

# Oike Library

御池ライブラリー

2012/4  
No.35

## 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

#### 賃貸借 1

|                  |                    |
|------------------|--------------------|
| 1 不動産貸借の種類・態様    | 弁護士 長谷川 彰・・・・・・ 1  |
| 2 契約締結段階         | 弁護士 小原 路絵・・・・・・ 3  |
| 3 敷金、保証金、礼金、権利金等 | 弁護士 北村 幸裕・・・・・・ 6  |
| 4 定期借地権          | 弁護士 井上 博隆・・・・・・ 8  |
| 5 定期借家権          | 弁護士 住田 浩史・・・・・・ 11 |

|       |                                                                                                     |                    |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|
| 会社法   | 企業不祥事と第三者委員会                                                                                        | 弁護士 草地 邦晴・・・・・・ 13 |
| 米国特許法 | 米国特許法における権利消尽の法理                                                                                    | 弁護士 坂田 均・・・・・・ 16  |
| 金融法   | 請負人の建物敷地に対する商事留置権の成否                                                                                | 弁護士 永井 弘二・・・・・・ 20 |
| 金融法   | 預金債権の差押命令の申立において全店順位方式が認められるか<br>－最高裁平成 23 年 9 月 20 日第三小法廷決定とその後－                                   | 弁護士 上里美登利・・・・・・ 23 |
| 金融法   | 預金・金融商品を共同相続した相続人からの請求と金融機関の対応                                                                      | 弁護士 茶木真理子・・・・・・ 25 |
| 不法行為法 | 「損害」の把握と算定－人身被害における包括請求の活用                                                                          | 弁護士 増田 朋記・・・・・・ 27 |
| 民法    | 弁護士費用の賠償と弁護士費用特約との関係                                                                                | 弁護士 谷山 智光・・・・・・ 30 |
| 保険法   | 請求権代位に基づく求償債権の消滅時効の起算点<br>－東京地判平成 23 年 9 月 20 日(金融・商事判例 1382 号 57 頁)－                               | 弁護士 相井 寛子・・・・・・ 32 |
| 消費者法  | いわゆる冠婚葬祭互助会の積立金の解約金条項につき一部を無効として当該条項の<br>一部の使用差止を認めた消費者団体訴訟による差止判決<br>－京都地判平成 23 年 12 月 13 日裁判所 HP－ | 弁護士 長野 浩三・・・・・・ 35 |
| 家族法   | 多様な事実婚の保護                                                                                           | 弁護士 福市 航介・・・・・・ 37 |

## 1 不動産貸借の種類・態様

弁護士 長谷川 彰

### Q1-1 使用貸借か賃貸借か

親から相続したマンション一戸を固定資産税とマンション管理費を負担させて、親戚の学生に、大学卒業まで使わせています。卒業したら無条件で明け渡してもらえるでしょうか。

#### A1-1

建物（ないしその一部）を貸借する場合、無償で貸す場合を使用貸借、有償の場合を賃貸借と言います。無償と言っても、一切の対価を受け取らないという場合に限定されず、固定資産税やマンション管理費などの実費を借主に負担させるにとどまる場合は、使用貸借であると考えられますので、本問は使用貸借といえます。

使用貸借の場合、期間の定めがなくても、契約に定めた目的にしたがった使用収益が終了することにより、返還義務が生じるので、借主が大学を卒業すれば返還してもらえます。

#### 解説

使用貸借については、民法593条ないし600条の規定が適用される。これに対し、建物賃貸借については、借地借家法（以下「法」という）第3章が適用される。

賃貸借の場合、契約で賃貸借期間の定めがあっても、貸主に正当事由がなければ、契約が更新される（法28条）が、使用貸借の場合、契約に返還時期の定めがあれば、返還時期の到来をもって契約は終了する（民法597条1項）。また、期間の定めがなくても、契約に定めた目的にしたがった使用収益が終了することにより、返還義務が生じる（民法597条2項）。

使用貸借か賃貸借かの区別は、借主が貸主に支払う負担が、建物の使用・収益の対価といえるか否かで判断される。最高裁は、建物の借主がその建物等につき賦課される公租公課を負担しても、それが使用収益に対する対価の意味を持つものと認めるに足る特別の事情のない限り、この負担は、借主の貸主に対する関係を使用貸借と認める妨げとなるものではないとしている（最判昭和41年10月27日民集20巻8号1649頁）。

本問で借主が負担する固定資産税やマンション管理費は、最終的に貸主に帰属するものではなく、金額に

もよるが、使用収益の対価とは認められないと考えられ、大学卒業までの使用収益を目的としているので、上記の通り大学卒業という使用目的の達成により、返還を求めることができる。

### Q1-2 土地の一時賃貸借

私は、郊外に広い土地を所有しております。契約書に「一時使用」であることを明示し、契約期間を2年間として水道業者に事務所兼倉庫を建築する目的でその土地を賃貸した場合、期限が来たら必ず返還してもらえるでしょうか。なお、権利金は受け取らない予定です。

#### A1-2

借地借家法に規定のある一時使用目的の借地権とは、臨時設備の設置その他一時使用のために借地権を設定した事が明らかな場合に限られます。

本問では、水道事業者の事務所兼倉庫を建築する目的で借地権が設定されており、一時使用の目的で借地権を設定したことが明らかであるとまでいえませんから、契約書に「一時使用」と明記されていても、それだけでは一時使用目的の借地権には該当せず、普通借地権を設定したものとして存続期間は30年となります。

#### 解説

法25条は、臨時設備の設置その他一時使用のために借地権を設定した事が明らかな場合には、借地借家法3条（借地権の存続期間）をはじめ同法の規定の大部分の適用を排除している。

借地契約が一時使用を目的として締結されたものであるかどうかは、契約書の字句、内容だけで決められるものではなく、契約書の作成を含めて契約締結に至る経緯、地上建物の使用目的、その構造・規模、契約内容の変更の有無等の諸事情を考慮して判断すべきとした判例がある（東京高判昭和61年10月30日判時1214号70頁）。一時使用か否かを判断する一要素としては、期間の設定がある。最高裁の判例では、10年の借地契約でも一時使用目的を肯定したものがあり（最判昭和36年7月6日民集15巻7号1777頁）、必ずしも短期間の契約でなければ一時使用と認められないとは限らない。

条文上の「臨時設備」の例として、博覧会場、祭典式場、サーカスなど一時的な興行場、建設飯場、選挙事務所などが考えられる。

東京高判平成8年11月13日（判時1589号50頁）は、契約書に「土地一時使用賃貸借契約書」、契約期間2年、

使用目的「仮設事務所用地（但し、ブロック基礎とする）」などと記載され、権利金の授受もなかった事案で、市の指定水道業者が200万円を投じて借地上に建物を新築し、本店事務所兼資材置場として利用していた場合、契約当初から短期間に限って本件土地を借り受ける意思であったとは認められないこと、貸主も早期の本件土地の返還を受けなければならない特段の事情があったとは認められないことを指摘し、一時使用の目的で締結されたことが明らかであるとはいえないとした。

本問の場合も、他の場所に本店兼倉庫を建築する間の一時的な施設を建てる目的で本件借地権を設定したなどの特段の事情が認められない限り、一時使用のために借地権を設定したことが明らかな場合には該当しないと考えられる。

なお、本問のケースでは、存続期間を10年以上30年未満とする事業用借地権（法23条2項）の利用が考えられる。事業用借地権の詳細はQ4参照。

### Q1-3 借地借家法の適用の有無

当社は、スーパーマーケットを経営していますが、その一画を焼きたてパンの店に賃貸しました。売り場面積を広げる計画があるのですが、賃貸借期間が満了したら、明渡を求めることができますか。

#### A1-3

焼きたてパンの店が、スーパーマーケットの部分と、構造上及び利用上の独立性・排他性を有している場合は、借地借家法の適用を受けますが、スーパーマーケットの売り場の一部としてショーケースを設置し、他の場所で焼いたパンを陳列して販売している場合などスーパーマーケットとの独立性・排他性が認められない場合には、建物の賃貸借とは認められないため同法の適用はなく、期間満了により賃貸借契約は終了します。

#### 解説

法は、建物賃貸借に適用される。賃借部分が構造上・経済上・利用上独立している限りは、一棟の建物全部の賃貸借に限らず、建物の一部の賃貸借も法の適用がある。

全体として貸主がその営業のための店舗に使用している建物のうちの一区画を賃貸する場合、法の適用があるか否かは、一般に

①賃貸場所が固定していて、他から明瞭に区画されているか、貸主が売場場所の変更・移動をする権利を

有するか

②デパートなど貸主の名義・商号で営業がなされているか、借主の名義で営業が行われているか

③借主の営業に対する貸主の統制・支配の程度、強弱といったメルクマールが考えられる。これらの要素の組み合わせにより、法の適用の有無が判断される。

デパート内の商品陳列棚の一画を借り、デパートの商号を使用し、デパートの指揮監督の下で物品の販売を行う、いわゆる「ケース貸し」には借地借家法の適用がないとするのが判例（最判昭和30年2月18日民集9巻2号179頁）である。この場合には、民法601条から621条の規定が適用される。

これに対し、スーパーマーケットの部分とは明瞭に区画された焼きたてパンの売り場部分で、長年の間、内装工事費や設備機材等はすべて自己負担の上、独自の経営判断と計算においてパンの製造販売を行っていたという事案について、裁判所は賃借人は（旧）借家法の規定による保護を受けるものと解すると判断した（東京地判平成8年7月15日判時1596号81頁）。

### Q1-4 終身建物賃貸借

私は、現在郊外に内縁の妻と二人暮らしをしています。65歳になりましたので、買い物にも便利な都心の賃貸住宅に転居しようと考えております。終身借家権制度を利用するとバリアフリーの住宅を賃借できると聞いたのですが詳しいことを教えて下さい。なお、妻は58歳です。

#### A1-4

あなたが死亡したときに賃貸借契約が終了するという条件で、終身建物賃貸借契約を結ぶことができます。奥様は、60歳未満でもかまいませんし、内縁関係でも資格があります。あなたがお亡くなりになった場合、賃借権の相続はできませんが、奥様は引き続き1ヶ月間その借家に居住することができ、その間に家主に継続して居住したい旨申し出ることによって、新たに終身建物賃貸借契約を結ぶことができます。

#### 解説

1 終身建物賃貸借制度とは、高齢者の居住の安定確保に関する法律（平成13年成立、平成23年6月改正。以下「高齢者居住法」という）52条以下に定められた、高齢者単身・夫婦世帯等が終身にわたり良好な居住環境が確保された賃貸住宅に安定的に居住することができる仕組みとして、借家人が生き延び限り存続し、死亡したときに終了する借家人本人一



代限りの借家契約を結ぶことができる制度である。

終身建物賃貸借契約には、借地借家法は適用されない。

## 2 終身建物賃貸借契約の要件

- ①終身建物賃貸借契約を締結するには書面によって行わなければならない(高齢者居住法52条)。
- ②終身建物賃貸借契約の賃貸人は、都道府県知事の認可を受けなければならない(同法52条～55条)。
- ③建物は、一定の要件を満たしたバリアフリー住宅であることが必要である(同法54条1項1号)。
- ④借家人となろうとするものは60歳以上の高齢者でなければならない、同居する者も配偶者もしくは60歳以上の親族に限られる(同法52条)。配偶者については、婚姻の届け出をしていないが事実上夫婦と同様の関係にあるものを含む(同法7条1項4号)。
- ⑤賃貸借契約は、借家人が死亡したときに終了する、不確定期限付き賃貸借契約である(同法52条)。

## 3 借家人が死亡した場合の同居人の保護

- ①借家人であった高齢者の死亡後も、同居していた者は、借家人の死亡を知ったときから1ヶ月を経過するまでの間は、引き続き当該建物に居住することができる(同法61条1項)。
- ②同居人は、上記1ヶ月の間に賃貸人に引き続き居住する旨を申し出れば、賃貸人はその同居人と終身建物賃貸借契約または期限付き死亡時終了建物賃貸借契約を締結しなければならない(同法62条1項)。

ここで、期限付き死亡時終了建物賃貸借契約とは、同法57条に規定のある契約で、借地借家法38条1項による契約更新がなく、期間が定められた契約であり、かつ、期間満了前でも借家人が死亡すれば終了するという賃貸借契約である。

### <参考文献>

幾代・広中編「新版注釈民法(15)増補版」(有斐閣平成8年)681頁以下

## 2 契約締結段階

弁護士 小原 路絵

### Q2-1 契約書の内容検討

今般、マンションを借りることになりました。賃貸借契約を締結するに際して、契約書の内容で注意すべき点はありますか。

#### A2-1

賃料や契約期間などの基本的項目(契約書の頭書に一覧表で記入されることが多いです。)以外に、何が借主の義務や責任とされているかに注意する必要があります。また、国土交通省が賃貸住宅標準契約書(改訂版。平成24年2月10日公表)を公開していますので([http://www.mlit.go.jp/report/press/house03\\_hh\\_000069.html](http://www.mlit.go.jp/report/press/house03_hh_000069.html))、これと比べてみることもできます。  
解説

上記国土交通省の標準契約書でも、契約書の頭書に、賃貸借の目的物、契約期間、賃料等を記載するようになっている。これら基本的項目以外に、契約書本文中で定められる借主の禁止行為、修繕義務、解除事由、貸主の立入、保証人の責任範囲などに注意する必要があります。

また、住居用でなく事業用で賃借する場合は、事業上予想される使用方法が、借主の禁止行為に抵触しないかも検討する必要がある。

他方、貸主側としては、借主が事業者でない場合、消費者契約法の不当条項とならないよう配慮しながら、無催告解除条項や明渡し後の残置物の所有権放棄条項などを盛り込むことを検討してもよい。しかし、後者の条項については、消費者契約法だけでなく、本来ならば強制執行によって処理されるべきであり、退去した元借主に引き取らせる努力を何ら行わず、同条項があるからというだけで、残置された高価な動産等を所有権が放棄されたとして扱うのは、「自力救済の禁止」に反したとして公序良俗(民法90条)に反し無効とされるおそれもある。

なお、事業者間の賃貸借契約では、上記標準契約や消費者契約法にとらわれず、比較的自由的な契約内容を合意できる。

さらに、貸主は、借主が暴力団等の反社会的勢力と判明した場合等の解除条項を定めることもでき、上記

標準契約書（改定版）7条、8条3項及び10条4項にもこの文言が組み込まれた。

## Q2-2 契約の成立時期

契約書はまだ交わしていませんが申込金を払いました。しかし、他にいい物件が見つかったのでキャンセルしたいと思います。申込金は戻ってくるのでしょうか。また、いつ契約が成立したと考えられますか。

### A2-2

賃貸借契約の成立時期は、借主・貸主の合意が整った時点です。通常、申込金を支払っただけでは、まだ契約は成立していません。申込金の返還については、申込金支払い時の返還に関する定めによります。

#### 解説

申込金の支払いをもって契約が成立するなどという文言がなければ、申込金（又は「申込証拠金」等）とは、通常、賃貸借契約を申し込む側（通常借主）が、契約成立までの間、貸主が目的物件を他者に賃貸しないよう、申込者が優先的に賃貸借契約を締結することができるために支払われる金員と考えられる。そして、通常、この申込金は、契約成立後に支払う第一回目の賃料等に充当される扱いが多い。

契約書に契約成立時期について明確な条項がなく、申込金の性質についても言及がない場合、申込金支払い後に、契約締結までに検討・交渉する事項が残されているなど、未だ契約成立といえる段階に至っていない場合には、上記申込金の通常の性質等からして、未だ契約が成立していないと判断されることが多いと考えられる。この場合、契約が成立していないため、当事者はいつでも申込の撤回ができるが、支払い済みの申込金については、通常支払時に返還する場合としない場合を定めていると考えられ、返還の有無はその合意に基づくことになる。かかる申込金返還に関する合意がない場合、契約成立前であれば、かかる申込金は単なる預かり金として、返還が認められる可能性が高いと考えられる。

他方、契約成立直後の解除は、契約書中に定められた解除条項によることになり、そこで返還が定められている敷金を除き、返還の定めがなく、また賃料に充当されたような申込金の返還は難しいと考えられる。

逆に、借主側が契約締結直前になってキャンセルしてきた場合、その間貸主が他の申込を断るなどして空室を確保していたなどの損害を請求できるかという問題もある。契約準備段階の過失については、信義則に

より信頼利益の賠償に限定されると考えられており、家賃相当の逸失利益の賠償は難しいと考えられる。

契約当事者としては、申込金支払い前に、返還に関して明確に定めておくことが大切である。

## Q2-3 修繕義務・瑕疵担保責任

賃貸マンションに入居しましたが、雨漏りがします。貸主が補修してくれるのでしょうか。また、解除できるのでしょうか。

### A2-3

契約に特段の合意がない以上、貸主が補修義務を負います。また、雨漏りが入居前には明らかになっておらず、入居後判明したなどの場合、雨漏りにより、住居としての使用が困難になるなどしていれば、瑕疵担保責任に基づいて解除又は損害賠償請求ができます。

#### 解説

契約書で補修に関し特段の合意をしていない以上、民法606条1項により、貸主が賃貸物の使用に必要な修繕の義務を負う。また、借主が、貸主が負担すべき修繕に必要な費用を支払った場合は、貸主に対して、必要費の償還請求をすることができる（民法608条1項）。

また雨漏りが、契約時には判明していないなど隠れた瑕疵にあたり、これにより住居としての機能を有さないなど契約の目的を実現することができない場合、民法559条、570条、566条により瑕疵担保責任に基づいて、解除又は損害賠償請求ができる。

なお、補修に関する明文の合意のない場合でも、借主に補修義務を負わせる代わりに賃料を低額にしていると認定された場合に、貸主の民法上の補修義務を否定した裁判例がある（大阪地判昭和40年4月15日判タ180・127）。さらに、借主の補修義務を合意したとしても、その内容によっては、かかる合意の全部又は一部が信義則や消費者契約法で無効とされる恐れもある（最判昭和43年1月25日判時513・33は、『入居後の大小修繕は賃借人がする』との合意に関し、単に貸主の補修義務を否定したに過ぎず、借主が一切の汚損、破損箇所を自己の費用で修繕し、賃借当初と同一状態で維持すべき義務がある趣旨でないとした。）。

## Q2-4 仲介業者の役割

Q2-3の場合で、仲介業者は何をしてくれるのでしょうか。その責任範囲はどこまでと考えられますか。

## A2-4

仲介業者が雨漏りの事実を知ってこれを秘して仲介した場合には、損害賠償責任を負う場合があります。知らなかった場合に、調査義務に反したとするのは、瑕疵の程度や明白性にもよりますが、難しいと考えられます。

## 解説

宅地建物取引業法 35 条 1 項は、宅地建物取引業者に、各号に定める事項について重要事項記載書面交付説明義務を定めている。また、同 47 条 1 号は、故意に事実を告げず、また不実告知をすることを禁じている。仮に、仲介業者が雨漏りの事実を知ってこれを告げていない場合は、これに反することとなる（47 条について罰則あり。）。また、この業法違反により、貸主と連帯して不法行為責任を負うと考えられ、仲介契約という準委任契約の債務不履行責任を負うとも考えられる。

他方、知らなかった場合に、どこまでの調査義務を負うかについて、貸主等の権限に関する事項や権限の瑕疵に関する事項については、専門家として調査・説明義務を負うと考えられる（接道要件を満たさない土地の売買について義務違反が認められた、大阪高判平成 11 年 9 月 30 日判タ 1042・169、大阪高判平成 20 年 1 月 23 日欠陥住宅判例 5・362）。他方、物的瑕疵については責任を否定した裁判例もあり（これも売買の事例だが、鉄骨の構造強度不足について大阪地判平成 11 年 6 月 30 日欠陥住宅判例 1・62）、一見明らかな瑕疵などを除き、全ての瑕疵について調査義務を負うとするのは難しいと考えられる（なお、軟弱地盤であることを認識しながら説明をしなかったとして、不等沈下が認められる土地の売買について、不法行為責任を認めた東京地判平成 13 年 6 月 27 日欠陥住宅 2・34）。

## Q2-5 借主の信用情報

賃貸借契約を申し込みましたが、貸主が私の信用情報等を取得して審査することがあるのでしょうか。

実は昔、賃料の滞納が原因で賃貸借を解除されたことがあるのですが、貸主がこれを知ることはあるのでしょうか。

## A2-5

過去に借主が保証人として保証会社を利用しており、次の賃貸借でも保証会社を利用する場合、過去の賃料滞納による代位弁済等の情報を次の貸主が知る場

合もあります。また、賃料の支払いにクレジットカードを利用するなど信販会社を通じて契約する場合、これまでのクレジットカードの利用に関して金融機関や信販会社が取得したローンやクレジットカードの支払いに関する滞納等の信用情報（破産に関する情報を含む。）を、賃貸物件の貸主が知る可能性もあります。

## 解説

信用情報とは、通常、金融機関や信販会社が取得した、ローンやクレジットカードの支払いの滞納情報や破産などの手続に関する情報等と考えられる。これらの情報は、信用情報機関が保有しており、そこに加盟する金融機関や信販会社しか知ることができない。よって、一般の賃貸物件の貸主がこれを知ることとはできないと考えられる。しかし、賃料の支払いをクレジットカードで行うことが契約条件となっているなど、信販会社を通じて契約している場合は、この信販会社が加盟する信用情報機関の信用情報を貸主が知ることも考えられる。ただし、その場合は、信用情報の提供につき、契約書に何らかの条項が盛り込まれていると考えられる。

また、過去に借主の保証人として保証会社を利用しており、次の賃貸借でも保証会社を利用する場合、これら保証会社が一般社団法人全国賃貸保証業協会に加盟している場合、この協会が保有する賃料滞納後の代位弁済等に関する情報を貸主が知ることも考えられる（<http://jpg.or.jp/database01.html>）。

さらに、破産や個人再生にかかる裁判所の決定は、官報に掲載され、一般に公開されるため、これを取得した者がその情報を得ることも考えられる。ただ、この官報の情報はその取得を業としている者でもない限り、一般の者がその情報を知っていることはまれである。よって、例えば、破産した親族を保証人にしようとする場合、上記の通り、貸主側が破産の情報を知ることとはまれであり、保証人となることを拒まれる可能性は低い。

## &lt;参考文献&gt;

東京弁護士会不動産法部編「マンション・オフィスビル賃貸借の法律相談」（株式会社青林書院2008年発行）  
太田秀也「賃貸住宅管理の法的問題－原状回復・修繕・契約成立・更新料－」（株式会社大成出版2011年）  
横浜弁護士会「建築請負・建築瑕疵の法律実務－建築紛争解決の手引き」（株式会社ぎょうせい、平成16年再版）



### 3 敷金、保証金、礼金、権利金等

弁護士 北村 幸裕

#### Q3-1 敷金

マンションを借りようとしたところ、敷金を請求されました。敷金とは何ですか。

#### A3-1

敷金は、不動産の賃貸借契約を締結するときに、借主から貸主に交付される金員で、未払賃料や原状回復費用等、借主が不動産を明け渡すまでに発生する借主の債務を担保するものです。

借主が不動産を明け渡すと、借主の債務を清算して、残額が返金されます。

#### 解説

##### 1 敷金の定義

建物賃貸借における敷金につき、最高裁判所は、「賃貸借存続中の賃料債権のみならず、賃貸借終了後家屋明渡義務履行までに生ずる賃料相当損害金の債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することのあるべき一切の債権を担保し、賃貸借終了後、家屋明渡がなされた時において、それまでに生じた右の一切の被担保債権を控除しなお残額があることを条件として、その残額につき敷金返還請求権が発生するもの」と定義している(最判昭和48年2月2日民集27巻1号80頁)。

このように、敷金は、貸主にとっては、借主の債務を担保する機能を有している。また、敷金返還請求権は、目的物が明け渡されて初めて発生するものとされ、目的物の明渡しと敷金の返還は同時履行の関係にない(明渡しが先履行)とするのが上記最高裁判決からの帰結である。

##### 2 敷金が担保する原状回復費用の範囲

居住用の建物賃貸借における敷金が担保する原状回復費用の範囲は、最高裁判例(最判平成17年12月16日判例タ1200号127頁)等を参考にして、国土交通省が作成した「原状回復をめぐるトラブルとガイドライン」(再改訂版)が参考になる<sup>1</sup>。このガイドラインによると、賃借人は、特約のない限り、賃借人の故意・過失、善管注意義務違反、その他通常の使用を超えるような使用による損耗・毀損のあった場

合に、原状回復費用を負担しなければならない。この現状回復費用が敷金から差し引かれることになる。

例えば、畳の変色、フローリングの色落ち、壁等の画鋏・ピンの穴、全体的なハウスクリーニング等に要する費用は借主が復旧すべきとはいえないことから、敷金によって担保されない。一方、床・壁の落書き等に代表される故意による損傷、重量物の掲示のためのねじ穴等で下地ボードの貼り替えが必要なもの等は、借主が復旧すべきものであることから、敷金によって担保される範囲に含まれるといえる。

#### 3 敷引特約

関西や福岡等の一定の地域では、賃貸借契約締結時に敷金の一部を返還しないとする特約(敷引特約)が締結されることがあるが、借主が消費者である場合、消費者契約法10条との関係でその有効性が争われている。

この問題につき、最高裁は、「消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、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、消費者契約法10条により無効となる」としつつ、月額賃料9万6000円、敷金40万円のうち控除額が契約経過年数により18万円から34万円、礼金なし、2年更新で1月分賃料相当額の更新料発生という事案で、敷引特約を有効と判断した(最判平成23年3月24日判タ1356号81頁)。

#### Q3-2 保証金

当社の事務所として使用するため、貸しビル業者からオフィスビルを賃借しようとしたところ、保証金の5割は賃貸借契約が終了しても返還されないとの条項がありました。契約期間は10年ですが、2年で解約した場合も5割は返還されないのでしょうか。

#### A3-2

事業者間での契約であるため、原則として、この特約は有効であり、途中解約した場合であっても返還されないと考えられます。

#### 解説

このような保証金を返還しない約定(以下、「不返還特約」という。)は、賃貸借契約が終了した場合、

新規テナントの募集費用、貸室修繕、模様替えの費用、空室期間中の賃料収入の填補等、賃貸人の経済的負担を回避するため定められる。また、借主側の事情によって、短期間で契約が終了することを抑制のためという違約金的な意味合いも含まれている。

このような特約は、当事者の自由な意思に基づいてなされているのであるから、原則として有効と考えられるが、短期間で賃貸借契約が終了した場合に、高額を保証金を控除されることが不当といえる場合には、その有効性が問題となる余地がある。

そのため、ビル全体としての空室の危険性の程度、借主の事業の永続性等の事情を考慮して、各場合に適した契約条項を作成することが望ましい。

例えば、契約終了までの期間が長くなるほど控除額を低額にする条項、賃貸借の終了事由毎に控除額を区別する等の条項等、できるだけ明確な条項となるように貸主と交渉すべきである。

### Q3-3 礼金・権利金

賃貸借契約を締結する際、礼金や権利金というお金が請求される場合がありますが、これらのお金はどういうものですか。

#### A3-3

一般的に、礼金とは、賃貸借契約を締結する際に、借主が貸主に対して支払う謝礼、権利金とは、不動産の賃貸借契約を締結する時点で借主から貸主に対して交付される金員をいうとされています。いずれも貸主が返還を要しない金員ですが、その性質については必ずしも明確ではありません。

また、その有効性についても、礼金を支払う約束を無効とする下級審判決があり（東京地判平成23年2月24日公刊物未登載）議論がなされています。

#### 解説

礼金・権利金ともに法的性質は不明確であり、学説上は大きく分けて、①営業または営業上の利益（造作・のれん等）の対価とする説、②賃料の一部前払いとする説、③借地・借家権そのものの対価とする説、④場所的利益に対する対価とする説、⑤賃借権に譲渡性を付与した対価とする説がある<sup>2</sup>。

いかなる性質を有しているかは、契約書の解釈によって確定される。有効性について議論がなされていることからすると、礼金・権利金の条項を定める場合は、契約書の記載からその法的性質が明らかになるようにしておき、有効性に疑義が生じないように注意す

べきと考える。

### Q3-4 更新料・更新事務手数料

マンションを借りる際、契約期間が満了した後も引き続き借りる場合には、更新料や更新事務手数料が必要になると説明されました。更新料・更新事務手数料とは何ですか。

#### A3-4

いずれも、賃貸借契約の更新の際に借主から貸主に対して交付される金員で、一般的に賃貸人が返還を要しないものをいうとされています。このうち、契約更新時の事務費用を更新事務手数料といいます。

これらの費用については、借主と貸主で合意しておかなければ貸主は請求できません。一般には、契約締結時にその内容を定めます。

#### 解説

##### 1 更新料

更新料条項に関しては、借主が消費者である場合、消費者契約法10条との関係でその有効性が争われている。

近時の最高裁判決は、更新料の法的性質につき、「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」とし、一年更新で、更新料を賃料の2カ月分とする賃貸借契約に一義的かつ具体的に記載された更新料条項の有効性につき、「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特段の事情がない限り」有効であると判断した（最判平成23年7月15日裁判所HP）。

##### 2 更新事務手数料

一方、更新事務手数料条項については、下級審判例ではあるが、無効としたものがある（京都地判平成23年10月25日公刊物未登載）。同判決の理由では、①賃貸借契約の合意更新に関する費用は、民法559条本文、558条によれば当事者が等分に負担すべきところ、当該特約によって借主は民法の規定による場合の数倍ないし十倍以上の金額を負担することになること、②更新事務手数料を借主負担とする約定が一般化しているとは解されないこと、③貸主が実際に要した事務費の2分の1を借主に求償できること等の事情が挙げられていた。

今後の判例の集積が待たれるところである。



- 1 国土交通省住宅局「原状回復をめぐるトラブルとガイドライン」(再改訂版)  
http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/torikumi/honbun.pdf
- 2 星野英一『借地・借家法』(法律学全集 26) (有斐閣 昭和 44 年 12 月発行) 270 頁参照。

<参考文献>

幾代通ほか『新版注釈民法(15)債権(6)』(有斐閣 増補版 平成8年発行)  
 稲本洋之助ほか『コンメンタール借地借家法』(日本評論社 第3版 平成22年発行)  
 池田浩一「敷金・保証金・権利金」遠藤浩ほか『現在契約法体系第3巻不動産の賃貸借・売買契約』(有斐閣 昭和58年発行)  
 中田眞之助『ビル賃貸借の法律』(ぎょうせい 昭和61年10月発行)  
 渋谷満ほか『現代裁判法体系③[借地借家]』(新日本法規出版 平成11年発行)  
 京都敷金・保証金弁護士『Q&A資金・保証金トラブル』(ぎょうせい 改訂版 平成22年発行)

## 4 定期借地権

弁護士 井上 博隆

### Q4-1 定期借地権

定期借地権とは何ですか。普通借地権とどう違いますか。定期借地権にはどのようなものがありますか。

#### A4-1

定期借地権は更新のない借地権です。普通借地権は更新のある借地権です。定期借地権は、更新がないため存続期間の満了等により確定的に借地関係が無くなります。

定期借地権には3種類あります。概略は、下表の通りです。

|    | 普通借地権         | 定期借地権        |            |                 |
|----|---------------|--------------|------------|-----------------|
|    |               | 一般定期借地権      | 事業用定期借地権等  | 建物譲渡特約付借地権      |
| 更新 | あり            | なし           | なし         | なし              |
| 期間 | 30年、契約で30年超   | 50年以上        | 10年以上50年未満 | 30年以上           |
| 目的 | 制限無し          | 制限無し         | 事業用建物のみ    | 制限無し            |
| 手続 | 書面は必ずしも必要としない | 公正証書等書面による特約 | 公正証書による契約  | 建物を地主が譲り受ける旨の特約 |

### 解説

定期借地権は、借地借家法(平成4年8月1日施行。以下「法」という。)によって新設された借地権である。

従前からある普通借地権は、借地期間が満了しても借地人から更新の請求や土地の使用の継続による更新ができた。地主がこれを拒絶するには「正当の事由」を必要とした。この判断は厳格になされるため、更新の拒絶が認められる場合は少ない。このため、地主が土地の明渡を求めるには、高額の立退料を提供せざるを得ない場合等が往々にしてある。

しかし、この普通借地権では、借地の供給が少なくなったり、土地利用の多様なニーズに合わないことから、定期借地権が新設された。

定期借地権は、契約の更新がなく、借地期間の満了等により確定的に借地関係がなくなる。ただし、後記の事業用借地権の場合は、30年未満の範囲で更新の特約は可能である。

事業用の借地権は、存続期間を10年以上20年以下とされていたが、平成20年1月1日施行の改正以降は、事業用借地権を10年以上30年未満、事業用定期借地権を30年以上50年未満とし、これらを総称して「事業用定期借地権等」とされている。

なお、借地権は、「建物の所有を目的とする地上権又は土地の賃借権をいう」(法2条1号)ところ、本稿では、後者をいうこととする。

### Q4-2 一般定期借地権

先祖代々の土地を、できるだけ長期間で居住用建物用に貸して欲しいという申込があります。定期的に賃料が入り、借地期間が終われば必ず返してもらえて、立退料等も支払わずに済むのなら貸しても良いと考えていますが、良い方法がありますか。

#### A4-2

一般定期借地権があります。これは、①借地期間を50年以上、②契約の更新がないこと、③建物の再築による借地期間の延長がないこと、④建物買取請求権がないこと、⑤これらを公正証書等の書面に定めることにより成立します。

借地期間が長期間にわたるので、後日の紛争を避けるために、その間に生じうる種々の事情を想定した契約内容にする方が良いでしょう。

### 解説

定期借地権という場合、一般定期借地権をいう場合(法22条)と、前記3種類の定期借地権を総称してい

う場合があるので注意を要する。

一般定期借地権の目的は、事業用、非事業用を問わない。建物所有目的に限らないが、実際には住宅・マンション用に利用されることが多いといわれている。

借地期間は、50年以上で確定期限を定める必要がある。期間終了前に期間を延長することはできる。

更新はできないが、期間終了後、再度の合意により再契約をすることはできる。

借地人は借地期間満了時に建物買取請求権を有せず、更地にして土地を返還しなければならない。ただし、現状有姿のまま返還する旨の特約をすることは可能である。この場合、借地人に、後記の建物譲渡付特約借地権の法定借家権は生じない。

一般定期借地権設定契約は、書面で作成する必要があるが、公正証書による必要はない。

借地期間が長期間にわたるので、後日の紛争を避けるために、経済情勢の変動に合うような賃料の設定や建物が滅失等した場合、双方に相続が発生した場合、土地の譲渡や賃借権の譲渡・転貸の必要性が発生した場合、借地人の中途解約や違約解除ができる場合等やこれらの場合の違約金支払義務等、その間に生じうる事情を想定した契約内容にした方がよい。

一般定期借地権の登記をすることは可能であるが、必要要件ではない。

#### Q4-3 事業用定期借地権等

有料老人ホーム業者から、事業用定期借地権等で土地を貸して欲しいといわれていますが可能でしょうか。病院や介護老人保健施設に貸すときはどうでしょうか。事業用定期借地権等で貸すときは、どのような点に注意をする必要がありますか。

#### A4-3

事業用定期借地権等は、もっぱら事業の用に供する建物で居住用でないものの所有を目的とすることが必要とされています。したがって、有料老人ホームは事業用借地権の対象とはなりません、病院等は、医療提供施設であるため対象となります。

事業用定期借地権等は、公正証書で作成する必要があります。このため、公正証書作成前に事前にその内容を取り決めておいた方がよいでしょう。その他の注意事項は、一般定期借地権を見てください。

#### 解説

事業用定期借地権等は、「専ら事業の用に供する建物（居住の用に供するものは除く）の所有を目的とし」

としている（法23条1項2項）。したがって、有料老人ホームや賃貸マンション等は、事業用であっても居住の用に供する建物であるため事業用定期借地権等とはならない。この場合は、普通借地権として扱われることが多いと考えられる。

しかし、コンビニや量販店、ホテル等や居宅介護サービス事業等も居住用でないため対象となる。また、病院や老人保健施設等も、医療提供施設（医療法1条の2第2項）であるため対象となる。

特別養護老人ホームは、前記条文の記載から、対象とならない可能性が高いと考える。

事業は、営利を目的とする事業である必要はなく、また、法人である必要もない。

事業用定期借地権等は、公正証書で作成しなければ効力を有しない（法23条3項）。公正証書作成前に当事者間で事業用定期借地権等契約の内容を「覚書」等として文書化しておくのが一般である。

また、借地契約が始まるまでに、行政上の許認可手続等を必要とすることが多く、また、この間の双方の権利義務を定めておく必要もあるため、その内容を別途契約書等で定めておく方がよい。そして、これらの間に整合性がとれるように注意する必要がある。

#### Q4-4 建物譲渡特約付借地権

借地契約をしますが、一定期間経過後、地主が借地人から地上建物を買い取って借地契約を終了させることができる契約にしたいのですが、そのようなことができますか。どのような点に注意をする必要がありますか。

#### A4-4

借地契約の際に、「借地契約後30年以上経過した日に、貸主が建物を相当の対価で譲り受ける」旨の定めをすることによってできます。建物を譲り受ける地位を確保するために建物に仮登記をしておいた方がよいでしょう。ただし、借地契約が終了しても、借地人や借地上建物の賃借人が建物を利用したい場合は、これらの者が請求すれば、建物の利用権（法定借家権）が残ります。しかし、定期借家契約を利用することは可能です。

#### 解説

普通借地契約の場合、あらかじめ借地期間満了後等に建物を買い取る契約をしても、借地人の更新の権利を奪うことになるため、このような契約は無効とされている。

しかし、法 24 条により、このような特約も認められるようになった。定期借地契約の場合でもこの特約をすることができる。

建物を譲り受ける日を、借地期間満了の日とするだけでなく、30 年以上たった日の後の貸主が申し出をした日とすることも可能である。

相当の対価は、借地権価格自体は含まれない。後日の紛争を避けるため、相当の対価を、「譲渡時点の建物の固定資産税額の〇倍」等と一定の基準を定めるか、不動産鑑定士の評価額とした方が良い。

借地契約期間中に、建物が滅失した場合、再築建物には、この特約は当然には及ばない。

法定借家権の借賃は、当事者の請求により裁判所が定める（法 24 条 2 項）。

法定借家権の期間は、借地期間満了前の借地人の場合はその残存期間、その他の場合は、期間の定めのない契約となり、正当事由のない限り解約することができない。また、この請求権を地主と建物利用者との間の合意により失わせることはできない。

しかし、地主と借地人や借家人との間で法定借家権を定期借家権とすること（法 24 条 3 項）や借地契約で「借地人が第三者に建物を賃貸するときは建物譲渡特約の効力発生前に期間の満了する定期借家契約をする」旨を定めることは可能である。

#### Q4-5 定期借地権上の建物の賃借人の立場

- ①一般定期借地権で土地を借りており、借地期間が満了すれば土地を更地にして明渡ししなければなりませんが、借地上の建物の賃借人にも明渡ししてもらうことはできるでしょうか。
- ②借家していたところ、突然、家主から一般定期借地権で土地を借りていて建物を取壊すので、建物を明渡ししてほしいと言われています。明渡ししなければならないでしょうか。

#### A4-5

- ①借地期間満了前を建物賃貸期間の満了日とする定期借家契約をして明渡ししてもらえます。また、定期借家契約でなくても、借地人（家主）は建物賃借人と賃貸契約をする際に、建物取壊し時には賃貸契約が終了する旨の特約をすることが認められていますので、この特約により明渡ししてもらえます。
- ②上記の契約等がない場合で、建物賃借人が借地契約の終了を、その 1 年前までに知らなかったときは、裁判所に申立てて、その事情を知った時から 1 年の

範囲で明渡しを猶予してもらえます。

#### 解説

法 35 条は、借地期間の満了によって建物賃借人が土地を明渡すべきときに、借地期間満了をその 1 年前までに知らなかったときは前記の明渡し猶予の請求ができるとしており、建物賃借人に一定の保護を与えている。

しかし、借地人（家主）が、直ちに明渡しを欲しい場合は、借地期間満了前を建物賃貸期間の満了日とする定期借家契約をする方法がある。また、法 39 条は法令又は契約により一定期間経過後建物を取壊すことが明らかな場合、建物賃貸借をするときに建物取壊し時に建物賃貸借が終了することを定めることができるとしており、この方法もある。

さらに、借地人と建物賃借人との前記契約等がない場合でも、地主は期間満了の 1 年前までに建物賃借人に借地期間が終了することを知らせておけば、前記明渡しの猶予の請求を防ぐことができる。

また、地主は、借地契約で借地人と建物賃借人とは借地期間満了前に建物賃貸期間が満了する定期借家契約をすることを義務づけておいた方がよい。

前記明渡し猶予の請求は、借地人の債務不履行により借地契約が解除された場合は適用はない。

建物譲渡特約付借地権の場合は、A4-4 の法定借家権があるので明渡しを求めることはできない。

#### Q4-6 普通借地権から定期借地権への変更

何十年も前から土地を貸していますが、賃料も上げてもらえず、なかなか返してももらえません。更新がなく、立退料もないという定期借地権というものがあると聞きましたが、これに変えることはできませんか。

#### A4-6

平成 4 年施行前の借地契約は、普通借地権ですが、これを定期借地権に変えることはできません。ただし、一旦、地主と借地人との合意により、普通借地権を合意解除し、改めて定期借地権を成立させることは、可能な場合があります。

#### 解説

定期借地権は、法によって新設された制度であるため、従前の借地権（普通借地権）を、定期借地権に変えることはできない（法附則 4 条但書）。

ただし、当事者の自由な意思による合意で、一旦従前の普通借地権を解除し、改めて定期借地権を成立さ



せることは可能である。これには合理的な理由を必要とするという考え方（新版注釈民法（15）907頁）もあるので慎重な判断が要求される。

<参考文献>

幾代・広中編「新版注釈民法(15)増補版」(有斐閣平成8年)903頁以下

稲本・澤野編「コンメンタール法第3版」(青林書院2010年)156頁以下

澤野順彦編「実務解説借地借家法」(青林書院2008年)79頁以下

## 5 定期借家権

弁護士 住田 浩史

### Q5-1

定期借家契約というものがあると聞きましたが、どのようなもののでしょうか。期間は決まっているのでしょうか。また、公正証書を作成しなければいけないとも聞きましたが、本当ですか。

### A5-1

定期借家契約とは、更新がなく、期間の満了により契約が終了となる賃貸借契約です。また、賃貸借の期間も合意によって自由に定められます。契約は、書面によらなければなりません、公正証書でなくてもかまいません。

#### 解説

#### 1 定期借家契約とは

普通賃貸借には法定更新があり、また貸主からの更新拒絶には正当事由が必要となるのに対し、定期借家契約は、期間の満了のみをもって契約が終了する(借地借家法38条。以下「法」という。)

#### 2 定期借家契約に必要な手続の概要

定期借家契約により更新排除効を発生させるためには、①貸主があらかじめ、更新がない旨を記載した書面を交付して借主に説明し(法38条2項)た上、②書面によって契約をし(法38条1項)、③終了に際しては、貸主から借主に対して、一定の通知期間内に、賃貸借が終了する旨の通知をしなければならない(法38条4項)。

①を怠った場合は、更新排除特約が無効となるか、契約不成立となる。②を怠った場合は、更新排除特約が無効となる(法38条3項)。なお、③を怠った場

合については、Q5-4の解説にて詳述する。

このように、定期借家契約においては、契約の締結や運用に際して厳格な方式が定められている。

### Q5-2

定期借家契約を締結しようと思います。賃貸借契約書のなかで「定期借家契約である」と記載していますので、別途、事前説明文書は交付しなくてもよいでしょうか。

### A5-2

賃貸借契約書だけで別途説明文書を不要とした下級審裁判例もあります。しかし、契約書と別途書面を交付し、口頭でも慎重に説明しないと、トラブルになりがちです。

#### 解説

#### 1 事前説明文書とは

Q5-1の解説でも述べたとおり、貸主は、事前説明文書を交付する必要がある(法38条2項)。これは、借主が、契約の前に、契約の更新がないことについて明確な理解が得られるようにするための措置である。

#### 2 賃貸借契約書の記載で足りるか

この点、事前説明文書の交付は「より丁寧で望ましい取扱い」としながら、「賃借人が、契約書において、当該賃貸借契約が定期建物賃貸借契約であり、更新がないことを具体的に認識していた場合」には、別途の書面交付は不要であるとした裁判例もある(東京地判平成19年11月29日判タ1275号206頁)。

しかしながら、法は、契約書と事前説明文書を条文上も区別し、また、契約の前に「あらかじめ」必要であるとしていることなどから、別途の書面交付を要求しているものとも考えられ、見解が分かれているところである。

貸主としては、トラブルを避けるためにも、契約書とは別途、事前説明文書を交付して契約の趣旨についてわかりやすく伝達したほうがよいであろう。また、書面の交付だけではなく、これについての説明も必要とされている。単に文書を郵送するだけでは、十分に説明したものとはいえない。

### Q5-3

所有アパートで定期借家契約を締結したいのですが、なかなか借主が集まりません。私としては、家賃滞納などがなければ、長く住んでいてもいいかな、と

思っています。「延長もあり得る」などと説明して借主を募集したいのですが、問題ないでしょうか。

#### A5-3

定期借家契約は、終了後も再契約をすることは可能です。ただし、契約前に、再契約について期待を抱かせることは、定期借家契約についての正確な理解を妨げかねないので注意が必要です。

#### 解説

定期借家契約は更新がないものの、期間満了により賃貸借が終了した後に、貸主と借主が協議の上、再契約を行うことは制限されていない。

ところで、一般に、借主側は居住継続についての期待が強いことから、定期借家契約の契約勧誘の際、とりわけ契約の媒介を行う仲介業者が、「延長や再契約もありうる」と強調して借主を誘引することがあり得る。

しかしながら、再契約を強調しすぎる（たとえば、再契約の予約を行ったり、「原則再契約します」などと説明することが考えられる。）ことによって、「更新がない」ことについての借主の理解を妨げたり、誤解を招くことは避けなければならない。このような場合は、法38条2項の説明が十分になされていないとして、更新排除の効果が認められないとも考えられる。

#### Q5-4

私は、現在、貸主として2年の定期借家契約を締結しています。もうすぐ終了時期の6か月前なのですが、借主は、期間終了後も1年くらいは住みたいと言っています。私としても、今のところ出ていってもらふ必要性もありません。期間満了後に通知を出したとしても、将来、借主に確実に出ていってもらえるでしょうか。

#### A5-4

終了通知を遅らせることについては慎重になるべきです。期間満了後相当期間経過してから終了通知を出した場合には、当然に明渡しを求められないかもしれませんが、注意が必要です。

#### 解説

##### 1 法38条4項の通知の趣旨

法38条4項は、契約期間が1年以上である場合には、期間満了の1年前から6か月前までの間に、契約が終了する旨の通知を行うことを貸主に義務づけ、これを怠った場合には、借主保護の観点から、通知後6

か月間は賃貸借終了を対抗することができないものとした。

##### 2 期間満了後の通知の効果について

この通知が期間満了後になってしまった場合でも、法文上は通知期間満了までとは限られていないことなどから、通知後6か月経過すれば借主に終了を対抗することができるとも考えられる。他方で、貸主は更新排除特約上の権利を放棄したものとして、両者に普通建物賃貸借契約が成立するとの見解も有力である。

この争点について、東京地判平成21年3月19日判時2054号98頁は、原則として前者の説に立ったが、例外的に「期間満了後、賃貸人から何らの通知ないし異議もないまま、賃借人が建物を長期にわたって使用継続しているような場合には、黙示的に新たな普通建物賃貸借契約が締結されたものと解し、あるいは法の潜脱の趣旨が明らかな場合には、一般条項を適用するなどの方法で、統一的に対応するのが相当」とした。

よって、貸主が、恣意的に終了時期を調整するための方便として終了通知を遅らせる場合等は、明渡請求が認められない可能性が高い。

#### Q5-5

株式会社の法務担当者です。1年前に、会社を借主として、A市にあるアパート(延床面積は約180㎡で、合計3部屋に従業員3家族が住んでいます。)について3年間の定期借家契約により社宅として借りました。このたび支店統廃合のため同地を撤退することになったのですが、中途解約できるでしょうか。契約書にはとくに中途解約ができないとは記載がないのですが。

#### A5-5

原則として、定期借家契約の中途解約は認められていません。また、借主が法人である場合には、法38条5項による法定中途解約もできません。このような事態を避けるためには、契約時に中途解約権を留保しておくか、個々の従業員に直接借主として貸主と契約をしてもらうことをおすすめします。

#### 解説

定期借家契約を含む借家契約においては、両者の合意や契約書上解約権が留保されている場合をのぞいて、借主側から中途解約をすることは当然に認められているわけではない。

このうち、定期借家契約については、法38条5項は、

床面積が200㎡未満の建物においては、「転勤、療養、親族の介護その他のやむを得ない事情により、建物の賃借人が建物を自己の生活の本拠として使用することが困難となったとき」に限り、借主から中途解約をすることができる旨定めているが、この条項は、個人借主の居住用の住居についての契約を前提としており、「自己の生活の本拠」を観念できない法人借主には適用はない。

<参考文献>

幾代・広中編「新版注釈民法(15)増補版」(有斐閣平成8年)903頁以下

稲本・澤野編「コンメンタール法第3版」(青林書院2010年)156頁以下

澤野順彦編「実務解説借地借家法」(青林書院2008年)79頁以下

## 企業不祥事と第三者委員会

弁護士 草地 邦晴

### 1 はじめに

2011年は、九州電力のやらせメール事件、大王製紙の巨額借入事件、オリンパスの買収にかかわる不正経理事件などの企業不祥事が発覚し、社会的な注目を浴びた。こうした中、企業のコンプライアンスに係わる重大な問題が発覚した場合、その調査を行うための第三者委員会が設置され、短期間に集中した調査を行ってその結果を公表するという運用が定着してきた感がある<sup>1</sup>。

取締役や創業家等、企業への影響力が大きな経営陣の関与が疑われる不祥事の場合、企業内部の調査だけではどうしても萎縮的、保身的なものになりやすく、仮に十分に調査が行われていたとしても、その調査結果への社会や市場からの不信感(隠蔽された事実があるのではないか、経営陣に有利に歪められているのではないかな等)が容易には払拭されないため、企業が信用を回復することは難しい。そうした場合に、経営陣からの独立性が高く、公正性が確保された第三者委員会が調査を行い、結果を公表することで説明責任を果たしていくという手法は、信頼回復に向けた有効な手段の一つであり、早期にダメージを払拭したい企業の側にとっても、事案の推移を注視する株主や、投資家、取引先など全てのステークホルダーにとっても、注目される方法であると言えよう。

### 2 第三者委員会の規律

もっとも、こうした企業の設置する第三者委員会については、委員の選任や権限、調査の範囲や活動の内容等について定めた法律はなく、これを設置する企業と第三者委員会ないし委員との契約において定められているに過ぎない。そのため、第三者委員会との名称が付されていても、委員の経営陣からの独立性が担保されていなかったり、十分な調査権限がないために事実認定が不十分になってしまう場合などもあり、第三者委員会自体が有効に機能するための仕組みをどう構築するのかは、常に意識されるべき問題点である。

そこで、注目されているのが、日弁連が策定した「企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン」(以下単に「ガイドライン」という)である<sup>2</sup>。このガイドラインは、2010年7月に公表され、「現時点のベスト・プラクティスを取りまとめたもの」であって、拘束性を伴うものではないとされているが、東京証券取引所自主規制法人との協議を経て作成されたものとされており、同年8月に公表された同法人上場管理部の「上場管理業務について－虚偽記載審査の解説－」の第三者委員会を設置する場合の留意事項においても、参照されている<sup>3</sup>。上場企業の重要な不祥事案件においては、あわせて有価証券報告書の虚偽記載が問題となることが多いと思われることから、この場合、少なくともガイドラインを意識した上での対応をせざるを得ないだろう。

### 3 ガイドラインの概要

ガイドラインの定める指針の概要は次のようなものである<sup>2</sup>。

#### (1) 定義と目的

ガイドラインは、第三者委員会を「企業等から独立した委員のみをもって構成され、徹底した調査を実施した上で、専門家としての知見と経験に基づいて原因を分析し、必要に応じて具体的な再発防止策等を提言するタイプの委員会」と定義し、法人等の内部に設置されて弁護士等の第三者を交えて調査を行う「内部調査委員会」と区別している。その目的は、「経営者等自身のためではなく、すべてのステークホルダーのために調査を実施し、それを対外公表することで、最終的には企業等の信頼と持続可能性を回復すること」にあるとする。

#### (2) 調査

①調査スコープは、不祥事を構成する事実関係に



止まらず、経緯、動機、背景、類似案件の存否、内部統制、コンプライアンス、ガバナンス上の問題、企業風土に及ぶものとされる。

②事実認定の権限は、第三者委員会のみ属するものとされており、法律上の証明のみならず、疑いの程度を明示した灰色認定、疫学的認定も可能とされている。

③評価、分析は、ステークホルダーの視点に立ち、法的責任のみならず、自主規制、ガイドライン、CSR、企業倫理等の観点から行うものとされる（しかし、法的責任追及を目的とするものではない）。

### (3) 説明責任

指針では、開示に関連する事項をあらかじめ定めるべきものとされ、まず第三者委員会の設置にあたって、調査スコープ、時期等を開示し、調査報告書が提出された場合には、原則として、遅滞なく不祥事に関係するステークホルダーに対して開示する。

### (4) 再発防止策の提言

第三者委員会は、企業等が実行する具体的な施策の骨格となるべき「基本的な考え方」を示すものとされている。

### (5) 独立性・中立性

調査は、企業等から独立した立場で、ステークホルダーのために、中立・公正に行うものとされ、指針では、起案権が第三者委員会に専属すること、経営陣に不利となる場合でも記載すること、提出前に調査報告書の全部又は一部を企業等に開示しないこと、収集資料の処分権は第三者委員会に専属すること、企業等と利害関係がある者は委員に就任できないことなどがあげられる（顧問弁護士は、利害関係を有するものに該当するとされている）。

### (6) 企業等の協力

企業等は、第三者委員会の調査に全面的に協力する。指針では、企業等に対する要求事項として、①所有するあらゆる資料、情報、社員へのアクセスを保障すること、②従業員等に対して、第三者委員会による調査に対する優先的な協力を業務として命令すること、③第三者委員会の調査を補助するために適切な人数の従業員等による事務局を設置し、事務局担当者と企業等の間で、厳格な情報隔壁を設けることなどが挙げられている。また、協力が得られない場合や妨害行為があった場

合は、その状況を調査報告書に記載することができるとされている。

### (7) 委員等についての指針

委員数は3名以上で、内部統制、コンプライアンス、ガバナンス等企業組織論に精通した弁護士、事案の性質により、学識経験者、ジャーナリスト、公認会計士などの有識者が適格性があるとされ、さらに、第三者委員直属の調査担当の専門家（弁護士、公認会計士、税理士、デジタル調査の専門家等）を選任して調査活動を行わせるとする。委員の報酬は時間制が原則で、成功報酬型報酬体系は、企業等が期待する調査結果を導こうとする動機につながるので不適切としている。

### (8) その他

調査開始にあたり証拠を保全し、企業等は証拠の破棄、隠匿等に対する懲戒処分等を明示すべきことや、統制環境等の調査のための社員アンケートの実施、自主的な申告の促進や、専用ホットラインの設置、本ガイドラインに沿った事項の確認文書の締結などが、示されている。

## 4 第三者委員会設置の是非と内部調査委員会

(1) このように、ガイドラインに定められている第三者委員会は、その独立性・中立性が強く意識され、その調査スコープもかなり広いものが予定されている。その目的に沿うものではあるものの、第三者性が高いが故に逆に予め企業等の内情を知るわけでもなく、時間的な制約の中でどれだけ実体に迫れるのか、という限界も意識される必要があるし、徹底した調査を短期間に行うためには、相当の人的・物的リソースが必要となるため、コストが非常に大きくなる。

こうした点も考えると、必ずしも全ての企業不祥事に第三者委員会の設置が相応しいというわけではなく、むしろ企業等との連携を深めた形の第三者委員会や、あるいは第三者を加えた内部調査委員会の設置の方が、適切な場合もある。

企業不祥事が発覚した時の実際の動きとしては、まず、ガイドラインが定めるようなタイプの第三者委員会を立ち上げるべきか、あるいはそれとは異なるタイプの内部調査委員会を立ち上げるべきなのか、という判断がまず重要になろう。

(2) この点について、ガイドラインの解説<sup>4</sup>は、本格的調査の前にまず、初動調査を行う必要性を指摘する。

この初動調査は、企業等が不祥事を最初に認識

したときにまず行うべき状況把握のための調査であり、性質上スピードが求められるため、内部調査の手法によるべき(第三者も加わることは否定されない)とされる。その目的は、①不祥事の概要を把握し、その後の本格的調査においてどのような手法を採るべきかの判断材料を収集することと、②隠滅される可能性のある証拠を確保し保全しておくことにある。

- (3) その上で、内部調査による調査結果に対して、客観性や中立性に疑問を投げかけられるおそれが少ない事案、例えば、役職員による横領行為などで、その影響が企業等の内部で完結している場合や、製品に関する不正などの場合<sup>5</sup>には内部調査、あるいは派生型内部調査(第三者委員会による調査との中間的な形態)で足りるとする。
- (4) これに対し、企業等が組織的に行った不祥事、例えば、不正融資、粉飾決算などの「金融不祥事」、製品やサービスに関する偽装・不具合・事故隠しなどの「消費者関連不祥事」など、企業等の幹部の判断がなければ行うことが典型的に困難と考えられる不祥事については、典型的に第三者委員会の設置を検討すべき場合とされている。経営陣の下では、調査の客観性や中立性が期待できない、それができても社会的な信用が得られない、といった場合には、基本的に第三者委員会の設置が検討されるべきであろう。

## 5 その他の問題

有価証券報告書の虚偽記載も問題となるケースの場合、直近の四半期会計期間の有価証券報告書の開示はもちろん、過年度の重要な訂正報告書の提出なども問題となり、法令上の提出期限までに提出ができれば監理銘柄(審査中)に指定され、さらに1ヶ月を経過しても、提出ができなければ上場廃止となるおそれもあるため、財務諸表を早期に確定させるべく、その前提となる第三者委員会の調査は速やかに行う必要がある。

また、早い段階で株主から取締役や監査役に対する責任追及の訴えの請求がなされる場合がある。その場合には60日以内に会社として請求を行わなければ、株主代表訴訟が可能となる<sup>6</sup>ので、訴えの提起に関して第三者委員会の調査を前提にするのであれば、やはり速やかな調査が必要となる。

このように、社会的に重大な影響のある不祥事が発覚した場合、影響が及ぶ法令上の義務との関係で、あらかじめスケジューリングを適切に行うことは重

要である<sup>7</sup>。

## 6 ガイドラインの評価

オリンパスにおける第三者委員会の設置と調査は、ガイドラインに沿って行われることが公表されていた。問題となりうる場面のほとんどを含むケースだっただけに、不祥事対応の一事例としては参考になることが多い。

ガイドラインについては、弁護士自身からも弾力的に運用すべきであり、今後のさらなるベスト・プラクティスの蓄積と、改訂を求める声もある<sup>8・9</sup>。ただ、委員の独立性に疑問のもたれる構成をとった大王製紙のケース(特別調査委員会には、常務取締役と社外監査役が含まれている)では、この点をめぐって対立が生じ、ヒアリングが拒否されるなどの問題が生じたとも報じられるところであり、こうした事態は調査報告書の信頼性を低下させ、第三者委員会設置の効果も減じられてしまう<sup>10</sup>。中途半端なやり方はさらなる不信感の連鎖を生じることがあるため、株価が暴落するような影響の甚大な問題の場合には、ガバナンスが正常に機能し、自浄能力が高いことを強調する意味でも、短期間に集中して徹底した調査を行うことの方が、効果を期待できるように思われる。

そうしてみると、すべての不祥事に第三者委員会を設置する必要はないことは前記したとおりであるが、社会的な影響や企業の受けたダメージが大きく第三者委員会を設置すべきケースの場合には、現段階では、基本的にこのガイドラインに準拠した第三者委員会を設置することが現実的であろう。

以上

- 九州電力株式会社第三者委員会調査報告書  
[http://www.kyuden.co.jp/library/pdf/notice/report\\_110930.pdf](http://www.kyuden.co.jp/library/pdf/notice/report_110930.pdf)  
 大王製紙株式会社調査報告書  
<http://www.daio-paper.co.jp/news/2011/pdf/n231020a.pdf>  
 オリンパス株式会社調査報告書  
<http://www.olympus.co.jp/jp/info/2011b/if111206corpj.cfm>
- 「企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン」の策定にあたって  
 日本弁護士連合会 2010年7月15日 改訂同年12月17日  
[http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/100715\\_2.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/100715_2.pdf)
- 「上場管理業務について－虚偽記載審査の解説－」  
 東京証券取引所自主規制法人上場管理部 平成22年8月  
<http://www.tse.or.jp/about/books/b7gje6000000v14c-att/jojo-kanri.pdf>  
 また、「証券監視当局が示す第三者委員会の役割とは」(金融庁証券取引等監視委員会事務局総務課長 佐々木清隆 ビジネ

- ス法務（中央経済社）2010.7 66頁～）からは、監視委員会もこうしたガイドラインの策定を支持していることが伺える。
- 4 『『企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン』の解説』日弁連弁護士業務改革委員会 商事法務 2010年
  - 5 但し、金額が多額で財政基盤に与えるインパクトが大きいような場合や、組織的、長期的に行われていたような場合には、第三者委員会の設置を検討すべき場合がある。
  - 6 会社法 847条
  - 7 「虚偽記載事案における第三者委員会と上場廃止審査等の実務上の留意点」（木村剛史（東証自主規制法人上場管理部特別管理グループ審査役）他 商事法務 No.1932 33頁～）が、第三者委員会と上場廃止審査手続きとの関係について詳しい。
  - 8 「第三者委員会ガイドライン弾力の運用の薦め」長島大野常松法律事務所弁護士塩崎彰久 ビジネス法務（中央経済社）2011.8 104頁～
  - 9 『『企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン』に対する批判的考察』小林総合法律事務所弁護士小林英明・綾部薫平 ビジネス法務（中央経済社）2011.10 114頁～（上）、2011.11 118頁～（下）
  - 10 「弁護士は企業を救えるか 問題企業がすがる『第三者委員会』の実像」日経ビジネス2011.11.28 52頁～

## 米国特許法における権利消尽の法理

弁護士 坂田 均

### 1 はじめに

特許法は、特許権者や特許権者から権限を与えられた者が、特許にかかる物を適法に拡布したときは、その物に関しては、特許権は既に目的を達しており、その物については特許権は消尽していると解されている<sup>1</sup>。権利消尽の法理である。特許製品の購入者に特許の効力が及ぶとすると、特許製品の購入者は予想外の実施態様の制限により不測の損害を被ることになるし、取引の安全も損なわれて、流通は混乱することになるからである。特許権者は、特許製品の譲渡によって十分な対価を得たのであるから、それ以降の特許権の効力を認めなくても、その利益が害されることがない。

権利消尽の法理に関しては、特許製品の売却後の使用条件の設定や、独占禁止法との関係、国際消尽の問題など、検討すべき課題が多い。そこで、本稿では、裁判例の多い米国でどのような議論が行われているのか見てみたい。

### 2 権利消尽の法理を認める正当化根拠

権利消尽の法理を認める正当化根拠として、いわゆるフル・バリューの原則に触れておかなければならない。バリューとは、「商品それ自体の物理的存

在としての価額ではない。そこに化体され特許権として実現した発明の価値を含んだもの」を意味し、「特許権者が法律上認められた基本的な機能は、…増加分を円満に受け取る資格」であるにとらえる考え方である<sup>2</sup>。アダムス事件の上記判旨部分は、「フル・バリューの原則」の萌芽ともいえるものとして注目される。フル・バリューの原則は、権利消尽の法理の適用範囲を検討する際、重要な解釈指針として機能する。

また、ここで注意しておきたいのは日米の権利消尽の法理の概念的な違いについてである。わが国では、「特許の消尽は、政策的理由から特許権の効力を画するものであり、その物的な効力を権利者の意思で変更することはできない。」と理解され、契約によって特許製品を第三者に譲渡することを禁止したとしても、それは契約上の義務に過ぎず、「そのような契約に違反しても債務不履行の問題が生じるだけで、第三者は特許権の消尽を主張しうる。」とする見解が通説である<sup>3</sup>。これに対して、米国では、ファースト・セール法理、権利消尽の法理や黙示的実施許諾の法理の名称で議論されているが、この黙示的実施許諾の法理は、「はるかに広い一般法理上の背景を有し…消尽の有無は、アメリカ法では、契約法に隣接した法領域の問題として取り扱われる<sup>4</sup>。」この概念的な違いから、そこで取り扱われる課題は、特許権の効力の範囲の制限ではなく、当事者間の契約の問題にすぎない場合があることに留意する必要がある。

### 3 特許製品売却後の取引制限 (post-sale restrictions) について

譲渡した特許製品について、再販売価格を指示したり、他の製品と抱合せ取り引きさせたり、または、使い捨て商品として一回限りの使用を義務付けたりして取引制限することが許されるかという問題である。特許製品を売却した特許権者は、その物に関しては、特許の独占 (the patent monopoly) を失っており、最早特許の効力を及ぼすことはできないという立場にたてば、これらの売却後の取引制限は、特段の事情がない限り、否定すべきことになるはずである<sup>5</sup>。

#### (1) 再販売価格の維持および抱き合わせ取引などの反トラスト法上問題になる行為

1917年のモーションピクチャー・パテント事件<sup>6</sup>では、製造および販売の実施許諾条件として、特許製品である映写機で上映できるのは特許権者



もしくはライセンサーが製作した映画に限るという条件が付され、また、ライセンサーは特許権者が価格リストで指定した価格以下で特許製品を販売してはならないという義務も課されていた。裁判所は、「(特許権者の)譲渡に関する権利は、1回の、無条件な売買によって消尽し、売却された製品はそれによって特許法の独占の外に持ち出され、売主が付そうとする全ての制限から解放される<sup>7</sup>。」と判示した。特許権者は、ライセンサーが製造した特許製品について、売却後の映写機の再販売価格の維持や、使用できる映画の範囲を特許権者やライセンサーが製作したものに限るという条件は許されないことになった。

このような米国連邦最高裁判所の傾向はその後においても見ることができる。

## (2) 実施分野の制限および「1回限り」の使用」条件

ア 次に、実施分野の制限に関する事案を一つ紹介しよう。ジェネラル・トーキング・ピクチャー事件<sup>8</sup>である。

事案は、AT&Tが増幅器に関する特許権を有していたが、ライセンサーに対して、特許製品の製造および販売を許諾するにあたり使用範囲をラジオ・アマチュア受信用及びラジオ・実験用受信などの個人使用(private use)に限定し、劇場用については明示的に否定されていた。ところが、ライセンサーは、特許製品である増幅器が映画産業で劇場用に使用されることを知りながら販売したというものである。ライセンサーも購入者もそのライセンス条件を認識していた。

裁判所は、「特許権者は、特定の制限された分野に実施範囲を限定することはできる」としたが、「ライセンサーによる販売が特許権を侵害している事実を認識していた購入者については、その購入行為は特許権を侵害する」として、結論としては、特許製品売却後の実施範囲の制限を違法とした<sup>9</sup>。第三者である購入者がライセンス条件に違反していることについて「悪意」である場合は、権利消尽せず、そのライセンス条件を当該第三者に及ぼし得るとした事案であり、注目される。

イ 次に、「1回限り」の使用条件」を付した事件を挙げよう。一つ目は、マリンクロト事件<sup>10</sup>である。連邦巡回高等裁判所の事案である。本件の特許製品は、放射性物質もしくは治療用の材

料を噴霧状態で肺に供給し肺病の診断をする装置で、放射性物質や処方された薬物を霧状にするもの(nebulizer)、酸素の流れを指示するもの(manifold)、フィルター、チューブ、マウスピース、鼻つまみなどが、一体となって、また、被曝を抑えるために鉛でシールドされた入れ物に内蔵されていた。装置には「1回限り使用(Single use only)」、また、包装には「患者への1回使用のみ可能(For Single Patient Use Only)」と表示され、また、全ての汚染された部材は生命身体に影響のある廃棄物手続きに従って処理されるよう指示されていた。ところが、病院の中には、この表示や指示に従わず、被上告人メディパートに使用済みのnebulizerとmanifoldを搬送し、被上告人メディパートによりさらにラディエーション・ステリライザー社に委託され、最低2.5メガラッドのガンマー線に曝されるなどの再処理を施されたうえで、病院に返送されるサービスを受けるものがあった。裁判所は、「契約条件が他の法律や政策に違反しない限り、私的な当事者(著者：国を除外するということ。)は、売買の条件を決定する自由を確保し得る」ことを確認した上で、「相当な判断基準は、マリンクロトの取引条件が合理的に特許権の実施範囲内のものであるか、または、特許権者が特許権の効力の範囲を超え、しかも、合理の原則によって正当化されない反競争効果をもつ実施許諾を行い、それを実行したかである」とした<sup>11</sup>。

この連邦高等巡回裁判所判決は、上記(1)の連邦最高裁判決とは少し趣を異にしている。すなわち、特許の効力として、特許製品売却後の取引制限を原則肯定しつつ、反トラスト法との関係では、合理の原則により正当化されることを条件としている。ただ、それが当然違法の場合であれ、合理の原則に反する場合のものであれば、反トラスト法に違反する態様での特許製品売却後の取引制限は違法とするという点においては、両者は共通する。

いずれにしても、マリンクロト事件は、特許製品売却後の取引制限を権利消尽の法理で否定することなく、その取引制限を特許権の効力を根拠に原則的に肯定する見解を採用したものであるとして注目しなければならない。上記(1)の連邦最高裁判決はいずれも古い判例であって、現在

の連邦最高裁判所が同様の立場は不明であるが、マリנקロト事件判決と同様の理論構成を取るかどうか興味のあるところである。

2つ目はジャズ・フォト事件<sup>12</sup>である。この事件は、「使用済み『1回使用』カメラ」(Lends-fitted film package)に関するもので、特許権者である富士フイルムが、再処理製品輸入業者27社を相手方として、再処理した同カメラの輸入を阻止しようとした事案である。特許製品の適法な販売によって特許権は消尽し、以後、特許権の効力は特許製品の購入者に及ばない。ところが、仮に、再処理が修繕(repair)の範囲を超えて、特許製品の再生(reconstruction)に該当している場合には、特許権の効力は消尽しない。

相手方らは、自分たちはフィルムを交換しただけで、新しい「使用済み『1回使用』カメラ」を再生したものではないこと、そして、もともと当該製品は回数としては1回よりも長く使用できると反論した。

裁判所は、特許製品の購入者は、所有者としてその製品を使用し、修理し、修正し、廃棄し、再販売する権利を有し、その限りでは特許権の効力は及ばないとの所有権論を展開した。しかし、「(購入者の)この権利には、『本質的に新たな製品を再生する権利(the right to construct an essentially new article)』は含まない。なぜなら、そのような権利は特許権者に留保されているからである<sup>13</sup>。」特許権が消尽するかどうかは、「特許権者が特許製品の使用に関して公正な報酬を受領したかどうかにかかっている<sup>14</sup>。」という点にも言及している。また、「(特許製品を使用する権利には、使用に適するように保持する権利(the right to preserve its fitness for use)』が含まれるとした<sup>15</sup>。そのうえで、裁判所は、「許される修繕(permissible repair)」に該当する行為を詳細に列挙し、結論としては、新しいフィルムの挿入と電池の交換は「許される修繕」にあたると判断した<sup>16</sup>。

富士フイルムは、カメラのカバーに「フィルムを取り出さないこと、カメラを写真現像所に返還すること、買主があけたときに電気ショックの危険があること」を表示していたと反論していたが、この黙示的実施許諾であったとの主張に対しては、裁判所は、当該表示は指示または警告にすぎず、当事者の合意または売買の条

件とはいえないと判断して、その主張を退けている<sup>17</sup>。

特許権者が特許製品の売却後の使用条件を「『1回限り』の使用」と定めても、2回目以降の使用が「許される修繕」の範疇に属する行為によって可能になった場合には、権利消尽の法理により、特許権の効力は及ばないということになる<sup>18</sup>。

#### 4 クアンタ事件<sup>19</sup>について

次に、連邦最高裁判所が、2008年に出した判断について触れておきたい。

LGEは、メインメモリーのデータをアップデートする発明などコンピュータ・システムおよび方法に関する特許権を複数保有していた。LGEはインテルに対し、コンピュータ・システムの構成部品であるマイクロプロセッサとチップセットの製造および販売についてライセンスしたが、「第三者が、インテル製のライセンス製品と当事者以外から取得した商品を結合すること、または、そのように結合された物を使用、輸入、販売のための申し込み、または販売することは許諾しない。」との条件を付していた。インテルはそのマイクロプロセッサとチップセットをコンピュータ製造業者クワンタに販売したところ、クワンタは、上記条件に反して、非インテル製構成部品であるメモリーとバスと結合させて自社製コンピュータを製造し販売した。なお、クワンタによるこのような構成部品の組み立てと販売は、LGE 特許権の実施にあたる。このような経過を経て、LGEは、クワンタの行為が特許権を侵害するとして提訴に及んだ。

まず、第1に課題は、方法の特許が権利消尽の法理が適用されるかである。

LGEは、方法の特許は有体物ではなくプロセスにリンクしているにすぎないから、権利消尽の法理は方法の特許には適用すべきでないと主張した。これに対して、連邦最高裁は、「確かに、方法の特許は、製品特許のように有体物の売却により『売却』されるものではないが、しかしながら、その方法は、『製品に具現されている(be embodied in a products)』といえるから、その製品の売却は特許権を消尽させる<sup>20</sup>。」との論理で、権利消尽の法理を方法の特許にも適用した。そのように解さなければ、特許権者はクレームを方法の特許で記述することで、権利消尽の法理を容易に回避し、有名無実にしてしまうし、また、権利消尽しないとすると、流通過程の下流で

システムを購入した者は特許権を侵害したことになるからであるとしている<sup>21</sup>。

第2の課題は、未完成製品(an incomplete article)の販売が特許権を消尽させるかである。特許権者は、そのような場合でも「製品売却後の権利(post-sale right)」を有するかである。

クアンタは、ユニビス事件におけるレンズブランクが研磨前で最終レンズになっていない未完成の状態であったのと同様に、インテル製の製品はメモリーとバスを結合しなければ機能せず未完成な状態であるとしても、同社によるマイクロプロセッサとチップの販売は、LGEの特許権を消尽させると主張した。

連邦最高裁判所は、本件はユニビス事件に準拠すべきであるとし、「ユニビス事件のレンズブランクと同様に、インテルによるマイクロプロセッサとチップセットの販売は、完全にはクレームの発明を具現化していないが、特許権が付与された『発明の重要な部分を具現化し(embodied essential features of the patented invention)』、完全に当該特許を実施しているといえる<sup>22</sup>。」と判示した。

第3に、LGEは、ゼネラル・トーキング・ピクチャーズ判決を引用して、権利消尽の法理は特許権者による適法な売却行為(an authorized sale)がなければならないが、本件では、ライセンス契約はインテルが非インテル社の製品と結合した製品を使用することを許諾していなかったと主張した。

これに対し、連邦最高裁判所は、「同契約は、インテルが、第三者(インテルのマイクロプロセッサとチップセットを非インテルの構成部品と結合させる意図を有している)に対して、マイクロプロセッサとチップセット製品を販売することを制限していなかった」と判示して、LGEの主張を退けた<sup>23</sup>。

## 5 国際消尽について

米国においては国際消尽の是非についての議論は確定していない<sup>24</sup>。

この議論はいわゆる並行輸入を認めるかどうかという問題と表裏の関係にあり、国際的な自由貿易を強調する立場の者は国際消尽論に積極的である。他方で、特許制度は属地的な国内の制度であり、特許権の効力は国境を越えては及ばないという特許制度の本来的な性格からは国際消尽はあり得ないということになる。さらに、海外での特許製品の販売が仮に安価でなされたものであれば、それによって特許権者は「完全な価値(full value)」の報酬を得たことに

はならない。

Mueller 教授は「日本の最高裁判所がBBS事件(1997年)で、国際消尽の法理を肯定したことは、世界の特許コミュニティの多くの人々を驚かせた。」と評している<sup>25</sup>。

ボーシュ事件<sup>26</sup>は、国際消尽について触れた数少ないケースの一つである。ドイツで製造されたバーナーの並行輸入の事件である。裁判所は、「(ドイツの特許権者である製造者に)バーナーの製造、販売を許しているのはドイツ国の法律によってである。その製造者からバーナーを購入して米国特許法による特許権者の権利を無視して米国で販売することは許されない<sup>27</sup>。」との判断を示し、並行輸入を禁止し、特許権の国際消尽を否定した。

前掲のジャズ・フォト事件では、連邦巡回高等裁判所は、新しいフィルムの挿入や電池の交換などは「許される修繕」であるとして、全部を特許権侵害としたITCの命令を無効としたが、国際消尽については、米国以外の地で特許製品が売却されていた場合には、ITCの命令は例外的に有効であると判断して否定している<sup>28</sup>。

## 6 終わりに

以上のとおり、特許権消尽の法理に関する代表的な判例を見てきたが、それらは必ずしも体系的に整合性が取れているとはいえない状況にあり、判例から統一的な解釈原理を抽出することは容易でない。

反トラスト法との関係については、上記判例からは、次のようなことは言えるのではないだろうか。すなわち、再販売価格や抱き合わせ取引など当然違法とされる(抱き合わせ取引については実質的には合理の原則が適用されていると理解する見解が有力である)行為態様に関しては、特許製品の売却後は権利消尽しているといえる。他方で、合理の原則が適用される行為態様については、特許製品販売後の取引制限は、特許権の効力もしくは黙示的实施許諾の法理を根拠に、一応有効であると取扱えるときは、さらに、反トラスト法の観点から検討を加え、事件の具体的事情も考慮しながら、その有効性を判断すべきことになるのではないか。マリンクロト事件判決もそのような立場に立っている。

「未完成品の販売」によって権利消尽するかを判断する場合、「特許発明の重要な要素が具現されている」の基準が適用されるが、何が「重要な要素」であるかは恣意的に判断されるおそれもある。さらなる判例の蓄積が必要であろう。



「許される修繕」についても同じおそれがある。「本質的に新たな製品を再生すること」との違いは曖昧である。特に、ジャズ・フォト事件と我が国の最高裁判所が下したインクジェットプリンター事件判決<sup>29</sup>と比較してみるとそのことが容易に理解できる。

最後に、国際消尽については、米国の考え方と我が国の最高裁のBBS事件<sup>30</sup>とは異なる考え方を提供している。BBS事件判決の基準が今後どのように運用されていくにもかかっているといえるが、国際的な統一的な基準が必要である。

以 上

- 1 中山信弘『特許法』(弘文堂・2010)371頁。
- 2 玉井克哉「アメリカ特許法における権利消尽の法理(1)」パテント54-10、19-26頁(2001)。
- 3 前掲中山372頁。黙示許諾説については同371頁参照。
- 4 前掲玉井21頁。
- 5 Leitch Mfg. Co. v. Barber Co., 302 U.S. 458, 460-461 (1938).
- 6 Motion Picture Patents Company v. Universal Film Manufacturing Company, 243 U.S. 502 (1917).
- 7 Id. at 516.
- 8 General Talking Picture Corp. v. Western Electric Co., 304 U.S. 175.(1938)
- 9 Id. at 182.
- 10 Mallinckrodt Inc. v. Medipart Inc., 976 F.2d 700, Fed Cir. (1992).
- 11 Id. at 708.
- 12 Jazz Photo Corporation v. ITC, 264 F.3d 1094 (2001).
- 13 Id. at 1102.
- 14 Id. at 1105.
- 15 Id. at 1106.
- 16 Id. at 1110.
- 17 Id. at 1110.
- 18 “the refurbished LFFP(lens-fitted film packages) is substantially the original camera, for which the patent right has been exhausted.” Id. at 1106.
- 19 Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc., 553 U.S. 617 (2008).
- 20 Id. at 629.
- 21 Id. at 628-630.
- 22 Id. at 633.
- 23 Id. at 636. また、LGEは、マスター契約上、インテルが顧客にそのような結合は許諾されていない旨を通知する義務があったのにその義務に違反していると主張したが、裁判所は、LGEは、マスター契約違反がライセンス契約違反になるとは主張していなかったと判示してその主張を退けている。
- 24 Janice M. Mueller, Patent Law (2009) 553.
- 25 Id. at 554.
- 26 Boesch v. Graff, 133 U.S. 697 (1890).
- 27 Id. at 703.
- 28 Jazz Photo Corporation v. ITC, 264 F.3d 1094 (2001) at 1111.
- 29 最高裁平成19年11月8日第1小法廷判決 民集61巻8号2989頁。
- 30 最高裁平成9年7月1日第3小法廷 民集51巻6号2299頁。

## 請負人の建物敷地に対する 商事留置権の成否

弁護士 永井 弘二

### 1 はじめに

更地に抵当権が設定された後、土地所有者が請負人に依頼して建物を建築したが、その代金を支払えないまま土地が抵当権によって競売になった時、請負人は、土地に対する商事留置権を主張できるかが問題となる。具体的には、商事留置権が成立すると、買受人(競落人)は留置権の負担がついたまま買い受けることになるので(民事執行法59条4項)、結果として請負代金を支払わないと引き渡してもらえないことになるため、競売の物件評価で請負代金額を差し引いた評価をすることになることから、売却基準価格が異常に安くなり、場合によっては無剰余取消(民事執行法63条)になることがある。

これまで多くの裁判例があるが、この無剰余取消を巡った裁判例も多い。現在、最高裁判例はない状況だが、高裁判例の流れは商事留置権の成立を認めないものとなっており、東京地裁執行部も、従前は商事留置権が成立する前提での実務取扱をしていたが、近時、これを変更し商事留置権の成立を認めない扱いに変わったとのことである。

### 2 留置権・商事留置権と民事執行法、問題の所在

- (1) 留置権には、民法上の留置権(民法295条)と商事留置権(商法521条)がある。いずれも、金銭債権の支払いを受けるまで物を留置することができる権利であり、これによって事実上、金銭債権の支払いを促すなどの効果が見込まれるものである。

民法上の留置権は、金銭債権の発生とその物を占有していることとの間に関連があることが要件となっており(牽連性)、上記事案では、請負代金債権は建物の建築にあたって発生したもので建物との牽連性はあるが、敷地の占有との間には牽連性はないと解されるのが一般なため、上記事案では敷地に対する民法上の留置権は生じないことについては、さほど異論はないようである。

これに対して商事留置権は、商人どうしの取引(商行為)によって相手方の所有物を占有することになった場合には、その取引によって生じた金銭

債権の支払いを受けるまでその物を留置することができ、民法上の留置権のような牽連性は要件とならず、建物敷地も商事留置権の対象となるのではないかということが問題となっている。

- (2) 民事執行法は、その規定上、競売対象不動産に留置権がある場合には、競売によっても留置権は消滅せず買受人の負担となると規定している(民事執行法59条4項)。この留置権は抵当権の設定後であっても、さらに競売開始決定(差押)後であっても成立し、買受人が引き受ける必要があるとされている。その理由は、留置権の被担保債権は共益的性質を有するものが多く、登記ができないため先後関係の判断が困難であるなどと説明されている。
- (3) この結果、敷地について商事留置権が成立するとすれば、被担保債権である請負代金を買受人の負担となることから、競売の物件評価にあたり請負代金額を土地代金から差し引いて評価する必要があるが生じ、土地代金額が異常に低廉になることとなる。これは事実上抵当権の効力を無に帰すことになりかねず、結果として金融機関は土地担保の融資を躊躇して与信を阻害するとともに、さらには強制執行の妨害目的に利用されかねないことになる。

実際にこうした事例が多く見られたことから、多くの裁判例がある。

### 3 裁判例

- (1) この問題についての最高裁判例はない状況であるが、近時の高裁判例は、ほぼ商事留置権の成立を否定しており、東京地裁執行部の取扱も否定することに変更されたのは冒頭に述べたとおりである。
- (2) 東京高裁平成6年2月7日決定(判タ875・281)は、商法521条の要件から当然として商事留置権の成立を肯定したが、その後の高裁判決は、以下のとおり、ほぼ商事留置権の成立を否定するか、それ以前に設定された抵当権に対しては対抗できないとしている。
- ① 東京高裁平成6年12月19日決定(判時1550・33)  
建物として成立する以前であり、土地に対する占有がないことなどを理由に否定
- ② 東京高裁平成9年3月14日(判時1604・72)  
いったん所有者に物件を返して占有を失った後、抵当権者に対抗するために占有を回復して留置権を主張しているとして、濫用的なもので

保護を受けるべき正当な利益を有しないとして否定

- ③ 大阪高裁平成10年4月28日(金商1052・25)  
建物建築の注文主が抵当権に遅れる土地の賃借人であったことなどから否定
- ④ 東京高裁平成10年6月12日(金商1540・65)  
同平成10年12月11日(判時1666・141)  
いずれも、請負人の建物所有に基づく土地占有は請負契約に基づくものではなく、商行為によって生じたものとは言えず、所有者の占有補助者に過ぎないとして否定
- ⑤ 東京高裁平成11年7月23日(判時1689・82)  
建物が完成していないこと、商事留置権の成立を認めると濫用されるおそれのあることなどを指摘して否定
- ⑥ 東京高裁平成22年9月9日(判タ1338・266)  
建物が完成前であることや、請負人の建物所有に基づく土地占有は請負契約に基づくものではなく、商行為によって生じたものとは言えず、所有者の占有補助者に過ぎないとして否定
- ⑦ 東京高裁平成22年7月26日(金法1906・75)  
商事留置権制度の沿革等から不動産には成立しないと考えられ、また、土地の占有は商行為によって生じたものとは言えないなどとして否定
- ⑧ 大阪高裁平成23年6月7日(金法1931・93)  
敷地に対する商事留置権は成立するが、土地を担保にとって融資する者が将来留置権が主張されるかもしれないことを予測して融資判断することは不可能に近く、商事留置権によって第三者に不測の損害を及ぼすことは担保法全体の趣旨、均衡に照らして容認し難い。したがって、抵当権設定登記後に成立した商事留置権は、民事執行法59条4項の留置権としての保護はなく抵当権に対抗できないと解するのが相当として、抵当権に対する対抗力を否定

### 4 検討

商法521条の文言からすれば、商人同士の間において、その取引によって占有を取得した物については商事留置権が発生するため、建物を建築した請負人が、その建物の所有権を取得することで敷地を占有するのは、双方が商人である以上、請負契約という商行為によって取得した占有であり、商事留置権が成立するという解釈は、極めて素直な解釈である。また、それにより、民事執行法59条4項にしたがって、

抵当権に対抗できるというのも条文上当然の解釈ということになる。

しかし、それによって生ずる結果は、留置権が無条件に抵当権に優先するということになる。これは抵当権者たる金融機関等の予測可能性を著しく阻害し、さらには強制執行妨害目的で濫用的に留置権が主張されることを助長することになりかねない。

商事留置権の成立を認めた東京高裁平成6年2月7日決定(判タ875・281)の事例は、濫用的な留置権の主張ではないものと見られるのに対し、その後の成立を否定した上記の事例は、②東京高裁平成9年3月14日決定(判時1604・72)など濫用的なものであると見られたのではないかと思われる。

この問題の本質は、本来、抵当権が設定され、その旨の登記がなされているにもかかわらず、これに遅れる留置権が結果的に抵当権に優先する扱いを受けることが不当であるというところにあり、民事執行法59条4項の立法的な問題をはらんでいる。事態を見れば、請負人の敷地に対する商事留置権は成立すると見るのが最も素直な解釈であり、むしろ抵当権に遅れた留置権は抵当権に対抗できないと解釈するのが、最も合理的な解決であると思われる。

その意味で、⑧大阪高裁平成23年6月7日決定(金法1931・93)の立場は、結論としては最も受け入れやすい結論であると考えられる(但し、その民事執行法の解釈は、極めて技巧的であり、相当の批判があり得るところとは思われ、本来的には、民事執行法の立法的な問題であると考えられる。 )。

## 5 その他の問題

以上に対し、例えば、抵当権が設定された建物を請負人が修繕したが、建物所有者が請負代金を支払わない場合には、請負人は占有している建物について、民法上の留置権を主張でき、商人間であれば商事留置権も主張できる。この場合でも、抵当権に遅れるこうした留置権が、結果として抵当権に優先する取扱を受けることになり、土地について留置権が成立するほど不当ではないとしても、やはりその不当性は同様である。

建物敷地に対する留置権の成立を否定した上記の①～⑥の高裁判決の論拠によれば、②のように濫用的なものと認定できない以上、この結果はやむを得ないということになると考えられるが、⑧大阪高裁平成23年6月7日決定(金法1931・93)によれば、この場合でも、留置権は抵当権に対抗できないということになる。

東京高裁平成14年6月6日決定(判時1787・124)は、土地建物の売買契約を解除したことによる代金返還請求権を被担保債権とする民法上の留置権の主張に対し、結論として、同取引以前に設定されていた抵当権に対抗できないと判断している。

また、商事留置権は所有者が破産した場合には特別の先取特権に転化するが(破産法66条)、東京高裁平成10年11月27日決定(判時1666・143)は、その先取特権と抵当権との優劣については、留置権の成立と抵当権の登記との先後によるとしている。

これら2つの高裁判例との均衡として見ても、結論としては、⑧大阪高裁決定のように、抵当権に遅れる留置権は、抵当権に対抗できないと考えるのが妥当であると考えられる。

以 上



# 預金債権の差押命令の申立に おいて全店順位方式が認められるか —最高裁平成23年9月20日第三小法廷 決定とその後—

弁護士 上里 美登利

## 1 はじめに

預金債権の差押命令申立の際に、複数の店舗(全店も含む)に順位付けを行う方法による差押命令の申立が認められるかという点については、2007年4月発行のOike Libraryで執筆した。当時は、これを認める例は少数で、特にヤミ金融業者の預金口座を対象とするなど被害救済の色合いの強い場合に限られていたといえる。もっとも、その後、特に平成23年に入ってから、これを認める決定例が相次ぎ、今般、最高裁判所の決定も出たことから、このテーマにつき、再度取り上げ、今後の実務対応につき検討を加える。

なお、本稿において、見解にわたる部分は執筆者の私見であることを予めお断りさせていただく。

## 2 金融機関の複数の店舗(全店も含む)に順位付けを行う方法による差押命令の申立とは、例えば、全店につき支店番号で順位付けを行う場合(以下「全店順位方式」)、次のような差押債権の表示となる。

「債務者〇〇が第三債務者〇〇金融機関に対して有する下記預金債権及び同預金に対する預入日から本命令送達時までに既に発生した利息債権のうち、下記の記載する順序に従い、頭書金額に満つるまで記

- 1 複数の店舗に預金債権があるときは、支店番号の若い順序による。
- 2 . . .
- 3 . . .
- . . .

(2以下は、先行する差押の有無、預金の種類等による順位付け)

## 3 問題は、これが「差し押さえるべき債権の種類及び額その他の債権を特定するに足る事項を明らかにしなければならない」と定める民事執行規則133条2項の「特定」の要件を充たしているかという点である。この点につき、近時、これを適法とした決定例

と、不適法とした決定例とが相次いだ<sup>1</sup>。

そして、最高裁平成23年9月20日第三小法廷決定(以下「最高裁決定」)が出たが、最高裁決定の結論は、以下の理由のもと、これを認めないとするものであった。

まず、「特定」の程度については、「民事執行規則133条2項の求める差押債権の特定とは、債権差押命令の送達を受けた第三債務者において、直ちにとはいえないまでも、差押えの効力が上記送達の時点で生ずることにそぐわない事態とならない程度に速やかに、かつ、確実に、差し押さえられた債権を識別することができるものでなければならないと解するのが相当」とした。

そして、全店順位方式での申立については、「本件申立ては、大規模な金融機関である第三債務者らの全ての店舗を対象として順位付けをし、先順位の店舗の預貯金債権の額が差押債権額に満たないときは、順次予備的に後順位の店舗の預貯金債権を差押債権とする旨の差押えを求めるものであり、各第三債務者において、先順位の店舗の預貯金債権の全てについて、その存否及び先行の差押え又は仮差押えの有無、定期預金、普通預金等の種別、差押命令送達時点での残高等を調査して、差押えの効力が生ずる預貯金債権の総額を把握する作業が完了しない限り、後順位の店舗の預貯金債権に差押えの効力が生ずるか否かが判明しないのであるから、本件申立てにおける差押債権の表示は送達を受けた第三債務者において上記の程度に速やかに確実に差し押さえられた債権を識別することができるものであるということとはできない。そうすると、本件申立ては、差押債権の特定を欠き不適法というべきである。」とした。

## 4 この最高裁決定を受け、複数の店舗に順位付けを行う方法による差押命令は、当面出されなくなるであろう。

他方、この最高裁決定の理由において、差押債権となる預金の「特定」に関する一定の基準が示されたことを受け、この最高裁決定に反しないという理由で適法とされ、実質的には全店順位方式に引け劣らないと言い得る決定が出された。それが、東京高裁平成23年10月26日民事部決定(平成23年(ラ)第1876号、金融法務事情1933号9頁)である。

この決定における差押債権の表示は、「複数の店舗に預金債権があるときは、預金債権額合計の最も大きな店舗の預金債権を対象とする。なお、預金債

権額合計の最も大きな店舗が複数あるときは、そのうち支店番号の最も若い店舗の預金債権を対象とする。」とした上で、当該店舗の預金債権については、先行する差押又は仮差押の有無、預金の種類等による順位付けがされるというもののようである。

上記のような差押債権の表示であれば、第三債務者たる金融機関においては、預金合計額の一番大きな店舗を特定すれば良いので、差押命令送達時から間もない間において、差押債権の特定が可能になるというわけである。そこで、前記の最高裁決定が示した「債権差押命令の送達を受けた第三債務者において、直ちにとはいえないまでも、差押えの効力が上記送達の時点で生ずることにそぐわない事態とならない程度に速やかに、かつ、確実に、差し押さえられた債権を識別することができる」という「特定」の要件をクリアできるというわけである。上記高裁決定は、「全店一括順位付け方式による場合と比較すると、事柄の性質上、第三債務者の負担が格段に小さいものであることは明らか」であり、「すべての店舗を通じて預金口座の有無及び残高等の顧客情報を管理するシステムが確立していると一応認められることに照らすと」、上記最高裁決定の特定の要件を充たす旨述べている。

この高裁決定について、特に注目すべきは、一般的には、債務者が金融機関に預金を有する場合、1つの支店にまとまった預金がある場合が多いと考えられるため(さらに言えば、1つの支店にしか預金がない場合も多いと考えられる。)、実質的にも預金が最も多く存在する1つの支店を特定することができれば、それで足りる場合が多いと言い得ることである。

この差押債権の表示は、最高裁決定に抵触しないものと考えられることから(今後、争いが生じるかもしれないが)、その実質を考えれば、今後は、この表示方法が多用されるのではないかと思う。

- 5 なお、これに対しては、金融法務事情1933号12頁に三井住友銀行法務部長の寄稿が掲載されており、上記高裁決定の事例では、実際には、債務者の「口座は何十の店に何十も存在した。」ことや、「結局そこで判明した取引店ごとに別途明細の照会をかけないことには、どの支店が残高NO.1店舗だったかはわからない。」「とにかく「残高NO.1店舗の特定」は命令送達日のうちには完了するようなものではなかった。」のであり、高裁が「第三債務者の負担が格段に小さいものであることは明らか」と判断したのは「明らか」に間違っていたのだ(少なくとも弊行に

としては)。」とのことである。

このような実情は、高裁の決定時には想定されていなかったものと思うが、「口座が何十の店に何十も存在した。」といった事案は一般的とはいえず、外部からは、預金合計額の最も多い店舗を特定することは、それほど大変な作業ではないように見える。

なお、上記のような銀行の意見に対する答えは、上記の高裁決定の以下の理由付けに表れていると思われる。すなわち、高裁決定は、差押命令の申立に先立ち、債権者は弁護士法23条の2に基づき、各金融機関に対して、預金の有無、取扱支店及び預金残高の照会を行ったものの、回答が得られなかったことにつき、「原告人は、相手方に対し法的に正当な権利を有し、民事訴訟を提起して勝訴判決を得ながら、その履行を受けられないため、相手方の預金債権の差押えを試みているのであり、しかも、弁護士法23条の2に基づく照会の手続きを経たにもかかわらず、第三債務者らが、相手方の同意がないことなど正当と認めがたい理由により、相手方名義の預金の有無及び取扱店舗等を開示しなかったことから、差押債権を前記のように記載せざるを得ない状況にある」ことから、当該申立を不適法とすれば、「勝訴判決を得た債権者であっても、債務者の預金債権に対する強制執行を事実上断念させられる結果になり、ひいては民事執行の機能不全を招きかねないのであって、これが妥当性を欠くことは明らかと考えられる。」としている。

弁護士会照会に対する回答義務の範囲についても議論のあるところだが、金融機関が一律に守秘義務等を理由に回答を拒否する姿勢を続けていた場合、金融機関において一定の作業負担を負わせることもやむを得ないとする決定が出される可能性もあることにも留意したいと思う。

#### 1 適法とした決定

東京高裁平成23年1月11日第20民事部決定(金融法務事情1918号109頁)、東京高裁平成23年1月12日第20民事部決定(金融法務事情1928号65頁)、東京高裁平成23年3月30日第12民事部決定(金融法務事情1922号92頁)、東京高裁平成23年4月14日第19民事部決定(金融法務事情1926号112頁)

#### 不適法とした決定

東京高裁平成23年3月31日第21民事部決定(金融法務事情1922号92頁)、東京高裁平成23年4月28日第10民事部決定(金融法務事情1922号87頁)、東京高裁平成23年5月16日第10民事部決定(金融法務事情1923号91頁)、東京高裁平成23年5月18日第9民事部決定(金融法務事情1926号112頁)、仙台高裁秋田支部平成23年5月18日決定(金融法務事情1926号106頁)

## 預金・金融商品を共同相続した 相続人からの請求と金融機関の対応

弁護士 茶木 真理子

### 第1 はじめに

遺産のうち、可分債権については、当然に相続分に応じて各相続人に分割承継されるとする説(分割承継説)が判例として確立している(最判昭和29年4月8日民集8巻4号819頁)。したがって、可分債権である預金債権は、相続開始と同時に、相続分<sup>1</sup>にしたがって各相続人に承継され、各相続人はそれぞれ独立した預金債権者として金融機関に対し預金払戻を請求することができる。

これに対する金融機関の対応としては、過去には、相続人間の紛争に巻き込まれることを避けるため、共同相続人全員の同意がない限りは払戻を拒否するとしていた金融機関が多かったようである<sup>2</sup>。しかし、最近では、共同相続人の一部からの払戻請求を肯定する裁判例の集積<sup>3</sup>や、訴訟で敗訴した場合の遅延損害金(年5%又は6%)の負担を考慮してか、遺言や遺産分割成立の有無を確認したうえで、相続分に応じた払戻に応じる金融機関が増えていると思われる。

### 第2 定期預金について

第1で述べたとおり、分割承継説を前提にすれば、可分債権である預金債権については、金融機関は共同相続人の一部からの相続分に応じた払戻請求を拒否し得ないということになるが、これは定期預金の場合も同様ののだろうか。

#### 1 中途解約の可否について

- (1) いつでも払戻を請求できる普通預金(民法666条2項)に対し、定期預金の弁済期は満期である。共同相続人の一部が払戻請求をした時点で定期預金の満期が到来していない場合、払戻に応じるためにはその時点で定期預金を中途解約することが必要となる。

この点、裁判例の多くは、金融機関が中途解約・払戻に応ずべき商慣習はないし、中途解約・払戻に応ずる法的義務も存しないと判示している(東京地判平成10年12月24日金法1567号102頁、東京地判平成20年6月27日金法1861号59頁等)。とすれば、そもそも相続人としては、金

融機関に対し、定期預金の中途解約を強制することはできないと解され、満期を待って相続分に応じた払戻請求をするか、現時点で将来(満期時点)における給付請求(民訴法135条)をすることしかできないのではないかと考えられる。

- (2) また、解除権(民法544条)と同様、中途解約権自体は共同相続人全員に不可分の帰属すると解せば、民法251条によって相続人全員が共同して行使する必要があると考える余地もある。さらに、定期預金を中途解約した場合には、満期に払戻すよりも低い利率が適用される等の不利益を被ることになるため、他の相続人が不利益を被る可能性がある以上、一部の相続人による中途解約は認められないとする見解もある<sup>4</sup>。
- (3) 以上より、定期預金について共同相続人の一部から相続分に応じた払戻請求を受けた場合については、金融機関に中途解約に応じる義務はなく、また、一部の相続人による中途解約は認められないと解する余地もあることから、金融機関としては満期を待って払戻に応じるとの対応も許され则认为する。

#### 2 中途解約に応じた場合

仮に、共同相続人の一部からの払戻請求を受けて金融機関が中途解約に応じた場合、払戻しをせずに残った預金については、定期預金として扱うことになるのか、それとも普通預金として扱えば足りるのかといった問題がある。

前記の一部相続人による中途解約を認めない見解は、残った預金が普通預金として扱われることがその理由とされていると思われる。しかし、本来は拒否することが可能と思われる中途解約に金融機関が任意に応じたことによって、他の相続人が不利益を被るのは不当である反面、定期預金として扱うことについて金融機関に特段不利益はないのであるから、残った預金は定期預金として扱うことが必要になるものとする。

#### 3 預金選択の可否

では、遺産の中に普通預金と定期預金が存在しており、共同相続人の一部からの払戻請求を普通預金のみで払い戻しができるという場合、金融機関は普通預金から払い戻すことは可能か。

この点、東京地判平成7年11月30日(金法1441号32頁)は、相続人が相続分に応じて分割取得するものも預金契約ごとであると判示しており、この判



決の見解に従えば、金融機関は払戻の対象となる預金を選択することはできないことになる。ただし、普通預金から払い戻すことを請求者である相続人が同意し、その方が他の相続人にとっても利益となる場合には、構わないものとする<sup>5</sup>。

### 第3 投資信託について

- 1 投資信託が共同相続人によって分割承継されるか否かについては争いがあり、下級審でも結論が分かれている。

分割承継を肯定する例としては、大阪地判平成18年7月21日(金法1792号58頁)、否定する例としては、福岡高判平成22年2月17日(金法1903号89頁)がある。大阪地判平成23年8月26日(金法1934号114頁)も分割承継を否定する例である。同判決は、投資信託受益権は、「一部解約実行請求権、一部解約金支払請求権、買取請求権、償還金請求権(投資信託法6条3項)及び収益分配金請求権(同項)を含む上、議決権(同法17条6項)等を含むものであって、それらの権利の集合した一つの契約上の地位というべきものである」ことなどを理由に不可分債権であるとし、そうすると相続により共同相続人らに準共有されているから、共有物の変更にあたる投資信託の解約は、民法251条により準共有者全員の同意を要すると判示したものである。

- 2 なお、肯定例として挙げた上記大阪地判は、投資信託のうちMMF及びMRFに関するものであった。このため、裁判所は、投資信託に基づく権利を性質上・法律上当然の分割債権と考えたのではなく、原則は単独行使できないが、約款に特段の定めがあることによって分割承継されたことを理由に、単独行使が可能と判断したとの指摘もある<sup>6</sup>。よって、投資信託が相続人に分割承継されるか否かについては、原則としては不可分債権であり分割承継されないと解しつつも、具体的な銘柄や商品の内容等から可分債権と取り扱うことが妥当かどうかを検討することになると思われる。

### 第4 国債について

- 1 国債は、商品毎に設定された一定期間を経過した後は、いつでも一部又は全部を中途換金できるところ、この中途換金をする請求権や中途換金としての売渡しに係る代金支払請求権が相続人に分割承継されるかどうか問題となる。
- 2 この問題について判示したものとしては、福岡地判平成23年6月10日(金法1934号120頁)がある。同判決は、「個人向け国債に含まれる取扱機

関に対して中途換金の請求をする権利や中途換金としての売渡しに係る代金支払請求権は、個人向け国債の関連法規等に照らして、単純な債権とは異なり、その性質上、可分債権であるとみることができない」から、共同相続人は被相続人の死亡により「個人向け国債を準共有するに至った」ものであり、かつ、「個人向け国債についての中途換金の請求は契約の解約の実質を有することから民法544条1項の類推適用により」共同相続人全員からのみすることができると判示したものである。

- 3 国債については、上記福岡地判以外の判決が見当たらなかったが、不可分債権とした結論は妥当であり、共同相続人の一部からの相続分に応じた代金支払請求については、金融機関はこれを拒否することが妥当であるとする。

### 第5 相続人の範囲が確定できない場合の問題点

- 1 以上については、相続人の範囲が確定している場合に、そのうちの一部から相続分に応じた払戻や解約等の請求があった場合について検討を行った。このほかに、相続人と金融機関との間で預金等を巡って紛争になる場合には、相続人と主張する者から競合的に払戻請求がなされたため、相続人の範囲が確定できず、金融機関が拒否をするという場合<sup>7</sup>が想定される。以下、この場合における問題点についても若干ふれることとする。

#### 2 預金について

- (1) 預金債権等の金銭債権については、相続人の範囲を確定できない場合、金融機関は弁済供託をしなければ履行遅滞の責任を問われることになる(最判平成11年6月15日 金法1566号56頁)。

よって、金融機関は真の相続人が訴訟等によって確定するのをただ待つのではなく、債権者不確知を理由に弁済供託(民法494条)することを積極的に検討する必要がある。

- (2) ただし、定期預金の場合には、弁済供託をするためには、これを中途解約する必要がある。上記最判の事例も定期預金に関するものであったが、債権者と主張する者双方が金融機関に対し払戻請求をしていたため、双方に定期預金を中途解約する意思があることは明らかであった。しかし、実際には、相続人であると主張する者の一方が金融機関に対し正式な払戻請求まではせずに、相続人の範囲が確定するまでの間払戻を待つて欲しい旨の意思を表明す

るだけというような場合もある。かかる場合には、相続人であると主張する者の一方からの払戻請求のみで中途解約に応じ、弁済供託をしてよいのかという問題がある。仮に中途解約に応じて供託してしまうと、後に払戻請求をしていなかった者が真の相続人と認められた場合、既に供託をして「払戻」をしたはずの預金について、中途解約の時期が争われ、利息(しかも定期預金の利率によるもの)が請求される事態も考えられる。よって、定期預金の場合は、相続人であると主張する者双方からの払戻請求、すなわち中途解約の意思表示がない場合には、金融機関が供託をしなかったとしても、遅滞の責任を問うことは難しいのではないと思われる。

### 3 投資信託、国債について

上記(2)で述べたような問題は、投資信託や国債の場合にも生じる。

投資信託を解約あるいは国債を中途換金した結果、相続人に帰属するのは金銭債権である。民法494条は「弁済の目的物」をもって供託することを要求しているから、金銭債権について弁済供託を行う場合には目的物である金銭をもって行うほかなく、投資信託や国債そのものを供託することはできない。とすれば、定期預金と同様に、相続人であると主張する者の一方の意思表示だけで解約や中途換金をしてよいのかという問題があり、金融機関の対応としては、相続人の範囲が確定するか、相続人であると主張する者双方からの意思表示を待つほかないと思われる。

## 第6 おわりに

これまで述べたとおり、預金やその他の金融商品を共同相続した場合に、その全てについて分割承継説を前提に相続分に応じた払戻が認められるわけではない。

また、相続人の範囲が確定できない場合については、金融機関は払戻等を拒否せざるを得ない場合があり、金融機関に義務懈怠があるとされる場合は限られるものと考えられる。

なお、本稿の意見についてはあくまでも私見であり、銀行の実務を示すものではない。

1 「相続分」という場合に、これを法定相続分と解するか、具体的相続分と解するかについては争いがある。この点、判タ11355号59頁では、訴訟実務は法定相続分説を前提に運用されているとの指摘がなされている。

- 2 「相続預金の取扱をめぐる諸問題と実務対応」金法1394号27頁、「相続預金の実務処理に関するアンケート調査の集計結果と分析」同50頁、須磨美博「法定相続分の預金払戻請求への対応」10頁
- 3 東京地判平成7年9月14日(判時1569号81頁)、東京地判平成8年2月23日(金法1445号60頁)、東京地判平成8年11月8日(金法1499号45頁)、東京地判平成9年5月28日(金法1506号70頁)、東京地判平成9年10月20日(金法1513号58頁)等
- 4 村田渉・金法1839号27頁
- 5 前掲2須磨14頁と同旨
- 6 前掲4・25頁
- 7 例えば、配偶者については婚姻無効や離婚無効が主張される場合、子については養子縁組無効や離縁無効が主張される場合など、様々な場面が想定される。

## 「損害」の把握と算定－ 人身被害における包括請求の活用

弁護士 増田 朋記

### 1 はじめに

本稿では、損害賠償における損害の把握及びその金銭的評価に関し、被害の全てを総体として包括的に把握し、その賠償を請求する「包括請求」と呼ばれる考え方について、その内容・意義を検討し、伝統的な考え方である個別損害項目積算方式と対比した上、人身被害における包括請求のより発展的な活用の可能性を探るものである。

### 2 伝統的な損害論(差額説と個別損害項目積算方式)<sup>1</sup>

- (1) 不法行為に基づく損害賠償請求において、賠償されるべき「損害」の意義をどのように捉えるべきか、そして、それをどのように金銭的に評価して賠償額を算定すべきかという点に関しては、いくつかの異なる考え方が展開されている。
- (2) 最も伝統的な理解においては、不法行為における「損害」とは、不法行為がなければ被害者が現在有しているであろう仮定的利益状態と、不法行為がなされたために被害者が現在有している現実の利益状態との間の差額と捉えられる。差額説と呼ばれる考え方であり、実務上も支配的な立場といえよう。
- (3) また、必ずしも論理的に直結するものではないが、差額説を前提とした場合、損害の金銭的評価については個別損害項目積算方式が採用されるこ

とが一般的である。

すなわち、損害を積極的損害、消極的損害、精神的損害に分けて各個の損害項目毎に当該具体的被害者の財産的不利益を確定し、それを総計することで全体の損害額を確定する方式である。

### 3 新たな請求方式としての包括請求の登場<sup>2,3,4</sup>

- (1) 上記のような差額説と個別損害項目積算方式という伝統的な考え方に対し、昭和40年代から公害・薬害事件等の人身被害に対する損害賠償を求める集団訴訟が提起される中で、新たな請求方式として登場してきたのが包括請求方式である。
- (2) 包括請求方式が先駆的に主張されたのは新潟水俣病訴訟であった。同訴訟では「生命、身体に対する侵害については、財産的、精神的損害をすべて総合して、賠償額を全体として適切にこれを定めること」と主張され、財産的損害と精神的損害を一括して請求する「一括請求」と呼ばれる考え方と、具体的な賠償額を定型的あるいは定額的に把握する「一律請求」と呼ばれる考え方が併せて示されたのである。

さらに、その後、熊本水俣訴訟においては、伝統的な考え方を「被害の実態を直視する考え方では決してない」と批判した上で、「われわれのいう損害は、原告らの蒙った社会的、経済的、精神的損害のすべてを包括する総体をいう」として、「一括請求」の考え方をさらに発展させ、財産的損害、精神的損害の単なる総合としてではなく、相互に絡まり合った損害を総体として包括的に把握する「包括請求」が主張された。

そして、このような包括請求の考え方は、その後、公害事件だけではなく、スモン薬害事件訴訟やカネミ油症事件訴訟等においても主張され、さらに発展させられていったのである。

### 4 裁判所による包括請求方式の受容

- (1) 包括請求方式に対して、裁判所の対応は以下のようなものであった。初期の裁判例、例えば、新潟水俣病判決(新潟地判昭和46年9月29日判時642号96頁)や、熊本水俣病判決(熊本地判昭和48年3月20日判時696号15頁)においては、一括請求あるいは包括請求は、慰謝料のみを請求するものと理解された上で、逸失利益算定の基礎となる諸事実を慰謝料額算定の考慮事項としており、包括請求方式はいわば慰謝料の補完的機能の延長として捉えられていた。
- (2) しかし、その後、スモン薬害事件訴訟の諸判決

の中では、「これらの諸損害と精神的、肉体的苦痛に対する慰謝料とを併せ包括したものとして、一定の損害額を主張し請求することも、特に将来別訴の提起等によって不都合を生じるおそれなどない限り、許される」(福岡地判昭和53年11月14日判時910号33頁)とするなど、包括請求を個別損害項目積算方式とは異なる請求方式であることを正面から認め、容認するものがあらわれている。

- (3) また、具体的な賠償額を定型的あるいは定額的に把握する「一律請求」の考え方については、例えば、前掲熊本水俣病判決では「なお、このように被害者側の個別事情を考慮することなく、全部の被害者について一律に損害額を算定請求することは、公平、妥当かつ合理的な損害の賠償という不法行為法の理念に反すると解せられるから、相当でないものといわなければならない。」とされ、言葉の上ではこれを否定するものもみられたが、具体的な賠償額の認定の仕方を見ると、結局は何段階かのランクあるいは定型的な基準によって賠償額が導かれており、ゆるやかな形ではあるが定額化が実現されている。

### 5 包括請求の本質的意義

- (1) 過去の現実の訴訟においては、被害者側で個々の財産的損害について具体的に立証することが困難であり、また集団訴訟の性質上、個々の被害者について個別に損害の立証をさせていたのでは訴訟が遅延してしまうなどといった立証問題が、包括請求を採用した大きな要因であったことは否定できない。

しかし、だからといって、包括請求が、個別損害項目についての具体的な数値的根拠を示す事実の主張立証を避けるための法技術にすぎないと考えべきではない。

- (2) 不法行為法の目的が被害者に生じた損害を填補することにあることは異論のないところであろうが、そのような填補については、できる限り侵害がなかった状態に戻すことが被害者の権利保護のあり方として認められるべきである。すなわち、損害賠償においては全部賠償が原則とされるべきであり、被害救済のためには、原状回復の理念、さらには、人身損害賠償における生活保障機能が重視されるべきといえる。

そして、人身被害の場合には、侵害された利益が金銭では評価困難ないし不可能であり、しかも、その被害は多様な広がりや相互関連性を持つもの



であるから、損害を総体的・包括的に把握することが本来的に必要不可欠であると考えられる。

包括請求は、まさにこのような趣旨から、加害行為により生じた財産的なマイナスとして損害を捉える差額説を批判し、それぞれの被害が絡まり合い相乗し合っている総体としての損害を、総体的・包括的に把握することで被害の実態を捉え、被害の完全な救済、原状回復の理念の実現を図ろうとするものであって、この点にこそ、包括請求の本質的意義が存在するのである。

## 6 包括請求における賠償額の算定

- (1) 上記のように、包括請求は、損害を総体的・包括的に把握し、被害の完全救済や原状回復の理念と結びつくものであって、人身被害に対する損害論としては優れた考え方である。

もっとも、包括的に捉えられた被害の総体に対する賠償額をどのように算定するかという点については、これまで十分にその方法や手続きについての検討が行われておらず、初期の裁判例では包括請求はいわば慰謝料の延長として理解されていたこともあって、結果としてほとんど無限定な裁判官の裁量によって賠償額が算定されてしまっており、この点に包括請求の問題点及び解決すべき課題がある。

しかし、上記のとおり、人身被害については包括的な損害把握が必要不可欠なのであるから、このような包括請求の問題点の解決策としては、従来の差額説のような損害論に戻るのではなく、あくまで包括的損害把握を基礎とした上で、賠償額を算定する基準・方法を具体化することを模索すべきである。

- (2) この点、たとえば、東京スモン訴訟判決(東京地判昭和53年8月3日判時899号48頁)や広島スモン訴訟判決(広島地判昭和54年2月22日判時920号19頁)においては、症度区分に応じて基準額を定めた上で、年齢加算・一家の支柱加算・主婦加算等の修正要素による加算を行う算定方式をとり、算定にあたって考慮される事情や考慮の仕方が客観化されている。

また、カネミ油症事件の原告側弁護士であった馬奈木昭雄弁護士は、損害の金銭評価において、これまでに受けてきた被害、適切な看護と生活の保障、リハビリの費用といった一定の項目に整理し、包括損害の一部請求であることを前提とした上で、できる限り個別具体的に被害事実を立証す

ることを包括請求の課題の解決法として述べている<sup>5</sup>。

## 7 個別損害項目積算方式と包括請求との対比

- (1) 伝統的な差額説及び個別損害項目積算方式の欠点は、損害の把握と損害の金銭的評価算定とが一体的に観念されてしまっている点にある。すなわち、伝統的な考え方においては、極論すれば、算定可能な被害のみが損害として捉えられ、それ以外の被害は、補完的な機能を有する慰謝料の中に押し込められ、多くの場合に、被害の実態にそぐわない極めて低額な評価しか受けることができなくなってしまう。

これとは対照的に、包括請求は、人身被害を金銭的に評価することは困難であることを前提としながら、これが全面的に賠償されるべき損害であるということを直視し、被害の救済を図ろうとするものである。

すなわち、個別損害項目積算方式と包括請求のいずれを採用するのかという問題は、単なる方法論ではなく、損害とは何か、不法行為法の目的は何かという考え方についての大きな転換を図る問題なのである。

- (2) 今日においては、差額説的な損害把握にも一定の修正が加えられるようになっており、個別損害項目積算方式においても項目の多様化、内容の深化が図られ、より損害を実態的に捉える方向へと発展がみられる。

しかし、損害を細分化して把握するという基本的な姿勢がある以上は、個別損害項目積算方式で人身被害の実態を正確に捉えることは自ずから限界がある。

他方で、包括請求も必ずしも基準が不明瞭な概括的な請求を前提とするものではなく、その本質的意義は包括的な損害把握にこそあるのであって、その上で、把握された包括的損害に対して金銭的評価の一定の基準を設けることは十分可能である。

- (3) この点、前述のように、包括請求において賠償額の算定を具体化し、とりわけ損害を項目化すると、一見すると伝統的な個別損害項目積算方式に類似してくるようにも思われる。

しかし、包括請求は、あくまで包括的損害把握を出発点とし、原状回復、恒久救済の実現に向けた損害賠償の役割を重視するものであり、損害賠償額の算定についても、原則として被害者が受け

た総体としての損害を、被害を受けなかった状態に完全に回復させるための原状回復措置の対価賠償として算定しようとするものであって、伝統的な個別損害項目積算方式とは全く異なるものであるというべきである。

## 8 最後に

包括請求については、いまだ十分に検討が尽くされた請求方式とはいえず、実務的に活用していくためには解決すべき課題も多く残されているといえる。

しかし、包括請求は、多様な人身被害に対し、これまでの考え方では認め難かった被害についても損害として賠償を認め、救済を図ることのできる可能性を持った考え方である。

したがって、これまで包括請求が主張された裁判例の蓄積のみならず、個別損害項目積算方式において蓄積された議論も含めて、今改めて、包括的な損害把握を前提とした包括請求の活用を検討すべきではないだろうか<sup>6</sup>。

- 1 潮見佳男『不法行為法〈法律学の森〉』（信山社出版、第1版、1999年）213頁
- 2 潮見前掲書 271頁
- 3 吉村良一『人身損害賠償の研究』（日本評論社、第1版、1990年）165頁
- 4 淡路剛久「生命侵害の損害賠償」星野英一ほか編『民法講座第6巻』（有斐閣、初版、1985年）369頁
- 5 馬奈木昭雄「カネミ油症事件における損害論」『法律時報 49巻5号』（日本評論社、1977年）39頁
- 6 差額説を批判するものとして、学説上は、損害事実説や死傷損害説、稼働能力説などの損害論が展開されている。包括請求は、人の死傷そのものを損害として捉える死傷損害説を発展させたものと指摘されることもあるが、新たな損害請求方式としては、当然のことながらこのような種々の損害論との関係についても検討する必要がある。

# 弁護士費用の賠償と 弁護士費用特約との関係

弁護士 谷山 智光

## 1 問題の所在

- (1) 交通事故の被害者から加害者に対して提起される損害賠償請求訴訟において、修理費や治療費等の各損害に加えて弁護士費用が請求されることが多い。

判例上も「訴訟追行を弁護士に委任した場合には、その弁護士費用は、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものに限り、右不法行為と相当因果関係に立つ損害というべきである」とされている（最高裁昭和44年2月27日判決・民集23巻2号441頁）。

その金額算定にあたっては、弁護士費用以外の損害を算定し、過失相殺等の減額処理をし、弁済金・自賠責保険からの支払等の損益相殺をしたあとの、加害者に対する請求可能金額を算出し、その1割程度を弁護士費用の損害額として加算するのが一般的である（財団法人日弁連交通事故相談センター『交通事故損害賠償額算定基準』22訂版51頁）。

- (2) 近時、自動車保険（任意保険）に、加害者への損害賠償請求をするに際して必要となる弁護士費用等を一定額を限度として保険金として支払う特約（以下「弁護士費用特約」という。）が用意され、同特約に基づき弁護士費用が保険金として支払われることがある。

この点、弁護士費用特約が付保されていることを理由に、上記損害賠償請求訴訟において加害者が弁護士費用について争うケースが散見される。

このような主張ははたして妥当であろうか、弁護士費用の賠償において弁護士費用特約の存在が考慮されるのか問題となる。

## 2 裁判例

この点、公刊物に掲載されている裁判例として、以下の裁判例がある。

- (1) 大阪地裁平成21年3月24日判決・交民集42巻2号418頁

「本件訴訟は、原告が加入する自動車保険(任意保険)の弁護士費用特約保険金によって弁護士費用が賄われている。したがって、原告には弁護士費用相当額の損失は発生しないのであり、同費目は原告の損害にはならない」との主張に対し、「この保険金は原告(保険契約者)が払い込んだ保険料の対価であり、保険金支払義務と損害賠償義務とはその発生原因ないし根拠において無関係と解されるから、被告の上記主張は採用できない。」と判示している。

(2) 名古屋地裁平成22年2月19日判決・交民集43巻1号217頁

「原告甲野は本件保険契約により弁護士費用の填補を受けていると思われるので、弁護士費用を請求しえないと考える。」との主張に対し、「原告甲野は、本件保険契約で弁護士費用補償特約に加入しているが、このことにより被告が弁護士費用の賠償義務を免れるものではない。」と判示している。

(3) 東京地裁平成21年12月21日判決(なお、同じ裁判官によって判示された東京地裁平成22年8月23日判決・自動車保険ジャーナル1838号も同旨である。)

「弁護士費用は、原告自身が支払っているのではなく、原告の締結する保険契約の弁護士費用特約に基づき、原告の付保保険会社から支出されているから、原告には弁護士費用に相当する損害は生じていない。弁護士費用相当額の損害の発生を認めるとしても、原告が弁護士費用特約を用いて本件訴訟を遂行していることを、上記損害額の算定に当たって考慮すべきである。」との主張に対し、「原告が、その締結する保険契約の弁護士費用特約を用いて原告訴訟代理人に本件訴訟の遂行を委任したことは弁論の全趣旨により認めることができるけれども、弁護士費用が同特約により既に保険会社から原告に支出されたことの証明はなく、原告には弁護士費用相当の損害は生じていない旨の主張を採用することはできない。」と判示している。なお、同判決は弁護士費用を修理費損害の約5%しか認容していないが、これは弁護士費用特約を用いて本件訴訟を遂行していることが考慮されているのではなく、修理費について争いがなかったことが考慮されてのことと思われる。

(4) 東京高裁平成22年3月17日判決・自動車保険ジャーナル1825号

(3)の控訴審判決である。「控訴人は、弁護士費用特約を用いて控訴人訴訟代理人に本件訴訟活動を委任しており、現に弁護士費用の支払を保険会社から受けていないとしてもいずれは支払を受けることからすれば、控訴人には弁護士費用相当の損害は発生していないというべきであって、仮に損害があるとしても、弁護士費用特約があるから原判決認定の額よりも減額されるべきである」との主張に対し、「弁護士費用特約により保険会社から控訴人に同費用が支出されたことの証明はない」とし(3)の判決と同様の結論をとった。

(5) さいたま地裁平成22年10月19日判決・自動車保険ジャーナル第1842号

被告の具体的主張は公刊物上明らかでないが、「原告は、J保険会社との間で弁護士費用特約付きの損害保険契約を締結しており、平成20年4月15日、同保険契約に基づき同社から弁護士費用として93万4500円が支払われていることが認められる。同社は、上記弁護士費用の支払により、原告の被告に対する弁護士費用についての損害賠償請求権を代位取得したと解すべきであるから、上記90万円の損害賠償請求権は同社が代位取得したこととなり、原告はこれを被告に請求することはできない。」と判示している。なお、「同社が支払った弁護士費用は、弁護士費用の元本分であると解するのが相当である。よって、原告が被告に請求できるのは、弁護士費用90万円に対する本件事故発生日である平成17年12月30日から支払日である平成20年4月15日までの年5分の割合による遅延損害金である10万3279円となる。」として、弁護士費用に対する交通事故日から弁護士費用特約に基づく保険金支払日までの遅延損害金の賠償を認めている。

### 3 検討

(1) 2の(1)の裁判例は、弁護士費用特約の保険金は保険契約者である被害者が払い込んだ保険料の対価であり、保険金支払義務と損害賠償義務とはその発生原因ないし根拠において無関係と解されるとして、弁護士費用の賠償において考慮していない。2の(2)の裁判例も同じ発想であると思われる。

2の(3)及び(4)の裁判例は、弁護士費用が同特約により既に保険会社から原告に支出されたことの証明はないとして、弁護士費用の賠償において考慮していない。この点、弁護士費用が同特約により既に保険会社から原告に支出されたことの証



明があれば弁護士費用の賠償において考慮されたかどうかは必ずしも明らかでない。

これに対し、2の(5)の裁判例は、弁護士費用特約に基づき保険会社から弁護士費用として保険金が支払われたことにより、保険会社が弁護士費用についての損害賠償請求権を代位取得したとして、弁護士費用の賠償において考慮している。

- (2) 私見としては、そもそも弁護士費用特約に基づき支払われる保険金は、被害者が弁護士費用特約を付保し、保険料を支払ったことによって支払われるものであるところ、それにより(保険料を支払った者でもない)加害者が弁護士費用の賠償を免れるというのはあまりに不当であると思われる。

もっとも、保険会社による代位の問題は理論上問題として観念しえなくもないであろうが、弁護士費用特約については通常、保険会社による代位は想定されていないことが多いのではないか。この点、筆者が担当した訴訟の判決である大阪高裁平成21年6月5日判決・公刊物未掲載は「控訴人甲野が本件保険契約に設けられている弁護士費用等補償特約に基づき弁護士費用…円を受け取っているから、同控訴人に弁護士費用相当の損害は生じていない」との主張に対し、「同補償特約は、控訴人甲野が控訴人会社から弁護士費用補償保険金の支払を受けた後に、被控訴人に弁護士費用の支払を命じる判決が出されることを予定した条項を設けており、弁護士費用相当の損害について、控訴人会社が控訴人甲野に代位するものと解することはできないから、被控訴人の上記主張は採用することができない」と判示しているのが参考になる。

## 請求権代位に基づく求償債権の 消滅時効の起算点

—東京地判平成23年9月20日  
(金融・商事判例1382号57頁)—

弁護士 相井 寛子

### 1 はじめに

平成20年改正前商法662条1項及び保険法25条1項は、保険者が、被保険者に対し、保険給付を行った場合には、保険者は、被保険者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得する旨定めている(請求権代位)。この請求権代位については、一部保険の場合に、保険者が代位取得する権利の範囲に関して、従来、絶対説、比例説、差額説(人傷基準差額説、訴訟基準差額説)等の見解の対立があった<sup>1</sup>。しかし、この問題については、保険法25条1項が「前号に掲げる額(保険者が行った保険給付の額)が損害額に不足するときは、被保険者債権の額から当該不足額を控除した残額」を限度として保険者が代位取得すると規定したことにより、保険法は、差額説を採用したとされ(大串淳子・日本生命保険生命保険研究会「解説保険法」251頁〔西脇英司〕〔弘文堂、初版、2008〕、また、裁判実務上、訴訟基準差額説での取扱が定着したと評価されている。なお、本稿脱稿後、訴訟基準差額説を採用した最判平成24年2月20日裁判所HPが出されている<sup>2</sup>。

訴訟基準差額説を前提とした場合、被保険者と相手方との訴訟において損害額及び過失割合が確定しないと、保険者が代位取得する債権の範囲が明らかでないようにも思えることから、保険者が代位取得した求償権の消滅時効の起算点が問題となる。

なお、本稿のうち、意見にかかわる部分は、私見にすぎない。

### 2 東京地判平成23年9月20日(金融・商事判例1382号57頁)

#### (1) 事案の概要

平成13年7月20日午後9時42分ころ、被告は、その保有する普通乗用自動車を運転して県道を走行中、前方不注視により、被保険者が上記被告車両の進路前方左側の歩道から車道に踏み出したことに気付かず、上記被告車両を被保険者に衝突させた。上記事故により、被保険者は、傷害を負い、

後遺障害等級併合第1級に該当する高次脳機能障害、両上下肢麻痺、左大腿切断等の後遺障害が残存した。被保険者に生じた損害額(弁護士費用除く)は、合計2億7363万5005円とされている。原告である保険者は、平成18年10月16日、被保険者との間の人身傷害補償担保特約に基づき、被保険者に対し、7536万4083円を支払った。これによって、原告は、保険代位により、被保険者の被告に対する自動車損害賠償保障法3条に基づく損害賠償請求権を取得したとして、被告に対し、上記保険金相当額の損害金及びこれに対する保険金支払日の翌日から支払済みまでの民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた。

本件の争点は、①原告が保険代位により取得した被告に対する損害賠償請求権の消滅時効の起算点、②被告による消滅時効の援用が権利の濫用に当たるか、③過失相殺の3つであるが、争点③については、判断されていない。

## (2) 判旨

裁判所は、上記争点①について、「損害保険金を支払った保険会社による被保険者(被害者)の加害者に対する損害賠償請求権の代位取得は、平成20年法律第57号による改正前の商法662条1項(以下、単に「商法662条1項」という。)又は保険法25条1項に基づくものであるところ、これは、法律上当然の移転であり、保険金支払の時に移転の効力が生じ、代位によって権利が移転しても、権利の同一性には影響がないと解される。人身傷害補償保険も、保険事故の発生により被保険者に生じた人身損害を填補することを目的とするものであって、損害保険の性質を有するものと解されるから、人身傷害補償保険金を支払った保険会社による被保険者(被害者)の加害者に対する損害賠償請求権の代位取得についても、人身傷害補償保険金支払の時に、権利の同一性を保ったまま、上記損害賠償請求権が保険会社に移転するのであり、代位が生じたことによって、上記損害賠償請求権の消滅時効の起算点が左右されるものではないと解するのが相当である。」とし、「被害者の加害者に対する損害賠償請求権の消滅時効は、被害者がその損害及び加害者を知った時から進行するのであって、権利の同一性を維持したまま保険会社に移転した損害賠償請求権について、被害者側が締結した保険契約に基づく人身傷害補償保険金の支払という加害者が何ら関与していない事情によって、

その消滅時効の起算点がこれより遅れると解すべき理由は見当たらない。」とし、原告の請求を棄却した。

なお、代位の範囲については、訴訟基準差額説を採用した<sup>3</sup>。

## 3 検討<sup>4</sup>

(1) 上記裁判例(以下、「本件裁判例」という。)に対しては、①「保険者が損害填補義務を履行したこと」が請求権代位の要件となるところ、具体的に、被保険者の総損害額及び過失割合が被保険者と加害者との間で確定し、保険者によって被保険者が確定的に損害の填補を受けたことにならない限りは、上記要件を充足しておらず、請求権代位の効果は生じないこと、②最判平成20年10月7日判時2033号119頁によると、最高裁は、保険金の支払いによって、当然に請求権代位が生じるという考えはとっていないと考えられること、③訴訟基準差額説を前提とすると、被保険者と加害者との間の訴訟によって、被保険者の総損害額及び過失割合が確定した後でなければ、保険者の求償の可否及び求償額が決まらないという事情は、最判平成15年12月11日民集57巻11号2196頁で示された「権利行使が現実期待出来ないような特段の事情の存する場合」に該当すること、④被保険者と加害者との間の訴訟で総損害額及び過失割合が確定したときを起算点と解さなければ、保険者は、求償権を確保するために、加害者に対して、支払保険金全額を基に求償権を行使せざるを得なくなり、このような考え方は、絶対説的な考え方を採用しているような誤解を生じること等を理由として批判がなされている(山下典孝「人身傷害補償保険に関する一考察」阪大法学61巻751頁(2011))。

(2) これまでの裁判例においては、本件裁判例同様、保険金の支払いにより、被保険者の有する損害賠償請求権が、権利の同一性を保ったまま、保険者に移転すること等を理由として、求償権の消滅時効の起算点も、移転前の損害賠償請求権と同じであると判断されてきた(求償権の消滅時効の起算点に関する裁判例としては、車両保険の求償事案についての福岡高裁平成10年6月5日判タ1010号278頁<sup>5</sup>及び人身傷害補償保険金の事案(過失割合が問題にならない事案)についての東京高判平成20年5月29日自保ジャーナル1799号5頁<sup>6</sup>がある。)<sup>7</sup>

(3) 請求権代位は、保険金支払時に、平成20年改



正前商法622条1項又は保険法25条1項に基づいて、法律上当然に権利が移転するものであり、権利の同一性を保ったまま、その主体だけを変更することを本質とするものである。このことから考えると、移転の前後によって、消滅時効の起算点に変更はないと解される。(財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部「民事交通事故訴訟 損害賠償額算定基準 下巻(講演録編)2012(平成24年)」53頁〔三木素子〕(財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部、第41版、2012)、寶金敏明「各種保険・補償代位の問題点」判例タイムズ464号49頁(1982))

本件裁判例に対する上記批判の主たる主張は、訴訟基準差額説を前提とすると、被保険者の総損害額及び過失割合が確定した後でなければ、保険者の求償の可否及び求償額が決まらないという点にあるが、この点については、上記三木裁判官も指摘するように、被保険者と加害者との間で総損害額等が確定する前であっても、保険者は、被保険者の協力を得て、又は、自ら調査することによって、求償債権について加害者に請求することは十分に可能と考えられるし、また、このような請求は実務上もなされているところである。このため、上記主張は、権利の同一性を保ったまま移転するという請求権代位の性質に反してまで、消滅時効の起算点を変動させる理由としては、説得力に欠けるように思う。したがって、本裁判例同様、求償債権の消滅時効の起算点は、被害者が損害及び加害者を知った時から進行すると解すべきと考える。

#### 4 最後に

人身傷害補償保険が、比較的新しい保険であることもあり、同保険における請求権代位をめぐることは、未だ見解が統一されていない様々な問題がある。それらの今後の動向に注目したい<sup>8</sup>。

- 1 この問題については、当事務所の住田浩史弁護士が、御池ライブラリー No.28 (2008/10) 7 頁において取り上げている。  
なお、各説の整理は、財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部「民事交通事故訴訟 損害賠償額算定基準 下巻(講演録編)2007 (平成19年)」131 頁〔桃崎剛〕(財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部、第37版、2007)に詳しい。
- 2 財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部「民事交通事故訴訟 損害賠償額算定基準 下巻(講演録編)2012(平成24年)」53 頁〔三木素子〕(財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部、第41版、2012)、「判批」金融・商事判例1382号57頁等。また、最判平成24年2月20日裁判所 HP は、「人身傷害条項の被保険者である被害者に過失がある場合、保険金を支払った

保険会社は、上記保険金の額と過失相殺後の損害賠償請求権の額との合計額が裁判基準損害額を上回る額の範囲で損害賠償請求権を代位取得する」と判示した。

- 3 代位の範囲については、本件裁判例は、「被保険者(被害者)が人身傷害補償保険金の支払を受けた後に加害者に対する損害賠償請求訴訟を提起した場合において、被害者にも過失があるとされたときは、保険会社は、同訴訟において認定された被害者の損害額のうち同人の過失割合に対応した額と人身傷害補償保険金の支払額とを対比して、後者が前者を上回るときにはじめて、その上回る額についてのみ、被害者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得することができるにとどまると解する(訴訟基準差額説)のが相当である。」と判示している。
- 4 一般に、「消滅時効は、権利を行使することができる時から進行する」とされているが(民法166条1項)、不法行為に基づく損害賠償請求権については、特に、民法724条において、「被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間」とされている。そして、「加害者を知った」とは、「加害者に対する賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にこれを知った時を意味するもの」(最判昭和48年11月16日民集27巻10号1374頁)とされ、「損害を知った」とは、被害者らが損害の程度や数額を具体的に知ることを要しないが(大判大正9年3月10日民録26輯280頁)、「単純ニ損害ヲ知ルニ止マラス加害行為ノ不法行為ナルコトヲモ併セ知ルノ意ナリト解ス可キナリ」(大判大正7年3月15日民録24輯498頁)とされている。
- 5 福岡高裁平成10年6月5日判タ1010号278頁は、「保険者は、保険給付の時点で、被保険者である被害者の加害者に対する損害賠償請求権をその実体法上の権利の性質を変更することなく当然に承継取得するものであって、代位取得される権利は、被害者の加害者に対する損害賠償請求権にほかならないから、代位の事実が介在しても、被代位債権である損害賠償請求権についての消滅時効の起算点や時効期間に何らの消長を来すものではないと解される。」と判示している。
- 6 東京高判平成20年5月29日自保ジャーナル1799号5頁は、甲(保険者)が、事故の相手方に対する刑事事件の判決が確定し、ある程度過失割合の見通しを付けてからでないと、現実には訴えの提起をすることができないと主張したのに対し、「当時、保険実務上も裁判実務上も必ずしも被控訴人主張のいわゆる差額説で確定する状況にはなかったものであり、いわゆる絶対説に立てば権利行使を妨げる事情とはおよそ考えられないことに加え、そもそも、そうした事情があるとしても、被害者において損害及び加害者を知った時から消滅時効が進行するとされているのに、なにゆえ被害者でない被控訴人の事情によってその起算点が左右されるというのか不明」とであると判示している。
- 7 請求権代位によるものではないが、労災保険法に基づく代位について、大津地長浜支判昭和36年7月17日下民集12巻7号172頁が、「本件に於て請求しているのは、訴外野村久次が被告に対して有する自動車損害賠償保障法第三条の権利を労働者災害補償保険法第二十条第一項により取得したものであるから、右保障法第四条により民法第七百二十四条の消滅時効の規定に従うのであつて、消滅時効の完成するのは昭和三十三年十二月二十二日の満了した時と解すべきである。」とし、移転後の債権の消滅時効の起算点も、被害者が損害及び加害者を知った時であることを明らかにしている。  
また、民法422条の類推適用に基づく代位について、大阪地判昭和45年3月19日下民集21巻3・4号428頁は、民法422条類推の「代位は債権の目的である物または権利が法律上当然に債権者から賠償者に移転する効果を生ずるもので、本件の如く



交通事故による第三者の不法行為を原因とする損害賠償の場合についてこれをみれば、債権者（被害者、その遺族など）の第三者（加害者、保有者など）に対して有する損害賠償請求権が賠償者の履行の時期および範囲内で当然に賠償者に移転する、即ち履行の時点における権利関係がそのまま承継されるものと解すべきであるから、従つて、賠償者の第三者に対する賠償請求権には、民法第七二四条（自賠法第四条）が適用されると共に、その時効期間は被害者（債権者）が損害および加害者を知った時（省略）から起算して三年であると考えを相当とする。」と判示している。

- 8 人身傷害補償保険の請求権代位をめぐる問題点については、財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部「民事交通事故訴訟 損害賠償額算定基準 下巻（講演録編）2011（平成23年）」93頁〔森健二〕（財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部、第40版、2011）、同書2012年53頁〔三木素子〕（財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部、第41版、2012）に詳しい。

なお、前記最判平成24年2月20日裁判所HPは、「人身傷害条項に基づき被害者が被った損害に対して保険金を支払った保険会社は、損害金元本に対する遅延損害金の支払請求権を代位取得することはない」と判断している。

## いわゆる冠婚葬祭互助会の 積立金の解約金条項につき 一部を無効として当該条項の 一部の使用差止を認めた 消費者団体訴訟による差止判決 —京都地判平成23年12月13日 裁判所HP—

弁護士 長野 浩三

- 1 本件は、適格消費者団体特定非営利活動法人京都消費者契約ネットワーク（以下、「KCCN」という。）が、冠婚葬祭互助会を運営する株式会社セレマに対して、冠婚葬祭互助会の積立金の解約金条項が消費者契約法9条及び10条に反するとして、消費者団体訴訟制度に基づき、当該条項の使用差止を求めた事案である。

これにつき、本判決は、儀式の施行の請求前に冠婚葬祭互助契約を解約した場合に差し引かれる解約手数料のうち月掛金の振替費用相当額を超える部分を差し引くことは同法9条1号により無効であるとして、KCCNの請求を一部認容した。

本件解約金条項は業界団体である「全日本冠婚葬祭互助協会」の定める約款と同様のものであり、新

聞報道によれば、互助会契約の件数は2000万件を超えているということであり、本判決の社会的影響は極めて大きい。逆にいえば、これまで多数の苦情が寄せられながら、この問題が放置されてきたところに、少額多数被害の救済を行っていくことの困難さが現れている。

### 2 本件解約金条項の内容

本件は、いわゆる冠婚葬祭互助会の積立金の解約金規定である。一部ではあるが、具体的には下記のとおり定められていた。

Pコース：払込済回数9回目までは全額、10回の場合は2万4650円が差し引かれ、11回目以上の場合は、払込済回数が1回増える毎に、差し引かれる額が250円ずつ増える。

Rコース：払込済回数13回目までは全額が差し引かれ、14回目以上の場合は、払込済回数が1回増える毎に、差し引かれる額が150円ずつ増える。

したがって、たとえば、Pコース会員が、20回の積立をなした時点で解約した場合には、積立金額5万円（2500円×20回＝5万円）から、手数料2万7150円（2万4650円＋250円×10回＝2万7150円）が差し引かれ、2万2850円の返戻しか受けられないことになる。

### 3 本判決の判示内容

- (1) 本判決は割賦販売法の「前払式特定取引」であるところ、割賦販売法適用との関係でそもそも消費者契約法が適用されるのかどうかの問題となった点につき、本判決は、前払式割賦販売についての契約の解除に伴う損害賠償等の制限について定める割賦販売法6条3項は前払式特定取引に適用されない、割賦販売法35条の3の62、15条1項5号、同法施行規則123条1項2号表8欄、同法19条2項、3項（経済産業大臣による解約金条項への規制）は取締規定にすぎず条項の効力を定めるものではないので消費者契約法12条2項は適用されない、として本件解約金条項へ消費者契約法の適用を認めた。
- (2) 本判決は、消費者契約法9条1号の「平均的損害」につき、「一人の消費者が本件互助契約を解約することによって被告セレマに生じる損害を検討する必要がある」とし、本件互助会契約の内容につき「被告セレマは本件互助契約の締結により冠婚葬祭にかかる抽象的な役務提供義務を負うものの、消費者から請求があつてはじめて、当該消費者のために冠婚葬祭の施行に向けた具体的な施行準備を始めるものといえる」と認定した。そのう

えで、被告セレマが損害と主張する、①会員募集費、②会員管理費、③物的設備準備費、④逸失利益につきそれぞれ検討した。

まず、③物的設備準備費については、被告が本件互助会会員のためと主張する不動産や動産等は本件互助契約を解約した一人の消費者のためのみならず、その他の会員等のためでもあるとして一人の消費者の解約の有無にかかわらないものとした。

次に、④逸失利益については、被告が会員の請求があつてはじめて冠婚葬祭の準備を開始するものであること、被告の顧客は互助会の会員に限られないことから他の消費者を勧誘することで解約にかかる契約の利益を図ることが可能であることから、逸失利益を被告が合理的に期待する収入ということはできないとして損害とはならないとしている。

また、被告の葬儀1件あたり価格が150万円程度で、PコースやRコースなどの何倍にもなっていることから被告の主たる収入源は互助会契約の掛け金ではなく、実際の葬儀の際に支払われる追加代金によっていることから、会員募集、会員管理などの作業も追加代金を得るための営業活動の一環と位置づけることが合理的であるから、解約金も割高に定められている可能性がうかがえるとしている。

その上で、①会員募集費、②会員管理費については、代理店手数料については契約の解約により返金されることから損害とはいえないとし、被告が主張する代理店の廃業や経済的援助による不返還の点は一人の消費者との間での損害とはいえないとした。また、被告は、契約に至らなかった者に対する営業費用等を含む費用について契約口数で除して契約した者一人あたりの費用を算出すべきと主張していたが、これについて、本判決は、契約締結に至らなかった者の数を想定できない以上この算定方法をもって会員募集費、会員管理費とすることはできないとした。また、入会書類作成、会員情報システム登録、加入者証作成などの実費は、入会金500円で賄われているとした。最終的に、本判決は、1回あたりの振替費用58円のみ平均的損害とした。

- (3) 本件解約金条項は、全日本冠婚葬祭互助協会の定めるモデル約款でもあったところ、この点につき本判決は、契約金額から解約手数料を算定する

に至った根拠について具体的に明らかになっていないことから標準約款をもって直ちに合理的な規定として考慮することはできないとした。

- (4) 以上から、本判決は、1回あたりの振替費用58円を除く解約金条項につき消費者契約法9条1号により無効として当該条項の一部の使用差止を命じた。

## 5 評価

本件は、これまで多数の苦情がありながら、消費者の視点から検討が十分にされてこなかった冠婚葬祭互助会の解約金条項について、詳細な検討をした上でその無効であることを裁判所が宣言した事案であつて極めて画期的な判決である。業界のモデル約款でもあり、その契約件数も2000万件を超えており、さらに、経済産業省が事前に取り締規定に基づき審査しているものを無効とした点でも社会的影響は大きい。

本件の被害は1契約あたり2、3万円から7万円程度と極めて少額であり、実際に消費者個人がこれを訴訟にして争うのは困難な事案であつた。これを適格消費者団体が取り上げ、3年にわたる訴訟活動を行い、その無効を宣言させたことも意義深い点がある。

ただし、上記のとおり、振替費用58円のみは損害として認めている点は不当である。この費用も結局は、被告の営業のために(顧客の囲い込みのために)なされているものであり、被告の営業費用といえるものであるから、被告の損害には入らないというべきである。

本件は、被告から控訴がなされ、KCCNでも附帯控訴を予定している。本件解約金条項は、現在(2012年2月)、法案化が進められている集団的消費者被害回復制度の対象事案として典型的であるから、本件で無効が確定し、同制度ができた暁には、同制度による被害回復を私が理事・事務局長を務めるKCCNで図りたいと考えている。

## 多様な事実婚の保護

弁護士 福市 航介

### 第1 はじめに

わが国の民法は届出婚主義(民法739条)を採用しているから、社会的に夫婦と認められていても、届出をしていないために法律上の夫婦と認められない「事実上の婚姻関係」が生じるのは不可避である。

しかし、事実上の婚姻関係が存在しながらも、事実上又は法律上の理由で婚姻できない者もあり(従来型事実婚関係)<sup>1</sup>、届出がないとの一事で民法上の保護を与えないとするのは相当ではない。そこで、判例や学説は、これら事実上の婚姻関係を法的に保護しようとしたことはよく知られている(内縁保護の法理)。

もっとも、この事実婚をめぐる法律関係は、現在、敢えて法律婚を選択しないカップルや同性カップルを含む多様な結合関係(現代型事実婚関係)を取り込みながら、その領域を拡大している状況にある。そこで、新たな様相を呈しているこの事実婚関係を整理し、その保護のあり方について、若干の検討を行いたい。

### 第2 従来型事実婚関係と内縁保護の法理

#### 1 内縁保護の法理の生成<sup>2</sup>

周知のとおり、明治民法施行当初、事実上の婚姻関係は法外関係として何らの法的保護も認められなかった<sup>3</sup>。しかし、その後、大審院は、婚姻予約法理を肯定し<sup>4</sup>、「婚姻予約」という構成ではあったものの、事実上の婚姻関係を不当に破棄された一方配偶者に対する救済の途を開いた<sup>5</sup>。その後、学説では、婚姻予約構成では、実質的な夫婦共同生活を捉えることができないとして、「合意を基点として実質的な夫婦共同生活それ自体を合法的な(法律の保護に値する)一種の男女結合関係」<sup>6</sup>として理解し、これに婚姻に準じた法的保護を与えるべきとする準婚理論が通説化していった。

そして、最高裁は、この準婚理論を容れ、事実上の婚姻関係を「準婚関係」と捉え、その不当破棄が不法行為責任を構成することを認めるに至り<sup>7</sup>、以後、下級審でその保護の範囲が拡大していった。これが、現在通用している内縁保護の法理である。

#### 2 内縁の成立要件

内縁としての法律上の効果を得ようとするれば、あるカップルの関係が「内縁」と評価される必要がある。この内縁の成立要件としては、一般に、①婚姻意思、②夫婦共同生活の実体があることが挙げられている<sup>8・9</sup>。ここで、①の意味が問題となるが、検討を要するものの、現時点では、婚姻に準じた法的保護を求める以上、婚姻に準じた法的効果の享受を求める意思と考えるべきではないかと思われる<sup>10</sup>。

なお、①及び②を充たしておきながら、婚姻障害事由がある内縁にも内縁保護の法理を及ぼすかも問題となるが、判例は、それぞれの婚姻障害事由の趣旨毎に個別に判断し、その解決を図っている<sup>11</sup>。

#### 3 内縁の法的効果

内縁関係に入ると、民法の解釈上、末尾の図のと通りの法的効果が認められるとされている。特別法によっても、厚生年金保険の遺族年金<sup>12</sup>、健康保険の各種給付<sup>13</sup>、労働災害補償保険の遺族補償手当<sup>14</sup>、公営住宅の入居資格<sup>15</sup>などによる保護が図られている。

このように、現在、内縁は婚姻とほぼ同様の効果が認められている状況にある<sup>16</sup>。

### 第3 多様な事実上のカップルの発生と視点の整理

#### 1 はじめに

内縁保護の法理は、法律婚をしたくてもできない男女カップルの関係を前提として展開してきたものといってもよい。ところが、現代において法律婚を選択しないカップルの中には、法律婚をしたくてもできないという状況にないが、法律婚という選択をしないカップルが存在するようになっている<sup>17</sup>。また、そもそも男女カップルという前提を持たないカップルも存在するようになっている。このように多様なカップルの関係<sup>18</sup>を従来の内縁保護の法理で処理できるのかが問題となる。

#### 2 整理の視点

##### (1) 婚姻に準じた法的効果の享受意思を基準とする整理

現代の事実婚関係は、事実上の婚姻関係において隷属する女性と、事実上の婚姻関係による利益を受けつつ、都合の悪い場合は責任を負わない男性あるいは男性側家族の関係という従来の内縁保護理論が想定してきた男女結合関係では捉えきれない。能動的に法律婚を選択しない



カップル等をも包括した多様な事実婚関係を、法的保護のあり方という観点から適切に把握するためには、一旦、従来型事実婚関係と現代型事実婚関係というような経時的な分類を解体し、当事者が婚姻に準じた法的効果の享受意思を有するか否かを基準として、整理することがより有用な検討の視点を提供できるのではないかと考える。

そこで、以下、①明示的に婚姻に準じた法的効果を望むカップルの関係と②それ以外のカップルの関係に分けて検討する。

## (2) 明示的に婚姻に準じた法的効果を望むカップルの関係<sup>19</sup>

内縁保護法理を発展させてきた従来型事実婚関係に典型的にみられるように、当事者が婚姻による法的効果を享受したいという意思を持っている、あるいは少なくとも一方がこのような意思を持っており、他方がそれによって利益を得ているのに、法律上又は事実上、当事者間の責任に帰することができない理由により、当事者が婚姻による法的効果を享受できないという点に特徴がある。

そこで、このようなカップルについては、婚姻法を拡張すべきとする態度が是認されるとして、民法秩序とどのように調整すべきかという視点が重要となってくる。

## (3) それ以外のカップルの関係<sup>20</sup>

それ以外のカップルについては、上記とは視点を異にする必要がある。先ほどとは異なり、婚姻の法的効果を望んでいないカップルには、婚姻の効果の全部を望んでいないカップルと婚姻の効果の一部だけを望んでいないカップルとが存在するからである。特に前者のカップルの場合、国家(法)が婚姻に準じて扱うという姿勢に出ることは、かえって当事者の意思に反する危険性がある点に特徴がある<sup>21</sup>。

そこで、このようなカップルについては、前記(2)の視点もさることながら、カップルのあり方に対する当事者の自己決定権の尊重と当該当事者の保護の必要性をどのように調整するかという視点がより重要となってくると思われる。

## 第4 法的保護のあり方

### 1 明示的に婚姻に準じた法的効果を望むカップル

#### (1) 典型的な従来型事実婚関係の場合

当事者が婚姻に準じた法的効果を望んでいる以上、婚姻法を拡張しようとする態度は基本的には是認されるべきであり、これと婚姻秩序の維持という利益とを調整することが必要ということであれば、結論として、現在の判例の状況に特に異論を述べる必要はないように思われる<sup>22</sup>。

#### (2) 同居を予定しないカップル

現代では同居を予定していないカップルが存在するが、このようなカップルに婚姻法を拡張してよいかは問題である。

民法は、夫婦の同居義務を定めているが、正当な理由がある場合には、同居義務は認められないとされており、同居義務に関する規定は宣言規定以上の意味はないというべきである<sup>23</sup>・<sup>24</sup>。同居義務は婚姻秩序の一環としては捉えられないといえる。

そうだとすれば、同居義務の存在を根拠として、婚姻法拡張を否定するのではなく、同居を予定しないというライフスタイルを尊重し、このようなカップルでも婚姻法を拡張することで良いと思われる<sup>25</sup>。

#### (3) 同性のカップル

現行民法上、同性カップルであることは婚姻障害事由とはなっていないが、同性間の婚姻はそもそも認められていない。このような同性カップルを婚姻に準じて扱うかが問題となる。

この点については、現在の婚姻法秩序が、同性間の関係を排除しているかどうか手がかりとなるが、現行民法は異性間の関係について婚姻を用意しているということが確実に分かるだけで、それ以上については沈黙している。そこで、上位法である憲法をみると、その24条1項で「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」としていることから、婚姻は同性間のカップルを廃除しているかのようである。

この点に関しては、憲法24条1項が戦前の家制度の解体するために存在しているという文脈で理解されるべきであり、同条項はむしろ個人の尊厳という趣旨を重視すべきであること、ここでいう「両性」とは、「両当事者」、すなわち、2つの性であれば、異性同士でなくてもよい解釈とすることは可能であること、同条2項は家族に関する制度を立法していく一環であると解

積することも可能であるとする見解があり、それは説得力があるように思われる<sup>26</sup>。

したがって、基本的には、同姓カップルにも婚姻に準じた法的保護を与えるべきである。もっとも、事柄の性質上、国民の議論なく司法が民法の解釈によって解決することには無理があるように思われる。

なお、ヨーロッパでは、内縁、パートナーシップ契約、登録パートナーシップ、婚姻と保護の態様は異なるが、多くの国が同性カップルの保護を承認している状況にあるようである。もっとも、制度を構築して同性カップルの規律を行う場合、親子関係等困難な問題が生じているようであり、この点の検討を要すると思われる<sup>27</sup>。

## 2 それ以外のカップル

### (1) 自己決定権の尊重と当事者保護の相克

それでは、明示的には婚姻の法的効果を望んでいないカップルの法的保護についてはいかに考えるべきであろうか。この点については、二宮周平教授と水野紀子教授により、主張の対立が見られるところである。

### (2) 二宮周平教授の見解<sup>28</sup>

二宮教授は、次のように説く(以下「二宮説」という。)。本来、個人には、他人に危害が及ばない事柄については、自分で判断し、自らの責任において行動することができるという自己決定権がある。どのような家族を形成し家庭生活を過ごすかも、この自己決定権の一つである。ところが、ある生活形態を選択することにより著しい経済的不利益を受けたり、道徳的に戦わねばならないとすれば、その生活形態を選択することは事実上不可能になる。これでは自己決定権を保障したことにならない。

そこで、婚姻外の関係であっても、安定的で継続した共同生活・パートナー関係が存在する以上、内縁と同じような法的な生活を保障しなければならない。

### (3) 水野紀子教授の見解<sup>29</sup>

水野紀子教授は、次のように説く(以下「水野説」という。)。自己決定権という概念は、異なる選択肢の利害得失を十分に理解した上で自ら自己決定する権利であるのに、婚姻と事実婚という選択肢の内容を同じものにしないと自己決定権が保障されないという理解は、自己決定権

の理解として論理的ではない。事実婚は婚姻ではない以上、婚姻と同じような定型的な保護が与えられないのは当然であって、それを拒むのであれば、契約等により、自らの関係を自らで規律すべきである<sup>30</sup>。

### (4) 自己責任を問えるだけの環境の有無

さて、いかに考えるべきか。水野説のように、法律婚を選択しなかった以上内縁としての保護が与えられないという自己責任の考え方を貫くためには、法律婚を選択しなかった当事者に対して婚姻の法的効果を享受できないことについて自己責任を問えるだけの自己決定権が認められる必要があるはずである。

ところが、現行民法はカップルの結合関係を保護する制度として婚姻制度しか用意していない。カップルの関係を契約で規律することもありうるが、家族法領域の内容を規律する契約は不安定であることは否めない<sup>31</sup>。そうすると、当事者には限られた選択肢しかなく、法律婚を選択していないとの一事をもって保護を否定することは疑問がある。最高裁平成16年11月18日第一小法廷判決<sup>32</sup>は婚姻外の男女関係の解消につき不法行為責任を認めなかったが、これは当該事案の当事者に婚姻に準じた法的保護を与えなくとも自己責任を問えた事案であるからにすぎない。

そうすると、法律婚を選択しなかったという一事で準婚として法的保護を与えないのは躊躇されるところである。

### (5) 自己責任が問える場合と問えない場合

しかし、そうなると、自己責任が問える(準婚としての法的保護を与えない)場合と自己責任を問えない(準婚としての法的保護を与える)場合とを区別する必要が生じる。当事者が婚姻の法的効果の全部を享受する意思がない場合には、自己責任を問えるのはもちろんであるから、問題となるのは、当事者が婚姻の法的効果の一部を享受する意思がない場合の取り扱いであろう。

もとより個別の事案によって判断しなければならないが、私見としては、その判断の主要な要素として、カップルが法律婚を選択しなかった理由(人格的利益に基づく理由なのか、財産的利益に基づく理由なのか)、望まない法的効果の範囲がどの程度か(一つだけなのか、大部

分なのか)という観点が必要ではないかと思われる。

- (6) 例えば、夫婦別姓を实践するという観点から法律婚を選択しないカップルの場合、当該カップルがいかに夫婦同姓以外の法律婚の法的効果を楽しむ意思を持っていたとしても、任意的にでも夫婦別姓制度を導入していない現行民法上これを実現しようとすれば必然的に法律婚を選択できなくなる。それにもかかわらず、婚姻としての法的効果を全く与えないとするのは自己責任を問うことは難しいというべきではなかろうか。このようなカップルの場合には、婚姻の法的効果を及ぼすべきである。これに対して、夫婦同姓でも良いが、財産管理は別々にしたいというカップルは、一応契約を締結する等の選択肢は与えられているから、共同生活が長期間に及び特段の不都合も生じなかったという場合には法律婚を選択しなかったということに自己責任を問うことは可能であって、婚姻の法的効果を及ぼす必要はない。むしろ、このようなカップルに婚姻の法的効果を及ぼそうとすることは、当該カップルの自己決定権を侵害する結果となる危険性が高いであろう。また、夫婦別姓を实践しようとするカップルでも、婚姻から生じる多くの法的効果の享受を望んでいないのであれば、法律婚を敢えて選択しなかったと評価することは可能であるし、それにもかかわらず、婚姻の法的効果を及ぼすことは当該カップルの自己決定権を侵害する危険性があるということになる。

- (7) このように、個別の事案毎に事実関係を丁寧に把握し、婚姻の法的効果を楽しむという選択肢を当該カップルが選び取ったか否かという点で検討していくことが重要であると思われる。ただし、その判断の際には、女性(又は男性)が本当に自由な意思で選択を行っていたかということが慎重に検討される必要はあろう。

## 第5 まとめ

当たり前のことであるが、人は他人に尊重され、他人の価値観を認める必要がある。自分と違うから排除するのではなく、その違いを互いに認め合い、その価値観を尊重しなければならない。マジョリティであっても、マイノリティであっても、互いにその人生観を認め合い、誇りを持ち、責任を持つ必

要がある。それが、憲法13条の幸福追求権の示すところである。

事実婚の多様性はライフスタイルの多様性であって、ライフスタイルの選択は自らの生きる方法そのものの選択である。その選択は尊重されるべきであるし、選択をした者は、その選択に責任を持たねばならない。民法は事実婚の法的保護のあり方について沈黙しているが、できる限り憲法13条に則った解釈をし、個人の生き方が尊重される解釈論を展開することが重要である。本稿は、極めて簡単に事実婚の整理をしたが、事実婚に関する相互理解に何らかの寄与ができたらと思う次第である。

以 上



## 内縁の効果一覧

| 問題となる効果 |                      | 適用の有無 | 参考裁判例                                                                                                                                      |
|---------|----------------------|-------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 身分的效果   | 貞操の義務                | ○     | 東京地方裁判所判決昭和33年12月25日・家裁月報11巻4号107頁                                                                                                         |
|         | 夫婦の同氏(民法750条)        | ×     | 神戸家庭裁判所姫路支部審判昭和44年3月22日・家裁月報21巻11号156頁(ただし、事案としては、例外的に戸籍法107条1項にいう「やむを得ない事由によつて氏を変更しようとするとき」に該るものとして認容すべきものであるとして、同氏とすることを認めた。             |
|         | 生存配偶者の復氏等(民法751条)    | ×     | 上記の論理上当然である。                                                                                                                               |
|         | 同居・協力・扶助義務(民法752条)   | ○     | ①大審院判決大正10年5月17日・民録27輯934頁②東京控訴院判決昭和7年3月29日・新聞3064号17頁③東京家庭裁判所審判昭和48年8月23日・家裁月報26巻3号47頁                                                    |
|         | 婚姻による成年擬制(民法753条)    | ×     | 認められないことについて争いなく、裁判例もない。                                                                                                                   |
| 財産的效果   | 夫婦間の契約取消権(民法754条)    | △     | 否定する裁判例はあるが(大審院判決昭和10年3月12日)、昭和33年最高裁判決前の事案であり、学説では肯定説が多数説である。                                                                             |
|         | 夫婦財産契約(民法755条乃至759条) | ×     | ただし、法律婚の夫婦でさえ殆ど利用されておらず、実益もない。                                                                                                             |
|         | 婚姻費用の分担(民法760条)      | ○     | 最高裁判所第二小法廷判決昭和33年4月11日・民集12巻5号789頁                                                                                                         |
|         | 日常家事債務の連帯責任等(民法761条) | ○     | 東京地方裁判所判決昭和46年5月31日・判時643号68頁                                                                                                              |
|         | 夫婦間における財産の帰属(民法762条) | ○     | 大阪高等裁判所昭和57年11月30日・家裁月報36巻1号139頁等                                                                                                          |
|         | 財産分与(民法768条)         | ○     | 最高裁判所第一小法廷決定平成12年3月10日・民集54巻3号1040号が、傍論ながら認めている。                                                                                           |
|         | 相続権(民法890条)          | ×     | 争いなし。なお、内縁関係の死亡解消時に民法768条を類推適用することは認められていない(最高裁判所第一小法廷決定平成12年3月10日・民集54巻3号1040号)                                                           |
|         | 第三者に対する損害賠償請求        | ○     | 東京地方裁判所判決昭和36年4月25日・下民集12巻4号866頁(扶養請求権侵害)                                                                                                  |
|         | 居住権                  | △     | 最高裁判所第三小法廷判決昭和39年10月13日・民集18巻8号1578頁(被相続人の持家の場合、相続人からの家屋明渡請求を権利濫用とする。)最高裁判所第二小法廷判決昭和42年4月28日・民集21巻1号155頁(被相続人の借家の場合、相続人が承継した賃借権を援用できるとする。) |

- 1 例えば、事実上の婚姻形態として「足入れ婚」があったり、明治民法においては、法定推定家督相続人は他家に入ることができないというような家制度からの婚姻障害事由が規定されていた。
- 2 以下、内縁保護理論との関係では、便宜上、事実上の婚姻関係を「内縁」と表現する。
- 3 大審院判決明治44年3月25日民録17輯169頁
- 4 大審院連合部判決大正4年1月26日民録21集49頁。ただし、本判決は、結論としては、原告の請求が不法行為を理由にしていたことを理由として、請求棄却している。
- 5 その後、家風にそぐわないことを理由として離別された内縁の妻を婚姻予約法理によって救済した判決がなされた(大審院大正8年3月25日民録25輯492頁)。
- 6 我妻榮『親族法』(有斐閣、昭和47年)195頁参照。
- 7 最高裁昭和33年4月11日・民集12巻5号789頁
- 8 二宮周平『家族法』(新世社、3版、2009年)142頁参照。
- 9 ただし、窪田充見教授は、「しよせん、内縁は、それ自体として、婚姻と同レベルでの確固たる法的な概念ではない。婚姻ではないことを示すと同時に(それは、婚姻の届出がないことによって示される。)、その外延を画する上でのミニマムの要件として暫定的なものであっても挙げざるを得ない」(窪田充見『家族法—民法を学ぶ—』(有斐閣、2011年)126頁参照)とされ、内縁の成立要件の浮動性を指摘される。
- 10 もっとも、ここでいう「婚姻意思」の意味については、一般には本文のように解されていない。すなわち、内縁における婚姻意思とは、「社会通念上の夫婦になる意思」であると定義されている(二宮・前掲8・143頁参照。)。なお、二宮教授は、婚姻の成立要件である婚姻意思について法的意思説をとられていることから(二宮・前掲8・38頁参照)、婚姻の成立要件である婚姻意思と内縁における婚姻意思とは必ずしも同義ではないことが分かる。
- 11 例えば、婚姻適齢に達していない場合や未成年で父母の同意を得ていない場合、女性が再婚禁止期間であった場合でも内縁の成立を認める(それぞれ、大審院判決昭和6年2月20日・法律新聞3240号4頁、最高裁第二小法廷判決昭和28年6月26日・民集7巻6号766頁(ただし、旧法下における父母の同意がなかった事例)、大審院判決昭和6年11月27日法律新聞3345号15頁参照。)。また、判例は、近親婚の内縁の場合は事例毎に判断を行っているようであり(遺族年金の受給権を巡る争いであるが、最高裁は、直系姻族1親等にあたる関係で内縁が形成された事例については、当該内縁は反倫理的な内縁であるとして、遺族年金の受給権を否定するが(最高裁判所第一小法廷判決昭和60年2月14日・訟務月報31巻9号2204頁)、叔父と姪という傍系血族3親等の関係にある内縁については、①社会保障の権利であること、②叔父と姪の関係であること、③親族や地域社会の賛成のもとで約42年間共同生活を行い、子を2人もうけていたこと等の具体的な事実関係の下で、内縁配偶者に遺族年金受給権を認めている(最高裁第一小法廷判決平成19年3月8日・民集61巻2号518頁参照。)。さらに、重婚の内縁の場合については、判例は、法律婚が実体を失い、事実上の離婚状態にあると認められるときのみに内縁配偶者の方を保護するようである(遺族年金の給付の事例であるが、最高裁は、内縁配偶者に受給権があると認めた(最高裁判所第一小法廷判決平成17年4月21日・最高裁判所裁判集民事216号597頁参照)。また、交通事故死の損害賠償について、下級審ではあるが、内縁配偶者の損害賠償請求を認めている(東京地方裁判所昭和43年12月10日・判例時報544号3頁)。もっとも、法律婚主義を採用している以上、法律婚の破綻認定は厳しいようである(東京地方裁判所判決平成7年10月19日・判例タイムズ915号90頁、名古屋地方裁判所判決平成18年11月16日・判例タイムズ1272号79頁。))。
- 12 厚生年金保険法3条2項参照。
- 13 健康保険法3条7項参照。
- 14 労働災害補償保険法16条の2第1項参照。
- 15 公営住宅法23条1号参照。
- 16 その他、平成二十三年度における子ども手当の支給等に関する特別措置法3条等がある。なお、法令データ提供システムの任意語検索で、社会保障関係法令で多用されている「事実上婚姻関係」との語で検索すると、354件の法令等が検索結果として出てくる。
- 17 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(有斐閣、平成8年7月10日)259頁(二宮孝富執筆分)は、シンポジウム「内縁問題の現代的課題」ジュリスト618号85頁(明山和夫執筆分)を引きながら、「内縁の実数を把握することは困難であるが、種々の統計の調査では婚姻総数のほぼ2%程度ではないかといわれている」とされており、また、武井正臣「内縁の法的保護の再検討」高梨公之教授還暦祝賀論文集刊行発起人会編『婚姻法の研究』(上)151頁、159頁を挙げて、「その質についても、今日の内縁は、法律的・必然的内縁ではなく、「事実婚・偶然的内縁」や「故意的・選択的内縁」へ比重が移ってきているといわれる」とする。なお、法律婚を選択しない当事者に対する調査をまとめた文献として、善積京子『近代家族』を超える一非法律婚カップルの声』(青木書店、1997年)があり、興味深い。
- 18 二宮教授の分類によれば、現在の事実婚関係は、①選択できないカップル、②あえて選択しないカップル、③特に届出をしないまま一緒に暮らしているケースに分類できるとされる。なお、二宮周平「事実婚の多様性と法的保護の根拠」日本家族(社会と法)学会27号20頁以下参照。
- 19 例えば、①近親婚などで婚姻障害事由がある場合、②夫からのDVから逃れて離婚に向けた話し合いが困難だったりにするために離婚が正式に成立しない場合、③高齢者カップルであるため、相続など子へ配慮したり、あるいは子から反対されて婚姻届出をあきらめる場合、④同性カップルである場合等が挙げられる。
- 20 二宮周平教授によれば、例えば、①法律婚では実現しない利益、例えば、夫婦別姓を实践するため、再婚が受給停止となっているため、前夫の遺族年金を確保するために婚姻届をしない場合、②婚外子差別や戸籍制度への反対等、法律婚制度に対する異議申立ての意味から届出をしない場合、③届出の必要性を感じない場合、お互いに自立しており、法律婚にメリットを見いださない、継続的な同居を選択しない、うまくいくか婚姻の届出前に同居して試してみる場合などがある。
- 21 ①水野紀子「事実婚の法的保護」石川・中川・米倉編『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年)、②同「内縁準婚理論と事実婚の保護」林信夫・佐藤岩夫編『法の生成と民法の体系』(創文社、2006年)参照。
- 22 婚姻秩序の保護という観点から、基本的に調整問題とならないという考え方もありうるが、現実的な問題解決の観点から妥当ではないと思われる。
- 23 窪田・前掲9・55頁参照。
- 24 また、同居義務を権利的に構成し、「同居するかどうかは、夫婦の協議で定めることができ、定めた場合にはお互いの同居権利義務が発生すると構成すべきである」とする学説も存在する(鈴木博人「同居・協力義務の権利的構成」婚姻法改正を考える会編『ゼミナール婚姻法改正』(日本評論社、1995年)85頁以下、二宮・前掲8・52頁参照。))。
- 25 二宮・前掲8・143頁参照。
- 26 日本家族(社会と法)学会の自由討論における渡邊泰彦発言及び谷口洋幸発言(日本家族(社会と法)学会27号103頁、109頁参

- 照。)
- 27 「同性パートナーシップの法的課題とモデル」日本家族(社会と法)学会27号34頁以下参照。
- 28 二宮周平「婚外関係の法的保護はどこまで認められるのか」戸籍時報594号2頁以下参照。その他、同・前掲8・138頁、同・前掲18・30頁参照。
- 29 水野・前掲21②・626頁以下参照。
- 30 なお、水野教授は、不法行為法による保護も認める。もっとも、不法行為法の介入については謙抑的であり、「相手方配偶者に育児や家事というシャドウワークの負担を追わせてその利益を享受し、職業生活で自立する可能性を剥奪した上でさらに遺棄した内縁配偶者にのみ、不法行為による損害賠償責任を負わせるという法的介入が認められると考えたい」とされる(水野・前掲21②・629乃至631頁参照。)
- 31 契約による当事者関係の構築ができるか。大村敦志『家族法』(有斐閣、第3版、2010年)239頁以下、窪田・前掲9・136頁以下によれば、次のような不安定さがあるようである。
- まず、財産面に関する合意であるが、婚姻費用は個別に契約してもかまわないし、日常家事債務についても必要であれば、個別に連帯保証契約を締結すればよい。また、当事者間の結合関係を包括的に捉えようとすれば、この関係を組合契約的に捉えることもありうる。しかし、結局は、個別の契約のその時点での集積であって、包括的かつ継続的なものではないというべきである。組合という構成に関しても、そのように構成できるかは不確定である。
- 次に、人格面に関する合意であるが、同居義務や協力義務は強制履行ができないことは法律婚と同様である。貞操義務については、契約の有効性を認めることは不可能ではないが、第三者との関係でそれを対抗できるかどうかは検討を要する。婚姻の存続期間に関しては、終身という期間の定めは期間の定めがないのと同じ扱いを受けそうであるし(民法678条1項)、組合の場合にも、解約の要件は離婚の場合よりも緩い(民法678条2項)。また、婚姻と同じ義務を設定し、婚姻以上に強い存続保障をするという契約は、過度に人身を拘束するものとして、無効とされる可能性が高い。したがって、人格面に関しては安定的とはいえない。
- さらに、子に関する合意については、認知するとの合意は有効であり、これが守られなかったとしても、認知訴訟で有力な証拠となるので、意味がある。しかし、子の養育をしないという合意は、子との関係では効果がないは当然としても、その有効性を認めるべきか疑問に残る。逆に、共同で親権を行使するという合意は、当事者間では有効だが、第三者との間では効力を持たない。相続分の平等化については、遺言による処理は可能であるが、遺言の撤回は可能であるから安定性はない。
- このように、総じて、契約等による処理は不可能ではないものの、多分に不確定な要素を含み、かつ、将来的な安定性は少ないものと思われる。もっとも、この点に関する研究の集積は少ないようであり、もう少し詳細に検討してみる必要がある。

## 編集後記

当事務所の所属弁護士が、それぞれの取扱分野に関して研究成果を発表する御池ライブラリー。その内容も複雑化する社会を反映し、多様なものとなりました。

今後も、各弁護士が専門性を発揮し、総合的なリーガルサービスを提供していきたいと思ひます。忌憚のないご意見・ご感想をいただきましたら幸いです。