

Oike Library

CONTENTS

特集 不正競争防止法 1

1 商品等主体混同行為(1号)について－前半	弁護士 小原 路絵	1
2 商品等主体混同行為(1号)について－後半	弁護士 福市 航介	3
3 営業秘密について	弁護士 北村 幸裕	5
4 ライセンサーからみたノウハウ・ライセンス契約	弁護士 坂田 均	7
5 信用毀損行為(営業誹謗行為)について	弁護士 草地 邦晴	9

金融法・弁護士法	金融機関の弁護士法23条の2の照会に対する対応	弁護士 井上 博隆	12
----------	-------------------------	-----------	----

損害賠償法	身体的特徴を理由とする素因減額の可否とその方法	弁護士 谷山 智光	15
-------	-------------------------	-----------	----

家族法	婚姻関係破綻後の自宅不動産の明渡請求について	弁護士 茶木真理子	17
-----	------------------------	-----------	----

民事執行法	非免責債権についての執行文付与手続 —最高裁平成26年4月24日判決～非免責債権についての 執行文付与の訴えの可否	弁護士 永井 弘二	19
-------	---	-----------	----

民事執行法	民事執行法制における権利実現の実効性確保と過酷執行の防止	弁護士 住田 浩史	21
-------	------------------------------	-----------	----

民事調停法	民事調停の新たな試み	弁護士 長谷川 彰	24
-------	------------	-----------	----

消費者法	携帯電話通信契約の解約料訴訟について	弁護士 長野 浩三	27
------	--------------------	-----------	----

消費者法	消費者安全法の改正と消費生活相談員の新しい資格制度	弁護士 野々山 宏	36
------	---------------------------	-----------	----

消費者法	景品表示法違反行為に対する課徴金制度－検討状況と今後の課題	弁護士 志部淳之介	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 商品等主体混同行為(1号)について—前半

弁護士 小原 路絵

Q1-1 商品等主体混同行為について

不正競争防止法(以下「不競法」といいます。)2条1項1号の商品等主体混同行為とは何でしょうか。またそれに該当するとどうなるのでしょうか。

A1-1

他人の周知な商品表示・営業表示と同一又は類似のものを使用するなどして、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為をいいます。

商品等主体混同行為は不正競争の一類型で、これに該当すると、差止請求や損害賠償請求ができることになります(不競法3条及び4条)。

解説

他人の商品表示や営業表示を無断で使用して、他人の信用にフリーライドする行為は、商品や営業の質の向上により信用を獲得しようとするインセンティブや、表示の自他識別機能・出所表示機能を失わせ、取引秩序や事業者間の公正な競争を阻害する。そこで、不競法2条1項は「不正競争」にあたるものを定義付け、同項1号で、周知な商品等表示について、混同のおそれを生じる使用を不正競争に該当することとし、保護を与えた。

まず、同項1号の「商品等表示」は、「商品表示」と「営業表示」を含む。前者に対する混同行為は、他人の「商品表示(人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品を表示するもの)」として需用者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品表示を使用し、又はその商品表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供して、他人の商品と混同を生じさせる行為をいう¹。後者は、上記の「商品表示」を「営業表示」に置換し、対象を商品から営業と広く捉え、他人の営業活動や施設と混同を生じさせる行為をいう。

同一の表示でも、具体的な使用態様によって、前者か後者か判断され、両者にまたがることもある。

Q1-2 商品等表示について

不競法で保護される商品表示・営業表示には、具体的にどのようなものがあるのでしょうか。

A1-2

不競法2条1項1号は商品等表示として「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品を表示するもの」を例示しています。略称や雅号やペンネーム、グループ名や店名、未登録の商標やサービスマークも含まれ、その他、立体的形状、影像及びその変化の態様、ドメイン名、タイプフェイス(書体)、書籍の題号及び番組・映画タイトル等があります。ただ、不競法で保護されるためには、これらが表示として他人と識別されるものであることや、周知性を有していることが必要となります。

解説

まず、「商品」とは、有体物に限定されず、その経済的価値が社会的に承認され、独立して取引の対象とされている場合には無体物も含むと解されている。

次に、「営業」とは、経済的対価を得ることを目的とする事業をいうと解されるが、不競法における概念は広く解されている(非営利事業も含み、法人格の有無も問わないなど)。

そして、これら商品・営業が不競法で保護される「表示」となりうるには、上記A1-2の通り、識別性や周知性が要求される。例えば、単に商品の特徴・使用方法・効能を説明するだけの表示は、商品の個別識別機能を有さず、表示性が否定される(大阪地判昭和49年9月10日無体集6巻2号217頁「チョコピー事件」、京都地判昭和57年4月2日判タ499号210頁「餅つき機『つきたて』事件」)。また、一般的によく知られた容器や包装であっても、同様の色や文字標章で構成される容器や包装を用いた業者が多数存在する場合には、識別性を有さず、表示性が否定される(大阪高判平成19年10月11日判時1986号132頁「正露丸包装事件」)。

また、商品の形態については後記Q2-1を参照されたい。

なお、不競法は19条1項1号で普通名称・慣用表示、2号で自己の氏名の使用を適用除外としている。3号の先使用については後記Q2-3を参照されたい。

Q1-3 周知性について

私は「天一」という名前で天ぷら料理の専門店を営んでおり、東京を中心に多数店舗を有しています。最近、群馬県で同じ名前の天ぷら料理専門店が開店した

のですが、この群馬県の相手方に対し「天一」という営業表示の使用差止を請求できますでしょうか。

A1-3

「天一」が日本全国に知られている必要はありませんが、群馬県で広く知られている必要があります。あなたが、群馬県でも「天一」という名前をテレビやラジオなどで宣伝しているのでもない限り、相手方の群馬県での使用に対し、差止請求は難しいでしょう。

解説

周知性(「需用者の間に広く認識されている」)の地域的範囲としては、日本全国で広く認識されていることは必要なく、一地方において広く認識されていればよい(最判昭和34年5月20日刑集13巻5号755頁)。ただし、自己の営業地域だけでなく、相手方の営業地域においても周知であることが必要となる。

相手方の営業地域において周知というには、現実に関手方地域で営業を行う必要はないが、広告などによって周知性が形成される必要がある。本事例で参考にした東京地判昭和62年4月27日判時1229号138頁(控訴審東京高判昭和63年3月29日判時1276号124頁も同旨)は、原告の営業形態、広告、宣伝の態様から、内外の著名人に広く利用されていても、被告店舗付近の居住者に広く知られていることにならないと周知性を否定した。

周知性が認められるかどうかの限界を画するのは難しく、東京地判平成5年6月23日特企293号55頁は、原告が埼玉県内に3軒のパワーステーションという名のガソリンスタンドを有していたが、被告店舗のある東京では営業していなかった事例で、求人広告紙に合計410回の広告をし、登録顧客が10万人いても、求人広告を見るのは求職者に限られ、固定客も埼玉県店舗近辺と推認されるなどとして、東京での周知性を否定しており、参考になる。この裁判例では、周知性の要件のうち、人的範囲も問題にされたと考えられる。この点、人的範囲で問題とされる需用者とは、使用者と第三者の商品やサービスを市場において混同しうる人たをいい、流通体系によって検討され、専門業者のみの取引で一般消費者が介入しない商品の場合、専門業者間の周知性が問題となる。また、年齢や性別など顧客層が特定されていれば、需用者の範囲もその顧客層に限定される。

さらに、周知性の地理的範囲は、混同惹起行為に対し、差止や損害賠償請求を行うことができる地理的範囲を確定する機能もあり、判決主文で地域を限定して

営業表示の使用差止を認容した裁判例もある。

周知性の主張・立証については後記Q2-2を参照されたい。

Q1-4 類似性について

当社は「ヨドバシカメラ」という店名を商標登録し、電化製品販売業を営んでいます。最近、「ヨドバシポルノ」「ヨドバシ百貨店」という店を見つけたのですが、当社の営業表示と類似といえますでしょうか。

A1-4

御社の「ヨドバシカメラ」という営業表示が広く認識される過程で、これに伴う企業イメージによっては、「ポルノ」と「百貨店」の部分が異なりますが、類似の関係にあるといえる場合もあります。

解説

同一とは文字通り同一である場合だが、類似とは、取引の実情において、取引者又は需用者が両表示の外観、呼称又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両者を全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるかどうかで判断される(最判昭和58年10月7日民集37巻8号1082頁、判タ513号145頁)。類似の判断においては、混同のおそれの有無も考慮されるが、この判例は、類似性に混同のおそれとは別要件としての趣旨を持たせたと解されている。

具体的には外観・呼称・観念を対比することになるが、その方法として、隔離的観察(単に並べて見比べるだけでなく、離れた場所で、時間的間隔を置いて個別に観察)、全体的観察と要部観察(働きかけの強い部分に重点をおいて観察)がある。

不競法と同様に、商標法においても類似の判断が必要となるが、商標における類似の判断と、不競法における類似の判断は似ているが(最判昭和43年2月27日は、商標の類似判断について、「商標の外観、観念、呼称が取引者に与える印象、記憶、連想等を総合的に考察し、消費の具体的な取引状況に基づいて判断すべき」と判示している。)、全く同一ではない。まず、商標法では、保護される商標は登録が要件とされており、登録商標には商品・役務が指定されていることから、ここから外れる商品・役務に対して商標権者は商標権侵害を主張することができない。他方、不競法では、このような登録や指定商品・役務という制限はない(不競法は、上記Q1-2の表示性やQ1-3の周知性や混同のおそれという要件による制限を受ける。)。特許庁は、商標の類似に関して審査基準を定めている

が、商標法の類否は登録段階での判断基準であるところ、未使用の商標でも登録が認められることなどから、比較的抽象的かつ画一的なものと考えられている。他方で、不競法における類似は、現実の使用状況での混同惹起の手段の表現であり、より弾力的に判断される(商標法でも侵害場面では不競法の類似判断とより近くなると考えられる。)。この弾力的判断については、不競法の類似の判断の方が、商標法の場合よりも広くなることもあるし、狭くなる場合もあると考えられる²。

本事例で参考にした東京高判昭和57年10月28日無体集14巻3号759頁は、営業表示が広く認識される過程で、これに不可分一体として伴われる営業主体の企業活動を反映する観念ないしイメージも類似判断で考慮するとした。なお、この原審(東京地判昭和56年10月26日無体集14巻3号768頁)は、「ヨドバシ」の部分の共通でも、「カメラ」と「ポルノ」「百貨店」とでは類似しないと判断していた。

また、旧法の商品表示の例であるが、大阪地判平成4年9月22日知的集24巻3号607頁は、原告の「mikiHOUSE」と被告の「mikiSPORTS」について、商品の誤認混同は商標の類似の問題に帰着し、非類似であるという被告の主張に対し、原告商品の書体の独自性や配置や色彩から周知性を認め、被告の商標の使用状態その他の取引の実情を考慮して、全体的観察から類似、混同を肯定した。

1 不正競争防止法2条1項1号「他人の商品等表示(人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう。以下同じ。))として需用者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為」

2 芹田幸子著「Ⅵ 同一若しくは類似の商品等表示」芹田幸子・三山峻司著「第2条第1項第1号〔商品等主体混同惹起行為〕」小野昌延編著『新・注解 不正競争防止法【第三版】上巻』318頁(株式会社青林書院、2012年)

【参考文献】

- ・芹田幸子・三山峻司著「第2条第1項第1号〔商品等主体混同惹起行為〕」小野昌延編著『新・注解 不正競争防止法【第三版】上巻』95頁(株式会社青林書院、2012年)
- ・小野昌延・松村信夫著『新・不正競争防止法概説』(株式会社青林書院、2011年)
- ・小野昌延・山上和則編『不正競争の法律相談』(株式会社青林書院、2010年)

2 商品等主体混同行為(1号)について—後半

弁護士 福市 航介

Q2-1 商品等表示該当性

当社は、数年前から、半透明の素材を用いてツートンカラーにした画面が曲線となっている携帯電話機を単独で製造・販売していました。おかげさまで多くの全国ネットのテレビや雑誌に紹介されて話題になっています。ところで、不正競争防止法2条1項1号では、商品の形態も保護されると聞きました。当社の携帯電話機の形態も保護されますか。

A2-1

商品の形態が他とは特別異なる特徴を持ち、かつ、その形態を長期間独占的に使用したとか、極めて強力な宣伝広告や爆発的な販売実績等があるということで、需要者の多くがその形態を持つ商品が特定の会社からのものだとして認識しているのなら、不正競争防止法上保護されます。今回の貴社の携帯電話機は、貴社が長期間独占的に使用しているとはいえないものの、デザインの特異性や宣伝広告等から保護される可能性があります。

解説

知財高裁判所平成24年12月26日判決・判例時報2178号99頁は、「商品の形態自体が特定の出所を表示する二次的意味を有し、不正競争防止法2条1項1号にいう「商品等表示」に該当するためには、〔1〕商品の形態が客観的に他の同種商品とは異なる顕著な特徴を有しており(特別顕著性)、かつ、〔2〕その形態が特定の事業者によって長期間独占的に使用され、又は極めて強力な宣伝広告や爆発的な販売実績等により(周知性)、需要者においてその形態を有する商品が特定の事業者の出所を表示するものとして周知になっていることを要する」と判示した。

もともと商品の形態は、商品の表示と無関係に決定されたり、競合する同種の商品の間では概ね同じような形態を取っていることが少なくない。そのため、商品の形態を商品の表示と考え、出所混同を防止することを理由として、一つの商品形態に対する独占を許すためには相応の理由が必要となる。上記裁判例は、商品の形態そのものが出所表示機能(二次的出所識別機

能)を取得したことを条件として、保護を認めたものである。もっとも、裁判例が指摘するような条件を満たすものは多くはないと思われる。これについては、既に同様の見解を示していたものとして、田村善之『不正競争防止法』(有斐閣、平成16年)44頁以下、119頁以下があったといえる。なお、商品等表示を認めた近時の裁判例として、知財高裁平成23年3月24日判決・最高裁判所HPがある。

ただし、問題となっている商品の形態が、その商品の機能や効用を実現するために不可避な形態である場合には、表示に含まれないとされていることに留意が必要である(技術的形態除外説。知財高裁平成17年7月20日判決・最高裁判所HP参照)。

Q2-2 周知性の立証

周知性の主張や立証はどのように行えば良いのでしょうか。

A2-2

表示それ自体の有様、商品や営業の内容・規模の大小・取引の形態、商品・営業の種類、表示の使用期間と使用方法、宣伝広告、第三者等の記事、アンケート調査を根拠として、総合的に周知性の主張や立証を行うことになります。

解説

周知性の立証については、訴訟において多くの労力が費やされるのが通常である。これは、不正競争防止法2条1項1号の「広く認識されている」との文言が抽象的であり、当事者にとって予測可能性が低いことが原因であると指摘されている(小野昌延編著『新・注解不正競争防止法』(青林書院、3版、平成24年)313頁参照)。

とはいえ、抽象的な規範を満足させようとすれば、多数の証拠によるべきことはやむを得ない。実務上は、次のような主張・立証方法に依っているとされている(なお、以下に述べる点は、小野・前掲306頁以下、田村・前掲44頁以下に依拠している。)

まず、表示自体の奇抜性や特異性等の有無や程度が検討される。これが高いほど、当該表示に出所識別機能が認められ、これと類似する表示を他人が使用した場合には、需要者に有意な混同が生じるからである。

次に、商品や営業の内容・規模の大小・取引の形態、商品・営業の種類を検討する必要がある。例えば、売上数量、売上高、営業支店数、社員数や関連会社数等が多いほど、その商品や営業について出所識別機能があることが多いからである。

さらに、表示の使用期間と使用方法も考慮に入られる。すなわち、ある表示が統一的かつ長期にわたって使用されている場合には、その表示の出所識別機能が高められるものといえ、周知性の認定にはプラスに働く。もっとも、表示の使用期間が短いからといって周知性が全く認められないというわけではない。当該表示について規模の大きな宣伝広告を頻回にわたって行った場合には、やはり出所識別機能が高められるといえるから、周知性の認定にとってプラスとなろう。これらは相関関係にあるから、結局は総合判断となると思われる。

その他にも、第三者が紹介した記事の内容や評価、博覧会への出品等による成果、ネットの書き込みによる評判等による周知性の主張立証が可能である。

なお、訴訟上、アンケート調査が周知性の証拠資料として提出されることがあるが、これについては、①調査対象者がどこの誰であるかが明確であること、②どのような調査を行ったか明確であること、③質問文の形式や質問順序に誘導がないこと(キャリーオーバー効果を狙っていないこと等)、④調査対象者による回答が恣意的な選択を経ずに全部そのまま提出したものであること等が信用性を肯定する上で重要であるといわれている。いずれにしても、広告効果測定のためのマーケティング調査とは異なることを明確に意識し、マーケティングリサーチ会社との打ち合わせを綿密に行う必要がある。

Q2-3 先使用の抗弁

私は、「△○有限会社」として、昭和の初め頃から京都府下で営業を続けてきました。ところが、最近になって、東京で有名な「△○株式会社」が京都府での営業を開始し、京都府下でも有名となりました。そこで、この会社は、当社に対し、「△○」の使用禁止を請求してきました。このような請求は認められるのでしょうか。

A2-3

あなたの会社が京都府下において長年にわたって「△○」を使用して営業してきたという、「先使用の抗弁」を主張するのであれば、質問にあるような請求は認められない可能性があります。

解説

本件設問にみられるように、ある表示を使用して営業をしていたところ、当該表示に類似する他社の表示が後から周知性を獲得する場合がある。しかし、このような場合に他社の不正競争防止法2条1項1号に基づ

く請求を常に認めるというのでは、質問者のような立場にある者は予測不可能な不利益を被ることになり妥当ではない。そこで、不正競争防止法19条1項3号は、①他人の表示が周知となる以前から表示を使用していること、②不正の目的なく使用していること、③使用している表示と同一又は類似の範囲にとどまっていることを条件として、当該表示の保護を認めることとした。

①の要件は、時的要件を指すものである。これについては、後発周知表示の使用が開始される前から先使用者の表示が使用されていることまで要求されるものではなく、後発周知表示の利用者が問題となっている地域で周知性を獲得する前に先使用者の表示の使用が開始されていれば良いことを指すと考えられている。

次に、②の要件についてであるが、これが規定されているのは、自己の取引圏において将来周知となるべき他人の類似表示が出現することを認識している場合であって、かつ、当該表示の使用につき格別の利益をも有していない者の使用を保護する必要はなく、かえって混同を防止するためにはこのような使用の差止めを認める必要があるからである(田村・前掲114頁以下)。この不正の目的とは、不正競争の目的を指すところ、これは主観的な要件であるから、種々の間接事実や間接証拠により認定される。例えば、先使用者の宣伝内容、商品販売、役務提供の仕方が検討される(小野昌延・山上和則編『不正競争の法律相談』(青林書院、平成22年)592頁)。請求者の表示が造語であれば、先使用者と主張する者が取って当該表示を使用する必要性は希薄であるから、不正の目的が認められやすいといえる(田村・前掲同頁)。その他、当初は不正の目的なく自己の表示を利用していたとしても、その後、他人の周知表示に近似する表示にすり寄ったような場合にはそれが不正競争の目的を推認させる間接事実として利用されてしまう可能性もあることにも留意が必要である(小野他・前掲同頁)。③の要件については、先使用者の表示と後発の周知表示とは同一又は類似の範囲でもよいが、先使用者の表示それ自体については、現在の先使用者の表示と先使用していた表示とが「同一」の範囲内になければならないとされていることに留意が必要である(東京高裁平成7年2月22日判決・知財集27巻1号60頁参照)。

3 営業秘密について

弁護士 北村 幸裕

Q3-1 営業秘密の保護について

昨今、技術上又は営業上の情報の漏洩が問題になっていますが、これらの情報は法律上どのように保護されていますか。

A3-1

会社法等によって、会社役員等には競業避止義務が課されています。また、従業員やライセンシーとの間で秘密保持契約や競業避止契約等を締結して法的な保護を受けることも可能です。更に、情報の取得が不法行為に該当する場合には、民法709条によって、被った損害の賠償請求することもできます。

しかし、これらの保護は限定的で不十分であるため、一定の要件を満たした場合には、不競法によって保護を受けることができます。

解説

不競法によって営業秘密が保護されるようになって久しい。近年では、従業員による機密情報の持ち出し、外国政府によるデュアル・ユース技術の不正取得、取引先企業によるノウハウの取り上げ等が問題となった。このことを契機として、営業秘密をこれまで以上に保護する必要性が高まり、不競法において禁止される取得行為の目的(主観的要件)や行為態様(客観的要件)を広げることによって、保護される範囲が拡大されている。

Q3-2 保護されるための要件

不競法によって保護される技術上又は営業上の情報(営業秘密)とは、どのようなものですか。

A3-2

不競法によって保護されるためには、①秘密として管理されていること(秘密管理性)、②事業活動に有用な技術上、営業上の情報であること(有用性)、③公然と知られていないこと(非公知性)の三要件を満たす必要があります。

解説

当該三要件のうち、実際において最も問題となりう

るのが①秘密管理性の要件である。

秘密として管理されているというためには、秘密保持者が第三者に知らしめないという秘密保持の意思が認められること(主観的要件)と、客観的に秘密状態が確保されていること(客観的要件)が必要とされている(大阪地判平成11年9月14日知財管理50巻9号1409頁参照)。つまり、不競法上の営業秘密として保護されるためには、保有者の意思だけではならず、保有者の管理努力まで必要とされているのである。

秘密管理性の有無は、具体的な状況に即して判断されるが、平成15年に経済産業省が作成した営業秘密管理指針(最終改訂平成25年8月16日)(以下、「営業秘密管理指針」という。)は、判例を分析した上で、以下の点を判断項目として指摘している。すなわち、①当該情報にアクセスできる者が制限されていること、②当該情報にアクセスした者が、当該情報が営業秘密であることを認識できることを考慮すべきとしている。

また、当該項目に加え、③当該情報にアクセスした者に対し、権限なしに使用・開示してはならない旨の義務が課されていることも考慮すべきとした判決もあり(札幌地裁平成6年7月8日審決取消訴訟判決集51号442頁)、これらの事情を総合的に考慮して、秘密管理性を認定することとなる。

Q3-3 営業秘密の管理方法

弊社の業務は、一定の年齢の児童がいる家庭をターゲットにしているため、このような家庭に関する顧客情報を多数保有しています。万一の漏洩に備え、どのような点に注意してこれらの情報を管理していくべきでしょうか。

A3-3

まずは、当該顧客情報にアクセスした人が、貴社の営業秘密であることを認識できるようにする必要があります。例えば、文書であれば「部外秘」「秘」といった表示を付する、保管場所を特定し施錠する、閲覧・複製の手続きを厳格化する、使用済みの文書等の廃棄方法を特定する、等の方法を複数組み合わせることが重要です。

次に、情報にアクセスできる人間を必要最小限度に制限する必要があります。併せて、これらの人物を適切に管理するため、社内における労務管理体制を確立したり、従業員に対する教育・研修等を行う必要があります。誓約書等を提出させて守秘義務を負担させることも有効です。

解説

秘密管理性が認められるか否かは具体的状況に即して判断されるが、その程度については、相対的に判断するか、客観的な基準によるか争いがある。産業構造審議会財産的情報部会報告書平成2年3月16日「財産的情報に関する不正競争行為についての救済制度のあり方について」においては、情報にアクセスする者に応じて相対的に判断すべきとの考え方を示しており、裁判例も、同様の判断をしているものが多数存在していた。

しかし、その後、営業秘密管理指針において、経産省が法律上の保護を受けるためのミニマムの水準と、紛争の未然の防止等のための望ましい水準を打ち出した結果、以降の裁判例では、営業秘密の管理を客観的な基準に基づき厳格に認定しようとしているものが増加したと評価されている(例えば、大阪高裁平成19年12月20日裁判所ウェブサイト)。

不競法の保護を受けるかどうかだけでなく、情報漏洩による紛争を防止するという趣旨からも、出来るだけ厳格に管理することが望ましいと考えられる。

Q3-4

A社では、顧客情報をコンピュータで管理しており、当該顧客情報にアクセスできる人物を限定するとともに、当該人物にパスワードを交付する等の方法によって、顧客情報を厳格に管理していますが、A社の従業員が、権限がなかったにもかかわらず、社内の顧客情報を無断で持ち出し、名簿業者であるB社に売却していたようです。

私は、調査の結果、B社は不正行為を行わない信頼できる会社であると判断したため、B社からA社の顧客情報を購入して利用しました。

ところが、後日、報道等を通じて私が購入した顧客情報は、A社の従業員が上記のように不正に取得した情報であることを知りました。

私はその後もその情報を使用し続けているのですが、このような行為は、不競法に違反するのでしょうか。

もし、違反しているのであれば、私は、A社等からどのような請求を受ける可能性がありますか。

A3-4

そもそも、A社の従業員がA社の顧客情報を取得した行為は、営業秘密の不正取得行為に該当します。

あなたは、顧客情報を取得した時点では、当該不正

取得行為を知らなかったようですが、不正取得行為が介在したことを知ってからの顧客情報の利用は不競法に違反します。

そのため、A社は、あなたに対して損害賠償や顧客情報の使用の差止めを請求する可能性があります。また、あなたは刑事罰を受ける可能性があります。

解説

不競法において禁止されている営業秘密の利用行為は、以下のように分類することが出来る。

まず、①営業秘密を不正に取得した場合は、当該取得自体が違法であるし、当該取得者が、その情報を使用または開示することも違法となる(同法2条1項4号)。また、取得者が不正に取得したことを知ってまたは重大な過失により知らないで営業秘密を取得した転得者は、その取得自体が違法であり、使用・開示も違法となる(同項5号)。一方、転得者が、営業秘密を取得した当時、不正取得を知らなかったとしても、その後不正取得行為が介在したことを知ってまたは重大な過失により知らないで使用・開示した場合もやはり違法となる(同項6号)。

次に、②営業秘密の取得が正当であっても、不正の利益を得る目的で、または保有者に損害を与える目的(以下、「図利加害目的」という。)で使用・開示した場合は違法となる(同項7号)。また、図利加害目的で開示された、または法的な守秘義務に違反して開示された営業秘密であることを知ってまたは重大な過失で知らずに転得者が使用・開示することも違法である(同項8号)。更に、転得者が、営業秘密を取得した当時、図利加害目的または法的守秘義務違反があることを知らなかったとしても、その後、これを知ってまたは重大な過失で知らずに使用・開示した場合もまた違法となる(同項9号)。

なお、後者の場合の図利加害目的については、主観的な要件だけにその認定は困難である。経産省の営業秘密管理指針においては、肯定例として、金銭取得目的、保有者に営業上の損害を与える目的等が挙げられている。一方、否定例としては、公益目的(内部告発する場合)、労働者の正当な権利保護の目的(労使交渉で入手した営業秘密を労働組合内部に提供する場合)、残業目的(上司の許可を得ずに営業秘密が含まれたUSBメモリーを持ち帰る場合)が挙げられており、図利加害目的の認定の参考になる。

4 ライセンシーからみたノウハウ・ライセンス契約

弁護士 坂田 均

Q4-1

ノウハウはどのように法的に保護されるのでしょうか。

A4-1

有用な技術情報は、秘密性があって秘密管理されていれば、不正競争防止法によって「営業の秘密」として保護されます。物権と同様の排他的な保護を受けますので、侵害行為に対しては、損害賠償請求だけでなく、差止請求をすることも可能です。

ノウハウがライセンス契約の対象である場合は、契約上の保護を受けます。契約上のノウハウの保護範囲は、契約条項の内容によって決まりますが、一般的には、必ずしも不正競争防止法上の「営業の秘密」と同一ではありません。秘密性や秘密管理の要件を充たさない場合でも、契約当事者間では債権的な義務を課することが可能です。

解説

秘密性や秘密管理されていないノウハウは、不正競争防止法の保護を受けませんから、誰でも自由に使用できるはずであると誤解されがちであるが、不法行為法上の法的保護利益として保護されることがあるし、また、ライセンス契約で保護対象にすることを約束した場合には、契約当事者間では約束した内容を履行する義務が生じる。

なお、ライセンス契約の実務では、ノウハウを秘密性のある場合に限定しない場合が多い。ライセンサーは、ライセンシーとの関係では、紛争時に、秘密性や秘密管理について証明を要しないということである。

Q4-2

ライセンス契約においては、ノウハウの範囲はどのように特定したらよいのでしょうか。ノウハウの特定は何故重要なのですか。

A4-2

ライセンス契約の対象であるノウハウは、契約の定義条項で特定されることが多いようです。定義条項

に「別紙記載のとおり」と記載されている場合は、別紙の内容を確認する必要があります。もっとも、別紙にも単に「当該システムに関する一切のノウハウ」などと抽象的な記載しかなされていない場合、ノウハウの内容の特定としては不十分です。できるだけノウハウの内容を具体的に記載するよう心がけましょう。特に、ライセンスを受ける側、すなわちライセンシーは注意を要します。提供を受けていないノウハウにもかかわらず、後日、ライセンサーからライセンス契約の対象であったと主張される可能性があるからです。

解説

- 1 ノウハウをライセンスする場合、その全てが記録化された媒体をライセンシーに提供するのが理想的である。

しかし、実際には、ノウハウの範囲がこのように明確化されている例は希である。ノウハウは、ライセンサーの側でもその内容が整理されていないことが多いからである。

例えば、共同で技術開発する場合、ノウハウが実際の作業現場や打ち合わせの際に伝えられることがあるし、電話で伝えられることがある。このように五月雨式に提供されたノウハウの内容を特定することは容易でない。

- 2 ノウハウの範囲の曖昧さによって不利益を被るのは、一般的には、ライセンシーである。

後日、ノウハウの提供の有無が争いになったとき、「そのようなノウハウは貰っていない」と言い張っても、なかなか証明できるものでない。

ライセンス契約書には、「当該システムに関する一切のノウハウ」等々と抽象的に規定されている。ライセンシーが、「契約書の定義上もライセンスの対象であるし、だからそのノウハウはライセンシーに提供した」と主張すれば、今度は、ライセンシーが、「そのようなノウハウの「提供は受けていない」という消極的事実を立証しなければならないが、この様な立証は至難の業であり、成功の見込みはほぼないといえる。

- 3 ノウハウの提供の有無を証明するためには、どのような準備が必要か。

答えは、(1) ノウハウをできるだけ具体的に定義すること、そして、(2) 技術情報の交換に関して、できるだけ記録を残すことである。

特に、共同開発や技術提携の現場では、長い時間をかけて、技術の相互交換や、移行が行われる場合が多い。まめに記録を残すことが肝要である。

ノウハウの内容は、①相手方が提供したマニュアル、②会議の議事録、③共同研究の際に作成したノート、④メールのやり取りなどによって特定される。②については、日付、参加者氏名、場所を記載しておくといよい。相手方の署名がもらえれば証拠価値はさらに高まる。③については、差込み式でないノートを使うこと。日付を入れること。発言者の氏名、聴き取った媒体を記録しておくといよい。

ただ、このように提供を受けたノウハウを克明に記録しても、直ちに、提供を受けていない事実が証明できるわけではない。抽象的な定義に含まれていると、ライセンサー主張のノウハウは提供されたと事実上推定されてしまう可能性があるからである。契約書上のノウハウの定義をできるだけ具体的に記載することが肝要である。

さらに、(3) としては、現在の技術水準と将来の技術水準を、契約書上意識的に区別することである。技術水準によって、ライセンサーが契約当時保有していた技術情報の範囲を特定することができるからである。

ライセンス契約当事者間の紛争は、ライセンシーが独自に開発したノウハウに関して生じることが多い。定義が抽象的であると、契約締結時には存在しなかったはずの進歩性のあるノウハウに関しても、ライセンスの対象に取り込まれ、ライセンスの対象にされる可能性がある。定義を具体化する努力を怠ると、全てのノウハウがライセンスされたと解釈されかねないという不都合が生じる。ライセンシーとしては、ライセンス契約当時、ライセンサーにはそのようなノウハウはなかったという事実を証明しなければならないが、もし証明に成功しなければ、ライセンシーは永遠に同システムの将来バージョンについてライセンサーにコントロールされる自体になりかねない。要注意である。

Q4-3

ライセンス契約が終了した場合、将来の競業に関して、ライセンシーに、「契約終了後X年間は、市場で競争関係に立つ同種のシステムを開発したり、販売したりしてはならない」といういわゆる競争禁止規定がおかれていることがあります。

どのように対応すればいいのでしょうか。

A4-3

ライセンス契約が終了すれば、ライセンシーは、それ以後、ノウハウを利用することはできなくなりますので、ライセンサーとしてはあえて競争禁止にする必要性がないともいえます。しかし、実際にライセンサーが提供したノウハウが終了後も無断で利用されている事実は外からはなかなか把握しにくいところがあります。

そこで、ライセンサーは、ノウハウが無断利用されていないことを確実なものにするために、予防的にこのような条項を入れるのです。

解説

ライセンサーとの契約の継続が何らかの理由によって困難になった場合、代替手段として、自社で開発した独自技術か、または他社からノウハウを導入して、事業を継続するということになる。しかし、この競争禁止規定によりX年間は競争は禁止され事業の継続はできなくなる。ライセンス契約を維持して事業継続するか、事業の継続を断念するかを決めなければならない。多くの場合、不承不承、ライセンサーとの契約を継続するしかないということになる。

ライセンシーとしては、このような条項は削除してもらう努力をすべきである。

しかし、どうしても削除要請が拒否される場合は、ライセンシーとしては、次善の策として、競争禁止の範囲を限定し、かつ適用除外事由を設ける試みをしておく必要があろう。

解説

市場において競争関係にある者が、他の営業者の営業上の信用を、虚偽の事実をあげて攻撃することで、自らの競争条件を有利にしようとする行為は、典型的な不正競争行為とされ、不競法は不正競争の一類型として定めている。

例えば、競争他社の製品について、事実ではない内容を記して誹謗する広告を出したり、取引先に文書を配布したりするような行為が典型例である。

その要件についてみると、「競争関係にある」ことは必要であるが、現に市場で競合していなくても、市場における競合が生じるおそれがあれば公正な競争秩序を維持する必要性が認められることから、この要件は比較的広く解されている。

「虚偽の事実」については、客観的な事実と異なっていれば足り（他方で事実である限りは、本条項の適用はない）、行為者が主観的にそれを真実であると認識していたとしても、本条項の適用が排除されるものではない¹。必ずしも具体的な指摘を含む必要はなく、例えば「粗悪品」「耐久性がない」といった評価を含むものであっても、ここにいう「事実」にあたると解されている。また、対象とされる相手方については、名称が明示されていなくても、第三者にそれが誰を指すのかが判別できる程度になっていれば足りる。

「告知」とは自己が関知した一定の事実を特定の人に知らせる行為を指し、口頭で知らせたり、文書の送付が典型である。「流布」とは、その事実を不特定又は多数人に広める（伝播）行為をいい、新聞雑誌への掲載が典型である²。もっとも、特定人への陳述によって多数人への伝播がなされることもあり得るし、両者をあえて区別する実益は乏しく、その方法も限定されない。

訴訟事案の記者会見や報道機関の取材において、当事者としての経緯や見解、主張内容の説明等を行うこと自体は、直ちに競争者の信用を毀損するものとはいえず、虚偽事実の告知があったとは言えないが³、自己の請求内容や主張内容の説明を超えて、相手方を中傷、誹謗する行為は、その事実が認定できなければ、虚偽事実の告知、流布に該当しうる⁴。

Q5-2 警告書の送付と信用毀損行為

当社と競争関係にあるA社が、当社が保有する特許権を侵害して製造された商品を製造・販売していることが分かりました。A社に警告書を送付する予定ですが、A社の取引先にもA社が特許権侵害をしている旨

5 信用毀損行為（営業誹謗行為）について

弁護士 草地 邦晴

Q5-1 信用毀損行為（営業誹謗行為）とは

競争会社を誹謗する行為が不正競争行為に該当する場合があると聞きました。どのような場合が、それにあたるのですか？

A5-1

競争関係にある他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知し、又は流布する行為が、不正競争行為にあたります（2条1項14号）。

を通知しようと思いますが、問題はありますか？

A5-2

万一、特許権の侵害が認められなかった場合や、特許権が無効とされた場合などには、信用毀損行為に該当する可能性がありますので、事前に慎重に検討しておく必要があります。

解説

特許権の侵害行為が客観的な事実として認められる場合には、少なくとも不競法上の信用毀損行為には該当しない。

しかし、特許権の技術的範囲に属するか否かの判断は微妙なもので、見解の相違を生じることも少なくない。また特許権自体が後に無効とされる可能性もありうる。そのため、特許権の有効性と侵害性を確信して警告を行った場合であっても、紛争となり訴訟で敗訴となった場合に、逆に虚偽事実の告知を行ったのではないかが問題となることがある。実際、こうした取引先等への特許権侵害に基づく警告などが行われた場合には、逆に不競法違反を理由とした請求がなされることは珍しくない。

そして、訴訟において、特許権侵害が認められなかった場合、競争者であるA社への直接の警告は、特許権侵害がなくともA社の外部的な評価、信用を害するものではないので、本条項の違反となるものではないが、その取引先への特許権侵害の事実の通知は、信用毀損行為に該当し、事前の高度の注意義務を課した上で、過失を認めるというのが従来判例や学説の趨勢であった⁵。

確かに、知的財産権の侵害が取引先に通知されると、取引先は紛争に巻き込まれること自体を嫌い、侵害の有無にかかわらず取引を控えることも少なくないため、それ自体で致命的な打撃を被ることがあり、侵害がない以上、信用毀損行為の該当性は肯定せざるを得ない。

しかし、特許権者は、自己の特許権を侵害する者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる(特許法100条)ところ、このような通知が全て不正競争行為とされて損害賠償義務までも負担すべきことになる、特許権者の権利行使をあまりにも萎縮させてしまうという問題性も指摘されてきた。

そのため、最近では、特許権者による告知行為が、販売店など直接侵害者ともなりうる者に対してなされ、その取引先自身に対する特許権等の正当な権利行使の一環としてなされたものであると認められる場合に

は、違法性が阻却される⁶との判決が見られるようになった。ただ、侵害がなかったにもかかわらず、違法性が認められないことには批判も強く、少なくとも故意過失がないと判示する判決⁷もみられる⁸。

これまでの判例等の傾向も踏まえると、取引先への通知は、万一非侵害と判断された場合にその責任を問われることがあり得、これを免れるためには、訴訟提起にあたって通常要求される程度の十分な事実調査、法的検討が行われていることはもちろんのこと、さらに文書の形式や配布時期、期間、数、競争者との関係や、競争者との交渉の経緯、権利行使萎縮のおそれや、害される競争者の利益等、諸般の事情を総合的に考慮した上で、正当な権利行使の一環として行われたものと認定されるような状況のもとに行われることが必要であり、事前に慎重に検討しておくことが求められる。

Q5-3 比較広告と信用毀損行為

当社と競争関係にあるB社の製品と当社の製品の性能を比較した一覧表を作成して広告にのせ、営業に回ろうと考えていますが、注意すべき点がありますか？

A5-3

比較広告については、その内容に虚偽の事実が含まれる場合には、不正競争行為(信用毀損行為)になるおそれがあります。また、景表法⁹4条1項は、商品の内容や取引条件について、競争者よりも著しく優良又は有利であると消費者に誤認させる表示を不当表示として規制していますので、この点にも留意が必要です。

解説

一般に、比較広告とは、自己の供給する商品や役務について、競争関係にある特定の商品等を比較対象として示し、商品等の内容や取引条件に関して、測定、評価することによって比較する広告をいう。

客観性の担保された比較広告は、消費者が商品等を選択するにあたって、商品の性能、品質、取引条件等を適切に比較するための情報を提供するものとなるので、公正な競争を阻害するものではなく、禁止されていない。

しかし、比較広告はその対象とされる商品等との優劣関係を相対的に示すものであるから、その事実虚偽が含まれている場合(自己の商品等に関するものも競争者の商品等に関するものも含まれる)、比較の対象とされた競争者の信用を害するものとなり、本条項の対象となり得る。

また、景表法4条1項は、商品や役務の品質等の内容、価格等の取引条件について、実際のものよりも著しく優良であると示し、又は事実と相違して競争者よりも著しく優良であると示す表示で不当に顧客を誘因するものを不当表示として規制しており、比較広告については、「比較広告に関する景品表示法上の考え方」(比較広告ガイドライン)¹⁰が定められている。

ここでは、不当表示とならないためには、

- ①比較広告で主張する内容が客観的に実証されていること
 - ②実証されている数値や事実を正確かつ適正に引用すること
 - ③比較の方法が公正であること
- の3要件が全て満たされていることが必要とされている。

従って、実証されていない事項をあげたり、重要な事項をことさらに強調して比較したり、恣意的な選択によるなど不公正な基準により比較したり、情報提供ではなく、単に競争者や商品の中傷し、誹謗するものなどは、不当表示として違法となり得る。さらに、虚偽の事実が含まれる場合には、不競法に違反するものともなり得るところであるので、これらの点に注意をすることが必要である¹¹。

Q5-4 信用回復措置

当社と競争関係にあるC社が、当社の製品について欠陥があるとの記載を含む文書を、取引先に配布して営業に回っているようなのですが、その事実は誤解に基づくもので事実ではありません。

当社としては、こうした行為をやめさせたいと思いますが、C社にどのような請求をすることができますか？

A5-4

その行為の停止を請求することができ、これにより損害が生じている場合には、賠償を請求することができます。また、その信用を回復するのに必要な措置を求めることができます。

解説

不競法3条1項は、不正競争によって営業上の利益を侵害されている者は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる旨を定めている。また、同条2項は、侵害の行為を組成した物の廃棄等を請求することができる旨を規定する。

従って、C社に対しては、事実と反する製品の欠陥を記載した文書の配布や告知行為の停止や、文書の廃棄などを請求することができる。これらの差止請求権の行使には、C社の故意、過失は要件とならない。

次に、C社の行為により損害が発生している場合には、その損害の賠償をC社に請求することができる(4条)。但し、C社に故意、過失が存することが要件となる。損害には取引の喪失による逸失利益が含まれるが、信用毀損自体による無形の損害についても金銭による賠償を求めることができる¹²。

また、C社に故意、過失が認められる場合には、裁判所は、損害賠償に代えて、あるいは損害賠償とともに、その者の営業上の信用を回復するのに必要な措置を命じることができる(不競法14条)。その方法として一般的なものとしては、新聞等への謝罪広告の掲載がある。

- 1 過失については具体的な事情により、損害賠償義務の成否に関して、故意過失が否定される場合はありうる。
- 2 小野昌延編著・新注解不正競争防止法(第3版)上巻804頁
- 3 東京地判H14. 11. 14 東京地判H15. 9. 30
- 4 東京地判H13. 8. 28 (但し控訴審東京高判H14. 6. 26は、受け手の属性等を踏まえて普通の注意と聞き方を基準として判断すべきとしてこの事案では否定)
- 5 東京地判H14. 4. 24等
- 6 東京高判H14. 8. 29 東京地判H16. 8. 31等
- 7 知財高判H23. 2. 24
- 8 差止請求は過失を要件とせず、損害賠償は過失を要件とするため、違法性阻却と考えるといずれも成立しないが、無過失と考えると差止請求は成立し、損害賠償が成立しないことになる。
- 9 不当景品類及び不当表示防止法
- 10 http://www.caa.go.jp/representation/pdf/100121premiums_37.pdf
- 11 独占禁止法2条9項6号に基づき定める不公正な取引方法にも、ぎまんの顧客誘引として、自己の供給する商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項について、実際のもの又は競争者に係るものよりも著しく優良又は有利であると顧客に誤認させることにより、競争者の顧客を自己と取引するように不当に誘引すること(一般指定8号)が定められている。
- 12 不正競争による営業上の利益の侵害にかかる訴訟の場合、民訴法248条は「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは」、不競法9条は、「損害が認められる場合において、損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難であるときは」、いずれも裁判所は相当な損害額を認定することができるとしており、両規定の適用も受けうる。

金融機関の弁護士法 23条の2の照会に対する対応

弁護士 井上 博隆

1 はじめに

最近、弁護士法23条の2の照会（以下、「23条照会」という）を巡って、金融機関は弁護士会又は申立代理人との間において、回答の可否や回答の程度等について、難しい対応が求められることが多くなってきている。法律雑誌上からは、金融機関が回答拒否した事例で、損害賠償請求をされた裁判例もある。

最近の金融法務事情でも、「《座談会》弁護士法23条の2の照会に対する金融機関の対応」と題して、日弁連照会制度委員会の弁護士やメガバンクの法務担当者との座談会の内容が報告されている¹。但し、出席者の見解は、個人的な見解とされている。

これをも参考に、いくつかの23条照会で問題となる事例をまとめてみた。

2 23条照会の報告義務と個人情報保護法、守秘義務の関係

(1) 23条照会の義務

23条照会の報告義務は、法的義務であると解されているが、正当な理由があるときは報告を拒絶することができると考えられている²。

(2) 個人情報保護法との関係

個人情報保護法23条1項2号は、個人情報の第三者提供の制限の例外として「法令に基づく場合」を規定している。これについて、金融庁の「金融分野における個人情報保護に関するガイドライン」5条3項1号は、23条照会はこれにあたるとしている。実務的にはこの見解で統一されていると考えられる³。

(3) 守秘義務との関係⁴

金融機関の守秘義務も明文の規定はないが法的義務と考えられており、23条照会の報告義務と優先関係が問題となる。最近の顧客情報が重視される状況においては、安易に報告すると金融機関と顧客との感情的な紛争にもなりかねないので、どちらが優先するかの判断は慎重になされる必要がある。

一般に、23条照会の報告義務が守秘義務に優先す

る基準として「照会内容に具体的必要性と合理性が認められる」という基準が挙げられてきた。これに対して、この判断は容易ではなく、金融機関に自己責任で判断させるものであり、過大な負担を強いるものであるという批判があった⁵。

この点、金融機関の事例ではないが、注2の平成25年名古屋地判は、未公開株詐欺商法による損害賠償請求事件の被告との訴訟上の和解金が履行されなかったことから、強制執行の前提として住居所を調査するため日本郵便に転居届等の照会を行ったところ、これが拒否された事例で、当該事項に係る情報の秘匿性の程度や国民の権利救済の実現のために報告を受ける必要性の程度等を踏まえた利益衡量によって判断されるべきであるとした。そして、住居所や電話番号は、人の社会生活を営む上で一定の範囲の他者に開示されることが予定されている情報であり、通信の秘密や信書の秘密のようなものではなく、一方、強制執行をするため住居所を知ること、国民の権利救済の実現に資するという23条照会の制度に沿うと判断した^{6,7}。

あるメガバンクは、顧客の同意なく回答する場合は、①審査が適正に行われており、そのことが明らかになっていること、②事案に応じて回答すべきか否かについての利益衡量が明確になっていること、③回答によって金融機関が訴訟リスクを負うようなことがないサポートがあること、④回答が可能となるだけの情報が提供されていることの4つの要件を満たすことが必要であると考えているということである^{8,9}。

今後、これらを参考にして報告するかどうかを決することになろう。

なお、預金契約等の契約がない場合は、顧客との守秘義務の問題は起こらず、契約なしと報告すれば足りると考える。

3 債務名義に基づく執行のための預貯金の情報に関する照会

(1) 判決や和解調書等債務名義を有する債権者が強制執行をするために預金の有無、あるとしてその支店名・口座番号、残高等の照会をする場合に、報告を拒絶できるかという問題である。

メガバンクでは、原則として報告するとするものと個別案件ごとに慎重に利益衡量するとするものがあるようである¹⁰。

- (2) 原則として報告とするメガバンクは、個別の検討を必要とするとした上、以下の要件があった場合に、全店照会に応じるとしている¹¹。

①弁護士会が照会申出について審査した結果、適当であると判断したことが、照会書に明示されていること、②執行認諾文言ある公正証書以外の方法により債務名義を取得しており、その存在を弁護士会が確認している旨の記載があること(判決書写しの添付は不要)、③照会書記載の照会事項どおりの内容を金融機関が回答したことにつき、対象顧客より金融機関に対して損害賠償請求訴訟が提起された場合、金融機関から訴訟告知されれば、弁護士会が補助参加すること、④全店照会を求める場合には、回答のために必要な情報の提示があること。

中堅、中小の金融機関でこのような全店照会に回答できるかは、各金融機関のシステム等の態勢にもよるし、弁護士会の上記要件に対応できるかにもよると思われる。

- (3) 債務名義の内容や当事者の属性、提供される情報等によって具体的個別的に判断することになる。たとえば、守秘義務を優先させることが反社会的行為を擁護・助長する場合、例えば、未公開株式詐欺商法の加害者に対する債務名義を有する者が強制執行をしようとして預貯金等の照会をしてきた場合等には、照会に応じても良いと考える¹²。一方、反社会的行為による債務名義の場合は報告できないと考えられる。

預貯金に関する情報は秘匿性の高いものであり、債務名義がなければ守秘義務が優先すると一般に考えられる。債務名義がある場合には報告義務が優先するとして報告すると顧客との間において紛争になることは目に見えている。また、債務名義があれば、なぜ報告義務が一転して優先することになるのかにも疑問が残る。上記のような事例のような場合以外に、どちらを優先すると考えるか、今後の検討課題であるとする¹³。

民事執行法196条以下は、債務名義を有する債権者等のために財産開示制度を設けているのであるから、本来的には、この本道によるべきものであると考える。しかし、財産開示の申立を行うことは、預貯金を払い戻し、執行妨害の動機を与えることになる。財産開示制度の改善が望まれるところである。

- (4) なお、23条照会に対して報告が拒絶されたことから、複数の店舗に順位をつけて預金債権差押命令の申立をした場合、差押債権の特定性を欠くとする裁判例(東京高決平成24年10月10日金判1405号27頁)と欠かないとする裁判例(東京高決平成23年6月22日判タ1355号243頁、名古屋高決平成24年9月20日金判1405号24頁)がある。

4 犯罪が絡む案件についての被害救済等のための照会

例えば、振り込め詐欺等詐欺商法の被害事案で、犯罪者に関し、被害回復の手掛りとなる情報は、振込を指定された金融機関支店のカタカナ表記の氏名と口座番号だけという場合に、その口座名義人の住所・氏名、預金残高等の報告を拒絶できるかという問題である。

各行とも、犯罪事案に絡む照会であることが明示されており、取引履歴からその蓋然性が高いことが考えられるような場合は、原則として報告に応じているようである¹⁴。このような場合は、守秘義務を優先させることが反社会的行為を擁護・助長する場合にあたりと考えられる。

但し、消費者被害や横領の場合は、疎明される資料などによる個別判断となるとされている¹⁵。

5 誤振込における振込先の特定のための照会

誤振込があったにもかかわらず、振込先の口座名義人が任意に返還に応じない場合に、被仕向銀行は振込先の口座名義人の氏名・住所の照会について報告を拒絶できるかという問題である。

このような場合には、23条照会の書面上に、「誤振込の資金返還を受ける必要があること」を明示した上、誤振込であることの蓋然性が高いことが確認できることの情報(例えば、真に振込しようとしていた支店・口座番号・口座名義人や誤振込したと考える口座)が可能な限り記載されている場合は、個別の事情の検討を要する場合はあるが、原則として報告するというのが各行のスタンスのようである¹⁶。

振込先口座名義人の住所・氏名は、誤振込人が不当利得返還請求権行使に不可欠であり、他に知る方法がないと考えられるので、特段の事情がない限り、報告するべきものであると考える。

6 最判平成21年1月22日民集63巻1号228頁の射程

- (1) 上記最判は、共同相続人の一人が被相続人名義

の預金口座の取引経過開示請求権を単独で行使することの可否等について、下記の通り判示している。

- ア、 預金契約は、消費寄託の性質を有するものであるが、振込入金を受入等委任事務ないし準委任事務の性質を有するものも多く含まれているから、委任事務等の処理の状況を報告すべき義務を負い(民法645条、656条)、金融機関は、預金契約に基づき、預金者の求めに応じて預金口座の取引経過を開示すべき義務を負う。
- イ、 預金者が死亡した場合、その共同相続人の一人は、預金債権の一部を相続により取得するととどまるが、これとは別に、共同相続人全員に帰属する預金契約上の地位に基づき、被相続人名義の預金口座についてその取引経過の開示を求める権利を単独で行使することができる(同法264条、252条ただし書)。
- ウ、 なお、開示請求の態様、開示を求める対象ないし範囲等によっては、預金口座の取引経過の開示請求が権利の濫用に当たり許されない場合がある。

- (2) この判決の射程をどう考えるかである。田中秀幸最高裁判例解説平成21年68頁は、以下の通り記載している。これを肯定する場合、被相続人の地位を承継しているので守秘義務の問題は生じない。
- ① 預金債権の差押があった場合：預金契約上の地位の差押まで当然に含意されておらず、預金者は開示請求権を行使しうる。
- ② 預金の解約があった場合：委任契約の終了によっても、なお、民法645条後段の顛末報告義務として預金者は開示請求権を観念しうる¹⁷。
- ③ 遺言により特定の共同相続人に預金債権の全部を相続させるとされた場合：預金契約上の地位まで当然に相続させるものでない以上、他の相続人は開示請求権行使しうる¹⁸。
- ④ 共同相続人の一人が、既に取引履歴開示請求権を行使した場合：共同相続人全員が預金契約上の地位を有しており、また、開示請求権は一回的行使により将来にわたって消滅する性質のものでない以上、他の共同相続人は開示請求権を行使しえなくなるものではない。
- ⑤ 金融機関が、預金通帳に記帳した場合：記帳の内容と開示を求める内容とが相違するかなにか

もよるが、少なくともまとめ記帳では取引経過の開示ではなく、開示請求を拒否できない。

- (3) この、⑤と②④の関係について、⑤は、一人の共同相続人の保有している預金通帳に記帳し、この相続人がこれをなお保有しているのに、再度開示請求をした場合を想定しているように思われる。

③について、相続人でない第三者に遺贈された場合も同様に考えることが出来よう。特別縁故者は含まれないであろう。

⑥問題は、遺産分割協議によって、特定の相続人または第三者が預金を取得した場合も、他の相続人または相続人が、被相続人の時代の預金の取引経過の開示請求をすることが出来るかである。説が分かれるようである¹⁹。遺産分割協議が成立した場合や相続放棄がなされた場合は、預金債権の承継と共に預金契約上の地位も現実に相続をした者に承継され、他の相続人は、特別な事情のない限り、その後は、開示請求権はないと考えるべきではないかと考える。

7 本稿は、私の個人的な考えであることであることをお断りしておく。

- 1 「『座談会』弁護士法23条の2の照会に対する金融機関の対応」金融法務事情1991号11頁2014年4月6頁以下
- 2 拙稿「金融機関の守秘義務と弁護士法23条の2に基づく照会 大阪地裁平成18年2月22日判決を中心として」Oike library No.2 4 4頁2006年10月。大阪高判平成19年1月30日金法1799号56頁は当然に回答義務を負うと考えているようであるが、最近の東京高判平成22年9月22日金法1936号106頁、名古屋地判平成25年10月25日金法1995号127頁等は、正当な理由があれば拒絶ことができるとしている。
- 3 なお、前掲平成19年大阪高判、同平成22年東京高判、東京高判平成25年4月11日金法1988号114頁、前掲平成25年名古屋地判等は、この義務を公的(公法上の)義務であるとする。
- 4 前掲2 平成22年東京高判も、この法令に基づく場合に当たるとして報告義務を認めている。
- 5 金融機関の守秘義務について前掲2 4頁以下
- 6 前掲2 6頁
- 7 なお、この事例では、日本郵便の守秘義務は、郵便法8条2項の「郵便物に関して知り得た他人の秘密」を根拠とするものである。
- 8 従前、私は、顧客の同意があるか、報告することに公共の利益がある場合、すなわち、大阪地判平成18年2月22日金判1238号37頁(その控訴審の前掲1 平成19年)の事例のように、守秘義務を優先させることが反社会的行為を擁護・助長する場合にのみ、報告義務に優先すると考えてきた(前掲2 7頁、5頁)。しかし、このような場合は、守秘義務自体が免除される場合であり、守秘義務が免除される場合でなくても、23条照会の報告義務との比較衡量で報告義務が優先される場合があり得ると考えられるので、考えを改める。
- 9 前掲1 11頁
- 10 前掲2の平成22年東京高判は、日本郵便が転居先等の回答を拒否

した事例で、弁護士会が審査した上で照会を行うものであり、特段の事情のない限り、当該照会に係る事案に個別の事情に関する事実（例：転居所以外の新住居を調べる方法の有無、強制執行を動産執行による必要性の有無）等を調査することなく優劣を判断すれば足りるとして、利益衡量の際の判断に個別事情についてまで判断要素としていない。

- 10 前掲1 17頁。なお、原則として報告するとするものでも、支店により考え方が異なることがあるのかもしれない。東京高決平成23年6月22日判タ1355号243頁は報告したが、名古屋高決平成24年9月20日金判1405号16頁は報告を拒否している。
- 11 大阪弁護士会とあるメガバンクは、本年7月、公正証書以外の債務名義を有する場合に、23条照会に一定の要件のもとに報告する旨の合意をした模様であるが、京都弁護士会においては、このような合意はなされていない。
- 12 前掲2 平成22年東京高判、平成25年名古屋高判は、このような詐欺商法の事例である。
- 13 福岡地判平成25年4月9日金法1995号118頁、その控訴審の福岡高判平成25年9月10日金法1995号114頁は、離婚訴訟の訴訟上の和解に基づく解決金の履行を怠ったため、給与債権の差し押さえをする必要性から、債権者が全国健康保険協会に就業場所の照会をした事例で、債務名義により行われる強制執行によって自己の権利を実現する利益は法律上保護されるとして、報告義務を認めている。預貯金に関する情報を同様に考えることが出来るか、今後の検討課題である。なお、前掲2平成25年東京高判は、執行力ある公正証書及び取立訴訟の仮執行宣言付判決による執行力ある債務名義に基づき、債務者の預金口座の有無・残高等の照会を行ったが拒絶された事例で、仮に報告義務があるとしても損害賠償責任を負わないとして、直接の判断をしていない。
- 14 前掲1 20頁。但し、住所・氏名に限定する金融機関もある。
- 15 前掲1 21頁
- 16 前掲1 21頁
- 17 森田宏樹「預金契約の解約後の相続人に対する金融機関の取引履歴経過開示義務の存否」金法1953号14頁2012年9月は多数説であるとする。

東京高判平成23年8月3日金法1935号118頁は、被相続人が生前に解約した預金について、没後、相続人が大量の取引経過の開示を請求した事例で、銀行は報告が完了した後は、過去の預金契約について、預金契約締結中と同内容の開示義務を負い続けると解することはできないとしつつ、なお、信義則上、元預金者に対して開示義務があるとしても、その義務は、飽くまで元預金者の必要に応ずべき義務であり、相続人の必要に応ずべき義務ではない、とする。この判決に対して、前掲森田は、顛末報告義務は一回的なものではなく、解約前と解約後で性質が異なると解することは合理的な説明とはいえず、本件は、平成21年最判が判示する権利濫用法理で直截に同様の結論を得ることは可能であろうとする。

- 18 但し、遺留分減殺請求をしない者、または遺留分減殺請求権がない者には、開示請求権を否定するものとして、関沢正彦「預金取引経過開示請求についての最高裁判決」金法1865号16頁2009年4月、同旨と思われる石綿はる美「共同相続人の一人による預金取引経過開示請求権の単独行使の可否」法協128巻1号267頁、「《座談会》預金者の取引経過開示請求権に係る最高裁判決が金融実務に及ぼす影響」金法1871号21頁潮見佳男発言2009年7月がある。
- 19 肯定的見解として：遠藤曜子「民事判例研究」金判1321号24頁2009年8月、岩藤美智子「共同相続人の一人に対する預金の取引経過開示義務」民商143巻1号85頁2010年10月。否定的見解として：水野貴裕「預金者の相続人の一人による預金口座の取引経過の開示請求の可否」判タ1298号84頁2009年8月。前掲18 座談会20頁以下の潮見発言も後者と思われる。

放棄について、前掲18 関沢、前掲18 座談会19頁浅生重機発言、同21頁潮見発言は、放棄後は、開示請求権を否定する。

身体的特徴を理由とする 素因減額の可否とその方法

弁護士 谷山 智光

1 身体的特徴を理由とする素因減額の可否

交通事故の損害賠償請求において、被害者に身体的特徴がある場合に、これが損害の発生又は拡大に寄与したとして、賠償額が減額(素因減額)されるべきであるという主張がなされることがある(心因的要因がある場合も同様の主張がなされる場合があるが、本稿では身体的特徴がある場合について論ずる。)

この点、最判平成4年6月25日民集46巻4号400頁は、「被害者に対する加害行為と被害者のり患していた疾患とがともに原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、被害者の当該疾患をしんしゃくすることができるものと解するのが相当である。けだし、このような場合においてもなお、被害者に生じた損害の全部を加害者に賠償させるのは、損害の公平な分担を図る損害賠償法の理念に反するものといわなければならないからである。」とした。なお、「疾患」について、最判平成8年10月29日交民集29巻5号1272頁は、「加害行為前に疾患に伴う症状が発現していたかどうか、疾患が難病であるかどうか、疾患に罹患するにつき被害者の責めに帰すべき事由があるかどうか、加害行為により被害者が被った衝撃の強弱、損害拡大の素因を有しながら社会生活を営んでいる者の多寡等の事情によって左右されるものではないというべきである。」とした。

他方、最判平成8年10月29日民集50巻9号2474頁は、「被害者が平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとしても、それが疾患に当たらない場合には、特段の事情の存しない限り、被害者の右身体的特徴を損害賠償の額を定めるに当たり斟酌することはできないと解すべきである。けだし、人の体格ないし体質は、すべての人が均一同質なものということはできないものであり、極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動を

とることが求められるような場合は格別、その程度に至らない身体的特徴は、個々人の個体差の範囲として当然にその存在が予定されているものというべきだからである。」とした。

これらの最高裁判例から、身体的特徴を理由とする素因減額の要件として、①被害者の身体的特徴が疾患にあたること、②被害者に対する加害行為と被害者のり患していた疾患とがともに原因となって損害が発生したこと、③当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失うことが導かれる。

そして、過失相殺の場合には、被害者側の過失について賠償義務者である加害者の側に立証責任があると解されていることから、素因減額の場合にも上記①～③についても賠償義務者である加害者の側に立証責任があると解されている。

2 身体的特徴を理由とする素因減額の方法

では、身体的特徴を理由とする素因減額が認められる場合、どのように減額すべきであろうか。

この点、過失相殺の場合には、相当因果関係のある損害の全体から過失割合分を控除する。

これに対し、素因減額の場合にも、相当因果関係のある損害の全体から控除する裁判例が多いが、相当因果関係のある損害のうち素因が影響を及ぼす特定の損害項目について控除する裁判例もある。

(1) 大阪地判平成25年7月16日自保ジャーナル1911号

「本件の損害項目を見てみると、その内容は治療費と雑費の他は慰謝料(入通院に関するもの、後遺障害に関するもの)のみであり、休業損害や逸失利益といった消極損害が争われているわけではない。また、金額的にも後遺障害慰謝料がその大半を占めている一方、治療費、雑費、入通院慰謝料の各項目は相対的に小さい比重しか占めておらず、また治療期間についても、原告の主張によっても、入院3日、通院実日数17日と短く、上記のような事故態様や、脳挫傷・硬膜下血腫等の診断を受けた事案の治療として、殊更に遷延化しているとか、治療費や入通院慰謝料が膨張しているというような状況にあるわけでもなく、これらの損害項目について素因のために殊更に拡大が生じているとか、あるいは事故態様との間で著しい不均衡が生じているということはできないところであり、素因の関与はもっぱら後遺障害慰謝料について生じているものと考えられる。そして、実

際問題として、治療費や入通院慰謝料について、事故による急性症状の部分、後遺障害につながる起立障害の部分、難聴の部分に明確に切り分けることも困難であることを考慮すべきである。このように考え、本件では素因減額をしなければ公平に反すると考えられるのはもっぱら後遺障害慰謝料であることとらえることとし、これについて、後遺障害の程度、内容、各素因の関与程度をそれぞれ認定して、慰謝料を算出するのが相当である。」として、治療費、雑費(通院費、入院雑費、文書料)、入通院慰謝料については素因減額をしていない。

(2) 大阪地判平成25年8月29日自保ジャーナル1914号

「腰椎椎間板ヘルニアに係わる損害については、素因減額として、20%の減額を行うのを相当である。」とした上で、「主に腰椎椎間板ヘルニアに関する治療に係るものであったことが認められる」として治療費の一部及び入院雑費の一部について素因減額を行い、通院交通費、休業損害、傷害慰謝料、後遺障害逸失利益、後遺障害慰謝料については素因減額をしていない。

(3) 大阪地判平成23年3月28日自保ジャーナル1860号

「本件において、原告には、高度の脊柱管狭窄に基づく頸髄症と腰椎椎間板ヘルニアという既往症があったと認められ、これらはその程度に照らし、加害行為と共に原因となって頸部由来及び腰部起因の神経症状という損害が生じ、現在の労働能力喪失率20%と評価されるべき後遺障害が残ったもので、これをすべて本件事故と相当因果関係があるものとして加害者に損害の全部を賠償させることは公平を失うものと認める。よって、本件における原告の後遺障害による労働能力喪失率の30%を素因減額すべきであると判断する。」とし、併合11級の労働能力喪失率20%を30%減額し、治療費、入院雑費、交通費、休業損害、入通院慰謝料、後遺障害慰謝料(併合11級で400万円)については素因減額をしていない。

(4) 私見

過失相殺の場合は、損害の発生原因である事故に関して過失があるため、事故と相当因果関係のある損害の全体から控除するのは損害の公平な分担に合致する。しかしながら、素因減額の場合

は、素因が必ずしも全ての損害に影響を及ぼしているとは限らない。その場合に、素因とは無関係の損害項目についてまで減額するのは損害の公平な分担とはいえない。

したがって、当該損害項目について、素因が影響を及ぼしているのか、及ぼしているとしてどの程度影響を及ぼしているのかを個別に検討し、個別に減額する方法が妥当であると考ええる。

この点、「減額方法(どこからどのように減額するか)」については、ほとんどが、定量的方法(損害の全体から控除するもの)であったが、中には、定性的方法(特定の損害項目に着目し、素因が影響を及ぼす損害項目に関し、定性的に控除するもの)も見られる。…考慮要素の内容によってこのようにきめ細かく見ていく方法はもっと活用されてもよいのではないかと思われるが、他方で煩瑣となることは免れない。」(天野智子「素因減額の考慮要素」判タ1181号91頁)との指摘もある。

婚姻関係破綻後の自宅 不動産の明渡請求について

弁護士 茶木 真理子

1 はじめに

それまで正常であった婚姻関係がいったん破綻してしまうと、夫婦間において、生活の本拠としていた自宅不動産の利用に関する深刻な争いが生じるケースが多い。

婚姻期間中に住宅ローンを組んで購入した場合など、自宅不動産が夫婦共有財産である場合には、双方に不動産を占有する権原があり、一方が他方に対し明渡しを求めることは困難である(離婚後に、夫婦共有財産であることを理由に明渡しを認めなかった近時の裁判例として、東京地裁平成24年12月27日判決¹⁾)。

問題は、夫婦の一方の特有財産である不動産に他方が同居して婚姻生活が営まれていたところ、婚姻関係が破綻したため、不動産を所有する配偶者から不動産を占有する他方配偶者に対して明渡しを求める場合である。この場合に、果たして明渡しが認められるのか、裁判例を踏まえて検討することが本稿の目的である。

2 明渡請求を拒む根拠

明渡しを拒む根拠である占有権原を基礎付ける法律構成としては、次の二つが考えられる。

(1) 使用貸借契約に基づく占有権原

自宅不動産を占有する配偶者は、他方配偶者との間の使用貸借契約に基づいて、自宅不動産を占有していると考えられることができる。特に、相手方配偶者がその後も自宅不動産に居住して占有することを許容しながら、自宅を出て別居が開始された場合には、遅くとも別居開始時点において居住目的での使用貸借契約の成立が認定できると考えられる。

ただし、期間の定めのない使用貸借契約は、契約の目的に従った使用及び収益を終わった時に返還をしなければならず、また、使用及び収益を終わる前であっても使用及び収益をするのに足りる期間を経過したときは、貸主は直ちに返還を請求することができる(民法597条2項)。

よって、この構成を取る場合には、婚姻関係が解消した場合には、契約は目的を失い終了したとみることができるが、婚姻解消前の段階では、いかなる場合に「契約の目的に従った使用及び収益が終了した」あるいは「使用及び収益をするのに足りる期間を経過した」といえるのが、次に問題となる。

(2) 同居義務に基づく占有権原

民法752条は、夫婦間の同居、協力、扶助の義務を定めている。夫婦は同居し互いに協力し扶助する関係にあるところから、同居の権利も有し、所有者でない配偶者も同居すべき住居の使用権限を有することになる^{2,3)}。

よって、占有権原が消滅するのは、婚姻関係が破綻したため事実上別居しているだけでは足りず、婚姻関係の解消が必要となる。ただし、これは抽象的な同居義務の話であって、具体的同居義務については、夫婦が通常の状態で共同生活を営むことが期待できる場合に限られ、それが期待できない場合には、婚姻関係解消前であっても、同居を拒絶する正当な事由があると解されている^{3,4)}。

3 裁判例

自宅不動産を所有する配偶者からの明渡請求が問題となった最近の裁判例としては、以下のものを挙げることができる。

① 東京地裁平成25年2月28日判決(TKC法律情報データベース掲載)

自宅建物の所有者である夫から、同建物に居住する妻に対し、主位的に所有権に基づいて、予備的に使用貸借契約の解約に基づいて、明渡しを求めた事案である。夫は、他の女性との間で子をもうけ、その女性及び子と同居するために自宅を出ていた。

判決は、所有権に基づく明渡請求については、有責配偶者である夫が同居義務及び協力・扶助義務を負う妻に対して、婚姻中長きにわたって同居してきた建物を一方的に明け渡すよう請求するものであって、権利濫用として許されないとした。

また、使用貸借契約の解約に基づく明渡請求についても、婚姻関係が破綻に瀕した状態において、夫婦の間で、妻の居住のために黙示の使用貸借契約が成立したと解することができるが、婚姻関係ないし妻の居住に関する問題が解決したとか、かかる問題の解決のために必要な相当な期間が経過したとはいえないし、婚姻関係が完全に破綻して使用貸借契約の基礎となった信頼関係が失われたともいえないから、使用貸借契約を一方的に解約することはできないとした。また、仮に使用貸借契約の解約が認められたとしても、有責配偶者である夫からの明渡請求は権利の濫用であるとしている。

② 東京地裁平成24年2月9日判決(TKC法律情報データベース掲載)

妻とその母親らが相続して共有する建物に、夫婦及び妻の母親が居住していたところ、夫の暴力、暴言等に耐えかねて妻と母親が建物を退去せざるを得なくなり、以後別居となったため、妻を含む共有者全員から夫に対し、建物明渡しを求めた事案である。

判決は、婚姻関係は完全に破綻しており、その原因はもっぱら夫にあるから、夫は婚姻関係を前提とした同居義務に基づき建物を占有する権原はない、とした。また、夫が妻及び母親に対し暴力、暴言を繰り返したことにより、使用貸借当事者間における信頼関係は破壊され、夫に無償で建物を使用させる理由はなくなったから、民法597条2項ただし書の類推適用により、妻らは使用貸借契約を解約することが解することができるとし、妻らからの明渡請求及び明渡しまでの賃料相

当損害金の請求を認めた。

③ 東京地裁平成3年3月6日判決(判タ768号224頁)

妻は、夫の暴力を避けるため、自己が所有する建物を退去して別居を開始し、その後妻から夫に対し、建物の明渡し及び賃料相当損害金を請求した事案である。

判決は、夫婦は同居し互いに協力扶助する義務を負うものであるから(民法752条)、夫婦の一方は、その行使が権利の濫用に該当するような事情のない限り、他方の所有する所有する居住用建物につき居住権を主張することができるものと解されるとしたうえで、本件では、婚姻生活は既に破談状態にあるものといえ、今後の円満な婚姻生活を期待することはできないものといわざるを得ず、しかも、婚姻生活を破綻に導いた責任は専ら被告にあるから、建物についての居住権を主張することは権利の濫用に該当し許されないとした。

④ 東京地裁平成元年6月13日判決(判時1347号58頁)

妻が夫に対し、自己所有建物の明渡しを求めるなどした事案であるが、判決では、現在離婚訴訟が係属中であるとはいえ、依然として婚姻関係にある夫婦であるから、法律上の同居義務を負っていることになり、明渡請求は失当であるとされた。

本件では、夫から妻に対する暴力等が認定されているが、上記のとおり、明渡請求は否定されている。

⑤ 徳島地裁昭和62年6月23日判決(判タ653号156頁)

判決は、民法753条が定める夫婦の同居義務は、特定の場所についての占有権限を直接に根拠づけるものではないが、夫婦の一方が所有権に基づいて所有権のない他の一方に対して明渡しを求める場合、明渡しを求める住居がそれまでの夫婦共同生活の本拠であったことは、法律上の婚姻関係が存続している以上、明渡し請求を正当とすべき特段の事情がない限り、他の一方は夫婦の同居義務を根拠に明渡しを拒むことができると解すべきであり、婚姻が実質的に破綻しているというだけでは直ちに明渡しを求める理由とはなし得ないとした。

そのうえで、本件は、夫が妻に対し多額の金員を要求したり、多数回にわたって暴力を加えて何度か怪我をさせる等、婚姻の破綻の責任は主とし

て夫にあること、妻にとっては建物が自ら経営する洋裁店の営業と生活に欠くことができないものであるのに対し、夫は建物を離れても生活していくことが一応可能であることなどから、婚姻関係はなお存続しているが、明渡請求を正当とすべき特段の事情があるとして、妻からの明渡請求を認めた。

4 検討

上記3の裁判例を検討するに、占有配偶者の占有権原については、民法752条の同居義務に依拠させる傾向が強いといえる⁵。

そして、上記3で挙げた裁判例のうち、①については、有責配偶者からの明渡請求であった事案であり、明渡請求は否定されている。これに対し、②、③、④、⑤については、明渡しを求める配偶者には婚姻関係破綻についての責任はなかった事案であるが、結論は分かれている。これらの裁判例から一定の基準を見出すとすれば、明渡しを求める配偶者が有責配偶者といえない場合には、婚姻関係の破綻(別居開始)という客観的な事実だけでは、明渡請求が認められるには不十分であると考えられる。使用貸借契約、同居義務いずれの理論構成を取るにせよ、明渡請求が認められるためには、占有権原の主張が権利濫用と評価できるような場合、すなわち、占有をしている配偶者に、婚姻関係破綻の原因・有責性につき不貞行為や暴力といった明らかな有責行為が認められ、かつ、婚姻関係破綻の程度が著しく回復困難といった事情が必要になると考えられる。なお、上記裁判例では、同居期間と別居期間の対比(この点は婚姻関係破綻の程度にも関連してくると思われる。)や、各当事者の建物の必要度といった事情を考慮事由の一つとして挙げているものもある。また、婚姻負担義務の履行程度や未成年子の有無なども、明渡請求の可否に影響を及ぼすのではないかとの指摘⁶もある。

なお、使用貸借契約や同居義務による占有権原が認められることにより明渡請求が否定される場合には、占有は適法であるから、賃料相当損害金の請求も否定されることになるとと思われる。ただし、それでは当事者間の公平を害する場合には、占有配偶者は自宅不動産を無償使用しており、住居費の負担がないのであるから、婚姻費用分担の際にかかる事情を考慮するなどして解決を図ることが考えられる。

2 新版注釈民法(21)359頁以下

3 床谷文雄「別居し離婚訴訟中の妻からの夫に対する建物明渡し請求の可否」法学セミナー 430号115頁

4 昭和63年度主要民事判例解説(判タ706号134頁以下)

5 岡本詔治「婚姻破綻と非所有配偶者の『居住権』」法律時報65巻1号100頁以下

非免責債権についての 執行文付与手続

—最高裁平成26年4月24日判決

～非免責債権についての執行文付与の訴えの可否

弁護士 永井 弘二

1 はじめに～非免責債権、執行文などの前提事項

- (1) 破産手続は、債権者を平等に取り扱うと共に、破産者の経済的更生を図ることも目的としていることから、自然人の破産手続終了時に、破産者の残余債務を免責するかどうかが審理される(法人破産の場合には、原則として破産手続終了により法人格が消滅するので免責手続はない。)。法定された一定の免責不許可事由が存しない場合、あるいは免責不許可事由が存するとしても、その他の事情から免責を相当とする場合には、免責許可決定がなされ、破産者は残余債務の拘束から逃れることになる(破産法248条以下)。
- (2) 非免責債権は、破産・免責手続によっても、破産者に債務を免れさせることが相当でないものとして法定された債権で、租税債権や、悪意で加えた不法行為による損害賠償債権などである(破産法253条1項)。こうした債権は、免責許可決定がなされたとしても、なお破産者には支払義務がある。
- (3) 破産手続においては、配当が見込まれない同時廃止や異時廃止など以外の場合には、債権者から債権届出がなされ、破産管財人、裁判所が債権の存否、内容を調査し、調査結果に基づいて裁判所書記官が債権表を作成する(破産法115条)。この債権表には、確定判決と同一の効力があるものとされ(破産法124条3項、221条)、債権者は、債権表に基づいて、破産・免責手続終了後に強制

1 判時2179号78頁

執行をすることができる。

もっとも、法人破産の場合には、原則として破産手続終了により法人格が消滅し、自然人破産の場合には、免責許可決定により強制執行ができなくなることから(破産法253条)、實際上、債権表に基づく強制執行が問題になるのは、自然人が免責不許可となった場合などである。

- (4) 執行文は、判決など強制執行ができる文書(債務名義と言われる)を取得した場合、その文書による執行力(強制執行ができる力)が存在することを公証するための文書であり、その債務名義を成立させた機関の書記官(判決では、判決した裁判所の書記官)などが、債務名義の末尾に付加する文書である(民事執行法26条)。

民事執行法は、債務名義を作る機関(裁判所や公証人役場など)と強制執行を行う機関(裁判所ではあるが、訴訟をする訴訟裁判所ではなく強制執行を行う執行裁判所)を分離して、執行裁判所の調査、判断事項をできるだけ形式的な審査で済ませるようにしている。これは強制執行を速やかに進行させるためである。そのため判決等の債務名義に執行力が存することを執行裁判所に調査させるのではなく、債務名義を作る訴訟裁判所等に公証させて、執行裁判所はその公証に基づいて執行手続を進行させる扱いとした。

通常の判決では、執行力が存しないことはほとんどないが、例えば、「被告は原告に対し、○○土地上に建物が完成した場合には、同建物を引き渡せ。」という判決の場合には、建物の完成が強制執行の条件となる。建物の完成の有無を執行裁判所が調査・判断するのは強制執行の形式性に欠けるので、原告の提出する文書により、判決裁判所の書記官にその事実を確認させ、その条件を満たさないと執行文は付与されない(民事執行法27条1項)。

破産債権表に基づく強制執行の場合には、破産裁判所の書記官が執行文を付与することになる(民事執行法26条1項)。自然人破産について、免責許可決定が確定した場合には、破産裁判所の書記官は、その旨を債権表に記載することになる(破産法253条3項)。

- (5) 先ほどの債務名義の条件の成就や、債務者が死亡して相続人が債務を承継した場合などは(債務

名義の承継)、債権者(原告)が文書で裁判所書記官にそうした事実の証明をする必要があるが(民事執行法27条1、2項)、文書による証明が十分にできない場合、債権者は、債務者を被告とする執行文付与の訴えにより、訴訟手続で事実を証明して(この場合文書だけでなく証人尋問等もできることになる。)、判決により執行文を取得することになる(民事執行法33条)。

2 最高裁判決

今回の最高裁判決の事案は、自然人破産で免責許可決定も確定した状態で、債権者(原告)は、その債権が非免責債権であるとして、執行文付与の訴えを提起したものである。この事案では、予め破産裁判所の書記官に執行文付与を申し出たものの、担当書記官の示唆により取り下げて、執行文付与の訴えを提起したという事案のようである。

執行文付与の訴えは、条件成就と債務名義の承継について、文書で証明することができないことを要件としており(民事執行法33条1項)、文言上、債権者の債権が非免責債権となるか否かを確定することは予定されていない。

今回の事案では、執行文付与の訴えの条文の文言には、非免責債権か否かを確定することが含まれていない点が問題となり、最高裁は、「民事執行法33条1項は、その規定の文言に照らすと、執行文付与の訴えにおける審理の対象を、請求が債権者の証明すべき事実の到来に係る場合におけるその事実の到来の有無又は債務名義に表示された当事者以外の者に対し、若しくはその者のために強制執行をすることの可否に限っており、破産債権者表に記載された確定した破産債権が非免責債権に該当するか否かを審理することを予定していないものと解される(最高裁昭和51年(オ)第1202号同52年11月24日第一小法廷判決・民集31巻6号943頁参照)。このように解しても、破産事件の記録の存する裁判所の裁判所書記官は、破産債権者表に免責許可の決定が確定した旨の記載がされている場合であっても、破産債権者表に記載された確定した破産債権がその記載内容等から非免責債権に該当すると認められるときには、民事執行法26条の規定により執行文を付与することができるのであるから、上記破産債権を有する債権者には殊更支障が生ずることはないといえる。そうすると、免責許可の決定が確定した債務者に対し確定した破産債権を有する債権者が、当該破産債権が非免責債権に該当することを理由として、当該破産債

権が記載された破産債権者表について執行文付与の訴えを提起することは許されないと解するのが相当である。」として、非免責債権となるか否かについて執行文付与の訴えを提起することは不適法であるとした。

3 若干の検討

- (1) 最高裁判決を前提にすると、非免責債権となるか否かについては、破産裁判所書記官に対する執行文付与の申立において、書記官が判断することとされ、もし、書記官がこれを否定して、執行文付与拒絶処分をした場合には、これに対する異議申立(民事執行法32条、これは破産裁判所が判断する。)により争うことになる。

逆に、非免責債権であるとして執行文が付与された場合、債務者は、同様に執行文付与に対する異議申立(民事執行法32条)により不服申立することになる。執行文付与に対する異議の訴えの制度もあるが(民事執行法34条)、これは執行文付与の訴えと同様に、条件成就あるいは債務名義の承継についてのものであり、非免責債権となるか否かの制度としては利用できないこととなると考えられる。

- (2) 本来、条件成就や債務名義の承継について、裁判所書記官に対する証明方法を文書に限ったのは(民事執行法27条1、2項)、裁判所書記官の判断事項を分かりやすい範囲に限定し、複雑な事実認定が必要となる場合には、執行文付与の訴え(民事執行法33条)、執行文付与に対する異議の訴え(民事執行法34条)により、裁判所の訴訟手続で解決するという制度を用意したのが民事執行法の構造である。

債権が非免責債権にあたるか否かというのは、悪意による不法行為といえるかなど、条件成就や債務名義の承継を証明すること以上に、訴訟手続で確定されるのが相当であるような事実認定が必要になる場合も少なくないと考えられる。今回の事案で、執行文付与の申立を受けた書記官は、執行文付与の訴えで解決することになるのではないかと示唆したようであるが、これも、書記官の判断範囲を超えるという認識があったからではないかと思われる。

そうすると、今回の原告が訴えたように、非免責債権の該当性については、裁判所書記官の判断ではなく、訴訟手続としての執行文付与の訴えで

判断する方が、本来は民事執行法の趣旨に合致したものではないかと考えられる。仮に、非免責債権の該当性について、執行文付与の訴えにより審理することが認められる場合には、債権者としては、まず、書記官に執行文付与申立を行い、これが否定された場合には、拒絶処分に対する異議申立をするか、執行文付与の訴えをするかを選択できることになる。条件成就や債務名義の承継の場合には、債権者はこの選択ができるとされており、これら以上に複雑な事実認定が必要な場合も考えられる非免責債権の該当性については、やはり執行文付与の訴えを認める方が、より合理的な解決が諮られるのではないと思われる。

それでもなお、最高裁が、執行文付与の訴えでの解決を否定したのは、民事執行法の制度枠組は手続的なものであり、そうした手続については、法律の文言を超えた類推解釈等の解釈になじまないという判断があったものと思われる。

- (3) なお、最高裁判決を前提にすると、非免責債権については債権表に執行文付与ができるため、債権者は既に債務名義をもっていることから、改めて同じ内容の債権について訴訟を提起する必要はなく、また、訴訟提起したとしても、訴えの利益がないために、その訴訟は不適法却下されることになると考えられるが、執行文付与の申立が拒絶された場合は、訴訟提起ができると考えられる。

民事執行法制における 権利実現の実効性確保と 過酷執行の防止

弁護士 住田 浩史

第1 民事執行法制における権利実現の実効性確保をめざす立法の動き

今日、民事訴訟法学者、及び弁護士の間で、我が国における民事執行法制においては、権利実現の実効性を欠いており、これを高めなければならない、との気運が広がっている。

その代表的な動きが、慶應義塾大学の三木浩一教授

が代表を務める「執行法制研究会」である。執行法制研究会は、2012年11月から2013年3月にかけて、判例タイムズにおいて「執行法制研究」としてその研究成果を集約的に発表し、主として比較法的見地から我が国における、民事執行制度における実効性確保手段の不備を指摘した上で、①財産開示制度の改正、②第三者照会制度の創設、③債務者目録制度の創設、④判決債権の強化、⑤動産執行の強化等の立法提言を行っている¹⁾。

また、日本弁護士連合会も、2013年6月21日に立法提言を行い、①財産開示手続の強化、②第三者照会手続の創設を唱えている²⁾。

近畿弁護士会連合会においては、2014年8月に消費者保護委員会夏期研修会を開催し、消費者被害の回復のためにこれらの民事執行法制制度の改正が不可欠である旨の報告を行い、立法を提言したところである。今後、この動きは、各方面において、さらに強まってくるものと考えられる。

これらの動きに対して、民事執行法制における過酷執行の防止の観点を強調し、上記のような制度改正は濫用的な過酷執行を招くのではないかと、との指摘も一部なされているところである³⁾。

権利実現の実効性確保と過酷執行の防止の要請は、一般的に民事執行における両輪であるとされており、どちらを欠いても司法による正義は実現されない。では、具体的には、どのようにそのバランスを考えるべきであろうか。

第2 権利実現の実効性確保の必要性について

まず、当然のことながら、訴訟等の紛争を通じて判決等の債務名義を取得すれば、それで自動的に権利が実現されるわけではない。任意の履行がなされない限り、強制執行手続によらなければならず、この執行手続が機能しなければ、民事司法制度全体が機能しない。出口としての執行ができなければ、だれも入口としての訴訟など提起しなくなるからである。

しかしながら、実際には、強制執行とりわけ金銭執行の対象となる債務者の責任財産を探知するのは容易ではない。債務者本人からの探知手段として、2003年によりやく財産開示手続が創設されたものの、執行不奏功要件があること、回答拒否に対するサンクションが存在しない等の理由から、利用状況は、近年とくに低調である。また、第三者からの探知手段は、弁護士法23条の2に基づく照会(弁護士会照会)を除き、存在しない。その弁護士会照会もまた、債務名義を添付し

たとしても、安易な回答拒否がなされるケースも含め、奏功しない場合が多い。そこで、弁護士としては、債務名義を有していたとしても、預貯金口座等について、半ば「ここではないか」とあてずっぽうで執行をかけ、空振りに終わるということも少なくない。この点、滞納処分における徴税職員は、国税徴収法に基づく質問検査権(国税徴収法141条)等を駆使して、財産の探知と執行を一括して行うことができるなど、民事執行法上の強制執行と使い勝手が全く異なるといえよう。しかしながら、納税義務の履行の公益性と、司法に正当な権利であると認められた債務名義が実現されることの公益性ととの間に、かように大きな取り扱いの違いを正当化できるほどの大小があるであろうか。

唯一、執行機関が債権者のために財産の搜索をしてくれるのは、動産執行のみであるといつてよい。しかしながら、これも経験されたことのある弁護士ならおわかりのとおり、念入りに搜索をし、金庫の開錠などの権限を積極的に行使してくれる執行官はほとんどいない。あくまで「中立」(これがはたして真の中立かどうかはともかく)というスタンスをとるのが執行官なのである。もちろん、アメリカにおけるいわゆるキーパー・レヴィー等の柔軟な差押手続などは全く存在しない。

債権執行においても、例えば、預貯金債権でいえば、差押命令が第三債務者たる金融機関に送達された時点における債権しか差し押さえられず、その前後の入金や別支店における金員については差押えることはおろか、了知、追跡することすらできないのである。

このように、前提となる財産探知のための手続も乏しく、執行手続そのものも硬直的で使いにくい、というのが、我が国における民事執行法制の現状なのである。

第3 過酷執行の禁止の要請について

1 過酷執行についての懸念の存在

例えば、園尾判事は、前掲論文³⁾において、間接強制制裁金の上限が無制限であるために、過酷執行の問題が生じていると指摘し、権利濫用があるとして請求異議を一部認容した東京高判平成17年11月30日判タ1223号292頁や、間接強制命令の変更を認めた東京高決平成7年9月1日判時1541号100頁を紹介し、制裁金の上限を法定すべきと述べている。また、園尾判事は、同論文において、我が国は明治以来一貫して消費者金融業者の手助けになることを避ける政策をとってきたとの見解に基づき、上記のよ

うな制度の改正や創設はこれを転換するものであって慎重な国民的議論を要するとしている。

これについては、どう考えるべきであろうか。

2 過酷執行の現状

まず、現実には過酷執行が問題となっている事態かどうかであるが、園尾判事が指摘する間接強制におけるようなケースを除き、今日、一般的または常態的に、債務者に対する過酷執行が問題になっていることは指摘されていないところである。また、園尾判事が挙げている間接強制の濫用というケースも相当に稀であって⁴、かつ、園尾判事自身が引用されている例をみればわかるとおり、権利濫用の一般法理や事情変更に基づく命令の変更、あるいは決定に際して存続期間や猶予期間を設定するなど、現行法の解釈や運用においても、十分な対処が可能であると思われる⁵。

近年の民事執行事件の状況をみても、民事執行事件は近時低調であって、また、濫用事例が横行しているという問題点の指摘も、特段見当たらない⁶。

3 現行法における過酷執行禁止のための諸制度

なお、過酷執行禁止の要請については、現行の民事執行法制においても、既に下記のような諸制度のかたちをとって、実際に配慮されているところである。

- (1) 動産の差押禁止(民事執行法131条1ないし14号、生活保護法58条、児童福祉法57条の5、信託法23条等)
- (2) 債権の差押禁止(民事執行法152条1項等)
- (3) 無剰余差押禁止(民事執行法129条)

4 小括

よって、民事執行における権利実現の実効性を強化する前に過酷執行の現状を変えなければ公平ではない、として前者を牽制する園尾判事の見解は傾聴に値するものの、民事執行をとりまく現状に照らせば、やや、後者の側面を強調し過ぎなのではなかろうかと思われる。

第4 権利実現の実効性の強化と過酷執行の禁止の要請とのバランス

民事執行法制における権利実現の実効性の強化と、過酷執行の禁止の要請という2つのベクトルは相反するものであり、過酷執行のおそれが抽象的に少しでも

高まってはいけないというのでは、そもそも民事執行法制における権利実現の実効性の強化はおよそ実現できないということになり、問題は、その両者のバランスをいかにしてとるか、ということである。

そして、上記の現状を評価するに、権利実現の実効性を著しく欠き、バランスを欠いているといわざるを得ない。司法制度の利用者としては、苦勞して裁判所で認められた自らの正当な権利が十分に実現されないことは、十分「過酷」な状況である。そのような「過酷」な状況に置き続けることを漫然と放置することは、司法制度への信頼を(さらに)失墜させ、司法制度を軽視する者を生み出していくこととなるであろう。

「権利」とは、ともすれば、「権」「利」という日本語により、私利私欲というふうに誤解されがちであるが、英語ではright=正しいこと、正義である。個人のrightの実現は、弁護士法1条を引くまでもなく法律家としての職責の根幹をなすものであり、また、各々のrightが実現しない(あるいは、する見込みが薄い、または不透明な)社会であってはならないのである。

両者のバランスを考える際には、私人の権利が実現されることが、このように社会の公益に適うものであるということを決して無視してはならない。

- 1 立法提言は、こうした研究活動の集大成として、執行法制研究会「民事執行制度の機能強化に向けた立法提案」判タ1384号84頁においてとりまとめられている。
- 2 日本弁護士連合会「財産開示制度の改正及び第三者照会制度創設に向けた提言」日弁連ホームページ
- 3 園尾隆司「破産者に対する制裁と破産者名簿調製の歴史 財産開示手続強化その他の判決の履行確保策への一つの視点」、判タ1388号17頁などがある。
- 4 なお、間接強制の申立自体が、近年では非常に稀である。近年の司法統計は、非金銭執行の内訳を詳細に示さなくなっているが、西津政信『行政規制執行改革論』(信山社、平成24年)によれば、平成22年度の間接強制申立事件の新受件数は、全国でわずか69件とのことである(大濱しのぶ「民事執行—とくに非金銭執行について—」5頁 http://www.soumu.go.jp/main_content/000214685.pdfの資料1からの引用)。
- 5 この点、三木教授は、金額確定手続による上限額の設定を立法論として挙げておられる(三木浩一編『金銭執行の実務と課題』(青林書院)290頁)。
- 6 司法統計によれば、民事執行について、平成20年の新受件数は27万7379件であるのに対して、平成24年の新受件数は、22万2976件と約20.4%減少している(裁判所ホームページ)。大規模庁における最新かつ詳細な状況については、東京地方裁判所民事執行センター「東京地裁民事執行センターにおける平成25年の事件概況等」、金融法務事情1990号76頁、黒野功久「大阪地方裁判所(本庁)における平成25年の民事執行事件の概要」同83頁。

民事調停の新たな試み

弁護士 長谷川 彰

1 はじめに

最高裁判所は、民事調停事件の新受件数が、平成15年以降減少の一途をたどっていることに対し、もっと広く民事調停が利用されてしかるべきであるとの観点から、調停の実質的な解決力を高める努力が必要であるとの見解を示している。

そのための新たな試みとして、①評議を充実させて、的確な事実認定を行う、②認定された事実を基に合理的な解決案を策定する、③この解決案を腹案として持ちつつ、当事者を説得調整するという方針を打ち出した。

このような、新しい調停運営については、調停制度創設90周年を迎えた2012年に東京簡易裁判所及び大阪簡易裁判所によって、試行的な取り組みがなされ、判例タイムス1369号でその内容が報告された。この試行を踏まえて、伊藤眞早稲田大学教授、笠井正俊京都大学教授、増田和夫東京簡易裁判所判事、福田千恵子最高裁民事局第二課長による座談会が判例タイムス1383号に掲載され、その具体的な内容が明らかにされている。

そこで、これらの論考で明らかにされた民事調停の新たな運営について、その概要を紹介するとともに、問題点を抽出してみた。

2 東京及び大阪での試行的な取り組みの概要

(1) わが国の簡易裁判所における民事調停は、「評価型調停」であるといわれる。これは、アメリカで主流となっている「自主交渉援助型調停」とか「促進型調停」といわれる方式とは異なっている。

冒頭に紹介した最高裁の打ち出した方針の3点は、評価型調停を前提としたものであるし、東京及び大阪の各簡易裁判所で試行された取り組みも、評価型調停であることが当然の前提となっている。(判タ1383の座談会で、増田裁判官は「調停委員会が事情聴取した結果や証拠資料から認定できる事実に基づき、合理的な解決案を示して説得・調整活動を行うことが期待されている」と発言されている。)

これに対し、自主交渉援助型調停といわれるものでは、調停員が解決案を提示することはしないとされており、あくまで当事者間のコミュニケーションや交渉を促進する役割を担うものとされているようである。

(2) 試行の方向性

両簡裁で行われた調停運営方法は、①事案の実情を正確に把握するように努め、法的観点からの事実の整理をする、②争点について事実の調査を行い、事実認定に努める、③争点に対する判断についてある程度の心証を形成することができるようになった段階で、調停委員会として解決案を策定して当事者双方の調整方法について検討する、④策定された解決案と検討された調整方法に基づいて、当事者が合意形成できるように積極的に調整活動を行う、というものである。

(3) 事案の類型化

今回の試行では、事案を次の4類型に分類した上で、上記運営方法の結果について評価が行われている。

I 類型：事実関係に争いがあり、その認定及び評価が調整活動のポイントになるもの。(たとえば、貸金か贈与かが争いになる事案、請負契約が成立したか否かが争いになる事案等)

II 類型：評価根拠事実(正当事由、過失など)の評価や金額(慰謝料、原状回復費用等)が調整活動のポイントとなるもの。

III 類型：履行義務の存在自体には争いがないが、その具体的債務額や履行方法が調整活動のポイントとなるもの。

IV 類型：感情的な対立等の調整が特に必要なもの。(たとえば、親族間の共有物分割請求等)

実際の事件の分類は、申立の時点で行われたものもあるが、期日がある程度進んだ段階で分類されたものもあるようである。さらに、調整ポイントが4類型の中の一つに限定されない場合には、その中で要素として最も大きい類型に区分された場合もあるとのことである。

(4) 解決案の提示と調停の成立

先に紹介したように、今回の試行では、調停委

員会が解決案を策定して、当事者の合意形成に向けて調整することが行われている。解決案は、調停委員会が積極的に提示したかまたは心証を開示した上で積極的に調整を行った場合を「調停委員会主導型」と呼び、調停委員会が解決案を腹案として持った上で直ちにこれを提示するのではなく、当事者から提出された解決案をベースに調整を行う場合を「当事者主導型」と呼んでいる。

東京簡裁の場合

調停委員会主導型及び当事者主導型を含め、解決案が直接的・間接的に提示された件数が50%を占め、そのうち調停が成立したのが83%にのぼる。調停が成立しなかったが、解決案に基づいて17条決定をした事案の90%が確定しており、調停成立と17条決定の確定を併せると、解決案が提示された事案の91%が解決に到っている。

大阪簡裁の場合

上記の意味での解決案を提示した件数は、42%であり、そのうち調停が成立したのが91%、解決案を提示したが成立しなかった事件は7件で、そのうち17条決定の確定により終了したのが4件あり、これを合わせると96%が解決に到っている。

(5) 事件類型と調停の成立

東京簡裁の場合

- I 類型：成立36%、不成立54%、17条決定の確定3%→解決率39%
- II 類型：成立70%、不成立20%、17条決定の確定5%→解決率75%
- III 類型：成立81%、不成立8%、17条決定の確定8%→解決率89%
- IV 類型：成立38%、不成立47%、17条決定の確定0%→解決率38%

大阪簡裁の場合

- I 類型：成立42%、不成立55%、17条決定の確定0%→解決率42%
- II 類型：成立73%、不成立13%、17条決定の確定5%→解決率78%
- III 類型：成立60%、不成立19%、17条決定の確定4%→解決率64%
- IV 類型：成立17%、不成立69%、17条決定の確定0%→解決率17%

(6) 事実認定

解決案策定の前提として、事実を認定していく

ことになる。しかしながら、調停では、人証等の厳格な証拠調べが行われることはほとんどなく、事実の調査(民事調停法12条の7)として、当事者からの事情聴取、証拠書類の収集などが判断資料の中心をなすが、一般的には、証拠に乏しいといわざるを得ない。

両簡裁の報告によると、当事者からの事情聴取において、調停委員の豊富な社会的経験や専門知識に基づいた当事者に対するポイントを突いた質問、適切な資料要求等が事実の認定に役に立たとされている。そして、当事者からの事情聴取の結果を踏まえ、当事者双方の主張自体の一貫性、合理性、双方の主張を対比させた場合の矛盾点を検討するとともに、収集した証拠資料の中にあつて客観性や信用性の高いもの、合理的に推測される事実との関係における主張の整合性などが評議において検討され、事実認定が行われる。その際、調停委員から、争いとなっている契約関係などについて取引慣行や過去の同種事案などの事実認定において参考となる情報が提供されることも少なくないとのことで、事実の認定作業における評議の有益性が強調されている。

(7) 解決案の策定

事実認定を踏まえた上で、調停委員、調停主任裁判官がそれぞれ解決案を想定し、評議において、調停委員会としての解決案とされる。

先に見たとおり、解決案が提示された場合の調停成立率は極めて高いが、特にI 類型では、事実認定が困難なため、解決案策定に到った事案は半数以下とのことである。

(8) 報告のまとめ

今回の試行のまとめとして、事実の認定がなされ、法的観点に立った検討が十分なされていれば、説得性の高い解決案の策定が可能となり、解決案を提示すれば、高い確率で紛争解決に至るとされている(法的観点を踏まえた調停運営)。しかし、解決案が策定できた事案は、既に見たように東京で50%、大阪で42%にとどまっており、今後は解決案の策定が困難であった事案においてどこが隘路であるか等についての検討が必要であるとまとめられている。

3 座談会での議論

座談会では、簡裁における民事調停の機能強化のための取り組みとして、まず、上記の両簡裁の試行が紹介され、その後もこの試行の報告を踏まえて議論が進められている。

(1) 民事調停の特色

笠井教授により、次のような点が特色であるとまとめられている。

- 1 法に関する専門性を高度に有する。
- 2 中立・公平な立場で手続が運営される。
- 3 民事調停法17条の「調停に代わる決定」という手続がある。
- 4 調停調書が債務名義となる。
- 5 法的な専門家である裁判官とともに民間の調停委員が調停委員会を形成して調停にあたる。

(2) 事実の認定

調停の機能強化策について、第1回期日前の事前評議と第1回期日の持ち方、解決案の策定・提示、17条決定についても議論がなされているが、本稿では紙数の関係で最も重要と思われる事実の認定の問題のみを取り上げる。

まず、事実認定の位置づけを訴訟と対比して、訴訟の事実認定は、判決に向けられたものであるのに対し、調停の事実認定は、双方から譲歩を引き出し、適切な合意成立を図るための契機ないし手段としてのものだとする（座談会16頁福田氏の発言）。そして、この違いが、事実認定の方法及び精度につながるのだとされる。

ここで、従来調停では、事実認定ということが重視されず、むしろ、「調停では事実認定はしない」とか「調停委員会から示された解決案の根拠が不明」などという誤った運用があったことが指摘されている。そして、的確な事実認定に基づいて、これに法的観点を適用して解決案を策定することが徹底されなければならないというのが、調停機能強化策の中核にある。

そうすると、事実認定の正確さをいかに担保するかという問題が生じる。そのためには、当事者に主張や資料提出の機会が十分保障され、相手方の言い分や提出資料に対する反論の機会も与えられることが重要であるということになる（座談会17頁笠井教授の発言）。そして、第一次的に当事者の言い分や資料に接するのは調停委員であることから、調停委員の事実の把握の仕方が評議にも

かなりの影響を与えると指摘される。

また、笠井教授は、事実認定が重視され、十分な主張や資料の提出、特に相手方の言い分に対する反論の機会の確保という観点から、対席方式の必要性という問題が改めて生じる可能性があるとは指摘される。

次に、福田氏から、事実認定において基本となる考え方は、動かしがたい事実を見つけることにありと説明があり、さらに、直接証拠が存在しない事件では、争われている当該事実の存否を推認するために、重要な間接事実は何かを見極め、これについて動かしがたい事実をできるだけ多く確定していくことが、適切な事実認定につながるのと考えが示された。

そして、事実認定の評議において、調停主任裁判官は、これまでの訴訟における審理の経験等を踏まえ、法的観点を踏まえた意見を述べ、調停委員は、豊富な社会経験等をもとに、これまで蓄積された紛争事案の把握の手法を踏まえた意見を述べるなどして、調停委員会としての共通の心証形成に努めることになる。増田裁判官からは、調停主任裁判官は、自分1人の考えではなく、一般の調停委員が常識的に考えた結果と同じ結論になることで調停委員会として自信をもって解決策の策定をし、当事者の説得・調整に当たれるとの評価が述べられている。また、調停主任裁判官が気づいていない視点や有していない知識を調停委員が補完する場合も少なくないとされる。

4 検討

以上概観した東京及び大阪の簡易裁判所の試行及びこれを踏まえた座談会での議論において、民事調停の機能強化として、「法的な観点を踏まえた調停運営」という新しい考え方が紹介された。ここでは、事実認定が重要な要素であり、これを踏まえて調停委員会の策定した解決案が直接的・間接的に示されることにより、調停成立率が高くなるとの実証的な報告がなされている。

そして、「調停委員の豊富な社会経験から蓄積された紛争事案の把握の手法の活用」「調停委員の豊富な社会経験や専門的知識に基づいた、当事者に対するポイントを突いた質問」などが調停における事実認定で有益であると捉えられているようである。

たしかに、調停委員は、年齢40歳以上70歳未満で、紛争の解決に有用な専門的知識経験を有するかまたは

社会生活の上で豊富な知識経験を有するものが任命される(民事調停委員及び家事調停委員規則1条)。しかし、必ずしも紛争事案の把握に秀でていることや事実認定の経験に富んでいることが任命の条件とされているわけではなく、また、任命後も事実認定に関する特段のトレーニングが行われているわけでもない。ベテランの調停委員に「蓄積された紛争事案の把握の手法」を期待することはできるかも知れないが、新人調停委員にこれを期待することは困難であろう。調停実務では、当事者からの事情聴取を行うのは第一次的には調停委員である。調停委員の能力に差があるために、事実認定が十分行なわれないという事態は回避できるのであろうか。

また、笠井教授が指摘されているとおり(座談会17頁)、調停委員が、主張立証の機会、反論の機会などの手続保障について十分意識をして、配慮し、予断を持たずに当事者双方の言い分を公平に聞くということが求められるが、現在の調停委員の選任のあり方では、すべての調停委員にこのような資質が保障されているとはいいがたいのではない。

入江秀晃九州大学准教授が2007年に実施された「紛争解決についてのアンケート」によると、紛争解決機関には、①法律面の専門的助言、②事実究明のための調査、③自身の主張をよく理解してくれることの3つの機能が求められているとのことである(入江著『現代調停論』261頁(東京大学出版会、平成25年))。

このアンケート結果も踏まえると、私は、最高裁の打ち出した民事調停の新しい運営方法は、裁判所の調停に期待されるものに答えるものとして評価すべきであると考ええる。

しかしながら、東京と大阪の簡易裁判所での試行やこれを踏まえた上記座談会で述べられているような調停主任裁判官と調停委員との見事な役割分担や調停委員の豊富な社会経験や専門的知識が活かされた運営が、すべての簡易裁判所で可能であるかについては、調停委員の選任や就任後の訓練体勢、調停委員の経験の格差などから、疑問を抱かざるを得ない。

民事調停の新しい運営が実効性を高めるためには、現在一部の簡易裁判所で採用されている民事調停官の制度を全簡裁で採用するべきであると考ええる。そして、調停官が全件立会し、調停委員とともに事前事後の評議を重ねるシステムをとることにより、事実認定のブレを防ぐ一つの方策になると考える。さらに、調停委員の選任や就任後の事実認定のトレーニングなどについても、改善すべきであり、これらを実現するこ

とにより、民事調停の機能強化が実質的なものとなると考える。

携帯電話通信契約の 解約料訴訟について

弁護士 長野 浩三

1 はじめに

携帯電話・スマートフォンの普及の程度は著しい。1人1台のみならず、複数台を持っている人も多い。これらの普及に伴って携帯電話の利用(通信)契約を巡る消費者トラブル(消費者被害)も多数発生するようになった。

機器の不具合、電波のつながり状況などについても消費者トラブルが多いが、本稿では当職が適格消費者団体京都消費者契約ネットワーク(KCCN)の代理人として担当した携帯電話の解約料に関する裁判例について紹介する。

2 適格消費者団体京都消費者契約ネットワーク(KCCN)とは?

「適格消費者団体」とは、消費者契約法13条により、事業者の不当な行為を差し止めることを請求することができる法的権限を持つ団体として内閣総理大臣が認定した消費者団体である。

2014年1月現在、全国で11の団体が認定を受けている。

KCCNは2007年12月に4番目の適格消費者団体の認定を受けた。

3 解約料に関する法律

携帯電話の解約料では以下のうち消費者契約法が問題となる。

①民法

(賠償額の予定)

第四百二十条 当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。

2 賠償額の予定は、履行の請求又は解除権の行使を妨げない。

3 違約金は、賠償額の予定と推定する。

②消費者契約法

(消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効)

第九条 次の各号に掲げる消費者契約の条項は、当該各号に定める部分について、無効とする。

一 当該消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項で…解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害の額を超えるもの 当該超える部分(消費者の利益を一方的に害する条項の無効)

第十条 民法、商法(明治三十二年法律第四十八号)その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。

4 携帯電話の通信契約における解約料条項の使用差止請求事例

携帯電話の契約では、ほとんどの場合が2年の定期契約として、その期間に契約を解約する場合は9,975円の解約金を徴収することとされている。NTTドコモ、KDDIでは、基本使用料金を通常の半額とするとしており、ソフトバンクモバイルでは基本使用料を半額とするのではなく、更新後の2か月分の基本使用料(1,960円)を無料とすることになっていた(最近ホワイトプランとは別に解約料のかからない基本料金が倍の「標準プラン」が作られたよう)。これらの事業者との契約では、2年経過後は自動更新されることになっており、2年経過後も同様の解約金が徴収されることになっている。

この問題は、基本使用料の割引等と称して、基本料金を半額にするか、基本使用料を数か月無料にするかわりに2年間拘束し、中途解約する場合に9,975円の違約金を支払うという違約金拘束をさせるものである。

ナンバーポータビリティ制度(MNP)が2006年10月に開始され、消費者は携帯電話通信契約を自由に他社へ変更することが可能となったが、解約料条項がこの際に障害となっており、消費者が自由に携帯電話会社を選択する自由・利益を不当に害する条項となっている。特に2年以降の解約時の違約金は、極めて不当な

拘束である。

これらの解約金条項につき、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(KCCN)が、携帯電話大手事業者三社に対し、解約金条項の使用差止を請求した事案に対する判決がいくつか出されている。

5 携帯電話の解約料の論点について

この問題については、

- ① 「割引」額が損害か(ソフトバンクのホワイトプランNについては「割引」はない)、
- ② 逸失利益が損害か、
- ③ 消費者契約法9条1号の「区分」は2年全契約を1区分でいいのか、個別的に各月毎に判断されるべきか、

が論点となっており、この各論点の組み合わせで結論が異なりうる。消費者の利益擁護の観点からすれば、解約料は、消費者の不当な囲い込み目的の条項であり、①「割引」分も②逸失利益も損害でなく、③「区分」は各プラン毎、各月毎に判断されるべきである。

また、2年経過後の「更新」後についていずれも2年経過前と同様に判断すべきかどうか論点となる。2年既に拘束された後は消費者を拘束するのは不当であり、2年経過後は一律に解約金条項は消費者契約法9条1号、10条で無効と解されるべきであるが、地裁判決はいずれも更新後について更新前と同様に判断すべきと解している。

また、各地裁判決では、9条1号該当性を中心に議論がされているが、これらの条項の本質は不当な期間拘束にあり、10条該当性が中心的に議論されるべきである。

6 京都地判平成24年3月28日判例時報2150号60頁・金融・商事判例1402号31頁

(1) 消費者契約法9条1号の「区分」について

この点につき、同判決は以下のとおり判示している。

「イ 消費者契約における「平均的な損害」を超える損害賠償の予定又は違約金を定める条項を無効とした法9条1号の趣旨は、特定の事業者が消費者との間で締結する消費者契約の数及びその解除の件数が多数にわたることを前提として、事業者が消費者に対して請求することが可能な損害賠償の額の総和を、これらの多数の消

費者契約において実際に生ずる損害額の総和と一致させ、これ以上の請求を許さないことにありと解すべきである。

このような法9条1号の趣旨からすれば、事業者は、個別の事案において、ある消費者の解除により事業者実際に生じた損害が、契約の類型ごとに算出した「平均的な損害」を上回る場合であっても、「平均的な損害」を超える額を当該消費者に対して請求することは許されないものであり、その反面、ある消費者の解除により事業者実際に生じた損害が、「平均的な損害」を下回る場合であっても、当該消費者は、事業者に対し「平均的な損害」の額の支払を甘受しなければならないということになる。

したがって、法は、事業者に対し、上記のような「平均的な損害」についての規制のあり方を考慮した上で、自らが多数の消費者との間で締結する消費者契約における損害賠償の予定又は違約金についての条項を定めることを要求していることができる。

ウ そうすると、法9条1号の「平均的な損害」の算出にあたって基礎とする消費者の類型は、原則として当該事案において事業者が損害賠償の予定又は違約金についての条項を定めた類型を基礎とすべきであり、解除の時期を1日単位に区切ってそれぞれの日数ごとに事業者が生じる金額を算定するというような当該事業者が行っていない細分化を行うことは妥当でない。」

その上で、顧客の具体的な特性、料金プラン及び解約の時期等を一切問わず、一律の「区分」として扱うことを許容している。

しかし、この考え方は、事業者の側からみて全体として損害額を超えなければいいというもので、個別具体的な消費者にとっては過大な損害賠償となる場合があり、消費者利益の擁護という消費者契約法の趣旨からは問題である。

(2) 累積「割引」額が「損害」となるかについて

この点につき、同判決は次のとおり判示して「割引」額が損害であるとしたが、実質的には「割引」ではなく（この価格でしか競争できないという意味で）「値下げ」であり、これを「損害」とするのは不当である。

「消費者は、本来であれば毎月の基本使用料金として各料金プランごとに定まっている一定の金額（以下、これを料金プランの差を問わず「標準基本使用料金」という。）を被告に対して支払うべきところ、本件契約の締結に伴い、2年間の契約期間内に中途解約しないことを条件として、契約期間の全期間にわたって基本使用料金の50%の値引きを受けており（以下、これを料金プランの差を問わず「割引後基本使用料金」という。）、被告は、消費者が2年間の契約期間中に被告に対して継続した支払を行うことにより一定の期間に安定した収入を得られるのであれば、当該契約期間中は基本使用料金について割引を行っても採算に見合うと判断した上で、本件契約を締結した場合の割引率を50%と設定したものと考えられる。

c そうすると、消費者が本件契約を契約期間内で中途解約した場合には、被告は、当該消費者に対し、現に標準基本使用料金の金額に相当する役務を提供したにもかかわらず、その対価としては割引後基本使用料金の支払しか受けていないこととなり、しかも、被告が継続して安定した収入を得られるという前提も存在しなくなったのであるから、この期間の標準基本使用料金と割引後基本使用料金との差額については、被告に生じた損害ということができる。」

(3) 解約後の逸失利益が「損害」となるかについて

この点につき、同判決は下記のとおり判示して逸失利益が損害とならないことを消費者法の趣旨から解釈しているが、この点については極めて妥当である。

「法は、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、……消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とする……ことにより、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与すること」(法1条)を目的とするものである。このような消費者の保護を目的とする法律としては、法の制定よりも前から、特定商取引に関する法律(平成12年法律第120号による改正前は訪問販売法)及び割賦販売法が存在するところ、特定商取引に関する法律10条1項4号は訪問販売における契約

につき、同法25条1項4号は電話勧誘販売における契約につき、同法49条4項3号及び同条6項3号は特定継続的役務提供等契約につき、同法58条の3第1項4号は業務提供誘引販売契約につき、割賦販売法6条1項3号及び同項4号は割賦販売に係る契約につき、それぞれ、各種業者と消費者との間に損害賠償の予定又は違約金についての合意がある場合であっても、契約の目的となっている物の引渡し又は役務の提供等が履行される前に解除があった場合には、各種業者は、消費者に対し、契約の締結及び履行のために通常要する費用の額を超える額の金銭の支払を請求できないと規定している。これらの規定は、各種業者と消費者が契約を締結する際においては、各種業者の主導のもとで勧誘及び交渉が行われるため、消費者が契約の内容について十分に熟慮することなく契約の締結に至ることが少なくないことから、契約解除に伴う損害賠償の額を原状回復のための賠償に限定することにより、消費者が履行の継続を望まない契約から離脱することを容易にするため、民法416条1項の規定する債務不履行に基づく損害賠償を制限したものと解することができる。

c 以上の特定商取引に関する法律及び割賦販売法の各規定に対し、法9条1号は、事業者が契約の目的を履行した後の解除に伴う損害と、事業者が契約の目的を履行する前の解除に伴う損害とを何ら区分していない。しかし、法9条1号は、損害賠償の予定又は違約金の金額の基準として、「(事業者に)通常生ずべき損害」ではなく、「当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害」の文言を用いている。このような文言に照らせば、法9条1号は、事業者に対し、民法416条1項によれば請求し得る損害であっても、その全てについての請求を許容するものではないといえることができる。

そして、上記bで述べたような事情は、消費者契約一般において妥当すると考えられることからすると、法9条1号は、事業者に対し、消費者契約の目的を履行する前に消費者契約が解除された場合においては、その消費者契約を当該消費者との間で締結したことによって他の消費者との間で消費者契約を締結する機会を失った

ような場合等を除き、消費者に対して、契約の目的を履行していたならば得られたであろう金額を損害賠償として請求することを許さず、契約の締結及び履行のために必要な額を損害賠償として請求することのみを許すとした上で、「平均的な損害」の算定においてもこの考え方を基礎とすることとしたものと解することができる。
d 争いのない事実等によれば、被告が本件契約に基づき消費者に対して負う義務の中核は、消費者に携帯電話の利用を可能とする役務である。そして、このような役務の提供は、ある消費者との間で本件契約を締結した場合であっても、他の消費者に対して同時に行うことが可能であるから、被告においては、ある消費者との間で本件契約を締結した場合に、他の消費者との間で本件契約を締結する機会を喪失するといえることは考えられない。

そうすると、基本使用料金の中途解約時から契約期間満了時までの累積額を損害賠償として請求することは、中途解約が本件契約の目的についての履行よりも前になされたものであるにもかかわらず、その履行がなされていれば得られたであろう金額を損害賠償として請求することに該当し、上記cのとおり、法9条1号に照らせば、基本使用料金の中途解約時から契約期間満了時までの累積額については、「平均的な損害」の算定の基礎とすることができないといえるべきである。」

(4) 結論

同判決は、本件契約の更新前の中途解約による「平均的な損害」は、全契約の平均割引額2,160円に平均解約月数の14か月を乗じた30,240円であるとし、本件当初解約金条項に基づく支払義務の金額である9,975円はこれを下回るものであるから、本件当初解約金条項が法9条1号に該当するといえることはできないとして差止を認めなかった。

なお、同判決の控訴審も同様の理由付けでKCCNの控訴を棄却している(大阪高判平成24年12月7日判例時報2176号33頁・金融・商事判例1409号40頁)。

7 京都地判平成24年7月19日判例時報2158号95頁・金融・商事判例1402号55頁

(1) 「割引」額が損害であるとの事業者の主張について

この点につき同判決は以下のとおり「割引」額は損害でないと判示しているが妥当である。

「被告は、本件定期契約が2年間継続することを期待して割引をした本件定期契約と通常契約の基本使用料金の差額の累積額が、平均的損害に当たると主張する。しかしながら、次のとおり、被告の主張は採用できない。

ア 被告の上記主張を前提とすると、契約者が契約締結直後に解約をした場合に平均的損害の額が最も小さくなり、契約期間満了直前に解約をした場合に平均的損害の額が最も大きくなる。しかし、契約者が契約期間満了直前に解約をした場合において、被告が解約時まで得た通信料収入等は、契約期間満了時まで契約が継続したと仮定した場合に被告が得られる通信料収入等をわずかに下回るに過ぎない。契約期間満了の直前に平均的損害が最も大きくなり、契約期間満了に至った瞬間に平均的損害がゼロになるというのは、上記各場面において被告の得た通信料収入等の額の相違がほとんどないという実態に照らすと、不自然である。むしろ、本件定期契約が約2年間継続した場合に得られる通信料収入等を期待して基本使用料金の割引をした旨の被告の主張を前提とすると、解約時期が遅くなり、契約の継続期間が長くなればなるほど、被告の得られる通信料収入等が増加し、被告の上記期待が実現される関係にあるはずであるから、期間満了直前の解約の際には解約に伴う被告の損害が最小化するはずである。

イ 被告の上記主張によれば、事業者が、通常契約の基本使用料金の価格を引き上げれば、その分、解約に伴い被告に生じる平均的損害が増加することとなり、事業者が容易に平均的損害の額を操作することが可能となる。しかし、解約金条項のない契約プランが、常に消費者にとって実質的な選択肢として機能し、市場による価格調整が行われることの保障がないことに照らすと、上記のように解することは、民法416条を定型化し、解約に伴い事業者が消費者に対し過大な金員の請求をすることを制限するという法9条1号の趣旨を没却するおそれがある。」

(2) 法9条1号にいう「平均的な損害」の意義及び逸失

利益が損害となるかについて

この点、同判決は、以下のとおり判示して同号の「損害」を民法と同様に解し、逸失利益を損害としているが、消費者契約法1条の趣旨を踏まえた解釈とはいえないし、実質的にも消費者に過酷になる可能性の高い解釈であり不当である。事業者と消費者の格差の是正という消費者契約法の趣旨からすれば「損害」の範囲は限定的に捉えられるべきであるし、特に、多数の消費者と契約、解約を繰り返すような契約類型では逸失利益は「損害」とはならないと解すべきである。

「ア 法9条1号が、解除に伴う損害賠償の予定等を定める条項につき、解除に伴い事業者に生じる平均的損害の額を超過する損害賠償の約定を無効とした趣旨は、事業者が、消費者に対し、消費者契約の解除に伴い事業者に「通常生ずべき損害」(民法416条1項)を超過する過大な解約金等の請求をすることを防止するという点にある。したがって、法9条1号は、債務不履行の際の損害賠償請求権の範囲を定める民法416条を前提とし、その内容を定型化するという意義を有し、同号にいう損害とは、民法416条にいう「通常生ずべき損害」に対応するものである。なお、本件解約金条項が定めるのは、消費者に留保された解約権の行使に伴う損害賠償の予定であり、債務不履行による損害賠償の予定ではない。しかし、このような消費者の約定解除(解約)権行使に伴う損害賠償の範囲は、原則として、契約が履行された場合に事業者が得られる利益の賠償と解され、それは結局民法416条が規定する相当因果関係の範囲内の損害と等しくなる。したがって、本件解約金条項について法9条1号該当性を検討するときも、同号にいう「損害」は上記のとおり解すべきこととなる。

イ また、同号が、「平均的」という文書を用いたのは、消費者契約は不特定かつ多数の消費者との間で締結されるという特徴を有し、個別の契約の解除に伴い事業者に生じる損害を算定・予測することは困難であること等から、解除の事由、時期等により同一の区分に分類される複数の契約における平均値を用いて、解除に伴い事業者に生じる損害を算定することを許容する趣旨に基づくものと解される。

そして、法9条1号は、「当該条項において設

定された解除の事由、時期等の区分に応じ」て事業者が生ずべき平均的損害を算定することを定めるが、上記アの同号の趣旨にかんがみると、事業者が解除の事由、時期等による区分をせずに、一律に一定の解約金の支払義務があることを定める契約条項を使用している場合であっても、解除の事由、時期等により事業者が生ずべき損害に著しい差異がある契約類型においては、解除の事由、時期等により同一の区分に分類される複数の同種の契約における平均値を用いて、各区分毎に、解除に伴い事業者が生じる損害を算定すべきである（ただし、「解除の事由」により事業者の損害に著しい差異が生ずることは、通常、考えにくい。）。

ウ 以上によれば、法9条1号の平均的損害の算定は、民法416条に基づく損害の算定方法を前提とし、解除事由、時期等により同一の区分に分類される同種の契約における平均値を求める方法により行うべきである。

(3) 本件定期契約の解約に伴う平均的損害の算定方法について

上記のような考えに基づくと、本件定期契約の解約に伴い被告に生じる平均的損害の算定方法は次のとおりである。

ア 平均的損害の算定の基礎となる損害額について

契約締結後に一方当事者の債務不履行があった場合に、他方当事者が民法415条、416条により請求のできる損害賠償の範囲は、契約が約定どおり履行されたであれば得られたであろう利益（逸失利益）に相当する額である。したがって、本件定期契約の中途解約に伴い被告に生じる平均的損害を算定する際にも、上記民法の規律を参照し、中途解約されることなく契約が期間満了時まで継続していれば被告が得られたであろう通信料収入等（解約に伴う逸失利益）を基礎とすべきである。」

その上で、解約に伴う逸失利益の算定方法につき、1契約あたりの収入であるARPUの平均値を約5,000円として、ARPUの20%を経費として月あたり4,000円を逸失利益とした。これによれば契約直後に解約した場合には、4,000円×24か月＝96,000円もの逸失利益の損害賠償が認められる可能性があり、極めて消費者に過酷である。

(3) 解約時期による区分について

この点につき、同判決は、次のとおり判示して「区分」を各月毎として判断しているが極めて妥当である。

「前記イのとおり、1か月あたりの解約に伴う逸失利益に、解約時から契約期間満了時までの期間を乗じる方法により被告に生じる平均的損害を算定すると、解約時期の違いによって、平均的損害の額には著しい差異が生ずる。したがって、前記第3、1、(2)、イのとおり、このような契約類型においては、解約時期により同一に区分される複数の契約における平均値を求めることにより、各区分毎に、被告に生ずる平均的損害を算定すべきと解する。そして、〔1〕上記のとおり、本件定期契約の一契約者あたりの1か月の売上高であるARPU等を基礎に平均的損害を算定すること、〔2〕証拠（甲3、36、乙1、2の1・2、3）によれば、被告は基本使用料金を月額で設定・表示しており、通信料金等の請求も月毎に行っていることが認められること、〔3〕被告の1か月あたりの解約に伴う逸失利益は4000円であり、解約時期の違いが1か月の範囲内であれば、被告に生じる平均的損害の額に著しい差異が生ずるとまでは評価できないこと等を考慮すると、本件定期契約においては、解約時期を1か月毎に区分して、各区分毎に、被告に生じる平均的損害を算定すべきである。」

(4) 結論

同判決は、「本件解約金条項中、〔1〕本件定期契約が締結又は更新された日の属する月から数えて22か月目の月の末日までに解約がされた場合に解約金の支払義務があることを定める部分は有効であるが、〔2〕本件定期契約が締結又は更新された日の属する月から数えて23か月目以降に解約した場合に別紙2の「平均的損害の額」欄記載の各金額を超過する解約金の支払義務があることを定める部分は、上記超過額の限度で、法9条1号により、無効である。」として、最後の2か月は逸失利益がそれぞれ8,000円、4,000円であるから9,975円を下回り、無効な部分を含む契約条項として差止を認めた。

理由はともかく、解約金条項の使用差止を認めた意義は大きい。

但し、同判決は、大阪高判平成25年3月29日判例時報2219号64頁により適格消費者団体勝訴部分について取り消され、全部有効とされた。

8 京都地判平成24年11月20日判例時報2169号68頁・判例タイムズ1389号340頁・裁判所ウェブサイト

- (1) ソフトバンクモバイル株式会社も、消費者との間の通信契約につき2年の定期契約としこの間に中途解約があった場合には消費者に対し9,975円の解除料を課す条項を設けていた(ホワイトプランN)。なお、同社は、2010年4月まで用いていた旧ホワイトプランにおいては、この解除料条項は用いていなかった。

(2) 消費者契約法の適用の可否について

この点につき、同判決は下記のとおり判示して消費者契約法の適用を認めたが妥当である。このように解さなければ、およそ違約金条項は料金とのセットの契約条項であり対価条項だから消費者契約法の不当性審査は及ばないと解されかねない。

「(1) 法9条及び10条は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とすることにより、消費者の保護を図る規定であるが、契約の主要な目的や物品又は役務等の対価それ自体については、契約自由の原則が最も強く働くものであるから、上記のような格差が存在することを踏まえても、当事者の合意に委ねるべきであり、相手方の窮迫、軽率、無経験等に乗じて不当な利益を得る暴利行為など民法90条に規定する公序良俗違反となるような例外的な場合に民法によって無効とされることがあるにとどまり、法9条及び10条は適用されないと解する。

(2) ア そして、問題となる条項が、契約の主要な目的か否か、物品又は役務等の対価それ自体についての条項(中心条項)に該当するか否かについては、当該条項の文言、契約全体での位置づけ及び当事者の意思などを総合的に考慮して決すべきである。

イ(ア) 争いのない事実及び証拠(甲3)によれば、本件解除料条項について規定する3G通信サービス約款第53条に、「解除料の支払義務」

との題名が付され、「料金表第1表第1の規定に該当する場合には料金表第1表第6(解除料)に規定する金員の支払を要します」と規定されており、料金表第1表第1、1-2(7)において利用期間を「24料金月」とし、当該プランの「契約者が、その料金の変更若しくは廃止することを通知した場合……第6に規定する解除料の支払を要します。」としていることが認められる。

そして、争いのない事実及び弁論の全趣旨によれば、消費者は、携帯電話を利用するための通信サービスを受けるために本件契約を締結していることが明らかである。

かかる条項の文言、契約全体での位置づけ及び当事者の意思からすれば、本件契約は、継続的に携帯電話を利用するための通信サービスの提供が主要な目的であり、本件解除料条項は、消費者が本件契約の2年間という契約期間の定め に反して解約した場合に、被告に対し一定額の金員を支払う義務があることを規定したものと いえる。

(イ) また、上記役務に対する対価は、通信サービスを受けるために必要な費用、すなわち、基本使用料、通話料及び通信料であるというべきであり、2年間解約しなければ発生しない本件解除料は、事前に当該プランに組み込まれて、対価を構成するものとはいえない。

…

また、上記のような事実関係の下で、本件解除料条項を中心条項に該当するとすれば、法9条及び10条の非適用の外延を不当に広げることになりかねず、法の消費者保護の趣旨を没却するおそれがあり妥当でない。」

その上で、本件解除料条項は、法9条1号の「当該消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項」に該当するとしたが極めて妥当である。

(3) 消費者契約法9条1号の「平均的な損害」に逸失利益が含まれるかどうかについて

この点につき、同判決は下記のとおり逸失利益が含まれるとするが不当である。

「法9条1号の趣旨は、事業者と消費者との合意により損害賠償の予定や違約罰が自由に定めら

れることになると、消費者に過大な義務を課されるおそれがあるため、損害賠償の予定と違約金の合計について、事業者が生じる平均的損害の賠償の額を超えてはならないとすることにより消費者を保護しようとするにありと解する。

そうだとすれば、法9条1号は、民法の一般原則通りに損害賠償の予定や違約金の全額を認めると不当な場合に、平均的損害という一定の枠を設けて、消費者保護を図る規定にすぎず、特別の規定なく、それ以上の制限を課するものではないと解すべきである。

そして、民法上、損害賠償の予定ないし違約金を請求する際には、逸失利益の考慮が許されるのが原則であり、本件契約が解除された場合も民法の原則上は逸失利益の考慮が許されること、逸失利益の請求が不当な類型とされるものについては、特定商取引法10条1項4号や25条1項4号、49条4項3号、同条6項3号、58条の3第1項4号、割賦販売法6条1項3号及び同項4号など民法の一般原則を修正するための要件が明文で定められているが、法9条1号には何らそのような定めはないことからすれば、本件当初解除料条項について逸失利益の考慮が許されないとする理由はない。」

(4) 消費者契約法9条1号の「区分」について

この点につき、同判決は下記のとおり全体を1区分で判断してよいとするが不当である。

「法9条1号の趣旨からすれば、同号は、原則として、事業者と消費者が設定する当該条項の区分の中で、事業者が消費者に請求できる額の総額が事業者が生じる損害の総額を超えることを防止する機能を有するものであり、平均的損害であるか否かの区分は、消費者保護の観点から当該条項で定められた区分が著しく不当であるような事情の無い限り、当該条項で定められた区分ごとに判断するべきであると解する。

(イ)これを本件契約についてみると、ホワイトプランNは、2年間という一定期間の定めのある継続的契約であり、当該期間中の継続的使用を考慮して、基本使用料、通話料、本件当初解除料のかからない解約月などが設定されている契約であること、上記ア(イ)のように、代替可

能性があり埋め合わせの可能性が解除によって生じる損害の額に大きく影響するような契約類型でないことからすれば、本件当初解除料条項で定めた2年間という期間を一つの区分としても、消費者保護の観点から著しく不当であるということとはできないから、同期間を平均的損害を算定するための区分とすべきである。」

(5) 逸失利益の算定方法について

同判決は、逸失利益の算定方法につき、「音声通話料金やデータ通信料金(以下「通信料等」という。)による利益については、消費者の使用量により金額が変動するという性質を有するものであること、解約を指向する消費者においては解約をしなかったときに使用量を抑制する可能性があることからすれば、通信料等の平均金額が本件契約期間の2年間を通じて存続することを前提として、本件逸失利益を算出することは妥当ではない。

被告の変動利益を逸失利益とすべきであるとの主張は、上記の点を前提とするものとして妥当ではない。

(エ)そこで、本件逸失利益を検討するに当たり、通信料等に関する収入と費用を除き、基本使用料やオプション料、保証料金などの固定的な費用を基礎に算定することとする。

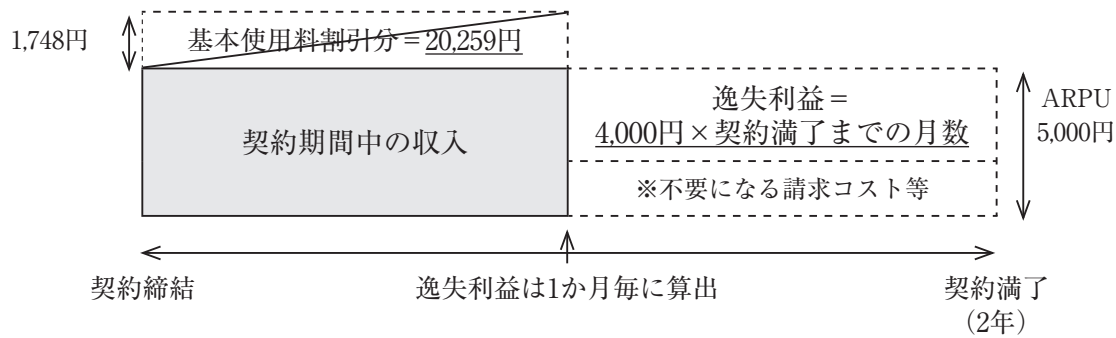
具体的には、基本料金、Wホワイト料金、あんしん保証パックの加入料金の平均から、固定的なコストを控除してみると、証拠(乙23)によれば、ホワイトプランN加入者のARPUとしては、2011年度5月分の資料が出されているところ、本件逸失利益は、基本料金●●円、Wホワイト料金●●円、あんしん保証パック料金●●円の合計●●円から、被告が本件固定費用等についてサービスを途中で提供する必要がなくなったことにより免れた役務の提供の対価といえる継続手数料●●円、請求コスト等●●円、ポイント費用●●円、売掛貸倒引当費用●●円の合計559円のうちARPUに占める固定費用の割合(●●/●●)に対応した●●円及びあんしん保証パック原価●●円を控除した●●円となる。

これに契約残期間●●か月を乗じた1万2964円が通信料等を除外してもなお、本件契約の平均的損害として生ずる金額であるといえる。

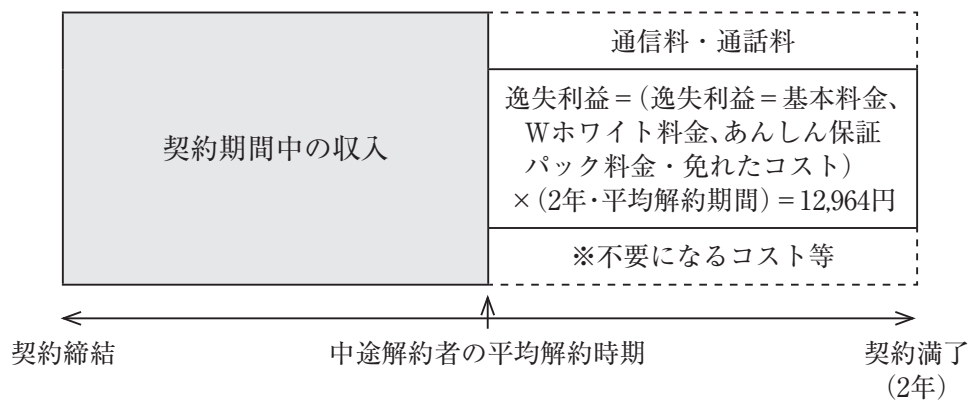
エ そうすると、契約残期間や本件逸失利益が1割程度変動しうることを考慮しても、本件契約の

各地裁判決の図示

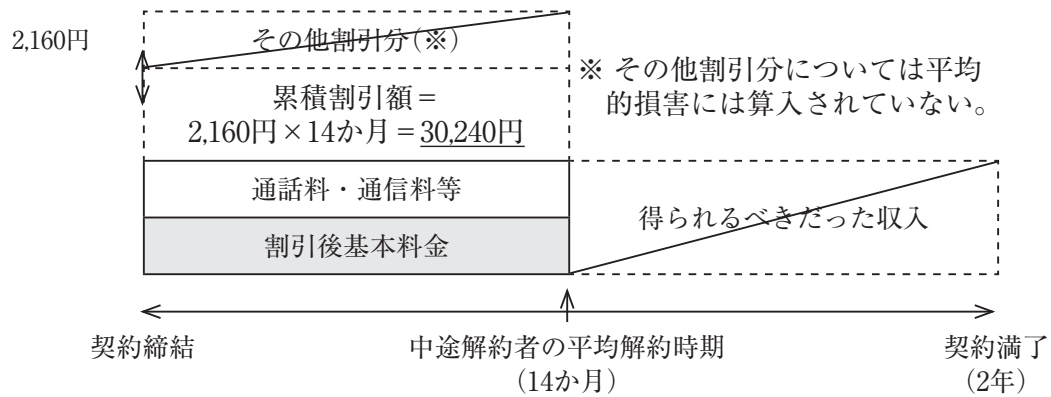
①KDDI判決における「平均的な損害」



②ソフトバンク判決における「平均的な損害」



③NTTドコモ判決における「平均的な損害」



各地裁判決の各論点ごとの一覧

損害となるかどうか	ドコモ	KDDI	ソフトバンク
割引分	○	×	問題とならない
解約後の逸失利益	×	○	○(但し一部のみ)
9条1号の「区分」	平均解約期間	1か月ごと	平均契約残期間

平均的損害は、本件当初解除料9975円を上回るというべきである。」(●●については閲覧制限がある部分である。)として損害が若干9,975円を上回るとしている。しかし、Wホワイト、あんしん保証パック料金については契約から外すことが可能であるから、これらを差し引けば、上記判決の考え方によっても「損害」が9,975円を下回る(本件解除料条項は無効である。)と解される可能性があった。

9 まとめ

上記の3つの判決のように同一の論点でありながら「損害」、「区分」についてばらばらな判断がなされているのは興味深い。消費者契約法が消費者利益を擁護する観点から一義的には消費者利益擁護の機能を果たせていないことを示すものであり、今後の消費者契約法の実体法改正の必要性を感じさせる判決群である。

10 最後に

控訴審判決はKDDI判決も「区分」を一律にしてもよいとして平均的な損害を超えないとして、KCCNの請求を棄却し、高裁段階では解約料条項はいずれも有効とされている。これらについてはいずれについても上告受理申立をしている。

期間拘束+違約金約束の違約金条項は、インターネット回線契約やケーブルテレビなどでも用いられており、消費者契約法の趣旨を踏まえ、不要になったサービス契約について不当に金銭を徴収されることがないように、消費者契約法によってこれらの条項は無効とされるべきである。

【参考文献】

- ・丸山絵美子・名古屋大学「携帯電話利用契約における解約金条項の有効性(ソフトバンク)」法政論集252号312頁〈判例研究〉
- ・岡林伸幸「携帯電話の利用サービス契約の中途解約の解約金条項が消費者契約法9条1号、10条に違反しないと、適格消費者団体の差止請求が棄却された事例」判例時報2193号165頁〈判例評論656／最新判例批評61〉
- ・桑岡和久「携帯電話利用契約中の中途解約金条項と消費者契約法」現代消費者法21号73頁〈判例研究〉
- ・丸山絵美子・名古屋大学「携帯電話利用契約における解約金条項の有効性(NTTドコモ)」法政論集252号312頁〈判例研究〉
- ・執行秀幸「携帯電話の中途解約条項と消費者契約法9条1号・10条違反」私法判例リマックス(法律時報別冊)48号46頁〈民法11／債権〉
- ・城内明「携帯電話利用契約における解約金条項の消費者契約法上の有効性」新・判例解説Watch(法学セミナー増刊)14号87頁
- ・井上健一「携帯電話サービスの契約解約金と消費者契約法の平均的損害」ジュリスト1467号90頁〈商事判例研究／平成24年度16〉
- ・大澤彩「携帯電話利用契約における解約金条項の有効性に関する一考察－役務提供契約における商品設計のあり方と民法・消費者法」NBL1004号17頁

消費者安全法の改正と消費生活相談員の新しい資格制度

弁護士 野々山 宏

1 消費者安全法の改正の背景とその概要

2014年6月に、消費者安全法が改正された。

消費者安全法は、消費者の消費生活における被害を防止し、その安全を確保するため、内閣総理大臣による基本方針の策定について定めている。また、都道府県及び市町村による消費生活相談等の事務の実施及び消費生活センターの設置など、地方消費者行政に関する重要な事項を定めている。そのほか、国や地方自治体に、消費者事故等に関する情報の集約や消費者安全調査委員会による消費者事故等の調査等の実施などを定め、消費者被害の発生又は拡大の防止のための措置を講ずることを求めている(同法1条)。

消費者庁が創設されて5年が経とうとしている。創設当初は、消費者委員会や国民生活センターとの関係や地方消費者行政の位置づけなど混乱が見られたが、専門性の確保などの課題も多くあるもののようやく落ち着いて消費者被害の発生の拡大・防止に取り組めるようになってきたと評価できる。一方で、ホテルやレストランのメニュー表示の食品不正表示の多発・常態化や、高齢者に対する財産被害の増加、石けんや化粧品など身近な製品による健康被害など、様々な消費者被害は減少していない。

これらの被害の発生や拡大防止、救済の鍵を握っているのは、その取り組みの最前線である地方消費者行政の体制の強化であり、消費者自身による見守りの強化とそのための消費者市民教育の充実である。また、「消費者庁及び消費者委員会設置法」の附則第4項では、消費者庁関連3法の施行後3年以内に地方自治体の消費者政策の実施に対して国が行う支援の在り方について全般的な検討を加え、必要な措置を執ることを求めている。今回の消費者安全法の改正は、その対応の一つとして行われたものである。

改正の柱は3つある。第1は高齢者などに対する地域の見守りネットワークの構築と見守り活動によって得た情報を活用するための基盤整備、第2は地方自治体における消費生活相談体制の強化、第3は消費者行政に携わる職員と消費生活相談員の確保と資質向上である。中でも「消費生活相談員」の職を法律に位置づけ、

新たに資格試験制度を法定化したことが注目される。

2 地域の見守りネットワークの構築と基盤整備

見守りの強化は、地方公共団体による「消費者安全確保地域協議会」の設置が柱となっている（同法11条の3、4）。消費者安全確保地域協議会は、地方公共団体の区域に、国及び地方公共団体の消費者関係機関と病院、教育機関、消費生活協力団体、消費生活協力員などを加えて構成され、必要な情報交換と消費者安全の取り組みを行う。具体的には、高齢者等の見守り活動と被害情報の共有を行うことになる。見守りにおいては、個人情報に接することになるので、協議会に従事するものには法的な守秘義務が課せられる。「消費生活協力団体」「消費生活協力員」は、民間の消費者のための活動をしている団体、個人の中から地方公共団体の長が委嘱する。見守りなどの消費者の安全確保のための活動をすることになるが、ここでも個人情報に接することになるので、法的に守秘義務が課せられている（同法11条の7、8）。

高齢者等の見守りのためのネットワークを全国に作る意義はあるが、形だけでなく、どれだけ実際に活動できる体制を各自治体で作るかが課題である。被害防止のためのアイデアが必要であり予算措置がされることが鍵となる。

3 消費生活相談体制の強化

(1) 自治体の職員や消費生活センターの消費生活相談員だけでなく、新設される消費生活協力団体や消費生活協力員による相談が期待されており、そのための人材と資質の確保が求められる。そのための本気の取り組みを各自治体が行わなければ意味がない（同法11条の7）。

(2) 都道府県の消費生活相談の役割を明確にした。従来の市町村の連絡調整、技術的援助、広域相談にとどまらず、市町村に対する助言、協力、情報提供などの支援、関係機関との調整（同法8条1項）、市町村同士の共同処理の調整を行うことをあげた（同法8条2項）。都道府県の市町村に対する相談支援や調整機能を明確にしたものであるが、これを適切に実施するためには、都道府県自身の相談体制を充実させることが不可欠である。決して都道府県が支援・調整機能に特化するようなことがあってはならない。

(3) 自治体の消費生活センターが民間団体に委託されている現状から、委託は認めるものの、消費生活相談を適切に行える基準を内閣府令で定めこれに適合するものに限定することにし、受託団体とその役職員に法的な守秘義務を定めた（同法8条の2）。近年、入札によって消費生活相談業務を行う民間団体を選定し、株式会社がこれを落札するケースがあり、相談の質の確保に懸念が表明されていた。その懸念に対応するものと考えられ、これによって民間委託が推奨されていると考えるべきではない。

(4) また、消費生活センターで消費生活相談員が実施する事務として、苦情に係る相談だけでなく、「苦情の処理のためのあっせん」を不可欠な要素としてあげた（同法10条1項1号、同条2項1号、8条2項1号および2号）。消費生活相談員が持たなくてはならない能力を示すうえでも、また、あっせんの重要性を認識するためにも重要な規定である。

(5) 自治体が消費生活センターを設置する場合には、その組織・運営については条例で定めなくてはならないとした（同法10条の2）。消費生活相談業務が、それだけ自治体の重要な事項であることを各自治体全体に理解してもらうことが目的であると考えられるが、やはり、重要なのは設置後の実際の業務の充実をどう実現するかにある。

4 消費生活相談員の新しい資格

(1) 消費者行政職員や消費生活相談員の資質向上の方策として、研修の充実のほかに、新しい国家資格制度を導入した。

現在、消費生活相談に関する資格としては、①独立行政法人国民生活センターが付与する消費生活専門相談員資格、②一般財団法人日本産業協会が付与する「消費生活アドバイザー資格」、③一般財団法人日本消費者協会が付与する「消費生活コンサルタント資格」の3つがある。消費者安全法で消費生活センターの相談担当者に求められている「相談について専門的な知識及び経験を有する者」として、施行規則においてこの3資格が列挙されていた。しかし、この3資格はそれぞれ資格を設置した目的を異にしており、資格を付与するレベルとして自治体の消費生活相談に対応することが法的に担保されているわけではない。実践

的な能力に関する試験が行われていないなどの問題点も指摘されていた。また、自治体の消費生活相談に必要な相談員の能力が相談だけでなくあっせんも含まれることが明確になった以上、これに従事する相談員もそのレベルの能力が求められ、資格もこれに対応するものでなくてはならないし、その能力を法的にも担保される必要がある。さらに、消費生活相談員の待遇改善のためには、能力のある相談員に国家資格を付与していくことも必要と考えられた。

このため、数年前から自治体の消費生活相談資格の一元化や国家資格化が検討され、今般これが実現した(同法10条の3、10条の4、11条の9以下)。施行は1部を除き2年後である。

- (2) 今回の改正では、地方自治体に置く職として「消費生活相談員」を法定化し、消費者・事業者にとってわかりやすい存在とするとともに、「消費生活相談員」に任用されるための要件を法定化し、その求められる水準を担保し、さらに担い手の質と量を確保するために、「消費生活相談員資格試験」を実施することとした。実施機関は一定の要件を満たし内閣総理大臣の登録を受けた試験機関が実施して、これを消費者庁が監督する制度となっている(登録試験機関制度)。

2年後に施行されれば、自治体の消費生活相談員の任用要件は、①新しい消費生活相談員資格合格者が原則となるが、それ以外にも、②前記合格者と同等以上の専門的な知識及び技術を有する都道府県知事又は市町村長が認める者(現在の3資格を有し、現に自治体の相談業務についている者など)、③施行時に3資格のいずれかを有し、一定期間の実務経験を有する者、④施行時に3資格のいずれかを有し、内閣総理大臣の指定する講習会を終了した者が要件を満たすことになる。任用要件は厳しくなるが、現在3資格を有している者、現に自治体の消費生活相談に従事している者は任用要件を満たすことになる。

また、新たに市町村に対する助言、協力その他必要な援助をする「指定消費生活相談員」を都道府県に置くこととなり、これには新しい資格試験に合格した者しか任用できない。この制度のみ5年後の施行となる。

- (3) 新しい資格試験を実施する指定登録機関がどこ

になるかはまだ決まっていない。消費生活相談はあっせんを含むとされ、求められる能力は高くなっている。実務研修を含めてレベルアップを図るとともに、この制度によって消費生活相談員の社会的地位の向上と待遇改善が図られることを期待している。ただ、試験制度の内容と、待遇を決めていく各自治体がこれをどう受けとめていくかが重要となっている。

景品表示法違反行為に対する課徴金制度

―検討状況と今後の課題

弁護士 志部 淳之介

第1 はじめに

平成25年秋ころ、有名ホテルや旅館において、メニュー表示が実際に提供された料理、食材と異なるものであったという事件が相次ぎ、大きな社会問題となった。このうち、近畿日本鉄道株式会社、株式会社阪急阪神ホテルズ、株式会社阪神ホテルシステムズに対しては、消費者庁により、不当景品類及び不当表示防止法(以下、「景品表示法」という。)に違反するものとして、同法6条に基づく措置命令が出されるに至った¹。

不当な表示、広告による消費者被害については、全国の消費生活センター等に寄せられる消費生活相談の件数だけでも年間5万件に上っており(国民生活センター「消費生活年報2010」「消費生活年報2013」)、消費生活相談全体に対する比率も年々高まっている²。こうした一連の食品偽造事件や不当表示に対する消費者被害の増加をうけて、景品表示法の一部の改正案が現在検討されている。その動きのひとつとして、平成25年12月17日、内閣府消費者委員会は「景品表示法における不当表示に係る課徴金制度等に関する専門調査会」(以下、「専門調査会」という。)を設置した。そして、専門調査会は、平成26年6月10日付で「不当景品類及び不当表示防止法上の不当表示規制の実効性を確保するための課徴金制度の導入等の違反行為に対する措置の在り方について」という答申(以下、「答申」という。)を公表した³。この答申では、景品表示法改正の目玉である課徴金制度、すなわち、同法違反の事業者に対

して課徴金を課すという制度の設計について検討された内容がまとめられている。

答申において課徴金制度の目的は、景品表示法に違反した事業者に経済的な不利益を賦課し、違反行為を事前に防止する点にあるとされている(答申3頁)。そののみならず、答申では、課徴金制度の設計は、消費者の被害回復に資するものとすべきという指摘がなされている(答申3頁)。具体的には、被害者に対して、返金等の自主的対応を行った場合には賦課金額から一定額を控除すべきであるとの制度設計が検討されている(答申9頁)。

このように、課徴金制度導入にあたり、被害回復という視点の重要性が指摘されていることは画期的な点ではあるが、本制度の導入をめぐる様々な論点、問題点が存在する。

本稿では、専門調査会における課徴金制度についての検討状況の概要を説明したうえで、同制度の課題や問題点について論ずる。

第2 課徴金制度の概要

本制度の概要は、消費者委員会専門調査会のウェブページで公表されているので、詳細はそちらを参照していただきたいが³、概略以下のような内容になっている。

1 課徴金制度導入の必要性

答申では、不当表示による消費者被害事案は、損害額の算定が困難であったり、算定できたとしても金額が僅少なため民事訴訟による被害回復になじまないという問題点が指摘されている。また、現行の措置命令では、違反行為者が不当に得た利益を剥奪するものでなく事業者に対する抑止機能が不十分であるため、課徴金制度を導入する必要があるとしている(答申2頁)。

2 課徴金制度の趣旨・目的

答申は、課徴金制度の趣旨・目的を消費者の自主的かつ合理的な選択の確保のために、それを阻害するおそれのある「不当表示を実効的に抑止することにある」としている。ただし、同制度は消費者被害回復を直接の目的とするものではないとしながらも「この制度を消費者の被害回復にも資するものとすることは重要である」としている(答申3頁)。

3 課徴金の賦課要件

(1) 対象行為

優良誤認表示(景品表示法第4条第1項第1号)・有利誤認表示(同項第2号)を対象とすべきとしている。さらに、答申は、不実証広告規制に係る表示(景品表示法第4条第2項)について、本制度の対象とする必要性は高いが、事業者の不利益にも配慮して、一定の期間内に合理的根拠資料を提出して不当表示でないことを立証することにより、賦課処分を争うことができる手続規定を設けるべきとしている(答申5頁)。

(2) 主観的要素

課徴金制度の趣旨は、違反行為を事前に抑制する点にあるところ、事業者の過失により虚偽表示を行っていたような事案ではこの事前抑止力が働かず、制度目的の達成につながらない。したがって、基本的には主観的要素が必要であるとしている(答申5頁ないし6頁)。

ただし、「不当表示がなされた場合には原則として課徴金を賦課することとし、違反行為者から不当表示を意図的に行ったものではなく、かつ、一定の注意義務を尽くしたことについて合理的な反証がなされた場合を、例外的に対象外」とするとしている(答申6頁)。

(3) 規模基準

課徴金の賦課金額が一定額を下回る場合にはそもそも課徴金を賦課しないといういわゆる「裾きり」を導入するかという点が議論されている。答申は、対象とする事案が広がることにより執行が十分になされなくなる点に配慮し、一定の裾きりが必要であるとしている(答申7頁)。ただし、その具体的金額については明らかにしていない。

4 賦課金額の算定

事業者が得た不当な利得相当額を基準とすべきであるとされている。また、金額算定に当たっては、迅速な処分を行うために、一定の算定式により一律に算定すべきであるとされている(答申6頁ないし7頁)。具体的な算定式についての記載はないが、答申本文中で参照されている資料(資料2「独占禁止法及び景品表示法の一部を改正する法律案」)からすると、売上額の3%相当額をひとつの目安として考えているものと推測される。

5 裁量性の採否

行政に法の適用等についての裁量性は認めない制度設計とすべきとされている。経済的な不利益を賦課するという課徴金賦課処分の特典、及び行政処分の公平性・透明性を確保すべきという配慮からである(答申8頁ないし9頁)。

6 被害回復の在り方

(1) 消費者への返金

対象消費者への自主的返金を行った場合には、賦課された課徴金のうち一定額が控除される制度を採用すべきとしている。また、特定の消費者に対してのみ返金を行った場合には控除はなされず、適正かつ平等に行われた返金のみを控除の対象とすべきであるとされている(答申9頁ないし10頁)。

(2) 寄付

答申は、消費者への返金が困難である場合も想定されるとして、事業者が一定額を寄付した場合も課徴金の一部を控除すべきとしている。寄付先や寄付金の使途については、中立的な機関又は団体に限定し、また、寄付金の使途や管理方法について、消費者の被害回復に資する活動等のために適正に活用されるような制度設計が検討されるべきとしている(答申10頁ないし11頁)。

第3 課徴金制度の制度設計の在り方

1 課徴金制度の趣旨・目的

答申は、制度の主目的が不当表示の事前抑制にあるとしつつ、消費者の被害回復にも資する制度とすべきとしている。

本来、違反者の不当な利益は消費者に還元されるべきものである。したがって、本制度の趣旨・目的を考えるにあたり、消費者の被害回復という点に言及した点は画期的である。被害回復という視点は、従来の措置命令にはないものであり、本制度独自の意義を有するものとして重要であろう。

2 課徴金の賦課要件

(1) 主観的要素(違反行為者の故意・重過失)

答申は、主観的要素を必要としたうえで、故意・過失がないことの立証責任を事業者側に負わせるという制度設計をすべきとしている。しかし、不当表示による消費者被害は、違反者の故

意・過失の有無にかかわらず生じるものである。また、表示を行うに当たって事業者要求される注意義務は事案によって千差万別であり、画一的な基準が立てられないうえ、その認定にも時間を要すると考えられる。したがって、注意義務を尽くしたことについての事業者の反証の成否を審査することは、迅速性が要求される賦課手続きになじまないものである。さらに、課徴金制度の目的は、違反行為の事前抑止にあるとともに個々の消費者の被害回復にもあると考えるべきであるから、いったん不当表示による被害が生じた以上、事業者は自らの行為について責任を負うべきであり、主観的要素は不要とすべきであろう。

(2) 裾きりの要否

答申は、課徴金の執行の負担を考慮し、一定の裾きりは必要であるとしている。確かに、課徴金を賦課するにあたり裁量性を認めず、かつ裾きりも設けないとすると執行の負担が増大し、課徴金制度自体が機能不全となるおそれはある。したがって、裾きりの導入自体はやむを得ないと考えが、問題はその範囲である。裾きりの金額を高額に設定した場合、それ以下の金額の事例において、事業者に違反行為をやめることに対するインセンティブが働かず、「やり得」を許すことになる。また本制度本来の目的である事前抑止効果も期待できない。したがって、この点を考慮して裾きりの金額を設定することが重要であろう。

3 課徴金額の算定

答申では、事業者が得た不当な利得相当額を基準とすべきであるとされているが具体的な算定式までは公表されていない。答申で資料として添付されている、独占禁止法及び景品表示法の一部を改正する法律案(第169回国会閣法第73号)では、当該商品の売上額に3%を乗じて得た額に相当する額の課徴金が課されているが(答申添付資料2)、仮に今回の改正で売上額の3%を賦課することとするならば、金額としては低いと言わざるを得ない。本来、不当表示により事業者が得た利益は、その全額が消費者に還元されるべきものである。また、課徴金の額を低額に設定した場合、事業者に対する事前抑止効果も不十分なものとなるう。

4 被害回復

(1) 返金制度について

不当表示により事業者が得た利益は本来的には消費者に還元されるべきものである。事業者が自主的に消費者に返金することで課徴金の一部を控除するという制度設計は、この理念に最も適合するものである。もっとも、返金をするに当たっては、消費者に対し適切な広報がなされ平等に返金が行なわれなければならない。そのためには、返金手続が適切に行われたかどうかをチェックする機関が必要であろう。

事案によっては返金対象や返金額が一義的に定まらないものもあろう。例えば、国内どこでも高速通信が利用可能という広告をみて通信機器の継続利用契約を結んだところ、実際には高速通信を利用できる地域は一部のみであった。ただし、通常の速度での通信は可能であったという事例では、返金額はいくらとすべきか、実際に高速通信が利用できた者も返金手続を受けられるのか、受けられないとすれば、返金を受けられる消費者をどのようにして特定するのか等、具体的事案を想定すると未解決の問題は多い。今後一定の基準を規定する必要があるだろう。

(2) 寄付制度について

特定の者への寄付により控除を受けられるとする制度については、寄付先の選定が重要となる。前述のように、本制度は違反行為の事前抑制のみならず消費者の被害回復をも目指すものである。したがって、たとえば消費者の利益を代表する適格消費者団体を寄付先とすることを検討すべきである。特に、平成25年12月に消費者裁判手続特例法が成立し、特定適格消費者団体により集団的な消費者被害の回復が可能となったことで、消費者団体の役割の重要性は増してきている。こうした団体の活動を活性化するために違法行為により得た事業者の利益を利用できれば、間接的に消費者被害の回復につながるといえよう。

この点、事業者に対して課徴金を課すことは民事訴訟等を通じて責任追及されるはずの事業者の責任財産を削ぎ消費者保護につながらないのではないかとの指摘も存在する⁴。しかし、上記のように消費者への自主的返金により課徴金が控除される等、本制度は消費者の被害回復にも留意して制度設計が進められているから、かかる批判は当

たらない。

第4 終わりに

以上みてきたように、課徴金制度は、事業者による違反行為の事前抑制のみならず、消費者に対する返金や特定の者への寄付を通じて被害者の被害回復を実現する可能性をもった画期的な制度である。他方で、主観的要件の定め方や、課徴金の算定方法、消費者への返金方法、寄付の対象などの設定いかんによっては全く実効性のない制度になるおそれもある。今後、制度の内容が具体化していくなかで消費者被害回復のために十分に機能する制度となることを期待したい。

- 1 消費者庁 ニュースリリース http://www.caa.go.jp/representation/pdf/131219premiums_1.pdf
- 2 内閣府消費者委員会、景品表示法における不当表示に係る課徴金制度等に関する専門調査会『『景品表示法上の課徴金制度の導入等の違反行為に対する措置の在り方』に関する中間整理』1頁 http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/kachoukin/doc/140401_chuukan.pdf
- 3 内閣府消費者委員会、景品表示法における不当表示に係る課徴金制度等に関する専門調査会「不当景品類及び不当表示防止法上の不当表示規制の実効性を確保するための課徴金制度の導入等の違反行為に対する措置の在り方について(答申)」 http://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2014/20140610_toshin.pdf
- 4 森田多恵子「景表法違反への課徴金制度導入の法的論点」NBL、1026号、19頁

編	集
後	記

当事務所では本年 8 月に増田朋記弁護士、小林謙一弁護士が退所しました。退所は残念ですが、二人とも新天地で新たな挑戦をするための退所ですので応援してあげたいと思います。また来年以降新メンバーが増える予定です。今後とも、多彩なメンバーで切磋琢磨し、より充実した御池ライブラリーをお届けしたいと思っています。ご意見、ご感想などをいただければ幸甚です。