

Oike Library

御池ライブラリー

御池総合法律事務所

〒604-8186
京都市中京区烏丸御池東入
アーバネックス御池ビル東館6階
TEL:075-222-0011
FAX:075-222-0012
E-mail:oiike-law@mbox.kyoto-inet.or.jp

CONTENTS

労災・損害賠償	平成13年認定基準設定後の脳血管疾患・虚血性心疾患等による 労災補償と損害賠償責任 弁護士 井上 博隆・・・1
家族法	年金分割制度が施行されるにあたって 弁護士 上里 美登利・・・5
金融法	相続預金取引履歴の開示 弁護士 小原 路絵・・・6
消費者法	不招請勧誘の禁止 弁護士 長谷川 彰・・・9
不正競争防止法	不正競争防止法の平成17年改正について 弁護士 草地 邦晴・・・11
家族法	相続開始から遺産分割までの相続財産の共有状態を実体的権利として 尊重した2つの判例…最高裁平17・9・8判決と最高裁平17・10・11決定 弁護士 野々山 宏・・・13
民事訴訟法	同一被告に対する広域・集団訴訟と民事訴訟法38条 前段該当性の判断 弁護士 住田 浩史・・・14
消費者法	英会話学校における中途解約時の清算金条項を巡る裁判例 弁護士 長野 浩三・・・17
家族法	親権者の指定・変更—その1 弁護士 茶木 真理子・・・20
消費者法	消費者契約法における「消費者」「事業者」について 弁護士 稲山 理恵子・・・22
著作権法	「剽窃の論理」と著作権 弁護士 坂田 均・・・24
民事執行法	裁判所の過誤配当と差押債権者の落ち度の存否 ～最判平成18年1月19日から～ 弁護士 永井 弘二・・・25

2006/4
No.23

平成13年認定基準設定後の 脳血管疾患・虚血性心疾患等による 労災補償と損害賠償責任

弁護士 井上 博隆

1、はじめに

厚生労働省は、平成13年12月、脳血管疾患及び虚血性心疾患等（以下、脳・心臓疾患という）の労災補償の認定基準を緩和した。これによって、平成17年6月厚生労働省が発表した労災補償状況では、脳・心臓疾患の労災補償の認定は平成13年度が143件（内、死亡58件）であったのに、平成14年度317件（同、160件）、平成15年度314件（同、158件）、平成16年度294件（同、150件）と大幅に労災補償の認定件数が増加している。1)

これに伴い、民事上の損害賠償請求も増加していると考えられるが、労災認定と損害賠償との関係はどのようになっているのか、労災認定基準緩和に伴い、調節措置として損害賠償の減額が行われているのか、行われているとすればその要件程度はどのようなものであるのかを検討した。

2、民事上の損害賠償

労働災害の損害賠償において、労働者は使用者の過失（注意義務違反）及び過失と災害との因果関係を立証する必要がある。

過失は、契約責任を追及する場合は安全配慮義務といわれている。安全配慮義務は「労働者が労務提供のため設置する場所、設備もしくは器具等を使用し又は使用者の指示のもとに労務を提供する過程において、労働者の生命及び身体を危険から保護するように配慮すべき義務」とされ、その具体的内容は、労働者の職種、労務内容、労務提供場所等安全配慮義務が問題となる当該具体的状況等によって異なるべきものである」（最判昭和59年4月10日民集38巻6号557頁、なお、公務災害について最判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁）とされている。

裁判例上、この安全配慮義務の具体的内容には労働者の基礎疾患を含む健康状態も含まれていると考えられている。2)

3、労働基準法上の補償

一方、労働基準法第8章「災害補償」では、労働者が業務上負傷し、疾病にかかり、又は死亡した場

合、使用者は一定の補償を行うべきことを定めている。

これは使用者に無過失責任を認めたものであり、労働者は業務との因果関係（業務起因性）を立証すればこの補償が受けられる。労働基準法施行規則35条において、疾病のうち一般的に業務と因果関係のあることが明らかに認められる疾病を列挙しており、この内の「その他業務に起因することが明らかな疾病」（別表1の2九）に該当するものとして、脳・心臓疾患等の疾病が考えられている。

4、脳血管疾患及び虚血性心疾患等の認定基準

厚生労働省（旧労働省）は、脳・心臓疾患が前記「その他業務に起因することが明らかな疾病」に該当するための認定基準を昭和60年通達（昭和62年10月26日基発第620号）で設定したが、裁判例により認定基準が厳しすぎると判断するものが相次いだため、平成7年に緩和した（平成7年2月1日基発第37号。以下、7年認定基準という）。3）4）

しかし、長期間の疲労蓄積がカバー出来ないことなどから、これでも厳しすぎるという裁判例が続き（最判平成12年7月17日労働判例785号6頁、最判平成12年7月17日労働判例786号14頁）、平成13年新たな認定基準を定めた（平成13年12月12日基発1063号。以下、13年認定基準という）。

この13年認定基準では、①「異常な出来事」[発症直前から前日までの間において、発生状態を時間的及び場所的に明確にし得る異常な出来事に遭遇したこと]、②「短期間の過重業務」[発症に近接した時期（おおむね一週間）において、特に過重な業務に就労したこと]、③「長期間の加重業務」[発症前の長期間（おおむね6ヶ月間）にわたって、著しい疲労の蓄積をもたらす特に過重な業務に就労したこと]のいずれかの業務による明らかな過重負担を受けたことにより発症した脳・心臓疾患が「その他業務に起因することが明らかな疾病」に該当するものとされた。そして、この認定基準では同僚等（当該労働者として同程度の年齢、経験等を有する健康な状態にある者のほか、基礎疾病を有していたとしても日常業務を支障なく遂行できる者）を基準としている。5)

5、業務起因性と損害賠償における因果関係の関係

労務災害認定の場面において業務起因性の有無が争われるときは、「認定の是非が争点となり、その場面では中間的な解決ができないため、私法上の衡平の観点からの調整が難しく、因果関係の考え方の

対立もいきおい厳しくなる傾向があると思われるのに対し、損害賠償の分野では、労働者側の事情を考慮することによる過失相殺あるいはこれを類推することによる調整機能の働きを期待できる面もあり、労災認定における因果関係より緩やかな認定となるものといえる。」とされている。6)

この考えによると、労災認定において業務起因性が認められれば、損害賠償においても因果関係が認められる関係にあると原則的にはいうことができる。一方、労災認定において業務起因性が認められなくても、損害賠償においては因果関係が認められる可能性はあるということになる。

東京高裁平成11年7月28日判決判例タイムズ1006号96頁も、7年認定基準によって業務起因性を否定した事例について因果関係を認定している。相当因果関係は、証拠により認定した事実をもって判断するものであるから、必ずしも認定要件にあたらぬからといってこれが認められないものではないということと、認定要件は、行政機関において労災ないし公務災害の認定をする際の認定基準にすぎず、認定要件が認められないことの一事をもって業務と疾病との間に相当因果関係がないと断定することはできないことを理由とする。

6、平成13年認定基準設定後の裁判例の業務起因性と因果関係

13年認定基準設定後になされた脳血管疾患・虚血性心疾患等による労働災害裁判例は、私が調べた範囲の定期刊行物などでは、使用者の責任を認めた裁判例は、別紙記載の裁判例があり、使用者の責任を否定した裁判例は、名古屋地判平成15年7月2日判例時報1848号88頁及び札幌地判平成16年3月26日判例時報1868号106頁がある。別紙②以外は13年認定基準設定前の事例である。

これらの内、労災認定において業務起因性が認められたのに損害賠償において因果関係を否定した裁判例は見あたらない。

一方、労災認定において業務起因性が認められないのに損害賠償において因果関係が認められた裁判例は②だけである。前記名古屋地裁平成15年7月2日判決及び札幌地裁平成16年3月26日判決は13年認定基準を因果関係の判断基準として因果関係を否定している。

②は、陳旧性心筋梗塞の既往症があり心臓に予備能力が無く、社内規定上、原則として宿泊出張等をさせないことになっていたところ、宿泊を伴う長期

間の研修終了後急性心筋虚血で死亡した事例である。13年認定基準は過重負担の判断基準を前記の通り同僚等としているため、業務起因性は認められないが、損害賠償においては相当因果関係を認めたものと考えられる。

7、平成13年認定基準設定後の裁判例の安全配慮義務

それでは、安全配慮義務違反はどのように認定されているであろうか。

別紙の使用者の責任を認めた裁判例の内、別紙①③④⑨⑩は労災認定がされている事例である。⑧は13年認定基準の主張がなかったが因果関係を認め、その控訴審判決である⑥は13年認定基準で因果関係を認めている。⑦は原告は労災給付の申請を取り下げた事例で、原告は13年認定基準で因果関係を主張し、判決は13年認定基準との関係を明らかにせず因果関係を認めているが、実質的には13年認定基準によって因果関係を認定したものと考えられる。また、減額しなかった⑤も労働者災害補償保険(以下、「労災保険」という)をかけていなかった事例であるが13年認定基準で因果関係を認めている。

以上を考えると、13年認定基準を満たすと考えられるものは、特別の事情のない限り安全配慮義務違反も認められるものであると考えられる。

これは、13年認定基準が、業務による明らかな過重負荷を「医学経験則に照らして、脳・心臓疾患の発症の基礎となる血管病変等をその自然経過を超えて著しく増悪させ得ることが客観的に認められる負荷をいい」として、前記注5)の通り、客観的に認められる過重負荷の内容を詳細に定めており、安全配慮義務を負っている使用者としては過重負荷の内容を当然認識しているはずの事柄であるからであると考えられる。

②は遅延損害金が多く認められることから不法行為責任による請求を認容しているが、安全配慮義務を否定するものではない。②は前記の通り13年認定基準を満たさず労災認定がされなかったと考えられる事例であるが、損害賠償の場面では、安全配慮義務は個別の労働者についてその健康状態も考慮して判断されるため、安全配慮義務違反を認めたものと考えられる。

8、労災補償額と損害賠償額の関係

以上の通り、労災認定がされると特別の事情のない限り損害賠償義務も認められる状況にあると考えられる。また、個別の事例では労災認定がされなくても損害賠償義務が認められる。

一般に、使用者は労働者災害補償保険法より労災保険をかけており（国家公務員の場合は国家公務員災害補償保険法による、地方公務員は地方公務員災害補償保険法による、船員は船員保険法による同様の保険がある）、これにより給付が行われるべきものである場合においては、使用者は補償の責を免れ（労働基準法 84 条 1 項）、この補償が行われた場合は、使用者は同一事由については補償された価額の限度で民事上の損害賠償責任を免れる（労働基準法 84 条 2 項）。

しかし、慰謝料や入院雑費・付添看護費などは労災保険では補償されず、休業損害もうべかりし賃金は休業特別支給金を含めても 20% は補償されない。重度の後遺症を負った場合も法定の介護給付は裁判例で認められている介護費用には相当不足する。

また、裁判例上、逸失利益にあたる障害補償給付や遺族補償給付は、障害補償年金や遺族補償年金のように労災給付が年金で行われる場合には将来の年金額は控除されない。7)

労災保険法 64 条 1 項 1 号は、事業者が前払一時金最高限度額の範囲で損害賠償の履行を猶予される、事業者の履行猶予の抗弁権を定めているが、これも逸失利益からは相当不足すると考えられる。

一定規模の企業においては、法定の労災補償に上積みする就業規則や労働協約を定め、これを損害保険会社と契約して保険化していることが多い（以下、法定外補償保険という）。また、損害保険会社の中には民事上の損害賠償責任を担保する保険もある（以下、使用者賠償責任保険という）。8)

しかし、法定外補償保険は労災保険の対象でない慰謝料等は対象ではなく、また労災保険が年金で支払われる場合には、前記の通り損害賠償では控除されないので法定外補償保険でも保険でカバーしきれないと考えられる。使用者賠償責任保険は保険料の関係から使用者がかけているケースは多くはないと考えられる。

別紙裁判例でも明らかなように、脳・心臓疾患による労災事故は、働き盛りの人が死亡乃至重篤な後遺症を残す結果となるので、使用者が労災保険や損害保険でカバー出来ない損害賠償金は相当高額となると考えられ、使用者としては、これを一時に支払わなければならないので、減額の主張をすることになることが多いと考えられる。

9、損害賠償額の減額事由と減額割合

脳・心臓疾患は、労働者に何らかの基礎疾患があっ

たり、業務外の日常生活の態様等によっても影響されるため、判例・多数説は過失相殺乃至過失相殺の類推適用により減額する場合を認めている。

しかし、「労働者が所与の労働環境の下で業務を遂行するには、労働契約、就業規則、その他使用者の定めた各種業務規定、作業準則等を遵守し、かつ、使用者ないし上司の具体的・個別的な職務命令に従うことを要するのであり、その過程で自己の自由な判断に任せられている場面は限られているばかりでなく、基本的に職場環境の維持は使用者の責務であり、これを果たすためには労働者に通常みられる程度の身体的及び精神的な能力並びに性格等の個人差を考慮し、当該職場あるいは作業に通常みられる程度の身体的及び精神的な能力並びに性格等の個人差を考慮し、当該職場あるいは作業に随伴する危険性にあらかじめ対処しておくことが要求されるものというべきであるから、これらの諸点を前提とした上で、なお損害の実質的な公平負担を図るという観点から労働者側に存する個別的な要因を考慮すべきかを慎重に判断することを要するというべきである。」とされ、「当該作業ないし職場に通常随伴する危険性の発現として発生した結果についての責任を労働者に転嫁することや、労働者に通常みられる程度の能力及び性格等の個人差から生ずる結果を殊更に重視することは許されないというべきであろう」とされている。9)

13 年認定基準設定後の裁判例では、別紙の通り、13 年認定基準設定直後の⑩と過失相殺の主張の無かったと思われる②⑤以外は全て過失相殺乃至これ同様の減額を認めている。

⑩は大阪高判平成 8 年 11 月 28 日判タ 958 号 197 頁と理由付けが同趣旨であり自発的に健康診断を受けなかったことを労働者の過失事由としていないが、⑩の控訴審判決である④は自発的に健康診断を受けなかったことを労働者の過失事由としている。

基礎疾患や危険因子があって、医師からも治療を進められており、治療を受けることができたのに治療を受けず、また、医師の指導に反したときは、労働者の過失割合が高いと考えられる（⑥⑦⑧⑨）。使用者に疲労が蓄積している状態を報告しなかったことも過失事由と考えられている（⑥⑦）。10)

この他、⑥は心房細動の素因、高脂血症、飲酒の身体的素因や生活習慣等は減額事由とすることは許されないとするが、①③は親族の死亡や年齢・高血圧症状・糖尿病の既往・飲酒の習慣、1 日あたり 20

～ 30本の喫煙等も過失事由と認定している。

②も減額の可能性があると考えられ、控訴審の結果を待ちたい。

10. おわりに

厚生労働省は平成14年2月12日13年認定基準を受けて「過剰労働による健康障害防止のための総合対策について」を公表し、「過重労働による健康障害を防止するための事業者が講ずべき措置等」を定めた。11)

使用者は、有為の人材が脳・心臓疾患により死亡したり重篤な後遺症になることを防止するため、13年認定基準や前記「過重労働による健康障害を防止するための事業者が講ずべき措置等」を参考にして

よりよい職場環境を作る必要がある。また、これらは、前記の通り「同僚等」を基準としたものであるため、健康状態によっては個別の労働者の状態にも配慮する必要がある。

一方、労働者としても、脳・心臓疾患を発症すると死亡や重篤な後遺症に至ることが多いので、自らの健康管理に努める必要がある。

こうすることによって、使用者・労働者ともに労災補償や損害賠償責任の発生することを防ぐことが肝要である。

- 1) <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2005/06/h0617-1.html>
- 2) 山口浩司「安全配慮義務の内容」新裁判法体系第17巻労働関係訴訟法II 317頁(青林書院 2001)

平成13年認定基準改訂後使用者に損害賠償を認めた裁判例

判決	出典	疾病	発症時年齢	業務内容	労災認定	基礎疾病	減額割合	理由
① 和歌山地判 平成17年4月12日	労働判例 896号 28頁	くも膜下出血発症、その後死亡	58	ホテル料理長	有り	高血圧症状、糖尿病既往	30%	①発症2月強前、父親死亡による心痛、高知県における父親の葬儀等を主催したことなどによる業務外での肉体的・精神的負担があった。 ②必ずしも業務上要求されていない仕事まで自ら背負い込んでしまった。 ③年齢的要因、高血圧症状、糖尿病の既往、飲酒の習慣等の危険因子が存した(減額においてさほど重視されるべきものではない)。
② 札幌地判 平成17年3月9日	労働判例 893号 93頁	急性心筋虚血	58	電信電話会社社員・営業	労災不支給	陳旧性心筋梗塞	0(過失相殺の主張無し)	
③ 大阪地判 平成16年8月30日	労働判例 881号 39頁	虚血性心疾患	21	広告制作業アルバイト	不支給決定後13年認定基準で支給認定	無し	逸失利益につき20%	交通事故により左腎摘出手術歴があり、平均賃金を得る高度の蓋然性があったと認めがたい。 喫煙本数が心筋梗塞発症の危険度から相当程度多く、喫煙が健康に悪影響を及ぼすことは十分承知していたと考えられ、疲労が相当蓄積した状態を自覚しながら、喫煙を続けていたこと等。
④ 大阪高判 平成16年7月15日	労働判例 879号 22頁	心臓性突然死	26	研修医	有り	ブルガタ症候群(特発性心室細動により突然死に至る可能性のある症候群)	逸失利益につき15% 20%	ブルガタ症候群という疾患は、特発性心室細動の発症に基づく突然死において、素因としてもつ意味は小さくない。 医師免許を取得しており心身の状況を自ら管理する能力は十分にあった、健康の異変を認識していたから健康診断を受診するなどの措置を講じるべきであった。多数の研修医が受診しており、その程度の措置を講じることは可能であった。自らの健康管理の面に配慮を欠いた面があった。
⑤ 和歌山地判 平成16年2月9日	労働判例 874号 64頁	脳内出血・脳梗塞で1級身体障害者	55	配達業務備車運転手	労災保険無し13年認定基準で因果関係認定		0(過失相殺の主張無し)	(判決は、過重な業務によって高血圧ひいては高血圧性脳内出血及び脳梗塞を発症したと認定している)
⑥ 大阪高判 平成15年5月29日	労働判例 858号 93頁	脳梗塞発後死亡	54	溶接工	労災不支給13年認定基準で因果関係認定	心房細動(の素因)、高脂血症	40%	*素因減額は認めず(使用者は労働者の健康状態を把握して、業務遂行によって健康を害さないよう配慮すべき第一次的責任を負っている。心房細動の素因、高脂血症、飲酒といった身体的な素因や生活習慣等それ自体を過失相殺等の減額事由とすることは許されない)。 ①治療の必要を医師から指摘され、それ以前から、心由来の疾病の経験の有していた、治療等が困難な状況にもなかったのに、治療等を受けなかった。 ②業務遂行中の事故が原因で激痛のため睡眠を殆ど取れず、著しい疲労が蓄積した状態のまま、これを使用者に一切報告しないまま就労したし、報告が困難であったとも窺えない。
⑦ 大阪地判 平成15年4月4日	労働判例 854号 64頁、判例タイムズ1162号 201頁、判例時報 1835号 138頁	急性心臓死	52	建物増改築工事会社資材業務	労災給付申請取下、原告は13年認定基準で因果関係主張、判決は13年認定基準との関係は明らかにせず因果関係認定	拡張性心筋症	50%	①医師から、拡張性心筋症の可能性が高いと診断を受け、突然死の可能性を指摘して入院による検査等を勧められ、減塩、禁煙、規則正しい生活等の指導を受けたが、入院して検査を受けなかった。常務から大病院での検査を勧められても、通院病院で見てもらう旨述べたのみであった。自身も家族も疲労の蓄積を強く自覚・心配するほどの状況にあったのに業務を軽減するよう使用者に述べたり、身体状況を報告することはなかった。過失相殺の適用 ②拡張型心筋症は、予後の悪いもので、心不全により死亡する例が多い。使用者における就労により生じたものと認められないから、体質的ないわゆる素因であったものというべきである。過失相殺の類推適用
⑧ 大阪地判 平成14年4月15日(⑥の1審判決)	労働判例 858号 105頁	脳梗塞発後死亡	54	溶接工	労災不支給因果関係認定	心房細動(の素因)、高脂血症	3分の1	治療を必要と指摘されていたのに治療を受けなかった。
⑨ 和歌山地判 平成14年12月10日	TKC 法律情報データベース 28080628	一過性脳虚血発作、後、左内頸動脈閉塞、2級身体障害者	43	線路工事現場監督	有り	高血圧、高脂血症	70%	健康診断の都度高血圧等を指摘され、医師から禁酒、禁煙、食事療法を行ったり治療を受けることを指示されたにもかかわらず、指示を守らず、医師の診察すら受けなかったこと、医師診察後も飲酒喫煙を止めず、入院後も禁煙を守らなかった。過失相殺ないし同類の法理。
⑩ 大阪地判 平成14年2月25日(③の1審判決)	労働判例 827号 133頁	心臓性突然死	26	研修医	有り	ブルガタ症候群(但し、訴訟後指摘)	0	健康状態を悪化させない等の第1次的な義務は、使用者にあると考えられること、研修の実態から、研修の合間に自発的に診察を受けることや研修を休んで診察を受けることを期待することは、使用者が負う義務に照らすと、酷に過ぎる。

- 3) 平成8年にも一部改正されている。平成8年1月22日基発30号
- 4) 認定基準の歴史について、久留島群一「脳心疾患をめぐる諸問題」現代裁判法体系21〔労働基準・労働災害〕317頁以下新日本法規出版(株)平成10年
- 5) その詳細は<http://www.jaish.gr.jp>に掲載されている。
- 6) 遠山廣直「過労死と使用者の損害賠償」新裁判法体系第17巻労働関係訴訟法Ⅱ369頁(株)青林書院2001
- 7) 最判昭和52年10月25日民集31巻6号836頁。但し、平成5年3月24日民集47巻4号3039頁は口頭弁論終結時に確定している保険給付は控除できるとしている。
- 8) 両者をあわせて「労働災害総合保険」といわれている。
- 9) 齋藤隆「過失相殺」新裁判法体系第17巻労働関係訴訟法Ⅱ389頁390頁(株)青林書院2001、前掲山口320頁も同旨と思われる。
- 10) 基礎疾患と危険因子について、前掲4)久留島312頁
- 11) その詳細は<http://www.jaish.gr.jp>に掲載されている。

年金分割制度が施行されるにあたって

弁護士 上里 美登利

平成16年に国民年金法等の一部を改正する法律が制定され、平成19年4月1日以降に離婚が成立した場合、年金が分割されるというニュースが話題となりました。本稿では、この年金分割制度を受けて、今後の離婚事件の展開等について考察することになりました。

1 制定の経緯

平成に入ってから離婚件数が、昭和の時代と比べて著しく増加したことは、社会現象として広く知られています。また、同居期間別では、従来と同様、同居期間が5年未満の夫婦の離婚が最も多いものの、同居期間が20年以上の夫婦の離婚が急激に増加しているということも良く知られています(「離婚に関する統計」(人口動態統計特殊報告))。

こうしたいわゆる熟年離婚が増加する状況の中で、高齢者の所得金額を見ると、男性では、年額200万円から250万円未満が最も多いのに対し、女性では、40万円から80万円未満が最も多いという

実態があります(厚生省「平成10年国民生活基礎調査」)。

他方、ドイツ、イギリス、カナダ等では既に年金分割の制度が実施されており、また、アメリカでも、婚姻期間が10年以上の場合には、元配偶者の保険料納付記録に基づく配偶者年金(被保険者本人の年金額の50%)が支給されています(「女性のライフスタイルの変化等に対応した年金の在り方に関する検討会」報告書資料編 資料V-5-7「諸外国における離婚時等の年金の取り扱い(年金分割等)」)。

そこで、我が国でも、年金受給に関する男女間の格差を解消すべく、これらの国の制度に習い、年金分割制度を導入することになりました。

2 年金分割制度の概要

日本で導入された年金分割制度は、以下のような内容のものとなっています。

(1) 分割の対象

平成19年4月1日以降に離婚が成立した場合に限られます。

厚生年金(報酬比例部分)の保険料納付記録に限られ、基礎年金は対象となりません。

平成19年4月1日以前の納付記録も分割対象となりますが、分割の対象となるのは婚姻期間中の納付記録に限られます。

(2) 分割割合

2分の1以下の範囲で当事者が合意の上、社会保険事務所に厚生年金分割の請求を行います。

合意がまとまらない場合、当事者の一方の求めにより、裁判所が分割割合を定めます。裁判所は、対象期間における保険料納付に対する当事者の寄与度等を考慮して按分割合を定めます。

平成20年4月1日以降の婚姻期間については、第3号被保険者(いわゆる専業主婦)の分割割合は自動的に2分の1となります。

(3) 受給開始時期等

自らが老齢(65歳)に達した時に支給開始となり、配偶者が死亡しても自らが死亡するまでは支給が続きます。

(4) その他

共働きの夫婦でも分割請求ができます。

婚姻の届出をしていなくても、事実上婚姻関係と同様の事情にあった場合は、分割を請求することができます。

離婚成立時から2年間以内に分割請求をする必要があります。

3 施行前の年金分割は可能か

一説には、上記制度が施行されるまで、離婚を控える人(特に女性配偶者)が多いと聞きます。では、平成19年4月1日以前に離婚した場合、上記制度を使わずして年金の財産分与を受けることはできないのでしょうか。

これまでも、いくつかの裁判例において、財産分与として実質的に年金分割を命じた事例があります。

例えば、共働きだった夫婦の離婚について、夫が受けた退職共済年金の10分の3を妻に対して支払うことを命じた仙台地裁平成13年3月22日付判決(判例時報1829号・119頁以下)、妻が専業主婦だった夫婦の離婚について、夫と妻の年金の差額の4割を妻の死亡まで支払うことを命じた横浜地裁相模原支部平成11年7月30日付判決(控訴審において離婚認容判決自体取消。)があります。

しかし、これらはいずれも将来的に長期間にわたり、相手方から支払いを受けるという方法のため、履行の確実性がありません。強制執行を申し立てるとしても、年金については、将来の給付まで一括して差し押さえをすることもできません(民事執行法151条の2第1項の適用なし。判例タイムズ1144号・99頁)。

よって、やはり元配偶者の支払いに依拠することのない年金分割制度の利用の方が有用となるものと思われる。

4 具体的運用(分割割合について)

分割割合については、合意に拠らない場合、裁判所が判断することになりますが、その場合は、「当該対象期間における保険料納付に対する当事者の寄与度その他一切の事情を考慮して、請求すべき按分割合を定めることができる。」とされます。

この按分割合については、上記裁判例や、平成20年度から第三号被保険者については自動的に2分の1となることからすれば、2分の1が原則となるのではないかと考えられます。

なお、この場合であっても、婚姻関係が完全に破綻して別居しているような期間については、相手方の寄与はないものとして考えることが可能と思われます(退職金等の分与につき、妻の寄与は同居期間のみであるとした横浜家裁平成13年12月26日付審判(家裁月報54巻7号64頁))。しかし、別居していても、「一般勤労者世帯において、別居中、夫が住宅ローンを返済し、妻が未成年者を養育してい

る場合には、別居中も未だ協力関係にあるといえるであろう。」(判例タイムズ1100号・52頁)と考えられるため、寄与度については同居の有無だけでなく、実質的に判断される必要があると考えます。

5 熟年離婚の可否

本稿で取り上げた年金制度と直接の関係はありませんが、熟年離婚が増加した背景として、いわゆる会社人間の夫に愛想を尽かし、夫の退職を待って離婚するというケースが多いと思われることから、前記相模原支部判決の控訴審判決(東京高裁平成13年1月18日付判決)を紹介したいと思います。

これは、夫がいわゆる会社人間で、妻は専業主婦として夫を支えてきたが、他方妻は病気がちで卵巣腫瘍や胃癌等に罹患し手術を経てきたところ、夫が退職した頃から関係が悪化し、妻は夫の退職後約2年後から家を出て別居し、離婚と慰謝料・財産分与の請求をしたという事案です。

一審は、妻の請求を認め、慰謝料200万円と財産分与として夫名義の建物持分全て及び扶養的財産分与として離婚成立後、毎月16万円の支払いを命じました。

しかし、控訴審は、夫に妻の立場を思いやるという心遣いに掛ける面があったことは否定できないものの、格別に婚姻関係を破綻させるような行為があったわけではなく、夫婦の関係が通常の夫婦と著しく異なっているわけでもないとし、夫婦が判決言渡日で3年以上別居期間が経過し、かつ妻の離婚意思が強いことを認定しつつも、妻との婚姻生活の継続を強く希望する夫の意向を受け、婚姻関係は完全に破綻していないとし、原判決を取り消しました。

平成19年4月1日以降、熟年離婚がさらに増えるのではないかと噂されていますが、上記控訴審判決のように、夫がいわゆる会社人間で妻が冷めていても、それも一つの夫婦の在り方であるとして、離婚請求が認められない場合があることには留意する必要があるかもしれません。

続預金取引履歴の開示

弁護士 小原 路絵

1 はじめに

相続においては、相続人間で、相続預金の生前の取引内容が問題となるケースがある。

そもそも預金通帳等を紛失している場合や、預金通帳等を所持している相続人が他方の相続人にこの開示を拒むなど、相続人間で、預金通帳等が開示されることは稀であり、ほとんどは、開示を求める相続人の一部から、金融機関に対して、取引履歴の開示が求められることになる。

金融機関が、サービスの一部としてこの開示に応じるのは自由であるが、金融機関に対して開示が求められる場合、背景には往々にして上記のような相続人間のトラブルがあり、開示したことにより金融機関がこの紛争に巻き込まれる恐れがある。

そこで、開示を拒んだ金融機関とこれを求める一部相続人との間で、金融機関に開示の法的義務があるかどうか問題となり、訴訟で争われるケースがある。

相続人の一部からの取引履歴の開示においては、従前からこれを認める積極説と否定する消極説の両方の裁判例があり、学説でも対立のあるところであった。

これに関し、平成17年5月20日に最高裁第三小法廷決定（金融法務事情1751.43。以下「①最高裁決定」という。）が出たことから、一応の結論が出たとみられる。そこでこの決定の意義をこれまでの裁判例を整理しつつ私見を述べたい。

2 ①最高裁平成17年5月20日第三小法廷決定

(1) 事案の概要

金融機関に預金口座を有していた被相続人が死亡し、この相続人間で相続をめぐる紛争が生じた。

相続人は、この金融機関に対し、被相続人の預金に関して取引明細を求めたが、金融機関が他の相続人に開示を反対されたため、この開示に応じなかった。

そこで、相続人の一部が、預金契約に付随する権利ないしは、預金をめぐる「実情」に鑑みれば、相続人の一部にも開示請求権があると主張して、開示請求訴訟を提起した。

(2) 争点

ア 預金者は、金融機関に対し、自己の預金債権に関する取引明細の開示請求権を有するか、

イ 相続人は、遺産分割によって相続関係が確定する前に、単独で被相続人の預金口座の取引明細につき開示請求ができるか、

ウ 金融機関は、他の相続人が被相続人の預金口座の取引明細の開示につき反対している

場合、守秘義務等を理由に相続人からの取引明細の開示請求を拒むことができるか、が問題となった。

(3) 1審及び原審の判断

1審の②東京地判平成14年8月30日（金融法務事情1678.65）は、上記2(2)の争点アについて「預金契約に関する…取引規定、…預金規定（※筆者注＝契約書）には、…預金口座の取引明細を開示する旨の規定は存しない。また、預金契約は消費寄託契約と解されるところ、消費寄託契約につきその種の義務を定めた規定が存しない。銀行法その他の法令を見ても、（※筆者注＝その種の）義務を定めた規定は存しない」「原告主張に係る『実状』から、なにゆえ開示請求権という法的権利の発生が導かれるのか、その趣旨は明らかでない」「その他、本件全証拠に照らしても、今日、預金口座の取引経過明細開示請求権が肯定されているという実態も認めることができない」として、開示請求権を否定し、争点イについては判断を行わなかった。

③東京高裁平成14年12月4日は、上記2(2)の争点アについて、消費寄託や公序良俗といった民法規定や銀行法が開示請求権の根拠となる事は否定したが、金融機関の実務において、「預入れと払戻しの反復、給料等の振込み、公共料金の振替送金、重要な財産上の取引の決済等が行われており、むしろ、これらの点からすると、預金契約関係は、委任ないし準委任類似の契約関係を含む場合もあると見る余地も皆無とはいえず、個々の事案の具体的な取引ないし契約内容いかん（ただし、本件においてはその点の具体的な立証がない。）によっては、その法的性質がすべて純然たる消費寄託契約関係にとどまるものというべきか、全く疑義が残らない場合ばかりではないといえよう」と判示し、イの争点については「この地位は、預金者すなわち預金契約当事者としての地位に由来するものであり」「1個の預金契約ごとに1個であって、これを可分のものと観念することはできないから」相続人の一人からの請求に対し、「銀行がこれに応じない時には、強制的に銀行をしてその開示をなさしめることはできない」と判示し、開示請求権を否定した。

(4) 開示請求権を否定された上告人（原告・控訴

人)の上告・上告受理申立に対して、①最高裁決定は、上告棄却、上告受理申立の不受理を決定した。

3 その他裁判例

- (1) ④東京地裁判決平成15年8月29日(判例タイムズ1211.58、金融法務事情1697.52、金融法務事情1716.15)

①最高裁決定とよく似た事案において、本判決は、相続人の一部からの取引履歴の開示請求に対し、預金者の単独の開示請求権を認め、銀行は開示請求があった場合に、契約に付随する義務として可能な限度において取引履歴を開示すべき義務を負い、請求に応じて開示しても守秘義務に反しないと判示した。また、本件で、開示を拒んでいたのにはそれなりの理由があり、契約上の義務違反であるが、不法行為を構成するものではないと判示した。

- (2) ⑤大阪高裁判決平成15年9月18日

X宗教法人が、元住職で代表者であったZを罷免し、ZがY銀行に開設していたX名義の預金口座の取引履歴の開示を求めたのに対し、1審判決はXの請求を棄却したが、本判決はこれを認めた。

本判決はその理由として、普通預金契約は委任契約に基づく事務としての性質を有しているとし、金融機関は、預金契約に付随する義務として開示の義務を負うが、開示請求が権利濫用に当たる場合は制限することも可能であると判示した。

4 検討

- (1) 預金契約の法的性質

普通預金の法的性質は、従前から、消費寄託契約であると考えられてきた(当座預金に関しては委任契約とする考えが多い)。

そこで、消費寄託においては、一部の委任の条文が準用されているが(民法665条、646条乃至650条)、委任における報告義務(民法645条)については準用されていないことから、この消費寄託という性質を強調すると、委任者への報告の一形態と考えられる開示義務が否定されるようにも思われる(但し、委任と考えたとしても、報告義務の履行として、通帳等への記載で足り、必ずしも預金取引明細の交付まで義務づけるものでもないとする考えもある)。

しかし、近時、普通預金と言っても、総合口座など様々なサービスがセットされたものが現れて

おり、消費寄託の性質の他に委任ないし準委任の性質を有するという考えも有力となってきている。

- (2) 開示請求権の根拠

他方、預金者の金融機関に対する開示請求権の根拠としては、信義則説、付随義務説、委任契約説がある。

また、銀行法12条の2は、預金等の受入れに関し預金者に参考となるべき情報を提供する義務を定めているが、これをもって取引履歴の開示まで義務づけるものとは考えられない。

民法915条2項の相続財産の調査権も、相続の放棄又は承認前のものであり、また、調査権の反面として金融機関の開示を当然に義務づけるものでもない。

- (3) 上記2で整理したように、①最高裁決定に至るまで、この事件に関しては、一貫して開示請求権が否定されてきた。

しかし、学説においては、開示義務を認める説が有力であり、上記3で整理したように、積極説の裁判例もあった。

また、これまでの金融実務においても、単独の相続人からの取引履歴の開示に応じてきた例も多い。

- (4) そこで、①最高裁決定が開示義務を否定した理由を考えると、正面から金融機関の開示義務を認めると、その事務作業量等から金融実務に過剰な負担を掛けることを懸念してのことではないかと考えられる。

そうであれば、金融機関が可能な範囲で開示に応じる事には何らの法的リスクもないのではないか。

この点は、④⑤判決においても、開示義務を肯定しながら、「可能な限度において…開示す」としたり、「権利濫用」であれば拒めるとするなど、無制限な開示を認めていないことから同様の価値判断がなされていることが分かる。

- (5) これに対しては、開示による法的リスクを心配する反論が考えられる。

しかし、相続に争いが無い場合、開示による法的リスクは考えられず、金融機関において取引履歴の開示を拒む必要性はない。

さらには、争いがある状況であっても、相続人の一部からの請求に応じて開示しても、守秘義務や被相続人のプライバシーには反しないとの考えもある(下記参考文献1、3、5)。

- (6) 以上より、今後、①最高裁決定を受けて、金融

機関が一律非開示へと方針転換するのは早急に過ぎる。

金融機関としては、①最高裁決定を受けて、一律に単独の相続人からの開示請求を拒むのではなく、開示対象の期間が膨大であるなど、開示に応じることが可能かどうかを判断して、「預金者」であるか判断としない場合（受遺者でない相続人など。）など、具体的な法的リスクのない限り、開示に応じるべきではないかと考えられる。

また、①最高裁決定の原審である③判決は、「預金契約関係は、委任ないし準委任類似の契約関係を含む場合もあると見る余地も皆無とはいえず」と論じており、開示請求権を否定したとはいえ、その射程範囲が問題となる。

(7) また、上記2 (2) イの争点についても、学説は、開示請求権が不可分債権のため、単独で行使できるとするものや、相続により準共有した開示請求権の行使は相続財産の保存行為であり、単独で行使できるとするものや、預金債権を当然分割で相続したことにより、自己固有の開示請求権も取得したとする考えがある。

(8) さらに、預金取引明細も、個人情報保護法における個人情報と考えられることから（下記参考文献5）、この観点からの考慮も必要である（但し、相続人の個人情報にあたるかは別論）。

(9) なお、近時、最高裁が貸金業者の取引履歴開示義務を肯定した（平成17年7月19日第三小法廷判決）。預金契約が、消費寄託契約と考えられるところ、消費寄託が消費貸借の条文を準用しており（民法666条1項）、貸金について取引履歴の開示義務が認められるのであれば、預金についても認められるとするのもまた一つの考え方であろう。

以上

【参考文献】

- 1 金融法務事情 No.1689.4 「預金の取引経過の開示義務」三上徹
- 2 金融法務事情 No.1693.86（大阪高裁平成15.9.18判決（本文⑤）、東京高裁平成14.12.4判決（本文③））
- 3 金融法務事情 No.1700.73 「預金者の取引経過開示請求権の有無」浅生重機
- 4 金融法務事情 No.1701.71 「共同相続人の一人からの預金取引履歴の開示請求」
- 5 金融法務事情 No.1707.32 「預金取引の開示請求への対応」真船秀郎

6 金融法務事情 No.1708.4 「銀行との取引に対する信頼と余後性」堂園昇平

7 金融法務事情 No.1712.85 「個人情報保護法と金融実務」浅井弘章

8 金融法務事情 No.1714.4 「普通預金取引記録の開示請求」澤重信

9 金融法務事情 No.1746.8 「預金取引の取引経過の開示請求」野村豊弘

10 金融法務事情 No.1758.61 「預金の取引履歴開示義務」長江

11 金融・商事判例 No.1211.26 「第6講預金取引の開示義務」伊藤大介

不招請勧誘の禁止

弁護士 長谷川 彰

1 不招請勧誘とは

不招請勧誘という言葉は未だ耳慣れない方が多いと思う。一般に不招請勧誘とは、事業者が消費者に対して、一方的に、電話をかけ、訪問をし、FAXや電子メール等を送りつける方法により、当該事業者との取引を希望していない消費者に対して、契約の締結を勧誘することをいう。

商品先物取引や外国為替証拠金取引などの勧誘は、いわゆる無差別電話勧誘から始まることが圧倒的に多い。また、教材の販売やリフォームの勧誘などは、いきなり自宅への訪問がなされることが多い。

こうした消費者の希望しない勧誘行為は、消費者のプライバシーを擁護する点からも問題であるし、また、こうした勧誘により、不本意ながら契約を締結させられて、被害を被る消費者もあとを絶たない。

2 不招請勧誘の禁止

(1) 諸外国では

イギリスでは、既に1986年の金融サービス法において、金融商品の不招請勧誘が禁止されている。また、アメリカにおいても2003年にNational Do Not Call Registryが法制化され、電話勧誘を望まない人は、公的に認定された機関などが管理するDO-NOT-CALLリストに自宅や携帯の電話番号を登録しておき、事業者がリスト

登録者に電話勧誘すると罰金が科せられることになっている。

(2) 禁止の方法

不招請勧誘を禁止する方法としては、大きく分けて二つ考えられる。

一つはオプトインといわれるもので、原則は不招請勧誘を禁止し、消費者が勧誘を望んだ場合のみ、勧誘することが解禁されるというやり方で、不招請勧誘禁止の方法としてはこのほうが徹底している。

これに対し、オプトアウトといわれる方法は、勧誘がなされた場合に、消費者が拒絶の意思表示をした後は、勧誘を継続してはならないという規制で、事業者の営業活動の自由とのバランスを考えた方法といえる。

(3) 現行法上の規制の概観

①特定電子メールの送信の適正化等に関する法律
いわゆる迷惑メールについて規制を行っている。すなわち、あらかじめ、その送信するように求める旨または送信することに同意する旨をその送信者に対し通知したものの以外の個人に対し、電子メールの送信をするものが自己または他人の営業につき広告または宣伝を行うための手段として送信する電子メール（特定電子メール）を受信したものが、今後は送信しないように通知すれば、これに反して特定電子メールを送信してはならないとし、これに反する送信者には総務大臣は、規定の遵守を確保するために必要な措置をとるように命じることができる。この措置命令に違反すると、罰金が科せられる。

②金融先物取引法

外国為替証拠金取引などのいわゆる金融先物取引の勧誘について、次に掲げる行為を禁止している（76条）

受託契約等の締結の勧誘を要請していない一般顧客に対し、訪問しまたは電話をかけて、受託契約等の締結を勧誘すること

受託契約等の締結の勧誘を受けた顧客が当該受託契約等を締結しない旨の意思（当該勧誘を引き続き受けることを希望しない旨の意思を含む）を表示したにもかかわらず、当該勧誘を継続すること

③特定商取引に関する法律

電話において行なう売買契約または役務提

供契約の締結の勧誘を行なう場合、勧誘を受けた消費者が契約を締結しない旨の意思表示をした場合、当該売買契約または役務提供契約の締結について勧誘してはならないと規定している（17条）

④条例上の規定

各自治体の消費者条例は、不招請勧誘を不当な取引方法と規定する例が増えている。

神奈川県

ア 消費者が拒絶の意思を示したことに反して、目的を偽りもしくは秘匿して、又は迷惑を覚えさせるような方法で、消費者の住居、勤務先その他の場所を訪問すること

イ 道路その他公共の場所において、消費者が拒絶の意思を示したことに反して、若しくは目的を偽りもしくは秘匿して消費者に接し、又は消費者につきまとうこと

ウ 消費者が拒絶の意思を示したことに反して、若しくはその意思表示の機会を与えることなく、目的を偽り若しくは秘匿して、又は迷惑を覚えさせるような方法で、電話その他の電気通信端末機器で連絡すること

兵庫県

消費者が契約を締結する意思がない旨表示しているにもかかわらず、なおも契約の締結を勧誘し、又は契約を締結させること

大阪府

ア 拒絶の意思を表明している消費者に対し勧誘し、又は早朝若しくは深夜に訪問し、若しくは電話をかける等の迷惑を覚えさせるような方法で、消費者の住居、勤務先その他の場所を訪問し、又は当該場所に電話をかける等により契約の締結を勧誘する行為

イ 消費者が契約を締結する意思がない旨を表明しているにもかかわらず、退去せず、又は勧誘場所から消費者を退去させないで、執拗に契約の締結を勧誘する行為

3 今後の展望

不招請勧誘は、事業者の経済活動の自由と消費者の「契約拒否の自由」とのぶつかり合いの局面である。両者の公平をいかに図るかが禁止規定のあり方の指標となる。

上記に見たとおり、オプトイン規制は規制として徹底しているが、これが採用されているのは、金融先物取引規制のみであり、しかも罰則の担保はない。

これに対し、「拒絶の意思の表明」を要件とする場合、拒絶の意思表示をしている消費者が、訪問勧誘や電話勧誘に悩まされない権利は、放っておいてもらいたい権利として、プライバシー権に属する権利と考えられる。したがって、憲法上も精神的自由権は経済的自由権に優越するとの考え方から、このような規制の合理性が導かれると考える。

そこで、無差別電話勧誘や無差別訪問勧誘による先物商品取引被害や悪質リフォーム勧誘被害、いわゆる次々商法被害、教材の過剰販売被害、資格商法被害等々の被害を防止するため、拒絶の意思の表明をした消費者に対する契約締結の勧誘を全面的に禁止する立法が望まれる。

以上

不正競争防止法の平成 17 年 改正について

弁護士 草地 邦晴

1 はじめに

今般、不正競争防止法（以下「不競法」という）が改正され、平成 17 年 11 月 1 日から施行された。不競法は最近頻繁に改正が行われている法律の一つであり、平成 10 年以降は、毎年のように改正がなされている。最近では、平成 15 年にも営業秘密の刑事的保護の導入や民事的救済措置の強化が図られ、平成 16 年には秘密保持命令の導入等の改正が行われているが、今回の改正もこのような営業秘密に関する保護の強化を中心とした流れの中に位置づけることができる。また今回の改正では、模倣品・海賊版対策として、刑事罰の強化が図られるとともに、関連する法改正もなされている。今回は、これらの法改正の概略と注意点について、解説したい（以下条文は、別途の表示がないものは改正後の不競法のそれを指す）。

2 営業秘密の刑事的な保護の強化について

(1) 今回の改正では、営業秘密を犯す罪の範囲を広げる新しい犯罪類型が加わっている。まず、一旦正当に営業秘密を保有者から示された役員、従業員等が、不正競争の目的で、在職中に任務に違背して開示の申込みをしたり、不正な開示の請託を受けて、退職後に営業秘密を使用、開示する行為が処罰されることとなり（21 条 1 項 8 号）、一定

の要件の元、退職後の行為にも処罰が拡大した。また、営業秘密を犯す罪に当たる開示を行った一次的な開示者だけでなく、これによって営業秘密を取得した二次的取得者が、その営業秘密を使用、開示する行為も犯罪類型に加わり（同 9 号）、さらには、詐欺等行為、管理侵害行為等がなされた時に日本国内で管理されている営業秘密については、営業秘密を犯す各罪に関して、国内犯だけでなく、国外犯にも適用されることになった（21 条 4 項）。

そして、その他の営業秘密を犯す罪についても、従来よりも法定刑が引き上げられ、5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金、又はこれらの併科と定められ、厳罰化が図られた（21 条 1 項）。

(2) 次に注目されるのが、法人に対する両罰規定が設けられたことである（22 条 1 項 2 号）。営業秘密を犯す罪については、これまでその所属する法人に対する罰則規定はなく、従業員等が営業秘密を犯す罪を犯したことによってその法人に利益があったとしても、民事上の請求はともかく法人に罰金等は科されていなかった。今般の改正により、従業員等が営業秘密を犯す罪で処罰される際（但し、6～8 号の場合は除かれている）には、法人に対しても罰則（1 億 5000 万円以下の罰金）が科される可能性がある。法人が無過失であれば免責されることになるが、両罰規定については、過失の存在は事実上推定されるため、免責されるためには、一般的、抽象的な注意を与えただけではなく、積極的具体的に違反防止のための指示を与えるなど、違反行為を防止するために必要な注意を尽くしたことを立証しなければならない（後記 ※ 1 参照）。

(3) このように、営業秘密を保護する方向での法改正がなされること自体は、歓迎されるべきことである。ただし、営業秘密の保護について言えば、そもそも不競法上の営業秘密の保護を受けるためには、秘密管理性、有用性、非公知性などの要件を備えていなければならず、秘密管理体制（規則の制定、秘密性の認識可能性、施錠等アクセス制限その他）が整っていない状態では、その保護は受けられない。従って、営業秘密そのものの現実の流出を防止するためにも、法律上の保護（民事上、刑事上）を受けるためにも、まずは秘密管理体制の整備は不可欠である。

他方で、今回の改正で、刑罰が科される範囲

が拡大（例えば退職者、二次的取得者の開示行為等）した上で、法人の両罰規定が設けられたことにより、従業員等が一定の営業秘密を犯す罪を犯した場合には、法人自体が刑事罰に問われる可能性が出てきた。その場合、法人が社会的に受けるダメージは非常に大きいため、法人としては、従業員がこうした犯罪を犯すことがないように、注意を払い、秘密情報の混入防止措置や、従業員の教育、入社時の秘密保持義務の存否確認等、積極的な防止措置を採ることが求められるようになったと言える。

このように、企業としては、これまで以上に、総合的な情報の管理体制の構築を図ることが避けられない状況となった。具体的な方策については、平成17年10月に、経済産業省の「営業秘密管理指針」（※1）が改訂され、営業秘密の組織的管理システムや秘密保持契約のあり方などについて、指針が示された。実務的には非常に参考になるものである。

3 模倣品・海賊版対策の強化について

(1) 従来の不競法で刑事罰が科されていたのは、a混同惹起行為（周知の商品等表示と同一又は類似の商品等表示を使用した商品を譲渡等して、その出所の混同を惹起する行為 2条1項1号）を行った者だけであったが、今回の改正で、これがb著名表示冒用行為（2号）、c形態模倣行為（3号）を行った者に対しても拡大された（21条1項2号、2項）。また、aについても、刑罰が引き上げられ、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処し、又はこれを併科できることとなった。

特に、従来は出所の混同と関係のない形態の模倣品については、刑事罰が科されていなかったため、この点について刑事罰が導入されたことは大きな意味がある。但し、形態模倣と言えるか否かの判断はかなり微妙な判断を要するため、捜査機関としては慎重な捜査が必要であろう。

(2) また、輸入される模倣品・海賊版対策として、不競法の改正と関連して関税定率法が改正されており、水際規制が強化された。

従来から特許権、商標権、著作権等を侵害する物品については、輸入禁制品として輸入が禁じられており、認定手続きを経て、税関長が、没収して廃棄しあるいは積戻しを命じることが可能であった（21条1項9号、2項）。今般の改正で、これが不競法第2条第1項第1号～3号（上記の

a～c）に掲げる行為を組成する物品にも拡大された（同条1項10号）。不正競争差止請求権者は、税関長に対し、侵害事実を疎明して認定手続きを執るべきことを申し立てることができる（21条の2第1項）。

特許権、商標権侵害等の事案における税関での水際規制は、知的財産権を保護する上で、実効性のある手段として利用されてきたが、不正競争差止請求権者もこの手続きを利用することができるようになるわけで、その実務上の意義は大きい。

施行が平成18年3月であるため、その運用の実態は未だ明らかではないが、海外からの安価な模倣品の輸入に悩まされてきた企業にとっては、有力な手段となろう。

4 最後に

今回の不競法の改正は、主に罰則を強化することで、その目的を達成しようとしている。新聞報道では、経済産業省は、知的財産権（特許権、意匠権、商標権）の侵害罪や不競法上の営業秘密の侵害罪についての罰則をさらに大幅に引き上げる法案を提出する方針であるとの記事が見られた（平成18年2月28日）。世界的に見ても非常に厳しい罰則であり、実際に改正に至るか否かはまだ紆余曲折があると思われるが、この分野についての厳罰化の流れは、まだ止まりそうにはない。

営業秘密も含めた広い意味での知的財産を保護していこうという動き自体は、好ましいものではあるが、本来これは罰則の強化のみで図れるものではない。これらの侵害については、相当高度な法的判断が求められるところであり、一般の刑法犯ほど明確なものではない。そのため、捜査機関が立件に二の足を踏むことも予想される一方、逆に濫用的な告訴がなされたり、探索的、拡大的な捜査が行使されれば、必要以上の経済活動の萎縮を産むおそれも否定できない。

近時、行政改革の流れの中で、行政等の負担を増加させることなく、立法目的を達成させるために、安易に刑罰の導入、厳罰化が図られているのではないかと感じることもあるが、今回の改正不競法が、本来の目的を達成するべく、適正に運用されていくことを期待したい。

相続開始から遺産分割までの 相続財産の共有状態を 実体的権利として 尊重した2つの判例… 最高裁平17・9・8判決と 最高裁平17・10・11決定

弁護士 野々山 宏

1 はじめに

相続は、被相続人の死亡によって開始し（民法882条）、相続人が数人いるときは遺産はその共有に属し、各共同相続人は、その相続分に応じて被相続人の権利義務を承継している（民法898条、899条）。一方で、遺産は分割することができ（民法906条以下）、これが行われることによって、確定的に相続人に帰属することになる。そして遺産分割の効果は、相続開始すなわち被相続人の死亡時に遡って効力が生じる遡及効となっている（民法909条）。

民法898条の遺産共有の法的性質については、従来から共有説と合有説があったが、判例は共有説を採っている。最近の判例はこれを「遺産共有」と呼び、基本的には民法249条以下の通常の共有と性質を異にするものではないとしている（最判昭61・3・13、最判平8・1・26、最判平10・3・24など）。遺産共有と通常の共有の大きな違いは、共有状態の解消方法が、前者は遺産分割であり遡及効があるが、通常共有は共有物分割請求により遡及効がないことである。この遡及効の存在が、遺産分割における相続人間の法律問題において解釈上争いを生じさせている。特に遺産分割によって遡及して解消されるとされている分割未了中の共有状態をどの程度尊重するかが解釈のポイントとなる。

最近の判例は、遺産共有を「具体的相続分は、遺産分割手続における分配の前提となるべき計算上の価額又はその価額の遺産の総額に対する割合を意味するものであって、それ自体を実体法上の権利関係であるということとはでき」ない（最判平12・2・24）と述べながらも、現実には共有状態が生じ、これに基づいて法律関係が生じたことについてはこれを尊重していく考え方をとっていると解される。

以下に述べる最近の2つの最高裁判例もこの流れの中にあると考えられる。

2 最高裁平17・9・8判決…遺産分割前の不動産から生じた賃料債権は遺産分割実施によって誰に帰属するのか

(1) 事案

遺産である不動産が賃貸されており、相続人らにおいて不動産から生じる賃料等については、遺産分割が確定したら精算することとして、それまでは管理口座に振り込ませてそこから管理経費も出していた。その後、不動産の遺産分割が確定したが、約2億円の管理口座残金代金について、Xは本件各不動産から生じた賃料債権は、相続開始の時に遡って、遺産分割によって本件各不動産を取得した相続人にそれぞれ帰属すると主張し、Yらは遺産分割確定の日迄の賃料収益は法定相続分に従って分配されるべきと主張した。

第1審、第2審とも、遺産分割の遡及効及び果実は遺産の所有権帰属者が取得すべきことを根拠に、Xの請求を認容した。

(2) 判旨

以下の理由で原判決を破棄し原審に差し戻した。「遺産は、相続人が数人あるときは、相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有に属するものであるから、この間に遺産である賃貸不動産を使用管理した結果生ずる金銭債権たる賃料債権は、遺産とは別個の財産というべきであって、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得するものと解するのを相当である。遺産分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものであるが、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得した上記賃料債権の帰属は、後にされた遺産分割の影響を受けないというべきである」

(3) コメント

本判決のポイントは、①遺産の果実である賃料債権は遺産と別個の財産であるとしたこと、②可分債権として遺産共有している共同相続人が確定的に取得したとしたこと、③確定的に取得された債権は遺産分割の影響を受けないとしたことである。民法909条本文の遡及効にかかわらず、分割前に生じた遺産共有状態の事実を否定せず、そのまま尊重する方向性を明らかにしたものである。判例の態度は、遺産のうち可分債権である金銭債権は遺産分割を経ることなく当然に相続分に応じ

て各相続人に分割されるとしており(最判平・16・4・20)、本判決によって、遺産の果実も同様とされ、厳密な意味での遺産分割の余地は不動産などに限られてくることになる。しかし、我々が行っている実務では、可分債権や遺産の果実も含めて、分割協議が行われることが多くあり、その場合には、黙示的に確定的に帰属した債権を分割の対象に含める合意があると判断されるが、今後は予め明示的に合意しておく必要が生じて来るであろう。

(参考) ①判例時報 1913号 62頁②NBL819号 4頁③法学教室 306号別冊付録判例セレクト 26頁

3 最高裁平 17・10・11 決定…遺産分割前にさらに第2次の相続が生じた場合の特別受益判断の要否

(1) 事案

父が死亡し母と子3名が相続人となったが、分割協議が整う前に母が死亡し子3名が相続人となった。遺産としては、父所有の不動産があるのみで、母には特に固有の遺産はなかった。3人の子のうち、XとY2は父から、Y2は母から特別受益があると主張され、各遺産分割ではこの特別受益をどのように考慮するかが争われた。

第1審は、父の遺産分割では父からの特別受益を考慮してまず分割され、さらに父の遺産から分割を受けた母の遺産分割を実施しその際には母からの特別受益を考慮すべきとした。

第2審は、分割前の母の父に対する相続分は抽象的な法的地位であって遺産分割の対象でなく、分割前の母の死によって分割によらず母の相続人に承継されるとした。そして、この承継には特別受益は考慮されず、父の特別受益のみ考慮すべきとした。

(2) 決定要旨

以下の理由で原決定を破棄して原審に差し戻した。

「遺産は…相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有に属し」「共同相続人が取得する遺産の共有持分権は、実体法上の権利であって遺産分割の対象となる」「(母)は(父)の相続の開始と同時に、(父)の遺産について相続分に応じた共有持分権を取得しており、これは(母)の遺産を構成するものであるから…遺産分割手続きを経る必要がある」、特別受益を考慮して算定しなければならない。

(3) コメント

第2審の取った解釈は、京都地裁にも居られた

橋詰均裁判官が論じた考え方(判タ 1179号 42頁)によっており、再転相続の時に分割前の共有状態に具体的権利性を否定するものである。

しかしながら、分割前に生じた遺産共有状態の事実をそのまま尊重する方向性を示している近時の最高裁判決の方向性とは相容れない考え方であった。本決定は、最高裁の上記の流れをいっそう明確にし、共有持分権である相続分を実体的権利としたものである。遺産共有と通常の共有の違いはますます分割方法の違いだけとなっていく傾向にある。

同一被告に対する広域・集団訴訟と民事訴訟法 38条前段該当性の判断

弁護士 住田 浩史

1 はじめに

大量生産を旨とする資本主義が高度に発展した現代社会においては、その発展の度合いに比例して、薬害、公害、あるいは製造物の欠陥に基づく消費者被害など、同一事業者の同種の不法行為により極めて多数の被害が生み出される危険性は高い。また、事業者の事業活動範囲の拡大とともに、インターネット等や携帯電話などの通信手段の発展もまためざましいものがあり、被害を受ける者の数だけでなく、その範囲もまた極めて広範囲にわたることも当然予想される場所である。

このような広域・集団紛争が発生した場合、個々の被害者であるX1、X2…が事業者Yに被害の回復を求めて訴訟を提起しようとする場合、どのような方式が可能であり、また、紛争の真の解決にとって最も適切なのはどのような方式であろうか。

2 広域・集団紛争の訴訟類型

(1) 単発的訴訟

まず、単純に、個々の被害者であるXらが、各地のYの不法行為地(民訴法5⑨)や義務履行地(民訴法5①)、営業所の所在地(民訴法5⑤)などで別々に訴訟を提起する方法も、もちろんありうる。被害者個人に特殊事情があって一様に論じるのは適当ではない場合などは、この手法によるのが適切であろう。しかし、個々の被害額が少額である場合などは、訴訟のコストをおそれ、いわば泣き寝入りせざるを得ない被害者が出てく

るであろう（これは、いわゆる「拡散利益」をめぐる紛争に共通の問題である）。また、当然のことながら、個々の被害者間で訴訟の結論が異なるという帰結も生まれてくる。

(2) 共通管轄地での訴訟

そこで、個々人が別々に訴訟を提起するのではなく、Xらが、まとめて訴訟を提起する方法はないか。一つ考えられるのは、Xらの共通の土地管轄である被告の住所地（民訴法4）等に請求することである。これについては、当然に、民事訴訟法38条によりXらの請求の主観的併合が可能であり、訴訟経済にも資するし、紛争の統一的解決も期待できる。

ただし、Xらに共通の土地管轄が、必ずしもXらの全てにとって都合のよい場所であるとは限らないことに留意すべきである。とくに、Yの活動範囲が日本全国に及び、Xらが日本各地に点在している場合は、Xらの全てについて、被告の本所在地とのアクセスが良いとは限らない。

(3) 民訴法7条による管轄の集中

よって、広域・集団紛争においては、例えば、関東地区に居住するXらは東京地方裁判所に、関西地区に居住するXらは大阪地方裁判所にそれぞれ主観的共同訴訟を提起し、それぞれ併合審理を受ける、といった手法をとることが適切な場合が多く、実際もこのような手法がよくとられている。

民事訴訟法7条本文は、「一の訴えで数個の請求をする場合には、第4条から前条まで（第6条第3項を除く）の規定により一の請求について管轄権を有する裁判所にその訴えを提起することができる。」と定めているところ、Xらは、この規定により、Xらのうち少なくともひとりには生じている土地管轄に提訴し、主観的共同訴訟として併合審理を受けることが考えられる。

しかし、民事訴訟法7条は、全ての主観的共同訴訟について土地管轄の集中を認めているわけではない。同条但書は、「ただし、数人からの又は数人に対する訴えについては第38条前段に定める場合に限る」としているものであり、民事訴訟法第38条前段（権利義務の共通性又は権利義務の原因の同一性がある場合）には土地管轄の集中が認められるが、後段（権利義務及び権利義務の原因の同種性がある場合）の主観的共同訴訟については、土地管轄の集中は認められず、審理が切り

離されることになってしまうのである。

それでは、なぜ、民事訴訟法7条には但書が設けられ、併合管轄の発生が制限されているのだろうか。以下、この点について論ずる。

3 民事訴訟法7条但書の趣旨

(1) 旧民事訴訟法下の議論と新民事訴訟法7条但書の新設

平成8年改正（平成10年施行）以前の旧民事訴訟法においては、新民事訴訟法7条にあたる旧21条がおかれていたが、その中には新民事訴訟法7条但書にあたる文言はなかったため、併合請求の裁判管轄について、客観的併合の場合だけでなく主観的併合の場合にも発生するのかどうかという点について、そもそも解釈上の争いがあった。

大決昭和6年9月25日民集10巻839頁は、主観的併合の場合も含むとの解釈をとっており（積極説）、判例上は主観的併合の場合にも原則的には管轄の集中が認められていた。これに対して、学説においては、とくに被告が複数の場合においては被告の応訴の負担が大きすぎるといった批判が強く、主観的併合の場合には原則として管轄の集中を認めるべきではないとの消極説が有力であった。

ただし、裁判例においても、被告の応訴の負担の不利益が全く無視されていたわけではない。例えば、千葉地決昭和62年4月14日判時1267号133頁は、被告が複数（保証人が広島県在住、主債務者が千葉県在住のため、千葉地裁に提訴）のケースにおいては、「ところで、数人の被告に対する訴の併合、いわゆる主観的併合の場合にも、民事訴訟法21条の適用があるか否かは、併合されることによって生ずる被告の不利益が大きくなるおそれがあるため、つとに争いのあるところであるが、数人の被告に対する請求の間に実質的な関連性がある限り原則的にこれを肯定し、その代り、併合されることによって生ずる被告の不利益が著しい場合には、適宜当該被告に対する請求を分離して、これを民事訴訟法31条（筆者注：裁量移送の規定）に基づき移送する措置をとることにより具体的妥当性を図るようするのが相当である。」と判示し、結論として、裁量移送を認めている。このように、被告の不利益が大きい場合には裁量移送によって個別的に解決をしていたのである。

さらに、学説においては、主観的併合のうち弊害が大きいのは、新民事訴訟法 38 条に当たる旧民事訴訟法 59 条の後段の場合であるから、同条前段の場合には、訴訟経済や判断の統一のためにむしろ土地管轄の集中が認められてしかるべきであるとの折衷説も有力であった。

このように、旧民事訴訟法下では、とくに被告が複数の場合、被告が遠方の相被告の裁判籍において応訴しなければならない負担と、管轄の集中による訴訟経済上の利益や判断の統一の利益をいかに調整すればよいか、という観点から議論がなされていた。

(2) 民事訴訟法 7 条但書の新設

そして、新民事訴訟法においては、(1) の折衷説が採用され、民事訴訟法 7 条但書が新設され、民事訴訟法 38 条前段にあたるか、後段にあたるか、という基準により、併合管轄が生じるかまたは生じないかが決せられるべきことが明らかとされたのである。

以上のとおりであるから、民事訴訟法 38 条前段・後段の区別を論ずるにあたっては、これが民事訴訟法 7 条の適用判断基準となっていることを意識すべきであろう。

4 同一事業者に対する広域・集団訴訟における民事訴訟法 38 条前段該当性

上記 2 で述べたとおり、広域・集団訴訟においては、民事訴訟法 7 条により X のうちの一人の裁判籍に管轄を集中させることが有益であることが多い。ただし、そのためには、X らの Y に対する各請求間に民事訴訟法 38 条前段の要件が備わっていないなければならない。そして、民事訴訟法 38 条前段該当性については、上記 3 で述べたとおり、被告の応訴の負担と、管轄の集中による訴訟経済上の利益や判断の統一の利益をいかに調整すればよいか、という観点から判断すべきである。

まず、同一事業者 Y に対する広域・集団訴訟においては、そもそも被告は一人であり、上記 3 で問題となっていたような、被告が遠方の相被告の裁判籍で応訴しなければならないという事態はそもそも発生せず、被告の応訴の負担について考慮する必要性は全くない。

他方、同一事業者 Y に対する広域・集団訴訟においては、例えば、今般のリフォーム詐欺のように一定のマニュアルに基づいた不当勧誘による被害が典型であるが、X らの損害が事業者 Y の反復継続

的な営業活動によって生じることが多く、訴訟資料や争点の大部分が共通することが予想され、また、多数の被害者が存在しており、判断の統一の必要性も極めて高いのである。

とすれば、同一事業者に対する広域・集団訴訟における各請求は、むしろ個別のケースにもよろうが、その大部分が、民事訴訟法 38 条前段の「権利義務の共通」ないし「原因の同一」類型に該当するものと解すべきである。

5 具体例について

近時、同一事業者が各地の被害者に対してマニュアル化された手法を用いて組織的な欺罔行為や不実告知、断定的判断の提供を行っていたなどとして各契約の取消や損害賠償等を求める主観的併合訴訟を提起されたケースにおいて、各被害者の各請求間には民事訴訟法 38 条前段の関係がある、との判断を示した注目すべき裁判例がある（京都地決平成 18 年 2 月 9 日公刊物未登載。事業者が各被害者と締結した契約はそれぞれ別個であるから民事訴訟法 38 条前段の類型には該当しないなどと主張した保全異議に対して、これを斥け、保全命令の認可決定を下した）。

裁判所は、この決定の中で、「民事訴訟法 7 条但書が数個の請求が複数の原告からの又は複数の被告に対する主観的共同訴訟につき同法 38 条前段の『訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であるとき、または同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき』に当たる場合に一つの請求につき管轄権を有する裁判所に他の請求についても管轄権を認めている趣旨は、被告の応訴の負担を考慮しながら、各請求に実質的関連性があり訴訟資料の共通や判断統一の必要など併合審理が望ましい場合に広く一つの請求につき管轄権を有する裁判所に併合請求の管轄権を認めることにあるものと解せられる。」と一般論を述べた上で、「本件訴訟の訴訟物は…組織的、画一的に行った契約締結行為に起因する契約の解除、無効又は取消に基づく金銭支払請求権であり、多数の訴訟資料が共通することが予想され、また、審理及び判断の統一の必要性が高」と判断し、「少なくとも民事訴訟法 38 条前段の『訴訟の目的である権利又は義務が同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき』に当たると認められる」と結論づけた。正当なものと思われる。

また、各地の債務者からの同一貸金業者に対する過払金返還請求訴訟については、民事訴訟法 38 条

後段に当たり、併合管轄は生じないとの判断がなされることが多い（東京高決平成16年12月28日兵庫県弁護士会消費者問題判例検索システム登載など）。しかし、被告は同一貸金業者であり応訴の負担の問題は全く生じないこと、そもそも過払金の発生は、貸金業者がまさに反復継続的に利息制限法超過の利息の支払を請求したことに基づくのであり、その原因は共通していること、各地に被害者が点在しているのはそもそも被告が全国的に営業活動を展開して利益を得ようとしているからに他ならないこと、著しく訴訟が遅滞することが予想されるのであれば裁量移送によれば足ることなどの事情を考えると、民事訴訟法38条前段該当性を認め、原則として主観的併合請求を認めてもよいのではないだろうか。

なお、京都地方裁判所においては、このような過払金返還請求訴訟が主観的併合請求によって提起された場合、被告からの移送申立等がないにもかかわらず、職権で被害者の住所地等に移送することがしばしば見受けられる。主観的併合要件は職権調査事項でなく、被告の異議・責問があってはじめて問題となる（大判大正6年12月25日民録23-2220）ことに鑑みても、このような扱いは極めて不適當であると思われる。

以上

英会話学校における中途解約時の 清算金条項を巡る裁判例

弁護士 長野 浩三

1 はじめに

特定商取引法では、英会話学校は、受講者が役務提供開始後に中途解約する場合には、①提供された役務の対価に相当する額、及び②5万円または契約残額の20%に相当する額のいずれか低い額の合計額（並びにこれらに対する法定利率による遅延損害金）を超える金員を請求できない（特商法49条2項、政令15条、同法49条7項）。

これは、外国語教室等の特定継続的役務提供では、従前、中途解約が制限されていたり、高額な違約金・損害賠償金・解約手数料等を徴収する約定となっており、解約時にトラブルとなっていたが、契約条項どおりにすることは消費者側に過大な負担を強いる

もので適當ではないとの趣旨による（注1）。

近時、大手英会話学校の中途解約時の清算金規定を巡って裁判例が出ており、私も、消費者問題に取り組む見地から、同種事件を扱ったので紹介し、また、若干の私見を述べることにする。

2 問題の所在

問題となった大手英会話学校では、契約当初にまとまったポイントを購入するシステムをとっていたが、中途解約時には、①週の経過によってポイントを消化したものと見なす、②購入時のポイント単価での清算ではなく、使用済みポイント数に対応するポイント単価で使用済みポイントの価格を計算する（例えば600ポイント購入時には1ポイントの単価は1200円であるが、45ポイント使用時には1ポイントの単価を3800円で計算するなど）、との清算規定があった。①を「見なし使用規定」、②を「単価規定」と呼ぶことにする。

これら2つの規定は、特定継続的役務取引について解約を実質的に困難とする規定を排除しようとした特商法に反して無効なのではないかが問題の所在である。

なお、問題の大手英会話学校は、①については、既に規定を見直し、1年ないし3年のポイントの有効期限を設ける規定としている。なお、有効期限を設けることの有効性についても、特商法上の問題はあろう。週の経過ごとの見なし使用規定の期間を1年ないし3年としているだけであるからである。以下では、主に単価規定についての判断を中心に見ていくことにする。

3 東京地判平成16年7月13日判時1873・137

同判決は、継続的役務提供取引は契約期間が長期にわたることが多く、役務内容が当初の思惑と異なるなどして中途解約を求めることが少なくない実情がある、このような事情からすると中途解約に関する清算条件は役務受領者にとって重大な関心事であること、清算条件について口頭で説明されることは少ないこと、このような実態は特商法の趣旨に沿わないこと、などの事情から見なし使用規定は許されないとし、単価規定については購入時の単価での清算をしている。

なお、本件では、大手英会話学校が原告主張額全額の弁済提供をしたために原告の請求自体は棄却されている。当職が従前京都簡易裁判所において担当した事件においても、同英会話学校は、最終の弁論期日において、原告主張額に遅延損害金を付した額

を持参して弁済提供し、請求額同額を支払う旨の和解をしたことがある。同英会話学校はこれらの規定についての司法判断を回避しようとしていたものと思われる。

4 東京地判平成 17 年 2 月 16 日判時 1893・48

同判決は、単価規定について、前払金の授受に際して役務の単価が定められている場合にはその単価に従った清算をするのが原則であり、合理的理由なくこれと異なる単価を用いることは事実上違約金を収受するに等しいものとして許されない、大量購入に伴う割引制度を悪用して当初から購入したポイントを全部受講する意思がないのにこれを偽って割引価格で大量購入して中途解約により割引価格で少数回の受講だけしようとするのを防止するとの被告の主張はすべてそのような者とは限らない上、被告の単価規定は法が保障している中途解約権行使を必要以上に制約している、当初多額の前払金を払った者が優遇されることは少量のポイントを購入した者との間で不公平とはいえない、JR 定期券の中途解約、NHK テレビ受信料の中途解約とは役務内容に関する予測可能性を含めその性質を異にする、などから、単価規定を特商法の 49 条 2 項 1 号の上限規制に反するとしている。

5 東京高判平成 17 年 7 月 20 日判タ 1199・281

同判決は、法 49 条 2 項 1 号の「提供された特定継続的役務の対価に相当する額」につき、単価規定に合理的な理由があり、役務受領者の中途解約権行使を必要以上に制限する内容となるものであるか否かを検討するとし、数量割引制度と単価規定を用いないことは両立しないことではない、当初から少量のポイントを購入した受講者と大量購入して中途解約した者との公平を図るべきであるとの主張については他の受講者のポイント単価とは比較すべき事項ではない、被告は購入時の単価で清算している事例がありそれとの比較の方がむしろ問題であること、等から合理的な理由はなく、単価規定を無効としている。

また、見なし使用規定と単価規定は一体となって定められており、見なし使用規定は無効としながら（見なし使用規定が無効であることは同英会話学校が自認していた。）単価規定を有効とすることは不当条項の放逐ができず、購入者等の利益を保護する法の目的に沿わないため、この関係でも清算規定は全体で無効となるとしている。

6 東京地判平成 17 年 9 月 26 日判例集未登載

同判決は、単価規定につき、JR 定期券や NHK 受信料の例とは、大量購入には多額の前払金が必要であること、5 万円または契約残額の 20% の損害金を徴収されるのであって多くの者がとりあえず大量に購入して中途解約をするかは疑問であること、その取引内容につき、JR や NHK とは役務の性格が異なること、これらと比べて単価規定は極端な割引率であること、25 ポイント未満の消化の場合は 1 ポイント 5000 円となり購入時単価 1200 円との差額が 3800 円にも上ること、精算条件につき口頭の説明がなかったこと、等から単価規定は合理的な理由がないとしている。

7 京都地判平成 18 年 1 月 30 日裁判所ホームページ

本件は私が訴訟代理人となった事案である。

同事件では、そもそも単価規定が特商法の適用を受けるかどうか争われた。これにつき、同判決は、「同法 49 条 2 項 1 号イは、同号ロと相まって、特定継続的役務提供契約が中途解約された場合に役務提供事業者が請求し得る額の上限を定めたものであるから、上記の合意内容が、単に提供済み役務の対価の額や計算方法を定めることを超えて、実質的に、役務提供事業者に特定商取引法 49 条 2 項 1 号が許容する金額以上の請求を認める内容である場合は、このような合意をすることは、特定商取引法が許容しない違約金ないしこれに類する金員の請求を合意するものであり、同法 49 条 2 項 1 号、同 49 条 7 項に抵触するものといわなければならない。したがって、特定継続的役務提供契約の中途解約時の提供済み役務の対価の計算方法に関する合意について、同法 49 条 7 項の適用が問題にならないとする被告の主張は採用できず、本件規定が、同法 49 条 2 項 1 号、同法 49 条 7 項に照らし有効であるか否かを検討する必要がある。」としてその適用を認めた。

さらに、「契約締結時ないし前払金の受領時に役務の対価に関する単価が定められており、この単価に基づいて前払金の金額が決定されていた場合には、原則として、この契約締結時ないし前払金の受領時に適用された単価に従って上記提供済み役務の対価を算定するべきである。そして、合理的な理由なく契約締結時ないし前払金の受領時に適用された単価と異なる単価を用いることは、これにより、役務受領者に対し、契約締結時ないし前払金の受領時に適用された単価を用いて精算を行う場合に比較して高額の金銭的負担を与える場合には、実質的に、

役務提供事業者に同法 49 条 2 項 1 号が許容する金額以上の請求を認めるものであり、特定商取引法が許容しない違約金ないしこれに類する金員を請求するものであるから、同法 49 条 2 項 1 号の趣旨に反するものであり、同法 49 条 7 項により無効であるといわなければならない。」「同法 49 条 2 項 1 号口が、役務提供事業者に一定額を上限にした損害額の請求を認めていることからすれば、特定商取引法は、中途解約によって役務提供事業者に生じ得る損害や営業上の不利益は、同法 49 条 2 項 1 号口に基づく請求により填補されることを予定しているというべきである。」「本件規定は、中途解約時に、契約時に適用された単価より高額な単価を用いて提供済み役務の対価を算定するものであり、本件原告に関しても、被告の主張によれば、契約時には 1 ポイント当たり 2050 円（ただし、10 パーセントの割引がされている。）の単価を用いて受講料を算定しているのに対し、中途解約時には 1 ポイント当たり 3800 円の単価を用いて提供済み役務の対価を算定している。そして、本件全証拠によっても、かかる算定方法を採用するに足る合理的理由があるとは認められないから、本件規定は、特定商取引法 49 条 2 項 1 号の趣旨に反するものであり、特定商取引法 49 条 7 項により無効であるといわなければならない。」「被告は、大量購入に伴う数量割引制度の合理性や、数量割引制度が採用された役務提供契約の中途解約時に数量割引適用前の単価を用いて精算することの合理性について、公共交通機関の料金や NHK テレビ受信料等を例示するなどして主張し、これを本件規定の有効性の根拠とする。しかし、本件では、特定商取引法上の規制が存在する種類の継続的役務提供契約につき、その中途解約時における提供済み役務の精算方法に関する合意が特定商取引法上有効といえるか否かが問題とされている。したがって、大量購入に伴う数量割引制度の一般的な合理性や、中途解約時に数量割引適用前の単価を用いて精算を行うことの一般的な適否が直ちに本件の結論を左右するものではないし、上記公共交通機関の料金や NHK テレビ受信料等被告が例示する役務提供契約と本件契約とは、提供される役務の内容、役務提供事業者を支払われる対価の額や役務の提供期間等の点で性質が全く異なるものであるから、これらの契約の中途解約時に被告主張のような精算方法がされているからといって、本件規定の有効性が基礎付けられるものでもない。」として、単価規定を無効とした。

8 東京高判平成 18 年 2 月 28 日判例集未登載

同判決は、単価規定への特商法の適用について、特商法 49 条 2 項の趣旨を「役務受領者が高額な損害賠償額又は違約金をおそれて中途解約権の行使をためらうことがないようにして、中途解約権を実質的にも行使可能なものとするにありと解するのが相当である」とし、合理的な理由がなく購入時の単価と異なる単価を用いて清算をすることは 49 条 2 項、7 項の趣旨に反し許されないとした。

数量割引制度を採用しても単価規定を採用することが不可欠であるならばともかく、そうとは認められない限りは単価規定が 49 条 2 項 1 号所定の制限よりも不利なものであるか否かを判断すべきである、はじめから中途解約する意図で高額を受講料を前払いした後、予定回数を受講後中途解約する受講者が数多く出て数量割引制度が維持できなくなるものと認めるに足る証拠がないことから、単価規定は 49 条 7 項の「不利なもの」に該当する、単価規定が見なし使用規定と一体となって定められていたことから、見なし使用規定、単価規定の精算規定は中途解約権行使を必要以上に制限する内容で無効であるとしている。

9 おわりに

以上のとおり、これらの裁判例は、特商法が中途解約権行使を実質的に保障した趣旨から、清算規定は合理的な理由なく購入時の単価と異なってはならないとし、JR 定期券などの例、数量割引制度を悪用する者への懸念などを主張して合理性を主張する英会話学校の主張につき、中途解約には 5 万円ないし残契約の 20% の金員の支払が必要なこと、大量購入する者が制度を悪用する者ばかりではないこと、単価規定は見なし使用規定と一体となっていること、等から、単価規定を特商法により無効としている。

これらは、多発するトラブルの実態及び法の趣旨を正しく捉えた判断であり、極めて正当である。

現在本件についての上記東京高判 2 例は上告受理申立がなされており、その判断が注目されるが、上告審でも同様の判断がなされるであろう。

なお、近時、同英会話学校は料金の値上げをするようであるが（広告されている。）、これまで受講しなかった者から徴収していた受講料が今後徴収できなくなることを見越しての経営戦略かもしれない。

（注 1）齋藤雅弘外「第 3 版特定商取引法ハンドブック」日本評論社 384 頁以下

親権者の指定・変更—その1

弁護士 茶木 真理子

1 はじめに

最近、離婚の際などに夫婦間において子を巡る争いが激化しているという。その最も顕著な一場面が子供の親権を巡る争いであろう。

夫婦が離婚する際に未成年の子がいる場合には、その一方を親権者と指定する必要がある（民法 819 条 1 項、2 項、5 項）。また、離婚の際に一方を親権者として指定しても、子の親族の請求によって、後に親権者を他方の親に変更することができる（同条 6 項）。

この親権者の指定や変更の基準について、民法は、変更の場合に「子の利益のために必要がある」と定めるのみで、具体的な基準は明確ではなく、解釈に委ねられている。

結局は父母のどちらが親権者となるのが子の利益になるのかということにはなるが、その判断は容易ではない。

判例タイムズ 1100 号 155 頁には、親権者の指定や変更の判断の際考慮すべき事情として、父母の側では、監護に対する意欲と能力、健康状態、経済的・精神的家庭環境、居住・教育環境、子に対する愛情の程度、実家の資産、親族・友人等の援助の可能性等が、子の側では、年齢、性別、兄弟姉妹関係、心身の発育状況、従来への環境への適応状況、環境の変化への対応性、子自身の意向等があげられている。また、同書では、裁判例で現れた具体的な基準ないし考慮要素としては、次の 6 点があげられている。

①監護の継続性（現状尊重）の原則

子が現実に父又は母に監護されている場合には、その現状を尊重しようとする考え方である。監護の期間が長ければ長いほど、子の心身の安定を考慮して、その監護している親を親権者とする方向へ傾く。

②母親優先の原則

乳幼児については、母親の監護を優先させるべきとする考え方であるが、子の年齢、性別をどのように考慮するか、父親に実家の父母等の補助者がいる場合にもこの原則があてはまるのか、といった問題がある。

③子の意思尊重の原則

家事審判規則には、子が満 15 歳以上のときは、親権者の指定・変更の審判前にその子の意見を聞くことが定められている。当然 15 歳未満であっても子の意向は尊重されるべきであるが、親からのプレッシャーがある場合等子供の意向が真意であるかどうかの判断が難しい場合がある。

④兄弟姉妹不分離の原則

同一親からの兄弟姉妹は分離すべきでないとする考え方である。

⑤離婚に際しての有責性

離婚の際の有責配偶者は親権者としても不相当であるという考え方であるが、離婚の原因を作出したことが即親権者に成り得ないとするのは硬直した考えであろう。

⑥監護開始の際の態様等

監護を開始するにあたって子を連れ去るとか、裁判所の判断に従わず子を引き渡さないといった行為が行われた場合、このような事情を親権者指定等の判断の際に考慮するかどうかが問題となる。親権者の指定等の直接の理由とはならないが、親権者としての適格性を評価する事情として考慮することは可能とされている。

それでは、次にこれらの原則が、実際の比較的新しい裁判例においてどのように考慮されて親権者の指定や変更の判断が行われているか、検討することとする。

2 裁判例の検討

(1) 仙台家裁平成 14 年 12 月 4 日審判（家裁月報 55 巻 10 号 82 頁）

（事案）

夫婦間には 6 歳と 3 歳になる 2 人の子供がおり、協議離婚の際にはいずれも夫を親権者としたが、その後、妻から親権者の変更を申し立てた事案である。

（審判内容）

双方の両親等の協力を含めた養育条件には優劣がつけられないとしつつも、妻が現在無職で資産もなく、就業等の目処が立っていないこと、家庭裁判所調査官に対し子供らが父親の悪口を述べているが、それは妻が子供らを両親間の紛争に巻き込み、その影響下に置いていることが窺われることなどを総合して双方の養育条件を比較すると、夫の下での養育条件が妻の下でのそれをやや上回ると思われるとした。

夫婦の別居後、子供らが妻の実家において既に

5か月余り生活しており、妻の下での生活が安定しつつあることや、子供の年齢からして一般に母親が必要な時期であることを認めつつも、親権者を夫から妻に変更するまでの事情はない、とされた。
(コメント)

現状尊重の原則や、子供の年齢がまだ小さいことによる母親優先の原則にそのまま従えば、妻に親権者の変更が認められることも予想される事案であった。しかし、妻の経済面の不安や、夫を親権者とした後一度も子供を夫に引き渡していないという監護開始の際の違法性から、妻が親権者としての適格性を欠くと見られてしまった点が、親権者の変更が認められなかった理由であると考えられる。

(2) 仙台高裁平成15年2月27日決定(家裁月報55巻10号78頁)

(事案)

(1) 事件の即時抗告審である。

(決定内容)

原審どおり、親権者の変更の申立には理由がないとしながらも、子らの年齢を考えると母親のきめ細やかな養育監護の継続が特に必要とされること、2人の姉弟は同一人のもとで育てられることが望ましいことなどから、特に子らの情緒の安定という観点からは現状のまま妻が子らを養育監護することが望ましい、とした。そのうえで、監護者については妻を指定した。

(コメント)

親権者と監護者を分離させ、現状尊重や母親優先の原則から、監護者を母親としたものである。ただし、この事案のように、親権者と監護者を分離させることについては、批判もあるようである。

(3) 大津家裁平成11年11月9日審判(家裁月報53巻1号86頁)

(事案)

当初長男を父親、次男を母親が監護することとして別居を開始したが、親権者を巡ってなかなか離婚が成立せず、そのうち父親が2人の子供を無断で自らの遠方にある実家まで連れ去った。離婚裁判では、1審は兄弟不分離の原則により兄弟いずれも父親が親権者とされたが、2審では次男が幼児であることから母親優先の原則により次男についてのみ母親が親権者とされ、この判決が確定した。しかし、その後も父親は次男の引き渡しに応じようとはせず、次男について親権者の変更を

申し立てたという事案。

(審判内容)

次男は小学4年生であるが、今後も父親らと生活したいとの意向を強く持っており、母親との生活を拒否していること、前記2審が母親の養育が必要であると判断したのは次男が5歳の幼児だったからであるが、父親や祖母であるその母親が次男を養育してから既に7年間が経過していることから、父親への親権者の変更を認めた。その後母親から即時抗告があったが、棄却されている(大阪高裁平成12年4月19日決定、家裁月報53巻1号82頁)。

(コメント)

現状及び子の意向を尊重した判断である。わずか10歳の子の意向が非常に重視されているのが注目される。審判では、父親にも無断で子供を連れ去ったことや、判決、間接強制決定等の司法判断に従わなかったという非難されるべき行動があったことも指摘されているが、兄弟不分離の原則もふまえて、子の福祉を一番に考えると親権者の変更が妥当と判断したものである。なお、審判は、「最後に」として、今後母親との円滑で温かい交流が子供の性格形成には重要であることを指摘し、そのような交流ができるよう配慮することを切望する、と結んでいるが、このような指摘までしている裁判例は他にはなかった。

(4) 福岡家裁小倉支部平成11年6月8日審判(家裁月報51巻12号30頁)

(事案)

子の親権者を妻と定めて協議離婚した後、妻が自殺してしまったため、子は妻の両親が養育していたところ、夫が親権者の変更を申し立てた事案。

(審判内容)

子供の意向は妻の両親と生活することを希望していること、妻の両親が経済的に問題なく健康であるうえ監護の意欲、能力があること、夫との面接交渉にも当初は拒否的であったが現在は理解を示し拒否はしないとの立場をとっていることから、夫に親権者を変更するのではなく、妻の母親を未成年者後見人として選任することが適当とした(確定)。

(コメント)

単独親権者が死亡した後に、親権者を生存している親に変更できるか否かについて、未成年者の監護養育については親があたるのが原則で、

未成年者後見は補充的なものと解されるとしたうえで、民法 819 条 6 項を類推適用して、生存する親が親権を行使することが未成年者の福祉に沿うときは親権者の変更が可能という規範を示している。

結論としては、6 年以上にわたって現実に形成された祖父母と孫との間の心理的な結びつきや、小学校 6 年生という比較的大きくなっていた子供の意思が重視されて、生存している親ではなく未成年後見が妥当とされたものである。

(5) 山形家裁平成 7 年 8 月 3 日審判（家庭裁判月報 48 卷 9 号 51 頁）
（事案）

夫婦は双方の性格、生活感覚の違いから相互に不満を積み重ねていたところ、妻は夫に断ることなく当時 1 歳の子を連れて実家に帰ってしまい、以来子は妻の実家で妻の両親の世話を受けて生活していたという事案。その後調停が行われたところ、親権者について夫婦双方譲らず、最終的には妻から、夫がどうしても応じないならば夫を親権者とするでも仕方ないとの意向が示されたため夫が親権者と定められ、子供も夫に引き渡されてその後は夫の両親方で居住していた。ところが、妻から、調停の際夫に親権者を譲ったのは真意ではなかったとして親権者の変更の申し立てがなされた。

（審判内容）

当事者である父親母親、援助者であるその両親の間に、子供に対する愛情の度合いや、精神的側面、経済的側面を含めての監護の意思及び能力等について、決定的といえるほどの大きな差異があるとは認められないとしながら、現状は子供の養育が父親の 60 歳を超えた両親に任せられており、それが両親に相当の負担になっていること、子供が 3 歳に達したばかりの女兒であり母親の存在の重要性は疑いのないことなどから、親権者の変更を認めた。

（コメント）

母親も仕事に就き、実家の援助も受けることができるという、父親母親双方どちらが親権者としての適格性を有するかの判断が非常に難しい事案であったが、現状尊重の原則より母親優先の原則を優先させたものである。子供が父親に引き渡されてから比較的短期間の後の変更であったことも影響したものと思われる。なお、調停成立後短期

間の内に変更の申し立てを母親が行ったことについては、子供の健全な成長のためには親権者の再検討を加えることが許されない理はないともしている。

(6) 仙台高裁平成 7 年 11 月 17 日決定（家裁月報 48 卷 9 号 48 頁）

（事案）

(5) 事件の即時抗告審である。

（決定内容）

子供の年齢が未だ 3 歳であって一般には母親の監護養育に馴染む年齢であることや、父親と母親との勤務時間等を比較した場合に、母親の方が子供とより多く接する時間を持つことができると思われるといった事情もないではないが、他方父親に引き取られた後子供は安定した生活を送っているのであるから、それを短期間で覆し、新たな環境に移すことがその心身に好ましくない影響を及ぼすことは明らかであるから、親権者を父親から母親に変更すべきではないとして、原審判を取り消した。

（コメント）

原審判と異なり、現状尊重の原則を優先させて、親権者の変更を認めなかった。

以下次号に続く

消費者契約法における 「消費者」・「事業者」について

弁護士 稲山 理恵子

第 1 はじめに

消費者契約法における、「消費者契約」とは、「消費者」と「事業者」との間で締結される契約（消費者契約法 2 条 3 項）をいいますが、ここにいる「消費者」・「事業者」の概念（定義）は、消費者契約法の適用範囲を画するものとして重要です。

そこで、今回は、消費者契約法にいう「消費者」・「事業者」の意味について判例を紹介しつつ検討します。

第 2 消費者契約法における「消費者」について

消費者契約法における「消費者」とは、個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。）をいいます（法 2 条 1 項）。

よって、「消費者」といえるためには、①個人であり、②事業として又は事業のために契約当事者と

ならないことが必要です。

②の要件に関しては、逆に「事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人」に当たる場合は、次に述べる「事業者」にあたりますので、「事業者」の項であわせて検討します。

第3 消費者契約法における「事業者」について

1 消費者契約法における「事業者」とは、法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人をいいます（法2条2項）。

よって、「事業者」といえるためには、法人その他の団体であるか、又は、事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人でなければなりません。

2 「法人その他の団体」について

(1) まず、「法人」とは、自然人以外で権利能力（法人格）の認められたものであり、具体的には、株式会社などの私法人、国・県・市などの公法人、日本道路公団等の特殊法人等がこれにあたります。法人であればよく、営利法人であるか否かは関係がありません。

(2) そして、「その他の団体」には、法人格を有しない社団・財団が含まれ、具体的には、町内会、同窓会、PTAなどがこれにあたります

(3) 判例

この点に関連して、学納金返還訴訟において、大学側が、消費者契約法はいわゆる悪徳商法規制法として制定されたものであり在学契約は消費者契約法が適用を予定する契約類型に当たらない、在学契約においては大学と生徒との間に交渉力の格差がないなどとして、消費者契約法の適用がないと主張したのに対し、判決では、原告ら（生徒）は、被告ら（大学）との在学契約に関しては、事業として又は事業のために契約の当事者となる場合以外の個人であるから「消費者」であり、被告らは法人であるから、「事業者」にあたるので、原被告間の在学契約は消費者契約であるとした裁判例があります（京都地方裁判所平成15年7月16日判決。判例時報1825号46頁～）。

消費者契約法2条2項の条文からも明らかなおとおり、「法人その他の団体」である限り、当然「事業者」にあたるというべきですから、判決は当然のことを示したもので、結論として妥当なものといえます。

3 「事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人について

(1) まず、「事業」の定義については、「一定の目的をもってなされる同種の行為の反復継続的遂行」とする見解があります（経済企画庁国民生活局「逐条解説消費者契約法」42頁）。しかし、このように解すると、家事等個人生活上の行為も含まれる可能性もあり、定義として広くなりすぎ、消費者保護に欠ける結果になります。そこで、「事業者」の定義においては、個人生活上の行為を除くべく、「社会生活上の地位に基づいて、一定の目的をもって反復継続的になされる行為及びその総体」（「コンメンタル消費者契約法」24頁、「Q&A 消費者契約法」24頁）と定義されるべきと考えます。なお、「事業」は、公益・非公益、営利・非営利を問いません。

(2) そして、「事業として又は事業のために」契約の当事者となったか否かについては、その行為の内容や、当該契約に関する当事者間の情報力・交渉力格差の有無・程度を総合判断して、社会通念上、それが事業の遂行と見られる程度のものであるか否かで判断することになります（「コンメンタル消費者契約法」25頁、「Q&A 消費者契約法」24頁）。

以下で、具体例と判例を挙げつつ、「事業として又は事業のために」なされた契約といえるか否かについて検討します。

ア内職商法

内職商法は、物品販売や登録料等の名目で高額な金員を被勧誘者に払わせる目的でなされるもので、内職は物品購入等の契約のための手段にすぎず、業者は内職を継続して行わせることは予定していません。すなわち、内職商法における内職は実体のないものであり、「事業」とはいえません。また、内職商法の業者と被勧誘者との間には情報力・交渉力の格差も大きいといえますので、内職商法における契約については、事業又は事業のためになされる契約とはいえ、被勧誘者たる契約者はなお「消費者」といえ、消費者契約法の適用があるといえます。

イ賃貸借契約

(ア) 判例

京都地方裁判所平成16年7月15日判決（判例集未登載）の事案は、被告が転居により

空き家になる自宅を原告に貸したという事案です。原告は、被告が（i）継続的に賃料を得る目的で自己所有の不動産を賃貸していること、（ii）不動産仲介業者を代理人として本件契約を締結していることを理由に、被告が消費者契約法2条にいう事業者にあたり、当該賃貸借契約に消費者契約法の適用があると主張しました。

これに対し、判決は、被告は、自ら居住するために本件建物を購入し、住宅ローンの支払を続けていたが、転居を余儀なくされたため本件建物を原告に賃貸したのであって、被告は、事業又は事業のために契約の当事者となったものとはいえないから、消費者契約法の適用があるとの原告の主張は理由がないと判断した上で、（i）被告は一つの当該賃貸借契約を締結したにすぎず、同種の行為を反復継続的に行う意図の元に本件契約を締結したのではないから、賃貸借契約が継続的契約であることをもって当然「事業」に該当するとは言うことはできず、また、（ii）事業者でない個人が自己が所有する建物の賃借人を探そうとするときに不動産業者を介在させることは通常のことであり、このことをもって被告を事業者と見るのは相当ではないとしました。

（イ）判例の検討

この点、個人であっても、アパート経営を行っている場合は行為の反復継続性が認められ、「事業者」にあたるといえます（京都地判平 16.3.16 同旨）。

しかし、判決の事案においては、転居により空き家になる自宅を原告に貸したというもので、当該一回の賃貸借契約を締結したものに過ぎません。確かに、以後も、他の賃貸借契約を締結するなど行為の反復継続性が予定されているならば、最初の1回目の賃貸借契約も事業として行われたといえますが、本件事案においては、自宅用に購入した家屋を転居のため賃貸したにすぎず、反復継続性が予定されていないので、当該賃貸借契約は「一定の目的をもって反復継続的になされる行為」とはいえませんが、加えて、一度の賃貸借契約しかしていない被告と原告との間には、賃貸借契約に関する情報力・交渉力

格差も特になくといえます。よって、本件被告は、事業又は事業のために契約の当事者となったものとはいえず、本件契約に消費者契約法の適用がないとした判決の結論については、妥当なものといえます。

- (3) 最後に、当該契約の目的が、「事業として又は事業のためにする」目的とそうでない目的が混在している場合は、どのように考えればよいかについて検討します。具体例としては、事務所兼自宅建物の賃貸借契約や、業務使用兼私的使用を予定した自動車やコンピューターの売買契約などが挙げられます。

このような場合は、当該契約時における主要な目的がいずれにあるかによって判断します。その判断にあたっては、契約の目的物の使用状況、例えば事務所で使用しているか又は自宅で使用しているか、使用する時間の割合などを検討して、総合的に判断します。契約の目的が半々である場合には、消費者保護という消費者契約の趣旨から、消費者契約法が適用されるべきと考えます。

参考文献

- ・「Q&A 消費者契約法」野々山宏・村千鶴子・井田雅貴
- ・「コンメンタール消費者契約法」日本弁護士連合会消費者問題対策委員会
- ・「消費者契約法」落合誠一
- ・「逐条解説消費者契約法」経済企画庁国民生活局消費者行政第一課

「剽窃の論理」と著作権

弁護士 坂田 均

設例 1 飛鳥時代の作といわれている X 寺の弥勒菩薩像を、写真家 A が同寺の許諾を得ないで写真撮影し、仏像写真集 a を出版社 B 社から出版した。X 寺はこの出版を差し止めることができるか。

まず、著作権の保護期間は、著作者の死後 50 年、無名の著作物の場合は公表後 50 年の経過を以て終了するから（法 51 条、52 条）、この弥勒菩薩像の著作権は既に消滅している。従って、著作権を根拠に出版差し止を請求することはできない。

では、X 寺の所有権に基づいて出版の差し止めを

求めることはできるか。この点に関して、顔真卿自書告身帖事件（最高裁昭和59年1月20日判決、判時1107-127）は、「著作権が消滅しても、そのことにより、所有権が、無体物としての面に対する排他的支配権能までも手中に収め、所有権の一内容として著作権と同様の保護を与えられることになる」と解することはできないのであつて、著作権の消滅後に第三者が有体物としての美術の著作物の原作品に対する排他的支配権能をおかすことなく原作品の著作物の面を利用したとしても、右行為は、原作品の所有権を侵害するものではないというべきである。」として、所有権に基づく差止請求を否定した。所有権が元来有体物に対する排他的支配権能を内容とすることからすれば、施設に侵入して無断撮影する等の行為がなければ、所有権侵害を理由にした妨害排除請求等は認められない。

しかし、X寺にしてみると、弥勒菩薩像によって受けられる経済的利益を受ける機会を奪われ、またその保存に費用を要していることからすると、救済手段がないということは釈然としない。この点、下級審では、所有者のこのような経済的利益を保護しようとする試みが行われてきた。クルーザーヨット事件（神戸地裁伊丹支部平成3年11月28日判決、判時1412-136）は、マリンホテルのシンボルであったクルーザーヨットが、所有者に無断で写真撮影され、中古船販売を目的とする雑誌に掲載されたことから、ホテル経営悪化のため売りに出されたとの噂が広がって営業上の信用が害された事案で、裁判所は、「本件クルーザーの所有者として、同艇の写真等が第三者によって無断でその宣伝広告等に利用されることがない権利を有する」として、所有者の不法行為に基づく損害賠償請求を認容した（他に長尾鶏事件、高知地裁昭和59年10月29日判決、判タ559-291参照）。結論は誠に妥当であるが、所有権侵害を理由にした不法行為という構成には無理がある。無体財産権が侵害されていないのにその行為を不法行為と構成するには、今ひとつ理論的な工夫が必要である。

裁判所は、著名人の氏名、肖像等の人の属性には顧客吸引力があり、財産的価値があるとして、著名人にパブリシティの権利を認めてきた（おニャン子クラブ事件東京高裁平成3年9月26日判決、判時1400-3等）。それでは、X寺の弥勒菩薩像にも同じような顧客吸引力があるならば、その所有者であるX寺にパブリシティの権利を認めることはできないだろうか。物のパブリシティの権利が認められるかという問題である。

競走馬の名称などにパブリシティの権利が認められ

るかが争われた、いわゆる競走馬名事件（最高裁平成16年2月13日判決、判時1863-25）で、最高裁は、「上記各法律（知的財産法）の趣旨、目的にかんがみると、競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、また、競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない」として、物のパブリシティの権利を否定し、また不法行為の成否についても消極的な立場に立つことを明らかにした。

今後の課題としては、まず、人のパブリシティの権利の保護範囲を明らかにしていくこと、すなわち、氏名、肖像の他にどのような人の属性が保護されるのかを明らかにしていく必要がある。1953年に初めてパブリシティの権利を認めた米国では、その後声帯模写、テレビショウの呼び出し文句、レースカーの外観、クイズ番組アシスタントのコスチューム等にその保護範囲を拡大している。次に、物のパブリシティの権利は認めないとしても、行為態様によっては不法行為を認める工夫を重ねる必要がある。

結局、設例の事案については、現行法ではX寺に差止請求は認められないし、不法行為に基づく損害賠償請求も困難であるといえる。

以上

裁判所の過誤配当と 差押債権者の落ち度の存否 ～最判平成18年1月19日から～

弁護士 永井 弘二

第1 はじめに

この最高裁判決は、動産引渡請求権に対する三重の差押（3人の債権者からの差押）がなされた時に、裁判所が最終配当時点で1人の債権者を配当からはずしてしまったという過誤を犯したのに対し、はずされた債権者が裁判所の過失として国に損害賠償請求をしたところ、その債権者にも過失相殺の対象となる落ち度があったか否かに関するものです。

相当稀な事案ではありますが、債権執行の基本的

な取扱、枠組からは、再発が全くあり得ないとも言えない事案と思われます。

第2 動産引渡請求権に対する強制執行の概略

債務者の所有する動産に対して強制執行するのは、本来は動産執行（民執122）の方法によることとなりますが、債務者が動産を第三者に預けているような場合など、債務者の占有下に動産がない場合には動産執行をすることはできません（執行手続は実体的判断を伴わない手続ですので、占有という表象がないと差押等はできないのです）。

こうした場合、債務者が動産を持っている第三者に対してその動産の引渡請求権を有している場合には、債権者はその引渡請求権を債権執行として差し押さえることとなります（民執143）。その後の手続は、差押命令が債務者に送達された後1週間おいてから債権者は執行官に申立をして、執行官が第三者から動産の交付を受け、これを売却し代金を執行裁判所に提出し（民執163）、裁判所が代金を債権者に交付ないし配当する、という流れとなります（民執166）。

通常、債権者は、差押命令と同時に、第三者に対する陳述催告の申立をして（民執147）、第三者から動産を持っているか否か、執行官に引き渡すか否か、あるいは他に差し押さえた債権者がいるか否か等の陳述書の送付を受けます（裁判所に2通送られ、債権者は1通を裁判所からもらいます。1通は裁判所に残ります）。

執行官が動産の引渡を受けるまでに、同じ動産引渡請求権を差し押さえるなどした他の債権者は、最後の配当に加入することができます（民執165）。

なお、執行官は上記の過程で第三者から目的動産を強制的に取り上げることはできず、任意の引渡が得られない場合は、債権者は第三者に対して取立訴訟（執行官への引渡を求める訴訟）を提起して（民執157）、勝訴してもなお任意に引き渡さない場合は、勝訴判決に基づき第三者に対して執行して取り上げてくることとなります（実務的には、取立訴訟の前提として占有移転禁止等の仮処分も必要でしょう）。

実際には取立訴訟等までしなければならぬようでは、差押の実効性がどこまで上がるか不明な場合も多いので、債務者が営業保証金として法務局に供託した有価証券の取戻請求権を差し押さえるような場合のように、動産自体に価値があり、第三者が任意に引き渡すと考えられる場合に利用されることが多いと思います。

第3 判例の事案

最高裁判例の事案も、法務局に供託された有価証券の取戻請求権が対象で、これに対して3人の債権者が競合して差押をしていたというものでした。この場合、上記のとおり、本来、この3人が最終配当に加わるはずでした。

ところが、配当に加わったA、B、2人の債権者の事件が先行しており、加われなかった債権者Cが最後に差押をしたところ（もちろん、執行官が有価証券の引渡を受ける以前の差押となっています）、A、Bの差押の裁判官とCの差押の裁判官が別の裁判官となっており（とはいっても同じ裁判所の同じ部内です）、執行官への申立等は債権者Aが行った手続の中で裁判所に売却代金が提出されたため、A、Bの裁判官は、Cの差押があったことを見落としてA、Bにのみ配当してしまったのです。

Cも配当に加わっていれば、Cは214万円余りを取得できたはずでした。

そこでCは、裁判所の過誤として、国に対して214万円余りと配当日以後の遅延損害金を請求する訴訟を提起しました。

第4 下級審の判断

1審は、214万円と提訴後の遅延損害金の全額を認めましたが、上記の差押手続の経過中、Cは全く進捗状況等について裁判所に確認等もしていなかった落ち度があるとして、配当日から提訴時までの間の遅延損害金のみについて5割を過失相殺しました。Cはこの判断については控訴はせず、国だけが控訴したところ、高裁では、実に、全体の損害について5割の過失相殺をしたのです。

高裁の理由は、動産引渡請求権に対する差押命令については、法律上、その存在を公示する制度はなく（不動産の場合には差押登記が入って公示されます。同じ意味で金銭債権の差押も公示制度はありません）、先行の差押命令を発した裁判所が後行の差押命令の存在を知る制度はなく、後行の裁判所が第三者の陳述によって競合を知る他はほとんど制度がないので、債権者も積極的に動いて差押が競合していることを知らせ、配当に加わるようにする義務があり、これをしなかった債権者にも落ち度があるというのです。

第5 最高裁の判断

しかし、こうした高裁の判断に対して、最高裁は、真っ向から債権者の義務、落ち度を否定しました。

その理由は、上記のとおり、執行官が動産の引渡

を受けるまでに差押をした債権者は、当然に配当にあずかれるというのが民事執行法の基本構造であることを指摘し、さらに債権者Cは当然第三者である法務局へ陳述催告の申立をしており、法務局からの回答にはA、B債権者による差押も競合していることが記載されていたことからすれば、Cの差押をした裁判官は、A、Bの差押をした裁判官に対してCの差押があったことを報告すべき義務があること、他方、第三者の陳述催告の申立は第三者側の事情を債権者が知るための手続であり、そのことにより先行の差押裁判所に対して自らの差押の事実を知らせるべき義務があるとは言えず、民事執行法上、債権者CがA、Bの差押をした裁判所に報告するための制度等も一切ないから、Cに落ち度があるとは言えない、としたのです。

第6 若干の検討

最高裁の結論は、余りに当然だと思えます。動産引渡請求権や金銭債権に対する債権執行は、申し立てる管轄裁判所が限定されており（民執144）、原則として、方々の裁判所で同一対象の債権差押命令が発せられないように配慮されています。それは、こうした差押の競合を前提としているのです。また、二重に差押しなかった債権者が配当に預かれるのは配当要求した時だけであるのに対し（民執154）、上記のとおり、差押等した債権者は当然に配当に預かれ、配当に加えるのは裁判所の義務とされているのです。

したがって、債権者が、事実上、進捗状況を裁判所に問い合わせなかったからといって落ち度があったと言われてはたまらない、というのが弁護士サイドからの率直な感想です。特に、第三者からの陳述に先行事件が記載されていたからといって、それが自分の事件の裁判官と同一かどうかまでは記載されておらず、単に同一の裁判所の名前が書かれているだけです。同じ裁判所の中で自分が排除されることになるなどとは夢にも思っていないというのが実情でしょう。

高裁判決の前提には、裁判所としても後行事件の裁判官から知らせてもらえなければ配当をした先行

事件の裁判官は債権者Cがいることを知り得ないから、その裁判官を責めるわけにはいかない、後行事件の裁判官が先行事件の裁判官に後行差押があったことを知らせなければならないという法律上の規定は一切なく、その裁判官を責めるのも酷じゃないか、債権者Cの弁護士も先行事件があったことは知っていたのだから、少くく確認してくれてもいいじゃないか、という発想があったものと思われる。裁判所がそのように思う気持ちも理解はできますが、執行手続は裁判所が主導して進めるというのが民事執行法全体の基本構造ですので、やはり、最高裁判決のように、債権者側の落ち度を問題にするのは筋が違ふと言わざるを得ないと思います。後行事件の裁判官の先行事件の裁判官に対する報告義務について、法律の明文にはないにもかかわらず、これを認めた点が最高裁判決の法的な意味での重要判断部分ですが、それが導かれたのも執行法の基本構造からです。乱暴な言い方をすれば、高裁判決は、やはり裁判所の身内意識が顕れたと言わざるを得ず、最高裁はそれに対して法律に従った毅然とした判断を示したと言えらると思います。

最高裁は、債権者Cが1審判決に対して控訴していないので、遅延損害金を一部減額した1審の判断を取り消すことはできない、という趣旨の記載を敢えてしており、1審判決をも批判しているとも見える記載となっています。当たり前ではありますが、最高裁の良識ある判断には敬意を表したいところです。

なお、こうした過誤は、裁判所における情報処理の問題を提起しており、平成6年の事案だったこの後、相当改良されているとは思いますが、このような問題は、動産引渡請求権だけでなく金銭債権を含めた債権執行全般でも同様に生じる余地はありますし、場合によっては、その他の執行手続きでも生じる可能性はゼロとはいいきれません。執行手続は、裁判所が責任をもって主導していくことが前提とされたものですので、そのことを確認した意味で、最高裁の判断は先例的な価値があると思います。

以上

編集後記

今冬は例年になく大雪に見舞われましたが、本号が皆様のお手元に届く頃には桜が散り始めているでしょうか。ここ数年来の司法改革による法律の大規模改正、新法制定に留まらず、日々、新たな問題に対する判例なども積み重ねられています。御池ライブラリーでは、事務所弁護士が日々の業務の中で触れた新しい流れについて少しでも研鑽を深めたものとしてお届けしています。まだまだ不十分な点もあると思いますので、皆様方のご批判をお聞かせいただければ幸いです。