

(本号の目次)

1. 法律雑誌等に掲載された主な判例
2. 平成24年(2012年)1月24日までに成立した,もしくは公布された法律
3. 1月の主な発刊書籍一覧(私法部門)
4. 1月の主な発刊書籍一覧(公法・その他部門)
5. 発刊書籍の解説

(掲載判例INDEX) \* 「1. 法律雑誌等に掲載された主な判例」の要旨及び判決日又は決定日を掲載します。

(民法)

【1】建築基準法等に違反する違法建物の建築を目的とする請負契約が公序良俗に反し無効とされたが,その後に施工された違法建築部分の是正工事も含まれる追加変更工事の施工の合意が公序良俗に反しないとされた事例(平成23年12月16日最高裁)

【2】証券会社XがYに対し信用取引(インターネットによる株式売買委託)決済金の立替金の支払いを求めた事案。原審は,適合性原則違反及び説明義務違反を理由とするYの相殺等の主張を認めましたが,控訴審では,顧客に対する勧誘の有無に着目して,Yの主張を否定した(平成23年9月8日大阪高裁)

【3】横浜市長であったXは週刊誌を発行するYに対し,週刊誌の掲載記事が名誉毀損であるとして損害賠償及び謝罪広告を請求した事案。記事は真実とは認められず,十分な裏付け取材も行っていないとして550万円の損害賠償及び謝罪広告の掲載を命じた(平成22年10月29日東京地裁)

【4】道路位置指定を受けた私道の所有者Xらは,私道と接している土地を所有するYに対し,Yが同土地に建築したアパートに出入りする者を私道通行させることで私道の占有使用を妨害しないことを求めた。判決は自動車通行や駐車車の禁止の限度で原告請求を認容(平成23年6月29日東京地裁)

(商事法)

【5】新設分割会社の債権者は,詐害行為取消権の行使により,会社分割自体,会社に承継された権利義務又は資産のみの取消を求め得るが,取消しても逸出した資産を返還させることが著しく困難である場合は当該資産の全部に相当する価格の賠償を求めることができる(平成23年10月27日福岡高裁)

【6】分割会社から新設会社に承継された資産及び負債が可分であるが,当該会社分割により承継された資産を特定して返還させることが著しく困難であるときは,被保全債権の限度で価額賠償を請求することができると判示(平成23年7月22日名古屋地裁)

(知的財産)

【7】被上告人が本件映画の著作権の存続期間につき満了したものと誤信し,本件商品を輸入,頒布した事案につき,同人の過失の有無が争われたところ,著作権の存続期間の調査を怠った被上告人の過失を認め,原判決中上告人敗訴部分が破棄され原審に差し戻された事例(平成24年1月17日最高裁)

【8】原告の「いなば和幸」の商標登録につき,補助参加人が自己の「とんかつ和幸」なる登録商標と類似するとして異議を申立て,商標登録取消決定がなされたため原告がその取消を求めた事案。両者は外観,呼称,観念のいずれにおいても異なるとして原決定を取消した(平成22年3月29日知財高裁)

【9】特許権者Xから実施許諾を受けていたYが,Yの製品は当該特許権の技術的範囲に含まれないとして契約を解除し実施料支払いを終了したため,Xが特許権の侵害を理由に販売禁止等を求めたが,特許請求の範囲を限定的に解釈してXの請求が棄却された事例(平成22年3月31日知財高裁)

【10】物の発明についてはその物を製造する方法についての具体的な記載が必要だが,そのような記載がなくても明細書及び図面の記載並びに出願時の技術的常識に基づき当業者がその物を製造することができるのであれば実施可能要件を満たすということができると判示(平成23年4月14日知財高裁)

【11】引用商標の周知性がレコード等に限られ,本件商標の指定役務がレコード等に関する役務を含むものではなく,本件商標を使用しても出所について混同を生じるおそれがないとして,無効審判取消請求が棄却された事例(平成23年9月14日知財高裁)

【12】折り紙作家である原告が被告の制作に係るテレビドラマで紹介した折り図が著作権侵害に当たる旨主張した

が一審は敗訴し、原告が控訴した事案。被告折り図から本件折り図の表現上の本質的特徴が直接感得できるとはいえないとして本件控訴を棄却(平成23年12月26日知財高裁)

【13】特許出願人である原告が、拒絶査定に対する不服審判の請求不成立の審決について取消しを求めた事案で、サポート要件などが争点になったが請求が棄却された事案(平成23年12月26日知財高裁)

【14】特許権者である原告が、被告製品をその取扱説明書の記載どおりに使用した説明書記載方法は本件特許発明の方法と均等な方法であるといえる等と主張して被告製品の製造・貸与等の差止め等を請求したが、請求が棄却された事例(平成23年12月28日東京地裁)

(民事手続)

【15】原々決定を即時抗告の相手方である抗告人(補助参加申立人)に不利益なものに変更するに当たり、即時抗告申立書の副本の送達又はその写しの送付をしなかった原審の措置は配慮に欠けるが、その審理手続に裁判に影響を及ぼす法令違反はなかったとして本件抗告を棄却した事例(平成23年9月30日最高裁)

【16】債権差押命令については被担保債権の不存在又は消滅を理由に執行抗告することができるとした上で、債権者の申立てにより被担保債権の限度で債権差押命令が発せられた場合には被担保債権の数額についても執行抗告により争うことができると判示(平成23年2月24日東京高裁)

【17】本件一棟建物の基本的構造部分は、構造上被控訴人区分建物の存立、安全に不可欠な部分であるというべきであって、被控訴人は民事執行法38条1項にいう「強制執行の目的物について…目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有する第三者」に該当すると判示(平成23年3月30日大阪高裁)

【18】複数の店舗に預金債権があるときは預金債権額合計の最も大きな店舗の預金債権を対象とする旨の方式による差押命令の申立てにおいては、差押債権の特定に欠けることはないと判断するのが相当であると判示(平成23年10月26日東京高裁)

【19】司法解剖鑑定受託者が所持する鑑定書の控え等につき、民事訴訟において提出されたとしても関係者の名誉及びプライバシーが侵害されず、捜査及び刑事裁判が不当な影響を受けるおそれのない文書は刑事事件関係書類等に該当しないと判示(平成22年5月13日東京地裁)

【20】耐震強度偽装事件において当該マンションの購入者Xらが、偽装を看過したとして指定確認検査機関Y1及び当該自治体Y2に損害賠償を請求した事案。両者の過失を認めずいずれに対しても請求を棄却(平成23年1月26日東京地裁)(刑事法)

【21】被告人がファイル共有ソフトであるWinnyをインターネットを通じて不特定多数の者に公開、提供し、正犯者がこれを利用して著作物の公衆送信権を侵害した事案につき、著作権法違反幫助罪に問われた被告人に幫助犯の故意が欠けるとされた事例(平成23年12月19日最高裁)

【22】保護処分決定で認定された日と異なる日に、事実の同一性が認められる同一内容の非行事実が認められるなら、保護処分を取り消さなければならないときには該当せず、申立人に対し十分に防御の機会も与えているとされた事例(平成23年12月19日最高裁)

【23】裁判員制度による審理裁判を受けるか否かについて被告人に選択権が認められていないからといって、同制度は憲法32条、37条に違反しないとされた事例(平成24年1月13日最高裁)

【24】刑事訴訟法266条2号の付審判事件につき、1審の無罪判決を支持し、反対尋問の証言拒否が主尋問の尋問者の重大な過失により誘発された場合は主尋問における証言の証拠能力が否定される、公判期日と期日間整理手続期日を同時並行に開催することは違法である、との各手続的な事例判断のある事例(平成24年1月10日福岡高裁)

【25】警察署に留置されている被告人の所持品の宅下げを担当検事が妨害したのは弁護人の秘密接見交通権の侵害として、慰謝料300万円を請求した事案。妨害の違法性を認めただ、その判断を下すことで原告は慰謝されているとして請求は3万円の範囲で認められた(平成22年1月27日東京地裁)

(公法)

【26】会社が保険料を支払った養老保険契約に係る満期保険金を当該会社の代表者らが受け取った場合、保険料中当該会社における保険料として損金経理がされた部分は所得税法34条2項の「その収入を得るために支出した金額」に当たらないとされた(平成24年1月13日最高裁)

【27】課税実務上の運用や税務当局ないしその関係者の示した見解について十分に審理せず所得税基本通達の文言や市販の解説書の記載のみに依拠して過少申告加算税を賦課することが不当又は酷になると認定した原審判断に審理不尽の違法があるとされた(平成24年1月16日最高裁)

【28】生活保護辞退の届出において、実施機関が被保護者に真意に基づかない辞退の申出をさせるのは違法だが、本件においては担当職員は自立への自覚を促し助長するとの実務の運用に沿って辞退届出書の提出を求めたにすぎず違法ではないと判断(平成22年9月29日福岡高裁)

【29】処分行政庁がした介護保険法に基づく指定居宅サービス事業者の指定及び指定介護予防サービス事業者の指定を取り消す処分並びに生活保護法に基づく指定介護機関の指定を取り消す処分の取り消しを認めなかった事例(平成23年6月16日東京高裁)

【30】新株予約権の行使により上場株式を取得した場合、その株式の権利行使の日の価格は、取引所の終値によるのが相当であり、占有改定により株券の交付を受けた場合も同様であるとされた事例(平成23年6月29日東京高裁)

【31】タクシー営業を営む申立人が運賃及び料金設定認可の申請をしたところ却下処分を受け、認可処分の仮の義務付けを求めた事案。処分行政庁の審査基準の算定方法と異なる算定方法が申立人の実績に照らし合理性が有るとして認可処分の仮の義務付けを認めた(平成22年11月8日名古屋地裁)

(社会法)

【32】公立高等学校又は養護学校の教職員らの卒業式典における国家斉唱等拒否に対する戒告処分の違法性は否定し、公立養護学校の教職員の卒業式における国歌斉唱等拒否に対する減給処分は、裁量権の範囲を超えるものとして違法とされた事例(平成24年1月16日最高裁)

【33】公立養護学校の教員らの卒業式典における国家斉唱等の拒否に対する停職処分は、裁量権を超えるものとして違法とされたが、公立中学校の教員の卒業式における国家斉唱等の拒否に対する停職処分が、違法とはいえないとされた事例(平成24年1月16日最高裁)

【34】業務上の鬱病で休職中の労働者の解雇について、解雇は無効、使用者の責めに帰すべき理由で労務提供意思を形成し得なくなった場合は賃金債権の行使が可能、傷病手当金等の受給により賃金額を減額すべきではない、使用者に安全配慮義務違反等による損害賠償義務が認められると判断された事例(平成23年2月23日東京高裁)

【35】県の発注する建築一式工事について独占禁止法2条6項の不当な取引制限があり、これが同法3条に違反しているとして不当な取引制限を排除するために必要な措置を命じた審決を原告が違反行為をしたとは認められないとして原告の取り消しの求めを認容した事例(平成23年6月24日東京高裁)

【36】防衛庁調達実施本部(当時)発注の石油製品の指名競争入札において、被告らの受注調整行為が不当な取引制限に該当するとして、原告である国が被告らに支払った売買代金から石油製品の客観的価格を控除した金額を不当利得として返還請求し、認められた事例(平成23年6月27日東京地裁)

## 1. 法律雑誌等に掲載された主な判例

### 【民法】

#### (1) 最二判平成23年12月16日 最高裁HP

平成22年(受)第2324号 請負代金請求本訴, 損害賠償等請求反訴事件(破棄差戻し)

1 建築基準法, 同法施行令及び東京都建築安全条例(昭和25年東京都条例第89号)に定められた耐火構造に関する規制, 北側斜線制限, 日影規制, 建ぺい率制限, 容積率制限, 避難通路の幅員制限等に違反する違法建物の建築を目的とする請負契約が公序良俗に反し無効とされた事例

(理由)

本件建築計画は, 確認済証や検査済証を詐取して違法建物の建築を実現するという, 大胆で, 極めて悪質なものである。加えて, 本件各建物は, 当初の計画どおり建築されれば, 耐火構造に関する規制違反や避難通路の幅員制限違反など, 居住者や近隣住民の生命, 身体等の安全に関わる違法を有する危険な建物となるものであって, 本件各建物が完成してしまえば, 事後的にこれを是正することが相当困難なものも含まれていることからすると, その違法の程度は決して軽微なものとはいえない。請負業者Xは, 上記の大胆で極めて悪質な計画を全て了承し, 本件各契約の締結に及んだのであり, 本件各建物の建築に当たってXが注文者に比して明らかに従属的な立場にあったとはいえない。

2 建築基準法等の法令の規定に適合しない建物の建築を目的とする請負契約が締結されこれに基づく本工事の施工が開始された後に施工された追加変更工事の施工の合意が公序良俗に反しないとされた事例

(理由)

本件追加変更工事は, 本件本工事の施工が開始された後, C区役所の是正指示や近隣住民からの苦情など様々な事情を受けて別途合意の上施工されたものとみられるのであり, その中には本件本工事の施工によって既に生じていた違法建築部分を是正する工事も含まれていたというのであるから, 基本的には本件本工事の一環とみることはできない。そうすると, これを反社会性の強い行為という理由はないから, その施工の合意が公序良俗に反するものということとはできない。

#### (2) 大阪高判平成23年9月8日 金法1937号124頁

平成23年(ネ)第818号 立替金請求控訴事件(原判決取消・請求認容)

本件は, 証券会社であるXが, Yに対し, 信用取引口座設定契約に基づき, Yの株式信用取引によって生じた信用取引決済金の立替金の支払いを求める事案であるが, これに対しYは, Xには, インターネットを利用した株式の売買委託における上記信用取引口座設定契約締結に当たり, 適合性原則違反及び説明義務違反の違法があり, 不法行為に基づく損害賠償債権と上記立替金債務との相殺を主張している。原審は, Yの相殺の抗弁を認め, Xの請求を全部棄却したことから, Xが控訴した。

本判決は, 適合性の原則は, 金融商品取引法の規定からも明らかとなっており, 自己責任原則の妥当する自由競争市場での取引耐性のない者を, 勧誘によって市場に参加させることのないように, 業者に対し, そのような行為を禁ずるものであるから, 顧客に対する勧誘の有無は, 適合性違反による不法行為の成否の判断に当たっては極めて重要な要素といふべきものであると判示した上, インターネットを経由した株式売買委託取引には, 安価な手数料を広告することによって顧客が誘引されるという側面があったとしても, それは, 株式売買手数料の完全自由化と電子社会の進展に応じ, 少ない店舗数で営業担当者も置かず, 格安の手数料で使い勝手の良い新たな取引システムを投資家に提供するものにはほかならず, およそ取引を行う意思もなかった者に対して, それを行うようにする勧誘とは次元が全く異なるとして, 適合性原則違反による不法行為の成立を否定した。また, 顧客に対するリスク説明としては, 顧客が自由に閲覧することができるリスク説明の書面を交付(電子交付を含む)した上で, これについて理解したかどうかを書面ないしウェブ上の入力で確認する手法は一定の合理性があり, このような確認に加えて, 電話や面談等をして, 顧客のリスク理解について確認までしなければ, 説明義務違反になり違法であるとまではいえないとして, 説明義務違反による不法行為の成立も否定した。

#### (3) 東京地判平成22年10月29日 判例タイムズ1359号188頁

平成19年(ワ)第31252号 損害賠償等請求事件(一部認容・控訴)

本件で, 横浜市長であったXは, 週刊誌を発行するYに対し, 週刊誌の掲載記事が名誉毀損(不法行為)であると主張して損害賠償及び謝罪広告を請求した。記事の内容は, Xが数年前に参加した合コンで破廉恥な行為をした, 破廉恥な行為について注意した横浜市議会議員を恫喝しXの意向を受けた第三者がXの女性関係について口外しないよう同議員に宣誓書の作成を強要した, Xの有力支援者が実権を握っている団体が横浜市から委託を受けた業務を下請企業に丸投げし, 同市から業務委託費の半分以上の利益を取得しており, その金銭が同支援者を通じてXに環流されている, 公務である

海外視察をさぼって六本木にあるキャバクラでホステスと遊んでいた、というものである。本判決は、本件各記事はXの名誉を毀損するものであるとした上で、公共の利害に関する事項であり、専ら公益を図る目的で掲載したものであるが、各記事は真実とは認められず、執筆、編集、掲載にあたって十分な裏付け取材を行っていない等、Yにおいて各摘示事実が真実であると信じるにつき相当な理由があったとも認められないとし、不法行為に基づく550万円の損害賠償及び謝罪広告の掲載を命じた。

#### (4)東京地判平成23年6月29日 判例タイムズ1359号244頁

平成22年(ワ)第17640号 妨害予防請求事件(一部認容・控訴)

本件で、建築基準法上の道路位置指定を受けた私道の所有者Xらは、私道と接している土地を所有しているが私道の所有者ではないYに対し、Yが同土地に建築したアパートに出入りする者を私道通行させることにより、Xらの私道の占有使用を妨害しないことを求めた。Xら所有地は私道によってのみ公道につながっているが、Y所有地は通路状部分を介しても公道につながっており、Yの土地取得前は私道とY所有地との間にブロック塀及び横幅約60センチの非常口が設置されていた。Xらは1.Yは非常時以外は私道を通行できない旨の私道所有者と従前のYの土地所有者との間の合意を引き受けた、2.私道所有者が管理権に基づき私道の通行を非常時に制限すると定めたことにYは服さなければならないと主張したが、本判決は、1.を否定し、2.については、本件私道の通行を非常時に制限する定めは位置指定道路の趣旨に反し、徒歩や自転車等による通行は私道の所有者の所有権行使を妨害するものではないが、自動車の乗り入れは本件私道の状況に照らし所有権行使を妨害するものであり、かつ、Yの土地は公道とも直接接しているからこれを否定しても不都合ではないとし、自動車通行や駐車禁止の限度で原告の請求を認容した。

### 【商事法】

#### (5)福岡高判平成23年10月27日 金法1936号74頁

平成22年(ネ)第179号 譲受債権等支払請求控訴事件、同年(ネ)第1158号・平成23年(ネ)第543号 各民訴法260条2項の申立て事件(原判決変更・民訴法260条2項の申立て一部認容)

本件は、Z銀行から債権譲渡を受けたX社が、Y1社に対しては金銭消費貸借契約に基づき、Y2、Y3、Y4に対しては各連帯保証契約に基づき、それぞれ15億円の支払いを求めるとともに、Y1が会社分割して設立されたY5社に対して主位的には法人格否認による契約責任に基づき、予備的に不法行為または詐害行為取消権に基づき、さらに、Y5の代表取締役であるY6に対して不法行為に基づき、Y1らに対してと同額の金員の支払いを求める事案である。第一審判決は、Y1、Y2、Y3、Y4に対する請求をそれぞれ認め、Y5に対する請求については法人格否認による契約責任に基づく主位的請求を認め、Y6に対する請求を棄却したが、Yらから、Y5に対する請求を認容した部分について控訴が提起された。

本判決は、第一審判決認定の会社分割に至る一連の経緯に照らすと、債権者との債務の返済や会社分割に関する交渉を主導的・主体的に行っていたのは、新設分割会社であるY1であって、新設分割設立会社であるY5ではないことなどからすれば、新設分割設立会社のY5が債権者との関係で信義則上何らかの責任や義務を負うとまでは解し難い以上、第一審判決は取り消されるべきであるとしたが、その上で、XのY5に対する詐害行為取消権の行使についてはこれを認め、その場合において、新設分割会社の債権者は、詐害行為取消権の行使により、当該会社分割自体、新設分割設立会社に承継された新設分割会社の物件に関する権利義務あるいは資産のみの取消しを求め得るところ、本件においては、資産の承継を取り消しても、逸出した資産を返還させることが著しく困難である以上、Y5に対し、当該資産の全部に相当する価格の賠償を求めると判示した。

#### (6)名古屋地判平成23年7月22日 金法1936号118頁

平成22年(ワ)第5431号 貸金等請求事件(請求一部認容)

本件は、株式会社Zの取引先金融機関であり、Zに対して貸金債権を有するXが、債務超過であったZの会社分割(新設分割)によって設立され、Zの事業を承継した株式会社Yに対し、詐害行為取消権に基づく同会社分割の取消しと価額賠償を求めた事案である。

本判決は、上記会社分割は、これによってZは著しい債務超過であるにもかかわらず、Yは債務超過でない健全な状態で経営を続けていくものであり、Yの株式の一部をZが保有するとしても、Zの一般財産の共同担保としての価値を実質的に毀損して、Xが被保全債権について弁済を受けることをより困難にさせるものであって、また、民事再生手続や会社更生手続といった再建型の法的な倒産手続があることに照らせば、本来同手続によるべきものといえるから、社会的意義という視点から同会社分割を正当化し得るものでもないとし、Z及びYの詐害の意思を認め、Xによる詐害取消権の行使を認めるとともに、新設会社分割に対する詐害行為取消請求は、当該会社分割において、分割会社から新設会社に承継された資産及び負債が可分であるが、当該会社分割により承継された資産を特定して返還させることが著しく困難であるときは、被保全債権の限度で価額賠償を請求することができるとして、承継資産の特定が著しく困難と認

められた本件において、価額賠償の請求を認容した。

## 【知的財産】

### (7) 最三判平成24年1月17日 裁判所HP

平成22年(受)第1884号 著作権侵害差止等請求事件(破棄差戻し 知的財産高等裁判所)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120117140705.pdf>

上告人が、著作権法(昭和45年法律第48号)の施行日である昭和46年1月1日より前に公開された映画の著作権侵害を理由として、上記映画のDVD商品である各商品を海外において製造して輸入し、頒布する被上告人に対し、民法709条、著作権法114条3項に基づき、損害賠償を求めた事案。被上告人は、上記映画の著作権の存続期間につき旧著作権法(旧法)6条が適用されると考え、既上記映画の著作権の存続期間は満了したと誤信していたと主張するところ、被上告人が、本件商品の輸入及び頒布をしたことにつき、過失が認められるか否かが争点となっている。

原審は、旧法下の映画については、映画を製作した団体が著作者になり得るのか、どのような要件があれば団体も著作者になり得るのかをめぐって、学説は分かれ、指導的な裁判例もなく、本件各監督が著作者の一人であったといえるか否かも考え方が分かれ得るところであったので、結果的に著作者の判定を誤り、著作権の存続期間が満了したと誤信したとしても、被上告人に過失があったとして損害賠償責任を問うべきではないと判断して、上告人の損害賠償請求を棄却した。

しかしながら、旧法下の映画の著作者については、その全体的形成に創作的に寄与した者が誰であるかを基準として判断すべきであるところ(最高裁平成20年(受)第889号同21年10月8日第一小法廷判決・裁判集民事232号25頁)、一般に、監督を担当する者は、映画の著作物の全体的形成に創作的に寄与し得る者であり、本件各監督について、本件各映画の全体的形成に創作的に寄与したことを疑わせる事情はなく、本件各映画に相当程度創作的に寄与したと認識され得る状況にあったといえることができる。

他方、旧法3条が著作者の死亡の時点を中心に著作物の著作権の存続期間を定めることを想定している以上、映画の著作物について、一律に旧法6条が適用されるとして、興行の時点を中心にその著作物の著作権の存続期間が定まるとの解釈を採ることは困難であり、上記のような解釈を示す公的見解、有力な学説、裁判例があったこともうかがわれない。そうすると、被上告人は、本件行為の時点において、本件各映画の著作権の存続期間について、少なくとも本件各監督が著作者の一人であるとして旧法3条が適用されることを認識し得たといえるべきであり、本件各監督の死亡した時期などの必要な調査を行うことによって、本件各映画の著作権が存続していたことも認識し得たといえるべきであるので、被上告人が本件各映画の著作権の存続期間が満了したと誤信していたとしても、本件行為について被上告人に少なくとも過失があったというほかはないとして、原判決中、上告人敗訴部分が破棄され、原審に差し戻された。

### (8) 知財高判平成22年3月29日 判例タイムズ1359号234頁

平成21年(行ケ)第10306号 商標登録取消決定取消請求事件(認容・上告, 上告受理申立)

本件は、原告の「いなば和幸」(指定役務「飲食物の提供」)の商標登録(本件商標)について、被告補助参加人が、同商標は「とんかつ和幸」(指定役務「とんかつ料理の提供」(本件役務))とする補助参加人の登録商標(引用商標)と類似するとして登録異議の申立てをしたところ、商標登録の取消決定がなされたため、原告がその取消を求めた事案である。本判決は、「いなば和幸」は「和幸」の文字部分だけが独立して見る者の注意をひくようには構成されておらず、同部分が、本件役務に係る取引者及び需要者に対し引用商標の商標権者である補助参加人が当該役務の出所である旨を示す識別標識としては強く支配的な印象を与えるものとは認められず、「いなば」の文字部分についても、本件商標が本件役務について使用された場合に、同部分に自他役務を識別する機能が全くなく同部分から出所識別標識としての呼称及び観念が全く生じないとはまでは言えないので、「和幸」の文字分だけを比較して類判断を行うことは許されないとし、両者は外観上「和幸」の文字のみ共通しているに過ぎず、本件商標からは「イナバワコウ」の呼称及び「いなば(稲葉)に係る豚カツ料理店の名称としての和幸」の観念しか生じないのであるから、結局、両者は外観、呼称及び観念のいずれにおいても異なるものであるとし、原決定を取り消した。

### (9) 知財高判平成22年3月31日 判例時報2128号84頁

平成21年(ネ)第10033号 特許権侵害差止等請求事件 一部控訴棄却, 一部変更(確定)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20100408091636.pdf>

発明の名称を「熱伝導性シリコンゴム組成物」とする特許権の特許権者Xから実施許諾を受けていたYが登録された特許権の技術的範囲に被告製品は含まれないとして契約を解除し実施料支払いを終了したことを契機にXがYに対し、Yの製品はXの特許権を侵害するとして販売禁止等を求めたものであるが、本判決は、特許請求の範囲の記載を限定的に解釈して、被告製品は特許発明の技術的範囲に属さないとしてXの請求を棄却した。

#### (10) 知財高判平成23年4月14日 判例時報2130号109頁

平成22年(行ケ)第10247号 審決取消請求事件, 認容(確定)

本件のような物の発明における発明の実施とは, その物の生産, 使用等をするをいうから(特許法2条3項1号), 物の発明については, その物を製造する方法についての具体的な記載が必要であるが, そのような記載がなくても明細書及び図面の記載並びに出願時の技術的常識に基づき当業者がその物を製造することができるのであれば, 実施可能要件を満たすといえることができる。

#### (11) 知財高判平成23年9月14日 判例時報2128号136頁

平成23年(行ケ)第10086号 審決取消請求事件 棄却(上告, 上告受理申立て)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110915085437.pdf>

本件は, Yが「BlueNote」の文字の間に「音符の図形」を有する商標(本件商標)の商標権者であるところ, Xがジャズレーベルとして著名な「BLUENOTE」又は「ブルーノート」という引用商標を引用して本件商標の無効審判を請求したが特許庁が不成立とする審決をしたことからXが審決取消訴訟を提起したものであるが, 本判決は, 引用商標の周知性はレコード等に限られ, 本件商標の指定役務はレコード等に関する役務を含むものではなく本件商標を使用しても出所について混同を生じるおそれはなかった等の理由からXの請求を棄却した。

#### (12) 知財高判平成23年12月26日 裁判所HP

平成23年(ネ)第10038号 著作権 損害賠償等請求控訴事件 (原審 東京地方裁判所 平成22年(ワ)第18968号)

折り紙作家である原告は被告に対し, 被告の制作に係るテレビドラマ「ぼくの妹」の番組ホームページに被告折り紙図を掲載した被告の行為について, 被告折り紙図は, 「1枚のかみでおる おりがみ おって遊ぶ -アクションおりがみ-」と題する原告書籍に掲載された本件折り紙図を複製又は翻案したものであり, 被告による被告折り紙図の作成及び本件ホームページへの掲載行為は, 原告の著作物である本件折り紙図について原告の有する著作権(複製権ないし翻案権, 公衆送信権)の侵害に当たる旨主張したが, 原判決は, 本件折り紙図の著作物性を認めたものの, 被告折り紙図から本件折り紙図の表現上の本質的特徴部分を直接感得することができないとして, 原告の請求を棄却したことを不服とした控訴審。

原告は, 本件折り紙図の「32の折り工程のうち, どの折り工程を選択し, 一連の折り紙図として表現するか, 何個の説明図を用いて説明するか」は, アイデアではなく, 表現であるとして, 被告折り紙図と本件折り紙図とは, 上記の点において共通するので, 被告が被告折り紙図を作成する行為は, 本件折り紙図について有する原告の複製権ないし翻案権を侵害すると主張したが, 著作権法により保護の対象とされるのは, 「思想又は感情」を創作的に表現したものであって, 思想や感情そのものではないので, 原告の主張に係る「32の折り工程のうち, 10個の図面によって行うとの説明の手法」それ自体は, 著作権法による保護の対象とされるものではない。被告折り紙図と本件折り紙図との共通点は, 読者に対し, わかりやすく説明するための手法上の共通点であって, 具体的表現における共通点ではない。そして, 具体的表現態様について対比すると, 本件折り紙図と被告折り紙図とは, 数多くの相違点が存在するので, 被告折り紙図は本件折り紙図の有形的な再製には当たらず, 被告折り紙図から本件折り紙図の表現上の本質的特徴が直接感得できるともいえないので, 被告折り紙図は本件折り紙図を複製ないし翻案したものである旨の原告の主張は採用できない, として本件控訴を棄却した。

#### (13) 知財高判平成23年12月26日 裁判所HP

平成22年(行ケ)第10402号 審決取消請求事件 特許権 行政訴訟

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120104101453.pdf>

特許出願人である原告が, 拒絶査定に対する不服審判の請求不成立の審決について取消しを求めた事案で, サポート要件などが争点になったが, 請求が棄却された事案。

本願補正発明は, 請求項1の記載によって特定される組成物が, バクテリア, ウイルス及び真菌類を破壊, 殺菌するという課題を解決し得たとされるものである。しかし, 本願の当初明細書には, 「抗菌, 抗ウイルス, 及び抗真菌組成物に用いられる(A)は, 触媒機能を有する金属イオン化合物で, 一般式は,  $M+aX-b$ で, Mは, ニッケル(Ni), コバルト(Co), ……クロム(Cr), ……鉄(Fe), 銅(Cu), チタン(Ti), ……白金(Pt), パラジウム(Pd), ……からなる群から選択された金属元素……である……」と記載されているものの,  $M+aX-b$ で表される成分(A)のMとして「銅」以外の金属を使用する組成物については, 発明の詳細な説明に具体的データの記載がなく, また, 本願の組成物が脂肪酸やDNAを分解するメカニズムを説明する記載もなく, 脂肪酸やDNAの分解において組成物中の各成分が果たす役割を実証する記載もない。他方, 本件補正後の請求項1の記載によって特定される3つの成分を組み合わせることにより, 脂肪酸やDNAが分解でき, その結果, バクテリア, ウイルス及び真菌類を破壊, 殺菌できることについて, 具体例をもって示さなくとも当業者が理解できると認めるに足りる技術常識はない。そうすると, 本願における発明の詳細な説明は, 本件補正の請求項1の記載によって特定される成分(A)のMの全ての範囲において所期の効果が得られると

当業者において認識できる程度に記載されている(サポート要件充足)ということができない。

また、原告は、「銅」以外の各種金属イオン、すなわち、「ニッケル」、「コバルト」、「クロム」、「鉄」、「チタン」、「白金」及び「パラジウム」などの金属イオン化合物が触媒機能を発揮することを立証するため、「銅」以外の各種金属イオンを含有する抗菌、抗ウイルス、及び抗真菌組成物を本願明細書の実施例1と同じ手順で調製し、実験例1及び2で述べた手法で検証したところ、金属イオン化合物が本願補正発明において触媒機能を発揮し、これらの化合物を使用して組成物を調製した場合においても所望の抗菌、抗ウイルス及び抗真菌作用を奏することが示されたと主張する。しかし、明細書等に記載されていなかった事項について、出願後に補充した実験結果等を参酌することは、特段の事情がない限り、許されないというべきところ、原告が主張する上記実験結果は本願の当初明細書に記載されておらず、それがいつ、どこで行われた実験であるか明らかでないばかりか、同主張が平成23年8月26日付け「技術説明書」と題する書面により初めて主張されていることからすれば、上記実験は本件訴訟提起後に行われたと推認されるし、本願の当初明細書又は出願時の技術常識から上記実験の結果が示唆ないし推認されるような特段の事情も認められないから、そもそも上記実験結果を参酌することはできないというべきである。したがって、原告の上記主張は採用することができない。

#### (14) 東京地裁平成23年12月28日 裁判所HP

平成22年(ワ)第43749号 特許権侵害差止等請求事件 特許権 民事訴訟

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120111151350.pdf>

特許権者である原告が、被告製品をその取扱説明書の記載どおりに使用した説明書記載方法は本件特許発明の方法と均等な方法であるといえる等を主張して、被告製品の製造・貸与等の差止め等を請求したが、請求が棄却された事案。

説明書記載方法が本件特許発明と均等なものとなるためには、説明書記載方法が特許発明の特許出願手続において特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事情もないことが一要件として必要とされる(最高裁平成10年2月24日第三小法廷判決・民集52巻1号113頁参照)。

原告は、拒絶理由の通知を受け、出願当初の請求項4の記載のように、「前記第1のスリット及び前記第2のスリットの一方の水平方向の幅が他方の水平方向の幅より大きい固定ジグ」などと補正することが可能であったにもかかわらず、請求項1等につき、「前記第1のスリットの水平方向の幅が前記第2のスリットの水平方向の幅より大きい固定ジグ」と補正したのであるから、第1のスリットと第2のスリットの水平方向の幅の大小につき、第1のスリットの水平方向の幅が第2のスリットの水平方向の幅より大きいものだけに限定したものであるといえる。この減縮補正は、拒絶理由通知が指摘した引用文献に記載された2つの空間(スリット部)は水平方向の幅が同一であり、本件特許発明の構成上の特徴を開示していないことを主張してされたものであるから、当該拒絶理由を回避するためにされた補正と認められる。このような出願経緯からすると、説明書記載方法は、均等侵害の要件のうち、少なくとも上記の要件を欠くことが明らかであるから、説明書記載方法が本件特許発明の方法と均等な方法であるとする原告の主張は理由がない。

また、原告は、上記補正に引用例との抵触を避ける意図はなかった、手続補正上の制約から出願時の明細書と図面に記載されていない事項を追加する補正は許されなかったなどと主張する。しかし、上記したように、上記補正は拒絶理由を回避するためにされたものと認められ、また、上記したように、本件特許の出願当初の明細書には、「前記他方のスリットの水平方向の幅が前記一方のスリットの水平方向の幅より大きくなるようにスリットを形成することが好ましい。」と記載されていることからすると、仮に他方のスリットの水平方向の幅が一方のスリットの水平方向の幅より大きい旨の補正をしたとしても新規事項の追加に当たるといえることはできず、手続補正上の制約があったとは認められないことから、原告の上記主張は理由がない。

#### 【民事手続】

#### (15) 最三決平成23年9月30日 判例タイムズ1358号76頁

平成23年(ク)第230号 補助参加許可決定に対する抗告審の取消決定に対する特別抗告事件(抗告棄却)

XY間の訴訟において、AがYのために補助参加を申し出たのに対し、原々審がAの補助参加を許す旨の決定をしたため、Xがこれに対し即時抗告をしたところ、原審は、Aが法律上の利害関係を有するものではないことを理由に原々決定を取り消し、Aの補助参加を許さない旨の決定をしたが、原審が当該決定をするに当たり、Aに対し、本件即時抗告があったことを知らせず、本件即時抗告の申立書の副本の送達又は同申立書の写しの送付もしなかったため、Aは、原決定正本の送達を受けるまで本件即時抗告があったことを知らず、その措置が憲法31条、32条に違反する旨を主張して特別抗告をした。

本決定は、「原々決定を即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するに当たり、即時抗告申立書の副本の送達又はその写しの送付をしなかった原審の措置には、抗告審における手続保障の観点から見て配慮に欠ける



ところがあった」と指摘したが、その審理手続に裁判に影響を及ぼすことが明かな法令の違反があるとはいえないとして本件抗告を棄却した。

#### (16) 東京高決平成23年2月24日 金法1936号97頁

平成23年(ラ)第143号～第146号 債権差押命令に対する執行抗告事件(原決定取消・申立却下)

Xは、破産会社Aに対し保険金支払請求権について質権を設定した上で金銭を貸し付けていたところ、破産会社Aの破産管財人であるYを債務者として、質権に基づき生命保険金債権の差押えを申し立て、差押命令の発令を受けた。これに対して、Yが、利息制限法に基づいて引直計算をすると過払いとなっているから被担保債権は消滅しているとして差押命令の取消を求めて執行抗告をしたのが本件であり、担保権の実行としての債権差押命令に対して被担保債権の不存在又は消滅を理由に執行抗告をすることの可否が問題となった。

本決定は、担保不動産競売においては差押命令に対する執行抗告が許されていないが、債権を目的とする担保権の実行においては差押命令に対する執行抗告が認められているという不服申立てに係る手続構造の相違を理由として、担保権の実行としての債権差押命令については被担保債権の不存在又は消滅を理由に執行抗告することができることとした上、債権者の申立てにより被担保債権の限度で債権差押命令が発せられた場合には、被担保債権の数額についても執行抗告により争うことができると判示した。

#### (17) 大阪高判平成23年3月30日 判例時報2130号13頁

平成22年(ネ)第3552号 第三者異議控訴事件,控訴棄却(確定)

本件一棟建物は、その一部の住戸部分を切り離して単体で存立されることがその設計上予定されているものではなく、本件一棟建物全体では風圧力及び地震力のいずれに対してもある程度の強度を兼ね備えているのに対し、切り離し後の被控訴人建物が単体で存立することとなった場合には、建築基準法所定の基準を大きく下回り、建物の形状からみても非常に倒壊しやすい危険な建物となるから、少なくとも、本件対象部分のうち東西方向の梁、支柱等の基本的構造部分は、構造上、被控訴人区分建物の存立、安全に不可欠な部分であるというべきであって、被控訴人が共有持分権を有する共有部分であると認められる。したがって、本件対象部分には、被控訴人が共有持分権を有する共有部分が含まれ、被控訴人は、民事執行法38条1項にいう「強制執行の目的物について…目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有する第三者」に該当するから、被控訴人の請求には理由がある。

#### (18) 東京高決平成23年10月26日 判例時報2130号4頁

平成23年(ラ)第1876号 債権差押命令申立却下決定に対する執行抗告事件,取消(確定)

複数の店舗に預金債権があるときは預金債権額合計の最も大きな店舗の預金債権を対象とする旨の方式による差押命令の申立てにおいては、差押債権の特定に欠けることはないと判断するのが相当である。

#### (19) 東京地決平成22年5月13日 判例タイムズ1358号241頁

平成22年(モ)第1389号 文書提出命令申立事件(認容・確定)

医療事件において患者の死因等が争われていたところ、捜査機関の囑託を受けた医師である鑑定受託者が、その作成した司法解剖の鑑定書の控え及び同解剖に関して作成された書面ないし図面(画像等を含む。)の控えを所持していたため、これらにつき文書提出命令の申立がされた事案において、本決定は、民事訴訟法220条4号ホが定める刑事事件関係書類等に該当するか否かについて、その趣旨から、民事訴訟において提出されたとしても、関係者の名誉及びプライバシーが侵害されず、捜査及び刑事裁判が不当な影響を受けるおそれのない文書は、刑事事件関係書類等に該当しないと判示し、本件文書が司法解剖の鑑定書の控え等であり、捜査機関に提出すべき鑑定書そのものではないこと、本件文書の対象者の共同相続人は申立人らのみであり、申立人ら自身が本件申立てをしていることから、本件文書が民事訴訟において提出されたとしても、関係者の名誉及びプライバシーが侵害されることはほとんどないと考えられること、本件文書が民事訴訟において提出されたとしても、具体的な罪証隠滅のおそれが生じるとは考えがたく、捜査及び刑事裁判が不当な影響を受けるおそれはないと考えられること等のことから、本件文書が刑事事件関係書類等に該当しないとして、本申立てを認めた。

#### (20) 東京地判平成23年1月26日 判例タイムズ1358号148頁

平成22年(ワ)第3761号 損害賠償請求事件(請求棄却・確定)

本件は、いわゆる耐震強度偽装事件において構造計算書の偽装された分譲マンションの購入者Xらが、そのマンションの建築確認及び完了検査を実施した建築基準法上の指定確認検査機関である株式会社(Y1)に対しては、Y1又はその確認検査員が構造計算書の偽装を看過したことにより、構造耐力の不足するマンションが建築されるに至ったことを理由として不法行為に基づき、及び当該マンションの建築された区域における地方公共団体(Y2)に対しては、Y1又はその確認検査員がY2の公権力の行使に当たる公務員に該当し、その職務上の義務に違反して構造計算書の偽装を

看過したと主張して、国家賠償法1条1項に基づき、損害賠償を請求した。

本判決は、Y1又はその確認検査員に過失があったというためには、構造計算書の偽装を疑わせる具体的な徴表があったことが必要であると述べた上で、Xらの主張する点について構造計算書の偽装を疑わせるに足りる具体的な徴表とみることができず、また、構造計算書にあった数値の食い違いを発見できれば偽装が判明したとはいえるものの、Y1又はその確認検査員にその数値の対照を行うべき義務があったとはいえず、これを行わなかったことをもって過失があるということとはできないなどと判断して、いずれの請求も棄却した。

## 【刑事法】

### (21) 最三決平成23年12月19日 最高裁HP

平成21年(あ)第1900号 著作権法違反幫助被告事件(棄却)

判決文：<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20111221102925.pdf>

被告人がファイル共有ソフトであるWinnyをインターネットを通じて不特定多数の者に公開、提供し、正犯者がこれを利用して著作物の公衆送信権を侵害した事案につき、著作権法違反幫助罪に問われた被告人に幫助犯の故意が欠けるとされた事例

(概要)

本件は、被告人が、ファイル共有ソフトであるWinnyを開発し、その改良を繰り返しながら順次ウェブサイト上で公開し、インターネットを通じて不特定多数の者に提供していたところ、正犯者2名が、これを利用して著作物であるゲームソフト等の情報をインターネット利用者に対し自動公衆送信し得る状態にして、著作権者の有する著作物の公衆送信権(著作権法23条1項)を侵害する著作権法違反の犯行を行ったことから、正犯者らの各犯行に先立つ被告人によるWinnyの最新版の公開、提供行為が正犯者らの著作権法違反罪の幫助犯に当たるとして起訴された事案である。

(判断)

刑法62条1項の従犯とは、他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるものである。すなわち、幫助犯は、他人の犯罪を容易ならしめる行為を、それと認識、認容しつつ行い、実際に正犯行為が行われることによって成立する。原判決の解釈は、当該ソフトの性質(違法行為に使用される可能性の高さ)や客観的利用状況のいかんを問わず、提供者において外部的に違法使用を勧めて提供するという場合のみに限定することに十分な根拠があるとは認め難く、刑法62条の解釈を誤ったものであるといわざるを得ない。

もっとも、Winnyは、適法な用途にも、著作権侵害という違法な用途にも利用できるソフトであり、このようなソフトの提供行為について幫助犯が成立するためには、一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況が必要であり、また、そのことを提供者においても認識、認容していることを要するというべきである。

これを本件についてみるに、被告人による本件Winnyの公開、提供行為は、客観的に見て、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高い状況の下での公開、提供行為であったことは否定できない。

他方、この点に関する被告人の主観面をみると、いまだ、被告人において、本件Winnyを公開、提供した場合に、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めることは困難である。

以上によれば、被告人は、著作権法違反罪の幫助犯の故意を欠くといわざるを得ない。

### (22) 最一決平成23年12月19日 最高裁HP

平成22年(し)第145号 保護処分取消し申立て棄却決定に対する抗告棄却決定に対する再抗告事件(棄却)

判決文：<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20111222093642.pdf>

1 保護処分決定で認定された日には非行事実の存在が認められないが、これと異なる日に同一内容の非行事実が認められ、両事実に事実の同一性が認められる場合には、少年法27条の2第2項により保護処分を取り消さなければならないときには当たらない。

2 保護処分取消し申立て事件において、事実の同一性のある範囲内で保護処分決定と異なる非行事実を認定するに当たり、申立人に対し、十分に防御の機会を与えているとされた事例。

(概要)

申立人は、共犯者らと共謀の上、某女性を姦淫することを企て、平成13年9月16日某時間、某所において、同女に暴行を共同して加え、その反抗を抑圧して、強いて姦淫しようとしたが、その目的を遂げなかった、という強姦未遂の非行事実により中等少年院送致決定(以下「本件保護処分決定」という。)を受けた。

本件保護処分決定確定した後に、被害者が、本件被害に遭った日は平成13年9月16日でなく、その1週間前の同月9日であると供述を変えたため、申立人は、本件保護処分取消しを申し立てた。

(判断)

同法27条の2第2項の「審判に付すべき事由」とは、保護処分決定で認定された非行事実と事実の同一性があり、構成要件的評価が変わらない事実をも含むものと解するのが相当であるから、保護処分決定で認定された非行事実について、犯行日とされた日にその非行事実が認められないにしても、これと異なる日に同一内容の非行事実が認められ、両事実が両立しない関係にあって基本的事実関係において同一であり、事実の同一性が認められる場合には、審判に付すべき事由は存在したということができ、同条項により保護処分を取り消さなければならないときには当たらないといふべきである。

また、保護処分取消し申立て事件において、事実の同一性がある範囲内で保護処分決定と異なる非行事実を認定するには、申立人に防御の機会を与える必要があるところ、本件においては、保護処分決定から相当期間が経過している事情を考慮しても、原々審は、審判期日で申立人にその事実の要旨を告げて陳述を聴いた上、更にその日のアリバイ立証を含めて反証をさせるなど、十分に防御の機会を与えており、原々審の審判手続に所論の違法はない。これと同旨の原決定は正当である。

### (23) 最二判平成24年1月13日 最高裁HP

平成22年(あ)第1299号 覚せい剤取締法違反、関税法違反被告事件 (棄却)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120113111705.pdf>

裁判員制度による審理裁判を受けるか否かについて被告人に選択権が認められていないからといって、同制度は憲法32条、37条に違反しない。

(判断)

弁護人は、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律による裁判員制度には、被告人の権利が十分保障されないなど多くの問題点があり、裁判員制度は、同制度による審理裁判を受けるか否かについて被告人に選択権を認めていない点において、憲法32条、37条に違反する旨主張する。

しかし、憲法は、刑事裁判における国民の司法参加を許容しており、憲法の定める適正な刑事裁判を実現するための諸原則が確保されている限り、その内容を立法政策に委ねていると解されるところ、裁判員制度においては、公平な裁判所における法と証拠に基づく適正な裁判が制度的に保障されているなど、上記の諸原則が確保されている。したがって、裁判員制度による審理裁判を受けるか否かについて被告人に選択権が認められていないからといって、同制度が憲法32条、37条に違反するものではない。

### (24) 福岡高判平成24年1月10日 裁判所HP

平成23年(う)第273号 控訴棄却

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120116111853.pdf>

1 刑事訴訟法266条2号により裁判所の審判に付された事件について、被告人が暴行を加えたとするには合理的な疑いが残るとして被告人に無罪の言い渡しをした1審判決に事実誤認はないとして、検察官の職務を行う弁護士からの控訴を棄却した事例。

裁判所は、原審同様、目撃者の証言を以てしても被告人である警察官の暴行事実を認定することはできない(見間違え、誤解の可能性も否定できない)とした。

2 反対尋問における証言拒否が主尋問の尋問者の重大な過失により誘発された場合は主尋問における証言の証拠能力が否定される、公判期日と期日間整理手続期日を同時並行に開催することは違法である、との各手続的な事例判断のある事例。

### (25) 東京地判平成22年1月27日 判例タイムズ1358号101 頁

平成19年(ワ)第33874号 損害賠償請求事件(一部認容・控訴)

警察署留置施設に収容中の被告人の弁護人(原告)が、被告人の所持品の交付(宅下げ)を求めたのに対し、担当検察官が留置担当者に指示して宅下げを拒否したことは、弁護人の秘密接見交通権を侵害する違法なものであるなどとして、国などに対し、国家賠償法1条に基づき慰謝料300万円の支払を求めた事案において、本判決は、弁護人の刑事訴訟法39条に基づく物の授受に関して有する権利は、被留置者の宅下げ申請を通じて実現されるものである以上、捜査機関は、弁護人との関係においても、被告人による宅下げ申請を妨げてはならないといふべきであり、被告人及び弁護人が特定の物に関し宅下げを求める意思があるにもかかわらず、捜査機関が宅下げ申請を妨げ、その結果、弁護人が物の授受を受けることができなかつた場合は、弁護人の権利が侵害されたといふべきあるとし、担当検察官及び留置担当者の行為を違法な行為であるとして、弁護人の請求を認めた。もっとも、弁護人の受けた精神的苦痛は弁護人としての正義感に基づく憤りといふべきものであり、その多くは、本判決において担当検察官らの行為が違法である旨の判断を示すことによって慰謝されると考えられるとして、請求は3万円の範囲で認められた。

## 【公法】

### (26) 最二判平成24年1月13日 最高裁HP

平成21年(行ヒ)第404号 所得税更正処分等取消請求事件(第1審の請求認容部分を破棄し、請求棄却。その余を差し戻し。)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120113153829.pdf>

- 1 所得税法34条2項にいう「その収入を得るために支出した金額」の支出の主体について、「当該収入を得た個人において自ら負担して支出したものといえる場合でなければならぬと解するのが相当」とされた事例。
- 2 会社が保険料を支払った養老保険契約に係る満期保険金を当該会社の代表者らが受け取った場合において、上記満期保険金に係る当該代表者らの一時所得の金額の計算上、上記保険料のうち当該会社における保険料として損金経理がされた部分が所得税法34条2項にいう「その収入を得るために支出した金額」に当たらないとされた事例。

### (27) 最一判平成24年1月16日 最高裁HP

平成23年(行ヒ)第104号 所得税更正処分取消請求事件(第1審被告の敗訴部分を破棄し、差し戻し。第1審原告の上告棄却。)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120116113157.pdf>

- 1 所得税法34条2項にいう「その収入を得るために支出した金額」の支出の主体について、「当該収入を得た個人において自ら負担して支出したものといえる場合でなければならぬと解するのが相当」とされた事例。
- 2 法人が保険料を支払った養老保険契約に係る満期保険金を当該法人の代表者が受け取った場合において、上記満期保険金に係る当該代表者の一時所得の金額の計算上、上記保険料のうち当該法人における保険料として損金経理がされた部分が所得税法34条2項にいう「その収入を得るために支出した金額」に当たらないとされた事例。
- 3 課税実務上の運用や税務当局ないしその関係者の示した見解の有無などの点について十分に審理することなく、所得税基本通達の文言や市販の解説書の記載のみに依拠して、過少申告加算税を賦課することが不当又は酷になる場合に当たると認定した原審の判断に審理不尽の違法があるとされた事例。

### (28) 福岡高判平成22年9月29日 判例タイムズ1359号126頁

平成22(ネ)第91号 損害賠償等請求控訴事件(取消、自判・上告受理申立)

本件で、Xは、夫の暴力から逃れるために小学生の子供を連れて自宅を出て、平成18年9月にアパートに入居し、同年10月、生活保護開始処分を受けたが、その頃、担当職員に求められて申請日を記載せず同年12月以降の保護辞退届出書を提出し、福祉事務所長は同月、保護廃止処分をした。Xは、任意かつ真摯な辞退の申出をしていなかったのに違法に保護廃止処分をした、担当職員が中傷、高圧的な態度など違法な言動をした等と主張し、逸失利益等約186万円の損害賠償を請求した。本判決は、実施機関が被保護者に真意に基づかない辞退の申出をさせ、保護廃止処分をしたときには違法になるとした上で、本件では、担当職員は、自立への自覚を促し助長するとの実務の運用に沿って保護辞退届出書の提出を求めたにすぎず、Xは、同年11月30日、同年12月以降に支給される児童扶養手当等の収入認定による保護費の減額を拒否、回避するために、担当職員の説得にも応じないで辞退の申出をしたと認定し、Xの真意に基づく任意の辞退の申出とその頃の経済状況を総合してされた本件保護廃止処分は生活保護法26条で定める廃止事由があり、国家賠償法上違法と評価されないとし、請求を棄却した。

### (29) 東京高判平成23年6月16日 裁判所(総合)HP

平成22年(行コ)第326号 指定居宅サービス事業者指定取消処分取消等請求控訴事件(棄却)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120111193249.pdf>

処分行政庁がした介護保険法に基づく指定居宅サービス事業者の指定及び指定介護予防サービス事業者の指定を取り消す処分並びに生活保護法に基づく指定介護機関の指定を取り消す処分の取り消しを、認めなかった事例。

(概要)

本件は、介護保険法に基づく指定居宅サービス事業者の指定及び指定介護予防サービス事業者の指定並びに生活保護法に基づく指定介護機関の指定を受けていた控訴人が、処分行政庁により本件各指定を取り消す旨の処分を受けたところ、この取消処分は法令の適用を誤り、裁量権の範囲を逸脱しこれを濫用してされたもので違法であると主張して本件各処分の取消しを求めるとともに、控訴人は本件各処分により廃業するに至ったと主張して国家賠償法1条1項に基づき、損害金等の支払を求めた事案である。

(判断)

主治医の指示につき、主治医の指示書の控えが存在していたからといって、当該主治医が、指定訪問看護等の提供の開始に際し、控訴人に指示書を交付したことまで推認されるわけではない(仮にそうであったとしても、多数の利用者につき、いまだ主治医の指示書の控えさえ発見されていない現状に照らすと、いずれにしても、控訴人においては、主治医の指示に

基づき適切な指定訪問看護等が行われるよう必要な管理が行われていなかったというべきである。指定居宅サービス運営基準69条1項,指定介護予防サービス運営基準77条1項参照)。また,控訴人は,主治医は,日常的に利用者と関わりを持ち,利用者の状況を把握していた旨の主張もするが,仮にそうであるとしても,控訴人が運営基準に違反していたことに変わりはない。いずれにしても,処分行政庁の担当者による調査が不適切であったとはいえ,控訴人の主張を採用することはできない。

### (30) 東京高判平成23年6月29日 裁判所(総合)HP

平成22年(行コ)第356号 所得税更正処分取消等請求控訴事件(棄却)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120116104104.pdf>

税務署長がした,所得税に係る更正処分のうち課税総所得金,納付すべき税額を超える部分及び過少申告加算税の賦課決定処分の取り消しが認められなかった事例。

(主張と判断)

控訴人は,C株190万株を取得し,経済的利益を得たが,C株190万株のうち145万株については平成18年中に株券を受領しておらず,平成18年分の所得税法36条の「収入」として上記145万株について課税することは許されないと主張する。

しかし,新株予約権の行使により取得する株式が証券取引所に上場されている場合には,その株式の権利行使の日における価額(時価)は,特段の事情がない限り,同取引所の終値によるのが相当であるところ,控訴人は,平成18年2月1日,本件組合から占有改定の方法によって,C株145万株の株券の交付を受けたことが認められるのであるから,控訴人が上記145万株の株券につき直接に占有していないことをもって上記特段の事情があるということとはできない。

したがって,控訴人が,本件経済的利益を平成18年1月26日に取得したとして,本件経済的利益を所得税法36条の「収入」として課税することは適法であり,控訴人の上記主張は採用することができない。

### (31) 名古屋地決平成22年11月8日 判例タイムズ1358号94頁

平成22年(行ク)第37号 仮の義務付け申立て事件(一部認容・抗告)

名古屋地区などでタクシー営業を営んでいる申立人が,中部運輸局長に対し,道路運送法9条の3第1項,道路運送法施行規則10条の3の規定に基づき,運賃及び料金設定認可の申請をしたところ却下処分を受けたため,申立人は,行政事件訴訟法37条の5第1項に基づき本件申請に対する認可処分の仮の義務付けを求めた。

本決定は,申立人が,自動認可運賃(処分行政庁が,道路運送法9条の3第2項に基づき「一般乗用旅客自動車運送事業の運賃料金認可申請の審査基準について」と題する審査基準を定めており,そこに定められている一定の基準の範囲内にある運賃)に当たらない運賃改定の申請をした点について,申立人が本件申請で用いた処分行政庁の定めた審査基準における算定方法と異なる算定方法(別の算定方法を採用した理由は,申立人が,近年経営規模を拡大しており,申請年度の実績を基準に翌々年の運賃査定額を算出する行政処分庁の定める算定方法を適用する前提条件を欠いているため。)が,申請後の申立人の実績に照らすと合理性を有していると認められることを理由として,その算定方法によると同法9条の3第2項1号所定の基準を充足すると判断し,認可処分の仮の義務付けを認めた。

## 【社会法】

### (32) 最一判平成24年1月16日 最高裁HP

平成23年(行ツ)第263号 懲戒処分取消等請求事件(一部破棄等)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120116162214.pdf>

1 公立の高等学校又は養護学校の教職員らが卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱すること又は国歌のピアノ伴奏を行うことを命ずる旨の各校長の職務命令に従わなかったことを理由とする戒告処分が,裁量権の範囲を超え又はこれを濫用するものではないとして違法とはいえないとされた事例

2 公立養護学校の教職員が卒業式において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱することを命ずる旨の校長の職務命令に従わなかったことを理由とする減給処分が,裁量権の範囲を超えるものとして違法とされた事例

### (33) 最一判平成24年1月16日 最高裁HP

平成23年(行ツ)第242号 停職処分取消等請求事件(一部破棄,損害賠償請求部分について差し戻し等)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120116143405.pdf>

1 公立養護学校の教員が同校の記念式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱することを命ずる旨の校長の職務命令に従わなかったことを理由とする停職処分が,裁量権の範囲を超えるものとして違法とされた事例。

2 公立中学校の教員が卒業式において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱することを命ずる旨の校長の職

務命令に従わなかったことを理由とする停職処分が、裁量権の範囲を超え又はこれを濫用するものではないとして違法とはいえないとされた事例。

#### (34) 東京高判平成23年2月23日 判例時報2129号121頁

平成20年(ネ)第2954号 解雇無効確認等請求控訴事件 基本請求:一部取消・一部控訴棄却,追加請求:一部却下・一部認容・一部棄却(上告受理申立)

労働者が業務を遂行する中でうつ病にかかり,使用者から休職命令を受けて休職した後,使用者から職場復帰の準備・復職の説得がされたが,労働者が復帰は不可能であるとして復職しなかったところ,休職期間満了日付で使用者が労働者を解雇した。同解雇を受けて,労働者が使用者に対し,解雇無効,地位確認,月額賃金の支払請求,安全配慮義務違反等による慰謝料請求などを求めた事案において,

- 1 解雇は業務上の疾病としてうつ病にかかり,その療養のために休業していた期間にされたものであり,労基法19条1項本文に違反し無効,
- 2 労働者において労務提供の意思を有していなくても,使用者の責めに帰すべき事由により労働者が労務提供の意思を形成し得なくなった場合には,民法536条2項に基づく賃金債権の行使が可能で,業務上の疾病としてうつ病を罹患した労働者についてもこの場合にあたる,
- 3 同賃金債権の行使に係る賃金額を算出するにあたり,時間外労働賃金及び賞与相当額を算入することはできないが,労働者が健康保険法上の傷病手当金等の給付や労災保険法上の休業補償給付等の給付を受けているときでも,これらの給付は賃金を填補する関係にないから,これらの受給により賃金額を減額すべきではない,
- 4 うつ病の発症及び増悪に関し,一定時期までの部分について使用者に不法行為及び雇用契約上の安全配慮義務違反の債務不履行が認められ,損害賠償請求が認められる,とされた事例。

#### (35) 東京高判平成23年6月24日 裁判所(総合)HP

平成22年(行ケ)第6号 審決取消請求事件(認容)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120116131628.pdf>

県の発注する建築一式工事について,独占禁止法2条6項の不当な取引制限があり,これが同法3条に違反しているとして,不当な取引制限を排除するために必要な措置を命じた審決を,原告が違反行為をしたとは認められないとして,原告の取り消しの求めを認容した事例。

(概要)

原告を含む被審人ら外106社は,いずれも建設業を営み又は営んでいた者であるが,某県が発注する建築一式工事について,受注価格の低落防止及び受注機会の均等化を図るため,当該工事について受注を希望する者は106社が会員となっていたP17ないしP18の会長又は地区役員に対してその旨を表明するなどした上で個別の物件において受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにすることなど(以下この行為を「受注調整」という。)を旨とする本件基本合意の下に,受注予定者を決定し,受注予定者が受注できるようにすることにより(以下「本件違反行為」という。),公共の利益に反して,某県発注の特定建築工事の取引分野における競争を実質的に制限していたとして,原告を含む被審人ら80社は,某県が発注する建築一式工事について,私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律(以下「独占禁止法」という。)2条6項に規定する不当な取引制限を行っており,この行為が同法3条の規定に違反しているとされ,うち原告を含む被審人79社については,独占禁止法54条2項が規定する「特に必要があるとき」に該当するとして,不当な取引制限を排除するために必要な措置を命じる等の審決を受けた。

(原告の主張)

原告は,P18(P17が名称を変更したもの)の中途参加者であるところ,独占禁止法3条後段所定の不当な取引制限の主要事実は,共同して事業活動を相互に拘束するような合意を行うことであるが,原告は,そもそも,P18への入会の際にこのような本件合意の説明を受けたことはなく,P18の総会で違反行為を継続することが確認されたとの認識はない。

(判断)

本件審決が挙げる証拠によって,平成13年4月以前の時点で,P17ないしP18の会員間において本件基本合意が成立し,これに基づく受注調整が行われており,平成16年10月の被告による立入り調査までこの受注調整が継続して行われていたことが認められるとしても,上記の受注調整が行われていた期間中の平成15年10月にP18に入会し,同年11月を入札日とする物件某の入札に参加した原告に,本件基本合意による受注調整が行われていたことの認識があったことについての実質的証拠がないのであるから,原告のP18への入会及び物件某の入札への参加が,独占禁止法2条6項に規定する不当な取引制限として,同法3条の規定に違反するということとはできない。

原告に対して,独占禁止法3条の規定に違反する本件違反行為の事実があったことを前提に不当な取引制限を排除するために必要な措置を命じた本件審決は,その前提を欠くものであって取消しを免れない。

**(36) 東京地判平成23年6月27日 判例時報2129号46頁**

平成17年(ワ)第26475号 不当利得返還請求事件 一部認容,一部棄却(控訴)

防衛庁調達実施本部(当時)の発注した石油製品の指名競争入札において,指名業者である被告らの受注調整行為が不当な取引制限に該当するとして,原告である国が,売買契約が無効であることを前提に,被告らに支払った売買代金から国が主張する売買契約時における石油製品の客観的価格を控除した金額を不当利得として返還請求した事案において,

- 1 受注調整行為が調達実施本部発注に係る石油製品の油種ごとの取引分野における競争を実質的に制限したものであり,不当な取引制限に該当する。
- 2 不当な取引制限に起因して国と落札業者との間に成立した売買契約は,無効にしなければ独禁法の趣旨を没却するなどの理由により,公序良俗に反して無効。
- 3 石油製品の客観的価格につき,被告らが国に支払った売買代金より高いから不当利得返還請求権は消滅すると主張したことに対し,売買契約締結時における想定落札価格を被告らが立証すれば,特段の事情がない限り,当該価格をもって原物返還不能時の客観的価格と事実上推定するのが相当だが,被告らの立証ができているとは認められず,国が自認する以上の金額を認められない,として,国の請求が認められた事例。

**【紹介済み判例】**

東京高判平成22年9月29日 金法1936号106頁

平成21年(ネ)第4150号 損害賠償請求控訴事件(控訴棄却)

法務速報121号31番で紹介済み

東京高決平成22年10月8日 金法1936号101頁

平成22年(ラ)第1801号 執行費用支払決定に対する抗告事件(抗告棄却)

法務速報121号29番で紹介済み

最三判平成23年3月1日 金法1937号119頁

平成22年(受)第798号 不当利得返還請求事件(一部破棄自判,一部上告棄却)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110301112908.pdf>

法務速報119号19番で紹介済み

東京高判平成23年5月18日 判例時報2128号26頁

平成22年(行ケ)第30号 裁決取消等請求事件 一部却下,一部棄却(確定)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20111212114959.pdf>

法務速報128号25番で紹介済み

最大決平成23年5月31日 判例タイムズ1358号92頁

平成23年(す)第220号 忌避申立て事件(申立却下)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110602100125.pdf>

法務速報122号27番で紹介済み

最三判平成23年6月7日 金法1937号106頁

平成21年(行ヒ)第91号 一級建築士免許取消処分等取消請求事件(破棄自判)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110607135658.pdf>

法務速報123号25番で紹介済み

最一判平成23年7月7日 判例時報2130号144頁

平成20年(あ)第1132号 威力業務妨害被告事件,上告棄却

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110707162849.pdf>

法務速報第123号29番で紹介済み

最一判平成23年7月7日 判例タイムズ1358号73頁

平成20年(あ)第1132号 威力業務妨害被告事件(上告棄却)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110707162849.pdf>

法務速報123号29番で紹介済み

最三判平成23年7月12日 判例時報2128号33頁

平成22年(受)第676号 保証金返還請求事件 一部破棄自判,一部上告棄却

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110712163531.pdf>

法務速報123号3番で紹介済み

最三判平成23年7月12日 判例時報2130号139頁

平成22年(受)第9号 損害賠償等請求事件,破棄自判

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110712163420.pdf>

法務速報第123号33番で紹介済み

最一判平成23年7月14日 判例時報2129号31頁

平成21年(行ヒ)第401号 損害賠償(住民訴訟)請求事件 破棄自判

法務速報123号34番で紹介済み

最一判平成23年7月21日 判例時報2129号36頁

平成21年(受)第1019号 損害賠償請求事件 破棄差戻

法務速報124号1番で紹介済み

最二判平成23年7月25日 判例タイムズ1358号79頁

平成22年(あ)第509号 強姦被告事件(破棄自判)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110725145853.pdf>

法務速報124号23番で紹介済み

最三決平成23年7月27日 判例時報2130号1頁

平成23年(ク)第531号 審判期日を指定しないことに対する抗告却下決定に対する特別抗告事件,抗告棄却

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110801164510.pdf>

法務速報第124号13番で紹介済み

最一決平成23年8月24日 判例時報2128号144頁

平成22年(あ)第1721号 売春防止法違反被告事件 上告棄却

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110826093107.pdf>

法務速報125号23番で紹介済み

最三決平成23年9月20日 判例時報2129号41頁

平成23年(許)第34号 債権差押命令申立て却下決定に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件 抗告棄却

法務速報126号12番で紹介済み

最一判平成23年9月22日 判例タイムズ1359号75頁

平成21年(行ツ)第73号 通知処分取消請求事件(上告棄却)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110922144731.pdf>

法務速報126号20番で紹介済み

最二判平成23年9月30日 判例タイムズ1359号75頁

平成21年(行ツ)第173号 更生すべき理由がない旨の通知処分取消請求事件(上告棄却)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110930143252.pdf>

法務速報126号21番で紹介済み

最一判平成23年10月27日 判例タイムズ1359号86頁

平成22年(行ツ)第463号 地方自治法に基づく怠る事実の違法確認等,地方自治法に基づく怠る事実の違法確認請求事件(一部上告棄却,一部破棄自判)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20111027143225.pdf>



法務速報127号24番で紹介済み

最一判平成23年10月27日 金法1937号100頁

平成22年(行ツ)第463号 地方自治法に基づく怠る事実の違法確認等,地方自治法に基づく怠る事実の違法確認請求事件(一部破棄自判,一部上告棄却)

判決文: <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20111027143225.pdf>

法務速報127号24番で紹介済み

## 2. 平成24年(2012年)1月24日までに成立した,もしくは公布された法律

種類	提出回次	番号
法律名及び概要		

なし

### 3.1月の主な発刊書籍一覧(私法部門)

は後記に解説あり

著者 出版社 頁数 定価  
書籍名

坂本正幸 著 新日本法規 350頁 3,675円  
Q&A家事事件手続法の要点

中山直子 著 日本加除出版 408頁 4,935円  
判例先例 親族法-扶養-

金子修 編著 商事法務 430頁 4,725円  
一問一答シリーズ 一問一答非訟事件手続法

平井一雄 著 信山社 153頁 1,470円  
信山社双書 法学編 法学民法 (債権各論)

安藤一郎 著 法学書院 199頁 1,680円  
境界・私道の法律相談Q&A

東京弁護士会 弁護士研修センター運営委員会 編 361頁 3,800円  
弁護士専門研修講座 消費者法の知識と実務・・・

#### 4.1月の主な発刊書籍一覧(公法・その他部門)

は後記に解説あり

著者 出版社 頁数 定価  
書籍名

山川隆一 著 弘文堂 354頁 3,360円  
労働紛争処理法

高部真規子 著 金融財政事情研究会 425頁 4,830円  
実務詳説 著作権訴訟

東京弁護士会 弁護士業務部金融紛争研究会 著 日本加除出版 182頁 1,995円  
解決できる!証券・銀行・保険のトラブル Q&A金融ADR活用のガイドブック

中町誠/中井智子 編著 新日本法規 488頁 5,250円  
裁判例にみる企業のセクハラ・パワハラ対応の手引・・・

東京弁護士会 倒産法部 編 ぎょうせい 568頁 5,900円  
民事再生申立ての実務 モデル事例から学ぶ実践の対応

卯辰昇 著 金融財政事情研究会 212頁 1,890円  
原子力損害賠償の法律問題

## 5. 発刊書籍の解説

### ・消費者法の知識と実務

主に消費者契約法, 特定商取引法, 割賦販売法について解説された講義録が収録されている。平成21年発行の「消費者法の法的論点と実務」以降の裁判例が取り上げられている。

### ・裁判例にみる企業のセクハラ・パワハラへの対応の手引

セクシャルハラスメントに対する会社の調査, 認定方法, 会社の措置, 会社の責任, パワーハラスメント・モラルハラスメントの原因, 行為態様の項目に分けて, 裁判例を挙げてセクハラ, パワハラが解説されている。

請求が認められた事案と否定された事案とが挙げられ, 事案が詳細に解説されており, 実際にどのような事案で請求が認められているのかを, 知ることができる本である。

(C) Copyright 公益財団法人 日弁連法務研究財団 掲載記事の無断転載を禁じます。