

〔実務ノート〕

## 結論の妥当性と法的安定性

### 一般条項を適用した事例

西 田 美 昭

- I 個々の事案に即した適正な解決を求めて
- II 一般条項（権利濫用、信義則違反等）の適用による妥当な結論を得ることの評価
- III 私の担当した事件で一般条項を適用した事例
- IV 事例のまとめ

#### I 個々の事案に即した適正な解決を求めて

民事裁判に関わる者として心得るべき民事裁判に最も大切なことは、「結論の正しさである」ということを、司法修習生の時代にも裁判官に任官した後も、折りに触れて聞かされた。もう少し踏み込んで、「個々の具体的事案に即した妥当な結論である」ことが大切であるといわれることもあった。同種の請求権に基づく請求であっても1件1件の事実関係によって妥当な結論が異なる可能性があるということだ。

それでは、個々の事件で、ある結論が正しいか否か、ある結論がその事件の事案に即して妥当か否か、の判断基準はどのようにして知ることができ、身につけることができるのか。

世の中に暮らす多様な人々の思考、行動の表裏や、多くの人々からなる社会のいろいろな分野の活動の実情について見識を深める必要がある、というもっともでもあるけれども、自分なりに努力しても生涯完成することのない方法を聞いて肅然としたこともある。

## 結論の妥当性と法的安定性

もう少しテクニカルな方法として、民法等の実定法や判例法の法律要件に立証責任の分配を考慮した要件事実論に従って、その事件の訴訟物の類型毎に請求原因、抗弁、再抗弁・・・それらの認否というように主張を整理し、争いのある主張について証拠で事実が認定できるあるいは認定できないと順番に判断を進めることによって、初心者でも大きな間違いをしないで結論が得られる。必要な規範的判断は、個々の法条や判例法理の評価的要件の判断、例えば、過失（民法709条）、正当な理由（民法110条）、正当の事由（現行法でいえば借地借家法6条、28条）、背信的悪意（不動産取引の対抗要件の必要性についての判例法）を個別の事案に応じて的確に行うことにより可能である、との趣旨を研修の折に聞いた記憶がある。

権利の濫用、信義誠実の原則等のいわゆる一般条項は昭和22年の民法改正により明文化（民法1条2項、3項）されて後、当時既に20年以上経過していたが、正しい結論を得るため、あるいは、個々の具体的事案に即した妥当な結論を得るための法的なテクニックとして研修等で取り上げられることはなかったと記憶している。

現時点から振り返れば、民事事件処理の初心者である判事補に、実務にしばしば現れる典型的な類型の訴訟で大きな間違いをしないで結論が得られる基本的な方法を教育するのであるから、例外的な一般条項の適用が取り上げられなくても、やむを得なかったことであると思う。

私が司法修習生や未特例判事補（任官後5年未満の判事補）であった昭和40年代には、裁判所では、一般条項を適用して、正しい結論、個々の具体的事案に即した妥当な結論を得ようとすることに消極的な空気が支配的であった。逆に言えば、一般条項を適用しなければ説明できない結論は、正しい結論、個々の具体的事案に即した妥当な結論とはいえないという考え方が多かったことになろうか。「権利の濫用の濫用」という冗談めいた揶揄もしばしば耳にした。

## Ⅱ 一般条項（権利濫用、信義則違反等）の適用による妥当な結論を得ることの評価

昭和44年10月に、当時最高裁判所判事であった松田二郎氏が司法研修所でした「最高裁より見た民事裁判 一裁判官の随想」と題する講演の記録が昭和45年7月発行の司法研修所論集1970-II号1頁以下に掲載された。その中で松田裁判官は、次のように述べていた。（同号27頁以下）

「裁判官の考方が融通性、柔軟性を欠くとの非難に関連して、一般条項適用の問題について考えてみたいと思います。もっとも、裁判官のうちにあっても、一般条項に対する考方には差がありますが、概してキャリアの裁判官は、それ以外の法律家に比較して、一般条項を用いることに控目だからであります。

思うに、社会状態の変遷に応じるために、民事裁判上、一般条項、たとえば、権利濫用、信義則違反、良俗違反によって、事件を妥当に処理してゆくことが要請され、ことに、社会状態が急速に激変しつつある現代において、この要請は高まります。最高裁で上告事件を取扱っていると、下級審で被告側が権利濫用や信義則違反の抗弁を提出している事例が、相当に多いのを知るのであります。しかし、下級審判決の多くは、これらの抗弁をあまり採用していません。このことをいかに評価すべきでしょうか。結論的に申せば、私は、一般論としては、これらの抗弁を多くは採用しない下級審の控目な態度は、法的安定の見地よりしても是認すべきものであると思います。

一般条項は、いわば伝家の宝刀であって、抜かなければならない場合があるにせよ、妄に抜くべきではありませんまい。妄に抜くときは、結局、無軌道になってしまいます。もっとも、一部には、具体的妥当性という名の下に、一般条項を大いに用うべしとの主張があります。しかし、無批判にこれを受け入れると「法三章」にて足りることになりましょう。しかるに、一部の人はいいます。「訴訟においては、勝つべき者が勝ち、敗けるべき者が敗けることが必要なのであり、そもそも細かい法律論などは、いずれも枝葉末節に過ぎない。裁判官は、すべからく、大所高所より事件を判断すべく、そのためには、大いに一般条項を活用すべし」と。裁判官が事件に対し大所高所よりこれを考察して判断を下すべきこと、当然のことではありますが、一般条項を大いに活用すべしとの論には、容易に賛成できないのであります。裁判官は、一見、矛盾する二つの面、すなわち、一面において、直観的に全体を見るとともに、他面において、分析的・論理的に見ることを要求されるのであって、後者の要求に応ずるため、枝葉末節とも思われる細かい理論をも真剣に考えなければならず、気安く一般条項——それは伝家の宝刀である——を適用すべきではないのであります。もっとも私としては、この伝家の宝刀を絶対に抜いてはいけないと主張するものではなく、現に、私もこの宝刀を抜いたことがあります。しかし、概

言するならば、私は、一般条項について右に述べたように考えるものであり、下級審が一般条項適用についての控目の態度は、正当であると思うものであります。」

裁判所部内で、実務家としても学問的研究者としても名声があり、最高裁判所判事としても、代物弁済予約の担保的把握（最高裁判所昭和42年11月16日民集21巻9号2430頁）、法人格否認の法理（最高裁判所平成44年2月27日民集23巻2号511頁）など柔軟な判例法の形成に中心的役割を果たしたと伝えられている松田二郎氏の発言は、重みをもって受け止められた。柔軟な判例法の形成に中心的役割を果たしておられる松田氏が、当時の裁判所内で支配的だった一般条項の適用に消極的な空気を支持する講演をされ、記録として公表されたことを、私はやや重苦しく感じた。しかし、他方では、「この伝家の宝刀（一般条項）を絶対に抜いてはいけないと主張するものではなく、現に、私もこの宝刀を抜いたことがあります。」とはっきり述べておられることにほっとする思いだった。

### Ⅲ 私の担当した事件で一般条項を適用した事例

現時点で、一般条項のうち信義誠実の原則、権利の濫用についての沿革、学説、判例・裁判例を整理した文献としては、山野目章夫編集「新注釈民法(1)」(平成30年11月発行)の第1条の注釈(とりわけ、信義誠実の原則については同書131頁以下(吉政知広執筆)、権利濫用禁止法理については同書181頁以下(平野裕之執筆))を上げることができる。そこで引用紹介されている大審院・最高裁判所の判例、下級裁判所の裁判例は数多い。一般条項の適用に消極的な空気が支配的でも、長年の間に、この事件でこそ伝家の宝刀を抜かなければと判断された事例が蓄積されたということであろう。一般条項を適用した事案は珍しいので、各種の判例集の編集者によって選択されやすいという事情もあると思われる。

それでは、1人の裁判官はどれくらいの頻度で伝家の宝刀を抜くのだろうか。今まで、自分自身が判決で一般条項を適用した事例がどれくらいあるのかをまとめたことがなかったので、今回調べてみた。約39年5か月の裁判官在職の内、経験を積んだと言える後半の約20年(昭和63年4月から平成20年9月まで)について、アクセス可能な判例データベースのうち、LLI判例秘書アカデミック版((株)LIC)、LEX/DBインターネット((株)TKC)、D1-Law.com(第一法規(株))の担当裁判官名検

索、あるいはキーワード検索に氏名を入れて検索してデータベース中の裁判例から担当した事件を読み出し、記憶と照らし合わせ、全文を確認する等して、事案の解決に一般条項の適用が決定的又は重要な意味を持った事例を全て選び出した。類似した事案に同趣旨の判断をしている場合は、その最初のもの又は事案が理解しやすいものを1つ事例として上げ、他のものは、コメントの中で関連事例として言及するにとどめた。

なお、信義誠実の原則、権利濫用禁止法理と並んで一般条項の例として上げられる公序良俗違反を適用した事例はなかった。また、上記の期間に、判例データベースに収載されていない一般条項を適用した事例の記憶はない。

(裁判例の印刷媒体の出典は、最高裁判所発行の公式判例集、判例時報、判例タイムズのうち複数に掲載されたものは他の出典は省略し、上記3種のうち1つに掲載されたものに他の出典があればそれも上げた。印刷媒体の出典がないもの又は一般的でないものはTKC文献番号でも特定した。上訴の有無及び上訴の結果については、出典の記載、他の文献の記載で確認できる限りで記載した。)

**事例1** 和解条項に定められた違約金支払義務発生の条件成就を主張することが信義誠実の原則に反して許されないと判断した事例

#### 東京高等裁判所平成元年11月29日判決

(判例時報1355号61頁、最高裁判所民事判例集48巻4号1049頁)

(上告あり、上告棄却)

#### (事案の概要)

本件事件の前に、Yを原告としX<sub>1</sub>を被告とする、特許権侵害訴訟が東京地裁に係属し、同訴訟の中で、X<sub>1</sub>の関連会社X<sub>2</sub>ほか10名を利害関係人として参加させて、YとX<sub>1</sub>及び利害関係人らとの間で、次のような趣旨の条項を含む訴訟上の和解が成立した。

「1 X<sub>1</sub>及び利害関係人らは、本日以後別紙目録記載の「部分かつら」の製造販売をしない。

2 X<sub>1</sub>及び利害関係人らが前項に違反した場合には、連帯してYに対し、違約金として1000万円を支払う。」

その後、Yは、X<sub>2</sub>が上記和解条項1項に違反したので和解条項2項の条件が成就したとして執行文の付与を申請し、東京地裁書記官が執行文を

付与した（民事執行法 27 条 1 項）。

そこで、 $X_1$ 及び $X_2$ が、条件は成就していないとして、執行文付与の異議の訴えを提起したのが本件訴訟である（同法 34 条 1 項）。上記和解条項 1 項の目録に記載の「部分かつら」は「櫛歯ピン」という特定の形状のストッパーが付着していることが特徴であった。 $X$ らは、① $X_2$ がAに販売した「部分かつら」に付着していたストッパーは「櫛歯ピン」とは別の形状の「3 S ピン」であったから和解条項 1 項に違反するものではなく、和解条項 2 項の条件は成就していない旨主張した。1 審の東京地裁は、 $X$ らの異議を棄却したので、 $X$ らが控訴した。

控訴審で、 $X$ らは、1 審以来の主張（①）に加えて、②Y製造の「櫛歯ピン」を付着した「部分かつら」を販売することは、和解条項の解釈から、及び特許の用尽の理論から、和解条項 1 項に反しない、③Yの教唆あるいは同意に基づく販売であるから和解条項 1 項違反の違法性が阻却される、④Y自身において $X_2$ が和解条項 1 項に違反する原因を作出しておきながらその違反行為の責任を $X$ らに追及することは、権利濫用又は信義則違反に当たる、等の主張をした。

#### （裁判所の判断）

裁判所は、 $X_2$ が「櫛歯ピン」の付着した「部分かつら」をAに販売した事実、Aは、YからBを介して調査の依頼を受け、客として $X_2$ の店舗で部分かつらの購入を申し込んだ事実を認定し、②の主張も排斥したが、④の主張について次のとおり判断した。

「2 右 1 認定の事実及び前記 4 1 認定の事実によれば、「Aは、一旦 $X_2$ と 3 S ピンの付けられた部分かつらの購入契約を結びながら、部分かつらの製作作業がかなり進んだ状況で、3 S ピンを付けるのであれば解約したい、解約できないのならYの製品である櫛歯ピンのようなストッパーを付けて欲しい旨申し入れ、L（ $X_2$ の社員）を困惑させ、解約を巡る紛争を恐れる右Lをして、やむなく櫛歯ピンを付けることを承諾させたうえ、本件櫛歯ピン付きの部分かつらの売り渡しを受けたものであり、右のようなAの行為は、すべてBを介して伝えられたY従業員員の指示に基づくもの」と認めることができる。

3 以上、右 1、2 認定の事実及び前記 4 1 認定のような事実関係の下では、Yにおいて、 $X_2$ が本件部分かつらをAに売り渡した行為をもって、本件和解条項第 2 項所定の違約金 1000 万円の支払義務発生の条件

が成就したとして執行文の付与を受けることは、信義誠実の原則に反し許されないものというべきである。」

結論として、本件異議の訴えは理由があり、これを棄却した原判決は失当であるからこれを取り消し、本件異議を認容すると判断した。

### (コメント)

1 私はこの事件の主任裁判官であった。Aに売り渡された部分かつらがY主張のように櫛歯ピンが付着されたものであったか、Xら主張のように3Sピンが付着されたものであったかが激しく争われたが、櫛歯ピンが付着されたものであったと認定できた。しかし、そうだからといって和解条項2項の条件成就を認め、YからXらに対する同項に基づく強制執行を許すことには落ちつきの悪さを感じた。

X<sub>2</sub>は和解条項1項に反する部分かつらを販売したが、それはAが当初3Sピンの付けられた部分かつらの購入契約を結びながら、部分かつらの製作作業がかなり進んだ状況で、3Sピンを付けるのであれば解約したい、解約できないのなら櫛歯ピンのようなストッパーを付けて欲しい旨申し入れたためであり、そのようなAの行為は、すべてBを介して伝えられたY従業員の指示に基づくものであった。YがBを介してAにX<sub>2</sub>から部分かつらの購入を依頼することがX<sub>2</sub>の本件和解条項違反行為を確認するためのやむをえない措置であったと解される事情も認めることができなかった。いわば、Yは、X<sub>2</sub>が和解条項1項違反の行為をするようにAを通じてそそのかしておいて、X<sub>2</sub>の社員がやむなく行った行為を理由に1000万円の違約金を取り立てようとするもので公正ではない。今後同様の販売が再度行われた場合はともかくとして、今回は条件成就を認めない方が事案の解決として適切なのではないかと考えた。

2 法的理由付けとして、Xらは信義則違反を主張しているので、判例、学説を調査すると、条件成就執行文の付与を信義則違反で認めなかった先例は見つけられなかったが、各種の債務名義に基づく強制執行が信義則違反あるいは権利の濫用であることが請求異議の事由になることを認めた判例もあるので、条件成就執行文の付与を信義則違反を理由に認めないこともおかしくないと考えた。

調査の過程で、「条件ノ成就ニ因リテ不利益ヲ受クヘキ当事者カ故意ニ其条件ノ成就ヲ妨ケタルトキハ相手方ハ其条件ヲ成就シタルモノト

看做スコトヲ得」と規定する当時の民法 130 条の類推解釈として、条件の成就により利益を受ける当事者が故意に条件を成就させた場合に相手方は条件が成就しなかったものとみなすことができるとする学説が多数説であることに気が付いた。しかし、学説では多数説とはいえ、新しい法理を裁判例として打ち出すのは大げさに思われ、この事案限りの解決に必要な信義則違反を理由とするのが適切であろうと考えた。

3 口頭の合議で合議体（裁判長秋吉稔弘判事、相陪席木下順太郎判事）の結論が得られ、判決起案に基づく合議を経て判決がされた。

4 敗訴したYが上告したのに対し、最高裁判所は平成6年5月31日に上告棄却の判決をした（最高裁判所民事判例集 48 卷 4 号 1029 頁）。

同判決は、控訴審判決の確定した事実を引用した上、「Yは、単に本件和解条項違反行為の有無を調査ないし確認する範囲を超えて、Aを介して積極的にX<sub>2</sub>を本件和解条項第1項に違反する行為をするよう誘引したものであって、これは、条件の成就によって利益を受ける当事者であるYが故意に条件を成就させたものというべきであるから、民法130条の類推適用により、Xらは、本件和解条項第2項の条件が成就していないものとみなすことができると解するのが相当である。これと同旨をいう原審の判断は、正当として是認することができる旨判断した。最高裁判所民事判例集にはこの判決の要旨として、「条件の成就によって利益を受ける当事者が故意に条件を成就させたときは、民法130条の類推適用により、相手方は条件が成就していないものとみなすことができる。」と掲げられている。

5 平成29年5月に成立し、令和2年4月1日から施行される民法改正法では、現行の民法130条に第2項を加え、「条件が成就することによって利益を受ける当事者が不正にその条件を成就させたときは、相手方は、その条件が成就しなかったものとみなすことができる。」と規定した。この改正規定は、上記平成6年5月31日の最高裁判決の示した判例法理を明文化したものとされている（潮見佳男「民法（債権関係）改正法案の概要」、大村敦志・道垣内弘人編「民法（債権法）改正のポイント」513頁（道垣内弘人執筆部分）、ただし、筒井健夫・村松秀樹編著「一問一答・民法（債権関係）改正」38頁は上記平成6年の判例を事例判断として引用している。）。

6 この事件は、事実審の高裁では、個別事案の解決に必要な限りの信



義則違反を理由として X らを勝訴させたところ、最高裁は、より射程の広い法理を示して原判決を維持し、その判例法理が 20 年以上を経て民法改正にあたって明文化されたという経過から、下級審と上告審の考え方の相違、判例法理を明文化した立法の例についての資料ともなろう。

**事例 2** 登録商標と被告標章が外観上類似していると主張することが、出願過程における権利者の主張を参酌して、信義誠実の原則に反し許されないと判断した事例

東京地方裁判所平成 6 年 6 月 29 日判決（判例時報 1511 号 135 頁、判例タイムズ 870 号 255 頁）（上訴なく確定）

**（事案の概要）**

X は、図 1 に示す商標（X 商標）について、手動利器等を指定商品とする商標権を有している。Y はカミソリ刃及びその包装に図 2 の標章（Y 標章）を付して、カミソリ刃を製造販売している。カミソリ刃は X の商標権の指定商品の範囲に属する。X は、Y 標章は X 商標に類似するとして本件商標権に基づき、Y に対して Y 標章を付したカミソリ刃の製造販売等の差止め等を請求した（商標法 36 条 1 項）。X は X 商標と Y 標章の外観の類似のみを主張した。

図 1 原告商標

図 2 被告標章



**（裁判所の判断）**

裁判所は、X 商標と Y 標章の外観は類似しないと判断し、X の請求を棄却した。

「・・・予めそのようなものとして説明を受けて見れば、X 商標は、ローマ数字「II」の左側にアルファベットの「K」が接合したものと判別できないわけではない。しかしながら、本件において、X が右の点を指摘して、X 商標が、アルファベットの「K」の右にローマ数字の

「Ⅱ」を並記したY標章と外観上類似しているものと主張することは、法の一般原則としての信義誠実の原則に反し許されない。

すなわち、・・・Yが登録異議申立ての理由とした、X商標は「K」と「Ⅱ」をくっつけた構成であるとの主張に対し、Xは・・・異議答弁書において、X商標はモノグラムであって構成文字を明確に判断することはできないもので一種の図形よりなる商標であり、「K」と「Ⅱ」の極めて簡単で、かつ、ありふれた標章のみからなるものではなく、「ケイツウ」の称呼も生じないとの趣旨の主張をしていたもので、登録異議の申立てについての決定において、Xの右主張が認められ、X商標は、アルファベットの一文字「K」とローマ数字の「Ⅱ」とを普通の態様で表したものは認識しえない程度に、特異に構成されているから、Xの創作に係る特殊な図形と判断されて異議申立ては理由なしとされ、本件商標を登録する旨の査定がされたことは、前記・・・認定のとおりである。

右のように出願登録の過程においては、X商標はモノグラムであって一種の図形よりなる商標であるとして、それを構成する「K」、「Ⅱ」の文字をくっつけたものであることを実質上否定する主張をして、それが認められて本件商標権を取得したXが、本件訴訟においては掌を返すようにX商標は外観上「K」と「Ⅱ」の接合体と看取できると主張して、Y標章はこれに類似する旨主張することは信義誠実の原則に反し許されないものであることは明らかである。」

#### (コメント)

1 私はこの事件を裁判長として担当した（陪席高部眞規子判事、櫻林正己判事補）。

X商標の登録出願当時の商標法では、商標登録の出願に対し、拒絶理由が発見されなければ商標公報に掲載して出願公告がされ、何人も異議申立をすることができた。X商標について出願公告がされ、Yが異議を申し立てた。裁判所の判断で認定されているように、Xは、異議の手続の中で、X商標はモノグラムであって一種の図形よりなる商標であるとして、「K」、「Ⅱ」の文字をくっつけたものであることを実質上否定する主張をして、それが認められて本件商標権を取得したが、そのXが、権利取得後の本件訴訟においては掌を返すようにX商標は外観上「K」と「Ⅱ」の接合体と看取できると主張して、Y標章はこ

れに類似する旨主張することは公正ではないと感じられ、そのような主張を認めることは社会的に妥当でないと考えた。

- 2 特許侵害訴訟の分野には、「包袋禁反言」と呼ばれる、特許権者が出願審査の過程でした自己の主張と矛盾する主張を侵害訴訟であることを許さないというアメリカ法のファイルラッパー・エストッペルの法理に起源する考え方（北川善太郎・斉藤博監修「三省堂知的財産権辞典」498頁、53頁）があり、商標権侵害訴訟であるこの事件にその考え方を応用できるのではないかということも、1の結論を導く支えになった。

（なお「包袋（ほうたい）」とは、かつて特許庁で出願から登録（又は登録拒絶査定）までの書類を収納していた袋のことである。包袋の中身から明らかとなった権利者の言動に反する主張は認めないということから包袋禁反言と呼ばれるようになった（中山信弘「特許法第3版」462頁）。）

- 事例3** 実用新案権侵害を理由とする損害賠償及び不当利得返還を求め訴えが、一部請求の名のもとにいたずらに同一の訴訟を蒸し返すものであり、訴権の濫用にあたるとして、訴えを却下した事例

#### 東京地方裁判所平成7年7月14日判決

（判例時報1541号123頁、判例タイムズ891号260頁）

（控訴、上告を経て確定）

#### （事案の概要）

- 1 「カッター装置付きテープホルダー」の考案について実用新案権を有していたXが、事務機メーカーであるYが3種類の製品（イ号、ロ号、ハ号）を製造販売した行為がそれぞれXの実用新案権を侵害するものであったと主張して、主位的に不法行為による損害賠償請求権に基づき、予備的に不当利得返還請求権に基づき、各実施料相当額の支払いを求めた事案である。

Xは、Yが実用新案権の存続期間（昭和56年6月13日限り満了）中の昭和47年3月から昭和52年12月までの間にイ号製品、ロ号製品を各7万1200台製造販売したとして、その内当初の1万4245台を除いたその後の各5台の実施料相当額26万7000円を、同じく昭和47年2月から昭和53年7月までの間にハ号製品を6万4800台製造販売し

## 結論の妥当性と法的安定性

たとして、その内当初の1万2965台を除いたその後の5台の実施料相当額130万円を、平成7年に提起した本件で請求した。

- 2 Xは、本件訴訟提起の前にも、上記と同じ期間（第1期）に製造販売された同じ台数の同じ3種の製品の製造販売による同一の実用新案権の侵害を理由として、内金請求あるいは一定の台数分についての一部請求に細分化して、昭和52年から平成6年までの17年間に14回にわたり提起してきた。これらの事件では、既判力を理由とする請求棄却判決が1件あった以外は、いずれもY製品は本件実用新案権を侵害するものではないとの判決が確定していた。（これらの事件の概要は、本件判決に別紙「係属事件一覧表（甲）」として添付されている。）

また、Xは、本件訴訟の提起と同時期に、製造販売の期間は上記の期間の後から存続期間満了までの期間（第2期）であるが、同じ3種の製品の製造販売による同一の権利の侵害を理由として、特定の各5台についての実施料相当額を請求する訴訟（別件訴訟）を提起した。

Xは、別件訴訟提起の前にも、同じ第2期に製造販売された3種の製品の製造販売による同一の実用新案権の侵害を理由として、一定の台数分についての一部請求に細分化した実施料相当額請求訴訟を、昭和61年から平成6年までの間に12回にわたり提起してきた。これらの事件では、消滅時効を理由とする請求棄却判決が1件あった以外は、いずれもY製品は本件実用新案権を侵害するものではないとの判決が確定していた。（これらの事件の概要は、本件判決に別紙「係属事件一覧表（乙）」として添付されている。）

### （裁判所の判断）

本件訴えは不適法であるとして却下した。

「一般に、民事訴訟手続においては、原告は、数量的に可分な債権の一部のみを被告に対して請求することができ、このような請求であることを明示した場合には、当該判決の既判力は残部の請求には及ばないと解されるから、先に一部請求を申し立てた原告が、後に残部の支払いを求めて再度裁判所に訴えを提起することが直ちに不適法となる訳ではない。

しかしながら、私人間の紛争の解決を裁判所に求める国民の権能（訴権）が、裁判を受ける権利として憲法上保障されたものであるとはいっても、その濫用的行使まで許されるものではないことは明らかであり、

諸般の事情から一部請求後の残額請求が訴権の濫用と認められる場合には、もはや訴えの利益を欠き、訴えは不適法なものとして却下されるべきである。」

と一般論を示した上、上記**（事案の概要）**2の事実関係を認定し、さらに、本件実用新案権は昭和56年6月13日限り存続期間が満了し、Xが主張するYの製造販売期間の終期からは既に16年以上が経過していることを指摘する。

「右認定事実に鑑みると、本件訴えは一部請求の名のもとにいたずらに別表（甲）及び別表（乙）記載の各訴訟と同一の訴訟を蒸し返すものであり、これまで繰り返し理由がないとする裁判所の確定した判断を受けている請求と実質的に同じ請求をするものであって、Yの地位を不当に長く不安定な状態におき、ことさらにYに応訴のための負担を強いることを意に介さず、民事訴訟制度を悪用したものであるとの評価は免れない。

したがって、本件訴えは、訴権の濫用にあたるものであって、訴えの利益を欠き不適法であり、しかもその点を補正することができないものであるといわざるを得ない。」

#### （コメント）

1 私はこの事件を裁判長として担当した（陪席高部眞規子判事、池田信彦判事補）。

当時は、最高裁平成10年6月12日判決（民集52巻4号1147頁）がされる前であるから、金銭請求について一部請求がされた場合についての私の感覚は、**（裁判所の判断）**の一般論の前段のように、「原告は、数量的に可分な債権の一部のみを被告に対して請求することができ、このような請求であることを明示した場合には、当該判決の既判力は残部の請求には及ばないと解されるから、先に一部請求を申し立てた原告が、後に残部の支払いを求めて再度裁判所に訴えを提起することが直ちに不適法となる訳ではない。」というものであった。先の一部請求で請求が棄却されても、判断が微妙な事案では、担当する裁判所が違えば、後の残部請求が認容されることもあり得るとも考えていた。しかし、1個の債権を極端に細分化して請求するような場合は訴権の濫用となることがあることも理解していた。

Y代理人の準備書面で、Xは同じ権利侵害を理由とする請求を相当

回数繰り返していることが主張されていた。陪席裁判官と合議して、Y 代理人の主張を手がかりに、書記官室に保存されている過去の事件簿と判決写し、判決原本に基づいて、X の Y に対するこの実用新案権侵害を理由とする事件を全て調べて一覧表を作る方針を決めた（訴権の濫用という公益的要素の強い訴訟要件についての事実であるから、職権探知の対象となる。）。しばらくのちに、別表（甲）と別表（乙）の原型となる表ができあがって、最初に見た時の印象は、これは訴権の濫用の典型だな！というものだった。

権利濫用、信義則違反等の一般条項を適用する場合には、それを基礎付ける事実を十分に認定することで、敗訴することになる当事者、上訴審等の裁判官、判決を読んだ弁護士等の法律家、一般社会の人に理解されると日頃考えていたが、2 枚の表に示された事実はそれだけで X の訴権の濫用を十分に基礎付けると考えた。念のため、Y の行為が X の実用新案権を侵害するといえないことも確認した。

2 枚の表をブラッシュアップしたものを別表（甲）、（乙）として添付して、**事例 3** の判決と、**事案の概要 2** で（別件訴訟）として引用されている事件について、同趣旨の判決（東京地方裁判所平成 7 年 7 月 14 日判決（TK C 文献番号 28030531）**事例 3 関連判決①**）をした。

2 X は、その後も、第 1 期と第 2 期の各被告製品の製造販売の内特定台数分の損害賠償等の請求を繰り返し、私が東京地裁民事第 29 部に在籍した平成 10 年 3 月までだけでも、別の合議体が平成 8 年 7 月 24 日に 2 件の訴え却下の判決（TK C 文献番号 28031307、同 28031308）をし、私が裁判長の合議体が平成 9 年 5 月 30 日に 2 件の訴え却下の判決（TK C 文献番号 25109034、同 25109035。**事例 3 関連判決②③**）をした。

3 その後、前記最高裁平成 10 年 6 月 12 日判決（民集 52 卷 4 号 1147 頁）が、「金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されない。」を要旨とする判断を示した。

この判決は、「数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、このように債権の全部について行われた審理の結果に基づいて、当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって、言い換えれば、後に残部

として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものにほかならない。したがって、右判決が確定した後に原告が残部請求の訴えを提起することは、実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返すものであり、前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものというべきである。」ことから、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されない、としたものである。

この判例は、前訴である金銭債権の数量的一部請求訴訟で実体審理の上敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは特段の事情がない限り信義則に反し許されないとするものであるから、**事例 3**の別表(甲)、別表(乙)のような細分化訴訟は、1 回目で実体審理の上敗訴すれば、2 回目からは、特段の事情がなければ訴え却下となる。

- 4 この最高裁平成 10 年 6 月 12 日判決が判例として下級審に与えた影響については、萩澤達彦「信義則による遮断効について」(1) (2) (3 完) (成蹊法学第 81 号 242 頁、同第 82 号 352 頁、同第 83 号 288 頁) が多数の裁判例を取り上げて分析、整理している。

(同論文で【裁判例 1】として取り上げられている東京地裁平成 12 年 10 月 17 日判決 (TKC 文献番号 28052177) は、本稿**事例 3**の事案と実質的に同じ期間のイ号製品、ハ号製品の当初の 5 台、ロ号製品の当初の 6 台の製造販売による本件実用新案権の侵害による損害賠償請求訴訟である。【裁判例 1】の中で「前訴」とされているのは本稿**事例 3**の事件である。両事件の訴訟物は、イ号製品、ロ号製品、ハ号製品毎に、同じ債権のそれぞれ一部であるから、一部請求と残部(の一部)請求の関係にある。萩澤教授が、「前訴」(本稿**事例 3**)と【裁判例 1】の訴訟は同一債権の一部と残部の関係にないとされる(萩澤・前掲(3 完) (成蹊法学第 83 号 285 頁) 点には賛同できない。同論文の【裁判例 1】が、最高裁平成 10 年 6 月 12 日の判例の「趣旨に照らしても、信義則に反するものというべきであり、」と判示しているのは、前訴である本稿**事例 3**の判決が、実体判断をして請求を棄却したものでなく、訴権の濫用として訴え却下したものである点上記最高裁判例の射程外であるけれども、上記判例の考え方を類推することを述べていると解すべきであろう。(最高裁判所の判決における「判例の趣旨」という

結論の妥当性と法的安定性

用語法について、中野次雄編「判例とその読み方 [三訂版]」132 頁以下 [佐藤文哉・宍戸達徳執筆部分] 参照))

**事例 4** 出版社の編集長が原告の著作した漫画の原画の絵柄、セリフ等を改変した行為について、原告の同一性保持権を侵害するものとして、損害賠償等の請求が権利の濫用に当たるとして棄却した事例

#### 東京地方裁判所平成 8 年 2 月 23 日判決

(知的財産権関係裁判例集 28 巻 1 号 54 頁、判例時報 1561 号 123 頁、判例タイムズ 905 号 222 頁) (控訴)

##### (事案の概要)

X は漫画家、Y<sub>1</sub> は月刊コミック雑誌 S (仮名) を発行する出版社、Y<sub>2</sub> はそのコミック雑誌を編集する会社であり、A は Y<sub>2</sub> の編集長である。

X は Y<sub>1</sub> と、X が雑誌 S の連載漫画の原画を作成し Y<sub>1</sub> が原画を利用して S に掲載し出版することを許諾する寄稿契約を締結した。平成 2 年 9 月 8 日発売の S の 10 月号に連載第 2 回の漫画 (本件作品) が掲載されたが、それは X の作成した原画 24 枚のうち男女の登場人物の顔の絵柄、セリフ、書文字の 75 か所に加筆、削除、変更するなどの改変を加えた原画を利用したものであった。X は、同一性保持権等の侵害、複製権侵害を理由に 416 万円の損害賠償と漫画家としての声望を毀損された X の社会的評価の回復のため、謝罪広告を S に掲載することを請求した。

本件作品は芸能人の結婚をモチーフとしたものであったが、登場人物の男女が皇族夫妻の似顔絵で描かれ、皇族を連想させる登場人物名、皇族について使われることの多い敬語が使用されているところから、このような漫画を S に掲載することは Y<sub>1</sub> の方針に反すると考えた A が、X と電話で交渉した後、直接原画を修正して掲載したものであった。

Y<sub>1</sub> は、①原画の改変について X が承諾した、②X の請求は権利の濫用である、③Y<sub>1</sub> の行為は、X の不法行為に対する正当防衛である、と主張した。

##### (裁判所の判断)

裁判所は、改変について X が承諾したとの主張は認められないと判断し、A が原画に改変を加えて掲載したことは少なくとも外形的には X の同一性保持権を侵害するものとしたが、X の請求は権利の濫用であって許されないとして請求を全て棄却した。



## 1 事実経過として認定された要点は次のとおりであった。

Sの発売日は毎月8日で、製版、印刷、配本等の日程上、製版業者に、雑誌1冊分の原画と、編集部でする校了という作業を終えた校了紙を渡す最終期限は8月31日の朝であり、10月号の場合曜日の関係で、作者の原稿締め切りは8月24日であったが、28日までは許容範囲とされていた。8月10日に、XはAと本件作品の下案に基づく打ち合わせをしたが、その際、下案の登場人物名や敬語が皇室を連想させるものであったので、Aが普通の表現に直すよう指摘したところXは異論を挟まなかった。XはAに連絡せず8月27日まで外国旅行に出かけ、帰国した当日Aから連絡を受けて、翌28日に下絵のコピーを渡し29日に原画を完成させるよう指示を受けた。Xは28日夕刻下絵のコピーを渡したが、登場人物の男女が皇族夫妻の似顔で描かれており、登場人物名や敬語が皇室を連想させるものであったので、AはXに電話をかけ、皇族に似すぎているから直すこと、皇族を連想させる語句を直すことを指示した。Xは当初は変える必要はない旨答えていたが、Aがどうしても変えるよう申し入れたため、渋々ながらこれに応じる返事をした。Xは、30日の夕刻になって原画を渡したが、原画には、依然として皇族の似顔絵、皇族を連想させる登場人物名、皇室について使われることの多い敬語が使用されていた。Aは、このような漫画をSに掲載することはYらの方針に反すると判断しX方に電話をかけたが、Xは外出中で、同日午後10時ころになって、Xと電話連絡がとれた。Aは、「すぐに道具を持って編集部に来て、修正をしてほしい。」旨を申し入れたが、Xは、「語句の修正はしたくなかった。皇室を表す言葉をそのまま使いたかった。だから直さなかった。」「堂々と皇室批判をしたい。いまは不敬罪というのはないはずだ。」などと聞き入れなかった。2時間位電話での修正の要求、説得の押し問答をした後、A編集長が、「Xが修正しないなら、Y<sub>2</sub>の方で修正する。」旨告げたところ、Xはこれを拒否し、「原画の修正は承服しない。直すくらいなら掲載しないでほしい。」旨を述べるなどのやりとりがされた。Aは、翌31日午前0時ころから、本件原画に修正液とサインペンを使って、第三者から抗議を受けた場合に皇族がモデルではないと言い逃れができる最小限の程度とする方針で、修正を行った。同夜は、編集部員全員が31日の午前2時過ぎまで残業して、原画について校了作業を行い、

Aは翌朝まで残って作業をし、製版業者に原画と校了紙を渡さなければならぬ最終期限に間に合わせた。

2 権利濫用の主張について、裁判所は次のように判断した。

「Aは、右のような状況のもとで、本件原画に別紙1のと通りの改変を加え、これを掲載することとしたもので、8月30日の夜の段階でAとしては、他にとりうる手段がなく、やむを得ず行ったものであったといえることができる。

右のような事実関係において、すなわち、自ら事前に二回にわたり、皇族の似顔絵や皇族を連想させるセリフ等の表現を用いないことを合意しておきながら、締切を大幅に経過し、製版業者への原画持込期限のさし迫った8月30日の夕刻になって、ようやく本件原画を渡し、長時間にわたる修正の要求、説得を拒否し、Aを他に取りうる手段がない状態に追い込んだXが、このように重大な自己の懈怠、背信行為を棚に上げて、Aがやむを得ず行った本件原画の改変及び改変後の掲載をとらえて、著作権及び著作者人格権の侵害等の理由で本件請求をすることは、権利の濫用であって許されないものといわざるをえない。」

「(Yらは)他の少なからぬ娯楽雑誌出版者と同様に、皇室批判や皇室を茶化した作品を掲載することはしない方針であった・・・XもYらの右方針を認識し、渋々ながらもこれに従うことを同意していたものといえることができる。前記のようなYらを含む出版者の方針をマスコミの自主規制として批判する見解があるけれども、前記のような方針をもって権利濫用について判断する上で顧慮される一要素とすることが許されないような不当なものとみることは相当でない。

Xは、皇室をモデルにした作品をコミック誌に掲載することがタブーであるということは、民主主義国家である日本で本来あってはならないことであるとの認識に基づいて本件作品を創作したものであり、右のような認識はXの思想として尊重されなければならないことは当然である。しかしながら、右のような認識に基づく本件作品を、本件原画のまま掲載、出版することは、本件原画のような皇族の似顔絵、皇族を連想させる登場人物名、敬語による表現について、賛同、多様性の中の一態様として容認、無関心等いずれの理由によるにせよ、問題にしない出版業者によるか、自ら出版するべきものであって、右のような原画のままでは掲載しない方針の出版業者の方針に従うことを

一旦合意しておきながら、一定の期日に発行しなければならない商業月刊雑誌の出版のための作業日程上、許される期限間際に右合意に反する原画を引き渡すことによって行うべきものではない。

もとより、出版業者が、原画の内容が自社の方針に反するからといってこれを無断で改変することは、決して許されるものではない。けれども、事前の合意に反して自社の方針に反する原画を出版のための作業日程上、許される期限間際に引き渡された本件の場合、A がやむを得ずした本件原画の改変、掲載を理由に X が損害賠償や謝罪広告を請求するのは、あまりに身勝手である。」

### (コメント)

私はこの事件を裁判長として担当した（陪席高部眞規子判事、森崎英二判事補）。改変についての X の承諾が認定できず、判断のポイントは権利濫用の抗弁の成否となった。事実の経過の認定が（裁判所の判断）1 に要約してある以上に詳細なものとなったのは、X が、権利濫用を否定する方向に働く事実として、X が Y<sub>2</sub> に原画を引き渡したのは 8 月 16 日であると主張し、8 月 30 日とする Y らの主張を争ったことと、Y<sub>2</sub> の編集長 A による権利侵害が明白であるので、A の行為が X の行為に起因するやむを得ないものであったと言えるかどうかを検討する必要があるからである。

また、X の請求を権利濫用と判断するのは、裁判所が本件原画のような表現による皇室批判を好ましくないものと考えているからであるという、誤解による批判を受けることのないよう、丁寧に説明した。

**事例 5** 銀行の 4 口の貸付の内 2 口についての期限の利益喪失を理由とする他の 2 口についての期限の利益喪失約定の適用が権利の濫用に当たるとした事例

東京高等裁判所平成 16 年 9 月 30 日判決

（金融・商事判例 1210 号 17 頁）

（Y から上告・上告受理申立てあり、破棄自判）

### (事案の概要)

1 原告 X から、被告 Y（y 銀行の権利義務を承継した銀行）に対し、X が y から借り入れた①から④の 4 口の借入金の内、③、④について、X が期限の利益を喪失していないことの確認請求事件（第 1 事件）と、Y から X に対する①、②の貸付金残額 3586 万円余と遅延損

害金の支払請求（第2事件）の併合事件である。

- 2 4口のいずれの貸付にも、(1) 分割弁済の合意とその返済を遅延したことによる当該借受金債務についての期限の利益喪失の約定があるとともに、(2) 他の借受金債務について期限の利益を失った場合にも請求により当該債務につき期限の利益を失う旨の約定があった。

Xが当初の2口の借受金①②について分割返済金の支払を怠ったところ、yは、上記(2)の約定により残りの2口の借受金③④についても控訴人が期限の利益を失ったものとの取扱いをした。

- 3 Xは、借受金①（元本3000万円、355回の元利均等弁済）、②（元本1200万円、353回の元利均等弁済）は賃貸アパートの土地購入費と建築費として借り入れ、購入した土地の上にアパートを建築して賃貸すると共に、土地・建物に、これらの借入について保証をした信用保証会社のため代位弁済をした場合の求償権を被担保債権として抵当権を設定した。また、借受金③（元本9000万円、335回の元利均等弁済）、④（元本1220万円、299回の元利均等弁済）は、自宅用の別の土地の購入費と建築費として借り入れ、購入した土地の上に自宅を建てて居住している。

Xはアパート建築後間もなくアパート経営の意欲を失い、アパートの土地建物を売却し、その代金で①②の借受金を返済しようと考え、その仲介をA社（代表者B）に依頼した。Bの知人Cがアパートの土地建物の購入を希望し、その資金の貸付をyに申し込んだ。

- 4 Xの主張では、yの支店長からXにアパートの土地建物をCへ売却する意思を確認された上、yからCへの融資が実行されると回答されたという（Yは否認している。）。また、Xは、Cへの売却を決めたが、Cから代金支払前に土地建物について所有権移転登記をするように求められ、Bがyの融資の確約があるので大丈夫だろうというので、X→A社の売渡し、A社→Cの売渡しがされ、X→A社→Cへの所有権移転登記を先に履行した。ところが、その後になってyがCの信用不安を理由にCへの融資確約を撤回した（Xの主張、Yは否認）ので、Cから売買代金が払われず、Xは借受金①②の返済の当てが外れた。そこでBはCとアパートの管理契約を結び、入居者からの家賃をBが集金し、これを借受金①②返済に充てることとし、①②の債務の分割弁済が継続された。

平成10年頃、Cが今後はアパートの管理は自分で行うとしてBによる管理を妨害したため、Bは家賃を集金できなくなり、①②の分割弁済ができず、yからの催告等の手続を経て、①については平成10年4月10日、②については同年8月10日の各経過により、期限の利益を失った。

- 5 Xは、③④の債務についてはその後も分割弁済を継続していたが、yは、平成13年6月3日到達の通知書で、①②の元利金不払いにより③④の債務について期限の利益を失った旨通知し、Xの分割弁済引き落とし用の預金口座には、同年6月分、7月分を引き落とししても残高不足とならない金額があったのに引き落とさなかった。
- 6 第1事件は、Xが、借受金①②の返済については土地建物売却代金をこれに充てる予定であったところ、Xがその売却代金をCから受領できずに借受金の返済に窮したのは、買主Cに対する融資を確約しながらこれを実行しなかったyの責任である等として、yの権利義務を承継したYに対し、借受金③④の債務について当初の契約に定められた期限の利益が失われていないことの確認を求めた事案である。

第2事件は、Yが、Xに対し、貸付金①②につきXが期限の利益を失ったとして、貸付金残元本及びこれに対する約定遅延損害金の支払を求めた事案である。Xは、借受金①②の返済に窮するようになった原因の一端はyにあるから、yが①②について期限の利益を喪失させる行為をするのは、信義に反し、権利の濫用であると争った。

- 7 1審は、第1事件につき、上記2(2)の約定により借受金③④についても期限の利益は失われているとしてXの請求を棄却し、第2事件についてはYの請求を認容した。

Xは、これを不服として両事件について控訴した。

### (裁判所の判断)

- 1 裁判所は、第1事件につき、1審判決を取消し、Xの請求（借受金③④につき当初契約の分割返済の期限の利益を喪失していないことの確認）を認容し、第2事件については、1審判決は正当であるとして、控訴を棄却した。

第2事件については、yがCに融資を確約していたとするXの主張を認めることはできないこと等から、yが貸付金①②について期限の利益を喪失させたことが信義則違反ないし権利の濫用にあたるとはい

えない旨判断した。

2 第1事件については次のように判断した。

「通常、当該債務者が銀行に対する他の債務について期限の利益を喪失する事態が発生したとしたら、当該債務者の債務支払能力に不安があることが推認されるから、当該債務自体の履行遅滞がなくても、当該債務について期限の利益を喪失させることができるとする約定自体は違法又は不当なものとはいえない。しかしながら、上記のような約定は、当該債務については何らの債務不履行がないにもかかわらず当該債務について期限の利益を喪失せしめるものである以上、形式的に上記約定に該当する場合であったとしても、当該債務者の債務支払能力の不安を示すものでない場合、上記約定を適用することが契約当事者間の従前からの取引関係等に照らし相当と認められない場合等の特段の事由がある場合は、その適用により当該債務者の期限の利益を喪失させることは、権利の濫用にあたり許されないと解するのが相当である。」と、一般論を述べた上、本件の事案に即して次の趣旨の判断をした。

「yは、Xが借受金①②の割賦返済を滞り、期限の利益を失った後にも、借受金③④については、Xの預金口座から毎月の返済金相当額の引き落としを継続し、平成13年5月分の返済についてまで行われていたこと、その間、XやBは、yの担当者に対し、借受金①②の返済が滞りようになった事情を何度も説明するとともに、①②の債権回収手段として本件土地建物について競売を申し立ててほしい旨（これは、借受金①②について保証をした信用保証会社が代位弁済による求償権の担保として本件土地建物に設定された抵当権を実行するように手続を進めてほしい旨の希望の表明と解される。）及び競売によっても債権の全額が回収ができない場合には、その不足額をXが支払う旨を申し出ていたこと、ところが、yは、突然平成13年6月3日にXに対し、借受金③④について期限の利益を喪失させる請求をしたこと、借受金③④の平成13年6月分、7月分の返済に関しては、Xの預金口座に両月分の分割返済金に相当する額の預金残高があるにもかかわらず、yはその引き落としをしなかったため、Xの代理人は、同年6月分、7月分を預金口座から引き落とすよう求めると共に、借受金③④については今後とも返済条件に従い支払を継続する旨を通知したが、yは応

じなかつたこと、が認められる。そして、yが、前記期限の利益を喪失させる請求をする前に、Xの借受金③④の支払能力の不安を示す出来事があったり、Xに対する他の債権者の取立てに優先するために期限の利益を失わせる必要が生じたとか、更にはXとの間で債務の弁済等についての交渉が行われ、それが決裂したとか、Xの一般的財産状況に大きな悪化があった、というようなXとyの取引上の信頼関係を損なうような出来事があったこと等をうかがわせる証拠は一切ない。そうすると、Xが借受金①②について期限の利益を失った後にも、借受金③④に対するXの返済能力には特に問題があったとはいえないし、現にyも、その後約3年にわたり借受金③④に関してはXから毎月の返済金を遅滞なく受領していたのであり、この時期にyが借受金③④について期限の利益を喪失させる請求をすることに首肯できる事由は見当たらない。そのため、Xは、yが借受金③④について突然に期限の利益を喪失させる請求をするとは考えていなかったものと推認される。借受金③④の総額は1億0220万円であり、分割元利均等返済であることを考えると、平成13年5月分までの弁済後の残元本を正確に認定することはできないが、相当高額であるものと推認され、これに年14パーセントの遅延損害金が付加されるのであるから、借受金③④について期限の利益を失うことは、重大な不利益をXに与えるものであり、しかも、借受金③④の担保として又は借受金③④の代位弁済による求償額の担保として、Xの自宅土地建物に抵当権が設定されているものと推認されるから、借受金③④について期限の利益を失うことは、事実上Xの自宅を抵当権の実行によって失うという苛酷な結果にもつながる。以上のような諸事情にかんがみれば、本件の場合、借受金③④についての期限の利益喪失に関する約定を形式的に要件が具備しているからといってそのまま適用するのが相当でない特段の事情があるというべきであり、yが、上記約定に基づいて行った借受金③④について期限の利益を失わせる請求は権利の濫用にあたり許されないといわざるを得ない。

したがって、Xは、借受金③④については期限の利益を喪失していないことになる。」

#### (コメント)

私はこの事件を裁判長として担当した（陪席森高重久判事、小池喜彦判

事)。

この判決に対して、Yの上告受理申立てにより上告を受理した最高裁判所は平成18年4月18日、第1事件についての原判決(本件判決)を破棄し、控訴棄却(第1審判決維持)の自判をした(判例時報1967号13頁、金融・商事判例1242号10頁)。

最高裁判所で破棄された判断について、弁解する趣旨で述べるのではないが、(裁判所の判断)2の前半で述べられた一般論が生きる事案は今後もあるのではないかと思う。

y銀行は貸付①②については信用保証会社と保証契約をし、信用保証会社は求償権を被担保債権としてアパートの土地建物に抵当権を設定しており、y銀行は信用保証会社に保証債務の履行を求めることで貸付①②の回収ができたのだから、貸付③④への対応は①②への対応と当面区別できたのではないかというのが、考えの発端であった。

今読み返してみると、事実認定や権利濫用の理由付けに甘い所があり、上告審を説得できなかったことを残念に思う。

**事例6** 商品先物取引において、商品取引業者が自己の計算による取引において「差玉向かい玉」という取引方法をしていることを、自己に取引を委託している顧客に対し信義則上説明する義務を負っているのに、その説明義務に違反したことなど「取引の勧誘から取引終了に至る一連の取引行為の不法行為」を認定し、顧客から取引業者に対する損害賠償請求を認容した事例。

#### 東京高等裁判所平成16年12月21日判決

(先物取引裁判例集38号27頁、TKC文献番号28100730)

##### (事案の概要)

東京工業品取引所(当時)の商品取引員であるXが、Yとの商品先物取引委託契約に基づき、Yの委託を受けて平成12年3月から2か月余りにわたってガソリンの先物取引を行い、392万円余の差損金(清算金)が生じたとして、Yに対し同差損金及び遅延損害金の支払を求めた本訴に対し、Yが、Xの担当者の本件取引開始から終了に至るまでの一連の行為には、商品先物取引の危険性について十分な説明をせずに勧誘したこと、無断取引、過当取引、無意味な反復売買、危険性の高い取引の勧誘等による違法があり、これら一連の不法行為により差し入れた委託証拠金2775万



円余及び弁護士費用500万円の合計3275万円余の損害を受けたとして、Yに対し、その賠償及び遅延損害金の支払を求める反訴を提起した事案である。

原審は、X担当者の勧誘等が違法とはいえないとしてYの反訴請求を棄却し、Xの本訴請求を認容したため、Yが控訴をした。

Yは、控訴審で、反訴請求の法律構成を、X自体の不法行為（法人の不法行為）又は被控訴人の使用者責任として、違法な行為の内容として、「損失を与える意図・目的を持ちながらそのことを秘し、顧客から委託証拠金を受領する行為」又は「取引の勧誘から取引終了に至る一連の取引行為の不法行為」を選択的に主張するものと整理し、Yが取引をした期間中Xが「差玉向かい玉（さぎょくむかいぎょく）」という方法で自己玉（X自身の計算で行う取引）の取引をしていたことを新たに主張した。

「差玉向かい玉」とは、同一の商品取引員へ複数の委託者が委託した同一場節における同一限月の商品の取引のうち、売りと買いとが同数の部分は委託者相互の売買を成立させ、対当するものがなかった売り又は買いの部分（差玉）と同量の対向する商品取引員の自己玉の取引をすることをいう。

### （裁判所の判断）

- 1 裁判所は、Yの反訴請求について、Xの不法行為責任を認め、損害額については65%の過失相殺をしたうえXに1071万円余と遅延損害金の支払を命じ、本訴請求についてはYに255万円余の限度で支払を命じた。

反訴請求を認容したのは、Yの主張のうち、「取引の勧誘から取引終了に至る一連の取引行為の不法行為」を認定したものであるが、具体的な内容としては、Xが自己玉について「差玉向かい玉」をしていることの説明義務違反、一部の取引が無断取引、一任取引であること、取引量、取引頻度の急速な拡大、取引による利益の返還に応じなかったこと、委託証拠金不足にもかかわらず取引をしたこと等を全体として、Xの従業員がYに対して行った違法な行為であると認定し、Xの使用責任を認めた。

このうち、関係部分の判断の冒頭に上げられている、Xが「差玉向かい玉」をしていることの説明義務の根拠を信義則によるものとしている判断は2のとおりである。

2 「従業員から特定の商品について売建あるいは買建を推奨された委託者は、もし商品取引員自身が自己の計算で取引に参加するのであれば、自分が従業員から推奨された売建又は買建と同じ取引をするものと考えている者が大多数であると解して誤りはないと考えられる。したがって、もし、商品取引員自身が自己の計算で行う取引（自己玉）が、顧客である自分が従業員から推奨されて委託した取引と売り又は買いが逆の取引であること、あるいは自分の委託した取引を見て逆の取引をしたこと、あるいは自分を含む同じ商品取引員へ委託している複数の顧客の委託玉の売り又は買いの少ない方に自己玉の取引をしたこと、更には、商品取引員が以上のような取引を繰り返す方針であることを知った場合、顧客は、従業員の提供する情報や見通しを信頼せず、推奨される取引をしない蓋然性が極めて高いと解される。

しかも、商品取引員の自己玉が個々の顧客の建玉と対向する取引に当てられた場合、自己玉と委託玉は上記のような意味での利害相反の関係にあり、自己玉が複数の顧客の委託玉の売り又は買いの多い方に対向する取引に当てられた場合も、少なくとも自己玉と対向する取引を委託した顧客との間では上記のような意味での利害相反の関係にあることは前記のとおりである。

そうすると、商品取引員の自己玉が、顧客である自分が従業員から推奨されて委託した取引と売り又は買いが逆の取引であること、あるいは自分の委託した取引を見て逆の取引をしたこと、あるいは自己を含む同じ商品取引員へ委託している複数の顧客の委託玉の売り又は買いの少ない方に自己玉の取引をしたこと、更には、商品取引員がそのような取引を繰り返す方針であることは、委託者にとって、個々の取引を委託するか否かを判断するについて極めて重要な要素の1つであり、しかも、自己玉について前記のような取引をすることは、商品取引員と委託者（顧客）との間に上記のような意味での利害相反の関係が生ずるのであるから、商品取引員は委託者に対し、予め、自己玉について上記のような取引をする方針であることを、及び、上記のような個々の取引をした毎にそのような取引をしたことを自己玉と対向する方向の取引を委託した委託者に、明確に開示すべき信義則上の義務を負い、それらの開示をすることなく取引の委託を受け、委託者に取引を継続させることは違法であると解するのが相当である。」

「Xは、前記イに認定したとおりほぼ例外なく差玉向かい玉をしていたのであるから、そのような取引はたまたま行われたものではなく、Xの方針として行われたものと推認されるところ、XがYに対して、本件取引に先立って予めそのようなXの方針を明確に説明したり、自己玉をYの建玉と対向する取引に当てるたび毎に、少なくともその直後に、自己玉についてそのような取引をしたことを明確に説明したことは認められないから、それらの説明のないままに開始し、継続された本件取引は、・・・の開示義務違反によって開始され、継続された違法がある。」

### (コメント)

私はこの事件を裁判長として担当した（陪席森高重久判事、小池喜彦判事）。

控訴審の早い段階で、Y代理人から、Xが「差玉向かい玉」をしていることを示す書証（Yの取引毎に、Xに対する、同一場節における同一限月の取引の委託者全体の売り、買いの数量、売りが多いか買いが多いかとその差、同一場節における同一限月のXの自己玉取引売り又は買いとその数量を示す表。既存の表ではなくY代理人が調査して作成したとの証拠説明があったと記憶している。）が提出され、差玉向かい玉をしたことの違法という主張が新たにされた。Xも書証に記載されたとおりの取引と数量があったことを認めた。この証拠により、少なくともYの取引していた期間、Xは、ほぼ完全に「差玉向かい玉」をしていたことが明らかになった。

Yは、「差玉向かい玉」をすること自体が違法であるという点に力点を置いて主張したが、裁判所としてはそこまでは認められないと考えた。Yは、差玉向かい玉の開示義務違反という文言を使用した主張はしなかったが、差玉向かい玉の利害相反が、Xが秘密裡に一方的に仕掛け、攻略している著しく不公平なものであると主張していたから、開示義務違反の違法を主張しているものと解された。

Xが開示義務を負うことをどのように説明するかに苦心したと記憶している。判決に説明したような意味でのXとYとの利害相反と、商品取引員(X)に対する顧客(Y)の信頼から、信義則上説明義務を負うと説明した。

同じ時期に、別の商品取引業者と顧客の間の、トウモロコシ等の先物取

引についての業者からの差損金請求の本訴と顧客からの損害賠償請求の反訴について、1審で顧客が敗訴した事件も担当していた。その事件では1審から向い玉が問題とされていた。その事件について、**事例6**と同じ日に判決を言い渡した（東京高裁平成16年12月21日判決（先物取引裁判例集38号138頁、TKC文献番号28100731）**事例6 関連判決**<sup>①</sup>）。この事件では、業者は、委託玉の売買の差の全部ではなく一定割合に対応する反対売買の自己玉を建てるやり方の差玉向かい玉を行っていた。同判決でも**事例6**と同じく信義則上の説明義務違反とその他の違法行為を併せて業者の不法行為を認めた。

当時は、商品取引業者が向かい玉、差玉向かい玉を行う場合の顧客への説明義務の有無についての高裁段階の判断がない状態であった。

その後、最高裁判所平成21年7月16日判決（民集63巻6号1280頁）は、別の当事者間の顧客から商品取引業者に対する説明義務違反を理由とする債務不履行による損害賠償請求事件について、要旨を「特定の種類の商品先物取引について差玉向かいを行っている商品取引員が専門的な知識を有しない委託者との間で商品先物取引委託契約を締結した場合、商品取引員は、上記委託契約上、商品取引員が差玉向かいを行っている特定の種類の商品先物取引を受託する前に、委託者に対し、その取引について差玉向かいを行っていること及び差玉向かいは商品取引員と委託者との間に利益相反関係が生ずる可能性の高いものであることを十分に説明すべき義務を負い、委託者が上記の説明を受けた上で上記取引を委託したときにも、自己玉を建てる都度、その自己玉に対当する委託玉を建てた委託者に対し、その委託玉が商品取引員の自己玉と対当する結果となったことを通知する義務を負う。」とする判断を示し、顧客の請求を棄却した原判決を破棄し、差し戻した。

なお**事例6**で「差玉向かい玉」と呼んでいる取引方法と、上記最高裁判決が「差玉向かい」と呼んでいる取引方法は同じである。

事案の法的構成は、**事例6**が不法行為、最高裁判決が債務不履行と異なるが、差玉向かいをする商品取引業者に、顧客に対する事前の説明義務、個々の自己玉を建てる都度の通知義務を負うことを認めたもので、**事例6**で示した考え方と同じ考え方を最高裁判所が採用したものと考えている。

**事例7** 相続税軽減対策としての不動産購入資金を高齢の個人に貸付け

た銀行の担当者が、貸付契約締結までに、借入予定者や交渉をした親族に対し、税制改正により借り受ける個人の死亡時期によっては相続税対策としての効果がないことを説明すべき信義則上の義務があったのに、説明をしないで貸付契約をしたことにより貸付債務者やその相続人に損害を与えた不法行為について、銀行の使用者責任を認め、銀行に損害賠償を命じた事例。

### 東京高等裁判所平成 17 年 3 月 31 日判決

(判例タイムズ 1186 号 97 頁、金融・商事判例 1216 号 6 頁)

#### (事案の概要)

1 Y<sub>1</sub>銀行は、A (当時 81 歳) に対し、平成 2 年 3 月 30 日、合計 10 億円を貸し付けると共に、同人との間でカードローン契約も締結した。同日、A の保証委託を受けた U 信用保証会社は、Y<sub>1</sub>との間で、A の上記各債務につき連帯保証契約をした。平成 3 年 8 月 14 日、A が死亡し、妻 X<sub>1</sub>、子 X<sub>2</sub>、X<sub>3</sub> が A の債務を相続した。平成 4 年 12 月 22 日、X<sub>1</sub> は Y<sub>1</sub>、U との間で、X<sub>1</sub> が、A の Y<sub>1</sub> に対する借入債務、U に対する保証委託契約上の債務の 2 分の 1 を承継したことを確認するとともに、X<sub>2</sub>、X<sub>3</sub> の上記相続債務を免責的に引き受け、また、Y<sub>1</sub> との間でカードローン契約を締結し、同日、X<sub>2</sub>、X<sub>3</sub> は、Y<sub>1</sub> 及び U に対し、X<sub>1</sub> の上記各債務につき連帯して保証する旨約した。平成 13 年 11 月 6 日、U は、Y<sub>1</sub> に対し、X<sub>1</sub> の上記債務を代位弁済した。

2 本訴請求は、X<sub>1</sub> が、Y<sub>1</sub> に対し、Y<sub>1</sub> の A に対する上記貸付は、相続税対策を目的とするところ、Y<sub>1</sub> の担当者は、相続税制の法改正について説明しなかったなどの義務違反があるとして、債務不履行又は不法行為に基づき、支払済みの利息、上記貸付により相続税対策のために取得した不動産の価格下落等による損害の内金 11 億 8300 万円余及びこれに対する遅延損害金の支払を求めるものである。

反訴請求は、U の委託を受けた債権回収会社 Y<sub>2</sub> が、X<sub>1</sub> に対し、代位弁済による求償権に基づき、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub> に対し、連帯保証契約に基づき、連帯して 8 億 9600 万円余及び遅延損害金の支払を求めるものである。

3 1 審は、X<sub>1</sub> の本訴請求を棄却し、Y<sub>2</sub> の反訴請求をいずれも認容したので、X らが控訴をした。

4 本件の背景には、昭和の末期から平成初期にかけての、都市部とり

わけ東京都の土地価格の高騰と、それに伴う不動産所有者が死亡した場合の相続税の高額化により、相続した不動産を売却しなければ相続税が払えない事態が生じていたことがある。

昭和 63 年法 109 号による改正前の税制では、相続税の課税価格に算入すべき不動産等の価格は相続税評価額によっていたが、相続税評価額は実際の取引価格よりも低いことと当時の地価高騰から、相続開始前に、被相続人が借入金により不動産を取得しておけば、相続が開始した場合、借入金は、相続税の課税価格から全額控除できるので、その借入金により取得した不動産の相続税評価額と借入金との差額は他の相続財産から差し引かれて相続税の課税価格が計算され、結局相続人は借入金の額とその不動産の相続税評価額との差額に対応する相続税額を負担しないで済んだ。また、土地上に賃貸用建物がある場合には、土地の評価額は減額された。このため、相続税の軽減の目的で、必要でない不動産を相続開始前に借入金により取得し、相続開始後にその不動産を売却し、借入金を返済するなどの事例が多くみられた。

昭和 63 年法 109 号による相続税法、租税特別措置法の改正（本件税制改正）により、昭和 63 年 12 月 31 日以後に相続により取得した不動産等につき、それらが相続開始前 3 年以内に取得したものである場合、相続不動産の価額を取得価額とすることとされ、かつその場合、相続不動産が貸家建付地であっても一定の割合で低額に評価する計算はされないこととなった。

- 5 A は生前、東京都心の 3 箇所に土地建物を所有しており、A 及び X らは A が死亡した場合、相続税支払いのため自宅を売却せざるを得なくなることを心配して、相続税対策の必要性を感じ、知人から相続税対策に精通した人物として Y<sub>1</sub> の行員である B を紹介された。B は、前記のような不動産を借入金によって購入し、相続開始後に売却する方法を説明し、A が購入すべき不動産についての情報も集めて提供し、B から業務を引き継いだ行員 C も融資について説明し、最終的に A は、N 市所在の土地及びその上の木造賃貸住宅を 9 億 5000 万円で購入し、購入代金と費用は Y<sub>1</sub> から融資を受けた 10 億円で支払った。

B も C も、上記のような本件税制改正の内容を知っていたが、貸付金による不動産の購入による相続税の軽減方法を再三説明した際に、税制改正の内容を A や X らに説明することなく、本件貸付をした。

A は、平成 3 年 8 月 14 日に死亡し、X が相続税の申告をしようとしたところ、本件税制改正と、本件不動産の取得による相続税対策が無意味であることを知った。

### (裁判所の判断)

1 裁判所は、本訴請求につき、1 審判決を変更し、不法行為（本件税制改正についての信義則上の説明義務違反）を理由とする X<sub>1</sub>の請求を元本 9 億 1800 万円余及び遅延損害金の限度で認容し（3 割の過失相殺）、反訴請求について、1 審判決は正当であるとして、控訴を棄却した。

本訴請求のうち、消費貸借契約上の Y<sub>1</sub>の説明義務違反を理由とする債務不履行による損害賠償責任は認められないと判断した。

信義則上の説明義務違反についての判断の概要は次のとおりである。

2 「本件各消費貸借契約は、本件不動産売買契約の売買代金及び諸費用に充てるためのものであり、本件第 1 カードローン契約は、本件各消費貸借契約による利息の支払に充てるためのものであり、また、本件第 1、第 2 保証委託契約は、本件各消費貸借契約による A の債務の保証のためのものであって、これらの各契約は、A の相続が発生した場合の相続税対策という一つの目的のために相互に関連する一体のものとして締結された契約であり、B、C は、Y<sub>1</sub>の融資拡大の業務として、A の相続開始の場合に備えての相続税対策として本件各消費貸借契約及び本件不動産売買契約の締結を A 及び X<sub>2</sub>に積極的に勧誘していたことは前記認定事実から明らかである。また、本件各消費貸借契約は、10 億円という個人に対する融資としては極めて多額の融資であり、本件不動産から得られる賃料収入は利息の支払に足りず、その差額は毎年 3000 万円以上生ずることが見込まれた上、相続開始後に本件不動産を売却することによって債務を弁済するほかなく、したがって、上記の相続税対策は、本件不動産の価値が下落すれば、その程度によっては著しい損失が生じかねない危険性をもともと有していたことができる。

そして、本件税制改正により、不動産取得後 3 年以内に A が死亡すれば、不動産の取得価額よりも相続税評価額が低額であることを利用した上記相続税対策は効果がないこととなるのであるから、仮に、本件税制改正の内容を知らされていれば、A の高齢と同人が心筋梗塞を

患っていることを知っていた A 及び X から A の家族は、不動産取得後 3 年以内に A が死亡する可能性も充分にあるものとして受け止め、多額の費用と毎年 3000 万円以上と見込まれる支払利息と取得不動産から得られる賃料との差額を負担してまで、本件不動産購入のために Y<sub>1</sub> から 10 億円という多額の融資を受けることはしなかったであろうと考えられ、これが通常の合理的判断というべきである。

Y<sub>1</sub> 担当者が、A に心筋梗塞の持病があったという具体的な事情を知らなかったとしても、80 歳を超える男性がそうした病気をかかえていることは特異なことではないのであり、当時 81 歳であった A が、不動産取得後 3 年以内に死亡する可能性が少なくないことは Y<sub>1</sub> 担当者においても容易に認識し得たものというべきである。

平成元年から同 2 年当時、地価は高騰しており、それにともない、土地を所有している親族が死亡して相続が発生した場合に相続税が高額となり、相続した土地を売却しなければ相続税を納付できなくなった例や、親族に土地を所有する高齢者がいる家庭では不安を抱いていることなどがしばしば報道されたことは当裁判所に顕著である。そして、推定相続人の数や身分関係、相続財産の評価額を前提に相続税法に定められた控除額や税率をもとに、相続が発生した場合の相続税を概算することは、一般人であっても多少の調査をすることによって知ることができるとしても、概算した相続税額が高いことに困惑し、これを合法的に軽減したいと考えても、特別の知識がない一般人が有効な相続税軽減対策に思い至りこれを実行することは困難であったもので、X<sub>2</sub> を含め X からも、この方面に十分な知識を有していなかったからこそ、B に助言を求めたものと認められる。そして、そのことは、B 及び C も知り得たことであるが、他方、B 及び C は、本件税制改正がこうした相続税軽減対策の有効性に重大な制約を加えるものであることは理解していたものと認められる。そして、A が採用した相続税対策は、X<sub>2</sub> が B に助言を求めたことを契機とするものであるが、相続税対策として具体的に上記の方法を採用し、それに適する物件として本件不動産を選定し、その売買価格を決定し、融資規模を決定するといういずれの点についても B が Y<sub>1</sub> の業務として融資の拡大のために積極的に関与し、X<sub>2</sub> に働きかけたことは前記認定のとおりである。

以上の事情に照らせば、Y<sub>1</sub> の担当者である B 及び同人から案件を引



き継いだCは、契約当事者となることが予定されているAやX<sub>2</sub>に対し、本件各消費貸借契約締結までの間に、本件税制改正により、Aが不動産取得後3年以内に死亡すれば、相続税対策としての効果がないことを説明すべき信義則上の義務があったというべきである。

B及びCが上記義務を怠り、A及びX<sub>2</sub>に上記のことを説明しなかったことは前記認定のとおりであり、そのことによりAは、相続税対策として有効であると信じて、本件不動産売買契約、本件各消費貸借契約、本件第1カードローン契約、本件第1、第2保証委託契約を相互に関連する一体のものとして締結したものであり、これによりA及びその相続人であるX<sub>1</sub>に損害を負わせたものである。したがって、Y<sub>1</sub>は、その事業の執行につきB及びCが過失により第三者に加えた損害について、使用者として不法行為による損害賠償責任を免れない。」

#### (コメント)

私はこの事件を裁判長として担当した（陪席高野伸判事、小池喜彦判事）。

消費貸借契約上の説明義務違反というXらのもう一つの請求も考えられる法的構成であるが、契約を締結する前の説明義務であるから、端的に不法行為に基づく請求を認容した。

不法行為の過失を構成する説明義務違反の内容である説明義務が何によって生じたかの根拠を信義則上の義務とした。Aが採用した相続税対策は、X<sub>2</sub>がBに助言を求めたことを契機とするものであるが、相続税対策として具体的に上記の方法を採用し、それに適する物件として本件不動産を選定し、その売買価格を決定し、融資規模を決定するといういずれの点についてもBがY<sub>1</sub>の業務として融資の拡大のために積極的に関与し、X<sub>2</sub>に働きかけた等（裁判所の判断）に挙げられた事実関係から、信義則上の説明義務があったと判断することに迷いはなかった。

なお、事案の概要を読んで、反訴原告Y<sub>2</sub>が本訴の被告でないことを不審に思われるかも知れないが、原判決もこうなっていた。審理した当時記録を検討してそれで問題ないことを確認したはずである。記憶はないが、おそらく、本訴提起当時Y<sub>2</sub>も被告として債務不存在確認の訴えを提起し、Y<sub>2</sub>から反訴として給付の訴えが提起されたので、Y<sub>2</sub>に対する本訴が取り下げられた結果であろう。また、Y<sub>1</sub>に保証人として弁済した信用保証会

社Uでなく、Y<sub>2</sub>が反訴原告となっているが、これは、債権管理回収業に関する特別措置法（サービサー法）11条1項が規定する権限に基づくもので、法律で認められた任意的訴訟担当の例である。

**事例8** ゴルフ会員権を購入するための銀行融資契約について会員権売買契約がゴルフ場開設の遅延を理由に解除されたことを理由とする抗弁権の接続は認められないが、未払利息等の請求は信義則上許されないとした事例

東京高等裁判所平成18年5月23日判決

(判例タイムズ1264号263頁)

**(事案の概要)**

1 P社は昭和59年に埼玉県内でPゴルフ場の開発、経営を目的として設立され、予定地の地権者の同意を得ること、必要な知事への手続等を進め、平成元年9月に建設会社と工事請負契約を結び、同年10月2日に知事から開発行為許可を得て、10月26日から工事に着手した。P社の事業資金は会員権販売でまかなうことを予定していた。y銀行はP社及びP社から会員権販売を受託していたM社との間で、本件会員権の販売についてローン提携契約をした。y銀行の関連会社であるノンバンクz社も、P社、M社との間で同様のローン提携契約をした。yは行内にP社のゴルフ会員権購入ローンの開始を周知し、yの行員は、顧客やその知人に本件会員権の購入を勧誘し、購入資金はy又はz社の提携ローンによることを勧めた。

2 X<sub>1</sub>～X<sub>5</sub>は、それぞれyの行員から本件会員権の購入と提携ローンの利用を勧められ、平成元年10月31日～平成2年3月に本件会員権を1800万円～2300万円（人によって差がある）で購入し、購入資金をy又はzとの提携ローンあるいはyからの一般融資で借り入れた。

X<sub>6</sub>は、他から本件ゴルフ場の会員権販売のことを知り、自分からyの東京都内の支店の行員に説明を求めて情報を得たが、平成2年3月に別の業者を通じて会員権を購入し、購入代金をzから提携ローンで借り入れた。

3 平成3年7月頃P社の資金繰りが悪化し建設会社への工事代金支払いが滞り、同年11月工事は一旦中止され、その後再開されたが再度代金不払いが発生し、平成5年10月、建設会社は工事から撤退した。そ

の後工事は完成せず、開場は事実上不可能と見込まれる。

- 4 Xら6名を含む15名が、Pとの会員権購入契約を解除し、P及びyが他社と合併して成立したY銀行に対し債務不履行及び不法行為を理由に、連帯して損害賠償を請求した。これに対し、Y'とzを吸収合併したZとが、それぞれの貸付先であるXらに対して、未払いの貸付金元本、利息、遅延損害金を請求する反訴、本訴を提起した。
- 5 原審は、Xらを含む原告全員のPに対する請求を全部認容し、Y'に対する請求を全部棄却した。また、Y'及びZの請求をいずれも全部認容した。
- 6 Xらを含む13名が控訴（一部控訴を含む）したが、控訴審の口頭弁論終結後7名については和解が成立し、Xら6名の事件が残った。

Y'は、分割・合併契約により埼玉県内の営業所に係る営業をW銀行が承継し、その後Yに吸収合併された。WはZ及びYからXらの一部の者に対する債権を譲り受け、訴訟上の地位を引き受けたとして、訴訟承継等に必要の手続を経、Y（一部）、Zは脱退した。

その結果、控訴審判決時には、①X<sub>2</sub>、X<sub>4</sub>のYに対する損害賠償請求（X<sub>4</sub>は支払済みの利息相当額に減縮し、予備的に同額の不当利得返還請求を追加）、②X<sub>3</sub>のWに対する損害賠償請求（支払済みの利息相当額に減縮し、予備的に同額の不当利得返還請求を追加）、③WのX<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>、X<sub>5</sub>、X<sub>6</sub>に対する貸金返還請求が係属していて、判断の対象となった。

### （裁判所の判断）

- 1 裁判所は、上記①②の請求は全部棄却した。
- ③の請求については、X<sub>6</sub>に対する請求を全部認容し、その他のXらに対する請求については、貸付元本残額部分は認容し、未払い利息、遅延損害金部分については棄却した。
- ③のうちX<sub>6</sub>以外のXらに対する、未払い利息、遅延損害金請求を棄却した理由のまとめは2のとおり、それに関連する①のうちX<sub>4</sub>の予備的請求及び②のうち予備的請求（いずれも既払いの利息相当額を不当利得として請求）を棄却した理由の骨子は3のとおりである。
- 2 「上記・・・に判断したところによれば、本件会員権の紹介、購入勧誘と本件会員権購入代金のローン貸付とは、yの営業戦略の中で密接に関連していたもので、yの購入勧誘により本件会員権を購入し、その購入代金をyあるいはzのローンで借り入れた顧客に関する限り、

P社と顧客との間の本件会員権の販売契約と、y又はzと顧客との間の購入代金のローン契約を何の関連もないとみるのは相当でないところ、X<sub>6</sub>以外のXらは、yの購入勧誘により本件会員権を購入し、その購入代金をX<sub>1</sub>、X<sub>5</sub>、X<sub>3</sub>及びX<sub>4</sub>はyから、X<sub>2</sub>はzからローンで借り入れたもので、ローン契約の双方当事者は共に本件ゴルフ場が開場できない事態にならないことを契約の前提とし、相手方もそのような前提に立っていることを認識していたところ、本件ゴルフ場が開場できない事態に至り、双方が契約の前提としていた本件ゴルフ場が開場できない事態にならないということに事情の変更が生じたものである。このような事情の変更が生じたことが明らかになった現時点において、営業戦略に基づいて顧客に本件会員権を紹介し、購入を勧誘し、購入させたyの承継人が、本件ローン契約に基づいて、その未払い元本の返済を請求することは許されるとしても、既払分の利息を超える利潤である既発生未払利息相当分及び遅延損害金並びに今後発生する遅延損害金の支払までも請求することは信義則上許されないものと解するのが相当である。」

- 3 「もっとも、このように解したとしても、利息約定、遅延損害金約定を含む本件ローン契約そのものの効力を否定するわけではないから、本件ローン契約に基づいて既に支払われた元本、利息ないし遅延損害金は法律上の原因に基づいた弁済であって、これがyにとって不当利得となるものではない。したがって、不当利得返還請求権に基づき、Y、Wに対し既払いの利息相当額の返還を求めるX<sub>4</sub>及びX<sub>3</sub>の予備的請求はいずれも理由がない。」

### (コメント)

私はこの事件を裁判長として担当した（陪席高野伸判事、小池喜彦判事）。

記録を検討して、yは行内にP社のゴルフ会員権購入ローンの開始を周知し、yの行員は、顧客やその知人に本件会員権の購入を勧誘し、購入資金はy又はz社の提携ローンによることを勧めたが、Xらが会員権を購入した当時、yが本件ゴルフ場が完成しないことを予見できたとは言えず、P社の債務不履行の結果をyやz（その承継人であるY、Wら）の責任とするのが信義則上相当とするような事情は認定できないと思われた。また、yやzの直接の債務不履行、不法行為を認定するのも困難と思われ

た。

控訴審でXらは、新たな予備的主張として、本件事案では、信義則、社会的公平の観点から、ローン元本を越える金額の請求を認めるべきではない旨の主張をした。当初、和解ならこの主張の全部あるいは一部を取り入れた解決はあり得ると考えた。

**(事案の概要)** 6に略記したように、yを承継したY'の分割・合併等に伴う訴訟手続の承継、引受等の手続がYらの都合で遅れ、記録の検討や合議を重ねるうち、和解の方向として適切なことは勿論だが、判決としても、やや異例ではあるけれどもこの事案の解決としては妥当でないかという結論が得られたと記憶している。

弁論終結後、合議に基づいて主任裁判官が和解を勧め、約10か月後に7名の控訴人について和解が成立した。この判決の言い渡しは弁論終結の1年3か月後と遅くなったが、和解と判決で事案に即した妥当な解決ができたと考えている。

#### IV 事例のまとめ

Ⅲで紹介した事例をいくつかの視点から整理してみる。

1 当該判決で一般条項が果たしている機能をみる。

- (1) 訴権の存在は認めつつ、その行使としての訴え提起を不適法として却下する根拠として、訴権の濫用が上げられているもの。

**事例3、事例3 関連判決①、事例3 関連判決②、事例3 関連判決**

③

- (2) 実体法上の権利の存在は認めつつ、その権利の侵害を理由とする損害賠償請求を棄却する根拠として、権利の濫用が上げられているもの

**事例4**

- (3) 銀行から個人への貸付契約中の、債務者が他の借入債務について期限の利益を失った場合にも請求により当該債務につき期限の利益を失う旨の条項に基づき行使された、債務不履行のない債務の期限の利益を失わせる請求（意思表示）が許されない理由として、権利の濫用が上げられているもの。

**事例5**

- (4) 和解条項に定められた違約金支払義務についての、条件成就執行

## 結論の妥当性と法的安定性

文付与申立において、条件成就を主張して執行文の付与を受けることが許されない理由として、信義誠実の原則違反が上げられているもの。

### 事例 1

- (5) 商標権侵害訴訟において、登録商標と被告標章が外観上類似すると主張することが許されない理由として、信義誠実の原則違反が上げられているもの。

### 事例 2

- (6) 商品取引業者又は銀行と個人の顧客との取引に関する説明義務違反の不法行為の、説明義務の根拠として信義誠実の原則が上げられているもの。

### 事例 6、事例 6 関連判決①、事例 7

- (7) ゴルフ会員権を購入するための銀行の貸付金の返還請求で未払利息等の請求が認められない理由として、信義則が上げられているもの。

### 事例 8

- 2 当事者の属性と一般条項を適用した結果の訴訟の結論をみる。(反訴や併合により原告、被告が対向している事例については、一般条項が適用された請求についての原告、被告でみる。勝訴には一部勝訴を含む。)

相手との関係で相対的に経済的弱者とみられる個人が勝訴し、銀行、商品取引業者が敗訴した(3)、(4)もあるが、個人が敗訴し大企業、有名企業が勝訴した(2)も件数が多い。

- (1) 原告、被告とも大企業。和解条項上の債務者が勝訴

### 事例 1

- (2) 個人の権利者が原告、大企業、有名企業が被告。被告が勝訴

### 事例 2、事例 3、事例 3 関連判決①、事例 3 関連判決②、事例 3 関連判決③、事例 4

- (3) 個人が原告、銀行、商品取引業者が被告。原告が勝訴

### 事例 5、事例 6、事例 6 関連判決①、事例 7

- (4) 銀行が原告、個人が被告。被告が勝訴

### 事例 8

- 3 件数、頻度からみる。

事例として上げたものは 8 件、同趣旨の関連判決を含めると 12 件である。約 21 年間に 12 件となる。

その内訳を判決をした裁判所別でみると、

- ① 昭和 63 年 4 月～平成 4 年 3 月の東京高裁工業所有権部（陪席）で 1 事例（この間に主任事件として担当した民事事件判決（行政事件判決以外）の総数は資料が手元になく不明）、
- ② 平成 4 年 4 月～平成 10 年 3 月の東京地裁知的財産権部（裁判長）で 3 事例と関連判決 3 件（この間にした民事事件判決（行政事件判決以外）の総数は手元のメモで約 160 件）、
- ③ 平成 14 年 5 月～平成 20 年 9 月の東京高裁民事通常部（裁判長）で 4 事例と関連判決 1 件（この間にした民事事件判決（行政事件判決以外）の総数は手元のメモで約 1200 件）、

となる。

他の裁判官が各人どの位の数一般条項を適用して判決をしているかは、わからない。

本稿によって、1 人の裁判官の経験に過ぎないものではあるが、権利濫用、信義誠実の原則という一般条項の適用が事案の解決に決定的又は重要な意味を持った事例がどの程度あるかということと、その内容の概略を示せたと考える。

（2019 年 3 月 25 日稿）