

Oike Library

CONTENTS

特集 消費者法

| | | | | |
|-----------------|---|-------|-------|----|
| 1 | 消費者契約法—契約条項の無効 | 弁護士 | 長野 浩三 | 1 |
| 2 | 消費者契約法—取消ができる勧誘 | 弁護士 | 野々山 宏 | 4 |
| 3 | 訪問販売、電話勧誘販売、訪問購入 | 弁護士 | 谷山 智光 | 6 |
| 4 | 特定継続的役務提供契約 | 弁護士 | 永井 弘二 | 8 |
| 5 | 金融商品被害 | 弁護士 | 住田 浩史 | 10 |
| 消費者法 | 消費者契約法実体法改正をめぐる議論 —同法9条1号を中心に | 弁護士 | 志部淳之介 | 13 |
| 民法 | 現代社会における約款の役割と課題 —民法改正における「定型約款」を巡る議論の概観 | 弁護士 | 伊吹 健人 | 16 |
| 不法行為法 (医療事故) | 全身麻酔の上で外科的手術を行った後の術後管理について | 弁護士 | 長谷川 彰 | 19 |
| 損害賠償法 | 学校内事故—児童本人が責任能力を欠く場合 | 弁護士 | 上里美登利 | 22 |
| 損害賠償法 | 後遺障害の認定—CRPS、RSDについて | 弁護士 | 北村 幸裕 | 24 |
| 会社法 | コーポレートガバナンス・コード策定と原案の公表について | 弁護士 | 草地 邦晴 | 26 |
| 労働法 | 妊娠・出産等を理由とした不利益取扱いの禁止について —最高裁平成26年10月23日判決から | 弁護士 | 茶木真理子 | 29 |
| 著作権法 | 19世紀英国における著作権存続期間の議論について | 弁護士 | 坂田 均 | 32 |
| 相続法・金融法 | 相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されない債権 | 弁護士 | 井上 博隆 | 35 |
| 民法・金融法 | 詐害行為時に債権発生の基本たる法律関係が存在していたものの 債権未発生であった場合の詐害行為取消権の成否 | 弁護士 | 福市 航介 | 38 |
| 破産法 | 破産申立代理人の財産散逸防止義務 | 弁護士 | 小原 路絵 | 41 |
| 民事訴訟法 | 契約の法的性質決定と法的観点指摘義務 | 客員弁護士 | 二本松利忠 | 45 |

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 消費者契約法

— 契約条項の無効

弁護士 長野 浩三

Q1-1 キャンセル料条項の無効について

消費者契約法では、不当なキャンセル料を定める契約条項は無効となると聞きましたがどのような場合に無効となるのでしょうか。

A1-1

消費者契約法9条1号は、消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効について「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」について、当該超える部分を無効としています。

解説

消費者契約法は、「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、…事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の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を目的」として制定された法律である。

同法9条1号はいわゆるキャンセル料等の、消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効につき、「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」について、当該超える部分を無効としている。

同号に基づきこれまでに無効とされたものとしては、大学の学納金不返還条項(Q1-2参照)、冠婚葬祭互助会の解約料条項(Q1-3参照)のほか、以下のものがある。

パーティー契約の解約時における営業保証料特約を一部無効なものとした裁判例としては東京地判平成14年3月25日金融商事判例1152号36頁がある。この裁判例では解約時一人あたり5,229円の営業保証料を支払う内容の特約について民訴法248条の趣旨に従い、予定コース料金4,500円の3割の金額を一人あたりの平均

的な損害として認定し、それ以上の部分の特約を無効とした。

結婚式場利用契約の解約料を無効とした裁判例としては東京地判平成17年9月9日判例時報1948号96頁がある。この裁判例では、挙式予定日から1年以上前のキャンセル時に10万円のキャンセル料を支払う条項についてキャンセル後1年以上の間に新たな予約が入ることも十分期待しうる事等から同条項を無効とした。

他方、携帯電話の2年間の定期契約の間に基本料金について割引される契約につき解除した際の9,975円の解約料については、「損害」について解約前の割引分とするもの、これと異なり逸失利益とするもの等があるが、いずれも有効とされており(大阪高判平成24年12月7日判例時報2176号33頁、大阪高判平成25年3月29日判例時報2219号64頁)、これらは最高裁で上告不受理となり確定した。

Q1-2

息子が入学試験を受けた上で専門学校に入ることになって入学金、初年度授業料を支払ったのですが、事情で入学時である4月1日より前に入学を取りやめました。支払った入学金、授業料は返金してもらえますか。

A1-2

最高裁判決の基準に従えば、授業料は返金してもらえますが、入学金は返金されない可能性が高いです。

解説

消費者契約法が施行されて、いわゆる学納金返還訴訟が全国で相次いで提起された。最初の学納金返還訴訟の判決である京都地判平成15年7月16日判例時報1825号46頁は、学納金不返還特約につき、学納金全体が消費者契約法9条1項の平均的な損害とは認められず、損害の立証のない本件では結局全体として無効であるとして学納金不返還条項を無効とした。同判決では、損害の立証責任は事業者側にあるとされた。

その後、多くの下級審判決を経て、最高裁は、最判平成18年11月27日平成17年(受)第1158号、平成17年(受)第1159号判例時報1958号12頁において、①入学金は大学の入学試験の合格者が当該大学との間で在学契約又はその予約を締結して当該大学に入学し得る地位を取得するための対価であり、在学契約が解除されても、当該大学は当該合格者に入学金を返還する義務を負わない旨、②大学の入学試験の合格者と当該大学との間の在学契約に納付済みの授業料等を返還しない旨

の特約がある場合、消費者契約法9条1号所定の平均的な損害及びこれを超える部分については、事実上の推定が働く余地があるとしても、基本的には当該特約の全部又は一部の無効を主張する当該合格者において主張立証責任を負う旨、③授業料等を返還しない旨の特約は、解除の意思表示が大学の入学年度が始まる4月1日の前日である3月31日までにされた場合には、原則として、当該大学に生ずべき消費者契約法9条1号所定の平均的な損害は存しないものとして、同号によりすべて無効となり、同契約の解除の意思表示が同日よりも後にされた場合には、原則として、上記授業料等が初年度に納付すべき範囲内のものにとどまる限り、上記平均的な損害を超える部分は存しないものとしてすべて有効となる旨判示した。3月31日までの入学辞退が生じることは大学としても織り込み済みであることを根拠としている。

ただし、3月31日までに入学辞退を申し出なかった場合について、最判平成18年11月27日平成17年(受)第1437号、平成17年(受)第1438号判例時報1958号24頁は、入学手続要項等に「入学式を無断欠席した場合には入学を辞退したものとみなす」、「入学式を無断欠席した場合には入学を取り消す」等の記載がある場合、入学式を欠席したときは在学契約の解除にあたりとし、この場合には、大学の授業料等を返還しない旨の特約は、原則として、当該大学に生ずべき消費者契約法9条1号所定の平均的な損害は存しないものとして、同号によりすべて無効となるとした。この場合には、入学式を欠席することにより入学辞退をすることを大学側が織り込み済みと考えられるために上記の判断となっている。

Q1-3

将来の葬儀費用等に使えるということで冠婚葬祭互助会契約をし、月額1,500円の積立金を8回積み立てたところで解約したところ、返金される返戻金はなしだと言われました。このようなことは許されるのでしょうか。

A1-3

許されません。裁判例でも冠婚葬祭互助会の解約金条項を無効としたものがあります。

解説

冠婚葬祭互助会契約は将来の冠婚葬祭に備えて、毎月数千円を積み立て、満期になればその金額を冠婚葬祭の費用に充てられるというものである。自分の葬式

代を心配する高齢者をターゲットに訪問販売で勧誘されていることが多いようである。

本件では冠婚葬祭互助会の中途解約時の解約金条項が消費者契約法9条1号ないし10条で無効となるかが問題となる。

この点について、最高裁は、平成27年1月20日、適格消費者団体特定非営利活動法人京都消費者契約ネットワーク(以下、「KCCN」という。)が、冠婚葬祭互助会を運営する株式会社セレマに対して、冠婚葬祭互助会の積立金の解約金条項が消費者契約法9条及び10条に反するとして、消費者団体訴訟制度に基づき、当該条項の使用差止を求めた事案において、KCCNの申告受理申立につき不受理決定を行い、同条項の一部無効を認めた大阪高判平成25年1月25日判例時報2187号30頁が確定した。

上記大阪高判は、個別消費者に返還する解約金の金額については、月掛金振替手数料月58円に加え、振替不能通知にかかる費用として月2円、合計1月あたり60円、また、年2回の「全日本ニュース」の作成・発行費用月9.81円、及び年1回の入金状況通知の作成、送付費用月4.46円の合計月14.27円(以上合計は月74.27円)が消費者契約法9条1項の平均的な損害に当たるとし、その余は「損害」にあたらないとして、解約金条項の大部分を無効とした。よって、上記大阪高判の基準を超える解約金条項は無効となると思われる。

本件解約金条項は業界団体である「全日本冠婚葬祭互助協会」の定める約款と同様のものであった。新聞報道によれば、同様の冠婚葬祭互助契約の件数は2000万件を超えていたということであり、本判決の社会的影響は極めて大きいものである。上記大阪高判後、上記業界団体も各事業者において適切に解約金条項を改訂するように促し、多くの冠婚葬祭互助会業者の解約金条項が改訂されたようである。

Q1-4

マンションの賃貸借契約で敷金20万円のうち、15万円が返金されない「敷引特約」があります。このような特約は有効でしょうか。

また、この契約では更新時に賃料2ヶ月分の「更新料」を支払うという更新料条項があります。このような特約は有効でしょうか。

A1-4

最高裁判決によれば、敷引特約については、「当該建物に生ずる通常損耗等の補修費用として通常想定さ

れる額、賃料の額、礼金等他の一時金の授受の有無及びその額等に照らし、敷引金の額が高額に過ぎると評価すべきものである場合には、当該賃料が近傍同種の建物の賃料相場に比して大幅に低額であるなど特段の事情のない限り、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものであって、消費者契約法10条により無効となる」とされています。

また、更新料条項については、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間等に照らし高額に過ぎるなどの特段の事情がない限り、消費者契約法10条にいう「民法第1条第2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」には当たらないとされています。

解説

いわゆる敷引特約について、最判平成23年3月24日判例時報2128号33頁は、「契約当事者間にその趣旨について別異に解すべき合意等のない限り、通常損耗等の補修費用を賃借人に負担させる趣旨を含むものというべきである。」とし、「消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、当該建物に生ずる通常損耗等の補修費用として通常想定される額、賃料の額、礼金等他の一時金の授受の有無及びその額等に照らし、敷引金の額が高額に過ぎると評価すべきものである場合には、当該賃料が近傍同種の建物の賃料相場に比して大幅に低額であるなど特段の事情のない限り、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものであって、消費者契約法10条により無効となると解するのが相当である。」と判示した。高額な場合には無効となるとの内容であるが、同最判では敷引額が月額家賃の3.5倍強の場合も有効としている。この最判は、敷引特約の趣旨の解釈も通常の賃借人の意思とは異なるし、「高額に過ぎる」かどうかの判断も常識はずれであり、極めて不当な判断である。

更新料について、最判(第二小法廷)平成23年7月15日判例時報2135号38頁は、更新料の性質につき、「更新料は、一般に、賃料の補充ないし前払、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質を有するものと解するのが相当である。」とした上で、消費者契約法10条前段要件につき、「任意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ものであることを定めるところ、ここにいう任意規定には、明文の規定のみならず、一般的な法理等も含まれると解するのが相当である。」とし、同条後段要件につき、「当該条項が信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるか否か

は、消費者契約法の趣旨、目的(同法1条参照)に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考量して判断されるべきである。」とした。その上で、更新料条項につき、「賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載された更新料条項は、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間等に照らし高額に過ぎるなどの特段の事情がない限り、消費者契約法10条にいう「民法第1条第2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」には当たらないと解するのが相当である。」とし、1年更新で更新料が月額賃料2ヶ月分の事案につき、無効ではないとした。更新料の性質についての判断は敷引特約の上記最判と同様、一般的賃借人(消費者)の意識とは合致しないし、更新料条項の有効性判断の際に、「従前、裁判上の和解手続等においても、更新料条項は公序良俗に反するなどとして、これを当然に無効とする取扱いがされてこなかったことは裁判所に顕著であること」が有効とする理由としてあげられていること等、同最判も不当である(これが有効とされる理由になれば従前使われていた不当条項が無効となることはなくなる。)

Q1-5

コインパーキングに「当駐車場における盗難・事故については一切責任を負いません。」と書かれていました。コインパーキングでパーキングの車止めに不具合があって私の車両が損傷したのですが、損害賠償請求できないのでしょうか。

A1-5

できます。

解説

消費者契約法8条1号、3号は、事業者の消費者に対する損害賠償責任を全部免除する条項を無効とする。本件の「当駐車場における盗難・事故については一切責任を負いません。」はまさにこれに該当するので、この条項は無効である。そして、車止めの不具合で車両が損傷した場合、不法行為(民法709条)ないし土地工作物責任(同法717条)に基づき、パーキング業者は利用者に対し損害賠償責任を負う。

なお、消費者契約法施行(平成13年4月1日)前の裁判例で、「自動車内外に留置された貴重品、その他の物品に関する盗難については賠償責任を負わない」旨の免責条項のある駐車場管理規程は、駐車された自動車

が駐車場管理者の過失により第三者に窃取された場合には適用がないとされた事例として、東京地判平成9年10月30日判例タイムズ979号178号がある。

2 消費者契約法 —取消ができる勧誘

弁護士 野々山 宏

Q2-1 消費者の「誤認」による取消1

—消費者契約法の「不実告知」

雑誌の広告にあった、「腰痛に良い、高血圧にも効果がある」という、甲株式会社が販売する電位治療器と電線の入った敷き布団のセットに興味を持ちました。電話連絡をしたところ、身体にとっても良い商品であり、多くの人から感謝の手紙が来ていますと言われました。詳しいパンフレットを送ってもらったところ体験談もあり、持病によいと思って45万円で電位治療器と電線の入った敷き布団のセットを購入することとして、指定された口座に送金しました。

1年ほど使っていますが、いっこうに効果が無いと思っていたところ、先日、新聞でこの業者が効果を証明できない商品を売っていたとして、行政処分を受けたとの記事がありました。代金を返してもらえますでしょうか。

A2-1

消費者契約法4条1項1号に定められた、重要事項について事実と異なることを告げて勧誘した「不実告知」に該当し、取消の意思表示をして代金を返してもらうことができます。

解説

事業者と消費者との間には、商品・サービスの内容や契約条項などに関して情報の質と量に格差がある。また、消費者には知識もなく、ほとんどの場合に事業者が作った約款が利用されており、交渉によって契約内容を変えることが事実上できないなど交渉力にも格差がある。このような消費者取引の特徴から、2001年4月1日から「消費者契約法」が施行されている。この消費者契約法の重要な内容として、その4条で契約の

勧誘において、契約を取り消すことができる場合を列挙している。誤認させる勧誘として、①不実告知(同法4条1項1号)、②断定的判断の提供(同法4条1項2号)、③不利益事実の不告知(同法4条2項)の3類型、困惑させる行為として、①不退去(同法4条3項1号)、②退去妨害(同法4条3項2号)の2類型である。本件では、消費者が購入を決断した重要な要因である、商品の効果が証明できず実際にはなかったということなので、同法4条1項1号の「不実告知」による取消ができるかが問題となる。

消費者契約法は、消費者(事業と関連しない個人の契約当事者)と事業者(団体、又は事業と関連する個人の契約当事者)との消費者契約に適用される。本件では販売者は株式会社であり、購入者は事業と関連しない個人の契約当事者なので消費者契約として消費者契約法の適用がある。

勧誘の際に不実告知をすることが要件であり、広告やパンフレットの記載も消費者の「購入する」という意思形成に現に影響を与えており「勧誘」にあたりと解される(ただし、消費者庁はあたらないと解釈している)。本件では改めて電話でも「勧誘」されている。

「不実告知」は「重要事項について事実と異なることを告げること」である。「重要事項」とは、消費者がその契約をするかどうかの判断に通常影響を及ぼすもののうち、①商品など契約の目的となるものの質、用途その他の内容、又は②契約の目的となるものの対価その他の取引条件のいずれかである(同法4条4項)。本件では、商品の質といえる効果について、実は効果が無く、事実と異なることが告げられており、不実告知に該当する。

消費者は、効果があると誤認しているので、不実告知を理由に購入契約を取り消し、商品を返還して、代金を返してもらうことができる。

取消の意思表示は、勧誘が不実であることを知ったときから6ヶ月以内に行う必要がある(同法7条)。購入から1年ほど経過しているが、不実だと知ったのは行政処分を知ったときであり、6ヶ月は経っていないと考えられる。

Q2-2 消費者の「誤認」による取消2

—消費者契約法の「断定的判断の提供」

「この方法を使えば必ず利益が上がる。代金の20万円は必ず元が取れる。」と言われて「競馬必勝法」のソフトを乙から20万円で購入しました。乙は、インターネットで広くこのソフトを販売しています。しか

し、内容は人気順やオッズを組み合わせるだけで、当たるときもありますが、外れることも多く到底利益が必ず上がるというものではありませんでした。だまされたのではないかと思うのですが。

A2-2

消費者契約法4条1項2号に定められた、将来における変動が不確実な事項につき断定的判断を提供して勧誘したことに該当し、これによって消費者が確実にであると誤認しているため、取消の意思表示をして代金を返してもらうことができます。

解説

本件では、乙は事業に関連する契約当事者であり、購入者は儲けようとしているが、ソフトの購入自体は1回限りの書籍を購入するのと同じであり、反復継続性を本質とする事業と関連がある契約ではないので消費者と解され、消費者契約法の適用がある。

事業者である乙が「この方法を使えば必ず利益が上がる。代金の20万円は必ず元が取れる。」と言って勧誘しているため、同法4条1項2号の「断定的判断の提供」にあたるかが問題となる。

「断定的判断の提供」とは、契約の目的となるものに関し、「将来におけるその価額、将来において当該消費者が受け取るべき金額その他の将来における変動が不確実な事項につき断定的判断を提供すること」と定義されている。本件では、商品であるソフトに関して、本来不確実な競馬の予想について将来購入者が受け取る金額について20万円は確実に述べており、これに該当する。

消費者は、断定的判断の提供を理由に購入契約を取り消し、商品を返還して、代金を返してもらうことができる。

Q2-3 消費者の「困惑」による取消

—消費者契約法の「退去妨害」

丙株式会社の宝石の展示会があるというので、ホテルの会場へ行きました。展示されている商品を見ると、店員の方が「いかがですか」と言ってきたので、私の好みを話しました。その後、その店員のほか、色々な人が一緒に勧誘してきたので、「もう少し、1人で見たいので」と言いましたが、店員はついてきました。30分ほど見て、帰ろうとしたら、ずっとついてきた店員に呼び止められ、「これがあなたに似合う」「予算の範囲に値引きする」「今を逃すとチャンスはない」と言われ、店長という人まで来て展示会の奥のスペー

スで色々な商品を見せられました。次の予定があったので、「そろそろ予定があります」と言いましたが、1時間ほど色々言われて帰れそうになく、結局10万円のダイヤのペンダントを購入することにしました。しかし、家に帰ってから納得できませんでした。契約は解消できるのでしょうか。

A2-3

消費者契約法4条3項2号に定められた、事業者が勧誘している場所から消費者が退去する旨の意思を示したにもかかわらず、その場所から退去させない「退去妨害」に該当し、取消の意思表示をして代金を返してもらうことができます。

解説

本件では、販売者である丙は株式会社であり、購入者は事業とは関連のない契約の当事者なので、消費者契約法の適用がある。

購入者が、「そろそろ予定があります」と言ったのに、さらに1時間ほど勧誘されて帰れそうになく、結局10万円のダイヤのペンダントを購入しているため、同法4条3項2号の「退去妨害」にあたるかが問題となる。

「退去妨害」とは、店舗や展示会場など事業者から勧誘されている場所から消費者が「退去する旨の意思」を示したにもかかわらず、事業者がその場所から退去させないことである。「退去する旨の意思」は、「帰ります」と言うなど、直接表示する場合に限らず、社会通念上帰りたいという意思を示したと評価できるものでよい。例えば、「時間が無い」「もう要りません」「用事があります」など、勧誘者にとって消費者が帰りたいと判る言葉でもよい。言葉でなくても、出口へ向かい帰ろうとしたり、手を振るなどして身振り手振りで帰りたい、要らないという意思を示すことでもよいが、退去の意思を事業者に示す必要がある。本件では、店員の前で帰ろうとしたり、「そろそろ予定があります」など述べており、「退去する旨の意思」が示されている。

消費者が「困惑」して契約することも要件となっているが、本件では帰ろうとしてから1時間ほど帰してくれなくて、やむなく契約しているので、この要件にもあたる。

消費者は、退去妨害を理由に購入契約を取り消し、商品を返還して、代金を返してもらうことができる。

3 訪問販売、電話勧誘販売、訪問購入

弁護士 谷山 智光

Q3-1 訪問販売

セールスマンが自宅にやってきて、勧められるままに学習教材の契約をしました。後から冷静に考えると高いと思います。契約をやめることはできますか。その場合、損害賠償を請求されたりしませんか。

A3-1

本件セールスマンの行為は、特定商取引に関する法律(以下「特商法」といいます。)の訪問販売にあたります。したがって、クーリング・オフとして契約の解除をすることが考えられます。

この場合、販売業者は損害賠償を請求することはできませんし、引き渡された学習教材の引取りに要する費用は販売業者の負担となります。

解説

1 訪問販売とは

訪問販売とは、①営業所等以外の場所で行われる商品・指定権利の販売又は役務の提供をいう(特商法2条1項1号)。また、いわゆるキャッチセールスやアポイントメントセールスのような②特定の方法により誘引した顧客に対する営業所等で行われる商品・指定権利の販売又は役務の提供も訪問販売にあたる(同2号)。

この点、商品・役務について、従前は、指定された商品・役務のみ適用対象になるとされていたが、規制の後追いとなり被害を未然に防止することができなかったため、平成20年の特商法改正により全ての商品・役務が適用対象になることとなった(ただし、権利については従前どおり指定された権利のみ適用対象になる)。

訪問販売は、消費者が自発的に営業所等に行って商品を購入する場合と異なり、心構えができておらず(不意打ち性)、それに乗じて強引な勧誘がなされやすいため(攻撃性)、特商法上、以下の規制が定められている。

2 行政規制

販売業者等に対しては、氏名・勧誘目的等の明示義

務(3条)、勧誘を受ける意思の確認義務、拒否者に対する勧誘の禁止(3条の2)、申込書面・契約書面の交付義務(4、5条)、不実告知等の禁止行為(6条)が定められている。

3 民事規制

(1) 申込者等は、一定期間内は無条件・無理由で申込みの撤回又は契約の解除ができる(クーリング・オフ、9条)。

クーリング・オフが行われた場合、販売業者等は、損害賠償や違約金の支払いを請求することはできない(同3項)。

商品の引渡し等が既にされているときは、その引取り又は返還に要する費用は、販売業者等の負担となる(同4項)。

商品が使用されたときでも、販売業者等は、商品の使用により得られた利益に相当する金銭等の支払を請求できない(同5項)。

(2) 申込者等は、日常生活において通常必要とされる分量を著しく超える商品等の売買契約等については、申込みの撤回又は契約の解除ができる(9条の2)。

(3) 販売業者等が不実告知等を行い、申込者等が誤認して契約をした場合、申込者等は契約の申込み又は承諾の意思表示を取り消すことができる(9条の3)。

(4) 損害賠償額の予定又は違約金の定めがあるときでも、購入者等に請求する額が制限される(10条)。

Q3-2 クーリング・オフの要件

Q3-1の契約についてクーリング・オフをしようと思います。どのようにすればいいですか。セールスマンが「これは特別な契約だからクーリング・オフはできません。」と言っていたので、それを信じてクーリング・オフをしないまま10日が経過しましたが、クーリング・オフをすることは可能ですか。

A3-2

クーリング・オフは、条文上書面で行うことが必要とされています。本件ではセールスマンがクーリング・オフを妨害するために不実の説明を行い誤認させられているので、クーリング・オフは可能です。

解説

クーリング・オフは、条文上書面で行わなければならないとされている(9条1項)。クーリング・オフを行っ

たこと及びその日について後日紛争が生じないように明確にするという趣旨であり、そのためには内容証明郵便で行うことが望ましい。なお、口頭でクーリング・オフを行うことが認められるかについては争いがあるが、これを認めた裁判例もある（福岡高判平成6年8月31日判タ872号289頁等）。

申込書面(4条)又は契約書面(5条)を受領した日から起算して8日を経過した場合は、原則としてクーリング・オフはできない。この点、申込書面又は契約書面を受領していない場合や受領した申込書面又は契約書面が第4条又は第5条に定める事項を記載していない場合には、いつでもクーリング・オフをすることができる。

事業者の違法行為を受けて消費者が誤認又は困惑してクーリング・オフをしなかった場合には、その消費者は、申込書面又は契約書面を受領した日から起算して8日を経過した場合であっても、いつでもクーリング・オフをすることができる。ただし、その事業者がクーリング・オフできる旨を記載した書面を改めて交付し、それから8日を経過すると、消費者は、クーリング・オフをすることができなくなる。

Q3-3 電話勧誘販売

「海外旅行に安く行ける会員制のクラブです。興味のある人は〇〇番へお電話ください。」との電子メールが届いたので電話をしてみたところ、英会話の教材を購入させられました。契約をやめることはできますか。

A3-3

本件業者の行為は、特商法の電話勧誘販売にあたります。したがって、クーリング・オフとして契約の解除をすることが考えられます。

解説

1 電話勧誘販売とは

電話勧誘販売とは、①電話をかけて勧誘し行われる商品・指定権利の販売又は役務の提供をいう(2条3項号)。また、②政令で定める方法により電話をかけさせて勧誘し行われる商品・指定権利の販売又は役務の提供も電話勧誘販売にあたる。この点、政令で定める方法として、ピラを配布するなどして、i 販売目的を明らかにしないで消費者に電話をかけさせる場合、ii 他の者に比して著しく有利な条件で当該売買契約等を締結することができる旨を告げて消費者に電話をかけさせる場合がある(特商法施行令2条)。事例のケース

は、②-iにあたる。

電話勧誘販売は、訪問販売が有する不意打ち性、攻撃性のほか、相手が見えない(匿名性)、繰り返しの架電で断りづらい(執拗性)などの特質もあるため、特商法上、以下の規制が定められている。

2 行政規制

販売業者等に対しては、氏名等の明示義務(16条)、拒否者に対する勧誘の禁止(17条)、申込書面・契約書面の交付義務(18、19条)、前払式電話勧誘販売における承諾等の通知(20条)、不実告知等の禁止行為(21条)が定められている。

3 民事規制

申込者等に対しては、クーリング・オフ(24条)、不実告知等が行われた場合の意思表示の取消し(24条の2)が認められている。また、契約の解除等に伴う損害賠償等の額の制限(25条)も認められている。

Q3-4 訪問購入

先日、高齢の母の自宅に貴金属の買取業者がやってきて、母の結婚指輪を1000円で買い取っていったそうです。大事な指輪ですし、返してもらうことはできませんか。

A3-4

本件買取業者の買取行為は、特商法の訪問購入にあたります。したがって、クーリング・オフとして契約の解除をすることが考えられます。

解説

1 訪問購入とは

訪問購入とは、営業所等以外の場所において行われる物品の購入をいう(58条の4)。物品について、家具、書籍、CD等は適用対象から除外されている(58条の4、特商法施行令16条の2)。

貴金属等の買取業者による自宅への強引な訪問買取の被害が急増したことにより、平成24年の特商法改正で新設された取引類型である。

2 行政規制

購入業者に対しては、事業者名・勧誘目的等の明示義務(58条の5)、不招請勧誘の禁止、勧誘を受ける意思の確認義務、再勧誘の禁止(58条の6)、書面の交付義務(58条の7、58条の8)、物品の引渡し拒絶に関する告知義務(58条の9)、不当行為の禁止(58条の10)、

第三者への物品の引渡しについての相手方に対する通知義務(58条の11)、物品の引渡しを受ける第三者への通知義務(58条の11の2)が定められている。

3 民事規制

申込者等に対しては、クーリング・オフ(58の14)が認められている。

そして、訪問購入においては、一度物品を購入業者に引き渡してしまうと、第三者への転売等により、クーリング・オフをしても引き渡した物品が返却されないおそれが高くなるため、物品の引渡しの拒絶(58の15)も認められている。

また、契約の解除等に伴う損害賠償等の額の制限(58の16)も認められている。

【参考文献】

消費者庁取引対策課「特定商取引に関する法律の解説平成24年版」
梶村太市ほか「新特定商取引法」

4 特定継続的役務提供契約

弁護士 永井 弘二

Q4-1 特定継続的役務提供契約のクーリング・オフ

しつこく勧誘されて、エステティックの契約をしてしまったのですが、やはり辞めたいと思っています。契約を無かったことにできないでしょうか。

A4-1

エステティックは、特定商取引法上の特定継続的役務提供契約に該当しますので、業者には、同法が定めた事項を記載した契約書面等を交付する義務があります(法42条)。この書面を受領した日から8日以内であれば、クーリング・オフができます(法48条)。契約書面を受領していない場合や、書面を受領していても特定商取引法が定めた事項がきちんと記載されていない場合には、8日の期限は起算されませんので、その場合もクーリング・オフをすることができます。

解説

1 特定継続的役務提供契約とは

特定継続的役務提供契約とは、身体の美化又は知

識、技能の向上などをもって勧誘が行われるが、その目的が実現するかどうか確実でないものについて、政令で指定された種類の契約をいう。現在、指定されているのは、エステティック、語学教授、家庭教師等、学習塾等、パソコン教室、結婚相手紹介サービスの6種である(特定商取引法41条1項1号)。これらの役務提供契約と共に、これらの権利の販売契約も対象となる(法41条1項2号)。

政令では、役務内容に基づいて指定しているため、この6種の用語とは異なる表示をしていたとしても、役務内容から指定役務に該当する場合もあり得る。

2 特定商取引法で規制された趣旨

こうした継続的役務提供契約においては、役務提供者側、受け手側の技能、個性等によっても、その成果の程度には差が生じ得るものであり、実際に成果があるか否かは不確実であることが当初から内在しているにもかかわらず、実際の勧誘場面では、誇大、過大な成果を強調されることが少なくなく、また、役務提供が長期、他数回に及ぶにもかかわらず、当初に一時金で代金を支払い、中途解約を制限したり、高額な違約金を請求したりという事例が多かったため、特定商取引法における規制対象とされた。

3 契約書面等の交付とクーリング・オフ

特定商取引法の規制対象となる特定継続的役務提供契約においては、契約を締結するまでに法が定める内容を記載した「概要書面」(契約の概要を記載した書面)と、契約時に法が定めた契約内容を記載した「契約書面」の交付が義務化されている(法42条2、3項)。

概要書面では、事業者の名称等、役務の内容、関連商品、代金の額、支払時期等、役務提供期間、クーリング・オフ告知、中途解約権、抗弁権の接続(クレジットの場合)等についての記載が要求され、契約書面では、これらに加えて、契約担当者、契約年月日、関連商品の種類・数量、関連商品の事業者名等の記載が要求されている。

これらの書面のうち、契約書面が交付された日から8日以内であれば、クーリング・オフ(契約申込の撤回)ができ、契約を白紙に戻すことができる(法48条1項)。

ここで契約書面とは、上記の特定商取引法が交付を義務化した書面のことであるので、法が定める契約事項が適切に記載されていない書面は、法上の契約書面ということではできないため、書面交付がないのと同じ状況となることから、8日間のクーリング・オフ期間

が起算されず、いつでもクーリング・オフができることとなる。

また、契約時後における事業者の不実告知、威迫、困惑行為等、クーリング・オフを妨害する行為があった場合などにも、8日間のクーリング・オフ期間は進行しないこととされているのは(法48条1項括弧書)、訪問販売等と同様であり、事業者があらためてクーリング・オフができることを記載した書面を交付してはじめて8日間の期間が起算されることとなる。

特定継続的役務提供契約では、エステティックの美容商品や、学習塾の教材など、役務に関連した商品が販売されることもあり、売主は当該役務提供事業者でない場合もある。こうした役務と関連した商品が販売された時、その商品が政令で指定された商品である場合は(政令の指定は比較的広い)、役務提供契約のクーリング・オフに合わせて、関連商品のクーリング・オフも認められている(法48条2項)。これは、関連商品のクーリング・オフが認められない場合には、実質的に役務提供契約のクーリング・オフをも妨害する結果となるためである。

Q4-2 不実告知、事実の不告知に基づく取消

エステティックの契約をしたのですが、サロンが販売している化粧水を購入しないと施術ができないと言われていました。当初の勧誘や契約書面には、そのような記載は全くありません。話が違うので解約したいのですが、できるでしょうか。

A4-2

特定継続的役務契約では、勧誘にあたって、一定の事項について不実のことを告げたり、故意に事実を告げなかった場合には、契約を取り消すことができます(法49条の2、44条1、2項)。化粧水の購入が施術の要件であるとすれば、そのことを告げないのは故意に事実を告げなかったことになり(法44条1項2号)、取り消すことができます。

解説

特定商取引法では、特定継続的役務提供契約において、事業者の不実告知や故意による事実の不告知、威迫・困惑行為等を禁止している(法44条、46条)。この他、判断力不足に便乗した契約、適合性原則違反等についても規制している(法46条)。

これは、特定商取引法による規制前の役務提供契約においては、誇大表示等がなされる被害が生じたことによるものである。こうした規制に違反した事業者

は、行政上の業務停止命令の対象となったり(法47条)、刑事罰の対象となることがある(法70条)。

そして、こうした禁止行為の内、法44条1項に定める不実告知の禁止に違反した場合と、同2項に定める故意による事実の不告知の禁止に違反した場合は、民事上も消費者には契約の取消権が発生する(法49条の2第1項)。

Q4-3 中途解約

エステティックの契約をして、代金を一括して支払い、一定は施術を受けました。しかし、どうも効果がないように思うので途中で解約したいのですが、まだ施術を受けていない分の代金の返還を求めることはできるのでしょうか。

A4-3

特定商取引法では、特定継続的役務契約の中途解約権を規定しています(法49条)。この場合、契約書面で違約金等が記載されていたとしても、法が定める金額を超える金額は返還をしないといけないこととされています。

解説

1 中途解約権の趣旨

継続的役務提供契約では、契約期間が長期化することも多く、消費者側の事情で契約を継続できない場合もあり得、また、成果を期待して契約したものの、思ったような成果が上がらないこともあり得る。他方、事業者側にしても、途中で解約された場合には、その後の役務提供が不要となるという利益を得ることになる。したがって、継続的役務提供契約が途中で解約された場合には、その後の期間分の代金について適切な処理がなされる必要がある。

ところが、特定商取引法による規制前においては、当初に代金を一括で受領した上で中途解約権を認めなかったり、解約の際に高額な違約金を定めるなど、不適切な状況が少なくない実情があった。

このため、特定商取引法は、中途解約権を定めて、中途解約した場合の代金の返還について規制している(法49条1項、3項)。

2 中途解約における返還額等

特定商取引法は、中途解約の場合、契約は将来に向かってその効力を失うこととしているため、以後の役務提供の分に対応する代金支払義務はなくなり、既払いの代金がある場合には返還対象となる。

そして、中途解約による違約金の定めがある場合も、通常要する費用、損害の額として法が規制する金額を超える違約金の定めを無効としている(法49条2項)。

役務提供開始前においては、11,000～30,000円を超える違約金は無効であり、役務提供開始後では、20,000～50,000円または契約残額の10～20%・1ヶ月分のいずれか低い額を超える違約金は無効とされている(法49条2項2号・政令16条)。

中途解約を巡っては、契約の履行済み分(既履行分)のとらえ方に関して争われた事案がある。英会話教室では、受講時間を受講者の希望に合わせるフリータイム制とするため、チケットやポイント制として、受講分のチケット、ポイントを消費した形とするような場合がある。そして、中途解約における精算にあたっては、実際に受講していないにもかかわらず期間経過にしたがって受講したこととみなすなどして、中途解約の場合の既履行分の単価を高額に算定して精算金を算定する契約なども見られた。こうした事案において、いわゆるNOVA事件の最高裁判決は、契約時のポイント単価と異なる単価をもって、中途解約時における既履行分のポイント単価を算定するのは、特定商取引法による違約金規制に反し、その違約金の定めを無効とした(最判平成19年4月3日判時1976号40頁)。

5 金融商品被害

弁護士 住田 浩史

Q5-1 金融商品被害とその回復の手段

銀行から金利が有利だからと勧められて、銀行が最長10年満期を延長できる特約つきという3年定期預金の契約をしたのですが、3年後、市場金利が高くなったのに契約時のままの安い金利で満期延長されてしまいました。定期預金ですし、自己責任であきらめるしかないのでしょうか。また、どのようにして被害を回復することができるのでしょうか。

A5-1

まず、実勢金利よりも不利な金利で預金契約を延長

されたことによる財産的損失があるといえます。これに加え、業者による違法・不当な勧誘行為が行われた場合には、自己責任とはいえず、金融商品取引「被害」であるといえます。

また、被害回復の手段としては、訴訟のほか、任意の交渉、全国銀行協会やFINMACのあっせん等のADRが考えられます。

解説

投資家に財産的な損失があり、かつ、これに至る過程において、販売者等に違法・不当な行為等が介在する場合には、金融商品取引被害であるといえる。

この「違法・不当な行為」は、投資家の「自己責任」の前提を失わせる行為である。すなわち、投資家の手に負えないものを勧めること(適合性原則違反)や、「投資の適否についての的確に判断し、自己責任で取引を行うために必要な情報である当該投資商品の仕組みや危険性について、当該顧客がそれらを具体的に理解することができる程度の説明を当該顧客の投資経験、知識、理解力に応じて行う」(大阪高判平成20年6月3日、金融・商事判例1300号45頁)義務を怠ること(説明義務違反)が、これにあたる。

この事例(金商法上は、デリバティブが組み込まれた「特定預金」にあたる。)においても、通常の定期預金であれば得られたであろう額との差額が損害となり、かつ、金利の有利性ばかりが強調され、将来的に損失を被る可能性について軽視するような説明がされていたのであれば、説明義務違反等の違法がある。

被害回復の手段としては、訴訟や交渉のほか、全国銀行協会やFINMAC(証券・金融商品あっせん相談センター)が行っているあっせん等の訴訟外紛争解決手続なども選択できる。

Q5-2 投資信託

証券会社から、「年金に加えて毎月の生活資金の足しになる」と勧められ、それまで保有していた投資信託から短期で乗換え、毎月分配型という投資信託を購入しました。たしかに毎月配当があるのですが、あるとき、報告書を見て、基準価額が大きく目減りしていることに気づき、びっくりしました。基準価額が下がるなどということは全く聞いていません。証券会社の勧誘は問題ではないでしょうか。

A5-2

投資信託は証券会社の手数料収入源として重要な商品と位置づけられており、顧客に対して、①短期の乗

換えを勧めたり、②見かけの分配金は高いものの、実は元本の一部を取り崩す配当を行う「毎月分配型」の投資信託を勧めたりする傾向にあります。勧誘にあたって十分な説明が行われていなかったのであれば、問題です。

解説

投資信託は購入するたびに手数料収入が得られるため、銀行や証券会社によって、短期乗換勧誘が行われがちである。

例えば、金融庁のモニタリングレポート(2014年)によれば、2009～2013年における銀行の投信販売残高はほぼ横ばいなのに対し、販売額はほぼ倍、収益額は約1.5倍程度に急増し、また平均保有期間は2.8年から2.0年に短縮しており、販売の頻度が上がっていることが明らかである。また、同レポートには、人気投信への短期乗換によっては必ずしも利益をあげられないという結果を示すシミュレーションなどが示されており、興味深い。

顧客に対する行き過ぎた乗換勧誘は過当取引として違法となる。近年では、中堅証券会社が手数料稼ぎの意図で投信の短期乗換を頻繁に行ったことで行政処分を受け、民事訴訟でも損害賠償が認められている(京都地判平成25年9月13日金融・商事判例1438号9頁)。

また、いわゆる毎月分配型投信については、毎月支払われる分配金の中に元本の一部払戻しが含まれるという説明が不十分のため分配実績が過大に強調されていたケースで、説明義務違反が問題となった。東京地判平成26年3月11日(判例時報2220号51頁)は説明義務違反を認めたが、控訴審判決である東京高判平成27年1月26日(判例集未登載)は、これを否定している。

Q5-3 債券

証券会社から、外国のB社の発行した社債をすすめられて購入しました。オーダーメイドでつくった特別の商品とのことで、通常の社債とどこが違うのかよくわかりませんでした。金利も年約10%と高かったので、購入したところ、元本がほとんど戻ってきませんでした。担当者の説明によれば「A社の株式の価値が急激に下がったから」ということでした。なぜA社の株価が関連しているのかがさっぱりわかりません。

A5-3

これは、おそらく仕組債といわれる債券であると考えられます。デリバティブが組み込まれており、顧客は知らず知らずのうちにオプションの売りの立場に立

たされ、リターンに見合わないリスクを背負わされている可能性が高いといえます。

解説

仕組債とは、見かけは公社債等の債券であるが、実際には、オプション等のデリバティブが組み込まれたものをいう。この事例では、B社の社債にA社の株債を原資産とするプットオプションの売りが巧妙に組み込まれているものと思われる。

「プットオプションの売り」とは、一定のプレミアム(仕組債の場合は、投資家が受け取る「金利」と引き替えに買い手の権利(ある価格で売る＝プット＝権利)行使に応じる義務(すなわち、ある価格でA社の株を買う義務)を負うということであり、A社の株債が基準よりも下がらなかつたら、権利行使はされないが、もしもA社の株債が基準よりも下がった場合には買い手の権利行使を甘受せざるを得ず、株価下落リスクを無限定に引き受けることになる。そして、金利(プレミアム)が、このリスクに見合った額かどうかはわからず、少なくともその程度を知ることが一般投資家にとっては、極めて困難である。

仕組債について争われた裁判例は、投資家勝訴例、敗訴例いずれも多くあるが、近時の投資家勝訴例としては、横浜地判平成26年8月26日(証券取引被害セレクト48号99頁)等がある。

Q5-4 投資詐欺

自宅に突然パンフレットが届き、「2020年の東京オリンピックのオフィシャルグッズの製作会社」への投資を勧められたので、1口だけ出資しました。あとで少し不安になりましたので調べてみますと、運営主体は、金融庁に適格機関投資家等特例業務の届出をしているので安心、との口コミがありました。大丈夫でしょうか。

A5-4

適格機関投資家等特例業務に関する制度は、本来投資のプロだけを対象として設計されたものですが、実際には、詐欺に悪用されるケースがあとをたちません。本件も、状況からみて、詐欺の可能性が高いです。こうした業者はすぐに破綻するか行方をくらませることが多く、被害回復のためには迅速に動く必要があります。

解説

投資詐欺は、未公開株、社債、ファンド等さまざまなバリエーションがあるが、近年の傾向として、もは

や投資らしきものという外形をとろうとせず、また、銀行口座を保有せず、架空の名称や氏名を用い、現金も郵便で送付させるなど、より大胆で匿名性の高い手法がとられるようになってきている。

また、投資詐欺を行う者は早晚姿をくらませる可能性が高く、そのサイクルは近時短くなってきている。口座が判明している場合には、振り込め詐欺救済法等に基づく口座凍結等、財産の保全のための手段を急ぎ講じるべきである。

なお、プロ向けファンドとして金商法の登録を行わずして出資の勧誘等が行える適格機関投資家特例業務（金商法63条）であると称する業者も散見されるが、実際には一般投資家への勧誘を49名以下とすること等の要件を満たさず、制度が濫用されているケースが多い。同業務については、2015年2月現在、勧誘の対象を、適格機関投資家及び一定の投資判断能力を有する者に限るとの政令改正が金融庁において検討されており、一刻も早い規制の適正化が期待される。

消費者契約法 実体法改正をめぐる議論 —同法9条1号を中心に—

弁護士 志部 淳之介

第1 はじめに

消費者契約法は平成12年(2000年)に成立し、平成13年(2001年)に施行されてから既に10年が経過している。この間、我が国では、高齢化、情報化が進み、消費者と事業者の間の交渉力、情報力の格差はますます拡大している。事業者による不当な勧誘行為や、契約約款中の不当条項の使用による消費者被害は増加の一途をたどっている。

平成26年(2014年)3月以降、消費者庁において「消費者契約法の運用状況に関する検討会」が設置され、消費者契約法の運用状況を踏まえた立法事実の把握や論点の整理が進められ、同年10月、詳細な報告書が公表されている¹。同報告書中、「消費者契約法に係る裁判例の収集及び分析」の項では、現行法の運用に関して、解除、解約、更新の際に要する費用に関する情報が提供されていなかった事例等、事業者の説明が不十分であったためにトラブルとなった事例や、「食べるだけで痩せる」等の折込みチラシを信じて申し込んだが効果がなくトラブルになった事例等の不当勧誘事例²、携帯電話の定期契約の解除に伴う解約料を予定した条項の有効性が争われた事例等、現行法によっては十分な解決がなされていない事例が数多く報告されている。

こうした現状に対応すべく、日本弁護士連合会が、平成26年(2014年)年7月17日、消費者契約法日弁連改正試案(2014年版)を取りまとめている³。また、平成26年8月5日付消制度第137号をもって内閣総理大臣より内閣府消費者委員会に諮問があり、これを受けた同委員会の求めに応じ、「消費者契約法専門調査会」が発足した(以下、「専門調査会」と言う)。専門調査会は、消費者契約法における契約締結過程及び契約条項の内容に係る規律等の在り方について、既に調査審議を開始している⁴。

本稿では、消費者契約法の改正をめぐる議論のうち、特に同法9条1号に焦点をあて、現在の議論状況を整理したうえ若干の私見を述べる。

第2 議論の状況

1 消費者契約法日弁連改正試案(2014年版)³

同試案17条6号では、「不当条項とみなす条項」として、「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。ただし、これらを合算した額が、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ない部分を除く。」と規定している。そして、その効果として、同試案19条は、当該条項を無効とするものと規定している。

ここでは、現行法でいうところの「平均的な損害」の立証責任が、明確に事業者にあるという規定の仕方になっている。

2 専門調査会の議論状況

(1) 第1回会議

専門調査会の第1回会議では、消費者契約法の実体法部分に関するこれまでの主な検討の経緯が紹介されている⁵。消費者契約法9条に関しては、平均的な損害の意義、立証責任の所在が問題とされていることが指摘されている。

また、不当条項をめぐる議論に関しては、そもそも現行法では不当条項リストが少ない点が問題であるとの意見や、法10条が抽象的で適用の判断が難しいことを考えると、被害の実態に合わせて不当条項リストを増やすべきであるとの意見が出されている⁶。

(2) 第2回会議

第2回会議では、日弁連の消費者問題対策委員会副委員長山本健司委員から、事業者の平均的損害に関する資料を有しているのは事業者自身であるということ踏まえ、平均的損害の立証責任を事業者に転換するという法改正の提案がなされている。また、現行法では不当条項リストの条文が2つしかなく予測可能性という観点から問題があるとして、2014年日弁連試案のような不当条項リストを新設すべきとの提案がなされている⁷。

(3) 第4回会議

これに対して、第4回会議では、日本経済団体連合会常務理事である阿部泰久委員から、「平均的な損害の額」の、立証責任を転換することには反対である旨の意見が主張されている。その理由としては、無効を主張する側が不当条項該性について立証責任を負うのが原則であり、これを転換するには相当の理由が必要であること、事業者側に情報が偏ってい

ることだけを理由に立証責任転換することは妥当でないというものである。また、阿部委員は、立証責任を転換することにより消費者による立証の必要がなくなれば、濫訴が懸念され事業者や裁判所等の争訟対応コストが増大することも理由として挙げている。さらに、日弁連試案では、平均的な損害の算定方法について具体的な基準を設けるとしつつ、現行条文の「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」という部分が削除され、かえって基準が不明確になっている、逸失利益は、原則として平均的損害に含まないという解釈も疑問であり、本号の見直しは慎重に検討すべきとの指摘がある⁸。

(4) 第5回会議

第5回会議では、法政大学法学部准教授の大澤彩委員から、不当条項リスト(リストに該当する場合に当該条項を反証の余地なく無効とするリスト)を設けるべきであるとの提案がなされている。現行法9条に対応するリストとしては、「契約終了にあたり、消費者に対して事業者が生じる平均的な損害を越える損害賠償額の予定・違約金を課す条項」という規定を設けるとの案が提案されている⁹。

このように、専門調査会では、法9条1号の「平均的な損害」の意義、立証責任をめぐる日弁連、法学者、事業者の代表者の間で活発な議論がなされている。

第3 私見

1 「平均的な損害」の立証責任

「平均的な損害」についての立証責任は、立証責任に関する通説(法律要件分類説)を形式的にあてはめると、消費者が主張立証責任を負うとの解釈が成り立ち、また消費者が主張立証責任を負うことを判示する判例も存在する¹⁰。しかし、事業者が生ずる損害について、消費者が資料を有していることは通常想定できず、上記解釈によった場合、消費者が「平均的な損害」を超えることの立証をすることは非常に困難である¹¹。この点、訴訟においては、文書提出命令等の手続きを利用することも考え得る。しかし、事業者が生ずる損害を算定するための資料としては、事業者が締結した契約の数、内容、解約者数、解約金の金額等を示す資料が考えられるところ、これらの資料の開示請求に関しては、内部文書性や事業に関する秘密を理由として開示命令がなされないことが多く、必ずしも開示手続きが実効的に機能しているとは言い難い状況である。そ

れにも関わらず、消費者側に立証責任を負わせることは、ほとんどの証拠を事業者が有しているという実態と乖離しており、消費者に不可能を強いるものであり不当であろう。

そこで、私見としては、端的に文言を変更し、事業者が立証責任を負うことを明記すべきである。

前掲最高裁判例においても、立証資料が事業者側に偏在する点を考慮し「事実上の推定が働く余地があるとしても、基本的には…(中略)学生において主張立証責任を負うものとすべきである。」と示されており、上記問題点を踏まえ、事実上の推定が働く余地を残している。

2 「平均的な損害」の算定の基礎となる区分

「平均的な損害」の解釈については、解除の時期的区分によって損害に差が生じる契約類型においては、区分の設定如何により平均的な損害の金額が大きく変動する。

この点、裁判例においては、この区分は、現行法の文言が「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」と規定されていることに鑑み、事業者の設定した区分を基準として算定すべきものと判示したものが存在する¹²。

しかし、「平均的な損害」の算定の基礎となる時期的区分を事業者が自由に設定できるとなると、解約時期により損害が少額になるはずの消費者が高額になるケースに引きずられて全体として平均化された高額の違約金を支払わされることになる。例えば、1か月を区分として平均的な損害を算定した場合には、23か月目に解約した消費者と1か月目に解約した消費者は区別され、前者の消費者は本来少額の違約金にとどまり、他方、後者の消費者の方が高額の違約金となるはずであるところ、2年間を区分として算定した場合には、23か月目に解約した消費者が1か月目に解約した消費者と同じ扱いとなり、違約金が高額になる後者のケースに引きずられて平均化された高額の違約金を負担させられるという結果になる。このような結果が公平性を欠くことは明らかであろう。

そこで、「平均的な損害」の算定にあたっては、解除の時期的区分によって損害に差が生じる契約類型においては、区分設定に合理性を要求するよう現行法を改正すべきである。この点、裁判例のなかには、携帯電話の定期契約の中途解約における違約金条項の有効性が問題となった事例において、区分の合理性に配慮し、事業者の設定した2年という区分ではなく、1か月

を1区分として「平均的な損害」を算定したものが存在する¹³。

3 「平均的な損害」の算定と逸失利益

裁判例のなかには、民法415条、416条により請求できる損害賠償の範囲が、逸失利益に相当する金額であることに言及し、消費者契約法9条1号の「平均的な損害」の算定にあたっては、逸失利益が算定の基礎となる旨判示するものが存在する¹⁴。

しかし、契約の履行前の段階における契約解除の場合に、事業者が生じる損害として想定しうるのは、せいぜい契約の締結及び履行のために通常要する費用のみである。これを超えて逸失利益をも損害算定の基礎に含めた場合、「平均的な損害」を超えるケースはほとんどなくなるであろう。

この点について、東京大学大学院法学政治学研究科の森田宏樹教授は、消費者契約法9条1号にいう「平均的な損害」を、消費者契約の履行前の段階においては、民法416条の原則を修正し、事業者が請求しうる損害賠償額を原状回復賠償の範囲に限定することによって、消費者が望まない契約から離脱することを容易にし、もって契約成立過程に起因するトラブルを回避する機能をもつものと位置づけている¹⁵。また、摂南大学法学部の城内明准教授は、「消費者契約においては、事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考慮することなく契約の締結に至ることが少なくないのであるから、機会喪失等の場合を除き、消費者が履行を望まない契約から離脱することを容易にするため、原状回復のための賠償に限定されるべきである」としている¹⁶。

裁判例においても、中古車の販売契約の解除の際の損害賠償条項に基づき事業者が車両価格の15%の損害賠償金を請求した事例において、車両注文2日後に解除された本件においては、事業者に未だ具体的な損害は発生していないとして逸失利益の存在を否定したものが¹⁷。

以上からすると、契約の履行前の段階における契約解除の場合には、原則として、契約の締結及び履行のために通常要する費用のみが「平均的な損害」の算定の基礎になるものとすべきである。

4 なお、例外として、「平均的な損害」に逸失利益が含まれうるのは、他の顧客を獲得する等によって代替することが不可能となり、利益を得る機会を喪失

した場合に限られるものとすべきである。そして、役務提供の内容に属人性がなく、大規模に役務提供されているような場合で、その内容が当該消費者に限定されたものでない場合には、原則として上記の代替性が存在するといえ、逸失利益が平均的損害に含まれないものと解すべきである。

第4 まとめ

実体法改正をめぐっては、事業者側と消費者側の代表者がそれぞれの主張を展開し、非常に活発な議論がなされている。そこで重視されるべきは、現行法では対応しきれない被害が現に存在するという事実、そして、そうした被害状況を改善することは、消費者にとっても、健全な事業を行っている事業者にとってもプラスになるという視点であろう。消費者基本計画にも挙げられているように、消費者の権利の擁護は事業者の成長をもたらす¹⁸、それにより健全な市場が形成される。この観点からすれば、最終的に目指すところは消費者も事業者も同じはずである。今後も、この視点を忘れることなく改正議論の動向に注目したい。

- 1 平成26年10月、消費者庁「消費者契約法の運用状況に関する検討会報告書」(以下、「消費者庁運用状況報告書」という。)
http://www.caa.go.jp/planning/pdf/141015_report_whole.pdf
(平成27年1月13日現在)。
- 2 前掲、消費者庁運用状況報告書12頁、20頁ないし21頁。
- 3 「消費者契約法日弁連試案」(2014年版)。
http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2014/opinion_140717_3.pdf
- 4 専門調査会ウェブサイト
<http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/other/meeting5/>
- 5 専門調査会第1回会議資料
http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/other/meeting5/doc/141104_shiryoku2_3.pdf
- 6 専門調査会第1回会議議事録
http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/other/meeting5/doc/141104_gijiroku.pdf
- 7 専門調査会第2回会議議事録
http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/other/meeting5/doc/141121_gijiroku.pdf
- 8 専門調査会第5回会議資料
http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/other/meeting5/doc/150213_shiryoku1.pdf
- 9 専門調査会第5回会議大澤彩委員提出資料
http://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/other/meeting5/doc/150213_shiryoku2_1.pdf
- 10 最判平成18年11月27日判時1958号12頁。
- 11 学納金請求訴訟において、消費者や裁判所からの求釈明にもかかわらず、事業者が内部資料を提出しなかった事例が報告されている(消費者庁運用状況報告書、366頁、相談事例156)。また、戸建住宅建築請負契約で、契約締結の3日後に解除したところ、総請負契約金の1.5%を請求された事例において、事業者による資料の提出がなかったために、「平均的な損害を超えること」の立証が不十分であるとされた事例が報告されている(消費者庁運用状況報告書366頁、相談事例157)。

- 12 大阪高裁平成25年7月11日ウエストロー・ジャパン。
 13 京都地裁平成24年7月19日判タ1388号343頁。
 14 京都地裁平成24年7月19日判タ1388号343頁。
 15 森田宏樹「消費者契約の解除に伴う「平均的な損害」の意義について」『特別法と民法法理』2005年、93頁。
 16 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民法(財産法)No.75』、2014年、1頁。
 17 大阪地判 平成13年6月23日金判1162号32頁。
 18 消費者庁 平成22年3月「消費者基本計画」
<http://www.caa.go.jp/adjustments/pdf/22-1.pdf>

現代社会における約款の役割と課題 —民法改正における「定型約款」を巡る 議論の概観

弁護士 伊吹 健人

1 はじめに

現代社会において、事業者と消費者との間の取引はもちろん、事業者間の定型的取引においても、約款を頻繁に目にする。身近な例でいえば、鉄道、携帯電話、インターネットショッピングの利用や、保険、銀行取引に際しての契約締結には約款が用いられている。約款は、大量かつ定型的に行われる取引を効率化するために、契約条件を画一化するという社会的要請に基づいて利用されているものである。

他方で、約款を示された側は、約款について詳細に検討する余裕もなく、事実上交渉の可能性もないまま、これを画一的に受け入れざるを得ない状況にあり、一方的に不利益となる不公正な条項が押しつけられるおそれがある。

このように、社会の中で重要な役割を担う一方、様々な問題点を孕む約款であるが、現行民法には約款に関して直接定めた規定はない上、裁判例のルールも必ずしも明確ではなく、学説も分かれている状況である。

このような状況の中、約款に関するルールを明確化すべく、平成21年11月より開かれている法制審議会民法(債権関係)部会の民法(債権関係)の改正の審議の中で、約款に関する新規定について議論がされている。

そこで、以下では、現在審議がなされている約款に関する新規定について、その議論状況を概観したい。

2 約款に関する新規定の概要

上記部会では、平成25年2月26日に、「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」¹⁾を決定した後、幾多の会議で様々な変更がなされ、平成27年2月10日の会議で、「民法(債権関係)の改正に関する要綱案(案)」(以下、「要綱案」という。²⁾)が決定されている。

要綱案においては、「定型約款」という用語を用いた上で、「定型約款」に関する新規定として、①定型約款の定義、②定型約款についてのみなし合意、③定型約款の内容の表示、④定型約款の変更が提案されている。

以下、各提案について検討する。

3 定型約款の定義

第28 定型約款

1 定型約款の定義

定型約款の定義について、次のような規律を設けるものとする。

定型約款とは、定型取引(ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。以下同じ。)において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう。

約款を用いた取引の法的安定性を確保する見地から、定型約款の定義規定が提案されている。

まず、「不特定多数の者を相手方として行う取引」という要件については、相手方の個性に着目せずに行う取引等が該当しうるものとされ、労働契約における契約書のひな形等を除外する趣旨である。³⁾

また、「内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」とは、典型的には、多数の人々にとって生活上有用性のある財やサービスが平等な基準で提供される場合や、提供される財やサービスの性質から、多数の相手方に対して同一の内容で契約を締結することがビジネスモデルとして要請される場合など、一方当事者において契約内容を定めることの合理性が一般的に認められている取引が、これに当てはまるものと考えられている。⁴⁾

なお、企業間取引において利用される約款について、形式的な基準により定型約款から除外すべきとの意見もあるが、要綱案では上記各要件を充足すれば定型約款に含まれるものとする立場が採られている。具体的には、預金規定やコンピュータのソフトウェア利用規約等が想定されている。⁵⁾

4 定型約款についてのみなし合意

2 定型約款についてのみなし合意

定型約款についてのみなし合意について、次のような規律を設けるものとする。

(1) 定型取引を行うことの合意(3において「定型取引合意」という。)をした者は、次に掲げる場合には、定型約款の個別の条項についても合意をしたものとみなす。

ア 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。

イ 定型約款を準備した者(以下「定型約款準備者」という。)があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき。

(2) (1)の規定にかかわらず、(1)の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

本規定は、(1)において、大量の定型的取引を迅速かつ効率的に行う必要性から、個別の合意がなくても約款が契約内容となることを定めつつ、(2)において、不当な条項については例外的に契約内容とならないことを定めるものである。

(1) まず、規定(1)アは、定型約款を用いる契約において、個別の契約条項を認識し、その内容を了解していなくても、特定の定型約款によることの合意があればそれが契約の内容となることを規定するものである。もちろん、その前提として、特定の定型約款が契約締結時に現に作成されて存在している必要がある。定型約款準備者が相手方の求めにもかかわらず定型約款内容を表示しない場合には、本規定は適用されない(下記要綱案第28・3(2)本文)。なお、この合意には黙示の合意も含まれるものと考えられている。⁶

規定(1)イは、あらかじめ定型約款を契約内容とする旨の表示があれば、黙示の合意といえるか否かを判断することなく、合意があったのと同様に取り扱うこととするものである。なお、鉄道の自動改札をICカードを使って通過する場合や、はがき等をポストに投函する場合には、定型約款による表示すらないことがあるが、これら旅客の運送に係る取引や郵便事業関係の取引等については、定型約款によって契約の内容が補充されることをあらかじめ公表していれば、当事者がその定

型約款の個別の条項について合意をしたものとみなす旨の特例規定を民法とは別途に設けることが検討されている。⁷

(2) 次に、規定(2)は、同(1)の例外として、定型約款中に不当な条項がある場合には、当該条項を除いた上で合意の効力を認めようとするものである。

従来の裁判実務においては、信義則のほか、当事者の合理的意思解釈などにより不適切な内容の条項が当事者を拘束しないと結論を導いたり⁸、契約書に署名押印したことのみでは当該条項について合意があったとは認めず、当該条項について合意が明確であることを要するとする⁹など、条項の内容面における不当性のみならず、相手方が当該条項の存在を明確に認識していないことにも着目して特定の条項に当事者が拘束されるか否かを判断していた。これに対し、要綱案では、定型約款の内容について合意があったとはいえないものについても、法律の規定により合意があったものとみなす旨を定めることとしているため、相手方の認識の程度にも着目した上で条項の不当性を広めに判断するという上記のような裁判実務の運用が困難になるおそれがあることから、これに対応するために合意からの除外規定を設けようとするものである。¹⁰

上記趣旨から、要件として、①「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項」であること、②「その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして民法第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるもの」の2点を定めている。

この点、個別の事案の判断において、消費者契約法第10条と結論に違いが生ずるか否かが議論されているが、要綱案では、「定型取引の態様」として、契約の内容を具体的に認識しなくとも定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなされるという定型約款の特殊性を考慮するものとされており、また、「(取引)の実情」や「取引上の社会通念」として、取引全体に関わる事情を取引通念に照らして広く考慮し、当該条項そのものでは相手方にとって不利であっても、取引全体を見ればその不利益を補うような定めがあるのであれば全体としては信義則に違反しないと解されることになることから、消費者契約法第10条とは結論が異なりうるとする意見がある。¹¹

また、契約の中心部分(商品や役務の対価を定める条項等)が不当条項規制の対象となるかも問題となるところ、この点について要綱案では明文の規定は置かれず、解釈に委ねられることになる。

なお、中間試案では、除外規定として、「不意打ち条項」を別途定めていたが、要綱案においては、相手方にとって予測し難い条項が置かれている場合には、その内容を容易に知り得る措置を講じなければ、信義則に反することとなる蓋然性が高いものと考えられることを理由として、不当条項規制に一本化している。

5 定型約款の内容の表示

3 定型約款の内容の表示

定型約款の内容の表示について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法でその定型約款の内容を示さなければならない。ただし、定型約款準備者が既に相手方に対して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供していたときは、この限りでない。
- (2) 定型約款準備者が定型取引合意の前において(1)の請求を拒んだときは、2の規定は、適用しない。ただし、一時的な通信障害が発生した場合その他正当な事由がある場合は、この限りでない。

本規定は、相手方が定型約款準備者に対して定型約款の内容の表示を求めることを定めたものである。その趣旨は次のとおりである。

すなわち、定型約款を用いて契約を締結する場面では、相手方も定型約款の中身を逐一見ようとしないうちが多くなると考えられるため、常に相手方に事前に内容を開示しなければ契約内容とならないとすると、かえって煩雑になると考えられる。他方で、相手方が、自分が締結しようとし、又は締結した契約の内容を確認することができるようにすることは必要と考えられる。そこで、相手方の請求があった場合には、条項準備者は、定型約款の内容を示さなければならないとするものである。¹²

6 定型約款の変更

4 定型約款の変更

定型約款の変更について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 定型約款準備者は、次に掲げる場合には、定型約款の変更をすることにより、変更後の定型約款の条項について合意があったものとみなし、個別に相手方と合意をすることなく契約の内容を変更することができる。
 - ア 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。
 - イ 定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、この4の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。
- (2) 定型約款準備者は、(1)の規定による定型約款の変更をするときは、その効力発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。
- (3) (1)イの規定による定型約款の変更は、(2)の効力発生時期が到来するまでに(2)による周知をしなければ、その効力を生じない。
- (4) 2(2)の規定は、(1)の規定による定型約款の変更については、適用しない。

本規定は、契約の成立後に、相手方と合意をすることなく、定型約款の内容を変更するための要件を定めるものである。

約款を使用した契約関係がある程度の期間にわたり継続する場合には、法令の改正や社会の状況の変化により、約款の内容を画一的に変更すべき必要性が生ずることがあるが、多数の相手方との間で契約内容を変更する個別の同意を得ることは実際上極めて困難な場合があることから、定型約款の変更の要件を定めようとするものである。¹³

注目される点として、規定(1)イは総合判断を要する要件となっており、個別の同意を得ようとするにどの程度の困難を伴うか(「変更の必要性」)、相手方に解除権を与える等の措置が講じられているか(「変更後の内容の相当性」)、変更について相手方に予測可能性があったか(「定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及びその内容」)などの事情を個別の事案に応じて検討することになるものと考えられる。

7 最後に

要綱案は、現代社会において重要な役割を果たしつつも、明確なルールが設けられていなかった約款の分野について、大量の定型取引を迅速かつ効率的に行うという特性に配慮しつつ法的安定性を確保しようとするものである。

もっとも、要綱案の中には、相手方保護の視点も重視して検討すべき点もあると考える。例えば、単に定型約款を表示するだけで合意があったものとみなすこととし、当該定型約款が理解しやすい記載となっているか等は考慮しないものとしている点や、条項の不当性の判断を取引全体を見て判断するものとし、当該条項の内容が個別の相手方にとって大きな影響を与えるという場合に、全体として見たときに他の条項には有利なものもあるというだけで、不当性が否定される点等、実質的な相手方保護にならないおそれもあると考える。効率性を重視するあまり、現状の追従となっている感がある。約款を示された側が、約款について詳細に検討する余裕もなく、事実上交渉の可能性もないまま、これを画一的に受け入れざるを得ない状況にあるという実情も重視すべきである。

新たにルールを定める以上、上記のような実情を踏まえて、バランスの取れた法制度が確立されることが望まれる。

- 1 <http://www.moj.go.jp/content/001132328.pdf>
- 2 <http://www.moj.go.jp/content/001132328.pdf>
- 3 法務省法制審議会民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その2） 補充説明』（平成27年）1頁
- 4 法務省法制審議会民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（11）』（平成26年）10頁
- 5 前掲民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その2） 補充説明』1頁、2頁
- 6 前掲民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（11）』11頁
- 7 前掲民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その2） 補充説明』2頁、3頁
- 8 最判昭和62年2月20日民集41巻1号159頁、最判平成5年3月30日民集47巻4号3262頁、最判平成15年2月28日集民209号143頁等
- 9 最判平成17年12月16日集民218号1239頁
- 10 前掲民法（債権関係）部会『（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その2） 補充説明』3頁
- 11 同4頁
- 12 前掲民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（11）』11頁
- 13 法務省法制審議会民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その2） 補充説明』（平成27年）372頁

全身麻酔の上で外科的手術を行った後の術後管理について

弁護士 長谷川 彰

第1 はじめに

全身麻酔の下で手術を受けた患者が、術後に低酸素脳症を発症した事故について、医師らが術後管理を怠ったと認定した裁判例2例を紹介する。

第2 宮崎地裁平成26年7月2日判決

1 事案の概要

裁判所が認定した事実関係の概要は次の通りである。

原告：80歳、体重46kg、女性

平成23年4月11日、腰椎椎弓切除術を受けるため被告病院に入院。

同年4月12日

午後1時10分：SPO2 99%と測定。

午後1時30分：手術室入室

使用された麻酔薬等：プロポフォール（鎮静薬）、フェンタニル（麻薬性鎮痛薬）、アルチバ（麻薬性鎮痛薬）、マスキュラックス（筋弛緩薬）

午後4時30分：手術室退室

午後4時45分：レントゲン室へ搬入。手指チアノーゼ出現。

午後5時02分：病棟回復室搬入

午後5時05分：呼びかけに反応無し、低血圧（収縮期血圧70mm Hg）、SPO2測定不能

午後5時12分：心肺停止状態

午後5時30分：心拍再開

その後回復せず、低酸素脳症による両上肢及び両下肢の機能全廃となる。

2 低酸素脳症を発症した機序

裁判所は、原告は、本件麻酔薬の作用遷延に起因する気道閉塞、呼吸抑制またはその両者によって、低換気状態になり、その結果、低酸素血症を起こし、低酸素性脳症を発症したと認定した。

3 裁判所の認定した医師らの過失

(1) 麻酔医の過失

高齢者に対して鎮静薬、麻薬性鎮痛薬及び筋弛緩薬を併用した全身麻酔を行った場合には、その作用

遷延により覚醒遅延や気道閉塞が起こる危険性が通常に比して高い。本件において、麻酔科医は、本件手術直後に覚醒遅延や気道閉塞等の様々な要因で予期せぬ変調を来す可能性が高いことを考慮し、午後4時30分に原告を手術室から退室させて病棟看護師に引き継ぎするにあたっては、パルスオキシメーターによるSPO2の監視をさせるとともに、自ら又は麻酔科医に報告するなどして、適切な呼吸確認(胸郭の動きを見て、呼吸音を聴いて、呼気を口元で感じる)を行い、必要に応じて一次救命処置等を行うよう申し送りするとともに、看護師から異常の報告を受けた場合には、直ちに適切な処置を講じることができる体制を構築しておくべき注意義務があった。

しかるに、午後4時30分に原告を手術室から退室させた際、移動式パルスオキシメーターを装着させたものの、呼吸管理の知識が乏しい病棟看護師らに簡単な申し送りをしただけで、別の手術の全身麻酔を行って、手が離せない状態になり、病棟看護師から異常の報告を受けた際に適切な処置を講じることができなかつたもので、前記注意義務を怠った過失がある。

(2) 病棟担当医の過失

患者の意識がない場合は呼吸もない場合があるため、意識状態や呼吸状態を注意深く観察する必要がある。SPO2は指先の脈の拍動をみるため、これが測定不能であることは血圧低下により末梢循環が悪化し、指先まで血液が流れていないことを一般的に意味する。

病棟担当医は、午後5時05分に病棟回復室を訪室した際、原告が呼びかけに反応せず、SPO2が測定不能になっていたこと等を確認したから、この時点で、原告に意識障害及び換気障害が発生している可能性を疑い、直ちに自ら又は麻酔医に報告するなどして、適切な呼吸確認(胸郭の動きを見て、呼吸音を聴いて、呼気を口元で感じる)を行い、必要に応じて一次救命処置を行なうべき注意義務を負っていた。

しかるに、病棟担当医は、原告の状態を確認して、看護師に対し原告を覚醒させるため刺激して起こすように指示し、胸郭の上下動を目視するなどただで病棟回復室を退室し、麻酔医にも報告していないから、上記注意義務を怠った過失がある。

第3 大阪地裁平成19年3月9日判決

1 事案の概要

裁判所が認定した事実関係の概要は次の通りである。

原告：68歳、女性

平成15年4月1日、直腸癌手術を受けるため被告病院に入院。

同年4月10日

午後2時03分：手術室入室。

午後2時19分：麻酔導入。

使用された麻酔薬等：ラボナール(全身麻酔剤)、マスキュラス(筋弛緩薬)、エトレン(麻酔薬)

執刀医は、被告病院の開設者である被告医師。麻酔医は訴外A医師

午後7時15分：手術終了。

午後7時25分：筋弛緩薬の効果を拮抗させるためにワゴスチグミン及びその副作用防止のための薬剤である硫酸アトロピンとともに投与。

午後7時51分：麻酔医Aは、患者に呼びかけ、開眼、握手、手の挙上を求めたところ、指示通りの反応があり、覚醒していると判断し、気管内チューブを抜管

抜管後、被告及び麻酔医Aは、10分程度患者の呼吸状態等を観察し、特に異常はないと判断。

午後8時ころ：回復室へ移動。

回復室入室後、酸素マスク装着、低圧持続吸引用ドレーン装着、生体監視モニターの計測用電極の装着。血中酸素飽和度のモニターは行わず。

看護師Bが意識状態の確認のため呼びかけたところ、開眼はしたが返答はなかった。呼吸は浅めで、ゴロ音がした。

午後8時15分ころ：血圧190/100。B看護師は、意識レベルについて、Japan Cona Scale (JCS) II-30(痛みの刺激を加えつつ呼びかけを繰り返すと辛うじて反応)と判断した。

午後8時30分：血圧130/60。B看護師は、意識レベルに変化がないと判断。呼吸は浅く、体温の上昇がみられない。このため、保温を開始。

具体的な体温、脈拍、呼吸数の記録無し。

被告医師は、患者家族の面会を許可。家族面会終了後、被告医師は、B看護師に対し、本件患者の監視及びバイタルチェックにおいて特に留意すべき事項を指示せず。

午後8時45分：血圧190/96。B看護師は、意識レベルをJCS II-30と判断。体温、脈拍、呼吸数、呼吸状態の記録無し。

午後9時：血圧174／90。B看護師は、意識レベルの確認のため、手の甲をつねる痛覚反応や瞳孔対光反射の確認を行い、反応があったため、JCSⅡ-30と判断した。体温、脈拍、呼吸数、呼吸状態の記録無し。

午後9時20分：B看護師が痛覚反応を確認したが、反応無し。

午後9時27分：心拍数が120程度から80程度に急激に減少。痛覚反応無し。C看護師は、JCSⅢ-300（痛み刺激に反応しない）の状態と判断。被告医師に連絡。心拍数は40程度まで減少。

午後9時30分ころ：被告医師は、本件患者の徐脈及び呼吸停止を確認。心臓マッサージ、挿管、強心剤投与等を行い、心拍数が速やかに上昇。

しかし、低酸素脳症に陥り、意識状態が顕著に改善することなく四肢麻痺と診断。身体障害者等級1級を認定。

2 裁判所の認定した被告医師の過失

- (1) 被告医師としては、術後の低酸素血症を防止するため、本件患者が十分に覚醒したと認められるまで、呼吸数や呼吸状態を適切に観察するとともに、一般的には推奨されている血中酸素飽和度をモニターしない以上、意識レベルのチェック等、低酸素血症ないし、その前提となる呼吸抑制または低換気状態を鑑別するためのその余の方法を適切に施行すべき注意義務があった。
- (2) 本件患者については、被告も立ち会っていた午後8時30分のバイタルチェックまでにおいても、呼吸が浅めであったり、体温の上昇が見られないといった低酸素血症発症の危険因子が認められたのであるから、同バイタルチェック以降も被告自らがなおしばらく本件患者の術後管理を行うか、これを看護師にゆだねる場合には、その看護師が術後管理に習熟しているなどの特段の事情がない限り、通常より一層慎重に監視及びバイタルチェックを行い、異常がうかがわれた場合には直ちに被告に連絡するよう具体的に指示すべき注意義務があった。
- (3) 被告病院には、被告医師において、本件患者の術後管理につき、本件患者が十分に覚醒した状態にあったとはいえない段階で、術後管理に習熟していないB看護師のみに、呼吸数や呼吸状態の確認につき特に具体的な指示をすることなく監視を委ね、同看護師においても、本件患者の状態につ

いて適切な監視を怠ったことにより、本件患者の呼吸抑制ないし低換気の進行を見逃した過失がある。

第4 検討

手術患者にかかわる麻酔科医にとって、術後管理は大きく以下の3時期に分けられるとされている¹。①手術が終了し、麻酔から覚醒させる麻酔覚醒時期、②手術室あるいは回復室から病棟あるいはICUに帰室させる帰室時期、③病棟あるいはICU帰室から1週間前後の、手術や麻酔侵襲から生体機能が回復してくる術後早期。なお、抜管時期の判断は、①一回換気量が十分である。②循環系が安定している。③嚥下反射が出現している。④咳嗽が出現している。⑤指示に応じられるようになる。⑥気管内、口腔内分泌物が十分吸引されている。という諸要素を見て行う。一般には、麻酔医の指示に従って、開眼、深呼吸、握手などが可能であることを確認して気管チューブを抜管するとされている²。

上記裁判の事案はいずれも、①の時期の事故である。

宮崎地判の事案では、覚醒遷延のため気道閉塞や呼吸抑制を来したものであり、覚醒遷延の原因は、術中の低血圧、術後の低体温（低体温は麻酔からの覚醒遷延や筋弛緩薬の作用遷延の原因となる）筋弛緩薬の拮抗薬が使用されなかったこと等から、本件麻酔薬のうちフェンタニル及びマスキュラックスの作用遷延が起こったことによると判示されている。

麻酔薬投与の中止後、通常では、患者は約10～30分程度で覚醒するが、覚醒しない場合を覚醒遷延と呼ぶ。覚醒遷延への処置としては、一般状態の安定が得られるまで十分に酸素投与を行って待つとされているが³、宮崎地判の事案では、遅くとも午後5時09分の時点での人工呼吸を行っていれば、低酸素性脳症の発症を回避できたと判示されており、覚醒遷延の措置に対する妥当な判断である。

大阪地判の事案も、十分覚醒した状態にあったとはいえない段階で、適切な監視を怠り、呼吸抑制ないし低換気の進行を見落としたと認定されている。

麻酔薬のほとんどは、呼吸抑制を来すので、手術直後の呼吸監視が重要である。このため、心電図、血圧、パルスオキシメーター、尿量、体温など術中より継続して行うモニタリングに加えて、特に意識状態、疼痛に注意を要する。

大阪地判の事案では、午後7時51分に麻酔科医が、患者に呼びかけ、開眼、握手、手の挙上を求めたこと

ろ、指示通りの反応があり、一旦覚醒したかにも見えるが、麻酔薬や鎮痛薬の残存・蓄積により再度意識レベルの低下を起こす場合があり、意識状態の確認は極めて重要である。大阪地裁の事案では、意識状態の確認をふくめたバイタルチェックは、医師が自ら行うか、看護師にゆだねる場合にはバイタルチェックに習熟した看護師に行わせ、かつ、異常が認められた場合には直ちに医師に連絡させる体制をとるべきであるとしたもので、いずれの裁判例も手術直後の呼吸監視や意識状態の監視を重要なものとして捉えており、妥当な認定であると評価できる。

- 1 吉村望ほか編「標準麻酔科学第3版」217頁。
- 2 後藤文夫著「麻酔科ガイドブック改訂第3版」227頁。
- 3 吉村ほか前掲書218頁。

学校内事故

—児童本人が責任能力を欠く場合

弁護士 上里 美登利

1 学校内で事故が起きることがありますが、児童本人が責任能力を欠く場合、誰がどのような責任を負うのでしょうか。

児童本人(未成年者)について、民法712条は、「未成年者は、他人に損害を加えた場合において、自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかったときは、その行為について賠償の責任を負わない。」と定めます(責任無能力者)。その代わりに、民法714条1項本文は、「その責任無能力者を監督する法定の義務を負う者は、その責任無能力者が第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。」と定めます(法定監督義務者)。他方、民法714条2項は、「監督義務者に代わって責任無能力者を監督する者も、前項の責任を負う。」と定めます(代理監督義務者)。そのため、学校内事故においては、親が責任を負うのか、教師が責任を負うのか、といったことが問題となり得ます。

なお、そもそも責任無能力者かどうかについては、年齢により一律に区切ることができるのではなく、加害行為の種類をはじめとする事案毎の差異を踏まえた検討が必要ですが、小学生以下は否定、中学生以上

は肯定というのが一応の目安と考えられます。

2 以下では、概ね加害者本人が責任無能力者である学校内事故の事例について、裁判例を分析してみました。

なお、本稿における分析、意見にわたる部分は、筆者の私見に基づくものであることをお断りさせていただきます。

神戸地裁昭和51年9月30日(判例時報856号73頁)

事故の態様

小学校3年生の授業中、隣席に座っていた同級生が、いたづらをしようと、鉛筆のとがった先を被害児童に向けてかざし、名を呼んで振り向いた瞬間に鉛筆を突き出し気味にしたため、左目に突き刺さった。

| 教師 | 学校長 | 市町村※3 | 親権者 | 加害者本人 |
|-----|-----|-------|-----|-------|
| △※2 | | ○※1 | ○ | |

判示(抜粋)

「本来法定監督義務者が負担している児童が加害行為をしないよう監督すべき義務は、右義務者が児童を監視し直接監督行為を及ぼすことができる範囲内で当該児童が加害行為に及ぼうとする場合にのみ履行すべきものではない。この場合にのみ監督義務を承認するならば、いかなる法定監督義務者といえども児童を常に監視し直接監督できる範囲内におくことは不可能であるから、民法714条の意義を不当に狭めることになるが故からである。」

「このことを太郎に即していえば、…他人の顔面を先の尖ったもので突いたりなどすると思わぬ大けがをさせることがあるからしてはならないこと、また、他人の人格は尊重しなければならないから他人の気持を大切にしないと、他人の嫌がるようなこと、特に他人の身体を故意又は重大な過失によって傷つけるようなことは厳につつまなければならぬこと…を日常平素から、少なくとも戒め教育することによっても監督すべき義務があると解せられるのである。」

東京高裁昭和59年4月26日(判例時報1118号181頁)

事故の態様

小学校4年生の児童が、校庭に設置されていた回旋塔での遊戯に加わろうとして円周内に入ったところ、遊戯中の加害者に衝突されて傷害を負った。

| 教師 | 学校長 | 市町村※3 | 親権者 | 加害者本人 |
|----|-----|-------|-----|-------|
| × | | | × | |

判示(抜粋)

児童の遊戯方法として一般に是認されている遊戯中に、遊戯者間において遊戯行為そのものに起因して生じた事故については、たとえ遊戯者の一員に過失があったとしても、違法性を有しないものとして、その者又はその監督義務者が賠償責任を負うことはない。

本件事故は、遊戯行為そのものに起因して発生したものであり、加害児童の故意行為によって生じたものではないから、違法性はないというべく、加害者の監督義務者に賠償責任は生じない。

宇都宮地裁 平成5年3月4日判決

(判例時報1469号130頁)

事故の態様

図工の授業時間中に、Sが自分の席を離れて被害児童の後方に来たときに、被害児童が後ろを振り向いた際、Sが持っていたハサミが被害児童の左眼に当たり、被害児童は左眼膜裂傷等の傷害を負った。

| 教師 | 学校長 | 市町村※3 | 親権者 | 加害者本人 |
|-----|-----|-------|-----|-------|
| △※2 | × | ○※1 | × | |

判示(抜粋)

「自分の行為についてその責任を弁識する能力のない児童が不法行為を行った場合には、その全生活関係について監督義務を負うべき親権者が、原則として、右不法行為による損害を賠償すべき責任を負う。児童が右不法行為を行ったときに小学校教育のために学校長等の指導監督の下に置かれ、学校長等が代理監督義務者としての責任を負うとしても、そのことによって親権者の右責任が当然に免除されることにはならない。」

「しかし、右不法行為の行われた時間・場所、その態様、児童の年齢等から判断して、当該行為が学校生活において通常発生することが予想できる態様のものであり、もっぱら代理監督義務者の監督下で行われたと認められる場合には、親権者は、その監督義務を怠らなかつたとして、責任を免れると解される。」

「本件事故はハサミの使用という小学校2年生の授業の中では児童間での傷害が生じやすい作業の中で、その危険が現実化したものであり、格別Sの個人的な能力・性格等に基づくものではなく、もっぱら学校長等の代理監督義務者の監督下で発生したものである。」

「以上によれば、…Sに対する監督義務を怠っていたものとして認められるから、…親権者としての責任を免れるものと解される。」

甲府地裁 平成16年8月31日判決(判例時報1878号123頁) 事故の態様

小学校4年生の「帰りの会」の最中、同じクラスの児童の投げた鉛筆を左目に受け、負傷。

| 教師 | 学校長 | 市町村※3 | 親権者 | 加害者本人 |
|----|-----|-------|-----|-------|
| | | ○※1 | ○ | |

判示(抜粋)

「児童が加害行為を行った際、小学校教育のために担任教諭等の指導監督の下に置かれ、代理監督義務者がその責任を負うとしても、そのことによって親権者の責任が当然に免除されることにはならない。」

「本件では、G(加害児童)は短気な性格で、問題行動が日頃からみられた…も窺われるのであるから、本件事故が学校教育の場において生じたことをもって、被告Eら(親権者)が自らの監督義務を怠らなかつたと認めることは到底できない。」

東京地裁 平成18年2月13日

(判例秘書判例番号 L 06131213)

事故の態様

小学校1年生の児童が、小学校の給食終了後の後片付け指導の時間において、大使用個室で便器に水を流そうとしていた小学校1年生児童をからかおうとして、個室の扉を勢いよく閉めたため、左手親指が扉の隙間に挟まり、指が切断されるという事故になった。

本件裁判は、加害児童の親権者が被害児童側と別訴で和解した後に、学校側(小学校を設置する市町村)に対して和解に基づき支払った金員の求償を求めたものである。

| 教師 | 学校長 | 市町村※3 | 親権者 | 加害者本人 |
|----|-----|-------|-----|-------|
| × | × | × | | |

判示(抜粋)

「公立の小学校の校長や児童の担任教諭が、学校教育法の趣旨などから、一定の場合に法定監督義務者に代わって、児童生徒を保護し監督する義務を負うことがあるのは明らかであるが、この校長や担任教諭の児童生徒に対する監督義務の及ぶ範囲については、その趣旨に照らし、親権者の監督義務のように児童生徒の全生活関係について広く及ぶものではなく、学校における教育活動及びこれと密接に関係する生活関係に限られ、それ以外の児童生徒の生活関係については及ばないものと解するのが相当である。」

また、いわゆる学校事故における上記監督義務の具体的な内容及び程度は、教育活動の性質、学校生活の時と場所、児童生徒の年齢や知能、身体の発育状況な

ど諸般の事情を踏まえて、当該学校事故が学校生活において通常生じるものと予測され、又は予測することが可能であるかどうかという観点から定まるものと解すべきである。」

「特に危険な行為に及んでいる児童又は及びそうな児童に対しては別論、児童一人一人について教諭が目を配って何をしているか把握し、例えば教室を離れている児童に対してこれに付き添って監督することまで求められているとはいえないというべきである。」

- ※1 教師に過失あり、国賠法1条により責任を負う。
- ※2 過失はあるが、「公権力の行使」により個人責任を負わない。
- ※3 学校設置者

3 上記裁判例等から、一定の基準を定立してみました。

(1) そもそも加害者側に賠償責任がない(行為の違法性が否定される)とされる場合

児童の遊戯方法として一般に是認されている遊戯中に、遊戯者間において遊戯行為そのものに起因して生じた事故。(前掲東京高裁昭和59年4月26日参照)

(2) 法定監督義務者の監督義務の範囲

ア 児童を直接監視し、直接監督行為を及ぼすことができる範囲内に限られない。(前掲神戸地裁昭和51年9月30日参照)

イ 親権者は、原則として、責任弁識能力のない児童による不法行為の損害を賠償すべき責任を負い、代理監督義務者が責任を負う場合でも、そのことによって親権者の責任が当然に免除されることにはならない。(前掲宇都宮地裁平成5年3月4日、甲府地裁平成16年8月31日参照)

しかし、

①不法行為の行われた時間・場所、その態様、児童の年齢等から判断して、当該行為が学校生活において通常発生することが予測できる態様のものであり、

②もっぱら代理監督義務者の監督下で行われたと認められる場合には、

親権者は、その監督義務を怠らなかったとして、責任を免れ得る。(前掲宇都宮地裁平成5年3月4日参照)

(3) 代理監督義務者の監督義務の範囲

親権者の監督義務のように児童生徒の全生活関係について広く及ぶものではなく、学校における

教育活動及びこれと密接に関係する生活関係につき、通常生じ得る態様の事故に限る。(前掲東京地裁平成18年2月13日参照)

後遺障害の認定 —CRPS、RSDについて

弁護士 北村 幸裕

1 CRPSとは

CRPSとは、Complex regional pain syndrome (複合性局所疼痛症候群)の頭文字をとったもので、痛みを伴う四肢の外傷や不動化を契機として、痛みや触覚刺激により誘発される痛み(アロディニア)、痛覚過敏が遷延する症候群である。

国際疼痛学会は、1994年、CRPSを、神経傷害を伴わないtype1(従来、RSD: Reflex sympathetic dystrophy (反射性交感神経性萎縮症)と呼ばれた病態に相当するもの)と、神経傷害を伴うtype2(従来、カウザルギーと呼ばれた病態に相当するもの)とに大別した経緯があり(2005年の新診断基準では、当該区別は撤廃され、臨床目的と研究目的を区別した診断基準が設けられた。)、CRPSを、RSDとカウザルギーを包括する上位概念として捉えている。

以下の記載では、CRPSという用語は、労災補償や自賠責保険においていまだ採用されていないことを踏まえ、判例等の引用を除き原則として使用せず、RSDやカウザルギーという表記を用いることとする。

2 実務での問題

交通事故等による外傷性の疼痛が、自賠責保険における後遺障害に該当する場合、詳細は後述するが、RSDやカウザルギーに該当すると、7級、9級、12級のいずれかの認定になる一方で、これらに該当しないと、12級、14級となる。このように、同じ疼痛でも、認定される等級に応じて、後遺障害慰謝料や逸失利益が大きく異なることから、実務上、RSDやカウザルギーの該当性が争われることは多い。

3 後遺障害等級における位置づけ

労災補償や自賠責保険では、カウザルギーについて

は、従来より、障害等級認定基準によって、後遺障害として認められていた。また、RSDも、平成15年の同基準改正によって、カウザルギー同様、「神経系統の機能又は精神の障害」の中の「その他の特徴的障害」の「疼痛等感覚障害」の「特殊な性状の疼痛」として規定されるようになった。

同基準における定義では、カウザルギーとは、末梢神経の不完全損傷によって生じる灼熱痛、血管運動性症状、発汗の異常、軟部組織の栄養状態の異常、骨の変化(ズデック萎縮)などを伴う強度の疼痛のことをいうとされている。

一方、RSDとは、尺骨神経等の主要な末梢神経の損傷がなくても、微細な末梢神経の損傷が生じ、外傷部位に、同様の疼痛が起こるものをいうとされている。

なお、RSDは、国際疼痛学会の分類上、末梢神経の損傷を伴わないものとされているが、労災補償や自賠責保険の基準では、上記の定義の記載からも明らかであるが、「微細な末梢神経の損傷が生じ」たことが前提となっていることに注意が必要である。

カウザルギーとRSDは、障害等級認定基準においては、疼痛の程度に応じて、7級、9級、12級に該当されるとされているが、RSDの場合は、カウザルギーとは異なり、①関節拘縮、②骨の萎縮、③皮膚の変化(皮膚温の変化、皮膚の萎縮)という慢性期の主要な3つのいずれの症状も健側と比較して明らかに認められる必要があるとされている。

そして、上記基準に基づき、疼痛が、カウザルギーやRSDに該当しないとされた場合には、当該疼痛が、「局部に頑固な神経症状を残すもの」(12級13号)、又は「局部に神経症状を残すもの」(14級9号)の該当性が検討されることになる。

4 自賠責保険におけるRSDの要件該当性の判断基準

RSDを自賠責保険上の後遺障害として認定するにあたり、上記3要件(①ないし③)をどの程度重視するかについては、見解が分かれている。

上記3要件いずれも満たす必要があるとする厳格説と、上記3要件は必須ではなく、認められなくとも後遺障害として認定することが可能とする緩和説がある。

厳格説に対しては、被害者に酷であるという批判があるほか、医学的診断基準として求められていない客観的な要件をもって認定することは医学的に誤っているとの批判がある。

しかしながら、損害賠償訴訟において、当事者が求めていることは、医学的に正しい診断を受けることで

はなく(そもそもそのような診断を、医学の専門家ではない裁判所による認定で行うことは困難があることは否定できない)、法的に公平な損害賠償額を算定することである。

このような観点からすれば、医学的に正しいかどうかは別として、客観的な基準によって、公平な損害賠償額を算定することが可能である上記認定基準は、法的には妥当であると言わざるを得ない。

なお、医学的に正しい基準としては、日本では、厚生労働省CRPS研究班が作成した「日本版CRPS判定指標」が最も有益であると考えられているようである。

5 裁判における認定手順・認定方法

近時の裁判例は、自賠責保険における後遺障害の認定基準の公平性、妥当性を考慮して、上記の厳格説を採用することとし、RSDを後遺障害として認定するためには、上記3要件のいずれにも該当することを要求するものが増加している。

そして、仮に、上記3要件を満たさず、後遺障害としてRSDを認定できない場合であっても、疼痛が存在している場合は、上記のとおり、当該疼痛を、12級13号又は14級9号に該当すると認定できるかどうかを検討している事例が多い。

したがって、RSDと疑わしき症状が残存している場合、裁判所の認定は、以下のとおりの手順で行われることとなる。

まず、自賠責保険の認定基準を参考として、RSD該当性を判断し、仮に、RSDに該当するのであれば、その疼痛の程度に応じて、7級、9級、12級の等級を認定する。

一方、RSDに該当しなくなれば、次に、その疼痛が、12級、14級又は非該当になるかどうかを認定することになる。

なお、疼痛の認定基準については、自賠責保険では、医学的に証明できる場合には12級、当該疼痛が医学的には証明できなくとも、一応の説明がつく場合には14級、いずれでもないものは非該当と判断されることになっている。当該基準は、裁判所の判断を拘束するものではないが参考にはなる。

6 具体的な裁判例

それでは、原告が後遺障害としてRSDに該当することを主張した実際の近時の裁判例(京都地判平成26年5月20日自動車保険ジャーナル1928号31頁)を例にして、上記認定手順と認定結果を見てみることにする。

当該訴訟は、原告は、右膝関節痛につき、自賠責保険の認定では、14級9号に該当するとされていたものの、CRPS (RSD) に該当するとして9級と認定すべきと主張したことから、当該右膝関節痛がCRPS (RSD) に該当するかどうか争われた事案である。

裁判所は、CRPS (RSD) に該当するかどうかについては、上記の厳格説を採用し、①関節拘縮、②骨の萎縮、③皮膚の変化(皮膚温の変化、皮膚の萎縮)という慢性期の主要な3つのいずれの症状も健側と比較して明らかに認められるかどうかを検討した結果、当該要件該当性が認められないとして、CRPS (RSD) には該当しないと認定した。

そして、次に、疼痛については、「原告が事故直後から一貫して強く訴えていた症状であり、日本版CRPS判定指標は満たす」等の事情が認められたことから、自賠責保険の12級13号(局部に頑固な神経症状を残すもの)に該当すると認定した。

まさに、上記の認定手順に従って、RSDと疑わしい疼痛症状の後遺障害該当性を判断しているのであり、上記のとおり、公平な損害賠償額を算定するという観点から、今後の裁判例の多くが、このような手順で判断していくものと予想される。

ただし、当該判決の結論には異論もあろう。

当該判決では、原告の右膝関節の疼痛について、自賠責保険では14級9号(局部に神経症状を残すもの)という認定に留まっていたのに、12級13号を認定している。

認定根拠として裁判所が挙げている事由のうち、事故当初から一貫して症状を訴えていたことは、自賠責保険上の認定基準を参考としても、12級13号に該当すると認定する根拠にはなりにくいことから、当該等級を認定した主たる根拠は、日本版CRPS判定指標に該当することと考えられる。

しかし、自賠責保険において12級13号に該当する場合は、例えば、画像上異常が確認できるとか、客観的な手段によって、疼痛の原因が確認できた場合を指すと考えられており、果たして、このような日本版CRPS判定指標が、画像等の客観的な手段と同視して良いのか問題があるように思われる。

判決文を読む限りでは、12級13号に該当するとの判断をする客観的な根拠に乏しいように思われ、個人的には、自賠責保険の認定どおり、14級9号と認定するのが妥当な結論であったのではないかと考える。

【参考文献】

- ・有富正剛『CRPS (RSD) の後遺症による損害の額の算定について』民事交通事故訴訟損害賠償額算定基準(赤い本)平成25年下巻23頁(公益財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部)
- ・日本賠償科学会編『賠償科学(改訂版)』628以下(民事法研究会平25)
- ・『労災補償障害認定必携』(一般財団法人労災サポートセンター 平23)

コーポレートガバナンス・コード 策定と原案の公表について

弁護士 草地 邦晴

1 はじめに

(1) コーポレートガバナンス・コード原案の公表

平成26年12月12日、コーポレートガバナンス・コードの策定に関する有識者会議は、「コーポレートガバナンス・コードの基本的な考え方(案)」「コーポレートガバナンス・コード原案」を公表した。^{1,2} この有識者会議は、金融庁と東京証券取引所を共同事務局として同年8月に発足したもので8回の審議を経て公表に至ったものであるが、平成27年1月23日までパブリックコメントの募集を経て、今後は、東京証券取引所において必要な制度整備を行った上で、同年6月1日から適用することが想定されている。

(2) 適用範囲と導入時期

同コードは、東京証券取引所(以下「東証」という。)における規則で具体化されることが予定されているように、その適用範囲は基本的に証券取引所への上場会社と考えられているので、現在のところ非上場の株式会社への適用は予定されていない。しかし、経産省で進められている「株主総会のあり方検討分科会」など、今後の会社法における改正議論への影響も否定できないところであり、また、適用を受けることになる上場会社については、東京証券取引所が具体的な規則改正を行ってから、予定されている適用時期(平成27年6月1日)までの期間がほとんどなく、十分な検討を行う猶予期間が見込めないため、スピード感をもった対応が必要とされる。

そのため、本稿執筆時(平成27年2月)には、未だ

「原案」という形にとどまっているが、同コード原案の基本的な考え方を紹介し、若干のコメントを述べたい。

2 背景と特徴

(1) コーポレートガバナンス・コード策定の背景と経緯

本コード策定の背景には、政府の主導による政策的な意図が色濃く存在している。平成25年6月には、日本経済再生本部が「日本再興戦略 - JAPAN is BACK -」³を公表したが、その中では、社外取締役導入を促進する会社法の改正の他、機関投資家が受託者責任を果たすための原則(日本版スチュワードシップ・コード)の検討が盛り込まれ、これを受けて、平成26年2月には「『責任ある機関投資家』の諸原則《日本版スチュワードシップ・コード》～投資と対話を通じて企業の持続的成長を促すために～」⁴が策定されている(以下、単に「スチュワードシップ・コード」といい、「コーポレートガバナンス・コード」については「本コード」という。)

さらに、日本経済再生本部は平成26年6月に「『日本再興戦略』改訂2014」⁵を公表し、「日本の『稼ぐ力』を取り戻す」方策の1つとして、OECDコーポレートガバナンス原則を踏まえたコーポレートガバナンス・コードの策定が盛り込まれ、来年の株主総会に間に合うよう支援を行うとされた。OECDコーポレートガバナンス原則⁶は平成16年には公表されていたが、ここに来て議論が急ピッチで進められることとなった。

(2) 特徴

本コード原案には、内容面においても会社実務に影響を与える重要なものを含んでいるが、その性質・在り方自体にもいくつかの重要な特徴がある。すなわち、本コードは、法律による細則的な規制を行うのではなく、ソフトローによるプリンシプルベース・アプローチを取っていることと、必ずしも実施が要求されているわけではなく、コンプライ・オア・エクスプレインの手法を採用しているところである(詳細は後記する)。このコンプライ・オア・エクスプレインの手法は、OECDコーポレートガバナンス原則やスチュワードシップ・コードにも採用されている考え方であり、会社法の平成26年改正における社外取締役を置いていない場合の理由の開示規制⁷でも採用された考え方

あるが、わが国ではまだ余りなじみのない手法と言えよう。

3 コーポレートガバナンス・コード原案の基本的な考え方

(1) 本コードの目的

原案においては、本コードの目的は、ステークホルダー(株主、顧客、従業員、地域社会等)に対する責務に関する説明責任を果たすことを含め、会社の意思決定の透明性・公正性を担保としつつ、これを前提とした会社の迅速果敢な意思決定を促すことを通じて、いわば「攻めのガバナンス」の実現を目指すとされている。そして、会社の事業活動に対する制約としてではなく、ガバナンスに関する適切な規律を求めることで、健全な起業家精神を発揮しつつ経営手腕を振るえるような環境を整えることが、狙いとされている(本コード原案6.～8.)。

もっとも、原案で同時に強調されているのは、株式市場における中長期の投資を促す効果や、株主(機関投資家)と会社との間の建設的な「目的を持った対話」(エンゲージメント)であり、スチュワードシップ・コードと本コードがいわば「車の両輪」とされている。これらの内容と日本再興戦略での位置づけなどから考えると、その大きな目的は、海外を含む機関投資家が我が国の上場会社の株式を、より長期間・大量に保有するための基盤を作ることにあり、一方で、機関投資家に対してはスチュワードシップ・コードに基づき、企業の企業価値の向上や持続的成長を促すことで中長期的な投資リターンを拡大するよう求めるとともに⁴、他方で、上場会社に対しては、本コードに基づき、機関投資家の求める情報の開示や対話に応えるとともに、さらなる企業価値の向上を求めているものと見ることもできよう。

(2) プリンシプルベース・アプローチ

本コードの1つの特徴は、いわゆる「プリンシプルベース・アプローチ」(原則主義)を採用していることにある。対比される概念は「ルールベース・アプローチ」(細則主義)であり、これが厳密な定義と詳細な規定を置く在り方であるとする、プリンシプルベース・アプローチでは、抽象的な原則(プリンシプル)を定め、適用される会社とその趣旨に照らして適切に解釈して運用することを想定したものとされている(本コード原案10.)。

原案の基本原則は5項目であるが、これにぶら下がる原則とさらに補充原則も定められていることから、原則は広範囲に及んでいる。検討を行うべき要素や、考慮・配慮すべき事項などが定められているにとどまるものが多いが、補充原則においてはかなり具体的な定めも含まれている。

こうしたプリンシプルベース・アプローチは、それぞれの会社の実情に応じた解釈を許容するので、より適切で柔軟な対応が可能というメリットがあるが、他方で、具体的な在り方が原則を満たしていると言えるかどうかは曖昧になるため、実務的な対応については、判断に迷う場面が多くなることが懸念される。

(3) コンプライ・オア・エクスプレイン

また、本コードは、法的拘束力を有する規範ではなく、いわゆる「コンプライ・オア・エクスプレイン」(原則を実施するか、実施しない場合には、その理由を説明するか)という手法が採用されている。つまり、本コードに定められた原則が、当該会社の個別事情に照らして実施するのが適切ではないと考えた場合には、原則を採用せず、「実施しない理由」を十分に説明することで代えることができる(本コード原案11.～12.)。

原案では、原則を実施していないことのみをもって、実効的なコーポレートガバナンスが実施されていないと機械的に評価することは適切ではないと戒めているが、表向きには実施しない理由を十分に説明することは難しい場面も想定され、事実上原則の導入をせざるを得なくなることは想定される。もともと、そのために原則の実施が促進されることをこの手法は企図しているとも言え、本コードが証券取引所の規則の中に置かれることになれば、上場会社としては原則を導入しない場合には、かなり慎重な姿勢が求められることになる。

(4) ソフトロー

本コードは、法律の定めなどの法的拘束力を伴う法規範(ハードロー)ではなく、証券取引所における規則を通じて実現が図られるソフトローという位置づけをとっている。国会での審議を経たものではなく、これに違反したからといって国家機関からの制裁が予定されているものでもないが、内容的には、会社法で定められている条項に関するものも含まれており、会社法では認められている裁量の範囲が狭められる効果を持つものもある。

上場企業にとっての証券取引所の規則はもともとそのような性質のものとも言えるが、かなり踏み込んだ内容のものも含まれており、会社法だけではなく、その他の法律も含めた整合性について、より十分な検討を行う必要があるものも含まれているように思われる(原案においても、背景説明で今後の検討に委ねられている部分も見られる。)

いずれにしろ、今後東証で具体的に導入されることになるコードと規則の内容に注目していく必要があるところであるが、実務がかえって混乱したりすることがないように、パブリックコメントの意見も十分踏まえた検討が求められるところである。

4 コーポレートガバナンス・コード原案の概要

本コード原案は、5つの基本原則とこれを具体化した原則、補充原則からなる。その詳細については、今後の修正も予想され、紙面の都合もあるので、本稿では割愛することとしたいが、ごく概略についてのみ触れておく。

(1) 基本原則1：株主の権利・平等性の確保

原則では上場会社の資本政策、政策保有株式、買収防衛策等に関する方針の具体的な説明を行うことなどが盛り込まれている。

実務的に注意を要するのは、株主総会での権利行使を容易にするための環境整備である。特に、海外投資家や機関投資家を念頭におき、株主総会関連の日程(決算期末、基準日、招集通知の送付、総会開催日とその関係)についての原則、名義株主ではない実質株主の権利行使に関する原則が盛り込まれているところ、実現にはかなり困難な問題も孕んでいるところから、実務対応には注意が必要である。

(2) 基本原則2：株主以外のステークホルダーとの適切な協働

原則では、経営理念や行動準則の策定や、社会・環境問題をはじめとするサステナビリティ(持続可能性)への対応、女性の活用を含む社内での多様性の確保、内部通報の体制整備などが求められている。

(3) 基本原則3：適切な情報開示と透明性の確保

原則では、会社意思決定の透明性、公正性の確保が求められているが、とりわけ、経営陣幹部、取締役や監査役の候補者の指名、選任、報酬の決定についての方針や手続の公表が求められている。

(4) 基本原則4：取締役会等の責務

基本原則において株主に対する受託者責任・説明責任を踏まえた、持続的成長と中長期的な企業価値の向上、収益力・資本効率等の改善を図る責務を適切に果たすべきことがうたわれている。

原則において注目されるのは、上場会社は独立社外取締役を少なくとも2名以上選任すべきである、とされていることである(自主的判断で3分の1以上とする場合にも触れている)。すでに東証の上場規則では少なくとも1名の独立役員を確保することが義務づけられているが、社外取締役の選任をさらに推し進める内容で、さらに別の原則では、社外取締役による問題提起を含めた自由闊達で建設的な議論や、取締役、監査役に適合したトレーニングの機会の提供や支援なども盛り込まれている。

(5) 基本原則5：株主との対話

基本原則では、「その持続的な成長と中長期的な企業価値の向上に資するため、株主総会の場以外においても、株主との間で建設的な対話を行うべき」とされている。本コード原案の1つのポイントともなっているのが、この「目的をもった対話」(エンゲージメント)である。

補充原則では、合理的な範囲で、経営陣幹部や取締役が面談に臨むことが基本ともされているところであるが、株主平等原則の下でどの株主(機関投資家含む)にどのような対応を行うのか、またインサイダー情報の管理をどのように行うのか等、実務的には難しい問題も孕んでいると言えよう。

5 最後に

先にも述べたように、本コードの策定には政治的な背景があり、実務にも配慮した十分な議論が尽くされてきたものとは言いがたいところがある。予定されたスケジュールの中で今後修正、具体化がなされていくものと思われ、動きに注目していく必要がある。上場会社の実務に与える影響は少なくなく、また今後の会社法改正への影響も考えられるところであるから、本コードの制定にあたっては、株式市場・株主という視点に偏ることなく、他のステークホルダーとの関係も含め、法体系全体の中で、バランスのとれた株式会社の在り方が議論されていくことに期待したい。

1 「コーポレートガバナンス・コードの策定に関する有識者会議」

(金融庁・東証)

- <http://www.fsa.go.jp/singi/corporategovernance/index.html>
- 2 コーポレートガバナンス・コードの基本的な考え方(案) コーポレートガバナンス・コード原案 ～会社の持続的な成長と中期企業価値向上のために～ 平成26年12月12日 コーポレートガバナンス・コードの策定に関する有識者会議
<http://www.fsa.go.jp/news/26/sonota/20141217-4/01.pdf>
 - 3 日本再興戦略 - JAPAN is BACK - 平成25年6月14日 日本経済再生本部
http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/saikou_jpn.pdf
 - 4 『責任ある機関投資家』の諸原則《日本版スチュワードシップ・コード》
平成26年2月26日 日本版スチュワードシップ・コードに関する有識者検討会
<http://www.fsa.go.jp/news/25/singi/20140227-2/04.pdf>
『スチュワードシップ責任』とは、機関投資家が、投資先企業やその事業環境等に関する深い理解に基づく建設的な『目的を持った対話』(エンゲージメント)などを通じて、当該企業の企業価値の向上や持続的成長を促すことにより、『顧客・受益者』(略)の中長期的な投資リターンの拡大を図る責任を意味する。本コードは、機関投資家が、顧客・受益者と投資先企業の双方を視野に入れ、『責任ある機関投資家』として当該スチュワードシップ責任を果たすに当たり有用と考えられる諸原則を定めるものである。』
スチュワードシップコードを受け入れる機関投資家は、金融庁に届け出た上、ホームページ等にコードに従った情報の開示等を行うこととなる。2014年末までに受け入れ表明した機関投資家は175社。
<http://www.fsa.go.jp/news/26/sonota/20141209-1.html>
 - 5 「日本再興戦略」改訂2014 ―未来への挑戦―
平成26年6月24日 日本経済再生本部
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/honbunJP.pdf>
 - 6 OECDコーポレート・ガバナンス原則 2004 OECD
http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oecd/pdfs/cg_2004.pdf
 - 7 会社法327条の2(社外取締役を置いていない場合の理由の開示)

妊娠・出産等を理由とした 不利益取扱いの禁止について ―最高裁平成26年10月23日判決から

弁護士 茶木 真理子

第1 はじめに

1 男女雇用機会均等法(以下「均等法」という。)9条3項、育児・介護休業法10条では、妊娠・出産等を理由とした不利益取扱いを禁止している。このうち、均等法9条3項では、平成18年の改正前は、妊娠・出産、産前産後休業を取得したことを理由とする解雇のみが禁止されていたが、改正後はこれに加えて、

妊娠又は出産に関する事由であって厚生労働省令で定めるもの(例えば、妊娠中の時差出勤など均等法による母性健康管理措置や、深夜業免除など労働基準法による母性保護措置を受けたことなど)を理由とする解雇その他不利益取扱いが禁止されることになった。

2 厚生労働省の発表によれば、平成25年に都道府県労働局雇用均等室に寄せられた相談の中で、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関するものは、前年と比べて増加している傾向にあるとのことである。また、事業主側からは、実際の個々の事例において、妊娠・出産をした女性労働者の処遇について、業務上の必要性との関係から、均等法9条3項が禁止する不利益取扱いに該当するか否かの判断に頭を悩ませるとの相談が寄せられることもある。

3 ところで、労働基準法65条3項は、「使用者は、妊娠中の女性が請求した場合においては、他の軽易な業務に転換させなければならない」と規定している。厚生労働省令では、この条項に基づき妊娠中の女性労働者が他の軽易な業務へ転換したことも、均等法9条3項の「妊娠又は出産に関する事由」にあたるとしているから、これを理由とした不利益取扱いも禁止されることになる。

今般、女性労働者につき妊娠中の軽易な業務への転換を契機として降格させた事業主の措置が均等法9条3項の禁止する不利益取扱いに該当するか否かが争われた事例において、最高裁の判断が示された(最高裁平成26年10月23日判決)。この判決については、均等法9条3項や育児・介護休業法10条の適用に関し、実務における一つの指針になると思われるので、本稿において紹介し、検討を加えてみたい。

第2 事案の概要

1 理学療法士である原告は、被告と雇用契約を締結し、被告の経営する病院のリハビリ科に配属された。このリハビリ科には、患者の自宅を訪問してリハビリを行うチーム(「訪問リハビリチーム」と)と病院内でリハビリを行うチーム(「病院リハビリチーム」と)があり、原告は、当初、訪問リハビリチームに配属されていたが、後に病院リハビリチームに異動すると同時に、リハビリ科の副主任に任ぜられた。さらに、その後、原告は、病院リハビリチームから訪問リハビリチームへ異動となったが、副主任の地位は維持された。なお、この後、被告は、訪問リハビリ業務を被告が運営する別の訪問介護施設へ移管

し、これに伴い、原告はこの介護施設の副主任となった。

2 平成20年2月、原告は妊娠したため、労働基準法65条3項に基づいて軽易な業務への転換を請求し、転換後の業務として、身体的負担が小さいとされていた病院リハビリ業務を希望した。原告の希望通り、病院リハビリチームへの転換は認められたものの、これに伴い、原告は副主任を免ぜられることになった。

3 原告は、産前産後休業、育児休業を経て職場復帰したところ、原告の希望に添う形で訪問リハビリ業務を行う介護施設へ復帰することになった。しかし、原告より職歴の6年短い職員が既に副主任に任ぜられていたため、原告が再び副主任に任ぜられることはなかった。原告は、副主任に任ぜられないことを不服として、病院へ強く抗議し、副主任を免じた措置及び副主任に復帰させない措置が人事権の濫用及び均等法9条3項に違反するなど主張して、本件訴訟を提起するに至った。なお、副主任の場合の管理職手当の金額は、月額9500円であった。

4 第一審である広島地裁平成24年2月23日判決及び原審である広島高裁平成24年7月19日判決は、要旨次のとおり述べて、原告の請求を棄却した。まず、副主任を免じた被告の措置については、(洪々であるとしても)原告の同意があったと評価し、副主任を置く必要がないという人事配置上の必要性に基づいて行われたものであるから、人事の裁量権の範囲内であったとした。また、育児休業からの復職時に原告を副主任に戻さなかった措置についても、復帰先については原告の希望を聞くなどして慎重に検討されたうえで、すでに復帰先に副主任がいた等の事情から人事の裁量権の範囲内で行われたものであり、妊娠・出産に関する事由のみによって、また、育児休業をしたことのみによって、不利益な扱いをしたのではないとした。

第3 最高裁の判断

これらの一審及び原審の判断に対し、最高裁は、次のとおり述べて、原判決を破棄し、軽易な業務への転換に際して副主任を免じた措置について更に審理を尽くさせるため、原裁判所である広島高裁へ事件を差し戻すとの判断をした。

1 均等法9条3項の規定は、均等法の目的(1条)や基本理念(2条)を実現するために、これに反する措置を禁止する強行規定として設けられたものと解すべ

きであり、女性労働者につき、妊娠、出産、産前休業の請求、産前産後の休業又は軽易業務への転換等を理由として解雇その他不利益な取扱いをすることは違法であり、無効である。

2 一般に降格は労働者に不利な影響をもたらす処遇であるところ、女性労働者につき妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として同項の禁止する取扱いに当たるものと解される。ただし、①当該労働者が軽易業務への転換や上記措置により受ける有利な影響の内容・程度、上記措置により受ける不利な影響の内容・程度、上記措置に係る事業主による説明の内容その他の経緯、当該労働者の意向等に照らして、当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき、又は、②事業主において、当該労働者につき降格の措置を執ることなく軽易業務への転換をさせることに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容・程度、上記の有利又は不利な影響の内容・程度に照らして、上記措置につき均等法の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するときは、同項の禁止する取扱いに当たらないものと解するのが相当である。

3 そして、上記①に関しては、有利又は不利な影響の内容・程度の評価に当たって、上記措置の前後における職務内容の実質、業務上の負担の内容や程度、労働条件の内容等を勘案し、当該労働者が上記措置による影響につき事業主から適切な説明を受けて十分に理解した上でその許否を決定し得たか否かという観点から、その存否を判断すべきものと解される。また、上記②に関しては、業務上の必要性の有無及びその内容・程度の評価に当たって、当該労働者の転換後の業務の性質や内容、転換後の職場の組織や業務態勢及び人員配置の状況、当該労働者の知識や経験等を勘案するとともに、上記の有利又は不利な影響の内容や程度の評価に当たって、上記措置に係る経緯や当該労働者の意向等をも勘案して、その存否を判断すべきものと解される。

4 本件では、原告が軽易業務への転換及び副主任を免じられたという措置により受けた有利の内容・程度は明らかではない一方で、原告が本件措置により受けた不利な影響の内容・程度は管理職の地位と手当等の喪失という重大なものである上、本件措置に

よる降格は、軽易業務への転換期間の経過後も副主任への復帰を予定していないものといわざるを得ず、原告の意向に反するものであったというべきである。にもかかわらず、育児休業終了後の副主任への復帰の可否等について原告が病院から説明を受けた形跡はなく、不十分な内容の説明を受けただけであり、原告が自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するということはできない。

また、病院において原告につき降格の措置を執ることなく軽易業務への転換をさせることに業務上の必要性から支障があったか等は明らかではなく、本件措置により原告の業務上の負担の軽減が図られたか否か等も明らかではない一方で、原告が受けた不利な影響は管理職の地位と手当等の喪失という重大なものであること等から、原告の意向に反するものであったというべきであるから、本件措置について業務上の必要性の内容・程度、業務上の負担の軽減の内容・程度を基礎付ける事情の有無などの点が明らかにされない限り、均等法9条3項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情の存在を認めることはできない。

第4 若干の検討

1 上記最高裁判決を受けて、平成27年1月23日には均等法の通達解釈が以下のとおり改正された(なお、育児・介護休業法の通達解釈についても、同様の内容で改正されている)。

・妊娠・出産等の事由を契機として不利益取扱いが行われた場合は、原則として、妊娠・出産等を理由として不利益取扱いがなされたと解されるものであること。

・ただし、

イ①円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障があるため当該不利益取扱いを行わざるを得ない場合において

②その業務上の必要性の内容や程度が、均等法9条3項の趣旨に実質的に反しないものと認められるほどに、当該不利益取扱いにより受ける影響の内容や程度を上回ると認められる特段の事情が存在すると認められるとき

ロ①契機とした事由又は当該取扱いにより受ける有利な影響が存在し、かつ、当該労働者が当該取扱いに同意している場合において

②当該事由及び当該取扱いにより受ける有利な

影響の内容や程度が当該取扱いにより受ける不利な影響の内容や程度を上回り、当該取扱いについて事業主から労働者に対して適切に説明がなされる等、一般的な労働者であれば当該取扱いについて同意するような合理的な理由が客観的に存在するとき

については、この限りではないこと。

・「契機として」とは、基本的に当該事由が発生している期間と時間的に近接して当該不利益取扱いが行われたか否かをもって判断すること。

2 本判決は、軽易な業務への転換に際して降格させたという事例に対する判断ではあるが、最高裁が判決の中で示した規範については、今後、妊娠・出産をした女性労働者に対する処遇を考える上で、広く参考にすべきものである。

上記通達でも整理されているとおり、本判決によれば、妊娠・出産、育児休業等を契機として不利益取扱いが行われた場合は、原則として均等法や育児・介護休業法に違反すると推定され、例外事由に該当することを事業者側が主張・立証する必要があるということになる。

そして、仮に事業者側が例外事由のうち「不利益取扱いを行う業務上の必要性がある」(上記イの場合)との主張をする場合には、まずは業務上の必要性から不利益取扱いをせざるを得ない事情の存在が前提となり、さらに、その業務上の必要性が労働者が不利益取扱いにより受ける影響の内容や程度を上回るものといえるかがポイントになると考えられる。また、事業主側が例外事由のうち「不利益取扱いについて労働者の同意がある」(上記ロの場合)との主張をする場合は、労働者の同意はもちろん、労働者に対して行われた措置により労働者が有利な影響を受けるといえる客観的な事実の存在がまずは必要になると考えられる。そのうえで、その有利な影響が労働者が受ける不利な影響を上回ることや、労働者に対する適切な説明がなされたといった事情から、一般的な労働者であれば同意すると客観的にいえる場合でなければならぬと解される。すなわち、単に、形式的に労働者の同意があったという事実では足りず、その同意が一般的な労働者を基準とした場合に同意するといえるような客観的な状況のもとになされたことが必要となると解される。一審及び原審は、原告の同意があったことを重視して均等法9条3項に違反しないとの判断をしたものと思われる。これに対し、最高裁は、その同意は形式的な

ものでは足りず、事業主側からの十分な説明を経たうえで、労働者が十分に理解した上でなされたものであったかの検討が必要であるとするものと解される。

3 いずれにせよ、本判決によれば、妊娠・出産等を契機とした不利益取扱いが均等法9条3項に違反しない場合はかなり限定されたと考えられる。本判決は、業務上の必要性や形式的な労働者の同意があることを理由に、簡単に不利益取扱いが行われることに対して警告を発したものであり、均等法や育児・介護休業法の目的や趣旨からすれば、極めて妥当な判断であるといえる。

19世紀英国における著作権 存続期間の議論について

弁護士 坂田 均

1 著作権の存続期間とは、著作物が権利として保護される期間のことである。現在の日本法では、原則として、創作の時から著作者の死後50年を経過するまでの間保護されるとされている(51条)。この期間中、著作者は著作物を排他的に利用してその利益を享受することができる。

世界で最初の著作権法といわれている1710年法(Statute of Anne)では、原則として、出版の時から14年間とし、もし満了時に著作者が生存しているときはさらに14年間延長するとされていた。ただ、当時の英国では、多くの場合、著作権は原稿と一緒に出版業者ら(印刷業者、書籍出版業者、書籍販売業者を含む)に譲渡されていて、著作者の手元にはなかった。従って、著作権の存続期間は、実質的には、出版業者らの独占出版期間として機能していたのである。

18世紀後半、この存続期間の有効性について、出版業者らの間で多くの法廷闘争が生じる。

その中でも最も重要なのがMillar v. Taylor (98 Eng. Rep. 201, KB1769)事件である。詩人ジェームス・トムソンの人気作品「四季」の存続期間が28年で終了したとき、早速、出版業者テーラーが複製本を出版した。これに対して、著作権者ミラーは、著

著作権は消滅していないとして差止請求を提起したのである。裁判所は、意外にも、著作権はコモンロー上の権利であるから、1710年法が定める存続期間28年が経過しても著作権は消滅しないと判断した。この判断により、出版業者ミラーは「四季」の出版をその後も継続することができたし、当時、主要な書籍の著作権を独占していたロンドンの出版業者ら（多くは出版業者のギルドである the Stationer's Companyの組合員であった）は安堵した。彼らの著作権は永久に保護され、28年という期間制限を気にせず、その後も主要な書籍出版を独占することができるからである。しかし、この判決に対する新興勢力の反発は強く、さらに法廷闘争が繰り返されることになる。

この事件で裁判長を務めたマンスフィールド伯は、判決理由中で、「出版後のコピー（著作物）はコモンローによって保護され、アン法による登録義務、存続期間、その他の条項から独立している」と述べている。彼は、さらに、「才能と努力による金銭的利益は著作者に収穫させるべきである」と述べ、ジョン・ロック風の考えを示している。彼の論旨は、無体財産権についての深い理解と先例に対する広い知識に裏打ちされており、かなりの説得力をもつものであった。

しかし、マンスフィールド伯のこの判断は、5年後のDonaldson v Becket (1 Eng. Rep. 837, HL 1774) 事件によってあっけなく覆される。裁判所は、著作権は、コモンロー上の権利ではなく、1710年法の定める28年を超えては存続しないと判断したのである。この判決の中で、裁判官の一人であったカメデン公は、著作権の存続期間の伸長は、結果として、社会への知識の普及を阻害するものであると捉え、啓蒙主義の観点からマンスフィールド伯のコモンロー論を痛烈に批判している。

2 19世紀に入ると、英国では新聞や雑誌の市場が形成され、作家、詩人、批評家などの文筆家がパトロンから次第に自立し、職業として生計を立てることができるようになってきた。ディケンズ、サウディ、ワーズワスの時代である。

この時期になると、著作権は著作者のための権利として強化されるべきであるとの議論が活発化する。それは、出版業者の「独占」のための道具ではなく、正真正銘、作家や詩人などの著作者のための議論である。

著作権の存続期間について、サウディは次のように述べている(1813年サウディ書簡集Ⅱ320頁)。

「文学的財産は他の財産権と同じように相続されるべきである。私の文学上の労力によって生み出された財産を28年間で私と相続人から取り上げるのは公正ではない。」

サウディのこの考え方も、ジョン・ロックの労働価値論の影響を受けたものと思われるが、文学作品などの著作物は一般の財産権と同じ様に保護されるべきであるとするものである。彼は、このあとの1842年法成立に向けて、著作者の存命期間 (lifetime) + a の存続期間論を展開することになるが、この書簡の時点では、著作権が永久の権利であること、また、同時に、将来の彼の相続人の生活について懸念があることを表明した、にとどまる。

同様に、イサック・ディズレリは、「ミルトンの娘が父の『失樂園』を遺産として承継していれば、彼女はミルトンの愛好家からの施しにそれほど感謝しなくて済んだはずである。」(Calamities of Authors, 2 vols., 1: 25, 41pp) としている。ミルトンが「失樂園」の著作権料として5 ㄖしか受け取っていないという話は有名である (C. Seville, Literary Copyright reform in Early Victorian England 1999 159pp)。著作権の存続期間の問題は、著作者と相続人の生活の確保という要請と密接に関連していたのである。

3 著作権の存続期間に関し、「生存期間 (lifetime)」というアイデアが初めて登場したのは1814年法においてである。すなわち、同法では、出版から28年が経過したときに、著作者がまだ生存しているときは、「余命期間 (the residue of his/her natural life)」権利が存続するとしていた(9条)。

1710年法と比較すると、1814年法の「生存期間」という発想は画期的である。1710年法は、著作権といいながら、本質は、古い時代の出版業者のための特権制度「レターズ・パテント (Letters Patent)」の色彩を残しており、著作者を保護するという発想は薄かった。これに対し、1814年法の「生存期間」には、サウディの考え方と同じく、自然法に由来するジョン・ロックの労働価値論やコモンローの影響が認められるからである。著作者の労働の成果は所有権と同じように財産権として保護されるべきであるという考え方である。

では「生存期間」というアイデアはどのような議

論を経て立法化されたのであろうか。残念ながら、議会において「生存期間」または「余命期間」が存続期間として導入されるに至った経緯はよく分っていない。

ケンブリッジ大学CIPIL (Centre for Intellectual Property and Information Law) の研究調査 (Primary Sources on Copyright 1450-1900) によると、「残存余命の利益」は、サムエル・イガートン・ブリッジズ (Samuel Egerton Brydges) 下院議員によって提案されたものと思われる。彼は、1814年7月18日、委員会案に対して同月19日に存続期間の伸長について意見を述べるとしていたが、翌日を含め、その後の下院議事録にそのような議論の形跡がない。1814年法に関しては書籍の寄託 (deposits) が大きな争点だったので、存続期間の議論は行われなかった可能性も高い。もしこの理解が正しいとして、このような重大な変更が、十分な議論なく下院と貴族院を通過したというのは、政治の不思議である。

4 1842年法で著作者の「生存期間」+7年間で存続期間とされ、初めて著作者の死亡後も権利が存続することとされた。

1838年、ワーズワースはクロニクル誌に、著作者の権利は「永遠の権利」であるべきだとの記事を掲載している (Seville 138pp)。また、ロンズデール公にあてた書簡では、「私が作家として無心に生涯をかけた作品について、私の家族への金銭的見返りを期待することは許されるべきである。それなのに、法が著作権に介入して、私の作品が私の死後『公有財産』になることについて国に異議を述べたい。」 (The letters of William and Dorothy Wordsworth, 2nd edn. VI1835)

1842年法の成立に関しては、下院議員であったトーマス・タルフォードの並々ならぬ努力が評価されるべきである。タルフォードは、1837年から数種類の立法案を提出している。1837年法案は、「存続期間28年の経過により、著作権は著作者に戻り (revert)、その後、著作者の余命期間と死後60年間の保護が与えられる」としている。これが議論を巻き起こした60年論といわゆる権利復帰条項 (Retrospective Clause) である。彼は、徹底的に著作者の保護を訴え、28年経過後に一旦著作権を著作者に戻すことを主張したのである。

ただ、「生存期間」+ a 論は、もともとサウディのオリジナルであったようだ。サウディによると、

「生存期間」+ a に関して、タルフォードとの間で、以下の会話がなされている。

「著作権法上の疑問についてタルフォードとロンドンで会った。彼は、存続期間は著作者の死亡から起算すべきであるとの私のサジェスションを受け入れた。彼が存続期間は死後60年といった時に、私はリースのように99年を提案した。」(サウディ セレクション IV 511pp)。

一旦は、サウディやワーズワースの支持を得て、タルフォードの提案が通るかに見えたが、しかし、彼らの運動は、マッコウレイが登場することによってあっけなく崩れ去るのである。

5 マッコウレイはインドで行政官や立法担当者として手腕を発揮した後、帰国して下院議員になった。彼の思想は改革派であり、自由貿易主義であった。読書層の拡大に対して、マッコウレイは、書籍市場においても自由貿易の原理を適用しようとした (Seville 65pp)。

著作権の存続期間については、出版から生存期間または42年の長い方という案を提案している。

「独占により、商品は市場に出なくなり、高価になる。」という一般論を著作物にもあてはめ、著作権の存続期間の伸長を「独占」の強化と捉えたのである。また、著作権使用料の徴求は文芸作品に対する「租税」であるとの議論も展開している。

さらに、マッコウレイは、著作者の子孫が著作権を承継すると、子孫の恣意によって社会的に有用な作品が社会に出てこなくなる危惧があると訴えている。存続期間の伸長によって、市民らの書籍へのアクセスが阻害されると主張するのである。

彼の議会での演説 (Speech on Copyright, delivered in the House of Commons, Feb 5th, 1841, and Apr 6th 1842) は、現在でも知る人ぞ知る有名なものであるが、当時、議会で優位に立っていたタルフォードの勢力を抜群の説得力をもって一夜にして崩壊させてしまったのである。

タルフォードとマッコウレイはそれぞれの提案を譲らず、存続期間の伸長問題の調整は困難であると思われた。

最後は、当時下院の院内総務で、その前後に首相であったロバート・ピールによって妥協案が作成され、1842年法は生存期間+7年で落ち着いたのである。

マッコウレイがインドに留まっていたら、そして、著作権存続期間の問題への関心を寄せなければ

ば、おそらくタルフォードの提案が通っていたはずである。この議論に登場するまで、マッコウレイには著作権法に関する発言はなく、また、存続期間中長反対派に属していたと云うこともない。

歴史はその時々偶然によって翻弄されることがあるという教訓である。

相続開始と同時に当然に 相続分に応じて分割されない債権

弁護士 井上 博隆

1、はじめに

預金のような金銭債権は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割され、遺産分割手続を経ることなく、各相続人に相続分に応じて帰属するとされている（最判昭29.4.8民集8巻4号819頁、最判平10.6.30民集52巻4号1225頁他）¹

これは、分割債権であることを根拠にしている。²

最近、株式、投資信託受益権、個人向け国債等について、分割債権であることを否定し、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されるのではなく、遺産分割手続が必要であるとした最高裁判決が出ているので、預金と同様に、金銭債権との類似性から、当然分割になると考えるむきもないとはいえないことから、整理してみた。

2、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されない債権

(1) 株式

最判は、株式は、株主たる資格において会社に対して有する法律上の地位を意味し、株主は、株主たる地位に基づいて、剰余金の配当を受ける権利（会社法105条1項1号）、残余財産の分配を受ける権利（同項2号）などのいわゆる自益権と、株主総会における議決権（同項3号）などのいわゆる共益権とを有するので、このような株式に含まれる権利の内容及び性質に照らせば、共同相続された株式は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはないとする（最判昭45.1.22民集24巻1号1頁、最判平26.2.25判時2222号53

頁）。

(2) 委託者指図型投資信託受益権³

従前見解が分かっていたが、前掲最判平26.2.25は、「委託者指図型投資信託受益権は、委託者指図型投資信託（投資信託及び投資法人に関する法律2条1項）に係る信託契約に基づく受益権であるところ、これは、口数を単位とするものであって、その内容として、法令上、償還金請求権及び収益分配請求権（同法6条3項）という金銭支払請求権のほか、信託財産に関する帳簿書類の閲覧又は謄写の請求権（同法15条2項）等の委託者に対する監督的機能を有する権利が規定されており、可分給付を目的とする権利でないものが含まれている。このような権利の内容及び性質に照らせば、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはないものというべきである。」とする。⁴

(3) 外国投資信託に基づく受益権

前掲最判平26.2.25は、「外国投資信託は、外国において、外国の法令に基づいて設定された信託で、投資信託に類するものであり（注3参照）、上記投資信託受益権の内容は、必ずしも明らかではない。しかし、外国投資信託が同法に基づき設定される投資信託に類するものであることからすれば、委託者指図型投資信託に係る信託契約に基づく受益権と同様、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはないものとする余地が十分にあるというべきである。」とする。

(4) 委託者指図型投資信託の受益権につき、共同相続開始後に発生した元本償還金、収益分配金

最判平26.12.12金判1458号16頁は、前記(2)の最判平26.2.25の委託者指図型投資信託の受益権は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはないという判決を受けて、「その元本償還金又は収益分配金の交付を受ける権利は上記受益権の内容を構成するものであるから、共同相続された上記受益権につき、相続開始後に元本償還金又は収益分配金が発生し、それが預り金として上記受益権の販売会社における被相続人名義の口座に入金された場合にも、上記預り金の返還を求める債権は当然に相続分に応じて分割されることはない。」と判断している。

(5) 個人向け国債

前掲最判平26.2.25は、「個人向け国債の発行等に関する省令2条に規定する個人向け国債について、個人

向け国債の額面金額の最低額は1万円とされ、その権利の帰属を定めることとなる社債、株式等の振替に関する法律の規定による振替口座簿の記載又は記録は、上記最低額の整数倍の金額によるものとされており(同令3条)、取扱機関の買取りにより行われる個人向け国債の中途換金(同令6条)も、上記金額を基準として行われるものと解される。そうすると、個人向け国債は、法令上、一定額をもって権利の単位が定められ、1単位未満での権利行使が予定されていないものというべきであり、このような個人向け国債の内容及び性質に照らせば、共同相続された個人向け国債は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはないものというべきである。」とする。

(6) 旧郵便局の定額貯金債権⁵

最判平22.10.8民集64巻7号1719頁は、旧郵便貯金法は、定額郵便貯金につき、「一定の据置期間を定め、分割払戻しをしないとの条件で一定の金額を一時に預入するものと定め(7条1項3号)、預入金額も一定の金額に限定している(同条2項、郵便貯金規則83条の11)。同法が定額郵便貯金を上記のような制限の下に預け入れられる貯金として定める趣旨は、多数の預金者を対象とした大量の事務処理を迅速かつ画一的に処理する必要上、預入金額を一定額に限定し、貯金の管理を容易にして、定額郵便貯金に係る事務の定型化、簡素化を図ることにある。ところが、定額郵便貯金債権が相続により分割されると解すると、それに応じた利子を含めた債権額の計算が必要になる事態を生じかねず、定額郵便貯金に係る事務の定型化、簡素化を図るという趣旨に反する。他方、同債権が相続により分割されると解したとしても、同債権には上記条件が付されている以上、共同相続人は共同して全額の払戻しを求めざるを得ず、単独でこれを行わせる余地はないのであるから、そのように解する意義は乏しい。これらの点にかんがみれば、同法は同債権の分割を許容するものではなく、同債権は、その預金者が死亡したからといって、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはないものというべきである。そうであれば、同債権の最終的な帰属は、遺産分割の手続において決せられるべきことになる。」としている。⁶

3. コメント

- (1) 2の最判は、金銭債権類似の債権について、従前見解の分かれていたものに終止符を打つものである。株式と投資信託受益権は、金銭債権以外の権利と

性質を含んでいることを理由に(但し、株式は議決権を強調するのに対し、投資信託では帳簿閲覧謄写請求権を強調する)、投資信託受益権の相続開始後に発生した元本償還金や収益分配金は、投資信託受益権の内容を構成するものであることを理由に、当然に相続分に応じて分割されないとしている。

一方、個人向け国債や定額貯金債権は、金銭債権ではあるものの、法律的に一定額をもって権利の単位が定められていること等から当然に相続分に応じて分割されることはないとしている。

- (2) 従前、投資信託について商品設計により、MMFやMRFのように換価時期選択の自由の保障や普通預金類似の機能が重視されている場合には、「預金債権に近いものとして取り扱うのが妥当とする。」とするものがあつた。⁷

しかし、前掲最判平26.2.25は、法律上監督的機能を有する権利が含まれていることから分割債権性を否定しており、例外的場合に言及していないことから商品設計が考慮される余地は非常に小さくなったといえることができる。⁸

今後は、実務でも当然に相続分に応じて分割されることはないものとして扱われると考えられる。

- (3) 2の最判の事例は、いずれも法令により権利の内容及び性質が規律されているものであるが、契約によって同様の権利の内容及び性質を創設した場合にも同じように解することができるかは不明である。⁹
- (4) 委託者指図型投資信託の受益権につき、共同相続開始後に発生した元本償還金、収益分配金について、前記最判平26.12.12は、「受益権の内容を構成するものである」ことを理由に当然に相続分に応じて分割されることはないと判断している。

ア 相続開始後遺産に変動があつたときは、分割時までに代償財産が存在する場合は遺産分割の対象とするというのが通説である。そして、相続開始後、相続人による遺産の処分行為がある場合は、処分行為の対価は、相続人間で遺産分割の対象とする合意がない限り、遺産分割の対象とはならないが、相続人による遺産の処分行為以外の原因によって代償財産が生じる場合は、可分債権でも当然に遺産分割の対象になると解するのが多数である。¹⁰

前記最判平26.12.12は、元本償還金について、この多数説にならっていると考えられる。

イ 一方、遺産からの収益や果実については、従前、遺産ではなく、各相続人がその相続分に応じ

て取得する共有財産であるが、相続人全員が遺産分割の対象に含めることを合意した場合に限り、遺産分割の対象とするのが、最近の家裁実務で定着しつつある見解であるとされてきた。¹¹

しかし、前記最判平26.12.12は、収益分配金についても、受益権の内容を構成するものとして遺産と一体をなすものにとらえ、当然に相続分に応じて分割されることはないと判断しており、前記見解を否定しているようである。この点で、家裁実務は変更を迫られるように思われる。

ウ この点で、検討する必要のある事例が、最判平17.9.8民集59巻7号1931号である。この判決は「遺産は、相続人が数人あるときは、相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有に属するものであるから、この間に遺産である賃貸不動産を使用管理した結果生ずる金銭債権たる賃料債権は、遺産とは別個の財産というべきであって、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得するものと解するのが相当である。」と判示している。この事例は、相続人全員が相続不動産から生じる賃料等を、遺産分割によりその帰属が確定した時点で清算することとして、それまでの期間、賃料等を管理する銀行口座を開設していた事例である。

この最判平17.9.8と前記最判平26.12.12との関係をどのように解釈すべきであろうか。最判平17年は、相続人が使用管理した場合に、分割単独債権となり、一方、最判平26年は、最判平17年のように相続人の行為がない場合についての判断と解すべきであろうか。そうすると、相続人の行為なくして発生した株式配当金や定額貯金の利息も遺産と一体をなすものとして分割単独債権とはならないと考えられる。¹²

(5) なお、株式とは異なり、信用金庫の出資持分は、会員の死亡は法定脱退事由とされており(信用金庫法17条1項2号)、出資持分は相続財産には含まれず、同法14条で出資持分は相続人全員が同意する場合は、相続人のうち一人が被相続人の持分を承継して加入できるとされている。したがって、相続人全員の同意が得られない場合は、同法18条1項に基づく持分払戻請求権が相続財産となり、「払戻請求権を行使した場合の具体的な金額が定まっていれば、各相続人がそれぞれ法定相続分に応じて債権を行使することも可能と考えられる」とされている。¹³

- 1 預金債権のような金銭債権も、説は分かれるが、相続人全員の明示または黙示の合意がある場合は、遺産分割の対象となるとされている。加藤祐司「遺産分割の対象となる財産の範囲」野田・梶村総編集「新家族法体系第3巻相続 [I] 一相続・遺産分割」228頁 新日本法規出版(株) 平成20年。実務では、「遺産分割調停では、相続人から預金債権を分割の対象としないという積極的な申出がない限り、そのまま分割対象に含めて手続を進めている例が多いと思われる。」とされている。また、「遺産分割審判手続でも分割対象に含める合意が成立すれば、分割対象に含めて審理する。」とされている。片岡・管野編著「新版家庭裁判所における遺産分割・遺留分の実務」139頁 日本加除出版(株) 平成25年
- 2 現金は、当然に分割されない(最判平4.4.10裁判集民事164号285頁、前掲最判平10.6.30)。金銭債権が、遺産分割まで権利関係が確定しないと債務者との関係で法律関係が複雑になること、民法427条が原則として等しい割合で権利を有するとしているのに対し、現金は、相続人間での権利関係として理解すれば足りること、当然分割されるとすると、先に分けられることになり、遺産分割の実務からは異質の感があること、民法427条のような規定がなく遺産の共有の法律論をそのまま当てはめれば良いことが理由とされている。前掲片岡・管野編著 142頁。
- 3 投資信託は、投資者から集めた資金を信託の形式で運用しその成果を投資者に分配する制度であり、投資信託及び投資法人に関する法律に規定されている。この法律において「投資信託」とは、委託者指図型投資信託及び委託者非指図型投資信託をいうとされている(2条3項)。また、「外国投資信託」とは、外国において外国の法令に基づいて設定された信託で、投資信託に類するものをいうとされている(2条24項)。委託者指図型投資信託は、投資信託委託会社と信託銀行が、委託会社を委託者、信託銀行を受託者とする信託契約を締結する。委託会社は、信託契約に基づいて発生した受益権を均等に分割し、通常は販売会社を通じて投資家に販売する(前掲判時2222号53頁)
- 4 従前の見解、裁判例について、中田裕康「投資信託の共同相続一補論とともに」33頁以下 金融法務研究会「近時の預金等に係る取引を巡る諸問題」金融法務研究会報告書(25)2015年1月、前掲片岡・管野編著 168頁以下参照。
- 5 郵便貯金法は、平成19年10月1日施行の「郵政民営化法等の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」により廃止されたが、整備法附則5条によって旧郵便貯金法7条等の規定は引き続き効力を有するとされ、定額郵便貯金は従前と同じ扱いがされている。
- 6 この結果、実務上、「遺産分割調停では、相続人の一人を払戻請求の代表者と定め、他の相続人が払戻に必要な協力をする旨の合意を成立させている。このような合意ができないときは、調停手続のみならず、遺産分割審判の本文においても、相続人の一人に一口座を取得させた上、審判確定後、一定期間内に代償金として他の相続人への金銭支払いを命ずることになる。」とされている。前掲片岡・管野編著145頁。
- 7 「MMF・MRF以外の投資信託においても、共同相続人の一部からの法定相続分に基づく解約金の請求に応じている銀行等も存在しているようである。…遺産分割調停の場面では、無用な混乱を避けるため、できる限り一商品を一人の相続人に帰属させることが望ましい。」とされている。前掲片岡・管野編著174頁。
- 8 前掲中田49頁。
- 9 前掲中田49頁は「なお留保されていると考えられる。」とする。
- 10 松原正明「遺産の代償財産」判タ1100号338頁2002年、前掲加藤祐司228頁、潮見佳男「代償財産」新版注釈民法(27)相続(9)[補訂版] 平成25年。最判昭54.2.22家月32巻1号149頁は、共有持分権を有する共同相続人全員によって売却された不動産は遺産分割の対象である相続財産から逸出するとともに、その売却代金は、これを一括して共同相続人の一人に保管させて遺産分割の対象に含める合意をするなどの特別の事情がない限り、相続財

産には加えられず、共同相続人が各持分に応じて個々にこれを分割すべきものであるとしている。

- 11 前掲松原「遺産からの果実・収益」340頁、前掲加藤祐司 229頁、前掲潮見「相続財産から生じた果実」312頁
- 12 前記2(6)の定期貯金に関する最判平22も「利子を含めた債権額の計算が必要となる事態を生じかねず」としていることから分割単独債権とはならないと考えているものと考えられる。ただし、松並重雄「共同相続に係る不動産から生ずる賃料債権の帰属と後にされた遺産分割の効力」最判解説民事篇平成17年度573頁は、前掲最判平成17年について、「本判決は、遺産から生ずる金銭債権等の可分債権(株式配当請求権等)にそのまま妥当するものである」としている。
- 13 麻生祐介「持分の一部相続」平野編著「改訂信用金庫法の実務相談」205頁(株)経済法令研究会 2011年

詐害行為時に債権発生基礎たる法律関係が存在していたものの債権未発生であった場合の詐害行為取消権の成否

弁護士 福市 航介

第1 はじめに

- 1 債務者が金融機関から融資を受ける際、信用保証協会や信用保証会社(以下「保証機関」という。)による機関保証がなされることが多い。この場合、債務者は、取引金融機関との間で融資契約を締結するほか、保証機関を保証人とならしめるべく信用保証委託契約を締結する。債務者が経営破綻した場合には保証機関が代位弁済をするため、債務者は金融機関から融資を得やすくなる²。
- 2 上記のような保証機関を利用した融資事例において、保証機関が金融機関に代位弁済する前の段階で、債務者(又はその保証人。以下、併せて「債務者等」という。)がその保有する資産を関係する第三者へ贈与、売却(以下「贈与等」という。)するというケースが少なくない。この贈与等の中には、債務者の経営が困難な状況でなされるものがある。このような債務者等の行為を無制限に許容すれば、保証機関が代位弁済によって債務者に対して取得する求償権の引き当てとなるはずの資産の逸出を認めることになる。これでは、債務者等が不当に利する反面、保証機関が不当に損失を受けるケースが生じる。債務者等をして適切な民事責任を果たさせるべく、債務者等が行った前記の贈与等の効力を否定

し、債務者等の責任財産を保全する必要がある。

- 3 このような債務者等による資産逸出行為を取消し、責任財産を保全するため、民法424条は、「債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取り消しを裁判所に請求することができる」と規定している。いわゆる詐害行為取消制度であり、金融分野での債権回収において多く利用される制度である。そこで、保証機関は、この詐害行為取消制度を利用し、金融機関に代位弁済する前ではあるものの、債務者等の資産状況が厳しくなった段階での贈与や売買が「詐害行為」であると主張して、その取消しを請求できないか。以下、事例を設定して、当該論点について若干の検討を行う³。

第2 検討事例

S株式会社(以下「S」という。)は、G銀行(以下「G」という。)から、平成19年10月10日、1000万円の融資を受けた。また、Sは、同日、X信用保証協会(以下「X」という。)との間で、SがGに対して負担する債務についてXが保証するとの内容の信用保証委託契約を締結し、その後、Xは、Gとの間で、SがGに対して負担する債務について保証するとの合意をなした。

ところが、Sは、平成25年9月30日時点で、大幅な債務超過状態となった。そこで、Sは、Gとの間で、翌10月から平成26年9月までの間、毎月の弁済を利息の支払いのみとする変更契約を締結し、Xは、これを保証した。

上記の状況が変わらない中での平成26年3月30日、Sは、その所有する唯一の不動産(無担保)をSの代表者の妻でSと同居中のYに贈与した(当該不動産は、S代表者とYの自宅である)。Sは、平成26年6月頃からGへの利払い弁済も滞りようになった。そうして、Xは、平成26年11月30日、Gからの請求を受け、Sに代わって代位弁済した。

Xは、Yに対し、SとYとの間の贈与契約が詐害行為であるとして、XのSに対する求償権を被保全債権として詐害行為取消権を行使できるか。

第3 民法424条の「債権者」一被保全債権の成立時期の意味

- 1 Xは、SのYに対する平成26年3月30日の贈与時点では、Gに対して代位弁済を行っておらず、Sに対して求償権を有していない。そのようなXが、事後にSに対する求償権を取得したと主張して詐害行為取消権を行使できるか。民法424条が「債権者」と

規定するので、Xが、この「債権者」に該当するかが問題となる。

- 2 この点について、一般に、詐害行為の取消をなす債権者は、詐害行為時に既に発生していた債権を有する債権者であるとするのが判例であるといわれている。最判昭和33年2月21日民集12巻2号341頁が、「債務者の行為を詐害行為として民法第424条を適用するには、その行為が取消権を行使する債権者の債権発生後になされたことが必要である」と判示し、大判大正6年1月22日民録23輯8頁が同趣旨の判示をしたからである(以下、それぞれ「最判S33」、「大判T6」という。)。最判S33および大判T6を形式的に検討事例に適用すると、Xは民法424条の「債権者」ではないことになる。Xは、SからYへの贈与後、Gに代位弁済をして求償権を取得した以上、Xは、Sの詐害行為当時には、未だSに対する債権を有していたとはいえないからである。実際、このような考え方を支持する学説も存在する⁴。
- 3 しかしながら、検討事例において、そのような結論を採用することは不当であろう。主債務者との間で信用保証委託契約を締結している保証機関は、将来、主債務者に対する求償権者となる可能性を有している。そのため、求償権発生前であっても、主債務者の責任財産について利害関係がある。他方、主債務者は、信用保証委託契約を締結している以上、保証委託先が債権者に対して代位弁済をすれば、自身の責任財産は保証委託先の求償権の引き当てとなることを知っており、これを覚悟すべき立場にある。当事者は、保証機関が主債務者の責任財産の保全に保証委託契約締結時から利害関係を有していることを前提としている。それにもかかわらず、求償権者となった保証機関の主債務者に対する詐害行為取消権が一律に成立しないとすれば、主債務者の責任財産保全を目的とした詐害行為取消権の機能が著しく減殺されてしまう。
- 4 そもそも、最判S33および大判T6が詐害行為後に発生した債権を有する債権者が民法424条の「債権者」に該当しないとしたのは、大判T6が摘示するとおり、「詐害行為以後ニ発生シタル債権ニ在リテハ債権者ハ其既ニ減少シタル債務者ノ財産ヲ目的トシテ債権関係ヲ発生セシメタルモノト看做スヘク毫モ債権者ノ予期シタル担保ノ利益ヲ害セラレタルモノト謂フコト能ハサル」からである。つまり、債務者の行為後に債権を取得した債権者は、債務者の行為によって害されることはあり得ないというので

ある。そうすると、民法424条の「債権者」の要件は、債務者の行為がおよそ詐害性を有することがあり得ない関係にある債権者を除外するという機能を有しているに過ぎないと解することができる。最判S33および大判T6が示した被保全債権の成立時期という基準は、このような債権者を判別する1つの基準に過ぎないものと捉えることが妥当である。そうだとすれば、債務者の行為が詐害性を有する可能性があるという関係にある債権者であれば、詐害行為時に未だ債権が発生していなかったとしても、民法424条の「債権者」に該当するというべきである。

- 5 最判S33や大判T6で問題となったのは、詐害行為後の新たな原因に基づいて債権を取得したために債務者の行為によって債権が害される可能性が全くない債権者であった。また、あらかじめ財産を処分して強制執行を免れる行為がなされた場合において、後に発生した債権を被保全債権とする取消権の行使を認めた大判昭和3年5月9日〔大〕民集7巻329頁(以下「大判S3」という。⁵)は、最判S33や大判T6には形式的には反するよう見えるが、判例変更はなされていない。さらに、将来の婚姻費用の支払に関する債権でも、家庭裁判所の調停によって支払が決定されたものである場合は既に発生した債権として被保全債権となりうると判断した最判昭和46年9月21日民集25巻6号823頁も⁶、最判S33や大判T6には形式的には反するよう見えるが、判例変更はなされていない。

これらを整合的に解釈するためには、最判S33および大判T6の射程は、債権が害される可能性がある債権者が問題となる事案には及ばないと解釈することが必要である。実際、多数の下級審裁判例が、前記最高裁判例を参照しつつも、厳密には詐害行為当時債権が発生していなくとも、一定の利害関係があれば、当該利害関係を有する債権者を民法424条の「債権者」として扱っている⁵。

- 6 そうすると問題となるのは、「債務者の行為が詐害性を有する可能性がある関係にある債権者」とは、どのような債権者をいうのかという点になる。

この点、「債務者の行為が詐害性を有する可能性がある関係にある債権者」に該当するためには、単なる事実上の利害関係があるだけでは足りず、少なくとも「債権発生の基礎となる法律関係が債務者の行為前に存在していること」が必要であると考えられる。なぜなら、債権者と債務者が債権発生の基礎となる法律関係を有するということが、債権者は、

既に当該法律関係に入ったときから、当該法律関係に基づく債権者となりうる者として債務者の責任財産に法律上の利害関係を持つ反面、債務者としても、当該法律関係に基づき将来発生する債権の引き当てとなることを覚悟すべきことを意味するからである。このような状況での債務者による責任財産逸出行為は、債権者が引き当てとして予定していた責任財産を害する抽象的な可能性がある(なお、具体的に債権者の責任財産を害したか否かまでの判断は不要である。前記のとおり、民法424条の「債権者」の要件は、債務者の行為がおおよそ詐害性を有することがあり得ない関係にある債権者を除外するという機能を有するに過ぎないからである。)

なお、実際に詐害行為取消権を行使するためには、その要件として、「当該法律関係から債権が発生したこと」が必要であろう。詐害行為取消権が債務者の財産管理処分権限に対する例外であることからすれば、具体的に保全すべき債権が発生してはじめて債務者の財産管理処分権限の制限を認めることが正当化されるからである。

このように、民法424条の「債権者」であるためには、①「債権発生基礎となる法律関係が債務者の行為前に存在していること」、②「当該法律関係から債権が発生したこと」の2点が必要であると考えられ、かつ、これで十分であると解される。

- 7 検討事例のXは、SのYに対する贈与が行われる前にSとの間で信用保証委託契約を締結し、かつ、当該贈与後に当該信用保証委託契約に基づき求償権を取得しているのであるから、民法424条の「債権者」に該当するというべきである。

第3 詐害性等の判断

- 1 前記のとおり、債権者と債務者との間で債権発生基礎となる法律関係が存在し、これに基づいて債権が発生した場合には、民法424条の「債権者」の要件を満たす。もっとも、そのことは、当該債権者が、民法424条の「債権者」として、債務者の行為の具体的な詐害性を主張する適格が与えられたに過ぎない。債務者の行為が債権者の債権を害するか否かは別の考察が必要である。債権者と債務者との間で債権発生基礎となる法律関係が存在していた場合であっても、債務者の法律行為が実際に債権者を害するものでなければ、当該法律行為が債権者を「害する」とはいえないからである。なお、「害する」の意味が問題となるものの、典型的な事案と本件で

問題とする事案との違いは、被保全債権が発生する前に法律行為が存在するという点にあるから、「害する」の意味自体は、典型的な債権発生後に債務者による法律行為がなされた事案において判例が採用する相関関係説と異ならないと考えられる。

- 2 では、債権発生基礎となる法律関係が存在するものの、未だ債権が発生していない段階における債務者の行為が、債権者を「害する」のはどのような場合なのか。

まずは、債務者の行為自体を詐害行為取消権の対象とする以上、仮に当該行為当時に被保全債権が発生したとすれば債権者を「害する」ものであったという事情は必要であろう。この要件を満たすことができないのであれば、当該行為がその後に発生する被保全債権の債権者を害することは不可能だからである。ただし、あまりに過去の債務者の行為は、詐害性を有しないと事実認定が多くなるものと思われる。

次に、そのような債権者を害する影響が、実際に発生した債権に対しても及ぶことが必要であると考えられる。具体的には、詐害行為後も債務者の無資力が継続することが必要であると考えられる。なぜなら、基礎となる法律関係に基づいて債権が発生したとしても、債権発生当時までに債務者の資力が回復しているのであれば、責任財産の状態は当該債権にとって十分であり、債権者による債務者の財産管理権限への介入を正当化する根拠を失うからである。

このように、債権発生基礎となる法律関係が存在するものの、未だ債権が発生していない段階で詐害行為が行われた場合の詐害性の判断は、過去の債務者の行為に詐害性が認められない場合が増加し、かつ、実際に債権が発生するまでに債務者の資力回復の可能性があるという点で、債権発生後に詐害行為が行われた場合に比べて、抽象的にはやや難しくはなる。しかし、詐害性の基本的な判断構造は債権発生後に詐害行為が行われたのと変わらないというべきであり、債権発生直前に債務者が財産を処分したり、債務者が財産を処分した後も債権発生まで債務者の資力状況に変更がない事例であれば、詐害性の認定もそれほど難しくはないものと思われる。

- 3 なお、債務者の詐害意思や受益者の善意についても、仮に当該行為当時に被保全債権が発生したとすれば債権者を「害する」ものであったという事情の認識の有無が必要であると思われる。そのため、過去の債務者の資力を前提とするために詐害意思が認

められない場合が増加したり、受益者が債務者の資産状況について知っていることが抽象的には少なくなるといふ事例が増加することは詐害性の判断と同じである。しかし、基本的な判断構造は債権発生後に詐害行為が行われたのと同様であり、債権発生直前に債務者が財産を処分したり、債務者が財産を処分した後も債権発生まで債務者の資力状況に変更がない事例であれば、債務者の詐害意思や受益者の悪意の認定も、やはり債権発生後に詐害行為が行われた場合と比べてもそれほど難しくはないものと思われる。

- 4 これを踏まえて、検討事例をみると、Sは、平成25年9月30日時点で、大幅な債務超過状態であったというのであり、そのような状況が変わらない中で、平成26年3月30日、Sは、その所有する唯一の不動産(無担保)をSの代表者の妻であるYに贈与したというのである。そうであれば、仮に、SのYに対する不動産の贈与時点でXのSに対する求償権が発生していれば、Sの贈与はXの求償権を害することは明らかである。そして、そのような状況に変化がないまま、XがGに対して代位弁済し、Sに対して求償権を取得したというのであるから、この時点においてもSのYに対する贈与行為の詐害性の影響がXのSに対する求償権に及んでいると認められる。そのため、SのYに対する贈与は、Xとの関係で詐害性を有するというべきである。そして、無資力のSは通常詐害意思があるといえ⁷、これを覆すような事情も認められないことから、Sの詐害意思も認められるであろう。さらに、YがSの妻であり、Sの代表者と同居していることからSの状況を聞き及んでいる可能性が高いこと、本件不動産はYにとって重要な資産であり詐害行為に協力する動機があること、SのYに対する贈与行為がSの破綻直前の時期に行われていることからすれば、Yの悪意も認められるものと思われる。

※なお、脱稿後に発表された民法(債権関係)の改正に関する要綱案によれば、債権者は、被保全債権が詐害行為前の原因に基づいて生じたものである場合に限り、詐害行為取消請求をすることができる¹とされている。

以上

1 ここでの「債務者」とは、中小企業や小規模債務者を指す。
2 例えば、債務者は、保証機関を利用することによって、取引金

融機関のプロパー融資と保証付融資の併用による融資枠の拡大を図ることができる等の利益を享受できる。これにより、中小企業・小規模債務者の金融円滑化が図られる。

- 3 なお、本稿における意見にわたる部分は私見であり、当職が関係するいかなる団体の意見でもないことを念のため付言する。
4 我妻榮『新訂債権総論』(岩波書店、10刷、昭和48年)178頁参照。
5 詐害行為発生後に債権を取得すべき株式会社の株主に対する出資請求権の発生をみこして払込催告前に詐害行為がなされた場合に詐害行為取消を認めた事例である。
6 信用保証協会の求償権について、東京地判平成15年6月25日LLI/DB・L05832595、仙台高判平成16年7月14日判時1883号69頁、東京地判平成17年11月30日LLI/DB・L06034571を参照。生命保険会社の求償権については、東京地判平成24年1月12日LEX/DB25490922を参照。個人の求償権については大阪地判昭和62年1月27日金商766号38頁参照。租税債権については、佐賀地判昭和32年12月5日訟務月報4巻163頁、福岡地判昭和36年3月30日下民集12巻3号671頁、大阪地判平成元年3月16日金融法務事情1221号34頁、大阪高判平成2年9月27日判タ743号171頁、横浜地判小田原支部平成7年9月26日金法1450号95頁を参照。財産分与請求権については、京都地判平成4年6月19日判タ813号237頁を参照。貸金債権については、東京地判平成15年10月28日金商1183号6頁を参照。
7 大判昭和13年3月11日法律新聞4259号13頁参照。

【参考文献】

- ・下森定『詐害行為取消権の研究—下森定著作集—』(信山社、2014)
- ・同『債権者取消権の判例総合解説』(信山社、2010)
- ・飯原一乗『詐害行為取消訴訟』(悠々社、2006)
- ・同『詐害行為取消権・否認権の研究』(日本評論社、1989)
- ・中田裕康『債権総論』(岩波書店、3版、2013)
- ・潮見佳男『ブラクティス民法債権総論』(信山社、4版、2012)
- ・同『債権総論Ⅱ—債権保全、回収、保証、帰属変更—』(信山社、3版、2005)

破産申立代理人の 財産散逸防止義務

弁護士 小原 路絵

第1 財産散逸防止義務

破産管財人が善管注意義務を負い、これに違反した場合に利害関係人に対して損害賠償義務を負っていることは破産法に規定がある(同法85条)。他方、破産申立代理人の義務については破産法上明文がない。

しかし、破産申立代理人についても、依頼者である債務者の利益擁護だけでなく、弁護士の公益的役割として、破産手続の目的(適正かつ公平な清算を図る等。同法1条)のために、債務者の財産の散逸を防ぎ、できるだけ早く破産管財人に引き継ぐ義務を負うと考えられている。これは、道義的義務にとどまらず、法的義

務と解されている。

では、具体的にどのような場合に財産散逸防止義務違反となるのか、近時の4つの裁判例(下記第2～5)を検討してみたい。

第2 東京地判平成25年2月6日(判タ1390. 358)

1 事案の概要

破産会社の破産管財人(原告)が、破産申立代理人(被告)が、破産財団を構成すべき破産会社の財産を散逸させたとして、不法行為に基づく損害賠償511万5920円を請求し、認容された事案である(控訴)。破産会社は、平成23年8月22日に事業を停止し、同月25日に破産申立代理人に相談した。同年11月18日に破産申立が行われ、同年12月7日に破産開始決定を受けた。

2 裁判所の判断

(1) まず、裁判所は、破産申立代理人が財産散逸防止の法的義務を負っているとし、正式な委任契約締結前であっても、依頼者の相談内容等に応じた善管注意義務を負うとした。なお、本件では、最初の相談から5日が経過して、委任契約書の締結及び着手金の支払が行われている。委任契約の成立が、委任契約書締結日となれば、委任契約前の義務の有無が問題となるが、本件で、裁判所は、最初の相談の日に、破産会社の当時の代表者が破産申立代理人に委任することを決意し、告げているとして、最初の相談日を委任契約の成立日と認定している。

(2) 次に、具体的義務違反の内容として、裁判所は、最初の相談日に、破産申立代理人が、委任契約後の破産会社の資産管理を原則として破産申立代理人が行う等の説明を行い、実際に破産会社の預貯金通帳等を預かるか、預かり口座に入金を行う等の具体的な説明を行う必要があったとした。

また、同日、当時の代表者から、役員報酬受領の可否について問われており、原則として受領が認められないことや、元代表者の破産申立までの具体的労務の内容から労働債権性の判断を行い、必要かつ妥当な範囲での支払を行う等の対応をとる必要があったとした。

しかし、本件で、破産申立代理人は、上記の説明や、財産を適切に管理するための方策をとっていないとして、財産散逸防止義務違反が認められた。

(3) 本件では、上記最初の相談日以降に、当時の代表者が破産会社の資産を自己の預金口座に入金し、自己の債務の弁済等に費消しており、この損害と上記

義務違反との因果関係が認められた。

3 破産申立代理人の反論

破産申立代理人からは、委任契約の成立日が委任契約書締結日であるということや、財産散逸防止義務が生じるのは、破産者の個々の財産を認識した時点であるとの主張がなされ、破産申立代理人が通帳を確認し、問題の入出金があったのを確認したのは10月頃で、その前には既に費消されていたと主張した。

4 考察

本件では、経緯からすると、当時の代表者が、なかなか破産申立代理人側の指示に従わず、破産申立代理人側としても、破産会社の資産の把握や管理が難しい事案であったのかも知れない。

しかし、破産申立事件においては、債務者が破産申立代理人の指示に従わないことはよくあることであり、破産申立代理人としては、その点も予測した上での初回相談からの説明義務や、実際に預貯金通帳を早い段階で預かって、物理的に債務者が無断で費消することを防ぐ義務があるという判断がなされたといえる。

破産申立代理人としては、破産管財人から自身の不法行為が追求されないように、初回相談でどのような説明を行って、どのような財産があると聴取し、それに対してどのような措置を講じたか、にも関わらず債務者が指示に従わず無断で費消したことを、後になって弁明できるような準備をしつつ、破産申立作業を行うことが必要となるのかも知れない。

第3 東京地判平成26年4月7日(判時2230. 48)

1 事案の概要

破産会社の破産管財人(原告)が、破産申立代理人(被告)が、破産財団を構成すべき破産会社の財産を散逸させたとして、不法行為に基づく損害賠償2377万2418円を請求し、614万円の一部認容がなされた事案である(控訴)。破産会社は、平成20年12月1日にA社に事業譲渡していた。破産申立代理人はA社の顧問弁護士で、A社代表者から紹介され、同21年1月23日に本件破産申立を受任した。同年12月25日に破産申立が行われ、同22年1月13日に破産開始決定を受けた。

2 裁判所の判断

(1) まず、裁判所は、破産申立を受任し、受任通知を発送した弁護士は、破産制度の趣旨に照らし、速やかに破産申立を行い、また、債務者の財産の散逸防

止するための措置を講ずる法的義務を負い、これに違反した場合は不法行為を構成し、破産管財人に対して、損害賠償義務を負うとした。

(2) 次に、具体的義務違反の内容として、裁判所は、破産会社が破産申立費用を用意できず、破産申立代理人が破産会社の代理人として回収した過払い金を受領した平成21年8月12日までは破産申立をすることができなかったと認定した。

しかし、破産申立代理人は、遅くとも上記受任日までは、破産会社の当時の代表者から事業譲渡のことを知らされ、同年2月6日には、事業譲渡の相手方がA社であることも知らされていた。そこで、破産申立代理人としては、譲渡代金の支払いについて、破産会社から明確な説明を聞くことができなかったとしても、A社に聞くなどすることができたとして、上記義務違反があり、過失があると判断した。

(3) 破産会社は、事業譲渡代金1100万円を、破産会社口座でなく、B子名義の口座に入金するよう指定していた。同口座に入金された譲渡代金は、当時の破産会社代表者のB子に対する債務や、C社に対する債務の弁済に費消され、代表者妻の口座に送金された金額は代表者本人が費消していた。本件では、平成21年2月26日以降、B子名義の口座に送金された942万円から和解金としてB子及びC社から受領した328万円を控除した残額である614万円を損害とした。

3 考察

本件では、平成21年1月中に破産申立代理人が預金通帳の引渡を受け、これが全てであるとの説明を受けていた。また、同年春または夏ころ、A社代表者との関係が悪化し、連絡を取れなくなり、破産会社からも事業譲渡の代金について明確な説明を受けていなかったとしても、受任直前に1100万円もの事業譲渡が行われている以上、その代金について、破産申立代理人自ら積極的に調査し、散逸を防止する義務があると判断されたといえる。

第4 東京地判平成21年2月13日(判時2036. 43)

1 事案の概要

破産会社の破産管財人(原告)が、破産申立代理人(被告)が、破産財団を構成すべき破産会社の財産を散逸させたとして、不法行為に基づく損害賠償496万0827円を請求し、認容された事案である(控訴)。破産申立代理人は、平成17年11月25日に本件破産申立を受

任した。同19年12月に破産申立が行われ、同20年1月16日に破産開始決定を受けた。

2 裁判所の判断

(1) まず、裁判所は、財産散逸防止義務違反について、上記第2の裁判例と同様の判断を示した。

(2) 次に、具体的義務違反の内容として、裁判所は、受任し、受任通知を発送後2年間もその申立をせず、受任時に存在した金員や受任時から開始決定までに入金された金員の大半が残存しないという事態を招来させたとして、上記義務に著しく違反したとした。

(3) また、裁判所は、破産会社の支出が破産財団に対して正当化しうる事実乃至事情があることは、不法行為の損益相殺や違法性阻却事由に類似し、破産申立代理人に主張立証責任があるとした。

3 考察

ここでも、破産申立代理人から、債務者へは偏頗弁済や私消をしないように注意を与えていたとの反論がなされたが、裁判所は、財産的危機的状况にある債務者は、偏頗弁済や私消が行いがちなものであるから、注意を与えた程度ではこれらが行われるおそれは解消しないと、その状態を2年間も放置した重大な過失があることは明白と判断した。

また、裁判所は、破産会社が破産申立を委任した日に事業を廃止しており、破産管財人に処理を委ねることを待てないような急を要する残務は、あったとしてもわずかな日数で処理することができたのであり、これらの支出を正当化する根拠があるとは考えにくいとも判断した。

第5 東京地判平成26年8月22日(判時2242. 96)

1 事案の概要

破産会社の破産管財人(原告)が、破産申立代理人2名(被告ら)が、破産財団を構成すべき破産会社の財産を散逸させたとして、不法行為に基づく損害賠償2344万9208円を請求し、約2259万円の一部認容がなされた事案である(控訴)。また、本件では、破産申立代理人が受領した報酬1260万円のうち、600万円について否認権の行使もなされた。破産管財人は、破産申立代理人が、破産会社取締役Aに対して、労働者でないのに退職金、解雇予告手当を、株主総会決議を経ることなく特別公労加算金を、稼働実体がないのに日割り計算超過分の給与を、合理的根拠のない調整手当を、同従

業員Bに対し、株主総会決議を経ることなく特別公労加算金を、稼働実体がないのに日割り計算超過分の給与を、合理的根拠のない調整手当を、それぞれ支払ったことが、法的に誤った支払で、破産財団を毀損したとした。

2 裁判所の判断

(1) まず、裁判所は、破産申立てに関する委任契約を締結した弁護士は、財産散逸防止義務を負うとし、破産手続開始決定後に財団債権となるべき債権など、それを弁済することによって他の債権者を害しないと認められる債権を除いては、これにつき弁済をしないように十分に注意する義務があったとした。

また、破産申立代理人2名のうち、1名が勤務弁護士に過ぎなかったとしても、弁護士として上記業務を担当し、各支払に当たった以上、責任を免れ、または軽減されることはないとも判断した。

(2) 次に、具体的義務違反の内容として、裁判所は、本件各支払が申立の前日に行われ、申立日に開始決定及び破産管財人の選任が行われていることからして、各支払の時点で、破産管財人への引継ぎが相当程度進んでいた。とすれば、支払の適否が問題となる債務については、原則として弁済をすべきではなく、破産手続中の判断に委ねるべきであり、この時点で債権者を害する行為を行った場合、原則として、注意義務違反があり、責任を免れるためには、債権者を害しないとの確信を有するに至ったことについてやむを得ない事情がある場合などに限られると判断した。そして、いずれも過失があると判断された。

第6 上記第2～5の4つの裁判例を比較した考察

破産申立代理人としては、財産の散逸を防ぐためには、迅速な処理が必要とされる。他方で、賃貸物件の明渡しなど、破産申立前に処理しておくべきと考えられている事務処理もある。

迅速な処理が要求される一方で、債務者の非協力的態度等から（非協力的とまではいかないとしても、要求される事務処理の膨大さ等から、指示された事項を迅速に処理してもらえないこともままある。）、債権債務や財産の全体像の把握に時間がかかることもある。

その中で、破産管財人から、財産散逸防止義務違反の追及がなされないためには、上記第2で述べたように、早い段階で、確実に預貯金通帳等を破産申立代理人が預かるなどして、物理的に、債務者からの引き出

しを不可能にすることが肝要である。

また、第3のような債務者からの申告漏れ(故意又は過失による。)による財産散逸を防止するためには、預かった通帳や財産に関する書類を早期に精査して、散逸しそうな財産がないか、積極的な調査を行っていくことも必要となると考えられる。

上記の明渡しのような破産申立代理人の事務と考えられているようなものを除き、第5など、解釈や事務処理に確信が持てないような場合には、早期に申立を行い、処理を管財人に委ねるのが相当と考えられる。なお、明渡しの場合でも、当該建物内に残置された動産の処分など、後々処分価格に疑義が生じる可能性も有り、慎重な対応が要求される。役員報酬や給与等の労働債権性の判断は、第2の裁判例でも問題になっている。なお、給与のうち財団債権となるのは、破産手続開始前3ヶ月に限定される(同法149条1項)。合理的な理由がなく申立が遅延し、財団債権にならず優先的破産債権となり、未払い給与の全額の配当が受けられなかった場合、これら元従業員からの損害賠償請求も予想される。

また、処理を急ぐあまり、破産申立代理人の調査が不十分なため、個人の破産事件などで本来なら同時廃止で終了すべき案件が、管財事件となってしまような事態は避けるべきである(破産申立代理人の公益的役割以前に、依頼者へ予納金という余分な経済的負担を強いてしまうことになる。)

さらに、第4の裁判例が指摘するように、申立までの間に、財団債権となるべき債権の支払や、破産財団に対して正当化しうる支払を行ったとしても、受任から申立までに不必要に時間を掛け過ぎるのは、債権者等に実損が生じないとしても、申立代理人の事務処理に不審を抱かせる原因にもなりえるため、避けるべきである。

以上より、破産申立代理人が財産散逸防止義務を負っていることは争いがなく、破産申立代理人がこの義務違反を問われないためには、依頼者だけでなく、債権者等の利害関係人に対しても自身の事務処理を正当化できるよう、記録化し、不必要に遅延することのないよう努める必要がある。この点、東京地判平成22年10月14日(判タ1340.84)は、「申立代理人弁護士に一義的に求められるのは、債務者の財産の保全を図りつつ、可及的速やかに破産申立を行うことであり、申立代理人弁護士による換価回収行為は、債権者にとって、それを行わなければ資産価値が急速に劣化するか、債権回収が困難になるといった特段の事情がない

限り、意味がないばかりか、かえって財産価値の減少や隠匿の危険ないし疑いを生じさせる可能性がある」と指摘しており、参考になる。

契約の法的性質決定と 法的観点指摘義務

客員弁護士 二本松 利忠

第1 問題の所在

当事者が双方間で締結された契約について代物弁済契約、仮登記担保契約のいずれであるかそれぞれ主張して争っていた事案において、最高裁がそれまでどちらの当事者も主張していなかった譲渡担保契約と認定して、破棄・自判した事例(後記第2判決)がある。

弁論主義によれば、事実に関する裁判資料の提出は当事者の責任に委ねられ、裁判所は当事者の主張していない主要事実を判決の基礎とすることはできない(第1テーゼ)。この原則により、当事者は攻撃防御の対象を絞ることができ、弁論権の行使が実質的に保障されることになる。しかしながら、法令の解釈やその適用による法律的判断(法規の事実への当てはめ)は裁判所の職責あるいは専権事項(「我に事実を語れ、されば汝に法を与えん」「裁判所は法を知る」)であって、この場面に弁論主義の適用はなく、したがって、当事者がある法的観点を前提としてそれに当てはまる事実主張をしているときに、裁判所が同一の事実に基づいて別の法的観点を採用しても弁論主義違反の問題は生じないとされる¹。

契約の性質決定・法的効果の付与は、証拠により認定された意思表示の内容を前提に、契約締結時の前後の事情等を勘案して行われる法律的判断²であるから、当事者の主張と異なる認定(性質決定等)をすることも許されることになる。判例も古くからこの理を明言し³、また、代物弁済契約や代物弁済予約に関し、当事者双方が本来型の代物弁済契約(予約)であることを前提としてその有効・無効を争っていた事案について、その実質は担保権と同視すべきであるとして清算義務を認めるなどの担保的処理を推し進めた一連の最高裁判決⁴は、上記法理を当然の前提としている。

しかしながら、契約の性質決定は裁判所の専権であ

るとしても、契約の性質について当事者と裁判所の認識に齟齬がある場合に、当事者に何ら防御の機会を与えずに判断してよいかが問われるべきであり、本判決を手がかりに、契約の法的性質決定と法的観点指摘義務の問題を検討してみることにする。

第2 最判平成14年9月12日判時1801号72頁、判タ1106号81頁、金法1668号72頁

1 事案の概要

(1) Y₁は、Xに対する貸付金の担保として、X所有の土地(以下「本件土地」という。)の上に根抵当権を設定し、その登記を受けた。しかし、Xは、借入金債務の大部分の弁済を怠るようになったことから、Y₁に対して、競売の申立てを控えるように依頼するとともに、「平成7年5月25日迄に当社が貴社依り借用している金銭を支払えなくなった場合は本物件(本件土地)を貴社名義に変更する事と貴社の判断で第三者に売り渡すことを承諾致します」と記載した書面を委任状等とともに交付し、Y₁もこれを承諾した(以下「本件契約」という。)

しかし、約束の期日までにXが弁済しなかったため、Y₁は、預かっていた書類を利用して本件土地について代物弁済を原因として自己への所有権移転登記を了した。その後もY₁は、Xに対し、弁済すれば登記の抹消に応ずる旨を伝えて本件土地の買戻しを繰り返し要請し、Xも、買戻しができない場合には清算金の要求をしない旨の売渡承諾書の作成に応じ(以下「本件特約」という。)、また、利息の一部を弁済するなどしたが、結局Y₁が指定した期日を経過しても買戻しはされなかった。そこで、Y₁は、平成8年7月19日、本件土地について売買を原因としてY₁からY₂への所有権移転登記を了した。

(2) Xは、Y₁及びY₂に対して、本件各登記の抹消登記手続を求めるとともに、Y₁に対して、仮にXが本件土地の所有権を喪失したとすれば清算金の支払を求める旨の予備的請求をした。Y₁らは、本件契約は本来の代物弁済契約であって、Y₁は登記原因どおりXから本件土地所有権を取得したと主張した(なお、Y₂は仮定抗弁として民法94条2項の類推適用の主張もした。)。これに対し、Xは、本件契約は金銭債務を担保するための停止条件付代物弁済契約であり、仮登記担保法の適用を受けると主張した。

(3) 原審は、本件契約の実質は停止条件付代物弁済契約であり仮登記担保法の適用を受ける仮登記担保契約であると認定した上、清算金の支払を不要とする

本件特約は無効であり(仮登記担保法3条3項)、本件では清算金の見積額の通知がされていないから、本件土地の所有権は未だXからY₁へ移転していないとして、XのY₁及びY₂に対する各抹消登記手続請求を認めた。

Y₁らは、上告受理を申し立て、本件契約は担保目的を有しない単なる消費貸借上の弁済方法についての合意であり、仮登記担保法の適用を受けないなどと主張した。

(4) 本判決は、次のように述べて、原判決を破棄してXの各抹消登記手続請求を棄却し、Y₁に対する予備的請求について、清算の要否、清算金額等につき更に審理を尽くさせるため、原審に差し戻した。

「本件契約は、これに基づく所有権移転登記手続がされた後も、Y₁においてXに債務の弁済を求めている事実等に照らすと、目的不動産の所有権の移転によって債務を確定的に消滅させる代物弁済契約ではなく、仮登記担保の実行によって確定的に所有権の移転をさせようとしたものでもない。Y₁は、本件土地を同人名義に変更した上で、なおも債務の弁済を求め、利息を受領してきたのであるから、本件契約は、債権担保の目的で本件土地の所有権を移転し、その登記を経由することを内容としていたもので、譲渡担保契約にほかならないと解すべきである。

そして、譲渡担保において、債務者が弁済期に債務の弁済をしない場合には、債権者は目的物を処分する権能を取得し、債権者がこの権能に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、譲受人は目的物の所有権を確定的に取得し、債務者はその時点で受戻権ひいては目的不動産の所有権を終局的に失うのであるから、本件においては、Y₁からY₂への本件土地の売却によってY₂は所有権を確定的に取得し、Xは、清算金がある場合にY₁に対してその支払を求めることができるにとどまり、本件土地を受け戻すことはできなくなったというべきである。」(藤井正雄裁判官の反対意見がある。)

2 本判決の法的判断(本件契約の性質決定)についての評価⁵

(1) 判例によれば、代物弁済、仮登記担保(代物弁済予約、停止条件付代物弁済)及び譲渡担保の異同は次のとおりである⁶。

代物弁済は、代物の交付(財産権の移転)により既存債権を消滅させる契約であるのに対し、譲渡担保は、財産権の移転後も既存債権の存在を前提とする点において本質的に異なる。代物弁済予約や停止条

件付代物弁済契約は、本来型もあるが、債権担保型が通常であり、これについては仮登記担保法の適用を受ける。

仮登記担保契約と譲渡担保契約とは、担保目的で財産権を移転することを内容とする契約である点で共通するが、所有権移転の外形(所有権移転登記)の有無によって区別される。譲渡担保契約の場合は、譲渡担保権の設定によって、譲渡担保権者に所有権が移転し、その後換価処分(清算手続)を完了した時点で譲渡担保権者が確定的に所有権を取得するのに対し、仮登記担保契約の場合は、担保権が設定されても所有権は移転せず、仮登記担保法の定める手続の実行により所有権移転の効果が生じる。

(2) このように代物弁済契約、仮登記担保契約及び譲渡担保契約については、どれに該当するかによって清算金支払義務の有無・方法、所有権移転時期、第三者の取引の安全などについて大きな差異が生じるが、現実にはこれらの性質決定は微妙で困難な判断を要する場合が少なくないといわれる⁷。

本件契約についても、合致した当事者の意思解釈からすれば本来的代物弁済契約とみる余地がある⁸。しかしながら、本判決の説くとおり、Y₁への所有権移転登記後も双方が金銭債務の存在を前提とする行動をとっていることに照らすと、これを本来型代物弁済とみることは相当でない(清算金の支払を要しないとする点でも不当である。)。一方、登記原因はともかく、所有権移転登記がなされているのであるから、上記判例の区分基準に従えば、本件契約を譲渡担保契約とみるのが相当であろう(これを仮登記担保契約とみて抹消登記手続請求を認容することは、Xの行動に照らして虫がよすぎるといえるし、第三者の取引の安全を害することになる。)⁹。

本判決は、外形上代物弁済契約と見えても実質上の債権担保目的を認めて担保的処理を行う最高裁判例の系譜に繋がるものといえる。

第3 本判決の手続上の問題点—法的観点指摘義務違反?

1 法的観点指摘義務の意義・概念

(1) 法的観点指摘義務とは、裁判所が当事者の主張しているのとは異なる法的観点(あるいは法律問題)または主張されていない法的観点を判決の基礎としようとするときは、裁判所はその点を指摘して当事者に攻撃防御の機会を与えねばならない義務をいう。この法的観点指摘義務については、ドイツ簡素化法

278条3項(1976年)(現行ドイツ民訴法139条2項)及びフランス民訴法16条(1982年)が明文で規定したことを契機に、1980年代以降、我が国でもこれを認める見解が有力となり、現在では、学説上広く承認されている¹⁰。

(2) 我が国では、旧民訴法127条1項、現行民訴法149条1項を根拠に、裁判所は事実に関する釈明のみならず、法的評価にわたる事項についても釈明権を行使してきており、釈明義務違反等に関する従来の裁判例の中には、正面から明言してはいないが、実質的には法的観点指摘義務に関するものと評価できるものが少なくない¹¹。最近のものでは、信義則違反という当事者が主張していない法律構成を控訴審がとるのであれば、原告にその点を主張するか否かを促し、被告には十分な反論反証の機会を与えるべきであったとして破棄・差戻しをした事例¹²があり、これは、裁判所が「訴訟の経過等から当事者に予測困難な法的構成を採る場合」に、法的構成の当否を含め当事者に十分な攻撃防御の機会を保障すべき手段として釈明義務を認めたもので、実質的に法的観点指摘義務違反を肯定した事例とされている¹³。

2 法的観点指摘義務の観点からみた本判決の評価

(1) 本判決は、原審の判断には判決に影響を及ぼす明らかな法令違反があるが、確定した事実に基づいて法律適用をやり直せば裁判ができると判断して破棄・自判している。本件では、Xの所有権に基づく抹消登記手続請求に対し、Y₁らはXの所有権喪失の抗弁として本件契約を代物弁済契約であると主張したところ、Xは仮登記担保契約であると反論し(積極否認)、原審は仮登記担保契約であると判断した。このように本件契約が譲渡担保契約であるという主張は最高裁に至るまで当事者のいずれからも提示されておらず、原審にも、このような法的観点についての認識はなかった。

(2) この点について、藤井裁判官は、当事者が主張し、争っている法律構成と異なる譲渡担保契約と認定することは、当事者の主張しない所有権取得原因事実を認定するものでXに対する不意打ちであり、弁論主義に反する疑いがあり、本件ではY₁らの代物弁済の抗弁が成立しないことになるので、Xの請求が認容されるのはやむを得ない旨の反対意見を述べている¹⁴。

(3) しかしながら、本件においては譲渡担保契約の主要事実自体は各当事者の主張の中に現れているので、弁論主義違反ということは困難であろう¹⁵。と

はいえ、当事者がそれまで主張してきたものと異なる法的見解に基づいて破棄・自判してXの請求を棄却したのは、当事者には法的評価についても争う機会が与えられるべきであるという法的観点指摘義務の点からは問題があると考えられる。特に、本件では、最上級審自身が、当事者に意見陳述の機会を与えることなく、それまでと異なる法的見解に基づいて破棄・自判した(不服申立ての機会が与えられない)点について疑問も出されている¹⁶。

ただし、本件については、契約の法的性質決定(法的評価)だけに誤りがあり(法令違反)、実質的な攻防は原審で尽くされていて新たな防御方法(主張立証)は考えにくい事情にあった。原審の釈明権不行使の違法(法的観点指摘義務違反)を指摘して破棄・差戻しをしなくても、Xの防御の機会を不当に奪ったことにはならないと考えられる。したがって、本判決のとった措置は実際上の処理として必ずしも不相当とはいえないであろう¹⁷。

第4 おわりに

1 実務上、争点整理手続等において、裁判官は当事者の主張の過不足、証拠の評価、法的構成の適否・問題点等を指摘し、紛争の実情に即した真の争点を把握し、それに沿う証拠調べを行うことが期待されている。弁論が活性化し、充実した弁論によって真の争点を整理・確定することが行われるならば、法的観点指摘義務違反が問題となるようなことは通常生じることはないとも考えられる。しかし、法律問題に関しては裁判所に判断権が属していることから、適切な法的構成や法解釈上の立場についての裁判所と当事者の認識との間に齟齬が生じやすいという構造的な問題がある。また、当事者が紛争の実質や真の争点に気づいていないこともあり得るから、法的観点について裁判所からの積極的な指摘により、当事者の主張立証が適切となり、事案の真相に合致した解決が図られる場合もあろう。法の解釈・適用に関して裁判所は当事者の見解に拘束されない(自白も認められない。)にしても、当事者に攻撃防御の機会を与えなくてもよいというわけではない。裁判所自身が誤っていることもあり得るのである。法的観点指摘義務は、当事者が不意打ちを受けることなく、攻撃防御方法提出の機会を十分に保障する機能を有するもので、弁論権の実質的保障を図るための有用な概念であるといえる。

2 ただ、法的観点指摘義務についてはまだまだ検討

すべき課題は多い。これを肯定する見解でも、「法的観点」の範囲、釈明義務との異同や関係(釈明義務の一態様とするかこれとは異なる独立のものとするか)、法的観点について裁判所の開示義務(当事者の開示請求権)を認めるか、違反した場合の規律(どのような場合が破棄事由となるか等)などについて、論者の意見が必ずしも一致していない。その背景には民事訴訟法の根本理念についての考えの違いがあると思われる。法律構成の選択についての責任は当事者にあり、当事者が選択した法律構成について裁判所が過度に介入することは裁判所の中立性をおかし、審理をゆがめることになる。怠慢や能力不足により事案に適合した法律構成の選択を誤ったり適切な反論に失敗した当事者(代理人弁護士)をどこまで救済するのかということも問題になる。民事訴訟の審理における当事者主導の理念を重視する立場からは、裁判所の関与は謙抑的であるべきであり、義務違反となることは例外的となろう。一方、裁判所の後見的な役割を重視する立場からは、事案の真相を解明し、紛争の真の解決を図るために、裁判所は積極的に法的観点を開示すべきことになり、釈明義務違反とされる範囲も広がるであろう。今後、具体的事例の検討を通じて、さらに議論が深められることを期待したい。

- 1 兼子一『新修民事訴訟法体系』200頁(酒井書店、増訂版、昭40年)、三ヶ月章『民事訴訟法』158頁(有斐閣、昭34年)、伊藤眞『民事訴訟法』270頁(有斐閣、第3版補訂版、平17年)、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』453頁(有斐閣、第2版補訂版、平25年)
- 2 契約の性質決定・法的効果の付与をどのように定義づけるかは、「契約(法律行為)の解釈」の意義・性質ともからんで大問題であるが、ここでは探求された契約当事者の合致した意思(事実問題)を前提に裁判所が行う法律要件へのあてはめ(包摂)・法的効果の付与(法律問題)としておく。
- 3 大判大正6年9月20日民録23輯1445頁(要旨)「裁判所は法律行為の法律上の性質を判断するにあたり訴訟当事者の意見に拘束されるべきものでないから、当事者がその法律行為をもって信託的売買としているにもかかわらず、裁判所においてこれを買戻約款附売買であると認定することも許される。」
- 4 例えば、最判昭和42年11月16日民集21巻9号2430頁は、当事者が停止条件付代物弁済契約であることを前提にこれが暴利行為として無効かどうか争っていた事案について、清算義務のある債権担保目的の契約であると判断した。こうした「契約解釈」は、法律行為の解釈の名の下になされた「裁判官による法律行為の内容改訂」(修正的解釈)であると評されている(磯村保「法律行為の解釈方法」民法の争点I [ジュリスト増刊、昭60年] 33頁)。
- 5 本判決については多くの評釈がある。増森珠美・判タ1154号58頁、下村信江・民商128巻2号87頁、今尾真・法教271号113頁、清水元「銀行法務21」622号92頁、秦光昭・金法1694号4頁、谷本誠司「銀行法務21」630号54頁等
- 6 古積健三郎「譲渡担保の法的構成と効力」民法の争点(ジュリスト増刊、平19年)151頁、増森・前掲59頁
- 7 下村・前掲258頁、増森・前掲59頁、栗山忍「判解」民事篇昭和

- 41年度416頁
- 8 今尾・前掲113頁。なお、「抵当権実行特約」(流抵当特約)とみるのが相当であるという見解もある(清水・前掲95頁)。
- 9 今尾・前掲113頁(本判決は結論の妥当性の見地から無難な譲渡担保契約という性質決定をしたと評価している)、下村・前掲259頁
- 10 山本和彦『民事訴訟新理論』(信山社、平8年)169頁、高橋・前掲454頁、伊藤眞・前掲270頁、新堂幸司『民事訴訟法』(弘文堂、第5版、平23年)492頁
- 11 高橋・前掲451頁、阿多麻子「法的観点指摘義務」判タ1004号26頁
- 12 最判平成22年10月14日判時2098号55頁、判タ1337号105頁
- 13 高田昌宏「批判」平成22年度重判(ジュリスト1420号)162頁、新堂・前掲493頁、高橋・前掲461頁
- 14 これに賛成する見解として、北秀昭「弁論主義における『生の事実』と『法的に構成された事実』との関係についての一考察」判タ1209号34頁。Y₁らは所有権喪失の抗弁(自己の所有権取得原因)の法律構成が拙劣であったのであり、この点で敗訴しても、それはY₁らの責任であるということも一理あると思われる。
- 15 下村・前掲260頁
- 16 下村・前掲260頁、今尾・前掲113頁
- 17 新堂・前掲499頁は、本判決の法廷意見が法的観点指摘義務という論点を明確にしなかった点は残念であるが、破棄・差戻しをしたとしても、Y₁らは譲渡担保構成に変更したであろうし、Xの主張の無理なことを見越して破棄・自判した点はむしろ落着きのよい結論であるとしている。

| | |
|---|---|
| 編 | 集 |
| 後 | 記 |

今回の御池ライブラリーでも、各弁護士の日頃の研究成果を発表するとともに、身近な問題の一つであり、近時注目されている消費者法分野の特集として取り上げました。また、当事務所は、本年、伊吹健人弁護士および二本松利忠客員弁護士の2名の弁護士を迎え、同弁護士が御池ライブラリーへの原稿執筆をしております。今後も、より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。

