

# Oike Library

御池ライブラリー

## 御池総合法律事務所

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

### CONTENTS

知的財産権 (パブリシティの権利)	プロ野球選手氏名肖像使用許諾事件 弁護士 坂田 均・・・・	1
消費者契約法	「居住用建物賃貸借契約における更新料支払条項の消費者契約法 10条該当性について」 弁護士 長野 浩三・・・・	3
消費者法	債権法改正と消費者法的思考方法 弁護士 野々山 宏・・・・	4
消費者法	クレジット問題と割賦販売法・特定商取引法の改正 弁護士 茶木 真理子・・・・	5
企業取引法	電話機リース問題の構造(1) 弁護士 住田 浩史・・・・	8
民法	欠陥建築における建築士の第三者責任に関する若干の検討 弁護士 福市 航介・・・・	10
民法	瑕疵担保責任における心理的瑕疵について 弁護士 北村 幸裕・・・・	13
民法・利息制限法	過払金返還請求訴訟における論点 -過払金の他の借入金債務への充当の可否- 弁護士 谷山 智光・・・・	16
医事法	診療行為に関連した死亡の死因究明制度について 弁護士 長谷川 彰・・・・	18
会社法	取締役の利益相反取引について 弁護士 草地 邦晴・・・・	20
労働法	管理監督者への該当性について 弁護士 上里 美登利・・・・	22
金融法	金融機関経営者の融資責任 弁護士 永井 弘二・・・・	24
民法・金融法	信用保証協会の保証が錯誤無効とされた事例と新しい解釈指針 弁護士 井上 博隆・・・・	26
民事訴訟法	金融機関の自己査定資料の文書提出命令 弁護士 小原 路絵・・・・	29

2008/4  
No.27

## プロ野球選手氏名肖像使用許諾事件 (知財高裁平成20年2月25日第2部判決、 最高裁判例検索システム掲載)

弁護士 坂田 均

### 1. はじめに

著名人の氏名、肖像、及びその他の属性に関しては、パブリシティの権利による保護が認められていますが、プロ野球選手については、これまで野球協約や統一契約書によりその権利行使が制限を受けてきました。本判決は、プロ野球選手のパブリシティの権利を制限する野球協約や統一契約書の有効性について知財高裁が初めて判断したものと注目されます。

### 2. 事案の概要

- (1) 本件は、プロ野球球団に属する選手33名が、プロ野球球団(10球団)を被告として、選手の氏名及び肖像の使用許諾権限が各球団にないことの確認を求めた請求訴訟です。

プロ野球選手は、入団に際し、球団と統一契約書(本件では平成18年2月1日当時のもの)を締結すべきことが定められています(日本プロフェッショナル野球協約(以下、「野球協約」という)45条及び46条)。選手の氏名及び肖像に関しては、統一契約書16条(写真と出演)で次の内容が規定されていました(以下、「本件契約条項」という)。

「第1項 球団が指示する場合、選手は写真、映画、テレビジョンに撮影されることを承諾する。なお、選手はこのような写真出演等にかんする肖像権、著作権等の全てが球団に属し、また球団が宣伝目的のためにいかなる方法でそれらを利用しても、異議を申し立てないことを承認する。

第2項 なお、これによって球団が金銭の利益を受けるとき、選手は適当な分配金を受けることができる。

第3項 さらに、選手は球団の承諾なく、公衆の面前に出演し、ラジオ、テレビジョンのプログラムに参加し、写真の撮影を認め、新聞雑誌の記事を書き、これを講演し、また商品の広告に関与しないことを承諾する。」

- (2) 各球団は、本条を根拠にして、所属するプロ野球選手の氏名及び肖像を使用したプロ野球ゲーム

ソフトおよびプロ野球カードの使用許諾契約を締結し管理してきましたが、控訴人らプロ野球選手は、日本プロ野球選手会(選手らの労働組合)が選手らの氏名及び肖像を管理すべきであるとして本訴を提起したものです。

### 3. 争点

本件訴訟の争点としては、①パブリシティの権利に関する本件契約条項の「広告目的」の意味、及び②本件契約条項の有効性(民法90条及び独占禁止法違反を理由とするもの)がありました。

### 4. 本件判決の要旨及び意義

- (1)パブリシティの権利の性質

裁判所は、まず、パブリシティの権利の性質について、「人は、生命・身体・名誉のほか、承諾なしに自らの氏名や肖像を撮影したり使用したりしない人格的利益ないし人格権を固有に有すると解されるが、氏名や肖像については、自己と第三者との契約により、自己の氏名や肖像を広告宣伝に利用することを許諾することにより対価を得る権利(いわゆるパブリシティ権。以下「肖像権」ということがある。)として処分することも許されると解される。」としています(判決218頁)。しかし、これまでパブリシティの権利の保護対象は、「私人性を中核とする人格的利益の享受の面においては一般私人と異なる制約を受け、社会的に許容される方法、態様等による使用行為については、その人格を毀損するものとは解し難いが、この芸能人の氏名・肖像がもつかかる顧客吸引力は、独立した経済的な利益ないし価値として把握できる」と理解されてきました(東京高裁おニャン子クラブ事件判決 判時1400-3)。

本判決は、一般人の有する人格的利益ないし人格権としての氏名及び肖像権と、著名人の経済的利益としてのパブリシティの権利を明確に区別していません。「著名性」や「顧客吸引力」といった要件を問題とせず、「一般私人」を含めて、「氏名や肖像を広告宣伝に利用することを許諾することにより対価を得る権利」として位置づけています。一般私人の氏名権や肖像権はプライバシーの権利として保護されてきたものであり、両者を安易に一つの権利として捉えるべきか議論の余地のあるところでしょう。「著名性」や「顧客吸引力」といった曖昧な要件を排除し、端的に一般私人にもその氏名や肖像に財産的価値がある場合にパブリシティの権利を認める余地があることを明らかにし

たものとして評価できます。今後の検討に期待したいところです。

## (2) 本件契約条項の解釈

控訴人らは、本件契約条項の解釈に関して、「宣伝目的」は、専ら宣伝のために用いる場合をいい、選手の氏名及び肖像の商業的使用ないし商品化型使用は入らないと主張していました。なお、この「宣伝目的」という言葉は、統一契約書作成当時の米国メジャーリーグの契約条項(publicity purpose)を参考にしたものです。

これに対して、裁判所は、本条の目的は、球団が自己ないしプロ野球の知名度の向上に資する目的とする利用行為を意味するものと解されること、及び利用の態様に限定が付されていないことにかんがみると、「選手の氏名及び肖像の商業的使用ないし商品化型使用は、球団ないしプロ野球の知名度の向上に役立ち、顧客吸引と同時に広告宣伝としての効果を発揮している側面があるから、選手の氏名及び肖像の商業的使用ないし商品化型使用も、本件契約条項の解釈として『宣伝目的』に含まれるというべきである」としました。

「宣伝目的」という文言からは、「選手の氏名及び肖像の商業的使用ないし商品化型使用」とそれ以外の利用態様を区別することは困難ですから、特段の事情がない本件では、妥当な結論といえるでしょう。これまで球団が行ってきたパブリシティの権利の管理業務の実態、並びに選手らとの間で行われて来た取扱いの慣行及び交渉の経緯からしても、このような解釈を基礎づけることができます。

## (3) 民法90条違反

控訴人らは、本件契約条項が不合理な附合契約であり民法90条に違反して無効であると主張しました。

これに対して、本判決は、原判決を引用してその主張を退けています。原判決(東京地裁平成18年8月1日判決 請求棄却 最高裁判例検索システム掲載)は、「本件契約条項は、選手による契約の相手方の選択の可能性は制限され、かつ選手が氏名及び肖像の使用に係る規定の変更を求めうる余地は小さいものであるが、選手が主体的に商品広告等へ関与する途が開かれており、かつ現に球団から使用料の分配が行われており、交渉により球団と選手らとの間の使用料の分配率の増減変更を実現する余地もあり得るものである。」とした上

で、「本件契約条項が不合理であるとまではいい難い」と判断しています。

ちなみに、本判決は、「選手が主体的に商品広告等へ関与する途が開かれている」例としては、本件契約条項3項に基づいて選手が球団の承諾を得てテレビに出演したり、商品広告に関与したりすることがあったことを挙げています。

## (4) 独占禁止法違反

控訴人らは、本件契約条項に基づき氏名権及び肖像権を奪うことは一般指定13項の拘束条件付取引及び同14項の優越的地位の濫用に違反すると主張しましたが、本判決は、原判決を引用して、本件契約条項は、独占禁止法の観点から民法90条により無効になるものではないと判示しました。

原判決では(110頁)、いずれも「本件契約条項の内容が不合理とはいいい難い」として独占禁止法上の主張を退けています。

## 5. 所感

プロ野球選手の契約条件に関しては、以前から不当に拘束的である等の批判がなされてきましたが、今回、原判決と本判決によって、本件契約条項が不合理でない旨の判断が行われ決着がついたということが出来ます。本判決の理由付けをみると、そこでは本件契約条項の内容だけではなく、統一契約様式については毎年選手との間で更新が行われていること、傷害補償等選手に必要な補償について改正が行われていること、参稼報酬減額に関する制限や任意引退の規定等選手契約の根本に係る部分についても規定が追加されていること、選手会と野球機構との間で選手関係委員会等の会合が継続的に開かれ話し合いが行われていること(統一契約書の改訂も行われている)、選手の中には選手の有する企画会社に選手の肖像権や著作権等に関する企画紹介業務を行うことを許容している場合があることなど、契約交渉の実態を重視しています。本件契約条項の合理性は、最近の選手会と球団との真摯な交渉によって支えられているということが出来ます。

今後の統一契約書の改訂に際しては、選手が保有するパブリシティの権利の対象である顧客吸引力は、誰が創出し維持しているのか、その価値は誰に帰属させるのが相当であるのかといった、パブリシティの権利の根本に関わる議論を併せて検討していく必要があるでしょう。

# 「居住用建物賃貸借契約における 更新料支払条項の消費者契約法 10条該当性について」

-京都地判平成20年1月30日裁判所HP-

弁護士 長野 浩三

1 京都地判平成20年1月30日裁判所HPは、居住用建物賃貸借契約における更新料支払条項が消費者契約法10条で無効となるかどうかにつき、概要下記のとおり判断して、無効ではないとした。

- (1) 更新料の法的性質の①更新拒絶権放棄の対価(紛争解決金)の性質につき、この性質があるが、更新拒絶の正当理由が認められる場合は多くなく、その性質は希薄である。
- (2) 更新料の法的性質の②賃借権強化の対価の性質につき、この性質が認められるが、解約申入の正当事由が認められる場合は多くなく、その性質は希薄である。
- (3) 更新料の法的性質の③賃料の補充の性質につき、更新料支払条項を含む本件契約をした当事者の意思を合理的に解釈すると、賃貸人が更新料の支払を受けることを期待し、賃借人も更新料の出捐を意識して物件選択をしているとし、更新料を物件の使用収益に対し支払約束した経済的出捐であり、用語が適切かは疑義が残るが、更新料は賃料の補充の性質がある。
- (4) 消費者契約法10条前段要件につき、更新料支払条項は、「賃料は、建物については毎月月末に支払わなければならない」と定める民法614条と比べ、賃借人の義務を加重しているから同条前段に該当する。
- (5) 同条後段要件につき、①更新料10万円は1年間の契約期間、月額賃料45,000円に照らし過大ではない、②更新料約定の内容は明確である、③程度は希薄であるが更新拒絶権放棄の対価、賃借権強化の対価の性質があることから、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものとはいえない。
- (6) この点につき、同判決は、「なお」として、賃借人が賃料に着目し、更新料という賃料を意味するものではない言葉を用いていることで賃借人の経

済的出捐が少ないかのような印象を与えて契約締結を誘因する目的で利用されている面があることを否定できないとしながら、更新料に関する報道が行われることを通じて消費者が更新料の性質についての認識を深める、不動産賃貸借市場がその機能を発揮することで競争が行われることが考えられるから10条後段に該当しないとする。

2 しかし、これらの判断はいずれも極めて不当であるか間違いである。

- (1) まず、同判決は、消費者契約法の立法趣旨を無視している。同法1条は、事業者と消費者との情報力・交渉力格差をうたっているが、本判決は、特に交渉力格差について全く無視している。上記(3)の賃借人が自ら物件選択をしているから使用収益の対価であると認定している点などはその典型である。この論理を用いれば、およそ契約書に書いて説明すれば金銭支払約束はすべて対価であるということになり、不合理な約定を無効として消費者利益を図ろうとした消費者契約法1条、10条の趣旨は完全に没却される。これまでの消費者契約法10条に関する裁判例でいえば、不当な原状回復条項を無効とした裁判例(大阪高判平成16年12月17日判例時報1894号19頁)や敷引特約を無効とした裁判例(神戸地判平成17年7月14日判例時報1901号87頁、大津地判平成18年6月28日、京都地判平成18年11月8日、大阪地判平成18年12月15日、京都地判平成19年4月20日、奈良地判平成19年11月9日(出典引用のないものは判例集未登載))も、上記の論理でいけば無効とならないことになるが、これは極めて不当であることは明らかである。そもそも、事業者と消費者の間の格差を前提として不合理なものを無効とするのが消費者契約法であるのに、同法該当性の判断において、当事者が対等なことを前提に約定を有効とするための手法である合理的意思解釈の手法を用いることにも原理的な疑問がある。
- (2) また、上記(1)「更新拒絶権放棄の対価(紛争解決金)」(2)「賃借権強化の対価」について、希薄だが性質ありと認定している。しかし、居住賃貸物件については正当事由は建替時以外は想定できないので「希薄」でなく、「ない」が正しい。そもそも、正当事由があり明渡を求めたい場合には、賃貸人は正当事由を主張し、更新を拒絶等するであろうから、更新料を支払えば更新を求めることができるとはいえないのであって、更新料はこれ

らの「対価」とはなっていないのである。

- (3) 「賃料の補充」については、そもそも、上記のとおり、更新料の支払を認識していることから賃料であるという認定自体、消費者契約法の立法趣旨を没却している。また、賃料であるなら、賃料名目で月ごとに支払が設定されるべきであり、「更新料」として一括して前払いさせること自体不自然である。さらに、賃料の前払いとすれば、1年目は月額45,000円であるのに、2年目からは値上げがされていることになる。このような賃料(使用収益の対価)の値上げなどは賃借人は認識していない。また、賃料の前払いであるとすれば中途解約時には残期間に応じた清算義務が定められるべきであるがこれもない。判決自体認めているとおり、「更新料」という名称から、これが賃料であるなどとは誰も思っていないのである。さらに、賃料だとすると法定更新時にも更新料支払義務があるとなりそうであるが、法定更新時には更新料支払条項の支払義務はないとするのが裁判例(京都地判平成16年5月18日裁判所HP、大阪簡判平成19年6月15日同庁平成19年(ハ)第70073号など)の主流のようであり、これらの裁判例とも整合性がない。
- (4) その他、10条前段要件につき民法614条をあげながら、これとの比較における義務の加重の程度が後段では検討されていないこと、賃料であるとの法的性質が10条後段要件の検討の中でどのように影響しているか不明な点、1年更新で賃料2ヶ月分以上という京都でも異常に高額な更新料について過大でないとしている点など、同判決には不当ないし杜撰な判断が多い。

- 3 本件は、私が京都敷金・保証金弁護士で取り組んだ事件である。現在、上記判決に対しては控訴中である。上記判決後、別件の更新料支払条項の有効性を争った事件では賃貸人は更新料について任意に支払義務を認めて支払ってきた。同事件は、更新後わずか2日で退去した事案であり、賃料の前払いとの上記判決の判断を前提としても不当性が際だった事案であった。さらに、上記弁護士では更新料支払条項の有効性を争う訴訟を追加提訴した。

更新料は経済的には賃借人の一時金負担として重い負担となっている。上記のとおり、合理性のない制度であり、クリーンな賃貸借契約とするためにも、更新料支払条項の無効判決を獲得し、定着させなければならぬと考えている。

## 債権法改正と消費者法的思考方法

弁護士 野々山 宏

19世紀末に制定された民法の、全面的改正に向けた検討が進められています。作業は債権法の改正をテーマにして進められていますが、従来の体系では「債権総論」「債権各論」の範疇ではない、「総則」に属する法律行為・代理・消滅時効なども改正の検討対象にあげられています。

2006年に、法務省が債権法を中心とする民法の抜本的改正の検討を行うことを決定し、同年10月に民法学者と法務省民事局参事官、法務省官房審議官らによって「民法(債権法)改正検討委員会」が発足しています。この「民法(債権法)改正検討委員会」は鎌田薫・早大教授を委員長とし、内田貴・前東大教授(内田氏は現在は民法改正をフルタイムで担当する法務省参与になっています。)を事務局長として、日本の働き盛りの著名な民法学者を総動員しています。メンバーや現在の作業状況はホームページで公開されています(<http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/indexja.html>)。2009年3月には、同検討委員会によって改正試案がまとめられ、その後法制審議会で議論されることとなります。2010年代の遅くない時期に、100年ぶりに債権法の全面的な改正が実現することになりそうです。

この債権法の改正の方向性や中身は議論中であり、まだ十分に見えてきません。ただ、改正の必要性の大きな要素として、現在の取引社会の中で消費者取引の占める割合が増加しており、事業者と消費者の間の法律関係の処理に、現在の民法の債権法は実態を反映していないことがあげられると考えられます。私の実務での実感としても、民法の債権法は事業者間の取引には妥当ですが、事業者と消費者との取引には妥当しません。民法は契約当事者を対等と見なしていますが、実際は消費者は情報・交渉力その他で劣っており対等ではありません。民法を無理に適用すれば、消費者が不利となる結果になります。その根本的な問題は、債権法において予定されている「人」がきわめて合理的な判断をする人であり、一方、実際の消費者は決して合理的な判断をする「人」ではなく、法の予定する「人」と、実際の「人」に乖離があることです。

民法(債権法)改正検討委員会の事務局長である内田前教授は、債権法の抜本的改正の理由を4つあげて

います(詳しくは、内田貴『今なぜ「債権法改正」か?』(上) NBL871号・2007年12月15日、(下) NBL872号・2008年1月1日を参照してください。)。第1は、民法の規定は一般原則とは言いながら、実は、商取引を想定して民法のルールが作られていたのではないかと、ところが現代社会では消費者が登場している、商人や消費者などの属性のない、民法の規定の言う「自然人」という無色透明の存在はもはやきわめて限られたものにすぎず、「人」概念の実質化、あるいは消費者概念の取り込みをはかることが必要となってきたことです。第2は、民法は本来一般市民のための法であるにもかかわらず、その規定はきわめて専門的で、判例学説の解釈の余地が大きく、法律のプロのための、不親切な法典であり、一般市民が読んで分かるものとすべきであることです。第3は、民法が規律すべき市民社会の法律関係において、実際には非常に多くの特別法や特則が規定され、民法の空洞化が生じ、一覧性も欠けている状態があることです。民法を市民社会の法律関係の基本法として実質化することが望まれます。第4は、債権法の中心を占める契約法の地域的(例えばEUなど)、世界的統一化の傾向です。

これらの理由の中で、今なぜ改正が必要かと言えば第1の理由が中心を占めると考えられます。第2、第3は法典の規定の在り方の問題であり、第4も重要ではありますが、改正はまず日本の債権関係の規律が不都合であるから必要となっているのです。

実際の市民社会、とりわけ市民の契約や取引においては、消費者の存在を無視して民法改正を考えることはできません。格差のある当事者間の契約があることを真正面から認めて、これにふさわしい契約ルールを債権法の中で定めるべきと考えます。その検討においては、消費者訴訟や消費者契約法・特定商取引法の解釈や改正で議論されてきた消費者法としての思考方法を大胆に取り入れることが望まれます。

内田前教授があげた第3の改正理由に関連しますが、そもそも消費者取引ルールの法制化については、最近改正されたドイツ、オランダの民法のように消費者保護規定や約款規制を民法の中に取り込むか、フランスのように民法とは別に統一的な消費者法典として規定するかが議論されています。私は、債権法改正の中心的理由となっていることや現代社会における消費者取引の占める割合の多さからいっても、消費者取引ルールを民法に取り込んで規定されるべきと考えていますが、民法は契約一般の規定のルールを定めるべきで、消費者取引ルールは改正の機動性からしても特別法で

定めるべきとの考え方もあります。

取り込む規定を検討する上でも、「人」概念は実際の取引に登場する実質的な契約当事者を概念化すべきです。消費者は情報コントロールされやすいし、たとえ契約書に記載してあってもそれをすべて理解しているわけでもなく、決して合理的に行動できる存在ではないことを正面から認め、事業者など優位に立っている側に説明義務や契約条項の平等性を求め、これに反する場合のサンクションを定めていく必要があります。

また、契約の拘束力についても、従来の民法の意思表示理論にとらわれず、たとえ効果意思の合致があると考えられる場合であっても、格差があり不合理にコントロールされやすい契約当事者として、拘束力を認めるべきでないと評価される場合には、消費者に契約からの離脱を認めるべきです。具体的には、販売目的を隠匿して呼び出して勧誘する行為、過量販売行為、不招請勧誘行為などです。これらは従来の意思表示理論では取消を認める場合には当たらないこととなりますが、「撤回権」などの名称で公序良俗ないし信義則の具体化として契約の拘束力からの離脱を認めるべきです。

さらに、損害についても少額多数被害については類型的、統計的に算定された損害額を正面から認めていくべきです。

民法の特則である消費者契約法の改正の議論をする際にも、「民法理論では取消に当たらない」などの「民法の壁」がありました。しかし、民法は、実際の市民社会の法律関係を正しく規律するためのルールです。理論がそれにふさわしい解決ができないなら、新たな理論を打ち立てていくべきです。債権法改正に当たっては、消費者をはじめとする市民に支持される法典にしてもらいたいものです。

債権法を中心とする民法の改正作業を、これからも注意深く見ていく必要があります。

---

## クレジット問題と割賦販売法・ 特定商取引法の改正

---

弁護士 茶木 真理子

### 第1 信販会社の共同責任の必要性

ココ山岡事件や布団のモニター商法が問題となったダンシング事件に代表されるクレジットを使った大型悪質商法トラブルは後を絶たない。また、近年

では次々販売や過量販売といった被害も多発し、多重債務による生活破壊等の深刻な被害をもたらすことから大きな社会問題となっている。最近では呉服の次々販売被害による自殺者が出たとの新聞報道もなされた。このような悪質商法はクレジットの存在なくして成立するものではないことから、信販会社に加盟店に対する調査監督義務(「加盟店管理責任」)や顧客の資力を超える与信を行わない義務(「過剰与信防止義務」)を課して、信販会社が不適正な与信を行わないよう防止する必要性については前々から指摘されている。そして、販売契約が無効、取消、解除等により消滅したときには、被害回復の観点からは現行の抗弁対抗規定(割賦販売法30条の4)では不十分であり、信販会社にも既払金返還の共同責任が認められるべきである。

本稿では、加盟店管理責任に関する最近の裁判例を紹介するとともに、2007年末に出された割賦販売法及び特定商取引法の改正に関する産業構造審議会の最終報告書を検討し、私見を述べたい。

## 第2 加盟店管理責任を認めた裁判例

既に述べたとおり、信販会社に加盟店管理責任を課すことは被害防止、回復の観点からは不可欠であるところ、これまで加盟店管理責任に言及した裁判例は多くなく、司法的な救済が十分に図られているとは言えない状況にある。

### 1 大阪高裁平成16年4月16日判決(消費者法ニュース60号137頁)

いわゆるダンシング事件において、被害者らが信販会社に対して割賦販売法30条の4の支払拒絶の抗弁権の確認を求めた事案である。判決では、信販会社が加盟店の調査、管理の義務を尽くしたかどうかは、抗弁対抗の主張が信義則に反するかどうかを判断するについてひとつの重要な判断要素であるとしたうえで、「信販会社が継続的に提供するクレジットシステムにより悪質販売業者の不適正な販売行為が助長されている関係がある。」「こうした信販のシステムが孕む構造的な危険(病理現象)については、システムの開設者である信販会社が信販のシステムが悪用されないよう加盟店の調査・監督義務を徹底することにより対処することが期待されている。」との指摘をし、被害者らの抗弁対抗の主張は信義則に反しないと判断した。

### 2 静岡地裁浜松支部平成17年7月11日判決(判時1915号88頁)

同じくダンシング事件の判決であるが、「信販会

社が行っている立替払契約が、悪質な販売業者の不適正な販売行為を助長することがあるから、これを未然に防止する必要がある、これを防止するのはクレジットシステムの開設者である信販会社であることなどに照らすと、信販会社には、悪質な販売業者によりシステムが悪用されないよう加盟店契約を締結する際の審査やその後における加盟店の調査・管理を適正に行うことが求められており、加盟店を調査、管理すべき義務が存する」として加盟店管理責任に言及したうえで、「信販会社がこの加盟店調査管理義務に違反したことに付き、重大な落ち度があった場合には」「信販会社は、個々の消費者に対する関係においても一定の限度(消費者が損害を被ったと認められる限度)で不法行為責任が発生することがあるというべきである。」とし、信販会社らは加盟店調査管理義務を著しく懈怠していたとして不法行為責任を認めた。

### 3 大阪地裁平成18年9月29日判決(消費者法ニュース71号178頁)

認知症の高齢女性に対し多数のクレジット契約を組んで呉服を販売した事案で、割賦販売法30条の4の適用がない契約についても、信義則上抗弁の対抗を認めた。判決では、「クレジットのメカニズムないしシステムにより利益を挙げている信販会社には、そのような販売体制の濫用により、消費者が被害にあわないように注意する、いわばシステム管理の責任(原告の主張によれば、加盟店管理責任)があるといえる。」と指摘したうえで、信販会社が何らかの調査や対応をしたという事実は全く窺われないし、女性の財産状況等につき慎重な審査を行うことなく多額の与信を実施したとして、売買契約の無効を信義則上対抗できると判断した。

### 4 小括

加盟店管理責任については、いわゆる名義貸しの事案において、加盟店管理責任を懈怠した場合これを信販会社の過失と捉え、信販会社からの請求に対し過失相殺を行う裁判例は従前から出ていた(福岡地判昭和61年9月9日判時1259号79頁等)。

上記1や3の裁判例のように、抗弁対抗を認めるかの判断の際に、信販会社が加盟店管理責任を果たしていたか否かを考慮し、消費者側に有利な判断をする裁判例が出てきたことは評価できる。しかし、さらに進んで、加盟店管理責任を法的義務とし、この違反をもって、信販会社に損害の賠償を認めた裁判例としては、上記2の静岡地裁浜松

支部判決しか見当たらない。

### 第3 割賦販売法改正の動向

このように司法的救済が十分に図られていない状況の中、クレジットを利用した悪質商法被害の防止と救済に向けて、割賦販売法及び特定商取引法の改正作業が進められており、2007年末には産業構造審議会の最終報告書が取りまとめられた。今後は2008年春の通常国会に上程される予定となっている。報告書の内容は、他でも指摘されているとおり、基本的には消費者保護に適う改正であると評価したいが、いまだ不十分と思われる点多々見られるところであり、以下ではこれについて私見を述べたい。なお、最終報告書は、指定商品制の廃止等多岐の論点に触れられているが、本稿で触れるのは被害防止、回復対策に限ることとする。

#### 1 加盟店調査等に基づく適正与信義務の導入

報告書は、個品割賦購入あっせん業者に対して、特定商取引法適用取引(通信販売を除く)に関し、①加盟店契約締結時等の調査義務、②与信契約締結時の契約締結過程の調査義務を課す、としている。義務違反の場合には行政処分の対象となる。

これまで通達しかなかったものを法律上の義務とする点は評価できるが、被害の多数が店舗において発生していることに鑑みれば、店舗取引も当然対象とされるべきである。この点、報告書では、展示会商法の店舗要件について、通達を改正して店舗要件の期間を延長することにより、訪問販売となる取引の範囲を広げようとしているが、迂遠な方法であり、販売業者の脱法行為を助長するだけではないかとの疑問を持たざるを得ない。

#### 2 過剰与信防止義務

現行割賦販売法で訓示規定とされている過剰与信防止義務を、報告書では義務違反の場合には行政処分の対象としている。特に、個品割賦購入あっせん特定商取引法適用取引(通信販売を除く)を行う場合は、原則として顧客の支払能力、販売数量、過去の購入履歴等について具体的な調査義務を課すとともに、信用情報機関の利用、登録を義務付ける。

過剰与信防止義務についても、具体的な調査義務が課される取引から店舗取引が外されている点が問題である。また、実効性を確保するためには、年収の3分の1基準を採用した改正貸金業法を参考にするなどして、ガイドラインに具体的な数量基準を定めるとともに、その基準を違反した場合には契約自体が無効となるなど強い制裁措置が必要である。

#### 3 与信契約のクーリングオフ規定の導入

現行法では、売買契約のクーリングオフをしても、原則として抗弁権を主張して与信業者に対する未払金の支払いを拒絶できるとどまる。被害の防止と救済という観点からは、与信業者からの既払金返還が不可欠であるところ、報告書では与信契約についてもクーリングオフ規定が導入されることとなった。現行法では、個品割賦購入あっせん取引の場合、販売業者が与信契約に関する事項についても書面交付義務を負い、販売契約がクーリングオフの対象となるが、改正法では与信契約に関する事項については与信業者が書面交付の法的な責任主体となり、販売契約とともに与信契約もクーリングオフの対象となる。

与信契約に関するクーリングオフが認められることは、与信業者からの既払金返還を可能とするものであり、大いに評価したい。

#### 4 与信業者の既払金返還責任

報告書では、個品割賦購入あっせん取引において、特定商取引法が適用される取引(通信販売を除く)を行う販売業者が、勧誘時に与信契約に関する重要事項、あるいは、与信契約締結の判断に影響を及ぼすこととなる重要なものについて不実の告知、又は不告知を行った場合は、与信契約を取り消すことができる、とされた。

この点については、以前から、消費者契約法4条4項の「重要事項」の解釈を巡って、販売業者が販売契約(商品、役務等)について不実告知等を行った場合に、同法5条を適用して取り消しうるか否かが問題となっていたところである。今般「与信契約締結の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの」について不実告知等があった場合にも取消権が認められることとなり、販売契約の誤認を与信契約の取消事由と扱うものである。信販会社の過失を問わない点で評価できるが、これに加えて、商品が引き渡されない、役務の提供がないといった債務不履行型にも取消権を認めるべきである。

#### 5 過量販売取消権

訪問販売において、消費者は通常必要とされるものをを超えることとなる商品や役務の契約を原則取り消すことができ、ただし、販売業者が、購入の必要性について十分な注意を払った場合、消費者の弱者性を利用したと言えない場合には除外される。

この点については、過剰な与信が行われた場合には与信契約についても同時に取消権を認めるべ

きである。

6 審議会の最終報告書に対する批評については、消費者法ニュース74号でも取り上げられているほか、京都弁護士会をはじめ各地の弁護士会で会長声明等が出されている。今後はこれらの指摘も踏まえて、より良い改正がなされることを期待したい。

#### \*補筆

本稿を脱稿後、着物の次々販売をめぐり、高松高裁が08年1月、精神神経障害を持つ女性の購入契約の多くを民法の公序良俗に反し無効として、呉服販売会社と信販会社に対し、クレジットで支払った代金の返還を命じていたことが毎日新聞の報道で分かった。判決文を入手できていないため判決内容の詳細は不明であるが、報道を読む限りでは、過剰与信を理由に信販会社にも既払金の返還を認めたものと思われ、全国初の画期的な判決と言える。

## 電話機リース問題の構造(1)

弁護士 住田 浩史

### 第1 はじめに

近年、中小零細の自営業者を主なターゲットとして、「もうすぐデジタル回線に切り替わり、いままでの電話が使えなくなります」「電話代がいままでよりも安くなります」などとして、高額な電話機のリース契約を締結させる事件が相次ぎ、社会問題化している(電話機だけでなく、OA機器やソフトウェアなど、リース物件の内容は多岐にわたっている)。

このような、いわゆる悪質電話機リース問題については、経済産業省が平成17年12月6日に、特定商取引法の通達改正、業界団体である社団法人リース事業協会への指導、相談窓口体制の強化などの方針を打ち出し、また、民事的な救済に向けても、大阪、京都、名古屋など各地で弁護団が結成されるなどし、今日までに、裁判による解決例ないし訴訟外での解決例も一定集積されてきている。

本稿と次稿では、電話機リース問題を中心とした提携リースの問題構造について、裁判例等も紹介しながら、概観したい。まず、本稿では、提携リースの構造及び特定商取引法の適用について論じ、次

稿において、提携リースにおけるリース業者のユーザーに対する責任について論ずることとする。

### 第2 提携リースの構造

リース契約の関係者は、リース業者(L)、サプライヤー(S)、ユーザー(U)の三者である。リース契約は、LがSからリース物件を取得した上でUに使用をさせ、その使用料としてUからリース料を取得するという無名契約(法形式上は、売買+賃貸借契約ともいわれる)であるが、経済的には、LのUに対する金融の性質を有する(ファイナンス・リース)といわれている。

このうち、いわゆる提携リースは、あらかじめLとSの間に一定の業務提携契約が締結され、たとえば、顧客の探知、契約締結の勧誘、リース契約申込書式の提示、契約内容の説明、リース対象物件の選定、納入時期、納入方法、研修時期、方法、保証内容、保証期間等、リース期間、及びリース料等の契約内容の決定、顧客からのリース契約申込みの意思表示の受領、借受証の発行による契約諾否の通知等、本来Lが行うべきリース契約締結の一連の手続を、Sが代行して行うこととなる。

このような提携リースは、L・S両者の間に、強固な経済的な一体性が見られるのが特徴である。L・S両者の経済的相互依存関係は、次稿で紹介する裁判例の中でも、「割賦購入あっせんの場合の、販売業者と割賦購入あっせん業者との関係よりもさらに密接な関係」(神戸簡判平成16年6月25日、判例集未登載)と評価されるほど、緊密なのである。

すなわち、Sとしては、提携リースを利用することによって、Uに対して、一括払いではなかなか支払えないような高額の商品や役務提供にかかる契約の勧誘が可能となり、かつ、販売代金の回収はLから一括で支払われ、Uからのリース料回収はLに委ねればよいこととなる。また、Lは、通常、著名な企業ないしそのグループ企業であり、SはLのブランド力を利用することができるのである。他方、Lにとっても、顧客開拓や契約締結にかかる人的コストを削減しながら、広範囲にわたって多数かつ高額なリース契約の締結を行うことができ、また、割賦販売あっせん業者のように、顧客から抗弁権の接続(割賦販売法30条の4)を主張されて販売代金の回収が困難になるおそれ、法形式上は回避しているように見える。

今般社会問題化している電話機リースをはじめとした提携リースの問題を考えるにあたっては、まず、

上記のL・S間の緊密な経済的相互依存関係に着目しなければならぬ。

### 第3 特定商取引法の適用

さて、提携リース、とくに電話機リースは、訪問販売によって、しかも不招請の勧誘によって締結されるケースが極めて多い。このような不招請の訪問販売自体、プライベートな空間に突然侵入してくる攻撃的な勧誘方法である。これは、悪質リフォームなど種々の悪質商法にも共通する問題でもあり、そのこと自体の問題性もよりクローズアップされてしかるべきであるように思えるが、このような場合に特定商取引法(以下「特商法」という。)上の訪問販売に該当するといえれば、クーリング・オフや取消権等の様々な法規制が及ぶこととなり、法的救済の可能性も広がる。

#### 1 Lは特商法上の販売業者といえるか

まず、提携リースの場合、LはUに対して直接リース物件を販売するわけではなく、直接Uに対峙するのはSのみである。よって、Lがはたして特商法上の「販売業者等」(特商法2条)に該当するのかが問題となり得よう。

しかしながら、上記のように、提携リースは、LとSが一体となって、リース物件をUに使用させるという契約なのであり、Sは、業務提携契約に基づきLの顧客開拓やUとの契約締結に至るまでの一連の行為の代行を行うのであるから、Sが訪問販売により顧客を開拓しようとしたときは、Sにこれを代行せしめその恩恵を被るLもまた、特商法上の「販売業者等」にあたるものというべきである。

これについては、経済産業省の通達「特定商取引に関する法律等の施行について」(以下「通達」という。)が、「例えばリース提携販売のように、『契約を締結し物品や役務を提供する者』と『訪問して契約の締結について勧誘する者』など、一定の仕組みの上での複数の者による勧誘・販売等であるが、総合してみれば一つの訪問販売を形成していると認められるような場合には、これらの複数の者は、いずれも販売業者等に該当する。」(通達p5)として、特商法の趣旨を確認している。

#### 2 Uが事業者の場合は適用除外(特商法26条1項1号)されないか

次に問題となるのは、提携リースにおいては、Uが何らかの事業を営んでいることが多いため、特商法26条1項1号の「営業のために若しくは営業として」契約を締結した場合に当たり、特商法の適用

除外取引となるのではないかという点である。

#### (1)立法趣旨

そもそも、特商法26条1項1号が「営業のために若しくは営業として」締結する取引を適用除外としているのはなぜであろうか。これは、特商法の立法目的が消費者保護にあり、契約当事者が当該購入にかかる商品や提供を受ける役務自体について豊富な知識ないし経験を有している場合は、むしろ私的自治又は業界の慣習に委ねるべきだからである。

また、特商法の前身である旧訪問販売法は、昭和63年以前には、「購入者のために商行為となるもの」を適用除外とする旨定めていたが、これが上記のとおり改正されたのは、金地金等を購入するような利殖商法の場合、購入者が一般消費者であってもその取引は絶対的商行為に該当してしまい特商法の適用除外になってしまうため、こうした利殖商法を特商法の適用範囲に含むことを明確にすべく、現在と同じ文言に改正された。よって、営利性が前提となるという点は、立法時も改正後も変わらない。

よって、立法趣旨からすれば、①契約当事者の知識経験の有無ないし程度、②営利性の有無ないし程度が、適用除外取引となるかを分かつポイントとなりそうである。

#### (2)「営業として」(営業性)

まず「営業として」といえるかどうか、であるが、とくに、電話機リース契約の場合、「営業として」に当たるケースは考えがたい。電話機リースそれ自体を営業活動としようとする事業は想定できないからである。また、その他の提携リースにおいても、通常、Uが、リース契約の締結それ自体を営業活動とすることはほとんどないと思われる。

#### (3)「営業のために」(営業目的性)

次に、電話機リース契約がUにとって「営業のために」といえるかであるが、これについて判断したリーディングケースが、名古屋高判平成19年11月19日(消費者法ニュース74号)である。

名古屋高判平成19年11月19日は、U(個人の印刷業者)が締結した電話機リース契約について、特商法26条1項1号の「営業のために」に当たらないとし、結論として特商法上のクーリング・オフを認めたが、その理由としては、①控訴人の事業が零細であること、②電話機設置場所と

住居との関連性が高いこと(電話機が設置された事務所は、もともとは自宅兼用であったという事情等)、③電話機と控訴人の事業との関連性が低いこと(控訴人の事業では電話機の機能が十分に使用されていないという事情等)を重視し、「営業のために」とはいえないとした。

また、電話機リースではなく販売という形態ではあるが、越谷簡判平成8年1月22日(消費者法ニュース27号p39)は、電話機販売業者が理髪店に高額な電話機を購入させた事案についてクーリング・オフが主張された事案である。この訴訟では、裁判所は、当該理髪店主が電話機等の知識や代金相場についての知識に乏しいことや、電話機の設置場所、営業規模、勧誘態様等を総合考慮して営業目的性を否定し、クーリング・オフを認めている。これも、上記名古屋高判とほぼ同様の枠組みにより判断している。

なお、寺院等の宗教法人がこのような提携リース契約の勧誘を受ける場合があるが、宗教法人の活動はそもそも営利事業ではないため、営利性を前提とする特商法の適用除外の趣旨からして、26条1項1号の適用は考えられない。広島地判平成19年7月20日(判例集未掲載)は、宗教法人等が「脱法的に営利を目的とした事業を行う」場合はともかく、そのような場合でなければ適用除外取引にはあたらないとして、Uの、電話機リース契約のクーリング・オフの主張を認めている。

このように、Uが何らかの事業を営んでいるという点のみをとらえて、リース契約を「営業のため若しくは営業として」契約したものと考えることは、特商法の趣旨からして妥当でない。上記通達においても、特商法26条1項1号について、「本号の趣旨は、契約の目的・内容が営業のためのものである場合に本法が適用されないという趣旨であって、契約の相手方の属性が事業者や法人である場合を一律に適用除外とするものではない。例えば、一見事業者名で契約を行っていても、購入商品や役務が、事業用というよりも主として個人用・家庭用に使用するためのものであった場合は、原則として本法は適用される。特に実質的に廃業していたり、事業実態がほとんどない零細事業者の場合には、本法が適用される可能性が高い。」として、その趣旨が確認されているところである。

以上

## 欠陥建築における建築士の 第三者責任に関する若干の検討 —最高裁第2小法廷判決平成19年7月6日—

弁護士 福市 航介

### 第1 はじめに

最高裁第2小法廷判決平成19年7月6日判例タイムズ1252号120頁(以下、「本判決」という。)は、欠陥建築を購入した者に対し、欠陥建築に関わった設計・施工業者等に対する不法行為に基づく損害賠償請求を可能にする道を開いた重要な判決である。ただ、今後の裁判例の集積によっては、その責任追及の道が狭まることも考えられ、なお予断を許さない状況にある。

本論考は、本判決の意義と射程を検討すると共に、若干の考察を行うものである。すでに優れた論考がある中<sup>i</sup>、本論考がどれほどの意味をもつのか心もとないものがあるが、自己の研究及び今後の建築士の責任を検討する際の資料の一端にでもなればとの思いから執筆するものである。

### 第2 本判決の概要

#### 1 事案の概要

Aは、昭和63年10月19日、その所有する本件土地上に本件建物を建築するため、請負契約をY1との間で締結し、その設計及び工事監理をY2に委託した。Xらは、本件建物の完成後である平成2年5月23日、Aから本件土地及び本件建物をそれぞれ買受け、その引き渡しを受けた。しかし、本件建物には、廊下、床、壁のひび割れ、はりの傾斜、鉄筋量の不足、バルコニーの手すりのぐらつき、排水管の亀裂や隙間等の瑕疵があることが判明した。Xらは、これらの瑕疵について、Yらに対し、不法行為に基づき損害賠償を請求した<sup>ii</sup>。

原審である福岡高判平成16年12月16日は、Yらの不法行為責任について、「請負の目的物に瑕疵があるからといって、当然に不法行為の問題になるわけではなく、その違法性が強度である場合、例えば、請負人が注文者などの権利を積極的に侵害する意図で瑕疵ある目的物を製作した場合や、瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びる場合、瑕疵の程度内容が重大で、目的物の存在自体が社会的に危険な状態である場合に限り、不法行為責任が成立する余地がある」とし、これを

否定した<sup>iii</sup>。Xら上告。

## 2 本判決の概要

「建物は、そこに居住する者、そこで働く者、そこを訪問する者等の様々な者によって利用されるとともに、当該建物の周辺には他の建物や道路等が存在しているから、建物は、これらの建物利用者や隣人、通行人等(以下、併せて「居住者等」という。)の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性を備えていなければならない。このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべきである。そうすると、建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者(以下、併せて「設計・施工者等」という。)は、建物の建築に当たり、契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負うと解するのが相当である。そして、設計・施工者等がこの義務を怠ったために建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合には、設計・施工者等は、不法行為の成立を主張する者が上記瑕疵の存在を知りながらこれを前提として当該建物を買受けていたなど特段の事情がない限り、これによって生じた損害について不法行為による賠償責任を負うというべきである。居住者等が当該建物の建築主からその譲渡を受けた者であっても異なるところはない。」

「…建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵がある場合には、不法行為責任が成立すると解すべきであって、違法性が強度である場合に限り不法行為責任が認められると解すべき理由はない。例えば、バルコニーの手すりの瑕疵であっても、これにより居住者等が通常の使用をしている際に転落するという、生命又は身体を危険にさらすようなものもあり得るのであり、そのような瑕疵があればその建物には建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるというべきであって、建物の基礎や構造躯体に瑕疵がある場合に限り不法行為責任が認められると解すべき理由もない。」(下線筆者)

本判決は、このように述べた上で、本件建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるか否か、ある場合にはそれによりXらの被った損害があるか等、Yらの不法行為責任の有無について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻した。

## 第3 本判決の意義と射程<sup>iv</sup>

### 1 給付利益と区別される完全性利益

従来、建築瑕疵があった場合に、当該建築に参与した建築士が契約上の責任とは別に不法行為責任を負うかについて、要件を満たす限り、不法行為責任が成立するとの裁判例<sup>v</sup>やこれを支持する学説もあるものの<sup>vi</sup>、他方で、下級審の裁判例の中には建築瑕疵があった場合に当該建築に参与した設計・施工・監理業者に不法行為責任が成立するためには、強度の違法性を要求するものも存在し<sup>vii</sup>・<sup>viii</sup>、これと同様の理解を示す学説も存在した<sup>ix</sup>。従来の議論は、給付利益の侵害を契約責任のみで処理すべきか、不法行為責任の成立も認めるかで対立してきたものと思われる。

しかし、欠陥建築を購入した消費者が問題としているのは、給付利益の侵害もさることながら、建築物は生活・仕事の拠点であり、公共性のある存在であることから、建物に安全性が確保されないということそれ自体が不当であり、違法であるということであろう。本判決が指摘するとおり、建築物は必然的に契約当事者以外の第三者の利用又は接近を伴うものである<sup>x</sup>。建物の安全性という問題は、建物建築の注文者と請負人との契約という相対の処理で処理されるべき問題ではない。従来の議論は、欠陥建築問題を単に給付利益の侵害の問題という狭い視野でしか捉えられていなかったところに問題がある<sup>xi</sup>。欠陥建築問題の本質を直截に捉えるためには、建物の安全性そのものを保護法益として捉える必要があったのである。

本判決は、明示こそしないものの、当然の前提として居住者等には建物の基本的な安全性の確保によって守られるべき一般的な法益が存在していることを承認しているものと考えられる<sup>xii</sup>。そうであるとすれば、本判決は、欠陥建築問題の本質をそのまま法的構成へと反映させたものといえ、妥当なものであると評価できるだろう<sup>xiii</sup>。

### 2 建築士の配慮義務の範囲の例示

本判決は、加えて、建築士の建物の安全性に対する配慮義務の範囲として、「例えば、バルコニーの手すりの瑕疵であっても、これにより居住者等が通常の使用をしている際に転落するという、生命又は身体を危険にさらすようなものもあり得るのであり、そのような瑕疵があればその建物には建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるというべきであって、建物の基礎や構造躯体に瑕

疵がある場合に限って不法行為責任が認められると解すべき理由もない」というように、基本的安全性をキーワードとして、具体例を挙げて配慮義務の範囲を明示している。最高裁が、不法行為責任の成立を建物の基礎や構造躯体に瑕疵がある場合に限定せず、問題となっているバルコニーの瑕疵も基本的安全性を害すると説明したことは、実務上重要な指針となる。

もっとも、本判決は、それ以上にどの程度建物の安全性が害されれば基本的安全性が害されるのか(基本的安全性の量的側面)、どのような危険が発生したとすれば建物の基本的安全性が害されたといえるのか(基本的安全性の質的側面)について、判断を示しているわけではない<sup>xiv</sup>。今後の裁判例の集積によっては、その範囲が狭まる可能性もある。しかし、問題となる保護法益が生命・身体に関わる以上、基本的安全性概念の内実を議論する場合には慎重となるべきことは当然と思われる。

### 3 本判決の射程

前述のように、本判決は、居住者等には建物の基本的な安全性の確保によって守られるべき一般的な法益という完全性利益を承認し、その侵害に対する損害賠償というアプローチで問題を処理しようとしているものと考えられる。そのため、本判決の射程は、完全性利益の侵害について判断した部分にあると考えるべきであろう。

これに対して、本判決は、給付利益の侵害に対して不法行為が成立するかどうかは未だ明らかにはしておらず、もっぱら給付利益の侵害を問題としていた原審に対しては、完全性利益を見落としていると指摘するにとどまるものと思われる<sup>xv</sup>。給付利益の侵害そのものを不法行為の対象として問題とした場合に、不法行為が別途成立するかは今後の検討課題となる。そこで、以下、この点について、若干の検討を加える。

### 第4 若干の検討—給付利益侵害の場合に不法行為責任が別途成立するか

谷村論文が指摘するように、建物建築等の際に設計・工事監理をするに当たっての建築士の責任は、今後当該建物を取得する可能性のある第三者に対する義務でもあるというべきである。この義務違反により第三者から不法行為責任を問われるとしても不当に建築士を不安定な地位に置くとはいえない。また、売主の資力が乏しい場合もあるため、買受人の保護のためには建築士の責任を肯定する必要もあ

る。そもそも、債務不履行責任と不法行為責任が競合する場合には要件を充たす限りいずれの請求権を行使することもできると解されている<sup>xvi</sup>。注文者や購入者の保護のために瑕疵担保責任(民法634条、570条)が存在するとして、不法行為責任が認められるための要件を加重することには疑問がある<sup>xvii</sup>。

なお、この問題に関連して、本件事案のように、契約当事者以外の第三者による給付利益の侵害は、いわゆる債権侵害の問題を生じさせる<sup>xviii</sup>。しかし、債権侵害において、不法行為責任の成立が制限される理由は、① 債権は、その存在を外部的に認識し難いことが多いこと、② その本質が外界に対する有形的・事実に支配ないしその可能性を内容とするものではなく、もっぱら債務者という人に対する行為請求権にあること(これは、給付利益が債務者の行為自由により支配されていることを指すものと考えられる。)に求められる<sup>xix</sup>。そうすると、① 建物に第三者が譲渡され、当該建物を利用する第三者が存在することは自明であるから、建築士は第三者が譲渡により取得することは当然認識しているといえるし、② 建築士は、行為請求の内容の本質をなす建築内容それ自体を支配しており、実質的には第三者の有する給付利益を支配している。欠陥建築の事案において、債権侵害の議論をそのまま当てはめることには疑問がある<sup>xx</sup>。

加えて、松本論文が指摘するように、製造物責任法3条のアナロジーにより、建物についてのみ損害が生じた場合には不法行為に基づく損害賠償責任を否定することは、民法上予定されておらず、許されないと思われる<sup>xxi</sup>。

そうであるとすれば、給付利益そのものに対する侵害についても、契約責任とは別に不法行為責任が生じると考えるべきである。

なお、以上のように考えるならば、主観的瑕疵についても、建築士が購入者等の有する給付利益を侵害しており、かつ、そのことを予見可能であれば、当然不法行為責任を負うものというべきであって、建物の基本的安全性利益の侵害の場合と異なり、予見可能性が問題となるというに過ぎないと思われる<sup>xxii</sup>。

### 第5 おわりに

以上のように、本判決は、欠陥建築問題の本質である建物の安全性そのものを保護法益としてとらえた点で評価できるものであるが、他方で、本判決が提示している「基本的安全性」概念に不安定な面があることは否定できず、今後の裁判例の集積次第で

は、欠陥建築を購入した者の救済が狭まる可能性がある。欠陥建築は、消費者の一生に一度の買い物を無に帰せしめるだけでなく、当該建物を利用する者の生命・身体に対する重大な危険を生じさせる。欠陥建築の防止のためには、専門家である建築士の尽力が不可欠であって、建築士が真に専門家としての機能を発揮できる環境を作らなければならない。本判決は、そのための一つの道を開いたものであって、本判決の意味を小さくしないためにも、今後の裁判例の動向を注視する必要がある。

以上

- i 本判決を詳細に検討したものとして、松本克美「建物の瑕疵と建築施工業者等の不法行為責任—最高裁2007(平19).7.6判決の意義と課題—」立命館法学313号100頁以下が挙げられる。
- ii なお、実際の事案では、原告らは、建築業者に対し、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求を行っているが、本論考では、便宜上、論考の対象である不法行為に基づく損害賠償請求に関する部分を引用・記述させていただいていることに留意されたい。
- iii 福岡高判平成16年12月16日判例タイムズ1180号209頁
- iv 本判決中、「不法行為の成立を主張する者が上記瑕疵の存在を知りながらこれを前提として当該建物を買受けていたなど特段の事情がない限り」との留保は、被害者の同意ないし損害賠償請求権の放棄と同様のものと考えられるので、当然のことであるから、この点については触れない。
- v たとえば、本件の原々審である大分地裁平成15年2月24日LEX/DB28081741がある。
- vi 谷村武則「建築士の法的責任とその範囲」判例タイムズ1244号54頁。
- vii 大阪地判平成12年9月27日判例タイムズ1053号137頁は、「不法行為が成立するというためには、当該行為により生命・身体・健康、所有権及びそれに準ずる法律上保護に値する利益(いわゆる完全性利益)が侵害されたといえることが必要であり、単に、契約に従った目的物の給付を受ける利益(債務者の行為を通して債権者が獲得しようとしている利益)のような契約法上の利益が侵害されたというだけでは、詐欺行為等があった等特段の事情がない限り、不法行為が成立する余地はなく、右契約法上の利益侵害による損害賠償は、契約法上の責任として処理すべきである。」と論ずる。
- viii 神戸地判平成9年9月8日判例タイムズ974号150頁は、「請負人が瑕疵ある建物を建築した場合、それが請負人の責めに帰すべき事由による場合であっても、請負人は民法634条以下に規定された瑕疵担保責任を負うにすぎず一般の債務不履行責任を負わないと解するのが相当であることからすれば、請負人が注文者や第三者に対し不法行為責任を負うのは、注文者やその後の建物取得者の権利や利益を積極的に侵害する意思で瑕疵ある建物を建築した等の特段の事情がある場合に限られると解すべきである。」と論ずる。
- ix 後藤勇「請負建築建物に瑕疵がある場合の損害賠償の範囲」判例タイムズ725号13頁がある。
- x 近年の姉歯事件に代表される欠陥建築事件の多くが、注文者の給付利益の侵害だけでなく、注文者である建売業者からの買主や周辺住民の生命・身体に対する重大な危険があったことを想起すべきである。
- xi 後述するように、欠陥建築問題を給付利益の侵害という側面で見ると捉えることを否定するものではない。
- xii 本判決は、「建物は、そこに居住する者、そこで働く者、そこを訪問する者等の様々な者によって利用されるとともに、当該建物の周辺には他の建物や道路等が存在しているから、建物は、

これらの建物利用者や隣人、通行人等(以下、併せて「居住者等」という。)の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性を備えていなければならない、このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべきである。」としたうえで、「契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負う」としていることから、この論理が成立するためには、当然の前提として、建物の基本的な安全性の確保によって守られるべき一般的な法益が控えていると考えられるのである(判例タイムズ1252号122頁参照)。

- xiii ただし、建物の安全性そのものを保護法益として捉えることは、他の最高裁判例でも意識されていたと考えられる。たとえば、最高裁第2小法廷判決平成15年11月14日民集57巻10号1561頁は、建築士法や建築基準法の主要な目的は安全性が確保された建物を提供することであると指摘し、建築士は建築士法等の規制の実効性を失わせる行為をしてはならないとしていることから、建物の安全性それ自体を独立の保護法益と捉える思想があったと推察される。
- xiv したがって、具体的に建物のどの部位に瑕疵があれば基本的な安全性が害されていると評価できるのか、シックハウスにより健康被害が発生している建物は基本的な安全性が害されているかという問題は、今後の検討課題となろう(松本・前掲(i)121頁参照)。
- xv これに対して、松本前掲(i)119頁は、本判決が原審の論理を明確に否定していると述べられるが、そこまで断定できるかは疑問がないではない。
- xvi 給付利益の侵害の場合に契約責任が不法行為責任に優越するという考え方は、請求権競合説を採用しながらも、請求権競合が生じるのは、契約上の義務の不履行ないし違反が同時に債権者の完全性利益を侵害し、それに伴い損害を生じさせた場合に限られ、単に契約上の給付利益を侵害されただけでは契約責任と不法行為責任を請求権競合とすべきではないというものである(谷村・前掲(vi)54頁参照)。すなわち、給付利益の侵害を主として議論の対象とし、欠陥建築問題を契約上の給付利益の侵害であると捉えているところに特徴がある。
- xvii 谷村・前掲(vi)54頁参照。
- xviii 周知のように、債権の侵害につき不法行為責任が成立するためには、原則として債権の存在を認識していることが必要であるとされる(川井健『民法概論3(第2版)』(有斐閣・2005.12.15)54頁参照)。
- xix 奥田昌道『債権総論(増補版)』(悠々社・2000.2.2)231頁参照。
- xx 松本・前掲(i)122~123頁は、その理由として、「民法はこの場合に不法行為の成立を制限するような明文の規定を置いていないこと、無過失責任を採用する製造物責任と対比して過失責任主義を採用する民法上の不法行為を制限する理由は乏しいこと」を挙げられるが、正当である。
- xxi 松本・前掲(i)123~124頁も、同旨と思われる。

## 瑕疵担保責任における 心理的瑕疵について

弁護士 北村 幸裕

### 第1 はじめに

売買契約の目的物に隠れた瑕疵があった場合、買

主は売主に対し、民法570条に基づき瑕疵担保責任の追求ができる。ここでいう「瑕疵」とは、目的物がその種類の物として通常有すべき性質を欠いていること、とするのが通説判例である。具体的には、中古車を購入したら、エンジンに問題があったため、一定速度以上出なかった、といった物質的な欠陥が瑕疵にあたる。一方で、目的物の利用にともなう環境の欠陥・心理的な欠陥についても瑕疵にあたるとするのが一般的であり、今回は、その点につき判断した近時の判決を通じて、いわゆる心理的瑕疵の問題につき、若干の検討を加えたい。

## 第2 大阪高裁平成18年12月19日判決(判例タイムズ1246号203頁)

### 1 事案の概要

本件は、地続きの二筆の土地(以下「本件土地」という。)をYから買い受けたXが、そのうちの一筆の土地上(以下「土地甲」、残りの一筆の土地を以下「土地乙」という。)にかつて存していた建物(以下「本件建物」という。)で殺人事件があったことを後に知ったため、本件土地には隠れた瑕疵があると主張して、Yに対し、瑕疵担保に基づく損害賠償を請求した事件である。

特筆すべき特徴としては、本件建物において起こった殺人事件は、XY間の売買契約の8年以上前であること、本件建物は、売買契約時にはすでに取り壊され、本件土地は更地であったこと、などが挙げられる。

### 2 主な争点

本件建物で生じた殺人事件が、本件土地の瑕疵といえるのかどうか。

(なお、他の争点として、上記争点が肯定された場合、Xの損害額はいかほどか、というものもあったが、本検討の主要な問題点ではないので省略する。)

### 3 争点に対する当事者の主張

#### (1)Xの主張

本件建物は本件売買がされる直前まで存在していたこと、本件土地周辺には一戸建て住宅が建ち並び、住人の入れ替わりの少ない閉鎖的な地域であること、本件殺人事件が起こってから約8年半の期間は決して長期ではないことなどからすると、今後時間が経過しても嫌悪すべき心理的欠陥が風化するとはいえない。

#### (2)Yの主張

本件殺人事件から本件売買までに約8年半も

の長い年月を経過していること、本件殺人事件は近所で現認者があったわけではなく、近隣の心理的影響度も高いとはいえないこと、本件殺人事件は、土地甲上に建てられた本件建物内で発生したが、本件建物は本件売買前に撤去されており、しかも、本件売買は土地甲より面積の広い土地乙と一体の更地売買であり、Xは地上に新築住居を建設し土地付き建物として第三者に販売する目的で、本件土地を購入していることなどからすると心理的欠陥は存しない。

### 4 裁判所の判断

裁判所は、民法570条の瑕疵につき、「目的物が通常保有する性質を欠いていること」と一般的定義を述べた後、「目的物に物理的欠陥がある場合だけではなく、目的物にまつわる嫌悪すべき歴史的背景に起因する心理的欠陥がある場合も含まれる」として、心理的欠陥も瑕疵にあたりうることを明言した。

そのうえで、心理的欠陥が瑕疵にあたる場合につき、「売買が有償契約であることを根拠として、物の交換価値ないし利用価値の対価として支払われる代金額との等価性を維持し、当事者間の衡平をはかる」という瑕疵担保責任の制度趣旨に照らして、「売買の目的物が不動産の場合、上記後者の場合の事由(心理的欠陥)をもって瑕疵と認めるためには、単に買主において同事由の存する不動産への住居を好まないだけではならず、それが通常の一般人において、買主の立場に置かれた場合、上記事由があれば、住み心地の良さを欠き、居住の用に適さないと感じることに合理性があると判断される程度に至った物であることを必要とする」と述べた。

そして、本件については、本件殺人事件は「病死、事故死、自殺に比べて残虐性が大きく、通常一般人の嫌悪の度合いも相当大きいと考えられること」、また本件殺人事件は「新聞にも報道されており」、「その事件の性質からしても、本件土地付近に多数存在する住宅等の住民の記憶に少なからず残っているものと推測されるし」、Xから本件土地を等面積で分けた東側の土地部分(土地甲部分)を購入することを決めた者が、「以前殺人事件があったことを聞き及び、気持ち悪がって、その購入を見送っていること」などの事情に照らせば、本件土地上に新たに建築された建物に居住する者が現れた場合、「殺人があったところに住んで

いるとの話題や指摘が人々によってなされ、居住者の耳に届くような状態がつかまうことも予測される」のであるから、「本件売買の目的物である本件土地には、これらの者が上記建物を、住み心地が良くなく、居住の用には適さないと感じることに合理性があると認められる程度の、嫌悪すべき心理的欠陥がなお存在する」といえるとして、本件土地には瑕疵があると結論づけた。

### 第3 上記判決の検討と私見

最高裁判例はないものの、不動産売買において、心理的欠陥を瑕疵と認めた下級審の裁判例はいくつか存在し、学説上も肯定するのが一般的と思われる。不動産を購入する際に、その土地または建物において、殺人事件、自殺、事故死等があった場合、そのような不動産の購入を躊躇するのが人情である。そのような事実が購入後に明らかになったとすれば、買主としては、そのような不動産を手元に置いておきたくないと考え、売買契約を解除したいと思うだろうし、解除できないのであればせめて幾ばくかの金銭を請求したいと思うのが自然といえる。損害賠償を認めた本件判決のその結論自体には賛成である。

しかし、瑕疵は、目的物がその種類の物として通常有すべき性質を欠いていることと判例上定義されており、当該「物自体」の性質を問題としているといえる。一方で、心理的欠陥が瑕疵といえるかの判断基準は上記のとおり「通常の一般人において、買主の立場に置かれた場合、上記事由(殺人や自殺、事故死などの事実)があれば、住み心地の良さを欠き、居住の用に適さないと感じることに合理性があると判断される程度に至ったかどうか」であり、当該基準は、不動産に関わる周辺事情をも不動産自体の性質に取り込むことを可能としているように思う。たとえば、新築住宅を購入するときに、隣の家で殺人事件があったことや、同じ町内で殺人事件があったことなども考慮しうるであろうし、極論すれば、近くのコンビニで暴走族がたむろしている、近所でよくひったくりが起こる、といった住宅の周辺事情まで考慮しうる、広がりを持った基準と読めるのである(もちろん、それらの事情をもって「瑕疵」と評価するかどうかは別問題)。事実、本判決では、殺人事件があった建物はなくなっており、土地上に存在する空間の一部に関する事情であること、また周辺住民の噂になるかもしれないことといった事情までが考慮されているのであり、周辺事情の幅広い取り込みが行われていると見る余地がある。そこで生

じるのが以下の疑問である。

すなわち、①果たして、物自体の性質の問題である瑕疵担保責任の「瑕疵」の解釈において、このような周辺事情の考慮が理論的に可能なのであろうか。

そして、②仮に可能であるとして、どの範囲の事情を取り込むことができるのだろうか。もちろん、感覚的に、物の周辺事情も物自体の事情と評価できるものがあることについては理解できないわけではないが、本判決の判示には、その点の理論的説明が不十分であるし、その示した判断基準によれば、周辺事情を際限なく取り込んでしまう可能性がうかがえるのである。

本来、不動産の売買においては、不動産に関する諸々の事情は、当該売買契約を締結するか否かといった判断をする前提事実である。不動産の買主は、不動産の価格は妥当か、利便性はどうか、周辺環境はどうか、といった不動産自体のみならずその周辺事情をも考慮した上、売買契約を締結するか否かを判断するのが一般である。その点から考えると、心理的欠陥については、瑕疵担保責任の問題とするのではなく、売主の説明義務の問題に帰着させる方が論理的なのではなかろうか、と個人的には考えている。殺人事件が起こったということは、少なくとも不動産を買う側にとっては、きわめて重要な事情なのであるから、売主には当然、そのことを説明する義務があると考えるのである。

このように構成すると、不動産に関わる事情のみならず、契約当事者の立場や具体的関係性等、様々な事情を考慮したきめ細やかな利益衡量が可能となるし、1年間の除斥期間を回避することができ、買主の利益に資する面も生まれてくるといえよう。

私の個人的な見解はさておき、これからも引き続き、本件のように不動産に関わる周辺事情まで瑕疵担保責任の枠内に取り込もうとするのであれば、不動産自体の性質を判断する際に、なぜそのような事情を取り込むことができるのかについての理論的な深化と、取り込みうる周辺事情の明確な基準の提示が不可欠であろう。

(その他の参考判例)

大阪高判昭和37年6月21日 判時309-15

横浜地判平成1年9月7日 判タ729-174

(本判決は、「解除しうる瑕疵」の定義として、本件「瑕疵」の定義と同様の定義を用いている。非常に興味深い判決である。)

東京地判平成7年5月31日 判タ910-170、判時1556-107

浦和地川越支平成9年8月19日 判タ960-189

## 過払金返還請求訴訟における論点 -過払金の他の借入金債務への充当の可否-

弁護士 谷山 智光

### 第1 過払金返還請求訴訟における論点

利息制限法の制限利率を超えて支払われた利息の超過部分を元本に充当した結果、元本が完済となった場合に、完済後に支払われた金員について不当利得として返還請求するいわゆる過払金返還請求訴訟において、貸金業の規制等に関する法律(貸金業法)43条の適用の有無、民法704条の「悪意の受益者」該当性、遅延損害金の利率、過払金の他の借入金債務への充当の可否、過払金返還請求権の消滅時効(起算点、時効援用の可否)といった論点があるが、これらのうち貸金業法43条の適用の有無、「悪意の受益者」該当性、遅延損害金の利率については、最高裁判例により、ほぼ一定の解釈・結論が示された結果、現在は争いが収束しつつある。

もっとも、過払金の他の借入金債務への充当の可否、過払金返還請求権の消滅時効については、いまだ定まった解釈・結論が示されていないため、貸金業者によっては膨大な(定型的)主張書面を提出するなどして激しく争ってくる。

本稿では、このうち過払金の他の借入金債務への充当の可否について、近時の最高裁判例を分析し、最高裁判例の判断枠組みについて考察する。

### 第2 過払金の他の借入金債務への充当の可否についての5つの最高裁判例

この点について、最高裁判所は、**I 最二小判平成15・7・18**(金判1188号22頁)、**II 最三小判平成19・2・13**(金判1262号12頁)、**III 最一小判平成19・6・7**(金判1269号24頁)、**IV 最一小判平成19・7・19**(金判1273号12頁)、**V 最二小判平成20・1・18**(金判1284号20頁)というように、近時、たて続けに判決を出している。

これらの判決については、最高裁判所の3つの小法廷によってそれぞれ出されていることもあり、その関連性が問題となるが、充当すべき借入金債務が同一の基本契約に基づいて生じたものであるか否

か、充当すべき借入金債務が過払金発生当時に存在していたか否かという視点によって分析できる。

以下、かかる視点に基づいて分析検討する。

### 第3 充当すべき借入金債務が同一の基本契約に基づいて生じたものである場合

#### 1 充当すべき借入金債務が過払金発生当時に存在していた場合

基本契約とは、おおよそ一定の限度額の範囲内で複数の貸付けを認める契約をいう。かかる基本契約が締結されている場合には、その範囲内で複数の貸付けと返済が反復・継続して行われる。したがって、個々の貸付けと返済との結びつきは希薄化し、弁済をする側の意思としては、基本契約中の個々の貸付けによって生じた借入金債務に対する弁済というよりも基本契約に基づく借入金債務全体に対する弁済という認識を持っているのが通常であり、弁済を受ける側としても、基本契約全体の貸付額に対する弁済を受けるという認識を持っているのが通常である。よって、充当すべき借入金債務が同一の基本契約に基づいて生じたものであることは、他の借入金債務への充当に積極方向に作用する。

この点、上記 **I 最二小判平成15・7・18**がかかるケースにつき判決しているが、同判決も、「同一の貸主と借主との間で基本契約に基づき継続的に貸付とその返済が繰り返される金銭消費貸借契約においては、借主は、借入れ総額の減少を望み、複数の権利関係が発生するような事態が生じることが望まないのが通常と考えられることから、弁済金のうち制限超過部分を元本に充当した結果当該借入金債務が完済され、これに対する弁済の指定が無意味になる場合には、特段の事情のない限り、弁済当時存在する他の借入金債務に対する弁済を指定したものと推認することができる。」ことを理由に、「過払金は、当事者間に充当に関する特約が存在するなどの特段の事情が存しない限り、民法289条及び491条の規定に従って、弁済当時存在する他の借入金債務に充当され」として、原則として他の借入金債務への充当を認め、特段の事情がある場合にのみ例外的に充当を否定している。なお、かかる「特段の事情」については、實際上認められる場合は多くないのではないかとの評価もあり(山下寛判事他「過払金返還請求訴訟をめぐる諸問題」判タ1208号20頁)、本ケースでは充当が広く認められることになると思われる。

2 充当すべき借入金債務が過払金発生当時に存在しない場合

充当すべき借入金債務が過払金発生当時に存在しない場合には、上記1のケースのように、**指定による充当**を認めることはできない(この点、上記 I 最二小判平成15・7・18の最高裁判所判例解説において、中村也寸志調査官は、「過払金が発生した時点で借入金債務が存在しない場合には、弁済当時存在しない債務への弁済の指定はあり得ないし、弁済当時存在しない債務への弁済を指定しても無効である」としている。曹時57巻2号601頁)。この意味で、充当すべき借入金債務が過払金発生当時に存在しないことは、他の借入金債務への充当に消極方向に作用するものといえよう。もっとも、当事者間に過払金を新たな借入金債務に充当する旨の合意があれば、その合意に従った充当がなされると解しうる。

この点、上記 III 最一小判平成19・6・7がかかるケースにつき判決しているが、同判決も、「同一の貸主と借主との間で基本契約に基づき継続的に貸付とその返済が繰り返される金銭消費貸借契約において…、弁済によって過払金が発生しても、その当時他の借入金債務が存在していなかった場合には、上記過払金は、その後に発生した新たな借入金債務に当然に充当されるというものということではできない。」として、上記1のケースと異なり原則として他の借入金債務への充当を否定している。

もっとも、同判決も一切充当を否定している訳ではなく、「当事者間に上記過払金を新たな借入金債務に充当する旨の合意が存在するときは、その合意に従った充当がなされたものというべきである。」として、例外的に充当を認めている。

なお、この場合でも、充当すべき借入金債務が同一の基本契約に基づくものであるから、上記1記載の基本契約における当事者の通常の意味より、同一の基本契約に基づく場合と比べて、上記「新たな借入金債務に充当する旨の合意」は認められやすいと思われ(この点、近藤昌昭判事他「過払金返還請求訴訟における一連計算の可否をめぐる問題点について」判タ1250号14頁以下は、「基本契約の合意の中に、当事者間に過払金が生じた場合は新たな借入金債務に充当する旨の黙示の合意があったと認めることができる」とする)、上記判決も結論として充当を認めている。

第4 充当すべき借入金債務が同一の基本契約に基づ

いて生じたものでない場合

1 充当すべき借入金債務が過払金発生当時に存在しない場合

同一の基本契約に基づいて生じたものでなく、上記第3、1記載の基本契約における当事者の通常の意味は妥当しないので、他の借入金債務への充当に消極方向に作用する。しかも、充当すべき借入金債務が過払金発生当時に存在しないので、上記第3、2記載の理由から、さらに消極方向に作用する。

この点、上記 II、IV、Vがかかるケースにつき判決しているが、まず II 最三小判平成19・2・13の判決は、「貸主と借主との間で基本契約が締結されていない場合において、第1の貸付けに係る債務の各弁済金のうち、利息の制限額を超えて利息として支払われた部分を元本に充当すると過払金が発生し(以下、この過払金を「第1貸付け過払金」という。)、その後、同一の貸主と借主との間に第2貸付けに係る債務が発生したときは、その貸主と借主との間で、基本契約が締結されているのと同様の貸付けが繰り返されており、第1の貸付けの際にも第2の貸付けが想定されていたとか、その貸主と借主との間に第1貸付け過払金の充当に関する特約が存在するなどの特段の事情のない限り、第1貸付け過払金は、第1の貸付に係る債務の各弁済が第2の貸付けの前にされたものであるか否かにかかわらず、第2の貸付けに係る債務には充当されないと解するのが相当である。」としている。なお、貸金業者によっては同判決を引用した上で、明示の特約がないから充当がなされないなどといったような主張をしてくるが、同判決も決して明示の特約を要求している訳ではない。事実、同法廷が下した IV 最一小判平成19・7・19の判決では、「本件貸付けは、平成15年7月17日の貸付けを除き、従前の貸付けの切替え及び貸増しとして、長年にわたり同様の方法で反復継続して行われたものであり、同日の貸付けも、前回の返済から時間的に接着し(約3か月)、前後の貸付けと同様の方法で反復継続して行われていたものであるから、本件貸付けを1個の連続した貸付取引であるとした原審の認定判断は相当である。そして、本件貸付けのような1個の連続した貸付取引においては、当事者は、一つの貸付けを行う際に、切替え及び貸増しのための次の貸付けを行うことを想定しているものであり、複数の権利関係が発生するような事態が生じることは望まな

いのが通常であることに照らしても、制限超過部分を元本に充当した結果、過払金が発生した場合には、その後に発生する新たな借入金債務に充当することを合意しているものと解するのが合理的である。本件貸付けが1個の連続した貸付取引である以上、本件貸付けに係る上告人とHとの間の金銭消費貸借契約も、本件貸付けに基づく借入金債務について、制限超過部分を元本に充当し過払金が発生した場合には、当該過払金をその後に発生する新たな借入金債務に充当する旨の合意を含んでいるものと解するのが相当である。」として、取引態様から当事者間の新たな借入金債務に充当する旨の合意を認めており、必ずしも某貸金業者が主張するような明示の合意(特約)が必要でないことを明らかにしている。

また、V最二小判平成20・1・18の判決は、「第1の基本契約に基づく取引により発生した過払金を新たな借入金債務に充当する旨の合意が存在するなどの特段の事情がない限り、第1の基本契約に基づく取引に係る過払金は第2の基本契約に基づく取引に係る債務には充当されないと解するのが相当である。」としつつ、かかる合意が存在するか否かの判断基準について、「①第1の基本契約に基づく貸付け及び弁済が反復継続して行われた期間の長さ、②第1の基本契約に基づく最終の弁済から第2の基本契約に基づく最初の貸付けまでの期間、③第1の基本契約についての契約書の返還の有無、④借入れ等に際し使用されるカードが発行されている場合には、その失効手続の有無、⑤第1の基本契約に基づく最終の弁済から第2の基本契約が締結されるまでの間における貸主と借主との接触の状況、⑥第2の基本契約が締結されるに至る経緯、⑦第1と第2の各基本契約における利率等の契約条件の異同等の事情を考慮して、第1の基本契約に基づく取引と第2の基本契約に基づく取引とが事実上1個の連続した貸付取引であると評価できるか」という基準を示し、取引態様により合意を認めうることを明らかにしている(なお、同判決は基本契約1に基づく最終の弁済から約3年が経過した後に改めて基本契約2が締結されたこと(②)、基本契約1と基本契約2は利息、遅延損害金の利率を異にすること(⑦)から、原審の認定した事情のみでは、特段の事情が存在すると解することはできないとしており、これらの点は、マイナス要素となるようである。)

以上のように、本ケースについては、消極方向が二重に作用するので、充当が認められるのは容易ではない。もっとも、本ケースにつき必ずしも充当が一切認められないという訳ではない。最高裁も、IVについて充当を肯定しているし、II・Vについても、特段の事情について審理を尽くさるべく、それぞれ原審に差し戻している。かかる差戻審の判断が注目される。

## 2 充当すべき借入金債務が過払金発生当時に存在する場合

かかるケースについて判示した最高裁判決はない。もっとも、充当すべき借入金債務が過払金発生当時存在しているので、他の借入金債務への充当に積極方向に作用するから、上記1のケースに比べれば充当は容易に認められると思われる。上記Vの判決の判断要素中⑦の事情により契約の同一性ないし類似性があれば充当は認められるのではないかと思われる。この点については、判例の集積が待たれる。

## 第5 最高裁判所の判断枠組み

このように、5つの最高裁判例は、それぞれどういう関係に立つのか明らかでないようにも見えるが、いずれも取引態様等の客観的事情から充当の指定ないし充当の合意(特約)があるといえるかにより判断しており、充当すべき借入金債務が同一の基本契約に基づいて生じたものであるか否か、過払金発生当時に充当すべき借入金債務が存在するか否かによって、要求される客観的事情の度合いを異にしているようである。

したがって、上記4つの視点のどのケースに該当するかを分析した上、ケースに応じた客観的事情より充当の指定ないし充当の合意を主張立証することが必要となる。

## 診療行為に関連した死亡の 死因究明制度について

弁護士 長谷川 彰

### 1 はじめに

医療事故の被害者や家族が一番望まれるのは、損害賠償ではない。まず第1番の願いは

「死んだ子を返してほしい」「もとの身体に戻して

ほしい」という原状回復の願いである。

その次に「何が起こって、このような結果になってしまったのか」という真相解明の願いである。特に死亡事故ではその思いは強い。

一方、医療側にとっても診療行為に関連した死亡について、死因を究明することにより、診療上どのような問題点があったのか、同様な事例を再発しないためにどのような方策が必要かなどの点を検討し、改善していく手だてとなる。

## 2 現在検討中の「医療安全調査委員会」制度

平成19年12月21日、自由民主党の医療紛争のあり方検討会は「診療行為にかかる死因究明制度等について」という見解(以下「自民党案」という)を発表した。これによると、医療安全確保が日本の医療政策上の重要課題であり、とりわけ死亡事故の原因の究明と再発防止は、国民の切なる願いであるとした上で、国の組織として「医療安全調査委員会(仮称)」を創設することを提案している。そして、この委員会は、医療関係者の責任追及を目的としたものではないと明記されている。

この委員会には、中央の委員会と地方ブロック単位の委員会及び調査チームが設置され、医療専門家を中心に、法律関係者、患者遺族の立場を代表する者がメンバーとなることが予定されている。

個別事例の評価は、調査チームが、解剖・関係者聴取・臨床評価等を行って報告書原案を作成し、これを地方委員会が報告書として決定し、遺族に対する説明を行なう。中央委員会は、基本の方針を定めるとともに、全国の医療機関に対して、再発防止を提言し、関係大臣への勧告・建議を行なう役割を担うものとされている。

また、自民党案では、院内事故調査委員会の体制整備の具体的方策や、同調査委員会の組織定員や予算の確保も政府に要請している。

## 3 自民党案の問題点と今後の展望

- (1) 自民党案では、厚生労働省等からの独立性の確保について指摘がないが、たとえば、内閣府に独立行政委員会として設置するなど、機関としての独立性確保が図られなければならない。
- (2) 自民党案では、政府における留意事項の一つとして「新制度に基づき届出が必要な事故の基準を明確にすること」と明記されている。

ところで、従来より存在する制度として(財)日本医療機能評価機構の行っている「医療事故情報収集等事業」がある。この事業の医療事故情報等の報告義務対

象医療機関は、①国立高度専門医療センター及び国立ハンセン病療養所、②独立行政法人国立病院機構の開設する病院、③学校教育法に基づく大学附属施設である病院、④特定機能病院である。これらの医療機関は、医療法施行規則9条の23により事故の届出が義務づけられている。同条1項2の規定により届出を要するとされる「事故等事案」は次の通りである。

イ 誤った医療又は管理を行ったことが明らかであり、その行った医療又は管理に起因して、患者が死亡し、若しくは患者に心身の障害が残った事例又は予期しなかった、若しくは予期していたものを上回る処置その他の治療を要した事案

ロ 誤った医療又は管理を行ったことは明らかでないが、行った医療又は管理に起因して、患者が死亡し、若しくは患者に心身の障害が残った事例又は予期しなかった、若しくは予期していたものを上回る処置その他の治療を要した事案(行った医療又は管理に起因すると疑われるものを含み、当該事案の発生を予期しなかったものに限る。)

ハ イ及びロに掲げるもののほか、医療機関内における事故の発生の予防及び再発の防止に資する事案

この点に関し、医療事故情報センターから、医療事故情報収集等事業における届出範囲との異同や整合性を考えて、新制度における届出の範囲は、「行った医療に起因して患者が死亡した事案(行った医療に起因すると疑われるものを含み、死亡を予期しなかったものに限る)」と定義することが、提案されている。死亡事故の原因究明・再発防止を実現するためにも、幅広く事案を集積する必要があり、上記提案は妥当であると考えられる。

また、上記届出範囲に該当すると医療機関において判断したにもかかわらず、故意に届出を怠った場合、または虚偽の届出を行った場合には、罰則を設ける必要があると考える。

- (3) 診療行為に関連した死亡についての原因究明に関しては、厚生労働省の補助事業として社団法人日本内科学会が、平成17年9月1日より「診療行為に関連した死亡の調査分析モデル事業」を開始し、平成20年2月26日現在、モデル事業対象地域より計63の事例を受け付けている。そして、すでに45例が評価を完了し、関係者の同意を得られた35例が公表されている。

新制度は、上記モデル事業の実績をふまえて、全国レベルでの制度となるわけであるが、一県一大学病院しかない地域での中立的な医師の確保、解剖を

担当する医師の育成、遺族の解剖に対する抵抗感への対応など克服しなければならない問題もある。

また、死亡時医学検索に関しては、患者の死亡後にCT、MRI、超音波検査などの画像診断を行い、結果を正確な剖検につなげ、死因解明に役立てるというオートプシーイメージングが提唱されている。

いずれにしても、診療行為に関連した死亡事故について、死因究明制度が確立されることは必要であり、すでにある原因究明活動、特に医療機関内の事故調査委員会の充実をはかるとともに第三者機関による死因究明制度との役割分担と協働がはかれることが重要である。そして、この制度が、将来の再発防止につながるとともに、被害者や遺族への迅速で有効な救済につながることが望まれる。

以上

## 取締役の利益相反取引について

弁護士 草地 邦晴

1 会社法は、①取締役が当事者として(自己のために)、又は他人の代理人、代表者として(第三者のために)、会社と取引をしようとするとき(直接取引356条1項2号)、②株式会社が取締役の債務を保証することその他取締役以外の者との間において株式会社と当該取締役との利益が相反する取引をしようとするとき(間接取引356条1項3号)について、重要事実を開示して、株主総会(取締役会設置会社では取締役会)の承認を受けなければならないと定めている。

同様の規制は、旧商法においても定めがあり、取締役と会社の利益が相反する行為については、取締役が会社の利益の犠牲において自己又は第三者の利益を図ることを防止するという目的を果たすために、重要な役割を果たしてきた。

利益相反取引については、基本的には事前に株主総会(取締役会設置会社では取締役会)の承認を受けなければならない上、後記するような報告義務や取締役の責任も発生することになるため、利益相反に該当するかどうかの判断は、非常に重要な意味をもつ。しかし、現在の会社組織においては、取締役がグループ内の関連企業や、親会社子会社の取締役を兼務することが多くなってきたため、形の上では利益相反行為に該当するが、実質的には利益は相反し

ていないように思われる悩ましい行為が頻繁に行われるようになってきている。実務的な対応としては、疑わしいものはすべて承認を得るという方法もあろうが、それでは取締役会の負担が過度に大きくなりすぎるきらいがあり(株主総会承認の場合にはそのような方策も難しい)、実務の感覚としてはできるだけ意味のない承認は避けたいところであろう。

最終的には、利益相反取引に該当するか否かについては、個別具体的な事情をもとに、法の趣旨に即した判断を行うしかないようにも思われるが、実務の現場においては日々生起する問題でもあるので、今回は、直接取引による利益相反行為について、少し整理してみたい。

### 2 規制を受ける取締役と会社との関係

(1) まず、直接取引の規制に関しては、取締役がどのような立場あるいはどのような関係において株式会社との取引を行う場合が規制の対象となるのかが一つ目の問題である。取締役個人と当該株式会社が直接契約を締結するような場合が自己のために取引を行う典型例で、この場合には当該株式会社を取締役自身が代表する場合ではなくても、規制の対象となりうることは条文上明らかである。また、取締役が別の会社の代表取締役として、当該株式会社と契約を行うような場合が第三者のために取引を行う典型例である。

(2) しかし、取締役個人が別の会社の取締役とはなっているが、別の会社を代表していないような場合にも「第三者のために」と言えるのか、また、法人格は別であるが、取締役個人が株主となっている別の会社と当該株式会社が取引を行う場合については「自己のために」と言えるのか、といった点については争いがある。

前者については直接取引の規制は及ばないとするのが通説的な見解であり、「取締役が…第三者のために」という文言解釈からも妥当と考えられるが、代表そのものを行っていない場合であっても、当該取締役の別の会社における実質的な役割や影響力、利害関係などの実態などに照らして、その強い影響下に利害対立の著しい取引が行われるケースもありうると思われる。そうした場合には法の趣旨からも、第三者を代表していないという形式論からその適用を否定すべきではなからう(※1)。

後者については、取締役個人が別の会社の一人株主であるような場合には、その別の会社の利害は取締役のそれと同一であるから、規制の対象となるこ

とに異論はないと思われる(※2)。しかし、株主と一口に言っても、過半数株主の場合、筆頭株主ではあるが過半数にも至らない場合、親族等と併せると相当数の株主となる場合、一株主にすぎない場合など様々なケースが考えられ、画一的にこれらを論じることは難しい。ただ、この場合も、法人格が異なるという点だけで、画一的にこれを否定することは相当ではないと思われ(※3)、その支配力の程度や利害の状況、取引の内容等の具体的な事情の元で、実質的な利益相反性が認められるかどうかを判断することになるかと思われる。

- (3) 次に、親会社の取締役が子会社の代表取締役を兼務する場合の親子会社間の取引の問題がある。形式的には直接取引の規制の場面であるが、100%子会社という関係に有る場合については、そもそも親会社と子会社の利益が相反するような関係にはないことから、直接取引の規制は及ばず、承認は不要であると解されている。それならば90%以上の株式を保有する子会社ならどうかといった問題は残るが、わずかでも第三者株主が存在する場合には、典型的に利益相反の可能性がないとまでは言えないことから、基本的には規制は及ぶと考えざるを得ないであろう。

ただし、こうした親子会社間で継続的な取引が行われるような場合には、次に述べるようにその取引の性質上利益相反取引には該当しない場合も多いと思われ、また該当するとしても、後記する包括的な承認を得るという方法も可能と解されるため、これによって実務上の煩雑さをある程度回避することは可能であろう。

### 3 規制を受けるべき取引

次に、上記の規制を受けるべき関係が取締役と株式会社との間に認められる場合であっても、そのあらゆる取引について承認が求められるわけではない。取引の性質上、取締役と会社との間で利害衝突するおそれがない取引については、承認は必要とされていない。

例えば、株式会社に一方的に利益が生じるだけの場合には、会社の犠牲において取締役が自己又は第三者の利益を図るような関係は生じないので、利益相反行為には該当しない。具体的には会社に無利息・無担保の融資を行う場合、会社に負担のない贈与を行う場合、既に発生している債務を履行する場合、会社の債務を取締役が保証する場合などをあげることができる。(他方で、利息が発生する場合や、負

担付の贈与、保証にあたって保証料が支払われる場合などについては、その内容次第では会社が通常よりも不利な契約が締結される場合がありうるため、利益相反行為になると解される。)

また、契約の内容に恣意が入り込む余地がなく、あらかじめ定められた条件に従って契約が行われるような場合にも、利益相反行為には該当しないと考えられる。具体的には、普通取引約款に基づく取引、社内預金や住宅資金の貸付が規則に従って同条件で行われるような場合、競売された会社財産を取締役が法の手続きに従って競落する場合などが考えられよう。

実際の取引においては、このような比較的典型的な例だけではないため、判断に窮する場面もあると考えられるが、裁判例などで争われる事例は比較的利益相反取引の該当性自体は明らかな事案が多いように思われる。結果的に損害が発生しなかったために顕在化しなかったケースもあるだろうが、実務的には現実の損害発生危険が想定されるような場合には事前の承認を得ておくことが望ましい。

### 4 承認の方法と取締役の責任

- (1) 利益相反取引については、前記のとおり株主総会(取締役会設置会社においては取締役会)の承認を得ることが必要である。重要事実を開示した上で個々の取引ごとに承認を得ることが原則であるが、関連会社間の取引のように反復継続して同種の取引が行われる場合には、取引の種類、数量、金額、期間等を特定して包括的に行うことが可能と解されている。事後の承認でも可能であると解されているが、事後の承認が得られなかった場合を考えると、事前の承認を原則とするべきことは言うまでもないであろう。

なお、利益相反取引が行われた後には、遅滞なく当該取引についての重要な事実を報告しなければならず(取締役設置会社365条2項 報告を怠った場合の制裁976条23号)、公開会社においては利益相反取引の明細は付属明細書の記載事項である(435条2項・3項、則128条2号)。

- (2) 利益相反取引に関する取締役の責任については、法は相当厳しい姿勢をとっている。利益相反取引により、会社に損害が生じた場合には、任務を懈怠した取締役は、会社に対する損害賠償責任を負う(423条1項)ものとされており、たとえ事前の承認が存在したとしても、任務懈怠が有った場合には、責任を免れることはできないと解されている。特に、自己又は第三者のために直接取引を行った取締役は、会

社に損害が発生した場合には任務を懈怠したものと推定され(423条3項)、その任務懈怠については、当該取締役の責めに帰することができない事由によるものであっても免責されない(428条)とされているため、直接の利益相反取引によって会社に損害が発生すると、会社との関係で責任を免れることは困難である。承認の決議に賛成した取締役(異議をとどめなかった者も賛成が推定される。369条5項)についても任務懈怠が推定される(423条3項)ことから、この推定を覆すことができなければ、会社の損害を賠償する責任を負うことになる。

(3) このような取締役の責任のあり方からすると、法は利益相反取引自体を基本的に望ましくないものとし、あえて利益相反取引を行う以上は、取締役にその責任を広く負わせる建前をとっている。しかし、最初にも述べたとおり、現在の会社のあり方としては、子会社や関連会社との役割分担の中で企業活動が営まれており、そうした場合に取締役を兼務することも珍しくない。そうした場合、法が想定する典型的な利益相反の場面とは異なる場面で、厳しい規制を受けて実務上の問題を引き起こしていることも少なくないように思われる。

- ※1 東京地裁49.10.15判決参照(代表権はないが実質的には代表取締役と申す乙会社の債務について甲会社が連帯保証を行った行為が旧商法265条の第三者のためにする取引と認定した事案)
- ※2 名古屋地裁58.2.18判決
- ※3 仙台高裁9.7.25決定参照(生命保険の受取人を会社から代表取締役の妻に変更した行為に関して、社会経済的に同一の生活実態があるとして実質的な利益相反として旧商法265条を類推適用した事案)

## 管理監督者への該当性について

弁護士 上里 美登利

### 第1 はじめに

大手ファーストフードチェーンの店長が求めた残業代支払等請求に対し、東京地裁が、平成20年1月28日、時間外割増賃金及び休日割増賃金の支払いを命

じたというニュースが報じられ、話題を呼びました。従来から、時間外労働賃金の支払請求をめぐって、労働基準法41条2号のいわゆる管理・監督者に当たるかどうかの問題とされたケースは数多くありますが、最近も多くの裁判例が出ています。そこで、これらの裁判例から、管理・監督者への該当性に関する一定の基準を導くことができるか検討してみました。

### 第2 法規制と解釈例規

労働基準法41条1項2号は、「事業の種類にかかわらず監督若しくは管理の地位にある者又は機密の事務を取り扱う者」については、同法が定める労働時間、休憩及び休日に関する規定を適用しないと定めます。

但し、いわゆる管理・監督者に当たるかどうかは、実態に即して判断すべきであるとされており、①法が規定する労働条件は最低基準を定めたものであり、同規制の枠を超えて労働させる場合には法定の割増賃金を支払うべきことが全ての労働者に共通する基本原則であることを踏まえ、②労働時間等に関する規制の枠を超えて活動することが要請されざるを得ない重要な職務と責任を有する立場にある者に限定すべきこと、③資格及び職位の名称にとらわれることなく、職務内容、責任と権限、勤務態様に着目すべきこと、④以上に加え、基本給、役付手当等においてその地位にふさわしい待遇がなされているか否か、ボーナス等の一時金の支給率、その算定基礎賃金等についても役付者以外の一般労働者に比し優遇措置が講じられているか否か等待遇に留意した上で判断することが必要とされています(昭和22年9月13日付発基17号、昭和63年3月14日付基発150号参照)。

また、「機密の事務を取り扱う者とは、秘書その他職務が経営者又は監督若しくは管理の地位に在る者の活動と一体不可分であつて、入社退社等についての厳格な制限を受けない者であること。」とされています(昭和22年9月13日付発基17号)。

各裁判例においても、概ね上記の基準に基づく判断がされているように思われます。

### 第3 近時の参考裁判例

#### 1 該当否定例

管理監督者への該当性を否定した裁判例は、静岡地裁昭和53年3月28日判決(労働判例297号39頁)を始めとして数多く存在します。この事件は、地方銀行の「支店長代理」という名称を付されながら、通常の就業時間に拘束されて出退勤の自由がないこと、部下の人事及びその考課には関与しておらず、銀行の機密事項に関与したことないこと

などが否定理由としてあげられており、「名称」とは関係ない判断がされたリーディングケースと思われる。その後も、大阪地裁昭和58年7月12日判決(労働判例414号63頁)では、「課長」職にあった労働者について、東京地裁昭和59年5月29日判決(労働判例431号57頁)では、アート・ディレクターであった外国人労働者について、管理監督者への該当性が否定されており、裁判上、実質的判断手法は定着しているものと思われる。

近時では、東京地裁平成18年8月7日判決(労働判例924号50頁)が、飲食業を営む会社に雇用され、同社のグループ会社が展開する飲食店のマネージャーとして勤務していた労働者について、アルバイトを採用したりする権限はあったものの、人件費には制限があり、勤務時間についても自由裁量があったとは認められないこと、経営に関する意見を述べることはできず、待遇面でも、役職手当や職能給が実質的には数万円程度と決して高額ではないことなどから、該当性を否定しています。

岡山地裁平成19年3月27日判決(労働判例941号23頁)は、ホテルの料理長について、自ら他の料理人の面接をしたり、他の料理人の配置や勤務時間制を定めていたが、各料理人の昇給を決定したり、会社の労務管理方針の決定に参画していたとは認められないこと、他の料理人と同様の勤務時間帯に沿ってシフト表に自らを組み込み、他の料理人と同様に仕事を行っており、自由に出退勤を決めることはできなかったこと、待遇は、年間600万円程度で、会社内では比較的高いものであったが、年齢、経験、料理長として行うべき仕事内容からすれば、決して高くはないとし、該当性を否定しています。

また、東京地裁平成18年11月10日判決(労働判例931号65頁)においては、ベンチャー企業に対する投資、経営コンサルタント業などを目的とする10人未満の従業員によって構成される会社の「パートナー」として雇用された労働者について、企業における指揮命令(決定権限)のライン上にはないが、管理監督者に該当するスタッフ職といえるかが検討されましたが、就業時間に拘束される時間管理に馴染まない性質であるか、名実ともに経営者と一体となって会社の経営を左右する仕事に携わるものであるか、相応の待遇を受けているかなど、従来の管理監督者への該当性判断と同様の要素から判断した結果、いずれの要素も充たさ

ず、また、報酬は28万円と決して高くなく役職手当も付いていないこと等から、該当性を否定しています。

## 2 該当肯定例

該当を肯定した例は、否定した事例と比べ、極めて少ないですが、以下のような事例があります。

まず、大阪地裁昭和62年3月31日判決(労働判例497号65頁)は、大規模な医療法人の第二人事課長について、タイムカードに刻字する義務を負っていたものの、実際の労働時間は原告の自由裁量に任されていたとし、また、一般の看護婦については自己の調査・判断により採否決定ができ、各地の病院に配置決定する人事権もあったことに加え、責任手当2万5000円～3万円、特別調整手当3万円～5万円が支給されているという待遇面もあわせ考慮すると、管理監督者の地位にあるとして、該当性を肯定しています。

次に、東京地裁昭和63年4月27日判決(労働判例517号18頁)は、旅行を目的とする会員制クラブの運営を業とする会社(従業員4、5人 アルバイト数名)の総務局次長の地位にあった労働者について、経理のみならず、人事、庶務全般に及び事務の管掌を委ねられていたとし、管理監督者への該当性を肯定しました。なお、待遇については、基本給15万0800円、職能給7万9600円、役職手当3万円、職務手当5万円、家族手当2万円という内容でした。

さらに、東京地裁平成9年1月28日判決(労働判例725号89頁)は、写真植字による印字製作等を目的とする会社において、社長の下に置かれた経営企画室の構成員であった原告らについて、時間管理はタイムカードによってなされ、欠勤や遅刻について賃金減額がなされていたものの、経営企画室構成員として、会社の重要事項について審議・具申しており、待遇面でも、管理給なる特別の手当支給があり数万円の固定残業代の支払いもあったとして、該当性を肯定しました。

福岡地裁平成19年4月26日判決(労働判例948号41頁)は、タクシー会社の営業部次長について、多数の乗務員を直接に指揮・監督していること、社員の採否に重要な役割を果たしていたこと、出退勤についても特段制限は受けていなかったこと、専務に代わり会社代表として会議に出たこともあること、待遇についても、会社内では最高位であり、乗務員等が400万円から450万円程度であるのに対し720万円程度であること等から、該当

性を肯定しています。

また、管理監督者への該当性判断はされませんでした。東京地裁平成17年10月19日判決(労働判例905号5頁)は、外資系証券会社のエグゼクティブ・ディレクターについて、仮に時間外労働賃金の請求が認められるとしても、基本給として、月額約183万円という極めて高額報酬が支払われており、超過勤務手当名目での支払いがないことが一般的であると認められるなどとして、超過勤務手当は基本給に含まれており、既に支払い済みであると判断しており、参考になります。

#### 第4 まとめ

以上の裁判例を概観すると、管理監督者への該当性は、経営への参画や他の従業員の指揮監督権、出退勤の自由がある程度存在することを前提に、最終的には、労基法上の時間外労働賃金の支払義務規定を適用しなくても同法の趣旨に反しないといえるだけの待遇があるかという点から判断することになるものと思われます。その際、どの程度の待遇が必要であるかは、職務内容に相応しい金額か、他の一般の従業員に比した優遇がされているかという観点に加え、実際にどの程度時間外労働に従事しているかという点も考慮要素に入れて、十分な待遇かどうかを検証する必要があるものと思われます。

## 金融機関経営者の融資責任 ～最判平成20年1月28日 (北海道拓殖銀行事件)から～

弁護士 永井 弘二

### 第1 はじめに

今年(2008年)1月28日、株式会社整理回収機構(RCC)による北海道拓殖銀行(拓銀)の旧経営陣に対する損害賠償訴訟の最高裁判決が2件言い渡され、RCCが勝訴しました(もう1件の最高裁での争点は時効のみでしたのでここでは割愛します)。

銀行の役員は株式会社の取締役等として、会社に対して善管注意義務、忠実義務を負います。したがって、会社の不利益になるようなことをすると、会社に対する損害賠償責任が生じます。これまでの最高裁判決でこうした取締役の会社に対する損害賠償義務が認められた事例としては、東京都観光汽船株主

代表訴訟(最判平成12年9月28日金融商事1105p16)や、蛇の目ミシン株主代表訴訟(最判平成18年4月10日判時1936p27)などがありますが、金融機関役員の融資責任が最高裁で判断されたのは、今回の件が初めてではないかと思われます。

この訴訟は、破綻した拓銀の事業譲渡を受けたRCCが、拓銀の旧経営陣に対して損害賠償請求したものです。新聞報道等によると、RCCは合計5件の訴訟を提起しており、確定した賠償総額は約101億円にのぼって、破綻した金融機関の責任としては過去最高だということです。

金融機関を筆頭に、企業のコンプライアンス確保が強く求められている現状において、1つの参考になる判例だと思われます。

### 第2 事案

1 1つ目は、株の仕手戦を行っていた会社(B社、C社)が、その資金調達のために、B振出の他行払い小切手をCが拓銀に持参し、拓銀はBの他行での預金残高が不足していることを知りながら、同小切手を受け取ってCに同金額を支払い、それを他行に送金して、その前に振り出していた同様の小切手の決済資金に充てるということを繰り返した(「過振り」と言うそうです。結果として小切手が拓銀の元に残ります)。この金額が増大していき48億円余りとなった。実質的には拓銀がBに無担保で融資したのと同じ結果となる。これ自体が極めて由々しい問題であるため、事態を知った経営陣は、Bから担保を徴求しようとしたところ、Bはさらに20億の融資を要求してきた。Bは直ぐにも手形不渡りを出しそうな状況であり、担保を徴求しないと48億円あまりの回収が覚束ないこと、Bの担保評価は、電話で「更地評価で構わない」と依頼して2日ほどで口頭報告を受けた鑑定士の更地評価によれば155億となるということなどを根拠に(但し、資料等は一切無く口頭での確認)、経営陣は20億の追加融資に踏み切った。しかし、実際の担保評価はせいぜい30億足らずであったというもの。

2 2つ目は、拓銀が、北海道を中心にリゾート開発等を行っていた企業のメインバンクとなって同企業の育成をしていくとの方針のもと行った3つの融資の責任が問題となった。

最初の融資は、同企業の第三者割当増資において、これを引き受ける関連会社に対して総額170億余りを融資したもので、担保は、同企業の株式

と代表者の保証のみであった。この直前において拓銀は同社のリゾート開発資金として100億円足らずの融資残高があった。

2番目の融資は、同社に対する債権が日銀考査でS分類(延滞等や資産価値に瑕疵が生じているもの)に該当する懸念があると指摘される状況下において、さらに160億円を追加融資したものの。

3番目の融資は、同社のリゾート事業が会員権の売れ残り、キャンセル等によって破綻に瀕しており、拓銀の融資残高も2500億にのぼり、1900億の保全不足が生じている中で、同社の破綻は不可避であると認識しながら、リゾート事業に対する責任や連鎖倒産を避けるという目的のもと、さらに409億円を融資したというもの。

### 第3 判決

- 1 1つ目について最高裁は、過振りの結果48億円余りの無担保債権を有することになり、C、Bは過振りを継続するか別途融資を受ける以外には仕手戦を継続できず返済見通しがなかったという不健全な貸付先だったのであるから、原則として追加20億の融資には応ずるべきではなかった、追加融資の合理性が認められるとすれば徵求担保に十分な余力がある場合であるが、本件では杜撰な審査しかせず、担保余力の調査を十分に行ったとは言えず、追加融資について経営陣の責任は免れないとした。
- 2 2つ目の事件の内、第2融資については高裁も認めたため、第1、第3融資についての判断となっている。

第1融資については、同融資の担保は同社の株式と代表の保証しかなく、これらは同社の業績に依存するものであると共に、株式が値上がりしても、これを一挙に売却した場合には株式価格の値崩れは避けられないにもかかわらず、そうしたことについて検討した形跡が見られないことなどから、170億余りもの巨額の融資を行うにはその保全措置が極めて不十分であったとした。

第3融資については、既に破綻に瀕していた企業の延命を図るためのものに過ぎず、徵求した担保も大幅に不足しており、回収見込みがなかったことは明らかであって、この融資判断は著しく不合理であるとした。

そして、こうした第1、3融資についても経営陣の責任は免れないとした。

### 第4 若干の検討

- 1 本判決は、おそらく金融機関の役員について、融資判断の責任を認めた最初の最高裁判決だと思われまます。

いわゆるバブル経済崩壊後、住専や長銀等の政府系金融機関をはじめ、RCCは、破綻金融機関における経営陣の責任追及をしてきました。

こうした金融機関経営陣の融資責任のリーディングケースとなった判決は、おそらく長銀事件における東京地裁平成14年4月25日判決(判タ1098p84)、同平成14年7月18日判決(金融商事1155p27)ではないかと思われまます。

この判決において東京地裁は、概ね、融資判断にあたっては、経営陣の事業判断の裁量性を認めつつ、「当時の状況に照らして合理的と考えられる情報収集、分析、検討がなされたか否か」、「その情報収集、分析、検討を前提とする推論過程及び内容が明らかに不合理なものであったか否か」を基準として、その責任(善管注意義務・忠実義務違反)があったか否かを判断するという枠組みを示しました。

その上で、平成14年4月25日判決においては、リゾート開発における追加融資の事案で、危機に瀕した企業に対する追加融資は、これをしない場合との比較考量のもと、追加融資を実行することにより全体としての利益が期待し得る場合のみ許されるとして、経営陣の責任を認めました。

これに対し、平成14年7月18日判決においては、短期的な資金ショートをカバーするための短期融資事案において、回収可能性の判断には合理性があるとして経営陣の責任を否定しています。

同じ判断枠組みを示しつつ結果が異なったわけですが、基本的には回収可能性の判断が不合理であったか否かが最大の境目になったものと考えられます。

- 2 今回の最高裁判決も、基本的には、こうした回収可能性の判断が不合理であったか否かを事案に即して判断したものです。

経営陣の事業遂行における裁量について、東京地裁は上記のように判断枠組みを示しましたが、最高裁判決では、そこまで明確に示されることはありませんでした。

ただ、最高裁の判断は、いずれも融資判断は、「一般に銀行の取締役に期待される水準に照らし、著しく不合理」としていただきますので、基本的には東京

地裁の判断枠組みと同様の判断基準になると考えられます。

- 3 こうした金融機関の経営陣の融資判断についての責任の事案を見ていると、その場その場におけるせっぱ詰まった状況での判断であり、ともすると、どうしても目の前の危殆に瀕した企業の延命を図ろうとの意図が働きやすくなるのが分かります。確かに、追加融資等を打ち切ることは、その企業の死命を制することになるため、それまで融資を継続してきた自らの責任を明確にしようという意識が働くことや、あるいは純粋に人情としても、行いにくいことなのかもしれません。

こうした金融実務の世界における感覚に対して、強い警鐘を鳴らしたのがこれら一群の判例ではないかと思えます。金融機関のコンプライアンス確保のためには、やはりあくまで全体的、総合的な考察と共に自らの責任を潔く認める勇気も求められる場面があるということなのでしょう。

以上

## 信用保証協会の保証が錯誤無効とされた事例と新しい解釈指針

弁護士 井上 博隆

### 1、はじめに

最近、企業としての実体のない中小企業者に対する融資について、信用保証協会(以下、協会という)が、金融機関に対してした保証は要素に錯誤があり無効であるとした判決が出た(さいたま地判平成19年6月6日金法1820号55頁)。

昭和38年、社団法人全国信用保証協会連合会(以下、連合会という)は、協会と金融機関との間の保証契約について、定型的な書式例として「約定書例」を定め、これに準拠して全国の協会は金融機関と、保証契約の基本契約を締結している。平成8年、連合会は「約定書例」の解説を作成し、翌年「営業店のための信用保証協会保証取引『約定書』の解説」(以下、旧指針という)を公表した。<sup>1)</sup>その後、平成19年8月、これを保証免責条項を中心に改訂し、「信用保証協会信用保証 約定書例の解説と解釈指針(第9条～第11条)」(以下、新指針という)を公表し、同年10月から適用している。<sup>2)</sup>

この新指針では、旧指針には記載されていなかった、保証契約が錯誤により無効となることが明記された。

前記判決は、この新指針と軌を一にするものであり、また、この新指針と同じく平成19年10月から協会と金融機関との責任共有制度が導入され、金融機関としては、融資における審査・管理に慎重さが必要とされることになるので、紹介する。

- 1) 金法1480号48頁、金法1481号34頁、金法1482号63頁、金法1484号37頁
- 2) 金法1818号30頁

### 2、信用保証協会の保証の種類

協会保証について、協会斡旋保証と金融機関経由保証がある。

協会斡旋保証は、中小企業者が協会に対し信用保証委託の申込を行うとともに信用保証付融資の斡旋の申込を行い、協会は、それに対して保証の意思を決定したうえで、金融機関に融資の依頼をする方式で、中小企業者と協会の関係の密度の深い方式である。金融機関経由保証は、中小企業者が金融機関に融資申込を行ったときに、金融機関の判断で、協会の保証をつければ金融ベースに乗せうると判断した場合に金融機関から協会に保証を依頼してくる方式である。<sup>3)</sup>

金融機関経由保証は、金融機関と中小企業者の担保不足のゆえに必要な額の貸付が行いえない場合に追加の保証人を求めるのと同じように、適宜、協会に保証依頼も行うため、既に金融機関で必要な調査等も行ったあとであるので、手続の完了まで比較的短時間ですむという利点があるとされている。<sup>4)</sup>

現在、保証申込の多くが金融機関経由の申込みであるとされている。<sup>5)</sup>

- 3) 全国信用保証協会連合会編著「信用保証(第2版)」176頁(株)きんざい平成8年
- 4) 全国信用保証協会連合会編著「信用保証(第2版)」177頁(株)きんざい平成8年
- 5) 中小企業政策審議会基本政策部会「信用補完制度のあり方に関するとりまとめ」7頁平成17年

### 3、さいたま地判平成19年6月6日金法1820号55頁

#### (1) 事案

借入申込会社の金融機関への融資申込みに際して、金融機関は協会保証付融資を行うことが適当であると判断し協会の保証を得て融資したところ、返済されないため、協会が金融機関に対して保証履行(代位弁済)した。しかし、その後、借入申込会社が、融資当時企業としての実体がなく代

表者が運転資金名下に融資金を詐取することを企てたことが判明したため、協会が金融機関に対し、保証契約が錯誤無効であったとして不当利得返還請求した事例である。

(2) 判決

ア、協会の錯誤を認容

「協会による信用保証の対象となる中小企業者とは、その事業を一定期間継続している実績のある中小企業者でなければならず(信用保証協会法1条、20条参照)、中小企業者としての実体がなければ、信用保証の対象とならないことは、融資を実行する金融機関にも当然のこととして熟知されていた。」とした上、中小企業者が企業者としての実体を有することは、原告が保証をするための重要な要素であり、本件保証契約は、その重要な部分に要素の錯誤があったとすることができる判断した。

イ、協会の重過失を否定

「信用保証協会保証付融資である本件貸付及び本件保証契約においては、貸付主体である被告及び保証主体である原告は、ともに自らの立場で審査を遂げ、最終的には、自らの判断と責任において融資をし、あるいは信用保証を行うべきものと解される。」とした上、本件は、「金融機関経由の保証形態に属するものであり、訴外会社から融資の申込みを受けた被告は、訴外会社から徴した資料等に基づいて必要な審査を遂げ、自らの判断と責任において、訴外会社が企業実体を有すると判断し、原告に保証を依頼したのであるから、このような場合、原告としては、審査を遂げるに当たり、訴外会社の企業実体の有無に関して被告が知り得なかった事情を独自に知ったなどという特段の事情のない限り、訴外会社が企業実体を有しないという被告において看破することができなかつた事項について、これを看破することができなかつたからといって、その場合に過失責任を問われるとするのは、いかにも不合理というべきである。」として、協会の重過失を否定した。

4、保証協会の保証と錯誤

(1) 「約定書例」の免責条項

前記「約定書例」11条は、免責条項を定め、金融機関が、①3条の旧債振替制限規定に違反したとき、②保証契約に違反したとき、③故意若しくは重大な過失により被保証債権の全部又は一部の履

行を受けることができなかつたとき、には協会は全部又は一部の責任を免れる旨規定しており、これ以外に協会が免責される事由の規定はない。

(2) 協会の保証契約について錯誤が争われた事件には、既に東京地判昭和53年3月29日判時909号68頁がある。

この事例は、銀行が会社と手形割引をし、この手形割引による債務について協会が保証したところ、この会社が何ら事業実体のない会社であり、また、この手形は保証の対象となっていなかつた融通手形であり、また保証の条件となつていた会社の代表者からの連帯保証が有効になされていなかつた等のため、協会が代位弁済をしなかつたことから、銀行が代位弁済を求めて訴訟を提起したというものである。

協会は、錯誤無効や約定書11条2項の免責条項(保証契約違反)該当等を抗弁として主張し、銀行は協会の重過失等を再抗弁として主張した。

これに対して、判決は、保証の対象は実績のある中小企業者に限られ、これを銀行も十分承知していたこと等を理由に、保証の意思表示の重要な部分に要素の錯誤があり、無効であると判断した。また、再抗弁について、本件は金融機関経由保証であり、これについて、協会が机上調査を原則とすることは実情に照らして相当であるとして、重過失を否定した。免責条項違反についての判断はしていない。

前記さいたま地判は、机上調査だけで重過失はないと明確に記載しておらず、また、前記東京地判は、協会が独自に知つた事情が重過失事由にあたることは明記していないが、両者は同一の判断をしているものと考えられる。6) しいていえば、東京地判は免責条項違反の事実があつたが、さいたま地判はこのような事実はなかつた事例で錯誤無効を認めたといえる。

(3) 新指針における錯誤無効の明記

2005年(平成17年)6月中小企業政策審議会基本政策部会は、「信用補完制度のあり方に関するとりまとめ」(以下、「とりまとめ」という)をまとめ「信用補完制度見直しの課題と対応策」として、免責条項について、旧指針は「i)実務と解釈指針に齟齬が生じている、ii)解釈指針上で触れられていない事例が数多く発生している、iii)補完制度の関係者間で周知徹底が不足し共通認識ができていない等、依然、解釈・運用が統一されていると

は言えない状況にある。」として、免責条項の解釈・運用について見直しと関係者への周知が必要であるとされた。7)

旧指針では「信用保証協会の保証は民法上の保証であるとするのが通説・判例であることから、原則として信用保証協会の保証債務についても、民法の保証の規定による。

しかしながら、信用保証協会の約定書による信用保証取引から発生する保証債務については、民法の強行規定以外の部分についてはその(筆者注:「約定書例」のこと)定めるところによることとなる。」としていた。8)

新指針では、この旧指針の記載の前文と後文の間に、前記昭和53年東京地裁判決を引用して「したがって、…例えば中小企業者でない者が中小企業者を偽装して保証を申し込んだ場合等、錯誤(民法95条)により保証契約が無効となる場合がある。」を新たに記載し、免責条項等の他、錯誤無効等により協会が保証債務が免れることがあることを明確にした。9)10)

前記さいたま地判において、被告金融機関は錯誤と免責条項との関係を争点としていないが、協会は従前から錯誤無効の主張ができるとしており、判決はこの新指針と軌を一にするものである。

- 6) さいたま地判、東京地判の事例は、協会、金融機関双方に動機に錯誤があったと考えられる事例であり、いわゆる共通錯誤の事例である。今日、民法95条について多くの錯誤論の展開がある(山本敬三民法講義Ⅰ総則[第2版]157頁以下有斐閣2007年)。さいたま地判、東京地判の事例では、錯誤の認識可能性説や明確な動機の表示或いは明確な合意の成立を要求する説によらない限り、同一の結論になるのではないかと考える。また、共通錯誤の場合には、民法95条但書の適用がないとする説がある(四宮・能美民法総則[第7版]197頁弘文堂平成18年、内田貴民法Ⅰ第3版総則・物権総論東京大学出版会2005年)。この説によるときは、協会の重過失を論じる意味がないことになる。
- 7) 前掲5)17頁  
 8) 前掲1)1484号38頁  
 9) 前掲2)38頁  
 10) 関沢正彦「保証免責条項に関する判例と新指針」金法1818号18頁、斡旋保証の場合には、協会が無資格者であることを見過ごした場合には重過失にあたり、錯誤無効の主張は困難となるとする。前記昭和53年東京地判について、伊藤進信用保証協会保証法概論113頁も同旨。

## 5、今後の金融機関と協会の関係

- (1) 前記さいたま地判の事案の融資は、平成10年から13年に未曾有の金融危機に対応するため中小企業者に対する貸し渋り対策の一環として異時異例の措置として実施された、国創設の中小企業者金融安定化特別保証制度に基づく融資と、もう一つ

は埼玉県創設の中小企業者の支援を目的とした埼玉県事業資金制度による融資であり、これらは、いずれも、いわゆる制度融資(制度保証)といわれる、国・地方公共団体等の特別施策の裏付として協会が特定の中小企業者の金融難打開策として行っている融資(保証)である。

前者は、未曾有の貸し渋り状況下において倒産の急増を緊急避難的に回避するのに効果的であったと評価される一方、一部に金融機関等の不適当な制度利用があったと批判されるものである。11)

また、後者も、さいたま地判において、金融機関が、厳しい審査になると考えたが商工会議所の斡旋案件であり、協会の保証が得られれば融資して良いと判断したと主張しているように12)、金融機関経由融資による制度融資(制度保証)は、時に金融機関の判断が「あなたまかせ」の甘いものになると言われている。

平成10年のいわゆる金融危機を境に、リスクの高い又は融資金額が小さくコストに見合わない判断された企業は協会保証付き融資を優先する姿勢が見られるようになり、協会保証付き融資のみで借入する中小企業者は、金融機関にとっては債権保全上の問題がないことから期中管理やリレーションが希薄になっていることが強く懸念される状況にあるとされている。13)

- (2) 新指針やさいたま地判は、改めて、金融機関経由保証の場合に協会の錯誤無効で保証責任を免れることを明確にしたものであり、この点において、金融機関の無過失責任を認めるものであり、今後の金融機関の融資の審査が、特に金融機関経由融資において、慎重な調査・判断を要求するものである。
- (3) 新指針では、錯誤無効の問題の他、従来金融機関と協会との間で疑義のあった免責条項の解釈について多くの事例を掲載し免責の成否の判断が明確にできる様にし、また預金相殺や保証条件外担保の充当についての考え方を詳細に記載した。14) 今後、協会は金融機関に対し、この新指針に基づいて、要請・要求がなされることと考えられる。金融機関においても、融資の審査だけでなく期中の管理・回収もより一層慎重に行う必要がある。
- (4) 前記「とりまとめ」は、協会が代弁率の上昇と回収率の低下や特別保証制度等の影響により、大幅な赤字構造となっているとして15)、協会と金融機関の責任分担の必要性を説き、金融機関が貸し手としての適切な責任ある融資を行い、融資後の的確な期

中管理に基づく経営支援体制の必要性を説いた。

これにより、前記新指針と時を同じくして、平成19年10月から協会と金融機関との責任共有制度が導入され、一部の保証を除き、協会保証付き融資は、従前の100%保証から80%保証となった。

そして、前記「とりまとめ」は、協会と金融機関の責任分担を前提とすれば、借り手に関する情報を共有して、金融機関の審査に一元化するなどにより審査の効率化や迅速化を図ることが可能となるとしている。16)

前記さいたま地判の事例でも、協会は中小企業者と称した者の独自の情報を得ていたのに、金融機関との共有化はされていなかったようであり、これが金融機関の重過失の主張の根拠となっていたのであるが、今後、協会と金融機関が情報を共有しあって、更に不正な協会保証付き融資を防ぐ必要がある。

一方、さいたま地判の事例のような場合、責任共有制度であっても、金融機関は無過失責任を問われることになると考えられ、しかも、前記のように、金融機関の審査に一元化されるのであれば、金融機関には責任の負担が大きすぎる場合もあり得るのではないかと考えられ、このような場合の責任のあり方も検討される必要があるのではないかと考えられる。

- 11) 前掲5)4頁
- 12) さいたま地判平成19年6月6日金法1820号59頁
- 13) 前掲5)6頁
- 14) 前掲2)30頁以下
- 15) 前掲5)5頁
- 16) 前掲5)9頁

※脱稿後、前記さいたま地判の控訴審判決である東京高判平成19年12月13日判時1992号65頁が掲載された。金融機関の控訴が棄却され、協会の錯誤無効が認められ、重過失が否定されている。

## 金融機関の自己査定資料の 文書提出命令 (最小決H19.11.30)

弁護士 小原 路絵

### 1 はじめに

民事訴訟においては、当事者間の証拠収集能力の格差を埋めるため、裁判所が、当事者の申立により、

他方当事者又は第三者に対して、文書提出命令を出すことができる(民訴法223条)。文書提出命令には、真実擬制又は罰則があるため、提出を命じられた相手方が、企業秘密などに関して不利益を被らないよう、文書提出命令の対象外となるものが定められている。

今般、金融機関の自己査定資料に関して、文書提出命令の対象外と判断した高裁決定が、最高裁で、破棄差し戻しとなった(最小決H19.11.30。以下「本決定」という。)

その他、金融機関に対する文書提出命令が問題となった事案として、稟議書又は顧客情報等があるが、これら決定と対比して、本決定を検討したい。

### 2 事案の概要

- (1) 金融庁は、金融機関の健全性や営業体制を検査する際の検査官の手引書として、「預金等受入金融機関に係る検査マニュアル」(以下「検査マニュアル」という。)を用いている。

金融機関は、この検査に先立ち、その資産状況の把握のため、自己の顧客の財務状況について査定を行うことを求められている(以下「債務者区分」という。)

また、他方で、金融機能の再生のための緊急措置に関する法律により、金融機関は、資産の査定を行うことを義務づけられている。この資産査定的前提に上記債務者区分が用いられる。

かかる金融機関の自己査定において作成される文書がいわゆる「自己査定資料」と言われている。

- (2) 本案訴訟は、金融機関が、原告の取引先Aに関する財務状況について虚偽の説明を行い、また財務状況に関する注意義務を怠ったため、原告の売掛金が回収不能になったとする損害賠償請求訴訟である。

原告は、当該金融機関の欺罔行為及び注意義務違反を立証するため、当該金融機関が、Aに対して有する債権の資産査定的前提となる債務者区分を行うために作成した自己査定資料(以下「本件文書」という。)の提出を申立てた。

- (3) 民訴法220条は、文書所持者が一般的に文書提出義務を負うとした上で、例外規定として、4号で、「技術又は職業の秘密に関する文書(同法197条1項3号)」(同号ハ。以下「職業秘密文書」という。)及び「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」(同号ニ。以下「自己利用文書」という。)等を定めている。
- (4) 一審(東京地決H18.8.18)は、本件文書について、職業秘密文書及び自己利用文書の該当性を否定し

て、その提出を命じた。

- (5) 原審(東京高決H19.1.10)は、本件文書について、自己利用文書に該当するとして、文書提出命令の申立を却下した。なお、職業秘密文書の該当性については判断していない。

### 3 本決定

- (1) 本決定は、自己利用文書の該当性の判断基準として、「ある文書が、その作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であって、開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められる場合には、特段の事情がない限り」、自己利用文書にあたることとした(最決H11.11.12。民集53.8.1787。金融法務事情1567.23。銀行の貸出稟議書に関する判例)。

そして、そのあてはめについて、金融機関は「法令により資産査定が義務付けられているところ、本件文書は、相手方が、融資先であるAについて、前記検査マニュアルに沿って、同社に対して有する債権の資産査定を行う前提となる債務者区分を行うために作成し、事後的検証に備える目的もあって保存した資料であり、このことからすると、本件文書は、前記資産査定のために必要な資料であり、監督官庁による資産査定に関する前記検査において、資産査定の正確性を裏付ける資料として必要とされているものであるから、相手方自身による利用にとどまらず、相手方以外の者による利用が予定されているもの」とした。

以上より、本決定は、本件文書が自己利用文書にあたらなるとした。

- (2) なお、本決定は、自己利用文書については上記の通り原審破棄の決定を行ったが、職業秘密文書については更に審理を尽くす必要があるとして、原審に差し戻す旨の決定を行った。

### 4 考察

- (1) 自己利用文書について

ア 上記H11最決の判断基準によると、自己利用文書とは、①専ら内部利用の目的で作成され、②外部開示が予定されておらず、③開示による不利益が生ずるおそれがあり、④特段の事情がないという4要件全てに該当することが必要で

あると考えられる。

本決定は、この要件のうち、①②にあらず、自己利用文書に該当しないとの判断を行ったものと考えられる。

他方、原審は、検査官への開示を第三者への開示にあらず、自己利用文書に該当するとの判断を行った。

検査官への開示の解釈如何によって、①②の要件へのあてはめが異なり、異なった結論が出されたものと考えられる。

イ また、本件文書について、一審は「通達等によってその作成が要求されている文書」としているが、原審は「法令によりその作成が義務づけられたものではない」とした。本件決定は「法令により資産査定が義務づけられているところ…、債権の資産査定を行う前提となる債務者区分を行うため作成し、事後的検証に備える目的もあって保存した資料」としている。原審が、債務者区分に関する本件文書が、直接法令に要求された文書でないことを重視したものといえるのに対し、本決定は、債務者区分に関する本件文書が、法令上の義務である資産査定の前提となっている点を重視したものといえる。

ウ しかし、検査官は本件文書の利用において守秘義務を負っている以上、本件文書は、金融庁の検査のみにしか利用を予定されておらず、いわば内部利用の目的で作成され、外部への開示を予定していないともいえるように思われる。

そもそも、自己利用文書が、文書提出命令の例外とされたのは、上記H11最決の理由からすれば、開示により、個人のプライバシーが侵害されたり、団体の自由な意思決定が阻害されるなどの不利益を防止するためと考えられる。

とすれば、本件文書は、守秘義務を負った金融機関に対して、取引先が提出した決算書等に基づいて作成され、金融機関の融資先への評価などが含まれた資料であり、その性質上、外部への開示を予定しているものとは言えず、それが開示されたことによる当該融資先の不利益もかなりのものがあると予想される。かかる本件文書の性質からすれば、自己利用文書該当性について、①乃至③についてはこれを認めるべきであり、あとは、④の特段の事情を個別に判断すべきであったと思われる。そして、特段の事情については、次の稟議書の場合と同様に解す

べきと思われる。

この点、最決H13.12.7(金融法務事情1636.51)は、貸出稟議書について、自己利用文書該当性の特段の事情を肯定したが、その理由として、破綻した信用金庫の営業を譲り受けた文書所持者は、当該文書作成者が清算中で将来において貸付業務を自ら行うことはない以上、文書所持者において、その自由な意見表明に支障を来しその自由な意思形成が阻害されるおそれはないからであるとした。

エ ただ、上記私見によったとしても、本決定で、①②の該当性が認められず、④の特段の事情の検討がなされることがなかったため、今後、自己査定資料に関する自己利用文書該当性の論点は議論の余地がなくなったとも言える。

(2) 職業秘密文書について

ア 自己利用文書について、上記のような本決定の判断がなされたことから、今後は、職業秘密文書にあたるかどうかという差戻審での判断が注目されることになる。

職業秘密文書に関しては、その事項が公開されると、当該職業に深刻な影響を与え、以後その遂行が困難になるものをいうと考えられる(最決H12.3.10、民集54.3.1073参照)。

自己査定資料について、金融機関が一般的に文書提出義務を負うとなると、金融機関の今後の自己査定業務において、書類提出がスムーズに行かない等、将来の業務に支障を来すことが考えられ、職業秘密文書該当の可能性があるのであると思われる。

イ この点、金融機関の立場から、「守秘義務の存在を前提に債務者から提供を受け、あるいは独自に収集した債務者の信用に関する情報を分析・検討の上、債務者区分を決定し、今後の取引方針を決める際の基礎資料とすべき自己査定資料は、金融機関にとって極秘中の極秘の資料であって、…個々の融資判断の意思形成過程を記録する稟議書以上に、これが開示されることは開示対象となった債務者及び金融機関

の双方に深刻な打撃を与え、業務の遂行に困難を来すといっても過言ではない」といった指摘もある(渡辺隆生、NBL874.52)。

ウ また、後記5(3)の裁判例と合わせ考慮して、金融機関は、「顧客情報の管理を徹底するとともに、当該情報の開示を求められた場合には、守秘義務を盾にして開示を一律に拒否することは許されず、開示事由、顧客情報の具体的な内容、顧客との守秘義務、証拠の必要性など事案に即して細かな対応が求められている」との指摘もある(我妻学、金融法務事情1284.1)。

5 その他裁判例

その他金融機関の文書提出命令が問題になった裁判例として、以下のものを参考までに挙げておく。

- (1) 稟議書について、上記H11最決の自己利用文書の要件のうち、④の特段の事情が否定され、提出義務がないとされた事例(最決H12.12.14。判時1737.28)。
- (2) 金融機関の本部から各営業店長宛に出された内部通達文書について、上記H11最決の自己利用文書の要件のうち、③の不利益を生じないとして、提出義務を認めた事例(最決H18.2.17。金融法務事情1773.41)。
- (3) 顧客情報(口座の取引明細表)について、職業秘密文書に該当しないとして、提出義務を認めた事例(最決H19.12.11。田原裁判官の補足意見あり)。

【参考文献】

- ・最決H19.11.30(金融・商事判例1282.57、1284.39)
- ・渡辺隆生「自己査定資料に対する文書提出命令—最二決平成19・11・30について」(NBL874.48)
- ・中原利明「銀行に対する文書提出命令と取引先の利益保護」(金融法務事情1823.4)
- ・吉田光硯「顧客情報と文書提出命令」(金融法務事情1825.4) 最決H19.12.11
- ・我妻学「金融機関が保有する文書に対する提出命令の範囲」(金融法務事情1284.1)

以上

編集後記

当事務所も弁護士が14人に増え、ライブラリーの頁数も31頁となりました。今回それぞれの弁護士が取り上げた分野も多岐に亘っているものとなりました。

大部に亘りますが、皆様方には是非ご一読頂き、ご意見・ご感想を頂戴できましたら、幸いです。