御池ライブラリー

Oike Library

CONTENTS

特集 会社法

	1	取	締役	会の特別利害関係取締役	弁護士	: 井上	- 博隆	Z E	1
	2	利	益相	反取引	弁護士	: 小房	1 路約	숦	3
	3	退	任後	の取締役の競業避止義務	弁護士	坂田	3 均	j	5
	4	取	締役	の会社・第三者に対する責任	弁護士	: 上里	美登利	IJ	7
	5	使	用人	兼務取締役の法的地位について	弁護士	草地	也 邦晴	青	8
消	費	者	法	消費者教育推進法と推進に関する基本方針 ——消費者市民社会形成の道筋はできたのか	:	弁護士	野々山	山宏	11
消	費	者	法	携帯電話の定期契約の中途解約における解除料条項を	有効。	とした			
				大阪高裁平成25年7月11日判決について		弁護士	志部湾	淳之介	13
消	費	者	法	第三者によるクレジットカードの不正使用事案におけ	るカー	- ド会	員の責	任	
				――京都地裁平成25年5月23日判決を題材に	:	弁護士	増田	朋記	15
企	業耳	区弓	法	電話機リース問題の構造(4)	:	弁護士	住田	浩史	18
医	Ę	ļ	法	薬剤師の疑義照会義務が肯定された判例の紹介	:	弁護士	長谷川	彰	22
損	害則	音償	法	定期金賠償について	:	弁護士	北村	幸裕	24
損	害則	音償	法	損害賠償における自賠責保険金、労災給付、年金給付 遅延損害金への充当問題		弁護士	長野	浩三	26
損	害則	音償	法	人身傷害保険金を支払った保険会社による自賠責保険	金の[回収と	損益相	 殺	
					:	弁護士	谷山	智光	29
金		浊	法	弁護士会照会と金融機関の守秘義務					
				――東京地判平成24年11月26日と東京高判平成25年4月11	日 :	弁護士	茶木真	理子	30
民			法	訴訟による一部請求と残部についての時効中断					
				——最判H25. 6. 6から	:	弁護士	永井	弘二	34
不	動	産	法	筆界特定制度	:	弁護士	小林	謙一	36
知	的貝	け 産	法	雑感――ピンク・レディー事件判決					
				(最高裁平成24年2月2日第一小法廷判決) を読んで		弁護士	福市	航介	38

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

1 取締役会の特別利害関係 取締役

弁護士 井上 博隆

Q1-1 特別利害関係取締役にあたる場合

取締役会設置会社で、取締役会の決議をする場合に、特別利害関係取締役は議決に加わることができないと聞いています。どのような場合が、これにあたりますか。

A1-1

主なものは、次頁の表の通りと考えられています。 条文は、会社法を示します。(以下、特集記事においては、「法」と省略します。)

解説

1 会社法は、取締役会設置会社について取締役会の 定足数と議決要件を定めているが、特別の利害関係 を有する取締役は、これらの算定の基礎にされない と定めている(法369条1項2項)。しかし、何が「特 別の利害関係」であるかについては定めていない。

取締役は、株式会社のために忠実義務を負う(法355条)。特定の取締役が、当該決議について、会社に対する忠実義務を誠実に履行することが定型的に困難と認められるような個人的利害関係ないしは会社外の利害関係を有する場合に、特別の利害関係があるとされている。そして、事後的に取締役会の決議が無効とされることによって取引の安全が害されることを事前に防止するために当該取締役の議決権行使を否定するのである。

特別利害関係取締役にあたるか否かについて学説の分かれるものは、「忠実義務を誠実に履行することが定型的に困難と認められるような個人的利害関係ないしは会社外の利害関係を有する場合」にあたるかどうかの判断によるものである。

特に、代表取締役の解職決議については、忠実義務と矛盾する個人的利害関係は認められず、株主総会における取締役の選任・解任に関する株主の支配力は代表取締役の選定・解職においても貫徹されるべきだという見解も多い。

しかし、最近の東京地判平成23年1月7日資料版商 事法務323号67頁は、最判昭和44年3月26日民集23巻 3号645頁にならって特別利害関係取締役にあたると している。 なお、平成25年6月13日に記者会見された川崎重工業株式会社の社長解職決議では、取締役全員が議決に加わったと報道されている(同日付msn産経ニュース)。

- 2 全ての取締役に金銭を貸し付ける場合、全ての取締役が譲渡制限株式の譲渡承認を得る場合、全ての取締役に第三者割当増資をする場合、全ての取締役の対会社の責任を一部免除する場合等は、各取締役それぞれ別個に決議することにより、当該取締役以外の取締役は特別利害関係取締役にあたらないと解されている。
- 3 なお、利益相反取引についてはQ2を、競業避止義務についてはQ3を、使用人兼務取締役についてはQ5を、違法な決議による取締役の責任についてはQ4を併せて参照されたい。

Q1-2 特別利害関係取締役の審議参加の可否

特別利害関係取締役は、定足数や議決要件の算定の 基礎にされないとしても、取締役会の審議に参加でき るでしょうか。

A1-2

否定説、肯定説が分かれています。しかし、肯定説でも、取締役会は必要に応じて退席を求めることができると解されており、一方、否定説でも取締役会がその者に意見陳述・釈明の機会を与え、席に留まることを認めており、実質的に変わらないとされています。 裁判例は否定説です。

解説

否定説の根拠は、特別利害関係取締役は、当該議題 について取締役たる地位を失う(従って、このことか ら定足数の基礎から除外される)と考えることから審 議参加も否定されると考えるものである。

一方、肯定説の根拠は、法369条1項2項の文言上、 特別利害関係取締役は、定足数や議決要件の算定の基 礎とされないことを意味するにすぎず、審議に参加す ることは否定するものではないと考えるものである。

否定説からは、会社法は書面決議制度(法370条)を認めており、この場合、特別利害関係取締役(代表取締役の解職決議の場合等)が、その議題の審議に参加することは当然には保障していないと解するのが合理的であるとして、基本的に否定説を採用することが妥当であるとしている。

東京地判平成7年9月20日判時1572号131頁及びこの 控訴審判決の東京高判平成8年2月8日資料版商事法務

	特別利害関係取締役にあたる	あたらない
取締役会設置会社における譲渡制限株式の譲渡承認(法139条)	譲受人・譲渡人とも通説	
取締役会設置会社における取締役の競業取引承認(法365条1項)	通説	
取締役会設置会社における取締役の利益相反取引の承認(法 365条1項)	通説	
定款の定めによる取締役会設置会社における会社に対する責任 の一部免除(法426条1項)	通説	
監査役設置会社以外の会社における会社・取締役間の訴えの会 社代表者の選任(法364条)	通説	
代表取締役選定の際の候補者		多数説
代表取締役解職決議の代表取締役	裁判例	現在の多数説?
総会で定めた役員報酬の配分		多数説
委員会設置会社における取締役を執行役・代表執行役に選任する場合		多数説
取締役会設置会社における業務担当取締役の選定(法363条1項 2号)		多数説
取締役に重要な使用人を兼務させる場合	多数説	
取締役に第三者割当増資を行う場合	多数説	
株主総会に提出する退職慰労金議決案の対象となる取締役	多数説	

- 1 取締役会設置会社以外は、株主総会の決議による承認を要する。(法139条1項)
- 2 取締役会設置会社以外は、当該取締役を除く取締役の過半数の承認を要する。(法426条1項)
- 3 監査役設置会社以外で取締役会設置会社以外又は取締役設置会社で株主総会の定めが無い場合は株主総会で定める。(法353条、法364条)
- 4 特別利害関係があると考える場合、取締役会設置会社以外は、当該取締役を除く取締役の過半数の承認を要するものと考えられる。

151号143頁は、否定説に立っている。

Q1-3 特別利害関係取締役の議長として議事進行の 可否

特別利害関係取締役は、議長として議事進行にあたることができるでしょうか。

A1-3

Q1-2の否定説に立つときは、当然に否定されます。 肯定説に立つときは、説が分かれ、手続の公正を期す ために否定する説が多数です。裁判例は否定説です。 解説

肯定説からは、取締役会規則の「法律上の事故」にあたるとして、あるいは、公正を害するとして否定する説が多い。前記平成7年東京地判及び同8年東京高判は、Q1-2の否定説にたち、更に、平成7年東京地判は「取締役会の議事を主宰してその進行にあたる議長の権限行使は、審議の過程全体に影響を及ぼしかねず、その態様のいかんによっては、不公正な議事を導き出す可能性も否定できない」ことも理由とする。

Q1-4 特別利害関係取締役が取締役会の決議に加わった場合の決議の効力

特別利害関係取締役が、決議に加わった場合は、議

決の効力はないのでしょうか。また、議長となって議 決した場合は、どうでしょうか。

A1-4

無効となります。しかし、特別利害関係取締役を除いても決議に必要な多数が得られていれば有効とされています。特別利害関係取締役が議長になって決議した場合は、無効となりますが、反対の見解もあります。解説

- 1 取締役会決議に瑕疵がある場合の効力について、会社法は、株主総会と異なり(法830条・法831条・法838条)、規定を設けていない。したがって、一般原則に従って、当然に無効と解され、特別利害関係取締役が、決議に加わった場合や議長となって議決した場合は、無効と解される。
- 2 しかし、特別利害関係取締役を除いても決議に必要な多数が得られていれば有効とされている。この場合、Q1-2の否定説にたっても、当該取締役が審議に参加することにつき他の取締役が特に異議を唱えなかった場合には無効とはならないと考えられている。
- 3 一方、特別利害関係取締役が議長となって議決した場合は、不公正な審議がされかねないことから無効と考えられている。前記平成7年東京地判及び同8

年東京高判もこの考え方に立っている。但し、この 場合においても、無効とされる場合は、議事進行が 不公正であった場合に限定されるとする見解もある。

4 取締役会の決議が無効とされる場合、これに基づく行為、とりわけ、代表取締役の行為の第三者との間の効力が問題となる。取締役会の決議を要する法の趣旨と取引安全保護の必要性との比較衡量により判断されることとなる(相対的無効)。

【参考文献】

- ・森本滋「取締役会の決議」落合誠一編著『会社法コンメンタール8 - 機関2』291頁以下(株式会社商事法務、2009年)
- ・早川勝「取締役会の決議」酒巻俊雄、龍田節編集代表『逐条解説 会社法第4巻機関・1』573頁以下(株式会社中央経済社、2008年)
- ・渡邉剛「取締役会の決議」江頭憲治郎、中村直人編著『論点整理 会社法3株式会社Ⅲ』217頁以下(第一法規株式会社、2012年)

2 利益相反取引

弁護士 小原 路絵

Q2-1 取締役の利益相反取引

私が金融機関から融資を受けるに際し、私が取締役を務める株式会社に保証をしてもらおうとしましたら、金融機関から利益相反取引にあたると言われました。利益相反取引とは何でしょうか。また何が問題になりますか。

A2-1

取締役と会社が直接又は間接的に取引をする際、その取引によって、会社の利益が犠牲にされることで取締役が利益を得るなど、会社と取締役の利益が相反する場合には、会社の承認が必要となります。

解説

会社法は、①取締役が自己又は第三者のために株式会社と取引、②株式会社が取締役の債務を保証することその他取締役以外の者との間において株式会社と当該取締役との利益が相反する取引をしようとするときには、株主総会(取締役会設置会社は取締役会)の承認を要するとしている(法356条1項、法365条1項)。規制の趣旨は、取締役が、自己又は他人の利益を図り、会社に損害を与えることを防止することにある。①は直接取引(法356条1項2号)、②は間接取引(同3号。Q2-1の事例)と言われる。

まず、「取締役」とは、代表権の有無にかかわらず、

全ての取締役が含まれる。

次に、①の「第三者のために」については、名義説と計算説の対立があるが、名義説が多数説で、第三者である法人を代表・代理したり、第三者である個人の代理人として会社と取引する場合をいう。

①直接取引の利益相反性については、形式的には直接取引に該当しても、実質的に利益相反関係が生じない場合には、本条の適用はないと解される。つまり、抽象的に見て会社に損害を生じえない場合には、会社の承認を得る必要はないと解される(江頭・株式会社法414頁)。

そこで、「取引」とは財産上の法律行為の一切を意味すると解され、会社から取締役への贈与契約や、債務免除などの単独行為も含まれる。

他方、普通取引約款に基づく定型的取引で、取締役や会社に裁量の余地がない場合には、会社を実質的に害するおそれはないとして、承認は不要と考えられる(東京地判昭和57年2月24日判タ474・138)。

また、取締役が会社に無利息・無担保で貸付を行う場合にも、会社に不利益はないと考えられ、承認は不要と考えられる(最判昭和38年12月6日民集17巻12号1664頁)。

②間接取引についてはA2-4で後述する。

なお、監査役には本条の適用はないが、執行役には 適用される(法419条2項で準用)。

Q2-2 承認手続・違反の効果

Q2-1で会社の保証を受ける際、会社の承認がいる とのことなのですが、どのような手続になりますか。 また、承認が得られない場合はどうなりますか。

A2-2

取締役会が設置されていない場合は株主総会で、設置されている場合は取締役会での承認が必要となります。承認がない場合、取引は相対的無効となります。また、承認があったとしても、取締役が会社に損害賠償責任を負う場合もあります。

解説

上記株主総会・取締役会の承認を受けた利益相反取 引は有効となる。このときの承認は、個々の取引について行われる必要があるが、継続的取引については、 合理的な範囲を限定した包括承認も可能である。また、事後承認も認められる(東京高判昭和34年3月30 日東高民事報10巻3号68頁、金法206・321)(承認の際の特別利害関係人の議決権については本特集1を参 照。)。

仮に、承認なく取引が行われた場合、会社は、取引の相手方に常に取引の無効を主張できる。しかし、利益相反取引に関し承認がないことを取引の相手方が知っていた場合に(悪意)、そのことを会社が主張・立証して初めて無効を主張できるという相対的無効と解されている(なお、会社が、善意の第三者に重過失があることを立証すれば、無効を対抗できるという説もある。石山434頁(大隈=今井(中)245頁など)、北村88頁(菅原菊志・取締役・監査役論〔信山社、1992〕141頁、龍田80頁)、川畑225頁)。

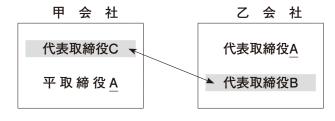
また、当該取締役は、取引後遅滞なく、重要な事実を取締役会へ報告しなければならない(法365条2項)。

さらに、例え、株主総会・取締役会の承認を得ていたとしても、取引の結果、会社に損害を与えれば、当該取締役、取引を行うことを決定した取締役、決議に賛成した取締役に任務懈怠があったものと推定され、会社に対して損害賠償責任を負うことになる(法423条1・3項)。自己のために利益相反行為を行った取締役は、任務懈怠が、自己の責めに帰すべき事由によらなくても、責任を免れることはできず(無過失責任)、この責任を免れるための責任限定契約等もできないとされている(法428条。責任限定契約については本特集4を参照。)。

なお、株主全員の同意があれば、別途取締役会の承認を要さない(最判49年9月26日民集28巻6号1306頁、 判タ315・224)。

Q2-3 事例1 ~直接取引の例

私(A)は、甲会社の平取締役で、乙会社の代表取締役も務めています。乙会社には、私以外にもう一人、代表取締役Bがおり、Bは甲会社とは何の関係もありません。Bが乙会社を代表して、甲会社と取引する場合は利益相反取引にあたりますか。



A2-3

Bが乙会社を代表することで、形式的には、Aが第三者である乙会社を代表することにあたらず、利益相反取引には該当せず、甲会社の承認は不要と考えられます。

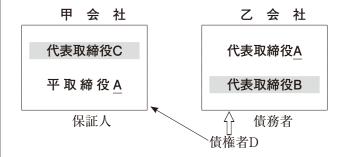
解説

まず、<u>甲会社がA個人と直接取引</u>する場合、甲会社をAが代理・代表しようが、Cが代表しようが、甲会社の承認が必要となる。

また、甲会社と乙会社の直接取引で、Aが乙会社を 代表する場合、甲会社の承認が必要となる。しかし、 本事例のように、Bが乙会社を代表する場合、甲会社 の承認は不要と解される(多数説)。これに対しては、 Aが甲会社を代表した場合には、甲会社の承認を要す るとし、多くの判例が、甲会社をAが代表したことの みを認定し、乙会社を誰が代表したかを問題にするこ となく規制を課しているとの見解もある(江頭・株式 会社法414頁、最判昭和39年8月28日民集18巻7号1366 頁)。

Q2-4 事例2 ~間接取引の例

Q2-3の事例で、乙会社が第三者Dに対して債務を 負っている場合に、甲会社がこれを保証することは、 間接取引にあたりますか。



A2-4

あたると考えられます。甲会社の承認が必要となり ます。

解説

間接取引の典型事例はQ2-1である。また、両会社の代表取締役を兼任する者が、一方の会社を代表して他方の会社の債務を保証する場合も間接取引にあたる(最判昭和45年4月23日民集24巻4号364頁)。なお、間接取引の場合、会社と利益相反関係にある取締役の、甲会社における代表権の有無は問題にならないと考えられる(酒井130頁)。その他の間接取引の例として、会社が取締役の債務を引き受ける場合、会社が取締役の債務について担保を提供する場合、会社が取締役を被保険者とする損害保険契約を締結する場合などがある。

この点、本事例では、Q2-3(直接取引)と異なり、 Aが乙会社を代理・代表して、Dとの債務負担行為を 締結していなくても、甲会社の承認が必要と考えられ る(北村83頁、野口89頁)。

また、間接取引においては、会社の直接の取引の相手方が第三者(取締役以外の者)となるため、その規制範囲が不明確になりやすいとして、その規制範囲を明確にすべきという学説が多数であったが、近時、相対的無効説により取引の安全が図られているとして、緩やかに解すという説も有力である。

その他間接取引が問題となった例として、Aが甲会社の代表取締役で、乙会社の100%株主の場合、乙会社はAの分身とみられるので、甲乙間の取引について甲会社の承認が必要と考えられる(名古屋地判昭和58年2月18日判時1079・99)。もし過半数を有している場合は、会社に損害を及ぼすおそれを実質的に判断して承認の要否を決めざるを得ない(大阪高判平成2年7月18日判時1378・113、判タ734・218。「事実上の主宰者」と認定。)。

さらに、取締役の妻子との取引や債務の保証については見解が分かれている。

【参考文献】

- ・江頭憲次郎『株式会社法 (第4版)』(株式会社有斐閣、2011年)
- ・東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟〔第二版〕 I 』189 頁以下(株式会社判例タイムズ社、2008年)
- ・酒井太郎「第356条 競業及び利益相反取引の制限」江頭憲次郎・中村直人編著『論点体系 会社法3 株式会社Ⅲ』124頁以下(第一法規株式会社、平成24年)
- ・石山卓磨「競業及び利益相反取引の制限」酒巻俊雄・龍田節編集 代表『逐条解説会社法 第4巻 機関・1』430頁以下(株式会社中 央経済社、2008年)
- ・北村雅史「Ⅲ利益相反取引規制」落合誠一編著『会社法コンメンタール8-機関(2)』77頁以下(株式会社商事法務、2009年)
- ・川畑正文「Ⅱ利益相反取引」江頭憲次郎・門口正人編集代表『会社法大系』218頁以下(株式会社青林書院、2008年)
- ・野口葉子『実務家のための取締役の競業取引・利益相反取引』(株 式会社商事法務、2013年)

3 退任後の取締役の 競業避止義務

弁護士 坂田 均

Q3-1

退任後の取締役は、競業避止義務を負いますか。

A3-1

取締役の退任後の競業は、原則として自由であり、 競業避止義務を負いません。 ただし、判例の中には、肯定したものもあります。 解説

取締役は、在任中は会社に対して善管注意義務および忠実義務、ならびにその具体化のひとつである競業避止義務を負っている(法355条、同330条、356条1項1号)。したがって、退任後は、会社と取締役との間に委任契約関係はないから、原則としては、退任後の取締役は、これらの義務を負わない。

しかし、在任中から顧客を移転し、従業員の引き抜きをしているなどの先行する行為がある場合(千葉地裁松戸支部判平20・7・16金法1863号35頁)や、退任後に大量の従業員を引き抜く場合(東京高判平16・6・24判時1875号139頁)などの、特段の事情がある場合には、在任中の委任契約に伴う付随義務として負う競業避止義務に違反することがあるとされている。

Q3-2

退任後の競業避止義務に関して合意がある場合はど うでしょうか。その合意は有効ですか。

A3-2

退任後の取締役も、職業選択の自由を有しているとともに、生計の途を確保する必要がありますから、退任後の競業避止の合意が全て有効になるわけではありません。しかし、その合意に時間的、場所的、職種的に合理的な制限が加えられており、代償措置がもうけられている場合には有効になると理解されています。解説

従業員の退職後の競業避止合意の有効性について、最初に基準を明らかにしたのはフォセコ・ジャパン・リミティッド事件(奈良地裁判昭45・10・23判時624号78頁)である。同判決は、合意が、技術的秘密を保持するために、退職後一定期間競業避止義務を負わせることは有効な場合があるとして、具体的には、①制限の時間、②場所的範囲、③制限の対象となる職種の範囲、④代償の有無について、両者の利益不利益、ならびに社会的利害を検討すべきであるとしている。当該従業員の営業が化学金属工業分野であった事案で、「金属鋳造用副資材の製造販売と競業関係にある企業」について、場所的には無制限であるが、2年間の競業避止義務を負わせた合意は有効であるとしている。

取締役についても、競業避止義務の合意の有効性の 判断に際しては、同様の考慮が行われている(日興プリンシパル事件東京地裁判平21·5·19判タ131号218頁)。

Q3-3

上記考慮要素は、それぞれ具体的にはどのような限度で合理的と判断されていますか。

A3-3

各考慮要素は、総合的に判断されており、各考慮要素の許容範囲を一義的に明らかにすることは困難です。 解説

(1) 会社の利益

まず、会社の利益としては、技術上、営業上のノウハウ、顧客情報、顧客維持などが考えられる。

(2) 制限の時間

次に、これまでの判例分析によると、無制限のものが3件、5年間が2件、4年間が1件、3年間が2件、1年間が3件、6ヶ月が1件(横地大輔裁判官「従業員等の競業避止義務等に関する諸論点について(上)」判タ1387号5頁)当該合意が有効と判断されている。

(3) 場所的範囲

場所的限定がない事案が多く、これまでに場所的 に無制限であることで無効とされた事案はない。

(4) 制限対象になる職種の範囲

合意文言としては、競業事業や競業他社の役員就任や勤務を禁止するものが多い。この点、アメリカン・ライフ・インシュアランス・カンパニー事件(東京地判平24・1・13労働判例1041号82頁)では、「顧客情報の流出を、競合他社への転職禁止で達成しようとするのは、目的に対して、手段が過大である」としている。ただ、上記日興プリンシパル事件では、元代表取締役について広く会社と競合する事業の業務執行を禁止していたが、株式譲渡に伴う合意であったことや退職慰労金が十分であることなどの事情もあって有効とされている。また、同じ情報システム開発に従事する他社の代表取締役に就任し、取引先を奪うなどの取引上の利益が相反した事案で有効性を是認している(東京地判平21・10・21判時2049号135頁)。

従業員の例としては、従来営業担当していた地域の顔なじみの顧客に対する営業を禁止したもの(東京地判平14・8・30労判838号32頁)、使用者の顧客に対する営業を禁止したもの(東京地決平18・5・24判時1956号160頁)について、いずれも合理的範囲に止まっているとしている。

Q3-4

代償措置としてはどのようなものが求められるので

しょうか。

A3-4

競業避止義務を負う対価としての金銭給付の他、加算した退職金が支払われている場合、在任中の給与などの金額が高額の場合に、代償措置ありとして競業避止合意が有効とされた例があります。

解説

代償措置は、退任取締役の退任後の職業選択の自由を制限することの対価である。従って、その内容は、退任者の受ける経済的不利益を他の考慮要素も勘案しながら判断される。代償措置の内容としては、競業避止給付金名目で出されるものから、退職金に加算されるもの(大阪地裁判平21・10・23労判1000号50頁)、在任中の給与に元々加算され高額になっているもの(東京地裁判平18・5・24判タ1229号256頁)など多様である。

また、会社の得意先との接触が禁止されているなど、活動の制限が小さい場合には、代償措置がなくても合意が有効とされる可能性もある(東京地裁判平14・8・30労判838号32頁参照)。

Q3-5

競業他社から従業員や役員を雇い入れる場合に注意 すべき点は何ですか。

A3-5

競業避止に関する契約や合意があるかを確認する必要があります。そのような契約がある場合は、まず、職種限定がどのようなものかを確認しましょう。同時に、前職で、具体的にどのような業務(技術分野、営業取引先)に従事していたかを採用・就任前に聴き取り書面化しておきましょう。特に技術情報の場合は、自社の技術担当者も同席して、具体的に前職で開発した技術内容について聴き取ります。このようにして雇入れ・就任リスクを査定します。

解説

得意先情報などに関しては、前職の取引先とバッティングする得意先には業務従事させないなどの注意を払う必要がある。

特に、技術情報の場合、ノウハウの範囲の確定は一般的に難しいのが現状である。あとになって、自社の開発したノウハウが、前職会社のノウハウである等といわれないように注意する必要がある。どうしても、同人を採用・就任させる必要がある場合は、本人から

誓約書を取るだけでなく、自社のノウハウを採用・就任時点で確定しておくとか、前職の会社と連絡を取って技術ノウハウの棲み分けに関して合意しておくとか、無償相互ライセンス契約を締結するなどの方法を考えておくべきである。

4 取締役の会社・第三者に 対する責任

弁護士 上里 美登利

Q4-1 経営判断の原則

私は、ある会社の代表取締役をしていましたが、新たな事業展開に失敗し、損を出してしまいました。すると、他の取締役から、個人で損を埋めろと求められました。私は会社の業務執行として事業展開をしたのに、個人責任を負うのでしょうか。

A4-1

損が出たからといって、直ちに損害賠償義務を負う ものではありませんが、経営判断の原則に照らし善管 注意義務や忠実義務を尽くしたといえない場合には、 会社に対して損害賠償義務を負うことがあります。 解説

法423条1項は、取締役等は、「その任務を怠ったときは」会社に対して損害賠償責任を負う旨規定しており、会社法の下での取締役の責任は、過失責任である。取締役は、結果として新規事業に失敗したとしても、直ちに責任を問われるものではなく、取締役には、善管注意義務を尽くして職務を執行したかどうかが問われることになる。

すなわち、取締役の経営判断に関しては、概ね、判断の時点の状況に照らし、①判断の前提となった事実の認識に不注意な誤りがなかったか、②その事実に基づく意思決定の過程や内容において通常の取締役として著しく不合理な点がなかったかという点から審査され、このような誤りや不合理性がないという場合には、取締役としての善管注意義務ないし忠実義務に反しないとされている(「経営判断の原則」東京地判平成5年9月21日金商931号19頁、東京地判平成16年7月28日ジュリ1326号202頁他多数。)。

Q4-2 平取締役の監視義務

私は、30年間勤めた会社の取締役に昇格しました。 しかし、当社は、創業者一族が会社の上部を占めてお り、私のような立場の者が意見を言うのは難しい雰囲 気があります。私は、偶然、会社の代表取締役が、そ の親族の経営する会社に無担保で多額の融資をしてい ることを知ってしまいました。私はどうすべきなので しょうか。

A4-2

取締役会や監査役に報告するなどして、監視義務を 尽くす必要があります。また、取締役会が開かれない 場合には、自ら招集を求める必要があります。

解説

取締役は、取締役会を通じて他の取締役の職務執行を監視する義務を負う。そこで、他の取締役の違法行為等を発見した場合は、取締役会や監査役に報告するなどして、違法行為等の是正を図る必要がある。

取締役会に上程された後、取締役会において、慎重な検討を怠り漫然と黙認することは任務懈怠行為となり得る(最判平成12年9月28日金商1105号16頁・原審東京高判平成8年12月11日金商1105号23頁他)。議事録に異議を留めない取締役は、当該決議に賛成したものと推定する規定は残っている(法369条5項)点にも留意が必要である。

定款や取締役会によって、取締役会の招集権者が定められている場合(法366条1項但書)は、招集権者に対して、取締役会の招集を求めることができる(法366条2項)。そして、その招集請求をした日から5日以内に、請求があった日から2週間以内を開催日とする取締役会の招集通知が発せられない場合は、招集請求をした取締役自ら、取締役会を招集することができる(法366条3項)。このように、他の取締役の業務執行に関する問題を知った取締役は、自ら取締役会を招集する手段を講じることが可能であり、取締役会を招集して、問題の解決に努める必要がある。

Q4-3 社外取締役の責任限定

私は、知人から、知人が営む会社の社外取締役に就任してほしいと頼まれました。しかし、私が取締役の業務に割ける時間にも限界がありますので、普通の取締役と同じような責任を会社に対して負うことは無理です。社外取締役ということで責任を軽くすることはできるのでしょうか。

A4-3

社外取締役等は、会社との間で定款の定めに基づき 責任限定契約を締結することにより、会社に対する任 務懈怠による損害賠償責任の範囲を限定することがで きます。

解説

取締役等の会社に対する任務懈怠による損害賠償責任(法423条1項)は、原則として総株主の同意がなければ免除することができない(法424条)。そして、職務執行につき善意でかつ重過失がない場合には、株主総会の決議(法425条)か、監査役設置会社であって取締役が2人以上ある場合か、又は委員会設置会社では、定款授権に基づく取締役会決議等によって、賠償責任を負う額から、年間報酬額等に一定の数を乗じるなどして算出した「最低責任限度額」(法425条1項・規則113条)を控除して得た額を限度として免除をすることができるに留まる(法425条、法426条)。

他方、社外取締役等については、上記方法に限らず、定款で定めることにより(法427条1項)、会社に対する任務懈怠による損害賠償責任(法423条1項)の範囲につき、善意でかつ重過失がない場合には、予め定款で定めた額の範囲内か、「最低責任限度額」(法425条1項・規則113条)のうちいずれか高い額を限度とする責任限定契約を締結することできる。これにより、社外取締役等が法423条1項に基づく責任の範囲を制限することが可能である。

Q4-4 取締役の第三者に対する責任

私は、最近、知人に頼まれて、知人が経営する小規模な会社の取締役になりました。その会社は、一応取締役会設置会社ですが、実際には取締役会が開かれることはなく、私は名前だけの取締役でした。実は、その会社は詐欺的な商法で物を売りつけていたようで、ある日、突然、私に対して損害賠償請求するという通知が来ました。私は、責任を負うのでしょうか。

A4-4

いわゆる名目的取締役として責任を負わない可能性 もありますが、他の取締役らに対する監視義務を怠っ たとして責任を負う可能性も十分にあります。

解説

法429条1項は、①役員等が悪意・重過失により会社 に対する任務を懈怠し、②任務懈怠によって、第三者 に損害が発生した場合に、第三者に対して損害賠償責 任を負うと定める。 最高裁昭和48年5月22日判決(民集27巻5号655頁)は、「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行なわれるようにする職務を有するものと解すべきである。」と述べ、平取締役の責任を認めた原判決を認め、上告を棄却した。

その後の下級審裁判例では、名目的取締役の責任を 否定するものも多い(拙稿・御池ライブラリー 2010 年4月号8頁参照)。もっとも、取締役は取締役会を通 じて他の取締役の監視義務を負っているのであり、設 問の事例のように、取締役会が開かれない状態を漫然 と放置していたというのでは、任務懈怠責任を負う可 能性はあるだろう。

5 使用人兼務取締役の法的 地位について

弁護士 草地 邦晴

Q5-1 使用人兼務取締役

株式会社において、使用人を兼務する取締役は認められますか? またその場合には、会社とどのような関係になりますか?

A5-1

使用人兼務取締役は、現実に多くの株式会社で採用 されており、これを認めるのが通説的な見解です。委 任契約に基づく取締役としての地位と、労働契約に基 づく使用人の地位が併存することになります。

解説

取締役は、代表取締役や他の取締役の業務執行等を 監督する立場にあり、他方で使用人は、代表取締役の 指揮・監督に服するべき立場にあることから、1人で その相矛盾する地位を有することには、否定的な学説 も存在する。

しかし、我が国の株式会社においては、使用人の昇進の最終段階として、会社への貢献度の高い者が社内取締役となる例が多く、現に多くの株式会社で使用人兼務取締役が存在し、会社への高い帰属意識をもつ日

本的会社経営を支えてきた現実がある。

現行会社法は、監査役が使用人を兼務することを禁止しており(法335条2項)、委員会設置会社における取締役についても、使用人を兼務することは禁止している(法331条3項)が、一般的に使用人兼務取締役を禁止する条項はないことから、基本的には使用人兼務取締役の存在自体は容認していると見ることができる。

使用人兼務取締役は、取締役としての地位と、使用人としての地位を併存的に有するものと解される。前者は委任契約を基本とする法律関係(法330条)に基づき、後者は労働契約を基本とする法律関係に基づいて、その関係が規律される。しかし、その地位は相矛盾するところがあるのも確かであり、代表者及び業務執行権を有する者については、原則として労働者性は認められないと考えられ、個々の法律関係において、名目上は使用人兼務取締役であっても、その実体からその労働者性を否定されることも有りうる¹。

近時では、取締役会が形骸化して適切な業務執行の 監督機能を果たせていないとの批判も強いところであ り、使用人兼務取締役を中心とした取締役の員数自体 を減少させて取締役会を業務執行の監督に専念させる 傾向が見られ、公開会社では社外取締役の選任を強化 するという方向性が見られる。

ただ、家族経営型の小規模な株式会社や子会社などでは依然として使用人兼務取締役という形がとられることは多いと思われる。

Q5-2 報酬

使用人兼務取締役の報酬を定めるにあたっては、ど のような手続が必要でしょうか? 使用人としての給 与を別途支払う場合はどうでしょうか?

A5-2

取締役の職務執行の対価として支払われる報酬については株主総会の決議によることが必要です。使用人として受ける給与については、取締役会の承認が必要ですが、あらかじめ取締役会の承認を得て一般的に定められた給与体系に基づいて給料を受ける場合には、その都度承認を受けることは必要ではありません。解説

株式会社の取締役の報酬その他の職務執行の対価として受ける財産上の利益については、その額あるいは具体的な算定方法について、定款の定めあるいは株主総会の決議によって定めることが必要である(法361条1項)。これは、取締役によるお手盛りによって、自

らの利益を図ることを防止するためである。

使用人兼務取締役が使用人として受ける給与については、取締役としての職務執行の対価として受けるものではないが、お手盛りを防止するという観点からは、同条の規制を及ぼすべきではないかが問題となる。

最高裁は、取締役ではなく使用人としての給与を受ける場合においては、その給与の支払は利益相反取引となるので、取締役会の承認を受けることを要するものと判示した²。また、使用人として受ける給与の体系が明確に確立されている場合には、使用人兼務取締役について、別に使用人として給与を受けることを予定しつつ、取締役としての報酬のみを株主総会で決議することとしても、同条の脱法とはいえないとも判示するところである³。これらの判決は、使用人として受ける給与については法361条1項の適用はないことを前提としていると理解されるところであり、多数説でもある。

もっとも、上記判例でも指摘されているように、使用人としての給与であっても取締役との利益相反取引には該当するので、取締役会の承認は必要である(法356条1項)。ただし、あらかじめ取締役会の承認を得て一般的に定められた給与体系に基づいて給与を受けている場合には、その都度承認を受けることまでは必要ない²。

実務では、株主総会参考書類(法301条)を交付する場合においては、議決される取締役報酬額に使用人分給与が含まれないことが記載されるのが通例で、公開会社の事業報告(法435条2項)においては当該事業年度に係る取締役の報酬等の額(施行規則121条3号)を記載するとともに、使用人分給与を注記することが考えられる⁴。(あるいは多額である場合等に「役員に関する重要な事項」(同条9号)として記載することがある⁵。)

なお、法人税法上、一定の者は使用人兼務役員とはされない(例えば、代表取締役や一定の職制上の地位を有する取締役等)ので注意が必要である⁶。また、会計上、使用人としての給与は損金に算入されるが、役員報酬は一定要件を満たさない場合には損金に算入されない。労働保険の適用の問題もあり、使用人としての給与と、役員報酬を明確に区別することが必要である。

Q5-3 就業規則と懲戒

使用人兼務取締役は就業規則の適用を受けますか? また、懲戒事由に該当する場合には懲戒ができます か? その場合、取締役の地位はどうなりますか? A5-3

使用人としての行為については、就業規則の適用があります。懲戒事由に該当する場合には、使用人に対する懲戒が可能です。ただし、取締役としての地位に関しては、会社法等に定められた別の手続が必要です。解説

使用人兼務取締役は、使用人としての地位も有することから、使用人としての行為については、就業規則の適用があると解され、就業規則中に懲戒に関する規程が存する場合には、懲戒処分の対象になりうる⁷。

もっとも、例えば「減給」については、その対象となる給与は、使用人としての給与であり、懲戒によって取締役報酬を減額することはできない。また、「懲戒解雇」については、労働契約に基づく使用人としての地位に関してであって、取締役としての地位を奪うことはできない。

取締役の報酬は、株主総会の決議(及びその授権に よる取締役会の決定)に基づいて決定されると、委任 契約の内容となるので、当該取締役の同意なく一方的 に不支給とすることはできない。

また取締役の解任は株主総会の決議によることが必要(法341条)である。もっとも、懲戒解雇が相当とされるような非違行為があった場合には、取締役会において辞任の勧告等が行われることが多いと思われる。

Q5-4 役員出向

株式会社の使用人に対して、その地位を有したまま、関連会社の取締役に就任するよう出向を命じることはできますか? 就任後に、出向元を退職した場合はどうなりますか?

A5-4

取締役の就任については、使用人の個別の同意が必要と考えられます。就任後の事情による出向元、出向先との関係については、合意(出向契約)の内容にもよりますが、出向元を退職したことにより、当然に取締役としての地位を失うものではありません。

解説

出向(在籍型)の形態には様々なものがあるが、典型的には労働者が出向元との間の雇用契約に基づく従業員たる身分を有しながら、出向命令を受けて出向先との間にも雇用関係を発生させてその指揮監督の下に労務を提供するというものである。労働協約や就業規則に出向の定めが有る場合には、出向命令が広く認め

られる傾向にある。

しかし、通常の出向は、出向元と出向先で二重の労働関係は生じるものの、雇用契約に基づく労働者としての地位にあることは変わりがない。他方、取締役は会社との間で委任関係が生じ、会社との関係でも第三者との関係でも会社法上の様々な責任を負うことになるため、就業規則において出向させることがあることが規定されていても、それだけでは取締役への就任まで命じることはできないと考えられる(出向元の取締役に就任する場合にも個別の承諾は必要である。)。そうすると、役員出向については個別の同意が必要と解される。

この同意を得て、出向元の会社との雇用関係を維持しながら、出向先の関連会社取締役に就任することは可能である(もちろん、当該会社における取締役としての適格性があることや、選任のための適正な手続を経るべきことは言うまでもない。)。ただし、出向元の会社との雇用関係における義務と、出向先の会社における取締役としての義務は、対立関係を生じることもありえ、また利益相反取引の問題を生じることもあるので、注意が必要である。

就任後の出向元、出向先との関係や、一方に変更があった場合の関係については、基本的には出向にあたっての合意(出向契約)の内容によることとなる。例えば、出向元との雇用関係が終了した場合には、出向先会社の取締役を辞任することとなっているような場合もあると思われるが、その場合、仮にそれに反して辞任をしなかったとしても、当然には出向先の取締役の地位を失うものではないので、取締役を解任するには、出向先会社における会社法上の手続を踏むことにならざるを得ないだろう。

- 1 下田敦史「『労働者』性の判断基準 取締役の『労働者』性について-」(判例タイムズNo.1212 (2006) 34頁 [42頁])
- 2 最判昭和43年9月3日(金融、商事判例129号7頁)
- 3 最判昭和60年3月26日(同722号3頁)
- 4 全国株懇連合会『全株懇モデル』389頁(商事法務、新訂3版、 2011年3月)
- 5 社団法人日本経済団体連合会「会社法施行規則及び会社計算規則 による株式会社の各種書類のひな型」26頁(改訂版、2012年1月)
- 6 法人税法第34条第5号、同施行令第71条
- 7 広島地判平成5年5月17日 (労働関係民集44巻445頁)

【参考文献】

弁護士小林英明『使用人兼務取締役』(社団法人商事法務研究会、 新訂版、平10)

消費者教育推進法と推進に関する基本方針

――消費者市民社会形成の道筋はできたのか

弁護士 野々山 宏

1 はじめに

2012年8月、消費者教育の推進に関する法律(以下「消費者教育推進法」という。)が公布され、同年12月から施行されている。同法19条に基づいて消費者庁に設置された消費者教育推進会議で、消費者教育の推進に関する基本的な方針(以下「基本方針」という。)が検討され、2013年6月に閣議決定された。これにより、消費者市民社会の形成をめざしたこれからの消費者教育の大枠が定められたことになる。これらの背景と内容を検証し、到達点と今後の課題を考えたい。

2 消費者教育推進法の背景……高まっていた自覚的 消費者の育成の必要

消費者教育推進法が2012年に制定された背景には、消費者の自立や消費者の自覚的な行動が市場の公正化や持続的な豊かさの維持に必要、との認識が高まってきたことがある。

第1に、2004年に消費者保護基本法から改正された消費者基本法2条で、国や地方自治体の総合的な消費者政策の基本理念として、「消費者の権利の尊重」とともに、「消費者が自らの利益の擁護及び増進のため自主的かつ合理的に行動できるよう消費者の自立を支援すること」として、消費者の自立支援があげられたことがある。ここで言う「自立する消費者」とはどういう消費者で、これをどう育てるのかが、2004年以来、議論され模索が続けられ、そろそろ結論を出す時期に来ていた。とくに、2009年9月に消費者庁が創設されたことで、結論を出す機運がさらに高まった。

第2に、注意喚起や手口公表をしても消費者被害がなくならない現状がある(2013年8月1日国民生活センターから公表された2012年度の全国の消費生活相談は漸減傾向にあるものの、依然約85万件の高水準にある。)。消費者被害は、消費者自身が被害を回避し、さらには積極的に防止していく行動をとることが必要となっている。とくに、高齢化社会の進展の中で、激増する高齢者被害には、高齢者自身へ

の情報提供以上に、高齢者消費者被害の特質への認識を高め、周りの消費者が行動して、地域や親族の積極的な見守り機能が構築されていかなくてはならなくなっている。

第3に、限りある資源や悪化する環境の中で、市場における当事者として消費者自身が消費行動を考えていかなくては、持続可能な社会の形成が困難となるとの認識が広がってきたことがある。節電、ECO商品の購入行動の広がりは、現実に企業行動や政策に影響を及ぼしている。また、消費者の支出は総額283兆円で国内総生産(GDP)の約6割、個人金融資産は1500兆円超にのぼり、消費者の支出行動、消費活動の社会への影響力が増大してきた。教育による消費行動の形成が、社会への大きな影響力となる基礎ができてきたのである。

第4に、2008年の国民生活白書をきっかけとして、「消費者市民社会」の考え方の浸透と「消費者市民」を育てる「消費者市民教育」の必要が主張され、社会に受け入れられていったことがある。

第5に、消費者に、情報化やグローバル化の急速な進展への対応力や、新しい取引やサービスの知識や情報の取得、自分で選択する力の必要が高まってきたことがある。アダルト情報サイト、インターネット通販、オンラインゲーム、ワンクリック請求、スマートフォンなど、消費生活相談におけるインターネット関連の相談は増加しており、クレジットカードの決済代行、電子マネーなど、決済方法も多様化している。旧茶のしずく石鹸、カネボウ化粧品などの、原因が目に見えない健康被害の発生に対処するには、リコール情報などに常に関心を持っていることが必要となる。

これらの要因から、自ら被害を回避、防止し、さらに持続可能な社会の形成に寄与する自覚的な消費者、すなわち「消費者市民」の育成が消費者教育の柱の一つとして認識され、消費者教育推進法の制定につながっていったと考えている。

3 消費者教育推進法の注目点

制定の背景を考慮すると、同法の注目すべき点は以下の通りである。

第1に、消費者教育を「消費者の自立を支援」することと位置づけ、消費者が主体的に「消費者市民社会」の形成に参画することを明確に展望していること(同法1条、2条1項)。従来の「どうしたら被害にあわないか」の教育から、よりポジティブな「ど

ういう消費行動をとれば社会に貢献できるか」に消費者教育の軸足が変わることになる。

第2に、知識習得だけでなく、実践的能力の育成を基本理念としていること(同法3条)。第3に、「消費者市民社会」を「消費者が、個々の消費者の特性及び消費生活の多様性を相互に尊重しつつ、自らの消費生活に関する行動が現在及び将来の世代にわたって内外の社会経済情勢及び地球環境に影響を及ぼし得るものであることを自覚して、公正かつ持続可能な社会の形成に積極的に参画する社会」と法律上定義したこと(同法2条2項)。今後、定義された消費者市民社会の正しい理解が重要となる。

第4に、国とともに地方自治体の責務が重視され、 消費生活センターと教育委員会との連携が示されていること(同法5条)。これにより、学校における 消費者教育の一つの壁であった教育委員会の姿勢が 変わっていくことを期待したい。

第5に、従来の地域教育と学校教育の区分を多様化、詳細化して、幼児期から高齢期まで、また種々の場、多様な主体をあげて、体系的、効果的な教育をめざしていること(同法3条3項、4項)。この具体化として、基本方針と消費者庁に設置された「消費者教育推進のための体系的プログラム研究会」が公表している体系イメージマップがある。今後は実際の教育方法や教材にこれらの成果をどう具体化するかが課題である。

4 基本方針の注目点

基本方針は、消費者教育推進法9条で国の作成が 義務づけられていた。「誰もが、どこに住んでいても、 生涯を通じて、種々な場で、消費者教育を受けるこ とができる機会を提供し、効果的に推進する」こと が方向性となっている。基本方針は今後の消費者政 策の柱となるとともに、地方自治体が作成する「消 費者教育推進計画」のベースともなる。

その注目点として、第1に、消費者教育の体系化に向けて、育むべき以下の4つの領域を定めた。(1)消費者市民社会の構築に関する領域、(2)商品サービス等の安全に関する領域、(3)生活の管理と契約に関する領域、(4)情報とメディアに関する領域。前述の体系イメージマップは、この各領域について作られている。

第2に、国(文科省、消費者庁、国民生活センターなど)、地方公共団体(消費者行政担当本課、消費生活センター、教育委員会など)、その他多様な消

費者教育の担い手(消費者団体、事業者団体)の各 主体内部の部署や主体相互の連携・協働を求めてい る。これが本当に実現できるのかが重要となる。

第3に、消費生活センターを地方の消費者教育と 人材育成の実践における拠点としていく方向性が示されている。これを実効化するには、センターと消費者行政担当本課、教育委員会との連携が重要となろう。国民生活センターがこの支援とともに国の拠点と位置付けられている。

第4に、環境教育、食育、金融経済教育、法教育など近接する教育部門との連携調整の必要が示されていること。有効な教育にはこれらとのコラボレーションは重要である。

5 今後の課題

消費者教育推進法も基本計画も、理念と方向性が示されているが、実践はこれからである。「どういう消費行動をとれば社会に貢献できるか」の教育実践は、新しい取り組みであり、いまだ試行錯誤の状態である。各地の消費者関連団体や教育機関での研究と実践の積み重ねが必要である。

また、各主体間の役割分担も明確ではない。国の主体となる文科省、消費者庁、国民生活センターの役割分担、とくに実践面の分担や、地方自治体における消費者行政担当本課、消費生活センター、教育委員会の役割分担についても、早急に協議していく必要がある。併せて「拠点」の意味の明確化と実質化も必要である。

新しい消費者教育、とりわけ「消費者市民社会」について市民に広く理解されているとは言い難い。 消費者市民社会の理解を社会に、どう広げていくか を考えていく必要がある。

さらに重要なのは、消費者が積極的に行動を選択することにより社会貢献するには、選択の根拠となる情報が消費者に届けられる必要がある。しかし、情報発信はいまだ不十分である。フェアトレードの商品を選ぼうとしても、どれがそれかすぐにはわからない。消費者対応が良い企業を選ぶためにはその情報を信頼できる主体が発信していく必要がある。これも不十分である。欧米では消費者団体がこれを担っているが、日本ではだれが担うかは明確ではない。

これら課題は多いが、消費者市民教育を充実させる基盤ができたことは画期的である。これを育て実践していく努力を、私たちが続けていくしかない。

携帯電話の定期契約の中途解約 における解除料条項を有効とし た大阪高裁平成25年7月11日 判決について

弁護士 志部 淳之介

第1 はじめに

1 事案の概要

本件は、適格消費者団体である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、携帯電話等の移動体通信事業等を目的とする事業者であるソフトバンクモバイル株式会社(以下、「ソフトバンク」という。)に対して、3G通信サービスに関する契約約款中、携帯電話の2年の定期契約の期間中に中途解約を行うと顧客が9975円の解除料を支払う旨の条項¹(以下「本件解除料条項」という。)が消費者契約法(以下、「法」という。)9条及び10条に反し無効であるとして、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。

2 京都地裁平成24年11月20日判決裁判所ウェブサイト、判例時報2169号68頁

この事案につき、上記判決は、本件解除料条項が「平均的な損害」(法9条1号)を超え無効かという争点につき、9975円という金額は平均的損害を超えず有効であるとした。また、本件解除料条項が法10条に反するかという争点については、消費者が解除料条項の存在を認識した上で、基本使用料が安く設定された解除料条項付のプランを選択しているといえること、解除料の金額が不当に高額とは言えないこと、解除料がかからず解除できる期間が2か月間あるところ、同期間は不当に短いものではないこと等を理由として本件解除料条項は法10条に反しないとした。

3 大阪高裁平成25年7月11日判決

これに対してKCCNは控訴し、平成25年7月11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。)。結論として、同判決は本件解除料条項が法9条及び10条に反しないとしたうえで、KCCNの請求を棄却した。

本稿は、本判決の内容を概観したうえ、その妥 当性、問題点について論ずるものである。

第2 本判決の判示内容

1 争点①更新前解除料の額が、法9条1号の「平 均的な損害の額」を超えるか否かについて

本判決は、まず、本件解除料条項について 法9条及び10条の不当条項規制が適用されること を確認したうえで、平均的な損害の額につき以下 のように算定した。

まず、「平均的な損害の額」を算定するに際して、 契約期間として設定されている2年間という区分 を前提に、本契約の解除に伴いソフトバンクに生 じる損害の額の平均値を求め、これと本件解除料 の額の比較を行った。

次に、法9条1号の平均的損害に逸失利益が含まれるかという争点については、「法9条1号にいう平均的な損害は、民法416条にいう「通常生ずべき損害」と同義であって、事業者の営業上の利益(逸失利益)が含まれると解するのが相当である」とした。

そのうえで、本件契約の解除に伴う平均的な損害の算定につき、ソフトバンクの逸失利益は以下の計算式により求められるものとした。

ソフトバンクの逸失利益=ソフトバンクの1ヶ月当たりの変動利益²×解除後の平均残存期間³=4万7689円(1円未満切り捨て)。

そして、同金額は本件解除料条項の9975円を超 えないため、法9条1号の「平均的な損害の額」 を超えないと判示した。

2 争点②更新後解除料の額が、法9条1号の「平 均的な損害の額」を超えるか否かについて

本判決は、更新後の解除料について、初回の契約と異なるところはないとして、争点①と同様に、本件更新後の解除料の額は「平均的な損害の額」を超えないとした。

3 争点③本件解除料条項が、法10条に反するか否 かについて

本判決は、本件解除料条項が法10条前段の要件に該当することを確認したうえで、法10条後段の要件該当性につき、①新規申込み内容確認書や、契約締結時に配布される「受付時の注意点」、ソフトバンクのウェブサイト、料金プラン等が記載されたカタログに解除料が発生する旨の記載があり、本件解除料条項についての説明がなされていること、②割高な料金設定ではあるが解除料条項が設けられていないプランが存在し、消費者は複数のサービスの中から、本件解除料条項が設けら

れたプランを選択して本件契約を締結していることから、本件解除料条項が信義則に反して消費者の利益に反するとはいえないとした。

第3 本判決の評価

1 評価できる点

本件解除料条項に法9条及び10条の不当条項規制が適用されることを確認した点は妥当である。 本件解除料条項は、本件契約の対価を定めたものではなく、中心条項に当たらないことは明らかであるからである。また、本件解除料条項が法10条前段要件を満たすと判示した点は妥当である。

2 不当な点

(1) 法9条1号の「平均的な損害」算定に際 し2年間を区分とした点

本判決は、事業者であるソフトバンクが設定した契約期間である2年間の間に生じる「平均的な損害」を算定している。しかし、このような解釈は、事業者が2年間に上げる平均的な営業利益の取得を消費者に保障させるものであり不当である。

そもそも、本件解除料条項の不当性は、2年という一律の区分にとらわれることなく解約時期ごとに検討されるべきである。本件契約を1か月で解約した消費者と1年11か月で解約した消費者では、事業者に生ずる損害が異なることは明らかである。

また、本判決は、事業者が設定した2年間という契約期間を基準として法9条1号の区分を2年と認定している。しかし、平均的損害算定の基礎となる区分が長くなるほど、事業者の逸失利益の金額が大きくなり、法9条1号に違反しないと認定されやすくなる。それにもかかわらず、事業者が契約期間を長期に設定することにより自由に区分を設定できるとすれば、法9条1号の規制を容易に潜脱することが可能となる。このような解釈は不当である。

さらに、本判決の理論に従うと、消費者の負担において4万7689円もの高額な解除料を事業者に取得させることが正当化されるが、このような結論を導く解釈は一般的な感覚からも外れている。

(2) 更新後の解除料条項の額が法9条1号に反しないとした点

本判決は、更新後の解除料につき、初回の契

約と同様であるという理由のみでほとんど検討を加えることなく結論を出している。しかし、本判決が判示するように平均的な損害が逸失利益だとするならば、2年を経過した時点で事業者が当初予定していた利益の回収は完了しているはずである。それにもかかわらず2年を経過した後まで事業者の利益を消費者に保障させる本判決の解釈は不当である。

(3) 本件解除料条項が法10条に反しないとした点本判決は、解除料条項につき説明がなされ、消費者はこれを理解したうえで解除料条項付のプランを選択しているから、本件解除料条項は法10条に反しないとしている。しかし、契約時の配布資料等に本件解除料条項の説明の記載があるからといって、消費者が十分理解したうえで契約をしているかは極めて疑問である。

消費者と事業者の間には取得できる情報の質及び量には格差があり、消費者契約法はこの格差を是正することを目的としている(法1条)。本判決はこの法1条の目的に反するものであり不当である。

第4 おわりに

本判決は、消費者と事業者の間に交渉力、取得できる情報の量及び質に格差があるという事実を見落としている。解除料について説明書があるからといって、消費者が直ちに解除料条項の内容や趣旨について理解できるということにはならない。本件解除料条項については、消費者から多数の苦情がよせられていることが雑誌等で取り上げられている。

KCCNは、本判決が不当なものであるとして上告 受理申立をした。法1条の目的に反する本判決は是 正されるべきである。

- 1 本件解除料条項は、最初の2年間の契約期間において中途解約した場合に同金額の解除料の支払義務が生じるほか、2年を経過し、契約が自動更新された後に中途解約した場合にも同様に9975円の支払い義務が生ずる旨を規定する。ただし、更新月(契約期間満了の翌請求月・初回のみ翌々月を含む2か月間)については、解除料は発生しない。
- 2 ソフトバンクの1か月当たりの平均収入(ARPU)から変動コストを引いたものを指す。同社のARPUの数値については閲覧制限がかかっているため公表することはできない。
- 3 本件契約の契約期間は2年間(24か月)であるので、24か月から 平均解除期間(本件契約の契約者が本件契約を解除するまでの平 均期間)を引くと解除後の平均残存期間が算出される。なお、平 均解除期間については、閲覧制限がかかっているため具体的な数 字を公表することはできない。

第三者によるクレジットカードの 不正使用事案におけるカード 会員の責任

---京都地裁平成25年5月23日判決を題材に

弁護士 増田 朋記

1 はじめに

京都地裁平成25年5月23日判決(以下、「本件判決」 という。) は筆者が訴訟代理人として担当した事件 の判決である。

本件判決に至る訴訟過程では、未成年者の子が親名義のクレジットカードを不正使用したという事案において、クレジットカード利用代金についての親の支払義務の存否が争われ、多様な論点について主張が交わされたのであるが、結論的には、カード会社の会員(親)に対するカード利用代金請求の大部分についてが、権利の濫用あるいは信義則違反にあたると判示されたものである。

このような結論に至ったのは、本件事案の特殊性による部分もあると解されるが、本件判決中には、 不正使用事案一般に適用可能な規範が示されており、下級審判決とはいえ、実務上影響力のある判決 と考えられる。

そこで、本稿では本件判決を題材として、その分析を行うとともに、第三者によるクレジットカードの不正使用事案におけるカード会員の責任の考え方について検討する。

2 京都地裁平成25年5月23日判決の内容

(1) 本件判決は、本稿執筆時点では未だ公刊物に掲載されていないため、まずその内容について概説する。

(2) 事案の概要

本件は16歳の未成年者が、親の財布から無断で持ち出したクレジットカードを使用したという事案であるが、単なる会員外の第三者による使用というにとどまらず、その利用内容が未成年者のキャバクラ店における遊興であって、風営法や未成年者飲酒禁止法に違反するものであったことや、その利用金額や決済回数等が異常なほど多く(最も高額な日は、一晩で250万円を超えていた。)、未成年者の未熟さにつけ込んだ加盟店による不正

行為・暴利行為があったものと解される内容であったことから、加盟店における公序良俗違反行為の存在とクレジットカード利用代金債務との関係が特に問題となった事案であった。

(3) 訴訟の経緯

本件は、クレジットカードの不正使用における加盟店(キャバクラ店・複数)側の公序良俗違反行為の責任を重く見たカード会員(未成年者の親)の側から、加盟店における接客契約の無効確認とカード会社からの利用代金請求を拒絶することができる地位の確認を求める訴訟として提起された。その後、カード会社側から利用代金の支払を求める反訴が提起されたのであった。

(4) 判示内容 (原因契約の効力について)

本件判決では、接客契約の無効確認に関しては、カードを使用した未成年者本人、会員であるその親、さらに加盟店責任者らの尋問を経た結果、クレジットカード使用の原因契約である加盟店(キャバクラ店)での接客契約の全てについて未成年者取消が認められた(本稿では詳しく触れないが、判決中には「詐術」と取引の安全との関係について詳細な検討が判示されていた。)。

また、訴訟の対象とされた約550万円分の接客契約のうち、約480万円分については、未成年者であるにもかかわらず接客契約を締結しその履行を求めたことにつき加盟店側に故意または重過失があると認められる、あるいは、不正行為・暴利行為にあたると認められることを理由として民法90条に抵触して無効となると判断された。

(5) 判示内容 (カード利用代金債務について)

本件判決は、このような原因契約の無効判断を 前提にしながらも、カード利用代金債務の存否に ついては、盗難カード等の不正使用があった場合 を規律する約款上の規約の解釈・適用の問題であ るとした上で、「信販会社の義務が十分に果たさ れずに不正使用が拡大し、しかも窃盗犯人と加盟 店との間の原因契約が公序良俗に反するという場 合、裁判所としては、加盟店の公序良俗違反行為 に対する寄与の度合い、信販会社による本人確認 の状況等の諸事情を総合的に考慮し、不正使用に よる損害を会員に転嫁することが容認し難いと考 えられる場合」は、盗難カードの不正使用があっ た場合を規律する約款上の条項に基づく「会員に 対するカード利用代金請求が権利の濫用となる (あるいは信義則に反する)として民法1条2項 <u>ないし3項に基づく公権的解決を図ることができ</u>る」との規範を示した。

そして、本件の具体的事案へのあてはめとして、 上記のような加盟店による公序良俗違反行為が あったことに加えて、その寄与が相当に大きいも のであったことや、カード会社が一度加盟店に本 人確認の電話を入れており、カードを使用してい た未成年の子が本人確認の質問に対して十分な回 答ができなかったにもかかわらず決済が承認され ていたことなどの事情を考慮した上で、民法90条 に抵触して無効とされた約480万円分の接客契約 に対するカード利用代金についての支払を請求す ることは、権利の濫用ないし信義則に反するもの として許されないと判示された。

3 不正使用事案を規律する約款上の規約

上記のとおり、本件判決は、盗難カード等の不正 使用があった場合を規律する約款上の規約の解釈・ 適用の問題とした上で、第三者によるカードの不正 使用事案におけるカード会員の責任のあり方につい ての判断を示したのであるが、その約款上の規約と は概ね次のようなものであった。

- ① カードの紛失・盗難・不正使用等があった場合、 会員はただちにカード会社に届け出て、また、警 察署に紛失届・被害届を提出した上、その受理を 証明する文書をカード会社に提出する。
- ② 会員は承諾したか否かにかかわらず、本人以外 の者によるカード使用から生じたカード利用代金 等を全て支払うものとする。
- ③ 前項の規定にかかわらず、第1項の届出がなされた場合は、届出をカード会社が受け取った日から遡って60日目以降に生じたカードの不正使用については、会員は支払責任を負わないものとする。ただし、次の場合はこの限りでない。
 - (i)会員の故意または重大な過失に起因する場合
 - (ii)会員の家族、同居人、留守人がカードを不正 使用もしくは窃取した場合、またはこれらの 者がカードの不正使用もしくは盗難に関与し た場合
 - (iii)カードの貸与禁止条項に違反して他人にカードを使用させた場合
 - (iv) その他規約に違反する行為に起因して不正使 用が生じた場合
 - (v)会員が保険会社の行う被害状況調査等に協力

しない場合。

このような規約は本件カード会社に特有のものではなく、細かな表現などはカード会社によって異なるものの、いずれのカード会社においても大略は同様の内容が約款上に規定されているものである。

その内容は要するに①原則は第三者による使用であってもカード会員が利用代金を負担する、②例外として必要な届出手続をとれば一定期間の不正使用については、カード会員は責任を免れる、③例外の例外として家族等による不正使用など一定の具体的事実がある場合にはカード会員は責任を免れないというものであり、結局、カード盗難保険等の適用が無いようなケースでは、一律にカード会員が責任を負うかのような規定ぶりとなっている。

4 検討

(1) 本件における問題点

本件判決の事案は、子がカード会員である親のカードを不正使用したという事案であったため、上記の約款上の規約をそのまま適用すれば、「例外の例外」にあたり、会員である親は利用代金の支払責任を免れないことになるが、本件のように加盟店側に公序良俗違反行為が認められる場合にまで、家族による使用という一事をもって会員に全ての責任を転嫁することが許されるのかが問題となったのである。

(2) 長崎地裁佐世保支部平成20年4月24日判決 この点、カード会員の家族による不正使用事案 において約款上の規約を制限的に解釈し、カード 会員の利用代金支払義務を否定した判例として長 崎地裁佐世保支部平成20年4月24日判決(金融・ 商事判例1301号1頁)が存在する。

同判決は、「会員に対しその帰責性を問わずに 支払責任を負担させることは、民法の基本原理で ある自己責任の原則に照らして疑問がある上」 カード会社及び会員の「合理的意思にも反するも のというべきである」とした上で、約款上の規約 は「会員側が自己に帰責性のないことを更に主張 立証し、補償規約の適用を受けようとする余地を 排斥する趣旨まではない」と解し、会員が自己に 重過失がないことを主張立証すればカード利用債 権の支払いを免れることができると判示している。

(3) 本件判決の規範

他方、本件判決では、上記のとおり、「信販会

社の義務が十分に果たされずに不正使用が拡大し、しかも窃盗犯人と加盟店との間の原因契約が公序良俗に反するという場合、裁判所としては、加盟店の公序良俗違反行為に対する寄与の度合い、信販会社による本人確認の状況等の諸事情を総合的に考慮し、不正使用による損害を会員に転嫁することが容認し難いと考えられる場合」には権利濫用または信義則違反にあたるという規範のもとで約款上の規約の適用を制限していると解することができる。

長崎地裁佐世保支部判決では会員側の重過失の 有無が問題とされたのに対し、本件判決ではカー ド会社や加盟店側の帰責性が正面から問題とされ ている点に特色があると言えよう(ただし、長崎 地裁佐世保支部判決においても実質的には決済シ ステムの安全性確保に関するカード会社側の義務 違反が問題とされており、その意味で本件判決は 長崎地裁佐世保支部の判断をさらに敷衍したもの とも解される。)。

(4) 約款上の規約の制限的な解釈

上記のような盗難カード等の不正使用があった 場合を規律する約款上の規約については、従来、 クレジットカード利用において不正使用を完全に 排除することが不可能であるという「クレジット カードの脆弱性」の存在を基礎として、そのリス クを適正に分配する合理的な規定であるなどとし て、その妥当性が主張されてきたものである。

しかし、私法の大原則である私的自治の原則からすれば、自らの意思と責任に基づかない債務は負わないのが本来であり、クレジットカードの不正使用事案においても、会員は自らの意思に基づいて使用されたものではない利用代金については支払責任を負わないと解するのが原則となるはずである。

上記のような約款上の規約は、このような私法 上の原則を覆し、消費者である会員の利益を一方 的に害するものであるから、原則的には消費者契 約法10条に反することになると解すべきであっ て、リスクの適正な分配などという理由で易々と 妥当性を認めることはできないものと解される。

こうした観点から検討すれば、本件判決や長崎 地裁佐世保支部判決の事案のように、会員が自己 に重過失のないことを主張立証したケースやカー ド会社や加盟店の側に重大な帰責性が認められる ケースにおいては、その適用を制限的に解釈し、 会員の支払責任を否定したのも、いわば当然の結果であると言えよう。

5 最後に

- (1) 最後に、上記裁判例の分析をもとに、第三者に よるクレジットカードの不正使用事案における カード会員の責任についての私見を述べる。
- (2) 上記のとおり、約款上の規約が存在しなければ、 私的自治の原則からすれば、第三者による不正使 用があったとしても、自己の意思に基づき利用し たわけではない会員本人は支払責任を負わないの が本来である。そこで問題は、約款上の規約によ り、このような原則を覆し、消費者である会員に 不正使用のリスクを転嫁することがいかなる場合 に容認されうるかという点である。

この点、会員の身近にいる家族等はカードの使用が容易であること、カード会員と不正使用した家族との通謀していた場合にカード会社がこれを証明することが容易でないこと、カード会員が家族に対する監督責任を有していることなどを理由として、会員の家族等による不正使用の場合における会員へのリスク転嫁を正当化する考え方も存在している。

しかし、不正使用者と会員とが密接な関係にあるというだけでは、私法上の原則を覆して消費者 たる会員に不利益を負わせる根拠としては薄弱であろう。

カード会社は事業者としてカードによる決済システムの安全性確保に対する責務を負うのであるから、会員への不正使用リスクの転嫁が許容されるとすれば、カード会社の側がその責務を果たし、取り得る防止措置を全て取った上でなお不正使用を防ぐことが困難であったというケースに限られるというべきである。

したがって、カード会社や加盟店の側において本人認証等の不正使用防止措置が尽くされていないケースにおいては、会員が故意または故意と同視できるような重過失により不正使用に関与したのでない限りは、約款上の規約によるリスク転嫁は許されず、会員の責任を否定すべきと言えよう。

(3) この点、本件判決は、原因契約が公序良俗に違反することのみではなく、加盟店の公序良俗違反行為に対する寄与の度合い、信販会社による本人確認の状況等の諸事情等を加味して判断するという規範を立てている。

これは、原因契約がいわゆるデート商法であり 公序良俗に反し無効であるとされたものの、「売 買契約と一体的に立替払契約についてもその効力 を否定することを信義則上相当とする特段の事情 があるときでない限り、売買契約と別個の契約で ある購入者とあっせん業者との間の立替払契約が 無効となる余地はないと解するのが相当である」 と判断した最高裁平成23年10月25日判決につい て、事案は異なるが一定の考慮を行い、特段の事 情にあたるような事情を明示しようとした結果で はないかと思われる。

しかし、カード会社は加盟店を増やすことで自らの利益を拡大しているのであるから、他方では加盟店を適切に管理し、カードによる決済システムの安全性確保を果たすべき義務を負っており、その責任は決して軽いものではなく、「クレジットカードの脆弱性」の名のもとに、カード会社が安易にその責務を放棄することが許されてはならない。

そして、そのようなカード会社の重大な責務に 鑑みれば、加盟店による公序良俗違反行為が関与 したような場合には、そのような公序良俗違反行 為を防ぐことができず、不正使用を助長する結果 を招いたことについて、カード会社側に帰責性が 存在し、カード会員の責任が否定されるのが原則 と言うべきであろう。

(4) いずれにしても、結論として、本件判決が不正 使用事案におけるカード会社・加盟店側の帰責性 を重視して、会員の責任を否定した点は高く評価 されるべきである。

そして、クレジットカードを巡るトラブルを減少させるためには、本件判決の考え方がさらに敷衍されるべきである。

すなわち、安全なクレジットカードシステムを 構築してトラブルを防止する責務は、第一には カード会社が負うのであって、不正使用事案以外 の場合においても、クレジットカードを巡るトラ ブルでは、カード会社側において必要な措置が果 たされているか、また、カード会社・加盟店側の 不正な行為が関与していないかという原則的な問 題が、まず検討されなければならないのである。

【参考資料】

・橋本英史「近親者(親子・兄弟・妻)によるクレジットカード利用」 園部秀穂・田中敦編『現代裁判法大系(23)消費者信用取引』(新 日本法規出版、2008年)198頁

- ・河上正二「未成年者による有料サイト利用と親のクレジット・カード不正使用」信国幸彦編『消費者法判例百選』(有斐閣、2010年) 230頁
- ・朝見行弘「クレジットカードの無断使用と代金支払義務」西尾み ちみ編『消費者取引判例百選』(有斐閣、1995年) 182頁
- ・福﨑博孝ほか『カード被害救済の法理と実務』(民事法研究会、 2011年)
- ・箕輪靖博「インターネットによるクレジット会員外使用の民事責任(1)」『福岡大学法学論叢第53巻第3号』(2008年) 141頁
- ・箕輪靖博「インターネットによるクレジット会員外使用の民事責任(2)」『福岡大学法学論叢第53巻第4号』(2009年) 399頁
- ・上田孝治「クレジットカード不正使用事案における責任分配ルールについて」「消費者法ニュース第78号」(2009年) 131頁
- ・鈴木尉久「クレジット・カード使用時の本人認証義務について」『消費者法ニュース第83号』(2010年) 185頁

電話機リース問題の構造(4)

弁護士 住田 浩史

第1 はじめに

これまで、拙稿「電話機リース問題の構造(1)」」では、いわゆる電話機リース問題についての裁判外・裁判上の解決が一定集積されてきたことを、同「電話機リース問題の構造(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くなったことを、そして同「電話機リース問題の構造(3)」3で、提携リース問題の核心をとらえた大阪地判平成24年5月16日と大阪地判平成24年7月27日をそれぞれ紹介し、論じてきた。

本稿では、提携リース問題の究極形(なぜそういえるかは、後述する。)ともいえる役務提供リース(ホームページリースを含む)について、注目すべき判断を示した京都地判平成25年7月30日等も踏まえつつ、論じておく。

第2 役務提供リース・クレジット (ホームページリース・クレジット含む) について

 役務提供リース・クレジットとその狙い 役務提供リースとは何か。ホームページ制作を はじめとする役務(サービス)の提供が本質的に リースできないということは、無論、L(リース 会社)もS(サプライヤー)も重々承知であるが、 U(ユーザー)は知らない。その格差から生まれ た巧妙な詐欺的商法である。ひとことでその構造 をあらわすと、①Uからみるとリース契約によって「役務提供」の対価を支払うというつもりなのであるが、②Lからみると形式的には「物件」のリース契約をしているのであり、③その双方の認識のギャップが主としてSの不当な勧誘により意図的に作出されており、④LにおいてUの誤認を払拭するに足る努力をしていない、ということとなろう。

なぜ、Sは、このような役務提供リースを勧誘するのか。その狙いは、既に前掲「電話機リース問題の構造(2)」29頁でも述べたとおりであるが、①役務提供前にLから一括で代金全額を受け取ることが可能(通常だと完成しなければ料金をもらえない)、②Uからの中途解約を防げる(不履行があっても返金不要)、③価格決定をブラックボックス化しやすい(見積書が不要)、④いざとなれば倒産させて別会社に移行できる、という点にある。そして、この①ないし④の逆が、Uのデメリットということになる。

なお、これらの構造、狙いは、提携リースと同様の構造を有する提携クレジットにおいても全く 同断であり、提携クレジットを用いた同様の詐欺 的商法もしばしばみられるところである。

このように、U (購入者) に役務提供と物件と を混同させるリース(クレジット)という手法は、 実は、かなり古くから行われてきたようであり、 下記2、3のような参考裁判例が見受けられる。4、 5は近時の裁判例である。

- 2 福岡高判平成4年1月21日 (判例タイムズ779 号181頁)
 - (1) 事案及び判決の内容

被控訴人(一審原告)L、控訴人(一審被告) U、Sは警備会社。Sは、その実質は警備料であ るにもかかわらず、警備機器のリースという法 形式をとった。その後倒産。Lはリース料をU に請求した。

判決は、①警備機器はSの警備実施には必要不可欠で、警備をしないのであればUが同機器を借り受けることもあり得ないのがUS間での当然の前提、②リース契約締結に先立ち、LはSにリース申込受付・契約締結事務代行の権限を付与し、相互に市場を拡大し、利益を追求していた、③リース料算定の基礎となった警備機器の価額が異常に高額(3倍強)で、取付工事費のほか、加算要因としての金利、保険料、利

益等を考慮しても、リース料総額78万1200円は相当でなく、リース料の実質はその大半が警備料であったという各事実を認めたうえで、このリース契約の実態及び狙いについて、

「同控訴人(*U)と訴外会社(*S)間の本 件警備委託契約の本質的要素である警備実施 という債務の履行は同社に委ねながら、同控 訴人は、訴外会社のすすめるままに本件リー ス契約を締結し、その大半が警備料に相当す る金員をリース名目で被控訴人(*L)に支 払うことを約したものにほかならず、〈中 略〉、同契約は、同控訴人の金融の便宜のた めの、いわゆるファイナンシャルリース契約 というべきものではなく、〈中略〉、法形式 上、警備契約を、訴外会社と同控訴人間の「警 備契約」と同控訴人と同被控訴人間の「リー ス契約」に分離し、一方で、同控訴人間と訴 外会社間の本件警備契約上は警備料を月額 700円という低額に決めながら、他方で、同 控訴人と被控訴人間の本件リース契約上、本 件警備機器の売買価格を極めて高額に設定し てリース商品とし、同控訴人が訴外会社に対 して有する法律上の抗弁を被控訴人が控訴人 から対抗されないような手段を講じて、被控 訴人から金融を得やすくする手段としたもの と推認される」

とし、本件警備機器の客観的価値から算定し たリース料以上の残リース料の請求については 信義則に反して許されない、と判断したもので ある。

(2) 判決の評価

この判決の事案は、典型的な役務提供リースであり、その実態及びSの狙いについても正しく認定している。なお、この判決のさらに注目すべき点は、信義則違反の理屈上、このようなおかしな実態になっていることについてのLの認識如何は問わないとしている点である。すなわち、「実態を知らなかったことに伴う危険は、訴外会社と相互に利益を拡大し合い、社会経済的に密接な相互依存関係にあり、かつ、同社が商品の提供、役務の提供を消費者に対し、適正、かつ、円滑に行うことのできる業者であるかどうか、また、そもそも本件警備機器がリースという法形式に馴染むものであるかどうかを調査することのできる能力を有する被控訴人が負担

するのが、かかる能力を有しない消費者側(控訴人ら)との関係では公平の理念に合致する」と(なお、判決では「消費者」とされているが、顧客は消費者ではなく有限会社である。)。

(3) 端的に契約責任を認めるべきであった

この判決に関する前掲判例タイムズの解説 は、「本判決の論旨からすれば、請求を全部認 めない、…という考え方もありうるだろう。」 として、信義則ではなく契約責任を正面から認 めるべきであったことを示唆している。また、 石田清彦教授(当時熊本大学助教授)は、この 判決について、やはり同様に契約責任によりL の請求を全部棄却するべきであった旨示唆して いる(ジュリスト1089号・商事判例研究『役務 を背景にしたリース取引と信義則』、平 成8年5月)。「誤認を与えるような商取引のシ ステムを作出し、しかもそのシステムを用いる ことによって利益を得ているX(*L)としては、 A (*S)・Y1(*U) 間の契約とX・Y1間の 契約が全く別の契約であることをY1側に明確 に伝えるべきであり、それをしなかったXは、 Y1のAおよびXへの信頼が保護に値するだけ 無理からぬものである限り、誤認によって生じ た不利益を負うべきであり、警備機器の残され た価値をY1に押しつけるべきではないともい える」と。

なお、ホームページリースについては、この 事案よりも、形式的なリース物件とされている ソフトウェアの形骸性が強い。すなわち、リー スの本来の目的たる役務提供とほとんど関係の ないものであることも多く、よりいっそうリー スの濫用といいやすいというべきである。

- 3 東京地判平成16年11月9日(判例集未登載)
 - (1) 事案及び判決の内容

提携リースと類似する提携クレジット契約 (立替払契約) の事案である。

購入者であるY1(医師)が、X(信販会社)の加盟店から、「NHK文字ニュース」が配信されるということを強調した勧誘を受け、「ソフト」120万円の他157万7100円あまりの商品を購入し、その支払についてXと立替払契約を締結した。Y1は、Xの巧妙な勧誘から「ソフト」は文字ニュースのシステムのことであると認識した。しかしながら、実際には、文字ニュースの配信はこの契約とは無関係であり、「ソフト」

とはDVDソフト2枚のことであった。

これについて、判決は、「ソフト」の意味について、「Y1において、120万円の『ソフト』が文字放送を含むシステムを指すものと理解していたと考えられ、またそのように理解するのが……(中略)……通常人の理解として是認される」として、Y1の錯誤を認めた上、その錯誤は、「DVDソフト2枚の代金が120万円であることを知っていれば本件立替払契約自体の締結には至らなかったであろうと考えられること」、本件と同様、商品が要素となっていることなどから要素の錯誤であると認め、結論として、「ソフト」120万円の立替払契約を無効とした。

判決が商品を「要素」と判断したのは、所有権留保の特約、商品に瑕疵がある場合の支払停止等、立替払契約書の条項、もしソフトがDVDのことを指すと知っていれば購入者は契約をしなかったであろうということ等からである。

また、勧誘の巧妙さから、購入者の重過失も 否定した。

(2) 判決の評価

クレジット契約における「要素の錯誤」及び 重過失を否定した認定として、適切な判示であ る。これは、まさに役務提供クレジット商法の 事案であり、この理屈は、そのまま、役務提供 リース商法にあてはめられる。この判決は、ク レジット契約が所有権留保特約等「商品」に着 目した条項がたくさんあることを重視している が、リースならばなおさら「商品」が重視され るというべきである。リースにおいては、ホー ムページ制作、更新、管理といった役務がリー ス対象であれば、Lは、リースの本質上、リー ス契約を応諾するはずがない。よって、「商品」 と「役務」間の錯誤は、要素の錯誤であること は明らかである。

4 大阪地判平成24年5月16日(金融・商事判例 1401号52頁、確定)

これについては、既に前掲「電話機リース問題の構造(3)」28頁以下で紹介済みであるのでそちらを参照されたい。なお、付言すると、前掲金融・商事判例の解説が「サプライヤーとの間では、リースの対象を役務と捉えながら、リース会社との間では、リースの対象を物品と捉えた齟齬がそ

の原因となっているとすると、信義則を云々する前に、サプライヤーとユーザーとの間およびユーザーとリース会社との間で、ユーザーがリース契約によって提供を受けるのが物品であるのか、役務であるのか、そのいずれであっても、対象を同一のものと捉える必要があるとの見地に立った上で、すなわち、本判決にいう齟齬を前提として容認しないで、本件各契約の成否ないし効力を検討する余地もあった」として、上記3についての解説同様、正面から契約責任(不成立ないし錯誤)を認めるべきであった旨の示唆をしていることが注目される。

- 5 京都地判平成25年7月30日(判例集未登載)
 - (1) 事案及び判決の内容

本件は、ホームページクレジットの事案である。

美容院を営む個人事業主であるXは、信販会社Yの加盟店Z1の勧誘によって、ホームページの作成、管理、運営等の役務の提供を依頼したものと認識していたが、Yに対するクレジット申込書上は、162万円の「販促誘客ITP」というソフトウェア売買代金のクレジットという形式がとられていたというものであった。なお、Y・Z1間の加盟店契約においては、役務提供は立替払の対象とはされていなかった。また、Z1は、カモフラージュとして、総額18万円という低額のホームページ制作等契約をXに締結させていた(この点、低額の警備契約を締結させていた上記2の事例と類似している)が、Xは、これら2つの契約が別個のものであるとは全く認識をしていなかった。

その後、Z1によってホームページは一応作成されたものの、勧誘時に約束された売上の上昇はないどころか、検索してもホームページが一切表示されず、ほとんど機能していないという状況であった。その後、Z1は会社分割により事業を停止し、新設されて事業を引き継いだというZ2は、「販促誘客ITP」については一切関知しないと主張したため、Xは約束どおりの役務の提供を受けられなくなり、Yに対しては未払立替金支払義務の不存在の確認と、既払立替金の返還を求め、またZ2に対しては既払金の返還を求めて提訴した(なお、提訴後、Z2はZ3に吸収合併された。)。

判決は、Xのなした意思表示は「販促誘客

ITP」の売買代金のクレジット契約申込であるが、Z1の勧誘によって形成されたXの意思は、ホームページ制作等の請負代金のクレジット契約申込であり、両者には立替払の可否(前者は可、後者は否)や時期(前者は即時、後者は仕事完成時)において重大な違いがあり、かかる表示と内心の意思の不一致は要素の錯誤にあたるとし、錯誤無効を認めてYに既払金の返還を命じた。

YはXの重過失を主張したが、判決は、Xが僅かな注意を払えばこのような食い違いに気づくことができたとはいえないとし、「XがZ1を疑わなかったことは強く責めるのは酷である。なぜならYの担当者Aでさえ、Z1の行為を疑っていなかった」こと等から、Xの落ち度がYよりも重いとはいえないとして、Yの重過失主張を排斥した。

加えて、契約の詐欺取消を認め、Z3に対し 既払金の返還を命じた。

(2) 判決の評価

この判決は、上記2及び上記4の判例解説及び論文が、この種事案においては、いずれもL・U間の認識の齟齬から契約責任(契約の成否ないし効力)を正面から論ずるべきであると示唆していたとおり、購入者サイドの表示と内心の意思の不一致を認めて、要素の錯誤を認めたものであり、先例的価値がある。

また、これは提携クレジットの事例ではあるが、この理屈はそのまま提携リースにあてはめることが可能である。本件では加盟店契約の具体的記載内容から要素の錯誤であることが論じられているが、リースの場合であれば、理論的に不可能な役務提供のリースの申込みについて、Lがこれを受諾することはあり得ないのであるから、表示と内心の意思の不一致は常に要素の錯誤となるといえ、むしろ、より提携リースにこそあてはまる裁判例であるとさえいえよう。

第3 むすび一提携リース問題の究極形としての役務 提供リース

さて、役務提供リースは提携リース問題の究極形である。なぜなら、リース契約の本質は物件の購入代行賃貸であり、これまでの電話機や複合機のリースは、一応、SもUも、その対象となる「物件」に

注目していた(無論、その「物件」の価格や必要性 に極めて大きな問題があったのであるが、それはさ ておき)といえる。しかし、役務提供リースは、S とUが契約の実質的対象として注目しているのは、 もはや「物件」ですらないのであって、契約書上現 れている「物件」は、Sによる単なる隠れ蓑でしか ない。これは、たとえていうならば、マルチ商法に おける「商品」とねずみ講における「商材」の関係 によく似ているというべきであろう。Lは、旧来の 電話機リース問題については、いかに勧誘に問題が あっても、「SとUが物件について話し合って決めた のだから、私は関知しません。」と開き直った主張 を行うことがある(自ら契約当事者で、Sに勧誘を 任せたにもかかわらず、である。)。しかし、役務提 供リースにおいては、Lは、そのような開き直りす らできない。UもSも、興味を持って論ずることが およそあり得ない「物件」(上記第2の4の事例の ように、実在すらしていないソフトウェアが商材に なることがある)について、「話し合って決める」 などということが、到底、あり得ないからである。 むしろ、この種役務提供リースでは、Uに「物件」 が対象になっていることに気づかれないように、な るべく「話し合わない」ことがSの必須のテクニッ クになっている(あるいは、第2の2や5の事例の ように、カモフラージュとして、極めて安価な役務 提供契約が形式上締結されるか、である。)。

よって、役務提供リースにおいては、旧来の提携 リースについての最重要裁判例である大阪地判平成 24年7月27日(裁判所ホームページ。なお、前掲「電 話機リース問題の構造(3)」29頁)のごときS指導 管理義務違反の有無を云々するまでもなく、 第2の3や5のように、端的に、契約の不成立や錯 誤等の契約責任が認められるべきである。上記 第2の2や4の裁判例がとった信義則構成について 契約責任による判断を示唆する解説は、いずれも正 鵠を得ているといえよう。

これまで紹介してきた裁判例等を含め、解決事例が一定集積してきたとはいえ、提携リース問題の解決は、未だ道半ばである。この間に、司法による救済を求めることを諦め、泣き寝入りし、あるいはその被害に気づかないでいる中小事業者、消費者のいかに多いことか。何度も述べてきているとおり、提携リース問題の解決は、最終的には、提携リースを法の規制下におく立法をもってすべきであろう⁴。

- 1 「御池ライブラリー 27号」、住田浩史、2008年4月、8頁 http://www.oike-law.gr.jp/public/oike_27.pdf
- 2 「御池ライブラリー 33号」、住田浩史、2011年4月、29頁 http://www.oike-law.gr.jp/public/oike_33.pdf
- 3 「御池ライブラリー 36号」、住田浩史、2012年10月、28頁 http://www.oike-law.gr.jp/public/oike_33.pdf
- 4 一つの試案として、平成24年8月9日付「提携リース契約規制法 試案」(京都弁護士会ホームページ)

 $https://www.kyotoben.or.jp/siritai/menu/pages_kobetu.cfm?id=646$

薬剤師の疑義照会義務が肯定された判例の紹介

#護士 長谷川 彰

1 はじめに

薬剤師法24条は「薬剤師は、処方せん中に疑わしい点があるときは、その処方せんを交付した医師、歯科医師又は獣医師に問い合わせて、その疑わしい点を確かめた後でなければ、これによって調剤してはならない」と定めている。今回紹介する判決(平成23年2月10日東京地裁判決)は、この規定について、医薬品の専門家である薬剤師に、医師の処方意図を把握し、疑義がある場合に、医師に照会する義務を負わせた規定であると判示し、この義務を怠った薬剤師に対し、損害賠償を命じた。

2 事案の概要

肺癌の化学療法のため入院中の患者が、抗癌剤治療を継続中に高熱を発し、ニューモシスチス症(カリニ肺炎)の疑いと診断され、これに対する治療薬として劇薬指定されているベナンバックスが選択された。被告医師は、主治医から添付文書や医薬品集に記載されている投与量を投与する旨指示されたが、医薬品集の左右の頁を見間違えて、常用量の5倍の量を処方指示し、同量のベナンバックスが3日連続で患者に投与された結果、血圧が急激に低下し、低血糖、腎機能の低下、痙攣発作などの症状が起こり、低血糖による遷延性中枢神経障害、肝不全、腎不全により死亡した。

3 薬剤師の疑義照会義務

本判決は、上記の通り薬剤師法24条は、薬剤師の 疑義照会義務を定めた規定であると判示した。その うえで、「薬剤師の薬学上の知識、技術、経験等の

専門性からすれば、かかる疑義照会義務は、薬剤の 名称、薬剤の分量、用法・用量等について、網羅的 に記載され、特定されているかといった形式的な点 のみならず、その用法・用量が適正か否か、相互作 用の確認等の実質的な内容についても確認し、疑義 ある場合には、処方せんを交付した医師等に問い合 わせて照会する注意義務を含む」「調剤監査が行わ れるのは、単に医師の処方通りに、薬剤が調剤され ているかを確認することだけにあるのではなく、前 記と同様、処方せんの内容についても確認し、疑義 ある場合には、処方医等に照会する注意義務を含む」 と判示した。

4 オーダリングシステムとの関係

被告病院は、オーダリングシステム(検査・処方 にかかる情報伝達システム)を採用し、薬剤処方に ついてコンピュータを用いてチェックしていた。

被告薬剤師らは、オーダリングシステムを信頼し ていたものであり、疑義照会義務を負わないと反論 した。この点について、判決は、「オーダリングシ ステムの導入は、薬剤師と同システムとのダブル チェックによる過誤の防止という点で効果を発揮す るに止まらず、そのシステムの設定・活用の仕方次 第で、機械的なチェックになじむ画一的な事項につ いては、システムによるより迅速で確実、網羅的な チェックが可能となり、数多くの医薬品について、 限られた時間で、調剤・監査を行わなければならな い医薬品の調剤・監査業務の事務処理を全体として より合理化し得るものとして、重要な意義を有する ものということができる。したがって、オーダリン グシステムを導入する病院において、調剤・監査業 務に関与する薬剤師等が、そのシステムの機能や具 体的なチェック項目等について十分理解し、明確な 認識を持った上で、当該システムが正常に機能する ことを信じて業務を行い、かつ、当該システムが正 常に機能する技術的担保があるなど、これが正常に 機能することを信じるにつき正当な理由がある場合 には、薬剤師は、同システムが正常に機能すること を信頼して自らの業務を行えば足りるものと解する のが相当である。

しかしながら、本件では、証拠によれば、本件事 故当時、被告病院のオーダリングシステム上1回量 の設定しか行われておらず、これについて、被告病 院の医師及び薬剤師らの間で明確な認識は共有され ていなかったことが認められる。オーダリングシス

テムの設定自体の問題や被告病院内での当該システ ムの機能の周知体制等にも問題があったことは否め ないものの、他方で、被告薬剤師らが、同システム 上いかなる項目がチェックされているかについて明 確な認識を持っていたものとも認められない上、 1日量の設定がされていると信じていたという点に ついても、設定者や被告病院の責任者等から明確な 説明を受けているなど合理的な根拠に基づくもので はなく、被告薬剤師の供述等によっても、十分な根 拠もなくそのように思い込んでいたものであること がうかがわれるのであって、本件において、被告薬 剤師らがオーダリングシステムを信頼していたこと につき、正当な理由は認められないといわざるを得 ず、被告薬剤師らの主張は採用できない。」と判示し、 被告薬剤師の反論を排斥し、処方せんを作成した被 告医師に疑義を照会しなかった被告薬剤師らの損害 賠償責任を認めた。

5 コメント

本件では、誤った処方せんを作成した医師の過失 責任だけではなく、その処方せんについて、薬剤の 用法・用量を調べれば当然気がつく疑問点について 処方医に照会せず、処方せん通り調剤した薬剤師の 過失責任を認めた。本件病院では、オーダリングシ ステムを採用していたが、1回量の設定はなされて いたものの、1日量の設定がなされていなかったた め、警告機能が発動されなかった。その点で、シス テムにも問題はあるが、判決は、薬剤師とオーダリ ングシステムはダブルチェックによる過誤防止の効 果を発揮するものとして薬剤師のチェックを要する ことを指摘している。劇薬で、普段は使わない薬に ついて、5倍も多い量が処方せんに書かれていたの をノーチェックで調剤した薬剤師の過失が認められ たのはやむを得ない。

なお、オーダリングシステムを導入する病院にお いて、調剤・監査業務に関与する薬剤師等が、その システムの機能や具体的なチェック項目等について 十分理解し、明確な認識を持った上で、当該システ ムが正常に機能することを信じて業務を行い、かつ、 当該システムが正常に機能する技術的担保があるな ど、これが正常に機能することを信じるにつき正当 な理由がある場合には、薬剤師は、同システムが正 常に機能することを信頼して自らの業務を行えば足 りると判示した点も妥当な判断である。

定期金賠償について

弁護士 北村 幸裕

第1 はじめに

交通事故訴訟等の人身損害賠償訴訟における損害の賠償方法については、損害は不法行為時に発生するという前提のもと、将来具体化する損害も、中間利息を控除して不法行為時点の価額に換算し直し全損害を一括で支払う、いわゆる一時金賠償が認められることが一般的である。

ところが、損害項目を検討すると、将来的に残存した症状が変動する可能性がある後遺障害の逸失利益や、今後の状況に応じて日々発生するであろう将来介護費については、一時金賠償ではなく、履行期ごとに一定金額が定期的に支払われる、いわゆる定期金賠償による方が望ましい場合があるのは否定しがたい。

本稿では、原告が、定期金賠償を全く望んでいないことを明確に主張していたにもかかわらず、原告の主張と異なる定期金賠償を認めた近時の東京高裁判決(東京高判平成25年3月14日自動車保険ジャーナル1892号1頁)を題材として、定期金賠償について検討することとする。

第2 判決の紹介

1 事案の概要

本件は、24歳男子会社員である原告が、自動二輪車を運転中、交差道路から進入してきた四輪車と出合い頭で衝突した結果、原告は頚髄損傷等の傷害を負い、自発呼吸がない遷延性意識障害等の後遺傷害が残存したため、被告に対して損害賠償を請求した事案である。

本件では、損害項目のうち、将来介護費について、被告が、定期金賠償方式を採用すべきと主張した一方で、原告は、定期金賠償を全く望まないことを主張していた。

2 判決内容

(1) 原審の要旨

原審は、概ね以下の理由により、原告が望まないにもかかわらず、将来介護費について、定期金賠償方式を採用する判決を行った。

原告は、遷延性植物状態であり、一般人の平 均余命年数と比較して早期に死亡する確率が高 いこと、自発呼吸がなく一般的な植物状態の患者に比較して予後が大きく悪い可能性があること、感染症罹患のリスクも相当高いこと等の事情から、その余命を含めて将来の状況を的確に 予測することは困難である。

このような場合に、一般人の平均余命を前提 として、将来の介護費用を算定して加害者側に その全部を一括して賠償を命じることは、損害 の公平な分配という損害賠償の理念に照らし適 当ではない。

将来に著しい変動が生じた場合には、変更判決の制度(民事訴訟法117条)によって対応を図るのが適当であるから、実質的に賠償金を支払うのは原告保険会社であって履行が確保できることも考慮に入れると、将来の介護費用は、定期金賠償方式によるのが相当である。

なお、原告は、一時金賠償方式による将来の 介護費用を請求するが、人身損害に係る損害賠 償請求権に基づき、その損害項目の一つとして 将来の介護費用を請求しているのであって、一 時金払いと定期金払いは、単なる支払方法の違 いに過ぎないから、裁判所が定期金賠償方式に より将来の介護費用の支払を命じる判決をする ことは、当事者の申し立てていない事項につい て判決したことにはならない。

(2) 本判決の要旨

本判決も、概ね原審と同様の理由により、将 来介護費について、定期金賠償方式を採用した 原審の結論を肯定した。

なお、本判決特有の理由としては、控訴人 (原告)の余命の的確な予測が困難である上、 要介護状態になった後に死亡した場合、死亡後 の期間に相当する介護費用は交通事故の損害に は該当しないこと(いわゆる切断説)に鑑みる と、平均余命を前提として一時金に還元して介 護費用を賠償させた場合には、賠償額に換価で きない過多あるいは過小を生じ、かえって当事 者間の公平を著しく欠く結果を招く危険がある ことが想定されるとして、切断説との整合性を 考慮している点が挙げられる。

第3 検討

1 一般的な評価

本判決は、定期金賠償方式のメリットを重視し つつ、一般的にデメリットと考えられている事項 についても、本件では問題にならないとして、原 告の主張に反してでも、定期金賠償を命じたもの と評価できる。

そこで、以下、定期金賠償の得失の観点及び処 分権主義の観点から、それぞれ検討を加えること とする。

2 得失の観点からの検討

(1) 定期金賠償のメリット

定期金賠償におけるメリットとは、まず、① 損害額算定の適正化及び損害の公平な分担が可 能となる点が挙げられる。予測困難な将来発生 する損害を、不法行為時点に発生したこととす る、いわばフィクションによって無理に認定し た結果生じうる不公平を回避できる点は大きな メリットといえる。

また、従来はインフレの場合のリスクを債権 者が負担しかねないということが定期金賠償の デメリットとされていたが、②上記確定判決の 変更制度の創設によって、むしろ、貨幣価値等 の変更にも柔軟に対応できるようになり、一時 金賠償よりも適切な損害認定が可能になった点 もメリットといえよう。

その他、③定期的な支払いの方が浪費や運用 リスクを回避できることから、生活保障的機能 がある、④現実の金利とそぐわない中間利息控 除を回避できる、⑤定期的な支払いは加害者に 対する懲罰的な機能を有するといった点もメ リットとして挙げられることもある。

(2) 定期金賠償のデメリット

一方、最も大きなデメリットとされているの が、①履行確保の問題である。現行制度上、担 保供与制度が設けられていないことから、賠償 義務者の資力悪化のリスクを被害者が引き受け ざるを得なくなる。

その他、②一回的終局的な紛争解決の欠如、 ③一時金賠償を望む被害者の意思に反する、④ 請求が煩雑、管理費用の負担が増加する等のデ メリットが挙げられている。

(3) 判決の検討

本判決では、予測困難な将来の損害を適正に 認定でき、損害の公平な分担に資するというメ リットが重視された結果、定期金賠償を採用す ることが合理的であるとしている。

デメリットに関しては、履行確保の問題につ

いて、事実上の賠償義務者が保険会社であるこ とをもって、履行確保が出来ていると判断して いるが、賠償義務者が保険会社であることのみ をもって履行確保が出来ていると評価すること には異論もあると思われる。

ただ、賠償義務者が個人の場合や中小企業の 場合と比べると、履行可能性は高いと言わざる を得ず、このような認定もやむを得ないのでは なかろうか。

なお、その余のデメリットについては、控訴 人(原告)が明確に主張していないことから、 判決において特段の判断はなされなかったが、 これらは、低減させる工夫が可能であり、ま た、法的保護に値しない場合もありえ、それほ ど重要視すべきではないものと考えられる。

3 処分権主義の観点からの検討

(1) 旧民事訴訟法時代

平成9年施行前の旧民事訴訟法の時代、原告 が定期金賠償を求めていない場合に定期金賠償 を命じる判決をなすことはできないとの最高裁 判決(最判昭和62年2月6日判例タイムズ638 号137頁)があり、学説も概ねこれを支持して いたことから、原告の申立てがないのであれ ば、定期金賠償を命じることはなかったようで ある。

(2) 現行民事訴訟法施行後

ところが、平成9年1月から施行された現行 民事訴訟においては、新たに確定判決の変更を 求める訴えが新設されたことから(民事訴訟法 117条)、上記最高裁判決の射程が現行民事訴訟 においても及ぶか否かが問題となっている。こ の点についての裁判例や学説の見解は分かれて いる。

肯定する見解のうち主たるものは、上記最高 裁判決において、定期金賠償が出来ないとした 理由を、処分権主義違反にあると解した上で、 定期金賠償請求と一時金賠償請求は質的に異な るものであるから、現行民事訴訟法上も処分権 主義に反することを理由としている。

一方、否定する見解は、上記最高裁判決にお いて、定期金賠償が出来ないとした理由を処分 権主義違反と解さず、担保供与制度や変更判決 の制度の不存在という点にあると解しているこ とを前提としている。そして、両請求は支払方 法が異なるだけで質的に異なるものではないとしつつ、同法117条によって変更判決制度が創設されたこと、事実上の賠償者は保険会社であることから資力悪化の危険は乏しいことといった実質的な点を理由としている。

(3) 判決の検討

本判決では、上記のとおり、定期金払いも一時金払いも、不法行為時に発生した将来介護費という損害項目を請求しているに過ぎず、その差は、支払方法にすぎないと考えていることから、処分権主義には反しないとしており、上記最高裁判決は、処分権主義違反を理由としたものではないと解していることがわかる。

しかしながら、処分権主義に反しないとして も、訴訟手続において、原告及び被告いずれも が一時金払いを前提とした訴訟活動を展開して いる場合に、突然、定期金賠償を命じること は、不意打ち以外の何物でもなく、当事者の手 続保障上、不当な判決と言わざるを得ない。

そこで、私見では、①原告が定期金賠償を望んでいなくとも、被告が定期金賠償を主張している場合、または、②両当事者が一時金賠償を前提とした訴訟活動をしていたとしても、裁判所から釈明があったり、心証開示があったりして、訴訟手続において定期金賠償判決の可能性を両当事者が知りえ、それについての主張等をすることができうる状況にあったのであれば、不意打ちとはならず、裁判所は定期金賠償を命じることができると考える。

4 結語

これまで交通事故訴訟に関与する機会が多かったが、未だ定期金賠償を命じた判決はおろか、定期金 賠償を求める主張をしたこともされたこともない。

ただ、損害額を適正に認定するという観点、すなわち、加害者に不足なく損害を賠償させる一方で、被害者に不当な利益を得させないという観点からすると、特に、若年者の後遺傷害の逸失利益や将来介護費のような、将来の事情変更の可能性が高い損害項目については、定期金賠償を積極的に活用すべきであろう。

今後の事例の集積が待たれるところである。

【参考文献】

- ・大島眞一「重度後遺傷害事案における将来介護費用 一時金賠償 から定期金賠償へ – 」判例タイムズ1169号73頁
- ・中園浩一郎「定期金賠償」判例タイムズ1260号5頁
- ・小河原寧「定期金賠償判決に伴う諸問題」民事交通事故訴訟損害 賠償額算定基準(赤い本)2013年下巻71頁

損害賠償における自賠責保険金、 労災給付、年金給付等と遅延損 害金への充当問題

弁護士 長野 浩三

1 はじめに

交通事故などの損害賠償請求事件においては、自 賠責保険金、労災給付、年金給付等が支給される事 案がある。交通事故などの不法行為に基づく損害賠 償請求債務は、発生と同時に遅滞に陥るとされてい るので(最判昭和37年9月4日民集16巻9号1834 頁)、事故日からの遅延損害金に上記自賠責保険金 等が充当されるのか、が問題となる。この問題がク ローズアップされてきた背景には、遅延損害金の利 率が年5%という高率であり、遅延損害金に充当す ることを認めるときには、賠償額が大きく異なると いう低金利時代の時代的要因がある。

2 自賠責保険金について

自賠責保険金については、最判平成11年10月26日 交通事故民事裁判例集32巻5号1331頁は、次のとお り判示して、事故日から自賠責保険金支払時までの 遅延損害金の請求を認めた。「不法行為に基づく損 害賠償債務は、損害の発生と同時に、何らの催告を 要することなく、遅滞に陥るものであって(最高裁 昭和34年(オ)第117号同37年9月4日第三小法廷 判決・民集16巻9号1834頁)、後に自動車損害賠償 保障法に基づく保険金の支払によって元本債務に相 当する損害がてん補されたとしても、右てん補に係 る損害金の支払債務に対する損害発生日である事故 の日から右支払日までの遅延損害金は既に発生して いるのであるから、右遅延損害金の請求が制限され る理由はない。」そして、最判平成16年12月20日 TKC判例データベース文献番号60041391は、自賠 責保険金が支払時における損害金元本及び遅延損害 金に満たないときは、遅延損害金債務にまず充当す

べきものとした。

3 遺族厚生年金について

被害者が死亡し、遺族厚生年金が支給された事案につき、最判平成16年12月20日判例タイムズ1173号154頁は、次のとおり判示して、自賠責保険金、労働者災害補償保険法に基づく遺族補償年金、厚生年金保険法に基づく遺族厚生年金によりてん補される損害についても、事故時から遅延損害金が既に発生しているとして、同保険金等が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。

「被上告人らの損害賠償債務は、本件事故の日に発生し、かつ、何らの催告を要することなく、遅滞に陥ったものである(最高裁昭和34年(オ)第117号同37年9月4日第三小法廷判決・民集16巻9号1834頁参照)。本件自賠責保険金等によっててん補される損害についても、本件事故時から本件自賠責保険金等の支払日までの間の遅延損害金が既に発生していたのであるから、本件自賠責保険金等が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、遅延損害金の支払債務にまず充当されるべきものであることは明らかである(民法491条1項参照)。

不法行為によって被害者が死亡し、その損害賠償 請求権を取得した相続人が不法行為と同一の原因に よって利益を受ける場合には、損害と利益との間に 同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額 を当該相続人が加害者に対して賠償を求め得る損害 の額から控除することによって、損益相殺的な調整 を図ることが必要である(最高裁昭和63年(オ)第 1749号平成5年3月24日大法廷判決・民集47巻4号 3039頁参照)。また、国民年金法に基づく障害基礎 年金及び厚生年金保険法に基づく障害厚生年金の受 給権者が不法行為により死亡した場合に、その相続 人のうちに被害者の死亡を原因として遺族厚生年金 の受給権を取得した者がいるときは、その者が加害 者に対して賠償を求め得る被害者の逸失利益(被害 者が得べかりし障害基礎年金等)に係る損害の額か ら、支給を受けることが確定した遺族厚生年金を控 除すべきものである(最高裁平成9年(オ)第434号、 第435号同11年10月22日第二小法廷判決・民集53 巻7号1211頁参照)。そして、この理は、不法行為 により死亡した者が障害基礎年金等の受給権者でな

かった場合においても、相続人が被害者の死亡を原因として被害者の逸失利益に係る損害賠償請求権と 遺族厚生年金の受給権との双方を取得したときに は、同様に妥当するというべきである。そうすると、 不法行為により死亡した被害者の相続人が、その死 亡を原因として遺族厚生年金の受給権を取得したと きは、被害者が支給を受けるべき障害基礎年金等に 係る逸失利益だけでなく、給与収入等を含めた逸失 利益全般との関係で、支給を受けることが確定した 遺族厚生年金を控除すべきものと解するのが相当で ある。」

4 障害基礎年金・厚生年金について

交通事故において被害者に後遺障害が残存し、被害者に対し、労災給付、障害基礎年金・厚生年金が支給された事案において、最判平成22年9月13日判例タイムズ1337号92頁、判例時報2099号20頁は、次のとおり判示して、労災保険法に基づく各種保険給付や公的年金制度に基づく各種年金給付を受けたときは、同給付については、てん補の対象となる特定の損害と同性質であり、かつ、相互補完性を有する損害の元本との間で、損益相殺的な調整を行うべきであり、かつ、これらに対する遅延損害金が発生しているとしてそれとの間で上記の調整を行うことは相当でないとした。

「(1) 被害者が不法行為によって損害を被ると同 時に、同一の原因によって利益を受ける場合には、 損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地 から、その利益の額を被害者が加害者に対して賠償 を求める損害額から控除することによって損益相殺 的な調整を図る必要がある(最高裁昭和63年(オ) 第1749号 平成5年3月24日大法廷判決・民集47 巻4号3039頁)。そして、被害者が、不法行為によっ て傷害を受け、その後に後遺障害が残った場合にお いて、労災保険法に基づく各種保険給付や公的年金 制度に基づく各種年金給付を受けたときは、これら の社会保険給付は、それぞれの制度の趣旨目的に従 い、特定の損害について必要額をてん補するために 支給されるものであるから、同給付については、て ん補の対象となる特定の損害と同性質であり、か つ、相互補完性を有する損害の元本との間で、損益 相殺的な調整を行うべきものと解するのが相当であ

これを本件各保険給付についてみると、労働者が 通勤(労災保険法7条1項2号の通勤をいう。)によ り負傷し、疾病にかかった場合において、療養給付は、治療費等の療養に要する費用をてん補するために、休業給付は、負傷又は疾病により労働することができない賃金をてん補するために、それぞれ支給されるものである。このような本件各保険給付の趣旨目的に照らせば、本件各保険給付については、これによるてん補の対象となる損害と同性質であり、かつ、相互補完性を有する関係にある治療費等の療養に要する費用又は休業損害の元本との間で損益相殺的な調整を行うべきであり、これらに対する遅延損害金が発生しているとしてそれとの間で上記の調整を行うことは相当でない。

また、本件各年金給付は、労働者ないし被保険者が、負傷し、又は疾病にかかり、なおったときに障害が残った場合に、労働能力を喪失し、又はこれが制限されることによる逸失利益をてん補するために支給されるものである。このような本件各年金給付の趣旨目的に照らせば、本件各年金給付については、これによるてん補の対象となる損害と同性質であり、かつ、相互補完性を有する関係にある後遺障害による逸失利益の元本との間で損益相殺的な調整を行うべきであり、これに対する遅延損害金が発生しているとしてそれとの間で上記の調整を行うことは相当でない。

(2) そして、不法行為による損害賠償債務は、 不法行為の時に発生し、かつ、何らの催告を要する ことなく遅滞に陥るものと解されるが(最高裁昭和 34年(オ)第117号同37年9月4日第三小法廷判決・ 民集16巻9号1834頁参照)、被害者が不法行為に よって傷害を受け、その後に後遺障害が残った場合 においては、不法行為の時から相当な時間が経過し た後に現実化する損害につき、不確実、不確定な要 素に関する蓋然性に基づく将来予測や擬制の下に、 不法行為の時におけるその額を算定せざるを得な い。その額の算定に当たっては、一般に、不法行為 の時から損害が現実化する時までの間の中間利息が 必ずしも厳密に控除されるわけではないこと、上記 の場合に支給される労災保険法に基づく各種保険給 付や公的年金制度に基づく各種年金給付は、それぞ れの制度の趣旨目的に従い、特定の損害について必 要額をてん補するために、てん補の対象となる損害 が現実化する都度ないし現実化するのに対応して定 期的に支給されることが予定されていることなどを 考慮すると、制度の予定するところと異なってその 支給が著しく遅滞するなどの特段の事情のない限り、これらが支給され、又は支給されることが確定することにより、そのてん補の対象となる損害は不法行為の時にてん補されたものと法的に評価して損益相殺的な調整をすることが、公平の見地からみて相当というべきである。」

5 若干の考察

上記のとおり、最判は、自賠責保険金、被害者死亡時の遺族年金については遅延損害金への充当を認め、労災給付、障害年金の場合には遅延損害金への充当を認めない。これらにつき、自賠責保険金・遺族年金に比べて、労災給付、障害年金などは損害への充当の費目拘束が強いことや、死亡事案と後遺障害残存事案では実際に損害が発生する時期が異なることなどから別異の取り扱いを認めることが考えられる。

しかし、実際には、これらはどれも被害者の損害 を填補するという最も重要な点においては機能的に 同一であり、別異の取り扱いをすることが合理的か どうかは疑問な点もある。上記平成22年最判の判示 内容などからすると、労災給付や障害年金などは都 度必要な場合に支給されていることからこれらに対 する遅延損害金を認める必要はないから事故発生時 の元本への充当を認めているように思える。実務的 には、死亡事案や自賠責保険金では遅延損害金への 充当計算もせいぜい数回ですむところ、労災給付や 障害年金給付の遅延損害金への充当を認めると、給 付が多数回に及び充当計算が極めて煩瑣になること が大きく影響しているように思える(これらが煩瑣 であるとして遅延損害金への充当を相当とは思われ ないとする見解として、大島眞一「交通事故賠償訴 訟における虚構性と精緻性」判例タイムズ1197号27 頁。)。

6 任意保険金について

なお、任意保険金の支払いについて、上記平成22 年最判は、次のとおり判示して、遅延損害金への充 当を認めない。

「本件各保険給付は、支払原因が生ずる都度、治療費を病院に支払い、休業期間に対応する給付金を第1審原告に支払うなどしてされたものであり、上記各支払により治療費等の療養に要する費用又は休業損害金の元本がてん補されたことは明らかであって、遅滞による損害が実質的には生じていなかった

ことからすると、上記てん補に係る損害に対する本 件事故の発生の日から各てん補の日までの遅延損害 金が生ずると解することは、損害の公平な分担とい う観点からして相当でない。」

人身傷害保険金を支払った保険 会社による自賠責保険金の回収 と損益相殺

弁護士 谷山 智光

1 問題

- (1) 被害者が、加害者に対し、交通事故の人身損害の賠償を請求するにあたって、先に人身傷害保険金を受領していた場合、当該保険金を支払った保険会社(以下「人傷社」という。)が被害者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得するから、その分、被害者は加害者に対し損害賠償請求ができなくなる。
- (2) この点、被害者にも過失があり過失相殺がなされる場合に、人傷社がどの範囲で被害者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得するのか、その結果、被害者が加害者に対していくら損害賠償請求できるのかが問題となり、諸説あったが、最高裁はいわゆる訴訟基準差額説を採用した。

同論点については、御池ライブラリー 36号で取り上げられているので、ここでは詳述しない。

(3) では、ここで人傷社が自賠責保険金を回収していた場合、被害者が加害者に対して請求できる金額に差は生じるであろうか。

問題を明らかにするため、損害額1億円、被害者の過失4割、人傷社が被害者に6000万円の人身傷害保険金を支払い、3000万円の自賠責保険金を回収したという事例を想定する。

この場合、訴訟基準差額説によると人傷社は2000万円(人身傷害保険金6000万円-被害者負担部分4000万円)について代位することになるが、3000万円の自賠責保険金を回収している(1000万円多く回収している)ので問題となる。なお、訴訟基準差額説によれば、人傷社がいくら代位しうるかは、最終的には裁判所の判断により確定することになるので、人傷社が代位しうる金額以上の自賠責保険金を回収していたというケースはありうる。

この点、被害者自身が自賠責保険金を受領していた場合、その自賠責保険金が損益相殺の対象となることには争いはない。

2 2つの考え方

- (1) この場合、大きくわけて2つの考え方があると思われる。
- (2) 1つは、本来、自賠責保険は加害者側の保険であること、人傷社が自賠責保険金を回収していなければ、自賠責保険金は加害者負担部分に填補されることから、人傷社が回収した自賠責保険金額を加害者負担部分から控除する考え方である。

この考え方によると、先の事例では、人傷社が 回収した3000万円は加害者負担部分から控除され るので、被害者は加害者に対し、3000万円しか請 求できないということになる。人傷社が自賠責保 険金を回収していなければ、加害者に対し4000万 円(加害者負担部分6000万円 - 人傷社代位部分 2000万円)を請求できたのに、回収していれば 3000万円しか請求できなくなるということにな り、人傷社が自賠責保険金を回収している場合と 回収していない場合とで、被害者が加害者に請求 できる金額が異なることになる。

もっとも、1000万については、被害者と人傷社 の間で調整することになる。

(3) もう1つは、人傷社による自賠責保険金の回収 は、被害者本人への支払ではないことから、加害 者負担部分から控除しない考え方である。

先の事例でみれば、被害者は加害者に対し、 4000万円(加害者負担部分6000万円 - 人傷社代位 部分2000万円)を請求できるということになり、 人傷社が自賠責保険金を回収している場合と回収 していない場合とで、被害者が加害者に請求でき る金額は異ならないことになる。

もっとも、1000万円については、加害者と人傷 社との間で調整することになる。

3 裁判例

公刊物に登載されている裁判例のうち、この問題 について判断しているものとして東京地裁平成21年 12月22日判決交民集42巻6号1669頁がある。

同判決は、上記2の(3)の考え方に立っている。 同判決は、理由として「原告らは、人身傷害保険金 のほかに自賠責保険金を受け取ったわけではないか ら、仮に、この自賠責保険からの受取額が原告らの 被告らに対する損害賠償請求の損益相殺の対象にな るとすると、原告らは、人傷社に対して、損益相殺 された金額を請求しなければならないことになる。 原告らの事情でなく、人傷社の事情(自賠責保険か ら回収したかどうか)によって、原告らが不利益を 受けるのは相当でない。他方、損益相殺の対象とな らないとすると、被告らは、自賠責保険から回収が できなくなった部分について、人傷社との間で調整 をしなければならないことになるが、被告らにとっ ては、自賠責保険会社からの回収手続が原告側の人 身傷害保険会社との調整に代わったものであるとい うことができる。被告らは、自賠責保険への請求は 被害者の損害賠償請求の代位取得を前提としてしか できないから、人身傷害保険会社が自賠責保険から 支払を受けた場合は、「人身傷害保険会社は被保険 者の権利行使を害しない残額についてのみ損害賠償 請求権を代位取得できる」という理由が妥当せず、 自賠責保険金から支払がされた金額は控除されるべ きであると主張する。しかし、人身傷害保険会社が 自賠責保険の請求をすることができるとされていて も、人身傷害保険会社が損害賠償の代位取得をでき る範囲が被保険者の権利行使を害しない残額に限ら れることに変わりはなく、被告らの主張は採用でき ない。被告らは、自賠責保険は賠償義務額を填補す るためにかけている保険であるから支払額が賠償義 務額から控除されないことはあり得ないとも主張す るが、原告らは自賠責保険金の支払を受けていると はいえないから、当然に控除されることにはならな い。」としている(なお、人傷社名については「人 傷社」と置き換えた。)。

4 考察

確かに、人傷社が代位取得をできる範囲は被保険者の権利行使を害しない残額に限られる。先の例でいえば、人傷社は2000万円の範囲でしか代位できなかったのであり、それを超える部分(1000万円)の支払は有効な支払ではないということになるのが原則である。

しかしながら、加害者の損害賠償債務と自賠責保 険会社(以下「自賠社」という。)の支払義務は不 真正連帯債務であるとするのが一般的な考え方であ るところ、自賠社の人傷社への支払は債権の準占有 者への弁済(民法478条)として有効と考えること もできるのではないか。そうでないと加害者と自賠 社との間で支払の有効性について争いが生じうる し、自賠社としても人傷社が代位する範囲が確定するまで自賠責保険金の支払をためらうということに もなりかねない。

また、自賠社からの回収と人傷社との調整は手続として同一ではないから、自賠社からの回収手続が人傷社との調整に代わったと言い切ることもできないと思われる。むしろ、加害者負担部分から控除した上で、被害者に人傷社と調整させる方が、人身傷害保険が被害者側の保険であることに鑑みても簡便ではないかとも思える。加害者が任意保険に加入していれば、実質的には保険会社同士の調整で済ませられるのかもしれないが、加害者が任意保険に加入していない場合にはそのようにはいえないであろう。

人傷社が自賠責保険金を回収している場合と回収 していない場合とで、被害者が加害者に請求できる 金額が異なる点についても、被害者と人傷社で調整 することで解決できる。

もっとも、私もいずれの考え方が妥当か結論する には至っていない。今後の裁判例に注目したい。

【参考文献】

・財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部「民事交通事故訴訟 損害賠償額算定基準 下巻 (講演録編) 2011 (平成23年)」93 頁 [森健二] (財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部、第40版、2011)

弁護士会照会と金融機関の 守秘義務

──東京地判平成24年11月26日と 東京高判平成25年4月11日

弁護士 茶木 真理子

1 はじめに

(1) 弁護士会照会は、弁護士法23条の2に基づいて 認められる証拠収集手段である。調査嘱託や文書 提出命令と異なり、訴訟の場を離れても利用でき ることから、訴訟提起前の準備段階や、訴訟終了 後の執行段階で特に有用性が認められるといえる。

弁護士会照会を利用するひとつの場面として、 債務名義を得た債権者が債務者の預金を差し押さ えるために、金融機関に対し、預金の有無や取扱 店舗等の照会をすることがある。預金債権に対す る執行については、いわゆる「全店一括順位付け 方式」(最判平成23年9月20日民集65巻6号2710

- 頁) や、「預金額最大店舗指定方式」(最判平成25年1月17日金判1412号8頁) が最高裁で否定されるに至っており、弁護士会照会による預金口座特定の必要性が高まっている。
- (2) ところが、弁護士会照会については、回答拒否 に対する制裁規定がないこともあり、これまで多 くの金融機関では顧客に対し守秘義務を負う事項 については、顧客の同意が得られない限り回答を 拒否するとの対応がとられてきた。

このような金融機関の態度は、上里弁護士が御 池ライブラリー 29号 (2009年4月号) 8 頁以下で も触れているとおり、照会を受けた金融機関は顧 客の同意の有無に関わらず当然に報告義務を負う とした大阪高判平成19年1月30日(判時1962号78 頁) が最高裁で上告棄却、上告受理申立却下によ り確定した後も、大きく変わっていない。これは、 同判決について、「銀行の保有する預金残高、貸 出取引残高、取引履歴、信用情報など情報の性質 上、高度に秘匿することが要請される情報につい ては、前科および犯罪経歴などのセンシティブ情 報に準じて、回答義務を負わないと考えるべき」 とか、「銀行が照会等に応じて回答を行った場合、 いかなる事項についての回答であっても照会先 (情報を開示された顧客) に対して守秘義務違反 による債務不履行責任および不法行為責任を負わ ないとしたものではない」との評価¹が出されて いることなどが理由と考えられる。

(3) 結局、上記大阪高裁判決が確定した後も、今日に至るまで、弁護士会照会に対する金融機関の態度に大きな変化はないところ、他方で弁護士会照会の活用についてはますます期待が高まっている。このような状況の中で、最近になって初めて弁護士会照会に対する報告義務の確認請求を認容する裁判例が出るに至り、さらにその控訴審の判断も示された。そこで、本稿では、この二つの裁判例を紹介するとともに、これらの裁判例が今後の金融実務に与える影響等について検討したい。なお、本稿の意見についてはあくまで私見であり、銀行の実務を示すものではない。

2 事案の概要

本件は、B社に対して執行力のある債務名義を有する原告が、その依頼した弁護士の申出により、B社及びその関係者(B社の債務者A(個人)やB社が無限責任社員であるC投資事業有限責任組合等)

の預金口座の有無、口座番号、残高、当該預金口座 からの送金の有無、日時、金額、送金先等の事項に 関し、弁護士法23条の2に基づいて東京弁護士会が 銀行に対して二度にわたって照会をしたが、銀行は いずれも回答をしなかったため、原告が、照会事項 について報告をする義務があることの確認を求める とともに、照会事項を報告しないことが不法行為に あたるとして、慰謝料請求の支払を求めたという事 案である。

3 東京地判平成24年11月26日(金判1414号31頁、 金法1964号108頁)

本判決(以下「地裁判決」という。)の争点は、 ①報告義務の有無、範囲、②確認の利益の有無、③ 損害賠償請求の成否であり、東京地裁の判示すると ころは、次のとおりである。

(1) 争点①-報告義務の有無、範囲について

「公法上の要請に基づき特に法律によって与えられた弁護士会の公法上の権限に基づく弁護士会 照会に対しては、照会により必要な事項の報告を 求められた公務所又は公私の団体は、照会された 事項の報告をすべき公法上の義務を負っている」 が、「弁護士会照会の趣旨により照会を受けた者 が報告をしないことについて正当な理由を有する ときは、報告を拒絶できると解される」とし、弁 護士会照会の報告義務を肯定したうえで、ただし 正当な理由がある場合には報告を拒絶できるとし た。

そして、報告を拒む正当な理由の有無について は、「弁護士会照会制度の司法制度における重要 な役割に照らし、更には、決済機能を独占する銀 行の公共的責務に鑑みれば、金融機関が守秘義務 を負っているということだけで、顧客等の同意が ない限り報告を拒む正当な理由があるということ は相当ではない。|「弁護士会照会制度ないし司法 制度の究極の目的である国民の実効的な権利救済 のために照会事項についての報告が必要不可欠で あり、他方で報告をすることにより照会を受けた 公務所又は公私の団体に重大な不利益が生じない 場合には、金融機関が守秘義務を負う事項であっ ても、当該照会事項について報告義務を負うと解 しなければ、弁護士会照会制度を設けた法律の趣 旨が没却されることになる。」と判示し、照会事 項の必要不可欠性が認められ、他方で照会先に照 会に応じたことによって重大な不利益が生じない

場合には、報告を拒否する正当な理由はないとした。

そのうえで、あてはめを行い、本件では財産開 示手続(民事執行法196条以下)によってB社ら の財産が開示される見込がないこと、債権執行に あたっては預金の存在する支店及びその額が必要 不可欠であることなどから、「原告の実効的な権 利救済のために報告を求める必要性が極めて高 い」とした。一方で、守秘義務を負うべき金融機 関であっても、「弁護士法に基づき、弁護士会照 会の照会事項について報告義務を負う場合には、 この義務の履行として報告することは、預金者な いし送金先等の第三者に対する不法行為法ないし 契約上の義務に優越する公法上の義務を履行する ことになるのであるから、金融機関の行為は、当 然に正当行為となって、第三者に対する不法行為 としての違法性はないことになるし、形式的に契 約上の義務違反にあたるとしても違法性がないか ら契約上の債務不履行責任も生じない」ので、金 融機関には重大な不利益が生じないから、報告を 拒否する正当な理由がないと結論づけた。

(2) 争点②-確認の利益の有無について

「被告は、本件各照会の照会事項につき、公法 上の義務として東京弁護士会に対し、照会事項の 報告義務を負っている。そして、被告がこの義務 に反して報告しないことの直接の結果として、原 告はB社及びAに対する強制執行による権利の実 現が妨げられている。したがって、原告は、被告 が公法上の義務を履行しないことによって債務名 義による債務者に対する権利の実現が妨げられて いるのであるから、被告による権利実現の妨害を 排除して権利救済を受けるため、被告に対し、照 会事項につき東京弁護士会に対する報告義務が存 することの確認を求めることができると解するの が相当である。」とし、公法上の法律関係に関す る確認の訴え(行政事件訴訟法4条)として、照 会申出弁護士の依頼者が、照会を受けた者を被告 として、弁護士会に対する報告義務の確認を求め ることができると判示した。

確認の利益についても、「国民の実効的な権利 救済を図るべき司法制度の機能からみて、このよ うな場合の報告義務の存否について判決をもって 法律関係を確定することが、その法律関係に関す る法律上の紛争を解決し、当事者の法律上の地位 の不安、危険を除去するために必要かつ適切である場合であることは明らかであり、確認の利益が 認められることは当然である」とした。

(3) 争点③-損害賠償請求の成否について

(a)金融機関が弁護士会照会に対して法的な報告 義務を負うか等の弁護士会照会と金融機関の秘密 保持義務との関係について直接判断した最高裁判 例はなく、確立した銀行実務上の運用基準も存在 しないこと、(b)銀行が顧客に対する秘密保持義務 を果たすことは銀行の重要な責務の一つであり、 顧客の同意が得られない限り報告してはならない とする考え方もあること、(c)銀行が顧客に関する 情報を不当に報告した場合、秘密保持義務違反を 理由に顧客から法的責任の追及を受ける立場にあ ることはもとより、情報はいったん開示されてし まうとその現状回復は困難であることから、これ によって当該情報に係る顧客の法的利益が回復不 可能なまでに侵害されること、(d)弁護士会照会を 受けた銀行は、確認訴訟において報告義務が確定 するまでは裁判外で対応することを余儀なくされ るから、それだけ慎重な対応が要請されることを あげたうえで、「被告が本件各照会に対して報告 できない旨の回答をし、その後現在に至るまで報 告をしていないことについては、その対応が弁護 士法23条の2に基づく報告義務に違反し違法であ ると評価することはできても、そのような違法性 を認識することができなかった被告の判断につ き、故意又は過失があるとまではいえない」とし て、不法行為に基づく損害賠償請求については否 定した。

4 東京高判平成25年4月11日(金判1416号26頁)

本判決(以下「高裁判決」という。)は、上記地 裁判決に対し、銀行が確認請求を認容した部分を不 服として控訴をし、原告も慰謝料請求を棄却した部 分を不服として附帯控訴したところ、東京高裁は次 のとおり判示した。

(1) 争点② - 確認の利益の有無について

「確認の訴えが許容されるための確認の利益があるというためには、被控訴人の権利又は法律関係について危険又は不安が現に存在し、かつ、それを除去する方法として、控訴人と被控訴人との間で当該権利又は法律関係について確認することが有効かつ適切であると認められることが必要で

ある」ところ、「控訴人が本件各照会について回答すべき義務を負うとしても、当該義務は控訴人が東京弁護士会に対して負う一般公法上の義務にすぎず、被控訴人に対して直接義務を負うものではない。そうすると、本件各照会に対して控訴人が回答することによる利益は、被控訴人にとっては反射的利益にすぎないのであるから、控訴人が回答をしないことについて、被控訴人の権利又は法律関係について危険や不安が現に存在するとはいえない」とし、本件各照会に対する回答義務の確認を求める訴えは、確認の利益がなく不適法であると結論づけた。また、本件確認の訴えは、行政事件訴訟法4条にいう「公法上の法律関係に関する確認の訴え」にもあたらないとした。

このように、確認の訴えについては、確認の利益がないことを理由に却下されたため、報告義務の有無、範囲の点(争点①)については、東京高裁の判断は示されなかった。

(2) 争点③-損害賠償請求の成否について

「23条照会の権限は、あくまでも弁護士会にの みあるのであって、弁護士及びその依頼者は、個々 の照会先に対し、回答を求める権利を有しないこ とはもとより、回答を求めることにつき法律上の 利益を有していると認めることはできない。」「仮 に控訴人が23条照会に対して回答すべき義務を負 うとしても、その義務はあくまで弁護士の職務の 公共性に鑑み認められた弁護士会に対する公的義 務であるから、控訴人が上記義務に違反して本件 各照会に対して回答を拒否したとしても、被控訴 人の個別具体的な権利を侵害するものとは認めら れず、また、被控訴人の法律上の利益を侵害する ものともいえないので、民法709条の不法行為の 要件である違法行為が認められない」と述べ、ま た、原審があげた(a)~(d)の事情を再度あげて、故 意または過失があるとはいえないとも判示した。

5 考察

(1) 地裁判決は、上記第3で紹介したとおり、弁護士会ではなく、照会申出弁護士の依頼者を原告とする弁護士会照会に対する報告義務の確認請求を初めて認容したものである。結果、判決主文では、「弁護士会に対し報告する義務があることを確認する」旨が明示され、さらには、銀行が守秘義務を負う事項について弁護士会照会に対し回答をし

たとしても法的責任を負わないことを明確に述べて、報告義務が守秘義務に優越するとの判断も示された。

金融機関とすれば、このような判断が出されたことは、たとえ裁判例であっても無視することができず、さらに高裁、最高裁でも地裁判決が維持されれば、リスクを恐れずに開示に応じられる場面が広がったことは間違いないと思われる。

- (2) ところが、高裁判決では、上記第4でも述べた とおり、そもそも照会申出弁護士の依頼者を原告 とする報告義務の確認請求については、確認の利 益がないことを理由に請求却下されてしまったた め、報告義務の有無やその範囲の点については何 ら判断が示されなかった。よって、報告義務と守 秘義務の優劣関係についても高裁の判断は示され ず、金融機関としては、またもやこれまでの対応 を変化させるきっかけを失ったといえる。
- (3) しかし、債務名義を得たにもかかわらず、その 内容が実現できないという事態が改善されなけれ ばならないことは間違いない。金融機関が弁護士 会照会に対して回答を差し控えるのも、決して金 融機関が弁護士会照会に協力しないことを意図し たものではなく、守秘義務に対する配慮があるか らと推測される。

よって、金融機関がリスクを恐れずに照会に応じることができるためにも、弁護士会照会に対する報告義務と守秘義務との優劣関係について、今後地裁判決のような裁判例が蓄積されるか、最高裁において判断が示されることを期待したい(なお、高裁判決について、上告ないし上告理由申立がなされたかについては、本稿執筆時点では明らかではない。)。

(4) 他方で、弁護士会照会制度の見直しも検討される必要があるであろう。

この点、報告拒否の問題を抜本的に解決するためには、弁護士法23条の2の改正が必要であると指摘する意見もある²。この意見では、原則弁護士会照会に対する報告義務を認めたうえで、例外的に拒否できる正当事由を限定列挙し、当該事由を疎明した場合に限り報告を拒否できるとする規定を設けることや、不当な報告拒否については損害賠償責任を負う旨の規定を定めることなどが提示されている。参考になる意見と思われる。ただ、「たしかに、公共性の観点から、弁護士会照会を守秘義務に優先させるべきケースは存在しよ

う。問題は、弁護士会からの照会書面を見ても、背景事情が明確でない場合が多く、そのような判断がつきかねるところにある」として、照会先が回答しやすい環境を整えるような配慮もすべきであると述べる銀行実務家の意見³等もある。照会先の理解を得るためには、照会を求める側に対しても改善を促す法改正が検討される必要があると考える。

- 1 大井哲也ほか「弁護士会照会と銀行の回答義務-最高裁平成20年 11月25日決定が銀行実務に与える影響-」銀行法務21No.701(2009 年4月号)4頁以下
- 2 渡邉迅ほか「弁護士会照会の報告拒否に対する法的救済措置 東京地判平成24・11・26を題材として」NBL996号36頁以下
- 3 渡辺隆生「弁護士法23条の2に基づく照会と銀行の守秘義務に係る最高裁決定」金融法務事情1868号4頁以下

訴訟による一部請求と 残部についての時効中断 ——最判H25・6・6から

弁護士 永井 弘二

1 はじめに

訴訟提起するにあたり、請求が全部認められるとは限らないことから、全額ではなく一部分だけを請求することがある(印紙もその方が安い。)。この場合、請求しなかった残部について、消滅時効の中断の効力が生じているのかが問題となる。

債権は一般には10年、商事債権では5年で時効消滅する。この時効を止める措置が時効中断事由であり、民法上、「請求」「差押等」「承認」の3類型があり(民法147条)、訴訟提起は「請求」にあたる(法149条、他に破産手続等で債権届出をすることなど、法150~152条)。訴訟等の手続によらずに、相手方に支払いを求める行為は「催告」であり、一応の時効中断事由ではあるが、「催告」から6ヶ月以内に訴訟等の別の本来的な中断事由を生じないと時効が完成するという暫定的な中断事由である(法153条、通常は、催告の事実を残すため内容証明郵便を使用する。)。なお、一度「催告」をした後、6ヶ月経過前にもう一度「催告」をしたとしても、2度目の催告によってさらに6ヶ月の期間が伸張されるわけではないとされている(大判T8・6・30)。

これらは民法に明示されている中断事由であるが、判例は「裁判上の催告」という概念を形成して

いる。「裁判上の催告」は、訴訟手続等において権利の存在を主張しているとみられる場合には「催告」として継続しており、その手続終了後6ヶ月以内に本来的な中断事由を生じさせれば確定的に時効中断するとされる。通常の「催告」では、催告時点から6ヶ月の期間が進行するのに対し、「裁判上の催告」では、当該手続終了時から6ヶ月の期間が進行する点が異なる。しかし、民法に明示されたものではないため、どのような場合に「裁判上の催告」となるのかは、必ずしも明確とは言い難い面もある。

2 判例の状況

(1) 一部請求の残部についての訴訟提起による時効中断効

最高裁は、まず、訴訟で一部請求した場合について、訴訟による時効中断の範囲は、その訴訟の「訴訟物(訴え、審理の対象)」となった範囲であるとし、「一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示した訴えが提起された場合、…訴訟物となるのは右債権の一部であって…消滅時効中断の効力は、その一部の範囲においてのみ生じ」として、一部請求であることを明示した訴訟提起は、その範囲のみで時効中断効が生じるとした(最判S34・2・20)。

これに関連して、逆に一部請求であることを明示していたわけではないとして、交通事故の事案であるが、損害全体について時効中断効を認めた判例もある(最判S45・7・24)。

これらの判例でいう時効中断の効力は、本来的な中断事由である訴訟提起による時効中断の範囲を示したもので、「裁判上の催告」については触れていない。

(2)「裁判上の催告」概念の形成

次いで、最高裁は、株券返還請求に対する抗弁として、留置権(民法295条、その物に関連した債権(被担保債権)を有する場合には、その債権の弁済を受けるまでその物をとどめ置くことができる権利)を主張した場合、留置権主張の抗弁には被担保債権の主張が含まれ、訴訟の相手方がその債務者である場合には、留置権の主張は被担保債権の主張を含むことから、訴訟手続き中は、その主張を継続していたとして「催告」にあたり、当該訴訟の終了後6ヶ月以内に本来的な時効中断事由を生じさせれば時効は中断するとし、「裁判

上の催告」の概念を認める判断をした(最判 S38・10・30)。ここでは「裁判上の催告」との 言葉は使用されていないが、おそらくこの概念を 認めたリーディングケースであると思われる。

同様に、債権者が債務者に対して破産宣告を申 し立てたが、結局、これを取り下げた場合でも、 申立手続の中で自らの債権を主張していたとして 「催告」にあたるとした判例もある(最判 $S45 \cdot 9 \cdot 10)_{\circ}$

時効中断事由は、権利主張によりその存在を明 確にすることで、時効の進行を止めるという点に 大きな趣旨があることから、そのような強い明確 な権利主張と言えるためには、本来的な時効中断 事由を取る必要がある。しかし、これらのように、 訴訟手続や破産申立手続で権利を主張した場合に も、これを明確化している点では変わりが無いた め、本来的な中断事由とまでは言えなくても、「催 告」と同様の効力を生じさせるのが公平であると の判断による判例法の形成であると言える。

(3) 一部請求の残部についての「裁判上の催告」 このように見てくると、一部請求の残部につい ても、訴訟手続でその存在を前提にしていると言 えることから、本来的な訴訟提起としての中断の 効力は認められないとしても、「裁判上の催告」 の効力を認めても差し支えないと考えられる。

そこで、最高裁は、一部請求であることを明示 した場合の残部については、「裁判上の催告」と しての効力を認める判断をした(最判S53・4・ 13)。但し、同判例では詳細な理由等は付されて いない。

- (4) その他「裁判上の催告」についての判例 その他、「裁判上の催告」となることを認めた 最高裁判例としては、以下のようなものがある。
 - ① 最判S43·12·24 農地についての所有権移転登記請求は、知事 に対する許可申請手続を求める「催告」が含ま れているとした。
 - ② 最判H10・12・17

当初、株券引渡請求をしていたが、株券が売 却されていたことが判明した後に、株券の着服 を理由とする不法行為による損害賠償請求を し、次いで、株券額に相当する不当利得返還請 求をしたという事案で、これらの3つの請求は、

基礎的な事実関係が同一であるため、株券引渡 請求において、不法行為、不当利得による請求 が「催告」されているとした。

他方、「裁判上の催告」を認めなかったもの として、以下のものがある。

③ 最判H11·9·9

不動産競売を取り下げた場合には時効中断事 由としての「差押」の効力もなくなり、その不 動産競売の申立自体も「裁判上の催告」とはな らないとした。なお、この点は「裁判上の催告」 となるとする学説もあったところである。

④ 最判H11·11·25

請負人が、当初は、建築建物について代金が 支払われていないにもかかわらず、注文主が所 有権登記をしてしまったことに対し、所有権移 転登記を求めたが、その登記請求訴訟では、請 負代金の請求について「裁判上の催告」とはな らないとした。

①と③については大きな異論はないと思われる が、②と④の違いを説明するのは必ずしも容易で はないように思われる。敢えて言えば、②の株券 引渡請求と不法行為、不当利得による請求は、後 者が前者の代替手段であるという点であり、④で も請負人にとっての建物所有権登記は請負代金の 担保的手段ではあるが、代替手段とまでは言い難 いということであろうか。

このように、「裁判上の催告」が認められる場 合としては、上記2の留置権主張や破産申立によ る債権主張のように、当該権利それ自体を主張し ていた場合や、一部請求の残部についてなどは比 較的分かりやすいが、上記①~④のような事案に なると、その限界等は、必ずしも判断が容易では ないと思われる。

3 今回の事案-最判H25・6・6

催告→本来の時効完成時期→前訴訟提起→催告 後6ヶ月→前訴訟判決→後訴訟提起→前訴訟判決 後6ヶ月

今回の事案は、若干ややこしくなっているが、時 系列で整理すると上記のとおりである。

当初、時効完成前に内容証明郵便で催告し、本来 の時効完成時期後であり催告から6ヶ月以内である 時期に前訴訟を提起した。前訴訟は一部請求であっ た。この前訴訟で一部請求以上の権利が認められた

ため、前訴訟判決から6ヶ月以内に権利が認められ た残部について後訴訟を提起したという事案である。

一部請求である前訴訟の残部についての時効中断 効がどうなっているのかが問題となっている。

本来は、上記のとおり、「裁判上の催告」の効力 が認められ、前訴訟終了後6ヶ月以内であれば消滅 時効は完成していないという結論になりそうである。

しかし、ここで注意しなければならないのは、前 訴訟自体が、催告後の訴訟提起であり、しかも、本 来の時効完成時期後の訴訟提起であるという点であ る。「裁判上の催告」が、あくまで「催告」として の効力しかないとすれば、前訴訟で請求しなかった 残部については、2度催告をしたことになる。上記 のとおり、この2度目の催告の効力は認められない というのが一般的な理解であることからすれば、 2度目となる「裁判上の催告」の効力も生じないと 言わざるを得ない(前訴訟が本来の時効期間完成前 に提起されていれば、このような問題は生じず、後 訴訟が認められた。)。

今回の最判は、このような事実関係を整理した上で、同様に、2度目の「裁判上の催告」の効力は認められないとして、後請求は時効消滅しているとした。

なお、この最判では、以上検討してきたように、 「一部請求であることを明示した場合の訴訟提起 による時効中断効の範囲(一部請求部分に限られ る)」

「残部についての裁判上の催告としての効力 (残部を請求しない意思を明らかにしているなどの事情がない限り、これが認められ、訴訟終了後6ヶ月以内に再訴すれば確定的に時効中断の効力が生じる)」

「催告を繰り返しても当初の催告の6ヶ月の期間 が伸張することはない」

といった点を明確に判示しており、これまでの判例 によって認められていた点ではあるが、そうした点 を明示的に確認したところに意義がある判例である と考えられる。

筆界特定制度

弁護士 小林 謙一

第1 序

境界紛争における「境界」には二つの観念が含まれている。一つは、「所有権界」であり、もう一つは「筆界」(ひっかい)である。「所有権界」とは、隣り合った土地において、一方の土地の所有権と他方の土地の所有権がぶつかりあうところを指し、所有権の及ぶ範囲を画する観念である。この「所有権界」は民法上の観念である。

他方、「筆界」とは、連続した土地は「筆」という単位で法的に区画され、一筆ごとに地番が付されて権利関係等が公示されているところ、その隣り合った地番の境界を指す。この「筆界」は不動産登記法上の観念である。

そして、「所有権界」と「筆界」との最大の違いは、 「所有権界」が当事者間の合意で変更できるところ、 「筆界」は不動であり、当事者の合意で変更するこ とはできない。

このように「境界」には二つの観念が含まれているとはいえ、通常、「所有権界」と「筆界」は一致していることが多く、境界紛争においては、「筆界」が明らかになれば、そこが同時に「所有権界」であるとして、解決されることが多いと思われる¹。

そこで、「筆界」を特定する手続きである、「筆界 特定」制度の概要を紹介する。

第2 境界紛争解決制度の概要

1 訴訟と筆界特定

境界紛争を解決する手続としては、ADR等も存在するが、訴訟手続きと、筆界特定手続きがある。訴訟手続きとは文字通り、裁判所において当事者対立構造のもとで「所有権界」の確認を求める「所有権確認訴訟」又は「筆界」の確定を求める「境界(筆界)確定訴訟」を追行する。

他方、筆界特定手続きは、法務局における手続きであり、申請人の申立を受けて、筆界調査委員が職権で必要な調査等を行い、最終的に、筆界特定登記官が筆界の特定を行う手続である。この手続きにおいては、申請人や隣接地の所有者等は、手続の当事者ではなく、利害関係人として手続保障が与えられているに過ぎず、訴訟手続きのよう

に当事者対立構造を採らない。

2 筆界特定制度の特徴

(1) 動向²

筆界特定制度(不動産登記法123条以下)は、 平成18年1月20日から施行されている。まず、 最近の境界(筆界)確定訴訟と筆界特定事件の 動向を簡単に紹介する。

境界(筆界)確定訴訟の新受件数は、H7年798件、H8年810件、H9年833件、H10年761件、H19年394件、H20年405件、H21年408件、H22年414件、H23年410件、H24年409件(H11~H18の統計データはない)と推移している。

他方、筆界特定事件の新受件数は、H18年2790件、H19年2690件、H20年2492件、H21年2579件、H22年2302件、H23年2326件、H24年2439件と推移している(なお、筆界特定事件における件数は、対象となる筆界ごとに一件とされるため、一つの争いで複数の筆界特定が求められた場合は、件数も複数とカウントされる。)。

このように、筆界特定制度は、境界紛争の解決に一定の機能を果たしていると思われる。

また、平均審理期間の比較においても、境界 (筆界)確定訴訟が16.1カ月(H24年度)である のに対し、筆界特定事件は8.6カ月(H22年度) と訴訟の約半分の審理期間となっている。

(2) 筆界特定制度の特徴

境界紛争においては、前述のとおり、筆界を確定させることがポイントとなるところ、そのためには、従前、境界(筆界)確定訴訟を利用せざるを得なかった。しかし、「訴訟」である以上、隣人を訴えることとなる上、審理期間が長期に及び、その負担は決して軽いものではなかった。これに対して、筆界特定制度は、当事者対立構造を採らない他、以下のような特徴。があるといわれており、その結果、前述のとおり、訴訟に比べて審理期間も短くなっている。

- ア 筆界特定を申請すると、筆界調査委員が任 命され、職権で実地調査や、測量などを行 う。筆界調査委員には土地家屋調査士等、専 門的知識経験を有する者から任命され、その 知識経験が十分に活用される。
- イ 実地調査等が必要な場合には、他人の土地 への立ち入り調査をすることができ、また、

関係行政機関・団体に資料の提出その他必要な協力を求めることができ、証拠収集において優れている。

第3 筆界特定手続の流れ4

- 1 筆界特定の申請
 - (1) 筆界特定の対象となる土地の所有権登記名義 人等の一方又は双方が手数料⁵を納付して、法 務局(筆界特定登記官)に筆界特定申請書を提 出する。
 - (2) 申請権者は、所有権登記名義人等であり、共 有地の場合、共有者の一人からでも申請するこ とができる。なお、用益権者や担保権者には申 請権は認められず、所有権登記名義人等に代位 して申請することも認められていない。
 - (3) 申請書には筆界特定を必要とする理由を記載しなければならない。具体的には、「隣接地所有者と、筆界についての見解が相違している」「そもそも筆界が不明である」「筆界について隣接地所有者とおおむね一致しているが、協議に応じない」「隣接地所有者が行方不明で協議することができない」等が考えられる。
 - (4) 境界(筆界)確定訴訟の判決が確定している場合、筆界特定制度を利用することはできない。 境界(筆界)確定訴訟の判決が筆界特定に優先 するからである。
- 2 公告と関係人への通知

筆界特定の申請があれば、その旨が公告され、 関係人へ通知される。関係人とは、筆界特定の対象となっている相互に隣接する土地(以下、「対象土地」という)の所有権登記名義人等のうち、申請人以外の者、及び対象土地以外の土地であって、筆界特定の対象となる筆界上の点を含む他の筆界で、対象土地の一方又は双方と接する土地の所有権登記名義人等をいう。関係人には、申請人と同じく、手続保障が与えられる。

3 筆界調査委員の指定及び調査等

土地家屋調査士等が筆界調査委員に指定される。筆界調査委員は、申請人や関係人等から事情を聞き取り、資料の提出を求めることによって事実の調査を行う。その他、必要に応じて、測量や実地調査を行うが、その際には、申請人や関係人は、これに立ち会う機会が与えられる。また、申請人や関係人は、適宜、筆界特定登記官に対して、意見又は、資料を提出することができる。

なお、測量等の費用は申請人の負担とされる。

4 筆界の特定

- (1) 筆界調査委員は、筆界特定登記官による意見 聴取の期日の実施後、必要な調査を終了したと きは、筆界特定登記官に対し、筆界特定に関す る意見を提出する。
- (2) 筆界特定登記官は、筆界調査委員から上記意 見書が提出されると、当該意見を踏まえ筆界特 定書を作成する。なお、筆界を特定できない場 合には、その位置が範囲として特定される。

第4 筆界特定の効果

- 1 筆界特定の内容は、対象土地に係る筆界の位置 についての判断を示したものである。したがって、 筆界を法的に確定させる効力はなく、不服があれ ば、別途、境界(筆界)確定訴訟を提起すること は妨げられない。同訴訟において、筆界特定の結 果と異なる場合は、筆界特定の効力は失われる。
- 2 とはいえ、筆界特定は、専門家の調査に基づいて行われており、裁判所は、登記官に対し、筆界調査委員の意見書や筆界特定書の送付を嘱託することができるとされている。

したがって、訴訟においても、筆界特定の結論 は事実上尊重されることが期待されている。

東京地裁平成24年4月19日判決においても「本訴提起前に本件筆界特定がされており、それによれば、原告主張線をもってそれぞれの境界であると特定されていることが認められる。そこで、この筆界特定の手法及び内容に合理性が認められる限り、これをもって本件境界1及び2の各位置を確定することが相当である」とした上で、「そうすると、本件筆界特定の手法やその基礎とした資料は相当であるということができ、また、本件筆界特定の過程や内容に特段不合理な点は見当たらない。してみれば、本件筆界特定は信用性が高いということができるから、これにより、本件境界1及び2の各位置は、原告主張線であると認めるのが相当である」と判示している。

第5 最後に

以上、簡単に筆界特定制度の概要を紹介してきたが、境界紛争(その多くは「筆界」の争い)は、不動の存在である「筆界」を「探し当てていく」という側面が強く、裁判所における手続にはなじみにくい。したがって、今後、筆界特定制度が境界(筆界)確定訴訟の事実上の前置制度として活用されていく

ことが望ましいのではないだろうか。

- 1 秋山靖浩「不動産法入門15」法学セミナー 666号91頁以下 (2010年)
- 2 「裁判外での紛争処理の全般的状況」
 - http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20522010.pdf
- 3 森崎英二「筆界確定訴訟と筆界特定制度」ジュリスト1372号24頁 以下(2009年)
- 4 筆界特定実務研究会編著「筆界特定制度一問一答と事例解説」(日本加除出版2008年)
- 5 登記手数料令第8条

(具体例) 前掲「筆界特定制度 一問一答と事例解説」555頁以下 固定資産課税台帳に登録された土地の価格が3000万円と4000万円 の二筆の土地の筆界特定を申請する場合、以下のとおりの計算式 となる。

(3000万 + 4000万) ÷ $2 \times 0.05 = 175$ 万円(算定基礎額) この場合の手数料は11,200円

雑 感

----ピンク・レディー事件判決 (最高裁平成24年2月2日第一小法廷判決)を読んで

弁護士 福市 航介

第1 判決の概要

1 事件の概要

Xらは、昭和51年から昭和56年までピンク・レ ディーとして、歌手活動していた者である。ピン ク・レディーは、当時、子どもから大人に至るま で幅広く支持を受け、その曲の振り付けをまねる ことが全国的に流行していた。Yは、約200頁の 週刊誌(以下「本件雑誌」という。)中の3頁に「ピ ンク・レディ deダイエット」と題する記事を掲 載し、その記事の中にXらを被写体とする縦 約3cm、横約4cm乃至縦8cm、横10cmの白黒写 真14枚(以下「本件写真」という。)を掲載して いた(なお、本件写真は、かつてXらの承諾を得 て撮影されたものであったが、Xらは本件写真を 本件雑誌に掲載することについては承諾していな かった。)。そこで、Xらが、Yに対し、Xらの肖 像が有する顧客吸引力を排他的に利用する権利が Yによって侵害されたとして、不法行為に基づく 損害賠償請求を行った。1審、原審は、ともに、 パブリシティ権を侵害するものではないと請求を 棄却した。そこで、Xらが上告及び上告受理の申 立てをしたのが本件である。

2 判決

本判決は、「人の氏名、肖像等(以下、併せて「肖

像等」という。)は、個人の人格の象徴であるから、 当該個人は、人格権に由来するものとして、これ をみだりに利用されない権利を有すると解される (氏名につき、最高裁昭和58年(オ)第1311号同 63年2月16日第三小法廷判決·民集42卷2号27頁、 肖像につき、最高裁昭和40年(あ)第1187号同44 年12月24日大法廷判決·刑集23巻12号1625頁、最 高裁平成15年(受)第281号同17年11月10日第一 小法廷判決・民集59巻9号2428頁各参照)。そして、 肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を 有する場合があり、このような顧客吸引力を排他 的に利用する権利(以下「パブリシティ権」とい う。)は、肖像等それ自体の商業的価値に基づく ものであるから、上記の人格権に由来する権利の 一内容を構成するものということができる。他方、 肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を 集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、 創作物等に使用されることもあるのであって、そ の使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合 もあるというべきである。そうすると、肖像等を 無断で使用する行為は、[1] 肖像等それ自体を 独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、 〔2〕商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品 等に付し、〔3〕肖像等を商品等の広告として使 用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利 用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権 を侵害するものとして、不法行為法上違法となる と解するのが相当である。」としたうえで、本件 写真が、約200頁の本件雑誌全体の3頁の中で使 用されたにすぎないこと、いずれも白黒写真であ ること、その大きさも小さいことから、本件記事 の内容を補足する目的で使用されたものに過ぎな いとして、Xらの請求を棄却した。なお、金築誠 志裁判官の補足意見がある。

第2 雑感

- 1 パブリシティ権の法的性質
 - (1) パブリシティ権は、肖像等が持つ顧客吸引力を排他的に利用する権利として把握されるが、明文の規定がないため、従来、その法的根拠については争いがあった。具体的には、顧客吸引力という財産的側面に着目した財産権説、氏名や肖像という人格的側面に着目した人格権説の対立があったといわれている¹。もっとも、前者は実定法上の根拠が十分ではない点が、後者

- はパブリシティ権の保護の対象が財産的な利益であることと矛盾しないのかという点が、それぞれ問題となっていたものと思われる。
- (2) 本判決は、「肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があり、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利(以下「パブリシティ権」という。) は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の一内容を構成するものということができる。」と判示した。判示の内容からは、少なくとも本判決が財産権説に立つものではないことは明らかであり、人格権説を採用したと考えるのが自然である²。ただ、そうなると、人格権が財産的利益を保護法益とできるかという点が問題となる。従来の裁判例では、人格権侵害の場合には慰謝料のみが認められてきたような状況があるからである。
- (3) 本判決は、問題としている人格とは商業的な 価値のそれであることを強調するほか、パブリ シティ権を人格権に「由来する権利」と表現し、 人格権そのものとはしておらず³、判決の補足 意見も、「パブリシティ権の侵害による損害は 経済的なもの」としている。こうした判示を見 ると、本判決は、人格権侵害の場合であっても 財産的な損害が発生することを明らかにするた めに、パブリシティ権という、人格権に由来す る権利ではあるけれども、人格権そのものとは 異なる別の権利を認めたのではないかと思われ る。本判決の調査官解説が、パブリシティ権が 「商業的価値」という人格の財産的側面のみを 純化したものであり、「精神的価値」に基づく 肖像権とは明確に区別されると解説しているの もその趣旨かもしれない4。
- (4) ただ、保護法益と損害を二元的に構成する伝統的な理解を前提とすれば、「被侵害法益の属性が人格的なものか経済的なものかという判断と、その法益の侵害から生ずる損害が非財産的なものか財産的なものかは、レベルを異にする」から、人格権侵害から財産的損害の賠償を認めることに理論的な支障はないとの指摘がある⁵。そのため、仮に本判決がパブリシティ権という人格権そのものとは異なる権利を認めたのだとすれば、その必要性は検討される必要があるが、恐らく人格権という包括的な権利によってパブリシティ権を把握しようとすると、その権利の

- 外延が不明確になることは否めず、パブリシ ティ権の範囲を明確化しようとする本判決の態 度と合致しなかったからであろうと推測される。
- (5) いずれしても、本判決が人格権を背景とする 権利であるとしてパブリシティ権を位置づけた ことは、特に、パブリシティ権の譲渡性や相続 性の議論に影響を与えるものとして、重要であ る。

2 侵害成立要件

- (1) 本判決は、パブリシティ権侵害の要件を示し たことが重要であり、実務上の重要性はこちら の方が大きい。従前、この点については、もっ ぱら顧客吸引力を利用する目的か否かを基準と する「専ら基準説」、肖像等の利用態様に着目し、 肖像等の有するキャラクター価値を商品化し、 または肖像等を広告として利用するものである かを基準とする「商品化又は広告基準説」、肖 像等が商業的に利用されているかを基準とする 「商業的利用基準説」、利用の目的や態様等を総 合的に判断するという「総合考慮説」があった と整理されている6。本判決は、前記のとおり、 ①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる 商品等として使用し、②商品等の差別化を図る 目的で肖像等を商品等に付し、③肖像等を商品 等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有 する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場 合に、パブリシティ権を侵害するとして、「専 ら基準説」を採用した。ただ、その実質は、肖 像等を商品化又は広告として利用する場合にパ ブリシティ権侵害を認めるものであるから、「商 品化又は広告基準説」を採用したに等しいであ 3 7 $^{\circ}$
- (2) 留意すべき点は、本判決の補足意見では、パブリシティ権侵害の場合の明確化の必要性が特に強調されているということである。これは、パブリシティ権を認めることによって、表現の自由に萎縮的効果が生じることを避けようとしたものである。確かに、総合考慮説によれば、総合衡量による個別的判断が可能となり、結果の妥当性を確保しやすいが、どうすればパブリシティ権侵害となるのか予測が難しい。そこで、本判決は、定義づけ衡量の手法を使って、予測可能性を確保し、表現の自由に対する萎縮的効果を防止しようとしたものと思われる。本判決の最高裁調査官解説を見ると、パブリシティ権

- を構成する範囲の明確化の必要性、上記3類型に対するあてはめが細やかに解説されている。 本判決が極めて表現の自由に対して配慮した判断をしていることが窺われるところである。
- (3) ところで、本判決によればパブリシティ権侵 害が成立する場面が狭いように思えるが、本判 決がパブリシティ権侵害の範囲をここまで限定 しているのは、パブリシティ権が「商業的価値」 という人格の財産的側面のみを純化したものと 捉えていることに起因すると思われる。本判決 につき、経済的な権利であるパブリシティ権は、 「表現の自由の保障に常に劣後する」と評する 論者がいるが8、そのとおりであると思われる。 ただ、パブリシティ権を捉えるときに、本当に 人格の財産的側面のみを純化して保護するだけ でよかったのか、人が他人に無断で自己の属性 に新たな属性を付加されない利益(自己定義の 利益)もパブリシティ権で保護される必要が あったのではないかという疑問も残るっしか し、本判決がパブリシティ権の内実を明確に限 定した以上、自己定義の利益の保護については、 パブリシティ権以外の権利によって保護される 必要が出てきたと思われる。本判決にはこの点 に関する示唆はないため、今後の検討課題とな ろう。

3 差止め請求、譲渡性及び相続性

- (1) パブリシティ権に基づく差止め請求の可否 パブリシティ権に基づく差止め請求が可能か 否かについては、本件では争点となっていない から、当該論点については、厳密には射程は及 ばない (本判決が引用する昭和44年12月24日最 高裁大法廷判決、昭和63年2月16日最高裁第三 小法廷判決及び平成17年11月10日最高裁第一小 法廷判決でも、上記論点は争点となっていな い。)。しかし、本件が不法行為の成否が問題と なっており、その解決のためにはパブリシティ の利益が法的保護に値する利益であることを判 断すれば足りたにもかかわらず、本判決が、敢 えてパブリシティ権の「権利性」を明示的に承 認し、その権利内容も、肖像等が有する顧客吸 引力を排他的に利用する権利と明示しているこ とからすれば、最高裁としては、パブリシティ 権に基づく差止め請求については積極的である と考えることが自然であろうと思われる¹⁰。
- (2) パブリシティ権の譲渡性及び相続性

当然のことながら、本判決は、パブリシティ 権の譲渡性及び相続性について判断するもので はない。ただ、本判決がパブリシティ権を「人 格権に由来する権利」と捉えていること、一般 に人格権は一身専属権であると考えられている ことからすれば、これを譲渡することはできな いし、相続の対象にもならないと考えるのが自 然であろうかと思われる(民法896条)。しかし、 本判決のように、パブリシティ権を自己定義の 利益を保護しない純粋な財産的権利であると捉 えているとすれば、その譲渡性と相続性を肯定 することは不可能ではないように思われる¹¹。 「人格」といっても、人格権そのものではなく、 人格権に由来する純粋な財産的権利であるパブ リシティ権における人格とは、本人の人格その ものではなく、新たに作られたある意味でフィ クション的な存在である人格と考えることもで きそうだからである¹²。ただ、その場合、パブ リシティの存続期間をどうするのか等の点で問 題が残る。パブリシティ権の存在が他者の自由 を制約する側面があることは否定できないか ら、この点が整理されることなしには、立法を 待たずに安易にパブリシティ権の譲渡や相続を 認めることには慎重になるべきであると思われ る(パブリシティ権の譲渡は否定されたとして も、独占的利用許諾契約は締結できる。)。

第3 おわりに

以上、パブリシティ権を初めて認めた最高裁第一小法廷平成24年2月2日判決に対する雑感を述べてきた。本判決で解明されたところも多いが、解明されなかった点もある。今後は、自己定義の利益をどうするのか、パブリシティ権の譲渡性や相続性をどうするのかの検討が必要になると思われる。なお、本判決の最高裁調査官解説では、本件で争点とはならなかった差止め請求の可否及び要件、損害額の算定方法、準拠法についても解説がある。ここまで踏み込んで解説する必要があったのかと感じるところはあるが、本判決がパブリシティ権に関する予測可能性を高めようとする強い意図は十分に読み取れる。

1 パブリシティ権を人格権として把握するものとして、設樂隆一「パブリシティの権利」牧野利秋・飯村敏明編『新・裁判実務体系著作権関係訴訟法』(青林書院、2004年)555頁以下参照(なお、北村行夫「顧客吸引力理論の破綻とパブリシティ権理論の再構築」コピライト2003年5号2頁以下も人格権説を採るものと思われ

- る。)。これに対し、パブリシティ権を財産権として把握するものとして、竹田稔『知的財産権侵害要論〔不正競業編〕』(2009年、3版、発明協会)428頁以下参照。
- 2 中島基至「最高裁重要判例解説」law&technology56号71頁参照。
- 3 本判決は、パブリシティ権が人格権に「由来する権利」と表現しているが、これは、名誉権が「人格権としての名誉権」と表現されたり(最高裁大法廷昭和61年6月11日判決、民集40巻4号872頁参照。)、プライバシー権が「いわゆる人格権として法的保護の対象となる」と表現されている(最高裁第三小法廷平成14年9月24日判決、最高裁判所裁判集民事207号243頁参照(なお、原審は、東京高裁平成13年2月15日判決、判例タイムズ1061号289頁参照。)。)のと異なる。人格権それ自体とは距離を置く表現をしている点が留意されるべきと思われる。
- 4 中島・前掲2・78頁参照。
- 5 窪田充美「不法行為法学からみたパブリシティ―生成途上の権利 の保護における不法行為法の役割に関する覚書」民商法雑誌133 巻4・5号727頁以下参照。
- 6 中島·前掲2·71頁乃至72頁参照。
- 7 確かに、本判決が「など」という文言を使用しているから、本判決が挙げる3類型にしかパブリシティ権侵害が認められないものではない。しかし、本判決の補足意見が侵害を構成する範囲を限定する必要性を強調しているところからみれば、上記3類型以外にパブリシティ権侵害が認められることは極めて難しくなっているのではないかと推測される。
- 8 宮脇正晴「パブリシティ権の性質と侵害の判断基準」law & tech nology 58号76頁参照。
- 9 北村・前掲1・17乃至19頁参照。なお、坂田均「ピンク・レディー 事件判決と著名人の自己定義の利益―知財高裁平成21年8月27日 判決―」OIKELIBRALY 33号35頁以下参照。
- 10 中島・前掲2、78頁、79頁参照。
- 11 竹田稔「最高裁が明らかにしたパブリシティの権利―芸能人のパブリシティ権侵害損害賠償請求事件最高裁判決―」コピライト 2012年6月号18頁参照。
- 12 筆者は、ある芸能人が、自分自身の人格と芸能人としての人格を感じ、後者が本人の意思を離れて一人歩きしているという感覚を述べているのを聞いたことがあるが、そのことは、人格といっても一律ではなく個人から切り離される性質をもつ人格が存在する可能性を示唆するものであるように思われる。

【その他参考文献】

- ・判例タイムズ1367号97頁以下
- ・田村善之「パブリシティ権侵害の要件論考察-ピンク・レディー 事件最高裁判決の意義」法律時報84巻4号1頁以下
- ・松尾弘「パブリシティ権侵害による不法行為の成否」法学セミナー 第691号154頁
- ・吉田和彦「パブリシティ権の存在を初めて認めた最高裁判決(ピンク・レディー事件)〈民事判例研究〉」法律のひろば65巻7号56 百
- ・辰巳直彦「(1) 人の氏名、肖像等を無断で使用する行為がいわゆるパブリシティ権を侵害するものとして不法行為法上違法となる場合、(2) 歌手を被写体とする写真を同人に無断で週刊誌に掲載する行為がいわゆるパブリシティ権を侵害するものではなく不法行為法上違法とはいえないとされた事例〈判例批評〉」民商法雑誌147卷1号38頁
- ・久保野恵美子・ジュリスト臨時増刊1453号85頁以下
- ・奥邨弘司・ジュリスト臨時増刊1453号273頁以下
- ・斉藤博「パブリシティ権侵害による不法行為の成否」私法判例リマークス46号50頁以下
- ·田村善之『不正競争防止法』(有斐閣、2版、2004年)505頁以下

集 編 記 後

今回は、会社法に関する特集を組ませていただきました。会社運営において、しばしば 問題となる基本的な事項につき取り上げています。その他、当事務所の所属弁護士が、最 新の判例や実務を踏まえた研究成果を発表しております。

皆様におかれましては、是非ご一読いただき、忌憚のないご意見・ご感想をいただけれ ば幸いです。