

(本号の目次)

1. 法律雑誌等に掲載された主な判例
2. 平成20(2008)年7月24日までに成立した、もしくは公布された法律
3. 7月の主な発刊書籍一覧(私法)
4. 7月の主な発刊書籍一覧(公法・その他)
5. 発刊書籍の解説(★のある書籍)

\*会員の皆様へ…今号の発行が遅れましたことをお詫び申し上げます。

## 1. 法律雑誌等に掲載された主な判例

### 【民法】

(1) 最三判平成20年6月24日 最高裁HP

平成19年(受)第1146号 損害賠償請求事件(破棄差戻)

Xらが、Yによりアメリカ合衆国財務省証券(以下「米国債」という。)の購入資金名下に金員を騙取されたと主張して、Yに対し、不法行為に基づく損害賠償として、騙取された金員及び弁護士費用相当額並びに遅延損害金の支払を求める事案において、Yが詐欺の手段として配当金名下にXに交付した金員の額を損益相殺等の対象としてXの損害額から控除することは民法708条の趣旨に反するものとして許されないとされた事例。

(理由)

社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為(以下「反倫理的行為」という。)に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも許されないものというべきである(最高裁平成19年(受)第569号同20年6月10日第三小法廷判決参照)。

(2) 最二判平成20年7月4日 最高裁HP

平成19年(受)第1386号 損害賠償請求事件(破棄差戻)

A(当時22歳)運転の自動二輪車とパトカーとが衝突し、自動二輪車に同乗していたB(当時19歳)が死亡した交通事故につき、Bの相続人であるXらが、パトカーの運行供用者であるYに対し、自動車損害賠償保障法(以下「自賠法」という。)3条に基づく損害賠償を請求する事案において、過失相殺をするに当たりAの過失をBの過失として考慮することができることとされた事例。

(理由)

AとBは、事故当日の午後9時ころから本件自動二輪車を交代で運転しながら共同して暴走行為を繰り返して、午後11時35分ころ、本件国道上で取締りに向かった本件パトカーから追跡され、いったんこれを逃れた後、午後11時49分ころ、Aが本件自動二輪車を運転して本件国道を走行中、本件駐車場内の本件小型パトカーを見付け、再度これから逃れるために制限速度を大きく超過して走行するとともに、一緒に暴走行為をしていた友人が捕まっていないか本件小型パトカーの様子をうかがおうとしてわき見をしたため、本件自動二輪車を停止させるために停車していた本件パトカーの発見が遅れ、事故が発生したというのである(以下、本件小型パトカーを見付けてからのAの運転行為を「本件運転行為」という。)。以上のような本件運転行為に至る経過や本件運転行為の態様からすれば、本件運転行為は、BとAが共同して行っていた暴走行為から独立したAの単独行為とみることとはできず、上記共同暴走行為の一環を成すものというべきである。したがって、Yとの関係で民法722条2項の過失相殺をするに当たっては、公平の見地に照らし、本件運転行為におけるAの過失もBの過失として考慮できると解すべきである。

(3) 東京高判平成18年11月30日 判タ1257号314頁

平成18年(ネ)第2098号 建物賃料改定請求控訴事件(変更・上告、上告受理申立)

本件は、A社から建物を譲り受けたXが、同建物の賃借人であるY1社、Y2社に対し、同建物の賃料はA社の代表取締役とY1社の代表取締役が親子という特殊な事情があったために低く定められていたものであり、建物の譲渡により同特殊事情に変更が生じたことが借地借家法32条1項に基づく賃料増額請求の理由になるとして、賃料増額意思表示をし、それぞれの賃貸部分の賃料額の確認を求めた事案である。原審は、上記の特殊事情は本件建物の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転により消滅し、このような特殊事情の変更も賃料増額請求の要件とならしたとしたが、本件賃貸借の相当賃料額については、適正な実質賃料額を算定すると従前の賃料額とは倍以上の大きな乖離が存するところ、上記の特殊事情が消滅したとはいえ、賃貸人と賃借人間で合意されて定められたものである以上これを無視することは相当ではないとし、直ちに賃料額を一般的な水準まで増額させることは相当ではなく、公平の観念から、その中庸値をもって相当賃料額と認めるのが相当であるとし、本判決もこれを相当とした。

(4) 東京高判平成19年2月27日 判タ1257号164頁

平成18年(ネ)第4447号 損害賠償請求控訴事件(取消・確定)

本件は、Xが代表取締役であるA社が火災にあい、損害保険会社B社に保険金の支払いを求める訴訟を提起したところ、B社が、同火災はXの放火によるものであると主張して争い、B社の訴訟代理人は、Y社の作成した調査報告書を証拠として提出したが、同報告書には[1]Xの内妻が固定資産税を滞納していること、[2]Xがオービスに引っ掛かり他の人に違反したことにしてくれるよう依頼したこと、[3]Xが脱税で捕まり追徴金を支払ったとの話があることが書かれていたため、Xが、同報告書により名誉を毀損されたと主張し、Yらに対し、慰謝料の支払を請求した事案である。原審は、[1]についてはX自身の名誉が毀損されたものではないこと、[2]についてはXの同意のもとに記載内容通りの情報が得られたものであることを理由に請求を棄却したが、[3]については名誉毀損行為を認めた。Yらが控訴したと

ころ、本判決は、同調査報告書が裁判所に提出されても、X、その代理人弁護士、各審級の担当裁判官を始め書記官等の担当裁判所職員は人数に限られている上、職務遂行上、訴訟記録の一部として接するもので、証拠の信用性については批判的に評価することを職業的な習慣とするものであるから、社会といえるだけの一定の広がりを持つ対象に開示されたということではできず、Xの社会的評価を低下させたとは言えないなどとして、[3]についても請求を棄却した。

(5) 福岡高判平成19年5月24日 判時2000号43頁

平成18年(ホ)第414号 損害賠償請求控訴・附帯控訴(差戻)事件

冠状動脈バイパス手術を受けた患者が術後に腸管え死となって死亡したケースで、一審は担当医師の過失を認め患者の遺族であるxらの請求を一部認容したが、二審は医師の過失を否定して請求を棄却したため、xらが上告受理の申立をしたところ最高裁は医師に過失があるとして二審を破棄し原審に差し戻した事案。本判決は術後患者には合併症の症状がみられ医師としては腸管え死が発生している可能性が高いと判断し直ちに開腹手術を実施し、腸管え死が確認されれば直ちに切除すべき注意義務があるのにこれを怠ったのであるから担当医師の術後管理には過失があり、一般に病状は時の経過とともに悪化することは自明であるから担当医師が開腹手術を相当前倒して実施していたならば死亡するという結果を回避することが可能であり担当医師と患者の死亡との間には相当因果関係があるとした。もっとも担当医師が適時に開腹手術を実施したとしても患者が就労可能なまでに回復し、余生を全うすることができた蓋然性は高いとまで認めることはできないから逸失利益及び葬儀費用を認めることはできないとして慰謝料と弁護士費用について認容した。

(6) 神戸地姫路支判平成18年7月10日 判タ1257号209頁

平成14年(ワ)第844号 損害賠償請求事件(一部認容・控訴)

本件は、原告が学校法人である被告が設置する高校に在学し、同校に設置された寮で生活していた際、他の寮生から集団暴行等を受けたことについて、被告には在学契約及び在寮契約に基づき、寮生の生命・身体を保護すべき高度な安全配慮義務があったのに、これを怠ったため、原告が他の寮生から繰り返し集団暴行等を受け、左肘関節機能障害やPTSD等の後遺障害を負ったとして、被告に対し、不法行為又は債務不履行に基づく損害賠償請求をした事案である。本判決は、寮生活は多人数が空間的・時間的に密着度の強い共同生活を送ることから、単なる学校生活より高度の安全配慮義務が課せられるなどとした上で、被告は、上級生の下級生に対する暴力を伴ういじめが行われていたことを認識し又は認識し得たのであり、本件各暴行がなされることを予見し又は予見し得たから、その状況を早急に改善した本件寮内の秩序及び規律の維持を回復し、維持するために抜本的又は効果的な対策を講じる義務があったにもかかわらずこれを漫然放置したとして、被告の債務不履行責任を認め、PTSDの発症については肯定せず、慰謝料算定の増額事由として考慮するにとどめた。

【商事法】

(7) 最二判平成20年7月4日 最高裁HP

平成19年(受)第1401号 書類引渡等、請求書引渡等請求事件(破棄差戻)

コンビニエンス・ストアのフランチャイズ・チェーンを運営するYとの間で加盟店基本契約を締結してそれぞれ加盟店の一つを経営しているXらが、Yに対し、Yが上記加盟店基本契約に基づきXらの仕入れた商品の代金をXらに代わって支払ってきたことに関し、支払先、支払日、支払金額、商品名とその単価・個数、値引きの有無等、具体的な支払内容について報告を求める事案において、Xらの請求を棄却した原判決を破棄して、報告義務の具体的内容を審理させるため差し戻した事例。  
(理由)

加盟店経営者は、Yとは独立の事業者であって、自らが支払義務を負う仕入先に対する代金の支払をYに委託しているのであるから、仕入代金の支払についてその具体的内容を知りたいと考えるのは当然のことというべきである。

また、Yは、加盟店経営者から商品の発注データ及び検品データの送信を受け、推薦仕入先から検品データに基づく請求データの送信を受けているというのであるから、Yに集約された情報の範囲内で、資料等提供条項によって提供される資料等からは明らかにならない具体的な支払内容を加盟店経営者に報告することに大きな困難があるとも考えられない。そうすると、発注システムによる仕入代金の支払に関するYから加盟店経営者への報告について何らの定めがないからといって、委託者である加盟店経営者から請求があった場合に、準委任の性質を有する本件委託について、民法の規定する受任者の報告義務(民法656条、645条)が認められない理由はなく、基本契約の合理的解釈としては、仕入代金相当額の費用の前払(民法649条参照)を受けることなく委託を受けた事務を処理することになり、しかも、支出した費用について支出の日以降オープンアカウントによる決済の時点までの利息の償還(同法650条参照)を請求し得ず、委託に基づく仕入代金の支払について報酬請求権(商法512条参照)も有しないなど、通常の準委任とは異なる点(以下、「本件特性」という。)があるためにYは報告をする義務を負わないものと解されない限り、Yは報告をする義務を免れない。そして、本件特性については、これのみに注目すると、通常の準委任と比較してYにとって不利益であり、Yの加盟店経営者に対する一方的な援助のようにも見えるが、このことは、仕入代金が前記のようにYにおいて加盟店の売上金の管理等をするオープンアカウントにより決済されることに伴う結果であるし、Yには、オープンアカウントによる決済の方法を提供することにより、仕入代金の支払に必要な資金を準備できないような者との間でも基本契約を締結して加盟店を増やすことができるという利益があり、また、加盟店経営者がオープンアカウントによる決済の方法を利用して仕入商品を増やせば、売上げも増えることが見込まれ、売上利益に応じた加盟店経営に関する対価を取得するYの利益につながるものであるから、本件特性があるためにYは報告をする義務を負わないものと解することはできない。

(8) 東京地決平成20年3月14日 判時2001号11頁

平成18年(七)第256号 各株式買取価格決定申立事件(即時抗告)

旧商法245条の2によれば、営業譲渡に反対した株主は、会社に対して自己の保有する株式を「公正ナル価格」での買取請求を定めているが、法は価格決定を裁判所の合理的な裁量に委ねていると解する。したがって、裁判所は、「公正ナル価格」、すなわち、営業譲渡が行われずに会社がそのまま存続すると仮定した場合における株式の価値の算定に当たっては、

一切の事情を斟酌して、反対株主の投下資本回収を保障するという観点から合理的な価格を算定する。

本件においては、基本的に相手方の継続企業としての価値を評価すべきである。すなわち、DCF法に従って評価するのが相当である。

(鑑定費用)当事者双方の公平の観念に照らし、鑑定人に鑑定を依頼する直前において当事者が主張する買取価格を基準として、申立人らと相手方がそれぞれ主張する買取価格と裁判所が決定した買取価格の乖離率に応じて、鑑定費用を負担させるのが相当である。

#### 【知的財産】

(9) 知財高判平成20年6月24日 裁判所HP

平成20年(ホ)第10014号 商標権侵害差止請求控訴事件(原審・東京地方裁判所平成19年(ワ)第6214号)

英国法人である被控訴人(1審原告)が、日本国内でアイルランド製コート類の販売を予定している控訴人ら(1審被告ら)に対し、その商品に関して使用される標章について、原告の有する商標権を侵害すると主張して、商標法36条1項に基づき、その使用の差止めを求めた事案で、原判決は、被告らが使用する標章が原告の有する商標権に係る商標と類似しているとして、原告の請求を認容し、これに対して被告らは、原判決を不服として本件控訴を提起して、「MACKINTOSH」を商標の要部と解すべきか否かを争った。知財高等裁判所は、次のように論じて、「MACKINTOSH」を商標の要部とした上で、控訴人の請求を退け差止めを認めた。

ア 本件商標の「MACKINTOSH」と大文字により大きく記載された文字部分は、我が国の一般の取引者、需要者にとって日常生活上、さほどなじみのある語とはいえないから、注意を強く引き、商品の出所の識別標識としての強い印象を与える部分と解される。

イ 米国アップル社が使用する「Macintosh」との商標は、コンピュータ関係の商品において著名ではある。他方、本件商標は、イギリス製のジャケット等の被服などを指定商品とするものであって、本件商標の指定商品の取引者及び需要者において普通に払われる注意力を基準にすれば、本件商標中の「MACKINTOSH」部分により、本件商標の付された商品の出所が、米国のアップル社及びその関連会社であると誤認することはないものと解される。したがって、本件商標の識別力のある部分の判断に当たり、コンピュータ業界における米国アップル社の「Macintosh」という著名な商標の存在は、「MACKINTOSH」の文字部分を本件商標の要部と認めることの妨げにはならない。

ウ (ア)「MACKINTOSH」とは、英国では、ゴム引き防水布地又は同布地製コートを意味する場合があり、我が国においても、辞書等において、英国における用例に倣った意味を掲載する例が存在する。しかし、英国においては、「MACKINTOSH」が、ゴム引き防水布地又は同布地製コート一般を意味するとしても、今日、我が国においては、そのような製品が幅広く取引の対象となることが想定されない以上、取引者、需要者の間で、一般的にそのような意味に用いられることは考え難い。

(イ) 他方、原告は指定商品等を販売するため、平成6年に日本において本件商標の出願をし、平成9年にその登録を受けた後、平成15年10月から平成19年2月までの間には合計約5200万円の広告宣伝費を支出し、「MACKINTOSH」商標及び同商標を付した商品の宣伝に努めるなどしたことにより、女性用衣服を中心として、年間売上高を平成15年度の約4億6500万円から、平成18年度の約9億9800万円にまで伸ばし、取引者、需要者の間に、ゴム引き防水布地製コートの名称としてではなく、原告の出所を示す識別表示として「MACKINTOSH」の名称を広く浸透させてきたことが認められる。

(ウ) このような諸事情及び原判決認定の事実経過を総合して判断すると、「MACKINTOSH」が英国及び日本の一部において普通名称としての意味を有する例があるとしてもなお、「MACKINTOSH」の文字部分を本件商標の要部と認定することの妨げにはならない。

(10) 東京地判平成20年6月20日 裁判所HP

平成19年(ワ)第5765号 著作権侵害差止等請求事件

本件は、「まねきTV」という名称で、被告と契約を締結した者がインターネット回線を通じてテレビ番組を視聴することができるようにするサービスが、番組の公衆送信行為に該当するか否かが争点となった事案。

本件放送をベースステーションにおいて受信し、ベースステーションから各利用者の専用モニター又はパソコンに向けて送信している主体は各利用者であるというべきであって、被告であるとは認められない。ベースステーションが自動公衆送信装置に該当するためには、それが(自動)公衆送信する機能、すなわち、送信者にとって当該送信行為の相手方(直接受信者)が不特定又は特定多数の者に対する送信をする機能を有する装置であることが必要であるが、ベースステーションは、各利用者から当該利用者自身に対し送信をする機能、すなわち、「1対1」の送信をする機能を有するにすぎず、不特定又は特定多数の者に対し送信をする機能を有するものではないから、本件サービスにおいて、各ベースステーションは「自動公衆送信装置」には該当しない、として放送事業者である原告の請求を棄却した。

#### 【民事手続】

(11) 最一判平成20年7月10日 最高裁HP

平成19年(受)第1985号 損害賠償請求事件(破棄差戻)

Xらの所有する土地上に植栽された樹木について、Yの申立てに基づき仮差押命令が発令され、その執行がされたことについて、Xらが、前事件反訴において本案の起訴命令の申立て及び前事件本訴の応訴に要した弁護士費用相当額の損害賠償請求権を行使し、その認容判決が確定した場合において、さらにXらが、仮差押命令の申立ては違法なものであり、仮差押命令の執行により、鹿児島県による買収が予定されていた土地を更地にすることができず、そのために土地に対する同県からの買収金が本来支払われるべき時期よりも遅れて支払われることとなったとして、不法行為に基づき、Yに対し、本件買収金の遅延分に相当する賠償を求めた事案において、本件訴訟に係る訴えは、前事件の確定判決の既判力に拘束されるとした原判決を破棄して、前訴の確定判決の既判力が当該債権の他の部分を請求する後訴に及ばないとされた事例。

(理由)

Xらは、既に前事件反訴において、違法な仮差押命令の申立てによって弁護士費用損害のほかに買収金の受領が妨害されることによる損害が発生していることをも主張していたものということができる。そして、弁護士費用損害と遅延金損害とは、実質的な発生事由を異

にする別種の損害というべきものである上、前事件の係属中は仮差押命令及びこれに基づく仮差押執行が維持されていて、仮差押命令の申立ての違法性の有無が争われていた前事件それ自体の帰すのみならず、遅延金損害の額もいまだ確定していなかったことが明らかであるから、Xらが、前事件反訴において、遅延金損害の賠償を併せて請求することは期待し難いものであったというべきである。さらに、前事件反訴が提起された時点において、Yが、Xらには弁護士費用損害以外に遅延金損害が発生していること、その損害は仮差押執行が継続することによって拡大する可能性があることを認識していたことも、明らかである。以上によれば、前事件反訴においては、仮差押命令の申立ての違法を理由とする損害賠償請求権の一部である弁護士費用損害についての賠償請求権についてのみ判決を求める旨が明示されていたものと解すべきであり、遅延金損害について賠償を請求する訴訟には前事件の確定判決の既判力は及ばないものというべきである（最高裁昭和35年（オ）第359号同37年8月10日第二小法廷判決・民集16巻8号1720頁参照）。

(12) 最一判平成20年7月17日 最高裁HP  
平成18年（受）第1818号 入会権確認請求事件（破棄自判）

鹿児島県西之表市A集落の住民を構成員とする入会集団（以下「入会集団」という。）の入会地について、所有権を取得したと主張するYに対し、Xは、本件各土地が入会集団の入会地であることの確認を求めたいと考えたが、入会集団の内部においても本件各土地の帰属について争いがあり、一部の入会権者（Z）は上記確認を求める訴えを提起することについて同調しなかったため、Yだけでなく、Zも被告として入会権を有することの確認を求める事案において、構成員全員による訴えの提起ではないことを理由に当事者適格を否定されることはないとした事例。

（理由）

特定の土地が入会地であることの確認を求める訴えは、入会集団の構成員全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要する固有必要的共同訴訟である。そして、入会集団の構成員のうちに入会権の確認を求める訴えを提起することに同調しない者がいる場合であっても、入会権の存否について争いのあるときは、民事訴訟を通じてこれを確定する必要があることは否定することができず、入会権の存在を主張する構成員の訴権は保護されなければならない。このような訴えの提起を認めて、判決の効力を入会集団の構成員全員に及ぼしても、構成員全員が訴訟の当事者として関与するのであるから、構成員の利益が害されることはないというべきである。最高裁昭和34年（オ）第650号同41年11月25日第二小法廷判決・民集20巻9号1921頁は、入会権の確認を求める訴えは権利者全員が共同してのみ提起し得る固有必要的共同訴訟というべきであると判示しているが、上記判示は、土地の登記名義人である村を被告として、入会集団の一部の構成員が当該土地につき入会権を有することの確認を求めて提起した訴えに関するものであり、入会集団の一部の構成員が、前記のような形式で、当該土地につき入会集団の構成員全員が入会権を有することの確認を求める訴えを提起することを許さないとするものではないと解するのが相当である。

(13) 大阪高判平成20年4月25日 金法1840号36頁  
平成18年（行コ）第118号 源泉徴収納付義務不存在確認請求控訴事件

本件は、破産会社の破産管財人が破産管財人個人に支払った管財人報酬および元従業員らに配当した退職金について、税務署長が破産会社に対して源泉徴収にかかる所得税の納税告知処分および不納付加算税賦課決定処分をしたので、破産管財人が、国に対し、上記各処分にかかる納税義務の不存在確認請求（控訴審にて、源泉所得税にかかる租税債権が財団債権に当たらないことの確認請求も追加）をした事案である。

本件では、[1]破産管財人が所得税法上の源泉徴収義務を負うか、[2]負うとして当該源泉所得税にかかる租税債権は財団債権にあたるか、が問題となった。

本判決は、[1]につき、ア) 支払原資にかかる管理処分権を専有する破産管財人において現実の支払行為等をなし得る以上、法的には破産会社自身が支払行為等をなし得るのと同視できるとして破産会社が源泉徴収義務者に該当するとしつつ、イ) 破産管財人において自己に専属する管理処分権に基づいて上記支払原資を用いて弁済または配当を実施したものである以上、法的には破産会社自身が自ら支払をしたのと同視でき、また、その場合、破産管財人は破産法7条（平成16年改正前破産法）の管理処分権に基づき、上記配当を本来の管財業務として行った者であるから、これに付随する職務上の義務として源泉徴収義務を負うと解するのが相当であると判示した。

次いで、[2]については、破産管財人による配当または弁済は、消極積極財産からなる破産財団の管理上なされるものであり、これに付随して当然に成立し確定する本件租税債権にかかる納税義務も破産財団の管理上当然支出することを要する経費に属し、また、破産債権者にとって共益的な支出と認められるとして、財団債権に該当するものとした。

(14) 大阪高判平成20年5月30日 金法1839号41頁  
平成19年（ネ）第2033号 破産債権査定異議控訴事件

破産者Aは、主債務者である破産会社Bのために、債権者であるYに対し複数の貸付の連帯保証人となった者であるところ、ABともに破産開手続開始決定を受けた。その後、上記貸付債権を被担保債権とする根拠当権が設定されていた土地建物（土地は主債務者Bと物上保証人Cの各2分の1の共有、建物は主債務者Bの所有）が任意売却され、Yは土地及び建物の売却代金から弁済を受けた結果、複数の債権のうち一部の債権について完全な満足を得た。本件は、この事案において、破産者Aの破産管財人であるXが、破産手続において、債権者Yの破産債権査定申立てにより破産裁判所がした原決定に不服があるとして、Yに対し、破産債権査定異議の訴えを提起した事例である。

本件では、[1]別除権行使による主たる債務の弁済と開始時現存額主義の適用範囲、[2]担保債権である破産債権者が弁済充当合意の存在を主張できる時期、[3]物上保証人の財産の任意売却による主債務者の弁済と開始時現存額主義の適用範囲が問題となった。

本判決は、[1]につき、担保債権者である破産債権者が主債務者に対して複数の債権を有している場合、開始時現存額主義を、複数口の債権のうち一部の債権に対する全額弁済があった場合にまで拡張することは相当でないとした。

次いで、[2]については、担保債権者である破産債権者が、それまで指定充当権を行使することなく、破産債権確定の手続が開始された段階で、任意充当の合意が存在し充当を留保すると主張することは信義則上許されないとした。

また、[3]については、担保権者である破産債権者は、物上保証人の財産の任意売却によって複数口の債権のうち一部の債権について完全な満足を得ていて、かつ物上保証人が当該債権に代位して不利益を受けるとは言えないから、物上保証人は、上記破産債権者に代位して破産手続に参加でき、半面、上記破産債権者は物上保証人によって全額弁済された債権額を控除した額を破産債権として行使することができるのと考えるのが相当であると判示した。

(15) 神戸地伊丹支決平成19年11月28日 判時2001号88頁  
平成19年(モ)第23号 否認の請求申立事件(異議申立)

破産申立代理人が破産者から支払いを受けるべき弁護士報酬は、共益費に当たる部分のみが財団債権になると解され、破産手続開始前に支払を受けた弁護士報酬についても、共益費相当額を超える部分は否認権の対象となると解されているところ、弁護士による債務者の責任財産の保全活動としての任意整理ないし過払金返還請求や自己破産の申立てに対する着手金ないし報酬金の支払行為も、その金額が役務の提供と合理的均衡を失する場合、合理的均衡を失する部分の支払行為は、破産債権者の利益を害する行為として否認の対象になりうる。

(16) 東京地判平成20年1月29日 判時2000号50頁  
平成19年(フ)第2706号 不当利得返還請求事件

XがAに対し金銭を貸し付けるにあたりAとの間でXの売掛債権を目的債権とする譲渡担保契約を締結し第三債務者Bより確定日付のある異議無き承諾を得た。Bは支払いのためにAに手形を振り出したが、AはXに手形を交付することなく所持したまま、破産手続開始決定を受けた。破産管財人YはAが所持していた手形を取り立てたところXは手形金相当額の損失を受けたとしてYに対し手形金相当額の返還を求めた事案。本判決はAはXに対して手形を交付する義務があったとした上でXが譲渡担保の目的債権について対抗要件を備え同債権について別除権を有することからすればAの債権者は債権譲渡担保の目的債権については別除権として破産手続きによらないで行使されることを認めざるを得ないのであるからYが手形を取り立てたことによって破産財団が得た利得には法律上の原因がないと判断し、破産管財人YはXに対し手形金相当額の金員の不当利得返還義務を負うとした。

#### 【刑事法】

(17) 最三決平成20年6月18日 最高裁HP

平成20年(医へ)第1号 心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律による処遇事件(棄却)

ビルの5階にあるB方居室内に無施錠の入口ドアから無断で立ち入り、同所にあったBの二男C所有のベルト1本及びB所有の靴下1足(時価合計約3200円相当。)を手に取り、ベルトを肩にたすき掛けのように掛けるなどして、それらを自己の占有下に置いた対象者について、警察が到着するまでの間、逃げないように、Cが対象者が肩に掛けていたベルトを手でつかんだところ、その顔面等を手けんで数回殴打するなどの暴行を加えて全治約1週間を要する顔面打撲、胸部打撲及び右下腿擦過傷の傷害を負わせ、さらに、Bに対し、その顔面を手けんで殴打し、その左手親指付け根付近を歯でかみちぎる等の暴行を加えて全治約2週間を要する鼻骨骨折、左手皮膚欠損及び胸部打撲の傷害を負わせた行為について、「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」2条2項の対象行為に該当すると判断された事例。

(理由)

妄想型統合失調症による幻覚妄想状態の中で幻聴、妄想等に基づいて行った行為が「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」2条2項の対象行為に該当するかどうかの判断は、対象者が幻聴、妄想等により認識した内容に基づいて行うべきでなく、対象者の行為を当時の状況下で外形的、客観的に考察し、心神喪失の状態にない者が同じ行為を行ったとすれば、主観的要素を含め、対象行為を犯したと評価できる行為かどうかの観点から行うべきである。なぜなら、上記のような幻聴、妄想等により対象者が認識した内容に基づいて対象行為の該当性を判断するとすれば、医療観察法による医療が最も必要とされる症状の重い者の行為が、主観的要素の点で対象行為該当性を欠くこととなりかねず、医療観察法の目的に反することとなるからである。

(18) 最二決平成20年6月24日 最高裁HP

平成20年(シ)第30号 検察官がした刑事確定訴訟記録の閲覧申出の一部不許可処分に対する準抗告棄却決定に対する特別抗告事件(棄却)

1 訴訟関係人のする刑事確定訴訟記録法に基づく保管記録の閲覧請求であっても、権利の濫用に当たる場合には許されない。

2 関係人の名誉又は生活の平穩を害する行為をする目的でされた訴訟関係人の閲覧請求は、権利の濫用に当たる。

(詳細)

本件は、保管記録に係る刑事確定訴訟の被告人であった申立人からの当該記録の閲覧請求であるが、訴訟関係人のする刑事確定訴訟記録法に基づく保管記録の閲覧請求であっても、それが権利の濫用に当たる場合には許されないものというべきである。そして、同法6条の規定に照らすと、関係人の名誉又は生活の平穩を害する行為をする目的でされた閲覧請求は、権利の濫用として許されないと解するのが相当である。

本件保管記録に係る刑事訴訟事件の内容、申立人が本件閲覧請求をするに至った経緯等原審の認定した事実関係にかんがみると、関係者の身上、経歴等プライバシーに関する部分についての閲覧請求は、当該関係者の名誉又は生活の平穩を害する行為をする目的でされたと認められる相当の理由があるものであるから、権利の濫用として許されないというべきである。

そうすると、関係者の身上、経歴等プライバシーに関する部分について閲覧を不許可とした保管検察官の処分を是認した原決定は相当である。

(19) 最三決平成20年6月25日 最高裁HP

平成20年(シ)第159号 証拠開示決定に対する即時抗告棄却決定に対する特別抗告事件(棄却)

1 犯罪捜査に当たった警察官が犯罪捜査規範13条に基づき作成した備忘録であって、捜査の経過その他参考となるべき事項が記録され、捜査機関において保管されている書面は、当

該事件の公判審理において、当該捜査状況に関する証拠調べが行われる場合、証拠開示の対象となり得る。

2 警察官が捜査の過程で作成し保管するメモが証拠開示命令の対象となるか否かの判断は、裁判所が行うべきであり、裁判所は、その判断のため必要があるときは、検察官に対し、同メモの提示を命ずることができる。

3 警察官が捜査の過程で作成し保管するメモの提示命令に検察官が応じなかった場合に、同メモの開示を命じたことは違法ということはできない。

(詳細)

「本件保護状況ないし採尿状況に関する記載のある警察官A作成のメモ」(以下「本件メモ」という。)の開示を命じた原々決定に対し、これは同警察官が私費で購入してだれからも指示されることなく心覚えのために使用しているノートに記載されたものであって、個人的メモであり、最高裁平成19年(シ)第424号同年12月25日第三小法廷決定・刑集61巻9号895頁にいう証拠開示の対象となる備忘録には当たらないから、その開示を命じた原々決定を是認した原決定は違法であると主張がなされた。

これについて、犯罪捜査に当たった警察官が犯罪捜査規範13条に基づき作成した備忘録であって、捜査の経過その他参考となるべき事項が記録され、捜査機関において保管されている書面は、当該事件の公判審理において、当該捜査状況に関する証拠調べが行われる場合、証拠開示の対象となり得るものと解するのが相当である(前記第三小法廷決定参照)。そして、警察官が捜査の過程で作成し保管するメモが証拠開示命令の対象となるものであるか否かの判断は、裁判所が行うべきものであるから、裁判所は、その判断をするために必要があると認めるときは、検察官に対し、同メモの提示を命ずることができるというべきである。

本件メモは、本件捜査等の過程で作成されたもので警察官によって保管されているというのであるから、証拠開示命令の対象となる備忘録に該当する可能性があることは否定することができないのであり、原々審が検察官に対し本件メモの提示を命じたことは相当である。検察官がこの提示命令に応じなかった本件事実関係の下においては、本件メモの開示を命じた原々決定は、違法ということとはできない。

したがって、本件メモの開示を命じた原々決定を是認した原決定は結論において相当である。

(20) 最一決平成20年6月25日 最高裁HP

平成20年(あ)第124号 傷害被告事件(棄却)

正当防衛行為に当たる暴行の後に連続して行った暴行について、両暴行は侵害の継続性及び防衛の意思の有無という点で明らかに性質を異にするなどとして、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないとされた事例(第一暴行を正当防衛とし、その後の第二暴行については傷害罪をみとめた事例)。

(詳細)

甲からいきなり殴り掛かれ、その場にあったアルミ製灰皿(直径19センチメートル、高さ60センチメートルの円柱形をしたもの)を投げ付けられた被告人が、甲の顔面を右手で殴打すると、甲は、頭部から落ちるように転倒して、後頭部をタイルの敷き詰められた地面に打ち付け、仰向けに倒れたまま意識を失ったように動かなくなった(第1暴行)。

被告人は、憤激の余り、意識を失ったように動かなくなって仰向けに倒れている甲に対し、その状況を十分に認識しながら、その腹部等を足げにしたり、足で踏み付けたりし、さらに、腹部に右ひざを曲げてひざ頭を落とすなどの暴行を加えた(第2暴行)が、甲は、第2暴行により、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負った。

甲は、救急車で搬送され、頭部打撲による頭蓋骨骨折に伴うクモ膜下出血によって死亡したが、この死因となる傷害は第1暴行によって生じたものであった。

第1審判決は、被告人は、自己の身体を防衛するため、防衛の意思をもって、防衛の程度を超え、甲に対し第1暴行と第2暴行を加え、同様に頭蓋骨骨折、腸間膜挫滅等の傷害を負わせ、搬送先の病院で同傷害に基づく外傷性クモ膜下出血により同人を死亡させたものであり、全体を一つとして、過剰防衛による傷害致死罪が成立するとし、被告人に対し懲役3年6月の刑を言い渡した。

原判決は、被告人の第1暴行については正当防衛が成立するが、第2暴行については、甲の侵害は明らかに終了している上、防衛の意思も認められず、正当防衛ないし過剰防衛が成立する余地はない、傷害として、第1審判決を事実誤認及び法令適用の誤りにより破棄し、被告人は、被告人の正当防衛行為により転倒して後頭部を地面に打ち付け、動かなくなった甲に対し、その腹部等を足げにしたり、足で踏み付けたりし、さらに、腹部にひざをぶつけるなどの暴行を加えて、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負わせたものであり、傷害罪が成立するとし、被告人に対し懲役2年6月の刑を言い渡した。

最高裁は、本件事実関係の下では、第1暴行により転倒した甲が、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったものであり、被告人は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第2暴行に及んでいるのであるから、第2暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかであるとして、両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、甲による侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、被告人が前記発言をした上で抵抗不能の状態にある甲に対して相当に激しい態様の第2暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められず、両暴行を全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でなく、正当防衛に当たる第1暴行については、罪に問うことはできないが、第2暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これにより甲に負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負うというべきであり、以上と同旨の原判断は正当であるとした。

(21) 最三決平成20年7月11日 最高裁HP

平成20年(シ)第147号 強盗致傷保護事件についてした不処分決定に対する抗告の決定に対する再抗告事件

少年(当時14歳)は、A(当時26歳)、B(当時29歳)、C(当時16歳)及びD(当時13歳)が共謀して強盗致傷をなした事案で、少年の強盗致傷の非行事実を認定して少年を中等少年院送致とした家庭裁判所の決定が、抗告審で事実誤認を理由に取り消されて差し戻された場合において、受差戻審の家庭裁判所が検察官の申し出た証拠を取り調べなかった措置は合理的な裁量の範囲内のものであり、上記抗告審の示した消極的否定的判断に従って少年を非行なし不処分とした受差戻審の決定に法令違反はないとされた事例。

少年の再抗告事件において、原決定に少年法35条1項所定の事由が認められない場合でも、同法32条所定の事由があつて、これを取り消さなければ著しく正義に反すると認められるときは、職権により原決定を取り消すことができると解される(最高裁昭和58年(シ)第30号同年9月5日第三小法廷決定・刑集37巻7号901頁参照)。第1次抗告審決定は、第1次家裁決定が非行事実認定の主たる証拠とした少年の自白、Cの自白及びDの自白の信用性をいづれも否定し、同決定には重大な事実の誤認の疑いがあるとして、これを取り消したものであり、受差戻審に更なる証拠調べを求めたものではない。

以上に加え、本件の審理経過や早期、迅速な処理が要請される少年保護事件の特質をも考慮すると、第1次抗告審決定を受けた受差戻審が、検察官が取調べを申し出た本件DVD等を取り調べなかった措置は、合理的な裁量の範囲内のものと認められる(最高裁昭和58年(シ)第77号同年10月26日第一小法廷決定・刑集37巻8号1260頁参照)。

そして、受差戻審は、新たな証拠調べを行わない以上、第1次抗告審決定が示した消極的否定的判断に拘束されることとなるから(最高裁昭和41年(あ)第108号同43年10月25日第二小法廷判決・刑集22巻11号961頁参照)、その旨判示し、非行なしとして少年を保護処分付さなかった第2次家裁決定に法令違反は認められず、また、記録を調べても、同決定に事実誤認も認められない。同決定に、決定に影響を及ぼす法令違反があるとしてこれを取り消した原決定には重大な法令違反があり、これを取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる(原決定を取り消し、本件について大阪家庭裁判所がした不処分決定に対する検察官の抗告を棄却した)。

(22) 最二判平成20年7月18日 最高裁HP

平成17年(あ)第1716号 各証券取引法違反、商法違反被告事件(破棄自判)

旧株式会社日本長期信用銀行の平成10年3月期における決算処理は、商法(平成17年法律第87号による改正前のもの)32条2項にいう「公正ナル会計慣行」に反する違法なものとはいえないとして、同銀行の頭取らに虚偽記載有価証券報告書提出罪及び違法配当罪の成立を認めた第1審判決及びこれを是認した原判決が破棄され、無罪が言い渡された事例。(詳細)

1 (本件公訴事実の要旨)長期信用銀行業務等を目的とする長期信用銀行の代表取締役であつた被告人らが、共謀の上、(1)長銀の業務に関し、平成10年6月29日、大蔵省関東財務局長に対し、長銀の平成9年4月1日から平成10年3月31日までの事業年度(以下「平成10年3月期」ともいう。)の決算には5846億8400万円の当期末処理損失があつたのに、これを過少の2716億1500万円に圧縮して計上した貸借対照表、損益計算書及び利益処分計算書を掲載するなどした上記事業年度の有価証券報告書を提出し、もつて、重要な事項につき虚偽の記載のある有価証券報告書を提出し、(2)長銀の上記事業年度の決算には、上記のとおり、5846億8400万円の当期末処理損失があつて株主に配当すべき剰余金は皆無であつたのに、定時株主総会で利益配当を行う旨の利益処分案を提出して可決承認させ、そのころ、同社の株主に対し、配当金合計71億6660万2360円を支払い、もつて、法令に違反して利益の配当をしたというものである。

2 (原判決)原審において、検察官は、上記の当期末処理損失は専ら関連ノンバンク及びこれと密接な関連のある会社で長銀の関連親密先とされるものに対する貸出金に係るものであるところ、商法(平成17年法律第87号による改正前のもの)32条2項にいう「公正ナル会計慣行」としては、後記資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準のみがこれに該当し、これによれば長銀には平成10年3月期に公訴事実記載の未処理損失がある旨を主張し、原判決は、これを容れて、被告人らに対し虚偽記載有価証券報告書提出罪及び違法配当罪の成立を認めた。

3 しかしながら、原判決の上記判断は是認することができない。

資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、金融機関がその判断において的確な資産査定を行うべきことが強調されたこともあって、大枠の指針を示す定性的なもので、その具体的適用は必ずしも明確となっておらず、いわゆる母体主義を背景として、一般取引先とは異なる会計処理が認められていた関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関しては、具体性や定量性に乏しく、実際の資産査定が容易ではないと認められる上、資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準が関連ノンバンク等に対する貸出金についてまで同基準に従つた資産査定を厳格に求めるものであるか否か自体も明確ではなかつたことが認められる。

資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関しては、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかつたと認められる上、本件当時、関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関し、従来のいわゆる税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であつたとはいえず、過渡的な状況にあつたといえ、そのような状況のもとでは、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定を行うことをもつて、これが資産査定通達等の示す方向性から逸脱するものであつたとしても、直ちに違法であつたということとはできない。

4 そうすると、長銀の本件決算処理は「公正ナル会計慣行」に反する違法なものとはいえないから、本件有価証券報告書の提出及び配当につき、被告人らに対し、虚偽記載有価証券報告書提出罪及び違法配当罪の成立を認めた第1審判決及びこれを是認した原判決は、事実を誤認して法令の解釈適用を誤つたものであつて、破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。

(23) 東京高判平成19年5月10日 判タ1240号141頁

平成18年(う)第2029号 政治資金規正法違反被告事件(1億円ヤミ献金事件、破棄自判・上告)

C党の一派閥の会長代理であつた被告人が、政治団体であるその派閥の会計責任者と共謀して、派閥が他の政治団体から1億円の寄付を受けたにもかかわらず、それを派閥の収支報告書に記載せず、選挙管理委員会を経由して総務大臣に提出したことについて、政治資金規正法違反として起訴された案件で、会計責任者がそのような収支報告書を提出するにつき、被告人との間で共謀があつたか否かが争いとなつた。本判決は、会計責任者の供述について、その内容自体、客観的な事実経過に照らして自然で合理的である上、被告人の関与を含め具体的に供述されており、その根幹部分において逮捕直後から一貫しており、会長秘書の供述とよく符合しており、他の誰かをかばい、殊更、幹部会に参加していた4名の派閥幹部に

刑事責任を負わせるおそれの高い虚偽の供述をする理由はないと考えられることなどから、極めて信用性が高いと認められる。なお、会計責任者の述べる本件発覚後の記憶喚起の過程は不自然であるが、それが供述の根幹部分の信用性に影響を及ぼすものではないとして、被告人を禁固10月(執行猶予3年)とした。

(24) さいたま地判平成18年6月9日 判タ1240号212頁  
平成16年(ワ)第2496号 国家賠償請求事件(請求棄却・確定)

Xが、埼玉県警察を設置・運営する埼玉県に対し、警察官が前夫のXに対する住居侵入・暴行事件の捜査を懈怠し、公訴時効を完成させたなどとして、国家賠償法1条1項に基づき慰謝料等の支払を求めた事案において、警察官に警察法又は刑事訴訟法上の権限行使をすべき国家賠償法上の作為義務があったか否かが争点となった。その中で、Xが主張した、警察官は公訴時効完成前に本件事件を検察官に送致すべき義務があったとの点について、本判決は、犯罪被害者が告訴等をして刑事手続への参加を積極的に希望し、その旨を捜査機関に表明しているような場合には、捜査機関においても、徒に時効期間を看過するなどして、犯罪被害者が刑事手続に関与する権限を事実上行使できる機会を失うことのないよう配慮すべき義務を負い、原則として被害者に対する関係においても事件送致義務を肯定し、この義務に反した場合には、被害者ないし告訴人自らが、処罰を望んでいないことが明らかになったり、関心を全く寄せない等の格別な事情が認められない限り、国家賠償法1条1項の違法と評価されるべきとしたが、本件では、本件事件後、原告が虚偽の事実を述べたり、被害額を証明する見積書等を提出しなかったりしたこと、原告が未だ告訴の意思を維持しているかどうかを見極めるための捜査を遂げた上で事件を送致する必要があると判断することもその裁量の範囲内であったこと、その後、警察内部の記録の管理や異動に伴う引継ぎの不十分に原告の協力が得られなかったことも相まって公訴時効が徒過したものであること等の事情を考慮すると、本件においては、前記の格別の事情があったと認められ、警察官が本件事件を公訴時効期間を徒過して送致したことにより、原告の刑事手続に関与する機会が事実上失われたことをもって国家賠償法1条1項の違法があるとは認められないとして、原告の請求を棄却した。

(25) 名古屋地判平成18年8月10日 判タ1240号203頁  
平成17年(行ウ)第75号 行政処分差止請求事件(請求棄却・控訴)

戸籍上男性であるが性同一性障害であるXが、有罪判決を受けて受刑するにあたり、刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律37条1項の規定に基づいて実施される調髪処分の差止めを求めた事案において、本判決は、本件の調髪処分が、受刑者に一定の髪型に調髪することを強要するもので、これにより従前保持してきた頭髪や髪型が失われ、その回復には相当の期間を要するとして、本件において行政事件訴訟法37条の4第1項の「重大な損害が生ずるおそれ」があることを肯定したが、その違法性については、個人の髪型を自由に決める権利が憲法13条により保障されることを認めつつも、受刑者の頭髪に関する権利は、拘禁施設の長の裁量に基づいて決定される処遇内容に応じて、その拘禁目的の達成に必要な限度で制約を受けるものであり、長の裁量判断が拘禁目的に照らし過剰な制約であると認められない限り、違法にはならないとし、男子受刑者の調髪処分については、(1)受刑者の集団内における規律や衛生維持のために有効且つ必要な手段であること、(2)逃走防止及び画一的処遇の実現にとって外観の統一性を保持する必要があること等ことから受刑者の拘禁目的に照らして合理的で、自己決定権に対する過剰な制限ではないとした。また、Xが性同一性障害という特殊事情を有していることについても、処遇の前提となる性別の判定は、社会通念上一般に許容されている戸籍の記載や、生物学的・身体的特徴によって行うべきであり、Xが戸籍上男性となっていること、男性としての身体的特徴をなお有していることから、施設の長がXを男子受刑者として処遇したとしても、それ自体裁量権を逸脱・濫用するものではないなどとして、Xの請求を棄却した。

(26) 東京地判平成19年3月16日 判時2002号31頁  
平成18年特(ワ)第498号・1026号 証券取引法違反被告事件 有罪(控訴)(ライブドア事件第1審判決)

インターネット関連企業(親会社)の最高経営責任者が、共謀のうえ、株式交換によって子会社が取得した株式を売却して利益を得て、親会社の連結売上計上することによって利益を得ようと企て、証券取引所の適時開示制度によって株式交換等に関して虚偽の事実を公表し、株式の相場の変動を図る目的をもって偽計を用いるとともに、風説を流布したという公訴事実、及び、架空売上に売上高に計上するなどして経常利益を50億円強と記載した内容虚偽の連結損益決算書を掲載した有価証券報告書を提出したという公訴事実につき、公判前整理手続を適用して迅速に審理が行われ、いずれも犯罪事実が認定され、最高経営責任者につき懲役2年6月の実刑判決が言い渡された事例。

#### 【公法】

(27) 最大判平成20年6月4日 判時2002号3頁  
平成18年(行ツ)第135号 退去強制令書発布処分取消等請求事件 破棄自判(国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決)

日本国籍を有する父とフィリピン共和国国籍を有する母との間で本邦において出生した後、父から認知された者が、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した子であることを国籍取得の要件と定める国籍法3条1項の規定が憲法14条1項に反する等と主張して、国に対し日本国籍を有することの確認を求めた事案について、国籍法3条1項の規定が日本国籍の取得につき区別を生じさせていること(出生後の認知だけでなく婚姻準正を要件としていること)を、国籍取得届を提出した平成15年当時には合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、憲法14条1項に違反すると、違憲判断が下され、「日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである。」と判示された事例。反対意見・補足意見がある。

なお、同日、同様な事案で日本国籍を有することの確認を求めた別件事件(平成19年(行ツ)第164号事件)でも最高裁大法廷は請求を認容すべきものとする判決を言い渡している。

(28) 福岡高判平成18年11月30日 判タ1257号96頁



平成17年(ネ)第1008号 損害賠償請求控訴事件(変更・確定)

本件は、Aが、平成16年3月の夜、駐車場に自動車を駐車後近くにあったバス停に向かったところ、間にあった水路(大和町が管理)に転落し死亡した事故につき、Aの実母Xらが、大和町には転落防止措置を欠いていたという本件水路の管理上の過失があるとして国家賠償を請求した事案である。本件水路は当初はそれほど高低差がなかったが、平成8年頃に私人が盛り土をして本件駐車場を造成した上、本件水路の上方にふたを設置したため、有蓋部分と無蓋部分の底面との間に1.5メートルの高低差が生じていた。本判決は、本件水路の構造から足を踏み外して転落した者は相応の傷害を負う危険があったとした上で、そのような危険は本件水路そのものが有する危険であるとし、このような危険な状態を解消するためにXが主張した無蓋部分への転落を物理的に防止する工作物の設置等の措置のそれぞれについてその効用や実施可能性を検討し、いずれも有効であり、大和町が単独で講ずることができないわけではないとし、これらの措置をいずれも講じなかった大和町による本件水路管理に瑕疵があったと認めた上で、本件事故当時、周囲が暗かったのにAが小走りでバス停に走り寄り、寄りかかった点には過失があるとして、Aの過失割合を35%とし過失相殺を認めた。

(29) 大阪高判平成19年9月28日 判時2000号19頁

平成19年(ネ)第1438号 弁護士報酬請求控訴事件(変更・上告)

市の工事が談合によるものとして住民が住民訴訟を提起し勝訴した後で、住民が市に対して弁護士報酬相当額を請求したという事案。原審は市が確保した経済的利益は判決に基づき弁済を受け、又は受ける見込みのある債権の総額であるから報酬相当額はその総額を基準とするべきとしたため、市が不服として控訴した。本判決は、住民訴訟の目的が住民全体の利益のために地方公共団体の財務会計上の行為を正すことにあるから住民が弁護士費用として請求し得べき相当額を算定する際には、勝訴に係る判決の認容額や現実の入金等をもって算定すべきではなく算定不能として算出すべきであるとした。

なお、上記判決と同様に経済的利益を算定不能とした裁判例として名古屋高判平成14年10月17日、大阪地判平成16年4月22日がある。

#### 【社会法】

(30) 東京高判平成19年11月28日 判時2002号149頁

平成18年(ネ)第3454号 地位確認等請求控訴事件(一部変更・一部控訴棄却(確定))

地方公共団体の設置した保育園において任期を1年とする非常勤保育士として保育業務に従事していた者ら(9711回の更新)が、再任用されなかったことは解雇権濫用法理の類推適用により無効等と主張して、地位確認と各賃金の支払請求、再任用に対する期待権侵害につき国家賠償請求をした事案において、

1 本件の保育士は、任期を1年としその任用が反復更新された地方公務員法3条3項3号所定の特別職たる非常勤職員であり、その勤務関係は、公法上の任用関係であり、任期終了と同時に当然に公務員としての地位を失い、再任用を請求する権利を有することはない、

2 私法上の雇用関係における解雇権濫用法理は当事者の合理的解釈を基礎とするものであるところ、非常勤職員の再任用拒否に対しては、期限付任用が長期にわたり反復更新されたとしても、予算措置もあって期間の定めのない任命意思を考慮することができず、任命行為は行政行為であって期間の定めのない任命行為を認定することもできず、当事者双方の意思の推定規定である民法629条1項を類推適用することも困難であり、その法理は適用されない、

3 任用期間終了時に再任用しなかったことに対し、任命権者の補助職員が長期の職務従事の継続を期待するような言動を示していたこと、職務内容が常勤保育士と変わらぬ継続性が求められる恒常的なものであること、再任用が多数回反復して行われ、職務の継続が長期に及んだことなどの事実関係の下では、任用継続に対する期待は法的保護に値し、再任用しないことによりその期待権を侵害した、

と判示され、国家賠償法に基づく慰謝料の支払が命じられた事例。

#### 【紹介済み判例】

(31) 最二判平成20年3月14日 判時2002号26頁

平成19年(レ)第1号 治安維持法違反被告事件(上告棄却)

→法務速報83号28番にて紹介済み。

(32) 最三判平成20年2月19日 判時2002号107頁

平成15年(行ツ)第157号・同(行ヒ)第164号 輸入禁制品該当通知取消等請求事件(一部破棄自判・一部上告棄却)

→法務速報82号23番にて紹介済み。

(33) 最一決平成20年3月13日 判時2002号112頁

平成19年(許)第24号 再生計画認可決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件(抗告棄却)

→法務速報83号23番にて紹介済み。

(34) 最三判平成20年2月26日 判時2002号147頁

平成19年(受)第1443号 取締役解任請求事件(上告棄却)

→法務速報83号15番にて紹介済み。

(35) 大阪地判平成19年1月30日 判時2000号95頁

平成17年(ワ)第10324号 著作権侵害差止等請求事件

→法務速報70号23番にて紹介済み。

(36) 最判平成20年2月28日 判時2000号103頁

平成19年(受)第733号 保険金請求事件

→法務速報83号16番にて紹介済み。

(37) 最判平成20年1月22日 判時2000号160頁

平成19年(あ)第1223号 住居侵入、強制わいせつ致傷、傷害被告事件

→法務速報82号20番にて紹介済み。

(38) 最判平成20年3月6日 判時2000号161頁  
平成19年(行フ)第6号 排除措置命令違反に対する過料事件の決定に対する許可抗告事件

→法務速報83号37番にて紹介済み。

(39) 最三判平成19年4月3日 判タ1240号176頁  
平成18年(受)第1547号 損害賠償請求事件(破棄差戻)

→法務速報72号7番にて紹介済み。

(40) 最三決平成19年4月9日 判タ1240号189頁  
平成15年(あ)第279号 業務上過失傷害, 道路交通法違反被告事件(上告棄却)

→法務速報72号41番にて紹介済み。

(41) 最三判平成19年4月17日 判タ1240号165頁  
平成18年(行ヒ)第50号 公文書一部非公開処分取消請求事件(一部破棄自判, 一部上告棄却)

→法務速報72号49番・77号15番にて紹介済み。

(42) 最三判平成19年4月24日 判タ1240号118頁  
平成18年(受)第688号 損害賠償請求事件(破棄差戻)

→法務速報73号9番にて紹介済み。

(43) 最二判平成19年4月27日 判タ1240号121頁  
平成16年(受)第1658号 損害賠償請求事件(破棄自判)((1)事件), 平成17年(受)第1735号損害賠償等請求事件(上告棄却)((2)事件)

→(1)事件:法務速報73号11番にて紹介済み。

→(2)事件:法務速報73号12番にて紹介済み。

(44) 東京地判平成18年6月26日 判タ1240号273頁  
平成15年(ワ)第24649号 持株会解散決議不存在確認等請求事件(請求棄却, 訴え却下・控訴)

→法務速報73号17番にて紹介済み。

(45) 最二判平成20年1月28日 金法1838号46頁  
平成18年(受)第1074号 損害賠償請求事件

→法務速報82号9番にて紹介済み。

(46) 最二判平成20年1月28日 金法1838号48頁  
平成17年(受)第1372号 損害賠償請求事件

→法務速報82号8番にて紹介済み。

(47) 最二判平成20年1月28日 金法1838号55頁  
平成17年(受)第1440号 損害賠償請求事件

→法務速報82号7番にて紹介済み。

(48) 最一判平成19年7月19日 金法1839号59頁  
平成18年(受)第1534号 不当利得返還請求事件

→法務速報76号3番にて紹介済み。

## 2. 平成20(2008)年7月24日までに成立した, もしくは公布された法律

該当する法律はありません。

## 3. 7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

・内記香子 日本評論社 266頁 5880円  
WTO法と国内規制措置

・布施勇如 現代人文社 214頁 1575円  
アメリカで, 死刑を見た・・・★

・ジョン・ブレイスウェイト著/細井洋子他共訳 成文堂 301頁 3150円  
修復的司法の世界

・「法曹の質」研究会編 商事法務 315頁 3990円  
「法曹の質」の検証 弁護士に求められるもの

・石寄信憲編著 中央経済社 516頁 4830円  
労働契約解消の法律実務

・穂積陳重 新青出版 254頁 5250円  
法典論 復刻版

---

#### 4. 7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

- ・ゴットフリート・シーマン著/新井誠 編訳 日本評論社 299頁 6300円  
ドイツ私法学の構造と歴史的展開
- ・澤野順彦 新日本法規出版 311頁 3360円  
判例にみる借地・借家における特約の効力
- ・藤瀬裕司 日本経済新聞社出版局 371頁 3675円  
実務総合解説 ファンドビジネスと金融商品取引法
- ・小町谷育子/藤原家康他 三省堂 238頁 2415円  
Q&A一般法人法・公益法人法解説
- ・牧口晴一/齊藤孝一 中央経済社 416頁 4410円  
非公開株式譲渡の法務・税務 譲渡等承認請求/税務上の適正時価の実務
- ・東京弁護士会弁護士業務改革委員会自治体債権管理問題検討チーム 編 ぎょうせい  
388頁 4300円  
自治体のための債権管理マニュアル
- ・渡邊顯編 商事法務研究会 225頁 2520円  
取締役の善管注意義務のはなし・・・★

---

#### 5. 発刊書籍の解説

---

・アメリカで、死刑を見た  
アメリカで死刑やその執行に携わる人たちに取材した内容が載せられている。  
あとがきには少々多目にスペースが割かれており、取材を経ての著者の死刑に対する考えのまとめになっている。  
写真もたくさん使われていることも手伝ってか、理論のみならずまさに肌で感じた死刑というものが描かれており、死刑存廃いずれの論者にとっても一読に値する。

・取締役の善管注意義務のはなし  
取締役の側から見る会社法を解説している。  
項目は細かく分かれており、各項目でも重要な部分は更にクローズアップして解説している。  
会社法を理解した上で、経営戦略等の参考にできよう。

☆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.jlff.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。

---