

〔実務ノート〕

結論の妥当性と実体法の解釈
—— 実体法の解釈を判示した事例

西 田 美 昭

- I 裁判官と法の解釈
- II 私の担当した事件で、実体法（知的財産法以外）の解釈を判示した事例

I 裁判官と法の解釈

1 裁判官の仕事の内容をあまり知らない人は、裁判官は、日頃、専ら法を解釈して適用する仕事をしていると考えているのではないか。

しかし、実際の裁判官の仕事の中で、事実認定のための作業と法の解釈適用のための作業の比率は、圧倒的に事実認定のための作業の割合が大きい。ある元裁判官は、高裁民事部で8対2位、地裁通常部で9対1であろうという（倉田卓次「裁判内容の形成と判決書」同『民事実務と証明論』134頁。初出・編集代表新堂幸司『講座民事訴訟6裁判』21頁以下）。私も、民事通常事件についていえば感覚的にそれくらいかなと思う。

そのこととは別に、ほとんどの民事訴訟では事実認定で勝敗が決まる（土屋文昭「民事裁判過程論」4頁、門口正人「民事裁判の要領」214頁）。私も法科大学院の講義でそのことを強調している。

そのような事実認定で勝敗が決まる事件でも、法の適用はされている。しかし、典型的にありふれた種類の事件では、その判決で適用された実体法の条文が「民法〇〇条を適用して」と明記されることはない。

貸付金返還請求事件で貸付金返還請求権の発生要件となる事実が認定される場合には、「上記認定の事実によれば、原告の請求は理由がある。」と判断する。もし被告の主張した債務の弁済の事実が認定できれば、債務者の弁済によって債務が消滅することについて現在の民法には明文がないので（令和2年4月1日から施行される改正民法では473条に明文が置かれた。）、債務者の弁済によって債務は消滅すると解釈された民法を頭の中で適用して、「上記認定の事実によれば、原告の請求は理由がない」と判断する。しかし、適用した条文や法規を記載しないのは、記載しなくても別の部分に記載された原告の請求の訴訟物や抗弁として主張された事実からどの条文、どの法規を適用したかは、双方代理人や上訴裁判所の裁判官には明らかだからである。

また、判決までの審理の過程、判決書の記載事項や言渡しの方式については、民事訴訟法、民事訴訟規則等を適用していることは当然である。

法を適用する場合に、適用する条文の意味が文言上明らかに理解でき、そう理解することに、判例も学説も一致している場合には、条文の意味を理解できるままに適用する場合がほとんどである。しかし、具体的事案に条文の意味をそのまま適用した場合に妥当な結論が得られないときには、一般条項の適用を検討することと並んで、一定の要件があれば例外的に条文の意味を変更して適用する場合があると解釈することができないか検討することが必要になる場合もある。

まして、新しい制度で、まだ最高裁判所の判断が示されていない場合、昔からの制度であり学説も下級審の裁判例もあるが、最高裁判所の判断も大審院の判断も示されていない場合、最高裁判所の判例法理が形成されているが、具体的事案にその法理をそのまま適用するのでは妥当な結論が得られない場合、最高裁判所の判断は既に示されているが、係属中の事件の当事者がその変更を主張している場合その他、下級裁判所であっても裁判所が法の解釈をし、裁判の中で明示する必要がある場合も、決して少なくない。具体的事案が、最高裁の判例に示された法理を適用することで得られる結論で妥当であれば、判例の示した法解釈を簡潔に示すことで足りるし、そのような事案も多い。

- 2 司法修習中、1年4か月の実務修習から後期修習に帰って間もなく、刑事判決の起案が課された。その講評の講義の中で、私たちのクラスの

刑事裁判教官は、その事案の罰条である刑法95条（公務執行妨害罪）の解釈に戦前の大審院の判例が示した解釈を採用した修習生が大半であったことを紹介した後に「若い人たちがこのような態度では、私たち下級審裁判官は何のために努力しているのかわからん。」と批評された。

裁判官の法解釈のプロとしての矜持を印象づけられると共に、その論点の解釈については戦後の下級審判決では説が分かれていることを知り、大審院の解釈と反対の解釈に合理性を感じながら、「無難に」大審院の判例の解釈を採用して起案した自分を恥じた。

しかし、判事補に任官していろいろの機会に裁判所内の先輩の話を聞くと、とりわけ、若い裁判官が、最高裁判所の示している法解釈とは別の解釈をすること、最高裁判所の判断がない問題についても、既にある高等裁判所の裁判例と異なる解釈をすることに、批判的な意見が多かった。

他人と違った判決をして、（自慢げに）鼻をウゴメさせる裁判官にならないように、との趣旨の話を何回か聞いた。当時、最高裁判所事務総局が編集し発行していた「下級裁判所民事裁判例集」（昭和59年まで発行）には新しい解釈の判決が掲載されることもあったが、「あれは「下級裁判所民事誤判例集」だよ。」と冗談交じりに批判する先輩もいた。

1で論文を引用した倉田卓次氏は実務家としても学問的研究者としても令名の高い方であるが、昭和59年に公刊された前出の「裁判内容の形成と裁判書」（倉田卓次『民事実務と証明論』134頁以下）で次のように述べておられた。

〔2〕 法的判断の可及的回避 数は少ないが、こういう新しい法的判断の間われる事案は常にある。裁判実務の感覚は、いわば「述べて作らず」（論語）であって、事案の類似した判例がある場合はそれに従うのが普通である。事案の落ち着きの上から、従来の判例に従ったのではどうも具合が悪いという場合に初めて、新判決に踏み切るのであるが、なお一度は和解を勧めてみるのが普通であろう。・・・（中略）・・・徒に新判決にはやって法的安定を乱すことは避けた。民事判決の第一義は係争の解決なのであって、法的論理の貫徹は第二義と考えたからである。・・・

（3） 新しい法的判断 前項のような志向を持っていても、どうしても判決、新判例になる場合がある。高裁の場合は規範性が地裁段階より

強いからそれなりに意識する。例えば、筆者は先頃いわゆるインフレ加算判決に関与したが、これなどは世間の耳目を惹くことが判決前に予想できたばかりでなく、当然上告されるから、上告審で破棄されないよう理論構成に苦心した。それが裁判官心理であろう。」

新しい法解釈を示す判決を何件もしておられる倉田氏の言葉だけに、私には素直に理解でき、実務家としての指針の1つを得た気がした。

- 3 下級審裁判官が個別の事件の処理に当たって、どのように法の解釈を形成したかを示す資料はあまりない。判決に記載された解釈の理由以上に、その解釈を採用するに至った理由を説明することは法律的には意味がないし、内容によっては、昔から言い慣わされてきた「裁判官は弁解せず」という不文律に反することになったり、合議事件なら合議の秘密を暴露することになりかねない。また、そのようなことを書いて、鼻をウゴメかせていると思われることを恐れる気持ちもあろう。

しかし、下級審の判決に示された法の解釈が形成されるまでの裁判官の思考過程を、合議の秘密の暴露に触れない限度で記録することも意味があるのではないかと考える。

私の裁判官在職の内、経験を積んだと言える後半の約20年余の間(昭和63年4月から平成20年9月まで)にした判決から、知的財産事件以外の実体法についての解釈を示した事例数例について紹介し、必ずしも判決書に表れない思考過程を含めてコメントとして記述する。

解釈の対象が狭義の法令ばかりではなく、考え方によっては法令とはいえないもの、大きな判断枠組みを作ることになる解釈から、狭い特殊な類型の事案に適用される解釈まで、多様な事例を選択した。

アクセス可能な判例データベースのうち、LLI判例秘書アカデミック版((株)LIC)、LEX/DBインターネット((株)TKC)、D1-Law.com(第一法規(株))に登載されている事例から選択したが、これらで実体法の解釈を示した事例の全部ではない。

Ⅱ 私の担当した事件で、実体法(知的財産法以外)の解釈を判示した事例

- 事例1** 事実を摘示しての名譽毀損と事実を基礎としての意見ないし論評の表明による名譽毀損とを区別して不法行為の成立要件を定立する最高裁判所の判例法理の下で、法的解釈適用のみが問題となっている事

項であっても、その問題について裁判所による公権的かつ確定的判断が確実に示されるべき事項については、最高裁判決が説示する「証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項」に類するものということができ、同最高裁判例にいう事実と意見ないし論評の区分上、事実を摘示するものとみるのが相当であるとの解釈をした例。

東京高等裁判所平成15年7月31日判決（判例時報1831号107頁、最高裁判所民事判例集58巻5号1699頁）（Yら上告・上告受理申立。最高裁破棄自判）

（事案の概要）

- 1 本件事件の前に、有名漫画家Y₁を原告とし従軍慰安婦問題等の研究者X外2名を被告とする、著作権侵害訴訟が裁判所に係属した（別訴）。別訴では、Y₁は、Xが著作し他の被告が発行した書籍（X著作）の中にY₁の著作した連載漫画からその一部分の57カット（74コマ）が採録され、その内一部のカットには手書き文字を加入したり人物に目線を施す等の改変が加えられていたとして、Y₁の有する著作権侵害、同一性保持権侵害等を理由にX書籍の出版等の差止及び損害賠償を請求した。Xは、カットの採録の違法性阻却事由として引用（著作権法32条1項）を主張した。別訴1審は平成11年8月、適法な引用であると認める等Y₁の請求を全て棄却した。Y₁の控訴に対し、控訴審は、平成12年4月、複製権侵害は認めず、同一性保持権の侵害を認め、一部の差止請求と損害賠償請求を認容した。Y₁、Xはそれぞれ最高裁へ上訴したが、平成14年4月の裁判により、控訴審判決が確定した。
- 2 Y₁は、別訴が1審に係属するのと並行して、上記連載漫画の続編（本件漫画）を執筆し、Y₂発行の雑誌の平成9年11月26日号に掲載し、その後、本件漫画を掲載した単行本を平成10年10月にY₂から出版した。本件漫画の中には、X及びX著作について、「わしの絵を無断で盗んで乱用している」、「ドロボー」、「著作権侵害のドロボー本」等と表現し、Xの似顔絵の人物が唐草模様の風呂敷包を背負い、目に黒いアイマスクをつけている絵で表現した部分があった。
- 3 本件訴訟は、別訴の控訴審判決後、XがY₁、Y₂を被告として提起したもので、本件漫画がXの名誉を毀損し、Xを侮辱し、Xの肖像権を侵害したとして、損害賠償、謝罪広告等を請求した。名誉毀損の成否に

関する事項についての双方の主張の骨子はつぎのとおりである。

Xは、本件漫画は、Xが著作権法違反（複製権侵害）をしたという事実を摘示して、Xの名誉を毀損した。X著作でY₁の漫画を引用したことが複製権侵害に当たるかどうかは、証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項であるから、事実の摘示による名誉毀損であり、違法性阻却事由としての摘示された事実の真実性、真実と信じる相当の理由はない旨主張した。

Yらは、本件漫画は、X著作中のY₁の漫画の引用は違法であるとのY₁の意見を表現しているが、Xが著作権法違反の複製権侵害をしたという事実を摘示しておらず、Xの名誉を毀損しない、仮にXの名誉を毀損するとしても、本件漫画はX著作による著作権侵害問題についてのY₁の意見の表明及び論評であり、公共の利益を図る目的で、その根拠とした事実が真実であるか、真実と信じる相当の理由があれば、人身攻撃に及ぶなど意見及び論評としての域を逸脱しない限り、違法性有責性が阻却される旨主張した。

- 4 1 審判決は、本件漫画の表現は、Y₁がX著作における引用は複製権侵害に当たるとの意見を主張していると読解され、本件は意見ないし論評による名誉毀損であるとしたうえで、Y₁の意見ないし論評の前提となる事実は、重要な部分において真実であると認められ、表現内容も意見ないし論評としての域を逸脱していないとして、名誉毀損の不法行為責任を負わないと判断した。また、Xのその他の請求も棄却した。

これに対しXが控訴した。

なお、上記1の別訴について最高裁の裁判がされたのは、1審の口頭弁論終結後、判決言い渡し前であった。

(裁判所の判断)

- 1 裁判所は、本件漫画のうちXの行為が著作権侵害で違法であるとの印象を与える表現部分について免責は認められないとして、名誉毀損の不法行為を認め、損害賠償請求の一部と謝罪広告請求を認容する限度で、1審判決を変更した。

名誉毀損における違法性阻却事由、責任阻却事由について、事実を摘示しての名誉毀損と意見ないし論評による名誉毀損とは、要件が異なるとする最高裁判所の判例を前提として、法的解釈適用のみが問題と

なっている事項についてどちらの要件を適用するかについて、次のとおり判断した。

- 2 「本件においては、XがX著作にY₁が執筆した漫画を採録したという事実については当事者間に争いがなく、ただ、その事実が引用条項によって適法とすることができるか否かという法的評価に争いがあったものである。このような争いについては、裁判所に訴えを提起することにより裁判所の公権的かつ確定的判断が確実に示されるべきものであり、現に、本件について、Y₁が別件訴訟を提起し、X著作における上記採録はY₁の複製権の侵害には当たらないという裁判所の判断が確定していることは、上述のとおりである。このように、法的解釈適用のみが問題となっている事項であっても、その問題について裁判所による公権的かつ確定的判断が確実に示されるべき事項については、上記最高裁判決が説示する「証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項」に類するものといえることができ、同最高裁判決にいう事実と意見ないし論評の区分上、事実を摘示するものとみるのが相当である。

そうであれば、上記一で引用する原判決説示のとおり、全体として、X自身ないしXがX著作に（Y₁著作の連載漫画）のカットを採録したことを「ドロボー」と、X著作を「ドロボー本」と表現するなどして、一般読者に対し、XがX著作においてY₁が執筆した漫画のカットを採録したことは、無断盗用で違法である、すなわち、著作権侵害として違法であるとの印象を与える本件表現は、事実を摘示したものというべきである。」

- 3 その上で、事実を摘示しての名誉毀損についての違法性阻却事由、責任阻却事由は認められないと判断した。

(コメント)

- 1 私はこの事件を裁判長として担当した（陪席森高重久判事、伊藤正晴判事）。

控訴審の段階では、別訴の最高裁の最終判断がされ、Y₁の主張していたX著作による複製権侵害は認められないことが確定していた。その後の、本件漫画をそのまま掲載した単行本の増刷、文庫版等の出版あるいはその予定の有無、Xとしては、1審以来主張してきた（**事案の概**

要) 2の雑誌及び単行本の発行のみを問題にするのかを双方に求釈明し、Xは、過去の発行分のみを本件で問題とすると釈明したと記憶している。

本件漫画の表現が、事実の摘示による名誉毀損として問題になるのか、意見ないし論評による名誉毀損として問題なのかは、1審から争われていた。

X著作物がY₁の漫画の複製権を侵害するか否かについては、X著作人にY₁の漫画のカットが複製(採録)されたことは争いがなく、複製が、著作権法32条1項の「公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合において、その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるものでなければならない。」との規定による要件を満たす引用として違法性が阻却されるか否かが問題であった。引用される著作物がア「公表された」ものであるか否かは事実であるが、イ「公正な慣行に合致する」、ウ「報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるもの」であるか否かは、評価的要素の強い要件である。また、引用の適法性の判断基準としては、旧著作権法30条1項2号に規定された節録引用の正当性について最高裁昭和55年3月28日判決(民集34巻3号244頁)が示した、①引用する著作物と引用される著作物の明瞭区別性、②引用する著作物が主、引用される著作物が従という主従関係性、が基準とされることもしばしばあった。このうち、①は事実といえるが評価的判断を含む場合もあり、②は評価的要素の強い事項である。問題のX著作物における引用について判断する場合、ア、①の基準を充足することは明白であるので、イ、ウ、②の要件の充足が問題になる。イ、ウ、②の各要件について関係する具体的事実を認定した上でそれに基づいて法的評価をし、ア、①の要件と合わせて、最終的に引用の適法性の有無が判断される(当時までの裁判例では、必ずしもア～ウ、①、②の全ての要件の具備を問題にしないものもある。)

このような判断の構造を前提とすると、X著作におけるY₁の漫画のカットの複製が引用条項によって適法か否かという法的評価は、事実を基礎としての意見(法的意見)ないし論評(法的論評)であるとのYらの主張は、その限りでは理解できた。

しかし、名誉毀損における違法性阻却事由、責任阻却事由について、

事実を摘示しての名誉毀損と意見ないし論評による名誉毀損とを区別して、両者の要件が異なるとする最高裁判所の判例法理を当てはめるについては、法的評価による名誉毀損は事実を摘示しての名誉毀損として扱うのが適切であると思われた。

それは、意見ないし論評による名誉毀損の場合、事実を前提とした、多様な分野（倫理、政治、文学、宗教、芸術等）の意見、論評については裁判所がその当否を判断すべきでないし、判断することもできないのに対し、法的評価については、当該名誉毀損を理由とする訴訟又は別訴において判断することができる。言論の自由が尊重されなければならないのは当然であるが、相手方の名誉も保護されるべき法益であり、事実を摘示しての名誉毀損の場合も両者のバランスに配慮した免責事由の判例法理があるのだからこれに準ずれば良いのではないかと考えられた。

また、不正競争防止法2条1項21号（現行法の場合。当時の条文では14号）は「競争関係にある他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知し、又は流布する行為」を「不正競争」と定義している。特許権等の権利者Aが、同業者Bが自己の権利を侵害した製品を販売していると考えて、Bの取引先に対し、Bが貴社に販売している製品はAの特許権を侵害している（貴社がこれを再販売することも特許権侵害にあたる）ので警告するとの趣旨の文書を送付する場合がある。これに対し、特許権侵害はないと考えるBが、Aの行為は上記21号の不正競争行為に当たるとして、不正競争防止法に基づき、Aに対し行為の差止、損害賠償等を請求する事例はかなり多い。その場合、Bの製品がAの特許権を侵害している旨の告知は「事実の告知」に該当し、裁判所がその訴訟の中で、または別訴で、特許権の侵害に当たらないと判断すれば、「他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知」したものとして、請求が認容されており、その例も多い。特定の製品がAの特許権を侵害しているとの判断は、事実に基づく法的評価であるが、これは不正競争防止法2条1項21号の「事実」とであると解釈されている。民法の解釈と不正競争防止法の解釈は異なるともいえるが、同じとも考えられるのではないか。

控訴裁判所の判断に当たっては、以上のようなことも考えた。

Yらの上告受理申立に基づいて、最高裁判所は、平成16年7月15日、原判決破棄・控訴棄却の判決（民集58巻5号1615頁）をした。

同判決の判決要旨は「名誉毀損の成否が問題となっている法的な見解の表明は、判決等により裁判所が判断を示すことができる事項に係るものであっても、事実を摘示するものとはいえず、意見ないし論評の表明に当たる。」とされている。

この最高裁判決によって、**事例1**の控訴審判決の取り上げた問題には結着が見ついたが、この判例の考え方に従って、同じく、意見ないし論評の表明による名誉毀損に当たると区分される場合でも、法的な見解の表明の場合とそれ以外の意見ないし論評とは考慮すべき要素に違いがあるか否かという問題が残っているように思われる。例えば、事前に専門分野の法律家の意見を聞けば、それまでの判例、裁判例に照らし、当事者が述べた法的意見ないし論評が裁判所で正当と認められる可能性が小さいことがわかったような場合でも、一般的な意見ないし論評の表明と同じように考えるか否かの問題が考えられる。

事例2 船舶の衝突によって生じた物的損害の賠償請求権について平成30年改正前の商法798条1項の定める消滅時効の起算点については、平成29年改正前の民法724条が適用されると解釈した例
東京高等裁判所平成16年5月27日判決（民集58巻9号2583頁、金融・商事判例1242号36頁）（Y上告受理申立。上告棄却）
（事案の概要）

平成11年6月5日午後9時ころ、北海道東方沖の公海上で濃霧の中、X所有の漁船M丸（9.89トン）とリベリア共和国法人y所有の貨物船P号（1万7142トン）とが衝突事故を起こし、Xに物的損害が生じたが、P号は停船することなく航行を続けた。

平成13年11月29日、Xはyに対し、上記事故はP号を操船していた船員の過失により生じたとして、不法行為に基づく損害賠償請求権に基づき、871万円余の支払を求める訴えを提起した。yは、船員の過失を否認し、Xの損害賠償請求権は平成30年改正前の商法798条1項（現行法）により事故発生時から1年の経過により時効消滅した等と主張してXの請求を争った。

1審判決は、消滅時効の起算点については平成29年改正前の民法166条1項（現行法）が適用されるとしたが、平成12年10月11日までには、衝突相手がP号であることを知り、その所有者がyであることを

調査することに支障はなかったとして、同年10月中旬から消滅時効が進行したと判断し、消滅時効の主張を認め、Xの請求を棄却した。これに対し、Xが控訴をした。

なお、yは1審の審理中にY（マーシャルアイランド共和国法人）と合併し、控訴審でYがyの訴訟上の地位を承継する手続をした。

（裁判所の判断）

- 1 消滅時効の起算点は平成29年改正前の民法724条（現行法）の規定する「被害者が…損害及び加害者を知った時」であるとした上、1審と同じ平成12年10月中旬が起算点であるとしつつ、Xが控訴審で主張した平成13年8月1日の催告による消滅時効の中断を認め、3割の過失相殺をし、Xの請求を492万円余の限度で認容した。消滅時効の起算点について判断をした部分は次のとおりである。
- 2 「船舶の衝突によって生じた債権につき適用される商法798条1項は不法行為の消滅時効についての規定である民法724条の特則となる規定であり、商法798条1項には時効期間のみ規定されていることからして、商法798条1項に定める消滅時効の起算点については、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効に関する一般規定である民法724条が適用されるものと解するのが相当である。

Yは、商法798条1項は、海上においてはしばしば船舶の衝突事故が発生すること、その衝突原因や損害に関する証拠の保全が困難であること、更に、船主、船員、荷主など多数の利害関係者が国境を越えて存在し、海上運送をめぐる法律関係については統一的な規律が要請されることといった要請から、船舶衝突に基づく債権については、被害者がその損害及び加害者を知ると否とにかかわらず画一的に衝突のときから1年を経過することにより時効により消滅することを定めたものであり、したがって、船舶の衝突による債権の消滅時効の起算点についても、民法166条1項を適用して衝突事故の時と解すべきであると主張する。

しかし、船舶の衝突は、広大な海上で発生し、衝突の当事者以外に目撃者がいない場合、当事者の一方又は双方の目撃者も船の沈没等で死亡、行方不明となる場合も多く、衝突の相手方や原因についての証拠の収集、保全が困難で時間を要すること、多数の利害関係者が国境を越えて存在することは、それだけ賠償義務を負う者を探索し、特定するのに時

間を要する原因となること、時効期間が1年と短縮されていることを考慮すると、時効の起算点を衝突の時と解することは、被害者にとって苛酷な結果を生じ、加害者・被害者間の衡平を欠くことになる可能性が大きい。更に、船舶衝突に基づく債権の消滅時効の起算点について民法166条1項が適用されたとしても、その起算点が衝突事故の時点であると一義的に決まるものとは解せないし（最高裁判所昭和45年7月15日大法廷判決・民集24巻7号771頁、最高裁判所平成8年3月5日第三小法廷判決・民集50巻3号383頁参照）、商法798条1項は人の身体生命を害したために生じた債権については適用されない（大審院大正4年4月20日判決・民録21輯530頁）のであるから、物的損害に限って早期画一的に権利関係を確定する必要性を根拠として民法166条の適用を認めるその合理的理由は見出せない。」

(コメント)

- 1 私はこの事件を裁判長として担当した（陪席高野伸判事、小池喜彦判事）。

この事件では、そもそも準拠法が何国法かという問題があったが、1審も控訴審も日本法であるとした。

平成30年改正前の商法798条1項は「共同海損又ハ船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債権ハ1年ヲ経過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅ス」と規定しているが、時効の起算点については規定していない。この時効の起算点については、最高裁、大審院の判例は見あたらず、裁判例も大正時代の山口地判大正7年5月3日（法律新聞1449号21頁）が、民法166条1項説をとり、同条の権利を行使することができる時とは、権利行使に法律上の障害のない時をいい、加害者不明等の事実上の障害のない時をいうものではないとして、衝突事故発生時を起算点とした件が見あたるだけであった。学説としては、衝突時説、民法166条1項説が多数であり、民法724条1項説は少数であった。

(裁判所の判断) 2で引用の上排斥しているYの主張は、衝突時説あるいは民法166条1項説が根拠としていることと共通する点が多いと考えられたが、船舶の衝突事故の原因や損害に関する証拠の保全が困難であること、多数の利害関係者が国境を越えて存在することなどは、被害者の権利行使を困難にする方向にも働くのであり、商法798条1項の規

定した時効期間が1年と短いことを考えると、衝突時説、民法166条1項説のうち権利者が損害及び加害者を認識した時期を考慮しない説は、被害者に過酷でバランスを欠くように思われた。夜間、濃霧の中での衝突で、P号が停船することなく航行を続けたため、事故時から1年4か月後までXが事故の相手方がP号と知ることができなかった本件は、衝突時を起算点とすると結果の妥当性を欠く場合があることを示す事例と思われた。

- 2 Yの上告受理申立てが受理され、最高裁判所は、724条1項説を採用し、控訴審の判断を維持した（最判平成17年11月21日民集59巻9号2558頁）。
- 3 平成30年5月18日に成立した「商法及び国際海上物品運送法の一部を改正する法律」により従前の商法798条1項の損害賠償請求権の消滅時効についての規定は、改正後の789条で「船舶の衝突を原因とする不法行為による損害賠償請求権（財産権が侵害されたことによるものに限る。）は、不法行為の時から二年間行使しないときは、時効によって消滅する。」と改正された。時効期間を2年とし、起算点を「不法行為の時」、即ち衝突時としたものである。立法担当者は、「改正前の商法の1年の時効期間は短いといわざるを得ませんでした。そして、財産権の侵害による損害賠償請求権について、船舶上の貨物の所有者など利害関係人ごとに時効の起算点が異なることも相当ではありません。」と改正の理由を説明している（松井信憲・大野晃宏編著「一問一答平成30年商法改正」135頁）。

事例3 遺伝性の難病の子の診療を担当していた専門病院の医師が、その子の両親から次子をもうけても大丈夫かと質問された際、その回答に説明義務違反の過失があったとして、その後同じ難病の弟が出生したことについて両親から同病院の開設者に対する損害賠償請求を認容する場合に、慰謝料及び弁護士費用相当額のみでなく、介護費用及び家屋改造費等の積極損害をも因果関係を認めることが、難病の子の生を負の存在と認めることにつながり、社会的相当性を欠くということはいくつかの事例で判断された。

東京高等裁判所平成17年1月27日判決（判例時報1953号132頁）

（Y上告・上告受理申立、上告棄却・上告不受理）

(事案の概要)

- 1 ペリツェウス・メルツバッヘル病（本稿ではPM病という。）は、脳内の神経線維を覆う膜の成分となる特定のタンパク質がうまく作られないために生ずる極めてまれな中枢神経系の病気で、重度の運動障害、知的発達障害も伴いやすいとされている。PM病の原因は、遺伝子の異常によるもので、原因となる遺伝子が性染色体上にあるため伴性劣性遺伝の形式をとる。その遺伝子を保有する母親から生まれる男児の2分の1がこの病気を発症する確率となり、女兒の2分の1が病気を発症しないけれども異常な遺伝子を保有する確率となるとされている。もっとも、その遺伝子を保有しない母親からも極めて小さな確率で突然変異によってこの病気の男の子が生まれる可能性もあるという。
- 2 X₁、X₂夫婦の長男Mに出生後間もなく症状が現れたのでいくつかの大病院で診察を受けたけれども、診断が付かず、原因も不明だったが、社会福祉法人Yが開設する医療療育センターのA医師が診察してPM病の疑いが強いと診断した。Xらは引き続き長男をY医療療育センターで受診させ、診察や日常生活の指導を受けていた。その際、XらはA医師に次の子供を作りたいが大丈夫でしょうかと質問した。それに対してA医師がどう答えたかは訴訟になってから事実認定が争われたが、男の子が生まれた場合この病気を発症する危険性が相当にあることの説明はされなかった。

X夫婦の2人目の子も男児だったが健康な子供だった。3人目の子も男児だったが、この3男NにPM病が発症し、X夫婦は生活の全てに介護の必要なPM病の子を2人育てていくことになった。
- 3 X夫婦は、Y法人を被告として、A医師の説明義務違反によりNが生まれたと主張し、不法行為による損害賠償としてX1人約8200万円ずつ合計約1億6400万円の支払を求める訴訟を提起した。損害の内訳はX1人あたり1500万円の慰謝料の外は、過去と将来の介護費用、家屋の改造費（エレベーター、リフトの設置費用等を含む）、車いすの買い換え費用等の財産的損害だった。
- 4 1審の東京地裁医療事件集中部は、A医師の説明義務違反があったとして使用者Yの責任を認めたが、損害は、X1人について慰謝料800万円と弁護士費用80万円ずつ、合計1760万円のみを認容した（東京地判平成15.4.25判例時報1832号141頁）。

1 審判決は、介護費用等を損害と認めなかった理由の一つとして、「(Nは)PM病を発症すべき状態でなくてはこの世に生を受けることのできなかった存在であるところ、・・・(N)の出生に伴って、原告らが事実上負担することになる介護費用等を損害と評価することは、(N)の生をもって、Xらに対して、健常児と比べて上記介護費用等の出費が必要な分だけ損害を与えるいわば負の存在であると認めることにつながるものといわざるを得ず、当裁判所としては、・・・介護費用等を不法行為上の損害と評価し、これとA医師の説明義務違反との間に法的因果関係があると認めることに躊躇せざるを得ない。」と判断した。

XらとYの双方が控訴した。

本件訴訟は、事実認定、説明義務の根拠等多くの論点を含むが、本稿の主題に関係する損害の認定に関する解釈に絞って、紹介・説明する。

(裁判所の判断)

- 1 控訴審判決も、A医師の説明義務違反を認定し、Yの使用者責任を認めた。損害額については、慰謝料だけでなく、介護費用、家屋の改造費等も認定し、25%の過失相殺をして、結論としてはX1人について慰謝料と財産損害を合わせて約2415万円、2人分合計約4830万円の支払いを命じた。
- 2 Nの介護費用及び家屋改造費等の積極損害について、次のとおり判断した上、具体的損害額を認定した。

「Xらは、Nの扶養義務者であるから、Nが生存し、かつNに対し扶養義務を負う期間、NがPM病であるために要する介護費用等の特別な費用を共同して負担することとなるから、そのうちの相当のものは、A医師の義務違反行為と相当因果関係のある損害と認めるべきである。この特別な費用を損害として認めることは、NがPM病の患者として社会的に相当な生活を送るために、Xらが両親として物心両面の負担を引き受けて介護、養育している負担を損害として評価するものであり、Nの出生、生存自体をXらの損害として認めるものではない。上記のような費用を不法行為の損害と評価し、A医師の説明義務違反との間に法的因果関係を認めることがNの生を負の存在と認めることにつながり、社会的相当性を欠くということとはできない。」

(コメント)

- 1 私はこの事件を裁判長として担当した（陪席高野伸判事、小池喜彦判事）。
- 2 親が、医師の過失がなければ子の出生は回避することができたはずであると主張して医師や病院経営者の損害賠償責任を問うた事件について、請求が認容された判決として、当時公表されていたものは、妊娠中の母親が風疹にかかったため生まれた子に障害が生じた場合についての地裁判決が4件あり、いずれも、慰謝料と弁護士費用が認容されていた。もっとも、その内2件は、原告が慰謝料と弁護士費用のみを請求していた。他の東京地判平成4.7.8（判例時報1468号116頁）では原告主張の医療費、付添費用は相当因果関係のある損害とされず、前橋地判平成4.12.15（判例時報1474号134頁）では医師の過失と子の障害の因果関係が否定され原告主張の特殊教育費用、眼鏡等費用は認められなかった（いずれも1審判決が確定）。

本件の1審判決も、上記のような地裁の裁判例と共通する考え方が基底にあるように思われた。もっとも、1審判決は介護費用等の積極損害を損害と認めなかった理由として、**(事案の概要)**4に引用したことのみではなく、Xらが子をもうけることを決断したもので、A医師の説明のみによって左右されることも考えがたいこと、A医師が適切な説明をしていてもXらが子をもうける決断をした可能性を否定できないこと、Nが生まれたのはA医師の説明から約5年後で、次男が健常児で生まれた後であり、次男が健常児であった事実から影響を受けていたと考えられること、A医師の説明義務は信義則上のもので責任の範囲は自ずから限られること等も詳しく判示されており、熟慮の上の判断とうかがわれた。

- 3 しかし、Nの介護費用等を損害と評価することは、Nの生をもって、原告らに対して、健常児と比べて介護費用等の出費が必要な分だけ損害を与えるいわば負の存在であると認めることにつながるという1審判決の説明は、Xらに実際に発生し、今後も発生すると予測される財産的負担を無視し、Nの受ける介護等の質が低下することに直結するように思われた。そして、1審判決のように考えるならば、慰謝料を認容することも、Nの生をもってXらに精神的苦痛を与える負の存在であると認めることになりかねないと考えられた。

不法行為責任を認める以上、一般的な損害認定の考え方に従って、因果関係の認められる限り、積極損害を認定することが社会的相当性を欠くとはいえないと考えた。

本件は母親の妊娠前の医師の説明義務違反が問題とされているのであるから、医師が適切な説明をしていれば X が妊娠を回避する可能性が充分あったといえ、子の介護費用等の積極損害との因果関係を認めることの支障はない。

- 4 積極損害としての、介護費用等の計算に当たって、X は N の余命を生命表の平均余命に基づき 75 年として主張した。しかし、証拠によって認められる PM 病患者の寿命の例は国民の平均余命にはるかに及ばず短命であること、X らの高齢化に伴う N の施設入所も考えられること等の事情を考慮して、N の出生後 20 年間の限度で介護費用等を認定した。

また、職権で 25% の過失相殺をした（不法行為の損害認定に当たっての過失相殺が職権でできることについて最高裁判所昭和 41.6.21 民集 20 卷 5 号 1078 頁）。

- 5 この事例を法の解釈をした事例として上げるのは、親が、医師の過失がなければ子の出生は回避することができたはずであると主張して医師や病院経営者の損害賠償責任を問う事件の損害認定に当たって、慰謝料と弁護士費用以外の損害を認定するのは適切でないとする 1 審判決が、本件の 1 審判決を含めて複数公表され、下級審裁判例による判断基準が形成されつつあるように見える段階で、不法行為の一般的な損害認定の考えによる判断をしたからである。

事例4 国立大学法人の設置する大学に在学する学生とその国立大学法人との在学を巡る法律関係は在学契約関係であると解し、入学試験による選抜は、各国立大学が教育役務提供の相手方として適格を有する者を、募集に応じた入学志望者の中から選抜し、合格者に、所定の期間内に所定の入学手続をして在学契約締結の申込みをすれば、特段の事情のない限り、国立大学は在学契約の締結を承諾する旨の在学契約の申込み資格を付与するという、優等懸賞広告に近似する法律関係にあると解するのが相当であると判断した例

東京高等裁判所平成 19 年 3 月 29 日判決（判例時報 1979 号 70 頁、判例夕

イムズ 1273 号 310 頁) (上訴なく確定)

(事案の概要)

専業主婦 X (55 歳) は医師を志望し、国立大学法人 Y の設置する群馬大学医学部の平成 17 年度の一般選抜入学試験を受験したが不合格となった。X の個別学力検査等とセンター試験の合計得点は合格者の平均点を 10 点以上上回っていて、X は、不合格の判定は年齢を理由としたもので、合否判定権の濫用であり、Y は X に対して入学することを許可する義務があると主張して、「Y は、X に対し、Y の医学部医学科に入学することを許可せよ。」との裁判を求めて訴えを提起した。

1 審 (前橋地判平成 18.10.27 判例タイムズ 1273 号 315 頁) は、本件訴えが裁判所法 3 条にいう「法律上の争訟」にあたらぬ不適法なものであるとする Y の主張は排斥したが、X の入学合否判定にあたり 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して、X の請求を棄却した。X がこれを不服として控訴した。

(裁判所の判断)

- 1 「国立大学法人の設置する大学に在学する学生とその国立大学法人との在学を巡る法律関係は、学校法人立の大学におけるそれと同じく、在学契約関係であると解するのが相当である。

(中略)

以上の点にかんがみると、在学契約は、有償双務契約としての性質を有する無名契約と解するのが相当である。

そして、・・・入学試験の合格者が、学生募集要項等に定められた入学手続の期間内に、入学金、授業料等の諸費用の納付を含む入学手続を完了することによって、国立大学と合格者との間に在学契約が成立するものと解するのが相当である。

また、入学試験による選抜は、・・・教育役務提供の相手方として適格を有する者を、募集に応じた入学志望者の中から、・・・選抜し、合格者に、所定の期間内に所定の入学手続をして在学契約締結の申込みをすれば、特段の事情のない限り、国立大学は在学契約の締結を承諾する旨の在学契約の申込み資格を付与するという、優等懸賞広告に近似する法律関係にあると解するのが相当である。」

- 2 「X は、本件訴訟において、「Y は、X に対し、Y の医学部医学科に入

学することを許可せよ。」との請求をしているところ、・・・この請求は、Yに対し、Xとの在学契約締結の承諾の意思表示を求める趣旨と解される。しかし、・・・Xは、入学者選抜の合格者ではなく、また、入学手続の期間内に、入学金、授業料等の諸費用の納付を含む入学手続を完了したことも認められないから、Xの請求は理由のないことは明らかである。

もっとも、Xの前記請求は、その主張に照らすと、Yに対し、Xについて入学試験による選抜において合格（在学契約の申込み資格を付与する）との判定の意思表示を求める趣旨と解する余地もあるので、次項以下でこの趣旨の請求について検討する。」

- 3 「Y医学部医学科の入学試験における合格、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、その判断の当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。したがって、本件入試におけるXに対する合格・不合格の判定の当否については本来的には裁判所の審判権が及ばないというべきである。また、実体法的にみても、優等懸賞広告の応募者中、いずれの者の行為が優等であるかの判定に対し、応募者は異議を述べることができないのであり（民法532条3項）、大学の入学試験における合格者の選抜にもそのことは原則として適用されるものである。

しかしながら、Yは国から独立した国立大学法人ではあるものの、・・・国が財政の基盤を整え、運営の大枠に関与する公の营造物であるから、入学試験における合否の判定にあたり、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なわれたことが明白である場合には、それは本件入試の目的である前記のような医師としての資質、学力の有無とは直接関係のない事柄によって合否の判定が左右されたことが明らかであるということになり（いわゆる他事考慮）、原則として、国立大学に与えられた裁量権を逸脱、濫用したものと判断するのが相当である。そして、そのような他事考慮がなされたかどうか、なされたとしてその他事考慮が許されるものであるかどうかの問題は、試験実施機関の最終的な判断に委ねる必要のない、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。

Xが年齢による差別が原因で不合格とされたと主張するのは、本件不

合格の判定がこのような裁量権を逸脱、濫用したものであると主張する趣旨と解されるから、その限りでは、裁判所の審査権が及ぶものである。」

- 4 裁判所は、Xは年齢を理由として不合格とされたかの争点について検討の上、「Yが合否判定の権限を逸脱、濫用した旨のXの主張は認められない。したがって、Xの請求を、Yに対し、Xについて入学試験による選抜において合格（在学契約の申込み資格を付与する）との判定の意思表示を求める趣旨と解しても、その請求は理由がない。」と判断した。

(コメント)

- 1 私はこの事件を裁判長として担当した（陪席小池喜彦判事、窪木稔判事）。
- 2 国立大学法人法により法人化する前の、国立大学及び公立大学における学生の在学の法律関係についての学説は、特別権力関係とする説と契約関係とする説に分かれていたが、最高裁判所の判例は、昭和52.3.15判決民集31巻2号280頁（国立大学学生の専攻科修了認定処分）、昭和29.7.30判決民集8巻7号1463頁（公立大学学生の放学処分）の外、国立大学附属中学校への入学不許可処分、公立高専生徒の進級拒否処分及び退学命令処分のいずれについても、行政処分とした原審の判断を是認しており、特別権力関係説を前提とするものと解されていた。他方、上記昭和52年最判の調査官解説でも、上記昭和29年最判及びその他の最高裁判決の中で、国公立大学の利用関係と私立大学の利用関係とが本質的にそれ程差異のあるものでないことが認められていること、国公立大学の学生の在学関係を私立大学のそれと区別することなく統一的にとらえようとする契約関係説は、現行教育法令によりよく適合するといえること、国公立であるか私立であるかによって、同じ教育上の措置が、単に訴訟形式を異にするというにとどまらず、司法審査の可否そのものを異にするのを是認する考え方は妥当でない等の見解も紹介されていた（最高裁判所判例解説民事篇昭和52年度102頁（園部逸夫執筆））。
- 3 国立大学法人法により従前の国立大学は平成16年4月に国立大学法人となった。しかし同法では国立大学法人の設置する大学における学生の在学の法律関係については規定されていないので、学生の在学の法律関係をどう理解するかは法の解釈に委ねられている。本件は国立大学法人

制度が発足した後、入学試験という局面で学生の在学の法律関係が問題となった最初の事件と思われた。

1 審判決は、裁判所の判断としては、学生の在学や入学試験の法律関係をどう理解しているかを示していないが、X の、(受験生の) 募集は契約の誘引、(受験生の) 志望は申込み、入学許可は承諾と構成されるとの主張を前提とした請求に対して判断をしていることから、契約関係として判断しているものと考えられた。実は、1 審では、本件と相前後して、X から Y に対して不合格を争う行政訴訟(抗告訴訟)も提起され、本件と同じ裁判所で並行して審理され、本件と同じ日に請求棄却の本案判決がされていることが記録からうかがわれた。つまり、そちらの事件では行政訴訟が適法(入学の不許可は行政処分であることを前提)として、本案判決がされているのである。1 審裁判所の2つの判決は矛盾しているように見えるが、1 審の裁判官の考えは理解できた。

仮に、1 審は民事訴訟を適法として本案判決をし、行政訴訟は不適法(行政処分でない)として訴え却下判決をした場合、上訴審が行政訴訟が適法と考えたとすると、民事判決の本案判決を取り消して、訴え却下の判決をする一方、行政訴訟も1 審判決を取り消して1 審へ差し戻して本案の審理の上判決をすることになり最終結論が出るのが遅れ、とりわけ X の請求を認容すべき場合には救済が遅くなる。理論的矛盾には目をつぶって、双方の事件で、それぞれ適法であることを前提に本案判決をすることによって、上訴審がその訴えは不適法と判断すれば、1 審判決取消し、訴え却下の判決をすれば良いし、もしその訴えを認容すべきであると判断すれば、原判決取消し、請求認容の判決をすればよい。

新しい国立大学法人制度の下での上訴審との法解釈の違いによる当事者の不利益を最小限にしようという考えに基づく異例の判断と思われた。

- 4 控訴審としては、入学試験の合否判定にいわゆる他事考慮があったという X の主張について判断するための前提として、国立大学法人制度のもとでの入学試験の法的枠組み、更には、その前提としての、在学する学生と国立大学法人との法律関係の解釈を、明確にする必要があると考えた。

国立大学法人法のもとでの学生と国立大学法人との関係についての学説を調査したが、塩野宏氏の概説書「行政法Ⅲ(第3版)」(当時の最新

版) 93 頁と同氏が日本學士院紀要 60 卷 2 号 67 頁以下に掲載された「国立大学法人について」(後に、塩野宏「行政法概念の諸相」に収載)が、契約関係とし、行政処分性を否定している外には見当たらなかった。

勿論、従前の、判例や学説の議論も検討しつつ、塩野氏の簡潔ではあるが理由として挙げられているところの説得力に導かれて、学校法人立(私立)大学と同様の契約関係と解する結論に至った。

そして、在学契約の内容、性質、契約の成立の時期については、いわゆる学納金返還訴訟についての最高裁判所平成 18.11.27 判決(民集 60 卷 9 号 3437 頁)の判断を参照し、入学試験による選抜の法律関係については、そこまでの判断を踏まえて解釈した。

- 5 入学試験による選抜の法律関係について判断したことを前提として考えると、X の請求の趣旨は、文言からすれば、Y に対し、X との在学契約締結の承諾の意思表示を求める趣旨と解されるところ、X は、入学者選抜の合格者ではなく、また、入学手続の期間内に、入学金、授業料等の諸費用の納付を含む入学手続を完了したことも認められないから、X の請求は理由のないことは明らかであった。しかし、X の請求の趣旨は、入学試験による選抜の法律関係について判断した枠組みで考えれば、Y に対し、X について入学試験による選抜において合格(在学契約の申込み資格を付与する)との判定の意思表示を求める趣旨と解することもできるので、この趣旨の請求についても検討するのが、X が裁判所に判断を求めている事項に應えることになり、審理の経過からして適切であると考えた。
- 6 (裁判所の判断) の 3 項の前段は、技術士国家試験の合格、不合格判定に対して司法審査は及ばないとする最高裁判所昭和 41.2.8 判決(民集 20 卷 2 号 196 頁)の判例を踏まえて、本件入試における X に対する合格・不合格の判定の当否については本来的には裁判所の審判権が及ばないと原則を示したものである。

しかし、Y は公の営造物であるから、入学試験における合否の判定にあたり、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なわれたことが明白である場合には、医師としての資質、学力の有無とは直接関係のない事柄によって合否の判定が左右されたことが明らかで(他事考慮)、原則とし

て、国立大学に与えられた裁量権を逸脱、濫用したことになり、そのような他事考慮がなされたかどうか、なされたとしてその他事考慮が許されるものであるかどうかの問題は、試験実施機関の最終的な判断に委ねる必要のない、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いう、1審判決の考え方は妥当と思われ、これと同趣旨の判断をした。

- 7 上記3でふれた、本件の1審と並行審理され、Xの請求が棄却された行政事件についてもXが控訴し、私の部とは別の部に係属して審理されていた。私の部の判決の数日後に控訴棄却（行政事件として適法であることを前提とする）の判決が言い渡され、その後判決書の写しを見たこと記憶している。両方の事件ともXが、上告、上告受理申立をせず、高裁判決が確定した。

事例5 平成9年改正前の男女雇用機会均等法8条の規定する努力義務は単なる訓示規定ではなく、実効性のある規定であり、不法行為の成否についての違法性判断の基準とすべき雇働関係についての私法秩序には、上記のような同条の趣旨も含まれる、と解釈した事例。

東京高等裁判所平成19年6月28日判決（判例時報1981号101頁、判例タイムズ1285号103頁）（双方上告・上告受理申立。上告棄却・申立不受理）

（事案の概要）

Xは昭和26年、Yに正式に雇用され、平成4年定年で退職した女性である。Yは昭和60年1月、同業のZと合併し現在の社名となった。Xは、在職中賃金について女性であることを理由に差別的取扱を受けたとして、Yに対して、不法行為に基づく損害賠償（昭和60年1月以降退職時までの差額賃金相当額、差額退職金相当額、差額公的年金相当額、慰謝料、弁護士費用等）として5290万余円を請求した。

1審判決（東京地方裁判所平成15.1.29判決労働判例846号10頁）はYの不法行為を認め4536万円余の賠償を認めたのに対し、Yが控訴し、審理中にXが附帯控訴した。

（裁判所の判断）

- 1 裁判所は、Yが昭和60年1月、社員の職能資格についての制度を、従

前のものから新職能資格等級に移行するに当たっての、新等級へのXの格付け及びその後の措置は、労働者が女性であることを理由として、賃金について、男性と差別的取扱いをしたものとして、故意による不法行為とし、その後の昇進、昇格について、女子労働者に対して男子労働者と均等な取扱いをしないことを積極的に維持していたとして、男女雇用機会均等法の施行から1年9か月を経過した昭和63年1月以降の措置について、少なくとも過失による不法行為が成立するとし、これらを、一連一体の1個の不法行為であると認定した。

その判断の中で、Yが、平成9年改正前の男女雇用機会均等法8条は労働者の配置及び昇進に関する男女労働者の均等取扱いを使用者の努力義務としていたことを根拠に、平成9年改正法施行前においては配置、昇進の男女格差は、私法上、原則としてその違法が問題となることはない旨の主張をしたのに対し、次のとおり判断した。

- 2 「均等法8条が「努めなければならない。」と努力義務を定めているのは、まさに事業者に努力する義務を法律上課しているのであって、「労働者の配置及び昇進について、女子労働者に対して男子労働者と均等な取扱いをする」という法の定めた実現されるべき目標が、法律施行後に達成されていなくても、同法に違反するとして、行政上の規制や罰則の対象となるものではなく、民事上もそのことのみで、債務不履行や不法行為を構成するものではないが、他方、法が、事業者と同条の目標を達成するように努めるべきものと定めた趣旨を満たしていない状況にあれば、労働大臣あるいはその委任を受けた婦人少年室長が同法の施行に関し必要があると認めて事業者に対し、報告を求め、又は助言、指導もしくは勧告をすることができる（同法33条）という行政的措置をとることができるのであり、単なる訓示規定ではなく、実効性のある規定であることは均等法自体が予定しているのであり、上記目標を達成するための努力をなんら行わず、均等な取扱いが行われていない実態を積極的に維持すること、あるいは、配置及び昇進についての男女差別を更に拡大するような措置をとることは、同条の趣旨に反するものであり、被控訴人主張の不法行為の成否についての違法性判断の基準とすべき雇用関係についての私法秩序には、上記のような同条の趣旨も含まれるというべきである。」
- 3 損害額について、1審の認めなかった慰謝料を認定し、Xが附帯控訴

して請求を拡張した1審以後の時の経過により現実化した損害を一部認め、Yが控訴審で主張した消滅時効を認定して、2051万円余の限度で、Xの請求を認めた。

(コメント)

- 1 私はこの事件を裁判長として担当した（陪席犬飼眞二判事、窪木稔判事）。
- 2 不法行為の成否及び損害について、前提となる事実関係が1審以来激しく争われ、書証、人証も多数取り調べられて、1審は判決まで8年以上を要し、一審記録は20冊を越えていたと記憶する。（そのような事件は高裁ではそれほど珍しいわけではないが印象に残る。）控訴審でも新たに書証が相当数提出され、人証も何人か調べた。その結果、一審の認定と同じく、Yでは合併以降少なくとも平成5年まで、公表している基準とは異なり、高卒の社員がある等級から昇格するのに必要な年数を女性は男性より長くし、昇格の上限となる等級を女性の方を低く想定する基準によって、昇格管理を行っていたと認定できた。

Yが1審以来主張していた、平成9年改正法施行前においては配置、昇進の男女格差は、私法上、原則としてその違法が問題となることはない旨の主張を読んだ時、20年近く前に読んだ論文を思い出した。取り出して確認すると、松田保彦「男女雇用均等法の成立と今後の課題」ジュリスト841号40頁で、男女雇用機会均等法の成立直後に発表されたものであった。同氏は、同法の努力義務規定について精神規定として実効性のないものとみるのではなく、一定の法的効果を有するとして具体的に検討していた。

この論文が私の記憶に残っていたのは、当時、公害等調整委員会事務局へ出向して、公害紛争処理の仕事をしていた中で、調停条項で国に努力義務を課すことについて同僚と議論した際、私が、努力義務を課しても訓示規定や精神条項として国はあまり努力しないのではないかと述べたところ、別の省から出向した2人の行政官が、「それはちがう。努力義務を課されたら目標の実現に向けて、予算を取ったり、制度を作ったり、措置をとるように実際に努める。必ず実現できるとは限らないが、少なくとも目標と反対方向のことはしない。」とそれぞれ反論したのを聞いて、法律や契約条項の中の努力義務規定の規範性、裁判規範として

結論の妥当性と実体法の解釈

の意味について考えていた時期に読んだからであろう。

勿論、主任裁判官が集めてくれた多くの文献をも読み、合議をして**(控訴裁判所の判断)** 2のような判断をした。

- 3 なお、**(控訴裁判所の判断)** 2の末尾の「被控訴人主張の不法行為の成否についての違法性判断の基準とすべき雇用関係についての私法秩序には、上記のような同条の趣旨も含まれるというべきである。」の中の「雇用関係についての私法秩序」という文言は、本件が雇傭関係についての不法行為の成否が争点であったから使用したもので、特段の意味を込めたものではない。

(2019年9月20日稿)