

# 負けへんで！



朝夕は少し過ごしやすくなりましたが、皆さんお元気ですか？

私とは言いますと、この夏の間、本業のほか、岡山相続フォーラムでの講演、宮崎市で行われたM&Aの実務家の連絡協議会への参加、日弁連での講師（演題は「包括外部監査の実務」）、倉敷市社協主催の温泉の講演（演題は「人生を豊かにする温泉のお話」）など大忙しでした。

ところで、日弁連は、私が委員を務めていた第31次政府地方制度調査会の答申に反対意見を出しています。その内容はというと、地方公共団体の監査制度の見直しについて、①統一的な監査基準策定に反対、②修了要件を伴う研修に反対、③全国的な監査サポート組織の創設に反対と、何でも反対というまるでどこかの政党みたいな感じになっていまして、私はそのような日弁連の意見に対して反対意見を出しています（次頁はその骨子を分かりやすく書いているので、興味があればお読みください。）。いろんな意味で日弁連はもうダメですね。

それにしても、倉敷社協主催の温泉の講演は約300人以上に出席していただき、大盛況でした。単に、どこかの温泉評論家みたいに泉質が云々とかだけではなく、温泉と行政、温泉と歴史、温泉と文化、温泉と地域といった切り口で、全国のホンマモンの温泉を体験記を混ぜておもしろく話しています。11月11日にも倉敷社協主催の温泉の講演を見島で行いますので、お暇でしたら是非ご参加ください。



## Oni ビジョン「もっと知りたい！」 / RSK ラジオ「敷居のめえ～っちゃ低い法律相談所」

Oni ビジョンの「もっと知りたい！」に出演中。直近の放送は、7月の「公正な第三者の厳しい目とは？」、8月の「どう変わる？－配偶者の居住権保護－」、9月の「何故相続紛争が増えているのか」です。毎月何回か放送されますので、是非ご覧になってください！

RSK ラジオ「敷居のめえ～っちゃ低い法律相談所」は、毎週月曜日午後7時からの放送。皆さまから番組に寄せられた身近に起こる様々なトラブルを他の法律の専門家たちとともにおもしろく、そしてわかりやすく解説していますよ！

Oni ビジョンの収録



RSK ラジオの収録



## 小林裕彦法律事務所

岡山市北区弓之町2番15号  
弓之町シティセンタービル6階

Tel 086-225-0091 Fax 086-225-0092

所長弁護士 小林 裕彦

弁護士 岩橋 照美 弁護士 藤井 秀孝  
弁護士 丸山 洋平 弁護士 丸屋 祐太郎  
弁護士 柳原 徹也 弁護士 越智 量平  
弁護士 田中 利佳 (岡山弁護士会所属)

HP: <http://www.kobayashi-law-office.jp/>

「地制調答申に対する意見書」に対する意見（抄）

岡山弁護士会所属  
弁護士 小林 裕彦

## 1 監査基準

- 統一的な監査基準は画一的な監査等を強いる弊害があるというが、答申では、「地方公共団体が地域の実情にも留意して専門家や実務家等の知見も得ながら共同して定めることが適当である。」とされている。  
そもそも監査においては、ある程度の画一性は必要ではないのか。ばらばらな監査のやり方だと、地方公共団体のガバナンスの達成状況の比較さえしにくいし、答申も指摘しているとおり、住民にも分かりにくい監査になるのではないのか。
- 監査を行うに当たって、監査基準を設けるべきという一般的に当然と考えられる答申に対し、本来ルールとか基準の策定と遵守をコンプライアンス的視点から発信すべき日弁連が画一的な監査等の弊害といった抽象的な理由で反対を唱えているのか。

## 2 修了要件を伴う研修

- 監査委員監査も包括外部監査もピンキリがあることを直視すべき。  
むしろ監査の品質を向上させるため、修了要件を伴う研修は当然ではないのか。  
弁護士も品質の高い自治体監査を行うべきであり、そうであれば、研修において財務会計論（簿記、財務諸表）や監査論の基本ぐらいはやった方がいいのではないのか。地方自治法や地方財政論等は言うまでもないが、監査委員さんや公認会計士さんらと自治体監査のあり方についていろいろ議論しながら集合研修を受けたいのではないのか。

## 3 全国的な協同組織

- 監査はそれぞれの地方公共団体が責任を持って行うことを前提に、情報提供や研修等を行うだけの全国的な協同組織を設けることが何故地方分権に反するのか。
- 全国的な協同組織を作ると、「全国の地方公共団体や監査従事者にコストや負担を強いる」とあるが、全国組織が一体具体的に何をしたらそのような大変なことになるのか。

## 4 まとめ

- 現状ではむしろ包括外部監査を活用するという肯定的な方向性で答申が書かれている。  
かかる状況で、監査基準とか研修といったいわば監査業務にとっては当然と考えられることを日弁連として反対するのが適切か。  
意見書が単に相手にされないだけならまだ良いが、むしろ、監査基準や研修まで否定するような日弁連や弁護士には自治体監査は向いていないという流れになるリスクはないか。
- 弁護士が包括外部監査の資格者とされている以上、揚げ足取り的な意見を出さずに、むしろ、その与えられた監査権限の質を高める方向での建設的な意見を監査対象の監査協力義務とともに出すべきではないか。

## ポイント 相続税対策として相続財産を減少させる方法。

\*\*\*\*\*

■□ 法(ほう)～納得! 第32号 □■ 平成28年 7月 1日発行

\*\*\*\*\*

～ 相続のおはなし ～

相続というのは、遠くの話のようにも思えますが、人間誰もが経験する出来事でもあります。今回は、その相続について、一緒に考えることにしましょう。

○相続財産って、何？

相続財産とは、被相続人(亡くなられた方)が、亡くなられたときに有していた一切の財産をいいます。この定義は、意外に重要ですので、よく覚えておいて下さい。

なお、当然ながら、相続財産には、プラスの財産もマイナスの財産も含まれます。その内訳を調査した上で、相続についてしなければならないことが変わってきますので、相続財産の調査は非常に重要です。

○相続財産が借金だらけだった場合・・・

さて、仮に、相続財産として、マイナスの財産の方が多かった場合に相続をすると、相続人はいきなり借金を背負うこととなります。これを避けるには、相続放棄をすることが有用です。

相続放棄とは、その言葉のとおり、相続を放棄することで、相続放棄をすると、相続人は、被相続人の権利も義務も一切引き継ぐことはありません。

ここで注意が必要なのは、相続放棄は、自分が相続人となったことを知った時から3ヶ月以内にする必要があるという点です。3ヶ月など、あっという間に過ぎます。身近な人が亡くなった後に、すぐに相続について調査等しなければならないというのは大変なことですが、相続人にはこれからの人生がありますから、この点はしっかりと行動すべきです。

あと1つ注意しなければならないのは、相続人が、一定の行為をすると、単純承認、つまりプラスの財産もマイナスの財産も相続することを承認したとみなされるということです。この「一定の行為」とは、例えば、相続財産の一部を使ってしまった場合があげられます。相続財産の全てを調査する前に安易に相続財産に手を出し、その後多額の借金が見つかったから相続放棄をする・・・等ということではできないのです。どうぞ、お気をつけ下さい。

○多額の相続財産があった場合！

今までの話とは逆に、親が沢山の相続財産を残してくれている場合もあります。非常にありがたい話ですね。しかし、ただ喜んでばかりはいられません。この場合は、相続税という問題が発生してくるからです。

相続税とは、個人が被相続人から相続などによって財産を取得した場合に、その取得した財産に課される税金のことをいいます。相続税には、基礎控除がありますので、それを上回る遺産がある場合にのみ、税金を支払わなければならないということになります。基礎控除額は、3000万円+600万円×法定相続人数となります。基礎控除額は、平成26年までは5000万円+1000万円×法定相続人数だったのですが、これが平成27年1月1日以降、先ほど述べた額に減額されました。そのため、相続税を払わなければならない人が一気に増えたわけです。

そして、相続税は、相続があったことを知った日から、10ヶ月以内に確定申告をし、その申告期限までに納税をしなければならないと定められています。

相続税を支払わなければならないのに、何もせず10ヶ月という期間を経過してしまうと、無申告加算税や延滞税を課される危険があります。

また、10ヶ月の期限内に申告することで、小規模宅地特例や配偶者特例といった相続税の負担を軽減する特例の適用を受けられるというメリットもごさいます。小規模宅地特例とは、相続又は遺贈により取得した財産のうち、相続開始の直前において、被相続人等の事業や居住の用に供されていた宅地等につき、一定の要件で相続税の課税価格に算入すべき価格を減額することを認めてくれる特例です。例えば、被相続人等の居住の用に供されていた宅地等であれば、330平方メートルで80%の減額を認めてくれます。この場合、土地の価格が1億円であったとしても、2000万円で相続税の計算ができるわけです。また、配偶者特例とは、被相続人の配偶者が遺産分割や遺贈により実際に取得した正味の遺産額が、1億6000万円か、配偶者の法定相続分相当額のどちらか多い金額までは配偶者に相続税はかからないという制度です。

これらは、相続税の算定にとって重要な制度ですので、10ヶ月以内の相続税の納付は重要になってきます。

さて、相続税対策としては、その額を如何に減らすかという対策と、相続税納付の金銭を用意するという対策が考えられます。相続税対策としては、生前のうちに行える対策として、例えば、教育資金の贈与が考えられます。国は、教育資金を贈与した場合、贈与税を非課税にするという制度を設けました。通常は、金銭を贈与すると、例えば1500万円以下だと、45%という高率の税金がかかります。しかし、平成25年4月1日から平成31年3月31日までの間に、30歳未満の方が、教育資金に充てるために、金融機関等との一定の契約に基づき、受贈者の直系尊属から、(1)信託受益権を付与された場合、(2)書面による贈与により取得した金銭を銀行等に預け入れをした場合、(3)書面による贈与により取得した金銭等で証券会社等で有価証券を購入した場合には、その価格

の1500万円までの金額に相当する部分については、贈与税の課税価格に算入されないという制度が設けられました。

教育資金には、例えば、入学資金の検定料、入学金や授業料、学用品の購入費、更には、学習塾やスポーツ、ピアノといった文化芸術に関する活動の対価等が含まれます。相続税のことを考え、有効なお金の使い方をしたいものですね。

もう1つの相続税対策としては、相続税納付の金銭を用意するという点があります。相続財産が多岐とも、その大半が不動産等容易に金銭に換価できないものであった場合、相続税の納付が難しくなることがあります。このようなときに有用なのが、生命保険です。ここで、冒頭の相続財産の定義を思い出して下さい。相続財産

とは、被相続人が、亡くなられたときに有していた一切の財産をいいます。つまり、被相続人が亡くなって初めて保険料がおりるといふ生命保険は、相続財産を構成しないのです。そのため、生命保険金は、原則として受取人が自由に用いることができます。

そして、生命保険金は、相続税の対象ではありませんが、500万円×法定

相続人の人数につき、非課税となりますので、これを有効活用すると良いでしょう。

相続対策は、生きている内から始まります。相続は、感情の対立で容易に「争族」となってしまいますので、「争族」にならないための対策は非常に重要で、この点については、様々な場所で講演等させて頂いております。皆様も、相続は誰もが経験するものであるということを肝に銘じ、早めに対策をして下さい。

**ポイント 認知症の配偶者と同居していた者は監督義務を引き受けいていたと認められる一定の特段の事情がない限りは、監督義務は認められない。**

\*\*\*\*\*

■□ 法（ほう）～納得！ 第33号 □■ 平成28年 8月 1日発行

\*\*\*\*\*

～ 認知症家族の監督と法的義務 ～

自分の家族が認知症になったという話は、高齢社会の日本においては、珍しい話ではなくなってきました。認知症患者をかかえる家族の負担については、様々な問題が提起されていますが、中でも、認知症患者が事故に遭った際の、認知症患者の家族の責任については、世間の注目を集めております。そのような中、今年の3月に、注目すべき判決がなされました。テレビのニュース等でご覧になった方も多いのではないでしょうか。

今日は、その判決を検討し、認知症患者の家族の法的責任について考えてみましょう。

○事件の概要

今回の事件の発端は、平成19年12月7日のある事故でした。即ち、徘徊の症状を伴う認知症患者が（配偶者、及び長男の妻が中心となって介護をされていたようです。）、同居している妻がくつろいでいる中、1人で外出（徘徊）し、JR東海の列車に乗って隣接する駅で降り、ホーム先端のフェンス扉を開けてホームから線路上に入り、列車にはねられて死亡するという痛ましい事故が発生しました。

上記事故を受けて、JR東海は、死亡した認知症患者の家族に対し、列車遅延によって生じた損害につき、損害賠償を求めて提訴しました。

○争点

この判決では、民法714条が問題となりました。民法713条では、「精神上の障害により自己の行為の責任を弁識する能力を欠く状態にある間に他人に損害を加えた者は、その賠償の責任を負わない。」とされています（以上の者を、法律上は「責任無能力者」といいます。）。そのため、認知症患者自身は、自分が線路上に入り、列車遅延を生じさせたとしても、法的責任を負うことはありません。しかし、このままでは、常に被害者が泣き寝入りをしなければならないため、「責任無能力者を監督する法定の義務を負う者」は、監督義務を怠らなかつたとき、又はその義務を怠らなくても損害が生ずべきであったときをのぞき、責任を負わなければならないと定められています（民法714条）。

今回は、主として、認知症患者と同居していた配偶者と、長男がその「責任無能力者を監督する法定の義務を負う者」にあたるかが問題となりましたが、本稿では紙面上、配偶者についてのみ記載することと致します。

○判決の概要

まず、本判決は、認知症患者と同居していた配偶者につき、監督義務者（民法714条）に当たるとする法律上の根拠がないとして、これを否定しました。

しかし、判例は、「法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合には、衡平の見地から法定の監督義務を負う者と同視してその者に対し民法714条に基づく損害賠償責任を問うことができる」としました。その上で、その判断は、「その者自身の生活状況や心身の状況などとともに、精神障害者との親族関係の有無・濃淡、同居の有無その他の日常的な接触の程度、精神障害者の財産管理への関与の状況などその者と精神障害者との関わりの実情、精神障害者の心身の状況や日常生活における問題行動の有無・内容、これらに対応して行われている監護や介護の実態など諸般の事情を総合考慮」しなければならないとしています。

その結果、認知症患者の配偶者は、長年認知症患者と同居し、その介護に当たってはいたが、本件事故当時85歳で、左右下肢に麻痺拘縮があり、要介護1の認定を受けており、認知症患者の介護も長男の妻の補助を受けて行っていたことから、認知症患者の第三者に対する加害行為を防止するために認知症患者を監督することが現実的に可能な状況にあったと言うことはできず、その監督義務を引き受けていたと見るべき特段の事情はないとして、その責任を否定しました。

○判決を見て・・・

本判決での大きな問題は、法定の監督義務を負わない者も、一定の要件を満たした場合に法律上の責任を負う場合があるとした点です。そして、その判断は、先に述べたような様々な要因を考慮して決せられることとなります。これにより、柔軟な対応が可能なる一方で、責任を負う者の範囲が不明確となり、予測可能性に欠けるという結果をも招きました。上記判決は、今年の3月に出されたばかりで、どのような人物が準監督義務者とされるかは、判例の積み重ねを待たなければなりません。認知症患者との関わり方は、非常に難しいものとなっております。

○今後の対策

厚生労働省は、認知症の人の意思が尊重され、できる限り住み慣れた地域の良い環境で自分らしく暮らし続けることができる社会の実現を目指し、認知症施策推進総合戦略（新オレンジプラン）を策定しています。その中で、認知症の人の介護者への支援も重視されています。認知症患者を抱えておられる家族は、公的サービスを積極的に活用されるとよいと思います。

また、それにとどまらず、万が一の事故に備え、個人賠償責任保険に加入することも1つの方法かもしれません。事故で認知症患者が亡くなられた場合に、遺族が多額の損害賠償を支払わねばならないとなると、認知症患者もうかばれません。保険に加入することで、ご家族の精神的な負担も軽減するかもしれません。

認知症患者のサポートは、日本社会全体の問題となっております。今日検討した判決も踏まえ、認知症患者とその家族の問題を、今一度考えたいものです。

# 企業法務 ケーススタディ



vol. 62

## 契約社員の契約期間満了 — 有期労働契約？それとも試用期間？ —

相談内容

新規で、契約期間3カ月の有期労働者を採用しました。今月末で契約期間が満了するので、契約を終了したいと思っています。特に問題はないと思うのですが、いかがでしょうか。

回答

### 1 有期労働契約の雇止め

有期労働契約は、契約期間の満了によって終了するのが原則です。

しかし、判例は、①期間の定めのない契約と実質的に異なる状態になったと認められる場合 ②相当程度の反復更新の実態から、雇用継続への合理的な期待が認められる場合 ③格別の意思表示や特段の支障がない限り、当然に更新されることを前提に契約を締結したものと認められる場合については、解雇権濫用法理が類推適用されるとしてきました。この判例の法理は「雇止め制限法理」と呼ばれ、平成24年の労働契約法の改正によって法定化されています。

本件の相談内容は、新規採用した有期労働者の契約期間の満了ですから、雇止め制限法理が妥当する場合は事情が異なります。

では、それ以外の法的な問題は生じないのでしょうか。

### 2 有期労働契約と試用期間

判例は、有期労働契約であっても、期間の定めのない労働契約の試用期間と解される場合があるとしています。すなわち、有期労働契約の趣旨・目的が、労働者の適性を評価・判断するためであるときは、特段の事情が認められる場合を除き、有期労働契約の契約期間は試用期間と解すべきとなります。

そして、判例は、試用期間後の本採用の拒否について、客観的に合理的な理由と社会通念上の相当性が認められる場合にのみ許されるとしています。

つまり、有期労働契約の趣旨・目的によっては、試用期間と解される場合があり、その場合は、契約期間が満了したからといって、直ちに契約が終了するわけではないということになります。

### 3 有期労働契約が試用期間と解される場合

有期労働契約が試用期間と解されるか否かは、どのように判断されるのでしょうか。

契約期間の満了によって契約が当然に終了する旨の明確な合意がある場合は、純粋な有期労働契約であり、試用期間には当たりません。例えば、繁忙期の人員補充として、当該時期に限定して雇用した場合などは、試用期間には当たらないでしょう。

これに対し、契約期間中に労働者の適正や能力を評価・判断することが目的とされている場合は、試用期間と解される余地があります。しかし、有期労働契約には、多かれ少なかれ労働者の適性や能力の評価・判断という側面があるので、これだけでは判断が微妙です。趣旨・目的の強さや、契約期間満了後の正社員登用がどの程度想定されていたかなども加味し、試用期間に当たるか否かが判断されることになると考えられます。例えば、将来の管理職の候補として、その資質の有無の判断が目的とされている場合、有期労働者の大部分が正社員として採用されているという背景がある場合などは、試用期間に当たることになるでしょう。

### 4 まとめ

有期労働契約であるからといって、簡単に辞めてもらうことはできないということになります。純粋な有期労働契約とするためには、契約期間の満了によって契約が当然に終了し、更新されるものではないことを明確にしておく必要があるといえます。

#### 弁護士 小林 裕彦

昭和35年2月17日、大阪市生まれ。昭和59年に一橋大学法学部卒業後、労働省（現厚生労働省）入省。平成元年に司法試験に合格し、平成4年に弁護士登録。現在は岡山市北区弓之町に小林裕彦法律事務所（現在弁護士は8人）を構える。会社顧問業務、企業法務、訴訟関係業務、行政関係業務、破産管財人、民事再生監督委員、地方自治体包括外部監査業務などを主に取り扱う。岡山弁護士会所属。

小林裕彦法律事務所

岡山市北区弓之町2-15 弓之町シティセンタービル6階  
TEL 086-225-0091 FAX 086-225-0092

ポイント 契約よりも細い寸法の柱を使用した場合、構造には問題がなくても瑕疵に当たる。



## (法律相談コーナー)

### 第71回 契約内容と構造計算

#### ●相談内容●

契約においては、一定の太さの寸法の柱を使用することが合意されていたにもかかわらず、実際に建築された建物においては、それよりも細い寸法の柱が使用されていました。しかし、構造計算によれば、細い寸法の柱でも安全性は十分であるとのこと。この建物には、瑕疵がないということになるのでしょうか。

#### ○回 答○



顧問弁護士 小林裕彦  
(岡山弁護士会所属)

昭和59年一橋大学法学部卒業後、労働省(現厚生労働省)入省。平成元年司法試験合格。平成4年弁護士登録。会社顧問業務、企業法務、訴訟関係業務、行政関係業務、破産管財人、民事再生監督委員、地方自治体包括外部監査業務などを主に取り扱う。

#### 前回のおさらい

前回のおさらいですが、瑕疵とは、「通常有すべき品質・性能を欠いていること」をいいます。そして、瑕疵の有無を判断するためには、契約書、設計図書、建築基準法等の関係法令、実務上確立された標準的技術基準等に照らし、当事者の合意内容である「通常有すべき品質・性能」は何か、を考える必要があります。

そうすると、今回の御相談については、当事者が、目的である建物が通常有すべき品質・性能として、①一定の太さの寸法の柱を使用することを合意内容としていたか、②構造計算上の安全性を備えることを合意内容としていたかによって、細い寸法の柱が使用されていたことが瑕疵に該当するか否かが決まることになるでしょう。

#### 最高裁判所の判例

今回の御相談に類似する事案に関する判例として、最高裁判所平成15年10月10日判決があります。事案の概要は、注文者が、断面の寸法300mm×300mmの鉄骨の支柱を使用することを求め、請負人は、これを承諾したにもかかわらず、構造計算上安全であることを理由に、断面の寸法250mm×250mmの鉄骨の支柱を使用し、施工したというものです。

第一審は、契約に違反して細い寸法の柱を使用したことは瑕疵に当たると判断しました。しかし、第二審は、細い寸法の柱を使用したという契約の違反があるが、構造計算上、居住用建物としての安全性に問題はないから、瑕疵があるということとはできないと判断しました。

これに対し、最高裁判所は、「本件請負契約においては、本件建物の耐震性を高め、耐震性の面でより安全性の高い建物にするため、支柱につき断面の寸法300mm×300mmの鉄骨を使用することが、特に約定され、これが契約の重要な内容になっていたものというべきである。そうすると、この約定に違反して、同250mm×250mmの鉄骨を使用して施工された支柱の工事には、瑕疵があるものというべきである」と判断しました。

この判断の前提には、阪神・淡路大震災によって、多くの人々が倒壊した建物の下敷きになるなどして亡くなった直後であっただけに、注文者が建物の安全性の確保に神経質となっていたため、当初の設計内容を変更し、より太い鉄骨を使用することを求めたという事実関係があったようです。

#### 契約内容の重要性

この最高裁判所の判例によれば、特に工事内容について合意をしていた場合には、その合意に違反した工事による建物は、たとえ建築基準法の基準を満たし、一般的な安全性を備えていたとしても、瑕疵があるということになります。

東日本大震災の記憶はまだ新しいところですが、つい先日は、熊本地震が発生しました。地震大国である日本では、構造計算上の安全性よりも強度のある建物を建築し、安心と信頼を購入するという傾向もあります。また、耐震性のみならず、使用素材、デザイン、自然環境への配慮など、建物に対する要求は、より高度に、より多様になっています。

最高裁判所が示した「その契約において、何が特に約定され、契約の重要な内容になっているか」という観点は、建築請負契約において、ますます重要な意味を持つでしょう。

**ポイント** 建物の材料が異なる場合といえども特に契約において材料が重視されていない場合は、瑕疵修補請求は認められず、損害賠償は請求できない。



(法律相談コーナー)

第72回 軽微な瑕疵の修補請求

●相談内容●

注文者から、「建物の一部に、設計図とは異なる材料が使用されていた。これは瑕疵に当たるので、設計図と同じ材料を使用して建て直せ。」とされています。異なる材料を使用してしまったことは確かですが、建物としての安全性に全く問題はありませぬ。建物の建直しを拒絶することはできないのでしょうか。

○回 答○



顧問弁護士 小林裕彦  
(岡山弁護士会所属)

昭和59年一橋大学法学部卒業後、労働省(現厚生労働省)入省。平成元年司法試験合格。平成4年弁護士登録。会社顧問業務、企業法務、訴訟関係業務、行政関係業務、破産管財人、民事再生監督委員、地方自治体包括外部監査業務などを主に取り扱う。

請負人の担保責任

仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、①修補請求、②損害賠償請求、③契約解除をすることができます。

まず、①修補請求についてですが、注文者は、相当の期間を定めて、瑕疵の修補を請求することができます。「瑕疵の修補」とは、通常有すべき品質・性能に適合するよう、瑕疵を除去することをいいます。

次に、②損害賠償請求についてですが、注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができます。「瑕疵の修補に代えて」ということは、注文者は、修補請求をするか、損害賠償請求をするか、その選択ができるということです。

では、注文者が修補請求を選択した場合、請負人は、修補請求に応じなければならないのでしょうか。

軽微な瑕疵の修補請求

瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、修補請求はできません。この場合、注文者は、損害賠償請求しかできないのです。

瑕疵が重要か否かについては、契約をした目的、目的物の性質等によって判断されます。例えば、建物の基礎部分、躯体部分などの欠陥で、安全性や耐用年数に関わる瑕疵は、重要な瑕疵といえますが、材料の種類や寸法、工法などが指定されたものと異なる場合は、それが契約の目的から見て、特に重視されていると考えられる特別の事情がない限り、重要な瑕疵ということではできません。

過分の費用を要するか否かについては、修補に必要な費用と修補によって生ずる利益を比較して判断されます。

今回の御相談の場合

今回の御相談の場合、材料が特に重視されているという事情はなく、建物の安全性にも全く問題はないということなので、重要な瑕疵には当たらないと思われます。また、そのような瑕疵を除去するために、建物を一度取り壊し、建て直さなければならないということが、瑕疵の内容に比較して、著しく過大な費用を要することは明らかです。

したがって、注文者は損害賠償請求しかできず、請負人は修補請求を拒絶することができます。

損害賠償の具体的内容

では、損害賠償の具体的内容は、どうなるのでしょうか。

損害賠償請求が「瑕疵の修補に代えて」とされていることから、修補費用額が損害額になるのが原則です。しかし、軽微な瑕疵であって修補請求ができない場合には、修補費用額ではなく、完全な目的物と瑕疵ある目的物の差額が損害額になるとされています。

また、付随的な損害として、鑑定費用、調査費用、引越費用、慰謝料、弁護士費用等が認められる場合があります。

**ポイント 契約書を作成するに当たっては、生ずる可能性のあるトラブルを想定して作成することが重要。**



(法律相談コーナー)

## 第74回 契約書

### ●相談内容●

重要な取引をすることになったので、きちんとした契約書を作成しようと思います。契約書を作成するにあたっての、基本的知識や注意点を教えてください。

○回 答○



顧問弁護士 小林裕彦  
(岡山弁護士会所属)

昭和59年一橋大学法学部卒業後、労働省(現厚生労働省)入省。平成元年司法試験合格。平成4年弁護士登録。会社顧問業務、企業法務、訴訟関係業務、行政関係業務、破産管財人、民事再生監督委員、地方自治体包括外部監査業務などを主に取り扱う。

取引のスピードやビジネスの効率、契約の相手方との関係などから、見積書や請書は作成しても、契約書までは作成しない、ということは珍しくないようです。しかし、それで大丈夫なのでしょう。

### 契約とは何か

契約とは、「互いに対立する複数の意思表示(申込みと承諾)の合致によって成立する法律行為」などと定義されます。例えば、請負契約は、「仕事を完成する」という意思表示と「仕事の結果に対して報酬を支払う」という意思表示が合致することによって成立します。

契約の定義からも明らかのように、契約は意思表示の合致によって成立するので、口頭によっても成立します。したがって、契約は必ずしも契約書によらなければならないわけではありません(ただし、法律で契約書の作成が必要とされている場合があります。)

### 契約書の機能

契約書の機能とは何でしょうか。まず、文書として具体的に特定できることから、契約当事者の合意内容が明確になります。また、文書として客観的に存在することから、いわゆる口約束よりも慎重な対応が期待できます。そして、文書として残るということは、契約の証拠が残るということでもあります。

これらの機能は、契約に関するトラブルが生じたときや、裁判で争いになったときを想定すれば、その重要性を御理解いただけるかと思います。そうすると、トラブルや争いが生じたときに、自己に有利に働く契約書を作成すること、少なくとも自己に不利に働かない契約書を作成する必要があるということになります。また、第三者、特に裁判所が契約書の記載をどのように解釈するか、という観点も忘れてはなりません。

### 契約書作成の注意点

契約書を作成するにあたっては、生じる可能性のあるトラブルを想定し、その対応について自己に有利に働くように、少なくとも自己に不利に働かないように、そして、それらを明確に定める必要があります。例えば、請負契約であれば、仕事の内容、着手時期や完成時期、報酬金額や支払方法、それらの変更等を明確に定めておくことは必須といえるでしょう。

契約の相手方によっては、相手方の提示する契約書によって契約しなければならないという事情があるかもしれません。しかし、そのような場合であっても、部分的な覚書等の作成を交渉する、曖昧な条項についてだけでも修正を求める等により、必要以上に自己に不利に働くことを防ぐことは可能です。

### まとめ

きちんとした契約書を作成しようとする、取引のスピードやビジネスの効率が低下するよう感じられるかもしれません。しかし、想定外のトラブルにより、企業全体が大ダメージを受ける事態もないわけではありません。

重要な取引については、社内での十分な検討はもちろん、弁護士等の専門家へ御相談されることをお勧めいたします。



**ポイント** 相続人間で債務の相続の合意をしても債権者は法定相続分に従って請求できる。

## 法務虎の穴 第64回 「金銭債務の相続」 弁護士 小林 裕彦

### 【相談】

先日、父が亡くなりました。母は既に亡くなっているため、相続人は私と兄の二人です。

遺産は、積極財産としては自宅の土地建物があるのみで、借入債務が1000万円ありました。不動産は先相伝来のものだったので兄が相続し、その代わりに、債務もすべて兄が相続するという分割協議書を作りました。

ところが、その後、債権者から私に対して、借入債務の半分の500万円を支払えと請求が来ました。私は兄との分割協議を理由に請求を拒めるのでしょうか。

### 1 債務の相続と遺産分割協議

遺産分割の対象は積極財産であり、原則として債務は分割の対象にはなりません。被相続人の有していた金銭債務は、相続人が相続放棄などをしない限り、相続分に応じて当然に分割承継されると解されています。

この点、債務も相続財産であることに変わりはないので、これを遺産分割の対象財産に取り込んで分割協議をすることはできます。しかし、法定相続分と異なる債務の分割をしても、その部分については、いわゆる免責的債務引受に該当しますので、債権者には対抗できません(免責的債務引受には債権者の承諾が必

要です)。

今回の事例の遺産分割協議も、弟が法定相続分に従って承継した500万円の債務を兄が免責的に引き受けるというものであり、債権者には対抗できません。

ただし、このような合意も相続人の内部関係では有効です。相談者は、債権者に債務を弁済した場合、兄に対して求償することが出来ます。

### 2 遺言による相続分の指定

さて、金銭債務は、相続開始と同時に相続分に応じて当然に分割されるとしても、遺言によって、法定相続分と異なる相続分の指定があった場合はどうなるのでしょうか。

例えば、今回の事例で、兄に5分の4、弟に5分の1の遺産を相続させるといふ遺言があった場合などです。

この場合も、共同相続人間の内部関係では、各相続人は、遺言による指定相続分の割合で相続債務を承継しますが、債権者には相続分指定の効力は対抗できないと解されています。

その一方で、判例は、債権者の方から、各相続人に対して、指定相続分に応じて債務の履行を請求することも妨げられないとしています。

そのため、上記の事例では、①相続人の内部関係では兄が800万円、弟が200万円の債務を負担することになる

が、債権者から、法定相続分に従って各500万円ずつ請求された場合には、これを拒むことはできない。②ただし、債権者の方から指定相続分に応じて兄に800万円、弟に200万円の請求をすることもできる(兄は法定相続分を理由に500万円しか支払わないとは主張できない)、ということになります。

以上のように、金銭債務の相続は、相続人の内部関係と債権者等の外部関係を分けて考える必要があるなど、法律関係が意外と複雑ですので、注意する必要がありますね。



筆者プロフィール

小林 裕彦(こばやし やすひこ)

昭和35年大阪市生まれ、玉野市在住。昭和59年3月に一橋大学法学部を卒業後、労働省(現厚生労働省)勤務を経て、平成4年4月に弁護士登録。専門は、企業法務、民事事件のほか、民事再生の監督委員や破産管財人など。岡山弁護士会副会長、岡山市の包括外部監査人等を歴任。平成7年6月から本会顧問弁護士。事務所は、岡山市北区弓之町2番15号弓之町シティセンタービル6階。

**ポイント** 遺産の範囲で紛争になっている場合は、まず訴訟でそれを確定してから遺産分割の協議に入る。



## 法務虎の穴 第65回 「遺産の範囲をめぐる争い」

弁護士 小林 裕彦

### 【相談】

父が残した遺産について、兄弟で遺産分割の協議をする必要があるのですが、父名義の土地の分割のことで話が進みません。長男が、土地の購入資金を出したのは自分であり、土地は自分のものだと言い張っているからです。私はどうすればよいのでしょうか。

### 1 遺産の範囲をめぐる争い

特定の財産が遺産に該当するののか否かということは、しばしば問題となります。

不動産については、登記簿上の所有名義と実際の所有とは必ずしも一致しませんし、預貯金などでも同様の問題が生じ得ます(預金名義が被相続人であっても、実質的には他人の預金であることもありますし、その逆もあります)。

遺産分割の方法としては、①相続人間の協議、②遺産分割調停を利用した協議、③調停がまとまらない場合に家庭裁判所が分割内容を定める遺産分割審判、の3つがありますが、今回の事例のように、遺産をどう分割するか以前に、遺産に該当するののか否かに争いがある場合、どうすればよいのでしょうか。

結論としては、遺産の範囲に争いがある場合でも、家庭裁判所に遺産分割調停を申し立て、調停がまとまらない場合

は、遺産分割審判を求めることができます。審判手続においても、家庭裁判所は、遺産分割の前提としての遺産の範囲を判断できると判示した最高裁判例があるためです。

### 2 審判手続と訴訟手続の違い

ところで、家庭裁判所は、遺産分割審判の前提問題として、特定の財産が遺産に含まれるののか否かを判断することができますが、この判断には、既判力が生じないと解されています。既判力とは、裁判所の判断に生じる拘束力のことで、(民事訴訟の判決には既判力がありません)。

既判力が生じないということは、遺産分割審判とは異なる判断を求めて、別に民事訴訟を提起することができるということです。今回のケースでいうと、被相続人名義の土地が遺産に含まれるという判断を前提とした遺産分割審判が確定しても、後から、当該土地が遺産に含まれない(長男の所有である)ことの確認訴訟を提起することができます。

そして、民事訴訟で、当該土地は遺産に含まれないという判断がなされた場合、そちらが優先され、先の遺産分割審判は無効となってしまいます。

### 3 実務での取扱い

上記のように、せっかく審判手続で遺産の範囲について判断しても、後から民

事訴訟で覆されると意味がありません。そこで、実務上、家庭裁判所は、遺産の範囲に深刻な争いがある場合には、調停手続や審判手続を一時停止して、訴訟による確定を求めるのが一般的です。

そのため、今回のケースでも、話し合いによる解決が難しい場合、訴訟提起して、まず遺産該当性の問題に決着をつけることが必要になってくるでしょう。

今回お話しした問題は、相続人の該当性、遺言の有効性、特別受益や寄与分の存否のような遺産分割の前提問題にも同様に当てはまります。専門家としては、手続の違いや流れを正確に押さえておく必要がありますね。



筆者プロフィール

小林 裕彦(こばやし やすひこ)

昭和35年大阪市生まれ、玉野市在住。昭和59年3月に一橋大学法学部を卒業後、労働省(現厚生労働省)勤務を経て、平成4年4月に弁護士登録。専門は、企業法務、民事事件のほか、民事再生の監督委員や破産管財人など。岡山弁護士会副会長、岡山市の包括外部監査人等を歴任。平成7年6月から本会顧問弁護士。事務所は、岡山市北区弓之町2番15号弓之町シティセンタービル6階。

ポイント ライバル会社に就職しないという合意は、①必要性、②退職前の地位、③競業禁止の期間や地域、④代替措置等を考慮して有効性を判断する。

法務虎の穴 第66回 「従業員の退職と競業禁止義務」 弁護士 小林 裕彦

【相談】

昨年、当社に長年勤務してきた従業員Aが退職したのですが、先日、取引先からの情報で、Aが当社のライバル会社に転職したことがわかりました。当社での経験を利用して、当社の利益に反する行為をするのは、思を仇で返すようなもので許せません。Aの行為は違法ではないのでしょうか。

1 退職従業員の競業禁止義務

就業規則には、従業員の在職中の競業を禁止する規定があるのが通常ですが、仮に就業規則に規定がなくても、従業員には競業禁止義務があると考えられています。労働者には、労働契約から生じる信義則上の付随義務として、使用者と利益相反する行為を差し控える義務があると解されるからです。

もっとも、退職後は、使用者との契約関係がなくなり、逆に、元従業員には職業選択の自由があるわけですから、当然には競業禁止義務は生じません。今回のケースでは、ライバル会社に就職しないこと等を内容とした誓約書や合意書を作っておく必要があったといえます。

2 競業を制限できる範囲

元従業員には職業選択の自由がありますから、誓約書や合意書さえ作ればそれでよい、ということにはなりません。仮

に、同業他社への就職を今後一切禁止するという内容の誓約書や合意書を作っても、無効となる可能性が非常に高いといえます。

では、どの程度なら、退職従業員の競業を制限できるのでしょうか。

この点が争われた裁判例では、一般的に、①競業禁止義務を課す目的(必要性)、②従業員の退職前の地位、③競業が禁止される期間、職種、地域の範囲、④代替措置の有無や程度等の諸事情を考慮して、競業禁止の合意の有効性を判断しています。

大手家電量販店のケースでは、当該従業員が、店舗での販売方法や人事管理の在り方を熟知する重要な地位にあること、競業禁止期間が1年間であることから、競業禁止を定めた誓約書は有効であると判断されています。

逆に、競業禁止期間が1年間であっても、地域や業務に限定がないこと、当該従業員の地位・職務、代替措置がないこと等から、競業禁止規定を無効と判断したものもあります。

3 競業禁止を定める際のポイント

様々な事例をみる限り、「競業禁止の期間が1年程度であれば有効」などといった単純な基準はなく、事案に応じて総合的に判断するしかありません。

ポイントは、客観的にみて、元従業員の職業選択の自由を制限してまで競業を禁

止する必要性が会社にあるか、制限の度合いが職業選択の自由との兼ね合いでバランスが取れているか、ということです。

たとえば、ある程度重要な地位を有する従業員であっても、会社の市場が岡山県内に限定されていて、他府県へ進出する具体的な計画もないのであれば、他府県を市場とする同業他社へ転職を禁止する合理性は、通常、認められないでしょう。

今回のケースのように、有効な競業禁止条項を事前に定めていない場合、退職後に競業行為が発覚しても対抗措置を取ることが困難です。専門家としては、問題が生じる前に適切なアドバイスをする必要がありますね。



筆者プロフィール  
小林 裕彦(こばやし やすひこ)

昭和35年大阪市生まれ、玉野市在住。昭和59年3月に一橋大学法学部を卒業後、労働省(現厚生労働省)勤務を経て、平成4年4月に弁護士登録。専門は、企業法務、民事事件のほか、民事再生の監督委員や破産管財人など。岡山弁護士会副会長、岡山市の包括外部監査人を歴任。平成7年6月から本会顧問弁護士。事務所は、岡山市北区弓之町2番15号弓之町シティセンタービル6階。

**ポイント 退職の際の有給休暇使用には、実は効果的な対抗策がない。**



## 弁護士の コラム



こばやし やすひろ  
弁護士 小林 裕彦  
(岡山弁護士会所属)

TEL : 086-225-0091

FAX : 086-225-0092

昭和59年一橋大学法学部卒業後、  
労働省（現厚生労働省）入省。平成  
元年司法試験合格。平成4年弁  
護士登録。会社顧問業務、企業法  
務、訴訟関係業務、行政関係業  
務、破産管財人、民事再生監督委  
員、地方自治体包括外部監査業務  
などを主に取り扱う。

## 退職の際の有給休暇使用

### 退職の際の有給休暇取得は拒むことができない

労働者が退職する際に、未消化の有給休暇を一括して請求してくることはよくあると思います。会社の人員に余裕があって、引継ぎなどが完了している場合には、この有給休暇の取得を認めることに問題はないでしょうが、そうでない場合、会社としては、有給休暇の取得を避けてもらいたいと考えることもあるのではないのでしょうか。

有給休暇の取得を適法に拒否できる根拠としては、時季変更権（労働基準法39条5項）を行使することが考えられます。

この時季変更権とは、労働者が請求するとおりに有給休暇を認めると、会社の正常な事業運営が妨げられてしまう場合に、有給休暇取得日を別の日に変更するものです。しかし、この時季変更権は、別の日に有給休暇を取得させることができることを前提としているので、従業員が退職してしまう場合、別の日に有給休暇を与えることはできず、時季変更権は行使できません。

### 有給休暇の買取りもできない

では、会社が労働者の有給休暇を買い取る（有給休暇を消滅させる）ことはできないのでしょうか。

結論からいえば、有給休暇は強制的に買い取ることができません。会社による有給休暇の買取りを認めてしまうと、会社は金銭さえ支払えば労働者に休暇を与えることなく働かせ続けることができることになってしまい、労働者にきちんと身体と精神を休める日を与えようとした有給休暇の制度趣旨に反するからです。また、同じ理由で、合意によって有給休暇を買い取ることも原則として許されません。

### 取りうる手段としては、任意の協力を求めることしかできない

そこで、会社として取りうる手段は、労働者に事情を説明したうえで、有給休暇の取得をしないで、業務の協力などをするようお願いするしかありません。ただ、労働者にもメリットがないと、まず協力してくれないでしょうから、会社としては、業務に協力することによるメリットを提示する必要があります。この場合は、労働者が有給休暇の請求をしないようお願いするだけで、有給休暇を消滅させるわけではないので、必ずしも法律により禁止されません。

メリットの典型としては、経済的な利益を与えることが考えられます。具体的には、労働者が有給休暇の請求をしないのであれば、金銭を支払う等と提案することが考えられます。どの程度の金銭を支払うかは、法律で決まっているわけではなく、労働者が担当している業務の重要性や労働者の協力を必要としている程度によって異なってきます。

## 別府鉄輪温泉（大分県）

何だ今さら別府の鉄輪かあと思われるかもしれませんが、なかなかどうして。別府は非常に奥が深いですよ。

別府温泉は、全体をそう言うものではありません。別府八湯と言いまして、別府，浜脇，亀川，堀田，柴石，観海寺，明礬，鉄輪（かななわ）に分かれます。個人的には，鉄輪の湯煙の風景とノスタルジックな感じと湯治場的な感じが好きで，年に何回かは湯治的に訪れます。

鉄輪の穴場は，坊主地獄の出口の手前にある俗に「地獄3丁目の湯」と呼ばれる温泉です。ここはもともと坊主地獄のオーナーのプライベートな温泉を開放してくれているものでして，一般客には温泉に入れるという表示をしていません。知る人ぞ知るという温泉です。このブルーが深いですね。メタケイ酸の濃度が半端ではなく，ツルツルです。鉄輪の神和苑，観海寺のいちのいで会館，湯布院の庄屋の館などと同系統のブルーです。

それから，別府には共同湯も多い。一つ一つにそれぞれ趣と個性があります。別府全体の共同湯は200以上あるので，本当に巡りがいがあります。

共同湯の変わり種といえば，別府競輪場の中の温泉，お寺の中の温泉，劇場の中の温泉，料理を食べないと入れない温泉などさまざまな温泉があり，100円で入れる温泉も数多くあります。

別府はどここの旅館がいいですか？と聞かれますが，私の定宿は鉄輪温泉の黒田やです。夕食は洋食的創作料理，朝食はりゅうきゅうなどの地元の料理が出て，泉質も湯量も鉄輪の中でもトップクラス。スタッフの感じもとてもいいです。そのほか，鉄輪温泉の豊山荘やアサヒ屋もヌルヌル系とシュワシュワ系でレベルが高いですね。

鉄輪温泉 地獄3丁目の湯



鉄輪温泉 黒田や



鉄輪温泉 豊山荘



鉄輪温泉 アサヒ屋

