成20年6月4日判タ1298号174頁)が認められることが求められている。

調査・説明義務が認められたうえで、管理者としてかつて補修せずにおいた箇所を説明しなかった事案(東京地判平成18年5月8日LLI/DB 文献番号L0613878号)、建物内の見分の際に雨漏りの痕跡に気付きながら説明しなかった事案(大阪地判平成20年5月20日判タ1291号279頁)、売主から説明を受けた過去の漏水状況等から雨漏りが疑われるのにその事実を説明しなかった事案(東京地判平成21年2月5日Westlaw Japan文献番号2009WLJPCA02058003号)等で、義務違反が認められている。なお、上記大阪地判平成20年5月20日は、買主側として別の宅建業者に仲介を依頼し、その利益を最大限確保しようとしていたこと、当該宅建業者が見分時に和室以外の腐食を見落とす等必要な注意を著しく欠如していたことから、買主側の過失として損害額の2割を過失相殺した。

他方で、雨漏りの跡に気付いてから売主に問い合わせ、修繕済みとの回答を得たことや、大規模修繕の可能性があっても建替えの可能性もあることを告げたことをもって、注意義務が果たされたとするものがあり(平成19年5月29日Westlaw Japan文献番号2007WLJPCA05298002号)、注意義務を前提としても、容易に対応可能な範囲の行為を履践すれば、義務の履行を認める傾向にあるようである。

(2) 傾き

仲介業者の認識につき、床面の傾斜が67分の1等と認定した上で、本件建物内に立ち入った誰もが当該瑕疵に気付いていないこと等から、瑕疵に気付かなかったことについて善管注意義務違反はないとしたものがある(千葉地判平成6年8月25日判時1543号140頁)。その一方で、少なくとも1000分の20の勾配があると認定した上で、床の一部の傾斜を認識し、別の顧客から傾斜を理由に購入を断られたことがあった売主側仲介業者と、見分時に傾斜を感じ、売主側仲介業者から床の傾きについて指摘を受けた買主側仲介業者について、それぞれ、建物そのものの傾斜を疑い、床の傾斜の程度及び原因を確認し、独自に傾斜について調査すべき調査義務、及び、買主に対して傾斜の可能性を告知し、傾斜の観点から建物を見分する機会や購入を慎重に検討する機会を与える説明義務があったとしたものがある(大阪地判平成15年11月26日消費者のための欠陥住宅判例〔第3集〕174頁以下)。

また、軟弱地盤につき、水分が多くて軟弱であり、沈下を起こしやすい地盤というほどの意味を認

識していれば足りるとして、2社の仲介業者のうち、予め売主から地盤調査報告書を受け取り、その内容についての説明を受けていた1社について義務違反を認定し、もう1社は近隣に軟弱地盤地区があるという程度の認識に留まり、当該土地自体が軟弱地盤と明確に認識できたか否かは疑問であるとして、義務違反を否定したものがある(東京高判平成13年12月26日判タ1115号185頁²⁾)。その一方で、仲介業者が瑕疵の存在について認識していなくとも、地盤沈下により傾斜やひび割れ等の不具合が生じていた建物の内部を確認する等していなかったことから、瑕疵の存在に気付かず、買主に説明をすることもなかったとして、説明義務違反を認めたものがある(東京地判平成25年3月22日Westlaw Japan文献番号2013WLJPCA03228003号)。

義務違反として認定したものには、売主に対し傾斜の原因等を問い質すことや自ら簡易な方法により建物自体の傾斜や床の傾斜の程度・範囲についても確認せず、自らの推測のみに基づき客観的にみれば裏付けの乏しい意見を述べたもの(前掲大阪地判平成15年11月26日)や、重要事項説明書を読み上げたのみで地盤の性質等について特段の説明をしなかったもの(前掲東京地判平成13年6月27日、東京高判平成13年12月26日)等がある。

(3) その他

白アリ被害について、被害を疑わせるような特段の事情がない限り調査義務を負わないとし、かかる特段の事情が認められないとして義務違反を認めなかったものがある(前掲東京地判平成20年6月4日)一方で、仲介業者が白アリらしき虫の死骸を発見したという事実を根拠に、その事実を買主に説明し、買主に更なる調査を尽くすよう促す業務上の一般的義務に違反したとしたものがある(前掲大阪地判平成20年5月20日)。

火災により建物の一部が焼損していたという事案で、外観から焼損を認識することが可能で、その上で売主に問い合わせれば、火災の事実や消防車の出動の事実も知り得たとし、確認・情報提供を怠ったとして仲介業者の債務不履行責任を認めたものがある(東京地判平成16年4月23日判時1866号65頁)。

4 おわりに

上記各裁判例では、仲介業者が既に瑕疵の存在やその可能性を認識していたか、仲介物件の外観(建物内部を含む)から認識することができた場合に、物件の

瑕疵の有無を調査して、その情報を買主に提供すべき義務を認めているものと考えられる。

また、違反の認定については、容易に可能な調査、買主への瑕疵の存在の可能性の告知、及び、購入を慎重に検討する機会の付与等を怠った場合に認められている。

なお、平成28年の宅地建物取引業法の改正により、既存住宅の売買において、建物の構造耐力上主要な部分又は雨水の浸入を防止する部分に関するものの建物状況調査の活用が促されることになる一方、瑕疵の有無の判断等は含まれていないため、物件の瑕疵を巡る紛争は今後も予想される。そして、建物状況調査が行われた場合には、その結果が仲介業者の認識の基礎事情となったり、その結果の買主への説明の履践の有無や説明の内容が説明義務違反に関する事情となるものと考えられる。

- 1 説明義務・情報提供義務の存否の判断にあたって考慮する事項として、①当事者の地位・属性・専門性の有無(当事者間の信頼関係の有無を含む)、②問題となっている情報の重要性・確実性・周知性・偏在の有無、③交渉経緯(当事者の先行行為等を含む)、④自己決定権の内実としての成熟度・強固性の有無及び程度等を挙げる見解がある(中川博文「不動産売買における説明義務・情報提供義務について(2)」判タ1396号63頁)。
- 2 原審(東京地判平成13年6月27日判タ1095号159頁)は、2社ともに義務違反を認めていた。

参考文献

- 本文中に掲げたもののほか、以下の文献。
- ・渡辺晋『不動産取引における瑕疵担保責任と説明義務』(大成出版社、第2版、平成24年)
 - ・山野目章夫『売主となる者から媒介の委託を受けた宅地建物取引業者の買主に対する義務』判タ1305号54頁

特定適格消費者団体の 仮差押命令の担保金援助制度 —独立行政法人国民生活センター法等の改正について

弁護士 野々山 宏

1 はじめに…仮差押命令の担保金援助制度の必要性

平成25年12月に「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律」(以下、「消費者裁判手続特例法」という。)が成立し、特定適格消費者団体を主体とする集団的な消費者被害の

救済のための新しい訴訟制度が新設された。同法は平成28年10月1日に施行され、この訴訟制度はすでに始まっている。

この新しい訴訟制度は、①適格消費者団体からさらに厳しい要件のもとで認定された特定適格消費者団体(現在は2つの団体が認定されている。)が訴訟の主体となること、②共通義務確認訴訟と分配のための対象債権確定手続の二段階の訴訟制度となっていることのほか、③第一段階の共通義務確認訴訟を提起する段階で仮差押命令の申立ができることが重要な特徴である。

特定適格消費者団体は、取得する可能性のある金銭の債務名義を保全するために共通義務確認の訴えを提起する際に仮差押命令の申立ができる(消費者裁判手続特例法56条)。消費者被害における加害事業者は、問題のある商法で集めた財産を散逸させたり隠匿することが多い。そのため、訴訟提起前に財産を保全しておかなくては被害回復の実効性がないことは当然である。一方で、共通義務確認の訴えの段階では、本来の権利者である被害消費者や被害金額は未だ十分に特定されていない。このような債権の特定が不確定な段階であっても仮差押命令の申立を法律で認めたことは、被害回復を迅速かつ確実に実現するうえで大きな意義がある。

ただし、仮差押命令を得るには、被保全債権の額に応じた担保金を裁判所に提供しなくてはならない。被害者が多数となる消費者事件では、被害回復の債権額は高額となる可能性が高く、債権額の3分の1ないし5分の1が通常である担保金の金額も高額となることが予想される。消費者裁判手続特例法に基づく被害回復訴訟は、公的意義のある訴訟制度であるが、仮差押命令の担保金額について同法では特別な手当はされなかった。運営資金や訴訟遂行資金で手一杯の財政状況にある現在の特定適格消費者団体では、高額な担保金を手当てすることができないため、このままでは実効性ある仮差押命令の申立がされない可能性が高い。そこで、その援助制度として、独立行政法人国民生活センター法(以下、「国セン法」という。)などを一部改正して、消費者保護のための国の中核的な実施機関である独立行政法人国民生活センター(以下、「国セン」という。)が立担保をする制度が設けられた。

2 国セン法等の改正内容

国セン法の一部改正は、平成29年5月26日に成立し、同年6月2日に公布され、同年10月1日から施行された。

改正では、国センが立担保をできるように、①重要消費者紛争について法による解決のための手続の実施とその利用を容易にすることが国センの目的に追加され(国セン法3条)、②国センの業務として特定適格消費者団体が申し立てる仮差押命令に担保を立てることが加えられ(国セン法10条7号)、③立担保をするためには国センが金融機関から長期借入金をする必要があることから、これをできるよう手続等が定められた(国セン法43条の2)。

実際の立担保の手続については、国センの業務運営、財務及び会計並びに人事管理に関する内閣府令及び国セン法施行規則が一部改正され、国センによって実施規程が定められ、運用される。

この国セン法の一部改正と合わせて、消費者裁判手続特例法75条4項を新設する改正をして、特定適格消費者団体と国セン及び関係機関は、この担保金援助制度が円滑・効果的に運営されるように、相互に連携・協力する努力義務が定められた。この努力義務は、迅速性が特に要求される仮差押の実施のためには、事前・事後の相互の連絡・相談が不可欠であることから、実務面で特に重要である。

なお、立担保とは直接関係ないが、同時に消費者契約法17条1項も改正され、適格消費者団体の認定の有効期間が3年から6年に延長された。更新手続の事務作業の軽減を図るもので、これまでの適格消費者団体の運営が適切に行われてきたことも背景にある。しかし、特定適格消費者団体の更新期間はできたばかりの制度で実績の積み上げがないことから3年のままであり、適格消費者団体のうち特定適格消費者団体の認定を受けた団体は6年ごとの適格消費者団体の更新手続と3年ごとの特定適格消費者団体の更新手続を行わなくてはならず事務作業は軽減されない。特定適格消費者団体は適格消費者団体の実績を踏まえて認定されているのであるから、有効期間を3年にしておく理由に乏しく、早期に有効期間を6年にすべきである。

3 国センの担保金援助制度を円滑・効果的に実施するための課題

(1) 国センによる担保金援助制度が法制化されたことは、消費者裁判手続特例法に基づく被害回復制度が実効化されるうえで大きな前進であり高く評価できる。ただし、この担保金援助制度の実施内容の多くは今後の運用に委ねられており、国センの実施規程や実際の運用が重要となってくる。制度の役割を効果的に発揮するためには、運用にあたって以下のよ

うな課題がある。

- (2) 「勝訴する可能性」「社会的な重要性」など、担保金援助制度の利用の要件と考える事項について、円滑な利用を妨げるような過度に厳格な要件を課してはならない。多様な被害事件に対して柔軟な利用ができるように要件を定める必要があり、できるだけ消費者被害回復制度が機能していく運用が必要である。
- (3) 立担保可能額の基準を低く定めるべきではない。広範・多数の被害ほど社会的な重要性が高い。特定適格消費者団体の財産状態はひとつの考慮要素ではあるが、重要なのは社会的に求められている被害救済を確実に実現していくことである。
- (4) 申立、裁判所の相当との判断、担保金の供託など仮差押命令の発令実務は1週間程度の短期間で行われており、この迅速な手続に対応した立担保の実施ができるような規程の運用が必要である。そのためには、特定適格消費者団体と国センとの事前・事後の連携・協力が重要となる。
- (5) 消費者裁判手続特例法に基づく特定適格消費者団体の仮差押や訴訟の権限は、公益のために付与され行使されていることや、仮差押は被害者や債権額の特定が不十分な段階で行われていることを鑑み、たとえ特定適格消費者団体が敗訴するなどして担保が実行された場合でも、一定の要件で償還金の分割返還、返還の猶予・減額・免除がされるよう定められるが、これが実施されていくよう運用される必要がある。そうでなければ、担保金援助制度の利用を躊躇することになる。
- (6) 特定適格消費者団体の公益的な活動に必要な資金の確保など財政的な支援を、国や地方公共団体によって実施することはこれまで再三その検討が要請されてきたが、未だ実現されていない。今回の国セン法等改正における衆・参の両議院における附帯決議においては、「検討」の文言がなくなり「財政面の支援を行うこと。」とされ、財政的支援が「検討」の段階ではなく、その実施が喫緊の課題であることを示している。

4 終わりに

適格消費者団体による差止請求訴訟は、最高裁判所判決もいくつかあり、公正な消費者契約の実現に一定の役割を果たしている。特定適格消費者団体による新しい消費者の集団的な被害回復制度はスタートしているがその具体的な成果は今後の取り組みにかかってい

る。中でも、効果的に仮差押ができるかどうかはこの担保金援助制度が期待される役割を発揮できるか否かが重要な要素である。

消費者庁、国セン、地方自治体並びに特定適格消費者団体とこれを支えるその他の関係機関が連携・協力して、国センの担保金援助制度が効果的に運用されることが必要不可欠である。

特別縁故者に対する 相続財産の分与を巡る問題

—被相続人の療養看護を行った介護施設の特別縁故者該当性—

客員弁護士 二本松 利忠

第1 はじめに

被相続人に相続人がいないことが確定した場合、清算後の相続財産は国庫に帰属することになるが(民法959条)、国庫に帰属する前の段階で、被相続人と「特別の縁故」があった者は、家庭裁判所の審判によって、相続財産の全部又は一部の分与を受けることができる(民法958条の3)。これが特別縁故者に対する相続財産分与制度である。

近年、家族の多様化を反映して、被相続人に法定相続人がいないケースが増加しており、相続財産管理人選任事件とともに、特別縁故者への相続財産分与申立事件数も増えている¹。そして、一人暮らしが困難な要介護者が介護施設等で死亡するケースも増えてきている。こうした中、介護施設を運営する法人が入所者の特別縁故者として同人の相続財産の分与を請求し、その請求が全部認められた裁判例(後記第2)があるので、これを素材に問題状況を検討してみたい。

第2 高松高決平26・9・5金法2012号88頁

1 事案の概要

(1) Xは、重度の労働災害被災労働者のための介護付き入居施設の運営等を目的として設立された一般財団法人であり、厚労省からの委託事業として、宮城県において労災特別介護施設Pを、愛媛県において同施設Qを運営していた。

(2) 被相続人Aは、平成7年6月、稼働中に高所から転落して頸椎を損傷し、首から下の全身が麻痺す

る障害が残り、日常生活においてほぼ全介助が必要な状態となった。Aは、平成14年11月から同15年9月まで施設Pに入居し、その後、平成16年9月から平成22年8月26日に死亡するまで、施設Qに入居した。

上記施設の入居費用は、入居者の総収入額に応じて段階的に定められており、施設QへのAの入居費用は、平成16年9月から同20年4月まで月額16万円、同年5月から平成22年8月までは月額25万8000円であった。

(3) A死亡後、Xは、Aの財産から費用を支出して、Aの葬儀を行い、寺院に永代供養の手続をした。その後、Xは、Aについて相続財産管理人の選任を申し立て、平成26年1月、特別縁故者として相続財産の分与を申し立てた。

2 原審(松山家西条支審平26・5・2金法2012号92頁)
同裁判所は、Xが特別の縁故があると主張する事由は、いずれも労災特別介護施設と入居者との関係を超えた特別のものとはまでは未だ認められないとして、Xの申立てを却下した。

これに対してXが即時抗告をした。

3 高松高決平26・9・5金法2012号88頁(本件決定)
本件決定は、次のように述べて、原審判を取り消し、Xを特別縁故者と認めて、相続財産の全部(預金及び現金合計約1890万円、腕時計2個、印鑑1個)を分与した。

「Aは、首から下がほぼ麻痺状態で、約6年間、本件施設に入居しており、その間、親族との交流があったとは認められず、本件施設において、日常生活についてほぼ全面的な介護や介助などを継続的に受けて生活していた。…また、本件施設では、Aを適宜買い物やレクリエーションに連れ出すなどしていたほか、Aの実母が死亡した際には、その求めに応じて、葬儀や納骨、相続に関する手続などに便宜を図ったことが認められる。さらに、本件施設では、介護に関する被相続人独自のサービスの要求や無理な注文にも職員が辛抱強く対応してきており、…これらの事情によれば、被相続人は、本件施設において献身的な介護を受け、これによりほぼ満足できる生活状況であったことが認められる。」

そして、Xが相続財産の分与を受けた場合には、内規に従い寄附金収入として福利増進事業に使われる予定であること、相続財産管理人が分与に反対する意見を述べていないことなどの事情を総合考慮して、相続財産の全部をXに分与するのが相当である

とした。

第3 検討

1 特別縁故者制度の趣旨

戦前まで施行されていた旧民法(明治民法)親族・相続篇では、遺産相続については戸主を最後の相続人と定める(旧民法996条)など、相続人が存在しないことは稀であった。しかし、戦後改正された現行民法は、家督相続制度を廃止して遺産相続一本にしたり、相続人の範囲も限定したため、明治民法に比べて相続人が不存在という事例が増えることとなった。そのため、被相続人の扶養を受けていた内縁の妻や事実上の養子等は、相続権がなく、被相続人が遺贈する旨の遺言をしていないときは、生活が困窮する等の事態を招くことがあった。このようなことから、相続人がいない場合の遺産を国庫に帰属させるよりも、事実上相続人と同視しうる者あるいは遺言の機会があればその者に財産を分け与えたであろうと推測されるような被相続人と密接な関係があった者に対して相続財産を分与するのが社会政策的に妥当であり、被相続人の意思にも合致すると考えられた²。そこで、昭和37年の民法の一部改正により、特別縁故者に対する相続財産の分与制度が設けられた(このとき、民法959条も、特別縁故者に分与されなかった相続財産が国庫に帰属すると改められた。)

2 介護施設(又はその運営者)の特別縁故者該当性

(1) 特別縁故者として財産分与を受けるための要件

特別縁故者として財産分与を受けるためには、財産分与を申し立てた者が特別縁故者に該当し(特別縁故関係の存在)、そのことを前提に相続財産の全部又は一部をその者に分与すること及びその分与額・分与方法の相当性という2要件を充足する必要がある³。

(2) 特別縁故者の意義・範囲

民法958条の3第1項は、特別縁故者として、①被相続人と生計を同一にしていた者、②被相続人の療養看護に努めた者、③その他特別の縁故があった者の3類型を定めている。

各事例における特別縁故関係の有無の判断は、専ら裁判所による具体的・個別的判断に委ねられるが、その判断に当たっては、「抽象的な親族関係の有無、遠近ではなくて具体的・実質的な縁故の内容、濃淡」が基準とされる⁴。

なお、自然人以外に、法人、法人格のない社

団・財団等の団体が特別縁故者となり得るかについては、特別縁故者制度の立法時から議論があったが、通説は肯定し⁵、裁判例でも、地方公共団体(名古屋家審昭48・2・24家月25巻12号44頁、大阪家審昭51・12・4家月29巻6号、浦和家秩父支審平2・6・15判時1372号122頁等)、学校法人(神戸家審昭51・4・24判時822号17頁、神戸家尼崎支審平4・3・17家月46巻7号48頁)、宗教法人(福島家郡山支審昭46・8・25家月24巻8号57頁)、社会福祉法人(松山家審昭54・2・21家月31巻10号84頁)など、認められた事例が多い。

(3) 被相続人の療養看護に努めた者(上記②類型)

上記②類型の「被相続人の療養看護に努めた者」とは、実際には、上記①類型に該当する者が被相続人の療養看護に当たる場合が多いが、そうでない場合でも、近所に住んで頻繁に被相続人のもとに通い、食事や身の回りの世話をした者であるとか、被相続人が入院中に付き添ったり、病院に通って世話をした者などが該当するとされる⁶。

家政婦、看護師、介護ヘルパー等が被相続人の療養看護に当たることが少なくないが、これらの者は、職業として看護等に従事し、通常、被相続人又は医療機関・介護事業者から報酬を得ているので、原則として特別縁故者に該当せず、金銭的対価に応じた機械的奉仕をただけでなく、正当な報酬を上回るような献身的看護をした場合などの特別な事情がある場合に限って認められるとする見解が一般的である⁷。神戸家審昭51・4・24判時822号17頁は、これと同旨の見解に立ち、看護婦などとして正当な報酬を得て稼働していた者は原則として特別縁故者とは認められないが、申立人は、被相続人に依頼されて看護婦として2年以上も連日誠心誠意その看護に努め、その仕事ぶりは得ていた報酬を上回るものがあったとして、例外的に特別縁故者に該当すると認めた⁸。

(4) 介護施設の特別縁故者該当性(従前の裁判例等)

立法時の議論では、被相続人の世話をした養老院などの老人施設も特別縁故者になり得ることは肯定されていた⁹。裁判例でも、次のとおり、被相続人が死亡するまで入居していた老人ホームを特別縁故者と認めた事例がある。

【那覇家石垣支審平2・5・30家月42巻11号61頁】

被相続人は、死亡するまでの約14年間申立人老人ホームに入所していたが、そのうちの約8年間は激しい衰弱により、歩行、入浴、排便等におい

て介助が必要であり、職員がその世話をを行い、死亡に際しては施設の職員が葬儀を行い、その後も施設の納骨堂に遺骨を安置し、供養を行っていた事案について、「身寄りのない被相続人としては、その機会があれば、世話を受けた申立人に対し、贈与もしくは遺贈をしたであろうと推認される。」として、特別縁故者と認めた。

3 本件決定に対する評価

(1) 前記2(2)によれば、本件のような一般財団法人であっても、Xを特別縁故者と認め得ることは問題がないであろう(原審・本件決定も当然の前提としている。)

(2) しかし、前記2(3)のとおり、看護師等が報酬を得て被相続人の療養看護に努めた場合は、原則として特別縁故者には該当せず、正当な報酬を上回るような献身的看護をした場合などの特別な事情がある場合に限って特別縁故者と認められるとされている。これと対比すると、本件決定の結論及び理由づけには疑問がある。すなわち、Xは、(i) 自己が運営する専門施設において、業としてAの療養看護をしたこと、(ii) その対価として毎月相当な金額の入居費用を受領していること(Aが受けた療養看護の程度と入居費用が正当な対価関係にあるかについて、原審は、対価関係にあると判断している。なお、本件決定は「対価関係が認められるとしても、…特別縁故者に当たるものと認めるのが相当である。」としているが、一般的な見解・従前の裁判例に反するもので、採用できない。)、(iii) 本件決定が摘示するAが受けたサービスの内容も、献身的な看護をしたとまで評価することはできないことに照らすと、本件において、Xを特別縁故者と認めることは相当でないといふべきである¹⁰。前記2(4)のように、老人ホームを特別縁故者と認めた事例もあるが、これは推認される被相続人の贈与又は遺贈の意思を重視したものであり、本件とは事案が異なるといえる。

なお、本件のように、「重度の障害者を介護する施設が、障害者の死後とはいえ、入所者の財産を取得するという状況は、何らかのモラルハザードの萌芽を秘めているように思われる。」という指摘がある¹¹。

第4 終わりに

近時、身寄りのない高齢者はますます増加し、施設で死亡する者が増えることは確実である。一方、高齢

者施設が乱立し、施設の運営は必ずしも順調ではないようである。そのようなことから、今後、施設(又は施設運営者)から、入所者死亡後にその相続財産の分与の申立てがなされる事例が出てくる可能性がある。裁判所には、入所者の受けたサービスの内容をきちんと認定し、それと入所費用との正当な対価関係等を精査する姿勢が望まれる。

- 1 司法統計によれば、相続財産管理人選任等申立事件は、平成27年に18万9381件とこの10年間で約1.7倍となっており、特別縁故者への相続財産分与の申立件数も平成27年は1043件と約1.3倍に増加している(最高裁判所事務総局「家庭裁判所の概況(1)―家事事件―」家庭の法と裁判9号[2017年]172頁)。
- 2 この制度が設けられた背景として、①特別縁故者となることが多い内縁配偶者や事実上の養子等の保護になるとともに、②欧米と異なり、遺言制度があまり普及していない我が国の現状にかんがみ、遺言ないし遺贈の補充的役割を期待されたことが指摘されている(松原正明『全訂判例先例相続法Ⅲ』[日本加除出版、2008年]311頁、潮見佳男『相続法[第5版]』[弘文堂、2014年]74頁等)。
- 3 今井理基夫「特別縁故者をめぐる諸問題」野田愛子ほか編『新家族法実務体系第3巻相続Ⅰ』(新日本法規、2008年)437頁
- 4 松原・前掲318頁、大阪家審昭57・3・31家月35巻8号129頁等
- 5 加藤一郎「民法の一部改正の解説(三・完)」ジュリスト251号(1962年)54頁、松原・前掲348頁、潮見・前掲74頁
- 6 今井・前掲438頁、松原・前掲337頁
- 7 阿川清道「民法の一部を改正する法律について」曹時14巻(1962年)4号64頁、加藤・前掲54頁、今井・前掲438頁、松原・前掲339頁
- 8 このほか、少額ながら家政婦代を得ていた元店員を特別縁故者と認めた事例(大阪高決平4・3・19家月45巻2号162頁)がある。なお、成年後見人について、「一般的職務の程度を超える親しい関係にあり、被相続人からも信頼を寄せられていたものと評価することができる」として、特別縁故者と認めた事例(大阪高決平20・10・24家月61巻6号99頁)がある。
- 9 加藤・前掲54頁
- 10 山本敦「介護施設が特別縁故者に当たるとされた事例」(本件判批)金商1486号(2016年)116頁
- 11 山本・前掲119頁。なお、山本教授は、「施設が特別縁故者としての財産の分与の『可能性』に着目すると、施設は、相続人(身寄り)がおらず、かつ、財産が多い高齢者・障害者を選び分けて入所させるようになりはしないかという危惧がある。」とも述べられている。

不動産に対する 商事留置権について

弁護士 加守田 枝里

第1 はじめに

民事執行法は、不動産の競売において、原則として

消除主義を採用しているが(民事執行法59条1項)、留置権及び使用収益をしない定めのない質権については例外的に引受主義を採用し、買受人はその被担保債権を弁済する義務を負うとしている(引受主義、同条4項)。もっとも、不動産に対する商事留置権の成否について、いまだ争いがあるため、見解の対立を概観したい。

第2 商事留置権

商法521条は、商人間の留置権について定める。これは、継続的取引が行われている商人間において、お互いの債権を保全するには、流動的に担保を相互に取得させるのが便利であり、商人間において個別に担保権を設定しなければならないのであれば、迅速性を重視する商取引にとっては不便であることから定められたものである¹。

もっとも、留置権は、登記のような公示が要求されていないため、その存否を第三者が確認するのは困難である。特に、商事留置権は、被担保債権と目的不動産との牽連性がなくても成立しうるため、常に買受人の引受けになることを認めると、目的不動産の維持・増加とは無関係に担保価値を侵食してしまうおそれがあり、抵当権等に基づく優先弁済請求権の行使を著しく困難にする場合が生じる²。抵当権との関係で言えば、抵当権は、目的物の占有を所有者にとどめてその使用収益を許容するものであるから、抵当権設定後、所有者に許容された占有を基礎として留置権が発生する余地もある³。

不動産に対する商事留置権の成否は、建物建築工事請負人に、建物の敷地につき請負代金債権を被担保債権とする商事留置権が認められるかという形で問題になることが多い。

第3 商事留置権の成否に関する各見解の紹介

1 否定説

(1) 不動産商事留置権全面的否定説

商事留置権は、不動産に対して成立しないと見る見解である。この見解は、立法者は、旧商法284条(現行商法521条と同文のもの。)について、留置権の対象物を取引の迅速性が認められる商品であるとしているとして、対象物に不動産が含まれるという解釈は採用できないとするものである⁴。この見解に立つ裁判例として、東京高判平成8年5月28日判タ910号264頁が挙げられる。同判決は、立法の沿革に着目した上で、商人間の商取

引で一方当事者所有の不動産の占有が移されたという事実のみで、商人間の留置権を不動産について認めることは、当事者の合理的意思に合致しないなどとし、不動産への商事留置権の成立を否定した。

しかし、この見解に対しては、物には動産と不動産が含まれるとするのが通常の解釈であり、不動産の商品化という現状をも考慮すると商人間の不動産を巡る継続的信用取引の安全、迅速性のためには商法521条の対象に不動産を含むと解すべきであるなどとして、商法学者を中心に批判がなされている⁵。また、この見解に立つと、債務者が破産した場合に民事留置権が失効することから請負人の保護に著しく欠ける事態が生じるという問題点もある⁶。

平成14年3月にとりまとめられた「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」では、商法521条の定める商事留置権について、不動産は目的物とならない旨が示されていたが、これに対し、現状よりも不利益を被ることになる請負業者を保護する策を講じる必要性が説かれ、この保護策について十分に意見がまとまらなかったことから、改正法には取り入れられなかった⁷。

(2) 占有否定説

建物の建築請負契約における請負人による敷地の「占有」を否定し、商事留置権の成立を否定する見解である。「占有」といえるためには、自己のためにする意思をもって所持している必要があるところ(民法180条)、請負人は、工事に必要な限りにおいて敷地を事実上使用しているにすぎず、注文者の所持補助者と考えべきであるなどとする⁸。この見解に立つ裁判例として、東京高決平成6年12月19日判タ890号254頁が挙げられる。同決定は、建築工事の施工という限られた目的のための占有をもって、建物建築請負代金のための留置権成立の根拠とするのは、契約当事者の通常の意味と合致せず、債権者の保護に偏するなどとして、建築業者の敷地に対する留置権の成立を認めなかった。

この見解に対しては、請負人による土地の事実的な支配の内容を直視すれば、占有はあるというほかなく、建物の占有者がその敷地を占有することは、既に判例の認めるところであり(最判昭和34年4月15日訟月5巻6号733頁)、工事請負業者の工事現場に対する占有も同様と考えざるを得ない

などの批判がある⁹。

(3) 商行為性否定説

建物の建築請負契約における請負人による敷地の占有が商行為によって生じたものではないとし、商事留置権の成立を否定する見解である。商法521条の商事留置権が成立するためには、「商行為によって」自己の占有に属したといえる必要があるところ、当初請負人は工事請負契約の趣旨に従ってその土地への立ち入り等を許容されているが、それ自体は注文者から独立して土地を所持することの許容とは異質なものであるとして、完成した建物を所有する目的での現在の占有については、その原因となる商行為は存在しないなどとする¹⁰。この見解に立つ裁判例として、東京高決平成10年6月12日金法1540号61頁等が挙げられる。

この見解に立つ学説は少数であり、占有が請負契約に由来している以上、商行為性を否定するのは無理があるなどの批判がある¹¹。

2 対抗関係説

敷地に対する商事留置権を認めた上で、当該商事留置権成立前にすでに第三者のために抵当権の設定がなされている場合には、少なくとも土地担保競売における買受人との関係では、敷地に対する商事留置権の主張を認めるべきでないとする見解である¹²。この見解に立つ裁判例として、大阪高決平成23年6月7日金法1931号93頁が挙げられる。同決定は、更地に抵当権の設定を受けて融資しようとする者が、将来建築されるかもしれない建物の請負業者から土地について商事留置権を主張されるかもしれない事態を予測し、その被担保債権額を的確に評価した上で融資取引をすることは不可能に近く、このような不安定な前提に立つ担保取引をするべきであるとはいえず、不動産の商事留置権が、不動産に対する牽連性を必要としないために、第三者に不測の損害を及ぼす結果となることは、担保法全体の法の趣旨、その均衡に照らして容認し難いというべきであるなどと述べ、抵当権設定登記後に成立した不動産に対する商事留置権について、抵当権への対抗を否定している。

この見解に対しては、留置権は何人にも対抗することができる物権であるため、所有権変動があり対抗要件が具備された場合にも、その後に前所有者に対する債権を被担保債権として留置権が発生すれば、所有権の取得者は留置権者の占有の帰属が自己の移転登記に後れることを主張することはできず、

このような性質は、商事留置権であっても同じであるという批判がある¹³。加えて、上記大阪高決平成23年6月7日は、抵当権の設定登記後に成立した商事留置権について、民事執行法59条4項の「使用及び収益をしない旨の定めのない質権」と同様に扱い、同条2項の「対抗することができない不動産に係る権利の取得」にあたるものとして抵当権者に対抗できないと解するのが相当とするが、これに対しては、同条4項が単に「留置権」と規定していることから、そのような解釈は困難であるとの批判がある¹⁴。

3 肯定説

商事留置権の成立を認め、かつ買受人にも対抗できるとする見解である。

東京高決平成6年2月7日判タ875号281頁は、同説に立つものと挙げられるが、肯定説をとる積極的な理由は示されておらず、商事留置権発生の要件充足を否定する根拠がないというだけのようであるともされる¹⁵。現状、商事留置権の成立を否定したり、これを肯定するとしてもその効力を制限する裁判例・学説が圧倒的多数である。

第4 おわりに

この論点について、裁判例・学説ともに定まった見解はない。下級審裁判例において、否定ないし効力を制限するものが多いものの、その理由は上記のように分かれている。

この論点に関しては、既に述べた通り、以前の法改正時にも着目されたが、結局改正法には取り入れられなかった。土地の商事留置権が主張される案件は、近年少なくなっているようであるが、訴訟提起まであるいは判決まで至らない案件で問題となることもある。法改正によるフォローを再度検討してもよいのではないかと思う。

- 1 近藤光男『商法総則・商行為法』130頁(有斐閣、第6版補訂版、2013年)
- 2 日向輝彦「不動産競売手続における商事留置権の成否」竹田光広編『民事執行実務の論点』250頁(商事法務、2017年)
- 3 畠山新「判研」金法1945号46頁
- 4 浅生重機「判研」金法1452号21頁
- 5 近藤・前掲注1、131頁
- 6 松岡久和「留置権に関する立法論—不動産留置権と抵当権の関係を中心に」別冊NBL69号99頁
- 7 道垣内弘人『担保物権法』18頁(有斐閣、第3版、2013年)
- 8 澤重信「敷地抵当権と建物請負報酬債権」金法1329号25頁
- 9 畠山・前掲注3、56頁
- 10 小林明彦「建築請負代金未払建物をめぐる留置権と抵当権」金

- 11 畠山・前掲注3、56頁
- 12 生熊長幸「建築請負代金債権による敷地への留置権と抵当権(下)」金法1447号32頁
- 13 畠山・前掲注3、59頁
- 14 日向・前掲注2、258頁
- 15 松岡・前掲注6、90頁

取締役会設置会社の代表取締役を 株主総会において選定可能とする 定款の有効性

—最決平成29年2月21日

弁護士 草地 邦晴

1 会社法における機関設計と取締役会の設置

平成17年に制定された会社法は、有限会社を株式会社に一本化したこともあり、株式会社の実情に応じた様々な機関設計を可能とした。公開会社や監査役会設置会社等、取締役会の設置が義務づけられる場合(327条1項)を除くと、取締役会を設置しないという選択が可能となり、この場合の株主総会は、会社法に規定した全ての事項及び株式会社の組織、運営、管理その他株式会社に關する一切の事項について決議することができる(295条1項)ので、株主が株主総会を通じて会社経営へ広く関与することが認められている。他方で、取締役会設置会社においては、「株主総会は、この法律に規定する事項及び定款で定めた事項に限り、決議をすることができる」(同条2項)とされており、基本的に所有と経営が分離され、業務執行は取締役会の決定に委ねることが予定されているといえる。

2 代表取締役の選任権限と問題の所在

取締役会設置会社以外の場合、取締役は各自、株式会社を代表する(349条2項)が、株式会社を代表する代表取締役を「定款、定款の定めに基づく取締役の互選又は株主総会の決議によって、取締役の中から」定めることも可能である(同条3項)。従って、定款の定めにより代表取締役を株主総会の決議により選任することができることは明らかである。

これに対し、取締役会設置会社の場合、362条3項は「取締役会は、取締役の中から代表取締役を選定しな

ければならない」と定めている。そのため、定款で株主総会の決議により代表取締役を定める旨の定めを置いて、この定款の定めは無効ではないかが問題となり、この点は会社法制定前の株式会社(取締役会の設置は必須)においても、見解は分かれていた¹。

3 従前の学説の状況

この点、代表取締役の選任を株主総会の決議事項とはできない、とする立場は、代表取締役の選定を取締役会の権限とした趣旨を、その選任・解任権を通じて代表取締役に対する監督権の行使を実効性のあるものとしたと捉え、株主総会で代表取締役を選定するとなれば、取締役会が解任できずに監督権の実効性が失われ、その趣旨に反するとする。従前の登記実務もこの見解に沿って行われており、実務的にはこの立場が有力であったと考えられる^{2 3}。

これに対して、株主総会の決議によることも可能と解する立場は、定款自治の範囲内に属する事項であり、総会権限の定款による拡張(295条2項(旧商法230条の10))が認められるとし、学説上はむしろ通説的であったようである。

4 会社法の下での学説の状況

こうした中、会社法の立案担当者によるこの点の解説においては、295条2項における「定款で定めることができる事項の内容については特に制限はないから、取締役会の決議事項を株主総会の決議事項とする旨の定款の定めを置くことも可能」としており、他方で「定款によっても取締役会の権限を奪うことはできないから、株主総会と取締役会の権限が重なりうることとなる。もっとも、定款や株主総会の決議に違反する取締役会の決議を行えば、忠実義務違反等の問題も生じうる。」との見解が示された⁴。この見解からすると、定款の定めによって、代表取締役の選定を株主総会の決議事項とすることが可能であるが、その場合、会社法上の取締役会の権限も当然に併存することになる。

しかし、この見解によっても、両機関によりそれぞれに代表取締役の選定が可能となるのか、また、一方機関により選定された代表取締役を他方機関が解職できるのか、といった理論上の問題が生じる。さらに、定款や株主総会の決議に違反する取締役会の決議が当然に忠実義務違反になると解すれば、それは結局、定款で法律上の取締役会の権限を剥奪したに等しいのではないかと、との疑問も残る。

そのため、会社法の下でも、様々な説が存在し、「解

職権が株主総会に属しても、それにより取締役会の監督命令権が失われるわけではないし、取締役会は代表取締役等の解職を議題とする株主総会を招集することもできる」⁵等として、選定、解職の権限を取締役会から剥奪して株主総会に専属させる定款の規定も有効と解する説⁶、選定権限を取締役会から奪う定款の規定は有効であるが、取締役会による解職権限を奪うことはできないと解する説⁷がある一方、そもそも依然として代表取締役の選任権限を定める定款の有効性自体に否定的な説⁸などもあり、むしろ争点は複雑化している状況にあった。

5 最三小平成29年2月21日決定⁹

本件は、株式会社Y1の代表取締役Xが、Y2を代表取締役に選任する旨の株主総会決議の有効性を争い、Y2の職務執行停止等に関する仮処分命令を申し立てた事件である。Y1の定款には、代表取締役は取締役会の決議によって定めるものとするが、必要に応じ株主総会の決議によって定めることができる旨の規定が置かれていたため、その有効性が問題となった。

決定はこの点について、次のとおり理由を述べている。

「取締役会を置くことを当然に義務付けられているものではない非公開会社（法327条1項1号参照）が、その判断に基づき取締役会を置いた場合、株主総会は、法に規定する事項及び定款で定めた事項に限り決議をすることができることとなるが（法295条2項）、法において、この定款で定める事項の内容を制限する明文の規定はない。そして、法は取締役会をもって代表取締役の職務執行を監督する機関と位置付けていると解されるが、取締役会設置会社である非公開会社において、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができることとしても、代表取締役の選定及び解職に関する取締役会の権限（法362条2項3号）が否定されるものではなく、取締役会の監督権限の実効性を失わせるとはいえない。

以上によれば、取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であると解するのが相当である。」

6 最高裁決定の射程

この決定は、「取締役会設置会社である非公開会社」において、「取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても」代表取締役を定める定款を有効と述べ

ている。従って、この範囲においての議論に対する最高裁の態度は明確になった。この場合、取締役会の権限も併存することとなる。しかし、取締役会設置が義務づけられる「公開会社」の場合、あるいは取締役会の決議による選定を排除する定款であった場合、その定款は有効なのかについては必ずしも明らかにされていない。

このうち、「非公開会社」であることに限定していることについては、それが有効性の理由に直結しているわけではないので、取締役会の設置が義務づけられている「公開会社」においては、同様に解する余地も、異なる結論を導く余地もあり、今後の議論に委ねられていると思われる。同族株主による家族的な経営が行われる株式会社と、多数の株主を有する規模の大きな株式会社では、株主による経営への関与の程度や、取締役会による監督機能への期待が大きく異なるため、異なる規律とすることもあり得るところである。そのことと株式譲渡制限を設けるか否かは必ずしも直結しないが、会社法上の線引きとして公開会社か否かによることにも一定の合理性があるように思われる。

次に、取締役会による選定を排除して株主総会に権限を与える定款については、決定が、本件定款によっても取締役会の権限が否定されるものではないことを理由に挙げていることからすると、否定的に解していると読むのが素直なように思われる。ただ、これも議論の余地が残されていると言わざるを得ないだろう。

7 最後に（私見）

本決定は、見解が分かれていた論点に関する最高裁の見解を示したもので、重要な意味を持つが、なお、残された課題は多い。

会社法の解釈問題として考えると、少なくとも公開会社については、取締役会の設置は必須のものと規定されており、取締役会による代表取締役の監督を期待しているのであるから、その最も強力な裏付けとなる選任・解任（とりわけ解任）権限を取締役会から剥奪する定款は、法の趣旨に反すると思われる。

他方で、非公開会社においては、取締役会は任意に設計された機関であるから、その機関の権能の分配には一定の裁量を認める余地があるように思われる。また、併存的に株主総会に選定・解職権限を認めることは、4に述べたような問題もあるため妥当性に疑問があるものの、本決定も踏まえると、あえて無効とするまでの理由はないように思われる。

- 1 上柳克郎ほか編『新版 注釈会社法(6)』142頁～(有斐閣、昭和62年)
- 2 昭26・10・12民事甲第1983号民事局長通達参照
- 3 稲葉威雄ほか編『[新訂版] 実務相談株式会社法1』633頁～(商事法務研究会、平成4年)
- 4 相澤哲ほか編『論点解説 新・会社法』262頁、265頁(商事法務、2006年)
- 5 江頭憲治郎『株式会社法 第6版』315頁～(有斐閣、2015年)
- 6 江頭憲治郎ほか編『論点体系 会社法3 株式会社Ⅲ』179頁(第一法規株式会社、2012年)
- 7 酒巻俊雄ほか編『逐条解説会社法 第4巻 機関・1』503頁(中央経済社、2008年)
- 8 岩原紳作編『会社法コンメンタール7-機関(1)』41頁～(商事法務、2013年)
- 9 金融・商事判例No.1514/2017年4月15日号8頁～

プライバシーの権利の 基礎概念について

弁護士 坂田 均

1 はじめに

我々はインターネット上の検索ツールを通じて「ドラえもんの四次元ポケット」のように、どんな情報でも手に入れることが出来る。その進歩は劇的であるが、新たな問題も生じる。人の経歴を調べようとして検索していると、思わぬ過去の私事に遭遇して驚くことがある。この人は、こんな過去を背負っていたのかと、自分の中でその人に対する評価が変わっていくのが判る。

先日、最高裁は、過去の児童買春禁止法違反事件で罰金を科せられた事実に関して、3年の時間が経過したとしても、当該事実を公表されない法的利益が当該検索結果を提供する理由よりも明らかに優越するとはいえないとして、申立人の削除要請を否定した(ただ、一般論としては、プライバシーの権利に基づく削除要請が認められる場合があるとした¹⁾)。いわゆる「忘れられる権利」の問題である²⁾。最高裁は、以前から、刑事事件で有罪判決を受け服役した事実について、「(その者は)みだりに右の前科等に関わる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有する」ことを前提に、「事件及び裁判から本件著作が刊行されるまでに12年余の歳月を経過し、その間、被上告人が社会復帰に努め、新たな生活環境を形成していた事実」に照らせば、被上告人は、その前科にかかわ

る事実を公表されないことにつき法的保護に値する利益を有していたことは明らかである。」として、その事実を引用した作家の不法行為責任を肯定している(「逆転」事件³⁾)。公開ずみの事実であっても、「新たな生活環境を形成」すればプライバシーとして保護に値する利益となるということである。

わが国で最初にプライバシーを扱った裁判例は三島由紀夫の「宴のあと」事件である。この事件で、東京地裁は、プライバシーの権利について、「それはいわゆる人格権に包摂されるものではあるけれども、なおこれを一つの権利と呼ぶことを妨げるものではない」と法的性質を述べた上で、「いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」であると定義した⁴⁾。上記前科等に係る事実は、仮に、ある時間の経過が認められるとしても、既に公開された事実であるから、この定義のもとでは、当然にはプライバシーの権利によっては保護されないはずである。プライバシーの権利で保護される法的利益は、公開された事実についても及ぶのか。どのような利益が保護されるのか。

このようなプライバシーの権利の新たな展開に直面した私は、プライバシーの権利の基礎概念や行為類型について再考する必要性を感じた。

2 ウォーレンとブランドイスの「プライバシーへの権利 (The Right to Privacy)」⁵⁾

(1) プライバシーに関する論文として最初に想起されるのは、サミュエル・ウォーレンとルイス・ブランドイスが1890年に書いた「プライバシーへの権利 (The Right to Privacy)」である。

この論文について、ウィリアム・プロッサーは、アメリカで出版された論文の中で、その影響力が最も顕著であると評した。同論文が出るまでは、英米のコモン・ローの世界では、財産権侵害、名誉毀損や黙示の合意・信託違反など、既存の法理を擬制してプライバシーの保護を図っていたのであるが、ウォーレンとブランドイスは、プライバシーの権利を既存の法理の擬制ではなく、コモン・ローに基礎をおく新たな権利として認めるべきであると提言したのである。

同論文の内容については、既に伊藤正己博士「プライバシーの権利」によって詳しく紹介されており⁶⁾、ここで新たに付け加えるものはないが、同博士が引用しなかった資料も参照しながら、少しお復習してみたい。

(2) まず、財産権的構成をとった事例として、アルバート公対ストレンジ事件を挙げてみたい⁷。アルバート公とビクトリア女王は、個人的楽しみのために、私生活や家族の肖像を描き、それらをエッチングにして多数所有していた。エッチングの複製画を限られた友人に配ることはあっても、展示したり発行したりすることはなかった。

この様な状況の下で、被告らは、流出した複製画の展示会のために目録を作成した。同目録には、展示を予定していた63作品の複製画の批評が収録されていた。

アルバート公は、同目録を出版しないよう裁判所に差止を求めたが、問題は差止を求める理由をどう構成するかであった。当時、英国では未発行の著作物についてはコモン・ロー上の保護を受けることができたが、同目録には原告らの作品は引用されており、著作権侵害の問題は生じなかったからである。

裁判所は、目録の出版差止を認めたが、その理由とするところは、コモン・ロー上の権利として認められていた既存の法理を拡大適用したものであって、①財産権(property)の侵害だけではなく、②契約違反(the breach of contract)、および守秘または信託違反(the breach of confidence or trust)に基礎をおく構成であった⁸。

しかし、①については、そもそもエッチング等の所有者が公表に関してそのような権利を持ち得るのか疑問である。原審でのやり取りを見ると、動産に対する財産権(the right of property in a chattel)にはそれに付随する知識を利用する排他的権利(an exclusive right to the use of knowledge connected with the chattel)が認められるべきであるという争点が論じられている。コッテナム大法官も、エッチングや複製画に付随する知識の利用は動産の所有者の排他的権能があると考えたようだ。しかし、現代的な理解からは、所有権からこのような理由付けをするのは困難といわざるを得ない。

また、②については、原告らと被告らとの間には雇用関係も契約関係も存在しなかったことを考えると、少し無理筋の理由付けであると思われる。

(3) コッテナム大法官は、さらに、ワイアット対ウィルソン事件(1820年)でのエルドン公の意見に言及して差止の根拠としている。すなわち、「内科医が見聞きした事実を日記に書きとめていたとしても、ジョージ3世の生存中は、その日記を印刷し、出版することは認めない。」としている。何を根拠に差

止ができるとしたのかは同様に明らかでないが、国王の健康状態という私事に関しては、その出来事の主体にその出来事を排他的に利用する権利があると展開したようだ。しかし、この理由付けも現代的理解としては、到底成功しているとは思えない。

コッテナム大法官も、判断の中で、「侵害された権利はプライバシーである(the privacy is the right invaded)。」と明言しており、事件の本質がここにあることは理解していた。それでも、残念ながら、差止の理由については上手く説明できなかったようだ。

しかし、人格権としてのプライバシーの基礎概念を有さない当時の英国の状況からすると、財産権(の侵害)や契約違反等を擬制したことは、やむを得なかったといえるのではないか。

(4) ウォーレンとブランダイスは、この差止の根拠を、既存の法理の擬制ではなく、「ひとりで放っておいてもらう権利(the general right of the individual to be let alone)」であると構成した。

そして、重要な点であるが、この権利の性質については、彼らは、「私的財産の法理(the principle of private property)ではなく、侵さざるべき人格の法理(that of an inviolate personality)である」と明確に宣言し、プライバシーの権利が、人格的利益の保護に根拠をおくコモン・ロー上の権利であると位置づけたのである。

先例がないのに、コモン・ロー上の権利として構成できるのかという疑問に対しては、彼らは論文の冒頭、英国の古い著作権に関するミラー対テイラー事件(1769年)判決を引用して正当化しようとしている。この事件は、元々、マンスフィールド裁判長が自然法の立場から、著作権がコモン・ロー上の権利として存続期間が永久であることを明らかにしたものである。同判決は、同時に、「コモン・ローでは、個人的正義、道徳的適合性、公共の便宜に基づいて、新たな課題について先例がなくてもコモン・ロー上の権利を構築できる。」とし、コモン・ローの「自己発展性」⁹を明らかにしている。ウォーレンとブランダイスは、この考え方を論拠に、プライバシーの権利を、コモン・ロー上の権利として正当化したのである。

(5) 米国では、プライバシーの権利の概念について、歴史的に財産権構成説、契約違反説、名誉毀損説、自然法説、立法必要説、憲法基礎付け説など色々な考え方が存在したが、今日では、一部の州を除き、

ウォーレンとブランダイスのコモン・ロー上の権利とする考え方が支配的である。多くの裁判例もこの立場に立つに至っている。

- (6) コモン・ロー上の権利としたウォーレンとブランダイスの立場をどのように評価すればよいのだろうか。

わが国はコモン・ローの国ではないからコモン・ロー上の権利をどのように位置づけるかが問題となる。この点は、伊藤正己博士がいうように、「不法行為の一般原則に基づく理論構成によって、保護を受けるに値する生活上の利益の一つとして、プライバシーの権利を基礎づけ得る¹⁰。」とあってよいのではないか。

ただ、英米における人格的利益の保護は、未発行の著作物、名誉毀損など限定的に認められてきたに過ぎないし、わが国のように包括的な権利としての人格権概念を有しているわけではないから、英米のその権利をわが国の人格権と同一のものと構成することは当然にはいかなないかもしれない。

- (7) 現代社会においては、プライバシーの権利の一類型として「忘れられる権利」が登場するなどプライバシーの権利の内容は多様化しており、プライバシーの権利を単に人格権に根拠をおくと理解するだけでは十分にその変化に対応することはできない。今後は、多様な行為類型を整理し、行為類型ごとに保護すべき人格的利益の中味を明らかにしていかなければならない。

3 プロッサーの「プライバシー(Privacy)」

- (1) ウィリアム・プロッサーは、1960年その著作「プライバシー(Privacy)」において、プライバシーの行為類型を以下の4つに分類し、それぞれ異なる保護されるべき利益があることを明らかにした¹¹。

- ① 他人の干渉を受けずに隔離、孤立している私生活に侵入すること
- ② 他人に知られたくない事実を公開すること
- ③ ある事実を公開することによって、他人の目に真の姿と異なる印象を与えること
- ④ 氏名・肖像を利用者の利益のために利用すること

彼は、これら4類型にはそれぞれ異なるルールが適用されるとしている。

第1類型と第2類型は典型的なプライバシーの侵害類型である。第4類型は、今日では、パブリシティの権利として独立した地位を確保している。

- (2) 本稿では第3類型(false light in the public eye)について若干の検討をしてみたい。この類型はウォーレンとブランダイスが全く考えていなかったものである。プロッサーによると、この類型の最初の裁判例は、詩人バイロンがまがい物で拙劣な詩を自分の作品として流布された事案である。二つ目の例は、オレゴン州で起こった事件で、州の職員の名を使って電報で同州の知事に宛ててある政策を実施するよう要求したものである。これらはいずれも無断でその者の名を借りる行為である。

- (3) もう一つ紹介されている裁判例は、他人の写真を書籍や雑誌に利用した事案であるが、写真が本人と関係のない文脈で利用された結果、公衆の目に誤った印象を与えたというものである。本人は名誉毀損行為と同様に社会的評価を失うが、さらに人格的利益をも失っているというのである(レバートン対カーティス出版社事件である¹²)。当時10歳の子供が自動車にひかれる交通事故に遭ったが、たまたま通りかかった女性が、後に原告になるその子供を抱き起こしたところ、新聞社がその場面を写真撮影した。ところが、後日、原告であるその子供が映っているこの写真が、別の文脈、すなわち歩行者の不注意による交通事故をテーマにした一般的な記事に引用された。原告は、実際の事故のときから約20か月が経過したのに、このような利用をされるのはプライバシーの権利を侵害すると主張した。裁判所は、交通事故のときには正当な利用であったとしても、後日のこのような利用は許されないとして原告の請求を認容している。当該利用によって公衆に対し原告の誤ったイメージを作出したからである。

- (4) false light(誤認を生じる表現)を作出することによって侵害される利益は、人の尊厳(dignity)であるといわれている。人の社会的評価(reputation)を保護する名誉毀損(defamation)とは異なる利益である。両者は重なり合うところもあるが、米国の多くの州では別個のものとして認識されている。トーマス・マッカーシーによると、その違いは、次のように説明されている。例えば、ある女性の背中ヌード写真が無断でダイエット商品の広告として雑誌に掲載されたが、本人だけがその背中が自分の背中であると識別できた。この場合、保護される利益が社会的評価であれば損害はないが、人の尊厳が保護される利益であれば、本人が精神的苦痛や精神的圧迫を感じれば損害は認められるということである¹³。
- (5) 成立要件は、①誤った陳述、写真等であること、

②通常人にとって著しく攻撃的であること、③損害が生じたことである。

最初の①要件は、誤った事実の陳述等によって、誤った印象が生じれば要件を充たす。虚偽の事実に紛れて真実が含まれていてもよい。

②の要件との関係では、例えば、小型飛行機の乗客が機外に放り出され、それに気付いた機長が緊急着陸するまで、機外の装置に捕まっていたという事故に関連して、タブロイド版新聞紙に掲載された対談には、全く原告が話していない内容が彼の言葉として引用されていた。裁判所は、①の要件は満たすが、②については、その表現は、「著しく攻撃的」ではないとして成立を否定している¹⁴。

もう一つ事例を紹介する。複数の賊に自宅で監禁され家族が暴行を受けたと報道された事件があったが、実際には、賊からは礼儀正しく扱われ、暴行は全くなかったという事案である。被告の報道に虚偽の事実が混じっていたことについて、米国連邦最高裁判所は、「故意または未必の故意(with the knowledge of its falsity or reckless disregard of the truth)」の証明がないとして成立を否定した¹⁵。米国では、表現の自由との関係では、この類型の成立については慎重であるということがいえる。

4 最近のプライバシー概念の動向

プライバシーの権利の基礎概念に関しては、①ウォーレンとブランダイスの「一人で放っておいてもらう権利」説、②佐藤幸治博士の「自己情報コントロール権」説が有力であったが、近時、フェルディナンド・ショーマンの「役割」説や棟居快行教授の「社会関係形成の自由」説が注目されている¹⁶。

これらの考え方を、私なりに要約すると、人間は他人との関係において複数の社会関係を形成し、または役割を担っている。その結果、その社会関係ごとに本人を取り巻くもしくは提供される情報は異なり、あるコンテキストにおいて適切な情報も、他の関係ではそうでない場合もある。プライバシーの権利をこのような人間の多次元性及び人間性にとって重要であると認識し、「多元的な社会関係を形成する自由」を認める立場である。

この考え方は魅力的である。先に観たプロッサーの第3類型は、人の尊厳の保護を根拠に誤ったイメージが形成されないようコントロールする権利として捉えていた。これに対して、ショーマン、棟居の考え方は、より保護領域を拡大して、提供された情報が誤っ

たものではなかったとしても、ある社会関係において個人が形成しようとするイメージと異なるイメージが形成されようとしている場合には、その是正を求め得るというものである。この考え方は、高度の情報化社会において、有効に機能しそうである。色々なメディアにさらされる我々としては、多元的な社会関係の形成の自由が認められないと、人としての尊厳を保持できないおそれがあるからである。

これらの諸説が、今後、私法上の法理論として成熟していくことを期待している。

(脱稿2017年8月21日)

- 1 最決平成29.1.31裁時1669号43頁
- 2 宇賀克也『『忘れられる権利』について—検索サービス事業者の削除義務に焦点を当てて—』(論究ジュリスト18号(2016年)24頁)他多くの論評がある。詳細は、御池ライブラリー 2017/4No.45二本松利忠『『忘れられる権利』について』を参照のこと。
- 3 最判平成6.2.8民集48巻2号149頁
- 4 東京地判昭和39.9.28下民集15巻9号2317頁
- 5 Samuel D.Warren; Louis D.Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harvard. L. Rev. 193(1890).
- 6 伊藤正己『プライバシーの権利』岩波書店(昭和38年1月25日発行)
- 7 Prince Albert v. Strange (1848) 2DeG&Sm293, (1849) 1 MaG CC 25, 64 Eng. Rep.293.
- 8 Thomas Scrutton, The Law of Copyright(1903), 54,60,65pp.
- 9 伊藤・前掲注6、72頁
- 10 伊藤・前掲注6、74頁
- 11 William Prosser, Privacy, Calif. Law Rev.vol.48 No.3 383pp.
- 12 Levertson v. Curtis Pub. Co., 192F.2d 974(3rd Cir1951).
- 13 Thomas McCarty, The Rights of Publicity & Privacy, 5-136, 136.1 (1987). Cohen v. Herbal Concepts, Inc., 100AD2d175, 473NY2d426,423(1984).
- 14 Dempsey v. National Enquire, 702 F Supp. 927 (D Me 1988).
- 15 Time, Inc. v. Hill, 385 US 374, 87 Sct534(1967).
- 16 棟居快行『人権論の新構成』(信山社、2008年)に詳しい。

編	集
後	記

わが事務所の交通事故チームと金融チームが特集を担当しました。前者は交通事故に伴う企業損害、治療打ち切り、代車使用料などよくある課題を取り上げ、後者は、民法改正に関連した問題に取り組んでいます。また、その他の弁護士も、それぞれ専門性の高い問題に焦点をあて格闘しています。少しでも皆様方のご参考になれば幸いです。

