



わだち

WADACHI

梅ヶ枝中央法律事務所
わだち 第28号
 2014年 新春号

▶ 古希の年を迎えて	山田 庸男	2
▶ 東京事務所だより	林 友宏	3
▶ 契約書と印鑑	西村 勇作	4
▶ お酒のはなし	西條合資会社	5
▶ 金利スワップに関する説明義務	二宮 誠行	6
▶ 退任のご挨拶	星野 圭祐	8
▶ 新人ご紹介	飯田 亮真	8
▶ 新事務所開設のご挨拶	小野 俊介	8
▶ 法テラス弁護士紹介	益子 寛	8
▶ 税務のコーナー	齋藤 謙	9
▶ 中国の消費者保護法制の改正	三好 吉安	10
▶ 中小企業、アジア進出の留意点	河合 順子	11
▶ 証取の免責規定における重過失	梁 栄文	12
▶ 消費税と不公正取引	越知 寛子	13
▶ 国際弁護士ネットに加盟しました	西原 和彦	14
▶ 残業代の無い管理監督者とは	氏家真紀子	15
▶ 知財コーナー	犬飼 一博	16
▶ 近時の注目判例	渡部真樹子	19
▶ 健康一口メモ	橋本 聡一	20



古希の年を迎えて

弁護士 山田 庸男

新年、明けましておめでとうございます。皆様方には、健やかに新年を迎えられたこととお慶び申し上げます。平素は、当事務所にご支援を賜り厚くお礼申し上げます。

平成24年の衆議院選挙で自民党が圧倒した勢いで平成25年の参議院選挙でもねじれを解消し、安倍政権誕生以来、低迷していた景況感に円安・株高の影響もあり、景気回復の記事が新聞等メディアで目立つようになりました。

私は、かねてから、日本のような先進諸国で今後も経済成長が持続的に期待できるのか不安を感じていました。むしろ一部企業と富裕層の一人勝ちで中小零細企業や国民の暮らしが取り残されるのではないかと懸念しています。日本でも、ヨーロッパ型の民主主義を見習いながら、成熟した社会の在り方として所得の再分配機能を高め、少子高齢化社会に見合った「安心」「安全」な社会を目指す国造りもあるのではないかと考えています。

先日米ミスター円と呼ばれた榊原英資さんの「国家の成熟」を読みましたが、経済成長に基軸を置くのではなく、社会保障の充実などで幸福度の追求を考えるべきとの論調は、弁護士として共感しました。いずれにしても、アベノミクスで企業の業績回復と共に雇用の拡

大、給与の上昇で生活が本当に豊かになるのか、今年が正念場だと思います。

私達の事務所も、新人の加入で弁護士が総勢25名を超える規模となりました。東京事務所も開設3年を迎え、林弁護士の頑張りで活気が感じられるようになりました。今後大阪と東京の2都市を中心に、社会から信頼される事務所を目指してさらなる努力をしたいと思います。

ところで、東京の老舗焼き屋に「今半」とか「岡半」と言う店があります。私も焼き屋の「岡半」に行き、松阪牛を堪能してきましたが、その際に屋号の由来を聞くと、昭和28年に創業者の岡副鉄雄が文豪の吉川英治から「岡半」と名前を付けて貰ったとのことでした。人形町の今半も、同じく吉川英治が命名しています。

文豪吉川英治が命名した「〇半」とは、いつも道半ばの精神で修行するようにとの戒めの言葉だったとのことでした。

道半ばの精神は、すべての仕事に通じる精神ではないでしょうか。私もことある毎に「未だ道半ば」と言い聞かせています。

私は今年で古希を迎え、弁護士生活も昭和45年に登録以来44年目となり、70歳という人生の節目にあたり、自分の人生を振り返る年齢となりました。

10年前に還暦を迎えるまでは、「生きていく」という実感でした。ですが、還暦以降は不思議な変化ですが、正に「生かされている」と実感する日々の積み重ねです。

振り返れば、父親を戦争で亡くし、母1人子1人の母子家庭で育ち、母の苦勞を肌で感じながら貧困と闘う生活を送ってきました。その母親もすでに鬼籍に入りましたが、生前に「貧乏は恥ずかしい」「心の貧乏をするな」「人は見ていなくてもお天道様は見ている」と口癖のように言っていたことが今でも耳から離れません。

私は幸い順調に弁護士生活を送れたことから、何か社会に恩返しをという思いがいつもどこかにありました。バブル崩壊後のこの20年間は経済がグローバル化し、市場原理主義が先鋭化しました。その結果、格差社会が生まれ、さらにそれが固定化し、一人親の貧困率は二人に一人という悲惨な状況となっています。教育格差も発生し、このままでは貧困の再生産から抜け出せない人々が後を絶たないでしょう。

このような状況を前に、私は、一人親家庭で、貧困

のために教育を満足に受けれない子ども達を支援することに今後の人生の軸足を置きたいと思い、平成25年10月に「梅ヶ枝中央きずな基金」を発足させ、平成26年4月頃を目処に本格的な事業活動をするにしました。

そのことが朝日新聞の記事に載り、かなりの反響があったことで改めて意を強くしました。今後は、弁護士の本業もしつつやりながら、このきずな基金の運営やゴルフ場の理事長職、日本CSR普及協会の近畿支部長などの仕事に軸足を置きながらの生活になりそうです。

今後事務所精神として、初心を忘れないか、甘えていないか、奮っていないか、マンネリになっていないかをいつも心で反芻し、引き続き所員一同法的サービスの向上に努める所存です。

本年も引き続きご支援を賜りますようお願い申し上げます。末尾ながら、皆様方の変わらぬご活躍を祈念致しております。

「貧困断つ」学習支援基金 大阪の弁護士 資産4億円で設立



貧困断つ基金とは、子どもたちの学習支援を目的として、元大阪弁護士会会長の山田庸男が、大阪府に個人資産4億円を拠出して基金を設立する。貧困断つ基金は、大阪府の貧困対策に貢献する。貧困断つ基金は、大阪府の貧困対策に貢献する。貧困断つ基金は、大阪府の貧困対策に貢献する。

山田弁護士は、2007年に大阪府弁護士会会長に就任。会長在任中に、大阪府の貧困対策に貢献する。貧困断つ基金は、大阪府の貧困対策に貢献する。貧困断つ基金は、大阪府の貧困対策に貢献する。

大阪府の貧困対策に貢献する。貧困断つ基金は、大阪府の貧困対策に貢献する。貧困断つ基金は、大阪府の貧困対策に貢献する。貧困断つ基金は、大阪府の貧困対策に貢献する。

東京 事務所 だより



東京事務所代表

林 友宏

東京事務所が平成23年3月に開設されて間もなく3年が経とうとしています。「石の上にも3年」と言いますが、ここまでやってこられましたのは当事務所に「ご相談・ご依頼をいただいた皆様のおかげです。改めてお礼申し上げます。

今回は私のプライベートについて紹介させて頂こうと思います。

現在の私の体型からは想像できないかも知れませんが、私は、中学校・高校でサッカー部に、大学でサッカーサークルに所属していました。よくラグビー部や柔道部に入っていたかと聞かれることがありますが、違います。

このような経緯もあり、サッカーが私の最大の趣味です。といつても、すでに、現役を離れて相当な年月が経っているため、厳密に言う「サッカー観戦」と「フットサル」が趣味となっています。

「サッカー観戦」については、平成26年6月に開幕するブラジルワールドカップのテレビ中継が楽しみです。ワールドカップは、4年に1度の大きな世界大会なので、タイミミングが合うのであれば、各国の選手のスーパープレーをじっくり観戦したいと思います。

次に、「フットサル」についてですが、これ

はサッカーの縮小版で、5人1チームで小さいコートで試合をします。サッカーとは多少ルールが異なる点がありますが、基本的に手を使わずにボールをゴールに運ぶという点でサッカーと似ています。

東京にきた当初は、運動不足解消のため何かスポーツをしたいと思っていました。そうしたところ、いろいろな方からお誘いを頂くようになり、現在では複数のフットサルチームに所属しています。東京にはフットサルができる会場がいくつかあり、いろいろな場所でフットサルを楽しんでいます。翌日以降に筋肉痛に襲われていますが。

サッカーやフットサルというスポーツを続けてきた中で、高校のサッカー部顧問の先生の言葉を今でもよく思い返します。それは、「Look around, Think before. (周りを見ろ、先に考えろ)」という言葉です。

サッカーはとても流動的なスポーツで、守備をしている選手が一転して攻撃に出たり、攻撃をしている選手が急ぎよ守備に回ったりします。また、攻撃と守備が短い間に頻繁に入れ替わります。

そのため、その時々状況に応じて、適切な判断をするためには、ボールが自分のところに来るまでに、周りを見て状況を把握し、

かつ、常に先に考えておく必要があります。これは、弁護士としての仕事にも通じる教訓だと感じています。

弁護士は、法律を拠り所にして、依頼者のために適切なアドバイスをすることが重要な役割です。このアドバイスをするためには、依頼者が置かれた状況を把握し、トラブルが顕在化・深刻化する前に具体的な解決策を考え、それを提示することがとても重要です。私は、サッカーを通じていろいろなことを学んできましたが、弁護士の世界でもそれを活かすことができるということを感じます。

ここで少したけ東京事務所の近況についてご報告させていただきます。

東京事務所の開設当時は、弁護士が私1人、事務員も1人の合計2人が事務所で執務をしているという状態でした。それが、現在では、大阪事務所からも弁護士が複数来るようになり、平均すると私も含め1日に2、3人程度の弁護士が東京事務所執務している状況です。また、事務員も平成25年7月から新たに1人加わりました。東京事務所

が開設された当初は、とても広く感じた執務スペースも、次第に人員が充実してきてフル活用できるようになってきたと実感します。

仕事面では、様々な案件のご相談・ご依頼をいただくようになってきています。先日も静岡県内の弁護士と交渉をする機会がありました。東京と静岡では相当な距離があるので、直接会って交渉するのは難しかったのですが、電話とFAXで頻りに連絡を取り合い、交渉も比較的スムーズに進みました。その結果、依頼者の方が想定していた内容よりも良い条件で解決することができ、このときの依頼者の方からは感謝の言葉をいただきました。これからも多くの依頼者の方々のお役に立つことができたいと思います。

冒頭にも書きましたが、東京事務所が約3年もやってくることができたのは、依頼をして下さった方々のおかげです。これからも、法的知識の深化を図るとともに、あの弁護士に相談して良かったと思っていたいただけるような良質なサービスを提供できる弁護士になりたいと思います。

今後ともよろしくお願いいたします。



契約書と印鑑



弁護士 西村 勇作

1 契約は契約書を作成してはじめて成立するのでしょうか？

日常生活において、みなさんの身の回りでも数多くの契約が行われています。

例えばスーパーマーケットでの買い物は売買契約ですし、DVDのレンタルは賃貸借契約です。

ところが、これらの契約をする場合に、契約書を作成していちいち印鑑を押すようなことはしていません。契約書を作成しなくても契約が成立していることになるのでしょうか。

契約は、(遺言など特殊なものを除いて)通常、諾成・不様式で成立します。

分かり易く言えば、口約束でも申し込みとそれに対する承諾(諾成)があれば契約に違いはなく、権利と義務が発生します。契約当事者の意思が合致すれば、契約書の作成の有無にかかわらず(不様式)、契約は成立していることになります。

2 契約書はなぜ作成するのでしょうか？

口頭であつても契約当事者の意思が合致

すれば契約が成立するにもかかわらず、重要な契約については契約書を作成するのが通常です。日常の買い物のような単純な契約であれば、敢えて契約書を作成しなくても格別に問題が生じないかもしれません。しかし、契約内容が単純でないにもかかわらず、契約書を作成せずに、口頭の合意だけ済ませてしまうと、後日になって「言った」「言わない」というトラブルが生じるおそれがあります。

不動産の売買のように高額な取引を行う場合、口約束だけでは不安です。後日になって当事者間の言い分が異なる事態が発生し、自らの言い分が通らなかったときには取り返しの付かないことになってしまいかもしれません。

そこで重要な契約については、合意事項を明確にするために、また合意したことを証拠として残すために契約書を作成することになります。

以上のとおり、口頭の合意であつても契約は成立するにもかかわらず、敢えて契約書を作成することの意義は、契約の内容を明確にするとともに、当事者間で紛争が生じたときに備えて、合意した内容を証拠として残すところにあるといえます。

なお、法律によって、契約書面を作成

することで特別の効力が発生する場合もあります。例えば、贈与契約は口頭の約束だけでも成立するのですが、書面によらない贈与契約の場合、未履行の部分についてはいつでも撤回できることになっています(民法550条)。契約書の作成によって特別の効力が認められることもあります。このような規定は例外的なものになります。

また連帯保証人になる等の保証契約については、口頭だけでは成立せず、必ず書面としなければなりません(民法446条2項)。

3 契約書と印鑑

次に、契約書に印鑑を押すことはどのような意味を持つのか考えてみたいと思います。契約書に署名だけがなされていて、印鑑が押されていないとしても、契約としては有効です。

民事訴訟法228条4項も、「私文書は、本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、真正に成立したものと推定する。」と規定しており、署名又は押印のいずれかがあれば、当該文書が真正に成立したものと推定するとしています。つまり押印は署名と同様の効果を生じさせるものとして取

り扱われていることになります。

このように民事訴訟法上は、私文書の作成については、署名だけであつても構わないのですが、慣行としては、署名だけでなく、署名と押印の両方がなされているのが通常です。

ここで少し民事訴訟法228条について説明を加えておきたいと思います。

民事訴訟法228条1項は、民事裁判で文書を証拠とする場合、当該文書の成立が真正であることを証明することを要求していますが、実際には、同条4項によって文書作成者の署名又は押印があれば真正に成立した文書であると推定されることになっていますので、まずは当事者の署名又は押印があることを示せば足りるということになります。

文書の成立が真正であるというのは、文書が作成者の意思に基づいて作成されたことをいいますので、文書作成者の署名又は押印があれば、その者の意思に基づいて作成された文書であることが推定されるということになります。

例えば、赤の他人がAさんの氏名を名乗って文書を作っても、それはAさんによって真正に成立した文書とはいえません。文書にAさんによる署名又は押印がなされていれば、本文がタイプで打つてあつても、本文の筆跡が本人のものとは異なるものであつたとしても、その文書全体がAさんの意思に基づいて作成されたもの(真正に成立した文書)と推定されます。

なお、ここでいう「署名」とは、必ずしも自署であることが要求されているもので

はありませんが、少なくとも本人の意思に基づいて署名されたものである必要があります。同様に、「押印」についても、本人の意思によって押印されたものであることが必要です。

ところで、署名については、本人の自署であれば、本人が署名したことを比較的容易に立証できますが、押印については、それが本人の意思に基づいて押印されたというのを立証することは必ずしも容易ではありません。

しかしながら、印鑑は本人が保管し、使用していることが通常ですので、判例上は、文書中の印影が当該名義人の印鑑によって顕出されたものであるときは、反証のないかぎり、当該印影は名義人の意思に基づいて顕出されたものであると事実上推定することができるとされています。

すなわち、文書中にAさんの印鑑による印影が存在すれば、事実上、Aさん本人が押印したと推定されることになります。そして本人が署名又は押印したとなると、先に述べましたように、民事訴訟法228条4項によって、文書全体の成立の真正が推定されることになります。

もともと、本人の意思に基づいて作成された文書（真正に成立した文書）であったとしても、文書に記載されている事項やその内容が真実であることまで認められることにはなりませんので、この点は注意が必要ですよ。

以上を要約すると、文書に作成名義人の印鑑の印影がある場合、その印影は作成名

義人の意思に基づいて押印されたことが事実上推定され、さらにこれに民事訴訟法228条4項が適用されて、当該文書全体が真正に成立したものであると推定されるということになります。

そして、このような推定の過程は、「二段の推定」と呼ばれています。

この「二段の推定」はあくまでも推定ですので、反証により推定を覆すことは可能ですし、また前段の推定は事実上の推定が働いているに過ぎませんので、印鑑の保管や使用の状況によっては、そもそも推定自体が働かないようなケースも考えられます。具体的には、文書の作成時に印鑑が盗難にあっていた場合、印鑑を第三者に預けていた場合、印鑑を第三者と共有・共用していた場合などでは、本人の印鑑が押されていたとしても、本人の意思に基づいて押印がされたとは推定することができないとされています。

後段の推定、すなわち真正な署名又は押印から文書全体の成立の真正が推定されることについても、文書作成後の偽造、変造などを立証して推定を覆すことは可能です。しかし、現実には、印鑑が盗難にあっていたことや文書が後日に偽造されたことなどを立証することは極めて困難であることが通常です。

したがって、自分自身の印鑑（特に実印）が書面に押されている場合、契約書に記載された内容どおりの義務が生じてしまうことが多いことになります。

この点から印鑑の重要性がお分かりいただけると思います。

4 実印と認め印の違い

実印とは、市町村長に届け出て印鑑証明書（印影が届け出た印鑑と同一であることを証明する官公署発行の書面）の交付を受けられるようにしてある印鑑のことをいいます。

実印は、印鑑証明書の交付と相まって文書の作成者が本人に間違いのないことを保証するためのものですので、認め印と違い、一人一個の所有しか認められていません。そのため実印は重要な取引に用いられることが多く、実印の差押えは禁じられています。

一方、認め印とは、実印ではない印鑑をいいます。換言すれば、認め印は、印鑑証明書の交付を受けることができない印鑑ということになり、一人で何個でも所有することができず、慣習上、実印ほど重んじられていませんが、押印をした場合の法律上の効力は実印と変わりません。

注意すべきは、実印であっても、認め印であっても、本人の印鑑によって押印されたのであれば、法律上の効力が変わりないということです。

判例上も、「二段の推定」の適用を受けるのは実印に限られず、認め印でも差し支えないとしています。

結局のところ、実印は、本人の印鑑であることを容易に立証できることに特徴があるにすぎず、認め印であるからといって責任が軽減されるわけではありませんので、印鑑を押すときには書面に記載されている内容をよく理解しておく必要があります。

お酒のはなし そのナリ

カビってマイナス？プラス？

我が国の気候は多湿なため、夏場は湿気によるカビ対策に頭を悩ませます。

しかし、この多湿な風土がゆえに、生活文化の中にカビとの対応から生まれた知恵がたくさんあります。カビにはマイナスとプラスの両面があって、マイナスはものを腐敗させたり、病気の原因をつくります。しかし、上手に活用することですばらしい発酵食品が生まれてきました。これがプラス面です。

古来、日本人はマイナスをプラスに変える逆転の発想が得意。日本酒をはじめ、味噌、醤油、納豆などは、微生物を巧妙に

西條合資会社

大阪府河内長野市長野町12-1

TEL 0721-55-1101 FAX 0721-56-1101

<http://www.amanosake.com/>

操作することで生み出した歴史的傑作といつてよいでしょう。

今、その麹を使った発酵食品が見直され、健康面の効能以外に、食事を美味しくいただける旨味や甘味として積極的に使われるようになりました。日本人の敏感な味覚感覚はこのカビを使った発酵食品により鍛えられたものなのではないかと思います。

歳を重ねていくと若いときには感じなかった発酵食品の旨味を感じるようになります。

やっぱり日本人のDNAには麹の食文化が刻まれているのでしょうね。

金利スワップ取引に関する 金融機関の説明義務

【最高裁判所平成25年3月7日判決】



弁護士 二宮 誠行

1 はじめに

デリバティブ取引は、一般に、内容が複雑・高度である半面、投機的側面を有することから、顧客が、その内容を十分理解しないまま安易に契約を締結し、後日、予期しない多額の損失を被るといったケースが増えています。

デリバティブ取引に関する訴訟では、金融機関等の説明義務違反の有無が主な争点となる場合が多いのですが、この点について、最高裁判所は、デリバティブ取引の一種である金利スワップ取引の事案について、平成25年3月7日、金融機関側の説明義務違反を認めた原審の判断を覆し、説明義務違反を否定する判決を言い渡しました。

2 平成25年3月7日最判の事案

本件の事案は次のとおりです。

X社は、メインバンクであるZ銀行から総額15億円の借入を受け、その多くが変動金利とされていたことから、同社と取引のあるY銀行担当者は、X社に対し、金利が上昇した際のリスクヘッジとして金利スワップ取引を提案しました。

この取引は、同一通貨間で、一定の想定

元本、取引期間等を設定し、固定金利と変動金利を交換してその差額を決済するという単純なもので、契約締結と同時に取引が始まるスポットスタート型と、契約締結から一定期間経過後に取引が始まる先スタート型の2種類がありました。

Y銀行担当者は、X社の社長に対し、2種類の金利スワップ取引の内容が記載された提案書を交付して、取引の内容を説明しました。

X社の社長は、この説明を聞いたうえで、当面変動金利の上昇はないと考えたことから、先スタート型の金利スワップ取引を選択しました。

そこで、Y銀行担当者は、X社の社長に対し、同型の金利スワップ取引の提案書を交付して、「本取引のご契約後の中途解約は原則できません。やむを得ない事情により弊行の承諾を得て中途解約をされる場合は、解約時の市場実勢を基準として弊行所定の方法により算出した金額を弊行にお支払い頂く可能性があります」、「本取引（金利スワップ取引）の申込に際し貴行より説明を受け、その取引内容及びリスク等を理解していることを確認します」等と記載された提案書にX社の記名押印を受けたうえで、契約締結に至りました。

ところが、その後、X社が、Y銀行に対し、上記契約締結に際して説明義務違反等があったと主張し、損害賠償を求める訴訟を起こしました。

3 原審判決

1審福岡地裁大牟田支部は、Y銀行担当者の説明内容に問題はないとして、X社の請求を棄却しました。

しかし、控訴審である福岡高裁は、次のように判断して、1審判決を取消し、Y銀行に説明義務違反があったと認め、X社の損害賠償請求を一部認容しました。

Y銀行担当者は、X社に対して、契約締結の是非の判断を左右するかもしれない情報である、①中途解約時において必要とされるかもしれない清算金の具体的な算定方法、②先スタート型とスポットスタート型の利害得失、③固定金利の水準が金利上昇のリスクをヘッジする効果の点から妥当な範囲にあること、の3点について説明していなかった。

契約締結の際、Y銀行が上記について必要にして十分な説明をしていたならば、本件取引におけるリスクヘッジの可能性が著しく低いものであったことなどから、

X社が本件契約を締結しなかったことは明らかである。

Y銀行の説明義務違反は重大であって、X社に対する不法行為を構成し、本件契約は契約締結に際しての信義則に違反するものとして無効である。

4 最高裁判決

このような原審の判断に対し、最高裁判所は、Y銀行の説明義務違反を否定し、原審の判決を破棄したうえで、X社の控訴を棄却し、1審判決を認容しました。

本件取引は、将来の金利変動の予測が当たるか否かのみによって結果の有利不利が左右されるものであって、その基本的な構造ないし原理自体は単純で、少なくとも企業経営者であれば、その理解は一般に困難なものではなく、当該企業に對して契約締結のリスクを負わせるものではなく、当該企業に對して契約締結のリスクを負わせることに何ら問題のないものである。

Y銀行は、X社に対し、本件取引の基本的な仕組みや、契約上設定された変動金利及び固定金利について説明するとともに、変動金利が一定の利率を上回らな

ければ、融資における金利の支払よりも多額の金利を支払うリスクがある旨を説明したものであり、基本的に説明義務を尽くしたものであることができる。

5 金利スワップ取引とは

本件で問題となった金利スワップ取引とは、デリバティブ取引の一種であり、同一通貨の異なる金利を交換する取引のことです。

例えば、A社が、B銀行から、元本10億円、金利は当初年3%、その後半年ごとの変動金利で借入を受けていたとします。この場合、最初の半年分の利息は1,500万円となります。しかし、その後、金利が年5%に変動すると、A社が支払うべき半年分の金利は2,500万円となってしまいます。その後更に金利が上昇した場合、A社の金利負担は増え続けるというリスクが生じます。これに対して、もし仮に、A社のB銀行からの借入が年4%の固定金利であったとすると、A社は、半年毎に2,000万円の金利を負担するだけで済むことになります。

そこで、A社が、今後金利が上昇し続けると予想した場合、B銀行からの借入の金利を、変動金利から固定金利に変更することができれば、将来の金利上昇リスクを回避することができそうです。

そのために利用されるのが金利スワップ取引です。

金利スワップ取引では、例えば、A社は、C銀行との間で、想定元本10億円に対するB銀行からの借入と同条件の変動金利に相当する金銭をC銀行から受け取り、逆に、C銀行に対し、年4%の固定金利に相当す

る金銭を支払うという契約を締結します。

これによって、A社は、C銀行から受け取った変動金利分をそのままB銀行に支払い、C銀行には年4%の固定金利分の支払をするようになるため、結果として、年4%の固定金利で借入を受けたのと同じことになるのです。

このような金利スワップ取引は、将来の支払金利を確定することによって、金利上昇リスクをヘッジすることを目的として行われます。

しかし、この例で、もし仮に、将来の金利が、A社の予想に反して、大きく下落した場合、A社は、変動金利分の支払と年4%の固定金利分の支払との差額について、逆に損失を被ることになることに注意が必要です。

また、金利スワップ取引には、他のデリバティブ取引と同様、上で挙げた最も単純な形態に様々な特約が付された複雑かつリスクの高い商品が存在しています。

このことが、金利スワップ取引を含むデリバティブ取引の内容を一般顧客に理解し難いものとしています。

また、デリバティブ取引を契約期間途中に解約する場合、解約清算金の支払が必要ですが、これは解約時の金利を基準として複雑な計算により算定されるため、契約締結時にあらかじめ将来の解約清算金の額を把握することが困難であり、場合によっては予期しない多額の請求を受ける可能性があることも、デリバティブ取引の理解が困難である原因の一つとなっています。

6 本判決の意義

デリバティブ取引のような複雑な取引の締結を、金融の専門家でない顧客が適正に判断するためには、金融機関等側から必要な情報が開示されることが不可欠です。そのため、金融機関等は、顧客が当該取引の締結を適切に決定するために必要な情報を開示すべき信義則上の説明義務を負っていると解されています。

問題は説明義務の範囲や程度ですが、デリバティブ取引の内容が非常に複雑・高度であるとしても、どのような場面でリスクヘッジの効果が出るか、又は、利益が出るかの基準(例えば、為替、金利、株式市場の推移)については、比較的理解がしやすいといえます。

しかし、どのような仕組みでそのような結果がでるかという、この種の取引の本質を理解したり、損益の基準となる為替、金利、株式市場等の推移に対する具体的な予測を立てることは非常に困難です。

また、取引を中途解約した場合、解約清算金が発生することは理解可能ですが、具体的な算定方法を顧客が理解することは困難です。

そのため、金融機関側は、契約締結に際して、顧客が取引の基本的な構造等を理解するのに十分な情報を提供すれば足りるのか、さらに進んで、取引の具体的な仕組み等についてまで理解させなければならないのが問題となります。

本判決は、この点について、本件取引が「将来の金利変動の予測が当たるか否かのみによって結果の有利不利が左右されるもの」であるという、「基本的な構造ないし

原理」を理解するのに必要な説明を行えば足りるとの判断を示しました。

そのうえで、原審判決が説明義務があるとした上記③①③の事項については、X社が本件取引の基本的な構造ないし原理を理解したうえで、解約清算金が発生する可能性について説明を受け、先スタート型とスポットスタート型の内容についても説明を受けていたのから、Y銀行としてはそれ以上に①③の事項を説明すべき義務はなく、X社が本件取引を締結するか否かは同社の自己責任である旨判示しました。

本判決で重要と思われるのは、原審では、本件金利スワップ取引の内容がX社にとつてリスクヘッジの可能性が著しく低いものであったため、この点をX社が理解していれば本件契約を締結していなかった筈であるとした上で、X社がこのような理解に至る程度の説明義務を要求していたのに対し、最高裁は、取引を締結するか否かの判断は、結局のところ顧客の自己責任の問題であり、金融機関側に対しては、顧客が適正な判断を行うのに足りる情報を開示する義務を負うものに過ぎないとしている点です。

本判決は、デリバティブ取引の一種である金利スワップ取引のうち、特約を定めない非常にシンプルな契約に関して説明義務が問題となった事案であり、デリバティブ取引の他の形態の商品に直ちに適用されるものではありません。

しかし、最高裁が、取引の基本的な構造ないし原理を理解したうえで、契約を締結するか否かは顧客の自己責任であるとの判断を示した点は重要であり、今後の裁判所の判断を注目する必要があります。

アベノミクスがスタートし、また東京オリンピック招致も決定し、将来に向けて国を挙げてインフレを進めていく政策が掲げられています。インフレ傾向にある中で、税制が事業や生活に与える影響は少なくありません。今回は、贈与の税制についてご紹介したいと思います。

そもそも贈与と言っても、その課税方法には2種類あります。どちらの制度を選択するほうが効果的であるかは、専門家でもなかなか難しい判断となります。

1. 暦年贈与

贈与と言われたときに一般的に思い浮かべるのが、暦年贈与です。

暦年贈与では、1暦年の中で贈与された財産の価額から、110万円（基礎控除額）を差し引いて税率を乗じ、税額が計算されます。贈与した財産は受贈者の財産となりますので、贈与後3年以内に贈与者が死亡しない限り、この贈与された財産に相続税が課税されることはありません（贈与後3年以内に贈与者が亡くなった場合は、贈与財産価額を相続税の計算の基礎に含める生前贈与加算という特例があります。）

そうすると、相続前にすべての財産を贈与してしまえば良いように思えますが、贈与税の税率は高率です。現行税制では、基礎控除額を控除した後の価額が1,000万円を超えると、その部分は50%の税率となります。

ただし、高率の税である贈与税であっても、贈与額が小さければ税率は低くなります。110万円（基礎控除額）を控除した後の価額が200万円以下であれば、税率は10%です。310万円の贈与であれば、 $200\text{万円} \times 10\%$ の税金となりますので、実質税率は6.4%（ $20\text{万円} \div 310\text{万円}$ ）です。「税率10%になるのは、たった310万円分までなのか」と思われる方もあるかもしれません。

しかし、贈与したい相手（お子さんやお孫さん）が仮に5人いたとして、それぞれに310万円分づつ贈与すれば、合計で1,550万円になります。10年では1億5,500万円の贈与となるのです。これが、実質税率6.4%ですみます。大変な経済効果です。

なお、贈与税率については、平成27年1月1日以後の贈与については税率の改正があります。20歳以上の受贈者が直系尊属から受ける贈与については税率が緩和され、さらに活用の幅が広がります。

2. 相続時精算課税制度

一方、相続時精算課税制度という制度があります。この制度は、受贈者が一定の届出書を提出して選択して、はじめて適用される制度です。

原則として贈与財産の価額から、2,500万円の特別控除を差し引いて、一律20%を乗じて税額を計算します。つまり、2,500万円までであれば、贈与税は無税です。ただし、贈与者が亡くなった時には、その贈与財産を相続財産に含めて相続税額を計算し、不足（超過）する税額を納付（還付）します。つまり、相続の時に精算されるのです。

最終的に相続税に組み込まれるのであれば、贈与する意味が無いと思われるかもしれませんが、早期に資産を移転でき、将来相続税の計算をする際には、相続時の財産の価額でなく贈与時の価額で計算されるという特徴があります。従って、インフレの場合にはメリットが生じます（逆に、デフレの場合には、贈与後に資産の価額が減少しても、贈与時の高い価額で相続税の計算がされるというデメリットがあります）。

この制度の選択には、要件があります。贈与年の1月1日において贈与者は65歳以上、受贈者は20才以上の推定相続人である直系卑属（子、孫）でなければなりません。

また、一度この制度を選択すると、その贈与者からの贈与については、暦年課税に戻ることは出来ませんので注意が必要です。なお、平成27年1月1日以降は、贈与者の年齢要件は60歳以上に引き下げられ、20才以上の推定相続人ではない孫が受贈者であっても適用可となります。

より活用の幅が広がりますが、同時に、相続税率も改正され、現行税制での最高税率が50%であるのに対して、改正後は最高税率が55%となります。また、相続税の基礎控除額も現行の「5,000万円+1,000万円×法定相続人数」から、「3,000万円+600万円×法定相続人数」へと縮小され、相続税の税負担は増加します。この改正も踏まえて、制度の適用を検討する必要があります。

贈与に関しては、何時、何を、いくら贈与を行うか、またどの制度を活用するかにより税負担に大きな違いをもたらします。どちらがより有効かは、財産をトータルに俯瞰し、将来の相続税を試算して判断する必要があります。制度を有効に活用して、次世代に効果的に財産を承継されることをお勧めします。

本稿は、本稿作成時点の税制等に基づいて作成しております。限られた紙面の中で詳細を割愛して解説しておりますので、最終的な判断材料とはなさないでください。

税に関するご相談は、個別具体的に税理士など専門家にお問い合わせの上で判断ください。

中国の消費者保護法制の改正について

弁護士 三好吉安



日本企業の中国進出といえば、かつては、人件費の安さに着目し、「世界の工場」となっていた中国の製造業へ進出するパターンが多かったのですが、今では、国民の購買力の向上で「世界の市場」に成長した中国の消費者向け販売やサービスの提供が増えてきています。

その中国で先ごろ、1993年に成立した「消費者権益保護法」の初的大幅改正が成立し、2014年3月15日から施行されることになっています。

「消費者権益保護法」は、文字通り、物やサービスを購入する場面において、消費者の利益を保護するための法律で、日本でいうと、消費者基本法、消費者契約法や特定商取引に関する法律などに当たるものです。

事業者であれば、原則、外資企業にも均しく適用される法律ですから、中国の消費者向けに商品を販売したり、サービスを提供したりする場合、改正法の施行後は以下のような注意を要します。

1 「三包責任」の拡大

従来、商品の欠陥については、テレビ、自転車等一部の商品種類に限って、商品の修理、返品、交換（それぞれの中国語が「包修」「包換」「包退」であるため、「三包」と呼ばれています）の責任が課されていましたが、本改正により、これらの種類に限らず、事業者が提供した商品やサービスに関して品質基準に符合しない場合、消費者は、他に国家规定や当事者の約がない場合でも、原則、商品を受け取ってから7日間は、商品の欠陥を理由に契約を解除して返品ができ、7日間を超えると、全く機能が発揮されないような場合には返品、そうでない場合は交換や修理を、それぞれ事業者に請求できます（改正法第24条）。

また、訴訟等において、事業者の三包責任の有無について判断がなされる前提として、耐久消費財（自動車、コンピュータ、テレビ、冷蔵庫、エアコン、洗濯機等）または内装等のサービスについては、消費者が製品またはサービスを受けた日から6か月以内に瑕疵を発見して紛争となった場合、事業者側が当初より瑕疵がなかったことの立証をしなければならない旨規定されました（改正法第23条）。

2 ネットショッピング・通信販売

インターネット、テレビ、電話、郵便等により商品を販売する場合、消費者は、商品を受領した日から7日以内であれば、原則、理由なしに返品することができると規定されました（改正法第25条）。

これは、中国において、初めてクーリングオフの制度を採用したものとされています。

中国ではこれまでも、宣伝効果を狙って「返品可能」を掲げるネットショップが少なくありませんでしたが、そのように謳いながらも、包装紙を開けてしまった商品の返品は受け付けなかったといった悪質な業者もありました。今後はクーリングオフの期間内であれば、このような返品拒否が認められないことになります。

なお、生鮮食品や、オンラインでダウンロードした音楽・映像製品、ソフトウェア等は、クーリングオフの例外とされています。

クーリングオフにより返品がなされた場合、事業者は商品を受け取った日から7日以内に、消費者に代金を返還しなければなりません。ただし、返品の運送費は、特約がない限り、消費者の負担と規定されています。

また、これらの方法による販売に加え、銀行や保険等金融業務を提供する場合には、事業者は消費者に対し、住所、連絡方法、商品やサービスの数量・品質、価格、履行期限・方式、リスクの警告、アフターサービスなどの情報を提供しなければならないと規定されました（改正法第28条）。

3 個人情報の保護

今回の改正では、さらに、対消費者について、日本の個人情報保護法と同様に、個人情報を保護する義務が、事業者に課せられました（これまで個人情報を保護する基本法はありませんでした）。

事業者が消費者の個人情報を収集、使用する場合、情報の収集・使用の目的、方法及び範囲を明示して、消費者の同意を得なければならず、また、収集・使用に関する規則を公開しなければなりません（プライバシーポリシー）。

また、事業者およびその従業員は、消費者の個人情報につき、厳格に秘密を保持し、漏えいや販売等をしてはならず、また、消費者の同意なく商業性の情報（DMや電子メール）を発信してはいけません（改正法第29条）。

事業者は、これらの規定に違反すると、罰金に加え、悪質な場合には事業停止や営業許可証の取消し等の処分を科されるおそれがあります（改正法第56条9号）。

改正法では、他にも欠陥商品のリコール義務や、ホテル・レストラン・銀行等公共の場所を提供する事業者の安全保証義務等、いくつか重要な規定が新設されており、また、別に製造物責任法があることも忘れてはなりません。

改正法の詳細な内容などをお知りになりたい場合、弊所では、中国律師（弁護士）に毎週お越しいただくなどの協力も得ておりますので、お気軽にお問い合わせください。

中小企業の

東南アジア進出の留意点

1 躍進する新興国への企業進出

国際通貨基金 (International monetary Fund, IMF) によると、2012年度の日本の経済成長率 (GDP) は1.96%に過ぎないところ、アジアでは、中国が7.7%、フィリピン6.82%、タイ6.5%、ミャンマー6.36%、インドネシア6.23%、ベトナム5.25%と急成長になっています。

涉外案件として私が相談を受けるものとしては、2012年は中国案件が群を抜いて多かったのですが、2013年は、いわゆる新興国 (フィリピン、マレーシア、インドネシア、ベトナム等) に関する案件が急増しています。相談内容は、合併契約の作成、株主間契約の作成やライセンス契約の作成等多岐に渡り、今後もこれらの新興国へ進出する企業からの相談が増える見込みです。

2 海外進出 まず何から着手？

ところで、機動性に富む中小企業の中でも、いったいどのように海外進出を進めていけばいいのかが分からないという事業者もいらっしゃるのではないのでしょうか。

そこで、海外進出に際して検討すべき基本を確認したいと思います。

(1) 海外進出の目的の確認

なぜ海外進出なのか、製造コスト削減、市場開拓、取引先からの要請等その目的

を明確にし、国内での事業でなぜ足りないのか、海外進出しなかった場合はどうなるのか等についての確認を行います。

(2) 進出計画の策定

どこへ進出するのか、どのような形式で進出するのか、例えば、法人設立かそれとも工場の設立だけか等を検討し、進出目標を設定し、その目標に沿ったタイムスケジュールを検討する必要があります。

(3) 国内・現地調査の実施

国内調査では、カントリールリスクの調査のみならず、進出対象国の法的リスクの検討をはじめ、外資政策、税制、市場規模、インフラ整備状況、労働事情や賃金、駐在員のビザ等の様々な事項を予め検討しておきます。

現地調査では、国内調査の結果の検証及び現場確認、さらに現地取引先やパートナーとの面談を実施し、より詳細な情報収集を行います。

(4) 最終意思決定

これまでの調査検討事項の結果を踏まえ、それぞれのメリット、デメリットを検討し最終的な意思決定を行います。

3 企業進出に際して確認すべき法的規制

法的規制の調査対象項目は多岐に渡ります。①外資、投資に関する法制、②会社、コ



弁護士
河合順子

ンプライアンスの法制、③労働関係の法制、④土地等の所有権関係についての法制、⑤知的財産の法制、⑥通貨管理制度、⑦紛争解決手段、⑧税制度、⑨加盟条約等。

例えば、マレーシアでの合併契約において、準拠法はマレーシア又は日本のいずれかを選択することは可能ですが、日本の判決は、マレーシアで実行することができません。そこで、マレーシアも「外国仲裁判断の承認および執行に関する条約」に加盟していることから、第三国であるシンガポールの仲裁が選択されることが多いです。

他にも、タイの会社の取締役会には役員が実際に出席しなければならず、書面決議が許されていません。フィリピンでは13ヶ月の給与制度や、1人親の場合の育児休暇制度が認められている等、日本の労働者に比べて手厚い保護がされています。

以上のように、国ごとに日本の法制度と異なることから、十分な事前調査が必要となります。

4 よくある落とし穴ー腐敗ー

世界的に汚職・腐敗問題に取り組むNGOであるトランスパレンシー・インターナショナル (Transparency International) は、Corruption Perception Index (腐敗認知指数) を発表しています。新興国では腐敗認知指数の高い国が多く、実際に、日系企

業が海外での汚職問題に関係した事例も複数あり、2012年5月には、インドネシアで日本人が贈収賄で逮捕されたといった報道もありました。

トランスパレンシー・インターナショナルの2012年の調査結果では、ミャンマーの腐敗認知指数は、176カ国中172番目となっていました。その後、2013年8月7日にミャンマーで「汚職防止法」が成立しました。処罰対象となる行為は、直接・間接を問わず、賄賂を受け取り又は受け取ろうとし、贈り又は贈ろうとし、約束その他賄賂に関わるなんらかの交渉を行う行為とされています。このような行為についての罰則は、罰金のみならず、懲役刑が課されることもあり、非常に重たい罪となっています。

日本国内でのビジネス以上に、国外でのビジネスにおいてコンプライアンスを十分確立することはいうまでもないことですが、自社のみならず、取引先を選ぶに当たっても、この点についてよく調査を行う必要があります。

5 まとめ

新興国への進出においては、進出目標や計画を十分に練るほか、各国別に法制度の調査をする必要があり、その法制度の調査は進出に際してだけでなく、その後、事業を継続する上で、常に法制度を順守した事業活動が必要となります。

今回ご説明した上記各項目のいずれの段階におけるご相談でも結構ですので、お気軽に当事務所ににご相談いただければと思います。

免責規定における重過失の有無の判断基準と免責の可否について

「ジェイコム株式誤発注事件を通じて」



弁護士 梁 栄文

1. はじめに

東京証券取引所（以下、「被告」といいます）が開設する東証マザーズにおいて取引を行っていたみずほ証券（以下、「原告」といいます）が、平成17年12月8日、同マザーズに新規上場したジェイコム株式会社の株式につき、「61万円で1株」の売り注文を入力すべきところ、誤って「1円で61万株」の売り注文を入力した結果、原告に400億円を超える売却損が生じた事件（以下、「本事件」といいます）は、皆様もご存知のとおりです。

本稿では、東京高裁（控訴審裁判所）が本事件に関して平成25年7月24日に言い渡した判決内容をベースに、「免責規定における重過失の有無の判断基準と免責の可否」について検討したいと思います。

2. 東証が負担する債務

本事件の被告東京証券取引所とみずほ証券を含む多数の証券会社（以下、「取引参加者」といいます）との間では、取引参加契約（以下、「本取引参加契約」といいます）が締結され、証券会社は、本取引参加契約に基づいて取引参加者となり、被告である東京証券取引所の提供する電子計算機を利用した取引システムに参加しています。

本取引参加契約に基づき、被告である東

京証券取引所は、取引参加者に対し、少なくとも「取引参加者が入力した注文を機械反応の処理により対応する売買システムを提供しなければならない」という債務を負担し、同債務には、「適切に取消処理ができるコンピュータシステムを提供しなければならない」という債務が含まれます。

3. 東証の債務不履行

本件では、原告は、誤発注の後、本件売買システムに売り注文の取消注文を入力しましたが、本件売買システムのコンピュータに瑕疵（バグ）があり、取消注文の効果が生じませんでした（以下、「本件不具合」といいます）。

この点で、被告には、「適切に取消処理ができるコンピュータシステムを提供しなければならない」という債務の不履行が認められ、原告は、被告に対し、債務不履行責任（損害賠償等）を追及することができるのが原則です。

4. 免責規定の適用

しかしながら、本取引参加契約には、次のとおり免責規定が置かれていますので、原告は、被告の故意または重過失を立証しない限り、被告に対して損害賠償責任を問えなくなります。なお、故意・重過失の立証責任が、原告と被告の何れにあるのかも問題となりますが、本事件では、東京高裁は原告にあると

判断しております。

「当取引所は、取引参加者が業務上当取引所の市場の施設の利用に関して損害を受けることがあっても、当取引所に故意又は重過失が認められる場合を除き、これを賠償する責めに任じない」（以下、「本免責規定」といいます）。

このような免責規定は、契約書案でよく見受けられます。特に、コンピュータシステムの構築等を委託する契約書案では、受託者が予想外の多額の損害賠償を求められることを回避するため、本免責規定と同様の免責規定を置くのが一般的といえます。

5. 重過失の判断基準

では、「重過失」とはどのような状況をいうのでしょうか。

この点について、最高裁第三小法廷が昭和32年7月9日判決で、その判断基準を示しています。

これを要約すれば、結果予見可能性および結果回避可能性があることを前提として、著しい注意義務違反があった場合（注意義務違反の程度が著しい場合）が重過失にあたりと判断していると理解できます。

本事件における本件不具合は、システム稼働後5年間にわたって類似の不具合が生じたことがなく、また、複数の条件が重なることにより発生した不具合であり、その発見・修正に関する被告側が提出した専門家の意見は、東証の責任に消極的でした。

東京高裁は、専門家の意見等を検討した結果、本事件においては、被告に重過失は認められないと判断し、被告の債務不履行責任を否定しました。

6. 不法行為責任

本判決は、被告東京証券取引所の債務不履行責任を否定しましたが、他方で、被告の不法行為責任を肯定し、原告二部勝訴の判決を言い渡しました。

具体的には、被告は、証券市場及び株式売買の管理者として公益及び投資者保護のため売買停止の権限のみならず、一定の状況下においては売買停止義務を負っており、これに違反して第三者に損害を与えた場合には、不法行為責任を負担すると判示しました。

そして、免責規定は、当事者の合理的な意思解釈から、不法行為責任の場合にも適用されるとしつつ、本事件において短時間の間に発行済み株式数を大幅に超過した数の株式売買が成立している状況等に鑑み、被告東京証券取引所が株式売買を停止しなかったのは、不法行為を構成すると判断し、原告の過失も考慮した上で、被告に100億円を超える賠償を命じました。

7. まとめ

本件のような免責規定は、契約書案等によく見受けられることは既に述べたとおりです。

ただ、免責規定の内容及び規定の仕方によっては、免責される範囲及び重過失等の立証責任の所在に差異が生じます。

そして、一度事故が発生すれば、それは巨額な損害賠償の問題にも発展しかねません。

契約書案における免責規定に関しては、十分な検討が必要であることを、本事件を通じてご理解頂けましたら幸いです。



元公正取引委員会
事務総局審査局審査専門官

弁護士 越知 覚子

1 はじめに

平成26年4月から、消費税率が5パーセントから8パーセントに引き上げられます。消費税増税は企業にとっても大問題です。企業間取引では年度契約や継続的契約も多いことから、そろそろ、新年度すなわち平成26年4月1日以降の契約（価格）交渉が始まっているかもしれません。

消費税は最終ユーザーである消費者までの転嫁を予定している税金ですが、取引関係によっては、中小企業であるメーカーが、仕入先には増税分を支払いつつも、納入先には増税分を転嫁できずに自らが負担を被ってしまうというおそれが生じます。

2 前回増税時

前回の消費税増税時には法律上の禁止行為が明確にされておらず、その結果、例えば、購買力の強い有力小売業者がメーカーに対し、増税にも関わらず、税込みで「お値段据え置き」を強要したり、増税を反映した金額での仕入れに應じる代わりに、増税に伴う事務作業の増大（値

札の貼替作業など）をメーカーの従業員に強要したりするなど、消費税増税分を適切に取引先に転嫁出来ず、結局、メーカーが増税分の負担を強いられたケースがあったそうです。

このような行為は、前回増税時も、現在も、「優越的地位の濫用行為」、すなわち自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、相手方に対し不利益を与える行為に該当する可能性が高く、「不公正な取引方法」の二類型として独占禁止法で禁止されています（同法第2条第9項第5号、第19条）。しかしながら、優越的地位の濫用行為の認定には時間を要することから、違反行為者への抑止力は低く、また、中小企業が現に被っている過度の負担に対し迅速に対応することが困難でした。

3 前回の反省(?)を踏まえて

そこで国は、今回の消費税増税においては、特別法を制定し、消費税の転嫁をスムーズに行わせようとした。これが「消費税転嫁対策特別措置法」です。

同法は、独占禁止法や下請法の特別法として位置づけられており、認定の難しい「優越性」の要件を形式的基準で判断し、かつ、「濫用行為」も、特に規制を要する行為を明記して禁止することで、違反行為者に対する抑止力と行政機関による対応の迅速性を企図しています。これは下請法と同じ発想といえます。

消費税転嫁特措法で禁止行為とされた

消費税増税と不公正取引

ものは次の4点です。

- ① 減額・買いたたき（同法第3条第1号）
- ② 商品購入、役務利用又は利益提供の要請（同条第2号）
- ③ 本体価格での交渉の拒否（同条第3号）
- ④ 公取委への申告に対する報復行為（同条第4号）

4 価格交渉における注意点

この消費税転嫁特措法の制定により、企業は、少なくとも同法に規定される禁止行為には該当しないように価格交渉を行う必要があります。

例えば、公取委ガイドラインによれば、先程ご紹介した「お値段据え置き」のケースは典型的な①の買いたたき事例とされつつ、合理的な理由がある場合には許容されるとしています。

この「合理的な理由」は、具体的事情に基づいて判断されますので、企業としては、ガイドラインを参考にしつつ個々に判断するほかありませんが、ここで重要なのは、「合理的な理由」の説明義務は、これを主張する事業者側にあるということです。

今回の消費税増税に関し、国は、前回の反省からか、早くから増税分の商品価格への転嫁拒否行為に対して警鐘を鳴らし、「転嫁Gメン」を採用するなど、増税分の適切な転嫁を強く求めています。

ここから、国が、消費税は「原則転嫁」との考えであることは容易に想像できます。そのため、消費税増税の前後で、税込み取引価格が変わっていないのであれば、本

体価格が不当に低く設定されているとの推認（極めて強い推認）を働かせると思われまます。

国を説得する場合、裁判であれ、行政機関であれ、結局は証拠が重要です。

いくら事業者側が「合理的だ」と叫んでも、何も証拠がなければ国は納得してくれません。

そのため、商流の下流にいる事業者は、価格の設定が合理的だったということを説明できるように、当時の原価コスト等、取引価格を設定するための資料、取引の相手方との交渉内容等を記録し、取引価格の設定自体が合理的であったことはもとより、価格形成過程の交渉においても十分協議がなされ、双方が納得の上で合意したものであることを証明できるようにしておくことが賢明です。

逆に商流の上流にいる事業者で、買いたたきにあつてしまった場合であれば、当該価格の形成過程における協議が不十分であり、むしろ、一方的に通告されたというような事情等を交渉記録として残しておくことをお勧めします。

価格も含めた取引条件は、当事者双方の合意によって定められることが私法の大原則です。価格交渉は相互の「綱引き」によって行われますが、当事者双方が納得の上で合意に至ることができるよう、まずは十分な協議を行うことが必要です。

十分な協議を行い、双方納得出来るように、来る4月に向けた価格交渉を進めていただければと思います。なお、消費税増税はもう一度やってきます。なかなかの休まる時はありませんね。

「CONSULEGIS」に加盟しました

弁護士 西原和彦



当事務所は、平成25年6月、世界42カ国、約90の独立法律事務所によって構成される国際的な弁護士ネットワークである CONSULEGIS（コンスレージス）に加盟しました。そこで、本稿でその概要についてご紹介いたします。

150都市 1,700人が参加

CONSULEGIS は、1990年にドイツのハンブルグで結成された、世界各国の中規模法律事務所を主なメンバーとする、国際的な弁護士ネットワークです。

現在、世界42ヶ国、150都市の弁護士事務所（弁護士数約1,700人）がメンバーとなっており、その数は毎年増加しています。

本部はドイツのミュンヘンにありますが、メンバーは年に2回、世界各国で開催される総会に参加して、友好関係を深めています。

メンバー同士の関係について

CONSULEGIS への加盟は、入会を希望する事務所の規模、評判、経歴、スキル等が総合的に評価され、総会における入会希望事務所のプレゼンテーションを経て、選考役員の全員一致の賛成で認められます。

このように、入会の門戸は決して広くはないのですが、その反面、入会後のメンバーの関係は緊密で、互いに深い信頼関係に基づいて、交流をすることになります。

メンバー同士の信頼関係を体現するものとして、他のメンバーからの自国法に関する初歩的な法律相談には無料で対応するというルールがあります。弊事務所のクライアントの方々にも、CONSULEGIS のメンバー所在国の法律については、容易に情報提供をさせて頂けるようになりました。また、多国間に亘るグローバルな案件でも、深い信頼関係に基づくメンバー事務所による共同受任も可能となりました。

加入のきっかけ

一昨年に報告させて頂きましたが、平成24年に大阪弁護士会とカリフォルニア州弁護士会国際法セクションが友好協定を締結するに当たって、縁あって私が中心的な役割を果たすことができました。

その際に、カリフォルニア弁護士会国際法セクションの渉外委員長のマイケル・ニューマン弁護士と懇意となり、友好協定を締結したカリフォルニア州弁護士会年次総会において、彼と昨年度の国際法セクション委員長であるジェフリー・ダー弁護士が加入している CONSULEGIS への入会を勧められました。

そこで、彼のアドバイスに基づいて入会申請を行い、昨年の5月にはドイツ・ミュンヘンで開催された総会にゲストとして参加し、メンバーの前でプレゼンテーションをしたり、日本の着物を着てディナーに出席したり、夜遅くまでダンスクラブで踊ってメンバーとの懇親を深め、年次総会最終日に CONSULEGIS への入会が認められました。西洋人弁護士は老いも若きも踊ることが好きなようですが、彼らにとって日本人が踊ることは驚きだったようです。

平成25年10月にはポーランドのワルシャワで開催された総会にも参加し、アフリカや南アメリカの弁護士とも深く交流をすることができました。

このような友好関係は、きっとクライアントの皆様にも役に立つものと考えております。

最後に

現在、CONSULEGIS のメンバーは、別表の通り、ヨーロッパ19カ国、アジア・オセアニア6カ国、北米2カ国、中南米8カ国、アフリカ4カ国、中東3カ国にいます。

ヨーロッパ発祥の団体ですので欧州のメンバーが多く、アジア方面のメンバーが数に劣っています。しかし今後は、私自身が積極的に、アジアにおける CONSULEGIS メンバーを広げていきたいと考えております。

CONSULEGIS について詳細をお知りになりたい方は、是非ホームページをご参照下さい。http://www.consulegis.com/

CONSULEGIS のメンバー所在国

ヨーロッパ	デンマーク、オーストリア、ベルギー、ブルガリア、チェコスロバキア、フランス、ドイツ、ギリシャ、アイルランド、イタリア、ルクセンブルグ、オランダ、ポルトガル、スペイン、スウェーデン、スイス、英国、ポーランド、キプロス
アジア・オセアニア	オーストラリア、中国、香港、マレーシア、シンガポール、日本
北米	アメリカ合衆国、カナダ
中南米	アルゼンチン、ブラジル、バージンアイランド、チリ、キューバ、メキシコ、パラグアイ、ドミニカ共和国
アフリカ	カメルーン、ナイジェリア、コートジボワール、南アフリカ
中東	イスラエル、トルコ、アラブ首長国連邦

残業代の無い

「管理監督者」とは



弁護士
氏家 真紀子

1. はじめに

近年、退職者を中心として、使用者に対していわゆる「未払いの残業代」を請求する事例が増加しています。

使用者側が、当該労働者が「管理監督者」であつたとして争う事例も多く見受けられますが、どのような場合であれば、当該労働者が「管理監督者」とみなされるのでしょうか。

2. 労働基準法における除外規定

労働基準法においては、労働時間、休憩及び休日に関する規制が定められています。これらの規定は、農業、畜産・水産に関する事業の従事者や、監督若しくは管理の地位にある者等には適用がありません（労働基準法41条）。規定の適用外になると、時間外労働や休日労働の際に割増賃金が支払われる対象から除外されます。

これらの業務は、その事業や業務の特殊性から労働時間等を一律に規制することが適当でなく、あるいはその必要性が乏しいと考えられているためです。

もともと、この場合においても、深夜業に関する規定は適用が排除されず、深夜業となる場合には割増賃金の受給対象となります。

3. 厚労省通達と裁判例

(1) 通達

厚生労働省の通達においては、「監督又は管理の地位にある者」とは、一般的には局長、部長、工場長等、労働条件の決定、その他労働管理について経営者と二体的な立場にある者を意味するが、資格や職位の名称にとらわれることなく、職務内容、責任と権限、勤務態様の実体に着目する必要がある、賃金等の待遇面についても留意しつつ、総合的に判断すべきとされています。

(2) 裁判実務

上記通達を踏まえ、裁判実務においても、①事業主の経営方針に関する決定に参画し、労働管理に関する指揮監督権限を認められていること、②自己の出退勤管理をはじめとして、労働時間について裁量を有していること、③一般の従業員と比べ、管理監督者の地位にふさわしい賃金（基本給、手当、賞与）上の処遇を与えられていること、が必要であるとされています。

(3) 東京地裁立川支部平成23年5月31日判決
管理監督者の該当性が問題となった裁判例としては、大手ハンバーガーチェーン店の「名ばかり店長」事件（東京地判平成20年1月28日判決）も有名ですが、今回は、その後に出された東京地裁立川支部平成23年5月31日判決をご紹介します。

これは、コンビニ型店舗をチェーン展開するY社の店舗で勤務していた労働者Xが、Y社に対して、店長としての扱いを受けた間の未

払いの割増賃金及び休日割増賃金、これにかかる労働基準法114条に基づく付加金等の支払を求めた事件です。

本事件においては、まず、管理監督者の判断について、以下のように述べられています。

管理監督者に該当するか否かの判断にあつては、「当該労働者が職務内容、責任及び権限に照らし、労働条件の決定、その他の労働管理等の企業経営上の重要事項にどのように関与しているか、勤務態様が労働時間等の規制になじまず、また、自己の出退勤につき一般の労働者と比較して自由な裁量が認められているか、賃金等の待遇が管理監督者というにふさわしいか否かなどの点について、諸般の事情を考慮して検討すべき」と示しました。その上で、各考慮事項について、以下のよう

①店長の職務内容、責任及び権限

・店長は、Y社の約700の直営店の内、一店舗の運営を任されているにすぎず、その店舗内でも、店長独自の業務としてシフトの作成、パート・アルバイトの採用、店長会議等への出席等があつたが、その他の業務についてパート・アルバイトとの境界が曖昧であつた

・店舗内での人事権や運営に関し、エリアマネージャー等の判断が必要であつた

・店長会議においては、Y社の経営戦略等を伝達されるのみで、店長からの意見を経営方針に反映させる機会がほぼなかった
・簡易かつ短期間の研修で店長になり、店長はY社の正社員のうち3分の2を占めていた

②勤務態様

・シフトを作成する権限はあつたが、パート・

アルバイトのシフトの関係上、店長が出勤しなければならぬ場合が多々あり、また、シフトに穴があいた場合は、人件費の都合上なるべく店長が勤務していた等、出退勤について自由裁量があつたとは言いがたい

・店長の出退勤管理についてもパート・アルバイトと同じ方法で行われていた

③賃金等の待遇

・店長は役割給として月額4万円受領しており、店長に昇格した後、年俸は約56万円、月例賃金は約4万円増額されたが、店長昇格後に受領した賃金額は、昇格前の額を超えることはなかった

そして、かかる事情を前提に、「以上のような職務内容、責任、権限、勤務態様及び賃金等の待遇に照らして考えると、Yの店長として業務に従事していたXが管理監督者に当たるとは認められない」として、Xの「管理監督者」への該当性を否定しました。

4. 終わりに

以上のとおり、管理監督者に該当するといえるための条件は裁判実務上、厳格に判断されており、該当性が認められる場合は限定的です。また、割増賃金を支払わなかった企業に対しては、裁判所は、労働者の請求により、未払い金に加算してこれと同額の付加金の支払いを裁量的に命じることができるとされています（労働基準法114条）。この付加金についてはあまり知られていないのでご留意下さい。「管理監督者」については、雇う側も雇われる側も法的認識が不十分な場合が散見されます。これを機会に再検討される場合には、当事務所にて、いつでもご相談に応じますのでぜひ、声をお掛け下さい。



著作者人格権とは？

弁護士 犬飼一博

1 ある日の相談

A大学では、A大学発行の雑誌に学内懸賞論文を掲載する予定ですが、その際にBが執筆した論文の一部を削除、変更しようと思っています。

具体的には次のような点です。

① 「現われ」を「現れ」に、「表われ」を「表れ」に、「決つて」を「決まって」に変更。

② 「…等」とされている部分を「…等」として、「等」の前の読点を削除。

③ 「「・」」とされている部分を、「「」」として、中黒（・）を読点に変更。

④ 注記中での改行を行わず、文を連続させる。

これらの変更については、何か法的に問題が生じますでしょうか。

上記のような相談を受けた場合、皆様ならどのようにお考えになるでしょうか。

「これくらいの変更なら…」とお考えになる方も多数いらっしゃる

かと思っています。

しかしながら、前記①～④については、いずれも裁判所において著作物の改変行為であり、同一性保持権侵害に該当すると、損害賠償請求が認められているのです（東京地裁平成2年11月16日判決、東京高裁平成3年12月19日判決・法政大学懸賞論文事件）。今回は、同一性保持権侵害を中心として著作者人格権についてご説明します。

2 著作権との違い

(1) 公表権、氏名表示権、同一性保持権

ある人が、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものについて、思想又は感情を創作的に表現したような場合、その表現物は著作物に該当します（著作権法第2条第1項第1号）。

法律の文言はわかりにくい規定となっていますが、ある創作物が著作物に該当するか否かは、厳格な意味での独創性や他に類例

がないというレベルまでの特徴が要求されているわけではなく、著作者の個性が何らかの形で表現されていればそれで足りるとされています。

したがって、前記のBが執筆したような学術的論文もさることながら、例えば幼稚園児が書いた絵なども著作物に該当すると考えられます。

著作物に該当すると、その著作物を創作した著作者には、著作権と著作者人格権という2種類の権利が生じます。

このうち、著作者人格権とは、著作者が自己の著作物につき有している人格的利益を対象とした権利のことを言います。

著作権法は、公表権、氏名表示権、同一性保持権の3つの権利を著作者人格権として規定しています（著作権法第18条乃至20条）。

公表権とは、自己の未公表の著作物を公表するか否か、どのような形・時期で公表するかという点について、著作者のみが決定する

ことができるということから、その権利性が認められたものです。

氏名表示権とは、著作者の意に反して著作物に著作者名の表示、不表示をされない権利のことをいいます。

同一性保持権とは、その著作物について、その意に反して変更、削除その他の改変を受けない権利のことをいいます。

(2) 一身専属的な権利

前記のとおり、著作者の権利は、著作権と著作者人格権の2種類が存在しますが、両者はどのような違いがあるのでしょうか。

一番大きな違いとして、著作権は譲渡することができるが、著作者人格権は譲渡することができないという点が挙げられます（著作権法第59条）。

これは、著作者人格権が一身専属的な権利であることに起因します。一身専属的な権利とは、その著作物の創作である著作者に専属する権利、つまりその人だけが行使できる権利という意味です。したがって、著作者人格権

は相続の対象にもなりません。

例えば、前記のBが、自分が執筆した論文に関する著作権を全て出版社に譲渡したような場合、出版社は創作者であるBの承諾を得ることなく著作権に基づいてその小説を出版することができ、しかもながら、仮に出版社がその小説をBの意向に反した形で内容に変更を加えて出版しようとする場合、Bは著作者人格権のうちの同一性保持権が侵害されたと主張することができ、ます。

(3) 侵害したらどうなるか？

著作者人格権を侵害された、又は、侵害されるおそれのある著作者は、当該侵害者に対し、その侵害行為の差止め、損害賠償、名誉回復のための適当な措置（一般的には謝罪広告が考えられます）を請求することができます。

また、著作者人格権の侵害行為を行った場合には、刑事罰として5年以下の懲役や500万円以下の罰金を科される可能性もあります。

3 同一性保持権とは？

(1) 「こだわり」を保護する権利

では、次に著作者人格権の中でも、特に裁判等において争いになることが多い同一性保持権について詳しく説明していきます。

前記のとおり、同一性保持権とは、創作者の意に反して変更、切除その他の改変を受けない権利ですが、この権利は、著作物が無断で改変される結果、著作者の意に沿わない表現が施されることによる精神的苦痛から救済するために設けられている規定であります。そのような意味で、同一性保持権は、著作者の「こだわり」「愛着」などの主観的な利益を保護するための規定であるとされています。

例えば、ある無名な画家が描いた絵画があるとして、そこに有名な画家が少し手を加えたとします。そのことによって、絵画自体の客観的価値は高まるかもしれませんが、元々の無名な画家にとっては、自分のその絵画に対する「こだわり」が侵害されたことになり、同一性保持権侵害となります。

では具体的にどのような場合に著作者人格権を侵害することになるのでしょうか。

(2) 「意に反する改変」はアウト！
法律上は、著作者の「意に反

する改変」がなされたときに同一性保持権を侵害すると規定されています。

ここでいう「意に反する」とは、同一性保持権が著作者の「こだわり」や「愛着」を保護するための規定であることからすると、一般的には著作者の主観的意図に反することが「意に反する」と判断されると考えられています。

また、「改変」とは、著作物に盛り込まれている表現上の思想感情を改変することを言いますが、どのような行為が「改変」行為に該当するかについては、裁判例や学説においても様々な意見があるところであり、非常に判断が難しい問題です。この点について、参考となる裁判例をご紹介します。

① 最高裁判平成10年7月17日判決（雑誌「諸君！」反論文掲載事件）

Xは、Yの著作物を批判する内容の評論を雑誌に執筆する際に、Yの38行にわたる著作部分の内容を3行に要約して紹介したところ、その要約した行為がYの同一性保持権を侵害するか否かが争われた事案です。

最高裁は、「同一性保持権を侵害する行為とは、他人の著作物における表現形式上の本質的な特徴を維持しつつその

外面的な表現形式に改変を加える行為をいい、他人の著作物を素材として利用しても、その表現形式上の本質的な特徴を感得させないような態様においてこれを利用する行為は、原著作物の同一性保持権を侵害しないと解すべきである」と判示し、前記の場合は、Yの著作部分の内容の一部をわずかに3行に要約したものにすぎず、38行にわたるYの著作部分における表現形式上の本質的な特徴を感得させる性質のものではないから、同一性保持権を侵害するものでないと判断しています。

同一性保持権は、あくまでその著作物の「同一性」を保持する権利であることから、表現形式上の本質的な特徴を感得できない、つまり、元々の著作物の創作的表現が存在し得ない程度に改変が加えられた場合には、同一性保持権侵害には該当しないということになります。

② 知財高裁判平成22年3月25日判決（駒込大観音事件）

観音像の眼差しが睨みつけるようだと拝観者から違和感が訴えられたことによって、観音像の仏頭部をすげ替えた行為が、同一性保持権を侵害するかどうか争われた事案で、裁判所は「本件観音像は、木彫十一

面観音菩薩立像であって、11体の化仏が付された仏頭部、体部（軀体部）、両手、光背及び台座から構成されているところ、11体の化仏が付されたその仏頭部は、本件観音像において創作者の思想又は感情を表現した創作的部分であるといえる。そうすると、本件観音像の仏頭部の眼差しを修正する目的で行われたものであるとしても、本件観音像の仏頭部のすげ替え行為は、本件観音像の創作的部分に改変を加えたものであると認められる」と判示し、同一性保持権侵害に該当すると判断しています。

(3) 例外規定

これまで説明してきたように、同一性保持権は非常に強力な権利であり、それを貫徹することは著作物の利用・流通を阻害することにもなりかねません。

そこで、著作権法は、著作者の権利と著作物の利用の促進の調和を図るために、例外的に著作物の改変を認める規定を設けています（著作権法第20条第2項）。次の4つの場合がそれに該当します。

① 学校教育への使用に伴う用語の変更（1号）

② 建築物の増築、改築、修繕又は模様替えによる改変（2号）

③ プログラムの著作物のバ

ジョンアップのための改変（3号）
④ 著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変（4号）
特に4号の「やむを得ないと認められる改変」については、例えば、放映時間にあわせたいくつかのシーンのカット、時事の事件の報道に際して行われる著作物の翻訳など非常に限られた場面にしか適用がないのが現状です。

4 同一性保持権を侵害しないために

同一性保持権侵害は、あくまで著作者の「意に反する」場合に問題となるため、著作者の同意がある場合や、著作者との間で著作者人格権の不行使特約を締結しておけば、著作者人格権侵害とはなりません。

当事務所では、知的財産法部門の強化を図っています。今回ご紹介させていただいた問題に限らず著作物の利用に関する様々な問題等、ご不明な点がございましたら、お気軽にご相談下さい。

知財
コーナー

固定残業代に関する裁判例

(最高裁平成24年3月8日判決)

弁護士 渡部 真樹子



◆事案の概要

- 1 Xは、人材派遣を業とするYに雇用されて派遣労働者として就労していました。
- 2 XY間で締結された雇用契約中、給与については、以下のように定められていました。
 - ① 基本給を月額41万円とした上で、月間総労働時間が180時間を超えた場合にはその超えた時間につき1時間当たり2,560円を支払う、
 - ② 月間総労働時間が140時間に満たない場合にはその満たない時間につき1時間当たり2,920円を控除する
- 3 Xは、雇用期間中の計18か月につき、1週間当たり40時間を超える労働又は1日当たり8時間を超える労働をしていましたが、そのほとんどの月において月間総労働時間は180時間以下に収まっていました。
- 4 このような事実関係の元で、XはYに対し、1週間当たり40時間を超える労働又は1日当たり8時間を超える労働分につき、時間外労働手当を請求する訴えを提起しました。
- 5 これに対し、Yは、①Xに対して支給されていた基本給に時間外労働に対する割増賃金も含まれていた、②Xは、月の労働時間が180時間以内の場合には、残業代を支払わないとの契約をしている以上、仮に180時間以内に残業代が発生したとしても、Xはその権利を放棄していると反論し、請求の棄却を求めました。

◆争点

- 1 基本給に時間外労働手当が含まれていると認められるのは、いかなる場合か。
- 2 労働者が賃金債権の放棄をしたと認められるのは、いかなる場合か。

◆判決要旨

- 1 基本給を月額41万円とした上で月間総労働時間が180時間を超える場合に1時間当たり一定額を別途支払い、140時間未満の場合に1時間当たり一定額を減額する旨の約定のある雇用契約の下において、次の(1)、(2)など判示の事情の下では、労働者が時間外労働をした月につき、使用者は、労働者に対し、月間総労働時間が180時間を超える月の労働時間のうち180時間を超えない部分における時間外労働及び月間総労働時間が180時間を超えない月の労働時間における時間外労働についても、上記の基本給とは別に、労働基準法(平成20年法律第89号による改正前のもの)37条1項の規定する割増賃金を支払う義務を負う。
 - (1)上記の各時間外労働がされても、上記の基本給自体が増額されるものではない。
 - (2)上記の基本給の一部が他の部分と区別されて同項の規定する時間外の割増賃金とされていたなどの事情はうかがわれない上、上記の割増賃金の対象となる1か月の時間外労働の時間数は各月の勤務すべき日数の相違等により相当大きく変動し得るものであり、上記の基本給について、通常の労働時間の賃金に当たる部分と上記の割増賃金に当たる部分とを判別することはできない。
- 2 労働者による賃金債権の放棄がされたというためには、その旨の意思表示があり、それが当該労働者の自由な意思に基づくものであることが明確でなければならないところ、本件の雇用契約締結当時又はその後に労働者が時間外手当の請求権を放棄する旨の意思表示をしたことを示す特段の事情はうかがわれないこと、労働者の毎月の時間外労働時間は相当大きく変動しうるものであり、労働者がその時間数をあらかじめ予測することが容易ではないことから、Xの自由な意思に基づく時間外手当の請求権を放棄する旨の意思表示があったとはいえない。

第1 はじめに

1 争点1について：時間外労働手当と固定残業代制

労働基準法(以下、「労基法」といいます)第37条第1項は、原則として1日8時間、週40時間を超える時間外、深夜、法定休日労働について、法定の割合に基づく割増賃金の支払いを求めています。

営業や運輸業など、時間外・深夜労働の時間数の算定が困難な業務については、割増賃金相当の一定額をみなし割増賃金として支払い、当該みなし割増賃金でカバーされる範囲内の時間外・休日・深夜労働については割増賃金を支払わないという「固定残業

代制(みなし残業代制ともいいます)」が、しばしば採用されているところです。

しかし、固定残業代制は、使用者と労働者が、時間外手当の支払いについて、労基法第37条1項と異なる合意をした場合であり、本判決においても、その有効性については、厳格な基準に基づく判断がなされました。

本判決の元となった事案は、みなし割増賃金に関する定めが若干特殊(140時間以上、法定労働時間までは、場合によれば労働者に有利な定め方である)であり、また、判示内容も、従前の判例

(最高裁平成6年6月13日等)を踏襲したものではありません。

しかしながら、近時、時間外労働手当について、労使共に意識が高まりつつあり、時間外賃金に関する労働契約についても、本判例のような視点を踏まえて再検討することもあるかと思われます。

特に本判例には、櫻井龍子裁判官の補足意見が付されており、同補足意見の内容は、労働契約書、就業規則、給与明細等の見直しに大変参考になるものです。

本稿では、主に、いかなる場合に固定額の支払いを適法な時間外労働手当の支払いと認められるか(争点1)について検討します。

2 争点2について：労働者による賃金債権の放棄

争点2(いかなる場合に、労働者が賃金債権の放棄をしたと認められるか)については、紙幅の関係上、判例の判決要旨のみを紹介することとしますが、①債権放棄の意思表示があること、②当該意思表示が労働者の自由な意思に基づくものであること、が必要であるとされています。

労働基準法第37条1項

使用者が、第33条又は前条第一項の規定により労働時間を延長し、又は休日に労働させた場合においては、その時間又はその日の労働については、通常の労働時間又は労働日の賃金の計算額の2割5分以上5割以下の範囲内でそれぞれ政令で定める率以上の率で計算した割増賃金を支払わなければならない。ただし、当該延長して労働させた時間が1箇月について60時間を超えた場合においては、その超えた時間の労働については、通常の労働時間の賃金の計算額の5割以上の率で計算した割増賃金を支払わなければならない。

第2 固定残業代についての裁判所の考え方

それでは、本判決の判示内容を踏まえ、固定残業代に関する裁判所の考え方を見てみましょう。

まず、労基法第37条1項は、時間外労働について、通常賃金に規定された割増率を掛けて算出される割増賃金を支払わなければならない、と定めています。

しかしながら、あらかじめ定められた額を支給することにより、時間外労働手当を支払うとの取扱いも、割増賃金×時間外労働時間数という労基法に予定された支給方法でないことだけを理由に、違法と判断されるものではありません。

これまでの裁判例の判示内容からすると、以下の3要件をみたす場合には、固定残業代制であっても、適法な時間外労働手当の支払いであると認められています。

- ①割増分が通常の労働に対する賃金部分と明確に区別されていること。
- ②当該手当が時間外労働に対する対価としての実質として、これに見合っているものであること。
- ③手当の額が労働基準法所定の割増賃金額を上回っていること。

上記3つを充たす場合であれば、割増相当部分が法定額を充た

すかどうかを確認でき、実質的に労基法所定を上回る時間外労働手当の支払いを受けているといえ、割増賃金によって時間外労働等を抑制しようとした労基法37条の趣旨を維持することができるために適法であるとされています。

さらに、固定分に相当する時間数を上回る残業があった場合には、超過分の残業代を精算することが必要になる点も言うまでもありません。

第3 本判決

本判決は、上記第2に挙げた従前の裁判例の判断枠組みを踏襲し、当該事案においては、月間180時間以内の労働時間中の時間外労働がされても、基本給の増額がないこと、通常の労働時間の賃金に当たる部分と時間外の割増賃金に当たる部分を判別することはできないとして、月間180時間以内の労働時間中に行われた時間外労働手当の支払いを命じました。

第4 本判決の補足意見

なお、本判決には、櫻井龍子裁判官の補足意見が付されています。この補足意見では、毎月の給与の中に予め一定時間の残業手当が算入されているものとして給与が支払われている場合を例に挙げ、この場合に当該時間外労働手当の支払いが適法であるためには、

- ①毎月の給与の中にあらかじめ一定時間(例えば10時間分)の残業手当が算入されている旨が雇用契約上明確である
- ②支給時に支給対象の時間外労働の時間数と残業手当の額が労働者に明示されていなければならない
- ③さらには①の一定時間を超えて残業が行われた場合には当然その所定の支給日に別途上乗せして残業手当を支給する旨もあらかじめ明らかにする

ことが必要である旨が述べられています。

補足意見に挙げられた措置は、割増賃金と通常賃金の区別について、かなり徹底した措置を提示したものであり、これをすべて実践しなければ直ちに違法な固定残業代制とされるという訳ではありませんが、労働契約書、就業規則、給与明細等の記載内容について、紛争予防の観点から参考になるものです。

第4 最後に

会社としては、時間外労働手当を固定残業代として支給していたつもり、従業員としても、固定残業代として支給されていたつもりでも、その実、労基法37条の要請を充たさない支払いであった場合、後々紛争となることがあります。特に、時間外労働手当は、継続して長期間にわたり発生するものであることから、問題となる金額も大きく、大きな紛争に発展することになりかねません。

固定残業代制をとる場合には、会社側従業員側双方とも、固定残業代の有効性の判断枠組みについて、正しい理解を持つことが、後々の無用な紛争の回避に繋がります。

本判決を機に、労働契約書、就業規則、給与明細等の見直しをされてみてはいかがでしょうか。

ノロウイルス感染症

冬になるとノロウイルスの感染症が流行する季節です。絶え間なく続く激しい下痢と嘔吐は苦しいものです。そこで、これに対する対策を書きあげてみました。ノロウイルスは予防薬がありません。種類が多くて予防接種も完成していません。

一般的な下痢と嘔吐の治療、脱水に対する点滴によって体液を補うほかは仕方がないのです。

1. 先ず一番に、ナマものは食べない。
2. 食事前には手洗いをよくする。
3. タオル、手ぬぐいは患者とは別にして使い、使った後は良く洗濯した上で塩素系の消毒剤で消毒をする。
4. イソジンなどを使って、うがいをよくする。
5. 下痢をしたときのトイレはウォシュレットなどであちこちにウイルスが飛び散っていますから、トイレの蓋をして流す事が大切です。そうしないとトイレ中に乾燥したウイルスが飛び散ります。

6. 吐物や排便はゴム手袋を使って処理し、ビニール袋に入れて手に触れないように捨てましょう。着衣や床、畳やカーペットに付着したウイルスは良く洗い流さないと乾燥して空中に舞いあがり、他人に再度感染を起させます。
7. 患者さんが触れた食卓やナプキンには、塩素系の消毒剤を使いましょう。アルコール消毒は無効です。



当事務所では顧問先様を対象に、メールでの法律相談を受け付けております。
ぜひ、お気軽にご相談ください。メールをお待ちしております。

◆ 顧問先様用Eメール相談

consul@umegae.gr.jp

弁護士法人

梅ヶ枝中央法律事務所

□ 〒530-0047 大阪市北区西天満4丁目3番25号
梅田プラザビル4階
TEL 06 (6364) 2764
FAX 06 (6311) 1074

□ 〒105-0003 東京都港区西新橋3丁目6番10号
マストライフ西新橋ビル3階
TEL 03 (5408) 6737
FAX 03 (5408) 6738

e-mail : office@umegae.gr.jp

当事務所では個人情報保護法の趣旨に則り、皆様の個人情報の適正な管理・保護に努めております。今後、本誌の配送を希望されない場合には、お手数ですが当事務所までご連絡をお願い致します。速やかに対応をさせていただきます。宜しくお願い申し上げます。

題 字：藤尾 政弘

表紙写真撮影者：山田 庸男

山田 庸男
t-yamada@umegae.gr.jp

渡邊 雅文
m-watanabe@umegae.gr.jp

二宮 誠行
ninomiya@umegae.gr.jp

増田 広充
masuda@umegae.gr.jp

三好 吉安
miyoshi@umegae.gr.jp

河合 順子
j-kawai@umegae.gr.jp

松尾 友寛
matsuo@umegae.gr.jp

林 友宏
hayashi@umegae.gr.jp

舞弓 和宏
mayumi@umegae.gr.jp

氏家真紀子
ujiie@umegae.gr.jp

岩田 和久
iwata@umegae.gr.jp

越知 覚子
ochi@umegae.gr.jp

飯田 亮真
iida@umegae.gr.jp

平山 芳明
yoshiaki@umegae.gr.jp

中世古裕之
nakaseko@umegae.gr.jp

西村 勇作
nisimura@umegae.gr.jp

西原 和彦
k-nisihara@umegae.gr.jp

大森 剛
omori@umegae.gr.jp

梁 栄文
ryo@umegae.gr.jp

松嶋 依子
matsushima@umegae.gr.jp

野口 夕子
noguchi@umegae.gr.jp

浜口 晴好
hamaguchi@umegae.gr.jp

犬飼 一博
inukai@umegae.gr.jp

渡部真樹子
watanabe@umegae.gr.jp

森 瑛史
mori@umegae.gr.jp

益子 覚
masuko@umegae.gr.jp