

訴訟代理人が押さえておきたい 最新民訴判例

今月は、民事訴訟問題等特別委員会の御協力を得て、5項目につき、平成10年代以降の民事訴訟判例及びその分析をお届けいたします。管轄の合意、送達、と項目を並べると一見地味ではありますが、実は、有意義な判例が紹介されており、訴訟代理人弁護士としては、知得することが望ましいと思われるものであります。また、中には、公示送達に関する東京高裁平成21年1月22日判決のように、裁判所の示唆に対してどのようにすべきであったかを考え

させられるという意味で興味深いものもあります。

(町田 弘香)

CONTENTS

- 1 はしがき
- 2 管轄の合意
- 3 送達
- 4 文書提出命令（文書提出義務）
- 5 損害額の認定
- 6 訴訟上の和解

1

はしがき

民事訴訟問題等特別委員会委員長 永島 賢也 (49期)



新民事訴訟法が施行されて、既に、10年を経過しました。いわば、同法の10歳の誕生日をひとつの節目として、民事訴訟の実務について、現在までに様々な検討がなされております。

たとえば、集中証拠調べ（同法182条）は、おおむね実現されていると言われておりますが、他方、当事者照会（同法163条）については、むしろ、弁論で、釈明権の行使（同法149条1項）を求めた方が、簡易で、かつ、回答される可能性が高いなどと言われ、実務には根付いていないように見えます。

提訴前の証拠収集処分（同法132条の2以下）の利用も低迷しているようで、私も、わざわざ、申立をして、結果、証拠収集処分を獲得したにもかかわらず、相手方に、これを無視されてしまったという経験をもっています。

一時は、裁判の迅速化にもかかわるものとして、計画審理（同法147条の2以下）がクローズアップされましたが、現在では、ほとんど、下火になってしまったことは否めないことと思われます。

また、そのころ、東京地裁では、プロセスカードという審理の進行に関する書面を作成して、緩やかに計画的な審理を進めようという工夫もなされたこともありました。これも、最近では、あまり聞かれなくなりました。

もともと、実務において、無計画に審理が進められていたものではなく、担当裁判官や訴訟代理人によって、（目に見える形ではなかったかもしれませんが）ある程度、計画的に進められていたという実績があったという点も指摘できるものと思われます。

それでも、この10年の間、民事訴訟の実務に起きた事柄を、比較的新しい判例（主に平成10年代のもの）

をピックアップして振り返ってみるのも意義のあることと考え、我々、民事訴訟問題等特別委員会は、所属する会員の力を結集して、71件の判例について、民事訴訟法に関する基礎的な理解をおさらいするとともに、事例分析をしたうえ、更に、「実務上の指針」という観点から、実務に役立つ事柄にも触れた書籍を作りました。「最新判例からみる民事訴訟の実務(青林書院)」です。たとえば、私の担当した「一部請求」の問題については、一部請求訴訟での請求認容の可能性が微妙な事例であればあるほど、その訴訟において原告に請求の拡張を期待することが困難となるので、その後

提起される残部請求訴訟が適法とされる可能性が高まるといふ相関関係があるようにみえる点を指摘しましたし、一部請求訴訟で勝訴した原告が、残部請求をした場合に被告が争える範囲についても、実際の判例を掲げました。

当委員会の活動が、会員の皆様の実務にお役に立つことがあれば、望外の幸せです。



青林書院 5,670円(税込)

2 管轄の合意

民事訴訟問題等特別委員会委員 木下 直樹 (46期)

1 はじめに

(1) 管轄の意義

管轄は、裁判所間の事件分担の定めであり、原告代理人としては提訴裁判所の選択、被告代理人としては提訴された裁判所における応訴の点で問題となる。

管轄に関しては、実務上、約款・定型契約書の管轄合意に基づく提訴に対し、被告が、その有効性を争い、また、移送を申し立てることが多いことから、管轄合意の効力と移送申立を中心に論じることとする。

(2) 管轄の合意

専属管轄を除く法定管轄は、当事者の合意により変更することができる(民訴法11条)。管轄の合意は、

①第1審の裁判所に関し、②一定の法律関係に基づく訴えについて、③書面をもってすることが必要である(民訴法11条)。適法な管轄合意がなされれば、合意内容の通りに管轄の変更が生じ、合意が専属的合意であれば、他の法定管轄は排除されることになる。

(3) 管轄合意と移送申立

専属管轄合意に基づき、当該管轄裁判所に提訴された場合であっても、民訴法17条により移送がなされうる。民訴法17条の適用を除外する民訴法20条において、「当事者が第11条の規定により合意で定めたものを除く。」と記されている通りである。なお、このように、専属管轄合意の場合にも移送できることが明記されたことから、管轄合意の内容が専属的合意であるか付加的合

意であるかの区別の実益は乏しくなったとされる。

他方、専属管轄合意について、当該管轄条項が無効とされ、その結果、提訴裁判所に管轄が存しない場合には、管轄違いとして、民訴法16条1項により、申立てまたは職権によって管轄裁判所に移送される。

(4) 民訴法17条の移送の要件

民訴法17条の移送の要件は、①訴訟の著しい遅滞を避け、または、②当事者間の衡平を図るため必要があることである。この点、旧民訴法31条は「著キ損害又ハ遅滞ヲ避クル為」としていたのに対し、要件が緩和されている。民訴法17条は、「当事者及び尋問を受けるべき証人の住所、使用すべき検証物の所在その他の事情を考慮して」としており、「その他の事情」としては、当事者の身体的な事情、訴訟代理人の有無及びその事務所の所在地、当事者双方の経済力等があげられる。

(5) 地方裁判所の自庁処理

地方裁判所は、簡易裁判所の専属管轄合意がある場合など、その訴訟が管轄区域内の簡易裁判所の管轄に属する場合でも、相当と認めるときは、訴訟を簡易裁判所に移送しないで自ら審理・裁判することができる（民訴法16条2項）。これを地方裁判所の自庁処理という。

他方、簡易裁判所は、訴訟がその簡易裁判所の管轄に属する場合でも、相当と認めるときは、申立により又は職権で、訴訟の全部又は一部をその所在地を管轄する地方裁判所に移送することができる（民訴法18条）。

2 判例の紹介

(1) 管轄の合意に関する判例

①東京高決平成16年2月3日

判タ1152号283頁

（最新判例からみる民事訴訟の実務 判例6）

(a) 事案と決定要旨

全国規模で自動車リース業を営むXの約款の「Xの本社またはXの選択する裁判所」との合意管轄条項について、Xにおいて訴訟を提起する裁判所を一方的に任意に選択し得る趣旨となっており、一般的に相手方の実質的な防御の機会を一方的に奪うとして、管轄の合意としては無効とした。

(b) 本決定の意義

約款の合意管轄条項に関し、原告の任意に選択し得る裁判所とする趣旨の条項の効力を否定したものである。原告の任意に選択する裁判所とする合意管轄条項については、被告から防御の利益を奪うものとして、無効と考えるのが通説であり、本決定は、通説に従った妥当なものと言える。

②横浜地決平成15年7月7日

判タ1140号274頁

(a) 事案と決定要旨

商工ローン会社の定型契約書の「原告の本支店の所在地を管轄する裁判所」との合意管轄条項について、原告が全国に散在する50箇所の本支店所在地を管轄するいずれかの裁判所を任意に一方的に選択して訴えを提起することを可能とする内容であり、一般的に被告から実質的な防御の機会を一方的に奪うとして、管轄の合意を無効とした。

(b) 本決定の意義

本決定も①の判例同様、原告が裁判所を任意に選択しうる管轄合意について、無効としたものである。

(2) 管轄合意と移送に関する判例

③大阪高決平成10年8月10日

金融商事判例1058号24頁

(a) 事案と決定要旨

金融業者である原告が、留萌市居住の被告（連帯保証人）に対し、取引約定書の合意管轄条項を理由に京都地裁に提訴した事案について、京都地裁での審理は消費者金融の顧客である被告らに負担が大きい、また、当該契約は旭川支店の業務に関するものである等を理由に旭川地裁に移送した。

(b) 本決定の意義

本決定は民訴法17条の移送の要件について判断したものである。

④大阪地決平成11年1月14日

判時1699号99頁

(a) 事案と決定要旨

貸金業者である原告が、福岡市居住の被告に対し、消費貸借契約書の合意管轄条項を理由に貸金返還訴訟を大阪簡裁に提訴した事案について、被告が福岡市の弁護士を訴訟代理人として選任しており、大阪簡裁での審理では、弁護士旅費、自らの出頭の費用の負担は、原告より相当大きいとして、福岡簡裁に移送した。

(b) 本決定の意義

本決定も民訴法17条の移送の要件について判断を示したものである。

⑤東京地決平成11年3月17日

判タ1019号294頁

(a) 事案と決定要旨

信販会社である原告が、広島市に居住する被告に対し、消費貸借契約書の合意管轄条項を理由に、貸金返還訴訟を東京簡裁に提訴した事案について、契約が広島支店で締結されていること、人証予定者が広島市に在住すること、被告は破産宣告を受け東京への出頭は相当困難であり、他方、原告は全国に支店を有し、

広島簡裁での応訴は、被告と比較して特に大きな経済的不利益は受けずとして、東京簡裁に移送した。

(b) 本決定の意義

本決定も民訴法17条の移送の要件について判断を示したものである。

⑥東京高決平成12年3月17日

金法1587号69頁

(a) 事案と決定要旨

カード会社である原告が、神戸市に居住する被告に対し、カード契約等の合意管轄条項を理由に、カード代金等請求訴訟を東京地裁に提訴した事案について、被告から神戸地裁または大阪地裁への移送申立がなされたが、争点の整理は電話会議による弁論準備手続ないし書面による準備手続で可能であり、立証について書証以外の証拠を取り調べる必要も認められないとして、移送申立を却下した。

(b) 本決定の意義

本決定は、移送申立を却下したものであるが、その理由として、争点整理は電話会議による弁論準備手続、書面による準備手続で可能と示した点が注目される。

⑦大阪地決平成13年4月5日

判タ1092号294頁

(a) 事案と決定要旨

商工ローン会社である原告が、原告の福岡支店で行われた貸付に関し、連帯保証人に対する訴訟を、取引約定書の合意管轄条項を理由に大阪地裁に提訴した事案について、電話会議による弁論準備手続では十分な争点整理ができないおそれがあること、人証予定者がいずれも福岡地裁の管轄区域内にある等を理由に、福岡地裁へ移送した。

(b) 本決定の意義

本決定は、原告が上記⑥の東京高決平成12年3月17日（金法1587号69頁）を引用して移送申立の却下を求めたのに対し、原告の主張を採用せず、移送を認めた点が注目される。

⑧東京地決平成15年12月18日

判タ1144号283頁

(a) 事案と決定要旨

自動車リース会社である原告が、熊本市居住の被告らに対し、リース契約の合意管轄条項を理由に、東京地裁にリース代金請求訴訟を提起した事案について、当該管轄合意は、一般的に相手方の実質的な防御の機会を一方的に奪うものとなりかねないものであり、無効とはいえないまでも相当なものとは認め難いとした上で、原告の経済的規模、リース契約の締結は熊本市で行われたこと、被告らは地方の零細企業等であり、費用・時間の関係で東京地裁へ出頭できない等の理由で、熊本地裁に移送した。

(b) 本決定の意義

本決定も、民訴法17条により移送の申立を認めたものであるが、管轄合意自体を相当とは認めがたいとした点が注目される。

(3) 地方裁判所の自庁処理に関する判例

⑨最決平成20年7月18日

判時2021号41頁・判タ1208号118頁

（最新判例からみる民事訴訟の実務 判例5）

(a) 事案と決定要旨

原告が、過払金返還を内容とする訴訟を大阪地裁に提起したのに対し、被告が、金銭消費貸借契約証書の簡易裁判所を専属合意管轄とする条項を理由に大阪簡裁への移送を申し立てた事案において、原告の提訴先である大阪地裁が自庁処理を相当として、大阪簡

裁への移送申立を却下したことについて、自庁処理の相当性の判断は地方裁判所の合理的な裁量にゆだねられているとして、これを正当とした。

(b) 本決定の意義

本決定は、地方裁判所の自庁処理の基準について、広く当該事件の事案の内容に照らして地方裁判所における審理および裁判が相当かという観点から判断すべきであり、地方裁判所の合理的な裁量にゆだねられるとして、最高裁の解釈指針を示したものである。

3 実務上の指針

(1) ①、②は、約款・定型契約書等の合意管轄条項に関し、合意自体の有効性が争われた事例であり、約款における原告の任意に選択する裁判所を管轄裁判所とする合意管轄条項について、その効力が否定されている。被告代理人としては、当該約款に基づく提訴について、提訴先裁判所が被告の応訴に不利益な場合は、積極的に移送の申立を検討すべきと言える。

(2) ③乃至⑧は、約款・定型契約書等の合意管轄条項に基づく提訴に対し、被告から移送申立がなされた事案であり、各判断内容が参考になる。移送申立については、民訴法17条に明記されている証人等の住所の外、契約締結場所、当事者双方の経済力、訴訟代理人の有無及びその事務所の所在地等が考慮されており、同種事案の移送申立の際に参考となる。

(3) ⑨は地方裁判所の自庁処理の基準に関する判例であり、地方裁判所の裁量を認めたことから、同様の過払金返還請求の事案において、約款等に簡易裁判所を合意管轄とする条項が存しても、地方裁判所への提訴を検討しうると言える。

3 送達

民事訴訟問題等特別委員会委員 町田 健一 (52期)

1 はじめに

送達とは、当事者その他の訴訟関係人に対し、法定の方式に従って、訴訟上の書類を交付してその内容を了知させ、または現実に交付することが出来ない場合には交付を受ける機会を与え、かつ、以上の行為を公証する裁判機関の訴訟行為である（藤田耕三「注釈民事訴訟法(3)」512頁）。

送達の制度趣旨は、何よりも訴訟関係人の手続的保障を確保することにある。もっとも、効率的な進行を図るという訴訟手続上の要請もあり、補充送達、公示送達などの制度が設けられている。

送達が訴訟関係人の手続的保障という重大な利害に関わるものであるため、これに瑕疵がある場合、その効力は無効とされる。問題は、いかなる場合に送達に瑕疵があるとされるかであるが、これは上記手続的保障の要請と効率的な訴訟手続の進行の要請との調和の観点から判断されることとなる。

このような送達制度に関し、近時、補充送達の効力に関する最高裁判例、その他送達場所等に関する興味深い判例が出ており、以下紹介する。

2 判例の紹介

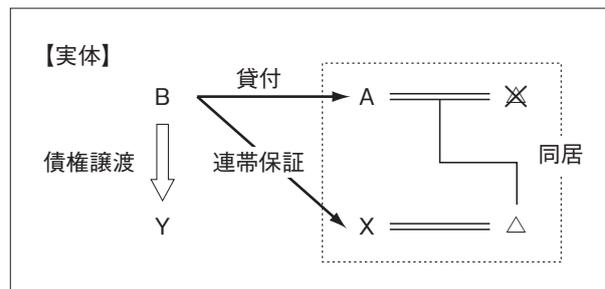
(1) 最高裁平成19年3月20日決定～補充送達の効力

民集61巻2号586頁・判時1971号125頁・判タ

1242号127頁

(a) 事案

Yは、Aを主債務者、Xをその連帯保証人として貸金請求訴訟（以下「前訴」という。）を提起した。



Aは、Xの義父でありXと同居していたところ、主債務者である自らを受送達者とする前訴の訴状等のみならず、相被告となる連帯保証人Xを受送達者とする前訴の訴状等についても、Xの同居者としてその交付を受けた。その後、A、X双方欠席のまま擬制自白によりYの請求認容判決（以下「前訴判決」という。）が下された。同判決書に代わる調書(民訴法254条2項)は、A及びXが同居する上記住所において交付送達が試みられたが受送達者不在により成功しなかったため、付郵便送達が行われ、送達が完了した(民訴法107条1項、3項)。なお、実際には、この郵便も名宛人不在のため後に裁判所に返還されている。

その後、A、Xのいずれからも控訴がないまま前訴判決は確定したが、その約2年後、同判決が執行されたことによりその存在を知ったXが、上記訴状等の補充

送達は無効であるから民訴法338条1項3号の再審事由がある（最判平成4年9月30日参照）として、本件再審の訴えを提起した。

(b) 決定要旨

(i) 「補充送達の効力について → 有効」

「民訴法106条1項は、就業場所以外の送達をすべき場所において受送達者に出会わないときは、『使用人その他の従業者又は同居者であって、書類の受領について相当のわきまのあるもの』（以下「同居者等」という。）に書類を交付すれば、受送達者に対する送達の効力が生ずるものとしており、その後、書類が同居者等から受送達者に交付されたか否か、同居者等が上記交付の事実を受送達者に告知したか否かは、送達の効力に影響を及ぼすものではない（最高裁昭和42年（オ）第1017号同45年5月22日第二小法廷判決・裁判集民事99号201頁参照）。

したがって、受送達者あての訴訟関係書類の交付を受けた同居者等が、その訴訟において受送達者の相手方当事者又はこれと同視し得る者に当たる場合は別として（民法108条参照）、その訴訟に関して受送達者との間に事実上の利害関係の対立があるにすぎない場合には、当該同居者等に対して上記書類を交付することによって、受送達者に対する送達の効力が生ずるといふべきである。」

(ii) 「民訴法338条1項3号の再審事由について

→ 認容」

「(①) 受送達者あての訴訟関係書類の交付を受けた同居者等と受送達者との間に、その訴訟に関して事実上の利害関係の対立があるため、同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が速やかに交付されることを期待することができない場合において、(②) 実際にもその交付がされなかったときは、受送達者は、その訴訟手続に参与する機会を与えられた

ことにならないといふべきである。そうすると、上記の場合において、当該同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が実際に交付されず、そのため、受送達者が訴訟が提起されていることを知らないまま判決がされたときには、当事者の代理人として訴訟行為をした者が代理権を欠いた場合と別異に扱う理由はないから、民訴法338条1項3号の再審事由があると解するのが相当である。」(①、②は筆者が挿入)

(c) 本決定の意義

(i) 補充送達の効力について

本件前訴は、主債務者であるA、その連帯保証人であるXを相被告とする訴訟であり、AとXの間は法律上の利害関係、例えば訴訟の対立当事者の関係にあるわけではない（この場合は自己契約の禁止（民法108条）の趣旨から受領できない）。

しかし、主債務者と連帯保証人との間は、主債務者が連帯保証人の名義を冒用したという場合はもとより、連帯保証人が支払うことになった場合の求償関係など、両者間に紛争が生じかねない関係にあり、事実上の利害関係があるといえる。

受送達者と受領資格者との間にこのような事実上の利害関係の対立がある場合の補充送達の効力について裁判例は分かれていたが、本決定は、事実上の利害関係の対立があるに過ぎない同居者に対する補充送達は有効であることを明確に判示した。

(ii) 民訴法338条1項3号の再審事由について

このように補充送達の効力自体は肯定するとしても、受送達者と送達受領者との間に事実上の利害対立がある場合は、当該受送達者の手続保障についてなお問題が残る可能性がある。

この点本決定は、原審とは異なり、3号事由の有無を実質的に検討することにより配慮する判断を示した。すなわち、上記(b)(ii)①、②の事情がある

場合には、訴訟手続に關与する機会が与えられたことにならないとして、補充送達自体は有効となる本件においても、同号の再審事由があるとした。

(2) 東京高裁平成21年1月22日判決～民訴法103条1項にいう「営業所」の意義、公示送達の要件

判時2052号51頁

(a) 事案

XがY社に対して提起した誤振込金相当額についての不当利得返還請求訴訟において、現在のY社の本店所在地及びY代表者の住所が不明であったが、Yがいわゆるデパ地下の商品販売コーナーを有していたことから、X代理人は同コーナーへの送達を求めた。これに対し担当書記官は同コーナーは民訴法103条1項にいう営業所に該当せず、又補充送達等をするのにもふさわしくないと口頭で回答し、同コーナーへの送達はなされなかった。

そこで、原審では訴状等を公示送達し、Y不出頭のまま第一審認容判決がされ、同判決書もまた公示送達された。

控訴人Yは、第一審判決が執行されたことにより同判決がされたことを知り、原判決の言渡しから約4か月後に控訴を提起した。

(b) 判決要旨

いわゆるデパ地下の商品販売コーナーは、①同コーナーにおける控訴人Y代表者又はアルバイト店員の常駐、②デパート内共同厨房でのYによる調理・販売、③デパートと同一の営業時間、④受領サインを要するものも含め郵便等につき、デパートの従業員がいったん受領し後に名宛人に受領させている、といった事実関係によれば、「民事訴訟法103条1項にいう送達を受けるべき者である控訴人の営業所に該当すると認めることができる」。

「そうすると、控訴人コーナーの存在を認識し、同コーナーにおいて送達をすることができることが調査をすれば容易に判明するにもかかわらず、これへの送達をせずにされた本件訴状及び原判決の公示送達は、いずれも同法110条所定の要件を欠き無効というべきである。」

「また、仮に控訴人コーナーが控訴人の営業所に該当しないとしても、控訴人コーナーに電話又は普通郵便等によって連絡をし、控訴人の事務所等の所在地又は控訴人代表者の住所地を問い合わせることが可能であったと認められるから、これらの調査をせずにされた上記公示送達は、同条所定の要件の有無について十分な調査を尽くさずにされたものとして、無効なものといわざるを得ない。」

(c) 本判決の意義

本判決は、いわゆるデパ地下の商品販売コーナーが民訴法103条1項にいう送達場所としての「営業所」に該当することを認めた。

そして、同所への送達を試みずにされた訴状及び原判決の公示送達はいずれも民訴法110条所定の要件を欠き無効であるとして、本件控訴を控訴期間経過前になされたものと認めた。

また、訴状が適式に送達されないまま審理判断された点において原審判決の手續きに法律違反を認め、原審判決を取り消し、差戻し判決を下した。

民訴法5条5号にいう「営業所」については、独立してその業務の全部又は一部を行うことができるものという一般に解されており（「事務所」に関する名古屋地判昭和58年6月27日参照）、同法103条1項の「営業所」も同様に解すべきかがここでの問題となる。

この点、たしかに土地管轄の基準となる民訴法5条の場面では、応訴する被告の利益に鑑みその独立性は厳格に解する必要があると思われる。これに対し、同法103条1項は送達に関する規定であり、交付送達が

公示送達よりも被告の手續保障に資することからすれば、交付送達の実現可能性を広くはかるべきであると考え。よって、同条項の営業所の意義については、訴訟関係書類の実質的な到達可能性という観点から、より柔軟に検討して判断すべきであり、その点本判決は参考になる。

なお、本件で販売コーナーあての郵便物はいったんデパートの従業員に受領されるという扱いであったことからすると、送達場所としてふさわしくないという当初の担当書記官の判断にも一理あるようにも思われる。本判決は公示送達をするにあたっての裁判所書記官の調査義務の範囲についても言及するが、この点、ほかにも判例が出ているところであり、注目される（大阪地判平成21年2月27日・判タ1302号286号など）。

(3) 東京高裁平成21年3月31日決定～民訴法103条1項の「住所」の意義、補充送達の効力

判タ1298号305頁

(a) 事案

妻子の住む住民票上の住所地とは別の場所において、内縁関係にある女性と居住するXに対して訴訟が提起されたが、訴状等の送達が上記住民票上の住所地に対してなされ、妻らがX本人としてこれらを受領した。同訴訟につき、X欠席のまま認容判決が下されたが、その後、Xは当該訴状等につき有効な送達を受けていないとして再審を申し立て、原審はこれを認めた。前訴原告Yがこれを不服として抗告した。

(b) 決定要旨

本決定は、Xの妻子らがX本人として受領して作成された郵便送達報告書の記載は誤りであるとした上で、これが補充送達として有効か否かを検討する。

まず、送達場所としての民訴法103条1項の「住所」について1人につき同時に複数個認め得るとし、さらに

諸般の事情を勘案し、受送達者の主観・客観両面からみて、上記住民票上の住所を個人及び会社としての対外的・経済的活動における本拠地と認め、同条項の「住所」と認めた。

そして、同所の居住者であり、現に郵便物等の受領を依頼されていた妻らは、民訴法106条1項の「同居者」というべきであり、同人らに対し訴訟関係書類を交付してされた補充送達を有効とした。

なお、同決定は、その判示の中で、受送達者たる夫とその妻子との間には前記(1)の最高裁決定で争われたような事実上の利害関係の対立が全く認められないとして、3号事由は認められないとしている。

3 実務上の指針

(1) 送達の瑕疵の救済方法～送達を受けた側の対応

判決正本の送達が無効であれば、上訴期間が進行しない（藤田耕三「注釈民事訴訟法(3)」517頁）。したがって、仮に判決言渡しになされ、形式的に送達になされ不変期間が経過していても、控訴提起が可能である（上記2(2)の事案参照）。

また、受送達者が知らない判決正本の送達が、補充送達などにより有効とされる場合であっても、訴状の送達が無効であったとき（最判平成4年9月10日・民集46巻6号553頁・判タ800号106頁）や、補充送達における受領者が受送達者と事実上の利害関係があるようなとき（上記2(1)の事案）は、法338条1項3号の事由にあたるとして再審請求が可能である。

なお、訴訟制度を利用して不正に差押を行うため、正規の受送達者を詐称して訴訟書類を受領し、押印又は署名がなされたような場合は、有印私文書偽造、同行使罪が成立する（最判平成16年11月30日・最高裁判所刑事判例集58巻8号1005頁・判タ1172号

146頁)ので、告訴等の対応を検討すべきである。

(2) 送達に瑕疵が生じないための対応～送達をする側の対応

上記(1)のような受送達者側の救済手段の存在を考えると、原告の側としても無用な審理に応じる負担を負わないためにも、事前に可能な対応をとるべきである。

上記2(1)の事案のように相互に補充送達を受領資格を有する複数の被告に対し訴訟を提起する場合、訴訟準備段階において、被告それぞれと連絡を取り、確実に送達を受けるよう努力し、又各被告が訴訟提起を

知り得たことの証拠化に努めるべきである。具体的には、提訴前予告通知、内容証明郵便の送付、電話連絡など、可能な限りの対応をとることを検討すべきである。

それでもやはり被告への送達に不安が残る場合には、再度自ら当該被告に連絡を取るほか、事前準備の状況を裁判所に説明の上、裁判所に対し受送達者本人への連絡を事実上依頼すべきである。それでも十分でない場合には、「その場所において送達するのに支障があるとき」にあたるとして、就業場所送達(法103条2項)の方法によるなど、他の送達方法をとるよう上申することも検討すべきであると考えられる。

4 文書提出命令(文書提出義務)

民事訴訟問題等特別委員会委員 岩崎 泰一 (60期)

1 はじめに

民訴法220条以下は、訴訟の相手方または第三者が所持している文書を書証として顕出させるための手続として、文書提出命令に関する規定をおいている。文書提出命令申立事件の手続の進行についてはLIBRA2008年10月号をご参照いただくこととして、本稿では、文書提出義務の範囲、特にいわゆる自己利用文書についての判例の状況を概観する。

まず、民訴法220条各号が定める文書提出義務の範囲と関係する主な最高裁判例について、以下に確認しておこう。

1号：引用文書

当事者が訴訟において引用した文書。

2号：引渡し・閲覧可能文書

拳証者が文書の所持者に対して引渡し又は閲覧を求めることができる文書。

3号前段：利益文書

拳証者の利益のために作成された文書。

ただし、民訴法220条4号口の公務秘密文書に当たる場合は除外される(最二小決平成16年2月20日・判時1862号154頁)。

3号後段：法律関係文書

拳証者と文書の所持者との間の法律関係について作成された文書。

ただし、専ら自己使用のために作成された文書は含まない(最一小決平成12年3月10日・判時1711号55頁)。

また、民訴法220条4号口の公務秘密文書に当たる場合も除外される(前掲最二小決平成16年2月20日)。

4号：一般義務文書

前3号に掲げる場合のほか、同号イからホの除外事由に該当しない文書。

イ：文書の所持者又は文書の所持者と民訴法196条各号に掲げる関係を有する者について、刑事訴追を受け、又は有罪判決を受けるおそれがある事項が記載されている文書を除外。

ロ：公務員の職務上の秘密に関する文書で、提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある文書(公務秘密文書)を除外。

「公務員の職務上の秘密」とは、公務員が職務上知り得た非公知の事項であって、実質的にもそれを秘密として保護するに値すると認められるものをいう。公務員の所掌事務に属する秘密だけでなく、公務員が職務を遂行する上で知ることができた私人の秘密であって、それが公にされることにより、私人との信頼関係が損なわれ、公務の公正かつ円滑な運営に支障を来すこととなるものも含む。「提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある」とは、単に文書の性格から抽象的なおそれがあることが認められるだけでは足りず、その文書の記載内容からみてそのおそれの存在することが具体的に認められることが必要である(最三小決平成17年10月14日・民集59巻8号2265頁・判時1914号84頁)。

なお、公務秘密文書に当たることを認めた事例として、前掲最二小決平成16年2月20日がある。

また、民訴法223条4項1号に掲げるおそれがあることを理由とする公務秘密文書に該当する旨

の監督官庁の意見に相当の理由があると認めるに足りないか否かにつき、原審に審理不尽の違法があるとした最二小決平成17年7月22日・民集59巻6号1888頁・判時1907号33頁も参照のこと。

ハ：民訴法197条1項2号に規定する事実(職業上黙秘すべき事実)又は同項3号に規定する事項(技術又は職業の秘密に関する事項)で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書を除外。

民訴法197条1項2号の「黙秘すべきもの」とは、一般に知られていない事実のうち、弁護士等に事務を行うこと等を依頼した本人が、これを秘匿することについて、単に主観的利益だけではなく、客観的にみて保護に値するような利益を有するものをいう(後掲2(4)最二小決平成16年11月26日)。

民訴法197条1項3号の「技術又は職業の秘密」とは、その事項が公開されると、当該技術の有する社会的価値が下落しこれによる活動が困難になるもの又は当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になるものをいう(最一小決平成12年3月10日・民集54巻3号1073頁・判時1708号115頁)。ただし、職業の秘密に当たる情報が記載されていても、本号に基づき文書の提出を拒絶することができるのは、対象文書に記載された職業の秘密が保護に値する秘密に当たる場合に限られ、保護に値する秘密であるかどうかは、情報の内容、性質、情報が開示されることにより所持者に与える不利益の内容、程度等と、当該民事事件の内容、性質、当該民事事件の証拠として当該文書を必要とする程度等の諸事情を比較考量して決する(最三小決平成20年11月25日・民集62巻10号2507頁・判時2027号14頁)。なお、

金融機関は顧客情報について商慣習上又は契約上の守秘義務を負うが、金融機関が開示を求められた顧客情報について、当該顧客自身が開示義務を負う場合には、当該顧客は金融機関の守秘義務により保護されるべき正当な利益を有さず、金融機関が職業の秘密として保護に値する独自の利益を有する場合は別として、職業の秘密として保護されない（最三小決平成19年12月11日・民集61巻9号3364頁・判時1993号9頁，前掲最三小決平成20年11月25日）。

ニ：専ら文書の所持者の利用に供するための文書（自己利用文書）を除外（国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く）。

判例については、2「判例の紹介」を参照。

ホ：刑事事件関係文書を除外。

ただし、民訴法220条3号後段（法律関係文書）に該当する場合であって、刑訴法47条ただし書の規定に基づき文書保管者が提出を拒否したことがその裁量権の範囲を逸脱し、又は濫用するものであると認められるときは、文書の提出を命ずることができる（最三小決平成16年5月25日・民集58巻5号1135頁・判時1868号56頁，最二小決平成17年7月22日・民集59巻6号1837頁・判時1908号131頁，最二小決平成19年12月12日・民集61巻9号3400頁・判時1995号82頁）。

2 判例の紹介

～自己利用文書に焦点を絞って

以下では、特に民訴法220条4号ニ（平成13年法96号による改正前の同号ハ）のいわゆる自己利用文書に関する判示に焦点を絞って、判例の展開を紹介する。

(1) 最二小決平成11年11月12日

民集53巻8号1787頁・判時1695号49頁・判タ1017号102頁・金法1567号23頁・金融・商事判例1079号8頁，1081号41頁

(a) 事案

銀行の貸出稟議書等につき、自己利用文書に当たることが争われた事例。

(b) 決定要旨

ある文書が、その作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であって、開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められる場合には、特段の事情がない限り、当該文書は自己利用文書に当たる。

銀行の貸出稟議書は、銀行内部において、融資案件についての意思形成を円滑、適切に行うために作成される文書であって、法令によってその作成が義務付けられたものでもなく、融資の是非の審査に当たって作成されるという文書の性質上、忌たんのない評価や意見も記載されることが予定されているものである。したがって、貸出稟議書は専ら銀行内部の利用に供する目的で作成され、外部に開示することが予定されていない文書であって、開示されると銀行内部における自由な意見の表明に支障を来し銀行の自由な意思形成が阻害されるおそれがある。そして、本件において特段の事情の存在はうかがわれないから、自己利用文書に当たる。

(c) 本決定の意義

自己利用文書か否かにつき、作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して、①専ら内部の者の利用に供

する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であること、②開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められること、③特段の事情がないこと、の3要件から判断することを確立した、非常に重要な判例である。

本判例を引用している後の判例、裁判例は多数あり、内容的にも、本判例の判示する諸事情については、後の判例、裁判例が注意深く意識し検討する傾向がみられる。なお、後掲の判例も、全て本判例を引用して判示したものである。

(2) 最一小決平成12年12月14日

民集54巻9号2709頁・判時1737号28頁・判タ1053号95頁・金法1605号32頁・金融・商事判例1107号3頁、1109号6頁

(a) 事案

信用金庫の会員が起こした代表訴訟を本案として、信用金庫の貸出稟議書等につき文書提出命令が申し立てられ、自己利用文書に当たるかが争われた事例。

(b) 決定要旨

前掲最二小決平成11年11月12日にいう特段の事情とは、文書提出命令の申立人がその対象である貸出稟議書の利用関係において所持者である信用金庫と同一視することができる立場に立つ場合をいう。信用金庫の会員は、会計の帳簿・書類の閲覧又は謄写を求めることはできないのであり、会員代表訴訟は、会員が会員としての地位に基づいて理事の信用金庫に対する責任を追及することを許容するものにすぎず、会員として閲覧・謄写することができない書類を信用金庫と同一の立場で利用する地位を付与するものではないから、信用金庫が所持する文書の利用関係において信用金庫

と同一視することができる立場に立つものではない。本件について特段の事情があるということとはできない。

(c) 本決定の意義

特段の事情について具体的に検討した。

(3) 最二小決平成13年12月7日

民集55巻7号1411頁・判時1771号86頁・判タ1080号91頁・金法1636号51頁・金融・商事判例1141号26頁

(a) 事案

経営破綻した信用組合から営業の全部を譲り受けた原告人が所持する当該信用組合の貸出稟議書等につき、自己利用文書に当たるかが争われた事例。

(b) 決定要旨

前掲最二小決平成11年11月12日にいう特段の事情があるかを検討する。

原告人は預金保険法1条に定める目的を達成するために同法によって設立された預金保険機構から委託を受け、同機構に代わって、破綻した金融機関等からその資産を買い取り、その管理及び処分を行うことを主な業務とする株式会社である。原告人は、信用組合の経営が破綻したため、その営業の全部を譲り受けたことに伴い、本件文書を所持するに至った。信用組合は営業の全部を原告人に譲り渡し、清算中であって、将来においても、貸付業務等を自ら行うことはない。原告人は、法律の規定に基づいて信用組合の貸し付けた債権等の回収に当たっているものであって、本件文書の提出を命じられることにより、原告人において、自由な意見の表明に支障を来しその自由な意思形成が阻害されるおそれがあるものとは考えられない。

上記の事実関係等の下では、上記特段の事情があることを肯定すべきである。

(c) 本決定の意義

特段の事情について具体的に検討し、特段の事情を認めた。

(4) 最二小決平成16年11月26日

民集58巻8号2393頁・判時1880号50頁・判タ1169号138頁・金法1762号48頁・金融・商事判例1241号24頁

(a) 事案

破綻した保険会社（抗告人）につき選任された保険管理人が保険業法に基づき設置した調査委員会の調査報告書につき、自己利用文書に当たるかなどが争われた事例。

(b) 決定要旨

保険管理人は、金融監督庁長官から、保険業法（平成11年法160号による改正前のもの）313条1項、242条3項に基づき、旧役員等の経営責任を明らかにするため、調査委員会を設置し調査を行うことを命じられ、上記命令の実行として弁護士等を委員とする調査委員会を設置し、調査を行わせた。本件文書は、調査委員会が調査の結果を記載して保険管理人に提出したものであり、法令上の根拠を有する命令に基づく調査の結果を記載した文書であって、専ら抗告人の内部で利用するために作成されたものではない。また、本件文書は、調査の目的からみて、抗告人の旧役員等の経営責任とは無関係な個人のプライバシー等に関する事項が記載されるものではない。

保険管理人は、保険業の公共性にかんがみ、保険契約者等の保護という公益のためにその職務を行うものであるとすることができる。また、調査委員会は、保険契約者等の保護という公益のために調査を行うものといえる。

以上の点に照らすと、本件文書は、自己利用文書に当たらない。

(c) 本決定の意義

法令上の根拠を有する命令に基づく調査の結果を記載した文書であることなどを理由に、自己利用文書に当たらないと判示した。

(5) 最一小決平成17年11月10日

民集59巻9号2503頁・判時1931号22頁・判タ1210号72頁

(a) 事案

市議会の会派（相手方）に所属する議員が政務調査費を用いて行った調査研究の内容及び経費の内訳を記載して当該会派に提出した調査研究報告書につき、自己利用文書に当たるかが争われた事例。

(b) 決定要旨

条例及び条例の委任に基づいて市議会議長が定めた要綱によれば、調査研究報告書は、専ら、その提出を受けた各会派の内部にとどめて利用すべき文書とされている。

また、調査研究報告書が開示された場合には、所持者である会派及びそれに所属する議員の調査研究が執行機関、他の会派等の干渉等によって阻害されるおそれがある。加えて、調査研究に協力するなどした第三者の氏名、意見等が調査研究報告書に記載されている場合には、これが開示されると、調査研究への協力が得られにくくなって以後の調査研究に支障が生ずるばかりか、その第三者のプライバシーが侵害されるなどのおそれもある。

本件文書は、調査研究報告書及びその添付書類であるから、専ら、所持者である相手方ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書である。

また、本件文書の開示によって相手方らの側に看過し難い不利益が生ずるおそれがある。

以上によれば、特段の事情のうかがわれない本件文

書は、自己利用文書に当たる。

(c) 本決定の意義

条例等の規定によれば会派の内部にとどめて利用すべき文書であるとされていること、開示によって看過し難い不利益が生ずるおそれがあることを認め、自己利用文書に当たると判示した。

(6) 最二小決平成18年2月17日

民集60巻2号496頁・判時1930号96頁・判タ1208号95頁・金法1773号41頁・金融・商事判例1237号28頁、1246号34頁

(a) 事案

銀行（原告人）の本部から各営業店長等にあてて発せられた社内通達文書につき、自己利用文書に当たるかが争われた事例。

(b) 決定要旨

本件文書は、原告人の本部の担当部署から、各営業店長等にあてて発出されたいわゆる社内通達文書であって、その内容は一般的な業務遂行上の指針を示し、あるいは、客観的な業務結果報告を記載したものであり、取引先の顧客の信用情報や原告人の高度なノウハウに関する記載は含まれておらず、その作成目的は、上記の業務遂行上の指針等を原告人の各営業店長等に周知伝達することにあることが明らかである。

このような文書の作成目的や記載内容等からすると、本件文書は、基本的には原告人の内部の者の利用に供する目的で作成されたものといえることができる。しかしながら、本件文書は、原告人の内部の意思が形成される過程で作成される文書ではなく、その開示により直ちに原告人の自由な意思形成が阻害される性質のものではない。さらに、本件文書は、個人のプライバシーに関する情報や原告人の営業秘密に関する事項が記載されているものでもない。そうすると、本件文書が開

示されることにより個人のプライバシーが侵害されたり原告人の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって原告人に看過し難い不利益が生ずるおそれがあるということとはできない。

以上のとおり、本件文書は、自己利用文書には当たらない。

(c) 本決定の意義

内部の者の利用に供する目的で作成された文書であるとしながらも、内部の意思形成の過程で作成される文書ではないことや、個人のプライバシーや営業秘密に関する事項の記載がないことなどから、自己利用文書に当たらないと判示した。

(7) 最二小決平成19年8月23日

判時1985号63頁・判タ1252号163頁

(a) 事案

介護サービス事業者（相手方）が特定の1か月間に提供した特定の種類の介護サービスについて、利用者名、要介護又は要支援状態区分、個別的なサービス内容及び回数、介護保険請求額及び利用者請求額等が一覧表の形式にまとめられた文書につき、自己利用文書に当たるかが争われた事例。

(b) 決定要旨

本件文書は、相手方が指定居宅サービス事業者として介護給付費等を審査支払機関に請求するために必要な情報をコンピューターに入力することに伴って、自動的に作成されるものであり、その内容も、介護給付費等の請求のために審査支払機関に伝送される情報から利用者の生年月日、性別等の個人情報を除いたものにとどまり、審査支払機関に伝送された情報とは別の新たな情報が付加されているものではない。そうすると、本件文書に記載された内容は第三者への開示が予定されていたものといえることができ、本件文書は自己利用文

書に当たらない。

(c) 本決定の意義

文書の内容につき第三者への開示を予定していたことから、自己利用文書に当たらないと判示した。

(8) 最二小決平成19年11月30日

民集61巻8号3186頁・判時1991号72頁・判タ1258号111頁・金法1826号46頁・金融・商事判例1282号57頁，1284号39頁

(a) 事案

銀行（相手方）がその融資先の経営状況の把握、貸出金の管理及び当該融資先の債務者区分の決定等を行う目的で作成し保管していた自己査定資料一式につき、自己利用文書に当たるかなどが争われた事例。

(b) 決定要旨

相手方は、法令（金融機能の再生のための緊急措置に関する法律6条）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、相手方が、融資先について、検査マニュアル（金融監督庁検査部長通達において立入検査の手引書とされている金融検査マニュアル）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検査（銀行法25条）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、相手方自身による利用にとどまらず、相手方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。

そうすると、本件文書は、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であるといえることはできず、自己利用文書に当たらない。

(c) 本決定の意義

法令により義務付けられた資産査定を監督官庁の発出した金融検査マニュアルに沿って行う際に前提となる債務者区分を行うために作成された文書であるということ、監督官庁による事後的検証に備える目的もあって保存した文書であることなどから、外部の者に開示することが予定されていない文書であるということとはできず、自己利用文書に当たらないと判示した。

(9) 最二小決平成22年4月12日

判時2078号3頁

(a) 事案

市議会の会派が所属議員に政務調査費を支出する際に各議員から提出を受けていた当該会派独自の政務調査費報告書及びこれに添付された領収書につき、自己利用文書に当たるかが争われた事例。

(b) 決定要旨

条例及び規則の規定並びにそれらの趣旨に照らすと、規則が会派の経理責任者に会計帳簿の調製、領収書等の証拠書類の整理及びこれらの書類の保管を義務付けているのは、議長等の会派外部の者による調査等の際にこれらの書類を提出させることを予定したものではない。そうすると、これらの規定上、上記の会計帳簿や領収書等の証拠書類は、専ら各会派の内部にとどめて利用すべき文書であることが予定されているものといえるべきである。

本件文書のうち、領収書は、規則所定の領収書に該当する。政務調査費報告書も、政務調査費の個々の出納の状況を記録したものではないから、これをもって会計帳簿に代わるものとすることはできず、また、市において整理、保管等を義務付けている書類であったとしても、せいぜい規則所定の証拠書類に該当し得るにとどまる。そうすると、本件文書は、専ら会派内部

の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書である。

また、本件文書は、個々の政務調査費の支出について、当該支出に係る調査研究活動をした議員の氏名、当該議員が用いた金額やその用途、主な調査内容等が具体的に記載されるものであり、これが開示された場合には、所持者である会派及びそれに所属する議員の調査研究活動の目的、内容等を推知され、その調査研究活動が執行機関や他の会派等からの干渉によって阻害されるおそれがある。加えて、本件文書には、調査研究活動に協力するなどした第三者の氏名等が記載されているがい然性が高く、これが開示されると、以後の調査研究活動への協力が得られにくくなって支障が生ずるばかりか、その第三者のプライバシーが侵害されるなどのおそれもある。そうすると、本件文書の開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められる。

以上によれば、特段の事情のうかがわれない本件各文書は、自己利用文書に当たる。

(c) 本決定の意義

条例等が整理、保管を義務付けている書類であった

としても外部に開示することが予定されていない文書であると認め、文書の開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあるとし、自己利用文書に当たると判示した。

3 実務上の指針

自己利用文書に当たるか否かの認定について前掲最二小決平成11年11月12日が定立した判断基準は、上記の諸判例の蓄積により、既に確固たる規範性を備えるに至り、現在は当該判断基準の具体化が進められている段階にあるといえよう。それでも、文書には、「作成目的、記載内容、現在の所持者が所持するに至るまでの経緯」等において、極めて多種多様なものがあるし、同じ文書であっても「特別の事情」の有無が異なる場合もあり得ることから、既存の判例によってはその提出義務の有無が容易に判断できないものも多数存在すると思われる。そのような文書につき提出義務の有無が争われる際には、上記の諸判例その他最新の裁判例を十分に検討し、個別具体的な事情を十分に検討することが肝要であろう。

5 損害額の認定

民事訴訟問題等特別委員会委員 高木 加奈子 (54期)

1 はじめに

民訴法248条は、「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極

めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。」と定め、損害賠償請求訴訟における裁判所による「相当な損害額」の認定を認めている。

損害賠償請求訴訟では、損害を受けたと主張する原告が損害の発生及び損害額の主張立証責任を負う。しかし、原告に明らかに何らかの損害が発生したことが認められるにもかかわらず、その具体的な額が認定できないことを理由に請求が棄却される結果となるのは、損害を受けた被害者の救済に欠ける。そのため、従前から、損害の発生が認められる場合には、裁判所が一定の損害額を認定するという実務が行われており学説もこれを支持していたところであった。本条は、これら実務運用に鑑みて平成10年1月1日施行の現行民事訴訟法で新たに追加されたものである。

本条の趣旨については、原告の証明度の軽減を図ったとする説、損害額について裁判所による裁量を認めたとする説及び折衷説に分かれる。この点、立案担当者の見解は第一説に近いようであったところ、この説によれば本条は謙抑的に適用されるべきであるという方向に働き、他方、第二説によれば本条は積極的に適用されるべきであるという方向に働くという理解されるようである*1。

次に、「損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるとき」における「損害の性質」についても、その損害の有する客観的な性質を指すのか、それとも個別具体的事案のもとでの損害の性質を指すのかという見解の相違がある。

最後に、本条は「相当な損害額を認定することができる」とされているところ、損害の発生は認められるがその額については原告の立証では認定できないと判断した裁判所としては、本条を適用して相当な損害額を認定すべき義務があるのか、それとも本条の適用は裁判所の全くの裁量であって請求棄却判決をしてもよいのか、という問題がある。この点について、近時次に挙げる最高裁判例があり、一定の結論が出ている。また、裁判所が認定した「相当な損害額」についても、

近時の下級審で興味深い判例もあるため、一部以下でご紹介するものである。

* 1： 苗村博子著「企業の損害と民訴法 248 条の活用」判タ 1299 号 39 頁以下

2 判例の紹介

(1) 民訴法248条の適用

(a) 事案と判決の要旨

●最高裁平成20年6月10日判決

判時2042号5頁

採石業を営むXは、本件土地1及び同2につき採石権を有していたところ、同じく採石業を営むY1が本件各土地の岩石を採石したため、Y1を債務者として、本件各土地における採石の禁止等を求める仮処分を申し立てた。この仮処分命令申立事件において、本件土地2を含む甲地についてはXに採石権が、甲地に隣接する本件土地1を含む乙地についてはY1に採石権があることを確認する内容の和解（以下「本件和解」という。）が成立した（なお、本件和解では本件和解時までに発生した採石権の侵害等に基づくお互いの損害賠償請求を妨げるものではない旨も確認されている。）。しかし、その後Y1が本件土地2において採石を行ったため、XがY1に対し、本件和解時までの本件土地1の採石権侵害と本件土地2についての採石権侵害という不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起したというのが本件の事案である。

原審の福岡高裁は、Xの本件土地2の採石権侵害についてはY1に損害賠償を認めたが、本件和解時までのXの本件土地1の採石権侵害については、Y1が本件和解前に採石した量と本件和解後に採石した量を区別できないため、本件和解前の本件土地1についてのY1による採石権侵害に基づくXの損害額を認定で

きないとした。これに対し最高裁は、「Xは、本件和解前には本件土地1についても採石権を有していたところ、Y1は本件和解前の……までの間に、本件土地1の岩石を採石したというのであるから、上記採石行為によりXに損害が発生したことは明らかである。そして、Y1が上記採石行為により本件土地1において採石した量と、本件和解後にY1が採石権に基づき同土地において採石した量とを明確に区別することができず、損害額の立証が極めて困難であったとしても、民訴法248条により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、相当な損害額が認定されなければならない。」と判示して原審に差し戻した。

(b) 本判決の意義

本判決の前に最高裁は、平成18年1月24日、信用金庫が、その貸付債権の担保として質権設定をした債務者の特許権に関し、特許庁職員の過失により質権を取得できず債権回収をできなかったことから、貸付金同額について国家賠償を求めたという事件において、損害の発生した場合には民訴法248条により相当な損害額が認定されなければならない旨を示していた*2。本判決は、知的財産権や国の不法行為の事案でなくても平成18年判決と同様、損害の発生が認定される場合には、裁判所が同条を適用して損害額を認定しなければならないことを確認したものと見える。

この判決は、民訴法248条を積極的に適用する方向を示し、また、採石量は客観的には立証可能であるが本事案の特殊性からその量を立証することができないことから、上記1で述べた本条の趣旨については、裁量説（又は折衷説）を採用し、「損害の性質上」の立証の困難性については、個別具体的事案のもとでの損害の性質と解していると評価されている*3。

* 2：判時1926号65頁

* 3：前掲苗村・判タ1299号44頁

(2) 裁判所による「相当な損害額」の認定

(a) 事案と判決の要旨

① 東京高裁平成21年9月29日判決

資料版商事法務308号299頁

本事案は、ストックオプションとして付与された新株予約権を行使するため、行使請求書を会社に送付したにもかかわらず、会社が行使に必要な払込価額の振込口座番号を知らせなかったことにより会社の元上席執行役員に生じた損害額を、裁判所が民訴法248条に基づいて算定した事案である。東京高裁は、同元役員がロックアップ期間経過直後に株式を売却する予定であったことから、株式売買に係る手数料及び売却益に係る所得税等の経費を考慮しない段階における同人に生じる売却益について、ロックアップ期間満了日時点の当該会社の株価1株あたり14万円から払込金額である2万6667円を控除した額に本件行使可能予約権の247個を乗じた2799万3251円と算定し、上記手数料や所得税等の諸経費を総合考慮して、損害額を2500万円と算定した。

② 東京高裁平成21年5月21日判決

裁判所ウェブ掲載判例

本事案は、公共下水道工事の入札参加資格を有する建設業者らが談合した特定の建設業者を受注予定者とする受注調整行為により発注者に生じた損害額を、裁判所が民訴法248条に基づいて算定した事案である。東京高裁は、公正取引委員会（以下「公取委」という。）の審査開始前3年間の発注者発注工事72件の平均落札率（落札率＝落札価格（契約金額）÷各工事の予定価格（契約制限価格）×100%）から審査（立入検査）開始後の5年間の発注者発注工事の平均落札率が約4.69%低下しているところ、この落札率の低下は立入検査により談合行為が自粛されたことによるものと

考えられること、また、公取委の課徴金納付命令における対象期間において、同命令の対象とされた工事と対象とされない工事の間の平均落札率の差である6.16%は、談合の有無によるものと考えられることなどから、発注者の損害額を、請負契約の契約金額の5%に相当する金額とした。

③東京高裁平成21年3月31日判決

金商1316号2頁

本事案は、有価証券報告書等の虚偽記載が公表され会社の上場が廃止されたことで、その保有する株価が暴落したことにより株主に生じた損害について、株価下落は株主の思惑や市場の動向、株価予測等投資判断の総体的、複雑な諸要因によるものであり、本件虚偽記載から通常生じる結果であるとはいえないところ、本件減価事由の発現による株式の価値毀損の程度並びにそれがその後の株価の形成に与えた影響及びその影響の株価の変動幅に占める割合を客観的に評定するに足りる的確な証拠はないとして、民訴法248条を適用してその損害額を算定した事案である。東京高裁は、上記虚偽記載が公表され上場廃止となったことによる株式の価値の毀損金額は、当該会社の評価額や買取額等を参酌して、上記虚偽記載が未だ公表されていない時点の価格の15%を下回らない高度の蓋然性があるとして、相当な損害額を、上記虚偽記載の公表日を基準とする1株の価格に15%を乗じた額と算定した。

④大阪地裁平成21年1月20日判決

裁判所ウェブ掲載判例

本事案では、ハーブを主原料とする粒状の加工食品(以下「本委託商品」という。)の製造委託契約において、委託業者が一定エリア(以下「本件エリア」という。)において本委託商品の独占販売を行い、受託業者は本

件エリアにおいてその類似商品を販売してはならない旨のエリア条項(以下「本件エリア条項」という。)が存在していたにもかかわらず、受託業者が本件エリアにおいて類似商品を販売した。これによって委託業者に生じた損害額につき、委託業者が、受託業者の販売行為によって販売機会を喪失し、損害を受けたこと自体は明らかであるものの、受託業者が本件エリア内において現実に何個販売したのか、受託業者による販売行為がなければ委託業者が販売できたであろう数量を具体的に確定することが極めて困難であるとして、民訴法248条により算定したものである。大阪地裁は、委託業者の損害額を算定するには、本件エリア内における類似商品の販売個数を推計し受託業者が得た利益の額を基準として、これに所定割合を乗じること等によって委託業者の被った損害額を算定することが合理的であるとした。その上で、当該所定割合については、他のハーブ関連の健康食品等競合商品の存在やその販売数量等を度外視して、類似商品が販売されることにより当然にこれと同数の本委託商品の販売ができなくなったと認定することはできないし、両者の取引先が競合し、類似商品の販売により本委託商品の販売数量の減少が予想される本件エリア条項に違反する販売先は1社のみで本委託商品の販売数量への影響は相当に限定されたものととまること、本委託商品と類似商品の価格差等から、受託業者が類似商品を販売して得た利益の20%をもって委託業者の損害額と認定した。

⑤東京地裁平成20年4月28日判決

判タ1275号329頁

本事案は、マンションの売買契約に際して、売主が当該マンションで飛び降り自殺があったことを告げなかったことにより買主に生じた損害の額を、裁判所が、民訴法248条の趣旨に鑑みて算定した事案である。具

体的には、自殺物件であったために当該マンションについて当初予定していた賃料よりも3年間で540万円の減収となること、自殺物件の場合、本来購入価格は2～3割すなわち本件では1750万円程度は減額されるのが通常であったこと、購入後自殺物件であることを知った買主の精神的苦痛の程度などを総合考慮して、買主の損害額を2500万円と認定した。

(b) これら判決の意義

上記平成20年の最高裁判決前後の民訴法248条の適用事案の一部を挙げてみたが、従前同条が主に用いられてきた入札談合事件以外にも、会社法関係、一般の委託契約や売買契約などについても同条が適用されてきているようであり、同最高裁判決の影響による同条の積極的適用の現れといえるであろうか。同条が適用されるのは、少なくとも裁判所において損害額の立証が極めて困難であると認められた事案である以上、そのような事案において裁判所がどのような方法で損害額を算定しているのかを分析することは、訴訟代理人の主張立証活動において一定の指針にはなると思われる。

3 実務上の指針

民訴法248条制定後10年間の裁判例の蓄積をみるに、裁判所による同条の適用はかなり抑制的であったと評価されているようである*4。このような状況下において、近時の上記のような判例は、同条のより積極的な適用に向かっていると評価できるかもしれない。

もっとも、民訴法248条の適用には「損害額を立証することが極めて困難であること」という要件が必要であって、損害発生が認められれば自動的に適用されるものではないこと、裁判所における「相当な損害額」の認定は「弁論の全趣旨及び証拠調べの結果」に基づくこと、さらには、同条に基づく裁判所による損害額の認定は、一般的に当事者の主張額よりも低額になる傾向があるといわれていることなどから、実務上は、裁判所による本条の適用に過大に期待することなく、損害額についても通常どおりの主張立証活動が必要であることはいうまでもない。

*4：前掲苗村・判タ1299号40頁

6 訴訟上の和解

民事訴訟問題等特別委員会委員 脇谷 英夫 (51期)

1 はじめに

甲はAから土地建物を譲り受けたところ、隣地の住人乙から、Aは乙との間の一定の範囲を超えた建築工事をしないという訴訟上の和解を無視して建物を建築

している、については和解を無視して建築された部分を撤去してほしいと要求された。

甲は、そのような和解があることを知らなかった場合でも、その要求に応じなければならないだろうか。

ここで考える必要があるのはA乙間に存在する訴

訟上の和解の効力として既判力が認められるか否かである。

学説としては、既判力肯定説、既判力否定説、制限既判力説が存在している。

既判力肯定説は、いったん成立した訴訟上の和解については、再審事由に該当する瑕疵がある場合に限り、再審の訴えに準ずる訴えの方式によってこれを主張するにとどまるという見解である。「確定判決と同一の効力を有する」(民訴法267条)という明文規定の存在、和解が裁判所の関与の下に行われる紛争の終局的解決を図るものであることなどを根拠としている。

既判力否定説は、訴訟上の和解には既判力を認めるべきではないとする見解である。既判力は公権的な紛争解決の要請に基づくものであり、自治的解決である和解には親しまないことなどを根拠としている。

制限既判力説は、実体法上の無効・取消原因があり、裁判によってその無効が確定した場合には和解の効力が全て否定されるという考え方である。

この問題について、仮処分手続において成立した和解に関してであるが、同様の事案について判断した裁判例があるので、その内容を見てみよう。

2 判例の紹介

●東京地方裁判所平成15年1月21日判決

判時1828号59頁

(a) 事案

Y3らは、Y1が注文しY2が建築したマンションの区分所有権をY1から購入した。

すると、隣地のXは、Y3らに対し、主位的には本件和解に基づき本件マンションの一部撤去、予備的には本件和解の債務不履行又は不法行為に基づき慰謝料2500万円の支払いと、Y1及びY2に対し、本件和

解の債務不履行又は不法行為に基づき慰謝料500万円の支払いを求めてきた。

実は、Xは、以前、自宅の南側にマンションを建築しようとしていたY1及びY2に対し、マンションの建築により、自宅2階部分の一部の日照が妨げられるとして、建築禁止の仮処分命令の申立てをしており、その手続において、XとYらは「債務者ら(Y二社)は債権者(X)に対し、本件マンションについて、図面の赤斜線部分を削って建築することとし、この範囲を超える建築工事をしない。」という和解を成立させていた。しかし、Y1及びY2は、和解内容に違反してマンションの建築工事を行い、その完成後、Y3らに和解の成立及びその内容について一切説明しないまま、Y3らにマンションの区分所有権を譲渡していたという経緯があった。

Y3らは、裁判上の和解には既判力を認めるべきではないと争った。

(b) 判決要旨

民訴法267条によれば、和解を調書に記載したときは、その記載は、確定判決と同一の効力を有するものと規定されていることに加え、《証拠略》によっても、本件和解の成立に際し、X(債権者)やY二社(債務者ら)には錯誤などの意思表示の瑕疵が存在するとは認められないことからすれば、本件和解は既判力を有するものと解するのが相当である。

そして、民訴法115条1項3号、1号によれば、当事者の口頭弁論終結後の承継人には確定判決の効力が及ぶ旨規定されているところ、前記(中略)認定のとおり、被告区分所有者らは本件和解成立後に本件マンションの区分所有権を取得したと認められ、これは上記当事者の口頭弁論終結後の承継人に該当すると解されること、本件仮処分においてX宅の土地建物所有権又は人格権(日照権)に基づく妨害予防請求

権としての、建物を一定以上の高さに建てないという不作為請求権であるが、これらは物権的権利であると認められることからすれば、既判力を含めた本件和解の効力は、被告区分所有権者らに及ぶものと解するのが相当である。

したがって、被告区分所有権者らは、被告2社が本件和解に基づいて負担した、一定以上の高さの本件マンションを建築しないという不作為債務、さらに、当然にその債務から発生することになる違反結果除去義務、すなわち、本件マンションのうち、本件和解に違反して建築された部分を撤去する義務を承継して負担することになると解するのが相当である。

(c) 本判決の意義

判例の一般的な動向については実は評価が定まっていない。

最高裁昭和33年3月5日判決（民事判例集12巻3号381頁）は、「裁判上の和解は確定判決と同一の効力を有し（民訴203（注現行法267条））、既判力を有するものと解すべきであり、また、特に所論の如く借地権設定の裁判に限って既判力を否定しなければならぬ解釈上の根拠もなく、（中略）従って、これについて既判力を否定する理由がなく、この裁判に既判力を認めたからといって、憲法の保障する裁判所の裁判を受ける権利を奪うことにならない。」と判示している（既判力肯定説と言われている）。

しかし、東京地裁の前記判例は、意思表示の瑕疵の不存在を前提として既判力を認めているので、制限既判力説の立場であると思われるし、その他の裁判例には既判力否定説のものもあるとも言われている。

その意味で、前記最高裁判決がどの程度その後の裁判例を拘束しているのかははっきりしないところがある。

3 実務上の指針

甲にとっては最高裁判決も東京地裁判決も不利に働く。最高裁判決を前提として争うとすれば再審に準ずる訴えの方式で再審事由に該当する瑕疵の存在を積極的に主張立証する必要がある、東京地裁判決を前提として争うとすれば和解において意思表示の瑕疵が存在することを積極的に主張立証する必要があるからである。

その意味で和解の内容を知らなかった甲にとってはかわいそうな結果となってしまう。

ただ、東京地裁判決が、最高裁判決と異なり、ことさら意思表示の瑕疵の有無に言及したのは、最高裁の事案と事情が異なる事案であることに着目したからかもしれない。

そうだとすれば、最高裁の事案や東京地裁の事案と異なり、既判力を認めることが不当な事案であると主張して闘うことで異なる判決が出る余地がないとはいえない。

【参考文献】

- 兼子一・新修民事訴訟法体系309頁（酒井書店1965）
- 伊藤眞・民事訴訟法第3版4訂版439頁（有斐閣2010）
- 梅本吉彦・民事訴訟法第4版1022頁（信山社2009）
- 岩松三郎「民事裁判の判断の限界（二）」（法曹時報3巻11号288頁注23）
- 三ヶ月章・民事訴訟法第3版511頁（弘文堂1992）
- 新堂幸司・新民事訴訟法第4版355頁（弘文堂2008）
- 藤原弘道「和解の効力」訴訟上の和解の理論と実務 後藤勇・藤田耕三編479頁（西神田編集室1987）