

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@oike-law.gr.jp

CONTENTS

金 融 法	保証人の一部弁済と担保権行使、破産債権開始時現存主義の適用範囲 ～複数債権の内の一部債権の全額弁済の場合 弁護士 永井 弘二 1
消 費 者 法	消費者契約法4条4項における「重要事項」 ～最三小判平成22年3月30日 弁護士 住田 浩史 4
契 約 法	倒産解除特約の有効性 弁護士 北村 幸裕 7
民法・福祉法	介護事故 4 転倒③その他の事例 弁護士 井上 博隆 9
不法行為法	欠陥住宅に居住することの「利益」はあるか 弁護士 長谷川 彰 15
損害賠償法	交通事故の被害者が自賠法73条1項の定める他法令の給付に当たる 年金の受給権を有する場合に、政府が同法72条1項によって填補すべき 損害額を算定するにあたって控除すべき年金額について ～最判平成21年12月17日判時2066号49頁 弁護士 長野 浩三 17
会 社 法	反対株主の株式買取請求と「公正な価格」について 弁護士 草地 邦晴 19
会 社 法	会社分割時の労働契約の承継 ～最判平成22年7月12日 弁護士 谷山 智光 22
労 働 法	労働者派遣契約の中途解約と労働者の賃金請求権 弁護士 上里 美登利 24
民 法	「相続させる」旨の遺言における代襲相続の可否 弁護士 茶木 真理子 26
民 事 法	代理懐胎に関するこれまでの動向 弁護士 相井 寛子 28
著作権法	18世紀イギリス著作権法と保護期間 弁護士 坂田 均 31
商 標 法	結合商標における要部観察／分離観察の裁判例研究 ～最近の知財高裁の判断を素材として 弁護士 福市 航介 32

2010/10
No.32

保証人の一部弁済と担保権行使、 破産債権開始時現存主義の適用範囲 ～複数債権の内の一部債権の全額弁済の場合

弁護士 永井 弘二

(事例)

(根) 抵当権者・債権者

債務者

A債権 500万円

B債権 1000万円

両債権について、保証人が保証

両債権について、債務者所有物件に(根) 抵当権を設定

第1 はじめに

1 ライブラリー28号では、保証人の一部弁済の時の破産債権開始時現存主義について、2つの大阪高裁判決が異なる結論を出していることを紹介しました。

この度、平成22年3月16日、最高裁がこの2つの大阪高裁判決について結論を出しました(同日付けの2つの最判になります。金融法務事情1902p113、p120)。

あらためて破産開始時現存主義について上記事案に即して説明すると、破産法104条は、主債務者の破産開始決定時にA債権500万円があった場合、その後に保証人がA債権の一部である300万円を弁済しても、債権者は依然として500万円を基準に破産配当を受けられ、保証人は300万円を基準として破産配当を受けることはできないことを規定しています。これが破産債権の開始時現存主義と呼ばれているものです。この趣旨は、端的には、保証人は残りの200万円についても債権者に弁済義務があるにもかかわらず、一部の300万円だけを弁済したからといって配当に与えるのは不公平であるというところにあると説明されています。

今回の問題は、債権者が複数口の債権を有している場合に、この開始時現存主義が全債権を基準に適用されるのか、それとも1つ1つの債権について適用されるのか、つまり、事例に即して説明す

ると、債権者がA債権500万円とB債権1000万円を有している時に、保証人がB債権1000万円の債権だけを弁済した場合、債権者は依然として1500万円を基準に配当を受けるのか、それとも債権者は500万円、保証人は1000万円を基準にそれぞれ配当を受けるのかという問題です。

ライブラリー28号で紹介したとおり、大阪高裁の2つの判決は、全く逆の結論を出していましたが、平成22年3月16日最高裁判決は、上記の例で言うと、債権者は500万円、保証人は1000万円を基準としてそれぞれ配当を受けるという結論を採用しました。

2 同じような問題は、主債務者が破産していない場合でも、債権者が(根) 抵当権等の担保権をもっている場合にも生じます。

保証人が債権者に保証債務の全額を弁済した場合には、債務者に対して同額の求償権を取得すると共に(民法459、462条)、債権者の債務者に対する債権を代位取得します(同500、501条)。この場合、保証人は債権者に代わって(根) 抵当権を行使して配当を受けることが出来るようになります。

それでは、債権者は2つのA債権、B債権を有しており、いずれも(根) 抵当権の被担保債権となっていた場合に、保証人がA債権だけを弁済した場合、債権者に代位して、債権者の(根) 抵当権を行使して配当を受けることができるのでしょうか。この点は、ライブラリー22号で紹介したとおり、最判平成17年1月27日(金法1738p105)が判断を示しています。

3 上記の破産法上の最高裁判決が出たことで、一応、一通りの判断が示されることになりました。そこで、今回は、これらの内容をもう一度整理したいと思います。

第2 保証人が1つの債権の一部のみを弁済した場合

1 まず、前提として、保証人が債権の一部のみを弁済した場合について整理します。

2 担保権行使について

これは一部弁済による代位についての問題になりますので、民法502条の解釈問題となります。同条は、「一部弁済者は弁済価額に応じて債権者と共に権利行使できる」とされていますので、素直に読めば保証人は「弁済価額に応じて」債権者と「共に」権利行使できる、すなわち、(根) 抵当権を準共有し、それを行使して、価額に応じて配当を

受けることができる、ということになります。

最高裁は、まず、この問題について、保証人は債権者に劣後するとしました。

最判昭和60年5月23日(金法1099p12)は、保証人が一部弁済した場合に、保証人は(根)抵当権を「行使できるが」(競売申立等ができるが)、その結果の配当においては、債権者に負けるとしたのです(民法502条は「行使」ができるだけであると解釈したのです：最判の事案はもっと複雑ですが、結論だけを前提にします。)

具体的には、保証人がA債権の内300万円だけを弁済し(債権者の残債は1200万)、その後物件が900万円で購入された場合、債権者が900万円全額を取得できる、としたのです。もし、民法502条の文言そのままに保証人も300万円分について(根)抵当権を準共有したとすれば、900万円の代金が、債権者1200万円・保証人300万円の割合(4対1)に応じて配分され、債権者720万円・保証人180万円をそれぞれ回収するはずでした。

最高裁が上記のような結論を取った理由は、債権者が(根)抵当権と共に保証人も徴求したのは、自らの債権を保全する趣旨だったのであり、他方、保証人に代位が認められるのはあくまで求償権を保全するためだけに過ぎず、保証人の求償権が債権者の債権保全を邪魔して債権者に不利益をもたらすことは想定されていない、ということでした。

つまり、(根)抵当権実行と保証人からの弁済の先後によって、債権者が不利益を被ることはおかしいという判断があったのです(昭和60年度最判解説p220)。具体的には、民法の素直な解釈を前提にすると、上記の事案で、債権者が先に(根)抵当権を実行した場合には、まず900万円を受領し、これはA債権に300万円、B債権に600万円充当され、残債は600万円(A債権200万円、B債権400万円)となります。そして、保証人は300万円の支払能力があるのですから、債権者は保証人からA債権の残債200万円を受領でき、全体として1100万円を回収できます。ところが、上記のとおり保証人が先に300万円弁済した場合には、債権者が回収する金額は保証人から300万円、物件処分720万円の1020万円に過ぎず、他方、保証人は300万円弁済した後180万円を回収しますから120万円の出捐で済むことになるわけです。これでは、(根)抵当権実行と保証人の弁済の先後により債権者の回収額が異なることになり不合理であるというわ

けです。

もっとも、昭和60年最判の結論によれば、上記事案で保証人がB債権を保証していないとすると、物件処分が先行した場合には保証人は200万円の負担で済むのに(債権者は1100万円を回収)、先に300万円を弁済してしまった場合には、差額の100万円分を取り返すことができない(債権者は1200万円を回収)ということになりますので(もちろん保証人は債務者に請求するのですが債務者が無資力だからこそ切実な問題になります。)、この問題は、どこまで行っても、結局、債権者と保証人のどちらを優先するのかという問題であることには変わりありません。

その意味で、この昭和60年最判は、一部弁済した保証人よりも債権者が優先することを鮮明にしたと位置づけることができます。

3 破産開始時現存主義について

この点は、上記のとおり、破産法それ自身が規定している典型的場面で、保証人が破産手続開始決定後に、A債権のうち300万円だけを弁済しても、債権者は、A債権500万円、B債権1000万円が残っているものとして、債権者は、破産配当を受けることとなります(破産法104条)。

結果として、上記の(根)抵当権行使の場合と同様、債権者が優先することとなります。

第3 複数債権の一部債権を全部弁済した場合

1 それでは、保証人がA債権の500万円全部を弁済した場合について見ていきます。

2 担保権行使の場合

(1) 根抵当権の場合

まず、債権者の担保権が根抵当権であった場合です(仮に極度額を2000万円とします。)

根抵当権は、極度額の範囲内で優先権が認められる担保権ですので、2000万円の範囲内では、あたかもA債権は全体の債権の一部に過ぎないというように考えることもでき、そのように考えると、上記昭和60年最判と同様に、債権の一部弁済の場合として、債権者が保証人に優先するとすることも考えられるのです。

他方、民法の素直な解釈からは、この場合は、あくまでA債権という1個の債権を「全部」弁済したのだから、民法502条の解釈問題ではなく、原則どおり同500条、501条により債権者に代位し、根抵当権を準共有すると考えることもでき

ます。

最判昭和62年4月23日(金法1169p29)は、結論的には、こうした事例において、債権者は保証人に優先するとしたと見える判断をしました。この最判の事案は保証人による弁済そのものとは異なり、この点は後述しますが、判断としては、昭和60年最判をわざわざ引用するなど、保証人と債権者との優劣を判断したという体裁になっています。

(2) 抵当権の場合

他方、抵当権行使の場合については、最判平成17年1月27日(金法1738p105)は、根抵当権とは全く逆の結論を採用し、一部の被担保債権全額を弁済した保証人は債権者と共に抵当権を準共有するとしました。

平成17年最判がこの結論を採用した理由は、民法理論の素直な解釈にしたがったことを明らかにすると共に、上記事案に即して言えば、保証人は保証したA債権を全額弁済するという義務を全うしたのであり、保証していないB債権の保全のために債権者に劣後しなければならない理由はない、としています(最高裁の事案は、保証人は全ての債権について保証していますので、一見奇異な理由付けにも見えますが、逆に言えば最高裁としてはあくまで一つ一つの債権について考えるということを鮮明にしたと言えます。)

そして、昭和62年最判については、問題となった事案が、上記事案に即して言うと、保証人がA債権を全額弁済した後、保証人自身は債務者から500万円全額を回収しており、根抵当権の後順位抵当権者が900万円の売却代金の内、保証人に行くはずだった300万円を自分に寄せ、と争った事案だったことから、弁済した保証人と債権者の優劣について判断したものではない、としたのです。

平成17年最判のこのような指摘からすれば、根抵当権の場合にも、保証人がA債権全額を弁済した場合には、債権者と共に根抵当権を準共有することになると考えられます。

3 破産開始時現存主義について

冒頭に紹介したとおり、平成22年3月16日最判(金法1902p113、p120)は、破産開始時現存主義の適用について、A債権を全額弁済した保証人は、破産手続にA債権額500万円をもって加

入できるとしました。

最判の理由付けは、主として条文の文言解釈が中心となっていますが、実質的な判断としては、上記の保証人による担保権行使の場合との整合性などが念頭に置かれていたのではないかと推測されます。

第4 若干の検討

このように、担保権行使の場合も破産開始時現存主義の適用についても、いずれの場合も、保証人は、1つの債権の一部だけを弁済しても保証人は債権者に劣後するが、複数ある債権のうちであっても1つの債権の全部を弁済した場合には、保証人は債権者と同格となることが確認されることとなったと言えます。

特に、保証人が全ての債権について保証人となっていた場合(今回の事例のように、A債権、B債権ともに保証人となっていた場合)は、あたかもAB2つの債権で一つの債権と同じような利害状況が生まれるため、こうした場合には、例外的に、A債権だけを弁済しても依然として債権者が優先されると考える余地はありました。しかし、平成17年最判、平成22年最判は、債権の全部に保証人がついていたのと同様の事案であり、そうした事案についても最判は上記のとおり判断したことからすれば、最高裁の立場としては例外を認めない立場であると考えられます。

実務的に債権者としては、複数口ある債権について弁済を受ける場合には、どの債権にどれだけの額が充当されるのかが極めて重要になるため、返済を受けるにあたっては、この充当関係に気を遣う必要があることとなります。

以上

消費者契約法4条4項における 「重要事項」

～最三小判平成22年3月30日～

弁護士 住田 浩史

第1 事案

消費者Xは、商品取引員であるYの外務員から勧誘を受け、先物取引の委託をした。

その際に、Yの外務員は、Xに対し、「買えば官軍売れば賊軍」などと記載したFAXを送付するなどして、金価格が上昇し高騰するとの相場予測を告げ、かつ、ロコ・ロンドン市場と東京工業品取引所との金の価格に大きな乖離が生じており、東工の価格が下落するかたちで両者の乖離が解消されること等暴落が予測される事情については告げなかった。

東工金の価格は、Xが1500万円をYに預託して買い注文を出した翌日に急落し、3139万円の損害を被った。Xは不法行為による損害賠償を求め提訴し、Yは差損金1639万円の支払いを求めて提訴した(併合審理)。

第一審札幌地判平成19年5月22日^{*1}は、Xの判断に基づく取引であったとしてYの差損金請求を認容し、Xの損害賠償請求を棄却した。X控訴。

その後、Xは、控訴審において、消費者契約法4条1項2号または2項による取消に基づく不当利得返還請求を主位的請求とする訴えの追加的変更を行った。

控訴審(原審)札幌高判平成20年1月25日^{*2}は、「金の相場、すなわち将来における価格の上下は、消費者契約たる本件取引の『目的となるものの質』(消費者契約法4条4項1号)であり、かつ、消費者たる顧客が当該契約を『締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきもの』(同項柱書)であるから、消費者契約法4条2項の重要事項というべきである。」とし、第一審判決を破棄し、Xの不当利得返還請求を認容、Yの差損金請求を棄却した。Y 上告。

第2 最三小判平成22年3月30日^{*3}の判旨

原判決破棄、Xの主位的請求棄却、その他の点について原審に差戻し。

「消費者契約法4条2項本文にいう『重要事項』とは、

同条4項において、当該消費者契約の目的となるものの『質、用途その他の内容』又は『対価その他の取引条件』をいうものと定義されているのであって、同条1項2号では断定的判断の提供の対象となる事項につき『将来におけるその価額、将来において当該消費者が受け取るべき金額その他の将来における変動が不確実な事項』と明示されているのは異なり、同条2項、4項では商品先物取引の委託契約に係る将来における当該商品の価格など将来における変動が不確実な事項を含意するような文言は用いられていない。そうすると、本件契約において、将来における金の価格は『重要事項』に当たらないと解するのが相当であって、上告人が、被上告人に対し、将来における金の価格が暴落する可能性を示す前記2(6)のような事実を告げなかったからといって、同条2項本文により本件契約の申込みの意思表示を取り消すことはできないというべきである。」(下線部は筆者)

第3 検討

1 不利益事実の不告知における「重要事項」

(1) 「重要事項」とは

消費者契約法は、事業者が「重要事項又は当該重要事項に関連する事項について当該消費者の利益となる旨を告げ、かつ、当該重要事項について当該消費者の不利益となる事実(当該告知により当該事実が存在しないと消費者が通常考えるべきものに限る。)を故意に告げなかった」(不利益事実の不告知、消契法4条2項)ことによって消費者が「当該事実が存在しないとの誤認」をし、これによって消費者が消費者契約の申込みないし承諾をした場合には、これを取り消すことができる旨定めている。

ここでいう「重要事項」とは、消費者契約法4条4項によれば、「当該消費者契約の目的となるもの」の①「質、用途その他の内容」であるか、またはその②「対価その他の取引条件」であって、「消費者の当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきもの」をいうとされている。

(2) 何が「重要事項」に該当するか

この「重要事項」の解釈をめぐっては、消費者契約法制定当時から、とりわけ契約締結の動機に関する事項は重要事項といえるかという点をめぐって、限定列举説、限定列举拡張解釈説、例示列举説等さまざまな立場が対立している^{*4}。

しかしながら、近時の下級審裁判例をみても、悪質電話機リース商法において、「現在使用している電話の使用継続可能性」を重要事項とすることを当然の前提として、「お持ちの電話は使えなくなります」旨の典型的な不当勧誘が消費者契約法4条1項1号における不実告知にあたるとしたもの^{*5}がある。また、ダイヤモンドの二重価格商法において、「ダイヤモンドの一般的な小売価格」を重要事項とすることを前提として、これが実際には12万円程度であるにもかかわらず、41万4000円と値札に表示してこれを29万円に値引きするという勧誘行為をもって不実告知としたもの^{*6}がある。また、原野商法二次被害事案において、「土地の売却可能性」を「用途その他の内容」にあたるとして、土地が売却可能であるとの勧誘行為を不実告知に該当するとしたもの^{*7}がある。このように、近時の裁判例は、不当勧誘の態様に応じて、契約の動機、契約を必要とする事情について、「用途その他の内容」等の文言をできるだけ広く解するなどして「重要事項」に該当すると判断する傾向にある。

実際の消費者被害に多く見られるのは、まさに、このような契約の動機や、契約を必要とする事情に関する事項についての不実告知ないしは不利益事実の不告知なのであって、消費者契約法4条4項各号の「重要事項」を狭く限定的に解釈することは、民法よりも取消の範囲を拡大する、という消費者契約法の立法趣旨をないがしろにし、かえって誤認類型の対象を狭めることとなり、妥当ではない^{*8}。

2 本最判について

(1) 本最判の論理

上記最三小判平成22年3月30日(以下「本最判」という。)では、先物取引委託契約において、将来における金の価格は「重要事項」に当たらないとの解釈が示されたが、その理由付けは、上記のような「重要事項」解釈の議論には全く触れておらず、必ずしも緻密なものとは思われない。

本最判は、消費者契約法4条1項2号と比較して「将来における変動が不確実な事項を含意するような文言は用いられていない。」ことを理由に、同条4項は「将来における変動が不確実な事項」を含まない、としたのであるが、この論理は、①文言の形式的な違いがそのまま文言の意味内

容の違いとなるとの素朴な文言解釈か、あるいは、②消費者契約法4条1項2号の適用と、同条1項ないし2項の適用が互いに排他的であることを暗黙の前提とした反対解釈をとったか、どちらかであるとしか考えられない。

まず、①は、上記のように「重要事項」を拡張して解釈すべきとする興味深い下級審裁判例が多く出ていることからしても、最高裁判所が示す法解釈として十分なものとは言い難いように思われる。

また、②についても、その前提は無条件に正しいものなのであろうか。消費者契約法4条は、まず、同条1項2号によって、「将来における変動が不確実な事項」に関する断定的判断の提供も禁止しており、かつ、「将来における変動が不確実な事項」が「重要事項」にあたる場合には、同条1項1号や2号によって、これについての不実告知や不利益事実の不告知を禁止している規範であると考えられることのできるものであり、本最判のような反対解釈が論理必然的なものではない^{*9}。

元来、断定的判断の提供は、当事者間の交渉力格差の解消のため設けられた規定であり、不実告知・不利益事実の不告知は情報格差の解消のため設けられた規定であることからすれば、将来における変動が不確実な事項について、その判断の基礎となる情報格差の解消、すなわち「利益を告知するならば不利益を告知せよ」という要請は、「断定的な判断を提供するな」という要請と並んで、なお意味を失っていないのではあるまいか。前者の要請は、少なくとも、後者に完全に包摂されてしまうことはないと考えられる。また、上記述べたような消費者契約法の立法趣旨からすれば、できる限り適用範囲を広げるべきという要請がはたらくといえよう。

いずれにしても、「重要事項」についての本最判の解釈論及び理由付けはいささか形式的に過ぎ、今後、さらに、「質」「用途」「その他の内容」の解釈論がおしすすめられるべき余地は大きいように思われる^{*10}。

(2) 私見

以下に私見を述べる。

先物取引においては差金決済によって損得が生じるのであるから、対象商品の将来の価格変動の有無及び程度は、当該取引のリスクの有無

及び程度を示すものであり、消費者契約の目的となるものの「質」に当たる。

この「質」という概念は、対象となる商品や役務の性質や種類によって異なってくる^{*11}。例えば、単に果物屋でリンゴを買う人にとってみれば、リンゴの「質」は、その色や産地や甘さであって、その将来価格の変動などではない。しかしながら、投資商品という「目に見えない」商品にとっては、消費者にとって、将来元本が返ってくるのかどうか、どのくらいの可能性で損(得)をするのか、どの程度の損(得)をするのか、すなわち商品のリスク(価格変動リスク、為替リスク、流動性リスク、信用リスク等さまざまなものが考えられよう)の有無及び程度は、その商品の核心といってもよい極めて重要な「質」を形成する^{*12}。例えば、金融商品の「元本欠損のおそれ」については、いわゆる限定列举説に立つ立場ですら、重要事項であるとしている^{*13}。このことは、金融商品販売法における説明義務(金販法3条)の内容をみても明らかである。この「元本欠損のおそれ」は、まさに「将来における変動が不確実な事項」ではないだろうか。元本欠損のおそれを左右する事実を故意に告げないことは、重要事項に関する不利益事実の不告知となろう。

そうすると、本件における金の将来における価格変動は、先物取引のリスクとして重要事項としての「質」に当たるものであり、価格高騰の見込みだけを告げて、暴落要因となる具体的事実について故意に告げないことは、消費者の契約締結判断に影響を及ぼすものであるから、不利益事実の不告知にあたるものと解すべきである。

また、上記1(2)で挙げたような裁判例が出されていることから、将来の価格変動を、契約締結を必要とする事情や契約の動機と位置づけるアプローチも有効であると思われる。消費者は、「将来的に価格が高騰すると見込まれる」商品の先物取引を委託するのであって、これは、例えば原野商法二次被害事案における「土地の売却可能性」と同様に、契約の目的となるものの「用途」「その他の内容」を構成し、4条4項の重要事項にあたるものとするのである。

第4 結論

本最判の結論及び理由付けについては、上記のとおり疑問を呈さざるを得ない。金融商品、投資商品の勧誘行為についての消費者契約法の適用については、金の価格のような将来の変動事項についても、「質」としての「価格変動リスク」や、「用途」「その他の内容」としての「将来的な価格高騰の可能性」と位置づけなおして、やはり重要事項にあたるものとの立論を行っていくことは可能であるし、また、消費者契約法4条4項の「重要事項」をより広く解釈すべきという基本的方向としても妥当であろうと思われる。

*1 金融・商事判例1285号53頁

*2 金融・商事判例1285号44頁、判例時報2017号85頁

*3 金融・商事判例1341号14頁(速報)、同1344号14頁、判例時報2075号32頁、判例タイムズ1321号88頁

*4 これらの説の詳細については、野々山宏、「契約の動機と考えられる事項を、消費者契約法4条4項の『重要事項』に当たるとした判決…名古屋地判平21・12・22 平成20年(ワ)第6505号事件」『Oike library No.31』23頁等を参照されたい。

*5 神戸簡判平成16年6月25日、大阪簡判平成16年10月7日(なお、いずれも兵庫県弁護士会消費者問題判例検索システム <http://www.hyogoben.or.jp/hanrei/>)

*6 大阪高判平成16年4月22日(消費者法ニュース60号156頁)

*7 名古屋地判平成21年12月22日、なお、野々山宏、前掲書22頁。

*8 同旨、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編、〔第2版〕コンメンタル消費者契約法、92頁

*9 なお、判例時報2075号34頁ほかは、消費者契約法4条1項2号が「あえて断定的判断の提供に当たる場合に限って取り消しを認めたこと」から、本最判の結論を是認するようである。しかしながら、同法が、将来の不確定な事項について「断定的判断の提供に当たる場合に限って取り消しを認めた」といえるかがまさに問題なのであり、トートロジーに陥っているように思われる。

*10 なお、本最判の解釈論の根拠とされているであろう政策的考慮にも疑問が残ると指摘するものとして、宮下修一、「消費者契約法4条の「重要事項」の意味－最高裁判所平成22年3月30日判決を受けて－」、『国民生活研究』第50巻第1号、80頁

*11 なお、前掲判例時報90頁ほかは、物品についての「デザイン、重量」などを列挙して、将来の金の価格が「質」にあたるかどうかは文言上無理があるなどしているが、本件が投資商品であるという特質を考慮していないように見受けられる。

*12 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編、「金融商品取引被害救済の手引き 五訂版」、68頁

*13 消費者庁企画課編、「逐条解説消費者契約法〔第2版〕」、120頁。なお、潮見佳男「消費者契約法：金融商品販売法と金融取引」37頁も、「当該取引が当該消費者にとってどれほどリスクを伴うものであるか」については、立案担当者の考えでは物品・役務の「質」に当たるようである、とする。

倒産解除特約の有効性

弁護士 北村 幸裕

第1 倒産解除特約とは

1 定義

倒産解除特約とは、当事者の一方につき、支払停止の状態に陥り、破産、民事再生、特別清算、会社更生等の申立てを受けた、又は自ら申し立てたときに、他方当事者が、本契約を解除することができるとするものである。一般的には無催告解除を認める規定にする場合が多い。

2 当該特約の効果

相手方に信用不安が生じた場合、継続的な契約関係が維持されるとすると、売掛金の回収が困難になる等のリスクが生じるが、当該条項により早期に契約関係からの離脱が可能となるため、このようリスクを回避することが出来るのである。

具体的には、継続的な動産取引、すなわち、継続的な売買・リース等の取引において採用されることが多いと考えられる。なぜなら、価値の下落が大きい動産の取引では、買主(ユーザー等)が倒産の危機に直面した場合、解除によって、当該動産自体を手元に戻すことが出来ることになり、競売手続を経ず動産の引渡を可能とするのと同じ効果が求められるからである(担保的効力)。

競売手続を経ない点で、動産先取特権よりも簡便であることから、この担保的効力が、実際の取引実務上は重要視されていると考えられる。

3 問題点

ところが、倒産解除特約に基づく担保的効力が認められると、本来であれば、倒産手続において処理されるべき動産を、解除を原因として、一部の債権者が優先的に奪取する効果を有することになる。契約自由の原則があるとしても、当事者間でこのような倒産手続の趣旨を潜脱するような効果を有する合意をすることが可能なのか、というのが、倒産解除特約の有効性の問題点である。

第2 判例

私が調査した限り、公刊物に掲載されている判例は、決して多くはなく、継続的な動産取引に関する最高裁判決に限っていえば、以下の2つに限られる。

最高裁判決においては、個々の事案における特約の有効性が問題となっているために、問題となった解除原因となる倒産手続が事案によってそれぞれ異なっている。以下の判例では、その点を意識して整理した。

1 最高裁昭和57年3月30日判決民集36巻3号484頁

(1) 事案の概要

契約形態は、トラッククレーンという動産の所有権留保付の売買契約であり、問題となった倒産手続は、「会社更生手続開始の申立て」であった。

(2) 判旨のポイント

倒産解除特約の効力を否定した。

その理由は、「債権者、株主その他の利害関係人の利害を調整しつつ窮境にある株式会社の事業の維持更生を図ろうとする会社更生手続の趣旨、目的を害するものである」として、事業の維持更生の点を重視したものであった。

2 最高裁平成20年12月16日判決民62巻10号2561頁

(1) 事案の概要

契約形態は、いわゆるフルペイアウト方式によるファイナンスリース契約であり、問題となった倒産手続は、「民事再生手続開始の申立て」であった。

(2) 判旨のポイント

当該事例においても、倒産解除特約の効力を否定した。

その理由は、「民事再生手続開始の申立てがあったことを解除事由とする特約による解除を認めることは、このような担保としての意義を有するにとどまるリース物件を、一債権者と債務者との間の事前の合意により、民事再生手続開始前に債務者の責任財産から逸出させ、民事再生手続の中で債務者の事業等におけるリース物件の必要性に応じた対応をする機会を失わせることを認めることにほかならないから、民事再生手続の趣旨、目的に反することは明らかというべき」として、民事再生手続前に、責任財産を逸失させ、同手続内で物件の必要性に応じた対応を困難にするという点を重視したものであった。

3 小活

以上のとおり、上記判例は、会社更生・民事再生という、いわゆる債権型手続の場合の倒産解除特約の有効性を否定している。

その一方、動産取引において、破産申立等の清算型の手続を解除原因とすることが問題となった最高裁判決はない。

なお、清算型手続については、賃貸借契約における倒産解除特約の有効性が問題となったケースは存在する(最高裁昭和43年11月21日民集22巻12号2726頁)。しかし、賃貸借契約は、継続的な契約ではあるものの、動産取引で問題となる「倒産手続の趣旨の潜脱」という点はさほど問題とはならないため、専ら賃借人の生活の根拠となる契約であるという視点からその有効性が検討されている。

そのため、賃貸借契約の判例の射程は、動産取引には及ばないと考えるため、ここではあえて詳細は割愛する。

第3 学説

一方、学説については、以下のとおり、大きく分けて2通り存在する。

1 再建型の手続に限って無効とする説(A説)

まずは、解除が主張された契約の目的物が、事業再建に不可欠であるという点を重視して、再建型手続を開始した当事者の事業再建の観点から、再建型手続に限って倒産解除特約を無効とする。この説は、契約の目的物が事業再建に不可欠である点を重視しているものであるから、例えば、契約の目的物が事業再建に無関係である場合は、再建型手続であっても、倒産解除特約の効力を肯定する可能性が論理的には成り立ちうる。ただし、事業再建に無関係な物件については、解除特約の有効性が争われる可能性が乏しいため、事実上、このような物件が問題となることは極めて例外的なものと推測される。

2 再建型及び清算型手続いずれも無効とする説(B説)

この説は、倒産手続き全てについて、倒産解除特約の有効性を否定するものであり、無効とする理由づけが異なることから、2説に分類できる。

(1) 第1説

取戻権を発生させて、一部の債権者が完全な満足を受けることを防止することを重視する説である。すなわち、この説は、倒産手続きにおける債権者の公平にその主眼が置かれている。

(2) 第2説

双務契約の解除権を管財人に認めて、債務者の利益を図ることとした清算型手続の趣旨を無

にしないことを重視する説である。これは、倒産手続きは、債務者の利益のため、管財人がイニシアティブを持つべきであり、この管財人のイニシアティブを無にするような合意は認められないというものである。

第4 判例解釈を踏まえた私見と実務対応

あくまでも私見であるが、上記最高裁判例、特に上記平成20年判決については、その射程は、B説の第2説と同様、再建型だけでなく清算型手続きにも及ぶと考える。

これは、上記の平成20年判決の調査官解説にもあるとおり、当該判決において、その理由づけの中で、「民事再生手続の中で債務者の事業等におけるリース物件の必要性に応じた対応をする機会を失わせることを認めることにほかならない」(下線筆者)として、事業再建という点ではなく、「対応する機会」という倒産手続きにおける債務者側(管財人含む)のイニシアティブを重視していると読めるからである。

したがって、今後は、上記平成20年判決を根拠として、継続的な動産取引において、倒産解除特約の有効性は否定されるものと予想される。

実務上、継続的な動産取引に関する契約書においては、倒産解除特約は、ポイラプレート条項として、特段の考慮なく記載されるものと推測される。上記判例の趣旨からすると、今後、倒産解除特約は契約書雛形から削除すべきであり、動産取引当事者は、解除以外の方法で、相手方の信用不安に関するリスクヘッジをする必要があるだろう。

介護事故4-転倒③その他の事例

弁護士 井上 博隆

1、はじめに

今回は、前々回の利用者が介護を拒否して転倒した事例、前回の利用者が介護者の待機指示に従わず転倒した事例に続き、これらの事例以外の転倒事例を取り上げる。

2、裁判例

裁判例としては、別表の通り、4例ある(裁判例の番号は前回の続き番号とする)。

7は、ローレーターという歩行補助具を使用して病室内を歩行していて転倒した事例、8は、医院の送迎バスから降車して帰宅する際に転倒した事例、9は、ポータブルトイレの容器を洗おうとして汚物処理場に入ろうとして転倒した事例、10は、車いすに乗っていたところ、他の入所者から押されて転倒した事例である。

いずれも骨折事故であり、8、9、10は大腿部頸部骨折事故であり、8、10は死亡している。

3、過失

(1) 原告の主張と判決

原告は、7では、歩行補助具の説明・指導義務と事後措置義務を、8では、転倒時の転倒防止義務を、9では、転倒のきっかけとなったポータブルトイレの定時清掃義務と工作物責任を、10では、人員配置義務と転倒時の転倒防止義務と施設の事後措置義務と事故後診療した病院の迅速適切診療義務を、問題とした。

判決は、7については過失を認めず、8は転倒防止義務違反を、9では定時清掃義務違反を認め転倒との間に因果関係があるとし、また、工作物責任を認め、10では転倒防止義務違反を認めた。

事後措置義務や病院の診療義務違反は否定されている。

(2) 転倒より前の過失

ア 7と9の事例は、1、2の事例や8の事例等のように、高齢者の移動の際に見守りや介助を要したのではなく、判断能力にも問題はなかった事例である。

このためか、7、9の事例では、転倒の際の注意義務は問題とされていない(但し、9では工作物責任を問題としている)。

イ 7では、別表記載の通り、歩行補助具の説明指導義務違反を否定している。ただ、判決文によると、利用者は、ローレーターの足元の広がった部分を考慮しないで回るため、キャスターが壁などに引っかかってしまうのに、それにもかかわらず強引に力任せに押ししていたことがあったことを認定しており、転倒時の状況によっては、説明指導義務違反が認められることがあるのではないかと考えられる。

ウ 9では、別表記載の通り、施設の介護マニュアルにはポータブルトイレの定時清掃が決められており、介護ケアサービス契約に基づくポータブルトイレの定時清掃義務を認めた。

そして、居室内のポータブルトイレの汚物が廃棄・清掃されないため利用者が自分で捨てに行ったことについて、利用者が不自由な体ながら自分で処理・清掃したいと考えるのは当然であるとして、定時清掃義務違反により転倒・傷害の結果が生じたとして、結果との間に相当因果関係を認めた。前々回の1の事例と同様に施設、病院側の債務不履行が誘因となって転倒した場合に因果関係を認めている。

また、施設側のナースコールをすれば職員が廃棄・清掃したとの主張に対し、職員が直ちに且つ快く処理していたか不明であるとして、相当因果関係を否定しなかった。

9では、判決は、別表記載の通り、工作物責任も認めており、施設側にソフト面、ハード面の両方において、身体機能の劣った状態にある高齢者のための施設としては、問題であったケースといわざるを得ない。

9では、別表記載の通り、「夜間はポータブルトイレ使用」が指示されていたが、厚生労働省の福祉サービスにおける危機管理に関する検討会「福祉サービスにおける危機管理(リスクマネジメント)に関する取り組み指針～利用者の笑顔と満足を求めて」(平成14年)の(別紙2)1転倒では、ベッドからポータブルトイレへの移乗時の転倒が指摘されており、対応策として、「夜間の巡回を頻繁に行ったり、ポータブルトイレを廃止して、トイレのときは職員が必ず介助して、あとはおむつで対応する、利用者の行動能

力の再確認を行うなどが挙げられています。」とされており、今後は、この指示自体の過失も問題となりうると考えられる。

(3) 転倒の際の過失

ア 判決は、8、10では、転倒の際の転倒防止義務違反を認めている。8は自立歩行の際の転倒事故である。10は車いすに乗っていて他の入所者から押されて転倒した事例であって、やや特殊な事例である。

しかし、判決文を見ると、予見可能性、結果回避可能性の判断に共通するものがある。

イ 予見可能性

8では、別表記載の通り、一般的に高齢者は転倒・骨折しやすいこと、利用者は貧血状態・体重減少傾向にあり、転倒し骨折しやすい状態にあったこと、事故現場は転倒しやすい場所であったことから、転倒・骨折の予見可能性を認めている。

10では、別表記載の通り、1審では、Bの心身状況からAを車いすから落とすほどの強い有形力の行使は考えがたいこと、車いすはたやすく落下するほどの構造ではないことから予見可能性を否定した。しかし、2審では、Bが重ねて直接Aの身体に有形力を行ってしており、今後も同様の行為を予測できたこと、職員に対しても暴力的行為をしていたこと、Bは腕力が強いことに対して、Aは身長体重とも小柄であったこと、Bの行動を避けるため身体をずらしたりすると車いすの前方へ落下することは十分あり得るとして、予見可能性を認めている。

いずれも、一般的な高齢者の身体状況だけでなく、利用者の身体状況や環境状況を具体的に認定して予見可能性の判断をしている。

車いすからずり落ちやすいことは筆者も経験しているところであるが、前記厚生労働省の福祉サービスにおける危機管理に関する検討会の指針の(別紙2)1転倒にも、車いすの場合、「ベルトの閉め忘れ等による転倒(ずり落ち)」が指摘されている。

ウ 結果回避可能性(常時監視義務があるか)

8では、別表記載の通り、転倒事故防止のために、利用者の移動の際には、常時目を離さずにいることが可能となるような態勢をとるべき契約上の義務があるとし、その例として、利用者がバスを降車して移動する際に目を離さない

ように指導すること、それが困難であれば、職員を増員する等をあげている。

10では、別表記載の通り、1審では常時監視義務はないとして結果回避可能性を否定したが、2審では、Aを他の部屋や階下に移動させるなどして、Bから引き離し接触できない措置が講じられたとして結果回避可能性を認めている。

8では、前々回の5で指摘したとおり、介護士の不法行為責任ひいては医院の使用者責任を否定、すなわち、介護士の常時監視義務を否定し、医院の債務不履行責任、すなわち、常時目を離さずにいることが可能となるような態勢をとるべき契約上の義務を認めている。

これは、医院に、足場が悪いとき等の場合に、契約上の、降車時から自宅に戻るまでのごく短時間の常時監視措置義務を認めたものであると考えられる。判決文から考えると常時監視義務と重なるところが多い。

しかし、送迎契約上、家族に出迎えてもらうことを決め、出迎えた家族に利用者を引き渡すことによっても結果回避義務を免れることができるのではないかと考える。本件では、家族が迎えに来なかったことは過失相殺の理由にならないと判断しているが、送迎契約に家族が迎えに来ることを契約条件としておけば、このことは矛盾しないと考える。

10では、前回6の裁判例と同様、1審は常時監視義務を否定したが、2審では常時監視義務を否定しつつも、転倒の結果発生を比較的容易に防ぐ措置義務を認めている。

概して、常時監視義務違反が争点となりやすいが、今後は、前回の6にも記載したように、常時監視義務ではなくて、常時監視しなくても結果が比較的容易に回避できる方法が無かったかが争点になると思われる。

4、転倒と死亡との因果関係

前回の6の事例では、転倒と死亡との因果関係を事故後の種々の傷病から否定した。

8の事例では、前々回2に記載したとおり、高齢者は、一般に転倒により骨折→長期臥床→肺機能低下・誤嚥→肺炎→死亡の経過をたどることから因果関係があると判断している。今後もこのような経過をたどるケースでは因果関係が認められると考えら

番号	判決	事故年月	訴訟の結果	事故の概要	施設の種類
7	東京地判 H10.2.24 判タ1015 222	H6.11	過失無し。 病院に対して、選択的に債務不履行責任、不法行為責任を求める。 0円。	81歳、女性 自立歩行訓練中、病室内でベッドとベッドの間に、歩行補助具であるローレーター（判決の認定では4輪）とともに横転、左上腕骨頸部骨折。当日は、三角布（エアバックがなかった）による骨折部固定、翌日から1週間エアバックによる固定、その後、三角布による固定。17日目から尿路感染症に誤嚥による呼吸器感染症を併発し重度感染症、心不全等。半年後退院したが、骨折部は接合せず、歩行機能も失った。	医療法人(病院)
8	東京地判 H15.3.20 判時184 0.20	H11.12	過失有り。 過失相殺4割。 医院に対し、選択的に債務不履行責任、不法行為責任(医院自体、又は介護士の過失に基づく使用者責任)を求め、債務不履行責任を認め、不法行為を否定(契約上の義務違反に過ぎず、不法行為が成立するとまではいえない)。 686万6145円	78歳、男性 デイケアから帰宅した際、医院の送迎バスを降り(歩道の一部は舗装されていなかった)、介護士(送迎は介護士1人がしていた)が踏み台を片づけ、ドアを閉めて施錠する作業をしている間に、舗装部分と未舗装部分の境目付近で、転倒して右大腿部頸部骨折、誤嚥性肺炎併発、4か月後に死亡。	医院(小規模精神科 デイケア承認施設)
9	福島地白 河支部H1 5.6.3	H13.1	過失あり、 工作物責任あり。 過失相殺認めず。 法人に対し、選択的に債務不履行責任、工作物責任(民法717条)を求め、両方を認める。 537万2543円。	95歳、女性。 自室のポータブルトイレの排泄物を捨て、容器を洗おうとして施設内の汚物処理場に入ろうとした際、仕切り(高さ87mm、幅95mm)に足をひっかけ転倒、右大腿部骨頸部骨折、骨接合術。入院68日、通院31日。下肢筋力低下の後遺症(14級にまでの後遺症には該当しない)、一人で歩くことが不自由となった。事故後要介護3。	社会福祉法人(介護 老人保健施設)

事故以前の状況	過失についての争点と裁判所の判断
<p>約3年前に膝を骨折。21日前に自宅で椅子から立ち上がる際に転倒、腰を強打、入院。ローレーターを使って監視付で歩行訓練、8日前からローレーターで自力歩行。7日前にもローレーターとともに横転、両膝・右手を打った(怪我無し)。その後、腰痛などは軽減傾向、T字杖を使って歩行訓練、喫煙のためローレーターを使って自力で病棟ロビーを往復していた。</p>	<p>(過失)</p> <p>① ローレーターの使用方法等の説明・指導義務→×。ローレーターは形状から考えて使用方法は容易に認識できる。看護師、理学療法士の説明指導があった。医師の訓練開始の判断も誤りはない。転倒しやすいローレーターを使用したこともない。一度転倒した後、引っかかったベッドのストッパーをたたむなど室内の障害物を除く措置が採られていた。</p> <p>② エアボックスによる固定義務→×。エアボックス固定から三角布固定に変えたのは、本人が痛みを訴え、無意識で骨折部を動かすため、そのままでは転位が進むおそれがあったためであり、三角布による固定でも固定になっている。感染症後に転位が発見されたが、感染症のため手術ができない状態であったので、骨折部が接合できなかったことは、過失といえない。</p> <p>③ 感染症対策義務→×。病院は感染症を罹患させるような衛生状態ではなかった。不整脈等発生後直ちに抗生剤投与しており、遅れはない。</p>
<p>利用者は、アルツハイマー型老年性痴呆と診断され、せん妄の症状があり、土日祝日以外はほぼ毎日精神科のデイケアを受けており、通院する場合、介護に従事していた医院の介護士が医院のバスにより送迎。</p> <p>自立歩行は可能であった。送迎の際、付き添って見守っていたが、手を貸す必要はなかった。</p> <p>簡単な話は理解でき、起立しているようにという指示を理解でき、そのようにできた。ヘモグロビンが9.0g/dlとなり貧血状態であり、体重も39kgで減少傾向にあった。</p>	<p>(医院の送迎契約上の注意義務)診療契約と送迎契約が一体となった無名契約に付随する信義則上の義務として、送迎するに際し、生命、身体の安全を確保すべき義務を負担している。</p> <p>(過失)</p> <p>一般的に高齢者は転倒しやすく、骨折しやすい。本件では、貧血状態であって、体重も減少傾向にあり、些細なきっかけで転倒しやすく、転倒した場合は骨折を生じやすい身体状態にあった。事故現場は、一部未舗装の足場の良い場所ではなかった(転倒の予見可能性)。→本件利用者の移動の際には、常時介護士が目を見守り、転倒を防ぐための措置を容易に行うことができた。(結果回避可能性)</p> <p>医院としては、介護士に対して、利用者が、送迎バスを降車して移動する際に目を離さないように指導するか、それが困難であれば、職員を1名増員するなど、転倒事故を防ぐための措置を容易に行うことができた。(結果回避可能性)</p> <p>(因果関係)一般に、高齢者の場合、骨折による長期の臥床により肺炎を併発することが多い。肺炎を併発した場合、加齢に伴う免疫能の低下、骨折(特に大腿部頸部骨折)、老年性痴呆等の要因があると予後不良とされており、医院の注意義務違反と死亡との結果に相当因果関係がある。</p> <p>(過失相殺)中程度の痴呆状態が認められるが、自立歩行ができ、指示が理解し判断できたので、利用者の不注意によって生じた。</p> <p>医院は、家族がバスまで迎えに来るなどしなかったことも過失相殺の理由にあげられているが、医院が送迎も行っていると聞いたからこれを申し込んだのであって、これを過失相殺の対象とすることはできない。</p>
<p>要介護3、その後の調査で2。ケアプラン「以前骨粗鬆症があり下半身の強化に努め転倒にも注意する必要がある。」、ケアチェック表「夜間はポータブルトイレ使用」。</p> <p>介護マニュアルにはポータブルトイレの清掃は朝5時1回、夕4時1回行うとされていたが、十分に守られておらず、清掃がされていないときは、利用者が自分で捨てに行っており、職員に頼むことは遠慮していた。</p>	<p>(債務不履行)</p> <p>施設は、介護ケアサービス契約に基づき、ポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務があった。居室に置かれたポータブルトイレの中身が廃棄清掃されないままであれば、不自由な体であれ、老人がトイレまで運んで処理・清掃したいと考えるのは当然であり、事故との間に相当因果関係がある。</p> <p>施設は、自ら処理する必要はなく、ナースコールで介護職員に連絡して処理してもらうことができたはずであると主張するが、介護マニュアルが遵守されていなかった状況を考えると、清掃を頼んでも、職員が直ちに且つ早く処理していたか不明であり、定時清掃の義務違反と事故との間に相当因果関係がある。</p> <p>(工作物責任)</p> <p>身体機能の劣った状態にある要介護老人の入所施設であるから、その特質上、移動、施設利用等に際して、身体上の危険が生じないような建物構造・設備構造が特に求められている。本件処理場の構造は、下肢の機能の低下している要介護老人の出入りに際して転倒等の危険を生じさせる形状の設備である。</p> <p>(過失相殺)過失相殺を認めるべき事情は認められない。</p>

番号	判決	事故年月	訴訟の結果	事故の概要	施設の種類
10	大阪高判H19.6.29賃金と社会保障1431.41、神戸地姫路支部H17.6.27賃金と社会保障1431.57	H14.11	1審過失なし、2審社会福祉法人に過失あり、病院に過失なし。 社会福祉法人に債務不履行責任(安全配慮義務違反と事後の適切な処置義務違反)、治療をした病院に債務不履行責任(迅速・適切な治療義務違反)を求めた(控訴審で両者に対して選択的に不法行為責任も求めた)が、1審は両方否定、2審は社会福祉法人の安全配慮義務違反を認める。 社会福祉法人に1054万5452円、病院に0円	93歳、女性。 利用者Aが、前の利用者Bの迎えが来ないため予定の部屋に入れず、2階デイルームで車いすに座っていたところ、B(92歳、女性、認知症、要介護3、自立歩行はできず杖を使うか伝い歩きはできた、暴言暴力的行為あり)が、Aの使用していた車いすをBの物と勘違いして、Aを背後から押し、Aはその勢いで転倒(車いすは倒れていない)、左前頭部打撲の様子で血がにじんでいた。 当日病院医師の往診を受け、翌日頭部のX線、CT検査、脚部は痛みの表情などが無く骨折等の異常なしと判断し、頭部外傷Ⅱ型と診断。5日後Aが歩けないので大腿部等X線検査等をしようとしたが、Aが暴れるなどしたため、撮影中止、大腿部のX線は撮影できていたが、膝のX線はできず、脳神経外科医が骨折無いと判断。 10日後、脳神経外科医の指示で受診、整形外科医が左大腿部頸部骨折と診断。人工骨頭置換術、術後感染、再手術、約4ヶ月後退院、事故後1年10月後死亡。	社会福祉法人(特別養護老人ホーム、ショートステイ)

れる。

5、人員配置基準

10の事例では、十分な職員配置義務が争点となっており、2審では介護保険法等の関連法令に違反していないことから、直ちに違法なものとはいえないとしながら、利用者に十分な配慮・対応ができず、その結果、安全配慮義務違反が生ずる結果となったとの事情の一つとして考慮されることはあり得ると判断している。

介護保険法等の人員配置基準は、「介護職員及び看護職員の総数は、常勤換算方式で、入所者の数が3又はその端数が増すごとに1以上とすること」等(指定介護老人福祉施設の人員、設備及び運営に関する基準第3条)と規定しており、人数は「以上」とし、ま

た、その技量等は規定していないので、最低限の員数を満たしていたとしても、当然には安全配慮義務違反を免れないことは、この基準からいっても明らかであると考えられる。

6、施設・医療機関の送迎に関する責任

8の事例では、被告が送迎料金が実費程度であったことを理由として自己と同一の注意義務しかないと主張したことに対して、別表記載の通り、医院は、診療契約と送迎契約が一体となった無名契約の付随する信義則上の義務として送迎する際の、生命身体の安全を確保すべき義務があるとする。

しかし、診療・サービス契約と送迎契約が一体となった契約ではなく、別個の契約であったとしても、心身の虚弱な高齢者を送迎する場合には、実費程度

事故以前の状況	過失についての争点と裁判所の判断
<p>Aは認知症により要介護3、その後5。 Aは移動の際車いすを使用していたが、第三者の介助を得れば自立歩行可能。 デイルームは1時間に1回くらい職員が見回りをしていた。 デイルームはBの部屋と廊下を隔てて面しており、壁で仕切られていなかった。 事故当日、事故前3回、BがAの使用している車いすをBの物と勘違いして、Aの車いすを揺さぶったり、Aの背中を押ししたりしていたのを介護職員が見つけ、その都度、Bを自室へ戻らせていた。 午後8時15分の事故。当時、約70名の入居者があり、3名の介護職員が勤務していた。一人は空調の調子がよくなく確認に、一人はゴミ捨てに階下に、一人は他の入所者のおむつ交換をしていた。 本件は、従前からAがたんこぶや青あざを作って帰ってきたこと等があり、これについて法人から説明がなかったため、本件の際に、家族が不信感を抱いて警察に被害届を出し、捜査されていた。</p>	<p>(安全配慮義務) ①十分な職員配置義務違反 →(1審)×。他人を害するおそれのある者を多数入所させている施設でないから、単に職員数が少ないというだけで安全配慮義務違反とはならない。 (控訴審)×。介護保険法や老人福祉法その他の関連法令に違反しておらず、直ちに違法なものとはいえない。但し、この人員配置の結果、利用者に十分な対応などができず、安全配慮義務違反が生じた事情の一つとして考慮されることはあり得る。 ②利用者の生命身体への安全配慮義務違反 →(1審)×。(予見可能性)×。BがAに同様の行為をすることが予見できたが、Bの心身の状況を考えるとAを車いすから落とすほど強い有形力を行使するとは考えがたい、車いすはたやすく落下するような構造ではないから転倒させてけがさせることは予見できなかった。(結果回避可能性)×。入所者の行動を常時監視するような義務はない。 (控訴審)○。(予見可能性)○。i、BはAを揺さぶったり押ししたりして有形力を行使していた。職員の説得に納得せず継続して同様の行為を行うことが予見できた。 ii、Bに暴言暴力的行為があり、職員も承知していた。 iii、Bは自立歩行はできなかったが若いときから肉体労働をしていて腕力が強く、つかまり立ちすれば手を使うことができ、一方、Aは140cm33kgの小柄な体であり背中を押ししたりすれば、これを避けようとして身体をずらしたりすると、前方へ転落するすることは予見可能であった。 (結果回避可能性)○。職員としては、Bを自室に戻るように説得するだけでは足りず、Aを他の部屋や階下に移動させるなどして、Bから引き離し、接触できないような措置を講じてAの安全を確保して事故を未然に防止するべきであった。 ③社会福祉法人の適切処置義務違反→(1審)×。適切であった。 (控訴審)判断せず。 ④病院の適切な診断義務違反 I、事故翌日足のX線検査もすべきであった。 →(1審)(控訴審)×。痛みを訴えることができたのに訴えておらず、医師が不必要と判断したことは無理からぬこと。 II、5日後骨折の可能性を念頭において診察する義務 →(1審)(控訴審)×。なし得る範囲のことは行った。強制力を用いてX線検査を行うべき義務はない。</p>

であれ料金を徴収しており、サービス・診療行為と密接な関係にある送迎を行っている施設・医療機関には、善良な管理者の注意義務があるのではないかと考えられる。

前回3の事例で、ボランティアにも善良な管理者の注意義務は存在すると判決されていたが、この3の事例では、善良な管理者の注意義務を負うと認めながら「障害者の身を案ずる身内の人間が行う程度の誠実さをもって通常人であれば尽くすべき注意義務で足りる。」として、注意義務の程度を軽減する判断をしているが、施設・医療機関の送迎の場合には、前記の理由から、通常の善良な管理者の注意義務が存在すると考える。

但し、前記3(3)ウ記載の通り、送迎契約の契約内容として、施設・医療機関と家族・本人との間で、

責任の範囲を契約で取り決めることは可能ではないかと考える。

欠陥住宅に居住することの 「利益」はあるか

弁護士 長谷川 彰

1 はじめに

購入した建物や建築を注文してできあがった建物の瑕疵が重大で、安全性を欠いた欠陥住宅であった場合、建物の建て替えに要する費用相当額を損害賠償請求することになる。これに対し、建売業者や建築請負業者から、買主や注文者(以下、買主らという)が、当該建物に居住していたという利益(居住利益)や買主らが当該建物を建て替えた場合、新しい建物の耐用年数が長くなるという利益(耐用年数伸長利益)があるので、その分は損害額から控除すべきであるとの主張がなされる。

この論点について、最高裁が平成22年6月17日に、いずれも損害額から控除すべきではないとの判決を下したので、その概要を述べる。

2 これまでの下級審裁判例・学説

(1) 居住利益について

- ① 損害額から居住利益を控除することを肯定する判決例

京都地判H12. 11. 22

「本件建物は、建築当初から建て替えが必要な建物であったというべきであるから、その価値は零に近いというべきであるが、完成以来今日まで約6年9ヶ月にわたって倒壊、大きな傾き等の重大な支障なく原告の居宅としての役割を果たしてきたことに鑑みると、少なくともその使用利益相当額の価値を有していたものと認めるのが相当」として、建物使用利益を月額5万円と認定し、その81ヶ月分405万円を損害額から控除した。

京都地判H13. 8. 20

「本件建物には、前記の通り本件欠陥があるものの、それにより原告らの生命・身体や財産に対する具体的な被害が現実に発生したものと認められない。また、本件建物は、本件欠陥があることにより、現在これに居住する原告らが直ちに退去し、これを撤去して建替えなけれ

ばならないほどの具体的な危険がある状態であるとまでは認められず、むしろ、原告らは依然としてこれに居住しており、それなりの経済的な価値があることもまた否定し得ないというべきである。そうすると、このような場合には、本件欠陥により原告に現実に発生した損害として、建物を撤去して新たに再築する費用分の損害を認めることはできない」

名古屋地判H20. 11. 6(今回の最高裁判決の第1審)

「原告らは、平成15年5月31日に本件建物に入居し、以後、少なくとも5年4ヶ月余の期間に渡り、本件建物に居住し、使用について目立った障害もなく、使用を継続し、居住の利益を享受しているところ、かかる原告らが享受した居住の利益は、少なくとも、原告らの附帯請求である遅延損害金に見合う程度に達しているものと推認されることからすれば、公平の原則に照らし、本件口頭弁論終結時までの遅延損害金との損益相殺を認めるのが相当である。(もっとも、本件建物の建替費用については、本件口頭弁論終結時における建替費用を算出したものであり、建替費用について当初契約締結時からの遅延損害金を認めなくても、原告らに格別不利益を及ぼすことにはならないというべきである)」

- ② 損害額から居住利益を控除することを否定する判決例

大阪地判H10. 12. 18

「本件建物の売買契約が解除されていない本件にあっては、原告らの居住は本件建物の所有権に基づくものであり、右利益を被告らに返還すべきものとの立論は採用できない」

名古屋高判H21. 6. 4(今回の最高裁判決の原審)

「被控訴人らは、本件売買代金を完済した上で本件建物に居住しているものであることや、本件建物の瑕疵の内容、部位、程度等は、前述の通り、構造耐力についての建築基準法上の基準に適合しない重大なものであり、本件建物は、安全性を欠いた欠陥住宅であるといえるから、被控訴人らは、やむなくこれに居住しているものと推認できること(なお、被控訴人らが本件売買契約を解除しないからといって、この判断が左右されるものではない)等の本件の実事関係の下においては、被控訴人らが本件建物に居住していることにつき、損益相殺の対象と

すべき利益(居住利益)があるとするはできない」

③ 損害額から居住利益を控除することを肯定する学説

瑕疵ある建物について建替費用を認めた場合、注文者は、その請求の時を基準時として建替費用相当額の賠償額を受けられることになる。注文者は、その賠償を受けるまで、その建物の居住し、営業を営むなどしているのであって、瑕疵ある建物の賃料相当額を免れており、その分を居住利益として賠償額から控除すべきとする見解がある(後藤勇「請負に関する実務上の諸問題」(判例タイムズ社、1994年)86頁以下)

④ 損害額から居住利益を控除することを否定する学説

松本克美立命館大学教授は「問題は、瑕疵ある建物が建て替えられて真新しくなった建物を注文者が取得することではなく、そもそも、引き渡されるべきはずの「瑕疵のない建物」がそれまで注文者に引き渡されてこなかったという点にこそある。瑕疵ある建物への居住は注文者にとっての「利益」ではなく、むしろ「不利益」であり、賠償額から控除する問題ではなく、むしろ慰謝料の増額要素とすべき」とされる(立命館法学289号「欠陥住宅訴訟における損害調整論・慰謝料論」)。

同趣旨の学説として山口康夫教授は「注文者は欠陥住宅に好んで居住しているわけではなく、やむなく居住を継続しているのだから、居住していること等を利得として損害から控除する性質のものではない」(「判例にみる請負契約の法律実務」(新日本法規、2006年)271頁)

(2) 耐用年数伸長利益について

この論点についての判決例は、あまり見あたらなかった。控除を肯定した判例を紹介する。

大阪地判H10. 12. 18

「原告らが雨漏りや建物の揺れに悩まされたとはいえ、幸いにも本件建物の倒壊をみることなく現に平成元年から現在まで本件建物に居住してきたことは事実である。そして、原告らにとっても、瑕疵のない建物の価額相当額が不法行為時にさかのぼって回復されるのであるから、原告が本件提訴時において耐用年数の伸長した建物を取得することは瑕疵のない建物価額の回復以上の利益を取得することになり、本来あるべき減価分は控除さ

れるべきである」

3 今回の最高裁判決

(1) 前提となる事実関係

購入した新築建物(鉄骨造スレート葺き3階建て)に、構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵があるため、建替ざるをえない。

購入者は、平成15年5月31日に引渡を受け、以後これに居住している。

(2) 居住利益について

「売買の目的物である新築建物に重大な瑕疵がありこれを建て替えざるを得ない場合において、当該瑕疵が構造耐力上の安全性にかかわるものであるため建物が倒壊する具体的なおそれがあるなど、社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有しないと評価すべきものであるときは、上記建物の買主がこれに居住していたという利益については、当該買主からの工事施工業者等に対する建て替え費用相当額の損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として損害額から控除することはできない」

(3) 耐用年数伸長利益について

「被上告人らが、社会経済的な価値を有しない本件建物を建て替えることによって、当初から瑕疵のない建物の引渡しを受けていた場合に比べて結果的に耐用年数の伸長した新築建物を取得することになったとしても、これを利益とみることはできず、そのことを理由に損益相殺ないし損益相殺的な調整をすべきものと解することはできない」

(4) 宮川光治裁判官の補足意見

「建物の瑕疵は容易に発見できないことが多く、また瑕疵の内容を特定することは時間を要する。賠償を求めても売主等が争って応じない場合も多い。通常は、その間においても、買主は経済的理由等から安全性を欠いた建物であってもやむなく居住し続ける。そのような場合に、居住していることを利益と考え、あるいは売主等からの賠償金により建物を建て替えると耐用年数が伸長した新築建物を取得することになるとして、そのことを利益と考え、損益相殺ないし損益相殺的な調整を行うとすると、賠償が遅れば遅れるほど賠償額は少なくなることになる。これは、誠意なき売主等を利するという事態を招き、公平ではない。重大な欠陥があり危険を伴う建物に居住することを法的利益と考えること及び建物には交換価値がな

いのにて建て替えれば耐用年数が伸長するなど考
えることは、いずれも相当でない」

(5) 考察

① 本判決は、新築建物に重大な瑕疵がありこれを
建て替えざるを得ない場合、買主がこれに居住し
ていた利益を損害額から控除できるかという問題
の立て方をし、社会通念上、建物自体が社会経済
的な価値を有しないと評価すべきものであるとき
は、控除すべきではないとした。すなわち、この
ような建物であっても、「買い主がこれに居住し
ていた利益」自体を否定していない。宮川補足意
見では、「重大な欠陥があり危険を伴う建物に居
住することを法的利益と考えるのは相当でない」
と明確に述べるのと比較しても、やや歯切れが悪
い思いが残る。

松本教授が主張されるように、重大な欠陥があ
り危険を伴う建物に居住することなど、利益ど
ころか、このような安全性を欠いた建物にやむなく
居住させられ不安な日々を送ることは不利益であ
り、慰謝料増額の要素であると考えべきである。

② 本判決が、社会経済的価値を有しない建物を建
て替えて、結果的に耐用年数の伸長した新築建物
を取得することになったとしても、これを利益と
みることはできないと判示した点は、正鵠を射た
と評価できる。

本来の引渡時を基準時とすると、訴訟を経て損
害賠償を受け、瑕疵のない建物を新築すること
によりあたかも耐用年数が伸長したかのように錯覚
するが、建物の耐用年数自体は伸長しておらず、
本来の引渡時点から瑕疵のない建物が新築された
時点までの間は社会経済的には無価値の建物に居
住させられていたにすぎないのである。

③ さて、本判決が「新築建物に重大な瑕疵があり
これを建て替えざるを得ない場合において」とし
た上で、「当該瑕疵が構造耐力上の安全性にかか
わるものであるため」云々と述べていることから、
構造耐力上の安全性を欠かないが、契約内容とは
大きく異なる重大な瑕疵(いわゆる主観的瑕疵)が
ある場合にも、建替までは認容する可能性を読み
とることができるのではないか。しかし、このよ
うな場合には、居住利益の控除は認める余地を残
している。多数意見が真正面から「居住利益」を否
定しなかったのは、このような事例を想定してい
るのかもしれない。

以上

**交通事故の被害者が
自賠法73条1項の定める他法令の
給付に当たる年金の受給権を有する
場合に、政府が同法72条1項
によって填補すべき損害額を
算定するにあたって
控除すべき年金額について
-最判平成21年12月17日
判時2066号49頁**

弁護士 長野 浩三

1 自動車損害賠償保障法(以下、「自賠法」という。)72条は加害自動車の保有者が不明の場合や加害自動車に自賠責保険が付保されていない場合に、政府が被害者救済のため、被害者の請求により、政令で定める金額の限度において、その受けた損害をてん補することとしている。

この填補される損害額については、従前は被害者の過失を考慮し、過失相殺した場合の金額とされていたが、平成19年4月1日以降発生 of 事故については自賠責保険と同様の過失減額の限度で減額する扱いとなった(傷害では7割未満は減額なし、後遺障害では7割未満は減額なし、7割以上8割未満で2割減額等)。

2 この給付について、同法73条1項は、「他の法令による給付との調整等」として、「被害者が、健康保険法(大正十一年法律第七十号)、労働者災害補償保険法(昭和二十二年法律第五十号)その他政令で定める法令に基づいて前条第一項の規定による損害のてん補に相当する給付を受けるべき場合には、政府は、その給付に相当する金額の限度において、同項の規定による損害のてん補をしない。」として他法令に基づく損害のてん補のための給付がなされた場合には自賠法72条の政府補償事業の給付を行わないとされている。

3 標記の最判は、自賠法72条の給付が行われる場合で、被害者に後遺障害等級1級の障害が残った事案において労災保険法に基づく障害年金の給付を受けている場合に、上記73条1項によって控除すべき労

災年金の額の算定に当たって将来分の年金額を控除するかどうか争点となった事案である。

- 4 この点につき、従前の実務は、政府補償事業による損害の填補が各種制度等によっては救済されない場合の最終救済措置であるとの位置づけのもと他法令による給付を受ける場合にはまずそれを損害の填補にあてる扱いとし、将来給付されるであろう年金額の現在額を給付額から控除するという扱いをしてきた。
- 5 本件と同様損害額から控除するものとしては労災年金等の損益相殺の問題がある。最判平成5年3月24日判時1499号49頁は、「不法行為と同一の原因によって被害者又はその相続人が第三者に対する債権を取得した場合には、当該債権を取得したということだけから右の損益相殺的な調整をすることは、原則として許されないものといわなければならない。ただし、債権には、程度の差こそあれ、履行の不確実性を伴うことが避けられず、現実に履行されることが常に確実であるということとはできない上、特に当該債権が将来にわたって継続的に履行されることを内容とするもので、その存続自体についても不確実性を伴うものであるような場合には、当該債権を取得したということだけでは、これによって被害者に生じた損害が現実に補てんされたものということができるからである。したがって、被害者又はその相続人が取得した債権につき、損益相殺的な調整を図ることが許されるのは、当該債権が現実に履行された場合又はこれと同視し得る程度にその存続及び履行が確実であるということができるところに限られるものというべきである。」とし、その存続及び履行が確実であるということができるところとして、「退職年金の受給者の相続人が遺族年金の受給権を取得した場合においても、その者の婚姻あるいは死亡などによって遺族年金の受給権の喪失が予定されているのであるから(法九六条)、既に支給を受けることが確定した遺族年金については、現実に履行された場合と同視し得る程度にその存続が確実であるということができるとはできない。」とし、「支給を受けることが確定した遺族年金の額の限度で損益相殺することができる」とした。具体的には給付が確定した事実審の口頭弁論終結後1、2ヶ月後に支給される分までが控除の対象となる(この点、将来分も履行確実だから平均余命の期間分が控除の

対象となるわけではないことに留意。)

6 本件判決

本件判決は、「自賠法73条1項は、…政府が自動車損害賠償保障事業(以下「保障事業」という。)として自賠法72条1項に基づき行う損害のてん補が、自動車損害賠償責任保険及び自動車損害賠償責任共済の制度によっても救済することができない交通事故の被害者に対し、社会保障政策上の見地から救済を与えることを目的として行うものであるため、被害者が他法令給付を受けられる場合にはその限度において保障事業による損害のてん補を行わないこととし、保障事業による損害のてん補を、他法令給付による損害のてん補に対して補完的、補充的なものと位置付けたものである。」として制度趣旨を明示した上で、「自賠法73条1項の定める他法令給付には、保障事業の創設当時から、将来にわたる支給が予定される年金給付が含まれていたにもかかわらず、自賠法その他関係法令には、年金の将来の給付分を控除することなく保障事業による損害のてん補が先に行われた場合における他法令給付の免責等、年金の将来の給付分が二重に支給されることを防止するための調整規定が設けられていない」こと、「保障事業による損害のてん補の目的とその位置付け」から、「自賠法73条1項は、被害者が他法令給付に当たる年金の受給権を有する場合には、政府は、当該受給権に基づき被害者が支給を受けることになる将来の給付分も含めて、その給付に相当する金額の限度で保障事業による損害のてん補をしない旨を定めたものと解するのが相当である。したがって、被害者が他法令給付に当たる年金の受給権を有する場合において、政府が自賠法72条1項によりてん補すべき損害額は、支給を受けることが確定した年金の額を控除するのではなく、当該受給権に基づき被害者が支給を受けることになる将来の給付分も含めた年金の額を控除して、これを算定すべきである。」として将来分の給付を控除することができるとした。そして、控除すべき具体的な額については、「将来の給付分を含めた障害年金の額は、上記受給権を取得した当時の年金額が平均余命期間支給されると仮定した場合の支給総額の現在額」とした(宮川光治裁判官の反対意見あり)。

- 7 確かに、他の法令による給付との支給調整の規定がないことや政府保障事業の社会保障的な面を重視すれば、上記最判のように解することになる。しかし、上記反対意見が述べる、自賠法の被害者救済

の法目的、政府保障事業の財源が保険会社等の賦課金や国の特別会計から支出され一般会計からの繰入が行われていないこと、平成19年4月1日以降の過失減額基準が自賠責保険と同様となったように本制度の被害救済の側面が強調されていること、等からすれば、将来支給事由が消滅したことによって年金を受給できなくなった被害者が結果的に損害の填補額が少なくなる結果となる上記最判の結論には相当性において疑問がある。

上記最判は、「このように解しても、他法令給付に当たる年金の支給は、受給権者に支給すべき事由がある限りほぼ確実に行われるものであって(労災保険法9条等)、その支給が行われなくなるのは、上記事由が消滅し、補償の必要がなくなる場合や、本件のように傷病が再発し、傷病の治療期間中、障害年金額と同額の傷病年金が支給されることになる場合などに限られるのであるから、被害者に不当な不利益を与えるものとはいえない。」とし、損益相殺に関する上記平成5年の最判との相違については、「自賠法73条1項は、被害者が加害者に対して有する損害賠償請求権を前提として、保障事業による損害のてん補と他法令給付による損害のてん補との調整を定めるものであるから、損益相殺の問題ではなく、上記と同列に論ずることはできない。」とするが、前者については、実際に年金の支給事由が消滅した際には、損害の填補額は少なくなるのであるから、不当な不利益がないとはいえないのではないかと思われるし、後者については、實際上、被害者救済という自賠法の法目的の見地からは被害者の損害額がいくら填補されるかという同じ側面を有する問題であり、同列に論じることができないというのは形式論である。

ただ、給付の調整規定がない点については確かに法律の構造として上記最判の結論を基礎づける大きな点であり、今後は立法論を含めてこの点について議論されるべきであろう。

反対株主の株式買取請求と「公正な価格」について

弁護士 草地 邦晴

1 はじめに

会社の重要な組織変更等が行われた場合に、決議に反対した株主が株式買取請求権を行使したものの(※1)、その買取価格についての協議が会社との間で整わず、裁判所に対して価格決定の申立てが行われるという事案を目にすることが多くなった。商法においては、株式買取請求権にかかる株式の価格は、「決議ナカリセバ其ノ有スベカリシ公正ナル価格」と定められていたが、平成18年施行の会社法においては、単に「公正な価格」と改められた。その趣旨は、企業再編等に反対した株主に投下資本の回収の機会を与えるに際し、企業再編が為されなかった場合の経済状態を保証するだけでなく、企業再編によるシナジー(相乗効果)を適正に反映させ分配するという機能が付加されたものと考えられているが(※2 787頁)、その具体的な価格の算定方法については定めがなく、論者によって様々である(※3)。下級審による決定の内容も、必ずしも一致していないため(最近のものとして※4)、日々変動する株式価値をどの時点で算定するのか、またシナジーの反映した価値をどのような資料から算定するのか等について、会社と株主の見解が分かれ、買取価格の協議が整わない原因となっているとも言えよう。

そこで、最近の裁判所における決定例を参考にしながら、株式買取請求における「公正な価格」についての論点を検討したい。

2 「公正な価格」の意義

この点については、上記の改正の趣旨を踏まえ、基本的に買取価格の決定は、諸般の事情を考慮した裁判所の合理的な裁量に委ねられている(最決昭和48年3月1日)ことを前提としながら、「①『決議ナカリセバ其ノ有スベカリシ公正ナル価格』と②当該企業再編が行われたことを仮定し、そのシナジーなどを考慮した上で、公正な条件によって企業再編がなされたとすれば、株主が得たであろう利益のいずれか多い額を意味すると解するのが一般的である。他

方、定款変更等の場合には、多くの場合、①が公正な価格ということになろう。」(※3i)とされている。

裁判所の決定例においても、ほぼ同趣旨が述べられ、例えば決定⑨では「株式移転がなければ同社株式が有していたであろう客観的価値、又は、株式移転によるシナジーを適切に反映した同社株式の客観的価値を基礎として算定するのが相当」とされているが、決定⑩では「組織再編行為により、企業価値、株主価値が増加する場合には、相乗効果というべきシナジーを反映した価格を基礎として『公正な価格』を算定すべきであり、逆に企業価値、株主価値が減少する場合には、…いわゆる『ナカリセバ価格』を基礎として『公正な価格』を算定すべきこととなる。」としている。

3 「公正な価格」の基準時

問題は、どの時点における株式価値をもって「公正な価格」を算定するかである。この点について、学説、裁判所の判断は一致していない。

A 承認決議時説

当該企業再編の承認決議が行われた時点を経準時とする説である。しかし、この説に対しては、その後買取請求時までに株価が上昇したときには市場売却し、下落した場合には買取請求できることから、リスクなき投機が可能となり、株主に決議反対のインセンティブが与えられてしまう(後に買取請求するかどうかは留保しつつ、とりあえず決議に反対する)として、現在では否定的な見解が多い。

B 買取請求時説(決定②⑥)

買取請求権の行使は形成権であることから、その成立時である買取請求権の行使時を基準時とする説である。理論的に整合性があるが、当該株主がいつ買取請求をしたかによって基準時が変わることになり、各株主間における買取価格もばらばらになり、株主間の不平等を生むとともに、会社の事務処理上の困難を生じるとの批判がある。

C 効力発生時説(決定④⑤⑦⑧⑨)

A説、B説の問題点を踏まえつつ、株式買取請求の効力が確定的に生じることになる(参797条7項)当該再編行為等の効力発生時を基準時とする説である。近時有力な立場であるが、例えば吸収分割の場合には、確定的な効力の発生は代金支払時(786条5項)とされていることから疑問視する立場もある(決定⑩)。

D 買取請求期間満了時説(決定⑩)

A～C説の問題点を踏まえつつ、決定⑩で示された考え方で、理論的には契約成立時点の価値を基準とするのが相当であることから、基本的に買取請求権行使時に接着した時期と解するのが相当としつつ、反対株主平等の観点から同一の時点を経準とするべきであり、投機的な行為も制限される買取請求期間満了時が相当とするものである。

E 裁判所の合理的裁量説(決定①)

株主の投機的行動をとらせる誘因となるような価格を除いた価格(B説、C説など)の中からいずれを採用するかは、事案に応じて裁判所の合理的な裁量に委ねられるとする説。

近時の傾向としてはC説が優勢となっていたが、東京高裁が決定⑩でD説を採用したことから、今後の動向が注目される。

4 基準時における「公正な価格」を、何を基に算定するか。

株式価値の基準時が定まったとしても、その価値をどのような資料を基に実際に算定するのが、次の問題となる。

この点については、「当該当時会社が上場会社である場合において、株式交換によるシナジーを適切に反映した同社株式の客観的価値は、原則として株式市場で成立する市場価格を基本として算定されるべき」(決定④)とされている。「株式市場においては、多数の投資家の評価を通して、企業を取り巻く経済環境下における、個別企業の資産内容、財務状況、収益力及び将来の業績見通しなどが考慮された企業の客観的価値が株価に反映しているということができ」るためである。ただ、この場合においても、基準時における株式価値の算定をどの時点の株価を参考にして定めるかは、見解が分れる。

A 基準時の終値

決定①②⑥⑩

B 基準時の直前1ヶ月間の終値の出来高加重平均値

決定④⑤⑧(但し、決定⑧は、最終的には会社が事前に提示した株式価格(算定価格を上回る)を採用)

A説は理論的にも簡明であるが、B説は基準時における一時的、偶発的な株価変動を排除する趣旨と考えられ、合理性を有するようと思われる。A説を

原則としつつ、その補正が必要と考えられるような事案についてはB説を採用するということも考えられよう。

もっとも、基準時における市場価格が、会社の客観的価値を反映していないことを窺わせる特段の事情があるような場合には、これによることは相当ではないとされ、例えば、株価操作を目的とする不正な手段による影響(決定⑩の例示)、異常な価格形成が窺える場合(決定④⑤の例示)などが考えられるところであるが、本論点においてこれが具体的に認定された事案は見あたらなかった。

5 「ナカリセバ基準」による場合の算定

他方、平均株価が上昇し、計画公表以外に要因が見あたらぬのに直後に極端な市場価格の低下を招いている場合(決定⑨)、他の組織再編行為や組織上の行為等と連動して当該企業再編等が行われることにより、企業価値又は株主価値の毀損を生じさせていると認められるような場合(決定⑩で例示)には、ナカリセバ基準により価格が決定されることになろう。

ナカリセバ基準による場合、基準時における「公正な価格」決定の基礎とされる株式価値としては、決定⑨においては、計画公表直前1ヶ月間の終値の出来高加重平均値が採用されている。これも一時的、偶然的な要素を排除する趣旨でこのような期間が設定されたものと考えられる。さらに、計画公表時からの期間については、市場や業界全体の相場動向を反映した補正を行うべきとする見解もあるが(※3 i、※2 757頁など)、その補正基準の設定は容易ではないように思われる。

6 その他の問題

組織再編行為については、他の行為と連続的に、あるいは全体的な計画の中の一部として行われるようなことも多いため、こうした一連の行為をも考慮すると、実際に公正な価格を算定することは困難である。(決定③では、公開買付と株式交換が連続して一連のものとして行われた場合において、直前に行われた公開買付価格を「公正な価格」と認定した。)

また、決定⑩では、基準時における株式価値には、吸収分割がなければ得られたはずのシナジー効果(当該大株主との業務提携)が反映されていない、また、まとまった株式の売買事例では一定程度のプレミアムが加算されるのが通常として、得べかりしシ

ナジー効果分や支配権プレミアムを加算すべきことも主張されていたが、裁判所は、実際に業務提携がなされていなかったこと、また、支配権プレミアム自体を一般化することは相当ではなく、少なくとも発行会社ひいては一般株主の負担においてこれを回収することは許容すべきではない、としていずれもこれを退けている。

7 以上のように、公正な価格の算定については、未だ裁判所の基準も確定したものとは言い難い状況にある。個別の事情が様々であることから、画一的な判断が難しい場面もあると思われるが、決定⑩が東京高裁の判断であり、理論的にはかなり整理されてきた印象もあることから、さらに議論が深まることが期待される。

以上

- ※1 株式買取請求権が発生する場合としては、株式譲渡制限等の定めを設ける定款変更(116条1項1号、2号)や、種類株主に損害を及ぼすおそれがある一定の場合(同条項3号)、事業譲渡等(469条)、吸収合併、吸収分割又は株式交換(785条、797条)、新設合併、新設分割又は株式移転(806条)が行われる場合などがある。
- ※2 「株式会社法」第2版 江頭憲治郎 有斐閣
- ※3 詳しく検討されているものとして、次のものを参照した。
 - i 「反対株主の株式買取請求権をめぐる若干の問題」弥永真生 商事法務no.1867 4頁～
 - ii 「『公正な価格』とは何か」 田中亘 法学教室no.350 61頁～
 - iii 「テクモ株式買取価格決定申立事件東京地裁決定の検討 [上]」 弁護士太田洋 商事法務no.1906 53頁～
- ※4 最近の決定例
 - ①平成20年11月13日大阪地裁決定 (金融・商事判例no.1339 56頁～) あおみ建設株式買取価格決定申立事件(786条事案)
 - ②平成21年3月16日神戸地裁決定 (金融・商事判例no.1320 59頁～) 三共生興株式買取価格決定申立事件(798条事案)
 - ③平成21年3月31日東京地裁決定 (金融・商事判例no.1315 26頁～) 日興コーディアルグループ株式買取価格決定申立事件(786条事案)
 - ④平成21年4月17日東京地裁決定 (金融・商事判例no.1320 31頁～) 協和発酵キリン株式買取価格決定申立事件 I (798条事案)
 - ⑤平成21年5月13日東京地裁決定 (金融・商事判例no.1320 31頁～) 協和発酵キリン株式買取価格決定申立事件 II (798条事案)
 - ⑥平成21年7月17日東京高裁決定 (金融・商事判例no.1341 31頁～) ノジマ株式買取価格決定申立事件抗告審決定(798条事案)

- ⑦平成21年10月19日東京地裁決定
(金融・商事判例no.1329 30頁～)
旧カネボウ第2次株式買取価格決定申立事件(786条事案)
- ⑧平成22年3月5日東京地裁決定
(金融・商事判例no.1339 44頁～)
楽天対TBS株式買取価格決定申立事件(原決定)(786条事案)
- ⑨平成22年3月31日東京地裁決定
(金融・商事判例no.1344 36頁～)
テクモ株式買取価格決定申立事件(807条事案)
- ⑩平成22年7月7日東京高裁決定
(金融・商事判例no.1346 14頁～)
楽天対TBS株式買取価格決定申立事件抗告審決定(786条事案)

※5 なお、市場価格がない場合についてどのような算定方法によるかも、重要な問題であり、近時重要な決定が出されているところであるが、紙面の都合上今回は割愛する。「取引相場のない株式の評価方法選択のあり方」(伊藤達哉 商事法務no.1892 40頁～)などを参考にされたい。

会社分割時の労働契約の承継 —最判平成22年7月12日—

弁護士 谷山 智光

第1 会社分割と労働契約

会社分割とは、株式会社又は合同会社(分割会社)が、その事業に関して有する権利義務の全部又は一部を、分割後の他の会社(承継会社)に承継させたり(吸収分割、会社法[以下「法」という。]2条29号)、分割により設立する会社(設立会社)に承継させたり(新設分割、法2条30号)することをいう。経営効率化のため、事業の一部を別会社(子会社)化したり(企業グループ内再編)、事業の一部をグループ外に切り離す形で移転したりすることを容易にするために設けられた制度である(江頭憲治郎「株式会社法」)。

会社分割の手続によれば、雇用契約(労働契約)も吸収分割契約(法757条)・新設分割計画(法762条)の定めに従い承継会社・設立会社に帰属させることができる(民法625条1項の適用はない)。

しかし、使用者がいずれの会社になるかは、労働者の重大な利害に関わるから、労働契約の承継に関して、会社分割に伴う労働契約の承継等に関する法律(以下「分割労働承継法」という。)で、労働者への事前通知(分割労働承継法2条1項)や労働者の異議申出権(分割労働承継法4条、5条)が認められ、分割会社は、当該分割に当たり、厚生労働大臣の定めると

ころにより、その雇用する労働者の理解と協力を得るよう努めるものとしてされている(分割労働承継法7条。以下「7条措置」という。)。また、分割会社は、労働分割承継法2条1項に基づく通知をすべき日までに、労働者と協議をしなければならない(平成12年商法改正附則5条1項。以下「5条協議」という。)。なお、会社分割における労働契約の承継に関しては、厚生労働省が「分割会社及び承継会社等が講ずべき当該分割会社が締結している労働契約及び労働協約の承継に関する措置の適切な実施を図るための指針」(以下「分割労働承継指針」という。)という指針を設けられている(<http://www.mhlw.go.jp/general/seido/toukatsu/roushi/01c.html>)。

第2 最判平成22年7月12日判決(以下「本判決」という。)

1 事案の概要

本件は、ある会社が、新設分割の方法によりその事業部門の一部につき会社分割をしたところ、これによってその会社との間の労働契約が設立会社に承継されることになった労働者の一部が、労働契約の承継手続に瑕疵があるので労働契約は設立会社に承継されない等と主張して、労働契約上の地位確認等を請求したという事案である。第1審及び第2審いずれも請求が認められなかったため、労働者の一部(上告人)が上告受理申し立てをしたというものである(<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20100712111131.pdf>)。

2 規範

本判決は、5条協議について、「労働契約の承継のいかんが労働者の地位に重大な変更をもたらし得るものであることから、分割会社が分割計画書を作成して個々の労働者の労働契約の承継について決定するに先立ち、承継される営業に従事する個々の労働者との間で協議を行わせ、当該労働者の希望等をも踏まえつつ分割会社に承継の判断をさせることによって、労働者の保護を図ろうとする趣旨に出たものと解される。(中略)5条協議の趣旨からすると、承継法3条は適正に5条協議が行われ当該労働者の保護が図られていることを当然の前提としているものと解される。」とした上で、「上記立場にある特定の労働者との関係において5条協議が全く行われなかったときには、当該労働者は承継法3条の定める労働契約承継の効力を争うことができるものと解するのが相当であるとした。」。また、「5条協議が行われた場合であっても、

その際の分割会社からの説明や協議の内容が著しく不十分であるため、法が5条協議を求めた趣旨に反することが明らかな場合には、分割会社に5条協議義務の違反があったと評価してよく、当該労働者は承継法3条の定める労働契約承継の効力を争うことができるというべきである。」とした。

他方、7条措置については「分割会社に対して努力義務を課したものと解され、これに違反したこと自体は労働契約承継の効力を左右する事由になるものではない。」としつつ、「7条措置において十分な情報提供等がされなかったがために5条協議がその実質を欠くことになったといった特段の事情がある場合に、5条協議義務違反の有無を判断する一事情として7条措置のいかんが問題になるとどまるものというべきである。」とした。

そして、分割労働承継指針については、「基本的に合理性を有するものであり、個別の事案において行われた7条措置や5条協議が法の求める趣旨を満たすか否かを判断するに当たっては、それが指針に沿って行われたものであるか否かも十分に考慮されるべきである。」とした。

3 あてはめ

本判決は、7条措置について、会社が、会社分割の目的と背景及び承継される労働契約の判断基準等について従業員代表者に説明等を行い、情報共有のためのデータベース等をイントラネット上に設置したほか、設立会社の中核となることが予定される事業所の従業員代表者と別途協議を行い、その要望書に対して書面での回答もしており、これらは、分割労働承継指針の趣旨にもかなうものというべきであるから、会社が行った7条措置が不十分であったとはいえないとした。

また、5条協議については、会社は、従業員代表者への説明に用いた資料等を使って、ライン専門職に各ライン従業員への説明や承継に納得しない従業員に対しての最低3回の協議を行わせ、多くの従業員が承継に同意する意向を示したこと、上告人らに対する関係では、これを代理する支部との間で7回にわたり協議を持つとともに書面のやり取りも行うなどし、設立会社の概要や上告人らの労働契約が承継されるとの判別結果を伝え、在籍出向等の要求には応じられないと回答したこと、これらが分割労働承継指針の趣旨にかなうものであることから、会社の5条協議が不十分であるとはいえず、上告人らの設立会社への労働契約

承継の効力が生じないということとはできないとした。

なお、会社は、設立会社の経営見通しなどにつき上告人らが求めた形での回答には応じず、上告人らを在籍出向等にしてほしいという要求にも応じていないが、会社が上記回答に応じなかったのは設立会社の将来の経営判断に係る事情等であるからであり、また、在籍出向等の要求に応じなかったことについては、本件会社分割の目的が合弁事業実施の一環として新設分割を行うことにあり、分割計画がこれを前提に従業員の労働契約を設立会社に承継させるというものであったことや、本件会社分割に係るその他の諸事情にも照らすと、相応の理由があったというべきであるともしている。

4 結論

以上より、本判決は、裁判官全員一致の意見で上告を棄却し、1記載の請求を認めなかった。

第3 最後に

本判決は、結論として労働者の一部による請求を認めなかったが、5条協議が全く行われなかったり、行われた場合であっても、その際の分割会社からの説明や協議の内容が著しく不十分であるため、法が5条協議を求めた趣旨に反することが明らかな場合には、分割会社に5条協議義務の違反があったと評価してよく、当該労働者は承継法3条の定める労働契約承継の効力を争うことができるとした点で重要である。

今後、事案によっては労働契約承継の効力が否定される場合も出てくる可能性がある。

経営効率化を図るため、会社分割制度の利用が検討される機会が増えるであろうが、その際、分割労働承継指針を参考に、7条措置、5条協議の手続をしっかりとっておくことが肝要である。

以上

労働者派遣契約の中途解約と 労働者の賃金請求権

弁護士 上里 美登利

1 はじめに

派遣労働者による労働力の提供が広まるなか、不況の影響で余剰労働力を減らすために、派遣先から、労働者派遣契約の中途解約を申し入れられる場合も少なくないのが現状である。また、派遣労働の場合、当該労働者の能力が派遣先の要求する水準を満たしていない等の理由で、派遣労働者の交代を求められる場合もある。

このように、派遣先から派遣契約の中途解約を申し入れられた場合、派遣労働者の賃金請求権はどうか、最近の裁判例を整理した。

2 原則論

そもそも、派遣先から中途解約が申し入れられたとしても、契約上の解約事由がなければ、派遣元はこれに応じる義務はない。しかし、実際には、派遣先から中途解約を求められて拒むことができず、派遣元が中途解約に応じる場合も存在する。

こうした場合でも、派遣労働者は、派遣元との間で労働契約を結んでいることから、派遣労働者と派遣元との間の労働契約に影響を与えないのが原則である。そして、期間の定めのある労働契約については、使用者は、「やむを得ない事由がある場合でなければ、その契約期間が満了するまでの間において、労働者を解雇することができない。」(労働契約法17条1項)とされていることから、派遣元が派遣労働者との間の有期の労働契約を中途解約できるためには、「やむを得ない事由」が存在する必要がある。では、どのような場合に、「やむを得ない事由」が存在するといえるのだろうか。

3 経済情勢の悪化により、派遣先から契約を打ち切られたケース

こうしたケースについて、昨今の不景気の影響からか、複数の裁判例、決定例が出ている。

- (1) 社団法人キャリアセンター中国事件(広島地裁 H21.11.20 労判998号35頁)

1年間の派遣労働契約を締結していたところ、業務量の縮小を理由に、派遣先から労働者派遣契約を解約する旨の通知があったことを受け、派遣元が労働契約を中途解約する旨通知した事案である。

この事案において、判決は、登録型派遣であっても、派遣先からの仕事なくなったことを理由とする労働契約の当然終了は認められず、やむを得ない事情による解約申入れも認められないなどとし、労働契約の中途解約は認められないとしている。

- (2) プレミアライン事件(宇都宮地裁栃木支部 H21.4.28決定、労判982号5頁)

6ヶ月間の派遣労働契約を締結し、自動車工場に派遣されていたところ、労働者派遣契約が中途解約されたため、派遣労働者に対して解雇予告通知書を交付し、その承諾書に記入をさせたという事案である。

この事案において、決定は、有期労働契約の期間内解雇は、「やむを得ない事由」がある場合に限られ、このことは、登録型派遣であっても変わらないとした。そして、「やむを得ない事由」は、期間の定めのない労働契約の解雇が権利濫用となる「客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合」(労働契約法16条)よりも厳格なものであるとし、解雇の有効性につき、いわゆる整理解雇の4要件のうち、本件に顕れた事情を総合して判断するとした。その上で、希望退職の募集、勧奨をしていない、新たな就業機会の確保のための具体的努力を全くしていない、人員削減の必要性について全く説明していない、経営状況は相当に厳しいものの、財務の状況は健在であることなどを理由に、「客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合」(労働契約法16条)に該当するので、「やむを得ない事由」があるとは解し得ないとし、解雇は無効であるとした。

- (3) ワークプライズ事件(福井地裁H21.7.23決定 労判984号88頁)

1年間の派遣労働契約が締結されたと考えられるところ、契約期間中に、世界的不況の影響で派遣先から中途解約されたため、派遣元が派遣労働者を解雇したという事案である。

この事案においても、派遣先からの中途解約をもって、直ちに、派遣労働者を解雇する「やむを

得ない事由」があるとは認められず、民法536条2項の「責めに帰すべき事由」が認められるとした。

そして、債務者としては、派遣労働者確保のメリットと派遣労働者に対する需要の変動リスク回避などの観点を総合的に勘案して、派遣期間だけ労働契約を締結する形態ではなく、期間1年という期間を定める形で労働契約を締結したのだから、その契約期間内については派遣先との労働者派遣契約の期間をそれに合わせるなどして派遣先を確保するのが務めであると判示している。

(4) ニューレイバー事件(横浜地裁H21.3.30決定 労判985号91頁)

6ヶ月の派遣労働契約を締結していたところ、途中で派遣先から生産減少を理由に派遣契約が解除された。これを受けて、派遣元は、複数の代替派遣業務を紹介するなどしたが、いずれも期間が短かったり、時給が安かったり業種が違うなどしたことから、労働者は断った。

この事案においても、決定は、派遣労働者の就業場所が消滅し、派遣元会社が派遣料の支払いを受けられなくなることをもってただちに「やむを得ない事由」に当たると解することはできないとしている。ただ、この件では、派遣先の派遣元に対する損害賠償義務の存否や、派遣元の役員報酬の減額や自社事務所の売却中といった事情の疎明資料が提出されていないとされており、これらの資料が提出されていた場合の判断結果は分からない。

(5) 上記のように、公刊物で見た限りでは、業務量の減少等を理由に派遣先から派遣契約を打ち切られた場合でも、労働契約の中途解約が認められたケースは見当たらなかった。

4 派遣労働者の能力不足が問題となったケース

次に、派遣労働者の能力不足を理由として、派遣先から人員交代を要求されるケースが考えられる。この点の裁判例は次の事案しか見当たらなかった。

(1) 三都企画建設事件(大阪地裁H18.1.6 労判913号49頁)

これは、1級建築士等の資格を有する原告が派遣された派遣先から、パソコンを使用することができないこと等を理由として交代を求められ、派遣元がこれに応じたという事案である。

当該事案において裁判所は、「派遣契約上の債務不履行があり、派遣先から交代要請があった場

合は、派遣期間の途中であっても、原告としては交代を余儀なくされ原告の派遣期間は終了することとなり、そのことによって、派遣元との雇用契約も一旦終了し、残期間の給与を請求することはできないと解するべきである」としたが、事実認定としては、「原告の勤務状況が被告と派遣先との間の労働者派遣契約上の債務不履行事由に該当するとはいえない」とされている。

しかしながら、「派遣先において、原告の勤務状況が、被告と派遣先との労働者派遣契約上の債務不履行事由に該当すると主張して、原告の就労を拒絶し、その交代を要請する場合については、さらに検討する必要がある」とした。その上で、「被告としては、派遣先から、原告の勤務状況が、被告と派遣先との労働者派遣契約上の債務不履行事由に該当すると主張して、原告の就労を拒絶し、その交代を要請されたとしても、…債務不履行事由の存在を争って派遣代金の請求をするか否かを判断することも困難というべきである」とした。そして、「被告が、派遣先との間で、債務不履行事由の存否を争わず、原告の交代要請に応じたことによって、原告の就労が履行不能となった場合、特段の事情のない限り、原告の被告に対する賃金請求権は、消滅するというべきである(民法536条2項の適用はないと考える。）」とした。

その上で、「一方、被告の判断により、派遣先との紛争を回避し、派遣先からの原告の就労拒絶を受け入れたことにより、派遣先における原告の就労が不可能となった場合は、原告の勤務状況から、被告と派遣先との労働者派遣契約上の債務不履行事由が存在するといえる場合を除き、労働基準法26条にいう「使用者の責に帰すべき事由による休業」に該当し、原告は、被告に対し、休業手当の支給を求めると考えられる。」とし、賃金の6割の休業手当の支払いを命じた。

(2) このように、民法536条2項の適用はないとしながら、労働基準法26条の休業手当請求権を認める考え方は、ノースウエスト航空事件(最高裁S62.7.17 労判499号6頁)において、労働基準法26条が民法536条2項よりも広く、使用者側に起因する経営、管理上の障害を含むものと解するのが相当であるとしたところに拠るものと思われる。

私見であるが、三都企画建設事件においては、少なくとも派遣先から交代要請があった時点では、債務不履行事由の存否が明らかではないよう

に思われる。仮に、派遣元が、派遣先の主張について、その主張の裏付け等を一切調査することなく交代させた場合には、民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」が存在すると判断される場合もあるのではないかと思う。

「相続させる」旨の遺言における 代襲相続の可否

弁護士 茶木 真理子

第1 問題の所在

- 1 遺産の全部又は一部を特定の相続人に相続させたいと考え遺言書を作成する場合、登録免許税が安いという実益等から、遺贈ではなく、「相続させる」旨の遺言をする場合が多い。この「相続させる」旨の遺言の法的性質については、最高裁平成3年4月19日判決(民集45巻4号477頁)において、遺産分割方法の指定であり、何らの行為を要せずして遺産が死亡時に直ちに承継されることが明らかにされている。
- 2 昨今の高齢化社会の進行により、被相続人だけでなく、相続人が高齢者となっているケースも少なくなく、例えば、「相続させる」旨の遺言により遺産を相続させる名宛人となっていた相続人が、遺言者より先に死亡するという事態がさらに増えることが予想される。このような場合に、名宛人となっていた相続人の代襲相続人(通常は、相続人の子であることが多い。)が当該遺言によって遺産を代襲相続することになるのかという問題については、最近の下級審によっても判断が分かれているところである。
- 3 本稿では、この「相続させる」旨の遺言における代襲相続の可否という問題について、肯定、否定それぞれの判断をした裁判例を紹介、検討したうえで、遺言作成の方法や金融機関の対応について検討を加えてみたい。

第2 肯定裁判例

東京高裁平成18年6月29日判決(判時1949号34頁)は、「相続させる」旨の遺言における代襲相続の可否について、次のとおり述べて、代襲相続を肯定している。

「代襲相続は、被相続人が死亡する前に相続人に死亡や廃除・欠格といった代襲原因が発生した場合、相続における衡平の観点から相続人の有していた相続分と同じ割合の相続分を代襲相続人に取得させるのであり、代襲相続人が取得する相続分は相続人から承継して取得するものではなく、直接被相続人に対する代襲相続人の相続分として取得するものである。そうすると、相続人に対する遺産分割方法の指定による相続がされる場合においても、この指定により同相続人の相続の内容が定められたにすぎず、その相続は法定相続分による相続と性質が異なるものではなく、代襲相続人に相続させるとする規定が適用ないし準用されると解するのが相当である。

これと異なり、被相続人が遺贈をした時は、受遺者の死亡により遺贈の効力が失われるが(民法994条1項)、遺贈は、相続人のみならず第三者に対しても行うことができる財産処分であって、その性質から見て、とりわけ受遺者が相続人でない場合は、類型的に被相続人と受遺者との間の特別な関係を基礎とするものと解され、受遺者が被相続人よりも先に死亡したからといって、被相続人がその子に対しても遺贈する趣旨と解することができないものであるから、遺贈が効力を失うのであり、このようにすることが、被相続人の意思に合致するというべきであるし、相続における衡平を害することもないのである。他方、遺産分割方法の指定は相続であり、相続の法理に従い代襲相続を認めることこそが、代襲相続制度を定めた法の趣旨に沿うものであり、相続人間の衡平を損なうことなく、被相続人の意思にも合致することは、法定相続において代襲相続が行われることからして当然というべきである。遺産分割方法の指定がされた場合を遺贈に準じて扱うべきものではない。」

この裁判例は、「相続させる」旨の遺言の法的性質が遺産分割方法の指定であることを重視し、遺産分割方法の指定による相続も法定相続による相続と異なることはないから、相続の原則である代襲相続規定の適用を肯定しない理由はない、との価値判断に基づくものと考えられる。

第3 否定裁判例

これに対し、代襲相続の可否について、これを否定した裁判例は、東京家裁平成3年11月5日審判(家月44巻8号22頁)、札幌高裁昭和61年3月17日決定(判タ616号148頁)等があるが、最近では、東京地裁平

成21年11月26日判決(判時2066号74頁)があるので、この裁判例が判示するところを、以下紹介する。

「特定の相続人に「相続させる」旨の遺言は、通常、名宛人とされた特定の相続人に向けられた趣旨と解すべきであって、名宛人とされていた特定の相続人が、遺言者より先に死亡した場合には、遺言書中に当該相続人が先に死亡した場合には代襲相続人に当該遺産を代襲相続させる旨の記載があれば格別、そうでない限り、原則として遺言は失効すると解することが遺言者の通常の意味に合致すると解される。」

「しかしながら、「相続させる」旨の遺言においても、当該遺言書の全記載との関連、遺言書作成当時の事情及び遺言者のおかれていた状況等を考慮して遺言を合理的に意思解釈した上、遺言者の意思が、当該相続人が先に死亡した場合には、当該財産を代襲相続人に相続させるというものであったと認められるような特段の事情がある場合には、「相続させる」旨の遺言においても代襲相続が認められるというべきである。」

否定裁判例に共通するのは、「相続させる」旨の遺言を遺産分割方法の指定としても、その名宛人である相続人が遺言者より先に死亡した場合に、代襲相続人に当該遺産を取得させることを前提にして遺産分割方法の指定がなされたと解することは困難、との価値判断である。

第4 私見

1 肯定例で紹介した東京高裁判決は、その後上告受理申立がなされたが、最高裁で不受理の決定がなされたようである(判時2066号75頁)。否定例の東京地裁判決も控訴されているようであるが、現時点では、未だこの点に関する最高裁の判断はなされていない状況にある。

2 遺言が、遺言者が法定相続ではなく、その意思どおりの相続をあえて希望する場合になされるものであることに鑑みると、やはりその解釈にあたっては、遺言者の意思によらざるを得ないと思われる。とすれば、否定例で紹介した東京地裁判決が述べるとおり、名宛人となっている相続人が死亡した時点では原則遺言は失効すると解するのが相当であろう。

また、遺贈に代えて「相続させる」旨の遺言が多用されている状況下において、遺贈の場合には、受遺者が先に死亡したとき遺贈が効力を失うこととの均衡を考えたときも、上記結論が落ち着くよ

うに思う。

3 これに対し、東京高裁判決は、相続人間の衡平性を強調し、代襲相続を肯定している。しかし、遺言が遺されている場合には、既に相続人間の衡平性は失われているのではないだろうかとの疑問が残る。

第5 以上の検討をふまえて

1 遺言作成について

このように、代襲相続の可否について争いがあることを前提にすると、遺言者よりも先に相続人の死亡が予想される場合において、その代襲相続人への相続を希望する場合には、その旨を遺言書に明記しておく必要がある。

2 金融機関の対応について

もし代襲相続人からの預金払戻請求があった場合には、下級審で判断が分かれていること、仮に東京地裁判決の結論を採用するとしても、同判決が判示する特段の事情の有無について金融機関が判断することは通常困難であることからして、請求を拒否することになるとと思われる。

この点、銀行預金を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言があったところ、相続人が遺言者より先に死亡した場合に、遺言によって指定された遺言執行者が代襲相続人のために銀行預金を払い戻したことについて、払戻が無効であると争われた裁判例(東京高裁平成11年5月18日判決、金商1068号42頁)がある。裁判所は、結論として、相続人の死亡により遺言は効力を失うが、銀行には過失がなく、準占有者に対する弁済として有効とした。この事案では、銀行は戸籍を確認していなかったが(よって、相続人が先に死亡しているという事情を知らなかったが)、遺言執行者が弁護士で、戸籍を確認していたとしても遺言の有効性について解釈が分かれている状況では、弁護士を信頼して預金の払戻をしても過失がない、と判断されている。このように、代襲相続人に払戻をしても、金融機関が救済される可能性はあるものの、通常は相続が絡む預金払戻にあたっては必ず戸籍を確認し、相続人が先に死亡していることが判明した場合には、金融機関としては代襲相続人からの請求を原則拒否するという対応をとることが望ましいと考える。

以上

代理懐胎に関するこれまでの動向

弁護士 相井 寛子

1 はじめに

先日、代理懐胎を題材にした海堂尊「ジーン・ワルツ」(新潮文庫)を読みました。代理懐胎については、私が大学生だった頃から法整備の必要性が叫ばれていたように記憶していますが、その後、何らかの法的規制がなされたとは聞いていません。

そこで、今回は、代理懐胎のこれまでの動向と現状について、調べてみることにしました。

2 代理懐胎とは¹

代理懐胎とは、子を持ちたい女性が生殖補助医療の技術を用いて妊娠すること及びその妊娠を継続して出産することを他の女性に依頼し、生まれた子を引き取ることをいうとされています。

そして、代理懐胎には、代理母(サロゲートマザー)と借り腹(ホストマザー)の2種類があります。サロゲートマザーは、一般に夫の精子を第三者の子宮に人工授精の手技を用いて注入して懐胎させ、この第三者が妻の代わりに妊娠・出産するものです。これに対し、ホストマザーは、一般に、妻又は代理懐胎者以外の女性の卵子を体外受精で行われる採卵の手技を用いて妻又は代理懐胎者以外の女性の体外に取り出し、夫の精子と受精させ、胚となったものを第三者の子宮に移植することにより、第三者を懐胎させ、この第三者が妻の代わりに妊娠・出産するものです。

3 これまでの動向

(1) 関係省庁、その他団体等による意見

ア 厚生労働省

平成12年12月、旧厚生省厚生科学審議会先端医療技術評価部会生殖補助医療技術に関する専門委員会により、代理懐胎を禁止する「精子・卵子・胚の提供による生殖補助医療のあり方についての報告書」が出されました。

また、上記報告書を踏まえて、平成15年4月、厚生労働省厚生科学審議会生殖補助医療部会により、「精子・卵子・胚の提供による生殖補助

医療制度の整備に関する報告書」(以下、「部会報告書」といいます。)が出されました。禁止する理由²は、1)人を専ら生殖の手段として扱うものであること、2)第三者に多大な危険を負わせるものであること、3)依頼者と代理懐胎した者との間で、子を巡るトラブルが生じる可能性があり、子の福祉の観点から望ましくないこととされています。

イ 法務省

平成15年7月、法務省法制審議会生殖補助医療親子法制部会により、「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」が出されていますが、その後、立法化には至っておりません。

ウ 日本産科婦人科学会

平成15年4月、日本産科婦人科学会は、会告「代理懐胎に関する見解」(以下、「会告」といいます。)を出しています。会告では、「代理懐胎の実施は認められない」とし、その理由として、1)生まれてくる子の福祉を最優先すべきであること、2)代理懐胎は身体的危険性・精神的負担を伴うこと、3)家族関係を複雑にすること、4)代理懐胎契約は倫理的に社会全体が許容しているとはみとめられないこと、を挙げています。

しかし、その後、会員の医師が、会告に反して代理懐胎を行っていたことなどが判明しました。最近では、平成21年11月25日付で、「代理懐胎報道について」と題するコメントを公表し、「代理懐胎の立法による規制・ルール作りができるだけ早い時期になされるよう、希望します」としています。

エ 日本弁護士連合会

平成12年3月、日本弁護士連合会は、「生殖補助医療技術の利用に対する法的規制に関する提言」(以下「提言」といいます。)を出しています。提言では、「代理母(サロゲートマザー)及び借り腹(ホストマザー)は禁止する」としています。

その後、平成19年1月、「『生殖補助医療技術の利用に対する法的規制に関する提言』についての補充提言—死後懐胎と代理懐胎(代理母・借り腹)について—」(以下、「補充提言」といいます。)を出しました。補充提言では、「代理懐胎は、法律で禁止すべきである」とされています。その理由は、1)生まれてくる子の福祉から

問題がある³、2)女性があたかも「生殖の道具」となるものであって、人間の尊厳を害することになりかねない、3)依頼する層と代理懐胎を引き受ける層が生じることによる経済的差別の危険性がある、4)ボランティアとして行われた場合に、家族関係が変質する危険性がある⁴、5)女性の自己決定の担保の問題⁵がある、6)代理懐胎契約には、有償・無償に関わらず、様々な問題⁶があり、人権侵害を引き起こす可能性がある、こととされています。

オ 日本学術会議 生殖補助医療のあり方検討委員会⁷

平成20年4月、「対外報告 代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題—社会的合意に向けて—」(以下、「学術会議報告」といいます。)が出版されています。学術会議報告では、1)代理懐胎は、法律によって、原則として禁止すべきである、2)代理懐胎の試行的実施(臨床試験)は考慮されてよいが、その場合には、公的機関による管理の下で、法律の規定するところに従って行うべきである、3)営利目的による代理懐胎は刑罰をもって処罰すべきである、とされています。

(2) 裁判例・判例

代理懐胎をめぐる訴訟としては、以下の2つが知られています。

ア 大阪高決平成17年5月20日判時1919号107頁⁸・最決平成17年11月24日判例集未登載

本件は、依頼者夫妻の夫の精子と米国人女性から提供された卵子を体外受精し、卵子提供者とは異なる米国人女性の体内に着床させた代理懐胎において、出生した子の出生届不受理処分をめぐる争われた訴訟です。

上記大阪高裁決定は、母子関係の有無は分娩の事実によって決まるとして、依頼者と子との間に、親子関係は認められないと判断し、依頼者夫妻の抗告を棄却しました。また、同決定は、代理懐胎契約は公序良俗に反するものとして、その効力を否定すべきものとしています。

最高裁も、依頼者夫妻からの特別抗告を棄却しています。

イ 東京高決平成18年9月29日判時1957号20頁⁹・最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁¹⁰

本件は、依頼者夫妻の精子と卵子を用いた受精卵を米国人女性の体内に着床させた代理懐胎において、出生した子の出生届不受理処分をめぐって争われた訴訟です。

上記東京高裁決定は、依頼者夫妻が血縁上及び法律上の親であることを確認したネバダ州の裁判(代理懐胎を引き受けたのはネバダ州の女性です。)が、日本でも効力を有するとして(民事訴訟法118条¹¹)、出生届を受理するよう命じました。

これに対し、上記最高裁決定は、上記東京高裁決定を破棄し、民法が実親子関係を認めていない者の間にその成立を認める内容の外国判決の裁判所は、民事訴訟法118条3号にいう公の秩序に反するものとして、日本では効力を有しない、出産した女性が母であると判断しました。

これに対し、上記最高裁決定は、上記東京高裁決定を破棄し、民法が実親子関係を認めていない者の間にその成立を認める内容の外国判決の裁判所は、民事訴訟法118条3号にいう公の秩序に反するものとして、日本では効力を有しない、出産した女性が母であると判断しました。

4 海外の現状

海外の状況については、「外国の立法」243号99頁以下 林かおり「海外における生殖補助医療の現状—死後生殖、代理母、子どもの出自を知る権利をめぐる—」に詳しく記載されています。以下の記載は、この文献によるものです。

(1) 代理懐胎の禁止・無効

ア 代理懐胎(契約)の禁止を条文上明記している国・地域

アイスランド、ドイツ、スイス、イタリア、米国アリゾナ州、同コロンビア特別区、豪州クイーンズランド州、中国等とされています。

イ 代理懐胎契約を無効としている国・地域

デンマーク、フランス、スペイン、ポルトガル、米国インディアナ州、同ルイジアナ州、同ミシガン州、同ニューヨーク州、同ノースダコタ州、豪州ニューサウスウェールズ州、同タスマニア州等とされています。

なお、米国インディアナ州、同ルイジアナ州、同ミシガン州、同ニューヨーク州は、代理懐胎契約を無効とするとともに、契約は公序良俗に反するとされているそうです。

ウ 「分娩者=母ルール」¹²をもって代理懐胎を禁止している国・地域

スウェーデンとエストニアとされています。

エ その他制度上禁止している国・地域

ノルウェーは、生殖補助医療を受ける対象者を既婚女性(事実婚も含む)に限定した上で、卵子及び胚の提供を禁止しているため、制度上代理懐胎が実施できないとされています。

フィンランドは、養子を前提とする生殖補助

医療は実施できないという条文によって、実質的に代理懐胎が禁止されているとされています。

ハンガリーは、1999年保健法改正において、代理懐胎の規定が削除されたことで、代理懐胎が禁止されているとされています。

(2) 商業的代理懐胎のみ禁止・無効としている国・地域

ア 代理懐胎者に対する金銭の授受を禁止又は金銭が授受された場合に契約が無効とされる国・地域

カナダ、米国フロリダ州、同ケンタッキー州、同ネブラスカ州、同ネヴァダ州、同ニューハンプシャー州、同ワシントン州、オーストラリア首都特別地域、豪州ヴィクトリア州、香港等であるとされています。

イ 代理懐胎の仲介・斡旋・広告などを職業的に行うことを禁止している国・地域

オランダ、イギリス、カナダ、米国ヴァージニア州、同ワシントン州、オーストラリア首都特別地域、豪州ヴィクトリア州、ニュージーランド、香港等とされています。

(3) 代理懐胎の条件付き認容

ギリシャは、非商業的代理懐胎で、かつ裁判所の許可を得たもののみを認めるとされています。

イスラエルは、依頼者側と代理懐胎者側がある一定条件(国籍・宗教・家族関係)を満たした場合にのみ代理懐胎を認めるとされています。

5 さいごに

現在、国内での法制化に向けた動きは進んでいないように思われます。衆議院議員河野太郎氏のブログによると、自由民主党内では、2009年3月、生殖補助医療法(仮)の制定に向けた議論がなされていたようですが、その後1年以上経っても、生殖補助医療に関する法律は制定されていません。

しかし、決して、代理懐胎に対する需要がなくなったわけではありません。比較的最近も、学会の自主規制に違反して、一部の医師によって国内で代理懐胎が実施されたというニュースや、日本人男性がインドで代理懐胎を依頼して出生した子が日本に入学できなかったというニュースを耳にした方も多いと思います。

こうした状況を見ると、生殖補助医療、特に代理懐胎について、法的規制が必要であることは明らか

です。代理懐胎は、子の福祉や代理懐胎を引き受けた女性の危険、女性の自己決定権等々様々な問題を含んでいますので、世論を喚起し、議論を尽くし、国民的なコンセンサスを形成して、早急に法制化を進めるべきだと思います。

- 1 日本学術会議生殖補助医療のあり方検討委員会「対外報告 代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題—社会的合意に向けて—」
- 2 部会報告書は、まず、生殖補助医療について検討する前提となる6つの基本的考え方を示しています。6つの基本的考え方とは、①生まれてくる子の福祉を優先する、②人を専ら生殖の手段として扱ってはならない、③安全性に十分配慮する、④優性思想を排除する、⑤商業主義を排除する、⑥人間の尊厳を守る、です。
- 3 妊娠・出産によって形成される母と子の関係を無視する点、障害がある子が出生した場合にトラブルが生じうる点、子の引き渡しを巡って争いが生じうる点などから、この福祉に反するとしています。
- 4 商業主義を排した場合、日本では、近親者が代理懐胎母となる可能性が高いと考えられます。しかし、近親者が代理懐胎母となる場合、懐胎出産の事実は、代理母の夫や子らにおいて知られるところとなり、その他の親族や近隣の者にも認識される可能性が高くなります。その結果、代理懐胎によって出生したことが親族間における暗黙の了解事項となり、家族関係が変容するということです。
- 5 日本においては、現在もなお、自分の遺伝子を引き継ぐ子を持つべきという風潮が残存します。仮に近親者への代理懐胎が認められると、近親者への依頼も、近親者からの依頼も、いずれも拒否しがたく、真にその自由意思が担保されるのか大いに疑問が残るとされています。
- 6 1)代理懐胎契約に基づく子の引き渡しは、児童の権利に関する条約第35条に抵触する可能性があること、2)懐胎中や出産時に子や妊婦に障害や疾病が生じたとき、死亡したときにどうするか、子の引取に関する条項の有効性等の諸問題、3)有償の場合、経済的に弱い立場の女性が搾取されないか、無償の場合、真に女性の自由意思に基づく契約といえるか、などといった問題があるとされています。
- 7 平成18年11月30日付で、法務大臣及び厚生労働大臣より、代理懐胎を中心に生殖補助医療をめぐる諸問題についての審議を行うように依頼されたことから、設置された委員会です。
- 8 判例タイムズ1219号58頁、同1245号119頁等参照。
- 9 判例タイムズ1225号58頁、ジュリスト1332号304頁等参照。
- 10 判例タイムズ1256号38頁等参照。
- 11 民事訴訟法118条は、「外国裁判所の確定裁判は、次に掲げる要件のすべてを具備する場合に限り、その効力を有する。」とし、同条3号として、「判決の内容及び訴訟手続が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと。」とされています。
- 12 日本学術会議生殖補助医療のあり方検討委員会「対外報告 代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題—社会的合意に向けて—」によると以下のように解説されています。「子を出産した女性を法律上の実母とする原則。民法典では嫡出母子関係については規定がなく、非嫡出母子関係については認知によって生じると規定している。しかし、戸籍実務は明治初年以來一貫してこの原則に立って出生した母の戸籍に出生した子を記載することとしており、最高裁昭和37年4月27日判決が民法典の解釈としてこの分娩者=母ルールを確立した。平成19年3月23日最高裁決定及び法制審議会が平成15年にまとめた生殖補助医療関連親子法制部会の要綱中間試案は、分娩者が血縁上の母ではない場合であっても、この原則を採用すべきとの立場をとる。」

18世紀イギリス 著作権法と保護期間

弁護士 坂田 均

1. ドナルドソン対ベケット事件は¹、18世紀の英国著作権法上もっとも大事な判例のひとつである。当時ロンドンの書籍出版者は、スコットランドやアイルランドから流入してくる安い価格の書籍に頭を悩ませていた。書籍出版者のギルドである書籍組合(Stationers' Company)の独占力はその地域には及んでおらず、有効な手を打てなかった。頼るべきものは著作権法のみであった。

ところで、当時の英国著作権法であるスタチュート・オブ・アン(the Statute of Anne 1709年法)は、保護期間に関して、書籍の著作者から印刷および再印刷する自由を譲り受けた者は、発行のときから14年間その自由を保有するとされていた。また、延長も認められ、14年の期間が満了したときは、著作者が生存している場合にかぎり、印刷する権利およびコピーを処分する権利は著作者に復帰し、14年間存続するとされていた²。

要するに、書籍の著作者の権利は、発行のときから28年で消滅する運命にあった。この事態は、書籍出版者にとってはきわめて深刻であった。

2. 当時の詩人ジェームス・トムソンは、悲劇「ソフォニスバ」と詩集「シーズン」で知られているが、1729年1月16日、これらの作品をアンドリュー・ミラーに£137. 10で売り渡した。契約書(indenture)によると、「これら作品の真正なコピーを譲渡し、また唯一かつ排他的にそのコピーを使用もしくはその利益のため印刷する権利を譲渡する」とされていた。その後トムソンの作品は他の作品とともにさらに譲渡され、最終的にはトーマス・ベケットがその権利を取得した。ベケットは、これらの作品を印刷、発行、販売する権利を取得している。

ところが、エジンバラの出版業者であるアレキサンダー・ドナルドソンは、「シーズン」を含む作品を安い価格で出版し、数千コピーを販売して莫大な利益を得ていた。

そこで、ベケットは、ドナルドソンに対して、

1771年1月21日、著作権侵害を理由に差止請求および損害賠償請求を内容とする訴えを提起した。

これに対して、ドナルドソンは、トムソンの作品は1729年に発行されているから、1757年には保護期間が満了し、著作権は消滅したと主張した。

3. この裁判は、言語的財産(literary property)に関するものとして、書籍出版者に限らず、ロンドンの新聞言論界をも巻き込む大論争になった。

この大論争は二つの立場に分かれていた。一方は、書籍に対する海賊行為を許すべきでないという立場からのもので、著作権はコモンローで認められた権利であって、その保護期間は永久であるべきだという議論である。この事態を比喩的にとらえ、「老女の焼いたパンケーキが『文字』という形を取っただけで、それを盗んだ賢い少年は、『イギリスの裁判所は、この文字を公有(common)のものであると決定した。』と弁解するだろう。」と分かりやすく表現する論者もあった³。

他方は、著作権法は、コモンローに優先するから、法律の定める保護期間の満了で権利は消滅するという考え方である。これは著作権法の立法経過を反映した立場であった。著作権法の内容は大方書籍組合の内部規則を法律化したものであったが、保護期間の点については、書籍組合の強い独占力が永久に存続することを排除した点に特徴があった。

4. とところで、ベケット事件当時の著作権に対する認識はどのようなものであろうか。

18世紀半ばでは、まだ著作権が有体物とは異なる無体物に対する権利であるとの認識も十分ではなかった。書籍のコピーと作品(works)との区別は曖昧だった。著作物の改変についても、物理的な変更によって本質的部分の変更がもたらされなくても、新たな物の作成があったとして、同一性を否定する傾向にあった⁴。このことは、著作物が、著作者の個性から生じた創作的な表現であるとの認識が未成熟であったということの意味する。従って、コモンロー上の権利の本質を支える考え方として、無体物である著作権が、ジョン・ロックのいう労働の成果は個人が保有すべき財産であるという思想(「2つの条約と政府」1690年)とはまだ十分に結びついていなかったといえる。

5. 話を戻してベケット事件であるが、裁判所は、6

対5の僅差で著作権の永久の権利性を否定した。

その理由は、「書籍を書き写す(transcribe)自然の権利はコモンローによっては制限し得ない。」というものである。この自然の権利は、ギリシャやローマの昔から認められてきたもので、書籍から写し出す権利は全ての個人の権利である。また、コモンローは元々書籍組合の内部規則から始まっているから、書籍組合での権利の永久性が認められるべきであるとの主張については、裁判所は、書籍組合に社会全体に適用されるコモンローを制定する権限はないとして、この議論も退けた⁵。ベケット事件では、著作権法上の権利としての著作権がどのような位置づけであったのかが明確ではなかったが、裁判所は、書き写す自然の権利を通して公共の利益を優先させたといえる。

6. 著作物を今日のように著作者の個性や人格から創作的に表現されたものであるとらえた場合、公共の利益との関係はどのように調整されるのか興味の生じる問題である。

これに対し、著作権法上の表現を必ずしも著作者の個性や人格から派生したものであると考えないで、社会に起因するものもあるとの立場(例えば、ポスト構造主義)に立てば、公共の利益との調整の基準は異なるものになる。

著作者(author)や作品(works)の本質に関する検討がなお一層求められるところである。

- 1 Alexander Donaldson v. Thomas Beckett, 1 Eng. Rep. 837, 1774.
- 2 "That after the expiration of the said term of fourteen years, the sole right of printing and disposing of copies shall return to the authors thereof, if they are then living, for another term of fourteen years."
- 3 Mark Rose, the Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship, p52.
- 4 Peter Jaszi, Toward a theory of Copyright: the Metamorphoses of "Authorship", p474.
- 5 註1のベケット事件判決 p841参照。

結合商標における要部観察／ 分離観察の裁判例研究

—最近の知財高裁の判断を素材として—

弁護士 福市 航介

第1 はじめに

本稿では、商標の消極的登録要件(法4条1項11号)及び商標権の禁止権の範囲(法37条1号)を中心として、商標法上も実務上も重要な地位を占める商標の類否について、特に、結合商標の事例に焦点を当て、最近1年間の知財高裁でなされた判断を検討するものである。新たな法解釈に言及するところはないが、最近の知財高裁で結合商標の類否判断がどのようになされているかを知ることが重要であることから検討するものである。

第2 結合商標における類否判断の基準

1 類否判断の基準¹

(1) 商標の類否判断基準

一般に、商標の類否判断は、離隔的観察を前提として、全体的観察と要部観察を平行して行われるとされ、その際には、商標の外観・称呼・観念及び取引の実情²を総合的に考慮して、出所の混同が生じる程に紛らわしいか否かという基準で行われるとされる³。なお、要部観察は適切な全体観察の結論を引き出すための手段であるとされるが⁴、その意味するところは、全体観察とは商標の構成要素の各部分のみを抽出比較することを禁じるものであるが、だからといって全体のみを観察するだけでは足りず、商標を識別力という機能的側面から全体観察を行うことで要部を把握し、商標の出所識別機能が害される場合を適切に把握することにあると思われる。

(2) 結合商標における類否判断

結合商標とは、独立して商標を構成しうる文字・記号・図形又は立体的形状のうち、2個以上の標章の結合により構成されている商標をいうが⁵、商標の類否判断で特徴を有する。結合商標においては要部が複数存在する場合がある

(別表) 検討裁判例一覧 (全て知財高裁)

番号	裁判年月日	種類	結論	対比された商標	抽出の可否	理由
①	2009/10/13	侵害	類似	侵害被疑商標：「Agatha Naomi」 被侵害商標：「AGATHA」	○	①それぞれの冒頭が大文字 ②2つの語の間に空白 ③「AGATHA」が著名
②	2009/12/10	審取	非類似	本件商標：方形枠内に「Indian Arrow」が記載され、その文字の下に一本矢がデザイン 引用商標1：「Indian」がインディアンの図柄中に入ってデザイン 引用商標2：「Indian」	×	①「Indian Arrow」の下に一本矢 ②方形枠内に「Indian Arrow」 ③引用商標が著名ではない
③	2010/1/26	審取	類似	本件商標：王冠図柄 + G を基に創作した図柄 引用商標：G を基に創作した図柄 (上記と同じもの)	○	①王冠の図柄はありふれている ②G を基に創作した図柄が特殊 ③G を基に創作した図柄が著名
④	2010/4/27	審取	非類似	本件商標：上段に「POLO JEANS CO.」 + 下段に小さく赤で「RALPH LAUREN」 引用商標：「POLO」	○	①上段 + 下段の構成 ②下段の文字の小ささ ③各文字に間隔あり ④色の違い ⑤「JEANS CO.」に識別機能なし ⑥査定当時、「POLO」 + 「RALPH LAUREN」の組み合わせは世界的に著名
⑤	2010/4/28	審取	類似	本件商標：「ATHELETE LABEL」 引用商標：「ATHELETE」	○	①各文字に間隔あり ②「ATHELETE」が需用者に著名
⑥	同上	審取	類似	本件商標：「アスリートレーベル」 引用商標：「アスリート」	○	①レーベルは普通名詞 ②「アスリート」が需用者に著名
⑦	2010/5/12	審取	類似	本件商標：「和幸食堂」 引用商標1：「とんかつ和幸」(とんかつの文字は小さい) 印象商標2：縦書きで「とんかつ」が二段で正方形内に記載され、その下に「和幸」	○	①称呼と観念が「ワコウ」だけでも生じうる ②「食堂」自体に識別機能なし ③「とんかつ」部分に識別機能なし
⑧	2010/6/28	審取	類似	本件商標：「e - waching」 引用商標：「WATCHING」	○	①合成度の浅い複合語を連結する意味を持つ「-」あり ②「e」の部分が他の語より大きい ③「e」自体に識別機能なし ④「e - waching」自体が一連一体の語として親しまれていない ⑤「分離をしても不自然ではない」
⑨	2010/7/12	審取	非類似	本件商標：「SHI - SA」 + シーサーが前足と後足を大きく開いて飛び上がるような図 引用商標：「シーサー」	検討なし	検討なし
		審取	非混同	本件商標：「SHI - SA」 + シーサーが前足と後足を大きく開いて飛び上がるような図 引用商標：「PUMA」 + ピューマが前足と後足を大きく開いて飛び上がるような図	検討なし	検討なし

抽出されたもの	理由	外観	称呼	観念	取引実情
「Agatha」 「AGATHA」	「AGATHA」が著名	非類似	類似	類似	
		非類似	非類似	非類似	
Gを基に創作した図柄	①王冠の図柄はありふれている ②Gを基に創作した図柄が特殊 ③Gを基に創作した図柄が著名	類似	生ぜず	生ぜず	
「POLO」+「RALPH LAUREN」 の組み合わせ	査定当時、「POLO」+「RALPH LAUREN」の組み合わせは世界的に著名	非類似	類似 (称呼は取引上「POLO」)	非類似 (「POLO」のみだとポロ競技を観念する)	
「ATHELETE」	「ATHELETE」が需用者に著名	非類似	類似	類似	「ATHELETE」が需用者に著名
「アスリート」	「アスリート」が需用者に著名	非類似	類似	類似	「アスリート」が需用者に著名
「和幸」	①称呼と観念が「ワコウ」だけでも生じうる ②「食堂」自体に識別機能なし ③「とんかつ」部分に識別機能なし	非類似	類似	類似	
「waching」	①「waching」は「e」の8倍の長さ ②「waching」だけで略称される ③「e」自体に識別機能なし	類似	類似	類似	
		著しく非類似	類似	類似	
		非類似	非類似	非類似	

番号	裁判年月日	種類	結論	対比された商標	抽出の可否	理由
⑩	2010/7/21	審取	非類似	本件商標：上段に幾何学模様の図柄＋下段に文字（文字上段に小さく「THE FILTRATION COMPANY」、文字下段に大きく「ROKICo.Ltd」 引用1：「ROKI」の中心に横に3本の白い線がはいった図柄 引用2：「ROKI」	○	①図形と文字が不可分的に結合していない。 ②図形には称呼と観念が生じない（以上、図形と文字との分離） ③文字は冗長であり、「Co.Ltd」部分は一般的な意味合い。 ④「ROKI」は特定会社を表示 ⑤「THE FILTRATION COMPANY」の意味は一般的（以上、文字部分からの抽出）
⑪	2010/8/19	審取	非類似	本件商標：「きっと、サクラサクよ」の文字が桜と思われる5弁の花びらの中にあるもの 引用商標：「サクラサク」	検討なし	検討なし
⑫	2010/8/19	審取	類似	本件商標：筆書体風にかかれた円内に、左上から右下にかけて、大きく「京や」の文字を書し、その文字の下に「きょうや」と平仮名を配し、「京や」の右側に家紋風の図形を配するもの 引用商標：「饗屋」の漢字と「きょうや」の平仮名とを上下二段に書してなるもの	×	①抽出部分に識別表示として支配的な印象を与えるものはない ②抽出部分以外に出所識別機能がないとはいえない

ため、上記の判断の他、次のような検討を要するとされる。

すなわち、①2以上の文字・図形又は記号の組み合わせからなる結合商標の場合には分離観察の可否が検討され、②2以上の文字の組み合わせからなる結合商標の場合には、識別力を有する文字と有しない文字との結合商標では要部観察が検討されるとともに(a)、識別力を有する文字同士の組み合わせであっても、結合の状態⁶により要部観察が検討される(b)⁷。もっとも、結合商標であっても、構成する全体の文字等に一体性があり、全体から一定の外観、称呼又は観念が生じるときには、分離観察や要部観察等は許されない。

2 最高裁第2小法廷平成20年9月8日判決

ところで、結合商標の要部観察又は分離観察(以下「要部観察等」という。)については、最高裁第2小法廷平成20年9月8日判決が、次のとおり、その基本的な考え方を示している。

すなわち、同判決は、「…複数の構成部分を組み合わせた結合商標と解されるものについて、商標の構成部分の一部を抽出し、この部分だけを他人の商標と比較して商標そのものの類否を判断することは、その部分が取引者、需要者に対し商

品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合や、それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じないと認められる場合などを除き、許されないというべきである(最高裁昭和37年(オ)第953号同38年12月5日第一小法廷判決・民集17巻12号1621頁、最高裁平成3年(行ツ)第103号同5年9月10日第二小法廷判決・民集47巻7号5009頁参照。)」と述べたのである⁸。

本判決は、引用判例として、最高裁第1小法廷昭和38年12月5日判決と最高裁第2小法廷判決を挙げるが、いずれの裁判例も、結合商標に関する要部観察等の可否に関する基準を明示的に取り上げたわけではない。本判決は、2以上の文字が組み合わせられた結合商標における要部観察等の可否及び基本的な姿勢を示した点で意義がある⁹。本判決が、要部観察等を基本的に上記2つの場合に絞ったことから、機能的には本判決には安易な要部観察を抑制する働きがあるものと指摘されている¹⁰。

第3 裁判例研究

1 検討裁判例の概要

検討裁判例は、別表の通り、最近の1年間の知財高裁において結合商標の類否判断が争われた12

抽出されたもの	理由	外観	称呼	観念	取引実情
「ROKI」	①図形には称呼と観念が生じない ②文字は冗長であり、「Co.Ltd」部分は一般的な意味合い。 ③「ROKI」は特定会社を表示 ④「THE FILTRATION COMPANY」の意味は一般的	非類似	類似	生ぜず	本件商標では、図形部分と文字部分が常に一体として使用されており、取引が行われているという実情
		非類似	類似	非類似	前者はキットカット商品として有名
		非類似	同一	非類似	

事件である。結論やその理由については、別表を参照していただきたい¹¹。なお、裁判例①だけは、侵害差止請求訴訟である。

2 研究

(1) 抽出方法の差異

ア 文字と文字からなる結合商標の場合

この場合には、抽出すべき部分の周知性若しくは抽出すべき部分以外の識別機能欠如があるかといった点が抽出の可否の理由となっている(裁判例①、③乃至⑧、⑪を参照。なお、裁判例⑩の文字の部分についても同様である)。前記の最高裁第2小法廷平成20年9月8日判決の事案が文字と文字からなる結合商標の事案だということもあり、この基準がそのまま妥当して検討されているようである。

イ 図形と図形からなる結合商標の場合

この場合には、抽出すべき部分の周知性若しくは抽出すべき部分以外の識別機能欠如があるかといった点が抽出の可否の理由となっており、最高裁の基準がそのまま妥当しているように思われる(裁判例③)。

ウ 図形と文字からなる結合商標の場合

ところが、この場合には、抽出の可否を検討する際には異なった考慮がなされている。

すなわち、裁判例②では、抽出が許されない理由として構成上一体的であることが主たる理由とされている。また、裁判例⑨では、抽出が許されない理由として、図形と文字とが一体となって称呼や観念を生じることが理由とされている。また、裁判例⑩でも、抽出が許される理由として、図形部分だけでは称呼や観念は生じないのに対して文字部分は生じることや構成上一体的ではないとの点が指摘されているのである。なお、裁判例⑫では、最判の基準が示されているが、検討されている内容は、外観の構成を検討している点で、なお最判の基準がそのまま使用されているとは言えない。

このように、文字と図形からなる結合商標の場合にそのいずれかを抽出できるかとの判断を行う際には、外観上の構成の不可分性や称呼、観念の有無が検討されているようである。

エ 抽出判断の要素の違いの理由

上記のように、前記最判の存在にもかかわらず、結合商標の一部分を抽出する場合に上記のような違いが生じるのはなぜであろうか。

思うに、同種の標章の結合からなる商標の場合、結合商標の外観構成を問題とするが(例えば、文字と文字の間にスペースがある等)、標章の種類が同種のために全体観察では適切な抽出の可否が判断できない。そこで、周知性や識別機能の欠如という商標の機能的側面からの抽出の可否を検討せざるを得ない。

これに対して、異種の標章の結合からなる商標の場合には、複数の構成部分の区別が容易であるために、全体観察によって商標の構成状態を見ることで分離の可否が判断できる。そこで、周知性や識別機能の欠如という商標の機能的側面からの検討は基本的には不要となる。なお、図形と文字の称呼や觀念との関連性が検討されているものの、あくまでもそれは結合商標の不可分な構成状態を見る上での指標としているに過ぎない。

前記最判の存在にもかかわらず、結合商標の一部分を抽出する場合に上記のような違いが生じるのは、上記のような結合商標を構成する標章の同種性が異なるからであると考えられる。

オ 最高裁第2小法廷平成20年9月8日判決の射程

そもそも、高裁第2小法廷平成20年9月8日判決は、引用判例として、最高裁第1小法廷昭和38年12月5日判決を挙げているが、この事案は図形と文字との結合商標が問題となっており、最高裁は、「各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているものと認められない商標は、常に必ずしもその構成部分全体の名称によつて称呼、觀念されず」等として、結合商標の構成に着目した判断を行っているのである。

最高裁第2小法廷平成20年9月8日判決は、判示内容や引用判例から推察するに、結合商標一般における抽出の可否を判断しているものと思われるが、前記のとおり、結合商標を構成する要素の同種性を問題としていない点で問題がある。同判決の事案が文字と文字からなる結合商標が問題となっていたことも考えれば、同判決の射程は広くとも同種の標章からなる結合商標の抽出の可否に限定すべきである。

(2) 抽出が原則として否定されているか

最近の裁判例での要部抽出の可否を検討すると、少なくとも文字と文字からなる結合商標の場合には、全て抽出が認められている(裁判例①、④乃至⑧)。前記最判が原則として要部抽出は認めないと判示した内容からは原則と例外が逆転しているようにも思える。

しかし、文字と文字からなる結合商標に関する裁判例における周知性の地域的範囲を見てみると、全国的に周知性があるとされているものは、裁判例①、④、⑤、⑥であり、周知性が問題となっているものでは、全て全国的な周知性が認められていることから、敢えて原則と例外が逆転しているとまで断定できず、むしろ、概ね妥当な判断ではないかと考える。また、識別能力欠如を問題とした裁判例においても、識別能力が欠如しているとされる部分が概ね普通名称であるとか商品やサービスの質を示しているもの等が考慮されており、特段問題はないと考える。

上記の裁判例にもかかわらず、最高裁第2小法廷平成20年9月8日判決で問題となった結合商標は、周知とはいえないが識別能力はある文字と識別能力がないとはいえない文字との組み合わせであったので、上記取扱いが最高裁の態度に反することはない。仮に、当該最判で問題となったような弱い識別能力同士からなる結合商標が実際には多いとするならば、原則としては抽出は認められないという取扱いになるだろう。

知財高裁まで争われている結合商標というのは、抽出される部分が取引者、需要者に対し商品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合や、それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、觀念が生じないと認められる場合であるため、争うインセンティブがあったという見方もできるかも知れない。

第4 おわりに

極めて簡単ではあるが、最近の知財高裁における結合商標における分離観察及び要部観察について見てきた。

今回の検討では、結合商標における分離観察で重要なことは、結合商標の構成部分の同種性の有無を

考えることだと感じた。結合商標の構成部分が同種であれば、最高裁第2小法廷平成20年9月8日判決の基準に忠実に検討する必要があるが、もし結合商標の構成部分が異種であった場合には、最高裁第2小法廷平成20年9月8日判決の基準もさることながら、主として外観的な構成を異種標章間の関連性を称呼及び観念を指標として具体的に検討しなければ、適切な主張立証ができないものと思われる。

- 1 ここでは、裁判例を検討するものであるため、商標審査基準は指摘しない。なお、審査実務では、定型的な審査基準により類否判断が行われているが、それは職権審査による法的安定性を重視する行政処分であるからである(小野昌延・小松陽一郎編『商標の法律相談』(平成21年・青林書院)224頁)。
- 2 本件のテーマとは異なるが、取引の実情という際、審決取消訴訟にいうそれと侵害訴訟にいうそれとは意味が異なるものと考えられる。前者は登録査定段階の判断であることから、判断資料は一般的、抽象的事実であるのに対し、後者では、具体的な混同が生じるおそれが判断されるため、判断資料は個別的、具体的事実である(知的財産裁判実務研究会『知的財産訴訟の実務』(平成22年・法曹会)135頁)。
- 3 最高裁第3小法廷昭和43年2月27日判決(氷山印事件)、最高裁第3小法廷平成4年9月22日判決(大森林事件)、最高裁第三小法廷平成9年3月11日判決(小僧寿し事件)参照。
- 4 網野誠『商標〔第6版〕』(平成14年・有斐閣)442頁、小野昌延・三山俊司『新・商法概説』(平成21年・青林書院)226頁以下参照
- 5 小野・三山前掲4)44頁
- 6 構成上一体的であるか、全体の構成から一定の外観・称呼又は観念が生ずるか、識別力が強い部分と弱い部分がないか、一部のみが特に需要者に印象づける部分がないか、又は、呼称した場合に淀みなく一連に称呼し得るか等により、結合の強弱を検討し、いずれかが否定されれば要部観察は許される。
- 7 小野昌延編『注解商標法〔新版〕上巻』(平成17年・青林書院)277頁(工藤莞司・樋口豊治執筆分)
- 8 なお、最高裁では、要部観察や分離観察等といった言葉を使用していないが、関係者が記載したと思われる評釈には、文字と文字との結合に関しても分離観察という言葉が用いられている(判例タイムズ1280号115頁参照)。
- 9 鈴木将文「商標の類似」ジュリスト1376号308頁参照。
- 10 鈴木・前掲9)参照。
- 11 理由については、判文上、認定されている要素を挙げている。なお、例えば、抽出されたものに関して類似判断がされる際に挙げられている要素で、抽出の可否に影響を与えていると思われる要素についても、抽出の可否の要素に挙げているので注意されたい。

編集後記

年に2回所属弁護士がそれぞれの得意分野について研究成果を発表しています。今回も内容は時代を反映したものになっております。ご意見・ご感想ございましたらどうぞお知らせ下さい。

今夏は異常な暑さでしたが、冬は極寒の日々でしょうか。皆様くれぐれもご自愛下さい。

