

特集1 最近の法律問題

- ・ソフトウェア開発における労働関係の適正化
弁護士 近藤 剛 史
- ・成年後見人制度の運用と課題について
弁護士 吉田 昌 史

特集2 新人弁護士のご挨拶

昨年末より新たに吉田弁護士を迎え、新体制がスタート致しました。

吉田弁護士にとって本年度は弁護士1年目に当たりますが、この半年あまり近藤弁護士と共に執務に取り組んで参りました。

今後ともご恩顧を賜りますよう改めて皆様にご挨拶をさせていただきます。

ソフトウェア開発における労働関係の適正化



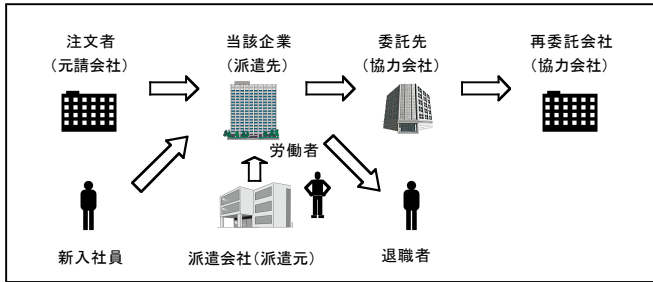
こんどう つよし
弁護士 近藤 剛史

1993年
大阪弁護士会に弁護士登録
知的財産保護を中心に活動。
その他、企業法務・一般民事
など幅広い分野を扱う
2005年～現在
関西大学総合情報学部大学院
非常勤講師
2007年～現在
立命館大学法科大学院
非常勤講師

弁護士として16年目の2008年、
「近畿黒煙ゼロ推進連絡協議会」
副会長として環境問題にも積極的に
取り組んでいる。

1 はじめに

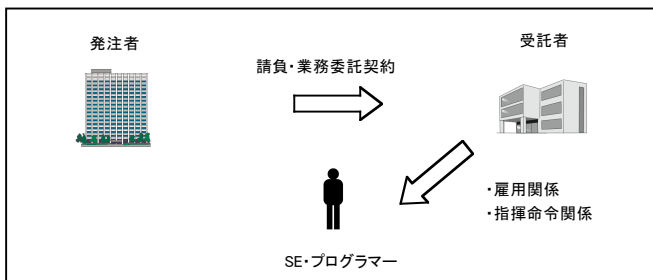
今日、ソフトウェア開発においては、複数の企業や労働者（SEやプログラマー）が関係する場合がほとんどですが、近時、ソースコードやノウハウ、あるいは個人情報・営業秘密等の情報管理のみならず、コンプライアンス経営上、適正な労働関係の構築及びそのための適切な契約処理を行っておくことの重要性が再認識されています。



2 請負契約と業務委託契約の違い

請負契約とは、労働の結果としてソフトウェア（仕事）の完成を目的とするものであり（民法632条）、委託契約とは、善良なる管理者の注意を持って業務（解析やコーディング作業等）を処理する委任ないし準委任行為を言います（民法656条）。両者の違いは、ソフトウェア（仕事）の完成義務まで負うかどうか存し、請負契約の場合には、当然、要求仕様や外部設計などが事前に確定されていなければならない、また、その対価も高額になるのが一般的です。

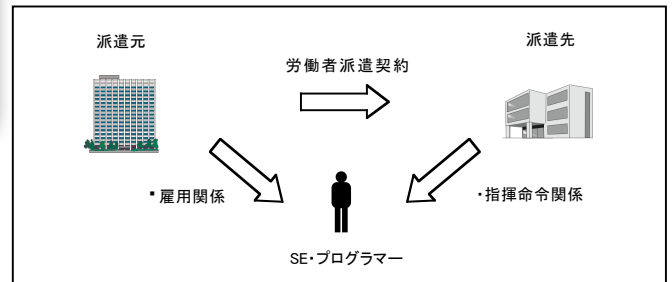
いずれの場合においても、実際の開発業務を行うSE（システム・エンジニア）やプログラマー（労働者）と受託者との間には、雇用関係が存することになり、下の図のように労働基準法及び労働安全衛生法上の義務のすべてを受託者側が負うこととなります。



3 請負（業務委託）契約と派遣契約の違い

他方、労働者派遣の場合には、発注者と労働者との間に、指揮命令関係が生ずることになる点が異なります。当該契約が、請負（業務委託）契約となるのか、それとも派遣契約となるのかについては、「労働者派遣事業と請負により行われる事業との区別に関する基準」（昭和61年労働省告示第37号）（<http://www.mhlw.go.jp/general/seido/anteikyoku/manual/dl/19.pdf>）により判断し、この基準を満たさない場合には、契約形式にかかわらず、労働者派遣事業に該当し、労働者派遣法の適用を受けることになります。

そして、労働者派遣においては、下の図のように派遣元、派遣先のそれぞれが一定の責任を負う形となります。



4 偽装請負とは

近時問題となっている「偽装請負」とは、形式的には、請負（委託）等としているが、その実態は労働者派遣を行っている場合のことを言います。その実態によっては、労働派遣法違反や職業安全法（労働者供給の禁止）違反となる場合があり、刑事罰が科される場合もありますので注意が必要です。

1 典型的なケース

請負と称しながら、発注者が受注者の労働者に対し、直接的に業務の細かい指示や教育を行っていたり、出退勤の管理を行っている場合。

2 多重派遣のケース

何社もの業務委託、再委託の契約が連なっているが、実際には、最初の委託者（発注者）が最後の受託者の労働者に対し指揮命令を行っている場合。

3 1人請負のケース

請負契約における請負会社が、その労働者との間において雇用契約を締結せず、個人事業主として請負（委託）契約を締結し、その実態は、注文会社の業務指示によって開発業務等を行う場合。

5 ソフトウェア・情報処理業における請負の適正化

ソフトウェア開発作業等において、適正な請負契約であると言えるためには、①業務処理方針につき、発注者が介在せずに受託者が決めること、②労働者の勤怠管理を発注者が介在せずに決めること、③労働者の選定等についても受託者が決めること、④協力会社に再委託する場合においても、その業務につき発注者等が介在しないことが必要と言えます。

また、ソフトウェア（仕事）の完成について、受託者が事業主としての事実上及び法律上のすべての義務を負わなければならない、実態としても、単なる肉体的な労働力の供給ではなく、何らかの技術性・専門性等により業務を行っているということ、つまり、外部業者との間において契約を締結する合理性が必要と言えますので、この点についても十分考慮しておく必要があります。

成年後見制度の運用と課題について

1. 成年後見制度とは

成年後見制度は、高齢者など判断力が著しく低下した人のために、成年後見人と呼ばれる法定代理人が、本人の財産管理や身上配慮をすることができる制度で、2000年（平成12年）に施行されました。

ここ数年で、社会の高齢化の拡大と共に、制度の存在はずいぶん多くの人に知られるようになりましたが、ここでは成年後見制度の具体的な中身について、少しだけお話しさせていただこうと思います。

2. 法定後見制度と任意後見制度

成年後見制度には、法定後見制度と任意後見制度があります。

前者は、判断力の著しい低下がある人について、その配偶者や親族など、一定の者が家庭裁判所に成年後見人の選任を申立てるものであり、家庭裁判所の審判により法定後見が開始されます。

後者は、あらかじめ、本人が任意後見受任者（将来の後見人）との間で任意後見契約を、公正証書により締結・作成した上で、配偶者などの請求により家庭裁判所の審判により後見監督人（後見人を監督するもの）が選任されて、はじめて任意後見が開始されます。

また、法定後見制度では、後見開始後、本人が第三者と締結した契約などの法律行為を後見人が独自の立場で取り消すことができますが、任意後見人はあくまでも本人から任意に授与された代理権しか有していないので、独自に取消権を行使することはできません。

3. 本人の意思と後見人の選任

成年後見制度の理念である、本人の意思を尊重にあることを考えれば、あらかじめ本人が後見人を指定できる任意後見制度はすぐれているようにも思われます。しかし、任意後見契約締結時に、本人の判断力がすでに相当に衰えていたときの契約の有効性の問題や、後見受任者とほかの親族との間の財産上の利害関係に本人が巻き込まれるなどの事実上の問題など、本人の意思の尊重と、本人の真の利益の調和という問題から、後見受任者以外にも含めた家族や親族相互の見守りも不可欠となります。

最高裁判所のホームページ資料によれば、平成18年度の法定後見開始審判の申立件数が29380件であるのに対し、任意後見監督人選任の審判申立の件数はわずか360件と法定後見の100分の1強であり、任意後見制度はまだあまり利用されていないようです。

いっぽう、法定後見制度では、家庭裁判所が後見人の選任について最終的な決定をし、またその時点では、本人の判断力が著しく低下していることも多く、本人が直接、後見人の選定についての意思を表明し、反映させることが難しいようにも思われます。しかしながら、配偶者など申立人は、家庭裁判所に対して、後見人候補の提案をすることもできますし、裁判所も、中立的客観的な立場から、真に本人の利益にかなうべく後見人選任の判断をすると期待されますので、決して、本人や家族の意思が無視されるわけではありません。

最高裁判所のホームページ資料によれば、裁判所が選任した成年後見人の82.9%が、本人の親族や配偶者です。

よしだ まさふみ
弁護士 吉田 昌史

2000年
京都大学法学部卒業
2004年
京都大学大学院法学研究科
修士課程
2006年
大阪市立大学大学院
法学研究科修了
2006年
司法研修所入所
修習期:新60期 修習地:大阪
2007年
大阪弁護士会に弁護士登録
2007年12月20日
近藤総合法律事務所入所



4. その他の問題点

法定後見、任意後見いずれにおいても、後見開始の必要性につき裁判所が判断する際には、鑑定をすることが求められます。最高裁判所のホームページ資料によれば、法定後見の後見開始審判の申立てにつき、5万円以下の鑑定費用が全体の47.7%、5万円以上10万円以下が全体の50.6%と、かつての禁治産制度でいわれたような、高額な鑑定費用を要するものではなくなりつつあるようです。

また、法定後見、任意後見のいずれについても、後見人を複数選任することができます。役割ごとの後見人を選任することで、より本人の意思を尊重し、利益にかなう財産管理と身上配慮の実現を目指すというものです。

たとえば、身上配慮の後見人に親族が就任し、財産管理の後見人に弁護士や司法書士などの専門家が就任するといったこと、また、介護福祉を専門にするNPO法人などの法人を後見人に選任することも可能です。

5. まとめ

高齢者の財産の管理や、身上の配慮というのは、悩ましいことであり、また、ついつい「まだ大丈夫」と具体的な問題が顕在化するまで、先送りにしがちな問題です。しかしながら、高齢者本人の幸福や、また、親族間での将来の財産のトラブルを避けるためにも、転ばぬ先の杖として、これから成年後見制度を上手に活用できるようにしていきたいものです。

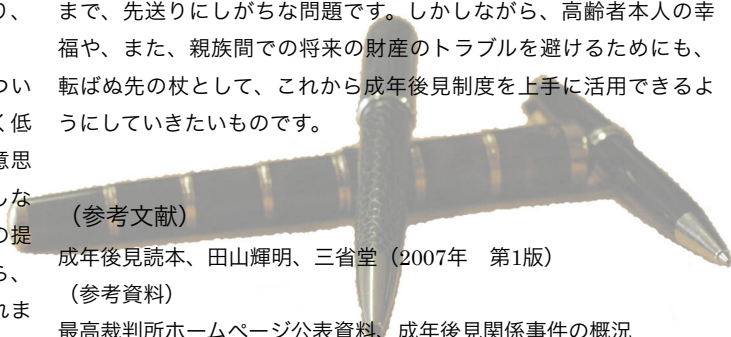
(参考文献)

成年後見読本、田山輝明、三省堂（2007年 第1版）

(参考資料)

最高裁判所ホームページ公表資料、成年後見関係事件の概況

<http://www.courts.go.jp/about/siryoo/pdf/seinen07.pdf>



新人弁護士のご挨拶



はじめまして。弁護士の吉田昌史と申します。

法科大学院（ロースクール）そして新司法試験制度による法曹養成の第1期生として司法修習を終え、昨年12月の弁護士登録と共に、近藤総合法律事務所において弁護士として執務を始めました。

大阪市阿倍野区で生まれ育ち、高校までは地元の公立に通い、大学は京都に通学しましたが、ロースクールではまた地元の大阪市立大学と、大阪づくしてこれまでの30年を歩んで参りました。また、出身高校は、大阪府立天王寺高校で、近藤剛史先生の後輩にあたります。

司法試験合格後、ロースクール時代の恩師が、私を近藤剛史先生に紹介して下さったことがきっかけで、近藤総合法律事務所の一員として加えていただくことになりました。

幅広く一般民事事件を取り扱いつつも、知的財産法分野という専門性のある近藤総合法律事務所、研鑽を積むことができることを嬉しく思い、また、近藤剛史先生の優しいお人柄、そして、事務所全体の温かい雰囲気のもと、私も、リラックスして、日々、仕事をさせていただいています。

知的財産法分野、企業法務、一般民事については、剛史先生に倣って、依頼者の利益のために自分自身のできる限りを尽くす弁護士になりたいと思います。

また、興味ある分野として、学生時代に父を介護し看取ったこと、また、現在も祖母を介護していることなどから、成年後見制度はじめ、高齢者の法律問題について、勉強しながら社会に還元することができたらと思います。

業務開始から半年あまり、まだまだ未熟で、剛史先生の背中を追いかけるばかりの毎日ですが、誠実に真面目に仕事に取り組むことだけは忘れず、成長していきたいと思っています。事務所の弁護士として、近藤剛史先生、近藤千秋先生そして事務局のみなさんと共に、依頼者のみなさんのために一生懸命、日々の業務を誠実にこなして参ります。よろしくお願い致します。

吉田 昌史



近藤総合法律事務所

(企業法務、ベンチャー法務、事業再生、知財法務、不動産法、一般民事)

近藤総合法律事務所 MAP 地下鉄堺筋線・谷町線 南森町駅①番出口西へ150m



〒530-0047 大阪市北区西天満5-1-3 南森町パークビル6階
TEL:06-6314-1630 FAX:06-6314-1409

ホームページ URL

<http://www.kondolaw.jp>

お問い合わせ

E-mail webstaff@kondolaw.jp

弁護士 近藤千秋

弁護士 近藤剛史

(tsuyoshi@kondolaw.jp)

弁護士 吉田昌史

(yoshida@kondolaw.jp)