

Oike Library

御池ライブラリー

2012/10
No.36

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

労働問題

1 労働問題と紛争解決手続	弁護士 草地 邦晴・・・1
2 残業代請求	弁護士 上里美登利・・・4
3 休 職	弁護士 茶木真理子・・・6
4 解 雇	弁護士 坂田 均・・・9

裁判所法	韓国の法曹一元制度	弁護士 長谷川 彰・・・11
倒産法	無委託保証人の求償権による相殺と破産～最判平成24年5月28日～ いわゆる国内保証ファクタリングによる預金との相殺	弁護士 永井 弘二・・・12
倒産法	投資信託との相殺と破産・民事再生 (名古屋高裁平成24年1月31日判決)	弁護士 小原 路絵・・・16
金融法	融資先の信用不安と預金の凍結(拘束)	弁護士 井上 博隆・・・18
著作権法	翻案権侵害における創作性及び表現性の判断手法 －知財高裁平成24年8月8日を参考に	弁護士 福市 航介・・・22
企業取引法	電話機リース問題の構造(3)	弁護士 住田 浩史・・・28
消費者法	有料老人ホームの入居一時金を償却する条項の有効性について	弁護士 谷山 智光・・・30
消費者法	「決済代行業者」介在型クレジットカード決済の問題点と必要な規制	弁護士 増田 朋記・・・33
保険法	無保険車傷害保険金に関する最高裁平成24年4月27日判決 判例時報2151号112頁等について	弁護士 長野 浩三・・・35
保険法	人身傷害補償保険金の支払による請求権代位の範囲 －最判平成24年2月20日(判例時報2145号103頁)とその後	弁護士 相井 寛子・・・37
不法行為法	代車費用の高額請求－日額が高額な場合	弁護士 北村 幸裕・・・39

1 労働問題と紛争解決手続

弁護士 草地 邦晴

Q1-1 労働紛争を巡る状況と背景

最近、労働紛争が増加していると聞きました。その現状や背景について教えてください。

A1-1

個別労働関係紛争¹に関する裁判所の新受件数、厚生労働省が設ける相談窓口への相談件数は、統計上ここ数年顕著に増加しています。その原因は複合的な要因に基づくものと考えられますが、近時の経済情勢や産業構造の変化、非正規労働者数の増加、ハラスメントやメンタルヘルス等の問題件数の増加、労働審判制度の導入などが指摘されています。

解説

統計²によると、裁判所における労働関係訴訟、労働関係仮処分事件、労働審判事件の総数は、平成18年以降顕著に増加を続けている。

平成13年～17年は、概ね訴訟事件と仮処分事件の合計新受件数は約3000件で推移していたが、平成18年以降増加し、平成22年には約3700件に至った。これに加え、平成18年に施行された労働審判事件数は導入以来増加傾向にあり、平成22年には3375件となった。これらを合わせた新受件数合計は同年には7000件を越えるに至り、平成17年と比較すると2倍以上となっている。

労働審判事件を事件種別に見ると、地位確認を求めるものが48.4%と約半数を占めており、賃金等請求が32.6%、退職金請求が4.8%と続く(平成22年²)。労働者の解雇や雇い止めが依然大きな問題となっていることが窺える。

厚生労働省が平成24年5月に公表した資料によると³、平成23年度の個別労働紛争相談件数は25万6343件で、年々増加している(平成17年度は17万6429件であった)。相談内容の内訳を見ると、やはり解雇(約19%)、退職勧奨(約8.8%)が多く、自己都合退職も増加傾向にある(約8.5%)。近年の特徴としては、いじめ・嫌がらせの増加が著しく(約15.1%)、就労形態別では、正社員の占める割合が低下し、その分パート・アルバイト・派遣社員・期間契約社員などの割合が高くなりつつある。

平成18年に施行された労働審判制度の創設が、時間

的な問題から法的手続をとることを躊躇していた層に新たな紛争解決の選択肢を与え、事件数の増加にインパクトを与えたことは間違いないが、従前からある手続の件数増加や、潜在的な紛争件数を示す相談数の増加も考慮すると、労働者を取り巻く環境の変化は否定できないであろう。

いじめや嫌がらせの相談件数の増加は、いわゆるパワーハラスメント、セクシャルハラスメントに対する社会意識の変化とともに、職場の人間関係の悪化をうかがわせる。従業員の精神的不調やこれに伴う休職や解雇事案の増加は、日々の弁護士業務の中でも実感するところであり、職場環境におけるストレスの高まりを感じさせる。また、就業形態として、正社員以外の労働者の比率が増加していることも事実で、雇用形態の不安定さも一要因としてあげることができよう。もちろん、これらの背景に、国際的な企業間の競争の激化、経済効率を上げるための事業の統廃合、徹底したコストダウンといった経済的要因があることも間違いがなく、これらの諸事情は、相互に関連して、現在の状況に至っていると言えよう。

Q1-2 個別労働紛争解決手段

労働者と使用者との間で、労働紛争が解決しなかった場合、どのような紛争解決手段があるのでしょうか。裁判するしかないのでしょうか。

A1-2

労働基準監督署による労働基準法違反の是正勧告、労働局による助言、指導などを通じて、紛争解決が図られることがあります。また、第三者機関による紛争解決手段として、労働局紛争調整委員会によるあっせん手続、労働委員会によるあっせん手続、弁護士会に設置された紛争解決センターによる和解あっせん、仲裁手続などがあります。裁判所による調停手続の利用も考えられます。

解説

個別労働紛争は、労働者の生活の基本となる雇用に係わる問題であり、またその後も円満で継続的な雇用関係を継続する必要がある場合もあるので、迅速で円満な話し合いによる解決が望ましいケースが多い。そのため、行政機関等による解決のあっせん手続が様々用意されている。

問題が発生した場合に、まず相談の窓口として利用されているのが、労働基準監督署、労働局である。労働基準監督署は労働関係法令違反があると認めた場合

には是正勧告等を行う。労働局も相談の窓口を設けており、労働局長による助言・指導などを行っている。京都労働局の統計によると⁴、平成23年度中に助言・指導を終了した197件のうち、119件(59%)は、解決を確認しているとのことであり、労働局による助言・指導は一定の成果を上げていると言えよう。

次に、紛争調整委員会は、学識経験者、労働問題の専門家から組織される委員会で、都道府県の労働局ごとに設置されている。指名されたあっせん委員が当事者間の話し合いを調整するが、あっせん案の提示などにより、主に解決金、和解金の支払による金銭解決が図られている。平成23年度に終了した事案163件のうち、47%が和解で終了しており、処理期間も94%が受理から2ヶ月以内に終了しているとのことであり、迅速な解決に一定の期待ができる。

労働委員会は、各都道府県に設置され、公益委員(大学教授、弁護士など)、労働者委員(労働組合役員など)、使用者委員(企業経営者、使用者団体役員など)から構成される。労働組合等が当事者となる労働紛争(集团的労使紛争)の調整(あっせん、調停、仲裁)を行うとともに、個別労働紛争にかかるあっせんも行っている。京都府労働委員会の統計によれば⁵、個別労働紛争にかかる23年のあっせんは27件あり、うち17件が解決したという。23年から京都府「北部現地あっせん」が開始されている。

この他に、各地の弁護士会に設置されたADR 機関(京都では京都弁護士会紛争解決センター⁶)において、弁護士があっせん人となり、あるいは仲裁合意に基づく仲裁判断を行って、紛争の解決を行うことが可能である。また、各簡易裁判所における民事調停においても個別労働紛争を扱っている。

Q1-3 労働審判事件

少し前に労働審判という新しい制度ができたそうですが、それはどのような手続なのでしょう。会社側からも申立てできるのでしょうか。

A1-3

平成18年4月に施行された制度で、裁判官1名と労使それぞれの専門的知見を持つ者2名からなる合議体(労働審判委員会)が個別労働紛争の紛争処理を行います。短期間に3回以内の期日で集中審理が行われ、調停を行い、調停が成立しないときには必要な審判を行います。会社側からも申立てすることができます。

解説

労働審判とは、①個別労働紛争について、②裁判官と労使の専門委員で構成される労働審判委員会が、③事件を審理(争点整理、証拠調べ等)し、④調停を試み、⑤調停が成立しない場合には、労働審判を出すという裁判制度である。

その特徴は、まず、原則3回以内の期日で争点整理・審理・調停の全てを行うという迅速性にある。第1回の期日で争点整理を終了し、かつ証拠調べを行うことが予定されている。平成22年の統計では²、平均審理期間は71.6日で、76.2%が3ヶ月以内に終結しているとのことである。

次に、専門性のある労働審判員の関与である。労働審判委員会は、労働審判官(裁判官)1名と、労働者側、使用者側から各1名の審判員の合計3名で構成される。指揮は審判官が行うが、評議は過半数の意見によって決定される。

さらに、柔軟な解決も特徴である。労働審判では、調停を試みるようになっており、審判でも、当事者間の権利関係をふまえた事案の実情に即した解決をはかるため、当事者間の権利関係を確認し、金銭の支払い、物の引き渡しその他の財産上の給付を命じ、その他個別労働紛争を解決するために相当と認める事項を定めることができる。平成22年の統計では、労働審判終局事件の70.8%が調停成立による終局であり、17.9%が審判で終局しているが、うち約4割は異議の申立てがないため、全体で見ると、約8割程度が労働審判手続の中で解決したと評価されている²。

他方で、当事者には出頭義務があり、不出頭には制裁がある。調停が不成立であっても、審判が出され、これに異議の申立てがなければ、裁判上の和解と同一の効果が付与されるため、一定の実効性も確保されている⁷。

なお、実際の労働審判において当事者が最も注意すべき点は、審理が短期に集中して行われるということである。

そのため、申立人においては、予想される争点及びこれに関する重要な事実や、争点ごとの証拠、交渉の経緯などを申立書に必要的に記載する必要があり、申立て時点で、基本的に全ての事実の主張や証拠の提出を行う必要がある。審判に対して異議が申立てられた場合には、訴訟に当然移行するが、申立書が訴状となることから、この点にも注意が必要である。

第1回期日は、申立てから40日以内の日を設定され、その10日～7日前に答弁書の提出期限が定められる。

補充書面の提出は可能とはいえ、第1回で争点整理が終了することが予定されているため、答弁書に全ての主張を行い、また証拠も添付しておく必要がある。従って、相手方としては、迅速な対応が求められ、弁護士を代理人とする場合にも、速やかに依頼を行わなければ対応が間に合わず、不利益を受けることとなりかねない。

典型的な労働審判では、第1回期日で、争点整理が行われ、可能な証拠調べも行われる。両当事者に職権的に質問が行われ、追加立証の指示なども有るので、当事者の出頭が必要である。第2回期日では、補充主張や立証が終了し、主に調停が行われる。第3回期日では、引続き調停が行われるが、不成立となる場合には、審理が終結する。審判書が作成されるか、これに代えて期日において労働審判の主文及び理由の要旨を告知し、労働審判を行うことができる(調書に記載される)。

労働審判に対しては、当事者は2週間以内に異議を申立てることが出来、その場合は訴訟に移行し、新たに主張立証を最初から行うこととなる。

Q1-4 訴訟と仮処分

会社から懲戒解雇されました。会社の前提としている事実自体が間違っているのですが、話し合いでは埒があきません。裁判をしたいのですが、それまで給料をもらえなかったら裁判どころではありません。どうしたらいいでしょうか。

A1-4

簡易迅速な審理によって、裁判所が一定の仮の措置をとるための手続として仮処分があります。従業員の地位を仮に定める地位保全仮処分、賃金の仮払いを命ずる賃金仮払仮処分などの申立てが主なものです。暫定的な措置なので、最終的には訴訟による決着が必要ですが、この段階で、事実上紛争解決が図られることもあります。

解説

個別労働紛争を最終的に判断する訴訟手続は、民事訴訟(本訴)であり、証人尋問などの証拠調べも経て判決に至ることとなるが、統計では平成22年における本訴の平均審理期間は11.8月²であり、終局までに相当の期間を要することが予想される。

そこで、労働関係訴訟の争いのある権利関係について、権利の実現を保全するための仮の措置として、民事保全訴訟がある。そのうち特に重要なのは、解雇さ

れた労働者が、その従業員たる地位を仮に定めることを求める地位保全仮処分や、賃金の仮払いを求める賃金仮払仮処分である。

申立書の申立ての理由においては、被保全権利と保全の必要性を具体的に記載し、立証を要する事由ごとに証拠を記載しなければならない。立証の程度としては疎明でよく、事情の説明には陳述書が用いられるなど、債権者の負担は小さくなっているが、他方で、仮の措置をとる必要性、すなわち、保全の必要性として、争いがある権利関係について、債権者に著しい損害または急迫の危険が生じるおそれが存し、これを避けるために暫定的な措置を執る必要があると認められることが要件となる。

審理には、原則として口頭弁論または債務者が立ち会うことができる審尋期日を経なければならないとされており、通常は審尋期日が開かれる。決定が出されるまでの審理期間は、平均3ヶ月程度と言われており、本訴と比較すれば、かなり迅速な処理がなされる。

一定の仮の地位を確認した上で、本訴手続をすすめるという意味で重要な意味をもつが、仮処分の手続中に和解による解決が図られたり、仮処分で裁判所の一定の判断が下されたことを前提として、協議がなされて紛争が解決するケースも少なくない。

- 1 個別労働関係紛争とは、個々の労働者と事業主との間の紛争をいい、労働者の団体(労働組合等)と使用者(あるいは使用者団体)との間の争議である集団的労使紛争と区別される(労働法第9版 菅野和夫 706頁)。本稿では、個別労働関係紛争を扱うものとし、個別労働紛争と称する。
- 2 裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(第4回)・概況編・「労働関係訴訟の概況」
http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20509007.pdf
最高裁判所
- 3 「平成23年度個別労働紛争解決制度施行状況」
<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000002bko3.html>
厚生労働省
- 4 京都労働局の解決援助制度の施行状況
<http://kyoto-roudoukyoku.jsite.mhlw.go.jp/var/rev0/0043/1205/kobetu07.pdf>
京都労働局
- 5 平成23年の労働紛争あっせん結果について
<http://www.pref.kyoto.jp/kyoroi/resources/1329099426238.pdf>
京都府労働委員会事務局
- 6 <http://kyoto-adr.jp/index.html>
- 7 なお、審判は非公開である。

2 残業代請求

弁護士 上里 美登利

Q2-1 法内労働時間

私の会社は、週休2日で、出社が午前9時、退社が午後5時と決まっており、お昼休憩が45分あります。ここ1ヶ月の間、私は仕事が5時までに終わらず、午後5時45分まで残業していますが、会社は、法律上、1日8時間までは残業代が発生しないなどと言って残業代を払ってくれません。私は、午後5時以降働いた分を残業代として請求したいと思いますが、可能でしょうか。

A2-1

午後5時以降の労働につき、賃金を請求することはできます。さらに、労働契約書や就業規則等において、午後5時以降の労働についても割増賃金を支払うことが記載されているような場合は、午後5時以降の労働につき、割増賃金の支払いを求めることができます。

解説

労基法の定めによれば、1日8時間又は週40時間を超える労働については、時間外労働として割増賃金を支払わなければならない(労基法32条、37条)。割増賃金率については、表1のとおりである。

この点、所定労働時間が法定労働時間(週40時間、1日8時間)よりも短く設定されている場合に、所定労働時間を超えて法定労働時間の範囲内で労働したとき(法内時間外労働をした場合)に、いかなる請求ができるのかが問題となる。

まず、労働契約としては、7時間15分の労働に対する対価として賃金が決められていることから、それを上回る労働をした分について、賃金を請求することができる。

しかし、法内時間外労働について、会社は割増賃金の支払義務を当然には負わない。雇用契約にこの点の定めがなく、特に事情がなければ、通常の賃金の法内時間外労働時間分の支払いを求めることができるに留まると考えられる。但し、就業規則等において、法内時間外労働についても区別なく割増賃金を支払うことが記載されている場合は、割増賃金を支払うことが合意されたものと解される(大阪地判平成8年12月25日・労働判例712号32頁、大阪地判平成11年5月31日・労働判例772号60頁)。

表1

	1日8時間超	週40時間超	法定休日	深夜
割増率	2割5分	2割5分	3割5分	2割5分
深夜	5割	5割	6割	
法定休日	3割5分	3割5分		
60時間超	5割	5割		7割5分

(労基法37条1項3項、同法施行規則20条1項2項、労基法第37条第1項の時間外及び休日の割増賃金に係る率の最低限度を定める政令)

Q2-2 みなし労働時間制・固定残業代

我が社では、配送担当者に対し、出勤時と退社時にタイムカードを押させていますが、仕事は事業所外ですから、みなし労働時間制を取り、残業代は払わず業務手当を毎月7万円支給してきました。ところが、今般、従業員から、残業代が未払いであるとして所定労働時間を超えた労働について、残業代の支払請求をされています。請求額は、毎月5万円程度ですが、応じなければならないのでしょうか。

A2-2

仕事の内容からして、事業所外労働であっても、労働時間を算定できる場合には、みなし労働時間制を取ることとはできません。みなし労働時間制を取ることができない場合には、残業代の支払いが必要です。但し、業務手当が固定の残業代支払いであることが明確にされていれば、設問の場合は、残業代支払請求に応じる必要はありません。

解説

まず、事業所外での労働であるという理由だけで、事業場外みなし労働時間制を取ることができるのではなく、みなし労働時間制を取ることができるのは、就労実態等の具体的事情を踏まえ、社会通念に従い、客観的にみて労働時間を把握することが困難であり、使用者の具体的な指揮監督が及ばないと評価される場合とされていることに注意が必要である(東京高判平成23年9月14日・労働判例1036号14頁、労働省昭和63年1月1日基発第1号参照)。

みなし労働時間制を取ることができない場合には、実労働時間に基づき、時間外労働賃金を支払う必要がある。但し、当該手当等が、時間外労働の対価の支払いと認められれば、固定残業代として、会社が支払義務を負う時間外労働賃金から差し引きすることはできる。

この点、会社側から、一定の手当等が固定残業代の

趣旨で支払われたものであるとの主張がなされたのに対し、これを認めた裁判例(大阪地判昭和57年2月26日・労働判例385号29頁、東京地判平成9年7月28日・労働判例724号30頁、東京地判平成17年10月19日・労働判例905号5頁等)もこれを否定した裁判例(東京地判昭和62年1月30日・労働判例523号10頁、最判小二平成6年6月13日・判例タイムズ856号191頁、大阪地判平成11年5月31日・労働判例772号60頁等)もあるが、これらの裁判例からすれば、固定残業代支払いと認められるためには、固定残業代に当たる部分が給与支払いにおいて明確に区分されていることが必要である。あくまでも、当該手当等は、割増賃金の定額払いとしての位置付けであるため、支払われるべき時間外労働賃金の額と比較できる必要があるからである。そのため、時間外労働時間の把握も必要で、支払われるべき割増賃金の額が手当の額を上回る場合には、その差額の支払いが給与支払い時に行われている必要がある。

Q2-3 管理監督者

我が社では、全国にチェーン展開している店舗の店長を「管理監督者」として扱い、残業代は支払っていませんでしたが、代わりに、役職手当と職務手当を付けていました。給与規程にも、「店長は、時間外・休日勤務の手当対象外とする」との規定を置いています。ところが、ある店の店長が、最近になって、自分は「管理監督者」ではないと主張して、残業代の請求をしてきました。

応じなければならないのでしょうか。

A2-3

まず、「店長は、時間外・休日勤務の手当対象外とする」との給与規程の定めは労基法37条に反し無効です。

次に、管理監督者への該当性は、①職務内容、権限及び責任に照らし、労務管理を含め、企業全体の事業経営に関する重要事項にどのように関与しているか、②その勤務態様が労働時間等に対する規制になじまないものであるか否か、③給与(基本給、役付手当等)及び一時金において、管理監督者にふさわしい待遇がされているか否かなどの点から判断し(東京地判平成20年1月28日・労働判例953号10頁)、これらを満たさないようであれば、管理監督者とは認められず、残業代支払いに応じる必要があります。ただ、役職手当や職務手当が固定の残業代支払いと認められれば、これらを差し引くことはできます。

解説

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

但し、いわゆる「管理監督者」に当たるというためには、役職名にかかわらず、その実態に基づいて判断され、①労働時間等に関する規制の枠を超えて活動することが要請される重要な職務と責任を有するか、②自らの裁量で重要事項を決定できるか、③労働時間について管理されることなく自由裁量を有しているか、④賃金等について、その地位にふさわしい待遇がなされているか、といった要素から総合的に判断する必要がある(昭和63年3月14日付基発150号参照)。

管理監督者性が認められた裁判例(大阪地判昭和62年3月31日・労働判例497号65頁、東京地判昭和63年4月27日・労働判例517号18頁、福岡地判平成19年4月26日・労働判例948号41頁)では、上記の要素を概ね全て満たしており、現在の裁判実務上は、管理監督者性が認められる範囲は非常に狭い。

もっとも、A2-2で見たように、役職手当や職務手当が、時間外労働手当を支給する代替りの代償であるということが認められる場合には、その差し引きが認められる可能性はある。

Q2-4 残業代請求の時効

従業員が、突然、残業代が未払いであるとして裁判をしてきました。確かに、うちの会社では、残業代を支払っていなかったもので、過去2年分の残業代を支払うのはやむを得ないと思っているのですが、従業員は、3年分請求できると言い張って、3年分を払うよう求めています。残業代は2年で時効にかかるのではないのでしょうか。

A2-4

労基法上の賃金請求権の消滅時効は2年です。但し、長時間の時間外労働が恒常的に行われているのに、会社で何ら手当がされていないといった事情がある場合に、不法行為に基づく損害賠償請求として3年分の残業代支払義務が認められる可能性もありますので、注意が必要です。

解説

労基法上の賃金請求権の消滅時効は2年である(退職手当は5年)(労基法115条)。そこで、これまで、裁判例でも、2年分を超える部分は、消滅時効の援用によっ

て、請求が認められないのが通常であった。

ところが、広島高裁平成19年9月4日(労働判例952号33頁)が、時間外労働に対して時間外労働賃金を支払われなかったことに対する不法行為に基づく損害賠償請求としての時間外労働賃金請求を認めた。不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効は3年間であるから(民法724条)、この構成によって、過去3年間分の時間外労働賃金請求ができることになる。

この事例では、出勤簿に出退勤時刻が全く記載されておらず、管理者において時間外労働時間を把握する方法はなかったが、事実として、控訴人は、黙示的に時間外労働を命令され、恒常的に1日当たり平均3時間30分の時間外労働を行っていたと認定された。そして、会社は、時間外労働がある場合に、割増賃金請求が円滑に行われるような制度を整えるべき義務を怠ったとして、不法行為に基づく損害賠償請求を認めた。

上記のとおり、あくまでも、賃金請求権の消滅時効は2年が原則であるが、長時間の時間外労働が恒常的に行われているのに、会社で何ら手当がされていないといった事情がある場合には、不法行為に基づく損害賠償請求の構成が認められる可能性もあるので、注意が必要である。

3 休 職

弁護士 茶木 真理子

Q3-1 休職とは

休職とはどのような制度ですか。

A3-1

休職には、私傷病休職、事故欠勤休職、起訴休職、自己都合休職などがあります。例えば、私傷病を理由とする場合であれば、長期欠勤は通常は普通解雇事由に該当するところを、休職期間満了時に傷病が治癒していれば復職を認めるというものであり、解雇を猶予する制度といえます。

解説

「休職」とは、「ある従業員について労務に従事させることが不能または不適当な事由が生じた場合に、使用者がその従業員に対し労働関係そのものは維持させながら労務への従事を免除することまたは禁止すること」をいう(菅野和夫『労働法 第九版』453頁(弘文

堂))。休職には、私傷病休職、事故欠勤休職、起訴休職、懲戒休職、出向のための業務休職、留学のための自己都合休職などがある。

労働基準法では、休職について、就業規則等に明記すること以外は特に規定を置いていない(15条)。よって、休職期間の長さや、休職期間中の賃金、勤続年数への算入といった処遇については、会社毎に自由に定めることが可能である。賃金については、一般的にはノーワークノーペイの原則から、無給とすることが多い。これに対し、会社都合による休業の場合は、労働基準法26条により平均賃金の6割以上の休業手当を支払う必要がある。

Q3-2 私傷病を理由に休職申出をする場合

私傷病を理由に、会社に対し休職の申し出をしたいと考えています。どのような点に注意すればよいでしょうか。

A3-2

休職事由の存在や復職可能な状態にあることは労働者が証明する必要がありますので、診断書には必要事項を具体的に記載してもらい、使用者が主治医と面談することにも積極的に同意する方がよいでしょう。

解説

1 休職申出時

休職を申し出る場合には、主治医によって作成された診断書を使用者へ提出することになるが、診断書には、病気休業を必要とする旨のほか、必要な療養期間の見込みについても具体的に記載してもらうことが必要となる。使用者から主治医との面談を求められた場合には、特段支障がない限り、面談に同意すべきである。

2 休職期間中

負担とまらない範囲で、病状等について、定期的な報告を行うことが望まれる。

3 休職期間満了前

復職可能な状態にあるということは、労働者が証明する必要があるから、その旨が記載された診断書を提出しなければならない。また、従前の職務に就くことは当面難しいという医師の診断がある場合には、どのような職務であれば就労が可能か、従前の職務にはどのくらいの期間で復帰できるかといった点について、医師の具体的な意見を記載してもらう必要がある。そのためにも、主治医に対しては、あらかじめ、職場で必要とされる職務遂行能力や社内

の勤務制度について情報を提供しておくべきである。なお、使用者が主治医との面談や産業医の受診を求める場合には、特段支障がない限り、同意すべきである。大阪地判平成15.4.16労判849号35頁でも、使用者は労働者に対し医師の意見等を聴取することを指示することができるし、労働者としてもこれに応じる義務があるとしている。

Q3-3 メンタルヘルスの不調を理由に休職申出があった場合

従業員から、私生活でのトラブルが原因でうつ病を発症したとして、休職の申出がありました。このようにメンタルヘルスの不調を理由に休職の申出があった場合、今後どのように対応していけばよいのでしょうか。

A3-3

厚生労働省より公表されている「心の健康問題により休業した労働者の職場復帰支援の手引き」等を参考に、休職開始から復職までの流れをあらかじめ明確にしたうえで、職場復帰支援にあたる必要があります。

解説

心の健康(メンタルヘルス)の問題により休職している労働者は増加していると言われている。実際に従業員がメンタルヘルスの不調を理由に休職を申し出た場合は、以下に述べるとおり、各段階に応じた対応を取るとともに、厚生労働省から公表されている「心の健康問題により休業した労働者の職場復帰支援の手引き」等を参考に、職場復帰支援を行うことが必要である。

1 休職申出時

まず、労働者からの休職の申出にあたっては、労働者本人と面談するとともに、主治医によって作成された診断書を提出してもらう。診断書には、病気休業を必要とする旨のほか、職場復帰の準備を計画的に行えるよう、必要な療養期間の見込みについても明記してもらうことが望ましい。

提出された主治医の診断書に疑義がある場合や、診断書の記載が抽象的な場合は、労働者の同意を得て、主治医と面談を行う必要がある。面談を経ても主治医の診断に疑問が残る場合は、産業医の受診を求めるべきである。ただし、労働者が産業医の受診を拒否することも考えられるため、あらかじめ就業規則に会社が産業医の受診命令を出すことができる旨の規定をおいておくといよい。

2 休職期間中

休職期間中、労働者は、精神的な孤独を感じたり、復職の可能性や今後のキャリア等に不安を感じていることが多いから、使用者は十分な情報を提供したり、不安や悩みを相談できる場を設けることが望ましい。

また、休職事由の存続の有無や職場復帰の時期を確認するため、労働者には、定期的に病状報告をしてもらう。報告の方法や頻度については、備え付けの定型の報告書を毎月1回提出させるなど、労働者の負担とならないよう配慮が必要である。

3 休職期間満了前

(1) 復職の申出があった場合

労働者本人との面談結果や、提出された主治医の診断書から、職場復帰可能か、すなわち、メンタルヘルスの不調が「治癒」したかどうかを判断することとなる。

この点、復職が認められるための「治癒」とは、原則、「従前の職務を通常に行える健康状態に復した」(前掲大阪地判)状態とされており、休職前の業務を支障なく行える状態になっていなければ、使用者には復職を認める義務はないと考えられる。

ただし、復職当初は軽作業しかできないけれども、短期間の後には休職前の業務に復帰できる見込みがある場合には、注意が必要である(同様の事例での復職を認めなかった措置を無効とする東京地判昭和59.1.27労判423号23頁がある。)。また、職種や業務内容を特定せずに雇用した労働者については、「その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情および難易等に照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ」る場合には、復職を認めることになる(最判平成10.4.9労判736号15頁)。同様に、職種の限定なく雇用した労働者が休職した事案で、「他の簡易な職務であれば従事することができ、当該軽易な職務へ配置転換することが現実的に可能であったり、当初は軽易な職務に就かせれば、ほどなく従前の職務を通常に行うことができると予測できるといった場合には、復職を認めるのが相当である」とする裁判例もある(東京地判平成16.3.26労判876号56頁)。このように、職種や業務内容を特定せずに雇用した労働者については、従前の職務だけを前提に職場

復帰の判断をするのではなく、その他の職員が従事している職務も含めて判断することになろう。これに対し、職種を特定して雇用した労働者については、従前の職務を通常程度行える健康状態といえるか否かが判断基準となると考えられる。

なお、労働者から提出された診断書が不十分と思われる場合は、主治医との面談を求めることが必要である。医師と面談ができた場合は、労働者の従前の業務内容や職場環境をまず説明し、その業務を通常程度に遂行できるまで回復しているか、継続的な労務提供が可能か(将来の再発のおそれの有無)を確認する。それでも、主治医の判断に疑問が残る場合は、産業医の意見を聴くことが必要となる。主治医と産業医の意見が分かれた際に、産業医の判断を優先して復職を認めなかったことを不当ではないとした裁判例として、大阪高判平成14.6.19労判839号47頁がある。

(2) 復職の申出がない場合

休職期間満了までに復職の申し出がない場合や、治癒が認められないといった場合に、休職期間を延長するのか、あるいは就業規則に基づいて解雇または自然退職とするかは、使用者の判断となる。休職期間を延長する場合には、休職期間延長が当然の労使慣行とならないよう、延長を認める具体的な理由を記録に残しておくべきである。また、解雇とする場合は、労働基準法20条に基づく手続(30日前の解雇予告又は30日分の解雇予告手当の支払い)が必要となる。

なお、休職期間の満了日を知らなかったなどの労働者からの主張に対抗するため、休職期間満了日の最低1か月前には、労働者に対し、休職期間満了日、その日までに治癒しなかった場合の処遇(自然退職又は解雇となること)などを告知しておくべきであろう。

Q3-4 復職した社員の処遇

メンタルヘルスの不調を理由に休職していた従業員が復職することになりました。その配置や処遇について、どのような点に注意すればよいでしょうか。

A3-4

体力や精神面に配慮して除々に業務にならすことが必要です。メンタルヘルスの不調の場合、休職と復職を繰り返すことも多いので、そのことを前提に就業規則の規定を整備することも大事になります。

解説

1 Q3-3でも述べたとおり、原則としては、従前の職務を通常程度に行える健康状態に復したといえることが復職を認める基準となる。ただし、復職を認める場合であっても、長期間にわたって休職していた労働者に、いきなり発病前と同じ質量の仕事を期待することは無理であるから、体力や精神面に配慮して、復職後、除々に業務にならしていくといった対応が必要であろう。特に、メンタルヘルスの不調の場合は、再発することも少なくないため、復職直後は、業務量を減らす、残業や休日出勤、出張を制限するなどの配慮を積極的に行うべきである。なお、短時間勤務を採用する場合には、適切な生活リズムを整えるという観点からは、始業時間を遅らせるのではなく、終業時間を早める方が望ましいと思われる。

2 リハビリ出勤制度

リハビリ出勤制度とは、正式な職場復帰前に、復職の可否を判断することを目的として、一定期間継続して試験的に出勤する制度であり、法令等に定めのある制度ではない。よって、就業規則等に規定がなければ、労働者からの申出があっても応じる義務はない。リハビリ出勤を認めるという場合は、賃金等の諸条件や処遇については、就業規則であらかじめ明確にしておくか、労働者の同意を得ておくべきである。

3 事業場外資源の活用

会社内で、職場復帰支援における専門的な人材の確保が困難な場合は、事業場外資源を活用する方法が考えられる。例えば、地域障害者職業センターが行う「職場復帰支援(リワーク支援)事業」などがある。

4 復職と休職を繰り返す従業員への対応

前述のとおり、メンタルヘルスの不調は再発しやすいうえ、復職後のストレス等から、休職を繰り返す労働者は少なくない。休職が何回も繰り返されて、職務の遂行が不可能であることが明らかであるような場合には、「身体又は精神の障害等により業務に耐えられないと認められたとき」といった普通解雇事由に該当しうることになる。

休職を繰り返すことがないようにするためには、就業規則の規定を整備する必要がある。すなわち、休職の事由を「同一事由」とするだけではなく「類似事由」も含めて休職の回数は1回限りとするとか、再休職の期間は残存期間とするなどといった規定を設

ける必要がある。

(参考文献)

- ・菅野和夫「労働法」(弘文堂、第九版、平成22年)
- ・産労総合研究所編「メンタルヘルスハンドブック」(産労総合研究所、2011年)
- ・岩出誠「実務 労働法講義(上巻)」(民事法研究会、平成18年)
- ・石寄信憲編著「健康管理の法律実務」(中央経済社、第二版、2009年)
- ・小山博章「メンタルヘルス不調で休職したいと申し出があった」(ビジネス法務2012年8月号・49頁以下)

4 解 雇

弁護士 坂田 均

Q4-1 成績不良と解雇

労働者の成績不良を理由とした解雇はどのような場合に認められますか。

A4-1

単に、成績が不良であるというだけでは解雇は認められません。原則として、能力や適格性が「平均」からみて著しく劣る場合でなければなりません。

解説

解雇が有効であるためには、「客観的に合理的な理由」(労働契約法16条)があり、社会通念上相当として是認できなければならない。

では、どのような場合に、成績不良を理由とした解雇が客観的に合理的といえるのだろうか。

いくつかの例を紹介する。判例は、「当該労働者の勤務成績が単に不良であるというレベルを超えて、その程度が劣悪であり、使用者側が改善を促したにもかかわらず、改善の余地がないといえるかや、当該成績の不良が使用者の業務遂行全体にとって相当な支障になったといえるかという点などを総合的に考慮してその有効性を判断すべきである」との厳しい判断基準を採用している(東京地裁平成24年3月27日判決TKC 法律情報データベース)。この事件では、成績評価が低く、過去に原因分析や改善計画の提出を数回指示されたベテラン労働者についても、最近の年度における成績評価がスタッフ全体の平均を上回っていることを理由に、解雇の有効性を否定している。また、標準を下回るC評価を5年を超えて受け、途中から営業職は無理だとして業務職に変更した労働者についても、その後昇進していることからみて、職種への適性を超えて、

従業員としての適性に疑問を抱かせるものではないとして、解雇を無効にしている(大阪地裁平成12年3月22日判決労働判例832号76頁)。

ただ、雇用契約において一定の成果や役割が期待されている場合は、異なる判断基準が使われている。例えば、外資系の金融機関に年俸1400万円で雇用された労働者について、チーム・マネージャーとしての役割を果たすために十分な能力を有することは雇用契約の内容になっているとして、成果の上がらない者の解雇の有効性を認めた例もある(東京地裁平成24年2月28日判決TKC 法律情報データベース)。同様に、外資系経営コンサルタントとして中途採用された労働者について、一定期間稼働したにもかかわらず、雇用契約において求められる能力や適格性が、平均を超えないと判断される場合に、解雇を認めた例もある(東京地裁平成12年4月26日判決労働判例789号21頁)。

Q4-2 業務命令違反と解雇

業務命令違反があった場合、解雇は認められますか。また、配転・転勤命令を拒否した場合はどうでしょうか。

A4-2

労働者が遵守しなければならない会社の指導方針や職務遂行方針を、反復して長期間無視し、円滑な業務運営が阻害されたときは、解雇が有効になる場合があります。また、配転・転勤命令の拒否に対しては、当然に、使用者は原則として命令権を有しますが、命令権の具体的な契約上の根拠が問題になる場合もあります。

解説

上記のように解雇が有効であるためには、「客観的に合理的な理由」があり、社会通念上相当として是認できなければならない。

例えば、養護施設の児童擁護員が、職員会議で決められた施設の指導方針を無視して独自の方針で指導し、学習時間に漫画を読ませる等していたことから、再三職員会議や園長から改善を求められていたのに、1年間の在籍期間中繰り返し指導に従わなかったことから解雇されたという事案がある。裁判所は、指導員の職務は専門的性格を有し、一定の裁量が認められるとしても、「設立目的や職員会議で決められた指導方針に従い、他の職員、特に保母らと密接なチームワークを保ちながら児童などの指導にあたらなければ到底指導の成果をあげられない」として、解雇の有効性を

認めたものがある(東京高裁昭和47年11月17日判決判例時報690号89頁)。この事件では、1年程度の在職期間中に同じ行為を反復繰り返していたことが強調されている。

また、配転・転勤命令を拒否した場合はどうか。長期雇用の労働契約関係においては、使用者は人事権に基づき職務内容や勤務地を決定する権限があり、そのことを就業規則で定めているのが一般的である(菅野和夫『労働法9版』441頁(弘文堂))。

ただ、どのような場合であっても、包括的な命令権を有すると考えるのは妥当でない。使用者がその労働者に対して配転命令権を具体的に有する必要となる場合もある。例えば、入社に際して、勤務地を仙台に限定して欲しい旨の申し入れがあり、使用者もこれに何らの留保を付けずに採用していた事案で、仙台以外の勤務地への転勤を拒否した労働者を解雇すると通告したため、その労働者はやむを得ず赴任地である大阪に赴任した場合、その転勤命令は違法だとされている(大阪地裁平成9年3月24日 労働判例715号42頁)。

Q4-3就業規則との関係

就業規則に記載されている解雇事由に該当することが必要ですか。

A4-3

解雇事由は就業規則で必ず明示すべきものと定められています(労基法89条)。

従って、解雇は、解雇事由に該当するものでなければなりません。解雇事由は、できるだけ具体的に定めておく必要があります。

解説

就業規則上の解雇事由が制限列举か例示列举かについては学説上争いがある。後者の立場にたった場合、就業規則上の該当する事由がなくても、列举以外の事由を主張することが許されることになる。しかし、この立場に立ったとしても、解雇事由は必ず明示すべきであるとする労基法の趣旨からすれば、厳格に運用する方が妥当であろう。解雇事由に列举されていない事由による解雇については、「客観的に合理的な理由」がないと事実上推定されることになる(菅野和夫『労働法第9版』484頁参照(有斐閣))。

Q4-4 特別事由による解雇制限

特別の事由により解雇が制限されるのは、どのような場合ですか。

A4-4

労働基準法や労働組合法等特別法が定める場合です。

解説

例を挙げると、①産前産後の休業中、または業務災害による療養中の解雇(労基法19条1項、65条)、②国籍・信条・社会的身分による不利益取扱いとしての解雇(同法3条)、③不当労働行為としての解雇(労働組合法7条1号、4号)、④雇用機会均等法による解雇(同法6条4号)、⑤育児・介護休業法による解雇(同10、16等)、⑥パートタイム労働法による解雇(同法8条1項、21条2項等)、⑦公益通報をしたことを理由とする解雇(公益通報者保護法3条)等をあげることができる。

Q4-5 整理解雇

整理解雇はどのような場合に許されますか。

A4-5

4つの要件を充たすことが必要です。第1、人員削減の必要性、第2、整理解雇を選択することの必要性、第3、解雇対象者の選別基準の妥当性、第4、手続きの妥当性です。

解説

第1の要件については、人員整理を行わなければ企業の存続が危機に瀕する程度までの必要性は求められない。例えば、営業収支が低落傾向にあったとしても、3期連続営業損益が黒字で、金利負担する余力があり、些程切迫していない事案で、業界の変化の影響から赤字の不採算部門を閉鎖したとしても、直ちに人員削減の必要性がないとはいえないとしたものがある(東京地裁平成14年9月30日労働判例1819号25頁)。ただ、この事件では、他部門への配転等の解雇回避努力が不十分であるとして、解雇は無効とされている。また、現に倒産の危機はないが、存続が危ぶまれることが監査報告書で指摘されていた事案で、経営再建のための経費削減が必要であるとして、人員削減の必要性を認めたものもある(東京地裁平成14年12月17日労働判例846号49頁)。

第2の要件については、人員削減の方法として、整理解雇を選択する必要性である。人員削減の方法としては、配置転換、出向、希望退職などの手段が考えられる。整理解雇は、労働者の就労の機会を奪うものであるので、解雇回避努力義務が尽くされ、最後の手段として選択される必要がある。予め希望退職募集をしておくことが必要かという点であるが、自然減の場合

に比して費用負担が増大することから、必ずしも同募集をしなかったことが不当になるわけではない(大阪地裁平成12年6月23日判決 労働判例786号16頁)。人員削減の必要性和総合的に評価される問題である。再就職支援を実施することが必要な場合があるだろう。

第3の要件との関係では、使用者の恣意的な判断で解雇される労働者が選定されてはならない。客観的で公平な基準が求められる。勤務地、能力、勤務状況の総合評価などの要素が考慮されている(東京弁護士会労働法制特別委員会編著『新労働事件実務マニュアル第2版』267頁(ぎょうせい))。また、正規労働者よりも非正規労働者を優先して選定することは、問題があるが、一般的には許容される傾向にある。

第4の要件については、使用者は、労働者や労働組合と時間をかけて協議し、また報告しながら計画を進めなければならない。個々の労働者の扶養者を含む生活状況や希望などを聴き取りながら実施していく必要も出てくるだろう。生活状況次第では、代替的措施として、一定の給付金を支給することも要検討である。

以上

韓国の法曹一元制度

弁護士 長谷川 彰

1 はじめに

わが国では、2001年6月に公表された司法制度改革審議会意見書で、特例判事補制度の段階的解消が唱われたが、判事補制度の廃止＝法曹一元制度の実現には至らなかった。

これに対し、韓国では、2013年1月1日より、法曹一元制度に移行することが決まった。本稿では、現時点で把握できている制度内容をご説明することとした。

2 法院組織法の改正と経過措置

2012年1月1日に施行された改正法院組織法(日本でいえば、裁判所法にあたる法律)によると、判事は10年以上の法曹経歴者(検察官、弁護士、法学教授など)から任用することとされている。ただし、判事任用のための法曹経歴年数については経過規定が設けられ、判事以外の法曹経歴を次の通りとしている。

- ① 2013.1.1 ～ 2017.12.31 に任用する場合は、3年以上
- ② 2018.1.1 ～ 2019.12.31 に任用する場合は、5年以上
- ③ 2020.1.1 ～ 2021.12.31 に任用する場合は、7年以上
- ④ 2022.1.1 以降は 10 年以上

3 弁護士試験

従来は、韓国でも、司法試験が実施されており、これに合格したものが司法研修院で2年間司法修習し、修習修了試験に合格すると、法曹資格(裁判官、検察官、弁護士)を取得するという制度であった。

これに対し、前述したように法院組織法が改正され、法曹一元化が定められた結果、2012年からは弁護士試験が実施され、その合格者に対しては、司法修習制度が廃止された。なお、2017年まで、従来の司法試験も実施され、その合格者については、司法修習が行われる。

韓国では、2009年3月から法科大学院制度がスタートしている。弁護士試験の受験資格は、法科大学院の卒業生に与えられるが、5年以内に5回の受験しかできない。

法科大学院の総定員は2000人である。弁護士試験の合格率は75%を目途に制度設計されている。しかし、2012年3月に行われた第1回の弁護士試験では、留年者や受け控え等が多発し、受験者自体が1665名にとどまり、合格者は1451名、合格率87.15%という高い合格率となった。

弁護士試験合格者が弁護士を開業するためには、6ヶ月以上の実務経験又は大韓弁護士協会等の実施する6ヶ月間の研修(50数科目、30ウォンで受講できる)の受講が必要とされている。

4 ロークラーク

2012年1月1日からロークラーク制度が発足した。韓国には、単独法廷をもてる裁判官が1800名存在するが、その全員にひとりずつロークラークが付される。ロークラークとして採用されるのは、司法研修院やロースクールの修了者及び弁護士経験5年以下の弁護士となっている。任期は2年で、1～2審担当裁判所に配置され、裁判官が事件を審理するために必要な各種資料を調査したり、関連法理を研究・分析するなどの裁判支援業務を担当する。

弁護士経験の成績優秀者がロークラークに登用さ

れ、2年間裁判官について裁判実務を学び、1年間だけ弁護士を行って、任官するという事になれば、法曹一元がなし崩しにならないかとの懸念をもつが、法曹経験3年で任官できるのは2017年末までのことであり、上記のような懸念はないとされているようである。もっとも、制度は始まったばかりであり、ロークラークの任期2年が終了した段階で再度登用されるか否かという点は現時点では明確ではない。今後の制度運用を見守る必要がある。

5 検察官の任用

弁護士試験の合格者は直ちに検察官に任用されることができる。検察官に任官後、法務研修院という検察官の研修機関で1年間の研修を受ける。

6 転勤

判事の勤務地は、各級裁判所の裁判官需給事情及び事件負担の程度を考慮して決定される。一方、判事は、定期人事に備えて年1回希望勤務地を提出するが、これも考慮した上で、具体的に特定の判事の勤務地が決まる。

従来、判事の勤務地に関しては、事前に希望勤務地を十分考慮して決定されるので、転勤を拒否する事例はなく、一勤務地で約2年間勤務することになる。この期間中に特別な事情が生じて、転勤を希望する場合、その事案及び裁判所の判事需給を考慮して転勤の可否が決定される。この点は、法曹一元移行後も同様な運用となると予測される。

7 人事評価

2012年1月1日から施行されている法院組織法第44条の2の規定は次のようになっている。

①大法院長は判事に関する勤務成績と資質を評定するために、公正な評定基準を備えなければならない。

②第1項の評定基準には、勤務成績評定になる場合、事件処理率と処理期間、上訴率、破棄率および破棄事由などが、資質評定の場合には誠実性、清廉性および親切性などが含まれるようにする。

③大法院長は第1項の評定基準により、判事に対する評定を実施し、その結果を連任、補職および転補などの人事管理に反映する。

④その他、勤務成績と資質の評定に必要な事項は、大法院規則で定める。

大法院長は、上記規定の通り、判事の勤務評価を

し、かつ、その結果を人事管理に反映することとされている。そのための諮問機関として、判事人事委員会が設置されている。裁判官に対する人事評価は外部的には公開されていない。評価基準は対外秘事項とされ、知り得ない。

8 結び

韓国でも従来は裁判官の任用はキャリアシステムであり、キャリアシステムを前提とする弁護士任官制度が1990年に始まったようで、ここまではわが国と似ている。ところが、ここで説明したように、来年からは法曹一元制度に移行することが決まった。まだまだ制度の詳細は不明である。本年11月には日弁連による韓国調査が行われるので、筆者も参加して、さらに詳細な制度内容を確認する予定である。その結果については、後日、本誌ないし当事務所ホームページでお知らせしたい。

無委託保証人の求償権による 相殺と破産 ～最判平成24年5月28日～ いわゆる国内保証ファクタリングによる 預金との相殺

弁護士 永井 弘二

1 はじめに

ファクタリングとは、一般的には、手形割引のように一定期間後に入金される売掛債権を売却することで、当面の資金需要を満たすことを指しており、こうしたファクタリングを扱う会社は少なくないようである。大手都銀は、こうした債権買取の他に、保証ファクタリングとして、売掛債権の保証をすることで債務者の倒産等による回収リスクに対応する商品を販売している（都銀は比較的高額な保証料をもらう。）。

今回の最高裁判決は、こうした都銀の保証ファクタリングにからんだもので、事案を簡明にすれば、都銀は債権者Aの債務者Bに対する売掛債権を保証した。この時、都銀は債務者Bからの委託（保証人になって欲しいとの依頼）は受けていない。債務者Bが破産。この時点で、都銀には債務者Bの預金

があった(預金は都銀の債務者Bに対する債務である。)。その後、都銀が債権者Aに保証の履行として代位弁済して債務者Bに対する求償権を取得した。破産管財人が預金の払い戻しを求めたところ、都銀は代位弁済による求償権と預金を相殺すると主張したという事案である。

この事案に対する最高裁判決は、結論として都銀の主張を排斥して相殺を認めなかったが、この背景には保証ファクタリングの実態があるようである。保証ファクタリングは、一般のファクタリングと同様に、あくまで債権者Aに対する商品として販売されており、基本的には保証した事実を債務者Bには知らせず、また、債務者Bの経営状況等は審査しても、債務者Bの預金を担保のように扱うわけではないというスキームであり、今回の事案でも、たまたま破産時に預金が残っていたということのようである。保証ファクタリングのスキームとして、もし、都銀が債務者Bの預金を予め相殺対象として見込んでいるというような事情があったとすれば、結論は変わったのではないと思われる。

2 破産法における規律と問題の所在

- (1) 破産手続の基本原則は、債権者を平等(債権額の大きさに応じた平等)に扱うことである。破産手続がなければ、基本的には早い者勝ちで、うまく債務者と交渉したり、さっさと判決を取って強制執行したりなど、先に回収した債権者が他の債権者を出し抜けることになる。しかし、これでは不平等であると共に、強引な回収など違法な状況を助長しかねないことから、破産等の倒産手続がある。
- (2) したがって、破産手続の中では債権者は平等に扱われるのが原則である。この例外が、担保権を持っている債権者などである。担保はまさに債務者の倒産等の事態に対応するために取るわけであるから、せっかく担保を取っても、破産手続でこれを無にされては、担保を取った取引自体の意味がなくなり、誰も取引しなくなってしまうことにもなりかねない。

相殺というの、実はこうした担保と同じ機能を持っている。つまり、銀行が1000万円の預金を預かっているときに1000万円を貸したとすれば、倒産したときに預金と相殺して1000万円を回収できる(破産でこの相殺が認められないとすると、銀行は預金1000万円を管財人に差し出して、他の

債権者と同様に按分配当を受けられるに過ぎない。)。この意味で、相殺は極めて強力な担保だと言える。一般的には、このような相殺ができる場合には、債権者はこうした相殺による回収の期待を持っており、債務者は相殺を甘受していると言える。

- (3) 破産法は、こうした相殺を原則として認めながら、一定の場合には相殺ができないこととしている(破産法67、71、72条)。

この破産法の規律の基本的な考え方は、破産手続前から相殺できるような状況にある場合には相殺を認め、破産に際して(破産開始決定後や破産するかもしれないことを知っている場合(支払不能を知っていること))、他の債権者を出し抜くために、わざわざ債務を負担したり、債権を取得したような場合には相殺を認めないというところにある。例えば、破産者に対して1000万円の債権がある場合、破産すること(支払不能)を知っていたり破産手続開始後に、破産者に1000万円を支払わなければならない人からその債務を渡してもらって債務者となり、債権1000万円と相殺するということ(この場合、例えば債権者は債務を500万円もらって引き受ければ、破産配当が0円であるとする500万円得することになり、債務を渡した人も500万円支払うだけで済む。損をするのは本来1000万円を按分配当されるはずであった他の破産債権者である。)、あるいは逆に、破産者に1000万円を支払わなければならない時に、破産することを知った後等に破産者に1000万円の債権を持っている人からその債権を買い取って相殺するというようなこと(この場合も、例えば、債権を500万円で買えば500万円得するし、債権を渡した人も破産配当が0円であるとする500万円分得をする。損をするのは配当に預かれなかった他の破産債権者である。))は認められない。

ここでのポイントは、破産に際して他の債権者を出し抜こうとしたかどうかであり、その要件が、破産することを知っていた場合(支払不能を知っていた場合)と破産手続開始後に、相殺できる状況をわざわざ作った時には相殺は認められないということになる。その場合には、元々相殺の期待などなかったのであるから相殺を認めなくても良いということになるのである。

- (4) 保証人は、債権者に保証を履行(代位弁済)することで債務者に対して求償権を取得する。

それでは、保証人が破産者に債務を負っていた場合(事案では都銀の債務者Bに対する預金債務)、破産手続が開始した後に代位弁済したとすると、「破産手続開始後」に求償権という債権を取得したことになるため、債務との相殺はできないということになるのであろうか。

一般的な破産法の解釈では、保証人が代位弁済するのは保証契約により強制されたものに過ぎないため、保証契約が破産手続開始の前で、また、保証契約するときに破産者が支払不能になっていることを知らなければ、代位弁済自体が破産手続開始後等であったとしても、求償権と債務を相殺することは許される、つまり、代位弁済時ではなく保証契約時を基準として判断すると解釈されていた。

実際、今回の事案の1審・2審共に、都銀の求償権と預金との相殺を認めている。

- (5) ところが、今回の最高裁判決によれば、上記の場合、保証人が債務者から委託を受けて保証人となったのか(委託保証人)、そうでなく勝手に債権者との間で保証契約をしたに過ぎないのか(無委託保証人)で、結論が異なり得るということになり、従前の一般的な解釈が大きく変更されることとなる。

3 最高裁判決

- (1) 今回の最高裁判決は、冒頭に記載した事案で、都銀が債権者Aの保証人となった時点では、債務者Bの破産手続は開始しておらず、また、債務者Bが破産するかもしれない(支払不能)状態になっていなかった(あるいは少なくとも都銀は支払不能を知りえなかった)ことを前提としながら、なお、代位弁済が破産手続開始後であったことから、求償権と預金との相殺を認めなかった。

これは、上記の一般的な破産法の解釈とは異なるもので、最高裁の判決文によれば、その最大の理由は、都銀が債務者Bの委託を受けない無委託保証人だったところにあるとされている。

- (2) 最高裁は、保証人が債務者の委託を受けて保証人となった場合(委託保証人)には、求償権と債務者(破産者)に対する債務とを相殺したとしても、他の債権者も容認せざるを得ないが、保証人が債務者の委託を受けずに保証をして代位弁済により求償権を取得した場合には、「破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に

取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しい」として、無委託保証人には相殺への期待は存しない、もしくはそうした期待は保護しなくても良いとしたのである。

4 検討

- (1) 上記のとおり、この最高裁判決は、従前の一般的な解釈を大きく変更するものである。

従前の解釈では、保証人は、債務者の委託があったにせよなかったにせよ、債権者との間の保証契約によって、代位弁済を強制される立場にあるのであり、相殺が禁止されるかどうかは、代位弁済時ではなく保証契約時に支払不能を知っていたか否かを基準とするという考え方が一般的であった(代位弁済時に破産が開始されていたり、支払不能となっていることを知っていたとしても、保証契約時に知らなかったとすれば、保証契約の履行として代位弁済せざるを得ないのであり、他の債権者を出し抜こうとして代位弁済するわけではない。)

上記に例示したように、相殺が禁止される場合として、破産手続開始後もしくは支払不能を知った後に、第三者から債権や債務を譲り受ける場合には、そうした譲り受けを強制されるわけではなく、むしろ他の債権者を出し抜くために行われることから、代位弁済が強制される保証債務の履行とは決定的に事情が異なる。第1、2審判決ともに、このように保証の履行は保証契約により強制されたものであることを指摘して、保証契約時を基準に相殺が許されるか否かを判断しており、これは従前の一般的な解釈にしたがったオーソドックスな判断である。

- (2) ところが、最高裁は、このようなオーソドックスな解釈は、債務者から頼まれて保証人となった委託保証人には妥当するが、委託を受けていない無委託保証人には妥当しないと判断したのである。

最高裁がその理由として述べるところは、上記のとおり、「破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しい」ということであり、第1、2審判決が指摘したように、保証債務の履行は保証契約により強制されたものである(保証契約時点では他の債権者を出し抜くような意図はなかった。)という点についての言及はな

い。

こうしたことから、当初、この最高裁判決を見たとき、正直なところ全く理解できなかった。しかし、2人の裁判官の補足意見が付されており、その意見や事案を見ていくうちに、最高裁の考え方は以下のようなものになるのではないかと理解している。

- (3) つまり、冒頭に述べたとおり、この事案は、都銀の行っているいわゆる国内保証ファクタリングに関するもので、あくまで債権者Aのための商品として販売されており、債務者Bには保証の事実を知らせないことも少なくなく(債務者Bに知らされると、債権者Aとしては債務者Bの資力を疑っていると思われるため、この商品を利用しにくくなる。)、都銀は、もともと債務者Bの預金を担保のようにあてにしているわけではないという事情があり、債務者Bの破産時に預金があったのはたまたまに過ぎないという事案であった。

したがって、一方、債務者Bにしてみれば、将来、都銀が代位弁済した後に預金と相殺されるということは全く念頭になく、他方、都銀にしてみれば預金との相殺というのは、当初の保証時にあてこんでいたわけでもない。こうした状況にある国内保証ファクタリングにおいては、債務者B、都銀双方とも、将来の代位弁済による求償権と預金との相殺は念頭になく、相殺の期待を念頭においてはなかったと言える事案のようである。

また、最高裁が重視しているのは、債務者Bが保証の事実を知らなかったということのようであり、それが「委託を受けない保証」であるという点として表現されているようである。かつて最高裁は、集合債権譲渡担保の事案で、第三債務者が知らない間に債権譲渡担保契約が締結され、第三債務者に対する通知は債務者が不履行したことを条件とするという契約においては、債務者が破産等した場合には、債権者は破産管財人等に対して債権譲渡担保を主張できないとした(最判平成16年7月16日金法1721p41)。これは、債権譲渡においては、債務者への通知等を対抗要件とすることによって債権の帰属についての公示機能を持たせていることから、債務者が知り得ない債権譲渡は一定の制約を受けることを明らかにしたものである。今回の事案とは異なるが、最高裁は、この判例と同様に、今回の事案でも、債務者の知らないうちに相殺という強い担保的機能をもつ権利が創設される

のは、破産手続においては一般の債権者の利益を害するという考え方が根底にあるようである(そのため、上記のとおり、理由として「破産者の意思…とは無関係に…」という判示に繋がっていると思われる。))。

このように、最高裁は、国内保証ファクタリングの事案においては、債務者B、都銀ともに求償権と預金との相殺を念頭においておらず、相殺に対する期待は無いか強いものではなかったということ、債務者Bが関与しない間に優先的な債権が創出されるのは破産法上平等とは言えないという2点を主な理由として相殺を否定し、その時の法律的な表現として、「債務者の委託を受けない保証人」ということを要件としたものと考えられる。

- (4) ただ、それでは、仮に国内保証ファクタリングにおいて、債務者Bにも保証の事実が知られたり、さらには、債務者Bが継続して一定の預金を預けておくことが要件とされたりなどの事情があった場合には、債務者も知っており、相殺の期待も合理的ということになって状況が一変する。

今回の事案の本質は、このように債務者Bが都銀の保証をどの程度知るスキームとなっていたかが問題なのであり、保証委託の有無自体が本質ではないと考えられる。確かに、実態として、債務者が一定関与した場合には保証委託されることが多いとは思われるが、それでも必ずしも保証委託を要件としない方が商品として販売しやすい場合もあると考えられることからすると、今回の事案の解決として、保証委託の有無をメルクマールとした判断には疑問もないわけではない。

- (5) なお、今回の最高裁判決では、無委託保証人の求償権が破産債権となるかという点も争点の1つとされているが、これは管財人側が相殺を無効とする法律構成の1つとして主張したものであり、ここでは検討に加えていない。

以 上

投資信託との相殺と破産・民事再生 (名古屋高裁平成24年1月31日判決)

弁護士 小原 路絵

1 はじめに

金融機関が、再生債務者に対して負う投資信託の解約金返還債務に対応する債権を受働債権として行った相殺の効力に関し、名古屋高裁判決はこれを認めた(以下「本裁判例」という。)¹。これに対しては、上告受理申立てがなされており、最高裁の判断が待たれるところであるが、現時点においても、倒産時における投資信託の解約処理に関して、実務の参考になると考えられることから、本裁判例の争点を中心に、関連する判決等に触れつつ、検討したい。

2 事案の概要

甲乙は、投資信託受益権の管理等を目的とする委託契約(以下「本件管理委託契約」という。)を締結し、乙は、甲から投資信託(以下「本件投資信託」という。)の受益権(以下「本件受益権」という。)を購入していた。乙は、自身が代表を務める会社の債務について、甲に対して連帯保証していたところ、この会社が再生手続開始申立を行い、乙も平成20年12月29日に支払停止となり、同日、甲は、代理人からの通知でその事実を知った。そこで、甲は、平成21年3月23日、本件投資信託の解約実行請求権を代位行使し、投資信託委託会社に本件受益権分の解約を通知し、本件投資信託の受託者が同月26日、甲に一部解約金を振り込んだ。甲は、乙に対し、平成21年3月31日付けで、乙の連帯保証債務(自働債権)と、甲の乙に対する解約金返還債務(受働債権)とを相殺した。その後、乙は、平成21年4月28日付けで再生手続開始申立を行い、同年5月12日に開始決定がなされた。

3 主要な争点と本裁判例の判示

甲の相殺の効力に関し、①民事再生法93条1項3号による相殺禁止²に該当するか、②同法93条2項2号の相殺禁止の例外³に該当するかが、問題となった。

(1)①93条1項3号の相殺禁止

同号は、支払停止後に、支払停止を知って、再生債務者に対して債務を負担した場合の相殺禁止を定めており、本件においては、甲の解約金返還

債務が、乙の支払停止後に負担したものが問題となる。

この点、最判平18・12・14(判例タイムズ1232・228)は、受益者の(差押)債権者の取立の場面において、投資信託の販売会社は、受益者に対し、受託者から一部解約金の交付を受けることを条件として、一部解約金の支払義務を負い、他方、受益者は、販売会社に対し、上記条件の付いた一部解約金支払請求権を有すると判示しており、本件において、甲の乙に対する解約金返還債務は、ここの停止条件付き債務にあたる。

本裁判例は、甲が、平成20年12月29日に乙の支払停止を知った後の平成21年3月26日に、解約金返還債務を負担したことから、同号に該当するとし、再生債権者の債務が停止条件付き債務の場合であっても、支払停止時に成就していなかった条件が、その後成就して当該債務が現実化した場合には、そのときに再生債権者が再生債務者に対して債務を負担したとして、同号の適用があると判示した。

(2)②93条2項2号の相殺禁止の例外

93条1項3号の相殺禁止に該当するとしても、同条2項2号の相殺禁止の例外に該当すれば、相殺の効力が認められることになり、本件甲の債務の負担が、同号で定める支払停止を知る「前に生じた原因」に基づくかが問題となる。

この点、本裁判例は、甲が停止条件付き債務を負担することになったのは、乙が甲から本件受益権を購入し、これを本件管理委託契約に従って、甲の管理に委ねることにしたからであり、甲の債務の負担はこの原因に基づいており、この原因は支払停止前に生じていたとして、甲の相殺が同号の例外に該当して有効であると判示した。

(3)判示まとめ

本裁判例は、甲が、再生債務者となる乙に対し、停止条件付き債務を「負担した」のは、停止条件が成就して、債務が現実化したときであり、支払停止を知って債務を負担した場合の民事再生法上の相殺禁止に該当するとしながら(上記争点①)、その債務負担の原因は本件管理委託契約等であり、甲が支払停止を知ったのは、この原因の生じた後であったとして、同法の相殺禁止の例外を認めたものと考えられる(上記争点②)。

この点、原審は、争点②において、本裁判例と反対の結論を採り、相殺を否定していた。

4 破産との対比・検討

(1) 民事再生は再建型の倒産手続であるところ、破産は清算型であり、法の趣旨が異なるが、相殺に関する条文は共通のものも多く(破産法71条及び72条並びに民事再生法93条及び93条の2)、本裁判例や原審も、下記破産における判例を引用して、上記判断を行った。

(2) まず、最判平17・1・17(金融法務事情1742・35)は、破産債権者の破産者に対する債務が、破産宣告時に期限付き又は停止条件付きである場合に、特段の事情のない限り、期限の利益又は停止条件不成就の利益を放棄したときだけでなく、破産宣告後に期限が到来し又は停止条件が成就したときにも、旧破産法99条後段(現67条2項後段⁴)で相殺できるとした。

この判例は、破産法71条1項1号⁵が破産手続開始後に負担した債務との相殺を禁止しているところ、上記67条2項後段との関係が問題になるが、67条2項後段の相殺が、71条1項1号により否定されないことを明らかにしたものといえる。

(3) また、最判昭63・10・18(金融法務事情1211・13)は、債務の履行がない場合に、占有する手形を取立又は処分して債務に充当できる取引約定を締結した後、支払停止又は破産申立てを知らずに破産者から取立委任のために手形の裏書交付を受け、支払停止等を知った後、破産宣告前に手形を取り立てたことで負担した破産者に対する取立金引渡債務は、旧破産法104条2号但書(現71条2項2号⁶)の支払停止等を知る「前に生じた原因」に基づき負担したものにあたり、旧104条2号本文(現71条1項3号本文・4号)の相殺禁止が適用されないことを示したといえる。

(4) この点、上記破産法67条2項は、停止条件付き債務の相殺を許容したものといえ、相殺権の行使時期にも制限が加えられていないのに対し(同条1項)、民事再生法には同種の条文はなく、相殺権の行使は債権届出期間内とされている(92条1項)。本裁判例は、再生開始後の条件成就による相殺が許容されないとし、93条1項3号の「債務を負担した」ときとは条件成就時であるとした。

そして、本裁判例の争点②とした「前に生じた原因」に基づく債務負担か否か(民事再生法93条2項2号)も、相殺への合理的期待を保護するものであるが、民事再生の場面である本裁判例においても、上記破産における判例がそのまま妥当するの

か、また、甲が相殺に関する合理的期待を有するののかも問題となった。

ここでいう「原因」は、債務の負担ひいては相殺期待を直接かつ具体的に基礎づけるものである必要があると解されているところ(伊藤『条解』528頁)、本裁判例は、本件受益権が、本件管理委託契約に従って甲に管理されている限り、甲の解約金返還債務は一旦停止条件付き債務として発生し、条件成就により現実化するものであるなどとして、甲が相殺の合理的期待を有しないということとはできないとした。

つまり、本件においては、民事再生法が再生債務者の再建を考えたとき、破産法と比べて、どこまで相殺の合理的期待を認めるべきか、また、投資信託の受益権者と販売会社の管理委託関係における販売会社の解約金に対する相殺への担保としての期待が合理的といえるかをどのように見るかで、判断が分かれると考えられる。

5 その他参考になる裁判例

(1) 大阪地判平23・10・7(判例時報2148・85)(確定)は、破産管財人が解約した破産者の投資信託の一部解約金が、破産者と投資信託取引を行っていた金融機関の破産者名義の指定口座に振り込まれた後に、金融機関の行った相殺が、破産開始後負担した預金返還債務(解約金返還債務ではなく。)との相殺にあたるとして、相殺を認めなかった。

(2) 最小決平23・9・2(大阪高判平22・4・9、大阪地判平21・10・22)(金融法務事情1934・98)は、投資信託の受益者である破産者に対し、販売会社の銀行が、管財人の解約実行請求により販売会社に入金となった解約金の支払債務との相殺を認めた。

(3) 大阪地判平23・1・28(金融法務事情1923・108)(控訴後和解)は、民事再生の管財人が、投資信託の販売会社である銀行に対し、銀行の行った再生債務会社の投資信託の無断解約が不法行為であるとした損害賠償請求を棄却した。

(4) 最判平23・12・15(金融・商事判例1382・12)は、会社から取立委任を受けた手形に商事留置権を有する銀行が、再生手続開始後の取立金を取引約定に基づいて債務に充当することを認めた。

6 その他の問題

なお、今回問題にはなっていないが、投資信託を巡る回収の場面では、商法521条の商人間の商事留

置権(本件の乙が商人ではないため。)や銀行取引約定(本件甲乙間で締結されておらず。)が問題になることもある。

以 上

〔参考文献〕

伊藤真他『条解 破産法』(弘文堂 初版第2刷、平成22年)
 中西正「証券投資信託における受益者の破産・民事再生と相殺—名古屋高裁平成24年1月31日判決の検討—」倒産実務交流会〔編〕『争点 倒産実務の諸問題』289頁(青林書院、初版、2012年)
 坂本寛「証券投資信託において受益者に破産手続ないし民事再生手続が開始された場合の債権回収を巡る諸問題」判例タイムズ1359号22頁(2012)
 高山崇彦・辻岡将基「名古屋高判平24.1.31と金融実務への影響」金融法務事情1944号6頁(2012)
 安東克正「8つの裁判例からみた投資信託の回収」金融法務事情1944号13頁(2012)

- 1 名古屋高判平24・1・31金融法務事情1941・133(上告受理申立て)。原審：名古屋地判平22・10・29金融法務事情1915・114
- 2 民事再生法第93条1項3号
 1再生債権者は、次に掲げる場合には、相殺をすることができない。
 (3)支払の停止があった後に再生債務者に対して債務を負担した場合であって、その負担の当時、支払の停止があったことを知っていたとき。
- 3 民事再生法第93条2項2号
 2前項第二号から第四号までの規定は、これらの規定に規定する債務の負担が次の各号に掲げる原因のいずれかに基づく場合には、適用しない。
 (2)支払不能であったこと又は支払の停止若しくは再生手続開始の申立て等があったことを再生債権者が知った時より前に生じた原因
- 4 破産法67条2項
 2破産債権者の有する債権が破産手続開始の時に期限付若しくは解除条件付であるとき、又は第百三条第二項第一号に掲げるものであるときでも、破産債権者が前項の規定により相殺をすることを妨げない。破産債権者の負担する債務が期限付若しくは条件付であるとき、又は将来の請求権に関するものであるときも、同様とする。
- 5 破産法71条1項1号
 1破産債権者は、次に掲げる場合には、相殺をすることができない。
 (1)破産手続開始後に破産財団に対して債務を負担したとき
- 6 破産法71条2項2号
 2前項第二号から第四号までの規定は、これらの規定に規定する債務の負担が次の各号に掲げる原因のいずれかに基づく場合には、適用しない。
 (2)支払不能であったこと又は支払の停止若しくは破産手続開始の申立て等があったことを破産債権者が知った時より前に生じた原因

融資先の信用不安と 預金の凍結(拘束)

弁護士 井上 博隆

1 はじめに

金融機関の融資先に信用不安が発生し、債権回収に危惧を抱く事態が発生した場合に、金融機関が融資先の預金の凍結(拘束ともいわれる)をすることがある。

金融機関の取引約定書には、一般的に、支払いを遅滞したときや取引約定に違反したとき等の他、「債権保全を必要とする相当の事由が生じた」(以下、「債権保全事由」という)¹ときには請求により期限の利益を喪失させることができるという条項(旧ひな型5条2項)や期限の利益喪失により債務を履行しなければならぬときには金融機関は債権と預金等の債務と相殺できるとする条項(旧ひな型7条1項)が、定められている。

この請求による期限の利益喪失(以下、「請求喪失」という)前や預金との相殺前に、預金を凍結することは、かえって、融資先の運転資金不足を招いたり信用をなくすことになりかねないこと、また、特に普通預金は、要求性預金でありいつでも預金の払戻しを金融機関に請求することができるものであり、預金規定等にも「請求喪失事由」が生じた場合に預金を凍結できるという規定がないことから、預金を凍結することは違法ではないかということで争われる。

最近、このような預金凍結について、新しい裁判例が紹介されているので、従前からの学説を踏まえて、検討してみたい。

2 学説²

(1)債権保全優先・抽象的危険説

「債権保全事由」よりも緩やかな要件(抽象的危険化の段階)(たとえば、建物の耐震強度への不信を融資先が社会に与えた段階)で預金の凍結は正当化されるとする説。

(2)債権保全優先・具体的危険説(以下、「甲説」という)

「債権保全事由」があれば、「請求喪失」や相殺が、現実になされていなくても、預金の凍結は正当化されるとする説。この説は、「債権保全事由」と預金

凍結の正当化事由が同義であると考える。

甲説の根拠として、本田判事は、双務契約における不安の抗弁権が認められる場合と同じく、貸付債権と預金債権との各履行について事実としての優先弁済機能、担保的機能に照らし、不安の抗弁の基礎になる信義則、公平の観点から認められるとする^{3・4}。

そして、潮見教授は、甲説からは、「債権保全事由」が存在するのに預金凍結が違法とされる場合は、「決済目的で用いられている普通預金を拘束しないことによって顧客の事業再生・経営の再建を実現するという具体的な要請ないし利益なりが顧客(もしくは公共)の側に存在する場合のみ」であるとする⁵。

(3) 具体的法益要求説(要求性払優先説) (以下「乙説」という)

預金の凍結は、実質的に自力救済を認めるのと異ならず、これが適法であるためには「債権保全事由」の存在だけではなく、金融機関の側により具体的な法的利益が必要であるとする説。

乙説の根拠として、伊藤教授は、要求払性預金の性質や「債権保全事由」は融資金の期限の利益喪失についてのものであることから、預金凍結の正当化には直結しないとし、また、相殺権それ自体としては預金の帰属等を確保する機能等を含んではおらず、金融機関は、速やかに期限の利益を喪失させた上で相殺の意思表示をして自らの利益を守るべきであるとする⁶。

伊藤教授は、具体的な法的利益とはどのような場合をいうのか明らかにしていないが、潮見教授は、これが認められる可能性は「極小化」されるとする⁷。

3 裁判例

(1) 東京地判平成3年2月18日 金判877号25頁(以下、1事件という)

多額の担保不足の状況において、融資先が金融機関に対して根抵当権譲渡による担保提供を約しておきながらこれを遅滞し、根抵当権譲渡を行う前提として調達した金員を、安易に運転資金として利用しようとしたことを契機として、定期預金、当座預金を凍結したことは、金融機関が融資先の資金繰りの考慮や十分な協議等を行わないまま行ったことに問題は残るが、直ちに違法であるとはいえないとした。

金融機関は、履行遅滞、「債権保全事由」、取引約定違反を理由に適法であったと主張していたが、判決は「債権保全事由」について上記の判断をしている。

判決文からは、金融機関は、「請求喪失」を行っていないようである。

(2) 東京地判平成19年3月29日 金判1279号48頁(以下、2事件という)

金融機関には多額の無担保の信用貸越があり、これは融資先の手受注先からの工事代金が信用供与の基礎となっていたこと、19日朝、融資先の耐震偽装問題への関与を疑わせる報道等がされ、融資先が新規の受注ができず、施行完了又は継続中の工事について工事代金の支払留保、解約、損害賠償請求がされる可能性があったと判断することもやむを得なかったこと、融資先の社長が行政庁から建築基準法に基づく報告を求められ、建築士が構造計算書を改ざんした物件を融資先が施工したこと等を知っているにもかかわらず、業況の重大な変化を生じるおそれのあったとき等における約定による金融機関への報告義務違反があったことの事情に照らすと、同日夕方、「請求喪失」を行った時点で「債権保全事由」を具備していたということができ、同日午後0時頃の「請求喪失」決定時直後での普通預金、当座預金の凍結も適法であったとした。

(3) 東京地判平成20年8月1日 金法1875号81頁、東京高判平成21年4月23日 金法1875号76頁(以下、3事件という)

融資先と大口かつ重要な取引先であって事業上密接な関係にある会社が民事再生手続を申し立てたことにより、融資先の会社に対する貸付金債権の大部分が回収不能となる可能性が高くなり、融資先が債務超過に陥るおそれが相当あり、今後の事業継続が困難となるおそれがあったとされる事例で、1審判決は、この状態で「債権保全事由」を具備したとし、普通預金を凍結したとしても、その後、「請求喪失」及び相殺手続をしているから、融資先に損害が生じていないとした。

控訴審判決は、前記事情に加えて、金融機関から求められた追加担保を提供することもできなかったことから「債権保全事由」が生じたというべきであって「請求喪失」ができたのであるが、預金凍結に止めたのは、相殺による債権債務の決済の余地を残しつつ、具体的な事業計画等の提示や

追加担保の提供等の「請求喪失」事由を解消する措置をとるための猶予期間を与えたものということができるとし、それにもかかわらず融資先が「請求喪失」事由を解消することができなかったため、「請求喪失」及び相殺通知をした経緯に照らせば、預金凍結は違法なものということとはできないとした。

- (4) 岡山地判平成21年7月31日金判1393号62頁、広島高裁岡山支部判平成22年3月26日金判1393号60頁（以下、4事件という）

融資先が延滞を継続していた時点で、融資先（原告）及び連帯保証人の普通預金を凍結した（第1回目の凍結）及び「請求喪失」後相殺前に預金凍結した（第2回目の凍結）事例で、1審判決は、第1回目の凍結については、違法であるとしても、預金残高は存在せず、また、凍結期間が短期間であることを理由に財産的損害は生じておらず精神的損害を与えたと認められる証拠はないと判断した。第2回目の凍結については、期限の利益を喪失しており債権保全を必要とする事態が生じていると認められるが、これを理由に預金凍結が正当化できるものではない。しかし、預金凍結行為が相殺の準備目的も含めて行われる場合には、財産的損害は生じておらず精神的損害を与えたと認められる証拠はないとした。なお、信用保証協会に関する論点は省略する。

控訴審判決は、第1回目の凍結について、連帯保証人に預金凍結を通知したことは、期限の利益を喪失していない時点において、金融機関において融資先が経済的破綻したと判断し、債権回収措置をとる方針を意味するものであるから融資先の信用を毀損する不法行為を構成するとした。

第2回目の預金凍結については、期限の利益が喪失したこと、相殺適状にあること、相殺されたことから違法とはいえないとした。

- (5) 岡山地判平成23年4月27日金判1393号58頁、広島高裁岡山支部判平成23年10月27日金判1393号54頁（以下、5事件という）

本件は、4事件と同一事実関係（第1回目の凍結）に基づく事件であり、連帯保証人から訴訟提起されたものである。預金は普通預金と貯蓄預金である。

1審判決は、金融機関は、「請求喪失」をしていない段階で預金を凍結するには、金融機関において、「債権保全事由」が生じ、かつそれまでの経緯

をふまえ、その時点で、預金を凍結する具体的な必要性がある場合でなければならぬと解するのが相当であるとした上、預金凍結に際し、検討経緯や凍結に至る具体的な経緯は明らかではなく、その時点で、本件凍結の具体的な必要性があったと認めることはできないが、預金凍結は、預金債権を直ちに侵害するものではなく、「債権保全事由」があり、凍結期間も短期間あったこと等を考慮すると、凍結が客観的にみても明らかに不当とは認められないとした。

控訴審判決は、融資先は、「請求喪失」される状況であったこと、凍結期間は短期間であったこと、凍結解除までの間に弁済条件について協議がなされ弁済するための時間的余裕を与えたということができ、違法であると直ちにいえなかった。

- (6) 甲府地判平成23年11月8日金判1394号54頁

金融機関は多額の融資金を有していたが、これは融資先が受注した取引先からの入金を原資とすることが予定されていた（受注見合融資）ところ、返済期限到来にもかかわらず、入金を返済に充当することなく運転資金に流用した上、その後も支払猶予を要請するのみであったこと、多額の保全不足が生じ、担保の評価額も下がる一方であったこと、複数回、追加担保を提供するよう要請したのに、不実の説明だけで追加担保を提供しなかったこと、貸借対照表等において債務超過ではないように装っていたこと、再建計画書も提出しないどころか、返済原資である入金を他に充てたいと要請して返済に向けた積極的姿勢を示さなかったこと等から、その時点において、債権を保全の必要性が客観的に存在し、そのための緊急やむを得ない措置として、普通預金口座を凍結する相当な理由があったとした。

4 検討

(1) 裁判例の検討

1事件と2事件は甲説を採っていると考えられる⁸。

3事件の1審判決では、「債権保全事由」があることが前提となっているが、預金凍結の適法性自体についての判断はしていない。控訴審判決は、「債権保全事由」の存在に加えて「請求喪失」事由解消の猶予期間を与えたこと、「請求喪失」及び相殺通知をしたことを適法の理由としている。

4事件の1審判決は、第1回目の凍結について甲説によるものか乙説によるものか明確にしていな

い。第2回目の凍結については、「請求喪失」後相殺前の状況において相殺準備行為であることを理由に損害を否定している。これは、違法性を認めるということであれば、乙説をとっているものと考えられる。控訴審判決は、第1回目の連帯保証人の預金の凍結について、債務者に対して不法行為が成立するとしている。これは、乙説をとるとも考えることもできるが、連帯保証人への預金凍結の通知を債務者への信用毀損になるとするものであり、預金凍結の適法性について直接判断していないとも考えることができる⁹。第2回目の預金凍結については甲説をとっているものと思われる。

5事件の1審判決は、乙説を前提とした上、凍結期間が短期間であったこと等を考慮して不法行為の成立を否定している。控訴審判決は、「債権保全事由」の存在に加えて、凍結は短期間であったこと、「請求喪失」事由解消の猶予期間を与えたことを理由として違法性を否定している。

6事件は、「債権保全事由」について詳細な要素を判断して違法性を否定している。

(2) 裁判例と具体的法益要求説との関係

裁判例の内、金融機関の責任を認めたものは、4事件の控訴審第1回目凍結だけであり、これも、前記の通り、預金凍結について責任を認めたものといえるか疑問なしとしない。

伊藤論文後の3事件以後の裁判例は、どの説を取るか直接の判断をしないか(3事件の1審、4事件の1審第1回目凍結、4事件控訴審第1回目凍結?)、乙説を前提とすると考えられるもの(4事件1審第2回目凍結、5事件1審)があるが、結論的にはいずれも(4事件控訴審第1回目凍結については前記の通り)、金融機関の責任を否定している。

これらは、乙説の伊藤論文に大きく影響を受けているように見えるが、結果の妥当性を考慮して、金融機関の責任を否定したものではないかと考えられる。

(3) 裁判例と具体的危険説との関係

1事件乃至6事件のいずれの事件も「債権保全事由」は、存在していたものと考えることができる。そして、1事件は取引約定違反が、4事件、5事件、6事件は履行遅滞があり、これらには他の「請求喪失」事由も存在したと考えられ、現に、1事件と5事件ではこの「請求喪失」事由の主張がされている。

甲説は、「債権保全事由」を預金凍結の正当化事由と考えるが、「債権保全事由」は「請求喪失」事由の一つであり、他の「請求喪失」事由の存在をも預金凍結の正当化事由であることは否定しないものと考えられる。

それにもかかわらず、裁判例が、「債権保全事由」の有無を問題とするのは、特に伊藤論文発表後の裁判例で、乙説を前提としないものでも、「請求喪失事由」に規定する「債権保全事由」ではなく、信義則、公平の観点为基础とする不安の抗弁を体现した債権保全事由の要素を考慮しているからではないかと思われる。(純粋な)甲説のように「債権保全事由」だけでは預金凍結の適法性を認めてはいないように思われる。

3事件の控訴審判決、5事件の控訴審判決は、「債権保全事由」に加えて猶予期間等を預金凍結の正当化事由の要素と考え¹⁰、6事件は、一部の事実だけでも「債権保全事由」が存在すると考えられるのに、詳細な要素を挙げることにより「債権保全事由」が存在すると判断しているように思われる。

不安の抗弁＝「債権保全事由」ではなく、不安の抗弁＝「債権保全事由」+ α と考えて、その意味で「債権保全事由」を使っているのではないかと考えられるのである。

そうすると、その+ α の要素は何かということになるが、①凍結の目的(請求・相殺通知準備、交渉猶予期間等)、②凍結される預金の種類(当座預金か普通預金か定期預金か等)、程度、③凍結期間(「請求喪失」・相殺又は凍結解除までの期間)の合理性、④凍結までの事情等と考えることができる。

5 金融機関の今後の対応

以上の通りであり、最近の裁判例は、預金凍結が正当化されるためには、乙説のように、「請求喪失事由」「債権保全事由」に加えて厳格な「法的利益」を要求するものではないように思われる。しかし、甲説のように「請求喪失事由」「債権保全事由」が存在するだけで適法としているものでもないように思われる。前記+ α の要素を考慮して対応することが肝要であると思われる。

1 「債権保全事由」について、「客観的にみて債権保全の客観的必要性があるときである。すなわち、取引先の信用度がかなり低下し、融資債権を弁済期到来まで放置しておくことを銀行に期待することが社会通念上無理であるとき」(鈴木祿彌編

新版注釈民法（17）338頁（平成5年2月）、「単なる債務超過の事実だけでは足りず、債権回収が見込めない具体的事実が発生し、これにより、既に支払不能が現実化しているか、支払い不能になる蓋然性が高い場合」（潮見佳男「普通預金の拘束と不法行為－損害賠償責任の判断構造－」金法1899号24頁（平成22年6月）、浜中善彦「銀行業務における期限の利益喪失と相殺実務－東京地判平19.3.29を素材として－」金法1839号11頁（平成20年7月）、「融資取引者が債務超過に陥り融資金を返済できなくなると懸念させる客観的合理的事情があること」（本田知成「預金の払戻拒絶措置の適否」金法1899号40頁（平成22年6月））等とされている。

- 2 学説及びその評価、並びにこれに関連する論点について、潮見前掲22頁以下に、詳細にまとめられている。債権保全優先・具体的危険説にたつものに、潮見前掲22頁、本田前掲32頁、亀井洋一「期限の利益喪失前の預金拘束の適法性」銀法711号38頁（平成22年1月）、渡辺隆生「融資先の信用不安と預金支払の凍結」金法1856号6頁（平成21年1月）。具体的法益要求説にたつものに伊藤「危機時期における預金拘束の適法性－近時の下級審裁判例を素材として－」金法1835号10頁（平成20年5月）。債権保全優先・抽象的危険説にたつものは具体的には見あたらない。
- 3 本田前掲39頁
- 4 渡辺前掲7頁は相殺適状にない状態において「不安の抗弁権のようなもの」が考えられるとする。一方、潮見前掲24頁は、契約締結時に想定することのできなかった事情を前提として立てられている不安の抗弁権を預金凍結の正当化のために用いることは、これまでの民法理論からは説明がつかないとする。
- 5 潮見前掲27頁
- 6 伊藤前掲13頁以下
- 7 潮見前掲25頁
- 8 2事件は、「請求喪失」を行った時点で、「債権保全事由」を具備したと判示するが、これを決定した時点や預金凍結時点では「債権保全事由」を具備していなかったと判断するものではないと考えられる。
- 9 4事件の前掲金判56頁のCommentは乙説をとっていると考えるようである。
- 10 潮見前掲27頁は、具体的法益要求説以外に、「債権保全事由」プラス・アルファの事由が加わったときに預金凍結が正当化される説を示唆する。

翻案権侵害における創作性及び表現性の判断手法

－知財高裁平成24年8月8日を参考に

弁護士 福市 航介

第1 はじめに

著作権侵害訴訟では翻案権侵害の成否が争われることが多い。しかし、翻案該当性の判断は誠に難しい。判断の難しさの原因は、翻案概念の規範性にある。翻案概念は、最高裁第一小法廷平成13年6月28

日判決民集55巻4号837頁（江差追分事件。以下「江差追分判決」という。）によって具体化されているが、それでも判断が難しい。規範的な概念を用いて判断することは、妥当な結論を確保するが、反面、結果の予測を難しくする。ビジネスローの分野では、事業遂行のために結果の予測可能性を確保することは極めて重要である。このような中で、知的財産高等裁判所平成24年8月8日が翻案権侵害の手法について参考になる判示をし、原審の判断を覆した。翻案権侵害の判断手法を検討することは、翻案権侵害の予測可能性確保に資する。そこで、本稿では、当該事案を通じて、翻案の判断手法を確認、検討する。

第2 事案の概要

本稿で取り上げるのは、東京地方裁判所平成24年2月23日判決、知的財産高等裁判所平成24年8月8日判決の事案である。事案は、次のとおりである。

Xは、釣りを題材とした携帯電話機用インターネット・ゲーム（以下「原告作品」という。）を製作し、これをソーシャル・ネットワーキングサービスを提供するインターネット・ウェブサイト上で配信している者である。Yらは、その後、釣りを題材にした携帯電話機用インターネット・ゲーム（以下「被告作品」という。）を共同作成し、これをインターネット・ウェブサイト上で配信している者である。

Xは、Yらに対し、被告作品が原告作品を翻案したものであるとして、Xの原告作品の画面に関する著作権（翻案権、著作権法28条による公衆送信権）及び著作者人格権を侵害すると主張し、被告作品のゲームの映像の複製及び公衆送信の差止め、ウェブサイトからの上記映像の抹消及び記録媒体からの上記映像にかかる記録の抹消並びに民法709条、同719条に基づく損害賠償金の支払を求めた。なお、当該事案では、不正競争防止法違反や不法行為の成否も争点とされているが、紙面の都合上、これを割愛する。

第3 争点

前記のとおり、争点は多岐にわたるが、紙面の都合上、原審と知財高裁で判断が分かれた争点のみ示す。争点は、別紙【被告画面】記載の魚の引き寄せ画面（以下「被告画面」という。）が、別紙【原告画面】記載の「魚の引き寄せ画面」（以下「原告画面」という。）を「翻案」（著作権法27条）したものか否かである。なお、原告画面と被告画面の特徴を示した末尾の文

言は原審の判示による。

第4 原審と知財高裁の判断

1 原審

- (1) 原審は、本稿で検討する争点に係る部分に関し、大要、次のような理由で、被告画面は、原告画面を「翻案」したものであるとした。
- (2) 原告画面と被告画面とは、「どの程度の大きさの同心円を水中のどこに配置し」、「同心円の背景や水中の魚の姿をどのように描き」、「魚にどのような動きをさせ」、「同心円やその背景及び魚との関係で釣り糸を巻くタイミングをどのように表すか」という点の表現に共通点がある。この点、Xは、多数の選択の幅がある中で原告画面のような具体的表現を選び取ったものであるから、原告画面には創作性及び表現性は認められる。
- (3) そして、このような原告画面の表現の本質的な特徴といえる「水面上を捨象して、水中のみを真横から水平方向の視点で描いている点」、「水中の中央に、三重の同心円を大きく描いている点」、「水中の魚を黒い魚影で表示し、魚影が水中全体を動き回るようにし、水中の背景は全体に薄暗い青系統の色で統一し、水底と岩陰のみを配置した点」、「魚を引き寄せせるタイミングを、魚影が同心円の一定の位置に来たときに決定キーを押すと魚を引き寄せやすくするようにした点」の同一性は被告画面に維持されている。
- (4) 原告画面が配信される以前にも携帯電話機用釣りゲームは多数配信されていたが、上記共通点を全て備えたゲームや、水中に三重の同心円を描いて魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現しているゲームは一つも存在しなかった。したがって、上記共通部分が平凡であるとか、ありふれたものであるとはいえず、共通部分に創作性がないとはいえない。

2 知財高裁

- (1) 知財高裁は、本稿で検討する争点に係る部分に関し、大要、次のような理由で、被告画面は、原告画面を「翻案」したのではないとした。
- (2) 原告画面と被告画面の共通点は、①「水面より上の様子が画面から捨象され(A)、水中のみが真横から水平方向に描かれている点(B)」、

②「水中の画像には、画面のほぼ中央に、中心からほぼ等間隔である三重の同心円と、黒色の魚影及び釣り糸が描かれ、水中の画像の背景は、水の色を含め全体的に青色で、下方に岩陰が描かれている点」、③「釣り針にかかった魚影は、水中全体を動き回るが、背景の画像は静止している点」にある。

- (3) このうち、①-Aは、他の釣りゲームにも存在するから、ありふれた表現であり、創作性はない。また、①-B及び③について、そのような手法で水中の様子を描くことは、アイデアであって表現性はない。さらに、②の内、釣りゲームに同心円を採用すること自体は、従来の釣りゲームには見られなかったものだが、それはアイデアであって保護されない。

したがって、上記の各部分に関しては著作権法上の保護は及ばない。

もっとも、②の内、同心円の態様がいずれも画面のほぼ中央に描かれ、それが中心からほぼ等間隔の三重の同心円であるという点については、創作性ある表現であると認められる。

- (4) しかし、原告画面と被告画面の同心円の態様については、原告画面の配色は被告画面の被告画面のそれと異なる。また、被告画面の三重の同心円に存在する11個のパネルは、原告画面には存在しないという相違点もある。さらに、被告画面の同心円に存在する前記パネルは、その配色部分の数及び場所が引き寄せ画面毎に異なり、かつ、同一画面内で変化するが、原告画面にはこれが存在しないなどの相違点もある。

このように、原告画面と被告画面で同じく「三重の同心円」が表示されているといっても、具体的な表現が異なる。したがって、被告画面に接する者は原告画面の魚の引き寄せ画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することができない。

- (5) 魚の引き寄せ画面全体についてみると、被告画面には原告画面にない画面やアニメーションの表示が存在することや、水中が描かれた部分の輪郭の形状が異なり、そのため、同心円が占める大きさや位置関係が異なること、同心円の大きさ、配色及び中心の円の部分の図柄の変化、魚影の描き方及び魚影と同心円との前後関係等の具体的表現が異なっていることな

どの相違点があるから、被告画面に接する者はその魚の引き寄せ画面全体から原告画面のそれとは異なる印象を受ける。

したがって、被告画面に接する者が原告画面の魚の引き寄せ画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することはできない。

第5 検討

1 前提事項

原審と知財高裁の判断の異同について検討する前に、江差追分判決によって示された翻案概念等について確認する。

(1) 翻案概念^{1,2}

翻案とは、「既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することができることのできる別の著作物を創作する行為」を指す(判決要旨1)。もっとも、「思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体ではない部分又は表現上の創作性がない部分において既存の言語の著作物と同一性を有するにすぎない著作物を創作する行為は、既存の著作物の翻案に当たらない」(判決要旨2)。

(2) 判断手法—濾過テスト類似の方法

知財高裁は翻案権侵害の具体的な判断手法として、①まず同一性ある部分を認定し、②次に当該部分が創作性ある表現といえるか、③さらに既存の著作物の本質的な特徴の同一性が新著作物の中に維持されているかを段階的に検討する手法を採用した³。

なお、著作権侵害の判断手法には、従前、①原告画面の著作物性を認定してから、被告画面に原告画面の創作的表現が複製又は翻案されているかを順次判断する手法(2段階テスト)と②原告画面と被告画面の同一性を有する部分を抽出し、それが思想又は感情の創作的な表現にあたるか否かを判断する手法(濾過テスト)とが存在したが、前記最高裁判決は、②濾過テスト類似の手法を採用したと評価されている⁴。

2 原審と知財高裁の違い

本件事案における原審と知財高裁は、いずれも前記最高裁判決に則った判断を行っているが、出

された結論は全くの正反対である。その原因は何か。

原審の特徴は、共通すると主張されている部分を全て備えた表現を前提として表現性判断及び創作性判断をなし、創作性の補強要素として、「水中に三重の同心円を描いて魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現しているゲームは一つも存在しなかった」との事実を使用している点にある。これに対して、知財高裁の特徴は、原告画面と被告画面の共通部分毎に表現性及び創作性判断を行い、表現及び創作性が認められた部分について、被告画面に接する者が原告画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することができるかという判断を行い、その上で、原告画面全体と被告画面全体を比較して、原告画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することができるかという判断に移るという手法を用いた点、原審が補強要素に用いた点はアイデアの範疇に属すると指摘した点にある。

原審と知財高裁とで、結論が異なったのは、①原告画面の表現性判断及び創作性判断の対象を共通する部分全てを備えた表現全体にするか否か、②「水中に三重の同心円を描いて魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現しているゲームは一つも存在しなかった」との事実が表現であるか否かとの点にあると思われる。私見としては、知財高裁の判断に賛成したいが、その理由を次に述べる。

3 私見

(1) 翻案該当性の判断手法について

ア 原審の判断手法の危険性

はじめに述べたとおり、翻案の判断は極めて難しい。その理由は、江差追分判決で翻案概念が具体化されたとしても、依然として翻案概念が強い規範性を帯びている点にある。

そのため、江差追分判決で示された翻案概念へのあてはめ作業をできる限り誤りなく行うためには、翻案該当性判断の順序や方法を精緻化することが有用である。この点、原審は、共通すると主張されている部分を全体として勘案して、原告画面と被告画面につき、判決要旨1及び判決要旨2に従った判示を行っている。このような原審の判示は、それ自体としては誤りではない。しかし、原審のように、共通すると主張されている部分を全て備

える表現について創作性判断の評価を下す方法評価を下す方法では、原告画面の創作性の有無や程度を見誤る危険性が存在すると思われる。

イ 創作性判断の誤りの危険性

すなわち、共通すると主張されている部分を全て備える表現の創作性を考えると、後行者に残された表現の選択の幅は無数にあるように思われるから、いきおい創作性を肯定してしまいやすい。しかし、例えば、1つの共通部分を除く全ての共通部分に表現性又は創作性がないとすれば、結局、共通すると主張されている部分を全て備える表現であったとしても、後行者に残された選択肢の幅はおのずから狭まってしまうはずである。場合によっては、創作性を肯定すべきでないものにまで創作性を肯定してしまう危険性がある。

また、共通すると主張されている部分を全体として勘案して創作性を判断しようとする、ある部分の創作性しか基礎づけない要素を意識的又は無意識的に全体の創作性を基礎づける要素として評価してしまう危険性もある。実際、原審は、原告画面の創作性を補強する理由として、「水中に三重の同心円を描いて魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現しているゲームは一つも存在しなかった」という原告画面の一部分の創作性を基礎づけるはずの要素(後記のとおり、これもそもそもアイデアというべきであるが。)を理由として、原告画面全体が平凡かつありふれていない等と判断してしまっている⁶。

したがって、このような誤りを防止するためには、知財高裁のような分析的な判断手法が必要であり、これが正当であると思われる。

ウ 本質的特徴の直接感得性の判断の誤りの危険性

さらに、翻案該当性を判断するためには、被告画面に接する者が原告画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することができるかどうかという点を判断しなければならないが、共通すると主張されている部分を全て備える表現を前提すると、個別の共通部分の創作性の有無及び程度の吟味ができなくなるおそれがある。

すなわち、被告画面に接する者が原告画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することができるかどうかの判断の際には、「依拠され利用された既存の著作物の創作性が高ければ高いほど、新たな著作物の中でも本質的な特徴として感得されやすいが、他方既存の著作物が個性的表現の高いものでないのであれば、結果的に新たな著作物に接した者がその本質的特徴を感得しにくくなる」ことに留意しなければならない⁷。

知財高裁が指摘するとおり、「著作物の創作的表現は、様々な創作的要素が集積して成り立っている」以上、被告画面に接する者が原告画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することができるかどうかは、原告画面の創作性を支える部分がどこか、当該部分の創作性はどの程度か、その創作性が肯定される理由は何かを把握して、これと被告画面の表現との相違点と対比しなければならない。

ところが、共通すると主張されている部分を全て備える表現について創作性判断を下す方法は、前記のとおり、原告画面の一部分の創作性を基礎づけるはずの要素が原告画面全体の創作性を基礎づけてしまう危険性がある。

そうすると、被告画面に接する者が原告画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することができるかどうかを適切に判断することはできず、結果として、結論を誤ってしまうと思われる。

このような誤りを防止するためには、やはり知財高裁のような分析的な判断手法が必要であり、それが正当であると思われる。

(2) アイデアと表現の境界の問題

上記のように、原審の判断手法を誤ったために結論を誤ったのではないかとと思われるところであり、この点は知財高裁が正当であると思われるが、その他にも、「水中に三重の同心円を描いて魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現しているゲームは一つも存在しなかった」という点も原審と知財高裁の判断が異なった原因であると思われる。仮に、問題となった部分が表現であると認められた場合には、その創作性の有無や程度が吟味されることになり、最終的には、被告画面に接す

る者が原告画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することができるかどうかという判断に影響し、結論に大きな影響を与えるからである。

この点原審は、「水中に三重の同心円を描いて魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現している」としており、この部分は「表現」性を満たすものと判断しているのに対し、知財高裁は、「静止した同心円と動き回る魚影の位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現することはゲームのルールであり、…アイデアの範疇に属する（筆者注：表現性はない）」としている。

原審の判断と知財高裁の判断といずれが正当かを考えるに、原審が魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを計ることに創作性があると考えたのは、射撃やダーツ等において使用される同心円を釣りゲームに応用したという着想の新鮮さに根拠があると思われる。しかし、このような着想の新鮮さやアイデアの斬新さは表現ではないから、著作権法の保護は及ぼすべきではない。この点を指摘する知財高裁の判断は正当である。

また、本件で問題となっている著作物は商業的な商品たるゲームであるから、当該著作物に関する著作権は財産権的な側面が強調されるべきである。そうすると、このような著作物の場合は、人格の流出度が極めて高い文学・絵画と異なり、表現の幅は狭く捉えられるべきように思われる^{8・9}。仮に携帯電話機用インターネット・ゲームにおける表現として「魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを計ること」を保護するとすれば、Xが、魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを計る釣りを題材とした携帯電話機用インターネット・ゲームを完全に独占することになる。しかし、それでは、被告画面のように、魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを利用しながら、さらに同心円内やその動きの工夫をするようなゲームが全く存在しなくなってしまう。そのことは、本件で問題となっている著作物の種類が商業的な商品たるゲームであるということを考えると、やや行きすぎではないかと思われる。

したがって、実質的にも知財高裁が正当であると思われる。

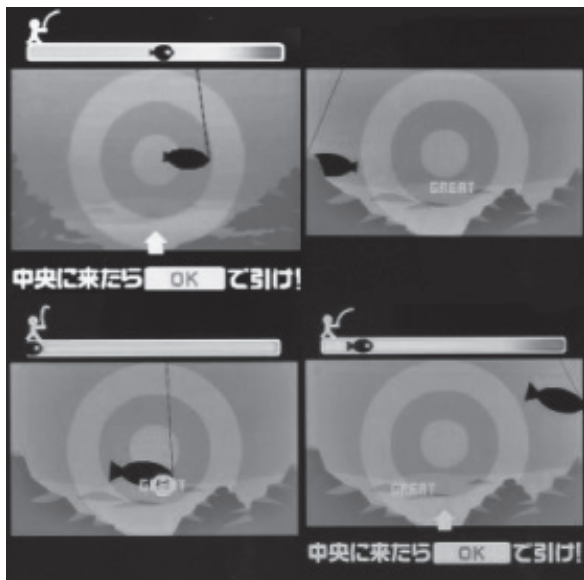
原審が創作性の補強要素として採用した「水中に三重の同心円を描いて魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現しているゲームは一つも存在しなかった」との事実は、一見すると強い創作性を基礎づけるかのようなものである。しかし、原審のようにこれを表現と取り間違えると、創作性判断にも影響を及ぼすことになるので、慎重な検討が必要であろう。

第6 まとめ

以上、創作性及び表現性の判断手法を翻案権侵害事例を参考として検討してきたが、知財高裁判決は、江差追分事件によって示された翻案概念の充足性を判断する具体的な手法を実際の事案を通して示したものであって、実務上極めて参考になるとと思われる。

以上

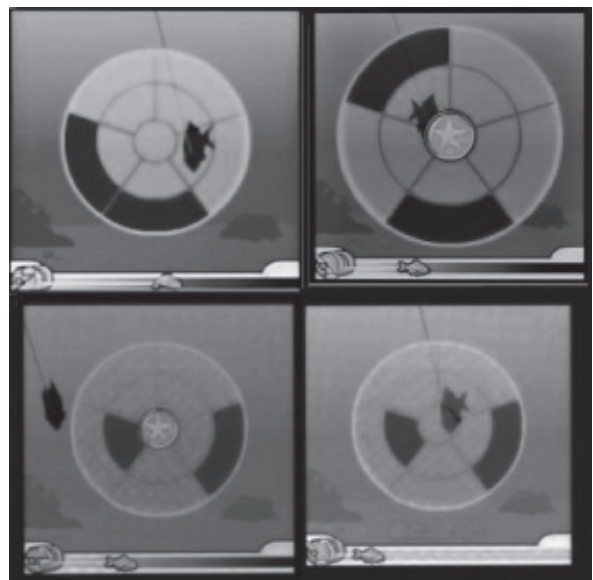
- 1 最高裁第一小法廷平成 13 年 6 月 28 日判決民集 55 巻 4 号 837 頁（江差追分事件）
- 2 なお、前記翻案の定義は、言語の著作物に関する事案で示されたものであるが、高部眞規子「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成 13 年度 562 頁参照によれば、言語の著作物以外の著作物の翻案についても、その趣旨は及ぶものとされている
- 3 高部眞規子『実務詳説著作権訴訟』267 頁（金融財政事情研究会、2012 年）
- 4 なお、高部・前掲（3）247 頁以下参照。
- 5 中山信弘『著作権法』52 頁（有斐閣、2007 年）参照。
- 6 知財高裁判決 93 頁では、「原告画面が配信される以前にも携帯電話機用釣りゲームは多数配信されていたが、上記共通点を備えたゲームや、原告画面の製作者の個性が強く表れている、水中に三重の同心円を描いて魚影と同心円との位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現しているゲームは一つも存在しなかったと認められることについては、上記認定のとおりである。したがって、上記共通部分（筆者注：知財高裁判決 92 頁によれば、同心円に関する表現以外の表現も含まれている。）が平凡かつありふれているものであって創作性を欠くともいえない。」と判示されている。
- 7 高部・前掲（3）261 頁参照。
- 8 高部・前掲（2）564 頁以下は、著作物の種類によっても、アイデアと表現の限界は変化しようとしている。
- 9 中山・前掲（5）48 頁参照。



最高裁HPより抜粋

【原告画面】

- a 水面及びその上の様子は画面から捨象され、水中のみが、真横から水平方向の視点で描かれている。
- b 水中の画像には、中心からほぼ等間隔である三重の同心円が描かれ、同心円の中心は、画面のほぼ中央に位置する。最も外側の円の大きさ(面積)は、水中の画像の約半分を占める。円の配色は、外側のドーナツ部分及び中心の円の部分には、水中を表現する青色よりも薄い色を用い、上記ドーナツ部分と中心の円部分の間には、背景の水中画面がそのまま表示される。
- c 水中の画像の背景は、水の色を含め全体的に薄暗い青で、水底の左右両端付近に、上記同心円に沿うような形で岩陰が描かれ、水草、他の生物、気泡等は描かれていない。岩陰は、上記同心円よりも手前に配置されている。
- d 水中の画像には、一匹の黒色の魚影が、魚影を側面から見た形で円盤状の胴体と三角形の尾びれの組合せにより描かれており、魚の口から画像の上部に向かって黒い直線の糸(釣り糸)が伸びている。魚影は、上記同心円よりも手前に配置されている。
- e 釣り針にかかった魚影は、頻繁に向きを変えながら水中全体を動き回り、釣り糸と魚影は、振り子のような動きをする。その際、同心円や背景画像は静止しており、ユーザーの視点は固定されている。
- f 原告画面では、魚影が同心円の中心部に近ければ近いほど、釣り竿で魚を引き寄せやすくなっており、魚影が中央の円にある際にユーザーが決定キーを押すと、「PERFECT」との表示がされる。同様に、中央の円とドーナツ形状との間に魚影がある際に決定キーを押した場合は「GOOD」、それ以外の時に決定キーを押した場合は「BAD」と表示される。



最高裁HPより抜粋

【被告画面】

- a 魚の引き寄せ画面に移ると、…水中の画面を魚影が右から左へ移動し、更に画面奥に移動した後、後記同心円が表示され、魚影が奥から手前へ向かってくる。水面及びその上の様子は画面から捨象され、水中のみが、真横から水平方向の視点で描かれている。
- b 水中の画像には、中心からほぼ等間隔である三重の同心円が描かれ、同心円の中心は、画面のほぼ中央に位置する。最も外側の円の大きさ(面積)は、水中の画像の約半分を占める。同心円は、その中心の円から放射状に伸びる5本の直線により11個に分割され、中心の円を除いた部分に、緑色と赤色が配色される。上記放射線による仕切り部分は、背景と同じ青色である。
- c 水中の画像の背景は、水の色を含め全体的に薄暗い青で、水底の左右両端付近に、上記同心円に沿うような形で岩陰が描かれ、水草、他の生物、気泡等は描かれていない。岩陰は、上記同心円よりも奥に配置されている。
- d 水中の画像には、一匹の黒色の魚影が、正面から見た形で、尾びれ、背びれ、胸びれを付けて描かれており、魚の口から画像上部に向かって黒い直線の糸(釣り糸)が伸びている。魚影は、上記同心円よりも奥に配置されている。
- e 釣り針にかかった魚影は、頻繁に向きを変えながら水中全体を動き回り、釣り糸は画面の左上に向かって伸びている。その際、上記同心円を除く背景画像は静止しており、ユーザーの視点は固定されている。他方、上記同心円の大きさは、一定のパラメータ値に応じて9段階に変化し、同心円の配色部分の数及び場所も、魚の引き寄せ画面ごとに異なり、同一画面内でも変化する。また、同心円の中央の円の部分は、コインが回転するような動きをし、緑色無地、銀色

の背景に金色の釣り針、鮮やかな緑の背景に黄色の星マーク、金色の背景に銀色の鉾、黒色の背景に赤字の×印の5種類に変化する。

f 被告画面では、魚影が同心円の一定の位置にある時に魚を釣り竿で引き寄せやすくなっており、同心円の緑色で配色された部分に魚影がある際に決定キーを押すと、画面上方に「Good」と表示される。同様に、同心円の赤色で配色された部分及び同心円以外の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、画面上部に「Out」と表示される。また、中央の円の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、中央の円の部分の表示に応じて、「必殺金縛り」、「確変」、「一本釣りモード」などの表示がアニメーションとして表示され、その後の表示も異なってくる。

電話機リース問題の構造(3)

弁護士 住田 浩史

第1 はじめに一「提携リース問題」の解決に向けた新たな動き

これまで、拙稿「電話機リース問題の構造(1)」¹では、いわゆる電話機リース問題について、主として特定商取引法の活用による裁判外・裁判上の解決が一定集積されてきたことを紹介し、また同「電話機リース問題の構造(2)」²では、近年、「電話機」以外の物件、あるいはホームページや過去のリース料の上乗せなど「物件」とすらいえないものについて提携リースを利用する等の被害バリエーションが広がったことを紹介した。

これに対して、社団法人リース事業協会は、近時、「小口リース取引の苦情・相談件数は大きく減少しました」などとするプレスリリースを発出している³が、これは実態を正しく捉えたものとはいえず、また提携リース問題の核心から相変わらず目をそらせたままと言わざるを得ない。

まず、第一に、苦情内容をみるに、電話機・複合機等のOA機器については漸減傾向にあるといえるが、ソフトウェアやセキュリティ関連機器などいわゆる「役務提供リース」(上記「電話機リース問題の構造(2)」29頁、第2 以下参照)が疑われる被害事例については、依然として、これらが登場し始めた平成19年度の件数の3~5倍にものぼっているということである。これは、すなわち、平成17年の経済産業省の通達等により「電話機」等のリー

スについてはL(リース会社)やS(サプライヤー)も商売がやりにくくなったという面があるものの、新しい類型については、未だ被害の根が深いということを示している。また、契約当事者であるLが、U(ユーザー)と一度も対面しないままに契約を完了させることがこの種被害の大きな温床になっているにもかかわらず、リース事業協会は「非対面」のメリットを未だに強調し、全件対面で契約する等の措置をとろうとしていない(なお、一定条件で抽出して訪問する、などとしているが、どの範囲でこれを実行しているのかすら不明である)。これでは、物件が存在しない、役務がリース対象の主眼となっているなどの極めて異常な事態を全く防げないのも当然である。かつて、拙稿では、「リース業界は、提携リースの問題について自ら解決する能力がない」と述べた(上記「電話機リース問題の構造(2)」29頁)が、実際には、解決以前に、問題を正しく把握する能力すら欠いているのである。また、各リース会社は、この種案件の訴訟においては、相変わらず、「LはSと対等な立場だから指導監督する地位にない」などという主張を平然と繰り返しているものであり、いくらリース事業協会が「LにおいてSへの指導を徹底した」と強調しても、全く説得力はないといえよう。

他方、平成24年に入って、提携リースの問題について核心をとらえた裁判例もいくつか登場し、立法を求める声も、徐々にではあるが全国から挙がりはじめているので、あわせて紹介する。

第2 新たな裁判例

1 大阪地判平成24年5月16日(裁判所ホームページ、確定)

(1) 事案及び判決の内容

本件は、いわゆるホームページリース被害の事案である。

UはSの勧誘によって、ホームページの作成、管理、運営、SEO対策等の役務の提供を依頼したものと認識していたが、リース契約書上は、「JOAソフト」というSの名前を冠したソフトウェアのリースという形式がとられていたというものであったが、そのようなソフトウェアの引渡しはなされなかった(なお、判決では「実在しない」との認定がされている)。その後、Sは倒産し、Uは約束どおりの役務の提供を受けられなくなったため、Uは、Lに対して未払リース料支払義務の不存在の確認と、

既払リース料の返還を求めて提訴した。

判決は、Uの契約不成立、心裡留保等の主張は排斥したものの、Uは役務の提供がないことをLに対して信義則上對抗できるとして、結論として、Uに未払リース料の支払義務はないとした。判決は、Uの信義則上の抗弁對抗を認めるにあたって、Sによる約束どおりの役務の提供がない場合の経済的負担をLとUのどちらが負うべきかについて、契約当事者双方の実質的衡平を考慮している。すなわち、Lは、Sの役務がリース対象に混入している可能性が疑われる場合には、「この点を確認し、不適切なリース契約を締結しないこととする信義則上の義務を、顧客に対し負っている」ところ、本件では、Uが「高額なプロ用ソフトを購入するとは考えにくいこと」等の事情から、役務の混入が「若干の注意を払えば了解可能であった」のに、電話確認の際にUに適切な質問をしないなど、調査確認を怠った。これに対し、Uにおいて電話で「ソフトの引渡があった」と回答したことは、特筆すべき過失ではないとしたのである。

(2) 判決の評価

この判決は、役務提供リースという異常な形態でないかどうかについて、Lは、形式のみならず実質的に調査確認する義務があることを認め、これを怠った場合には、Uは、Lに対して抗弁を接続できるということを一般論として認めたものと評価できる⁴。

本件において、未払リース料の支払義務がないという結論は、UとLとの密接な提携関係、共存共栄関係に照らせばむしろ当然のことであると思われる。なお、私見では、とりわけソフトウェアの引渡がない本件においては、リース料算定の基礎となっているはずの「物件」に対応する部分がゼロなのであるから、Lはそもそも既払リース料を徴求する権利はなく、全額の返還を認めるのが論理としては一貫していると思われる。

2 大阪地判平成24年7月27日(判例集未登載)

(1) 事案及び判決の内容

本件は、いずれもSから不当な勧誘を受け、不必要で高額な電話機等のリース契約を締結させられたU43名が、Lに対して既払リース料の返還等を求めて提訴した集団訴訟である。

本件については、クーリング・オフの可否等の争点もあるが、特筆すべきは、判決がLの不法行為責任を認めて、既払リース料相当額の損害賠償を認めた点である。

判決は、Lの「本件リース契約手続への関与は、一般的な本人確認も怠るなどその確認内容は十分なものとはいえず、平成17年11月初めには提携販売店が違法な勧誘を行うことがあるとの社会的認識が広く形成されていた」とし、同時期頃から、Lには、「電話機等のリース契約について、各提携販売店が行うリース契約の勧誘方法を厳正に監督し、各提携販売店の違法な勧誘行為を防止して顧客らに不測の損害を与えることのないよう、提携販売店の指導、監督を行い、契約締結の意思等の確認を行う際には、違法な契約勧誘行為がなかったかを確認する注意義務があった」とし、またLはこれを尽くさなかったとして、不法行為責任を負うとした。

なお、判決がLに求めた注意義務は、無論のことであるが、単に形式的な確認をすればよいというものではなく、例えば、Lが、リース契約締結に際して、Uから、Sを通じて「お客様確認書」(例えば、「迷惑な勧誘や虚偽の勧誘は受けましたか」という質問において「いいえ」に○をつけるなど)等のいわばアリバイ的な文書を徴求していたとしても、実質的な注意義務を尽くしたことにはならない、と断じている(判決155頁)点が注目される。

(2) 判決の評価

上記1の判決が提携リースにおけるLの契約内容調査確認義務を認めたのに対し、本判決は、提携リースにおけるLのS指導・管理責任(これには、契約内容調査確認義務が当然に含まれている)を一般論として認めたものであり、上記1の判決よりさらに踏み込んで判断したものと評価できる。これまで、提携リース被害において、SとLとの間の代理関係を認めてLの責任を認めたものとして、京都地裁園部支判平成21年3月31日(判例集未登載)、札幌地判昭和63年12月22日(NBL425号22頁)等があったが、本判決は、代理権の有無にかかわらず、LとSとの密接な関係という事実に基づいて判断されたものであり、同種提携リース被害事案において非常に参考となる判断であるとい

える。

第3 むすび—提携リース契約規制法試案の公表

上記のように、今日、提携リースにおいて、LはSの行った詐欺的勧誘や、内容に問題のある契約について、責任を免れることはできないとする裁判例がいくつか登場し、この潮流は今後も続くものと思われる。しかしながら、いまだ提携リース被害はなくなる。とりわけ近時の次々リース、キャッシュバックリースは、まさに提携リース商法の末期症状であり、社会福祉法人や宗教法人、中小零細企業者に数百万円～数千万円の被害をもたらしているという現状を見過ごしてはならない。司法的な事後救済が必要なのはもちろんであるが、並行して、今後の被害を未然に防ぐことが肝要である。

いまから約2年前、平成22年9月30日に出された京都弁護士会の「提携リース契約を規制する法律の制定を求める意見書」⁵を皮切りに、平成23年7月14日に出された日本弁護士連合会の「提携リース取引を規制する法律の制定を求める意見書」⁶を含め20本以上の同旨の意見書が全国の弁護士会等から出されている。そして、平成24年8月9日、京都弁護士会から「提携リース契約規制法試案」⁵が公表された。提携リース契約についてLの義務を明確にし、被害を根絶するための法律の成立が、一刻も早く実現されなければならない。

- 1 「御池ライブラリー 27号」、住田浩史、平成20年4月、8頁
http://www.oike-law.gr.jp/public/oike_27.pdf
- 2 「御池ライブラリー 33号」、住田浩史、平成23年4月、29頁
http://www.oike-law.gr.jp/public/oike_33.pdf
- 3 「小口リース取引の新対応策の実施状況について」、社団法人リース事業協会、平成24年7月25日
<http://www.leasing.or.jp/koguti/taiou/120725.pdf>
- 4 なお、福岡高判平成4年1月21日(判例タイムズ779号181頁)は、警備機器のリースを装って実際には警備業務の提供を契約の目的とした役務提供型リースにつき、ファイナンスリースとはいえないとして、警備機器の時価を超える金額についてのリース会社のリース料請求を信義則上排斥したものであるが、本件も、これと同様の判断といえよう。
- 5 いずれも京都弁護士会ホームページ。
http://www.kyotoben.or.jp/siritai/menu/pages_index.cfm?s=ikensyo
- 6 日本弁護士連合会ホームページ。
http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2011/110714_4.html

有料老人ホームの入居一時金を償却する条項の有効性について

弁護士 谷山 智光

第1 はじめに

高齢化社会が進む中、有料老人ホーム(老人福祉法29条)が増加している。

有料老人ホームの入居時には、一時金の支払が求められることがあり、その額も高額であることが多い。

その上、入居一時金について、契約書の中で短期間のうちに償却を行うことが定められている場合がある。

したがって、有料老人ホーム入居後、早期に契約が解除された場合や入居者死亡で契約が終了した場合にも、入居一時金が償却されて返還されない又は少額しか返還されないという事態が発生し、トラブルとなることが少なくない(消費者委員会「有料老人ホームの契約に関する実態調査報告」)。

このような有料老人ホームの入居一時金を償却する条項については、消費者契約法9条ないしは10条により無効となるのではないか問題となる。

第2 裁判例

この点に関する裁判例としては、以下の3つがある。

1 有効とした裁判例

- (1) 東京地裁平成21年5月19日判決(判例時報2048号56頁)

原告らは、平成16年11月に介護付き有料老人ホームの入居契約を締結した。同契約では「終身利用権金」(太郎は189万円、花子は210万円)及び「入居一時金」(太郎は66万1500円、花子は73万5000円)が必要とされ、「終身利用権金」については入居者の入居日をもって返還しないものとされ、「入居一時金」については、契約締結から一定期間(太郎は2年6ヶ月間、花子は3年間)で月割り均等償却をするとされていた。太郎は平成18年5月に、花子は平成18年7月に、それぞれ入居契約を解除したが、太郎については17万6400円、花子については28万5826円しか返還されなかった。

これについて、裁判所は、「本件終身利用権金は、太郎及び原告花子が本件老人ホームの居室等を原則として終身にわたって利用し、各種サービスを受け得る地位を取得するための対価であったものというべきである。そうすると、本件終身利用権金については、その納付後に入居契約が解除され、あるいは失効しても、その性質上被告はその返還義務を負うものではないから、本件終身利用権金の不返還合意は注意的な定めすぎないというべきであり、『入居契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項』には該当しないので、消費者契約法9条1号適用の要件を欠き、また、同法10条にいう『民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項』にも該当しないから、同条適用の要件をも欠くものというべきである。」と

して、いずれも消費者契約法9条及び10条により無効とはならない。

(2) 東京地裁平成22年9月28日判決(判例時報2104号57頁)

原告は、入居者を母として、平成19年2月に介護付き有料老人ホームの入居契約を締結した。同契約では、入居契約金として、「入会金」105万円、「施設協力金」105万円、「入居一時金」1155万円が必要とされ、「入居一時金」については20パーセント(231万円)を契約締結時に償却し、残りの80パーセントの(924万円)を5年間(60か月)で償却するとされていた。原告の母は、平成20年12月死亡し、原告は569万8000円しか返還を受けられなかった。

これについて、裁判所は「①本件入居金の額、使途及び償却基準等は、いずれも東京都の有料老人ホーム設置運営指導指針に従ったものであり、被告は、これらについて届出をした上で東京都知事から事業者指定を受けていること、②原告が特に問題視する次の各点、すなわち、月額利用料(管理費、食費)及び毎月の介護費等とは別に本件入居金を徴収する点並びに一時入居金の20パーセントを契約締結時に償却する点は、いずれも上記指導方針がこれを前提とする内容の定めを設けていることがそれぞれ認められる。そして、…被告は、本件入居契約を締結する際、原告に対し、本件入居金1365万円のうち入会金105万円は、利用者とその家族のための情報提供及び広報活動等に要する費用であること、施設協力金105万円は、施設に関する設備の導入及び維持管理に伴う費用であること、一時入居金1155万円は、一般居室、介護居室及び共用部分の利用のための家賃相当額に充当される費用であること、一時入居金の額は、被告の初期投資額、入居者の年齢及び平均入居期間を考慮して算定したものであること、一時入居金は、その20パーセント(231万円)を契約締結時に償却し、残りの80パーセント(924万円)を5年間(60か月間)で償却すること、本件入居金は、契約締結時から90日以内に本件入居契約が終了した場合は、その終了原因が入居者の死亡であるか原告の解除通告であるかを問わず、支払済みの金員全額が返還されることについて、重要事項説明書を用いて説明をし、同説明書に原告の署名を得ていることが認められるのであり、

また、上記各条項のうち一時入居金の償却について定めた条項は、本件入居契約が被告の債務不履行により解除された場合や当初より無効であった場合についてまで、一時入居金の既償却分を返還対象外とするものとは認められず、むしろ、…、本件入居金は、契約締結日から90日以内に本件入居契約が終了した場合は、その終了原因が入居者の死亡であるか原告の解除通告であるかを問わず、支払済みの金員全額が返還されるものと定められているのであるから、一時入居金の償却は民法、商法その他の規定が適用される場合に比して消費者の利益を害するものではない。」として消費者契約法10条により無効とはならないとした。

2 無効とした裁判例－大阪高裁平成22年8月31日判決(ウエストロージャパン掲載)－

控訴人は、平成19年9月に母を入居させるために高齢者用介護サービス付き賃貸マンションの一室について賃貸借契約を締結した(なお、本件は「有料老人ホーム」ではないが、入居一時金償却条項が消費者契約法9条ないしは10条により無効となるかという問題は有料老人ホームの場合と同様に生じる。)。同契約では「入居金」600万円が必要とされ、「償却方法5年償却(年間償却)」との定めがあった。平成21年1月に賃貸借契約が終了したところ、入居期間2年として240万円が償却された。

これについて、裁判所は、まず、本件入居金の性格について「①本件賃貸借契約から生ずる控訴人の債務の担保、②医師と看護師による24時間対応体制の整った本件居室への入居を可能ならしめる対価、③本件居室においてBに提供されるサービスの対価」としての性格を併有するとした。なお、被控訴人は、上記①②③のほか、本件居室の終身利用権の対価ないし前払賃料の性格を持つと主張していたが、裁判所は、「本件賃貸借契約は賃貸借期間を2年とする契約であり、控訴人ないしBが本件居室の終身利用権を有するとは認められず、また、本件賃貸借契約において約定された賃料が、別に前払賃料を要するほど低額であると認めることもできない」とした上で、被控訴人の主張は認めなかった。

その上で、「本件償却特約は、②本件居室への入居を可能ならしめた対価の客観的価値がほ

とんどなく、③実際にBが本件居室で受けた対価未払のサービスが皆無に近いのに、被控訴人が、重大な病気を抱えた高齢者であるBの健康上の弱みにつけこみ、Bないしは控訴人に対し、医師及び看護師から24時間対応の医療サービスを受けることができる、という虚偽の事実を告げて、控訴人に本件入居金600万円を払い込ませ、1年毎に120万円ずつを取得するものであるから(しかも、被控訴人は、1年未満の期間は1年とみなす趣旨であると主張している。)、本件償却特約は、民法の一般規定による場合に比して消費者である控訴人の権利を制限する条項であり、民法1条2項に規定する基本原則(信義誠実の原則)に反して控訴人の利益を一方的に害するものというべきである。」として消費者契約法10条により無効となるとした。

第3 老人福祉法の改正

以上のように、消費者契約法9条ないし10条により無効となるかどうかについては裁判例上判断が分かっている。

この点、平成23年6月22日に老人福祉法が改正され(平成24年4月1日施行)、「有料老人ホームの設置者は、前項に規定する前払金を受領する場合においては、当該有料老人ホームに入居した日から厚生労働省令で定める一定の期間を経過する日までの間に、当該入居及び介護等の供与につき契約が解除され、又は入居者の死亡により終了した場合に当該前払金の額から厚生労働省令で定める方法により算定される額を控除した額に相当する額を返還する旨の契約を締結しなければならない。」とされた(29条8項、老人福祉法施行規則21条)。

また、「有料老人ホームの設置者は、家賃、敷金及び介護等その他の日常生活上必要な便宜の供与の対価として受領する費用を除くほか、権利金その他の金品を受領してはならない」とされた(29条6項。なお、同項については、附則10条3項で「施行日の前日までに旧老人福祉法第29条第1項の規定による届出がされた同項に規定する有料老人ホームについては、平成27年4月1日以後に受領する金品から適用する。」とされている。)。入居一時金を「権利金」として受領することはできなくなった以上、少なくとも入居時に入居一時金を全額償却するということは許されない。

「決済代行業者」介在型クレジットカード決済の問題点と必要な規制

弁護士 増田 朋記

1 はじめに

近年、インターネットを利用した取引に関する消費者被害が増大しており、被害の内容についても極めて高額な被害額となる深刻なケースが多発している。本稿では、こうした被害事例の中で頻繁に利用され、被害増大の一つの要因となっていると考えられる、いわゆる「決済代行業者」の介在するクレジットカード決済の実態について検討した上、その問題点とあるべき規制について指摘する。

2 多発するインターネット取引被害

- (1) インターネットを利用した取引は、近年非常に活発に利用されるようになり、その市場を拡大しているが、その一方で、インターネット取引を巡る消費者トラブルも増大している。
- (2) 国民生活センターが消費生活相談情報をまとめた「2010年度のPIO-NETにみる消費生活相談の概要」¹⁾によれば、2010年度の消費生活相談のうち、販売方法・手口として最も多かったのが「インターネット通販」(116,480件)であった。

そして「インターネット通販」による主な商品・役務は「アダルト情報サイト」(53.4%)・「出会い系サイト」(16.4%)・「デジタルコンテンツその他」(15.4%)などであり、特に「出会い系サイト」については、「出会い」を目的とするサイト(出会い型)のほかに、芸能人やそのマネージャー等の相談に応じることを目的とするサイト(同情型)や収入・金銭を得ることを目的とするサイト(利益誘因型)など様々な類型が存在し、いずれもサイトに誘導された消費者が、「ポイント購入費」や「文字化け解除料」などの名目で高額の請求を受けるといった被害に遭っており、現在では「サクラサイト商法」とも呼ばれ、年間約3万件の相談が全国の消費生活センターに寄せられるなど、重大な社会問題となっている²⁾。

3 決済代行業者の実態と問題点

- (1) こうしたインターネット取引における消費者被害

害については、多くの事例で決済代行業者の介在するクレジットカード決済が決済手段として利用されており、被害を増大させる要因となっている。

- (2) クレジットカード取引では、クレジットカードを保有し使用する消費者と、カード決済のできる販売店(加盟店)、カードを発行するクレジットカード会社(「イシューアー」と呼ばれる。)、加盟店契約を締結し加盟店を管理するクレジットカード会社(「アクワイアラー」と呼ばれる。の4者による取引となっているのが一般的である(【消費者】－【イシューアー】－【アクワイアラー】－【販売店】)。

ところが、決済代行業者が介在する場合には、カード加盟店契約は決済代行業者とアクワイアラーとの間で締結される(【消費者】－【イシューアー】－【アクワイアラー】－【決済代行業者】－【販売店】)。

すなわち、販売店は、すでにカード会社と加盟店契約をしている決済代行業者を介在させることによって、直接カード会社と加盟店契約を締結することなく、クレジットカード決済を導入することができるのである(販売店は決済代行業者の枝番・子番となる。)(ただし、決済代行業者のうち「包括代理店型」と呼ばれるものについては事務代行が主となり、加盟店契約自体は販売店とアクワイアラーとの間でも締結される。))。

- (3) このような決済代行業者については、現行法下においては特に登録制などの開業規制や行為規制は定められておらず、監督官庁も存在していない。

そのため、十分な審査・管理体制が整備されていないような業者が多数参入しており、クレジットカード会社と直接加盟店契約を締結しようとした場合には審査によって通常排除されるような出会い系サイトなどの悪質なネット業者が、そうした決済代行業者を介在させることでクレジットカード決済を導入することが可能となっており、悪質業者による消費者被害を助長するものとなっているのである。

実際、消費者庁が出会い系サイト100サイトを調査した結果、それらのサイトで利用されたクレジットカード決済は、その全てが決済代行業者を介在したものとなっていたと報告されている³⁾。

- (4) また、大手国際カードブランド会社のルールでは、カード会社は自国に存在する業者との間以外で加盟店契約を締結することは出来ないとされているが、被害事例の中には国内の決済代行業者が

海外のカード会社と加盟店契約を締結していると思われるケースが多々存在しており、被害内容が複雑化して、被害の救済がより困難なものとなる場合も多い。

4 消費者庁による任意の登録制度

- (1) 上記のような「決済代行業者」の介在するクレジットカード決済の問題に対しては、消費者庁が、平成22年8月から開催されていた「インターネット消費者取引研究会」における検討結果を踏まえ、平成23年7月から、一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラムに委託して任意の決済代行業者登録制度を運用し、実証調査を行っている⁴。
- (2) しかし、同実証調査の平成24年3月報告書⁵においても「事業者を対象とした任意の制度の運営においては、明確なメリットもしくは登録しないことによる罰則やデメリットが存在しない限り、その登録数を大きくすることは難しい。」と報告されているように、同制度はあくまで「任意」の登録にとどまる点で決済代行業者の問題に対する対策としての効果は限定的なものにとどまっている（なお、登録簿に登録されている決済代行業者は、平成24年8月17日時点で全25社である。）。
- (3) また、そもそも同制度の目的は、登録簿を公開することで、一般的にわかりづらいとされている決済代行業者の連絡先を明確にして、消費者や消費生活センターからの問い合わせを円滑に行える環境を整備することであり、決済代行業者の事業活動、取引等の適正性、適法性を保障するものではないとされているから、上記のように悪質業者が決済代行業者を介在させてクレジットカード決済を導入し、消費者被害が助長されているという問題に対する本質的な解決策となるものではない。

5 決済代行業者に対して求められる規制⁶

- (1) 決済代行業者の介在するクレジットカード決済を利用した消費者被害の増大を防止するためには、以下のような抜本的な規制が必要と思われる。
- (2) まず、何より必須なのは、決済代行業者に法令上の登録制を導入して、適切な行政監督を及ぼすことである。

現在、割賦販売法上、クレジットカード会社については登録制が導入されているが（割賦販売法31条）、販売店にクレジットカード決済を導入さ

せる機能を果たしている決済代行業者についても同様の規制を及ぼさなければ、販売店に対する十分な調査及び管理監督を行わせることはできず、悪質業者が蔓延する結果となってしまうからである。

- (3) さらに、そのような登録制を前提とした上で、決済代行業者について、提携する販売店に対する調査義務を法律上明確に規定すべきである。

割賦販売法において、イシューアであるクレジットカード会社は、アクワイアラーと加盟店契約を締結した加盟店についても利用者又は購入者等の利益保護に欠けると認められるときは調査義務が課せられているが（割賦販売法30条の5の2、同法施行規則60条3号ロ）、決済代行業者が介在し、アクワイアラーとも直接に加盟店契約の存在しない販売店については、クレジットカード会社の調査は極めて消極的なものにとどまっている現状にある。したがって、決済代行業者自身に販売店に対する同様の調査義務を課す必要がある。

- (4) 加えて、決済代行業者が、悪質な業者にクレジットカード決済を可能とさせ、その不正な取引による消費者被害を助長しながら、決済代行により多額の手数料収入を得ているという実態に照らせば、そのような悪質業者による消費者被害については、決済代行業者を第三者的立場とするのではなく、悪質業者と共に被害回復の請求先とするような法規制を導入することも検討すべきである。

6 最後に

本稿で述べた「決済代行業者」のほかにも、電子マネーやコンビニ決済など、現在では極めて多種多様な決済方法が存在している。こうした決済方法の多様化が、消費者に利便性をもたらしたことは事実であるが、その実態は不明瞭な部分が少なくなく、十分に法整備もされないまま運用されてしまっているのが現状であって、このままでは悪質業者の不正な取引を助長するツールとなり、多数の消費者被害を生む原因となるばかりである。

割賦販売法等による従来の規制の見直しを含め、これらの多様な決済方法に対する規制については再検討が必要であろう。

- 1 「2010年度のPIO-NETにみる消費生活相談の概要」（独立行政法人国民生活センター報道発表資料、平成23年8月25日）（http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20110825_2.pdf）
- 2 「詐欺的な“サクラサイト商法”にご用心！－悪質“出会い系

サイト”被害110番の結果報告からー」(独立行政法人国民生活センター報道発表資料、平成24年4月19日)(http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20120419_2.pdf)

3 「いわゆる決済代行問題の考え方について」(消費者庁第7回インターネット消費者取引研究会配付資料2、平成23年2月10日)(http://www.caa.go.jp/adjustments/pdf/110214adjustments_2.pdf)

4 「決済代行業者登録制度について～決済代行業者登録制度が7月1日から始まります!～」(消費者庁 NewsRelease、平成23年6月16日)(http://www.caa.go.jp/adjustments/pdf/110616adjustments_1.pdf)

5 「平成23年度調査研究 クレジットカードに係る決済代行業者登録制度に関する実証調査 報告書」(消費者庁、平成24年3月)

6 決済代行業者に対する規制に関しては、平成23年7月22日に京都弁護士会から関係各所に対し「割賦販売法の改正を求める意見書」が提出されている。
(http://www.kyotoben.or.jp/siritai/menu/pages_kobetu.cfm?id=582)

同意見書においては加盟店とカード利用者との間の契約が解消されたことによる原状回復義務について、カード会社や決済代行業者にも連帯責任を負わせるべきとするなど画期的な意見が述べられているが、カード会社や決済代行業者が十分に加盟店を管理できておらず、加盟店の不正行為の結果についても、必ずしも責任ある対応がとられているとは言えない現状に鑑みれば、同意見書の意見は支持されるべきものと考えられる(本稿においても同意見書を参考として規制のあり方を検討している。)

〈参考資料〉

- ・土井裕明「いわゆる決済代行業者による加盟店管理の潜脱について」(平成18年1月9日)(土井法律事務所HP、<http://www18.ocn.ne.jp/~doilo/archive/060109.pdf>)
- ・「クレジットカードに対する消費者の真の安心と信頼を確立するための割賦販売法の改正を求める決議」(第29回近畿弁護士会連合会大会第2決議、平成21年11月27日)(<http://www.kinbenren.jp/declare/2009/k20091127-02.pdf>)
- ・「決済代行業者を経由したクレジットカード決済によるインターネット取引の被害対策に関する提言」(消費者委員会、平成22年10月22日)(http://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2010/_icsFiles/afieldfile/2010/11/26/101022_teigen.pdf)
- ・池本誠司「販売信用取引の現状と課題」法律時報83巻8号35頁(平23)
- ・八塚博幸ほか「出会い系サイト詐欺被害対策マニュアル」(出会い系・アダルトサイト被害対策会議、平23)

無保険車傷害保険金に関する 最高裁平成24年4月27日判決 判例時報2151号112頁等について

弁護士 長野 浩三

1 無保険車傷害保険金は、自動車保険において、相手方自動車が無保険自動車である場合に賠償義務者に代わって損害を填補する性格を有するものであり(最判平成18年3月28日判例時報1927号142頁)、自動車保険に一般に附帯されている特約である(但し、人身傷害補償条項がある場合には排除されている例もある。。「無保険自動車」とは、相手方自動車に対人賠償保険等がない場合や対人賠償保険等の保険金額が無保険者傷害保険の保険金額に達しない場合などである(2005年版自家用自動車総合保険の解説・株式会社保険毎日新聞社109頁参照))。

2 無保険車傷害条項については、従前、①遅延損害金の利率、②無保険車傷害保険金の算定方法、③加害者に対する損害賠償請求のための弁護士費用を填補するものか、などが争いとなっていたところ、本判決は①②について判断したものである。

3 本判決の認定によれば、本件約款では、無保険車傷害条項は下記アイウのとおり規定されていた。また、本件約款には、被上告人が被害者等の被る損害の元本に対する遅延損害金を支払う旨の定めはなかった。

ア 被上告人は、無保険自動車の使用等に起因して、被保険者の身体が害され、その直接の結果として後遺障害が生じること等によって被保険者又はその父母、子等(以下「被害者等」という。)の被る損害に対して、賠償義務者がある場合に限り、保険金(以下「無保険車傷害保険金」という。)を支払う。

イ 無保険車傷害保険金の額は、被害者等の被る損害の額から、①自動車損害賠償責任保険からの支払額、②賠償義務者以外の第三者が負担すべき金員で被害者等が既に取得したものの額等(以下「自賠責保険金等」という。)の合計額を差し引いた額とする。

ウ 被上告人は、被保険者又は保険金請求権者が保

險金請求の手續をした日から30日以内に保険金を支払う。

この点、近時の各損害保険会社が用いている無保険車傷害条項については上記約款と異なる規定もあるようであり、その場合には当然、当該約款においていかに解されるべきかが問題となる。

4 無保険車傷害条項では、自動車保険契約の無保険車傷害条項に基づく保険金の支払債務に係る遅延損害金の利率は5%か6%か、について

一般に、交通事故の相手方に対する損害賠償においては遅延損害金は5%であるが(民法419条1項、404条)、商行為による時は6%とされている(商法514条)。

この点、本判決は、「無保険車傷害保険金の支払債務は、商人である被上告人との間で締結された保険契約に基づくものであるから、商行為によって生じた債務(商法514条)に当たるといふべきであって、無保険車傷害保険金の支払請求が賠償義務者に対する損害賠償請求に代わる性質を有するとしても、そのことは、上記支払債務に係る遅延損害金の利率を賠償義務者に対する損害賠償請求の場合と同様に解すべき理由にはならない。したがって、無保険車傷害保険金の支払債務に係る遅延損害金の利率は、商事法定利率である年6分と解すべきである。」として、年6%とした。

保険が商行為であり(商法502条9号)、商行為によって生じた債務の法定利率が年6%であること(同法514条)は本判決の判示するところであり、妥当である。

5 無保険車傷害保険金の額は、損害の元本の額から、自動車損害賠償責任保険等からの支払額の全額を差し引くことにより算定すべきかどうか、について

損害の元本に対する遅延損害金を支払う旨の定めがない自動車保険契約の無保険車傷害条項に基づき支払われるべき保険金の額の算定方法につき本判決は、「本件約款によれば、無保険車傷害保険金は、被害者等の被る損害の元本を填補するものであり、損害の元本に対する遅延損害金を填補するものではないと解されるから、本件約款に基づき被害者等に支払われるべき無保険車傷害保険金の額は、被害者等の被る損害の元本の額から、被害者等に支払われた自賠責保険金等の全額を差し引くことにより算定すべきであり、自賠責保険金等のうち損害の元本に

対する遅延損害金に充当された額を控除した残額を差し引くことにより算定すべきものとは解されない。このことは、自賠責保険金等が無保険車傷害保険金の弁済期後に支払われた場合であっても、異なるものではない」として、損害元本から自賠責保険金等を差し引いて算定すべきとした。

具体的には、自賠責保険金3000万円が支払われ、損害元本が6000万円、遅延損害金が600万円であったとすると、無保険車傷害保険金の算定は、6000万円－3000万円＝3000万円となる。

本件約款を素直に解すれば本判決判示のとおりとなろう。自賠責保険金については、最判平成16年12月20日判例時報1886号46頁が、自賠責保険金はその支払時における損害金の元本及び遅延損害金の全部を消滅させるに足りないときは、まず遅延損害金の支払債務に充当されるべきであるとしたが、無保険車傷害保険金の算定においてはこれとは別異に解している。このことは、無保険車傷害保険金が賠償義務者に代わって損害を填補する性格を有するものであっても、あくまで、保険約款に基づく保険金であって、損害賠償そのものではないことを示しているといえる。

6 無保険車傷害保険金は相手方に対する請求のための弁護士費用を填補するものか、について

この点について、本判決は直接判示をしていない。しかし、本件の原審は、従前の裁判例(東京高判平成14年6月26日判例時報1808号117頁)等と同様に、弁護士費用を填補するものであるとし、本件においてはこの点に関して上告受理申立がなされたが、上告受理決定においてこの点は排除されており、今後の扱いは弁護士費用を填補するものとされると思われる。但し、本件で認められている弁護士費用の額は、相手方に対する損害賠償請求における認容判決(公示送達によるものであった。)において認定された額よりも低額であった。

7 本判決はこれまで無保険車傷害条項について争いのあった点について最高裁として判示した事例で重要であるが、上記のとおり、近時の自動車保険の約款は必ずしも従前と同様とはなっていない。例えば、支払保険金の算定について、人身傷害条項の算定方法を準用している例もあり、このような約款においては、無保険車傷害保険金が遅延損害金を填補すると解するのは困難と思われる。

人身傷害補償保険金の支払による 請求権代位の範囲 —最判平成24年2月20日 (判例時報2145号103頁)とその後

弁護士 相井 寛子

1 はじめに

人身傷害補償保険金(以下、「人傷保険金」という。)の支払による請求権代位の範囲については、従来から、絶対説、比例説、差額説等見解の対立があった¹。本判決は、保険金の支払いが先行した事案において、訴訟基準差額説によることを明らかにし、左記論争に決着をつけたものである。

2 最判平成24年2月20日(判例時報2145号103頁)

(1) 事案の概要

亡Aは、平成17年5月1日午後6時40分頃、横断歩道の設けられていない道路を横断中に、前方注視を怠るなどして上記道路を進行してきた被告Y1が運転し、被告Y2が保有する普通乗用自動車に衝突され、脳挫傷、気管挫裂傷等の傷害を負い、入院治療を受けたが、同年11月26日、死亡した。亡Aが被った損害は合計7828万2219円、亡Aの過失割合は10%であり、原告らは、既払金917万0201円及び人傷保険金5824万6898円を受領している。亡Aの両親である原告らは、亡Aの被告らに対する損害賠償請求権を相続したとして、被告らに対し、損害賠償を求めた。

本件の争点は、①人傷保険金を支払った保険会社(以下、「人傷社」という。)は、被保険者の有する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か、②被害者に過失がある事案において、人傷社が、被保険者の有する損害賠償請求権を代位取得できる範囲であるが、争点①については省略する²。

(2) 判旨

裁判所は、「訴外保険会社がいかなる範囲で保険金請求権者の上記請求権を代位取得するのかは、本件保険契約に適用される本件約款の定めるところによることとなる。」とした。

その上で、争点②については、「本件約款によれば、訴外保険会社は、交通事故等により被保険

者が死傷した場合においては、被保険者に過失があるときでも、その過失割合を考慮することなく算定される額の保険金を支払うものとされているのであって、上記保険金は、被害者が被る損害に対して支払われる傷害保険金として、被害者が被る実損をその過失の有無、割合にかかわらず填補する趣旨・目的の下で支払われるものと解される。上記保険金が支払われる趣旨・目的に照らすと、本件代位条項にいう『保険金請求権者の権利を害さない範囲』との文言は、保険金請求権者が、被保険者である被害者の過失の有無、割合にかかわらず、上記保険金の支払によって民法上認められるべき過失相殺前の損害額(以下『裁判基準損害額』という。)を確保することができるように解することが合理的である。そうすると、上記保険金を支払った訴外保険会社は、保険金請求権者に裁判基準損害額に相当する額が確保されるように、上記保険金の額と被害者の加害者に対する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場合に限り、その上回る部分に相当する額の範囲で保険金請求権者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得すると解するのが相当である」とした。

(3) 宮川光治裁判官の補足意見(争点①についての補足意見は、注釈3参照)

裁判基準差額説を採用した法廷意見を支持できるとした上で、「本件約款の人身傷害条項は、賠償義務者から既に取得した損害賠償金の額等がある場合は、保険金の額はそれらの合計額を差し引いた額とすると定めている。これを字義どおり解釈して適用すると、一般に人身傷害条項所定の基準は裁判基準を下回っているので、先に保険金を受領した場合と比較すると不利となることがある。そうした事態は明らかに不合理であるので、上記定めを限定解釈し、差し引くことができる金額は裁判基準損害額を確保するという『保険金請求権者の権利を害さない範囲』のものとするべきであると考えられる」とした。

3 検討

(1) 上記最判平成24年2月20日(判例時報2145号103頁)(以下、「2月20日最判」という。)後、最判平成24年5月29日(裁判所時報1556号6頁)(以下、「5月29日最判」という。)が、同じく保険金の支払いが先行した事案について、訴訟基準差額説を採用す

ることを明らかにしている。上記2つの最高裁判決によって、保険金の支払いが先行した事案については、訴訟基準差額説が採用されることが明確になった。

- (2) ところで、従来、訴訟基準差額説については、約款上、支払われる保険金は、算定される人傷基準損害額から保険金請求権者が賠償義務者から既に取得した損害賠償金の額等を差し引くこととされていることから⁴、加害者からの賠償が先行している事案では、約款の文言に反し、訴訟基準差額説を採用できないとされていた⁵。この点について述べたのが、前記宮川光治裁判官の補足意見である。また、5月29日最判においても、田原睦夫裁判官が、「当審として、人身傷害補償条項に基づき保険金を支払った保険会社が代位取得する損害賠償請求権の範囲は、裁判基準損害額を基準として算定すべきであると解した以上、保険金の支払と加害者からの損害賠償金の支払との先後によって被害者が受領することができる金額が異なるように、現行の保険約款についての見直しが速やかになされることを期待するものである」との補足意見を述べている。

この点について、正面から判断したのが、大阪高判平成24年6月7日(自動車保険ジャーナル1875号1頁)(以下、「平成24年大阪高判」という。)である。同裁判例は、被害者が、加害者に対する損害賠償請求訴訟を先行させ、人傷保険金の支払を求める訴訟の係属中に、左記損害賠償請求訴訟において和解が成立していた事案である。平成24年大阪高判は、保険金の支払いが先行した事案においては、「被保険者の権利を害さない範囲」という代位に関する約款規定の解釈の問題であるとし、訴訟基準差額説を採用するのが相当であるとしている。これに対し、加害者からの賠償が先行した事案については、保険金の決定に関する約款上の規定⁶の解釈の問題であるとした上で、「本件人身傷害補償特約第9条、第11条は、控訴人が被控訴人らに支払うべき人傷保険金の算定方法(略)について定めた規定であり、その文理は二義を許さないほど明確であって、保険代位という異なる場面について規定した『被保険者の権利を害さない範囲』(略)をもって、上記第9条、第11条の規定を歪めて解釈することなど、本件約款の解釈としては不可能である」などとして、加害者からの賠償が先行した事案については、訴訟基準差額説を採用し

ないと判示した。そして、保険金と加害者からの賠償のいずれが先行するかによって受領できる保険金の額が異なるという点については、「それは約款の改訂で行うのが筋であって(略)、約款の不十分さを理由に、保険契約の内容である約款の内容を文理とかけ離れて解釈することを正当化するものとまではいえない」「当裁判所は、平成24年2月最高裁判決の宮川裁判官補足意見とは見解を異にするものである」とした。

これに対し、平成24年大阪高判の原審である京都地判平成23年6月3日(自動車保険ジャーナル1875号24頁)は、「訴訟基準により人身損害の全額を認定算出し、この金額から既払い賠償金額を控除し、その残額を保険金額及び人傷基準算出損害額の範囲内で支払うべき保険金額とする考え方が妥当であると解される。なお、その結果、被告が指摘するような個々の保険約款上の規定の文言との整合性が欠ける点は生じるものの、④(人傷保険が、消費者契約の典型であること)を考慮すると、個々の規定との整合性などのいわば技術的問題より①(人傷保険が、責任割合に関わらず実損害の補償を目的とすること)、②(速やかに保険金が支払われること)の趣旨を損なわないことを重視すべきであるから、規定との整合性は必ずしも重視する必要はない」(なお、括弧内は筆者が加筆した。)として、訴訟基準差額説を採用していた。

上記平成24年大阪高判と原審との判断の相違は、約款の解釈としてどこまでが許容されるかという点にあるが、本稿で記載したいずれの判例・裁判例においても触れられているように、加害者による賠償の受領と保険金の請求の先後によって、被保険者の受領出来る金額が異なるというのは問題があると言わざるを得ないのであるから、上記田原睦夫裁判官が指摘されているように、速やかに、約款が改正されることが望まれる。

なお、自動車保険ジャーナル1875号(2012年8月9日号)によると、上記大阪高判は、上告受理申立中であるとされているため、加害者からの賠償が先行する事案についての最高裁の判断が待たれる。

- 1 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 裁判所は、争点①について、「本件約款によれば、上記保険金は、

被害者が被る損害の元本を填補するものであり、損害の元本に対する遅延損害金を填補するものではないと解される。そうであれば、上記保険金を支払った訴外保険会社は、その支払時に、上記保険金に相当する額の保険金請求権者の加害者に対する損害金元本の支払請求権を代位取得するものであって、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ものではないというべきである」とした。

- 3 本件約款の人身傷害条項は、自動車事故によって被保険者が死傷した場合に所定の基準により算定された損害の額に相当する保険金を支払うという傷害保険を定めるものである。同保険では、被保険者は迅速な損害填補を受けることができるのであるから、判決による遅延損害金をも填補している賠償責任条項とは異なって、損害金元本に対する遅延損害金を填補していない。保険代位の対象となる権利は、保険による損害填補の対象と対応する損害についての賠償請求権に限定されるのであるから（対応の原則）、原審が本件保険金について民法 491 条を準用し損害金元本に対する本件事故日から本件保険金支払日までの遅延損害金に充当するとしたことは、相当でない。
- 4 モデル自動車保険約款の人身傷害補償条項 5 条 1 項では、「1 回の人身傷害事故につき当会社の支払う保険金の額は、被保険者 1 名につき、次の算定式によって算出される額とします。ただし、1 回の人身傷害事故につき当会社の支払う保険金の額は、被保険者 1 名につき、保険証券記載の保険金額（以下この条において、「保険金額」といいます。）を限度とします。次条第 1 項から第 3 項の規定により決定された損害の額 + 第 7 条（費用）・第 1 項の費用 - 次の第 1 号から第 6 号の合計額 = 保険金
 (1) 及び (2)、(4) 乃至 (6) 省略
 (3) 保険金請求権者が賠償義務者からすでに取得した損害賠償金の額」
- 5 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）p165
- 6 平成 24 年大阪高判の事例では、以下の計算規定の解釈とされた。
 計算規定①：保険会社が支払うべき損害の額は、被保険者が傷害、後遺障害または死亡のいずれかに該当した場合に、その区分ごとに、それぞれ別紙「人身傷害補償特約損害額算定基準」に従い算出した金額の合計額とします。ただし、賠償義務者がある場合において、上記の額が自賠責保険等によって支払われる金額を下回る場合には、自賠責保険等によって支払われる金額とします。
 計算規定②：賠償義務者がある場合には、保険金請求権者は、前項の規定にかかわらず、保険会社の同意を得て、前項の区分ごとに本件人傷損害額算定基準に定める算定基準に従い算出した金額のうち、当該賠償義務者に損害賠償請求すべき損害に係る部分を除いた金額のみを、保険会社が支払うべき損害の額として、保険会社に請求することができます。

参考文献

判例時報2145号103頁(2012年)
 判例タイムズ1366号83頁(2012年)
 金融・商事判例1391号29頁(2012年)
 自動車保険ジャーナル1869号1頁(2012年)
 自動車保険ジャーナル1874号1頁(2012年)
 自動車保険ジャーナル1875号1頁(2012年)

代車費用の高額請求一日額が高額な場合

弁護士 北村 幸裕

1 はじめに

(1) 代車費用について

交通事故が発生した場合、事故当事者には様々な損害が発生するが、その損害項目については、大きく分けて人身損害及び物的損害とがある。

このうち、物的損害の二項目として代車費用がある。

交通事故によって車両が損壊したため、一定期間車両の利用ができないとき、当該期間、事故車両に代えて別の車両を借り受け、当該車両を利用に供する場合がある。

この借り受けた費用が代車費用であるが、代車費用については、一定の要件を満たすと、事故によって発生した損害として認められる。

(2) 問題事案の提示

代車費用については、その妥当性が問題となる事案がかねてより散見されていた。このうち、昨今問題視されているのが、1日あたりの代車費用（以下、「代車日額」という。）が高額な事案である。

代車費用は、代車日額に利用日数を乗じて計算するが、この代車日額が、大手レンタカー会社の同車種と比して非常に高額なケースがある。

例えば、大手レンタカー会社であれば1日あたり5,000円であるところ、1日あたり10,000円であるとか15,000円と価格設定している業者も存在する。

更に、当該価格の一部を、当該業者と契約した顧客にキャッシュバックすることを顧客誘引要素としているケース、すなわち、上記例を用いると、1日あたり15,000円の使用料のうち、5,000円を顧客にキャッシュバックとして支払っているようなケースもある。

そこで、以下、代車日額が高額なケースの問題性と法的な考え方を検討することとする。

2 基準の不明確性

代車費用については、これまでも、代車の必要性、車両の相当性、代車期間の妥当性等、種々論じられ

ていたが、今回検討するような代車日額の妥当性についての検討は十分になされているとはいえない。

交通事故の損害については、幾つかの算定基準が作成されており、実務上は、当該基準に基づいて損害額を算定している。

ところが、いわゆる「赤い本」と呼ば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』（同支部、第41版、平成24年発行）には、代車日額の算定基準について参考となるような特段の記載はない。

一方、いわゆる「青い本」と呼ばれる財団法人日弁連交通事故相談センター『交通事故損害額算定基準』223頁（同センター、23訂版、平成24年発行）によると、代車費用は「相当性の範囲内で認められる」とされている。また、当職が所属する京都においてよく利用されている大阪地裁民事交通訴訟研究会『大阪地裁における交通損害賠償の算定基準』69頁（同研究会、第2版、平成21年発行）では、代車費用は「相当額の単価を基準」とする旨の記載がある。

ただし、上記のいずれの記載においても、相当性の判断基準については特段の記載はなく、判断は解釈に委ねられていて不明確なままであった。

3 判例

当該相当性の判断基準を明確にした判例は公刊物上存在しないようである。ただし、代車日額の相当性が争点となって、事例判断として、当該請求額の相当性を判断した事例は存在した（名古屋地判平成5年10月8日自動車保険ジャーナル・判例レポート第116号No.6）。

当該事案は、自動車電話付きの車両につき日額60,000円の請求がなされた事案である。当該事案において裁判所は、判断基準を明示することなく、同等車格の自動車電話付き車両が日額26,500円でレンタル可能であることから、当該金額を損害として認定し、当該金額を超える部分については、相当因果関係の範囲外であると判断した。

4 判断基準

上記判例を参考にすると、代車日額の相当性については、同格車両をレンタルした場合の一般的な市場価格が一つの目安となると思われる。

すなわち、大手レンタカー会社等、一般的にレンタカーを借り受ける場合に利用するような会社の料金（以下、「一般的料金」という。）と比べ、車両内容

等において条件が同一でありながら料金が一般的料金よりも高額であった場合、当該料金を超えた金額については相当因果関係の範囲外との認定がなされる可能性が高い。

ところで、このような判断を行う根拠は、上記判決においては明言されていない。

しかし、近時の最高裁判例によると、債務不履行の事案ではあるものの、損害軽減義務違反（損害拡大防止義務、損害回避義務）によって拡大した損害については、民法416条1項のいう通常生ずべき損害には当たらないと判断されている（最判平成21年1月19日判例タイムズ1289号85頁参照）。ここで判例・通説上、民法416条1項は相当因果関係の原則を想定したものであり、不法行為の損害算定においても類推適用されることから、不法行為においても、損害軽減義務違反によって拡大した損害については、相当因果関係が認められないこととなる。

従って、一般的料金を超えた金額につき相当因果関係が認められないとする判断の根拠は、事故当事者（被害者）が信義則上有していると解されている損害軽減義務に求められる。

5 分析的あてはめ

そこで、以下、実際に交通事故が発生した場合にどのように考えるべきか、レンタカーの契約当事者ごとに場合分けして上記基準をあてはめ、相当因果関係の範囲を検討する。

(1) 被害者が契約当事者の場合

交通事故被害者が、事故車両を修理に出す際、併せて自己が契約当事者となってレンタカーを手配する場合がある。また、修理工場が契約当事者となってレンタカーを手配して、事故の被害者に又貸しするケースもあるが、このケースも被害者が契約当事者の場合に含めることとする。

当然、レンタカー契約、すなわち賃貸借契約の契約当事者は、事故の加害者ではない。

この場合は、上記基準がそのまま妥当することになる。つまり、当該契約において、代車日額が、同格車両の一般的料金よりも高額であったならば、一般的料金までが相当因果関係のある損害となり、その金額を超える部分については相当因果関係の範囲外として、損害には当たらないことになる。

従って、事故加害者は、当該金額を超える部分の支払義務を負わないこととなる。

(2) 加害者が契約当事者の場合

交通事故加害者がレンタカー契約の契約当事者となることは少ないがありえないことではないし、事案によっては加害者加入の任意保険会社が契約当事者となることはありうる。

この場合、そもそも、賃貸借契約に基づく賃料として代車費用の支払義務が発生することから、特段の事情がない限りは、高額であっても支払義務を免れないこととなる。

また、不法行為法上も、被害者側に損害軽減義務違反は認められないことから、特段の事情がない限りは、相当因果関係の範囲内との判断がなされるところと思われる。

したがって、この場合は、原則として代車日額が高額であっても加害者に支払義務があるものと考えられる。

ただし、加害者の損失のもと、被害者側が不当に利益を得ている場合等、レンタカー契約が公序良俗に反する場合には、上記の特段の事情が認められる可能性はあり得る。この場合、どの部分が無効となる(損害に当たらない)のかは解釈上の余地があるが、全額につき無効(損害に当たらない)と解することも可能と思われる。

6 最後に

上記分析結果は、民法の解釈上ある意味当然の結論であると考えられるが、実務的にはしばしば問題となり、かつ、十分な議論がなされていない分野であるので、問題提起の趣旨を込めて検討してみた。

なお、付言しておくが、被害者が契約当事者の場合におけるキャッシュバック事案については、代車費用の請求行為は、刑法上の詐欺罪の構成要件に該当しうる行為であると考えられる。そして、このようなキャッシュバックを行うレンタカー業者から代車を借り受けた被害者は、詐欺罪の共同正犯に該当しかねない。

不法行為に基づく損害賠償は、あくまでも不法行為がなければ被害者が置かれているであろう財産状

態と、不法行為があったために被害者が置かれている財産状態の差額に限って認められるものであり、不法行為を奇貨として被害者が利益を得ることは認めていないことを十分に理解しておくべきであろう。

編集後記

裁判所における労働審判の件数は、雇用形態の変化や長引く不景気などを反映して年々増加しています。本号の労働問題についての特集は、いかがでしたでしょうか。そのほか、インターネット取引の決済や老人ホームの入居一時金の問題など、今回も、世相を踏まえた最新の法律問題について考察しています。ご一読いただき、忌憚のないご意見・ご感想をいただければ幸いです。