

Oike Library

御池ライブラリー

2011/10
No.34

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

特 集 離 婚

1 離婚手続	弁護士 谷山 智光・・・・・・ 1
2 親権・面会交流	弁護士 福市 航介・・・・・・ 2
3 財産分与	弁護士 相井 寛子・・・・・・ 5
4 年金分割	弁護士 増田 朋記・・・・・・ 8
5 養育費・婚姻費用	弁護士 茶木真理子・・・・・・ 11
6 離婚慰謝料	弁護士 草地 邦晴・・・・・・ 13

医 事 法	適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為の成否 -最高裁判所平成 23 年 2 月 25 日判決の検討	弁護士 長谷川 彰・・・・・・ 15
涉外家族法	米国・インディアナ州における養育費の算定方法	弁護士 小原 路絵・・・・・・ 18
民 法	最高裁判例から見た欠陥建築物訴訟	弁護士 永井 弘二・・・・・・ 20
民法・金融法	貸金庫と相続	弁護士 井上 博隆・・・・・・ 23
消費者法	集団的な消費者被害の新しい救済制度 -消費者委員会専門調査会報告の概要と課題	弁護士 野々山 宏・・・・・・ 26
消費者法	居住用建物の賃貸借契約における更新料支払条項を原則有効とした 最高裁平成 23 年 7 月 15 日判決裁判所 HP、金融・商事判例 1372 号 7 頁について	弁護士 長野 浩三・・・・・・ 29
消費者法	デリバティブを内包する金融商品の問題	弁護士 住田 浩史・・・・・・ 31
国際民事訴訟法	国際裁判管轄に関する改正民事訴訟法の解釈上の問題	弁護士 北村 幸裕・・・・・・ 35
独占禁止法	米国における抱合わせ取引規制と知的財産権	弁護士 坂田 均・・・・・・ 37

1 離婚手続

弁護士 谷山 智光

Q1-1 離婚の種類

夫と離婚を考えています。離婚にはどのような方法がありますか？

A1-1

離婚の方法として、主に協議離婚、調停離婚、裁判離婚があります。

解説

夫婦は話し合い（協議）で離婚をすることができる（協議離婚）。協議離婚には、裁判離婚のような離婚原因は不要である。もっとも、夫婦の一方が協議に応じないとき、又は協議をすることができないときには、協議離婚はできない。

この場合、裁判所に離婚の訴えを提起し、判決で離婚を認めてもらうという方法が考えられるが（裁判離婚）、離婚の訴えを提起するには、まず家庭裁判所で調停の申し立てをしなければならない（調停前置主義、家事審判法 18 条）。

調停で離婚（調停離婚）するにも、裁判離婚のような離婚原因は不要である。もっとも、調停も当事者の合意があって成立するものであるから、当事者の合意がなければ調停離婚をすることはできない。

なお、合意が成立しない場合に、家庭裁判所が一定の要件のもとに離婚の審判をすることができるが（審判離婚）、これについては、実務上、余り活用されていないのが実情である。

協議離婚も成立せず、調停離婚も成立しなかった場合には、裁判離婚という方法があるが、裁判離婚が認められるには、民法 770 条が定める離婚原因が必要となる（Q1-2 参照）。

なお、離婚方法によって戸籍の記載が異なる。すなわち、調停離婚の場合は調停による離婚であることが記載され、裁判離婚の場合には裁判離婚であることが記載される。

Q1-2 裁判上の離婚原因

裁判離婚に必要な離婚原因とは、どのようなものなのでしょうか？

A1-2

①配偶者に不貞な行為があったとき、②配偶者から悪意で遺棄されたとき、③配偶者の生死が 3 年以上明らかでないとき、④配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき、⑤その他婚姻を継続し難い重大な事由があるときです。

解説

裁判離婚に必要な離婚原因として、民法770条1項が5つの離婚原因を定めている。

不貞な行為があったとき(1号)とは、配偶者のある者が、自由な意思に基づいて、配偶者以外の者と性的関係を結ぶことをいい、相手方の自由な意思にもとづくものであるか否かは問わない(最判昭和48.11.15民集27巻1323頁)。

悪意で遺棄されたとき(2号)とは、正当な理由がないのに同居・協力・扶助の義務(民法752条)を履行せず、夫婦生活を継続する意思の認められない場合をいう。これを認めた事例として、妻が脳血栓のため半身不随となり、身体障害者4級に認定されたにもかかわらず、夫が妻を置き去りにして、長期間生活費を送金しなかった事例(浦和地判昭60.11.29)などがあり、認めなかった事例として、不貞を繰り返す夫に反省を求めるため、妻が一時的に家出をした事例(長野地判昭38.7.5)などがある。

その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき(5号)とは、肉体的、精神的、経済的な事情を総合しても、到底円満な夫婦生活の継続及び回復が期待できない場合をいい、個別的事案に即して、裁判所が判断することになる。裁判例で現れた事例として、暴行虐待、異常な性関係の強要、嫁姑間の不和、性的不能等が挙げられる。性格の不一致や愛情の冷却などもその程度が甚だしければこれに当たるとされている。

もっとも、裁判所は、1号から4号の事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる(民法770条2項)。

Q1-3 有責配偶者からの離婚請求

夫から「婚姻を継続し難い重大な事由」があるとして離婚の訴えを提起されたのですが、そのような事由を招いた責任は夫にあります。このような場合にまで離婚が認められるのでしょうか？

A1-3

婚姻関係の破綻について責任のある配偶者からなされた離婚請求であっても、一定の場合には離婚が認められます。

解説

婚姻関係の破綻について専ら又は主たる責任のある配偶者(有責配偶者)からの離婚請求については、①夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、②その間に未成熟の子が存在しない場合には、③相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないとすることはできない(最大判昭62.9.2民集41巻1423号)。

①に関して、8年余の別居期間について、双方の年齢や同居期間を考慮すると、別居期間が相当の長期間に及んでいるものということとはできないとした最高裁判決もある一方(最判平1.3.28)、約8年の別居期間を相当の長期間ということとはできないとした原判決を破棄差し戻した最高裁判決もあり(最判平1.3.28)、最高裁判決としては8年弱が一応の目安となると思われる。

②に関して、親の扶養を受ける高校2年生が存在していた事案について、3歳の幼少時から一貫して上告人の監護の下で育てられてまもなく高校を卒業する年齢に達しており、被上告人は上告人に毎月15万円の送金をしてきた実績に照らして未成熟子の養育にも無関心であったものではなく、被上告人の上告人に対する離婚に伴う経済的給付もその実現を期待できるものとみられることからすると、未成熟子の存在が本件請求の妨げになるということもできないとして、離婚を認める方向に評価した最高裁判決がある(最判平6.2.8)。

③に関して、子宮内膜症にり患しているため就職して収入を得ることが困難であった事案について、離婚により精神的・経済的に苛酷な状況に置かれることが想定されるとして、離婚を認めない方向に評価した最高裁判決がある(最判平16.11.18)。

2 親権・面会交流

弁護士 福市 航介

Q2-1 親権者の決定方法と決定の基準

現在、夫と離婚について話しあっています。私達には小学6年生になる息子が1人いますが、子どもの親権を巡って夫と対立しています。離婚をする場合に親権はどうやって決定されますか。

A2-1

夫婦が離婚した場合、まずは、夫婦の協議によって親権者を決めます。しかし、今回は、親権を巡って夫と対立しているということです。親権者は、裁判所で決めます。その判断においては、実務上、従前の子の監護の実績、現在の監護状況、子どもの意思が重視されているようです。

解説

親権は、子に対する身上監護、財産管理及びその他親の子を哺育・監護・教育する職分とされ¹、親権の効力として、子に対する身上監護、財産管理を行ったり、その他未成年者に対する同意権等を行使する権限があるとされる(民法820条等)²。

日本民法においては、父母に未成年の子が存在した場合、父母の婚姻中は共同親権(民法818条3項)であるが、離婚をすると単独親権となるので(民法819条1項)、夫婦が離婚をする場合には、親権を行使する者を決めなければならない。

協議離婚にあっては親権者の指定は夫婦の協議によって行い(民法819条1項)、その協議が整わない場合は、家庭裁判所が父又は母の請求によって協議に代わる審判で決定する(民法819条5項)。判決離婚では、裁判所の判決で親権者が指定される(民法819条2項)。

いずれにしても親権者を決定する基準が必要となるが、その基準は『子の利益』であるとされるものの(民法819条6項)、何が子の利益であるのかの判断は容易ではない。そのため、実務上は、種々の指標と事情を総合考慮し、親権者の指定がなされているのが現状である³。

しかし、実務上、監護の実績、監護の継続性の尊重という指標が重視されているように思われる。これは、子の健全な成長のためには親と子の不断の精神的結びつきが重要であって、養育監護者の変更は子の心理的

不安定をもたらすことを理由とする^{4,5}。これに対しては、子の奪い合いを助長するという批判も存在することに留意すべきであろう。次に、実務上、子の意思の尊重という基準が重要視される(なお、子どもの権利条約12条参照)。子が15歳以上であれば、家庭裁判所は、その子の陳述を聞かなければならないとされるが(人事訴訟法32条4項、家事審判規則54条、70条、72条)、10歳前後以上であれば、意思を表明する能力に問題はないとされており、裁判例でも、当該年齢の子であれば、その意思が重視される傾向にある⁶。その他、現在では、面会交流に対する寛容性も親権者決定の指標として、考慮される場合もある。なお、従前、乳幼児期における母性優先の原則と言われる考え方が存在したが、現在では、生物学上の母親ではなく、子と母性的な役割を持つ監護者との関係を重視する傾向にある⁷。

なお、平成23年5月27日に可決成立した民法等の一部を改正する法律における付帯決議では、「今日の家族を取り巻く状況や本法施行後の状況等を踏まえ、…離婚時の親権の決定方法…離婚後の共同親権・共同監護の可能性など、多様な家族像を見据えた制度全般にわたる検討を進めていくこと」とされており、注目される。

Q2-2 面会交流の決定方法及び決定基準

私は、妻と離婚しましたが、私と元妻との間には、小学校3年生になる娘がいます。離婚の際に元妻が娘の親権者となり、娘は元妻のもとで生活しています。大事な一人娘なので、娘と会いたいのですが、元妻は会わせてくれません。娘に会う方法はないですか。

A2-2

家庭裁判所に面会交流の調停を申し立てて話し合うことができます。調停で話がまとまらなければ、家庭裁判所が、審判によって、面会交流の有無や頻度を決定します。面会交流の有無や頻度は、個々の家庭により異なりますが、月1回程度の面会交流が認められることが多いようです。

解説

面会交流事件は、現在、顕著に増加している事件類型であり⁸、かつ、解決が困難な事件類型とされている⁹。なお、面会交流は、以前、面接交渉などと表現されていたが、親子の交流を表現するのに好ましくないとの理由から、現在では、『面会交流』と表現するのが一般的である¹⁰。

面会交流は、現在、明文上の規定はないが、子の監護に関する処分(家事審判法9条1項乙類4号)の一内容として、離婚後につき最決昭和59年7月6日家裁月報37巻5号35頁で、別居中につき最決平成12年5月1日家裁月報52巻12号31頁で最高裁判例上認められている。なお、面会交流の権利性の有無及びその内容については争いがある¹¹。前記最決平成12年5月1日の最高裁判所調査官の解説では、面会交流権は子の監護のために適正な措置を求める権利という手続的請求権とされ、実体的な権利としては正面から認められていない。この点については、実体的な権利性を認めるべきとする学説からの異論もあるが、面会交流が認められるべきことには争いがない。面会交流は、まず、家庭裁判所に調停を申し立て、調停が成立しなければ審判手続に移行する。調停では、家庭裁判所調査官が立ち会うことも多く、家庭裁判所調査官が子の意向を調査することもある。

面会交流の有無及び程度は、「子の福祉」を基準として判断されるが、その内実は必ずしも明らかではない。実務上は、子の心身の状況、監護状況、子の意思、年齢、監護教育に及ぼす影響、父母のそれぞれの意思、葛藤・緊張関係の程度、面会についての父母の協力の可能性、申立ての目的、別居親との距離等の事情を総合して決定される¹²。かつての裁判例では、面会交流自体に消極的であったものも散見されたが、最近では、面会交流自体の重要性も認識され始め、特段の問題がなければ面会交流の実現を目指すものとされている¹³。ただし、面会交流の内容は、月1回程度で数時間であることが多く、親子交流にとって充実しているといえるのかという点から批判もある。

私見ではあるが、別居親と子との円満かつ継続的な交流は、親子の絆を保つものであるから、子どもの教育や生活と調和する限りにおいて、できる限り多くの面会交流が認められるべきであると考ええる。そのため、他方の親に対する寛容性の程度により親権者を決定するフレンドリー・ペアレントルールが考慮されるべきであると思われる。なお、調停後あるいは審判後の当事者間の面会交流の支援を充実させるべきであるが、現状充実しているとは言い難い状況にあり、この点の改善は急務であると思われる。

なお、前記民法改正によって、民法766条1項に「父又は母と子との面会及びその他の交流」との文言が付加され、面会交流が明文化されると共に、平成23年5月19日に成立し、同月25日に公布された家事事件手続法にも面会交流の規定が導入された。

Q2-3 子の引渡しの請求

離婚をして私が親権者となったのですが、相手方が小学校を下校中の息子を車に乗せ、そのまま私に返そうとしません。息子を取り返すことができるのでしょうか。

A2-3

子の引渡しの審判の申立て、審判前の保全処分の申立て、人身保護手続によって、取り返すことができます。

解説

別居中又は離婚後の父母間で、別居親から同居親に対して子の引渡し請求をするには、民事上種々の方法があるが、大きく分けると一般民事手続、家事審判手続、人身保護手続のいずれかを選択して、子の引渡し請求をする。

一般民事手続では、親の親権又は監護権を根拠として、地方裁判所に子の引渡しを求めることになるが、手続が迅速とはいえないこと、家庭裁判所調査官や国選代理人が存在せず、子の福祉への配慮が難しい点でデメリットがあり、家事審判手続か人身保護手続を利用することが多いと思われる。

家事審判手続を利用する場合、家庭裁判所へ子の引渡しを求める申立てを行い、併せて審判前の保全処分を申し立てるのが通常であると思われる。家庭裁判所では、家庭裁判所調査官により子の福祉に配慮した調査がなされ、審判前の保全処分がなされていた場合は一般民事手続を利用するよりも迅速な解決が得られるのが一般的である。

他方、人身保護手続を利用する場合、地方裁判所又は高等裁判所に申立てを行うことになる。人身保護手続は、審問の開始は請求のあった日から1週間以内とされ(人身保護法12条4項)、審理・裁判は他の事件に優先して行われるため(人身保護規則11条)、極めて迅速である。また、子どもには国選代理人(弁護士)が就任し、同人による調査が行われる点でもメリットがある。

人身保護請求が認められるためには、相手方の拘束の違法性が顕著であることが要求されている(人身保護法2条、同規則4条)。この点、監護権者から非監護権者に請求する場合、原則として違法性の顕著性が認められる¹⁴。なお、子が10歳を超えない程度であれば、拘束と評価されるようである¹⁵。

ただし、当事者が、離婚紛争中であって別居中である等、未だ親権者同士である場合には、親権に基づく

監護は原則として適法とされ、例外的に監護が子の幸福に反することが明白である場合にだけ違法性の顕著性が認められるとされる¹⁶。そのため、親権者同士で子の引渡しを争う場合には人身保護手続を利用することは難しい。

Q2-4 強制執行

親権が私に決まったのに相手方が子どもを引き渡ししてくれません。相手方に対して強制執行できますか。

A2-4

親権が決まっただけでは相手方に対して強制執行により子の引渡しを求めることはできません。しかし、子の引渡しの審判がある場合には、間接強制(金銭のペナルティを課して、間接的に引渡しをさせる方法)又は直接強制(執行官が子を取り上げることで引渡しをさせる方法)により引渡しを求めることができます。人身保護請求の場合には、裁判所が事実上適当な方法で引渡しを実現します。

解説

親権や監護権の帰属が決定したのみでは、強制執行を行うことはできない。強制執行を行うためには給付条項がある債務名義を取得する必要がある。債務名義としては、前記の一般民事手続による判決、家事審判手続による審判がある。なお、人身保護手続の場合は特殊であるので後述する。

債務名義を取得した場合、考えられる強制執行は、間接強制と直接強制がある(民事執行法172条、引渡債務の直接強制につき同法168条乃至170条)。子の引渡しにおいて間接強制が認められることには争いが無いが、直接強制の方法による強制執行の可否については議論がある。従前は間接強制説が通説判例とされていたとされるが、現在では、引渡しの実効性確保の観点から直接強制説が多数を占めているようである。なお、この場合によっても、子の意思能力や発達段階に応じ、子が強制執行を拒む場合には執行不能となることもあるので、留意すべきである¹⁷。

人身保護請求については、判決がなされた場合、理論上、判決に先立つ保護命令の効果として、人身保護命令が相手方に送達されたときから被拘束者(子)は裁判所の支配下に移る(人身保護規則25条1項)。そのため、裁判所が自ら開放状態を形成するので、執行の問題は生じない。そして、自ら開放状態を形成しなければならないことから、解放及び引渡しを実現するため、審問期日の開始時に裁判所の職員が事実上幼児を

書記官室等で預かって、判決言渡後に判決に従って請求者又は拘束者に幼児を引き渡す等の方法をとっているようである¹⁸。

- 1 我妻榮『親権法』（有斐閣、昭和44年）316頁参照。
- 2 島津一郎・阿部徹編著『注釈民法（22）親族（2）』（有斐閣、平成20年）92頁以下（梶村太市執筆分）参照。
- 3 二宮周平・榊原富士子『離婚判例ガイド（有斐閣、第2版、平成18年）198頁参照。
- 4 秋武憲一・岡健太郎編著『離婚調停・離婚訴訟』（青林書院、平成21年）143頁参照。
- 5 東京高判昭和56年5月26日判例時報1009号67頁
- 6 佐賀家審昭和55年9月13日家裁月報34巻3号56頁
- 7 秋武他・前掲4・142頁参照。
- 8 家庭裁判所月報63巻1号12頁参照。平成21年と平成12年を比較すると、その事件数は3倍になっている。
- 9 田中由子「子をめぐる家事事件の審理と運営について一初めて家事事件を担当する裁判官のために―」家裁月報62巻4号2頁以下、横田昌紀・石川亨・伊藤彰朗・加藤幸・吉永希「面会交流審判例の実証的研究」判タ1292号5頁（2009）参照。
- 10 裁判所時報1485号11頁参照。
- 11 学説の整理については、島津他・前掲2・138頁以下参照。
- 12 二宮他・前掲3・236頁参照
- 13 田中・前掲9・34頁参照。
- 14 平成6年11月8日家裁月報47巻6号26頁、最判昭和47年9月27日家裁月報25巻4号42頁、最判平成11年5月25日家裁月報51巻10号118頁参照。
- 15 内田貴『民法Ⅳ』（東京大学出版会、補訂版、平成17年）220頁参照。
- 16 最判平成5年10月19日家裁月報45巻10号33頁
- 17 石田文三・大江千佳・大田口宏・渋谷元宏・檜山洋子・昇慶一『新版「子どもの引渡し」の法律実務』（清文社、平成22年）82頁乃至92頁
- 18 石田他・前掲17・93頁以下参照。

3 財産分与

弁護士 相井 寛子

Q3-1 財産分与とは

私は、夫と離婚をしようと考えているのですが、離婚するときには、夫名義の財産でも、分けてもらえると聞きました。それはどのような権利なのでしょう。

A3-1

財産分与請求権です。財産分与請求権は、離婚した夫婦の一方が、他方に対して、財産を分けてくれるように求める権利で、民法768条1項で定められています。

解説

財産分与請求権には、清算的財産分与（婚姻中に形成した夫婦共有財産の清算）、扶養の財産分与（離婚後の経済的弱者に対する扶養）、慰謝料的財産分与という3つの内容が含まれているが、その中心的要素は、清算的財産分与である。

財産分与に慰謝料的要素が含まれることから、慰謝料請求との関係が問題となるが、最判昭和46年7月23日（民集25巻5号805頁）及び最判昭和53年2月21日（家裁月報30巻9号7頁）によると、慰謝料を財産分与に含めて請求しても、両者を分けて請求してもよく、また、財産分与が先行してなされている場合でも、財産分与に慰謝料を含めた趣旨と解されないか、含めていたとしても精神的苦痛を慰謝するに足りないといえるときは、その後に、慰謝料を請求することもできるとされている。

このため、「財産分与の調停にあたっては、損害賠償の要素をも含めた全部給付の趣旨であるかどうか調書上明確にすべきであり、また、審判や判決で財産分与を命ずる場合には、総合的判断による裁量の結論だけを示せば足りるというのではなくて、斟酌する事情を具体的に判示し、できれば各事情の重量度をも明らかにして、清算、扶養、損害賠償の各要素をどの程度含むものかをできるだけ個別的に示す」（上記昭和46年判決最高裁判例解説482頁以下）ことが要請されるとされている。

Q3-2 財産分与の対象

財産分与の対象となるのは、どのような財産ですか。

A3-2

清算的財産分与の対象となるのは、婚姻期間中に、夫婦の協力によって形成された財産です。

結婚する前から、それぞれが所有していた財産や、婚姻期間中に相続により取得した財産など、名実ともに夫婦の一方の所有とされる財産(特有財産)は、原則として、財産分与の対象になりません。

解説

民法は、「夫婦の一方が婚姻前から有する財産及び婚姻中自己の名で得た財産は、その特有財産とする」(民法762条1項)とし、夫婦別産制を採用している。このため、財産分与の対象となるのは、名実ともに夫婦の共有とされている財産(共有財産)及び名義は夫婦の一方とされているが、実質的には夫婦の共有とされる財産(実質的共有財産)である。もっとも、夫婦のいずれに属するか明らかでない財産は、その共有に属するものと推定される(民法762条2項)。また、特有財産であっても、夫婦の一方が、他方の特有財産の減少の防止に協力したとして、財産分与の対象とされることもある(東京高判昭和55年12月16日判タ437号151頁等参照)。

Q3-3 退職金

退職金は、財産分与の対象になりますか。

A3-3

離婚時、すでに支給されていた退職金は、財産分与の対象となります。

離婚時、まだ支給されていない退職金については、支給される蓋然性が高い場合は、財産分与の対象となるのが一般的ですが、離婚時に未だ具体化していない場合は、対象になるか、なるとしても具体的にどのような方法で分与するかという点について、裁判例は分かれています。

解説

退職金については、婚姻期間と勤続期間が一致するとは限らないので、既払いの退職金を清算対象とする場合は、婚姻期間に対応する退職金額のみが清算対象となるとされている(島津一郎・阿部徹編著「注釈民法(22)親族(2)」(有斐閣、平成20年)214頁以下参照)。横浜家審平成13年12月16日家裁月報54巻7号64頁は、離婚までに別居期間がある場合には、退職金の維持形

成に寄与した同居期間だけを寄与期間として算定している。もっとも、退職金全額を清算対象として考慮した東京高判昭和58年9月8日判時1095号106頁もある。

将来の退職金については、支給される蓋然性が高い場合は、財産分与の対象とするのが一般的であるが、離婚時に未だ具体化していない場合は、直接財産分与の対象とするのではなく、財産分与の金額を判断する際に考慮すべき一つの事情として考慮するもの(長野地判昭和32年12月4日下級裁判所民事判例集8巻12号227頁)、将来支給されることを停止条件として清算の対象とするもの(横浜地判平成9年1月22日判時1618号109頁)等様々な裁判例がある(前記「注釈民法(22)親族(2)」215頁以下参照)。

Q3-4 債務の取扱

債務や住宅ローンは、どのように扱われるのでしょうか。

A3-4

夫婦の共同生活とは関係のない、夫婦の一方の個人的な債務は、分与の対象になりません。

しかし、子供の教育ローンや生活費不足のために生じた借入等、夫婦の共同生活によって生じた債務は、離婚時に清算の対象として考慮するのが一般的です。但し、夫婦の間での取り決めによって、債権者を拘束することはできません。

住宅ローンについては、不動産の評価額からローンの残額を差し引いた金額を、その不動産価値とみて、財産分与の対象とする方法が用いられることが多いとされています。

解説

1 夫婦別産制

夫婦別産制の下では、夫婦であっても、原則として、一方の個人的債務について、他方が責任を負う義務はない。但し、日常家事債務(民法761条)については、第三者に対して責任を負わない旨を予告した場合を除き、夫婦が連帯して責任を負う。

2 婚姻費用

民法は、「夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻から生ずる費用を分担する」(民法760条)としている。そして、婚姻費用とは、婚姻当事者を中心とする世帯の生活を夫婦双方の財産、収入、社会的地位に応じて保持するに要する費用とされ(青山道夫他「新版 注釈民法(21)親族(1)」430頁、431頁(有斐閣、初版、平成8

年))、具体的には、子の養育費、衣食住のための費用、医療費、出産費等が含まれる。

離婚に伴う財産分与の際に、過去の婚姻費用を考慮することができるかという点については、最判昭和53年11月16日民集32巻8号1529頁が、「離婚訴訟において裁判所が財産分与の額及び方法を定めるについては当事者双方の一切の事情を考慮すべきものであることは民法771条、768条3項の規定上明らかであるところ、婚姻係属中における過去の婚姻費用の分担の態様は右事情のひとつにほかならないから、裁判所は、当事者の一方が過当に負担した個人費用の精算のための給付をも含めて財産分与の額及び方法を定めることができる」としている。

3 住宅ローン

住宅ローンが残っている不動産については、不動産の評価額からローンの残債務額を差し引いた金額を、その不動産の価値とみて、分与の対象とするのが一般的である。

オーバーローンとなっていない場合は、不動産を換価処分して分与割合に従って分与するか、換価せずに、夫婦の一方が不動産を取得し、代償金等によって処理することになる。もっとも、夫婦の間で、住宅ローンの債務者でない者が債務を受け、不動産を取得することを合意しても、当該合意は、債権者には効力は及ばない。したがって、そのような合意は、履行の引受に過ぎないので、債権者との関係で、債務者が責任を逃れることはできないことに注意が必要である。

オーバーローンとなっている場合は、婚姻中に支払った金額を財産分与としても求めることができるとしている裁判例(東京高判平成10年2月26日家裁月報50巻7号84頁)もあるが、オーバーローンの不動産の価値はゼロであって、返済の結果は積極財産として存在しないとする裁判例(東京高判平成10年3月13日家裁月報50巻11号81頁)もある。

4 参考文献

財産分与と債務の問題については、惣脇美奈子「財産分与と住宅ローン」判タ1100号56頁、松谷佳樹「財産分与と債務」判タ1269号5頁、棚村政行「離婚の際の財産分与と債務の取扱い」判タ1269号16頁、相原佳子「財産分与における住宅問題」判タ1269号29頁等が詳しい。

Q3-5 財産の評価

財産分与の対象となる財産は、いつの時点の財産でしょうか。また、どのような方法で評価されるのでしょうか。

A3-5

財産分与の基準時については、裁判時や離婚時等、裁判例が分かれています。

財産の評価方法については、法律上の定めはないので、客観的合理的に妥当と認められる方法であればよいとされています。

解説

財産分与の判断の基準時については、裁判時(口頭弁論終結時ないし審判時)説、別居時説、離婚時説に分かれている。最判昭和34年2月19日判時180号36頁は、裁判時説を採用したと言われているが、その後も裁判例は分かれている(東京三弁護士会編「離婚問題法律相談ガイドブック2006年」157頁(東京弁護士会、第一東京弁護士会、第二東京弁護士会 平成18年)参照)。

この点、大津千明「55 財産分与の対象財産の範囲と判断の基準時」判タ747号132頁においては、扶養的財産分与及び慰謝料的財産分与については、裁判時とされ、清算的財産分与については、「一律に別居時ないし裁判時と固定するのではなく、双方の協力によって得られた財産が対象であることから、協力関係の終了した別居時を一応の時点とし、公平の見地からその後の裁判時までの変動の内容をも考慮して妥当な解決を図るべきであろう」とされている。

また、渡辺雅道「財産分与の対象財産の範囲と判断の基準時」判タ1100号50頁においても、扶養的財産分与及び慰謝料的財産分与については、調停や審判、裁判の時点における当事者双方の経済状態等を考慮して判断するので、裁判時が基準とされるが、清算的財産分与については、公平の見地から、財産分与の対象となる財産の性質や婚姻中及び別居中の夫婦の生活状況を個別具体的に考慮して、基準時を決めるとされている。

Q3-6 分与割合

どのような割合で、分けるのでしょうか。たとえば、私は専業主婦ですが、専業主婦の場合と、共働きの場合とでは、違いがあるのでしょうか。

A3-6

清算の割合は、財産の形成や維持に対する寄与の割

合によって決めますので、夫婦の個別具体的事情を考慮して決められることになります。現在の実務では、専業主婦の場合も共働きの場合も、2分の1とされることが多いようです。

解説

清算割合については、共同財産に対する寄与度が経済的に同じでなくても法的には同じと評価すべきであるとする平等説と、当事者の共同財産の形成した具体的内容を検討し、具体的な寄与度に応じて分配すべきとする寄与度説があるが、裁判例の多くは、寄与度説に従って判断している。

寄与度説に従って清算割合を決める場合には、具体的な財産の形成又は維持についての当事者双方の貢献を個別具体的事情に基づいて検討していくことが必要となる。

実務の傾向として、以前は、共働きの場合は2分の1、専業主婦の場合は2分の1よりも少ない寄与度とされることが多かったが、平成8年2月の民法改正要綱において、「当事者双方がその協力によって財産を取得又は維持するについての各当事者の寄与程度は、その異なることが明らかでないときには相等しいものとする」（いわゆる2分の1ルール）と規定されたことも影響して、最近では、専業主婦の場合でも、2分の1の寄与度を認める裁判例が増加してきている。もっとも、当該夫婦の具体的事情を考慮して、婚姻中に形成された財産は、夫の専門資格（一級海技士）による寄与が大きいとして専業主婦である妻の寄与を3割とする裁判例もある（大阪高裁平成12年3月8日判時1744号91頁）。

4 年金分割

弁護士 増田 朋記

Q4-1 年金分割制度

離婚した場合に、離婚相手の年金を分割してもらえる制度があると聞きました。離婚相手が受け取る年金の一部を私の方に支払ってもらえるということでしょうか。

A4-1

年金分割とは、離婚をした場合において、婚姻期間中に離婚相手が納付した保険料について、分割を受けた人が、分割を受けた分だけ自分が保険料を納付したものであるとして扱われる制度です。これにより算定された年金額を自らの年金として受給していくことができます。離婚相手に支給される年金額そのものを分割して受け取るわけではありません。

解説

平成16年の法改正により、離婚時年金分割制度が導入された¹。離婚時年金分割制度とは、離婚等をした場合において、年金額の算定の基礎となる標準報酬²につき、按分割合を定め、その定めに基づいて、夫婦であった者の一方の請求により、標準報酬の改定又は決定を行う制度である。

このように、年金分割は、あくまで算定の基礎となる標準報酬の改定の制度であり、年金分割を受けた場合であっても、受給するのはその者自身の年金であるから、年金を受給するには、自身が年金受給資格期間（原則として25年以上の納付）を満たし、かつ、支給開始年齢に達する必要がある。

なお、年金分割によって、年金額の算定に際しては、分割対象期間のうち分割を受けた者が本来厚生年金に加入していなかった期間も被保険者として加入していた期間としてみなされるが（法78条の6第3項）、受給資格の有無の判断の際には、そのようなみなし期間は算入されない点に注意を要する。

年金分割には、夫婦であった者の合意又は裁判所の手続により按分割合を定める「合意分割」又は「離婚分割」などと呼ばれるもの（以下、「合意分割」と呼ぶ。）と、夫婦の一方が国民年金法第7条第1項第3号に規定される第3号被保険者（たとえば夫がサラリーマンである専業主婦など）であった場合に按分割合の合意なくして

標準報酬が2分の1の割合で分割される「3号分割」と呼ばれるものが存在する。

合意分割は平成19年4月1日から施行され、同日以降の婚姻期間が対象となるが、3号分割は平成20年4月1日以降に第3号被保険者であった期間が対象となる³。

Q4-2 年金分割の対象

夫は個人事業で八百屋を営んでおり、私も夫も厚生年金に加入したことはありませんでした。離婚して夫の受給する年金を分割してもらうことはできますか。

A4-2

年金分割は厚生年金や共済年金を対象としており、基礎年金部分である国民年金は分割の対象外です。したがって、夫婦ともに厚生年金や共済年金に加入していないような場合には分割を行うことはできません。

解説

年金分割の対象となるのは厚生年金や共済年金の報酬比例部分のみである。したがって、基礎年金部分である国民年金は対象とならない。

また、同様に、報酬比例でない厚生年金の定額部分や厚生年金基金の上乗せ給付部分等についてもやはり分割の対象とならない。

なお、共済年金独自の上乗せ部分である職域部分については年金分割の対象となる。

Q4-3 按分割合の決定

年金を分割してもらうために、離婚相手との間で何か決めなければならないのですか。もし相手と話がつかなかったときはどうしたらいいのですか。

A4-3

合意分割では分割の割合（「按分割合」と言います。）を夫婦の合意で定めるか、合意ができない場合には夫婦の一方が家庭裁判所に申立てをして、裁判所の手続により按分割合を定めることになります。ただし、平成20年4月1日以降に第3号被保険者（たとえば夫がサラリーマンである専業主婦など）であった期間について年金分割の請求をする場合には按分割合を定める必要はありません。

解説

夫婦の合意で按分割合を定めた場合には、請求手続を行うために必要な添付書類として、夫婦それぞれの氏名、生年月日、基礎年金番号、年金分割請求をすることについて合意が成立した旨、合意した按分割合を

記載した書面を公正証書または公証人の認証を受けた私署証書として作成する必要がある（法78条の2第4項）。

合意ができない場合には家庭裁判所の手続により按分割合を定めることとなる（法78条の2第2項）。標準報酬の按分割合に関する処分は乙類審判事項とみなされ、家事審判法及び家事審判規則の規定が適用される（法78条の2第3項）。よって、夫婦の一方が、請求すべき按分割合を定める家事調停（または審判）を家庭裁判所に申し立て、話し合いがまとまらなければ離婚裁判（人事訴訟）を提起した上で附帯処分として按分割合を定める処分を申し立てていく必要がある。裁判所の手続によって按分割合を定めた場合には調停調書や判決等が請求手続の添付書類となる。

按分割合については、定めることの可能な範囲が決められており、上限は50%までであり、下限は、夫婦それぞれの分割前の対象期間の標準報酬総額合計額に対する分割を受ける側の分割前の対象期間の標準報酬総額の割合である（法78条の3第1項）。たとえば、夫の標準報酬総額が8000万円で妻の標準報酬総額が2000万円であれば、按分割合の範囲は「20%を超え、50%以下」となる。

3号分割の場合には、分割改定請求を行えば、按分割合の合意又は裁判なくして、平成20年4月以降に第3号被保険者であった期間について標準報酬総額が2分の1の割合で分割されることとなる（法78条の14）。

Q4-4 年金分割の請求手続

年金分割の請求はどこでどのようにすればいいのですか。

A4-4

合意や裁判手続により按分割合を定めたとしても、当然に年金分割が行われるものではありません。年金分割を行うには、年金事務所（共済年金の場合は共済組合等）に、必要書類を添付して標準報酬の改定請求を行う必要があります。

解説

合意分割の請求は、原則として離婚が成立した時から2年以内に行わなければならない（法78条の2第1項）。改定請求を行うと、請求のあった日の属する月の翌月から年金の額が改定され、将来に向かってのみ効力が生じることとなる（法78条の6）。

3号分割の場合には、按分割合の合意についての書類の添付は不要であるが、やはり年金事務所に改定請

求を行う必要がある。3号分割の場合には合意分割の場合と異なり請求期限はない(法78条の14)。

なお、合意分割の請求があった場合に、3号分割の対象期間が含まれている場合には、同時に3号分割の請求があったものとみて、平成20年4月以降に第3号被保険者であった対象期間について3号分割が先に行われてから、それ以外の期間について合意分割が行われることとなる。

Q4-5 年金分割の情報提供

私は来年、離婚しようと考えているのですが、年金分割を請求する準備のために必要な情報はどのようにすれば手に入りますか。

A4-5

年金事務所(共済年金の場合は共済組合等)にある情報提供請求書に必要事項を記入し、年金手帳、戸籍謄本(抄本)等をあわせて提出すれば、年金分割のための情報通知書や被保険者記録照会回答書等を受け取ることができます。この情報提供請求は、当事者双方又はその一方が、現に離婚しているか否かにかかわらず行うことができます。

解説

年金事務所に情報提供を請求し、年金分割のための情報通知書の記載を見れば、分割の対象となる婚姻期間や、夫婦それぞれの対象期間の標準報酬総額、按分割合の範囲などを知ることができる。

また、50歳以上で老齢厚生年金の受給資格期間を満たしている人や、障害厚生年金の受給権者で希望した人は、年金分割を行った場合の年金見込額についても情報提供を受けることができる(法78条の4、施行規則78条の8)。

なお、情報提供を受けた日から離婚等が成立した日までの間が1年を超えない場合には、情報提供時における按分割合の範囲を分割請求時における按分割合の範囲として扱うことができる。また、情報提供が離婚等より後である場合には、原則として継続的に情報提供時における按分割合の範囲を分割請求時における按分割合の範囲として扱うことができる(法78条の4、施行規則78条の5)。

当事者の一方のみが情報提供請求をした場合、すでに婚姻関係が解消していると認められる場合には他方当事者についても情報提供請求があったものとみなされ通知が行われるが(施行規則78条の6第4項)、いまだ婚姻関係が解消していると認められない場合には、請

求を行った者のみに通知され、他方当事者には通知されない(施行規則78条の6第5項)。

この情報提供請求は、離婚時の年金分割をするために必要な情報の請求であるから、離婚等の翌日から起算して2年を経過した場合や、すでに分割請求が行われた離婚等に係る情報提供の請求である場合などは情報提供の請求を行うことはできない(法78条の4第1項、法78条の2第1項但書、施行規則78条の3)。

- 1 「国民年金法等の一部を改正する法律」(平成16年法律第104号)。なお、同法が成立した第159回国会においては、「国家公民共済組合法等の一部を改正する法律」、「私立学校教職員共済法等の一部を改正する法律」、「地方公務員等共済組合法等の一部を改正する法律」が成立しているが、離婚時年金分割制度についての基本的な考え方はいずれの法律も同一であり、本稿においては主として厚生年金保険法における離婚時年金分割制度について記述することとし、条文の引用については、厚生年金保険法を「法」、厚生年金保険法施行規則を「施行規則」と略称する。
- 2 標準報酬月額と標準賞与額のことを指す。標準報酬月額は被保険者の報酬月額に基づき、所定の等級区分により定められたものであり(法20条)、標準賞与額は被保険者が賞与を受けた月において、その月に当該被保険者が受けた賞与額に基づき、千円未満の端数を切り捨てて定められたものである(法24条の3)。
- 3 年金分割についてまとめたものとしては、年金分割問題研究会編『年金分割の考え方と実務』(民事法研究会、2007年)、山下正通ほか『国民年金法等の一部を改正する法律における厚生年金保険の標準報酬の改定の特例(離婚時年金分割制度)の創設及びこれに伴う人事訴訟法の一部改正の概要』家庭裁判月報57巻3号45頁(2005年)があり、本稿においても参考文献としている。
また、日本年金機構のホームページ(<http://www.nenkin.go.jp/question/1600/1601/list.html> <http://www.nenkin.go.jp/question/1700/1701/list.html>)においても、年金分割についての詳細な解説がされているので参照されたい。

5 養育費・婚姻費用

弁護士 茶木 真理子

Q5-1 養育費・婚姻費用の支払根拠

離婚となった場合に、子供の養育費を支払わなければならない根拠を教えてください。また、婚姻費用とはどのような場合に支払うものなのでしょうか。

A5-1

親は子を扶養する義務を負っており、親権の有無にかかわらず、離婚後も子の養育に要する費用を負担する必要があります。また、夫婦が別居した場合でも、夫婦は互いに扶養義務を負っていますので、夫婦が離婚するまでの間は、お互いの生活費(婚姻費用)を負担しなければなりません。

解説

- 1 養育費とは、民法766条1項の「子の監護に必要な事項」として、非監護親から監護親に支払われる未成年の子の養育に要する費用をいう。また、婚姻費用とは、婚姻家庭が、その資産・収入・社会的地位等に応じた通常の社会生活を維持するために必要な費用であり、民法760条により夫婦が互いに分担するものとされている。この養育費や婚姻費用の支払については、生活扶助義務(自己の生活を犠牲にしない限度で、被扶養者の生活扶助を行う義務)ではなく、生活保持義務(自分の生活を保持するのと同程度の生活を被扶養者にも保持させる義務)と考えられている。
- 2 婚姻費用は、民法752条が定める夫婦の扶助義務に基づくものであるため、離婚が成立した以降は負担する必要はない。他方、養育費の支払の終期については、子が20歳になるまでとする場合が多く、①離婚時に子が既に大学に進学している場合や、②高学歴の夫婦で子にも相応の教育を受けさせることが相当であり、義務者が安定的に高収入を得ているといった場合では、大学卒業時までとする例もある。
- 3 当事者間で養育費や婚姻費用の具体的な額が決まらない場合は、調停の申立をすることができる。調停が不成立となった場合は、自動的に審判手続が開始される。

Q5-2 養育費・婚姻費用の算定基準

養育費や婚姻費用の算定にあたっては、裁判所には算定基準があると聞いたことがあります。その内容について詳しく教えてください。

A5-2

簡易迅速な算定をするために、家庭裁判所では算定基準(算定表)を広く活用しています。この算定基準(算定表)は東京家庭裁判所HP (<http://www.courts.go.jp/tokyo-f/>) 等で見るができます。

解説

Q5-1でも述べたとおり、養育費や婚姻費用の支払義務は生活保持義務と考えられているため、養育費等の算定もこの点を前提に行うことになる。

実際の養育費等の算定にあたっては、東京・大阪養育費等研究会「簡易迅速な養育費等の算定を目指してー養育費・婚姻費用の算定方式と算定表の提案ー」(判タ1111号285頁以下)に掲載された算定基準(算定表)が簡易迅速な算定方法として、全国の家庭裁判所において広く活用され、実務に定着している。

この算定基準は、実際の算定表を見れば明らかとなり、権利者と義務者の総収入を基礎に養育費等を算定するものである。例えば、権利者の総収入が100万円、義務者の総収入が600万円で、14歳以下の子が2人いるという場合の養育費の額は、算定表によると2人分で8～10万円となる。

給与所得者の場合には、源泉徴収票にある「支払金額」が総収入の額となる。問題となるのは、自営業者の場合である。実務上は、確定申告書にある「課税される所得金額」を総収入の額にするとされてはいるものの、税法上控除されたもののうち、実際に支出されていない費用などは加算して、総収入を認定する必要がある。具体的には、「社会保険料控除」以外の各控除項目と「青色申告特別控除」および現実に支出がされていない「専従者給与額の合計額」を加算することになると考えられる¹。また、必要経費(特に減価償却費)についても、控除の妥当性について検討すべき場合がある¹。

算定基準(算定表)は、当事者が自分なりの養育費等の額を予測するには非常に有用なものである。ただし、この算定基準(算定表)によることが著しく不公平となるような特別な事情がある場合には、その事情も考慮して最終的な金額が決まることになる^{2,3}。

Q5-3 当事者が無職や収入不明な場合の算定方法

義務者が稼働できるのに稼働していない場合や、義務者の収入が不明な場合は、どうやって算定するのですか。

A5-3

義務者が稼働できるのに稼働していない場合や義務者の収入が不明な場合は、義務者の収入を「0」とするのではなく、推計した収入から養育費を算定します。

解説

Qにあげたような場合でも、義務者に稼働能力程度の収入はあると推認し、賃金センサスを利用して義務者の収入を推計して、その収入をもとに養育費を算定することになる。このような方法によった裁判例として、宇都宮家審平8.9.30(家月49巻3号87頁)、大阪高決平16.5.19(家月57巻8号86頁)等がある。

なお、権利者も、稼働できる状態であるのに稼働していないという場合には、義務者と同様、推計された収入が認定される場合がある。この点、大阪高決平20.10.8(家月61巻4号98頁)は、権利者が4歳と3歳の幼児を養育している事案で、義務者が権利者の潜在的稼働能力を考慮すべきと主張したが、子の年齢が幼いこと等を理由に稼働能力が存在するとはいえないとした例である。

Q5-4 子供が私立学校に通う場合の算定方法

子供が私立学校に通う場合、その学費は養育費の算定にあたって考慮されますか。

A5-4

義務者が私立学校への進学を承諾している場合や、その収入および資産の状況等からみて義務者にこれを負担させることが相当と認められる場合には、考慮されと考えられます。

解説

裁判所の算定基準では、子の生活指数を定めるにあたって、公立学校の学校教育費を考慮しているのみで、私立学校の学費その他の教育費までは考慮していない。

ただし、Aにあげたような場合には、義務者にも私立学校の学費を負担させることになると思われる⁴。婚姻費用の事例ではあるが、神戸家審平1.11.14(家月42巻3号94頁)は、義務者が公立高校に入学させる意向を有していたにもかかわらず、同人に無断で私立高校に入学させたという事案で、私立学校の学費は考慮さ

れなかった。

私立学校の学費を考慮するとして、その具体的な算定方法が問題となる。この点については、私立学校の学費等から、算定基準において考慮されている学校教育費(公立中学校は年額13万4217円、公立高等学校は年額33万3844円)を差し引き、不足分を義務者と権利者との基礎収入に応じて按分するなどして、算定基準で得られた金額に加算する方法が考えられる。

Q5-5 子ども手当や児童扶養手当等の取扱い

権利者が子ども手当や児童扶養手当を受け取っている場合、これらの公的給付を差し引いた額を支払えばよいのですか。

A5-5

公的給付を差し引くことはできません。

解説

子ども手当や児童扶養手当といった公的給付は、子どもの健やかな成長を支援するものであり、養育費等から差し引くことは許されないと解される。養育費等に加えてこれらの公的給付が支払われることこそがその趣旨に合致するからである。

この点について争われた裁判例としては、広島高判平22.6.24(裁判所ウェブサイトに掲載)、福岡高那覇支決平22.9.29(家月63巻7号106頁)がある。いずれも子ども手当について問題になったが、裁判所は、子ども手当が次代を担う子どもの育ちを社会全体で応援するとの観点から支給されるものであること等を理由に、養育費等の額には影響を与えない旨判断している。

Q5-6 養育費の増減額が認められる場合

養育費の増額や減額が認められるのは、どのような場合ですか。

A5-6

養育費を決めた後に、当時は予測し得なかった事情の変更があったことが必要です。事情の変更にあたる場合としては、①子が進学した場合、②権利者または義務者の収入が増えた、あるいは減った場合、③義務者が再婚をした場合、④子が第三者と養子縁組をした場合等があげられます。

解説

養育費が決められた後に事情の変更があった場合には、養育費の額の変更を求める調停を申し立てることができる。具体的に事情の変更があると認められる場

合としては、Aであげたような各場合があげられる。

特に問題となるのが、権利者または義務者が再婚をした場合である。権利者が再婚した場合には、その再婚相手と子が養子縁組すれば、再婚相手(養親)が第一扶養義務者となるので、義務者(実親)が支払う養育費の減免が認められる可能性が高い。他方、義務者が再婚した場合は、義務者は再婚相手やその間に生まれた子に対しても扶養義務を負うことになるため、その分養育費は減額されることになる。ただし、再婚相手に相当程度の収入がある場合には、再婚相手自身の生活費はそれでまかなうとして、再婚相手の存在を考慮する必要がない場合も考えられる⁵。

Q5-7 養育費が支払われない場合の取立方法

養育費が支払われない場合、どうすればいいでしょうか。

A5-7

養育費の取り決めが公正証書や調停調書になっている場合には、相手方の財産を差し押さえることが可能です。

解説

当事者間で取り決めた養育費が支払われない場合、相手方の財産(不動産、給料等)に対する差押えを検討することになる。あらかじめ公正証書や調停調書が作成されている場合には、直ちに相手方の財産を差し押さえることが可能である。よって、裁判手続によらずに養育費の取り決めを行う際には、不履行があった場合に備えて公正証書を作成し、「支払を怠った場合には、直ちに強制執行を受けても異議はない」との執行受諾文言を盛り込んだ内容にすることが望ましい。

相手方にめぼしい財産がない場合には、家庭裁判所に対し履行勧告の申し立てを行い、裁判所から相手方に対し支払を促してもらうといった方法もある。

- 1 岡健太郎「養育費・婚姻費用算定表の運用上の諸問題」判タ1209号5頁
- 2 田中由子「子をめぐる家事事件の審理と運営について - 初めて家事事件を担当する裁判官のために -」家月62巻4号41頁でも、最終的には、養育費の額は個別的要素に左右され、個別事案によっては、算定表をそのまま適用することが相当でないものもあることに留意すべきとされている。
- 3 算定表の利用にあたっての実務上の留意点については、1のほか、濱谷由紀・中村昭子「養育費・婚姻費用算定の実務 - 大阪家庭裁判所における実情」判タ1179号35頁、婚姻費用に限ったものではあるが、菱山泰男・太田寅彦「婚姻費用の算定を巡る実務上の諸問題」判タ1208号24頁が参考になる。
- 4 1の10頁
- 5 1の7頁

6 離婚慰謝料

弁護士 草地 邦晴

Q6-1 離婚慰謝料

離婚慰謝料は、どのような場合に請求できますか？

A6-1

相手方の有責行為によって、やむを得ず離婚に至った場合、これによって被る精神的苦痛について慰謝料請求が認められます。相手方に有責行為がない場合には慰謝料請求権は認められませんが、双方の合意により離婚に伴う慰謝料の支払を定めることはできます。

解説

離婚慰謝料は、不法行為に基づく損害賠償(民法709条、710条)を根拠として請求が認められる。従って、離婚が成立する場合に当然に慰謝料請求権が認められるわけではなく、離婚の原因となった不貞、暴力等の相手方の行為に違法性が認められ、その結果離婚に至った場合に請求できる。

この離婚慰謝料は、①離婚原因となった行為そのものから生じる精神的苦痛に対するものと、②離婚それ自体による精神的苦痛に対するものに理論上分類することができる¹が、一般的にはこれらを区別することなく、総合的に考慮して慰謝料を定めている²。また、判例は財産分与の中で慰謝料を考慮することを認めているが、この財産分与と慰謝料の関係については、A3-1を参照されたい。

他方、協議離婚、調停離婚など話し合いによる離婚の場合には、一方に経済的な困窮が生じることを避けるため、あるいは離婚を積極的に希望していない者との協議を成立させる等の目的で、慰謝料の支払を合意することは少なくない。

Q6-2 慰謝料の算定基準

慰謝料の金額はどのようにして算定するのですか？

A6-2

婚姻生活の実情、婚姻破綻の実情、離婚に伴う諸事情、請求者側の要因、被請求者側の要因等を総合的に考慮して算定されます。一般的には、破綻の原因となった相手方行為の有責性の程度、婚姻期間の長さ、相手方の資力等が、特に重要な要素とされています。

解説

考慮すべき要素は、具体的には次のようなものが考えられる。

婚姻生活の実情→婚姻に至る経緯、同居期間、生活の状況、子の有無・数・年齢等

婚姻破綻の実情→別居期間、離婚原因、有責行為の内容・態様・経緯等

離婚に伴う事情→財産分与等の離婚給付の内容、親権・監護権の帰属等

当事者の要因→年齢、職業、社会的地位、資産、負債、収入、初婚・再婚の別、有責行為の結果等

大まかな傾向として、①有責性が高いほど高い、②精神的苦痛や肉体的苦痛が激しいほど高い、③婚姻期間が長く年齢が高いほど高い、④未成年子がいる方が高い、⑤有責配偶者に資力があり社会的地位が高いほど高い、⑥無責配偶者の資力がないほど高い、⑦財産分与による経済的充足がある場合に低い、という傾向があるとされる³。

裁判による場合には、当然類似事案の判決例を参考にしていると考えられるが、考慮要素は多岐にわたり、当事者の属性も考慮されるため、事案ごとに重視される要素も異なり、その算定の基準を類型化・明確化することはかなり困難である。裁判により慰謝料額を定める場合には、その性質から離婚の原因となった有責行為の違法性の程度が比較的重視される傾向にあり、調停による場合、調停委員は離婚そのものによる打撃や不利益自体を重視する傾向が見られるとの指摘がある⁴が、実務的な感覚であろう。協議離婚の場合には、離婚自体に対する当事者の認識や心情(離婚原因の明白性、離婚の強い希望、あるいは強い拒絶)自体も、少なからず影響していると考えられる。

Q6-3 慰謝料の相場

離婚慰謝料の金額の相場を教えてください

A6-3

事案によりケースバイケースですが、裁判例上は100万円～300万円のことが多く、500万円を超えるケースは稀です。協議による離婚の場合は信頼できる統計もなく、著しく低額、あるいは著しく高額なものもあると考えられますが、実態ははっきりしません。

解説

A6-2に示したとおり、離婚慰謝料の考慮要素は多岐にわたることから、明快な相場を示すことは困難である。そのため、過去の裁判例を横並びに比較したり、

給付額の平均値を算出することには、統計分析として余り意味がないとの指摘もあり、また、事案をいくつか仮定して行った裁判官へのアンケート調査においても、事案や裁判官による金額の感覚のブレは大きく⁴、注意が必要である。

ただ、裁判例についての統計的な資料はいくつか公表されていることから、その中から一定の傾向を見ることが可能である。(以下200万円以下と表示したときは、100万円を越え200万円以下を意味する。その他も100万円刻みで同様とする。)

最近のものでは、平成19年度の東京家庭裁判所人事訴訟における損害賠償(離婚に伴う慰謝料がほとんど)の統計⁵が明らかにされており、おそらく最も統計的には信頼ができよう。これによると、総数320件のうち、100万円以下が86件(26.9%)、200万円以下が81件(25.3%)、300万円以下が79件(24.7%)とほぼ同数程度となっており、400万円以下が30件(9.4%)、500万円以下が26件(8.1%)となっている。500万円を越えるものも若干数はあるものの、1000万円を越えた10件は慰謝料以外の損害賠償によるとされていることから、8割近くが300万円以下であり、500万円を越えることは稀なケースと言える。

別の算定事例集⁶に掲載された平成元年～19年のインデックスされた判決のうち、慰謝料請求が認容された事案(棄却されたものは除く34件)の平均金額は約344万円であったが、かなりの高額事例が含まれたものであったため、平均値としては高めとなっている。件数としては200万円以下が一番多く、次が300万円以下で、その両方で3分の2を占めている。

不貞行為を原因とする離婚についての統計であるが、岡山地方裁判所管内の平成14年7月から平成20年3月までに言い渡された判決の統計⁷では、慰謝料が認容された事案(棄却された5件除く)28件の平均値は、約215万円である。件数としてはやはり200万円以下が一番多く、次が300万円以下で、その両方で25件とほとんどを占めている。

少し古い統計になるが、昭和55年から平成元年までの東京地方裁判所の対席判決の慰謝料の平均額は約190万円、財産分与が認められていない事案についての平均額は約270万円で、最も件数が多かったのは300万円以下であったという⁸。

以上からすると、限定された統計ではあるが、概ね200万円以下、300万円以下が件数的には最も多く、全体の半数以上はこの範囲にあると思われる。次いで100万円以下、400万円以下、500万円以下があり、500

万円を越えるケースは、特別な事情があるケースに限定されている。

Q6-4 不貞行為の相手方への慰謝料請求

夫が浮気をして離婚することになりました。相手の女性にも慰謝料を請求できますか？

A6-4

相手の女性に、故意又は過失が認められる場合には、慰謝料を請求することができます。但し、夫から不貞行為に対する慰謝料が支払われた場合には、その範囲で相手の女性に対する慰謝料請求権も消滅します。またその浮気の当時、婚姻関係が既に破綻していたときは請求できません。

解説

最高裁は、「夫婦の一方の配偶者と肉体関係を持った第三者は、故意又は過失がある限り、右配偶者を誘惑するなどして肉体関係を持つに至らせたかどうか、両者の関係が自然の愛情によって生じたかどうかにかかわらず、他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び、右他方の配偶者の被った精神上的苦痛を慰謝すべき義務があるべきである」としている⁹。

賠償義務は不法行為によるものであり、貞操義務に違反した配偶者と肉体関係を持った第三者による共同不法行為(民法719条)となるから、その賠償義務は両者の不真正連帯債務になると解されている。従って、その一方から支払を受けたときは、その範囲で他方への請求権も消滅する。もっとも、両者に対して請求しなければならない理由はなく、一方のみに請求することも可能であり、一方に対する免除が他方に対する絶対効を生じるものでもない。

他方で最高裁は、婚姻関係がその当時既に破綻していたときは、特段の事情が無い限り、不貞行為に対する不法行為責任を負わないものとしている¹⁰。判決は、婚姻関係が既に破綻しているときには、婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益がすでに失われているからと述べているが、既に「破綻」しているという状態が如何なる状態を指すのかは必ずしも明確ではない。

学説上は、貞操義務を負う配偶者に対する慰謝料請求を徹底するべきで、そもそもその相手方に対する慰謝料請求は認めるべきではないとする立場も根強い¹¹。

- 1 離婚それ自体の慰謝料については否定的な見解も有力である。例えば、乾昭三ほか『新民法講義5 家族法』65頁（有斐閣、1993年）。3の162頁など。
- 2 この分類の法的性質を突き詰めると、消滅時効の起算点や遅延損害金の発生も別異に解されるべきは必ずであるが、判例の態度は明確ではない。長期間の継続的不貞行為の相手方に対する慰謝料請求の消滅時効に関し、最判平成6年1月20日（判例時報1530号75頁）は、訴え提起日の3年以前に知っていた不貞行為については時効により消滅すると判示したが、その後の東高判平成10年12月21日（判例タイムズ1023号242頁）は、離婚が成立したときに初めて不法行為を知り損害の発生を確実に知ったこととなるとして、離婚判決確定時を消滅時効の起算点としている。
- 3 二宮周平ほか『離婚判例ガイド』155頁（有斐閣、第2版、2005年）
- 4 小田八重子『離婚給付額の裁判基準－裁判官に対するアンケート調査の結果報告－』判例タイムズ1029号31頁（2000年）
- 5 東京家庭裁判所家事第6部『東京家庭裁判所における人事訴訟の審理の実情』107頁（判例タイムズ社、改訂版、2008年）
- 6 宇田川濱江ほか『離婚給付算定事例集－養育費・財産分与・慰謝料－』（新日本法規出版株式会社、2010年）
- 7 安西二郎『不貞慰謝料請求事件に関する実務上の諸問題』判例タイムズ1278号45頁（2008年）
- 8 鈴木真次『東京地裁離婚判決（昭和55年から平成元年まで）にみる離婚給付の額・方法と決定基準』判例タイムズ788号6頁（1992年）
- 9 最判昭和54年3月30日家裁月報31巻8号35頁
- 10 最判平成8年3月26日家裁月報48巻9号34頁
- 11 3の173頁など

適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為の成否

一最高裁判所平成23年2月25日判決の検討

弁護士 長谷川 彰

1 はじめに

医療事故においては、死亡や重い後遺障害の発生という事態に至る場合が多い。医療水準を下回る医療行為しか実施されていないとして過失が認定される場合に、死亡や後遺障害の発生という結果との因果関係の立証が困難なために一切の救済がなされないというのでは公平性に欠けるのではないかという問題意識から、一定の救済をはかるための判例が出されるようになった。

2 因果関係が認められる場合

訴訟上の因果関係の証明について、最高裁判所昭和50年10月24日判決(民集29巻9号1417頁)は「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」とした(ルンバル事件)。

また、医師が医療水準にかなった医療行為を行わなかった不作為の場合において、最高裁判所第1小法廷平成11年2月25日判決(判時1668号60頁)は「医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定される」とした。加藤新太郎判事は、この判決の意義は、医師の不作為による死亡事故における損害を単に「死亡」ではなく、「当該時点における死亡」ととらえて、医師の不作為と患者の死亡との間の因果関係の判断の構造を明らかにしたもので、その特色は、不法行為の結果である死亡について「時的因子」を織り込んで理解するところにあるとされる(加藤「医師の不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断と患者の生存可能期間の認定」NBL688号64頁)。すなわち、医療水準にかなった適切な医療が行われていた場合の患者の生存可能期間を認定できなくても因果関係は肯定できるとし、生存可能期間は逸失利益などの損害額の算定にあたって考慮されるべき事柄であるとしたもので、患者側の立証負担を軽減したものであることができる。

3 当該時点で生存していた「相当程度の可能性」

「高度の蓋然性」が証明できず、因果関係が認められないときはどうなるか。最高裁判所第2小法廷平成12年9月22日判決(判時1728号31頁)は「医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されなくても、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点において生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負う」とした。この判決は死亡事件であり、上記判

示に続いて「けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえることができる」と判示している。

その後、最高裁は、重い後遺障害の残った事件で、次のように判示した。「患者の診療にあたった医師が、過失により患者を適時に適切な医療機関へ転送すべき義務を怠った場合において、その転送義務に違反した行為と患者の上記重大な後遺症の残存との間の因果関係の存在は証明されなくとも、適時に適切な医療機関への転送が行われ、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受けていたならば、患者に上記重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負う」(最高裁判所第3小法廷平成15年11月11日判決 判時1845号63頁)。

4 相当程度の可能性の侵害も認められない場合

- (1) 標題の判例は、後遺症を残さない相当程度の可能性の侵害も認められない事案において、なお、医師の過失により、適切な医療行為を受けられなかったことによる精神的苦痛を受けたとの損害賠償請求が認められるかが問題となった事案である。

【事案の概要】

昭和63年10月、左脛骨高原骨折の傷害を負ったXが、Y病院整形外科にて骨接合術および骨移植術を受け、その後リハビリを行い退院した。しかし、その後も左足の腫れが続いていたため、平成9年に、Xは、Y病院整形外科医師(以下A医師という)にその旨訴え、A医師は、レントゲン検査を行ったほか、左右の足の周径を計測するなどの診察を行ったが、左足の周径が右足のそれより3cmほど大きかったものの、左膝の可動域が0度から140度まであり、整形外科的治療として満足できるものであったこと、圧痛もなくそれまで通りの仕事を続けることもできていたことなどから問題はないと判断し、格別の措置を講じなかった。ところが、平成13年4月になって、他の病院で左下肢深部静脈血栓症で回復不能との診断を受けた。

(2) 広島高裁の判断

原審である広島高裁は、「平成9年時点で、Xの左右の下肢の周径の差から左下肢にうっ血が生じていることは判断でき、そのうっ血の原因はわからなかったというのであるから、必要な検査をするなり、専門医への紹介等の措置を講ずべき義務があった」としてA医師の過失を認めたが、同時点では、もはや適切な治療法はなく、治療を施しても効果は期待できなかったとして、左下肢静脈血栓後遺症との因果関係及び静脈血栓後遺症を残さない相当程度の可能性の侵害をいずれも否定した。その上で、同高裁は「A医師がXをこの時点で専門医に紹介するなどしていれば、その時点ではもはや適切な治療法はなく、治療を施しても効果は期待できなかったものの、Xとしては、早期に自らの症状の原因を知ることができ、かつ、少なくとも症状を悪化させないための治療や指導を受けることができた。そうであるとすると、A医師の上記過失によって、Xは、平成13年1月までの約3年間、その症状の原因がわからないまま、その時点においてなし得る治療や指導を受けられない状況に置かれたのもであり、そのために、精神的苦痛を受けたといえる」として、慰謝料300万円の賠償を命じた(広島高等裁判所平成20年10月10日判決 医療判例解説2011年6月号8頁)。

(3) 最高裁の判断

最高裁判所第2小法廷平成23年2月25日判決(判時2108号45頁)は、次のように判示して、上記控訴審判決を破棄した。「患者が適切な医療行為を受けることができなかった場合に、医師が、患者に対して、適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為責任を負うことがあるか否かは、当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討し得るにとどまるべきである」「Xは、本件手術後の入院時及び同手術時に装着されたボルトの抜釘のための再入院までの間の通院時に、A医師に左足の腫れを訴えることがあったとはいうものの、上記ボルト抜釘後は、本件手術後約9年を経過した平成9年10月22日にY病院に赴き、A医師の診察を受けるまで、左足の腫れを訴えることなく、その後も、平成12年2月以後及び平成13年1月4日にY病院で診察を受けた際、A医師に、左足の腫れや皮膚のあざ様の変色を訴えたにとどまっている。これに対し、A医師は、上記の各診察時において、レントゲン検査

等を行い、皮膚科での受診を勧めているなどしており、上記各診察の当時、下肢の手術に伴う深部静脈血栓症の発症の頻度が高いことがわが国の整形外科医において一般に認識されていたわけでもない。そうすると、A医師が、Xの左足の腫れ等の原因が深部静脈血栓症にあることを疑うには至らず、専門医に紹介するなどしなかったとしても、A医師の上記医療行為が著しく不適切なものであったということはできないことは明らかである」

5 検討

(1) 因果関係は、一般に「あれ(原因)がなければ、これ(結果)がない」と判断できれば肯定される。しかしながら、医学においては、人体に起こるあらゆる事象が明らかにされているわけではなく、「あれがあればこれが起こる」という機序又は法則性が必ずしも判明していない場合がある。医療事件で因果関係の立証が困難とされる理由の一つがここにある。このほかにも、死因の特定に必要な解剖が行われていない、行われていなければならない診察や検査が実施されず、資料が不足している、患者の体質の個人差など、因果関係立証を困難にする要素は多い。

さらに、本稿で問題となっている「医療水準にかなった医療行為を行わなかった不作为の場合」においては、実施すべき医療行為が実施されていれば、病的リスクの発現を回避できたのかという仮定的な因果関係を判断するという困難性がある。

(2) 本稿で紹介した平成11年判決や平成12年判決は、こうした医療事件における因果関係立証の困難性に対する救済を試みたものと評価できる。

平成12年判決は、「医療水準にかなった医療行為が行われていたならば、患者がその死亡時点においてなお生存していた相当程度の可能性」を保護法益とし、これを侵害した場合に医療機関の不法行為責任を認めたが、「相当程度の可能性」もない場合に、期待権侵害や治療機会の喪失のみを損害として賠償請求ができるかという問題については、言及していなかった。

平成23年判決は、この期待権侵害のみを理由とする損害賠償請求について「患者が適切な医療行為を受けることができなかった場合に、医師が、患者に対して、適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする不法行為責任を負うことが

あるか否かは、当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討し得るにとどまるべきである」と判示したのである。

ここで「医療行為が著しく不適切である事案」といわれるものは、最高裁判所第1小法廷平成17年12月8日判決(判時1923号26頁)の島田裁判官の補足意見で「医師、医療機関といえどもすべてが万全のものではなく、多種多様な現実的な制約から適切十分な医療の恩恵に浴することが難しいことも事実として認めざるを得ない。ある程度の不適切不十分は、社会生活上許容の範囲内として認めるべきであろう。したがって、結果発生との因果関係が証明された場合はともかく、その証明がなく、相当程度の可能性の存在すら証明されない場合に、なお医師に過失責任を負わせるのは、著しく不適切不十分な場合に限るべきであろう」とされ、才口裁判官の補足意見で「医師の検査、治療等が医療行為の名に値しないような例外的な場合には、『適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害されたこと』を理由として損害賠償責任を認める余地がないとはいえない」とされるのと、相通じるものである。

医療行為が著しく不適切・不十分な場合には、結果との因果関係が立証できず、結果回避の相当程度の可能性の存在すら証明できなくても、損害賠償責任が認められることが確認されたものと考えられ、今後、具体的な事案を通して、医療行為が著しく不適切・不十分な場合に当たるか否かが司法判断の対象となることが明確となったといえる。

以 上

米国・インディアナ州における養育費の算定方法

弁護士 小原 路絵

1 はじめに

日本における養育費の算定方法については、本誌特集5の「養育費・婚姻費用」(茶木真理子)を参考にされたい。日本の家庭裁判所においては、いわゆる「養育費算定表」を参考に養育費が算定されることが多い。この算定表は、主に、夫婦の年収と、子の数及び子の年齢によって、養育費を算定している¹。

他方、米国は、連邦と州という二重の司法構造を取っており、養育費の分野でも、連邦法により、各州において養育費算定のガイドラインを制定することが定められており、その基準は州によって区々である。日本の「養育費算定表」は平成15年4月から実務で活用されているが、今後の養育費算定実務の参考になればと思い、インディアナ州におけるガイドライン(以下「当該ガイドライン」という。)の中身を紹介したい。

なお、今回、インディアナ州のガイドラインを中心に紹介するが、これが各州のガイドラインの標準的なものというわけではないので、この点ご留意されたい。

2 インディアナ州における養育費のガイドライン

インディアナ州のガイドライン(Child Support Rules and Guidelines)は、インディアナ州裁判官会議の司法行政委員会(Judicial Administration Committee of the Judicial Conference of Indiana)によって策定され、州最高裁(Indiana Supreme Court)が採用したものである(1989年10月1日より施行されており、直近の改正は2010年1月1日である。)。そして、当該ガイドライン5項において、これが連邦法に合致するものであることが述べられている。

州法でも、同ガイドラインを参照することが定められているが(Indiana Code31-9-2-18)、このガイドラインは反証可能な推定(rebuttable presumption)とされている。

また、同ガイドラインは、ホームページ上で公開されており²、26ページにわたる詳細なものであるが、同ホームページ上で、必要な事項を入力するだ

けで、オンライン上で簡単に養育費の算定をすることができる。結果は一枚の表(ワークシート)で表示され、それを印刷してそのまま裁判資料として提出できるようになっている(このワークシートの雛形も、上記ホームページからダウンロードできるガイドラインの最終ページからダウンロードできる。)

なお、当該ガイドラインでは、一週間ごとの養育費の額を計算することとなっている(日本の「養育費算定表」は月額)。

また、養育費の支払義務は、子どもが成人に達するまでとされており、インディアナ州の成人の年齢は21歳である。

3 必要項目

- (1) 上記ワークシートには、下記項目を入力する。
 - ①子どもの人数とその生年月日
 - ②両親の一週間の総収入額(Weekly Gross Income)
 - ③子どもの監護にかかる費用(Weekly Work-Related Child Care Expense)
 - ④健康保険の金額
 - ⑤非監護者が子どもと過ごす時間(Parenting Time)
- (2) 上記項目について詳述すると、まず、②両親の一週間の総収入額とは、実際の一週間の総収入で、失業中の者の潜在的収入額(potential income)や、現物給付に基づく帰属収入をいうと定義されている。また自営業者においては、実際の経費を控除できるとされている。収入には、給料のほか、手数料、ボーナス、残業代、役員報酬、退職金、年金、信託受益、失業保険、障害保険、贈与、相続、賞金、他の婚姻に起因する扶養料などが含まれるとされている。含まれないものとしては、フードスタンプ(所得の低い者に支給される食品の引換券)等がある。潜在的収入が認定されるのは、親が、収入を得ることが可能であるにもかかわらず、自発的に無職の状態にある場合であって、その場合、その者の職歴・資格の有無・地域の賃金レベル等に照らし、潜在的収入が認定される。帰属収入とは、家族やルームメイト等から、継続的に家賃や水道光熱費の援助を受けている場合は、それらが総収入に算入されることがある場合をいう。

そして、②の総収入額から、両親がそれぞれ前婚等により負担している養育費や扶養料があれば、それを控除する。これらを控除後の両親双方の収入の合計額によって、子どもに必要な養育

費の基本額(A)が算定される(オンラインで①②の項目を入力していくと、自動的に計算される。)

次に、労働に出ている時間に必要となるシッターやデイケアなど、子どもにかかる費用(③)は夫婦双方で負担すべきとして、それぞれが負担する費用を基本額(A)に加算する。また、子どもの健康保険にかかる費用(④)も基本額(A)に加算する。

両親双方の収入の合計額に対するそれぞれの収入額の割合で、この加算後の基本額(A)に対するそれぞれの負担額(B)が決定される。換言すれば、基本額(A)を、それぞれの収入割合で乗じて、負担額(B)を算出する。

さらに、この負担額(B)から、非監護親が子どもと過ごす日数(⑤)によって、非監護親の負担する養育費の割合が減額され、最終的な負担額(C)が決定される。

4 修正

一度決定された養育費の支払命令を修正するには、当事者は、実質的で継続的な不合理な事情の変化を示さなければならないとされており、その基準として、現在の状況をあてはめた場合に算出される養育費の額と実際の支払命令の額との間に20%以上の差が生じ、その状況が修正の申立前から少なくとも12ヶ月間継続していなければならないとされている(ガイドライン4項、Indiana Code31-16-8-1)。

5 履行の強制

連邦法は、各州に養育費に関するサービスを提供する機関の設立を義務付け、特に公的扶助受給者に対しては無料でサービスを提供している³。

また、ミシガン州における養育費の強制履行手段としては、消費者情報機関への報告、所得税還付金からの徴収、パスポートの発行拒否、各種免許の停止、先取特権・債権差押、将来の養育費のための保証金、職業プログラム、詐欺譲渡の取消・刑事制裁がある³。

6 その他の州

ネブラスカ州においては、当事者の収入によって子の生活費を按分する方法が取られ、監護態様や親子の接触時間が金額に反映されるようになっている(インディアナ州における算定方法と同じと思われる。)。しかし、これに関しては、養育費の利害得失が、監護権の主張に絡みやすくなるとの問題点が指摘されている⁴。米国では、日本の単独親権と異なって、共同親権(Joint Custody)を採用している州が多く

(インディアナ州も採用している。Indiana Code31-17-2-13)、共同親権となったケースでは、常は子どもを監護していない親(非監護親)でも、一年を通してかなりの日数を子どもと過ごしていれば、当然その中で負担する費用も発生するのであり、実際の養育費額を減額されるというのは合理的である。しかし、監護親が養育費の減額を嫌がり、子どもを非監護親に会わず日数を減らすよう主張してくる可能性があるとするれば、本末転倒である。

7 日本との比較

試しに、ほぼ同条件(子二人がともに14歳以下、父の給与所得が年923万円、母の給与所得が383万円)で、日本の算定表とインディアナ州のガイドラインの養育費額とを比較してみた。日本の場合、月額8～10万円となった。インディアナ州の場合、月額1036ドル(父の子どもとの接触日数を71～75日にした。)となり、双方あまり差が出なかった。

インディアナ州のガイドラインと日本のガイドラインが異なる大きな点は、後者が子どもとの接触時間を、最初から算定の必須条件としている点である。上記条件で、父の子どもとの接触日数を166～170日に増やすと、月額が640ドルに減った。

日本の養育費算定表は、通常の範囲のものは表の中に折込み済みで、この幅を超える金額の算定は特別な事情がある場合のみとされている⁵。これに比べ、インディアナ州のガイドラインは、対象とされる収入の範囲の広さを始め、項目を入力するまでの考慮対象要素が多いともいえる。当該ガイドラインの中身は、日本の実務と非常に似通っている部分もあれば、もちろんそうでない部分もある(日本の算定表も、双方の親の収入を基礎にしており、子どもの養育費をそれぞれの収入により按分していると考えられ、この点は共通している。)。どちらが優れているとは簡単に言えないが、日本の「養育費算定表」が実際のケースに妥当しない場合などに、別の基準を検討する際に、当該ガイドラインの運用が参考になるのではないと思われる。

なお、最後に、棚村政行「アメリカにおける家族法の最新動向」を紹介したい。同論文は、家族法における幅広い分野を取り上げていて興味深い⁶。

以 上

- 3 近道暁郎「ミシガン州における養育費支払債務の強制履行手続について」判例タイムズ1104号39頁(2002)
- 4 渡部信吾「米国ネブラスカ州ダグラス郡子どもを持つ夫婦の離婚手続(上)」判例タイムズ1308号82頁(2009)
- 5 裁判所ホームページの注意事項4ア。"http://www.courts.go.jp/tokyo-f/saiban/tetuzuki/youikuhi_santei_hyou.html"
- 6 棚村政行「アメリカにおける家族法の最新動向」野田愛子、梶村太市『新家法大系 第1巻 親族[I]-婚姻・離婚-』(新日本法規出版株式会社、平成20年)

最高裁判例から見た 欠陥建築物訴訟

弁護士 永井 弘二

1 はじめに

近時、欠陥建築物訴訟についての最高裁判例が3つほど出された。基本的には、これまで下級審で認められていた法理が最高裁判決によって確認されたものであるが、これらの最高裁判決の考え方は一貫しており、欠陥の概念や建替請求が認められる場合、居住利益控除が認められない場合などが明確になってきたと言える。

2 建替を認めた最判—平成14年9月24日(判時1801号77頁)

建物全体に極めて多数の欠陥箇所がある上、主要な構造部について建物の安全性、耐久性に重大な影響を及ぼす欠陥が存するため、技術的、経済的にみても建て替えるほかないとして、建替費用の賠償を認めた。

3 居住利益の控除を認めなかった最判—平成22年6月17日(判時2082号55頁)

同様に建替請求が認められた事案で、業者側が、訴訟中等に居住していたことの利益を賠償額から控除すべきとして上告したのに対し、「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場合など、社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有していないと評価すべきものであるときには、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、…損害額から控除することはできないと解するのが相当である。」として、居住利益の控除を認めなかった。

1 東京・大阪養育費等研究会「簡易迅速な養育費等の算定を目指して—養育費・婚姻費用の算定方式と算定表の提案—」判例タイムズ1111号285頁(2003)

2 <http://mycourts.in.gov/csc/parents>

この際、最判は、「建物が倒壊する具体的なおそれがある場合など、社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有していないと評価すべきものであるとき」として、居住利益を控除しない要件として一定の枠組みを課しているかに見えるが、最判は、続けて「(当該建物は)構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵があるというのであるから、これが倒壊する具体的なおそれがあるというべきであって」としており、また、次の判例からすると、後記のとおり、建替が認められるような重大な瑕疵がある場合には、居住利益の控除は認められないと考えることができると考えられる。

4 不法行為責任についての欠陥概念－最判平成23年7月21日

この事案は、高裁の判断と最高裁の判断が分かれたことにより、若干迷走しており、2度の最高裁判決が出されている。

事案は、中古賃貸マンションを買い受けた所有者が、直接の契約関係にあった売主ではなく、契約関係にはない建物を建てた建築会社等を相手に、不法行為責任を追及した事案である。

1審は修補費用など請求の一部を認めたのに対し、控訴審は、欠陥建築物訴訟における不法行為責任の認定は、単に瑕疵の存在だけでは足りず、社会通念上放置できない瑕疵であるなどの強度の違法性が必要であり、当該事案では、そうした強度の違法性が認められないとして、請求を棄却した。

これに対する上告審が最初の最判(平成19年7月6日判時1984号34頁)で、そこでは、不法行為責任についても、「建物は、そこに居住する者、そこで働く者、そこを訪問する者等の様々な者によって利用されるとともに、当該建物の周辺には他の建物や道路等が存在しているから、建物は、これらの建物利用者や隣人、通行人等の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性を備えていなければならない。このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべきである。そうすると、建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者は、建物の建築に当たり、契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負うと解するのが相当である。そして、設計・施工者等がこの義務を怠ったために建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害され

た場合には、設計・施工者等は、不法行為の成立を主張する者が上記瑕疵の存在を知らながらこれを前提として当該建物を買受けていたなど特段の事情がない限り、これによって生じた損害について不法行為による賠償責任を負うというべきである。」とし、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」がある場合には、不法行為責任が成立するとして、控訴審判決のような「違法性が強度」である必要はないとした。さらに、「例えば、バルコニーの手すりの瑕疵であっても、これにより居住者等が通常の使用をしている際に転落するという、生命又は身体を危険にさらすようなものもあり得るのであり、そのような瑕疵があればその建物には建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるというべき」とも判断しており、控訴審よりも相当に広い範囲での責任を認める判示であった。

この最判による差戻控訴審は、最判の「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」について、「居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険性を生じさせる瑕疵をいう」と解釈した上で、当該建物の瑕疵は、こうした「現実的な危険性」の程度には立ち至っていないとして、再び請求を棄却した。

この差戻控訴審に対する再度の最判の判断が最判平成23年7月21日の判決である。ここでは、「『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』とは、居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすような瑕疵をいい、建物の瑕疵が、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険をもたらしめている場合に限らず、当該瑕疵の性質に鑑み、これを放置するといずれは居住者等の生命、身体又は財産に対する危険が現実化することになる場合には、当該瑕疵は、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当すると解するのが相当である。」として、「現実的危険性」は要件とならないことを鮮明にした上で、「以上の観点からすると、当該瑕疵を放置した場合に、鉄筋の腐食、劣化、コンクリートの耐力低下等を引き起こし、ひいては建物の全部又は一部の倒壊等に至る建物の構造耐力に関わる瑕疵はもとより、建物の構造耐力に関わらない瑕疵であっても、これを放置した場合に、例えば、外壁が剥落して通行人の上に落下したり、開口部、ベランダ、階段等の瑕疵により建物の利用者が転落したりするなどして人身被害につながる危険があるときや、漏水、有害物質の発生等により建物の利用者の健康や財産が損なわれる危険があるときには、建物としての基本的な安全性

を損なう瑕疵に該当するが、建物の美観や居住者の居住環境の快適さを損なうにとどまる瑕疵は、これに該当しないものというべきである。」として、基本的には、居住性や美観などは該当しないが、生命、身体、財産を守るという建物の基本的な性能に瑕疵がある場合には、生命、身体、財産に対する危険性が現実化していなくても、不法行為責任が発生するとしている。

5 欠陥概念について

欠陥建築物訴訟における業者の責任原因は、基本的には瑕疵担保責任と不法行為責任がある。

瑕疵担保責任は、請負契約の請負人、売買契約の売主などの責任で、契約に基づく契約当事者に対する責任である。無過失責任であり、瑕疵・欠陥が立証されれば、直接の契約当事者に対しては責任を負う。不法行為責任は、交通事故などの責任原因でもあるとおり、一般的な法理で、加害者の故意、過失が要件となる責任である。しかし、請負や建売の売主など建物を建築した責任者は、少なくとも重大な欠陥がある場合には、過失が強く推定されることになる。4の最判は、業者等が所有者等に対して不法行為責任を負う場合の欠陥概念であり、瑕疵担保責任については、当然、「居住の快適さ」「美観」なども瑕疵として認められる限り、責任を負うことになる。

そして、不法行為責任における欠陥概念としても、4に紹介した2度の最判がしつこく判示したとおり、居住者等の生命、身体等に「現実的な危険性」がある必要はなく、「放置するといずれは居住者等の生命、身体又は財産に対する危険が現実化することになる場合には、当該瑕疵は、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当する」とされている。

建築基準法は、建物の安全性などについて「最低限」の基準を定めており(法1条)、特に建物の構造耐力については、この「最低限」の基準が確保されなければ、それ自体として、「放置するといずれは危険が現実化」するものとして定められている。したがって、建築基準法の構造安全性を定める基準に違反した欠陥については、自動的に不法行為責任の欠陥(当然瑕疵担保も同様)にあたると考えて良いと考えられる。

従来、欠陥建築物訴訟では、瑕疵・欠陥は建築基準法違反では足りず、さらに具体的・現実的な危険性が認められないと瑕疵・欠陥とは言えないと主張されることもあった。最判は、文言上は建築基準法

の構造安全性についての規程違反によって、瑕疵・欠陥が認められるとは書いていないが、上記のとおり、建築基準法違反の瑕疵・欠陥は「放置するといずれは危険が現実化」するものとして定められているのであって、最判は建築基準法の構造安全性に関する規程違反は、それ自体が瑕疵・欠陥となるとの判断を前提にしていると考えられる。

6 建替請求について

請負、売買の瑕疵担保責任によって建替請求まで認められるか否かについては、従前は議論もあったが、下級審でも建替を認めることでほぼ一致しており、上記のとおり、不法行為責任についても最判が建替請求を認めたことから、瑕疵担保責任としての建替請求も認められると考えられる。

瑕疵担保あるいは不法行為によって建替が認められる要件は、最判が示すように、「主要な構造部について建物の安全性、耐久性に重大な影響を及ぼす欠陥が存するため、技術的、経済的にみても建て替えるほかない」場合であると考えられ、「主要構造部の重大な欠陥の存在」と「その修補が技術的、経済的に不可能な場合」には建替が認められると考えられる。ここで「経済的」に不可能であるというのは、純粹に技術的には修補が可能かもしれないが、修補する方が結局建て替えるよりも費用が高額となってしまう場合や、實際上、そのような修補を行う業者を探すのがおよそ不可能である場合(極めて繊細な作業が要求され、修補自体により二次的な瑕疵を生むおそれが高い場合など)などを指している。

そして、建築基準法の構造安全性を定める基準は、建物の安全性を保つための「最低限」の基準なのであり、これに違反した場合には、「主要構造部の重大な欠陥」にあたり、その修補が技術的、経済的に不可能な場合には、建替請求が認められなければならないことになると考えられる。

従前、請負契約の瑕疵担保責任としての解除が認められていないこととの関係で建替請求は認められないなどと主張されてきたこともあったが、この点についても、今回の最判で解決されたものと言える。

7 居住利益控除について

上記のとおり、建替が認められる場合の居住利益の控除について、最判は、「建物が倒壊する具体的なおそれがある場合など、社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有していないと評価すべきものであるとき」との要件を付加しているかに見える。

しかし、「建物が倒壊する具体的なおそれがある

場合」というのは、3の最判自体が、「構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵がある」というのであるから、これが倒壊する具体的なおそれがあるというべきであって」として、「構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵」は、それ自体として「倒壊の危険性」があるとしている。4の最判も「放置するといずれは居住者等の生命、身体又は財産に対する危険が現実化することになる場合には、当該瑕疵は、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当する」としていることからすれば、「建物が倒壊する具体的なおそれがある場合」とは、今すぐにも倒壊しそうだというような「倒壊の現実的危険性」を指すのではなく、「構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵」すなわち「主要構造部の重大な欠陥」を指すと言える。

そして、建替が認められるのは、「主要構造部の重大な欠陥の存在」と「その修補が技術的、経済的に不可能な場合」である以上、建替が認められる場合には、当然に居住利益の控除が認められないことになると考えられる。

以 上

貸金庫と相続

弁護士 井上 博隆

第1 はじめに

1 貸金庫¹

貸金庫は、銀行など金融機関(以下、銀行という)が貸金庫室内に備え付けられた貸金庫ないし貸金庫内の空間を利用者に貸与し、有価証券、貴金属、預金通帳・契約書類等の重要書類等の物品を格納するために利用させるものである。貸金庫取引は、銀行の付随業務又は併營業務として認められている(銀行法10条2項10号、信用金庫法53条3項9号、信託業法21条2項等)。

貸金庫には、開閉手続の違い、銀行の関与の程度等により、銀行が貸金庫室に入室させ、銀行が保有するマスターキーと利用者が銀行から交付を受けた鍵の両方で貸金庫ボックスを開いて保護箱を取り出す手動型、利用者が銀行からカードの交付を受けて貸金庫室に入室し、利用者の鍵で貸金庫ボックスを開いて保護箱を取り出す半自動型、利用者があらかじめ暗証番号を届け出てカードと

鍵の交付を受け、これにより銀行の関与なしに貸金庫室に入室し貸金庫ボックスを開いて保護箱を取り出す全自動型があり、これらの間でも機種によって種々のものがある。

銀行は、いずれのタイプの貸金庫であっても、貸金庫ボックスを開くまでは関与するが、保護箱の開閉や内容物の出し入れは、利用者が自ら行い、銀行は、内容物の有無、内容について関与しない。

これらのことから、最判平成11年11月29日民集195号513頁は、銀行は、貸金庫の内容物の個別の占有をしているのではなく内容物全体について一個の包括的な占有をしていて、利用者と共同して民法上の占有をしており、利用者は、銀行に対して、貸金庫契約に基づき内容物全体を一括して引き渡すことを請求する権利を有しているとしている²。

そして、貸金庫契約の法的性格について、前記最判は判示するところではないが、銀行は、貸金庫を貸与し、これを自由に使用させるための安全な場所を提供して、貸金庫を安全な状態に保つ義務と貸金庫の開閉に協力する義務を負うが、内容物に責任を負わないという賃貸借契約乃至賃貸借類似の無名契約と考えられている。

2 利用者死亡の場合

利用者が死亡した場合、貸金庫契約上の地位は相続人に承継される³。

一方、銀行は、一般に、貸金庫規定上、利用者に相続が開始した場合は貸金庫契約を解約できる旨の条項があり、死亡後はいつでも解約することができる。また、利用者の死亡が判明したときは、貸金庫の開閉停止の措置をとるのが一般である。

貸金庫契約では代理人の契約がなされることがあるが、死亡により委任・準委任契約が終了する(民法653条1号)ので、代理人も開閉することはできない。

利用者の死亡により、貸金庫契約上の地位は、遺産分割があるまでは相続人の準共有となり、相続人は、民法251条により、内容物の引渡請求権や相続人からの解約を、全相続人の同意の下に行使用することとなる。

前記最判平成11年は、利用者の内容物引渡請求権について「利用者は、貸金庫契約に基づいて、銀行に対し、貸金庫室への立ち入り及び貸金庫の開扉に協力すべきことを請求することができ、銀行がこれに応じて、利用者が貸金庫を開扉できる

状態にすることにより、銀行は内容物に対する事実上の支配を失い、それが全面的に利用者に移転する。」と判示しており、貸金庫を開扉できる状態にすることをもって法的には「内容物の引渡し」と評価することができると考えられている⁴。

相続人全員の同意の下に、この意味での内容物の引渡請求権が行使される場合は、貸金庫契約上の内容物引渡請求権に基づく、引渡請求といえることができる。

しかし、一部の相続人や遺言執行者や受遺者から、内容物の確認をしたいということで貸金庫の開扉を求められた場合や貸金庫保護箱から内容物の一部の引渡を求められた場合は、貸金庫契約上の内容物引渡請求権の行使とは言えず、これに応じた銀行は、善管注意義務違反の責任を問われかねないことになる⁵。

このような場合、銀行は貸金庫契約上の義務がないとして、すべて拒否するべきなのか、拒否することが妥当なのかが問題となる。

第2 一部の相続人等から貸金庫内の内容物の確認を求められた場合

1 相続人は、相続承認・放棄（民法915条2項）や遺産分割協議の前提として相続財産を調査することができ、また、遺言書の有無を調査する必要がある場合があり、遺言執行者の場合は、財産目録を作成しなければならない（民法1011条1項）、これらのために、貸金庫の内容物の確認を求められることがある。

この場合、全相続人の同意が得られず、一部の相続人から要求があった場合に、開扉に応じると、前記の貸金庫契約上の義務を超える責任を負担することになりかねない⁶。

しかし、相続人他に開扉請求する必要がある、これは他の相続人にも一般的には有用であるものである。一方、貸金庫契約上、銀行は、善管注意義務を負い、貸金庫規定上も銀行の責めによる事由により内容物の紛失、滅失、毀損、変質等の損害が発生したときは、損害賠償責任を負うことになるところ、このような損害が発生しないような場合は、貸金庫契約上の義務とはいえないとしても、応じることが妥当であると考えられる⁷。

遺留分権利者が、滅殺請求権者を行使した場合は、貸金庫内容物に対して共有持分権を有しており⁸、遺留分滅殺請求権を行使した者も、同様に、貸金庫内に内容物が存在しないことが明らかなよ

うな特段の事情のない限り、貸金庫の内容物の確認請求をすることができると考える。遺留分滅殺請求権を行使する前にも、行使するために必要のある場合は、応じて良いのではないかと考えられる。

2 この場合の方法として、銀行が善管注意義務違反を問われないうために、銀行員の立会 and / or 公証人による「事実実験公正証書」の作成（公証人法35条）が考えられる⁹。

銀行員だけの立会か、公正証書の作成かは、全員の相続人による貸金庫契約上の引渡請求権による開扉請求ができない事情によると考えられる¹⁰。

この場合、公正証書作成費用は、開扉請求をする相続人の負担となる。

第3 一部の相続人等から内容物の引渡を求められた場合

1 遺言書検認申立のために遺言書の引渡を求められた場合

相続人全員の同意を得ることを必要とする否定説¹¹と一部の相続人からの請求で引渡を認めるべきであるとする肯定説¹²がある。

前者は「貸金庫の開扉に関わること」であることを理由とする。

後者は、相続人が公正証書以外の遺言書を発見した場合、遅滞なくこれを家庭裁判所に提出して検認を請求しなければならないこと（民法1004条1項）、これを怠った場合、過料に処せられること（民法1005条）、遺言書の偽造・変造・隠匿は相続欠格事由とされていること（民法891条5号）、事後の相続手続を進める上で遺言書の検認・開封が不可欠であること、遺言書の引渡によって他の相続人に損害が発生するわけではないこと、銀行がこれに応じることが社会的に相当な行為として違法性を欠き、他の相続人に対する債務不履行とはならないと考えられることを理由とする。

しかし、前者は、遺言書の検認の性質から考えて硬直した考えではないかと思われる。一方、後者について、民法の各規定は相続人に対する義務であり、銀行に対する義務とはいえず、これが銀行の行為を直ちに正当化できるとは考えにくい。また、仮に引渡された遺言書が破棄・隠匿等された場合には、他の相続人から、前記貸金庫契約上の義務を果たしていないとして銀行の善管注意義務違反を問われるおそれ大きいと考えられる。

私見は、遺言書の検認手続の法的性質は証拠保

全のための検証手続と考えられている¹³ので、家事審判規則7条6項により民訴232条219条が準用されるため、一部の相続人の遺言書検認の申立により、家庭裁判所が、銀行と他の相続人に検証物提示命令を出し、そして銀行や相手方には検証協力義務(検証物提示義務と検証受忍義務)があるので¹⁴、これに銀行は応じることにより、遺言書の引渡をする方法によることが妥当ではないかと考える¹⁵。

2 貸金庫内の現金について持分の払戻請求を受けた場合、貸金庫に預金通帳があり、預金の持分の払戻請求を受けた場合

貸金庫内に預金通帳があることが分かり、預金の持分の払戻し請求を受けた場合は、もはや、貸金庫内の物の引渡の問題ではなく、預金債権の払戻請求の問題である。最判昭和29年4月8日民集8巻4号419頁は、可分債権は各共同相続人が相続分に応じて承継するとしており、これと異なる遺言があったり、遺産分割協議がなされているなど特段の事情のない限り、銀行がこれに応じざるを得ないと考えられる。裁判実務では、特段の事情がないのに、これを拒否した場合、法定利息による遅延損害金を支払うことになる。

一方、現金については、前記の通り、相続人の準共有となり、遺産分割協議が整うまでは、銀行は引き渡すことはできない¹⁶。

3 遺言執行者や受遺者から引渡請求を求められた場合

(1) 遺言書に遺言執行者や受遺者に貸金庫内の内容物引渡請求権を付与する記載のある場合

最近、公証人から、貸金庫について「遺言執行者は、各金融機関における遺言者の権利に属する貸金庫が存するときは、当該貸金庫に関する契約を解約し、同金庫内に存する蔵置品を取り出して、本遺言を執行することができる。」等の規定を遺言書に記載することを勧められることがある。このような記載のあるときは、この規定に基づき、銀行は引渡請求に応じることになる。

(2) 包括遺贈の場合

包括遺贈の場合は、遺言執行者や受遺者から貸金庫の内容物の引渡しを求められた場合は、前記の貸金庫契約上の内容物引渡請求権の行使として、銀行はこれに応じることとなる。

なお、神戸地判平成11年6月9日判時1679号91頁は、遺言書に特定財産の記載しかない場合でも、それ以外の相続財産の存在を窺わせる事情は存在しない場合には、包括遺贈したものであると解するのが相当であるとして遺言執行者に開扉請求権を認めている。

(3) 特定遺贈の場合

(1)の様な遺言書の記載の無い場合であって、前記第2の貸金庫内の内容物確認請求による等して、貸金庫内に遺贈物が存在することが判明している場合、受遺者・遺言執行者が他の相続人の同意なしに引渡請求ができるかである。

前記注7両部氏及び中田弁護士は、公証人等の立会を条件に、これを認める。但し、両部氏は、受遺者が相続人以外の者であるときは、「従前一面識もないであろう受遺者に対する内容物の引渡しには抵抗感があり、・・・相続人全員の同意と依頼を得たいところである。」とする¹⁷。

銀行が、他の相続人の同意なしには引渡をしないということになると、受遺者は、遺贈物の引渡請求訴訟をして、この債務名義により動産執行か遺贈物の引渡請求権の差押をせざるを得ないが¹⁸、受遺者にそのような負担を強いる必要性に乏しく、他の相続人が、遺言の無効を主張している等の特段の事情のない限り、応じても良いと考える。

(4) 遺留分減殺請求権が行使された場合

遺留分減殺請求権が行使された場合は、前記注8記載の通り、遺留分権利者は共有持分権を有するので、前記と同様、特段の事情のある場合は別として、遺留分権利者の同意がない限り、受遺者に引渡をすることはできない。

4 貸金庫内の内容物を確認した結果、減価・滅失などの危険が生じる可能性のある者が発見された場合

例えば、貸金庫に投資信託受益証券があり償還期日が到来した場合や利付国債の利札の支払期限が到来している場合等である。前記注7の両部氏は、これらを資金化する行為は、共有持分権者の管理行為もしくは保存行為に該当するとして、銀行が一部の相続人から委任を受け、有価証券を資金化したうえで共有資産としての預り金等の形で保管のうえ遺産分割協議の成立を待たざるを得ないであろうとしている¹⁹。

5 なお、以上のような場合であっても、将来の紛

争を避けるため、できるだけ他の相続人に立会の機会を与えることが望ましい。

第4 終わりに

本稿の意見にわたるものは、銀行の実務を示すものではなく、私見にすぎない。

- 1 貸金庫一般について、和田照男「貸金庫取引をめぐる諸問題」金法1551号34頁(1999)、河邊義典「1 貸金庫の内容物についての強制執行の可否及び方法、2 貸金庫契約上の内容物引渡請求権に係る取立訴訟における個々の動産の特定及び存在の立証の要否」最高裁判例解説民事編平成11年度908頁以下が詳しい。
- 2 最判平成11年の北川裁判官の補足意見は、この理は貸金庫の種類によっても変わらないとする。
- 3 東京高判昭和58年7月28日金法1054号46頁は、遺産分割協議条項中に被相続人の銀行に対する貸金庫使用権の帰属者明示がない場合、右協議条項により「その余の遺産全部」を取得するとされた相続人がこれを相続すると判示している。
- 4 前掲1河邊924頁
- 5 前掲1河邊924頁は、銀行が特定の内容物の引渡義務を負うとなると、銀行としては、貸金庫を開扉して、動産の存否の確認、選別をする必要が生じ、貸金庫契約上の義務を超える責任を負担することになりかねないとする。
- 6 角敬「貸金庫と公証実務」公証110号5頁(1995)、最新金融判例に学ぶ営業店OJT「相続人の1人からの貸金庫の開扉請求」金法1494号51頁(1997)は、貸金庫契約は不可分債権であるから民法428条により、また、関沢正彦「貸金庫・保護預りの法務マニュアル第4回 相続人からの開扉請求」金法1467号54頁(1997)は共有物の保存行為(民法252条但書)により、相続人単独で開扉請求ができるとする。
しかし、これらは、いずれも、貸金庫契約上の引渡請求権に基づくものとなり、開扉により一部の相続人が内容物を処分等することができることとなり、賛成できない。
- 7 前掲1和田37頁、前掲6の各文献、両部美勝「特集＝相続実務をめぐる最近の問題3 貸金庫利用者と相続」金法1959号22頁(2000)、中田利通「貸金庫の開扉」判タ1100号448頁(2002)も結論は同旨。瀬戸祐典「ケーススタディ相続実務第2回 一部相続人からの貸金庫開扉請求」金法1769号20頁(2006)も同旨であり法的義務ではないとする。木内是壽「第2版相続預金取扱事例集」211頁(銀行研修社平15)は、「相続人全員の総意により相続人代表に行わせるのが一般的です。」「相続人間に争いがある場合は、相続人全員による立会が望まれます。」とする。
- 8 通説判例は、遺留分減殺請求権の行使により遺産すべてにつき遺留分割合による共有持分権を有するとする。そして、東京地判平成15年5月22日金法1694号67頁は、貸金庫内に遺産を構成する物が存在していると推認できるとし、具体的遺留分を有していないと積極的に認定することができない場合に、共有持分権を有していると考えざるを得ないと判示する。
- 9 前掲6関沢 前掲7両部、中田、瀬戸も同旨
- 10 前掲7瀬戸は、他の相続人が海外にいる等という理由ではなく相続人間に争いがある場合は公正証書の作成を勧める。また、前掲1和田37頁は、銀行員のみ立会は適切ではないとする。一方、前掲7木内214頁215頁は、一般に公正証書の作成を勧め、相続人間に争いがある場合は、相続人全員の立会を求めることは当然であるとする。しかし、木内説によると、相続人間に争いがある場合は、法的手続をとられない限り、確認行為ができないことになり、銀行のリスクと比較して他の相続人に加重の負担を掛けるものと考えられる。

- 11 前掲7木内212頁
- 12 前掲7両部22頁、同中田449頁、同瀬戸
- 13 新版注釈民法補訂版28巻305頁(平14)、松原正明「家庭裁判所における開封・検認手続の実際」判タ1100号478頁(2002)、道山治延「遺言検認制度の現状と課題」新家族法体系第4巻相続Ⅱ－遺言・遺留分－37頁(新日本法規平20)
- 14 新堂幸司「新民事訴訟法第3版補訂版」557頁(弘文堂平17)
- 15 民法1004条1項前段は、遺言書の保管者は遺言書を家庭裁判所に提出することを要件としているが、後段は遺言書を発見した相続人は「同様とする」としていて、遺言書を提出することは必ずしも要件とはなっていないと考えられ、また、自分のなし得る範囲で「提出」していると法的に評価できる。
- 16 最判平成4年4月10日金法1330号32頁は「相続人は、遺産分割までの間は、相続開始時に存した金銭を相続財産として保管している他の相続人に対して、自己の相続分に相当する金銭の支払いを求めることはできない」と判示している。
- 17 前掲7中田449頁 同両部23頁
- 18 動産執行(民事執行法124条)の場合は、銀行の同意が必要である。東京高判平成21年4月30日判時2053号43頁は、特定の動産引渡請求権に基づき、当該動産のみの引渡しを求める旨明示した上、債務者が銀行に対して有する貸金庫の内容物引渡請求権を差し押さえることができると判示している。
- 19 前掲7両部22頁

集団的な消費者被害の 新しい救済制度 －消費者委員会専門調査会報告の 概要と課題

弁護士 野々山 宏

第1 なぜ新しい救済制度が必要なのか

- 1 消費者事件は、商品・サービス・契約の複雑化によって多様化し、少額かつ同種の事件が多数発生する傾向がますます強まっている。一方で、事業者と消費者の格差は、情報力、交渉力のみならず、紛争解決能力、とりわけ訴訟に対するアクセスにおいても生じている。本来回復されるべき請求権が消費者にあっても、労力、費用、新しい法律問題が多いことによる見通しの不透明さなどから、訴訟までは行おうとせず、いわば「泣き寝入り」をし、その結果、不当な利得が事業者に残ってしまうことが往々にして生じている。
- 2 そこで、集団的な消費者被害を、より実効的に解決できる救済制度が模索され、①集団的に被害を救済できる訴訟制度、②悪質事業者の財産の隠匿・散逸の防止制度、③行政による経済的不利益

賦課制度（課徴金制度等）が検討されてきた。

このうち、②③については、消費者庁内で「財産の隠匿散逸防止策及び行政による経済的不利益賦課制度に関する検討チーム」が設けられ、平成23年8月18日に検討結果のとりまとめを公表している。この課題は、まだ十分な制度設計の検討に至っていないが、行政措置の強化やその前提となる調査権限の拡充、消費者庁による破産手続き開始申立て制度の検討を行うなど、新しい制度の方向性を示しており、引き続き有識者による研究会を立ち上げて本格的検討に入る予定である。

これに対して、①は、内閣府・消費者委員会に「集団的消費者被害救済制度専門調査会」を設けて、具体的な制度設計に踏み込んだ議論をし、来年の通常国会に法案を提出する前提で、平成23年8月19日に報告書をまとめた。私もオブザーバーでこの専門調査会の議論に参加する機会を与えられてきた。本稿では、報告書でまとめた制度の概要を紹介し、合わせて課題について述べたい。

第2 採用された手続きモデル

1 集団的な消費者被害救済のための訴訟制度は、諸外国においても様々な制度が設けられてきている。その国の実情に応じた多様な制度設計がされており、個々の権利者の授権・届出を要しないオプト・アウト型（アメリカのクラスアクション）、授権・届出を要するオプト・イン型（スウェーデン）、両者の併用型（デンマーク、ノルウェー）、事業者の責任原因に関する審理・判断と被害者の個別争点の審理・判断の2段階に訴訟手続きを分ける2段階型（ブラジル、カナダ）などがある。

2 今回の検討では、1段階目の手続きで、集団的事案の共通争点について審理判断され、この判決の結果を2段階目の手続きに消費者が有利に活用できるものとする2段階型の集合訴訟のモデルを採用した。

このモデルは、1段階目の共通争点の訴訟は、代表原告と事業者との間で行われ、判決効は1段階目の当事者に及ぶほか、勝訴を確認してから自分の被害を請求するために第2段階の手続きに加入した対象消費者にも及ぶとされている。対象となる消費者は別途通常の訴訟をすることは妨げられない制度設計となっており、オプト・アウト型と比べて対象消費者への手続き保障の問題を回避できる利点が大きい。他方で、オプト・アウト型

に比べて、対象となる消費者は、第2段階での訴訟提起が必要となり、訴訟アクセスの負担の解消には不十分であること、第1段階での和解が難しいなど紛争の1回的な解決ができない問題点もある。紙数の関係で詳細は述べることができないが、私は、2段階型とオプト・アウト型の融合モデルを模索すべきと考えている。

3 報告書が提案している手続きの概要は以下のとおりである。

(1) 1段階目の手続

〔訴えの提起〕

新たな認定を受けた適格消費者団体が、共通争点について確認を求める訴えを提起する。

〔共通争点に関する審理〕

裁判所は、共通争点について、原則として、民事訴訟法の規律に従い審理をする。和解等により訴訟が終了することもあり得る。

〔判決〕

裁判所は、共通争点について確認する判決を行う。判決は、2段階目の手続に加入した対象消費者に対しても効力が及ぶこととする。

〔上訴〕

判決について、原告及び被告は、上訴をすることができる。

(2) 2段階目の手続

〔簡易な手続の開始〕

1段階目の手続における（一部）認容判決が確定したときは、1段階目の手続の原告であった適格消費者団体が、2段階目の手続開始の申立てをする。

〔手続開始の決定〕

裁判所は、申立てを受けて、2段階目の手続を開始する決定をする。2段階目の手続を開始する決定をするときは、同時に対象消費者が有する請求権の届出をすべき期間を定める。

〔2段階目の手続への加入を促すための通知・公告〕

申立団体は、2段階目の手続に加入することのできる対象消費者のうち知れたる者に対し、原則として個別通知をし、また、インターネット等を利用するなど相当な方法による公告をする。

〔2段階目の手続への対象消費者の加入〕

申立団体は、対象消費者からの授権を受け、裁判所に対し、対象消費者の請求権の届出を行う（以下、この方法により加入した対象消費者を「加入消費者」という。）。

〔簡易な手続の審理〕

届出内容（加入消費者の有する請求権の存否及びその数額）について、相手方事業者が一定期間内に異議を述べなかったときは、届出内容は確定する。相手方事業者が異議を述べた場合には、申立団体は裁判所に対し、届出内容についての決定を求めることができることとする。

〔簡易な手続における決定〕

裁判所は、加入消費者の請求権の存否及びその数額について決定をする。

〔異議申立て（異議訴訟提起）〕

裁判所の決定に対して不服のある加入消費者は、申立団体に授権をすることにより、又は自ら異議を申し立てることができ、不服のある相手方事業者も異議を申し立てることができる。

〔訴訟手続における審理・判決〕

裁判所は、異議申立てをした加入消費者の請求について、原則として、民事訴訟法の規律に従って審理をし、判決をする。

第3 論点の検討

1 1段階目の手続追行主体

多数の被害消費者のために共通する事業者の行為（法律関係又は事実関係）を確認する訴訟を担う主体である。そのために、多数の消費者を代表し、真摯に手続きを最初から最後まで行うことが期待できる主体でなければならない。報告書では、適格消費者団体がふさわしいとしている。

ただし、差止請求権が認められている現在の適格消費者団体の要件に、更に厳しい要件を課して改めて認定することとしており、現在でも厳しい認定要件となっていることからすれば加重要件は最低限としないと要件を満たす団体がきわめて少なくなってしまう。また、制度の活性化のためには、被害者集団についても弁護士代理を強制するなど、懸念される無責任な訴訟主体が生じない要件を工夫して、これを原告に加えていくことが引き続き検討されるべきである。

る。

2 被告適格

当該事業者が被告適格となるのは当然である。これに加えて、役員や構成員も被告適格に加えるべきであるとの意見があったが見送られた。消費者事件では、法人はダミーにすぎず、背後の役員や構成員が実質的な利得保持者である場合も多く、一定の要件で被告適格に加えるべきである。

3 共通争点の要件

第1段階は「共通争点」の確認を審理する。「共通争点」は、多数当事者の事件の解決に資する争点でなければならない。そこで、報告書では、①多数性、②共通性、③確認を求める事項の支配性（優越性）の3つの要件を挙げている。

このうち①②は特に問題はない。しかし、③は、争点がそれを解決すればほとんど当該紛争全体が解決するような争点とするなら、きわめて狭いものとなり問題である。具体的には、1段階目の判断がされたら「個々の消費者ごとに相当程度の審理が必要となることがない程度になっている状態」と述べられている。あらゆる事件が一定の個別性がある。典型的な例である集合住宅の敷金返還請求では部屋の毀損状態に個別性があり、不当勧誘事件ではマニュアル化されていても勧誘文言に個別性があり、不当解約料条項無効では解約時期によって返還額に個別性がある。これらを否定するような解釈の余地を残すような要件を認めるべきではない。

4 対象事案の類型化

報告書では対象事案は類型化されることとなっている。そして、製品事故など、拡大損害が予想されるものについては、上記の支配性（優越性）の要件に加えて、被告となる事業者に係争利益の把握可能性がないとの理由で否定的である。しかし、製品事故で欠陥の有無が判断されれば和解等で解決できる場合があり、全部を対象外とすべきではない。

5 2段階目の手続きの簡易化

2段階目の手続きは、多数の消費者が容易に提訴できるようにしなくては制度の実効化はできない。2段階目の手続きを簡易なものとすることは必須である。この点、報告書は第1段階の訴訟主体がとりまとめをし、裁判所が非訟手続きで処理する制度としており妥当である。

6 通知・公告の実効化

2段階目の手続きに参加する対象消費者に、第1段階の結果を知らせなくては制度の実効化ははかれない。そこで、できるだけ個別に通知を出すこととし、事業者の情報提供の協力義務を課した。裁判所から情報提供命令も出すことができる。

第4 早期の法案の実現とよりよい制度に

集合訴訟は早期に実現される必要がある。報告書の内容は全体としては評価すべき点が多くあるが、個別の論点では、指摘したこと以外にも課題がある。また、制度の活用のためには、訴訟追行主体である適格消費者団体の活性化が不可欠であり、国民から、また、行政からの支援を実施していくことも肝要である。次期通常国会における法案化までに、なお課題を検討して、実効ある法制度の実現に努力していく必要がある。

居住用建物の賃貸借契約における 更新料支払条項を原則有効とした 最高裁平成23年7月15日判決 裁判所HP、金融・商事判例 1372号7頁について

弁護士 長野 浩三

第1 事案・判示の概要

本件は、居住用の建物(マンション)賃貸借契約において、賃料月額3万8000円、更新期間1年間、更新料7万6000円(1年当たり月額賃料の2ヶ月分)とする事案において更新料支払条項が消費者契約法10条により無効であるかどうか争われた事案である。本件の更新料支払条項は、法定更新か合意更新にかかわらず支払うべき旨が定められている。

本判決は、居住用建物の賃貸借契約において契約を更新する際に賃借人が賃貸人に対し支払うこととされている更新料支払条項が、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間等に照らし高額に過ぎるなどの特段の事情がない限り、消費者契約法10条により無効とはならないとした不当判決である。

第2 判示内容(下線は筆者)

- ①「更新料は、賃料と共に賃貸人の事業の収益の一部を構成するのが通常であり、その支払により賃借人は円満に物件の使用を継続することができることからすると、更新料は、一般に、賃料の補充ないし前払、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質を有するものと解するのが相当である。」
- ②「消費者契約法10条は、…任意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ものであることを定めるところ、ここにいう任意規定には、明文の規定のみならず、一般的な法理等も含まれると解するのが相当である。そして、賃貸借契約は、賃貸人が物件を賃借人に使用させることを約し、賃借人がこれに対して賃料を支払うことを約することによって効力を生ずる(民法601条)のであるから、更新料条項は、一般的には賃貸借契約の要素を構成しない債務を特約により賃借人に負わせるという意味において、任意規定の適用による場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重するものに当たるといふべきである。」
- ③「当該条項が信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるか否かは、消費者契約法の趣旨、目的(同法1条参照)に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考量して判断されるべきである。」
- ④「更新料条項についてみると、更新料が、一般に、賃料の補充ないし前払、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質を有することは、…に説示したとおりであり、更新料の支払にはおよそ経済的合理性がないなどということはできない。また、一定の地域において、期間満了の際、賃借人が賃貸人に対し更新料の支払をする例が少なからず存することは公知であることや、従前、裁判上の和解手続等においても、更新料条項は公序良俗に反するなどとして、これを当然に無効とする取扱いがされてこなかったことは裁判所に顕著であることからすると、更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載され、賃借人と賃貸人との間に更新料の支払に関する明確な合意が成立している場合に、賃借人と賃貸人との間に、更新料条項に関する情報の質及び量並びに

交渉力について、看過し得ないほどの格差が存するとみることもできない。」

⑤「そうすると、賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載された更新料条項は、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間等に照らし高額に過ぎるなどの特段の事情がない限り、消費者契約法10条にいう「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」には当たらないと解するのが相当である。」

⑥「これを本件についてみると、前記認定事実によれば、本件条項は本件契約書に一義的かつ明確に記載されているところ、その内容は、更新料の額を賃料の2か月分とし、本件賃貸借契約が更新される期間を1年間とするものであって、上記特段の事情が存するとはいえず、これを消費者契約法10条により無効とすることはできない。また、これまで説示したところによれば、本件条項を、借地借家法30条にいう同法第3章第1節の規定に反する特約で建物の賃借人に不利なものということもできない。」

第3 評価

1 評価できる点

- (1) 消費者契約法10条前段要件につき、上記第2②のとおり、「任意規定には、明文の規定のみならず、一般的な法理等も含まれると解するのが相当」とした点については、従前、同要件につき民法、商法に明文の規定がある場合に限り得るとする学説があったため、明確にこれを否定した点は評価できる。
- (2) 上記第2③のとおり、同条後段要件の判断につき、「消費者契約法の趣旨、目的に照らし」判断すべきとする点も評価できる。

2 不当な点

- (1) しかし、全体としては、この判決は、消費者契約法の趣旨、目的を正しく理解し、適用したとはいえない。

情報の質及び量並びに交渉力の格差(消費者契約法1条)がある消費者と事業者との間で締結される契約(消費者契約)においては、消費者が不当な内容の合意をさせられている可能性があるため、民法のように、合意がなされていることをもって原則有効と考えることはできない。裁判所は、合意があっても、その内容が不当かどうかを審査し、内容が不当であれば積極的に当該合意を無効と判断しなければならない(同

法1条)。この点、上記第2④では、消費者と事業者の格差の有無につき、明確な合意がある場合には格差はないとしているが、同法1条が定めるとおり、消費者と事業者の情報・交渉力の「格差」はあるのであり、だからこそ不当であっても合意がなされる。よって、内容の不当性が審査されなければならないのに、これをせずに、「合意があるから格差がない、だから有効(合理的)」とするのは論理が逆であって、消費者契約法の理念や同法が裁判所に託した不当条項審査の役割を全く理解しないものである。

- (2) 法的性質に関する認定が理由無し、言い切りで説得力が全くない

「更新料」が何か(=更新料の法的性質)については、これまで下級審で極めて緻密に議論されてきた。そして、法的性質については無効説(法的性質につき不合理)が下級審では優勢であった。有効とする判決は、その法的性質につき、賃料であるとか(京都地判平成20年1月30日判時2015号94頁)、権利設定の対価の補充であるとか(大阪高判平成21年10月29日金融法務事情1887号130頁)、認定は一定しなかった(このこと自体が法的性質の議論が後付けの議論であることを示している)。このように法的性質について大議論になっているにも関わらず、上記第2①は、十分な理由もつけず、言い切っているのみである。月額賃料とは別に「更新料」で賃料を取得する必要性は全くないこと、中途解約での精算がないことからすれば「賃料」でないことは明らかである。また、賃貸用物件においては「正当事由」が認められることはないことからすれば、更新の対価とすることは不合理である。これら、賃料・更新の対価でないとする下級審での議論に一切ふれていないことは最高裁としての責任放棄と言っても過言ではない。むしろ、合理的に判断すれば、上記第2①が認定する法的性質は認められないというべきである。

- (3) 更新料のこれまでの扱いを有効性を基礎づける事由としてあげるのは不合理

上記第2④は、更新料の有効性を基礎づける事由として、更新料のこれまでの扱いをあげるが、これまで行われてきたということは有効性を基礎づける理由にはならない。このような論理がまかり通れば、社会で実施されている不当条項については、すべて有効となりかねず、消

費者契約法に基づく不当条項審査はおよそなくなってしまう。

- (4) 1年更新で月額賃料2ヶ月分以上の更新料を高額でないとする異常な感覚

上記第2⑤は、更新料の額が高額な場合は無効となりうるとの判断なのであるが、同第2⑥では1年の更新期間で月額賃料2ヶ月分の更新料を高額でないと認定している。しかし、1年の更新期間で月額賃料2ヶ月分の更新料が異常に高額であるのは関東地域での更新料が2年の更新期間で月額賃料1ヶ月分程度の更新料が設定されていることが一般的であることから明らかである。

- (5) 借地借家法の検討も十分せず同法上も有効としているのは不当

上記第2⑥は、消費者契約法とは別の法律である借地借家法上の検討を全くせずに、法定更新と正面から抵触すると思われる更新料につき、借地借家法30条にも反しないと切り切っているのは極めて雑で到底論理的であるともいえない。

第4 この判決はいつまでも維持されない

敷引¹や更新料に関しては、敷引や更新料というものが合理的なものであるのかといった点に関し多大な疑問がある。合理的根拠のない支払約束は賃貸人が賃借人の無知に乗じて不当な搾取をしているといえる。下級審レベルでは、敷引特約や更新料特約に合理性がない(無効である)という判断が多数を占めていた。しかるに、最高裁判所が、これまで下級審レベルで積み上げられてきた裁判例とは全く逆の判断を下したのは、最高裁判所がこれらが無効と判断することによる社会的な混乱を避けたものと考えられる。しかし、裁判所がこのようないわば政治的判断をして本来の司法判断を放棄したとすれば、裁判所の自殺行為である。

法的正当性、時代的正当性がない判決は、仮にそれが最高裁判所の判決であったとしても近いうちに間違いなく変更される運命にある。本件を担当した京都敷金・保証金弁護団では、しかるべき時期(最高裁判所裁判官がある程度替わった時期)に、判例変更を求めるたたかいを予定している。

1 敷引特約については、最判平成23年3月24日裁判所HPが「当該建物に生ずる通常損耗等の補修費用として通常想定される額、賃料の額、礼金等他の一時金の授受の有無及びその額等に照らし、敷引金の額が高額に過ぎると評価すべきものである場合に

は、当該賃料が近傍同種の建物の賃料相場に比して大幅に低額であるなど特段の事情のない限り、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものであって、消費者契約法10条により無効となる」と判示したが、当該事案については有効とした。また、最判平成23年7月12日裁判所HPも「敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎるなどの事情があれば格別、そうでない限り、これが信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものということとはできない」として当該事案につき有効とした。

デリバティブを内包する 金融商品の問題

弁護士 住田 浩史

第1 はじめに

近時、デリバティブを内包する金融商品を購入して損害を被った顧客が、売り手である証券会社や銀行の責任を問うケースが増えている。

これらの裁判例を概観した上、デリバティブ内包商品の問題性について論じてみたい。

第2 裁判例

下記は、デリバティブが組み込まれた債券ないしは投資信託の売り手責任が認められた事案である。

その他、デリバティブ取引そのもの、たとえば金利スワップ取引については、福岡高判平成23年4月27日が、売り手である株式会社三井住友銀行の重大な説明義務違反により契約自体が無効となり、かつ、不法行為を構成する旨認定しているのが注目される(金融・商事判例1369号25頁)。また、通貨スワップ・通貨オプション取引をめぐる紛争も生じている。

1 大阪地判平成22年3月26日(金融・商事判例1358号31頁)

(1) 対象取引・商品

野村証券株式会社の仕組債で、エクイティリンク債やバスケット型EBと呼ばれるものである。

債券の額面は1億円で、想定元本を10億円とし、1億円ずつ10銘柄の株式に投資したものと仮定し、各銘柄の株価が基準価格の50%を下回った場合(ノックイン)、その後償還期限に基準価格まで回復しなければ、基準価格との差額がそのまま顧客の損失となる(複数の株式がノックインしていれば、損失がそのまま累積す

る)というものである。

(2) 判決内容

「ハイリスクで賭博性が高い商品」であるとし、「仕組みが非常に複雑で…適合性にも疑問があるXのような顧客には、特に誤解を与えないような説明をすることが必要であるといえる。」とし、購入勧誘時及び購入後の説明義務違反を認め、損害賠償請求を認容した(ただし、過失相殺2割)。

2 大阪地判平成22年8月26日(金融・商事判例1355号2頁)

(1) 対象取引・商品

下記5とほぼ同じ。

(2) 判決内容

「内容の理解は困難」とし、「原告の意向と実情に反し、過大な危険を伴う取引を勧誘したものである」として適合性原則違反の不法行為を認めた(ただし、過失相殺2割)。

3 東京地判平成22年9月30日(金融・商事判例1369号44頁)

(1) 対象取引・商品

株式会社三井住友銀行の仕組債で、日経平均リンク債と呼ばれるものである。なお、上記金融・商事判例1369号44頁以下は、この商品を「投資信託」としているが、「債券」の誤りである。

発行債券の額面は1億円で、日経225現物指数が償還日の一週間前までに1度も基準価格を下回らなければ元本が償還されるが、1度でも下回った場合(ノックイン)は、償還日の一週間前の日経225現物指数の終値に連動して償還される。利率は年1.35%である。

(2) 判決内容

「債券の仕組みをよく知り、経済状況、株式市況の動向に関心を払い、3年先までの株式市況の動向を予測した上で、途中で売却できないというリスクをとりつつなお購入すべきか否かを判断しなければならず、高度な専門知識と主体的積極的な投資判断を要するものであり、リスク性の高い投資商品である」とし、「原告の投資経験についての慎重な調査をせず、また、原告の投資意向に反し、堅実な投資であれば行ってもよいという程度の意向しか有していなかった原告に対して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的かつ軽率に誘導したものであり、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引勧誘で

ある」として適合性原則違反を認め、かつ、説明義務違反を認めた(過失相殺なし)。

4 大阪高判平成22年10月12日(金融・商事判例1358号31頁)

(1) 対象取引・商品

野村證券株式会社の仕組債で、TARNsと呼ばれるものである。

債券の額面は5000万円、当初1年間の年利は15.3%で、2年目以降は米ドル及び豪ドルに連動し、これらがいずれも基準値よりも円安である場合には、その差分のうち小さい方を基準として利子が支払われる。償還期限は30年、62万5000米ドルか100万豪ドルのいずれかで償還されるが、上記の利子が累積して29%になった場合は円貨にて元本の早期償還がなされるというものである。

(2) 判決内容

顧客が「本件仕組債を購入する際、本件仕組債の権利内容について錯誤に陥り、そのリスクについて理解しないままであったと認めるのが相当である。そして、その錯誤は、本件仕組債を購入するかどうかを判断する上で、最も、重要な事項についての錯誤であり、しかも、錯誤に陥っていたことは表示されていたと認められる」とし、民法95条による錯誤無効を認めた。

5 東京地判平成23年2月28日(金融・商事判例1369号44頁)

(1) 対象取引・商品

静銀ティーエム証券株式会社の仕組投信であり、上記3のごとき日経平均リンク債を投資対象とするものである。

1口1万円で、年1回の判定日における日経平均株価が、当初株価以上であれば、分配金を加えた元本全額が早期償還される。当初株価よりも下回った場合は、5年で満期償還されることになる。期間中、1度も当初株価の65%を下回らなかった場合には元本全額が償還されるが、1度でも下回り(ノックイン)、当初株価に回復しなかった場合には、最終株価に連動して損失を被るというものである。

(2) 判決内容

「得られる可能性のある利益は分配金の限度であるのに対し、その利益にとどまらない損失を被る可能性のあるものであり、また、損失を被る可能性は低いとはいえず、被る可能性のあ

る程度も小さいとはいえないものであって、リスク性の高い投資商品である」とし、「適性が低い原告に対し、十分な説明をすることなく」勧誘したことを不法行為にあたりとし、損害賠償責任を認めた(ただし、過失相殺4割)。

第3 考察

1 「演出」としてのデリバティブ

以上、仕組債・仕組投信については、いずれも複雑でリスク性の高い商品であるとされ、これを十分に理解することができない買い手に売られたり(適合性原則違反)、売り手において十分な説明がなされない(説明義務違反)という事態が認められる。

では、なぜ、このようなデリバティブ商品が、投資のプロではない一般投資家にまで盛んに売られるようになったのであろうか。

この問いに対する、仕組債の組成販売者による紋切り型の答えとしては、自動車など他の製造物と同様、「顧客の多様なニーズに合わせて、多様な商品を開発するため」というものである。しかしながら、仕組債の組成販売者の狙いは、実際には、顧客に対して、「いかにして現実よりも魅力的に映る商品をつくれるか」というところにしかない。ある商品の実際の危険性とその商品の見かけの有利性のギャップが組成販売者の利益となり、かつ、顧客の不測の損失となる。デリバティブは、まさにそのようなギャップを造りだした上で巧妙に覆い隠す道具として用いられているのである¹。

2 オプションの売り

そして、仕組債・仕組投信でよく用いられるデリバティブのテクニックは、「オプションの売り」を組み込んで、「見かけの高金利」を演出するというものである。例えば、上記第2、1のバスケット型EBにおいては、10の銘柄の株式のプットオプションの売り、及び、これを組み込んだEBをさらに10倍のレバレッジをきかせて濃縮している。同2、3、5においても、日経平均株価指数のプットオプションの売りが埋め込まれている。同4のTARNsにおいては、外貨プットオプションの売りが組み込まれている。

オプションとは、ある資産を売り買いする権利であり、買う権利をコールオプション、売る権利をプットオプションという。

もちろん、この「権利」を逆側からみれば「義務」

ということになり、コールオプションを売った者は、資産を売る義務が、プットオプションを売った者は資産を買う義務が生じることとなる。例えば、プットオプションは、ある資産を、ある特定の日(ないしは、ある一定の期間内)に、ある一定の価格(権利行使価格)で売ることができる権利のことであるが、プットオプションの売り主は、ある一定の日に、ある一定の価格でその資産を買わなければならないのである。

オプションの売り主は、その義務を引き受ける対価として、オプション料(プレミアム)を受け取るのである。

たとえば、P社の株式の現在の株価が100円として、Xが、保有するP社株の権利行使価格100円のプットオプションを、オプション料(プレミアム)10円でYから買ったとしよう。

もし、満期日にP社株が60円に値下がりすれば、Xはプットオプションの権利行使をして、100円で株式を売ることになる。経済的結果とすれば、Xは、本来であれば40円の損失が出たところを、Yに支払った10円だけですんだことになる。これに対して、Yは、義務により、60円で買えるはずの株式を100円で買わされることになり、10円のオプション料を受け取ったとしても30円の損失となる。

逆に、満期日にP社株が140円に値上がりしても、Xはプットオプションの権利行使はしない。なぜなら、市場で140円で売れるのにもかかわらず、わざわざ特別にYに100円で売ることはしないからである。よって、オプションの買い手Xは、30円の利益を保持する。一方、売り手Yは、オプション料10円を保持したままである。

以上の両局面において、XとYの損益が非対称となっていることがよくわかる。すなわち、オプションの買い手Xは、どんなにP社株価が値下がりしても損失を10円に限定できるのに対して、オプションの売り手Yは、P社株価の値下がりの影響を無限定に受けることになり(例えば、100円が10円に下がった場合、Yの損失はプレミアムを差し引いても80円である)、また、XY間は相対取引であるから、Yがヘッジの手段を持たない個人投資家の場合には、損失の拡大を回避することは不可能である。他方、P社株価の値上がり時には、Yは、上記のとおり、受け取ったオプション料以上の利益は絶対には得られない。

このように、プット(コールも同様であるが)オプションの売り手は、損失は無限定かつ拡大不可避、利益は一定という損益パターンを必然的に引き受けることになるのである。これは、保険会社が、契約者から保険料をもらって保険を引き受ける、という構造に極めてよく似ている。

そして、リスクが高ければ高いほど保険料があがるのと同様、リスクを高くすることによって、オプションのプレミアムも簡単にあげることができるのである。

3 オプション売りの埋め込み

このように、オプション売りは、保険の引受けと同じであるから、そもそも投資の対象として異質であるとともに、ハイリスクな取引である。そこで、商品の組成販売者が考えるのが、公社債等の債券や投資信託などのなじみ深い商品に、密かに「投資家にオプションの売り手になってもらう」ことを巧妙に埋め込むことで、そのリスクと異質さを隠蔽してしまうという手法である。ここに仕組債・仕組投信が生まれる契機があるのである。

しかしながら、顧客は、まさか自分が保険会社のような立場に立たされているとは思わない。おなじみの債券(公社債など)や投資信託だと思い込んでいるのである。

よって、このような誤解を招きかねない仕組債のリスクを真に理解するためには、このような仕組みで組成されている商品であること、すなわち、埋め込まれているデリバティブについての理解が不可欠であり、どの指数がどのような動きをすることに賭けているのかどうかを把握しなければならない。売り手は、これを理解する能力、知識、経験がある顧客にのみ販売でき、かつ、そのような場合でも、実践に耐えるだけの理解を得るための、相当高度かつわかりやすい説明を行わなければならないのである。

4 仕組責任

しかしながら、上記第2で見たとおり、そうではない顧客に売られ、また、十分な説明がなされなかったどころか誤解を招くような説明がなされるというケースが相次いでいるのである。

これは、たまたま証券会社のある特定の担当者がよくなかった、とか、そのような特殊な問題ではなく、むしろ、より構造的な問題であり、そもそも顧客の誤解を招きやすい、かつ、十全な説明をすることが極めて困難な「魅力的な」(むしろ、

実際に「魅力的」なのはうまみを楽しむ証券会社にとってであろう)仕組債なるものを組成したということそれ自体に根本的な責任があるのではないだろうか。

例えば、家電メーカーが、テレビの画質を美しくするのに、最新の素材や技術を使うのは非常に立派なことであり、正当な企業努力である。しかしながら、証券会社が、単に顧客に対する見せかけだけの有利さを演出するためにデリバティブという技術を用いるのは、果たして正しいことなのだろうか。魅力的な外見であるにもかかわらず、他方で、従業員が説明義務を十分果たせない、大多数の顧客が理解できない、そしてなにより大きな損失を被る可能性が非常に高い商品は、まさに「通常有すべき安全性」を欠くのではないだろうか。問われるべきは、このような商品を組成販売した仕組責任である。これに対して、「顧客のニーズがあるから」「顧客が高金利商品を求めるから」という声しか聞こえないようでは、この業界では、製造物責任法的な発想があまりに乏しいと言わざるを得ない。

第4 おわりに

このようなデリバティブ取引・商品をめぐる紛争が多発したことを受け、金融庁は、平成22年9月13日に「デリバティブ取引に対する不招請勧誘規制のあり方」を公表し、さらに、平成23年4月には、監督指針を改正してデリバティブ取引の販売・勧誘態勢の強化をはかっているところであるが、ある一定の商品については組成や販売すること自体を規制するような動きはいまだ見られない。

さて、上記の裁判例における買い手はいずれも個人や私企業であるが、このような被害は、実は、地方公共団体をはじめとする公的団体や大学、年金運用団体などにも広まっているのである。とりわけ、上記第2、4のTARNsが引きおこすような長期塩漬けリスクについては、リスクが見えづらく、ことによると数十年後に損失が判明するおそれがある。

なお、地方公共団体が仕組債で大きな損失を被った事例として世界的に有名なのは、インバースフローター等のハイリスク仕組債等への投資によって破綻したカリフォルニア州オレンジ郡である²。このような破綻を迎える団体企業が多発する前に、デリバティブ商品による被害の救済や、より強力な販売規制がいち早く行われなければならない。

- 1 なお、このような「有利性の演出」のテクニックが、さまざまなかたちで、個々の商品の現実の危険性とのギャップを覆い隠していることについては、清水俊彦「デリバティブ損失問題の深相(1)～(21)」NBL915号～940号(2009～2010)に詳しい。
- 2 可児茂『デリバティブの落とし穴』69頁(日本経済新聞社、2004年)

国際裁判管轄に関する 改正民事訴訟法の解釈上の問題

弁護士 北村 幸裕

1 はじめに

これまで日本法には、渉外紛争において、いかなる場合に日本の裁判所が管轄権を有するかという国際裁判管轄について、明文の定めがなかった。

管轄権は、訴えを提起する場合にどの裁判所に提起すべきかという、いわば紛争当事者にとっては紛争解決の入口の問題であるから、明確なルールが必要である。ましてや、国際裁判管轄においては移送による調整が出来ない以上、管轄権が存するか否かという二者択一の判断しかありえないことから、否定された場合の当事者の不利益は大きく、ルールの明確化は強く求められる。

このような事情を背景として、国際裁判管轄に関する定めが盛り込まれた「民事訴訟法及び民事保全法の一部を改正する法律」が平成23年5月2日交付されるに至った。当該法律は、交付から1年以内に施行されるとのことである。

以下、当該改正法において、今後解釈上問題となることが予想される点につき、筆者なりに検討を加えることとする。

2 特別の事情の解釈について

(1) 従来の最高裁判決の判断基準とその問題性

前述のとおり、国際裁判管轄の明文規定がなかったことから、当該管轄を判断するにあたっては、最高裁が提示した基準に則り、管轄権の有無を判断していた。

すなわち、最高裁は、いわゆるマレーシア航空事件判決¹において、管轄権の有無は、「当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念により条理」に従って決定するのが相当であるとし、「民訴法の規定する裁判籍のいずれかがわが国内

にあるときは、これらに関する訴訟事件につき、被告をわが国の裁判権に服させるのが右条理に適用ものというべきである。」として、民訴法上、土地管轄が認められる場合には、日本の裁判所の管轄を認めるべきとの明確な基準を提示した。

ところが、その後、下級審判決で、上記最高裁判決の基準を前提としつつ、民訴法上の土地管轄が認められたとしても、特段の事情が認められる場合には、日本の裁判所の管轄権を否定する判断がなされるようになった。そして、最高裁²は、「我が国で裁判を行うことが当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念に反する特段の事情があると認められる場合には、我が国の国際裁判管轄を否定すべきである。」として、「特段の事情」がある場合には、民訴法の土地管轄が認められたとしても、日本の管轄が否定される場合を肯定し、これらの下級審判決の基準を肯定するに至った。

当該最高裁判決では、「民訴法上の土地管轄が認められる」という原則的な当てはめを省略して、「特段の事情」に該当する事情を総合考慮することによって、日本の管轄権を否定する結論をとったことから、以降、管轄権の有無を判断するにあたって、「特段の事情」が重視され、多種多様な事情が考慮されるようになった。

その結果、上記のとおり、国際裁判管轄ルールは明確性を強く要求されるものでありながら、日本におけるルールは明確性に欠けると評価しうる状況にあった。

(2) 改正民訴法における基準の明確化と問題点

これら従来の判例上の基準の問題点を踏まえて、改正民事訴訟法では、日本の裁判所に管轄権を認める場合を明文化して³、国際裁判管轄の明確化が図られた。

その一方で、上記定めにより日本の裁判管轄を認める場合であっても、「特別の事情」がある場合には、訴えが却下になることがあるとした(改正法3条の9)。

つまり、当該改正法の規定は、原則と例外を明確にすることにより、ルールの明確化を図ろうとしたものと考えられる。

法制審議会の議論⁴によると、この「特別の事情」として考慮すべき具体的な事情として、「事案の性質」、「当事者の住所」、「尋問を受けるべき証人の住所、使用すべき検証物の所在地」を例示して

いるが、これらに限られるものではないとされている。

そのため、今後「特別の事情」の解釈においては、従来の判決の基準と同様に、様々な事情を考慮される余地があり、例外的な事情であるはずの「特別な事情」が拡大解釈され、予測可能性が損なわれることになるおそれがありうる。

この点については、改正民訴法下における今後の裁判例の集積を待つ必要があるが、既に述べたとおり、管轄権の規定は明確である必要があることからすると、「特別の事情」を拡大解釈するのではなく、むしろ限定的に解釈することで、従来よりも明確なルールの下、国際裁判管轄が判断されることになることを期待したいところである。

3 管轄の有無を判断する場合の立証すべき事実とその程度

(1) 従来の判例による基準

また、当該改正法には、管轄権の有無を判断するにあたって、いかなる事実をどの程度立証すれば良いのかについては何らの規定も置かれなかった。このうち、不法行為地に基づく管轄権を主張する場合には、立証事実及びその程度によっては、管轄原因の審理と本案の審理が重複する可能性がある。

この点について、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟で最高裁は、「原則として、被上告人が我が国においてした行為により原告の法益について損害が生じたとの客観的事実関係が証明されれば足りる」と判示した⁵。

上記判決の表現を分析すると、不法行為地管轄の有無を判断する際には、①被侵害利益の存在、②被侵害利益に対する行為、③損害の発生、④上記②と③の因果関係の立証が必要とされているように読める。

しかしながら、故意過失等の主観的要件の立証は不要としても、不法行為においては、行為態様等から事実上故意過失が推認できる場合が多いことから、上記事実の立証を求めた場合には、實際上、管轄原因の審理と本案の審理が重複することになる事案が多いと思われる。しかし、果たしてこのような判断の重複を認めることが妥当だろうか。

この問題を解釈するにあたり、近時の知財高裁の判断が参考になる⁶。

(2) 判決の概要

この事案は、日本法人で肩書地に本店を有する

会社Xが、大韓民国法人で肩書地に本店を有する会社Yに対し、Xの有する日本特許権に基づき、①特許法100条1項に基づく被告物件の譲渡の申出の差止めと、②不法行為に基づく損害賠償金300万円を求めたところ、Yが本案前の抗弁として、我が国における国際裁判管轄を否定して争った事案である。

判決では、『「不法行為があった地」とは、加害行為が行われた地(「加害行為地」)と結果が発生した地(「結果発生地」)の双方が含まれると解されるところ、本件訴えにおいて控訴人(一審原告)が侵害されたと主張する権利は日本特許権であるから、不法行為に該当するとして控訴人が主張する、被控訴人(一審被告)による「譲渡の申出行為」について、申出の発信行為又はその受領という結果の発生が客観的事実関係として日本国内においてなされたか否かにより、日本の国際裁判管轄の有無が決められることになると解するのが相当である。』とした。

すなわち、上記最高裁判決の要件のうち、①被侵害利益の存在及び②被侵害利益に対する行為の立証のみを要求し、③損害の発生及び④上記②と③の因果関係については、その立証を求めなかった。

(3) 検討

当該判決がこのような結論に至った理由については、事案が差止訴訟であるところ、特許法の要件上、損害発生のおそれですることから、③損害の発生の立証を要求しなかったと解釈することは可能である⁶。

しかしながら、仮にそうであれば、「損害の発生」に代えて「損害の発生のおそれ」についての立証を求めるのが妥当であるが、当該判決はその立証も求めていない。そのため、当該判決は、差止訴訟の特殊性に着目したものと解するのは妥当ではないように思われる。

むしろ、管轄権の有無は、日本の裁判所で判断が出来るか否かという問題であり、原告の請求が認められるか否かという本案審理の論理的前提であることから、本案審理との重複を極力避けるために、あえて上記要件の立証を求めなかったと解すべきではなかろうか。

上記平成13年最高裁判決は、事案の性質上、上記4事実が容易に立証されていたことから、上記表現が用いられたに過ぎず、あらゆる事案に妥当

する普遍的な要件として判示したと考えるべきではない。

むしろ、本判決こそ、不法行為地に基づく裁判管轄を主張する際の原則的ルールを判示したものと考えるべきであり、当該場合に立証すべき事実は、①被侵害利益の存在及び②被侵害利益に対する行為のみで十分であると思料する。

4 最後に

以上、国際裁判管轄に関する改正法について、個人的に問題と考えられる部分を検討した。いずれも私見にすぎないが、改正法の解釈にあたって、何らかの参考になれば幸いである。

- 1 最判昭和56年10月16日民集35巻7号1224頁
- 2 最判平成9年11月11日民集51巻10号4055頁
- 3 法務省HP参照
(<http://www.moj.go.jp/content/000032469.pdf>)
- 4 法務省HP参照
(部会：http://www.moj.go.jp/shingil/shingi_kokusaihousei_index.html)
(中間試案の補足説明：<http://www1.doshisha.ac.jp/~tradelaw/UnpublishedWorks/ExplanatoryNoteOnBillOfJurisdictionAct.pdf>).
- 5 最判平成13年6月8日判例タイムズ1066号206頁
- 6 知財高裁判平成22年9月15日判例「批判」タイムズ1340号265頁

米国における抱合わせ取引規制と知的財産権

弁護士 坂田 均

1 はじめに

1970年代、司法省は、特許権実施行為と反トラスト法の関係について、いわゆる「ナイン・ノー・ノーズ(Nine No-No's)」といわれるリストに従って「当然違法の原則(per se rule)」を採用していた。そのリストには、例えば、抱合わせ取引、無償グラントバック条項、特許製品の再販売に対する制限行為など9種類の行為類型が挙げられており、当該取引、条項または制限行為に該当することが明らかになれば、その競争制限効果を検討することなく当然違法と認定されていた。

ところが、レーガン政権の誕生とともに独占禁止法政策にも変化がみられ、1985年、司法省反トラスト法担当副局長ロジャー・アンデウェルトは、「9条

項に規定されている行為類型は、いずれも潜在的には競争促進的な実施許諾行為である。」として、司法省が同リストを放棄することを宣言した¹。

1995年、司法省および連邦取引委員会は、「知的財産権の実施許諾に関するガイドライン(Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)」を公表した。このガイドラインの基本的政策も、レーガン政権の政策を承継したもので、特許実施許諾行為の親競争的な側面を重視している。知的財産権は競争品などを排除する力を有するが、ガイドラインでは、特許権者ら知的財産権の保有者が知的財産権を保有すること自体で「市場支配力(market power)」を有すると推定されることはない(同ガイドライン2. 2)。

2 抱合わせ取引 (1) 1995年ガイドラインの立場

ガイドラインでは、抱合わせ取引を、ある製品の販売を他の製品の購入を条件とすること、或いは第三者から他の製品を購入しないことを条件とする合意をいうと定義している(同ガイドライン5. 3)²。そして、司法省らがその行為に関心を持つための要件を3つ定めている。①抱合せる製品に市場支配力があること、②その取扱いが抱合せられる製品の関連市場において反競争的效果を有すること、③その取扱いの効率の正当性が反競争的效果を上回らないことである。

3 抱合わせ取引 (2) 判例の立場

連邦裁判所は、International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 382 (1947) (この事件では、特許製品の借主が非特許塩製品の購入を要求されたことがシャーマン法1条及びクレイトン法3条に違反するとされた)で、当然違法のルールを採用して以降、この立場を維持しているといわれてきた³。

ところが、Jefferson Parish Hospital Dist. No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984) (病院で手術を受ける患者(タイピング)が病院と契約している麻酔医の麻酔を受けることを条件としていること(タイド)が抱合わせ取引であるとされ問題になった)では、連邦最高裁判所は、形式的には、当然違法のルールは維持しながらも、具体的適用においては、①地域の70%の患者が異なる病院にかかっていることを理由に、病院には市場支配力がなく当然違法のルールを適用する基礎がないとし、②当該取引が、合理性なく競争制限的であるとの十分な証拠もないとして、同ルールの適用を否定している。当然違法のルールを採用しながら、実際には競争制限効果について抗弁を認

めている⁴。このことから、裁判所は、実質的には、「合理の原則(the Rule of Reason)」を採用したともいえる。この点について、オコナー裁判官は、補足意見の中で、「このように抱合わせ事例における当然違法の原理は、排他的取引におけると同様に、合理の原則の下で、常に、当該取扱いの経済的効果についての詳細な調査を要求する。」として同様の見解を明らかにしている。

また、Illinois Tool Works v. Independent Ink, Inc., 547 U.S. 28 (2006) (イリノイ・ツールワーク社及び子会社の製造する特許製品である印刷用圧電性インク・ジェットプリント・ヘッド、特許製品であるインク容器の販売に関して、非特許製品であるインクを抱合わせた取り扱いが問題になった)で、連邦最高裁判所は、初めて、特許権者の市場支配力の推定を否定し、「全ての抱合わせ取引の事案で市場支配力は証明されなければならない」と判断した。これによって、連邦最高裁判所も、知的財産権者の市場支配力に関して上記ガイドラインと同様の立場を確認するに至った。

なお、連邦最高裁判所は、抱合わせ取引の本質を、抱合わせる製品市場における支配力を抱合せられる製品市場へ転用させ支配するものと理解し、いわゆる「影響力(Leverage)」説の立場に立つといわれている。同裁判所は、「一つの製品の販売をもう一つの製品の購入と条件づけることによって、売主は、買主に、抱合せられる製品の利点についての独立した判断の放棄を強制し、競争市場における圧力から隔離させる。」と判示している⁵。市場支配力による強制に一つの特徴がある。ガイドラインの立場も同様である。これに対し、ロバート・ボークは、経済分析のシカゴ学派の立場から「抱合わせ取引によって競争が阻害されるということを実証し得る理論は存在しえない。」として、連邦最高裁の立場を批判している⁶。有名なリチャード・ボスナー第7巡回高等裁判所判事も同様の立場に立っている⁷。

- 2 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Service, Inc., 112 U.S. 2071 (1992)が、定義したものを引用している。
- 3 Standard Oil Co. of California v. United State, 337 U.S. 293 (1949) では、抱合わせ取引は競争制限以外の目的は見出し難いとしている。
- 4 川浜昇「独禁法上の抱合わせ規制について」(経済法学会年報11-126有斐閣1990)。
- 5 Time-Picayune Pub. Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953)。
- 6 Robert Bork, Antitrust Paradox (1978) p372。前掲4川浜教授は、「問題となるのはそれによって市場力の発生・維持による死重損失の発生があるかということである。シカゴ学派の論者は、多くの場合これはあり得ず、抱合わせが供給者に利潤増をもたらすとしても、それは既存独占力の利用であって、その発生によるものではないとする。」と説明している。なお、同教授は、「抱合わせのもたらす反競争効果について、これを静的な資源配分上の不効率の発生にのみ認めるシカゴ学派の立場は妥当でない。」と批判している。
- 7 Richard Posner, Antitrust Law 2nd (2001) p198。

1 Christopher R. Leslie, Antitrust Law and Intellectual Property Rights 39 (2011) が、これらの経緯について詳しい。

編集後記

東北大地震と福島原発で罹災された方々、並びに台風12号で被害に遭われた方々の生活が一刻も早く安定しますよう祈念いたします。

今回は、ライブラリーの編集方針を変更し、特集を組んでみました。今後も、面白い分野を特集していきたいと意気込んでおりますので、どうぞご期待下さい。

