御池ライブラリー

Oike Library

2018/10 No.48

CONTENTS

特集1 M & A

1 M&A概観 弁護士 加守田枝里 1
2 株式取得等によるM&A 弁護士 若竹 宏諭 3
3 会社買収における株式評価について 弁護士 坂田 均 5
4 デューディリジェンス 弁護士 草地 邦晴 7
5 M&Aに関連した重要裁判例の検討 弁護士 上里美登利 9

特集2 介護事故

1 介護事故に関する近時の裁判例 弁護士 小原 路絵 12
2 介護施設における転倒リスクアセスメント 弁護士 住田 浩史 14

憲法・民法 再婚禁止期間を定める民法733条の合憲性
—最高裁平成27年12月16日大法廷判決 弁護士 森貞 涼介 22

親族法 離婚時の親権者指定と面会交流の許容性
—離婚時の親権者指定の判断において、父母の面会交流に対する態度(許容性)はどのように考慮されるか 客員弁護士 二本松利忠 24

相続法 相続法改正で遺留分制度が大きく変わる
—遺留分減殺請求権から生ずる権利を金銭債権化 弁護士 野々山 宏 28

相続法 相続法改正 —相続人以外の者の貢献を考慮するための方策について 弁護士 茶木真理子 30

損害賠償法 保育園、幼稚園等の施設における事故防止について 弁護士 北村 幸裕 32

保険法 自動車保険契約の搭乗者傷害特約にいう「運行に起因する」ものとはいえないとされた事例 —最判平成28年3月4日判例タイムズ1424号115頁 弁護士 長野 浩三 34

医事法 特定機能病院監査委員会について 弁護士 長谷川 彰 36

消費者法 オンラインプラットフォームやアフィリエイト広告と消費者契約法5条1項の「媒介」 弁護士 伊吹 健人 37

消費者法 消費者被害の救済の観点からみる割賦販売法平成28年改正
—イシュアー・アクワイアラー・決済代行業者に求められる適切な対応 弁護士 増田 朋記 38

特許法 共有特許権の消尽 客員弁護士 大瀬戸豪志 42

労働法 割増賃金の定額払い制の合法性 —最高裁平成30年7月19日判決から 弁護士 永井 弘二 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

特集1　M & A

1　M&A概観

弁護士　加守田 枝里

Q1−1　M&Aとは

M&Aとはどういったものですか。

A1−1

M&Aとは、直訳すると合併と買収ですが、これらには限られません。

近年の例では、住友ゴム工業とダンロップスポーツとの合併などがあります。

解説

1　M&Aの方法としては様々な形態があり、いかなる形態を含むかは、論者により異なるが、一般的には、事業譲渡、合併、会社分割、株式譲渡、株式交換等を意味することが多い（なお、後に紹介する中小企業庁「中小企業白書2018」（以下、「白書」という。）におけるM&Aの内容は、注3を参照。）。これら形態の詳細については、Q1−4で述べる。

2　住友ゴム工業株式会社とダンロップスポーツ株式会社は、2018年1月、前者を吸収合併存続会社、後者を吸収合併消滅会社として、吸収合併を行った。

スポーツ事業を統合しグローバル展開を加速させることや、住友ゴムのもつ資金力や材料・研究部門の経営資源とダンロップスポーツの持つスポーツ事業に精通した人材と経営資源を「DUNLOP」ブランドの価値向上及びスポーツ事業拡大のために活用することを目的とする[1]。

Q1−2　M&Aの増加

M&Aが増加していると聞きますが、それはなぜですか。

A1−2

中小企業[2]では、事業の拡大、あるいは、経営の引継ぎ等の手段として、M&Aの実施が増加しています。

解説

1　白書によると、日本企業のM&A[3]の件数は、近年増加が続いており、2017年に3000件を超え、過去最高となっている（ただし、公表されている件数に限る。）[4]。中小企業において、他社の買収を実施する企業が増えているようである[5]。

2　白書によると、M&Aの実施目的として、買い手企業においては、売上・市場シェアの拡大や、事業エリアの拡大を挙げるものが多い。一方、売り手企業の目的としては、事業の承継が最も多く、特に経営者が60歳代や70歳以上の場合に、同目的の割合が高くなっている[6]。

3　近年、中小企業においては、次のような経営課題がある。すなわち、①人手不足や設備の老朽化、②人口減少に伴う顧客の減少、③グローバル化や技術革新による経営環境の変化、これらに加えて、④経営者の高齢化と跡継ぎの不存在などが挙げられる[7]。

このような現状において、売上・市場シェアや事業エリアを拡大させ、売上げを向上させることで、上記①〜③の課題を解決するための方策として、あるいは、事業を買い手企業に承継させることで、上記①〜④の課題を解決するための方策として、M&Aを選択する企業が増加している。

Q1−3　M&Aの活用例

M&Aの活用例を教えて下さい。

A1−3

例えば、染料メーカーA社が、これまでとは異なる事業分野へ手を広げ売上げを上げることができないかにつき検討していたところ、A社が以前より小分け包装を外注していたB社が、経営者の高齢化により事業を縮小するため、小分け包装事業からの撤退を検討することになったという場合に、B社がA社に対して、小分け包装の事業を譲渡するという形でM&Aを行うケースが挙げられます（なお、これは架空の事例です。）。

解説

この場合、A社にはこれまでと異なる事業分野へ拡大し売上げを上げたいという目的があり、B社には小分け包装事業を手放したいという意向がある。

当該事業譲渡を行うことによって、A社は、上記目

的を達成することができる。その上、一から新しい事業を始める場合と比べ、B社の取引先やノウハウを引き継ぐことができ、それまでのB社における実績があるため、取引先からの信頼が厚く、A社が新たにその事業を始める場合と比べてリスクが低い。

他方、B社は、当該事業譲渡を行うことにより、その従業員や設備等をA社に引き継ぐことができる。

Q1－4

M＆Aの形態の特徴はどんなものがありますか。

A1－4

事業譲渡、合併、会社分割の特徴は、下記解説のとおりです。

解説

1　事業譲渡とは、株式会社が事業を取引行為として他に譲渡する行為である[8]。後述する会社分割等の会社法上の組織再編行為と異なり、事業譲渡においては、譲渡の対象となる資産や負債等が、契約に基づく取引行為として、個別の移転手続を経て移転・承継される点に特徴がある。

事業譲渡のメリットとしては、承継対象とする資産・負債等を選別することができるという点が挙げられる。そのほか、会社分割（後述）と比較すると、会社法上必要とされる手続が簡易であるという点や、労働契約承継法の適用がないため労働契約の承継に関して予測可能性が確保されているという点等もある。

2　合併とは、2つ以上の会社が契約を締結して行う行為であって、当事会社の一部または全部が解散し、解散会社の権利義務の全部が清算手続を経ることなく存続会社または新設会社に一般承継される効果を持つものである[9]。なお、吸収合併と新設合併とがあるが、実務上、合併として利用されるのは吸収合併がほとんどである[10]。吸収合併は、消滅会社の法人格の消滅及び存続会社によるその権利義務の包括承継という効果を有することから、1つの法人格の下、統一的な諸制度の整備や、重複する部署のリストラクチャリング等を通じて、統合によるシナジーが大きいと判断される場合に選択される方法といえる[11]。

3　会社分割とは、株式会社又は合同会社が、その事業に関して有する権利義務の全部又は一部を分割後他の会社または分割により設立する会社に承継させることを目的とする会社の行為である[12]。吸収分割と、新設分割とがある。会社分割は、分割の対象とされた権利義務について、個別の承継であれば必要とされる個々の権利義務の移転に関する手続を要することなく、法律上の効果として、承継会社又は新設会社に包括的に承継されるという特徴がある。

事業譲渡と比較すると、会社分割には上記1記載の点でデメリットがある反面、原則として債権者、契約の相手方や労働者の個別の同意なくして、債務、契約上の地位及び労働契約を承継させることができるため、債権者が多数に上る場合などは、事業譲渡の方法を選択するよりも事務手続上の負担が小さくすむと考えらえる。

4　その他、株式譲渡、株式移転等については、Q2を参照されたい。

5　いかなる場合にどの形態が最も適しているかは、事案に即した専門的な判断が必要となるため、弁護士をはじめとする士業専門家等への相談が勧められる。

1　住友ゴム工業株式会社ホームページ「当社と住友ゴムの合併について」（https://www.srigroup.co.jp/newsrelease/2017/sp/2017_p28.html）
住友ゴム工業株式会社ホームページ「住友ゴム工業株式会社及びダンロップスポーツ株式会社並びに住友ゴム工業株式会社及びダンロップインターナショナル株式会社の合併契約締結による住友ゴムグループのスポーツ事業統合に関するお知らせ」（https://www.srigroup.co.jp/data/open/cnt/3/1620/1/2017_084_01.pdf）
2　中小企業の定義は、中小企業基本法の定義による。
3　白書では、M＆Aを「株式譲渡」、「事業譲渡」、「合併（吸収合併）」、「会社分割（吸収分割）」を指すとしている。
4　白書306頁。株式会社レコフデータ調べ。
5　白書308頁によると、買収によって子会社を増加させた企業数は、2006年を100と指数化すると、2017年は、大企業は89.4であるのに対し、中小企業は179.5とされている（経済産業省「企業活動基本調査」を再編加工し指数化されたデータより）。
6　白書312頁以下。三菱UFJリサーチ＆コンサルティング株式会社「成長に向けた企業間連携等に関する調査」調べ。当該調査は、三菱UFJリサーチ＆コンサルティング株式会社が、2017年11月に、中小企業30,000社を対象に実施したアンケート調査（回収率14.9％）である。当該調査では、サービス業で売上高5億円以上、その他業種で売上高10億円以上のものを対象としている。
7　白書291頁以下
8　江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣、2017年）958頁
9　江頭・前掲注8　851頁
10　柴田義人ほか編『M＆A実務の基礎〔第2版〕』（商事法務、2018年）297頁
11　柴田・前掲注10　300頁
12　江頭・前掲注8　897頁

参考文献
・「中小企業白書2018」中小企業庁ホームページ（http://www.chusho.meti.go.jp/pamflet/hakusyo/H30/PDF/h30_pdf_mokujityuu.htm）より

・江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』(有斐閣、2017年)
・柴田義人ほか編『M&A実務の基礎〔第2版〕』(商事法務、2018年)
・シティユーワ法律事務所編『コンパクト解説会社法5 組織再編』(商事法務、2016年)

2　株式取得等によるM&A

弁護士　若竹 宏諭

Q2−1　株式譲渡による買収[1]

ラーメン店を展開するX社を経営しています。最近、人気が出てきたので、店舗を増やそうと考えていますが、ラーメン業界も人手不足で、店舗を増やしても、増やした店舗が上手く回るものかと悩んでいました。すると、飲食業界の知り合いが経営するZ社が、その100%子会社でありラーメン店を運営しているY社を売りに出していると聞きました。Y社の店舗網や人員を利用できれば、私の会社の店舗増大もスムースに行くと思います。Y社を買収するにはどういった方法が考えられるでしょうか。

A2−1

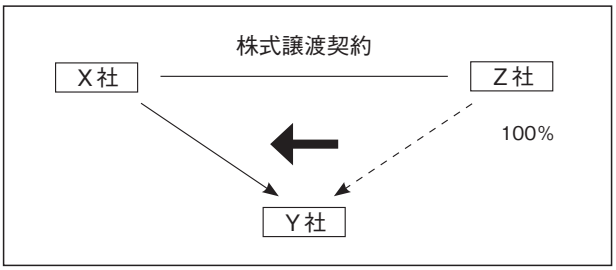
株式譲渡によってY社株式をZ社から取得することが考えられます。

株式譲渡契約に向けた大まかな流れは、①守秘義務契約の締結、②デューディリジェンスの実施/基本合意書の締結、③株式譲渡契約の締結、④前提条件の履行、⑤クロージング(株式譲渡)となります。

解説

1　株式譲渡

本件では、Z社が、Y社の株式すべてを保有していることから、その株式すべてを株式譲渡契約により買い取ることで、X社はY社の経営権を取得できる。株式譲渡には、市場を通じて株式を取得する方法や相対取引で株式を取得する方法があるが、Y社は、非上場会社のため、相対で株式譲渡契約を締結することになる。



2　株式譲渡契約に向けた大まかな流れ

株式譲渡契約に向けた流れは、ケースによって異なるものではあるが、大まかには、①守秘義務契約の締結、②デューディリジェンスの実施/基本合意書の締結、③株式譲渡契約の締結、④前提条件の履行、⑤クロージング、という流れを辿る(ここでは細かい会社法上の手続は省略する。)。

買主が、他の会社の買収を検討する際には、対象会社のビジネス、税務、会計、法務という視点からデューディリジェンスを行うことが一般的である。デューディリジェンスでは、買主が買収対象会社に関する膨大な情報を取得することになるため、まず守秘義務契約が締結される。そして、株式譲渡契約の具体的な交渉に入る前に、買主と売主の経営トップの間で基本合意がなされる。

デューディリジェンスの実施により、買主が対象会社を把握できた段階で株式譲渡契約の交渉に入る。株式譲渡契約の内容となる株式の買収価格や株式譲渡を行う前提条件について交渉を行うことになる。双方が株式譲渡契約の内容に納得できた場合には株式譲渡契約書の調印がなされ、株式譲渡の実行、すなわち、株式譲渡とこれに対する対価の支払いが行われる(クロージング)。株式譲渡契約締結後、クロージングまでに時間を空けることが多いが、規模が大きくない案件では、株式譲渡契約締結と同時にクロージングを行うこともある。

3　株式譲渡契約の特徴

株式譲渡契約は、株式の売買契約であり、譲渡代金等株式売買に必要な事項や売買に向けた手続･諸条件が定められる。これらのほか、M&Aにおける株式譲渡契約に盛り込まれる特徴的な条項として、表明保証条項がある。表明保証とは、一般に、契約当事者の一方が、他方当事者に対して、一定の時点における一定の事項について、それが正確かつ真実であることを表明し、保証することである。M&Aに関する株式譲渡契約では、買主と売主が互いに自己に関する事項について表明保証することが一般的である。表明保証の対象となる事項は、①買主及び

売主自らに関することと②対象会社に関することに大別できる。①の例としては、それぞれの会社が有効に設立していることや、有効な許認可の取得等を適法に履践したこと等である。表明保証違反は、解除権の発生や金銭補償に結びつけられることが多い。

Q2−2　株式交換による買収

室町時代から続く、和菓子の製造販売を行うP社を経営しています。P社の傘下には、P社の子会社で、洋菓子の製造販売を行っているS社があります。この度、S社の洋菓子事業が好調であることを受け、和菓子と洋菓子のコラボレーションによりS社の洋菓子事業の更なる成長を目指し、P社とS社の関係を強化するため、S社の完全子会社化を考えています。ただ、買収資金はできるだけ抑えたいです。どのような方法が考えられるでしょうか。

A2−2

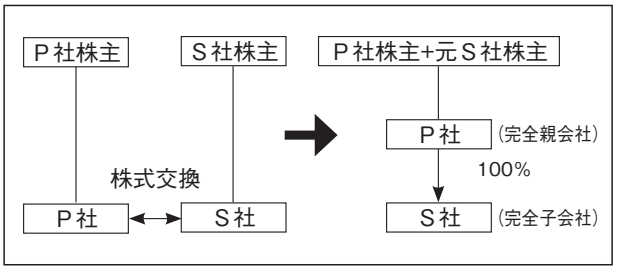
P社がS社を完全子会社化する方法として、会社法上の組織再編行為である株式交換が考えられます。株式交換によった場合、株式取得の対価をP社株式とすることが可能です。

解説

1　株式交換

株式交換は、ある株式会社（株式交換完全子会社）がその発行済株式の全部を他の会社（株式交換完全親会社）に取得させることである（会社法2条31号）。発行済株式の全部を他の会社に取得させれば、取得させた会社は、当該他の会社の100％子会社になる。そのため、株式交換は、ある会社を完全子会社化する手段として利用されている。

本件でも、P社の目的は、S社を完全子会社化することであるため、株式交換により、P社がS社の発行済株式を取得すれば、かかる目的が達成される。従来のS社株主は、株式交換の対価として、株式交換契約で定められる金銭等（金銭その他の財産）の交付を受けることになるが、その対価をP社株式とすることが可能である（会社法768条1項）。



2　株式交換の手続

守秘義務契約を締結し、デューディリジェンスを実施するとともに基本合意を行う一般的な流れは、株式譲渡契約の場合と同様である。

しかし、株式交換を実行するには、会社法上必要となる手続を履践する必要がある。具体的には、当事者となる会社間で、会社法上定められた内容を盛り込んだ株式交換契約を締結し（会社法767条、768条）、当該契約を本店に備え置き（会社法782条、794条）、それぞれの会社が株主総会の特別決議による承認を得ることが原則必要になる（会社法783条1項、795条1項、309条2項12号）。そのほか、会社法上必要となる取締役会の承認決議や債権者や反対株主の利益に配慮した手続の履践も必要になる。以上のような手続を踏んだ上、株式交換契約で定めた効力発生日に株式交換の効力が生じる（クロージング）。本件では、P社は、S社の株式を全部取得し、S社の株主は、株式交換の対価として、P社株式の交付を受けることになる（会社法769条）。

なお、一定の条件の下では株主総会の承認を要しない手続によることができる。

Q2−3　合弁事業化

Q2−2でご相談したP社の代表者です。P社では、スーパーフードであるキヌアを使ったキヌア餅が大変好評で現在、大量生産化を検討しています。しかし、キヌア餅の餅つきは手作業で、大量生産が難しい状況でした。そんな中、老舗機械メーカーQ社の役員から、Q社の100％子会社R社がキヌア餅の餅つきにぴったりの特許技術を持っているとのことで、キヌア餅を含めた餅菓子の製造販売について、合弁事業をする意向はないかというお話を頂きました。競争力強化を目指すQ社の将来構想からは、その特許やR社は外れており、Q社はいずれR社を手放す意向があるそうです。他の会社がキヌア餅の人気に便乗してくると困るので、早く事業を進めたいと思っています。合弁事業化にはどのような方法が考えられますか。

A2−3

本事例では、できる限り早く合弁事業化を実現したいとのことから、合弁会社を新たに設立するのではなく、既存のR社を利用した合弁事業化が考えられます。具体的には、Q社が保有するR社株式の一部をP社に譲渡する方法や、R社が第三者割当増資によって、P社に株式を発行する方法が考えられます。

解説

1　合弁事業

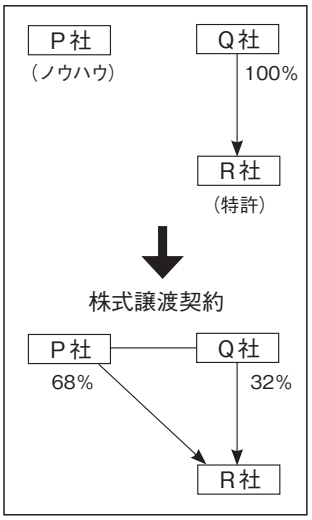
合弁事業は、各企業が単なる業務提携関係を通じて共同事業を営むにとどまらず、共同出資による事業体（合弁企業）を通して共同事業を営むことである。企業が合弁事業を立ち上げる理由は様々である。例えば、自社にはない技術や販売網を有している企業と協力することや、リスクの高い事業を共同で行い、当該リスクを分散することが考えられる。

本件で、P社は、自社商品の大量生産化を検討しているものの、それを実現する技術がなかった一方で、Q社の100％子会社であるR社が当該大量生産化に資する技術を持ち、かつ、独占的な権利である特許権を保有している。P社がR社に対し、キヌア餅を和菓子にするノウハウを供与すれば、人気商品の大量生産化を実現できることになる。他方、Q社は、将来的にR社を手放す意向もあるとのことであり、P社との合弁事業化を通じて、R社からの撤退に向かうことができる。本件は、当事会社双方にメリットが生じる合弁事業化であり、事業発展を目指すケースといえる。

2　合弁事業化の方法

資本提携を実現する方法としては、新たに合弁会社を設立する方法と、既存の会社を利用する方法が考えられる。本件では、早期に合弁事業化を実現したいとの要望があるところ、合弁会社を新たに設立する場合には、特許技術やそれを担う人材を移転するなどの手間がかかることが想定されるため、特許技術等を有するR社を合弁会社化することが合理的と思われる。

P社がR社に資本参加するには、Q社が保有するR社株の一部をP社に譲渡する方法や、R社が第三者割当増資によって、P社に株式を発行する方法が考えられる。この点、R社撤退を検討しているQ社が、R社に投下した資本の回収を目指したい場合には、P社が、Q社からR社株式を株式譲渡契約により取得し、その譲渡対価をもってQ社が投下資本を回収することが考えられよう。



なお、合弁事業においては、出資比率、機関設計、意思決定において拒否権の有無、将来の資金調達時の協力関係等、合弁会社に関するルールを交渉、設定することが重要になる。これらは合弁契約にて定められるが、今回は、紙面の都合上、立ち入らない。

1　Q2－1～Q2－3の事例は、いずれも非公開会社を前提とした架空のものです。また、解説で取り上げた方法は、様々な方法が考えられるM&Aの一例を紹介するものであり、状況に応じて手続の先後関係が変わることがあります。

参考文献
・田中亘『会社法』（東京大学出版会、平28）
・木俣貴光『企業買収の実務プロセス』（中央経済社、第2版、平29）
・三苫裕ほか編著『取引ステップで考える実践的M&A入門』（商事法務、平29）
・阿部･井窪･片山法律事務所編『契約書作成の実務と書式』（有斐閣、平26）

3　会社買収における株式評価について

弁護士　坂田 均

Q3－1

非上場株式会社の普通株式の評価はどの様にするのですか。

A3－1

上場会社の場合は、市場の取引相場がありますので、基本的にはその価格が株式の評価額となります。非上場会社の場合、株式評価の方法についてはいくつかの方式がありますが、主な方式としては、純資産価格方式、利益還元方式、類似業種比準方式があります。これらの方式を単独で使用したり、併用して按分したりするのが一般的です。

解説

大会社には、類似業種比準方式が使用される。これは類似業種の株価を基本に、1株あたりの配当金額、利益金額、純資産価格（簿価）の3つで比準して評価する方式である（業種目および業種目別株価は国税庁

ホームページ参照)。

小会社は、原則として、純資産価格方式によって評価される。純資産価格方式とは、課税時期における評価会社の資産を相続税評価額に評価替えし、その総資産の価格から負債や評価額に対する法人税等相当額を差引いた残額を発行済み株式総数で除した数字である。

中会社の場合は、類似業種比準方式と純資産価格方式を併用して評価している。

Q3−2

会社買収では、株式の評価方式としてDCF(Discounted Cash Flow)法というのが使用されるようですが、この方式はどのようなものですか。

A3−2

純資産価格方式は、会社の純資産を基礎にして株価を評価する方式ですが、欠点は会社の将来の収益を考慮していないところにあります。DCF方式は、この点に配慮して、会社が将来取得しうる収益を株式評価の基礎とする方式です。

解説

DCF方式は、将来の事業計画に従って各年度の純現金収益を基本にして評価をしていく方式である。事業計画では、買収後の会社の純現金収益がどの様に推移していくかが予想されている。課題は、買収によってどの様なシナジー効果が認められるかである。現実的には、買収資金が何年で回収できるかが重要である。概ね5年から7年のスパンでキャッシュフローの上昇を予測し、将来キャッシュフローを評価していくのが一般的である。

例えば、事業計画上の将来キャッシュフロー予測期間を5年とみて、買収価格が1億円の場合を想定して説明してみる。

まず、①5年の事業計画を立てる。②各年度の営業利益を含むフリー・キャッシュフローを予想する。③割引率を決める。割引率とは、投下資本に対する資本コストのことである。割引率に関しては、2つのポイントがある。第1は、将来のフリー・キャッシュフロー合計額を現在の価格に評価することになる。割引率は、将来のフリー・キャッシュフロー(純現金収益)の合計額を現在の価格に評価する計数である。これは中間利息の控除の考え方に似ている。例えば、損害賠償額の算定をするときに、「将来の得べかりし利益(逸失利益)」を前倒しで支払ってもらうために現在価格に再評価する場合、中間利息を控除する方式がとられるが、同様の考えに基づく。第2は、割引率として、どの様な要素を考慮するかである。一般的には、負債の資本コストと株式の資本コストで構成されると考えられている。割引率をいくらにするかは、DCF法を使用する場合の最も重要な課題であり、各要素のウェイトのかけ方が重要である。負債比率と株式比率を適宜按分して加重平均資本コスト(Weighted Average Cost of Capital:WACC)を割り出すことになる。

例えば、現在価値をXとすると、5年後の価値との関係はX＝Y(5年後価値)÷(1＋r)^{5}という計算式であらわされる。そうすると、5年後価値が1億円で、毎年度の割引率が5％であるとして、現在価値は、「100,000,000÷1.05÷1.05÷1.05÷1.05÷1.05＝78,352,616円となる。

なお、フリー・キャッシュフロー(純現金収益)は、計算式であらわすと以下のようになる。フリー・キャッシュフロー(純現金収益)＝(EBIT(一般に営業利益に受取配当を加算したもの)×(1−法人税率)＋減価償却費などの非資金費用)−(設備投資＋流動資産から同負債を控除した運転資本の増加額)

Q3−3

シナジー効果とは何ですか。

A3−3

買収される会社が買収する側のグループに入ることによって得られる相乗効果のことです。

解説

シャープを例にとろう。シャープは液晶技術の国内ブラックボックス化政策が失敗し、一時期中国や韓国のメーカーに市場を奪われる事態になった。その結果、シャープは長く業績の低迷が続いた。ところが、2016年に台湾のフォンファイ(鴻海精密工業)に買収されると、新たな政策の採用と販売網の利用によって、あっという間に業績を回復させてしまった。フォンファイは中国市場で「天虎計画」という拡販政策を実施し、2018年3月期には液晶テレビ販売を倍増させた。このように企業は異なる企業グループの傘下に入ることによって見違えるように生まれ変わることがある。これがシナジー効果である。

どのような要因がシナジー効果を生み出すのかは多様である。色々な状況が考えられるが、一般的には、技術のコラボレーション、異なる販売網の利用、優れた経営ノウハウの利用、強力なセグメントの存在、資金力強化等によってシナジー効果が期待される。

Q3−4

買収後の会社の純資産評価を超える部分は、資産の部に「のれん」として計上されますが、どの様なリスクがありますか。

A3−4

例えば、楽天は、2017年2月に、Vikiについて減損処理したと公表しました。減損価格は、おおよそ214億円に上りました。Vikiの運営する動画配信サービスは1カ月2200万人が視聴するというもので、デジタルコンテンツ分野での成長が期待されていました。その発表内容を引用すると、以下の通りです。

「当社は、国際会計基準（IFRS）に基づく減損テストを実施し、現在の事業環境を踏まえて将来の回収可能性を検討した結果、買収時に発生したのれん等の減損損失を計上いたしました。具体的には、連結子会社のVIKI, Inc（米国）においては、取り巻く市場環境の変化ならびに競合の動向により、当初策定した計画に対して遅れがあったことが原因です。しかしVIKI, Incは、グローバルなコミュニティを中核としたビジネスであり、引き続きデジタルコンテンツ事業の中でも重要な位置づけとされており、今後も持続的な成長を目指してまいります。」（https://corp.rakuten.co.jp/news/press/2017/0213_02.html参照）

解説

のれんには正と負ののれんがあるが、正ののれんは、無形固定資産として計上される。ところが、その価格については持続させることが困難な場合がある。その場合、会計上の処理としては、規則的な償却をする考え方と、減損会計で対応する考え方がある。後者は、投資額の完全な回収が見込めなくなった状態をいう。この場合、固定資産の減損処理は「固定資産の減損にかかる会計基準」に従って実施されるが、当該資産から生み出される将来キャッシュ・フロー（割引前）の合計額を見積もり、その額が帳簿価格を下回る場合には減損損失を認識する（同基準参照）。企業買収時には色々な思惑から純資産評価を超えて買収価格を決定することがあるが、この上乗せ部分について、将来、このような減損損失を計上せざるを得なくなるリスクがあるから十分覚悟をもって買収価格を算定しなければならない。

4　デューディリジェンス

弁護士　草地 邦晴

Q4−1　デューディリジェンスとは

デューディリジェンス（due diligence）とは何ですか？どのような場合に行われるものですか？

A4−1

主に投資やM＆A取引を行うに際して、対象となる会社の実態とリスクを、経営・財務・法務・労務などの観点から調査・分析することを言います。

解説

デューディリジェンス（due diligence　以下、解説では「DD」とする。）を明確に定義したものはなく、多義的に使用されているが、我が国では、特に企業買収や投資などの対象となる会社の企業価値や抱えている問題点を把握・検討するために行われる調査・分析、あるいはその手続を指して使われることが多い。

典型的には、ある会社を買収しようとする買主が、買収を決断するか否か、またその条件をどのように設定するかを検討するにあたり、事前にその会社（以下、M＆A取引の対象となる会社を「対象会社」という。）の保有する資産の価値、収益力、ビジネスの将来性等を把握するとともに、負担している債務や財務の健全性、契約、労務関係の実態やリスク等を把握し、その意思決定の参考とするような場合である。

その手続を定めた法令等があるわけではないので、予めそれぞれの目的や規模に応じて、調査の範囲、関与する専門家やチーム体制、スケジューリングなどを定める必要がある。詳細な調査は対象会社の協力なしには行えないため、必要に応じてM＆Aに向けた基本合意や、秘密保持契約などの締結を行い、対象会社との調整も行いながら、必要な協力や情報の開示を受け、すすめていくこととなる。

例えば、買収の場合を考えても、1対1で秘密裏にすすめる場合もあれば、複数社による入札の場合もあり、DDの範囲や期間にも様々な制約があり得る。途中で新たな情報や生じた事象によってその範囲や対象を変更し、追加しなければならないこともある。そのため、DDをいくつかの段階に分けたり、途中報告を行うなどして情報交換やフィードバックを行ったり、

追加的なDDが行われる場合もある。

他方で、短期間で行われるDDには限界があることから、そのような場合には、買収の最終合意段階で、一定の事実について売主が表明保証を行う（表明保証を行った事実に誤りがあった場合には、これにより買主に生じた損害を補償する内容の条項を設ける。）ことが多い。

Q4−2　弁護士の関与

企業買収を検討しています。資産、財務のチェックや買収金額の検討のため、公認会計士、不動産鑑定士などにデューディリジェンスを依頼するつもりですが、弁護士にも依頼した方がよいのでしょうか？

A4−2

規模や内容にもよりますが、買収の検討にあたっては法的な観点からの調査･分析も重要になりますので、弁護士による法務デューディリジェンスを行うことが望ましいでしょう。

解説

DDの対象となる事項は多岐にわたり、様々な専門家が分担して行われることが一般的である。財務･税務DDはその中心となることが多いと思われるが、これについては公認会計士･税理士がチームを組んで取り組むことが多い。また、事案における重要度に応じて、各専門家に依頼して行われる（コンサルティング会社などによって行われることもある。）。

これらのDDとともに重要なのが法務DDである。

例えば、一口に買収といっても、様々な手法が考えられる。吸収合併や株式交換、株式譲渡やTOB、第三者割当増資等、すでに枠組が決定されている場合であっても、手続を進めるに当たって問題となる法的障害の有無のチェックや、場合によってはその変更を検討すべき場合がある。

また、取引先等との重要な契約関係においては、守秘義務、競業禁止義務、不争義務など買主にも直接影響しかねない義務が含まれていないか、支配権の変更に伴う解除条項（change of control条項）が含まれていないか、契約書の不存在や不利益条項の存在などのリスク、潜在的な争訟リスク等をチェックし、その影響の分析が必要となる。

会社組織や社内規則の整備状況、株式･株主の管理、秘密情報の管理等、ガバナンスやコンプライアンス上のリスク、知的財産権の管理やライセンスの状況、侵害の可能性、重要資産の権利関係や労働関係などの調査も重要になることがあろう。

ケースによって対象や力点は異なってくると考えられるが、弁護士による法務DDが重要になることは多く、規模により複数の弁護士とこれを補助する者のチームで取り組むことが多い。

Q4−3　デューディリジェンスの内容

企業買収における買主側として、法務デューディリジェンスを依頼した場合は、具体的にどのようなことを行い、その結果はどのように報告されるのでしょうか？

A4−3

対象会社から必要な資料の提出を受け、関係者へのインタビューや立入調査を行います。他の専門家等との情報交換なども行い、その結果は報告書の形にまとめて提出することが一般的です。

解説

法務DDで行う内容については、対象会社の基本情報、事業の内容、予定されている買収の手法とタイムスケジュール、買主の重点事項等を踏まえて決定される。時間的に限られている場合には、優先順位や範囲を定めて行わざるを得ない。

一般的には、まず提出を求める資料の一覧を作成してこれを請求し、その提出を受ける。写しの提出を受ける場合、膨大な量となることがあり、機密性の観点から問題を生じることもあるので、セキュアな環境下にデータ化して、DDの構成員が閲覧できるようにすることが多くなっている。

その分析と並行して、対象会社の経営者や必要な情報を有する関係者に対してインタビューを行い、重点事項や不明点についての詳細を聴取する。また、現地での立入調査を行うこともある。

すでに企業買収に関する情報が公開されている場合は別として、程度の差はあれ密行性が求められることは多いので、特にインタビューや立入調査に関しては、対象会社との調整が必要となるし、スムーズな実施のためには、対象会社側の担当者との間での意思疎通が重要になる。

こうして得られた情報については、適宜分析を行い、他のDD専門家との間で情報の共有や意見交換を行う。また、追加調査の必要が生じた場合、特に重要な問題が発見された時などには、適宜報告を行う。

最終的には、DDの結果を調査報告書としてまとめて提出を行うのが一般的である。口頭での報告や中間

報告書等によって、途中で依頼者である買主側の意見や追加事項の確認などを行うこともある。

Q4－4　個別のチェックポイント

例えば、技術力に着目した対象会社の買収においては、法務デューディリジェンスで知的財産に関しどのようなチェックを行うのでしょうか。

A4－4

保有する知的財産権の権利関係、管理状況、ライセンス契約等の確認とそのリスク、第三者による侵害リスクと対象会社による第三者の権利の侵害リスク等について確認し、チェックを行います。

解説

企業におけるビジネス戦略上、知的財産権の重要性は益々大きくなっている。M&A一般に、商標や著作権、プログラムのライセンス関係、紛争リスクなどがDDでのチェック項目となるが、特に高い技術力を有するメーカーの買収をする場合には、その製造技術に関連する工業所有権の権利関係、ライセンスなどの利用関係を確認するとともに、他社からの侵害リスク、第三者の権利の侵害リスクなどの確認が不十分であると、企図した目的が達成できないということにもなりかねない。

検討の対象となる知的財産権は、工業所有権に限らず、著作権やノウハウ、営業秘密等にも及びうるが、買収が決定しているわけではない段階で、特に競合関係にある買収者に対して秘密情報を開示することはできない場合もありうるし、膨大な量に及ぶこともありうるので、DDとして必要な範囲や程度を見極め、重点分野を限定したり、開示方法や内容を工夫することが必要である。詳細な検討はその分野を専門とする弁理士等によることとなるが、短時間でできることは限られる。

特許、意匠、商標などについては、出願や登録内容、経過情報の概略はインターネットを通じて公開されているので、これによって概要は把握することができる。しかし、例えば無効となるリスクや紛争（潜在的なものを含む。）リスク、関連する契約関係などについては、インタビューなどによらざるを得ない。特に、すでに紛争化している知的財産権の侵害や被侵害に関する情報、将来発生するリスク、これらが将来の事業活動に与える影響などについては、確認をしておく必要性が高い。

その他に留意しておくべき事項としては、継続中の共同研究開発契約による契約上の義務の発生や、その成果の帰属に関する定めがあり、共有となっている権利にも注意が必要である。他社からライセンスを受けている権利については、独占性の有無、登録の有無、契約期間や不争義務などを確認しておくべき場合があろうし、その他社内的な問題としては、職務発明に関する規程や報奨金等の状況、機密情報の管理の状況などを確認しておく必要がある場合があろう。

5　M&Aに関連した重要裁判例の検討

弁護士　上里 美登利

Q5－1

対象会社に複数の株主がいるところ、対象会社を完全子会社化するために、親会社が少数株主から対象会社の株式を買い取る際、監査法人の算定よりも高額で買い取ったという場合に、この買取りを決定した取締役が善管注意義務違反に問われることはあるのですか。

A5－1

当該株式の取得の必要性、財務上の負担、取得を円滑に進める必要性の程度等に鑑み、その決定の過程、内容に著しく不合理な点がなければ、取締役としての善管注意義務に違反するものではないと考えられます。

解説

アパマンショップ株主代表訴訟事件（最高裁平成22年7月15日判決判例時報2091号90頁）は、本事例に似た事案において、株主による損害賠償請求に対して取締役の善管注意義務違反を認めた東京高裁平成20年10月29日判決（金融・商事判例1304号28頁）を覆し、いわゆる「経営判断の原則」を示した。

本最高裁判決は、本件の株式買取りが、親会社によるグループの事業再編計画の一環として対象会社を完全子会社とする目的で行われたものであるところ、このような計画策定は、完全子会社とすることのメリットの評価を含め、将来予測にわたる経営上の専門的判断に委ねられていると解されるとした。そして、この場合における株式取得の方法や価格については、取締

役において、株式の評価額のほか、取得の必要性、親会社の財務上の負担、株式の取得を円滑に進める必要性の程度等をも総合考慮して決定することができ、その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではないと解すべきであるとした。

上記の経営判断の原則の趣旨は、損害保険会社2社による共同株式移転の方法により共同持株会社が設立された際の株式割当比率が不当であるとして、損害保険会社1社の代表取締役に対して、株主から損害賠償請求が提起された事案（東京地裁平成23年9月29日判決）においても維持されたものと位置付けられている（ジュリスト1450号104頁）。企業再編における株価等の条件は、基本的には、各当事会社の取締役が経営判断を駆使しながら自由な交渉によって合意すべきものと考えられる（判例タイムズ1394号80頁参照）。但し、その前提として、情報収集の方法や意思決定の過程や内容の適正さを担保しておくことは当然に必要と考えられる。

Q5－2

いわゆる表明保証条項は、M＆Aの契約において一般的に記載されていますが、売主側は、1つずつ条項の内容を検討すべきなのでしょうか。

A5－2

売主側は、契約書における表明保証条項を確認し、各条項の内容に反する事実関係が存在しないかを点検する必要があります。

解説

売主側に表明保証違反が認められた場合、その効果は、代金額の調整、損害賠償、クロージング条件の欠缺等、基本的に契約において定められているが、売主側に損失をもたらす結果となる。そこで、売主側は、表明保証違反となる事実が存在しないか、契約前に注意する必要がある。

例えば、東京地裁平成24年1月27日判決（判例時報2156号71頁）は、次のような表明保証違反の事実を認定し、買主側の損害賠償請求を一部認容している。

①在庫に関して

本件の株式譲渡契約においては、「（A社）に悪影響を及ぼす資産がなく」（3条5項2号）、「同社の事業活動に必要な資産は全て良好に整備され、かつ良好な稼働状況にある」（3条5項4号）との表明保証条項が入っていた。

ところが、本件株式譲渡契約締結後に棚卸しを実施した結果、本件株式譲渡契約締結前から存在するA社の在庫品のうち、襖材522万8517円相当分及び障子材718万7217円相当分について、在庫数が全く変動しないか、多くても29個の変動にとどまったこと、上記在庫品は、サンプル作成や特注に対応するために取り寄せた加工済みのものであったこと、再加工して販売するためのコストが仕入代金より高くなること、実際に、約半年にわたって売込みをしても販売先が現れなかったことが認定された。そして、これらの事実を総合すると、上記在庫品は、特殊な加工が施されたものであったために、再加工して販売することも、そのままの状態で販売することも困難で、商品価値のない不良在庫品であると認められると判断されている。

売主側は、上記在庫品は劣化せず、転用可能な在庫であると主張するが、劣化しなくとも転用又は販売可能でなければ商品価値のないことに変わりはないし、現実にその後転用できなかったことからすれば、転用可能との売主側の主張は採用できないと判断された。

したがって、上記在庫品は商品価値のないものであるといえるが、売主側は、買主側に対してこの事実を開示していなかったから、上記表明保証に違反したと認められた。

②工場設備について

また、本件の株式譲渡契約においては、「事業活動に必要な資産は全て良好に整備されている」（3条5項4号）との表明保証条項が存在した。

ところが、対象会社は、株式譲渡契約の直近に消防署の立入検査を受け、工場について、「消防法違反（自動火災報知感知器の未警戒又は脱落）、火災予防条例違反（誘導灯未設置等）、建築基準法違反（面積区画未設置）の事実を指摘され、平面図の提出、2方面避難の検討、警戒区域図の修正等の指導を受け、…改修状況及び改修計画の報告を求められた」事実をもって、「これらの違反は工場設置当時からあったことが推認され」「本件株式譲渡契約締結当時…工場に、消防法、火災予防条例及び建築基準法に違反する不備があった」と認められ、上記表明保証に違反したと認定されている。

他にも、東京地裁平成19年7月26日判決（判例タイムズ1268号192頁）では、対象会社が運営していた店舗の1つの閉鎖による賃貸借契約の中途解約に基づく違約

金1945万5000円の存在を売主側が説明しなかったことを表明保証違反と認定し、この違約金額及び弁護士費用について、売主側の損害賠償義務を認めている。

Q5−3

買主側が対象会社のデューディリジェンスを実施する過程で売主側から提供を受けた情報については、どの程度注意して確認する必要があるのでしょうか。最終的に売主側の表明保証でカバーされるので、仮に情報の内容が表明保証された事実と相違していても補償されると考えておいて良いでしょうか。

A5−3

表明保証違反となる事実について、買主に悪意又は重過失がある場合等には、表明保証違反の事実があったとしても、売主側が責任を免れる可能性がありますので、買主は注意が必要です。

解説

東京地裁平成18年1月17日判決（判例タイムズ1230号206頁）は、消費者金融のM&Aにおける売主側の表明保証違反が問われた事案について、当該事案の結論としては、売主側の表明保証違反を認め、売主側に損害補償義務を負わせた。その一方で、「原告が、本件株式譲渡契約締結時において、わずかの注意を払いさえすれば、…被告らが本件表明保証を行った事項に関して違反していることを知り得たにもかかわらず、漫然これに気付かないままに本件株式譲渡契約を締結した場合、すなわち、原告が被告らが本件表明保証を行った事項に関して違反していることについて善意であることが原告の重大な過失に基づくと認められる場合には、公平の見地に照らし、悪意の場合と同視し、被告らは本件表明保証責任を免れると解する余地があるというべきである。」と判示した。このように、表明保証の範囲に含まれていても、デューディリジェンスの過程で開示された情報から、表明保証違反の事実を買主側が容易に知り得た場合には、売主側に対して表明保証違反を追及できない可能性があることに留意が必要である。

また、契約書中に、売主側の免責条項として「明示的に表明及び保証の違反を構成する事実を開示した」というような文言が入っている場合、表明保証違反の事実が存在しても、免責事由に該当する明示的な開示が認められた場合には、売主側が免責され得るため、買主は注意が必要である。

特集2 介護事故

1 介護事故に関する近時の裁判例

弁護士 小原 路絵

第1 はじめに

介護事故による損害賠償請求訴訟の裁判例に関する論文として、佐藤丈宜著「介護事故による損害賠償請求訴訟の裁判例外観―過失･安全配慮義務違反の判断を中心として―」(判例タイムズ1423号78頁)がある。同論文は、平成10年7月から平成27年7月までの85個の裁判例を取り上げている。また、三坂歩ほか著「医療･介護施設における高齢者の事故についての損害賠償請求に係る諸問題」(判例タイムズ1425号69頁)も、平成11年4月から平成27年3月までの裁判例66個を取り上げている。

平成27年7月以降の11個の裁判例について、上記論文ほど詳細な分析ではないが、紹介したい。

第2 裁判例

11個の裁判例のうち、誤嚥に関するものが3個(①⑤⑪)、転倒に関するものが2個(③⑧)、工作物責任に関するものが2個(②⑩)、移動リフトからの転落に関するものが1個(④)、送迎中の階段からの転落に関するものが1個(⑥)、施設からの抜け出しに関するものが1個(⑦)、リハビリ運動中の骨折に関するものが1個(⑨)あった。

一部認容含め、施設側の過失や安全配慮義務違反が認められているものが7個で、棄却されているものが4個あった(⑤⑧⑨⑪)。

1 ①鹿児島地判平成29年3月28日(LLI/DB判例秘書)

(1) 過失の判断等

平成26年1月に、介護老人保健施設の入所者(当時78歳、男性)が、**誤嚥**により窒息を生じ、低酸素脳症に陥った。誤嚥のリスクがあることを認識していた施設が、ロールパンを小さくちぎって提供するべき義務に反してそのまま提供したとして、使用者責任を認めた。

(2) 認容額

入所者自身の損害として、3708万5688円の請求のうち、3669万7146円を認め、妻子の慰謝料も合計385万円を認容した。

2 ②東京地判平成29年2月15日(判例タイムズ1445号219頁) 控訴

(1) 過失の判断等

平成25年7月に、認知症対応型共同生活介護サービスを提供するグループホームの入居者(当時93歳、男性)が、2階の居室の窓から**転落**した。本件窓には、本来窓が全く開かないように設置するストッパーが設置されていたが、ロックした状態でも22.5センチメートルまで開けることができるように設置され、押したり引っ張ったりすれば、鍵を使わずに取り外してしまう現実的な危険性があったとして、通常有すべき安全性を欠いていたとして、**工作物責任**を認めた。その前提として、一般的に、認知症高齢者が帰宅願望によって窓から脱出を試みて転落する危険性が高いため、このような事故防止のため、施設の設置又は保存について十分な措置を講じるべきとされた。

また、厚生労働省「身体拘束ゼロ作戦推進会議」の「身体拘束ゼロへの手引き～高齢者ケアに関わるすべての人に」(平成13年3月公表)を根拠にした、窓を完全に開閉できない状態にすることは一種の身体拘束にあたるので許されないとした施設側の主張は排斥された。同手引きには、問題のある具体例として、自分の意思で開けることのできない居室等に隔離することが挙げられているが、本件居室の入り口には外側から鍵が掛けられていない以上、入居者の移動の自由を制限していないとした。

(2) 認容額

設置保存の瑕疵と、3年後の死亡までの因果関係は否定し、3787万0334円の請求のうち、傷害･後遺症慰謝料を含む1075万8723円を認容した。

3 ③大阪地判平成29年2月2日(判例タイムズ1438号172頁) 控訴

(1) 過失の判断等

平成23年9月に、特別養護老人ホームの短期入

所者(当時79歳、男性)が、深夜にトイレに行こうとして**転倒**し、平成26年6月に死亡した。当該入居者は、パーキンソン症候群等の影響でふらつきによる転倒の危険性が高く、事故の直前にも転倒事故を起こしており、利用当初から一人でトイレに行こうとしていた。施設側はナースコールを使うよう求めていたが、入居者本人に聞き入れてもらえない状況で、声掛けを繰り返したとしても不十分で、離床センサーの設置が義務付けられていたとして、施設の安全配慮義務違反を認めた。

(2) 認容額

妻子合計2549万0419円の請求のうち、入居者本人の慰謝料総額を1300万円とし、さらに治療費及び入院費を認め、4割の過失相殺を行い、991万2854円を認容した。

4 ④東京地判平成28年12月19日(LLI/DB判例秘書)

(1) 過失の判断等

平成26年8月に、特別養護老人ホームの入所者(当時75歳、女性)が、介護用リフトで、ベッドから車椅子に移動する際、**リフトから転落**し、翌日、外傷性くも膜下出血等により死亡した。施設に勤務するヘルパーが、本件リフトの、被介護者の体を覆うスリングシートの四隅のループが、スリングバーの両端のフックに引っかかっているかを確認しなかったとして、使用者責任を認めた。

(2) 認容額

夫及び子2名の合計3731万4118円の請求のうち、死亡慰謝料1200万円、遺族固有の慰謝料各100万円を含む、合計1752万4118円を認容した。

5 ⑤東京地判平成28年10月7日(LLI/DB判例秘書)

(1) 過失の判断等

平成26年2月に、デイサービスの利用者(当時59歳、性別不明)が、昼食中に鶏の唐揚げを喉に詰まらせ、死亡した。当該利用者は、脳梗塞で左半身麻痺のため咀嚼困難で食べこぼしが多かったが、「通所介護アセスメント表」には、食事は自立していて、常食、嚥下は普通、禁食無しとされ、**誤嚥**について主治医及び家族からも特段の注文や要望もなく、事故当時に初めて当該施設を利用しており、誤嚥の予見可能性を否定した。また、事故発生後の対応に関する注意義務違反も否定した。

(2) 認容額

請求棄却。

6 ⑥福岡地判平成28年9月12日(LLI/DB判例秘書)

(1) 過失の判断等

平成24年9月に、特別養護老人ホームのショートステイの利用者(当時100歳、女性)が、職員の送迎で自宅に帰宅する際、階段を踏み外して**転落**し、階下の道路に後頭部を強打し脳挫傷等を負い、救急搬送により入院し、同年11月に誤嚥性肺炎で死亡した。安全配慮義務の具体的内容は、利用者の能力、現場の状況により異なるとして、本件では、雨天で、平地よりバランスを崩しやすい階段であることなどから、予見可能性があり、階段を上る際、常時、その身体を注視し、その身体を適切に支え、バランスを崩して転落しないようにする安全配慮義務を負っていたとした。

(2) 認容額

子らの合計6000万円の請求のうち、入通院・死亡慰謝料1500万円他入院費等を認め、過失相殺3割を行って、1358万4810円が認められた。

7 ⑦福岡地判平成28年9月9日(LLI/DB判例秘書)

(1) 過失の判断等

平成26年1月に、デイサービスの利用者(当時76歳、女性)が、午後0時39分頃に施設を**抜け出し**、同日夜頃、約1.5キロメートル離れた畑の中において、低体温症により死亡した。利用者には徘徊癖があり、施設もこれを認識している以上、事故当日も帰宅願望があり、直前にも非常口に向かっていたとして、動静を見守るべき義務(注視義務)に違反したとして、債務不履行及び使用者責任を認めた。

(2) 認容額

夫及び子の合計2964万0525円の請求のうち、2870万8945円を認めた。

8 ⑧東京地判平成28年8月23日(LLI/DB判例秘書)

(1) 過失の判断等

平成26年5月に、介護付有料老人ホームの入居者(当時87歳、女性)が、施設リビングで**転倒**し、傷害を負った。入所以来歩行状態の不安を窺わせる事実はなく、転倒事故の予見可能性を否定した。

(2) 認容額

請求棄却。

9 ⑨名古屋高判平成28年8月4日(判例時報2314号64頁)(原審:名古屋地判同年3月4日) 上告

(1) 過失の判断等

平成24年2月に、生活介護サービス施設の利用者(当時26歳、女性)が、利用者の姉らの指示により、施設が、利用者の左足を伸ばす運動をさせた

際、骨折が発生した。姉らが骨密度が極めて低い状態であることを伝えておらず、これまで自宅で行ってきた**リハビリ運動**を依頼したとして、医師等専門家の意見を聞かずリハビリを開始したとしても、不法行為または契約上の注意義務違反は認められないとした。

(2) 認容額

原審:請求棄却。控訴審:控訴棄却。

10　⑩東京高判平成28年3月23日(LLI/DB判例秘書)

(1) 過失の判断等

平成24年8月に、介護老人保健施設の短期入所者(当時84歳、男性)が、夜間に無施錠の2階食堂に入り、窓に設置されていたストッパーをずらせて開放させ、窓から**転落**して死亡した。本件ストッパーは容易にずらすことができ、通常有すべき安全性を欠いていたとして、**工作物責任**を認めた。

(2) 認容額

相続人合計3532万1223円の請求のうち、2934万4491円を認めた。

11　⑪大阪地判平成27年9月17日(判例時報2293号95頁)　確定

(1) 過失の判断等

平成25年4月に、訪問介護サービスの利用者(当時67歳、女性)が、食事中の**誤嚥**により、窒息で死亡した。利用者本人や家族が誤嚥の危険を訴えたという記録はなく、夕食時に誤嚥を防止する法的義務はないとした。

(2) 認容額

請求棄却(ただし、介護事故以外のその他の請求を一部認容)。

第3　検討

介護施設における事故においては、施設側の人員体制や、被介護者の尊厳との関係から、危険防止策が行き過ぎた身体拘束にあたらないかなどが問題となることが多い。この点、③の裁判例について、「離床センサーについては、実質的にナースコールの利用を強制するに等しく、身体拘束の一種として評価されるおそれがあることから、その利用については慎重であることが望ましい」とし、「介護事業者としては、必要な介護を拒む利用者に対しては、介護に応じるよう説得を尽くすことが原則」で、「介護に応じない利用者に対して直ちに離床センサーの導入を検討する義務を介護事業者に課すものではない」との指摘がある(判例タイムズ1438号173頁)。

また、施設の設備との関係では、②と⑩の裁判例が、窓からの転落防止措置に関し、工作物責任を認めている。⑦の裁判例では、施設からの抜け出し防止策として、非常口への人の出入りを音で知らせる器具の設置義務は否定し、当時の職員の配置状況から、見守りが可能であったとして、注視義務違反を認定している。

転倒に関する③と⑧の裁判例では、判断が分かれているが、過去の転倒歴など、具体的な予見可能性の有無が問題になったと考えられる。具体的予見可能性については、事故の原因·誘因の有無、内容、程度等が勘案されるが、患者が突然特異な異常行動に出たなどの事例以外は予見可能性が認められやすい傾向にあるとの指摘もある(塩崎勤ほか『医療事故　判例の研究Ⅱ』508頁［加々美光子］(民事法情報センター、2010))。

今回紹介した裁判例は、被介護者の属性や事故に至る経緯など、いずれも事例判断ではある。しかし、同種裁判例が増加し、今後も増加することが予想される中、医療機関における診療ガイドラインに代わるものがない介護施設において、施設の過失や安全配慮義務の要求水準を検討する上で、参考になるものと思われる。

2　介護施設における転倒リスクアセスメント

弁護士　住田 浩史

第1　はじめに

高齢者の転倒は、いわゆる廃用症候群等、深刻な予後を招くおそれがある。特別養護老人ホーム、介護老人保健施設などの居宅型介護施設においては、利用者との契約に基づく本来的給付義務(保護義務)として、施設利用者の転倒による生命、身体の危険の発生を可能な限り回避し、減少させなければならない。介護施設が、リスクに対してどのような対応策をとるかの前提として、まずは、ひとりひとりの施設利用者の転倒リスクを適切にアセスメント(評価)する必要がある。

本稿では、転倒リスクアセスメントのあり方につい

て、いくつかの例を参考にしながら考察する。

第2　転倒リスクアセスメントのあり方

1　リスクアセスメントのガイドライン

まず、どのように策定すればよいのか。これについては、省庁や自治体などの多くの機関が、施設向けに、リスクアセスメントの手法について、ガイドラインを出しており、参考となる。

(1) 東京都福祉保健局のガイドライン

東京都福祉保健局は、2009年3月、社会福祉施設に対して、「社会福祉施設におけるリスクマネジメントガイドライン」[1]を発出した。

同ガイドラインにおいては、リスクマネジメント上重要なものとして「転倒･転落に対する予防策」について触れ､「転倒･転落のアセスメントシートを活用することで事故防止につなげることが考えられます。入所時、一定期間後、ADLの変化や入所生活に変化があったときなどにしっかりとアセスメントをしておくことで潜在的な転倒リスクの大きさを把握し、職員の適切な対応を促します。」としている。

(2) 東京都病院経営本部のマニュアル

東京都病院経営本部は、都立病院共通のマニュアルとして「転倒･転落防止対策マニュアル」[2]を策定し、「『転倒･転落』事故防止を図る上で職員が患者さんに危険度について、共通の情報･認識を持つことが重要と考えました。そのためには、患者さんの危険度を測る共通した評価法が不可欠であり、都立病院で統一した『転倒･転落アセスメントスコアシート』を作成しました」として、適切なアセスメントツールを出発点として、対策を立案すべきことが重要であるとしている。

2　具体的なリスクアセスメント手法

実際に、転倒予測に関するアセスメントツールとして公表されているものとしては、下記のものがある。

なお、アセスメントにおいて、一定のシートを用いることが推奨されているのは、評価者によってまちまちな、恣意的、主観的な評価になることを避け、できるだけ定量的かつ定性的にリスクを評価するためである。

(1) 東京都福祉保健局のアセスメントシート

東京都福祉保健局は、上記でも紹介した「社会福祉施設向けのリスクマネジメントガイドライン」39頁で、有用なものとして、主として、表1のようなアセスメントシートを紹介している。

また、個々の入居者の具体的なアセスメントの仕方については、さらに別表を設けており、評価者によりアセスメントが異ならないような工夫がなされている(同40頁)。

(2) 東京都病院経営本部の転倒･転落アセスメントスコアシート

東京都病院経営本部の提案する転倒･転落アセスメントスコアシートは、表2のとおりである(前掲「転倒･転落防止対策マニュアル」4頁)。

(3) 鈴木みずえ教授作成の転倒･転落アセスメントスコアシート

また、認知症高齢者の転倒防止策について優れた研究を行っている鈴木みずえ教授は、病院用として用いられている日本看護協会作成のスコアシートに、高齢者施設向けに改変を加えた「高齢者施設用転倒･転落アセスメントスコアシート」を提案している[3](表3)。

ここで、鈴木教授がとくに着目しているのは、BPSD(認知症周辺症状)である。すなわち、「軽度の歩行障害で移動機能の不安定」さに、BPSDの諸症状が加わることによって、転倒リスクが高まり「頻回に転倒を起こす」ことを強調している。

(4) 医療法人輝山会介護老人保健施設万年青苑のフローチャート

介護老人保健施設の万年青苑は、実際に発生した転倒･転落事故についてのレトロスペクティブなレビューを行い、その結果、表4のような簡易なフローチャートを用いて、転倒リスクを高、中、低の3段階で評価する手法を考案している[4]。

とくに、93例の転倒･転落事故について、実に74例の転倒･転落の既往が認められていることから、「過去6か月以内の転倒･転落の有無」がある者はそれだけで「高リスク」と評価すべきと位置付けており、「転倒･転落の既往は、その後の転倒･転落を予測する重要な危険因子」として最重要視すべきであるとしている。

(5) 青梅慶友病院･よみうりランド慶友病院のリスクアセスメントツール

青梅慶友病院･よみうりランド慶友病院においては、転倒事故の要因の調査に基づき、高齢者の転倒事故の発生を予測するのに有効な12項目を重要な「リスクファクター」とし、このチェックをもって、転倒リスクのアセスメントツールとしている[5]。

12項目のうち、もっとも重要なのは「1年以内の転倒･転落事故の経験をしたか否か」のチェックである。また、上記万年青苑と同様､BBS(バーグ･バランス･スケール)などの理学療法的評価法を利用して、高齢者のバランス能力を評価すべきとしている。また､「自立歩行」が可能と評価された場合にも、杖や歩行補助具の使用についても積極的に奨励しているが､「認知症を有していて、杖や歩行補助具の使い方が理解できない場合は、人的な歩行介助を行います」としている。

また、高齢者の認知症が、転倒のおそれに具体的にどのように影響するかについては、上記(3)同様、BPSDに着目している点が注目される。

なお、このように、BBSをアセスメントツールとして使用する手法は、実務的な文献[6]でも支持されており「慣れれば15分で実施可能である」とされている。

(6) 泉らの改訂版アセスメントツール

このシートは、旧来より標準的な転倒リスクアセスメントシートとして著名なものであり、上記の各シートのベースにもなっているシートであるため、表5として掲げておく[7]。

泉らのツールでは、質問7問(点数は0点～9.5点。質問によって傾斜がつけられている。)のみで、簡易に計測及び集計ができる。

ここでは、1問目の「約1～2年間の転倒経験」が、全9.5点中の「4点」と、極めて重要な要素を構成していることがわかる。

なお、7問目の「ナースの直感」(1点)については、定型的な事項のほか、対象者の日常の様子から転倒の不安があるかどうかを判断することも重要であることを示している。実際の調査において具体的に記載された内容としては、不安定な歩行、緩慢な動作、歩行時のふらつき、不安定な立位、移動の不適切な行動などの不安定な身体状態が60～70％を占めており、また、実際に転倒した患者について記載された内容をみると、不安定な身体状態のほか、認知症等を原因とする理解力不足による行動があるなどの記載が多く目立っていた。

第3　転倒リスクの評価に基づいて行われるべき対策

もちろん、アセスメントをして終わりではない。

肝心なのは、介護施設が、アセスメントした結果を、現場でどう使うかである。

1　共通の対策:アセスメント結果の周知、把握

まず、リスクの程度にかかわらず、入居者ひとりひとりについて、転倒リスクの程度はこの程度である、というリスクの周知、把握が必要である。

これを行わなければ、対策のとりようがないからである。高リスクの人に対して手厚い対策を行うこともなく、平板に「転倒を防ぎましょう」としても、何ら防止策を施したことにはならない。

2　歩行についての対策

歩行に伴うリスク対策に関しては、まず、標準的な対策として、①床の障害物の除去(コード、水の拭き取り)をし、また、床の素材についてゴムや緩衝材を用いるなどし、転倒をしても重大な傷害が発生しないようにすること、②着衣への注意(靴、寝間着の裾丈)、③点滴スタンド等の可動性確保、④歩行の指導、⑤理解力が低下している患者の場合は、離床センサーの使用が考えられる。

さらにリスクが高い入居者に対しては、重点的に、とくに認知症においてはBPSDなどの周辺症状に配慮し、個々の入居者の症状にあわせた、独自のケアプランが必要となり、⑥保護帽子の着用、⑦手すりや杖その他の歩行補助具の利用、⑧介護担当者の視野に入れておく、⑨歩行時に付き添う、⑩清掃時には立入禁止にする、などの対策を考えなければならない。また、⑪転倒につながる薬剤の投与についても再度検討することが必要となる。

このうち、⑧及び⑨は、入居者の歩行能力に対応して行われることとなり、例えば、前掲した青梅慶友病院･よみうりランド慶友病院のリスクアセスメントツールにおいては、BBSの実施結果に応じて、「歩行自立」「歩行監視」「歩行介助」と区分分けし、また⑦の歩行補助具の利用について、認知症により理解ができない場合には、「人的な歩行介助を行」うべきであるとされており、参考となる。

さらに、このような高リスク歩行者に対する措置を全て実施しても入居者の歩行の安全が確保できないと考えられる場合は、⑫もはや安全な歩行は困難であると判断し、家族らとも相談の上、車いすなどの福祉用具の使用や、退所して他の適切な介護が可能な施設への入所や入院なども視野に入れ、⑬他に取るべき措置がなく、それでもなお、生命ないし身体の危険がある緊急の場合には、必要最小限の拘束、抑制を検討すべきである。

3　家族への説明、報告

また、認知症高齢者の場合、自らが転倒リスクが高い、ということを認識することができず、自ら注意して事故を防止する、ということが全く期待できない。

よって、施設は、家族に対して、入居者が転倒・転落のリスクが高いということを説明しなければならない。もちろん、上記2のように、歩行に伴うリスクが高く、福祉用具の使用や、抑制、拘束などの手法を取る際には、当然、事前に十分な協議をしなければならない。

4　リスクの再評価

また、施設は、転倒リスクについて「適時」適切な評価を行わなければならず、一定の期間が経過した、心身の状況が変化した、事故などの何らかの事情が生じた場合などには、必ず、リスクの再評価をし、それに従って、上記の対策も再度検討しなければならない。

第4　むすびに

利用者の転倒事故についての介護施設の責任をめぐる法的紛争は、近年、増加しているように見受けられる。

そして、このような紛争においては、介護施設から、転倒を防止するためには人的リソースが足りない、との主張がなされることがしばしばある。確かに、人的リソースには限りがあり、すべての利用者について、すべての場面において、すべての転倒が施設に帰責される、ということにはならないであろう。

しかしながら、見極めなければならないのは、前提として、できる限りのリスクアセスメントを行い、利用者のリスクの大小に応じた重点的な対策をとったものの、なお防止できなかった、ゆえに「人的リソースが足りない」ということなのか、それとも、何らリスクアセスメントを行わず、または対策をとらなかったにもかかわらず、単に「人的リソースが足りない」としているのかである。

介護施設においては、本稿で紹介したようなアセスメントシートを利用することにより、適時適切なリスクアセスメントを行い、限られた人的リソースを最大限効果的に運用して、可能な限りの転倒事故防止に努めるべきと考えられる。

1　http://www.fukushizaidan.jp/htm/027c_note/data/027_c_note_090827_guideline_original.pdf
2　http://www.byouin.metro.tokyo.jp/hokoku/anzen/documents/jikoyobo0801.pdf
3　鈴木みずえ「施設での転倒予防、ここに注意する」コミュニティケア13巻4号、58頁(2011年)
4　熊谷純久ほか「老人保健施設における入所時の転倒・転落リスクアセスメント」長野県作業療法士会学術誌30巻、92頁(2012年)
5　中間浩一(大塚太郎監修)『こうして減った！　転倒転落事故防止リスクアセスメント＆グループワーク』(日総研出版、2013年)
6　鈴木みずえ編『ベッドサイドですぐにできる！　転倒・転落予防のベストプラクティス』(南江堂、2013年)
7　泉キヨ子ほか「入院高齢者の転倒予測に関する改訂版アセスメントツールの評価」金沢大学つるま保健学会誌27巻1号、95頁(2003年)

【表1　東京都福祉保健局のアセスメントシート】

転倒・転落アセスメントシート

利用サービス	■ 特別養護老人ホーム入所	入所年月日	平成 16 年 3 月 17 日
	□ 短期入所生活介護事業所	要介護度	要支援 ・ 1 ・ 2 ・ ③ ・ 4 ・ 5

氏名	U . H	男 ・ 女	生年月日	M・T・S 3 年 2 月 5 日	91歳

・該当する項目に○をつけて下さい。(評価ｽｺｱーに)

分類	特　徴	配点	評価年月日		
			9月1日	/	/
認知症状	□ 認知症の症状は見られない	2			
	□ 認知症の症状が多少みられる	4			
	□ 認知症の状がかなりみられる(寝たきりの方はノーチェック)	5	○		
行動障害	□ 判断力・理解力・記憶力の低下がみられる	5	○		
	□ 目的もなく動き回る(徘徊やベッド上などで多動)	2	○		
	□ 夜間の不眠や不穏がある為、昼夜逆転がちである	4			
	□ 不穏・興奮等がある	4	○		
	□ 幻視・幻聴がある	1	○		
	□ 物を取られたなどの被害的になることがあり、探し回る	3	○		
	□ 能力の過信や危険性の認識不良がある	4	○		
	□ 頑固である	3	○		
	□ 周りに左右されやすい	1			
	□ コールを押さないで行動しがちである	5			
	□ コールを認識できない・理解できない(寝たきりの方はノーチェック)	5	○		
	□ 何事も自分でやろうとする	4	○		
	□ 環境の変化になれていない、慣れにくい	1	○		
既往歴	□ 過去に転倒・転落したことがある(寝たきりの方はノーチェック)	6	○		
	□ 脳原生・神経原生に疾患がある(寝たきりの方はノーチェック)	3			
感覚	□ 視力障害ある(寝たきりの方はノーチェック)	1			
	□ 聴力障害がある(寝たきりの方はノーチェック)	1			
	□ 足の裏がついている感じがしない(意思疎通が困難な場合はノーチェック)	1			
運動機能	□ 足腰及び下肢の筋力低下がある(寝たきりの方はノーチェック)	5	○		
	□ 上・下肢に痛みやしびれ感がある(寝たきりの方はノーチェック)	3	○		
	□ 麻痺がみられる(寝たきりの方はノーチェック)	1			
	□ 骨・関節異常がある(拘縮・変形)(寝たきりの方はノーチェック)	3			
活動領域	□ 歩行時、前傾姿勢、ふらつきや傾きやこきざみ歩行、歩行時つまづくがある	4	○		
	□ 端座位及び背もたれがあっても座位がとれない	1			
	□ 歩行に杖や歩行器が必要である	1			
	□ 常に車椅子を使用しており、立位や立ち上がりは、一人で行う	2			
	□ 車椅子移動しているが、移乗は自分で行う	2			
薬剤	□ 睡眠安定剤を使用している	2	○		
	□ 利尿剤を使用している	1			
	□ 下剤を使用している	1	○		
排泄状況	□ 尿・便失禁がある(寝たきりの方はノーチェック)	2	○		
	□ 頻尿である(寝たきりの方はノーチェック)	1			
	□ ポータブルトイレを使用している	1	○		
	□ 排泄に介助が必要である(寝たきりの方はノーチェック)	5	○		
《危険度と評価スコアの合計》		合計	66		

			危険度			
危険度Ⅰ	20点～30点	転倒・転落を起こす可能性がある。		Ⅲ		
危険度Ⅱ	31点～49点	転倒・転落を起こしやすい。				
危険度Ⅲ	50点～100点	転倒・転落をよく起こす。				

【表2　東京都病院経営本部のアセスメントスコアシート】

患者ID	患者氏名	年齢	性別

以前に転倒・転落したことがある（概ね3ヶ月以内）

いいえ ↓　　はい

転びそうな印象がある（看護師の直感）

いいえ ↓　　はい

1～18の項目の合計点数で、レベルⅠ・Ⅱに分類

番号	分類	項目	スコア	評価日		
				／	／	／
1	年齢	70歳以上	1点	□	□	□
2	活動	足腰の弱り・筋力低下・麻痺がある	3点	□	□	□
3		ふらつきがある				
4		車椅子・杖・歩行器を使用している				
5	認識	不穏行動がある	4点	□	□	□
6		理解力・記憶力の低下がある				
7		自立心が強い				
8		自分を過大評価する				
9	排泄	夜間トイレに起きる	2点	□	□	□
10		排泄時見守りが必要				
11		排泄時介助が必要				
12	神経系に作用する薬剤	麻薬使用	5点	□	□	□
13		抗不安薬・睡眠薬	3点	□	□	□
14		抗精神病薬・抗うつ薬・気分安定薬・精神刺激薬・抗てんかん薬・片頭痛薬・鎮痛薬・制吐薬・鎮暈薬・パーキンソン薬・脳卒中薬・抗認知症薬・自律神経作用薬・筋弛緩薬等のうち めまい・ふらつき等の副作用がある薬剤	4点	□	□	□
15	その他薬剤	浣腸・緩下剤使用	1点	□	□	□
16		降圧剤・利尿剤使用	1点	□	□	□
17	環境	入院・転科・転棟・転室した（48時間以内）	2点	□	□	□
18		点滴・酸素吸入・ドレーン類あり	2点	□	□	□
		合計点数→				

合計点数　0点～6点 ↓

転倒・転落リスクレベルⅠ
転倒・転落を起こす可能性がある
転倒・転落防止標準対策実施

合計点数　7点以上 ↓

転倒・転落リスクレベルⅡ
転倒・転落を起こしやすい
転倒・転落防止標準対策実施
及び
個別看護計画立案・実施

【表3　鈴木教授のアセスメントスコアシート】

高齢者施設用転倒・転落アセスメントスコアシートの作成案　表1

［事故発生率とスコア基準］

20～30％ ----------

1点 ----------

50％前後 ----------

［危険度と評価スコアの合計］

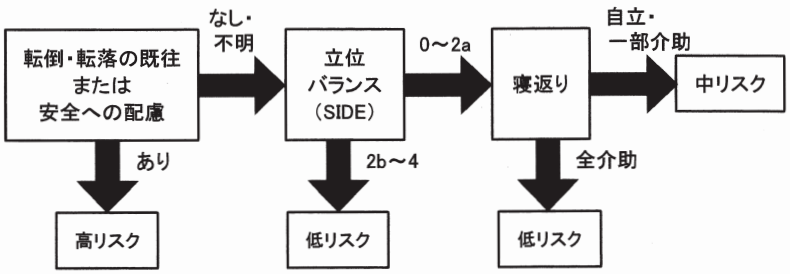
危険度Ⅰ（0～5点）　転倒・転落を起こす可能性がある。
危険度Ⅱ（6～15点）　転倒・転落を起こしやすい。
危険度Ⅲ（16点以上）　転倒・転落をよく起こす。

転落・転倒アセスメント・スコアシート（例）

分類	特徴	評価スコア	患者評価		
A 年齢	75歳～85歳*	2			
B 既往歴	・転倒・転落したことがある ・失神したことがある	2			
C 感覚	・視力障害がある ・聴力障害がある	1			
D 機能障害	・麻痺がある、しびれ感がある ・骨、関節に異常がある（拘縮、変形）	3			
E 活動領域	・足腰の弱り、筋力の低下がある ・車椅子・杖・歩行器を使用している ・移動に介助が必要である ・ふらつきがある ・寝たきりの状態である	3			
F 認識力	・見当識障害、意識混濁、混乱がある ・認知症がある ・判断力、理解力の低下がある ・不穏行動がある ・記憶力の低下があり、再学習が困難である ・看護・介護の抵抗がある* ・感情障害がある* ・車椅子から急に立ち上がる*	4			
G 薬剤	□鎮痛剤　□抗パーキンソン剤 □麻薬剤　□降圧利尿剤 □睡眠剤・安定剤*　□浣腸緩下剤 □向精神薬*	それぞれ1			
H 排泄	□尿、便失禁がある　□トイレ介助が必要 □頻尿がある　□尿道カテーテル留置 □夜間トイレに行く　□トイレまで距離がある	それぞれ2			
		合計			
		危険度			

※査定日は入居当日、1週間後、病状変化時とする
※A～Fは、分類毎にスコアを付け、G、Hはチェック数毎に加算する
＊の部分を著者が一部改変。

【表4　万年青苑のリスクアセスメント】



※フローチャートの判定基準	
転倒・転落の既往：過去6か月以内の転倒・転落の有無	
安全への配慮：入所前生活での身体拘束や特別な監視体制等の有無	
立位バランス（SIDE）：表を参照	
寝返り	自立：介助不要，支持物の有無や左右の区別は問わない
	一部介助：介助量50%未満
	全介助：介助量50%以上

図4　フローチャート

【表5　泉らの改訂版アセスメントツール】

1. この患者さんはここ1～2年位の間に転倒したことがありましたか？
　0. いいえ　4. はい（いつ頃ですか　　）

2. この患者さんの知的活動は以下のどれですか？
　0. 特に問題ない　1. 問題あり（a. 混乱している、b. 部分的に忘れる、
　c. 過大評価する、d. その他＿＿＿＿＿　）

3. この患者さんは日常生活に影響を及ぼすような視力障害があると思いますか？
　0. いいえ　0.5 はい（判断の手がかりは　　）

4. 排泄の介助が必要ですか？
　0. いいえ　1. はい（どんな介助ですか　　）

5. この患者さんの移動レベルは以下のどれですか?
　0. 自立またはベッド上安静　0.5 歩行器や杖などの補助具を使用　1. 車椅子

6. 最近3～4日くらい前から患者さんに次のような変化がありましたか？（薬が変わる、
　発熱、部屋替えなど環境が変わる、家族に変化があった、施設での行事、他）
　　*入院・転病棟・転室時ははいになります
　0. いいえ　1. はい（どんなことですか　　）

7. あなたは（直感的に）この患者さんが転倒の危険があると思いますか？
　0. いいえ　1. はい（特に判断した手がかりは　　）

総得点＿＿＿＿＿＿＿＿

再婚禁止期間を定める民法733条の合憲性
―最高裁平成27年12月16日大法廷判決

弁護士　森貞 涼介

第1　事案の概要

本件は、Xが女性について6箇月の再婚禁止期間を定める民法733条1項(2016年の改正前)の規定(以下「本件規定」という。)は、憲法14条1項及び24条2項に違反すると主張し、本件規定を改廃する立法措置をとらなかった立法不作為(以下「本件立法不作為」という。)の違法を理由に、国家賠償請求訴訟を提起したものである。

Xは、平成20年3月28日に前夫と離婚し、同年10月7日、Bと結婚した。Xは、本件規定により婚姻が遅れ、精神的損害を被ったとして、国に対し165万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めた。

第2　再婚禁止期間

再婚禁止期間(待婚期間)は、父性推定の衝突を避けるために規定されていると説明される。民法772条2項によって、「婚姻の成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定」される。このため、もし前婚の解消直後に再婚がされると、前婚の解消後300日以内で、かつ後婚の成立後200日以後の子が生まれる可能性があり、父性推定が衝突してしまう。

このような父性推定の衝突を避けるための期間が再婚禁止期間である。しかし、民法772条2項の規定構造からすれば、父性推定の衝突を避けるためには、100日をおけば足りるはずであり、6箇月は過剰な規制であるとの批判が強かった[1]。なお、この6箇月という数字にはっきりとした計算的な基礎はない。沿革的には、西欧の立法例を参照して、民法施行前の再婚禁止期間であった300日(明治7年9月29日太政官指令)を短縮して定められたといわれる[2]。

第3　判示

結論として、最高裁平成27年12月16日大法廷判決は、民法733条1項の再婚禁止期間の100日超過部分は憲法14条1項及び24条2項に違反するとしたが、本件立法不作為は国家賠償法上違法ではないとして、Xの請求を棄却した。以下、判決の一部を引用する。

1　判断枠組み

憲法14条1項は、法の下の平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである……。そして、本件規定は、女性についてのみ前婚の解消又は取消しの日から6箇月の再婚禁止期間を定めており、……このような区別をすることが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない場合には、本件規定は憲法14条1項に違反することになると解するのが相当である。

ところで、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。……また、同条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定しており、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。婚姻は、これにより、配偶者の相続権(民法890条)や夫婦間の子が嫡出子となること(同法772条1項等)などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることをも併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる。

そうすると、婚姻制度に関わる立法として、婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については、その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である。

そこで、本件においては、……区別をすることの立法目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の

具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有するものであるかどうかという観点から憲法適合性の審査を行うのが相当である。……。

2　本件規定の目的

……以上のような立法の経緯及び嫡出親子関係等に関する民法の規定中における本件規定の位置付けからすると、本件規定の立法目的は、女性の再婚後に生まれた子につき父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解するのが相当であり……、父子関係が早期に明確となることの重要性に鑑みると、このような立法目的には合理性を認めることができる。

3　本件規定との立法目的との間の合理的関連性

(1) 本件規定のうち100日以内部分

……夫婦間の子が嫡出子となることは婚姻による重要な効果であるところ、嫡出子について出産の時期を起点とする明確で画一的な基準から父性を推定し、父子関係を早期に定めて子の身分関係の法的安定を図る仕組みが設けられた趣旨に鑑みれば、父性の推定の重複を避けるため上記の100日について一律に女性の再婚を制約することは、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものではなく、上記立法目的との関連において合理性を有するものということができる。

(2) 本件規定のうち100日超過部分

……しかし、その後、医療や科学技術が発達した今日においては、上記のような各観点から、再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず、一定の期間の幅を設けることを正当化することは困難になったといわざるを得ない。……婚姻をするについての自由が憲法24条1項の規定の趣旨に照らし十分尊重されるべきものであることや妻が婚姻前から懐胎していた子を産むことは再婚の場合に限られないことをも考慮すれば、再婚の場合に限って、前夫の子が生まれる可能性をできるだけ少なくして家庭の不和を避けるという観点や、婚姻後に生まれる子の父子関係が争われる事態を減らすことによって、父性の判定を誤り血統に混乱が生ずることを避けるという観点から、厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間を超えて婚姻を禁止する期間を設けることを正当化することは困難である。他にこれを正当化し得る根拠を見いだすこともできないことからすれば、本件規定のうち100日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものとなっているというべきである。

以上を総合すると、本件規定のうち100日超過部分は、遅くとも上告人が前婚を解消した日から100日を経過した時点までには、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものとして、その立法目的との関連において合理性を欠くものになっていたと解される。

第4　寸評

多数意見は本件規定の100日超過部分を違憲と判断するにとどまったが、本判決の以前から学説からは、本件規定は全部違憲であるとか、憲法論は別としても廃止すべきとの批判があった。そして、本判決に付された鬼丸裁判官の意見及び山浦裁判官の反対意見においても、全部が違憲であるとの主張がされている。

鬼丸裁判官は、「……再婚の禁止によって父性の推定の重複を回避する必要があるとされる場合とは、結局、前婚の解消等の時から100日が経過していない女性が前婚中に懐胎したけれども（前婚中に懐胎したか否かが客観的に明らかにされない場合を含む。）まだ出産していない場合というごく例外的な場合に限定される」にもかかわらず、「文理上は前婚の解消等をした全ての女性（ただし、民法733条2項に規定する出産の場合を除く。）に対して一律に再婚禁止期間を設けているように読める本件規定を前婚の解消等の後100日以内といえども残しておくことについては婚姻をするについての自由の重要性や後記のように父を定めることを目的とする訴え（同法773条）の規定が類推適用できることに鑑みると、国会の立法裁量を考慮しても疑問である。」と述べる。

本判決は、結論において多数の学説の主張と重なるものである。しかし、100日以内部分であっても父性推定の衝突を避ける必要のない場合は広く存在しており、一部の例外のために女性のみの婚姻の自由を制約することは、仮に最低限度の合理的関連性の審査をクリアできても、手段の相当性に関する疑問を惹起するはずとの指摘がある[3]。

千葉裁判官補足意見は、「再婚禁止期間を設けるのではなく、父性の推定の重複する事態が生じた場合には、子と後夫ないし前夫らのDNA検査の実施や、父を定めることを目的とする訴えの提起、その制度の拡充等の方法で対処すべき」とした場合、「DNA検査の実施や父を定めることを目的とする訴え等によること

になるが、これでは法律上の父の決定がかなり遅れる事態も想定される……。この点は、……生まれた子の福祉の観点から不都合な事態が起こることも想定され、子の利益に反する」として、再婚禁止期間という制度を国が採用することも不相当とはいえないとする。しかしながら、ごく例外的な場合に生じる不利益を未然に防ぐ手段が、女性一般の婚姻の自由の制限というのは、やはり手段として過剰ではないかと考える。

第5　法改正

1　民法733条1項

本判決を受け平成28年改正によって再婚禁止期間は100日に短縮されている。

2　民法733条2項1号

同条項1号は、平成28年改正によって新設された規定である。女性が「前婚の解消又は取消しの時に懐胎していなかった場合」は、父性推定の衝突はないから、再婚禁止期間の適用がない。法改正以前は、懐胎していない旨の医師の診断書が再婚届に添付された場合でも、再婚禁止期間の適用除外例に当たらないとされていた（昭和8年5月11日民甲668号回答）[4]。

本判決の共同補足意見は、「父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐ」という立法目的の関連では、新設された同条項1号以外でも、女性に子が生まれないことが生物学上確実であるなど父性推定の重複が生じ得ない場合、離婚した前配偶者と再婚する等、父性推定が重複しても差し支えない場合には100日以内部分の適用除外事由としても不相当とはいえないと主張している。これについては、本判決の趣旨や憲法24条及び民法733条の目的から実務として認められるべきとの主張がある[5]。

1　我妻榮『親族法』30頁（有斐閣、初版、昭和36年）
2　青山道夫・有地亨編『新版注釈民法（21）親族（1）』206頁［上野雅和］（有斐閣、平成元年）
3　木下智史「再婚禁止期間を定める民法733条の合憲性」平成28年度重要判例解説18頁（平成29年）
4　二宮周平編『新注釈民法（17）親族（1）』114頁［高橋朋子］（有斐閣、平成29年）
5　建石真公子「民法733条1項・750条の憲法適合性判断」判例時報2284号53頁（平成28年）

離婚時の親権者指定と面会交流の許容性

―離婚時の親権者指定の判断において、父母の面会交流に対する態度（許容性）はどのように考慮されるか

客員弁護士　二本松 利忠

第1　はじめに

成年に達しない子は、父母の親権に服する（民法818条1項）。婚姻中の父母は共同して親権を行うが（同条3項）、父母が離婚した場合は、いずれか一方の単独親権となる。協議離婚の場合には父母の協議で親権者を定め（同法819条1項）、協議が調わないとき又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、協議に代わる審判をし（同条5項、家事事件手続法別表第二の8）、裁判離婚の場合には裁判所が父母の一方を親権者と定める（民法819条2項、人事訴訟法32条3項）。

民法上、親権者を定める（親権者の指定）基準は明文で規定されていないが、監護者に関する民法766条1項及び親権者の変更に関する民法819条6項において「子の利益」が明文で定められていることから、離婚時における親権者の指定においても、「子の利益」が最優先の基準として考慮されることになる。具体的には、①父母側の事情として、監護能力・態勢、監護実績、監護の現況、親としての適格性など、②子の側の事情として、子の年齢・性別、心身の状況、養育環境の安定性・継続性・適応状況、子の意向・心情などを比較考慮して、父母のいずれを親権者に指定することが「子の利益」に適うか総合的に判断される[1]。

最近、離婚に伴う親権者指定を判断するに当たり、父母双方の面会交流に対する態度（許容性）を重視すべきか否かが問題となった判決（後記第2）が出された。以下、この事例を紹介し、親権者の指定に当たり、父母双方の面会交流に対する態度をどのように考慮すべきかを考察してみる。

第2　離婚時の親権者指定を判断するに当たり面会交流に対する態度を重視すべきか問題となった事例

1　事案の概要

（1）X女とY男は平成17年に婚姻し、平成19年に長女Aが生まれたが、夫婦関係が次第に悪化し、平

成22年5月初め、Xは、A（当時2歳4か月）を連れて自宅を出てXの実家で生活するようになり、別居状態となった。XとAは、その後、実家近くのマンションでXの実父母の援助を受けつつ二人で生活し、Aは住居近くの小学校に通うようになった。

(2) Yは、自分がAの監護者になるべく、平成23年、子の監護者指定及び子の引渡し申立事件並びにこれらを本案とする審判前の保全処分を申し立て、Xも子の監護者の指定事件を申し立てた。家庭裁判所は、平成24年2月、Aの監護者をXと定め、Yの申立てをいずれも却下した。Yは、その後、二度にわたって子の監護者の変更を求める申立てをしたが、いずれも却下された。

(3) 平成22年5月の別居後、Yの求めに応じてYA間の面会交流が行われていたが、同年9月上旬、離婚後片親と会えなくなる子どもの現状を特集したテレビ番組で、Yが提供したAの映像（目の部分にぼかしが入ったもの）が放映されたことを契機として、同月26日の面会交流を最後にXはYA間の面会交流を拒み、週に1回の電話による交流のみを認めた。しかし、平成23年3月にYがAとの面会交流を求めてX方を訪れて警察を呼ぶ騒ぎが起きた後からは、Xは、YがAと電話で話すことも拒むようになった。

(4) Xは、平成24年、離婚及び慰謝料の支払を求める訴えを提起し、Aの親権者をXと定めることを求めた[2]。これに対して、Yは、離婚等の請求の棄却を求めるとともに、予備的に、離婚が認められた場合はAの親権者をYと定め、子の引渡しのほか、XとAとの面会交流に関して、時期、方法等を定めることを求めた。

2　第一審（千葉家裁松戸支判平28·3·29判時2309号121頁）

第一審は、Xからの離婚請求を認容したが慰謝料請求は否定し、A（当時小学校2年生）の親権者としてYを指定するとともに、Yへの引渡し及びXA間の面会交流を命じた。

そのうち、親権者の指定に関しては、要旨、次のとおり判断した。「XはYの了解を得ることなく、Aを連れ出し、以来、今日までの約5年10か月間、Aを監護し、その間、AとYとの面会交流には合計で6回程度しか応じておらず、今後も一定の条件のもとで面会交流を月1回程度とすることを希望していること、他方、Yは、Aが連れ出された直後から、Aを取り戻すべく、数々の法的手段に訴えてきたが、いずれも奏功せず、爾来今日までAとの生活を切望しながら果たせずに来ており、それが実現した場合には、整った環境で、周到に監護する計画と意欲を持っており、AとXとの交流については、緊密な親子関係の継続を重視して、年間100日に及ぶ面会交流の計画を提示していることなどを総合すれば、Aが両親の愛情を受けて健全に成長することを可能とするためには、Yを親権者と指定するのが相当である。」

この判決に対してXが控訴した。

3　控訴審（東京高判平29·1·26判時2325号78頁）

控訴審は、Xからの離婚請求を認め、慰謝料請求を棄却した第一審判決の結論は維持したが、親権者はXと定めた。親権者の指定については、これまでの子の監護養育状況、子の現状や父母との関係、父母それぞれの監護能力や監護環境、監護に対する意欲、子の意思、その他の子の健全な成育に関する事情を総合的に考慮して決定すべきであるとの基準を述べたうえ、面会交流に対する態度については、「父母それぞれにつき、離婚後親権者となった場合に、どの程度の頻度でどのような態様により相手方に子との面会交流を認める意向を有しているかは、親権者を定めるに当たり総合的に考慮すべき事情の一つであるが、父母の離婚後の非監護者との面会交流だけで子の健全な成育や子の利益が確保されるわけではないから、父母の面会交流についての意向だけで親権者を定めることは相当でなく、また、父母の面会交流についての意向が他の諸事情より重要性が高いともいえない。」とした。そして、「X宅とY宅は片道2時間半程度離れており、現在小学校3年生のAが多数回の面会交流のたびに両宅を往復するとすれば、身体への負担のほか、学校行事への参加、学校や近所の友達との交流等にも支障が生ずるおそれがあり、必ずしもAの健全な成育にとって利益になるとは限らない。」などとしたうえ、Aの現在の監護養育状況に問題はなく、Aの利益からみてAに転居·転校をさせて現在の監護養育環境を変更しなければならない必要性は認められず、Aの利益を最も優先して考慮すれば、その親権者をXと定めるのが相当であるとした。

Yは上告受理申立てをしたが、最高裁（二小）の平成29年7月12日の上告不受理決定（LLI/DB判例秘書LO7210055）により、控訴審判決が確定した。

第3　検討

1　親権者の指定等と面会交流に対する態度(許容性)

(1) ドイツ、フランス、カナダ、米国の一部の州などは、父母はそれぞれ子との人格的な関係を維持し、子と他方の親との絆を尊重しなければならないという「フレンドリー・ペアレント・ルール」を法律で定めており、米国カリフォルニア州では、「子の最善の利益」を判断する際に、両方の親との接触や交流の程度を考慮するとしている[3]。

(2) 我が国でも、近年、親権者の指定・変更、子の監護者の指定等に際しての親の適格性を判断する基準として、面会交流への許容性や相手方の親としての立場を尊重していることを重視する見解が有力になってきている。例えば、親権者の適格性の判断基準として、別居親と子の面会交流を認めることができるか、別居親を信頼して寛容になれるか、元夫婦としての感情を切り離して、子に相手の存在を肯定的に伝えることができるかという点を考慮するというものである[4]。我が国では、「フレンドリー・ペアレント・ルール」は「寛容性の原則」と呼称され、これと「面会交流の許容性」との関係は必ずしも明らかではないが(同義として論じられることもあるようである。)、「寛容性の原則」は子どもの利益のために相手方の親としての立場を尊重することを要求するものであるから、「面会交流の許容性」は「寛容性の原則」に包含されるとみてよいであろう。いずれにせよ、これらの見解の背景には、別居親とも良好な関係を形成できることは、子の人格形成にとって極めて重要であるという考えがある。

ただし、上記のような傾向に対し、近時の家裁の面会交流の運用は「原則実施論」であるとして厳しく批判する立場から、家裁での「寛容性のテスト」により、監護親はやむを得ず面会交流に応じており、そのストレスは受忍限度を超えていると問題視する見解もある[5]。

(3) 上記のような国内外の動向を反映して、調停・審判等において、裁判官や調停委員が子を会わせたくないという同居親に対し「寛容性の原則」を説いて面会交流に応ずるように説得したり、面会交流が実現しない事案では、親権者の指定・変更、子の引渡し等の事案において、別居親から「寛容性の原則」の主張がなされることが多くなっている。

裁判例でも、監護者指定等の判断をするに当たり、「寛容性の原則」ないし面会交流に対する態度を考慮した事例として、次のようなものがある。

ア　東京高決平15・1・20家月56巻4号127頁

現に3人(中2、小5、小3)の子を監護している父に対して母が子らの引渡しを求めた事案である。本決定は、子らと母との結びつきや子らの思慕の念の強さ、母の元で生活したいとの意向などに加えて、「子は、父母双方と交流することにより人格的に成長していくのであるから、子にとっては、婚姻関係が破綻して父母が別居した後も、父母双方との交流を維持できる監護環境が望ましい。」としたうえ、父は母と子らの面会交流の実施に対して非協力的な態度に終始していること等から、子らを母に監護させることがその福祉に合致するとして、母への引渡しを認めた[6]。

イ　東京家八王子支審平21・1・22家月61巻11号87頁

7歳の子を監護する母に対して別居中の父が子の監護者の指定と子の引渡しの保全処分を申し立てた事案である。本審判は、母の従前の監護状況や現在の就業形態から子を十全に監護できる状態にあるとはいえないことに加えて、母は父との面会交流に反対の意思を有しており、かかる態度が子と父との交流を妨げる結果となっており、未成年者の社会性を拡大する等の健全な発育に対する不安定要素となっているなどとして、子の監護者を父と定め、子の引渡しを認めた。

ウ　福岡家審平26・12・4判時2260号92頁

4歳の子の親権者を母として調停離婚した父が調停で定められた面会交流が子の拒否によりまったく実現できないのは母がそのように仕向けているからであるなどとして親権者の変更、子の引渡し等を求めた事案である。本審判は、子が父を強く拒絶するに至った主な原因は母の言動(母によるマイナス評価と子の引き込み)にあると認定したうえ、子の利益のために面会交流を確保する方策として親権者を変更する必要があると判断して親権者を父と定めたが、監護者は母とし(親権と監護権の分属を認めた。)、父からの子の引渡しの申立てを却下した[7]。

2　本件第一審判決及び控訴審判決に対する評価

(1) 前記第1のとおり、親権者の指定は様々な事情を総合考慮して判断されるが、「寛容性の原則」

ないし「面会交流の許容性」もその判断要素となることについて、大方の異論はないと考えられる。子どもが両親からの愛情や接触·交流の機会を平等に持つ権利があるとの立場からは、相手の親としての立場を否定したり、面会交流を妨害するような親は、親権者としての適格性を疑われることになる。

しかしながら、「寛容性の原則」ないし「面会交流の許容性」は、親権者·監護者の指定等の判断をする際の一要素として判断されるべきで、それのみで主要な判断要素とされるべきではない[8·9]。

(2) このような観点からすると、第一審判決は、監護能力·態勢に差はないが、監護の実績や継続性に勝る母より、年100回程度という頻回な面会交流の提案をした父を親権者にすることが子の利益になると判断をしたもので、これまでの判断枠組みからすれば、かなり異例に属するものといえる。しかも、本件のような高葛藤のケースで、子の近くに引っ越さない限り遠く離れて暮らすことになる母と子が上記のような頻回の面会交流を円滑に実施できるのか、それが子の負担となり、かえって子の利益に反することにならないか疑問が生ずるところである[10]。

(3) これに対し、控訴審判決は、「面会交流の許容性」が判断の一要素であることは認めたものの、それは他の諸事情より重要性が高いとはいえないとしたうえ、むしろ従前の監護実績や監護の現状、監護状況の変化が子にもたらす影響、子の意向を重視して、親権者をXと定めたもので、父母のいずれかを親権者に選ばなければならない以上、やむを得ない判断といえよう[11]。

しかし、AがXの元で安定した生活をし、学校生活にも適応しており、Xと一緒に暮らしたいとの意向を示したことを重視している点については、一方で「別居前におけるYとAとの父子関係は良好であった。」と認められたYにとっては、Aが2歳4か月のときにXの監護下に置かれ、Yとの交流も間もなく遮断されたことによって作出された状態(XによるYA関係の一方的切断とその固定)であるにもかかわらず、監護の継続性や子の意向に決定的ともいえる重みが与えられたことになり、大いに不満が残るところであろう。

(4) 本件の経過は、高葛藤の夫婦がたどる決定的破綻の典型例といえる。本件では離婚等の訴え提起から第一審判決までに約4年、面会交流の中断から数えると約5年半以上を要している。本件訴訟において、Xは、YのXに対する身体的·経済的·精神的·性的暴力が婚姻破綻の原因であるとして慰謝料500万円を請求するとともに、このようなYはAの親権者にふさわしくないと主張し、Yは、これらの主張はYを誹謗中傷するものであると強く争うとともに、XがAを一方的に自宅から連れ去り、Yやその両親等との関係を一切断ち切ったと非難した。これに対して、第一審は、X主張の破綻原因は認められず、破綻の原因は双方にあると認定し、控訴審も、破綻の原因が専らYだけにあったと認めるに足りる証拠はないとして、Xの慰謝料請求を認めなかった。このような争いが双方の不信感をあおり、関係を修復不能な程度まで悪化させ、これは当然にAに影響が及ぶことになる。

一方、XとYは、本件訴えの提起前と提起後に、監護者の指定、子の引渡しをめぐって何回か争っている(ただし、Yは、監護者になることにこだわり、面会交流の調停·審判の申立てはしなかったようである。)。訴訟でお互いを非難しあう前に、家裁関与のもと、Aの利益を優先して何らかの解決を図ることができなかったのであろうか。

こうした経過をみると、本件では子の利益は置き去りにされ、父との関係修復(再構築)の機会を奪われたAがいちばんの被害者といえよう。

第4　おわりに

「結局、離婚と子どもの問題では、大人の勝ち負けでなく、子どもの権利に焦点を当て、過去の責任追及でなく、新たな親子関係の再構築へ、破壊的な対立·非難から建設的な協働·協力関係の形成へとパラダイムの転換が必要」である[12]。しかし、子の奪い合いや面会交流をめぐって鋭く対立している夫婦にこのような理念を理解してもらうことは現実にはなかなか困難である。紛争が先鋭化する傾向にある中、法整備を含め、紛争が激化する前の相談·養育支援、親教育、裁判後の支援等の総合的な対処が迫られている。

1　松原正明「家裁における子の親権者·監護権者を定める基準」判タ747号(1991年)305頁。判断基準の詳細と裁判例については、二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』(有斐閣、2017年)340頁以下［棚村政行］参照。

2　本件では、附帯処分として養育費の支払及び年金分割の申立てもなされたが、以下、この点の説明は省略する。

3　前掲(注1)『新注釈民法(17)親族(1)』355頁［棚村政行］。
4　二宮周平「別居・離婚後の親子の交流と子の意思(2)－家事審判における面接交渉実現の到達点－」戸籍時報579号(2005年)8頁。清水節『判例先例親族法Ⅲ－親権』(日本加除出版、2000年)120頁は、子どもの利益の観点から、親権者としての「寛容性のテスト」を重視する。
5　渡辺義弘「心理学的知見の教条化を排した実務運用はどうあるべきか」梶村太市＝長谷川京子編著『子ども中心の面会交流』(日本加除出版、2015年)140頁。
6　山口亮子「監護者基準としてのフレンドリー・ペアレント・ルール」民商132巻4・5号(2005年)195頁(判批)は、面会交流をスムーズに調整するために、他方親に友好的な親を優先する判断をしたとして、本決定の結論及び理由に賛成する。
7　本件判批として、渡辺義弘・戸籍時報724号(2015年)15頁、道垣内洋人＝松原正明編『家事法の理論・実務・判例1』(勁草書房、2017年)155頁［羽生香織］がある。
8　棚村政行『面会交流と養育費の実務と展望』(日本加除出版、2013年)15頁。
9　「寛容性の原則」は、子の養育にかかる父母の協働・共同責任が離婚後も継続することを気づかせ、これを促進する実務上のツールという面が強く、親権者指定の判断基準の中では、親権者・監護者の適格性に関わる副次的要素に位置づけられるとして、総合的判断をする際に、監護の状況等に比べ、それほど重みを持たないという見解もある(小池泰・ジュリスト臨時増刊平成29年度重要判例解説(2018年)82頁－本件判批)。
10　棚村政行「離婚の際の親権者の指定における未成年者との面会交流の提案の意義」私法判例リマークス55［2017］［下］(2017年)65頁(本件判批)。
11　棚村・前掲(注10)本件判批85頁。
12　棚村政行「【講演】離婚とこども－円滑な調停運営のための留意点」調停時報200号(2018年)75頁。

相続法改正で遺留分制度が大きく変わる
―遺留分減殺請求権から生ずる権利を金銭債権化

弁護士　野々山 宏

第1　高齢化社会における遺留分制度の重要性と現行制度の問題点

高齢化社会が進展し、遺言を残すことが多くなっていることを業務の中でも感じている。遺言が増えるに伴い、遺留分に関する相談や遺留分減殺請求の事件も増えている実感がある。

遺留分制度は、被相続人の財産処分の自由と相続人の保護の調和を図った制度である。本来被相続人は自己の財産を遺贈や贈与などによって自由に処分することができるはずであるが、他方で、相続においては遺族の生活保障や遺産形成に貢献した遺族の潜在的持分の清算の要請がある。そのことから、遺留分制度によって、相続財産の中で、法律上その取得が一定の相続人に留保され、被相続人の自由な処分に制限を加えている(現行民法1028条から1044条)。被相続人が、法律上その取得が一定の相続人に留保されている遺留分以上に遺言による遺贈や贈与を行ったときには、遺留分を侵害された相続人は受遺者や受贈者に対して、遺留分減殺請求権を行使することができる(現行民法1031条)。

そして、現行民法では、遺留分減殺請求の効果は物権的に生じると解釈されている。すなわち、遺留分権利者の減殺請求により遺贈又は贈与は遺留分を侵害する限度において失効し、受遺者又は受贈者が取得した権利はその限度で当然に減殺請求をした遺留分権利者に帰属する(最判昭51.8.30民集30巻7号768頁)。その結果、遺留分減殺の対象となった遺贈や贈与の目的物は受遺者・受贈者と減殺請求者の共有関係となる。

ところが、当然に相続財産が共有関係となることによって複雑な権利関係が生じ、共有関係の解消が新たな紛争となり、遺留分減殺請求権の行使では最終的な解決にはならない。また、被相続人が特定の相続人に家業を継がせるために、株式や店舗、商品等の事業用財産を遺言で遺贈しても、遺留分減殺請求により事業用財産が当然に他の相続人との共有になる結果、家業を継いだ者が必要な処分や担保提供を自由にできず、事業運営が円滑に行えなくなり、事業承継後の経営が困難となる事案も生じている。また、不動産等の共有持分権を取得してもただちに遺留分権利者の生活保障とはならない場合も多く、むしろ遺留分減殺請求によって金銭を取得できる方が生活保障に資することになる。

現行制度には、このような問題点があるうえに、遺留分制度の趣旨は遺留分権利者の生活保障や遺産の形成に貢献した遺留分権利者の潜在的持分の清算にあるが、この目的を達するためには必ずしも物権的効果を認める必要はなく、むしろ金銭的に解決した方が目的に資すると考えられる。

そこで、相続法改正によって遺留分制度の効力・法的性質を変更させることとなった。

第2　遺留分制度見直しの概要

1　遺留分制度の見直しは、民法の相続法の改正の一環として行われた。改正相続法は平成30年7月6日に成立し、同年7月13日に公布された。遺留分制度以外にも、配偶者の居住権保護、家庭裁判所の判断を

得ないで預貯金の払い戻しを認める仮払制度の導入などの遺産分割制度の見直し、自筆証書遺言の方式緩和などの遺言制度の見直し、相続における対抗要件などの相続の効力に関する見直し、相続人以外の者の貢献を考慮して金銭請求できるようにする（これについては、次稿の茶木論稿が詳しい。）など多岐にわたっている。

遺言書の方式の緩和は平成31年1月13日から施行され、配偶者の居住権保護は公布から2年以内に施行され、遺留分制度の見直しを含めたその他の改正は公布後1年以内に施行される。

2　遺留分減殺請求権の効力及び法的性質の見直し（改正民法1046条）

現行民法には、前述したような問題点があり、さらに遺留分制度の趣旨からすると必ずしも物権的効果は必要でないことから、物権的効果を廃して、遺留分減殺請求権から生ずる権利を金銭債権化した。これにより、遺贈や贈与の目的財産が複雑な共有関係に陥ることなく、目的財産をそのまま受遺者･受贈者に与えたいという被相続人の意思も尊重されることになる。

現行民法1031条を全面的に見直し、改正民法1046条において、遺留分権利者及びその承継人は「遺留分侵害額請求権」という金銭債権を行使できることとした。「遺留分侵害額請求権」は、現行民法の遺留分減殺請求権と同様に形成権であることを前提に、その権利行使により遺留分侵害額に相当する金銭債権が発生することになった。

そして、法文からは「減殺」との文言は消滅している。

3　遺留分侵害額請求を受けた受遺者・受贈者に対する金銭支払期限の許与（改正民法1047条5項）

相続財産に現金や預金が多くなく、ほとんどが不動産や事業承継した株式である場合など、遺留分侵害額請求を受けた受遺者･受贈者がただちにその額に見合う現金を準備できないことが十分に予想される。遺留分侵害額請求に基づく金銭債権の支払期限はただちに生じるので、金銭が準備できない場合には、受遺者･受贈者は遅延損害金の支払いや強制執行を受けるなどの不利益を被ることになる。そこで、改正民法1047条5項を設け、受遺者･受贈者の請求により、裁判所は、負担する金銭債務の全部又は一部の支払いにつき、相当の期限を許与することができる制度を創設した。

借地借家法13条2項、現行民法196条2項に類似の規定がある。

4　受遺者･受贈者の負担額

遺留分に基づく請求権を金銭債権化したことに伴い、受遺者･受贈者のうち、誰がいくら負担するか明確にする必要がある。そこで、現行民法1033条から1035条を廃して、改正民法1047条において、以下のように負担者を定めた。

(1) 受遺者と受贈者とがあるときは、受遺者が先に負担する。

(2) 受遺者が複数あるとき、又は受贈者が複数ある場合にその贈与が同時にされたときは、受けた目的物の価額の割合に応じて負担する。ただし、遺言者が遺言に別段の意思を表示した場合にはその意思に従う。

(3) 異なる時期の受贈者が複数あるときは、後に贈与された受贈者から順次前に贈与された受贈者が負担する。

(4) いずれも、受けた目的物の価額を限度とし、受遺者･受贈者が相続人の場合には当該価額から遺留分として当該相続人が受けるべき金額を差し引いた額を限度とする。

5　遺留分の算定方法の見直し

遺贈･贈与が相続人にされた場合に、遺留分の算定が複雑となっていたので、特則を設けて明確にした。

(1) 相続人に対する生前贈与の範囲（改正民法1044条3項）

現行民法では、遺留分を算定するための相続財産の価額について、相続人に対する生前贈与の中で特別受益にあたるものは時期の制限なく算入を認めていた。そのため、立証が困難な極めて古い贈与の有無やその価額が争われ、紛争長期化の原因の一つとなっていた。そこで、現行民法1030条の考え方は維持しながら、相続人に対する贈与は、①現行民法903条1項に規定する特別受益に該当する贈与に限って、②相続開始前の10年間にされたものに限定して、その価額を遺留分算定の基礎となる価額とした。相続人以外の者に対する贈与は、相続開始前の1年間にされたものを原則とした（改正民法1044条1項）。

当事者双方が遺留分を侵害することを知って贈与した場合には、相続人及び相続人以外も例外となる（改正民法1044条1項2文、1044条3項）。

(2) その他、負担付贈与がある場合（改正民法1045条1項）、不相当な対価による有償行為があった場

合（改正民法1045条2項）、遺言に記載がないなど遺産分割の対象となる相続財産がある場合（改正民法1046条2項2号）についても新たに規定を設けて遺留分額をできるだけ明確にした。

(3) 計算式は以下のとおりとなる。

① 遺留分＝（遺留分を算定するための財産の価額）×（遺留分率）×（遺留分権利者の法定相続分）

② 遺留分侵害額＝（遺留分）－（遺留分権利者が受けた特別受益）－（遺産分割の対象財産がある場合（既に遺産分割が終了している場合も含む。）には具体的相続分に応じて取得すべき遺産の価額（ただし、寄与分による修正は考慮しない。））＋（遺留分権利者が承継する相続債務の額）

6　遺留分侵害額請求を受けた受遺者又は受贈者が、遺留分権利者が承継する相続債務について弁済その他の債務を消滅させる行為をしたときは、消滅した債務の額の限度で、遺留分権利者に対する意思表示によって負担する債務を消滅させることができる。当該行為によって遺留分権利者に対する求償権は、消滅した当該債務の額の限度において消滅する（改正民法1047条3項）。

第3　終わりに

遺言の普及で遺留分に関する紛争の増加が見込まれており、遺留分制度を金銭債権化した改正は紛争の早期解決、円滑な事業承継の観点から評価できる。ただし、核家族化が進行する中では、遺留分制度そのものが維持されるべきかが検討されなければならない。また、一定程度規定が整備されたが、今後も各相続財産の評価など遺留分価額の算定が大きな争点となると考えられ、実務において改正条文がどこまで機能するかを見極めていく必要がある。

参考資料

・法務省法制審議会民法（相続関係）部会第26回会議
民法（相続関係）等の改正に関する要綱案（案） http://www.moj.go.jp/content/001246034.pdf
補足説明 http://www.moj.go.jp/content/001246035.pdf

・法務省法制審議会民法（相続関係）部会第23回会議
補足説明（要綱案のたたき台(2)）17頁以降 http://www.moj.go.jp/content/001230291.pdf
中間試案後に追加された民法（相続関係）等の改正に関する試案（追加試案）の補足説明58頁以降 http://www.moj.go.jp/content/001231524.pdf

相続法改正
―相続人以外の者の貢献を考慮するための方策について

弁護士　茶木 真理子

第1　はじめに

民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律（平成30年法律第72号、以下「改正法」という。）が平成30年7月6日に成立し、同月13日に公布された。民法のうち相続法制については、これまで30年以上にわたり実質的な見直しがされていなかったところ、今回の改正法により大幅な改正が行われることになった。その概要については、要綱案の段階ではあったが、前号で、配偶者の居住権を保護するための方策と遺産分割に関する見直し等について取り上げた。本号では、改正点のうち、相続人以外の者の貢献を考慮するための方策について取り上げることとしたい。

第2　現行法における寄与分制度

1　被相続人の財産の維持又は増加に特別の寄与をした相続人については、相続人間の公平を図るべく、寄与分が認められる（民法904条の2）。

現行法下では、寄与分を受ける資格は、相続人に限定されている。よって、相続人以外の者による寄与がある場合、例えば、相続人の妻が被相続人の療養看護に努め、被相続人の財産の維持又は増加に寄与した場合でも、相続人ではないという形式的な理由で相続財産の分配にあずかれないこととなる。しかし、それでは何ら貢献がなかった相続人との間で公平性を欠く。また、被相続人との関係が近ければ近いほど、有償契約の締結等の生前の対応が困難である。

2　そこで、被相続人の相続にあたって相続人以外の者の寄与を何らかの形で評価する必要があるところ、そのための法律構成として、相続人以外の者の寄与を、相続人の履行補助者による寄与と評価して、相続人の寄与に含める形で評価する方法により解決が図られてきた。相続人以外の者の寄与を相続人の履行補助者の寄与と評価できる例としては、相続人の長男が、相続人と共に被相続人の家業に無報酬で従事し、財産の維持形成に特別な貢献をしたような場合、会社員である相続人に代わって、その配

偶者が家業である農業に無報酬で従事し、財産の維持形成に特別な貢献をしたような場合、単身赴任の相続人に代わってその配偶者や子が交代で重度の認知症となった被相続人の介護を不眠不休に近い状態で行い、財産を維持(財産の減少を防止)した場合等が考えられる[1]。裁判例でも、相続人以外の者の寄与を相続人の寄与に含めて評価したものとして、東京高決平成22年9月13日家月63巻6号82頁、横浜家審平成6年7月27日家月47巻8号72頁、東京高決平成元年12月28日家月42巻8号45頁などがある。

第3　改正法の規律について

1　上記のとおり、相続人以外の者に特別の寄与があった場合に、現行法下でも、これが評価される道は残されているが、いかなる場合に認められるのかは、ある程度は類型化できるものの、最終的には裁判所の判断に委ねられることになる。また、例えば、推定相続人である夫が被相続人よりも先に死亡し、代襲相続人もいないというような場合には、妻にいくら寄与行為があってもこれを考慮することができないこととなるが、このような結論については公平に反するのではないかとの指摘が従前からなされていた。

2　かかる指摘を受けて、改正法では、相続人以外の者の貢献を考慮するための方策として新たな規律(改正法1050条)が設けられることとなった。

(1) すなわち、被相続人に対して無償で療養看護その他の労務の提供をしたことにより被相続人の財産の維持又は増加について特別の寄与をした被相続人の親族(相続人、相続の放棄をした者及び相続欠格又は廃除によって相続権を失った者を除く。以下「特別寄与者」という。)は、相続の開始後、相続人に対し、特別寄与者の寄与に応じた額の金銭(以下「特別寄与料」という。)の支払を請求することができることとなった(改正法1050条1項)。

寄与行為の態様については、無償の労務提供に限定されている。これは、相続をめぐる紛争がより一層複雑化、長期化することを避けるため、また、現行の寄与分制度が定める寄与行為の類型の中でも、特に被相続人の療養看護や被相続人の事業を無償で手伝った場合など、無償で労務の提供がされた類型については、相続人でないという形式的な理由で相続財産の分配にあずかれないことに対する不公平感が強いとの指摘があること等を踏まえたものとされている[2]。なお、本条によっても、特別寄与者には相続人に対する金銭請求が認められるだけであり、遺産分割協議に特別寄与者が参加できるものではない。

(2) 特別寄与料の支払について、当事者間に協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、特別寄与者は、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができる(改正法1050条2項)。家庭裁判所は、寄与の時期、方法及び程度、相続財産の額その他一切の事情を考慮して、特別寄与料の額を定める(改正法1050条3項)。相続人が数人ある場合には、各相続人は、特別寄与料の額に当該相続人の法定相続分又は指定相続分を乗じた額を負担する(改正法1050条5項)。

(3) ただし、特別寄与者が相続の開始及び相続人を知った時から6箇月を経過したとき、又は相続開始の時から1年を経過したときは、特別寄与料の支払請求はできなくなる(改正法1050条2項)。

このように、比較的短期の除斥期間が設けられることになったのは、無償で労務提供を行っている特別寄与者は、被相続人との関係性等から、比較的容易に被相続人の死亡の事実を知ることができる一方で、早期に法律関係を確定させる必要性を踏まえてのものである。

3　そして、民法にこのような新たな規律が設けられることに伴って、家事事件手続法も改正される。

特別の寄与に関する審判事件は、相続開始地の家庭裁判所が管轄裁判所となる(改正法216条の2)。寄与分の審判事件については、家事事件手続法191条2項により、遺産分割審判事件が係属している裁判所で併合審理されることになっているが、特別の寄与に関する審判事件については同様の規定は設けられなかった。また、あわせて、審判に対する即時抗告(改正法216条の4)や保全処分(改正法216条の5)の規定も設けられた。

4　なお、改正法の施行日については、現時点では未定であるが、原則として、公布の日から1年以内に施行されることとされている。

1　片岡武/菅野眞一編著『第3版　家庭裁判所における遺産分割・遺留分の実務』306頁(日本加除出版、平29)

2　「民法(相続関係)等の改正に関する中間試案の補足説明」(法務省民事局参事官室、平成28年7月)85頁、http://www.moj.go.jp/content/001198631.pdf

保育園、幼稚園等の施設における事故防止について

弁護士 北村 幸裕

第1　はじめに

平成30年5月28日、内閣府子ども・子育て本部は、「平成29年教育・保育施設等における事故報告集計」を公表した。これによると、平成29年1月1日から平成29年12月31日までの1年間において、教育・保育施設等で発生した死亡事故や治療に要する期間が30日以上の負傷や疾病を伴う重篤な事故等は、合計で1242件あり、このうち、負傷等の報告が1234件で、うち1030件が骨折によるものであった。また、死亡の報告が8件認められていた。

単純化すると1月あたり100件以上の事故が発生していることになる。つまり、保育園や幼稚園をはじめとする教育・保育施設等では、日本のどこかで、毎日数件の事故が生じていることになるのであり、教育・保育施設等にとっては、施設における事故の防止と事故時の対策は喫緊の課題であるといえる。

そこで、教育・保育施設等側が責任を負わないよう適切な対策をすることの一助として、近時の裁判例を分析することとする。

第2　裁判例（横浜地裁平成29年4月13日判決LLI/DB判例秘書登載）

1　事案の概要

本件は、被告学校法人Dが運営するS幼稚園において、同幼稚園の園児であったX（当時3歳）がプール活動中に溺れ死亡した事故（本件事故）に関し、Xの両親である原告らが、クラス担任であったA、Aが担当するクラスと合同でプール活動を行っていたクラスの担任であったB、園長であったC、学校法人D、当時S幼稚園の主任であったEを被告として、以下の根拠に基づき、損害賠償を請求した事案である。

2　原告らが主張した各当事者の責任と判決の判断

原告らと被告らの主張は多岐にわたっているが、以下、本稿の目的に沿うべく、原告らが主張した各当事者に関する責任と判決の認定結果のみを端的にまとめることとする。

(1) 担任であったAの責任

＜原告らの主張＞

Xのクラス担任として、園児を監視し、その生命身体の安全に配慮すべき義務の違反

＜根拠条文＞

民法709条又は719条1項

＜判決の認定＞

当該注意義務違反を認めた。

(2) 合同でプール活動を行っていたクラスの担任であったBの責任

＜原告らの主張＞

Xの所属していたクラスと合同で活動をする以上、他のクラスの園児を監視し、その生命身体の安全に配慮すべき義務の違反

＜根拠条文＞

民法709条又は719条1項

＜判決の認定＞

本件事故当時、Bは別の園児の対応中であって、Xの所属していたクラスの園児まで監視することは事実上困難であったとして、本件では当該注意義務違反は認められないとした。

(3) 園長であったCの責任

＜原告らの主張＞

①被告A及び被告Bに対し、プール活動上起こり得る事故の原因やその防止策、事故が発生した場合の対応方法について予め十分な指導教育・訓練を行い、それらがプール活動に携わる職員に周知徹底されているかを常に確認し、周知徹底が不十分と考えられる職員に対しては、個別に必要な指導教育・訓練を施す義務（指導教育義務）の違反。

②本件プール内にて園児とプール活動を行う被告A及び被告B以外にも、園児を常時監視する職員を配置し、プール活動中の具体的場面においても常に一定の能力を有する複数の目によって園児の行動を監視する体制を十分構築し、実践する義務（監視体制構築義務）の違反。

＜根拠条文＞

民法709条、719条1項又は715条2項（C自身の不法行為と併せて、代理監督者としての責任も求められた。）

＜判決の認定＞

本件の事情の下では、C自身の過失としての上記指導教育義務違反及び監視体制構築義務違反を認めなかったが、Aの事業執行に関して相当な注意を払ったとは認められないとして、代理監督者と

しての責任を認めた。

(4) 学校法人Dの責任

＜原告らの主張＞

上記Cの責任と同様。

＜根拠条文＞

民法709条、719条1項、415条又は715条1項

＜判決の認定＞

上記Cの認定と同様、D自身の指導教育義務違反及び監視体制構築義務違反を認めなかったが、A及びC（代理監督者）の責任が認められたことから、使用者責任が認められた。

(5) 主任であったEの責任

＜原告らの主張＞

S幼稚園の主任として、被告Cが行うべき園児の安全管理体制の構築を補完する役割に当たるとともに特に危険の大きいプール遊びを実施する場合には、担任その他の職員を適切に配置し、配置された職員の指導･監督に当たるべき義務の違反。

＜根拠条文＞

民法709条又は719条1項

＜判決の認定＞

Dに指導教育義務違反はなく、また現場での人員配置にも問題はなかったことから、当該義務違反を否定した。

第3　教育･保育施設等側において問題となる責任

上記判決の内容からすると、個別事情に応じて実際に認定されるかどうかは別として、教育･保育施設等において乳幼児に事故が生じた場合、以下の責任が問題となる。

1　担任

乳幼児に直接接するものとして、乳幼児を見守り、その生命身体の安全に配慮すべき義務の違反による不法行為責任の有無。

2　担任と同立場の別の職員

当該乳幼児に対して直接接する場合等、事情に応じて、乳幼児を見守り、その生命身体の安全に配慮すべき義務の違反による不法行為責任の有無。

3　主任等

施設側が負担する義務を補完する立場にあるとして、担任その他の職員を適切に配置し、配置された職員の指導･監督に当たるべき義務の違反による不法行為責任の有無。

4　園長等、園の代表的な立場の者又は教育･保育施設等の経営主体

これらの立場の者自身の責任として、職員の指導教育義務の違反又は施設内で事故が起こらないよう監視体制を構築する義務の違反による不法行為責任の有無。

また、職員の責任が認められる場合には、使用者、代理監督者等の責任が肯定されうる。

なお、教育･保育施設等の経営主体については、不法行為保護者との利用契約に基づいて乳幼児が施設に入所していることから債務不履行責任も問題となる。

第4　教育･保育施設等側における対策

近時、教育･保育施設等において多数の事故が発生していることから、平成28年3月、事故防止を目的として、「教育･保育施設等における事故防止及び事故発生時の対応のためのガイドライン（https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000122587.html参照）」が公布されるとともに、プールの事故防止に関しては、上記判例の内容を受けて、平成30年4月27日、「保育所等においてプール活動･水遊びを行う場合の事故防止の徹底について（http://www.hokyo－ibaraki.jp/documents/suryou5％ 20170901.pdf参照）」が発出された。

これらによると、教育･保育施設等には、プール活動等において、①監視体制の空白が生じないよう適切な人員を配置すること、②当該活動に関わる職員に対して、見落としがちなリスクや注意すべき点を事前に十分教育しておくこと、③事故が発生した場合に適切な対応ができるよう日常的な訓練を行うこと等が求められている。

つまり、教育･保育施設等に対して、個々の職員に見落とし等が生じない体制作りを求め事故を回避しようとしているのである。

ところが、これらの対応を遵守していても、個々の職員のミス等によって、事故が生じることは十分にあり得る。この場合、少なくとも個々の職員の過失を否定することはできないのであるから、個々の職員は当然ながら、教育･保育施設等も責任を負うことになりかねない。

施設側としては、上記ガイドライン等を参考にしつつ、個々の職員のレベルアップを図り、仮にミスが生じても職員間でフォローできる体勢を整えていくしかない。そして、それでもなお起こるかもしれない事故に備えて、十分な保険に加入しておくしかないのではなかろうか。

なお、昨今では、教育･保育施設等では、職務内容が過酷であるにもかかわらず薄給であるといった事情から、職員の確保が難しく、施設によっては人手不足とそれに伴う現職員に対する過剰な負担等が深刻化しており、上記対応が不十分にならざるを得ない場合が認められるようである。

事故防止には、このような状況を改善していく必要があり、上記の対応に留まることなく、例えば、十分な職員数を確保すること、過剰労働にならないような勤務態勢を構築することといった対策も同時に検討していく必要があると思われる。

自動車保険契約の搭乗者傷害特約にいう「運行に起因する」ものとはいえないとされた事例

―最判平成28年3月4日判例タイムズ1424号115頁

弁護士 長野 浩三

1　本件の概要

本件は、老人デイサービスセンターの利用者が当該センターの送迎車から降車し着地する際に負傷したという事故が、当該送迎車に係る自動車保険契約の搭乗者傷害特約にいう当該送迎車の運行に起因するものとはいえないとされた事例である。

2　本判決の判旨

本判決の判示は以下のとおりである。

「3　原審は、次のとおり判断し、上告人の本訴請求を棄却し、被上告人の反訴請求を認容すべきものとした。

本件特約にいう運行に起因する事故があったというためには、運行と事故との間に相当因果関係がなければならないところ、これまでAが本件車両の後部座席から高低差のある地面に直接降車することとはされておらず、本件事故は、本件センターの職員において、Aが本件車両から降車する際に踏み台を置かず、安全に着地できるようにすべき注意義務を怠ったことにより発生したものであって、本件車両の危険が顕在化して発生したものとはいえない。したがって、本件車両の運行と本件事故との間に相当因果関係は認められない。

4　所論は、本件車両の座席面及び床ステップと地面との高低差はAのような高齢者にとっては本件車両の固有の危険であり、本件事故が上記高低差に起因して発生している以上、本件センターの職員の注意義務違反が介在したとしても、直ちに本件車両の運行と本件事故との間の相当因果関係は否定されないというものである。

5　上記の事実関係によれば、本件事故は、Aが本件センターの職員の介助により本件車両から降車した際に生じたものであるところ、本件において、上記職員が降車場所として危険な場所に本件車両を停車したといった事情はない。また、Aが本件車両から降車する際は、上記のとおり、通常踏み台を置いて安全に着地するように本件センターの職員がAを介助し、その踏み台を使用させる方法をとっていたが、今回も本件センターの職員による介助を受けて降車しており、本件車両の危険が現実化しないような一般的な措置がされており、その結果、Aが着地の際につまずいて転倒したり、足をくじいたり、足腰に想定外の強い衝撃を受けるなどの出来事はなかった。そうすると、本件事故は、本件車両の運行が本来的に有する危険が顕在化したものであるということはできないので、本件事故が本件車両の運行に起因するものとはいえない。

なお、本件においては、上記2(2)のようなAの年齢及び身体の状況に鑑みて本件車両から降車する際に使用されることを常としていた踏み台が使用されていないといった事情が認められるが、Aの降車の際には本件センターの職員の介助のみでなく、踏み台を使用することが安全な着地のために必要であり、上記職員がその点を予見すべき状況にあったといえる場合には、本件センターに対する安全配慮義務違反を理由とする損害賠償請求等の可否が問題となる余地が生ずるが、このことは、本件における運行起因性の有無とは別途検討されるべき事柄である。」

3　運行起因性について

本件では、本件事故が自動車保険約款の「運行に起因する」といえるかどうかが問題となる。自動車保険契約における搭乗者傷害保険金や人身傷害保険金の支払要件としての「運行に起因する」については一般に

自賠法3条の「運行によって」と同義と解されている（これを明言するものとして大阪高判平成23年7月20日判タ1384号（2013年）232頁）。

「運行によって」は「運行」と「によって」に分けて論じられることが多かったといえる。

「運行」については、自賠法2条2項は「人又は物を運送するとしないとにかかわらず、自動車を当該装置の用い方に従い用いること」と定義している。運行の意義については諸説あるものの、「当該装置」につき走行装置だけでなく、特殊自動車等の固有の装置も含まれるとする「固有装置説」が判例、通説といわれている（最判昭和52年11月24日民集31巻6号918頁）。近時は、運行の概念を自動車を通常の走行に匹敵するような危険性を持つ状態におく行為ととらえる危険性説も主張されている。

「によって」の解釈については、運行と事故との間に相当因果関係を要するとする見解が判例、通説とされている（上記最判昭和52年など）。

4　車両の乗降について問題となった裁判例

上記平成23年大阪高判は、人身傷害保険の運行起因性について、停車中のタクシーから降車後、1、2歩歩いたところで転倒した事案につき、「自動車が停車中であることをもって、直ちに自動車の運行に起因しないと判断するのは相当ではなく、自動車の駐停車中の事故であっても、その駐停車と事故との時間的･場所的近接性や、駐停車の目的、同乗者の有無及び状況等を総合的に勘案して、自動車の乗客が駐停車直後に遭遇した事故については、「自動車の運行に起因する事故」に該当する場合があると解するのが相当である。」とし、「タクシーから降車直後で、しかも1歩か2歩程度歩いたところで本件事故に遭遇したことから、時間的に停車直後であったことはもちろんのこと、場所的にもタクシーの直近で本件事故が発生したといえる。そして、本件事故当時、同乗者である控訴人の妻が料金支払のため未だタクシー内にいて、後部座席のドアが開いたままになっていたことも併せ考慮すると、本件事故は自動車の運行に起因する事故であったと認めるのが相当である。」として運行起因性を肯定した。

同判決については運行状態がどのように転倒に影響しているか理由説明がなく、運行起因性をどのように判断すべきかについては極めて曖昧な論理展開であり、実務の参考にできるかどうかは疑問との評価がある。

5　本判決について

本件は、骨粗鬆症の高齢者が自動車から降車する際に転倒するわけではなく骨折したという事案である。本判決は、本件事故につき、(1)当該送迎車の運転を担当した当該センターの職員が降車場所として危険な場所に当該送迎車を停車しておらず、(2)上記利用者が当該送迎車から降車した際に上記職員による介助を受けるという当該送迎車の危険が現実化しないような一般的な措置がされていたなど判示の事情の下においては、当該送迎車の運行が本来的に有する危険が顕在化したものであるということはできず、当該送迎車に係る自動車保険契約の搭乗者傷害特約にいう当該送迎車の運行に起因するものとはいえないとした。

(1)からは、危険な場所に停車することが運行起因性を肯定する要素となりうることを示しているように読める。(2)については、問題となる車両が介護車両でなかった場合や当事者が高齢者や要介護者でなく青壮年であった場合に運行の危険の顕在化といえるのかどうかなどが疑問として残るといえる。

6　本判決の意義

本判決は、運行起因性の判断につき、「車両の運行が本来的に有する危険が顕在化したものである」必要があることを示した点、一般的な乗用車の乗降時に発生した事故につき運行起因性が肯定される場合がありうることを示した点に意義がある。

しかし、結局本判決は「運行の危険」とその「顕在化」の把握に関して明確な指針を与えていないとの評価がある。上記5のように、本判決から直ちに他の車両の乗降時の事故につき運行起因性が肯定されるかどうかは明らかでなく、今後の裁判例の集積が必要であるといえる。

参考文献

- 竹濵修「自動車保険契約の搭乗者傷害特約にいう運行起因性がないとされた事例」私法判例リマークス54(2017年)10頁
- 島田浩樹「降車時の事故と運行起因性」公益財団法人日弁連交通事故相談センター編『交通賠償実務の最前線』(株式会社ぎょうせい、2017年)372頁
- 長谷川健「運行と運行起因性(5)－送迎車から降車し着地する際の事故」新美育文ほか『実務精選100交通事故判例解説』(第一法規株式会社、2017年)34頁
- 中村修輔裁判官「2.運行供用者責任（バス乗降中の事故）」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2015（平成27年）版』(2015年）下巻(講演録版)27頁
- 重要最高裁判例情報（最新判例研究部会）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2017(平成29年)版』(2017年)下巻(講演録版)173頁

特定機能病院
監査委員会について

弁護士　長谷川 彰

1　はじめに

平成29年6月14日「医療法等の一部を改正する法律」が公布された。医療法第4条の2には特定機能病院と称することについての厚生労働大臣の承認を受ける要件が定められているが、同法第4条の2第1項第4号は、「医療の高度の安全を確保する能力を有すること。」が追加された。そして、同法第19条の2において、医療の安全の確保に関する監査委員会を設置することとされた。

そこで、この医療安全確保に関する監査委員会の概要を紹介する。

2　特定機能病院

特定機能病院とは、高度の医療の提供、高度の医療技術の開発、高度の医療に関する研修を実施する能力等を備えた病院のことである。平成5年から制度化され、平成29年6月1日現在において、85病院を厚生労働大臣が承認している。

特定機能病院の開設者は法人であり、国立大学法人（国立大学法人法）、国立研究開発法人（独立行政法人通則法）、公立大学法人（地方独立行政法人法）、学校法人（私立学校法）、公立病院（地方公営企業法）が各法律に基づいて特定機能病院の開設者となっている。

これに対し、病院等の管理者は、病院長である。しかし、病院長は、一般の会社の社長のような代表権はなく、予算編成権もない。同法第6条の11は「病院等の管理者は、医療事故が発生した場合には、厚生労働省令で定めるところにより、速やかにその原因を明らかにするために必要な調査（以下この章において「医療事故調査」という。）を行わなければならない。」と定めている。また、同法第16条の3は、特定機能病院の管理者が行わなければならない事項の一つに「医療の高度の安全を確保すること」を挙げている。

このような、医療安全の責任者である特定機能病院の管理者＝病院長に対し、特定機能病院としての業務の実施状況などを監査し、意見具申を行う機関として、監査委員会が設置されている。

3　監査委員会の構成など（同法施行規則第9条の25）

委員の数は3人以上とし、委員長及び委員の半数を超える数は、当該病院と利害関係のない者から選考し、この利害関係のない者には、①医療にかかる安全管理又は法律に関する識見を有する者その他の学識経験を有する者、②医療を受ける者その他医療従事者以外の者を含むものとすると規定されている。

また、年2回以上開催することと定められている。

4　監査委員会の業務（同条）

①医療安全管理責任者、医療安全管理部門、医療安全管理委員会、医薬品安全管理責任者、医療機器安全管理責任者等の業務の状況について管理者等から報告を求め、又は必要に応じて自ら確認を実施すること

②必要に応じ、当該病院の開設者または管理者に対し、医療に係る安全管理についての是正措置を講ずるよう意見を表明すること

③上記①および②に掲げる業務について、その結果を公表すること

5　監査委員会の役割

法律及び省令の改正により、特定機能病院の承認要件に医療安全管理責任者の配置、専従の医師、薬剤師及び看護師の医療安全管理部門への配置を項目として加えるなど内部統制･医療安全管理体制を充実させたが、どうしても「身内ゆえの甘え」が生じる可能性もある。

このため、監査委員会は、上記の通り、委員長及び委員の過半数が外部者で構成されるものとされ、医師だけでなく、医療安全や法学などについて一定の識見を持つ第三者のほか、患者団体のメンバーなど、一般の立場の人も委員に含まれることになり、外部者の視点で特定機能病院の業務について監査を行うという役割を担うものである。

6　最後に

高度の医療の提供、高度の医療技術の開発、高度の医療に関する研修を実施している特定機能病院における医療の高度な安全の確保は不可欠である。

監査委員会は、医療法施行規則上は、年2回の開催でも可とされるが、仮に1回の監査委員会が2時間程度とすると、ここで提供される情報は限定され、かつ、時機を失するものとなるおそれがある。したがって、規則の求める最低限の開催に止めることなく、開催頻度を増やすとともに、監査委員が医療安全管理部門に

よる会議などを傍聴できるシステムをとり、医療安全管理部門に集まる情報を共有し、医療現場ともコミュニケーションをとれる体制とすることが望まれる。

また、規則上は規定があるが、外部委員として患者団体のメンバーなどを監査委員に選任している特定機能病院はまだまだ少ないようである。この点の改善も求められる。

オンラインプラットフォームやアフィリエイト広告と消費者契約法5条1項の「媒介」

弁護士 伊吹 健人

1　はじめに

消費者契約法(以下、「法」という。)5条1項は、事業者から、当該事業者と消費者との間の消費者契約の締結について媒介の委託を受けた第三者が、消費者に対して不実告知等の不当勧誘行為をした場合に、消費者に意思表示の取消しを認めている。

この規定は、第三者が契約締結に介在するケースについて、その第三者の不適切な勧誘行為に影響されて消費者が自らの意に沿わない契約を締結させられた場合を救済するものである。

ところで、情報通信技術の発達により、事業者と消費者間の取引についても、インターネットが利用されることが日常化し、インターネット上の取引における消費者被害も多発している[1]。そして、インターネット上の取引では、広告や販売等の各場面で第三者が介在することも多い。

そこで、本稿では、インターネット上の取引のうち、オンラインプラットフォームやアフィリエイト広告を取り上げ、法5条1項の適用場面を検討する。

2　「媒介」の意義

「媒介」とは、他人間に契約が成立するように、第三者が両者の間に立って尽力することをいうと解される[2]。

そして、ここでいう「媒介」にあたる場合については、以下の理由から幅広く捉えるべきであると考える。

まず、本規定の趣旨は、第三者の不適切な勧誘行為に影響されて消費者が自らの意に沿わない契約を締結させられた場合、契約の成立についての合意の瑕疵によって消費者が当該契約に拘束されることは衡平を欠くものであるため、消費者は当該契約の効力を否定することができるとすることが適当であると考えられることによる[3]。そうであるならば、消費者の意思形成過程に不当な影響を及ぼしうる場合については、広く適用が認められるべきといえる。

また、本規定の立法経緯として、取消しが認められる第三者の範囲について、事業者が第三者に代理権を付与している場合に限られるという見解もあったものの、そのような見解を排斥して、媒介の委託を受けた第三者を対象としたことからしても、できる限り取消権を行使できる場合を拡げようというのが本規定の趣旨と考えられる[4]。

さらに、実質的にみても、事業者は、第三者を介在させることで、自身の事業活動を拡大･充実させるという利益を享受する一方、消費者にとってはそのような状況を回避することができないから、広く適用を認めることが、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差に鑑み、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することという法の目的にも資するといえる。

3　オンラインプラットフォームについて

いわゆるプラットフォームとは、情報や商品･サービスの流通の場･環境をいい、そのような場･環境を提供する事業者をプラットフォーマーという[5･6]。

例えば、インターネットショッピングモールでは、運営者たる事業者が、インターネット上にウェブサイトを開設して、そのウェブサイトに複数のウェブページを公開し、その各ウェブページにおいて出店者たる事業者が(仮想)店舗を設けて商品を販売等している[7]。

この運営者たる事業者は、出店者たる事業者より、多数の消費者への販売を容易にする環境を提供し、また、当該運営者の顧客吸引力を利用して出店者の集客を行うことの委託を受けているものといえる。そうすると、このような運営者の立場は、他人間に契約が成立するように、両者の間に立って尽力するものといえる。

したがって、インターネットショッピングモール運営者は、「媒介」の委託を受けたものにあたると考えられる。

4　アフィリエイト広告について

アフィリエイト広告は、広告主が、商品購入、資料請求、会員登録等の一定の成果、または、クリックが発生した件数に応じて、アフィリエイト広告を掲載する者(いわゆるアフィリエイター)に報酬を支払う広告手法である[8]。

消費者問題としては、販売業者から広告の委託を受けたアフィリエイターが、ブログ等の形で、あたかも販売業者と関係のない第三者であるかのように装って、不実告知等を行い、販売業者の公式販売サイトへのリンクを表示して、当該販売業者の商品の購入を誘引するというような場合も想定される。

少なくとも、上記の場合のように、消費者に対して当該商品を購入する動機を生じさせる内容を表示し、また、販売業者の公式販売サイトへのリンクを表示することで、当該商品の購入を容易にしている場合には、法における「勧誘」行為に該当するものと考えられる[9]。

そして、「媒介」を上記のように広く適用が認められる概念であると考えると、「媒介」には消費者を勧誘する行為も含むと解される[10・11]。とりわけ、インターネット上の広告は、事業者にとっても、その内容を把握し、改めさせることが容易であるといえ、広く「媒介」に含むことは実質的にみても妥当といえる。また、「勧誘」行為に至らない程度の行為であっても、消費者契約締結に寄与する程度によっては、「媒介」にあたる場合があるといえよう。

そうすると、上記のようなアフィリエイターは、当該販売業者より、「媒介」の委託を受けているものにあたると考えられる。

5　最後に

商品・役務の販売・提供形態が多様化、複雑化する中で、第三者が介在した場合の消費者問題は、今後も増加することが予想される。

そのような社会情勢の変化に適切に対応するためにも、「媒介」概念を柔軟に解釈して、消費者被害を予防・救済していくことが必要となろう。

1　独立行政法人国民生活センター編『消費生活年報2017』(平30)12頁によると、2017年度の「通信販売」に関する消費生活相談の相談全体に占める割合は36.5％であり、2013年度以降引き続き販売購入形態別で最も高かったとのことである。
2　消費者庁『逐条解説消費者契約法』(商事法務、第3版、平30)169頁
3　前掲『逐条解説消費者契約法』169頁
4　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』(商事法務、第2版増補版、平27)115頁
5　森亮二「プラットフォーマーの法律問題」NBL1087号(平28)4頁
6　オンラインプラットフォームに関する消費者問題については、内閣府消費者委員会オンラインプラットフォームにおける取引の在り方に関する専門調査会でも検討されている。
7　TMI総合法律事務所編『IT・インターネットの法律相談』(青林書院、初版、平28)299、300頁
8　前掲『IT・インターネットの法律相談』378頁
9　当該ウェブサイトは「個別の消費者の意思形成に直接影響を与える」もの(最判平成29年1月24日民集71巻1号1頁)といえるであろう。
10　前掲『コンメンタール消費者契約法』115頁
11　消費者庁は、従前、「『両者の間に立って尽力する』とは通常、契約締結の直前までの必要な段取り等を第三者が行っており、事業者が契約締結さえ済ませればよいような状況と考えられる。」との見解を採っていたが(消費者庁『逐条解説消費者契約法』(商事法務、第2版、平22)155頁)、内閣府消費者委員会消費者契約法専門調査会の報告(同調査会『中間取りまとめ』(平27)24頁)を受け、「両者の間に立って尽力することには、必ずしも契約締結の直前までの必要な段取り等を第三者が行っていなくても、これに該当する可能性があるものと考えられる。」との見解に変更している(前掲『逐条解説消費者契約法』(第3版)169頁)。

消費者被害の救済の観点からみる割賦販売法平成28年改正
―イシュアー・アクワイアラー・決済代行業者に求められる適切な対応

弁護士　増田 朋記

1　はじめに

クレジットカードショッピングの市場規模は年々増大し、平成29年におけるクレジットカードショッピング信用供与額は58兆3711億円(前年比8.2％増)となっている(「日本のクレジット統計　2017年(平成29年)版」(一般社団法人日本クレジット協会))。

今日の消費生活において、クレジットカードの利便性は非常に高く、とりわけ、インターネット通販などのEC市場の拡大を考えれば、このようなクレジットカードの利用の増大も当然と考えられる。

しかし、その利便性は、時として悪質な事業者にも利用される。例えば、近年、「絶対に儲かる」などと謳ってインターネットを介して情報商材を販売する悪質な商法による被害が増えているが、その被害の実態をみると、消費者がクレジットカードを利用することで高額の支払をしてしまうというものが多くみられる。消

費者がクレジットカードにより信用の供与を受けることで、その被害を拡大させる結果となっているのである。

こうした中で、平成26年8月26日に内閣府消費者委員会から加盟店の管理の徹底に係る制度整備等を求める「クレジットカード取引に関する消費者問題についての建議」[1]が発出された。その後、平成26年9月から開始された産業構造審議会商務流通情報分科会割賦販売小委員会における審議の結果[2]を踏まえ、「割賦販売法の一部を改正する法律」が平成28年12月2日に成立し、平成30年6月1日から施行されることとなった。

今般の改正は、クレジットカードの発行を行う会社（イシュアー）と、加盟店と契約を締結する会社（アクワイアラー）が別会社となる形態（オフアス取引と呼ばれるもの）の増加に伴いクレジットカードを取り扱う加盟店の管理が行き届かないケースが生じていることや、その結果により加盟店におけるクレジットカード番号等の漏えい事件や不正使用被害が増加していること等を踏まえ、安全・安心なクレジットカード利用環境を実現するために必要な措置を講じるものとされている。

本稿では、今般の改正内容について、クレジットカード加盟店による詐欺や悪質商法による被害に遭った消費者の救済という観点から検討を加える。

2　改正前の割賦販売法の下での加盟店の管理

クレジットカード取引については、今般の改正前から、割賦販売法（以下、単に「法」ともいう。）において「包括信用購入あっせん」として位置づけられ、各種の規定がおかれていた。

悪質な加盟店の適正化に関しては、包括信用購入あっせん業者（クレジットカード会社）に対し、「業務の運営に関する措置」を講ずべき義務が定められており（法30条の5の2）、利用者からの苦情を受け付けた際の原因究明、苦情処理のために必要な調査、再発防止策などの措置を講ずるべきこととされていた（改正前割賦販売法施行規則60条）。

このような規定は、消費者にクレジットカードを発行するクレジットカード会社（イシュアー）に対する規律を設けるものであり、消費者・加盟店・クレジットカード会社の3者間取引（オンアス取引と呼ばれるもの）を想定し、主としてイシュアーが自らの加盟店に対する調査を行い、措置を講ずるということが期待されたものと考えられる。

しかし、クレジットカード取引の実態は、より複雑化・多様化している。現在の取引実態では、消費者にクレジットカードを発行する会社（イシュアー）と、加盟店と加盟店契約を締結してクレジットカードの利用環境を提供する会社（アクワイアラー）とが分かれた取引（オフアス取引と呼ばれるもの）が一般化している（VISAやJCBといった国際ブランドを介することで、イシュアーの発行したカードが、アクワイアラーが契約した加盟店で利用できることとなる。）。

このようなクレジットカード取引の構造の変化により、イシュアーは加盟店とは直接的な契約関係にないことが一般的となり、イシュアーにおいて実効的な原因究明や調査を行うことが実質的に困難な状況となった。他方で、改正前の割賦販売法では、上記のとおりイシュアーへの規律は定められているものの、加盟店を直接管理しているアクワイアラーへの調査義務は課されておらず、割賦販売法上の規律と取引の実態との間にずれが生じていたのである。

さらには、アクワイアラーと加盟店との加盟店契約の締結について、いわゆる決済代行業者（PSP（ペイメントサービスプロバイダー））が関与する取引も増加している。決済代行業者の中には、海外アクワイアラーを介して、国内のアクワイアラーと加盟店契約を締結することができない事業者にクレジットカード利用環境を提供するものも多く存在する。このため、悪質な事業者がクレジットカード利用環境を得ることが容易になり、しかもそのような加盟店に対するアクワイアラーの管理も期待できないという状況がさらに進展することとなったのである。

3　改正後の割賦販売法よる加盟店管理の変革

改正後の割賦販売法では、上記のようなオフアス取引の一般化というクレジットカード取引の構造の変化に対応するため、加盟店の調査に係る規律は、イシュアーではなく加盟店と直接の契約関係にあるアクワイアラーに求められるものとして位置づけられる形で制度の見直しが行われた。

まず、加盟店との間で加盟店契約を締結する事業者は「クレジットカード番号等取扱契約締結事業者」として経済産業省の登録簿への登録が義務づけられることとなった（法35条の17の2）。アクワイアラーが、割賦販売法上の登録事業者とされたのである。

さらに、「クレジットカード番号等取扱契約締結事業者」には、加盟店との契約に際しての初期調査及び加盟店契約締結後の定期調査・随時調査が義務づけられた（法35条の17の8）。そして調査の結果、問題のあ

る加盟店に対しては、アクワイアラーが是正指導や加盟店契約の解除等の措置を講じなければならないこととされた。

また、決済代行業者についても、加盟店との契約締結について、アクワイアラーから実質的な最終決定権限を授権されている場合には、「クレジットカード番号等取扱契約締結事業者」に該当することとなる。その場合には、アクワイアラーと同様に登録が必要となり、かつ、加盟店への調査･措置義務を負うこととなる。

他方で、イシュアーについては、「業務の運営に関する措置」を講ずべき義務の内容が改正され、苦情受付時において、加盟店に対する調査義務に代わり、不当勧誘行為等の苦情の内容を「クレジットカード番号等取扱契約締結事業者」へ通知する義務が課されることとなった(改正後割賦販売法施行規則60条)。

4　イシュアー･アクワイアラー･決済代行業者に求められる対応

消費者が悪質商法の被害にあった場合、消費者が自ら当該悪質事業者と交渉しても、解決困難である場合が少なくない。それどころか、近年増加しているインターネットを利用した悪質商法の場合には、そもそも事業者と連絡を取ること自体が難しい場合もある。しかし、当該悪質商法の決済にクレジットカードが利用されている場合には、消費者から悪質事業者への支払にクレジットカード会社が介在することとなるため、その被害の救済に関してもクレジットカード会社が大きな役割を果たすことが可能となる。

そもそも、クレジットカード会社が悪質事業者と加盟店契約を締結しなければ、クレジットカードが悪質商法に利用されることはなく、被害を拡大させるような事態は生じない。そして、悪質商法による被害が生じてしまった場合も、クレジットカード会社から適切な指導により返金を促すこと、あるいは加盟店契約を解除して再発を防止することも可能となるのである。

今般の改正内容は、基本的には行政規制として位置づけられるが、このような改正内容を前提に、イシュアー･アクワイアラー･決済代行業者が、消費者の被害に適切に対応し、加盟店を厳しく管理することにより、クレジットカードを巡る被害発生の防止のみならず、被害発生時の消費者の救済も図られることが期待できるものである。

そこで、以下では、今般の改正内容を前提として、クレジットカードを利用した消費者被害が発生した場合において、イシュアー･アクワイアラー･決済代行業者に求められる適切な対応について述べる。

(1)　イシュアー

消費者にクレジットカードを発行するイシュアーは、消費者と直接の契約関係にあり、消費者が被害にあった際の相談･苦情窓口として位置づけられる。近年の被害実態をみれば、サクラサイト商法におけるサイト運営事業者のように加盟店たる販売事業者の実態が消費者には不明な場合もあり、その場合には、イシュアーが、消費者にとって当該クレジットカード取引に関する情報を得ることのできる唯一の窓口ともなり得る。

ところが、相談･苦情を受け付けたイシュアーの対応は、事業者によって大きな差があり、現状では、必ずしも消費者の被害救済に繋がる適切な対応がとられていないように見受けられる。

苦情を受け付けたイシュアーの一般的な対応は、支払請求を留保した上で当事者間の解決を促すというものである。上記のとおりイシュアーは、オフアス取引のもとでは加盟店とは直接的な契約関係にないことから、イシュアーが加盟店と直接交渉することは実質的に困難であるため、アクワイアラーへの調査依頼は行っても、それ以上に関与することには消極的となっていると考えられる。

しかし、苦情内容から加盟店の詐欺や不当勧誘行為等の不正がうかがわれるような場合には、国際ブランドルールにおけるチャージバックや、アクワイアラーとの協議による返金処理等によって、イシュアーが積極的に被害の救済を図ることも可能であり、実際にそのような対応を行うイシュアーも存在している。また、一般的に消費者は、当該クレジットカード取引におけるアクワイアラーを知ることができないため、アクワイアラーが誰であり、どのような対応を行っているかについてはイシュアーによって情報提供される必要があり、そのような情報提供が解決の糸口となり得るものである。

上記のとおり、今般の改正により、イシュアーの「業務の運営に関する措置」について、調査義務に代えて「クレジットカード番号等取扱契約締結事業者」へ通知する義務を課すこととされたが、これは加盟店への直接的な調査･指導をアクワイアラーに行わせるものと位置づけたに過ぎないものであって、イシュアーの取るべき対応として形式的な通知を行えば足りるとしたものではないと考えられる。イシュアーは、消費者の相談･苦情窓口となる立場

にあり、その業務運営上、利用者の利益の保護を図るために苦情の適切かつ迅速な処理のために必要な措置を講ずることが求められているのであるから、アクワイアラーその他との連携を図りつつ、消費者に必要な情報を提供して、積極的に早期の解決を図る措置を講ずるべきであろう。

なお、苦情を受け付けた多くのイシュアーが、利用者が加盟店の不当な行為について抗弁書を提出すれば、その支払請求を留保するという措置を取っている。これは、マンスリークリア取引のように割賦販売法の適用がない場合であっても同様の措置を取る場合も多く、それ自体は、イシュアーの柔軟かつ適切な対応と考えられる。もっとも、割賦販売法の適用がある場合については、割賦販売法上の抗弁権の接続（法30条の4）により、消費者はその権利として支払を拒絶することができるのであるから、上記のようなイシュアーによる任意の支払請求留保とは峻別されなければならない。すなわち、割賦販売法上の抗弁権の接続の主張がなされた場合において、その主張を受け付ける期間や支払請求を留保する期間を限定するような運用は許されないものである。

(2)　アクワイアラー・決済代行業者

加盟店による悪質商法の被害にあった消費者は、イシュアー又は決済代行業者からアクワイアラーの情報を得つつ、アクワイアラーに対して対応を求めることが考えられる。アクワイアラーは加盟店と直接の契約関係にあるため、加盟店の情報を豊富に有するだけでなく、加盟店に対して実効的な指導を行い、消費者の被害の救済を直接的に促すこともできる立場にあるといえる。ところが、法改正前は、アクワイアラーには加盟店を是正すべきインセンティブが乏しく、苦情を受け付けても、当事者間の解決を促すのみという対応もみられた。

しかしながら、今般の改正により、アクワイアラーは登録制となり、加盟店に対する調査・措置義務が明示的に定められたのであるから、今後はその適切な運用が期待される。悪質な事業者であることが判明した場合には、決して加盟店契約を締結してはならず、また、既に締結してしまっていた場合も速やかに契約を解除し、悪質事業者へ助力して消費者の被害を拡大させる結果とならないようにするべきである。

この点について、法改正前も、国内アクワイアラーが直接契約を締結する加盟店については比較的厳格に管理されていたと考えられるが、決済代行業者が介入している場合には非常に多くの問題が生じていた。決済代行業者が介入するのは、基本的に、加盟店がアクワイアラーと加盟店契約を直接に締結することができない場合である（そうでなければ加盟店には決済代行業者を介在させるインセンティブが通常存在しない。）。逆に言えば、悪質な事業者は、決済代行業者を利用することで海外アクワイアラーを経由するなどしてクレジットカードの利用環境を得てきたのである。例えば、前述したサクラサイト商法や、悪質な情報商材のインターネット通販などでも、そのクレジットカード利用には、ほとんどの場合において決済代行業者が介在している。そして、このような場合には、アクワイアラーの管理が及ばず、決済代行業者も有象無象の事業者が参入しており、加盟店管理体制は全く期待できないような事態が生じていたのである。

上記のとおり、今般の改正によって、決済代行業者であっても、加盟店契約の締結について実質的な権限を有する場合には、「クレジットカード番号等取扱契約締結事業者」として登録が義務づけられ、加盟店への調査・措置義務も課されることとなった。このため、決済代行業者が介在した場合であっても、行政規制を背景に、決済代行業者又はアクワイアラーに対して適切な加盟店管理を求めることができることとなったと考えられる。

なお、決済代行業者が登録を要するか否かは、加盟店との契約締結について実質的な最終決定権限を有するか否かにより、それはアクワイアラーと決済代行業者との間の契約内容によって定まることとなるが、この点が曖昧とされれば、実質的に悪質な事業者へクレジットカード利用環境を提供している決済代行業者が無登録のまま暗躍する結果となりかねない。アクワイアラーにおいては、今般の改正の趣旨をしっかりと受け止めて、自らが責任をもって加盟店を管理するか、登録された決済代行業者と契約を締結するかの措置をとり、無登録の決済代行業者に実質的に加盟店の管理を任せるようなことのないようにすべきである。

1　「クレジットカード取引に関する消費者問題についての建議」（http://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2014/0826_kengi.html）

2　「報告書 ～クレジットカード取引システムの健全な発展を通じた消費者利益の向上に向けて～」（http://www.meti.go.jp/committee/sankoushin/shojo/kappuhanbai/report_02.html）
「報告書 ～クレジットカード取引システムの健全な発展を通じた消費者利益の向上に向けて～＜追補版＞」（http://www.meti.

go.jp/committee/sankoushin/shojo/kappuhanbai/report_03.html）

共有特許権の消尽

客員弁護士　大瀬戸 豪志

1　特許権の共有者による特許発明の実施

特許権が共有に係るときは、各共有者は、契約で別段の定をした場合を除き、他の共有者の同意を得ないで、その特許発明の実施をすることができる（特許法73条2項）。この規定は、特許権の共有者による「自己実施の自由」を定めたものといわれている。その趣旨は、共有者の一人による使用が他の共有者の使用を物理的に妨げる有体物の場合とは異なり、無体物である特許発明にあっては、一人の共有者によるその実施により他の共有者の実施が妨げられることはないというところにある。しかし、上記規定にあるように、共有者間の契約で「別段の定」をした場合には、この「自己実施の自由」は制約を受ける。

この制約がどのようなものであるかは共有者間の契約の内容によるが、たとえば、特許権の共有者AとBとの間で、特許製品の製造はAが行い、その販売はBが行うという契約（以下「本件契約」という。）をした場合には、AとBは、当然にその契約内容に応じた実施義務を負う。その結果、Aは、その製造に係る特許製品を自ら販売することができないことになるが、ここで一例として、本件契約の有効期間中に、AがBに無断で当該特許製品をC名義でDに販売し、Dがその特許製品を使用しているという場合に、Bは、Dに対し当該特許製品の使用差止を請求できるかどうかという問題（以下「本問題」という。）を考えてみたい。

本問題については、Aが製造し、C名義で販売した特許製品（以下「本件特許製品」という。）について、いわゆる消尽理論が適用されるかどうかにかかっている。消尽理論とは、特許権者又は特許権者から許諾を受けた者が特許製品を譲渡したときは、その特許製品について特許権を行使することができないというものである。その理由が、いわゆる二重利得の防止と取引の安全にあることはよく知られているところである。共有特許権の場合、共有者の一人が特許製品を譲渡した場合に、その特許製品について特許権は消尽し、他の共有者も特許権を行使することができないという点で異論はない。そうすると、本問題においても、A自身が本件特許製品を販売したものであれば、本件特許製品について特許権は消尽することになるが、本問題では本件特許製品をC名義でDに販売したということになっているから、C名義の販売がA自身の販売（Aの自己実施）に当たるかどうかが問題になる。

2　本件特許製品の販売はAの自己実施といえるか

この点に関し、知財高裁平成30年3月14日判決（切断装置事件）は、本問題と同様に、共有者の一人が特許製品を製造し、他の共有者がこれを独占的に販売するという契約の下で、製造を担当する共有者が第三者名義で特許製品を販売したという事案において、①製造を担当する共有者は、倒産後であったために対外的に第三者の名義を使用していたものの、自らの判断により水産加工機械を開発、製造、販売し、原材料は製造を担当する共有者の指示により当該第三者が一旦費用を負担して購入するが、水産加工機械が販売できれば、販売代金の中から原材料代等相当額を支払うことによって精算されており、その未払額を分割で支払うことを約し、支払っていること、②製造を担当する共有者は、水産加工機械の販売代金から原材料代等を除いた部分の半分を自らの取り分として受領していたこと、③係争特許製品との関係では、当該第三者が受け取ったのは、係争特許製品の原材料代等であり、製造を担当する共有者に支払われたものは、「管理費」名目であるが係争特許製品の販売による製造を担当する共有者の取り分であると解されることからすると、係争特許製品の製造販売の主体は製造を担当する共有者と認めることが相当であり、当該第三者の名義使用は、製造を担当する共有者が倒産による責任追及を免れるための方便にすぎなかったものというべきであり、したがって、係争特許製品については、製造を担当する共有者が自己実施したと評価することができる、と判示している。

これによると、特許製品の販売が第三者名義で行われている場合であっても、その販売が実質的に共有者自らの判断によって行われたものであり、当該第三者から共有者への支払いが特許製品の販売による共有者の取り分であるというような場合には、共有者の自己実施に当たるということになる。ちなみに、上記「切断装置事件」の原審・東京地裁平成29年4月27日判決は、

「実施行為の法的な帰属主体であるというためには、通常、当該実施行為を自己の名義及び計算により行っていることが必要であるというべきである。」と判示している（但し、知財高裁判決の結論とは逆に、原審では共有者の自己実施が否定されている。）。

このような観点から本問題についてみると、本件特許製品のDへの販売が、たとえC名義であったとしても、実質的にA自らの判断により、換言すればAの名義及び計算によって行われたものであり、CからAに対して本件特許製品の販売代金の取り分が支払われている等の事情があるときは、本件特許製品の販売は、Aの自己実施に当たるということになる。その結果、本件特許製品について消尽理論が適用され、Bは、Dに対しその特許権を行使することができず、本件特許製品の使用差止めを請求することができないということになる。

3　本件契約は「別段の定」に当たるかー消尽理論の適用可能性

しかし、本問題では、AとBの共有者間で、本件特許製品についてAが製造し、Bが販売するという契約（本件契約）が締結されている。そこで、本件契約における製造と販売の分担が特許法73条2項の「別段の定」に該当するかどうか、及びこの「別段の定」がいかなる効力を有するか、ということが改めて問題になる。

この点に関し、上記「切断装置事件」の知財高裁判決は、「本件専売契約の、水産加工機械の製造は補助参加人［一方の共有者］が担当し、販売は被控訴人［他方の共有者］が専ら担当する旨の合意は、特許法73条2項の『別段の定』に該当するから、本件製品の販売時に本件専売契約が存続していれば、本件製品の補助参加人による実施により本件特許権が消尽したとはいえない。」と判示している。その上で同判決は、本件製品の補助参加人（一方の共有者）による販売時には本件専売契約は解約により消滅していたから、被控訴人（他方の共有者）は、本件製品の使用につき、本件特許権侵害を主張することができないと判断している。

この知財高裁判決の見解によるときは、特許製品の製造と販売を分担するという共有者間の「別段の定」が効力を有する場合には、製造者による特許製品の販売により当該特許製品について特許権は消尽しないということになる。この観点から本問題についてみると、上記「切断装置事件」の事案とは異なり、本問題においては、本件契約の存続期間中で「別段の定」が効力を有する間に本件特許製品がDに販売されている。したがって、本件特許製品の販売がAの自己実施によるものである本問題においては、本件特許製品について、本件特許権は消尽しないことになり、BはDに対し、本件特許権の侵害を主張し、本件特許製品の使用差止を請求することができるという結論になる。

しかし、ここで改めて問われなければならないのは、特許権の共有者間の契約による「別段の定」が特許権の消尽という効果を阻止することができるかどうかである。上記知財高裁判決の結論はこれを肯定するが、その理由について何も述べていない。この点については以下のように考えられる。

特許権の消尽は、特許権者又はその許諾を得た者が特許製品を譲渡したという消尽の要件を充足すれば、特許権者の意思如何にかかわらず当該特許製品について特許権の消尽という効果が当然に生じるというのが通説である。その結果、特許権者と譲受人との間で特許製品の第三者への譲渡禁止の契約をしているにもかかわらず、譲受人がその契約に違反して第三者に当該特許製品を譲渡した場合であっても、契約当事者間の債務不履行という問題が生じるだけで、当該第三者にその効果は及ばず、当該特許製品について特許権は消尽することになる。

本問題の場合は、特許権者と譲受人との間の契約ではなく、特許権の共有者同士の契約であるという点でこれとは異なる。しかし、両者は、契約当事者の違反の効果が第三者にも及ぶか否かということが問題になる点で共通している。この点については、まず、契約違反の効果は当然には第三者には及ばないという原則は本問題についても妥当する。このことに加え、二重利得の防止及び取引の安全という消尽理論の根拠に照らし、AB間の「別段の定」の有効期間中のC名義による本件特許製品の販売がAの自己実施と認められる限り、たとえその販売が「別段の定」に違反するものであるとしても、特許権者と譲受人との間の契約違反によって特許製品が譲渡（販売）された場合と同様に、本件特許製品について特許権は消尽するものと解すべきであろう。その結果、BはDに対し本件特許製品の使用差止めを請求することができないということになる。

割増賃金の定額払い制の合法性
―最高裁平成30年7月19日判決から

弁護士　永井 弘二

1　はじめに

割増賃金(時間外手当、深夜割増手当等)を基本給の中に組み入れたり、職務手当等の手当として一定額を支給する給与体系を取ることも少なくない。これは割増賃金の計算を容易にするなどのメリットもある一方で、結果として割増賃金を不払いにする方便として悪用される懸念もある。

こうした割増賃金の定額払い制について、従来、最高裁は、本来の給与部分と割増賃金部分が峻別されることを要求するなどしており、これまで最高裁で合法とされたものはなかったと思われる。

こうした中、最判平成30年7月19日は、定額の業務手当を割増賃金として支払っていた事案において、当該業務手当による割増賃金の支払いを合法と認める判断をした。原審の東京高裁はより厳しい要件を課して違法としていたが、最高裁は高裁の判断を取り消したものである。

2　従前の判例状況

(1)　最判昭和63年7月14日労判523号6頁

月15時間の残業を見込んだうえでその分の割増賃金を基本給に加えていたとの会社側の主張に対して、1審東京地裁判決(昭和62年1月30日労判523号10頁)は、「その基本給のうち割増賃金に当たる部分が明確に区分されて合意がされ、かつ労基法所定の計算方法による額がその額を上回るときはその差額を当該賃金の支払期に支払うことが合意されている場合にのみ」合法となると判断し、同事案では割増賃金に当たる部分が区分されているとは言えず、割増賃金が支払われているとは言えないとした。高裁、最高裁ともそれぞれ上訴を棄却している。

(2)　最判平成6年6月13日労判653号12頁

歩合給とされているタクシー乗務員の給与について、時間外、深夜業務を行った場合にも歩合が同じであるという事案において、「通常の労働時間の賃金に当たる部分と時間外及び深夜の割増賃金に当たる部分とを判別することもできない」として、割増賃金が支払われたとは言えないとした。

(3)　最判平成11年12月14日労判775号14頁

タクシー乗務員の割増賃金について、超勤深夜手当に割増賃金が含まれているとの会社側の主張に対し、原審高松高裁判決(平成11年7月19日労判775号15頁)は、労使交渉経過や給与、手当額が妥結される経緯、それぞれの金額などを詳細に認定した上で、歩合給を手当等に振り分けたに過ぎず、割増賃金部分が支払われているとは言えないとした。最高裁は上告を棄却している。

なお、割増賃金の定額払い制について、同高裁は、直接結論に至る判断ではないが、「通常の賃金部分と時間外･深夜割増賃金部分が明確に区別でき、通常の賃金部分から計算した時間外･深夜割増賃金との過不足額が計算できるのであれば、その不足分を使用者は支払えば足りると解する余地がある。」としている。

(4)　最判平成24年3月8日労判1060号5頁

派遣会社の派遣社員について、基本給を月額41万円とし、労働時間が月180時間を超える場合には割増賃金を支払い、月140時間を下回る場合には一定額を減額するという契約であったという事案において、原審東京高裁判決(平成21年3月25日労判1060号11頁)がその合法性を認めたのに対し、最高裁は、月額41万円という基本給を定めていたとしても、時間外労働は月によって大きく変動し得るものであることからすれば、基本給のうち「通常の労働時間の賃金に当たる部分と…時間外の割増賃金に当たる部分とを判別することはできない」として、労働時間が月180時間未満の場合であっても労基法所定の割増賃金を支払う義務があるとした。

なお、櫻井龍子裁判官は、補足意見で、「便宜的に毎月の給与の中にあらかじめ一定時間(例えば10時間分)の残業手当が算入されているものとして給与が支払われている事例もみられるが、その場合は、その旨が雇用契約上も明確にされていなければならないと同時に支給時に支給対象の時間外労働の時間数と残業手当の額が労働者に明示されていなければならないであろう。さらには10時間を超えて残業が行われた場合には当然その所定の支給日に別途上乗せして残業手当を支給する旨もあらかじめ明らかにされていなければならないと解すべきと思われる。」としている。

(5)　最判平成29年7月7日労判1168号49頁

年俸1700万円(内訳:本給86万円、諸手当合計34万1000円、賞与3ヶ月分相当)とする契約の医師につい

て、時間外規定で時間外手当の支給が制限されているという事案において、原審東京高裁判決（平成27年10月7日労判1168号55頁）は、医師としての業務の特質に照らして合理性があるなどとして合法としたのに対し、最高裁は、「割増賃金をあらかじめ基本給等に含める方法で支払う場合においては、…労働契約における基本給等の定めにつき、通常の労働時間の賃金に当たる部分と割増賃金に当たる部分とを判別することができることが必要であり、上記割増賃金に当たる部分の金額が労働基準法37条等に定められた方法により算定した割増賃金の額を下回るときは、その使用者がその差額を労働者に支払う義務を負うというべきである。」として、同事案ではこの峻別がなされていなかったとして原審を取り消した。

(6)　小括

割増賃金の定額払い制については、「何時間残業等をしても、全て定額の手当や基本給で割増賃金を支払ったこととする。」という契約であるとすれば、労基法37条以下に定める割増賃金に満たない定額金でしかない場合もあり得るため、こうした契約は労基法37条以下の割増賃金支払い条項に違反するものとして無効である（労基法13条、もちろん1ヶ月間の時間全てに相当する割増賃金を定額金とした場合は別論もあり得るが、机上の議論でしかない。）。そうすると、定額金を超える残業等をした場合には、その超える部分の割増賃金を支払うという契約である必要がある。しかし、本来の給与部分と割増賃金部分が峻別されていないと、定額金を超える割増賃金が発生していたか否かを確認することすらできない。こうしたことから、これまでの判例は、割増賃金の定額払い制について、それ自体を違法としたわけではないが、本来の給与部分と割増賃金部分が判別可能となっていることが最低限必要であるとしていると考えられる。

また、本来の給与部分と割増賃金部分の峻別ができないと、結局、本来の基本給や手当に割増賃金が含まれているとの明確な合意があったか否か不安定であり、結果として割増賃金の不払いを助長する可能性があることも理由になっていると考えられる。

そして、櫻井裁判官の補足意見からすれば、本来の給与部分と割増賃金部分の峻別に加えて、定額払いであること自体や割増賃金に不足が発生した場合には不足分を支給することも明確に合意されていること、また、毎月の給与支給の際に時間外労働、時間外手当が明示されていることなどが要件となることになる。

3　最判平成30年7月19日

(1)　最高裁判決の事案は、薬剤師について、基本給46万1500円、業務手当10万1000円とする契約で、雇用時の確認書等で業務手当は30時間分の時間外手当を含むこと等が示されていたというものであった。

そして、実際の稼働状況を見ると、1ヶ月あたりの平均所定労働時間（契約に基づく所定内の労働時間）は157.3時間であり、時間外労働時間は15ヶ月のうち、30時間以上が3回、20時間未満が2回、20時間台が10回という状況であった。

この平均に基づいてみると、10万1000円の業務手当は約28時間分の時間外手当に相当する（詳細不明だが、おそらく以下の計算によるものと思われる。46万1500円/157.3時間＝2934円、10万1000円/（2934円＊1.25）＝27.53時間、なお、この計算では、割増賃金計算の基礎に業務手当10万1000円を組み込んでいないが、10万1000円自体が割増賃金の定額払いなのでこれを計算基礎に組み込むのは背理となり、また、敢えて言うと労基法37条5項、労基法施行規則21条4号の「臨時に支払われた賃金」に該当し、計算基礎から除外されると考えることができると思われる。）。

他方、休憩時間も稼働していたにもかかわらずその時間管理がされておらず、また、給与明細には時間外労働時間や時給単価の記載欄があったもののほとんど空欄とされていた。

(2)　原審東京高裁（この原稿執筆時点で判例集未収載）は、「定額残業代を上回る金額の時間外手当が法律上発生した場合にその事実を労働者が認識して直ちに支払いを請求することができる仕組み（発生していない場合にはそのことを労働者が認識することができる仕組み）が備わっており、これらの仕組みが雇用主により誠実に実行されているほか、基本給と定額残業代の金額バランスが適切であり、その他法定の時間外手当の不払や長時間労働による健康状態の悪化など労働者の福祉を損なう出来事の温床となる要因がない場合」にのみ割増賃金の定額払い制が許容されるとし、同事案では、業務手当が何時間分の時間外手当に当たるのかが伝えられておらず、休憩時間中の労働時間を管理し、調査する仕組みがないため、時間外労働の合計時間を測定することができないことなどから、業務手当を上回る時間外手

当が発生しているか否かを認識することができなかったとして違法とした。

(3)　これに対し、最高裁は、割増賃金の定額払い制の合法性については、「雇用契約に係る契約書等の記載内容のほか、具体的事案に応じ、使用者の労働者に対する当該手当や割増賃金に関する説明の内容、労働者の実際の労働時間等の勤務状況などの事情を考慮して判断すべき」であり、原審東京高裁が判示するような事情が認められることを必須のものとしているとは解されないとした。

そして、同事案では、雇用時の契約書や採用条件確認書等、賃金規定で業務手当が時間外労働に対する対価として支払われることが記載されており、業務手当は約28時間分の時間外労働に対する割増賃金に相当し、実際の時間外労働の状況と大きくかい離するものではないなどとして、同事案の定額払い制を合法とした。

(4)　今回の最判の事案では、業務手当が割増賃金に相当すること(含むこと)について確認書等で明確に合意されている点、本来の賃金部分と割増賃金部分が峻別されて計算が可能であり、実際の労働状況とも大きくはかい離していない点から合法としたものと考えられる。

原審東京高裁の判断は、最判平成24年3月8日労判1060号5頁の櫻井裁判官の補足意見を取り入れるようにして、労働者が給与受給時に時間外労働時間や割増賃金を確認できることなどを要件としているが、最高裁は、そこまでの厳格な要件までは求めなかったということができる。

今回の最高裁の判断を前提にすると、割増賃金の定額払い制においては、定額払いとすることの明確な合意と本来の賃金部分と割増賃金部分が峻別され、計算が可能であることが要件となり、必ずしも給与明細書に時間外労働時間や時間外手当等が明示されていることまでは要求されないと見ることができると考えられる。

編集後記

今回の特集1「M&A」は、事業の譲渡や譲受を検討されている方だけでなく、スタートアップされる方にも、出口戦略を意識して事業を展開するための参考にしていただきたいと思います。また、特集2「介護事故」は、近時の裁判例と、事故防止のための重要な鍵となるリスクアセスメントの方法について論じています。

その他、各弁護士が調査、研究した分野について寄稿していますので、ご一読の上、ご感想、ご意見をいただければ幸甚です。