

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

消費者法	賃貸借契約における更新料支払条項に関する近時の判決の動向 弁護士 増田 朋記・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 1
民法・不動産法	「建築条件付土地」売買の問題点 弁護士 茶木 真理子・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 5
会社法・金融取引法	濫用的会社分割が行われた場合に、非承継債権者が 取り得る手段について 弁護士 上里 美登利・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 8
損害賠償法	損害賠償請求事件において将来の介護費用につき 定期金賠償が認められるか -福岡地判平成23年1月27日自保ジャーナル1841-1- 弁護士 長野 浩三・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 10
民法・医事法	出生前診断をめぐる諸問題 (京都地判平成9年1月20日判時1628号71頁) 弁護士 相井 寛子・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 12
民法・高齢者法	認知症高齢者の公正証書遺言が無効とされる事例 弁護士 井上 博隆・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 15
執行法	集合動産譲渡担保権に基づく保険金への物上代位の可否 -平成22年12月2日最高裁判決(金融商事1356p10)から- 弁護士 永井 弘二・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 23
消費者法	証券会社の顧客に対する指導助言義務 弁護士 長谷川 彰・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 25
企業取引法	電話機リース問題の構造(2) 弁護士 住田 浩史・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 29
会社法	アパマンショップ株主代表訴訟最高裁判決と経営判断の原則 弁護士 草地 邦晴・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 32
知的財産権法	ピンク・レディー事件判決と著名人の自己定義の利益 -知財高裁平成21年8月27日判決- 弁護士 坂田 均・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 35
知的財産権法	特許侵害における損害-権利者複数の場合- 弁護士 北村 幸裕・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 39
知的財産権法	著作権侵害の主体について -最高裁平成23年1月20日判決を素材として- 弁護士 福市 航介・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 41
刑事訴訟法	公判前整理手続・裁判員裁判が保釈に与える影響 -京都地裁における近時の保釈の運用状況の調査を通じて- 弁護士 谷山 智光・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 47

2011/4
No.33

賃貸借契約における更新料支払条項 に関する近時の判決の動向

弁護士 増田 朋記

1 はじめに

更新料とは、賃貸借契約において、契約更新時に賃借人から賃貸人に対して渡される金員である。更新料支払条項については、その有効性につき有効・無効のいずれについても多数の裁判例が出ており、既に最高裁へも係属しており、その判断が待たれるところである。本稿では、最高裁の判断に先立ち、別表に挙げた平成22年以降における7つの裁判例を整理・分析して、更新料支払条項についての近時における判例の動向について検討することとし、今後の更新料問題に関する資料の一端とすべく執筆するものである。

2 整理の視点

更新料の有効性に関する判決の内容は大きく分けて、更新料の法的性質と消費者契約法10条適用の可否という二つの視点に整理できる。

(1) 法的性質

更新料の法的性質は①賃料の補充、②更新拒絶権(異議権)放棄の対価、③賃借権強化の対価などが従来多くの裁判例において賃貸人から主張されており、加えて④空室リスク軽減のための違約金、⑤賃借権設定の対価の追加ないし補充などの性質を主張された裁判例も見られる。この法的性質の検討は、更新料の対価性について検討するものであり、その有効性判断において重要な意義を有している。

(2) 消費者契約法10条の適用の可否

消費者契約法10条の適用の可否については、同条の前段要件と後段要件それぞれの該当性について争点となり判断が示されている。前段要件については民法601条の他、借地借家法26条及び28条等との関係が、更新料の法的性質と絡んで問題となる。また、後段要件については具体的事案によって様々であるが、更新料の法的性質やその額、更新期間により更新料条項の合理性について検討が加えられる他、情報量や交渉力の格差、具体的な

契約状況など更新料支払合意の形成過程も重要なファクターとされている。

3 法的性質についての各裁判例の判断

(1) 賃料の補充

更新料が賃料の補充又は一部としての性格を有するかについては、更新料条項を有効とした裁判例③においても中途解約時における精算規定の定められていないことや、賃借人の前払い意識を認め難いことから「賃料として授受されたものとは認め難い」とされている。

しかし、裁判例⑤においては、賃料の補充と前払いとを区別した上、現在、1年や2年という短期間の賃貸借契約で契約期間中に賃料不足が生じるとは考えにくいものとして補充の性質を否定し、また更新料が一定額であり、精算が予定されていないことから使用収益期間との対応関係が無いため、賃料の前払いであるということのみから説明することは出来ないとしたものの、「賃貸借期間が満了した場合には賃料に、契約期間の途中で解約された場合には、既経過部分は賃料に、未経過部分は違約金ということになると考えるのが相当である」とし既経過分については賃料の前払いとしての性質を肯定した。

その他の対象裁判例においては、賃借人の意思表示・趣旨説明無し(裁判例①、④、⑥)、使用収益期間との非対応関係・精算規定の不存在(裁判例②、④、⑥)、更新料の存在による賃料減額の不認定(裁判例④、⑥、⑦)、賃料増額規定の存在(裁判例⑦)、敷金等による賃料不払リスクのカバーの存在(裁判例⑦)を理由に、いずれも賃料の補充又は一部としての性格を否定している。

(2) 更新拒絶権(異議権)放棄の対価

更新拒絶権(異議権)放棄の対価としての性格については、裁判例③を除いて、正当事由が認められる場合が少ないこと(裁判例①、②、④、⑤、⑥、⑦)、必ずしも更新拒絶権放棄がなされるとはいえないこと(裁判例①)、などからこれを否定している。特に裁判例④については、目的建物がもともと賃貸目的物件では無かったという事情があったが、なおも正当事由が認められることは困難としている。また、裁判例⑦は賃料不払による解除に付き詳細な条項が定められていることや、厳格な用法遵守義務規定があるため、これらの規定による債務不履行解除することなく契約更新する

ことは通常の賃貸人において取るべき対応であるとして、更新料支払によって更新拒絶権放棄を求めるメリットがあるとは評価し難いと判断している。

これに対し裁判例③では、「裁判所によって正当事由が存在するものと認められるかどうかはともかく」とした上で、「賃借人としては、交渉に応じ、任意交渉で解決しない場合は、賃貸人の提起した訴訟に応訴をせざるを得ないことになる」ため、「更新料さえ支払っておけば、結果として紛争が顕在化されずに、交渉や応訴の手間が生じなくなるという意味で事実上の利益が生じることは否定できない」としている。つまり、更新拒絶権(異議権)放棄の対価そのものを認めると明言したわけではないが更新料につき、紛争を顕在化させない事実上の利益との対価性を肯定している(この点、裁判例③の事案では、実際の入居者が賃借人と異なっていたため問題が潜在していたと認定している)。

(3) 賃借権強化の対価

賃借権強化の対価としての性格についても、更新拒絶権(異議権)放棄の対価と同様にほとんどの裁判例がこれを否定している。理由も更新拒絶権(異議権)放棄の対価についてと重なっているが、正当事由が認められることが少ないこと(裁判例①、②、④、⑤、⑥)、そもそも法定更新でも更新料を支払う規定があるため合意更新の場合と差異がないことを理由とするものもある(裁判例①)。

しかし、裁判例③は、「民法上の法定更新がされ、民法の解釈上はいつでも解約の申入れができる状態となる場合においても、更新料を支払えば、更新された契約期間内は解約申し入れができず、明渡し請求訴訟に応訴させられることがなくなるということがはっきりすることを意味する。その限りで、更新料の支払によって同期間内は訴訟に応訴させられることがなくなるという利益を享受できる面があることを否定することはできない。」と判示しており、その意味で賃借権強化の対価性を肯定している。

(4) その他の性質

以上に述べた性質の他に、裁判例⑥では、賃借権設定の対価の追加分ないし補充分という性質が主張されたが、礼金の支払いがあること、また、そもそも賃貸目的の居住用物件において賃貸借の

継続は、賃貸人にとっても継続的に賃料収益を上げることにつながる利点があることを理由として否定された。

また、裁判例⑦では、賃貸人の空室リスクの負担軽減のため、中途解約の違約金としての性質があると主張されたが、中途解約することなく5回の更新料支払いをした状況で、賃借人が違約金として更新料相当額を保持し続けることを了解したとは認め難いとして否定した。

4 消費者契約法10条の適用の可否についての各裁判例の判断

(1) 前段要件該当性

消費者契約法10条前段「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項」に該当するか否かについては、民法601条に比して義務を加重したのものとして肯定したもの(裁判例①、②、③、④、⑥、⑦)(ただし、裁判例③は「民法等の任意規定」として601条を明示してはいない)、借地借家法26条、28条に比して義務を加重したのものとして肯定したもの(裁判例②)、前払いとして民法614条に比して義務を加重したのものとして肯定したもの(裁判例⑤)、中途解約時の違約金であり民法に定めのない義務を加重する特約として肯定したもの(裁判例⑤)がある。

(2) 中心条項について

裁判例の中には、更新料は主たる給付に関する対価を定める条項(中心条項)として消費者契約法10条前段への該当性が争われたものがある。

この点、裁判例①は、更新料条項は付随して定められるもので、それ自身の対価がほとんど想定できないものであること、また、情報の質の格差から条項の性質について当事者が十分に理解し得る状況になく、当事者が最も適切に決め得るといえる前提を欠くことから、中心条項に当たるとはいえないとしている。また、裁判例②も、更新料特約は付随的なものであること、あらかじめ定められた任意規定の基準があるといえることから、中心条項ではなく、消費者契約法10条前段に該当すると判示している。さらに、裁判例⑥も更新料の法的性質の合理的説明ができず、自由意思による合意の前提を欠いているとして、当事者間の自由に委ねるべき核心的合意には当たらないとして

(別表)

番号	判決日	裁判所	事件番号	更新料条項の有効性
①	平成22年2月24日	大阪高裁 第12民事部	平成21年(ネ)第2690号	無効
②	平成22年5月27日	大阪高裁 第13民事部	平成21年(ネ)第2548号	無効
③	平成22年9月10日	京都地裁 第6民事部	平成21年(ワ)第4699号	有効
④	平成22年9月16日	京都地裁 第7民事部	平成21年(ワ)第4702号	無効
⑤	平成22年10月29日	京都地裁 第6民事部	平成21年(ワ)第4693号	有効
⑥	平成22年12月22日	京都地裁 第7民事部	平成21年(ワ)第4691号	無効
⑦	平成23年1月27日	京都地裁 第6民事部	平成21年(ワ)第4688号	無効

いる。

(3) 後段要件該当性

消費者契約法10条後段「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」に該当するか否かの判断において考慮された事由は様々である。

該当性を肯定する裁判例は、対価的合理性の欠如、情報力や交渉力の格差、賃借人の不利益の存在、賃貸人の不利益の不存在(裁判例①、②、④、⑥)の他、社会的な承認の不存在(裁判例②)、割安な印象による誘因や欺瞞的目的(裁判例②)、賃料額が近隣物件に比して安いとは認められないこと(裁判例②)、強行規定である借地借家法26条・28条に抵触するおそれのあること(裁判例②)、更新料について趣旨説明もなく認識もないこと(裁判例④、⑥)、対等な当事者間では合意されることが希有と評価できるような賃貸人に有利な規定が多数設けられていたこと(裁判例⑦)などを理由としている。

他方で、裁判例③は、まず後段要件について「情報や交渉力の格差の有無・程度に関連する事実そのものを法律上の要件」とされていないとして、情報や交渉力の格差という観点から解釈することを相当でないとした上で、当該事案では現実の居住者と賃借人が異なっていたという事情があったことを認定し、更新料支払により、更新する際に生じ得る諸問題を顕在化させない効果や更新された期間内は明渡請求訴訟に应诉させられることなくという利益があるとして、一方的に賃借人を害するものではないと解し、後段要件該当性を否定した。

また、裁判例⑤はまず更新料の性質を、「賃貸借期間が満了した場合には賃料に、契約期間の途中で解約された場合には、既経過部分は賃料に、未経過部分は違約金ということになると考えるのが相当である」とした。そして、前払い賃料に該当する部分については必ずしも月額で定めることなく一部を一時払とすることも不合理ではないと判断し、前払いによる賃借人の不利益も信義則に反する程度ではなく、更新料の存在によって月額賃料はより低廉なものとなっていると考えられ、賃借人も賃料と更新料の合計額を容易に知ることができたことなどを理由に後段要件該当性を否定した。なお、当該事案では途中解約が無かったが、違約金に該当する部分については、消費者契約法9条1号の問題であるとした上で、期間の定めのある契約では一方的に途中で契約を終了させることができないのが原則であるから違約金を徴収することには一定の合理性が認められるとし、違約金の額は賃貸借契約が1年の場合、賃料1ヶ月程度とするのが相当であるとの判断を示している。

5 裁判例の検討

(1) 有効判断をした裁判例③

裁判例③が、更新料条項を有効とした骨子は更新する際に生じ得る諸問題を顕在化させない効果や更新された期間内は明渡請求訴訟に应诉させられることなくという利益を認定して更新料の対価性を認めた点にあると思われる。しかし、他の裁判例が指摘しているように、賃貸人による使用の必要性が通常認められない居住用建物賃貸借において、正当事由が認められることは考え

更新料額 (月額賃料比)	賃貸期間	更新回数	その他
76,000 (2)	1年	4(4回目は更新料支払わず法定更新)	定額補修分担金 120,000
106,000 (2)	2年	1	敷金300,000 敷引150,000
175,000 (1)	2年	2	敷金1,000,000
190,000 (2)	2年	4(初回は消費者契約法施行前)	敷金300,000
100,000 (2.08)	1年	3	敷金300,000 敷引250,000
112,000 (2)	2年	4(初回は消費者契約法施行前)	敷金150,000 礼金150,000
104,000 (2)	1年	5	敷金120,000 礼金130,000

難しいのであって、そのようなおよそ認め難い明渡請求に応ずる煩を避けるためだけに、高額な更新料を(当該事案においては175,000円)を支払うというのは客観的にみても不合理であるし、主観的にも賃借人がそのような合意のもとで更新料を支払っていたとは考えられない。そもそもそのような賃貸人の不当な請求に対して、賃借人に更新料という負担を負わせて回避させるということ自体が信義に反するものである。また、裁判例③の事案では誰が実際の入居者かという問題が潜在していたと認定されているが、そのような一時をもって正当事由が肯定されるものとも解されず、また、賃貸人がそのような責任追求を行わない対価として更新料を求めていたとか、賃借人がそのような意思で支払っていたなどという事情もうかがわれず、結局更新料支払の合意とは別個の問題に過ぎないと言える。

加えて、裁判例③は消費者契約法10条後段要件の該当性判断において、情報や交渉力の格差という観点から解釈することを相当でないとしているが、消費者契約法1条は「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ」と規定しているのであって、消費者契約法が事業者と消費者法との間の情報力・交渉力の格差を前提としていることは明らかであるから、消費者契約法10条後段要件の判断においても当然に情報力・交渉力の格差の程度が重要な要素となるべきものと解される。

(2)有効判断をした裁判例⑤

裁判例⑤は、更新料について精算規定がなく使用収益期間と対応していないことから、賃料前払

いとしてのみでは説明できないとしながら、中途解約後の未経過部分については違約金の性質を有するとすることで、既経過部分については賃料前払いとしての性質を肯定し、賃料の前払いは賃貸人に不利益を生じさせるものではなく不当条項に当たらないとしている。未経過部分について違約金としての性質を肯定するということは空室リスクを賃借人に転嫁させるということを意味するが、空室リスクは本来目的物件の所有者である賃貸人が負うべきものであって一方的に賃借人に転嫁すべきものではなく、また、場合によっては賃貸人が更新料と新賃借人からの賃料と二重の利得(さらには新賃借人からの更新料等も重複する利得となり得る)を得ることとなるのである。ところが、裁判例⑤が述べているのは、空室リスクが生じうることのみであり、何故それを賃借人に転嫁することが相当とされるかの理由が示されていないのであって、不当な判断といわざるを得ない。そして、未経過部分の違約金の性質と合わせて説明される既経過部分の賃料前払い性質についてもやはり不当である。未経過部分について違約金としての性質が認められない以上、使用収益との対応関係がみられず、また、当事者の合理的意思解釈としても、授受の時点で法的性質が定められないままで、既経過部分については賃料、未経過部分については違約金として支払うなどという趣旨について当事者が理解していたとは到底考えられない。さらに、「経済合理性の観点からすると、更新料があることによってそれが無い場合と比べ、月々の賃料額がより低廉になっていると考えられる」との判断にもより具体的な検討を行う

ことなくこのような認定をすることには疑問が残る。

(3) その他の検討

裁判例③及び⑤を除く裁判例はいずれも更新料の法的性質として対価性を否定し、その不当性を情報・交渉力の格差等を前提に認定するものであるが、このうち、賃料の補充としての性質につき、若干の検討を加える。賃料の補充としての性質を否定する理由は種々あるが、これを分析すると、その判断は客観的に賃料としての性質を有しているといえるかという点と当事者(特に賃借人)がその性質を認識し合意したといえるかという点に分けて考えることが出来る。そして、後者については「更新料がどのような目的で授受され、どのような性質をもつのかについて説明している箇所はない」(裁判例①)、「仲介業者から原告に対し、上記賃料額設定の趣旨が説明されたことは何ら窺われない」(裁判例④)など賃貸人による法的性質の説明の有無が理由の1つとして上がっている。しかし、この点につき、賃貸人が説明義務を果たせば更新料に賃料の補充としての性質を認めようとするのは妥当でない。更新料が使用収益と対応せず、また更新料の存在により月額賃料の減額がされているとも認められないなど、更新料の法的性質が賃料として客観的に不合理である以上、情報力・交渉力に乏しい賃借人にいかにその趣旨を説明したとしても不合理性を払拭しうるものではないからである。

6 最後に

以上に検討したとおり、平成22年以降の裁判例は更新料条項の有効性につき、無効と判断したものが5件、有効と判断したものが2件であり、その判断はいまだ分かれているが、更新料条項の不合理性については理論的にかなり成熟してきていると思われる。同一の裁判官によって事案により判断の分かれた例(裁判例③、⑦)も、そうした状況の中でより精緻な検討が求められた故とも思われる。今後においても、これまで積み重ねられてきた議論を背景に、更新料条項の不合理性が一刻も早く確立され、蔓延する不当条項が排斥されることを願うところである。

以上

「建築条件付土地」売買の問題点

弁護士 茶木 真理子

第1 「建築条件付土地」とは

- 1 「建築条件付土地」の販売とは、土地売主が自己又は自己の指定する建築業者と、一定期間内に建物を建築する契約を結ぶことを条件として土地を販売するものをいう((財)不動産適正取引推進機構「不動産売買の手引」24頁)。契約は、土地の売買契約と建物の請負契約をそれぞれ締結することになる。
- 2 これに対し、「建売住宅」とは、建物を売主である宅建業者が自己の企画と責任においてあらかじめ建築し、又は引渡時期までに建物を完成させて、土地と建物を一体として販売するものをいう(上記「不動産売買の手引」同頁)。契約は、土地建物の売買契約のみである。
- 3 「建築条件付土地」の販売と「建売住宅」との最も大きな違いは、自由に買主の希望する住宅を建てることができるか否かという点にある。すなわち、「建売住宅」の場合は、既に業者において建物の建築確認を受けているため(宅建業法36条)、間取りや仕様等を買主が変更することはできない。しかし、「建築条件付土地」の販売の場合は、建物については別途請負契約を締結することになるため、間取りや仕様等を買主が自由に決定できる「注文住宅」となる。

このように、両者には大きな違いがあるにもかかわらず、その違いを正確に理解して取引している消費者は少ないのではないだろうか。業者が「建築条件付土地」の販売を行う背景には、建物建築後の販売不振というリスクを回避できるというメリットがあるためと推測されるが、その一方で消費者に対しては正確な説明が行われないうちに、最近では「建築条件付土地」にまつわるトラブルが増加しているようである。

本稿では、「建築条件付土地」の法的問題点、これを購入する場合の注意点を整理してみたいと思う。

第2 「建築条件付土地」の問題点

1 契約内容に関する問題点

(1) 「建築条件付土地」の売買の場合は、①一定の期間内に建物の建築工事請負契約を締結することを条件とすること、②①の請負契約を締結しなかったとき、又は建築をしないことが確定したときは土地売買契約は解除となること、③土地売買契約が解除となったときは、売主は既に受領している手付金等の金員全額を買主に返還すること及び売主は本契約の解除を理由として買主に損害賠償又は違約金の請求はできないこと、という約定がなされるはずである。そして、業者は売買契約に先立って、顧客に対し上記①～③の各条項について説明を行い、顧客に対し交付する重要事項説明書にもこの各条項を記載しなければならない(宅建業法35条)。

(2) そもそも「建築条件付土地」の販売の場合、本来は買主が自由に建築業者を選べることを、土地売主が「建物建築は自己又は自己の指定する建築業者でなければならない」という制限を加えていることになる。

この点は、独占禁止法19条の「不公正な取引方法」のうちの「抱き合わせ販売」に抵触する可能性があるとの指摘がなされており、公正取引委員会も、「当該宅地建物取引業者の市場における地位、宅地建物の需給の状況等を踏まえて、公正な競争を阻害するおそれがある」場合には、独占禁止法違反になることを認めている(平成15年3月18日付不動産公正取引協議会連合会からの照会に対する回答)。消費者の自由な選択権を保護する観点から、上記①～③の条項が求められると言える。

2 広告の問題点

「建築条件付土地」の広告を行う場合の表示については、「不動産の表示に関する公正競争規約」第6条が細かく規定している。

(1) まず、取引の対象が「建築条件付土地」であることが明示されなければならず、「建売住宅」と誤認されるような広告は許されない。例えば、「建築条件付土地」の販売であるにもかかわらず、「新築一戸建」「新築分譲」というように広告に表示することは、消費者が「建売住宅」と誤認する広告と言えよう。

(2) また、請負契約を締結する期限がいつかや、前項でふれた②③の各条項についても、広告で

明示されなければならないとされている。請負契約を締結する期限については、土地購入者が自己の希望する建物の設計協議を行うために、必要な相当の期間を設けることが必要とされている。通常、「3か月以内」とする業者が多いようである。

(3) 建物の設計プランについても、間取図とともに設計プランが表示されている広告が多く見られるが、この設計プランは一例であって、土地購入者が当該プランを採用するかは自由に決められることを表示しなければならない。また、当該プランに係る建築代金並びにこれ以外に必要な費用の内容及びその額を表示することが求められており、土地との「セット価格」のみが記載されているような広告は許されない。

3 契約締結時期の問題点

(1) 「建築条件付土地」を購入した場合、その後建物について業者と設計協議に入ることになるが、設計協議に入って初めて、オプション料金がかさんで予算内に収まらない、「フリープラン」と聞いていたのに希望する間取りや仕様ができない、といった問題が起こってくる可能性がある。その場合、建物請負契約を締結する前であれば、1項で述べたとおり、土地売買契約を解除することができるので、既に支払った手付金等の金員全額の返還を求めることができる。

(2) ところが、「建築条件付土地」の売買契約と、建物請負契約とを同時に締結してしまえば、1で述べた③の条項が仮に契約書に記載されていたとしても、全く無意味となり、支払済みの金員の返還を受けることができなくなってしまう。

よって、業者から「土地と建物は一緒に契約してもらおうのが決まりだ。」などと言われても、「建築条件付土地」の売買契約と建物請負契約とを同時に締結することは絶対に避ける必要がある。

4 その他の問題点

「建築条件付土地」の場合は、建物については請負契約となるので、宅地建物取引業法で定められている手付金や違約金の上限額(売買代金の2割以内)の規制(宅建業法38条)が適用されない。よって、業者が上限なく自由に違約金等を定めることが可能となる。

また、取引により損害を受けた場合でも、建物請負契約の場合は、原則として、宅建業法に基づいて宅建業者が供託している営業保証金又は弁済業務保証金から弁済を受けることができないというデメリットもある。

第3 実際に「建築条件付土地」が問題となった裁判例

1 公刊物を探しても、「建築条件付土地」が問題となった裁判例は多くない。そのうち名古屋高裁平成15年2月5日判決(最高裁判所ホームページに掲載)を紹介する。

2 名古屋高裁平成15年2月5日判決

(1) 地裁判決を入手することができなかつたため、詳細な経緯は不明であるが、高裁判決からわかる事案の概要は次のとおりである。

本件は、建築条件付土地の買主が売主に対し、建物請負契約不成立により土地売買契約が解除となったとして、土地売買契約の特約に基づき、支払済みの手付金200万円の返還を求めた事案である。

売主の広告には、公正競争規約の規定通り、「この土地は、土地売買契約後3か月以内にAと住宅の建築請負契約を締結していただくことを条件に販売します。この期間中に建築しないことが確定したとき、あるいは建築請負契約が成立しない場合、土地売買契約は白紙となり受領した金銭は全額無利息にて返却します。」との記載があった。しかし、土地売買契約と同時に、建物の工事価格や建坪面積のみを定めた簡易な契約が締結されたため、土地の売買契約書にはかかる記載がなかった。そこで、売主は、広告の上記記載は契約内容になっていないなどと主張して、手付金の返還について争った。

(2) しかし、裁判所は、広告の上記記載は、「建築条件付土地」の販売が「独占禁止法に抵触しないために顧客を保護する重要な意義を有するものであり、本件土地売買契約の契約書に明記されていないとしても、本件土地売買契約の契約内容となっているとみるべきである」と述べて、売主の主張を排斥した。また、建物に関する工事価格や建坪面積のみを定めた簡易な契約が締結されただけでは、建物請負契約はいまだ成立したとは評価できないとした。そのうえで、広告文言の記載を適用して、裁判所は買主の請求を全面的に認めるに至った。建物に関する簡易

な契約が土地売買契約と同時に締結されていた点については、裁判所は「もし仮に売主が広告文言の適用を避けることを意図して建物契約締結に至ったのであれば、詐欺的行為と言わざるを得ない」と指摘している。

(3) 「建築条件付土地」の売買において、買主にとっては、土地の売買契約と建物の請負契約を同時に締結するメリットは何もない。よって、2つの契約が同時に締結されていた場合には、買主に正確な説明は行われず、業者の詐欺的な意図が認定できるはずである。本判決は、このような認識に立ったうえで、業者の違法性を的確に認めた判決である。

第4 まとめ

現在、広告に関しては、「建築条件付土地」の販売であるにもかかわらず、その表示を全くせず、「新築一戸建」などと表記する極めて悪質なケースは減っているようである。

しかし、冒頭でも述べたが、「建売住宅」との違いや「建築条件付土地」の問題点を正確に認識しないまま、土地の売買契約と建物の請負契約とを同時に締結してしまうというケースは多々存在していると思われる。

思わぬ被害に遭うのを防ぐためにも、「建築条件付土地」を購入する場合には、売買契約を締結する前に、住宅の設計協議を行うための十分な期間が設定されているか、建物請負契約が成立しなかった場合は土地売買契約も解除されることが契約書に明記されているかを、必ず確認したい。そして、土地売買契約と建物請負契約は、同時に締結することがないように注意したい。

濫用的会社分割が行われた場合に、 非承継債権者が取り得る 手段について

弁護士 上里 美登利

1 はじめに

最近、いわゆる濫用的会社分割の事例が頻発しており、それをめぐる裁判例も複数出ています。本稿では、濫用的会社分割の事例において、新設会社等に承継されないこととされた債権者(以下「非承継債権者」といいます。)が取り得る手段について、近時の裁判例を参照しながら検討したいと思います。なお、意見にわたる部分は、あくまでも筆者の私見に留まることを最初に申し述べます。

2 濫用的会社分割とは

いわゆる濫用的会社分割とは、本稿では、債務超過に陥っている会社(分割会社)が、優良な事業部門のみを会社分割の方法により、新しく設立した会社(新設会社)又は既存の会社(吸収分割の場合)(以下「新設会社等」といいます。)に承継させるにあたり、資産のほとんどを新設会社等に承継させる一方、承継させる負債は債務の一部のみ(買掛金等の営業債務)とし、債務の多く(特に金融機関からの借入債務等)は承継させないこととし、分割の対価としては、新設会社等の株式が分割会社に交付されるにとどまるというケースをいいます。なお、分割会社は、新設会社等が承継する債務を全て重畳的債務引受けするのが通常です。

この場合、会社法上は、非承継債権者の保護手続きは存在せず、分割無効の訴え(会社法828条1項9号・10号)の原告適格も非承継債権者には存在しないとされていることから、会社法上は非承継債権者に打つ手がないというのが実情です。

では、非承継債権者は、自己の債権回収のため、どのような手段を取り得るのでしょうか。

この点、近時の裁判例を見ていると、以下のような手段が考えられると思います。

①詐害行為取消権の行使、②法人格否認の法理による連帯責任追及、③商号統用による連帯責任追及、

④破産、会社更生申立等の手続中における否認権行使(を債権者の立場から促す。)、⑤分割会社、新設会社等に対する破産、会社更生等の債権者申立

3 ①詐害行為取消権の行使

これを認めた裁判例は、東京地裁平成22年5月27日判決(金融法務事情1902号155頁。その控訴審として、東京高裁平成22年10月27日判決・金融法務事情1910号30頁も認容)です。詐害行為取消請求において問題となるのは、分割会社が新設会社等の株式を取得していることによって、分割会社の純資産に変動はなく詐害性が認められないのではないかという点ですが、この点は、「被告ユニ・ピアールがその対価として交付を受けた被告クレープハウス・ユニの設立時発行株式は、被告ユニ・ピアールの債権者にとって、保全、財産評価及び換価などに著しい困難を伴うものであって、その一般財産の共同担保としての価値が毀損され、債権者が自己の有する債権について弁済を受けることがより困難になったといえるから、本件会社分割は同被告の債権者である原告を詐害するものと認めることができる。」「たとえ計算上は一般財産が減少したとはいえないときでも、一般財産の共同担保としての価値を実質的に毀損して、債権者が自己の有する債権について弁済を受けることがより困難となったと認められる場合には、詐害行為に該当すると解するのが相当である」と判示しました。

そして、具体的には、新設会社に対し、会社分割を被保全債権額(元本)の限度で取り消し、同額の価格賠償を命じた上、判決確定の日の翌日から民法所定の遅延損害金の支払いを命じました。

4 ②法人格否認の法理

(1) これを認めたのは、福岡地裁平成22年1月15日判決(金融法務事情1910号・88頁)です。同判決は、上記東京地裁判決とは異なり、詐害行為については、対価として株式の交付があることから責任財産が変動していないとして否定しました。

その上で、最大の債権者である原告と事業再生スキームや会社分割スキームについて、相当程度にわたって検討し、準備を進めていたところ、原告に知らせることなく会社分割を行った点について、そのような密接な協議関係にいったん入った以上、分割会社としては、原告の利益や期待を著しく損なうことのないよう合理的な配慮をする信

義則上の義務を負担するとした上で、新設会社は原告の債務を含む金融負債は一切負担せず、分割会社から財産を積極的に逸出させており、債権者である原告の利益を著しく損なうことから、原告との関係で、会社分割を濫用的に用いたものと評価せざるを得ないと判断しました。

そして、新設会社と分割会社が不真正連帯債務を負うとして、連帯して貸金債務を支払うよう命じました。

この事例は、判決文を読む限り、原告との関係での信義則上の義務が重視されているような感があります。財産の逸脱を言うのであれば、詐害行為を認めてもよいように思います。

- (2) 法人格否認の法理については、最高裁昭和58年10月26日判決(最高裁判所民事判例集1192号25頁)が、次の要件のもとでこれを認めています。①新設会社は、旧会社の旧商号と同一、②代表取締役、監査役が同一、③本店所在地、営業所、什器備品、従業員が同一、④営業目的がほぼ同一、⑤会社の新設等につき、1年以上明らかにしなかった。

福岡地裁平成16年3月25日判決(金融・商事判例1192号25頁)も、次のような要素における新旧会社の同一性の点から、法人格否認の法理の正否を検討しています。①商号、②本店所在地、③代表取締役、④取締役、⑤監査役、⑥資本金、⑦発行済株式総数、⑧株主、⑨目的、⑩店舗網、⑪ブランド、⑫従業員

具体的な事例については、これらの要素を元に法人格否認の法理の構成の可否を検討していくことになると思います。

5 ③商号続用責任

これを認めた事例には、東京地裁平成22年7月9日判決(判例時報2086号155頁)があります。この事例は、分割会社の商号が「株式会社ユニ・ピーアール」、新設会社の商号が「株式会社クレープハウス・ユニ」、店舗名が「クレープハウス・ユニあきる野とうきゅう店」という関係にありましたが、新設会社が店舗名をそのまま用いて自社のチェーン店の1つとして宣伝していたことから、会社法22条1項の類推適用により、非承継債権者の債務につき、新設会社も分割会社と連帯して債務を弁済する責任を負うと判示しました。ただし、この会社法22条1項の類推適用は、債務承継の誤信に対する保護であるため、会社分割後遅滞なく債権者に債務引受けをしない旨通知がさ

れているような場合には、用いることが困難です。

6 ④否認権行使

これを認めたのは、公刊されている中では、福岡地裁平成21年11月27日判決(金融法務事情1911号85頁)及び福岡地裁平成22年9月30日判決(金融法務事情1911号71頁)がありますが、ここでは紙面の都合上前者についてのみ紹介します。

福岡地裁平成21年11月27日判決は、分割会社(破産会社)が新設会社に1億2997万1786円相当の資産と少なくとも同額の債務を承継させ、分割会社(破産会社)は、新設会社が承継した債務につき、重畳的債務引き受けをしたという事例ですが、破産法160条1項1号の詐害行為否認の正否につき、「破産会社は、本件新設分割により、既存の資産及び債務のうち、その資産のみ逸失させたのであり、このことからすれば、債権者の共同担保が減少して債権者が満足を得られなくなったものであることは明らかである。」としました。そして、新設会社が、破産会社(分割会社)は、承継債務について重畳的債務引受けをしていたとしても、資産を失った破産会社はその支払をすることは考えられず、現実には、新設会社(原告)がそのほとんどを弁済しているのであるから、新設会社は、資産を承継するとともに相当の対価を支払ったということができ、本件新設分割は詐害行為には当たらないと主張したことに対しては、「債権者の共同担保の減少の有無は、計数的に判断されるべきものであり、また、この点は、本件新設分割時を基準時として判断されるべきものと解されるところ、前記認定のとおり、本件新設分割時には、破産会社の債務の額は変動がなかったものであって、原告がこれを承継したことをもって、相当の対価を支払ったのと同視することはできない。」と判示しました。

そして、新設会社に対する1億2977万1786円の承継資産全ての償還請求を認め、新設会社において承継した債務の弁済額の控除は認めませんでした。

7 ⑤分割会社及び新設会社に対する会社更生の申立

東京地裁平成22年11月26日決定(金融法務事情1915号・75頁)は、債権者によって、分割会社のみならず新設会社に対しても会社更生が申し立てられ、開始決定が出されたという事例です。新設会社に対しても会社更生を申し立てた根拠としては、法人格否認の法理と共同不法行為責任が採用されてい

るようです(金融法務事情1915号・83頁)。

ここで、申立代理人によれば(金融法務事情1915号・78頁)、分割会社、新設会社の両方に対して会社更生申立を行う意義として、①同一の保全管理人・管財人の選任により、両会社の分断状態を復旧することができる、②公平な弁済を実現できる、③保全管理人・管財人が事業運営に着手することにより、債務者の真の再建を図ることができる、という点が挙げられています。

なお、東京地裁では、法人格否認の法理を用いて分割会社、新設会社の両方に対して債権者によって破産申立がなされ、開始決定が出された例もあるようです。

8 まとめ

以上、要件充足の有無や非承継債権者が何を求めるかによって、選ぶ手段は異なってくるものと思います。根本的な問題としては、会社法自体の不備も論じられるところですが、現状としては、上記のような法律構成を駆使していくことになるものと思います。

損害賠償請求事件において 将来の介護費用につき定期金賠償が 認められるか —福岡地判平成23年1月27日 自保ジャーナル1841・1—

弁護士 長野 浩三

1 交通事故による損害賠償請求事件においては、将来介護費用について、定期金賠償が認められるかどうかが問題となる。請求者が定期金賠償を求める場合にこれが認められることは特に問題がないが、請求者が一時金による賠償を求めている場合に定期金賠償が認められるか、が問題である。

2 定期金賠償のメリット

①いわゆる植物状態の被害者の平均余命

寝たきり者の平均余命について研究した文献(吉本智信「寝たきり者の平均余命の推定」株式会社自動車保険ジャーナル)では、1年以降の死亡率について、生命表にある日本の平均生存余命と比較して高く、国民生活基礎調査での寝たきり者の生存平均余命は、18～59歳では7.8年である(同文献62頁)。また、最判平成6年11月24日自動車保険ジャーナル第1096号、交民集27巻6号1553頁は、自動車事故対策センターの介護料の支給事例をあげて、当該事件の請求者の余命につき、「口頭弁論終結時から約10年間(本件事故時から約13年間、症状固定時から12年間)であると推定するのが相当である。」と判示している。このように、いわゆる植物状態の被害者の平均余命は一般に通常人よりも短い。しかし、一時金賠償による介護料が認定される場合には平均余命までの期間分認められることが多く、実際に短期間で死亡した場合、遺族に不当な利得が残る。交通事故とは別原因での死亡後の期間の介護費用も交通事故による損害として認められるとする考え方(「継続説」と呼ばれている。)と、損害としては認められないとする考え方(「切断説」と呼ばれている。)があるが、最判平成11年12月20日判タ1021・123は介護費用につき切断説を採用した(ちなみに逸失利益については、

最判平成8年4月25日民集50・5・1221(いわゆる「貝採り事件」)は継続説を採用した。この切断説からすれば、短期で死亡した者につき長期の介護費用を損害とするのはより一層不当である。

②余命認定が不要

上記のとおり、一般に植物状態の被害者の余命は一般の者より短期であるが、個別には一般の者と同様の余命がある者があり、一時金による場合には困難な余命認定をする必要があるが、定期金賠償ではこれが基本的に不要である。

③その都度必要な費用が賄われる

定期金賠償によれば、近親者による横領などの介護費用散逸の危険性が比較的少なくなる。また、中間利息が控除されてないために都度必要な費用が賄われる。

④介護費用、介護状況の変化に対応可能

民事訴訟法117条(定期金による賠償を命じた確定判決の変更を求める訴え)の適切な運用により、インフレ、介護費用額の変化等に対応でき、適切な介護費用の賠償が可能となる。

3 定期金賠償の問題点

①処分権主義

最判昭和62年2月6日判時1232・100は、請求者が一時金による賠償の支払を求めている場合には定期金による支払を命ずることはできないとしている。この最判が平成10年1月1日施行された改正民事訴訟法においても維持されるかどうかについては争いがある(上記のとおり民事訴訟法117条が新設された)。

この点については、定期金賠償と一時金賠償とは質的に異なるとする見解もあるが、このような演繹的な考え方ではなく、実質的には、定期金賠償によって請求者が受ける不利益がどの程度のものかによって判断すべきであろう。

②履行確保

定期金賠償を認めるのに一番の問題点は履行確保の問題である。

国、地方公共団体などが被請求者である場合にはこの問題はないといえる。

また、大手損害保険会社の付保があれば一般的には履行は確保されているといえるが、いわゆる護送船団方式がなくなり、保険市場が自由化された現在においては、保険会社の破綻が全くないとは言いきれないともいえる。また、損害保険会社

が経営破綻した場合における損害保険契約者保護機構による保護も限定的である。しかし、この間保険会社の経営統合により現れた大手保険会社については一般に破綻の危険性はないといってもいいのではないと思われる。

さらに、保険会社の信用不安が顕在化した場合には民事訴訟法117条により定期金賠償を一時金賠償に変更することも考えられる。

履行確保については、藤村和夫氏が新たな機関を創設し定期金賠償方式の対象となるものをカバーすることを提案しているが(同氏「重度障害者と植物状態・定期金賠償」交通事故賠償の新たな動向(株式会社ぎょうせい)264頁)、上記の定期金賠償による合理性・一時金賠償による不合理性・定期金賠償導入の最も大きなネックが履行確保であることを考えれば、損害保険会社、その業界団体において早急に検討すべき課題であるといえる。

4 裁判例

定期金賠償を認めたものとしては、東京高判平成15年7月29日判時1838・69がある。この判決は、履行確保の点について富士火災海上保険株式会社が倒産することは予測できないとして定期金賠償を認めた。

定期金賠償を否定したものとしては、大阪地判平成19年1月31日自動車保険ジャーナル1703・4などがある。この判決は、履行確保、処分権主義の観点から許されるかという問題を指摘し、定期金賠償を否定している。

5 標記福岡地判平成23年1月27日

同判決は、定期金賠償につき、「一時金か定期金給付か。

原告らは、原告●の将来の介護費用について一時金払いを請求しているのに対し、被告らは、定期金払いが相当であると主張している。

そこで、検討するに、特に介護費用は、原告●の余命期間全般にわたり継続して必要となる現実損害の性格を有しており、定期金賠償方式はそれに即したものと見える。また、定期金賠償による支払継続中、例えばインフレにより介護費用が著しく増大するなど将来的事情が変わった場合でも、民訴法117条(確定判決変更の訴え)の活用により対処することが十分可能である。さらに、本件では被告らは任意保険に加入しており(弁論の全趣旨)、実質的な支払は損害保険会社が行うから、定期金払いとしても、

将来的にも履行は確保されるものと考えられる。

逆に、推定的余命年数を前提として一時金に還元して介護費用を賠償させると、賠償額が過多あるいは過少となって、かえって当事者間の公平を著しく欠く結果を招く危険性が存することも否定できないところである。

以上の理由により、当裁判所としては、原告●の将来の介護費用については、定期金賠償方式による支払を命じることとする。」として定期金賠償を認めた。

定期金の終期については、原告の死亡または平均余命のうち早期に到来する時までとしている。

この判決は原告が一時金賠償を求めている場合に定期金賠償を認めたものとして注目される判決である。今後同様の判決が認められるべきである。他方、上記の履行確保の新たな方策も早急に検討されるべきである。

6 定期金賠償の終期など

定期金賠償の終期については、上記福岡地判のように、「原告の死亡または平均余命の終期のうち早期に到来する時」とする方式と、「原告の死亡の時」とする方式がある。平均余命時点でも事故が原因である介護状態があるのであれば「死亡の時」までとなるだろうが、一般人でも平均余命時には他の原因による介護状態が生じていることが多くあり、平均余命の終期と死亡のどちらか早期に到来する時まででもいのように思われる。

なお、介護費用については自宅介護が前提とされている場合には、施設介護となった時点で民訴法117条により施設介護を前提とした介護料に変更されるべきである。

(参考文献)

文中のほか、

大島眞一「重度後遺障害事案における将来の介護費用-一時金賠償から定期金賠償へ-」判タ1169・73

佐野誠「定期金賠償の動向と課題」交通賠償論の新次元・財団法人日弁連交通事故相談センター編153頁、株式会社判例タイムズ社

藤村和夫「定期金賠償」現代裁判法大系⑥267頁・新日本法規出版株式会社

中園浩一郎「定期金賠償」判タ1260・5

石田憲一「定期金賠償の動向」赤い本2004年版504頁

八島宏平「定期金賠償と保険実務」交通事故訴訟の理論と展望393頁、株式会社ぎょうせい

出生前診断をめぐる諸問題

(京都地判平成9年1月20日判時1628号71頁)

弁護士 相井 寛子

1. 事案の概要

ダウン症候群に罹患する先天性異常児(平成6年6月7日出生)の両親である原告らが、出産前に、原告らが希望したにも関わらず、担当医師が、羊水検査に応じず、また、適切な助言等をしなかったため、同児を出産するか否かの判断をするための検討の機会を奪われ、精神的損害を被った等として、担当医師及び病院経営団体に対し、不法行為に基づき、慰謝料の支払いを請求した事案である。本件では、母親が、懐胎時及び出産予定日現在39歳の初産であること、妊娠初期に子宮筋腫の摘出術を受けたことから、不安を感じ、羊水検査の実施を申し出ていたものである。^{1,2}

2. 判示

請求棄却。

(1) 母親の希望にも関わらず、担当医師が羊水検査に応じなかったことが、原告らの出産を検討する機会を得るべき利益を侵害したといえるか。

本件の事実関係の下では、原告母親が羊水検査を申し出た時点で検査を実施しても、検査結果が出るのは人工妊娠中絶³が可能な法定の期間後となるため、原告らには、そもそも出産を検討する余地はなかった。このため、担当医師の前記行為が、原告らの出産検討機会を得るべき利益を侵害したとはいえない。

(2) 前記担当医師の行為が、妊婦が有する、先天性異常児出産に対する精神的な準備のための事前情報提供を受ける利益を侵害したといえるか。

出産準備のための事前情報として妊婦が胎児に染色体異常がないか否かを知ることが、法的に保護されるべき利益として確立されているとはいえない。

(3) 高齢出産の場合には、一般的に、担当医師は、たとえ、妊婦からの申し出がなくとも、人工妊

娠中絶が法的に可能な適切な時期に、妊婦に対し、積極的に、高齢出産の場合の染色体異常児の危険や羊水検査の実施などにつき、説明すべき義務があるといえるか。

何歳を適応として妊婦に対し積極的に染色体異常児の出生の危険率や羊水検査について説明するかは、医師の裁量の問題であって、病院の羊水検査に対する方針や当該妊婦の臨床経過など個々の状況によって異なる事柄であり、満39歳の妊婦で、妊婦から相談や申し出されない場合に、一般的に、産婦人科医師が積極的に染色体異常児出生の危険率や羊水検査について説明すべき法的義務があるとは認められない。

3. 検討

(1) はじめに

出生前診断には、①胎児期の治療のために実施するもの、②分娩方法を決めたり、出生後のケアの準備を行ったりするために実施するもの、③胎児の先天異常罹患の点から妊娠を継続するか否かを判断するための情報を親に提供するために実施するもの、という3つに分けることができる(丸山英二編「出生前診断の法律問題」向学社³⁾)が、本件では、上記③の出生前診断が問題となっている。

(2) 出生前診断をなし得る場合

ア 出生前診断の実施については、平成19年4月、社団法人日本産科婦人科学会から「出生前に行われる検査および診断に関する見解」(以下、「平成19年見解」という。)が出されている。同見解において、羊水穿刺などの侵襲的な出生前診断は、以下のような場合に、夫婦からの希望があり、検査の意義について十分な遺伝カウンセリング等による理解が得られた場合に、実施できるとされている。

- 1) 夫婦のいずれかが、染色体異常の保因者である場合
- 2) 染色体異常症に罹患した児を妊娠、分娩した既往を有する場合
- 3) 高齢妊娠の場合
- 4) 妊婦が新生児期もしくは小児期に発症する重篤なX連鎖遺伝病のヘテロ接合体の場合
- 5) 夫婦の両者が、新生児期もしくは小児期に発症する重篤な常染色体劣性遺伝病のヘテロ接合体の場合
- 6) 夫婦の一方もしくは両者が、新生児期もし

くは小児期に発症する重篤な常染色体優性遺伝病のヘテロ接合体の場合

- 7) その他、胎児が重篤な疾患に罹患する可能性のある場合

以上の他、平成15年8月に、日本産科婦人科学会他9学会の連名で発表されている「遺伝学的検査に関するガイドライン」(以下、「ガイドライン」という。)があるが、出生前診断に関する部分は、上記平成19年見解と同旨である。

イ 本件が発生したときには、平成19年見解及びガイドラインは出されていなかったが、本件事案をこれらの基準に照らすと、妊婦が39歳と高齢であることを理由とする羊水検査は、夫婦が希望し、検査の意義について十分な遺伝カウンセリング等による理解が得られたという条件が満たされれば、実施可能な事案であったといえる。

(3) 医師の説明義務

ア 前記のとおり、本件において、裁判所は、妊婦から相談や申し出されない場合には、一般的に、産婦人科医師が積極的に染色体異常児出生の危険率や羊水検査について説明すべき法的義務があるとは認められないと判断しているが、この点、如何に解すべきか。

イ 医師が患者に対して負う説明義務については、諸説あるが、診療契約が準委任契約と解されることから、民法656条、645条に基づく報告義務に根拠を求めることができる。

出生前診断に関する説明義務についても、前記①や②に分類される出生前診断については、出生前診断という行為そのものが診療行為の一部をなしていると解されることから、出生前診断の必要性や方法・内容等について十分な説明をすべき義務が生じると考えられる。

これに対し、前記③に分類される出生前診断の場合は、出生前診断自体が、治療や診療行為とはいえないと考えられる。また、前記のとおり、現在の日本では、母体保護法において、胎児条項が定められていないため、たとえ、出生前診断の結果、胎児に先天性の異常があることが判明しても、それを理由とした人工妊娠中絶は許されないと解すべきである。このような理由により、妊婦や配偶者から求められていない場合に、高齢出産であるというだけで、一般的に、医師に説明義務が生じることはないように

思われる。

もっとも、中村哲「子供の出産にかかわる悩ましい法律問題について」判例タイムズ1074号22頁に記載されているとおり、前記③の場合でも、妊婦や配偶者が出生前診断の希望を有し、医師に説明を求めた場合には、それに応じ、説明すべき義務が生じると考えられる。この場合には、検査の内容や検査の危険性はもちろん、検査によって何がわかって、何がわからないか、診断され得る疾病の内容・治療方法の有無、検査の結果どのような選択肢があるのか、検査を受けない選択肢もあること等を説明し、妊婦又は夫婦が検査を受けるかどうかを自立的に決定できるようにする必要があると思われる。

ウ 以上のように考えると、本件では、妊婦が、医師に対し、予め羊水検査の希望を伝えていたのであるから、医師には、診断結果が得られるのが法的に人工妊娠中絶可能な時期以降になることや、そもそも法的には胎児に障害があることを理由として人工妊娠中絶が認められないことも含めて、きちんと説明をなすべき義務が生じていたと考えられる。

(4) 損害

ア 本件では、原告らは、出産を検討する機会を得るべき利益及び出産準備のための情報提供を受ける利益を侵害されたとして、慰謝料を請求している。医師が説明義務に違反したため、人工妊娠中絶をすることができず、障害をもつ子供が産まれたという場合、いかなる損害を請求し得るか。

イ 前記のとおり、現在の日本では、妊婦は、たとえ出生前診断を受けて、先天性異常児であることが判明しても、そのことを理由として人工妊娠中絶を選択できないのであるから、障害をもつ子が生まれたことに起因する損害や、本件原告が主張するような出産を検討する機会を得るべき利益を侵害されたことに対する慰謝料を請求することはできないと解すべきである。

ウ 前記中村哲裁判官の見解によると、「患者は、医師の右説明義務違反によって、医師に対して適切に対応してくれるとの期待をしたのにそれを裏切られたことによって生じた精神的苦痛、また、事前に障害があることを認識できていたとすると、それを踏まえた精神的準備、子供の養育のための準備を整えることができたに

も関わらずそれをするができなかったことによって被った精神的苦痛について損害としてその賠償を求めることができる」とされている。これに対しては、妊娠初期に子の障害に関する情報が与えられた場合の精神的衝撃の大きさを考慮すれば、一概に出産の前後で情報提供の与える損害の大小を評価し得ず、出産準備の観点から医療者に説明義務を課す意義は薄いと批判されている(丸山英二編「出生前診断の法律問題」向学社)。

しかし、出産以前から生まれてくる子に障害があることを認識していれば、子が生まれたときに備えて、事前に、夫婦の人生設計を立てることができるし、また、子の受け入れ体勢を整えることもできる。確かに、羊水検査だけでは、子がダウン症候群であることは判明しても、具体的にどのような合併症をもって生まれてくるかわからないが、たとえば、日本産婦人科学会誌54巻9号 夫律子「Ⅱクリニカルカンファレンス 8. 出生前診断の再評価－いまだこまでわかるのか 2) 胎児超音波診断」によると、3D超音波検査によると、心奇形や脊椎のどの部分が二分脊椎かということが出生前にわかるというのであるから、羊水検査によってダウン症候群であることが判明すれば、その後、他の検査を受けることによって、具体的な胎児の状態を知ることができ、それに合わせた受け入れ体勢を整備することができる。このように考えると、出産の前後で情報提供の与える損害の大小を評価し得ないとはいえない。したがって、医師の説明義務違反によって、子に障害があることを事前に認識できなかったことによる精神的苦痛の賠償を請求し得ると解すべきである。

エ したがって、本件においても、子に障害があることを事前に認識できなかったことによる精神的苦痛の賠償を請求し得ると考えられる。

(5) 最後に

出生前診断は、人工妊娠中絶に繋がるという点で、女性や夫婦の自己決定権と障害をもつ胎児の生きる権利が対立する場面だといえる。出生前診断については、平成19年見解等学会の自主規制が存在するところではあるが、胎児の生きる権利に関わる重要な問題であるから、やはり立法によって規律すべきである。また、立法で規律する際には、出生前診断を受けるか否かを自立的に決定す

るために必要不可欠な遺伝カウンセリング等の十分な情報提供を受けることができる仕組みも構築されるべきである。

また、出生前診断によって胎児に障害があることが判明した場合に人工妊娠中絶を選択する理由としては、やはり現代社会が、障害を持つ子が生きにくい状況にあり、将来に対する不安が大きいということがあるように思う。このため、障害をもつ子を安心して養育でき、障害をもつ者が安心して暮らしていけるような社会を作っていくことが必要であると考えられる。

参考文献

判例時報1628号71頁

判例タイムズ956号239頁

中村哲「子供の出産にかかわる悩ましい法律問題について」判例タイムズ1074号22頁

丸山英二編「出生前診断の法律問題」向学社

社団法人日本産科婦人科学会「出生前に行われる検査および診断に関する見解」

名取道也・鈴森伸宏「c.産科検査法 19.羊水検査・絨毛検査・母体血清マーカー値」日本産科婦人科学会雑誌62巻3号

夫律子「Ⅱクリニカルカンファレンス 8. 出生前診断の再評価ーいまどこまでわかるのか 2)胎児超音波診断」日本産科婦人科学会誌54巻9号

日本産科婦人科学会他「遺伝学的検査に関するガイドライン」

小学館「ホームメディカ新版 家庭医学大辞典」

長谷川功編「最新NICUマニュアル」診断と治療社

- 1 ダウン症候群
21番染色体に、1本過剰な染色体が存在することで発生する。発生頻度は、700～1000人に1人とされている。短頭、眼裂斜上、心奇形、消化器奇形等の合併症を伴うことが多い。(小学館「ホームメディカ新版 家庭医学大辞典」、長谷川功編「最新NICUマニュアル」診断と治療社)
- 2 羊水検査
出生前診断の方法には、超音波等の画像診断、母体血清マーカー検査、羊水検査、絨毛検査等様々な方法がある。本件裁判例において、母親が実施を希望した、羊水検査とは、妊婦の腹部を通して、羊膜腔内に細い針を刺し、羊水に浮遊する胎児細胞を採取するものである。合併症としては、針の刺入・抜去時の子宮からの出血、絨毛膜下血腫、破水、感染等があり、技術を習得した医師が超音波ガイド下に穿刺を行う場合に、合併症が生じる頻度は、0.2%～0.5%とされている。もっとも、これは、羊水穿刺後に、流産に至った例の頻度であり、この中では羊水穿刺と無関係に流産に至った例が除外されていない。(名取道也・鈴森伸宏「c.産科検査法 19.羊水検査・絨毛検査・母体血清マーカー値」日本産科婦人科学会雑誌62巻3号)
- 3 中村哲「子供の出産にかかわる悩ましい法律問題について」判例タイムズ1074号22頁においては、②を分娩方法の判定のためと、疾病などを持って出生した子供のケアのための2つに分け、全部で4つに分類している。

認知症高齢者の公正証書遺言が無効とされる事例

弁護士 井上 博隆

1、はじめに

高齢社会の進展と遺言についての認識の高まり等から、遺言の作成が大幅に増加している。1) 弁護士として、遺言書の作成を依頼されることも増えている。死亡後の紛争を避けるために、安全確実な方法として、遺言者が自ら作成する自筆証書遺言ではなく、公証人が遺言者から口授を受け作成する公正証書遺言の作成を勧めることが一般的である。

しかし、従前から、公正証書遺言が無効とされる事例が、公刊物で報告されているが、未だに公正証書遺言が無効であるという裁判例が後を絶たない。特に認知症高齢者について、無効とされる事例が多い。

これは、成年後見の審判がなされる認知症高齢者でも、日常的な会話ができることは、少なからず経験することであり、公正証書遺言は、通常は一度だけの面談だけで作成されることから、認知症高齢者の遺言能力の見極めが不十分であるため、無効とされることになるのではないかと想像される。

今回は、認知症高齢者による普通公正証書遺言について、どのような場合に無効とされるのか、最近の裁判例から検討し、今後の実務における対応を考えたい。

同様の問題は、遺言以外に、認知症高齢者の財産管理契約・任意後見契約、養子縁組等についても考えられ、これらの問題についても参考となると考えられる。

2、認知症 2)

認知症とは、「いったん正常に発達した知能が後天的原因により低下し、それとともに感情障害あるいは人格障害を伴う病態を指す。」とされている。

認知症を呈する疾患は多岐にわたるが、最も多いのは、アルツハイマー型と血管性認知症および両者の混合型である。

認知症の簡単なスクリーニング検査として、わが国では「改訂長谷川式簡易知能評価スケール(HDS

-R)」、外国では「ミニメンタルステートテスト(MME、MMSE)」がよく使われている。

HDS-Rは30点満点中20点以下が「認知症の疑いあり」(軽度 19.10 ± 5.04 、中等度 15.43 ± 3.68 、やや高度 10.23 ± 5.40 、非常に高度 4.04 ± 2.62)とされ、MME、MMSEは30点満点中20点未満は中等度の知能低下とされている。

従前、認知症は「痴呆」という用語が使われてきたが、侮蔑的であるという批判から、平成16年の厚生省老健局長通知以降、「認知症」という用語が使われるようになった。

3、民法の規定

民法は、「満15歳に達した者は、遺言をすることができる。」(961条)とし、成年被後見人等の行為能力の制限を定めた民法の規定は適用しない(962条)としており、そして、「遺言者は、遺言をする時においてその能力を有しなければならない。」(963条)と定めているが、具体的にどの程度の能力があれば遺言をする能力(遺言能力)があるのかについては具体的には規定していない。従って、公正証書遺言の作成の場合は、遺言能力の有無は、公証人の判断に任されている。

ただ、成年被後見人については「成年被後見人が事理を弁識する能力を一時回復した時において遺言をするには、医師2人以上の立会がなければならない。」「遺言に立ち会った医師は、遺言者が遺言をする時において精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く状態になかった旨を遺言書に付記して、これに署名し、印を押さなければならない。」(973条)と規定しており、事理を弁識する能力が、遺言能力とイコールではないとしても、遺言時の遺言者の判断能力についての医師の判断が明記されることになっている。3)

また、成年被後見人については、後見計算終了前に、後見人又はその配偶者若しくは直系卑属の利益となる遺言をしたときは、後見人が被後見人の直系血族、配偶者又は兄弟姉妹以外の者であるときは無効とする(966条)と規定されており、成年被後見人の財産が、遺言という形式により、安易に後見人関係者に篡奪されないように規定されている。

4、認知症高齢者の公正証書遺言の有効性が争点となった最近の裁判例

(1) 最近の裁判例の概要

認知症高齢者の普通公正証書遺言の有効性が争点となった最近の裁判例は別表の通りである。4)

いずれも、被後見人となっていない認知症高齢者が遺言した事例である。1乃至4が無効としたものであり、5、6が無効ではないとしたものである。

1、2、3、5は原告(遺言を無効と主張する者)、被告(遺言が有効と主張する者)とも相続人である。4は原告が相続人(養子)、被告が妹の事例であり、6は原告が相続人、被告が遺言者が入所していた施設である。

また、1の原案作成者や証人は不明であるが、2と3は信託銀行が原案を作成し、その職員が証人となった事例であり、4と5は司法書士、弁護士が原案を作成し、証人となった事例であり、いずれも公証人とともに専門職といえる者が関与しているが、2、3、4は無効とされている。

6は、受益者が遺言者の入所施設であり、証人には施設事務長と業務課長となっているが、認知症の程度が軽いことから無効とはされていない。

(2) 公正証書遺言についての批判と過去の裁判例の傾向

既に、公正証書遺言について、公証人が安易に遺言者の能力を確認して手続を進め、それにより、周囲の者の主導による遺言の作成と、本人名義の遺言という形の高齢者の財産の侵奪という事態が生じやすい土壌が存在してきたとする批判がある。その要因は、①公証人が遺言受益者の指示に従って予め遺言の文言を準備し遺言者の返事を得るという手続の問題と、②遺言に要する能力は財産行為より低くてよいという意識と事理弁識能力=小学校低学年児程度の知能で足りるとする財産法領域で展開されてきた意思能力概念に関する理解とが公証実務に潜在することにあるとされている。5)

一方、近時の裁判例は、遺言能力を抽象的にとらえるのではなく、精神的判断能力の低下ないし痴呆状態の度合いだけではなく、遺言内容の複雑性・重大性・難易度、遺言の作成経緯、遺言作成時の状況、遺言内容が遺言者の諸関係から自然なものであったか等を総合的に考慮することにより、遺言者の真意に基づくものか(遺言者の能力低下に乗じた不当な干渉が加わっていないかも含む)の判断をしていると見られるものも少なからずあるとされている。学説も、遺言能力の程度は遺言の内容との関係で相対的にとらえることが広

1、無効としたもの

番号	裁判所	出典	遺言年月(死亡年月)、遺言時年齢、性別	原告・被告、遺言を主導した者、証人	①認知症の程度、 ②資料、 ③検査	作成経緯
1	東京地判 H18.7.4	判夕 1224.288	H11.3 (H15.10.死亡) 90歳、男	原告：相続人 被告：相続人 遺言を主導した者：被告 証人：不明	①重度アルツハイマー型認知症 ②診療記録・介護記録、被告の手紙等 ③検査結果は記載無し。	1、被告は、原告に有利な第2遺言書を知り、親族から新しい遺言書の作成を勧められた。 2、被告は公証人に、被告に有利な第1遺言書と同じ遺言書を作成するよう依頼した。
2	横浜地判 H18.9.15	判夕 1236.301	H11.11 (H16年*月亡) 85歳、女	原告：相続人 被告：相続人 遺言を主導した者：信託銀行員 証人：信託銀行行員2名	①中等度から高度アルツハイマー型認知症 ②診療記録・介護記録 ③H11.6.15のMMS法15点、HDS-R9点。H11.8の頭部CT検査は軽度の脳萎縮があり、粗大病変は無し。	H8.8、亡夫と共に信託銀行関与のもとに遺言書を作成したが、夫死亡により、H11.6、亡夫の遺言書と異なる遺産分割協議を行ったことから、本人の作成した遺言書とも合わなくなったため、H11.8、信託銀行は遺言書の作成のし直しを勧めた。
3	神戸地裁尼崎支部 H18.10.18、 大阪高判 H19.4.26	判時 1979.75	H16.3 (同年4月亡) 91歳、男	原告：相続人(先妻の子) 被告：相続人(先妻、後妻の子) 遺言を主導した者：被告の一人A？(被告の一人Aは本人が望んだと主張)。Aは遺言の作成を知っていた。他の相続人は知らなかった。 証人：信託銀行行員2名	①老人性痴呆(痴呆症状を増悪) ②診療録、認知症の投薬 ③H15.10の脳MRI(相反する所見、意見書が出ている)、遺言当時、血中酸素飽和度の低下状態。	(被告は、本人が信託銀行の勧めで遺言を望んだと主張したが、遺言の時期と異なり、そうであったとしても遺言能力があったとはいえない)
4	東京高判 H22.7.15	判夕 1336.241	平成17.12 (H19.9) 87歳、女	原告：相続人(養子) 被告：妹 遺言を主導した者：被告 証人：司法書士2名	①老人性痴呆(認知症の症状は進行していた) ②診療録、介護記録、遺言後後見申立時の鑑定書 ③HDS-R；H17.5.14(遺言前)20点、H18.9.1(遺言後)11点。H16.10痴呆の程度M(著しい精神症状・問題行動・重篤な身体疾患が見られ専門医療を必要とする)。	

複雑性	口授の方法	遺言時の状況	遺言内容の自然さ	その他
(一部を除き全財産を被告に相続させる)	公証人は、本人の意思を確認して作成したが、認知症であることを告げられておらず、遺言能力を十分確認していない。	遺言者が遺言を承諾したときの被告の供述や遺言の時の証人の供述は、遺言者の当時の介護記録の生活状況と異なる。		
信託銀行は、多数の不動産等を複数の相続人に相続させ、しかも一部は共有にしたり遺言執行者を分けて指定する等、複雑な内容の遺言書案を作成した。(各不動産について相続人としてふさわしい者を示唆する結果となってしまった。)	公証人は、本人に生年月日を言わせて、遺言書案の条項を順次読み上げ、これぞれについて、その相続させる者で良いかと尋ね、本人は「はい」「そのとおりで結構です」と簡単な肯定の返事をするにとどまった。			
遺言の内容が、多数の不動産・預貯金の配分が単純ではなく、本人が容易に理解しがたい。	1、公証人や信託銀行証人に遺言書作成状況に具体的な記憶がない。 2、案分と遺言書に少なからず変更があり、これについて、公証人・信託銀行証人に的確な供述がない。	1、遺言時の酸素吸入をしていた病状から考えて、外見上も遺言能力に疑いを生じさせるものではなかったと認めがたい。 2、最も多い遺産を取得した相続人が、遺言当時、本人が会話に応じず反応が全くなかったと供述している。	遺言書に、本人の大切にしていた先祖伝来の骨董品・墓の管理者の指定がない。	
(全財産を被告に遺贈する)		1、遺言時、被告から公正証書遺言作成手続の依頼を受けた司法書士に虐待を受けている、原告らに財産をやらない、被告にあげたいと言っていたことは、認知症が進行した被害妄想の一つの表れ。 2、司法書士は、遺言作成当日初めて被告らに連れられた本人に会い、医師や介護施設職員に意見を聞いていない。	原告は、長年本人と同居し、養子縁組もしており、被告に遺贈された物は原告居住不動産を含む全財産である。	H17年10月に本人の預金の改印手続がなされ600万円引き出されており、本人が葬式代や墓地を用意したいと言ったと言ったことであるが、墓地は被告の夫名義である。

2、無効でないとしたもの

番号	裁判所	出典	遺言年月(死亡年月)、遺言時年齢、性別	原告・被告、遺言を主導した者、証人	①認知症の程度、 ②資料、 ③検査	作成経緯
5	大阪高判 H21.6.9 (1審和歌山地裁は無効と判断)	判時 2060.77	H11.7(H16.2死亡) 83歳、男	原告；相続人 被告；相続人 遺言を主導した者；本人(被告が弁護士と相談して本人と本人の妻を弁護士事務所に連れて行った)。 証人；弁護士、弁護士事務所事務員	①交通事故脳挫傷等による器質性認知症 ②診療録、介護記録 ③HDS-Rは、かなり低い(→アルツハイマー型認知症と比較して認知機能の低下は一律ではなく、機能が残存している可能性。記銘力は低下してるが見当識は一貫しておらず、常に低下があったとはいえない)、要介護度5(→時期により変動があった、H12.9と13.8の「認知老人の日常生活自立度」はIでほぼ自立している。	本人が妻の話から遺言書を作成する気になった。
6	仙台高判 H21.6.11	判例秘書 06420310	H17.1(H17.5死亡)	原告；相続人 被告；本人の入所施設 遺言を主導した者；本人 証人；施設事務長、業務課長	①老人性痴呆、認知症(軽度は除く)は否定的。 ②診療録、介護記録 ③MRI(H16.11)は腫瘍と見られる陰影と脳萎縮が、意思表示が不可能なほど認知症が存在していたとは考えにくい。	本人が、看護師に3記載の第三者(事業者)との契約を取り消して被告にあげたいと言ったことを契機として公正証書作成手続が開始された。

複雑性	口授の方法	遺言時の状況	遺言内容の自然さ	その他
<p>遺言書の内容は、全部を長男に相続させるという単純なもの。</p>	<p>1、弁護士は、本人と初対面であったが、遺言能力、遺言意思の確認の質問(財産の内容、親子関係、遺言の動機)を、公証人は、本人に財産の内容、法定相続人、相続の内容、遺留分の理解について質問し、疑うべき事情が認められなかった。 2、その上で、公証人は、弁護士作成の原案に基づき内容を口授して内容に間違いがないか確認。</p>	<p>原被告の母親である本人の妻の遺言時の状況についての証言は、被告に有利な証言をする関係にない。</p>		
<p>遺言書の内容は比較的単純且つ平易で遺言作成の契機となったことをそのまま具体化したにすぎない。</p>	<p>本人が公証人に、全遺言を取消したいこと、その理由、被告に全財産を残したいと述べたので、遺言案と同じであることを確認の上、案分を繰り返し読み聞かせた。</p>		<p>本人は平成15年に第三者(事業者)と本人の死後の遺体処理や第三者を祭祠承継者とする等の公正証書生前契約をし、その対価や遺産を第三者に遺贈するという公正証書遺言をしていたが、その後、この第三者に不信感をもっていたことが伺われ、本件遺言書に本人の重大関心事であった祭祠承継者等の言及がなくても不自然ではない。</p>	

く承認されるようになってきているとされている。6)

- (3) 認知症の程度について、別表の裁判例の判断
 いずれの裁判例も、診療録や介護記録から遺言以前の遺言者の症状・体調、言動を詳細に事実認定した上、認知症の程度を判断している。診療録や介護記録が無い事例の裁判例はない。

6は、認知症の程度が軽いと判断している。その余は、中等度以上のものと判断しているようである。

認知症のスクリーニング検査の結果だけで判断している裁判例もない。しかし、2や4のように検査結果は重要な判断要素としている。4は遺言前(20点)と後(11点)の検査結果から遺言時には認知症の症状が進行していたと認定し、遺言内容の不自然さをも考慮して遺言能力がなかったと判断している。5は一審は遺言能力が無いと判断したが、控訴審は検査結果が低くても(具体的数値は記載されていない)、認知症の種類がアルツハイマー型認知症ではなく交通事故による脳挫傷等による器質性認知症であって、見当識は常に低下があったとはいえないと判断しており、認知症の種類についても考慮している。

3については、認知症の検査結果は明らかではないが診療録から不穏行動等から認知症薬の投与にも関わらず痴呆症状が増悪していたと認定し、併せて、血中酸素飽和度の検査値が低下しており、これは判断力の低下等の症状を生じること、1週間後に危篤となったこと等から、遺言能力を有していなかったと認定している。

1や2のように、アルツハイマー型認知症で中等度を超えるものは、無効とされる可能性が高いのではないかと考えられる。7)

- (4) その他の事情について、別表の裁判例の判断
 いずれの裁判例も、認知症の程度だけではなく、前記の近時の裁判例と同様の諸要素を勘案しながら判断している。

ア、遺言を主導した者、作成経緯

無効ではないとした裁判例5と6は、いずれも本人が遺言を望み主導したと認定している。一方、無効であるとした裁判例は、1、2、4は被告(受益者)や信託銀行が主導したことを認定し、3も遺言の作成を知っていた者は被告の一人であった。

2は、信託銀行が、以前亡夫と共に作成した

遺言書が、亡夫の相続の際の遺産分割協議内容が亡夫の遺言書の内容と異なった形でなされたため、これと整合するように遺言書の作成のし直しを勧めたものであり、他の事例のように遺言者の財産の篡奪や受益者の利益を図って作成されたものではないが、遺言内容の複雑さなどから、遺言者がその内容を理解して判断する遺言能力があったとは認められないと判断している。

近時の学説が、高齢者の遺言が周囲の影響から独立して自由に作成されうるかが問題であり、周囲の影響力との関連で動的にとらえるべきであるとしているのと軌を一にしている。8)

自筆遺言証書が無効とされる場合には、遺言書作成を主導した者や受益者に影響されて遺言者が遺言書を作成することになると考えられる。しかし、公正証書遺言の場合も、中立的立場にある公証人が作成するのにもかわらず、同様に無効とされる事例が散見されるのは、公証人は、遺言書を作成しなければ仕事にならない、より端的に言えば報酬にならないため、遺言書作成を主導した者に迎合的になるためではないだろうか。このことは、弁護士等専門的職業にある者が遺言書作成を主導する者から依頼を受けて遺言書作成の手続を進める場合にも同様のことが言えるように思える。

イ、遺言書の内容の複雑性

無効ではないとした裁判例5と6は、遺言書の内容が単純であることを理由としている。一方、無効であるとした裁判例2、3は遺言書の内容が複雑であるため遺言者が理解し判断することができなかったと認定している。

しかし、遺言書の内容が単純であった1と3については、遺言時の認知症の状況等から、4については、これに加えて、遺言書の内容が長年同居していた養子の居住不動産を含む全財産を被告に遺贈するという不自然な内容であったことや遺言者の墓地等の費用として高額預金が払い戻されていたが、墓地が被告の夫名義になっていたこと等も理由として無効であると判断している。

ウ、遺言時の状況

遺言時の状況について、1、3、4、5は、当時の認知症の程度と遺言に立ち会った者の供述の整合性を検討し、1、3、4は無効と判断している。

4について、遺言書原案を作成し証人となった司法書士は、遺言書作成の日に初めて被告に連れられた遺言者に会ったこと、医師や介護施設職員に認知症について意見を聞いていないことは、当日の遺言者の会話で遺言能力があると感じたとしても、遺言能力があったと認定できないと判断している。

弁護士など専門職にある者として、遺言者からではなく遺言者の家族など関係者を通じて遺言書の作成の依頼を受けることがしばしばある。遺言者の認知症などの状態について、直接、医師や介護施設に意見を聞いたとしても、個人情報等を盾に断られることが多いと考えられるが、本人や家族から、或いはこれらを介して意見を聞くことは可能ではないかと考えられるし、遺言者の生活状況を把握し、認知症がないか、あるとすればどの程度のものかを注意して聴取することは必要である。

また、遺言書の原案を作成するについて、一度も遺言者本人に事前に面談しないで作成することも差し控えるべきものであると考えられる。

エ、遺言内容の自然さ

前記の通り、4は遺言内容が不自然すぎるものが遺言能力を否定する大きな理由となっている。

3と6は、遺言者の関心事であった祭祀承継者等の記載が遺言書に記載されていなかったことについて、争点となっているが、6は記載されなかったことについて不合理性はないと判断している。

(5) 遺言者の口授について、別表の裁判例の判断

ア、公正証書遺言を作成する場合には、遺言者が遺言の趣旨を公証人に口授すること、公証人は遺言者の口授を筆記し、これを遺言者と証人に読み聞かせ又は閲覧させるという方式に従わなければならないとされている(民法969条)。

イ、この方式について、①公証人があらかじめ他人から遺言の趣旨を聴いてこれを筆記した書面を作成し、その後遺言者から口授を受け、それが書面の趣旨と一致したことを確かめてから、これを遺言者と証人に読み聞かせ等して公正証書を作成する場合について、判例(最判昭和43年12月20日民集22卷13号3017頁)、学説とも有効としてきた。

一方、②公証人が遺言者又は他人が作成した原案に基づき、あらかじめ筆記した書面を作成し、その後遺言者から交付した書面の通りであるという陳述を聴き、これを遺言者と証人に読み聞かせ等して公正証書を作成する場合について、大判昭和9年7月10日民集13卷1341頁は有効としたが、学説は反対してきた。9)

ウ、無効ではないとした裁判例5と6は、前記①による口授がなされている。

一方、無効であるとした裁判例2は、信託銀行が作成した原案に基づき公証人が作成した遺言書を公証人が条項毎に読み上げ、遺言者が「はい」など簡単な肯定の返事をしたというものであり、②と実質的に異なることはない。他の無効とした1と3も公証人が遺言者から口授を受けた気配が見られない。4は、司法書士についての判断はなされているが、公証人についての判断がなされていない。遺言者の公証人に対する口授が明確に話されなかったのではないかとと思われる。

エ、これらのいずれの裁判例も、遺言者の公証人に対する口授が、民法969条の方式違反の問題としてではなく(但し、2、5、6は方式違反も争点となっている)、遺言能力の判断要素として、検討されている。

オ、公証人が遺言者からの口授を厳格にしていないうのは、前記の通り、作成依頼をし原案を作成した受益者や専門職に迎合的に遺言書を作成してしまうことが一因ではないかと想像される。

(6) 証人について、別表の裁判例の判断

証人について、1は不明であるが、2乃至5は第三者的立場にある者である。これらの場合でも、遺言書作成に主導した者から依頼を受けて、迎合的になっていた可能性がある。

6は、受益者は施設であり、その遺言書の証人に施設職員、それも管理職にある者がなっており、死人に口なしの状況となって疑いを受けるのは必然的であったのではないかとと思われる。第三者的立場にある者(たとえば、弁護士会に遺言書作成手続及び証人について、弁護士の推薦依頼をするなどして)に依頼するべきではなかったかと思われる。

5、遺言書作成依頼を受けたときの留意点

今後、高齢者の遺言書作成依頼を受けることが増加すると考えられるが、この場合の留意点として、以下のこと等を、念頭に置くことが肝要であると考えられる。

- ① 依頼をしてきた人は、本人か受益者か中立的立場にある人か。
 - ② 遺言者は、認知症がないか。あるとすれば認知症はどの程度か。認知症がある場合は、できる限り、医師等に検査値なども含めて聴き取れているか。
 - ③ 事前に、遺言者に面談して、遺言作成の動機や理由、遺言意思、遺言内容等を確かめているか。
 - ④ 遺言内容、相続関係等が、将来紛争を生じそうなものか。
 - ⑤ 遺言者と面談して③を確かめる際に、事前に①で原案があっても、これを読み聞かせて確認するのではなく、遺言者が自発的にどのように話すかを聴き取っているか。
 - ⑥ 全財産を特定の相続人に遺贈・相続させる等の遺言の場合に、遺言者が合理的な説明をするか。
 - ⑦ 遺言内容が、戸籍謄本、不動産登記事項証明書、預金残高証明書等と整合するか。
 - ⑧ 公証人に依頼する場合に、公証人が適正に遺言者から口授を受けるようにするために、遺言者の生活状況等を事前に情報提供しているか。
 - ⑨ 証人となる人は、遺言者とどのような関係にある者か。証人となる者は、その意味を理解しているか。
 - ⑩ 状況によっては作成手続を進めない勇気を持っているか。
- 1) 日本公証人役場連合会のホームページには、平成18年で25年前から倍増していると記載されている。
 - 2) 今日の診療プレミアムvol.19(医学書院)2009年の「認知症」改訂長谷川式簡易知能評価スケール(HDS-R)医学大辞典第2版、東儀英夫「認知症候と認知症性疾患」新臨床内科学第9版
 - 3) 伊藤昌司「遺言自由の落とし穴」河野正輝・菊池高志編「高齢者の法」186頁(有斐閣)1997年、鹿野菜穂子「遺言能力」野田・梶村編「新家族法実務体系第4巻相続Ⅱ」遺言・遺留分」60頁(新日本法規)平成20年、事理弁識能力と遺言能力が論理的には別の問題であるとする。
 - 4) 認知症高齢者について、普通公正証書遺言の有効性が争われた裁判例以外に、最近の裁判例として、自筆証書遺言が無効とした東京地判平成18年7月25日(判時1958・109)、東京高判平成21年8月6日(判タ1320・228)、養子縁組が無効とした東京高判平成21年8月6日(判タ1311・241)、名古屋家判平成22年9月3日(判タ1338・188)任意後見契約が無効とした京都家決平成22年3月30日及び抗告審大阪高決平成22年5月31日(公刊物未掲載)がある。他に、認知症ではないが、容態が悪化した入院中の高齢者の危急時公正証書遺言を無効とした東京地判平成20年11月13日(判時2032・87)がある。
 - 5) 前掲3)伊藤、鹿野58頁。

- 6) 前掲3)鹿野58頁乃至60頁。
- 7) アルツハイマー型認知症でHDS-Rについて、前掲4)の、自筆証書遺言が無効とした東京地判平成18年7月25日と東京高判平成21年8月6日は8点、養子縁組が無効とした東京高判平成21年8月6日は時期により2点10点3点、任意後見契約が無効とした京都家決平成22年3月30日及び抗告審大阪高決平成22年5月31日は6点7点であり、いずれも中等度を超えるのものである。
- 8) 大塚明「実務から見た高齢者の遺言と『遺言能力』」久貴他編「遺言と遺留分(1)」66頁(日本評論社)2001年、前掲3)鹿野61頁。
- 9) 久貴「新版注釈民法(28)」相続(3)補訂版」111頁112頁(有斐閣)平成14年

集合動産譲渡担保権に基づく 保険金への物上代位の可否 —平成22年12月2日最高裁判決 (金融商事1356p10)から—

弁護士 永井 弘二

第1 はじめに

今回の最高裁判決は、集合動産譲渡担保権に基づいて、動産が滅失した場合に発生する保険金を差し押さえることができるかということに関するものです。

物上代位というのは、民法304条において、担保権の効力は「目的物の売却、賃貸、滅失または毀損により債務者が受けるべき金銭その他の物」に対して及ぶとされていることに基づくもので、これが抵当権などに準用されています(民法372条ほか)。典型的には、抵当権に基づいて、不動産の賃料を差し押さえるような場合で、抵当権者は、不動産に設定された抵当権に基づき、所有者が第三者に当該不動産を賃貸しているときに、その賃料を差し押さえることができます(もちろん、抵当権で担保されている貸金債務などが遅滞に陥るなど、債務者が期限の利益を喪失して一括返済しなければならない事態になっていることなどが前提になります。)

集合動産譲渡担保は、担保の目的となっている物は、一定の場所に置かれていることなどにより特定された商品(動産)の集合体であり、設定者(債務者)が通常の営業を継続する限り、その商品を自由に出し入れして処分できることが前提です。この点が、不動産を担保の目的とする抵当権などとは異なることとなります。したがって、例えば、通常の営業として、対象となった動産を売却したとしても、形式

的には、民法304条の「目的物の売却」にあたりますが、これに対して常に物上代位できるとすれば、集合動産譲渡担保の意味がなくなってしまうことになります。

また、そもそも譲渡担保権は、判例法によって形成された担保権ですので、明確な法律がなく民法304条の適用があるのか否か、あるいは保険金は担保設定者(債務者)が保険料を支払った結果もらえるものですから、物上代位の目的となるのかなども問題になります。

第2 事案と判決

1 今回の事案は、対象となった目的物は養殖魚で、養殖施設と共にその場所で飼育されていた魚として特定された物でした。これが赤潮により死滅してしまい、その後、譲渡担保権者である銀行が新規融資に応じなかったため、業者は営業をやめざるを得なくなり、銀行は、まず、残った養殖魚と施設を譲渡担保権の実行として売却し、その後、養殖魚の死滅による共済保険金を物上代位により差し押さえたのでした。

地裁が差押命令を発したことから、業者が高裁に執行抗告しましたが、高裁はこれを棄却したため、最高裁に持ち込まれました。

2 最高裁は、まず、保険金に譲渡担保権が及ぶかについては、「構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保権は、譲渡担保権者において譲渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産（以下、「目的動産」という。）の価値を担保として把握するものであるから、その効力は、目的動産が滅失した場合にその損害を填補するために譲渡担保権設定者に対して支払われる損害保険金に係る請求に及ぶと解するのが相当である。」として、保険金それ自体に対する担保権の効力を認めました。

次に、動産が出入りする集合物担保の特質については、「もっとも、構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保契約は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるから、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により上記請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されているなどの特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該請求権に対して物上

代位権を行使することは許されない」として、通常の営業が継続されている以上、目的動産の価値代替物に対する物上代位権の行使は許されないとしました。

しかし、今回の事案では、すでに、業者が営業を廃止し、養殖施設と残養殖魚という目的動産自体が譲渡担保権の実行によりなくなっていたという状態であることから、業者が通常の営業を継続する余地はなかったとして、物上代位権の行使ができるとしたのでした。

第3 若干の検討

- 1 今回の事案では、冒頭に述べたとおり、
 - ① 譲渡担保権による物上代位ができるか
 - ② 保険金に担保権の効力が及ぶか
 - ③ 集合動産譲渡担保権における物上代位の範囲などが問題になります。
- 2 まず、譲渡担保権によって物上代位ができるかどうかという点については、平成11年5月17日最高裁判決（判例時報1677p45）が、輸入商品に譲渡担保権を設定していたところ（集合物ではありません）、設定者が第三者に売却して破産したため（即時取得により対象物の所有権は第三者が取得してしまったという前提と思われます。）、物上代位として売却代金を差し押さえたという事案で、譲渡担保権に基づく物上代位を認めました。この理は集合動産でも変わりなく、その意味で、今回の最判が物上代位自体を認めたのは同じ流れの中にあると言えます。
- 3 次に、保険金に対して担保権の効力が及ぶのかという点については、古くは大審院時代にこれを認めた事例がありましたが、その後、下級審では、否定する裁判例もありました（旭川地裁昭和48年3月28日判決・判例時報737p84など）。その理由は、保険金は設定者が保険料を支払った対価であり、担保権の目的物の価値代替物とは言い難いということなどによっていました。
- 今回の最高裁は、こうした点については、上記のとおり、保険金は目的動産の滅失の価値代替物であり、担保権の効力を及ぼせるのが民法304条の趣旨であることから、譲渡担保権の効力が及ぶとしました。この理は、抵当権など他の担保権にも当然に及ぶことになります。
- 4 そして、通常の営業を続ける限り、物の出し入れが可能であるという集合動産譲渡担保の特質に

については、上記のとおり、原則として、通常の営業が継続される限り、物の売買代金は言うに及ばず保険金等の価値代替物についても譲渡担保権の効力は及ばず、物上代位できないのが原則であることを鮮明にした上で、特約があったり、また、今回の事案のように、通常営業ができない状態となった後には、譲渡担保権の効力が及び物上代位できることを認めて、利害の調整をしたのでした。

5 抵当権を設定する場合には、あわせて対象不動産の火災保険金にも質権を設定していることが多く、これまで保険金に対する物上代位ということが問題になることは少なかったようです。

こうして見ると、集合動産譲渡担保の場合にも、それに掛けられた保険金に質権を設定しておく方が金融実務としては妥当なのかもしれないと考えられます。

以 上

証券会社の顧客に対する 指導助言義務

弁護士 長谷川 彰

1 はじめに

日経平均オプション取引に関する最高裁平成17年7月14日判決で、才口裁判官が補足意見として、「証券会社の指導助言義務」を肯定するなど、金融商品取引における業者の指導助言義務が注目されている。

最近、株式取引に関して、証券会社の指導助言義務を肯定した一審判決(大阪地裁平成21年3月4日)が控訴審判決(大阪高裁平成22年7月13日)によって否定されるというケースがあった。

2 最高裁平成17年7月14日判決における才口裁判官の補足意見

最高裁平成17年7月14日判決の事案は、証券会社の勧誘により日経平均株価オプション取引を開始した顧客が、当初はオプションの買い取引を数量的にも限定的に行っていたが、その後売り取引を中心とするオプション取引を本格的に行うようになり、その際、オプション取引の損失が1000万円を超えたら

やめるという方針を立てて、実際にもその方針に従って、オプション取引を一旦は中断させたが、その後間もなく再開したオプションの売り取引で2億円以上の損失を被ったというものである。

才口裁判官の補足意見は以下の通りである。

「オプション取引は、抽象的な権利の売買であって、その仕組みを理解することは容易ではなく、特にオプションの売り取引は利益がオプション価格の範囲に限定される一方、損失が無限あるいは莫大になる危険性ははらむものであり、各種の証券取引の中で、最もリスクの高い取引の一つであるということが出来る。証券会社が顧客に対してこのようなオプションの売り取引を勧誘してこれを継続させるにあたっては、格別の配慮を要することは当然である。証券会社に求められる適合性の原則の要求水準も相当に高いものと解さなければならないが、本件においては、被上告人が一般投資家の通常行なう程度の取引とは比較にならないほどの回数及び金額の証券取引を経験し、その経験に裏付けられた知識を蓄えていたことから、結論的に適合性の原則は否定されるべきものである。しかしながら、本件取引の適合性が認められる被上告人についても、証券会社がオプションの売り取引を勧誘してこれを継続させるにあたっては格別の配慮が必要であるという基本的な原則が妥当することは言うまでもない。

このような観点から、本件においては、証券会社の指導助言義務について改めて検討する必要がある。すなわち、被上告人のような経験を積んだ投資家であっても、オプションの売り取引のリスクを的確にコントロールすることは困難であるから、これを勧誘して取り引きし、手数料を取得することを業とする証券会社は、顧客の取引内容が極端にオプションの売り取引に偏り、リスクをコントロールすることができなくなるおそれが認められる場合には、これを改善、是正させるための積極的な指導、助言を行うなどの信義則上の義務を負うものと解するのが相当である。」

3 大阪地裁平成21年3月4日判決

上記最高裁判決後に、業者側の指導助言義務について言及した判決に大阪高裁平成20年8月27日判決(証券事件)や平成20年9月26日判決(商品先物取引事件)などがあるが、本稿では、地裁と高裁の判断が異なった大阪地裁平成21年3月4日判決とこれの控訴審判決である大阪高裁平成22年7月13日判決を取り

上げる。

事案は、本件以前には勤務先の株式を従業員持ち株制度により購入した以外には証券取引の経験がなかった者が、勤務先を定年退職するにあたり、同社株を売却するため相手方証券会社に口座を開設し、同社株すべてを売却した代金を相手方証券会社に預託し、社債及び中期国債ファンドを購入していたところ、同証券会社よりNTT株など東証1部上場会社の株式取引を勧誘されて中期国債ファンドをすべて解約し、NTT株25株をはじめ数社の株式を購入したが、いずれも大幅に値下がりし、約1500万円の損失を被ったというものである。

地裁判決は次のように判示して請求を一部認容した。

「丁原(被告証券会社従業員)は、原告から25株という大量のNTT株の購入申込を受けた際に、この取引が原告の投資経験、株式取引の知識、投資意向、財産状態からして明らかに過大な危険を有する取引であることを認識し得たと解されるし、また、原告が25株という株数を決めるに至ったのは、丁原がNTT株を推奨したことと、原告の質問に応じて、原告の保有する中期国債ファンドをすべて解約すれば、28株購入することができる旨の説明をしたことに強く影響された結果であることも容易に認識し得たものと解される。

原告の25株の申込に対し、丁原は、原告においてその取引の危険性を認識しているかどうかを確認し、購入株数が過大であることを指摘して再考を促すなどの指導、助言をする信義則上の義務を負っていたものというべきであり、同義務を果たさずに行われた勧誘行為は、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘する行為と同視することができ、証券取引における適合性の原則から著しく逸脱するものであって、不法行為法上違法となる」。

4 大阪高裁平成22年7月13日判決

これに対し、控訴審は、次のように判示して一審判決を取り消し、原告の請求を棄却した。

「株式の現物取引は、その仕組み自体がレバレッジのかかる商品先物取引などに比較して単純であり、わずかの値動きで予想外の損失を被るようなことはなく、また、いつでも売却することが可能であり、「損切り」などでリスクをある程度はコントロールすることができるから、それ自体リスクが過大であるとはいえない。また、株価の変動の要因につい

ては、市場リスクのほか、発行体の個別リスクがあるのは当然であるが、上場企業の中でもとりわけ大企業にあってはその経済的または社会的活動等がマスコミ等により報道される機会も多いことから、その投資判断が一般人であっても容易である面がある。(中略)

株式がリスクのある資産であるといっても、その銘柄によってリスクの程度はさまざまであり、NTTが東証一部上場の有名な企業であり、業績の低迷から抜け出せないような環境にあったとも認められない以上、一審原告にとって本件NTT株購入をリスクの高い過大取引であったということはできない。

したがって、一審原告においては、そのリスクを認識しつつ自らの意思で本件NTT株を購入したといえるのであるから、一審被告が、一審原告に対し、本件NTT株の購入について、株数の減少を再考させる指導、助言をしたり、分散投資をするよう指導、助言する義務を負うことはないし、本件NTT株のほか、本件ドコモ株及び本件コナミ株を追加して購入するように勧誘した行為についても、適合性の原則に反したり、一審原告のいう誠実公正義務及び適合性原則遵守義務に違反するとも認めがたい。

なお、一審原告がその保有する金融資産のほとんど全部をNTT株等の購入にあてたものであるとしても、そのリスクが上記のような限定されたものである以上、それが適合性の原則から著しく逸脱した証券取引にあたるということはず、一審原告が主張する再考・指導・助言義務の根拠となるとは言えない。」

5 考察

(1) 事業者課される指導・助言義務の根拠

潮見佳男教授によると、交渉当事者間の情報や専門的知識のアンバランスを背景に一種の信認関係が両当事者間に成立しているときには、契約上の協調的關係から、自己決定基盤の維持・整備を目指した情報提供義務とは別に、協力義務としての説明・助言義務が導かれることがあるとされる。そして、一方当事者が専門的知識を持ち、他方当事者がそれを信頼して行動するタイプの契約においては、助言義務を認めるべきであるとして、ある種の金融取引、医療契約、弁護士との委任契約などをその例としてあげられる。

同教授はこれに続けて、専門家として社会にお

いて期待されている役割から、その専門性に依拠した取引交渉にあたり、交渉相手の信頼にこたえるべく、適切な情報提供・説明・助言が義務づけられることになることとされる(先物取引被害研究30号「投資取引と説明義務」93頁)。

一方、松島基之弁護士は、流動性に欠ける金融商品や中途解約が制限される金融商品取引の場合、顧客自身によるリスクコントロールが難しく、レバレッジによりリスクが増幅されている場合には、これを改善、是正させるための積極的な指導、助言を行うなどの信義則上の義務が認められる可能性も十分あるとされる(NBL946号「レバレッジを含む金融商品に関する説明義務その他の法的問題点の検討」64頁)。

(2) 才口裁判官の補足意見の射程範囲

既に引用したとおり、才口補足意見は、「上告人のような経験を積んだ投資家であっても、オプションの売り取引のリスクを的確にコントロールすることは困難であるから、これを勧誘して取り引きし、手数料を取得することを業とする証券会社は、顧客の取引内容が極端にオプションの売り取引に偏り、リスクをコントロールすることができなくなるおそれが認められる場合には、これを改善、是正させるための積極的な指導、助言を行うなどの信義則上の義務を負う」と述べ、リスクの高い取引について、リスクコントロールができなくなるおそれがある場合に限定して信義則にもとづく指導・助言義務を認めているとも解される。そうだとすると、松島弁護士が説かれるような限定された条件の下でのみ認められる義務にとどまり、株式の現物売買においては、発生しないことになりそうである。

しかし、法廷意見が、被上告人の投資経験等に照らして、証券会社がオプションの売り取引を勧誘して3回目、4回目のオプション取引を行わせた行為が、適合性の原則から著しく逸脱するものであったということとはできないとして原審を破棄したことに対する補足意見として才口裁判官が述べていることを考えると、その様なベテラン投資家にとってもオプションの売り取引のリスクを的確にコントロールすることは困難だから、専門家である証券会社の指導・助言義務を問題とすべきとしたと解するべきである。

この最高裁判決の後に出た株式の信用取引に関する大阪高裁判決(平成20年8月27日)も、顧客が

株式取引に関する豊富な投資経験や知識を有しているので、証券会社の取引勧誘が適合性原則に違反するものとはいえないとの認定をした上で、「その取引内容や数量等に照らし、控訴人においてその投資経験等を考慮しても、情報処理に基づく自主的かつ的確な投資判断ができる限界を超えていると言わざるを得ず、上記のような知識経験を有する控訴人であっても、情報処理や投資判断については、信用取引のプロといえる乙山^{*1}とは比ぶべくもなく、しかも、保証金維持率^{*2}が30%を割っても乙山の証言に反して、取引は何ら縮小されることなく、むしろ拡大し、それに伴って損失も拡大されており、しかも、その拡大は、乙山の主導によるもので、取引拡大の必要性も認められない。上記損失拡大は、ITバブル崩壊や単に控訴人が損切りを嫌ったことのみによって生じたとはいえないものであり、上記認定の保証金維持率が30%を割って以降の乙山の対応の仕方は、明らかに控訴人の損失を拡大させるおそれのあるものであり、証券会社担当者の指導助言義務に反するというべきである」との判断を示し、証券会社の不法行為責任(使用者責任)を認めた。

*1 乙山は、証券会社の支店長に次ぐ地位である営業次長

*2 信用取引は、保証金を入金すればその約3倍を超える取引ができ、この取引総額において委託保証金が占める割合を「保証金維持率」という。保証金維持率が30%を割ると決済を除き新たに信用取引をすることができなくなり、20%を割ると、追証が発生する。

(3) 本件の検討

本件の投資家は、従業員持ち株制度により保有していた勤務先の株式2000株を退職後に売却したことを除き、本件取引をはじめまで株式の取引経験がなかった。この点で、上記最高裁判決や大阪高裁判決とは投資家の属性が異なっている。

また、取引の対象となった取引は、NTT株の現物売買であり、地裁判決も「株式として相応の株価変動リスクを有する商品ではあるが、基本的には、その取引に特別大きなリスクを伴うものではない」と認定している。

すなわち、本件は、株式取引に関する豊富な投資経験や知識を有した投資家が、リスクの高い商品について、リスクをコントロールすることがで

きなくなったり、情報処理に基づく自主的かつ的確な投資判断ができる限界を超えているという場面の問題ではない。

つまり、本件では、株式投資を初めて行う投資家に対する指導助言義務が問題になっている事案と考えることができる。

一審の裁判所は、①自ら株式取引の危険性を認識しながら、自主的な判断に基づいて取引を行うだけの知識や理解力を有していたとは言えない、②NTT株購入までは、貯蓄中心の取引を指向し、積極的な投資意向を有していなかった、③NTT株25株の購入はこの投資意向に反しているが、これは丁原がNTT株のメリットを示しつつ同株の購入を推奨したことによる、④社債及び中国ファンド合計3723万円が原告の有するほとんどすべての金融資産であったとの認定のもとに、NTT株25株の購入は、原告にとっては過大な危険を伴う取引であったと認定した。

これに対し、控訴審では、①勤務先の株式を売却するにあたっては、価格動向を自ら観察しながら、値上がりしたのを見計らって売却したというのであるから、株式の価格を決定する要素やリスクについてある程度は学習し、知識や理解力を付けていた、②NTT株購入は、単に資産株として保有するというのではなく、積極的に値上がりを追求する意図があった、③一審原告は、一審被告従業員が問いただすまでもなく、それまでの投資に対する安全性を重視する指向をやや変化させた、④丁原の説明に基づいて原告自らの自由な判断のもとに株数を決定したとの認定を行い、NTTが東証一部上場の有名な企業であり、業績の低迷から抜け出せないような環境にあったとも認められないとした上で、本件NTT株の取引が、数量・金額とも大きいものであっても、特定の株式を大量に購入した一事をもって過大な危険を伴う取引をしたとはいいがたい、と判示した。

両判決の結論の違いが、事実認定の違いによると簡単に片づけるには躊躇を覚える。既に述べたように、才口補足意見は、経験を積んだ投資家についてもリスクの高い取引に関しては、損害賠償請求が認められる場合があることを示唆し、その後の高裁判例で具体的な救済事例が示された。

これに対し、本件では、実質的に初めて株式取引を行なうものが、「基本的には、その取引に特別大きなリスクを伴うものではない」NTT株を、

中国ファンドをすべて売却して25株購入したという事案である。原告は、「東証一部上場の有名な企業であり、業績の低迷から抜け出せないような環境にあったとも認められない」といった一般的な情報のみを頼りに、他の投資家と比較しても突出した大量のNTT株を購入しようとしていたのであるから、専門家である証券会社従業員としては、それまでの貯蓄中心の取引指向を変化させて、リスクをとっても値上がり追求を求めようとしている積極的な意図を有しているのかの確認、他の投資家が購入している株数はどの程度で、原告の購入数が突出していることの教示などを行うべき義務があると考えらるべきであろう。

ここで参考になるのは、商品先物取引における新規委託者保護の原則である。そこでは、3ヶ月間を習熟期間とし、建玉枚数の制限を行うとともに、資金に余裕のある取引となるように顧客を勧奨すべきとし、顧客の理解度、判断力、資産状況、投資予定額等から見て明らかに過度な取引と判断されるときは顧客と相談の上取引の縮小あるいは制限等の措置をとることとしている。確かに、NTT株の購入は、商品先物取引と比較すると、特別大きなリスクを伴うものではないと言えるかも知れないが、初の株取引で、原告の金融資産の約64%にも達する金額を貯蓄性資産を売却して価格変動のあるNTT株の購入にあてようとしているのであるから、株式取引のプロである証券会社従業員からの何らかのアドバイスが必要とされると判断した一審の裁判所の判断のほうが、合理的であると考えられる。

以上

電話機リース問題の構造(2)

弁護士 住田 浩史

第1 はじめに「電話機リース問題」から「提携リース問題」へ

拙稿「電話機リース問題の構造(1)」^{*1}では、いわゆる電話機リース問題について、2005年12月に経済産業省その他が注意喚起を行って以降、主として特定商取引法の活用による裁判外・裁判上の解決が一定集積されてきたことを紹介した。

しかしながら、現在も、いわゆる提携リースによる被害は未だ解決していないどころか、質・量ともに拡大しており、事態は悪化している。リース事業協会によれば、小口リース取引に関して寄せられた苦情件数は2007年度は3778件、2008年度は4249件、2009年度は4532件と増加の一途を辿っている。そして、リース契約の対象となる物件も、ホームページ、ソフトウェア、複合機、セキュリティ機器と、電話機以外の物件が急増している^{*2}。

この状況から2つのことがいえる。「電話機」は売りにくくなったが、その他の物件ならまだ売れる、まだまだ提携リースという手法には悪用できる余地がある、そのようなSの目論見がはっきりとみとれる。そして、経済産業省の注意喚起から5年以上経過しても、リース業界が、Sに対する有効な指導監督を全く行っておらず、提携リースの問題について自ら解決する能力を欠いているということもまた同様に明らかとなった。

本稿においては、新たなリース被害類型を紹介した上で、提携リースにおける根本的、本質的問題を明らかにする。

第2 新たな類型：役務提供リースと次々リース

1 役務提供リース、ホームページリース

新たな類型の中でもっとも被害が多いのがホームページリース、すなわち、ホームページの制作やメンテナンス、サーバーの使用という役務の提供を実質上のリース物件とするリースである。

ところで、ホームページ制作その他の業務それ自体は役務であるから、本来的にはファイナンスリースの対象としてのリース物件にはなり得な

い。SやLも、あえて「ホームページ」をリース物件とはしていない。基本的には役務とは直接関係のない、ホームページ作成ソフトウェア(Sは使わない。非売品であり、市価をつきとめられにくいものがほとんどである)、パソコン、パソコン用カメラ、セキュリティ機器などをダミー商材として用いて、リース契約の形式を借用するのである。

このようにリース契約の法形式を借用するSの狙いは、第一に、①一括前払現金支払いが実現できる、ということにある。本来、ホームページ制作は請負契約であるし、メンテナンスやサーバー利用料はその都度または一定の期間ごとに発生すべきものである。しかし、ここでリースという形式をとれば、Lから一括で全額を取得できるのである。Sによっては、最初の数ヶ月はリース料を負担するからなどと約束して、ホームページの作成に全く着手しない段階で、リース契約を締結させることもある。次に、②問題があってもUから途中で解約ができない、という狙いもある。リース契約という体裁をとれば、Uは中途解約はできない。Lとしても立替払(信販契約)のように抗弁権の接続をもって対抗されることもなく、Lは、詐欺的な勧誘を行うSであっても安心して提携することができる。さらに、③価格の決定過程をブラックボックス化できる、というのも大きなメリットである。通常のホームページ制作契約であれば細かな見積もりがなされるのが当然であるが、「リース料」というマジックワードを用いることで、あるいは、「ソフトウェア代」という名目で、全く明細を明らかにせず異常に高額なリース料を設定でき、Uからも疑問を持たれにくい。そして、上記のビジネスモデルの当然の帰結として、④Sの倒産や債務不履行が続出する。Sは、既にLから全額の支払を受けて目的を果たしているから、アフターフォローを行う動機がない。また、Sの倒産によって、ホームページが作成されないまま、多額のリース料の支払いのみが残るUも多数存在する。

このようなホームページリースの被害の続発については、Sに詐欺等の問題があることは当然として、そもそもリース契約の脱法であることは明らかであるにもかかわらず、契約当事者であるLが何ら契約内容を確認せず、提携関係にあるS任せにしていることに問題の根本がある^{*3}。

2 次々リース

次々リースは、いわゆる次々商法のひとつであるが、リースという法形式を用いることで、その危険性、悪質性はさらに大きくなる。この次々リースを行って倒産したSによる被害が全国で続発している。

次々リースとは、ある物件につきリース契約を締結させた後、必要がないにもかかわらず、「より高機能になる」「リース料が安くなる」などと述べて1年～2年という早いスパンで次々とリース契約を締結させていくという手法である。

そうすると、Uのもとには、当然、旧リース契約の支払いが残ることとなる。しかしながら、Sによっては、旧リース契約によって生じるリース料月額分の毎月キックバックを確約する、あるいは中途解約手数料を一括で肩代わりするという勧誘がなされる場合もある。さらに、リース物件を実際には納入しない(空リース)、他で既にリース物件となっている物件を別のUのところに持ち込んでリース契約を締結する(多重リース)などが頻繁に行われているケースもある。また、個別のリース契約をみても、いわゆる悪質電話機リース事件と同様、リース料が極めて高額に設定されているケースが多い。

Sは、このような手法を駆使して次々とリース契約を締結し、Lから物件代金を一括で受け取る。この中からUへのキックバック分や解約手数料を負担しなければならないので、結局は蝸が自分の足を食っているようなものであり、破綻必至である。

昨今、このような手法をとったSの倒産が相次いでいるが、これによって、Sからの支払いがなくなったUには、おびただしい数のリース契約とリース料の支払いが残っているのである。Uの被害額は、数百万円から1000万円を超えるケースも珍しくない。

このような次々リース被害も、Sに詐欺等の問題があることは当然として、異常なリース契約がなされているにもかかわらず、やはり、契約当事者であるLが何ら契約内容を確認せず、提携関係にあるS任せにしていることに問題の根本がある。

第3 提携リース問題の本質：LとSの提携関係の評価

上記見てきたように、提携リース契約の問題の本質は、リース物件が電話機かどうかではなく、どうやら、LがSを自社の営業マン代わりに用いてリー

ス契約を推しすすめてきたにもかかわらず、全てをS任せにして、自らでは何らのチェック能力を果たさなかったことにあるようである。

以下では、Lにどのような義務があり、これを怠った場合どのような責任を負うべきかについて考察する。

1 代理関係：本人L - 代理人S

提携リースにおいては、一般的には、Lは、本件リース契約に先立ち、Sとの間で業務提携契約を締結し、同社に対し、リース契約締結についての包括的代理権を授与しているものと考えられる。

具体的には、Lは、Sに対し、①Uに、Lとの間のリース契約締結を勧誘すること、②Lのリース契約の契約書式をUに提示すること、③Uにリース契約締結の諾否決定させるに際しての契約内容の説明を行うこと、④リース対象物件の価格、納期、仕様のすべてをUとの間で決定すること、⑤Uからのリース契約申込みの意思表示を受領すること、⑥リース契約の諾否をUに通知すること、⑦リース物件をUの搬入指定先に搬入し、受領を確認すること、等の各権限を与え、リース契約の勧誘、契約締結、契約に基づく履行の全場面において主要な委理事務処理権限を付与している。

民法101条1項により詐欺の有無は代理人について判断される(大判明治39年3月31日)。したがって、リース契約においても代理人であるSにつき詐欺行為の有無が判断され、その効果が本人であるLに及ぶこととなる⁴。Lは、Sが行った詐欺等により、リース契約が取り消されることを甘受しなければならない。

2 締約補助関係：契約当事者L - 締約補助者S

締約補助者とは、契約締結のために使用される補助者であるが、締約補助者には、もう一つの契約補助者である履行補助者の法理が類推される⁵。

履行補助者の法理は、信義則上、債務者が履行補助者を活用してその活動領域を人的に拡張し、そこから収益を得る可能性を高めている以上それによる危険も負担すべきという報償責任的観点や、一般的衡平の観点に根拠が求められる。締約補助者の詐欺により相手方が意思表示をなしたるときは、本人がこれを知れると否とを問わず、相手方は第96条1項により取り消すことができると解されている⁶。

また、締約補助者たるSは、LのためにUからのリース契約申込みの受領機関であったといえると

ころ、相手方のある意思表示において、相手方の為に意思表示の受領機関となった者が、表意者に対して詐欺を行った場合は、相手方自身が詐欺を行ったものとみなされる⁷⁾。

3 指揮監督関係：使用者L－被用者S

民法715条は、使用者責任の発生要件の一つとして「ある事業のために他人を使用する」関係、つまり使用関係の存在を要求しているが、現在、この要件は非常に緩やかに解され、事実上の指揮監督の下に他人に仕事に従事させていればよい(実質的指揮監督関係⁸⁾)。

いわゆる提携リースにおける業務提携契約では、LはSに対して圧倒的に優越的な立場にいる。例えば、リース契約の取扱物件はLが承認した商品に限られ、リース料率はLが定める料率表に拘束され、そればかりか、リース物件についてはSがすべて借主(顧客)の使用目的に合致させる責任を負担し、瑕疵担保責任その他の責任を負担し、不可抗力による履行不能等についてもLは責任を負わず、苦情処理の責任もSが負い、リース契約終了時の処置もSが協力義務を負うものとなっている。

このような実態を前提として、経済産業省も、業界団体であるリース事業協会に対して、「提携販売事業者の総点検及び取引停止を含めた管理強化」等を指示し、同協会もまた提携関係の解消も含めた対応を行う旨述べ⁹⁾など、Sの管理体制を強化することを明言しているのである。

このように、一般に、提携リースにおいては、LとSとの間には、使用者責任を基礎付ける事実上の指揮監督関係があるというべきである。

なお、前掲京都地裁園部支判平成21年3月31日(判例集未登載)は、LとSとの間に、「手足として利用する関係」を認定してLの不法行為責任を認めており、指揮監督関係を正面から認定している裁判例として参考になる。

そして、被用者であるSが、その業務に密接に関連して不法行為を行いUに損害を与えた場合は、使用者であるLは、民法715条の使用者責任に基づく責任を負うこととなる。

第4 むすび—提携リース規制法の必要性

このように、現行法においても、提携リースにおいて、LはSの行った詐欺的勧誘や、内容に問題のある契約について、責任を免れることはでき

ない。しかしながら、このようなリースにいわゆる業法規制は全くない上、経済産業省の注意喚起から5年以上何ら有効な対応策をとることができなかったことから明らかなように、業界の自浄能力も皆無であることから、今後、また、新たなリース被害類型が出てくることも予想される。現在発生している悪質な事案については、上記のような法的枠組によって司法的解決がはかれるとともに、被害を未然に防ぐべく、提携リースを規制する立法を行うことが急務と思われる。

2010年9月30日に出された京都弁護士会の「提携リース契約を規制する法律の制定を求める意見書」をはじめ、現在は、愛知県弁護士会、群馬県弁護士会や近畿弁護士会連合会でも同じく規制立法を求める意見書が出されている。立法への動きは、今後急速に全国化していくことになろう。

- *1 「御池ライブラリー27号」、住田浩史、2008年4月、8頁
http://www.oike-law.gr.jp/public/oike_27.pdf
 なお、本稿でも、前稿に引き続き、リース契約の当事者として、L(リース会社)、S(サプライヤー)、U(ユーザー)との語句を用いることとする。
- *2 「小口リース取引に係る問題の解消を目指して—当協会の取組み状況(平成22年7月～9月)—」、社団法人リース事業協会、2010年11月24日
<http://www.leasing.or.jp/koguti/101124.pdf>
- *3 なお、提携リースにおいて、役務提供型リースについてリース会社の責任が認められたケースとして、福岡高判平成4年1月21日(判例タイムズ779号181頁)。警備機器のリースを装って、実際には警備業務の提供を契約の目的とした役務提供型リースにつき、ファイナンスリースとはいえないとして、警備機器の時価を超える金額についてのリース会社のリース料請求を信義則上排斥したものであり、先例的価値がある。
- *4 なお、リース被害において、SとLとの間の代理関係を認めてLの責任を認めたものとして、京都地裁園部支判平成21年3月31日(判例集未登載)、札幌地判昭和63年12月22日(NBL425号22頁)などがある。
- *5 「注釈民法(10)」、有斐閣、427頁
- *6 『締約補助者の過失に因る当事者の責任』、松阪佐一、「債権者取消権の研究」有斐閣、1962年、208頁
- *7 なお、提携リースについて、門司簡判昭和62年10月23日(別冊ジュリスト14「消費者リース・フランチャイズ取引」172頁)は、「リース業者は販売業者と密接な関係にあつて、販売業者の営業努力によって自らも売上げを伸ばすという依存関係にもある」とした。また、名古屋簡判平成10年7月33日(判例タイムズ1013号151頁)は、「業務の提携関係にあり、契約締結手続の全てを訴外会社社員に任されていることが認められる」とした。さらに、神戸簡判平成16年6月25日(判例集未登載)は、「リース物件の機種、仕様、価格、納期その他リース契約の諸条件などの顧客に対する説明と確定の作業は、原告がすべて取扱店に任せ、原告は事後的に書面審査をするに過ぎないもので、その限りでは取扱店は、リース契約の締結に至る手続の重要な部分を、前もって原告から任されているものであって、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にあるということが出来る。」として、信義則等に基づき、いずれもLの責任を認めた。これらの裁判例は、いずれも、締約補助者責任と同様の報償責任的発想に立っている。
- *8 最判昭和42年11月9日民集21巻9号2336頁
- *9 例えば、「小口リース取引問題の新たな対応策について」、社団法人リース事業協会、2011年1月26日
<http://www.leasing.or.jp/koguti/110126taiou.pdf>

アパマンショップ株主代表訴訟 最高裁判決と経営判断の原則

弁護士 草地 邦晴

1 はじめに

最高裁第1小法廷は、平成22年7月15日、アパマンショップ株主代表訴訟事件上告審において、東京高裁が出した取締役への賠償請求を認めた判断を覆し、取締役の責任を否定する判決(以下「本判決」という ※1)を言い渡した。取締役の善管注意義務違反の存否を判断するにあたっては、その経営判断に広い裁量権が認められることを前提とする、いわゆる「経営判断の原則」が妥当するものであることは、裁判実務において定着した感があるが、裁量の範囲を逸脱した不合理な決定が行われたか否かを具体的に判断し、適用する場面においては、同じ事実関係を前提にしても結論が異なることも少なくなく、今なお不安定であることを否定できない。

もとより経営判断が行われる場面は一様ではなく、合理性の判断は事案ごとに行われる必要があるが、上記事件では、認定されている基本的な事実関係自体は変わりがないのに、取締役の責任を否定した第1審を控訴審が覆し、これをさらに本判決が覆したという経過を辿っており、その判断がいかに微妙なものであるかということを示している。

また、最近取締役の責任を認める最高裁判決が続いていた(※2、※3)中で出された本判決を、取締役の行った経営判断に対する介入について裁判所が抑制的な立場をとったものとして重視する向きもあるようであり(※4、※5)、今後の経営判断原則の展開を考える上でも参考になるものである。

そこで、今回は本判決について概観し、若干の検討を加えてみたい。

2 事案の概要

不動産賃貸斡旋のフランチャイズ事業等を展開するアパマンショップホールディングズ(ASH)は、グループ会社の組織再編を行うべく、3分の2の株式を有する子会社(ASM 非上場)を100%子会社化するために、ASMの株式を株主から任意に購入した。その後任意の購入に応じなかった株主に対しては株

式交換を行ったが、任意の購入に際しての買取金額が、査定や株式交換比率等から割り出される株式価値の約5倍もの金額であったことから、高値の購入によって会社に損害を与えたとして、株主が取締役に対し善管注意義務違反に基づく損害賠償を求めた。

取締役は、組織再編の必要性やこれによる収益改善の可能性、ASMの株主がASHグループのフランチャイズ加盟店等であったことから、一方的な意向による強制的な株式取得(株式交換)によると、加盟店とグループとの関係に悪影響が及び、グループ全体の本業に悪影響を及ぼすおそれがあったこと、5年前に設立された際の株主の出資価格が5万円であったことなどから、合理的な経営判断であったとして、これを争っていた。

3 各審級における判断

(1) 東京地裁平成19年12月4日判決(※6)

第1審は、取引相場のない株式については、「当該株主から当該価格により株式を取得する必要性、取得する株式数、取得に要する費用からする会社の財務状況への影響、会社の規模、株主構成、今後の会社運営への影響等諸般の事情を考慮した企業経営者としての専門的、政策的な総合判断が必要になる」とし、「このような政策的な経営判断が要請される場面においては、その判断において、前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがなく、意思決定の過程・内容が企業経営者として特に不合理・不適切なものといえない限り、当該取締役の行為は、取締役としての善管注意義務ないしは忠実義務に違反するものではないと解するのが相当である。」と広い裁量を認め、会社財務への影響も大きくなく、買取に応じなかった株主もいたこと、経営会議への諮問や弁護士の意見の聴取も行われたことなども踏まえて、不合理・不適切な面があったとは認定できないとして、請求を棄却した。

(2) 東京高裁平成20年10月29日判決(※6)

これに対して、控訴審判決は取締役の責任を認める判断を下した。

同判決は、経営上の判断に広い裁量があることを前提に、「取締役としての善管注意義務に違反するかどうかは、…その判断の前提となった事実の調査及び検討について特に不注意な点がなく、その意思決定の過程及び内容がその業界における

通常の経営者の経営上の判断として特に不合理又は不適切な点がなかったかどうかを基準とし、経営者としての裁量の範囲を逸脱しているかどうかによって決するのが相当」とし、1株の価値(1万円と認定)を「上回る金額を買取価格として設定したとしても、そのことのみによって当然に取締役がその任務を怠ったものということとはできない。」としながら、他方で、その買取金額の決定に合理性があると言えるには、「買取りを円滑に進めるために必要であったかどうか、より低い額では買取りが円滑に進まないといえるかどうか、また、買取価格が…認定した価額から乖離する程度と買取りによって会社経営上の期待することができる効果(必要性ないし有益性)とが均衡を失しないかどうか、買取りの手続と同時に計画されていた株式交換の手続における交換比率及びこれを決定する前提となるASMの株式の評価額はいくらであるか等の諸点に関する調査及び検討について特に不注意な点がなく、その意思決定の過程及び内容がその業界における通常の経営者の経営上の判断として特に不合理又は不適切な点がなかったことが必要である。」と述べ、買取価格の設定が、「十分な調査及び検討をすることなく、単に出資価格が1株当たり5万円であったことから、それと同額の買取価格を設定したというにすぎない」こと、ASMを完全子会社にすることが経営上どの程度有益な効果を生むかと言う観点からの慎重な検討が行われていないことなどを理由として、買取金額の決定に「何ら合理的な根拠又は理由を見出すことはできない。」として、裁量の範囲を逸脱したと認定したのである。

4 最高裁1小平成22年7月15日判決(※1)

最高裁は、まず取締役の善管注意義務について、「事業再編計画の策定は、完全子会社とすることのメリットの評価を含め、将来予測にわたる経営上の専門的判断にゆだねられていると解される。そして、この場合における株式取得の方法や価格についても、取締役において、株式の評価額のほか、取得の必要性、参加人の財務上の負担、株式の取得を円滑に進める必要性の程度等をも総合考慮して決定することができ、その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではないと解すべきである。」とその規範を明らかにした。

そして、本件については、「ASMの株式を任意の合意に基づいて買い取ることは、円滑に株式取得を進める方法として合理性があるというべきであるし、その買取価格についても、ASMの設立から5年が経過しているにすぎないことからすれば、払込金額である5万円を基準とすることには、一般的にみて相応の合理性がないわけではなく、参加人以外のASMの株主には参加人が事業の遂行上重要であると考えていた加盟店等が含まれており、買取りを円満に進めてそれらの加盟店等との友好関係を維持することが今後における参加人及びその傘下のグループ企業各社の事業遂行のために有益であったことや、非上場株式であるASMの株式の評価額には相当の幅があり、事業再編の効果によるASMの企業価値の増加も期待できたことからすれば、株式交換に備えて算定されたASMの株式の評価額や実際の交換比率が前記のようなものであったとしても、買取価格を1株当たり5万円と決定したことが著しく不合理であるとはいえない。そして、本件決定に至る過程においては、参加人及びその傘下のグループ企業各社の全般的な経営方針等を協議する機関である経営会議において検討され、弁護士の意見も聴取されるなどの手続が履践されているのであって、その決定過程にも、何ら不合理な点は見当たらない。」と判示したのである。

5 経営判断の原則

株式会社の取締役が、その専門的、政策的な経営判断を行った場合については、その裁量を広く認め、取締役の善管注意義務が認められる場合を、意思決定の過程(前提情報の収集、調査、決定手続)、内容に不合理な点があった場合に限定する、いわゆる経営判断の原則を適用することは、判例上定着していると考えられる(※7)。

本件の各判決も、言い回しは微妙に異なるものの、基本的にこの経営判断の原則を採用している。本判決では、「その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り」と非常にシンプルな形で表現されており、控訴審で述べられた「その判断の前提となった事実の調査及び検討について特に不注意な点がなく」の部分がなく、「特に不合理・不適切」とあったところが「著しく不合理」となっている点で違いがある。いずれも実質的な変更を意図したとまでは言い難いと思われ、特に前者は決

定の過程に含めて考えられるものであるが、後者においては、裁量を逸脱する場合をより限定的にしたと見ることもでき、微妙なニュアンスの違いは感じられる。

6 本判決の検討

もともと、前記したとおり、問題となる場面が多様で、個別的な事情が大きく影響する経営判断に対する善管注意義務違反の有無については、各事実をどのように評価し、具体的にあてはめていくかがより大きな問題である。

控訴審判決が、5万円という買取金額を、単に出資価格と同額に設定したものにすぎないとし、「より低い額では買取りが円滑に進まないといえるか」「買取りによって会社経営上の期待することができる効果(必要性ないし有益性)」の検討を求め、それが行われていないことから、善管注意義務違反を認めたのに対し、本判決は、設立から5年が経過しているにすぎないことから、払込金額である5万円を基準とすることにも合理性がないわけではないとし、買取を円満に進めて加盟店等との友好関係を維持することが有益であったことや、非上場株式の評価に幅があって、事業再編効果も期待できたことなどから、著しく不合理なものとはいえないとしたことは対照的である。

取締役の会社経営上の判断は、流動的で不確実な状況の中で、迅速な決定が求められるものであることから、時として、冒険的でハイリスクハイリターンな決断も行わざるを得ない。当然、一時的な計数上のマイナスや、結果としての失敗、損害を発生させることもあるが、その結果が生じた後に、結果から遡って決定の合理性を振り返ることになれば、どうしても「あれをすればよかったのに」という事になりやすい。そうして取締役の責任を裁判所が広く認めていくことになれば、取締役は萎縮し、会社は消極的でリスクのない活動に終始することになりかねず、引いては株主の利益が害されることにもなりかねない。

アメリカにおける取締役の責任判断においても business judgment rule という経営判断の原則があるが、同原則においては、取締役・会社間に利害対立がなく、取締役の意思決定過程に不合理がない場合には、判断内容の合理性にはそもそも踏み込まないというもののようである(※7)。

我が国における経営判断の原則においては、限定

的とはいえ内容の合理性に踏み込んで判断することになるため、どの程度まで内容に踏み込むのか、また決断時における取締役の決定をどの程度尊重するのか、という微妙なさじ加減が結論を左右する事にならざるを得ないであろう。

本件をみると、過去の非上場株式の高値買取が問題となった類似裁判例(※8、※9)と比較しても、株式の価値の5倍という乖離の程度は大きく、その必要性や取締役の裁量を勘案しても、限界に近い事案だったと思われる。個人的には結論はどちらに転んでもおかしくなかったように思われ、ただ最高裁は、取締役の決定をより尊重する姿勢を見せ、その観点から著しく不合理とまでは言えない、としたものと考えられる(※4では「裁判所が経営者の経営決定の過程・内容に対して積極的に吟味・介入すべきかそれとも抑制的なものに留めるかの相違が決定的」と評されている)。

7 最後に

もともと株式会社においては、所有と経営が分離され、所有者たる株主はその経営を経営の専門家たる取締役に委任して成り立っている。そして、その経営判断についての専門家はまさに取締役なのであり、裁判官は法律の専門家でしかない。会社が誰を取締役に選任するかは、株主に委ねられているのであり、その取締役を選任した以上、その判断の誤りがあったとしてもそれは一定甘受せざるを得ず、専門家としての判断に信頼がおけないのであれば、別の専門家を取締役に選任することで解決が図られるべきということもできる。

他方で、少数株主にとってのそれは机上の空論であって、さらに取締役に為すべき事を行わないばかりか、その権限を濫用し、自己や第三者の利益を図るような事例も散見されるところであって、ガバナンスの適正のためには、そうした取締役の責任追及に裁判所が積極的に踏み込んで行く必要性が認められる場合もあろう。

最高裁を中心とした最近の判決例を見ると、取締役の善管注意義務違反を認めたものは少なくなく、経営判断の原則が適用される場面であっても、その裁量の逸脱の有無については踏み込んだ判断がなされているという印象がある。本件では、取締役の責任を認めず、取締役の決定を尊重したことは上記のとおりであるが、これは組織再編やフランチャイズ加盟店との関係維持といった高度の経営判断事項に

関するものであったからであって、この事案に対する判断と理解した方がよいように思われる。むしろ、実務的には、高裁判決の指摘も重要なものであり、重大な経営事項の決定にあたっては、客観的な情報の収集、調査、決定により得られる会社利益の数値化と現状との比較、取締役会や経営会議等における検討や、その分野の専門家(会計士や弁護士等)の意見聴取などを、時期を失することなく、可能な限り行うように努めるべきであろう(※10)。

参考資料

- ※1 金融・商事判例NO.1347 p12～
- ※2 北海道拓殖銀行栄木不動産事件上告審判決(最2小平成20年1月28日判決)
金融・商事判例NO.1291 p32～
- ※3 四国銀行株主代表訴訟上告審判決(最2小平成21年11月27日判決)
金融・商事判例NO.1335 p20～
- ※4 「アパマンショップ株主代表訴訟最高裁判決の意義」 落合誠一 商事法務NO.1913 p4～
- ※5 「2010年商事法務ハイライト」
商事法務NO.1919 p3～
- ※6 金融・商事判例NO.1304 p28～
- ※7 株式会社法第2版 江頭憲治郎 有斐閣 p428
- ※8 ダスキン株主代表訴訟控訴審判決(大阪高裁平成19年3月15日判決)
判例タイムズNO.1239 p294～
- ※9 朝日新聞社株主代表訴訟第1審判決(大阪地裁平成11年5月26日判決)
判例時報1710号 p153～
- ※10 「アパマンショップ株主代表訴訟事件東京高裁判決の検討」 弁護士清水真・同阿南剛
商事法務NO.1901 p47～
- ※11 旧拓殖銀行特別背任事件上告審決定(最3小平成21年11月9日決定)
判例時報2069号 p156～
刑事事件に関するものであるが、いわゆる経営判断の原則が適用される余地があると明示した上で、「融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解され、所論がいう経営判断の原則が適用される余地はそれだけ限定的なものにとどまる」と述べており、会社の業務の内容によって、裁量の広狭がありうることを示唆した点興味深い。

なお、この他に下記のを参考にした。

- ※12 「取引相場のない株式の取得と経営判断原則」 弥永真生 ジュリストNO.1406 p110～
- ※13 「子会社株式の高値買取りと取締役の善管注意義務違反」 川島いづみ
金融・商事判例NO.1340 p2～
- ※14 「金融機関経営者の刑事責任－特別背任罪を中心に－」 高山佳奈子
金融法務事情NO.1911 p16～

ピンク・レディー事件判決と 著名人の自己定義の利益

—知財高裁平成21年8月27日判決—

弁護士 坂田 均

1. はじめに

著名人の氏名・肖像が無断使用された場合は、人格権やプライバシーの権利のほか、パブリシティの権利を侵害することになる。パブリシティの権利は、これまで、著名人の氏名・肖像の顧客吸引力を根拠に、経済的利益を保護する権利と理解されてきた¹。ただ、このようにパブリシティの権利を経済的権利と解した場合、表現の自由との関係が問題となる。表現の自由は、憲法上の基本的人権であり、他の人権に比べて価値的に優越的地位を有し、厳格な基準で保護されるのに対して、経済的人権は、より緩やかな合理性の基準で保護されるからである。このような憲法上の価値基準は、当然に私法関係にも影響を与える。パブリシティの権利が表現の自由より価値的に劣後する経済的権利に過ぎないとするならば、政治的、社会的に価値のある表現行為に対しては、パブリシティの権利の侵害は抗弁とは成り得ないということにならざるを得ない。

パブリシティの権利の違法性の判断基準については、ブブカスベシヤル7事件²で、東京地裁は、「ある行為が、上記パブリシティ権を侵害する不法行為を構成するか否かは、他人の氏名、肖像などを使用する目的、方法、及び態様を全体的かつ客観的に考

察して、上記使用が当該芸能人等の顧客吸引力に着目し、専らその利用を目的とするものであるといえるか否かによって、判断すべきである。」と判示し、いわゆる「専ら」説を採用することを明らかにした。その後、この判断基準を採用する裁判所がいくつみられる。本件原審も「専ら」説を採用している³。しかし、この基準は、表現行為が、当該顧客吸引力を利用する目的のほか、非営利的表現行為としての要素を含んでいる場合には機能しない。著名人の氏名、肖像等の利益と表現の自由との間の利益衡量を排除し、形式的な論理で一方の利益を保護しかねないものであって妥当ではない。そもそも、パブリシティの権利を、表現の自由に劣後する経済的権利とみるのは一面的であり、パブリシティの権利の法的性質を再構成する必要がある。

2. 事案の概要

被控訴人は、雑誌に「ピンク・レディー」ダイエットという見出しの記事を掲載したが、記事中に控訴人らであるピンク・レディーの往年の写真が14枚無断使用されていた。同記事は、ピンク・レディーの曲にあわせて振り付けをしながら踊ることによって、ダイエット効果が認められるという内容であり、元ファンの思い出話とともに、ピンク・レディーの写真(コンサートで歌唱中のものや、水着の姿のものなど)を掲載し、踊って楽しく痩せられるなどダイエットを勧める内容であった。使用した写真は、被控訴人である出版者が過去に許可を得て撮影したものの再利用と思われる。控訴人らはパブリシティの権利を侵害するとして、被控訴人に対して、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。

3. 判決の要旨

(1) パブリシティの権利の性質について

氏名や肖像は、人格権の一内容を構成するものである。著名人については、その氏名・肖像を、商品の広告に使用し、商品に付し、更に肖像自体を商品化するなどした場合には、著名人が社会的に著名な存在であって、また、あこがれの対象となっていることなどによる顧客吸引力を有することから、当該商品の売上げに結びつくなど、経済的利益・価値を生み出すことになるところ、このような経済的利益・価値もまた、人格権に由来する権利として、当該著名人が排他的に支配する権利(以下、この意味での権利を「パブリシティ権」

という。)であるといえることができる。

(2) 判断基準について

著名人の氏名・肖像の使用が違法性を有するか否かは、著名人が自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利と、表現の自由の保障ないしその社会的に著名な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担との利益衡量の問題として相関関係的にとらえる必要がある。

(「専ら」説については)、出版等につき、顧客吸引力の利用以外の目的がわずかでもあれば、そのほとんどの目的が著名人の氏名・肖像による顧客吸引力を利用しようとするものであったとしても、「専ら」にあたらぬとしてパブリシティの権利の侵害とされることがないという意味のものであるとすると、一面的に過ぎ、採用し得ない。

(3) 結論

本件記事は、昭和50年代に広く知られ、その振り付けをまねることが社会的現象になったピンク・レディーに子供時代に熱狂するなどした読者層に、その記憶にあるピンク・レディーの楽曲の振り付けを踊ることによってダイエットすることを紹介して勧める記事といえることができる。本件写真の使用は、ピンク・レディーの楽曲に合わせて踊ってダイエットをするという本件記事に関心を持ってもらい、あるいは、その振り付けの記憶喚起のために利用しているものといえることができる。本件記事における本件写真の使用は、控訴人らが社会的に顕著な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担を超えて、控訴人らが自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利が害されているものといえることはできない。

4. 本判決の評価

(1) パブリシティの権利の法的性質

従来、学説上は、パブリシティの権利を経済的権利としてとらえる考え方が有力である⁴。

しかし、五十嵐教授は、パブリシティの権利を人格権、特に氏名権と肖像権の一部として位置づけている⁵。また、斉藤教授は、人格権とは別の経済的権利として、「氏名・肖像利用権」という概念をたてている⁶。

なお、私自身は、パブリシティの権利は、一方で、経済的利益を保護するものであり、他方で、人格的利益を保護するものであるように、権利として多面性を有することから、このような多様な属性

を包含する包括的権利(人格権)ととらえるべきであると考えている⁷。人格権についても財産的損害の発生を想定することはあり得ることであって、人格権が財産的利益の保護を排除するものと解する必要はないといえよう。

判例は、おニャン子クラブ事件以降、顧客吸引力がもつ経済的利益ないし価値を排他的に支配する経済的権利として位置づけしてきた⁸。

ところが、知財高裁は、プロ野球選手氏名肖像事件(平成20年2月25日判決 著作権判例百選4版184頁)で、「人は承諾なしに自らの氏名や肖像を撮影されたりしない人格的利益ないし人格権を有すると解されるが、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宣伝広告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処分することも許される」と解した。人格権としての氏名・肖像権が、利用の態様によっては経済的利益の処分という財産権としての性質を併せ持つことを明らかにした。権利の属性に着眼して、従来の経済的権利説と人格権説を融合したものと見える。本判決は、人格権とパブリシティの権利との関係について、一步踏み込んで、同権利を「人格権に由来する権利」とした。知財高裁は、これら二つの判例によって、著名人の氏名・肖像が、人格権として、人格的利益として保護されたり、経済的利益として保護されたりすることがあること、すなわち、権利の性質として多面性を有することを明らかにしたものと評価したい。

(2) 侵害の判断基準／侵害された利益は何か

本判決は、パブリシティの権利を単なる経済的権利ではなく、人格権に由来する権利と位置づけたことにより、表現の自由との衝突状況で、双方の利益を対等に利益衡量し得る理論的基盤を整備したといえる。この意味で、本判決が、「専ら」説を否定し、利益衡量説を採用したことは当然の帰結といえる。「社会的に顕著な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担を超えているか」という判断基準も一般論としては妥当なものである。

問題は、本件事案が著名人として控訴人らが「許容が予定されていた負担」であるといえるかという点にある。本判決は、著名人として「許容が予定されていた負担」の中身については何ら言及していない。控訴人らは、本当に本件写真の使用を許容しなければなかったのか。著名人が護るべき

利益は何か。著名人の氏名・肖像の利用によって保護される利益について、単に経済的利益であるとか、人格的利益であるとかいうだけでは、その中身は明らかにならない。より具体的な検討が必要である。

(3) 人格的利益としての自律権としての自己定義の権利

本件事案発生時点で、ピンク・レディーは解散しており、それぞれは芸能人としての別の道を歩んでいた。彼女たちにとって、ピンク・レディーは、過去の栄光として守りたいものであり、後世の批評家たちが批判することは許し得たとしても、当該写真を別の目的で2次利用されることは承認しがたいことではなかったか。当時のピンク・レディーの写真と関連づけることによって、ダイエットを勧める企画は、ピンク・レディーに新たな意味づけ(Association)をなすものである。そして、そのような自己の意味づけの利益は、ピンク・レディーにのみに帰属していたのではないか。

アメリカでは、パブリシティの権利に内包する人格的利益に注目し、パブリシティの権利を経済的権利側面だけでなく、自律権としての自己定義の権利の側面からとらえる考え方が擡頭している⁹。

例えば、NBAのプロ・バスケット選手クリス・ウェバーは、ナイキ社とのシューズの契約更新をしなかった。理由は、ナイキ社が、貧困地域で営業する零細販売店には卸さないという販売政策を採用したからである。この場合、クリス・ウェバーがナイキ社のシューズを履くということは、彼のアフリカ系マイノリティの一員としての自己定義若しくは同一性と相容れず矛盾することになるからである。

本件で、ピンク・レディーは、自分たちの過去のイメージを勝手に利用され、新たな意味づけ(Association)されることによって、他のイメージに変容されることを阻止する利益があったといえる。ピンク・レディーが本件訴訟で真に訴えたかったのは、本件のような方法でダイエットに関するメッセージを発することを欲していなかったことではなかったか。

ここで指摘した著名人の自己定義若しくは同一性に関する利益は、自己の情報をコントロールする権利と同根のものであり、従来プライバシーの権利で議論されてきたものと同様の利益である。

今後、著名人の氏名・肖像権と表現の自由との関係において、重要な役割を果たすと考えられる。

このような視点は、すでに判例に現れている。

ブブカ事件で¹⁰、東京高等裁判所は、表現の自由との関係で、「芸能活動の内容面よりも美貌、姿態、体型といった外面に記述の中心が向けられ、芸能活動に対する正当な批判、批評の紹介の域にとどまらなくなり、写真等の利用のされ方によっては、芸能人のキャラクターイメージを毀損し、汚すような逸脱も生じかねず、これらの事態が表現の自由として許されるべくもない。」として問題点を掘り起こしている。この場合に、配慮されている芸能人の利益は、単なる経済的利益を超えた自己決定の利益若しくは同一性維持の利益である。また、タレント・ストリップショー撮影仮処分異議申立事件(東京地裁平成21年8月13日決定TKC 法律情報データベース掲載)で、裁判所は、ストリップショーに出演したタレントを無断で撮影したのは、タレントの人格的利益を違法に侵害するものであるとしているが、これも同じカテゴリーに属する。

前掲のプロ野球選手氏名肖像事件ではこの問題意識はなかったと思われるが、プロスポーツ選手の場合、自己定義の利益や意味づけ(Association)は、自己のイメージを保持すべき選手にとっては重要な利益である。このような視点から、球団と選手との契約実務を分析する必要があると思われる。

5. 最後に

今後の課題は、この自己定義若しくは同一性維持の利益と表現の自由の関係である。著名人がその著名性を独占できる根拠については、ジョン・ロックの労働価値論などがあるが、必ずしも説得的ではない。例えば、アイドル歌手の著名性は、彼女自身の努力の成果とはいえないからである。著名人の存在は、一種のサブ・カルチャーとしてわれわれの文化の一要素になっていることは否定できない。そうすると、その著名人の属性はわれわれ同時代の人間の同一性を構成する要素でもあるといえる。ポスト・モダニズムの論者は、これらは社会が保有すべき文化であって、誰も独占できないという¹¹。この相矛盾する利益を今後意識的に整理していく必要があるといえる。

- 1 おニャン子クラブ事件判決(東京高裁平成3年9月27日判決、判例時報1400-3)。
- 2 東京地裁平成16年7月14日判決(判例時報1879-71)。
- 3 東京地裁平成20年7月4日判決(判例時報2023-152)。
- 4 阿部浩二「パブリシティの権利と不当利得」(注釈民法18巻554頁、561頁 有斐閣)、牛木理一「キャラクターの法的保護について」(著作権研究55号35頁)他。
- 5 五十嵐清「人格権法概説」(有斐閣186頁)。
- 6 齊藤博「氏名・肖像の商業的利用に関する権利」(特許研究15-20)。
- 7 拙著「パブリシティの権利の包括性について」(同志社法学60巻7号809頁)。
- 8 同様の見解として、前掲五十嵐186頁。
- 9 Michael Madow, Private Ownership of Public Image : Popular Culture and Publicity, California Law Reveiw125: Mark McKenna, the Right of Publicity and Autonomous Self-Definition, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 7 225p.
- 10 東京高裁平成18年4月26日判決 (判例時報1954-47)。
- 11 前掲Madow. : Michel Foucault, What is an Author?

特許侵害における損害

—権利者複数の場合—

弁護士 北村 幸裕

第1 権利者複数の場合の問題点

特許権に関して、特許権者と専用実施権者のように、複数の権利者が存在している場合、特許権侵害に対する損害賠償請求者とその請求できる範囲等については様々な議論がなされている。

本稿は、近時の知財高裁の判決を参考にして、権利者が複数存在する場合の、各権利者の損害の範囲について検討するものである。

第2 判決の紹介—知財高裁平成22年8月18日判決(判タ1323-256)

1 事案の概要

本件は、化粧品の原料等に係る特許権(以下、「本件特許権」という。)に関する訴訟である。

原告は、A、B、Cの3名である。A及びBは本件特許権の共有権者、CはA及びBから本件特許権につき独占的通常実施権の許諾を受けた者である。

一方、被告Yは、Cから本件特許権につき通常実施権の許諾を受けた者である。

CY間の当該ライセンス契約(以下、「本件契約」という。)において、YがCに対してライセンス料等の支払いを怠ったことから、Cが当該債務不履行を理由として本件契約を解除したところ、Yがその後も本件特許権に係る発明の実施品を使用した化粧品を販売し続けたため、①Cは、Yに対して、債務不履行に基づく損害賠償として、本件契約の解除がなければ得られたであろう解除後のライセンス料相当額の請求を行い、②A及びBは、Yに対してYの販売が本件特許権の侵害にあたることから、不法行為に基づく損害賠償として、ライセンス料相当額の請求をした事案である。

なお、A及びBは、Yに対して、化粧品の販売等の差止めも求めているが、本稿の主題とは関連性が乏しいため、特に触れないものとする。

2 判決の要旨

(1)Cの請求について

本判決は、本件契約が解除されなければYがCに対して支払わなければならなかったライセンス料相当額を、Yの債務不履行と相当因果関係のある損害として認定した。そして、仮に本件契約が解除されなければ、CはYからライセンス料を受領する一方で、A及びBに対してライセンス料を支払わなければならないが、当該A及びBに対するライセンス料相当額については、Cの損害から控除しないとして、YからCに対するライセンス料相当額全額につきその請求を認めた。

(2)A及びBの請求について

一方、A及びBの請求については、特許法102条3項に基づき、種々の事情から認定したライセンス料相当額の損害賠償請求を認めた。

(3)両請求の関係

上記の判決内容からは、CからA及びBに対して支払うべきライセンス料相当額については、Cも、A及びBも、Yに対して請求できることになっているが、この請求が重なり合う部分については、不真正連帯債権として扱う旨明示した。

(4)小活

上記判決によると、複数の権利者がいる場合、各権利者の損害は独立して算定され、各権利者が請求できる損害に重なり合いが生じた場合には、その部分につき不真正連帯債権として調整することになる。

第3 判決内容の検討

1 学説の紹介

権利者複数の場合、各権利者が損害賠償請求できる範囲については、不法行為による損害賠償請求間での議論ではあるものの、概ね以下の2説が存在する。

(1)A説

上記判決と同様の立場であり、損害賠償請求にあたっては、各権利者ごとに独立して損害を算定して、各権利者間の内部関係には立ち入らずに、他の権利者に対して支払うべきライセンス料等を控除せず、その全額を請求できるとし、各権利者間の損害に重なり合いがある部分については、不真正連帯債権として調整するという立場である*1。

(2)B説

一方、当該学説は、各権利者間の内部関係を損害算定において考慮して、損害の重なり合いを認めない立場である。この立場によると、例えば独占的通常実施権者が、特許権者に支払うライセンス料相当額につき免責を得ている場合には、相当因果関係のある損害から当該額を控除し、特許権者には、当該ライセンス料相当額の損害の請求を認めることになる²。本判決の第1審(東京地判平成20年10月29日裁判所WEB掲載)では、当該考え方が採用された。

もちろん、特許侵害があっても、これまでと変わらず特許権者にライセンス料を支払い続けている場合には、特許権者には損害が発生しておらず、特許権者が損害賠償請求をできないことから、損害額から当該ライセンス料相当額を控除しないことは当然のことである。

2 私見

上記学説においても明らかなように、主要な対立要素は、専用実施権者や独占的通常実施権者が請求しうる損害の範囲である。すなわち、専用実施権者または独占的通常実施権者が、特許権者に対して、定期的にライセンス料を支払っている場合、当該ライセンス料を専用実施権者または独占的通常実施権者の損害から控除するかどうかである。

訴訟物が不法行為に基づく損害賠償請求権、債務不履行に基づく損害賠償請求権いずれであっても、本来、権利者が侵害者に対して請求できる損害は、その侵害がなければ得たであろう利益、すなわち得べかりし利益(逸失利益)である。当該利益の立証は困難であることから、特許法102条1項ないし3項によって、損害の立証を軽減する工夫がなされてはいるものの、訴訟物が上記のいずれかである以上、あくまでも請求できる損害の範囲は逸失利益である。

そうすると、損害賠償請求権者につき、権利侵害によって、本来得られた利益の損害が生じている一方で、一定の利益を得ている場合、例えば、本来支払うべき費用が免責されたのであれば、その得た利益については、損害から控除するのが公平である。この観点から、損害賠償において明文の規定はないものの実施されているのが損益相殺である。

このような損害賠償の原則に立って損害を検討しているのがB説であるといえる。B説は、

これまで民法等で積み重ねられてきた損害賠償に関する議論とも整合性がとれている。

一方、A説は、請求額からの控除を認めないのは、権利者間の損害の重なり合いは内部関係に過ぎないということが主たる根拠のようであるが、その論理的根拠は不明確である。おそらく、控除すべき額については、損益相殺の対象である以上、侵害者側で主張立証していくことになるだろうが、控除すべき額の立証もまた困難であることから、そのような内部関係の問題は内部で処理すべきであり、当該関係に基づく立証の困難性を第三者に負わせるのは酷であるとの価値判断があるものと推察される。

しかし、違法行為を行っている侵害者に対して、このような配慮をすべきかどうか疑問と言わざるを得ない。侵害者にとって立証が困難な面があることは否定できないが、全く立証の方法がないわけではなく、求釈明、文書提出命令申立等の手段を用いれば、少なくとも専用実施権者等から特許権者に対して支払われるべきライセンス料等の認定はできなくはないと思われる。

また、侵害者にとって不本意な認定がなされる場合であっても、支払うべき総額は権利者が複数登場したところで変わらないのであるから、特許権者が共同原告になっている場合はもちろん、専用実施権者からのみ損害賠償請求訴訟を提起された場合であっても、特許権者に訴訟告知を行い参加的効力を及ぼせば、当該訴訟において認定された控除額については、特許権者にも効力が及ぼすことが可能であり、侵害者にとって特別に不利益を課していることにはならない。

以上、B説は、民法上の損害賠償の議論と整合性を保ちつつ論理的な結論に至っているという面で優れている一方、A説は、論理的に不真正連帯債権とする理由を説明できていないという欠点があることから、B説が妥当であると考えられる。

したがって、本判決の結論には反対である。

第4 補足

本判決については、特許権者と専用実施権者が共同して原告となっていることから、上記両説の対立という観点からだけではなく、別の問題が見受けら

れる。

すなわち、本判決では、特許権者と専用実施権者等が共同原告となっていて、それぞれの損害が個別に認定されているにもかかわらず、重なり合う部分を認めている。

個別に損害額が認定できている以上、個別の請求権を認めればよく、重なり合いを認めた上で不真正連帯債権として扱う意義は全くないように思える。少なくとも、訴訟当事者である原告ら及び被告いずれにとってもメリットがない。

本判決では、この点の理由付けについても不十分であり、当該観点からも、本判決の結論には疑問がある。

以上

- *1 吉原省三「損害(5)複数の権利者」牧野利秋編「裁判実務大系(9)工業所有権訴訟法」参照
- *2 美勢克彦「損害(5)複数の権利者」牧野利秋・飯村敏明編「新・裁判実務大系(4)知的財産関係訴訟法」, 中山信弘「特許法」
参考判例: 大阪地判昭和54年2月28日無体財産権関係民事・行政裁判例集11-1-92, 大阪地判平成3年5月27日知的財産権関係民事・行政裁判例集23-2-320

著作権侵害の主体について

—最高裁平成23年1月20日判決を素材として—

弁護士 福市 航介

第1 はじめに

現在では、デジタル化やネットワーク化に伴い、著作物の利用形態が多様に変化しているが、それに伴い、著作権侵害を直接行っていると目される者の行為に加担する行為態様も多様になってきている。ところが、現行著作権法では、このような行為に対処する明確な規定はない。著作権者の保護を考えれば上記のような者の行為の差止めを認める必要があるが、著作物の利用者の予測可能性を考えれば差止めは認められるべきではない。このような状況の下で、最高裁平成23年1月20日第一小法廷判決(以下「本判決」という。)は、テレビ放送を複製し、配信するサービスを行う者を著作権侵害の主体であると認定し、この者に対する差止請求を肯定した。本事件は、原々審と原審とで、事実関係がほとんど異ならないにもかかわらず、著作権侵害主体性について反対の結論をとったことから、従前より話題となっていた事件である。最高裁判決が著作権侵害主体性を肯定した以上、今後は、これを前提として、具体的にいかなる事情があれば著作権侵害主体性が肯定されるのかが問題となると予想される。そこで、本稿では、本判決を素材として、著作権侵害主体の認定手法を考察する。

第2 本判決の概要

1 事案の概要

Xらは、放送事業者等であり、テレビ番組に関する著作権及び著作隣接権を有する者である。Yは、日本国外の利用者に日本のテレビ番組の複製物を取得させることを主たる目的として、次のようなテレビ放送の録画配信サービス(以下「本件サービス」という。)を行う者である。

すなわち、Yは、親子機能を有する2台1組のハードディスクレコーダー「ロクラクⅡ」を利用者に有償で貸与し、親機(以下「親機ロクラク」という。)を日本国内(原則としてYの実質的な支配下の場所)に設置する。そして、利用者は、子機(以下「子

機ロクラク」という。)を操作して、離れた場所に設置した親機ロクラクにおいて地上波アナログ放送を受信してテレビ番組を複製させ、複製した番組データの子機ロクラクに送信させ、子機ロクラクに接続したテレビ等のモニタに、当該番組データを再生して、複製したテレビ番組を視聴するというものである(以下「本件サービス」という)。

このような事案で、Xらが、Yに対し、Xらがあるテレビ番組に関する著作権及び著作隣接権の侵害を理由に、テレビ番組の複製等の差止め、親機の廃棄および損害賠償を求めた。

2 原々審—東京地裁平成20年5月28日判決¹

原々審である東京地裁平成20年5月28日判決は、複製主体についての考え方として、著作権法上の侵害行為者を決するについては、問題となる行為を物理的、外形的な観点から観察し、これを踏まえた上で、法律的な観点から検討すべきであるとし、後記のクラブキャッツアイ事件最高裁判決等を踏まえ、問題とされる行為(提供されるサービス)の性質に基づき、支配管理性、利益の帰属等の諸点を総合考慮して判断すべきとした。

そして、①本件サービスは、日本国外にいる利用者が日本のテレビ番組を視聴することを可能とすることを目的として、当該利用者に対し、日本のテレビ番組の複製物を取得させることを目的として構築されたものであること、②本件サービスに供されているY所有の親機ロクラクは、原則として、Yの実質的な支配下にあり、Yは、本件サービスを利用するための環境の提供を含め、これらの親機ロクラクを実質的に管理していること、③本件サービスが取扱業者を通じてYの提供する場所に親機ロクラクを設置させ、Yにそれを管理させるという方法を選択する方が、有利な点が多くなるような仕組みを採用していること、④親機の設置場所が限定されているのは、利用者が親機ロクラクを地域による周波数の相違に対応させる作業を行わなくとも、設置場所の地上波アナログ放送を受信できるように、Yによってあらかじめ親機ロクラクが調整されていること、⑤ロクラクIIに親子機能を持たせて利用する場合、Yの設定により、利用者が自らアドレスの取得手続を経る必要がないこと、⑥録画予約、データ送信等に用いられるメール通信のサーバがYの管理するメールサーバであるために、本件サービスの利用者がこの利用についての手続を別途とることも不要であ

ること、⑦Yが「初期登録料」及び「レンタル料」名目で本件サービスの対価を得ていることを総合考慮すると、YがXらの著作権及び著作隣接権を侵害している主体であると判断した。

3 原審—東京高裁平成21年1月27日判決²

ところが、原審である東京高裁平成21年1月27日判決は、①本件サービスの目的については、本件複製の決定及び実施過程への関与の態様・度合い等の複製主体の帰属を決定する上でより重要な考慮要素の検討を抜きにして、この点のみをもってYが本件複製を行っているものと認めるべき根拠足り得る事情とみることとはできないこと、②機器の設置及び管理については、Yが、本件サービスにより利用者に提供すべき親機ロクラクの機能を滞りなく発揮させるための技術的前提となる環境、条件等を、主として技術的・経済的理由により、利用者自身に代わって整備するものにすぎず、そのことをもって、Yが本件複製を実質的に管理・支配しているものとみることとはできないこと、③そのほかの事情も、Yが複製を管理・支配しているとみることとはできないこと、④Yが受領している「初期登録料」及び「レンタル料」が、複製ないしそれにより作成された複製情報の対価を有するものとは認められないこと等を根拠として、YがXらの著作権及び著作隣接権を侵害している主体ではないと判断した。

4 本判決

最高裁は、次のように判示し、原判決を破棄し、本件サービスにおける親機ロクラクの管理状況等につき審理を尽くさせるべく、知的財産高等裁判所に差し戻した。

「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者(以下「サービス提供者」という)が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器(以下「複製機器」という)に入力して、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には、その録画の指示を当該サービスの利用者がするものであっても、サービス提供者はその複製の主体であると解するのが相当である。すなわち、複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であるところ、上記の場

合、サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における重要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なものであり、サービス提供者を複製の主体というに十分であるからである。」

なお、後記のとおり、金築誠志裁判官の補足意見がある。

第3 考察

1 はじめに

本判決を題材として、著作権侵害主体性について論じるが、これを論じる意義は、著作権に基づく差止請求の可否及び限界の点にある。この点につき、以下では、まず、①著作権法112条1項の「著作権…を侵害する者又は侵害するおそれがある者」の意義を検討することにより、差止請求権の対象となる者の範囲を検討し、②テレビ番組の録画配信サービスにおける特色を抽出した上で、当該特色に符合した著作権侵害主体の捉え方を論じ、③本判決の評価を行いたい。

2 直接侵害者とは一著作権法 112 条 1 項に基づく差止請求の相手方

(1) そもそも、Yに対する差止請求が認められるためには、Yが「著作権…を侵害する者又は侵害するおそれがある者」(著作権法112条1項。以下、単に「法」という。)に該当する必要がある。この該当性判断のためには、文言上は必ずしも明らかとはいえない「著作権を侵害する」の意義を確定する必要がある。

(2) この点、著作権が所有権類似の構造を有している点に着目する見解がある³。民法上、妨害排除請求権、妨害予防請求権の相手方が「妨害状態を生じさせている者又は生じさせる虞のある者」であるとされているところ、所有権類似の構造を有している著作権の相手方も、著作権侵害の状態を生じさせている又は生じさせる虞のある者とすべきであるとするのである。このように考えれば、著作権侵害の状態を生じさせる多くの行為は「著作権を侵害する」行為

ということになる。

(3) しかしながら、このような考え方には疑問がある。著作権は、複製権を始めとした支分権の束として規定されており(法21条以下)、著作権者は、このような支分権を「専有する」に過ぎない。著作権者は、第三者が著作権者の許諾を得ずに上記各規定で定められている各行為(以下「法定利用行為」という。)をなすことを禁じることができるに過ぎないのである(禁止権)⁴。所有権は目的物に対する全面的排他的な支配権であるが、著作権はある特定の行為を禁止する権利に過ぎないことに留意すべきである。実質的にも、支分権が限定列挙され、利用行為が法定されている趣旨は、著作物の利用者の予測可能性を確保することにあるから⁵、「著作権を侵害する」行為を法定利用行為以外の行為に拡大すべきではない。

(4) したがって、「著作権を侵害する」とは、禁止権を侵害する行為、すなわち、第三者が著作権者の許諾を得ずに法定利用行為を行うことを指し、「著作権…を侵害する者又は侵害するおそれがある者」とは、上記行為を自ら行う者又は行うおそれがある者という解すべきである⁶。以下、このような者を「直接侵害者」という。

3 直接侵害者概念の拡大—規範的直接侵害者概念の活用

(1) 著作権者の許諾を得ずに自ら物理的に法定利用行為を行った者が直接侵害者に該当することは当然であるが、このような者だけを直接侵害者とすることは妥当ではない⁷。著作権者の保護に悖る場合が考えられるからである。理論的にも、直接侵害者が誰であるかを検討するにあたっては、規範的に法律上侵害主体として責任を負うべきか否かという観点から決することは可能である⁸。実際にも、問題となったサービスによって大量の私的複製が誘発される場合が多いこと、私的複製が適法とされる根拠が著作権者に対する経済的打撃の僅少性であることを考えると⁹、著作権者保護のためには、物理的に法定利用行為を行った直接侵害者の他にも、一定範囲の者の行為を差止請求権の対象とすることが妥当であると思われる。

(2) そうなると、問題となるのは、どのような者であれば、規範的に法律上侵害主体として責任を負うべき直接侵害者とすることができるの

かということである。

この点、直接侵害者概念を拡大した判例として、最高裁昭和63年3月15日判決(クラブキャッツアイ事件)がある。当該判決によって示された所謂「カラオケ法理」は、法定利用行為に対する管理及び支配と利益の帰属という二要素を根拠として直接侵害者を認定するものである。当該判例は、以後、当該判決の前提となった事実関係を超えて、一般的に物理的に法定利用行為を行った者以外の者を直接侵害者とする法理として意識されるようになった¹⁰。

しかし、当該判決の事案は、当時の特殊な法制上、客の歌唱を当該店舗の経営者の歌唱とする必要性が高い事案であったところ、現在では、当該法制が改善され、カラオケスナック店の客の歌唱を当該店舗の経営者の歌唱と同視する必要がなくなったこと、同判決中で伊藤正己裁判官が「擬制的に過ぎる」と指摘をしていること等から、カラオケ法理を一般的に拡大又は転用して適用することには学説上種々の批判があった^{11,12}。論者によっては立法の問題であるとするものもあった。本判決の原審も、そのような考え方の一翼を担うものであったといえる。

4 テレビ番組の録画配信サービス事案の特色—不真正不作為犯的発想の導入

(1) テレビ番組の録画配信サービス事案の特色は、テレビ番組の録画配信サービスを提供している者が、物理的に法定利用行為を行う者に対して直接の支配関係を及ぼしていない点にある。サービス提供者が支配しているのは、大量の法定利用行為を誘発する機器やシステムである。

このような事案において、カラオケ法理を適用又は転用することに違和感は拭えない。カラオケ法理の本質は、第三者が人的な関係により物理的に法定利用行為を行っている者を支配している場合に、当該第三者がいわば間接正犯的に法定利用行為の主体と評価する点にあるからである。

この点において、カラオケ法理の拡大適用又は転用を批判する論者の指摘はまさに正当であるということが出来る。

(2) しかし、カラオケ法理の拡大適用又は転用が許されないとしても、直ちにサービス提供者の責任を不問にすることは問題と考える。

なぜなら、当該サービス提供者は、問題となる機器やシステムを提供して、当該システムの利用者の法定利用行為を大量に誘発し、作出しているからである。前述のとおり、私的複製が適法とされる根拠が著作権者に対する経済的打撃の僅少性であることを考えると、このようなサービス提供者の行為を全く不問にすることは、著作権者の保護に悖り妥当ではないであろう。

(3) そこで、サービス提供者の行為を観察すると、その問題性は、著作物の違法複製又は適法複製が著作権者に大きな経済的打撃を与えるほどに大量になされており、その端緒を自ら作出しているにもかかわらず、著作権保護の何らの手段もとらない又は実効的な手段をとらない点にあると思われる。そうだとすれば、事態を率直に捉え、著作物の複製がなされているのに著作権保護の何らの手段もとらない又は実効的な手段をとらないことが、自ら著作物の複製を行っていると同視できるかどうかを問題とすることが妥当である。すなわち、不真正不作為犯的な発想で著作権侵害主体性を検討することが妥当であると考えられる。翻って考えると、カラオケ法理は間接正犯的な発想から著作権侵害主体性を拡大するものであるが、著作権侵害主体性を拡大する考え方はこれだけではないように思われる。刑法上、正犯概念を拡大する法理として間接正犯法理の他に不真正不作為犯法理があるのであるから、あながち奇異な考え方ではないように思われる。

(4) そこで、刑法上の不真正不作為犯の議論を参照すると、問題となる不作為が作為と同価値か否かが問題の焦点とされており、不作為が作為と同価値の実行行為性を有するというためには、不作為者に作為義務があることが必要であると考えられている。この作為義務の発生根拠については、刑法上種々の学説が存在するが、現在では、種々の要素を勘案して決すべきとされている。具体的には、①危険性をコントロールしうる地位があり、それに加えて、②結果発生危険に重大な原因を与えたか否か、③当該結果の防止に必要な作為がどれだけ容易か、④他に結果防止可能な者がどれだけ存在したのかという法益関係的な事情を基にして、⑤法令や契約に基づく行為者と被害者との関係、⑥刑

責の配分という事情を総合考慮すべきとされていることがわかる¹³。

- (5) そこで、著作権侵害状態を放置しているサービス提供者が直接侵害者かどうかの判断を行う際にも、作為による著作権侵害と同視できるだけの不作為が存在するかという観点から、検討すべきであると考ええる。具体的には、①著作権侵害結果の発生をコントロールできる地位があることを前提として、②著作権侵害結果の発生の危険に重大な原因を与えたか否か、③著作権侵害結果の防止に必要な作為がどれだけ容易か、④他に著作権侵害結果防止可能者がどれだけ存在したのかという法益関係的な事情とともに、⑤法令や契約に基づくテレビ番組の録画配信サービスの主体と著作権者との関係、⑥著作権侵害の責任の配分という事情を総合考慮して著作権侵害主体性を判断すべきと考ええる。これにより、事態に即した判断が可能となるのではないかと推測される。

5 本判決の評価

本判決は、Yの著作権侵害主体性を認めたが、その主たる根拠は、「複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能」であることに求められている。

前述した私見によれば、当該事情は、著作権侵害結果の発生をコントロールできる地位があること及び著作権侵害結果の発生の危険に重大な原因を与えたことを基礎づける事情であると考えられる。当該事情は、著作権侵害状態に対して手段を講じないことが作為による著作権侵害と同価値と評価されるための最重要要素であるから、Yの著作権侵害主体性を肯定する事情として本判決がこれを指摘したことは正当であるというべきである。また、本判決は、本件サービスにおける親機ロクラクの管理状況等につき審理を尽くさせるべく、知的財産高等裁判所に差し戻したが、私見によれば、その他の前記③及び④の事情も検討する必要があることを示すものであって、やはり正当であるといえる。

なお、本判決における金築誠志裁判官の補足意見では、「カラオケ法理」は、物理的、自然的には行為の主体といえない者について、規範的な

観点から行為の主体性を認めるものであって、行為に対する管理、支配と利益の帰属という二つの要素を中心に総合判断するものとされているところ、同法理については、その法的根拠が明らかでなく、要件が曖昧で適用範囲が不明確であるなどとする批判があるようである。しかし、著作権法21条以下に規定された「複製」、「上演」、「展示」、「頒布」等の行為の主体を判断するに当たっては、もちろん法律の文言の通常の意味からかけ離れた解釈は避けるべきであるが、単に物理的、自然的に観察するだけで足りるものではなく、社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべきものであって、このことは、著作物の利用が社会的、経済的側面を持つ行為であることからすれば、法的判断として当然のことであると思う。」とされているが、要するに、著作権侵害主体性(刑法でいえば正犯性である。)が認められればいのであって、カラオケ法理だけに固執してこれを検討するべきではないということを目指し、私見と同様のことをいうものであって、極めて正当であると思われる。

ただ、下級審裁判例が、カラオケ法理には見られない、サービス内容及び性質(私見では、②や⑥の考慮要素となると思われる。)を検討したり、学説上も著作権侵害主体性の判断枠組の見直しが指摘されていたことを考えると¹⁴、本判決の判断内容は新しいものとはいえないのかもしれない。

いずれにしても、本判決の判断それ自体は正当であると評価することができる。

6 その他

その他、本判決では、本件サービスの利用者の行為を別途独立して観念できるか等については、結論に不要であるために触れてはいないが、仮に、利用者の行為を独立して観念でき、それが適法であったとしても、Yの行為が著作権あるいは著作隣接権侵害となることは変わらないと思われる。なぜなら、無体物である著作物は複数の者により同時に利用されることが可能であるから、利用者もYも著作物の利用主体となりうることは当然であり、利用者には私的複製の要件が満たされても、Yとの関係では私的複製の要件を満たさないということは当然にあり得るところだからである。もっとも、仮に、Yが幫助者としての地位にしかない場合には、適法行為を幫助するに過ぎないから、当該幫助者としての行為は違法とすべきではないと思われる。この点についても、本判決

は正当であるというべきである。

第5 おわりに

以上、極めて簡単であるが、最高裁平成23年1月20日第1小法廷判決の検討をした。本判決が著作権侵害主体の判断を規範的に行うことを積極的に承認したことから、今後、積極的に規範的直接侵害者の認定が行われるものと予想される。もっとも、著作物の利用者にとってそれが予測可能性のないものであれば、著作物の利用者の自由が制限されてしまうことから、規範的直接侵害者の外延を今後検討する必要がある。

今後の課題は、従前の裁判例の分析と共に今後の裁判例の集積を待って、著作権侵害主体の輪郭をあぶり出すことにある。そのようなあぶり出しの手法として、本件のようなテレビ番組の録画配信サービスの事例の場合には、サービス提供者の行為を事態に即して観察し、自ら著作権侵害状態が可能となる状態を作り出しておきながら、著作権侵害状態を放置しているという不作為が作為で著作権侵害を行っていることと同視できるかを問題とすることが、有用であると思われるがいかかであろうか。

以上

なった事例として、東京地裁平成14年4月11日決定、同15年1月29日中間判決、同年12月17日終局判決、東京高裁平成17年3月31日判決(ファイルログ事件)、東京地裁平成19年5月25日判決(MYUTA事件)、東京地裁平成21年11月13日判決、東京高裁平成22年9月28日判決(TVブレイク事件)等があるが、いずれもクラブキャッツアイ事件のカラオケ法理を意識したものとなっている。

- 11 当該判決の最高裁判所判例解説においても、あくまでも事例判決であるとされている(最高裁判所判例解説民事篇昭和63年度150頁(水野武)参照)。
- 12 上野・前掲6・80頁以下、中山・前掲4・480頁以下、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号68頁、大淵哲也「間接侵害(1)―カラオケスナック」別冊ジュリスト198号190頁以下、宮脇正晴「テレビ番組の録画・視聴サービスと複製の行為主体」ジュリスト1398号308頁以下等を参照。
- 13 前田雅英『刑法総論講義(第3版13刷)』(東京大学出版会・2004年2月)138頁参照。なお、同編集代表「条解刑法」(弘文堂・2002年6月)74頁以下参照。
- 14 塩月秀平「著作権侵害主体の事例分析―柔軟な認識に向けて」ジュリスト1316号140頁以下参照。

- 1 判例タイムズ1289号234頁以下
- 2 LEX/DB25440283参照。本判決の評釈として、田中豊「間接侵害(3)―番組関連サービス」別冊ジュリスト198号194頁以下参照。
- 3 大阪地裁平成15年2月13日判決(ヒットワン事件)、田中豊「著作権の間接侵害―実効的司法救済の試み―」コピーライト2004年8月号8頁以下参照。このような考え方であれば、たとえ幫助的な者であっても、差止請求の相手方となろう。このような考え方が、著作権者の権利拡大を企図していることは明らかである。
- 4 田村善之『著作権法(第2版)』(有斐閣・2004年3月)305頁、中山信弘『著作権法』(弘文堂・2008年4月)480頁以下参照。
- 5 島並良・上野達弘・横山久芳『著作権法入門』(有斐閣・2009年)128頁参照。
- 6 上野達弘「著作権法における「間接侵害」」ジュリスト1326号81頁以下参照。結論につき同旨、高部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号126頁以下参照。
- 7 立法の改正が比較的早くなされるようになった現在でも、具体的妥当性の見地から、司法的な救済が必要な場合は否定できない。
- 8 罪刑法定主義により正犯概念が厳格に解されている刑法上も間接正犯は認められているし、特許法上も規範的に侵害主体を考えると自体は認められており(中山信弘『特許法』(弘文堂・2010年8月)322頁参照)、それ自体、特別なことではない。なお、高部・前掲6・125頁参照。
- 9 加戸守行『著作権法逐条講義(三訂新版)』(著作権情報センター・2000年3月)213頁以下、田村・前掲4・198頁参照。
- 10 たとえば、本件と同じ録画配信サービスが問題となった裁判例として、東京地裁平成16年10月7日決定、同平成17年5月31日決定、東京高裁平成17年11月15日決定(録画ネット事件)、東京地裁平成18年8月4日決定、知財高裁平成18年12月22日決定(まねきTV事件。なお、平成23年1月18日に最高裁第3小法廷判決が出ている。)がある。なお、その他、インターネットを介して著作物を利用するサービスを提供する行為が問題と

公判前整理手続・裁判員裁判が 保釈に与える影響 —京都地裁における近時の保釈の 運用状況の調査を通じて—

弁護士 谷山 智光

第1 はじめに

刑事訴訟において、平成17年11月1日に公判前整理手続(刑事訴訟法316条の2以下)が施行された。同手続では第1回公判期日前に事件の争点及び証拠が整理される。

また、平成21年5月21日にはいわゆる裁判員裁判が施行された。同裁判では、公判前整理手続に付された上、連日開廷により審理される。

これらの制度が施行されたことに伴い、保釈の運用状況に変化を感じている弁護士も少なくなく、筆者もその1人である。すなわち、従前であれば保釈が認められないと思われる事案¹でも、保釈が認められる場合が少なからず出てきた。

そこで、この実感が合理的なものかどうかを探るべく、近時の保釈の運用状況について調査を行った。調査にあたっては、理由が比較的詳細に記載されているということから、保釈に関する準抗告決定書を参照することにした。

調査対象となった準抗告決定書は9件である²。なお、⑤と⑧は同じ事件に関するものである。裁判員裁判対象事件に関するものが⑤、⑦、⑧、⑨の4件、準抗告決定時に公判前整理手続に付されていたものが②、⑥、⑦、⑧、⑨の5件である。否認しているものは、①、②、⑤、⑥、⑦、⑧、⑨の7件であるが、その態様は犯人性を否認するものから、事実関係は争わず評価を争うものまでさまざまである。

なお、調査対象となった準抗告決定書はすべて京都地裁におけるものであるが、その傾向及びそこで示された判断要素等は、京都に限られるものではないと考える。

第2 権利保釈について

いわゆる権利保釈(刑事訴訟法89条)は、請求があったときは、同条各号の除外事由がある場合を除

いて、これを許さなければならない。保釈の原則的形態ともいうべきものであり、被告人にとって重要な権利である。

しかしながら、権利保釈が認められることは、必ずしも多くはない。本調査でも権利保釈が認められているのは、④の1件のみである。

本調査のうち、4号に該当するとされたものが②、③、⑤、⑥、⑦、⑧、⑨の7件で一番多く、1号に該当するとされたものが②、⑤、⑦、⑧、⑨の5件でその次に多い。

この点、1号については、現にそのような罪の訴因によって起訴されていることを意味するから(弘文堂「条解刑事訴訟法第4版」187頁)、検察官がそのような罪によって起訴した場合には必然的に1号に該当することになり、その意味で裁判所の判断の余地はないといえるので、裁判所の判断との関係で問題とすべきは4号であろう。

本調査のうち、被告人が否認している上記7件のうち、4号該当性が否定されているのは、①の1件しかなく、ほかはことごとく4号該当性が肯定されている。被告人が否認しているということから、安易に「罪証を隠滅すると疑うに足る相当な理由」があると考えられているとすればそれは問題である。

この点、「否認ないし黙秘の態度のみを捉えて直ちに罪証隠滅のおそれを肯定するのであれば、判断基準が類型化、抽象化しているとの批判を免れるものではない。予想される罪証隠滅行為の態様を考え、被告人がそのような行為に出る現実的具体的可能性があるか、そのような罪証隠滅行為に出たとして実効性があるかどうか具体的に検討すべきであって、否認又は黙秘の態度から直ちに罪証隠滅のおそれを肯定するようなことをしてはならない。」との指摘がある(松本芳希³「裁判員裁判の保釈の運用について」ジュリスト1312号128頁)。

第3 裁量保釈

1 いわゆる裁量保釈(90条)は、裁判所の裁量により保釈を許すものである。89号各号の除外事由が認められ、権利保釈が認められない場合でも、裁判所の裁量により保釈を認めることができる。もっとも、完全な自由裁量を認める趣旨ではなく、合理性のあるものであるものでなければならない(弘文堂「条解刑事訴訟法第4版」189頁)。したがって、合理性があるかどうかについても準抗告の対象となる。本調査でも、②、③、⑥、⑧の4件で、

原決定において裁量保釈が認められなかったが、準抗告において裁量保釈が認められている。

裁量保釈にあたっては、犯罪の性質や情状、被告人の経歴、行状、性格、前科とか健康状態、家族関係、公判審理の進行状況等の諸般の事情を考慮される所、本調査の対象となった準抗告決定書でもさまざまな事情が考慮されている(一覧表の「裁量保釈について」参照)。

- 2 とりわけ、本調査のうち②、③、⑥、⑦、⑧、⑨の6件で、罪証隠滅のおそれがあるとして89条4号該当性を認めながらも、「罪証隠滅のおその程度はさほど高くない」(②)、「罪証隠滅のおその程度は相当に低い」(③)「有効な罪証隠滅をする客観的余地はかなり少なくなっている。」(⑥)、「罪証隠滅のおその程度はさほど高いとはいえない。」(⑦)「罪証隠滅の現実的な可能性は小さくなっている。」(⑧)、「被告人が実効性ある罪証隠滅行為に及ぶおそれが高いとはいえない。」(⑨)などとして、裁量保釈を認めていることは注目すべきである。

この点、公判前整理手続がある程度進み、争点及び証拠の整理がなされるにつれて、罪証隠滅のおそれも小さくなっていく。上記6件のうち、②、⑥、⑦、⑧、⑨の5件については、公判前整理手続に付されて争点及び証拠の整理がなされていることも考慮されている。特に、⑤と⑧は同じ事件に関するものであるところ、公判前整理手続が開かれていない段階では保釈が許可されなかったのに対し、公判前整理手続がある程度進んだ段階で「現時点においては、罪証隠滅の現実的な可能性は小さくなっている。」として保釈が許可されているのは、まさにこのことの表れといえよう。

この点、「第1回公判期日の前に公判前整理手続が実施されると、第1回公判期日前に当事者双方から証明予定事実が明らかにされ、証拠の取調請求、証拠決定も行われて、早期に争点・証拠が確定されることになるので、その手続の実施が保釈の要件の判断の前提となる事情として大きな影響や意味を持つことがあると考えられる。」との指摘がある(上記「裁判員裁判の保釈の運用について」)。

- 3 なお、本調査では、裁判員裁判の連日的開廷での被告人の防御権の確保の必要性を明示的に指摘したものはなかったのはなかったが、⑦、⑧、⑨は裁判員裁判対象事件であり、そのことが意識さ

れているのではないかと思われる。特に、⑨は、犯人性を否認しており、起訴後も第1回公判期日終了までの間、接見等禁止の決定がなされていたところ、接見等禁止の裁判に対する準抗告において、「被告人は本件犯行を否認し、現時点では、本件犯行当日の行動等被告人の具体的な弁解が明らかではないところ、本件の経緯や証拠構造等を踏まえると、公訴提起後の現時点においても、被告人が関係者と口裏を合わせるなどして罪証を隠滅するおそれは高く、被告人を勾留するのみではこれを防止し得ないものと認められ、被告人の接見等を禁止すべき必要性はあるというべきである。」とされていた^{iv}。このことと比較しても、保釈の判断において、裁判員裁判の連日的開廷での被告人の防御権の確保の必要性に配慮したのではないかと思われる。

この点、「裁判員制度の下で連日的開廷が現実のものになると、弁護士と被告人とが打合せに際し十分な意思疎通を図って準備をし、公判前整理手続や公判の審理には十分な準備が整った状態で臨めるようにする必要がある。そのためには可能な限り身体拘束から解放された状態で訴訟の準備を行う必要性が高い。」「連日的開廷の下での審理を被告人の防御権を害することなく円滑に進行させていくには、基本的に、これまでよりもより弾力的な保釈の運用を行っていくべきであろう。」と指摘されているし(「裁判員裁判の保釈の運用について」)、東京地裁平成22年6月22日決定^vも裁量保釈の可否を検討するにあたって「本件は、いずれも裁判官と裁判員の合議体によって、…、土曜日と日曜日を除く連日開廷で審理される予定であるところ、このような連日開廷に対応した効果的な弁護活動を行うためには、被告人と弁護士が即時かつ緊密に打合わせを行う必要がある」としている。

第4 最後に

本調査のうち、否認事件で保釈が認められたものは、①、②、⑥、⑦、⑧、⑨の6件あった。そのうち、⑦、⑧、⑨は裁判員裁判対象事件で、いわゆる重罪事件である。このような事件においては、従来、保釈が認められることは少なかったのではないか。

公判前整理手続及び裁判員裁判の施行によって、保釈の判断にあたっての新たな要素が加わり、そのことが保釈の運用状況に変化をもたらしていると考

番号	決定日	裁判官	被告人の認否	原裁判の結果	原裁判をした裁判官	準抗告の結果
①	平成21年3月5日	増田耕兒 柴田厚司 竹内朋子	×	保釈許可	綿引聡史	保釈許可
②	平成21年7月21日	宮崎英一 佐藤洋幸 綿引聡史	×	保釈不許可	遠藤謙太郎	保釈許可
③	平成21年9月18日	宮崎英一 渡邊史朗 綿引聡史	○	保釈不許可	遠藤謙太郎	保釈許可
④	平成21年11月18日	米山正明 坂口裕俊 遠藤謙太郎	○	保釈不許可	竹内朋子	保釈許可
⑤	平成22年8月17日	笹野明義 江見健一 栩木純一	×	保釈不許可	前田芳人	保釈不許可
⑥	平成22年10月5日	宮崎英一 渡邊史朗 森里紀之	×	保釈不許可	前田芳人	保釈許可
⑦	平成22年12月17日	小倉哲浩 永井健一 竹内朋子	×	保釈許可	森里紀之	保釈許可
⑧	平成22年12月24日	笹野明義 栩木純一 前田芳人	×	保釈不許可	竹内朋子	保釈許可
⑨	平成23年1月26日	小倉哲浩 永井健一 竹内朋子	×	保釈許可	佐藤洋幸	保釈許可

権利保釈について	裁量保釈について
3号に該当。なお、4号には該当せず。	<p>事案が重大でない。 重い量刑が想定されない。 親族が身元引き受けを誓っている。 身体拘束によって被告人の事業や家族に影響を与える。 保釈保証金が250万円。</p>
1号、4号に該当。	<p>公判前整理手続において、検察官、弁護人の各主張が明確にされ、争点 が確認されている。 被告人の病状。親族が身元引き受けを誓っている。 原裁判後に、身元引き受け等について具体的な方策を講ずる旨誓約した 書面を追加して提出している。 保釈保証金が高額(1200万円)。</p>
3号、4号に該当。	<p>既に相当の客観的証拠が収集されている。 被告人が本件各犯行及び余罪を認める供述をしている。 本件で逮捕されるまでの間特段の罪証隠滅を図った形跡がない。 被告人に前科がない。 被告人の生活状況。 被告人が仕事に復帰する必要性。 親族が身元引き受けを誓っている。</p>
4号にも該当せず。	
1号、4号に該当。	<p>多数の者が関係するという事案の性質。 被告人及び関係者の供述状況。 被告人と関係者との人的関係。</p>
4号に該当。	<p>公判前整理手続において争点及び証拠の整理はほぼ終了している。 既に同意されている証拠書類の内容。証人予定者と被告人との現在の関 係。 親族が身元引き受けを誓っている。 保釈保証金が一定程度高額。</p>
1号、4号に該当。	<p>責任能力以外の罪体には争いなし。 検察官請求証拠にも概ね同意している。 被害者との関係に改善が認められる。 被告人の内縁関係にある者が身元引き受けを誓っている。</p>
1号、4号に該当	<p>事実関係に関する争点は限られる。 検察官請求証拠の多くに同意意見が付されている。 被告人及び被告人の親族が関係者に接触しないことを誓約している。 被告人の年齢。起訴から相当期間が経過している。</p>
1号、4号に該当。	<p>公判前整理手続が既に終結している。 被害者の居場所を知らず、目撃者らとも面識がない。 証言予定者らへの接触を禁止しており、接触すれば保釈取消しと保釈保 証金の没取で対処される。 関係者に接触しないことを誓約している。 親族が身元引き受けを誓約している。</p>

えられる。今後、保釈の請求にあたっては、これらの要素を効果的に主張していくことが必要である。

以上

- i 例えば被告人が否認している事案。
- ii 本論考における一覧表においては、報道等においてなされた情報との比較で事件が推知されることを防ぐため、罪名については明らかにしないことにした。
- iii 現京都地裁所長
- iv 原裁判をした裁判官は渡邊央子。準抗告決定をした裁判官は小倉哲浩、入江克明、竹内朋子。
- v 同決定は、傷害、窃盗及び強盗致傷の事案(一部については犯人性否認)で89条1号、4号該当性を認めつつも、罪証隠滅の具体的なおそれがあるとは認められないもしくはその程度が強いとまでは認められないこと、身体拘束期間が11ヶ月にわたり長くなっていること、連日開廷に対応した効果的な弁護活動を行うためには、被告人と弁護人が即時かつ緊密に打合わせを行う必要があること、被告人が具体的に証人等を威迫するおそれがあるとは認められないことから裁量保釈を認めたものであるところ、これに対して検察官から特別抗告がなされたが、最高裁は、「所論にかんがみ職権により調査すると、裁量により保釈を許可した原決定には、本件勾留に係る公訴事実とされた犯罪事実の性質に照らせば、緒論が指摘するような問題点もないといえないが、いまだ刑訴法411条を準用すべきものとははいえない。」として、これを棄却した(最決平成22年7月2日〔判時2091号114頁〕)。

編集後記

東北関東大震災の被災者の方々に衷心より哀悼の意を表し、また、お見舞い申し上げます。

ますます複雑、高度化する社会にあって、私たち法律家の果たすべき役割も増えてきています。こうした社会の変化に対応するように、できるだけ現代的な問題を幅広く取り上げてきたつもりですが如何でしょうか。各弁護士とも、今後、さらに研鑽を積んで、その成果を皆様にお届けしたいと思っております。忌憚のないご意見・ご感想をお待ちしております。