

# Oike Library

御池ライブラリー

2013/4  
No.37

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

交通事故1	1 交通事故と保険1	弁護士 北村 幸裕	1
	2 交通事故と保険2	弁護士 長野 浩三	3
	3 責任の内容と責任主体	弁護士 住田 浩史	5
	4 過失割合	弁護士 上里美登利	7
	5 紛争解決方法	弁護士 谷山 智光	9

裁判所法	韓国の法曹一元制度その2	弁護士 長谷川 彰	11
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 -大阪高等裁判所平成25年1月25日判決裁判所HP	弁護士 志部淳之介	13
製造物責任法	製造物責任と「欠陥」の主張立証責任 -東京地裁平成24年1月30日判決を参考に	弁護士 増田 朋記	16
家族法	財産分与における将来の退職金の取扱について	弁護士 茶木真理子	18
家族法	審判前の保全処分による子の引渡しの判断基準	弁護士 福市 航介	29
労働法	労働関連三法の改正	弁護士 小原 路絵	31
民法・金融法	根保証債務の随伴性-平成24年12月14日最高裁判決から	弁護士 永井 弘二	34
民法・金融法	事業者間の情報提供義務-シンジケートローンに関する 最判平成24年11月27日金法1963号88頁	弁護士 井上 博隆	36
著作権法	著作権法における「引用」について	弁護士 坂田 均	40
会社法	会社法改正の動きについて -「会社法制の見直しに関する要綱」から	弁護士 草地 邦晴	42

# 1 交通事故と保険1

弁護士 北村 幸裕

## Q1-1 自賠償保険等

自動車教習所で、車を買うときには強制保険に加入しなければならないと教わりました。強制保険とは一体どういうものですか。

### A1-1

交通事故によって、被害者は重い怪我を負ったり、時には生命が失われてしまうこともあります。このような場合、交通事故の加害者は、被害者またはその遺族に対して、民事上、多額の損害賠償責任を負担することになりますが、すべての加害者が多額の金銭の支払いができる資力があるとは限りません。

そこで、交通事故の被害者に最低限の保障ができるよう、自動車の運転者等は保険の加入が義務付けられています。この保険が強制保険です。

強制保険には、自賠償保険と自賠償共済(両者を併せて以下、「自賠償保険」といいます。)があります。

なお、自賠償保険は、人身事故による損害を填補するもので、物損事故による損害は填補されません。

### 解説

#### 1 自賠償保険の請求手続き

自賠償保険の請求には、自賠償保険の被保険者(自動車の運転者及び保有者)が自賠償保険会社に対して行う加害者請求(自動車損害賠償保障法15条)と、事故の被害者が自賠償保険会社に対して直接請求する被害者請求(同法16条)の方法がある。

前者は、被保険者が被害者に対し損害賠償を行った後、当該支払額の限度で自賠償保険会社に対して請求できるものである。被保険者が、後述する任意保険に加入していた場合には、当該任意保険会社が、被害者に対して損害賠償を行い、当該支払額の限度で自賠償保険会社に対して支払いを求めるといういわゆる一括払いという方法がとられることが多い。

一方、後者の場合は、被害者が直接自賠償保険会社に対して保険金を請求することができるため、被保険者が損害賠償を行わない場合等に有効な方法である。

#### 2 保険によって填補される損害の範囲

自賠償保険によって填補される損害の範囲は、金

融庁及び国土交通省の告示「自動車損害賠償責任保険の保険金等及び自動車損害賠償責任共済の共済金等の支払基準」によって定められている。そのため、後述する保険金の上限額の範囲内で、当該支払基準によって算定された損害が保険金として支払われる。

例えば、入通院慰謝料の算定基準は、1日あたり4200円とし、傷害の態様や実通院日数等の事情を勘案して慰謝料を算定するとされている。

これらの支払基準は、被害者に対する最低限の保障のためのものであり、任意保険における支払基準や民事裁判において裁判所が認定する基準を下回るものとなっている。

一方、当該支払基準では、被害者の過失は原則考慮しないものとし、例外的に、被害者に7割以上の重大な過失がある場合には、2割から5割の減額がなされることとなっており、任意保険における支払い基準や裁判所における認定と比べ、被害者にとって有利な内容となっている。

なお、当該支払基準は、裁判所を拘束しないものとされており(最判平成18年3月30日判例タイムズ1207号70頁)、訴訟によって、自賠償保険会社に対して保険金の支払いを請求した場合には、裁判所は、通常の民事訴訟における基準に基づいて損害を算定し、保険金上限額の範囲内で支払いを命ずる判決がなされる。ただし、裁判外での請求と比べ支払いまで時間がかかる。

そのため、被害者は、支払基準や保険金支払いまでの時間を考慮して、自らにとって有利な方法を用いて、保険金を請求できる。

#### 3 支払われる保険金の上限額

保険金の上限額については、死傷者1名あたり、例えば傷害による損害については120万円まで、死亡による損害については3000万円までといった上限額が定められている(同法施行令2条)。

なお、当該上限額は、加害者1名あたりのものであり、1事故あたりの上限額ではない。

したがって、加害車両が複数の場合、支払上限額は、それぞれの車両について、上限額まで保険金が支払われる。加害車両が2台の場合は、支払上限額は2倍となる。ただし、保険金額を合算して、民事上認められる損害賠償額の範囲を超えることはできない。

#### 4 保険金支払い手続き

自賠償保険の支払いに当たっては、損害保険料率

算出機構の調査事務所によって調査が行われ、その結果に基づいて保険会社が支払保険金額を決定して支払われる。

当該決定に不服のある場合は、保険会社に対して異議申立て、または第三者機関である自賠責保険・共済紛争処理機構に対して紛争処理の申請を行うことができる。

## Q1-2 任意保険

強制保険とは別で、任意保険というものがありました。任意保険に加入するとどのようなメリットがありますか。

### A1-2

自賠責保険は、人身損害に対して最低限の保障を行うために加入を義務付けられた保険であり、実際に被害者に発生した損害すべてを填補するものではありません。

また、物的損害や自己の責任で損害が自らに発生した自損事故における損害等、そもそも自賠責保険の対象外の損害もあります。

このような自賠責保険で填補できない損害を填補するのが任意保険です。

そのため、事故の相手方だけでなく自分自身に対しても、十分な保障が可能となる点が任意保険に加入する大きなメリットといえます。

### 解説

任意保険は、自賠責保険では填補できない損害を填補するための保険である。任意保険には、これによって担保される危険に対応して、事故の相手方に生じる危険に関するものと、被保険者自身に生じる危険に関するものがある。

後者には、車両保険、人身傷害保障保険等であるが、これらの詳細については、Q2を参照のこと。

一方、前者は、他人の生命または身体を害し、これによって被保険者が法律上の損害賠償責任を負担することによって被る損害の填補を目的とする対人賠償保険、他人の財物を損傷させ、これによって被保険者が法律上の損害賠償責任を負担することによって被る損害の填補を目的とする対物賠償保険等がある。

事故の相手方に対して法律上損害賠償責任を負担することとなった場合、任意保険に加入することによって、当該賠償額を任意保険によって填補することができることから、事故の被害者に対する十分な保障を行うという面だけでなく、加害者側の負担を軽減するこ

とが可能となる。

なお、任意保険は、自賠責保険と比べて、保険金が支払われない要件(免責要件)が多数存在している。

例えば、車両に同乗していた配偶者に対して発生した人身損害については、自賠責保険では、昭和47年の最高裁判決以降(最判昭和47年5月30日民集26巻4号898頁)、保険金の支払いがなされているが、対人保障保険では免責要件に該当するため、保険金は支払われない。

## Q1-3 政府保障事業

先日、交通事故にあって重い怪我をいたしました。加害者の方と、今後の賠償について協議をしたところ、加害者の方が運転していた車は無保険であることがわかりました。

加害者の経済状況は悪く、十分な賠償はしてもらえなさそうです。

どうすればいいでしょうか。

### A1-3

政府保障事業に対して保障を求めることができます。

最寄の損害保険会社か責任共済の窓口で請求することができますので、そちらに必要書類を提出して請求手続きをしてください。

### 解説

政府保障事業とは、自賠責保険制度によってもなお保障されない被害者を救済するために、事故の被害者が政府に対して保障を求めることを認めた制度である。

この請求権は、交通事故によって損害賠償請求権が存在することが前提となっているが、損害賠償請求権ではなく、公法上の保障請求権とされている。

政府保障事業が利用できるのは、加害自動車の保有者が不明な場合と自動車保険の被保険者以外の者が損害賠償責任を負う場合であり、前者の例がひき逃げ、後者の例が無保険や泥棒運転である。

支払われる損害の填補額の限度は自賠責保険と同様である。

なお、過失相殺について、従来は、自賠責保険と異なり、加害者及び被害者の過失割合を厳格に認定して支払額が決定されていた。しかし、平成19年4月1日以降の事故については、自賠責保険と同様、原則過失を考慮せず、重大な過失がある場合にその程度に応じて2割から5割の調整を行うことに変更された。

## 2 交通事故と保険2

弁護士 長野 浩三

### Q2-1 人身傷害補償保険

交通事故の相手方が任意保険に加入していなかった場合に人身損害を補償してくれる保険はありますか。

#### A2-1

強制保険である自賠責保険では120万円まで、後遺障害・死亡による損害は3000万円(介護を要する後遺障害の場合は4000万円)までカバーされます。自分の任意保険で人身傷害補償特約をつけていれば保険金額まで人身損害がカバーされます。

#### 解説

強制保険である自賠責保険では120万円まで、後遺障害・死亡による損害は3000万円(介護を要する後遺障害の場合は4000万円)までカバーされる。被害者は加害者が損害賠償請求に応じてくれない場合には、自分で相手方の自賠責保険に対し、損害額の請求ができる(被害者請求)。また、自賠責保険は、原則として過失相殺(被害者の落ち度に応じて損害賠償額を減額すること)されないため被害者にとって有利な面がある。

ただ、自賠責保険は上記のように金額が限られており、また、その基準(特に慰謝料の基準)があるため、金額が限定されたものになる。

加害者が任意保険に加入していない場合、損害賠償に応じてくれれば問題ないが、応じてくれない場合には、自分の任意保険に人身傷害補償特約をつけていれば、保険金額まで自分の人身損害を補償してくれる。

また、自分の保険に通常標準附帯されている無保険車事故傷害特約は、相手方が任意保険に加入していなかった場合に、自分に後遺障害が発生した時、本来なら相手方へ請求できる金額を自分の任意保険に請求できる特約である。

さらに、自分の任意保険には搭乗者傷害保険特約も付保していることがある。これは人身傷害補償特約をつけた場合にはつけないことも多いので、自分の保険内容を確認することが必要である。

### Q2-2 人身傷害補償保険 2

人身損害について、自分が契約している人身傷害補償保険と相手方の任意保険へ請求できる内容はどのように異なりますか。

#### A2-2

相手方の任意保険へ請求できる内容は、相手方へ損害賠償請求可能な内容です。慰謝料については損害賠償の基準が用いられ、被害者の過失に応じて減額がされる過失相殺もされます。人身傷害補償保険は、補償内容が約款で決まっています。特徴は、慰謝料が入通院期間で約款上基本的に一義的に決まっていること、過失相殺はされないことです。

#### 解説

相手方の任意保険は相手方が負担する損害賠償責任を担保する保険なので、支払われる内容は相手方が負担する損害賠償の内容と同一となる。これに対し、人身傷害補償保険は補償内容が約款で基本的に一義的に決まっている。例えば、ある損害保険会社の約款では、入通院慰謝料であれば、入院1日について8400円、通院1日について4200円、ただし、事故日から3か月超6か月までの期間は75%、事故日から6か月超9か月までの期間は45%、などと定額で決まっている。また、後遺障害慰謝料も1級1600万円、14級40万円などと定額で決まっている。これらの後遺障害慰謝料は訴訟での基準よりもかなり低い額といえる。また、逸失利益については、現実収入額を基礎収入額として計算した額と年齢別ないし全年齢平均給与額の年相当額を基礎収入額として計算した額のいずれか高い額としている例がある。この基準は訴訟での基準よりも高額になる場合が多い。このように、人身傷害補償保険の補償内容は訴訟での基準と異なっている点があるので注意が必要である。また、過失相殺されないことも特徴である。

なお、相手方の任意保険へ先に請求すべきか、自分の人身傷害補償保険を先に請求すべきかは、約款の解釈にもよるが、約款では既払金を人身傷害補償保険の支払額から控除することになっていることが多く、人身傷害補償保険の給付金はまず損害賠償の中で過失相殺部分に充当されるので、自分の人身傷害補償保険に先に請求する方が有利な場合が多い。この点につき、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、保険金請求権者に訴訟基準損害額に相当する額が確保されるように、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とする(つまり、人身傷害補償保険金を先に払ってもらった場合には相手方に対する損害賠償請求額には影響しないとした「訴訟基準差額説」を採用した)最高裁判決(最判平成24年2月20日判時2145号103頁)がある一方、人身傷害補償保険で賠償が先行払いされた事案では訴訟基準差額説は採用できないとした(つまり、人身傷害補償保険金の算定額から既払額を控除するとした)裁判例(大阪高判平成24年6月7日判時2156号126頁)がある。

### Q2-3 車両保険

交通事故の相手方が任意保険に加入していなかった場合や、当方にも過失がある場合に自分の車両損害を補償してくれる保険はありますか。

#### A2-3

車両保険があります。

#### 解説

自分の自動車が損傷した場合に修理費や全損時価額を補償してくれる保険としては車両保険がある。車両保険には、一般条件(オールリスク)と車対車A 特約があり、後者では、自損事故により電柱やガードレールにぶつけてしまった際の車両損害が補償されないなど補償範囲に違いがある。

車両保険の全損時価額は一般的には事前に金額が設定されており(保険法18条の「約定保険価格」)、実際の時価額と多少異なっても事前に設定された時価額が支払われる。

### Q2-4 交通事故と労災保険

交通事故の治療や休業補償等に労災が使える場合には労災を使用した方がいいのでしょうか。

#### A2-4

過失相殺がある場合や相手方が任意保険に加入していない場合等相手方の資力が乏しい場合など使用した方がいい場合があります。

#### 解説

労災保険とは、業務上の事由又は通勤による労働者の負傷、疾病、廃疾、又は死亡に対して災害補償を迅速かつ公正に行うことを目的として(労災法1条)、事業主に保険料を負担させ、政府が事業主に代わって補償を行うものである。交通事故の発生が就労中であっ

たり通勤途中であった場合には労災保険が使える。労災保険の制度には、療養補償給付、休業補償給付、障害補償給付、遺族補償給付、傷病補償年金、葬祭料等の保険給付の外、労働福祉事業として特別支給金の給付もある。

政府が労災保険給付を行った場合、その給付の限度で労働者の加害者に対する損害賠償請求権は政府に移転する(労災法12条の4第1項)。

労災保険では、療養給付については全額が支給されるため、過失相殺がある事案では労災保険を使用した方が被害者に有利である。また、過失割合等に大きな争いがある場合、加害者や加害者の任意保険が仮払をしてくれないことがあるが、その場合にも休業給付であれば支給される。

### Q2-5 交通事故と健康保険

交通事故の治療に健康保険が使える場合には健康保険を使用した方がいいのでしょうか。

#### A2-5

過失相殺がある場合や相手方が任意保険に加入していない場合等相手方の資力が乏しい場合など使用した方がいい場合があります。

#### 解説

治療費については健康保険を使う場合には1点単価10円で計算されるが、健康保険を使わない場合には自由診療となり1点単価が15円であったり20円であったりする場合がある。過失相殺がある場合には、医療費の総額が大きくなると被害者が負担する医療費部分が大きくなるので、健康保険を使用した方が医療費の総額が小さくなり、結果的に被害者に有利になる。

### 3 責任の内容と責任主体

弁護士 住田 浩史

#### Q3-1 責任の種類と内容

私Yは、Z社に勤めています。Z社名義の社用車を運転して取引先の会社に向かっている途中で、一時停止の標識を無視してしまい、歩行者のXさんにぶつかってしまいました。幸い、あまりスピードも出ていなかったこともあり、Xさんも「擦り傷程度なので大丈夫です。」と言っていました。私も急いでいたこともあり、そのまま取引先に向かいました。Xさんも了承してくれていますし、私は、とくに何の責任も負わなくてよいですね？

#### A3-1

Yさんは、被害者Xさんに生じた損害についての「民事責任」、刑法その他の犯罪を犯したことについての「刑事責任」、免許の取消しや停止等の行政処分を受ける「行政責任」をそれぞれ負う可能性があります。事故現場においてXさんが大丈夫と言っていたとしても、責任を免れるわけではありません。

#### 解説

交通事故を発生させたことによる責任には、大きく分けて3種類ある。

##### (1) 民事責任

民事責任とは、民法709条(不法行為責任)や自賠法3条(自動車損害賠償責任)に基づき、被害者に生じた物的損害、人的損害を賠償すべき責任のことをいう。このケースでは、Yは、歩行者Xが負った傷の治療費や精神的苦痛を填補するための慰謝料等を賠償しなければならないと考えられる。なお、現場で「大丈夫」と述べたからといって、これが免除の意思表示にあたることは通常考えられないし、仮にそうだとした場合も錯誤等により無効となる可能性が高い。

##### (2) 刑事責任

刑事責任とは、刑法や道路交通法その他犯罪を犯したことについて罰を受けなければならない責任のことをいう。このケースでは、自動車運転過失傷害(刑法211条2項、7年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金)の罪や、報告義務違反の罪(道路交通法119条1項10号、同法72条1項後段、3月以下の懲役又は5万円以下の罰金)、一時不停止の罪(道

路交通法119条1項2号、同法43条、3月以下の懲役又は5万円以下の罰金)等の責任を負う可能性がある。なお、このうち、一時不停止等の比較的軽微な行為類型については、一定の反則金を支払えば公訴提起がなされない交通反則通告制度がある。

##### (3) 行政責任

行政責任とは、一定の種類の交通違反があった場合に、公安委員会から運転免許の停止や取消しなどの処分を受けることをいう。このケースでは、例えば、一時不停止につき2点、軽傷を負わせたことで付加点3点がつき、過去からの累積で一定の点数を超えていれば、免許停止や取消しの対象となる。

#### Q3-2 責任を負う者

1の事故で、Xさんは、私YとZ社、そして同乗していたPに、治療費や慰謝料などの請求をしてきました。Z社やPも、何か責任を負うことになるのでしょうか？

#### A3-2

Z社は、自賠法に基づく運行供用者責任ないし使用者責任を負うこととなります。Pは、原則として責任を負いませんが、Yの危険な運転を煽ったり、飲酒を知って運転させていた等の事情があれば、責任を負う可能性があります。

#### 解説

Z社は、Z社が保有する自動車をYに運転させていたのであるから、「自己のために自動車を運行の用に供する者」(自賠法3条)すなわち運行供用者として、Xが被った損害を賠償する責任を負う。また、Z社は、Yの雇用者であり、YはZの「業務の執行について」(民法715条1項)Xに与えた損害を賠償しなければならない(使用者責任)。

また、Pは単に加害車両に同乗していただけであれば、通常、責任を負うことはないが、例えば、Yが危険な運転をしていたのを知ってこれを煽っていたとか、Yが飲酒している事実を知りつつYが運転しているのを容認していたという場合であれば、Pは、Yとともに共同不法行為責任(民法719条)を負うこともある。

#### Q3-3 使用者から被用者への求償

Z社は、1の事故でXさんに賠償金を支払った後、「この事故は100%私Yのせいだ」といって、私に対して、その全額の支払を求めてきました。私は、全額支払わなければならないのでしょうか？

## A3-3

Yさんの業務内容、労働条件、行為の態様、損害防止のために使用者がどれだけ配慮していたか等によって異なってきますが、損害のうち、一定程度を支払わなければならないと考えられます。

## 解説

使用者責任により被害者への賠償義務を負担した使用者は、被用者に求償することができる(民法715条3項)。しかしながら、ただちに全額の求償が認められるわけではなく、使用者は、その事業の性格、規模、施設の状況、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防若しくは損失の分散についての使用者の配慮の程度、その他諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において、被用者に対し右損害の賠償又は求償の請求をすることができるにとどまるものと解すべきである(最判昭和51年7月8日民集30巻7号689頁)。

参考となる下級審裁判例としては、任意保険に加入していなかったこと、時間外勤務も多かったこと、他の事故では求償していないこと等から、損害の20パーセントについてのみ求償できるとしたもの(名古屋地判昭和59年2月24日自保ジャーナル判例レポート56-No.22)、車両保険に加入せず、頻繁に発生する事故に対し、安全指導・車両点検等を怠っていたことから損害の5パーセントのみ求償できるとしたもの(京都地判平成12年11月21日自保ジャーナル1402号)などがある。本件においても、任意保険の有無、Yの労働環境等によって、求償可能額がかわってくることとなろう。

なお、Z社が任意保険に加入している場合には、通常は、保険会社から従業員に対して求償がなされることはない(求償権不行使条項)。

## Q3-4 運行供用者該当性

私はZ社の代表取締役です。1の事故について、Yは嘘をついています。Yは、確にかつてZ社に勤めていたことがあるのですが、事故のときには、すでにZ社を辞めていました。しかし、YはまだZ社の車の鍵を持っていて、ガレージから密かに車を持ち出し、私用で乗り回していたようです。Z社は、Xさんに対する責任を負わないのですよね？

## A3-4

大変難しい問題ですが、Z社が、車両の鍵ないしは

ガレージの管理を十分に行っていなかったこと等を考えると、Z社が運行供用者責任に基づく損害賠償責任を負う可能性もあります。

## 解説

Z社は、Yの使用者ではない。また、「自己のために自動車を運行の用に供する者」(自賠法3条)すなわち運行供用者にも該当しなければ、Xに対する責任を負わないこととなるが、本件で、Z社は運行供用者に該当するであろうか。

運行供用者とは、一般に、その自動車についての運行支配を有し、かつ、その運行利益の帰属が自己にあるものをいうとされているが、運行供用者該当性をめぐって争いとなっている裁判例は多数あり、とりわけ、保有者と一定の関係がある者(家族、友人、従業員等)の無断私用運転事例については、結論がわかれているところである。全く無関係の者の運転である場合には、泥棒運転と同様、運行供用者性が否定されることが多いが、鍵を差し込んだまま路上に放置していた等管理責任に重大な問題があったような場合には、いまだ、運行支配を失っていないとして運行供用者性が認められる場合がある。

本件は、YがZ社と全く無関係の者ではなく、Z社においてYの退職に際して鍵の返還等を怠っていたこと、Yのガレージへの出入りも可能であったことなどからすれば、いまだ運行支配が失われていないとして、運行供用者性が認められる可能性もあろう。

## Q3-5 監督者責任

私Qは、Yの母親です。Yは19歳で、私と2人で同居していますが、私の目を盗んで、よく無免許で車を乗り回しています。私も、再三、やめるように言っていたのですが、今回、1の事故を起こしてしまいました。被害者のYさんに対しては、ほんとうにすまなく思いますが、私も、なにか法的な責任を負うことになるのでしょうか？

## A3-5

Qさんは再三、Yさんの無免許運転について注意しており、また、それ以上の措置をとっていたとしても事故発生を防止することは困難であったと考えられ、責任は負わないものと考えられます。

## 解説

Yのように責任能力を有する未成年者の不法行為について親権者等の監督義務者が責任を負うかどうかについては、「未成年者が責任能力を有する場合であっ

でも監督義務者の義務違反と当該未成年者の不法行為によって生じた結果との間に相当因果関係を認めうる時は、監督義務者につき民法七〇九条に基づく不法行為が成立するものと解するのが相当」(最判昭和49年3月22日民集28巻2号347頁)とされている。

そして、監督義務の内容及び義務違反と結果発生との間に相当因果関係が認められるかについては、加害行為の発生防止可能性、現実の監督可能性、加害行為発生蓋然性等を総合的に考慮する必要がある。

下級審裁判例には、「未成年者が無免許で運転技術が未熟であるとか、夜間に暴走等の無謀運転を繰り返すとか、交通事故発生の高度の蓋然性が当然に予測されるような特段の事情がない限り」運転を制止すべき義務はないとして、男子高校生のバイク運転による事故について、親権者の責任を否定した事例がある(京都地判平成元年8月9日自保ジャーナル判例レポート85号-No.1)。

本件においては、Qは再三、Yの無免許運転について注意しており、また、Yの年齢等を考えれば、いくら同居していたとしてもQにおいてそれ以上の監督は現実には困難と考えられるし、また、仮にQがそれ以上の措置をとっていたとしても、自分のコントロールの及ばないZ社の車両の運転による事故発生を防止することは困難であったと考えられるため、Qは監督義務者としての責任を負わないこととなる。

## 4 過失割合

弁護士 上里 美登利

### Q4-1 過失割合とは

交通事故における過失割合とは何ですか。過失割合が決まるとどういう意味があるのですか。

### A4-1

交通事故における過失割合とは、端的に言えば、各事故当事者の過失を対比させることによって定まる各事故当事者の責任の割合をいいます。過失割合が定まると、自己の過失割合に基づき事故の相手方に損害賠償責任を負い、自己の損害については、相手方から、自己の過失割合を差し引いた分の賠償を受けることができます。

### 解説

交通事故により損害が生じた場合、事故の相手方に対して民法709条の不法行為に基づく損害賠償責任(人身傷害に対しては自動車損害賠償保障法3条にも基づく)を負うが、損害の公平な分担の観点等から、民法722条2項は、不法行為による損害賠償について、被害者の過失を相殺することを認めている。交通事故においては、事故の一方当事者に全く過失がない事案も存在し、その場合、過失割合は、100:0となるが、各当事者に過失が生じる場合は、各当事者の過失の程度に応じて、過失割合が決まる。

### Q4-2 過失割合の決定要素、決定手続き

過失割合は、どのような要素で決まるのですか。

### A4-2

四輪車か、自動二輪車か、自転車か、歩行者かといった属性、信号機の有無、横断歩道上かどうか、一時停止標識があったか、広路か狭路か等事故現場の状況を前提に、当事者が負っていた注意義務の内容、その違反の有無、程度等により決まります。

過失割合は、まず、当事者間の合意で決めることを試みます。それで決まらなければ、調停、裁判、交通事故紛争処理センターのあっせん、交通事故示談あっせん等の手続きを経て決めます。

### 解説

交通事故における過失割合については、まず、事故当事者が歩行者なのか、車両を運転していたのか、運転していたとすればどのような車両かという点がまず前提となる。過失割合を決めるにあたっては、基本的に、弱者優先の原則が採られ、歩行者よりも自転車、自転車よりも四輪車の過失が重く判断されるのが通常である。

また、現場の状況によって優先関係が定まってくる。例えば、信号機が設置されていれば、当然のことながら原則として対面青信号でなければ交差点へ進入してはならないし(道路交通法7条)、一時停止標識があれば、停止義務があることから(道路交通法43条)、一時停止をせずに交差点へ進入すれば、過失が大きく認定される。道路の幅員については、広路が狭路に優先し、道路の幅員等による優先関係が生じない場合は、左方から交差点へ進入してくる車両を優先させる左方優先の原則が採られる(道路交通法36条1項1号)。

これらの要素は、当該事故状況に関する諸資料により認定していくことになる。その際は、事故現場の図

面、写真、損傷した車両の写真、目撃者・当事者の供述などが基本的な資料となる。また、刑事記録(実況見分調書、供述調書、写真撮影報告書など)も、有力な資料となる。

交通事故が起きると、警察へ届出をするが、警察が過失割合を決めるということではなく、当事者間の合意で過失割合を定めることが原則である。過失割合は、東京地裁民事交通訴訟研究会が交通事故の過失割合についての事例を集積し、事故類型毎に基本的な過失割合を掲載した別冊判例タイムズ16号に当てはめ、同書に記載された基本割合をもとに交渉することが一般的である。

当事者間で合意できなければ、Q5で紹介する手続きを取る必要がある。

#### Q4-3 過失割合の具体例

以下では、典型的な事故類型における基本過失割合をご紹介しますが、割合についてはあくまでも筆者の意見となり、また、実際の事故においては、諸条件により過失割合が異なりますので、この点、ご注意ください。

##### Q4-3-1

先日、車を運転していて、信号機のない交差点で、私は、横から車は来ないだろうと思い、そのまま交差点へ進入したところ、左から車が来て、衝突してしまいました。道路の幅員は同じぐらいで、左から来た車も減速していませんでしたので、過失割合は50:50だと思うのですが、いかがでしょうか。

##### A4-3-1

過失割合は、相談者60:相手方40が基本となり、見通しの状況や、前方不注視の程度等により±20程度の修正があり得ます。

##### 解説

道路交通法36条1項1号は、信号機等による交通整理の行われていない交差点を進行するにあたり、交差道路の相互間に明らかな広狭等の優劣がない場合には、左方から進行してくる車両の進行を妨害してはならないとして、左方優先の原則を定めている。

よって、同原則に違反したことにより、右方車の過失の方が重くなり、基本割合は、右方車60:左方車40と考えられています。

##### Q4-3-2

私は、幹線道路を、制限速度である時速50キロぐらいで車を走らせていましたが、うっかりして、前が渋滞しているのに気付かず、前の車に衝突しそうになって、慌てて急ブレーキをかけました。すると、その直後に、後ろから来ていた車に追突されました。追突されたわけですから、過失割合は、私0:追突車100だと思うのですが、いかがでしょうか。

##### A4-3-2

渋滞状況や見通し、急ブレーキの程度等により、被追突車にも、10~30程度の過失が生じる場合があります。

##### 解説

追突は、追突車の前方不注視や車間距離保持義務(道路交通法26条)違反を原因として生じるものであり、原則として、被追突車には過失が存在しないと考えられている。

しかし、道路交通法24条は、車両等の運転者は、危険を防止するためやむを得ない場合を除き、その車両等を急に停止させ、又はその速度を急激に減ずることとなるような急ブレーキをかけてはならないと定める。よって、同条に違反する態様で急ブレーキにより停止した場合には、被追突車にも過失が生じることになる。

特に、本件は幹線道路であり、車の流れに従って走行するのが通常であるから、車間距離も十分に保持されていないのが現状である。そこで、本来であれば、前方を注視し、余裕をもって停止すべきところ、前方不注視により急ブレーキをかけて停止したということであるから、その程度に応じて10~30の過失が生じる可能性はあると考えられる。

##### Q4-3-3

私は、信号機のある交差点を右折しようと右折レーンで待機していたのですが、対向車線の直進車が多く、なかなか右折できません。対面信号が黄色になったので、さすがに右折しても良いだろうと思って右折したところ、まだ直進してくる車がいて、衝突してしまいました。やはり直進車が優先ということで、私は不利なのでしょうか。

## A4-3-3

50:50を基本とし、±20程度の修正が考えられます。

## 解説

確かに、原則として、右折車に対しては直進車又は左折車の進行が優先するとされている(道路交通法37条)。しかし、そもそも、黄信号においては、原則として直進車であっても進入が許される場面ではなく、また、黄信号のうちに進入して右折する車が多いのも現状であり、直進車としてもその現状を踏まえて優先を主張することはできないと考えるべきとされ、基本的には、50:50の過失割合と考えられる。

## Q4-3-4

私は、四輪車を運転しており信号機のない交差点を左折したところ、自車の左後方からバイクが直進で来ていることに気付かず、バイクに衝突してしまいました。もともとバイクが左から来ているのがいけないと思うのですが、私は、責任を負うのでしょうか。

## A4-3-4

基本的に、四輪車80:バイク20の過失割合と考えられていますが、走行速度や指示器を点灯させた時点等により、±20程度の修正が考えられます。

## 解説

交差点において左折する車両は、あらかじめ出来るだけ左側端に寄り、かつ、できる限り道路の左側端に沿って徐行しなければならない(道路交通法34条1項)とされている。よって、左からバイクが追い抜きをかけているということは、左側端に十分に寄っていないということと考えられる。バイクの大幅な速度超過等により、若干の修正が考えられる。

## 〈参考資料〉

『改訂版 交通事故実務マニュアル』(東京弁護士会法友全期会交通事故実務研究会 編集)(株式会社ぎょうせい、平24)  
『別冊判例タイムズ16』(全訂四版、東京地裁民事交通訴訟研究会編)(判例タイムズ社、平16)

## 5 紛争解決方法

弁護士 谷山 智光

## Q5-1 示談

先日、交通事故を起こしてしまいました。損害賠償については、相手方と話し合って決めることになりました。気をつけないといけないことはありますか。

もし話し合いがまとまった後に予期しない後遺症が出た場合はどうなるのでしょうか。

## A5-1

示談をするということになりますが、示談の成立を証拠として残しておくために、示談書を交わすことが必要です。

示談が成立すると、後から追加請求をするということは原則としてできません。ですから、示談をする際は十分注意すべきです。

ただし、一定の場合には、例外的に追加請求ができる場合もあります。

## 解説

交通事故の損害賠償に関し、当事者間で、加害者が一定額を支払い、被害者はそれ以上の請求をしない旨の合意がなされることがある。このような合意は一般的に示談と呼ばれ、和解(民法695条)ないしは和解類似の無名契約と考えられている。

示談の利点は紛争を簡易、迅速に解決することができる点である。

示談は口頭でも成立しうるが、後日、示談の成立自体や示談の内容が争われれば、結局、紛争が残ることになる。したがって、示談の際には、その成立及び内容を証拠として明らかに残しておくために示談書を作成しておくことが必要である。

示談書では、少なくとも、当事者(氏名、住所等)、交通事故(発生日時、発生場所等)、示談内容(賠償金額、支払方法等)を明確に特定した上で、示談書に定める他は何らの債権債務関係がないことを相互に確認する「清算条項」を記載しておく必要がある。

示談が成立した場合、当事者はこれに拘束され、損害額が示談額よりも少なかったとして支払いを拒んだり、逆に損害額が示談額よりも多かったとして追加請求をするということは原則としてできない。

もっとも、示談後に予期しなかった後遺症が発生す

るなどして損害が拡大した場合にも一切追加請求ができないとすると被害者に酷となる場合もある。

このような場合の被害者救済のための理論構成として、①権利放棄条項等をいわゆる例文として、法的効果を認めない例文解釈論、②拡大損害を示談当時予測し得なかったため要素の錯誤があったとする錯誤無効論、③示談当時予測し得なかった損害が生じた場合には示談は効力を失う旨の黙示の解除条件が付されているとする解除条件論、④示談の効力を当初予測し得た損害にしか及ばないと限定的に解釈し、それ以外の損害を別損害として追加請求を認める別損害論等があるが、最高裁は、「全損害を正確に把握し難い状況のもとにおいて、早急に小額の賠償金をもって満足する旨の示談がされた場合においては、示談によって被害者が放棄した損害賠償請求権は、示談当時予想していた損害についてのもののみと解すべきであって、その当時予想できなかった不測の再手術や後遺症がその後発生した場合その損害についてまで、賠償請求権を放棄した趣旨と解するのは、当事者の合理的意思に合致するものとはいえない」として④別損害論を採用している(最判昭43年3月15日民集22巻3号587頁)。

〈参考資料〉

瀬戸正二「示談当時予想しなかった後遺症等が発生した場合と示談の効力」(最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度(上)135頁)  
山口齊昭「示談後の損害の拡大」飯村敏明編『現代裁判法大系(6)交通事故』(新日本法規出版、1998、431頁)

## Q5-2 調停等

交通事故の損害賠償について、相手方と話し合いを行っているのですが、私の希望する金額と相手方の提示する金額で折り合いがつかず示談ができません。どうすればよいのでしょうか？

## A5-2

当事者の話し合いによっては示談が難しい場合に、とりうる手続として調停という手続があります。

そのほか、主なものとして、日弁連交通事故相談センターの示談あっ旋や審査、交通事故紛争処理センターの和解あっ旋や審査という手続もあります。

## 解説

調停は、裁判所において、裁判官1名及び調停委員2名以上で組織された調停委員会が(民事調停法5条~7条)、当事者の言い分を聴き、当事者の合意による解決を図るものである。訴訟ほどには手続が厳格ではないため、法律の専門家でなくても利用しやすい。

相手方(交通事故の場合、加害者)の住所、居所、営業所若しくは事務所の所在地を管轄する簡易裁判所又は当事者が合意で定める地方裁判所若しくは簡易裁判所に申し立てる(民事調停法3条)。自動車の運行によって人の生命又は身体が害された場合における損害賠償の紛争に関する調停事件は、損害賠償を請求する者(交通事故の場合、被害者)の住所又は居所の所在地を管轄する簡易裁判所にも申し立てることができる(民事調停法33条)。

申し立てにあたっては、所定の申立手数料や郵便切手が必要となる。

調停において当事者間に合意が成立し、これを調書に記載したときは、調停成立となり、その記載は、裁判上の和解と同一の効力を有する。したがって、これに基づき強制執行をすることもできる(民事執行法22条7項)。

当事者の主張の対立が著しい等当事者間に合意が成立する見込みがない場合には調停不成立として終了となる(民事調停法14条)。

公益財団法人日弁連交通事故相談センターが行う示談あっせんの手続もある。全国39ヶ所の相談所で、示談あっせん担当弁護士が、当事者の言い分を聴き、当事者の合意による解決を図るものである。

公益財団法人交通事故紛争処理センターの和解あっ旋の手続もある。全国10ヶ所の支部等で、相談担当弁護士が、当事者の言い分を聴き、当事者の合意による解決を図るものである。

いずれも費用は無料である。

いずれも当事者に合意が成立したときは、示談書が作成される。合意が成立しなかったときは示談不成立となる。

いずれも示談不成立の場合、一定の場合に審査という手続が用意されている。3名の専門家が審査を行って判断を行い、その判断について被害者側が同意するかどうかは自由である一方、被害者側が審査結果に同意したときは、加害者側の共済や保険会社等はその判断を尊重することとなっている。

〈参考資料〉

裁判所

<http://www.courts.go.jp/>

日弁連交通事故相談センター

<http://www.n-tacc.or.jp/>

交通事故紛争処理センター

<http://www.jcstad.or.jp/>

## Q5-3 訴訟

交通事故の相手方が自分には過失がないから損害賠償には一切応じないと言っています。話し合いもできない状況です。どうすればよいでしょうか。

## A5-3

相手方が過失の存在を否定する等、当事者の主張に大きな隔たりがある場合には、当事者の合意は見込めません。

この場合には、強制的な紛争解決手段として民事訴訟があります。

## 解説

訴訟とは、国家機関である裁判所が紛争を強制的に解決するための手続である。

交通事故のような不法行為に基づいて損害賠償を請求する訴訟では、被害者に主張・立証責任が課される。したがって、被害者が主張・立証責任を果たすことができなければ、損害賠償請求が認められないという結果になる。

訴訟は、被告(交通事故の場合、加害者)の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所の管轄に属するのが原則であるが(民事訴訟法4条1項)、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においては、不法行為があった地(交通事故の場合、事故発生場所)を管轄する裁判所にも提起することができる(民事訴訟法5条9号)。

また、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟は財産権上の訴えであるから、義務履行地を管轄する裁判所に提起することもできる(民事訴訟法5条1号)、不法行為に基づく損害賠償請求については債権者の現在の住所が義務履行地であるから(民法484条)、債権者(交通事故の場合、被害者)の現在の住所を管轄する裁判所にも提起することができる。

その他、第一審に限り、当事者の合意した管轄裁判所に提起することもできる(民事訴訟法11条)。

訴訟提起には所定の申立手数料、郵便切手が必要となる。

最終的には判決がなされ、当事者はその意思にかかわらずこれに拘束される。

## 〈参考資料〉

秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法 I 第2版』108頁、111頁(日本評論社、平18)

## 韓国の法曹一元制度その2

弁護士 長谷川 彰

### 1 韓国調査

2012年11月5日から7日までの3日間、日弁連が実施した「法曹一元及び弁護士任官に関する韓国調査」に参加したので、その報告をする。

調査先は、大法院法院行政処(わが国の最高裁事務総局に相当するところ)、司法研修院、大韓弁協、法務部法曹人力課(わが国の司法試験管理委員会に相当するところ)と法律事務所三カ所である。

### 2 従来の裁判官制度と弁護士任官制度

本誌前号でご紹介したとおり、韓国では、2012年1月1日に日本の裁判所法に相当する法院組織法が改正施行され、法曹一元制度が導入されたが、それまでは、キャリアシステムをとるとともにわが国同様に弁護士任官制度があった。

韓国でも大学卒業後司法試験に合格したものが、2年間の司法研修を経て、判事、検事、弁護士という法曹の職に就いていた。韓国には、わが国の判事補に相当する制度はなく、司法修習終了後直ちに判事に任官していた。もっとも、新任の判事は、合議体の陪席判事からスタートするようであるが。

一方、弁護士任官制度は、1990年代後半に始まった。当初弁護士任官者は年間数人程度であったが、1998年に就任した大法院長の方針で弁護士からの任用が増員され、年間十数名以上が採用されていった。そして、2003年盧武鉉大統領は大法院長に、2012年までに5年以上の法曹経験のあるものから新規判事の50%にあたる約50人を任用することを約束させた。

それ以後毎年40~90人の任官志望者があったが、大法院は新規判事採用約100人のうち、法曹経験者からは17~28人程度しか採用しなかった。この点について、大法院で質問したところ、裁判所としては、人数を埋めるということではなく、十分な能力を有するものを裁判官として採用することが目的であり、能力のある弁護士が裁判官を志願することを躊躇した結果とみているという趣旨の回答であった。

しかし、大統領と大法院長の合意の通りに弁護士任官が進まなかった結果、李明博大統領就任後、抜

本的な改革が必要であるとの議論が高まり、2011年7月に国会は法院組織法改正に踏み切り、上記の通り法曹一元制度が導入されたのである。

### 3 裁判官制度改革の背景

軍人出身の大統領の時代から民間の大統領である金泳三が1993年に大統領に就任し、韓国社会全体が民主化されていく中で、司法領域も例外ではなかった。

今回お話を伺った進歩派の金善洙弁護士によると、司法も軍事独裁政権の手下としての役割を果たしてきたのに対し、国民の不信がつづいてきたのである。特に、「前官礼遇」（裁判官が退職後弁護士となり、後輩の裁判官に対し、有利な解決を得るように影響を及ぼすこと）や「有錢無罪、無錢有罪」（金銭によって有罪無罪が左右されるという意味）といわれる司法界の腐敗、年少かつ受験法学に得意な法曹エリートたちが裁判を行うことで、権力に屈従し、国民の日常生活における常識と乖離した判決と法執行が横行することに対する国民的な不信感が充満していたと指摘された。韓国のキャリアシステムはわが国よりも強固であり、金弁護士によると、裁判官2,500人を大法院長を筆頭に、1番から2,500番まで序列を付けることができるとのことである。

こうした裁判所の官僚主義的、閉鎖主義的構造を打破して、「前官礼遇」による不正をなくすためには、旧司法試験の廃止・法曹一元以外にはないということについて、国民的コンセンサスが得られたようである。

### 4 制度の概要

#### 【給源】

前号でも紹介したとおり、2022年1月1日からは、法官(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)から任用されるが、今年からの10年間は、経過規定が設けられている。

このほか、今回の調査で新たに分かったことを以下に紹介する。

#### 【任用】

改正法院組織法では、裁判官の任命に法官人事委員会の審議を経ることが必要となった(法院組織法41条3項)。再任についても同様である。

また、法官人事委員会が改組され11人の委員で構成されることとなり、法官3名、法務部長官が推薦する検事2名、大韓弁護士協会長が推薦する弁護士2名、韓国法学教授会会長と法学専門大学院協議会理事長が推薦する各1名の法学教授、有

識者で弁護士の資格のない人2名(うち1名以上は女性)という内訳となっている(法院組織法25条の2)。

#### 【人事制度】

前号で法官の人事評価制度について、2012年1月1日から施行されている法院組織法44条の2の規定を紹介した。

法院組織法44条の2を受けて、法官人事規則(判事勤務成績等評価規則)も改正された。同規則によると、判事は、大法院長が定めた期間内に評定結果の要旨を告知するよう申請することができ、評定結果が不良な場合、結果の要旨を告知することとされている。評定結果を告知された判事は、評定資料の提供を要請すれば、写しを交付される。そして、評定に異議があれば、意見書を提出することができる。一方で、大法院長は評定を行ったものにも意見書を提出する機会を付与することができる。こうして提出された意見書は、評定資料とともに保管される。

次に、任地については、わが国同様転勤制度があり、「循環勤務制」と呼ばれている。これについては、今回の法改正前から例外の制度があった。

まず、専担任官という制度がある。これは、在職期間中特定裁判事務(わが国の少額事件訴訟に相当するようである)だけを担当する裁判官で、この裁判官は、特別な事情がない限り、他の裁判所へ転勤させられることはない。これには、法曹経験15年以上のベテランをあて、経験に基づく柔軟な事件処理が期待されるようである。

次に、地域法官制がある。ソウル首都圏以外の地方では、本人の希望により、同一任地で10年間執務できるという制度である。10年経過後は、撤回もできる。

給与額や昇給については、現在検討中であり、今回の調査では明確にはなっていなかった。

### 5 弁護士の意識

今回の制度改革について、弁護士がどのように受け止めているかを知るため、大手ローファームと中堅の法律事務所2カ所を訪問した。

いずれも法曹一元制度については、弁護士経験を積んでから裁判官になることは賛成との見解が示された。

事務所から任官者を輩出していく予定はあるかとの質問に対しては、大手ローファームでは、これまでも任官者を数名だしており、良い人材を育てて裁

判所へ送り出すべきだと考えているという回答であった。

しかし、所属弁護士が10名程度の2つの中堅事務所は、どちらも、能力のある弁護士を失うことは事務所にとって痛手であり、自分の事務所から任官者をだすことには消極的であるとの率直な意見が述べられた。また、ロークラークを2年経験したものを1年間だけ事務所で弁護士経験させるという考え方については、1年では戦力にならないとの回答であったが、ロークラーク経験者を数年間事務所で育てた上で、裁判所へ送るという事については前向きな姿勢であった。そして、20年以上の弁護士経験を経たものが、公益目的と割り切って任官することは考えられるというのが、両事務所の所長の口から異口同音に述べられたのは印象的であった。

いずれにしても、今年スタートしたばかりの制度であり、数年後にもう一度、どのように制度運用されているかを調査に行く必要があると感じたものの、わが国よりもむしろ強固と思われる官僚司法制度をとっていた韓国が法曹一元化に踏み切ったという事実は重いと思う。わが国でも、法曹一元が実現できるのではないかとの希望を抱いて調査を終えた。

## 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 —大阪高等裁判所平成25年1月25日 判決裁判所HP

弁護士 志部 淳之介

### 第1 はじめに

#### 1 事案の概要

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(以下、「セレマ」という。)に対して、冠婚葬祭互助会の積立金の解約金条項(以下、「本件解約金条項」という。)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。

本件解約金条項は、契約を解約する際に積み立てた金額から「所定の手数料」などの名目で解約金を差し引いて消費者に返金することを内容とするものである<sup>1</sup>。同解約金条項についてはこれまで多数の苦情が寄せられていた<sup>2</sup>。

#### 2 京都地裁平成23年12月13日判決裁判所HP判例時報2140・42

この事案につき、上記判決は、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(58円)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。

#### 3 大阪高判平成25年1月25日裁判所HP

これに対してセレマが控訴、一審原告も付帯控訴し、平成25年1月25日大阪高裁において判決が言い渡された(以下、「本判決」という。)。同判決は、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、60円に第1回目を除く月掛数をかけた金額及び14.27円に契約月数を掛けた金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た。本件解約料条項の一部を無効として差止めを認めた点で、結論としては原審とおおむね同様である。

本稿では、本判決の内容を概観した上、その妥当性、問題点について論じたい。

### 第2 本判決の判示内容

#### 1 本件解約金条項に関する消費者契約法12条3項ただし書及び同法11条2項の適用の有無について

本判決は、前払式割賦販売に関する同法6条1項3号及び、割賦販売法自体が消費者契約法12条3号ただし書の「他の法律の規定」及び同法11条2項の「他の法律に別段の定めがある場合」に該当する、したがって本件解約金条項には消費者契約法の適用がない、というセレマの主張を退け、本件解約金条項へ消費者契約法の適用を認めた。

#### 2 消費者契約法9条1号該当性

##### (1)判断基準

本判決は、消費者契約法9条1号の「平均的な損害」の額につき以下の判断基準を示した。すなわち、セレマは「消費者から冠婚葬祭の施行の請求を受けて初めて、当該消費者のために冠婚葬祭の施行に向けた具体的な準備等始めるものである」と認定し、冠婚葬祭施行前の解約

である本件では「損害賠償の範囲は原状回復を内容とするものに限定されるべき」であるとした。そのうえで「平均的な損害」とは、契約の締結及び履行のために通常要する平均的な費用をいうものとした。そして、平均的な費用とは、同種契約において通常要する必要経費の額を指し、必要経費とは「性質上個々の契約(消費者契約)との間において関連性が認められるもの」を意味するものとした。

## (2) 個別費用の検討

次に、本判決は、セレマが損害と主張する「1」会員の募集・管理に要する人件費、「2」会員募集に要するその他の費用、「3」会員管理に関するその他の費用、「4」親睦会費等が「平均的な損害」に該当するかにつき以下のように個別に検討した。

### ア 「1」会員の募集・管理に要する人件費について

まず、セレマは直営支社の人件費及び交通費、代理店の募集手数料等について損害に当たる旨主張したが、本判決は、「これらの経費は、本件互助契約を締結し、その後解約した一人の消費者のみならず、その他の会員や会員以外の顧客の関係でも生じる一般的な費用であって、個々の契約との関連性は認められない」として、「平均的な損害」に含まれないとした。

### イ 「2」会員募集に要するその他の費用について

本判決は、約款、パンフレット、会員証等入会関係書類作成費について、「個々の契約との具体的な結びつきが認められ、同業他社でも通常支出をしているものと考えられるから」「平均的な損害」に含まれるとした。

### ウ 「3」会員管理に関するその他の費用について

本判決は、システム関連費用、システム償却費用等の会員管理費につき、集金費用と入金状況通知以外の費用については、代理店へのインセンティブ、互助会組織の維持運営等のための必要費として支出したものであり、個々の契約との関連性が認められない一般的な費用であるとして「平均的な損害」に含まれないとした。他方、「集金費用」として月掛金の振替費用相当額58円と、振替不能となった場

合の通知の送付費用(1件50円の郵送料)2円、あわせて60円、毎年2回会員向けに発行される冊子である「全日本ニュース」の作成・送付費用9.81円、毎年12月に11月分までの支払状況を集金中の会員に通知する費用月当たり4.46円は、個々の消費者との関連性が認められ、「平均的な損害」に含まれるとした。

### エ 「4」親睦会費について

本判決は、セレマ会員はセレマ親睦会の会費として500円を払うものとされていること、親睦会員には婚礼葬儀の施行時に使用できる500円のサービス券が付与されることを認定した。そのうえで、親睦会費の500円は、前記イ「2」のうち会員証等入会関係書類作成費である「440.2円にサービス券の作成・送付費用を加えた金額にほぼ匹敵するものと考えられる」とした。すなわち、前記イ「2」の費用は、上記親睦会費でまかなわれているものとした。

## (3) 結論

以上より、本判決は「平均的な損害」として、月掛金の振替費用相当額58円と、振替不能の通知の送付費用2円、「全日本ニュース」の作成・送付費用9.81円、支払状況の通知費用4.46円を認定し、本件解約金条項のうちこれを超える金額を解約時に差し引くことを内容とする部分につき差止めの対象となるものとした。

## 第3 本判決の評価

### 1 評価できる点

- (1) 本件解約金条項への消費者契約の適用を認めた点は妥当である。他の法律で保護されることを理由に消費者契約法の適用を除外すべきというセレマの主張は、同法の消費者保護の趣旨に反すること、消費者契約法12条3項は、他の法律によって当該条項が無効となる場合においても差止請求権の行使を否定していないこと<sup>3</sup>からして妥当でない。
- (2) 前記第2「1」会員の募集・管理に要する人件費及び、前記第2「3」のうちシステム関連費用、システム償却費用等の会員管理費について「平均的な損害」に含まれないとした点は妥当である。人件費は単なるセレマの営業費用であり、個別の消費者に転嫁すべきでない。また、システム関連費用等は互助会運営のための不可避的な経費であり、個別消費者に転嫁すべきはな

いからである。

- (3) 全体としては、本件解除条項の差止を一部認められた点で、今後同条項による消費者被害を未然に防止することができることから妥当である。

## 2 不当な点

- (1) 「平均的な損害」に入会書類作成費用を含めた点

約款、パンフレット、親睦会規約などは、会員になるならいにかかわらず発生する費用であって、一消費者の中途解約に伴って生じる損害ではない。不可避的に生じるコスト約款、パンフレット等の入会書類は、セレマが営業活動をする際に必要となる書類である。こうした営業活動のための費用は、契約を締結した個々の消費者に転嫁されるべきではない。したがって、本判決が「平均的な損害」に含めた点は不当である。

- (2) 「平均的な損害」に月掛金の振替用相当額58円、振替不能となった場合の通知の送付費用2円、「入金状況通知」4.46円を含めた点

これら顧客に対する通知は、顧客を維持・獲得し続けるために支出するものである。セレマは顧客を維持することにより、将来的に積み立て金を利用して冠婚葬祭儀式を施行することを目的としている。すなわち、本判決の認定によるとセレマの一件当たりの葬儀の平均売上額は約193万円であること、互助会会員の積立金総額の多くが30万円ないし50万円程度であるから葬儀の際は相当の追加費用を支払う必要があること、実際にセレマにおいては互助会会員の葬儀が施行される際の事業収入が大きな比重を占めていることからすると、セレマは顧客を維持、管理することで将来的に葬儀を施行し、その際に多くの利益を上げるという構造になっている。顧客に対する通知費用もセレマが顧客を満期まで維持し、利益を上げるための手段として支出されるものであり、営業のための費用といえる。かかる費用を「平均的な損害」に含める点は不当である。

- (3) 「平均的な損害」に「全日本ニュース」の作成・送付費用を含めた点

セレマ発行の「全日本ニュース」の内容は、セレマの宣伝パンフレットである。例えば「全日本ニュース」第679号は、全12頁の冊子であるが、

ブライダルフェアの宣伝、葬儀法要会館の見学会の日程、保険の宣伝等が9頁を占め全体の4分の3が広告である。同冊子の作成・送付費用はセレマの営業費用にすぎず、同費用を「平均的な損害」に含めるべきではない。

## 第4 まとめ

本件のような互助契約の差止め請求が認められたのは、高裁レベルでは初めてのことであり、先例として大きな意義を持つ。ただし、第3、2で指摘したとおり、消費者保護の観点からは理論的にも実質的にも不当な点が存在することは繰り返し述べておきたい。セレマは現在、消費者が解約金を返還せよと苦情を申し立てた際、裁判で請求してきた者についてのみ返金するという対応をしている。高裁レベルで本件解約金条項の一部差止めが認められた以上、このような対応は即刻是正されるべきである。

- 1 本件解約金条項の一例として、例えば「Pコース」は払込回数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、払込回数が1回増える毎に、差し引かれる額が250円ずつ増える。したがって、仮に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。
- 2 PIO-NET(全国消費生活情報ネットワークシステム)によると、セレマについては、2007年6月1日以降2008年4月20日までの1年たらずの間に消費者センターに約100件の苦情が寄せられていた。
- 3 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法』294頁(商事法務、第二版、平22)。

## 製造物責任と「欠陥」の主張立証責任 —東京地裁平成24年1月30日判決を参考に

弁護士 増田 朋記

### 1 はじめに

本稿では、東京地裁平成24年1月30日判決(訟務月報58巻7号45頁。以下、「本件判決」という。)を参考として、製造物責任法第3条により定められた要件である「欠陥」について、損害賠償を請求する者が主張立証すべき事項について考察する。

### 2 事案の概要

本件判決の事案は、陸上自衛隊の対戦車ヘリコプターが、整備確認飛行を終え、帰投するため、ホバリング状態(空中静止状態)から前進飛行を開始しようとした際、突然、エンジンが急激に出力を失って墜落し、これにより機体下部等が損壊し、搭乗者が重症を負った事故について、国が、エンジンの製造業者である被告に対し、エンジンには、通常どおり使用してもエンジン出力が低下する欠陥があったとして、製造物責任法3条に基づき、同ヘリコプターの修理費用等及び上記搭乗者の療養費の支払を求めたというものである。

### 3 争点

- (1) 本件判決において問題となった争点は、①国が製造物責任法3条に基づく損害賠償請求の請求主体となり得るか、②「欠陥」の有無、③製造物責任法4条2号(設計指示の抗弁)の適用又は類推適用の有無、④法の適用を排除をする旨の合意の有無、⑤責任追及の可能な期間を限定する特約の適用の有無、⑥民法636条の適用又は類推適用の有無、⑦損害の内容及び額、⑧過失相殺など多岐にわたるが、本稿では、上記争点のうち②「欠陥」の有無のみを取り上げて検討することとする。
- (2) 「欠陥」の有無に関しては、本件では、事故の原因が、エンジンの燃料制御装置の部品であるサファイアが脱落したことにあることは当事者間に争いのないところであった。しかし、サファイアが脱落した原因については、原告が、エンジンの燃料制御装置内のコンピュータ・アSEMBリの組立工程で生じたサファイアの亀裂に原因があると主張したのに対し、被告補助参加人として参加し

ていた燃料制御装置の輸入商社は、異常に高い噴射圧が生じたことにあるなどと主張し、その科学的機序が争われた。

- (3) この点、原告の側は、「欠陥」の主張立証においては、本件エンジンについて、通常の使用をしているにもかかわらず停止してしまうという程度の主張立証で必要にして十分というべきであると主張していたが、被告の側はサファイアの脱落原因についても原告が主張立証責任を負っているものであるとし、原因がいずれとも判断できないという心証を抱いた場合には、原告の請求を棄却すべきであるなどと主張していた。

### 4 東京地裁の判断

東京地裁は、上記のような「欠陥」の有無に関し、『法3条の「欠陥」とは、当該製造物の特性、その通常予見される使用形態、その製造業者等が当該製造物を引渡した時期その他の当該製造物に係る事情を考慮して、当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいうところ(法2条2項)、このような「欠陥」の意義、法の趣旨が被害者保護にあることなどに照らすと、原告は、「欠陥」の存在を主張、立証するために、当該製造物を適正な使用方法で使用していたにもかかわらず、通常予想できない事故が発生したことを主張、立証することで足り、それ以上に欠陥の部位やその態様等を特定した上で、事故が発生するに至った科学的機序まで主張立証すべき責任を負うものではないと解するのが相当である。』と判示した。

その上で、本件については、『原告は、被告から、本件エンジンの引渡しを受けこれを本件事故機の機体に組み込んでから本件事故に至るまでの間、本件エンジンを適正な使用方法で使用してきたものと認められる。そして、本件事故機は、本件事故当時、通常どおり飛行をしていたにもかかわらず、突如、本件エンジンが停止又はこれに近い状態となり、その結果、本件事故機は着陸したものであって、このような事故の発生は通常予想することができないものというべきである。』として「欠陥」があることを認めたのであった。

なお、本件については、控訴審において、平成25年2月13日に控訴棄却の判決が言い渡され、損害賠償を命じた1審・東京地裁の判決が維持されている(ただし、本稿執筆段階では、控訴審判決については未公開であるため理由の詳細は不明)。

## 5 検討

- (1) 製造物責任法の規定から、製造物責任に基づく損害賠償請求の要件事実を整理すれば、①相手方が製造業者等に該当すること、②損害をもたらした物が引渡し時点で製造物であること、③当該製造物が引き渡されたこと、④引渡し時点で当該製造物に「欠陥」が存在したこと、⑤一定の権利あるいは保護法益を有していること、⑥損害の発生及び額、⑦④と⑥との相当因果関係となる。

ここで着目すべきは、不法行為責任に基づく損害賠償請求と比較して、責任要件が故意・過失という主観的要素から「欠陥」という客観的要素に置き換えられ、被害者の保護を図るために無過失責任への転換がなされている点であろう。

- (2) しかしながら、製造物責任法の施行後も、「欠陥」要件の立証をめぐる被害者側の責任は必ずしも明確ではなく、欠陥が存在すると主張する部位・部品・原料を特定する必要があるのか、事故の発生機序たる物理的、科学的メカニズムを明らかにする必要があるのかなどについて議論が生じることとなったのである。本件判決についてもまさにこの点が争われたものである。
- (3) まず、欠陥部位等の特定につきどのように考えるべきか。製品にどのような部品・原料が使用されており、それがどのような性質・性能を有するののかについて被害者はこれを知り得ないのが通常であり、欠陥部位等の特定を求めることは著しく困難であるが、他方で、部品・原料のどこに欠陥があっても、製品の一部である限り、その製造業者等が損害賠償責任を負うべき部位・部品であって、被害者がその部位・部品を特定する合理的根拠は存在しないといえる。

したがって、主張立証責任という観点からすれば、被害者は損害賠償を請求するにあたり欠陥部位等の特定を要しないものと解される。

この点、本件判決は『加えて、本件においては、前記認定のとおり、本件エンジンが停止等するに至ったのは、本件コンピュータ・アセンブリ内の本件サファイアが脱落したことが原因であることが判明しているのであり、「欠陥」の部位や態様等も特定されているのである。』などと判示しているが、主張立証責任としては上記のとおり欠陥の部位の特定を要しないことを明示しており、当事者間に争いのない事実として明らかであったために欠陥部位をも判示したに過ぎず、欠陥の認定その

ものを左右するものではないと解されよう。

- (4) 次に、事故の発生機序たる物理的、科学的メカニズムの主張立証についてであるが、この点についても、欠陥部位等の特定を要しないのと同様に、やはりこれを具体的に特定し、主張立証する必要はないものと解される。

本件判決も引用しているとおり、製造物責任法上の「欠陥」とは、同法2条2項において「当該製造物の特性、その通常予見される使用形態、その製造業者等が当該製造物を引き渡した時期その他の当該製造物に係る事情を考慮して、当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいう」と定義されている。

問題は「通常有すべき安全性を欠いていること」をどこまで具体化するべきかという点であるが、本件判決も判示するとおり、①当該製造物を適正な使用方法で使用していたこと、②通常予想できない事故が発生したことの両者の事実につき主張立証がなされれば、安全性の欠如たる「欠陥」の内容の具体化としては十分であると解される。

- (5) 「欠陥」についての主張立証責任に関しては、本件判決と同様の判断が、仙台高判平成22年4月22日判決(判例時報2086号42頁)においても既に示されていたものである。

すなわち、同判決は、携帯電話をズボン前面左側ポケットに入れてコタツに入るなどして使用したことによって、左大腿部に低温火傷を負ったとして製造物責任法に基づく損害賠償が求められた事案において、『製造物責任法の趣旨、本件で問題とされる製造物である携帯電話機の特性及びその通常予見される使用形態からして、製造物責任を追及する控訴人としては、本件携帯電話について通常の用法に従って使用していたにもかかわらず、身体・財産に被害を及ぼす異常が発生したことを主張・立証することで、欠陥の主張・立証としては足りるというべきであり、それ以上に、具体的欠陥等を特定した上で、欠陥を生じた原因、欠陥の科学的機序まで主張立証責任を負うものではないと解すべきである。』と判示している。同判決に対する上告は棄却されており(最高裁平成23年10月27日決定)、最高裁においても上記判断が是認されたものと言えよう。

- (6) 以上のとおり、本件判決によって示された、製造物責任法上の「欠陥」については、被害者の側で欠陥の部位やその態様等を特定した上で、事故が

発生するに至った科学的機序まで主張立証すべき責任を負うものではないという判断については、近似の判例によって明確にされてきたものであり、合理的かつ適切な解釈であるといえよう。

## 6 結語

本稿で触れたような裁判例による要件の明確化により、被害者らの製造物責任法活用による救済の機会の広がることが期待される。

ただし、製造物責任法が平成7年7月1日に施行されてから、すでに長い年月月が流れており、その趣旨目的を果たし、被害者にとって真に活用しやすいものとするためには、これまで集積されてきた事案を整理し、製造物責任法それ自体を見直す機会が必要ではないかと思われる。

### 〈参考資料〉

- ・加藤幸雄「製造物責任と立証責任」升田純ほか『現代裁判法大系8製造物責任』1頁(新日本法規、平10)
- ・加藤幸雄「製造物の欠陥の立証と判断過程」升田純ほか『現代裁判法大系8製造物責任』109頁(新日本法規、平10)
- ・升田純「製造物責任法と実務(1)」判例時報1501号12頁
- ・升田純「製造物責任法と実務(2)」判例時報1513号2頁
- ・橋本英史「製造物責任法における欠陥の要件事実とその立証(上)」判例時報1553号7頁
- ・橋本英史「製造物責任法における欠陥の要件事実とその立証(下)」判例時報1554号3頁

# 財産分与における 将来の退職金の取扱いについて

弁護士 茶木 真理子

## 第1 はじめに

離婚の際の財産分与(民法766条)にあたり、争点の一つとなるのが、退職金の取扱いである。離婚時に既に支給を受けている退職金については、賃金の後払いと言われる性格から、清算的財産分与の対象となることで特に争いはない。しかし、離婚時点ではまだ支給を受けておらず、将来支給が予定されている退職金については、勤務先の倒産や支給制限事由<sup>1</sup>により支給されるか否かは確実ではなく、また、一般的に退職事由によって支給される退職金の額が大きく異なることから、ただちに清算的財産分与の対象となるものではない。

この点、将来支給される退職金が清算的財産分与の対象財産となるかについては、「近い将来に受領し得る蓋然性が高い場合」には対象財産となし得ることで判例は確立していると言われている<sup>2</sup>。しかし、最近の実務では、定年退職がかなり先の場合も含めて、一般的に将来の退職金が分与対象財産に含まれることを認めているとの指摘もなされており<sup>3</sup>、いかなる場合が「近い将来に受領し得る蓋然性が高い場合」に該当するのかは判然としない。

また、将来の退職金が分与対象財産に含まれるとしても、いつの時点での退職金を清算の対象とするのか(現時点で退職した場合に支給される退職金を対象とするのか、将来定年退職した場合に支給される退職金を対象とするのか)、支払時期をどうするのか(離婚時に支払うとするのか、将来退職金を受給した時に支払うとするのか)といった問題の検討が必要である。これらの問題について、ある文献<sup>4</sup>では、過去(平成10年頃)の裁判例をもとに、①現時点で自己都合退職した場合に支給される退職金の額を基準とする方法、②将来定年退職した場合に支給されるであろう退職金の額を基準とし、将来の支給を条件として清算の対象とする方法、③将来定年退職した場合に支給されるであろう退職金の額を基準とし、それを現在の額に引き直す方法等があると整理されているところではある。しかし、近時の裁判

例がいかなる方法を採用しているのかを紹介する文献は少ない。

そこで、実務を行うにあたって参考とするために、財産分与における将来の退職金の取扱について、近時の裁判例を整理したうえで、上記で述べた幾つかの問題についての裁判例の傾向を検討することとしたい。

## 第2 近時の裁判例

近時の裁判例を対象とするため、過去15年間を目安とし、具体的には平成9年以降に、財産分与における将来の退職金の取扱が争点となった裁判例計16件を末尾別表のとおり整理した。

## 第3 裁判例の検討

### 1 将来の退職金を財産分与の対象財産とするか

今回検討した別表の裁判例の中でも、1、4、6、7、8、12、14、15は、近い将来に受領し得る蓋然性が高いといえることを明確に理由として掲げ、将来の退職金を分与対象財産とすると判断している。他の裁判例も理由は明言はしていないものの、同様の基準に従って判断しているものと解された。

問題は、いかなる場合が「近い将来に受領し得る蓋然性が高い」といえるかであるが、今回検討した裁判例においては、定年退職までの期間、職種、勤務先の形態・規模・経営状態、退職金規程の存在等を考慮要素としていたと思われる。特に重要視されているのが、定年退職までの期間と思われる。将来の退職金を分与対象財産とすることを認めた裁判例は全て、定年退職まで10年を切っているケースであった(3や13は定年退職までの期間が判決文からは明らかではないが、当事者の年齢や勤続年数からして、10年以内に定年退職を迎えるものと考えられた<sup>5</sup>)。これに対し、分与対象財産とすることを否定した裁判例は2と9であるが、定年退職までの期間が2で15年以上、9も10年を超える(夫の年齢が40代後半と思われる<sup>6</sup>)というケースであった。よって、将来の退職金が分与対象財産となるかどうかについては、今回検討した結果によれば、定年退職までの期間が10年以内か、それとも10年を超えるのかという点を一つの目安と考えてもよいのではないだろうか<sup>5</sup>。

なお、分与対象財産とすることを否定した裁判例でも、将来の退職金の存在を全く考慮しないのではなく、扶養的財産分与の要素として考慮したり(2)、財産分与額を算出する際の一要素として考慮している(9)ことを指摘しておく。

### 2 いつの時点での退職金を清算の対象とするか

(1) この点について別表の裁判例は、現時点(具体的には、別居時、口頭弁論終結時、離婚時等)で(自己都合)退職したと仮定した場合の退職金を対象とするもの(1、3、5、6、10、11、14、15)と、将来の定年退職時の退職金を対象とするもの(4、7、8、12、13、16)とに別れた。私見では、定年が間近に迫っているのであれば、現時点で(自己都合)退職した場合の退職金額を算定の基礎としているとの感覚があったが、今回検討した限りでは、当事者の職種や定年退職までの期間による傾向は特段見つからなかった。

(2) 将来の定年退職時の退職金を清算の対象とする裁判例は、将来における様々な不確定要素(算定の基礎となる本俸の変動、退職事由の如何、退職手当の制度自体の変更等)を回避できるうえ、現時点で退職したと仮定した場合の退職金額が定年退職した場合の金額より相当低額になってしまうという問題もなくなるため、当事者の公平を図る意味からは望ましいとはいえる。ただし、8、16のように、結局、定年退職した場合の退職金額が現時点ではっきりしないという問題が残る場合には、判決の主文において例えば「受給した退職金額の●分の●を支払え」などと確定した金額の支払いを命じることができず、後の3の支払時期の所でも述べるように、支払時期が不確定であることに加え、金額まで確定しないこととなるため、強制執行がますます困難となる問題が生じる<sup>6</sup>。

(3) また、将来の定年退職時の退職金を清算の対象とし、かつ支払時期を離婚時とする場合には、12のように、中間利息を控除するなどして現在の額に引き直す必要がある。12では、年5%という高率の中間利息を複利計算で控除している。なお、現在の額に引き直すにあたっては、中間利息の控除のみならず、勤務先の倒産や転職の可能性等の不確定要素(いわば危険率)をも考慮する必要があるとの指摘がなされている<sup>7</sup>。

(4) 現時点で退職したと仮定した場合の退職金を対象とする立場でも、上記(2)で述べた問題があることを踏まえ、清算的財産分与では通常50%となる分与割合に変更を加えることで対応するものが多くあった。すなわち、定年退職

した場合には退職金の額が相当増額になることを考慮して分与の割合を50%を上回る割合とするもの(3、5、11)がある一方で、将来の退職までの不確定要素等を考慮して分与の割合を50%を下回る割合とするもの(6、7、10、14)があった。

- (5) このように、裁判例では、夫婦が協力して築いた財産をそれぞれの寄与度によって公平に分配するという清算的財産分与の趣旨を実現するために、審理の中で明らかになった将来における様々な不確定要素をできる限り考慮していると考えられた。よって、実務では、現時点又は定年時点での退職金額はもちろん、将来における不確定要素がある場合には、この点の主張立証も不可欠であると思われる。

### 3 退職金に由来する財産分与金の支払時期

退職金に由来する財産分与金の支払については、他の財産に由来する財産分与金の支払と分離し、支払時期を将来退職手当が支給されたときとするものが多かった。その理由をはっきりと述べているものは多くないものの、実際に退職金が支給されるのは将来であること(3、11)や、資金調達の不利益を強いることになること(11)を挙げているものがあった。他方で、支払時期を離婚時とするものは10、12のみであった。ただし、10は分与義務者名義の多額の預金があったケース、12は分与義務者名義のマンションの任意売却が可能であったケースであり、いずれも離婚時において分与義務者に資力があつたケースである。よって、このような特殊事情がない限りは、支払時期は将来退職手当が支給されたときとされることになると思われる。

しかし、支払時期を将来退職手当が支給されたときとすると、強制執行をするためには、分与権利者が離婚した配偶者(分与義務者)の退職時期を把握しなければならないことになるが、これには困難が予想される。そうすると、強制執行自体が困難となり、分与義務者の任意の履行に期待するほかなくなる。このため、分与権利者としては、調停や裁判上の和解では、将来の退職金に由来する財産分与金についても離婚時の清算を望むことになる。ただし、かかる場合には、支払時期を将来退職手当が支給されたときとしている裁判例が多いことを考慮すると、中間利息が控除されるなど、金額が相当低額になることも覚悟しなければ

ならないと思われる。

- 1 例えば、国家公務員の場合は、国家公務員退職手当法11条以下において、支給制限の規定がある。私企業でも、懲戒解雇の場合や禁固以上の刑に処せられて退職した場合に、退職金を支給しないとする例が多いと思われる。
- 2 二宮周平＝榊原富士子『離婚判例ガイド(第2版)』(有斐閣、2005年)95頁
- 3 山本拓「清算的分与に関する実務上の諸問題」家月62巻3号 9-10頁
- 4 山本・前掲注釈3 10頁
- 5 二宮＝榊原・前掲295頁でも、「10年以上先であっても、公務員など勤務先によっては受領の蓋然性が高い場合がありうる」としており、10年を目安としていることがうかがえる。
- 6 判タ1272号218頁(4の裁判例の評釈)では、「本判決の主文においては、退職の事実と退職金手取額の支払の事実とが、民事執行法27条1項にいう「債権者の証明すべき事実」に当たると解されるから、同項に基づき、退職日及び退職金手取額を明記した条件成就執行文を付与すべきことになる。そして、債権者が退職日や退職金手取額を支払がされる前に知り、確実に財産分与の支払を受けるためには、退職前、条件未成就の間に仮差押えをすることが考えられる。」との指摘がなされている。
- 7 山本・前掲注釈3 22頁

番号	裁判所	出典	勤務先・地位	定年退職までの期間	将来の退職金を財産分与の対象財産とするか
1	東京家裁 平成22年6月23日 審判	家月63巻2号159頁	信用金庫	約5年	○ 夫は信用金庫に30年以上勤務していることが認められ、同金庫を退職した場合は退職金の支給を受ける蓋然性が高いといえることができる。
2	名古屋高裁 平成21年5月28日 判決	判時2069号50頁	私企業	15年以上	× 退職金のうち、同居期間に対応する部分は、本来、財産分与の対象となる夫婦共有財産というべきである。しかし、定年までに15年以上あることを考慮すると、退職金の受給の確実性は必ずしも明確ではなく、また別居時の価額を算出することもかなり困難である。 よって、退職金については、直接清算的財産分与の対象とはせず、扶養的財産分与の要素としてこれを斟酌するのが相当である。
3	広島高裁 平成19年4月17日 判決	家月59巻11号162頁	私企業？	数年？ (勤続32年)	○
4	大阪高裁 平成19年1月23日 判決	判タ1272号217頁	公的金融機関支店長	5年以内	○ 退職したときに、規程に基づく退職手当が支給されることには、ほぼ確実な見込がある。退職手当には勤労の対価の後払いの性質があり、妻が婚姻から別居までの期間、専業主婦として、勤務の継続に寄与してきたと認められることからすると、退職手当の支給額の一部を財産分与することが相当と認められる。

いつの時点での退職金を清算の対象とするか	分与の割合	退職金に由来する財産分与金の支払時期	その他
<b>別居時に自己都合退職した場合の退職金額</b>	<b>50%</b>	<b>退職金を支給されたとき</b>	
/	/	/	扶養的財産分与として、自宅マンションに妻の賃借権を設定するにあたり、退職金の存在を考慮している。
<b>現時点で自己都合退職した場合の退職金額</b> 将来定年により受給する退職手当額は、定年まで勤務することを前提として初めて受給できるものである上、支給制限事由に該当すれば退職手当を受給できず、また、退職の事由の如何によって受給できる退職手当の額には大きな差異があるから、現時点において、その存否及び内容が確定しているとは言い難く、定年時における退職手当受給額を現存する積極財産として財産分与の対象とすることはできない。ただし、自己都合により退職した場合でも退職手当を受給できる地位にあることは、実際に受給できるのが将来の退職時ではあるものの、これを現存する積極財産として財産分与の対象とするのが相当である。	<b>50%を上回る額</b> (約1711万円のうち、950万円を分与)	<b>退職手当を支給されたとき</b> 退職手当は、退職時に支給されるものであるから、退職手当に由来する財産分与金の支払は将来退職手当を受給したときとするのが相当である。	
<b>実際に支給される退職手当の額</b> 実際に支給される退職手当の額は、本俸が変動することにより、あるいは退職事由の如何により、相当程度変動する可能性が残されている。規程では、自己都合退職の場合は、定年退職の場合の2分の1程度に減額される可能性もある。	<b>50%</b>	<b>退職手当を支給されたとき</b>	

番号	裁判所	出典	勤務先・地位	定年退職までの期間	将来の退職金を財産分与の対象財産とするか
5	広島家裁 平成18年11月12日 判決	家月59巻11号 175頁	3の原審	3の原審	○
6	神戸家裁尼崎支部 平成18年5月10日 判決	TKC25420916	4の原審	4の原審	○ 勤務先の統合による業務の縮小等も予想されることではあるが、現に勤務している職員が退職する際に退職金を受給できないということは想定し難く、退職金受給の蓋然性は高い。
7	東京地裁 平成17年4月27日 判決	判例秘06031697	学校法人	約9年	○ 退職金は、給料の後払的な性格を有する労働の対価であるから、離婚直後に配偶者が退職することなどが予測される場合においては、退職金を財産分与の対象に含めることに合理的理由が認められる場合がある。 本件では、夫が今後定年まで勤務し、現在の給料が変動しないと仮定した場合、退職金として約3506万円の支給を受ける旨の退職金支給規定があるから、夫が約9年間、現状のまま勤務を継続することにより、勤務先から退職金の支給を受ける蓋然性が高いと考えられる。
8	東京地裁 平成17年1月25日 判決	判例秘06030199	国家公務員	5年	○ 一般に退職金は、賃金の後払的性質があり、婚姻期間中の配偶者の協力がその取得に寄与しているというべきであるから、将来において退職金を受給する蓋然性が高いときは、夫婦の婚姻期間に対応した分を清算の対象とするのが相当である。 本件でも、夫は5年後に定年退職をする予定であり、かつ国家公務員であるという事情を考慮すると、将来において退職金を受給する蓋然性が高い。

いつの時点での退職金を清算の対象とするか	分与の割合	退職金に由来する財産分与金の支払時期	その他
<p><b>現時点で自己都合退職した場合の退職金額</b>                      将来定年により受給する退職手当額は、定年まで勤務することを前提として初めて受給できるものである上、支給制限事由に該当すれば退職手当を受給できず、また、退職の事由の如何によって受給できる退職手当の額には大きな差異があるから、現時点において、その存否及び内容が確定しているとは言いがたく、定年時における退職手当受給額を現存する積極財産として財産分与の対象とすることはできない。ただし、自己都合により退職した場合でも退職手当を受給できる地位にあることは、実際に受給できるのが将来の退職時ではあるものの、これを現存する積極財産として財産分与の対象とするのが相当である。</p>	<p><b>50%を上回る額</b>                      (約1711万円のうち、950万円を分与)                      退職手当の支給率は、自己都合退職の場合よりも定年退職の場合の方が高くなっており、定年まで勤務したときに受給できる退職金額は、現時点において自己都合により退職したときに受給できる退職手当額と比べて相当増額となることが見込まれる。よって、退職手当に関して支払うべき財産分与の額を定めるにあたっては、民法768条3項所定の「その他一切の事情」としてこれを考慮する。</p>	<p><b>退職手当を支給されたとき</b></p>	
<p><b>別居時に自己都合退職した場合の退職金額</b>                      現在自己都合退職により退職した場合でも、退職手当を受給できる地位にあることから、それを実際に受給できるのが将来の退職時においてではあるものの、これを現存する積極財産として財産分与の対象財産に加えるべきである。</p>	<p><b>50%から2割減額した額</b>                      勤務先をめぐる政治的財政的情勢からうかがわれる退職金の額の不安定要素や、実際の本俸も減額されていることなどを考慮する。</p>	<p><b>退職金を支給されたとき</b></p>	
<p><b>将来定年退職したときに支払いを受ける退職金額</b></p>	<p><b>30%</b>                      夫において婚姻関係破綻後約12年間に亘り、勤務を継続して定年までの労働関係を維持継続することにより初めて約3506万円の退職金を取得することが可能なことなどを考慮する。</p>	<p><b>退職金の支払いを受けたとき</b></p>	
<p><b>実際に支給を受ける退職金額</b>                      分与の方法としては、現在の価値に引き直して支払う方法も考えられるが、被告の現在の資力が夫婦共有財産のみであることを考慮すると将来受給したときにおいて、勤続年数38年のうち別居期間に至るまでの婚姻期間である16年間に相当する分を対象とするのが相当である。</p>	<p><b>50%</b></p>	<p><b>退職手当を支給されたとき</b></p>	<p>判決主文は「国から退職手当を受給したときは、退職手当から公租公課を控除した残額の19分の4を支払え。」とされている。</p>

番号	裁判所	出典	勤務先・地位	定年退職までの期間	将来の退職金を財産分与の対象財産とするか
9	東京地裁 平成16年5月28日 判決	判例秘05932292	私企業	不明(ただし、 夫は昭和33年 生まれである。)	× 夫が現時点で勤務先を退職すれば、相当額の退職金が支給されるが、実際に被告に近い将来に同社を退職する蓋然性が高いとはいえないので、将来の退職時期・支給額等の不明確なまま、退職金を清算の財産分与の対象とすることはできない。 夫の退職金は、潜在的な共同財産として財産分与額を算出する一要素として考慮する。
10	東京地裁 平成15年4月16日 判決	判例秘05831633	私企業	約7年	○ 退職金は、賃金の後払としての性格があるものであり、被告が取得する退職金には原告が夫婦としての共同生活を営んでいた際の貢献が反映されていると見るべきであるから、退職金自体が財産分与の対象となるというべきである。そして、将来支給される退職金であっても、その事情は異なる。
11	名古屋高裁 平成12年12月20日 判決	判タ1095号233頁	国家公務員 (税務職員)	約8年	○ 現在自己都合により退職した場合でも、約1632万円の退職手当を受給できる法的地位にあるのであるから、妻の協力に対応した範囲で財産分与算定の基礎財産に加えるのが相当であり、これを加えないとした場合にはかえって財産分与制度の趣旨に反して、公平を失する結果となる。
12	東京地裁 平成11年9月3日 判決	判時1700号79頁	私企業	6年	○ 将来退職金を受け取れる蓋然性が高い場合には、将来受給するであろう退職金であっても清算の対象とすることができる。 夫が現在の勤務先の会社に6年後の定年時まで勤務し、退職金の支給を受けるであろう蓋然性は十分に認められる。

いつの時点での退職金を清算の対象とするか	分与の割合	退職金に由来する財産分与金の支払時期	その他
/	/	/	
<p><b>離婚時において退職すれば支給されるであろう退職金額</b>                      定年退職まで約7年を残しており、定年退職による退職金相当額を取得する蓋然性が相当高いとしても、必ずしも確実であるとはいえず、これを基準として退職金の財産分与の額を算定するのは相当ではない。</p>	<p><b>40%</b>                      本件に顕れた一切の事情を総合考慮すると、妻の寄与の程度は概ね4割程度である。</p>	<p><b>離婚時</b>                      退職金は実際には現時点ではなく、将来支給されるものであるから、中間利息の控除が問題となるが、こういった事情は財産分与の配分割合の判断にあたって斟酌する。</p>	
<p><b>現在自己都合により退職したときに受給できる金額</b>                      現在自己都合により退職した場合でも退職手当を受給できる地位にあることは、それを実際に受給できるのが将来の退職時においてではあるものの、これを現存する積極財産として財産分与算定の基礎財産に加えるべきものである。</p>	<p><b>50%を上回る額</b>                      (約907万円のうち、550万円を分与)                      将来定年退職した時に受給できる退職手当額のうち別居までの婚姻期間に対応する額は、現在自己都合により退職したときに受給できる退職手当額のうち婚姻期間分に対応する額に比べて相当に増額となる関係にあるので、このことは、民法766条3項の「その他一切の事情」として、夫が退職手当を受領するときに妻に対して支払うべき財産分与の額を定めるにあたって、これを考慮する。</p>	<p><b>退職手当を支給されたとき</b>                      夫への退職手当給付は、夫の退職時になされるものであるから、国家公務員法退職手当法における支給制限事由が存在していること、さらには、将来退職したときに受給する退職手当を離婚時に現実に清算させることとしたときには、夫にその支払のための資金調達の不利益を強いることにもなりかねない。</p>	
<p><b>将来退職したときに受給する退職金額</b>                      そして、このうち夫婦の婚姻期間に対応する分を算出し、ここから中間利息(年5%)を複利計算で控除して現在の額に引き直したうえ、清算の対象とする。</p>	<p><b>50%</b></p>	<p><b>離婚時</b></p>	

番号	裁判所	出典	勤務先・地位	定年退職までの期間	将来の退職金を財産分与の対象財産とするか
13	東京高裁 平成10年3月18日 判決	判時1690号66頁	学校法人 理事	不明(ただし、 夫は明治44年 生まれである。)	○
14	東京高裁 平成10年3月13日 決定	家月50巻11号81頁	私企業	約7年	○ 将来支給を受ける退職金であっても、その支給を受ける高度の蓋然性が認められるときには、これを財産分与の対象とすることができるものと解するのが相当である。夫の勤務する企業の規模等に照らして、夫が退職時に退職金の支給を受けることはほぼ確実である。
15	水戸家裁 竜ヶ崎支部 平成9年10月7日 審判	家月50巻11号86頁	14の原審	14の原審	○ 将来支給されることがほぼ確実である退職金は、賃金の後払い的な性格が強いものと考えられ、退職金に関しては妻にも何らかの権利があるといわざるを得ないというべきである。
16	横浜地裁 平成9年1月22日 判決	判時1618号109頁	13の原審	13の原審	○ 将来原告が取得する退職金は共有財産である。

いつの時点での退職金を清算の対象とするか	分与の割合	退職金に由来する財産分与金の支払時期	その他
<b>将来退職したときの退職金額</b> 夫が理事を退任した場合には、退職金としておよそ2191万円を支給されると認められるから、その約2分の1に相当する金額を支払うべきである。	50%	退職金の支払いを受けたとき	
<b>離婚時に相手方が任意に退職した場合の退職金額</b>	40% 退職金が仮に離婚前に支給されていたとしても、その全額が離婚時まで残存しているとは限らないし(何らかの消費的支出に充てられる可能性がある)、夫が支給を受ける退職金について、妻の寄与率を夫と同一と見るのは妥当ではない。よって、退職金についての妻の寄与率を4割とするのが相当である。	退職金を支給されたとき	
<b>離婚時に相手方が任意に退職した場合の退職金額</b>	50%	退職金の支払いを受けたとき	
<b>将来退職したときの退職金額</b> 退職金を確実に取得できるかは未確定であり、その額は確定されていないから、現時点では確定金額の支払いを命じることは相当ではない。	50%	退職金を受領したとき	判決主文は「将来退職金を受領したとき、その受領金額の2分の1を支払え」とされている。

## 審判前の保全処分による 子の引渡しの判断基準

弁護士 福市 航介

### 1 はじめに

子を巡る紛争は激しさを増している。それに伴い、子の引渡しを巡る争いも増加しているというのが実感である。そこで、今回は、子の引渡しを巡る争いの当初から問題となり、かつ、最終的な結論に大きな影響を与える審判前の保全処分による子の引渡しについて、その判断基準を概観し、今後の実務の指針としたい。

### 2 子の引渡しの判断基準

#### (1) 審判前の保全処分の要件

審判前の保全処分が認められるためには、I 本案審判において一定の具体的な権利義務が形成される蓋然性とII 保全の必要性の要件を満たす必要がある<sup>1</sup>。I が必要なのは、審判前の保全処分が暫定的な処分でありながら、強制力が付与されているからである(家事事件手続法109条3項、民事保全法43条、同52条。以下、単に「法」という。)。II が必要なのは、審判の効力が生じるまでの間に、事件の関係人の財産に変動が生じて後日の審判に基づく強制執行による権利の実現が困難になったり、あるいは、その間における関係人の生活が困難や危険に直面するという事態が生ずることが少なくないことから、これに対処する必要があるからである(法115条、民事保全法20条1項、同23条2項、法157条1項)。

これを子の引渡しの審判前の保全処分についてみると、I とは、申立人が監護者として適格である判断とされる蓋然性であると解される<sup>2</sup>。子の引き渡しの前提として引き渡しを請求する者が監護者として適格である必要があるからである。なお、監護者として適格であるかどうかは、父母側の諸事情や子の事情を総合的に比較衡量して判断される<sup>3</sup>。II に関しては、法157条1項柱書に特則があり、「強制執行を保全し、又は子その他の利害関係人の急迫の危険を防止するために必要があるとき」とされていることから、子の事情も当然に斟酌される(なお、当該規定は、従前の家事審

判規則52条の2でいう「事件関係人の急迫の危険を防止する必要があるとき」とほぼ同様の意味に解釈されると思われる。)。もっとも、その具体的な内容は、事案により異なると考えられる。

- (2) 子の引渡しにかかる審判前の保全処分の裁判例  
子の引渡しにかかる審判前の保全処分について、前記I及びIIの要件を検討する。この点については、東京高等裁判所平成15年1月20日決定・家裁月報55巻6号122頁(裁判例①)と東京高等裁判所平成20年12月18日決定・家裁月報61巻7号59頁(裁判例②)が参考になる。

裁判例①は、審判前の保全処分の要件としてI及びIIが必要であり、IIの意味は、「子の福祉が害されているため、早急にその状態を解消する必要があるときや、本案の審判を待っては、仮に本案で子の引渡しを命じる審判がされてもその目的を達することができないような場合がこれに当たり、具体的には、子に対する虐待、放任等が現になされている場合、子が相手方の監護が原因で発達遅滞や情緒不安を起こしている場合など」であると判示している。これに対し、裁判例②は、Iの要件について特に触れることなく、IIの要件に関し、「従前監護していた親権者による監護の下に戻すと未成年者の健康が著しく損なわれたり、必要な養育監護が施されなかったりするなど、未成年者の福祉に反し、親権行使の態様として容認することができない状態となることを見込まれる特段の事情がない限り、その申立てを認めるべき」と判示している。

これらの判示から分かれるとおり、両者では、IIの要件に関する原則と例外が逆転している。前者は原則として保全の必要性を認めないという判断であるのに対し、後者は原則として保全の必要性を認めるという判断だからである。これをどのように考えればよいかは、実務上の指針を知る上で重要である。

- (3) 実務における子の引渡しの判断基準

審判前の保全処分が認められるためには、前述のとおり、I 本案審判において一定の具体的な権利義務が形成される蓋然性とII 保全の必要性の要件を満たす必要がある。I が要求される理由からすれば、この点を解釈だけで不要と変更することは難しい。裁判例②も、Iの要件を明示的に判示はしていないが、当然の前提として監護開始の態様の違法性が顕著であることを理由として本案審

判の蓋然性を認めているものと思われる<sup>4,5</sup>。

問題なのは、Ⅱの要件である。前記のとおり、裁判例①と裁判例②では、原則と例外が逆だからである。しかし、実際には裁判例①が提示したような基準が使用される事例が多いのではないかと思われる。なぜなら、子の引渡しを求める審判前の保全処分は、満足的仮処分であり、保全の必要性の要件について高度の疎明が要求されるため、疎明の成功に相当程度のハードルの高さが想定されるからである<sup>6</sup>。確かに、裁判例②は原則として保全の必要性を認めるとの判示を行っているが、裁判例②の事案は連れ去りの違法性が相当顕著であったという特殊な事案であったから、安易に一般化することはできない<sup>7</sup>。実際、裁判例②は、前述の基準の前に「共同親権者である夫婦が別居中、その一方の下で事実上監護されていた未成年者を他方が一方的に連れ去った場合において、従前未成年者を監護していた親権者が速やかに未成年者の仮の引渡しを求める審判前の保全処分を申し立てたときは」と判示し、前述の基準が適用されるケースを限定している。裁判例②のような事案では、自力救済を禁止し、違法行為者に有利な地位を与えないようにすることで、実力による子の奪い合いを助長しないようにする高度の必要性があり、その意味で例外的に保全の必要性が認められたものと解することができる<sup>8</sup>。

そうすると、実務上は、裁判例①のような判断構造が原則となるものと思われる<sup>9</sup>。

#### (4) 数次の引渡執行を避けるという視点

ところで、近時、子の引渡しにかかる審判前の保全処分の「保全の必要性」の判断について、数次の引渡執行を避ける必要性という新たな観点を取り入れた決定がなされた。すなわち、東京高等裁判所平成24年10月18日・判例タイムズ1383号327頁は、子の利益のために数次の強制執行をできる限り避けるという観点から、「審判前の保全処分として未成年者の引渡しを命じる場合には、監護者が未成年者を監護するに至った原因が強制的な奪取又はそれに準じたものであるかどうか、虐待の防止、生育環境の急激な悪化の回避、その他の未成年者の福祉のために未成年者の引渡しを命じる必要があるかどうか、及び本案の審判の確定を待つことによって未成年者の福祉に反する事態を招くおそれがあるといえるかどうかについて審理し、これらの事情と未成年者をめぐるその

他の事情とを総合的に検討した上で、審判前の保全処分により未成年者について引渡しの強制執行がされてもやむを得ないと考えられるような必要性があることを要するものというべきである。」と判示したのである。裁判例③が示した「未成年者について引渡しの強制執行がされてもやむを得ないと考えられるような必要性」とは、数次の強制執行を避けて子の利益を確保する必要性を根拠におくものと理解できる。前記のとおり、子の引渡しの審判前の保全処分での「保全の必要性」とは、「強制執行を保全し、又は子その他の利害関係人の急迫の危険を防止するために必要があるとき」を意味するから、利害関係人たる子の事情を考慮することができるので、裁判例③のような判断は十分に可能である。実務を担当していると、強制執行が繰り返されることで子の生活が安定しないといった懸念がある事例は実際に経験したりすることから、上記の判断構造は必要である。今後は、このような観点からの検討も行った上で実務での事件処理をする必要がある。

### 3 おわりに

以上、極めて簡単に子の引渡しの基準について概観した。ここでは、多くの事例で子の引渡しに関する審判前の保全処分の「保全の必要性」の判断は厳格になされる可能性が高いこと、しかし、子の奪取の違法性が顕著な事例では原則として子を元に戻す等の別の対応がなされる可能性があること、今後は数次の強制執行を避けて子の利益を確保する必要性をも考慮に入れた対応が必要であることが判明したように思われる。課題としては、審判前の保全処分での子の引渡し認められるだけの子の奪取の違法性の程度や早期の申立ての時期とはいかなるものか、子の引渡しの方法をいかにあるべきかという点であると思われるが、紙面の都合と筆者の能力もあり、別の機会に検討することとしたい。

- 1 金子修「一問一答 家事事件手続法」(商事法務、2012年5月)170頁参照。
- 2 中山直子「子の引渡しの判断基準」判例タイムズ1100号72頁参照。
- 3 中山・前掲2・72頁参照。なお、具体的には、父母側の事情としては、監護能力、精神的・経済的家庭環境、居住環境、教育環境、子に対する愛情の度合い、従来の監護状況、親族等の援助等が挙げられ、子の側の事情としては、子の年齢、性別、心身の発育状況、兄弟姉妹との関係、従来の環境への適応状況、環境変化への適応性、子自身の意向等が挙げられている。
- 4 松本哲弘「子の引渡し・監護者し手に関する最近の裁判例の傾向について」家裁月報63巻9号28頁参照。

- 5 なお、同決定の基準を「本案の結論との関連を考慮しない基準である」と評価する見解も提示されているが(山口亮子「子の奪い合い紛争事件における判断基準について」産大法学第45巻第3、4号207頁以下参照。)、本文で述べた理由で、そのような評価は難しいのではないと思われる。
- 6 松山昇平「子どもの引渡しを求める仮処分」門口正人・須藤典明編『新・裁判実務体系第13巻民事保全法』(青林書院、2002年)341頁以下参照。
- 7 親や代理人に相談することなく、未成年者を保育園から連れて帰ることを計画し、未成年者が通園していた保育園を訪れたところ、未成年者が他の園児ともども園庭で遊んでいるのを見つけ、保育士がいないすきについて門のかんぬきを外して園内に入り込み、未成年者を連れ出したという事案であり、裁判例②も、「未成年者略取罪の成立を認めた最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定・刑集59巻10号1901頁の事案にも類する事案である」等と評価している。
- 8 丹野達『民事保全手続の実務』(酒井書店、1999年)481頁、487頁参照。
- 9 ただし、子連れ別居のとの関係で監護開始の適法性については、もう少し検討の必要があるように思われる。現在、子連れ別居は当然のように適法視されている。確かに、別居時に子を連れ出すことが常に違法とは考えられないが、常に適法とも思われない。両親が等しく愛情をもって子の養育に参加しており、子も既に確立した生活関係を構築しているにもかかわらず、子の意思に反して、子が新たな生活関係をはじめから作らなければならないような遠く離れた場所へ移動させたという事案を考えると、単純に適法性を肯定するには躊躇を覚える。このような事例で早期の審判前の保全処分が申し立てられた場合は、簡単に申立てを却下することは躊躇される。

## 労働関連三法の改正

弁護士 小原 路絵

### 1 はじめに

近時、①労働契約法、②高年齢者等の雇用の安定等に関する法律(以下「高年齢者雇用安定法」という。))及び③労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律(以下「労働者派遣法」という。))の重要な改正が相次いでいる。厚生労働省によれば、有期労働契約で働く人は全国で約1200万人と推計され、また高齢化社会が進み、年金の受給年齢が引き上げられる中、これらの法改正は、多くの企業に影響を及ぼすと考えられることから、その改正点等を検討してみたい。

### 2 ①労働契約法

#### (1) 主な改正点

(A)無期労働契約への転換、(B)「雇止め法理」の法定化及び(C)不合理な労働条件の禁止の3点が主な改正点である。(B)は平成24年8月10日の公布日に施行されており、(A)(C)は平成25年4月1日からの施行である。

#### (2) (A)無期労働契約への転換(法18条)

期間の定めのある労働契約(以下「有期労働契約」という。))において、通算5年を超える労働者の申込があった場合、期間の定めのない契約に転換することが定められた(同18条1項)。

##### ア 5年

ここでいう通算5年とは、同一の使用urerとの間で締結された二つ以上の有期労働契約の契約期間を、施行日以降の新たな更新から通算した期間をいう。例えば、1年の期間が定められた有期労働契約の場合、4回更新が行われれば(ここまでで契約当初から通算して5つの契約があり、丸5年が経過。)、5回目の更新以降の1年の期間内に申込を行えば、この1年の期間満了(ここまでで契約当初から通算して6つの契約があり、丸6年が経過。))の翌日(7年目の始まる日)から無期労働契約が開始することになる。また、3年の有期労働契約であれば、1回目の更新後の3年の期間内に申込をすることができ(契約当初から通算して2つの契約があり、丸6年。)、3つ目の契約である7年目の始まる時から無期契約

となる。5年の有期労働契約の場合も、1回目の更新後の5年の期間内に申込が可能となり(契約当初から通算して2つの契約があり、丸10年。)、3つ目の契約である11年目の始まる時から無期労働契約となる。

なお、条文上は、「通算契約期間」が「五年を超える」となっており、上記1年の有期労働契約の例の場合に、5回目の更新以降の1年間に申込を行わなくても、次の更新以降でも申込を行うことができる(仮に、7年目の期間内に申込すれば、8年目の開始日から無期労働契約が開始。)

但し、一定の場合を除き、1回の有期労働契約の期間の上限は3年とされている(労働基準法14条1項)。

#### イ 申込と承諾

無期労働契約への転換に必要な要件は、上記期間の他、労働者の申込とされているが(無期転換申込権)、これに対し、使用者の承諾は、申込があっただけで承諾されたものとみなされ、何らかの行為は不要である。よって、この無期転換申込権は、無期労働契約を創設する形成権と考えられ、労働者の一方的行使により、申込がなされた時点で、無期労働契約が成立する(但し、無期労働契約の開始は、当該有期雇用契約の終了日の翌日から)。

なお、労働者が、この無期転換申込権を行使するかは労働者の自由であり、その方式にも定めはない(口頭でも有効)。

この点、通達(基発0810第2号、厚生労働省「労働契約法のあらまし」p32)では、労働者の自由意思を捉えて、労働者にあらかじめ無期転換申込権を放棄させることを条件とすることは同条の趣旨を没却し、公序良俗に反し、無効と解されるとしている。

また、使用者が無期転換申込権行使後に到来する当初の有期労働契約の期間満了をもって労働契約を終了させようとしても、無期労働契約転換後の解雇に該当し、「客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当と認められない場合」には権利濫用として無効となる(法16条)。他方、無期転換申込権の発生前の解雇は、有期労働契約の期間中の解雇となり、法17条1項により、「やむを得ない事由」がなければ、解雇できないとされている。さらに、通算5年を超える前の更新拒絶は、下記(3)項の(B)法19条の雇止め

問題となる。

#### ウ 空白期間

同18条2項は、「通算契約期間」の算定において、6ヶ月以上の「空白期間」による中断を定めている(いわゆる「クーリング」)。つまり、通算契約期間が5年に達する前に、更新がなされず、契約がない期間が6ヶ月以上続き、再度、有期労働契約で雇用した場合に、空白期間前の契約期間は通算契約期間に算定されず、再度の有期労働契約が始まった時点から5年が経過したかどうか問題とされる。

但し、有期労働契約の期間が1年未満の場合(2つ以上の有期労働契約がある場合は通算期間)、空白期間は当該有期労働契約の2分の1となる(例えば、4ヶ月の有期労働契約の場合は、2ヶ月以上。但し、2分の1が1ヶ月未満となる場合の空白期間は1ヶ月となる。)

#### エ 無期転換後の労働条件

無期労働契約への転換後の労働条件は、別段の定めがある部分を除いて、現に締結している有期労働契約の内容である労働条件(契約期間を除く。)と同一となる(法18条1項)。

ここでいう「別段の定め」とは、労働協約、就業規則及び個々の労働契約で定めることが考えられる。有期労働契約から無期労働契約への転換が一定数予想される企業としては、無期労働契約転換後の労働条件をあらかじめ就業規則等で定めることが望ましいと考えられる。その際、不利益変更にあたらないか、または下記(4)項の(C)法20条の労働者間の差異が生じないかの配慮が必要となる。

#### (3) (B)「雇止め法理」の法定化(法19条)

厚生労働省によれば(「労働契約法改正のあらまし」p8)、「東芝柳町工場事件(最判S49.7.22)」及び「日立メディコ事件(最判S61.12.4)」で確立した「雇止め法理」が条文として規定されたとのことである。

つまり、「東芝柳町工場事件」より、過去に反復継続された有期労働契約で、その雇止めが無期労働契約の解雇と社会通念上同視できると認められる場合(同条1号)、

または、「日立メディコ事件」より、労働者が、有期労働契約の契約期間の満了時にその有期労働契約が更新されると期待することについて合理的な理由があると認められる場合(同2号)に、

労働者が更新の申込又は期間満了後遅滞なく有期労働契約締結の申込をした場合は、使用者がこれを拒絶することが客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当と認められない場合、承諾されたものとみなされる。

なお、この更新の申込又は締結の申込の方法に定めはなく、何らかの意思表示が使用者に到達すればよいと考えられる。この点、厚生労働省は、使用者の雇止めの意思表示に対し、労働者が「嫌だ。困る。」と述べた場合にもこの申込又は締結の申込があったと解されると説明している（「労働契約法改正のあらまし」p8）。

(4) (C)不合理な労働条件の禁止(法20条)

有期労働者と無期労働者とで、期間の定めのある無により、労働条件に差異を設けることを禁じている。なお、上記通達では民事効・直律効があるとされている。

3 ②高年齢者雇用安定法

改正前は、65歳未満の定年を定め、高年齢者雇用確保措置として継続雇用制度を導入している場合に、継続雇用の対象者を限定する基準を労使協定で定めることができたが、改正法では、希望者全員を対象としなければならないとされた。但し、一定の経過措置はある。

なお、この点、60歳の定年後の再雇用で、有期労働契約が通算して5年を超えた場合に、上記①(A)の無期労働契約へ転換するかという問題が生じる。無期労働契約への転換は、雇用形態などの適用除外が無く、定年後の再雇用の場合を除くという規定がない。そのため、条文を形式的にあてはめれば、無期労働契約の転換が生じることになる。これに対しては、確かに条文上の規定はないが、高年齢者雇用安定法の趣旨から、無期労働契約への転換は適用されないとの反対意見もある。

4 ③労働者派遣法

(1) 施行日

「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律」(旧名称「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律」)が平成24年10月1日から施行されている(下記クの労働契約申込みみなし制度は平成27年10月1日から施行。)

(2) 主な改正点

ア 日雇い派遣の一部禁止

日雇い派遣(雇用契約が30日以内の派遣)の一

部が禁止された。

イ グループ企業内派遣は8割までに規制

派遣会社と同じグループ企業への派遣は、派遣会社の全派遣スタッフの総労働時間の8割以下に制限された。

ウ 1年以内に辞めた人を派遣で受入れることの禁止

会社を辞めてから1年経過していない人の、派遣スタッフとしての受入れが禁止された。

エ マージン率の公開と派遣料金の明示

オ 派遣スタッフの均衡処遇の確保

派遣スタッフと同一の職務に携わる派遣先の社員との間に、賃金等で不合理な差別がないよう努力義務が課された。

カ 派遣契約解除の際の就業機会確保、休業手当等の支払に要する費用負担等の措置の義務化

キ 有期雇用派遣労働者の無期雇用への転換推進措置の努力義務化

無期労働契約として雇用する機会の提供、派遣先での直接雇用の推進、教育訓練などの実施が努力義務とされた。

ク 労働契約申込みみなし制度

派遣先が違法と知りながら違法派遣の派遣者を受入れている場合、派遣先が派遣労働者に労働契約を申し込んだとみなされることとなった。

【労働契約法参考条文】

第4章 期間の定めのある労働契約

(契約期間中の解雇等)

第17条 使用者は、期間の定めのある労働契約(以下この章において「有期労働契約」という。)について、やむを得ない事由がある場合でなければ、その契約期間が満了するまでの間において、労働者を解雇することができない。

2 使用者は、有期労働契約について、その有期労働契約により労働者を使用する目的に照らして、必要以上に短い期間を定めることにより、その有期労働契約を反復して更新することのないよう配慮しなければならない。

(有期労働契約の期間の定めのない労働契約への転換)

第18条 同一の使用者との間で締結された二以上の有期労働契約(契約期間の始期の到来前のものを除く。以下この条において同じ。)の契約期間を通算した期間(次項において「通算契約期間」という。)が五年を超える労働者が、当該使用者に対し、現に締結している有期労働契約の契約期間が満了する日までの間に、当該満了する日の翌日から労務が提供される期間の定めのない労働契約の締結の申込みをしたときは、使用者は当該申込みを承諾したものとみなす。この場合において、当該申込みに係る期間の定めのない労働契約の内容である労働条件は、現に締結している有期労働契約の内容である労働条件(契約期間を除く。)と同一の労働条件(当該労働条件(契約期間を除く。))について別段の定めがある部分を除く。)とする。

2 当該使用者との間で締結された一の有期労働契約の契約期

間が満了した日と当該使用者との間で締結されたその次の有期労働契約の契約期間の初日との間にこれらの契約期間のいずれにも含まれない期間(これらの契約期間が連続すると認められるものとして厚生労働省令で定める基準に該当する場合の当該いずれにも含まれない期間を除く。以下この項において「空白期間」という。)があり、当該空白期間が六月(当該空白期間の直前に満了した一の有期労働契約の契約期間(当該一の有期労働契約を含む二以上の有期労働契約の契約期間の間に空白期間がないときは、当該二以上の有期労働契約の契約期間を通算した期間。以下この項において同じ。))が一年に満たない場合にあつては、当該一の有期労働契約の契約期間に二分の一を乗じて得た期間を基礎として厚生労働省令で定める期間)以上であるときは、当該空白期間前に満了した有期労働契約の契約期間は、通算契約期間に算入しない。

(有期労働契約の更新等)

第19条 有期労働契約であつて次の各号のいずれかに該当するものの契約期間が満了する日までの間に労働者が当該有期労働契約の更新の申込みをした場合又は当該契約期間の満了後遅滞なく有期労働契約の締結の申込みをした場合であつて、使用者が当該申込みを拒絶することが、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められないときは、使用者は、従前の有期労働契約の内容である労働条件と同一の労働条件で当該申込みを承諾したものとみなす。

- 一 当該有期労働契約が過去に反復して更新されたことがあるものであつて、その契約期間の満了時に当該有期労働契約を更新しないことにより当該有期労働契約を終了させることが、期間の定めのない労働契約を締結している労働者に解雇の意思表示をすることにより当該期間の定めのない労働契約を終了させることと社会通念上同視できると認められること。
- 二 当該労働者において当該有期労働契約の契約期間の満了時に当該有期労働契約が更新されるものと期待することについて合理的な理由があるものであると認められること。

(期間の定めがあることによる不合理な労働条件の禁止)

第20条 有期労働契約を締結している労働者の労働契約の内容である労働条件が、期間の定めがあることにより同一の使用人と期間の定めのない労働契約を締結している労働者の労働契約の内容である労働条件と相違する場合においては、当該労働条件の相違は、労働者の業務の内容及び当該業務に伴う責任の程度(以下この条において「職務の内容」という。)、当該職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して、不合理と認められるものであつてはならない。

## 根保証債務の随伴性

### —平成24年12月14日最高裁判決から

弁護士 永井 弘二

#### 1 はじめに～問題の所在

根保証とは、継続的な関係から繰り返し生じる不特定の債権を担保するための保証をいう。最判の事案では、債権者が債務者に繰り返し貸し付ける債権を保証しており、極度額(保証する限度額)や保証期間が定められていた。一般の保証では、特定の債権を保証するのみであり(特定保証)、債権の消滅と共に保証債務も消滅し(附従性)、債権が他に譲渡されれば保証債務もそれに伴って移転する(随伴性)。

根保証については、従前、法律上の規定がなく、極度額や保証期間の定めのない包括根保証契約も有効であるとされていた。しかし、この場合、保証人の責任が青天井となって苛酷な事態を招くことも少なくないことから、判例は、極度額の定めがなくとも保証責任を限定的に解釈したり、保証期間の定めがない場合には保証人からの解約権を認め、また一定の包括根保証契約の相続性を否定するなどして対応してきた。平成16年の民法改正により、貸金等についての根保証については、書面での契約のみを有効とし、極度額や保証期間を定めなければならないこととされた(要式契約)。しかし、この改正法によっても、保証期間中に、保証された一部の債権が他に譲渡された場合に、保証人は譲渡を受けた他の債権者に対しても責任を負うのか否かについては規定されていない。

根保証契約と類似する契約に根抵当権がある。根抵当権は、一定の範囲に属する不特定の債権の全てを担保する抵当権であり、特定の債権のみを担保する抵当権(普通抵当権)と区別される。根抵当権の要件としては、債権者、債務者、債権の種類3つによって債権の範囲を特定し、また、極度額(担保する限度額)の定めも要求されている。根抵当権については民法上詳細な定めがあり(民法389条の2以下)、根抵当権の元本確定(期間経過等の一定の事由によって、その時点以降は被担保債権が増えず、被担保債権が確定した状態)よりも前に、一部の被担保債権が他に譲渡された場合には、その債権は当該根抵当

権によっては担保されないこととなることが規定されている(民法398条の7)。

今回の問題は、根保証の元本確定前(期間経過前など)に、保証されていた債権の一部が他に譲渡された場合、一般の保証債務と同様に根保証人は譲渡を受けた他の債権者に対しても保証債務を負担するのか、あるいは、根抵当権と同様に譲渡を受けた他の債権者に対しては保証債務を負担しないこととなるのか、という点である。

これまでほとんど議論されてきていない論点であるが、1審、2審ともに根保証人の責任を認めている。

## 2 最高裁判決

今回の最高裁判決は、「根保証契約を締結した当事者は、通常、主たる債務の範囲に含まれる個別の債務が発生すれば保証人がこれをその都度保証し、当該債務の弁済期が到来すれば、当該根保証契約に定める元本確定期日(本件根保証契約のように、保証期間の定めがある場合には、保証期間の満了日の翌日を元本確定期日とする定めをしたものと解することができる。)前であっても、保証人に対してその保証債務の履行を求めることができるものとして契約を締結し、被保証債権が譲渡された場合には保証債務もこれに随伴して移転することを前提としているものと解するのが合理的である。」として、「譲受人の請求を妨げる別段の合意」がない限り、保証人は譲渡を受けた債権者に対しても保証債務を負担するとし、2審の判断を是認した。

## 3 検討

(1) 今回の論点については、冒頭に述べたように、特定保証の場合や根抵当権の場合との比較ということだけで考えると、俄には判断が付かないようにも思われ、こうした点について、最高裁が一定の判断を示したのは実務的に有益である。

ただ、本件の問題は、要するに根保証契約という契約についての意思解釈の問題であり、特定保証や根抵当権の場合との比較というのも、この意思解釈にあたっての考慮要素の一つとして捉えられるものである。

(2) こうした観点から見た時、根保証契約をする当事者、特に保証人は、根保証契約に定められた範囲に属する債務については保証責任を負担する趣旨であることは明確であり、債務の弁済期が保証期間中(元本確定前)に来るか否かにかかわらず、弁済期後に主債務者が債務を履行しない場合には、かわって弁済の責任を負うことを前提とし

て契約に応じていると言える。

また、保証責任の履行という点では、債権者が誰かという債権者の属性は、原則としては問題にならない契約類型であるとも言える。

そうすると、根保証契約において、債権譲渡等によって債権者が交代したとしても、特に保証人の責任を免ずるにはあたらないのが通常であると言える。

(3) 他方、根抵当権において、元本確定前の随伴性が否定されたのは、元本確定前の随伴性を認めると、譲受債権者の附記登記等の手続きをどうするかという点や、債権譲渡後の根抵当権の実行方法など複雑な問題が生じ(例えば、元の債権者としてはさらに被担保債権が発生、消滅することを意図していたのに、譲受債権者が根抵当権を実行したりすると、元の債権者の債権も確定せざるを得なくなるなど)、また、根抵当権の設定者(物件の所有者)の意思と関わりないところで、こうした複雑な問題が生ずることを回避するところがあるとされる(なお、根抵当権の元本確定後に被担保債権の一部が譲渡された場合には、根抵当権が準共有となるだけであり、さらに被担保債権が発生しない以上、特別に複雑な問題は生じない)。

これに対して、根保証の場合には、譲渡された特定の債権について保証人として履行責任を負うだけのことであり、根抵当権の場合のような複雑な問題は生じない。根抵当権の設定者(物件の所有者)の意思の尊重という点との比較でも、設定者に対応するのは保証人に他ならず、保証人として責任を負担することは保証契約当初から想定していたことである以上、根抵当権の設定者の意思を尊重しなければならないのと同様の事態は、根保証契約においては生じないとも言える。

(4) 以上のように、根保証契約における当事者の意思解釈からすれば、根保証においては、元本確定前に債権の一部が譲渡されても根保証人の責任は消滅しないという結論が妥当であると考えられ、最高裁の判断には異論はないのではないと思われる。

なお、保証人の立場としては、債権者の属性が契約の大きな動機になっている場合もあり得、当初契約した債権者に対してのみ保証するという意思であった場合もないとは言えない。そこで、特に当初契約した債権者に対してのみ保証責任を負担するという意思であったことが明確になるよう

な場合には、最高裁判決のいう「別段の合意」が認められて、譲受債権者には責任を負わないこともあり得ると考えられる。但し、最高裁が例外を認める際に使用することの多い「特段の事情」という言葉が使われず、敢えて「別段の合意」としていることからすると、これが認められるのは、須藤裁判官の補足意見にあるような契約書上での明記などが必要になることが多いのではないかとも思われる。

## 事業者間の情報提供義務 —シンジケートローンに関する最判 平成24年11月27日金法1963号88頁

弁護士 井上 博隆

### 1 はじめに

情報提供義務は、契約交渉・締結段階で問題となることが多い。適切な情報を得ていたら締結していなかったと主張する形で表れる<sup>1</sup>。

情報提供義務は、事業者と消費者・非専門的事業者間で認められることが多いが、事業者間、特に双方が専門的事業者間においては、情報提供義務は認められるのか、認められるとすればどのような場合で、どのような要件で認められるのかが、問題となる。

### 2 情報提供義務の根拠

情報提供義務が認められる根拠について、以下のようにならわれている<sup>2</sup>。

近代民法の原則である「私的自治の原則」の下では、自己の責任において、情報収集し、情報分析し、交渉等しなければならない。しかし、複雑化・専門化した現代社会では、近代民法が前提とした必要な情報の収集・分析ができない者や取引が日常化してきたため、私的自治の原則を貫くことは、不合理な結果を招く。

このため、契約当事者間に情報収集力・情報分析力に格差がある場合、自己決定、自己責任を正当化するために、格差を是正する義務として情報提供義務が課される。

潮見教授は、「情報格差・交渉力格差の存在それ自体が決定的なのではなく、劣位当事者の自己決定権が侵害されている（または、その具体的危険があることが決定的なのである）」とされている<sup>3</sup>。

### 3 情報提供義務が認められる場合

このような情報提供義務は、主として事業者と消費者・非専門的事業者間で妥当する。ここでは、単に情報提供義務にとどまらず、助言・勧告義務も含まれるとされている。既に多くの裁判例もある<sup>4</sup>。

当事者がともに事業者でない場合、情報収集力・情報分析力に基本的に差がないと考えられることから、原則として、私的自治の原則に任せるのが妥当

であり、当事者は、原則として、自ら進んで相手方に情報を提供する義務はない<sup>5</sup>。

一方、当事者がともに事業者である場合には、私的自治の原則に任せるのが妥当であるとしつつ、「情報力における構造的格差および事業者に対する信頼を保護するために生じる事業者の義務としての性格を持つ。」<sup>6</sup>ことから「事業によっては、事業者という社会的地位に基づく責任として情報提供義務を負う場合もあると解され、情報を開示する義務についても、過失による情報提供義務違反が違法と評価される。」<sup>7</sup>とされる。

事業者間の情報提供義務について、頭書記載のシンジケートローンに関する最判の事例は、1審、控訴審、最高裁がそれぞれ異なる判断をしており、今後の事業者間の情報提供義務の存否・要件を考える上で参考になると思われる。

#### 4 最高裁判決の事例

##### (1) シンジケートローン<sup>8</sup>

シンジケートローン(以下[シ・ローン]という)とは、借受人から依頼を受けた金融機関(アレンジャー)が複数の金融機関(貸付人)に参加を募り、これに応じた複数の参加金融機関が協調して借受人に対して融資を行うものである。

アレンジャーは、参加金融機関を招聘する際に、借受人から提供を受けた情報に基づき、融資条件、借受人についての基本的な情報、財務状況等を記載した書面を作成し、これを参加金融機関に対して配布する。この書面には、留意事項として、情報の正確性・真実性についてアレンジャーは責任を負うものではないこと、参加金融機関において、独自に借受人の信用力その他の審査を行う必要があることなどが記載されていることが多い。参加金融機関は、与信判断のために独自で情報収集、判断をするが、借受人と直接取引関係を有しないため、公開情報以外は容易に入手できないので、必要な情報は、アレンジャー経由で借受人に要請できる。

本件も、このような事案であった。

##### (2) 本件事案

本件は、シ・ローンに参加した金融機関が、アレンジャーに対し、融資実行後まもなく借入人が破綻したことから、情報提供義務違反を理由に損害賠償を請求した事案である。

本件の確定した事実関係の内、主たる争点に関するものは、以下のようなものであった。本件シ・

ローン契約調印までの間に、借入人A社のメインバンク(M銀行)が別件シ・ローンを組成していたところ、Mは、A代表者Dに対し、決算書に不適切処理の疑念があること、専門家による財務調査の必要性を指摘し、行わなければMのシ・ローンの継続ができない旨要請し、Dはこれを承諾し、このため、Aは、決算書に不適切処理の可能性があるため決算書の精査を調査会社に依頼することになった旨の書面(「本件書面」という)を作成し、別件シ・ローンの各行に送付した。そして、Dは本件シ・ローンのアレンジャーY銀行担当者Pに本件書面を見せ、別件シ・ローンの貸付人に送付したこと(「本件情報」という)を明らかにした。

その後、本件シ・ローン契約が発効、実行されたが、調査会社の財務調査完了により過大な粉飾決算が判明したことから、MはAに別件シ・ローンの期限の利益の喪失を通知し、Aは経営破綻したというものであり、Yの「本件情報」の提供義務違反が問題となったものである<sup>9</sup>。

##### (3) 名古屋地判平成22年3月26日金法1921号43頁

1審判決は、以下のように判断した。具体的事情の下において、アレンジャーが、故意・過失により、参加金融機関が、適正な情報に基づき参加の可否の意思決定をする法的利益を侵害したといえる場合には不法行為責任を負うことがある。アレンジャーに情報提供義務違反が認められるためには、少なくとも、①情報が、金融機関の参加の可否の意思決定に影響を及ぼす重大な情報であり、かつ正確性・真実性のある情報であること、②アレンジャーにおいて、そのような性質の情報であることについて、特段の調査をすることなく容易に判断し得ることを要する。このように情報を厳しく限定する理由は、アレンジャーの借入人に対する守秘義務にある。

##### (4) 名古屋高判平成23年4月14日金法1921号22頁

控訴審判決は、以下のように判断した。アレンジャーが故意、あるいは故意に匹敵するような重大な過失により参加金融機関の判断を誤らせた場合には、情報提供義務違反として不法行為責任を負うことがある。その理由として、参加金融機関は、融資の専門家であるから本来可能な限り自ら取得した情報を基礎にして融資の決定をすべきであるとされた。

そして、参加金融機関は、非公開情報は質問すること以外に取得方法が無く、そのような制約の

中で自己の権限と責任において融資を決定する地位にある。一方、アレンジャーは、参加金融機関にとって取得することが困難で重要な情報を了知・取得していることもあり、信義則上、このような重要情報を参加金融機関に提供すべき義務がある。

この情報は、参加金融機関が参加するかどうかを決定するのに重要であって自らは知ることが困難な情報であればよく、その内容が疑念の段階に止まるものであっても、対象となり得る。

アレンジャーの借受人に対する守秘義務について、借受人がシ・ローンの組成を依頼する際に、参加金融機関への情報提供は黙示的にあるいは慣習上容認している。

留意条項の免責条項は、記載内容の正確性・真実性を保証しないというにとどまり、アレンジャーが、そのことを認識しながら是正することなくシ・ローンを成立させた場合にまで免責されると解するべきではない。

#### (5) 最判平成24年11月27日金法1963号88頁

最高裁は以下のように判断した。本件事実関係のもとで、[1]本件情報は、Mが、決算書の内容に単に疑念を抱いたというにとどまらず、外部専門業者による決算書の精査を強く指示した上、その旨を別件シ・ローンの参加金融機関にも周知させたというものであり、これは、Aの信用力についての判断に重大な影響を与えるものであること、[2]本件情報は、参加金融機関が自ら知ることが通常期待し得ないものであること、[3] Dは、YないしPに本件シ・ローンの組成・実行手続の継続に係る判断を委ねる趣旨で、本件情報をPに告げたこと、これらの事実を照らせば、留意事項に、情報の正確性・真実性について一切の責任を負わない等が記載されていたものがあるとしても、アレンジャー業務の遂行過程で入手した本件情報については、これが参加金融機関に提供されるように対応することを期待するのが当然といえ、Yとしても、そのような対応が必要であることは容易に思い至るべきものといえる。また、この場合において、守秘義務違反が問題となるものとはいえない。

そうすると、Yは、信義則上、本件シ・ローン組成・実行前に本件情報を提供すべき注意義務を負うものと解するのが相当である。

また、田原裁判官は補足意見として、一般論と

して、借入申込人の金融機関に対する情報提供義務、アレンジャーの参加金融機関に対する情報提供義務を述べ、また、アレンジャーの借入人に対する守秘義務について述べている。

#### 5 コメント

- (1) 1審判決は、情報提供義務が生じる情報を余りにも狭く解している点で疑問があり、一方、控訴審判決は、逆に情報提供義務が生じる情報を広く解している点及び不法行為の要件を一般理論と異なることで疑問があった。

最高裁判決は、本件情報は、メインバンクから決算書に疑念を抱かれただけではなく、外部専門業者による精査を指示され、これを別件シ・ローン参加金融機関に周知させたことをもって、本件シ・ローン参加の意思決定に影響を及ぼす重大な情報であるとし、これは、参加金融機関が知ることが通常は期待し得ないものであり、これを借入人は参加金融機関に対して開示することの判断をアレンジャーに委ねていたという事情のもとにおいて、信義則上、業務遂行過程で入手された情報の提供義務を認めたものであり、妥当な判断といえる。これはJSLAの行為規範、実務指針にも整合するように思われる<sup>9</sup>。

- (2) この判決の射程距離について、最判が一般論にふれていないことから「特異な事案における事例判断としてその射程は限定されたものと考えられる」と評されている<sup>10</sup>。

しかし、既に、情報提供義務の判断要素として、最判があげるような情報の性質である[A1]情報の重要性、[A2]非周知性、[A3]存在等は、情報提供義務の発生根拠となる[B1]情報格差・交渉力格差に起因して市場の機能不全が典型的に発生する事態、[B2]専門家との間の信認関係、[B3]当事者の先行行為等と、相互補完又は重疊的に作用して、情報提供義務の存在を基礎付け又はその範囲を画するものであるとされてきた<sup>11</sup>。

本件のようなシ・ローンの場合は、参加招聘から参加表明までの期間がごく短く、また、M&A取引のようなデュー・デリジェンスの機会も与えられないことから[B1]の一態様と考えることもできるし、また、借入人から提供された資料の内容が真実かつ正確であることを保証してなされるものであることから[B3]であるともいえる<sup>12</sup>。

更に、最判は、今後の事業者間(特に専門的事業者間)取引の情報提供義務の判断について、今

後の方向を示すものではないかと思える。

本件控訴審判決に際して企業間のM&A取引などでは、情報格差が認められることは普通のことであり、積極的情報提供義務について否定的な意見が述べられていた<sup>13</sup>。しかし、自己決定権が侵害される具体的危険性がある場合には、情報提供義務が認められる場合もあるのではないかと思える。

- (3) 最判は、事業者である借入人は金融機関に対して、重大な情報は明らかにすべきであるとし、田原裁判官の補足意見は、一般論として融資申込者は申込みの際に誠実に対応する義務を信義則上負っており、融資の可否の判断に大きな影響を与えうる情報を秘匿して融資申込みを行い、損害を与えたときは不法行為責任を負うとする。これは、非専門的事業者の専門的事業者に対する情報提供義務を認めるものであり、どのような要件の下で、これを認めるのか、興味深い。

- 1 情報提供義務は、説明義務といわれることもある。情報提供義務の概念は、情報格差を正を目的とした行為義務を指すものとして用いるのが通例であるように思われるとされている(潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判タ1178号10頁(2005年))ので、ここでは「情報提供義務」とする。
- 2 横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリスト1094号128頁以下(1996年)、横山美夏「説明義務と専門性」判タ1178号18頁(2005年)以下。
- 3 前掲1潮見16頁
- 4 典型的な事例は、前掲2横山判タ22頁に紹介されている。銀行など金融機関の情報提供義務が認められたものとしても、変額保険の事例以外にも、東京地判平成10年5月13日金判1046号5頁、東京地判平成13年2月7日判時1757号104頁、東京高判平成16年8月9日金商1222号37頁、東京地判平成17年3月31日判タ1186号97頁、最判平成18年6月12日金法1245号16頁、大阪高判平成19年9月27日金判1283号42頁(差戻審)などがある。

助言勧告義務について、前掲2横山判タ21頁以下は、高度に複雑化専門分化が進んだ現代社会においては、顧客は、事業者に依存せざるを得ない。このため、事業者は、当該事業の専門家として、専門家に対する社会的信頼に応えるべく、専門家として、自由な意思決定あるいは自己決定基盤の確保にとどまらず、顧客の目的や資力に適合的な取引の選択を助け、あるいは、適合しない取引の不合理性を説明し、助言し、場合によっては、当該取引をしないよう勧告する義務を含みうるとしている。

本件最判94頁の田原裁判官の補足意見は、借受人が重大な事実を秘匿していた場合、アレンジャーは借受人に参加招聘金融機関にその情報を開示するよう助言するべきであるとしている。

- 5 前掲2横山ジュリスト133頁
- 6 前掲2横山ジュリスト133頁
- 7 前掲2横山ジュリスト130頁
- 8 シ・ローンに関する文献は、多数あり、主なものは本件最判についての金判1408号21頁に紹介されている。

- 9 シ・ローンについて、法的な定めはなく、金融界、証券界等の関係者で構成される日本ローン債権市場協会(JSLA)が協議して提言した自治的な規範として、「ローン・シンジケーション取引における行為規範」、「ローン・シンジケーション取引に係る取引参加者の実務指針」がある。これによると下記の場合に不法行為責任を負うことがあるとされている。

- 1 下記の要件をすべて満たす場合

- [1]アレンジャーが知っていながら参加金融機関に伝達していない情報が存在すること
- [2]その情報が借入人より開示されない限り、参加金融機関が入手しえないものであること
- [3]その情報は、参加金融機関のローン・シンジケーションへの参加決定のために重大な情報(「重大なネガティブ情報」という)であること

何が、重大なネガティブ情報かは個別取引で判断されるべきものであるが、強いていえば、組成後短期間に借入人からの資金回収が困難となることが、相当程度の蓋然性を持って見込まれると判断される情報。

- 2 インフォーメーションメモランダムに重大な虚偽情報があつて、アレンジャーがこれを知りながら告げなかった場合

- 10 本件最判の金法91頁の「コメント」。但し、「最高裁がアレンジャーの情報提供義務違反を明示的に肯定した意義は小さくなく、金融実務に対する影響も考えられる。」とする。同様に川井伸之「シ・ローン最高裁判決の補足意見の解釈と債権法改正との関係」銀法21・754号13頁(2013年)も田原裁判官の補足意見も含んで重要視すべきでないとする。但し、「今後のシ・ローンの実務においても田原補足意見の内容を一定程度意識した運用がされることを検討すべきであろう。」とする。

- 11 光岡弘志「説明義務違反をめぐる裁判例と問題点ー説明義務の成否及び内容の問題を中心として」判タ1317号34頁以下(2010年)

- 12 最判は、[B1]の要素を考慮しているようにも考えられる。一方、田原裁判官の補足意見はAから提供された資料の真实性、正確性をゆるがす情報であったことを理由の一つにしており[B3]の要素を考慮しているようにも見えるが、これは、例示とも見える。

- 13 森下哲朗他「座談会アレンジャーの情報提供義務と今後の実務影響ー名古屋高判シ・ローン判決を契機として」金法1925号54頁(2011年)。金丸和弘・森田恒平「M&A取引における説明義務と表明保証責任」判タ1350号32頁(2011年)も東京地判平成15年1月17日判時1823号82頁のような先行行為によって誤った認識がなされた場合以外は、否定的見解である。

## 著作権法における「引用」について

弁護士 坂田 均

### 1 はじめに

他人の著作物を無断で再生して利用した場合は、複製権または翻案権の侵害の問題が生じる。しかし、著作権法では他人の著作物の利用に関して、著作権の制限規定がおかれ、一定の条件が整えば他人の著作物でも許諾を得ないで利用することが出来る。

本項では、その中でも、最も良く問題になる「引用」(著作権法32条)について、最近の状況を纏めてみたい。

### 2 引用とは？

引用については、旧著作権法30条では、自己の著作物中に正当な範囲内において節録引用すること(2号)、文芸学術の著作物の文句を自己の著作したる脚本に挿入し又は楽譜に充用すること(4号)、または文芸学術の著作物を説明する材料として美術上の著作物を挿入し又は美術上の著作物を説明する材料として文芸学術の著作物を挿入すること(5号)等の規定をおいていた。そこでは、節録引用、挿入、充用等の利用態様が想定されており、引用の範囲はある程度明確であった。

ところが、現行著作権法は引用をやや広い概念で規定している。それは、ベルヌ条約10条1項に従ったものであるが、文言は抽象的で、公表された既存の著作物について、引用として利用できるのは、「公正な慣行に合致すること」、かつ、「報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行われるもの」とされている。

では、各分野における慣行に従い、引用の目的との関係で正当な範囲内で行われるとはどういう意味なのか。判例は、必ずしも、この文言に忠実に解釈を行っているとはいえない。最高裁判所は、パロディ作家が、スキーシュプールの描かれた雪溪写真にタイヤをモニタージュ技法で合成し、シュプールをタイヤ痕に見立てた行為に関して、適法な引用の要件として、(1)明瞭区別性(引用する側とされる側が明瞭に区別できること)、(2)主従関係(引用される側が従、引用する側が主の関係にたつこと)の2つを掲げた(モニタージュ事件 最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁)。明瞭区別性は、言語著作物や音楽

著作物が挿入される場合、それが引用する側の著作物と区別できることをいう。ただ、上記雪溪写真のように全部が一体として取り込まれている場合(いわゆる「取り込み型」)については、この要件の当てはめは難しい。

主従関係については、画家の絵画が原色美術集に引用された事件で、東京高等裁判所は、「引用著作物が、全体の中で主体性を保持し、被引用著作物が引用著作物の内容を補足説明し、あるいはその例証、参考資料を提供するなど付従的な性質を有している」こととし、鑑賞性のある絵画写真の引用を違法であると判断した(藤田嗣治事件 東京高判昭和60年10月17日無体集17巻3号462頁)。

下級審の中には、最高裁の2の要件論を採用せず、より文言に忠実な解釈をする判決が存在する。翻訳台本の一部が引用部分の出所表示なしで、かぎ括弧でくくられてノンフィクション作品に複製された引用行為が問題になった事件で、東京高等裁判所は、当該行為は引用にあたり、翻訳者を明示しなかったことは公正な慣行に合致しないが、結論としては、説明力を増すための資料として引用・紹介したことは引用の目的上正当な範囲内で行われたものであること、引用した範囲、分量も当該ノンフィクション作品全体と比較して殊更多いとはいえないことを理由に適法な引用と判断している(絶対音感事件 東京高判平成14年4月11日判例百選第4版112頁)。この判決では、説明力を増すためという付従的な引用の目的を認定しているが、主従関係の要件には言及せず、むしろ、条文の文言に忠実な解釈を行ったといえる。

学説の中には、要件として考慮すべき要素には、最高裁の引用側と被引用側の質・量関係の比較だけでなく、引用の目的、被引用側の元の著作物全体における被引用部分の割合、権利者に与える経済的影響なども含めるべきであるとの提言がなされている(上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古稀記念論集・法学書院307頁)。最高裁の2つの要件論に疑問を提起し、より文言に忠実に解釈すべきであるとの立場であると評価しうる。

### 3 著作権法改正による課題の解決

#### (1) 情報検索サービス実施に伴う複製

平成21年著作権法改正で、グーグルなどのインターネット検索業者が、情報の収集、整理、解析の過程で行う複製行為については、著作権者の許

諾がなくても出来ることにした(法47条の6)。

- (2) インターネット販売において美術品などを販売する際の商品の画像の掲示

同じく平成21年改正で、著作権者の許諾がなくても、公衆送信権や複製権の侵害にならないことになった(法47条の2)。

- (3) いわゆる「写り込み」等による複製

写真撮影に有名な絵画が映っていた場合や、許諾を得るための社内検討会議資料に既存の著作物が複製されていた場合、録音録画技術の開発や実用化の試験の用に供する複製の場合については、平成24年著作権法改正で新たな規定が設けられ(法30条の2、30条の3、30条の4)、いずれも適法となった。

#### 4 今後の課題

わが国の著作権法は、米国のフェア・ユース(公正使用)のような包括的規定を有していない。米国著作権法107条は、既存著作物の適法な利用の判断要素として、(1)使用目的、(2)利用の量、(3)利用の質、(4)市場に与える影響が総合的に考慮されて、当該利用の適法性が決せられる。包括的規定によって多様な利用態様に弾力的に対応できる。日本にも同様の包括的規定をおくべきであるとの意見も存在するが、現在、そのようにはなっていない。適法な既存の著作物の利用または「引用」の範囲を立法が決めるのか、司法が決めるのかの問題でもある。技術革新のスピードがめまぐるしい社会では、立法による対応には限界があるかもしれない。他方で、著作権の権利制限規定が、裁判所で事案ごとに不統一に解釈されると法的安定性を欠くことにもなる。

同じコモンロー国である英国でも日本と同じように包括的規定は有さず、立法によって対応している。

最高裁判所の2つの要件論は万能とはいえない。モンタージュ事件をみても、雪溪の写真の引用の度合いを量的にみるとほぼ全部であり、「主従関係」からみても、タイヤの存在感よりも雪溪の存在感の方が強く感じられる。しかし、パロディ作家の意図は、雪溪写真の強調した美の世界をモンタージュ技法でパロディ的に批判したものであった。批評という視点でこのパロディ作品を見たとき、タイヤの存在感は、雪溪作家のいう質量とは別に、作品全体を覆っているし、その存在感は大きい。そうしたとき、「主従関係」とは、結局、よってたつ価値観によって相対的にならざるを得ないといえる。複雑な価値が錯綜する現代の表現の世界で、果たして「主従関係」と

いう価値判断が特定の価値に囚われなくて適法性の基準たり得るのかという問題である。

今後、益々、引用を含む著作権の制限の範囲は拡大されてくるだろう。著作権は今土俵際一杯まで追い込まれている。利用者の便益の確保は充用であるが、著作者の最後の砦は守らなければならない。適法な「引用」について考えるということは、正にこのような著作者の将来像を模索する作業でもある。

# 会社法改正の動きについて

## —「会社法制の見直しに関する要綱」から

弁護士 草地 邦晴

### 1 はじめに

2012年8月、法制審議会会社法制部会は、「会社法制の見直しに関する要綱案」<sup>1</sup>を決定し、同年9月には原案通りに承認されて、法務大臣に答申された。2010年2月に「会社を取り巻く幅広い利害関係者からの一層の信頼を確保する観点から、企業統治の在り方や親子会社に関する規律等を見直す必要がある」との諮問を受けてのものであったが、もともとは会社法制定時に「親子会社関係に係る取締役等の責任の在り方等、いわゆる企業結合法制について検討を行うこと」が附帯決議されており、その後に見直された企業不祥事なども受けて、コーポレート・ガバナンスの強化を図る内容となっている。

2011年12月に公表された「会社法制の見直しに関する中間試案」<sup>2</sup>では、複数の提案が併記される形となっていたことから、各界から様々な意見が出されてきたが、こうした意見も踏まえて今回の要綱が答申され、今後の会社法の改正に向けた方向性が明らかにされたことになる。

要綱は、「企業統治の在り方」、「親子会社に関する規律」、「その他」の3部構成となっているが、中間試案を巡る議論においても、社外役員義務化と多重代表訴訟の導入に関する論点が目立っていたこともあり、今回はこれに関連する事項に絞って取り上げることとする。

(なお、この要綱をふまえた会社法の改正案は、今後国会に提出される予定となっており、証券取引所の上場規則等の変更や、法改正に伴う規則の改正等も予定されているが、その時期については本稿の執筆時(2013年2月)においてはまだはっきりとしない。)

### 2 社外取締役の義務化について

「中間試案」においては、一定の会社について一人以上の社外取締役の選任を義務づける案が提案されていた。取締役会による監督機能の強化を図るため、かねてから社外取締役の活用が指摘され、現行法において委員会設置会社という機関設計も可能である

ものの、委員会設置会社は指名委員会・報酬委員会への抵抗感から採用する会社は多くなく、社外取締役を選任していない上場企業も多く存在していたためである。

しかし、選任の義務化については、適任者の選任の困難さや、社外監査役との重複感などから反対も根強く、結局、要綱では会社法に社外取締役の選任の義務づけを行う案は見送られることとなった。

もっとも、この要綱については附帯決議があり、ここで「金融商品取引所の規則において、上場会社は取締役である独立役員を一人以上確保するよう努める旨の規律を設ける必要がある。」とされ、その「円滑かつ迅速な制定のための金融商品取引所での手続において、関係各界の真摯な協力がなされることを要望する。」<sup>3</sup>とされた。

これを受けて、東京証券取引所は、「独立した社外取締役の確保のお願い」と題する文書<sup>4</sup>を上場会社に配付しており、その中では「要綱案の確定を待って速やかに上場規則の見直しを行う」「新たに導入される『監査監督委員会設置会社』への移行の検討を含め、独立した社外取締役の確保にお努め下さい」との記載があり、上場規則の見直し等により、上場会社については、独立した社外取締役を選任せざるを得なくなろう。なお、ISS(議決権行使助言会社)はガイドラインを変更し、平成25年から社外取締役を1名以上選任しない監査役設置会社の取締役選任議案については、トップである取締役に反対推奨するという<sup>5,6</sup>。

また、要綱の前注(5頁)には監査役会設置会社(公開会社で大会社に限る)のうち、発行株式について有価証券報告書を提出しなければならない株式会社において、社外取締役が存しない場合には、「社外取締役を置くことが相当ではない理由」を事業報告の内容とするものとする、とされている。

「置かないことが相当である理由」ではなく、あえて「置くことが相当ではない理由」とされたことから、消極的な理由では不十分で、個社の事情に応じた積極的な理由を述べる必要があると考えられるところ<sup>5,6</sup>、記載できる事項がかなり限定的になることから、事実上社外取締役の導入促進をねらったものと理解される<sup>7</sup>。

従って、未だ社外取締役を選任していない上場企業においては、今後その採用の検討を行っていく必要がある(なお、「社外」要件については、後述する。)

### 3 監査・監督委員会設置会社制度(仮称)

取締役会の監督機能の強化を図るため新設されるのが、監査・監督委員会設置会社制度(仮称)である。株式会社に必須のものではなく、定款によって設置が可能となる機関の一つである(委員会設置会社においては設置ができない)。設置会社では、取締役会及び会計監査人を置かなければならないが、監査役を置くことができない。監査・監督委員会は、独立性が確保された3人以上の取締役(任期は2年で、過半数は社外取締役。業務執行取締役等を兼ねることができない。)で構成され、監査・監督委員は、取締役として取締役会に出席し、議決権を行使することで妥当性の監査も含めた職務執行監査を行うことが期待されている。

機関設計のイメージ的に言えば、監査役会設置会社と委員会設置会社の中間的なものであるが、監査・監督委員会及び監査・監督委員は、委員会設置会社における監査委員会及び監査委員が有する権限の他、監査・監督委員会が選定する監査・監督委員は、株主総会において、監査・監督委員以外の取締役の選解任・辞任・報酬等についての意見を述べる事が可能とされるなど、その権限は強化されている(なお、常勤者を置くことは必須とはされていないが、常勤者を置かない場合には、その理由を事業報告で開示することが予定されている<sup>5)</sup>)。

問題は、この監査・監督委員会の設置を実際に行う会社がどの程度あるか、その導入にどれだけのメリットがあるか、ということである。

この制度の「一番のねらいは、社外取締役を活用しやすくすること」<sup>5)</sup>にあるとされている。社外取締役の選任で問題になるのは、適任者の確保の問題である。監査役会設置会社においては、その過半数が社外監査役である必要があるから、すでに少なくとも社外監査役2名が選任されているはずであるが、これに社外取締役1名を新たに選任することになれば、合計3名の社外役員が必要となる。しかし、監査・監督委員会設置会社に移行した場合、同委員会を3人で構成すれば、社外役員は2名の社外取締役(監査・監督委員)で足りることになる。社外監査役からのスライドを含め、社外取締役の選任を行いやすくするための制度とも言えよう。

また、要綱では、取締役との利益相反取引について監査・監督委員会が事前承認した場合には、取締役の任務懈怠推定規定(会社法423条3項)が排除され、また重要な業務執行についての取締役への委任

が可能になる場合も認めている。社外取締役の選任による取締役会の負担を軽減させる措置も講じて、導入を促進しようとしていると見ることもできよう。

実際上の効果としては、取締役である監査・監督委員が、取締役会に参加し、決議に参加することによって、ガバナンスの向上が期待されている。ひいては機関投資家からの評価が向上することにつながるという点も、期待されているといえる。

もっとも、定款変更による機関設計の変更は、それ自体負担が大きく、すでに社外取締役を選任している会社にとっては、あえて制度を導入する動機に乏しいところがある。導入による市場からの評価も不透明なところもあり、複数の社外取締役が取締役会に参加することによる機動性や効率性への懸念も根強いところがあるので、どれだけの会社が監査・監督委員会の設置に踏み切ることになるのか、法改正後の動向を注視していく必要がある(なお、より積極的に監査・監督委員会を活用していく方策についての検討もなされているが<sup>8)</sup>、この点も今後の課題である。)

### 4 社外取締役及び社外監査役に関する規律

次に、要綱では社外取締役と社外監査役に関する「社外」性の要件について、見直しが行われている。

社外取締役については、会社法2条15号が、「当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人でなく、かつ、過去になったことがないもの」と定義づけているところであるが、さらに、

親会社に関して、「株式会社の親会社等又はその取締役若しくは執行役若しくは支配人その他の使用人でないこと」が追加され、

兄弟会社に関して、「株式会社の親会社等の子会社等(当該株式会社及びその子会社を除く)の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人でないこと」が追加され、

近親者に関して、「株式会社の取締役若しくは執行役若しくは支配人その他の重要な使用人又は親会社等(自然人であるものに限る。)の配偶者又は2親等以内の親族でないこと」が追加され、

他方で、「過去に」の要件は緩和され、基本的に「就任の前10年間株式会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人であったことがない」こと等で足りるものとされた。

社外監査役についても同趣旨の見直しがなされて

いる。例えば、親会社の取締役は、子会社の社外取締役、社外監査役を兼任できなくなり、親会社の監査役は、子会社の社外監査役を兼任できなくなる(他方で、兄弟会社の社外取締役(業務執行取締役ではない)が、他方の兄弟会社の社外取締役を兼任することは可能である)。

近親者に関しては、「重要な使用人」とされるのが、どの範囲の者であるかが問題となる。これについては、異論もあるが、経営者に極めて近い地位にある者で、そのような経営者に準じるような者を指すと理解され、会社法362条4項3号のそれよりも狭いと考えられる<sup>5,6</sup>。

また、上場企業については、独立役員届出書を東証に提出することが義務づけられているところであるが、この独立役員に関する基準については、もともと要綱で追加される親会社その他の関係者に関しては、独立性を認めていないため、要綱を受けて特に変更はなされない見込みのようである<sup>5</sup>。

なお、責任限定契約の締結が可能なのは、現行会社法427条では、「社外取締役」と「社外監査役」に限定されているが、要綱では、取締役(業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人であるものを除く)、会計参与、監査役又は会計監査人に拡大するとされている。

## 5 多重代表訴訟の導入

- (1) 現行会社法847条においては、株主が会社に対して取締役の責任を追及する訴えの提起を求めること(さらには株主代表訴訟を提起すること)ができるのは、当該会社の株主に限られている。従って、会社が100%出資している完全子会社があり、完全子会社の取締役に任務懈怠があつて完全子会社に損害が生じているとしても、親会社の株主は完全子会社の取締役に対して株主代表訴訟を提起することはできない。

しかし、完全子会社の取締役や監査役は親会社出身の者によって占められる事が多く、その親密な関係から完全子会社の株主である親会社による責任追及はなされにくく、そのために、株主代表訴訟がもつ損害回復機能、任務懈怠防止機能が十分に発揮されていない、ということが指摘されてきた。

そこで、親会社の株主が子会社の取締役の責任を追及する多重代表訴訟制度を導入することが中間試案においても、提案されていたが、濫訴の危険などから反対論も強く主張されていたところで

あった。

これらを踏まえて、要綱では、多重代表訴訟を少数株主権とするなどの濫訴防止措置を盛り込んだ形で、導入することとされた<sup>9</sup>。

### (2) 多重代表訴訟の要件

要綱では、その要件は、かなり制限的なものとなっている。親会社の株主がその子会社である株式会社に対して、取締役等の責任を追及する訴えの提起を請求できるのは、①当該株式会社の最終完全親会社(株式会社の完全親法人であつて、その完全親法人がないもの)<sup>10</sup>、②総株主の議決権の100分の1以上の議決権又は発行済株式の100分の1以上の数の株式を保有する株主であることが要件とされている。

また、③当該株主若しくは第三者の不正な利益を図り又は当該株式会社若しくは当該最終完全親会社に損害を加えることを目的とする場合は認められず、④責任の原因となった事実によって当該最終完全親会社に損害が生じていない場合も認められない。⑤最終完全親会社が公開会社である場合には、引続き6ヶ月前から株式を保有することも要件とされ、⑥責任の原因となった事実が生じた日において、当該株式会社の最終完全親会社が有する当該株式会社の株式の帳簿価額が当該最終完全親会社の総資産額の5分の1を越える場合に限りとされている。

従って、実際に多重代表訴訟を提起することができる場合は、かなり限定的であるといえることができる。

- (3) 但し、最終完全親会社に損害が生じているという要件については、「損害が生じていない」ことが被請求者側の立証責任にかかる抗弁と理解される(従って株主側で立証の必要はない。)ことには注意が必要で、また、損害は、当該子会社の株価の下落、最終完全親会社による損失の填補や代位弁済、企業グループのレピュテーションダメージ等も含まれると理解されよう<sup>11</sup>。

また、多重代表訴訟が提起される場面においては、当該子会社の取締役の善管注意義務違反の判断において、親会社の策定したグループ方針や、親会社取締役からの具体的な指示に基づいて行われた行為であることから、注意義務違反がないとの主張がなされることも予想される。この場合の子会社取締役からの主張立証は、親会社の取締役の善管注意義務違反を立証することになる場合も

あり得ることから、株主からは、親会社取締役への代表訴訟と、子会社取締役への代表訴訟が、同時にあるいは並行して提起される場合も予想される<sup>11</sup>。

従って、多重代表訴訟の提起自体は多くないと予想されるものの、グループ全体で、透明性と合理性を持った内部統制システムの構築や、具体的指示に関する記録の保存等に留意していくことが求められてこよう。

- 1 「会社法制の見直しに関する要綱案(案)」  
http://www.moj.go.jp/content/000100819.pdf
- 2 「会社法制の見直しに関する中間試案」  
http://www.moj.go.jp/content/000082647.pdf
- 3 法制審議会会社法制部会第24回会議議事録  
http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900149.html
- 4 「独立した社外取締役確保のお願い」  
株式会社東京証券取引所 平成24年8月1日  
http://www.tse.or.jp/news/09/b7gje6000002qhqb-att/20120802\_a.pdf
- 5 座談会「『会社法制の見直しに関する要綱』の考え方と今後の実務対応」前田雅弘教授・静正樹東京証券取引所常務執行役員他  
商事法務No.1978(2012.10.5)6頁～
- 6 「社外役員にかかる実務対応[上]」「同[下]」  
木村敢二他 商事法務No.1981(2012.11.15)28頁～。同No.1982(2012.11.25)32頁～
- 7 「『社外取締役を置くことが相当でない理由』の説明内容と運用のあり方」中西和幸弁護士他 商事法務No.1980(2012.11.5)42頁～
- 8 「監査・監督委員会設置会社の設計と活用」太田洋弁護士  
商事法務No.1979(2012.10.25)27頁～
- 9 なお、要綱では関連して、後注で、業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制(362条4項6号)の内容に、「当該株式会社及びその子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制が含まれる旨を会社法に定める」ことや、個別注記表等に表記された親子会社間の利益相反取引に関し、「株式会社の利益を害さないよう留意した事項、当該取引が株式会社の利益を害さないかどうかについての取締役(会)の判断及びその理由等を事業報告の内容とし、これらについての意見を監査役(会)等の監査報告の内容とする」ことなどが盛り込まれている。
- 10 完全親法人とは、株式会社の発行済株式の全部を、直接有する法人及び間接的に有する法人をいう。
- 11 「多重代表訴訟に関する実務上の留意点」山本憲光弁護士  
商事法務No.1980(2012.11.5)31頁～

**編集後記**

現代社会においては、交通事故は誰にでも起こりうる身近な問題です。本号ではそうした交通事故についての特集を組ませていただきましたが、いかがでしたでしょうか。そのほか、当事務所の所属弁護士が、それぞれの取扱分野に関し、多様な研究成果を発表させていただいております。皆様の忌憚のないご意見・ご感想をお待ちしております。

