

# Oike Library

## CONTENTS

### 特集1 公益通報

1	公益通報とは	弁護士	谷山 智光	1
2	事業者外部への公益通報	弁護士	増田 朋記	3
3	内部通報体制の整備等	弁護士	小原 路絵	5
4	公益通報者保護法に関連した裁判例	弁護士	茶木真理子	8

### 特集2 デジタル・プラットフォームと消費者保護2

1	取引DPF消費者保護法の内閣府令、指針案の解説	弁護士	志部淳之介	11
2	デジタル・プラットフォーム(DP)と「過失幫助」構成 —東京地判令和3年12月21日(漫画村広告代理店に共同不法行為に基づく損害賠償を認めた事例)	弁護士	住田 浩史	13

労働法	ハラスメント事案において使用者による懲戒処分が 問題となった裁判例の分析	弁護士	上里美登利	18
家族法	ステップファミリーをめぐる諸問題	客員弁護士	二本松利忠	20
著作権法	パロディとデクミン事件	弁護士	坂田 均	23
知的財産法	建築物の法的保護(知的財産関係)	弁護士	若竹 宏諭	25
会社法	会計監査限定監査役の監査範囲・責任 —令和3年7月19日最高裁判決	弁護士	永井 弘二	28
会社法	補償契約とD&O保険	弁護士	草地 邦晴	29
損害賠償法	人身傷害保険の保険者による人身傷害保険金支払後の 自賠責保険金回収の影響	弁護士	北村 幸裕	31
不法行為法	最判令和2年7月9日以後の逸失利益定期金賠償についての 下級審裁判例	弁護士	長野 浩三	33
消費者法	多様化する「消費者」概念とこれからの法改正	弁護士	野々山 宏	35

## 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

## 特集1 公益通報

## 1 公益通報とは

弁護士 谷山 智光

## Q1-1 公益通報とは

私は、食品の製造販売を行っている会社の従業員です。最近、私の担当している部署で消費期限の改ざんが行われようとしています。これは良くないと思い、社長に報告したところ、配置転換され、もっぱら雑務に従事させられるようになりました。このような配置転換は許されるのでしょうか。

## A1-1

あなたの社長への報告は、公益通報にあたります。公益通報をしたことを理由に、このような配置転換をすることは禁止されます。

## 解説

## 1 公益通報者保護法とは

2006年4月より公益通報者保護法(平成16年法律第122号)が施行されている。食品偽装やリコール隠しなど、消費者の安全・安心を損なう事業者の不祥事が、組織の内部からの通報を契機として相次いで明らかになったことを受け、事業者の法令遵守を推進し、国民の安全・安心を確保するため制定された。

しかしながら、その後も事業者の不祥事は発生し、制度の実行性が十分とはいえないとの指摘があった。

そこで、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)が制定され、2022年6月1日から施行が予定されている。

以下、現行の公益通報者保護法を指す場合を「法」といい、改正後の公益通報者保護法を指す場合を「新法」という。

## 2 公益通報とは

公益通報とは、①所定の通報主体が、②不正の目的ではなく、③所定の通報対象事実が生じ又はまさに生じようとする旨を、④所定の通報先に、通報することをいう(法2条1項)。

①通報主体について、法は、労働者としている。ここにいう労働者とは、労働基準法9条に規定する労働者をいい、正社員、派遣労働者、アルバイト、パートタイマーなどのほか、公務員も含まれる。なお、新法では、退職後1年以内の退職者(QA1-2)、法人の役員(QA1-3)も通報主体に加えられた。

③通報対象事実について、法は、国民の生命、身体、財産その他の利益の保護に関わる法律として法の別表に掲げるものに規定する罪の犯罪行為の事実又は別表に掲げる法律の規定に基づく処分に違反することが同法律に規定する罪の犯罪行為となる事実としている(法2条3項)。なお、新法では、過料の対象となり得る行為となる事実についても、通報対象事実を含めた。

④通報先について、法は、事業者内部、行政機関、その他の事業者外部の3つを定めている。事業者内部とは、労務提供先又は労務提供先があらかじめ定めた者をいう。行政機関とは、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をいう。その他の事業者外部とは、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をいい、例えば、報道機関、消費者団体などが含まれる。なお、ライバル企業など労務提供先の競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがある者は除かれる。通報先に応じて、公益通報者保護法に基づく保護を受けるための要件(保護要件)が異なっており、事業者内部、行政機関、その他の事業者外部の順で保護要件が厳格になっている。事業者内部への通報の場合は、通報対象事実が生じ、又はまさに生じようとしていると思料することで足りる。行政機関への通報の場合はQA2-1を、その他の事業者外部への通報の場合はQA2-3を参照されたい。通報に当たっては、順番は問わない。

## 3 効果

公益通報者が、保護要件を満たして公益通報をした場合、公益通報をしたことを理由とする解雇は無効である(法3条)。また、降格、減給その他不利益な取扱いも禁止される(法5条)。不利益な取扱いの例としては、訓告、給与上の差別、もっぱら雑務に

従事させることなどがある。なお、新法では、退職金の不支給も不利益取扱いの例示として規定された。

さらに、新法では、事業者は、公益通報によって損害を受けたことを理由として、当該公益通報をした公益通報者に対して、賠償を請求することができないとした(新法7条)。

なお、公益通報者保護法は、通報対象事実に係る通報をしたことを理由として解雇その他の不利益な取扱いをすることを禁止する他の法令の規定や、労働契約法14条及び15条の適用を妨げるものではない(法6条1項、2項)。また、保護要件を満たさない場合であっても労働契約法など他の法令等によって通報者が保護される場合はある。

### Q1-2 退職者の場合

私は、食品の製造販売を行っている会社の従業員でしたが、このたび退職しました。会社では、私が在職中、消費期限の改ざんが繰り返し行われていました。退職してすぐに保健所に通報したところ、会社は行政処分を受けました。会社から、私が通報したからだと、損害賠償請求をされました。このような損害賠償請求は認められるのでしょうか。

### A1-2

新法により、退職者であっても公益通報者となり得ることになりました。新法施行後は、このような損害賠償請求は認められません。

#### 解説

新法は、退職後1年以内の退職者を公益通報の主体に加えた(新法2条1項3号)。

退職者は、事業者の内部において業務に従事していたことから、事業者の不祥事に係る情報を知り得る立場にあり、退職者による通報を促す必要があるからである。

ただし、法令違反については早期の通報により是正されることが望ましいこと、退職から長期間を経過する間に在職中に把握した法令違反行為が是正されている場合もあり得ること、退職後の通報により不利益取扱いを受けた労働者の多くが退職後1年以内に通報していたことから、退職後1年以内の退職者に限定している。

そして、QA1-1解説3のとおり、新法では、事業者は、公益通報によって損害を受けたことを理由として、当該公益通報をした公益通報者に対して、賠償を請求することができないとされている(新法7条)。

### Q1-3 役員の場合

私は、食品の製造販売を行っている会社の取締役でした。会社で消費期限の改ざんが繰り返し行われていることについて、監査役会へ報告したところ、取締役を解任されました。このような解任は許されるのでしょうか。

### A1-3

新法により、役員であっても公益通報者となり得ることになりました。ただ、役員の解任は「不利益な取扱い」には当たらず、解任自体は禁止されていません。しかしながら、新法施行後は、公益通報を理由とした解任により生じた損害の賠償請求ができます。

#### 解説

新法は、法人の役員を公益通報の主体に加えた(新法2条1項4号)。

役員は、その職務に適した権限が法令上付与されているため、事業者の情報を幅広く知り得る立場にあり、役員による通報を促す必要があるからである。

役員とは、法人の取締役、執行役、会計参与、監査役、理事、監事及び清算人並びにこれら以外の者で法令の規定に基づき法人の経営に従事している者をいう。会計監査人は含まれない。

法令の規定に基づき法人の経営に従事している者に限られることから、法令の規定に基づかない相談役や顧問などは含まれない。

「法人の」役員とされていることから、法人格を持たない団体の役員は含まれない。法人の種類は問わず、一般社団法人や医療法人等、会社以外の法人の役員も含まれる。

退職者(QA1-2)の場合と異なり、役員を退任した者が通報したことにより不利益取扱いを受けた事例は十分に確認されていないことから、退任した役員は含まれない。

役員が負う善管注意義務は法律上の義務であるという点において、労働者が契約上負う誠実義務よりも重いものと考えられているから、原則として、労働者及び退職者の保護要件に追加して、事業者内部において取締役会への付議、監査役会への報告その他の善管注意義務の履行として行われる調査是正措置をとるよう努めることを原則としている。

役員に対して、報酬の減額その他の不利益取扱いをしてはならない(新法5条3項)。報酬の減額とは、報酬額が具体的に定められた後にその額を減ずるものを意味し、報酬額が具体的に定められていない場合には、



適当な措置をとらなければならないこととされています。

さらに、新法によって、適切に対応するための必要な体制の整備についても明示的に義務づけられることとなりました。

解説

法10条(新法13条)1項は、「公益通報をされた行政機関は、必要な調査を行い、当該公益通報に係る通報対象事実があると認めるときは、法令に基づく措置その他適当な措置をとらなければならない。」として、行政機関がとるべき措置を定めている。

これにより、行政機関に対して、公益通報者からの公益通報に対する適当な措置をとることが義務付けられ、公益通報者による公益通報を端緒として行政機関による監視・是正機能の一層の発揮を期することとされているのである。

また、「公益通報者保護法を踏まえた国の行政機関の通報対応に関するガイドライン(外部の労働者等からの通報)」(平成17年7月19日関係省庁申合せ)によって、国の行政機関において、外部の労働者等からの法に基づく公益通報及びその他の法令違反等に関する通報を適切に取り扱うため、各行政機関が取り組むべき基本的事項を定めている。

もっとも、法の施行後も、公益通報を受け付けるための窓口を設定して対外的に示していない行政機関が多く存在し、また、行政機関が通報を受け付けたまま調査を行わなかった事例なども見られた。

そこで、新法によって、行政機関のとるべき措置について自主的な取り組みに完全に委ねるのではなく、新たな義務を規定するため、「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(第二条第四項第一号に規定する職員を除く。)は、前項に規定する措置の適切な実施を図るため、第三条第二号及び第六条第二号に定める公益通報に応じ、適切に対応するために必要な体制の整備その他の必要な措置をとらなければならない。」(新法13条2項)と定められた。

Q2-3 報道機関等への公益通報

私の勤めている食品会社では、製品に使用が禁止されている食品添加物が混入されています。会社の上層部もそのこと把握しながら製造を続けているので、私は新聞社に通報してこのような不正を止めたいと思っています。ただ、このことを外に漏らしたということで解雇されないか不安なのですが、このような場合も公益通報者保護法によって保護されるのでしょうか。

A2-3

対象事実が生じ、又はまさに生じようとしていると信ずるに足りる相当の理由(真実相当性)があり、かつ、労務提供先や行政機関への通報では不利益な取扱いを受けると信ずるに足りる相当の理由がある場合などの一定の特別の事情がある場合には報道機関等への通報も保護の対象となります。

解説

報道機関等、行政機関以外の事業者外部への通報を行う場合の保護要件について、公益通報者保護法は、「通報対象事実が生じ、又はまさに生じようとしていると信ずるに足りる相当の理由」があり、かつ、法に定める「特別の事情がある場合」であることを求めている(法3条3号)。

したがって、行政機関等への通報と同様に、まず「信ずるに足りる相当の理由がある場合」(真実相当性)が要件となるから、通報対象事実について、単なる憶測や伝聞等ではなく、通報内容を裏付ける内部資料等がある場合や関係者による信用性の高い供述がある場合など相当の根拠がある場合でなくてはならない。

加えて、行政機関以外の事業者外部への通報については、法3条3号において掲げられた下記の特別の事情が必要となる。

- ① 事業者内部や行政機関に対する公益通報をすれば、解雇その他不利益な取扱いを受けると信ずるに足りる相当の理由がある場合  
 例えば、過去に不祥事について労務提供先等に通報をした従業員が不利益な取扱いを受けたケースが実際にあった場合など
- ② 事業者内部に対する公益通報をすれば、当該通報対象事実に係る証拠が隠滅され、偽造され、又は変造されるおそれがあると信ずるに足りる相当の理由がある場合  
 例えば、過去に労務提供先等になされた通報について、証拠が隠滅されたケースが実際にあった場合など
- ③ 労務提供先から事業者内部や行政機関に対する公益通報をしないことを正当な理由がなくて要求された場合  
 例えば、上司から正当な理由なく、労務提供先等の通報窓口への通報を口止めされた場合など

④ 書面(電磁的方法を含む)により事業者内部に定める公益通報をした日から二十日を経過しても、当該通報対象事実について、当該労務提供先等から調査を行う旨の通知がない場合又は当該労務提供先等が正当な理由がなくて調査を行わない場合

⑤ 個人の生命又は身体に危害が発生し、又は発生する急迫した危険があると信ずるに足りる相当の理由がある場合

労働者である公益通報者は、使用者に対する誠実義務を負うが、上記のような特別の事情がある場合には、誠実義務を履行しつつ犯罪行為等を是正することは困難であり、その他の外部通報先に公益通報をすることを許容することが相当と考えられたのである。

さらに、新法では、上記に加え、下記の場合も含まれることとされた。

⑥ 公益通報をすれば、役務提供先が、当該公益通報者について知り得た事項を、当該公益通報者を特定させるものであることを知りながら、正当な理由がなくて漏らすと信ずるに足りる相当の理由がある場合

⑦ 財産に対する損害(回復することができない損害又は著しく多数の個人における多額の損害であって、通報対象事実を直接の原因とするものに限る。)が発生し、又は発生する急迫した危険があると信ずるに足りる相当の理由がある場合

法の施行後、事業者内部の通報については、誰が通報したかが内部で広がることで不利益取扱いを受けることを懸念して、労働者が消極的になっている状況がみられたため、新法では⑥のような場合も追加されたのである。

また、改正前は法益侵害が重大な場合として、⑤の場合を定めていたが、財産の被害については対象となっていなかった。しかし、事業者が破産したため個人に回復することができない財産上の損害が生じた事案や、事業者の法令違反によって多数の個人が多額の損害を被った事案がみられたことから、財産被害の危険がある場合についても、その発生及び拡大防止の緊急性が高いと考えられ、⑦が付け加えられることとなった。

## 3 内部通報体制の整備等

弁護士 小原 路絵

### Q3-1 体制整備と実効性の確保

当社には、パート従業員含め、200人の従業員がいますが、公益通報に関する規程や制度はありません。新法により、当社にも何か相談窓口を設置するなどの対応が必要になるのでしょうか。

### A3-1

新法では、事業者に対し、内部通報に適切に対応するための必要な体制の整備等が義務付けられました。ただし、従業員数が300人以下の中小企業に対しては、努力義務とされました(新法11条3項)。よって、貴社の体制整備は、新法でも努力義務にとどまりますが、可能なところから、検討を始められるのが望ましいです。

### 解説

新法において、事業者は、公益通報者の保護を図るとともに、公益通報の内容の活用により国民の生命、身体、財産その他の利益の保護に関わる法令の規定の遵守を図るため、公益通報に応じ、適切に対応するために必要な体制の整備その他の必要な措置をとらなければならないと定められた(新法11条2項)。具体的には、「公益通報者保護法第11条第1項及び第2項の規定に基づき事業者がとるべき措置に関して、その適切かつ有効な実施を図るために必要な指針(令和3年8月20日内閣府告示第118号)」(以下「指針」という。)の第4において、

- I 部門横断的な体制整備として、①内部公益通報受付窓口の設置等、②組織の長その他幹部からの独立性の確保に関する措置、③公益通報対応業務の実施に関する措置及び④公益通報対応業務における利益相反の排除に関する措置(②④についてQA3-3参照)、
- II 公益通報者を保護する体制整備として、⑤不利益な取扱いの防止に関する措置及び⑥範囲外共有等の防止に関する措置(QA3-4参照)、
- III 体制を実効的に機能させるための措置として、⑦労働者等及び役員並びに退職者に対する教育・周知に関する措置、⑧是正措置等の通知に関する

措置、⑨記録の保管、見直し・改善、運用実績の労働者等及び役員への開示に関する措置及び⑩内部規程の策定及び運用に関する措置

と定められた。指針は、同条4項に基づくもので、法的拘束力を持つ<sup>1</sup>。指針については、指針を遵守するために必要な事項や推奨される考え方などが盛り込まれた指針の解説<sup>2</sup>が、令和3年10月に消費者庁により発表されている。

また、事業者にとっては、行政機関等に対する公益通報（新法3条2号。QA2-1参照）及び行政機関以外の事業者外部への通報（同条3号）よりも（QA2-3参照）、「当該労務提供先等に対する公益通報」（同条1号。内部通報）が最初になされる方が、組織の自浄作用を図るという観点からしても望ましいところ、内部通報窓口の設置と体制の充実が、通報者が通報先を検討する際に重要となる。

そして、規模の小さい企業の単独での窓口設置が難しい場合でも、グループ会社共通の窓口や、事業者団体や同業者組合等の関係事業者共通の窓口を設置することが考えられる。必ずしも、会社内部に設置する必要はなく、法律事務所や民間の専門機関といった社外に設置することも考えられ、また、窓口の利用者や通報対象事実を法で定められているよりも広くすることで、窓口の利用促進につながると考えられる。

- 1 「公益通報者保護法に基づく指針（令和3年内閣府告示第118号）の解説」（以下「指針の解説」という。）の第1.1.注釈1
- 2 指針には、「公益通報者保護法を踏まえた内部通報制度の整備・運用に関する民間事業者向けガイドライン」（平成28年12月9日公表）の規定が盛り込まれている。

### Q3-2 公益通報対応業務従事者

当社では、ハラスメント通報窓口を法務部に置くという内部規程があります。新法で新たに従事者を定めることになったと聞きましたが、この内部規程のままでもいいのでしょうか。

#### A3-2

従事者に該当するかどうかは、部署の名称にかかわらず、公益通報対応業務を行っているかどうかという実質で判断すべきです<sup>1</sup>。貴社の現在の窓口が、ハラスメント以外にも内部公益通報窓口もかねる必要があり、その点の内部規程の見直しや社内での周知が必要となります。また、部署の役職で従事者を指定することも可能ですが、従事者となる者自身に従事者の地位に就くことを明確に認識させる必要があるため、書面

で個別に通知するか、内部規程で明記することが考えられます<sup>2</sup>。

#### 解説

新法において、事業者は、公益通報を受け、調査、是正に必要な措置をとる業務（以下「公益通報対応業務」という。）に従事する者（以下「従事者」という。）を定めなければならないとされ（新法11条1項）、指針の第3の1項では、内部公益通報窓口において受け付ける内部公益通報に関して公益通報対応業務を行う者であり、かつ、当該業務に関して「公益通報者を特定させる事項」<sup>3</sup>を伝達される者を、従事者として定めなければならないとされた。このような従事者が新たに定義付けされた趣旨は、従事者に、刑事罰を伴う守秘義務を負わせることで（新法12条）、秘匿性を確保し、公益通報者の保護を図る点にある。他方、従事者が予期に反して刑事罰を科されることがないように、指針の第3の2項では、書面による指定など、従事者自身が従事者の地位に就くことが明らかとなる方法で定めなければならないとされた。

守秘義務は、異動や退職等で従事者に該当しなくなった後も続き、故意犯のみが処罰対象となる。「公益通報対象者を特定させるもの」が守秘義務対象となるため、通報者の同意がある等、正当な理由がある場合は守秘義務違反とならない。

また、従事者は、通報者対応、調査及び是正措置等、制度の重要部分に関与していくことになるため、必要な能力や適性を有する者が配置されることが重要となる<sup>4</sup>。他方で、従事者自身の負担軽減や制度の実効性確保のためにも、定期的な人事異動や、サポート体制の充実、社内研修の実施などが検討される。

- 1 指針の解説の第3.1.1③
- 2 指針の解説の第3.1.2③
- 3 氏名、社員番号など当該人物固有の情報の他、性別等であっても、他の情報と照合することで人物が特定される場合はこれにあたる（指針の解説の第3.1.1③注釈6）
- 4 指針の解説の第3.1.1③注釈7

### Q3-3 調査

私は、内部通報窓口を担当しているのですが、通報があれば、どんな内容でも必ず調査を行わなければならないのでしょうか。また、匿名の通報の場合は、どのように対応したらいいのでしょうか。

#### A3-3

通報があれば、正当な理由がない限り、調査を行わ

なければならないと考えられます。そして、制度の実効性確保のため、匿名の通報でも受理する必要があります<sup>1</sup>。そのため、個人が特定できないメールアドレスの利用など、匿名での連絡を可能にする仕組みを導入ことが考えられます。

また、通報者の意向に反しても調査は原則可能ですが、その場合、通報者とのコミュニケーションを十分にとり、プライバシー等の通報者の利益が害されないよう配慮する必要があります。

#### 解説

調査を行わなくてもよい正当な理由とは、解決済みの案件に関する場合、通報者と連絡が取れず事実確認が困難な場合等がある。解決済みかどうかは、事業者と通報者で認識のずれがある場合、客観的に判断されるが、再発もあり得ることから、慎重な判断を要する。

また、組織の長その他幹部が主導的に法令違反に関与している場合、適切な調査を行うため、社外取締役や監査機関にも報告し、調査に関与してもらうことも考えられる。外部の通報窓口の設置も、幹部からの独立性の確保に資する手段と考えられる。

さらに、利益相反の排除として、事案に関係する者を、公益通報対応業務に関与させないことが必要となる。事案に関係する者とは、典型的には、法令違反行為の発覚や調査の結果により実質的に不利益を受ける者、公益通報者や被通報者と一定の親族関係にある者等が考えられ、あらかじめ内部規程に例示しておくことが望ましいとされている<sup>2</sup>。

1 指針の解説の第3.Ⅱ.1(3)③

2 指針の解説の第3.Ⅱ.1(4)

#### Q3-4 範囲外共有等の禁止

内部通報窓口に通報があり、調査を実施することになったのですが、担当部署だけでは、十分な調査が行えないため、他部署にも協力を依頼する予定です。情報の取り扱いで注意することはありますか。

#### A3-4

事業者は、通報者を特定させる事項の共有を最小限にしなければなりません(範囲外共有の禁止<sup>1</sup>)。そのため、調査を他部署に依頼することが必要であるとしても、通報者を特定しなければ調査が実施できないという場合を除き、通報者の情報を共有しないようにしなければなりません。共有が必要な場合も、調査担当者にも秘密保持を誓約させるなどの方法が考えられま

す。

#### 解説

通報したことが他者に知られる懸念があれば、通報を躊躇することにもつながりかねないため、事業者には、範囲外共有や通報者の探索の防止に関する措置が求められる。例えば、受付時においては、通報時の記録において、固有名詞を仮称としたり、外部窓口が受け付けた場合には通報者からのメールを明示の同意の無い限り、事業者には開示しないなどの措置が考えられる。

また、調査時においても、なるべく通報者を特定しない調査が可能かを検討し(抜き打ち監査を装う、他部署にもダミー調査を行う、全従業員に匿名アンケートを実施する等)、特定が必要不可欠な場合は、必要最小限の情報のみを共有するようにし、調査担当者には、漏洩が懲戒処分の対象となることの十分な認識を持たせることが肝要である。

さらに、記録の管理などの情報セキュリティに関する措置も必要となり、通報者の探索が行われた場合には、懲戒処分などの適切な措置が必要となる。

そして、職制上のレポーティングラインにおける報告(いわゆる上司等への報告)等も内部公益通報にあたり得る。このような報告を受けた上司は従事者ではないので刑事罰のある守秘義務を負うものではないが、情報の取扱いに関し、範囲外共有の禁止に関する内部規程で、情報漏洩の行われないようにする必要がある<sup>2</sup>。

QA2-3解説⑥の通り、範囲外共有が徹底されなければ、通報者が行政機関以外の外部通報を行うことにもなりかねないため、内部規程の整備のみならず、社内教育の実施など、範囲外共有が行われる相当の理由があるとされないようにする必要がある(新法3条3号ハ)。

1 指針の解説の第3.Ⅱ.2(2)

2 指針の解説の第3.Ⅱ.3(1)注釈36

## 4 公益通報者保護法に関連した裁判例

弁護士 茶木 真理子

### 1 公益通報者保護法の適用が争点となった事例

労働者が行った通報について、公益通報者保護法の適用を認め、労働者の救済を図った裁判例として公開されているものとしては、大阪高裁平成21年10月16日判決がある。

他方で、公益通報者保護法違反が主張された多くの事案では、そもそも公益通報に該当しない、あるいは、外部通報の要件を充たしていないことを理由として、同法の適用が否定されている。東京地裁平成29年9月19日判決も、労働者は自らの通報は公益通報に該当すると主張したものの、公益通報に該当しないとされた事案である。

○大阪高裁平成21年10月16日判決(判例秘書登載)

#### 【事案の概要】

司法書士であるYの司法書士事務所に雇われていたXが、Yの非弁活動を法務局等へ通報したり、証拠となる書類を持ち出したところ、それを理由としてYによる退職強要ともいえる嫌がらせ行為や雇用契約の合意解除がなされた。Xは、上記通報行為等は公益通報者保護法によって保護の対象となる行為であるのに、Yが行った嫌がらせ行為等は同法違反の不利益取扱いであり、使用者としての義務にも反する違法行為であると主張して、Yに対し、不法行為に基づく損害賠償請求を行った。

#### 【裁判所の判断】

裁判所は、Yの行為は弁護士法に抵触する非弁行為であること、Xはその犯罪行為として非弁行為がされたと「信ずるに相当な理由」の下に通報したこと等を認定したうえで、公益通報者保護法3条2号による保護対象となるとした。そのうえで、このようなXの通報等に対し、証拠となる書類の持出が違法であったと自認する内容の確認書への署名押印を求めたり、通報の理由についてXの返答次第では不利益な措置を行うかのような通知書を交付したり、Xに仕事を一切与えなかったりした一連のYの行為は、公益通報を行ったXに対し、義務なき行為を強

いた上、Xを職場で疎外しようとするものであり、公益通報者保護法5条1項が禁止する「その他不利益な取扱い」に該当するとして、Xの損害賠償請求が認容された。

○東京地裁平成29年9月19日判決(判例秘書登載)

#### 【事案の概要】

株式、投資信託等の委託売買等の営業及び自己売買を行う株式会社であるYに雇用されていたXが業務怠慢や勤務成績不良を理由に解雇されたところ、同解雇は公益通報をしたことを理由にしたものであり、かつ解雇権の濫用に当たるから無効であるとして、XがYに対し、労働契約上の地位確認等を求めた事案である。

#### 【裁判所の判断】

XがYやYの社長宅等にFAX送信したいずれの書類も、金融商品取引法違反の具体的事実の記載が全くないどころか、金融商品取引法違反の事実を推知するための情報さえ記載されていないため、どのような違反事実が行われ又は行われようとしているのかを伝えるものではない。よって、Xの行為は、公益通報者保護法2条1項の「通報対象事実が生じ、又はまさに生じようとしている旨を通報する」ものとは認められない。また、Xは、Yに対する腹いせ又は上司に対する嫌がらせで一連のFAX送信を行っているとは推認され、「不正の目的でなく」とはいいがたい。

よって、Xによる公益通報は存在しないため、公益通報者保護法3条が規定する公益通報を理由とする解雇と認めることはできないとした。そして、Xの職務離脱行為や、不可解な文書を送信して上司を誹謗中傷するなどして社内に混乱を招くといった一連の行為は、就業規則の解雇事由に該当し、権利濫用にも当たらないとして、解雇は有効であるとした。

### 2 判例法理で労働者が救済された事例

労働者による通報は、労働者が使用者に対して負う誠実義務や秘密保持義務に違反するものとして懲戒の対象となり得る。しかし、他方で、労働者による通報は使用者による法令違反行為の是正・抑止を促進することにもつながるものであり、正当な通報については、仮に当該組織の名誉や信用が毀損されたとしても、違法性は阻却され、不利益取扱いを行うことはできない。

また、1で触れたとおり、公益通報者保護法では、

同法が定める厳格な要件を全て満たす場合にしか保護されることがないため、通報者の救済としては十分とは言えない。

そこで、これまでの裁判例では、公益通報者保護法の適用がない通報であっても、①通報内容が真実であり、または真実であると信ずべき相当な理由があるか、②通報の目的が公益性を有するか、③通報の手段・態様が相当なものであったかといった点を総合的に考慮し、正当な通報に該当する場合には労働者の救済を図っている。

#### (1) 通報行為を正当としたもの

○東京地裁平成27年1月14日判決(判例秘書登載)

##### 【事案の概要】

高齢者等に弁当を配達する配食サービス業者であるYの従業員であったXが保健所に通報して内部告発を行ったところ、その内容はいずれも虚偽であることを知りながら悪意により上記通報を行ったものであり、Yの名誉・信用を毀損し、業務の正常な運営を妨げる行為であるとして、YがXを懲戒解雇した事案である。これに対し、Xは、解雇の無効を争った。

##### 【裁判所の判断】

①Xの行った通報の根幹部分である本件店舗に不衛生な状況が見られ、食中毒の危険性がある、又は、Yの従業員の食品衛生に対する意識が低いということについて、全くの虚偽であると言い切れるかについては疑問があり、少なくともXがそのように信じたことについてはそれ相応の理由があるといえる。

②通報の目的についても、私怨を晴らす目的があったとまでは認めることはできず、食中毒を発生させないという公益をはかる目的があったといえる。

③手段または態様についても、若干執拗な嫌いもあるが行政機関に対する通報に留まっていることも勘案すれば、相当性を欠くとまではいえない。

以上を総合的に考慮すれば、Yの主張する解雇理由は、客観的に合理的な理由とは認め難く、権利を濫用したものとして無効と判断した。

#### (2) 通報行為が正当でないとしたもの

○東京高裁平成28年12月7日判決(判時2369号61頁)

##### 【事案の概要】

私立小学校の教頭であるXが、当該小学校を運営する学校法人Yの理事長及び理事の横領・背任を告発する書面を県に提出したこと等を理由として解雇された事案である。Xは、解雇の無効等を争った。

##### 【裁判所の判断】

Yに対する監督権限を有する県に対し、Yの理事に犯罪行為があるとして告発する場合には、それがたとえ公益目的でなされた場合であったとしても、誤った告発によって当該理事の名誉を傷つけるのみならず、Yの信用を害し、その業務に支障を生じさせる恐れがあることから、告発を行うXにおいても、告発内容が真実であると信じるに足りる相当な根拠を有することが必要であり、このような根拠なく誤った告発を行った場合には、Yの運営及び業務に重大な支障となりうる行為といえ、また、Yの教職員としての資質・能力に重大な疑いを生じさせる行為であって、Yとの雇用契約上の信頼関係を損なうものといえるから、普通解雇事由に該当するものと解される。そして、Xによる告発は誤った告発であり、告発内容が真実であると信じるに足りる相当な理由もなかったと認定して、普通解雇は有効とした。

○東京地裁平成23年1月28日判決(労判1029号59頁)

##### 【事案の概要】

服飾専門学校等を開設する学校法人Yの職員であったXが、週刊誌の記者に情報提供した行為等がYやその理事長等の名誉を著しく傷つけ、ひいては学校の信用を失墜させかねないので懲戒解雇事由にあたるとして懲戒解雇された事案である。Xは、懲戒解雇の無効を争った。

##### 【裁判所の判断】

①Xによる本件内部告発事実は、いずれも、真実性ないし真実相当性が認められない。

②Xは専ら自らの身分を保全する意図の下、内部告発を行ったのであって、Yの経営改善等、公益的要素が主たる目的であったとはいえない。

③労働者は、仮に企業内に看過し難い不正行為が行われていることを察知したとしても、ま

ず企業内部において当該不正行為の是正に向け努力すべきであって、これをしないまま、週刊誌記者に対して内部告発を行うことは、手段・態様の相当性も欠ける。

以上より、Xによる内部告発は正当なものとは認められず、懲戒解雇は有効とした。

なお、本判決では、公益通報者保護法の適用があるとのXの主張についても、同法の要件を充たしていないとして、排斥されている。

### (3) 公益通報に付随して行われた行為に対する懲戒処分が争われた事例

公益通報者保護法による保護を受けるためには、外部通報の場合は、今回の改正で一部例外は認められたものの、原則として真実相当性の証明が必要である。そこで、公益通報にあたっては、証拠資料の収集行為や内部資料の持出行為を伴うことが通常想定され、実際にも、かかる公益通報に付随して行われた行為に対する不利益取扱いの適否が問題となっている。この点について判断した直近の裁判例としては、大阪高裁令和2年6月19日判決がある。なお、このような公益通報に付随して行われた行為については、今回改正された公益通報者保護法でも保護の対象とはされていない。

#### ○大阪高裁令和2年6月19日判決(労判1217号67頁)

被告Y市の職員であるXは、Y市の児童相談所に勤務していた平成27年3月および10月、Y市内の児童養護施設で起きたと疑われる被措置児童虐待の不祥事について、同児童相談所が適

切な対応を採っていなかったとの認識を有したことから、これを問題視し、Y市の公益通報処理窓口に対して二度にわたり、いわゆる公益通報を行った。

Xは、当該各公益通報の前後の時期に行ったとされる、上記虐待を受けたとされる児童の妹の児童記録データを出力して複数枚複写し、そのうちの1枚を自宅へ持ち出した上に無断で廃棄した行為等について、地方公務員法所定の懲戒事由に該当するものとして、Y市市長から、停職3日の懲戒処分を受けた。

Xは、本件懲戒処分を不服として、本件懲戒処分の取消しを求めた。

#### 【裁判所の判断】

Xによる児童記録データの複写記録の持ち出し行為は懲戒事由に該当するが、いわゆる公益通報を目的として行った2回目の内部通報に付随する形で行われたものであって、少なくともXにとっては、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ものであり、このほかに、複写記録にかかる個人情報情報を外部に流出することなどの不当な動機、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のであるから、その原因や動機において、強く非難すべき点は見出したい。

よって、本件懲戒処分は、社会観念上著しく妥当を欠いて、その裁量権を逸脱又は濫用した違法があるとし、本件懲戒処分の取消を命じた一審の判断を是認した。

## 特集2 デジタル・プラットフォームと消費者保護2

1 取引DPF消費者保護法の  
内閣府令、指針案の解説

弁護士 志部 淳之介

## 1 新法の成立と内閣府令等の整備

令和3年5月10日、取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律(同法は、取引DPF消費者保護法と略されるが、本稿では、「新法」という。)が成立した。新法は、デジタルプラットフォーム上での違法商品の流通など、不適切な事例に対応するための環境整備を目的とする法律である。細目は政省令に委任されているところ、2021年11月2日に取引デジタルプラットフォーム官民協議会の準備会が立ち上がり、同日、内閣府令案の検討事項が示され、非公開の場で議論された<sup>1</sup>。その成果として内閣府令案及び指針案が示され、パブリックコメントが実施された(2022年1月17日締切)。同年2月24日、成案の内容が公表された。施行時期は同年5月1日である。

## 2 内閣府令等の内容

新法の目玉は、販売業者等情報の開示請求(新法第5条)<sup>2</sup>であるところ、施行規則では、開示請求できる債権額が1万円を超える場合とされた(規則第4条)。

衆参両院の附帯決議は、「内閣府令で定める額」については、消費者被害の実態に照らし、必要十分な消費者が開示請求制度を利用できるよう、適切な額とすることを求めている。国会審議においても、「一人にとっては少額でも、広範囲に詐欺的に行われることもある」「少額被害は泣き寝入りせよと言わんばかり」「十分に低廉にすべき」等の要請があった。内閣府令案では、債権額が1万円を超える場合とされたことで、日弁連や消費者団体からは、引き下げを求める意見が出ていた<sup>3</sup>。

開示請求できる債権額については、販売業者の連絡先が不明で被害回復のために開示が必要とされたケースを分析し、実態に即した形で定めるのが妥当であろう。他方で、対応する事業者側のコスト(ひいては商

品役務の代金に転嫁され最終的に消費者が負うコスト)にも配慮が必要である。新法と同様に消費者保護を目的とする特定商取引に関する法律においては、適用除外の対象となる取引は、3000円未満の取引とされている(同法第26条第4項第3号、同法施行令第7条)ことからすると、身元情報開示請求のための下限金額は、3000円程度が妥当であったといえる。

## 3 指針案の内容

実務的に重要なのは、指針案である(施行日までは「指針案」とされているので、本稿では「指針案」と呼ぶことにする)。新法は、取引デジタルプラットフォーム提供者の努力義務として、①消費者が販売業者等と円滑に連絡できるための措置、②消費者からの苦情に係る事情の調査等、表示の適正確保に必要な措置、③販売業者に対して、所在情報をはじめ、その特定のために必要な情報(身元確認情報)を提供させること、に努めるべき旨を定める(新法第3条)。

指針案は、新法第3条に規定する取引デジタルプラットフォーム提供者が行う措置に関して、必要な事項を定めたものである。

(1) 消費者が販売業者等と円滑に連絡することができるようにするための措置(新法第3条第1項第1号関係)

基本的な取組として、①連絡先や連絡手段が、消費者が容易に認識することができるような文字の大きさ・方法をもって、容易に認識することができるような場所に示されていること、②消費者が合理的な期間にわたり、社会通念に照らして相当な時間帯において、必要に応じ販売業者等と連絡が取れるようにすることを求めている。

また、望ましい取組の具体例として、以下のものが示されている。

## ア 販売業者等の連絡先の表示の徹底

(ア) 特商法第11条の販売業者等の氏名・住所等の表示義務の遵守に資するため、取引デジタルプラットフォーム内に販売業者等向けの専用ページを設けること。

(イ) 販売業者等が、特商法第11条の規定により取引デジタルプラットフォームの「場」に連絡先を掲載しない場合は、消費者からの請求

があり次第、連絡先を記載した書面又は電磁的記録を遅滞なく提供する旨の表示をするよう徹底すること。

(ウ) 販売業者等に対して、連絡先に加え、対応可能日時も記載するよう義務付けること。

イ 専用のメッセージ機能の提供

取引デジタルプラットフォーム提供者が、自ら構築した専用のメッセージ機能を提供すること。

ウ 連絡手段が機能しているか否かの確認

(ア) 販売業者等が表示する連絡先が連絡手段として現に機能していることを確認するため、取引デジタルプラットフォーム提供者が定期的なパトロールを実施すること。

(イ) 消費者からの情報受付窓口を設置して販売業者等への連絡の可否に関する情報を収集すること。

エ 連絡手段が機能しない場合の取引デジタルプラットフォーム提供者の対応

(ア) 消費者からの連絡に対して、一定期間販売業者等から返信がない場合は取引デジタルプラットフォーム提供者が回答を促すこと。

(イ) 消費者から、販売業者等への連絡手段が機能しないとして取引デジタルプラットフォーム提供者に問合せがあった場合の内部的な標準処理期間を設けること。

(2) 消費者から苦情の申出を受けた場合の販売条件等の表示の適正を確保するための措置(新法第3条第1項第2号関係)

ア 消費者からの苦情の申出の受付

(ア) 購入した商品等に関する苦情であれば注文(取引完了)確認画面又はメールに、購入前の商品等に関する苦情であれば商品ページごとに苦情申出のためのリンクを貼る等、消費者にとって分かりやすい場所、分かりやすい方法で受け付けられるようにすること。

(イ) 申出を受け付けた旨及び当該申出への対応について申出を行った消費者に対し回答すること。

(ウ) 苦情の申出の受付を購入後に限定せず、疑義情報の通報という形式等により購入前の苦情の申出も受け付けること。

イ 関係者への照会等

(ア) 特に商品の安全性や知的財産権の侵害等のリスクが高い商品等について、製造業者、ブランドオーナー、権利者等にスムーズに照会

できる仕組みを整えること。

(イ) 商品の販売等に関し監督官庁がある場合に、当該監督官庁との連絡担当者の配置やホットラインの設置等により、円滑な連絡体制を構築すること。

ウ 不適正な表示を行った販売業者等への対応

(ア) 利用規約に基づき状況に応じた比例的な制裁を行うこと。

(イ) 違反の状況等の記録を蓄積し、利用規約の改定等の予防措置の改善に活用すること。

(3) 販売業者等の特定に資する情報の提供を求める措置(新法第3条第1項第3号関係)

基本的な取組として、取引デジタルプラットフォーム提供者が、販売業者等の表示について問題のおそれのある事例に接した場合に、販売業者等に対し、その特定に資する情報(販売業者等の身元の特定につながり得るあらゆる形式の情報)の提供を求めることが必要とされている。

また、必要な情報をより円滑に求めることができるよう、アカウント登録時に、販売業者等の特定に資する情報の提供を求めることや、日常的な監視活動を通じて情報が疑わしい事例に接した場合に販売業者等に対し裏付けの資料を求めること、などが期待されている。

望ましい取組の具体例としては、以下のものが示されている。

ア アカウント登録に当たり、法人であれば当該法人自らの法人番号又は登記事項証明書等、個人事業主であれば当該個人自らの住民票や事業証明書等の情報及び公的書類の提出を受けること。

イ 販売業者等の氏名又は名称が、登録された銀行口座の名義と一致しているか確認すること。

ウ 商品の販売等に許認可等が必要である場合には、許認可等を受けた旨の証明書の提出を受けること。

エ 取引の過程において登録情報と異なる情報に接したときは、個別に事実確認を行い、正しい情報の記載を求めること。

(4) まとめ

以上のように、指針案では、ベストプラクティスという形で事業者求められる内容が具体的に記載されている。これらは、努力義務の指針ではあるが、義務を怠り長期間放置しているような場合には、企業評価や、損害賠償法上の違法評価に影響することも考えられる。事業者としては、コンプライ

アンスの観点から、自社がベストプラクティスに記載された内容を実践できているか見直す必要がある。

#### 4 最後に

内閣府令等の施行時期は、令和4年5月1日である。施行を控え、事業者求められるルールを確認し、実践していく必要がある。

- 1 日本消費経済新聞2021年11月15日2347号
- 2 消費者が自己の債権を行使するために、販売業者等の氏名又は名称、住所その他権利行使に必要な情報(内閣府令で定められる)の確認をする必要がある場合に、販売者情報の開示を求めることができる制度である(新法第5条第1項)。
- 3 前掲、日本消費経済新聞記事

## 2 デジタル・プラットフォーム(DP)と「過失幫助」構成

—東京地判令和3年12月21日(漫画村広告代理店に共同不法行為に基づく損害賠償を認めた事例)

弁護士 住田 浩史

### 1 はじめに

本誌53号<sup>1</sup>及び54号<sup>2</sup>では、デジタル・プラットフォーム(DP)の参加者の行為に起因して被害を被った者に対してDPが負うべき民事責任について、それぞれ異なる観点から論じた。具体的には、53号では、システム構築者責任、過失幫助、規範的指揮監督関係に基づく使用者責任の適用可能性を、また、54号では、提携リースに関する大阪高判令和3年2月16日(日弁連消費者問題ニュース199号)<sup>3</sup>を題材にとり、業界の「自主規制」違反を根拠とする責任追及の可能性を、それぞれ論じた。

さて、これに引き続き、本稿では、マンガの無断転載サイトの広告を取り扱った広告代理店が「過失幫助」に基づき損害賠償義務を負うとした東京地判令和3年12月21日(最高裁判所ウェブサイト)<sup>4</sup>を紹介しながら、53号でも紹介した「過失幫助」構成と、DPの民事責任にこれを当てはめることができるかについて論じることとする。

## 2 東京地判令和3年12月21日(最高裁判所ウェブサイト)について

### (1) 事案の概要

本件は、漫画家である原告Xが、インターネット上のマンガ閲覧サイト「漫画村」<sup>5</sup>において自らのマンガが無断転載されて公衆送信権が侵害されている(不法行為)ところ、広告代理店である被告らYは、漫画村に掲載する広告主を募り、漫画村管理者Zに対して、アドネットワーク(広告主とパブリッシャーのマッチングを行うプラットフォーム)及びメディアレップD(漫画村の広告枠販売窓口)を通じて広告費の提供をしたことをもって、上記不法行為を幫助した、として1100万円の損害賠償を求めて提訴した事件である(図1参照)。

### (2) 主な争点

本件は、損害論についても興味深い論点があるものの、本稿でとりあげる争点は、責任論、すなわち、①Yの行為の幫助行為該当性及び②同行為についてのYの故意・過失の有無である。

#### ア ①幫助行為該当性

まず、Yは、主として、次のような理由から、Yの行為は「幫助」(民法719条2項)に該当しないと主張した。

「被告らの広告費の支出行為が社会通念上、一般的、典型的に著作権侵害を招来する現実的危険性を有するとはいえず、これは、幫助に該当しない。」

「著作権侵害を物理的に促進する現実的危険性を有する行為とは、無断掲載に用いる著作物を提供する等著作権侵害に直接必要なものを提供する行為であるが、広告費を支出して広告を掲載する行為は、無断掲載行為を行う上で直接必要なものではない。」

「社会通念上、広告収益が広告媒体であるメディアに対して支払われることによって、著作

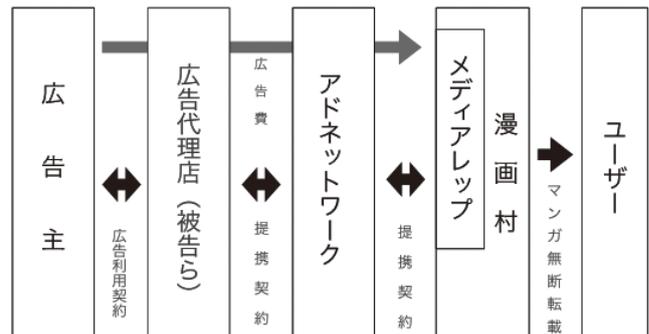


図1 当事者等関係図

物の無断掲載行為がされるとは言い難く、広告費の支払が著作権侵害の結果を招来することにはならない。」

「仮に、広告費が広告媒体であるメディアに支払われることが著作権侵害を物理的に促進する現実的危険性を有する行為ということになれば、著作権侵害を行う者と取引を行って金銭的な利益を提供した者はすべからず著作権侵害を物理的に促進したということになりかねず、そのような結果が社会通念上不合理であることは明らか」

イ ②故意・過失

次に、Yは、仮にYの行為が幫助行為に該当するとしても、次のような理由から、幫助行為には故意・過失がないと主張した。

「わいせつ画像を転載するサイト、自殺幫助に関するサイト等外形上明らかに違法サイトであると判断できるウェブサイトであれば、被告らも、広告掲載先から除外することは可能かもしれないが、本件ウェブサイトのように、著作物を掲載するウェブサイトの場合、当該ウェブサイトの運営者が、著作権者から著作物の利用許諾を得ているか外形上明らかではないため、著作権侵害の有無を判断することは不可能である。」

「また、著作権侵害の有無を判断するために、ウェブサイト運営者に対して、著作権者の許諾を得ているか確認する方法が考えられるが、広告業界の取引関係では、広告主と広告媒体であるメディアとの間に多数の広告代理店が存在し、本件においても同様であって、被告らと本件ウェブサイトの管理者とが直接の取引関係にない以上、被告らが、同運営者に対して著作権者の利用許諾の有無を確認することは、大きな労力を必要とし、現実的に不可能である。」

「メディアの審査において、その都度、全てのメディアが著作物の利用許諾を得ているか確認することは困難であり、現実的に不可能といえる。」

「メディアレップに対し、広告掲載先のウェブサイトが違法サイトではないことを申込みの条件の一つとして掲げ、メディアレップにおいて著作権侵害の有無を確認するよう求めている。」  
「被告らは、政府が平成30年4月13日に本件ウェブサイトが海賊版サイトであることの指摘をし

たため、直ちに内部調査をしたところ、被告らが提供する広告配信サービスを通じて本件ウェブサイトへ広告掲載をしていたことが発覚し、広告配信サービスの利用規約に基づき、同月16日までに、海賊版サイトに関与しているおそれのある取引先等との取引を停止する措置を講じている。」

「著作権侵害の有無の確認は、メディアの広告窓口である広告代理店においてすべきことであって、被告らやその他の広告代理店に対してメディアの著作権侵害の有無の確認義務を負わせてしまえば、多数のウェブサイトを扱う被告らやその他の広告代理店において、広告掲載に関する大量の取引を円滑に行えなくなってしまい、広告代理店の存在意義がなくなり、広告代理店の権利又は法律上保護された利益を侵害することとなり、全体的に見て、明らかに不当な結果をもたらす」

(3) 判決の概要

以上のようなYの反論に対し、判決は、①Yの行為の幫助行為該当性及び②これについてのYの過失を認め、結論として、Xの請求を全部認めた。

ア ①幫助行為該当性

判決は、Yの主張に対して、  
「確かに、被告らが広告掲載先とするウェブサイトの全てが違法に著作物を掲載するようなものであるとはいえず、本件ウェブサイトは多数の被告らの取引先の一つに過ぎず、被告らの広告掲載に関する営業活動一般が、一概に著作権侵害を招来する現実的危険性を内包するものではないということではある。」

「しかし、上記説示のとおり、本件ウェブサイトは、原告漫画を含め多くの漫画を著作権者の許諾なく違法に掲載していたのであり、その運営は、広告事業主からの広告料収入をほぼ唯一の資金源としてされていたものであって、そうである以上、本件ウェブサイトとの関係においてみれば、被告らが広告主からの依頼を取り次いで本件ウェブサイトの運営側に広告料を支払うことは、本件ウェブサイトによって行われている著作権侵害行為を助長し、容易にする現実的危険性を有する行為と言わざるを得ない。」

としてこれを斥け、幫助行為該当性を認めた。

イ ②故意・過失

また、判決は、

「掲載されている漫画の多くが著作権の対象であるにもかかわらず、利用者から利用料等の対価を徴収せず、広告料収入をほぼ唯一の資金源として、新作を含む多数の漫画を違法に掲載して利用者に閲覧させているという運営実態」、  
 「広告業界においては、従前から違法な海賊版サイトがインターネット広告による広告料収入を資金源に運営されているという社会問題に対して早急に対策を強化する必要があるとの認識が広く共有され、平成29年に広告業界団体の中に当該社会問題を取り扱う専門部会が設置されていた」こと、及び「政府も、平成30年4月、漫画やアニメの海賊版サイトが急速に拡大していることの対応が喫緊の課題であり、本件ウェブサイトを含む特定のサイトに対する民間事業者によるブロッキング措置等を含む対策を講じる必要性やその方針を示していた」ことから、「本件ウェブサイトが著作権者等から許諾を得ずに違法に多数の漫画を掲載している蓋然性を認識し」、Xのマンガについても「被告らにおいては、著作権（公衆送信権）侵害行為を行っているものであることを予見することが可能であった」

として、Yの予見可能性を肯定した。

そして、Yの注意義務については、「本件ウェブサイトの実態や規模拡大についての認識に基づき、その広告掲載効果が比較的高いものであると考えたからこそ、それを取引先にも伝え、広告事業を展開し、広告事業主からの広告掲載依頼を本件ウェブサイトにつなげることにより、自らも営業上の利益を得ていた」

という実態から、

「被告らとしては、本件ウェブサイトの運営者が、そこに掲載する漫画の著作物の利用許諾を得ているかどうかを調査した上で、本件ウェブサイトへの広告掲載依頼を取り次ぐかどうかを決すべき注意義務を負っていた」

として、これを肯定し、

「本件ウェブサイトに掲載されている原告漫画について著作権使用許諾契約が締結されているか否かを確認することを怠った」

として、注意義務違反すなわち過失を認めた。

また、上記Yの反論については、「被告らの広告掲載先の審査実態の点は、むしろ、被告らにおいて、自己の利益を優先し、広

告掲載先のサイトの適性の検討・確認を怠っていたことを自認するに等しく、また、取引先に対する注意義務を課していたという点も、その内容自体に照らし、幫助行為の注意義務やその懈怠を否定する事情にはならない。」

「本件ウェブサイトとの間で直接取引していなかったことや広告代理店から取引先情報を秘匿されるなどといった点も、本件ウェブサイトの窓口となっていたDとの取引があることや違法な海賊版サイトが社会問題として認識されている昨今の事情に鑑みれば、本件ウェブサイトによる著作物使用許諾の確認を困難ならしめる事情ということではできず、また、その確認ができないのであれば、被告らの広告配信サービスによる広告掲載先から本件ウェブサイトを除くという措置を講じることも容易であった。」

として、排斥している。

なお、判決は、故意の有無については、検討をしていない。

#### (4) 判決の意義

本判決は、不法行為を行った者＝漫画村運営者と直接取引関係のない広告代理店の行為について、しかも、その「営業活動一般が、一概に著作権侵害を招来する現実的危険を内包するものではない」としながらも、本件においては、予見可能性を前提とした注意義務違反＝過失による幫助行為に該当する、として、その不法行為責任を認めた事例である。

筆者は、結論として、判旨に賛成であり、とりわけ、このうち、②過失の認定については、具体的事実に基づいた非常に説得的なものであると考える。ただし、その前段階の①幫助行為該当性に関連して、いくらか私見を述べておく。

ア 「著作権侵害を招来する現実的危険性を内包する」かどうか

まず、本判決は、上記のとおり、幫助行為該当性の判断にあたって、「著作権侵害を招来する現実的危険性を内包するものではない」ものの「著作権侵害行為を助長し、容易にする具体的危険性を有する行為」であるとしている。

そうしたところ、この前段の記載については、まず、そもそも、余事記載であるように思われる。なぜなら、Xはそもそも民法709条の単独不法行為を主張しているわけではなく、もともと民法719条2項の「幫助」を主張しているからである。すなわち、そもそも、同項の「幫助」者は「直接

の加害行為をしたのではない<sup>6</sup>者であって、その行為に「著作権侵害を招来する現実的危険性」があるかどうかを論ずる意味はない(もし、それが備わっていれば、民法709条に該当するということになる。)

推測であるが、判決があえてこのような余事記載をしたのは、「うちは正当なビジネスをやっているのに幫助といわれるのはおかしい」というYの論調に引きずられた面もあるのではないかと思われる。しかしながら、それは、続く故意・過失要件レベルで論ずればよい(そして、それは、上記述べたとおり非常に説得的に認定されているところである。)のであって、幫助行為該当性のレベルで論ずべき問題ではない。

イ 「著作権侵害行為を助長し、容易にする具体的危険性を有する行為」該当性

よって、本来、判決が、ここで論じなければならなかったのは、後段の「著作権侵害行為を助長し、容易にする具体的危険性を有する行為」といえるかどうかの部分であるといえる。

判決は、漫画村がYからの「広告料を唯一の資金源としていること」をそれぞれ「唯一」の理由付けとしているが、これでは、いささか不十分あるいは誤解を招くのではなからうか。そうすると、仮に、Yの活動が「唯一の資金源」ではない場合、例えば漫画村が会員制サイトであり閲覧者から何がしかの会費もとっているという違法サイトであったときなどは、Yの行為は、幫助行為該当性を欠いてしまうということになるのであろうか。そうではないと思われる。強盗の見張りをしていた者が、「結果として見張りをしていなくても強盗が成功していたのだから、幫助にならない。」と弁解したとしても、なお、民法上の幫助行為該当性を欠かないであろう。

よって、本来、幫助行為該当性を論ずるにあたっては、結局のところ、「加害行為を助長したか」という点のみを論ずれば足りたのであり、「唯一の資金源」であることをことさらに強調する必要はなかったものと考えられる。

ウ 共同不法行為理論について

なお、これは推測であるが、この判決には、いわゆる伝統的な共同不法行為理論(個々の不法行為と個々の結果発生との間に因果関係が必要とする説)を意識しているか、あるいはそうではないとしても、なお、その余韻が感じられる。そのた

め、Yの「幫助行為」を個別に取り出してその現実的危険性を検討したり、あるいは、幫助行為そのものと結果発生との結びつきを強調したりしようとしたものと思われる。

しかしながら、こんにち通説化している現代的な共同不法行為理論(すなわち、各人の「共同の行為」があり、その「共同の行為」と結果発生との間に因果関係があればよいとする説)からすれば、幫助行為のみをとりあげてその危険性や結果発生との結びつきについて論ずる必要はない<sup>7</sup>といえよう。

エ いわゆる間接侵害法理

なお、少し話は脱線するが、知的財産法の分野では、権利を間接的に侵害する者・寄与的に侵害する者について帰責するための法理の検討がされてきた。<sup>8</sup>とくに、著作権に関しては、特許法101条のような「間接侵害」概念がなく、差止(著作権法112条1項)を行うためには、間接的な関与者を「侵害する者又は侵害するおそれがある者」=直接侵害者として位置づける実務上の要請があり、そのために、帰責法理が発展し裁判例が集積されてきた経緯がある。

具体的には、最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁(クラブ・キャッツアイ事件)をはじめとして、①管理・支配性、②経済的利益の帰属の2要件をもとに、直接行為者以外の者も差止請求の対象としてきた。

なお、無論であるが、この間接侵害法理は、著作権法上の概念としての直接侵害者はだれかということ論ずるものであり、直接侵害者ではないとしても不法行為法上は教唆者・幫助者となるべき関与者が存在するというものを否定するものではない。すなわち、この法理を前提とすれば、理論上は、①直接侵害者、②(著作権法上も差止請求ができる)間接侵害者、③(著作権法上差止請求まではできないが不法行為法上は違法の評価を受ける)間接侵害者が存在する、ということとなる。<sup>9,10</sup>

本件においても、Xにおいては、間接侵害法理を用いて、Yを直接侵害者であるとして、民法709条による不法行為を主張することも可能であったと思われるが、経済的利益の帰属はともかくとして、管理・支配性についての立証は容易ではなかったとも考えられ、また、損害論的な意味は措くとしても、責任論として、これを別途定立

する実益がどこまであるかは疑問である。

なお、そもそも、近時の共同不法行為理論は、民法719条2項を1項の確認的規定とみる説が有力であって<sup>11</sup>、その場合、上記①②③の区別に拘泥する理論的な意味はあまりないともいえる。

### 3 本判決の射程：DPの民事責任

さて、話を戻して、本判決は、DPの参加者の行為に起因して被害を被った者に対してDPが負うべき民事責任を追及する上でも示唆に富むものである。

本誌54号でも述べたとおり、近年の消費者被害(本件Xは事業者であるが、同時に大量消費社会の被害者である。)の最大の特徴は、事業者と消費者が1対1ではない、ということである。上記図1をもういちど見ていただきたいのだが、本件で登場するプレイヤーは、漫画村のみならず、広告主、広告代理店、アドネットワーク、メディアレップ、そして一般の閲覧者を入れると、なんと(判決で明らかになっているだけでも少なくとも)6種類の主体の関与により被害が発生しているのである。

そして、やはり、Yからは「漫画村とは直接契約していない」「漫画村やメディアレップが悪いだけだ」との弁解が登場している。Xは、明らかな、そして重大な被害を受けているのに、だれに対しても責任追及することは容易ではないという状況に陥っている。

そして、これも54号で指摘したとおり、被害者がこの分業にどう対抗するか、が、近年の消費者問題をめぐる最大のテーマのひとつであるところ、ビジネスモデルが「リニア」構造から「プラットフォーム」構造にかわっている以上、使用者責任(民法715条)や履行補助者責任などの旧来の「リニア」構造対応型の救済スキームは使いにくい。

しかし、DPは、単なる「場の提供者」にすぎないのではなく、「リニア」型ビジネスにまさるとも劣らず、いや、むしろ、「リニア」型ビジネスよりもより巧妙に、かつ、強力に、双方利用者を含む市場全体を「管理・支配」しており、経済的利益を挙げているのであり、新たな救済のためのロジックが構築される必要がある。54号で紹介したシステム構築者責任も、まさにそのロジックとして重要である。

そうしたところ、本判決も、「過失幫助」<sup>12</sup>というスキームを用いて、加害行為を客観的に助けた広告代理店の「うちは関係ない」という抗弁を斥けて、関与者の不法行為責任を認めているのであって、これよりさらに広く、かつ、深くビジネスのスキームを提供しているDPの責任を論ずる際にも極めて参考となるであろう。

このまま、誰に責任を追及したらよいかわからない社会、誰にも責任を追及できない社会でよいのか。DPが、日常生活に必要な不可欠な社会的インフラになっているこんにち、DPの民事責任について、規制立法の検討も含めた、より活発な議論を喚起することが急務である。

- 1 住田浩史「デジタル・プラットフォームの民事責任」『御池ライブラリー 53号』(2021年4月)36頁
- 2 住田浩史「提携リース問題の構造(6)：提携リースとプラットフォーム問題」『御池ライブラリー 54号』(2021年10月)15頁
- 3 なお、54号出版以降、双方の上告棄却・上告不受理により、同大阪高裁判決は確定した(双方決定とも令和3年12月21日付。判例集未登載)。
- 4 最高裁判所ウェブサイト  
[https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/901/090901\\_hanrei.pdf](https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/901/090901_hanrei.pdf)
- 5 なお、「漫画村」ウェブサイトは、現在は閉鎖されている。運営者は2019年に逮捕され、2021年6月に懲役3年、罰金1000万円、追徴金約6257万円の有罪判決が言い渡され、確定している。(「朝日新聞デジタル」2021年6月17日)  
<https://digital.asahi.com/articles/ASP6K5WYSP6KTIPE01H.html>
- 6 潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』(信山社、2011年)163頁
- 7 潮見、前掲書、133頁
- 8 坂田均「著作権法における間接侵害の法理」『御池ライブラリー 21号』(2005年4月)。潮見、前掲書、174頁。なお、理論の整理や裁判例の内容は、作花文雄『詳解 著作権法〔第5版〕』(ぎょうせい、2018年)598頁以下が詳しい。
- 9 作花、前掲書、604頁。
- 10 なお、半田正夫=松田政行編『著作権法コンメンタル3』(勁草書房、2009年)393頁では、例えば、最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁(ときめきメモリアル事件)や最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁(ビデオメイツ事件)は、不法行為責任としての著作権侵害を認めているが、上記②として認めたのか、③として認めたのか、厳格に区別されていない、とされている。
- 11 潮見、前掲書、173頁
- 12 なお、仙台高判平成30年11月22日判例時報2412号29頁は、詐欺的商法を行う業者に対して携帯電話を貸し出したレンタル携帯電話業者の責任を、また、東京高判平成29年12月20日判例時報2384号20頁は、投資詐欺業者に事務所を貸与した業者の責任を、やはり過失による幫助により認めており、参考となる。

# ハラスメント事案において 使用者による懲戒処分が 問題となった裁判例の分析

弁護士 上里 美登利

## 1 はじめに

いわゆるハラスメント事案に関して、セクシュアルハラスメント(以下「セクハラ」)については男女雇用機会均等法で雇用主の対応措置が定められ、パワーハラスメント(以下「パワハラ」)についても労働施策総合推進法で雇用主の対応措置が定められている。また、職場内でハラスメント事案が生じた場合に、雇用主が適切な措置を講じなければ、雇用主には当該ハラスメント行為自体に関する使用者責任(民法715条)に加え、職場環境配慮義務違反(民法415条、民法709条)が生じ得ることになる。

職場内でセクハラないしパワハラ被害申告がされ、雇用主が適切な対応をしようと考えた場合に、加害者Xとされる者に対してどのような対処をすべきかに悩むことも少なくないと思われる。そこで本稿では、近年の裁判例において、加害者とされる者に対する対処の適否が問題となった事案を複数取り上げ、筆者なりの分析を試みることにした。

## 2 裁判例の分析

以下、加害者とされた者を「X」、被害者とされた者を「A」と表記している。

「→」以下で裁判所の判断を記載することがある。

(1) 最高裁第一小法廷平成27年2月26日判決(最高裁判所裁判集民事249号109頁)

アミューズメント施設において、管理職の地位にあるX1、X2が日頃から性的な発言を複数の女性従業員Aらに対して繰り返し行っていた事案。X1につき30日、X2につき10日の出勤停止と連動して1等級の降格処分(減給を伴う)の有効性が争われた。

- ①発覚の端緒：Aらが副部長職の上司へ相談。副部長がセクハラ相談窓口へ相談。
- ②調査等の手続：セクハラ相談窓口担当者にてAからの事情聴取。Aから詳しい内容を記載したメモの作成・提出。会社から営業部長を通してX1、X2に対して事実確認書を交付、X1、X2から

の事実申告書提出。常務、営業部長、マネージャーにて、X1、X2に対する事情聴取。

- ③処分に対する裁判所の判断：控訴審は、会社の懲戒処分が酷に過ぎるとして無効と判断したが、最高裁は原審を取り消し、懲戒処分を有効と認めた。控訴審は、Aらが明確に拒否せず、各言動も許されるなど嫌がった姿勢を見せていなかったことなどを有利に斟酌すべきとしたが、最高裁はこれを否定。
- (2) 前橋地裁平成29年10月4日判決(労働判例1175号71頁)

複数の講師や助教から、研究室の大学教授の就任直後よりのパワハラ・セクハラ被害申告があったという事案である。論旨解雇を拒否したという理由でなされた懲戒解雇処分の有効性が争われた。

- ①発覚の端緒：複数名からハラスメント担当教授へ被害相談
  - ②調査等の手続：ハラスメント調査委員会を設置。ハラスメント担当教授らにて、Aからの事情聴取。Xからの事情聴取。評議会にて、理由を付して論旨解雇の審査説明書の交付を決定し、Xに交付。Xからの書面による反論あり。Xからの意見交換の求めに大学は応じず。→判決理由ではこの点の評価なし。
  - ③処分に対する裁判所の判断：論旨解雇を拒否したとして懲戒解雇。→検討の時間を与えず違法との評価あり。懲戒解雇無効。被害申告の内容の一部がパワハラ・セクハラと評価されるものの、軽微であるなど内容面から判断されている。
- (3) 最高裁平成30年11月6日判決(労働判例1227号21頁)

行為者は一般職公務員。就業時間中に制服を着たまま立ち寄るコンビニエンスストアにて日頃から女性従業員らを不快にさせる不適切な言動あり。女性店員に対する身体接触によるセクハラを理由に6か月間の停職処分を受け、その有効性が争われた。第一審、控訴審は処分が重すぎ無効と判断。

- ①発覚の端緒：店員Aに対し店で腕を絡ませた上で股間を触らせるような行為に及び、Aが逃げ込み店に申告。店から市へ申告メール。
- ②調査等の手続：上司が店を訪れて事情聴取。新聞報道あり。これを受けて市は記者会見し、調査の上処分することを表明。

市が関係者から事情聴取。Xは、手が下半身に近づいたものの触れたことを否定。Aや店のオーナーが処罰を望まない意向を示していた。

③処分に対する裁判所の判断：控訴審は腕を絡ませて歩く行為へのAの同意を認定。処罰を望まないA及び店のオーナーの意向を斟酌。

最高裁はAの同意を否定。処罰を望まない点も営業への配慮と判断。Xの言動、報道・記者会見による世間への影響も重視。

(4) 東京地裁令和元年11月7日判決(判例秘書L07430368)

法人内で、人事部課長職にあった者に対するパワハラ通報を受けて法人が弁護士へ依頼した調査を実施した上で訓戒処分としたが、処分の有効性が争われた。

①発覚の端緒：コンプライアンス室が匿名でXに関するパワハラ通報を受ける。

②調査等の手続：部内の他の職員から、XとAの関係悪化を聞き、席替え。

Xから人事部長に対し、Aに関する指導依頼、他の人員の配置希望を伝える。

Xが人事部長によるパワハラをコンプライアンス室へ通報。

法人は弁護士に対して調査の依頼。弁護士は、関係者、隣の部署の従業員、受付にも事情聴取。X及び関係者からの書面提出を受けて調査結果の報告。→Xの弁明、釈明の機会がなかったとの主張は否定されている。

③処分に対する裁判所の判断：懲戒処分としては、訓戒とし、人事部から支部への転勤が命ぜられているが、懲戒事由の存在、訓戒処分の相当性も認められ、手続的瑕疵もないと判断されている。

(5) 東京高裁令和元年6月26日判決(判例タイムズ1467号54頁)

Xは大学教授、Aは大学院生。飲み会の後、XはAを独り暮らしのアパートへ送り、Aの部屋で一晩を過ごす。後日、Aに謝罪するためとして食事に誘うなどした。大学は5年間の准教授への降格処分を決定し、その有効性が争われた。

①発覚の端緒：XがAの部屋で一晩過ごした後、Aを食事に誘うなどしたため、Aが非常勤講師に相談。ハラスメント防止・対策委員会への相談を助言され、相談員へメール。

②調査等の手続：速やかに委員会が開催され、調査委員会の設置を承認。

Xに対して、申立があったことなどを通知。

調査委員会がAから事情聴取。Xからも聴取したが、その際、名前や被害申告内容は伝えなかった。Aから2回目聴取。

ハラスメント認定したことをXとAへ通知。

Xが認定につき学長へ異議申立。しかし、学長は認定は妥当との通知。学長は懲戒委員会を招集。懲戒委員会で5年間の降格処分案を決定し、Xへ通知。教授会でX及び補佐人から弁明。2回目の教授会でXによる弁明。Xへの懲戒処分の承認。

学長からXに対し、常務理事会による審議を経て決定された処分を通知。Xは、学長宛に不服申立をしたが、再審査の必要性がない旨決定。

③処分に対する裁判所の判断：事実関係の詳細に争いがあるが、裁判所は客観的状況からハラスメント該当性等を判断。

控訴審は、セクハラ、アカハラにつき、行為者の主観的要件(故意、過失など)の存在は不要とする。懲戒処分にあたっては、行為者の主観は考慮されずとしている。

第一審は謝罪メール等の事後の行動のハラスメント該当性を否定したが、控訴審は認めた。

(6) 東京高裁令和3年7月14日判決(労働判例1250号58頁)

同僚女性へのストーカーを理由として警察から警告を受けたことを受けて、論旨免職とする懲戒処分を行った上で、その他職務遂行能力の欠如、職務怠慢、ストーカー行為への反省の欠如等を理由とする普通解雇処分に対する無効確認等訴訟の事案。

①発覚の端緒：Aが警察に相談したことがきっかけとなり、法人へ警察から連絡が入った。

②調査等の手続：法人は直ちに就業場所を制限し、女性との接触に気を付けるよう指示。

賞罰委員会を設置して審議。Xに対して弁明の機会付与、事情聴取あり。賞罰委員会は反省の態度が認められないことなどを理由に、論旨免職処分を相当とした。法人はXを論旨免職処分。論旨免職処分に対し、Xは異議申し立て。賞罰委員会は再度審議の上、処分を維持する通知。

その後、能力不足を理由とする降格処分を経て勤務成績不良、職務遂行能力欠如等を理由とする普通解雇。

③処分に対する裁判所の判断：一審は、論旨免職及び普通解雇のいずれも無効と判断したが、控訴審では有効とされた。控訴審では、一審では主張が

十分ではないとされたストーカー行為の悪質性が認められたこと、Xの業務の特性から職務遂行能力の欠如や職務怠慢等が問題視されたことなど、本事案特有の事情が反映していると思われる。

### 3 分析

上記のうち、セクハラ的事案では、(1)(3)と近年2件の最高裁判決が出ているが、いずれも懲戒処分を重すぎて無効とした原審を取り消している。2件の最高裁判決に共通するのは、被害者があからさまに嫌がった姿勢を見せていなかったことに関して、被害者の同意や加害者に有利な事情として認めなかった点にあると分析できる。最高裁は、当事者の立場や関係性、行為が行われた場面等の客観面から事案の性質を捉えようとしているように思われる。これは、その後に出された(5)の東京高裁判決も同様で、東京高裁判決が、懲戒処分にあたっては行為者の主観は考慮されるものの、セクハラ、アカハラの成立自体に関しては行為者の主観的要件(故意、過失など)の存在は不要としている点は一步踏み込んだ判示のように感じられた。

パワハラ的事案に関しては、パワハラの種類と処分の軽重のバランスをしっかりと見極める必要があるように思われる。パワハラが問題とされる事案では、業務上の叱責が行き過ぎてしまう場合も多く、行為者に酌むべき事情が存在する場合もある。特に、職を失わせる解雇処分に関しては、慎重に検討する必要があることが確認できた。

なお、本稿で取り上げた裁判例においては、手続面が正面から問題となった事案はほとんどなかった。基本的に、きちんとした事実調査、弁明の機会の付与等を経ている事案が多く、この点も参考になるところである。

観点から、離婚及びこれに関する規定等を見直す必要がある」として、協議離婚制度や養育費・面会交流を含む離婚後の子の養育の在り方について幅広い検討が行われている。その中で、ステップファミリーあるいは子連れ再婚家族の問題についても焦点が当てられている。以下において、ステップファミリーについて、法制度上どのような問題点が存するか考察してみたい。

### 第2 ステップファミリーの意義・概念

アメリカ合衆国では、離婚率の急激な上昇と離婚経験者の大幅な増加に伴い、夫婦の少なくともどちらか一方が再婚である割合が婚姻全体の約43%を占め、約65%の再婚夫婦に連れ子がいる状況となっている。このように、再婚により血のつながりのない親子関係を含むことになった家庭を「ステップファミリー」「Step family」と呼び、これに対応する法整備や支援が図られるようになってきた<sup>1</sup>。

我が国においても、上記のような家族形態は古くから存在していたにもかかわらず、最近まであまり注目を集めることなく、社会的には見えにくい存在であった<sup>2</sup>。しかし、後記のとおり、ステップファミリーが我が国でも増加し、その抱える問題が顕在化するにつれ、ステップファミリーという言葉も認知度が増しつつある。我が国では、ステップファミリーは、「子連れ再婚家族(家庭)」と呼ばれることが多いが、この呼び方は、同居親の視点を中心で、子ども・養親・別居親などの視点が排除されている点で相当でなく、日本語に置き換えるとしたら、実態を反映し、より中立的な「継親子関係を含む家族」とすべきであるという見解がある<sup>3</sup>。

### 第3 我が国におけるステップファミリーの現況

#### 1 ステップファミリーの増加

近年、我が国の離婚件数は増加し、年間20万組を超えている。そのうち、親権を行わなければならない子(未成年子)を有する夫婦の離婚件数は約60%を占めている。そして、離婚件数の増加に伴い、夫と妻のどちらか又は双方が再婚という婚姻が年々増加し、近年は婚姻全体に占める再婚の割合は25%を超えており(15万件超)、10年前に比べると4倍に増加している。その結果、子どもを連れて再婚するステップファミリーが増えている。

#### 2 ステップファミリーが抱える問題点

初婚で男女が結婚する場合でも生活習慣の違いなどからくる軋轢は避けがたいものであるが、ステッ

## ステップファミリーをめぐる諸問題

客員弁護士 二本松 利忠

### 第1 はじめに

昨年2月以来、法制審議会家族法制部会(以下「家族法制部会」という。)において、「子の利益の確保等の

プファミリーには、①最初から子どもがいること、②それぞれの家族に違った歴史があること、③家族関係が複雑になりやすいこと、④これまでの生活習慣やルールが変わることなど、初婚家庭にはない難しさがあるといわれている。さらに、子には別居した実親がおり、ときに再婚家族と緊張関係が生ずることがある。それにもかかわらず、社会からは「普通の家族」(意味内容は後記のとおり)として取り扱われ、ステップファミリー特有の問題に対処する公的支援システムや紛争が生じた場合の相談機関も欠如し、孤立しやすい状況に置かれている。家族の成員も「普通の家族」として振る舞わなければならないというストレスにさらされている<sup>4</sup>。

#### 第4 ステップファミリーが問題となる背景

##### 1 ステップファミリーをめぐる法状況

- (1) 昭和22年に全面改正された民法親族・相続編では、婚姻した男女とその間に誕生した子から形成される婚姻家族(標準的な初婚核家族世帯)という家族モデルを中心に婚姻法制が構築された<sup>5</sup>。
- (2) 次に、婚姻中は父母が共同して未成年の子に対する親権を行使するが(民法819条1項・3項)、父母が離婚するときは、そのいずれか一方が親権者となる(「単独親権制」。民法819条1項・2項・5項)。離婚の結果、父の8割強と母の1割強が親権を喪失する(法律上親子関係は存続するが、子にとって実質的に片親を失う結果となることが多い)。共同親権・共同監護等の法制度をとる国と比較して、我が国においては、別居親(親権を失った親)は、非常に弱い立場に置かれることになる。
- (3) さらに、配偶者の未成年の連れ子と普通養子縁組をする場合、家庭裁判所の許可を要せず(民法798条ただし書)、届出だけで養子縁組をすることができる。その場合、非親権者である別居親(実親)の同意も不要である(なお、普通養子縁組の場合には、縁組後も、その子と別居親との間の親子関係は存続する)。養子は養親の親権に服し(民法818条2項)、養父母が夫婦である場合には、親権は養親及びその配偶者(実親)が共同行使することとなる(同条3項)。新しく形成された家庭においては、非親権者である実親に代わる形で養親が親権者の地位につき、あたかも家族モデルに近似的な家族が再構成されたことになる<sup>6</sup>。

##### 2 ステップファミリーに関する家族観・社会の意識

- (1) アメリカでは、再婚とそれに伴うステップファ

ミリーの圧倒的な増加という社会的な現実に直面して、家族観が、個人が形成する家族的関係の寄せ集め(一つ一つの個性を持った複数の個人関係の集合)であり、家庭という枠を超えて外に広がりうるものであるという「個人関係的家族観」に変わってきた面があると指摘されている<sup>7</sup>。

- (2) これに対し、我が国では、前記の婚姻法制を前提に、血縁の両親がその子どもを育てる家族を「普通の家族」とみなす規範が社会に広く浸透してきた。

そして、家族はそれ自体で完結し、外と内を区別する「閉ざされた集合体」(「箱」)であり、離婚は、夫婦の縁を完全に断ち切ること(縁切り)であると同時に、親権も失って、「家族共同体」から離脱する(排除される)という仕組みと観念が根づいているといえる。なお、我が国では、家族関係を権利義務関係にとらえる意識に乏しく(家族構成員の独立人格性がない「ウチ」という観念が強い)、子に対しては、独自の法的利益を有する一つの人格として尊重する姿勢に欠けてきたこと(親権行使の対象に過ぎない)も、子の利益を自分の利益と同一視し、別居親をはじめ、第三者からの容喙を許そうとしない傾向を助長しているといえる。

- (3) ステップファミリーについても、「ふたり親家族→(離婚・死別)ひとり親家族→(再婚)ふたり親家族」という経緯をたどって形成された「ふたり親家族」として、「普通の家族」と考える傾向が強く、その結果、特有の問題に柔軟に対処できてこなかったといえる<sup>8</sup>。

なお、この点について、我が国でも、ステップファミリーの増加により、閉鎖的な家族観の考えが変わりうるという見解もある。例えば、「離婚と再婚の関係がスクラップ&ビルドの自己完結型ではなく、関係の拡大・連鎖を重視するステップファミリー観に変わりつつある。旧来の離婚再婚観では、再婚家庭の構築を優先して再婚後の実親との面会交流が否定されがちであったが、縁を繋いでいくというステップファミリーの家族観によって面会交流観はむしろ肯定される時代になるものと思われる。」という見解である<sup>9</sup>。しかし、上記のような閉鎖的な家族観は長年家族法制の基礎となってきた法制度に起因するものであるから、単にステップファミリーが増え、社会に見える存在となるだけでなく、それに対応した法制度

の改変なしには家族観の変化は期待できないであろう。

## 第5 検討されるべき法的諸問題

前記のとおり、現在、家族法制部会において、父母の離婚等に伴う子の養育の在り方に関連する論点について検討が加えられているが、ステップファミリーに関して検討されるべき主要な問題点は以下のとおりである。

### 1 未成年養子縁組制度の在り方

前記のとおり、連れ子養子の場合、養子となる者が未成年であって配偶者の子であるときは家庭裁判所の許可を要しない(民法798条ただし書)。これが子の利益を損ねる結果となっていないかとの観点から、この場合にも家庭裁判所の許可を要することとするの可否について検討されている<sup>10</sup>。

また、前記のとおり、養親と実親が夫婦である場合(連れ子養子の場合等)は、当該夫婦が親権を共同行使することになるところ、未成年者養子縁組後に別居親(実親)が養育に関与することを前提とする条文はなく、実親の関与が想定されていない。この仕組みに関しては、共同親権・共同監護の制度導入の問題とも関連して、縁組後も引き続き実親等が親権を行使する類型の未成年者養子縁組を認めたらどうかということなどが取り上げられている<sup>11</sup>。

### 2 養育費

現行法上、夫婦が離婚した場合、未成年子の別居親も扶養義務としての養育費支払義務の負担を免れない。一方、未成年子について養子縁組がなされたときは、養親も扶養義務を負うことになり(民法727条、877条1項)、養親は配偶者(実親)とともに第一順位の扶養義務を負う。この義務は、別居親(実親)よりも先順位になると解されている。

このようなことから、連れ子養子縁組が別居親の養育費支払義務の減免事由になるか問題となる。逆に、養育費支払義務者である別居親が再婚して再婚相手の連れ子と養子縁組をしたり、再婚相手との間に新たに子をもうけた場合、そのことが養育費支払義務を減免する理由となるか問題となる。子の利益に資する養育費分担の規律の在り方の検討が必要である<sup>12</sup>。

### 3 面会交流

夫婦が離婚した際、別居親と監護親(親権者)との間で面会交流が取り決められたにもかかわらず、監護親が再婚し、子どもが再婚相手と養子縁組した場

合、監護親・養親と別居親(実親)に対する子どもの「忠誠葛藤」を生じさせて、子どもの精神的安定を損ねるとか、「別居親が面会交流することになれば、養親が子どもをかわいがるができない。」などと主張して、面会交流を制限する申立てがなされ、家庭裁判所も、「再婚家庭の安定・平和」を優先し、申立てを認容する傾向がある。このような理由で面会交流を制限することが相当か、このことは面会交流の趣旨・目的に反していないか、子の意思や利益を反映しているか、再考する必要がある。

なお、家族法制部会では、未成年養子縁組後に別居親(実親)が子との面会交流を求める場合など、面会交流に関して別居親(実親)と養父母との間で生ずる紛争を解決するための制度が用意されていないことも問題とされている<sup>13</sup>。

## 第6 おわりに

現在も家族法制部会で、価値観の対立もあって、厳しい議論が重ねられており、協議離婚制度の見直し、離婚後の子の養育の在り方について、着地点を見出すのが難しい状況である。「子の利益の確保等の観点から」現行法制度を見直す必要があることについては異論がないのであるから、叡智を結集して、一日も早くステップファミリーに属する子の利益も守られる制度改革がなされることを期待したい。

- 1 勝見吉彰「ステップファミリーにおける親子関係に関する研究—子どもの視点からの検討—」人間科学(県立広島大学保健福祉学雑誌)14(1)(2014年)130頁参照。
- 2 早野俊明「日本におけるステップファミリー(子連れ再婚家族)の法規制」白鷗大学法政策研究所年報第2号(2008年)109頁参照。
- 3 野沢慎司=菊地真理『ステップファミリー』(角川新書、2021年)75~76頁参照。
- 4 早野・前掲109頁、野沢=菊地・前掲60頁参照。
- 5 早野・前掲108頁参照。戦前に想定されていた家族モデルについて、同頁参照。
- 6 野沢慎司「ステップファミリーにおける親子関係・継親子関係と子どもの福祉—子どもにとって『親』とは誰か」福祉社会学研究編集委員会編『福祉社会学研究17』(学文社、2020年)(法制審議会家族法制部会参考資料9-4)71頁参照。なお、野沢教授は、このように再構成された家族モデルを「スクラップ&ビルド型/代替モデル」と呼び、これに対し、複数の世帯にまたがる関係のネットワークとして存続するステップファミリーを「連続・拡張するネットワーク型/継続モデル」と呼んでいる(野沢・前掲71頁、野沢=菊地・前掲170~171頁参照)。
- 7 棚瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利(下)」判タ713号(1990年)13頁参照。
- 8 野沢・前掲73頁参照。野沢=菊地・前掲89頁以下に具体例が紹介されている。
- 9 山口恵美子「FPICによる面会交流援助」棚村政行編著『面会交流と養育費の実務と展望 [第2版]』(日本加除出版、2017年)182頁参照。

- 10 法制審議会家族法制部会資料9-1「未成年者を養子とする養子制度を中心とした論点の検討」  
<https://www.moj.go.jp/content/001361541.pdf> 6～7頁参照。
- 11 前掲法制審議会家族法制部会資料9-1 6～13頁参照。
- 12 前掲法制審議会家族法制部会資料9-1 15～16頁参照。
- 13 法制審議会家族法制部会資料11「残された論点の検討」  
<https://www.moj.go.jp/content/001364655.pdf> 6～11頁参照。

## パロディとデクミン事件

弁護士 坂田 均

### 1 デクミン事件の経緯

パロディに関する重要な裁判例といえば、欧州司法裁判所 (European Court of Justice) (以下、ECJという) が下したデクミン (Deckmyn) 事件判決<sup>1</sup>を挙げることができる。

本件は、漫画『スパイクとスージー (Spike and Suzy)』(ウィリー・ファンデルスティーネ (Willy Vandersteen) 著) の一コマを利用したパロディで、政治的な風刺に関する事案である。下図左がオリジナル作品である。山高帽を被った篤志家が市民に金貨を撒いている姿が描かれている。他方で、下図右がパロディ作品で、篤志家に代えて、ベルギーのヘント (Ghent) 市の市長の姿が描かれている。市長が白いチュニカを着て同じくコインをばら撒いているが、コインを拾おうとしているのは、市民に代えて、白と黒のベールを着た人々である。市長が公の資金を浪費してベールを着た人々に金貨をばら撒いている様子を描くことで、市長の政治姿勢を批判または風刺している。二つの作品は多くの点で共通しており、パロディ作品がオリジナル作品を無断複製もしくは翻案していることは明らかである。

そこで、著作者であるファンデルスティーネらは、パロディ作品の編集責任者でフレミッシュ国民党員であるデクミンに対して、著作権侵害を理由に訴えを提起した。ブリュッセル高等裁判所は、この事件の手続を一旦停止して、ECJに対し、予備判決 (preliminary ruling) を求めた<sup>2</sup>。判断の先決問題として、パロディがEU法上の独自の概念かという点と、パロディが認められる要件が何かを確定させる必要があると判断したためである。



出典 : Deckmyn and Vrijheidsfonds v. Vandersteen, Case C-201/13

### 2 EU法上の概念としてのパロディと解釈基準

EU加盟国の中には既に国内法でパロディに関する規定をおいている国がある。ベルギーの場合は、著作権および関連権法22条1項6号で「公正な慣行に従った戯画、パロディおよびパスティーシュ (caricature, parody and pastiche, observing fair practice)」は権利制限されると規定している。

他方で、EUは、加盟国に向けた「情報化社会における著作権並びに著作隣接権の調和に関する指令」<sup>3</sup> (以下、情報社会指令という) が、複製権と公衆送信権の権利制限のひとつとして「戯画、パロディまたはパスティーシュ目的の著作物の利用 (use for the purpose of caricature, parody or pastiche)」について規定している (同指令5条(3)(K))。

まず、第1に、パロディの概念が、加盟国の国内法の概念か、それともEU法上の概念かという問題がある。ECJは、このデクミン事件判決で、EU法上の概念 (an autonomous concept of EU law) であることを確認している<sup>4</sup>。

第2に、情報社会指令5条(3)(K)は極めてシンプルで、定義規定をおいていないし要件の定めもないので、解釈基準をどこに求めるのかという課題があった。

一つのヒントが、情報社会指令の前文 (recital) である。そこには、国境を越える著作物の利用の発展のため、権利者と利用者の利益の「公正な均衡 (fair balance)」が担保されなければならないという考え方が示されている (前文31項)。ECJは、ここに同指令5条(3)(K)の解釈基準を求めた。すなわち、ECJは、本判決で、前文31項を引用して、同指令5条の権利制限規定を解釈する場合には、両者の「公平な均衡」が達成されなければならないと指摘したのである<sup>5</sup>。

第3に、「公平な均衡」が図られているかどうかを判

断するには、「事件の全ての事情(all the circumstances of the case)」を考慮しなければならないとしている<sup>6</sup>。ただ、同判決は具体的にどのような事情を考慮すべきかについては何にも答えていない。

### 3 ウェポン型 (Weapon Parody) のパロディは認められるか

デクミン事件でパロディの対象とされたのは、オリジナル作品の性質や著作者の表現態度ではない。上図右のパロディ作品からは、オリジナル作品を想起することはできるが、同作品はオリジナル作品自体を批判もしくは風刺したものではなく、当時のヘント市長による公の資金の浪費を批判もしくは風刺したものである。パロディの類型としては、いわゆる「ウェポン型」に属する。典型的な類型である「ターゲット型(Target Parody)」は、オリジナル作品自体もしくは著作者をパロディの対象とするから、オリジナル作品の引用が不可欠であるが、この「ウェポン型」の場合は、オリジナル作品以外の事象をパロディの対象とするから、オリジナル作品を引用せずに、他の表現方法によって同様の効果を期待することも可能である。従って、オリジナル作品を引用することが本当に必要であったのが問われることになる。

キャンベル (Campbell) 事件で、アメリカ合衆国連邦最高裁判所はパロディが「公正な利用 (Fair Use)」に該当する場合があることを認めたが、対象を「ターゲット型」に限定している<sup>7</sup>。その理由について同裁判所は、「パロディの核心は、オリジナル作品の一部を利用することによって、新しい何かを作り出すことにある。オリジナル作品の性質やスタイルに対する批評的要素がなければ、それは単に世間の注目を得るため、または、新たなものを作る努力を回避するためにオリジナル作品を利用したに過ぎず、他人の作品を借用することの公正さを減退させる (diminish fairness) ものである。」と述べている<sup>8</sup>。

このようにパロディの範囲を限定する立場に立てば、パロディを正当化するためには、パロディ作品からオリジナル作品に対する批評的要素が合理的に認識し得るものでなければならない。これがパロディを正当化することになる<sup>9</sup>。

### 4 デクミン事件判決におけるパロディの要件

デクミン事件でECJが明らかにしたパロディを成立させるための要件は、極めて単純で広汎なものである。

まず、最初に、パロディの意味については、「日々

の言葉の通常の意味 (usual meaning in everyday language)」によって決せられるとした。その上で、パロディの要件については、(1)既存作品を想起すること (to evoke an existing work)、および、(2)表現にユーモアまたは嘲笑が含まれていること (to constitute an expression of humour or mockery) に限定している<sup>10</sup>。

ブリュッセル高等裁判所が照会したその他の質問事項に関しては、①パロディ作品自体の創作性を要求することも、②オリジナル作品を表示することも、そして、③パロディ作品をオリジナル作品の著作者以外の者に起因させることも、いずれもパロディの要件とはしないと明言している<sup>11</sup>。

また、ECJは、キャンベル事件判決のようにオリジナル作品の性質やスタイルに対する批評的要素は求めず、ウェポン型のパロディを排除しなかった。ECJはパロディの抗弁を広く認める方針である。ここに、ECJの情報社会指令についての解釈態度、すなわち、同指令2条および3条の権利付与(請求原因)は厳格に解釈し、同5条の権利制限(抗弁)は緩やかに解釈するという基本的な考え方が現れている。

しかしながら、そこで示された2つの要件はあまりにも広汎でパロディを無暗に許容しすぎるのではないかという懸念が生じる。権利者と利用者の利害のバランスをとることが必要である。

### 5 「公正な均衡」の要件について

ECJは、上記2つの要件に加えて、情報社会指令の前文31項を引用して、パロディの権利制限規定の解釈においては、一方で、同指令2条、同3条で保護される著作者の利益と、他方で、同指令5条(3)(K)で保護される利用者の表現の自由の保障との、「公正な均衡」が図られなければならないと指摘した<sup>12</sup>。

どのようにしてこの「公正な均衡」が図られているかは、既に述べたように「事件の全ての事情」を考慮して判断されることになるが、その判断は、ECJではなく、加盟国の裁判所に委ねられることになる<sup>13</sup>。

どのような事情が考慮されるかについては、加盟国の裁判例の蓄積を待たなくてはならないが、おそらくアメリカの「公正な利用」と同様の総合的評価が行われると思われる。例えば、米国著作権法107条の第1の目的要素のように、「変容的(transformative)」であるか、「商業目的 (commercial purpose)」か、政治的、社会的メッセージが含まれているか、表現の自由としての重要性があるか等が検討されるであろう。第3の使用

している量及び実質的部分の要素に関しては、同様に、行為の目的との関係で必要なものとして正当化できるかが検討されるであろうが、必ずしも「作品の全部複製(reproduction of entire work)」が当然には「公正な均衡」を否定する方向には働かないであろう。

## 6 推定(assumption)について

最後に、ECJは、情報社会指令5条(3)(K)のパロディに該当するかどうかについて、パロディ作品が上記2つの要件を充足すること、および、「公正な均衡」が維持されていることについて、推定が働くことと判断している<sup>14</sup>。ECJは、理由については何も述べていないが、おそらくパロディが社会にとって重要な表現形式の一つであり、かつ、表現の自由という重要な基本的人権の一つであることを自覚してのことであろうと思われる。

- 1 Deckmyn and Vrijheidsfonds v. Vandersteen, Case C-201/13, EU: C:2014:2132 (ECJ, Grand Chamber)
- 2 EU加盟国の裁判所がEUの法規の解釈や有効性について、CJEUに対して予備判決を求めることができる紹介制度(Treaty establishing the European Community (TEC), Art.234, and Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Art.267)
- 3 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.
- 4 註1で示す判決15項
- 5 同判決26項
- 6 同判決28項
- 7 Campbell, ASK Skywalker, et A.L. v. Acuff-Rose Music, Inc., 510U.S.569(1994).
- 8 同判決, pp580.
- 9 同判決 pp583.
- 10 註1記載判決20項
- 11 同判決21項
- 12 同判決26項、同27項
- 13 同判決30項
- 14 同判決35項

## 建築物の法的保護 (知的財産関係)

弁護士 若竹 宏論

弊所の事務所報にて、近所の建築物についての記事を書いた<sup>1</sup>。令和元年意匠法改正により、建築物が意

匠法の保護対象に含まれたこともあるので、本稿では、知的財産法周りによる建築物の法的保護について簡単に整理してみたい。

## 第1 建築物の法的保護

### 1 著作権法による保護

#### (1) 著作物性

建築物は、著作権法上、建築の著作物(著作権法10条1項5号)か美術の著作物(同法10条1項4号)として保護を受ける可能性がある。

建築の著作物とは建造物(あるいは工作物)によって思想・感情を表現したもののうち、著作物性の要件を満たしたものをいう<sup>2</sup>。美術性、鑑賞性のある建築物であれば、この要件を充足する。東京タワーなどが建築の著作物の例として挙げられる<sup>3</sup>。

住宅のような実用性を備えた一般的な建築物は、必ずしも美術性、鑑賞性を備えているわけではない。しかし、このような建築物についても、(当職が事務所報で書いたように)美的鑑賞の対象になり得るものもあり、特に、近年は、デザイン性を重視した建築物は少なくなく、建築家による工夫が随所に凝らされている。そのため、一般的な建築物についても建築の著作物として認められる可能性はある。しかし、住宅など実用性のある建築物の著作権法上の保護については、いわゆる応用美術<sup>4</sup>と同様に、建築物としての用途・機能と実質的に無関係にその美的表現を鑑賞させるために表現されたものに限って、著作物としての保護が認められるべきと考えられており<sup>5</sup>、通常の著作物よりも高度な創作性が要求されている。これは、建築物について、著作権法の緩やかな要件の下で著作者人格権や著作権の保護を認めることは、建築物の開発や利用を過度に制約するおそれがあるためである<sup>6,7</sup>。このように、建築物に著作物性が認められるためのハードルは高く、著作権法による保護は受けにくい。このように、建築物に意匠登録が可能になっている。

なお、美的鑑賞性を備えた建築の著作物は、美術の著作物にも該当し得るため、美術の著作物との区別が問題になる。この区別は、居住等の実用目的のために著作権法上の特別の効果(下記(2)参照)を及ぼすことが妥当か否かという観点から判断される<sup>8</sup>。

## (2) 建築の著作物に特有の規定

建築の著作物は、建築物として完成している必要はなく、建築物の外観が図面に描写され、その図面から、建築物の外観の美的形象が感得できれば、保護される。建築の著作物は、有体物としての建築物自体ではなく、建築物の外観に具現された美的形象をいうからである<sup>9</sup>。そのため、建築物自体が完成していない状態でも、その設計図に基づき、第三者が当該建築物を無許諾で完成させた場合には、当該建築の著作物を複製したことになり、複製権侵害になる。建築の著作物固有の規定である著作権法2条1項15号ロは、上記のことを確認的に規定したものと解されている。

また、建築の著作物については、著作権及び同一性保持権が制限される(同法46条2号、20条2項2号)。これらの規定により、建築の著作物と同一又は類似するものを建築することは当然許されないが、建築物を写真撮影したり、描いたりすることができ、その写真や絵を商用的に利用することは著作権侵害にならず、また、老朽化による修繕も同一性保持権侵害には当たらないことになる。

## 2 意匠法による保護

従前、意匠法は、「物品」を保護の対象としており、物品は、有体物である動産と解されていたことから、不動産である建築物は、意匠法による保護を受けられなかった。しかし、令和元年意匠法改正により、「建築物の形状等」が意匠に含まれることになったため(意匠法2条1項)、建築物は、意匠法による保護の対象となった。

意匠法上の建築物に該当するには、①土地の定着物であり、②人工構造物(土木構造物を含む。)であることが必要である<sup>10</sup>。例えば、商業用建築物、住宅、学校、病院、工場などの建築物が意匠として想定されている<sup>11</sup>。意匠登録を受けるためには、通常意匠と同様の登録要件を満たす必要がある。建築物の意匠の実施行為は、「意匠に係る建築物の建築、使用、譲渡若しくは貸渡し又は譲渡若しくは貸渡しの申出をする行為」とされた(同法2条2項2号)。

なお、内装についても、意匠法による保護対象となった(同法8条の2)<sup>12</sup>。

## 3 その他の法的保護の可能性

### (1) 商標法

建築物については、立体商標として、商標法による保護の可能性がある。ファミリーマート(登録番号5272518)やコメダ珈琲(登録番号5851632)

の店舗外観など、ロゴを伴った著名な店舗について、商標登録されている例もあるが、その登録審査基準においては、建築物、店舗の形状そのものの範囲をでないで認識される場合には、商標法3条1項3号又は6号に該当して登録要件を欠くものとされており、その使用によって識別力を獲得した場合(同法3条2項)以外は、登録が認められない<sup>13</sup>。そのため、建築物がその形状から商標法による保護を受けられる場合は限られている。

### (2) 不正競争防止法

建築物のデザインは、商品の形態として、不正競争防止法2条1項3号による保護の対象となり得る。同号は、他人の商品の形態(当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く。)を模倣した商品を譲渡等する行為を不正競争として定める。「模倣」とは、「他人の商品の形態に依拠して、これと実質的に同一の形態の商品を作り出すこと」(同法2条5項)であり、ここでいう実質的同一性が認められるのは、いわゆるデッド・コピーのほか、何か相違がある場合でも、その相違がわずかな改変に基づくもので酷似していると評価できるような場合である<sup>14</sup>。他人の建築デザインを真似して、「酷似」しているといわれるような建築物をあえて建てることは通常考え難いから、同号による保護を受けられる場合は想定しづらい。グルニエ・ダイン事件第一審(大阪地判平成15年10月30日判タ1146号267頁)では、同号による主張もなされたが、実質的同一性が否定され、形態模倣の主張は退けられている。なお、建築物の一部のみが模倣された場合、部分的な模倣が同号の保護対象になるかどうかが問題となる<sup>15</sup>。

### (3) その他

京都には、多くの著名な建築物があり、その写真が様々な形で利用されることがよくある。被写体が建築の著作物として保護されるものであっても(寺社仏閣の多くはそもそも著作権が存続していないだろう)、そのような行為が著作権法上許容されていることは上記のとおりである。しかし、建築物の所有者や管理者は、所有権に基づく施設管理権を有していると考えられており、そもそも写真撮影を禁止したり、営利目的での写真撮影・利用を禁止するといったルールを設けることが考えられる。そのようなルールを設ける場合でも、相手方が認識していなければ合意にならないため、だれもが認識できる方法で明示しておく必

要がある。ルール違反を理由に何らかの請求をする場合に、ルールの明示状況や相手方がそのルールを認識していたか否かなどが問題になり得、請求の可否は事案ごとの個別具体的な判断となる。

## 第2 建築物の設計図面の法的保護

建築物の設計図面自体も著作権法による保護を受ける。上記のとおり、設計図面に表現されている建物が建築の著作物に該当する場合、建物が実際に完成していなくてもその設計図面にに基づき建物を建築する行為は、複製権侵害となる。これは、建築の著作物としての保護である。

一方、建築物の設計図面は、建築の著作物としてではなく、学術的な性質を有する図面として、図面の著作物(著作権法10条1項6号)としての保護を受けられる場合がある。図面の著作物としての保護を受ける図面か否かの判断については、その判断対象を作図上の表現のみとする見解と、作図上の表現に加えて、設計対象の具体的な形状、寸法も考慮する見解がある。建築物の設計図面について、裁判例は、従前より後者の見解に立っている。例えば、知財高判平成27年5月25日は、建築物の設計図面の「創作性は、作図上の表現方法やその具体的な表現内容に作成者の個性が発揮されている場合に認められると解すべきである。もっとも、その作図上の表現方法や建築物の具体的な表現内容が、実用的、機能的で、ありふれたものであったり、選択の余地がほとんどないような場合には、創作的な表現とはいえない」と判示した<sup>16</sup>。

このように、図形の著作物としての保護を受けられる場合でも、建築物の作図方法は、敷地・法令・施工主の意向等の制約を受ける場合が多いため、設計図上での表現方法の幅が狭い結果、権利の幅も狭く、事例によってはデッド・コピーのみが著作権侵害になることも多くならざるを得ない<sup>17</sup>。

## 第3 おわりに

上記のとおり、建築物については、様々な法的保護の可能性がある。もっとも、著作権法による保護は、応用美術同様、美的鑑賞性が認められる必要があり、そのハードルは一般的に高い。そのため、意匠登録による保護が採り得る有力な方法となろう。改正後の意匠法が施行された令和2年4月1日以降、住宅についても多くの意匠出願がなされており、主たる出願者は大手住宅メーカーであるが、中には個人の建築事務所による出願も見受けられた。その他の法律については、

建築物が有名で、一般に認識されているようなものではない限り、法的保護を受けられる可能性は乏しいと考えられる。

- 1 <https://www.oike-law.gr.jp/wp-content/uploads/sun26.pdf#page=12>
- 2 中山信弘「著作権法」[第3版](有斐閣、2020年)103頁。
- 3 島並良ほか「著作権法入門」[第3版](有斐閣、2021年)51頁。関西では、新梅田シティが裁判所により著作物性が認められた(大阪地決平成25年9月6日)。
- 4 応用美術に関する弊所弁護士の論考として、草地邦晴「応用美術と著作権－知財高裁平成27年4月14日判決を題材に」御池ライブラリー 42号28頁、大瀬戸豪志「幼児用椅子(TRIPP TRAPP)事件知財高裁判決とその後の裁判例－著作権法による応用美術の保護」御池ライブラリー 45号31頁。
- 5 前掲注2・104頁。大阪高判平成16年9月29日(グルニエ・ダイン事件)は、「客観的、外形的に見て、それが一般住宅の建築において通常加味される程度の美的創作性を上回り、居住用建物としての実用性や機能性とは別に、独立して美的鑑賞の対象となり、建築家・設計者の思想又は感情といった文化的精神性を感得せしめるような造形芸術としての美術性を備えた場合と解する」としている。
- 6 前掲注3・51頁。
- 7 量産される住宅については、原則として著作物性を否定した上、美的鑑賞対象部分を分離して把握できる場合には当該部分に著作物性を肯定し、オーダーメイドの注文住宅については、美的鑑賞性が認められる限り、そのような分離をせずに著作物性を肯定するという、住宅を量産される住宅とオーダーメイドの注文住宅に仕分けして著作物性を検討する見解がある(高林龍「標準著作権法」[第4版](有斐閣、2019年)57頁)。反対に、両者を区別すべきでないとする見解もある(三村量一「判批」著作権法判例百選 [第6版] 28頁)。
- 8 前掲注3・52頁。例えば、実用性の観点から、老朽化による修繕が必要であり、同一性保持権を主張されるべきでないのであれば、建築の著作物と考えるべきである。
- 9 前掲注3・52頁。
- 10 意匠審査基準第IV部第2章3.1。
- 11 意匠審査基準第IV部第2章6.1.1.1。
- 12 建築物や内装のデザインの保護に関する弊所弁護士の論考として、草地邦晴「店舗の外観、内装の知的財産としての保護－意匠法の改正と商標審査基準の改訂」御池ライブラリー 52号31頁。
- 13 前掲注12・31頁。
- 14 東京高判平成10年2月26日判時1644号153頁(ドラゴン・キーホルダー事件)。
- 15 関連裁判例として、東京地判平成17年5月24日判タ1196号294頁(マンホール用足掛具事件)。そのほか、不正競争防止法による保護としては同法2条1項1号及び2号による保護も一応考えられる。
- 16 小坂準記「判批」著作権法判例百選 [第6版] 27頁。
- 17 前掲注2・110頁。

# 会計監査限定監査役の 監査範囲・責任

## —令和3年7月19日最高裁判決

弁護士 永井 弘二

### 1 監査役制度と事案の概要

株式会社の監査役は、原則として取締役の職務の執行を監査し(会社法381条)、取締役が不正行為等を行っていると思われる場合には取締役会に報告する義務等を負う(会社法382条ほか)。

他方、非公開会社(株式譲渡制限のある会社)では、定款により監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定することができる(会社法389条)。この場合、監査役は、「取締役が株主総会に提出しようとする会計に関する議案、書類その他」を調査することとされ(同条3項)、また、「計算関係書類が当該株式会社の財産及び損益の状況を全ての重要な点において適正に表示しているかどうか」についての意見を述べることとされている(会社計算規則121条1項2号)。ここで「計算書類」とは貸借対照表、損益計算書、附属明細等のいわゆる決算書関係書類を指しており、総勘定元帳等などの「会計帳簿」とは区別されている。

今回の事案は、監査役が設置され、その監査範囲が会計に関するものに限定されている株式会社において、経理担当従業員が約9年余りにわたって多数回、当座預金から自己名義の預金口座に送金して2億3500万円余りを横領したという事案において、会社が監査役の責任を追及したものである。当該従業員は、自己口座への送金を会計帳簿に記載せず、また、会社の当座預金口座残高についての金融機関発行の残高証明書を偽造するなどしていた。

監査役は、残高証明書と会計帳簿の記載が一致することを確認するなどした上で、会計帳簿の記載が正しいものとして計算書類の監査をしていた。残高証明書の偽造には気づけなかったが、示された残高証明書が写しであることは認識していた。なお、同監査役は公認会計士・税理士であり、月額報酬は3万円であった。

### 2 下級審の判断

1審千葉地裁は、監査役の監査方法についての各種文献等においては、貸借対照表記載の資産の存在を確認すること、特に残高証明書の実査の重要性が指摘さ

れており、残高証明書の原本の確認は通常容易であると考えられることなどから、残高証明書の原本の提示を求めなかった監査役には任務懈怠が認められるとした。千葉地裁は監査役が公認会計士・税理士であったことも判断の要素としている。

これに対し、控訴審東京高裁は、計算書類は会計帳簿に基づき取締役が作成するものとされ、監査役の監査はこの計算書類についてなされることなどから、監査役は「会計帳簿の信頼性欠如が会計限定監査役に容易に判明可能であったなどの特段の事情のない限り、会社(取締役又はその指示を受けた使用人)作成の会計帳簿(会社法432条1項)の記載内容を信頼して、会社作成の貸借対照表、損益計算書その他の計算関係書類等を監査すれば足りる。会計限定監査役は、前記のような特段の事情がないときには、会社作成の会計帳簿に不適正な記載があることを、会計帳簿の裏付資料(証憑)を直接確認するなどして積極的に調査発見すべき義務を負うものではない。」として、今回の事案でも「特段の事情」はなく、監査役に責任はないとした。

### 3 最高裁の判断

最高裁は、「会計帳簿が信頼性を欠くものであることが明らかでない場合であっても、計算書類等に表示された情報が会計帳簿の内容に合致していることを確認しさえすれば、常にその任務を尽くしたといえるものではない。」として、東京高裁の判断を破棄し、監査役の責任については、「(当座)預金の重要性の程度、その管理状況等の諸事情に照らして監査役が適切な方法により監査を行ったといえるか否か」についてさらに審理を尽くす必要があるとして、高裁に差し戻した。

最高裁が東京高裁の判断を破棄した理由は、「監査役設置会社(会計限定監査役を置く株式会社を含む。)において、監査役は、計算書類等につき、これに表示された情報と表示すべき情報との合致の程度を確かめるなどして監査を行い、会社の財産及び損益の状況を全ての重要な点において適正に表示しているかどうかについての意見等を内容とする監査報告を作成しなければならないとされている(会社法436条1項、会社計算規則121条2項(平成21年法務省令第7号による改正前は149条2項)、122条1項2号(同改正前は150条1項2号))。この監査は、取締役等から独立した地位にある監査役に担わせることによって、会社の財産及び損益の状況に関する情報を提供する役割を果たす計算書類等につき(会社法437条、440条、442条参照)、上記情報が適正に表示されていることを一定の範囲で担保し、その

信頼性を高めるために実施されるものと解される。」という点にあるとされている。

草野耕一裁判官は補足意見を付しており、そこでは、今回の事案の監査役が公認会計士であったとしても、その属性に基づき義務が加重されることはないこと、今回の事案で監査役の責任が認められるか否かは、実際の当座預金残高と計算書類に記載された残高が一致しないことの具体的な確認を求められる状況であったか否かを審理する必要があること、残高証明書の原本の提示を求める義務があったか否かについては、「監査役がこれをどのようなものとして認識したか、これと平成20年5月期以後の監査の際に提供された上記写しとの形状・様式・内容の相違の有無・程度、被上告人の会計管理システムの仕組みや態勢、上記のカラーコピーの残高証明書と同様の形状・様式・内容を備えた残高証明書の作成の難易等を考慮して、上記の提示の求めが本件口座の実際の残高と会計帳簿上の残高の相違を発見し得たと思われる行為といえるか否かについて慎重に判断する必要があると思われる。」とされている。

#### 4 若干の検討

会社法は、監査役の資格要件として税理士であること等を要件とはしておらず、現在の日本の非公開会社における監査役は形式的に選任されている場合も決して少なくないと考えられる。

こうした実態があることから、これまで会計監査限定監査役の会社債権者等に対する第三者責任が認められる事は多くはなかったようである。消費者被害事件として位置づけられる外国為替証拠金取引を行う会社の監査役や(平成23年8月25日名古屋高裁判決)、和牛商法として問題になった安愚楽牧場の監査役(平成28年5月30日大阪地裁判決)の被害者(会社債権者)に対する第三者責任が認められている。

本件は、会社債権者に対する責任ではなく会社自体に対する責任であり、また、監査役が公認会計士・税理士であったという特徴があるが、東京高裁は、一般の監査役は公認会計士等ではないことが大半であるという状況を前提に、会計監査限定監査役の調査範囲を極めて狭く解したと考えられる。しかし、こうした東京高裁の判断を前提にすると、会社法が監査役に求める任務をより一層形骸化してしまう危険はあると考えられる。

最高裁は、このように、東京高裁の判断を是認することは会社法が前提とする監査役の任務を形骸化して

しまうことを危惧した判断ではないかと考えられ、監査役の任務違背があったか否かは、事案の具体的な状況に即して判断することを求めたものと考えられる。草野裁判官の補足意見によれば、残高証明書の原本の提示を求める義務があったか否かについても、具体的な状況において判断することを求めているようである。

今回の最高裁の判断は、形骸化しつつある監査役の任務について、改めて会社法が求める監査役の任務の重要性を指摘するものであり、現在の形式的な監査役について警鐘を鳴らすものといえる。監査にあたっては、少なくとも残高証明書の原本の確認や、その他、計算書類の数字と実際の状況の一致を実質的に確かめることのできる資料の確認は必須であると言える。

## 補償契約とD&O保険

弁護士 草地 邦晴

### 1 令和元年会社法改正

令和元年に行われた会社法改正において、新たに補償契約及び役員等のために締結される保険契約に関する規律が導入された(第二編/第四章/第一二節)。

後者の保険契約としては、これまでも会社役員賠償責任保険(いわゆるD&O(Directors and Officers)保険)があり、すでに実務的には広く普及している保険契約であるが、これまで会社法に直接規律する条項はなかった。しかし、D&O保険は、役員等がその職務の執行に関し責任を負い、又は責任の追及にかかる請求を受けることによって生ずる損害を保険者が填補することを約する保険である。そのような保険契約の締結は、職務執行の適正性に影響を与えるおそれがあり、会社と役員等との間に利益相反的な関係が生じることから、法的な規律を設ける必要性については従前から指摘されていた。

前者の補償契約とは、役員等がその職務の執行に関して、法令に違反したことが疑われたり責任の追及を受けたことに対処するための防御費用や、第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合等の損失(賠償金等)の全部又は一部を、株式会社が当該役員に補償することを内容とする契約である。このような契約は、

株式会社が優秀な人材を役員等として確保するため、また役員らが責任の追及や多額の賠償を過度に恐れて萎縮することを防止し、役員等に適切なインセンティブを付与するために必要であると言われている。実際、米国等では利用されている契約のようであるが、我が国では会社法に規定がなく、法解釈上の疑義もあったため、実務的には利用されてこなかったようである。今回の改正では、制度の枠組みが法定され、一定の規律の下に導入できることが明確にされた。

## 2 補償契約に対する規律の概要

「補償契約」とは、株式会社が役員等に対して、①職務執行に関し、法令違反が疑われ、又は責任追及にかかる請求を受けたことにより要する費用、②職務執行に関し、第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合における賠償金、和解金を支払うことにより生じる損失を、当該会社が補償することを約する契約である(430条の2第1項)。

補償契約は、役員等と株式会社の利益が相反する側面があることから、利益相反取引に準じた規律を設けた。

すなわち、手続規制として、補償契約の内容の決定は株主総会(取締役会設置会社においては取締役会)の決議によらなければならない(430条の2第1項)、監査等委員会設置会社(399条の13第5項十二)、指名委員会等設置会社(416条4項十四)においても、取締役会の権限となり、取締役・執行役への委任が認められない。

また、内容規制として、補償契約を締結していても補償できない部分が明示されており、①のうち通常要する費用の額を超える部分、株式会社が②の損害を賠償するとすれば、当該役員等が423条1項の責任(任務懈怠責任)を負う場合は当該責任部分、役員等に悪意又は重過失があったことにより②の責任を負う場合は②の全部について、株式会社は補償することができない(430条の2第2項)。事後的にも、①を補償した株式会社が、当該役員等が図利、加害目的で職務を執行したことを知ったときは、補償金額の返還請求ができる(同条第3項)。

さらに、開示規制として、補償契約に基づく補償をした取締役及び当該補償を受けた取締役は、遅滞なくその重要事実を取締役に報告しなければならない(同条第4項)、事業報告において補償契約の締結に関する事項(氏名、補償契約の内容の概要)と、補償の実行に関する事項(防御費用を補償した場合に、原因となった職務執行に関し、法令違反や責任があることを知っ

たときはその旨。補償契約に基づく賠償金等を補償したときは、その旨及び補償金額)を開示しなければならない(施規121条三の二～四、125条二～四、126条七の二～四)。株主の監督機能にも期待していると言えよう。

## 3 役員等のために締結される保険契約に対する規律の概要

「役員等賠償責任保険契約」とは、保険契約のうち役員等がその職務の執行に関し責任を負うこと又は当該責任の追及に係る請求を受けることによって生ずることのある損害を保険者が填補することを約するもので、役員等を被保険者とするものである(430条の3第1項)。

規律の対象となるのは、いわゆるD&O保険のように、役員等と株式会社との間に利益相反的な関係が生じ、職務の執行の適正性に影響があるような賠償責任保険であり、そのおそれが無い保険は除かれている(施規115条の2、例えば、PL保険、企業総合賠償責任保険等、自動車賠償責任保険等)。

この役員等賠償責任保険契約についての手続的規制としては、補償契約同様の規律が設けられており、その内容の決定は株主総会(取締役会設置会社においては取締役会)の決議によらなければならない(430条の3第1項)、監査等委員会設置会社(399条の13第5項十三)、指名委員会等設置会社(416条4項十五)でも取締役会の決議によらなければならない。

また、保険契約の内容は株式会社が抱えるリスクの指標ともなり得ることから、この意味でも株主にとって重要な情報であり、被保険者及び保険契約の内容の概要については、事業報告において開示が求められている(施規119条二の二、121条の2)。

## 4 補償契約とD&O保険の違いと導入の検討

補償契約とD&O保険は、優秀な人材の確保や、役員等の萎縮を防止するといった目的を共通にする制度である。そして、両制度の手続的規制や開示規制も基本的には似通ったものとなっている。従前からD&O保険が利用され、定着していることは前記したとおりで、改正法により整備されたとはいえ、あえて補償契約を導入する必要性を感じない株式会社も多いと思われる。

もっとも、その内容には差異が認められる。D&O保険については、補償契約におけるような内容的規制を直接定めた条文がないが、それは保険会社との間に

おける保険契約上の制約が当然存在しているからでもある。免責事項や範囲、支払限度額等、D&O保険の設計が株式会社の求める内容とはフィットしない場合、補償契約を活用することは考えられる。他方で、補償契約には前記したような内容的規制があり、例えば会社に対する任務懈怠責任にかかる損害賠償責任部分など、補償契約で填補が認められない部分があり、これをカバーするためにD&O保険の利用を考える場面もあろう。

株主や役員等自身の立場から考えてみると、D&O保険については保険者である保険会社が、支払事由や保険金の算定について一定の基準を設け、調査等も行って適正な支払いを行ってくれるであろうとの期待感があるし、株式会社は保険料を負担するにすぎないので許容しやすいが、補償契約については、株式会社の直接の負担で役員等の防御費用や賠償金等を支払うことで会社の資金(場合によっては多額)が流出することになる上、役員等の職務執行の適正性が損なわれたり、モラルハザードを起ささないかとの懸念がより生じやすい。そのため、補償契約を導入するにあたっては、必要性の確認とともに職務執行の適正性を確保する措置を講じておくことが重要であるように思われる。

会社法もこうした職務執行の適正性を確保する措置を講じた場合には、内容の概要とともにこれを開示することを求めており(施規121条三の二口)、むしろそのような措置が期待されていると言えよう。

このような適正性確保措置としては、まず補償金額に対する措置が考えられる。補償金額の上限を定めること、一定額以下を補償の対象としないこと、一定割合のみを補償の対象とすることなどが考えられる。また、補償の実行にあたって手続的要件を加重し、独立役員により構成される委員会の審議、承認を要件とすることや、補償金額の返還事由を拡張して、図利加害目的に至らない悪意、重過失にも認めるようにすること、会社が役員等に対する責任追及を行う場合は補償ができないようにすることなどが考えられるところである。

補償契約の導入を検討している株式会社も、制度設計にあたって他社の動向を様子見しているところも少なくないと思われるが、補償契約を導入し、開示している上場企業も一定数みられるところであり、導入例・運用例が今後蓄積されてくると思われる。

#### 参考文献

・「一問一答 令和元年 改正会社法」(竹林俊憲編著 株式会社商

事法務 2020年9月)

・「会社法改正を踏まえた株主総会対応の留意点(上)」[3 補償契約・D&O保険]

(伊藤広樹他 資料版商事法務442号58頁～61頁 2021年1月)

・「補償契約における適正性確保措置の事例分析」

(太田洋他 資料版商事法務452号120頁～132頁 2021年11月)

## 人身傷害保険の保険者による 人身傷害保険金支払後の 自賠償保険金回収の影響

弁護士 北村 幸裕

### 1 はじめに

人身傷害保険(以下、「人傷保険」という。)の保険者(以下、「人傷社」という。)は、交通事故の被害者である被保険者に対して人傷保険金を支払った後、加害者が加入する自賠償保険に対して保険金(なお、自賠法16条に基づく請求であることから正確には損害賠償金だが、以下、「自賠償保険金」という。)を請求して受領することが一般化している。

被害者に一定の過失が認められる事案では、訴訟基準差額説によると人傷保険金は被害者過失部分に優先して填補されることになる。このような過失相殺の適用がある事案で、人傷社が回収した自賠償保険金額は、加害者の被害者に対する損害賠償金の支払いと評価するのか、それともそのような評価をしないのかという問題がある。

### 2 従来議論

上記の問題については以下のとおりの考え方がある。

まず、人傷社が回収した自賠償保険金は、加害者による負担がなされたものと評価して、加害者が負担する損害賠償債務から全額損益相殺すべきという見解である(全部控除説)。

一方、人傷社による自賠償保険金の回収は加害者から被害者への支払いとは同視できないとして、加害者の損害賠償債務からは当然には損益相殺されず、あくまでも人身傷害保険金額が被害者の自己過失相当部分を超えた部分に限って損益相殺するという見解である。訴訟基準差額説を前提とすると人傷社が本来代位

できない部分も自賠責保険から回収したことになるため、便宜上「不当利得容認説」と称されている。

東京地判平成21年12月22日(交通民事裁判例集42巻6号1669頁)が不当利得容認説と同様の結論を採用し、当該結論は、その後最高裁判決において判断された訴訟基準差額説との親和性が高いことから、その後の下級審判決でも同様の結論の判決がなされたこともあり、実務上も不当利得容認説に基づく運用がなされていた。

具体的には、判決又は訴訟上の和解が成立した事案では、加害者と人傷社との間で、人傷社が本来受領できないにも関わらず受領していた金額の調整が必要となるが、実務上は、加害者と人傷社の間に自賠責保険が入って調整している。

すなわち、判決又は訴訟上の和解後、加害者は、被害者に対して自賠責保険金について損益相殺されていない損害賠償額を実際に支払い、その後自賠責保険に対して請求(自賠法15条請求)を行う。一方、人傷社は、既に受領した自賠責保険金のうち、本来受領できない金額を自賠責保険に返金する。その結果、自賠責保険が、加害者に対して請求に応じた保険金を支払うという流れで対応がなされている。

ところが、近時、全部控除説の結論をとる高等裁判所の判決がなされた。そこで、当該判決の分析を通じて、上記問題について改めて検討したい。

### 3 判例の紹介(福岡高判令和2年3月19日判例タイムズ1478号52頁)

(事案及び判決の概要)

過失相殺の適用のある交通事故(被害者の過失が30%の事案)の被害者が、人傷保険金を受領後に、加害者に対して損害賠償請求を行った事案である。なお、人傷保険金を受領するにあたって、被害者と人傷社との間で、支払保険金額の限度で、加害者に対して有する損害賠償請求権及び自賠責保険金の請求受領権が人傷社に移転することを確認する協定書(正確な内容は判決からは不明)が締結されていた。

人傷保険金支払後、人傷社が、加害者の自賠責保険から保険金を回収していたことから、加害者が、当該自賠責保険金を全額損益相殺をすべきとの主張を行ったところ、裁判所は、人傷社が回収した自賠責保険金の全額につき損益相殺を認めるに至った。

(判断の理由の概要)

裁判所は、被害者と人傷社間で交わされた協定書(以下、「協定書」という。)の文言は、被害者から、人

傷社に対し、支払った人傷保険金の限度で自賠責保険金の受領権限が委任されたと解するほかないと認定した。

そして、自賠責保険は、協定書に基づき受領権限を有する人傷社に自賠責保険金を支払ったものであり、自賠責保険が加害者のための保険であることに照らすと、本件協定書により人傷社が受領した自賠責保険金は被害者と加害者との間においては、加害者の過失部分に対する弁済に当たると解すべきであるとして、上記結論に至った。

なお、協定書には、判決後は被害者が人傷社に追加の保険金請求ができない旨の記載があるため、上記判断の結果、被害者が受領できる人傷保険金と加害者からの賠償金の合計額が、人傷保険金を先行した場合と損害賠償請求を先行した場合では、前者の方が少なくなると思われる。

これについて、裁判所は、協定書締結時に、人傷社が支払った人傷保険金のうち人傷社が受領した自賠責保険金に当たる部分が人傷社と被害者との間においても加害者の過失部分に充当されることまでを人傷保険の契約者である被害者に説明した上で締結されたものではない可能性があるとして、被害者が人傷保険金を先行して受領すると、損害賠償請求を先行した場合と比べて受領できる総額が減ることを理解していなかった可能性があることまでは認めていた。

しかし、これは、あくまでも人傷保険の契約当事者である被害者と人傷社との間の問題であるから、これを理由として、本来加害者の過失部分に対する弁済としての効力が認められるべき自賠責保険金が支払われたにもかかわらず、被害者と加害者との間において、その弁済の効力を否定ないし制限するのは相当ではないとして、総額の差異が生じることはやむを得ないと判断を示した。

### 4 検討

(1) これまで実務上採用されていた不当利得容認説については、そもそも法的な根拠が薄弱であるという問題がある。

人傷保険の一般的な約款では、支払われる人傷保険金は、自賠責保険によって給付が決定し又は既に支払われた額は控除されることとなっている。そうすると、約款上、人傷社は、人傷保険金としては被保険者に対して自賠責保険相当額の支払いはできないはずであるが、実務上は自賠責保険金相当額を支払っている。そして、人傷社は、自賠責保険相当額

を支払った後、自賠責保険に請求している。

不当利得容認説ではこの根拠が不明である。

なお、全部控除説では、自賠責保険金相当額の支払いは、被保険者から権限の委任を受けて回収することを前提とした立替払いと構成することになる。

(2) また、不当利得容認説を採用した場合には、以下のような問題が生じる。

加害者の自賠責保険から保険金が実際に支払われており、かつ、被害者もそれに相当する金額を受領しているにもかかわらず、人傷保険金が先行して支払われたという加害者が関与できない事情によって、損害賠償責任を負担していないと評価されることになる。

その結果、自賠責保険金が支払われていながら、支払日時点での遅延損害金に充当されないため、加害者は、事故日からの遅延損害金を負担しなければならないこととなる。

また、後で返金されるとはいえ、自賠責保険金が支払われているのに、加害者は一旦損害賠償金を負担しなければならないが、これは加害者にとっては大きな負担になり得る。

全部控除説を採用した場合には、上記の不都合は生じない。

(3) 一方、不当利得容認説の場合は、人傷保険金先行型と損害賠償先行型とで受領できる総額の金員が変わらないというメリットがある。全部控除説の場合は、人傷保険金受領時に今後追加請求しないという協定を行っていることから、人傷保険金先行型の場合は、受領保険金が低額になる。

(4) 私見では、不当利得容認説の法的根拠が薄弱である点、実際に生じる問題点を考えると、全部容認説が妥当であると考えられる。

ただし、全部控除説を採用した場合には、上記のとおり、人傷保険金先行型と損害賠償先行型で受領できる金額が変わるという点について問題が生じるが、これは、被害者と人傷社との間で調整すべきである。追加請求できないとの協定が交わされていたとしても、人傷社が被害者に追加で支払いうる仕組みを採用すべきであろう。

不当利得容認説に基づいた運用がなされている現時点の実務では、すぐに全部控除説に基づく対応に切り替えることはできないと思われるが、いずれは全部控除説に基づく対応に切り替えるべきと考える。

なお、上記高裁判決は上告されているとのことであるから、最高裁の判断が待たれるところである。

#### 参考文献

- ・「判批」判例タイムズ1478号52頁以下(2020年)
- ・「判批」金融・商事判例1617号44頁以下(2021年)
- ・森健二「人身傷害補償保険金と自賠責保険金の代位について」日弁連交通事故相談センター東京支部編『民事交通事故訴訟損害賠償額算定2011(平成23年)下巻(講演録編)』93頁以下(日弁連交通事故相談センター・2011年)
- ・三木素子「人身傷害補償保険の諸問題」森富義明=村主隆行編著『交通関係訴訟の実務』420頁(商事法務・2016年)
- ・常磐重雄「交通事故損害賠償における人身傷害補償保険を巡る諸問題—人傷社による自賠回収が被害者の損害賠償請求権に与える影響を中心に—」横浜法学30巻1号433頁(2021年)
- ・小笛恵子「人身傷害保険による自賠責保険損害賠償額の回収について」保険毎日新聞2021年12月3日、同月6日

## 最判令和2年7月9日以後の 逸失利益定期金賠償についての 下級審裁判例

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、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(「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。))と判示し、あわせて、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(同最判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」、同No.53、15頁の拙稿「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」を参照。)

## 2 いかなる事案で定期金賠償が認められるか

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乖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。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ふべきである。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(以上、上記拙稿)。

## 3 上記最判後、下級審において、逸失利益の定期金賠償を求めた事案で何例か判決がでてるので紹介することとする。

### 4 岐阜地判令和2年12月23日LLI/DB 判例秘書登載、自動車保険ジャーナル2083号1頁

本件は、後遺障害別表一1級1号(神経系統の機能又は精神に著しい障害を残し、常に介護を要するもの)の後遺障害を残す症状固定時31歳男子が逸失利益の定期金賠償を請求する事案である(他の損害費目は将来介護費を含め一時金で賠償請求されていた)。裁判所は以下のとおり判断して定期金賠償を認めなかった。

「ここで、交通事故の被害者たる原告は、定期金の方式による賠償を命じられた場合、加害者である被告の履行可能性の点についてリスクを負うなどの不利益がある。一方、被告も、定期金の方式による賠償を命じられた場合、一時金の方式による場合と比較し、紛争解決の一回性、終局性の欠如という負担を課されるという不利益を被ることになる。そうすると、原告がかような不利益を甘受し、定期金の方式による賠償を

求めているのであれば、当然にそれを認めるべきであると直ちにいうことはできない。

したがって、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、定期金の方式による賠償を求めている場合においては、上記の不法行為制度の目的及び理念に照らして相当と認められるときに、同逸失利益を定期金の方式による賠償の対象とすべきといえ、そうでない場合には、一時金の方式による賠償を命じるべきものと解される。

イ 原告X1は、本件事故による後遺症状について症状固定と診断された当時31歳であった。その後遺障害の内容は頭部外傷後遷延性意識障害及び四肢体幹運動障害であって、後遺障害等級は1級1号と認定され、労働能力喪失率は100%であると認められる。

すなわち、原告X1の後遺障害及び労働能力喪失の程度が、将来、さらに重篤化し、その点から原告X1に生じる逸失利益の額がより大きくなることは考え難い状態にある。他方、その症状が改善することも稀にはあり得ると考えられるが、原告X1自身が将来の介護費用を一時金の方式による賠償を求めていることからすれば、その状態が将来的に変動する可能性がないことを前提においていると考えざるを得ない。

また、原告X1が将来において得られる収入の見込みについていえば、原告X1は、Fを自ら経営していく前提で基礎収入を算定し、労働能力喪失期間を考慮することを求めているのであり、従前の就労状況からしても原告X1がFを経営していく蓋然性が高いものと考えられる。そうすると、上記のとおり原告X1の労働能力喪失の程度が将来的に軽減されることは想定されていないため、損害が現実化した時点で、実際に原告X1がFを営し現実に収入を得ていることは想定できず、結局、将来の現実の収入が現時点で算定する収入を上回る事態が生じることを想定し得ない。

ウ そうすると、本件については、後遺障害による逸失利益について、一時金の形で損害を評価した場合に、将来における事情の変更により、現時点において算定された損害額と現実の損害額に大きな乖離が生じ原告X1に不利益が生じる事態を具体的に想定することは困難であり、上記の不法行為制度の目的及び理念に照らして、定期金の方式による賠償を命じるのが相当と認められる場合には当たらないといふべきである。

したがって、逸失利益についても一時金の方式に

より賠償額を算定すべきである。』

## 5 札幌地判令和2年12月28日LLI/DB 判例秘書登載、自動車保険ジャーナル2083号29頁

本件は、後遺障害等級9級10号(神経系統の機能又は精神に障害を残し、服することができる労務が相当な程度に制限されるもの)を残す23歳男子が後遺障害逸失利益の定期金賠償を求めた事案である。裁判所は以下のとおり判断して定期金賠償を認めなかった。

「本件については、原告は本件事故当時23歳と比較的若年であって就労可能期間が長期間(現時点から約40年間)に及ぶものであることに加え、高次脳機能障害という後遺障害の性質にも鑑みると、同就労可能期間中に、逸失利益算定の基礎となる事情に変更が生じる可能性があることは否定できない。もっとも、原告は既に成人しており、本件事故後4年以上が経過していることからすると、上記1(1)アの高次脳機能障害の程度が今後大きく変化することは考え難い。また、上記1(1)アの高次脳機能障害の内容及び労働能力喪失の程度を前提とすると、賃金水準等の変化があったとしても、それが逸失利益に与える影響は限定的である(そもそも現在の日本のような成熟社会においては長期間が経過したとしても賃金水準が大幅に上昇することは考え難い上、賃金水準が一定程度上昇したとしても、原告の逸失利益に対しては当該上昇率の35%の範囲で影響が及ぶにとどまる。)。これらの事情に鑑みると、算定された損害額と将来において現実化する損害の額との間に大きな乖離が生じる可能性は高いとはいえず、当該乖離が生じる場合に民事訴訟法117条によってその是正を図ることができるようにすることが強く要請されるものとはいえない。

さらに、上記1(1)を前提とすると、高次脳機能障害等の後遺障害が存在しても、なお原告は自らの労働によって相当程度の収入を得ることが可能であって、将来において取得すべき利益の喪失が現実化する都度これに対応する時期にその利益に対応する定期金の支払をさせるべき必要性も高いとはいえない。

以上によれば、本件においては、不法行為に基づく損害賠償制度の目的及び理念に照らして逸失利益を定期金賠償の対象とするのが相当であるとまでは認められない。」

## 6 下級審裁判例の特徴など

上記岐阜地判は、被告が定期金による賠償を命じられた場合、一時金の方式による場合と比較し紛争解決

の一回性、終局性の欠如という負担を課されるという不利益を被ることを考慮し、原告の求めがある場合にも当然に定期金賠償を認めるべきであるとはできず、不法行為制度の目的及び理念に照らして相当と認められるときに、同逸失利益を定期金の方式による賠償の対象とすべきで、そうでない場合には一時金の方式によるべきものとしている。その上で、後遺障害の程度の変動可能性が低いことを理由に定期金賠償を否定している。上記最判のもとで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が問題になると上記拙稿で指摘したが、同判決は原告が介護費用を一時金で請求している事情を後遺障害の程度の変動可能性を否定する事情として認定している点が特徴的である。

上記札幌地判は、被害者が23歳と比較的若年であって就労可能期間が長期間に及ぶこと、高次脳機能障害という後遺障害の性質から就労可能期間中に逸失利益算定の基礎となる事情に変更が生じる可能性があることは否定できないとしつつ、既に成人し、事故後4年以上が経過していることから高次脳機能障害の程度が今後大きく変化することは考え難いこと、高次脳機能障害の内容及び35%という労働能力喪失の程度、日本社会の現状を前提とすると変化があったとしても逸失利益に与える影響は限定的であること、原告は自らの労働によって相当程度の収入を得ることが可能であること等から定期金による必要性は高くないと結論づけている。

今後の下級審裁判例の集積が待たれるが、上記の裁判例はいずれも妥当な結論と思われる。

## 多様化する「消費者」概念と これからの法改正

弁護士 野々山 宏

1 消費者法における消費者概念について、その多様化が議論されている。消費者は、権利の主体であり、保護の対象であるが、その外延を拡大しても良いのではないかと、また、消費者は抽象的な存在ではないので、実体を踏まえて消費者を細分化してその属性や状況によって権利の確立や保護をより図る必要性があ

るのではないが重要な論点となっている。

## 2 既存の法律の「消費者」の定義

もともと消費者法分野自体が、消費者に関する法律の集合であり、行政法、経済法、民法など多くの法分野にまたがっている。それぞれの法分野の機能、目的によって、対象とする消費者概念もおのずと異なってくる。また、「消費者」を冠した法律は多くない。それも、消費者基本法(旧・消費者保護基本法、昭和43年公布)を除けば、消費者契約法(平成12年公布)、電子消費者契約に関する民法の特例に関する法律(平成13年公布)、消費者庁及び消費者委員会設置法(平成21年公布)、消費者安全法(平成21年公布)、消費者教育の推進に関する法律(平成24年公布)、消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律(平成25年公布)と、多くが平成に入ってから比較的最近になって制定されている。

これらの、「消費者」の名称を冠している法律のいくつかは、以下のように消費者を定義している。

### (1) 消費者契約法

2条1項 「この法律において「消費者」とは、個人(事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。)をいう。」

### (2) 電子消費者契約に関する民法の特例に関する法律

2条2項 「この法律において「消費者」とは、個人(事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。)をいい」

### (3) 消費者安全法

2条1項 「この法律において「消費者」とは、個人(商業、工業、金融業その他の事業を行う場合におけるものを除く。)をいう。」

### (4) 消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律

2条1号 「消費者 個人(事業を行う場合におけるものを除く。)をいう。」

これらの法律では、消費者は「個人」であり、いずれも事業ないし営業との関連性がないことが要件となっている。

また、権利や保護の対象を「消費者」と正面から定めていない消費者法も多い。代表的な消費者法である特定商取引に関する法律(以下、「特定商取引法」という。)では「相手方」「者」などとし(特定商取引法26条ほか)、割賦販売法では「購入者」「利用者」などとして(割賦販売法8条ほか)、特に定義を置かず、「営業のために若しくは営業として締結する」場合を適用除外

して、実質的には消費者を対象としている。

明確に個人と限定して定義している法律(消費者契約法など)と特に限定していない法律(特定商取引法など)があり、事業者等と関連性を区別するメルクマールとしても、「事業」「営業」と異なっている。

ただ、これらの消費者あるいは実質的消費者の定義や要件を定める趣旨は、いずれも当該取引や契約において、消費者が事業者に比して、商品・サービスや契約内容に関する知識・情報に大きく劣位し、反復継続して取引をしているわけではないため交渉の経験も少なく、組織力もなく、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力等の格差」(消費者基本法1条)がある要保護性の強い弱者であることにあり、そこにこそ立法趣旨があることを押さえておく必要がある。

もう一つの特徴として、既存の法律の多くは、抽象的かつ一律に消費者または実質的消費者の定義または要件を定めており、細分化、多様化した消費者の属性に配慮した規定は少ない。後述するように、消費者契約法の平成30年改正において、一定の属性を持つ消費者に取消権を認めていることが注目される(消費者契約法4条3項3号ないし5号)。

## 3 消費者概念の多様性の方向

### (1) 消費者概念の拡大

既存の法律の消費者概念がもともと多様であること、情報の質及び量並びに交渉力等の格差のある要保護性に本質があること、高齢化社会が進むにつれて消費者のなかで要保護性の程度に差があることが顕著になってきたこと、インターネット取引の普及により事業者と消費者の区別が明確ではない状況が生まれていることなどから、消費者概念の多様化が議論されている。その一つの方向性が、消費者概念の外延を広げていく方向性である。

消費者概念の外延を広げていく議論は、消費者を「個人(事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。)をいう」と定義した消費者契約法や「営業のために若しくは営業として締結する」場合を適用除外とした特定商取引法の解釈の問題として多くの議論や裁判例がある<sup>1</sup>。これらは、消費者概念を、個人から法人・団体へ拡大し、または、事業や営業を行っていると思われる者への拡大である。

法人・団体については、特定商取引法では、文言上、法人・団体であることはその適用を排除することにはならないし、消費者契約法においては、法人・団体をより実質的にとらえて契約の相手となる事業者と

の知識・経験の格差、規模(実質的に個人と同視できるか)、団体としてでなく個人の集合としてとらえられるかなどをメルクマールとして柔軟な解釈が求められる。

社会的地位に基づく反復継続する行為と解されている「事業」や、反復継続して利益を得ることと解されている「営業」についても、契約の相手方との格差、社会的地位や利益をより実質的に解して、事業活動や利益を口実に契約をさせる悪徳業者が増えている状況に対応していくべきである。

インターネット取引の普及や家庭における業務活動の増加から、事業者と消費者の境界は明確ではなくなっている状況からすると、契約の相手方事業者と比べて、情報の質・量、交渉力において消費者に準じる要保護性がある場合には、事業者であっても消費者契約法が適用されることを明記する法改正を検討する時期にきていると考えられる。

## (2) より要保護性の強い消費者概念の検討

超高齢社会の進展は、高齢者の消費者被害の顕著な増加を生じさせている。高齢者はいわゆる平均的な消費者に比べて、理解力、判断能力が劣ってくることに より要保護性が高い存在である。近時、「消費者のぜい弱性」「ぜい弱な消費者」の考え方が広く紹介されている<sup>2</sup>。既存の法律は、消費者は事業者との関係で格差のある存在であるが、十分な情報が与えられれば合理的な判断が期待される「平均的」消費者像が念頭におかれていた。しかしながら、実際には、消費者の能力は様々であり、超高齢社会ではむしろ情報を正しく判断できない「ぜい弱な消費者」の存在が自覚され、かつ増加してきている。このぜい弱な消費者は、従来の平均的な消費者像を基準とする保護規定では対応が困難となっていることが認識されるようになった。そして、消費者のぜい弱な状況は、高齢者、障がい者な

どの継続的なぜい弱性だけでなく、疾病、困惑・幻惑などの心理状態、人間関係などによる一時的なぜい弱性もある<sup>3</sup>。

このような消費者のぜい弱な属性を対象とした規定として注目されるのが、消費者契約法の平成30年改正によって定められた4条3項3号から5号である。「社会的経験の乏しい」消費者、「加齢又は心身の故障によりその判断力が著しく低下している」消費者を対象として取消権を認めている。これらの規定の要件は、細かく厳しすぎる問題点はあるが、消費者の中のよりぜい弱な属性に着目して取消権を付与したことは注目される。

このような、消費者の中のよりぜい弱な属性に着目した法規や政策が今後も推進される必要がある。令和4年の消費者契約法改正において提案された、消費者の心理状態や判断力に着目した取消権は、この方向に合致するものであった<sup>4</sup>。残念ながら、今回の改正ではこれらの取消権は認められない状況となっているが、多様化する消費者の保護のためには引き続き検討されていかなければならない課題である。

今後も多様化する消費者概念を整理し、時代にあった解釈や法改正を実現していくことが求められている。

- 1 詳しい文献として、谷本圭子「消費者概念の外延」消費者法研究創刊第1号(2016年)55頁、また、増田朋記「消費者契約法における『消費者』及び『事業者』の概念について」御池ライブラリー47号(2018年)32頁がある。
- 2 代表的な文献として、菅富美枝『新消費者法研究…脆弱な消費者を包摂する法制度と執行体制』(成文堂、2018年)がある。
- 3 日本弁護士連合会第63回人権擁護大会シンポジウム第2分科会「超高齢社会における消費者被害の予防と救済を考える」で、今後の消費者法制や政策の方向性の中で消費者のぜい弱性に着目する視点が指摘され、多くの提案がされている。日弁連HPの同シンポジウム基調報告書参照。
- 4 消費者庁：消費者契約に関する検討会報告書(令和3年9月)6頁以下

### 54号訂正について

7頁 A3-3 1・12行目 「計算書類」を「計算書類等」に訂正

解説 1行目 「計算書類」を「計算書類等(計算書類・事業報告及びこれらの附属明細書、臨時計算書類並びに監査役会設置会社又は会計監査人設置会社においては監査報告又は会計監査報告)」に訂正

編 集  
後 記

最近、重要な法規の法改正が続いています。民法は債権法改正に引き続き、相続法、土地所有法制に関する改正がありました。会社法、独占禁止法、個人情報保護法、特定商取引法も改正されています。社会が大きく動いているのを感じます。当事務所ではこれらの新しい動きについて研究を行っています。今回の特集は、改正された公益通報者保護法とデジタルプラットフォームに関する諸問題の2つです。皆様の忌憚のないご意見をお待ちしています。

