

Oike Library

CONTENTS

特集 相隣関係

1	隣地との筆界特定の方法	弁護士	志部淳之介	1
2	公道に至るまでの他の土地の通行権	弁護士	長谷川 彰	3
3	水道管等の敷設や建物修繕工事のための隣地使用	客員弁護士	二本松利忠	5
4	隣地における建築工事を巡る紛争	弁護士	茶木真理子	8
5	管理されていない、管理できない土地・建物への対応	弁護士	野々山 宏	10
民 法	債務不履行による損害と弁護士費用 —最高裁令和3年1月22日判決	弁護士	永井 弘二	13
不法行為法	逸失利益について定期金賠償を認めた 最判令和2年7月9日を受けた実務上の問題点	弁護士	長野 浩三	15
不法行為法	未成年者による自転車事故の損害賠償責任	弁護士	三角真理子	17
家 族 法	特別養子縁組における父母の同意がない場合	弁護士	北村 幸裕	19
弁 護 士 法	金銭回収のための弁護士会照会活用法	弁護士	谷山 智光	21
会 社 法	「ハイブリッド型バーチャル株主総会」について	弁護士	草地 邦晴	23
倒 産 法	破産法72条2項2号の相殺について —最高裁令和2年9月8日判決	弁護士	小原 路絵	25
特 許 法	特許権侵害訴訟における査証制度について	客員弁護士	大瀬戸豪志	28
特 許 法	標準必須特許のライセンスに関する英国最高裁判決	弁護士	若竹 宏諭	31
著 作 権 法	ベルヌ条約ストックホルム改正条約における引用について	弁護士	坂田 均	33
消 費 者 法	デジタル・プラットフォームの民事責任	弁護士	住田 浩史	36
消 費 者 法	デジタルプラットフォーム運営事業者による 利用停止措置等についての考察 —東京高裁令和2年11月5日判決を題材として	弁護士	増田 朋記	39
公益通報者保護法	公益通報者保護法の改正への対応 —従来 of 裁判例を踏まえて	弁護士	上里美登利	42

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

1 隣地との筆界特定の方法

弁護士 志部 淳之介

Q1-1

自宅の敷地が隣地と繋がっているのですが、境界が曖昧で将来、隣人とトラブルにならないか気にしています。なるべく費用をかけずにトラブルを防ぐために、なにか良い方法はないでしょうか。

A1-1

まずは、隣地の所有者と協議して、資料を持ち寄り、現場で立ち合いをして、双方が納得して筆界を確認し合意することが考えられます。合意は書面に残し、合意された筆界には境界標を入れるなどすれば、将来のトラブルを防止することができます。当事者間で協議をしても合意に至らない場合には、法務局で筆界特定制度を利用することができます。筆界特定制度は、筆界特定登記官が、外部専門家である筆界調査委員の意見を踏まえて、現地における土地の筆界の位置を特定する制度です。

解説

筆界特定制度とは

1 定義

土地の「境界」という用語は一義的ではなく、多様な意義を含む。多くは筆界を意味するものとして使用されているが、所有権界、占有界、その他の権利の境、各種行政法上の境等を意味するものとして使用されることもある。

これに対して、「筆界」とは、いわゆる原始境界

と呼ばれるものを指す。不動産登記法上に定義があり、表題登記がある一筆の土地とこれに隣接する他の土地（表題登記がない土地を含む。）との間において、当該一筆の土地が登記された時にその境を構成するものとされた2以上の点及びこれらを結ぶ直線を指すものとされている（同法123条）。

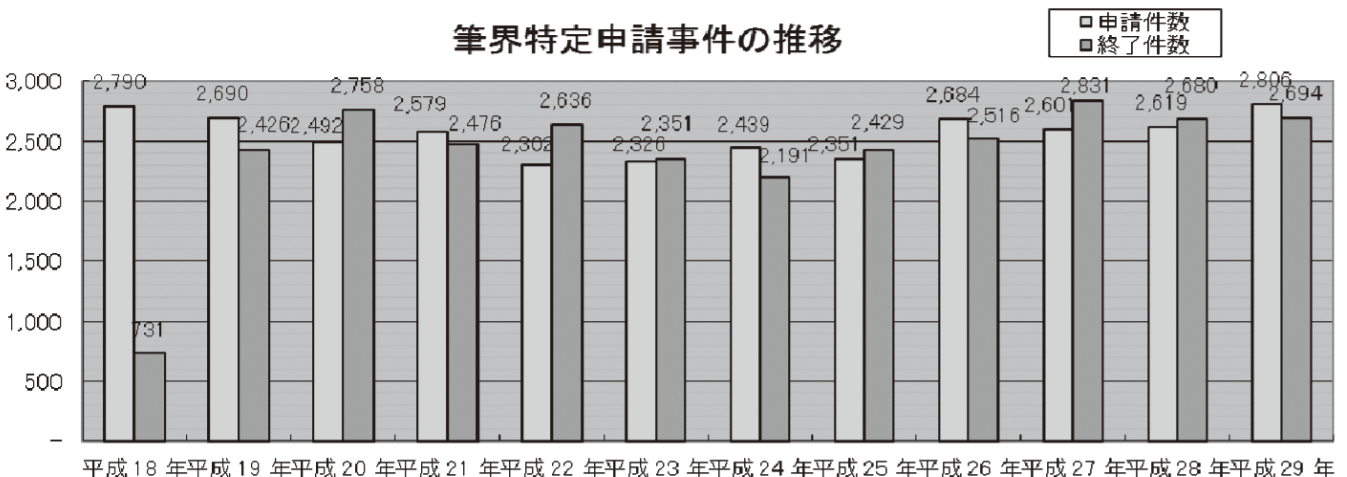
2 筆界特定制度の概要

筆界特定制度とは、土地の所有者として登記されている人などの申請に基づいて、筆界特定登記官が、外部専門家である筆界調査委員の意見を踏まえて、現地における土地の筆界の位置を特定する制度である（不動産登記法123条以下）。筆界特定とは、新たに筆界を決めることではなく、実地調査や測量を含む様々な調査を行った上、もともとあった筆界を筆界特定登記官が明らかにすることである。筆界特定制度を活用することによって、公的な判断として筆界を明らかにできるため、隣人同士で裁判をしなくても、筆界をめぐる問題の解決を図ることができる。

平成18年の導入時から、毎年約2500件前後の手続きが終了している（法務省資料 <https://www.mlit.go.jp/common/001270577.pdf>）。筆界特定制度の発足前である平成10年は、筆界確定訴訟が761件であったのに対し平成19年以降は400件前後と大幅に減少していることからすると、筆界特定制度は大いに活用されており、その結果相当数の事件が訴訟に至る前に解決しているといえる（宮崎文康「筆界特定を行った事案についての裁判例の動向」、判例タイムズ1429号40頁）。

注意する点として、筆界特定制度は、土地の所有権がどこまであるのかを特定することを目的とするものではない。筆界特定の結果に納得することができないときは、後から裁判で争うこともできる。

筆界特定申請事件の推移



3 費用について

費用については、申請手数料と測量のための費用等がかかる。申請手数料は、固定資産課税台帳に登録された土地の価格に基づいて算出される。法務局のウェブサイトでは、金額をシミュレーションすることができる。また、筆界特定手続においては、筆界を特定するために測量を行うことがあるが、測量を専門家に委託して行う場合、委託費用は、申請人が負担することとされている(不動産登記法146条)。測量費用については一律ではなく、それぞれの事案において、筆界特定に必要と考えられる内容で費用を積算する。そのため、筆界特定手続の申請がされ、その測量を行う必要があると判断する時期までは具体的な金額は分からないが、概ね50万円から80万円くらいの間とされている。

4 手続にかかる時間

各法務局により、筆界特定登記官が筆界特定をするまでに通常要すべき標準的な期間(「標準処理期間」という。)は、各法務局又は地方法務局の実情に応じて、その期間が設定されている。例えば、東京法務局では、標準処理期間を、「9か月」としている。ただし、関係者の数や事案の複雑性・困難性により、標準処理期間を超える手続もある。

実際に、平成27年度に終了した事件の平均処理期間は約8.8か月で、筆界特定事件のうち約3分の2が1年以内に終了している。

Q1-2

筆界特定の結果に納得できない場合は、どのような手段がありますか。

A1-2

隣地の所有者を被告として、筆界確定訴訟により争うことができます。裁判所は、いずれかの地点を示して必ず筆界を確定します。筆界確定訴訟の判決の効力は、一般的な訴訟と異なり、当事者以外の第三者にも効力を及ぼします。

解説

筆界確定訴訟とは

1 筆界特定手続きに納得できない時の手続き

筆界特定は新たに筆界を決めるものではなく、その行為は公的機関による判断の証明に留まる(行政処分ではなく、法的に不可争力をもって筆界を確定するものではない)。当事者は、たとえ筆界特定がされた場合でも、その結果に不満があるときは、裁

判所に筆界確定訴訟を提起することができる。

2 手続きの概要

筆界確定訴訟は、原則として裁判の相手方の普通裁判籍(通常は現住所が管轄の基礎になる。)の所在地の裁判所が管轄裁判所になる。筆界確定訴訟では、これ以外にも不動産の所在地が管轄地となる。手続きは、管轄地の地方裁判所に対して訴訟提起を行うことにより開始される。

筆界確定訴訟の判決の効力は、一般的な訴訟と異なり、当事者以外の第三者にも効力を及ぼす(人事訴訟法24条1項類推適用。ただし、別の筆界確定訴訟の判断は拘束しないとした判例もある(最判昭和41年5月20日))。土地の筆界を定めるということには、固定資産税算定の基礎となる等公共的な意味合いがあるため、当事者の立証では心証を得られない場合でも、最終的には裁判所が必ず筆界を定めることとなる。

Q1-3

筆界特定を行った事案で、納得できずに筆界確定訴訟をした場合、判断を覆せることはあるのでしょうか。

A1-3

筆界特定手続きでは、登記所に保管されている官民境界に係る確定図、航空写真などの資料や、現地の土地の地形、占有状況及び筆界を示す構造物等をも考慮したうえで、筆界に関する専門家である筆界調査委員の意見も踏まえ、筆界特定登記官が現地において筆界の位置を特定します。裁判手続きにおいても、こうした専門的な知見にもとづく筆界特定手続きの結果が参照されるため、筆界特定の結果と異なる結果が示されることは少ないといわれています。

解説

筆界を導き出すためには、いわゆる公図、国土調査事業により作成された地籍図、区画整理事業の換価処分確定図、地積測量図といった登記所に保管されている官民境界に係る確定図、航空写真その他当該土地において独自に作成されている図面などの資料を読み解いた上で、さらに、現地の土地の地形、占有状況及び筆界を示す構造物等をも正しく評価する専門的な知識、経験が要求される。

筆界特定手続きでは、これらの資料のほか、筆界に関する専門家である筆界調査委員の意見も踏まえ、筆界特定登記官が現地において筆界の位置を特定する。このように専門的知見と資料に基づき筆界が特定され

るため、後に筆界の確定を求める訴えが提起された事案であっても、筆界特定の結果と異なる結果が示されることはかなり少ないといわれている(前掲、宮崎文康「筆界特定を行った事案についての裁判例の動向」)。なお、筆界特定の後には、筆界確定訴訟が提起されたとしても、裁判所は筆界特定手続きの記録の送付を囑託することができるので(不動産登記法147条)、裁判所はその資料を参照しながら訴訟を進めることになる。

他方で、筆界特定と異なる筆界の位置を認定する裁判例も存在する(大阪高判平成21年6月23日、大阪高判平成22年4月15日等。前掲、宮崎文康「筆界特定を行った事案についての裁判例の動向」にて紹介。)。それらの裁判例では、筆界特定の際に前提とされた資料や検討過程を仔細に検討して、筆界特定の際に前提とされた事実の不合理性や現況との齟齬等を指摘し、他の証拠による事実認定をも踏まえた上で結論を出している。

Q1-4

筆界を確定した結果、私の家の塀が、筆界を越えた隣地の土地に存在することが判明しました。隣地の所有者から塀の撤去を求められた場合、撤去しなければならないのでしょうか。

A1-4

塀の撤去を求められた場合には、原則として撤去しなければなりません。一定の要件をみたす場合には、時効取得を主張できます。すなわち、20年間所有の意思をもって、平穩かつ公然に他人の土地を占有した場合(民法162条1項)、もしくは他人の土地であると過失なく知らずに、10年間所有の意思をもって平穩かつ公然に他人の土地を占有した場合(民法162条2項)には、占有部分の所有権を時効により取得したと主張することができます。

解説

時効とは、継続した一定の事実状態を権利として認める制度で、民法162条以下に定められている。これによれば、所有の意思をもって平穩、公然に他人の不動産を占有した者が、その占有の初めに善意・無過失である時には10年で時効取得することができる。また、悪意、有過失の場合でも20年で時効が成立する。他方で、時効取得の主張をしても、筆界自体が動くことはない。筆界とはあくまで国が定めた土地の区画であり、当事者が勝手に変えられるものではないからである。

また、第三者に対して、時効により取得した部分の

所有権を主張するためには、時効取得部分について分筆を受けたうえで、所有権移転の登記を受けておく必要がある。

2 公道に至るまでの他の土地の通行権

弁護士 長谷川 彰

Q2-1 自動車の通路

私の所有する土地は、いわゆる「袋地」です。私の土地から公道へ出るためには、Aさんの土地にある歩行者用の通路を通ることができます。ところが、父が高齢のため、歩行困難となり車椅子を利用しています。私が、父を病院へ送迎するのに、自動車を使うことが必要になりました。Aさんの土地の通路の脇には、まだ空間があり、普通車なら十分通行できる余地があります。Aさんにこの部分を自動車で通行することを要求できますか。

A2-1

民法210条の囲繞地通行権により、Aさんに自動車での通行を求めることができます。

解説

他人の所有する土地に囲まれて、公道に出られない土地を袋地といい、袋地を囲んでいる他人の土地を囲繞地という。袋地の所有者は、公道に至るために、その土地を囲んでいる他の土地を通行することができる。と民法210条1項に規定されている。

本問でも、相談者は、従来からAさんの所有地を通行する権利(囲繞地通行権)を有し、歩行により通行している。

本問で問題となるのは、自動車用の通路のための囲繞地通行権が認められるかということである。

最高裁(最判平成18年3月16日、判時1966号53頁)は、自動車による囲繞地通行権について、「現代社会においては、自動車による通行を必要とすべき状況が多く見受けられる反面、自動車による通行を認めると、一般に、他の土地から通路としてより多くの土地を割く必要がある上、自動車事故が発生する危険性が

生ずることなども否定することができない。したがって、自動車による通行を前提とする210条通行権の成否及びその具体的内容は、他の土地について自動車による通行を認める必要性、周辺の土地の状況、自動車による通行を前提とする210条通行権が認められることにより他の土地の所有者が被る不利益等の諸事情を総合考慮して判断すべきである」との判断基準を示した。

差し戻し後の東京高裁(東京高判平成19年9月13日、判タ1258号228頁)は、袋地所有者が、袋地を墓地参拝者のための駐車場等として利用するために、相手方所有地(圍繞地)を自動車で通行する権利の確認を求めた事案で、上記判断基準を当てはめて次のように判断した。

①他の土地について自動車通行権を認める必要性

墓石の搬入のための車両の進入が必要であること、現在の自家用車の普及に照らし、墓地利用者が墓参のための自家用車を利用する蓋然性が高いことをあげて、この要件を満たすとした。

②周辺の土地の状況

近隣にバス停や鉄道の駅が存在することは、墓地内に車両で進入する必要がないとまではいえないこと、従来、相手方所有地内には、相手方が通行を禁止するまで自動車が通行できる通路が存在したことをあげ、この要件も満たしているとした。

③他の土地所有者が被る不利益

自動車の通行権が認められることにより、相手方土地の公共施設としての目的が十分に達し得ないものとはいえないとし、また、車両の増加は自動車の通行の必要性を否定すべき程度の不利益を被るとまでいえないとした。

以上の検討の結果、袋地所有者の主張する自動車による圍繞地の通行を前提とする210条通行権を認めた。

本問の場合には、高齢で歩行困難な父親を自動車を使って病院へ搬送する必要性が認められる一方で、Aさんの土地には、現在の歩行者用通路の脇に十分な空地が存在し、これを自動車の通路として利用されることによる不利益は、従来と比べて過大となるとは認めがたいことから、自動車による通行を前提とする民法210条通行権は認められると考えられる。

Q2-2 圍繞地通行権を主張できる者の範囲

私がAさんから賃借していた土地は、もともとAさんが所有していた甲地を3筆に分筆したうちの一つです。分筆後、私の賃借している丁地は、公道に面しな

い袋地となりました。公道に面する部分の乙地と丙地はAさんからBさんとCさんに譲渡されました。Aさんが所有していた頃は、乙地を通して公道へ出ていたのですが、Bさんがその通路に板塀を設置したので、通れなくなりました。Bさんに板塀を撤去して以前のように通してくれと主張することはできますか。

A2-2

あなたは、Bさんに対して、圍繞地通行権に基づく妨害排除請求権を行使して、板塀の撤去を求めることができます。

解説

民法210条1項は「他の土地に囲まれて公道に通じない土地の所有者は、公道に至るため、その土地を囲んでいる他の土地を通行することができる」と規定し、民法213条は「分割によって、公道に通じない土地が生じたときは、その土地の所有者は、公道に至るため、他の分割者の所有地のみを通行することができる。」と規定している。

本問では、袋地所有者ではなく、袋地の賃借人も、これらの民法の規定により圍繞地通行権を有するかということが問題となる。

民法267条は、地上権者間あるいは地上権者と所有者の間について、上記圍繞地通行権の規定を準用するとしている。賃借人は、土地を使用収益するという点で地上権者と共通している。異なるのは、地上権者が物権的な権利を有する点である。

この問題について、最高裁(最判昭和36年3月24日、判時254号18頁)は、民法213条は賃借土地の引き渡しを受けて現に賃借権を有する者に準用されると判示した。これは、土地の利用関係を規律する相隣関係の規定の性格から賃借人も所有者及び地上権者同様に土地の利用者であることを理由とするものと解せられる。

圍繞地通行権が認められた土地賃借人が、本問のように妨害排除請求権を行使するためには、対抗力(借地権の登記、借地上の建物の登記など)を賃借人に求めるのが、下級審も含めた裁判例である(たとえば、大阪地判昭和38年11月18日、下民14巻11号2237頁)。

Q2-3 建築基準法の接道要件と圍繞地通行権

私は、昭和23年頃に建売住宅を購入して、居住していますが、家屋が老朽化してきたので、建て替えようと思います。ところが、私の所有地は、幅員4mの公道に面している部分は、1.5mしかありませんので、建築基準法上の接道要件を満たさず、建物の建て替え

はできないと言われました。公道に面した土地は、Aさんが所有し、私の土地の前記1.5m幅の通路の横には、2m幅の空地があります。接道要件を満たすために、Aさんの土地について、0.5m幅の通路の囲繞地通行権を主張することはできますか。

A2-3

残念ながら、Aさんに対し、建築基準法上の接道要件を満たすための0.5m幅の通路を確保するための囲繞地通行権を請求することはできません。

解説

建築基準法は、昭和25年11月23日に施行され、同法43条1項本文で、建築物の敷地は道路に2m以上接しなければならないとされた。また、経過措置として、建築基準法施行前からある建物については、同法3条2項により、前記接道要件を適用しないとされた。

本件の旧来の建物も、この経過措置により、存続が認められたが、これを建て替える場合には、経過措置の適用がないので、接道要件を満たさなければならない。

そこで、従来存在する1.5mの通路を0.5m拡幅するため、公道に面したA所有土地を囲繞地通行権に基づいて通行権を主張できるかというのが本件の論点である。

この点について最高裁(最判平成11年7月13日、判時1687号75頁)は、「民法210条は、相隣する土地の利用の調整を目的として、特定の土地がその利用に関する往来通行につき必要不可欠な公路に至る通路を欠き袋地にあたる場合に、囲繞地の所有者に対して袋地所有者が囲繞地を通行することを一定の範囲で受忍すべき義務を課し、これによって、袋地の効用を全うさせようとするものである。一方、建築基準法43条1項本文は、主として避難又は通行の安全を期して、接道要件を定め、建築物の敷地につき公法上の規制を課している。このように、右各規定は、その趣旨、目的等を異にしており、単に特定の土地につき接道要件を満たすべき内容の囲繞地通行権が当然に認められると解することはできない。本件において、被上告人が囲繞地通行権を主張する理由は、被上告人がその所有地と公道の往来通行をすることについて支障が存在するからではなく、現存の通路幅では本件係争地の奥にある被上告人所有地上に建築物を建築するために必要な建築基準法上の接道要件を満たすことができないという点にある。」と判示したうえで、被上告人の請求を認めた原審判決(大阪高判平成7年11月22日、公刊物未登載)

を破棄した。すなわち、最高裁は、囲繞地通行権は、往来通行につき必要不可欠な公路に至る通路という内容を有するが、建築基準法上の接道要件の要請は、囲繞地通行権の内容ではないとの考えから、建築基準法上の接道要件を満たすための囲繞地通行権を認めなかった。

参考文献

- ・高井和伸『囲繞地をめぐる法律実務〔補訂版〕』(新日本法規、2005年)
- ・滝澤孝臣「自動車による通行を前提とする民法210条1項所定の通行権の成否及びその具体的内容を判断するために考慮すべき事項」金融・商事判例1250号2頁以下(2006年)

3 水道管等の敷設や建物修繕工事のための隣地使用

客員弁護士 二本松 利忠

Q3-1 水道管、ガス管等を設置するための隣地使用

私は、このほど相続した土地に自宅を新築したいと考えていますが、この土地は周囲を他人の土地に囲まれていて、上下水道、ガスを設備するためには、Aさん所有の隣地に水道管、下水管及びガス管を敷設して市道に埋設されている公共上下水道本管及びガス本管につなげる必要があります。私は、Aさんの土地に水道管等を敷設することはできるのでしょうか。

A3-1

Aさんの承諾を得てAさんの土地に水道管等を敷設させてもらうことが望ましいですが、Aさんの承諾を得られない場合でも、水道管等を敷設させてもらうことができます。ただし、その際は損害が最も少ない場所及び方法による必要があり、Aさんに損害が生じた場合は償金を支払わなければなりません。

解説

本件の土地のように、他の土地に囲まれているなどの状況により、公共給排水設備・ガス本管等につなぐための上下水道管、ガス管等(以下「導管等」という。)を他人所有の土地に設置しなければこれらのライフラインの供給を受けられない土地(「導管袋地」と呼ばれ

る。)が存在する。

本件について、まず、Aに頼んで導管等を敷設するための権利(地役権、賃借権又は使用借権)の設定を受けることが考えられる。しかし、これはAが合意してくれる場合に限られる。

現行法上、導管袋地に導管等を設置するために他人の土地を利用することを明確に認める規定は存しない。これは民法制定当時、このようなライフラインの供給が予定されていなかったためであり、今日ではこれらの供給を受けることが生活するうえで必要不可欠であるとして、民法210条等を類推適用するなどして、他人所有地の利用が学説・判例によって認められてきた。ただし、隣地所有者が導管等の敷設を承諾しない場合に、どのような手段で実現するかについては必ずしも見解は一致していない。これまでの裁判例では、隣地所有者に対し、①導管等の設置又は設置工事の承諾を求める訴えのほか、②工事妨害禁止の訴え、③導管等設置権の確認を求める訴えなどの方法が認められている。

このように、本件において、相談者はAの土地に導管等を設置できる権利を有している。しかし、今後もAとの近所付き合いが長く続くであろうことを考えると、導管等の敷設を認めてもらうことについて、まずAと粘り強く交渉し、交渉がうまくいかない場合でも民事調停による解決を図ることが望ましい。仮に裁判になったとしても、Aに対しある程度の金銭を支払うなどして和解により解決することが相当であろう。

なお、現在、相隣関係等に関する民法の改正が論議されているが、導管袋地の所有者が電気、ガス又は水道水等の供給を受けるため、必要な範囲内で、他の土地に設備を設置して使用できる「導管等設置権」を認める(その場合、あらかじめ、その目的、場所及び方法を他の土地の所有者及びその土地を現に使用している者に通知する必要がある。)方向で検討されている。この規律によれば、導管等設置権は一定の要件が整えば当然に成立する権利(相隣関係に基づく権利)であり、隣地所有者の承諾を求める必要はないことになろう。したがって、隣地所有者の態度に応じて、工事妨害禁止の訴え(緊急を要するときは工事妨害禁止の仮処分)を求めれば足りることになる。

Q3-2 他人が設置した給排水設備への導管等接続

私の土地は公道に接しておらず、私の家の給排水は、他人の土地に水道管及び下水管を敷設させてもらい、市道に埋設されている上下水道の本管につなげる

必要があります。隣のAさん所有の土地には、既にAさんの水道管及び下水管が設置されており、これに私の家からの水道管及び下水管をつなげば、私の家から最短の距離となり工事費も少なく済みます。私は、Aさんの水道管及び下水管に私の水道管及び下水管をつなげて利用することができるでしょうか。

A3-2

導管袋地のため自宅から公共下水道本管につなぐための水道管及び下水管を他人所有地に敷設する必要があり、既に設置されている他人の水道管及び下水管を利用することでその給排水設備の効用を著しく害するなどの特段の事情がないときは、自宅からの水道管及び下水管を他人の給排水設備につないで利用することができます。ただし他人の給排水設備を利用させてもらうことについて相応の費用負担をする必要があります。

解説

A3-1で述べたとおり、導管袋地の所有者は、他人所有の土地に導管等を設置する権利が認められる。その場合、公共下水道本管につなぐ導管等を自ら敷設する以外に、既にある他人の水道管等につなぐなど、他人の給排水設備を利用することも可能である(この権利は「導管等接続権」と呼ばれる。)。この点について現行法上明確な規定は存しないが、最判平成14年10月15日民集56巻8号1791頁は、①他人の土地を経由しなければ、水道事業者の敷設した配水管から給水を受け、下水を公共下水道等まで排出することができない場合で、②他人の設置した給排水設備を利用することが他の方法に比べて合理的であり、③その利用によって他人の給排水設備に予定される効用を著しく害するなどの特段の事情のない場合は、民法220条及び221条の類推適用により、他人所有の給排水設備の使用(導管の接続)が認められるとした。他人が設置した既存の給排水設備の利用を認めれば、導管袋地の所有者にとって費用を節約できて有益であるし、また、給排水設備の所有者にとっては、設備の使用を認めても特に不利益がなく、むしろ、導管袋地の所有者に対して設置・保存の費用の分担を求めることが便宜といえるとして学説も賛成している。③の導管袋地の所有者の利用によって他人の給排水設備に予定される効用を著しく害するかどうかは、双方の予定給排水量、それぞれの給排水管の口径、敷設場所、メンテナンスの難易の度合いなどから判断される。

なお、上記の導管等接続権についても、A3-1で述

べた相隣関係等に関する民法の改正において明文をもって認められる見込みである。

Q3-3 隣地の新所有者からの水道管等敷設の拒絶

私(X)所有の甲土地は公道に接しておらず、自宅の水道の引込みや排水は、隣のBさんをお願いして、Bさん所有の乙土地に水道管及び下水管を埋設して、市道地中の公共上下水道本管につなげていました。ところが、乙土地を買い受けたYから、「この度自宅を新築することになったが、お宅の水道管と下水管が邪魔になる。今後、お宅の水道管及び下水管の設置を認めるわけにはいかないので、撤去してほしい。」と言いつ渡されました。私は撤去に応じなければならないのでしょうか。

A3-3

甲土地が導管袋地であるので、Xは必要な範囲内で乙土地に水道管等の導管を設置する権利があります。したがって、Yが既にあるXの水道管等を一方的に撤去することは違法であり、仮にYが強引に実力行使をしようとするのであれば、仮処分を申請してこれを差し止めることができます。ただし、Xの水道管等がYの自宅の新築に支障となるのであれば、これらの移設に協力する必要があります。

解説

Xは、前所有者Bから乙土地に水道管及び下水管を設置する権利(地役権、賃借権又は使用借権)の設定を受けていたとしても、その権利が地役権で登記されていた場合などを除き、原則として新所有者のYに対抗することはできない。しかし、YがBから説明を受けるなどして乙土地にXの水道管等が敷設されていることを知っていた場合は、その負担付きの土地であることを承知して購入したものと見え、Xの使用を認めなければならないことになる。

上記とは別に、A3-1で述べたとおり、Xは導管袋地からの導管等設置権を有しており、この権利は、相隣関係に基づく権利として、Yに対しても主張しうるものである。したがって、YがXの水道管等を一方的に撤去しようとする場合は、撤去工事禁止の仮処分等を申請して、その差止めを求めることができる。

ただし、導管袋地からの導管は、隣地にとって最も損害が少ない場所及び方法により設置しなければならないから、現在設置されている水道管等がYの自宅新築の障害となるのであれば、Xは損害が少ない場所に移設するなどの協力をする義務がある。

Q3-4 建物改修のための隣地使用

私は、自分が所有する土地の上に4階建てのビルを所有していますが、この建物は老朽化が進み、危険であるため、大規模な修繕工事をする必要があります。私の建物は隣地との境界線ぎりぎりに建てられているため、修繕工事を実施するには、隣地に足場を組んだり建築資材等を置かせてもらうことや、建築業者が出入りすることを認めてもらう必要があります。このような場合、私は、隣地を使用することができるのでしょうか。

A3-4

隣地所有者に頼んで隣地の一時使用を認めてもらうのがいちばんいいのですが、隣地所有者が拒絶しても、建物修繕工事のために必要な範囲内であれば、隣地に足場を組んだり、建築資材等を置かせてもらうことや、建築業者の立入りを容認することを求めることができます。ただし、隣地使用により損害が生じた場合は償金を支払う義務が生じます。

解説

土地の所有者は、境界又はその付近において障壁又は建物を築造、修繕するため、必要な範囲内であれば、隣地の所有者等の隣地使用者に対し、立入りを含む隣地の使用を請求することができる(民法209条1項前段)。この権利は「隣地使用権」又は「隣地立入権」と呼ばれる。

隣地使用権が認められるためには、隣地を使用する必要性だけでなく、隣地の使用状況、工事の規模・期間、隣地使用者の受ける損害の程度等が考慮される。この権利は、隣地の使用を相手に請求することができるに過ぎず、隣地使用者の承諾があってはじめて使用権が発生すると解されている(判例・通説)。隣地使用者の承諾が得られないときは、その承諾を求める訴えを提起して承諾に代わる判決を得る必要がある。また、使用により隣地所有者等に損害が生じたときは、償金を支払う義務がある(民法209条2項)。

上記のように隣地使用者の承諾を得る必要があり、判決による場合は確定したときに承諾があったとされるため、使用することができるまでに時間がかかり、隣地使用者の所在が直ちに判明しない場合などではその探索等が必要となって、さらに手間と時間を要することになる。現在、検討中の相隣関係等に関する民法の見直しにおいて、同法209条の隣地使用権については、障壁・建物等の築造・修繕などのため隣地使用が必要な場合、①使用の日時、場所及び方法が隣地所有

者及び隣地を現に使用している者にとって損害が最も少ないものであり、②使用を必要とする者が、あらかじめ、使用の目的、日時、場所及び方法を隣地所有者等に通知すれば、隣地を使用することができる(隣地所有者等の承諾は不要であり、また、隣地所有者等の所在が不明であるなど事前の通知が困難な場合は、使用開始後の通知で足りる。)方向で改正することが検討されている。

参考文献・資料

- ・小粥太郎編『新注民法(5) 物権(2)』372頁～376頁、390頁～391頁、420頁～425頁 [秋山靖浩] (有斐閣、2020年)
- ・原田純孝「『袋地』所有者の導管設置と相隣関係規定の類推適用」判タ598号87頁以下(1986年)
- ・升田純「電気・電話線の引込み等と相隣関係」判時1457号3頁以下(1993年)
- ・法制審議会民法・不動産登記法部会「民法・不動産登記法(所有者不明土地関係)の改正等に関する要綱案」
<http://www.moj.go.jp/content/001340751.pdf>

4 隣地における建築工事を巡る紛争

弁護士 茶木 真理子

Q4-1 日照・通風を阻害する建築工事への対応

隣地に建築される予定の高層マンションにより、我が家の通風が悪くなり、また、昼の間ほとんど日光がささなくなることが予想されます。建築主に対し建築計画の変更を求めましたが、建築主は建築基準法の規制は守っているから問題はないと言って相手にしてくれません。我慢をするしかないのでしょうか。

A4-1

個別事情により、あなたに生じた損害が社会生活上一般に受忍すべき限度を超えたと認められる場合には、建築工事の差止請求や損害賠償請求が可能です。ただし、公的規制に違反していない建物の場合は、差止請求や損害賠償請求が認められる例は限られます。

解説

1 総論

良好な日照や風環境は、快適で健康な生活に必要な

な生活利益であって法的保護の対象となる。どのような場合に日照阻害等が違法になるのかについては、加害者と被害者の利益を衡量して、建物建築行為が社会的妥当性を欠き、これによって生じた損害が社会生活上、一般に被害者において受忍すべき限度を超えた場合に違法になる、といういわゆる受忍限度論を採るのが判例・通説である。

2 各論

(1) 日照阻害

日照阻害の場合、受忍限度を超えるか否かを判断する際に考慮する要素としては、①被害の程度、②地域性、③加害回避の可能性、④被害回避の可能性、⑤建物の用途、⑥先住関係、⑦加害建物の公的規制違反の有無、⑧交渉経過等が挙げられる。その中でも特に重視される要素は、①被害の程度と②地域性である。

ア ①被害の程度

一般的には、冬至の日の午前8時から午後4時までが基準時とされる。その時間帯における被害建物の南側主要開口部の日照阻害の状況を中心として、実際にどの程度の被害を受けるのかを把握することになる。

イ ②地域性

日照阻害が受忍限度の範囲内かどうかは、地域によって異なり、都市計画上の規制、特に都市計画法の用途地域の指定(住居系か、商工業系か)が参考とされている。通常は、住居系地域の方が商工業系地域よりも、日照を保護する必要性が大きいとされる。ただし、裁判例では、用途地域の指定だけではなく、その地域の現況も考慮されている。例えば、商工業系地域であっても、住居が混在しているようなところでは、純粋な商工業系地域と比べて日照保護の要請は高くなる。他方、住居系地域でも、一部に中層建物が見られるところや建物が密集している日照状況が悪い地域では、日照保護の要請は後退する。

ウ ⑦加害建物の公的規制違反の有無

日影規制(建築基準法56条の2)や北側斜線制限(同法56条1項3号)、建ぺい率(同法53条)、容積率(同法52条)等に違反しているかが問題となる。これらの規制に違反していない建物については、受忍限度を超えると判断されるのは極めて限定された場合となる。

エ 被害回復の方法

まず、人格権や土地所有権等を法的根拠として、建築工事の差止請求が可能である。ただし、建築工事全部の差止が認められることは少なく、工事差止により確保される日照の程度と加害者への影響とを衡量して必要最小限の範囲での差止が認められることになる。

また、不法行為に基づく損害賠償請求が可能であるが、損害としては日照阻害等による精神的苦痛に対する慰謝料が主であり、土地建物価格の下落や増大した光熱費等が損害として認められる例は少ない。

(2) 通風阻害

通風阻害については、日照阻害と同様、建築工事の差止請求や損害賠償請求の一般的な可能性は認められるものの、通風阻害の現実的発生または通風阻害発生の危険性や、建物建築と通風阻害との因果関係の立証が困難であることが多い。

Q4-2 目隠し措置の設置請求

隣地に建築される予定のマンションの窓やベランダの一部が、我が家に面する形で設置される計画であることがわかりました。マンションの窓やベランダに目隠しの設置を求めることは可能でしょうか。

A4-2

まず、民法235条1項に基づいて目隠しの設置を求めることができるか、検討します。民法235条1項の要件を充たさない場合は、プライバシー権に基づいて目隠しの設置を求めることとなりますが、請求が認められるかは、あなたや家族のプライバシーがどの程度侵害されるのか、目隠しを設置するマンション所有者の負担がどの程度か、といった個別事情によることとなります。

解説

1 民法235条1項は、建物の所有者に目隠し設置義務を課している。具体的には、①境界線から1メートル未満の距離に、②他人の宅地を見通すことのできる、③窓又は縁側(ベランダを含む。)を設けた、④建物所有者は、目隠しを設置しなければならない。要件②については、様々な形状や構造の窓が存在するところ、裁判例では、同条の趣旨がプライバシーの保護を目的とすることからすると、「他人の宅地を覗きしようと思えば物理的にいつでも覗きできる位置、構造の窓」などとされている。

さいたま地判平成20年1月30日(LLI/DB 判例秘書

登載)は、土地の境界線をはさんで双方の土地に建物が建築され、いずれの建物も境界線から1メートル以内に窓が設置されている場合に、3階建て賃貸マンションを建築した建物所有者に対して隣地建物所有者が西北側各階窓の全部に目隠し設置を請求し、他方で、賃貸マンション所有者も隣地建物所有者に対して住居の東南側窓の全部に目隠しの設置を求めて反訴した事例である。判決は、隣地建物所有者からの請求については、居間兼食堂に面した一部の窓について、民法235条1項の要件を充たし、また、日常生活において被る不都合は賃貸マンション所有者に比して大きいと考えられるから、権利の濫用にはならないとして認容した。一方で、賃貸マンション所有者からの請求については、その所有建物は自身の居住用ではなく賃貸用であり、その居住者からプライバシーを侵害される旨の苦情はないこと等から、権利濫用にあたるとして認めなかった。

2 民法235条1項の上記①～④の要件を充たさないケースでは、プライバシー権侵害を理由に目隠しの設置を求めることになる。その場合は、A-2にも記載したとおり、プライバシーがどの程度侵害されるのか、目隠しを設置するマンション所有者の負担がどの程度か、といった個別事情により判断されることになる。

Q4-3 マンション購入後に眺望が阻害された場合の 販売業者の責任

窓からの眺望の良さに惹かれて、分譲マンションを購入しました。眺望の良さは、販売業者のパンフレットやホームページでも、セールスポイントとして強調されていました。しかし、マンション購入後、隣地に高層マンションの建設計画があることが判明しました。マンションを購入する際に、そのような計画があることを販売業者からは全く聞かされていません。販売業者の責任を問うことはできるでしょうか。

A4-3

販売業者が隣地に高層マンションが建設されることを知っていたか、あるいは、簡単な調査により容易に知り得た場合には、販売業者に説明義務違反が認められ、損害賠償責任や契約の解除が認められる場合があります。

また、消費者契約法の「不利益事実の不告知」(同法4条2項)にあたる場合は、売買契約を取り消すことができます。

解説

1 売買契約に際し、売主は、売買契約に付随する信義則上の義務として、売買の目的物に関して十分な説明をする義務を負う。この点について、福岡地判平成18年2月2日(判タ1224号255頁)は、マンション販売の際の眺望に関する説明義務違反を理由に売買契約の解除が認められた事例であるところ、説明義務について、「売主は、購入希望者に対し、販売物件に関する重要な事項について可能な限り正確な情報を提供して説明する義務があり、とりわけ、居室からの眺望をセールスポイントとしているマンションにおいては、眺望に係る情報は重要な事項といえることができるから、可能な限り正確な情報を提供して説明する義務があるというべきである。」と判示している。

そして、売主が隣地の建設計画を知っていたか、または容易に知り得たにもかかわらず建設計画の説明をしなかったときは、売主に説明義務違反が認められ、買主は、民法415条による損害賠償請求や同法543条による解除等が可能となる。

2 また、消費者契約法4条2項の、事業者が消費者に告げた利益となる事項に関して、故意又は重過失による「不利益事実の不告知」にあたる場合は、売買契約の取消しが可能となる。

これを認めたのが東京地判平成18年8月30日(LLI/DB判例秘書登載)である。この事件は、パンフレット等において眺望・採光・通風の良さが強調されていたマンションを原告が購入したところ、居住後1年も経過しないうちに隣地に3階建の作業所兼居宅が建築されたという事案である。原告は、被告が、マンション完成後すぐに隣地に3階建の建物が建築され、その住環境が極端に悪化するような原告に不利益となる事実を故意に告げなかったとして、消費者契約法4条2項に基づき売買契約を取り消して、売買代金の返還を求めた。裁判所は、建物の眺望・採光・通風が同項の「重要事項」にあたり、これらについて被告は原告の利益となる旨を告げた一方で、隣地所有者から建替計画を聞かされていたにもかかわらず、近い将来隣地に3階建の建物が建築される予定であり、その結果、住環境が悪化するという原告に不利益となる事実ないし不利益を生じさせるおそれがある事実を故意に告げなかったとして、売買契約の取消しを認めた。

3 そのほか、眺望の良さを購入の動機とし、その動機が売買契約締結の際に売主に対して表示されてい

た場合には、動機の錯誤として、錯誤無効(民法95条)の主張をすることも可能である。

参考文献

- ・深見玲子「建築禁止の仮処分の被保全権利－日照妨害、眺望被害や圧迫感等」判タ1078号143頁以下(2002年)
- ・高田公輝「日照・日影事件◇その現状と課題◇」判タ1183号85頁以下(2005年)
- ・伊藤茂昭ほか「眺望を巡る法的紛争に係る裁判上の争点の検討」判タ1186号4頁以下(2005年)
- ・野辺博編著「私道・境界・近隣紛争の法律相談」(学陽書房、2016年)

5 管理されていない、管理できない土地・建物への対応

弁護士 野々山 宏

Q5-1

隣家が空家で管理されていません。雑草が生え放題で、ゴミも投棄されていて異臭を放っています。不審者が出入りする恐れもあります。法務局へ行って所有者を調べたところ既に死亡していました。どうしたらよいでしょうか。

A5-1

相続人を調査して、警告するなどして対応を求め、生活するうえで支障をきたしたり、受忍限度を超える状態であれば、相続人に対して損害賠償を求めることができます。場合によっては行政措置の対象となる可能性もあります。

解説

まずは、法務局で隣家の不動産の登記事項証明書を取得して所有者を確認し、所有者に適切な管理を求めることになる。所有者が死亡している場合には、利害関係人であることを説明して隣家の所有名義人などの戸籍謄本を取得して相続人を調査する。事実上の管理を求めるなら、相続人全員でなくても判明している相続人に管理を求めれば良い。

管理されていないことによって生活に支障が生じる程度になり、受忍限度を超えるようであれば、所有者に対して不法行為による損害賠償請求ができる。ただ

し、受忍限度を超えているかどうかはケースバイケースとなる。

場合によって、空家等対策の推進に関する特別措置法(以下「空家対策特別措置法」という。)による対応がありうる。空家を放置すると近隣の生活環境の保全に不適切な場合などを「特定空家」と定義して(同法2条2項)、市町村長が、立入調査(同法9条)や、所有者に対する、①助言、②指導、③勧告、④命令を行うことができること定められている(同法14条)。

さらに、現在、法制審議会で、民法等を改正して、土地・建物の管理が不適當で他人の権利や法律上の利益が侵害されるような場合には、裁判所に利害関係人が請求して、管理不全土地(または建物)管理人に管理を命ずる処分を創設することが検討されている(管理不全土地の所有者に対する措置請求)。

Q5-2

隣の空家の相続人を調べてもらいましたが、多くの共有者がいて行方不明となっている人もいます。また相続を放棄して相続人がいない状態になっている持分もあります。空家の管理をしてもらうにはどうしたらよいのでしょうか。

A5-2

現行の民法では、不在者財産管理人制度(民法25条)や相続財産管理人制度(民法952条)を利用することになります。

ただし、手間と費用がかかり現実的ではないので、現在、民法を改正して、所有者不明(共有の一部を含む。)の不動産の管理人を選任して管理する制度を創設する方向で検討がされています。

解説

死亡した隣家の不動産の登記名義人の相続関係を調査しても、調査自体に時間がかかるうえに、多くの相続人がいたり、その住所が判明しなかったり、全員が相続放棄をして相続人がいないこともあり、これが空家の権利調整を困難にしている。

現行の民法では、住所が判明しない者には、不在者財産管理人制度(民法25条)があり、相続人が誰もいない場合には相続財産管理人制度(民法952条)がある。いずれも、家庭裁判所に利害関係人か検察官が申し立てることになるが、資産としての財産管理に主眼があり、また、隣家所有者が利害関係人に当たるかの問題がある。そのうえ、財産管理の対象が特定の不動産だけでなく当該不在者や被相続人の全ての財産になり、

手間と費用がかかり空家の不動産管理にとって現実的な制度ではない。

そこで、現在、民法を改正して、所有者不明(共有の一部を含む。)の土地や建物を管理する方策として、管理に特化した、所有者不明土地(または建物)管理人を選任する制度を創設する方向で検討がされている。所有者(共有者)またはその所在が不明な場合に、裁判所は、必要と認めるときには、利害関係人の請求によって、所有者不明土地(または建物)管理人による当該不動産の管理を命ずる処分を行う制度が予定されている。この場合の「利害関係人」は、当該不動産の管理に関する利害であり、現行の財産管理人制度の利害関係より広いと解される。

Q5-3

隣の空家が長年放置されて、我が家に傾いてきています。所有者は判明したので警告をしていますが、対処してくれません。このままでは、私の家に倒れかかってきます。どうしたら良いのでしょうか。

A5-3

隣家所有者に対して、所有権に基づく妨害予防請求または妨害排除請求ができます。倒壊によって、損害が生じた場合には、工作物責任等の不法行為(民法709条、717条など)に基づく損害賠償の請求ができます。

また、「特定空家」の要件にあたる場合には、空家対策特別措置法に基づく措置(助言、指導、勧告、命令)を所有者に対して講じるよう、自治体に求めていくこともできます。

解説

傾いてきた隣の空家が、当方の所有地に進入したり、建物を損壊する恐れがある場合、土地所有権に基づく物上請求権としての妨害予防請求を行使して、隣家所有者に倒壊予防措置を求める。これらの請求は裁判外で求めても実現できなければ、最終的に訴訟で求めることになるが、傾きが顕著で訴訟等をしている時間がないときには、倒壊予防措置と、もし相手がそれをしない場合には相手の費用で執行官による工事をさせる内容の仮処分申請をして、工事を実施することができる。

隣地の家屋が当方の所有地に倒壊してきたときには、土地所有権に基づく妨害排除請求をするが、この場合にも仮処分申請をすることもありうる。また、倒壊によって建物が損壊した場合には、土地の工作物の

設置または保存に瑕疵があって損害が生じているので、隣地所有者(通常占有者でもある。)に対して、工作物責任等の不法行為(民法709条、717条など)に基づく倒壊建物の除去費用と自宅の修補費用を請求できる。

また、空家対策特別措置法では、「特定空家」の要件(①そのまま放置すれば倒壊等著しく保安上危険となる恐れのある状態、②そのまま放置すれば著しく保安上危険となるおそれのある状態、③適切な管理が行われないことにより著しく景観を損なっている状態、④その他周辺の生活環境の保全を図るために放置することが不適切である状態)にあたる場合には(同法2条2項)、市町村長に、特定空家の所有者に対して措置(助言、指導、勧告、命令)を講じる権限が付与されている(同法14条)。「命令」をしても当該所有者が措置を履行しない場合には、代替執行をすることができる(同法14条9項)。これらの措置を執るよう自治体に求めていくこともできる。

Q5-4

両親が死亡し、遠方の郷里に遺産の土地・建物がありますが、今後誰も住む予定がありません。周辺は人口が減少しており売却も難しくなっています。どのように対応したら良いのでしょうか。

A5-4

遺産分割協議で当該不動産を相続する者を決めて、安くても良いので売却することや、親に他に見るべき資産が無ければ相続放棄(民法915条1項)の手続きをすることが考えられます。共有となった以後に共有持分を放棄する方法(民法255条)もあります。ただし、登記手続きには他の共有者の協力が必要です。

現在、民法を改正して、一定の要件の下で土地の所

有権の放棄を認め、国に帰属させる制度を創設する方向で検討がされています。

解説

相続放棄は、被相続人のすべての遺産を放棄することになるので、当該不動産の所有者であった被相続人に他に見るべき資産がなければ、相続の開始があったことを知ったときから3ヶ月以内に相続放棄の手続きを家庭裁判所にすることができる(民法915条1項)。被相続人に他にも資産がある場合には、相続人間で遺産分割協議をして、当該不動産を相続する者を決めて、安くても良いので売却することになる。

相続放棄がされずに共有となっている場合でも、共有持分の放棄(民法255条)が定められている。共有者の持分の放棄は、放棄の意思表示のみによって効果が生じる単独行為であるが、共有不動産の持分放棄による所有権移転登記は、放棄する義務者と他の共有者である権利者との共同申請の形式が取られているので、持分放棄の登記については他の共有者の協力なくしてはできないということになる。

現在、少子高齢社会のもとで、適切に管理されない土地の増加が予想され、これを防ぐために、①土地の帰属に争いが無いこと、②境界が特定されていること、③第三者の権利が設定されていないこと、④現状・将来とも管理が容易な状態であること、⑤土地所有者が努力しても譲渡できなかったことなど一定の要件のもとで土地の所有権の放棄を認めて、国に帰属させる制度を創設する方向で民法改正が検討されている。

参考資料

- ・法制審議会民法・不動産登記法部会「民法・不動産登記法(所有者不明土地関係)の改正等に関する要綱案」
<http://www.moj.go.jp/content/001340751.pdf>

債務不履行による 損害と弁護士費用 —最高裁令和3年1月22日判決

弁護士 永井 弘二

1 はじめに

現在の民事訴訟費用等に関する法律上、弁護士費用は訴訟費用には入っていないため、訴訟費用の負担として相手方に請求することはできない。

古くは法的根拠のない不当訴訟に应诉せざるを得なかった被告は、应诉に要した弁護士費用を損害として不法行為に基づく損害賠償請求ができるとされ(大判昭和16年9月30日民集20巻20号1243頁ほか)、その後、交通事故などでも一定程度の弁護士費用が被害者の損害として認定されるようになった。最判昭和44年2月27日(判時548号19頁)は、無効な根拠権を実行したことが不法行為であるとして損害賠償請求した事案で一定程度の弁護士費用の賠償を認めた。現在では、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においては、その訴訟遂行のための弁護士費用は一定程度損害として認められる実務が定着しているといえる(概ね損害額の1割程度)。

他方、担保目的で不動産の所有権を譲り受けた者が約定に反して不動産を第三者に売却してしまったという事案で、譲渡人(厳密には損害賠償請求権の譲受人)の譲受人に対する損害賠償請求訴訟において、大審院は弁護士費用の賠償を否定した(大判昭和18年8月16日民集22巻19号870頁)。講学的には、この大判は債務不履行に基づく損害賠償請求においては、弁護士費用は損害とはならないとの判断であるとされているようである。

しかし、その後の実務では、医療訴訟や建築紛争などでは、不法行為とならんで債務不履行による損害賠償請求がなされ、そうした債務不履行による損害賠償請求の場合にも、一定程度、弁護士費用が損害として認められてきている。最判平成24年2月24日(判時2144号89頁)は、就労中に負傷した労災事案において、債務不履行としての使用者の安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求訴訟において、弁護士費用を損害として認める判断をした。

このように、現在では、不法行為に基づく損害賠償請求にとどまらず、一定の類型の債務不履行に基づく

損害賠償請求においても、弁護士費用が損害として認められている。

こうした中、最判令和3年1月22日は、土地の売主が所有権移転登記や土地の引渡義務を履行せず、買主がその実現のために弁護士に委任していくつかの訴訟等をせざるを得なかったという事案において、買主の売主に対する債務不履行に基づく損害賠償請求では弁護士費用を損害として認めないという判断をした。

2 従前の判例等の状況

上記のとおり、最判昭和44年2月27日(判時548号19頁)は不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、一定程度の弁護士費用を損害として認定している。その判断は以下のとおりである。

「わが国の現行法は弁護士強制主義を採ることなく、訴訟追行を本人が行なうか、弁護士を選任して行なうかの選択の余地が当事者に残されているのみならず、弁護士費用は訴訟費用に含まれていないのであるが、現在の訴訟はますます専門化され技術化された訴訟追行を当事者に対して要求する以上、一般人が単独にて十分な訴訟活動を展開することはほとんど不可能に近いのである。従つて、相手方の故意又は過失によつて自己の権利を侵害された者が損害賠償義務者たる相手方から容易にその履行を受け得ないため、自己の権利擁護上、訴を提起することを余儀なくされた場合においては、一般人は弁護士に委任するにあらざれば、十分な訴訟活動をなし得ないのである。そして現在においては、このようなことが通常と認められるからには、訴訟追行を弁護士に委任した場合には、その弁護士費用は、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものに限り、右不法行為と相当因果関係に立つ損害というべきである。」

また、最判平成24年2月24日(判時2144号89頁)は、債務不履行に基づく損害賠償請求訴訟においても弁護士費用を損害として認めているところ、その判断は以下のとおりである。

「労働者が、就労中の事故等につき、使用者に対し、その安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償を請求する場合には、不法行為に基づく損害賠償を請求する場合と同様、その労働者において、具体的事案に応じ、損害の発生及びその額のみならず、使用者の安全配慮義務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張立証する責任を負うのであって(最高裁昭和54年(オ)第903号同56年2月16日

第二小法廷判決・民集35卷1号56頁参照)、労働者が主張立証すべき事実は、不法行為に基づく損害賠償を請求する場合とほとんど変わるところがない。そうすると、使用者の安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償請求権は、労働者がこれを訴訟上行使するためには弁護士に委任しなければ十分な訴訟活動を行うことが困難な類型に属する請求権であるといえることができる。

したがって、労働者が、使用者の安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償を請求するため訴えを提起することを余儀なくされ、訴訟追行を弁護士に委任した場合には、その弁護士費用は、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものに限り、上記安全配慮義務違反と相当因果関係に立つ損害といえるべきである(最高裁昭和41年(オ)第280号同44年2月27日第一小法廷判決・民集23卷2号441頁参照)。

このように、最判は、「専門化され技術化された訴訟追行」が必要となることや、債務不履行としての安全配慮義務違反に基づく請求は、不法行為に基づく請求と異なる立証等が要求されることなどを根拠として、不法行為、一定類型の債務不履行に基づく損害賠償請求において、一定程度の弁護士費用が損害として認められると判断した。

3 最判令和3年1月22日

上記のとおり、最判令和3年1月22日は、土地の売主が所有権移転登記や土地の引渡義務を履行せず、買主がその実現のために、弁護士に委任していくつかの訴訟等をせざるを得なかったという事案において、買主の売主に対する債務不履行に基づく損害賠償請求において、弁護士費用を損害として認めないという判断をした(厳密な事案は、売買契約の履行前に売主が行方不明となり、売主の債権者が売主の買主に対する売買代金請求権を差し押さえて買主に対して取立訴訟をしたという事案で、買主は権利実現のためにいくつかの訴訟等を弁護士に委任して処理したので、その弁護士費用も売主の債務不履行による損害賠償請求の損害となり代金債務と相殺できると主張したという事案である)。その判断は以下のとおりである。

「契約当事者の一方が他方に対して契約上の債務の履行を求めることは、不法行為に基づく損害賠償を請求するなどの場合とは異なり、侵害された権利利益の回復を求めるものではなく、契約の目的を実現して履行による利益を得ようとするものである。また、契約

を締結しようとする者は、任意の履行がされない場合があることを考慮して、契約の内容を検討したり、契約を締結するかどうかを決定したりすることができる。

加えて、土地の売買契約において売主が負う土地の引渡しや所有権移転登記手続をすべき債務は、同契約から一義的に確定するものであって、上記債務の履行を求める請求権は、上記契約の成立という客観的な事実によって基礎付けられるものである。

そうすると、土地の売買契約の買主は、上記債務の履行を求めるための訴訟の提起・追行又は保全命令若しくは強制執行の申立てに関する事務を弁護士に委任した場合であっても、売主に対し、これらの事務に係る弁護士報酬を債務不履行に基づく損害賠償として請求することはできないというべきである。

したがって、本件各事務のうち訴訟の提起・追行並びに保全命令及び強制執行の申立てに関する各事務に係る弁護士報酬については、被上告人らが本件会社に対して債務不履行に基づく損害賠償債権を有するといえることはできない。

また、本件各事務のうちその余の事務は、被上告人らが自ら本件土地を確保し、利用するためのものにすぎないから、同事務に係る弁護士報酬についても、被上告人らが本件会社に対して債務不履行に基づく損害賠償債権を有するといえることはできない。」

4 若干の検討

これまで不法行為や、医療訴訟、建築紛争、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求などにおいて弁護士費用が損害として認められてきたのは、「権利侵害等による被害回復のための訴訟」は、「専門化され技術化された訴訟追行」が必要となることなどを根拠として、専門家としての弁護士の助力が必要であることが根拠とされてきたと言える。

他方、契約が不履行となり、「その実現のための訴訟等の手続」は、不法行為等における類型とは異なり、権利関係が明確で権利実現の手続が必要となるに過ぎない場合もあり得る。上記の令和3年最判も、売主が行方不明となっており、訴訟等は全て公示送達による欠席判決となっていた事案であり、そのような事例として整理できる。

もちろん、令和3年最判の事案でも、買主は土地について保全処分をしたり、担保権者と交渉して債務を弁済して担保権を抹消してもらったりなど、種々の手続を余儀なくされており、こうした手続を弁護士に委任せずに自ら行うのは簡単ではなかったと考えられ

る。しかし、そうであるにしても、仮に、こうした事案での買主の弁護士費用を売主の負担とすることを認めると、結果として、多くの事案で権利実現のための一定程度の弁護士費用を債務者側に負担させることを認めることとなり、ある種の弁護士費用の片面的な敗訴者負担制度を創出するに等しくなる可能性がある（債務者側が勝訴しても不当訴訟といえない限り債権者側に債務者側の弁護士費用の負担を求めることはできないのに対し、債権者側が勝訴の場合にのみ債権者側の弁護士費用を債務者に負担させることを認めることになる可能性がある。）。こうした片面的な弁護士費用の敗訴者負担制度の当否については、立法的な議論などが必要となるのではないかと考えられ、判例法によりこうした制度を創出したのと同様の結果となることは、必ずしも適当とは考えられない。上記の令和3年最判の判断の背景には、こうした考慮もあったのではないかとも思われる。

上記の昭和44年最判、平成24年最判、令和3年最判によれば、権利侵害等による被害回復のために訴訟手続が必要となった場合には一定程度の弁護士費用が損害として認められ、他方、権利関係が明確で権利実現のために訴訟手続が必要となるに過ぎない場合には、そのための弁護士費用を相手方に負担させることはできないとの結論となると考えられる。

では、権利実現のための訴訟において、相手方が種々の抗弁等に基づいて強く争ったような場合はどうであろうか。令和3年最判のような不動産売買の事案においても、例えば、売主が買主による詐欺を理由に契約取消を主張するような場合はあり得る。この場合は、権利関係が明確であるとは言い難く、令和3年最判の射程外となるとの考え方もあり得るかもしれない。ただ、この場合も片面的な敗訴者負担制度を認めることになる可能性は残ることになる。

上記のこれまでの最判等を前提に考えると、一定程度の弁護士費用を相手方に負担させることが認められるのは、一定の権利侵害が生じその回復を求めるための損害賠償請求のような場合となるのではないかと考えられるが、その外縁は必ずしも明確ではなく、さらに事例の集積が必要と思われる。

逸失利益について 定期金賠償を認めた 最判令和2年7月9日を 受けた実務上の問題点

弁護士 長野 浩三

1 最判令和2年7月9日民集74巻4号1204頁、金融・商事判例1608号8頁

同最判は、交通事故損害賠償における後遺障害逸失利益の定期金賠償につき、「交通事故の被害者が事故に起因する後遺障害による逸失利益について定期金による賠償を求めている場合において、上記目的及び理念に照らして相当と認められるときは、同逸失利益は、定期金による賠償の対象となるものと解される。」（「上記目的及び理念」は「不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補填して、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものであり、また、損害の公平な分担を図ることをその理念とするところである。」とされている。）、「交通事故の時点で、被害者が死亡する原因となる具体的事由が存在し、近い将来における死亡が客観的に予測されていたなどの特段の事情がない限り、就労可能期間の終期より前の被害者の死亡時を定期金による賠償の終期とすることを要しないと解するのが相当である。」、事故当時4歳の幼児で、高次脳機能障害という後遺障害のため労働能力を全部喪失し、同逸失利益が将来の長期間にわたり逐次現実化するという事情のもと、「これらの事情等を総合考慮すると、本件後遺障害による逸失利益を定期金による賠償の対象とすることは、上記損害賠償制度の目的及び理念に照らして相当と認められるというべきである。」と判示した（同最判の意義については、御池ライブラリー No.52、14頁の弁護士森貞涼介「後遺障害逸失利益の定期金賠償の可否」を参照。）。

2 上記最判の要旨

上記のとおり、同最判は、①被害者が求める場合に後遺障害逸失利益につき定期金賠償が認められうること、②特段の事情がない限り、就労可能期間の終期より前の被害者の死亡時を定期金による賠償の終期とす

ることを要しないこと、③事故当時4歳の幼児で、高次脳機能障害という後遺障害のため労働能力を全部喪失した事案につき逸失利益の定期金賠償の対象とすることが相当、と判示した。

3 いかなる事案で定期金賠償が認められるか

同最判は、「上記目的及び理念に照らして相当と認められるときは、同逸失利益は、定期金による賠償の対象となる」とされていることから、具体的にどのような事情がある場合に定期金賠償が認められるか、が問題となる。

同最判は、「将来、その算定の基礎となった後遺障害の程度、賃金水準その他の事情に著しい変更が生じ、算定した損害の額と現実化した損害の額との間に大きな離が生ずることもあり得る。」と判示していることから、①算定の基礎となった後遺障害の程度、②賃金水準その他の事情に、それぞれ変動が予想される場合には定期金賠償を認める方向となると思われる。

①②とも労働能力喪失期間が長期にわたる場合には短期である場合に比べ変動可能性が大きくなるため、若年かどうか、後遺障害の内容によって労働能力喪失期間が長期間認められるかどうかメルクマールとなる。具体的には幼児・小児、若年であれば定期金賠償が認められやすくなる。これに対し、高齢者など労働能力喪失期間が短期の場合には認められにくいといえる。また、12級や14級の神経症状のように労働能力喪失期間が数年に限定されるような場合にも定期金賠償は認められないというべきである。

また、①の後遺障害の程度の変動については、幼児・小児の高次脳機能障害の事例では脳の可塑性から変動可能性が高く、定期金賠償が認められやすいといえるべきである。これに対し、器質的損傷の場合には不可逆的であり変動可能性は低く、定期金賠償を認めにくくなる。

4 「賃金水準の著しい変更」について

民事訴訟法(以下、「民訴法」という。)は以下のよう

に定める。
〔(定期金による賠償を命じた確定判決の変更を求める訴え)

第百十七条 口頭弁論終結前に生じた損害につき定期金による賠償を命じた確定判決について、口頭弁論終結後に、後遺障害の程度、賃金水準その他の損害額の算定の基礎となった事情に著しい変更が生じた場合に

は、その判決の変更を求める訴えを提起することができる。ただし、その訴えの提起の日以後に支払期限が到来する定期金に係る部分に限る。〕

定期金賠償が認められた場合には民訴法117条の確定判決の変更を求める訴えが問題となる。

この「賃金水準」の「著しい変更」については、「1割程度の増減で本条(民訴法117条)の変更の要件である「著しい」事情の変更といえるかは疑問である。もとより、一律に何割以上という明確な基準を定めることは事柄の性質上困難であって、事案によっても異なり、判例の集積を待つしかないが、ごく大まかにいえば、3割以上の増減があれば「著しい」変更ということができよう。」とする見解がある(三宅省三ほか編『注解民事訴訟法Ⅱ』(株式会社青林書院、2000年6月)529頁)。

5 確定判決

民訴法117条の確定判決の変更を求める訴えは、訴訟上の和解調書や認諾調書も対象とできるかについては、和解や認諾をする当事者は将来における基礎事情の変動をできる限り考慮に入れて和解をするかどうか等を決意できるし、和解では不確実な事情の発生等につき留保条項をつけることも可能であることから、同条の類推適用の可能性を否定する見解がある(上記『注解民事訴訟法Ⅱ』524頁)。この点については反対説もある。

6 将来介護費用を一時金で、逸失利益を定期金で請求することは可能か

最判平成11年12月20日民集53巻9号2038頁は、交通事故の被害者が事故のため介護を要する状態となった後に別の原因により死亡した場合には、死亡後の期間に係る介護費用を同交通事故による損害として請求することはできない旨判示することから、定期金で将来介護費用を請求した場合、別原因で死亡した場合には死亡後の将来介護費用は請求できない。そのため、将来介護費用は一時金で請求し、逸失利益の場合には別原因での死亡後の逸失利益も損害として認められることから、逸失利益を定期金で請求することが考えられるが、このような請求は認められるであろうか。

被害者にとっていわばいいとこどりの請求である。

しかし、定期金を認める実質的な趣旨は中間利息による減額を避け、被害者の生活が十分賠償金で賄えるようにすることであり、この趣旨は、より介護費用に妥当する。このような定期金が認められる趣旨からす

れば、上記のようないいとこどりの請求は認められるべきでなく、逸失利益について定期金を求めている場合には、賠償義務者からの申出があれば介護費用についても定期金で認めるべきである。法的根拠としては、定期金賠償の趣旨の実現を一方で求めながら、他方でこれを否定する主張であるため、信義則が考えられる。

7 定期金賠償が認められた場合の民訴法117条の「著しい変更」の賠償義務者の探知方法について

賃金水準の著しい変更はある程度公表される資料によって確知しうる。

他方、被害者の後遺障害の程度の著しい変更については、被害者が医療調査等に協力してくれれば確知可能であろうが、被害者がこれに協力的でない場合には探知方法が問題となる。

目視等の方法である程度、後遺障害の程度の変更が確知できる場合には、民訴法117条の訴訟を提起し、同訴訟の中でカルテ等の文書送付嘱託、関係各所への調査嘱託等を行うことが考えられる。

また、定期金賠償を命じる判決に、定期的な医療調査等への同意を条件とすることなども考えられるが、実務的には今後の課題といえよう。

未成年者による自転車事故の損害賠償責任

弁護士 三角 真理子

第1 はじめに

自転車の運転中に歩行者や他の自転車運転者に怪我を負わせたり死亡させたりした場合、当然、自転車の運転者は不法行為責任を負う。しかし、自転車の運転者が保険に加入しているとは限らないのが現状である。また、自転車の運転には免許が不要であり、未成年者も運転するものであるため、加害者が被害者に対する賠償能力を有していないことも多い。本稿では、自転車を運転していた未成年者が加害者となった場合の損害賠償責任について論じる。

第2 未成年者が交通事故を起こした場合の責任の所在

事故を起こした未成年者に、自己の行為の責任を弁識する能力がない場合、未成年者は、被害者に生じた損害について賠償責任を負わない(民法712条)。この場合、親権者等の未成年者の監督義務者は、監督義務を怠らなかったこと又は義務違反と損害発生の間因果関係がないことを立証しない限り、未成年者が被害者に与えた損害につき賠償責任を負う(民法714条1項)。

他方、未成年者に自己の行為の責任を弁識する能力がある場合には、未成年者自身が損害賠償責任を負い、民法714条1項は適用されない。しかし、監督義務者の義務違反と未成年者の不法行為によって生じた結果との間に相当因果関係が認められる場合は、監督義務者は民法709条に基づき、被害者に対する損害賠償責任を負う。

第3 裁判例

1 神戸地判平成25年7月4日(LLI/DB判例秘書)

(1) 責任能力の有無

事故当時11歳の未成年者につき、責任能力を否定。

(2) 監督義務違反の有無

監督義務違反を認め、民法714条1項の責任を肯定した。親権者は、日常的に自転車の走行方法を指導していた旨主張したが、これについては、親権者はヘルメットの着用を指示していたと言うが、事故当時、未成年者はヘルメットを忘れていることや、未成年者の加害行為及び注意義務違反の程度を指摘し、親権者による指導や注意が奏功しておらず、十分な指導や注意をしていたとはいえないと判断した。

2 福岡地判平成26年3月6日(LLI/DB判例秘書)

(1) 責任能力の有無

事故当時8歳の未成年者につき、責任能力を否定。

(2) 監督義務違反の有無

監督義務違反を認め、民法714条1項の責任を肯定した。親権者は、未成年者に対し、交通ルールを守って走行するよう注意監督し、自転車に一人で乗ることを禁止して鍵を親権者が管理していたことを主張した。しかし、この主張については、親権者が自転車の鍵を管理することに重きを置いており、未成年者に対する教育的措置は、交通ルールを守って走行するようという抽象的なも

- のに止まっていたことが窺われること等を理由に、採用しなかった。
- 3 東京地判平成19年5月15日(LLI/DB判例秘書)
- (1) 責任能力の有無
事故当時13歳の中学生につき、責任能力を肯定。
- (2) 監督義務違反の有無
監督義務違反を認め、民法709条の責任を肯定した。親権者が、未成年者が交通ルールを守らず、高速で自転車を運転していたことを知っていたと考えられることから、未成年者による交通事故発生について予見可能性を認めた。
- 4 東京地判平成22年9月14日(LLI/DB判例秘書)
- (1) 責任能力の有無
事故当時12歳の小学6年生につき、責任能力を肯定。
- (2) 監督義務違反の有無
監督義務違反を認め、民法709条の責任を肯定した。親権者は、未成年者に対して自転車の運転につき口頭で注意するに止まらず、未成年者が帰宅する際の走行経路や、その間の運転の様子を具体的に把握し、未成年者が危険な運転をしないよう、塾から自宅までの走行経路、その間の運転方法などを具体的に指導すべきであったと判断した。そして、ライトの点灯、明るい道の使用、交差点での一時停止等の一般的な注意をしていたとしても、親権者には監督義務違反が認められると判断した。
- 5 神戸地判平成24年10月19日(LLI/DB判例秘書)
- (1) 責任能力の有無
事故当時13歳の中学生につき、責任能力を肯定。
- (2) 監督義務違反の有無
監督義務違反を認め、民法709条の責任を肯定した。未成年者が日頃から歩道を自転車で走行していたことや、事故当日の未成年者の走行態様からして、当該未成年者が日頃から危険な走行を行っていたことが容易に推測され、親権者の未成年者に対する指導や注意が奏功していなかったことが窺われるとした。
- 6 大阪地判平成19年7月10日(LLI/DB判例秘書)
- (1) 責任能力の有無
事故当時15歳の中学生につき、責任能力を肯定。
- (2) 監督義務違反の有無
監督義務違反を認めず、民法709条の責任を否定した。未成年者が、普段から危険な運転をしていた事実はなく、過去に同様の事故を起こしてい
- ないことから、自転車の走行に関する親権者の監督状況に問題はなかったと判断した。なお、本件事故当時、未成年者は視力が裸眼で0.2程度で眼鏡をかけずに運転していたが、この事実から監督義務違反があるとはいえないと判断した。
- 7 大阪高裁平成23年8月26日(LLI/DB判例秘書)
- (1) 責任能力の有無
事故当時14歳の中学2年生につき、責任能力を肯定。
- (2) 監督義務違反の有無
監督義務違反を認めず、民法709条の責任を否定した。未成年者が社会通念上許されない程度の危険行為を行っていることを知り、又は容易に知ることができたこと及び他人に損害を負わせる違法行為を行ったことを知り、そのような行為を繰り返すおそれが予想可能であることについて具体的な主張立証がないとして、親権者の監督義務違反を否定した。
- 8 横浜地判平成29年3月29日(LLI/DB判例秘書)
- (1) 責任能力の有無
事故当時14歳の中学生につき、責任能力を肯定。
- (2) 監督義務違反の有無
監督義務違反を認めず、民法709条の責任を否定した。親権者の直接的な監視下にない子の行動についての日頃の指導監督は、ある程度一般的なものとならざるを得ないとして、日頃の運転態度において事故を惹起する具体的な危険性を予見可能である等の特別の事情が認められない限り、監督義務違反は認められないとし、本件においても特別の事情はないと判断した。
- 9 大阪地判令和元年11月20日(LLI/DB判例秘書)
- (1) 責任能力の有無
18歳の未成年者につき、責任能力を肯定。
- (2) 監督義務違反の有無
監督義務違反を認めず、民法709条の責任を否定した。未成年者が年長の有職者であること、他に自転車運転中の事故を起こしていないこと、高速走行できる種類の自転車ではないこと、過失が比較的小さい種類の事故であることから、親権者に事故の具体的予見可能性はなかったと判断した。また、未成年者の自転車に賠償責任保険が付帯されていたことも考慮すれば、親権者の監督義務違反は認められないと判断した。

第4 検討

責任能力の有無については、年齢のみを理由に挙げている裁判例が多い。監督義務違反を認める裁判例は、民法714条1項及び民法709条のいずれについても、親権者は一般的な交通ルール遵守を指導することでは足りず、未成年者の実際の走行態様に基づき具体的な指導監督を行うべきものと判断していると考えられる。他方、親権者の責任を否定する裁判例は、親権者にとって未成年者が交通事故を起こす予見可能性を否定している。親権者に対して民法709条の責任を問う場合、被害者側から、親権者にとって未成年者が事故を起こすことについて予見可能であったこと及び監督義務を果たすことにより事故を回避可能であったことの具体的な主張立証が必要であるが、一般に被害者は未成年者及びその親権者の日常を把握していないことからすると、被害者にとってのハードルは高いように思われる。

特別養子縁組における 父母の同意がない場合

弁護士 北村 幸裕

1 特別養子制度の改正と問題点

特別養子制度は、専ら子どもの利益を図るために、実親子関係を終了させ、離縁の要件を厳格にすることにより、養親子関係を強固なものとして、養子が安定した家庭で養育されることを実現させるために制定された制度である。

特別養子縁組が成立すると実親子関係が終了することになるため、特別養子縁組の成立要件として、原則として実父母の同意を必要とし、実父母がその意思を表示することができない場合又は実父母による虐待、悪意の遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合は、例外的に実父母の同意は不要とされている(民法817条の6)。

厚労省検討会が全国の児童相談所・民間の養子あせん団体に対して行った調査によると、平成26年から平成27年の間で利用できなかった事例が298件あり、このうち、205件が「実父母の同意」を理由とするものとのことであった。実父母の同意が得られない場合

に、同意が不要となる要件が条文上不明確であることから、利用の障壁になっていると思われる。

そこで、以下、当該要件の検討を行うこととする。

2 判例の紹介

実父母の同意が得られなかった場合について判断をした審判例として、以下の4件があった。なお、以下の判例の紹介では、養子候補者については便宜上「事件本人」と統一した記載を行った。

(1) 東京高裁平成25年5月27日決定(判例タイムズ1392号222頁)(①事件)

(事案の概要)

事件本人の出生時、実父母は自宅で出産してこれを放置するなどの虐待と評価し得る行為を行ったことから、児童相談所が介入して、児童福祉法27条1項3号に基づき里親委託をした。ところが、その後、実父母が、里親委託撤回と施設入所であれば同意するとの意思表示を行い、児童相談所としては乳児院への入所が相当であると考えていたところに、里親が家庭裁判所に対して事件本人を特別養子にしたいと申し立てた事案である。

(判断の概要)

裁判所は、実父母による事件本人に対する虐待と評価すべき事実は出生時の放置であり、事件本人に対して今後同様の虐待が行われることは考えられないこと、実父母において現に事件本人の姉や兄である3人の子らを監護養育しており、その子らに虐待や放置などをうかがわせるような異常はみられないこと、里親の特別養子縁組申立てが認められない場合に、事件本人が直ちに実父母の監護養育下に置かれるわけではなく、児童相談所が実父母に対する指導を行った上で、事件本人を実父母の下に帰らせることを計画していることといった事情から、今後、事件本人に対して実父母が虐待や放任等を行うおそれが具体的にあるとは認め難いとして、同意が不要である場合にはあたらないと判断した。

(2) 青森家裁五所川原支部平成21年5月21日審判(家庭裁判月報62巻2号137頁)(②事件)

(事案の概要)

事件本人が、風邪のため、実母方祖父母に連れられて病院を受診したところ、体重が年齢に比して少なく、必要な予防接種等も受けていなかったことなどから、児童相談所に通告され、一時保護を経て、乳児院に入所措置となった。その後、実父母が離婚するに至り、事件本人の親権者が実母となった後、

事件本人は養親候補者夫婦に里親委託され養育されていた。

なお、特別養子縁組の申立てにあたり、実母は特別養子縁組をすることについて、同意書を提出してこれに同意していたが、実父は、事件本人を引き取りたい旨述べ、事件本人の特別養子縁組に同意しない事案であった。

(判断の概要)

裁判所は、実父は再婚相手との子どもの養育が不適切であること(児童養護施設への入所や里親委託等がなされている。)、実父が、親権者変更の手続をするつもりである旨の回答をしているが、実際には、現在まで何ら引取りのための手続をしていないこと、実父が、家庭裁判所調査官からの照会書や電話連絡等に全く応答せず、調査官からの呼び出しにも応じず、実父の陳述を聴くために指定された審判期日にも出頭しないこと、事件本人は養親候補者の下で安定的に養育されていること等の事情を認定した。そして、事件本人の良好な生育状況がある程度認識しながらいたずらに特別養子縁組に反対する実父の行動は、事件本人の将来にわたっての安定的な生育環境を阻害する結果をもたらしかねず、いわば同意権の濫用にあたるとして、養子となる事件本人の健全な生育の著しい妨げとなるもので、その利益を著しく害する事由がある場合に該当すると判断した。

(3) 東京高裁平成14年12月16日決定(家庭裁判月報55巻6号112頁)(③事件)

(事案の概要)

実父母は事件本人の出産時点で事実上別居の状態であったことから、実父は、事件本人が実母と第三者との間の子であると考え、事件本人を特別養子に出すことに積極的であった。一方、実母は、当初から事件本人を特別養子に出すことには消極的であったが、実母の両親の説得もあり渋々これを承諾した。そこで、事件本人が、里親会の仲介で、養親候補者夫婦のもとに預けられ、その後は順調に監護養育されていたが、実母が、原審の手続中に、家庭裁判所調査官に対し、特別養子縁組に同意しない旨伝えたとともに、同意撤回書を作成・送付して家庭裁判所に受理されたという事案である。

(判断の概要)

裁判所は、「その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」とは、父母に虐待、悪意の遺棄に比肩するような事情がある場合、すなわち、

父母の存在自体が子の利益を著しく害する場合をいうものと解すべきであり、原審が説示するところの、安定した監護環境を用意せず、かつ明確な将来計画を示せないまま、将来の事件本人の引取りを求めることをもって直ちに、上記但書の事由に当たるものと結論付けることはできないと判断し、原審において、上記事情の有無につき更に審理を尽くす必要があるとして差し戻した。

(4) 福岡高裁平成3年12月27日決定(家庭裁判月報45巻6号62頁)(④事件)

(事案の概要)

実母は、一旦は養親候補者に対して特別養子縁組の成立について同意を与え、念書においてその意思を明確にしていたが、家庭裁判所調査官からの再三、再四の調査呼び出しに対して何の連絡もなく出頭せず、不出頭の理由を尋ねられると身体の具合が悪かったとか仕事の都合とか曖昧な返答をするだけで、別段の理由もなく時日を遷延させた。その後、養親候補者に対し、特別養子縁組の同意を得たいのであれば、あたかも金銭の貸与か支払いが必要であるかに受けとれる言動に及び、これが拒否された後に、家庭裁判所調査官に対し、事件本人を自分で養育する気持ちに変わったと電話で回答し、結局家庭裁判所調査官の面接調査において、同意撤回の意思を明確にするに至ったというものである。

(判断の概要)

上記の事実関係に加え、家庭裁判所の手続の経過では事件本人を引き取りたい意思があるとはいえないこと、実母がこれまで事件本人の安否を気遣うような行動がなかったこと、同意の撤回が、事件本人は養親候補者に対して実の親のように親しみ馴染んでおり、これを引き離すことは事件本人に混乱と打撃を与えるだけでその福祉に沿わない状況に立ち至った後になされたものであること、現在においても、実母は事件本人を引き取って養育できない状況にあること等の事情を考慮して、同意とその撤回を巡る以上の事実関係は、養子となる事件本人の福祉という観点から客観的にみれば、本件の場合養子となる事件本人の利益を著しく害する事由がある場合に該当すると認められると判断した。

3 判例の分析

以上の判例のうち、③事件のみが、「その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」の定義を行っており、「父母に虐待、悪意の遺棄に比肩する

ような事情がある場合、すなわち、父母の存在自体が子の利益を著しく害する場合をいうものと解すべき」として、単なる抽象的な危険性や可能性では足りず、実父母の存在によって子どもの利益が著しく害される具体的な危険性を要求しているといえる。

他の3つの判例では上記のような定義はなされていないが、いずれの事案についても、同意をしない又は撤回した実親の過去だけでなく現在の養育状況や不同意の経緯等を分析して、具体的な危険性の有無を認定していると評価できるため、上記③事件の基準と同様の基準に基づいて判断をしているものと考えられる。

そのため、実親の同意が得られない事例では、特別養子縁組の申立てを行うにあたっては、実親と実子の関係性、実親による養育意思、仮に引き取った場合の養育環境、実子と養親候補者との関係等の事情を考慮して、現時点において、子どもの利益が著しく害される具体的な危険性が認められるかどうかを慎重に検討する必要があるといえる。

なお、各事件はいずれも、子ども自身の意思は考慮要素にはされていない。

これまでの特別養子制度では、年少の子どもしか利用できなかったことからあまり問題にならなかったと考えられるが、先日の改正において原則として15歳まで制度の利用が可能となったことから、今後、上記判例では全く考慮されていなかった「子ども自身の意思」が問題になると予想される。

子ども自身は養親候補者の特別養子になることを希望する場合に、その意思はどう評価されるのかは今後の重要な問題であると考えられ、事例の集積が待たれる。

なお、私見では、特別養子縁組の成立は、子ども自身にとって極めて重要なことであることから、手続上、その意見はできる限り尊重されるべきであり、上記要件の判断にあたっては重要な考慮要素にすべきと考える。

金銭回収のための 弁護士会照会活用法

弁護士 谷山 智光

1 金銭の回収は容易ではない。

弁護士に依頼される方にとっては意外に思われるかもしれないが、売買代金、貸金、損害賠償金などの金銭を回収することは実は容易ではない。支払わない相手方に裁判を起こして、「被告は、原告に対し、金100万円を支払え。」という判決を得ても（これは、証拠さえ揃っていれば、特別難しいことではない。）、それにより被告から当然に金銭が支払われるとは限らない。それでもなお支払わない被告は残念ながらいるし、判決を言い渡した裁判所が被告から金銭を徴収して、原告に支払ってくれるというものでもない。

判決が確定すれば、強制執行として債務者の不動産、動産、預金、給与などを差し押さえることができるが、これも裁判所が債務者の財産を見つけだして差し押さえてくれるというものではない。債権者が債務者の財産を見つけだし、それを特定して裁判所に差し押さえを求める必要がある。しかしながら、債務者の財産を見つけだすのは容易ではない。債務者の住所地の不動産登記を見ても、賃貸物件であったり他の親族名義であったりなど債務者の所有でない場合もあるし、債務者が住所地以外の場所に不動産を所有しているか、所有しているとしてどこに存在するかは通常知りえない。給与についても、債務者が現在どこで働き給与を得ているかを知っている場合の方が少ないであろう。預金についても、どの金融機関に債務者の預金があるかは通常は知りえないし、加えて実務上は預金の差し押さえにあたって、支店まで特定する必要があるとされている。すなわち、債務者の住所地に近いA銀行a支店には預金口座はなかったが、住所地から離れたA銀行b支店には預金口座があったという場合に、A銀行a支店と特定してした預金の差し押さえは不奏功ということになる（この場合に、A銀行b支店の預金が差し押さえられるわけではない。）。

2 弁護士会照会の活用法

(1) 弁護士会照会とは

このような中で、債権者が債務者の財産を見つけだす方法として、弁護士会照会の活用が考えられ

る。弁護士会照会とは、弁護士法によって認められた制度であり(23条の2。そのため、「23条照会」と呼ばれることもある。)、弁護士が、受任している事件について、所属弁護士会を通じて公務所又は公私の団体に照会するものである。法律で認められた制度であり、弁護士会照会には回答義務があると解されている(但し、回答を拒否されるケースもないわけではない。)。弁護士会照会を発出するのは、あくまで弁護士会であり、個々の弁護士ではない。弁護士会では、弁護士からの申し出について、必要性和相当性を審査し、適当と認めた場合のみ照会を発出する。私も京都弁護士会の副会長や照会審査室の室員として、かかる審査に携わった経験があるが、必要性・相当性は厳しく審査されている。場合によっては補正を求めたり、照会事項の撤回を求めたりする場合もある(この点、以下で述べる必要性・相当性に関する考えは私見であり、京都弁護士会の見解ではない。)。なお、弁護士会照会は有料であるため(京都弁護士会の場合は、1件あたり税別4700円。その他、郵便料金等も必要となる。)、費用対効果の観点から、いくらでも弁護士会照会をできるというものでもないであろう。

以下、照会の端緒にアクセスしやすく、比較的回答が得られやすい方法を紹介する。

(2) 金融機関への照会

通常、人が社会生活を営む上で、どこかしの金融機関に預金口座を有していると思われる。そして、それは大手都市銀行やその者の住所地の大手地方銀行・信用金庫であることが多いのではないか。そこで、大手都市銀行やその債務者の住所地の大手地方銀行・信用金庫に当該銀行等の全支店の債務者の預金口座の有無及び残高を照会することが考えられる。この点、このような弁護士会照会に応じないという一部の金融機関もあるが、多くの金融機関では、確定判決等の債務名義がある場合には、照会に応じている(8割以上の金融機関が応じているとの報告もある¹⁾)。

もっとも、せっかく預金口座を見つけだしても、残高が数円しかないというケースも少なくない。そこで同口座の取引履歴を照会することが考えられる。取引履歴を確認すれば、定期的な入金のある無やその支払者を知ることができる可能性があり、定期的な入金がある頃に預金の差し押さえを行ったり、たとえば支払者である勤務先を見つけだして給与を差し押さえることも考えられる。もっとも、取引履

歴については、単なる預金口座の有無や残高とは異なり、プライバシーに属する度合いが高い。そのため、預金口座や残高の有無の照会には応じるが、取引履歴の照会には応じないという金融機関もある。残高が十分にある場合や他に強制執行ができる財産がある場合には、取引履歴を確認する必要性もない。したがって、残高が十分でないという事情や他に強制執行できる財産が見当たらないという事情があってはじめて取引履歴を照会する必要性・相当性が充たされると考える。また、取引履歴の照会をする場合も期間は通常は1年程度に限られると考える。

なお、令和2年4月1日より民事執行法に基づく第三者からの情報取得手続という制度も始まっているが(これについては、御池ライブラリー第50号25頁参照。)、利用にあたっての要件もあるし、対象が限られているので、弁護士会照会の有用性がなくなるものではない。

(3) 携帯電話会社への照会

債務者の携帯電話番号を知っている場合には(交通事故の場合は、交通事故証明書に記載されていることが多い。)、当該携帯電話会社に利用料金の支払い方法を照会することが考えられる。金融機関の口座からの引き落としの場合は、当該口座の預金を差し押さえることが考えられる(上記(2)のとおり、同口座の残高や取引履歴を照会することも考えられる。)。クレジットカード払いの場合は、下記(4)で述べるとおり、クレジットカード会社に利用料金の引き落とし口座を照会することが考えられる。但し、携帯電話が第三者名義である場合には、これらの情報は使えないし、本人名義でも請求書払いにしている場合には、これらの情報は得られない。

(4) クレジットカード会社への照会

上記(3)の照会等でクレジットカードの利用が判明した場合には、クレジットカード会社に当該クレジットカードの利用代金の引き落とし口座を照会することが考えられる(そして上記(2)へ。)

(5) その他

私が経験したケースとして、自動車検査証上の所有者名義がローン会社であったことから(交通事故証明書には自動車の登録番号が記載されており、この登録番号から弁護士会照会によって自動車検査証の内容を確認することができる。)、当該会社にローンの支払方法を照会し、そこから引き落とし口座にたどり着いたというケースがある(そして上記(2)へ。)

方法は他にも考えられるであろう。わずかな端緒から想像力を働かせて、弁護士会照会を駆使し、有益な情報にたどりつくのは、弁護士の腕の見せどころともいえる。

- 1 佐藤三郎「弁護士会照会の活用のしかたと注意点」日本弁護士連合会編『平成30年度研修版日弁連研修叢書現代法律実務の諸問題』853頁(第一法規株式会社、2019年)

「ハイブリッド型バーチャル株主総会」について

弁護士 草地 邦晴

1 始めに

「株主総会当日の来場をお控えいただくよう強くお願い申し上げます。」

コロナ禍における株主総会の招集通知には、招集にはそぐわない文言が記載されていた。感染症の流行は、株主総会という会社の根幹をなす機関のあり方にも多大なる影響を与えた。これまでも地震等への対応は検討されてきたが、自然災害による物理的ダメージは、地理的にも時間的にも限定され、そこから回復していく道筋を描くことができるのに対して、感染症はグローバルに広がり、社会が受けるダメージは波状に継続し、収束を見通すことが難しいという特徴を持っている。

会社法は株主総会の延期、続行という制度を用意しており、一時的な開催の困難に対しては緊急避難的な対応を可能にしているが、これはそう遠くない時期に株主総会の開催ができることを前提としているため、いつ開催が可能となるか見通せない状況下では、根本的な対応策とならない。

株主総会は、株式会社にとって最も根幹をなす機関であり、株主による重要事項の決定もこれに基づく執行にも、空白の時間が生じることを避けなければならない。これからは感染症が蔓延する可能性も予期しながら、株主の参加の機会、意思表示の機会を確保していくと同時に、適時に、三密を避け、感染予防策を確保した株主総会を開催する方法を、それぞれの会社の実態に応じた形で検討していくことが求められる。

こうした方策の一つがバーチャル株主総会である。分かりやすく言えばリモート株主総会、Web株主総会である。インターネットを通じた株主総会の開催や参加については、遠方にいる海外株主、多数の会社の株式を保有する投資家、平日に現実に参加することが困難な株主など、これまでも多くの株主から切実な要望があったものであり、以前から議論されてきた。

会社法は、少しずつ電子化を進めてきており¹、今後進んでいくものと考えられるが、今回のコロナ禍に十分対応できるようなものとはなっておらず、現状では、現在の法制度やガイドラインの下で対応しているかざるを得ない。

そこで、今回はバーチャル株主総会に関連する問題点について、経産省から示された実施ガイドを中心に紹介したい(なお、コロナ禍におけるリアル株主総会の開催に関しても非常に多くの課題があるが、すでに前期株主総会にて経験したこともあり、別の機会に譲りたい)。

2 「ハイブリッド型バーチャル株主総会の実施ガイド」²

2020年2月26日、経産省はバーチャル株主総会に関する考え方(以下「本ガイド」という。)を示した。折しも新型コロナウイルスの感染が拡大していた時期である。

この中で経産省は、株主が一堂に会する物理的な場所において開催される「リアル株主総会」と、リアル株主総会を開催することなくインターネット等の手段を用いて会社法上の出席を行う「バーチャルオンリー株主総会」を対極において、その中間にリアル株主総会の開催とインターネット等の手段を用いて株主がこれに関与する形態を併存させる「ハイブリッド型バーチャル株主総会」を位置づけ、その開催にあたっての実務的な論点をまとめた。本ガイドにおいては、「必ずしもハイブリッド型バーチャル株主総会が望ましいという方向性を提示するものではない」とされているが、その可能性についての問題点と指針を示したことで、会社の実情に応じた導入を後押しする効果を期待しているものと考えられる。

他方で、現行法の下では、「バーチャルオンリー株主総会」の開催は解釈上困難であるとされていることから、現時点では、必ず「リアル株主総会」は開催しなければならず、バーチャルとの「ハイブリッド」が求められる。

3 ハイブリッド「参加型」バーチャル株主総会

このハイブリッド型バーチャル株主総会には、インターネット等の手段を用いた株主総会への関与が、会社法上の「出席」と扱われるものか否かによって、「参加型」と「出席型」が区別される。

「参加型」バーチャル株主総会は、インターネット等の手段を用いた株主総会への関与を出席と扱わないタイプのものである。逆に言えば「出席」と言える環境を整える必要がない。議決権の行使は、事前の書面行使、電磁的方法による行使によって行うため、当日は、株主は配信の視聴という形で参加しているが、欠席の扱いである。質問をすることも動議を出すこともできないが、株主総会に出席してきた株主の多くは、必ずしも議案に積極的に関与することを目的にしているとは限らず、役員から直に決算、事業報告や今後の見込みなどを聞くことに価値を見いだしている。そうした多くの株主にとってはこの「参加型」にも十分意義を見いだすことができ、むしろ、インターネット等の手段で手軽に株主総会に参加できる、日程が重なる別の株主総会にも参加できる、といったメリットがあり、株主総会への関与が増える効果も期待できる。

参加の方法は、招集通知に同封したIDとパスワード等を用いて、株主が会社のHP等に設けた専用のページからログインし、視聴するということが考えられる。配信は、同時の他、後日、一定期間アップしておくことも考えられ、総会後の説明会なども加えて編集することも考えられる。また、例えば、リアル株主総会に反映できないものの、配信視聴後の質問を一定期間受け付け、後日回答をとりまとめて公開する、といった方法も考えられよう。

コロナ禍でのリアル株主総会では、出席を遠慮するよう促したり、高齢の投資家が出席を躊躇する、ということもあり得ることを考えると、こうしたリアル株主総会を補完する取組を行うことは有力な選択肢であり、導入にあたってのハードルも比較的低いことから、導入する企業も多くなることが想定される。

4 ハイブリッド「出席型」バーチャル株主総会

本ガイドは、インターネット等の手段を通じた関与を株主総会への「出席」と評価できるためには、「開催場所と株主との間で情報伝達の双方向性と同時性が確保されているといえる環境」にあることが必要とする。このような環境が確保される場合には、たとえ物理的に同じ場所にいなくとも、その関与を「出席」と評価してリアル出席者と同様に議決権を行使すること

が可能とされている(以下「バーチャル出席」という。但し、現行法下では、これは株主に出席手段として保証された権利ではなく、会社が追加的な出席手段として提供するものとの位置付けとしている。)

このバーチャル出席においては、そこで議決権の行使を行うこととなるため、これに問題が生じた場合には、株主総会の決議の瑕疵となりうることに留意して環境を整える必要がある。本ガイドにおいて指摘されている問題点には、次のようなものがある。

当然、まず必要になるのは、バーチャル出席した株主がその場で議決権を行使できるように構築したシステムである。ただ、当日リアル株主総会で出された動議の採決など、招集通知に記載のない件について採決が必要になった場合への対応は、極めて困難と考えられる。そうすると、バーチャル出席者はこれに賛否の表明ができない場合があり、その場合は棄権または欠席として取り扱うことになる旨を招集通知等で通知し、実際の採決では、実質的動議については棄権、手続動議については欠席として取り扱うことが考えられる、とされている。

次に、本人確認の方法となりすましの危険である。前者については議決権行使書面等に株主固有IDとパスワードを記載して送付するなどして、ログインをすることが考えられるが、これだけでは完全には回避できない。場合によっては、記載面を再貼付不可能なシールで覆う、二段階認証やブロックチェーンの活用なども指摘されている。

最も懸念される事態は通信障害である。会社側の通信障害や不具合により、議決権行使に不備が生じた場合には、決議瑕疵の可能性もある。本ガイドにおいては、そのリスクを事前に告知し、通信障害の防止のために合理的な対策を講じていた場合は、通信障害が決議瑕疵とはならないと解することが可能としている。ただ解釈としてはそれでよいとしても、想定外の事態で現実に多数の株主の議決権行使に支障が出た場合の対応は難しいものとなる。

また、バーチャル出席は、予定外の出席、途中参加、途中退席が容易であることから、無効票が増大する懸念があるとされている(例えば、事前の議決権行使が行われていた場合に、ログインされた段階で事前行使を無効とする措置をとったが、途中退席して議決権が行使されなかった場合など)。こうした事態を回避するためには、バーチャル出席をする場合であっても、事前の議決権行使は促しておき、バーチャル出席で当日議決権を現に行使した段階で、事前の議決権行

使を無効化することなどが検討されている。

その他の重要な問題は、質問や動議の提出に関するものである。ハイブリッド型株主総会で、バーチャル出席者からの質問や動議を受け付けることは議事運営上難しい上、コピー&ペースト、反復送信などによる質問の増加や、心理的ハードルの低下による濫用的な動議の提出も予測される。本ガイドでは、これに対し、質問に関する運営ルール(回数、文字数、時間等への制限)や、動議を取り上げることが困難な場合があることなどを予め告知し、これらを提出する可能性がある株主には、リアル株主総会への出席を促すなどの措置をとり、これを招集通知等に記載した上での対応をすることが指摘されている。

5 今後の展開

「参加型」バーチャル株主総会は、リアル出席が難しい株主への情報提供の機会としても、将来のバーチャル株主総会への準備段階としても、積極的な導入が進んでいくことが予想される。すでに「出席型」バーチャル株主総会に移行した会社もあると聞くところであるが、現時点では未だ克服すべき課題は多く、それぞれの会社の実情に応じた検討が必要であろう。また、立法的な措置が待たれるところである。

- 1 令和元年会社法改正では、株主総会資料の電子提供制度が新設された(会社法325条の2～7、911条3項12号の2、振替法159条の2、整備法10条の2～8項等)が、現時点では未施行である。
- 2 「ハイブリッド型バーチャル株主総会の実施ガイド」
2020年2月、経済産業省
<https://www.meti.go.jp/press/2019/02/20200226001/20200226001.html>

参考文献

- ・遠藤佐知子経済産業省経済産業政策局企業会計室係長「『ハイブリッド型バーチャル株主総会の実施ガイド』の解説」商事法務2225号26頁(2020年)

破産法72条2項2号の 相殺について

—最高裁令和2年9月8日判決

弁護士 小原 路絵

第1 事案

1 最判令和2年9月8日(金融商事判例1612・8、以下「本件最判」という。)は、破産管財人が、破産会社である建設会社が県と締結していた4つの公共工事に関する請負契約(以下、「本件各請負契約」という。)に基づいて、県に報酬等の支払いを求めたところ、県から、破産手続前に、その一部の請負契約について約定に基づく違約金債権を取得したとして相殺を主張された事案である。

第一審判決と第二審判決とで相殺の認められた範囲が異なり、最高裁は第一審判決と同じ結論(全ての相殺が有効)を採用した。

2 違約金債権と相殺

(1) 違約金条項

本件各請負契約には、以下の違約金に関する条項があった(以下「本件違約金条項」という。)

- ①注文者は、請負人の責めに帰すべき事由により工期内に工事が完成しないときは、契約を解除することができる。
- ②上記①の定めにより契約が解除された場合においては、請負人は、報酬額の10分の1に相当する額を違約金として支払わなければならない。

(2) 違約金の発生と相殺の経緯

破産会社は、本件各請負契約のうち1つについては工事を完成させたが、残り3つの請負契約については、「経営不振のため」と記載のある工事続行不能届を県に提出した。

これを受け、県は、平成28年6月20日までに未完成の請負契約3つに対して解除の意思表示を行った。

破産会社は、同月23日、破産手続開始決定を受け、破産管財人が選任された。

県は、破産管財人に対して、解除により違約金債権を取得したとして、3つの違約金債権の合計額である2198万6532円及びその他債権の合計額2273万7674円(自働債権)と、本件各請負契約の未払い報酬の合計額である2268万6429円(受働債権)

を対当額で相殺するとの意思表示を行った。

第2 第一審判決(福岡地判平成30年1月9日金融法務事情2117・73)

1 判示内容

第一審判決は、本件違約金条項は、損害賠償額の予定であると推定される(民法420条3項)、県が、工事が未完成であった3つの請負契約に関する各違約金債権を取得したのは県の解除の意思表示が行われた平成28年6月20日までであったと認定し、仮に、県による各違約金債権の取得が破産法72条1項2号又は3号に該当するとしても、同条2項2号にも該当し、相殺が禁止されることはないと判示した。

さらに、上記自働債権と受働債権は密接な関連性を有しており、本件各請負契約が締結された当時から、これらが相殺により決済されることを予期していたというべきで、県は、相殺について合理的な期待を有していたとして、破産法72条1項2号又は3号によって禁止される相殺に準ずると評価することは相当でないと判示した。

上記の通り、県の相殺が認められた結果、県の自働債権額が受働債権額を上回っており、破産管財人の請求は棄却された。

2 破産法72条1項2号又は3号、同条2項2号

破産法72条1項2号又は3号は、破産者に対して債務を負担する者が、支払停止又は支払不能に陥った後に、支払停止又は支払不能であることを知って取得した債権による相殺を禁じている。ただし、同法72条2項2号は、この債権の取得が、支払停止又は支払不能を知るより前に生じていた原因に基づく場合は、前項の相殺禁止が適用されないとしている。

第一審判決は、上記1の通り、各違約金債権の取得自体が支払停止又は支払不能より後であったとしても、各違約金債権は、本件各請負契約の条項に従って、各工事が未完成であることを基礎にして発生するものであり、本件各請負契約の締結時点(平成27年10月から平成28年4月の間)においては、支払停止又は支払不能に陥っておらず、同条2項2号により、相殺禁止とはならないと判示した。

第3 第二審判決(福岡高判平成30年9月21日金融法務事情2117・62)

上記第2の第一審判決に対し、破産管財人が控訴した。

第二審判決は、県の各違約金債権は支払停止の後にそれを知りながら取得された債権であるとして、「法は、破産債権についての債権者間の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続の趣旨が没却されることのないよう、法72条1項3号において破産者に対して債務を負担する者が支払の停止があったことを知って破産債権を取得した場合にこれを自働債権とする相殺を禁止する一方、同条2項2号において上記債権の取得が『支払の停止があったことを破産者に対して債務を負担する者が知った時より前に生じた原因』に基づく場合には、相殺の担保的機能に対する債権者の期待は合理的なものであって、これを保護することとしても、上記破産手続の趣旨に反するものではないことから、相殺を禁止しないこととしているものと解される(最高裁昭和59年(オ)第557号同63年10月18日第三小法廷判決・民集42巻8号575頁、最高裁平成21年(受)第1567号同24年5月28日第二小法廷判決・民集66巻7号3123頁、最高裁平成24年(受)第908号同26年6月5日第一小法廷判決・民集68巻5号462頁〔ただし、民事再生事件に関するもの〕参照。)」として、違約金債権は、同一の請負契約の未完成部分に係る仕事の履行請求権が変容したものとして、これと対価牽連関係にある当該請負契約の報酬債権との間で相殺することは合理的な期待があるが、本件各請負契約は、それぞれ工事内容を異にする別個独立の契約関係にあり、対価牽連関係にないところ、特定請負契約で生じた違約金債権を、別個の請負契約の報酬債権と相殺することは直ちに合理的な期待があるとはいえないと判示した。

よって、3つの違約金債権は、それに対応する請負契約の報酬債権とのみそれぞれ相殺された結果、破産管財人の報酬請求1377万8898円が残ることとなり(相殺されなかった違約金債権も残った。)、県に対して、この分の支払いが命じられた。

第4 本件最判

上記第3の第二審判決に対し、県が上告・上告受理申立てを行った。

最高裁は、前項の第二審判決でも参照された最判平成26年6月5日を参照するとしつつ(「破産法は、破産債権についての債権者間の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続の趣旨が没却されることのないよう、72条1項3号本文において、破産者に対して債務を負担する者において支払の停止があったことを知って破産者に対して破産債権を取得した場合にこれを自働債権とする相殺を禁止する一方、同条2項2号において、上

記破産債権の取得が『支払の停止があったことを破産者に対して債務を負担する者が知った時より前に生じた原因』に基づく場合には、相殺の担保的機能に対するその者の期待は合理的なものであって、これを保護することとしても、上記破産手続の趣旨に反するものではないことから、相殺を禁止しないこととしているものと解される。』)、以下の通り判示した。

「本件各違約金債権は、いずれも、破産会社の支払の停止の前に上告人と破産会社との間で締結された本件各未完成契約に基づくものである。本件各未完成契約に共通して定められている本件条項は、破産会社の責めに帰すべき事由により工期内に工事が完成しないこと及び上告人が解除の意思表示をしたことのみをもって上告人が一定の額の違約金債権を取得するというものであって、上告人と破産会社は、破産会社が支払の停止に陥った際には本件条項に基づく違約金債権を自働債権とし、破産会社が有する報酬債権等を受働債権として一括して清算することを予定していたものといえる。上告人は、本件各未完成契約の締結時点において、自働債権と受働債権とが同一の請負契約に基づいて発生したものであるか否かにかかわらず、本件各違約金債権をもってする相殺の担保的機能に対して合理的な期待を有していたといえ、この相殺を許すことは、上記破産手続の趣旨に反するものとはいえない。

したがって、本件各違約金債権の取得は、破産法72条2項2号に掲げる『支払の停止があったことを破産者に対して債務を負担する者が知った時より前に生じた原因』に基づく場合に当たり、本件各違約金債権を自働債権、本件各報酬債権を受働債権とする相殺は、自働債権と受働債権とが同一の請負契約に基づくものであるか否かにかかわらず、許されるというべきである。」

第5 その他判例

- 1 上記の通り、本件に関しては、破産法72条2項2号の「前に生じた原因に基づく」の解釈が争点となった。同号は、破産法で相殺禁止とされる場合に、合理的期待がある場合にその例外として相殺を認める趣旨である。同法71条にも同様の規定があり(同法72条は破産者に対して債務を負担する者の規定で、同法71条は破産債権者の規定である。)、民事再生法93条・93条の2、会社更生法49条・49条の2にも同様の規定がある。
- 2 上記第3の第二審判決が参照として列挙した3つの

判例は以下の内容である(3つ目の(3)は上記第4の本件最判でも参照されている。)

- (1) 最判昭和63年10月18日(判例タイムズ685・154)
破産債権者(信用金庫)が、支払停止又は破産申立前にされた取立委任に基づき、これらを知ってした手形の取立により負担した破産者に対する取立金引渡債務が「前に生じた原因に基」づき(旧破産法104条2号但書)、相殺が認められるとした判例。
- (2) 最判平成24年5月28日(判例タイムズ1375・97)
保証人(銀行)が、主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けずに締結した保証契約に基づき、同手続開始後に弁済をした場合に、保証人が取得する求償権を自働債権、当座勘定取引契約に基づく払戻金を受働債権とする相殺は、破産法72条1項1号の類推適用により、認められないとした判例。
- (3) 最判平成26年6月5日(判例タイムズ1406・53)
再生債務者が、支払停止の前に再生債権者(銀行)から購入した投資信託受益権に係る再生債権者の再生債務者に対する解約金支払債務の負担が、民事再生法93条の2の「前に生じた原因」に基づく場合に当たらず、相殺が認められないとした判例。

3 その他判例

他にも、本件争点については、以下の判例がある。

- (1) 相殺肯定
ア 最判昭和40年11月2日(金融法務事情429・46)
破産者に対して債務(定期預金)を負担していた銀行が、買戻特約を含む手形割引契約により手形を割引いた後、割引依頼人の支払停止を理由に、当該手形の買戻請求権を自働債権とした相殺が「前に生じた原因に基」(旧破産法104条3号但書)づくとして認められた判例。
イ 最判平成10年4月14日(判例タイムズ973・145)
連帯債務者が弁済したことにより取得した求償権を自働債権とした相殺が「前に生じた原因に基」(和議法5条、旧破産法104条4号但書)づくとして認められた判例。
- (2) 相殺否定
金融機関の当座勘定取引契約(最判昭和52年12月6日(判例タイムズ359・204))、及び普通預金契約(最判昭和60年2月26日(金融法務事情1094・38))に基づく預金払戻債務は、契約が危機時期前に締結され、危機時期に振込入金があったとしても、

振込が確実であるとはいえず合理的期待は認められないとして、相殺が否定された判例。

(3) 最判平成28年7月8日(判例タイムズ1432・65)

再生債務者に対して債務を負担する者の、自らと完全親会社を同じくする関連会社の再生債権を自働債権とする相殺が、民事再生法92条1項²により認められる相殺にあたらなるとされた判例。当該事案においては、契約書中に関連会社の債権を自働債権とする相殺を認める合意があったが、相殺禁止に関する条項は強行規定であり、例え合意があったとしても、これに反することはできないとされたといえる。

民事再生法92条1項は相互性が要件とされる(破産法67条1項・会社更生法48条1項にも同種の規定あり)。「前に生じた原因に基づく」という争点とは異なるが、相殺の合理的期待と破産債権者間の公平・平等な扱いという基本原則の調整が図られたともいえる。

第6 検討

私見としては、第二審判決の結論より、本件最判の結論が妥当であると考えられる。ただ、上記のとおり多くの判例があるように、破産法72条2項2号など、相殺が認められるかどうかという場面において、相殺の合理的期待と破産債権者間の公平・平等な扱いという基本原則との調整は必ずしも明確ではない。

本件最判は、支払停止後の違約金債権取得という認定については、第一審から一貫しているが、同号の趣旨である相殺権者の合理的期待に関する解釈を巡り、第二審判決は、複数ある請負契約の報酬と違約金を契約毎に対応させてしか相殺を認めないとしたのに対し(第二審判決は「対価牽連関係」を重視した)、本件最判は、同一の契約にない報酬と違約金の相殺を認めた(本件最判は「一括して清算することを予定」していたと判示している。)という違いが出た。

この点、「前に生じた原因」とは、具体的な相殺期待を生じさせる程度に直接的なものでなければならぬ³と解されるところ、上記で紹介したような判例に近い事案についてはある程度それに沿った予測ができるかもしれないが、そうでない事案であるとか、個別事情が異なる場合などは、具体的事情の積み重ねにより、判断していかざるを得ないと考えられる。

1 破産法
第72条 破産者に対して債務を負担する者は、次に掲げる場

合には、相殺をすることができない。

- 一 破産手続開始後に他人の破産債権を取得したとき。
 - 二 支払不能になった後に破産債権を取得した場合であって、その取得の当時、支払不能であったことを知っていたとき。
 - 三 支払の停止があった後に破産債権を取得した場合であって、その取得の当時、支払の停止があったことを知っていたとき。ただし、当該支払の停止があった時において支払不能でなかったときは、この限りでない。
 - 四 破産手続開始の申立てがあった後に破産債権を取得した場合であって、その取得の当時、破産手続開始の申立てがあったことを知っていたとき。
- 2 前項第二号から第四号までの規定は、これらの規定に規定する破産債権の取得が次の各号に掲げる原因のいずれかに基づく場合には、適用しない。
- 一 法定の原因
 - 二 支払不能であったこと又は支払の停止若しくは破産手続開始の申立てがあったことを破産者に対して債務を負担する者が知った時より前に生じた原因
 - 三 破産手続開始の申立てがあった時より一年以上前に生じた原因
 - 四 破産者に対して債務を負担する者と破産者との間の契約

- 2 民事再生法
第92条1項 再生債権者が再生手続開始当時再生債務者に対して債務を負担する場合において、債権及び債務の双方が第94条第1項に規定する債権届出期間の満了前に相殺に適するようになったときは、再生債権者は、当該債権届出期間内に限り、再生計画の定めるところによらないで、相殺をすることができる。債務が期限付であるときも、同様とする。
- 3 田原睦夫・山本和彦監修『注釈破産法(上)』492頁(きんざい、2015)

特許権侵害訴訟における 査証制度について

客員弁護士 大瀬戸 豪志

1 査証制度の意義

令和元年法律第3号により特許法に「査証」制度が新設され、翌2年10月1日に施行された。この制度は、特許権又は専用実施権(以下「特許権等」という。)の侵害訴訟において、当事者の申立てに基づく裁判所の命令によって、裁判所から指定された査証人が、相手方の工場等に立ち入り、証拠の収集を行い、裁判所に

報告書を提出するというものである(特許法105条の2第1項)。その目的は、近年の高度な製造技術等を用いる方法特許の増加やソフトウェア特許の増加、特に、近年の情報技術やAIの発達による膨大なデータベースを用いたソフトウェア特許の増加に伴う特許権等侵害の有無の判断を容易にするため、中立の専門家による証拠収集手続きを強化するというところにある。

2 査証命令の発令の要件

特許法105条の2第1項は、査証命令の発令の要件として、①査証の必要性、②蓋然性(侵害を疑うに足りる相当な理由)、③補充性、④双方審尋後の決定、⑤相当性という5要件を定めている。以下、それぞれの要件について概観する。

(1) 査証の必要性

この要件は、立証されるべき事実(特許権等の侵害の事実)の有無を判断するため、相手方が所持し、又は管理する書類又は装置その他の物(書類等)について、確認、作動、計測、実験その他の措置をとることによる証拠の収集が必要であることをいう。

民訴法132条の4(訴えの提起前における証拠収集の処分)では、侵害の立証に必要なものであることが「明らか」であることが要件とされているが、査証手続きにおいては明らかであることは要件とされていないことが指摘されている¹。

(2) 蓋然性(侵害を疑うに足りる相当な理由)

この要件は、特許権等を相手方が侵害したことを疑うに足りる相当な理由があることをいう。

蓋然性は特許権者等が証拠によって示さなければならぬが、この点については、「外部から入手できる証拠の範囲内で、侵害の疑いがあると考え合理的な理由の疎明があれば足りると考えるべきであろう。たとえば、製法特許でいえば、被疑侵害方法の場合に特有の不純物が製品に微量でも含まれていることの疎明がされれば、外部から入手できる証拠の範囲内で、侵害の疑いが合理的に疎明されたといえるであろう。」とし、「侵害の立証がある場合と同程度の高度の立証を求める必要がないことは当然であ」といわれている²。

また、査証手続きで立証しようとする構成要件の充足の蓋然性まで求められるものではないが、他方、構成要件の充足性をなんら立証しないままで査証手続きの申立てをするのは、模索的・探索的な証拠収集であるとして蓋然性の要件を充足しないと指摘もある³。

(3) 補充性

この要件は、申立人が自ら又は他の手段によっては、証拠の収集ができないと見込まれることをいう。書類提出命令の手続きを経た後であってもこの要件は満たされるが、「市場から入手することが容易な装置の作動確認を目的として査証手続きの申立てをする場合には、同要件を充足しないと考えられる。」⁴

しかし、この要件については、「査証命令を発令する権限のある裁判所が、当事者に対し任意の提出を求めた場合には、当事者はできる限りこれに協力するとの運用がなされ、侵害の審理が円滑に進み、査証命令を実際に発令することまでは不要となる運用が望ましい。」との意見が表明されている⁵。

(4) 双方審尋後の決定

この要件は、当事者の申立てにより、相手方の意見を聴いて、査証人に対し、査証を命じることをいう。

(5) 相当性

この要件は、「証拠の収集に要すべき時間又は査証を受けるべき当事者の負担が不相当なものとなることその他の事情により、相当でない」と認められる場合でないことをいう。

「時間が不相当なものとなる」場合の具体例として、「長時間の操作停止を強いられる査証が申し立てられた」場合が挙げられており、また、「当事者の負担が不相当なものとなる」場合の具体例として、「過去の書類を大量に提示することが求められている」場合が挙げられている⁶。

この要件については、相手方が主張立証責任を負う。しかし、「仮に、相当性の要件が問題になる場合には、まさに、当事者による任意の開示により争点整理がスムーズに進み、査証命令までは進まないで済むことが、より望ましい運用となるであろう。」といわれている⁷。

3 査証手続の流れ(105条の2～105条の2の6)

特許法105条の2～105条の2の6の規定による査証手続きの流れは、おおむね以下ようになる。

①当事者の申立て(105条の2第1項、2項[申立書の記載事項])

申し立ての時期については、訴えの提起後であれば特に制限はない。

②相手方の意見陳述(105条の2第1項)

③査証人の指定(105条の2の2第2項)・執行官の指名

(105条の2の2第3項)

査証人が誠実に査証をすることを妨げるべき事情があるときは、当事者は、査証人を忌避することができる(105条の2の3)。

④裁判所による査証の決定(105条の2第1項)

査証命令の申立てを認容する決定又は棄却若しくは却下する決定。これについては即時抗告ができる(105条の2第4項)。

⑤査証人による査証の実施(105条の2の4第2項)

査証人は、査証を受ける当事者の工場等への立入り、質問、装置の作動、計測、実験等を行うことができる(105条の2の4第2項)。

査証を受ける当事者が査証人の要求に応じないときは、裁判所は立証されるべき事実に関する申立人の主張を真実と認めることができる(105条の2の5)。

⑥査証人による査証報告書の作成と裁判所への提出(105条の2の4第1項)

⑦裁判所から査証を受けた当事者への査証報告書の写しの送達(105条の2の6第1項)

⑧査証を受けた当事者による査証報告書の非開示の申立て(105条の2の6第2項)

査証を受けた当事者は、査証報告書の送達を受けた日から2週間以内に、査証報告書の全部または一部を申立人に開示しないことを申し立てることができる。この申立の却下に対しては即時抗告をすることができる(105条の2の6第5項)。

⑨裁判所の査証報告書の開示・非開示の決定(105条の2の6第3項)

裁判所は、正当な理由の有無により、査証報告書の全部又は一部を開示するか否かを決定する。この決定に対しては即時抗告をすることができる(105条の2の6第5項)。

裁判所は、書類提出命令(105条)のインカメラ手続きと同様に、侵害の立証のための必要性和営業秘密の保護の必要性和を比較考量して、正当な理由の有無を判断する。裁判所は、正当な理由の有無の判断にあたり、訴訟代理人に対し、査証報告書の全部又は一部を開示することができ、また、当事者等、補佐人、専門委員に対しては、査証を受けた当事者の同意を得たうえで、査証報告書の全部または一部を開示することができる(105条の2の6第4項)。

⑩査証報告書の開示(証拠採用)

4 結びに代えて

上述のように、査証命令の発令には厳格な要件が課されているが、そのうち①必要性、②蓋然性(侵害を疑うに足りる相当な理由)及び③補充性の要件については、申立人(原告)が立証責任を負い、⑤相当性の要件については、相手方(被告)が立証責任を負う。このうち特に、「蓋然性(侵害を疑うに足りる相当な理由)」の立証については、前述のように、「外部から入手できる証拠の範囲内で、侵害の疑いがあると考え合理的な理由の疎明があれば足りる」といわれているが、申立人(原告)の側からすれば、具体的にどのような疎明方法でこれを立証するかが大きな課題となるであろう。

他方、相手方(被告)の立場からしても、査証報告書の非開示の申立てに必要な「正当な理由」の立証に困難をきたすように思われる。

さらに、前述のように、当事者からの任意の証拠の提出・開示により査証命令の発令にまで進まないようにしたり、その発令を不要とするような運用が望ましいという元裁判官からの指摘もある。

このようにみると、査証制度は、相手方(被告)に対する任意の証拠開示を促すという程度の効果を有するにすぎないように思われる。もともとこの制度のもとになった平成31年2月15日の産権審知財分科会特許制度小委員会「実効的な権利保護に向けた知財紛争処理システムの在り方」報告書においても、「本手続は、その存在によって本手続によることなく当事者が任意に証拠を提出することが促されることを期待するものであり、これらの要件のもとで、結果として、いわば『伝家の宝刀』として運用されることが期待される。」(同報告書10頁)といわれている。

- 1 佐藤達文「査証手続の概要およびその運用にあたっての課題」L&T87号61頁
- 2 設楽隆一「令和元年特許法改正による査証制度の解説とその意義」L&T89号48頁
- 3 佐藤・前掲L&T87号61頁
- 4 佐藤・前掲L&T87号62頁
- 5 設楽・前掲L&T89号49頁
- 6 経済産業省令和元年5月「特許法等の一部を改正する法律の概要」43頁
- 7 設楽・前掲L&T49頁

標準必須特許のライセンスに関する英国最高裁判決

弁護士 若竹 宏論

1 はじめに

御池ライブラリー 49号、35頁(2019年4月)では、FRAND (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) 宣言がなされたいわゆる標準必須特許に関する米国裁判例を紹介し、その際、2017年の英国高等法院による判決に若干言及した。昨年2020年、その英国の事件に関する英国最高裁判所の判決¹が出された。今回は、その判決を簡単に紹介したい。なお、判決は大部であるが、紙幅の関係からかなり要約する。

2 事案の概要

本判決は、2つの事件を扱った。一つは、上訴人がHuawei、被上訴人がUnwired Planet (Unwired) であり、もう一つの事件は、上訴人がHuawei及びZTE、被上訴人がConversantであった。

前者の事件(Unwired事件)は、Unwiredが、2014年3月10日、Huawei、Samsung、Googleに対し、6つの英国特許権の侵害を主張し、その後の侵害を防止する差止め請求して提訴したものである。第一審の判決は、2017年に言い渡され、これに対するHuaweiの控訴は、2018年10月23日に棄却された。

後者の事件(Conversant事件)は、Conversantが、2017年7月、Huawei及びZTEを提訴したもので、Conversantは、自ら提案したグローバルライセンスがFRANDであることの宣言、仮にその宣言が得られない場合には、どのような条項がFRANDといえるのかの宣言を求めたものである。英国裁判所の管轄権が争われたが、2018年4月16日の英国特許裁判所の判決では、当該主張は認められず、Huawei及びZTEが控訴したが、2019年1月30日に、控訴院は控訴を棄却した。

いずれの事件も上訴がなされ、Conversant事件は併合して審理されることとなった。

3 主たる争点

英国最高裁が判断した主な点は、以下の5点である。

① 英国裁判所が、次の点について、双方の当事者の合意なくして、管轄権を有し、適切にそれを行

使できるかどうか。

a) 特許発明の実施者が多国籍の特許ポートフォリオのグローバルなライセンス締結に至っていないにもかかわらず、当該特許発明が、標準必須特許である場合に、英国特許権侵害の差止めを命ずること

b) ロイヤルティ率その他のライセンス条項を設定すること

② 英国が本件の争点を判断する便宜でない法廷地(forum non conveniens)であるかどうか(Conversant事件のみ)

③ 標準必須特許権の保有者が実施者に提供しなければならないライセンスが非差別的であるといえるための条件

④ 欧州連合司法裁判所(CJEU)がHuawei対ZTE事件²で示したガイダンスを遵守しなかったことが、EU競争法違反であるとして、必須特許権者からの差止請求を拒絶するべきか

⑤ 英国裁判所が、禁止的差止命令又はそれに代わる損害賠償を認めることが適切な状況

4 英国最高裁の判断の概要

(1) ETSIのIPRポリシー

英国最高裁は、まず、本件で問題となった標準の標準化機関であるETSIのIPRポリシーについて詳細な検討を行い、IPRポリシーにおける契約の主たる目的が、特許実施者の利益と必須特許権者間の公正なバランスを達成することにあるとした。また、英国最高裁は、標準規格に膨大な特許を含む電気通信業界におけるライセンス交渉実務について検討し、特許が付与された国ごとのライセンス交渉をすることには経済合理性がないこと等を指摘した。

(2) ①英国裁判所の管轄権

Huaweiは、実施者が外国特許ライセンス締結に同意しなければ、英国裁判所は、英国特許権侵害を理由に差し止めることはできないと主張した。その理由として、実施者側の他の国における特許の有効性や必須性を争うなどの権利を妥協させることになることや、管轄権を有する外国裁判所の見解にかかわらず、英国裁判所が当該国の特許のライセンス条件やロイヤルティ率を設定すれば、英国裁判所が、事実上、国際的なライセンスを行う法廷となってしまうなど、5つの主張がなされた。ZTEは、Huaweiの主張を基本的に支持した。

英国最高裁は、Huaweiの主張は、ホールドアッ

ブ問題との関係で、実施者保護に重きを置いており、ホールアウト問題から特許権者を保護することが軽視されているとし、これはIPRポリシーの目的とすることに逆行すると指摘した。また、英国最高裁は、米国、ドイツ、中国、日本、欧州委員会の判断や見解を検討し、英国裁判所のアプローチが他の国の裁判所のものと基本的に違いはないとした。結論として、英国最高裁は、国内の特許権の有効性及び侵害の有無に関する問題は、当該特許権を付与した国の裁判所が排他的な管轄を有し、IPRポリシーがない場合には、英国裁判所も外国の特許権を含む特許ポートフォリオのFRANDライセンス条件を決定することはできないとしたが、本件では、ETSIのIPRポリシー上の契約条項により、英国裁判所がFRANDライセンス条件を決定する管轄権が生じるとした。

(3) ②便宜でない法廷地 (forum non conveniens)

forum non conveniensの法理は、訴えの提起を受けた裁判所が、裁判管轄権を有するにもかかわらず、当事者の便宜や正義の実現のためには、裁判管轄権を有する他の法域の裁判所で審理を行う方が妥当であると考えた場合、裁量により裁判管轄権の行使をせず、訴えを却下することを認めるものである³。この法理は、Conversant事件においてのみ主張された。

forum conveniensの主張では、他の候補地の特定が要求され、本件では、中国のみが提案されたところ、英国最高裁は、裁判所におけるヒアリングに基づき、少なくとも全当事者の同意がない限り、中国の裁判所が、グローバルなFRANDライセンスについて決定する管轄権を有していないとし、この点の主張も認めなかった。

(4) ③非差別要件

Unwiredの保有する特許権については、ETSIのIPRポリシーに基づくFRAND宣言がなされており、Unwiredは、関連する標準を利用する者に対し、公平、妥当かつ非差別的な条件 (FRAND) でのライセンスオファーをする義務を負っていた。この点に関し、Huaweiは、2016年7月28日にUnwiredとSamsungの間で締結された、ロイヤルティ率がより低いライセンスを比較例とし、Unwiredは、Samsungと同等のロイヤルティ率で世界規模でのライセンスをオファーすべきだったと主張した。かかる主張は、厳格 (hard-edged) な非差別義務と呼ばれた。

これに対し、Unwiredは、Samsungとのライセン

スが比較可能なものではないこと、比較可能であるとしても、非差別義務は、厳格なものではなく、一般的 (general) なものであり、FRANDな条件でライセンスをオファーするという一つの義務の要素であって、ライセンス対象となる標準必須特許の実際の価値より決定される料率はFRANDとなり得ること、仮にかかる非差別義務の解釈が認められなかった場合には、異なるロイヤルティ率の存在自体では、FRAND義務に違反することにはならないと主張した。

英国最高裁は、非差別義務について、ETSIのIPRポリシーの文言、当該IPRポリシーが最恵待遇ライセンス条項を採用しなかった経緯等を検討し、結論として、Unwiredの主張を支持し、Huaweiの主張を認めなかった。

(5) ④EU競争法違反

CJEUは、Huawei対ZTE事件において、必須特許権者が、実施者に対し、特許権侵害に基づく差止請求をすることが支配的地位の濫用に該当するかどうかの判断に関し、必須特許権者が従うべき交渉上のスキームを定立していた。Huaweiは、UnwiredがHuaweiに対して行ったオファーがFRANDなものではなく、CJEUの定立したスキームに従っていないから、差止めではなく損害賠償による救済に制限されるべきだと主張した。

この点、第一審では、被疑侵害者に対する警告なくして、差止請求をすれば、支配的地位の濫用になるとしたが、CJEUの定立したスキームは、あらゆるケースで遵守されなければならないのではなく、支配的地位の濫用の有無の判断において、当事者の行為を評価するための行動準則を定立したものと評価され、結論として、Unwiredによる支配的地位の濫用は認められていなかった。英国最高裁は、CJEUの判断を正しく解釈しているとして、下級審の判断を支持した。英国最高裁は、その際の差止請求の前に要求される警告や交渉は、個別の事案の状況によるものとした。また、英国最高裁は、欧州委員会の見解⁴にも言及し、CJEUのスキームは、事前の警告により、善意の技術利用者に対する不意の差止請求を防止する一方、必須特許権者が支配的地位の濫用の評価を受けずに差止請求を行えるようにするなどの助けになるものであり、必須特許権者の知的財産権及びその技術の善意の利用者の利益の保護を図っていると、このような考え方が、個別ケースへの対応の柔軟性につながることを指摘した。

(6) ⑤差止めか損害賠償か

Huaweiは、本件のような請求者の関心は、合理的なロイヤルティを獲得することにあるところ、それは損害賠償によって完全に満足されるから、差止めではなく、合理的なロイヤルティに基づく損害賠償が適切かつ均衡のとれた救済であるとして、裁判所は、差止めを認めるべきではないと主張した。

英国最高裁は、Huaweiの主張を認めなかった。その際、英国最高裁は、いわゆるホールドアウトの問題に言及している。すなわち、グローバルな標準必須特許権の侵害について、その救済が金銭的なものに限られるとすれば、必須特許権者は、あらゆる国で訴訟を提起する必要がある、そのコストは膨大なものとなるところ、実施者側は、その損害賠償請求による支払を命じられるまで支払をしないと考えるであろうことを指摘した。そして、この問題があることから、金銭的賠償だけでは不十分であるとした。

5 コメント

以上のとおり、英国最高裁は、上訴人側の主張をいずれも認めなかった。英国最高裁は、ETSIのIPRポリシーの文言や、業界の商慣行を詳細に検討、参照した点が印象的である。

Huawei対ZTEにおけるCJEUの判決が提示したスキームのうち、差止請求訴訟の提起前に警告や被疑侵害者との事前協議をすることだけが必須であるとした下級審の判断を支持し、他の行程に従うことがセーフハーバーとなり得ること、また、個々のケースの具体的事情を重視していることも踏まえると、ライセンス交渉の方法には個々のケースに応じた柔軟な対応が可能であると考えられる。

また、英国最高裁は、管轄権の問題に関し、外国の裁判所が、英国裁判所と同様に、グローバルなライセンス条件を決定する可能性を否定しなかった。そのため、今後、各国の裁判所が同様の判断を示す可能性がある。

標準必須特許を巡る論点については、裁判例の集積は多くなく、各国での今後の議論の発展が期待される。

1 [2020] UKSC37

2 Huawei Tech. Co. Ltd. V. ZTE Deutschland GmbH, Case C-170/13, July 16, 2015

3 田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)359頁

4 European Commission, Communication From the Commission to the European Parliament, the Council and the European

ベルヌ条約ストックホルム改正条約における引用について

弁護士 坂田 均

1 はじめに

(1) 著作権法の下では小説や音楽など他人の著作物を無断で利用することはできない。著作権者は権利を独占することによって利益を最大化できるが、他方で、利用者は社会の公共財でもある著作物をできるだけ自由に利用したいと考える。著作権者と著作物の利用者とが繰り広げるこのような対立は社会の変化と技術の発展とともに形を変えて存在して来たといえる。

著作権法は著作権の権利行使を制限することで一定の要件の下で他人の著作物を利用できるようにしている。

主なものとしては私的使用のための複製(30条)、引用(32条)、学校その他の教育機関における複製等(35条)、視覚障害者等のための複製等(37条)、営利を目的としない上演等(38条)、政治上の演説等の利用(40条)、時事的事件の報道のための利用(41条)等を挙げることができる。

(2) では、このような著作権の権利制限を正当化する根拠は何であろうか。

まず、古典主義、ロマン主義およびジョン・ロックの考えによると、創作することは自分自身の表現としての個人の問題であるから、著作権者は権利者として最大限保護されるべきであるということになる。

次に、著作物は歴史的、文化的文脈と無関係に天才によって突然のように世に現れるのではなく、先人が蓄積した表現を基礎としながら創作されるものであるとする考え方がある。『作者とは何か?』(1969年)や『知の考古学』(同年)の著作で知られているフランス哲学者ミシェル・フーコーは、「作者は、創作的表現を生み出す源泉というより、制限する原理であって、テキストを作者の包括的な計画に合致し

たものとして読むことを私たちに強いている。」¹とする。この考え方によれば、著作物は必ずしも著作者のみが生み出したものではなく著作者が排他的に支配することを正当化することはできない。

著作権の権利制限をどの程度認めるかについても、前者の立場からは、権利制限を狭い範囲でのみ認めて著作者の絶対的な保護が求められる傾向にあるし、後者の立場からは、社会の利益のためには権利制限をより広く認めるべきであるという結論を導きやすい。

また、経済学の立場から著作物へのフリーライドは社会的損失であると指摘する考え方がある。グリーン・ルーニーは著作権制度の効率性を維持するためには、著作権料が支払われていない情報の利用を制限することと、創作への動機づけとして正当なインセンティブを確保することとのバランスを図ることが重要であるとする²。

2 ベルヌ条約上の著作権の権利制限制度の変遷

(1) 次に、「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」(The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) (以下、「ベルヌ条約」という。)においてこの権利制限制度がどのように変遷し、現在の形を形成してきたのかを概観したい。著作権の権利制限制度を統一させることは、同盟国の間で法令、判例、慣行の違いが存在していたことから、困難を伴う作業であった。

(2) 1886年9月9日に同盟国により署名されたベルヌ条約(Convention Concerning the Creation of an International Union for the Protection of Literary and Artistic Works, September 9, 1886, 以下、「1886年条約」という。)の権利制限規定は「抜粋の自由」(the liberty of extracting portions)である。「教育的あるいは科学的目的もしくは名句集のために文学的または美術的作品から部分を抜粋(extracting)して発行物として利用する自由に関して、同盟国の法令、同盟国相互間の現在もしくは将来の特別の取極の効力は、本条約によっては影響しない。」(1886年条約8条)とされていた。

本条は、ドイツ代表が第1回会議(1884年9月8日開催)で提案したものである。当時、ジャーナリストや大学教授たちのためにそのような内容の国内法や二国間条約が既に成立していたが、それを多国間の条約に拡大しようとする試みであった。ドイツ代表は「教育目的のため、合理的な制限の下で、著作者

から一定の借用(borrowings)をすることは許されるべきであるし、それが世界的利益に沿う。」と提案理由を述べている³。これに対して、フランス代表ルイ・ウルバーは、一定の制限の下での複製であれば提案に積極的には反対しないが、名作や道徳的価値の高い作品にも大衆文学と同様の保護が与えられなければならないとして、安易な抜粋に懸念を示していた。同じフランス代表のエマニエル・アラゴーは、提案に賛成しつつも要件を明確に定義する必要があると指摘している。

(3) 1886年条約の「抜粋の自由」は、1908年ベルリン改正条約を経て、1928年ローマ改正条約に受け継がれた(10条)。

イタリア政府とベルヌ事務局は、ローマ改正条約の会議で、同盟国に「義務的」(obligatory)な効力を有する引用制度(the right to quotation)を導入しようとした。しかしながら、同盟国にとっては義務的な引用制度は、同盟国の国内法令や判例との抵触の問題を生じさせることになる。このような理由で、結局、フランス、ドイツ、オランダなどの支持を得られず、義務的な引用制度の導入は見送りとなった⁴。

(4) 1948年ブリュッセル改正条約では、前回のローマ改正条約で果たせなかった「義務的」な引用制度を初めて設けることになった。同改正条約10条1項は「同盟国において、新聞記事及び定期刊行物から「短い引用」(short quotations)をすること、並びに、これらを新聞要約(press summaries)に含めることが許される。」と規定した。短い引用ということで許容される引用の範囲は極めて狭い。この提案はフランス政府によるものであった。フランスでは「新聞批評」(revues de presse)の名でこのような短い引用の慣行があったようだ⁵。

ブリュッセル改正条約の会議においては、引用を広く認めることに、多くの異論が提起されている。例えば、同会議報告書によると、次のような議論があった。

「借用」(borrowing)はこれまでも常に濫用の源泉であったこと、また、文化的慣行のない引用は制御が難しく、往々にして作者の気まぐれにより運用されるという弊害に陥るおそれがある⁶。

当時、権利者保護の要請は依然としてかなり強固なものであった。

また、英国にとっては、フランス政府の義務的な短い引用は受け入れ可能であったものの、広い範囲

で引用を認めることに難色を示した。なぜなら、英国には判例法で形成された権利制限制度「公正利用」(fair dealing)があり、体系的に受け入れることが困難であったからである⁷。

3 スtockホルム改正条約における引用

(1) 1967年のストックホルム改正条約でようやく現在の引用制度の骨格が整った。

同改正条約9条では、引用制度を設けることと並行して複製の権利が排他的権利であることを明確に規定した。このような形で一般的に複製の権利が排他的権利であることを明確にしたのは同改正条約が初めてのことである。一方で、複製の権利を著作者に認めることでその保護を厚くし、他方で、その代わり広く引用を認めようとしたのである。

同10条1項は、同盟国に義務的な規定である。文学的または美術的作品以外のすべての範疇に属する作品に適用される。引用目的には特に限定がない。

これに対して、同条2項の「利用」(utilization)は、同盟国に義務的な規定ではなく、同盟国の法令や同盟国間の特別の取極に内容を定める権限を留保している(いわゆるスリー・ステップ・テスト)。教育目的で、文学的または美術的作品を出版物に描画し、放送し、および録音・録画する方法で利用する限りにおいて正当化されるとしている。

(2) また、ストックホルム改正条約は、「引用」(quotation)することが「公正な慣行と合致するもの」(to be compatible with fair practice)でなければならないとの要件を設けた。

この「公正な慣行と合致するもの」でなければならないとの要件は、研究グループ(スウェーデン代表と知的財産権保護合同国際事務局(BIRPI)によって構成されていた)が1963年にまとめた報告書において提案されたものであった。

その提案理由について次のような記録が残っている。

まず、「短い引用」はもはや普遍的な有効性を持たないことが指摘されている。新聞の主な役割は読者を政治、経済、宗教、文化の分野において公衆の議論の対象となる現代的課題について指針を示すことであるが、そのためには記事の相当な部分が他の新聞記事の寄与によって構成されていなければならないからである。さらに、一定の長さの複製が認められることは著作者の利益にもなる。なぜなら、著作者の意見を適切かつ正確な方

法で確実に報告するためにはある程度の量の引用が必要だからである。

それは、「当該分野で一般的に受け容れられかつ発展してきた慣行」(the rules generally accepted and developed in this field)に従い、かつ、その目的の範囲内でのみ利用することができるとする法理に基づくことによって達成することができる。それはどのような利用でも許容するというものではなく、「公正な慣行」(fair practice)に従うものであることが必須である。「客観的な評価」(an objective appreciation)を経てのみ引用として受け入れることができるのである⁸。

「公正な慣行」の意味については、ストックホルム改正条約会議全体を通じてこれ以上の説明はなされていない。

(3) 研究グループのこの提案を受けて、ストックホルム改正条約会議では、10条1項に関しては、(i)引用された作品はすでに合法的に公衆に提供されたものであり、(ii)引用は公正な慣行と合致していること、及び(iii)目的によって正当化される範囲においてなされることとの提案がなされた⁹。

4 公正な慣行と合致していることの意味

(1) スtockホルム改正条約10条の内容は、現在のベルヌ条約に承継されている。現在のベルヌ条約10条1項は同盟国にとって義務的なものであるということになるが、果たして日本の著作権法32条は整合性を有しているのだろうか。

まず、要件であるが、著作権法32条1項は、①公表された著作物は引用することができるとし、②引用は公正な慣行に合致するものであり、かつ③報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行うものでなければならない、とされている。従って、この3要件はベルヌ条約10条と整合している。

(2) 判例の立場はどうか。パロディ事件(最高裁昭和55年3月28日判決民集34巻3号244頁)では、引用に関して明瞭区別性と主従関係を要件とした。これがほぼ確立した判例となっている¹⁰。

同最高裁判例は旧著作権法の節録引用(30条1項第2)の下で争われた事件であるため、上記3つの要件は意識されていない。上記最高裁判例では「本件モニター写真に取り込み利用されている本件写真部分は従たるものとして引用されているということはできない。」として同法30条1項第2にいう引用に

当たらないと判断したのである。

ベルヌ条約と整合性を持つためには、当該著作物の分野で明瞭区別性及び主従関係の要件を充足した引用が一般的に受け容れられ、かつ発展してきた慣行であって、その意味で公正な慣行と合致していると判断されなければならない。

近時、絶対音感事件(東京地裁平成13年6月13日判決判時1757号138頁)をはじめいくつかの下級審で、パロディ事件の最高裁判決の立場にとらわれずに著作権法32条1項の文言に忠実に要件論を展開する裁判例が登場している。ただ、絶対音感事件判決ではその引用が公正な慣行に合致していないと判断しているが、公正な慣行の存在について十分な事実認定が行われたかは疑問である。

(3) すでに述べたように、ベルヌ条約10条1項の「公正な慣行と合致するもの」の意味については、改正条約の経緯からは「当該分野で一般的に受け容れられかつ発展してきた慣行」ということ以上には分かっていない。なぜそのような要件が登場したかも明らかでない。公正な慣行が英語表記でfair practicesと表現されていることからすると、コモンローの影響も考えられる。また英国のfair dealと関係を有する概念かもしれない。この点の更なる研究が必要であろう。他方で「一般に受け容れられかつ発展してきた慣行」という規範はあまりにも形式的で、何故それが引用として正当化されるのかが明らかではない。より実質的・規範的な意味を見出さなければならないし、そのためには最初に述べたように、著作者と著作物の利用者との利益の調整について歴史的、文化的、社会的、経済的視点から多角的に当該要件を再検討していくことが必要ではなからうか。

SNS社会の到来によって、著作者と著作物の利用者との緊張関係はますます高まっており、公正な境界線の設定を急がなければならない。

- 1 ガリー・ガッティング(井原健一郎訳)『フォーコー』20頁(岩波書店、2007)
- 2 Glynn S. Lunney, Jr., 'Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm', *Vanderbilt Law Review* 49(3) (1996), p483
- 3 1884年9月17日第5回会議報告書, 'Reports of the Various Diplomatic Conferences', p83, <https://globaloup.com/booksites/content/9780198259466/15550022> (以下、「Reports」という。)
- 4 詳しくは、Tanya Aplin and Lionel Bently, 'Global Mandatory Fair Use: The Nature and Scope of the Right to Quote Copyright Works', Cambridge University Press, 2020, p8以下) (以下、「Global Mandatory Fair Use」という。)
- 5 Global Mandatory Fair Use, p14
- 6 1948年6月5日から26日会議報告書, Reports, p262

- 7 Global Mandatory Fair Use, p13
- 8 Records of the Stockholm Conference, Preparatory Documents: S/1, p116-117
- 9 Reports, p292
- 10 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題 半田正夫先生古希記念論集』307頁(法学書院、2003)

デジタル・プラットフォーム の民事責任

弁護士 住田 浩史

1 はじめに：デジタル・プラットフォームをめぐる昨今の事件

デジタル・プラットフォーム(以下「DP」という。)の隆盛は近年著しく、消費者としても、また、そのほかの場面でも、もはやDPを利用しない日はないといつてよいくらいである。

他方で、つぎに紹介するとおり、DPが孕む病理現象の顕在化として、昨年2020年だけでも、社会の耳目を集める事件が立て続けに発生している。

(1) キッズライン事件

まず、Covid-19感染拡大により騒然としていた2020年春に問題が発覚したのが、「キッズライン事件」¹である。

これは、大手ベビーシッターシェアリングエコノミー「キッズライン」のシッター2名が子どもに対して強制わいせつ行為を行うという事件が立て続けに発生したが、キッズラインは、いずれのケースでも事件を認識してシッター登録を停止したにとどまり、報道されるまでは、過去に当該シッターとの間に契約があった保護者に対する調査やプレスリリース等による情報提供を行わなかった。

なお、その後、キッズラインについては、2020年12月、シッターの認可外保育施設設置届の提出の確認をしておらず、一部のシッターが無届状態のまま業務をしていたという新たな事件も発覚している²。

(2) ウーバーイーツ事件

2020年10月には、配達スキルのシェアリングエコノミーサービス「ウーバーイーツ」の配達員の自転車に追突されてけがをした者が、配達員とサービス運営会社「ウーバー・ジャパン」に対して損害賠償

を求める訴訟を提起した、と報道された³。

(3) アマゾンマーケットプレイス事件

そして、2020年11月、「アマゾンマーケットプレイス」で購入したモバイルバッテリーから出火した事件で家財等に被害を受けた者が、中国の販売店や製造者への責任追及が事実上不可能であるとして、米アマゾン・ドット・コムやアマゾンジャパンに対して損害賠償などを求める訴訟を提起した、と報道された⁴。

(4) 本稿の目的

さて、これまでは、消費者は、モノやサービスに問題があった場合、単純にモノの販売者やサービスの提供者を訴えればよかった。ところが、DPと販売者／提供者の分離により、責任追及が困難になったり、危険の防止が後退したりすることは、それ自体が重大な消費者問題であるといえる。

しかし、DPと販売者／提供者は、消費者からの責任追及が困難になる、責任の所在があいまいになればなるほど、どちらも損をしない。両者は、この点においては密かな共犯関係にあるといえよう。

このように、レッセ・フェールのまま放置すれば必然的に拡大・進行してしまうDPの病理現象からいかにして消費者を保護するか、ということが、今日、喫緊の課題である。このような課題に対して、消費者庁は「デジタル・プラットフォーム企業が介在する消費者取引における環境整備等に関する検討会」を設置して協議検討するなどの取り組みをし、2021年通常国会にも消費者保護のための規制立法案が提出される見通しとなっている⁵ものの、DP自身の民事責任についての特別の規定はおかれなざることとなりそうである。

よって、本稿では、現行法下で、消費者がDPの民事責任についてどのように追及することができるかに絞って議論状況を整理し、論じることとする。

2 契約責任

まず、例えば、DP自身がモノ／サービスの販売者／提供者となっているケース、あるいはそうでないとしても個々の取引の媒介を行っているケースなど、DPとの間に、個々の取引についての直接の契約関係がある場合には、その契約に基づいて債務不履行責任を追及すれば足りる。

しかしながら、DPと消費者との間に全く契約関係がないケースや、仮に、何らかの契約関係が観念できるとしても、いわゆる「場」や「機会」、あるいは「情

報」の提供をする限りであり、個々の取引については直接の契約関係があるとはいえない場合には、モノやサービスの欠陥について債務不履行責任を追及することは容易ではない。

3 不法行為責任①：システム構築者責任

さて、では、「場」や「機会」、あるいは「情報」の提供をするDPの不法行為責任を認める余地はないか。

この点、慶應義塾大学法科大学院の金山直樹教授は、すでに10年以上前からこの問題に着目しており、ATMで盗難キャッシュカードを用いて引き出した事案において、債権の準占有者に対する弁済といえるためには「機械払システムの設置管理の全体について、可能な限度で無権限者による払戻しを排除し得るよう注意義務を尽くすべし」とした判例法理（最判平成15年4月8日民集57巻4号337頁）を例にとり、「システム構築者に光を当てて、インターネット販売という場を提供した以上、その場において契約相手方が損害を被ることがないようにシステムを設計・設置・管理する責任がある（中略）。このようにシステム構築者の責任を捉えることは、ローマ法とは異なり、遅くともドマ以来、土地の工作物という有体物の設置または保存上の瑕疵によって他人に損害が生じたときは、工作物の所有者が被害者に対して賠償しなければならないとされてきた思想の現代版である。」（金山直樹『現代における契約と給付』有斐閣、2006年、181頁）として、「システム構築者責任」を提唱されている⁶。

なお、「場」や「機会」、あるいは「情報」の提供者といっても、DPによって、そのかわりには濃淡がある。例えばアマゾンマーケットプレイスを例にとると、アマゾンは、自らも販売者として自己商品を売りながら、マーケットプレイスの出品者に対しては「出品商品は、Amazon.co.jp が取り扱う同タイトルの商品と並べて出品されます。」⁷というセールストークを行い、出品者を募集して、モノを売ってもらい、それによって、アマゾン自身も顧客を集客することができ、自らの販売する商品も売れる、といういわゆる「ネットワーク効果」を享受しているのであって、このような場合は、いわゆる報償責任の観点からも、システム構築者責任の履行がより強く期待されるというべきである。

4 不法行為責任②：過失による幫助

また、近年、投資詐欺事件等においては、詐欺的商法に利用されることを認識しつつ、それを過失により

幫助した業者についての不法行為責任が認められる裁判例がいくつか出ている⁸が、これも一定のDPについて当てはまる。

このような、いわば「出入りの業者」であるレンタル携帯電話業者に比べ、DPは販売者／提供者のビジネスの根幹的な役割を果たしていることが多く、「幫助」が認められるケースは少なくないと思われる。「キッズライン事件」を例にとれば、DPが、シッターについて必要な届がなされていないことについて確認をしないまま消費者とのマッチングを行い、当該無届のシッターにより不法行為が行われた場合などは、DPの「過失による幫助」が認められる場合がある。

5 不法行為責任③：使用者責任—規範的指揮監督関係

さらに、システム構築者責任や過失による幫助を超えて、使用者責任が認められるケースがあり得る。

愛知学院大学法科大学院の田上富信教授は、『使用関係における責任規範の構造』(有斐閣、2006年)において、「今日の企業は、事業者を組織の内部はもちろんのこと、外部においても多数活用して活動領域を拡大しているのが実状である。企業と契約関係にあるこれら事業者が企業の業務を遂行する過程で不法行為をなした場合、被害者から責任を追及された企業が事業者との間に指揮監督関係がないことを主張し、それが常に認められるというのは不当である。」「民法715条が企業責任の一翼を担う以上、企業の本来業務あるいはそれに付随関連する業務の全部又は一部を遂行する過程でなされた不法行為については、不法行為者がたとえ企業外の事業者であっても、その企業は使用者としての責任を負ってしかるべきである。その際、原則として事実上の指揮監督関係の存否は問題とすべきではない。なぜならば、企業は、自己の固有業務ないし関連業務については特別な知識及び経験を有しているのだから、損害の発生を防止すべき地位にあるということができ、損害が発生した場合はそれを企業リスクとして負担するのが公平であるからである。」とし、「業務委託契約」の委託者と受託者という関係であっても「客観的にみて何らかの指揮監督をなすべき地位」という規範的指揮監督関係⁹があれば使用者責任が認められるべきとしている。

例えば、ウーバーイーツ事件を例にとると、ウーバー・ジャパンは、配達員を本来業務あるいは付随業務として使用しているといえ、ウーバー・ジャパンと配達員との関係には、まさに「規範的指揮監督関係」

が成立すると考えられる。

また、DPであるアマゾンにとって、出品者が個別の取引を行うことについて、アマゾンの「本来業務」や「付随業務」にあたると考えられるかについては、上記3で述べたような報償責任の見地、あるいは、消費者からみた場合に、マーケットプレイスで出品されている商品と、アマゾンが売り主となって売られている商品について、そもそも、売り主が違う、ということや、トラブルが発生した際のアマゾンの立ち位置についてまったく違う、ということがわかりにくくなっている(むしろ、このようにわざと「わかりにくい」状況を作出していることがマーケットプレイスのビジネスの根幹であるとすらいえる。)ことなど、アマゾンは、出品者に対して、もはや「場の提供者」を超えた役割を果たしており、かつ、これに対する指導監督が消費者からも期待されている、ということもできよう。この点を重視すれば、アマゾンと出品者との間に「規範的指揮監督関係」を認めることができ、使用者責任が成立する余地があると考えられる。

6 むすびに

なお、世界に目を向ければ、DPの民事責任については、韓国や中国では一定の場合、販売者／提供者と連帯して消費者に対して責任を負うとの立法がなされている。

しかしながら、日本では、民事責任についての議論は、どういうわけか、かなり低調であって、その他の規制についても「自主規制で足りる」との業界の意見は根強い。しかしながら、上記1で挙げたようなキッズライン事件のように、大手業者ですら自主規制が適正になされているとは言い難いケースも見受けられる。

このままでは、日本が、グローバルなDPの草刈り場になってしまうおそれがあるといえよう。

今後、上記の訴訟などを通して、これらの議論がより深められていくことに期待したい。

- 1 株式会社キッズライン「当社サービス内で発生した事件及び安全対策に関する報告書」(2020年9月24日)
なお、「報告書」は同社ウェブサイトにて全文公開されている。
https://kidsline.me/contents/news_detail/645
- 2 株式会社キッズライン「弊社登録ベビーシッターの一部の届出状況に関するお詫びと対応について」(2020年12月28日)
https://kidsline.me/contents/news_detail/672
- 3 毎日新聞「ウーバーと配達員を提訴 追突事故でけがの女性、損害求め 大阪地裁」(2020年10月23日)
<https://mainichi.jp/articles/20201023/k00/00m/040/188000c>
- 4 日経クロステック「モバイルバッテリーが原因で自宅が半焼、責任負わない米アマゾンも法規制へ」(2021年2月10日)

- <https://xtech.nikkei.com/atcl/nxt/column/18/00001/05187/>
- 5 本稿の脱稿は2021年2月15日である。なお、個別の論点については、弊所の志部淳之介弁護士の「デジタル・プラットフォーム企業が介在する消費者取引における環境整備」(Oike Library No.51、2020年4月、20頁)、同「デジタル・プラットフォーム企業が介在する消費者取引における環境整備2」(Oike Library No.52、2020年10月、38頁)などに整理されているので、参照されたい。
- <https://www.oike-law.gr.jp/publish/#library>
- また、京都弁護士会からも、この間、二度にわたり意見書が発出されている。京都弁護士会「デジタルプラットフォーム取引における消費者被害の抜本的な法整備を求める意見書」(2020年10月22日)、「デジタルプラットフォーム取引における消費者被害の抜本的な法整備を求める意見書」(2020年12月24日)がそれである。
- https://www.kyotoben.or.jp/pages_kobetu.cfm?id=10000120&s=ikensyo
- https://www.kyotoben.or.jp/pages_kobetu.cfm?id=10000136&s=ikensyo
- 6 下級審裁判例にも、このようなシステム構築者責任と同様の発想にたつてウェブサイト運営者の責任について論じたものがある。知財高判平成24年2月14日判例タイムズ1404号217頁(チュッパチャップス事件)は、「ウェブページ運営者が、単に出店者によるウェブページの開設のための環境等を整備するにとどまらず、運営システムの提供・出店者からの出店申込みの許否・出店者へのサービスの一時停止や出店停止等の管理・支配を行い、出店者からの基本出店料やシステム利用料の受領等の利益を受けている者であって、その者が出店者による商標権侵害があることを知ったとき又は知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるに至ったときは、その後の合理的期間内に侵害内容のウェブページからの削除がなされない限り、上記期間経過後から商標権者はウェブページの運営者に対し、商標権侵害を理由に、出店者に対するのと同様の差止請求と損害賠償請求をすることができる」と解するのが相当である。」としている。
- また、名古屋地判平成20年3月28日判例タイムズ1293号172頁(ヤフーオークション事件)は「被告が負う欠陥のないシステムを構築して本件サービスを提供すべき義務の具体的内容は、そのサービス提供当時におけるインターネットオークションを巡る社会情勢、関連法規、システムの技術水準、システムの構築及び維持管理に要する費用、システム導入による効果、システム利用者の利便性等を総合考慮して判断されるべきである。」「本件サービスを用いた詐欺等犯罪的行為が発生していた状況の下では、利用者が詐欺等の被害に遭わないように、犯罪的行為の内容・手口や件数等を踏まえ、利用者に対して、時宜に即して、相応の注意喚起の措置をとるべき義務があった」としている。
- 7 [amazon出品サービス「よくあるご質問\(FAQ\)」](https://services.amazon.co.jp/support/faq.html?ref=as_jp_jp_header_faq)
- https://services.amazon.co.jp/support/faq.html?ref=as_jp_jp_header_faq
- 8 例えば、仙台高判平成30年11月22日判例時報2412号29頁は、詐欺的商法に利用されることを認識しつつ、詐欺的商法を行う業者Aに対して携帯電話を貸し出したレンタル携帯電話業者(被控訴人Y1)について、
- 「被控訴人Y1は、Aに貸与した携帯電話が、本件で控訴人が被害を受けた電話勧誘によるデータ商法詐欺を含む詐欺等の犯罪行為に悪用される可能性が極めて高いことを具体的に認識しながら、そのような犯罪行為を助ける結果が生じてもやむを得ないものと少なくとも未必的に認容した上で、被控訴人会社からAに貸与したものと認めるのが相当である。
- このように、被控訴人らが犯罪に悪用されることを未必的に認容していたとの判断は、被控訴人会社がレンタルした携帯電話が実際に犯罪に悪用されていたことを知っていたにもかかわらず、犯罪に悪用されかねない契約の態様等をとっていたことに照らすと、仮に被控訴人Y1が、その供述するように当初の貸

与に先立ってAと公園で面会して偽造された運転免許証の原本を確認した事実があったとしても、これにより左右されるものでない。

したがって、被控訴人らには、控訴人が被害を受けた前記第2の2(1)の詐欺被害について、そのような詐欺行為を助け、詐欺による被害が生ずることについて、包括的かつ未必的な故意があったと認めるのが相当である。なお、仮に、故意がなかったとしても、上記認定判断によれば、被控訴人らには、上記詐欺被害が生ずることについて具体的な予見可能性があったということができ、それにもかかわらず携帯電話を貸与したことは過失があるというべきである。」

と判示して、Y1の責任を否定した原審判決を破棄して、その不法行為責任を認めている。

なお、投資詐欺業者に事務所を貸与したことをもって過失による幫助を認めた類似の裁判例として、東京高判平成29年12月20日判例時報2384号20頁がある。

- 9 規範的指揮監督関係論は、代表的なものとしては平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(弘文堂、1992年、232頁)など、今日では、かなり有力に提唱されている。また、京都大学の潮見佳男教授は、「使用関係は、使用者が被用者を実際に指揮監督していたかどうかという点に即して判断されるのではなく、指揮監督をすべき地位が使用者に認められるかどうかという点に即して判断される。」として、これを「実質的指揮監督関係」と呼ぶ(潮見佳男『法律学の森 不法行為法Ⅱ〔第2版〕』信人社、2011年、23頁)。

デジタルプラットフォーム 運営事業者による 利用停止措置等についての考察 —東京高裁令和2年11月5日判決を題材として

弁護士 増田 朋記

第1 はじめに

近年、SNS(「非取引型」)やオンラインショッピングモール(「取引型」)等のいわゆるデジタルプラットフォームがその存在感を増しており、我々の日常生活においても不可欠な基盤としての地位を確立しつつある。

デジタルプラットフォームは、その特性上、ネットワークへの参加者が多ければ多いほど利用者の効用が高まり、さらなる参加者を呼び込むこととなる。その反面、多種多様な者が参加する中で、サービスを悪用し、他の利用者や第三者に損害を与える事態が生じ得る。そこで、デジタルプラットフォーム運営事業者は、サービスの質の低下を防ぐため、またデジタルプ

プラットフォームという場を提供する者の責任として、不正行為を行う利用者に対し、その利用を停止する等の措置を講じることを求められることとなる。こうした背景の中で、多くのデジタルプラットフォーム運営事業者において、利用停止等の措置を行う際の根拠とするための規定が利用規約等に定められている。

ところが、さいたま地裁令和2年2月5日判決(判時2458号84頁)及びその控訴審である東京高裁令和2年11月5日判決(以下、「本件判決」という。)は、株式会社ディー・エヌ・エーが運営するポータルサイト「モバゲー」のモバゲー会員規約(以下、「本件規約」という。)について、上記のような利用停止等の措置に関する規定を、消費者契約法の不当条項に該当するものとし、適格消費者団体による差止請求を認容するに至った。

本稿ではこれらの判決の内容を分析しつつ、デジタルプラットフォーム運営事業者による利用停止措置等の在り方について考察したい。

第2 判決の分析

1 本件規約の内容と問題点

まずは差止請求の対象とされた本件規約の内容について確認する。本件規約7条1項では「モバゲー会員が以下の各号に該当した場合、当社は、当社の定める期間、本サービスの利用を認めないこと、又は、モバゲー会員の会員資格を取り消すことができるものとします。」と定められており、株式会社ディー・エヌ・エーによる利用停止措置及び会員資格取消措置を可能としている。

さらに、本件規約7条3項においては「当社の措置によりモバゲー会員に損害が生じても、当社は、一切損害を賠償しません」とされ、株式会社ディー・エヌ・エーによる利用停止措置又は会員資格取消措置によりモバゲー会員に損害が生じても、一切損害を賠償しない旨が定められているのである。

ここで重要となるのは、利用停止措置又は会員資格取消措置がいかなる場合に取られることとなるのかという点であり、それは本件規約7条1項各号において規定される。

ところが、本件規約7条1項各号では、登録された個人情報に虚偽や不正があった場合・重複した会員登録があった場合・サービスを利用せずに1年以上が経過した場合・規約に違反した場合といった適用場面が明らかな場合と併せて、「他のモバゲー会員に不当に迷惑をかけたと当社が判断した場合」(c号)や「その他、モバゲー会員として不適切であると当

社が判断した場合」(e号)との定めがあり(※ただし、第一審判決後に「当社が判断した場合」から「当社が合理的に判断した場合」へと変更が加えられている。)、その文言上は、利用停止措置又は会員資格取消措置を取るか否かについて、株式会社ディー・エヌ・エーの側に大きな裁量を与えられる形となっていたのである。

このため、このような裁量判断を誤って、取られるべきではない利用停止措置又は会員資格取消措置が取られた場合には、本来であれば株式会社ディー・エヌ・エーの側の債務不履行責任又は不法行為責任が生じ得ることとなるところ、本件規約7条3項がそのような場合を含めて免責する条項として消費者契約法8条の定める不当条項に該当するか否かが主要な争点として争われたのである。

2 判決の判断内容

本件で、株式会社ディー・エヌ・エーは、本件規約7条1項により利用停止措置等が取られるのは合理的な根拠に基づく合理的な判断によるものであることが当然の前提となっており、本件規約7条3項は、このような場合においてはそもそも損害賠償責任が発生しないことを確信的に定めたものであって、免責条項ではないと争っていた。

しかし、本件判決は「事業者と消費者との間に、その情報量、交渉力等において格段の差がある中、事業者がした客観的に誤っている判断が、とりわけ契約の履行等の場面においてきちんと是正されるのが通常であるとは考え難い。控訴人の主張は、最終的に訴訟において争われる場面には妥当するとしても、消費者契約法の不当条項の解釈としては失当である」と判示し、加えて「事業者は、消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が、その解釈について疑義が生じない明確なもので、かつ、消費者にとって平易なものになるよう配慮すべき努力義務を負っているのであって(法3条1項1号)、事業者を救済する(不当条項性を否定する)との方向で、消費者契約の条項に文言を補い限定解釈をするということは、同項の趣旨に照らし、極力控えるのが相当である」と判示した。

すなわち、適格消費者団体による差止請求において、当該条項が不当条項であるか否かを判断する場合には、株式会社ディー・エヌ・エーが主張していたような限定的な解釈を取るべきでないことを明らかとしたのである。

そして、本件規約7条3項は、本件規約7条1項c号又はe号との関係において、その文言から読み取ることができる意味内容が、著しく明確性を欠き、契約の履行などの場面においては複数の解釈の可能性が認められ、免責条項として機能することになると認め、消費者契約法8条1項1号及び3号の各前段に該当するとした第一審判決の判断を維持したのである。

第3 デジタルプラットフォーム運営事業者による利用停止措置等の在り方について

1 完全免責条項について

上記のとおり、本件判決において主要な争点となったのは、本件規約7条3項の「当社の措置によりモバゲー会員に損害が生じても、当社は、一切損害を賠償しません」という完全免責条項であった。

デジタルプラットフォーム運営事業者にとっては、利用停止措置等の根拠を定めるとともに、このような完全免責条項を置くことによって、利用停止措置等を取られた利用者からのクレームや賠償請求を排斥しやすくなるというニーズがあるとも考えられる。しかし、適切に措置権限を行使したにもかかわらず生じる不当なクレームを排斥するためには現実的にはほとんど機能するものではなく、本件判決のように、このような条項は消費者契約法により無効とされる不当な条項に該当するものと判断される結果、消費者軽視との批判を免れないこととなる。このような完全免責規定を設けている事業者は早急に規約の見直しを図るべきであろう。

2 利用停止措置等の根拠条項について

(1) 一方で、今後の実務上で重要となるのは、本件規約7条1項のような、利用停止措置や会員資格取消措置の根拠を定める規定の在り方である。本件判決はこの点について直接的にはその判断を示していないが、『「合理的に判断した」の意味内容は極めて不明確』として、その不明確さについて厳しく批判したものとみるべきであり、今後の規定の在り方においても考慮されるべき点である。

消費者契約法の平成30年改正の検討経緯の中では、「当事者の権利・義務の発生要件該当性の決定について、事業者のみが権限を有しているとすると、実質的には、事業者が契約の内容を事後のかつ一方的に決めることを許容する結果となり、消費者の権利・利益が侵害されるおそれがある。したがって、条項の解釈や要件該当性の決定に関する権限を事業者のみに付与する条項は、典型的

に不当性が高く、法第10条により無効になる可能性がある」との考え方から、このような決定権限付与条項を無効となる不当条項として消費者契約法で明示すべきことが検討されていた。事業者による利用停止等の権限の発生要件について、「当社が判断した場合」とする本件規約7条1項のような条項は、まさしくこの決定権限付与条項の一種である。

このような決定権限付与条項を全て一律に不当条項として消費者契約法に明示することについて、検討過程においては結局コンセンサスには至らず、今後の検討課題とされ(消費者委員会消費者契約法専門調査会「消費者契約法専門調査会報告書」(平成29年8月)参照)、平成30年改正で不当条項として明示されたのは、免責条項に関する決定権限付与条項のみであった。しかし、消費者契約法には不当条項の一般規定たる同法10条が存在するから、事業者が規定を定めるにあたって、当該条項が不当条項として無効となる事態を避けるためには、このような議論経過をも十分に踏まえるべきであろう。

(2) では、どのような規定を設けるべきであろうか。理想を言えば、利用停止措置等が取られる場合を全て網羅的に具体化して規定しておくことが望ましい。しかし、そのような方法には大きなデメリットがあると考えられ、現実には困難であろう。適用場面を網羅的に具体化することのデメリットの一つは、サービスを悪用しようとする利用者が、具体化されたケースを潜脱して不適切な利用を行おうとする可能性があるという問題である。また、別のデメリットとして、予想外の事態への対応可能性が限定されるという点も挙げられよう。

これらの点から、利用停止措置等を可能とする場面を一定程度、抽象化する必要があるということになるのであるが、このような問題を事業者側に裁量権限を付与することによって解決しようとする方向には大きな疑問がある。健全な事業者ほど、自身が裁量権限を濫用するはずがないとの認識から、自身が判断することが最も適切な方法と考えがちであるが、消費者契約の在り方としては、消費者の立場を軽視するものであって、適切とは言いがたい。「…と認められる場合」ではなく、あえて「…と当社が判断した場合」と規定する背景にも、このような考え方が根強く存在して

いるのではないだろうか。

本件判決も示しているように、事業者は、消費者契約の条項を定めるにあたっては、その内容が明確かつ平易なものになるよう配慮すべき義務があり、利用停止措置等の権限を定めるにあっても、あくまで当該契約の中で、その権限が行使されるべき場面を明確にしなければならないという原則に立つべきである。

しかし、それは必ずしも当該条項の適用について解釈の幅を持たせることを否定することとはならず、事業者・消費者双方にとっての通常の解釈により読み取れることが可能なものであれば効力を発し、潜脱を防止する形での規定も可能となると考えられよう。

具体的には、利用停止措置等を取るべき場面について、可能な限り詳細な具体例の列举と併せて、適用場面の肝となる重要な要素を抽出して示すということが考えられる。例えば、当該利用によって、他の利用者又は第三者の権利を侵害することとなるということが、利用停止等の措置を必要とする重要な要因の一つではないだろうか。本件規約7条1項はこの点を「他のモバゲー会員に不当に迷惑をかけた」「その他、モバゲー会員として不適切である」などとするのみであり、どのような場合が想定例となるのかが全く読みがたいものとなっている。デジタルプラットフォームの性質にもよるが、具体例の列举とともに、本質的な要素を抽出して示し、適用場面を利用者にとっても予想可能なものとしつつ、潜脱を最大限回避するということは不可能ではないと思われる。

また、当該措置の適用についての手続面を充実化することにより、消費者側の不利益を減縮させるということも併せて考えられるべきと思われる。利用者側に全く弁明の機会が与えられず、個別に利用停止の具体的理由の通知さえ行われなるとすれば、そのような強大な権限の行使が可能となる場面も自ずから拡大されることとなる。このような手続が取られない理由は、対応コストが増大するおそれがあることなどが考えられるが、本件規約7条1項などは緊急的な利用停止と永続的な会員資格の喪失が同レベルで扱われており、実際にデジタルプラットフォーム運営事業者においてこうした観点からの対応可能性について十分な検討がなされている現状にあるかは疑問がある。

第4 最後に

デジタルプラットフォーム運営事業者の実務においては、不適切な利用者への対応に苦慮しているという現実があり、この観点から利用規約をどのように規定するかというのは死活問題ともなるものである。しかし、なればこそ、十分な配慮なく利用規約に事業者側の強大な権限を定めることは、不当条項として無効との指摘を受けるリスクを高めることとなり、場合によってはかえってサービスの質の低下をもたらす結果となることが意識されなければならない。本件判決を機会に、各事業者において、消費者の利益に配慮した上で、実効的かつ適切なプラットフォーム運営を図ることのできる規定の在り方が、今一度見直されることを期待したい。

公益通報者保護法の改正への対応 —従来の裁判例を踏まえて

弁護士 上里 美登利

1 公益通報者保護法の概要

公益通報者保護法の一部を改正する法律(令和2年法律第51号)は、令和2年(2020年)6月12日の公布の日から2年以内に施行されることになっている。この改正は、後述のように事業者に通報制度の体制整備を求めると重要な内容を含むが、そもそも同法がどのように機能することが予定されているのか、公益通報者保護法の枠組みと通報をめぐる裁判例を概観しておきたい。

現行の公益通報者保護法は、

- ①「労働者」が、不正の目的でなく(2条1項)、
- ②法の定める「通報対象事実」(2条3項)が生じ、又はまさに生じようとしている旨を、
- ③通報先ごとに法の定める条件を満たす場合に(3条)、
 - ・労務提供先等、又は
 - ・当該通報対象事実について処分又は勧告等をする権限を有する行政機関、あるいは
 - ・その者に対し当該通報対象事実を通報することがその発生又はこれによる被害の拡大を防止するために必要であると認められる者に対して公益通報したことを理由として行われた(2条1項)、

④解雇(3条)、派遣契約の解除(4条)、その他不利益取扱い(5条)を禁止している。

2 通報をめぐる紛争に関する裁判例の概観

(1) そもそも、労働者は、就業規則で使用者に対する誠実義務や秘密保持義務等が定められており、内部情報の外部への持出が明示的に禁止されている場合もある。役員も、法律及び契約上、誠実義務や秘密保持義務を負う。

そこで、労働者や役員が特に社外の行政機関や報道機関等へ通報を行った場合、これらの義務違反があったなどとして、使用者から解雇等の不利益処分や損害賠償請求をされることにより紛争が生じることが一般的である。

なお、裁判例では、公益通報者保護法を適用して判断している例は少なく、同法に言及せず解決している例が多いと見受けられる。また、解雇された者が解雇は通報が理由であると主張し、公益通報者保護法による救済を求めたものの、そもそも解雇理由は通報ではない旨判断されたような場合もある(東京地判平成29年9月19日判例秘書L07230628)。

(2) 役員に関して

役員が通報等を理由に損害賠償の請求等をされた場合に関しては、裁判例では、役員が会社に対して負う守秘義務や善管注意義務、自ら問題を是正し得る立場にあることが重視されているように見受けられる。

生命保険会社の元常務取締役が、特定の融資先との融資取引の内容や会社内部の人事問題、経営問題に係る社内稟議の内容を週刊誌記者に提供したケースでは、生命保険会社の公共性等を検討することなく守秘義務違反で損害賠償請求が認められている(東京地判平成11年2月15日労判755号15頁)。また、プロ野球球団を経営する会社の取締役が取締役会長の違法行為等の存在を記者会見で述べて報道されたケースでは、当該取締役に善管注意義務違反等が認められ、取締役会の招集等による内部での調査・検討を経ないまま記者会見を行い他の取締役の違法行為等を対外的に公表する行為は、取締役会の招集等によっては当該違法行為等を是正することが不可能又は著しく困難といえる特段の事情のある場合を除き、許されない旨判示されている(東京地判平成26年12月18日判時2253号64頁)。

(3) 労働者に関して

労働者に関して特に問題となり得るのは、通報自体ではなく、通報に伴う内部資料の持出し等ではないかと考えられる。

この点、大阪高判平成21年10月16日(判例秘書L06421098)は、司法書士補助者が、勤務先の司法書士事務所において、業務に関する契約書の写しを取った上で、司法書士が弁護士法72条違反の非弁行為を行っている旨を法務局等に対して行うなどしたところ、仕事が一切与えられなくなった事例であるが、問題とされた書類の持出し行為に関し、裁判所は、何らの証拠資料もなしに公益通報を行うことは困難な場合が多いため、公益通報のために必要な証拠書類(写し含む)を持ち出す行為も公益通報に付随する行為として、同法による保護の対象となると解されるなどとしている。

大阪高判令和2年6月19日(労判1230号56頁)は、児童相談所に勤務していた地方公務員による非公開情報データの複写記録の持出し等について、懲戒事由該当性は認められたものの、内部通報に付随する形で行われたものであり、重要な証拠を手元に置いておくという証拠保全ないし自己防衛という重要な目的を有していた、ほかに当該複写記録にかかる個人情報を外部に流出するなどの不当な動機、目的をもって行われた行為であるとまでは認められないなどの事情を認定し、停職3日の懲戒処分を取り消した一審判決を維持している。

他方、東京高判平成24年9月14日(労判1070号160頁)は、自ら税理士事務所を経営しながら、被控訴人の経営する税理士事務所の仕事にも従事していた税理士が、被控訴人の顧客であった会社の帳簿、元帳、議事録及び契約書等の各種書類を持ち出し、株主ら(前取締役ら)に交付したことにより、準委任契約と評価される契約を解除された事案である。同事案では、同税理士が「労働者」ではないこと、紛争の実態が明らかではなく「通報対象事実」が存在するのか明確ではないこと、当該税理士の言動も公益通報者保護法が予定する態様(通報)(2条1項参照)を超えたより積極的なものであるだけでなく、目的の正当性にも疑問がないわけではないことなどから、同法の適用があるとはいえず、契約解除は無効とならない旨判示している。

(4) 公益通報者保護法に拠らない裁判例

なお、労使の紛争に関しては公益通報者保護法によらず、不法行為や労働契約の枠組みの中で判断されている裁判例が多く見受けられる。その場合に

は、①通報対象事実の真実性又は真実相当性、②目的の公益性、③手段又は態様の相当性を考慮して救済の可否を判断するというのが代表的な考え方である。近時の裁判例として、弁当の配食サービスに勤務する労働者が、保健所に対して勤務先の店舗が不衛生である旨の通報を行い、保健所による立入検査を受けた直後に解雇されたケースにつき、東京地判平成27年1月14日(判例秘書L07030086)、インターネット上に執行部を批判するブログを開設するなどし、再雇用契約の更新が拒絶されたケースにつき、東京高判平成28年7月6日(判例秘書L07120907)・原審東京地判平成28年1月29日(労判1136号72頁)等がこの枠組みで労働契約の更新拒絶や解雇の無効等の判断をしている。

(5) このように過去の裁判例を見ると、今回の法改正によって、公益通報者保護法の適用によって労働者等が保護される場合が広がるように思われるが、同法の適用によらず一般法理により労働者等の通報や資料の持出し等に対する救済の可否が検討される事案も引き続き残るように思われる。

3 法改正により必要な体制整備

公益通報者保護法の改正全般については、Oike Library No.52 (2020・10) 39頁以下で紹介されているので、以下では、法改正に向けて必要な制度整備に関するものを重点的に取り上げたい。

(1) 体制整備の義務付け

大きな改正点は、事業者に対し、公益通報に適切に対応するために必要な体制の整備等(窓口設置、調査、是正措置等)が義務付けられたという点であ

る(改正法11条)。なお、中小事業者(従業員数300人以下)の体制整備は努力義務となっている。

体制整備の実効性確保のために、助言・指導、勧告(改正法15条)及び勧告に従わない場合の公表(改正法16条)が導入されているので、注意が必要である。

(2) 守秘義務違反に罰則

また、公益通報対応業務に従事する者又は従事していた者に対し、通報者を特定させる情報の守秘義務を定め(改正法12条)、同義務違反に対しては刑事罰(30万円以下の罰金)を科すという厳しい規制(改正法21条)が導入された。この刑事罰の導入を契機に、既に社内で通報制度を設けている場合でも、実際に対応業務に従事する担当者の位置付けや対応範囲等を再度検討し、制度の見直しを余儀なくされる可能性もあるように思われる。

(3) その他の主な改正

- ・保護される通報者に1年以内の退職者、一定条件のもと役員を追加(改正法2条1項等)
- ・「通報対象事実」に行政罰(過料)の対象となる行為を追加(改正法2条3項)
- ・行政機関や報道機関等外部への通報の際の条件の緩和(改正法3条2号、3号)
- ・通報に伴う損害賠償責任の免除の追加(改正法7条)

(4) これらの改正を受けて、事業者は、形式的な体制整備ではなく、実際に通報がされた場合の対応を見据えた実効性のある体制を整備する必要があるものと考えられる。

編集 後記

今回は、「相隣関係」を特集しました。Covid-19の感染拡大で、家で過ごす時間も長くなりましたが、この種の紛争が悩みのたねとなっている方も多いと思います。法律家でも注意が必要な分野ですが、Q&A形式で、できるだけわかりやすく解説してみました。その他、各弁護士が様々な分野について調査、研究した論考を掲載しています。皆様からのご感想やご意見をお待ちしております。

