

※本年もどうぞよろしくお願いたします。

(本号の目次)

1. 法律雑誌等に掲載された主な判例
2. 平成19(2007)年12月19日までに成立した、もしくは公布された法律
3. 12月の主な発刊書籍一覧(私法)
4. 12月の主な発刊書籍一覧(公法・その他)
5. 発刊書籍

## 1. 法律雑誌等に掲載された主な判例

### 【民法】

#### (1) 最三決平成19年12月4日 裁判所HP

平成19年(許)第3号 賃借権譲渡許可並びに建物及び土地賃借権譲受許可申立て却下決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件(棄却)

賃借権の目的である土地と他の土地とにまたがって建築されている建物を、借地権者が第三者に譲渡するために、借地借家法19条1項に基づき、賃借権の譲渡の承諾に代わる許可を求める旨の申立てをした場合において、借地権設定者が、同条3項に基づき、自ら当該建物及び賃借権の譲渡を受ける旨の申立てをすることは許されないものと解するのが相当である。

(理由)

裁判所は、法律上、賃借権及びその目的である土地上の建物を借地権設定者へ譲渡することを命ずる権限を付与されているが(同項)、賃借権の目的外の土地上の建物部分やその敷地の利用権を譲渡することを命ずる権限など、それ以外の権限は付与されていないので、借地権設定者の上記申立ては、裁判所に権限のない事項を命ずることを求めるものといわざるを得ない。

#### (2) 最三決平成19年12月4日 裁判所HP

平成18年(許)第45号 競売に伴う賃借権譲受許可並びに建物及び土地賃借権譲受申立て却下決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件(棄却)

賃借権の目的である土地と他の土地とにまたがって建築されている建物について、借地権設定者が、借地借家法20条2項、19条3項に基づき、自ら当該建物及び賃借権の譲渡を受ける旨の申立てをすることは許されない。

(理由)

裁判所は、法律上、賃借権及びその目的である土地上の建物を借地権設定者へ譲渡することを命ずる権限を付与されているが(同法20条2項、19条3項)、賃借権の目的外の土地上の建物部分やその敷地の利用権を譲渡することを命ずる権限など、それ以外の権限は付与されていないので、借地権設定者の上記申立ては、裁判所に権限のない事項を命ずることを求めるものといわざるを得ない。

#### (3) 東京高判平成18年5月17日 判タ1241号119頁

平成18年(ホ)第123号、平成18年(ホ)第871号 損害賠償、損害賠償等反訴請求控訴事件、同附帯控訴事件(変更・上告(後上告棄却))

本件で、Yは、平成14年11月、S村から公民館ホール及び保健センターの屋根塗装工事を請け負い、代表者の叔父Aが公民館ホールの屋根で高圧洗浄作業に従事していたが、足を滑らせて転落し、脳挫傷により死亡した。そのため、Yは、同年12月、X1に上記塗装工事の未施工分を下請けさせることとしたが、積雪のため屋根の塗装ができず、滑落の危険もあったことから、翌年3月、X1がX2及びBと共に上記工事を再開したところ、X1は保健センターの屋根上で作業中、Bの帽子が軒先の雪止め付近に落ちていたことからBが転落したと思い、慌てて飛び出して足を滑らせ、転落し、X2もX1から声をかけられ、Bの帽子を見てBが転落したと思い、慌てて駆け下りようとして足を滑らせ、屋根を滑り落ちたが、右腕を雪止めに引っ掛けて止まった。上記転落等によりBは死亡し、X1は右肋骨骨折等の傷害を、X2は左足部挫傷等の傷害を負った。なお、Y1は残りの工事を他社に下請けさせてこれを完成した。そこで、Xらは、Y1に対し、Y1には安全配慮義務違反があったと主張し、X1が73万円余、X2が77万円余の損害賠償を求めたのに対し、Y1は、安全配慮義務の存在を争うとともに、X1に対し、下請契約の債務不履行があったと主張し、109万円余の損害賠償を求める反訴を提起した。第1審は、下請契約の発注者であるYの安全配慮義務違反を認め、Xらにも過失があったとして7割の過失相殺をし、YのX1に対する損害賠償額を9万円余、X2に対する損害賠償額を4万円余とする一方、反訴についてX1の債務不履行を認め、Yの過失割合を3割として、X1のY1に対する損害賠償額を40万円余とした。Xらが控訴し、Yが本訴についてのみ附帯控訴したところ、本件判決も、Yの安全配慮義務違反を認め、Xらの過失割合を5割としてX1の請求認容額を16万円余、X2の請求認容額を7万円余に増額したが、Yの反訴請求については、上記のような状況で、X1に本件の現場における工事の続行を要求することは社会通念上極めて酷であること、Y1において新たに別の下請業者に続行工事を依頼することは比較的容易であると考えられること等の理由をあげた上で、下請契約は履行不能となったものと認め、そのことについてX1に責任はないとして棄却した。

#### (4) 山形地米沢支判平成18年11月24日 判タ1241号152頁

平成18年(ワ)第21号 損害賠償請求事件(一部認容・確定)

本件は、Yら3名が、Y3の自宅で共に飲酒した後、Y1の運転する自動車で近所の飲食店に向かう途中でAをはねて死亡させたが、そのまま逃走したという交通事故に関し、Aの両親(相続人)であるX1及びX2が、Y1に対しては不法行為又は自賠法3条に基づき、同乗者であるY2及びY3に対しては飲酒運転及び危険運転行為の教唆者又は幫助者としての責任に基づき、損害賠償を請求し、さらにYらには救護義務違反等があったとして、XらがYらに対し、共同不法行為に基づき(前記交通事故にかかる慰謝料とは別個に)Xら固有の慰謝料の支払いを求めた事案である。本件においては、Y1は責任論について争わず、同乗者であるY2及びY3の

責任の存否が主要な争点となったが、本判決は、Y2及びY3がY1と共に飲酒し、同人が相当量の飲酒をしていることを認識している状況にありながら、近所の飲食店に行くためにY1の運転する自動車に同乗しており、また、Y1の本件事故に至るまでの運転は、制限速度を時速40キロメートル超過し、少なくとも本件事故現場及びその前の交差点で赤信号を無視するといった危険運転行為に該当するものであり、これはY1の飲酒による判断能力の低下に起因するところが大きい。このような事態になりうることにY2及びY3は十分予見可能であったとして、Y2及びY3について、Y1の飲酒運転及び危険運転行為を幫助した責任があるとした。但し、救護義務等は、(事故の直接の)被害者の被害の拡大を防止するために課されているものであるから、当該義務違反は、それが当該被害者の生命侵害につながったようなときにその近親者が民法711条により慰謝料請求権を有するような場合を除き、当該義務違反が近親者に対する関係で不法行為を構成することはないとして、Yらの救護義務違反を理由とするXら固有の慰謝料請求を認めなかった。

(5) 東京地判平成19年3月27日 判時1980号98頁  
平成15年(ワ)第10408号 土地建物所有権移転登記等請求事件

民法554条は、死因贈与について、その性質に反しない限り遺贈に関する規定を準用するとしている。死因贈与は、遺贈と異なり、書面が作成されることを要するものではないが、少なくとも公正証書により死因贈与契約がされ、その執行が指定される場合には、遺言執行者に関する民法の規定が準用される。死因贈与執行者は、死因贈与の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有し(民法1012条の準用)、受贈者への所有権移転登記がされる前に、相続人が当該不動産につき自己名義の所有権移転登記を経由したため、死因贈与の実現が妨害される状態が出現したような場合には、死因贈与執行者は、死因贈与執行の一環として、上記妨害を排除するため、当該所有権移転登記の抹消登記手続を求めることができ、さらには、受贈者への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めることができる。

(6) 仙台地判平成19年7月10日 判時1981号66頁  
平成17年(ワ)第693号 損害賠償請求事件(棄却(控訴))

携帯電話による低温熱傷の発症が主張され、携帯電話の欠陥の有無・製造物責任の成否が問題になった事案につき、専門家の証言、専門的な文献、実験結果等を詳細に検討して、リチウムイオン電池が低温熱傷の原因とは認められず、因果関係が否定された事例。

#### 【商事法】

(7) 大阪高判平成19年6月9日 判時1979号115頁  
平成17年(ネ)第568号 損害賠償請求控訴事件(一部変更、一部控訴棄却(上告))

A社(ダスキン)の経営する「ミスタードーナツ」は食品衛生法上使用が認可されていない添加物を含んだ「大肉まん」を販売し、大阪府は「大肉まん」の仕入れ・販売禁止の処分をした。そこで、株主XがA社の代表取締役、取締役、監査役であったYらに対し、善管注意義務違反によりA社に損害(加盟店に対する営業補償、信用回復のためのキャンペーン関連費用等)を与えたとして、A社に対し総額106億2400万円を賠償するよう求めた株主代表訴訟のケース。

本判決は、大要次のように判示してYらに対し損害賠償請求を認容した。

[1]「大肉まん」に無認可添加物が混入したことについて、商品の品質確保のため必要な措置を講じていなかったとまでは認められず、担当取締役には善管注意義務違反は認められないし、代表取締役及びその他の取締役に監督義務違反は認められない。[2]本件においては、A社における違法行為を未然に防止するための法令遵守体制は、当時整備されていなかったとまではいえないから、この点について、Yらに善管注意義務違反は認められない。[3]口止めを意図して混入を指摘した者に金銭の支払いをしているが、A社が全事業部門を「完全資金独算会社」として各部門の経理処理の責任を当該部門に委ねていたこと等からして、Yらの善管注意義務違反に当たるとまではいえない。[4]生産本部担当専務取締役としては、無認可添加物の混入や販売継続の事実を知りながら、事実関係をさらに確認するとともに、これを直ちに代表取締役社長に報告し、事実調査の上で販売中止等の措置や消費者に公表するなどして回収の手立てを尽くすことの要否を検討すべき義務を懈怠しており、善管注意義務違反となる。[5]代表取締役社長としては、無認可添加物混入を知りながら「大肉まん」の販売を継続した事実を知った時点で事実関係を調査し、早期に適切な措置をとるべき義務があるが、隠蔽を事実上黙認し、公表の要否等を含めた損害回避に向けた対応策を積極的に検討することを怠ったことは善管注意義務違反となる。[6]その他の取締役は、時期や内容に差はあるが、本件混入、販売継続、口止め料の支払いによる隠蔽工作の事実を知ったが、事実を積極的に公表しない旨の方針を当然の前提として取締役会で了解されたのであって、取締役会に出席した取締役らは善管注意義務違反を免れない。[7]監査役についても、右方策の検討に参加しながら、取締役らの明らかな任務懈怠に対する監査を怠ったものとして、善管注意義務違反がある。

(8) 東京地判平成17年10月17日 判タ1241号214頁  
平成16年(ワ)第17954号 保険金請求事件(認容(後和解))

本件は、被告(生命保険会社)との間において、代表取締役Aを被保険者とする災害割増特約等の付いた生命保険契約を締結していた原告が、Aがテレビアンテナを調整しようとして自宅屋上から転落して死亡した事故(以下「本件事故」という。)が不慮の事故に当たるとして、被告に対し、同各特約に基づき、災害死亡保険金の支払いを求めた事案である。上記特約に適用される約款においては、不慮の事故が被保険者の故意又は重大な過失によるものである場合には保険金の支払いを免れる旨(以下「本件免責条項」という。)が規定されていたため、本件免責条項における重過失の意義及び本件事故がAの重過失によるものといえるか否かが主要な争点となったが、本判決は、本件免責条項における「重過失」とは、商法641条における「重大ナル過失」と同趣旨のものと解すべきであって、注意義務違反の程度が著しいものをいうと解すべきであるとした上で、Aが以前にも同様の行為をしたことがあったこと、本件事故の現場がAの自宅の屋上であり、Aは日常的にサンダル履きで行動していたものと推測されること、フェンス自体にぐらつき等はなく、足を掛けたり手で掴まる部分も他にもあったこと等の事実を総合すれば、Aの行為は事後的に見れば危険性を否定できないといえるものの、自宅での日常生活の中では、わずかな注意を払えば当然本件事故を予見できるような極めて危険性の高い行為であったとまではいえず、注意義務違反の程度

が著しかったとはいえないから、本件事故はAの重過失によるものとはいえないとして、原告の請求を認容した。

(9) 東京地判平成18年4月13日 判タ1226号192頁  
平成17年(ワ)第17468号 損害賠償請求事件(請求棄却・控訴)

フジテレビの行った株式公開買付けに応募し保有するニッポン放送株を売却した東京電力株式会社(被告ら補助参加人)の株主である原告らが、同社の取締役らであった被告らに対し、ニッポン放送株式の市場価値が本件公開買付けの期間中に買付け価格を上回るに至ったことを指摘して、取締役らは会社が本件応募を撤回するためのあらゆる対応をすべき義務を負っていたところこれらの義務に違反したとして、会社に対する賠償責任を問うべく株主代表訴訟を提起した案件において、本判決は、東京電力株式会社が本件公開買付けに応募し、ニッポン放送株式の市場価値が公開買付けにおける買付け価格を上回ったにもかかわらず応募を撤回せず売りに至ったことについて、市場価格との差が約1割であること、公開買付けに応じた目的が、重要な取引先であるフジサンケイグループとの良好な関係維持にあったこと等のことからすれば、取締役らが市場価格との差が許容される範囲内のもので判断してフジテレビとの間で株式の売買を成立させたことが著しく不合理とはいえず、公共企業である東京電力株式会社が本件公開買付けに応じたとしても、それによって直ちに会社の社会的信頼が低下するとは認められないし、取締役らの上記判断の前提となった事実の認識に誤りがあったとも認められないので、取締役に善管注意義務・忠実義務違反があったとは認められないとして原告らの請求を棄却した。

#### 【知的財産】

(10) 知財高判平成19年3月28日 判時1981号79頁  
平成18年(行ケ)第10374号 審決取消請求事件(棄却(確定))

白塗りの袋文字で表示した「本生」の文字に影をつけて表示した、指定商品を第32類「ビール風味の麦芽発泡酒」とする商標登録出願を拒絶すべきものとした特許庁の審決について取消が求められた事案において、「本生」は単に商品の品質を表示したものと認識させ、他商品との識別標識としての機能を果たし得ず商標法3条1項3号に該当するものとした認定判断に誤りはない、他商品と識別する機能を有する標章部分は「本生」ではなく「アサヒ」「Asahi」又は「アサヒ本生」であるから同法3条2項に該当しないものとした認定判断に誤りはない、したがって、同法4条1項16号に該当するものとした認定判断に誤りはあるが、審決の結論に影響しないとして、審決が維持された事例。

(11) 知財高判平成19年11月28日 裁判所HP  
平成19年(ネ)第10055号 不正競争行為差止等請求控訴事件(原審・東京地方裁判所平成18年(ワ)第17357号)

不正競争防止法1条、5条の規定が憲法22条に違反するか否かが争われた。

控訴人は、不正競争防止法2条1項1号は、資本力と宣伝力の強大な大企業がその有する商品等表示を先使用しているという理由のみで、それと類似しているというだけの商品等表示を一律に禁じるものであり、結果として中小零細企業の表現活動を違法に制限しているから、憲法21条で定める表現の自由を侵害する旨主張したが、本件において問題とされているのは、控訴人の表現活動ではなく、被控訴人の標章と類似する控訴人の使用する標章を付して営業を行っていることであり、それが周知表示に化体して形成された他人の信用を冒用するものであり、公正な競争秩序を破壊するものであることによるのであって、表現の自由の問題とはいえない、として本件控訴は棄却された。

(12) 知財高判平成19年11月29日 裁判所HP  
平成19年(行ケ)第10134号 審決取消請求事件

無効審判の審決取消訴訟継続中に訂正を認める旨の審決によって認定された発明の要旨と、無効審判中になされた訂正請求によって認定された発明の要旨のいずれに基づいて特許の無効理由の有無について審理すべきかが争点となった。

無効審決取消訴訟の係属中に当該特許権について特許請求の範囲の減縮を目的とする訂正審決が確定した場合には、当該無効審決は取り消されなければならないとした判例(最高裁第三小法廷判決平成11年3月9日民集53巻3号303頁)に従い、本件審決は取り消されるべきであるとした原告の主張が容認され、訂正請求によって認定された発明の要旨に基づく無効審決が取り消された。

#### 【民事手続】

(13) 最二決平成19年11月30日 最高裁HP  
平成19年(許)第5号 文書提出命令に対する抗告審の変更決定に対する許可抗告事件(破棄差戻)

Aのメインバンクであった銀行Yが、Aの経営破綻の可能性が大きいことを認識し、同社を全面的に支援する意思は有していなかったにもかかわらず、全面的に支援すると説明してXらを欺罔したため、あるいは、Aの経営状態についてできる限り正確な情報を提供すべき注意義務を負っていたのにこれを怠ったため、Xらは同社との取引を継続し、その結果、同社に対する売掛金が回収不能となり、損害を被ったなどと主張している本案訴訟中に、Xらが、Yの上記欺罔行為及び注意義務違反行為の立証のために必要があるとして、Yが所持する銀行が法令により義務付けられた資産査定的前提として債務者区分を行うために作成し、保存している資料(自己査定資料)について、文書提出命令を申し立てた事案において、自己査定資料は、民訴法220条4号2所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たるとした原審を破棄して差し戻した事例。

(理由)

Yは、法令により資産査定が義務付けられているところ、本件文書は、Yが、融資先であるAについて、検査マニュアルに沿って、同社に対して有する債権の資産査定を行う前提となる債務者区分を行うために作成し、事後的検証に備える目的もあって保存した資料であり、このことからすると、本件文書は、前記資産査定のために必要な資料であり、監督官庁による資産査定に関する前記検査において、資産査定の正確性を裏付ける資料として必要とされているものであるから、Y自身による利用にとどまらず、Y以外の者による利用が予定されているものといえることができる。

(14) 最三決平成19年12月4日 最高裁HP

平成19年(許)第7号 訴訟費用支払決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件(棄却)

訴訟上の救助の決定を受けた者の全部敗訴及びその者に訴訟費用を全部負担させる旨の裁判が確定した場合には、裁判所は、同決定を民法84条の規定に従って取り消すことなく、上記の者に対し、猶予した費用の支払を命ずることができる。

(理由)

訴訟上の救助の制度は、民事訴訟においては原則として敗訴の当事者が訴訟費用を負担すべきこと(民法61条)を前提として、訴訟の準備及び追行に必要な費用を支払う資力がなく、勝訴の見込みがないとはいえないときに限り、救助決定により、訴訟及び強制執行につき裁判費用等の支払の猶予等をするものであって(同法82条1項、83条1項)、その支払を免除するものではないのであるから、少なくとも、訴訟の完結により、救助決定を受けた者の全部敗訴が確定して勝訴の見込みが完全に失われ、その者が訴訟費用の全部を負担すべきことが確定した場合にまで救助決定の効力が維持されることは予定されていない。

(15) 札幌高判平成17年6月29日 判タ1226号333頁

平成16年(ホ)第91号 不当利得金返還請求控訴事件(控訴一部認容・上告、上告受理申立(後上告棄却、上告不受理))

会社を経営していたXは、会社の貸金業者Yからの借入れについて、連帯保証契約を締結し、それに基づきYに対し元本及び約定利息を弁済していたところ、弁済額について、利息制限法所定の制限利率を超過した部分を元本の弁済に充当すると既に元本を完済した上に過払金が生じていたため過払金につき返還を求めたが、その提訴後に、破産裁判所に本件訴訟の申告をしないまま破産宣告・同時廃止・免責決定を受け、その後も訴訟を維持していたため、Yがこの点が禁反言と評価され、ひいては信義則に反する、あるいは権利の濫用である等を主張した。これに対し、本判決は、破産審尋の際にXは裁判所に対し本件訴訟の存在を告知する必要があったが、Xが告知しなかった行為は、破産手続上の破産裁判所に対する問題行為であるから、Yがそれを免責取消事由に該当すると解する場合には、破産債権者として免責決定取消の申立を破産裁判所にすれば足り、本件訴訟の手続には何ら影響を与えるものではなく、破産手続が破産宣告・同時廃止された以上、民法上の権利関係にも影響はないのであり、よって、Xが本件訴訟を維持することがYとの関係で信義則に反するとはいえないと判断した。

(16) 東京高判平成17年10月5日 判タ1226号342頁

平成17年(ホ)第1668号 請負代金請求控訴事件(控訴棄却・確定)

請負契約約款に立替払約款及び相殺約款がある場合、下請業者Xが民事再生手続を申し立てた後に、元請業者Yが孫請業者Aらに対し下請業者の有する請負代金債務を立替払して、これにより取得した立替金請求債権を自動債権として下請業者に対する請負代金債務とを相殺することについて、本判決は、孫請業者の連鎖倒産を防止すること、建築物の品質の同一性を保ち、瑕疵が生じた時の責任の所在を明確化すること等から請負契約約款における立替払約款の必要性を認め、その立替金債権と下請代金との相殺を認める約款を設けることにより、元請業者の二重払いの危険を防ごうと企図することは建設請負工事の施工の実態からある程度避けがたいことで、これらの約款には下請業者の倒産に伴う様々なリスクの顕在化を予め防止する上で相応の合理性があるとし、このような約款にもとづいてYが取得した本件の立替金債権は、改正前民事再生法93条4号ただし書き中断の「再生債権者が支払の停止等があったことを知った時より前に生じた原因に基づくとき」に該当し、当該債権と請負代金債務との相殺についても、本件ではXの支払停止時の混乱に乗じて不当な利益を得ようとする等の事情がなく、相殺権の行使が権利の濫用に当たらず許されると判断した。

(17) 福岡高判平成18年7月18日 判タ1226号154頁

平成18年(ホ)第189号 保証債務請求控訴事件(控訴棄却・上告、上告受理申立)

AはB(Aの子)のために、Bが昭和61及び62年に銀行から融資を受ける際、銀行及びBから委託を受け連帯保証したX(信用保証協会)との間に連帯保証契約を締結したが、その後Bが支払を怠ったため、Xが代位弁済をしてAに対する求償権を取得し、その保全のため、平成2年にA名義の不動産を仮差押えしたが、実際にはAは平成元年に死亡し、YらとBが相続をしていた。一方、Xは、同じく連帯保証人になっていたCから、内入れ弁済を受け、平成11年には元本の大半を回収したが、元本の一部と損害金が残ったため、それを回収するためにYらに支払請求をしたところ、YらがXの求償権は時効消滅していると主張し、これに対し、Xは、Aに対する仮差押えがあるから時効が中断していると争った。

本判決は、訴訟手続では、双方当事者の関与が予定されているから、手続を有効に利用するという訴訟経済上の考慮が働くが、保全手続では債務者の関与なしで保全命令が発令されるので、そのような考慮は不要で原則どおり死者に対する保全命令は相続人に効力を及ぼさない。また、このような結果を招いたのは、権利行使を長期間怠ったXの責任であるから、本件保全命令を有効と解することはできず、よってこれに時効中断の効力を認めないとした。

(18) 東京高決平成19年4月11日 金法1821号44頁

平成19年(ワ)第297号 再生手続認可決定に対する抗告事件

1 民事再生法174条2項3号所定の「再生計画の決議が不正の方法によって成立するに至ったとき。」にいう「不正の方法」とは、詐欺、脅迫、贈収賄及び再生債権者に対する特別な利益の供与に限られるものではなく、再生計画の決議の結果を左右する法が容認しない不正な方法をいうものと解するのが相当であり、民事再生手続開始申立て後又は申立て直前の再生債権の一部譲渡により、譲渡前の状態では、頭数要件を具備しなかったものを、頭数要件を具備するものとするのも、上記不正の方法に該当するものというべきである。

2 民事再生法174条2項4号の「再生計画の決議が再生債権者の一般の利益に反するとき。」とは、再生計画の内容を総合的に判断して、再生債務者が破産したと仮定した場合に再生債権者が受ける利益を下回る結果、再生債権者全体の利益に反する場合をいうが、本件においては、再生債権者のうち再生申立会社と関係のある債権者は、同社破綻の経緯、債権取得の経緯及びその法的地位に照らし、その利害を重視するのは相当ではないので、当該債権

者以外のその余の債権者の利益に反するか否かに重きを置いて、再生債権者全体の利益に反するか否かを具体的に決するのが相当であるとして、各再生債権者ごとに検討し、その結果、再生債権者のうち申立会社関係者以外の全員について、本件再生計画の内容は申立会社が破産した場合に再生債権者が受ける利益を下回るものであり、本件再生計画は再生債権者の一般の利益に反する、とした。

#### 【刑事法】

(19) 最一決平成19年7月12日 判時1981号161頁

平成18年(あ)第2174号 証券取引法違反被告事件(上告棄却)

大阪証券取引所の副理事長の職にあった者が、その他数名と共謀の上、同取引所で多数回にわたり株券オプションの仮装取引及び馴合取引を行った事案において、

1 出来高に関し他人に誤解を生じさせる目的も、証券取引法(平成12年法律第96号による改正前のもの)159条1項柱書きにいう「取引が頻繁に行われていると誤解させる等これらの取引の状況に関し他人に誤解を生じさせる目的」に当たり、特定の銘柄についての価格操作ないし相場操縦の目的を伴わない場合でも、本罪は成立すると解すべき。

2 自己両建ての有価証券オプション取引は、同法159条1項3号にいう「オプションの付与又は取得を目的としない仮装の有価証券オプション取引」に当たると解すべきであって、同取引の結果として売建玉と買建玉が発生し、これらが後に別々に処分され得ることは、その解釈に影響を及ぼさないとされた事例。

(20) 最一決平成19年12月3日 最高裁HP

平成18年(あ)第2516号 決定盗品等有償譲受け、詐欺、組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律違反被告事件

数罪が科刑上一罪の関係にある場合、その最も重い罪の刑は懲役刑のみであるがその他の罪に罰金刑の任意的併科の定めがあるときには、最も重い罪の懲役刑にその他の罪の罰金刑を併科することができる。

詐欺と組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律10条1項の犯罪収益等隠匿と刑法54条1項前段の観念的競合の関係に立つ場合、詐欺罪の法定刑は10年以下の懲役であり、犯罪収益等隠匿罪のそれは5年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はこれの併科であるから、いわゆる重点的対照主義によれば、被告人に対する処断は重い刑を定める詐欺罪の法定刑によることになり、軽い罪である犯罪収益等隠匿罪の罰金刑を併科することはできないとの主張に対し、数罪が科刑上一罪の関係にある場合において、その最も重い罪の刑は懲役刑のみであるがその他の罪に罰金刑の任意的併科の定めがあるときには、刑法54条1項の規定の趣旨等にかんがみ、最も重い罪の懲役刑にその他の罪の罰金刑を併科することができるものと解するのが相当であるとした事案。

#### 【公法】

(21) 最二判平成19年12月7日 裁判所HP

平成17年(行ヒ)第163号 処分取消、損害賠償請求控訴、同附帯控訴事件(上告棄却)

1 採石業を営む者が岩石搬出用の棧橋を設けるため採石場近くの一般公共海岸区域を占用することを不許可とした県の土木事務所長の処分を違法とした原審の判断は、結論としては是認できるが、その判示については、考慮すべきでない事情を考慮し、考慮すべき事情を考慮しないでされたと判断された事例。

2 海岸法37条の4の規定に基づく一般公共海岸区域の占用の許否について、これが行政財産の性格を有する以上、[1]明文規定にない一般公共海岸区域の用途または目的を妨げるか否かという事情を考慮することが出来、更に、[2]かかる事情がなくとも海岸管理者は海岸法の目的等を勘案した裁量判断として占用不許可の判断が可能であるとされ、本判決は、[1]を含む要件該当性を肯定した上、[2]の点で占用不許可の判断に裁量逸脱があるとした。

3 なお、同じく占用不許可を違法とした原判決は、条例所定の要件が満たされ、一般公共海岸区域の用途または目的を妨げない限り占用許可をしなければならないと判示しており、[2]の如き裁量判断を認めなかったが、この点は本判決の理由中で否定された。

(22) 最一判平成19年12月13日 裁判所HP

平成18年(行ツ)第171号 地位確認等請求事件(上告棄却)

禁錮以上の刑に処せられた後も、これを隠したまま約26年11か月にわたり事実上勤務を続けた郵政事務官につき、その定年まで勤務出来るという期待は法的保護に値しない等として、国家公務員法76条、38条2号に基づき失職した旨を主張することが信義則に反し権利の濫用に当たるといふことはできないとされた事例。

(23) 東京地判平成18年6月30日 判タ1241号57頁

平成16年(行ウ)第64号 退去強制令書発付処分取消等請求事件(一部認容・確定)

本件で、パキスタン国籍を有するX1(男性)は、昭和63年3月、在留資格「短期滞在」、在留期間90日の条件で上陸許可を受けて、本邦に入国し、在留期限は同年8月まで更新されたが、その後は更新を受けないまま本邦に不法に残留した。そして、平成2年2月頃、X1は、日本人女性であるX2と知り合って交際を続け、平成7年2月、婚姻の届出をし、平成8年4月に入国管理局に出頭して、不法残留の事実を申告し、X2と安定した生活を送るために残留を希望する旨申述したところ、入国管理局係官がXらの取り調べを行うほか、Xらの住居に臨場して調査を実施し、平成15年11月、X1に対し、Y2(東京入国管理局長)による出入国管理及び難民認定法違反49条1項に基づく異議には理由がない旨の裁決及びY3(東京入国管理局主任審査官)による退去強制命令書の処分が行われた。そこで、X1及びX2が、在留特別許可を付与しないでした本件判決には裁量の逸脱があって違法であるなどとして、本件裁決及び本件退去令発布処分の取消を求めるとともに、X2は、本件各行政処分により婚姻の自由を侵害されたなどとして、Y1(国)に対し国賠法に基づく損害賠償を求めた。本判決は、退去強制事由がある外国人に対し在留特別許可を付与するか否かの判断は極めて広範な裁量にゆだねられているとの一般論を採りつつ、X1の我が国での在留状況、Xらの生活状況、入国管理局による調査の内容等を詳細に認定した上で、X1は、刑事事件を起こしたことがなく、婚姻後自ら入国管理局に不法滞在の事実を申告し、その指示に従って行動していること、X2とは真摯な意思に基づいて婚姻し、事情があつて完全な同居を実現できてはいないものの、愛情・信頼に基づいた安定した夫婦関係を築いている(本件裁決時には婚姻後8年が経過している)こと等を摘

示して、Xらの夫婦関係が十分保護に値するものであるとし、X1を退去強制に付すると夫婦関係の維持は困難になるので、X1に対し在留特別許可を与えなかったことは、裁量権の逸脱に当たると結論づけ、X1の訴えに基づき、本件採決及び退去発布処分を取り消した。但し、X2による取消処分の訴えは、原告適格がないものとして却下し、X2による国賠請求は、Y2、Y3及びその関係官に職務上の法的義務違反はなく、国賠法上の違法はないとして、請求を棄却した。

(24) 大阪地判平成18年10月26日 判タ1226号82頁  
平成17年(行ウ)第207号 営業許可処分取消等請求事件(訴え却下・確定)  
ばちんこ店営業者Aに対し、大阪府公安委員会が風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律(以下「風営法」という。)及び大阪府同施行条例(昭和34年大阪府条例第6号、以下「本件条例」という。)に違反したばちんこ店の営業所拡張について承認等をしたと主張し、当該営業所に隣接するマンションを経営する法人X1と本件営業所から約200メートル離れた場所に居住する住民X2が、本件営業所が風俗営業の制限地域(風営法施行令6条1号イ、本件条例2条1項1号)である第1種住居地域及び準住居地域に位置していることから、その敷地を広げることなどを認めた本件承認処分は、上記制限地域における風俗営業を許可する実質を持つなどの点において違法であるとして当該承認処分の取り消し等を求めた。これに対し、本判決は、Xらの原告適格の有無を検討し、風営法上の各種規制内容、制限地域の制定根拠、判例上個別的利益を保護する趣旨の規定と解されている風営法施行令6条1号ロ、2号(学校等の周辺地域)との比較等を考慮し、風営法施行令6条1号イは住居集合地域に居住する住民に対して、清浄な風俗環境の下で生活するという個別的利益を保護する趣旨の規定と解する余地があること、しかし、それを前提としても、居住就業地域は広域であり、違法な営業許可等がされた場合の被害は営業者から離れるにつれ少なくなることや同条1号ロ、2号(学校等の周辺地域)との均衡を考慮すれば、営業所から100メートル以内に居住する住民に限ってその個別的利益が保護されると解するのが相当であり、X1は法人であるからその個別的利益を享受する主体になり得ず、また、X2は営業所から約200メートルの場所に居住しており、上記基準を満たさないと判示し、仮に本件承認処分に営業許可処分の実質を持つ側面があるとしても、Xらにはその取消を求める原告適格がないとした。

#### 【社会法】

(25) 福岡高判平成18年11月9日 判時1981号32頁  
平成18年(ネ)第377号 損害賠償請求控訴事件(変更(確定))  
被用者の使用者に対する既発生と将来の損害賠償債務に関する親族(母、姉、兄)の連帯保証契約について、当該契約が直ちに公序良俗違反により無効であるとは言えないとして無効と判断して請求を棄却した原判決を変更し、同契約を一種の身元保証であると解し、身元保証に関する法律第5条の趣旨に従い、親族の収入等も考慮して、3500万円余の損害に対し700万円を上限として損害賠償責任を認めた事例。

#### 【経済法】

(26) 東京地判平成18年2月23日 判タ1226号75頁  
平成15年(行ウ)第152号閲覧謄写申請不許可処分取消請求事件(A事件)、平成16年(行ウ)第475号閲覧謄写申請不許可処分取消請求事件(B事件)(一部認容・控訴)  
訴外新聞社による私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(平成17年法律第35号による改正前のもの。以下「独禁法」という。)違反の行為により損害を被ったとして、原告が当該新聞社を被告とする損害賠償請求訴訟を提起し、そこで使用する証拠資料の入手のため独禁法69条に基づいて、同社に対する独禁法違反審判事件の記録全部の閲覧謄写申請をしたところ、被告である公正取引員会が、平成15年2月25日付けで一部許可決定を行った(「本件第1処分」)後に、新たに作成した内部基準に基づき平成16年7月22日付けで、本件第1処分により閲覧謄写を不許可とした部分の一部につき閲覧謄写を許可する旨の決定を行った(「本件第2処分」)ことについて、原告が、上記各処分につき閲覧謄写を不許可とされた部分の各取消を求めた。  
本判決は、本件第1処分のうち、被告が本件第1及び第2処分を通じて最終的に閲覧謄写を不許可とした部分を取り消し、その余の訴えを却下し、実質的に原告が閲覧謄写を求めている部分のうち許可されていない部分全ての閲覧謄写を認めた。その中で、本判決は、[1]取消訴訟の対象の選択について、本件第2処分は本件第1処分と全く別個のものではないことなどからすれば、本件第1処分(但し、本件第1処分及び第2処分を通じて閲覧謄写を不許可とされた部分)のみを取消訴訟の対象とすれば足り、第2事件に係る訴え及び第1事件に係る訴えのうち第2処分により閲覧謄写を許可された部分の取消を求める部分はいずれも訴えの利益がなく不適法であり、[2]本件各処分には裁判における既判力のような効力はなく、閲覧謄写申請を不許可とする処分につき取消訴訟を提起することは適法であると本案前の争点につき判断をしたうえで、[3]閲覧謄写請求制限の可否について、独禁法上、審判開始決定後になされた事件記録の閲覧謄写請求に対し、当該事件記録上の情報の性質等を理由として閲覧謄写を拒否できる旨の定めがないことや、民事訴訟法91条ないし92条の準用をはじめこれらと同様の手当がないこと等の理由から、利害関係人である原告の閲覧謄写を不許可にすべきでないとした。

#### 【その他】

(27) 東京高判平成19年3月29日 判時1979号70頁  
平成18年(ネ)第5484号 入学許可請求控訴事件(控訴棄却(確定))  
55歳の専業主婦であったXが、国立大学法人Yの設置する大学医学部の一般入試を受験したが合格とはされなかった。Xの求めにより開示された学力検査等のXの成績が合格者の平均点を10点余り上回っていたことなどから、Xが、不合格の判定はXの年齢を理由としたもので合否判定権の濫用であるとしてYに対し入学許可を求めたケース。[1]本件不合格の判定に対し司法審査権が及ぶか、[2]本件入試のXの合否の判定に当たり、年齢による差別が行われたことが明白であるといえるかなどが争われた。  
本判決は、[1]について、Yの入試における合格、不合格の判定は、その性質上、試験実施機関の最終判断に委ねられるべきものであり、その判断の可否を裁判所が審査し、具体的に法令を適用して、その紛争を解決できるものとはいえないから、本来的には裁判所の審査権が及ばないというべきであるとしつつ、Yは、公の営造物であるから、合否判定に当たり、憲法及び法令に反する判定基準、例えば合理的な理由なく、年齢、性別、社会的身分等によって差

別が行われたことが明白である場合には、原則として国立大学に与えられた裁量権を逸脱したものとするのが相当であり、そのような他事考慮の有無、それが許されるものであるかどうかの問題は、裁判所が具体的に法令を適用して審判しうる事柄であると解するのが相当である旨判示した。

本判決は、その上で、[2]について、Xが年齢により差別されたことが明白であるとは認められないと判断し、Xの請求を斥けた。

【紹介済み判例】

最二判平成19年6月11日 判時1980号69頁  
平成17年(受)第957号 不当利得返還請求事件  
→法務速報74号3番にて紹介済み。

最一判平成19年1月18日判時1980号155頁 平成16年(受)380号, 賃金債権確認請求事件  
→法務速報70号47番にて紹介済み。

最一決平成19年2月8日判時1980号161頁 平成18年(あ)1733号, 覚せい剤取締法違反被告人  
事件  
→法務速報70号32番にて紹介済み。

最一判平成19年7月19日 判時1981号15頁  
平成18年(受)第1534号 不当利得返還請求事件(上告棄却)  
→法務速報76号3番にて紹介済み。

最三判平成19年5月29日 判時1979号52頁  
平成18年(行七)第187号 公文書非公開決定取消請求事件(破棄自判)  
→法務速報74号25番にて紹介済み。

最三判平成19年4月24日 判時1979号56頁  
平成17年(受)第844号 預金払戻請求事件(上告棄却)  
→法務速報73号8番にて紹介済み。

最一判平成19年6月7日 判時1979号56頁  
平成17年(受)第1519号 預金返還請求事件(破棄自判)  
→法務速報74号2番にて紹介済み。

高松高判平成18年1月19日 判タ1226号179頁  
平成16年(ネ)第473号, 平成17年(ネ)第42号 損害賠償請求控訴事件, 同附帯控訴事件(変更, 附帯控訴棄却・確定)  
→法務速報69号10番にて紹介済み。

知財高判平成18年11月29日 判タ1226号50頁  
平成17年(行ケ)第10673号 審決取消請求事件(認容・上告, 上告受理申立)  
→法務速報68号22番にて紹介済み。

東京地判平成17年11月16日 判タ1226号242頁  
平成15年(ワ)第29080号 補償金請求事件(請求棄却・控訴)  
→法務速報55号18番にて紹介済み。

東京地判平成18年2月27日 判タ1226号297頁  
平成17年(ワ)第1720号 損害賠償等請求事件(請求棄却・控訴)  
→法務速報59号14番にて紹介済み。

東京地判平成18年5月11日 判タ1226号257頁  
平成17年(ワ)第26020号 損害賠償請求事件(請求棄却・控訴)  
→法務速報61号11番にて紹介済み。

最二判平成19年7月6日 金法1820号43頁  
平成18年(受)第1398号 建物収去土地明渡請求事件  
→法務速報75号2番にて紹介済み。

最二決平成19年8月7日 金法1820号47頁  
平成19年(許)第30号 株主総会決議禁止等仮処分命令申立却下決定に対する抗告棄却決定  
に対する許可抗告事件  
→法務速報76号7番にて紹介済み。

最三判平成19年4月17日 金法1821号35頁  
平成18年(受)第1026号 保険金請求事件  
→法務速報72号20番にて紹介済み。

最一判平成19年4月23日金法1821号39頁  
平成17年(受)第1841号 保険金請求事件  
→法務速報73号19番にて紹介済み。

---

2. 平成19(2007)年12月19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  
議案件数

- ・衆法 168 4  
中国残留邦人等の円滑な帰国の促進及び永住帰国後の自立の支援に関する法律の一部を改正する法律  
・ ・ ・ 帰国した残留邦人に対する老齢基礎年金の満額支給や一時金支給の特例に関する改正
- ・衆法 168 5  
厚生年金保険の保険給付及び保険料の納付の特例等に関する法律  
・ ・ ・ 納付義務履行が明らかでない事業主に雇用されていた労働者に年金を給付をする特例
- ・衆法 168 7  
国会議員の秘書の給与等に関する法律の一部を改正する法律  
・ ・ ・ 国会議員の秘書の勤勉手当の額を改定する法律
- ・閣法 168 13  
犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律  
・ ・ ・ 詐欺被害者に対する被害回復分配金支払とその手続について規定した法律
- ・閣法 168 15  
老人福祉法の一部を改正する法律  
・ ・ ・ 農協等が特別養護老人ホームを設置することができるようにする改正
- ・閣法 168 16  
借地借家法の一部を改正する法律  
・ ・ ・ 事業用の建物所有を目的とする定期借地権の存続期間の上限を引き上げる改正
- ・閣法 168 17  
・ ・ ・ 鳥獣による農林水産業等に係る被害の防止のための特別措置に関する法律
- ・閣法 166 80  
労働契約法  
・ ・ ・ 労働者保護のため就業規則・労働条件・解雇等の問題につきルールを明文化する法律
- ・閣法 166 82  
最低賃金法の一部を改正する法律  
・ ・ ・ 地域別最低賃金の決定を規定し違反した場合の罰則などを定めた改正
- ・閣法 166 87  
社会福祉士及び介護福祉士法等の一部を改正する法律  
・ ・ ・ 社会福祉士及び介護福祉士の資格の取得方法任用資格の見直しを図る法律
- ・閣法 168 4  
温泉法の一部を改正する法律  
・ ・ ・ 温泉掘削の基準の見直しと採取に関する許可制度を創設する改正
- ・閣法 168 5  
銃砲刀剣類所持等取締法及び武器等製造法の一部を改正する法律  
・ ・ ・ けん銃の発射、輸入、所持、譲渡に関する罰則を強化する改正
- ・閣法 168 8  
裁判官の報酬等に関する法律の一部を改正する法律  
・ ・ ・ 裁判官の報酬月額を増額改定する改正
- ・閣法 168 9  
検察官の俸給等に関する法律の一部を改正する法律  
・ ・ ・ 検察官の報酬月額を増額改定する改正
- ・閣法 168 10  
防衛省の職員の給与等に関する法律の一部を改正する法律  
・ ・ ・ 防衛省職員の俸給月額改定と自衛官の退職手当算定方法の改正

---

### 3. 12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

・土屋佳宏・東町法律事務所 編著 関西学院大学出版会 220頁 2310円  
実践ビジネス法務 体験してみる企業法務の最前線

・小島大徳 文真堂 296頁 2940円  
市民社会とコーポレート・ガバナンス

・中谷常二 編著 晃洋書房 266頁 3360円  
ビジネス倫理学



・川越憲治 他著 金融財政事情研究会 222頁 2520円  
Q&A 新しい独占禁止法と金融実務 . . . ★

・別冊商事法務編集部編 商事法務 94頁 1785円  
別冊商事法務 No. 309 合併等対価の柔軟化への実務対応

・別冊商事法務編集部編 商事法務 309頁 3885円  
別冊商事法務 No. 310 買収防衛策の事例分析

・別冊商事法務編集部編 商事法務 442頁 4410円  
別冊商事法務 No. 311 ブロックチェーン事件の法的検討

---

#### 4. 12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

・高橋則夫 成文堂 202頁 3675円  
RJ叢書 5 対話による犯罪解決 ―修復的司法の展開―

・東京弁護士会調査室編 商事法務 264頁 2730円  
弁護士会照会制度〔第3版〕

・橋本誠志 信山社 280頁 3780円  
電子的個人データ保護の方法

・荒木尚志・大内伸哉・大竹文雄 編 有斐閣 320頁 4620円  
雇用社会の法と経済

・藤田政博 有斐閣 350頁 6090円  
司法への市民参加の可能性

・高乗正臣 成文堂 250頁 5250円  
人権保障の基本原則

・樋口範雄・岩田 太 編 弘文堂 462頁 3360円  
生命倫理と法 2 . . . ★

---

#### 5. 発刊書籍の解説

---

・Q&A 新しい独占禁止法と金融実務  
独占禁止法の概要について平易に解説した後に、ほぼすべてのQ&Aで「銀行」において近年取り上げられている問題について、設問を作り解説している。ATM手数料の無料化等、窓口業務のような身近なことから、企業合併に関する独禁法違反の可能性についてまで網羅されており、銀行業務に携わる方には是非一読をお勧めしたい。

・生命倫理と法 2  
医療行為とそれに関わる法律について解説している。インフォームド・コンセントを始めとする医療の安全の問題や医療過誤で患者が死亡した場合の刑事・民事訴訟について、最新の判例を掲載・解説している。医療関係者だけでなく、医療行為に関する法律案件に携わる実務家・研究者にとっても、生命倫理とはどうあるべきかということを考えさせられる一冊。

☆配信停止をご希望の方へ  
下記のURLから会員ログインを行い、利用登録情報変更画面を開いて  
法務速報のチェックを消してください。

<http://www.jlf.or.jp/>

---

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

---