ISSN　0912-2095

法律実務研究

東京弁護士会法律研究部

第34号　2019年3月

●医療問題に関する考察論考
…… 医療過誤法部

●取締役の報酬規制に関する一考察
…… 会社法部

●給与前払サービスと規制法制
…… 金融取引法部

●債権譲渡に関する民法改正（譲渡制限特約付債権、債権譲渡と相殺）の倒産実務への影響
…… 倒産法部

●知的財産権の侵害告知と不正競争防止法2条1項15号
…… 知的財産権法部

●裁判手続等のＩＴ化
…… インターネット法律研究部

●信託と租税
…… 信託法研究部

●ＬＧＢＴに関する裁判例と地方自治体の取組み
…… LGBT法務研究部

●自動運転による事故の民事責任と被害者補償
…… ＡＩ研究部

●区分所有マンションにおける住宅宿泊事業の差止めの可否に関する考察
…… マンション管理法律研究部

東　京　弁　護　士　会

法律実務研究　第34号

▷発刊にあたって ……安井　規雄 …… 1
▷はしがき ……軽部龍太郎 …… 3
●医療問題に関する考察論考
医療過誤法部／**福原　正和**… 5
●取締役の報酬規制に関する一考察
会社法部／**アロン・J・トーマス**… 25
●給与前払サービスと規制法制
金融取引法部／**田中　貴一**… 49
●債権譲渡に関する民法改正（譲渡制限特約付債権、債権譲渡と相殺）の倒産実務への影響
倒産法部／**志甫　治宣**… 77
●知的財産権の侵害告知と不正競争防止法２条１項15号
知的財産権法部／**鈴木佑一郎**… 129
●裁判手続等のＩＴ化
インターネット法律研究部／**藤﨑　太郎、神谷　延治、藤田　晶子、小早川真行、西川　達也**… 161
●信託と租税
信託法研究部／**清水　　晃**… 223
●ＬＧＢＴに関する裁判例と地方自治体の取組み
LGBT 法務研究部／**五島　丈裕**… 261
●自動運転による事故の民事責任と被害者補償
ＡＩ研究部／**金子　敬行**… 305
●区分所有マンションにおける住宅宿泊事業の差止めの可否に関する考察
マンション管理法律研究部／**石川　直紀、香川　希理**… 357

【活動報告】

医療過誤法部、会社法部、家族法部、金融取引法部、刑事弁護部、国際取引法部、相続・遺言部、倒産法部、独占禁止法部、不動産法部、知的財産権法部、インターネット法律研究部、行政法研究部、自治体等法務研究部、信託法研究部、不法行為法研究部、食品安全関係法研究部、LGBT 法務研究部、子ども法部、弁護士業務部、ＡＩ研究部、マンション管理法律研究部……403

発刊にあたって

今日、社会の複雑化・高度化により、多様で新しい法律問題が日々生起しており、その状況にあわせて新規の法律・政令等の制定や改正がめまぐるしく行われています。今日の弁護士にはそれに対処しうる専門性を備えた実務能力と知見が必要とされています。東京弁護士会の法律研究部は、弁護士の自己研鑽と共同研究による専門的知識の向上を目指して、昭和56年に発足しました。現在、22の専門分野についての法律研究部が活動し、継続的に活発な研究活動を行い、その成果にもとづき、当会の開催する各種の研修においても、その専門的知見に基づき講演や講義を担当しています。

本書「法律実務研究」は、昭和61年に各法律研究部の研究成果を発表する研究報告集として創刊され、それ以来毎年発刊を継続し、この度、平成30年度の研究成果をまとめた第34号を発刊する運びとなりました。各法律研究部の研究成果が、本書を通じて会員のみならず、大学等の研究者・実務家の方々にも広く活用されることを期待しております。

なお、ご多忙にもかかわらず、本書に論文等の研究成果をお寄せいただきました研究部の部員各位並びに本書の制作を担当されました東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会の方々のご尽力にあらためて感謝申し上げます。

2019年3月

東京弁護士会会長　**安　井　規　雄**

はしがき

弁護士が法律実務家として紛争解決あるいはその予防に関与するためには、正確な法的知識の習得とその実践経験の積み重ねが必要です。東京弁護士会では、弁護士が日々研鑽することの重要性をいち早く認識し、他会に先駆けて昭和56年に法律研究部を創設しました。その後、社会の複雑化・高度化、法律実務の高度専門化に対応し、現在は22の研究部が活動しております。

本書「法律実務研究」は、法律研究部における研究成果を会員に還元するため、昭和61年に第1号を発刊して以来毎年継続して発行してきたもので、本号で第34号となっております。本号は、医療過誤法部、インターネット法律研究部、会社法部、金融取引法部、信託法研究部、知的財産法部、倒産法部、マンション管理法律研究部、AI研究部及びLGBT法務研究部が各々の法律分野で重要かつ関心の高い課題について研究した成果をまとめたものです。

会員の皆様におかれましては、是非ともこれら研究成果を日々の実務の改善にご活用下さい。

終わりに、本号に寄稿いただいた各法律研究部の部員の皆様並びに発刊にあたりご尽力いただいた事務局の方々に厚く御礼申し上げます。

2019年3月

東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会
委員長 **軽　部　龍太郎**

医療問題に関する考察論考

医療過誤法部

*目　次

一　はじめに ……6

二　診療ガイドラインとは ……6
1　民事医療訴訟……6
2　医療水準 ……7
3　診療ガイドライン ……9
（一）定義 ……9
（二）背景 ……9
（三）内容と役割……10
（四）問題点 …… 12

三　医療界と法曹界における診療ガイドラインに対する考え方 ……13
1　医療界における診療ガイドライン ……13
2　法曹界における診療ガイドライン ……13
3　診療ガイドラインに関する認識 ……13
4　医療界と法曹界 ……14
（一）考え方の違い ……14
（二）福島県立大野病院事件…15
5　小括 ……16

四　内科メジャー3診療科目における裁判例の検討……17
1　検討の目的……17
2　呼吸器内科 ……18
3　循環器内科……18
4　消化器内科……19
5　小括 ……19
（一）「規範」と「指針」……19
（二）診療ガイドラインへの従属性と法律要件充足性…． 20

五　結語 ……21

一　はじめに

民事医療訴訟においては、主として医療機関側において過失があったかどうか、すなわち特定時点の診療過程において、患者の所見等から注意義務に従って何かをすべきであった、あるいは何かをすべきではなかったかが問題となる。

この注意義務の認定にあたって訴訟で提出されることの多い証拠として、医療界により作成されている診療ガイドラインというものがある。

近年の民事医療訴訟においては、争点に診療ガイドラインが存在する場合、ほぼ例外なく診療ガイドラインが証拠提出されているものの、これに対する医療界と法曹界における思惑は異なる。

端的に、医療界としては何よりも患者を第一にして如何に日本の医療をよいものとするかを考えているに過ぎない一方で、法曹界としては診療ガイドラインを民事医療訴訟における有用な証拠として利用したいという考えがある。

そこで、本稿では、医療界と法曹界の相互理解を目的と設定して、診療ガイドライン自体についての概説、医療界と法曹界における考えの違いを述べた上で、内科メジャー3診療科目（呼吸器内科、循環器内科、消化器内科）での民事医療訴訟判決におけるガイドラインの使用方法の分析を行う。

二　診療ガイドラインとは

1　民事医療訴訟

主として医療機関側に注意義務違反があったかどうかが争われ、この注意義務の基準となるものは、①診療当時の②いわゆる臨床医学の

実践における医療水準とされる[1]。

①の意味として、「診療当時」を問題としている以上、当該診療より後に医療水準とされたものは直接には注意義務の基準とはならない。

また②の意味として、医療においては技術が学問や研究から臨床に広がるところ、学問や研究段階にとどまるものは未だ基準ではなく、あくまで臨床において実践されている水準を以て注意義務の基準とするものである。

訴訟におけるこの医療水準の使われ方をひらたくいえば、医療機関側の行為が医療水準より上か下かを考えて過失を捉えることとなり、ここに原告と被告で攻撃防御が尽くされる。

2　医療水準

このような医療水準をどのようにして設定するかという段階で、本稿のテーマである診療ガイドラインが出てくることとなる。

医療訴訟においては、原告と被告は、種々の医学文献、該当診療科目の専門医の意見書、薬剤に関する添付文書、診療ガイドライン等を提出する。

そして、医療機関の性格や医療機関の所在地域、医師の専門分野等を加味して医療水準を主張し、注意義務違反の有無を主張していく。

ここで、医療機関の性格について、医療提供は国家政策的な面も考慮されるところ、クリニックや大学病院との違い等、当該医療機関に期待されている性格をいう。例えば1人医師として診療をしている医療機関と、同じ地域で大学病院として診療をしている医療機関では、後者では研究を含めて日本の医療を支える医療を行っているところ、同様の医療水準は適用されない。

医療機関の所在地域について、東京などの都心部と、地方の過疎地域では、仮に同じ医療機関の形態をとっていたとしても、マンパワー等に大きな差異があるところ、同様の医療水準は適用されない。

同様の医療水準を適用した場合、都心部にマンパワーが集中しがちで、都心部の医療水準が高くなる一方で、この水準を地方医療に押し付けることとなる。すなわち、マンパワー不足にもかかわらず24時間365日患者のために診療を続けている地方医療が実現不可能な水準を要求されることとなり、医療が崩壊する。

さらに医師の専門分野について、たとえば特異な心臓疾患を有する患者に対して、これに気付かずに胃の精査を行おうとレントゲン撮影を行った医師などの場合である。

特異な心臓疾患は循環器内科の領域であり、胃の疾患は消化器内科であるところ、後者を専門とする医師の医療水準を問題とする場合、前者に適用される医療水準より緩やかなものが適用されるというものである。

これは端的に医師の応召義務に起因するものである。弁護士と対比すると、医師は患者が診療を望んだ場合、原則として診療を行わなければならないとされ（医師法19条）、その例外は非常に厳しい。

故に、上記の例でいうと、胃の精査を行おうとレントゲン撮影を行い、これを読影した消化器内科の医師において、明らかな心臓疾患の所見がとれた場合、当該患者を循環器内科へコンサルすべき義務が生じうるのである。

人間の身体の範疇で診療を行う医師の場合は部位について専門が被ることはよくある。弁護士の専門が被ることはあまり想定しづらいが、あえていうならば、国内の交通事故案件の交渉をメインに行っている弁

護士（消化器内科医）において、真実は国外の企業を相手にした訴訟案件（循環器内科分野）に関して相談に来たクライアント（患者）にも受任義務（応召義務）が生じ、かつ、相談段階で判断を誤る（消化器内科医が循環器内科医を紹介しない）と責任を負うという状況のようなものと思う。

3　診療ガイドライン

（一）定義

上記2のとおり、注意義務違反の判断の中で登場する診療ガイドラインは、「診療上の重要度の高い医療行為について、エビデンスのシステマティックレビューとその総体評価、益と害のバランスなどを考慮して、患者と医療者の意思決定を支援するために最適と考えられる推奨を提示する文書」と定義されるもので[2]、より端的には、「科学的根拠に基づき、系統的な手法により作成された推奨を含む文章」、「患者と医療者を支援する目的で作成されており、臨床現場における意思決定の際に判断材料の一つとして利用することができ」るものとされる[3]。

（二）背景

作成の背景として、医療の急速な進歩に伴って、医師において要求される医療を実践することが困難となっていることが挙げられる。

腹腔鏡下手術などの術式の普及、磁気共鳴画像装置（MRI）や内視鏡などのデバイス自体の開発、心臓ペースメーカーなどのデバイスの改良、コンピューター断層撮影装置（CT）などの画像レベルの向上、不知の病とされていたがんに対する免疫薬の開発、挙句は診療の一部を人工知能（AI）に担わせる技術の開発など、医療界はまさに日進

月歩の世界である。

ここで、医療は人の生命身体に直接の影響があるところ、特に根拠もなく診療がなされることなど許されず、臨床現場においては科学的な根拠に基づく医療たる EBM（Evidence-Based Medicine）が求められる。

そうすると、医師が自ら膨大な医学情報を習得し、かつ日進月歩の医学にキャッチアップして、それらに基づいて日々の診療を行うなど現実的ではなくなり、これをカバーするものの需要が高まった。

この需要を満たすものが診療ガイドラインであり、これは各学会において多数の専門家が多数の論文を検討し、各論文を EBM に基づいて評価して作成される。

（三）内容と役割

「高血圧治療ガイドライン2014」を例に挙げると、大学教授等40名により執筆され、79名によりチェック（査読）が行われる[4)]。

民事医療訴訟においてとりわけ挙げられる部分は、診断・治療に関する推奨グレードであり、当該ガイドラインでは下記のような推奨グレードが設定されている（概ね3 ～ 5グレードが設定される）。

A　強い科学的根拠があり行うよう強く勧められる

B　科学的根拠があり行うよう勧められる

C１　科学的根拠は不十分だが行うように勧められる

C２　科学的根拠は不十分だが行わないように勧められる

D　科学的根拠があり行わないよう勧められる

このグレードを基にして、民事医療訴訟では「本件での医療機関の行為は診療ガイドラインによると『グレード C2』に該当するのであるから、畢竟、過失が認められる」などという主張に還元されるのである。

こうした診療ガイドラインの役割としては、一般的に下記の7つが挙げられる[5]。

①診療方法の有効性と安全性を科学的方法で確認する

②医療の質と安全を維持する

③専門領域を超えた幅広い疾患の診療のあり方を提示する

④標準診療を提示して研修を支援し、知識・技術を普及する

⑤過剰医療を防止し、効率的な医療を提供する

⑥患者に対する情報提供を行い、医療者との共同意思決定を支援する

⑦診療ガイドラインを遵守している限り、原則として医師は責任を問われない[6]

ここで、⑦について、当然ながら、診療ガイドラインの役割と民事医療訴訟の役割とは別である以上、診療ガイドラインを遵守していれば必ず法的責任は発生しないということにはならない。

こうした診療ガイドラインが法律分野で具体的にどのような役割を果たすかについて、前提として医療行為について考える必要が生じる。

医療行為において過失の判断が難しい理由の一つとして、その性質上、医療行為には医師の裁量が大きく認められていることが挙げられる。

だからこそ、裁量の大きい分野における医療事故に対しては刑事責任を問うことは妥当ではないなどといわれる[7]。

医療行為がこうした性質を内包しているために、診療ガイドラインは、法律分野において、医師の裁量判断の中身（医師の診療そのもの）について直接判断を下すものではなく、医師がその診断などに至るプロセスで標準的な医療から大きく外れることをしていないか、して

いたとしても合理的根拠があるかなどの判断をするために使用されるべきものである[8]。

（四）問題点

診療ガイドラインに関する問題として、下記の6つが挙げられる[5]。

①医療が標準化されるため、例外的な病態や患者の個別性が無視され、オーダーメイド医療の流れに逆行する

②新規な医療についてはエビデンスが乏しいため診療ガイドラインに取り込まれないか、推奨レベルが低くなり、新しい有望な治療法が普及しない

③エビデンスは乏しいが広く行われている診療が診療ガイドラインに取り込まれないか、推奨レベルが低くなる

④診療ガイドラインの改訂頻度が少ないと、内容が古くなり、かえって標準的でなくなる

⑤本来の対象者（医師）が本来の目的（診療現場での利用）であまり使わないという過少使用問題

⑥本来想定していない対象者（法律家）が本来想定していない目的（民事医療訴訟での利用）で使うことが多いという過剰使用問題

民事医療訴訟という観点から考えると、とりわけ③と⑥が組み合わさった場合に厄介な問題が生じる。

すなわち、医療現場ではあまりに当然に行われている治療方法の推奨グレードが低く設定されていた場合、診療ガイドラインについて明るくない法律家が、形式的に診療ガイドラインの記載を引用して、当然に行われるべき治療方法について注意義務違反を主張してしまう可能性がある。

三　医療界と法曹界における診療ガイドラインに対する考え方

1　医療界における診療ガイドライン

利用者、利用時点、利用方法という観点からみると、当然ながら利用者は医師である。

そして、利用方法が診断・治療の場面である以上、利用時点はその前の時点や過程である。

すなわち、医師が診断・治療のために前方視的に利用するものであり、これが本来想定される利用形態である。

2　法曹界における診療ガイドライン

上記の観点からみると、利用者は法律家であり、利用方法としては民事医療訴訟において医療水準を立証するのに有用な証拠として用いられ、利用時点は訴訟時なのであるから、医療事故発生後ということになる。

すなわち、法律家が医療事故紛争解決のために後方視的に利用するものであり、利用者、利用時点、利用方法という全ての観点において、本来想定されていない形態で利用されている。

ここは医療界としても懸念している点であり、「本ガイドラインの内容は、医療訴訟の根拠となるものではない。」としている診療ガイドラインさえ存在する[9)]。

3　診療ガイドラインに関する認識

法曹界、とりわけ民事医療訴訟においては、書証の証拠能力に制限がないといっても過言ではなく、他方で診療ガイドラインは原告と被告

にとって有力な証拠となる以上、証拠として提出するのは代理人弁護士として当然であるし、これを裁判官が期待するのも当然である。

しかしながら、上記のとおり作成者である医療界の認識は異なる。

この認識について法曹界に当てはめるのであれば、法曹界において前方視的なものを後方視的に判断されるというものはあまり思いつかないが、刑事事件が該当するのではないかと思う。

すなわち、医療界が診療ガイドラインを民事医療訴訟に利用される感覚としては、法曹界の刑事事件において、刑事弁護を専門とする弁護士が刑事弁護 Beginners 等の基本的な書籍（診療ガイドライン）に頼らずに、自己の長年の刑事弁護経験（臨床現場の感覚）に基づいて被疑者・被告人と接見や打ち合わせ（診断・治療）を重ねていたところ、公判廷で被告人が思わぬ供述を行い（患者の急変）、検察官も鋭い反対質問を行い（患者の急変）、これにより想定されていなかった判決となった（死亡結果発生）場合に、当該弁護士が刑事弁護 Beginners に従った刑事弁護をしていないとして、判決後に責任を問われるといった感覚ではないかと想像する。

刑事弁護 Beginners におそらく書いているのであろうが細かくは知らないし、自分の現場での実務経験が一番役に立つはずである、そもそも判決は不確実なものであるし、加えて公判廷で想定されていない展開となった場合に、極めて基本的な書籍によって判決結果について責任追及されても困る、という感覚である。

4　医療界と法曹界

(一) 考え方の違い

上記のとおり、医療と法律の根本的な発想の違いがある。すなわ

ち前者は前方視的な処理を行い、後者は後方視的な処理を行う。

医療は当該症例に対し現在や将来どのような治療を行うかを検討して結論を出すのに対し、法律は過去の事実を法律の枠組みに当てはめて結論を出す。

また、過失についての法律の考え方がそもそも医療において当てはまっていないのではないかという疑問もある。

医師は、①現状のまま放置することのリスク②治療をすることによって得られるメリット③治療をすることによって生じうるリスク、を考え、②から③を引いたものが①より大きい時に当該治療を行うべきであると判断する。

この過程においては、過失に関する原則論は必ずしも適用できない。

すなわち、手術による合併症に関する過失について考えると、結果予見可能性としては「手術をしたら合併症で死亡するかもしれないと予見できる」、結果予見義務としては「手術をしたら合併症で死んでしまうかもしれないと予見すべき」、結果回避可能性としては「手術をしなければ合併症で死ぬことはなかったかもしれない」となり、これらは妥当である。しかしながら、結果回避義務としては「手術をしてはいけない」となりかねず、このようにすると何故か医療においては純粋な結果責任を認めることとなり極めて不当である。

(二) 福島県立大野病院事件[10)]

こうした医療と法律のそもそもの違いが正面から対立した例として、記憶に新しいところでは、福島県立大野病院事件がある。

帝王切開手術歴1回を有する全前置胎盤の女性（当時29歳）が帝王切開術（予定帝王切開術）を受け、出血性ショックにより死亡した事例である。この女性は子宮温存を望んでいたが、いざ開腹してみると、

それが難しい状況（結果として，癒着胎盤であった）であることが発覚した。執刀医師は、患者の希望もあり、子宮温存のための手技を継続したところ、大量出血が生じ、緊急に輸血を行う措置をとったが、助からなかったのである。その後、院内の事故調査委員会が、執刀医師の手技にミス（過失）を認めるかのような報告書を提出したことから、マスコミが大きく取り上げた結果、最終的に平成18年2月に執刀医師が逮捕され、訴追された。しかし、逮捕から約2年6か月後の平成20年8月、無罪判決が下った。

この事件により、執刀医師は無罪となったものの、医師が刑事訴追を意識するようになり、萎縮医療が進んだともいわれる。

平成11年に569件であった医事関係訴訟事件の既済件数が毎年増加し、平成18年に1139件とピークに達したことも相まって[11]、医療界と法曹界の対立は激化したといわれる。

5　小括

双方の考え方の根本的な違いなどから医療界と法曹界の対立が激化したものの、時を経て医事関係訴訟事件の既済件数も減少を続け[11]、平成20年からは、東京地方裁判所にて「医療界と法曹界の相互理解のためのシンポジウム」が毎年開催されるようになるなど、現在においても相互理解が進んでいる。

しかしながら、上記のとおり診療ガイドラインについて医療界と法曹界では認識の違いが生じており、医療界は診療ガイドラインについて「医事紛争や医療訴訟の資料として用いることは本来の目的から逸脱したものである」と強い抵抗感を示している[12]。

判決文において診療ガイドラインが引用されている件数について、平

成2年から平成6年で1件、平成7年から平成11年で5件、平成12年から平成16年で35件、平成17年から平成21年で109件、平成22年から平成26年で61件と、長期的にみれば激増しているところ[13]、医療界と法曹界の溝が再び深まる可能性が示唆される。

四　内科メジャー3診療科目における裁判例の検討

1　検討の目的

診療ガイドラインについて、医療界としては法曹界で利用されるために診療ガイドラインを作成しているわけではないと思われるのは仕方がない。

他方で、法曹界において、法律上、診療ガイドラインを利用して民事医療訴訟を遂行していくのは当然である。

双方にとって、前方視的と後方視的という考え方の根本から生じる認識の相違は容易に埋められるものではないものの、少なくとも民事医療訴訟において診療ガイドラインがどのように利用されているのかについて検討することは、医療界と法曹界の相互理解に資するのではないかという観点より、裁判例の分析を行った。

具体的には、対象診療科目を内科メジャー3診療科目（呼吸器内科、循環器内科、消化器内科）に設定し、TKCローライブラリーを使用して、過去の全医事関係訴訟のうちで診療ガイドラインに言及している裁判例を抽出した。

その上で、診療ガイドラインが「規範」として機能しているのか、「指針」として機能しているのかに着目し、医療界と法曹界との関係に関するメルクマールとなる上記の福島県立大野病院事件での無罪判決（平成

20年8月）の前後で診療ガイドラインの機能に変化があるか及びガイドラインに従った場合と従わなかった場合において医療機関が責任を負う割合がどの程度変化するかに着目した。

なお、当然ながら和解により終了した事件は抽出されないし、「規範」として機能しているか「指針」として機能しているかという判断に関しては複数人の一致率の検定も出力すべきであるが、一先ずの結果を下記に記載する。

2　呼吸器内科[14) 15) 16) 17) 18) 19) 20) 21) 22)]

裁判例は計9件、論点は14抽出され、福島県立大野病院事件の前において診療ガイドラインが「規範」として機能していたものが2、「指針」として機能していたものが8、事件以降において診療ガイドラインが「規範」として機能していたものが1、「指針」として機能していたものが3であった。

診療ガイドラインへの従属性と法律要件（故意・過失、因果関係）充足性の関係として、ガイドラインに従って要件が認められたものが0、要件が認められなかったものが3、ガイドラインに従わずに要件が認められたものが4、要件が認められなかったものが5であった。

なお、当該行為につき診療ガイドラインの記載がないものが1、正面から適用されないとされたものが1であった。

3　循環器内科[23) 24) 25) 26) 27)]

裁判例は計5件、論点は8抽出され、福島県立大野病院事件の前において診療ガイドラインが「規範」として機能していたものが1、「指針」として機能していたものが0、事件以降において診療ガイドラインが「規範」

として機能していたものが0、「指針」として機能していたものが7であった。

診療ガイドラインへの従属性と法律要件充足性の関係として、ガイドラインに従って要件が認められたものが0、要件が認められなかったものが5、ガイドラインに従わずに要件が認められたものが2、要件が認められなかったものが1であった。

4　消化器内科[28)]

裁判例は計1件、論点は1抽出され、福島県立大野病院事件の前において診療ガイドラインが「規範」として機能していたものが0、「指針」として機能していたものが0、事件以降において診療ガイドラインが「規範」として機能していたものが0、「指針」として機能していたものが1であった。

診療ガイドラインへの従属性と法律要件充足性の関係として、ガイドラインに従って要件が認められたものが0、要件が認められなかったものが1、ガイドラインに従わずに要件が認められたものが0、要件が認められなかったものが0であった。

5　小括

(一)「規範」と「指針」

全体の分析結果としては、裁判例は計15件、論点は23抽出され、福島県立大野病院事件の前において診療ガイドラインが「規範」として機能していたものが3、「指針」として機能していたものが8、事件以降において診療ガイドラインが「規範」として機能していたものが1、「指針」として機能していたものが11であった。

ここからすると、福島県立大野病院事件前において、診療ガイドラインは約27% が「規範」として機能し、約73% が「指針」として機能していたのに対し、事件後においては、約8% が「規範」として機能し、約92% が「指針」として機能しており、事件後においては「指針」として機能する傾向が強まっていることが分かる。

(二) 診療ガイドラインへの従属性と法律要件充足性

診療ガイドラインへの従属性と法律要件充足性の関係として、診療ガイドラインに従って要件が認められたものが0、要件が認められなかったものが9、診療ガイドラインに従わずに要件が認められたものが6、要件が認められなかったものが6であった。

ここからすると、診療ガイドラインに従った場合に、法律要件が充足した割合（医療機関の責任あり）は0% であり、充足しなかった場合（医療機関の責任なし）は100% である。また、診療ガイドラインに従わなかった場合では、法律要件が充足した割合（医療機関の責任あり）は50%、充足しなかった場合（医療機関の責任なし）は50% である。

診療ガイドラインに従わなくとも法律要件を充足しない場合とは、従わない合理的理由があるかどうかにより判断されており、下記のような要素が考慮されていた。

①専門医の意見書、専門医の証人尋問結果、専門医の回答書

②薬剤添付文書、他の文献

③患者の意思（医療機関に対する要求等）、患者の症状

④事件後の診療ガイドラインの動向（変更等）、診療ガイドラインに従った行為がなされる現実性（診療ガイドラインに反する行為がなされた時期と診療ガイドラインが発表された時期が近い等）

⑤実際に行われた行為と診療ガイドライン記載の行為との乖離の度合い

五　結語

民事医療訴訟においては、争点に診療ガイドラインが存在する場合、ほぼ間違いなく診療ガイドラインが証拠提出されるが、作成者である医療界と利用者である法曹界の認識には相違がある。

相互に関連することの多い医療界と法曹界においては、福島県立大野病院事件を契機として対立が激化したものの、近年では相互理解が進んでいるが、診療ガイドラインの利用方法を契機にして再び対立する可能性もある。

しかしながら、双方が盲目的に対立するのは建設的ではない。

医療の素人においては、そもそも診療ガイドラインは責任追及など目的としていないことや、診療ガイドラインの記載の読解段階で多くのピットフォールが存在することにも留意すべきである。

他方で、法律によると、診療ガイドラインが民事医療訴訟に利用されることは必然であるものの、民事医療訴訟における診療ガイドラインの位置づけが「医療水準を知るための有力な証拠」とされるとおり[29]、必ずしも診療ガイドラインが「規範」として利用されているわけではなく、「指針」として使用されている場合の方が多いということにも留意すべきである。

本稿により、医療界と法曹界の相互理解が少しでも進むことを願う。

（福原　正和）

参考文献等

1) 最高裁判所昭和57年3月30日判決（LEX/DB 文献番号27423848）等
2) 福井次夫＝山口直人監修：Minds 診療ガイドライン作成の手引き 2014, 株式会社医学書院, p3, 2014
3) 公益財団法人 日本医療機能評価機構：診療ガイドラインとは, https://minds.jcqhc.or.jp/s/about_guideline,（参照2018-12-1）
4) 日本高血圧学会高血圧治療ガイドライン作成委員会（編）：高血圧治療ガイドライン2014, ライフサイエンス出版株式会社, p5, 2014
5) 平野哲郎：診療ガイドラインの策定と裁判規範の形成，立命館法学，2017;373:p348-378
6) M. Mehlman:Medical Practice Guidelines as Malpractice Safe Harbors: Illusion or Deceit?, 40J. L. Med. &Ethics, 2012;286, p291, 古川俊治：診療ガイドラインの法的意義，消化器科雑誌，2003;37:p337
7) 大磯義一郎、山田奈美恵、大滝恭弘，医療法学入門 第2版，株式会社医学書院，p121-127, 2016
8) 小谷昌子：なぜ診療ガイドラインが裁判に用いられるのか，病院，2017;8:p644
9) 日本消化器内視鏡学会 胃癌 ESD/EMR ガイドライン作成委員会（編）：胃癌に対する ESD/EMR ガイドライン，一般社団法人日本消化器内視鏡学会，p1, 2014
10) 福島地方裁判所平成20年8月20日判決（LEX/DB 文献番号25462845）
11) 最高裁判所：医事関係訴訟事件統計，http://www.courts.go.jp/saikosai/vcms_lf/29052601heikinshinri.pdf,（参照2018-12-1）
12) 岩瀬弘敬：癌診療ガイドラインが臨床現場に与えた影響3. 乳癌，日本外科学会雑誌，2007;108（5）:p242

13) 桑原博道、淺野陽介 .: 特別寄稿2 ガイドラインと医療訴訟について―弁護士による211の裁判例の法的解析―, Minds 診療ガイドライン作成マニュアル , 2015:p5
14) さいたま地方裁判所平成27年10月22日判決 (LEX/DB 文献番号25541489)
15) 福岡地方裁判所平成27年9月8日判決 (LEX/DB 文献番号25541328)
16) 東京地方裁判所平成27年4月23日判決 (LEX/DB 文献番号25525746)
17) 東京地方裁判所平成20年3月27日判決 (LEX/DB 文献番号25442333)
18) 札幌地方裁判所平成19年11月21日判決 (LEX/DB 文献番号28141904)
19) 東京地方裁判所平成19年9月20日判決 (LEX/DB 文献番号25442329)
20) 仙台地方裁判所平成14年2月14日判決 (LEX/DB 文献番号28071757)
21) 横浜地方裁判所平成10年10月28日判決 (LEX/DB 文献番号28050781)
22) 岡山地方裁判所平成9年11月19日判決 (LEX/DB 文献番号28040873)
23) 東京地方裁判所平成25年9月12日判決 (LEX/DB 文献番号25515035)
24) 福岡地方裁判所平成24年3月27日判決 (LEX/DB 文献番号25481230)
25) 東京地方裁判所平成23年4月27日判決 (LEX/DB 文献番号25482135)
26) 大阪地方裁判所平成21年5月18日判決 (LEX/DB 文献番号25451435)
27) 福岡高等裁判所平成20年6月10日判決 (LEX/DB 文献番号25450046)
28) 福岡高等裁判所平成22年11月26日判決 (LEX/DB 文献番号25471369)
29) 大島眞一 : 医療訴訟の現状と将来―最高裁判例の到達点―, 判例タイムズ , 2014;1401, p19, 2014

取締役の報酬規制に関する一考察

会社法部

＊目　次

一　はじめに …… 26
二　会社法361条の趣旨 …… 27
　1　判例・学説の整理 …… 27
　2　私見 …… 28
三　個人別報酬の決定と特別利害関係 …… 29
　1　判例・学説の整理 …… 29
　2　私見 …… 30
　3　特別利害関係の整合的説明 …… 33
四　代表取締役等への再一任の可否 …… 34
　1　判例・学説の整理 …… 34
　2　私見 …… 34
五　個別の報酬額の決定と善管注意義務 …… 37
　1　判例・学説の整理 …… 37
　2　私見 …… 39
六　おわりに …… 40

一　はじめに

指名委員会等設置会社以外の会社の取締役に関する報酬(注1)は、会社法361条により、定款又は株主総会決議により定めるとされているが、同条の趣旨は長らくお手盛り防止の点にあると解されてきた(注2)。

もっとも、近時、取締役の報酬を、インセンティブの付与という性質も有すると捉える見方(注3)も有力化している。

また、2015年6月に施行されたコーポレートガバナンス・コードにおいても、「経営陣の報酬については、中長期的な会社の業績や潜在的リスクを反映させ、健全な企業家精神の発揮に資するようなインセンティブ付けを行うべきである」(原則4－2)とされ、インセンティブ性が強調されている。

さらに、2017年4月から開始された法制審議会会社法制(企業統治等関係)部会でも、「役員に適切なインセンティブを付与するための規律の整備」(注4)をするため次期会社法改正に向けた議論がなされているところである。

このように、お手盛り防止の観点が強調されがちであった取締役の報酬規制に関する従来の議論は、少しずつ変化が生じているように見受けられる(注5)。

本稿は、こうした状況をふまえ、取締役の報酬の規制に関して、従来の考えを整理しつつ、見直すべき点がないかどうか批判的に考察することを目的とする。具体的には、会社法361条の趣旨について確認したのち(→二)、以下の三点を検討する。

すなわち、第一に、株主総会で取締役全員に支給する総額(最高限度)の枠のみを決議し、各取締役の配分に関して取締役会に一任した場合において、当該取締役会の各取締役は、特別利害関係人(会社法369条2項)に該当するか否かについて検討する。判例・多数説は、特別利害関係人

に該当しないと解しているが(注6)、指名委員会等設置会社における各報酬委員については特別利害関係人（会社法412条2項）に該当すると解している(注7)。そこで、このような整理が本当に妥当なのかにつき検討する（→三）。

第二に、株主総会から各取締役の配分の決定を一任された取締役会が、特定の取締役（実務上は代表取締役が多い）に再一任することが認められるか否かについて、判例・多数説は肯定してきたが(注8)、こうした再一任のあり方を改めるべきではないか検討する（→四）。

最後に、定款又は株主総会の決議により取締役の報酬が定められた場合には、報酬の額の相当性については裁判所の審査を受けないと一般的には言われてきた(注9)が、そうした理解は、報酬額の決定について取締役会に一任された場合や、取締役会から再一任を受けた特定の取締役が決定した場合にまで妥当するのかという点について、指名委員会等設置会社の場合、報酬委員会の委員の責任等の形で、その相当性が裁判所の審査に服する可能性があることが示唆されている(注10)ことと対比しながら検討する（→五）。

なお、本稿中、意見にわたる部分は筆者の私見であり、筆者が過去に所属し、又は現在所属している組織の考えを示すものではないことを予めお断りする。

二　会社法361条の趣旨

1　判例・学説の整理

会社法361条の趣旨について、判例・通説はお手盛り防止の手続的規制であると解してきた(注11)。すなわち、取締役の報酬を任用契約に委ねた場合、報酬額をつりあげる弊害（お手盛り）が生じる危険性があり、会社財産が不当に流出する可能性があることから、定款又は株主総会

決議により定めることにしたというのである。

以上の通説に対し、取締役は株主総会が選任する以上、報酬の決定も選任のいわば条件として株主総会が決定することになるという見解(注12)や、業務執行者の監督・業務執行者へのインセンティブの付与という側面があるとする見解(注13)もある。

2　私見

たしかに、インセンティブの付与という側面は取締役の報酬を考えるうえでは無視できないが、インセンティブの付与は従業員の賃金にもいえるはずである。そして、従業員への賃金は労働基準法等による規制を別にすれば取締役会・経営陣の判断に委ねられている。にもかかわらず、なぜ取締役の報酬については法が定款又は株主総会決議を要求しているのかと考えれば、それはやはり通説が説くように、お手盛り防止の側面があるということは否定できないと思われる(注14)。

ただ、お手盛りを防止するために法はどうしたかというと取締役の報酬を株主に決めさせることにしたわけであるから、それは要するに株主に取締役の報酬の決定をコントロールさせるということでもあるといえる。現に、通説からの説明でも「株主による取締役の報酬のコントロール」に言及されることがある(注15)。

通説は、「お手盛り防止」の側面のみを強調するきらいがあるが、「株主による取締役の報酬のコントロール」という側面も重要であるように思われる。

このように考えてくると、会社法361条の趣旨は、お手盛り防止という点にあるのは間違いないが、同時に株主に取締役の報酬をコントロールさせる点にもあり、さらに、インセンティブの付与という側面も加味されると考えるのがより適切ではないかと考える（従来の通説以上に株

主による報酬コントロールの側面も重視すると、三以降の論点について従来の通説とは結論が異なり得るように思われる。→三～五)。

三　個人別報酬の決定と特別利害関係

1　判例・学説の整理

(一) 指名委員会等設置会社以外の会社

報酬の配分に関し取締役会に一任された場合、各取締役は、「特別な利害関係を有する取締役」(会社法369条2項) として、自身の報酬に関する決議について議決に加われなくなるか。

この点について、前掲 (注6)・名古屋高金沢支判昭和29年11月22日は、各取締役の配分は取締役全体の一般的事項を議するものであって、ある特定の取締役にのみに関する事項を議決する場合にみられるような利害が対立するものではないから、決議の公正を害するものとすることはできないとして特別利害関係を否定した。

学説も、既に総額等が定められた以上、会社と取締役との利害対立は解消するとしてこの結論を支持するものが多い(注16)。

これに対しては、特別利害関係を認め、通常の多数決ではなく、全員の同意が必要であると解する見解もある(注17)。

(二) 指名委員会等設置会社の場合

指名委員会等設置会社においては、取締役の報酬の決定は株主総会によらず、報酬委員会が取締役の個人別の報酬の内容に係る決定に関する方針を定めたうえで (会社法409条1項)、当該方針にしたがって個人別の報酬を決定することになるとされている (会社法404条3項) が、この場合の報酬委員は、自身の報酬額については「特別の利害関係」(会社法412条2項) を有するとして、議決に加わることがで

きないということに異論はなさそうである(注18)。

しかし、なぜ特別利害関係を認めるのかについて、結論のみ記されているものがほとんどであり、その理由を詳述する文献はほぼ皆無である。

なお、立案担当者は、報酬委員に特別利害関係があるとすることで、報酬委員が取締役・執行役の報酬を決める点に関するお手盛りの懸念が薄まると考えていたようである(注19)。

2 私見

(一) 結論

私は、以下に述べる理由から、指名委員会等設置会社以外の会社における取締役会の各取締役も、指名委員会等設置会社の報酬委員会の各報酬委員も特別利害関係を認めることが適切であると考える。

(二) 指名委員会等設置会社以外の会社の場合

代表取締役の解職議案について、判例は、一切の私心を去って、会社に対して負担する忠実義務に従い公正に議決権を行使することは必ずしも期待しがたく、かえって、自己個人の利益を図って行動することすらあり得るから、かかる忠実義務違反を予防し、取締役会の決議の公正を担保するため、個人として重大な利害関係を有する者として、当該取締役の議決権の行使を禁止するのが相当であるとした(注20)。ここでは、一切の私心を去って、会社に対して負担する忠実義務に従い公正に議決権を行使することが期待できるか否かが判断基準となっていると考えられる。学説においても、特別利害関係とは、特定の取締役が、当該決議について、会社に対する忠実義務を誠実に履行することが定型的に困難と認められる個人的利害関係ないしは会社外の利害関係を意味すると解されている(注21)。

上記のような判例・学説を前提に自己の報酬に関する特別利害関係の有無を考えると、これを認めるのが素直であろう。自己の報酬に関して、一切の私心を去って、会社に対して負担する忠実義務に従い公正に議決権を行使することは必ずしも期待できず、かえって、自己個人の利益を図って行動することすらあり得るといえるからである。

特別利害関係人に当たらないことを支持する見解の中には、特別利害関係人たる取締役を決議から除く趣旨は、その者を排除して他の取締役に決めさせることによって決議の公正を確保しようということにあり、全員が決議について共通の利害関係を有している場合にまで会社法369条2項が適用されるものではないとの理解から、結論として特別利害関係人に当たらないと解してよいとするものがある(注22)。

たしかに、取締役の報酬の総額の上限が定まっている場合において、ある取締役の報酬の額を決定することは他の取締役の報酬の額にも影響を及ぼすこととなるから、取締役相互の間で利害が対立し、したがって、各取締役の報酬の額を決定することは、取締役全体についての問題になるということができる(注23)。このような理由付けのもとに、全員が決議について共通の利害関係を有している場合には会社法369条2項が適用されないとすれば、こうした見解には相当な説得力があるように思われる。

ただ、実務上、役位等に基づいて報酬の算定式を定めているケースが多く(注24)、ある程度の報酬相場が決まっているようであるし、株主総会で総額を決議する場合、会社提案としてはある程度余裕をもった総額の設定をするのが通例であり、実際に取締役全員に支給された報酬の総額が最高限度額に到達する事例はあまり見受けられない

のが現状である(注25)。

そうだとすれば、実際上は、ある取締役の報酬の額を決定することは他の取締役の報酬の額にも影響を及ぼすことはないか、あっても僅少だといいうるのではないか。

今日、取締役の報酬に関し様々な議論がなされており、次期会社法改正の作業においても適切なインセンティブを付与するための規律の整備について検討されていることをふまえれば、もはや株主が個別の報酬額について無関心でいる理由はなく、株主の報酬コントロール権確保、インセンティブの付与の観点からは、取締役の報酬の総額が定められている場合にも、各取締役の報酬の額が適正に定められていることを要するというべきである。すなわち、株主の承認を取るべき対象は、総額がいくらかということだけではなく、どういう性格の報酬であって、それが適切に役員のインセンティブのコントロールに効いているのかということも含まれると考えるべきである(注26)。

したがって、取締役全体についての問題と解する見解に相当の説得力があると感じつつも、各取締役に特別利害関係があると解したい。

特別利害関係を認める場合、どのように各人の報酬額を決めるのかということが次に問題となる。

この点について、全員の同意が必要であると解する見解(注27)があるが、なぜ特別利害関係を認めつつ、全員の同意があればよいとするのかは必ずしも明らかではない(注28)。

私は、各取締役の報酬を個別的に定める決議を順次行い、自身の議案については議決に加わらず、それ以外の取締役の過半数決によるのが適切であり、かつ、それで十分だと考える(注29)。取締役全員の報酬を一度の決議で定めようとすると、取締役全員に特別利害関係

があるため決議ができなくなるという事態が生じてしまうからである(注30)。

(三) 指名委員会等設置会社の場合

指名委員会等設置会社の各報酬委員の特別利害関係について考えてみる。

委員会決議における特別利害関係は、各委員会の決議事項との関連において検討することになるところ(注31)、報酬委員においても一切の私心を去って、会社に対して負担する忠実義務に従い公正に議決権を行使することが期待できないため、特別利害関係を認めてよいと考えられる(注32)。

したがって、報酬委員会が個人別の報酬を決める際には、各報酬委員は自己の報酬に関しては議決に加わらず、それ以外の報酬委員の過半数決によることになる(会社法412条1項)。

3 特別利害関係の整合的説明

以上をまとめると、私見によれば、指名委員会等設置会社以外の会社における取締役会の各取締役も、指名委員会等設置会社の報酬委員会の各報酬委員も、一切の私心を捨てて自己の報酬議案について公正に議決権を行使することができないという点で共通するため、いずれも特別利害関係を認めてよいということになる。

これに対して、上述のとおり、判例・多数説の立場からは、指名委員会等設置会社以外の会社における取締役会の各取締役は特別利害関係人ではないと解される一方で、指名委員会等設置会社の報酬委員会の各報酬委員は特別利害関係人に当たると解されることになり、両者で結論を異にすることになるが、この点について整合的な説明を試みている文献は調べた限り見当たらなかった。個人別の報酬を決めると

いう点では全く同じなのに、なぜ結論が異なってよいのか、多数説の立場から詳細に分析されることが望まれる。

四　代表取締役等への再一任の可否

1　判例・学説の整理

各取締役の個人別の報酬額の決定を一任された取締役会が、さらに代表取締役等の特定の取締役に再一任することができるか。

この点について、判例[注33]はこれを認めているようである。学説も、結論として再一任を認める見解が多いようであるが、取締役の報酬の総額さえ決めればその限りでお手盛りは防止できることを理由に取締役会の多数決により再一任できるとする見解[注34]と、実質上各取締役においてその協議の利益を放棄することになることを理由に取締役全員の同意が必要と解する見解[注35]に分かれている。

これに対し、監督する対象である代表取締役に自身の報酬額を決められるという状況下では、監督機能が果たされないとして、そもそも再一任自体を否定する見解も有力に唱えられている[注36]。

2　私見

上述のとおり、報酬に関する会社法361条はお手盛り防止の側面があると同時に、株主による取締役の報酬のコントロールという側面やインセンティブの付与という側面もある。

そうだとすれば、株主総会が個人別の報酬額の決定を取締役会に一任した場合、株主においては、取締役の報酬の額がいくらであるかということだけでなく、どういう性格の報酬をどのように支給することにしたのか、それがどのように取締役のインセンティブのコントロールとして効いているのかを検証することも取締役会の監督機能（会社法

362条2項2号）として期待していると考えられる[注37]。

したがって、株主総会で個人別の報酬の額の決定を取締役会に一任した場合には、株主総会は「取締役会」が決定者となることを望んだのであって、「取締役会が決めた特定の取締役」ではないのだから、取締役会が勝手に特定の取締役に再一任することは報酬コントロール権を害するものであって認められないというべきである。

再一任を認める見解からは、一任を受けた者が合理的な金額にすべき善管注意義務を負っていることや、実務上個別報酬額の算定式などがあらかじめ定められており、白紙委任ではないことが理由に挙げられることがあるが[注38]、善管注意義務を負っていたり恣意性がなかったりすればそれでよいというような問題ではないように思われる。

たとえば、取締役は会社と委任の関係にあるから（会社法330条、民法644条）、委任による代理人と同じような立場にあるといえるが[注39]、委任による代理人が復代理を選任できるのは、本人の許諾を得た場合か、やむを得ない事由がある場合のみである（民法104条）。ここで、「やむを得ない事由」とは、代理人自身が代理行為をすることについて支障があり、かつ、本人の許諾を得たり本人に辞任を申し出たりする暇のない場合をいうと解されている[注40]。このように、委任による代理人は、原則として復代理できないのである。代理人が、復代理をする際のルールをあらかじめ決めているのであれば、本人の許諾なくして復代理できるということにはならないであろう。

また、信託と法人は法人格の有無以外は類似の構造であるといわれることがあるが[注41]、その信託においても、分業化・専門化が進んだことを前提に、受託者は、民法の委任と異なって、広く第三者に信託事務の委託をすることが許容されてはいる[注42]ものの、それでも受託

者が信託事務を第三者に委託できるのは、①信託行為にそれを認める旨の定めがあるとき、②信託行為にそれを認める旨の定めがないが信託の目的に照らして相当であると認められるとき、③信託行為に第三者への委託を禁じる旨の定めがあるが信託の目的に照らしてやむを得ない事由があると認められるときに限られている（信託法28条）。ここで、「相当であると認められるとき」とは、受託者が自ら行うよりも他人に委託した方が費用・時間等の点で合理的である場合や、社会通念上、受託者の本来的事務から外れており、通常、受託者が自ら処理することが期待されていない場合等をいうと解されており(注43)、「やむをえない事由があると認められるとき」とは、受託者の長期入院や急な海外出張等で自ら信託事務を処理することが困難な場合等をいうと解されている(注44)。このように、やはり受託者においても自由に信託事務を第三者に委託できるわけではなく、相当であると認められるときや、やむを得ない事由があると認められるときでなければならないのである。

このような代理の法理や信託の法理に鑑みると、報酬コントロール権をもつ株主が信頼して取締役会に決定を一任しているのに、なぜ株主の同意なくして特定の取締役に再一任をすることができるのかが問われなければならないというべきである(注45)。

そして、株主が、明示的に再一任を許容している場合は、そのように報酬コントロール権を行使しているとみることができるから、取締役会が個人別の報酬額の決定を特定の取締役に再一任することを禁止する理由はない。

また、明示の同意がない場合でも再一任を許容することが相当であると認められる場合は、再一任を認める余地がありうる。たとえば、いわゆるオーナー取締役の存する非上場会社においては、報酬の決定を

通じて取締役会が支配株主兼代表取締役を監督するといってみても現実的には無理があろうし、再一任を無効とすることによって、代表取締役以外の取締役の報酬の決定も事後に覆され、取締役が報酬相当額の返還を会社から求められるといった事態が頻発しかねないといった懸念が指摘されることがある(注46)。このような会社の場合には、再一任を許容することに相当の理由があると解することができるようにも思われる。あるいは、このような場合には端的に株主総会の黙示の同意があったとみることもできるかもしれない。

以上から、株主総会が再一任に関し明示・黙示の承認を与えている場合又は再一任を許容することにつき相当であると認められる場合（上述の非上場会社の例等）に限って代表取締役等への再一任が許されると解するのが妥当である。

なお、次期会社法改正の作業において、公開会社にあっては、再一任をする場合には株主総会決議の明示の承認がいるとする規定をおくことが検討されている(注47)。

五　個別の報酬額の決定と善管注意義務

1　判例・学説の整理

各取締役の報酬額の配分の決定が取締役会に一任された場合や、取締役会から代表取締役等に再一任された場合において、一任された取締役会や代表取締役等は、株主総会で決議された報酬の総額の枠内であれば個人別の報酬について、どのような配分としても法的に何ら問題ないのであろうか。

この点に関連して、会社法361条がお手盛り防止の手続的規制であるとの理解から、定款又は株主総会の決議により取締役の報酬が定めら

れた場合には、額の相当性を裁判所が審査することはできないと一般的には解されてきた[注48]（ただし、その場合でも法令違反（会社法830条2項）や、特別利害関係株主が議決権を行使したことにより著しく不当な決議がなされたこと（831条1項3号）を理由に争う余地は残されている[注49]。）。

こうした理解を前提にすると、定款又は株主総会決議により承認された報酬額の総額の範囲内で取締役会又は取締役会から一任を受けた代表取締役等が個人別の報酬額を決定した場合でも、原則として、その相当性が争われることはないということになりそうである[注50]。

これに対し、裁判所が報酬の相当性を審査する立場をとっていないといえるのは、せいぜい定款又は株主総会で個人別の報酬額まで決定した場合にのみいえることであり、個人別の報酬の決定が取締役会に一任された場合、各取締役は善管注意義務・忠実義務を尽くしてその決定をせねばならず、取締役の善管注意義務・忠実義務違反の審査を通して、裁判所が報酬額の相当性に立ち入る場合があるとする有力な見解もある[注51]。

なお、近時、各取締役の具体的な報酬額の決定について取締役会から再一任を受けた代表取締役が、自身の報酬額を前事業年度に比して増額したことにつき、善管注意義務違反等があり会社が当該増額分の損害を被ったなどとしてその損害の賠償を求める株主代表訴訟の事案が登場した[注52]。本事案において、裁判所は結論としては善管注意義務違反を認めなかったが、再一任された代表取締役が報酬額の決定にあたって善管注意義務・忠実義務を負うこと、報酬決定に至る判断過程やその判断内容に明らかに不合理な点があれば善管注意義務違反になる可能性があることが示された[注53]点で興味深い。

2　私見

取締役は、会社に対して善管注意義務（会社法330条、民法644条）・忠実義務（会社法355条）を負っているから、株主総会決議により個人別の報酬額の決定を一任された場合も、各取締役は善管注意義務・忠実義務を尽くしてその決定を行わなくてはならないと考えられる(注54)。代表取締役等に再一任されている場合も、当該代表取締役等は善管注意義務・忠実義務を尽くして報酬額を決定しなければならないと考えられる(注55)。会社法361条が通説の説くようにお手盛り防止の手続的規制であるとしても、そのことから個人別の報酬額の決定について善管注意義務・忠実義務違反が免除されるということにはならないであろう。

そして、上述のとおり、取締役の報酬決定には株主によるコントロールという側面やインセンティブの付与という側面もあることからすれば、株主総会が個人別の報酬の決定を取締役会に一任した場合、株主においては、取締役の報酬の額がいくらであるかということだけでなく、どういう性格の報酬をどのように支給することにしたのか、それがどのように取締役のインセンティブのコントロールとして効いているのかを検証することも期待していると考えられる。

そうだとすると、適切な報酬を各取締役について決定することは、一任された取締役会や再一任を受けた代表取締役等の職務を構成することになり、当該職務に違反して不適切な額の決定をした場合には善管注意義務違反に問われることになると考えるのが妥当であり(注56)、取締役が当該職務を果たしたか否かという取締役の善管注意義務・忠実義務違反の審査を通して、裁判所が報酬額の相当性を審査することになるといってよいように思われる(注57)。

もっとも、各取締役の会社への貢献度や活動業績等をどのように評

価し、当該取締役に対してどの程度の報酬を支給するのかといったことは、極めて専門的・技術的な判断を伴う経営判断に属する問題であるから、報酬決定に至る判断過程やその判断内容に明らかに不合理な点がある場合に限り善管注意義務違反になると考えられる(注58)。

たとえば、株主総会による限度額の決定後に取締役の員数が著しく減少したときに、取締役会が会社にとっての利害得失を考慮することなく漫然と1人当たりの取締役の報酬額を増やした場合(注59)、取締役会から再一任された代表取締役が、他の取締役の報酬を極端に低い額にし、自己及び自己の意を迎える取締役の報酬額のみを増やした場合(注60)には、善管注意義務違反になる可能性もあるものと思われる。

六　おわりに

取締役の報酬に関する伝統的な考えをまとめると、会社法361条がお手盛り防止の手続的規制であることを前提として、各取締役への配分は会社の利害に関わらないので、①各取締役は配分の決定に関し特別利害関係人にならず、②取締役会が特定の取締役に一任することも妨げない。そして、③報酬の相当性について裁判所の審査は受けない、というものであった。

以上のような伝統的な考えが形成されたのは、かつては取締役の報酬のほとんどが固定報酬であり、かつ、欧米に比して額も低かったため、報酬コントロールやインセンティブの付与といった性質を意識する必要もなく、お手盛りさえ防げればそれでよいとの価値判断があったからなのかもしれない(注61)。

しかしながら、近時、ストック・オプションに加えて、特定譲渡制限付株式、株式交付信託、パフォーマンス・シェア（パフォーマンス・シェア・ユニット）など、新たな株式報酬制度の導入がかなり進み、また、従前に

比べて業績連動報酬の割合は高くなりつつあるなど(注62)、取締役の報酬のあり方は大きな転換点を迎えている。

このような状況下においては伝統的な考え方の再構成を図る必要性が生じているのではないかと考え、本稿では、会社法361条の趣旨を見直した。すなわち、会社法361条はお手盛り防止だけでなく、株主による報酬コントロールや取締役へのインセンティブの付与の側面もあると考えるべきだとした。

そして、会社法361条の趣旨を以上のように考えることを前提に、上記①～③を次のように修正した。すなわち、①各取締役の報酬額の決定に関する取締役会において、各取締役は特別利害関係人となるため、全員の報酬額を一括で決議することはできず、順次決議をする必要がある、②株主総会の明示・黙示の承認があるか、又は再一任を許容することにつき相当な理由があると認められる場合に限り特定の取締役に個人別の報酬額の決定につき再一任することができる、③個人別の報酬額の決定の相当性については、善管注意義務違反の審査を通じて裁判所の審査を受け得る、と。

今回、時間的な制約もあり、必ずしも詳細な分析ができなかったため、判例通説を支持する諸先輩方からは本稿の結論について厳しいご意見をいただくかもしれないが、その結果は甘受するほかない。さらに研鑽を積み、本稿で提示した考えをよりよいものにしていきたい。

さて、金融審議会ディスクロージャーワーキング・グループ報告や、次期会社法改正の作業においても、開示を含めた取締役の報酬規制のあり方が議論されているが、重要なのは単なる報酬額の多寡ではなく、取締役の報酬と経営戦略・方針との結びつきがあるか否か、自社に最適な報酬構成となっているか、それらが適切に開示されているかといった点にあると思われる。さらに議論が進むことを期待したい。

以上

（アロン・Ｊ・トーマス）

（Endnotes）

（注1）　会社法上は「報酬等」と表現されるが、記述を簡略化するため本稿では統一的に「報酬」と記載する。

（注2）　最判昭和60年3月26日判時1159号150頁、矢沢惇「取締役の報酬の法的規制」商事法務研究219号3頁、龍田節「役員報酬」続判例展望（別冊ジュリスト39号）171頁、上柳克郎ほか編『新版 注釈会社法（6）』（有斐閣、1987）386頁〔浜田道代〕、落合誠一編『会社法コンメンタール8 ―機関（2）』（商事法務、2009）148頁〔田中亘〕、大隈健一郎＝今井宏『会社法論　中巻〔第3版〕』（有斐閣、1992年）166頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣、2017）451頁、前田庸（神田秀樹＝神作裕之補訂）『会社法入門〔第13版〕』（有斐閣、2018）578頁等。

（注3）　伊藤靖史『経営者の報酬の法的規律』（有斐閣、2013）17頁等。

（注4）　法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第1回（2017年（平成29年）4月26日開催）会議議事録2頁。

（注5）　弥永真生教授も、「報酬規制の趣旨はお手盛り防止だとわれわれは学生に教えていますが、これはやはり偏った位置づけであり、しっかりと業績を上げてもらうためにはどうしたらいいのかという観点がやはり重要なのかなと思っています。…（会社法の）設計の仕方として、お手盛り防止を主眼に置くという発想は少し再考したほうがいいかもしれません。」（カッコ内は筆者）と述べる。神田秀樹ほか「〈新春座談会〉役員報酬改革の新潮流と今後の諸論点〔中〕」商事法務1988号13頁〔弥永真生発言〕。

（注6）　名古屋高金沢支判昭和29年11月22日下民集5巻11号1902頁、上柳・前掲（注2）391頁〔浜田〕、江頭・前掲（注2）454頁注6。

（注7）　始関正光編著『Q&A 平成14年改正商法』（有斐閣、2003）97頁、奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタール 会社法2』（日本評論社、2010）288頁〔大塚龍児〕、岩原紳作編『会社法コンメンタール9 ―機

関（3）』（商事法務、2014）106頁〔伊藤靖史〕、同・156頁〔森本滋〕。

（注8）　前掲（注6）・名古屋高金沢支判昭和29年11月22日、江頭・前掲（注2）454頁注6。

（注9）　矢沢・前掲（注2）3頁、上柳・前掲（注2）386頁〔浜田〕。江頭・前掲（注2）574頁注2も参照。

（注10）　伊藤・前掲（注3）33頁、江頭・前掲（注2）574頁注2。

（注11）　前掲（注2）最判昭和60年3月26日、矢沢・前掲（注2）3頁、大隈＝今井・前掲（注2）166頁、上柳・前掲（注2）386頁〔浜田〕、落合・前掲（注2）148頁〔田中〕、江頭・前掲（注2）451頁、前田・前掲（注2）578頁等。

（注12）　神田秀樹『会社法〔第20版〕』（弘文堂、2018）237頁注10。

（注13）　伊藤・前掲（注3）17頁等。

（注14）　落合・前掲（注2）149頁〔田中〕。

（注15）　通説を形成した代表的論者である矢沢惇教授は、旧商法269条（現会社法361条）について「株主によって、取締役会や代表取締役の報酬決定をコントロールさせようという趣旨」であるということも述べている。矢沢・前掲（注2）3頁。

（注16）　矢沢・前掲（注2）10頁、龍田・前掲（注2）178頁、上柳・前掲（注2）391頁〔浜田〕、江頭・前掲（注2）454頁注6。

（注17）　田中誠二『三全訂　会社法詳論（上巻）』（勁草書房、1993）572頁注5、阪埜光男「判批」金判197号5頁。

（注18）　始関・前掲（注7）97頁、奥島ほか・前掲（注7）288頁〔大塚〕、岩原・前掲（注7）106頁〔伊藤〕、同・156頁〔森本〕。

（注19）　始関正光「平成14年改正商法の解説〔Ⅴ〕」商事法務1641号24-25頁、28頁注78参照。さらに、浜田道代「取締役会制度の改革②（委員会等設置会社）」金判1160号159頁注21も参照。

（注20）　最判昭和44年3月28日民集23巻3号645頁。

（注21）　落合・前掲（注2）292頁〔森本〕。

（注22）　落合・前掲（注2）166頁〔田中〕。前掲（注6）・名古屋高金沢支判昭和29年11月22日も同旨。

（注23）　味村治＝品川芳宣『役員報酬の法律と実務〔新訂第2版〕』（商事法務研究会、2001）71頁参照。

（注24）　法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第3回会議（2017年（平成29年）6月21日開催）議事録44頁〔古本省三委員発言〕。

（注25）　報酬枠の使用率は7割前後といわれることがある。櫛笥隆亮編著『経営者報酬の実務－実効的なガバナンスの構築からグローバル展開まで』（中央経済社、2018）212頁〔小川直人〕。なお、取締役会が株主総会の定めた限度額を超えて各取締役に対する報酬額を決定した場合、決定額と限度額の比率に従って減額された金額を各取締役に対する報酬額とするとした裁判例として、福岡高判昭和55年1月31日判時969号106頁。

（注26）　法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第6回会議（2017年（平成29年）10月4日開催）議事録55-56頁〔藤田友敬委員発言〕参照。

（注27）　田中・前掲（注17）572頁注5、阪埜・前掲（注17）5頁。

（注28）　矢沢・前掲（注2）10頁、龍田・前掲（注2）175頁、落合・前掲（注2）166頁〔田中〕。

（注29）　田中・前掲（注17）572頁注5は、各取締役の報酬を個別的に定める決議を順次行う方法による場合は、過半数決によりうるとする。

（注30）　龍田・前掲（注2）175頁参照。

（注31）　岩原・前掲（注7）156頁〔森本〕。

（注32）　岩原・前掲（注7）156頁〔森本〕も同旨か。

（注33）　最判昭和31年10月5日集民23号409号、前掲（注6）・名古屋高金沢支判昭和29年11月22日。

（注34）　龍田・前掲（注2）175頁、江頭・前掲（注2）452頁、酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法　第4巻　機関・1』（中央経済社、2008）465頁〔高橋英治〕。

（注35） 大隈＝今井・前掲（注2）171頁注5。矢沢・前掲（注2）10頁は、取締役全員の同意を要し、多数決でしようと思えば、社長の原案を承認するという形をとらざるをえないとする。また、味村＝品川・前掲（注23）73頁は、原則として再一任は許されないが、取締役会の多数決に加え、報酬額を決定される取締役自身の同意もある場合に限って認められるとするようである。

（注36） 田中・前掲（注17）573頁、阪埜・前掲（注17）5頁、上柳・前掲（注2）391頁〔浜田〕、伊藤・前掲（注3）268-269頁、津野田一馬「経営者報酬の決定・承認手続（2・完）」法学協会雑誌133巻1号115頁。

（注37） 法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第6回会議（2017年（平成29年）10月4日開催）議事録55-56頁〔藤田友敬委員発言〕参照。同第3回会議（2017年（平成29年）6月21日開催）議事録46頁〔加藤貴仁幹事発言〕も、同様の結論をとるようである。

（注38） 落合・前掲（注2）167頁〔田中〕、法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第3回会議（2017年（平成29年）6月21日開催）議事録44頁、同第6回会議（2017年（平成29年）10月4日開催）議事録45頁、同第16回会議（2018年（平成30年）8月29日開催）議事録23頁〔古本省三委員発言〕。

（注39） 取締役には経営判断等について一定の裁量が認められていることから、株主の代理人とみなすのは適切ではないとの議論もあるが、ここでは立ち入らない。

（注40） 於保不二雄＝奥田昌道編『新版　注釈民法（4）総則（4）』（有斐閣、2015）97頁〔佐久間毅〕。

（注41） 神田秀樹＝折原誠『信託法講義』（弘文堂、2014）10頁。

（注42） 寺本昌広『逐条解説　新しい信託法〔補訂版〕』（商事法務、2008）111頁注6参照。

（注43） 神田＝折原・前掲（注41）70頁、寺本・前掲（注42）109頁-110頁、佐藤哲治編著『Q&A　信託法―信託法・信託法関係政省令の解説―』（ぎょうせい、2007年）139頁、道垣内弘人編著『条解　信託法』（弘文堂、2017）158頁〔道垣内弘人〕。

（注44） 神田＝折原・前掲（注41）70頁、寺本・前掲（注42）109頁注2、佐藤・前掲（注43）139-140頁。道垣内・前掲（注43）159頁〔道垣内〕は、一時的に免許を喪失したという例を挙げる。

（注45） 法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第3回会議議事録50頁〔前田雅弘委員発言〕も、「そもそも再一任が認められるためには、取締役会に決定を委任するという、もとの株主総会決議が再一任を認める趣旨のものであることが理論的に必要なはず」だとする。

（注46） 落合・前掲（注2）167頁〔田中〕。

（注47） 法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第17回会議（2018年10月24日開催）で示された「会社法制（企業統治等関係）の見直しに関する要綱案（仮案）」では、再一任に関し株主総会の決議がいるとの規定が置かれる方向性が示されていた。しかし、その後法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第18回会議（2018年12月12日開催）で示された「会社法制（企業統治等関係）の見直しに関する要綱案（仮案（2））」では削除された。

（注48） 矢沢・前掲（注2）3頁、上柳・前掲（注2）386頁〔浜田〕。江頭・前掲（注2）574頁注2も参照。

（注49） 上柳・前掲（注2）386頁〔浜田〕、落合・前掲（注2）208頁〔田中〕、山田泰弘「判批」商事法務1939号119-120頁参照。

（注50） 津野田一馬「経営者報酬の決定・承認手続（1）」法学協会雑誌132巻11号87頁は、「株主総会決議による一任を受けた取締役の義務について判例の立場は明確でないが、通説はこの点についても裁判所の審査は行われないとの立場をとっているといわれる」とする。

（注51） 落合・前掲（注2）165頁、208頁〔田中〕。伊藤・前掲（注3）39頁以下も同旨か。

（注52） 東京地判平成30年4月12日資料版商事法務416号128頁（第一審）、東京高判平成30年9月26日資料版商事法務416号122頁（控訴審）。

（注53） 前掲（注52）・東京地判平成30年4月12日の判旨。「前記前提事実によれば、…本件株主総会決議により、取締役の報酬額の総額を30億円以内にするとともに各取締役への具体的な配分を取締役会に一任す

ることが定められ、本件取締役会決議により、各取締役の具体的な報酬額の決定は被告Y1に再一任すると定められたことが認められるところ、上記各決議により、被告Y1に対し、総額30億円の範囲内で各取締役の具体的な報酬額の決定を再一任すること自体は、会社法361条1項に反するわけではないと解するのが相当である…。もっとも、このような再一任を容認すると、本来、会社の取締役会ないしその構成員である取締役が果たすべき代表取締役の業務執行の監視監督の機能が働かない状況の下で、再一任を受けた代表取締役は自らの報酬額まで決めることになることを考慮すると、取締役会から各取締役の報酬額の決定を再一任された取締役は、具体的な報酬額を決定するに当たり、他の職務を遂行する場合と同様、善管注意義務（会社法330条、民法644条）及び忠実義務（会社法355条）を尽くす必要があり、これらの義務に違反して会社に損害を与えたときは損害賠償義務を負うと解するのが相当である。」「取締役会から各取締役の報酬額の決定を再一任された代表取締役が、具体的な報酬額を決定するに当たり、善管注意義務及び忠実義務を負うことは、前記認定・説示のとおりであるものの、各取締役の業績や活動業績をどのように評価し、当該取締役に対してどの程度の報酬を支給すると決定するかといったことは極めて専門的・技術的な判断である上、こうした評価・決定により、取締役をどのように監督しあるいは取締役にインセンティブを付与するかといった判断自体、会社の業績に少なからず影響を与える経営判断であるから、取締役会ないしそこから再一任を受けた代表取締役はそうした評価・決定に当たり適切に権限を行使したか否かは、基本的には株主総会における取締役の選任・解任の過程を通じて、株主が決すべきものであることからすると、本件において被告Y1は、本件報酬決定に至る判断過程やその判断内容に明らかに不合理な点がある場合を除き、本件報酬決定を行ったことについて善管注意義務違反により責任を負うことはないと解するのが相当である。」「以上によれば、被告Y1は、15億円を支給する場合の補助参加人（筆者注―被告Y1が代表取締役を務める会社）のリスクや特別手当の金額の妥当性等を十分検討した上で、業績が前年度を上回るという平成26年11月期（第113期）の業績予想を

踏まえて本件報酬決定を行っているのであるから、本件報酬決定に至る判断過程やその判断内容に明らかに不合理な点があるということはできず、他にこれを認めるに足りる証拠はない。」

（注54） 味村＝品川・前掲（注23）78頁。

（注55） 味村＝品川・前掲（注23）78頁。

（注56） 落合・前掲（注2）165頁、208頁〔田中〕、伊藤・前掲（注3）37頁。

（注57） 落合・前掲（注2）208頁〔田中〕、伊藤・前掲（注3）43頁。

（注58） 伊藤・前掲（注3）44頁、落合・前掲（注2）165頁-166頁〔田中〕、髙田剛＝タワーズペリン経営者報酬コンサルティング部門『経営者報酬の法律と実務』別冊商事法務285号59頁参照。

（注59） 落合・前掲（注2）166頁〔田中〕。

（注60） 味村＝品川・前掲（注23）78頁。

（注61） 伊藤・前掲（注3）19頁、37頁以下も同旨。

（注62） タワーズワトソン（現ウィリス・タワーズワトソン）が行った2011年度日米欧CEO報酬比較では、業績連動報酬は36%であったのに対し、2017年度日米欧CEO報酬比較では、52%となっている。日本取締役協会「2013年度　経営者報酬ガイドライン（第三版）と法規制・税制改正の要望―報酬ガバナンスの更なる進展を―」の添付資料①〔http://www.jacd.jp/news/comp/130412_02.pdf〕（最終閲覧日：2018年11月12日）、ウィリス・タワーズワトソン「2017年度 日米欧CEO報酬比較」〔https://www.willistowerswatson.com/ja-JP/press/2018/07/japan-us-europe-ceo-compensation-comparison-2017〕（最終閲覧日：2018年10月29日）。

給与前払サービスと規制法制

金融取引法部

＊目　次

第1　はじめに ····· 50
第2　賃金の前払いと労働法制 ····52
　1　想定する給与前払サービスの概略 ·····52
　2　問題の所在 ·····52
　3　具体的な検討 ····· 54
　4　小括 ····· 59
第3　貸付けの立替払いと規制法制 ····· 60
　1　問題の所在 ····· 60
　2　労働法制 ····· 60
　3　金融法制（貸金業） ····· 62
第4　立替払いと金融法制（貸金業） ····· 65
　1　問題の所在 ····· 65
　2　貸金業について ····· 66
　3　具体的な検討 ····· 66
　4　グレーゾーン解消制度（平成30年12月20日） ·····67
第5　金融法制（資金移動業） ·····70
　1　問題の所在 ·····70
　2　為替取引について ····· 71
　3　具体的な検討 ····· 71
第6　電子決済等代行業 ····· 72
　1　問題の所在 ····· 72
　2　電子決済等代行業について ····· 73
　3　具体的な検討 ·····74
第7　結語 ····· 75

第1　はじめに

昨今、様々な分野で労働人口減少等に伴う人手不足が生じている。業務を担う人材の確保ができなかったり、人件費などの待遇改善がコスト増につながったりすることにより、飲食業や介護福祉事業、運送業などのサービス業を中心として人手不足倒産が増加している。雇用主としては、人手不足を改善するために、賃金をはじめとする労働条件を向上させることのほか、月1回の給与支払日に給与を支払うこととは別に、給与支払日よりも前倒しで稼働した分の給与に相当する額の一部を支払うことを可能とするサービス（以下「給与前払サービス」という。）を導入し、労働者募集の際のアピール材料に利用したり、離職の防止につなげたりする例が見受けられる。

従来から、給与支払日までの労働者の資金ニーズに応える制度として、雇用主による労働者に対する貸付けの制度（いわゆる前借制度）が設けられている例がある。また、労働者は、出産、疾病、災害その他厚生労働省令で定める非常の場合の費用として、既往の労働に対する賃金の支払（以下「非常時払」という。）を受けることができる（労働基準法第25条、労働基準法施行規則第9条各号）。

しかし、雇用主によっては前借制度を設けていなかったり、同制度を設けていたとしても、借入れに係る手続的な負担により、十分に機能していなかったりする例もあると思われる。また、非常時払は、非常の場合として定められた事由が限定されており、労働者の自由な資金ニーズに応えることができない。

この点に関し、雇用主が独自に給与前払サービスを提供することも考えられるが、勤怠管理や給与計算に関するシステムの変更を伴うことなどか

ら、独自によるの給与前払サービスの提供は相応に困難が伴うだろう[1]。

そこで、昨今では、雇用主による給与前払サービスをサポートする観点から、給与前払サービスを提供するサービス事業者（以下「前払サービス事業者」という。）が雇用主に対して給与前払サービスを提供し、前払サービス事業者が雇用主又は労働者から手数料を得てビジネスにしている例が多く見受けられるようになった。

前払サービス事業者が提供するサービス内容如何により、クリアすべき法的課題にも変化が生じるが、この給与前払サービスにおいては、(a)雇用主と労働者との間の雇用関係を前提にする点で労働基準法などの労働法制をクリアする必要があり[2]、(b)前払サービス事業者が資金供与及び資金の移動に関わる点で貸金業法、銀行法、資金決済に関する法律（以下「資金

1　雇用主に給与前払サービスに必要なシステムのみを提供する事業者（給与の立替払いなどは行わずに、あくまで前払給与計算等のシステムを提供する事業者を想定する）も存在する。このようにシステムを提供するだけの事業者は、第2以下で検討する法規制は及ばないことと解される（別途、雇用主については、第2で検討する労働基準法への抵触の有無についての検討は必要になる。）。

もっとも、このようなサービスにおいては、労働者が同サービスを利用すれば必然的に雇用主において給与支払日以前のキャッシュアウトが生じることから、雇用主にとって使い勝手が良いものとはいえない。そのため、現状では第3で検討する立替払い構成でのサービスを企図する例が多いように思われる。

2　本稿は、労働契約の存在を前提として検討をするものの、労働契約ではなく、クラウドソーシングやアフィリエイトなどの（準）委任契約や請負契約に基づく報酬債権についても、早期払いを受けたいとのニーズがある。この場合には、労働法制の検討は不要となり、金融法制のみに着目すれば足りることになる。ただし、（準）委任契約や請負契約の業務従事者に対して報酬の前払サービスを導入するに際しては、業務の性質上、報酬支払日よりも前倒しで稼動した分の報酬に相当する金額の算定が困難かつ各契約の内容が必ずしも画一的ではないという場合もあり、実務上、運用に課題を残しているものと思われる。

決済法」という。）などの金融法制をクリアする必要がある。

以下では、これらの規制法制に関し、具体的にどのような法的課題が生じてくるのかを検討していくこととしたい[3]。

第2　賃金の前払いと労働法制

1　想定する給与前払サービスの概略

給与前払サービスのうち、雇用主が労働者に対して支払う金銭は、給与の一部に相当する金銭であるが、当該金銭の法的性質が賃金である場合には[4]、概ね以下のような事実関係になると思われる。

労働者は、雇用主との間であらかじめ合意されている給与支払日とは別に、個別の合意により、給与の前払日を設定することとなる。なお、給与前払日は、原則として、労働者が雇用主に対して、給与の支払を請求した日である。賃金の支払は、労働者の同意の下、労働者が雇用主に対して指定した銀行その他の金融機関に対する当該労働者名義の預金又は貯金口座への振込みにより行われる。

2　問題の所在

まず、当然のことながら、給与前払サービスを利用しない場合には、

3　以上に示した基本的視座については、右崎大輔「給与前払サービス導入の法的課題」（ビジネス法務2019年1月号4、5頁）を参考にした。そのほかの給与前払サービスに関する論稿としては、大内伸哉「キーワードからみた労働法第126回賃金直接支払の原則」（ビジネスガイド2018年1月号73頁以下）、高倉光俊「給与支給のグレーゾーン!?「給与前払いサービス」利用の問題点」（ビジネスガイド2018年4月号49頁以下）を参照した。

4　当該金銭の法的性質が賃金ではないとした場合には、雇用主の労働者に対する貸付けとして扱われるものと整理をすることとする。その場合における法的課題については、第3及び第4において検討を加える。

雇用主による給与の支払に関し、労働者との間であらかじめ定められた月1回以上到来する給与支払日において、所定の給与の全額が労働者の同意に従って振込みの方法により支払われることから、賃金の支払に関する諸原則（労働基準法第24条）に抵触することはない。

他方、給与前払サービスを利用した場合には、概ね以下に掲げる特徴を有することから、これらを分析的に捉えつつ、賃金の支払に関する諸原則（労働基準法第24条）に抵触しないかどうかについて検討が必要になる。

① 前払サービス事業者が雇用主に代わって給与の立替払い（振込み）をすること[5]

② 給与前払日における給与の支払は、当該日までの労働の対価の全額ではなく、一定の掛目を掛けた金額等が上限となること

③ 給与前払日における給与の支払の際に、振込手数料や前払サービス事業者が収受するシステム手数料[6]（以下「システム利用料等」という。）が控除されること[7]

④ 労働者の請求により給与の前払日が設定されること

5 前払サービス事業者が立替払いをすることなく、給与前払サービスを履行する目的で雇用主から資金の預託を受けた上で、労働者の請求に従って前払を実施する例もある。これは、「為替取引」（銀行法第10条第1項第3号）に該当するものであることから、前払サービス事業者は、資金移動業者である必要がある。詳細については、第５において述べる。

6 雇用主の労働者に対する福利厚生サービスの利用の対価であるとともに、雇用主の前払サービス事業者に対する（準）委任事務の対価として位置付けられると解される。

7 労働者に対して提供する福利厚生の一環として、雇用主がシステム利用料等を全額負担する例も存在するようである。

3　具体的な検討

(1)　立替払いと直接払いの原則（①について）

ア　労働基準法第24条第1項本文は、「賃金は、通貨で、直接労働者に、その全額を支払わなければならない」と規定しており、雇用主が労働者本人以外の者に賃金を支払うことは禁止されている（直接払いの原則）。その趣旨は、職業仲介人等による賃金の中間搾取を防ぐ点にある。

ここに「賃金」とは、「賃金、給与、手当、賞与その他名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うすべてのものをいう」（労働基準法第11条）とされている。

また、雇用主の指図に基づく賃金の立替払いに関する通達（以下「本通達」という。）においては、「金融機関等への口座振込み等により賃金の支払を行う場合（…）において、金融機関等に対する給与データの送付及び口座振込み等の指示が使用者から行われ、かつ、当該口座振込み等が、使用者自らの管理する口座から行われるとき。」[8]は、直接払いの原則が確保されていると述べられている。

8　本通達は、「金融機関等への口座振込み等により賃金の支払を行う場合（…）において、賃金の計算及び給与データの作成は委託を受けた者が行うが、金融機関等に対する給与データの送付及び口座振込み等の指示が使用者から行われ、かつ、当該口座振込み等が、使用者自らの管理する口座から行われるとき。」又は「金融機関等への口座振込み等により賃金の支払を行う場合において、賃金の計算、給与データの作成及び金融機関等に対する給与データの送付の事務は委託を受けた者が行うが、当該計算結果の確認及びこれに基づく各労働者への口座振込み等の金融機関等への承認は使用者から行われ、かつ、当該口座振込み等が、使用者自らの管理する口座から行われるとき。」には、直接払いの原則が確保されていると述べている（平成18年4月1日基発第0401001号）。

そこで、労働基準法第24条第1項本文のほか、賃金の定義（労働基準法第11条）及び本通達も踏まえて、前払サービス事業者による給与の立替払いが賃金の直接払いの原則に抵触するかどうかについて、検討を加える。

イ　給与前払サービスにおいて、前払サービス事業者が雇用主に代わって実施する立替払いは、労働者以外の第三者に対して行われるものではなく、あくまで労働者に対する給与の支払として行われるものであるため、「直接労働者に」（労働基準法第24条第1項本文）支払われるものである。

また、賃金の支払の確保等に関する法律第3章（第7条から第9条）には、事業主が破産手続開始の決定を受けた場合などにおける、政府による未払賃金の立替払いに関する規定が置かれている。同規定は、労働基準法第24条第1項本文に規定する賃金の直接払いの原則の例外としては規定されていないように思われるし、同法は、かえって賃金の定義について労働基準法第11条を引用しつつ（賃金の支払の確保等に関する法律第2条第1項）賃金の立替払いを許容している。これらの規定からすると、一般的に賃金の立替払いは許容されていると解することも可能であろう。

それから、本通達は、「当該口座振込み等が、使用者自らの管理する口座から行われるとき」に直接払いの原則が確保されていると述べている。しかしながら、そもそも、中間搾取を防ぐ観点から、労働者に対して確実に賃金の支払がなされることが担保されているのであれば、給与の原資となる出所は雇用主が管理する口座ではなくても構わないと理解するべきであろう。

実質的にみても、万が一、給与前払サービスにおいてシステム障

害等が発生し、給与前払サービス事業者から給与の前払が実行されなかった場合には、雇用主が当該前払部分を含めた給与の支払債務[9]及び労働基準法第24条第1項本文に基づく義務を負い続けることになることから、労働者が給与を受け取ることができないというリスクはなく、賃金の直接払いの原則の趣旨に反することにもならないと考えられる。

したがって、給与前払サービスにおいて、前払サービス事業者が雇用主に代わって実施する立替払いは、上記賃金の直接払いの原則には抵触しないと解されるべきである[10]。

(2) 振込みと通貨払いの原則（上記①について）

賃金は、「通貨で」支払うことが求められているものの（通貨払いの原則）、同原則は現物払いを禁止する趣旨にすぎないことから、労働者の同意を得た場合には、労働者が指定する銀行その他の金融機関に対する当該労働者名義の預金又は貯金口座への振込みも許容される[11]（労働基準法第24条第1項ただし書、労働基準法施行規則第7条の2第1項第1号）。

給与前払サービスにおいて、雇用主の指示に基づく前払サービス事業者による立替払いは、労働者が雇用主に対して指定した銀行その

9 併せて給与の前払部分については、雇用主は労働者に対して債務不履行に基づく損害賠償責任（民法第415条）を負担する可能性もあると考えられる。

10 仮に雇用主が労働基準法第24条第1項に規定する直接払いの原則に違反した場合には、30万円以下の罰金が課せられる可能性がある（労働基準法第120条第1号、第121条第1項）。

11 今後、銀行その他の金融機関の預貯金口座への振込みに加えて、資金移動業者の預り金口座への払込みが追加される見込みである。

他の金融機関に対する当該労働者名義の預金又は貯金口座への振込みにより行われる。

したがって、給与前払サービスにおいて、前払サービス事業者の立替払いは、通貨払いの原則に抵触しない[12]。

(3) 掛目と全額払いの原則（上記②について）

「賃金は、…その全額を支払わなければならない」（労働基準法第24条第1項本文）とされており、雇用主は、所定の期日に所定の賃金の全額を支払うことが求められる（全額払いの原則）。

この点、給与前払サービスにおいて、労働者が雇用主から前払を受ける給与は、労働者が一定の日までに雇用主に対して提供した労働に係る対価である。そうすると、労働者と雇用主との間の合意により、当該労働に係る対価に一定の掛目を掛ける取扱いをすることがあり、その点においては、全額払いの原則に抵触するようにもみえる。

しかし、給与前払サービスにおいては、労働の対価に一定の掛目を掛けて給与の前払を受けたとしても、労働者は、結果において、雇用主との間であらかじめ定められた毎月の給与支払日において、前払を受けた賃料等を控除した所定の賃金の全額について支払を受け

12 そのほか、使用者は、所定の賃金支払日に、①基本給、手当その他賃金の種類ごとにその金額、②源泉徴収税額、労働者が負担すべき社会保険料額等賃金から控除した金額がある場合には、事項ごとにその金額、③口座振込み等を行った金額を記載した計算書を交付する必要がある（所得税法第231条・同施行規則第100条、健康保険法第167条第3項、厚生年金保険法第84条第3項、労働保険の保険料の徴収等に関する法律第32条第1項後段）（平成10年9月10日基発第530号）。適切に情報提供をするべきという観点からすると、月次でこれらの情報が提供できれば足りると解されるため、雇用主は、給与前払サービスを利用した労働者に対し、上記通達に従った情報を月1回の正規の給与支払日において提供すれば足りると解される。

ることができる。

したがって、少なくとも労働者が「毎月」（労働基準法第24条第2項）という単位において全額払いを受けることができる以上は、給与前払サービスにおける前払サービス事業者の立替払いは、全額払いの原則に抵触するものではないと解されるべきであろう。

⑷　システム利用料等の控除と全額払いの原則（上記③について）

給与前払サービスにおいては、前払サービス事業者が提供する給与の立替払いに関し、雇用主は、労働者に支払う給与から前払サービス事業者が収受することになるシステム利用料等を控除する。

この点、全額払いの原則の例外として、「当該事業場の労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者との書面による協定がある場合においては、賃金の一部を控除して支払うことができる。」（労働基準法第24条第1項ただし書）とされている。

そのため、かかる規律に従うことにより、雇用主は、システム利用料等を控除することが可能となる[13]。

13　賃金の支払に関して労働者に手数料の負担をさせることの合理性についても問題となり得る。この点については、そもそも給与前払サービスは、雇用主と労働者との間においてあらかじめ定められた給与支払日が存在していることを前提に、別途労働者が自らの意思により望んだ給与の前払に応えるものであることからすると、システム利用料等は、専ら労働者の便宜のために雇用主が用意した福利厚生サービスを利用する対価であり、当該サービスの受益者である労働者が負担することも不合理ではないと考える。ただし、給与前払サービスをひと月に複数回利用する労働者にとっては、各回で手数料の負担が生じ、結果として多額の手数料を負担することにもなりかねない、雇用主又は前払サービス事業者において、手数料額等を適切に明示して労働者の理解を得るように努めることが望ましい。

⑸　給与前払日の創設と毎月１回以上一定期日払いの原則（上記④について）

給与前払サービスは、雇用主と労働者との間における労働契約においてあらかじめ定められた給与支払日における給与の支払とは別に、労働者の請求に従って給与の前払をすることになる。

この点、労働基準法第24条第2項本文は、「賃金は、毎月一回以上、一定の期日を定めて支払わなければならない。」と定めている（毎月１回以上一定期日払いの原則）。

給与前払サービスは、雇用主と労働者との間で締結された労働契約において定められた毎月の給与支払日を変更するものではないため、毎月一定の期日（給与支払日）において１回の給与の支払が行われることには変わりがない。

したがって、給与前払サービスにおける前払サービス事業者の立替払いは、毎月１回以上一定期日払いの原則に抵触するものではない。

４　小括

以上からすると、全額払いの原則との関係において、当該事業場の労働者の過半数で組織する労働組合があるときは労働協約、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労使協定において、システム利用料等の控除を定める必要はあるものの、給与前払サービス自体が賃金支払の諸原則に抵触して取り組むことができないということにはならないであろう。

第３　貸付けの立替払いと規制法制

１　問題の所在

これまでは、給与前払サービスが賃金の支払であるという前提で検討をしてきたが、仮に雇用主から労働者に対して支払われる金銭が賃金の支払ではなく、雇用主の労働者に対する貸付けである場合[14]には、労働法制や金融法制の適用関係をどのように理解すれば良いのであろうか。

まず、基本的な事実関係は賃金構成と相違はないものの、貸付けであることからすると、労働者から前払サービス事業者を通じて雇用主に対して借入れの申込みがあり、システム上雇用主が承諾する旨を労働者宛に通知をすることにより、雇用主と労働者との間に諾成的消費貸借契約が成立するものと解される。

次に、前払サービス事業者は、雇用主からの指示に従い雇用主に代わって、労働者に対し、システム利用料等を控除した金額を支払う。雇用主は、労働者に対し、所定の給与支払日において、前払額及びシステム利用料等を控除して給与を支払うと同時に、前払サービス事業者に対して前払額及びシステム利用料等を支払う。

以上のような枠組みを念頭において、労働法制と金融法制を検討する。

２　労働法制

⑴　全額払いの原則との関係

前払をする金銭が賃金ではなく、貸付金であることから、専ら給与支払日における賃金債権と貸付金債権との相殺可否が賃金の全額払いの原則との関係で問題となる。

14　ここでは、給与前払サービスの特徴である稼働した分の給与に一定の掛目を掛けた金額を支払う（貸し付ける）ことを想定する。

この点に関し、判例は、「いわゆる賃金全額払の原則の趣旨とするところは、使用者が一方的に賃金を控除することを禁止し、もって労働者に賃金の全額を確実に受領させ、労働者の経済生活を脅かすことのないようにしてその保護を図ろうとするものというべきであるから、使用者が労働者に対して有する債権をもって労働者の賃金債権と相殺することを禁止する趣旨をも包含するものであるが、労働者がその自由な意思に基づき右相殺に同意した場合においては、右同意が労働者の自由な意思に基づいてされたものであると認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するときは、右同意を得てした相殺は右規定に違反するものとはいえないものと解する」と解している（最判平成2年11月26日民集44巻8号1085頁）。

したがって、労働者からは、給与前払サービスに登録する際に、賃金債権と貸付債権との相殺の同意を得た上で、更に個々の前払の申請の際にも当該相殺について重ねて同意を得ておくことが望ましい。

⑵　前借金との相殺の禁止

雇用主は、前借金その他労働することを条件とする前貸の債権と賃金を相殺してはならない（労働基準法第17条）。

「前借金」とは、労働契約の締結の際又はその後に、労働することを条件として使用者から借り入れ、将来の賃金により弁済することを約する金銭と理解されており、貸付けの構成の場合には、賃金との相殺が見込まれることから、同条の適用が問題となる。

この点、労働基準法第17条については、「前借金により身分的拘束を伴い労働が強制されるおそれがあること等を防止するため、『労働することを条件とする前貸の債権』と賃金を相殺することを禁止するものであるから、使用者が労働組合との労働協約の締結あるいは労

働者からの申出に基づき、生活必需品の購入等のための生活資金を貸付け、その後この貸付金を賃金より分割控除する場合においても、その貸付の原因、期間、金額、金利の有無等を総合的に判断して労働することが条件となっていないことが極めて明白な場合には、本条の規定は適用されない。」とされている[15]。

給与前払サービスにおいては、労働者が既に稼働した分に関して貸付けをするものであり、労務の提供が先行することからすると、雇用主は、労働者に対して、労働をすることを条件にして貸付けをしているわけではない。したがって、給与前払サービスは、前借金相殺の禁止（労働基準法第17条）に抵触するものではないと解するべきであろう。

3　金融法制（貸金業）

(1)　問題の所在

この給与前払サービスにおいては、労働者は、雇用主に対し、給与の支給の際に前払い相当額を控除（返還）することを約していることからすると、雇用主から給与の支給日を返済期日とする金銭の貸付けを受けているものと解される[16]。この給与前払サービスにおける前払サービス事業者の行為が「貸金業」（貸金業法第2条第1項柱書）に該当するかどうかが問題となる[17]。

15　昭和23年10月15日基発1510号、昭和23年10月23日基収3633号、昭和63年3月14日基発150号

16　雇用主の労働者に対する貸付け（貸金業法第2条第1項柱書）については、「事業者がその従業者に対して行うもの」（貸金業法第2条第1項第4号）に該当することから、給与前払サービスにおける雇用主の行為は、「貸金業」に該当しない。

17　貸金業への該当性のほかに、雇用主が貸付金債権と賃金債権とを相殺することにより前払いサービス事業者が収受するべきシステム利用料を受

⑵ 「貸金業」について

ア まず、貸金業とは、「金銭の貸付け又は金銭の貸借の媒介（手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によってする金銭の交付又は当該方法によってする金銭の授受の媒介を含む。以下これらを総称して単に「貸付け」という。）で業として行うものをいう」（貸金業法第2条第1項柱書）とされている。

ここに「金銭の貸付け」とは、金銭の消費貸借（民法第587条）を含み、手形の割引、売渡担保その他これらと同様の経済的な機能を有する取引を広く含む概念である[18]。

イ 次に、貸金業における「金銭の貸借の媒介」とは、資金の融通を受けたい者と資金の融資を行いたい者との間に立って上記の金銭の貸付けに係る契約の成立に尽力する行為を含み[19]、手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によってする金銭の授受に尽力するという経済的な機能を有する行為を意味する概念である。

⑶ 具体的な検討

ア 「金銭の貸付け」への該当性

この給与前払サービスにおいて、給与の前払いを行い、労働者に対する貸付債権を取得するのは雇用主であり、前払サービス事業者ではない。すなわち、雇用主及び労働者間で締結された諾成的消費貸借契約に従って労働者に対して給与の前払いを行い、かつ、

領することに関し、システム利用料のみなし利息（利息制限法第3条、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律第5条の4第4項、貸金業法第12条の8第2項）への該当性が問題となる。仮に該当するとすれば、これらの法令の範囲内でシステム利用料を設定するべきこととなる。

18 大蔵財務協会「新訂＜実例問答式＞貸金業法のすべて」（平成10年、大蔵財務協会）23頁参照

19 前掲大蔵財務協会23頁

前払相当額の返還を受ける主体は雇用主であるから、前払サービス業者は、金銭の貸付けを行っているわけではない。

また、第4で詳細を検討するが、前払サービス事業者は、雇用主に対する金銭の貸付けもしていないと考えられる。

したがって、前払サービス事業者は、給与前払サービスにおいて「金銭の貸付け」をしているわけではないと解される。

イ　「金銭の貸借の媒介」への該当性

この給与前払サービスにおいては、労働者による雇用主に対する前払いの申込みと、それを承諾する雇用主による労働者に対する通知により、雇用主と労働者との間の諾成的消費貸借契約が成立する。

そうすると、前払サービス事業者は、資金の融通を受けたい労働者と資金の融資を行いたい雇用主との間で契約が成立した後に、雇用主に代わって、労働者に対して金銭の交付をするという事務作業を実施するにとどまるため、貸付けに係る契約が成立した後に関与しているにすぎず、個別の金銭の貸付けに係る契約の成立に尽力しているとは言い難い。

また、前払サービス事業者は、給与前払サービスにおいて、労働者による前払いの申込みとこれに対する雇用主による承諾の意思表示をするためのアプリケーション等を提供しているものの、当該アプリケーション等は、従業者及び雇用主の意思伝達を行うためのコンピュータシステムにすぎず、単なるシステム提供会社として域を出るものではなく、雇用主と労働者との間の諾成的消費貸借契約の成立に尽力しているとは言い難い。

他方、前払サービス事業者が立替払いをしないと雇用主は労働者

に対して貸付けをすることができないとすれば、前払サービス事業者の存在は諾成的消費貸借契約における貸主の義務の履行に関して重要な役割を担っているとして、経済的にみて金銭の貸借の媒介をしているとの見方もあり得るとも思われる。

しかしながら、前払サービス事業者が実施する労働者への金銭の交付の事務についても、上記コンピュータシステムにおける雇用主の指示に従って諾成的消費貸借契約に基づく機械的な送金処理をしているのみであり、金銭の授受に尽力する行為とは言い難い。

したがって、この前払サービス事業者は、雇用主及び労働者間の「金銭の貸借の媒介」を業として行うものではないと解することもできるであろう。ただし、前払サービス事業者において、労働者に対して前払いの利用を促すような勧誘を行った場合には、当該前払サービス事業者の行為は諾成的消費貸借契約の媒介であると評価される蓋然性が高まることには留意が必要である。

ウ　小括

以上から、この給与前払サービスにおける前払サービス事業者の行為は、通常、「貸金業」に該当しないと解される。

第４　立替払いと金融法制（貸金業）

１　問題の所在

貸金業への該当性については、第3のほか、前払サービス事業者が雇用主に代わって立替払いをすることに関して、前払サービス事業者の雇用主宛ての貸付けではないかという点も問題になるため、以下検討する。なお、これは給与前払サービスの内容が賃金又は貸金いずれを立替

払いする場合でも論点となり得るものである。

2　貸金業について

貸金業における「金銭の貸付け」とは、前記のとおり、金銭の消費貸借（民法第587条）を含み、手形の割引、売渡担保その他これらと同様の経済的な機能を有する取引を広く含む概念である。

3　具体的な検討

⑴　前払サービス事業者は、雇用主が負担している給与の支払債務を立替払いすることにより雇用主に対する求償権（前払額及びシステム利用料等）を取得する結果、雇用主に対して一定の金融機能を提供していることからすると、「金銭の貸付け」に該当する余地が全くないと言い切るのは躊躇を覚える。

⑵　しかしながら、前払サービス事業者は、雇用主の指示の下、給与前払サービスのシステム提供という委任事務の一環として労働者に対する給与の立替払事務も行い、当該委任事務処理に要した費用として雇用主に対する費用償還を行うものであるため（民法第650条第1項）、これをもって直ちに「金銭の貸付け」であるとの法的評価がなされるものではない。

実質的にみても、前払サービス事業者は、給与前払サービスのシステムを提供し、雇用主の指示に従って労働者に対して給与の交付を機械的に行っているにすぎず、かつ、極めて短期の（最長で2か月程度）の立替払いであり、雇用主に対する積極的な与信判断をしていないこと、雇用主に対して直接に金銭の交付がなされていないこと、雇用主と労働者との間であらかじめ定められた給与支払日に機械的に求償権に係る債務の履行を受けるだけであり、前払サービス事業者による雇用主に対して督促行為を実施するなどの積極的な債権の管理

又は回収は予定されていないことからすると、前払サービス事業者が給与の立替払いをしていることをもって、雇用主に対して金銭の貸付けと同様の経済的な機能を有する取引をしているとも言い難い。

⑶　したがって、個別具体的なサービスの内容により異なる解釈となる可能性は否定できないものの、賃金構成を採用した給与前払サービスにおいて、前払サービス事業者は、「金銭の貸付け」を業として行うものではないと解されるべきであろう。

4　グレーゾーン解消制度（平成30年12月20日）

⑴　金融庁は、給与前払サービスと貸金業に関し、産業競争力強化法に基づくグレーゾーン解消制度に基づき回答した内容を公表した。

事業の概要は、本稿で検討を進めてきた賃金構成の内容とほぼ同様であるので割愛をするが、手数料率の定めについては、「前払額の一定割合」か「申請件数×固定金額（数百円）」のいずれかとされている。貸金業への該当性に関する回答結果は、経済的効果と与信判断に分けて、以下のとおり示された。

「（１）経済的効果

当該事業者の従業員への前払額は賃金であり、従業員は当該事業者に返還する必要がない。また、当該事業者と導入企業との関係では、業務委任契約に基づき、導入企業の資金繰り等の状況に応じて当該事業者の判断により本サービスを停止することができるとされており、裏を返せば、仮に本サービスがなくとも導入企業は従業員からの申し出に応じて給与前払いを行うことは可能な者であることが前提と考えられる。したがって、当該事業者の従業員への前払いは、「従業員の勤怠実績に応じた賃金相当額を上限として」、法令上、毎月１回以上支払われるべき給与の極めて短期間の

立替えであり、当該事業者による前払額を導入企業から都度回収する煩雑さを回避するため、一定期日にまとめて回収しているもので、導入企業による当該事業者に対する後払いが本質的な要素とまでは言えない。

（2）貸付けの実行判断の有無

当該事業者は、従業員に前払いする際、従業員の信用力（返済能力）を調査しておらず、従業員から申請された金額を勤怠実績に応じた賃金相当額を上限として支払っている。手数料については、「前払額の一定割合」又は「申請件数×固定金額（数百円）」のいずれかを導入企業が選択し、かつ、委任事務に係る手数料が導入企業の信用力によらず一定であるのであれば、当該事業者は、自らの判断、意思決定に基づく、貸付けの実行判断を行っているとまでは言えない。

貸金業法の目的は、貸金業を営む者の業務の適切な運営の確保、資金需要者の利益の保護であり、仮に契約形態が委任契約であっても、実質的に「貸付け」行為に該当し、貸金業に該当すると整理すべき場合もあるが、

- 本サービスは従業員の勤怠実績に応じた賃金相当額を上限とした給与支払日までの極めて短期間の給与の前払いの立替えであって、
- 導入企業の支払い能力を補完するための資金の立替えを行っているものではなく、
- 手数料についても導入企業の信用力によらず一定に決められている

との前提の下では、導入企業又は従業員に対する信用供与とは

言えず、また、導入企業においても、信用供与を期待しているとまでは言えないことから、貸金業法上の「貸付け」行為に該当せず、貸金業に該当しないものと考えられる。

ただし、当該事業者の行為が、従業員又は導入企業に対して、導入企業の支払い能力を補完するための資金の立替えとなっている、又は手数料については導入企業の信用力によらず一定ではないなど、上記前提と相違し、実質的には貸付けを行っていると認められる場合には、導入企業又は従業員に対する金銭の貸付けに該当し、貸金業法第２条第１項に規定する貸金業に該当する可能性が高いと考えられる。」

⑵　回答内容の検討

上記回答によれば、雇用主に対する与信判断がなされたり、システム利用料等が定量的な定め方ではなく、雇用主の信用力等も踏まえて定性的に変化したりするなどの場合には、貸金業の登録を受ける必要があると解され得る一方で、前払サービス事業者が機械的形式的に立替払いを実施し、給与支払日に雇用主から前払額とシステム利用料等の支払を受けるということであれば、貸金業に該当しないということになりそうである。いずれにしても、貸金業への該当性については、個別具体的な前払サービスを前提にして慎重な判断が求められよう。

なお、上記回答は、雇用主向けの貸付けの検討を本線としながらも、理由付けは不明であるものの、後半部分では従業員向けの貸付けの該当性も示唆するなどしており、前提となる枠組み次第では、雇用主及び労働者一方又は双方に対して貸付けを行っているとの判断もあり得る点に留意が必要である。

(3) 補論

上記回答は、末尾の脚注において以下のとおり述べている。

「本サービスを利用する従業員の中には、既に相応の債務を抱えている者がいる場合もあり得る。そうした場合、そのような者が手数料を負担すると、本来の給料日に受け取る賃金よりも低い金額しか受け取れなくなるため、賃金の先取りによって、流動性を確保することによる経済的生活の安定を図ろうとするも、経済的生活がかえって悪化する可能性がある。したがって、導入企業及び当該事業者は、本サービスの開始にあたっては、多重債務問題に繋がらないよう、従業員の利益の保護の観点から、本サービスの利用による従業員への影響に十分に配慮いただきたい。」

ここに記載された懸念は十分に理解できるところではあるものの、給与前払サービスを利用する者の中には、貸金業者や銀行から金銭を借り入れることが困難な資金需要者も多いのではないかと推測する。給与前払サービスのニーズの高まりを背景に、むしろ貸金業法の総量規制の見直しや銀行によるカードローンの審査態勢の柔軟化などが検討されても良いように思われる。

第5　金融法制（資金移動業）

1　問題の所在

給与前払サービスにおける立替払いは、雇用主の指示を受けて、前払サービス事業者が労働者に対して振込みを行うことから、「為替取引」（銀行法第10条第1項第3号）への該当性が問題となり得る[20]。これは、資金の

20　銀行等以外の者が為替取引（100万円以下に限る。）を業として営む場合には、資金移動業の登録を受ける必要がある（資金決済法第37条）。しかし、

移動に関する規制であることから、給与前払サービスの内容が賃金又は貸金いずれの場合でも論点となり得るものである。

2　為替取引について

「為替取引」について、銀行法上の定義は存在しないものの、「顧客から隔地者間で直接現金を輸送せずに資金を移動する仕組みを利用して資金を移動することを内容とする依頼を受けてこれを引き受けること又はこれを引き受けて遂行すること」をいうと解されている（最決平成13年3月12日刑集55巻2号97頁）。

3　具体的な検討

(1)　立替払いのパターン

給与前払サービスは、前払サービス事業者から労働者へと資金の移動が行われるとしても、前払サービス事業者は、雇用主が用意した資金の移動について依頼を受けておらず、あくまで給与前払日において雇用主が労働者に対して負担する給与の支払債務又は貸付金を貸す債務という原因関係の決済に関して立替払いの依頼を受けているにすぎない。

また、法が「為替取引」を銀行等に限定した趣旨は、為替取引を営業として行う者に十分な信頼がおけなければ利用者が不安定な状況に置かれることから、銀行の信頼を基礎として利用者を保護する点にあると解される[21]。かかる趣旨からすると、資金をプールしたり、

資金決済に関する法律にはその違反に対する罰則はなく、銀行の固有業務として定められた「為替取引」を銀行業の免許なく行ったものとして、銀行法違反として処罰されることになる（銀行法第61条第1号）。そこで、銀行法第10条第1項第3号に規定する「為替取引」への該当性を検討することとなる。

21　小山嘉昭「銀行法精義」（金融財政事情研究会、平成30年）136頁参照

資金の付替えをしたりすることなく、雇用主の労働者に対する支払事務に関して委託を受けて立替払いをするにすぎない者については、このような高度な信頼を要求する必要まではないと考えられる。

実務上も、クレジットの利用は立替払いの構成が取られることがあるところ、その資金移動は、現状の金融行政的には必ずしも為替取引とは捉えていないと思われる。

以上より、立替払いを前提にした給与前払サービスは、現状では「為替取引」に該当しないと考えられる。

⑵　資金の預託を受けるパターン

他方、前払サービス事業者が雇用主から資金の預託を受けた上で、労働者に対して前払いをする場合には、隔地者間で直接現金を輸送せずに資金を移動する仕組みを利用して資金を移動することを内容とする依頼を引き受けてこれを遂行することになるため、「為替取引」に該当する。

したがって、資金の預託を受けて実施する給与前払サービスは、「為替取引」に該当することから、登録を受けた資金移動業者により取組みがなされるべきことになる。

第６　電子決済等代行業

１　問題の所在

これまでは、前払サービス事業者が給与前払サービスの金銭の交付に関与する形式を検討してきたが、そのほかにも、労働者から給与の前払いの要求があった場合において、雇用主が銀行その他の金融機関に開設する預金又は貯金口座に対して雇用主から委託を受けて前払サー

ビス事業者が送金指示の伝達を行うことも想定される。

この場合には、銀行法における電子決済等代行業（銀行法第2条第17項）の登録を受けることの要否が問題となる。なお、この論点も、預金又は貯金口座の振込みに係る指図の伝達に関する規律であることから、給与前払サービスの内容が賃金又は貸金のいずれの場合でも問題となり得るものである。

2　電子決済等代行業について

⑴「電子決済等代行業」とは、次に掲げる行為のいずれかを行う営業をいうとされている（銀行法第2条第17項）。

ア　銀行に預金の口座を開設している預金者の委託（2以上の段階にわたる委託を含む。）を受けて、電子情報処理組織を使用する方法により、当該口座に係る資金を移動させる為替取引を行うことの当該銀行に対する指図（当該指図の内容のみを含む。）の伝達（当該指図の内容のみの伝達にあっては、内閣府令で定める方法によるものに限る。）を受け、これを当該銀行に対して伝達すること（銀行法第2条第17項第1号）。

イ　銀行に預金又は定期積金等の口座を開設している預金者等の委託（2以上の段階にわたる委託を含む。）を受けて、電子情報処理組織を使用する方法により、当該銀行から当該口座に係る情報を取得し、これを当該預金者等に提供すること（他の者を介する方法により提供すること及び当該情報を加工した情報を提供することを含む。）（銀行法第2条第17項第2号）。

⑵　銀行法を受けた施行規則第1条の3の3は、銀行法第2条第17項第1号に関し、電子決済等代行業に該当しない行為として以下に掲げる4つの類型を定めている。なお、「預金者…から当該預金者に係る識別符

号等…を取得して行うもの」（預金者からIDやパスワードを取得する形態）については、以下の定義除外の規定は適用されない（すなわち、電子決済等代行業に該当する）。

・預金者による特定の者に対する定期的な支払を目的として行う行為（第1条の3の3第1号）
・預金者による当該預金者に対する送金を目的として行う行為（同条第2号）
・預金者による国、地方公共団体…に対する支払を目的として行う行為（同条第3号）
・預金者による商品の売買契約又は役務の提供に係る契約の相手方に対するこれらの契約に係る債務の履行のみを目的として、当該相手方又は当該契約の締結の媒介（当該履行に係る為替取引を行うことの指図（当該指図の内容のみを含む。）の伝達により行う媒介を除く。）を業とする者（以下この号において「相手方等」という。）が当該契約に基づく取引に付随して行う行為であって、当該行為に先立って、銀行法第2条第17項第1号の銀行と当該相手方等との間で当該履行に用いる方法に係る契約を締結しているもの（同条第4号）

3　具体的な検討

⑴　雇用主による前払サービス事業者に対する送金の指図に関するものであることから、預金又は貯金口座の情報を取得し提供するだけの銀行法第2条第17項第2号の該当性ではなく、専ら銀行法第2条第17項第1号の該当性が問題となる。

⑵　前払サービス事業者が提供するシステムの内容次第ではあるものの、振込指図をすることを目的としてシステムを提供するだけではなく、預貯金者である雇用主から委託を受けて振込指図の伝達を受け、銀

行その他の金融機関に対して振込指図を伝達するのであれば、電子決済等代行業（銀行法第2条第17項第1号）に該当すると解される。

⑶　他方、定義除外のうち、施行規則第1条の3の3第4号への該当性が問題となり得る。この点、雇用主と労働者との間の給与前払サービスに係る契約が「役務の提供に係る契約」であるとして、前払サービス事業者がこれを媒介することを業として行うとの整理が可能であれば、給与前払サービスに係る契約に基づく金銭の交付として行われる振込指図については、電子決済等代行業の登録は不要となる[22]。給与前払サービスへの前払サービス事業者の関与の仕方次第ではあるものの、積極的に前払サービス事業者が給与前払サービスに係る契約の勧誘を行うのであれば、業として媒介をしているため、電子決済等代行業に該当しないとの整理はあり得るかもしれない[23]。

第7　結語

以上の検討は、給与前払サービスの代表的な類型に関する規制法制について検討を試みたものであり、存在し得る給与前払サービスに係る全ての枠組みを検討したものではないが、給与前払サービスの様々な取組みに当たって多少なりとも参考になれば幸いである。

（田中貴一、國分吾郎）

22　金融庁「広く共有することが有効な相談事例（銀行法関係）」Q4（掲載更新時期平成30年11月19日）参照

23　ただし、貸金構成を前提とする給与前払サービスについては、別途、金銭の貸借の媒介をしているものとして貸金業の登録を受けるべきとの懸念が生じかねない点に留意が必要となる。

債権譲渡に関する民法改正（譲渡制限特約付債権、債権譲渡と相殺）の倒産実務への影響

倒産法部

＊目　次

第1　はじめに ····· 78
第2　譲渡制限特約について ····· 79
一　検討事項····· 79
1　民法改正の概要 ····· 79
2　問題の所在 ····· 80
3　想定事例 ····· 81
二　譲受人が譲渡人管財人に対して取得する請求権とその法的性質 ····· 81
1　議論の状況 ····· 81
2　検討 ····· 82
三　不当利得、財団債権となった場合、按分弁済の対象となるか ····· 89
1　議論の状況 ····· 89
2　検討 ····· 89
四　譲渡人管財人が弁済を受領することの妥当性 ····· 90
1　議論の状況 ····· 90
2　検討 ····· 90
第3　債権譲渡と相殺について···· 92
一　検討事項····· 92
1　民法改正の概要 ····· 92
2　問題の所在 ····· 94
3　想定事例 ····· 95
二　前提　改正民法による倒産時の相殺禁止の規律への影響 ····· 96
1　議論の状況 ····· 96
2　検討 ····· 96
三　債務者と譲受人との間における民法上の相殺の可否···· 99
1　双方未履行解除により生じた損害賠償請求権を自働債権とする場合 ····· 99
2　契約不適合により生じた損害賠償請求権を自働債権とする場合·····103
四　債務者と譲受人との間において倒産法の相殺禁止の規律が及ぶか ····· 104
1　議論の状況 ····· 104
2　検討·····105
五　債務者による相殺が認められた場合の譲渡人管財人と譲受人との間の法律関係 ·····110
1　議論の状況·····110
2　検討·····110
第4　供託·····113
一　民法改正の概要·····113
二　問題の所在·····113
三　検討 ·····114
第5　まとめ ·····116
第6　おわりに ·····118

第1　はじめに

「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）（以下、「改正民法」という。）において、債権譲渡に関する改正事項として、主として、①譲渡制限特約に関するもの、②将来債権の譲渡に関するもの、③異議をとどめない相殺に関するもの、④債権譲渡と相殺に関するものがある[1]。

筆者は、以前、②について検討する機会をいただいたが[2]、今般、①及び④について検討する機会をいただいたことから[3]、本稿をもって、当該改正により倒産の場面で生じる論点の一部を検討する。具体的には、①譲渡制限特約付債権を同特約について悪意重過失の譲受人に譲渡した後、譲渡人について破産手続が開始し、譲渡人の破産管財人（以下、たんに「管財人」又は「譲渡人管財人」という。）が弁済を受領した場合における、譲受人と譲渡人管財人との二者間の関係と、④譲渡人が破産し、債務者が、譲渡人に対して有する反対債権をもって相殺した場合における、債務者、譲受人及び譲渡人管財人との三者間の関係を検討する。このうち、①については、法制審議会において、譲受人の譲渡人管財人に対する請求権を不当利得返還請求権とし、破産手続開始後に生じた債権であるから、5号の財団債権（破産法148条1項5号）とされ[4]、同旨が通説といえる[5]。他方で、④については、債権譲渡の譲受人と債務者との関係における相殺の可否については、広く論じられているが[6]、債務者による相殺が認められた後の譲受人と譲渡人管財人との関係については、一部の議論[7]を除き、あまり論じられていないようである。①の論点は、既に決着済みともいえるが、①及び④は、ともに、三者間における不当利得の成否が問題となる類型であり、契約責任と不当利得との関係や区別及び契約時のリスク分担など共通する考慮要素があることから、あわせて検討することで議論を整理

し得るとも思われる。

以下では、第２で①の論点について、第３で④の論点を検討し、第４において供託制度について若干の検討をくわえる。

第２　譲渡制限特約について

一　検討事項

１　民法改正の概要[8]

（一）旧法では、466条1項で債権は自由に譲渡できる旨の原則を定めたが、2項で「当事者が反対の意思を表示した場合」には、これを適用しない旨を規定し、譲渡制限特約付債権譲渡の効力は無効であると解されていた[9]。これに対して、中小企業等が自社の債権を譲渡して資金調達を行うことを妨げる要因になっているとの指摘がされ、新法においては、譲渡制限特約が付されていても、これによって債権の譲渡の効力は妨げられないとした（新法466条2項）。

（二）もっとも、債務者にとって譲渡制限特約を付す目的は、主として、弁済の相手方を固定することであり、当該利益は引き続き保護する必要があることから、(i) 譲受人が譲渡制限特約について悪意・重過失である場合には、債務者は、譲受人に対してその債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務消滅事由をもって譲受人に対抗することができるとし（466条3項）、(ii) 譲渡制限特約付債権が譲渡されたときは、債務者は、当然に、その債権の全額に相当する金銭を供託することができるとする（466条の2）。なお、新法466条3項の意義は、譲渡人に対して、債務者から弁済の提

供がされた場合に、譲渡債権についての法定の受領権限を付与したものと解されるが、譲渡人に履行請求権や取立権限まで付与するものではない[10]。

（三）さらに、債権の譲受人の利益を保護する観点から、(i) 譲受人は、債務者が債務を履行しない場合には、債務者に対し、相当の期間を定めて譲渡人への債務の履行をするよう催告をすることができ、その期間内に履行がないときは、債務者は譲受人に対して債務を履行しなければならないとし（466条4項）、(ii) 譲渡人について破産手続開始の決定があったときは、債権の全額を譲り受けた譲受人（第三者対抗要件を具備した者に限る）は、譲渡制限特約について悪意又は重過失であっても、債務者にその債権の全額に相当する金銭を供託させることができる（466条の3）。

2　問題の所在

実務上、金融機関が債権譲受け又は担保設定をするにあたり、譲渡制限特約が付されていることを確認することが通常で、譲渡制限特約について少なくとも重過失であることが想定される[11]。旧法時代においては、譲受人に悪意・重過失がある場合、譲渡は無効となり、譲渡後においても、譲渡人の責任財産を構成すると解されたが、新法により、譲渡制限特約付債権の譲渡は有効であるため、第三者対抗要件具備後は譲受人に確定的に債権が帰属する。

ただし、譲受人が悪意・重過失の場合、譲渡人は履行請求権や取立権限はないが、債務者が弁済を提供した場合にはこれを受領する権限は認められる。そこで、譲渡人について破産手続開始後に、債務者が譲渡人管財人に弁済を提供し、譲渡人管財人が受領した事例において、

（ⅰ）譲受人が譲渡人管財人に対して取得する請求権は財団債権か、破産債権か、（ⅱ）財団債権であるとして、破産法148条1項何号の財団債権か、（ⅲ）、実務上、譲渡人管財人は弁済を受領しないことが望ましいか、といった問題が生じる。

3　想定事例

①譲渡人Gが、譲受人Aに対して債務者Sに対する甲債権（譲渡制限付）を譲渡し、第三者対抗要件及び債務者対抗要件を具備した。Aは、譲渡制限について悪意であった。

②Gについて破産手続が開始し、破産管財人Vが選任された。

③Sは、甲債権について、Vに対して弁済を提供し、Vは受領した。

二　譲受人が譲渡人管財人に対して取得する請求権とその法的性質

1　議論の状況

（一）前述のとおり、譲受人の管財人に対する請求権を不当利得返還請求権とし、破産手続開始後に生じた債権であるから、5号の財団債権（破産法148条1項5号）とする見解が通説といえる[12]。

（二）また、改正民法では、譲渡制限特約についての譲受人の主観にかかわらず、譲渡は有効であり、譲渡債権は譲渡人の責任財産を構成しないため、債権として存続していれば取戻権の対象となり（破産法62条、民事再生法52条、会社更生法64条）、破産財団に混入したとしても、弁済金の特定性が維持される限り、代償的取戻権（破産法64条2項）の対象となるとする見解もある[13]。同見解によれば、弁済金が特定できる限り、取戻しの対象であって財団不足の場合の按分弁済（破

産法152条1項）の対象とならず、特定性が失われた場合のみ財団債権（破産法148条1項5号）となる。

（三）さらに、譲受人が譲渡人に対して取立委任をし、破産手続開始にかかわらず委任契約は終了しない旨の特約がある場合において、譲受人が譲渡人に対して委託料支払義務を負う場合、両者の関係は双方未履行双務契約となり、譲渡人が弁済金を受領することは履行選択となり（破産法第53条第1項）、財団債権として引き渡すことになる（同148条1項7号）との見解もある[14]。

2　検討

（一）不当利得説が通説といえるが、以下、検討する。まず、譲渡人Gは弁済受領権を有し、管財人Vは当該地位を承継し、同権限に基づき受領することになる[15]。法律上の規定をもって財産価値の移動が生じた場合における「法律上の原因」は、当該移動を実質的・終局的に是認するものか、取引の安全の保護その他の目的で形式的・相対的に是認するに過ぎないかにより判断される[16]。譲渡人の弁済受領権は弁済先固定という債務者の利益のために認められるもので、譲渡制限特約付債権は譲受人に帰属しているため、管財人Vが弁済受領権に基づき受領したとしても、不当利得の要件である「法律上の原因」と解することはできない。

（二）つぎに、本件は、三者間の不当利得で【図1】、SV間の給付関係（弁済）及びSA間の補償関係（譲渡対象債権の消滅）は有効な法律関係で基礎づけられ、VA間の対価関係において不当利得の成否が問題となる【図2】。以下、同様に対価関係における不当利得の成否が問題となる事案についての考え方と比較する。

図１【三者間不当利益】

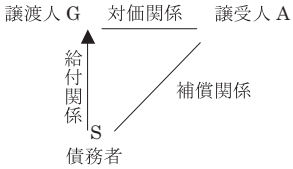
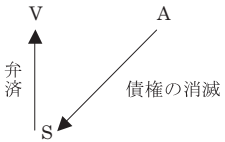


図２【譲渡制限特約付債権の譲渡】



（１）債権の準占有者と真の債権者との関係【図3-1】

債権者Ｇが債務者Ｓに対して甲債権を有していたところ、Ｓが債権の準占有者Ａに対して弁済し、これが有効となった場合における、真の債権者ＧとＡとの法律関係について、対価関係における不当利得の成否が問題となる。

民法478条は、債務弁済における取引の安全をはかることに主眼があり、利益を終局的に受領者に帰属せしめる趣旨ではないことから、準占有者Ａは真実の債権者Ｇに対して、受領金を不当利得として返還しなければならないと解される[17]。

（２）債務者対抗要件具備前の譲渡人と譲受人との関係【図3-2】

債権者Ｇが、債務者Ｓに対する甲債権（譲渡制限なし）を譲受人Ａに対して譲渡し、債務者対抗要件を具備するに先立ち、ＳがＧに対して弁済した場合におけるＧＡ間の法律関係について、対価関係における不当利得の成否が問題となる。

当該類型について、大判明治37年5月31日民録10輯781頁は、譲渡人は譲受人の財産に因り法律上の原因なくして利益を受け、之が為に譲受人に損失を及ぼしたものとして、不当利得の成立を認め、当該結論が支持されている[18]。ただし、有効な契約関係がある場合には譲渡契約の債務不履行で処理すべきであり、契約関係で処理できない帰属関係のみが不当利得になるとして、批判的な見解もある[19]。

なお、債務者対抗要件具備前における債務者Sと譲受人Aとの関係について、過払金が生じている貸付債権につき信託契約に基づいて譲渡を受けた受託者が債務者対抗要件を具備していないとき、債権譲渡後の弁済金に係る不当利得を負うかについて、下級審裁判例ある[20]。

（3）代理受領など契約関係がある場合【図3-3】

債権者Gが、債務者Sに対する甲債権を、Gの債権者であるAに対して甲債権の取立を委託し、Aが甲債権を受領した場合（いわゆる代理受領）におけるGA間の法律関係について、対価関係における不当利得の成否が問題となる。

GA間の対価関係において契約関係があった場合には、不当利得関係は生じず、債権者と受領権者間の処理は契約関係によって処理される[21]。代理受領の事案で、Aが、真の債権者Gから委託を受けて債務者Sから弁済を受けて、Gに対する貸付債権と充当する場合の法律関係は、受領した金銭の委任に基づく引渡義務（民法646条1項）と貸金返還債務との相殺と解される[22]。AがSから金員を受領した場合、真の債権者Gとの間で生じる法律関係は、不当利得ではなく、契約に基づく引渡請求権である。

（4）債権の二重譲受人相互間の関係【図3-4】

債権者GがSに対する甲債権（譲渡制限なし）を、AとBに二重に譲渡し、Aが債権譲渡登記によりBに先立ち第三者対抗要件を具備したが、Aが債務者対抗要件を具備するに先立ち、Bが債務者対抗要件を具備し、SがBに対して弁済した場合におけるAB間の法律関係について、対価関係における不当利得の成否が問題となる。

最判昭和61年4月11日民集40巻3号558頁は、債権の劣後譲受人への

弁済に民法478条の適用を肯定するが、同条が適用された後処理として、優先譲受人は債権の準占有者である劣後譲受人に対して不当利得返還請求ができると解されている[23]。

優先する譲受人Aが債務者対抗要件を具備していない間に、劣後譲受人Bが債務者対抗要件を具備して債務者Sから弁済を受けた場合、(i) 債務者対抗要件が具備されていない段階では、譲渡登記の効果は債務者に及んでおらず、債務者SはBを債権者として取り扱えばよいので、これに弁済すれば本旨弁済として有効な弁済となるという説[24]と、(ii) 債権の帰属は第三者対抗要件のレベルで決すべきであり、この限りで債務者対抗要件は意味を持たないという説に分かれるが、後説であったとしても、債務者Sは民法478条によって保護されることになるため[25]、いずれの見解によったとしても、優先する譲受人Aは譲渡人Gに対して債務不履行を追及するか、劣後譲受人Bに対して不当利得返還を求めることができるとの結論になる。

（5）譲渡人の差押権者と譲受人との関係【図3-5】

債権者Gが債務者Sに対する甲債権（譲渡制限なし）をAに対して譲渡し、第三者対抗要件を具備した後、Gの一般債権者であるBが甲債権を差し押さえ、Bが執行で満足を得た場合の法律関係について、対価関係における不当利得の成否が問題となる。

AからBへの不当利得が成立するか[26]について、差押債権者Bへの不当利得ではなく、債務者Sへの不当利得になるのではないかとの見解も示されている[27]。この点について、抵当不動産の第三取得者が、民法391条にもとづく優先償還請求権を有しているにかかわらず、抵当不動産の競売代金が抵当権者に交付されたため優先償還を受けられなかったとして、抵当権者に対して不当利得として返還を請求

した事案において、最判昭和48年7月12日民集27巻7号763頁は、原審が、利得者は債務を免れた債務者であって配当を受けた債権者ではないとして不当利得を否定したのに対して、「一見抵当権者の債権が消滅し債務者が債務消滅の利得を得たかのような外観を呈するが、そうであるからといって、交付を受けた抵当権者に利得がないとはいえないから、これを理由に抵当権者の不当利得を否定することはできない」とし、不当利得の成立を認める。「債務者の利得は、仮定的なものであって、受領債権者がその利得を本来の債権者に返還すれば、債務者に対し再度債権が行使できると解すべきであるから、その場合は、債務者の利得はないことに帰するというべきなのである。」と指摘されており[28]、本事案においても、債務者Sとの関係ではなく、差押債権者Bとの関係で不当利得が成立するものと解される。

図 3-1【債権の準占有者への弁済】

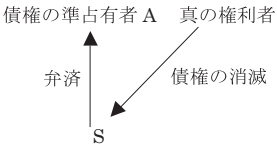
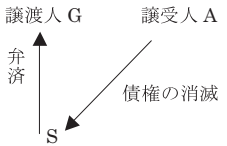


図 3-2【債務者対抗要件具備前】



※債務者対抗要件具備前

図 3-3【代理受領】

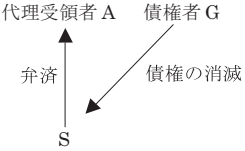
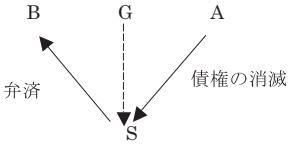


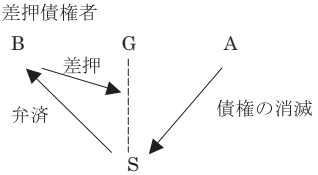
図 3-4【債権譲受人相互間】



Aが Bに先立ち債権譲渡登記

Bが Aに先立ち債務者対抗要件具備

図 3-5【債権譲受人と差押債権者】



Aが Bの差押えに先立ち債権譲渡登記

（三）以上のとおり、対価関係における不当利得の成否が問題となる場面について、債権の準占有者と真の債権者との関係（上記（1））、債権の二重譲受人相互間の関係（上記（4））、譲渡人の差押権者と譲受人との関係（上記（5））においては不当利得の成立を肯定、代理受領など契約関係がある場合（上記（3））は否定、債務者対抗要件具備前の譲渡人と譲受人との関係（上記（2））においては、大審院判例は肯定するが、反対説もある。これより、不当利得の成否は、契約上の請求権の成否により区別されると解される。この点、契約責任と不当利得との関係について、「他の請求権が成立する場合には不当利得の要件たる損失がないから不当利得は成立しない。」という意味での不当利得の補充性は否定的に解されるとしても、契約との関係について、「契約上の責任が認められる場合には、不当利得は問題とならない、というのが、一般的な見解」であるとされ[29]、他の学説においても、結論として、契約上の請求権があるときは、不当利得は成立しないと解されているところである[30]。

そこで、本問において譲渡人Ｇと譲受人Ａとの間を検討すると、債権の準占有者と真の債権者との関係（上記（1））、債権の二重譲受人相互間の関係（上記（4））、及び譲渡人の差押権者と譲受人との関係（上記（5））のように無関係の第三者ではない。むしろ、債権譲渡契約の当事者である点では、債務者対抗要件具備前の譲渡人と譲受人との関係（上記（2））と同じであり、また弁済金が、債務者Ｓ→譲渡人Ｇ→譲受人Ａと支払われていく点では、代理受領（上記（3））と同じである。問題は、譲渡人Ｇが債務者Ｓから支払いを受ける弁済受領権の性質や発生原因であり、法制審議会の議論においても、「債権譲渡が有効だとすると弁済受領権は一体どこから出てくるのか」と

いう問い[31]や、催告に関する履行請求の議論においてではあるが、「代理受領の三者合意がされたような場合と似たような法律関係になると考えておりました。」との説明がされている[32]。

このように、譲渡対象債権が、弁済先を固定するという趣旨での譲渡制限特約付債権である場合には、譲渡人Gが回収し、これを譲受人Aに引き渡す、ことが行われていくことになるが、これは不当利得として引き渡しをしているのではなく、債権譲渡契約締結時において、「譲渡当事者間において、譲渡人が回収し、これを譲受人に引き渡す」ことが意図されており、当事者間に当該意図があれば、これは正に法律関係が成立していると解し得るのであり、この点は、事案ごとに、事実認定と当事者の意思解釈を行っていくべきでなかろうか[33]。

譲受人Aは破産手続開始後に供託請求権を有し（改正民法466条の3）、また管財人Vは、債務者Sに対する請求権を有しないため、本件のような問題が生じるのは、Aが供託請求権を行使せず、SがVに対して弁済受領を求める場面である。Aが供託請求権を行使せず、SがVに弁済受領を求めるという事態は、たまたまVが弁済金を受領してしまったというものではなく、上記のような法律関係の成立を認める間接事実の一つになり得るのではないかと思われる。そして、破産債権の要件である「破産手続開始前の原因」の意義については、破産債権の発生原因の全部が開始決定前に備わっている必要はなく、主たる発生原因が備わっていれば足りると解することができる[34]。この場合、「譲渡人が回収し、これを譲受人に引き渡す」という法律関係が破産手続開始前の原因であり、破産債権という結論が導かれる余地があり得るのではないか。

（四）これに対して、弁済受領権は債務者の弁済固定の利益のためであって、譲受人として、破産財団に帰属しない債権の回収金をわざわざ破産後に破産財団に帰属させる合理的意思はないとの批判があり得るが、譲受人が譲渡制限に悪意である以上、債務者Ｓ→譲渡人Ｇ→譲受人Ａと支払いがなされることが予定されており、譲渡人の信用リスクを負担しているという見方もあり得ると思料する。

三　不当利得　財団債権となった場合、按分弁済の対象となるか。

譲受人Ａが管財人Ｖに対して有する請求権が不当利得返還請求権である場合、5号財団債権等として、財団不足の場合には按分弁済の対象となるか。

1　議論の状況

前述のとおり、5号財団債権とする見解が通説といえるが、弁済金が特定できる限り、取戻権の対象であって財団不足の場合の按分弁済（破産法152条1項）の対象とならず、特定性が失われた場合のみ財団債権（破産法148条1項5号）となるとの見解もある[35]。

2　検討

譲受人Ａが管財人Ｖに対して有する請求権を不当利得とするならば、文言上、5号の財団債権に該当すると解するのが自然である。

担保の事案であるが、破産管財人が譲渡担保目的物を換価回収すれば、不当利得が成立し、譲渡担保権者は5号の財団債権として換価回収金の不当利得返還請求をなし得ると解される[36]。また担保権侵害による不法行為が成立する場合には、4号の財団債権になると解されており[37]、

譲受人の権利が担保権ではなく取戻権であるとしても同旨と解される。他の財団債権に先立って弁済すべき法148条1項1号又は2号の財団債権（法152条2項）の該当性については、「裁判上の費用の請求権」（1号）には該当せず、また譲渡当事者間では譲渡制限特約付債権の譲渡は有効と解するため、「破産財団」には該当せず、弁済の受領をもって、「破産財団の管理、換価」（2号）にも該当しないと考えられる。

四　譲渡人管財人が弁済を受領することの妥当性

以上の議論を踏まえて、譲受人Ａからの供託請求がない場合にも、管財人Ｖとしては、債務者Ｓからの弁済受領を回避することが実務上望ましいか。

1　議論の状況

譲渡人への弁済がされても弁済金の返還請求権は取戻権又は財団債権となるとの見解によれば、譲受人の主観を問わず、管財人としては弁済金を積極的に受領する立場ではなく、債務者に供託を促すか、譲受人に供託請求を促すべきであり、また弁済金を取戻権の対象と考える場合には、最判平成18年12月21日民集60巻10号3964頁の担保価値維持義務との平仄からも、債務者が弁済してきた場合には受領金を分別して管理すべきとの見解もある[38]。財団不足の場合には、不当利得返還債務は財団費用に劣後し、按分弁済となるため、取戻権の侵害として管財人の善管注意義務違反となるとの見解もある。

2　検討

（一）譲受人Ａには、破産手続開始後に供託請求が認められ（改正民法

466条の3)、また管財人Vは、債務者Sに対する請求権を有しないため、本件のような問題が生じるのは、Aが供託請求権を行使せず、SがVに対して、弁済受領を積極的に求める場面である。債権法改正の経緯において、中間試案までは、譲渡人において倒産手続開始決定があった場合には債務者は譲渡制限を対抗できないとの考えが示されていた[39]。この考えが採用されたならば、債務者Sは譲受人Aに対して支払わなければならないため、この論点は生じないが、弁済先固定という譲受人の利益が倒産手続開始により失われるわけではない等の批判がなされ[40]、同案は採用されなかった。他方、譲渡人が回収した場合の引渡請求権が財団債権となるとしても、財団不足の場合には全額保護されない不利益に対する手当として、譲渡人が破産した場合における譲受人による供託請求制度が定められている（民法466条の3)。以上の経緯に照らせば、財団不足の場合の譲受人の不利益は、供託請求制度をもって解決するのが改正法の趣旨であり、譲受人Aが供託請求をせず、かつ、債務者Sが管財人の受領を求める場合において、管財人Vが受領を拒むことは、改正の経緯には沿わないともいい得る。

もっとも、再生手続や更生手続においては供託請求制度がないため同論旨は成立せず、また前述のとおり、事案によっては破産債権と解す余地が生じたとしても、財団債権として返還しなければならない場合には、コストだけかかって財団にメリットにならない。

そこでいかなる方法を採るべきか検討すると、債務者Sに対して供託を促す方法については、客観的には、債務者Sが譲渡人Gに対して自働債権を有し、譲受人Aに対しても相殺を対抗できた（民法469条）としても、管財人Vから促されて供託した場合には、もはや

相殺はできず、自働債権を破産債権として届出せざるを得ない。相殺をもって譲受人に対抗できるかは、事実認定・法解釈を要し、ただちに判断しかねるものである。管財人Ｖとしては、債務者Ｓに対して供託を促すよりも、譲受人Ａに対して供託請求を促す方が穏当といえる。

ただし、管財人Ｖに対して譲受人Ａに対して供託請求を促す法的義務まで課されるものではなく、譲受人Ａが破産手続において供託請求をせず、かつ、債務者Ｓが管財人の受領を求める場合には、管財人Ｖとしては和解的解決を試みることもできると解することが相当と思料する。

（二）なお、管財人Ｖが受領を拒絶したとしても、債務者の弁済先固定の利益は供託で担保されるため、債務者との関係で問題は生じず、またその後、債務者Ｓが無資力になる等して譲受人Ａが回収できない事態が生じたとしても、譲受人が供託請求（民466条の3）をしないことに起因するため、譲受人との関係において損害賠償の責めを負うものではないと解する。

第３　債権譲渡と相殺について

一　検討事項

１　民法改正の概要[41]

（一）債権譲渡と相殺との関係について、旧法468条2項は、債務者は、譲渡通知を受ける時（債務者対抗要件具備時）までに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができるとしたが、譲渡

通知の時点において、譲渡人に対する債権が発生していたことを要するか、債務者が譲渡人に対して有する債権と譲渡された債権の弁済期が到来していることを要するか、これらの債権の弁済期の先後が問題となるかなどについて、明確な規定がなく、解釈上も争いがあった。

改正民法は、譲渡について債務者対抗要件が具備されるよりも前に債務者が取得した譲渡人に対する債権であれば、これによって相殺をすることができ、かつ、それぞれの債権の弁済期の先後を問わないものとし（469条1項）、債務者対抗要件を具備した後に債務者が取得した譲渡人に対する債権についても、(i) その債権が対抗要件の具備時よりも前の原因に基づいて生じたとき、(ii) その債権が、対抗要件の具備時よりも後の原因に基づいて生じたものであっても、譲渡された債権の発生原因である契約に基づいて生じたとき、のいずれかである場合には、その債権による相殺を可能とした（同条2項）。

(二) 差押と相殺との関係について、旧法511条は、差押後に取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができないと定めていたが、最判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁は、自己の有する債権が差押前に取得したものである限り、第三債務者は、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、相殺をすることができるとし（無制限説）、新法は無制限説を明確化し、差押前に取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができる旨を明記した（511条1項）。くわえて、包括的な執行手続である破産手続においても、自働債権の発生原因の生じた時点を基準として相殺の可否を決しており、手続相互間で同様の基準とすべく、差押後に取得した債権が差押前の原因に基づいて生じたものであるときにも、これを自

働債権とする相殺を差押債権者に対抗することができるとした（同条第2項、ただし、第三債務者が差押後に他人の債権を取得したものであるときは除く）。

2　問題の所在

（一）まず、改正民法469条2項2号は、「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」についても相殺を可能とするが、その意義について、将来債権が譲渡され債務者対抗要件が具備された後に、その発生原因である契約が締結され、更にその後に債務者がその契約に基づいて取得した債権であり、同一の契約から生じた債権債務については、特に相殺の期待が強いことを踏まえ、相殺を可能としたとされる[42]。これは、牽連関係のある債権間の相殺を認めたものと解されるが[43]、これより、倒産法上の相殺禁止の範囲に影響を及ぼすか。

例えば、倒産法上の相殺の可否に関する具体的事例として、東京地判平成24年3月23日判タ1386号372頁（以下、「平成24年東京地裁判決」という。）は、破産した請負人の破産管財人が請負契約を破産法53条1項の規定に基づき解除した場合において、注文者が解除時点における出来高に係る報酬請求権を受働債権、解除に基づく損害賠償請求権を自働債権としてした相殺は、破産法72条1項1号の類推適用によって相殺が禁止されると判示した。これに対して、超過費用の損害賠償は、「倒産手続開始前の原因（請負契約）に基づいて生じた債権」に該当すること、同請求権と既施工部分の報酬請求は同一の請負契約から、管財人の解除によって同時に現実化したものであり、両者間には客観的に密接な関係があることを根拠として、平成24年東京地

裁判決と異なり相殺を認める見解もあり[44]、改正民法により、相殺可能という結論になり得るのか。

（二）つぎに、債権譲渡の対抗要件を具備した後に、譲渡人が破産し、債務者が、譲渡人に対して有する反対債権をもって相殺した場合、三者間の法律関係をいかに解するか。改正民法により、債権譲渡との関係で相殺が広く認められることになったため、三者間の処理が問題となる場面がより生じることとなる。

以下では、(i) 債務者と譲受人との間における民法上の相殺の可否、(ii) 両者間の相殺に、倒産法上の相殺禁止の規律が及ぶか、(iii) 債務者による相殺が可能とした場合、債権譲受人と譲渡人管財人との関係をいかに解するか、を検討する。

3　想定事例

①請負人Gが注文者Sとの間で、代金1億円で工事請負契約を締結した。代金の支払い方法は、着手金2000万円、中間金5000万円、完成金3000万円とし（譲渡制限特約なし）、着手金は支払済み、出来高は5000万円まで進行し、工事完成は近づいていた。

②請負人Gが、下請代金、材料代支払い等のための資金繰りの必要から、元請負人である譲受人Aに対して、額面8000万円の請負代金（甲）債権を代金6000万円で譲渡し、その代金を受領するとともに、当該譲渡につき、第三者対抗要件として債権譲渡登記を経由した。元請負人Aは、工事の円滑な進行の必要からGを支援する必要があると考え、工事が完了すれば相応の差益が期待できることから債権の譲受に応じたものである。

③請負人Gについて破産手続が開始し、管財人Vは破産法53条に基づ

き、工事請負契約を解除した。出来高相当額の甲債権として3000万円が成立している（出来高5000万円－着手金2000万円）。

④注文者Ｓが、契約不適合による修補費用及び代替業者による工事続行により生じた超過費用相当額として、それぞれ乙債権300万円及び丙債権1000万円を取得した。

⑤注文者Ｓが、乙債権及び丙債権を自働債権として、甲債権（出来高相当部分）3000万円との相殺の意思表示をした

二　前提　改正民法による倒産時の相殺禁止の規律への影響

1　議論の状況

前述のとおり、改正民法469条2項2号は、牽連関係のある債権間の相殺を認めたものと解される。破産した請負人の破産管財人が請負契約を破産法53条1項の規定に基づき解除した場合において、注文者が当該契約解除時点における出来高の報酬請求権を受働債権、解除に基づく損害賠償請求権を自働債権としてした相殺について、両者間には客観的に密接な関係があることを根拠として、相殺を認める見解もある[45]。牽連関係を基準に「前の原因」を判断する見解に立てば、改正民法により倒産時の相殺禁止の規律が影響を受け、同事案において相殺可能という見解に親和的といえる。

2　検討

（一）民法469条2項2号をもって、牽連関係を取り込んで相殺の可否を判断するとしても、その趣旨は、将来債権が譲渡された場合において、譲渡後も譲渡人と債務者との取引が継続されることが想定されるので、取引関係を維持するインセンティブを与えるためである[46]。これは、

債権譲渡と相殺との関係における規律であり、差押えと相殺との関係の規律とは意図的に違えて規律している[47]。

倒産手続開始は包括的差押えと解し得るため、改正民法による影響を考慮するのであれば、債権譲渡ではなく、差押えとの関係を検討すべきといえる。改正民法は、差押えとの関係では、「差押え前の原因に基づいて生じたもの」であっても差押債権者に対抗できるとし（民法511条2項）、従来のいわゆる無制限説よりも拡げてはいるが、これは、破産手続においては債権者平等が強く要請されるところ、差押え時の方が破産手続開始決定時よりも相殺を対抗することができる範囲が狭いことは不当であるとの問題意識から、破産法と同程度まで相殺の範囲を拡げたものとされる[48]。差押えとの関係では、相殺の範囲は、倒産手続と同程度まで拡がったものの、倒産手続を超えて拡がったものではなく、改正民法により、本件における倒産法の解釈に、具体的な影響が生じることはないと考える。

（二）以上のとおり、改正民法によっても、倒産法における相殺禁止の範囲には影響がないと解するが、差押と相殺との関係においても、民法469条2項2号を類推すべきとの見解[49]もあるため、同見解に従い、牽連関係を基準に判断する場合に、破産法54条1項に基づく損害賠償請求権を自働債権とする相殺はいかに解されるか。

この点について、牽連関係とは、「債権債務が互いの履行を担保しあっている」双務契約における履行上の牽連関係を参照し得る。売買契約や請負契約において、契約不適合がある場合、買主又は注文主は、売主又は請負人に対して損害賠償請求をなし得るところ、売買代金支払義務や報酬支払義務と損害賠償請求とは同時履行の関係にあり（改正民法533条本文括弧書参照[50]）、牽連関係が認められると解

される。ただし、改正民法においても、契約不適合による損害賠償は、債務不履行による損害賠償一般の規律に基づくものであるため、立証責任は売主又は請負人が負担するとしても、帰責事由が必要である[51]。また、牽連する債務間の相殺を基礎づける牽連性として、「対立する債務が『同一の契約』から生じていることであり、一方の契約上の債務が金銭債務でなくとも、その不履行から損害賠償債務が生じる場合には、その損害賠償債務と他方の契約上の債務とは『同一の契約』から生じた債務として牽連性が認められる」との見解もあるが[52]、ここでも債務不履行による損害賠償を前提としている。

そこで、倒産手続開始に先立ち、契約不適合等により注文主により契約が解除され、代替業者による工事続行により超過費用が生じた場合において、請負人に帰責事由が認められるときには、超過費用相当額の損害賠償請求権と出来高報酬債権との間では牽連関係が肯定され得る。これに対して、双方未履行双務契約に基づく解除権による場合、当該解除権は倒産法上付与された解除権であるため、帰責事由は認められず債務不履行による損害賠償請求権とは異なるものであるから、牽連関係は否定されると考える。

また、破産法54条1項に基づく損害賠償請求権を自働債権とする相殺について、同損害賠償請求権について (i) 同項の損害賠償請求権は破産管財人の行為によって生じたものであるから、財団債権とすることもあり得たが、破産管財人に特別の解除権を付与した趣旨が没却されることから破産債権としたとの説（格下げ説）[53]と、(ii) 破産手続開始後の原因に基づくから破産債権とはならないにもかかわらず、契約相手との公平の見地から破産債権とする特別規定をおいたとの説（格上げ説）[54]とに分かれるが、いずれの見解をとろうとも、その

趣旨は相手方の損害賠償債権を破産債権として処遇する点にあるため、それを自働債権とする相殺により相手方の地位を財団債権よりも有利に扱うことは制限的に解される。くわえて同損害賠償請求権は、手続開始後に発生するだけでなく、手続開始時点では実際に発生するのかまたその額も不確実といわざるを得ないから、相殺の合理的な期待の有無という観点からも、72条1項1号の類推適用は正当化されると解される[55]。以上のとおり、当該相殺の可否は、破産法54条1項の性質に関する倒産法上の解釈として検討すべきであり、結論として否定されると解する[56]。

三　債務者と譲受人との間における民法上の相殺の可否

1　双方未履行解除により生じた損害賠償請求権を自働債権とする場合

（一）丙債権は、管財人Vの解除により、仕掛かり中の工事を代替業者により完成させるための超過費用相当額であり、双方未履行解除により生じた損害賠償請求権である。これが、民法469条2項各号に該当するかの解釈の問題となる。

（二）まず、1号の「対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権」の該当性は、以下のように否定されると解される。

すなわち、民法469条2項1号の趣旨は、差押の場合の511条2項と同旨であり、倒産の場合の相殺の許容性との関係で逆転現象を防止することである。「前の原因」は、破産法2条5項の規定を参照にして定められているため[57]、破産債権の解釈を参照すると、破産法54条1項は、53条1項の解除に伴い発生した損害賠償請求権を破産債権とするが、「定義からすれば、相手方の損害賠償請求権が当然に破産債権に含ま

れるとはいえないために、本条が破産債権たることを明らかにした」ものである[58]。その趣旨は、前述のとおり、格下げ説と格上げ説とに分かれるが、いずれの見解によっても、破産債権の要件としての「前の原因に基づいて生じた」に該当しない。

双方未履行双務契約における解除権は、倒産手続開始により、はじめて行使し得るもので、これに伴う損害賠償請求権は、倒産手続が開始しない限りは発生しないものであるから、その「原因」は、破産手続開始又は解除自体と解される。これは債務者対抗要件具備より後であるため、民法469条2項1号の「前の原因」（1号）には該当しないと解される。

（三）また、民法469条2項1号の「前の原因」は、破産債権の要件である「前の原因」とは意義が異なると解し[59]、相殺禁止の例外である「前に生じた原因」（同法72条2項2号）の意義を参照した場合であっても[60]、債権の取得を「直接かつ具体的に基礎付けるものである必要がある」と解されている[61]。前述のように、解除権は倒産手続が開始しない限り発生しない関係にあるため、当該解除により生じた損害賠償の「原因」は、契約締結では足りず、双方未履行解除権の行使、又はすくなくとも倒産手続開始と解される[62]。

さらに、「前の原因」の意義について、より実質的に検討すると、最判平成26年6月5日民集68巻5号462頁（以下、「平成26年判決」という。）は、投資信託受益権の解約金返還債務を受働債権とした相殺について、民事再生法93条2項2号の「前に生じた原因」に該当しないと判断したところ、同判決を踏まえ、「従前は『前に生じた原因』は具体的なもの直接的なものである必要があるという議論が一般的であったが、今後は必要とされる相殺期待の程度の問題に移行する」と指摘

されている[63]。具体的には、平成26年判決の調査官解説は「再生債権者と再生債務者との間の特定の法律関係が、民事再生法93条2項2号の『前に生じた原因』といえるか否かを判断するに当たっては、当該特定の法律関係の存在により、当該再生債権者においてその後発生する受働債権をもってする相殺の担保的機能に対する期待を客観的に有するといえるか、さらに、そのような期待が他の再生債権者との間の公平の観点からしても保護に値する合理性を有するものといえるかを、当該特定の法律関係の具体的な内容（著者注：①）や、当該特定の法律関係と受働債権発生との結び付きの程度（注：②）、自働債権と受働債権との牽連性の程度（注：③）等、個々の事案における事情を考慮して判断する必要がある」とする[64]。同見解に照らして検討すると、まず、①について、調査官解説は、「法律関係の具体的な内容が、停止条件付売買契約のように再生債権者と再生債務者の二当事者間の関係にすぎないような場合には、条件未成就の間に再生債務者が何らかの債権等を有しているわけではなく、他の再生債権者から見てもこれを再生債務者の責任財産として期待するのは相当とはいえない。他方、代理受領や振込指定のような場合には、受働債権の発生前には再生債務者が第三債務者に対して何らかの債権等を有しているのであり、他の再生債権者から見てもこれを再生債務者の責任財産として期待するのが相当」とする。本問でのSの受働債権は、出来高相当額の請負代金債権であるが、改正民法により、可分な部分の給付によって注文者が利益を受けるときは、その部分を仕事の完成とみなして割合的報酬を請求できることが明確になったことから（改正民法634条）、Aは工事進行に伴って出来高相当額の請負代金債権を有しており、破産者の責任財産として期待できる関

係が認められ得ると考える。つぎに、②について、出来高相当額の請負代金債権は、工事進行に伴って発生していくと考えれば、倒産時における双方未履行双務契約解除に基づく損害賠償請求権との結び付きは強いとはいえないと解される。③について、調査官解説は、「受働債権の発生を引当にして貸し付けを行った場合のように、自働債権と受働債権との牽連性が強い場合」とするが、本件では、出来高相当額の請負代金債権を引当として、損害賠償請求権を取得している関係ではないと解される。また、同解説は、「このような牽連性までは認められない場合であっても、自働債権と受働債権とが同一の法律関係に基づいて発生したような場合には、同様に解すべき場合もあろう。」とするところ、双務契約の履行上の牽連性として、「１個の契約から生じるという形式に重きを置かずに、両債務が１個の法律関係から生じ、相互に関連づけて履行させることが公平に適する場合」と論じられていることに照らし[65]、「同一の法律関係に基づいて発生」したか検討すると、前述のとおり、このような関係は認められないと解される。

これより、双方未履行解除により発生した損害賠償請求権における「原因」は、破産手続開始又は解除自体と解され、これは債務者対抗要件具備より後であるため、「前の原因」（1号）には該当しないものと解される。

（四）つぎに、2号の「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」に該当するか検討すると、同号の射程は、明文の規定はないものの、譲渡されたのが将来発生する債権である場面に限定されていると解される。これは、同号が、将来債権が譲渡されて債務者対抗要件が具備された後に、当該将来債権を発生させる契

約が成立したときは、債務者が同契約に基づいて反対債権を取得したとしても、「前の原因」に基づいて生じた反対債権ではないため、1号では相殺できないところ、この場合にも債務者の相殺期待を保護するためとされる[66]。そして、2号の「契約に基づいて生じた」の意味についても、相殺の合理的期待を直接かつ具体的に基礎付ける程度の事由を要すると解されている[67]。1号と2号とは、それぞれ現在債権譲渡と将来債権譲渡を対象とする点で異なるものの、相殺可否の判断基準としては、共通していると考えられる。本問では、現在債権譲渡だが、仮に2号の問題だとしても、やはり、相殺は否定されるものと考える。さらに、本件の損害賠償請求権は双方未履行双務契約の解除権という法定の特別な解除権により発生したもので「契約」に基づいて発生したのではないとすれば、やはり2号にも該当しない。

2　契約不適合により生じた損害賠償請求権を自働債権とする場合

契約不適合により生じた損害賠償請求権（乙債権）を自働債権とする場合、そもそも同請求権と超過費用に基づく損害賠償請求権（丙債権）とを明確に区別できるか、という実務上の問題はある。これができる場合、(i) 民法469条2項1号の「原因」（1号）を契約締結自体と解すれば、相殺できると考えられ、(ii) 他方、「原因」を瑕疵自体と解した場合、債務者対抗要件具備前に生じた瑕疵・不適合部分のみが1号による相殺が認められることになり、この瑕疵・不適合はいずれも工事請負「契約」に基づいて発生したものとして、同項2号により相殺が認められるので、いずれにせよ相殺可という結論になり得る。本件は、代金減額請求（民法559条・563条）をなし得る場面であることから、結論としても妥当といえる。

四　譲受人と債務者との間において倒産法の相殺禁止の規律が及ぶか

以上のとおり、債務者Sによる相殺は、民法上、破産法54条1項に基づく損害賠償請求権（超過費用相当額の丙債権）を自働債権とする相殺は認められず、契約不適合により生じた損害賠償請求権（乙債権）を自働債権とする相殺は認められると解される。

ここで、契約不適合が危機時期後の納品行為により生じた場合など、債権譲渡がされず債務者Sと債権者Gとの二当事者間における相殺の可否が問題となる場面においては、乙債権による相殺は相殺禁止となり得る。そこで、三者間である譲受人Aと債務者Sとの間で、倒産法の相殺禁止の規律が及ぶかを検討する（仮に、改正民法により、譲受人Aと債務者Sとの間で丙債権による相殺も可能と解した場合には、管財人Vと債務者Sとの間では、平成24年東京地裁判決によれば相殺禁止となるため、同旨の問題が生じる）。

1　議論の状況

倒産債務者である譲渡人に対する債権、すなわち倒産債権をもってする相殺であることに着目し、相殺制限を受けるとの見解もある[68]。(i) 譲渡人に対して相殺できることが譲受人に「対抗」する前提となっていると考えられること、(ii) 譲渡人に対して相殺できないものを譲受人に対して「対抗」できるのはバランスを欠くこと、(iii) 債務者対抗要件が未了であれば、再生手続の場合においては、譲受人として相殺リスクを避けるべく、債権届出期間満了まで対抗要件具備を待つということにもつながりかねないことなども、根拠として考えられる。

2　検討

（一）倒産法の相殺は、破産債権者Sが破産者Gに対して債務を負担する場合（破産法第67条、第72条）の規律であり、管財人Vが、Sに対して、破産財団に属する債権をもって請求し、Sが当該債務を受働債権とし破産債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出し、Vが相殺禁止の再抗弁を提出する場面が想定されている。これに対して、本件では、Gは、Sに対する債権をAに譲渡して第三者対抗要件を具備しており、Sに対して債権を有していない。Sは、Aからの請求に対して、相殺の抗弁を提出するものであり、破産法67条に基づく相殺を主張しているわけではない【図4】[69]。

図4　【本件の設問】

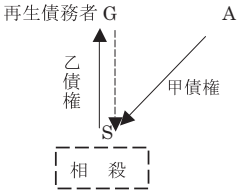
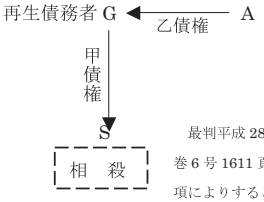


図5-1【三者間相殺（再生）】ﾊﾟﾀｰﾝ1



最判平成28年7月8日民第70巻6号1611頁「民事再生法92条1項によりすることができる相殺に該当しない」

図5-2【三者間相殺（平常時）】ﾊﾟﾀｰﾝ2

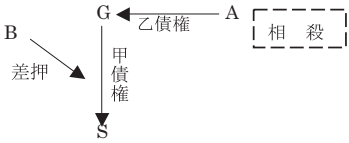
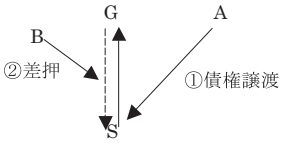


図6【債権譲受人と差押権者】



最判平成7年7月18日金法1457号37頁「右相殺予約に基づき日通商事株式会社のした相殺が、実質的には、上告人に対する債権譲渡といえることをも考慮すると、上告人は日通商事株式会社が被上告人の差押え後にした右相殺の意思表示をもって被上告人に対抗することができないとした原審の判断は、是認することができる。」

この点、債権債務が二当事者間で対立していない場面においても、倒産法上の相殺規律は適用され得るのであり、最判平成28年7月8日民集70巻6号1611頁（以下、「平成28年判決」という。）は、G（再生債務者）がSに対して甲債権を有し、AがGに対して乙債権（再生債権）を有し、Sが甲債権と乙債権とを相殺する旨の意思表示をし、その後、Gが甲債権の支払いを求めてSに対して提訴した事案で、民事再生法92条1項によりすることのできる相殺に該当しないとして、Sによる相殺を否定する。また、平常時における三者間相殺について、最判平成7年7月18日金法1457号37頁（以下、「平成7年最判」という。）は、GA間で、AのGに対する乙債権とGのSに対する甲債権とを相殺することができる旨の相殺予約をし、Gの差押債権者Bが甲債権を差押え、Aが相殺の意思表示をした事案で、差押に対抗できないとする。両判決は、相殺権の行使者が、平成28年判決では受働債権を負担している第三債務者Sである（パターン1）のに対して、平成7年判決では自働債権を有している債権者Aである（パターン2）点が異なるが[70]、いずれも、再生債務者（差押債務者）が債権を有している事案において、当該債権を受働債権とする相殺の可否が問題となったものである【図5-1、5-2】。

これに対して、本件におけるSの受働債権は、破産者Gが有するものではない。平成28年判決などでも確認されているとおり、相殺は、「受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た機能」を有するところ、倒産法の相殺禁止の趣旨について、「実体法上許容される相殺を債権者平等や再生債務者財産の保全などの目的を実現するために否定する」[71]、「第1に、自働債権たる倒産債権の債権者が他の倒産債権者に優先して回収することの不平等を抑止することである。第2に、

受働債権の債務者が債務弁済を免れるために倒産債務者財産の増殖が妨げられるという事態を防止すること」[72]である。

パターン１においては、債務者Ｓが、再生債務者ＧがＳに対して有する甲債権を用いて、同債権をＧの責任財産として引当にしているＧの他の債権者の中から随意にＡを選んでその者の乙債権のために優先弁済を実現させているといえるため[73]、債権者平等及び破産財団減少防止との趣旨に抵触する。これに対して、本件の受働債権である甲債権は、既にＧの責任財産から外れているため、倒産法の相殺禁止の規律を及ぼすべき場面とは異なる。仮に、当該趣旨を及ぼすべき場面が生じるとするならば、Ａに対する債権譲渡又は対抗要件自体を偏波行為又は詐害行為否認し、しかる後に、Ｓとの関係において相殺禁止の規律を及ぼす場面といえる。

本件は、既に倒産財団から外れた甲債権から、譲受人Ａ又は債務者Ｓのいずれが満足を得るかの場面であり、譲受人Ａが、破産法上の相殺禁止を主張することによって、Ｓとの関係で自己の満足を受ける事態は予定していないと解する。

（二）もっとも、民法468条1項は、債権譲渡がされた場合の第三債務者の抗弁について、「譲渡人に対して生じた事由をもって」と定める。そこで、債務者Ｓが譲受人Ａに対して相殺を主張するためには、Ｓによる相殺が管財人Ｖとの関係でも主張できること、すなわち倒産法上の相殺禁止に該当しないことを前提とするか、を検討する。

この点について、倒産法上の相殺禁止について、「倒産手続が係属する限りにおいて、相殺の効力を手続遂行機関たる再生債務者や管財人に対して主張できないことを意味するにとどまる。したがって、何らかの事由によって手続が廃止されたとか、法的手続の開始決定

がなされなかった場合にまで、相殺の効力を否定すべき理由はない。」とも解されている[74]。倒産法による相殺制限は、手続内における管財人Ｖとの関係における制約であり、民法上の「譲渡人に対して生じた事由」（民法468条1項）は、実体法上における債務者Ｓと譲渡人Ｇとの関係で判断すると解するのであれば、当該事由の該当性がただちに否定されるものではない。破産管財人の実体的法律関係について、「破産者の地位を一般的に承継する」というルールと、「差押債権者の地位を有する」というルールとが、権利・法律関係の性質に応じて使い分けられていると指摘されており、相殺の抗弁における法律関係においては後者のルールが適用される（破産管財人が相殺の意思表示の名宛人となるのは、法定訴訟担当的な立場による）と解するものである。

そして、平常時においても、債権譲渡の対抗要件具備後に、差押えが生じた場面で、同旨の状況は生じ得る【図6】。すなわち、改正民法では、前述二２（一）のとおり、差押よりも債権譲渡との関係において広く相殺が認められる。相殺は、債権譲渡との関係では、「対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権」（民法469条2項1号）にくわえて、「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」（同項2号）に該当する場合にも認められるが、差押えとの関係では、1号に該当するもののみが相殺可能とされている（民法511条）。そこで、例えば、(i) ＧがＳと継続的売買にかかる基本契約を締結、(ii) ＧがＡに対して基本契約に基づき将来締結される個別契約にかかる代金債権を譲渡してＳに対して通知、(iii) 基本契約に基づき個別契約が締結され、商品が引き渡されたが、契約不適合があり、損害賠償請求権を自働債権として相殺する、という場面では、

2号に該当して相殺が可能であるとしても、(i) 基本契約締結後に、(ii) Bが将来締結される個別契約に基づく代金債権を差押え、(iii) 個別契約に基づく引渡しがされて契約不適合が生じた場合、差押えとの関係では2号に該当する規定がないため、相殺できないとの考え方がある[75]。同事例で、譲受人Aに対する債権譲渡について第三者対抗要件を具備した後、差押債権者Bによる差押えがあり、Aが債務者Sに対して代金債権を請求し、Sが相殺の抗弁を提出した場合、譲受人Aは、Sによる相殺が差押債権者Bとの関係で否定されることをもって、再抗弁として提出することはできないと解される。既に、債権はAが取得しており、Bの差押対象はないため、民法511条が適用される場面ではなく、Sによる相殺は、譲渡人Gとの関係では、「譲渡人に対して生じた事由」(民法468条1項) といえるからである。

(三) このように解すると、債務者Sは、譲渡人管財人V又は差押債権者Bとの関係では相殺できないとしても、これに先立ち債権譲渡がされて対抗要件が具備された場合、譲受人Aとの関係においては、民法469条2項2号に基づき相殺し得る事態が生じる。これは債権譲渡との関係において相殺の範囲を広げたことに起因し、不当とまではいえず、またこれを是正するために、譲受人Aをして、倒産法上の相殺禁止の主張をさせるべきとの結論にはならないと解される。

なお、債務者Sによる相殺が認められた後の譲受人Aと管財人Vとの法律関係について、AがVに対して財団債権として不当利得返還請求権をなし得ると解するのであれば、相殺制限されたはずの破産債権者Sがいなくなる代わりに譲受人Aが財団債権者となることにより、結果的に一般債権者の配当原資が減るという不都合が生じるため、倒産法上の相殺制限が適用ないし類推適用されるべきとの

結論につながり得るが、後述のとおり、私見はＡがＶに対して有する債権は契約責任としての破産債権であると解するため、類推適用説が指摘する不都合は生じない。

（四）以上より、本件の受働債権である甲債権は、債権譲渡又は対抗要件自体を否認できる場合は格別であるが、既にＡの責任財産から外れているため、倒産法の相殺禁止の規律及びその趣旨が及ぶ場面とは異なり、相殺禁止規定の適用又は類推適用はされないと解する。

五　債務者による相殺が認められた場合の譲渡人管財人と譲受人との間の法律関係

以上のとおり、債務者Ｓは、契約不適合に基づく損害賠償請求権を自働債権として、譲受人Ａの甲債権を受働債権として相殺し得るが、その場合における譲受人Ａと譲渡人管財人Ｖとの法律関係はいかに解されるか。なお、本事例では譲渡制限が付されていないが、仮に特約付であっても、譲渡制限特約付債権の譲渡も譲渡当事者間では有効であるため上記の議論がそのまま妥当すると考えられる。

１　議論の状況

この点、相殺により譲渡人に債務消滅益による利得が生じると解すれば、これにつき財団債権・共益債権として権利行使でき、ただし、利得の範囲が債務者の倒産債権の実価によるか額面で算定するのかの問題があるとの見解がある[76]。

２　検討

（一）最判昭和50年12月8日民集29巻11号1864頁（同事案において、譲渡

対象債権は、機械の売買契約に基づく売掛金であり、第三債務者が相殺の抗弁において自働債権とした債権は債権譲渡人に対して有していた手形債権である。以下、「昭和50年判決」という。）は、譲受人Aに対する第三債務者Sの相殺の抗弁を認めたが、調査官解説において、この場合の譲受人の保護は瑕疵担保責任によると論じられ、学説等においても、同旨の見解が示されている[77]。特に米倉論文は、債権者が転付命令を受けていた場合には不当利得の返還を請求し得るとしつつ、他方で、債権譲渡については瑕疵担保責任の問題になると整理する。以下、具体的に検討する。

（二）まず、契約責任の成立について、旧法では、民法570条は、債権の売買にも適用され[78]、瑕疵概念は、物の瑕疵だけではなく、法律的瑕疵も含むと解されていた[79]。改正民法565条は、「売主が買主に移転した権利が契約の内容に適合しないものである場合（権利の一部が他人に属する場合においてその権利の一部を移転しないときを含む）」について、売買の目的物に契約不適合があった場合の買主の権利に関する民法562条（追完請求権）、563条（代金減額請求権）及び564条（損害賠償請求及び解除権の行使）を準用している。売買の目的物が債権であり、売買により移転した権利が契約内容に適合しない場合において、同条が適用される[80]。また、債権譲渡契約において、譲渡人が第三債務者の相殺の抗弁は存在しないことを表明保証し、また相殺の抗弁が発生しないことを確約していた場合[81]には、契約上の債務不履行責任等も発生する。

以上より、譲受人Aは、民法上又は契約上の契約責任として、損害賠償請求又は解除による債権譲渡代金の返還請求をなし得る。

（三）このように、契約責任が生じるとして、不当利得との関係について、

前述第２二２（三）のとおり契約上の請求権があるときには不当利得は成立しないと解される[82]。

またＶにおいて、Ｓに対して負担する債務の支払いを免れるという消極的利益が認められるとしても、不当利得の要件として、受益と損失との間に発生原因の同一性を要すると解される[83]。例えば、債権の準占有者への弁済がされた場合には、債権の準占有者には金員の受領という受益が、真の債権者には債権の喪失という損失が生じ、ともに第三債務者の弁済という同一原因によって発生したものであるから、両者に関連性があると解される[84]。これに対して、相殺の抗弁が成立する場合には、まずは譲受人は、譲渡人に対して契約責任を追及できるのであり、これが果たされずに、結果的に損失が生じたとしても、それは、契約責任の全部又は一部の履行不能により生じたものであって、Ｓによる相殺によって発生した損失とはいえないと解される。貸金債権や売掛債権など契約責任により生じる債権が、相手方の倒産により満額を回収できない場合と同旨であり、貸倒金相当額の不当利得が生じたとして財団債権の請求ができる、というものではない。当該結論は、昭和50年判例の事案のように、第三債務者の自働債権が貸金債権であり、受働債権とは異なる契約により生じている場合でも妥当するが、本件のように自働債権と受動債権とが同一契約から生じ、代金減額請求がされ得る事案においては、より一層、妥当すると考える。

以上より、譲受人が譲渡人に対して何らか請求できるとしても、契約責任であり、不当利得ではないと解する。そして、契約不適合に基づく損害賠償の原因は、契約締結又は納品等のいずれかとして見解が分かれるとしても、破産手続開始に先立つ原因であり、破産債

権と解されると考える。

（四）かように譲受人が譲渡人に対して有する債権が破産債権になるとしたならば、譲渡対象債権の価値が毀損されるため、金融取引としての集合債権譲渡の利用を阻害するとの指摘があり得る[85]。しかるに、本件でＧからＡに譲渡された甲債権は、請負代金債権であるが、譲渡時点においては工事途中であり、いまだ全額を請求できるものではなく、Ｇが工事を完成してＳに対して引き渡しをして、はじめて請求できる。このような債権を譲り受けた場合においては、Ａはリスクを引き受けていると解される[86]。

第４　供託

一　民法改正の概要

前述のとおり、改正民法466条の2第1項は、譲渡制限特約付債権が譲渡された場合、債務者は、譲渡された金銭債権の全額に相当する金銭を、債務の履行地の供託所に供託することができるものとする。また、改正民法466条の3は、譲渡制限特約付債権が譲渡された場合において、譲渡人に破産手続開始の決定があったときは、その債権の全額を譲り受けた者であって第三者対抗要件を備えたものは、債務者に対して、その譲渡された債権の全額を供託させることができるとする。

二　問題の所在

譲渡担保権者について、破産手続開始前に担保権の実行が開始され、担保権者が確定的に目的物の所有権を取得していれば、通常の所有権者（取

戻権者）と同様に扱われる[87]。担保権であるか所有権者（取戻権者）であるかは、更生手続において更生担保権として権利変更の対象となり、別除権となる破産再生手続においても担保権実行中止命令や消滅請求の対象となるか等の取扱いが異なる。

そして、例えば、再生会社において売掛金等に債権譲渡担保が設定されていた場合、別除権の実行により資金繰りが詰まる事態を回避するため、担保権実行の中止命令の発令を受け、別除権協定を締結するための交渉や担保権消滅請求までの時間的余裕を得るべく、無審尋で中止命令を発令する例もある[88]。

改正民法により、譲渡制限特約付債権が譲渡された場合、債務者は、譲渡された金銭債権の全額に相当する金銭を、債務の履行地の供託所に供託することができる（466条の2第1項）。再生債務者が、債務者に対する実行通知がされるに先立ち、担保権実行の中止命令等を得て、譲渡担保権者との間で交渉中に、債務者が供託した場合の取り扱いなど、実務に影響が出るか。

三　検討

1　担保権実行の終了時期について

担保権実行の終了時期について、平常時における債権譲渡担保の実行については、被担保債権の弁済期の到来により、譲渡担保権者が目的債権の完全な債権者となり、その上で、清算義務が生じると解する見解[89]と、譲渡担保の実行として、目的債権の弁済期到来を待って、自己の債権額に見合う限度で取り立て、弁済充当することができるとの見解[90]がある。倒産実務においては、前述のとおり、担保権実行中止命令（民事再生法31条1項）との関係で終了時期が議論され、実行通知で

終了する見解が多数かと思われるが、目的債権の取立てをもって終了するとの見解[91]や、実行終了とするためには清算通知が必要との見解[92]もある。

2　債務者対抗要件具備前に債務者が供託した場合の法律関係

前提として、譲渡人につき再生・更生手続が開始され、実行通知を発送して債務者対抗要件を具備するに先立ち、債務者が供託する（改正民法466条の2第1項）ことは、文言上、債務者対抗要件具備が要件となっていないこと、債務者対抗要件を具備するに先立ち、第三債務者から、譲受人に対して弁済することは有効と解されていること[93]、及び改正民法466条の2第1項の供託は、第三債務者の権利としての執行供託を参考にしていること[94]から、可能と解される。

つぎに、担保権実行未了と解される時点において、債務者が供託した場合、第三債務者の供託を参考にした同466条の2についても、第三債務者がする供託をもって、担保権の実行と解することは困難であり、供託に先立ち、担保権実行が完了していない場面においては、供託金（還付請求権）のうえに担保権が存続すると解される。

そして、民法466条の2第3項・466条の3のいずれの供託であったとしても、還付請求権は譲受人のみが有すると定める。第三債務者による供託がされた場合、譲受人は、再生手続においては別除権として、倒産手続外で還付請求権を行使し、供託手続により供託金の還付を受けてそこから債権の満足に充てることができる。ただし、当該還付請求権について、中止命令の対象となると解される。

第5　まとめ

一　以上、債権譲渡について述べたが、倒産債務者側における実務感覚によれば、要するにリスク分担である。

すなわち、物権が物を直接に支配して権利の内容を実現できるのに対して、債権の目的は債務者の行為（給付）であり、債務者の行為（給付）を介し、それを通じてその目的を達するものである[95]。債権について、対価を得て他人に譲渡することはできるが、「それは債権の帰属が変更したものであり、債権が債務者の行為（給付）を介してその目的を達するという性質自体に変更はない」[96]。債権は物権と異なり、「帰属と移転」の問題のほかに、権利の「実現」の問題があり[97]、権利実現の過程なくして、目的を達し得ない。

すなわち、将来の売掛金が譲渡され、対抗要件が具備されたとしても、当該債権が譲受人に帰属したに過ぎない（帰属と移転の問題）。債権が目的を達する（貫徹性）ためには、譲渡人が売買契約の売主として、買主である債務者に対して反対給付を履行し、債務者の抗弁を消滅させなければならず、これによりはじめて譲受人の権利が実現する（権利の実現の問題）。

債権流動化は債権そのものを「財」とする取引であるところ、そこでの議論は「権利の帰属と移転」の問題に傾注されていたように思われるが、「権利の実現の過程」の問題は、流動化における値付けの実務の中に隠れていた、又は初期の流動化の対象は貸金債権やリース料債権など譲渡人の積極的行為を介することなく権利が実現できる債権が主であって、その後、対象を売掛債権や請負代金債権に拡げて議論されるに至り、権利の実現過程が着目されるのは、必然といえる。

最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁は、将来債権譲渡の効力を認めるが、「債権が発生しなかった場合に譲受人に生ずる不利益については譲渡人の契約上の責任の追及により清算することとして、契約を締結するものと見るべき」と判示するとおり、権利が発生せずに終わった場合、譲受人はあらためて譲渡人に契約不履行の責任を求め直す必要がある。将来債権の譲り受けに際して、譲受人は権利が実現しないことのリスク（権利実現の過程のベクトルが中途挫折するリスク）を負担している[98]。特に売掛債権や請負報酬債権のように債務者の積極的行為まで要する債権においては、債権譲渡人の行為を介して初めて実現するのであるから、貸付金債権のように積極的な行為までは要しない債権に比べて、権利が実現しないことのリスクを負担している[99]。

実務的にも、対抗要件を具備した将来債権譲渡の譲受人が、ただちに譲渡人の信用リスクから切り離されるとはいえない。「将来債権の真正譲渡案件」として紹介されている例[100]において、オリジネーターの事業継続性が従前に比べ低下したことを理由として、優先受益権の格付けを引き下げたと報告されている[101]。

二　本件の第３の事例で、譲受人Ａが契約不適合による損害賠償請求権をもってする相殺の抗弁をＳから受け、これにより譲渡人管財人Ｖに対して取得する債権が破産債権となったとしても、権利の実現過程におけるリスクが顕在化したものであって、当初の債権譲渡契約時に起因するリスクであるから[102]、破産債権との結論は妥当である。

これに対して、第２の事例では、既に債権は実現して、債務者Ｓからの抗弁を受けることなく、専ら債権の帰属が問題となるため、別異に解されるが、譲受人が譲渡制限に悪意である以上、倒産手続開始に先立つ債権譲渡の時点において、債務者Ｓ→譲渡人Ｇ→譲受人Ａと支

払いがなされることが予定されており、譲渡人の信用リスクを負担していると見ることができるかの問題となると思料する。

第6　おわりに

以上、債権譲渡に関する民法改正について、倒産の場面で生じる論点の一部を検討した。甚だ拙い内容で恐縮であるが、日頃ご指導をいただいている南賢一先生が倒産法部部会長をつとめられている時期に会員として執筆の機会を得たことは望外の幸せである。執筆にあたり、近時の取扱い事案を通じて、「詐害行為否認とLBO」、「破産管財人、清算人、相続財産管理人による財産管理処分権の異同」などのテーマも検討したが、別途の機会に譲る。

本年度は倒産法部創始者のお一人である高木新二郎先生[103]が逝去され、謹んでご冥福をお祈り申し上げる。

（弁護士　志甫治宣）

1　筒井健夫＝松村秀樹編「一問一答民法（債権関係）改正」（商事法務・2018年）159頁

2　清水祐介＝志甫治宣「将来債権譲渡に関する試論」法律実務研究30号（2015年）97頁

3　2018年3月23日東京大阪四会倒産法部シンポジウム「債権法改正と倒産」（山本和彦教授の基調講演について「基調講演　民法（債権法）改正と倒産法」NBL1130号（2018年）24頁）。パネリストである山本和彦教授、千賀卓郎裁判官、森倫洋弁護士、木村真也弁護士と、大阪弁護士会の中井康之弁護士、赫高規弁護士から多大なるご指導をいただいており、深く感謝申し上げます。

4　民法（債権関係）部会資料（以下、「部会資料」という。）78A・7頁

5　田原睦夫＝山本和彦監「注釈破産法（上）」（きんざい・2015年）455頁〔伊藤尚〕、潮見佳男「新債権総論Ⅱ」（信山社・2017年）408頁、中田裕康＝大村敦志＝道垣内弘人＝沖野眞已著「講義債権法改正」（商事法務・2017年）218頁、山野目章夫＝深山雅也＝井上聡「債権譲渡制限特約」ジュリスト1522号（2018年）71頁〔山野目発言〕、など

6　中井康之「相殺をめぐる民法改正」『会社法・倒産法の現代的展開』（民事法研究会・2015年）717頁、シンポジウム「相殺をめぐる民法改正と倒産手続―差押え・債権譲渡と相殺に関連して」金法2036号（2016年）6頁、池田真朗「民法（債権関係）要綱仮案になお残る問題提案―譲渡制限特約、債権譲渡と相殺、債務引受」銀法781号（2015年）38頁、石田剛「相殺における『相互性』『合理的期待』『牽連性』」法律時報89巻11号（2017年）165頁、山田千代子「相殺」ジュリスト1511号（2017年）28頁、野村豊弘＝中井康之「相殺」ジュリスト1520号（2018年）80頁、深谷格「『債権譲渡と相殺』に関する民法改正について」『大改正時代の民法学』（成文堂・2017年）249頁、岡正晶「差押え・債権譲渡と相殺」『詳解改正債権法』（きんざい・2017年）356頁、石田剛「債権譲渡と相殺」『Before/After民法改正』（弘文堂・2017年）274頁、深谷格「『差押えと相殺』に関する民法改正について」『債権法改正と民法学Ⅱ債権総論・契約（1）』（商事法務・2018年）305頁など

7　赫高規「改正債権譲渡禁止特約法制についての4つのありがちな誤解」『債権譲渡法制に関する民法改正と事業再生』（商事法務・2017年）163頁

8　筒井ら・前掲注1・161頁

9　最判昭和52年3月17日民集31巻2号308頁参照

10　潮見佳男＝千葉惠美子＝片山直也＝山野目章夫編「詳解改正民法」（商事法務・2018年）259頁

11　山野目ら・前掲注5・71頁〔井上発言〕、なお、譲受人が譲渡制限特約について善意無重過失であった場合、債務者による譲渡人への弁済は無効となり、譲受人は債務者に対して履行請求ができるため、譲受人は破産管財人に対して不当利得返還請求権を主張できないと解される（同71頁

〔深山発言〕)。

12　前掲・注4及び5の各文献

13　森倫洋「譲渡制限特約のある債権の譲渡に関する改正と譲渡人の破産」『自由と正義』Vol.69No7（2018年）17頁

14　中田ら・前掲注5・217頁

15　譲渡人に付与された権限を管財人も有する点について、法制審議会民法（債権関係）部会第89回会議議事録（以下、たんに「第○回議事録」という。）24頁〔松尾発言〕

16　我妻栄「債権各論下巻一」（岩波書店・1972年）1049頁

17　四宮和夫「事務管理・不当利得・不法行為（上）」（青林書院・1981年）201頁、篠塚昭次＝前田達明編「新・判例コンメンタール民法8契約（3事務管理、不当利得）」（三省堂・1992年）273頁〔松岡久和〕、近江幸治「民法講義Ⅴ〔第2版〕」（成文堂・2007年）77頁、田山輝明「債権総論第3版」（成文堂・2011年）237頁

18　我妻・前掲注16・1037頁、四宮・前出注17・199頁、松坂佐一「事務管理・不当利得〔新版〕」（有斐閣・1973年）165頁、藤原正則「不当利得法」（信山社・2002年）230頁

19　篠塚ら・前掲注17・272頁〔松岡久和〕

20　東京地判平成24年4月19日判時2157号43頁、大阪地判平成24年12月7日判時2157号41頁、東京高判平成25年1月24日判タ1390号244頁など。不当利得の要件として、利得が誰にあるか等論じられている（道垣内弘人「判批」金法1977号（2013年）67頁、星野豊「判批」ジュリスト1475号（2015年）112頁）。

21　加藤政信「事務管理　不当利得」（三省堂・1999年）110頁

22　松本恒雄「代理受領の担保的効果（下）」判タ425号（1980年）34頁、戸部秀明「請負代金債権の担保化（上）」金法1390号（1994年）7頁

23　民事篇昭和61年227頁〔加藤和夫〕、本田淳一「判批」別冊ジュリスト196号74頁、平井宜雄「債権総論〔第2版〕」（1994年）193頁。なお、民事執行法に基づく配当手続による金員の受領における事案であるが、最判平成3

年3月22日民集45巻3号322頁は、先順位抵当権者が被担保債権を有しないにもかかわらず配当を受領した事案において後順位抵当権者による先順位抵当権者への不当利得を認める。

24　植垣勝裕＝小川秀樹「一問一答　動産・債権譲渡特例法〔第三版〕」（商事法務・2007年）58頁

25　潮見・前掲注5・485頁

26　第3分科会3回議事録51頁〔道垣内発言〕

27　前出注26・55頁〔畑発言〕

28　民事篇昭和48年189頁〔川口冨男〕

29　谷口知平＝甲斐道太郎編「新版注釈民法（18）債権（9）」（有斐閣・1991年）366頁〔加藤雅信〕

30　谷口安平「不当利得の研究」（有斐閣・1949年）39頁、浜上則男「不当利得返還請求権の『補助性』」『不当利得・事務管理の研究（3）』（有斐閣・1972年）19頁

31　第83回議事録40頁〔松本発言〕

32　第83回議事録38頁〔松尾発言〕

33　東弁倒産法部「『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対する意見書」『法律実務研究』27号（平成24年）284頁は、「引渡を求める債権は、開始決定後の管財人の回収の結果はじめて生じるものではなく、債権譲渡契約の効果そのものとして、後日の回収を停止条件として既に発生していた引渡請求権であるから、倒産手続開始前に原因があり、倒産債権と解する見解もあり得る」とする。

34　伊藤眞「破産法・民事再生法第4版」（有斐閣・2018年）280頁など

35　森・前掲注13・19頁

36　田原睦夫＝山本和彦監「注釈破産法（下）」（きんざい・平成27年）36頁〔籠池信宏〕

37　前出注36・34頁

38　森・前掲注13・19頁

39 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（商事法務・2013年）233頁

40 伊藤眞「債権譲渡禁止特約と譲渡人の倒産」『債権法改正と事業再生』（商事法務・2011年）11頁

41 筒井ら・前掲注1・179頁、204頁

42 筒井ら・前掲注1・181頁

43 岩川隆嗣「双務契約の牽連性と担保の原理―フランス法における同時履行の抗弁を中心として（10・完）」『法学協会』135巻12号（有斐閣・2018年）93頁、中井・前掲注6・730頁、山田・前掲注6・31頁など

44 岡正晶「倒産手続開始後の相手方契約当事者の契約解除権と相殺」『民事手続の現代的使命』（有斐閣・2015年）796頁

45 岡・前出注44・796頁

46 部会資料74A14頁

47 潮見・前掲注5・306頁。ただし、差押と相殺を、債権譲渡と相殺とパラレルに捉えるべきかについては見解が分かれ得る（中田ら・前掲注5・234頁、潮見ら・前掲注10・273頁）

48 部会資料69A30頁。ただし、個別執行と倒産手続とでは利益状況が違うとの指摘もある（中井・前掲注6・721頁、井上聡＝松尾博憲＝藤澤治奈「相殺」NBL1123号（2018年）29頁〔藤澤発言〕）

49 中井・前掲注6・730頁

50 民法533条は、「双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行（債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行を含む）を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる。」と定めるが、括弧書の意義について、本旨債務の履行請求が可能な場合の損害賠償請求というのは、533条においても括弧外の「債務」の履行に該当し、これができない場合には「債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行」として括弧内になると論じられている（道垣内弘人＝岡正晶「請負契約の契約不適合責任」ジュリスト1524号（2018年）78頁〔道垣内発言〕）。

51 筒井ら・前掲注1・280頁、後藤巻則「買主の損害賠償請求権の行使」『Before/

After民法改正』363頁、笠井修「契約不適合の場合の請負人の責任」同421頁

52　岩川隆嗣「双務契約の牽連性と担保の原理―フランス法における同時履行の抗弁を中心として（八）」『法学協会』135巻8号（有斐閣・2018年）15頁

53　伊藤・前掲注34・381頁

54　斎藤秀夫ほか編「注解破産法（上）第三版」（青林書院・1998年）297頁

55　田頭章一「請負人の破産と注文者からの相殺の可能性」『民事訴訟法の理論』（有斐閣・2018年）1214頁。この点、伊藤・前掲注34・532頁は、「相手方は、破産管財人の解除権行使そのものによって予期せぬ不利益を受けているのであり、破産債権たる損害賠償請求権を自働債権とする相殺を否定することによって、それ以上の不利益を受忍させるべき理由に乏しい」とするが、当該損害賠償請求権の性質について財団債権としない扱いを決定した以上、相殺も否定されるのが相当と考える。

56　なお、事前に破産法54条1項に基づく損害賠償請求権を自働債権とする相殺ができる旨を合意していた場合でも、本来は破産債権に過ぎないものを相殺可能にするものであり、原則として、倒産法的公序に反し無効と解される。

57　部会資料74A14頁、部会資料69A30頁

58　伊藤眞＝岡正晶＝田原睦夫＝林道晴＝松下淳一＝森宏司「条解破産法〔第2版〕」（弘文堂・2014年）430頁

59　中井・前掲注6・741頁・724頁

60　潮見・前掲注5・443頁・313頁

61　伊藤ら・前掲注58・567頁、560頁

62　東畠敏明「『相殺法理』の再構成と改正民法案の『前の原因』」事業再生と債権管理151号（2016年）115頁は、請負人破綻時に別業者に注文する場合の増加費用について、「直接といえるためには、自働債権が請負契約時に請負人の破綻条件付の債権として成立していたか、請負契約には請負人の破綻が想定されているとの考えが成立するかである。いずれも困難であると考えられるため、これら注文者の自働債権と請負契約との関係

は「前の原因」にならない」とする。また、中西正「民事手続法における相殺期待の保護（下）」NBL1048号（2015年）56頁は、破産法54条1項に基づく損害賠償請求権について、相殺期待保護との関係では、損害が生じた時点＝解除の時点が「前の原因」となり、相殺期待は保護されないとする。

63　山本和彦「判批」金法2007号（2014年）10頁

64　法曹時報69巻1号196頁〔大島直哉〕

65　潮見佳男「新債権総論Ⅰ」（商事法務・2017年）301頁

66　潮見・前掲注5・446頁

67　潮見・前掲注5・448頁

68　森・前掲注13・19頁

69　潮見・前掲注5・439頁も、「譲渡制限特約付き金銭債権が譲渡された後に、譲渡人につき破産手続開始の決定がされたときは、相殺禁止に関する破産法72条の適用はない。譲渡制限特約付き金銭債権が譲渡されれば、譲渡債権の債権者であるのは譲受人であって、譲渡人ではないから、債務者は破産手続の時において『破産者に対して債務を負担する者』にあたらないからである」とする。

70　平成28年判決の事案で、相殺権を行使したのが自働債権を有する債権者であったとしても、同じ結論になるとの見解として、松尾博憲＝木村真也＝白石大＝杉本純子＝本田知則「三者間相殺を読み解く」金法2057号（2017年）19頁白井発言。ただし、森田修「最高裁判所民事判例研究」『法学協会』135巻4号（有斐閣・2018年）288頁は、パターン1について、本文後述のとおり、債権者平等の規律が及ぶ場面とし、他方、パターン2について、AがGに対する乙債権の担保としてGが有する甲債権を利用することが、どこまでGの他の債権者に対抗できるかの公示（相殺の公知性）の問題とし、質的な差異を論じる。

71　伊藤眞「相殺の合理的期待はAmuletum（護符）たりうるか」NBL1084号（2016年）8頁

72　松下祐記「倒産手続における三者間相殺の取扱い」NBL1123号（2018年）

62頁、破産財団の減少防止との趣旨については、山木戸克己「破産法」（青林書院・1974年）164頁も同旨

73　森田・前掲注70・289頁

74　伊藤・前掲注71・8頁参照

75　井上真一郎＝道垣内弘人＝長谷川宅司＝八木崇典＝山本和彦「『差押前の原因』をどう考えるか」事業再生と債権管理159号（2018年）163頁〔道垣内発言〕

76　森・前掲注13・19頁、赫・前掲注7・178頁も同旨

77　民事篇昭和50年度661頁〔柴田保幸〕、林良平「相殺とその担保的機能」私法28号（1966年）32頁、米倉明「債権譲渡と相殺」手形研究256号8頁、三森仁「差押え・債権譲渡と相殺」ジュリスト1432号（2011年）84頁

78　柚木馨＝高木多喜男「新版注釈民法（14）債権（5）」（有斐閣・1993年）256頁〔柚木馨＝高木多喜男〕

79　前出注78・256頁、353頁。ただし、売買の目的たる権利が他の権利により制限されまたは伴うべき権利を伴わないことによって質的な欠点を有する場合には566条の適用を生ずるとの見解もある（我妻榮「債権各論中巻一」（岩波書店・1975年）291頁）。

80　筒井ら・前掲注1・282頁

81　平成24年度産業金融システムの構築及び整備調査委託事業「動産・債権担保融資普及のためのモデル契約等の作成と制度的課題等の調査」報告書における債権譲渡担保設定契約書（参考例）5条2項1号、10条2項3号など

82　前掲注29及び30の各文献

83　谷口ら・前掲注29・372頁

84　加藤雅信「不当利得論」（信山社・2016年）467頁等

85　野村ら・前掲注6・87頁〔中井発言〕参照

86　井上聡「将来債権譲渡担保と民事再生」ジュリスト1466号（2012年）69頁は、企業の将来１年分の売掛債権（毎月10億円程度で年間120億円）を担保にとる貸付につき、売掛債権残高を担保価値とする（3ヶ月分の30億円が

残高であれば、ここに例えば7割の掛け目をかけて21を貸し付ける）とし、1年分の売掛債権全額を担保価値とする（120億円に掛け目をかけて84を貸し付ける）ことは「実際には、このような取引はさほど多くはなく、将来債権の価値を一定期間にわたって累積的に把握しようとする場合には、真正譲渡の形式で、債権の流動化取引として行われることが想定される」とする。伊藤達哉「将来債権譲渡担保の再生手続開始後発生債権に対する効力再考」NBL932号（2010年）28頁も、「売掛債権を累積的に担保として把握し、累積的に計算された金額の融資を一括して行う担保取引類型は、通常の金融実務からみて、違和感を覚えるところ」とし、「売掛債権をその都度全額回収されてしまうと、どのように営業循環を維持するのであろうか。自己資金が潤沢な事業者は、その取り崩しにより営業循環が可能であるが、そのように資金力のある事業者が、わざわざ売掛債権を担保にした借入をすることは想定し難い。また、将来変動が予想される売掛債権を担保として、その累計額を融資することは、金融実務の慣行からみて考えにくい。」とする。「プロジェクト・ファイナンスの分析において、担保価値に経費控除後の将来債権の金額を含めたり、そういった金額をベースに融資金額を決定したりすることはないと思います。つまり、担保権者として発生していない将来債権を回収可能額と期待していないことの証左ではないでしょうか。」「改正債権譲渡法制の課題と実務」『債権譲渡法制に関する民法改正と事業再生』（商事法務・2017年）97頁〔堀内秀晃発言〕など

87　伊藤・前掲注34・455頁

88　鹿子木康編「民事再生の手引〔第2版〕」（商事法務・2017年）90頁、清水靖博「担保権実行の中止命令」『倒産法改正展望』（商事法務・2012年）230頁

89　角紀代恵「債権非典型担保」椿寿夫編『担保法理の現状と課題（別冊NBL31号）』（1995年）80頁

90　道垣内弘人「担保物権法第4版」（有斐閣・2017年）353頁

91　「倒産法制の展望」金法2000号（2014年）247頁〔山本克己発言〕、山本克己「集合債権譲渡担保と再生法上の実行中止命令：解釈論的検討」事業再生と債権管理（2013年）20頁、「再生手続における担保権の取扱い　中止

命令と担保権消滅請求制度への提言を中心に」事業再生と債権管理（2013年）37頁〔赫高規発言〕

92　小林信明「担保権実行手続の中止命令の適切な利用―非典型担保への類推適用」『民事再生の実務と理論』45頁

93　潮見・前掲注5・424頁など

94　部会資料78Ｂ・10頁

95　我妻栄「新訂債権総論」（岩波書店・1964年）5頁

96　我妻栄「権利の上の所有権という概念について」『民法研究Ⅲ物権』（有斐閣・1966年）182頁、223頁、224頁

97　瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリスト1229号（2002年）108頁

98　潮見佳男「判批」別冊ジュリスト196号57頁、潮見佳男「債権総論〔第３版〕Ⅱ」（信山社・2005年）615頁

99　実務上、早期から債権流動化の対象となっていたのは、リース・クレジット債権や貸金債権における既発生債権やリボルビング払い債権などの発生の基礎となる契約が締結されている将来債権が多く、売掛債権などの流動化においては、原資となる債権の発生そのものがオリジネーターの事業活動に依拠するなど、対象債権の種類の拡大とともに債権譲渡によるリスク隔離の程度に多様化がみられる点について　青木則幸「債権流動化の現状と課題」『財の多様化と民法学』（商事法務・2014年）246頁・249頁

100　大矢一郎ら「震災復興・日本再生のための証券化取引の可能性」商事法務1939号（2011年）57頁

101　http://www.moodys.co.jp/PDF/10000/PR_2705_P.pdf 「本案件は、将来に渡って発生する債権を信託譲渡の対象としており、優先受益権の返済原資は、将来のキャッシュフローのみに依拠している。従って、将来債権のオリジネーション等に影響を及ぼし得る、オリジネーターの事業継続性に関する評価が一つのポイントとなる。」、「本案件は、一般的な事業証券化案件と異なり、関連施設等の資産譲渡等は行われておらず、事

業団の廃棄物処理事業により、将来に渡って発生する委託料支払請求権等（売上）を信託譲渡の対象としている。優先受益権の返済原資は、委託料支払請求権等の回収（将来のキャッシュフロー）のみに依拠している点で、一般的な事業証券化と比べ、オリジネーターによる事業継続性の高さに影響を受ける。従って、事業団及び事業団に対する県のサポートも格付の一要素として考慮しており、本件の格付は、ムーディーズの地方自治体の信用力に関する考え方に影響を受ける可能性がある。」

102　岩川・前掲注43は、牽連する債務間の相殺の譲受人への対抗について、債権に内在する抗弁の譲受人への対抗という、債権譲渡における抗弁対抗として位置付ける。

103　筆者は直接のご指導を賜る機会はなかったが、東弁倒産法部の末席において須藤正彦＝小林信明＝山本和彦編「事業再生と民事司法にかけた熱き思い－高木新二郎の軌跡」（商事法務・2016年）などを拝読し、偉大さに触れさせていただいた。

知的財産権の侵害告知と不正競争防止法2条1項15号

知的財産権法部

*目　次

一　知的財産権の侵害告知…… 130
　1　はじめに …… 130
　2　問題の所在 ……131
二　従来の議論と判例の流れ …… 133
　1　従来の裁判例の傾向 …… 133
　2　新傾向の裁判例 …… 134
　3　新傾向の裁判例の出現後の状況 …… 136
三　近時の裁判例とその分析 …… 137
四　結語 …… 153

一　知的財産権の侵害告知

1　はじめに

権利者が知的財産権侵害などを発見した場合、実務上、競業者である被疑侵害者に対して警告書(注1)を送付するのが一般的である。もっとも、単に当該被疑侵害者に対して警告書を送付するだけでは実効性に欠けることから(注2)、被疑侵害者のみならず、その取引先などに対しても権利侵害の事実や訴訟提起の事実を告知することがある。

ところで、不正競争防止法（以下「不競法」という。）2条1項15号(注3)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」を不正競争行為の一類型として定める。

〔不競法2条1項〕
この法律において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。
15号　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

〔不競法3条1項〕
不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

〔不競法4条〕
故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の利益を侵

害した者は、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる。ただし、第十五条の規定により同条に規定する権利が消滅した後にその営業秘密を使用する行為によって生じた損害については、この限りでない。

2　問題の所在

特許権者[注4]が、被疑侵害者[注5]の取引先[注6]に対し、被疑侵害者の製品が権利者の特許権を侵害している旨を告知（図1・①）したところ、後に特許侵害訴訟（図1・②）において権利無効ないし非侵害が明らかになった場合（図1・③）を考える。この場合、被疑侵害者は、当該告知行為が同号の不正競争行為に該当するとして、差止請求（3条）や損害賠償請求（4条）を行いうる（図１・④）[注7]。

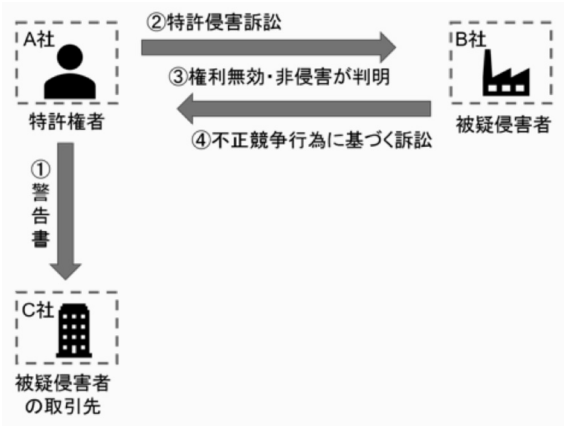


図1（登場人物の関係）

すなわち、このような権利者の侵害告知行為は、「競争関係にある他人[注8]」である競業者の取引先に対して行う場合[注9]、当該告知は競業者の「営業上の信用を害する[注10]」ものであり、かつ、権利無効ないし非

侵害が判明した以上、「虚偽の事実[注11]」を告知したということができる。

他方、権利者としては、権利の侵害性や有効性については微妙な判断を強いられることも多い。

そのため、事後的に権利無効ないし非侵害となった場合に直ちに不正競争と扱われるのは権利者に酷ではないかという問題意識が存在する。

とりわけ、A社が日本でしか特許権を有していない場合に、海外（甲国）において被疑侵害製品を製造する製造者B社に対しては、日本国特許を侵害していない以上権利侵害がなく、警告書を送ることができない。それゆえ、このような場合には同製品を輸入し販売する販売者C社を相手にするしか日本市場を守る手段がないのではないか、という問題意識もある[注12]。

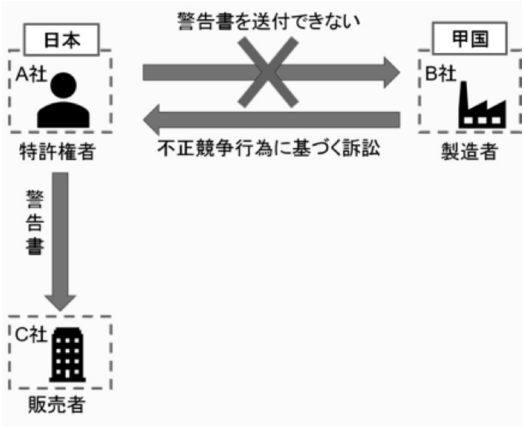


図2（登場人物の関係）

二　従来の議論と判例の流れ

1　従来の裁判例の傾向

従来の裁判例においては、侵害告知がなされた後に、権利無効ないし非侵害が明らかになった場合には、当然に「虚偽の事実」を告知したものといえ、15号の不正競争行為に該当するとの判断が示されていた(注13)。

この裁判例の判断枠組においては、不正競争行為に該当するか否かは、告知内容が虚偽か否かといった画一的な基準により決定される。

その結果、①不競法3条の差止請求においては、正当行為（違法性阻却事由）の有無は判断されない(注14)。

また、②不競法4条ないし民法709条の損害賠償請求については、行為者の故意・過失といった事情が要件事実とされているが、過失の存否について、告知者に対し厳格な判断がなされる傾向にあり、裁判例においては、同号に該当する不正競争行為が行われた場合、「相当の理由がない限り、控訴人には右行為をなすにつき過失があった、と推認するのが相当である」と判示するもの(注15)や、「実用新案権の権利者が、当該実用新案権を侵害するものと思料する物品の製造者に対して警告をなす行為と、その製造者以外の取引先等の第三者に対する場合には、その製造者に対して警告をなす場合に要求される注意義務に比して、当該物品が当該実用新案権を侵害するか否かの判断には、より一層の慎重さ、すなわち高度の注意義務が要求される」と判示するもの(注16)もあり、実際に過失の存在が否定され、損害賠償請求が棄却された裁判例は非常に少ない(注17)。

2　新傾向の裁判例

このような従来の裁判例に対し、平成13年の磁気信号記録用金属粉末事件第1審判決（東京地判平成13年9月20日判時1801号113頁）以降から新傾向と捉えられる裁判例が出現した。

その特色は、事後的に権利侵害が否定され、客観的に虚偽の事実に該当していたことが判明したとしても、「正当な権利行使の一環」であると評価できるような事情があれば、過失なしと判断して損害賠償請求を否定し(注18)、あるいは違法性阻却により不正競争行為に該当しないと判断する点にある(注19)。

【裁判例：磁気信号記録用金属粉末事件控訴審判決(注20)】

〔判旨〕

「競業者が特許権侵害を疑わせる製品を製造販売している場合において、特許権者が競業者の取引先に対して、競業者が製造し販売する当該製品が自己の特許権を侵害する旨を告知する行為は、後日、特許権の無効が審決等により確定し、あるいは、当該製品が侵害ではないことが判決により判断されたときには、競業者との関係で、その取引先に対する虚偽事実の告知に一応該当するものとなるものの、この場合においても、特許権者によるその告知行為が、その取引先自身に対する特許権等の正当な権利行使の一環としてなされたものであると認められる場合には、違法性が阻却されると解するのが相当である」

「特許権者が競業者の取引先に対して行う特許権侵害訴訟の提起は、当該取引先との関係では、特許権者が、事実的、法律的根拠を欠くことを知りながら、又は、特許権者として、特許権侵害訴訟を提起するために通常必要とされている事実調査及び法律的検討をすれば、事実的、

法律的根拠を欠くことを容易に知り得たといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が特許権侵害訴訟という裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限って違法となるものと解すべきである(注21)。そして、特許権者が競業者の取引先に対する訴え提起の前提としてなす警告も、それ自体が競業者の営業上の信用を害する行為でもあることからすれば、訴え提起と同様に、特許権者が、事実的、法律的根拠を欠くことを知りながら、又は、特許権者として、特許権侵害訴訟を提起するために通常必要とされている事実調査及び法律的検討をすれば、事実的、法律的根拠を欠くことを容易に知り得たといえるのにあえて警告をなした場合には、競業者の営業上の信用を害する虚偽事実の告知又は流布として違法となると解すべきであるものの、そうでない場合には、このような警告行為は、特許権者による特許権等の正当な権利行使の一環としてなされたものというべきであり、正当行為として、違法性を阻却されるものと解すべきである。

競業者の取引先に対する前記告知行為が、特許権者の権利行使の一環としての外形をとりながらも、社会通念上必要と認められる範囲を超えた内容、態様となっている場合、すなわち、権利行使に名を借りているとはいえ、その実質が、むしろ、競業者の取引先に対する信用を毀損し、当該取引先との取引ないし市場での競争において優位に立つことを目的としてされたものであると認められる場合には、当該告知の内容が結果的に虚偽であれば、もはやこれを正当行為と認めることができないことは明らかであるから、不正競争行為となり、特許権者がこれに対して責任を負うべきことは当然である。そして、競業者の取引先に対する警告が、特許権の権利行使の一環としてされたものか、それとも特許権者の権利行使の一環としての外形をとりながらも、

社会通念上必要と認められる範囲を超えた内容、態様となっているかどうかについては、当該警告文書等の形式・文面のみならず、当該警告に至るまでの競業者との交渉の経緯、警告文書等の配布時期・期間、配布先の数・範囲、警告文書等の配布先である取引先の業種・事業内容、事業規模、競業者との関係・取引態様、当該侵害被疑製品への関与の態様、特許侵害争訟への対応能力、警告文書等の配布への当該取引先の対応、その後の特許権者及び当該取引先の行動等の、諸般の事情を総合して判断するのが相当である(注22)。」

3　新傾向の裁判例の出現後の状況

新傾向の裁判例の出現後の状況について調査を行ったところ、平成13年の前掲磁気信号記録用金属粉末事件第1審判決以降、不正競争行為該当性につき、正当な権利行使という観点から違法性阻却の有無を判断する裁判例(注23)、正当な権利行使という観点から過失の存否を判断する裁判例(注24)、正当な権利行使という観点から違法性と過失を一体的に判断する裁判例(注25)等（以下、これらを併せて「新傾向裁判例」という。）が存在する一方、虚偽の告知がされれば当然に不正競争行為該当性を肯定する従来型の判断枠組をとる裁判例(注26)も依然として存在していることが明らかになった。

また、正当な権利行使という観点から過失および違法性を判断する際に、一般的な規範および判断基準を示さない裁判例も存在しており、未だ統一的な判断基準が存在していないことが分かった。

さらに、調査の結果、問題の所在（図2）にて記載した、販売者を相手にするしか日本市場を守る手段がないような事案(注27)の特殊性を考慮して過失または違法性を否定した裁判例は存在しないということが

明らかとなった(注28)。

三　近時の裁判例とその分析

以下、過去数年の裁判例の中から代表的なものを選定し、分析を加えた。なお、判旨のうち重要と思われる箇所には下線を付した。

【裁判例①：大阪地判平成28年10月27日 LLI/DB 判例秘書登載】

〔事案〕

本訴において、原告は、被告に対し、原告の販売するインクジェットプリンタ用のリサイクルインクカートリッジの包装のうち、原告の商品等表示となっている原告各表示と類似する被告各表示を使用するリサイクルカートリッジを被告が販売する行為が、不競法2条1項1号に該当するとして、損賠賠償等を請求した。これに対し反訴においては、被告が、原告に対し、原告が被告に対して、不正競争防止法に基づき損害賠償等を求める訴えを提起した旨などが書かれた文（「本件掲載文」）を、原告ホームページに掲載する行為が、15号の不正競争行為に該当するとして、損害賠償等を請求した。

〔判旨〕

「本件掲載文は、別紙不正競争行為目録のとおりであり、表題を『スカイホースジャパン株式会社に対する提訴について』とし、第1文で挨拶文を、第2文に本件被告を被告として不正競争防止法に基づく訴訟を提起した事実報告を、第3文から第6文にかけて訴訟提起に至る事実関係を記載し、また第3文と第4文の間に、周知営業表示であると主張する『エコリカ製品の画像』として、別紙原告表示目録記載1、2のアに相当する正面部分の写真（ただし、同目録では削除されているリサイクル

マークなどはそのまま掲載されている。）を、第4文と第5文の間に『スカイホース製品の画像』として、別紙被告表示目録記載1、2のアに相当する正面部分の写真（ただし、同目録では削除されている被告の社名の記載はそのまま掲載されている。）を掲げ、末尾の第7文で、また定型的な結びの挨拶文を掲載したものである。

本件掲載文の記載内容をみると、確かに原告が被告に対し不正競争防止法に基づく訴訟を提起したという事実報告が前提になっており、読み手がその留保を前提に読むことが期待される体裁になっていることは認められる。

しかし、その一方で、本件掲載文は、不正競争防止法2条1項1号の要件を充足する事実については、原告の商品の『パッケージのデザインは、エコリカ製品を表示するものとして、周知になっていました』（第3文）と、訴訟で問題にされる余地のない確定した事実であるかのように記載し、また原告の商品と被告の商品のパッケージデザインが『極めて似た』（第4文）、『酷似』（第6文）であるとして『類似』より強い表現を用い、さらに『ユーザーが取り違えて購入するおそれがあることから』、原告が『日々受けている損害』（第6文）があると、ここでも断定した表現を用いている。

そして、その上、これらの記載には、本件訴訟で特定したパッケージデザインのうち類似性を判断しやすい一部写真だけを取り出し、『エコリカ製品の画像』と『スカイホース製品の画像』として対比して観察できるよう掲げ、読み手をして両商品のパッケージデザインが類似し、これにより購入者が取り違えるおそれがあることを、それ自体から感得できるようにしている。

したがって、本件掲載文の読み手は、訴訟が提起されたばかりであ

るから、記載内容の事実が公的判断として確定した事実ではないことを理解しながらも、その理由として記載されている被告の商品の販売行為が不正競争防止法違反の行為であるとの事実は、裁判においても容易に認められ得る確実な事実と理解するものと認められる。」

「そして、被告各商品の販売行為が、不正競争防止法2条1項1号の不正競争に該当しないことは既に検討し判断したとおりであるから、被告各商品の販売行為が同号の不正競争に該当する趣旨をいう本件掲載文の記載内容は『虚偽の事実』であり、これをホームページに掲載した原告の行為は、訴訟提起の報告に仮託して、原告と競争関係にある被告の営業上の信用を害する虚偽の事実を流布する行為といわざるを得ず、同法2条1項15号に該当する不正競争であるということになる。」

(損害賠償請求の成否)

「上記認定に係る不正競争についての原告の過失の有無について検討するに、上記オの本件原告商品の宣伝広告の実績からすると、原告が、本件原告商品がそのパッケージデザインそのもので周知であると考え、被告のする被告各商品の販売行為が不正競争防止法2条1項1号に当たると考えたことが全く不合理であるとまではいうことはできないといえる。

しかし、本件が『包装』の商品等表示性を問題とする事案であり、その周知商品等表示が裁判の場で認められることについて困難性があることはよく知られたことであり、少なくとも訴訟提起段階では、その主張に係る事実がすべて裁判手続を経て確定すべき事実であることは明らかであるから、原告が、本件掲載文によって訴訟提起をした経緯を報告する目的であったのなら、訴訟で審理されることになる事実関係については、その時点では原告の主張ないし意見であることを留保

して表現するに留めるべきであって、またそのことは容易であるとともに、訴訟提起の経緯を説明する趣旨目的に反しないものであったはずである。

しかし、そうであるにもかかわらず、被告が、これをせずに断定的な表現で事実関係を記載したことは既述のとおりであり、とりわけ『その特徴的なパッケージデザイン‥が全国の消費者に認知され、パッケージのデザインは、エコリカ製品を示すものとして、周知となっていました』とする記載部分は、あたかも特許権者が特許権を有している事実を表現するかのように裁判所の判断を待たずとも自明な事柄のように断定的に記載しているのであるから、このような表現振りを選択した点に原告に注意義務違反があるとの非難は免れず、原告には上記認定に係る不正競争をしたことに過失があり、これによる損害賠償責任を負うというべきである。」

〔コメント〕

過失の有無の判断において、被告の商品販売行為が不正競争防止法2条1項1号に当たると考えたことが全く不合理であるとまではできないとしつつも、本件掲載文の記載内容が断定的である点を捉えて過失の存在を認めている。単に虚偽の事実を真実と誤信したことについての過失だけでなく、告知内容等の客観的事実についても考慮要素としていることから、新傾向裁判例と位置づけることができる。

【裁判例②：東京地判平成29年2月17日 LLI/DB 判例秘書登載】

〔事案〕

発明の名称を「歯列矯正ブラケットおよび歯列矯正ブラケット用ツール」とする特許権（特許第4444410号）を有していたと主張する被告が、

バイオデントに対し、原告が製造しバイオデントが輸入・販売する原告製品について「被告の保有する特許権（第4444410号）の請求項に関連する」旨通知したことから、バイオデントが原告製品の輸入・販売を中止せざるを得なくなり、原告に損害が生じたことに関し、上記特許権は無効であって、したがって上記通知は虚偽事実の告知に当たるから、15号の不正競争行為に該当するとして損害賠償を求めた事案。

〔判旨〕

「本件発明に係る特許については、冒認出願であることを理由として、これを無効とすべき旨の審決が確定しており、同特許権は初めから存在しなかったものとみなされるので（特許法125条）、バイオデントによる原告製品の輸入及び販売は、被告の特許権を侵害しないし、また、被告は特許権に基づいて権利行使することはできない。

したがって、被告のバイオデントに対する本件各告知は、本件発明に係る特許が存在しないにもかかわらず、原告製品の輸入及び販売がその特許権を侵害するという事実を告知したものであって、虚偽の事実の告知に当たると認めるのが相当である。」

（損害賠償の成否）

「登録された特許権について、後にその有効性が争われて結果として無効とする審決が確定したことによって特許権が存在しないとみなされたために、当該特許権の特許権者による侵害警告行為が不競法2条1項14号の虚偽の事実の告知に当たる場合において、当該特許権者が損害賠償責任を負うか否かを検討するに当たっては、無効理由が告知行為の時点において明確なものであったか否か、無効理由の有無について特許権者が十分な検討をしたか否か、告知行為の内容や態様が社会通念上不相当であったか否か、特許権者の権利行使を不必要に委縮さ

せるおそれの有無、営業上の信用を害される競業者の利益を総合的に考慮した上で、当該告知行為が登録された権利に基づく権利行使の範囲を逸脱する違法性の有無及び告知者の故意過失の有無を判断すべきである。」

「被告は、本件発明がAとBによる共同発明であり、しかも、本件特許出願においてBを発明者の一人として掲げていたにもかかわらず、Bの同意を得ることなく本件特許を出願したものであるが、Bが被告に対し、本件発明に係る特許を、被告が単独で出願することについて明示の同意をしたことはないのであるから、本件各告知行為の時点において、本件特許出願に冒認出願若しくは共同出願違反の無効理由があることが明らかであり、被告は、本件特許出願に当たり、Bの同意を得ていないことを当然に認識していたか、少なくとも容易に認識し得る状況であったというべきである。また、仮に被告が本件発明はAの単独発明であると信じていたか、又は、Bの黙示の同意があるものと信じていたとしても、Bが、本件特許出願に関し、発明者名の記載の順番にこだわっていたという事実、及び本件特許に対応する本件米国特許についてはBが譲渡書を提出せず、そのために米国においては被告とBの両者が権利者であるものとして特許出願したという経緯に照らせば、被告において、Bによる本件発明に対する寄与があること及びBに本件発明に係る特許を受ける権利を被告に譲渡する意思がないことは容易に推測できるというべきであるから、冒認出願という無効理由の有無について特許権者である被告が十分な検討をしていたということはできない。さらに、前記(1)で説示したとおり、本件各告知は、原告に対してではなく、原告製品の販売業者であるバイオデントに対して直接原告製品の輸入及び販売の中止を求め、話し合いに応じることなく

一方的に実施許諾を拒否する内容のものと認められるから、被告が本件特許権の無効理由の有無について十分な検討をしていなかったことを踏まえれば、本件各告知は、その内容や態様に照らし社会通念上相当ということはできない。

そして、上記のとおり、被告は本件特許について冒認出願の無効理由があることを知り得たといえること及び本件各告知行為が、バイオデントによる原告製品①の日本国内での販売を中止させるという重大な結果を生じさせるものであることからすれば、被告には、本件各告知行為前に、Bに発明の経緯に係る事情や特許を受ける権利の譲渡に関する意向を確認するなどの調査をすべき義務があったというべきである。ところが、被告は何ら調査をすることなく、本件各告知行為に及んだ。

以上の事実を総合考慮すると、被告のバイオデントに対する本件各告知行為には、本件特許権に基づく権利行使の範囲を逸脱する違法があり、被告には、バイオデントに対し本件各告知による虚偽の事実の告知をしたことについて、少なくとも過失があるといわざるを得ない。」

〔コメント〕

損害賠償請求の判断において具体的事情（下線を付した箇所）を考慮に入れており、新傾向裁判例といえる。本件の無効理由は特許権者自身の行為に起因する理由である「冒認出願」であったことから、従来型の裁判例の判断枠組を用いても良かったように思われる[注29]。なお、本判決は具体的な考慮要素を示した上で違法性と故意過失を一体として判断しようとしている。

【裁判例③：大阪地判平成29年6月15日 LLI/DB 判例秘書登載】

〔事案〕

被告が、原告の取引先に対して、原告商品の販売が意匠権侵害となる旨警告する書面の送付行為が、原告に対する15号所定の不正競争行為に該当すると主張して、差止及び損害賠償を求めた事案。

〔判旨〕

「原告意匠は本件意匠と類似するものではないから、原告商品の販売は意匠権侵害にはならず、したがって本件通知書の記載内容は虚偽の事実である。」

「そして、そのような事実は原告商品を製造販売する原告の営業上の信用を害する事実であるというべきところ、原告と被告は、ともに生活用品等を販売する競争関係にある事業者であるから、被告が原告の取引先であるコープPに対してした本件告知行為は、「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」する行為といえ、原告に対する不正競争防止法2条1項15号所定の不正競争に該当する。」

「不正競争防止法は、不正競争の行為類型を同法2条において主観的要件の要否を含め個別具体的に規定するとともに、同法3条に差止請求権の、同法4条に損害賠償請求権の発生要件を規定し、他方で同法19条において当該行為類型を充足して不正競争が成立しても差止請求、損害賠償請求等の規定を適用しない場合を具体的に定めているのであるから、同法2条に規定された不正競争の成否を判断するに当たり、条文にない主観的要件を解釈により加え、これにより要件該当性、違法性阻却を論じることは、不正競争防止法の趣旨に沿うものではないといえる。また被告の主張によれば、裁判手続において虚偽事実であると判断されたとしても、同法2条1項15号所定の不正競争であること自体が否定され得るというのだから、その場合、同法3条の他の要件が認められたとしても、そもそも不正競争でないとして将来の差止請求が認

められないということになる。なお被告は、知的財産権の権利行使の一環として行われた侵害警告を不正競争とすることが、知的財産権の権利行使を委縮させかねない点も指摘するが、侵害警告の段階に留まるのであれば、これを知的財産権に基づく訴訟提起と同様に扱うことはできないし、また他方で、客観的には権利行使とはいえない侵害警告により営業上の信用を害された競業者の事後的救済の観点も十分に考慮されるべきである。」

「したがって、・・・知的財産権の権利行使の一環であったとの主観的事情を含む被告が違法性阻却事由として主張する事実関係については、不正競争であることを肯定した上で、指摘に係る権利行使を委縮させるおそれに留意しつつ、そもそもの知的財産権侵害事案における侵害判断の困難性という点も考慮に入れて、同法4条所定の過失の判断に解消できる限度で考慮されるべきである。」

（差止請求の成否）

「本件において被告は、原告意匠が本件意匠に類似する旨争うとともに、コープＰに対してした本件告知行為が被告の営業上の信用を害する虚偽の事実の告知であることも争っているから、同様の告知行為をするおそれが、なおあるものと認められる。

原告は、上記虚偽事実の告知により営業上の信用を害されるおそれがあり、他方、被告は、上記虚偽事実の告知をするおそれがあるから、原告の被告に対する虚偽事実の告知の差止請求には理由がある。」

（損害賠償請求の成否）

「知的財産権を有する者が、侵害行為を発見した場合に、その侵害行為の差止を求めて侵害警告をすることは、基本的に正当な権利行使であり、その侵害者が侵害品を製造者から仕入れて販売するだけの第2次

侵害者の場合であっても同様である。しかし、侵害品を事業として自ら製造する第1次侵害者と異なり、これを仕入れて販売するだけの第2次侵害者は、当該侵害品の販売を中止することによる事業に及ぼす影響が大きくなければ、侵害警告を不当なものと考えても、紛争回避のために当該侵害品の仕入れをとりあえず中止する対応を採ることもあり、その場合、侵害警告が誤りであっても、第1次侵害者に対する販売の差止めが実現されたと同じ結果が生じてしまうから、こと第2次侵害者に対して侵害警告をする場合には、権利侵害であると判断し、さらに侵害警告することについてより一層の慎重さが求められるべきである。したがって、正当な権利行使の意図、目的であったとしても、権利侵害であることについて、十分な調査検討を行うことなく権利侵害と判断して侵害警告に及んだ場合(注30)には、必要な注意義務を怠ったものとして過失があるといわなければならない」。

「被告は、コープPが本件意匠権の侵害者であるとしても、製造者ではなく仕入れて販売する第2次侵害者にすぎないことを認識していたと認められる。

しかし、本件告知行為に至る経緯をみると、被告は、原告商品を本件カタログで発見するや実物を確認することなく本件意匠権の侵害品であると断定し、僅か2日後には、第1次侵害者である製造者を探索しようともせずに、製造者の取引先ともなるコープPに対し、権利侵害であることを断定した上で侵害警告に及んだというのである。

すなわち、上記認定した本件告知行為に至る経緯において、被告が、警告内容が誤りであった場合に、製造者に及ぼす影響について配慮した様子は全く見受けられず、不用意に本件告知行為に及んだものといわなければならない。

また、そもそも原告商品が本件意匠権の侵害品であるとの判断自体についてみても、本件については、本件告知行為を受けたコープＰの代理人弁理士が、当裁判所と同様の判断内容で原告意匠と本件意匠が非類似である旨を短期間のうちに回答しているように、両意匠が意匠法的観点からは類似していないというべきことは比較的明らかなことといえるが（被告は、本件意匠の実施品が同種商品の存しない新種のアイデア商品であり、先行意匠が存しないことから、意匠権で保護されるべき範囲を過大に考えていたように思われる。）、そうであるのに被告は、原告商品を発見して極めて短期間のうちに意匠権侵害であると断定して侵害警告に及んだというのであるから、この点でも、侵害判断が誤りであった場合に製造者である原告の営業上の信用を害することになるおそれについて留意した様子が全くうかがえず、不用意に本件告知行為に及んだものといえる。」

「以上のとおり、被告は原告商品の販売が本件意匠権の侵害であるとの事実を原告の取引先であるコープＰに対して警告するに当たり、原告商品の販売が本件意匠権の侵害との判断が誤りであった場合、原告の営業上の信用を害する虚偽の事実の告知となって、製造者である原告の営業上の信用を害することになることなどを留意することなく本件告知行為をしたものと推認すべきであり、意匠権の権利行使を目的として上記行為に及んだことを考慮しても、以上の事実関係のもとでは、そのような誤信がやむを得なかったとはいえないから、被告は、本件告知行為をするに当たって必要な注意義務を尽くしたとはいえず過失があったというべきである。

したがって、被告は、本件告知行為により原告が受けた損害を賠償する責任がある。」

〔コメント〕

本判決は、虚偽の事実に該当すれば当然に不正競争行為に該当する旨判断している上、取引先である第2新会社に対する告知についてより一層の慎重さを求め、取引先に対する侵害告知についてより高度の注意義務を認めていることから、従来の裁判例の判断枠組を取っているといえる。ただし、判旨から判断するに、そもそも本件の告知者には相当の落ち度があったといえるから、いずれの判断方法によっても結論は変わらなかったものと思われる(注31)。

【裁判例④：知財高裁平成30年2月22日 LLI/DB 判例秘書登載】

〔事案〕

〔本訴〕

被控訴人が、「被控訴人ソフトウェアにおけるパスワード登録システムの使用が特許第4455666号に係る控訴人の特許権を侵害し、又は侵害するおそれがある」旨を告知・流布する控訴人の行為が不正競争防止法2条1項15号に該当する旨主張して、控訴人に対し、①同法3条1項に基づき、上記告知・流布の差止めを、②同法4条に基づき、損害賠償金の一部である1000万円及びこれに対する不法行為の日の後である平成28年1月13日（訴状送達の日の翌日）から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を、③不正競争防止法14条に基づき、謝罪広告の掲載を、それぞれ求める事案。

〔反訴〕

発明の名称を「ユーザ認証方法およびユーザ認証システム」とする三つの特許（特許第4455666号、特許第4275080号、特許第3809441号。以下、「本件特許1」ないし「本件特許3」、併せて「本件各特許」という。）に係

る各特許権（以下、「本件特許権1」ないし「本件特許権3」、併せて「本件各特許権」という。）を有する控訴人が、主位的に、①被控訴人による被控訴人ソフトウェアの生産、販売及び販売の申出（販売等）が、本件特許権1及び本件特許権2を侵害するものとみなされる行為（特許法101条1号、2号、4号）並びに本件特許権3を侵害する行為に当たり、②被控訴人による被控訴人製品の販売等が、本件各特許権を侵害するものとみなされる行為（特許法101条1号、2号、4号、5号）に当たると主張し、予備的に、被控訴人製品の購入者が被控訴人製品と端末装置等とを組み合わせてワンタイムパスワード導出パターンの登録方法を構築する行為等が本件各特許権の侵害に当たり、被控訴人はこれを教唆又は幇助していると主張して、被控訴人に対し、①特許法100条1項に基づき、被控訴人製品の生産、譲渡又は譲渡の申出の差止めを、②同条2項に基づき、被控訴人製品の廃棄を、③不法行為に基づく損害賠償（いずれも特許法102条3項による。）として合計2億0700万円のうち1000万円及びこれに対する不法行為後である平成28年6月4日（反訴状送達日の翌日）から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を、それぞれ求める事案。

〔原判決の判断〕

本訴請求の一部（虚偽事実の告知・流布の差止請求全部と損害賠償請求の一部）を認容し、その余の本訴請求と反訴請求全部を棄却したため、1審本訴被告・反訴原告である控訴人が敗訴部分を不服として、控訴をした。

〔判旨〕

〔反訴請求について〕

事案の性質上、反訴請求から判断し、反訴請求のうち、本訴請求と

関連する本件特許権1に基づく請求については、本件特許1は、特許法29条1項2号（公然実施）に違反してされたものであり、本件でなされた訂正請求によってもその無効理由は解消されないとし、また、本件特許権2及び3に基づく請求についても、技術的範囲に属さないことを理由に、反訴請求をいずれも棄却した第1審の判断を維持した。

〔本訴請求について〕

⑴本件ニフティ宛文書[注32]は、被控訴人の「営業上の信用を害する」ものか

「ニフティシステムの使用が本件特許権1を侵害する行為であり、控訴人との間でライセンス契約を締結することを求めるというものである。」

「加えて、本件書状3には、上記侵害の事実が存在する旨の公証人作成の事実実験公正証書（甲8）が、本件書状4には同旨の弁理士作成の鑑定意見書（甲9）がそれぞれ添付されている。そして、ニフティシステムの使用は被控訴人ソフトウェアの使用を意味するものである（弁論の全趣旨）。」「客観的にみれば、被控訴人ソフトウェアの使用が本件特許権1を侵害する旨を被控訴人ソフトウェアのユーザに指摘する警告文書に当たることは明らかといえる。」「したがって、本件ニフティ宛文書は、被控訴人の『営業上の信用を害する』ものに該当するというべきであり、これに反する控訴人の主張は採用できない。」

⑵本件ニフティ宛文書の内容は「虚偽の事実を告知」するものであるか

「本件ニフティ宛文書は、いずれも被控訴人ソフトウェアの使用が本件特許権1を侵害する旨を被控訴人ソフトウェアのユーザに指摘する警告文書である」「本件発明1に係る本件特許1には無効理由

があり、本件訂正によってもかかる無効理由は解消しないものと認められるから、本件ニフティ宛文書の内容はいずれも「虚偽の事実」に当たり、したがって、これを送付する行為は「虚偽の事実の告知」に当たると認められる。」

⑶違法性・違法性阻却事由の有無及び控訴人の過失について

「控訴人が本件ニフティ宛文書の送付に当たり無効理由の有無について何ら調査検討を行っていないことは、控訴人自身が認めているところ、本件特許権1等の出願の経緯や、ＮＴＴコムのプロジェクト（本件サービスの開発に係る本件プロジェクト）に控訴人自身が参画していた経緯に照らせば、本件発明1については、本件サービスや甲11発明等の関係で拡大先願（特許法29条の2）や公然実施（特許法29条1項2号）などの無効理由が主張され得ることは容易に予測できることであって、たまたま被控訴人との間の事前交渉において、かかる無効主張がなされなかったとしても、そのことだけで直ちにかかる無効理由についての調査検討を全く行わなくてもよいということにはならないというべきである。」

「また、・・・控訴人は、本件ニフティ宛文書の送付に先立つ平成22年11月頃から平成23年5月頃にかけて、数か月にわたり、被控訴人との間で、弁護士・弁理士等の専門家を交えて、被控訴人製品の使用等が本件特許1等に抵触するものであるか否かについて交渉を行っており、その後、抵触を否定する被控訴人との間で交渉が暗礁に乗り上げていたにもかかわらず、被控訴人に対して再度交渉を求めたり、あるいは、訴訟提起を行ったりすることなく、平成26年3月頃から、被控訴人の顧客等に対して控訴人とのライセンスを持ちかける文書を送付するようになり、被控訴人から同文書

の送付を直ちに中止するよう求められても、これを中止するどころか、ニフティに対し、明示的な侵害警告文書である本件ニフティ宛文書を送付するに至ったものと認められる。」

上記のような事情に照らせば、本件ニフティ宛文書の送付は、特許権侵害の有無について十分な法的検討を行った上でしたものとは認められず、その経過も、要するに、被控訴人との交渉では埒が明かないことから、その取引先に対し警告文書を送ることによって、事態の打開を図ろうとした（すなわち、侵害の成否について公権的な判断を経ることなく、いわば既成事実化することによって、競争上優位に立とうとした）ものであるといえる・・・。」

「このような控訴人の行為が、社会通念上必要と認められる範囲のものであり、正当な権利行使の一環として違法性が阻却されるべき行為であるといえないことは明らかであり、また、これについて控訴人に過失が認められることも明らかである。

したがって、本件ニフティ宛文書の送付は違法であり、かつ、控訴人には少なくとも過失が認められるというべき」

［コメント］

本判決は新傾向裁判例といえる。本判決では具体的な判断基準を示すことなく、違法性と過失を一体として判断しているが、本件ニフティ宛文書の送付に至るまでの経緯および特許の無効理由について何ら調査検討を行っていなかったことが重要な考慮要素となっている。具体的な判断基準が示されていないのは、比較的容易に違法性ないし過失が肯定できる事案であったためであると思われる。

四　結語

これまで検討してきたとおり、知的財産権の侵害告知と不正競争防止法2条1項15号の不正競争行為の成否については、未だ統一的な基準は存在していない。ただし、新傾向裁判例の出現以降において、大阪地裁では従来型の判断枠組がそのまま用いられることが多々あるのに対し、東京地裁および知財高裁では正当な権利行使という観点から過失の存否または違法性阻却の有無を判断する新傾向の判断枠組が用いられている。

もっとも、違法性阻却ないし過失の不存在が認められた裁判例は必ずしも多くない。そのため、権利者が、侵害品の製造者本人に対する侵害告知にとどまらず、製造者の取引先にまで侵害告知を行うことにはなお相当のリスクがある。仮に侵害告知を行うにしても、抵触性および無効理由の存否について事前に詳細な調査を行い、かつ、各裁判例により示された考慮要素を踏まえ、告知に至るまでの経緯や告知の内容と範囲について十分かつ慎重な配慮が必要であるといえる。

（鈴木佑一郎）

（注1）「警告書」と言っても、その文面は穏当なものであることが多く、「知的財産権を侵害する」旨の明示的な記載があるものに限られない（後掲裁判例④参照）。たとえば、「当社は、発明の名称を…とする特許X号（「本件特許権」）等の特許を保有しています。当社は、本件特許権が貴社商品Aに関連する特許であると考えております。まずは貴社にて本件特許権をご検討いただき、本書状到着後10日以内に、本件特許権へのご関心につき当職ら宛にご連絡をいただければと思います。」といった、およそ警告などしていないように思われる通知書も、知財分野では「警告書」と呼ばれる。

（注2）　典型的な例を、後掲図1を用いて説明する。まず、A社およびB社が部品メーカーでC社が大手メーカーの場合およびA社およびB社が製造者でC社が販売者である場合等において、A社が、B社製品ではなく自社製品をC社に扱って欲しいという動機から、C社に対してB社製品を扱わせないようにするために警告書を送付するというケースである。そのほか、権利者であるA社としては、被疑侵害者B社とライセンス交渉等をしたいと思っているが、B社に警告書を送付してもB社の反応が芳しくない。そこでA社は、B社と取引があるC社（たとえば販売者）に警告をすることで、B社を交渉の場に引きずり出すことができるかもしれないと考える。B社としてはC社と取引がなくなると困るから、A社との交渉に応じる、といったケースもある。

（注3）　平成27年法律第54号による改正前における同項第14号。なお、平成30年法律第33号による改正で限定提供データ関係の規定が新設される結果、同改正法施行後は同項第21号となる。現行法制定当初（平成5年法律第47号）には同項第11号として規定されていたことを考えると、近時の不正競争行為の類型の拡充には驚かされるものがある。

（注4）　図1のA社である。

（注5）　図1のB社である。たとえば製造者を考えると分かりやすい。

（注6）　図1のC社である。たとえば販売者を考えると分かりやすい。

（注7）　4条の損害賠償請求と異なり、3条の差止請求においては、行為者の故意・過失が要件とされていない。また、15号に該当する行為につき故意・過失があれば、民法上の不法行為による損害賠償請求も理論的には可能であるので、不競法に基づく請求の実益は、故意・過失なくして差止請求ができるという点にあると解されている。差止請求の主文としては、「被告は，第三者に対し、文書又は口頭で、第三者による別紙物件目録記載の製品の販売につき、被告の保有する特許権に基づき被告が差止請求権を有する旨を告知し又は流布してはならない。」といったものが考えられるものの、既になされた侵害警告の「差止」自体にどれほどの意味があるのかは疑問であるとの見解もある。

（注8）「競争関係」とは、通常の事業活動の範囲内においてその事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく、同種又は類似の商品又は

役務の需要者又は供給者を共通にする関係を意味する、とされる（渋谷達紀「不正競争防止法」（発明推進協会、2014）247頁）。

（注9） 製造者に対して当該製造者が製造している製品が権利者の特許を侵害すると警告しても、本人であるから同号には該当しない（ウォーキングビーム事件・名古屋地判昭和59年2月27日無体集16巻1号91頁ほか）。ただし、被疑侵害者が第三者から被疑侵害製品を購入して販売している場合等は、被疑侵害者に対して当該製品が特許権を侵害する旨告知することは、その第三者の外的評価を害しうるものなので、当該第三者との関係では同号の不正競争となり得る。

（注10） 現実の信用低下の必要はない。

（注11） 客観的事実に反する事実をいう（前掲渋谷達紀「不正競争防止法」255頁等）。なお、権利侵害の告知が「事実」なのかという争いがかつては存在したが、現在では特に問題とはされていない。

（注112） このような問題意識が顕在化した事件はいくつか存在するが、たとえば、養魚飼料用添加物事件（東京地判平成18年7月6日判時1951号106頁）。

（注13） このような判断をした裁判例は無数に存在するが、代表例としてフイゴ履事件（東京地判昭和47年3月17日無体集4巻1号98頁）。

（注14） なお、差止請求については、故意・過失といった主観的事情は要件とはされていないので、当然、考慮されない。

（注15） 階段滑り止め控訴事件（大阪高判昭和55年7月15日判タ427号174頁）は「営業誹謗行為は、競争関係に立つ者が直接的に虚偽の事実をあげて営業者にとって最も重要な営業上の信用を直接的に攻撃するのであるから、これは、典型的な不正競争行為であって、典型的な違法行為である、というべきである。・・・本件行為も又、所謂営業誹謗行為であって、典型的な違法行為であるというほかなく、控訴人がかかる典型的な違法行為に出たことが本件においては、相当の理由がない限り、控訴人には右行為をなすにつき過失があった、と推認するのが相当である。」と述べる。

（注16） マグネット式筆入れ事件（名古屋地判昭和59年8月31日無体集16巻2号568頁）

（注17） 従来型の裁判例において、過失を否定したものとして戸車用レール

事件（大阪地判昭和53年12月19日無体集10巻2号617頁）。同裁判例は「事情中汲むべき点は汲む態度を持たなければ、本来保護すべき工業所有権の正当な権利行使を萎縮」させてしまうおそれがあると述べている。

（注18） なお、前掲養魚飼料用添加物事件判決では「特許権等の正当な権利行使の一環としてなされたものと認められる場合には、当該行為について、故意はもちろん過失も否定されるべきであると解すべきである」と判示されている。このような過失判断を行う裁判例を、新傾向の裁判例ではなく、新傾向後の裁判例（新新傾向）と位置づけることもできるが、本稿では、過失であれ、違法性であれ、警告者の具体的事情が考慮されているものについては、まとめて新傾向の裁判例としてカテゴライズする。

（注19） 後掲磁気信号記録用金属粉末事件控訴審判決では、「正当な権利行使の一環としてなされたものであると認められる場合には、違法性が阻却される」と判示されている。なお、いくつかの裁判例においては、「過失」判断と「違法性（正当事由）」判断とが混然としているように思われる。ただ、過失が客観化され注意義務違反として把握される昨今の解釈事情に鑑みれば、違法性と過失の区別は相対的であり、両者が混然とするのはやむを得ないとも思われる。

（注20） 東京高判平成14年8月29日判時1807号128頁。

（注21） この部分は、訴え提起行為に関する最高裁第三小法廷昭和63年1月26日判決・民集42巻1号1頁の判断基準と同趣旨の基準となっている。もっとも、訴訟外の侵害告知が常に訴え提起を前提としているとはいえない上、憲法上の権利である裁判を受ける権利と結びつく訴え提起の違法性と訴訟外の侵害告知の違法性とを同一の基準で検討するのは妥当ではないから、昭和63年判決の規範が妥当するのは訴え提起行為に限定されるべきだと思われる。

（注22） なお、原審である前掲東京地裁平成13年9月20日判決（判例時報1801号113頁）においても、同様の基準が示されている。

（注23） たとえば、広告フィルム事件（知財高判平成18年6月26日）等。なお、雄ねじ事件（知財高判平成23年2月24日判タ1382号335頁）は、「特許権者である1審被告が、特許発明を実施するミヤガワらに対し、本件特許権の侵害である旨の告知をしたことについては、特許権者の権利行使という

べきものであるところ、本件訴訟において、本件特許の有効性が争われ、結果的に本件特許が無効にされるべきものとして権利行使が許されないとされるため、1審原告の営業上の信用を害する結果となる場合であっても、このような場合における1審被告の1審原告に対する不競法2条1項14号による損害賠償責任の有無を検討するに当たっては、特許権者の権利行使を不必要に萎縮させるおそれの有無や、営業上の信用を害される競業者の利益を総合的に考慮した上で、違法性や故意過失の有無を判断すべきものと解される。」「しかるところ、前記認定のとおり、本件特許の無効理由については、本件告知行為の時点において明らかなものではなく、新規性欠如といった明確なものではなかったことに照らすと、前記認定の無効理由について1審被告が十分な検討をしなかったという注意義務違反を認めることはできない。そして、結果的に、旭化成建材の取引のルートが1審原告から1審被告に変更されたとしても、本件告知行為は、その時点においてみれば、内容ないし態様においても社会通念上著しく不相当であるとはいえず、本件特許権に基づく権利行使の範囲を逸脱するものとまではいうこともできない。」と述べている。結論としては「注意義務」を否定しているものの、「違法性や故意過失の有無を判断すべき」と述べ、違法性判断で処理する余地を残した裁判例である。

（注24）　汚泥改質機事件（東京地判平成16年3月15日判時1871号113頁）、養魚飼料用添加物事件（東京地判平成18年7月6日判時1951号106頁）。なお、裁判例③は、一般論として違法性阻却事由を損害賠償請求の過失の判断に解消できる限度で考慮すべきとする。

（注25）　後掲歯列矯正ブラケット事件（裁判例②）等。

（注26）　形式的には過失の存否についての判断を行っているものの、非常に高い注意義務を立てている裁判例も、実質的には従来型の裁判例に位置づけられる。

（注27）　上記図2参照。

（注28）　このような事案においても、元来権利行使は抑制的であるべきこと、不用意な警告の乱発および濫訴を抑制すべきこと、権利無効ないし非侵害の場合にまで権利保護をすることは行き過ぎであること並びに基準が明確であること等を理由に、権利行使に失敗した以上、警告書送付が不

正競争行為と認定されることは甘受しなければならないと考える見解もあるだろう。他方、特許権者の権利行使を不必要に委縮させるおそれがあることを理由に、日本市場を守るためには取引者（図2におけるC社）に警告書を送付せざるを得なかった事情を不正競争行為の判断において考慮すべきであるとの見解もあるだろう。

（注29） 筆者は、本稿作成前、近時の裁判例は、過失および違法性の存在が明らかな場合には旧傾向の判断枠組により、そうではない場合には新傾向裁判例の判断枠組により判断をしているのではないか、と予想していた。しかしながら、この裁判例により、筆者の予想は正しくなかったことが明らかになった。

（注30） ところで、どの程度の調査を行えば注意義務を尽くしたといえるのか。この点、サンダル事件（大阪地判平成14年3月27日）は、「控訴人は，商標権侵害の可否という法的紛争を法律の専門家である弁護士に事前に相談した点は一応考慮に値するものの，この一事をもって過失を否定する事情というには足り」ないとして、弁護士の見解を得ただけでは過失が否定されるものではないことを述べる。仮に、相談してその場で簡単な見解を得たというのではなく、弁護士又は弁理士による抵触性検討および無効調査を行ったという事情があるのであれば、権利者として事前に為すべきことをした、といえるから、注意義務違反はないと判断すべきだと思われる。特許庁の判定について「それのみでは調査義務を尽くしたとはいえないであろう」とする見解（高部眞規子編「著作権・商標・不正競争防止法の実務」〔第2版〕（商事法務、2018））もある。判定請求では無効論は争われないから、権利が後に無効となったケースに関する限りで同意する。しかし、後に非抵触と判断されたケースであるならば、特許庁の判定のみでは調査義務を尽くしたとはいえない、とはいえない。特許庁審判部と裁判所では抵触性の考え方・クレーム解釈に違いがあるとはいえ、特許庁の判定が出たのであれば、権利行使に及んだとしても無理からぬことだと思われる。

（注31） このような落ち度があったため従来型の判断枠組を採用したのではないかと思われる。

（注32） 本件ニフティ宛文書は、被控訴人ソフトウェアのユーザであるニフティに対し、控訴人から送られた本件書状3、本件書状4及び本件メール

の総称である。／本件書状3には「今回、貴社の『ニフティクラウドサービス』の中で提供されているパターン認証のためのパスワード登録システムを拝見したところ、パスロジ社が所有するワンタイムパスワード関連特許（たとえば、第4455666号の請求項8）をご使用されていると認識しております。」「パスロジ社としましては、貴社が上記特許をお使いになることはワンタイムパスワード技術の普及のためには大変好ましいことと考えております。但し、貴社とは未だ正式なライセンス契約を結んでおりませんので、今回ぜひ正式に契約書を交わしていただきたく存じます。」との内容が記載されているとともに、ニフティが提供するパスワード登録システムが本件発明1の技術的範囲に属する旨記載された事実実験公正証書が添付されていた。／本件書状4には、「ぜひご検討賜り、ライセンス契約書を交わしていただきたくお願い申し上げます。」との内容が記載されているとともに、ニフティが提供するパスワード登録システムが本件発明1の技術的範囲に属する旨の弁理士の意見が記載された鑑定意見書が添付されていた。本件メールには、「当方は、貴社のご意向に沿うべく、再度CSE社と本件について交渉をいたしました。…当方は誠意をもって、なぜ侵害になるのかを再度説明いたしました。」などと記載されていた。

裁判手続等のＩＴ化

インターネット法律研究部

＊目　次

第一　総論…… 164
一　はじめに …… 164
二　本検討会設置に至るまでの経緯 ……165
1　これまでのＩＴ化の状況 ‥165
㈠　電話会議システムやテレビ会議システム ……165
㈡　督促手続オンラインシステム ……165
㈢　民事訴訟一般……165
㈣　諸外国の状況……166
2　本検討会の設置……166
三　裁判実務に与える影響 ……167
第二　訴状提出段階 ……168
一　はじめに ……168
二　e 提出(e-Filing) の意義・効果 ……168
三　訴状の裁判所への提出……169
1　オンライン提出への一本化 ……169
2　オンラインでのアクセス方法 ……169
㈠　裁判所の専用システム(サーバー) にアップロードする方法 ……169
㈡　ウェブサイト上のフォームに入力する方法……170
㈢　電子メールによる方法‥‥170
㈣　共通課題 ……170
3　ＩＴサポート (リテラシー支援策) ……170
4　本人確認の方法及びセキュリティ対策……171
㈠　本人確認の方法 ……171
㈡　情報セキュリティの水準及び程度 ……171
5　附属書類の提出方法……172
6　行政との情報連携……172
㈠　行政機関と裁判所が直接電子的にやり取りする方法 ……172
㈡　当事者ないし弁護士が行政機関から書類をオンラインで取得し、裁判所にオンラインで提出する方法 ‥‥173
7　濫用的な訴えの防止 ……173
四　訴え提起時の手数料等の納付 ……174
1　手数料等の納付 ……174
2　郵便切手 (郵券) の納付 ‧174
五　訴状の受理及び審査……174
1　訴状受理の確認方法……174
2　訴状審査及び補正 ……175
六　訴状・判決書の送達……177

1　訴訟記録の電子化に即した送達の在り方 ……177
2　送達の実施及び証明等の方策 ……177
3　送達手段……178
4　支障又は困難がある場合の対応 ……179
七　第1回口頭弁論期日の指定‥179
1　第1回期日を実質化するための方策 ……179
㈠　第1回期日指定前にあらかじめ連絡を取り、被告と協議のうえで期日を指定する方法(包括的事前同意制度など)…… 180
㈡　被告の応訴態度が明らかでないあるいは応訴が形式的なものになることが明らかな状況において、第1回期日からテレビ会議を利用する方法…… 180
2　期日指定の方法 ……181
八　答弁書・準備書面等の提出 …… 182
1　答弁書等のオンライン提出の方法 …… 182
2　オンラインでの直送及び受領証明等 …… 182
九　おわりに …… 183
第三　口頭弁論期日・争点整理手続 …… 188
一　はじめに …… 188
二　口頭弁論期日 …… 189
1　第1回口頭弁論期日 …… 189
2　「ウェブ会議」・「テレビ会議」の場所 …… 190
3　「ウェブ会議」・「テレビ会議」の方法・機器 ……191
4　ＩＴ化のメリットと問題点 ·191
三　争点整理手続…… 192
1　「ウエッブ会議」と争点整理期日 ……193
2　争点整理手続上の書証の取調べ …… 194
3　争点整理方法…… 194
4　争点整理手続上の「和解」協議 …… 196
四　証拠調べ期日 …… 196
五　おわりに …… 197
第四　事件管理・判決 …… 199
一　事件管理 …… 199
二　判決…… 202
第五　その他のトピック …… 209
一　はじめに …… 209
二　裁判手続へのＡＩの導入… 209
1　ＡＩとは…… 209
2　ＡＩ技術 …… 209
3　法律事務におけるＡＩ技術の活用 ……210
4　ＡＩによる法的判断……211
5　民事裁判手続におけるＡＩの導入 ……213
㈠　総論……213
㈡　弁護士業務とＡＩ……213
㈢　民事訴訟手続とＡＩ……214
三　執行・倒産分野のＩＴ化 ‥‥214
1　「取りまとめ」における検討状況 ……214
2　執行分野のＩＴ化……215
3　倒産分野のＩＴ化……216
四　刑事手続のＩＴ化 ……217
1　総論 ……217

2　現状……217
3　刑事手続のＩＴ化の今後‥218
五　裁判のＩＴ化と司法アクセス ‥219
1　司法アクセスの向上……219
2　消費生活相談員協会の意見
……219
3　裁判手続のＩＴ化による司法
アクセスの課題…… 220
六　裁判手続のＩＴ化時代におけ
る弁護士業務の在り方 …… 221
1　デジタルデバイド …… 221
2　非弁問題…… 221
3　地域格差の解消 …… 222

第一　総論

一　はじめに

政府の日本経済再生本部が設置した「裁判手続等のIT化検討会」（以下「本検討会」という）が平成30年3月30日に開催され、それまでの審議の結果が、「裁判手続等のIT化に向けた取りまとめ－「3つのe」の実現に向けて－」として取りまとめられた（以下「本報告書」という）。

本検討会は、政府の「未来投資戦略2017」（平成29年6月9日閣議決定）[1]において、「迅速かつ効率的な裁判の実現を図るため、諸外国の状況も踏まえ、裁判における手続保障や情報セキュリティ面を含む総合的な観点から、関係機関等の協力を得て利用者目線で裁判に係る手続等のIT化を推進する方策について速やかに検討し、本年度中に結論を得る。」とされていたのを受けて、平成29年10月30日に設置された。

本検討会での約半年にわたる審議（合計8回）を経て取りまとめられた本報告書は、その中心として、「裁判手続等のIT化のニーズ及び基本方向性」（第2章）、「「3つのe」[2]の実現」（第3章）、「IT化に向けた課題」（第4章）、「「3つのe」の実現に向けたアプローチとプロセス」（第5章）から構成されており、民事裁判におけるIT化として臨まれる新しい姿と、その実現に伴う課題、実現プロセス等を示したものと位置付けられる。

もっとも、本報告書の示すとおり（第6章）、本検討会の取りまとめを実現していくためには、IT化を踏まえた手続モデルを念頭に置いた、民事訴訟手続の各場面・段階における実務的、法理論的な観点からの検討や、裁判手続等のIT化に必要となるシステムの具体的設計・構築、プロセス

1　https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/miraitousi2017_t.pdf

2　「3つのe」とは、民事訴訟手続における①e提出（e－Filing）、②e法廷（e－Court）、③e事件管理（e－Case Management）のことをいう。

等についての検討に着手する必要があり、そのためには、法曹実務家を中核とする検討態勢において、実務的、法理論的検討と必要な対応に取り組むことが求められている。

二　本検討会設置に至るまでの経緯

1　これまでのIT化の状況

㈠　電話会議システムやテレビ会議システム

平成8年に成立した現行民事訴訟法により、民事訴訟手続における電話会議システムやテレビ会議システムの利用等の運用が始まり、特に前者は現在に至るまで広く活用されているという状況がある。

㈡　督促手続オンラインシステム

その後の一連の司法制度改革においても、訴訟手続等における情報通信技術の積極的利用を推進する必要性に関する指摘がされていたところ、平成16年の民事訴訟法改正により、オンライン申立て等を可能とする規定が設けられ（民事訴訟法第132条の10等）、これにより、平成18年には支払督促手続[3]についてオンライン手続を可能とする「督促手続オンラインシステム[4]」が導入され、年間9万件以上利用されるなど、利用者の利便性を向上するためのIT技術の活用が図られてきた。

㈢　民事訴訟一般

平成16年以降、一部の手続につきオンライン申立て等を可能とする試行を特定庁で実施したものの、利用実績に乏しかったこともあり[5]、

3　支払督促手続とは，債権者からの申立てに基づいて、原則として、債務者の住所のある地域の簡易裁判所の裁判所書記官が、債務者に対して金銭等の支払を命じる制度である（民事訴訟法第382条以下）。

4　http://www.tokuon.courts.go.jp/AA－G－1010.html

5　平成16年7月から約4年半、札幌地裁で期日変更の申立て等、一部の申

我が国の現状では、オンラインでの訴え提起や書面提出をすることができず、テレビ会議システムの利用も、その利用環境の制約もあって、それほど活発化していない状況にある。

㈣　諸外国の状況

欧米を中心に裁判手続等のIT化が既に進められてきており、アメリカ、シンガポール[6]、韓国[7]等では、IT化した裁判手続等の運用が広く普及・定着しているほか、ドイツ[8]等でも、近年、IT化の本格的取組が着実に進展している。

現に、世界銀行の“Doing Business”（注：世界銀行が毎年発表する、世界190か国を対象とし、事業活動規制に係る10分野を選定し、順位付けしたもの）2017年版では、「裁判手続の自動化（IT化）」に関する項目について、我が国に厳しい評価が示されているというデータがある[9]。この状況に対し、我が国のビジネス環境や国際競争力の観点から見た場合、利用者目線に立った裁判手続のIT化を更に進める必要があるのではないかとの声が高まりつつあった。

2　本検討会の設置

以上の状況のもと、政府の「未来投資戦略2017」（平成29年6月9日閣

立て等をオンラインで可能にするシステムを運用したが、その期間内での利用件数はわずか2件にとどまったという報告がある（平成29年10月30日裁判手続等のIT化検討会（第1回）議事要旨・2頁）。

6　杉本純子「シンガポール・アメリカにおける裁判手続等のIT化」（平成29年12月1日裁判手続等のIT化検討会（第2回）配布資料）

7　平岡敦「韓国における裁判手続等のIT化進展状況」（平成29年12月1日裁判手続等のIT化検討会（第2回）配布資料）

8　笠原毅彦「欧州における裁判のICT化」（平成29年12月1日裁判手続等のIT化検討会（第2回）配布資料）

9　内閣官房日本経済再生総合事務局「裁判手続等IT化について」（平成29年10月30日裁判手続等のIT化検討会（第1回）配布資料）

議決定）[10]において、「迅速かつ効率的な裁判の実現を図るため、諸外国の状況も踏まえ、裁判における手続保障や情報セキュリティ面を含む総合的な観点から、関係機関等の協力を得て利用者目線で裁判に係る手続等のIT化を推進する方策について速やかに検討し、本年度中に結論を得る。」とされ、本検討会が平成29年10月30日に設置されたという経過を辿っている。

三　裁判実務に与える影響

裁判手続等のIT化は、民事裁判手続の基本かつ根幹部分に大きな修正を加える作業といえるものである。より具体的にいえば、「3つのe」（民事訴訟手続における①e提出（e-Filing）、②e法廷（e-Court）、③e事件管理（e-Case Management））を実現するにあたり、IT導入までの準備や仕様検討の過程、IT導入後における現行の民事裁判手続との並行期間や切り分け等の運用方法、システム導入後のシステム改善の対応等、ITの視点のみをとっても、実務に与える影響は大きいことがわかる。

また、本報告書において、「IT化に向けた課題」（第4章）として示されているとおり、「本人訴訟」や「情報セキュリティ対策」について十分に検討されなければならないところ、その結果とした導入したITないしサポート体制がいかなる中身のものであるとしても、大なり小なり実務に影響を与え得ることは容易に想像できるところである。

以上

（藤﨑太郎）

10　前掲[1]

第二　訴状提出段階

一　はじめに

裁判手続等のＩＴ化は、① e 提出（e-Filing）、② e 法廷（e-Court）、③ e 事件管理（e-Case Management）という「３つの e」の実現を目指すという観点から、内閣官房、法務省、最高裁判所が中心となって検討・準備が進められている。本稿では、内閣官房の主催で設置された「裁判手続等のＩＴ化検討会」の検討経過を踏まえ、e 提出（e-Filing）について、その意義、利点並びに実現に向けた課題ないし問題点等の観点から検討することとしたい。

二　e 提出（e-Filing）の意義・効果

紙媒体の裁判書類を裁判所に持参又は郵送等する現行の取扱いには、❶紙の問題（事件記録が大量になる、印刷や送付に時間及び費用を要する、保管に場所及び費用を要する、事件記録の唯一性[注1]など）のほか、❷記載の漏れ（法人の代表者名等）や記載の誤り（訴額の算定等）による遅延、❸添付書類（資格証明書、戸籍謄本及び全部事項証明書等）の取得に時間及び費用を要する、❹送達に時間及び費用を要する、❺被告の欠席により時間及び労力が無駄になる（第１回口頭弁論期日の形式化）、❻主張が複雑で証拠が多数ある場合に争点整理が困難になる（争点整理の困難化）など、多くの問題点が指摘されている。

こうした問題点を踏まえ、利用者目線で見れば、e 提出（e-Filing）を実現し、24時間365日利用可能な電子情報によるオンライン提出へ極力移行し、一本化していく（訴訟記録については紙媒体を併存させない[注2][注3]

(注4)) ことが望ましいといえる。

e提出 (e-Filing) においては、①書面及び証拠をオンライン提出することにより、印刷や運搬等に伴う時間及び費用が不要となる、②デジタル形式であれば、情報をデータとして個別に提出することが可能となるため、主張が争点毎に個別化されて議論が噛み合いやすくなる、主張が簡潔になり争点整理が容易になるなどの効果が期待される。

三　訴状の裁判所への提出

1　オンライン提出への一本化

利用者目線に立ち、e提出による民事訴訟手続の全面ＩＴ化を目指す観点からは、紙媒体の訴状を裁判所に提出する現行の取扱いに代えて、オンラインでの訴え提起（紙媒体で作成された訴状の電子化を含む）に移行し、一本化する(注5)ことが相当といえる。

なお、2004年の民事訴訟法の一部改正により、「電子情報処理組織による申立て等」（同法132条の10）について規定されたが、電子情報による申立て等と書面等による申立て等の併存など、一定のＩＴ化を導入しながらも基本的には紙を必要とする制度であるため、実際にはあまり利用されていない。

2　オンラインでのアクセス方法

オンラインでの訴え提起において、次のような裁判所に対するアクセス方法が考えられる。

(一) 裁判所の専用システム（サーバー）にアップロードする方法

（1）全ての民事訴訟を対象とした従来型書面のアップ方式

紙媒体の書面を電子化したものを提出することも可能とする。

（2）非類型的訴訟のタグ付書類のアップ方式

この方式には、特許庁に対する特許申請(注6)のように、データとしてわかりやすく情報の分解及び識別を可能にすることで、情報システムの効率化を図ることができるという利点がある一方、請求の趣旨や請求の原因等の内容の定型化が困難である、利用者の習熟を要するなどの問題点がある。

(二) ウェブサイト上のフォームに入力する方法

離婚・相続等の家事事件や建築等の類型訴訟のフォーム方式が想定されている。この方法には、当事者や訴額等の共通部分は定型化に馴染む、業務の効率化及び裁判手続・進行の円滑化に繋がる、必要事項の記載を確実にできるなどの利点がある一方、システムの作り込みが必要となる、フォームの項目を必ず入力しないと手続を前に進められないとすれば、当事者の裁判を受ける権利を侵害する虞がある、法的判断とも関わる部分について、フォームで定型的に記載できるのかなどの問題点がある。

(三) 電子メールによる方法

誤送信やなりすまし等のリスクがある、到達確認が困難である、送信可能な添付ファイルの容量に限界があるなどの問題点があるため、電子メールによる方法は慎重に考えるべきである。

(四) 共通課題

以上の各方法について、デジタル化・ネットワーク化に伴い、24時間365日提出が可能となる利点がある一方、情報漏洩・情報改ざんのリスク、ネットワーク障害による不着の場合に生じる期間徒過、時効等の問題点がある。

3　ＩＴサポート(リテラシー支援策)

裁判事務又は裁判所の効率化・合理化の観点から、支援センターの

設置など民間の活用が検討されている。この点、米国においてｅ提出（e-Filing）の技術的支援を行う「Legal e-File[注7]」が参考になる。

ITサポートについて、民間業者の選別方法、サポートの類型、一定の料金や質の確保、人的・物的資源の投入可能な範囲、アクセスの容易性・可能性、ＩＴサポートと法的サポートの区別（民間業者がいわゆる非弁行為の温床となるリスク、積極的釈明義務違反となるような法的サポートの回避）など、導入に向けた課題やその弊害ないし問題点が指摘されている。

4　本人確認の方法及びセキュリティ対策

（一）本人確認の方法

裁判手続がＩＴ化された場合にも、現行通り、ウェブ会議やテレビ会議をする際、身分確認証を求めずに呼出状を持参して出頭した者が本人として扱われる[注8]。

（二）情報セキュリティの水準及び程度

政府・行政においても電子署名認証ガイドラインの見直しや無駄な押印を廃止する方向にある[注9]。もっとも、民事裁判において、防衛や金融サービスの分野で用いられるシステムのように、高度の機密や経済的利益の獲得を直接の目的としたサイバー攻撃等のリスクが常時存在し、一時のシステム停止も許されないことを前提とした厳格なセキュリティ（レベル５）の確保までは求められていない。

したがって、セキュリティの水準及び程度について、必要かつ相当な程度の認証や署名等を考える必要があるとして、例えば、請求の認諾や訴訟上の和解等の処分行為についてはセキュリティを厳重にし、日常的な訴訟行為についてはそれをやや緩和する、ＩＤ・パスワード等の認証手段を許容したうえで、訴え提起時に原告に発行し、訴状

送達時に被告に付与することなどが検討されている。

この点、シンガポールでは、eLit（Electronic Litigation System）[注10]にログインする際、SingPass ID（個人識別番号）又はCorpPass ID（法人識別番号）に加え、SMSで受信する認証用の数字を入力する必要があり、二重のセキュリティ対策が採られていることが参考になる。

5　附属書類の提出方法

証拠書類や委任状等をオンライン提出する場合も、原本を電子化したものを提出することで足りる。

この場合に作成名義の真正性や原本性をどのように確保するか、電子署名の付された電子文書が書証等となる場合（契約書や委任状が電子文書の場合など）の対応が問題となる。この点について、単なる手続的なものであって進行に関する事務連絡的なものと裁判の帰趨を決する証拠としての性質を強く有するものを分け、特に証拠は通常の事務的な書類の電子化とは異なる方法（例えば、メタ情報を保全した形で電子化する、タイムスタンプを導入するなど、デジタル・フォレンジック技術を活用する）が求められるという見解がある。

6　行政との情報連携

附属書類（全部事項証明書、戸籍謄本、住民票の写し等の公的書類）を提出する場合の行政との情報連携について、次の方法が検討されている。

（一）行政機関と裁判所が直接電子的にやり取りする方法

現行上、当事者が法人の場合には資格証明書の提出が必要とされているところ、必要な情報を裁判所に申告することにより、裁判所が行政と連携して謄本等の電子情報を確認又は取得する（例えば、訴

状に記載された法人番号に基づき裁判所のシステムから法務省の登記情報システムにアクセスし、登記情報を自動転記することにより、裁判所のシステムに取り込むとともに、登記上の法人との同一性をオンラインで確認する。)。この方法により、労力及び費用を節減できる、取り直しによる無駄を回避できる、最新情報の取得確認が可能となるという利点がある一方、民事訴訟の基本原則である当事者主義・弁論主義との関係、労力及び費用を誰が負担するのか、デジタルネットワークの構築が必要となり、他の行政機関との協議が必要になる、マイナンバーの活用など、民事訴訟制度の基本原則に関わる問題点や行政機関との連携に伴う課題が指摘されている。

(二) 当事者ないし弁護士が行政機関から書類をオンラインで取得し、裁判所にオンラインで提出する方法

弁護士会照会に慎重な自治体もあり、弁護士に対する個人情報の提供が問題ないし課題となりうる。

7　濫用的な訴えの防止

オンラインでの訴え提起を認めることによる濫訴の増加が懸念されている(注11)。現行法上は訴状却下命令や提訴手数料の負担により濫訴の防止が図られていると考えられるが、ＩＴ化によりフォームに要件を入力しないと手続を前に進められないあるいは入力を促すことにより、主張自体失当となるような訴訟の提起をある程度は防止できると考えられる。

この点、米国における濫用的な訴えがされた場合の仕組み(注12)が参考になる。

四　訴え提起時の手数料等の納付

１　手数料等の納付

利用者目線で見れば、オンラインでの訴え提起を前提にする以上、提訴手数料等の納付についても、行政機関や民間の取引で一般的になっているインターネットバンキングやクレジットカード等を用いたオンライン納付（電子決済）を実現することが望ましい。もっとも、クレジットカードを持てない人や銀行口座を開設できない人はどうするのか、特に認められない類型（破産等）があるのではないかなど、経済的信用に関わる課題も指摘されている。

２　郵便切手（郵券）の納付

利用者目線では、裁判書類等を相手方に郵送するための郵便切手（郵券）を裁判所に予納する現行の取扱いは、見直しが望まれる。そもそも支払手段が郵便切手である必要はなく、手数料の一部を構成するものとして一本化できれば簡明である。その際の金額を定額あるいは使用分相当額のいずれにするかという問題点に加え、訴状の送達の場面でＩＴ化が実現したとしても、一定程度は郵便による送達の必要性が残るのではないかというＩＴ化の限界も指摘されている。

この点、米国では、裁判所とは別の共通のオンラインシステムの中で手数料等が電子決済されており、支払未了の場合には警告のメールが代理人宛に届くことになっていることが参考になる。

五　訴状の受理及び審査

１　訴状受理の確認方法

オンライン提出された訴状について、裁判所に受理されたことを容易か

つ確実に確認等できる仕組みとして、①原告が確認できるシステム(注13)を導入する、②パソコン又は携帯電話の電子メールアドレスがある場合は電子メールを送る、③携帯電話がある場合はSMS等を送る、④オンラインの通信端末がない場合は従来通り書面を送ることが検討されている。

これに対し、上記①について、裁判所のシステムに何らかの書類がアップロードされたあるいは入力された時にそれを確実に知る契機を当事者に与えるためには、利用者が能動的に行動しなくても進捗状況がわかるよう、一般市民が日常的に目にする方法が必要である、同②について、スパムメールと認識されて「迷惑メール」又は「ゴミ箱」に移動していることがあるなど、電子メールを送信したとしても現実に届いたとは認められないことがある、同④について、司法協会等でデジタル化する場合にはその費用を誰が負担するのか、特に貧困等の理由がある場合に国から補助を受けられるのか、いずれについても、本人訴訟でＩＴサポートを受けた人が自分で確認したい場合はどうするのか、事件の途中で代理人が交代した場合にどのように権限を適切に設定するのかなど、容易かつ確実に受理等させるための問題点ないし課題も指摘されている。

この点、米国では、申立て・書面の提出システムと事件記録の管理システム(注14)が分かれており、申立ての翌日以降に担当裁判官が決まると、代理人等に電子メールで、シンガポールでは、前記eLitのシステム内で、それぞれ受理通知が届くことになっている。

2　訴状審査及び補正

(一) オンライン提出された訴状の形式審査を迅速かつ効率的に行うための方策として、訴状の必要的記載事項や手数料の納付等の確認について、ＩＴツールを活用することが検討されている。すなわち、当事者・法定代理人、請求の趣旨、手数料納付、民事訴訟規則上要求

される住所・連絡先等は機械的な審査で足りる。さらにＩＴ化が進み、ＡＩが導入されることになれば、請求の特定や請求原因における要件事実の存否など、現在裁判官や書記官が行っている訴状の内容審査についても、ある程度機械的に判断していくことが可能になるかもしれない。もっとも、ＩＴやＡＩも万能ではないので、人間とＩＴがそれぞれ得意・強みとするところを組み合わせて、最適な方法を追求していくことが必要となろう。

(二) 訴状等に不備があり補正を要する場合において、裁判所と原告との間のやり取りをオンラインで迅速かつ効率的に行うための方策として、①ポータルサイトのような保護された形でやり取りする、②具体的な内容については裁判所のサイトからアップロード又はダウンロードするような方法を用い、それらの通知を一般の電子メール又はSMS等で行う、③画面上に表示される前に補正を促すなど、入力時に自動的に補正されているようなシステムが検討されている。

これに対し、こうした釈明、補正命令、決定等のやり取りは、e提出あるいはe事件管理のいずれなのかが明確ではないうえ、①について、現実にはポータルサイトが普及していない状況でどうするのか、②について、裁判所と当事者とのやり取りを電子メールで行う場合にはセキュリティの問題があり、電話により補正を促す必要性が残る、③について、画面上に表示された後に補正を促す場合には積極的釈明との関係が微妙かつ曖昧であるなど、セキュリティに関わる問題点や民事訴訟制度に関わる課題も指摘されている。

六　訴状・判決書の送達

1　訴訟記録の電子化に即した送達の在り方

電子化に即した送達の在り方を検討する前提として、紙による送達が原則であり、電子送達は例外とされる。すなわち、現実問題として、電子的なアドレスに送る場合、当該アドレスを管理している者がメールを閲覧することが保証されていないから(注15)、確実な到達を確保するため、現時点では物理的なアクセス手段が原則となり、例外として電子的なアドレスに送れば現実に届いたとみなしてよい場合のみが電子送達の対象になるとせざるを得ない。全ての送達を電子的に行うためには、被告になりうる者が電子的な送達を確実に受け取れる状態になっていること（被告になる可能性がある者が電子的な受取窓口を有し、それをシステムに登録する）が必要となる。

この点、従来より電子私書箱という名称で検討が進められてきたものの、これを使うインセンティブが国民にないため実現していないのが現状である。日本郵便のMyPost(注16)等のインフラの利用が拡大すれば究極的な姿に近づくと思われるが、その過程において上記システムの構築をどのように進めるのか（大学のポータルサイト参照）、MyPost等を利用する場合、当該メッセージやドキュメントを確実に見たという読み出し証明をすることが技術的に可能なのか（ドイツのDe-Mail参照）、その証明をするのは誰か（日本郵便等）など、確実な到達を確保するための問題点ないし課題が指摘されている。

2　送達の実施及び証明等の方策

電子送達による場合、①専用システムにアップロードする、②電子メールアドレスに送信するなどの方法が考えられる。

他方、書面送達による場合、①訴状及び書証の一式を被告に送付する、②訴訟が提起されたことや被告がとるべき行動を記載した通知(注17)を被告に送付する、③被告の最寄りの郵便局で印刷して送付する（韓国のウェブレター参照）などが考えられる。

これに対し、電子送達による場合の送達の受領は電子メールの開封・確認も必要になる、書面送達による場合の送達報告書は、送達機関の携帯端末から電子的に行い、受送達者の署名及び写真等により証明することも考えられる、いずれの方法においても、訴訟法上の「送達」とされる時点（遅延損害金の起算点、上訴期間の起算点など）を明確にする必要があるなど、送達を確実にするための技術上及び訴訟法上の課題が指摘されている。

この点、韓国では、事前包括同意をすれば電子送達が可能となり、当事者がファイルを閲覧した時点で送達が完了したものとして扱われる一方、閲覧しない場合には送達した時から１週間の経過により送達が完了したものとして扱われる(注18)。また、シンガポールや米国では、代理人が選任されていない場合には書面送達が行われることが多いが、代理人が選任されている場合には最初から電子送達が行われている。

３　送達手段

電子送達の一部義務付け、事前包括申出制度(注19)等の電子送達を推進する制度（例えば、官公署への電子送達の義務付けや企業等による事前包括申出制度）が問題とされている。

官公署等が被告の場合は電子送達の受容を義務付けることが検討されているところ、事前包括でよいというのは特定の公共企業体などに限定され、企業等に対しては何らかのインセンティブを与えることにより促すことが必要になると考えられる。コンプライアンス、レピュテー

ションリスク、コーポレートガバナンス、さらにはＥＳＧ（環境・社会・企業統治）という社会的な観点から、民間企業のインセンティブの組み方や適切な対応方法は時代によって変わり得る。したがって、官公署については国の制度の一環としてその中に組み込みやすいのに対し、企業等の私的な実体について義務付け等の制度に組み込むことは、立法論としてはあり得るが、現実的には困難であると考えられる。

４　支障又は困難がある場合の対応

被告が所在不明もしくは外国にいる場合又は必要な資力がない場合など、ＩＴツールを利用することに支障又は困難がある場合の対応が問題となる。

被告が所在不明の場合は現行の公示送達がなされる。また、被告が外国にいる場合の送達方法は送達条約(注20)、民訴条約(注21)その他二国間条約などの条約の定めによることになり、いずれかの段階で紙による送達が必要となろう。

これに対し、特定の国ではＧメール等の特定の電子メールを受信できない、特定のサイトへアクセスできない又はブロックされているなどの技術的な障壁が生じており、インターネット上に国境が生まれつつあるのが実情であるから、被告が外国にいる場合には電子的なサポートないし技術的な検討を要する、個人間であっても相手の所在やアドレスが不明な場合があるなど、技術的障害に伴う不着に関わる問題が指摘されている。

七　第１回口頭弁論期日の指定

１　第1回期日を実質化するための方策

第１回期日が形式的で特段内容がない答弁書を確認するだけになり、

実質的に空転に近いことがあるという現状を踏まえ、第１回期日を実質化するため、当事者の攻撃防御権の保障と負担軽減及び業務の効率化との調整を図る観点から、以下の方策が検討されている。

(一) 第１回期日指定前にあらかじめ連絡を取り、被告と協議のうえで期日を指定する方法（包括的事前同意制度など）。

もっとも、被告が同意しない場合には第１回期日を開けないことになり得るが、手続に非協力的な被告の場合でも第１回期日を指定できるようにする必要がある。これに対し、一応の期日を指定しつつ、原告と裁判所も可能な選択肢を示して被告が別の日を選択できる余地を残す、あるいは、被告からも候補日時を示すことにより、両当事者の都合の良い日時に期日を指定するなどの方策が考えられる。

(二) 被告の応訴態度が明らかでないあるいは応訴が形式的なものになることが明らかな状況において、第１回期日からテレビ会議を利用する方法

第１回期日で双方の主張内容を実質的に確認し、その後の審理計画を実質的に話し合う場にすることが望ましいことから、第１回期日は今後の進行の振り分けをする期日とする。そして、被告の応訴が形式的な三行答弁をすることが明らかな場合には、なるべく前倒しして簡単に済ませることとし、そのために出廷する必要がないと考えるのであれば、テレビ会議やウェブ会議を活用することもあり得る。

これに対し、❶テレビ会議やウェブ会議をどこで開催するか、❷本人訴訟の場合、代理人の事務所がないから、裁判所以外にもウェブ会議等を行える場所を設ける必要があるのではないか（例えば、公民館、役所、消費生活センター、小学校など）、❸被告が欠席した場合

であっても、原告がテレビ会議やウェブ会議に参加している場合には、原告が期日に出頭したことにして欠席判決をすることができるか（被告の応訴がない場合に口頭弁論を開かずに既判力のある認容判決ができるか）、❹被告の意思が明確でないのに期日を前倒しすることにより、被告の裁判を受ける権利を侵害する状況は避けるべきであるなど、被告の防御権の保障に関わる問題点ないし課題が指摘されている。

2　期日指定の方法

ファックス等により候補日時に○又は×をつけて調整する現状は、手間がかかり、多数当事者間で行うことが困難である。そこで、応訴の意思表明が困難な当事者に対しては、ＩＴ化により応訴をしやすくする観点から、システム上、「請求を棄却する」「追って主張する」という各項目にチェックを入れて提出すれば答弁したことにするなど、分かりやすい応訴の方法が検討されている。

これに対し、❶なるべく多くの場所からつながるようにするべき、❷セキュリティの在り方によっては、ソフト又はハードを参加者側の端末に設置することも考えられる、❸どのような場所に、どのようなセキュリティが、どこまで必要か、❹スマートフォンで参加者の映像を送受信できる場合には、スマートフォンで参加することを除外する理由はない、❺電話会議について、現行民事訴訟法上は一方当事者は必ず裁判所に出頭しなければならないとされているが（同法170条３項但書）、これを双方当事者が出頭しなくてもよいと規定することは可能か（例えば、裁判官室のパソコンの Skype で双方当事者と電話会議ができるということになれば、必ずしも事前の期日指定を要さず、随時電話会議で手続を進行させることが可能となる。）、❻証人尋問（同法204条）だけでなく、

弁論もテレビ会議でできるように条文を改正するだけでよいかなど、セキュリティ、システム及び法改正に関わる問題点ないし課題が指摘されている。

この点、裁判外のＡＤＲ（全国銀行協会のＡＤＲ等）では、協会側で用意したモバイル端末を当事者が自宅に持って行き、そこで聴取することが行われていることが参考になる。

八　答弁書・準備書面等の提出

1　答弁書等のオンライン提出の方法

答弁書・準備書面等についても、電子情報を裁判所のシステムにアップロードして提出するなどの方法により、オンライン提出に一本化することが検討されている。

具体的には、訴状の請求の趣旨や請求の原因の各項目について、それぞれに○又は×などの提示がされていて、それに対して個別に応答していくような答弁書のシステムが考えられている。また、「請求を棄却する…を求める」、「請求原因事実は争う」、「追って反論する」という答弁書も想定されるので、準備書面についても答弁書と同様のフォームを考える必要がある。

2　オンラインでの直送及び受領証明等

裁判所のシステムが構築されるまでの過渡的な措置として、到達確認の確保等の必要な措置を講じたうえで、電子メール等を用いた直送を速やかに導入することが検討されている。問題は、電子メールで直送する場合における到達確認や誤送信への対応である。

この点、韓国では、訴訟係属後の準備書面等の送付について、訴状と同様、サーバーにアップロードされた時点で提出、被告がシステムに

アクセスして記録を閲覧した時点あるいは被告に電子メールを送信した日から１週間が経過した時点（被告が実際にファイルを閲覧したか否かを問わない）で受領という取扱いがなされていることが参考になる。

九　おわりに

裁判手続等の全面ＩＴ化に向けたプロセスとして、「３つのｅ」の検討・準備を同時並行でかつ迅速に進めることが望ましいといえるが、課題や環境整備等に即して段階を３つのフェーズに分け、順次新たな運用を開始していくというアプローチが採られる。とりわけ、ｅ提出（e-Filing）は、最終段階である《フェーズ３》において、関係法令の改正とともに、システム・ＩＴサポート等の環境整備を実施したうえで、オンライン申立てへ移行することなどが予定されている。現在、2019年度中の法制審議会への諮問を視野に入れ、法曹実務家による模擬裁判の実施など、ＩＴ化された訴訟の実務的検討･検証が行われているところであり、ｅ提出（e-Filing）の運用が開始されるのは2022ないし2023年度中になる見込みである。

以上

（神谷　延治）

（参考文献）

- 裁判手続等のＩＴ化検討会「裁判手続等のＩＴ化に向けた取りまとめ－『３つのe』の実現に向けて－」（平成30年３月30日）
- 同検討会「取りまとめの要旨」
- 最高裁判所「民事訴訟とＩＴ化の現状と将来 真に望ましい裁判手続のＩＴ化の姿を求めて」（平成29年10月30日）（裁判手続等のＩＴ化検討会（第１回）資料３）
- 内閣官房日本経済再生総合事務局「裁判手続等のＩＴ化検討会 議事要旨」（第２回～第５回）
- 同事務局「前回のご指摘概要と検討事項」（平成29年12月１日）（裁判手続等のＩＴ化検討会（第２回）資料１）
- 平岡敦「裁判手続等のＩＴ化に関して弁護士から見た課題」（平成29年12月１日）（裁判手続等のＩＴ化検討会（第２回）資料３）
- 平岡敦「韓国における裁判手続等のＩＴ化進展状況」（平成29年12月１日）（裁判手続等のＩＴ化検討会（第２回）資料４）
- 杉本純子「シンガポール・アメリカにおける裁判手続等のＩＴ化」（裁判手続等のＩＴ化検討会（第２回）資料５）
- 同事務局「裁判手続等のＩＴ化の検討にあたって考えられる論点整理案」（平成29年12月27日）（裁判手続等のＩＴ化検討会（第３回）資料１）
- 同事務局「民事訴訟の手続段階ごとに見たＩＴ化の視点（その１）－訴状の提出から第１回口頭弁論期日まで－」（平成30年１月26日）（裁判手続等のＩＴ化検討会（第４回）資料１）
- 日本弁護士連合会「民事裁判のＩＴ化」『自由と正義』第69巻第11号（2018年11月号）９-38頁

（注１） 事件記録が移動した際に原裁判所で記録を使用できない、合議の場合は複数の裁判官で同時に事件記録を参照することになる、裁判所支部

に事件記録がある場合には閲覧等が容易でないという弊害が指摘されている。

（注２） オンライン提出に対応できない当事者に対しては、紙の電子化やオンライン提出に代行するサービスを提供すること（司法協会等が有償でPDFにするなど）が前提とされる。

（注３） 裁判所にとっても、電子情報と紙の両方で事件を管理すると負担が大きくなるが、電子情報に一元化すれば、複数の人が同時に閲覧できるため、手続間で情報を共有したり、合議事件で複数の裁判官が同時に訴訟記録を参照できるうえ、電子文書であれば検索可能性が高まるので、裁判官が他の事件を参考にしつつ判決を起案したり、争点整理の際に参考情報を得やすくなるなどの利点がある。

（注４） 電子情報を訴訟記録として保管することについては、法律上の手当が必要となる。

（注５） 裁判を受ける権利の保障の観点より、電子情報以外は提出できないということではない。

（注６） 特許庁では、1990年12月に電子情報システム（ペーパーレスシステム）を実現し、2010年４月に「電子出願をインターネット出願に一本化」した。また、「紙出願の書類も受付時に電子化することで、出願書類のほぼ全てを電子的に処理」している（特許庁『特許庁の情報システムの概要』）。

（注７） Green Filing California LLC.「E-Filing Tutorials」（https://legalefile.com/tutorials/）

（注８） 代理人確認の方法は、弁護士会認証又は裁判所認証による。

（注９） 総務省は、行政手続のデジタル化の推進をうたう政府の基本方針の下、契約や行政手続をインターネットで円滑に進めるため、「電子委任状」の具体化を始めた。電子委任状普及促進法（2018年１月施行）に基づく措置であり、今後、税務、証明書の申請・交付など様々な場面で電子委任状の活用が広がることが想定されている（『日本経済新聞』2018年６月26日朝刊参照）。

（注10） Government of Singapore「eLitigation」（https://www.elitigation.sg/_layouts/IELS/HomePage/Pages/Home.aspx）

本田正男「シンガポールにおけるＩＴ化事情」『自由と正義』（2018年11月号）32-34頁、「民事裁判にＩＴ化の波 最先端シンガポールを追う」『日本経済新聞』（2018年７月２日朝刊）参照

（注11） 同じような理由で何度も繰り返される再審の訴えなど、現行法上も濫訴と思われるような訴えは存在するが、そのほとんどが本人訴訟であり、ＩＴ化により状況が変わるようなものではないと見る向きもある。

（注12） 米国では、弁護士が代理人に選任されている場合にはオンラインで申立て等をすることが義務付けられているところ、CM/ECF（Case Management / Electronic Case Files system）にログインする時に本人確認ができることから、濫用的な訴えが提起された場合には当該弁護士のアカウントが停止されてログインできなくなるうえ、その情報が全裁判所に通達される仕組みになっている。杉本純子「アメリカにおける裁判手続のＩＴ化－ｅ法廷の現状をふまえて－」『自由と正義』（2018年11月号）37-38頁参照

（注13） 当事者の氏名等、事件の内容、訴訟の進行状況（訴状提出・訴訟係属の段階であれば、「提出済み」「送達済み」「送達未了」など）、提出された書面や証拠等の記録の中身を一元的に確認できる階層的なシステムが検討されている。

（注14） PACER（Public Access to Court Electronic Records）、杉本純子・前掲37-38頁参照

（注15） 特に本人訴訟の場合、電子送達を行い、訴状が送達された旨の通知をメール等で行っても、確認を怠るあるいは確認を失念したまま放置されることが相当数生じることが懸念される。

（注16） 「大切なメッセージをインターネット上でやり取りするために日本郵便が提供する『インターネット上の郵便受け』です。日本郵便が会員の本人確認や氏名・住所の確認を必要に応じて行うことで、差出人は、会員本人と安心してメッセージをやり取りすることができます。会員は、自分が選択した差出人からのメッセージのみを受け取り、クラウド上で長期保管することができます。これまで郵便サービスがになってきた大切なメッセージをやり取りできるインフラの役割をデジタル分野において

実現することを目指します。」（日本郵政グループ 2016年１月14日『PRESS RELEASE』）

（注17） 通知に記載されたＵＲＬやＱＲコードにアクセスする方法など

（注18） 新阜直茂「韓国における裁判手続等のＩＴ化の実情について」『自由と正義』（2018年11月号）28-30頁参照

（注19） あらかじめ電子送達を許容する旨申し出ている当事者には電子送達を行う制度

（注20） 民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達及び告知に関する条約（1970年５月28日批准・1970年７月27日発効）

（注21） 民事訴訟手続に関する条約（1970年５月28 日批准・1970年７月26日発効）

第三　口頭弁論期日・争点整理手続

一　はじめに

昨今、政府では、「未来投資戦略2017」（平成29年6月9日閣議決定）を受けて、内閣官房の主催で「日本経済再生本部」が平成29年に「裁判手続等のIT化検討会」[1]を設置し、第1回「裁判所におけるIT化の現状と企業・消費者の意見について」（平成29年10月30日開催）に始まり、第8回の「裁判手続等のIT化に向けた取りまとめ案」（平成30年3月30日開催）まで、計8回の検討会を実施して「取りまとめ案」を発表した。現在、これを受けた実務レベルでの検討、調整作業が裁判所を中心に行われており、近々、民事訴訟手続等のIT化が段階的に実施されていく運びとなっている。

様々な議論が行われた中で、本稿は、日本の民事訴訟のIT化推進における口頭弁論手続・争点整理手続段階での問題点、すなわち、「3つのe」のうちの「e法廷（e-Court）」に関して行われた議論の概要についてご紹介するものである。「e法廷（e-Court）」では、「総論」として、当事者等の裁判所への出頭の時間的・経済的負担を軽減する目的、また、期日審理の一層の充実を図るため、当事者の一方又は双方による「テレビ会議」や「ウェブ会議」の活用を大幅に拡大するのが望ましい旨提言されている[2]。

裁判手続における「テレビ会議」、「ウェブ会議」は、「インターネット回線等を用い、音声・映像のみでなく、文字やファイル等を用いたリアルタ

1　日本経済再生本部「裁判手続等のIT化検討会」を以下「検討会」という。

2　「裁判手続等のIT化に向けた取りまとめ－「3つのe」の実現に向けて－」平成30年3月30日・裁判手続等のIT化検討会 https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/saiban/pdf/report.pdf

イムのコミュニケーションが可能な会議」[3]を指すIT ツールであるが、これが広く活用されることにより、当事者等が遠方の裁判所へ出頭するための時間的・経済的負担が軽減され、裁判手続の迅速化・効率化が期待されている。

また、現状の「訴訟記録」は紙媒体が前提となっているが、書面が電子化されることにより、審理がより閲覧しやすく、分かりやすく、また、記録保管に要するコストの軽減も可能になることなどが指摘されている。

しかしながら、「e 法廷（e-Court）」が実施される対象領域は、以下に続く項目のとおり、口頭弁論期日、争点整理手続、証拠調べ期日といった、民事訴訟手続の中核をなすものであって、口頭弁論や証拠調べは「裁判の公開」原則4がストレートに妥当する手続段階であり、従来、直接的な尋問手続で裁判所が心証形成の基としてきた手続を取り扱うものであることから、IT 化の実施方法については、民事訴訟の基本原則、当事者の適性手続保障との関係で齟齬のない実施方法の検討が必要と解される。

二　口頭弁論期日

1　第1回口頭弁論期日

「検討会」では、第1回口頭弁論期日につき、従来の民事訴訟では、現行法上の「擬制陳述制度」[5]により、当事者の一方が出頭せず、期日が形式的なものとなることが少なくないことから、IT 技術を活用した「e 法廷」の実現として、民事訴訟のプラクティスの見直しを検討している。[6]

3　上記2・4頁参照

4　憲法第82条

5　民事訴訟法第158条（訴状等の陳述の擬制）、同法第263条（訴えの取下げの擬制）、同法第277条（続行期日における陳述の擬制）

6　上記・12頁

具体的には、第1回口頭弁論期日の指定について、当事者サイドである弁護士会からは第1回期日を早く指定してほしいという強い要望があることが指摘されている。なぜなら、第1回口頭弁論期日は本来、重要な役割があり、まず被告は争いがなければ欠席をし答弁書準備書面等の書面も出さないことから、欠席判決が可能となり、また、第1回口頭弁論期日の早期の指定は被告の訴訟対応を迅速にさせるということにもつながるからである。

この点、欠席判決の割合については実務上、ここ数年は全体の概ね15～16%ぐらいで推移していることが指摘されており、そのような事件について早期に債務名義の獲得が可能となる。また、訴訟提起から第1回期日までの期間には、訴状の補正送達があるので、現状、期日が入るのが2か月ないし2か月半かかることが多いという状況も改善の必要性がある。

第1回口頭弁論期日で双方の主張内容を実質的に確認しその後の審理計画を実質的に話し合う場にしていくことが望ましく、それについては、実際に人が一堂に会する必要性は必ずしも高くなく、主張内容を実質的に確認する進行の協議をするということであればテレビ会議やウェブ会議の活用というのも十分にあり得る、オンラインで訴状の送達裁判所と双方当事者が相談して期日を決めて「ウェブ会議」「テレビ会議」として充実した審理を第1回期日からやるということは可能ではないかということが指摘されている。

2 「ウェブ会議」・「テレビ会議」の場所

「ウェブ会議」「テレビ会議」を実施する場合、その開催する場所は大きな問題となる。「検討会」の資料には、最寄りの裁判所弁護士事務所等の例が挙げられてあるが「検討会」では、本人訴訟の場合等に自宅、

あるいはネットカフェ等が可能か否か、コミュニティー単位で考えると、例えば公民館、市役所、消費生活センターの個室、小学校等が可能かなどを考える必要などが指摘されている。[7]

この点、口頭弁論の場合は公開が原則であるがその公開をどのような形でするかという問題もある。「検討会」では、当事者が自分で勝手に公開してはならないこと、家であっても閉鎖空間ほかの家族が急に出てくるなどということはない状況が必要であり、ネットカフェといったオープンスペースも不適当であるとされている。ただし、いずれにしても、IT 化する以上、当事者に使いやすい環境が必要なことであるのは共通認識となっている。

3 「ウェブ会議」・「テレビ会議」の方法・機器

次に、「ウェブ会議」・「テレビ会議」の機器・方法については、裁判外の ADR[8]などでは、モバイルを本人の自宅に持っていき、そこで実際に本人に聞き取りをするといった方法はすでに実施されている。また、どのようなセキュリティーレベルがどこまで必要なのかということも検討事項とされている。

また、現在、電話会議は自宅の電話でも、携帯でも電話会議に参加しているので、使用機器は、スマホで参加することも否定できないのではないか、それが公開の原則が貫かれている口頭弁論においてどう捉えるか、特別な機器を持たなければ「ウェブ会議」はできない、あるいは公開とはいえないとまで考える必要はないのではないか、などの指摘がされている。

4 IT 化のメリットと問題点

以上のように、第1回口頭弁論期日段階から、当事者の一方又は双方

7 裁判手続等の IT 化検討会（第5回）議事要旨

8 全銀協 ADR 等

による「ウェブ会議」等を活用して実質的な審理を行うことが検討されているが、この際の場所的問題は必ずしも係属裁判所に限らず、最寄りの裁判所や弁護士事務所等で対応することも想定されている。また、電子情報となった訴訟記録を有効に活用し、紙媒体の存在を前提としない審理を行うことが検討されている。

さらに、請求内容に争いがない場合や被告の応訴がない場合、「ウェブ会議」等を有効に活用することにより、当事者の出頭の負担なくして、速やかに和解手続や判決手続につなげていくための新たな仕組み・方策を検討していくことも考えられるとしている。

このように、IT 化のメリットとしては、当事者の出頭の負担軽減、迅速かつ充実した審理の促進に資する点が挙げられる。他方、口頭弁論期日は、民事訴訟法で当事者の攻撃防御権を保障するという観点で制度設計されているものである。したがって、裁判の公開原則や、国民の裁判を受ける権利を侵すものであってはならない。IT 化によってそれが一定程度の変容を受けるとしても、基本理念を壊さないような方法が必要である。この点、「検討会」でも IT 化による効率化と基本理念との整合性を図るための充分な議論が必要であると指摘されている。

三　争点整理手続

次に、争点整理手続についても、上記と同様に、民事訴訟のプラクティスの見直しが必要としている。なぜなら、現状では、争点整理手続の期間が延長され、その結果として民事訴訟の審理期間が延びているという状況がある。尋問して判決に至った地裁の民事一審事件の平均審理期間は、平成19年には17.9か月、そのうち争点整理手続の期間が10.9か月、平成28年の数字では、平均審理期間が20.3か月と2.4か月長くなっており、そ

のうち、争点整理手続の期間を見ると13.6か月と2.7か月延び、争点整理手続の期間が長期化、その結果として審理期間の長期化に影響している現状がうかがわれるためである。

具体的には、現状の争点整理手続の運用では、期日における口頭での議論や整理が不十分なままに主張書面の応酬に陥り、全体として冗長になりがちという指摘もあり、IT ツールの活用等を通じ、より効率的で充実した争点整理を実現することが望ましく、その早期実現が期待されるとしている。

1 「ウェブ会議」と争点整理期日[9]

特に、裁判の利用者側に立つと、遠方の裁判所への出頭の負担や期日調整の困難さが指摘されており、裁判に対する参加機会の確保や審理の効率化（司法アクセスの向上）の観点からも、「ウェブ会議」等の活用に対する利用者ニーズは特に高いとする。現状でも電話会議システム等は利用されているものの、基本的には双方の当事者が裁判所に現実に出頭しなければならないことを前提とする現行の取扱いを見直していくことを検討課題としている。

各期日に裁判所への出頭を希望する当事者等には、従前と同様の機会を保障する一方で、現実の出頭以外の方法で参加を希望する当事者等のニーズに対応して、適正手続の保障にも配慮しつつ、「ウェブ会議等」の活用により、当事者等が必ずしも裁判所に現実に出頭しなくとも争点整理に関与することができる方策を検討していく必要がある、と提言している。

また、「ウェブ会議」の活用に当たっては、裁判所以外の場所、例えば、弁護士事務所や企業の会議室等あるいは市民向け窓口のある公的機関

9　上記2・12頁

等のうち適切なスペースに所在しながら、オンラインで期日に対応することを可能とする新たな方策を講ずることも、プライバシーや営業秘密の保護等の観点にも留意しつつ、検討すべきとしている。

他方、「ウェブ会議」で争点整理手続を行うと、「画面外」にどのような人がいるのかが把握できなくなるのが裁判所で行う場合との大きな違いであることも指摘されている。争点整理手続は現状の実務では「非公開」であり、誰でもその場にいていいという手続では現状ないので、その場合に画面外にどのような人がいるのかをどのように規律していくかは課題であるとされている。画面外に誰がいるか分からない時に、いわゆる非弁活動が行われるリスクがあるのではないかという懸念もある。

2　争点整理手続上の書証の取調べ

争点整理手続等で行う書証の取調べについても見直す必要が示されている。現行では、双方の当事者と裁判所が同席する期日で行うことを原則とする取扱いであるが、「ウェブ会議」等を用いた期日での書証の取調べ、文書の性質や内容、成立の真正に関する争いの有無など、様々な場面を念頭に置きつつ、実務的に検討していく必要があるとされている。[10]

3　争点整理方法

争点整理作業の方法として、争点整理段階で当事者双方の提出する主張・証拠につき、電子ファイル、クラウド技術等のIT ツールをより広く活用して、より効果的・効率的に整理作業を進めることが検討されている。この点、訴訟記録の電子化により、当事者からの訴訟記録に対するアクセスや検索・比較対照が容易になるとするが、その実施方法やその結果の整理方法等も今後の実務的検討課題となるとしている。

10　上記2・13頁

現在でも医療関係訴訟や建築関係訴訟等の一部の専門分野の争点整理作業ではExcel等の電子ファイルで争点整理が進められるが、「e-Filing」とも相俟って、一層の効率化の促進が企図されているように思われる。この点、「準備書面」よりも「争点整理表」がより重点的に整理方法として使われていくとすると、当事者の主張の表現方法には実務的課題が多くあるように思われる。

「検討会」では、ITツールを使った争点整理は、従来から事実が時系列的にどういうようになっているかというのをExcelで管理して、事実上、そのExcelのファイルをやりとりするようなことも一部では行われてきたことを指摘し、特に認否、どの証拠でこれを言っているのかという点を書くと非常に全体の見通しがよくなる、共通フォームにお互いに書き込んでいき、どのように違っているのかわかるようにしていくというのが1つの方法であること、きちんと表でまとめてそれぞれ認否ができていない点、主張、反論できていない点を「見える化」することが審理の効率化に有効であって、代理人の冗長な準備書面の効率化やごまかしがきかなくなるといった点が指摘されている。ITツールとしては、Excelで作る争点整理表で実現するのか、Word等のワープロで実現するのか、あらかじめシステムにして入力項目を設けるのか、もしくはそのWordにXMLのタグをつけて整理をするのか、いろいろな方式があり得るとされる。

他方、当事者の手続保障という観点からは、システムで争点を限定してしまうようなやり方は問題があり、やはり当事者が主張したいことは主張できるシステムとしなければならない、決まった入力フィールド方式は必要であっても、アドホックな主張もできるような余地も残す必要もあるとの指摘がされている。

4　争点整理手続上の「和解」協議

さらに、争点整理段階等で試みられる「和解」協議についても、ウェブ会議等の活用を可能とすることが十分に考えられると指摘されている。適正手続に配慮した上で、「ウェブ会議」等のITツールを活用して和解協議を迅速かつ効率的に行うことが望ましいとされている。

四　証拠調べ期日

次に、人証調べ手続についても、「ウェブ会議」等による人証調べの利用拡大が望まれるとされている。具体的には、裁判所が必要かつ相当と判断する事案では、一方又は双方の当事者や証人等の関係者が、裁判所に赴くことなく、最寄りの弁護士事務所や企業の会議室等に所在して「ウェブ会議」等で対応する「本人尋問・証人尋問」の実施を行うことが検討されている。[11]これは出頭を要する関係者の負担軽減のニーズに対応するものである。

ただし、人証調べ手続は、「裁判所が争点に対する心証を形成して適正な判断を行うための核心的手続であることから、適正な手続の確保、審理の充実度といった点も踏まえた実務的検討が必要」とも指摘されている。「検討会」では、人証調べ手続に関して、裁判の内容によっては対面することが非常に重要であり、対面と電話では、電話で説得することの方がハードルが高いのと同様の問題があること、当事者の要請あるいは同意によってウェブ会議を選択することになるとしても、裁判官が必要と思ったときにそれを指定できるようなことも必要になるのではないか、などの点が指摘されている。

また、「裁判の公開」原則との関係で、「ウェブ会議」等による証拠調べ

11　上記2・14頁

期日をウェブ上で一般に閲覧可能とするか否かについては、そのような「ニーズが高くないことやそれを望まない訴訟関係者の通常の意識等からして、ウェブ公開の方法による一般公開までは当面は慎重に考えるべきとの意見が強かった」、

「現在でも公開法廷で人証調べはしているわけだが、その場合に録画、録音等はできない。ある意味で公開と言っても限度のある公開をやっているということが言える」、「インターネットでその状況を録音、録画できるようなやり方をするのはまずいのではないか、公開の方法や通信のセキュリティについても、十分な配慮が必要」などの意見が述べられている。

以上の点は、「裁判の公開」原則の根底にかかわる問題とも思われ、今後も慎重な議論が必要と思われる。

さらに、電子ファイル化による電子情報やIT ツールを活用した尋問方法の工夫等により、よりメリハリの付いた効率的・効果的な尋問を行うとともに、その結果の記録化も、AI 等を活用した音声の自動認識技術等を活かして効率的に行うといった新しいプラクティスを検討していくとしている。

五　おわりに

以上が、「3つの e」のうちの「e 法廷 (e-Court)」に関して行われた検討概要のご紹介であるが、裁判手続がよりユーザー・フレンドリーに効率化されていくのが望ましいことはいうまでもない。

海外の IT 化された民事訴訟制度と比較すると、実務レベルでは、わが国は「e-Filing」や「e-Case Management」の推進に先んじて、上記のような対象事項の「e 法廷 (e-Court)」の推進・具体化がまず最初に検討されているのが特徴であるといわれている。また、海外の IT 民事訴訟先進

国であっても、人証調べ手続については、「ウェブ会議」等による人証調べを希望する当事者は少なく実施されていない国もあるといわれている。「e 法廷（e-Court）」の対象事項は、上記のとおり、争点整理や証拠調べといった、民事訴訟の中核をなす手続であることから、裁判を受ける権利、裁判の公開原則といった基本理念との整合性を図ることが他の領域と比べてもより一層重要と思われる。

また、争点整理については、訴訟手続の効率化と、これまで「準備書面」で「冗長」に書かれてきた当事者・利用者の主張の微妙なニュアンス、全体における主張のポジション等を汲み上げる必要性とのバランスが肝要であるように思われる。

以上

（藤田　晶子）

第四　事件管理・判決

一　事件管理

裁判手続のＩＴ化において、訴状受付や争点整理等の事件管理はどうなるのだろうか。

内閣官房の主催で設置された「裁判手続等のＩＴ化検討会」の、平成30年3月30日「裁判手続等のＩＴ化に向けた取りまとめ―「３つのｅ」の実現に向けて―」において、ｅ事件管理（e-Case Management）は、以下のとおり述べられている。

> ３　ｅ事件管理（e-Case Management）について
>
> ⑴　総論
>
> 利用者目線から見ると、ｅ事件管理（e-Case Management）の実現として、裁判所が管理する事件記録や事件情報につき、訴訟当事者本人及び訴訟代理人の双方が、随時かつ容易に、訴状、答弁書その他の準備書面や証拠等の電子情報にオンラインでアクセスすることが可能となり、期日の進捗状況等も確認できる仕組みが構築されることが望ましい。これにより、裁判手続の透明性も高まるし、当事者本人や代理人が紙媒体の訴訟記録を自ら持参・保管等する負担から解放される効果も期待できる。
>
> なお、訴訟記録である電子情報にオンラインで直接アクセスできるのは、訴訟当事者本人とその代理人又は関係者に限るのが相当であり、それ以外の国民一般に広くオンラインでの閲覧等を認めることの当否は、訴訟記録の閲覧・謄写制度との関係も含め、今後、丁寧に検討していく必要があろう。

⑵　訴状受付・審査・補正

まず、原告において、オンラインで提出した訴状が裁判所で受理されたことを確実かつ容易に確認できる仕組みが必要である。

また、裁判所の訴状審査や、補正を要する場合のやり取りについても、ＩＴツールを活用して、迅速かつ効率的に行う方策を検討することが考えられる。

⑶　第１回口頭弁論期日の調整・指定

第１回口頭弁論期日につき、原告と裁判所のみの都合で指定されることが多い現行の取扱いに代えて、例えば、第１回期日前の早期の段階で、被告の応訴態度等を確認・把握しながら、当事者双方と裁判所がオンラインで期日の予定等を含む進行予定を調整していくような仕組みが有用と考えられる。もっとも、期日調整段階で訴訟進行が停滞することのないような仕組みと運用も、併せて検討する必要がある。

⑷　争点整理手続と計画的審理

裁判所・双方当事者が争点整理手続期日で確認された進行計画やプロセスをオンラインで容易に確認し共有することができるような仕組みが有用と考えられ、これにより、当事者からの裁判書類等の提出期限の遵守も含め、進行予定の確実な履践と計画的審理の実現が期待される。

さらに、オンラインで行う進行予定の確認や期日の円滑な調整等を通じ、裁判所・双方当事者が複数期日を一括して予定・確保することなどにより、期日の確保や期日間隔の短縮化が容易となり、争点整理手続をより計画的ないし集中的に進行させることも可能になると考えられる。

(5) 人証調べ・判決言渡し

人証調べの予定や結果、口頭弁論終結日、判決言渡し期日等の情報についても、訴訟当事者本人及び訴訟代理人の双方が、容易かつ随時に確認できる仕組みが期待される。

即ち、利点としては

・紙媒体の訴訟記録を自ら持参・保管等する負担から解放される

・裁判所の訴状審査や、補正を要する場合のやり取りが迅速になる

・第１回口頭弁論期日も被告の都合を踏まえて決められる

・計画的審理の実現、期日の確保や期日間隔の短縮化

・人証調べの予定や結果等の情報を容易かつ随時に確認できる

ということになっている。

しかし、この取りまとめは（当然だろうが）裁判所の意向が強く反映されていると感じられる。訴訟代理人弁護士の視点からすると、紙媒体が電子媒体になることの利点（重い記録を持ち歩かなくてよい）は明確であるが、それ以外は、現状でどこまで不都合が生じているのか。裁判所から見て「（期日調整や争点整理で）不都合を生じさせる困った弁護士がいるので、そういうことを生じさせられないようにする」ということはないだろうか。訴状の補正や期日の調整で、現状どこまで不都合が生じているのか明らかでない。

とは言っても、検討会のこの抽象的な説明だけで、弁護士に不利益があるとまでは言えないであろう。ただし、例えば、法律構成を裁判所が設定して要件事実ごとに「記入欄」が設けられ、訴訟当事者はその欄に事実を記入していくだけ、といった風に訴訟代理人として主張したい法律構成や争点が主張しにくくなったりすることのないよう、注視する必要があろう。

また、裁判手続の透明性の観点から、弁護士が関与する場合、本人とは別に弁護士にＩＤとパスワードが付与されるのかどうか疑問がある。

訴訟記録の閲覧謄写との関係はどうか。現在は、閲覧は誰でも可能であるが、謄写は、訴訟当事者以外は利害関係の疎明が必要である。それはどうするのか。閲覧だけできて謄写はできないというのは、インターネットを介するシステムでは不可能である。

そして、本人訴訟はどうするのかという問題がある。ＩＴ機器を有していない人もいるし、そもそもＩＴ機器を使用することすらできない人もいるだろう。このようなＩＴ機器に全く対応できない人から裁判を受ける権利（憲法３２条）を奪うわけにはいかない。すると従来の紙での訴訟手続も可能として残さざるを得ないのではないか。

弁護士にとっては、訴状や準備書面が電子データによるオンライン提出となり、紙媒体の訴訟記録を自ら持参・保管等する負担から解放されることが大きいと思われるが、まだ具体的には決まっていない点も多い。実は具体的に決まっているか公表されていないだけかもしれないが、いずれにせよ、具体的に「このようになる」というものが示されていない現状、議論するのも限界があるだろう。

二　判決

裁判手続のＩＴ化において、判決はどうなるのだろうか。

「裁判手続等のＩＴ化検討会」の、平成30年3月30日「裁判手続等のＩＴ化に向けた取りまとめ―「３つのｅ」の実現に向けて―」において、訴状や判決書の送達については以下のとおり述べられている。

> ⑷　訴状や判決書の送達
>
> 裁判所による郵送での書面の送達を原則とする現行の取扱いにつ

いて、訴訟記録の電子化を推進し、電子情報と紙媒体との併存を極力避け、オンライン化を促進する見地から、改めて検討する必要がある。その際には、職権により書面で送達を行う現行の取扱いの見直しを含めて、訴訟記録の電子化に即した送達の在り方の検討を行うのが相当である。例えば、電子情報による訴状送達に関し、官公署等が被告の場合には電子的な送達方法によることを義務付けたり、企業等による事前包括申出制度を採用したりすることなども検討の余地がある。もっとも、電子情報による送達に適したＩＴツールを有しない被告や外国に所在する被告の場合等には別途の検討が必要となるし、また、電子情報による送達の導入に際しては、送達の確実な実施・証明を確保する観点や、架空請求詐欺等による悪用防止の方策も、併せて検討する必要がある。

また、判決言渡し後の双方当事者への判決書の送達についても、同じく、ＩＴツールを活用した電子的な送達方法等を検討する必要がある（各種決定書についても同様）。判決情報の電子的な送達方法の一例として、①裁判所の専用システムへの判決情報のアップロード、②その旨の当事者に対する通知、③各当事者によるシステムからのダウンロード、という手順をとることが考えられる。

思うに、官公署や大企業なら電子情報による訴状や判決書の送達は対応できるであろうが、個人では対応できないであろう。触れられているように、このような送達が導入された場合、詐欺師が架空請求に使えば、個人では判別し難い。そういった問題があるので、当面は官公署や大企業から始められるであろう。そうであれば、当面、混乱は生じにくいと考えられる。

また、判決言渡しについては以下のとおり述べられている。

⑸　判決言渡し

利用者の立場から見れば、訴訟記録が電子情報となるのに合わせ、現行では紙媒体である判決書について、電子情報である判決情報に原本性を持たせるための枠組みの検討が必要と考えられる。

そして、判決の在り方としても、一定の様式は維持しつつ、例えば、争点整理の結果として確定した最終成果物がある場合には、それを効果的に活用し、争点部分を中心にメリハリの付いた、利用者目線で分かりやすい判決となるよう、プラクティスについて必要な見直しの検討をすることが期待される。

さらに、判決言渡し期日について、訴訟関係者の在廷しないまま法廷で言い渡されていることも多い現行の取扱いを見直し、裁判の公開原則等に留意しつつ、当事者のニーズに対応した方法を検討していくことが考えられる。なお、既に一部がホームページで公開されている判決情報につき、より広範な一般公開の在り方は、類似事案等の検討で参考になるとして、これを期待する意見があった一方、個人のプライバシーや企業情報に配慮する必要があるとの指摘や社会的関心を引かない事案まで広く公開されることへの懸念があったことも踏まえ、今後の課題として、丁寧に検討していくことが望まれる課題である。

電子情報である判決の原本性の問題は、ハッキングによる改竄の危険をどう考えるかに関係してこよう。

内閣官房の主催で設置された「裁判手続等のＩＴ化検討会」の第６回議事要旨において、デロイトトーマツリスクサービス株式会社のパートナーの説明には以下のとおりある。

確かにサイバー攻撃というのもある。参考までに、サイバー攻撃を

してくる相手、攻撃者の類型のようなものをサンプルとして表示している。これは攻撃者にとってのインセンティブの問題にもかかわってくる。最近だとどうしてもサイバー攻撃をする人、犯罪者であったりするわけだが、非常に多いのは経済的利益を求めて攻撃をする。何かを盗む、お金を直接盗むとか、お金になりそうな情報を盗む。売ればお金になるような情報を盗むことが多い。それ以外ではどちらかというと思想信条で攻撃をしているものが多い。

今回のＩＴ化では、例えば仮想通貨の取引所を攻撃してくるような人たちがこのシステムを攻撃してくるだろうかと考えると、そこまでのインセンティブがあるだろうかとか、例えば国家的な攻撃がこのシステムにどれぐらい想定されるだろうかとかを、冷静に考えていく必要があると思う。一般的に多くのサイバー攻撃の事例を見てきた感覚からすると、意外とそんなに大きなインセンティブはないのではないかとも思う。

つまり、判決を改竄しても金にならず動機に乏しいとして、判決改竄のためのハッキングはあまり現実性を持って捉えられていない。

しかし、どのような動機でハッキングがなされるかは未知数であり、ＩＴ化されていないのでそもそもできない現状において予想することは難しい。また、何らかの目的でのハッキングの副作用として改竄（データ消失を含む）が起きることも有り得よう。どこまでのセキュリティレベルが必要なのかは慎重な議論が必要であろう。

もし判決書の原本も電子データにした場合、電子データが改竄されたとき、「真の原本」は当事者の記憶にしか存在しないことになってしまうし、それが「真の原本」であることを証明も出来ない。判決直後ならともかく、判決から数年経ったらどうか？

自由討議では以下の意見が出されている。

実際にメガバンクでどのようにしているか参考までにお示ししたい。まさしく銀行は24時間365日、災害のときも止めてはいけないという使命がある関係で、多くのシステムを二重に作っている。例えば関東で大災害があった場合は、速やかに西日本のサーバーで今までどおりの預金取引や為替取引ができるような体制で、かつ、人も24時間365日、常に技術者を待機させていて、システムの稼働を行っているというような非常に重厚でコストのかかったシステムを構築している。まさしく今回の訴訟のIT化においてそのようなレベルのシステムが必要なのかという点については、私は違う世界なのではないかと思っている。
Skype for Businessについて。秘密情報をいわば一般ベンダーの提供するシステムでやりとりして大丈夫かということに関しての私どもの取り組みというか状況だが、私どもも同様のサービスを利用している。あるいは先ほど出たVPNという一般公衆回線の中の仮想の専用線を使ったウェブ会議のようなものを実際に行内で使っていて、例えば本邦を代表するような企業の情報というのを我々は日常的にやりとりするわけだが、そういう場合でもウェブ会議を使って良いというルールになっている。その意味ではセキュリティについて、Skype for Businessなど一般的なものを利用するのに心配はないのではないかと感じている。

民間企業のシステムを使うことについては、一律に可とも不可とも言い難いだろうが、基本的には慎重な判断が必要と考える。例えば、外国企業（資本関係から実質的に外国の法人格主体の意向が強く反映される企業を含む）のシステムを使うことは、果たして、国内企業には無い危険は無

いと言えるであろうか。

また、憲法の規定（憲法82条1項「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ。」）との関係で、最低限、現実の法廷で行わざるを得ない手続もあるだろう。自由討議でも以下のような意見が出されている。

最終口頭弁論とか判決言渡しは、憲法82条との関係が問題になって、法廷で口頭弁論期日を開く、あるいは判決言渡し期日を開くということ自体はせざるを得ないように思う。e-Court なのに形式的なものをそのまま維持するというのは、実質的には何となくおかしな感じもするが、憲法の要請であり、そういう公正さを見せることも大事である。それを前提に、どのようにして、当事者がアクセスしやすくて、双方当事者とも来ていなくても期日としては開ける仕組みにしていくかの検討が必要だと思う。判決言渡しは、法廷に行くのは大変だが、ＩＴの仕組みを利用すればすぐに聞けて便利だという話になるだろう。
ただ、判決の送達に関しては慎重にやらなければいけない。訴状の送達とは違い、判決の送達については既にずっと手続に関与しているので、アップロードされたデータを見るとか、ダウンロードするとか、そういったことでできるとは思う。ただ、それだけに、当事者本人に伝わる方法でちゃんと送達されたのかといったあたりの仕組みについては慎重に考えなければいけなくて、今、同居者が受け取ればいいという補充送達の制度があるが、そういった補充送達的なものについて、このような仕組みにしたときにどのように考えるのかは、検討課題になると考えている。

判決の送達については、上訴の期限（判決の確定）とも関係することから、慎重に検討する必要があるだろう。

総じて、いつかはＩＴ化せざるを得ないにせよ、個々の具体的な手続においては弊害が生じないように具体的な制度を構築する必要がある。

しかし、検討会においても制度の細部はまだ具体的になっていない。その現状で弁護士の側で議論するのも限界がある。

弁護士としては、ＩＴ化においては、訴訟が過度に裁判官の主導で仕切られる（法律構成や争点設定の主導権、期日間の十分な日数など）ようにならないよう、注視していくほかない。

（小早川　真行）

第五　その他のトピック

一　はじめに

本稿では、前章までで扱われていない裁判手続のＩＴ化に関するトピック（平成30年3月30日付裁判手続等のＩＴ化検討会「裁判手続等のＩＴ化に向けた取りまとめ」（以下「取りまとめ」という。）で正面から扱われていないトピックでもある。）について検討する。

二　裁判手続へのＡＩの導入

１　AIとは

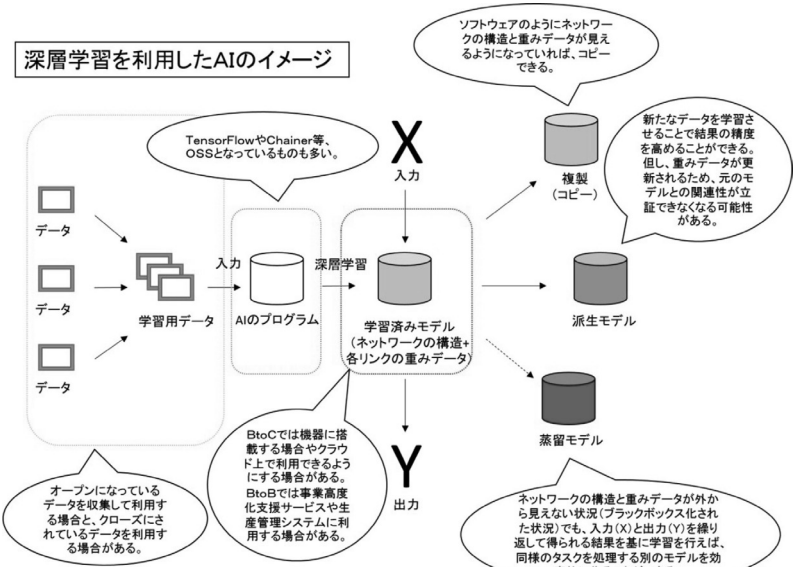
ＡＩ技術の発展は目覚ましく、ＡＩ技術に基づく囲碁プログラム(AlphaGo)がトップ棋士に勝利したとの報道は記憶に新しい。

ＡＩは、「データ・情報・知識の学習等により、利活用の過程を通じて自らの出力したプログラムを変化させる機能を有するソフトウェア」（総務省情報通信政策研究所ＡＩネットワーク社会推進会議２０１７年報告書別紙１「国際的議論のためのＡＩ開発ガイドライン案」）、「人が知性を用いて行っていると思われている知的活動（認知、推論、学習、思考、これらに基づく行動など）の一部を代替しうる技術」（内閣府「人工知能と人間社会に関する懇談会報告書」）などと定義されている。

ＡＩ技術は、実験段階から実用段階に入りつつあり、チャットボット、自動運転技術、需要の予測分析システムなどに活用されている。

２　AI技術

深層学習を利用したＡＩのイメージは以下の図のとおりである。



内閣府知的財産戦略推進事務局「新たな情報財検討委員会報告書の概要」８頁

大量の学習用データを、深層学習の技術を利用した学習用プログラムに入力し、学習済みモデルを作成し、この学習済みモデル（学習済みパラメータが組み込まれた推論プログラム）に基づき、予測、認識等の利活用が行われることになる。

３　法律事務におけるＡＩ技術の活用

法律事務における学習用データとしては、法令の情報、過去の裁判例、裁判外の紛争解決事例などが考えられる。

そして、それらのデータにより学習した学習済みモデルを用いて、人間では到底記憶しきれない大量の法令や裁判例をもとに、実際の事案についてのデータを入力すると、法的論点や結論の予測などが出力さ

れる、というような利用法が考えられる。

2016年5月、世界初のＡＩ弁護士「Ross」がアメリカの大手弁護士事務所に「就職」したとのニュースが流れている。[1]「Ross」は、ＩＢＭのワトソンというＡＩをもとに開発されたプログラムであり、「Ross」を導入することで、これまで弁護士たちがリサーチに費やしていた時間を短縮できるようになったとされている。

4　AIによる法的判断

㈠　2016年10月には、ＡＩと裁判に関して、「人工知能で判決を下す「裁判官ＡＩ」を開発、訴訟時間の短縮化が可能」というニュースが流れている。[2]

ユニバーシティ・カレッジ・ロンドンの研究者が、人工知能の「裁判官」を開発し、実際の欧州人権裁判所の評決と比較したところ、精度は79% だったとのことである。

評価については、79% という精度を高いと見るか低いと見るかということもあるが、「ＡＩの学習のために、欧州人権条約の第３条「拷問の禁止」、第６条「公正な裁判を受ける権利」、第８条「私生活、および家庭生活の尊重についての権利」の３点にまつわる事件で、公開されているデータセットを584件分スキャン。バイアスや誤学習を防ぐために、学習した「人権侵害」の件数と同じだけの「非侵害案件」のスキャンも行ったという、限られた範囲での実験であったことも考慮すべきであろう。

㈡　近時、その他にも「ＡＩ裁判官」についての記事が見受けられる。例として、IT メディアエンタープライズ「人工知能が人を裁く、「Ａ

1　http://news.livedoor.com/article/detail/11530898/

2　https://gigazine.net/news/20161024-artificial-intelligence-judge/

Ｉ裁判官」は生まれるのか？」（2017年12月）[3]、産経新聞「人間より公平？法曹界で進む人工知能活用「ＡＩ裁判官」は生まれるか」（2018年7月）[4]が挙げられる。

前者では、被告人に137個の質問を出し、その答えと過去の犯罪データとを照合して、被告が再び罪を犯す危険性を10段階で割り出すという、米 epuivant が提供している「COMPAS」という再犯率予測プログラムが紹介されている。

もっとも、この「COMPAS」の予測と実際の再犯率を検証した結果、再犯率の精度は、白人が59%、黒人63% とほぼ同じ確率で正解していたが、「COMPAS」が「再犯の可能性が高い人物」と判断した人の中で、２年以内に再犯がなかった割合は黒人45%、白人23%であり、一方で、「COMPAS」が「再犯の可能性が低い人物」と判断したのに、２年以内に実際に再犯に及んだ人物の割合は黒人28%、白人48%といずれも２倍近い差があったとのことであり、「COMPAS」の結果を鵜呑みにしていれば、裁判官は知らず知らずのうちに、人種差別的な行動に至っていたかもしれない、と記されている。

㈢　後者では、「膨大な過去の判例のデータを吸収し、人間より客観的な判断ができる点からＡＩにとって裁判官は適職だ」との研究者の意見を掲載する一方で、前記の「COMPAS」の例を挙げ、「コンピューターやＡＩだからといって中立公正な判断を下すとはかぎらない」、「機械が人の人生を左右する決定を下すことについて、論理面の問題

3　http://www.itmedia.co.jp/enterprise/articles/1712/21/news009.html

4　https://www.sankei.com/premium/news/180717/prm1807170002-n1.html

を指摘する声は国内外で多い」、「豊富な判例データがある米国とは異なり、日本はまだ判例をＡＩに十分に学ばせる段階には至っていない」との弁護士からの意見も掲載されている。

5　民事裁判手続におけるAIの導入

㈠　総論

報道レベルではあるが、上記の記事から見受けられる限り、ＡＩによる法的判断はまだまだ発展途上の段階のようである。深層学習のアルゴリズムによっては、判断に偏りが生じ、結果として差別的な判断や、誤りが生じる恐れがある。人生を左右することもある法的な判断を、ＡＩに任せてしまってもよいのかという倫理面での問題もある。

もっとも、ＡＩ技術の活用で、人間では処理が困難な大量の証拠書類の精査や、人間が見落としてしまいがちな事実レベル、法律レベルの問題点の発見などに力を発揮することは十分に考えうる。

当面は、ＡＩ技術の発展を見守りつつ、最終的には人間が判断をするという前提のもとで、人間の能力が及ばない部分については補助的にＡＩ技術を用いていくということになるのではないだろうか。そのためには、学習プログラムのアルゴリズムと、結果の正確性の検証を常に進めていくべきと思われる。

なお、深層学習のためには膨大な裁判例等の学習用データが必要となるが、そうしたデータの利用に当たってプライバシーに配慮すべきというＡＩ技術一般の問題点にも配慮すべきである。

㈡　弁護士業務とＡＩ

弁護士業務へのＡＩの導入としては、判例検索、証拠書類の精査、損害額の算定、結果の予測などが考えられる。また、更にＡＩ技術

が発展すれば、事案を入力すると訴状を起案してくれるというようなサービスも出現する可能性はある。ＡＩを適切に利用することで、業務の効率化や、適正な結論を導くことに資することが期待される。

ただし、前述のように誤りや偏りが生じうるということを念頭において、当面は最終的には人間が確認、判断をするということを前提に参考として利用するという程度にとどまると思われる。

㈢　民事訴訟手続とＡＩ

民事訴訟手続においても、裁判所による審理、判決書の起案の過程において、弁護士業務と同様に、判例検索、証拠書類の精査、損害額の算定などにＡＩを用いることが考えられる。現時点で注意すべき事項についても同様である。

前掲の「取りまとめ」には、尋問調書の作成について、「ＡＩ等を活用した音声の自動認識技術等を活かして効率的に行うといった新しいプラクティスを検討していくことが考えられる」との記載がある（同書14頁）。確かに、音声や画像の認識はＡＩ技術の得意分野であり、かつ録音を聞き直すなどして最終的には人間が確認できる部分でもあることから、業務の効率化のためにＡＩ技術を活用していくことは有用であると考えられる。

三　執行・倒産分野のＩＴ化

1　「取りまとめ」における検討状況

㈠　執行・倒産分野のＩＴ化について、「取りまとめ」においては正面からは検討されていないが、「民事執行手続、倒産手続などの非訟事件や家事事件についても、同時並行でＩＴ化の検討を進めてはどうかとの意見も出されたが、検討の優先順位・効率化の観点から、ま

ずは民事訴訟全般のＩＴ化の検討を進め、その成果や制度設計を活かして、非訟事件や家事事件のＩＴ化に向けた検討が進められるべきである」とされている(同書６頁)。

もっとも、「取りまとめ」では、「一方、倒産手続については、債権者が多く、債権調査や通知の事務量・コストが膨大となる場合があり、ＩＴ化による債権者や管財人等の負担軽減や弁済原資の確保に資することが期待されることから、民事訴訟全般のＩＴ化の検討結果を待たずに、現行法下でのプラクティスの在り方を基本とするＩＴ技術の活用について検討を進めることも選択肢の一つである」ともしている（同）。

㈡　確かに、民事裁判手続の基本である一般の民事訴訟についてＩＴ化を先行させることは、制度設計において手続間で齟齬が生じることを避ける必要性、ＩＴ化に向けた法改正における整合性などの面で、理解できるところである。

しかし、執行・倒産分野は、書式や必要書類が定型化されており、手続のバリエーションも比較的少なく、迅速な処理が求められるという点などから、むしろ一般の民事訴訟よりＩＴ化に適しているもの思われる。一般の民事訴訟の完全なＩＴ化は現実には時間がかかるであろうことを考えると、執行・倒産分野など比較的スムーズにＩＴ化を進められる分野を先行させるということも検討されるべきである。

２　執行分野のIT化

㈠　前述のように、執行分野は保全も含めて、書式や手続がある程度定型化されていることから、ＩＴ化に適しているのではないかと思われる。

e-Filingによる書類提出は、例えばプルダウン式のメニュー画面での入力が可能であったり、費用等の自動計算機能があれば、書類の不備やミスを減らすことができ、当事者、裁判所の両者にとってメリットがある。

また、民事訴訟手続のＩＴ化が先行している必要があるが、執行手続における判決書正本の確認や送達、確定の確認については、e-Casemanagementにより訴訟部門との連携がとれれば、同じく当事者、裁判所の両方にとって利便性が向上するはずである。

㈡　また、近時、国税庁や地方自治体が滞納者から差し押さえた財産についてインターネット公売を行い効果を上げているが、同様に民事執行手続においてもＩＴ化の一環としてインターネットオークションを活用すべきとの意見も見られる。

インターネットオークションの活用について、誰が主宰して、誰が代金を回収するか、未払のリスクを誰が負担するかなどクリアすべき問題点はあるが、実現すれば、これまで換価が困難であった動産からも債権の回収が行える可能性が高まるなどメリットも大きく、広義でのＩＴ化の一環として今後検討されるべきである。

3　倒産分野のIT化

㈠　倒産法分野については、「取りまとめ」を作成した裁判手続等のＩＴ化検討会において、参考資料として日本大学の杉本純子准教授による「倒産手続におけるＩＴ化(例)」という流れ図が提出されている。[5]

これは、倒産手続の申立て段階での電子的提出のみならず、財産状況報告集会でのウェブ会議の利用や、債権者へのメール等を利用

5　https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/saiban/dai8/sankou.pdf

したウェブ上の通知、周知なども盛り込んだものとなっている。

㈡　ウェブ会議での債権者集会や、メールなどを利用した債権者への通知については、債権者には、大手金融機関だけではなく中小企業や個人の債権者も多数存在することを考えると、即時の実現化にはハードルがあると思われる。

しかし、倒産分野の書式も、特に個人の自己破産、個人再生などについては定型化しており、申立て段階の手続について先行してＩＴ化を進めていくことも検討していくべきである。

四　刑事手続のＩＴ化

1　総論

刑事手続のＩＴ化については、国内外においてあまり関連した文献は見当たらず、ＩＴ化を積極的に求める声もあまり聞かれない。これは、当事者が裁判所、被告人、検察官、弁護人等と限られ、利便性などの要請が少ないこと、直接、口頭での公判が原則と考えられていることが理由であると思われる。

2　現状

もっとも、平成21年に始まった裁判員裁判では、法廷に大型モニターが設置され、ＰＣ上に保存したデータをモニターに投影する形での証拠調べや、プレゼンテーションソフトを利用した論告、弁論などが行われるなど、裁判手続においてＩＴ機器が利用されている。

また、打合せでの依頼者に対する説明やメモの作成にＰＣを用いる弁護士も増えてきているところ、拘置所等の接見室でのＰＣの利用はかつて制限されていたが、許可を得ての利用が可能となり、現在、東京拘置所においては、弁護人用の接見申込書には当初からＰＣ又はタ

ブレットの利用の有無を記載する欄が設けられているという状況になってきている。同じく東京拘置所では、東京検察庁又は法テラス東京からのテレビ電話を利用しての外部交通も認められている。

このように、刑事手続においては、周辺分野におけるＩＴ機器の利用は、むしろ進んでいるといえる。

3　刑事手続のIT化の今後

㈠　裁判手続等のＩＴ化検討会の資料として、桐蔭横浜大学の笠原毅彦教授により提出されている「欧州における裁判のＩＣＴ化」において、刑事事件についてドイツの連邦司法省における聞き取り調査の結果が記載されている。そこには、ドイツの実情として、「刑事事件については、裁判記録が膨大だったので、自然と記録を電子化するようになった。したがって、刑事については後から法律で根拠付けを行った」、「紙をスキャンしてデジタル化して保管するが、紙の方の記録は現在６か月間保管して、その後廃棄する」、「記録の閲覧について、オンラインで閲覧できるようなポータルサイトを州レベルで今後作成する予定」ということが記載されている。[6]

㈡　日本においても、こうした記録の電子化というレベルであれば、特段の抵抗感はなく進んでいくのではないかと思われる。電子化したデータは、ＡＩの学習用データとして活用しやすくもなる。

もちろん、紙の記録は廃棄することが前提となるが、廃棄後にデジタル化の際の漏れやミスが発見された場合は取り返しがつかないこととなるため、慎重に行うべきである。また、学習用データとして用いる場合は、プライバシーに係わる部分が極めて大きいため、マスキ

6　https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/saiban/dai2/siryou6.pdf

ングなどをどのようにするかという問題がある。

㈢　また、起訴状の提出や送達、検察官、弁護人による証拠や論告、弁論の提出、記録の管理、閲覧などについて、e-Filing やe-Casemanagement の技術を用いてＩＴ化することも、刑事裁判事務、弁護士業務の効率化に資するものである。

これらは、民事裁判のＩＴ化が進んだ折には、順次可能な範囲で刑事裁判にも採用されていくのではないかと思われる。

五　裁判のＩＴ化と司法アクセス

1　司法アクセスの向上

「取りまとめ」においては、「訴訟事件に占める本人訴訟の割合が相当高い我が国の現状を踏まえると、国民の裁判を受ける権利の実質的保障の観点から、ＩＴ化に伴い、国民の司法アクセスを一層向上させていく観点も重要である」とされている（同書６頁）。

2　消費生活相談員協会の意見

裁判手続のＩＴ化検討会の資料として、公益社団法人全国消費生活相談員協会（以下「消費生活相談員協会」という。）からの提出資料「消費者から見た裁判」が配布されている。[7]

ここでは、裁判手続等がＩＴ化された際、①手書きでの書面作成が苦手な若年層、②高齢者・障がい者・体調不良等遠距離の移動が困難な人、③平日昼間に手続ができない人、④破産手続の場合には、手続が簡易になって利便性が高くなる、との意見が記載されている（同資料12頁以下）。

7　https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/saiban/dail/siryou4.pdf

一方で、裁判手続のＩＴ化の「課題」として、①書面作成は簡単ではなく、高齢者等判断能力が低下している場合の裁判手続の説明や書面作成のサポート、②ＩＴ機器を使用しない人、使用できない人への配慮、③ウェブサイト上などでの分かりやすい表示、説明が必要であることも記載されている。

また、裁判手続のＩＴ化についての消費者の不安として、①セキュリティ、②事業者から裁判を起こされやすくなり消費生活センターを利用できないまま裁判になる可能性、③架空請求トラブルへの悪用（裁判所からの通知がメールで来るのではないか）といった内容が記載されている。

消費生活相談員協会の意見のすべてが一般市民の意見を代弁しているとまでは言えないが、基本的には、裁判手続のＩＴ化で、手続が簡易になって利便性が高まることによる司法アクセスの向上について評価している一方で、課題や不安点を複数挙げているという点で、一般市民の意見と概ね一致しているのではないかと思われる。

3　裁判手続のＩＴ化による司法アクセスの課題

司法アクセスにおける課題の多くは、裁判手続のＩＴ化における本人訴訟の問題と重なる。「取りまとめ」では、本人訴訟の課題について１項目を設けて論じている（同書16頁）。

前述の消費生活相談員協会による「消費者から見た裁判」では、同協会としてＩＴ化と同時にしてほしいこととして、①裁判制度について消費者教育の必要性（消費者教育、法教育が第一である）、②消費者にとって利用しすい裁判制度（身近な存在に）、③手続だけでなく、ウェブ会議など、消費者の顔が見える会議、④消費者関連法についての理解（弁護士に委任しやすく）という項目が挙げられている（同書１５頁）。

六　裁判手続のＩＴ化時代における弁護士業務の在り方

１　デジタルデバイド

裁判手続のＩＴ化においては、紙媒体の選択を可能とするか（ダブルトラック）、デジタル化を強制する（シングルトラック）かが問題となるが、「取りまとめ」においては、全面的ＩＴ化を目指すべき（同書５頁）として、「電子情報によるオンライン提出へ極力移行し、一本化していく（訴訟記録について紙媒体を併存させない）ことが望ましい」（同書８頁）とするなど、シングルトラックを基本路線としている。

いずれを採用するかは、本人訴訟においても大きな問題となるが、弁護士にもほとんどＩＴ機器を使用しないという層も存在する。実際にシングルトラックが採用された場合、こうした層に対してどのように配慮するかという問題がある。弁護士会として何らかの補助をするということが考えられるが、費用負担をどうするかという点が問題となる。

また、全くＩＴ機器を使わないということはなくとも、使い方やセキュリティに不安のあるという事務所においては、ＩＴを専門とする事務員を雇用する必要が生じる可能性もある。そこまで行かずとも、ＩＴ機器の不調により期限に間に合わなかったり、e-Court への出廷ができないなどということがないように、バックアップのシステムを準備するなど対応をすべきである。

２　非弁問題

本人訴訟のＩＴ補助として、他士業や非弁業者、非弁提携業者が進出してくる可能性はある。既に言及されているところではあるが、裁判所に出向く必要がほとんどなくなる e-Filing、e-Court においては、非弁業者等が入り込む余地は大きくなる。

また、非弁とはいえなくても、例えば司法協会、法テラスなどが本人訴訟のＩＴ補助を安価で代行した場合、これまで弁護士に依頼していた層が、そちらを選択する可能性もある。

もっとも、現在においても、既に他士業や非弁業者が本人訴訟の補助として裁判手続に関与している例はある。また、ＩＴ化によりＩＴ補助を司法協会等に依頼する層は、元々紙ベースであっても本人訴訟を選択していた層であり、いずれもＩＴ化によりそれほど状況の変化はないのではないかという意見もある。

3　地域格差の解消

現在、債務整理事件以外は面談の義務は定められていないところ、ビデオチャットやＳＮＳなどで遠方の依頼者から相談、依頼を受けて、ＩＴ化された裁判手続で提訴するなど、全面的に遠隔化された受任形態も出現する可能性がある。

裁判手続のＩＴ化が進んだとき、全国どこの裁判所の管轄であっても、e-Filing により事務所にいながら訴状等の提出が可能となり、e-Court により出頭の必要もなくなることから、地方の弁護士が都市部の弁護士に仕事を奪われてしまうのではないかとの問題も考えられる。

しかし、逆に解すれば地方の事務所であっても、移動なくして都市部の裁判所の事件を扱えるということであり、地方の事務所にいながら専門分野を活かして都市部の事件を受けるということも可能となる。裁判手続のＩＴ化により、地域格差の解消につながる可能性もある。

（西川達也）

信託と租税

信託法研究部

*目　次

一　はじめに …… 224
二　租税（概論） …… 224
三　所得税及び法人税 …… 225
　1　所得税法及び法人税法の概要 …… 225
　2　信託と税法の関係性 …… 227
四　相続税及び贈与税 …… 233
　1　相続税の概要 …… 233
　2　贈与税の概要 …… 238
　3　信託と税法の関係性 …… 240
五　信託と債務控除（相続税法９条の２） …… 245
　1　信託受益権の譲渡性 …… 245
　2　相続税法９条の２の解釈適用 …… 246
　3　各論 …… 251
　4　特定委託者について …… 257
六　流通税 …… 258
　1　不動産取得税 …… 258
　2　登録免許税 …… 259
七　最後に …… 259

一　はじめに

信託を組成する上で、配慮しなければならない点のひとつとして、各種租税の問題がある。租税関係を無視して信託を組成した場合、当事者に思わぬ負担が生じる場合がある。したがって、実務家としては、信託における租税関係の規律にも目を向けなければならない。

本稿では、信託と租税の関係を検討するが、信託で特に問題になりうる、所得税、法人税、相続税、贈与税を中心に取り上げる。その上で、実務家を悩ませる問題である、信託と債務控除について、試案を提示するものとする。信託を組成する実務家に対して、本稿が、指針となれば幸いである。

二　租税（概論）

租税に関する法の存在形式、すなわち、租税法の法源としては、まず日本国憲法が挙げられる。そして、日本憲法第30条によれば、「國民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ。」とされ、同第84条によれば、「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律または法律の定める條件によることを必要とする。」と規定されている。これは、租税法律主義、すなわち、何人も法律の根拠がなければ、租税を賦課されたり、徴収されたりすることがないとする考え方である。

国税に関する法律は、通則法と呼ぶべきものと個別租税法と呼ぶべきものに大別される。通則法は、租税法律関係に関する基本的な事項ないし各国税に共通する事項について定めている法律で、国税通則法、国税徴収法、国税犯則取締法がこれに該当する。個別租税法は、所得税法、法人税法などのように、個別の租税に関する法律である。また、地方税に

ついては、統一的法典として、地方税法がある。

税制においては、通達、すなわち上級行政庁が法令の解釈や行政の運用方針などについて、下級行政庁に対してなす命令ないし指令（国家行政組織法14条2項）が重要な位置を占め、各税法についての基本通達や個別通達、相続税法に関連する財産評価基本通達などの理解も必要になる。

三　所得税及び法人税

1　所得税法及び法人税法の概要

㈠　所得税法について

⑴　所得税において、そもそも所得とは、一定期間内の純資産の増加をいう。所得税は、個人の所得に対して課される（所得税法、以下「所法」という、7条）ものである。

⑵　課税所得の区分

所得税では、所得を下記の10種類に区分し、それぞれについて所得金額の計算方法を定めている（所法23条ないし35条）。

①　利子所得

②　配当所得

③　不動産所得

④　事業所得

事業所得とは、「自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有し、かつ反復継続して遂行する意志と社会的地位とが客観的に認められる業務」（最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁）から生じる所得とされている。

⑤　給与所得

給与所得とは、「雇用契約又はこれに類する原因に基づき使用

者の指揮命令に服して提供した労務の対価として使用者から受ける給付」（前掲最判）とされている。

⑥　退職所得

退職給付は、過去の長期間勤務に対する報償及び勤続期間中の労務対価の後払い的性質及び受給者の退職後の生活保障機能を有する。

⑦　山林所得

⑧　譲渡所得

譲渡所得は、資産の値上りによりその資産の所有者に帰属する増加益を所得として、その資産が所有者の支配を離れて他に移転するのを機会に、これを清算して課税する趣旨のもの（最判昭和43年10月31日訟務月報14巻12号1442頁）である。

⑨　一時所得

一時所得は、一時的かつ偶発的な所得に対して課される。

⑩　雑所得

上記①ないし⑨以外の所得に対して課される。

⑶　必要経費

所得税法37条は、所得を得るために必要な経費は控除すると規定している。これは、所得稼得に対する直接的必要性（いわゆる原価にかかわるもの）及び業務関連性（いわゆる販管費にかかわるもの）が理由とされる。

なお、信託設定後の信託報酬（信託財産から受託者等に対して支払われる報酬、信託法54条）は、必要経費にならないことには注意を要する。

⑷　年度帰属

収益について、その年度において「収入すべき金額」（所法36条）として、実現主義が取られている。また、収益に対応する必要経費が控除される。これを、費用収益対応原則、債務確定主義という。

㈡　法人税法について

⑴　法人税は各事業年度の法人の所得に対して課される（法人税法、以下「法法」という、5条、21条）。法人の所得金額は、当該年度の益金の額から同年度の損金の額を控除した金額である（法法22条1項）。

⑵　益金に参入すべき金額

資本等取引以外の取引にかかる当該年度の収益の額である（同2項）。

⑶　損金に参入すべき金額

当該年度の①収益にかかる原価（同3項1号）、②費用（同2号）、③資本等取引以外にかかる損失（同3号）である。

⑷　企業会計と益金・損金の関係性

収益と原価・費用・損失の計算は「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」による（同4項）。

ここから、収益の額のうち益金参入・不算入の処理、原価・費用・損失の額のうち損金参入・不算入の処理を行って、法人所得を計算する（法人税申告書別表4）。

⑸　年度帰属

収益について実現主義、費用等については費用収益対応原則、債務確定主義が取られている。

2　信託と税法の関係性

㈠　受益者等課税信託

⑴　定義等

信託を設定した場合、信託財産の所有権は法律的には受託者に移転し、受託者の固有財産とは分別管理される。しかし、税法上は、経済的な利益が帰属する受益者等への課税を目的として、信託財産が受益者等に帰属するものと擬制されている。この仕組みを、「パススルー課税」と呼ぶ。パススルー課税は、「構成員課税」とも呼ばれ、法人や組合などの事業組織が稼得した損益（収益）については、投資家や出資者などの構成員に帰属するものとして、その組織には課税せず、構成員に対してのみ課税する方式をいう。これは、一つの収益が複数の段階を経て構成員（帰属先）に至る場合、途中の段階では課税対象として扱わない仕組みであり、帰属先でのみ課税されるため、二重課税が回避される。

なお、「受益者等課税信託」という用語は、法律上の用語ではなく、所得税法基本通達13－1で規定される通達上の用語であることには注意を要する。

⑵　信託設定時及び終了時の納税義務者と課税の方法

①　自益信託、すなわち、信託設定時に委託者と受益者が同一人格である信託の場合は、信託財産の帰属者は、信託行為の前後で同一とみなされるため、信託財産の移転に伴う課税関係は生じない。

②　他益信託、すなわち、委託者と受益者が別人格である信託の場合や、信託終了時の受益者等と残余財産受益者が異なる場合は、信託財産が他のものに移転するとみなして、【図1】のような課税関係が生ずる（対価支払がない場合）。

【図1】

【他益信託設定時の課税関係（対価支払がない場合）】

委託者（個人） 受益者等（個人）	課税関係なし みなし贈与（贈与税）
委託者（個人） 受益者等（法人）	みなし譲渡（時価で譲渡とみなす） 受贈益課税
委託者（法人） 受益者等（個人）	寄附金課税、譲渡損益 一時所得等
委託者（法人） 受益者等（法人）	寄附金課税、譲渡損益 受贈益課税

【信託終了時の課税関係（受益者と異なる帰属権利者の指定があるとき）】

受益者等（個人） 帰属権利者（個人）	課税関係なし みなし贈与（贈与税）
受益者等（個人） 帰属権利者（法人）	みなし譲渡（時価で譲渡とみなす） 受贈益課税
受益者等（法人） 帰属権利者（個人）	寄附金課税、譲渡損益 一時所得等
受益者等（法人） 帰属権利者（法人）	寄附金課税、譲渡損益 受贈益課税

⑶　信託期間中の基本的な課税関係

①　通常の場合

信託財産から生じた所得は、受益者等に帰属するものとみなされるため、受益者等に納税義務が課せられる（所法13条1項、所基通13-5等参照）。

②　受益者等の変更があった場合

信託期間中に受益者等の変更があったときで、かつ対価の支払がないときには、その変更前後の受益者等の関係によって、【図2】のような課税関係が生ずる（所基通13-6参照）。

【図2】

【受益権の対価支払がない場合】

前受益者等（個人） 新受益者等（個人）	課税関係なし みなし贈与（贈与税）
前受益者等（個人） 新受益者等（法人）	みなし譲渡（時価で譲渡とみなす） 受贈益課税
前受益者等（法人） 新受益者等（個人）	寄附金課税、譲渡損益 一時所得等
前受益者等（法人） 新受益者等（法人）	寄附金課税、譲渡損益 受贈益課税

【受益権の対価支払がある場合】

前受益者等（個人） 新受益者等（個人）	譲渡所得 低額譲渡のときはみなし贈与
前受益者等（個人） 新受益者等（法人）	譲渡所得 低額譲渡のときは受贈益課税
前受益者等（法人） 新受益者等（個人）	時価の差額は寄附金課税、譲渡損益 時価との差額は一時所得等
前受益者等（法人） 新受益者等（法人）	時価との差額は寄附金課税、譲渡損益 時価との差額は受贈益課税

㈡　法人課税信託

⑴　定義

法人税法2条1項29の2号に規定する次に掲げる信託をいう（集団投資信託等一定の信託を除く）。

①　受益証券を発行する旨の定めのある信託

②　受益者が存在しない信託

③　法人が委託者となる信託で一定のもの

④　特定投資信託（委託者指図型証券投資信託、国内公募投資信託以外）

⑤　資産流動化法に定める特定目的信託

⑵　受益者としての権利を有する者が現に存在しない信託の課税関係

①　受託者の課税関係

いわゆる目的信託（受益者の定めのない信託（信託法258条1項））のように受益者等が存在しない信託、又は受益者等としての権利を現に有する者（みなし受益者等または特定委託者を含む。）が存在しない場合は、法人課税信託となる。この場合、受託者が個人等であっても法人とみなして、計上される受贈益に対して法人税等が課税される（法法4条4項、22条）。また、信託期間中に生じた収益・費用についても法人税等が課税される。

②　委託者の課税関係

委託者が個人の場合、委託者から受託法人への時価による信託財産の移転があったものとみなして譲渡所得の計算をする。

委託者が法人の場合、受託法人に対する贈与（寄付）があったものとみなして、信託財産の譲渡損益を計上する（法法37条）。

⑶　受益者等の存在する信託の受益者等が不存在となった場合の課税関係

①　受託者の課税関係

受益者等課税信託から法人課税信託となり、信託財産が前受益者等から受託者に贈与により移転したものと考えられるから、受託者には、信託財産にかかる受贈益に対して法人税等が課税される。

②　前受益者等の課税関係

信託財産が前受益者等（個人）から受託法人に贈与により移転したものと考えられるから、前受益者等に対してみなし譲渡所

得課税が生じる。

前受益者等が法人の場合、受託法人に対する贈与（寄付）があったものとみなして、信託財産の譲渡損益を計上する。

⑷　受益者が存在することとなった場合の課税関係

①　委託者および受託者（受託法人）の課税関係

委託者については、信託設定時に課税関係は終了しているため、課税関係は生じない。

受託者については、受託法人の解散があったものとみなされる（所法6条の3第5項、法法4条の7第8項）。

②　新受益者の課税関係

受益者が、信託契約締結時等において存在する者の場合は、受託法人の帳簿価額により信託財産の引継ぎをしたものとして、課税関係は生じない（所法67条の3第1項第2項、法法64条の3第2項）。

受益者が、信託契約締結時等において存在せず、委託者の親族である場合、新受益者等が信託に関する権利を贈与により取得したものとみなされて贈与税が課税される（相法9条の4）。

⑸　受益者等が存在しない信託が終了した場合の課税信託

①　受託者（受託法人）の課税関係

受託法人は解散したものとみなし、信託財産を残余財産の給付を受ける者に贈与したものとみなして譲渡損益を計上する。

②　残余財産給付を受ける者の課税関係

信託財産を時価により引継いだものとして、所得税（一時所得）を計算する。ただし、契約締結時において存在せず、その時において委託者の親族である場合は、信託財産を個人から贈与に

より取得したものとみなされる（相法9条の5）。

四　相続税及び贈与税

1　相続税の概要

㈠　定義

相続税は、人の死亡によって財産が移転する機会にその財産に対して課される租税である。

㈡　根拠法令

法律としては、相続税法（昭和25年3月31日法律第73号）及び租税特別措置法（昭和32年3月31日法律第26号）、政令としては、相続税法施行令（昭和25年3月31日政令第71号）、省令としては、相続税法施行規則（昭和22年大蔵省令第48号）、通達としては、相続税法基本通達（昭和34年1月28日付直資10国税庁長官通達）及び財産評価基本通達（昭和39年4月25日付直資56、直審（資）17国税庁長官通達）がある。

㈢　納税義務者

⑴　納税義務者は、相続又は遺贈（死因贈与を含む。）によって、財産を取得した個人である（相続税法、以下「相税」という、1条の3第1項、2条2項）。

⑵　連帯納付義務者として、同一の被相続人から相続または遺贈によって財産を取得したすべての者は、当該相続または遺贈により取得した財産の相続税について、当該相続または遺贈によって受けた利益の価額の限度で、原則として互いに負担する連帯納付責任がある（相税34条1項、贈与税の場合も同じ（同条4項））。これは、相続税徴収の確保をはかるために、相続税法が定めた法定責任である。すわなち、連帯保証契約がなくても、相続人という地位に

基づくだけで当然に負担しなければならない。

㈣　課税物件

⑴　原則として、相続又は遺贈によって取得した財産の全部である（相税2条1項）。

⑵　みなし相続財産

民法上は相続によって取得したとはいえないが、実質的にみると一定の利益を相続人（または受贈者）が享受している場合に、租税回避防止の観点から、相続税法上、相続財産とみなされる財産のことをいう（相税3条）。

①　死亡保険金

②　退職手当金

③　生命保険契約に関する権利

④　定期金に関する権利

⑤　保証期間付定期金に関する権利

⑥　契約に基づかない定期金に関する権利

⑦　特別縁故者への財産分与

⑧　低廉譲受による利益（相税7条）

⑨　債務免除による利益（相税8条）

⑩　その他の利益

例えば、対価を支払わないで、又は著しく低い価額の対価で利益を受けた場合（相税9条）。

⑶　非課税財産

相続税が課されない財産は、以下のとおりである。

①　皇室経済法による、いわゆる三種の神器

②　墓や日常礼拝に使う祭壇（例えば仏壇）・祭具その他のもの

③　公益の事業を営む者が相続・遺贈により取得した財産でその公益の事業の用途に供されるもの

④　心身障害者共済制度により給付される給付金

⑤　生命保険金の内、500万円×法定相続人の数までの部分

⑥　退職手当金の内、500万円×法定相続人の数までの部分

㈤　相続税額の計算

①　基礎控除

基礎控除額は、3000万円 +600万円×法定相続人数となる（相税15条1項）。法定相続人の数は、実子がいる場合または実子がおらず養子1人の場合は、養子1人のみが法定相続人の数に計算される（相税15条2項1号）。実子おらず、養子2人以上の場合は、養子2人が法定相続人となる（同項2号）。これは、養子縁組による租税回避を制限することを理由とする。

②　相続税額の加算

被相続人の1親等（代襲者含み、直系卑属の養子は含まない。）の血族及び配偶者以外の者はさらに2割加算する（相税18条1項）。これは、被相続人と相続人との血縁関係が近い者と遠い者との間で相続税額が同額であるのは適切ではないことを理由とする。

③　税額控除（主なもの）

二重課税防止の観点から、贈与税控除がある。これは、相続開始3年以内に被相続人から贈与により財産を取得した場合に認められる（相税19条1項）。

また、配偶者の税額控除（相税19条の2）として、法定相続分に相当する財産を相続するかぎり配偶者の相続税はゼロになり、法定相続分を超えて相続する場合でも課税価格が1億6000万円ま

では相続税はゼロになる。これは、配偶者が、被相続人の財産形成に寄与したことを理由として認められる。

未成年者控除（相法19条の3第1項）として、10万円×20歳に達するまでの年数の金額が控除される。これは、未成年者の養育費を考慮したものである。

障がい者控除（相税19条の4第1項）として、10万円（特別障がい者は20万円）×85歳までの年数の金額が控除される。

相次相続控除（相税20条）として、第1次相続の開始から10年以内に開始した相続（2次相続）の場合に、第1次相続で納付した額の一部を控除される。

㈥　財産の評価

評価の原則は、当該財産の取得の時における時価とされる（相税22条）。しかし、実務上は財産評価基本通達によって評価されている。

㈦　税率（相税16条）

相続税の総額は、同一の被相続人から相続又は遺贈により財産を取得した全ての者に係る相続税の課税価格に相当する金額の合計額からその遺産に係る基礎控除額を控除した残額を当該被相続人の第15条第2項に規定する相続人の数に応じた相続人が民法第900条（法定相続分）及び第901条（代襲相続人の相続分）の規定による相続分に応じて取得したものとした場合におけるその各取得金額（当該相続人が、一人である場合又はない場合には、当該控除した残額）につきそれぞれその金額を【図3】の左欄に掲げる金額に区分してそれぞれの金額に【図3】の右欄に掲げる税率を乗じて計算した金額を合計した金額とする。

【図3】

千万円以下の金額	百分の十
千万円を超え三千万円以下の金額	百分の十五
三千万円を超え五千万円以下の金額	百分の二十
五千万円を超え一億円以下の金額	百分の三十
一億円を超え二億円以下の金額	百分の四十
二億円を超え三億円以下の金額	百分の四十五
三億円を超え六億円以下の金額	百分の五十
六億円を超える金額	百分の五十五

贈与税と同様、超過累進税率が採用されている。これは、相続による所得は、被相続人の死亡により、相続人に生じ、本人の努力や才覚とは無関係に棚ぼた的に生じるからである。ゆえに、担税力（租税を負担する能力）が高く、所得税よりも高い累進税率による課税となっている。

また、贈与税の税率の方が相続税より高い。これは、相続税と所得税しかなく贈与税がないとすると、生前贈与にして租税回避されてしまう。それを防止するための贈与税を相続税より高い税率で、相続税が骨抜きなることを防止している。

⑻　相続税の申告

申告期限は、その相続の開始があったことを知った日の翌日から10カ月以内となっている（相税27条1項）。

申告書の提出期限後において第32条第1項第1号から第6号までに規定する事由（更正の請求の特則）が生じたため新たに相続税申告書を提出すべき要件に該当することとなった者は、期限後申告書を提出

することができる（相税30条1項）。

㈨　相続税の納付

申告書の提出期限までに納付しなければならない（相税33条）。

2　贈与税の概要

㈠　定義

個人から個人に贈与があった場合に、受贈者に課される税金である。

㈡　根拠法令

相続税法である。贈与税も、相続税法に基づき計算・課税される。

㈢　位置づけ

相続税の補完税の意味がある。相続税のみが課される場合は、生前に財産を贈与することによってその負担を容易に回避することができるため、かかる相続税の回避を封ずることを目的として贈与税が採用された。

贈与税は、個人からの贈与に対して課される税金であり、法人からの贈与に贈与税は課されない（一時所得として所得税が課される）。法人は死亡せず、相続開始がないため、法人からの贈与については相続税の補完税という趣旨があてはまらない。

㈣　納税義務者

贈与（死因贈与を除く）によって、財産を取得した個人である（相税1条の4）。

㈤　課税物件

⑴　原則として、贈与財産、すなわち贈与によって取得した財産である（相税2条、2条の2）。

ただし、非課税財産として贈与税の対象から除外されるものは課税物件にならない（相税21条の3）。

⑵　みなし贈与財産として以下のものがある（相税5条ないし9条）。

①　保険金

②　定期金給付契約の定期金

③　著しく低い価額の対価で財産の譲渡を受けた場合

④　対価を支払わないで、または著しく低い価額の対価で債務の免除等がなされた場合

⑤　対価を支払わないで、または著しく低い価額の対価で利益を受けた場合

㈥　贈与財産の評価

相続税の場合と同じである（相税22条）。

㈦　贈与税の納税義務の成立時期

贈与による財産取得の時である（通則15条2項5号）。

㈧　贈与税額の計算

配偶者控除としては、2000万円が限度である（相税21条の6）。要件として、20年以上の婚姻期間、かつ専ら居住用不動産自宅（居住用不動産）または自宅を購入するための金銭を贈与した場合となる。

㈨　贈与税の申告

⑴　申告書を提出して行う（相税28条1項）。

⑵　申告義務者

贈与により財産を取得した者である（相税28条1項）。財産の贈与（法人からの贈与を除く。）を受けた個人（以下「受贈者」という。）は、1月1日から12月31日までの1年間に贈与を受けた財産について、「暦年課税の贈与」「相続時精算課税の贈与」に区分して、贈与税の申告をしなければならない。「暦年課税」の贈与として、1年間に受けた財産の贈与の額の合計額が110万円（基礎控除額）を超える場合

は申告しなければならない。

(3) 申告期限

贈与により財産を取得した年の翌年2月1日から3月15日までとなっている（相税28条1項）。

(4) 期限後申告

申告書の提出期限後において第32条第1項第1号から第6号までに規定する事由が生じた場合、更正の請求の特則が生じたため新たに相続税申告書を提出すべき要件に該当することとなった者は期限後申告書を提出することができる（相税30条2項）。

(十) 贈与税の納付

申告書の提出期限までに納付しなければならない（相税33条）。

3 信託と税法の関係性

(一) 基本的な考え方

(1) 自益信託（委託者＝受益者）では、相続税・贈与税の課税は生じない。これは、信託効力発生の前後で信託財産の経済的帰属者が同一であるためである。

(2) 他益信託（委託者≠受益者）では、相続税・贈与税の課税が生じる（相税9条の2第1項）。この場合、信託の効力発生時に受益者に課税される。受託者には相続税・贈与税の課税が生じない点には注意が必要である。また、信託終了時、信託期間中の受益者と残余財産受益者・帰属権利者が同一であれば相続税・贈与税の課税は生じない。一方、異なる場合、残余財産受益者・帰属権利者に相続税・贈与税を課税される。

(3) 信託の計算書・調書

① 信託の計算書（所税227条）

信託会社である受託者は毎事業年度終了後1月以内に、信託会社以外の受託者は毎年1月31日までに、税務署長に信託の計算書を提出する（所税227条）。信託の計算書は法定調書の一種であり、受益者別に作成する（所税施規則96条1項柱書）。記載事項は所得税法施行規則96条1項各号に記載されている。計算書に合計表を添付して提出する。

② 信託に関する受益者別（委託者別）調書及び合計表

受託者は、税務署長に、受益者別（委託者別）に、信託の効力発生、受益者変更、信託終了、権利内容変更などを記載した調書を提出事由が生じた日の属する月の翌月末日までに提出しなければならない（相税59条）。調書には、信託の件数、受益者数、委託者数、信託財産の価額などを合計した合計表を添付して提出する。

㈡ 具体的事例

⑴ 受益者連続型信託1

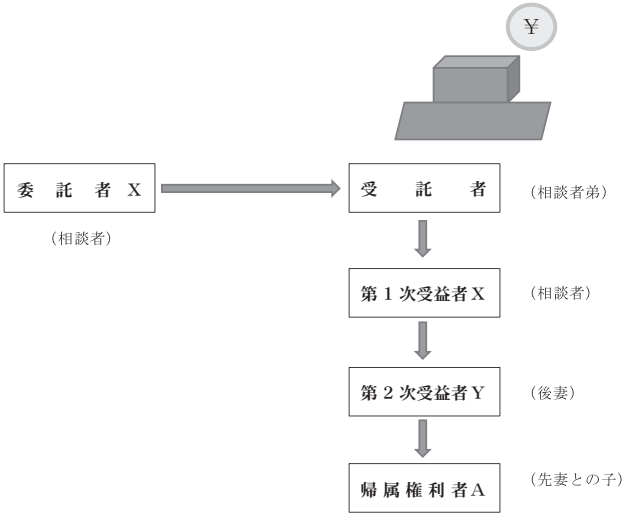
①（事例）

相談者X（65歳）は、先妻（10年前に離婚）との間に子供A（35歳）がいる。Xは3年前にY（50歳）と再婚したが、Yとの間に子供はいない。

Yには、前の夫との子である連れ子B（20歳）がいる。

Xは自宅不動産と預金5000万円保有（ともに信託財産としたい意向あり）。Yが生きている間は、Yに自宅の使用を認めたいが、最終的には自宅不動産は子供Aに渡したいと考えている。

② スキーム



③ 課税関係

ア 信託の効力発生時は、第1次受益者が委託者であるXであるため、自益信託（相税9条の2第1項参照）として、Xに相続税・贈与税・所得税の課税は生じない。

イ 第1次受益者Xの死亡後については、後妻Yをその死亡の時まで自宅不動産を使用できる第2次受益者とすることになる。この後妻Yについては、第1次受益者の死亡により、信託財産を遺贈により取得したものとみなされ、相続税が課税される（相法9の2第2項）。この場合、後妻Yが取得するのは自らの死亡の時点までの不確定だが終期が付された使用権であり、本来は当該不動産の処分価値とは価値が異なるが、このような制約はないものとみなされる（相法9の3第1項）。とはいえ、相続税法19条の2の配偶者に対する相続税額の軽減により、配偶

者の法定相続分相当額あるいは配偶者の受ける遺産の評価額1億6000万円のいずれか高い額までは相続税がかからない。ただし、この特例の適用には、申告が必要なことに注意が必要である（相法19の2第3項）。

エ　信託終了時には、後妻Yの受益権は消滅し、信託は終了し、先妻の子Aが残余財産の帰属権利者とされることとなる。この信託終了時には、受託者には、課税関係は生じない。信託帳簿の作成と受益者相続人への報告（信託法37条）、信託に関する受益者別（委託者別）の調書及び合計表を所轄税務署長に提出（事由が生じた翌月末日まで（相法59条2項2号））が必要である。

帰属権利者Aは、残余財産を遺贈により取得したとみなされて、相続税が課税される（相法9の2第4項）。後妻Yと先妻の子Aが養子縁組等をしていない場合には、Aは一親等の血族でない後妻Yから遺贈を受けたとみなされるので、相続税額が2割加算される（相法18条）。

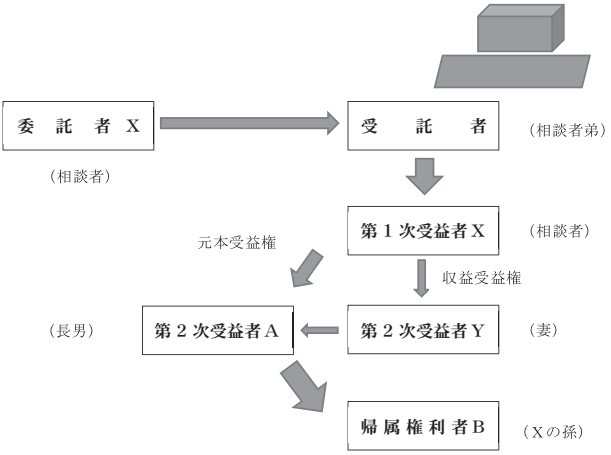
⑵　受益者連続型信託2（いわゆる複層化信託）

①（事例）

相談者X（65歳）は、収益不動産（土地建物）を有している。

不動産自体は長男Aから長男の子B（Xの孫）にそのまま相続させたいが、妻Yが生きている間は、妻Yに当面の生活資金を確実に確保させたい。不動産の収入については妻Y死亡後長男Aに渡したい。（便宜上金銭信託は省略）

② スキーム



③ 課税関係

ア 信託の効力発生時は、受益者は委託者であるX自身であり、自益信託（相法9条の2第1項参照）であるから、委託者兼第1次受益者・受託者ともに相続税・贈与税・所得税の課税は生じない。

イ 第1次受益者Xの死亡時には、それぞれの関係者は次のような権利を取得することとなる。

妻Yには自らの死亡時点までという期間不確定の収益受益権が取得され、長男Aは妻Yの死亡時を始期とし、自らの死亡時を終期とする始期・終期とも不確定の収益受益権を取得し、長男の子Bは、長男A死亡時に信託が終了し清算された残余財産を取得することとなる。

これらはそれぞれ経済的に評価が可能な権利であるが、課税上は収益受益権の価値を物件価値と等しいものとみなすこととされている（相法9の3第1項）。

その結果、その後の課税関係は次のとおりとなる。

ウ　第1次受益者Ｘ死亡時には、収益受益権を取得する妻Ｙが、制約がない権利即ち物権自体を遺贈で取得したとみなされて課税される。Ａ・Ｂには課税はない（その時点で取得する権利の価値がゼロ）。

エ　妻Ｙ死亡時には、収益受益権を取得する長男Ａが、制約がない権利即ち物権自体を遺贈で取得したとみなされて課税される。Ｂには課税はない（その時点で権利を取得していない）。

オ　長男Ａが死亡し、信託が終了した際には、清算後の残余財産を帰属権利者として取得するＢに、残余財産を遺贈で取得したとみなされて相続税が課税される（相法9の2Ⅳ）。

五　信託と債務控除（相続税法9条の2）

本章では、相続税法第一章第三節信託に関する特例の中の（贈与又は遺贈により取得したとみなす信託に関する権利）9条の2の解釈・適用を通じて.信託における債務控除の問題を検討する。

1　信託受益権の譲渡性

相続税法9条の2は、第1項ないし第4項において「贈与（遺贈）により取得したものとみなす。」としているが、そもそも、信託の受益権には譲渡性がある。受益権とは、信託行為に基づいて受託者が受益者に対し負う債務であって信託財産に属する財産の引渡しその他の信託財産に係る給付をすべきものに係る債権（以下「受益債権」という。）及びこれを確保するためにこの法律の規定に基づいて受託者その他の者に対し一定の行為を求めることができる権利をいい（信託法2条7項）、信託法は、「受益者は、その有する受益権を譲り渡すことができる。」（信託法93条1項本文）としているのである。したがって、受益権は贈与等に

よる譲渡の対象となり、受益権者が死亡したときにも存続するのであれば、死因贈与、遺贈、相続の対象になる。

例えば、投資信託の受益権は、贈与、遺贈、相続の対象になる。

しかしながら、受益権は信託行為によって創造される債権であり、信託行為において、受益者が死亡したときに当該受益権が消滅し、他の者が新たに受益権を取得するものと定めておくこともできる（信託法91条参照）。しかして、このような受益者連続型の遺言代用信託における受益権の取得は、実体法上、前受益者からの相続・遺贈ではない。すなわち、後継ぎ遺贈型受益者連続信託において第二次以降の受益者は、先順位の受益者からその受益権を承継取得するのでなく、委託者から直接に受益権を取得するものと法律構成されるのである（寺本昌弘「逐条解説　新しい信託法」260頁-261頁）。したがって、前受益者を被相続人とする相続税課税の対象となる相続・遺贈が存在しない。そこで、相続税課税のためには、遺贈を「みなす」必要がある。

また、例えば、他益信託の契約締結は、委託者と受託者との間の契約であり、委託者と受益者との間の法律行為（贈与）は存在しない。そこで、贈与税課税のためには、贈与を「みなす」必要がある。

2　相続税法9条の2の解釈・適用

㈠　法文の基本構造

本条1項が信託の効力発生時における課税規定、本条2項・3項が信託継続中における課税規定、本条4項が信託の終了時における課税規定となっている。

⑴　本条1項は、信託の設定時に「受益者等となる者があるとき」は、自益信託を除き、受益権を「贈与（遺贈）により取得したものとみなす。」としている。

課税時期は、受益権の取得時である。しかして、他益信託の場合にも、受益者は受益の意思表示（民法537条2項）を要せず、当然に受益権を取得する（信託法88条1項）。したがって、信託の効力が生じた時、すなわち信託を設定する法律行為の効力が生じた時が課税時期となる。なお、信託の効力の発生は、信託法4条に規定されており、信託契約の場合には、原則として信託契約締結によって、遺言による信託の場合には、遺言の効力の発生（原則として遺言者の死亡）によって信託の効力が発生する。

⑵　本条2項は、信託継続中に「受益者等が存するに至った場合」は、受益権を「贈与（遺贈）により取得したものとみなす。」としている。課税時期は、新しい受益者が現に受益権を有することとなった時である。

⑶　本条3項は、信託継続中に「一部の受益者等が存しなくなった場合」で「既に受益者等である者が当該信託に関する権利（受益権）について新たに利益を受ける」ときは、その利益を「贈与（遺贈）により取得したものとみなす。」としている。

課税時期は、その利益を生じさせる原因となる受益者が現に受益権を有しなくなった時など、受益者等が存しなくなった時である。

⑷　本条4項は、信託の終了時に「残余財産の給付を受けるべき、又は帰属すべきものとなる者があるとき」は、受益権ではなく「当該信託の残余財産（当該信託の終了直前においてその者が当該信託の受益者等であった場合には、当該受益者等として有していた当該信託に関する権利に相当するものを除く）」を「贈与（遺贈）により取得したものとみなす。」としている。

課税時期は、現実に残余財産の給付を受ける必要はなく、残余

財産の給付を受けるべき、又は帰属すべき者としての権利を取得した時であり、原則として、信託の終了時である。

⑸　本条5項は、特定委託者に関する条項である。

本条1項ないし3項は、「受益者としての権利を現に有する者」と「特定委託者」とを合わせて、「受益者等」という概念を使用しているところ、この「特定委託者」は、信託の変更をする権限を現に有し、かつ、信託財産の給付を受けることとされている者（受益者を除く）と定義されている。

なお、相続法施行令1条の7・2項は、「信託の変更をする権限には、他の者との合意により信託を変更することができる権限を含むものとする。」としている。また、相続法施行令1条の12第4項は、「停止条件が付された信託財産の給付を受ける権利を有する者は、法第九条の二第五項に規定する信託財産の給付を受けることとされている者に該当するものとする。」としている。

⑹　本条6項は、本条1項乃至3項におけるみなし贈与・遺贈においては、「当該信託の信託財産に属する資産及び負債を取得し、又は承継したものとみなす」される旨を定めており、信託の終了時に関する本条4項を除外している。

なお、本条項の適用範囲に関し、税理士の先生方の間では、現に受益権の贈与・遺贈が行われた場合（＝贈与・遺贈の法律行為が存在する場合）にも、本条項が適用されるものと考えられているようでもある。

しかし、本条6項はみなし贈与・遺贈の場合に適用されるものであって、現に受益権の贈与・遺贈が行われた場合（＝贈与・遺贈の法律行為が存在する場合）には適用されないと考えており、その場

合の債務控除は受益権の評価に包摂されるのではないかと考えている。たしかに、受益権の評価に関する財産評価基本通達（202）は、1項で「課税時期における信託財産の相続税評価額による」としている。しかし、取引相場のない株式の評価に関する財産評価基本通達（179）は、「小会社の株式の価額は、1株当たりの純資産価額（相続税評価額によって計算した金額）によって評価する。」など、株式の時価評価に当たって会社の財産から会社の債務を控除することを、当然のこととして肯定している。しかして、破産手続きが認められる（破産法244条の2～）点で株式会社と信託とは異ならない。したがって、受益権の時価評価に当たって信託財産責任負担債務を控除することも、当然の事として認識されるべきであり、そうであるが故に後述する土地基本通達は、債務控除を確認的に認めていたものと捉えられる。とすれば、財産評価基本通達（202）は、受益権の時価評価に当たって信託財産責任負担債務を控除することを否定しているわけではないと考えるべきであり、そのような認識を前提として、実体法上は存在しない贈与・遺贈による譲渡の存在がみなされる場合の相続税法9条の2第6項が規定されているものと解すべきである。かかる解釈は、財産評価の原則を定めている相続税法22条（「相続、遺贈又は贈与により取得した財産の価額は、当該財産の取得の時における時価により、当該財産の価額から控除すべき債務の金額は、その時の現況による。」）にも沿うものではないだろうか。

また、当該信託の信託財産と信託財産責任負担債務のバランスが債務超過の場合にも、受益権の評価はゼロ円を最小とするものであり、当該信託の受益権を債務（超過部分）と同視して他の相続財産

と損益通算する（＝超過部分の債務控除を肯定する）ことはできないのではないかと考えられる。この点、相続税法に明確な規定はないが、所得税法において損益通算ができないことと軌を一にすべきであろう。

とはいえ、仮に、受託者と受益者との間の個別合意（信託法48条5項）によって、特定の信託財産責任負担債務に関し受益者が無限責任を負担していたとみられる場合には、当該信託財産責任負担債務の存在を原因とする超過部分の債務控除を肯定することが可能なのかもしれない。

㈡　相続税法9条の2に関する基本通達

⑴　本条1項の「受益者としての権利を現に有する者」には、残余財産受益者（信託法第182条第1項第1号）は含まれるが、帰属権利者（信託法第182条第1項第1号）、信託法第90条第1項各号に規定する委託者死亡前の受益者及び「停止条件が付された信託財産の給付を受ける権利を有する者」は含まれない。

⑵　本条1項乃至3項及び5項の「特定委託者」とは、原則として次に掲げる者をいう。

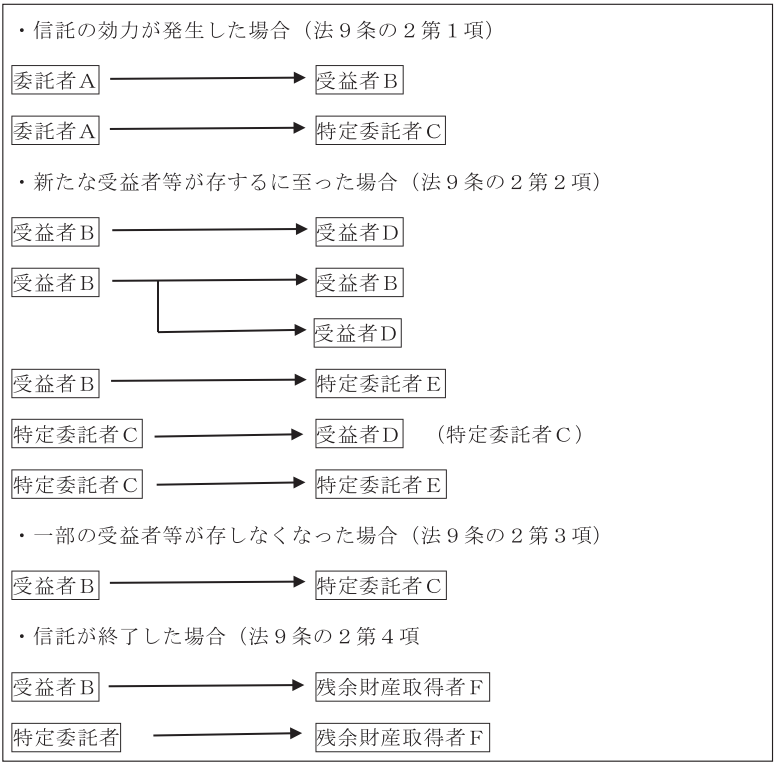
①　委託者が帰属権利者として指定されている信託の委託者（又は残余財産受益者等の指定に関する定めがない信託の委託者又は残余財産受益者等の全員がその権利を放棄した場合の委託者）

②　「停止条件が付された信託財産の給付を受ける権利を有する者」で信託の変更をする権限を有する者

⑶　本条2項の「信託の受益者等が存するに至った場合」とは、例えば、受益者Aのみが存する信託に受益者Bが存することとなった場合（受益者Aが並存する場合を含む。）をいう。

㈢　参考図

相続税法9条の2に関し、1項ないし4項の適用対象において贈与・遺贈とみなされる受益権等の移動は下記の図のとおりである。



3　各論

委託者の死亡を終了事由とする信託が委託者の死亡により終了した場合、信託終了時点の信託財産責任負担債務は受託者の債務であって、委託者＝被相続人の相続債務ではない。

では、委託者＝被相続人の相続に関する課税にあたって、信託終了時点の信託財産責任負担債務を全く債務控除できないのであろうか。仮

に、債務控除が可能だとしても条件が付くのだろうか。さらには、信託終了時の信託財産と信託財産責任負担債務のバランスが債務超過の場合に、その超過部分まで債務控除できるのだろうか。この問題に関しては、現在、法務省・国税庁ともにその見解を示しておらず、定説といえる見解もない。

⑴　信託終了後の清算

信託法では、信託終了後の清算段階での債務弁済が予定されている（信託法177条・181条）。

しかし、例えば、不動産流動化のための信託では、信託の終了に当たって、清算手続きを経ることなく、信託財産である不動産を、これに関する全ての契約関係、債権債務とともに現状のままで帰属権利者に引き渡すと定めることが多いが、この点については、信託スキームの関係当事者全員が合意しているのであれば、信託法177条（清算受託者の職務）や同法181条（債務の弁済前における残余財産の給付の制限）とは異なる処理の仕方も認められるものと解されている。ただし、受託者の債務である信託財産責任負担債務は、信託財産ではなく、「残余財産」ではないから、これを残余財産受益者・帰属権利者の債務とするためには、別途、債務引受けを行う必要がある。

とはいえ、相続税法9条の2・6項は、同条1項乃至3項におけるみなし贈与・遺贈に関する規定であり、信託の終了時に関する同条4項を除外している。したがって、相続税法9条の2・6項を同条4項によるみなし贈与・遺贈に適用することはできない。

⑵　委託者の死亡により終了した信託財産責任負担債務の債務控除に関し、税理士の先生方の間では、否定説と肯定説があり、肯定

説として次の二説があるようである。

① まず、受益者連続型信託における受益者の死亡による交替を前提として、債務超過の場合には、債務履行の確実性の観点から、旧受益者（被相続人）が信託財産責任負担債務の連帯債務者であるか、保証人であって、旧受益者（被相続人）の死亡により当該連帯債務者の地位又は保証人の地位を新受益者が承継した場合には、信託財産をもって弁済できないと見込まれる信託財産責任負担債務を新受益者が負担することになるので、債務控除が認められる（＝旧受益者（被相続人）が連帯債務者でも保証人でもない場合には、債務控除が認められない可能性がある）という見解である。

この見解は、相続税基本通達14-1において、確実と認められる範囲の金額だけを控除する。保証債務は、原則として控除しないが、主たる債務者が弁済不能で保証債務者がその債務を履行しなければならない場合は、控除する、などとされていることを意識しているようである。

② 次に、信託法48条5項の受託者と受益者との個別の補償合意があれば、その合意に基づく受託者の受益者に対する求償権に基づく債務は被相続人の確実な債務とみられ、債務超過の部分も含めて債務控除を受けることができるという見解のようである。

この見解は、平成18年信託法大改正前の土地信託通達において、土地信託の信託受益権の取得又は譲渡については、信託財産に帰属する財産債務はその信託の受益者が自ら有するものとし、信託受益権はその目的となっている信託財産に帰属している財産債務そのものを直接有する権利であるとして、所得税、法人税、

相続税又は贈与税に関する法令の規定を適用するとされていたところ、旧信託法36条2項においては、受託者は受益者に対する補償請求が認められており、受益者には同条項を介した無限責任が存在し、信託財産に帰属する債務を債務控除することについて特段の疑義はなかったのであり、単なる確認的通達であった、相続税法9条の2第6項の新設により、上記土地信託に関する取扱いが土地以外の資産にも拡充されることになったという理解に基づくものである。

しかしながら、上記土地信託通達は、受益権の取得又は譲渡あるいは受益者の交替に関するものであり、信託終了時点の残余財産の取得を射程範囲とするものではないという見方も可能なように思われる。

(3) 以下は、試論であるが、相続税法9条の2第6項の適用については、類推適用も含めて断念したうえで、同条4項の「残余財産」の解釈を通じて解決を図ることができないだろうか。

すなわち、「残余財産」は、通常は清算を経て債務が存在しなくなった後の財産を指すものである。とするならば、特定の信託財産責任負担債務を関係当事者の合意のもとに清算しないで債務引受けさせた場合にも、「残余財産」の時価評価額に関しては、債務弁済を経て清算が完了したものと仮定して、存続させた信託財産責任負担債務をも債務控除することができるのではないだろうか。

ただし、この場合にも、債務超過における超過部分までの債務控除は認められないであろう。

なぜならば、信託法は、信託終了後の清算段階においては、信託財産の破産申立を義務的なものとしており（信託法179条1項）、し

かも罰則を設けて（信託法270条1項8号）、破産申立を強制している。したがって、「残余財産」の時価評価額については、ゼロ円を最小とすべきである。この点は、所得税法において損益通算ができないことと軌を一にすべきはないかと考える次第である。

とはいえ、仮に、受託者と受益者との間の個別合意（信託法48条5項）によって、特定の信託財産責任負担債務に関し受益者が無限責任を負担していたとみられる場合には、当該信託財産責任負担債務の存在を原因とする超過部分の債務控除を肯定することが可能なのかもしれない。

なお、相続税の課税においては、小規模宅地の評価減など相続財産の時価を評価するに当たっての特例が認められている。したがって、相続税課税における債務超過は、破産の要件である債務超過とは異なるものである点には留意しなければならない。

⑷　いずれにしろ、債務控除は、本来、①被相続人の債務で相続開始の際に現に存するもの（相続税法13条1号）について、②（被相続人による債務の）履行が確実と認められる場合に肯定されるものである（相続税法14条）。

とすれば、まず①、被相続人の債務ではない信託財産責任負担債務については、相続税法9条の2第6項の適用が認められるか、あるいは、同条項の適用がなくても債務控除を可能にする解釈が必要である。

次に②、当該信託財産責任負担債務における債務超過部分の履行の確実性を担保するためには、A 信託法48条5項の受託者と受益者との個別の補償合意の存在、又は、B 被相続人による保証が必要なように思われる。

結局、実務上の対処法としては、可能な準備を全部やっておくより仕方がないのであろう。

すなわち、信託行為においては、受託者と受益者（＝被相続人）との間の補償合意条項を設けて（他益信託であれば、受益者にも署名させる。）、信託終了時に一部の債務を弁済しないことも可能なこと、その際残余財産の取得者が債務引受けをすることを明記しておく。加えて、特定の不動産担保ロ―ンなど、終了後にも存続させる信託財産責任負担債務について、受託者と受益者（＝被相続人）との間の覚書により個別に補償合意を成立させ、かつ、債権者と受益者（＝被相続人）との間で保証契約を締結しておく。そのうえで、受益者（＝被相続人）の死亡により信託が終了した際には、残余財産の取得者（＝相続人）が信託行為に基づいて当該信託財産責任負担債務の債務引受けをするのである。

あるいは、受益者（＝被相続人）の死亡を終了とはせず、当初受益者の死亡によりその受益権を消滅させ、第二次受益者が受益権を取得するものとして、相続税法9条の2第2項を適用させて同法6項の適用を導く方法もあろう。ただし、この場合にも履行の確実性の問題は残る。

したがって、やはり、信託行為においては受託者と受益者（＝被相続人）との間の補償合意条項を設け（他益信託であれば、受益者にも署名させる。）、特定の不動産担保ロ―ンなど、債務控除の対象としたい信託財産責任負担債務について受託者と受益者（＝被相続人）との間の覚書により個別に補償合意を成立させ、かつ、債権者と受益者（＝被相続人）との間で保証契約を締結しておくべきである。

(4) では、実際に債務超過の場合の相続税申告を行うに当たって、受託者が負担している信託財産責任負担債務による債務控除を目指すべきか。あるいは、被相続人（＝受益者）の保証債務による債務控除を目指した方が良いのか。

原則的には、現に信託を行ってきた実態に即して、受託者が負担している信託財産責任負担債務による債務控除を目指すことが筋であるように思われる。しかしながら、被相続人（＝受益者）の保証債務による債務控除が排除されるものではなく、具体的な事情に即して、適宜に選択することになるのであろう。

4 特定委託者について

(1) 委託者が帰属権利者である場合（他益信託を前提とする）

帰属権利者は、信託終了前は受益者ではない。しかし、委託者が帰属権利者とされている場合には、委託者であれば信託変更に関する権限を有するから（信託法149条1項）、特定委託者に当たり課税法上は受益者とみなすことになるとの指摘がある（笹島修平『4訂版　信託を活用した新しい相続・贈与のすすめ』262頁）。

とすれば、他益信託の委託者が自己を帰属権利者としておくと、信託終了時の課税とは別に、信託設定時に、受益者に対する贈与税課税に加えて、委託者にも贈与税が課税されるのだろうか？いや、それは不条理である。しかしながら、相続税法9条の2第5項の解釈としては、特定委託者への該当性を明確に否定することができないのではないだろうか。

それとも、信託設定時に、委託者には特定委託者としてまず贈与税が課税され、信託終了時には、委託者＝帰属権利者に対する課税はないとみるべきなのだろうか。

早急に、税法上の解決を図っていただきたい課題である。

(1) 受託者が帰属権利者である場合

例えば、親子間で民事信託を設定する場合に子を受託者兼帰属権利者とする例は多い。しかし、受託者は基本的に信託変更権限を有する者に該当することから、受託者が残余財産の帰属権利者である場合には、その実質をみて、受託者が税務上の受益者（特定委託者）とみなされる可能性があるとの指摘がある（宮田房枝　税理士法人タクトコンサルティング　TACT ニュース　No.740税務上のみなし受益者（特定委託者）とは）。

とすれば、自益信託の受託者を委託者（= 受益者）の死亡により終了する信託の帰属権利者としておくと、信託終了時点での帰属権利者（= 受託者）に対する相続税課税とは別に、信託設定時にも、受託者に対する贈与税が課税されるのだろうか。いや、それは不条理である。しかしながら、相続税法9条の2第5項の解釈としては、特定委託者への該当性を明確に否定することができないのではないだろうか。

それとも、信託設定時に、受託者には特定委託者としてまず贈与税が課税され、信託終了時には、残余財産が設定時の信託財産を下回るのであれば課税はないとみるべきなのだろうか。

この点についても、早急に、税法上の解決を図っていただきたい課題である。

六　流通税

1　不動産取得税

不動産の取得者に課税されるが、信託設定時は非課税である（地方税

法73条の7第4項)。信託終了時は課税される（不動産の価格の1000分の4、地方税法73条の13および73条の15)。

2　登録免許税

信託の設定時について、信託による所有権移転登記は、非課税である。信託登記については、固定資産税評価額の1000分の4の登録免許税が課される（ただし、土地については租税特別措置法で1000分の3となっている。)。

信託終了時は、信託財産を受託者から受益者に移す場合であり、信託の効力が生じた時から引き続き委託者のみが信託財産の元本の受益者である場合であり、かつ受益者が信託の効力が生じた時における委託者の相続人である場合には登録免許税は非課税である。

七　最後に

信託と租税に関する考察は以上のとおりである。信託法が改正されて十余年経過するが、いまだに不透明な部分が多く、一方、平成30年7月における相続法の改正によって、さらに問題は深化するものと思われる。一方、特定委託者の問題など、数年前では議論されていなかった問題も登場するなど、信託における租税の問題は混迷を極めている。このような問題に踏み込んだ論考は少ないと思われるなかで、本稿では一定の検討を行ってみたため、本稿が実務の参考になれば幸いである。

（以上の原稿は、平成30年度信託法研究部の伊東大祐、福西信文、川﨑公司、山口正徳の執筆した原稿を、清水晃及び金森健一が監修してまとめたものであり、文責は清水晃にある。）

以　上

ＬＧＢＴに関する裁判例と地方自治体の取組み

ＬＧＢＴ法務研究部

＊目　次

一　はじめに ····· 262
二　ＬＧＢＴ（性的マイノリティ）に関する裁判例 ····· 262
1　性同一性障害者の配転命令拒否と懲戒権の濫用（東京地裁平成 14 年 6 月 20 日決定・労働判例 830 号 13 頁）····· 262
2　男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子と嫡出の推定（最高裁平成 25 年 12 月 10 日第三小法廷決定・民集 67 巻 9 号 1847 頁）····· 266
3　同性愛関係にあったことを理由とした離婚等請求（東京地裁平成 16 年 4 月 7 日判決・判例秘書Ｌ 05931617）····· 270
4　アウティングとプライバシー権侵害（東京地裁平成 25 年 8 月 13 日判決・ウエストロー・ジャパン 2013WLJPCA08138005）·····274
三　地方自治体の取組み ····· 279
1　パートナーシップの証明制度についての規定を定める条例・要綱 ····· 279
2　性的指向・性自認に関する差別を禁止する規定を取り入れた条例 ····· 296
3　今後の展望 ····· 301

一　はじめに

ＬＧＢＴとは、レズビアン（lesbian）、ゲイ（gay）、バイセクシュアル（bisexual）及びトランスジェンダー（transgender）の頭文字をとった単語で、性的マイノリティの総称として、世界的に使用されている言葉である（本稿において、性的マイノリティを総称して「ＬＧＢＴ」と記す。）。日本国内の人口におけるＬＧＢＴの割合については、株式会社電通による性的マイノリティに係る調査結果（2015（平成27）年）によれば約7.6％、博報堂ＤＹグループの株式会社ＬＧＢＴ総合研究所による調査結果（2016（平成28）年）によれば約5.9％（その他性的マイノリティ約2.1％を含めると合計約8.0％）と発表されている。性自認や性的指向は、自己を確立する人格の根幹要素である。ＬＧＢＴに対する無理解による差別や偏見により、その人権が侵害されるようなことがあってはならない。

本稿は、ＬＧＢＴに対する理解を深め、また法的問題を考える契機となることを期待して、異なる領域ないし観点での４つの裁判例とＬＧＢＴの人権保障に向けた地方自治体の取組みを紹介し、評釈することを試みるものである。

二　ＬＧＢＴ（性的マイノリティ）に関する裁判例

１　性同一性障害者の配転命令拒否と懲戒権の濫用（東京地裁平成14年６月20日決定・労働判例830号13頁）

（帯刀康一）

（一）事案の概要

性同一性障害者（身体的な性は男性であるが、心の性は女性）である債権者（X）に対して、X を雇用する債務者（Y）が、①配転命令拒否、

②配転命令の辞令を破棄し、Yに送り返したこと、③配転命令後の業務引継拒否、④社用パソコンにて業務時間中に、私的に開設したホームページに誹謗中傷等の記事を書き込んだこと、⑤女装で出勤しないこと等の業務命令に従わなかったことを解雇事由として懲戒解雇したところ、Xは懲戒解雇が無効であるとして地位保全等を求めた事案である。

(二) 争点

懲戒解雇の有効性が争点となった事案である。

本稿で取り上げる問題との関係では、解雇事由⑤の女装で出勤しないこと等の業務命令に従わなかったことの懲戒解雇事由該当性・相当性が争点となっている。

(三) 結論

懲戒解雇は無効と判断された。

また、本稿との関係で問題となる解雇事由⑤については、懲戒解雇事由に該当し得るが、相当性は認められないとされた。

(四) 決定の要旨

本決定では、Xが突如として女性の容姿で就労しようとしたことのYの社員や取引先等への影響について、「Xは、従前は男性として、男性の容姿をしてYに就労していたが、1月22日、Yに対し、初めて女性の容姿をして就労すること等を認めるように求める本件申出をし、3月4日、本件申出がYから承認されなかった後に最初に出社した日、突然、女性の容姿をして出社し、配転先である製作部製作課に現れたのであり、Y社員がXのこのような行動を全く予期していなかったであろうことを考えると、Y社員（特に人事担当者や配転先である製作部製作課の社員）は、女性の容姿をしたXを見聞きして、

シヨックを受け、強い違和感を抱いたものと認められる」、「Y の取引先や顧客のうち相当数が、女性の容姿をした X を見て違和感を抱き、X が従前に男性として就労していたことを知り、X に対し嫌悪感を抱くおそれがあることは認められる」などとした。

他方で、X が女性の容姿で就労することになった事情については、「X は、本件申出をした当時には、性同一性障害（性転換症）として、精神的、肉体的に女性として行動することを強く求めており、他者から男性としての行動を要求され又は女性としての行動を抑制されると、多大な精神的苦痛を被る状態にあったということができる」、「X が Y に対し、女性の容姿をして就労することを認め、これに伴う配慮をしてほしいと求めることは、相応の理由があるものといえる」などとしている。

そのうえで、懲戒解雇事由の該当性について、「Y 社員が X に抱いた違和感及び嫌悪感は、・・（略）・・、X における上記事情を認識し、理解するよう図ることにより、時間の経過も相まって緩和する余地が十分あるものといえる」、「Y は、X に対し、本件申出を受けた1月22日からこれを承認しないと回答した2月14日までの間に、本件申出について何らかの対応をし、また、この回答をした際にその具体的理由を説明しようとしたとは認められない上（略）、その後の経緯に照らすと、X の性同一性障害に関する事情を理解し、本件申出に関する X の意向を反映しようとする姿勢を有していたとも認められない」などと判示し、解雇事由⑤は、懲戒解雇事由に該当し得るが、懲戒解雇に相当するまで重大かつ悪質な企業秩序違反とはいえないとし、懲戒解雇を無効とした。

（五）評釈

ＬＧＢＴである社員に対する解雇措置といった人事上の措置の有効性が問題となる場合、A．性的指向・性自認のみを理由として行うケース、B．性的指向・性自認とは無関係の理由で行うケース、C．本人の性的指向・性自認が間接的に影響しているが、それ以外にも理由があるケース（本件のようなケース。以下「間接影響ケース」という。）の3つのケースが考えられる。

この点、実務においては、単純に上記ＡかＢのケースであると割り切ることが可能な事案は少ないと思われ、程度の差こそあれ、本人の性的指向・性自認が職場でのトラブルの原因となっていることが多いと推察されるが、間接影響ケースにおける人事上の措置の有効性の判断においても、まずは当該人事上の措置を行う必要性・相当性の有無・程度が当該措置の有効性に大きく影響する。

もっとも、間接影響ケースにおいては、個別の事案毎に企業側・LGBT 社員側の双方に一定の理解・配慮と相互の調整が必要となり、具体的には、上記当該人事上の措置の有効性の有無の判断のなかで、①企業側に要請される LGBT 社員の人格的利益等への理解と配慮の内容・程度（企業規模、職種、事案等により異なり得る）、②LGBT 社員に要請される職場の秩序維持等への配慮の内容・程度、③双方の要請が対立した場合にその問題を解決するために行った協議の経緯・内容等が考慮されると解される。

本件では、X が突如として（身体上の性別とは異なる）女性の容姿で就労しようとした点については、Y 社の従業員や顧客、取引先の担当者が違和感や嫌悪感を抱くおそれがあるなどとし、X にも配慮すべき点があったとされているが（上記判断要素②）、他方で、性同一性障害である X が女性の容姿で就労することに Y 社に配慮を求め

ることも理由があると判断されている（上記判断要素①）。

したがって、本件では上記のＹ社とＸの両要請について調整が必要となるところ、Ｙ社には、Ｘの性同一性障害に関する事情を理解し、Ｘの意向を反映しようとする姿勢を有していたとも認められないとされており（上記判断要素③）、このことが本件解雇を無効と判断した大きな要因になっていると解される。

このように、本人の性的指向・性自認が職場でのトラブルの間接的な要因となっている間接影響ケースにおいて、そのことを理由として企業が解雇等の人事上の措置をとる場合、企業は、本人等に対してどのような配慮がなしうるのか、といった事項を十分に検討しておく必要があることを示唆している点で、今後企業が同種の事案で対応を検討する際に参考となる。

2　男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子と嫡出の推定（最高裁平成25年12月10日第三小法廷決定・民集67巻9号1847頁）

（五島丈裕）

（一）事案の概要

性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「特例法」という。）第3条第1項に基づいて男性に性別変更の審判を受けたＸ１が、その後に婚姻したＸ２との婚姻中に、精子提供を受けて懐胎して出産した子Ａを嫡出子とした出生届けが認められず、「父」の欄を空欄とするなどの戸籍の記載となった。そこで、Ｘ１とＸ２が、戸籍法113条の規定に基づく戸籍訂正許可を求めた事案である。

（二）争点

特例法に基づいて男性に性別変更を受けた者が婚姻中に、その妻

が懐胎して出産した子について、婚姻した夫婦が性的関係によって子をもうけることは想定できないとしても、民法772条に規定する嫡出推定を受けるかが争点となった。

（三）結論

特例法に基づいて男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、民法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきであるとして、原決定を破棄し、原々審判を取り消した上で、父の欄をＸ１とし、届出人を父とするなどの戸籍の訂正を許可した。

（四）決定の要旨（補足意見及び反対意見がある。）

・特例法4条1項は、性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法その他の法令の規定については、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす旨を規定している。したがって、特例法3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、法令の規定の適用について男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるのみならず、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきである。

・もっとも、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、その子は実質的には同条の推定を受けないことは、当審の判例とするところであるが（最高裁昭和44年5月29日第一小法廷

判決、最高裁平成12年3月14日第三小法廷判決)、性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できないものの、他方で、その主要な効果である同条による嫡出の推定についての規定を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとすることは相当でないというべきである。

・そうすると、妻が夫との婚姻中に懐胎した子につき嫡出子であるとの出生届がされた場合においては、戸籍事務管掌者が、戸籍の記載から夫が特例法3条1項の規定に基づき性別の取扱いの変更の審判を受けた者であって当該夫と当該子との間の血縁関係が存在しないことが明らかであるとして、当該子が民法772条による嫡出の推定を受けないと判断し、このことを理由に父の欄を空欄とする等の戸籍の記載をすることは法律上許されないというべきである。

(五) 評釈

(1) 特例法に基づき性別取扱変更の審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子の嫡出推定について、最初に判断した最高裁判決である。

(2) 特例法は、その対象となる「性同一性障害者」について厳格に定義し (2条)、生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあることも要件として (3条1項)、法令の規定の適用について、その性別につき他の性別に変わったものとみなされるものとする (5条)。

そこで、特例法の適用を受けた男性は生殖機能を持ちえず子との血縁関係はないといえるが、このような場合でも、民法772条の規定により嫡出子として推定されるかが問題となる。

なお、男性であった者が特例法により女性となり妻となった場合や、特例法により性別を変更した者同士が婚姻した場合は、妻の懐胎、分娩はあり得ず、現行法ないしその解釈上、法律上の母子関係を成立させることはできないので、上記は、特例法により男性に性別変更した場合のみが問題になるといえる。

（3）嫡出子とは、本来夫婦間の婚姻において性交渉が存在し、妻が夫によって懐胎した結果生まれた子であるところ、当該子が夫によって懐胎されたか否かが明確でないので、民法772条によって夫の子であることを強力に推定している。ところが、特例法の適用によって男性に性別変更した者は生殖能力がないことが明らかである。このような考え方に基づき、本件について、民法772条を適用する前提を欠くと判断することも考えられる（原決定は血縁関係が存在しないことが明らかな場合においては、民法772条を適用する前提を欠くと判断した。）。

しかし、本決定は、特例法4条1項により、民法772条の規定が適用されるとしている。

また、前記のとおり、嫡出推定が及ばない場合があることは判例も認めるところであるところ（前掲最高裁昭和44年5月29日第一小法廷判決、前掲最高裁平成12年3月14日第三小法廷判決）。実質的には民法772条の推定を受けない事情について、夫婦間に性的関係を持つ機会がないことが明らかなこととするという考え方によると、嫡出推定が及ばないという判断が導かれるともいえる。しかし、原決定は、実質的には民法772条の推定を受けない事情について、夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住していたことが明らかなこととして、本件は推定を受けない事情は認められず、嫡

出推定が及ぶとした。

（4）子の立場からみると、原決定の判断は、血縁関係がない夫が子の法律上の父とされることとなり、子の利益にとってマイナスになるのではないかという問題がある。

この点について、木内道祥裁判官は、補足意見において、「民法772条による嫡出推定は父を確保するものであり、子の利益にかなうものとする。嫡出推定が認められないことは、血縁上の父が判明しない限り、父を永遠に不明とすることである。」などとして、嫡出推定を認めることは子の利益になると述べている。また、「子にとって血縁上の父をもって法律上の父をする方法がないことが子の利益にとってマイナスに作用することがありうるであろうが、この点は、父を確保することとの衡量を制度上にどのように反映するかという問題であり、今後の立法課題である」という意見も述べている。

（5）以上のとおり、本決定は、特例法により婚姻することを認めながらその主要な効果である民法772条による嫡出推定の規定の適用を認めないことは相当でないとして、特例法に基づき男性に性別変更した者の妻が妊娠中に懐胎した子について、民法772条の規定の適用を判断したものである。

なお、上記内容は、血液型やＤＮＡ鑑定により血縁関係がない場合や非配偶者間の人工授精等の生殖医療により生まれた子の嫡出推定には、その射程が及ぶものではないものと考えられる。

3　同性愛関係にあったことを理由とした離婚等請求（東京地裁平成16年4月7日判決・判例秘書Ｌ05931617）

（岩井翼）

（一）事案の概要

夫（X）が、妻（Y）に対し、オーストラリア人女性と同性愛関係（以下、同性との性的関係を表現するものとして用いる。）にあったことが不貞行為に当たるなどとして、離婚及び慰謝料を請求した事案である。

（二）争点

同性愛関係にあったことが、裁判離婚事由である民法770条1項1号及び同項5号に該当するかが争点となった。

（三）結論

X と Y には民法770条1項5号の離婚原因が認められる。

Y の行為は民法770条1項1号の不貞行為に該当する。

（四）判決の要旨

（1）離婚原因の有無

本判決は、「Y は、いわゆる本人訴訟であり、X の主張に対する明確な認否を明らかにしてはいないが、前記摘示のとおり、X との離婚自体はやむを得ないと考えているようであって、X と Y との婚姻関係には、民法770条1項5号所定の婚姻を継続し難い重大な事由が存在することは明らかと考えられるから、後述のように、X が請求している慰謝料の判断に必要な範囲では事実関係を検討するものの、離婚原因の存否そのものについては、これ以上の判断はしないものとする。」と判示した。

（2）不貞行為の有無

本判決は、証拠によればYがオーストラリア人女性と同性愛関係にあった事実を認めることができるとした上で、「日本国民法770条1項1号にいう「不貞」とは、性別の異なる相手方と性的関係を持つことだけではなく、性別の同じ相手方と性的関係を持つことも含

まれるというべきであるから、Yの行為は、夫であるXとの関係では、上記「不貞」に該当するというべきである。したがって、Yは、Xに対して、同法709条に定める不法行為として、損害賠償を支払う義務を負うというべきである。」と判示した。

（五）評釈

（1）Yが同性愛関係を持ったことは離婚原因となるか。本判決は離婚原因を認めたが、YがXとの離婚自体はやむを得ないと考えていたことのみを指摘した上で、「民法770条1項5号所定の婚姻を継続し難い重大な事由が存在することは明らか」と判断しており、端的に同性愛関係を「不貞」（民法770条1項1号）に該当するとして離婚原因を認めたものではなかった。もっとも、本判決は、慰謝料請求の判断の中で同性愛関係を「不貞」に当たると判断しているため、同性愛関係も1号該当性が認められると解釈していると考えられる。

（2）民法770条1項1号にいわゆる「不貞」については、貞操義務に違反する行為を意味し、同号所定の「配偶者に不貞の行為があったとき」とは、配偶者のある者が自由な意思に基づいて配偶者以外の者と性的関係を結ぶことをいうと解した判例がある（最高裁昭和48年11月15日第一小法廷判決・民集27巻10号1323頁）。そして、「不貞行為」（「性的関係」）の解釈については、①姦通（性交関係）に限るとする見解、②姦通に限らず、配偶者以外の者と肉体関係を結ぶこととする見解、③貞操義務に忠実でない一切の行為を含み、肉体関係のみの問題でなく、肉体関係以外の不道徳で夫婦の信頼義務に反する行為が含まれるとする見解などが存在する（最高裁判所判例解説民事編昭和48年度331頁［井田友吉］）。本判決は②に近い

見解に立つものと考えられる。

①の見解は、夫婦とは婚姻（愛）・性・生殖の三位一体を前提とする社会的結合であるところ、姦通（性交）は生殖と連動し、三位一体の結合関係を決定的に破壊する点を根拠とする。したがって、①の見解に立った場合、不貞行為における「配偶者以外の者」は妊娠の可能性があることを前提とする異性を指すこととなり、よって、同性愛関係を持ったことは不貞行為に該当しない。②又は③の見解に立った場合には、同性愛関係を持ったことが不貞行為に該当すると解釈しても矛盾はないが、この点については、「同性愛を、異性との不貞行為に匹敵する有責行為と考える社会意識があるかどうか」（内田貴「民法Ⅳ　親族・相続」116頁）の問題であるとする見解がある。

（3）また、民法770条1項5号にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」とは、婚姻関係が破綻して婚姻の本質に応じた共同生活の回復の見込みがないことをいい、その判断に当たっては婚姻生活全体の一切の事情が考慮されると解されている（新版注釈民法（22）親族（2）離婚361頁［阿部徹］）。5号該当性が認められる夫婦の性生活に関する事由としては、性交不能、性的異常、性生活拒否などが挙げられる。なお、当事者がそのことを知って同意し、性関係を度外視して婚姻した場合などには5号該当性が否定されるとする裁判例がある（京都地裁昭和62年5月12日判決・判時1259号92頁）。

同性愛関係を持ったことは夫婦の性生活上の信頼を害するもので、上記の性生活に関する事由に類するから、類型的に5号該当性が認められる事由であると考えられる。

（4）本判決の射程が及ぶものではないが、同性愛関係にあったこと

は認められないが、同性愛者ないし両性愛者であるという事実が認定された場合について、5号該当性が認められるかという問題がある。この点、かつては、夫の同性愛を性的異常として離婚を容認した裁判例（名古屋地裁昭和47年2月29日判決・判例時報670号77頁）もあったが、現在の社会認識から乖離する判断であることはいうまでもない。

同性愛者等であることは個人の属性にすぎず、必ずしも夫婦間の愛情や共同生活に影響するものとはいえないから、同性愛者等であること自体は婚姻関係を継続し難い重大な事由と評される事情にはならず、5号に該当するものではないと考える。ただし、同性愛者等であることに付随する婚姻生活全体の一切の事情（同性愛者等であることの認識やカミングアウトの有無、時期、内容、その後の反応、行動等）を考慮した結果、5号に該当するという判断がなされる可能性は否定できない。

4　アウティングとプライバシー権侵害（東京地裁平成25年8月13日判決・ウエストロー・ジャパン2013WLJPCA08138005）

（仁井稔大）

（一）事案の概要

被控訴人（一審原告）Xが、以前男性であり性同一性障害の治療のため性別適合手術を受けて女性になったという極力他人には知られたくない事実を控訴人（一審被告）Yが公表したとして、不法行為に基づく損害賠償として60万円の支払いを求めたところ、原審が請求を一部認容したため、控訴人（一審被告）Yが控訴した事案である。なお、Xには、別名で「世界初のニューハーフピアニスト」としてリサイタルを開くなどしている事情がある。

(二) 争点

Yが、第三者Aに対し、Xは性同一性障害の治療のために性別適合手術を受けて男性から女性になった旨の事実を告げたか、認定されたYの発言（Xが子供のころは普通の格好をした男の子だった）がXのプライバシー権を侵害するかが争点となった。

(三) 結論

Yが被控訴人Xが性別適合手術を受けて性転換した事実を告げたことはないが、被控訴人Xが子供のころは普通の格好をした男の子だった旨を発言したことは認められ、この発言はXのプライバシー権を侵害する不法行為にはあたらないなどとして、不法行為の成立は認めず、原判決中控訴人Y敗訴部分を取消し、被控訴人Xの請求は棄却された。

(四) 判決の要旨

一般に、プライバシー権として保護されるためには、公開された内容が、私生活上の事実又は私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること、一般人の感受性を基準にして、当該私人の立場に立った場合に公開を欲しないであろうと認められることがらであること、一般の人々に未だ知られていないことがらであること及びこのような公開によって当該私人が実際に不快、不安の念を覚えたことを要し、かつ、プライバシー権侵害が、社会生活上の受忍限度を超えるものと認められる場合に、損害賠償等の対象となるものと解される。

YのAに対する上記発言により明らかにされた事実は、Xが子供の頃は普通の格好をした男の子だったという事実である。この事実は、その内容に照らし、一般人の感受性を基準とした場合、その公

表によって心理的負担、不安を感ずるのが通常であるものとは考え難いから、当然にはプライバシー権として保護されるものとはいえない。

また、仮に、Xにとって、過去に自分が男の子であったことを第三者に対し告知されることが苦痛であったとしても、Xは少なくとも本件手術を受けた平成20年以前は、対外的に「ニューハーフ」の男性ピアニストであることを明らかにして演奏活動をしていたのであり、Yにおいても、そのことは認識していたものの、本件話合い当日までは、Xが本件手術を受けて性転換していた事実を知らされていなかったことが認められる。そうすると、Yにおいて、本件話合い以前の時点で、Xが子供の頃は男の子であったという事実がXにとって第三者に対し公表されることを望まない事実であるということを認識することができたということはできない。また、Yは、本件工事の騒音等について苦情を申し立てたXの対応に追われていたAからXが女装をした男性であることの確認を求められたため、これに答える形で、子供の頃は普通の格好をした男の子であった旨発言したものであり、その発言の趣旨は、当時のYの認識に照らし、Xがなお男性であることを前提に、子供の頃のXは女装していなかったという点にあったものというべきである。

このような発言がされた状況、その相手方、発言当時のYの認識及び発言の趣旨等に照らすと、YのAに対する上記発言は、社会通念上受忍限度を超えてXの法益を侵害するような違法な行為ということはできず、Yの故意及び過失も認められないから、不法行為は成立しない。

(五) 評釈

(1) プライバシー権侵害の要件

本判決は、「子供のころは普通の格好をした男の子であった」旨の発言行為が、Xのプライバシー権を侵害するかを判断している。

判旨では、まずプライバシー権侵害の要件として、①公開された内容が、私生活上の事実又は私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること、②一般人の感受性を基準にして、当該私人の立場に立った場合に公開を欲しないであろうと認められることがらであること、③一般の人々に未だ知られていないことがらであること、④このような公開によって当該私人が実際に不快、不安の念を覚えたことを要し、⑤プライバシー権侵害が、社会生活上の受忍限度を超えるものという５つの要件を挙げている。

わが国で最初にプライバシーについて本格的に論じた「宴のあと」事件（東京地裁昭和３９年９月２８日下民集１５巻９号２３１７頁）では、①ないし④を要件として掲げていた。本件では、⑤が加わってよりプライバシー権侵害が厳格に判断されているが、これは本件が完全な私的空間への侵入の事案ではなく、他者の権利利益との調整が必要な事案であると判断されたためであると考えられる。このような他者との権利利益の調整が必要な事案については、権利者がどこまでのことができるかということと同時に、他人は権利者に対してどこまでのことをすることが許されるかの確定も同時に行わざるをえないから、権利侵害と故意・過失という二段構えではなく、権利侵害と過失が融合して一元的に判断されることになりやすいと学説からの指摘がある（山本敬三「基本法による権利の保障と不法行為法の再構成」企業と法創造７巻３号７０頁以下）。

（2）本判決における判断

本判決では、②及び⑤の要件不充足を判示している。

②では、「子供のころは普通の格好をした男の子であった」との情報は、客観的にはプライバシー情報にあたらないという判断を示している。本判決では一般人の感受性を基準にしてということしか述べられていないため、この判断に対する理由付けは明らかではないが、過去の服装についての情報がおよそプライバシー情報にあたらないとは言い切れない。髪型・体型などの風貌の変化を知られたくないといった感情があるように、かつての服装についての情報を秘密にしておきたいという感情も尊重されるべきであるという考え方もありうるところである。

⑤では、本件発言は社会生活上の受忍限度を超えないと判断している。⑤はYの視点からの判断がなされており、これは上述のとおり、利益調整の観点からであろうと考えられる。本件では、Xがニューハーフの男性ピアニストとして演奏活動していたことをYが認識していたこと、Xが性別適合手術を受けていたことをYが認識していなかったことから、Xにとって本件発言が第三者に対し公表されることを望まない事実であるということをYが認識することができたとはいえないと判断されている。判決中では発言状況や発言趣旨の認定があるが、これらは前記のYの認識が前提となっており、Yの認識（予測可能性）が⑤の判断の中心にあると考えられる。

（3）おわりに

アウティングとは、法律上の明確な定義はないものの、本人の了解を得ずに、公にしていない性的指向や性同一性等の秘密を暴露

することと解される。なお、平成３０年４月に施行された国立市の「国立市女性と男性及び多様な性の平等参画を推進する条例」では、その第３条２号で、性的指向、性自認等に関する公表の自由が個人の権利として保障されることが明記され、また、第８条２項に禁止事項等として「何人も、性的指向、性自認等の公表に関して、いかなる場合も、強制し、若しくは禁止し、又は本人の意に反して公にしてはならない」との規定が設けられた。本件発言は性的指向や性同一性等そのものに関するものではなく、本件発言は厳密にはアウティングとはいえない。しかし、ＬＧＢＴに関するプライバシー情報についての判断の先例として参考にすべき事案であると考えられる。

三　地方自治体の取組み

（石部享士　鈴木敦悠　樋口裕子　牟田武史　加藤拓）

1　パートナーシップの証明制度についての規定を定める条例・要綱

（一）渋谷区「渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例」

（1）はじめに

本稿で取り上げた９つの地方自治体のうち、渋谷区のみ「渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例」（以下「本条例」という。）として、条例による定めをおいている。また、ＬＧＢＴという存在に特化するのではなく、「性別による固定的な役割分担意識とそれに基づく制度や慣行が存在すること」と並列する形で「一部の性的指向のある者及び性同一性障害者等の性的少数者に対する理解が足りないこと」と表現していることも特徴の１つである（前文参照）。

（2）本条例の趣旨及び特徴

ア　本条例は、前文という形で条例の制定に至る経緯、趣旨などを詳細に述べる。この点も他の地方自治体には見られない特徴である。

本稿に関する主な内容を列挙すると、①「日本国憲法に定める個人の尊重及び法の下の平等の理念に基づき、性別、人種、年齢や障害の有無などにより差別される」ことのないことを冒頭に述べ、②「一部の性的指向のある者及び性同一性障害者等の性的少数者に対する理解が足りないこと」を「課題」として挙げるほか、③「現代のグローバル社会では、一人ひとりの違いが新たな価値の創造と活力を生むことが期待されている」、④「渋谷のまちに係る全ての人が、性別等にとらわれず一人の人間としてその個性と能力を十分に発揮し、社会的責任を分かち合い、ともにあらゆる分野に参画できる社会を実現しなければならない」など述べた上、「男女の別を超えて多様な個人を尊重し合う社会の実現を図り、もって豊かで安心して生活できる成熟した地域社会をつくる」と結んでいる。

イ　本条例は、第1章において、性的少数者の人権の尊重（4条）を規定し、性的少数者が「個人として尊重されること」（1号）、「その個性と能力を十分に発揮し、自らの意思と責任により多様な生き方を選択できること」（2号）などと定めるほか、区、区民及び事業者の責務として「多様性を尊重する社会」について理解を深める旨の努力義務を課し（5条～7条参照）、区が実施する「多様性を尊重する社会を推進する施策」を不当に妨げる行為をしてはならない旨を定める（8条）。

また、第２章においては、区が「男女平等・多様性社会推進行動計画」を策定及び公表する旨を定めるほか（９条）、１０条においてパートナーシップ証明について規定するなど、具体的な施策についての定めを置いている。

第３章では、多様性を尊重する社会の推進に関する体制として、相談及び苦情への対応（１５条）に関する定めを置き、相談又は苦情を受けた区は、必要に応じ、申立人や苦情の相手方等に対し、助言又は指導などを行うことができることとなっている。これにより、区による行政指導が可能となる。

以上のように、本条例は、差別の解消及び多様性が尊重される社会構築に向けた総合的な内容を有しているといえる。

（３）パートナーシップ証明を受けるための要件（１０条）

要件については、本条例１０条のほか（下記ア、イ）、渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例施行規則（以下「規則」という。）に定め（ウ）がある。内容については、他の多くの地方自治体と同様、居住要件、成人要件、近親パートナーの禁止などである。

ア　当事者双方が、相互に相手方当事者を任意後見契約に関する法律第２条第３号に規定する任意後見受任者の一人とする任意後見契約に係る公正証書を作成し、かつ、登記を行っていること。

イ　共同生活を営むに当たり、当事者間において、区規則で定める事項についての合意契約が公正証書により交わされていること。

公正証書には、①両当事者が愛情と信頼に基づく真摯な関係であること、②両当事者が同居し、共同生活において互いに責

任を持って協力し、及びその共同生活に必要な費用を分担する義務を負うこと、の明記を要する（規則４条）。

ウ　両当事者が以下の要件を満たしていること

①渋谷区に居住し、かつ、住民登録があること。

②二十歳以上であること。

③配偶者がいないこと及び相手方当事者以外の者とのパートナーシップがないこと。

④近親者でないこと。

（４）宣誓及び受領証の交付手続

パートナーシップ証明を受けようとする両当事者（以下「申請者」という。）は、渋谷区パートナーシップ証明書交付申請書に、必要書類を添付し、双方同時に出頭して区長に申請（以下「証明申請」という。）しなければならない。

＜必要書類＞

①申請者の戸籍謄本又は戸籍全部事項証明書

②条例第10条第２項第１号に規定する任意後見契約に係る公正証書及び同項第２号の規定による合意契約に係る公正証書の正本又は謄本など

（５）証明書の返還義務

ア　証明の取消しによる場合

申請者が虚偽その他の不正な方法により証明書の交付を受けたことが判明した場合、又は交付を受けた証明書を不正に使用したことが判明した場合は、当該証明は取り消され、証明書の返還義務が生じる。

イ　証明書受領後の事情の変化による場合

①渋谷区から転出したとき。ただし、当事者の一方が、転勤又は親族の疾病その他のやむを得ない事情により、一時的に渋谷区から他区市町村へ住所を異動する場合は、この限りでない。

②死亡したとき。

③パートナーシップが解消された場合

（6）法的効果

ア　本条には、パートナーシップ証明がなされた場合の法的効果が、次に掲げるとおり明記されている（11条）。これにより、区内の医療機関での対応（面会・医療同意）、家族手当、慶弔休暇に一定の配慮が示されることが期待される。

①区民及び事業者は、その社会活動の中で、区が行うパートナーシップ証明を最大限配慮しなければならない。

②区内の公共的団体等の事業所及び事務所は、業務の遂行に当たっては、区が行うパートナーシップ証明を十分に尊重し、公平かつ適切な対応をしなければならない。

イ　また、条例１６条は、渋谷区営住宅条例及び渋谷区区民住宅条例、その他区条例の規定の適用に当たり、本条例の趣旨を尊重しなければならない旨を定める。これにより、区営住宅等の利用について、同性パートナーによる入居が認められるなど、法律婚と同様に扱われることが期待できる。

（7）結語

以上見た通り、渋谷区のパートナーシップ制度は、条例による法的効果が付与されるなど、極めて実効性の高いものとなっている。

（二）渋谷区以外の地方自治体

（1）はじめに

渋谷区の上記条例制定後、戸籍上の性別を同じくするカップルについて、両名が互いにパートナーの関係であることの宣誓をしていること等を公的に証明する書類を交付することを定めた要綱を制定する地方自治体が現れてきている。

要綱は、地方自治体の内部規定であり、市長等の決済により制定・改廃が可能となり、条例に比べて制定・改廃を柔軟に行うことができる反面、条項に法的な拘束力はないため、要綱に罰則等を設けることはできず、また、交付された証明書類自体により法的な権利・義務が付与されるものでもない。

ただ、後記のように、公的な施設だけでなく、民間企業においても、戸籍上の性別同じくするカップルを夫婦と同様の関係として認めてサービスを提供する場面が増えてきており、当該証明書類は、パートナーとしての関係の説明を容易にするツールの一つとして機能している。また、地方自治体として、そうした証明書を発行し、区域内の民間事業者に対し、証明書の発行を受けたカップルを夫婦と同様に扱うよう働きかけるなど、地方自治体として多様な性のあり方について理解があるという姿勢を示すことで、区域内の事業者・住民らの意識の変化の促進等、ＬＧＢＴ当事者をめぐる環境の改善が期待される面での意義も認められる。

以下、各地方自治体の要綱の概要を紹介する。

（2）各地方自治体に共通の要件・手続・効果

ア　各地方自治体に共通して設けられている要件としては、以下のとおりである（婚姻と同様の要件であることから導かれる要件を含む。）。

要件①　双方が成年に達していること。

要件②　双方が当該地方自治体内に居住していること。

要件③　双方が互いをパートナーとする意思を有していること。

要件④　独身であり、当事者以外の者とパートナーシップの関係にないこと。

要件⑤　近親者（直系血族、３親等内の傍系血族・傍系姻族）の関係でないこと。

イ　各地方自治体で共通する手続は、以下のとおりである。

手続①：申請

上記の要件の充足を示す書類及び身分確認の書類を添付して、担当課に、両当事者がそろってパートナーシップの関係にあることの宣誓書、パートナーシップの登録の申請書等を提出する。

職員の面前での宣誓書等への自書を要求する地方自治体では、当事者が自書できない場合に、当事者の立ち会いのもと、第三者による代筆を認める。

手続②：必要書類

ⅰ）住民票の写し

転入を予定する場合も申請を認める地方自治体の場合は、転入が予定されていることを疎明する書類

ⅱ）独身証明書ないし戸籍

外国籍の者については独身証明書等とその翻訳文

ⅲ）本人確認書類（多くの地方自治体では、顔写真付きの官公署発行のもの１つか、それ以外の証明書類２つを要求）

ⅳ）通称名の使用を認める地方自治体の場合は、日常的に通称を使用していることを示す書類

手続③：証明書等の交付

要件の充足が確認できた場合に、宣誓書の受領証明書・宣誓書の写し、登録の証明書等を交付する。

手続④：証明書等の再交付

多くの地方自治体で、紛失・毀損等のやむを得ない場合に証明書の再交付を認めている。

手続⑤：証明書等の返還義務

多くの地方自治体で、以下の場合に、当事者の一方又は双方の証明書の返還義務を規定する。

ⅰ）当事者の意思によりパートナーシップが解消された場合

ⅱ）当事者の一方が死亡した場合

ⅲ）当事者の一方又は双方が当該地方自治体から転出した場合（転勤・親族の疾病等やむを得ない事情で一時的に転出する場合を除く）

ウ　効果

パートナーシップ関係の宣誓・登録により、権利・義務が付与されるわけではなく、法律婚のような相続関係も生じないが、パートナーシップの関係にあることについて公的な証明書類を第三者に提示することが可能となり、それにより、特定の場面で夫婦と同様の扱いを受けることができる。

（ア）公営の施設に関するもの

公営病院で証明書を提示すると、パートナーの一方において、他方の病状説明を聞いたり、手術への同意をしたりすることが可能となる。

また、公営住宅に入居したいときに、証明書を提示して入

居申請することが可能となる。

（イ）民間企業によるサービス

例えば、携帯電話会社の家族割引の適用、航空会社のマイレージの共有、銀行の住宅ペアローン、保険会社の保険金受取人の資格付与等のサービスが実施されてきている。

また、パートナー同士が一緒に暮らす賃貸物件を探すときに、証明書等を2人の関係の説明のツールの一つとして使用することが可能となる。

（3）個々の地方自治体における固有の要件・利用状況等

ア　世田谷区「世田谷区パートナーシップの宣誓の取扱いに関する要綱」（2015年11月1日施行）

（ア）趣旨

個人の尊厳を尊重し、多様性を認め合い、自分らしく暮らせる地域社会を築くことをめざす世田谷区基本構想の理念に基づき、また世田谷区多様性を認め合い男女共同参画と多文化共生を推進する条例（平成30年3月世田谷区条例第15号）第8条第1項第5号に規定する支援に係る施策として、同性カップルがその自由な意思により行うパートナーシップの宣誓の取扱いについて必要な事項を定める。

（イ）要件

前記共通の要件②（以下、要件又は手続については、特に断りがなければ前記共通の要件又は手続を指すものとする。）について、一方が区内に住所を有し、かつ、他の一方が区内への転入を予定している場合にも緩和する。

（ウ）利用状況……81件（2018年11月1日現在）

イ　伊賀市「伊賀市パートナーシップの宣誓の取扱いに関する要綱」（2016年4月1日施行）

（ア）趣旨

伊賀市総合計画に掲げる「あらゆる差別を許さず、互いの人権を尊重するまちづくり」をめざし、市民一人ひとりの人権が大切にされ、多様性を認め合い、誰もが自分らしく暮らせる社会をめざし、同性カップルがその自由な意思により行うパートナーシップの宣誓の取扱いについて必要な事項を定める。

（イ）要件

要件②について、一方が市内に住所を有し、他の一方が市内への転入を予定している場合にも緩和する。

（ウ）利用状況……4組（2018年4月現在）

ウ　宝塚市「宝塚市パートナーシップの宣誓の取扱いに関する要綱」（2016年6月1日施行）

（ア）趣旨

第２次宝塚市人権教育及び人権啓発基本方針における人権尊重の理念に基づき、市民一人ひとりの人権が大切にされ、多様な生き方を認め合い、誰もが自分らしく暮らせる社会を目指し、同性カップルが行うパートナーシップの宣誓について必要な事項を定める。

（イ）要件

要件②について、一方が市内に住所を有し、かつ、他の一方が市内への転入を予定している場合、並びに、双方が市内への転入を予定している場合にも緩和する。

（ウ）手続

手続①について、宣誓書の記入の日時について、閉庁後や土日祝でも可能な限り希望に添えるよう努めることが宝塚市の「よくある質問と回答」に記載されている。

手続③について、双方が市内への転入を予定している場合は受付票を交付し、後日市内に転入して共に生活していることが確認できれば宣誓書受領証を交付する（「宝塚市パートナーシップの宣誓の取扱いに関する要綱ガイドライン」参照）。

（エ）利用状況……1組（2018年8月現在）

エ　那覇市「那覇市パートナーシップ登録の取扱いに関する要綱」（2016年7月8日施行）

（ア）趣旨

那覇市総合計画及び「性の多様性を尊重する都市・なは」宣言の理念に基づき、人がその多様な性を生きることは人権として尊重されるものであり、その中で築かれるパートナーシップもまた尊重されるべきものであることから、誰もが差別や偏見にさらされることなく、安心して暮らすことのできるまちづくりを目指し、パートナーシップ登録の取扱いについて必要な事項を定めるものとする。

※　当事者の自認する性別が様々であることに配慮し、「同性」パートナーという表現は避け、「戸籍上の性別が同一である」との表記を使用している。

（イ）要件

要件②について、一方が市内に住所を有し、かつ、他の一方が市内への転入を予定している場合、並びに、双方が市内への転入を予定している場合にも緩和する。

（ウ）手続

手続①について、パートナーシップ登録簿への登録申請という形を取る。

手続③について、登録簿への登録が認められると、登録簿への登録を受けた者に、登録証明書を交付する。双方が市内に転入予定の場合は、申請受付票を交付する（「那覇市パートナーシップ利用の手引き」参照）。

住所・氏名その他申請時に提出した書類の記載事項に変更があったときは、市長への届出により登録簿の記載事項を変更できる。

当事者は、登録簿に登録を受けた事実と共に、削除された事実についても、事実証明書の交付を申請することができる。

性別違和等市長が特に必要があると認める場合は、パートナーシップ登録における氏名について通称名を使用できるが、第三者に本人確認の書類として提示される可能性のある事実証明書については、混乱の発生を防ぐため原則として通称名は使用できない（「那覇市パートナーシップ利用の手引き」参照）。

市長の権限として、手続③について、申請者のパートナーシップの関係が公序良俗に反すると認められるとき（要件⑤を満たさない場合など）は、登録簿への登録を行わないことができる。また、手続⑤について、パートナーシップ登録の要件を欠いたこと、不正な方法により登録を受けたこと及び登録証明書又は事実証明書を不正に利用したことが判明した場合に、市長による職権での登録の削除が規定されている。

（エ）利用状況……21組（2017年6月現在）

オ　札幌市「札幌市パートナーシップの宣誓の取扱いに関する要綱」（2017年6月1日施行）

（ア）趣旨

互いの個性や多様性を認め合い、誰もが生きがいと誇りを持つことができるまちの実現を目指し、性的マイノリティに係るパートナーシップの宣誓の取扱いについて必要な事項を定める。

（イ）要件

要件②について、一方が市内に住所を有し、かつ、他の一方が市内への転入を予定している場合や、双方が市内への転入を予定している場合に緩和する。

（ウ）手続

手続①について、宣誓書においては、通称の使用も可能とされる。

（エ）利用状況……42件（2018年6月現在）

カ　福岡市「福岡市パートナーシップの宣誓の取扱いに関する要綱」（2018年4月1日施行）

（ア）趣旨

福岡市基本構想及び基本計画の理念に基づき、一人ひとりが互いに人権を尊重し、多様性を認め合いながら、いきいきと輝くまちの実現を目指し、パートナーシップの宣誓に係る取扱いについて必要な事項を定める。

（イ）要件

要件②について、市域内への転入を予定している場合を含むものと緩和する。

要件⑤について、パートナーシップ関係に基づく養子縁組は除くものと「福岡市パートナーシップ宣誓制度の手引き」に明記されている。

（ウ）手続

手続③について、宣誓書受領証は即日発行可能となっている。

性別違和など市長が必要と認める場合に限り、通称名を使用することができる（「福岡市パートナーシップ宣誓制度の手引き」参照）。

（エ）利用状況……18組（2018年6月現在）

キ　大阪市「大阪市パートナーシップの宣誓の証明に関する要綱」（2018年7月9日施行）

（ア）趣旨

大阪市人権尊重の社会づくり条例の趣旨に基づき、性的マイノリティがその人権を尊重され、自己実現を目指して生きがいのある人生を創造することができる自由、平等で公平な社会の実現に向けて、パートナーシップ関係にある旨の宣誓の証明に関し必要な事項を定める。

（イ）要件

要件②について、少なくともいずれか一方が市内に住所を有するか、又は市内に転入する予定であれば足りると要件を大幅に緩和する。

（ウ）手続

手続①について、所定の事項をそれぞれ自書したパートナーシップ宣誓書の正本１通、副本２通に必要書類を添付して提出する。

手続③について、宣誓書受領証及び受領印を押印した宣誓書の副本２通を交付する。当事者が希望するときは、宣誓書の副本に代えて受領印を押捺した宣誓書の正本を交付し、又は両当事者に交付する宣誓書の副本を１通とすることが可能とされる。

当事者に氏名を使用し難い特別の事情があると認めるときは、宣誓書（正本の裏面部分は除く）及び受領証に通称を使用することが可能とされる。

手続⑤について、両当事者が共に市内に住所を有しなくなったときに要件を限定する。逆に、以下の場合にも、受領証を市長に返還する義務を規定する。

ⅰ）いずれか一方が独身等の要件をみたさなくなったとき

ⅱ）宣誓書を提出した時点で両当事者がパートナーシップ宣誓の当事者の要件に該当していなかったことが判明したとき

（エ）利用状況……3組（2018年7月現在）

ク　中野区「中野区パートナーシップ宣誓の取扱いに関する要綱」（2018年8月20日施行）

（ア）趣旨

パートナーシップの宣誓の取扱いに関し必要な事項を定めることにより、多様な生き方、個性及び価値観を受け入れることができる地域社会の実現を目指す。

（イ）要件

要件②について、当時者の一方が区内に住所を有し、他方が当該住所を自らの住所とすることを予定している場合や、宣誓をしようとする者の双方が区内の同一所在地に住所を有す

ることを予定している場合に緩和する。

要件④について、配偶者に内縁関係が含まれることが明記される。

（ウ）手続

手続②について、宣誓書と共に、対象者の要件等について二人で確認の上、自署した確認書も提出する。

手続③について、宣誓書及び確認書の受領証（以下「宣誓書等受領証」という。）を交付する。

宣誓書及び確認書の受領書の申請と同時に、又は、宣誓書及び確認書の受領書の交付日以降に「パートナーシップ公正証書等受領証」（以下「公正証書等受領証」という。）を申請することもできる。この受領証には、提出された公正証書等の種類と、その主たる内容が記載される。

申請書に戸籍上の氏名との併記により通称を記載することで、宣誓書等受領証及び公正証書等受領証に通称名を表示することができる。

公正証書等受領証の交付を受けた後、同証明証に係るその他の書類（下記以外のもの）についての公正証書等受領証や、提出した公正証書の内容に変更が生じた場合の変更後の内容に基づく公正証書等受領証の交付を申請することもできる。

公正証書等受領証の交付申請をする場合、以下の書類を添付して申請する。

① 以下のいずれかの内容を明記した合意契約公正証書又は宣誓認証若しくは私文書認証を得た書面

ｉ）宣誓をしようとする者又は宣誓者の双方についてパート

ナーシップの関係にある旨

ⅱ）互いが協力し、共同生活に必要な費用を分担することについて合意している旨

ⅲ）療養看護に係る委任

ⅳ）財産管理等の委任

ⅴ）上記以外の委任

② 任意後見契約公正証書

手続④について、宣誓者の氏名の変更や、宣誓者双方が区内で転居した場合にも、宣誓書等受領証及び公正証書等受領証の再交付が可能となる。

（4）結語

前記のように、パートナーシップ証明制度によっては、相続等の場面で法律婚と同様の効果を得ることができない。

そこで、従前、戸籍上の性別を同じくするカップルにおいて、婚姻と同様の相続の効果を得るべく、養子縁組が行われるケースが見られた。ただ、養子縁組をしたカップルの一方が性別違和等で後に戸籍上の性別を変更した場合、現行法上は、養子縁組を解消しても婚姻ができないものと考えられる（民法736条）。

将来、仮に同性婚が認められるようになった場合にも、養子縁組をした当事者について同様の問題が予想され、福岡市の要綱のように、パートナーシップ関係に基づく養子縁組については例外を認める扱いが望まれるが、例外をいかに規定し、また、例外に該当する場合の判定をいかに行うか等の課題も予想される。

養子縁組をせずに婚姻に近い関係を築くため、パートナーシップ証明制度と、財産管理に関する任意後見契約や遺言書等他の公正

証書等とを併用することが考えられる。

ただ、公正証書の作成には少なからぬ費用がかかり、渋谷区においても、パートナーシップ証明制度の利用の障壁となっている。

この点、中野区の要綱では、公正証書の作成を宣誓書等受領証交付の要件とはせず、当事者が、宣誓書等受領証だけでなく公正証書等受領証まで求めるかどうか、選択できるようになっている。２種類の受領証の効果の違いは、そこまで大きくないと考えられるが、パートナーシップ証明の利便性は残しつつ、公正証書の作成を当事者に意識させる意義があると考えられ、今後の同制度の利用状況や、他の地方自治体の制度設計への影響が注視される。

２　性的指向・性自認に関する差別を禁止する規定を取り入れた条例

(一) はじめに

地方自治体においては、ＬＧＢＴ当事者が、当事者であることよって不利益を被らないようにしていこうという機運が高まっており、それに伴った条例が制定され始めている。これらの取り組みを支える手段の一つとして、ＬＧＢＴ当事者に対する差別行為などの不当な取扱いをすることを禁止する条項及びその違反に対応する手段を設けた条例が挙げられる。

以下では、性的指向、性自認を理由とする不当な差別を禁止する規定及び同規定の違反に対する行政の対応手段に関する規定を設けた条例について概観する。

(二) 条例の規定

(１) 多摩市「多摩市女と男の平等参画を推進する条例」(2013年9月30日施行)

ア　禁止規定

同条例では、市、市民、事業者及びその他の団体が性的指向及び性自認による差別及び性的指向及び性自認に起因する暴力を禁止する規定を設けている（同条例第7条第1項、第2項）。

イ　対応手段

上記差別等に対して、同条例は、市民、事業者及びその他の団体は、市に対して苦情の申し出をすることできる規定を設けている（同条例第21条第1項）。

（2）文京区「文京区男女平等参画推進条例」（2013年11月1日施行）

ア　禁止規定

同条例では、何人も性的指向又は性自認に起因する差別的な取扱いをすることを禁止する規定を設けている（同条例第7条第1項）。

イ　対応手段

同条例において、上記禁止規定違反等に対応するための直接の制度は設けられていない。

もっとも、同条例には、区が関与する男女平等参画に関する施策について、苦情を申し立てることができる規定を設けている（同条例第15条第1項）。

（3）渋谷区「渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例」（2015年4月1日施行）

ア　禁止規定

同条例では、性的少数者（同性愛者、両性愛者及び無性愛者である者並びに性同一性障害を含め性別違和がある者をいう（同条例第2条第8号）。）の人権を尊重する社会を推進する政策を実施することとし（同条例第4条）、何人もこれを不当に妨げる行為を禁

止しており（同条例第8条第1項）、また、区、区民及び事業者が性的少数者を差別する行為を禁止する規定を設けている（同条第3項）。

ウ　対応手段

同条例は、区民及び事業者は上記の施策に関して苦情の申立てを行うことができるとし（同条例第15条第1項）、また、その関係者に対し指導を行い（同条第2項）、指導に従わない場合には勧告を行うことでき（同条第3項）、勧告に従わない場合には公表をすることができる（同条第4項）との制度を設けている。

（4）国立市「国立市女性と男性及び多様な性の平等参画を推進する条例」（2018年4月1日施行）

ア　禁止規定

同条例は、何人も性的指向、性自認等を含む性別を起因とする差別を禁止する規定を設けている（同条例第8条第1項）。また、性的指向、性自認等の公表に関する規定も設けている（同条第2項、第3項）。

イ　対応手段

同条例において、上記禁止規定違反等に対応するための直接の制度は設けられていない。

もっとも、性的指向、性自認等による差別的取り扱いや性的指向、性自認等に関する公表の自由を個人の権利として保障されることなどの基本理念（同条例第31条第1号第2号）に基づき、市は、男女平等参画社会を実現するための施策を総合的かつ計画的に実施するために必要な措置を講じなければならないとし、その施策についての苦情申立制度を設けている（同条例第18条第

1項）。

（5）世田谷区「世田谷区多様性を認め合い男女共同参画と多文化共生を推進する条例」（2018年4月1日施行）

ア　差別禁止規定

同条例は、何人も性別等の違いによる不当な差別的取扱いをすることにより、他人の権利利益を侵害してはならないとの規定を設けている（同条例第7条）。

なお、性別等とは「生物学的な性別及び性自認（自己の性別についての認識をいう。以下同じ。）並びに性的指向（どの性別を恋愛の対象にするかを表すものをいう。以下同じ。）をいう。」としている（同条例第2条第3号）。

イ　対応手段

同条例において、上記禁止規定違反等に対応するための直接の制度は設けられていない。

もっとも、市は男女共同参画・多文化共生施策の基本として性的マイノリティの性等の多様な性に対する理解の促進及び性の多様性に起因する日常生活の支障を取り除くための支援等（同条例第8条）を掲げ、これに則り男女共同参画・多文化共生施策を総合的かつ計画的に実施するとしており、かかる施策に対して対応手段を設けている（同条例第11条第1項）。

（6）東京都「東京都オリンピック憲章にうたわれる人権尊重の理念の実現を目指す条例」（施行日未定）

ア　差別禁止規定

本条例は、都、都民及び事業者は性自認及び性的指向を理由とする不当な差別的取扱いを禁止する規定を設けている（同条例

第4条)。

イ　対応手段

同条例において、上記禁止規定違反等に対応するための制度は設けられていない。

(三) 対応手段に関する対応等

以上のとおり、いずれの条例も、性的指向、性自認を理由とする不当な差別を禁止している。もっとも、その違反等に対する対応手段については、各地方自治体により異なる。そもそも、差別禁止規定違反等に直接対応するための制度を設けていない地方自治体(文京区、国立市、世田谷区、東京都)、苦情申立制度により対応する地方自治体(多摩市)、苦情申立制度から発展させて勧告、公表まで行うことができる制度を設けている地方自治体(渋谷区)がある。

今後は、上記の渋谷区の条例のように対象者に不利益を与えるものとして公表を規定する地方自治体が増加することも考えられるところであるが、これらを争う方法も問題となってくる。例えば、渋谷区において、上記渋谷区の条例の公表制度に基づいて実際に公表された(若しくは、されそうである)企業(事業者)としては、これを争うため公表の前提となる義務賦課行為(勧告)に対して取消訴訟を提起することになるほか、公表前の段階であれば人格権を根拠として公表の差止請求を提起することが考えられる。

地方自治体としては、実際に公表された場合に企業に与える不利益の大きさに鑑みて、公表を行う前に当該企業に意見聴取を行うなど、事前の手続保障の下で公表を行うことが必要となると考えられる。

3　今後の展望

（一）条例の活用

（1）パートナーシップ制度について

パートナーシップ制度について、いずれの地方自治体においても、同制度を利用することにより相続関係を生じさせる、社会保険の適用を受ける、税制優遇を受けられる等の婚姻関係により得られる効果を得ることは出来ない。もっとも、渋谷区パートナーシップ証明実態調査報告書（2017年11月22日）によると、証明書を生命保険の受取人をパートナーにするためや同性での同居について大家に説明するために証明書を利用したと回答されており、民間においてパートナーシップ制度を利用することで利益を得られるようになってきている。また、地方自治体において、公営住宅への入居を認める等の取組みも行われている。

このように、法律が規定している事項（法的効果）以外については、まだまだ拡充の余地があり、今後の地方自治体の運用及び民間の制度を利用したサービスの拡充が期待されるところである。

（2）性的指向・性自認に関する差別を禁止する規定を取り入れた条例

性的指向・性自認に関する差別を禁止する規定を取り入れた条例（以下「差別禁止条例」という。）については、上記２記載のとおり、地方自治体の施策に対して苦情を申し立てられる制度が設けられていたり、また、渋谷区については、勧告、公表の制度がある。これらの制度が積極的に利用され、LGBT に関する地方自治体の施策や地方自治体内の事業者の姿勢の改善が期待されるところである。

なお、ＬＧＢＴ当事者において、自己がＬＧＢＴ当事者であるこ

とが公表されることにより、生活に支障が生じることが問題と考えている方が多くいる。そのため、上記苦情申立制度等の運用においては、当事者の性的指向・性自認に関する情報について、十分配慮する必要がある。

（二）地方自治体の取組み等に期待されること

2015年に渋谷区と世田谷区でスタートしたパートナーシップ証明制度は、現在では、９地方自治体まで増えている。また、全国の地方自治体に制度導入を求める陳述書や請願書が提出されるほど広がりを見せている。

差別禁止条例に関しては、2013年に多摩市、文京区で、性的指向、性自認による差別禁止が規定された後、渋谷区、世田谷区、国立市等で同内容の規定を設ける地方自治体が現れている。

このように、パートナーシップ制度、差別禁止条例ともに、これを設ける地方自治体が年々増えており、今後も増えていくと予想されるところである。

この点、ＬＧＢＴに対する態度は、政党の歴史と似ていると考えられる。政党に対する態度は、「敵視→無視→承認→合法化」と変化していく。ＬＧＢＴであることを理由に疎外されたという過去（敵視）から、ＬＧＢＴについて特に関心がない状態（無視）を経て、各地方自治体でパートナーシップ制度を制定される、差別禁止を条例に規定されるようになった現在は、ＬＧＢＴの存在を認める状態（承認）になりつつあるといえる。

今後は、このような地方自治体の動きが日本の社会全体に広がって、国により同性婚の制定や差別禁止法（差別解消法）の制定がなされること（法制化）が一つの目標であるといえる。

また、国による法制化が当分の間なされなかったとしても、このような地方自治体の動きが無駄になるものとはいえない。上記のとおり、承認の段階になることは非常に重要と思われる。

現在の我が国においては、ＬＧＢＴに対する正確な知識がないため、無意識にＬＧＢＴ当事者を差別したり、傷つけていたりしていることがある。例えば、ＬＧＢＴに関する知識がなければ、同性同士で付き合うことは性的嗜好であり、気の持ちようにより変えることができると言ったり、制服などを強制されることを苦痛と感じることが理解できずただの我儘だと述べたりする等である。ＬＧＢＴ当事者の社会生活における苦痛の多くはこのようなことに起因しているといえ、これらの積み重なりがＬＧＢＴ当事者を精神的に追い込んでいっているといえる。

地方自治体のパートナーシップ制度や差別禁止条例の制定は、その運用のために地方自治体が職員や市民に対してＬＧＢＴに関する正確な知識を発信する結果を生んでおり、そして、これらの者がＬＧＢＴに対する理解を深めることは、上記のような無意識的な差別等を減少させ、ＬＧＢＴ当事者の社会生活における苦痛を取り除く一助となるといえる。その点でも地方自治体がパートナーシップ制度や差別禁止条例を制定することは大きな意義があるといえ、地方自治体のＬＧＢＴに関する取組みの波及については大きく期待されるところである。

以上

自動運転による事故の民事責任と被害者補償

ＡＩ研究部

＊目　次

第一　はじめに ····· 306
第二　総論 ····· 307
　一　自動運転における事故原因の特徴 ····· 307
　二　自動運転による事故の民事責任のあり方 ····· 309
第三　検討の前提：自動運転レベル、公道での自動運転の可否等 ···311
　一　自動運転レベルの定義 ···311
　二　自動運転における自動車の「利用者」の役割 ·····313
　三　公道における自動運転の可否 ·····314
第四　現行法を前提とした民事責任 ·····316
　一　ドライバー等の不法行為責任 ·····316
　二　所有者等の運行供用者責任（対人事故の場合）·····319
　三　メーカー等の責任 ····· 326
　四　サイバー攻撃による事故の責任 ····· 337
　五　その他の者の責任 ····· 344
第五　現行法における課題とその解決の方策 ····· 347
　一　事故原因究明の必要性と走行記録装置の設置義務化 ·· 347
　二　対物事故等の被害者の迅速な救済の方策 ····· 350
　三　求償の実効性の確保 ···· 351
　四　対人事故における適切な責任分担のあり方 ····· 352
　五　自損事故の被害者救済の方策 ····· 353
　六　過失相殺のあり方 ····· 353
第六　ジレンマ状況における民事責任 ····· 354
第七　補論：ロボットによる事故の民事責任 ····· 355

第一　はじめに

AIを活用したイノベーションの一つが、自動車の自動運転である。この分野では、自動車の運転に必要な「認知」（自車位置評定や周辺環境認識）、「予測」、「判断」（動線、速度等の決定）及び「操作」の全てを、AI等を活用[1]した自動運転システム[2]に委ねることが目指されている。

自動運転技術の進展に伴い、運転に対するドライバーの関与度合いが低下し、システムの関与度合いが増加していく[3]。現代の交通事故の多くは、

1　これまでの自動運転システムでは、画像認識等の一部を除き、主に従来型のソフトウェアによる制御（ルールベース制御）が中心となっており、AIによって全面的に駆動されるシステムの開発には至っていない。しかし、複雑な環境（市街地等）での走行実現には、AIの活用が不可欠と考えられている。

2　自動運転システムとは、持続的に、全ての動的運転タスクを一括に実行することができるハードウェア及びソフトウェアを指す（自動車技術会「JASO TP 18004」（2018年2月）参照）。また、道路運送車両法改正案、道路交通法改正案（いずれも2019年3月に閣議決定）において、自動運転システムは、「自動運行装置」と呼称されている。「自動運行装置」は、概要、①プログラムにより自動的に自動車を運行させるために必要な、センサー並びに当該センサーから送信された情報を処理するための電子計算機及びプログラムを主たる構成要素とする装置であつて、②（ⅰ）当該装置ごとに国土交通大臣が付する条件で使用される場合において、（ⅱ）自動車を運行する者の操縦に係る認知、予測、判断及び操作に係る能力の全部を代替する機能を有し、かつ、③当該機能の作動状態の確認に必要な情報を記録するための装置を備えるもの、と定義されている（道路運送車両法改正案41条2項参照）。当該定義中、特に本質的な要素は、機能面について述べる②（ⅱ）であるが、そこに①、②（ⅰ）、③のような条件が付されていることも重要である。このことにより、自動車に自動運転機能が搭載されているとしても、これらの条件を充足しない限り、保安基準を充足せず、自動運転状態での運行の用に供することはできないことになる。

3　このことは、自動車の走行の安全性を実現するために果たすべき役割の大きさが、ドライバーから自動車そのもの（より直接的には自動運転システム）へとシフトしていくことを意味する。また、自動車の走行の安全性を担保する上で、自動車の安全性確保等を目的とする道路運送車両法が果たすべき役割がこれまで以上に増加していくことをも意味する。

ドライバーのヒューマンエラーに起因する[4]ため、自動運転技術の進展・普及によって交通事故が減少することが期待されている[5]。他方で、自動運転といえども、様々な要因によって事故は発生しうるところ、事故原因や、事故時の民事責任のあり方が、手動運転の場合とは異なるものとなりうる。そこで、本稿[6]では、自動運転による事故の民事責任と被害者補償のあり方について概観する。

第二　総論

一　自動運転における事故原因の主な特徴

自動運転における事故原因の主な特徴は、以下の通りである。

①第一に、事故原因全体の中で、ドライバーのヒューマンエラーが占める割合が低下し、その他の原因、特に自動車の不具合が占める割合が、相対的に増加する。

②第二に、自動運転機能は、自動車に搭載された多数の装置が複雑に連動し合って実現するため、より複雑・多様な自動車の不具合（各種センサーの故障・機能限界等による障害物の検知漏れや誤認識、ソフトウェアのバグ、AIの誤判断等）が、事故原因となりうる。③第三に、自動運転の実現には、車両外部のデータを、通信等を介して取得・活用することが必要となりうるところ、当該データの誤謬やデータ取得過程における障害等が事故原因となりうる。すなわち、自動運転における周辺情報収集の方法としては、「自律型」（自動車搭載のセンシング装置を活用す

4　例えば、我が国における近時の交通死亡事故の9割以上は、運転者の法令違反に起因する。
5　自動運転には、その他にも、道路交通や移動に関する社会課題の解決や、生産性の向上、新産業の創出等、様々な社会的効用が期待されている。
6　文中意見にわたる部分は筆者個人の見解であり、筆者の所属組織の見解ではない。

る）に加え、ダイナミック・マップ[7]、衛星測位システム[8]、V2X（他車、信号、インフラ、歩行者等との通信）情報等の外部情報を活用する「協調型」を併用することが想定されているところ[9]、当該外部情報を収集する上での障害[10]が、事故原因となりうる。④第四に、自動運転には、自動車がコネクテッド技術等を活用して外部の通信ネットワークと接続すること（自動車のネットワーク化、IoT 機器化、「コネクテッドカー」化）が必要となると

7　デジタル地図に動的情報を重畳させた仮想データベースと、その情報を流通させるためのデジタルインフラの仕組み。基盤的地図（高精度3次元地図）に付加的情報（動的情報、準動的情報、準静的情報、静的情報の4階層から成る）が組み合わされて配信される。

8　衛星からの電波によって受信機の位置情報を計算するシステム。全地球型の GNSS（代表例は、米国の GPS）と、限定地域型の RNSS（我が国の準天頂衛星システム（QZSS）もこれに該当）とがある。

9　現在は、自律型をベースとする自動運転システム（システムが、自律型で収集した情報をベースとしつつ、協調型で収集された情報を補完的に活用することによって、自動運転を実現する）の開発が、主に想定されている。そして、協調型による情報は、その信頼性が情報通信インフラ等の整備状況に依存すること、誤謬・遮断等のリスクがあり得ること等に鑑み、あくまで補完的な役割にとどまるものと位置づけられている。そのため、協調型で得られるデータを利用する際における誤謬・遮断等のリスクに対しては、原則として、自動運転システム側の責任で対応することが必要となるものとされている（以上につき、高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部・官民データ活用推進戦略会議「官民 ITS 構想・ロードマップ 2018」（2018年6月）（https://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/kettei/pdf/20180615/siryou9.pdf）参照）。
とはいえ、協調型には、自律型にはないメリットもある。例えば、自律型の場合、原則として、車両からの視界内の情報しか収集できないところ、協調型であれば、車両から見て死角となっている地点や、遠距離の地点の情報を収集できるため、より安全な行動予測やシステム負荷の軽減等に資する。そのため、自律型と協調型の統合のあり方、役割分担等については、技術開発状況等を踏まえつつ、引き続き検討がなされていくものと思われる。
なお、我が国で1990年代に自動運転の研究開発活動が活発化した際には、インフラ依存の路車協調システム（道路側の特殊なインフラ設備の存在を前提とする）が主に想定されていたが、実用面での課題（インフラ整備・維持の費用等）が多く、研究開発が沈静化した、という経緯がある。

10　例えば、クラウド上の地図データの誤謬、GPS 途絶、通信障害、道路側の ITS 装置の故障等。

ころ、これに伴い、自動車に対するサイバー攻撃のリスクが増大し、ハッキングやマルウェアによる障害を原因とする事故発生の可能性が高まる。

⑤第五に、自動運転の場合、特に技術的過渡期には、安全性を担保する上で「走行環境」が重要な要素となる（走行環境に対する依存度が高まる）ため、走行環境に生じた問題[11]が事故原因となりやすくなりうる。また、自動運転車には技術状況に応じて運行設計領域（ODD）が設定されるところ、その設定の仕方に問題がある場合や、ODD 範囲外にもかかわらず自動運転システムが作動し続けた場合も、事故が生じうる[12]。

⑥第六に、既存の道路交通環境や他の交通参加者が自動運転車の存在を十分に想定しておらず、かつ、当面は手動運転車が混在する状態が続くこととの関係で、自動運転車が、その時々の交通環境に適合した動作を行えず[13]、事故に至ることが考えられる。

⑦第七に、自動運転は、先端的かつ多様な技術要素が相互に複雑に関連し合うことによって実現するものであるため、その事故原因究明は、技術的に難易度が高くなる可能性がある。また、システムに搭載された AI の判断過程等が事故的に解明できない、いわゆるブラックボックス化という事態も懸念されている。こうした点は、自動運転の社会受容性形成の障害になりかねない。

二　自動運転による事故の民事責任のあり方

事故の民事責任や被害者救済のあり方について、以下のような変化や要請が生じうる。

11　道路インフラが整備されていない（道路上の白線が消えている等）、急な悪天候によってセンサーの認識可能領域が狭まる等。

12　こうした事故を防止する上では、適切な ODD の設定、適切な走行環境の維持・保全が、重要な事柄となる。

13　例えば、アイコンタクトができずに、他の交通参加者とのコミュニケーション等に支障が生じる、交通ルール遵守を優先するあまり、かえって交通環境に合わせた臨機応変な走行ができない、等。

①第一に、ドライバーが不法行為責任を負うべき場面が減少する一方で、自動車メーカー等が製造物責任等を負うべき場面の割合が相対的に増加する。この点、被害者にとって、製造物責任の追及は立証上の負担が重い。また、車両の不具合が「欠陥」とまでは認められない等の理由により、メーカー等が免責される可能性もある。そのため、被害者補償のあり方に工夫が必要となりうる。また、自動車損害賠償保障法（以下「自賠法」という）は、運行供用者にメーカー等の製造物責任を、少なくとも一時的に肩代わりさせているところ、このことの妥当性に対する疑問が顕在化する可能性がある。さらに、ソフトウェアが、自動運転システムの中核的な要素技術となることに伴い、ソフトウェアの開発者、提供者等の責任のあり方が、解釈又は立法により変化しうる。

②第二に、自動運転の場合、事故原因の多様化・複雑化、事故原因究明の困難化、関係主体増加[14]に伴う責任関係複雑化等の事情により、迅速かつ確実な被害者救済に支障が生じうる。また、事故につき、いかなる主体も法律上の損害賠償責任を負わない場面（責任の空白）も生じうる。こうした事態に対処すべく、迅速かつ十分な被害者救済の仕組みの構築・整備が必要となりうる。

③第三に、自動運転の場合、迅速かつ確実な被害者救済、責任所在の明確化、事故に対する関係者や社会全体の納得感醸成、事故の再発防止（更なる安全性向上）等の観点から、事故原因究明の必要性が高まる。

④第四に、自動運転技術が大きな社会的効用をもたらしうる開発途上の技術であることを踏まえ、責任制度の設計にあたっては、自動車メーカー等に対して安全かつ便利な技術の開発を促進する観点から適切なインセンティブを与えること、また、自動車メーカー等による技術開発を過度

14　責任主体としては、自動車のユーザーや所有者等のほか、原因に応じて、メーカー等（完成車メーカー、輸入者、部品業者等）、ソフトウェア開発者、販売者、修理業者、道路管理者、データ提供者、通信事業者、ハッカー等が想定される。

に萎縮させず、多様なイノベーションを阻害することがないようにすること等が求められる。

以上の要請を満たした制度設計がなされることは、個別事件における被害者救済に資することは勿論、全ての交通参加者の間に安心感と納得感を醸成することを通じて、自動運転の社会受容性の向上に資するものと思われる。

第三　検討の前提：自動運転レベル、公道での自動運転の可否等

一　自動運転レベルの定義

現在、我が国では、SAE International 作成の J3016（2016年9月）及びその日本語参考訳である「JASO TP 18004」による、レベル0からレベル5までの6段階のレベル分けが主に使用されている（【図1】参照）。

【図1】　自動運転レベルの定義の概要[15]

レベル	概要	安全運転に係る監視、対応主体
運転者が一部又は全ての動的運転タスクを実行		
レベル 0 運転自動化なし	• 運転者が全ての動的運転タスクを実行	運転者
レベル 1 運転支援	• システムが縦方向又は横方向のいずれかの車両運動制御のサブタスクを限定領域において実行	運転者
レベル 2 部分運転自動化	• システムが縦方向及び横方向両方の車両運動制御のサブタスクを限定領域において実行	運転者
自動運転システムが（作動時は）全ての動的運転タスクを実行		
レベル 3 条件付運転自動化	• システムが全ての動的運転タスクを限定領域において実行 • 作動継続が困難な場合は、システムの介入要求等に適切に応答	システム (作動継続が困難な場合は運転者)
レベル 4 高度運転自動化	• システムが全ての動的運転タスク及び作動継続が困難な場合への応答を限定領域において実行	システム
レベル 5 完全運転自動化	• システムが全ての動的運転タスク及び作動継続が困難な場合への応答を無制限に（すなわち、限定領域内ではない）実行	システム

レベル3以上になると、自動運転システム作動時には、全ての動的運転

15 「官民 ITS 構想・ロードマップ 2018」より抜粋。

タスク[16]をシステムが実行可能となる。

このうち、レベル5では、行き先の指示等を除けば、人間の運転への関与は不要となる。次に、レベル4では、それが限定領域[17]内でのみ実現可能となる。そして、システムが作動継続困難な場合[18]に、レベル4、5では、システムによってリスク最小化のための対応（路肩への安全な停止等）が取られるのに対し、レベル3では、システムからの介入要求等[19]にドライバーが適切に応答することが必要となる。

他方、レベル2以下では、未だドライバーが動的運転タスクの少なくとも一部を実行するものであり、運転に関する責任は、原則として、システムではなくドライバーが負う。なお、ユーザーの誤解・過信を防止する観点から、レベル1、2については、広告宣伝等の際には、「運転支援」と呼称することとされた[20]。

なお、このレベル分けは、運転時のドライバーとシステムの役割分担についてのメーカーの設計意図を表すものである。そのため、メーカーが、その製造する自動車について、自ら高い自動運転レベルを謳う場合、その分、システムが果たすべき役割は大きくなり、メーカーが製造物責任を負担するリスクもより大きくなるものといえる。

16　自動車の走行のためにリアルタイムで行われる必要がある認知、判断、操作等をいう。なお、戦略上の機能（走行するか否かの決定、走行時期や目的地の決定、行程計画、経由地の選択等）は含まれない。

17　ある運転自動化システム又はその機能が作動するように設計されている特定の条件。なお、限定領域は、地理的、道路面の、環境的、交通の、速度上の、及び／又は時間的な制約を含んでもよい。

18　確実な動的運転タスクの実行継続を妨げるシステム故障（機能不全）が発生した場合、限定領域を逸脱した場合、

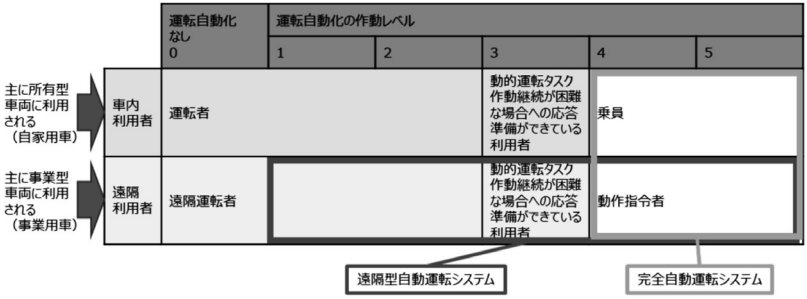
19　「等」とされているのは、後述の通り、レベル3においては、システムが介入要求を出さない場合においても、自ら適切に応答することが期待される場合があるからである（明らかな車両システムの故障の場合等）。

20　「運転自動化技術レベル１および２の車両に対する誤解防止のための方策について」（国土交通省）参照。

二　自動運転における自動車の「利用者」の役割

自動運転レベルに応じて、その利用者の役割は変化する（【図2】参照）。

【図2】[21]　自動運転における「利用者」の役割



1　レベル4以上

レベル4以上の自動運転車は、単なる自動車ではなく、いわば、専属ドライバー（当該自動車の保有者に専属）付きの自動車となる。そして、レベル4以上における自動運転システムの車内利用者（ユーザー）は、もはやドライバーではなく、乗員（車両操作に係る役割は無い）となる。

車内利用者が自動運転システムの作動・非作動に関与しない場合[22]や、車内利用者が存在しない場合（無人貨物輸送が行われている場合等）には、動作指令者（自動運転システムを作動又は非作動とする者）が車外に存在することになる。

2　レベル3

レベル3では、「動的運転タスク作動継続が困難な場合への応答準備ができている利用者（DDT fallback-ready user）」が存在することになる（車内外は問わない）。この者は、システムの適切な作動中は、自ら

21　「官民 ITS 構想・ロードマップ 2018」より抜粋。

22　例えば、旅客自動車運送事業者（タクシー会社、バス会社等）が自動運転車で旅客自動車運送事業を営む場合、所有者が自動運転車に幼児の子のみを乗せて幼稚園まで移動させる場合等。

直接運転操作を行う必要は無くなる。他方、システムが作動継続困難な場合には、システムからの介入要求に適切に応答する役割を担う。また、それを実現できるよう、システム作動中も、上記応答に対応できるよう待機する必要がある。そして、そのような待機を行う場合には、システムからの介入要求の有無にかかわらず、明らかなシステムの故障等の異常事態に対して、自ら能動的に運転引継ぎを行うことが可能であるはずであり、それゆえ、そのような役割を果たすことが求められる[23]（その意味で、この者は、システム作動中も、車両動作の監視義務を完全に免除されているわけではない）。

三　公道における自動運転の可否

本稿では、公道における自動運転が適法であると仮定し、その前提で民事責任を考察するが、以下で、公道における自動運転の可否につき、簡単に言及する。

公道における自動運転が許容されるためには、少なくとも、交通ルール上、それが許容されていることが必要になる。我が国では、交通ルールは、主に道路交通法で規定されている。また、我が国は、道路交通ルールに関する国際条約であるジュネーブ条約（1949年ジュネーブ道路交通条約）に加盟しているため、道路交通法の解釈や改正に際しては、ジュネーブ条約との整合性を確保する必要がある。

1　ジュネーブ条約との整合性（条約改正の要否）

多国間条約であるジュネーブ条約は、改正作業に長期間を要する可能性が高い。しかし、少なくともレベル3については、現行ジュネーブ条約の下でも、公道走行が可能と考えるべきである。

23　レベル4では、そのような役割は期待されない。そのため、レベル3とレベル4では、システム作動中の車内利用者の役割は異なると考えるべきである。

というのも、自動運転システムのユーザーが、「システムの作動開始及び作動中のシステムの停止（動的運転タスクの引継又はシステムのスイッチオフ）が可能である」という条件を満たすのであれば、当該ユーザーは、動的運転タスクを実施するシステムに影響を及ぼすことを通じて、自動車を「運転」する「運転者」（同条約4条）に該当すると評価でき[24]、ジュネーブ条約8条1項（運行されている車両には「運転者」がいなければならない、という旨の規定）等に反する状態にはならない、と考えるべきである。そして、レベル3の場合、ユーザーによる運転引継ぎが想定されている以上、上記条件は充足される。

他方で、レベル4以上については、あらゆる場合にも現行ジュネーブ条約下で公道走行可能とまでは言い切れない。ユーザーによるシステムのスイッチオフが可能とは言い切れないからである。例えば、「運転席には誰も座らず、運転免許を持たない幼児や無人運転タクシーの乗客等が後部座席に座っているだけで、遠隔管理もなされていない」という場合、システムのスイッチオフをできる者が誰もおらず、「運転者」がいない、という場合がありうる。

なお、同条約における「運転者」は、必ずしも、車両内や車両近辺にいることまでは求められていないため[25]、車両から離れた場所にいる者でも「運転者」たりうる[26]。

24　なお、ウィーン条約につき、2014年3月に同旨の改正案が採択されたが（2016年3月施行）、これは、改正前の法文でも採用しえた解釈を法文上も明確化したものと捉えるべきである。

25　「運転者」は、車両を「現実に統御」（同条約4条）し、常に車両を適正に操縦する（同条約8条5項）すること等を求められるが、車両内にいることまでは求められていない。また、同条約8条1項（原文：「Every vehicle … shall have a driver.」）も、「運転者」が車両内にいることまでは求めていない。

26　国際連合欧州経済委員会（UNECE）の内陸輸送委員会（ITC）の下の道路交通安全作業部会（WP1）第72 回会合（平成28 年３月）で、ジュネーブ条約及びウィーン条約につき、「自動運転車両の実験について、車両の

2　道路交通法との関係

自動運転システムを使用して自動車を走行させる行為は、自動車を「本来の用い方に従つて用いること」に該当するものといえるため、「運転」（道路交通法2条1項17号）に該当するものと解される。道路交通法改正案（2019年3月閣議決定）でも、そのことが法文上明記されている。そして、このことは、自動運転レベルを問わず妥当するものと思われる。しかし、前述の通り、同法の解釈に際しては、ジュネーブ条約との整合性が求められるため、レベル4以上の公道走行の可否は、ジュネーブ条約の解釈に依存することとなる。

第四　現行法を前提とした民事責任

以下、現行法が維持[27]されることを前提に、自動運転による事故の民事責任を検討する。

一　ドライバー等の不法行為責任

1　運転に関する責任

運転に関して過失（客観的注意義務違反）を有する者は、これと因果関係ある損害につき不法行為に基づく損害賠償責任を負う。

レベル3の場合、自動運転車のユーザーは、自動運転中、運転操作に

コントロールが可能な能力を有し、それが可能な状態にある者がいれば、その者が車両内にいるかどうかを問わず、現行条約の下で実験が可能」との解釈上の合意がなされたが（ECE/TRANS/WP.1/153参照）、これは、公道走行実用化の場合についても採用可能な解釈を、公道実証実験の場合につき、先行して明確化させたものと捉えるべきである。

27　ただし、交通ルールや安全基準等についての制度整備によって、公道での自動運転が適法に行えることになったと仮定する。

係る義務が免除されるわけではない[28]ものの、自ら直接運転操作を行う義務までは負わず、運転中に要求される注意義務は軽減される。そのため、システム利用中の事故[29]につき無過失となる場合が多くなると思われる。また、

レベル4以上の場合、自動運転車のユーザーは、システム利用中は、原則として、システムの適切な作動を信頼することが許され[30]、運転に関する注意義務を負わない。そのため、システム利用中の事故につき無過失となるのが原則である。

ただし、運転前に要求される点検・整備の懈怠は、過失を構成しうる。また、走行中の自動運転車が異常な挙動を繰り返し、不具合を疑うべきであった（システムへの信頼の前提が崩れた）にもかかわらず漫然とシステムの使用を継続した場合等には、ユーザーに過失が成立しうる（少なくとも、レベル3における待機義務を負う運転者には、このような過失が成立する）。また、少なくともレベル3における運転者は、事故時の救護義務[31]・報告義務（道路交通法72条1項）等、運転操作と直接かかわ

28　レベル3のユーザーは、「運転者」として、安全運転義務（道交法70条）を負い、運転操作に係る義務についても、システムの使用という形での履行が可能となるものの、当該義務を免除されるわけではない。そして、システム作動中も、システムからの介入要求を認知できるよう注意を払い、介入要求を受けた際に適時適切に応答できるための態勢を保持する、という義務を負う。さらに、システムからの介入要求に適切に応答する義務を負うことは勿論、介入要求の有無にかかわらず、明らかなシステムの故障等の異常事態が発生した場合に、自ら能動的に介入する義務も負うと考えるべきである。「技術開発の方向性に即した自動運転の実現に向けた調査研究報告書（道路交通法の在り方関係）」（2018年12月）参照。

29　レベル3の場合、介入要求に対する応答期限経過前の事故、及び、求められる水準の応答準備ができているドライバーにとっても介入要求に対する応答が客観的に不可能な場合の事故は、自動運転システム利用中の事故に含めて考えるべきである。

30　これは、「信頼の原則」（刑事法のみならず、民事法にも同原則は適用される（最判昭43.9.24裁判集民92.369等参照））と同様の考え方を、人間・システム間に適用した帰結である。

31　事故時の救護義務につき、レベル4、5や遠隔型の場合、車両内無人の場

らない義務は引き続き負い、かかる義務への違反は、過失を構成する。

2　点検・整備等に関する責任

自動車の使用者は、日常点検整備及び定期点検整備の義務を負うところ（道路運送車両法47条～48条）、当該義務を懈怠した場合、これと因果関係がある事故につき、過失を問われうる。この点は、自動運転車であっても、事情に変わりはない。

自動運転車の点検整備は技術的に困難なものとなりうるところ、その場合には、点検整備に係る過失が認められにくくなりうる（なお、法改正により、求められる定期点検や検査の頻度が増加する可能性もある）。他方で、自動車の故障有無が簡易に判別できるスキャンツール等が市場で容易に入手できる環境が整備されれば、点検整備義務の内容は高度化しうる。

使用者の点検整備義務違反の事実の証明を容易にする方策としては、技術進展状況にも依るが、自動車に機械的な仕様上の工夫を施しておくことが考えられる。例えば、整備を要する不具合が生じた場合にそれを所有者等に伝える警告機能を自動車に搭載し、当該警告を確認しなければ自動車を使用できないような仕様にしておく、所有者等が当該警告を確認したかを事後的に確認できるよう記録を残しておく等の方策が考えられる[32]。

合もありうるため、自動車に、自動通報機能によって救急車手配等がなされるようにする機能が施されてしかるべきであるが、逆に、このような機能が発揮されたことをもって救護義務が果たされたものと捉える解釈又は立法を行うことは考えられる。なお、既にEUでは、EU域内で販売される新車にeCall（自動緊急通報システム。事故発生時に、車載の通信ユニットが、発生位置等の情報を自動的に救急サービスセンター等に通報するシステム）を搭載することが義務化されている。また、無人自動運転移動サービスに用いられる自動運転車については、非常停止時に運行管理センターに自動通報する機能を搭載することが、後述の安全技術GLで求められている。

32　メーカー等にとっては、かかる警告機能・記録機能を搭載しておくことにより、自らに対する被害者からの製造物責任等の追及を抑止しうる（事

二　所有者等の運行供用者責任（対人事故の場合）

1　総論

自賠法3条[33]は、運行供用者責任について規定している。運行供用者責任の主な特徴としては、迅速かつ確実な被害者救済のため、①過失等につき挙証責任の転換を図った上で、厳格な免責要件を設けることにより、運行供用者に事実上の無過失責任を負担させている点、②自動車の欠陥等による事故についても運行供用者に責任を負担させている点（これにより、「製造物責任の肩代わり」という現象が生じる）、③賠償資力を確保するべく強制保険（自賠責保険等）制度や政府保障制度等が用意されている点が挙げられる。

自動運転中の事故についての自賠法に基づく損害賠償責任のあり方については、既に、国土交通省の「自動運転における損害賠償責任に関する研究会」において、2025年頃までの過渡期[34]、レベル4までの自動運転を対象に、検討が行われ、報告書（以下、「国交省研究会報告書」という）（2018年3月）が公表されている。

故原因として、整備不良という所有者等の人為的ミスが介在することになるため）し、製品引渡し後にメーカー等が果たすべき注意喚起措置を履行することにも繋がる。逆に、こうした警告機能を搭載していない場合、そのこと自体が、満たすべき安全性を満たしていないものとして、「欠陥」（設計上の欠陥、又は、指示・警告上の欠陥）と評価される可能性も、将来的にはありうる。

33　自賠法3条：「自己のために自動車を運行の用に供する者は、その運行によつて他人の生命又は身体を害したときは、これによつて生じた損害を賠償する責に任ずる。ただし、自己及び運転者が自動車の運行に関し注意を怠らなかつたこと、被害者又は運転者以外の第三者に故意又は過失があつたこと並びに自動車に構造上の欠陥又は機能の障害がなかつたことを証明したときは、この限りでない。」

34　自動運転車の導入初期段階である2020年～2025年頃の、公道において自動運転車と従来型の一般車が混在し、かつ自動運転車の割合が少ない時期を指す。

2　運行供用者該当性

(一) 運行供用者の有無

運行供用者責任は、対人事故の場合における、危険責任（運転行為と自動車本体のそれぞれに由来する危険が不可分一体となったものが対象）と報償責任に基づく責任であり、運行供用者とは、運行支配と運行利益を有する者と解される[35]。自動運転の場合、運行支配の帰属に変更が生じうるところ、運行支配とは、「加害車両の運行を指示・制御すべき立場（地位）」と解され[36]、現に運転操作を行うことまでは必要とされない。そのため、「運転操作を行う者が存在しない（システムが運転操作を行っている）」という自動運転レベル3以上の場合であっても、直ちに「運転支配を有する者が存在しない」ということにはならない。そして、少なくとも自動車の所有者等[37]は、自動運転であっても、レベルの如何を問わず、車両管理等を通じて車両の運行を制御すべき立場にあるから、原則として[38]、運行支配を有し、運行供用者に該当すると考えるべきである。

この点、国交省研究会報告書も、レベル4までにつき、上記と同様

35　最判昭43.9.24（裁判集民92.369）等。なお、運行供用者を「事故を抑止すべき立場を有する者」と規範的に捉える見解もある。

36　最判昭45.7.16裁判集民100.197等。なお、最判昭50.11.28民集29.10.1818は、より詳細に、「自動車の運行を事実上支配、管理することができ、社会通念上自動車の運行が社会に害悪をもたらさないよう監視、監督すべき立場」としている。

37　本稿では、「自動車の所有者その他自動車を使用する権利を有する者」（自賠法2条3項）を、「自動車の所有者等」と表記する。

38　例外として、まず、所有者等が管理責任を尽くしていたにもかかわらず自動車を窃取された場合、その時点で運行支配を失う（最判昭48.12.20民集27.11.1611参照）。また、所有者等が必要なセキュリティ対策等を講じていたにもかかわらず自動車をハッキング等され、無関係な第三者が無断で自動車を操縦する等の事態が発生した場合も、自動車盗難が行われた場合と同様の状況となるため、運行支配を失う。なお、ハッキング等による事故につき、盗難車による事故同様、政府保障事業での対応が妥当とされている（官民 ITS 構想・ロードマップ 2018等参照）。

の解釈上の整理を行った上で、立法論としても、現行制度が迅速な被害者救済の観点からの有効性が高いこと等を踏まえ、少なくとも過渡期においては、従来の運行供用者責任を維持することが適当であると結論付けている。ただし、具体的にどの範囲の者が運行供用者に該当するのかは必ずしも明らかではない。また、レベル5については未整理である。

（二）運行供用者に該当する者の範囲

（1）総論

具体的にどの範囲の者が運行供用者に該当するのか、という点については、従来、運行供用者とされてきた者は、原則として、自動運転レベルの如何を問わず、運行支配を基礎づける事情に変わりはないため、運行供用者に該当する、と考えるべきである。すなわち、自動車を自らのために使用する者（所有者等、無断使用者、泥棒運転者等）は、自動車にどのような自動運転機能が搭載されているかにかかわらず、車両管理等を行うべき立場にあることに変わりはない。また、他人による運行について、監視、監督すべき者や主観的又は客観的に容認していた者も、その立場に変わりはない。それゆえ、これらの者は、自動運転レベルの如何を問わず、運行供用者に該当する。

（2）レベル4以上の場合における車内利用者

なお、レベル4以上の場合における車内利用者は、行為としては行き先のインプット（画面入力、音声入力等）のみしか行わないことが考えられ、免許制度のあり方次第では運転免許を保有していない場合も考えらる。そのため、この者は、運行供用者に当たらないとも思われる（なお、そのように考えたとしても、原則として、

少なくとも（実質的）所有者は運行供用者となるため、「運行供用者が存在しない」という不都合な事態は生じない）。

しかし、この者が、車両を管理すべき立場にある場合には、その者が行う行為の内容や運転免許の有無にかかわらず、運行供用者に当たると考えるべきである。なぜならば、運行供用者責任は、何らかの行為を行ったことや資格を有することを理由とする責任ではなく、危険源に対する支配やそこからの利益享受という立場、状態にあることを理由とする責任だからである。そのため、例えば、レンタカーの借受人やシェアリングカーの借受人は、車両を管理すべき立場にある者として、運行供用者に当たることになると思われる。

では、将来、無人運転タクシーが登場した場合、乗客の運行供用者該当性をいかに考えるべきか（なお、無人運転ライドシェアの場合も同様に考えられる）。この点、乗客は、行き先をインプットする行為を行うものと思われるし、ドライバーが存在しない分、ドライバーが存在する通常のタクシーの場合と比べ、乗客が車両に対し、より直接的な立場に立つことになる。そのため、通常のタクシーの乗客（運行支配を有しないものと解されている）と異なり、運行供用者に該当してしまうとも思われる。しかし、車両を管理すべき立場にあるのは、あくまでタクシー会社であり、乗客は、原則として、タクシー会社による車両管理を前提として車両を利用しているに過ぎず、それゆえ車両管理等を行うべき立場にはなく、運行支配を有しないと考えるべきである[39]。ただし、利用時間又は走行距

39　なお、タクシー会社と乗客との間におけるタクシーの利用関係は、私法上は、商法上の旅客運送契約と位置づけられ、これは請負契約としての性格が強い。そして、請負契約における注文者は、請負人が第三者に加えた損害につき、原則として、不法行為責任を負わず（民法716条）、運行供用者責任も負わない（最判昭45.2.27裁判集民98.295参照）。

離が運送約款等所定の上限を超える場合には、乗客が、自ら車両管理を行うべき立場に立つことにより運行供用者になる場合もありうると考えるべきである。

また、所有者が自動運転車に幼児の子のみを乗せて幼稚園等まで移動させる場合、幼児は車両管理を行う能力はない以上、運行支配を有しないと考えるべきである。他方、未成年者であっても、ある程度の年齢に達して、車両管理を行いうる能力を獲得すれば、車両管理を行うべき立場にある者として運行支配を有する場合もあるものと思われる。

（3）シェアリングサービスのプラットフォーマー

シェアリングサービス（ライドシェア、カーシェア）のプラットフォーマーは、自動車の所有権を有しているわけではない。

しかし、ライドシェアのプラットフォーマーは、現在も、ドライバーに対する実質的支配力如何によっては、運行供用者に該当するものと解されうる[40]。そして、自動運転技術を活用した無人運転ライドシェアが実現した場合、プラットフォーマーは、車両自体への配車指令を通じて、より直接的に車両の運行を支配することになると考えられるため、運行供用者性が認められやすくなると思われる。

また、カーシェアについても、例えばプラットフォーマーが車両を借主の元まで無人運転状態で運行させる場合、その間はプラットフォーマーが運行供用者となると解されうる。

3　免責3要件

運行供用者が、運行供用者責任を免れるためには、いわゆる免責3要件（自賠法3条但書）の全てを立証する必要がある。しかし、の場合も、

40　ただし、個人タクシー運転手による人身事故につき、無線配車センターの使用者責任（民法715条1項）を否定した裁判例（東京地判平7.3.30）も存在する。

（一）第1要件（「自己及び運転者が自動車の運行に関し注意を怠らなかつたこと」）

レベル3以上の自動運転の場合、運行供用者及び運転者は、自動運転システムが全ての運転タスクを実施することができるとされる間は、同システムに自動車の運行を委ねることが可能となり、自動車の運転に関しては、現在と同等の注意義務は負わなくなると考えられる（ただし、前述の通り、レベル3では待機義務等の注意義務が残存する）。そのため、一見すると、第1要件は充足されやすくなるとも思われる。

しかし、運行供用者等の注意義務の内容としては、運転に関する注意義務に加え、自動車の点検整備に関する注意義務、運転者の選任監督に関する注意義務、その他関係法令の遵守義務等が含まれる。

この点検整備に関する義務として、従来の点検整備に加え、例えば、自動運転システムのソフトウェア等をアップデートすることや、自動運転システムの要求に応じて自動車を修理すること等が含まれることも考えられる。

また、自動運転車は、運転の自動車への依存度が従来以上に大きくなることに鑑みると、今後、関連法令（主に道路運送車両法）等で、自動車の使用者には従来よりも厳格な点検整備義務が課される可能性もある。例えば、定期点検整備義務の頻度の増加や、簡易な点検ツールによる自主的な点検義務の新設、車両が修理要求等を示した場合における修理義務の新設等が考えられる。また、ソフトウェアのアップデート版の存在に関する情報や車両のリコールに関する配信情報等[41]を確認する義務が新設される可能性もある。

41　これらの情報が、コネクテッド機能を通じて車両自体に表示され、確認が容易になる可能性もある。また、今後、メーカー等にはそのような形での情報提供が求められる可能性がある。

そのため、第1要件が充足しやすくなるとは、一概には言い切れない。

（二）第3要件（「自動車に構造上の欠陥又は機能の障害がなかつたこと」）

「構造上の欠陥又は機能の障害」（以下、「欠陥・機能障害」という）は、自動車自体に内在するものであれば、その発生時期や責任の有無・所在は問われない。また、「欠陥・機能障害」が無いと言えるためには、「日常の整備点検によっては発見不可能」というだけでは足りず、「運行当時の自動車に関する機械工学上の知識及び経験によっても発生可能性が予め検知不可能」といえる必要があり[42]、これは極めて高い要求水準である。そして、このことを、運行供用者（通常は技術的知見を有しない）の側で立証することは、極めて困難である。そのため、第3要件は、そもそも充足困難な要件と評価できる。さらに、自動運転においては自動車それ自体の運転への関与度合いが高まる分、事故時には、自動車に欠陥・機能障害があったことが原因であるとの推認力が従来よりも強まるため、第3要件充足の立証は、より一層困難になる。

また、外部情報はあくまで補助的情報であって、自動運転システムは、フェイルセーフの観点から、外部データの誤謬、通信遮断等の事態が発生したとしても運行の安全性を確保できるだけの冗長性を持って構築されるべきであり（後述の安全技術 GL でも、そのような冗長性が要請されている）、そうだとすると、かかる事象が原因と疑われる事故の場合でさえも、第3要件充足の立証は困難となりうる。

4　小括

以上の結果、自動運転中の対人事故の場合は、原則として、少なくとも所有者等が運行供用者責任を負い、強制保険である自賠責保険等

42　東京地判昭42.9.27判時502.21、大分地判昭47.3.2交民5.2.321、東京高判昭48.5.30判時707.59等参照。

によって、少なくとも最低限の被害者救済が確実に果たされることになる。なお、他に責任主体が併存する場合でも、被害者は、立証の難易等の観点から、通常は運行供用者責任を追及することになる。

三　メーカー等の責任

事故が自動運転車の不具合を原因とする場合、メーカー等に責任が生じうる。メーカー等の責任には、大きく分けて、製造等に係る責任（製造物責任と不法行為責任）と、製品引渡し後の不作為に係る責任（不法行為責任）の2種類がある。

1　製造等に係る責任

（一）製造物責任

（1）概要

自動運転車の製造、加工、輸入等を行ってそれを他人に引き渡した（＝自らの意思に基づき占有を移転した）メーカー等は、当該引渡し時点で自動運転車に「欠陥」が存在しており、当該欠陥と因果関係を有する事故により、他人の生命、身体又は財産が侵害されたときには、製造物責任を負う（製造物責任法3条本文）。

「欠陥」とは、「当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていること」（同法2条2項）をいい、製造上の欠陥、設計上の欠陥、指示・警告上の欠陥の3つに類型化される。例えば、センサーの性能限界による事故の場合、設計上の欠陥の有無が問題となり、標準仕様との差異、合理的代替設計の可否、ユーザーの合理的期待水準等が、その判断要素となると思われる。

なお、製造物に欠陥があったとしても、メーカー等は、開発危険の抗弁、部品・原材料製造業者の抗弁（製造物責任法4条）により

免責される余地もある。とはいえ、開発危険の抗弁が認められるためには、引渡し当時において当該欠陥の有無の判断に必要となる、入手可能な最高の科学・技術水準の知識に照らし、欠陥であることを認識できなかったことを証明する必要があるところ、かかる証明は極めて困難であることが通常である。

（2）製造物責任の成立場面の境界

製造物責任の成立場面には、一定の境界が存在する。

第一に、ソフトウェアやデータ自体は有体物ではなく、「動産」ではないため、それ自体は「製造物」（同法2条1項）に当たらない。そのため、ソフトウェアやデータのみを提供する主体には、製造物責任が生じない（ただし、これらに不具合が存在する場合、これらが組み込まれた動産たる自動車につき、それらの不具合を理由に、欠陥が存在すると評価されうる）。なお、ソフトウェアは自動運転システムの重要な要素技術であるところ、その提供主体が製造物責任を負わない（不法行為責任を負うにとどまる）点の妥当性は問題となりうる。また、元々システムに組み込まれていたソフトウェアに不具合がある場合（製造物責任が発生しうる）と、引渡しの後に事後的に組み込まれた外部データやソフトウェアに不具合がある場合（製造物責任は発生しない）との間で、製造物責任の発生余地に差が生じることは、被害者救済の観点から、不均衡が生じている[43]とも見うる。

第二に、製造物責任が発生するのは、あくまで引渡し時点で欠

43　なお、ソフトウェアの最終アップデート時を引渡し時と解釈することは、「引き渡し」の文理を不当に拡張するものであって妥当ではない。また、かかる解釈では、アップデート情報提供者に製造物責任を課すことはできず、メーカーに過大な製造物責任を課すことになってしまうため、得られる帰結も妥当ではない。

陥が存在していた場合のみであって、引渡し後に故障等による不具合が生じても、原則として製造物責任は発生しない（ただし、法定の耐用期間経過前に特定の故障が発生しやすいという場合には、そのこと自体が欠陥と評価されうる）。

第三に、拡大損害が生じていない場合の車両自体の損害につき、製造物責任は生じない（同法3条但書）。

（3）製造物責任追及の方策

被害者は、製造物責任追及に当たり、メーカー等の過失の立証は不要だが、その一方で、欠陥の存在（引渡し時に存在していたことが必要）、欠陥と損害との間の因果関係を立証する必要がある。自動運転車は高度な専門技術が使用されており、開発・製造過程に関わる資料はメーカー側に偏在するため、被害者にとって「欠陥」の存在の証明は極めて困難なものとなりうる。そこで、自動運転車のユーザーが事故時に自動運転車を通常の用法に従って使用していたこと、事故時に自動運転機能が作動しておりユーザーの操作が介在していなかったことを、仮に被害者が立証できた場合には、事故時に自動運転車に不具合が有ったという事実を強く推認させるため、前述の欠陥証明の困難性にも鑑みると、それ以上に具体的に欠陥の箇所、原因、態様、科学的機序等を証明する必要は無いと考えるべきである[44]。欠陥が引渡し時から存在していたことの証明に際しては、ユーザーの普段の使用状況（使用頻度、使用態様）、引渡しから事故までの時間的間隔、ユーザーの欠陥部位への接触可能性、当該具体的欠陥がユーザーの使用過程で生じる可能性、同種型式車のリコール実施状況等が重要な考慮要素となる。

44　仙台高判平22.4.22判時2086.42〔携帯電話低温やけど事件〕、東京高判平25.2.13判時2208.46〔ヘリコプターエンジン停止墜落事件〕参照。

（4）自動運転車に求められる安全性

ア　総論

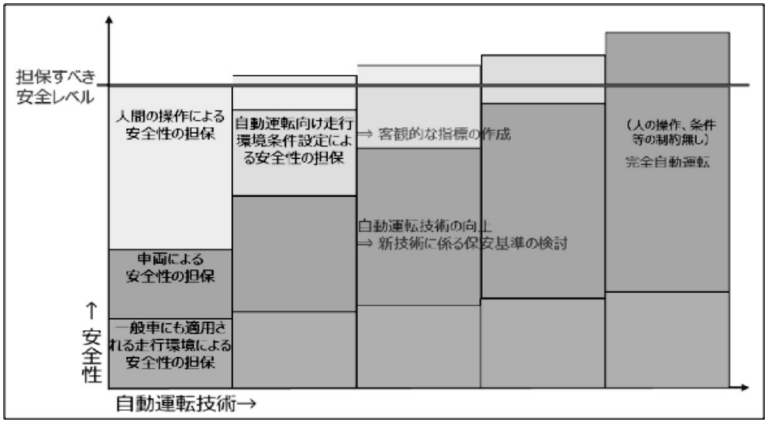
自動運転車の開発、製造等を行うメーカーとしては、製造物責任を負うことがないよう安全対策を講じなければならない立場にある。そのため、メーカーにとっては、自動運転車における「通常有すべき安全性」の具体的内容、要求される具体的な安全水準が、重要な事柄となる[45]。

この点、政府の「自動運転に係る制度整備大綱[46]」（以下、「制度整備大綱」という）では、自動運転が開発途上中の技術であることも踏まえ、特に過渡期には、自動運転車は、「車両」単体のみではなく、「走行環境条件」との組合せによって一体的に安全性が担保されればよいとされている（【図3】参照）。

45　自動運転車は、ユーザーを目的地まで移動するという機能を果たす必要があるところ、当該機能を果たす上で、ゼロリスクということはありえず、現にゼロリスクである（絶対的な安全性を有する）ことまでは要求されていない。「安全側面の規格への導入指針の国際規格」（ISO/IEC Guide 51:2014）において、「安全」の定義は「許容不可能なリスクがないこと」とされており、必ずしも、あらゆるリスクを排除することまでは求められていない。そして、本国際規格において、許容可能なリスクは、「現在の社会の価値観に基づいて、与えられた状況下で受け入れられるリスク」と定められている。社会の価値観は可変的なものであり、それを形成する要素としては、移動や交通をめぐる社会課題の深刻度、自動運転の社会的効用の大きさ、技術開発動向、交通ルールのあり方等が考えられる。

46　高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部・官民データ活用推進戦略会議（2018年4月）（https://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/kettei/pdf/20180413/auto_drive.pdf）

【図3】[47] 自動運転の実用化に向けた段階的な進め方のイメージ



また、政府の「自動運転車の安全技術ガイドライン[48]」（本稿では、「安全技術 GL」という）は、自動運転車について、定められた走行条件下で、人間のみが運転する場合よりも高度な認知、判断及び操作を行い、ヒューマンエラーに起因する事故が削減されるものであることを求めている。そのため、人間のドライバー（具体的には、平均的ドライバーが基準となると思われる）による運転の場合以上の安全性を有することが最低限の水準として求められる[49]。また、安全技術 GL は、自動運転車が満たすべき車両安全を、「運行設計領域（ODD）において、自動運転システムが引き起こす人身事故であって合理的に予見される防止可能な事故が生じないこと」と定めている。これは、メーカー等が、結果責任を負うわけではなく、予見義務の範囲が合理的範囲にとどま

47 制度整備大綱より抜粋。
48 国土交通省自動車局（2018年9月）
（http://www.mlit.go.jp/common/001253665.pdf）。
49 「自動運転」機能を謳う以上は、これを下回る水準の製品は、いくら指示・警告等を尽くしたとしても、「仕様」として許容されることは原則としてないというべきである。

ることを意味する。

イ　基準化、標準化の必要性

その上で、具体的に要求される安全水準は、その時々の社会状況、技術水準や開発・製造コスト[50]等によって左右されうる。そこで、メーカーの予測可能性を担保して開発萎縮を防止する観点から、実務上は、安全基準（保安基準等）、第三者機関による認証、業界ガイドライン、業界標準等が、重要な指標となると思われる。なお、自動車は国際的に流通する製品であるから、国内の基準・標準等が、国際的な基準・標準と整合性が保たれている必要がある[51]。この点、現在、国連の WP.29[52]で、自動運転に係る国際的な安全基準や安全性評価（基準認証）手法の策定に向けた議論が進められている。また、その議論を踏まえ、今後、我が国でも、自動運転システムに係る保安基準や、ODD の認定基準等が策定されていく予定である（道路運送車両法改正案参照）。なお、前述の安全技術 GL は、国際的議論を踏まえて安全基準等が策定されるまでの間、我が国におけるガイドラインとして機能することになる（なお、安全技術 GL の適用対象は、レベル3、4の車両。そこで示された安全性に関する要件の概要は【図4】参照）。

50　開発・製造コストを抑えて価格受容性を確保することは、メーカーの開発促進、製品の社会への普及促進等の観点から、無視しえない要請である。

51　国際的な基準・標準との整合性は、とりわけ我が国にとっては、自動車が重要な輸出品目であること、独自の規制によって輸入車に対する非関税障壁を設けたとの批判を受けることを避ける必要があること等に鑑みると、非常に重要である。

52　自動車基準調和世界フォーラム。自動車の安全・環境基準の国際的な調和を図ること等を目的としている。

【図4】安全技術 GL における「自動運転車の安全性に関する要件（10項目）」

車両の安全性に関する項目	主な要件
① 運行設計領域（ODD）の設定	個々の自動運転車が有する性能及び使用の態様に応じ、運行設計領域（自動運転システムが正常に作動する前提となる設計上の走行環境に係る特有の条件：ODD）を定め、走行環境や運用方法を制限すること
② 自動運転システムの安全性	・制御系やセンサ系の冗長性を確保すること等によりシステムの安全性を確保すること ・設定されたODDの範囲外となる場合等、自動運転の継続が困難となった場合には、最終的に車両を自動で安全に停止させること
③ 保安基準の遵守等	・自動運転に関連する既に定められた道路運送車両の保安基準を満たすこと ・関係するISO等の国際標準等を満たすことを推奨
④ ヒューマン・マシン・インターフェース（HMI）	自動運転システムの作動状況等を運転者又は乗員に知らせるための以下の機能を有するHMIを備えること ・レベル３の自動運転車には、運転者がシステムからの運転操作を引き継ぐことができる状態にあることを監視し、必要に応じ警報を発することができる機能（ドライバーモニタリングシステム等） ・レベル４の自動運転車には、自動運転の継続が困難であるとシステムが判断し、車両を自動で停止させることをあらかじめ運転者又は乗員（運行管理者）に知らせることができる機能
⑤ データ記録装置の搭載	自動運転システムの作動状況や運転者の状況等をデータとして記録する装置を備えること
⑥ サイバーセキュリティ	サイバーセキュリティに関する国連（WP29）等の最新の要件を踏まえ、ハッキング対策等のサイバーセキュリティを考慮した車両の設計・開発を行うこと
⑦ 無人自動運転移動サービス用車両の安全性（追加要件）	無人移動サービス（レベル４）に用いられる自動運転車については、①～⑥の要件に加え、運行管理センターから車室内の状況が監視できるカメラ等や、非常停止時に運行管理センターに自動通報する機能等を備えること
⑧ 安全性評価	設定されたODDにおいて合理的に予見される危険事象に関し、シミュレーション、テストコース又は路上試験を適切に組み合わせた検証を行い、安全性について事前に確認すること
⑨ 使用過程における安全確保	使用過程の自動運転車両の安全確保の観点から、自動運転車の保守管理（点検整備）及びサイバーセキュリティを確保するためのソフトウェアのアップデート等の必要な措置を講じること
⑩ 自動運転車の使用者への情報提供	自動運転車の使用者に対し、システムの使用方法、ODDの範囲、機能限界等を周知し理解することができる措置を講じること

ウ　求められる安全性の具体例

以下では、安全技術 GL を参照しつつ、自動運転車に求められる安全性の具体例を検討する。

（ア）システムの安全性

安全技術 GL によれば、レベル3、4の自動運転車は、定められた ODD の範囲内にあるかを確実に認識し、ODD の範囲内でのみ作動するものであることが要請される。また、センサー系、制御系の冗長性を確保することも要請される。さらに、ODD 範囲外となりそうな場合や車両に障害が発生した場合等、自動運転の継続が困難となった場合に、車両を自動で安全に停止させる（ミニマル・リスク・マヌーバー（MRM））機能を有する必要があるとされている[53]。なお、レベル3では、引継要

53　レベル3においても MRM 機能の搭載という高度な安全性が要請されている点は注目に値する。なお、現在、MRM 機能に類似する「ドライバー異常時対応システム」の実装化に向けた検討が進められており、既に国土交通省「先進安全自動車（ASV）推進検討会」において、技術的要件等のガイドラインが策定されている。

請から運転権限委譲までの間の縮退運転[54]による安全性継続も要請される。

また、今後、システム故障時におけるアラート機能や速度制限機能等の搭載も求められる可能性がある。

（イ）HMI（ヒューマン・マシン・インターフェース）

HMIは、特にレベル３の場合に重要になる。例えば、システムからの介入要求の際、適切な運転タスクの引継ぎがなされるような設計上の工夫が求められる（複数の感覚に訴えることによりシステム使用者がより早く気づきやすくする等）。また、ドライバーの過信を防止し、ドライバーに運転タスクを引き継げる状態を維持させるべく、ドライバーモニタリング機能（ドライバーを監視して必要に応じて警告する）の搭載も要請される。

なお、安全技術GLには記載はないものの、今後、車外の交通参加者との関係でも、適切なHMI（車外表示）が必要となりうる。

（ウ）事前検証

開発・設計段階において、シミュレーション、テストコース又は路上試験を適切に組み合わせて安全性検証を行うことが、安全技術GLで要請されている。この点、「欠陥」該当性との関係でも、適切な事前検証プロセスを実施したという事実は、安全性を間接的に推認させる事実となりうるし、代替設計の不存在等を立証する上でも役立つものであるといえる[55]。

54　フォールバック。システムの機能を維持または制限した状態でシステムの稼働を継続させることをいう。

55　製造物責任は、あくまで「欠陥」責任であって、「過失」責任ではない。しかし、「欠陥」該当性の判断に当たっては、メーカーが合理的代替設計を取りえたか等の検討が必要となり、その際、開発・設計の過程で適切な注意義務を履行したか否かという過失の有無に関わる事情が、考慮

（エ）ユーザーへの情報提供

技術的過渡期においては、ODDの設計とともに、十分な情報提供により、指示・警告を行っていることが重要となる。この点、平易な資料を用いて、ユーザーが機能限界等について十分に理解できる情報提供がなされるような態勢を整備しておくこと（及び、情報提供の履行を事故的に検証できるよう証跡を残しておくこと）が重要であると思われる。

（二）不法行為責任

開発・設計・製造等の過程に故意・過失がある者は、不法行為責任を負いうる。このことは、製造物責任が発生しえない場合における法的責任（ソフトウェアやデータの提供主体の法的責任、拡大損害が無い場合の車両損害に関する責任）の検討において特に意味を持つ。

（1）ソフトウェア開発者の不法行為責任

一般に、ソフトウェアは、バグをゼロにすることが技術的に困難と言われており、開発者の過失の成立場面は、ある程度限定的に解されると考えられる。しかし、自動運転システムに用いられるソフトウェアの場合、人命にも関わる高度の安全性が要求されるため、開発者には通常よりも高度な注意義務が求められる。過失の有無の判断に際しては、開発時にソフトウェアに読み込ませた走行シーンに係るデータの質・量、安全性検証の履行状況、各種基準・標準の達成状況、不備がある場合にアップデートを提供できる体制の構築状況等が考慮されるものと思われる。

2　製品引渡し後の不作為に係る責任

引渡し後に生じた不具合による損害は、製造物責任の対象とはなら

要素となりうると考えられる。なお、将来の紛争時の立証に備えて、事前検証のプロセスを十分に記録・保存しておくことが重要である。逆に、そのような記録が不十分な場合、そのこと自体が、安全性検証の適切性を疑わせる事情となりうる。

ないが、こうした不具合を放置するという不作為が、作為義務[56]（安全確保義務、保守義務等）違反として不法行為（民法709条）を構成する場合がある。具体的な義務の内容としては、注意喚起･広報のほか、リコールや、ソフトウェアのアップデート版の提供等の措置の履行が求められうる。

（一）リコール

一般に、自動車は、使用過程も含めたライフサイクル全体にわたって安全性が確保される必要がある。とりわけ、自動運転の場合、ドライバー（運転免許制度により運転の安全性が継続的に審査される）が担っていた運転操作をも自動車の側で担うため、その要請はより強くなる。そのため、メーカーは、事故未然防止のため、リコール（無償での自主回収・修理）を実施すべき場合がある。リコールは、原則として自主的に実施されるが、自動車が設計・製造の過程に問題があったために保安基準に適合していない（又は適合しなくなるおそれがある）という場合、リコールは所定の手続に沿って行われる必要があり（「狭義のリコール」）、一定の場合には、メーカーにリコール実施が課される（勧告、公表、措置命令等の対象となる）ことになる（道路運送車両法63条の2、63条の3等）[57]。

56　作為義務の根拠としては、各種法令・ガイドライン、自動運転車（使用期間が比較的長期間にわたる（自動車の平均使用年数は12～13年程度）とともに、安全性に関わる不具合があると、道路交通の安全に支障をきたし、人命に関わる重大な事故を発生させうる製品）を開発・製造するという先行行為の存在等を理由とする信義則等が考えられる。なお、刑事事件において、製品販売後の不作為を過失と認定した事案として、大阪高裁平14.8.21〔薬害エイズ事件（ミドリ十字ルート）〕、横浜地裁平成19.12.13〔三菱自工製トラックタイヤ脱落事件〕、東京地裁平22.5.11〔パロマ湯沸器事件〕参照。

57　このほか、メーカーは、保安基準違反等に該当せずとも、通達（（「リコールの届出等に関する取扱要領について（依命通達）」（自審第1530号平成６年12月１日））に基づき、その他の市場措置（改善対策、サービスキャンペーン。これらと「狭義のリコール」を合わせて、「広義のリコール」と呼ばれる）を実施しうる立場にある。

そして、メーカーがリコールをなしうる立場にあることに鑑みると、リコール命令等が出された場合は勿論、そこまでに至らずとも、安全上重大な不具合が判明している場合等には、リコールを実施すべき義務が生じ、これを懈怠したことによって事故が生じた場合には、メーカーは不法行為責任を負う。

(二) ソフトウェア・アップデート

自動運転システムのソフトウェアに安全性に関わる重大な不具合が有る場合にも、上記のリコール義務が生じうる。他方、ソフトウェアの場合、回収せずとも、無線通信等によるアップデートを行うことが、安全性確保のための最も直截的な手段といえる。そのため、メーカー等には、ソフトウェアのアップデート版を提供する義務が生じうる。また、製品引渡し後、新たなサイバー攻撃の手法が登場したり、より安全性の高いソフトウェアが開発されたりすることにより、従来のソフトウェアが、十分な安全性を有しないと評価されるに至る可能性もある。その場合にも、メーカー等が、アップデート版を提供する義務が生じうる(その懈怠が過失を構成する)。特に、ソフトウェアの問題点を示す事例が発生している場合等には、かかる義務が発生しやすい。なお、安全性に関わる重大なバグを有するアップデート版を提供した場合にも、不法行為責任が問われうる。

ソフトウェアに安全性に関わる重大なバグが存在する場合において、仮に自動車の所有者等がバグをそのまま存置させておきたいと考えたとしても、そのような意思に合理性は無いから、適切な手続を経た上であれば、強制的なアップデートも可能と考えるべきである[58]。

なお、車両ハードウェアの技術的又は容量的な限界により、ソフト

58 なお、メーカー等は、そのような強制的なアップデートが行われる場合があることをユーザーに周知・情報提供するための措置を講じるべきである。

ウェア・アップデートが不可能な場合もありうるところ、こうした車両の存在を放置することも過失を構成しうる。かような場合、メーカー等には、適切な注意喚起のほか、自動運転機能停止措置を講じることが求められうる。

四　サイバー攻撃による事故の責任

1　総論

自動運転には、自動車が、走行時その他様々な場面（地図データ等の受信、V2X 通信、ソフトウェア・アップデート等）で、コネクテッド技術等を活用して外部の通信ネットワークと接続することが必要となる。これに伴い、自動車に対するサイバー攻撃のリスクが増大し、ハッキングやマルウェアによる障害等を原因とする事故発生の可能性が高まる。

サイバー攻撃を行った者は、原則として、運行供用者責任、不法行為責任等を負うが、この者に対する請求は事実上困難になる可能性が高い。

他方で、自動運転車の利用者やメーカー等も、損害賠償責任を負う可能性があるため、以下、この点につき検討する[59]。なお、その際には、当該サイバー攻撃が自動車に対する制御可能性をどの程度奪うものであったのかという点が特に重要となる。

2　自動運転車の利用者の責任

（一）運行供用者責任（対人事故の場合）

59　なお、他にも、自動車のセキュリティ上の脆弱性の存在（セキュリティホールの存在等）が公表した者にも責任が発生しうる。この点、当該公表行為が、一方で、表現の自由の一環をなし、脆弱性の警告・改善に繋がりうる点を有しつつも、他方で、サイバー攻撃による交通事故等を助長しうる危険性を有する点に鑑みれば、公表の目的、方法、態様等如何によっては、民事責任が生じる場合もありえなくはない。なお、「情報セキュリティ早期警戒パートナーシップガイドライン」では、脆弱性関連情報の届出・公表について官民協調体制が整備されており、自動運転車に組み込まれたソフトウェアもこのガイドラインの対象となる。

（1）運行供用者責任の有無

サイバー攻撃を受けた自動車の所有者等は、運行供用者責任を負うか。

この点、第一に、①「事故時に、所有者等及び自動運転システムの、自動車に対する制御可能性が完全に奪われていた」という場合、いわゆる泥棒運転に近い状況といえる[60]。この場合、所有者等は、原則として、運行支配を失っていると評価できるため、運行供用者責任は負わない[61]。

第二に、②「上記の制御可能性が相当程度奪われ、事故回避のための制御が不可能であった」という場合、残された制御可能性がごく僅かであれば、運行支配を失っていると評価されうる。また、そのように評価できないとしても、結果回避可能性が否定されるため、少なくとも運行起因性が否定される（運行と損害との相当因果関係の存在が否定される）[62]。そのため、所有者等は、原則として、運行供用者責任を負わない。

第三に、③「制御可能性が部分的に奪われるものの、事故回避の

60　レベル3の場合はドライバーが存在するところ、その状態で、サイバー攻撃を受け、自動車に対する制御可能性が制約されるという事態は、泥棒運転というよりも、カージャックに近い状況といえる。そして、カージャック中の事故時の所有者等の運行供用者該当性の判断に当たっては、ドライバーに残されていた制御可能性及び期待可能性の大小が主要な考慮要素となる。

61　国交省研究会報告書も、「自動運転車に対してハッキング等が行われ、保有者とは全く無関係な第三者が保有者に無断で自動車を操縦する等の事態が発生した場合、原則として保有者の運行支配及び運行利益が失われるという性質から、…盗難が行われた場合と同様の状況となると考えられる」としている。

62　サイバー攻撃も、自然災害等と同様、不可抗力となりうる。そして、運行供用者責任について不可抗力を理由とする免責を認めるか否かは、見解が分かれうる。しかし、仮に不可抗力免責を認めない見解に立つとしても、不可抗力の存在ゆえに運行起因性が否定される（より厳密には、因果関係が否定される）場合がほとんどであると考えられる。

ための制御が可能であった」という場合、所有者等は、自ら、又は、自動運転システムを通じて、そのような制御をなすべき立場にあったと評価されるため、運行供用者としての地位を失わないと思われる。そして、事故回避措置がなされなかった点につき、自らの無過失、及び、自動車の欠陥・機能障害の不存在を証明することは通常不可能であるから、免責3要件も成立せず、所有者等は運行供用者責任を免れないと思われる。

第四に、④「誤謬の含まれた外部データの提供を受ける等の被害に遭ったものの、制御可能性が奪われているわけではない」という場合、所有者等は運行供用者責任を負う。そして、自動運転システムが、そのような状況に対応できるだけの冗長性を有していなかった、という意味で、欠陥・機能障害を有すると評価される可能性が高く、その不存在の立証は通常不可能であるから、所有者等は運行供用者責任を負う。

なお、以上の議論は、自動車の所有者等が、セキュリティ上の対策（ソフトウェア・アップデート等）を講じる等の保守点検義務（義務の内容は、技術進展等に合わせて変容しうる）を履行していることを前提とする。かかる義務の不履行が認められる場合、サイバー攻撃に対する客観的容認があったと認められ、所有者等が運行供用者責任を負いうる[63]。自動車の所有者等にどの程度の義務が課されるかは今後の技術動向にも依るが、メーカー等から提供されるセキュリティ対策の必要性に係る情報を確認し、一定期間内に対策を履行する義務等が課されうると思われる。

63　盗難車による事故の場合も、第三者が自由に立入り可能な場所に長時間にわたりエンジンキーを差し込んだまま駐車していた等の場合等には、第三者による運転についての客観的容認があったと認められ、所有者等が運行供用者責任を負いうる（最判昭57.4.2裁判集民135.641等）。

（2）証明責任

被害者（原告）が被告に運行供用者責任を追及する場合、被害者の側で、被告の運行供用者該当性を証明する必要がある。運行供用者該当性は、争いあるも、規範的要件と位置づけられており（規範的要件説）、その評価障害事実の主張・立証責任は被告が負担する[64]。そして、原告が、「被告が、事故時点において、当該自動車の所有者等であった（所有権その他の使用権限を有していた）」という事実を証明すれば、被告の運行供用者該当性が経験則上推認される。

そのため、所有者等は、運行供用者該当性を争う場合、サイバー攻撃の存在、及び、それによる運行支配をの喪失という事実を証明する必要がある。

しかし、サイバー攻撃は、その証跡が残っているとは限らず、また、残っていたとしても、事後的な解明には、高度な解析技術が必要となりうるため、その存在の立証は困難となる可能性が高い。そのため、サイバー攻撃の存在を記録できるような記録装置の登場が望まれる。他方で、自動車の異常挙動等の事実から、サイバー攻撃の存在を推認していくという証明手法もありうる。かかる証明手法を実現可能にする観点からも、自動車には、その挙動を記録する装置が搭載されてしかるべきである。

（3）政府保障事業による対応

上記（1）①②の通り、自動車の所有者等に運行供用者責任が発生しない場合があるところ、この場合、所有者等を被保険者とする自賠責保険による損害の填補はなされない。しかし、サイバー攻

64　規範的要件の主要事実についての通説たる主要事実説（規範的評価を基礎付ける具体的事実を主要事実と見る）、評価障害事実の位置づけについての通説たる抗弁説を前提とする。

撃を行った者は運行供用者責任を負うため、

盗難車による事故同様、政府保障事業[65]による損害填補が可能であり（自賠法第72条第１項後段）、迅速な被害者救済の観点からも、かかる処理が妥当である。

なお、自動車に対するサイバー攻撃が、戦争・テロ行為等に用いられた場合、大規模な被害によって政府保障事業の財源が圧迫される可能性もあるため、財源確保の方策が必要となりうる。また、他の自動車事故とのリスクの異質性に鑑み、従来の政府保障とは別建ての補償制度を構築することも、立法論としてはありうる。

（二）不法行為責任（主に対物事故の場合）

所有者等に、果たすべきセキュリティ対策の懈怠がある場合、過失が認められる[66]。他方、第三者によるサイバー攻撃とそれによる事故発生という介在事情が存在するため、相当因果関係の有無が問題となる。この点は、上記過失の軽重や介在事情の異常性の度合い等にも依るが、サイバー攻撃を受ける可能性やその場合の危険の大きさが周知されているのであれば、相当因果関係は肯定しやすいと思われる。

なお、レベル3以下の場合で、サイバー攻撃を受けてもなおドライバーに制御可能性・結果回避可能性が残されていたのであれば、ドライバー

65　ひき逃げ事故並びに無保険車及び盗難車による事故等の被害者に対する損害の填補を、自動車損害賠償保障事業賦課金を財源として、国土交通大臣が管掌して行う政府による自動車損害賠償保障事業をいう（自賠法第４章）。

66　ただし、サイバー攻撃の手法が日々進化し、対策には高度の技術的知見等を要することに鑑みると、所有者等に対して、ありとあらゆるセキュリティ対策の履行を要求することは難しい。この点、例えば、難易度・頻度・コスト等の面で一般ユーザーにも果たしうる程度のセキュリティ対策がメーカー等によって提供され、かつ、その履行が要求ないし推奨されていたという場合には、過失を肯定しやすい。また、セキュリティ対策の必要性について、説明書や広報、所定の講習等を通じてユーザーに事前に周知されていることも重要であり、そのような環境が整備されているか否かも、過失の成立しやすさに影響を与える。

には、適切な制御を怠ったこと理由に不法行為責任が発生しうる。

（三）任意保険

（1）被害者救済費用保険

任意保険である被害者救済費用保険によれば、サイバー攻撃による事故につき、被保険者（被保険自動車の所有者等）に法律上の損害賠償責任が発生しない場合でも、被害者に生じた損害について被保険者が負担する費用が補償されるため、間接的に被害者補償が果たされることになる。

この保険が、対人・対物賠償責任保険の特約として付帯されている場合、保険会社は、被保険者の賠償責任の有無を問わず、被害者に対する保険金支払対応を進めることができるため、迅速な被害者救済に資する。この点は、被保険者の運行供用者責任をめぐる紛争が長引き、自賠責保険と政府保障のいずれが発動するかが未確定である場合においても同様である。なお、この場合、被保険者に運行供用者責任が無いことが事後的に判明した場合においても、既に保険金を支払った保険会社は政府保障事業に求償を求めることはできないと考えられる（政府保障事業に対する請求権は、被害者の一身専属的な権利と考えられるためである）。

（2）免責事由

サイバー攻撃は、戦争や外国の武力行使[67]の一環としても行われうる。こうした事由は異常危険ゆえ、任意保険では免責事由とされていることが通常である（自動車保険の標準約款（損害保険料率

67　サイバー攻撃は、電子的な手段であって、必ずしも物理力の行使を伴うとは限らないが、少なくとも、人の殺傷、財物破壊等を伴う場合には、従来の軍事力の行使の場合と同様の結果を生じさせるものである以上、武力行使に該当すると考えるべきである。なお、この点は、外国からのサイバー攻撃に対する我が国の対抗措置の可否等の国際法上の論点にも関係してくる。

算出機構作成）等参照）。また、サイバー攻撃を用いたテロ行為が、組織的・継続的に行われたり、交戦状態下で行われたりする場合も、免責事由となる場合が多いと思われる。

3　メーカー等・ソフトウェア開発者の責任

自動運転車が、その引渡し時において、引渡し当時の技術水準、リスクの重大性・発生頻度、業界標準等に鑑み、十分なセキュリティが確保されておらず、脆弱性ある状態であった場合、「欠陥」と評価され、メーカー等は製造物責任を、ソフトウェア開発者は不法行為責任を、それぞれ負いうる。この点、セキュリティ対策には際限が無く、またコストもかかるため、基準・標準、認証等の存在が非常に重要となる[68]。なお、明確に基準として要求されておらずとも、公的機関作成の公表文書等における記載や公表されているインシデント情報の存在等も、求められる技術水準の考慮要素となりうる[69]。

また、サイバー攻撃自体も不断に進化・変容していくため、引渡し時に、あらゆるサイバー攻撃を予見して対策を講じることは事実上不可能である。この場合、引渡し時点で欠陥があったとすることは困難である。他方で、継続的なソフトウェア・アップデートが不可欠となるため、

68　現在、WP29傘下のサイバーセキュリティタスクフォースで国際基準の検討が進められている。また、我が国でも、関係省庁・関係団体が連携して、基準・標準、評価方法等の策定が進められている。なお、我が国の既存のガイドラインとして、独立行政法人情報処理推進機構「自動車の情報セキュリティへの取組みガイド 第2版」（2017年3月）等も参照。なお、基準・標準等において、例えば以下の事柄が求められる可能性がある。例：過去の攻撃事例の十分な参照、攻撃者目線での検証、異常検知機能、異常検知時のユーザーへの警告機能、多層防御設計による制御系ネットワークへの影響防止措置、マルウェアの起動を防ぐ機能（ホワイトリスト技術等）、異常検知時のネットワークからの切断機能、機能不全時のセーフモードの搭載、通信状態を収集・把握した上でログとして適切に記録・保存する機能。

69　東京地判平26.1.23判時2221.71（SQL インジェクション攻撃への対策として求められる技術水準の認定に際し、公的機関等が公表したガイドライン等の記載を考慮要素とした）も参照。

そのようなアップデート機能が搭載されていなければ、そのこと自体が、通常想定される使用期間・耐用期間内についての安全性が確保されていないものとして、「欠陥」と評価される。そして、メーカー等には、製品引き渡し後も、安全状態を確保すべく、脆弱性に係るリスク情報を不断に収集・分析し[70]、必要に応じて、情報発信・注意喚起を行うことや、セキュリティ上重要なソフトウェア・アップデートがなされるよう措置を講じることが要請され[71]、これを懈怠すれば不法行為が成立しうる。また、アップデート版の提供に際しては、対象プログラムの存在、アップデートの方法、アップデートの必要性等が、ユーザーに実質的に伝達されていること（問合せ・サポート窓口を用意することも要請されうる）、アップデート方法が簡便であること等も要請される。

なお、車両のハードウェアがソフトウェア・アップデートに技術的・容量的に耐えられなくなりうることに鑑み、合理的な保証期間の設定をすることは許容されると思われる。他方で、保証期間が経過した車両やアップデート不可能となった自動車を使用する危険性についてユーザーに周知し、場合によっては機能停止することも必要となりうる。

五　その他の者の責任

1　情報提供者

自動運転システムは、地図情報、位置情報、動的交通情報等の外部デー

70　こうした情報収集・分析は、業界全体で速やかに共有し、被害拡散防止、対策レベル向上を図ることが重要である。なお、サイバーセキュリティに関するインシデント情報を共有するべく、日本自動車工業会においてJ-Auto-ISAC WGが設置されている。

71　安全技術GLでも「使用過程における安全確保」として、かかる措置が求められている。また、IoT推進コンソーシアム・総務省・経済産業省「IoTセキュリティガイドライン ver1.0」（平成28年７月）（IoT機器の供給者等を対象として、IoT機器等に対して適切なサイバーセキュリティ対策を検討するための考え方を、分野を特定せずまとめたガイドライン）も参照。

タを活用することが考えられるところ、これらの情報に瑕疵、誤謬があった場合、情報提供者は、この点について故意または過失があると評価されれば、それによる事故の被害者に対し、不法行為責任を負いうる。なお、情報やデータは動産ではないため、現行法上、製造物責任は発生しえない。

この点、これらの情報は、客観的情報であって、思想・表現の多様性を保護すべき要請は小さく、むしろ高い正確性が要求される。また、自動運転システムは、これらの情報を特段加工することなく、直接利用することが想定され、情報の正確性に依拠する度合いは比較的大きい。

しかし、正確性を欠くことが直ちに過失を構成すると考えるべきではない。正確性を確保することの技術的な困難性、それを補う場合の追加コストの大きさ、情報提供者が情報提供の対価として受け取る利益、当該情報の信頼性に対する社会的コンセンサス等の事情を総合的に考慮し、不正確な情報を漫然と放置したと評価できる場合にのみ過失が成立するものと思われる。

また、仮に過失を肯定できたとしても、そのことと事故との間には、自動運転車が当該誤情報に依拠したという介在事情が存在する。自動運転車が、外部情報をあくまで補完的に活用し、そこに誤りがあっても安全性が確保されるだけの冗長性を有することが求められることに鑑みると、上記の介在事情の存在により、誤情報の提供と事故との相当因果関係が否定される可能性もあるというべきである。

2　通信事業者

通信障害により必要な情報が自動運転システムに提供されず、事故が生じた場合、通信事業者に不法行為責任が生じうる。とはいえ、通信サービスは、技術上の制約から、ベストエフォート型のサービスであること

は社会の共通認識となっており、自動運転システムも、通信障害が起こりうることを前提とした安全性が求められるというべきである。そのため、サービス提供に使用する各種設備・装置の管理に重大な落ち度があり、かつ、通信障害状況を長時間漫然と放置した等の特段の事情なき限り、責任を負わないものと思われる。

3　道路等のインフラの管理者

自動運転の場合、安全性確保のために走行環境が果たす役割は、従来以上に大きくなり、特にレベル4以下では、ODD 領域内の走行環境の適切性維持が安全性確保に不可欠である。また、V2I 通信（インフラ側との通信）による情報収集が行われる場合、インフラ側の ITS 装置が適切に機能することも重要である（ただし、現在は、自律型をベースとしつつ補完的に協調型の情報収集を活用することが目指されていることには留意すべきである）。

以上のことから、道路等のインフラ（ITS 装置を含む）が適切に設置・管理（保存）される必要がある。そして、インフラ管理者等は、安全な状態でインフラを供用して適切な走行環境を確保する責務を負い、インフラの設置または保存に瑕疵がある（通常有すべき安全性を欠く）ことによって生じた事故につき、営造物責任（国家賠償法2条1項）又は工作物責任（民法717条）を負いうる。なお、ITS 装置の製造者には製造物責任が生じうる。

例えば、道路の白線、標識、信号等の不備を合理的期間を超えて放置したことにより、自動運転車が事故を起こした場合、これらの管理者は、営造物責任等を負いうる。

特に、自動運転車が走行することが想定される道路（走行ルートとして指定された道路等）の場合や、インフラ管理者自らが自動運転車の走

行を積極的に容認していた場合等には、より高度の注意義務が認められるため、責任を負う可能性が高まると思われる。

では、ITS装置に不具合があり、適切な情報発信がなされていなかったという場合はどうか。この点、自動運転車は、そのような場合にも安全性を確保できるだけの冗長性を備えているべきである。そのため、ITS装置の不具合を起因として事故が発生したとしても、それは、あくまで自動運転車の側の不具合（冗長性の欠如等）を直接の原因とするものであって、このような介在事情が存在する以上、ITS装置の不具合と事故との間には相当因果関係が無いと判断されうる。この点は、人間のドライバーの場合と概ね同様である。しかし、当該装置の果たす役割（提供される情報）の重要性如何によっては、因果関係が切断されず、営造物責任等が発生しうる。例えば、交通量の多い複雑な交差点で、信号機が設置されず、専らV2I通信による信号情報のやり取りのみで交通整理が行われる場合、当該ITS装置は、交通安全確保のために極めて重要な役割を果たすため、その故障と事故との相当因果関係を肯定しうる。

なお、今後、インフラ側の新たな安全設備・装置等が開発され、当該設備等の設置に多額の費用や時間を要する場合もありうるが、当該設備等の不設置は、直ちに瑕疵を構成するわけではない（点字ブロック不設置をめぐる最判昭61.3.25民集40.2.472、高速道路におけるキツネ等の侵入防止対策をめぐる最判平22.3.2判時2076.44等参照）。

第五　現行法における課題とその解決の方策

一　事故原因究明の必要性と走行記録装置の設置義務化

事故の責任所在の明確化と、迅速かつ納得感ある被害者救済のために

は、事故原因の正確かつ早期の究明が必要である。また、事故原因究明は、事故の再発防止や、今後の更なる技術の進展、事故関係者や社会全体の納得感の醸成等のためにも重要となる。さらに、自動運転車に対する社会的信頼を維持する観点からは、自動運転車に搭載されたAIの判断過程等が分からないという「ブラックボックス化」を回避する必要もある。

しかし、レベル3以上の場合、ドライバーは運転に関する注意義務が軽減されており、また、レベル4以上の場合、そもそもドライバーが存在しないことも想定されるため、自動運転ユーザーが事故状況を目撃しておらず客観的な事故状況を再現できない、という事態が生じる[72]可能性が高まる。そこで、自動運転による事故の事故原因究明に資するべく、自動車搭載の走行記録装置によって自動車の挙動等に関する十分な情報がデータとして記録・保存されることが重要となる。また、記録・保存されたデータは、市場で入手可能な読取装置によって簡便な方法により解析、評価できることも重要となる。

我が国でも2020年を目途にデータ記録装置の設置を義務化する方向で検討がなされている。その際は、具体的な記録装置、記録すべきデータの内容項目[73]、データの個人情報保護法上の位置づけ、データ保有者のあり方、データ保有者の事故時の記録提出義務の有無、データ保存のあり方（保存に係る責任主体、保存容量、保存期間、上書き・改変・消去の防止措置、クラウド送信等の要否）、被害者等が当該データや解析結果等（刑事記録も含まれうる）を容易に入手しうる方策等も検討の余地がある。

具体的な記録装置としては、EDR（イベントデータレコーダー）やドライブレコーダー等が考えられる。

72　この場合、相手方のいる事故につき、自動運転車ユーザー側にとって不当に不利な過失割合判断がなされてしまう可能性がある。

73　例えば、責任所在が車両側とユーザー側のいずれにあったのかの判断に際しては、事故時に自動運転状態であったか、適切な介入要求がなされていたか、ユーザーが介入要求に応答できる状態であったか、事故時に自動運転車がODD内にあったか等の情報が重要となる。

EDR は、エアバッグ ECU 等に搭載されている、車両に対する衝撃検知を契機としてその前後数秒間の車両状況を記録する装置であり、CDR（クラッシュデータ・リトリーバル）による解析が可能である。ただし、記録されるのは車両挙動に係る項目の一部に限定され、位置情報や時刻に係る情報、また車両の周囲環境検知状況等は記録されない。また、保存可能な衝撃回数には限度があり（複数車両が絡む複雑な事故等の場合に、記録の限界が生じうる）、解析、評価には相応の難易度を伴う。なお、EDR は自動車所有者等やレベル3以下のドライバーの個人情報に該当しうるが、要配慮個人情報には該当しない。

ドライブレコーダーは、車両内外の映像を記録できるため、事故状況をより感覚的に再現可能であり、事故原因究明に資する効果は大きい。他方、映像情報はデータ容量が大きく、通信・保存に困難を伴いうる。また、映像情報は個人情報に該当する場合が多く、要配慮個人情報やセンシティブな情報が混在している可能性も高い[74]。ところで、走行状態の記録は、事故原因究明以外の場面にも必要となる。例えば、自動運転車が法定速度を超過して高速走行する等異常な挙動を示している場合、事故が発生しておらずとも、交通安全と事故の未然防止等のために、走行を止めさせ、異常挙動の原因を究明し、ユーザー側の問題であればこれを取り締まるとともに、車両側の問題であれば、その原因をさらに追究して改善を促し、場合によっては同種型式のリコール等を実施する必要が生じる。そのため、事故の責任所在の明確化等とは異なる理由・文脈において、走行記録装置が必要となる。そして、道路交通法改正案においては、「作

74　ただし、公道等を走行する車両に搭載されたカメラにより相当な方法で撮影された被写体は、他人から観察されることが十分想定されるものであるから、そのプライバシーの要保護性はさほど高くない場合が通常である。また、車内映像に関しても、カメラの存在が一見して明らかで、撮影方法も相当であれば、車両所有者は勿論、その他の搭乗者等についても、カメラの存在を前提に行動するものと思われるため、そのプライバシーの要保護性はさほど高くない場合が通常である。

動状態記録装置」の設置、記録が義務付けられており、必要な際には、警察官が現場等で当該記録装置の確認を求めること、自動車メーカー等に解析を依頼できることが規定されている（道路運送車両法改正案41条2項、道路交通法改正案63条1項）。なお、当該記録装置は、車両への衝撃を契機とした記録のみがなされるものではないため、EDR とは別の装置を想定しているものと推測される。おそらく、国連 WP29（自動車基準調和世界フォーラム）内の GRVA（自動運転技術分科会）で検討がなされている DSSAD（自動運転用データストレージシステム）[75]のような装置が想定されているものと思われる。

二　対物事故等の被害者の迅速な救済の方策

運行供用者責任は、「他人の生命又は身体を害した」ことによる損害についてのみ発生するため（自賠法3条本文）、対物損害につき、自動車の所有者等に運行供用者責任は発生しない。そこで、対物事故の被害者は、自動車の運転者や所有者等に対して不法行為責任を追及したり、メーカー等に対して製造物責任を追及したりすることが考えられる。その際には、製造物責任の追及を容易にする方策[76]が重要となる。

他方、立法論としては、対物事故の場合にも、対人事故の場合同様に過失責任主義を修正し、さらに自動車の所有者等に対物賠償責任保険への加入を義務付ける等の立法を行うことも考えられる。ただし、自動運転の場合に、自動車の運行への人の関与度合いが相対的に小さくなることに鑑みると、運転者や所有者等の責任を従来よりも加重する根拠は乏

75　DSSAD は、車両の周辺環境検知状況、車両からドライバーへの運転引継要請の発動状況、それに対するドライバーの反応等を記録する機能を有する。

76　訴訟実務上、事実上の推定（例えば、システム作動中の事故につき、システムが通常用法通り使用されていた場合の、欠陥の推定等）の積極的な活用やメーカー側に証拠開示を促す訴訟指揮がなされることが期待される。また、法律上の推定規定の新設等の立法的措置も検討に値する。

しいように思われる。なお、さらに進んで、対物事故を自賠責保険における保険事故に加えることについては、自賠責保険がノーロス・ノープロフィット原則（自賠法25条）の下で営まれる強制保険（所有者に加入義務が、保険者に引受義務が、それぞれ課される）であること、対物事故（発生件数が多い。また、損害額認定の対象物の種類が多岐にわたり、定型的かつ客観的な損害額算定が比較的困難）を自賠責制度に取り込むと制度の円滑な運用が阻害される懸念があること等に鑑みると、より慎重な検討が必要となる。

また、任意保険商品のあり方を工夫することにより、既存の法制度の下でも、対物事故の被害者の迅速な救済が可能となる。具体的には、加害者側が加入する費用保険（被保険者が法律上の損害賠償責任を負わない場合でも、被保険者が被害者に対する補償を提供するために支出する費用[77]を補償する）又は、加害者側が加入する他人（被害者）のための保険等によれば、迅速な被害者救済が可能となる。

三　求償の実効性の確保

保険金又は賠償金の支払いにより被害者救済を果たした保険会社等は、製造物責任を負うメーカー等に対して求償請求が可能になる[78]。しかし、高度な技術を用いた複雑・精密な製品である自動運転車に、引渡し時点で欠陥が存在していたことを立証することは、技術的に難易度が高く、求償が奏功しない可能性が高い（なお、求償にかかる費用の分、保険金の支払原資である共同プールが毀損されることになる）。

77　このような費用負担には社会通念上妥当性が認められるため、被保険利益は存在し、保険の利得禁止原則には反しないものと考えるべきである。

78　なお、被害者による所有者等又は保険会社等に対する損害賠償の請求は、被害者のメーカー等に対する損害賠償請求権の消滅時効の中断効を生じないが（最判昭57.3.4判時1042.87参照）、その後の保険会社等によるメーカー等に対する求償請求において、メーカー等が消滅時効の成立を援用することは、信義則上許されないと考えるべきである。

そこで、公平な責任分担と、求償の社会的コストの極小化のため、求償権行使の実効性確保のための仕組みが必要となる。例えば、走行記録装置の設置義務化（前記(1)）、製造物責任追及を容易にする方策（前記(2)参照）のほか、リコール等の情報の活用（広義のリコールの情報も活用しうる）、中立的な事故原因調査機関による調査結果の活用[79]、保険会社とメーカー等がデータ解析や協議を行う協力体制の構築（中立的な ADR 機関の関与等）が考えられ、この点、関係省庁、関係業界等で検討がなされるものと思われる。

四　対人事故における適切な責任分担のあり方

自動車の欠陥が事故原因に占める割合が増加した場合、現行の「運行供用者責任による製造物責任の肩代わり」の仕組みは、最終的責任主体への責任追及のあり方として迂遠であり、求償に伴う社会的費用の増大をもたらす。また、求償不奏功となった場合には、責任分担に不公平が生じ、かつ、メーカー等に事故防止のための適切なインセンティブが付与されないことになる[80]。

この問題点を解消すべく、立法論として、メーカー等に自賠責保険料を事前拠出させる制度（ただし、保険料率の算出が困難）、メーカー等を自賠責保険の被保険者に追加し求償関係を解消する制度（ただし、所有者

79　例えば、NALTEC（独立行政法人自動車技術総合機構）が調査を担うことが考えられる。また、消費生活用製品の製品事故に関する制度のあり方（消費生活用製品安全法35条～39条。例えば、NITE（独立行政法人製品評価技術基盤機構）による調査（36条4項）等）も参考となりうる。また、事故調査委員会同様の仕組みを自動運転車の場合にも設けることも考えられる（ただし、事故件数が多くなる可能性があり、調査機関の運営コストも大きなものとなるため、対象事案の選別が必要になると思われる）。

80　このほか、運行供用者が、自らがコントロールできない事柄（メーカーによる引渡し時以前の欠陥の不存在）についても重い証明責任を負うために、実際には欠陥が存在しないにもかかわらず、それを立証できず、運行供用者責任を負う結果となる場合がある（しかも、この場合、欠陥が存在しない以上、求償は不可能となる）、という問題もある。

等が不公平感を抱く可能性が高い)、製造物責任への一本化(ただし、被害者救済の後退が懸念される)、メーカー等に「システム供用者責任[81]」を負担させる制度(ただし、メーカー等に過大な負担となりうる)等が検討されうる[82]。

五　自損事故の被害者救済の方策

自動運転システム作動中の自損事故の場合、搭乗していた運行供用者は、自賠法の保護の対象たる「他人」には当たらず[83]、自賠責保険による補償はなされない(自賠責保険は、事故補償的機能を有しつつも、あくまで責任保険であるから、かかる帰結は必ずしも不当ではない)。自損事故の場合、メーカー等の製造物責任等や販売者の債務不履行責任等の追及、任意保険(人身傷害保険)を活用した対応が適当と考えられる。

六　過失相殺のあり方

自動車同士の衝突事故で、被害自動車の自動運転システムに不具合が存在した場合、これは加害者との関係では被害者側の事情であるから、当事者間の公平な損害負担の観点から、素因減額の場合同様、民法722条2項の類推適用が可能と考えるべきである。また、自動運転による事故の場合でも、外形的事実により過失相殺率を判断する現行実務の枠組みを

81　事実上の無過失責任(メーカー等の側で欠陥の不存在の証明責任を負う)。また、欠陥の成立時期を問わないため、製造物責任よりも成立場面が広範。

82　このほか、解釈論として、レベル3以上の自動運転システム作動中は、メーカー等が(運転代行業者同様に)運行供用者になる、と解釈することも、ありえなくはない。ただ、かかる解釈を採用すると、運行支配、運行利益の概念が広がりうる点には、留意が必要となる。

83　「他人」とは、運行供用者及び当該自動車の運転者を除く、それ以外の者、と解されている。なお、仮にメーカー等が(運転代行業者同様に)運行供用者になると解する場合、搭乗していた運行供用者は、運行支配が間接的、補助的なものにとどまっていることを理由に、「他人」に当たると解される余地があり、その場合、この者も自賠責保険による補償を受けられることになる(最二判平成9.10.31民集51.9.3962参照)。

維持することが、迅速かつ公平な紛争処理に資するものと思われる。

第六　ジレンマ状況における民事責任

自動運転システムがジレンマ状況（ある法益の侵害を避けるためには別の法益を侵害せざるを得ない状況）に直面し、行動選択した結果生じた事故につき、法的には、主に設計上の欠陥の有無が問題となりうる[84]。まず、そもそもジレンマ状況を未然に回避できるよう、設計上の工夫がなされるべきである。この点に問題が無い場合、次に、ジレンマ状況における AI の判断内容、ひいては設計者による AI の設計内容の妥当性そのものが問われる[85]。行動選択の有力な基準として、人命最優先、及びそれを前提とした損害最小化等が考えられるが、それでも判断が困難な場合もあるし、常に妥当な帰結が導かれるとも限らない[86]。また、人同士のジレンマ状況の際に、人の数、属性、特徴、致死率、落ち度の大きさ等の個別的事情に着目すること又はしないことが許されるのか、また、車内の搭乗者と車外の者との優先関係をどう決するかは、特に大きな問題となる[87]。こうし

84　仮に法的には問題がないと評価されたとしても、倫理上の問題は残り、メーカーにとっては、レピュテーションに関わる事柄となる。

85　なお、自動運転の場合、従来の運転とは異なり、設計者は行動選択につき設計時に十分な検討の機会を有し（それゆえ、緊急状況ゆえの違法性・責任の減少は認められない）、また、自動運転車は、事故直前の時点で、周囲の状況を瞬時に正確に認識できる可能性がある。

86　判断が困難な場合として、例えば、物損が間接的に重大な人身損害に繋がりうる場合や、人命保護のためには交通ルールに違反せざるを得ない場合等が挙げられる。また、損害最小化という基準は、一見、妥当な帰結を導くように思われるが、高価品回避による富裕者優遇、損害軽減策が講じられた対象の標的化（安全へのディスインセンティブ）、対象の属性等に着目することによる差別的取扱い等、必ずしも妥当とは言い切れない事態に繋がる懸念もある。

87　この点、トリアージや、臓器移植のレシピエントの選択等、医療分野における知見が参考になると思われる。

た点につき、社会規範の確立が待たれる[88]。

第七　補論：ロボットによる事故の民事責任

将来的には、自動運転車のみならず、AIを搭載したロボットが第三者の法益を侵害することもありえ、その場合の民事責任の所在も問題となりうる。この点、AIが、自律的判断を行う可能性があり[89]（しかも、その判断過程は不透明なものとなりうる）、また、AIが、自ら機械学習を行って開発者等の意図せぬ方向に機能を変化させていく可能性があるため、ロボットの背後にいる関係者（開発者、製造者、データ提供者、所有者、管理者、利用者等）への帰責が困難になる可能性がある。かかる事態に対応すべく、危険責任、報償責任等の法理に基づき、立法又は解釈により、一定の者に中間責任又は無過失責任を課すことが考えられる。特に、所有者等の責任を検討する際には、当該ロボットを、自律性の度合い、発生しうる危険の内容、関係者それぞれによるリスク・コントロールの難易度等の観点から、責任無能力者、被用者、請負人、土地工作物、動物、自動車、工場等（民法712条～718条、自賠法3条、大気汚染防止法25条等参照）と比較する作業も有用と思われる。また、製造者等の責任に関しては、製造物責任の追及を容易にする方策や、AIシステムの供用に係る責任の新設等が考慮に値する。

他方で、関係者の責任制限や倒産隔離等の観点から、専用法人格（SPC、又は、ロボット自体に付与された法人格）を独自の責任主体と扱う方策も考えられる（この場合、被害者補償の要件や責任財産の保全策等の検討も必要となる）。

88　既にドイツでは、自動運転に関する倫理規則が定められている。我が国でも、AI開発ガイドライン等の策定に向けた検討がなされている。

89　ただし、このような汎用型のAIの開発は、未だ、道半ばの状況である。

また、ロボットの普及を促進しつつ、適切な注意を払うインセンティブを付与する観点から、関係者や第三者の側に、ロボットの存在を前提とした新たな注意義務等が生じる可能性もある。

被害者への確実な補償のためには、保険の活用が有用である。その際は、被保険者のあり方（ファースト・パーティ型かサード・パーティ型か）、補償の仕組み（ノーフォルト保険、費用保険、他人のための保険等の採否も考慮に値する）、保険料負担者のあり方（なお、どのような負担のあり方を採用するにせよ、価格転嫁等を通じて、最終的には、ユーザーないし国民一般が負担することになるものと思われる）、付保強制の有無、政府保障事業等による補完の有無、被害者の訴権制限の有無、社会保険化の当否（及びその財源）等、保険のあり方の選択肢、論点は多岐にわたる。なお、不法行為責任による法益侵害の予防・制裁機能を確保する観点から、料率や免責事由等の設計に工夫[90]が必要となる。

以上

金子　敬行

90　例えば、用途・種類・型式等に応じた料率区分（例えば、我が国の自動車保険で、リスク細分型自動車保険が容認され、型式別料率クラスの仕組み等が構築されていることが参考になる）、等級制度・メリット制等の採用、データに基づく変動型の料率算出の手法の採用、少額免責の設定、無事故返戻金の設定等が考えられる。

区分所有マンションにおける住宅宿泊事業の差止めの可否に関する考察

マンション管理法律研究部

＊目　次

一　はじめに(神田元) …… 358
二　住宅宿泊事業が標準管理規約12条1項に違反するか(香川希理) …… 358
　1　問題の所在 …… 358
　2　標準管理規約の確認 …… 359
　3　コンメンタールマンション標準管理規約 …… 360
　4　標準管理規約12条が問題となった裁判例 …… 361
　5　標準管理規約12条が問題となった裁判例の分析 …… 378
　6　住宅宿泊事業がマンション標準管理規約12条に違反するか否か …… 379
三　住宅宿泊事業に関係する具体的な迷惑行為が表面化したときに共同利益背反行為として、区分所有法57条1項の差し止めができるか(石川直紀) …… 384
　1　区分所有法6条1項「共同の利益に反する行為」(いわゆる「共同利益背反行為」)について …… 384
　2　住宅宿泊事業における共同利益背反行為と区分所有法57条を根拠とした差止請求について …… 400
四　最後に(神田元) …… 402

一　はじめに

平成30年6月15日、いわゆる民泊法である住宅宿泊事業法が施行された。同法により、それまで継子扱いされていた民泊事業が法に則ったものとなり、一般家屋に限らず、区分所有マンションにおいても民泊事業がなされることになった。しかし、区分所有マンションにおいて民泊事業を行うことに必ずしも区分所有者全員が賛成の意を示す状況ではなく、民泊事業を行う区分所有者と、当該マンション内の他区分所有者間に紛争が惹起する可能性が想定される。そこで、区分所有マンションにおける住宅宿泊事業と、区分所有法またはマンション標準管理規約との関係を、住宅宿泊事業差止めの可否を通じて考察するものとする。なお、本論稿では、裁判例を標準管理規約12条の住宅専用条項及び区分所有法6条の共同利益背反行為該当性の観点から考察するものである。それぞれの考察にあたり引用する裁判例が一部重複しているものの、裁判例を整理しながら各論点ごとに独立して考察するものであるため、重複する裁判例も省略することなく掲載していることを予めご了承頂きたい。

（執筆者　神田元）

二　住宅宿泊事業が標準管理規約12条1項に違反するか

1　問題の所在

平成30年6月15日の住宅宿泊事業法施行に関連し、マンション管理組合において、住宅宿泊事業禁止の規約改正をしないまま、平成30年3月15日以降に区分所有者から住宅宿泊事業の届け出がなされてしまった場合、従前のマンション標準管理規約12条（改正後の12条1項）違反を被保全権利として標準管理規約67条3項1号による差し止め請求ができるか。

住宅宿泊事業が、従前のマンション標準管理規約12条（改正後の12条1項）に違反するか否かが問題となる。

2　標準管理規約の確認

（一）　平成29年8月29日改正前の標準管理規約

（専有部分の用途）

第12条 区分所有者は、その専有部分を専ら住宅として使用するものとし、他の用途に供してはならない。

（二）　平成29年8月29日改正後の標準管理規約

〔※住宅宿泊事業に使用することを可能とする場合、禁止する場合に応じて、次のように規定〕

（ア）住宅宿泊事業を可能とする場合

（専有部分の用途）

第12条 区分所有者は、その専有部分を専ら住宅として使用するものとし、他の用途に供してはならない。

2 区分所有者は、その専有部分を住宅宿泊事業法第3条第1項の届出を行って営む同法第2条第3項の住宅宿泊事業に使用することができる。

（イ）住宅宿泊事業を禁止する場合

（専有部分の用途）

第12条 区分所有者は、その専有部分を専ら住宅として使用するものとし、他の用途に供してはならない。

2 区分所有者は、その専有部分を住宅宿泊事業法第3条第1項の届出を行って営む同法第2条第3項の住宅宿泊事業に使用してはならない。

（三）　上記下線部分についての標準管理規約コメント

第12条関係

①住宅としての使用は、専ら居住者の生活の本拠があるか否かによって判断する。したがって利用方法は、生活の本拠であるために必要な平穏さを有することを要する。

3　コンメンタールマンション標準管理規約

（一）　解釈

本条のいう「専有部分を専ら住宅として使用」は、本条のコメントで「専ら居住者の生活の本拠があるか否かによって判断する」とされている。ここでいう「生活の本拠」とは、区分所有者が当該専有部分に住所（民法22条参照）を有することを意味するものではなく、コメントの後段に照らすと、専有部分の利用方法について、それがもっぱら日常的な寝食のための居住用建物としての平穏さが確保されるべきものであることを意味するものと解される。

（二）　許される場合

区分所有者が、当該専有部分を居住用借家として賃貸したり、自己の非日常的使用（たとえば、週末や出張時のみの使用）や空住戸（ないし荷物の保管場所）としておくことは許されるものと解される。

（三）　許されない場合

本条では、「他の用途に供してはならない」と定めているために、たとえ、その利用方法が平穏さを確保できるもの（たとえば、もっぱら事務所としての利用やペンションとしての利用等）であっても、住宅以外の用途での専有部分の使用は許されないものと解される。

（四）　許される余地がある場合

自己の住戸で、たとえば小規模の華道・茶道・書道教室や学習塾

を開く場合などにおいて、それが当該マンションの平穏さや良好な住環境を害しない限りにおいて許される余地もあろう。

4　標準管理規約12条が問題となった裁判例

（一）　民泊の事案

大阪地判平成29年1月13日（消費者法ニュース111号313頁）

【事案の概要】

本件は、本件マンションの管理者である原告が、被告に対し、被告は、本件建物において本件マンションの管理規約上禁止されている不特定の者を宿泊させる営業（民泊営業）を行っている、その際の鍵の管理が不適切であってマンションの安全性が害されている、多数の利用者がエントランスホールでたむろするなどして他の区分所有者等の邪魔になっている、ゴミを指定場所に出さず放置し害虫も発生している、共用部分の床のメンテナンスの回数が増えている等の事実を挙げ、これらは建物の管理、使用に関し、区分所有者の共同の利益に反する（区分所有法6条1項）ものであると主張して、同法57条1項により民泊営業の停止等を求め、あわせて、本件訴訟に関し弁護士費用を支出することになったのは、被告の不法行為による損害であるとしてその損害賠償を求めた事案。

【判旨】

「…本件建物の鍵は、本件マンションの玄関のオートロックを解除する鍵でもあり、本件建物の利用者が、鍵を持たない者を内側から招き入れることもあった。

…被告による営業のため、本件マンションの居住区域に、短期間しか滞在しない旅行者が入れ替わり立ち入る状況にある。

…本件建物を旅行者が多人数で利用する場合にはエレベーターが満杯になり他の居住者が利用できない、利用者がエントランスホールにたむろして他の居住者の邪魔になる、部屋を間違えてインターホンを鳴らす、共用部分で大きな声で話す、本件建物の使用者が夜中まで騒ぐといったことが生じている。

…大型スーツケースを引いた大勢の旅行者が、本件マンション内の共用部分を通るため、共用部分の床が早く汚れるようになり、清掃及びワックスがけの回数が増えた。

…ごみを指定場所に出さずに放置して帰り、後始末を本件マンション管理の担当者が行わざるを得ず、管理業務に支障が生じている。また、ゴミの放置により害虫も発生している。

…本件建物およびエレベーターの非常ボタンが押される回数が、月10回程度と多くなっている（甲17、21）。

…前提事実及び上記（1）の認定事実からすると、被告の行っていた賃貸営業は、実質的には、インターネットを通じた募集の時点で不特定の外国人旅行者を対象とするいわゆる民泊営業そのものであり、約1年9か月の営業期間を通じてみると、現実の利用者が多数に上ることも明らかである。これについては、旅館業法の脱法的な営業に当たる恐れがあるほか、改正の前後を通じて本件マンションの管理規約12条1項に明らかに違反するものと言わざるを得ない。

原告の営業が賃貸借の形式をとっているとしても許容されるものではなく、そのような被告の主張は採用できない。

そして、すべてが不法行為に当たるとまで言えるかはともかく、被告の行っていた民泊営業のために、上記（1）に記載したような区分所有者の共同の利益に反する状況（鍵の管理状況、床の汚れ、ゴミの

放置、非常ボタンの誤用の多発といった、不当使用や共同生活上の不当行為に当たるものが含まれる。）が現実に発生し、原告としては管理規約12条1項を改正して趣旨を明確にし、被告に対して注意や勧告等をしているにもかかわらず、被告は、あえて本件建物を旅行者に賃貸する営業を止めなかったため、管理組合の集会で被告に対する行為停止請求等を順次行うことを決議し、弁護士である原告訴訟代理人に委任して被告に対する本件訴訟を提起せざるを得なかったと言える。

そうすると、被告による本件建物における民泊営業は、区分所有者に対する不法行為に当たると言え、被告は弁護士費用相当額の損害賠償をしなければならない。」

【解説】

①原告訴訟代人弁護士自身の解説・消費者法ニュース111号

住宅宿泊事業が標準管理規約12条1項に違反するか否かについては、言及していない。

② LIC 提供（6頁目）

「…したがって、専有部分を専ら居室（住宅）に使用するものとし、他の営業活動を一切禁止する管理規約の規定に違反して観光客に対する宿泊の営業活動をする場合には、宿泊客による騒音等の具体的な迷惑行為の有無及び程度（受忍限度を超えているか否か）を問わずに、上記の管理規約の規定に違反すれば、上記の管理規約が定める差止め及び違約金としての弁護士費用及び諸費用の請求の対象になるものと考えられる。」

→前後の文章を通じて読むと、管理規約12条1項に違反すれば、区分所有法6条1項規定の「共同の利益」に反するか否かを問わずに、管

理規約12条1項違反を根拠として差止め及び不法行為請求ができるという趣旨だと思われる。

→したがって、民泊営業の実質面を考慮せずに管理規約12条1項違反になるとまで言及しているものではないと思われる。

（二）　シェアハウスの事案

東京地判平成27年9月18日（LLI/DB 判例秘書登載）

【事案の概要】

マンションの管理組合の管理者である原告が、本件マンションの区分所有者である被告が専有部分に多くの間仕切りを設置して多数の者を居住させていること（いわゆるシェアハウス）が、管理規約に違反し、また区分所有者の共同の利益に反する行為に当たるとして、管理規約及び区分所有法57条1項に基づき、上記の行為の禁止、間仕切りの撤去等を求めた事案。裁判所は、最大限10名の者が、わずか2畳程度のスペースで寝起きするという使用態様は、本件マンションの専有部分の使用態様として想定されているところからは程遠いとして本件管理規約12条にいう「住宅」には当たらないなどとして、請求の一部を認容し、その余を棄却した事例。

【判旨】

1　争点（1）（本件管理規約12条違反）について

（1）本件管理規約12条は、本件マンションの専有部分の用途について、専ら「住宅」として使用するものとし、他の用途での使用を禁止している。

そして、前提事実及び証拠によれば、本件マンションの分譲時には、快適な住環境やオートドアロックシステムによる安全性の確保が本件マンションの特徴として強調されており、各専有部分の間取

りも、全戸南向きのワンルーム、1DK または2DK として設計されていて、その構造からすれば、各戸をそれぞれ単身者または一つの生活共同体として継続的に同居生活を営む者らが生活の本拠として使用することが想定されていることが明らかであり、本件管理規約12条にいう「住宅」とはそのような使用態様を意味するものであると解される。

ところが、前提事実のとおり、本件建物は、玄関、便所、洗面所、浴室及び台所を除く部分が床面積各2畳程度の10区画に区切られた形に改装された上、同時並行的に締結された複数の賃貸借契約に基づき入居した者らが、それぞれ上記区画部分の一つで寝起きし、便所、洗面所、浴室及び台所を他の入居者と共同で使用している状態にある。全く見知らぬ者同士を含む最大10名の者が、多くは窓もない僅か2畳程度のスペースで寝起きするという使用態様は、本件マンションの専有部分の使用態様として想定されているところからは程遠く、本件管理規約12条にいう「住宅」には当たらないというべきである。

(2) 被告は、本件管理規約12条は形骸化していて規範性がないと主張するが、本件全証拠によっても、本件マンションの他の区分所有者らが専有部分を単身者または一つの生活共同体として継続的に同居生活を営む者らの生活の本拠とする以外の用途で使用することが常態化しているとはうかがわれず、被告の上記主張を採用することはできない。

(3) 以上によれば、原告は、本件管理規約63条3項に基づき、被告に対し、本件管理規約12条の定めに反する行為の差止め及びその排除のために必要な措置を執ることができる。

もっとも、原告は、上記の差止めとして、本件建物を寄宿舎（いわゆるシェアハウス）として使用することの禁止を求めるが、具体的にいかなる使用態様をもって「寄宿舎（いわゆるシェアハウス）」に当たると解するかは一義的に明確ではないから、そのまま採用することはできない。

原告は、上記の趣旨を具体化したものとして、本件建物について、①居室（居住者が就寝するなど居住する一定のプライバシーが確保された独立して区画された部分）の数が3を超えることとなる間仕切り（天井に達しない間仕切りを含む。）を設置する行為、②重複して使用契約を締結する行為、③1つの使用契約に基づき3名を超える者（ただし、その者らが1つの親族である場合を除く。）に使用させる行為、④上記③の行為をしている場合において、使用者を追加または変更する行為の差止めを求めている。本件建物の床面積（内法計算）は44.46平方メートルで、玄関、便所、洗面所、浴室及び台所を除いた部分の床面積は30平方メートル程度にとどまると考えられるから（甲13）、本件建物に寝室その他の個室として用いることができる区画部分の数が3を超えることとなる間仕切りを設置して、これを複数の使用契約の契約者らに使用させる場合には、常に本件管理規約12条違反というべき使用態様に当たることとなるといえる。一方、本件建物について、重複して使用契約を締結する場合や、1つの使用契約に基づき親族でない者を含む3名を超える者に使用させ、また、その使用者の追加または変更をする場合であっても、入居者らが一つの生活共同体として継続的に同居生活を営む関係にあり、その者らの生活の本拠として使用される限りは、本件管理規約12条にいう「住居」として想定される使用態

様を逸脱しないこともあり得るから、直ちにこれらの場合の全てが本件管理規約12条違反というべき使用態様に当たるとはいえない。

そうすると、本件管理規約12条違反を理由とする原告の請求は、①本件建物について、寝室その他の個室として用いることができる区画部分（玄関、便所、洗面所、浴室、台所を除く。）の数が3を超えることとなる間仕切り（天井に達しないものを含む。）を設置して、これを複数の使用契約の契約者らに使用させる行為の差止め、②本件建物に設置された間仕切りの撤去を求める限度で理由がある。

【解説】 LIC 提供（3頁目）

本件を見れば、本判決は、一方において、全く見知らぬ者同士を含む最大10名の者が、多くは窓もない僅か2畳程度のスペースで寝起きするという使用態様は、管理規約の「住宅」には当たらないとし、他方で、重複する賃貸借契約に基づく場合や、親族以外の者を含む3名（部屋数を超える人数の趣旨か。）以上の者の利用を予定する場合等であっても、「入居者が一つの共同体として継続的に共同生活を営む関係にあり、その者らの生活の本拠として使用される」ときには、「住居」としての利用が認められるとし、「住宅」としての利用の有無について一定の判断基準を示したものである。

（三） カイロプラクティック治療院の事案

東京地判平成17年6月23日（判タ1205号207頁）

【事案の概要】

本件マンションには、地下1階地上10階建で、1階には飲食店が2店舗入っており、2階から4階までは事務所、5階から9階までは、同一

階に事務所と住戸とが並存しており、10階には2戸の住戸がある。また、5階から9階までの各フロアの事務所部分と住戸部分との間には、特別な仕切りはない。

被告は、当初専有部分を事務所として賃貸していた。その後被告は、専有部分をカイロプラクティック治療院開設目的で賃貸した。

管理組合は、「区分所有者は、その専有部分を専ら住宅部分は住宅、事務所部分は事務所、店舗部分は店舗、車庫部分は車庫、倉庫部分は倉庫として使用するものとし、他の用途に供してはならない。」と定める管理規約12条1項及び区分所有法6条1項に違反するとして、区分所有法57条1項に基づきカイロプラクティック治療院の営業差し止めを求めて訴訟提起した。

【判旨】

(1) 原告は、住戸部分である本件居室を治療院として使用する被告乙山の行為は、本件管理規約12条に違反する旨主張し、被告らは、これを否認する。そこで、「治療院」としての使用は、「住戸使用」に含まれるかについて検討する。

(2)「住居」とは、居住者の生活の本拠であり、「住戸使用」とは、居住者の生活の本拠としての使用であるか否かによって判断されるべきものである。そして、その使用方法は、生活の本拠というに相応しい平穏さが求められるところ、被告乙山の経営するカイロプラクティック治療院は、上記認定のとおり、①入居者は被告乙山1名、②設備はベッド2台、③営業日は月曜日から土曜日（日・祭日休業）まで、④営業時間は午前9時から午後7時（ただし、土曜日は午後1時まで）まで、⑤利用者は完全予約制、⑥治療方法は施術者被告乙山の手による方法で営業しているというものであり、治療院の使

用態様は、その規模、予想される出入りの人数、営業時間、周囲の環境等を考慮すると、事業・営業等に関する事務を取り扱うところである「事務所」としての使用態様よりも、居住者の生活の平穏を損なう恐れが高いものといわざるを得ず、到底住戸使用ということはできない。

(3) そうだとすると、「治療院」としての使用は、「住戸使用」には含まれず、住戸部分である本件居室を治療院として使用する被告乙山の行為は、本件管理規約12条に違反するものと解するのが相当である。

※なお、その後の判断において、カイロプラクティック営業が、区分所有法6条1項の共同利益背反行為にも該当すると判示しつつ、管理組合がこれまで住居部分で多数の事務所影響等を放置していながら本件の営業のみを差し止めることは権利濫用であるとした。

(四)　税理士事務所の事案

東京高判平成23年11月24日（判タ1375号215頁）

【事案の概要】

被告は、自己が所有する本件マンションの専有部分で会計事務所を開設、経営している。

原告である管理組合法人が、専有部分の会計事務所としての使用が、「区分所有者は、その専有部分を専ら住宅として使用するものとし、他の用途に供してはならない。ただし、1階専有部分の一部に限り店舗として使用することができる。」と定める管理規約12条及び区分所有法6条1項の共同利益背反行為に該当するとして、区分所有法57条1項に基づき専有部分の会計事務所としての利用の差し止めを求めて提訴した事案。

【原審判旨】

そもそも、専有部分の使用は、他の居住者の共同の利益に反する行為に及ばない限り、または規約や使用細則の定めに反する行為に及ばない限り、原則として区分所有者の自由である。

しかし、その使用方法の如何は、他の区分所有者に大きな影響を及ぼすことがあるので、規約で使用方法を限定することが行われることが少なくなく、本件マンションでも、本件管理規約に住居専用規定が置かれているのであるが、個々の使用方法が本件管理規約の住居専用規定に違反するか否かは、単に形式的に判断すべきものではなく、その趣旨に即して、当該区分所有者が専有部分を住居に使用しないことによって組合員共通の利益が害され、良好な居住環境が維持できなくなっているのかどうかを実質的に検討し、判断すべきものと解される。

…以上のような実態を踏まえると、そもそも、本件マンションにおいて、住居専用規定が厳格に適用され、守られてきたとはいえないのであって、1階と2階より上の部分を明確に区分し、明確な区画の維持によって良好な居住環境を確保しようとする意図ないし目的は尊重すべきものであるとしても、その意図ないし目的を他の者に当然に受忍させるだけの基盤が存在するとは認め難い。

また、本件建物部分の使用状況をみても、被告の会計事務所があるために日常的に騒音等の多大な被害が生じている様子は窺われず（原告代表者のその旨の供述は、的確な裏付けを伴わないので、直ちに採用することはできず、原告は、相当以前から被告の会計事務所の存在を認識し、問題にしてきたとはいうが、原告において被告の会計事務所の存在を認識し、問題にするようになったのが何時のこ

とであるのかも証拠上明確でない。)、本件建物部分が住居以外の用途に利用されていることによって共通の利益が害され、良好な居住環境が維持できなくなっているとも認め難いので、被告の会計事務所の存在が前記意図ないし目的に反していると即断すべきものではない。…したがって、本件マンションの在り方も含めて、本件管理規約における住居専用規定について実質的に検討し、判断すると、被告の本件建物部分の使用が住居専用規定に違反しており、共同の利益に反していると認めることはできない。

【控訴審判旨】

前記認定事実によれば、管理組合規約において、住居専用規定が設けられ、被控訴人は、その後である昭和58年12月に本件建物部分の区分所有権（持分2分の1）を取得し、住居として使用していたが、昭和60年7月15日ころから税理士事務所として使用するようになり、昭和63年に本件建物部分の区分所有権全部を所有することとなったことが認められる。

そうすると、被控訴人による本件建物部分の税理士事務所の使用は本件管理規約の住居専用規定に違反する。

※原審は、住居専用規定に違反するか否かについて、当該区分所有者が専有部分を住居に使用しないことによって、組合員共通の利益が害され、良好な居住環境が維持できなくなっているのかどうかを「実質的」に検討した。一方、控訴審は、住居専用規定に違反するか否かについて、税理士事務所という使用態様のみから「形式的」に判断している。

（五）　保育所の事案

横浜地判平成6年9月9日（判タ859号199頁）

【事案の概要】

被告は、病院を経営する夫に、専有部分を病院の従業員及び患者の保育室として使用させていた。同保育所では、日曜日以外の午前8時ころから午後6時ころまで、3名程度の本件病院の従業員を通勤させて、常時7名程度の幼児を預かり、保育していた。

管理組合である原告は、被告の専有部分の保育室としての利用が、「組合員は、その専有部分を本来の住宅としての用途に供するものとし、共有部分はそれぞれの用法に従って使用するものとする」と定める管理規約20条1項、「前項の使用に当たっては、共同の利益を守り良好な環境を保持するために、建物内の居住用住戸を本来の住居以外の目的（レストラン・スナックバー・喫茶店・バー・クラブ・その他一切の営業並びにそれに類する行為）に使用すること（九号）、理事会が禁止したことをすること及び組合員の共同の利益に反すること（一一号）をしてはならない」と定める同20条2項に違反し、区分所有法6条1項の共同利益背反行為にあたるとして、同法57条1項に基づき専有部分の保育所としての使用等の差し止めを求めた提訴した事案。

【判旨】

管理規約20条1項、2項に形式的に違反するかの判断

「前記争いのない事実と右の事実によれば、被告らは本件建物を住居として使用しておらず、保育室として利用しているから、本件建物の使用方法が本件規約二〇条所定の住宅専用の使用方法に形式的に違反することは明らかである。」と判示。

※「前記争いのない事実と右の事実」としては、本件マンションの周辺の状況、本件マンションの構造、本件建物の保育室としての使用状況等が認定されている。

管理規約20条1項、2項に実質的に違反するか、区分所有法6条1項に違反するかの判断

「次に、本件建物を被告らが保育室として使用することにより、住民らがいかなる被害を受けているかを検討する。

…こうした状況からすれば、本件マンションが右認定のように閑静な環境にあるにもかかわらず、その住民らは、被告らの右使用によって、けっして少なくない被害、影響を受けているということになる。

…これが、一定の許容限度を超えるならば、それは建物の区分所有等に関する法律六条一項所定の「区分所有者の共同の利益に反する」として、このような使用方法が許されなくなるというべきである。そして、これを判断する際には、当該行為の性質、必要性の程度、これによって他の住民らが受ける不利益の態様、程度等の事情を十分比較して、それが住民らの受忍の限度を超えているかどうかを検討するのが相当である。

このことは、本件規約の文言の解釈に当たっても、同様であり、単に、一定の行為を禁止する規約があるからといって、形式的にこれに該当する行為をすべて一律に禁止するということは相当ではなく、その規約の趣旨、目的を集合住宅の居住者同士という観点から検討して、その当否を判断すべきであり、本件規約二〇条も、区分所有者がその建物を住居専用に使用しないことで、組合員共通の利益が侵害され、良好な居住環境が維持できなくなることを禁じているものと解される。

…以上によれば、被告らが本件建物を保育室として利用することについては、本件病院の公共性、人員確保の必要性等の理由があるとしても、それにより本件マンションの住民らの前記被害を受け、そ

の程度も少なくないこと、本件マンションの所在地の環境が比較的閑静であること、被告らの右利用により、右住民らが一方的に不利益を受けるのに対して、被告らは病院経営による経済的利益等を得ること、被告らには他の代替手段がないわけではないこと等を考慮すれば、住民らにおいてこのような使用を受忍すべきであるということはできないといわざるを得ない。したがって、本件においては、被告らが本件建物を保育室として使用することは、本件規約二〇条一、二項に反し、しかも、それにより他の区分所有者に被害を与えるから、他の区分所有者の共同の利益に反する使用方法であるというべきである。

※専有部分の使用目的を制限する管理規約に違反するかを形式的に文言に違反するかだけでなく「区分所有者がその建物を住居専用に使用しないことで、組合員共通の利益が侵害され、良好な居住環境が維持できなくなる」か否かの観点から実質的に判断している。

（六） 託児所の事案

東京地判平成18年3月30日（判時1949号55頁）

【事案の概要】

本件マンション1、2階部分にはスーパーが入居しているが、3階から13階部分は居住区域とされている。

被告 Y2は、自身が所有する5階専有部分を、託児所を経営する被告 Y3及び Y4に賃貸し、同人らは当該専有部分で託児所を経営している。

管理組合である原告は、上記専有部分の託児所としての利用が、「組合員は、本件マンションを取得する際に定められた店舗、事務所を除き、その専有部分を住居の目的以外に使用することはできない」と定

める管理規約18条に違反し、区分所有法6条の共同利益背反行為に該当するとして、区分所有法57条1項に基づき託児所としての使用の差し止めを求めて提訴した。

なお、本件の託児所については、子供の泣き声や足音による騒音、ベビーカーにより5階廊下部分の汚れが激しいこと、本件の専有部分前の廊下へのベビーカーの放置、ベランダへのごみの放置による悪臭等の苦情が寄せられていた。

また、Y3は、理事の1人が店長を務める1、2階のスーパーに侵入し、抗議の意味を込めて座り込みを行う、スーパーの不買運動を行うと脅迫する、酒を飲んだ状態で刃物を持ってスーパーに侵入するなどの騒ぎを起こしている。

【判旨】

前記認定事実によれば、502号室を本件託児所として利用していることは、専有部分を住居の目的以外に使用することであって本件管理規約18条1項に違反することは明らかである。」と判示した。

※「前記事実認定」としては、本件託児所が、年中無休で、毎日午前7時ころから午後10時ころまで乳幼児を保育し、利用する乳幼児の数は、1日平均約10名であり、1日の最大利用者は22名程度であること、本件マンションは、3階以上は通常の居住用マンションとして消防法上の特例により、防火設備等に免除されていること、託児所について子供の泣き声による騒音、廊下の汚れ、廊下へのベビーカーの放置等の苦情が寄せられていること、Y3に理事会への出席を求め改善を求めたが、その後も改善されていないこと、理事の1人が店長を務める1・2階の店舗にY3が侵入し座り込みをし、刃物を持ち出すなどして警察が出動する事態にまで発展したことなどが認定されている。

（七） 法律事務所の事案

東京地判平成25年9月19日（ウエストロー・ジャパン）

【事案の概要】

被告は、総会決議で許諾を受けずに自らが所有する専有部分で法律事務所を開設、経営している。

原告である管理組合が、被告の行為が、「区分所有者は、その専有部分をもっぱら住宅として使用するものとし、他の用途に供してはならない。但し、管理組合集会の決議により、他の用途について許諾せられた場合はこの限りではない。」と定めた管理規約14条及び「区分所有者は、共同生活の秩序を維持するために次の各号に掲げる行為をしてはならない。(1) この建物を居住その他定められた目的以外に使用すること。」と定めた管理規約19条に違反するとして区分所有法57条1項に基づき法律事務所を開設、運営する行為の差し止めを求めた事案。

【判旨】

被告が本件居室において法律事務所を開設、経営していることは争いのない事実 (2) のとおりであり、被告は本件居室を住宅以外の用途に供している。そして、これを許諾する原告の集会の決議はないから、被告の同行為は規約14条に違反し、同19条 (1) に該当し、区分所有法6条1項所定の区分所有者の共同の利益に反する行為に該当する。

被告は、争点2イにおける被告の主張のとおり主張してこれを争っているが、規約19条の定めに照らせば、同条所定の行為を行うことは、本件マンションの区分所有者の共同生活の秩序を害するものというべきであり、同14条ただし書の許諾を得ることにより、住宅以外の用途に供することができる途がある以上、規約14条本文、同19条 (1)

を被告が主張するように限定的に解釈する必要はない。そうすると、被告が主張する本件居室を法律事務所として使用する態様は、被告の前記行為が規約14条に違反し、同19条（1）に該当するという前記判断を左右するに足りるものとはいえない。

（八）　会社事務所の事案

東京地裁八王子支部平成5年7月9日（判タ848号201頁）

【事案の概要】

本件マンションは、店舗兼住居の複合用途型マンションで、1階16戸が店舗、2階ないし7階36戸が住居（住戸）として区画されている。住居専有部分の所有者である被告浅川（以下、「被告 A」という。）は、事務所として使用する目的で、専有部分を被告会社に賃貸した。

管理組合である原告が、専有部分の事務所としての使用が、「区分所有者は、その専有部分を専ら住戸は住戸として又は店舗は店舗として使用するものとし、他の用途に供してはならない。」と定める管理規約12条及び使用細則に違反し、区分所有法6条1項の共同利益背反行為に該当するとして、同法60条1項に基づき被告 A と被告会社との賃貸借契約を解除すると共に、被告会社に対して専有部分の明け渡しを求めて提訴した事案。

【判旨】

被告会社が本件専有部分を賃借するようになった平成二年六月七日ころ、被告浅川ないし被告会社から、管理組合に対し、本件専有部分を事務所あるいは事務所兼居住として使用する旨の届出があった形跡はない。

被告会社は、各種機械の取扱説明書、各種サービスマニュアル、バーツリストの企画、原稿作成、図面作成及び技術翻訳等を業務内容とす

る会社であるが、本件専有部分（二〇五号室）を賃借した平成二年六月七日ころから、実際には、ここにコピー機、ワープロ二、三台、デスクトップパブリッシング、パソコン等の機器及び製図用具等を設置し、電話回線を一本から三本に増設して、事務所として使用している。被告会社は、平成三年七月から同年八月八日ころにかけて共用部分である廊下に業務上使用するダンボール箱や台車を放置していたこともある。

もっとも、本件専有部分内では代表者以下二名が作業しているだけで、特に騒音等は出してはおらず、人の出入りも激しくはない。

右1（二）の被告会社の廊下にダンボール箱や台車を放置した行為を含む事務所使用の点についてみると、右事務所使用は、代表者以下二名が作業しているだけで、特に騒音等を出してはおらず、人の出入りも激しくはないこと等を考慮しても、前記管理組合規約第一二条及び使用細則第一条一号に定める用途に違反しているものと認められる。

5　標準管理規約12条が問題となった裁判例の分析

（一）　住居専用規定違反については、住居以外の使用か否かの形式面のみで判断する裁判例と当該マンションの平穏さや良好な住環境を害していないかを実質的に判断する裁判例に分かれている。

（二）　どのような場合に実質的に判断するかについては、前述の標準管理規約コンメンタールの考え方に近い。

すなわち、税理士事務所使用、法律事務所使用、会社事務所使用など、一見して明らかに住宅以外の用途（事務所）での使用である場合には、実質面まで踏み込まずに形式面のみで判断する傾向が強い。

一方、シェアハウス、カイロプラクティック治療院、保育所、託児所など、「住宅を活用してサービスを提供する」という側面があり得るものについては、実質面に踏み込んで判断する傾向が強い。

（三） 但し、あくまでも傾向であり、実際には、双方代理人の主張が実質面まで踏み込んでいるか否かも、裁判所の判断に影響していると思われる。

6 住宅宿泊事業がマンション標準管理規約12条に違反するか否か

（一）「市民と法」105号49頁～50頁―2017年6月号

以下抜粋

3 標準管理規約と住宅宿泊事業

(1) 専有部分の用途に関する規制

ここで、「マンション標準管理規約（単棟型）」（以下『標準管理規約』という）と住宅宿泊事業との関係について考察してみよう。

標準管理規約12条では専有部分の用途について「区分所有者は、その専有部分を専ら住宅として使用するものとし、他の用途に供してはならない」と定めている。多くの管理組合の管理規約において、同様の規定がおかれているだろう。

(2) 住宅専用規定と住宅宿泊事業との関係

この規定が存在することにより、住宅宿泊事業について一義的に用途制限に違反すると考えられるのであれば、管理組合において仮に住宅宿泊事業を禁止する方向で検討している場合に新たな管理規約改正の必要がないと考えることもできよう。

しかし、そのように端的にいえるかどうかは明確でない。逆に、この規定によっては住宅宿泊事業を明確に禁止するに至っていな

いとも考えうるからである。

「専ら住宅として使用する」といえるかどうかについては、「専ら居住者の生活の本拠があるか否かで判断」するものとされる。この規定の趣旨は専有部分の利用方法に関して、日常的な寝食のための居住用建物としての平穏の維持・確保にある。そこからすると、住宅宿泊事業とは、そもそも不特定・多数の利用者を想定して住宅を宿泊施設として提供するサービス形態であり、利用者にとって当該住宅は生活の本拠ではあり得ない。したがって、住宅宿泊事業としての専有部分の使用は用途制限に反するという評価に結びつく。

一方、住宅宿泊事業について「住宅を活用して宿泊サービスを提供すること」という側面を強調し、住宅宿泊事業はあくまでも住宅の一利用形態であると評価するならば、専有部分の用途として「住宅として利用している」として用途制限規定に違反しない、と考える方向性もありうる。

このように、現状の標準管理規約の規定から一義的に住宅宿泊事業への態度を導き出すのは難しい（解釈の余地があることを否定できない）。

この点について、内閣府地方創生推進事務局が発している通知が参考になるだろう。ここでは、「管理規約が標準管理規約のままであり、『区分所有者は、その専有部分を専ら住宅として使用するものとし、他の用途に供してはならない。』との規定があるときは、特区民泊はもともと、住宅としての施設利用を前提とした制度であることから、『住宅として利用するもの』にあたらないとの管理組合の解釈が決議されているなど、管理組合の意思が専有部分を

特区民泊の用に供することを禁ずるものと認められる場合を除き、特定認定の対象となります」と説明されている。

（二）「法律時報」88巻7号79頁～80頁―2016年6月号

以下抜粋

住居としての利用かどうかを判断するに際しては、「住宅として使用する」ことの実質的な意味が問題となる。この点につき、民泊サービスに関する事案ではないか参考となる裁判例として、東京地判平成17年6月23日判タ1205号207頁（カイロプラクティック治療院の事案）がある。本判決がその判断に用いた考慮要素は、区分所有建物における生活の本拠としての利用を実質的に判断するのに有用である。

本判決の考え方を民泊サービスにあてはめると、民泊サービスを利用する場合、1日に出入りする人の数は通常の居住の場合と同じであるが、延べ人数はかなりの数になり得る。また、利用者は無限定に範囲の広い不特定者であり、その利用時間に制限はない。これらの点を考慮すると、区分所有建物の使用実態にもよるが、1ヶ月程度の長期滞在を前提とする場合であっても、それが繰り返されるときは、他の居住者の生活の平穏を損なう利用と解しうる。反対に、夏休みの帰省中に限って民泊施設に提供するなど、その利用頻度が限定的なときは、他の居住者との関係でも生活の本拠としての平穏さは保たれているといえよう。また専有部分の一部を民泊サービスに利用する場合であっても、居住者の生活と無関係に利用者が専有部分に出入りするときは、他の居住者に宿泊者と居住者の関係性が示されない点では専有部分全部を利用する場合と相違なく、その利用頻度が高ければ生活の本拠に相応しい平穏さを満たさないと解する余地はある。

（三） 結論

(1) 住宅宿泊事業について「不特定・多数の利用者を想定した宿泊施設としてのサービス形態」という側面を強調すれば、住宅宿泊事業は標準管理規約12条に違反するという評価に結びつく。

一方、住宅宿泊事業について「住宅を利用・活用するサービス形態」という側面を強調すれば、住宅宿泊事業は標準管理規約12条に違反しないという評価に結びつく。

いずれにせよ、住宅宿泊事業が標準管理規約12条に違反するか否かについては、解釈が分かれており、現時点では一義的には判断できない。

(2) したがって、住宅宿泊事業が標準管理規約12条に違反するか否かについては、当該住宅宿泊事業が当該マンションの平穏さや良好な住環境を害していないかを検討することになる。

(3) その際の考慮要素としては、過去の裁判例や文献に照らすと、以下のようなものが考えられる。

①当該宿泊事業の使用実態

予想される出入りの人数、宿泊期間、家主同居型か否か、実際の迷惑行為の有無等

※一般論としては、宿泊期間が短く頻繁に客が入れ替わる方が平穏を乱す傾向が強く、宿泊期間が長く客の入れ替わりが少ない方が平穏を維持する傾向にあると思われる。

但し、「区分所有建物の使用実態にもよるが、1ヶ月程度の長期滞在を前提とする場合であっても、それが繰り返されるときは、他の居住者の生活の平穏を損なう利用と解しうる。反対に、夏休みの帰省中に限って民泊施設に提供するなど、その利用頻

度が限定的なときは、他の居住者との関係でも生活の本拠としての平穏さは保たれているといえよう。」（法律時報88巻7号80頁）とされている。

※一般論としては、家主不在型よりも家主同居型の方が、平穏を維持できる傾向が強いと思われる。

但し、「専有部分の一部を民泊サービスに利用する場合であっても、居住者の生活と無関係に利用者が専有部分に出入りするときは、他の居住者に宿泊者と居住者の関係性が示されない点では専有部分全部を利用する場合と相違なく、その利用頻度が高ければ生活の本拠に相応しい平穏さを満たさないと解する余地はある。」（法律時報88巻7号80頁）とされている。

②当該マンションの構造、特性、周辺環境

オートロックの有無、賃貸物件の割合、事務所･店舗使用の有無、周辺の閑静さ

※賃貸物件の割合については「たとえば、専有部分の多くが既に賃貸物件として使用され居住者が常に入れ替わっている場合、居住者の特定性は希薄であるため、民泊サービスによる不特定者の出入りが他の居住者の生活の平穏に影響を及ぼす可能性が低くなると考えられる」（法律時報88巻7号80頁）とされている。

（執筆者　香川希理）

三　住宅宿泊事業に関係する具体的な迷惑行為が表面化したときに共同利益背反行為として、区分所有法57条1項の差し止めができるか

1　区分所有法6条1項「共同の利益に反する行為」（いわゆる「共同利益背反行為」）について

（一）「共同の利益に反する行為」とは

区分所有法6条1項の「区分所有者は、建物の保存に有害な行為その他建物の管理又は使用に関し区分所有者の共同の利益に反する行為をしてはならない。」との文言から、

⑴　建物の保存に有害な行為＝不当毀損行為

⑵　その他建物の管理又は使用に関し区分所有者の共同の利益に反する行為＝不当使用行為

と定義される。なお、ニューサンス（他人の財産や健康にとって有害、迷惑、不快となる行為）も含まれると理解されているが、単なる隣人間でのニューサンスやプライバシー侵害は含まれない（『コンメンタールマンション区分所有法』）。

⑴　不当毀損行為（（三）⑴の判例）

『コンメンタールマンション区分所有法』には、⑴の具体例として

・自己の専有部分内の耐力壁を撤去する

・専有部分に接続してベランダを作る

・ベランダを居室に変更する

が挙げられている。なお、不当毀損行為が明らかに建物の基本構造を弱めるのでない場合には、規約に定めがない限り、「不当使用行為」にあたるかどうかという点も含めて総合的観点から共同利

益背反行為か否かを決定すべき、とされる。

⑵　不当使用行為

同書においては、⑵を3つに類型化している。

ア　不当使用（(三)⑵ないし⑻の判例）

具体例としては、

・廊下や階段室などに私物を置いたままにしておく

・共有敷地に常時、自動車や自転車を駐車する

・専有部分に危険物を持ち込む

・専有部分を規約等で定められている用途以外の目的で使用する

が挙げられている。

イ　共同生活上の不当行為（(三)⑼⑽の判例）

具体例としては、

・騒音、振動、悪臭などの発散

・猛獣や規約で禁止されたペットの飼育

が挙げられている。

ウ　管理費の不払い

建物等の管理に関する最も基本的な義務であることを理由に、著しい管理費の不払いは含まれるとされる。

(二)　共同利益背反行為の判断基準

⑴　東京高裁昭和53年2月27日判決（金商552号34頁）

同判決は

ア　当該行為の必要性の程度

イ　これによって他の区分所有者が被る不利益の態様、程度等の諸事情

を比較考量して決すべきである、とする。

⑵　東京地裁平成3年3月8日判決（(三)⑴の判例（判時1402号55頁））

他方、平成3年3月8日は上記高裁判決のアプローチに拠らず、区分所有法の規定に違反しているという事情を重視し、その行為により生じる実害を比較考量せずに共同利益背反行為該当性を判断し、結果として肯定しているように読める。

「区分所有法17条1項は、共有部分の変更は、区分所有者及び議決権の各4分の3以上の多数による集会の決議で決するものと定める。各区分所有者がたとえ建築の専門家であったとしても、それぞれ独自の判断により、悪影響を及ぼさないとの結論を下して、共有部分に変更を加えること自体、現実には建物に有害なことではないとしても、有害となるおそれがあるために、建物の管理又は使用に関し、区分所有者の共同の利益に反する行為ということができる（区分所有法6条1項）。」

(三)　行為別の判例の紹介（積極・消極は共同利益背反行為に該当するかの観点からによる。なお、★は「二 住宅宿泊事業が標準管理規約12条1項に違反するか」の「4　標準管理規約12条が問題となった裁判例」においても紹介された事例。）

⑴　専有部分の壁に穴をあけた事案（積極：東京地裁平成3年3月8日判決（判時1402号55頁））：不当毀損行為

一級建築士である被告が専有部分の外壁に3個の穴をあけてガス湯沸かし器バランス釜を設置した行為に対し、区分所有法57条に基づいてその撤去と原状回復を請求した事案である。

判決は、「各区分所有者がたとえ建築の専門家であったとしても、それぞれ独自の判断により、悪影響を及ぼさないとの結論を下して、共有部分に変更を加えること自体、現実には建物に有害なこ

とではないとしても、有害となるおそれがあるために、建物の管理又は使用に関し、区分所有者の共同の利益に反する行為ということができる（区分所有法6条1項）。」とし、不当毀損行為について建物に現実に有害な行為に限定されないことを示した。

⑵　管理規約に住宅専用規定がある場合の、保育室としての使用（積極：★横浜平成6年9月9日（判タ859号199頁））：不当使用

ア　共同利益背反行為に該当するかを検討するにあたり、東京高裁昭和53年2月27日判決の比較衡量論に近い表現を用いつつ、これに加えて他の住民の受忍限度を超えているかという基準を示し、「これ（区分所有等に関する法律6条1項所定の「区分所有者の共同の利益に反する」かどうか）を判断する際には、当該行為の性質、必要性の程度、これによって他の住民らが受ける不利益の態様、程度等の事情を十分比較して、それが住民らの受忍の限度を超えているかどうかを検討するのが相当である。」とした。

イ　そのうえで、「以上によれば、被告らが本件建物を保育室として利用することについては、本件病院の公共性、人員確保の必要性等の理由があるとしても、それにより本件マンションの住民らの前記被害を受け、その程度も少なくないこと、本件マンションの所在地の環境が比較的閑静であること、被告らの右利用により、右住民らが一方的に不利益を受けるのに対して、被告らは病院経営による経済的利益等を得ること、被告らには他の代替手段がないわけではないこと等を考慮すれば、住民らにおいてこのような使用を受忍すべきであるということはできないといわざるを得ない。したがって、本件においては、被告らが本

件建物を保育室として使用することは、本件規約20条1、2項に反し、しかも、それにより他の区分所有者に被害を与えるから、他の区分所有者の共同の利益に反する使用方法であるというべきである。」とし、託児所としての利用状況に鑑みた実質的な判断を示した。

⑶　管理規約に住宅専用規定がある場合の、カイロプラクティック治療院としての使用（積極：★東京高裁平成17年6月23日判決（判タ1205号207頁））：不当使用

ア　まず治療院としての使用が住戸使用に含まれるかという点が検討され、本件でのカイロプラクティック治療院の営業形態を根拠に、「事業・営業等に関する事務を取り扱うところである『事務所』としての使用態様よりも、居住者の生活の平穏を損なう恐れが高いものといわざるを得ず、到底住戸使用ということはできない」と判断した。

イア）　住戸使用とはいえないとの判断を前提として共同利益背反行為に該当するかを検討し、以下のとおり判断した。

「被告乙山の本件居室の使用態様は、「事務所」としての使用態様よりも、本件マンション居住者の生活の平穏を損なう恐れの高いものである上、被告乙山が原告の承諾を得ることなく本件マンションに面した道路に置き看板を設置して千代田区や警察の警告を受けていることに鑑みれば、区分所有法57条1項、6条1項の『建物の管理又は使用に関し区分所有者の共同の利益に反する行為』であるといわざるを得ない。」「住戸部分に不特定多数の患者が常に出入している状況は、良好な住環境であるとは言い難く、住戸部分の区分所有者の共同の利益に反す

ることは明らかである。」

ｲ） なお、被告は、「住戸専用部分と事務所専用部分との区画が曖昧である」「管理規約上の専用部分についての用途制限は有名無実化・形骸化している」「専用部分での治療院としての使用状況からして、何ら区分所有者の生活上障害を生じるものではない」と主張したが、いずれも採用されなかった。

(4) 管理規約に住宅専用規定がある場合の、託児所としての使用（積極★：東京地裁平成18年3月30日判決（判時1949号55頁））：不当使用

ア 前提として、本件での託児所としての使用が管理規約の「もっぱら住宅として使用すること」との条項に違反すると認定した。

イ そのうえで共同利益背反行為に該当するかについて、以下のとおり判断した。

「本来住居目的とされている502号室において本件託児所を営業することは、他の区分所有者に対して一方的に深刻な騒音等の被害を及ぼしながら、被告Y3らは原告からの働きかけに対して真摯に具体的な改善策を提示することもせず、あまつさえサミット（注：本マンション1階2階のスーパーマーケットで、店長が理事であった）乱入事件をはじめ警察官の臨場を招くような事態を引き起こして居住者の不安を招き、近時にはある程度の改善はみられるものの、いまだ十分とはいえないものであり、何よりも被告らの利益のために本件マンションの居住者が一方的な犠牲を強いられて居住用マンションとしての居住環境を損なわれることは相当でないことは明らかであり、さらに、火災等の災害時には生命身体への危険も考えられなくもないのであって、こうした状態をもたらした本件託児所の経営は、区分所有法6条1項

に規定する『区分所有者の共同の利益に反する行為』であるというべきである。」

(5) 管理規約に住宅専用規定がある場合の、会社の事務所としての使用（積極：★東京地裁八王子支部平成5年7月9日判決（判タ848号201頁））：不当使用

ア 住居専用部分を会社の事務所として使用していることを共同利益背反行為であると指摘し、区分所有法60条1項に基づいて賃貸借契約の解除と賃借人たる会社に専有部分の明け渡しを求めた事案である。

イ 判決は以下のとおり示し、共同利益背反行為であると認めた。

「本件建物のように住居専用部分と店舗専用部分からなる複合住宅において、本件管理規約及び使用細則の定める右専用部分の区画に従って利用することは、居住者の良好な環境を維持する上で基本的で重要な事柄であり、区分所有者である居住者の共同生活上の利益を維持・管理するために不可欠な要件であると認められる。

即ち、本件建物は一階一六戸を店舗専用部分、二階ないし七階三八戸を住居専用部分と明確に区画している複合用途のマンションであるが、このようなマンションにおいては、当初から、右の明確な区画の維持によって良好な居住環境を確保することが予定されている。その二階の住居専用部分（二百五号）が被告会社の事務所として使用されること自体により、周囲の居住環境に変化をもたらすことは否定できない。更に、被告会社の管理規約違反を放置すると、住居専用部分と店舗専用部分との区画が曖昧になり、やがては居住環境に著しい変化をもたらす可能性

が高いばかりでなく、管理規約の通用性・実効性、管理規約に対する信頼を損なう、ひろく、他の規約違反を誘発する可能性さえある。

加えて、管理組合が繰り返して被告会社に対し、用途違反を是正し、本件専有部分から退去するよう勧告したが、これに対する被告会社の対決・強硬の態度が変わらず、本件が本件建物における他の事例とは事案を異にしていることなど・・・の事実関係も併せ考えると、被告会社の・・・事務所使用は、建物の管理又は使用に関し区分所有者の共同の利益に反する行為（建物の区分所有等に関する法律第六条一項）で、それによる区分所有者の共同生活上の障害が著しく、他の方法によってその障害を除去して区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるとき（同法第60条1項）に当たるものというべきである。」

⑹　管理規約に住宅専用規定がある場合の、税理士事務所としての使用（積極：★東京高裁平成23年11月24日判決（判タ1375号215頁））：不当使用

ア　原審は、本件マンションにおいて住居専用規定の対象である2階以上の専有部分に皮膚科医院や歯科医院があったことがあり、その当時もカラオケ教室が存在したこと、被告の税理士事務所があるために騒音等の被害が生じているとはいえず、良好な住環境が維持できなくなっているとは認められないことなどから、共同利益背反行為には当たらないとして、管理規約に基づいて税理士事務所としての使用禁止請求を棄却した。

イ　これに対し、控訴審は、以下のとおり示して、原審を取り消したうえで使用禁止請求を認容した。

「前記認定事実によれば、管理組合規約において、住居専用規定が設けられ、被控訴人は、その後である昭和58年12月に本件建物部分の区分所有権（持分2分の1）を取得し、住居として使用していたが、昭和60年7月15日ころから税理士事務所として使用するようになり、昭和63年に本件建物部分の区分所有権全部を所有することとなったことが認められる。

そうすると、被控訴人による本件建物部分の税理士事務所の使用は本件管理規約の住居専用規定に違反する。」

「前記認定事実によれば、昭和58年に住居専用規定が設けられた当時、本件マンションの2階以上の階において、皮膚科医院及び歯科医院として使用されていた区分所有建物が各1戸あったが、いずれも遅くとも平成6年ころまでに業務を廃止し、住居として使用されるに至っていることが認められる。住居専用規定が設けられて以降、控訴人は、新たに本件マンションの区分所有権を取得した者に対し、本件管理規約の写しを交付してその周知を図り、住居専用規定に反すると考えられる使用方法がある場合には、住居専用規定に反する使用方法とならないよう努め、被控訴人が税理士事務所としての使用を継続して、住居専用規定の効力を争っているのを除き、順次住居専用規定に沿った使用方法になるよう使用方法が変化してきていることが認められる。

上記の認定事実に照らせば、住居専用規定が被控訴人主張のように規範性を欠如しているものとは認めがたい。」

「被控訴人は、本件建物部分を税理士事務所として使用していることが区分所有法57条にいう『区分所有者の共同の利益に反する行為』に当たるとはいえないと主張する。

しかし、住居専用規定は、本件マンションの2階以上において、住居としての環境を確保するための規定であり、2階以上の専有部分を税理士事務所として営業のために使用することは共同の利益に反するものと認められる。」

(7) 管理規約に住宅専用規定がある場合の、シェアハウスとしての使用(積極:★東京地裁平成27年9月18日判決(LLI/DB判例秘書登載)):不当使用

ア　マンションの管理組合の管理者である原告が、本件マンションの区分所有者である被告が専有部分に多くの間仕切りを設置して多数の者を居住させていること（いわゆるシェアハウス）が、管理規約に違反し、また区分所有者の共同の利益に反する行為に当たるとして、管理規約及び区分所有法57条1項に基づき、上記の行為の禁止、間仕切りの撤去等を求めたという事案である。

裁判所は、最大限10名の者が、わずか2畳程度のスペースで寝起きするという使用態様は、本件マンションの専有部分の使用態様として想定されているところからは程遠いとして被告のシェアハウスとしての利用が住宅専用規定に違反する部分があると認め、その範囲で共同利益背反行為に基づく差し止め請求を認めた。

イ　判決は以下のとおり示し、まず被告の運営するシェアハウスの態様が住宅専用規定に反する範囲を確定し、その範囲で区分所有法57条1項に基づく差止請求を認めた。

「1　争点 (1)（本件管理規約12条違反）について

(1) 本件管理規約12条は、本件マンションの専有部分の用途について、専ら「住宅」として使用するものとし、他の用途での使用を禁止している。

そして、前提事実及び証拠によれば、本件マンションの分譲時には、快適な住環境やオートドアロックシステムによる安全性の確保が本件マンションの特徴として強調されており、各専有部分の間取りも、全戸南向きのワンルーム、1DK または2DK として設計されていて、その構造からすれば、各戸をそれぞれ単身者または一つの生活共同体として継続的に同居生活を営む者らが生活の本拠として使用することが想定されていることが明らかであり、本件管理規約12条にいう「住宅」とはそのような使用態様を意味するものであると解される。

ところが、前提事実のとおり、本件建物は、玄関、便所、洗面所、浴室及び台所を除く部分が床面積各2畳程度の10区画に区切られた形に改装された上、同時並行的に締結された複数の賃貸借契約に基づき入居した者らが、それぞれ上記区画部分の一つで寝起きし、便所、洗面所、浴室及び台所を他の入居者と共同で使用している状態にある。全く見知らぬ者同士を含む最大10名の者が、多くは窓もない僅か2畳程度のスペースで寝起きするという使用態様は、本件マンションの専有部分の使用態様として想定されているところからは程遠く、本件管理規約12条にいう「住宅」には当たらないというべきである。」

「(3) 以上によれば、原告は、本件管理規約63条3項に基づき、被告に対し、本件管理規約12条の定めに反する行為の差止め及びその排除のために必要な措置を執ることができる。

もっとも、原告は、上記の差止めとして、本件建物を寄宿舎（いわゆるシェアハウス）として使用することの禁止を求めるが、具体的にいかなる使用態様をもって「寄宿舎（いわゆるシェアハウ

ス)」に当たると解するかは一義的に明確ではないから、そのまま採用することはできない。」

「そうすると、本件管理規約12条違反を理由とする原告の請求は、①本件建物について、寝室その他の個室として用いることができる区画部分(玄関、便所、洗面所、浴室、台所を除く。)の数が3を超えることとなる間仕切り(天井に達しないものを含む。)を設置して、これを複数の使用契約の契約者らに使用させる行為の差止め、②本件建物に設置された間仕切りの撤去を求める限度で理由がある。

2　争点(2)(使用細則違反)、(3)(共同の利益に反する行為)について

原告は、本件管理規約12条違反を理由とする請求と併せて、使用細則4条7項違反を理由とする請求及び区分所有法57条1項に基づく請求をするが、これらの請求が認められるとしても、上記1(3)で述べたのと同様の理由により、認容することができる範囲は、上記と同様の限度にとどまる。」

(8)　脱法的に民泊に使用(判断せず:★大阪地裁平成29年1月13日判決(消費者法ニュース111号313頁)):不当使用

ア　差止請求については、すでに被告が区分所有権を失ったことを理由に請求を棄却した。これにより、本件では民泊の営業(による迷惑行為)が共同利益背反行為に該当するかどうかを正面から判断していない。

イ　被告の行っていた民泊営業が不法行為であることを根拠とした損害賠償請求ついて、以下のとおり判断した。

「ア　被告は、平成26年11月頃、仲介業者を通じて旅行者に、1

日当たり1万5000円（保証人及び敷金はなし。）で本件建物を賃貸する営業を開始し、その営業は、少なくとも平成28年8月上旬ころまでの約1年9か月間続いた。

イ　上記の賃貸利用者は、エアビーアンドビー等のインターネット上のサービスを通じて申し込んだ、2人から7人の外国人グループがほとんどであり、利用期間は長くても9日程度であった。

（略）

エ　上記アの期間中、本件建物の利用者により、次のような問題が生じた。

（ア）　被告は、本件建物の利用者のために、本件マンションの東隣の建物の金網フェンスにつり下げられたキーボックス（約10cm ×15cm の大きさで、4桁のダイヤルキーで開け閉めできるもの）の中に、本件建物の鍵を置き、本件建物の利用者に対し、「エアビーアンドビー」からの案内メールを通じてキーボックスの所在を知らせるなどして、各利用建物の鍵を扱わせた。

（イ）　本件建物の鍵は、本件マンションの玄関のオートロックを解除する鍵でもあり、本件建物の利用者が、鍵を持たない者を内側から招き入れることもあった。

（ウ）　被告による営業のため、本件マンションの居住区域に、短期間しか滞在しない旅行者が入れ替わり立ち入る状況にある。

（エ）　本件建物を旅行者が多人数で利用する場合にはエレベーターが満杯になり他の居住者が利用できない、利用者がエントランスホールにたむろして他の居住者の邪魔になる、部屋を間違えてインターホンを鳴らす、共用部分で大きな声で話す、本件建物の使用者が夜中まで騒ぐといったことが生じている。

（オ） 大型スーツケースを引いた大勢の旅行者が、本件マンション内の共用部分を通るため、共用部分の床が早く汚れるようになり、清掃及びワックスがけの回数が増えた。

（カ） ごみを指定場所に出さずに放置して帰り、後始末を本件マンション管理の担当者が行わざるを得ず、管理業務に支障が生じている。また、ゴミの放置により害虫も発生している。

（キ） 本件建物およびエレベーターの非常ボタンが押される回数が、月10回程度と多くなっている。

オ　被告は、本件マンションの元居住者でもあり、管理規約改正の前後を通じて、管理規約12条1号の内容を知っていた。

カ　被告は、本件管理組合から、注意や勧告等を受けたが、上記アの期間中は、あえて本件建物を旅行者に賃貸する営業を止めなかった。」

「前提事実及び上記（1）の認定事実からすると、被告の行っていた賃貸営業は、実質的には、インターネットを通じた募集の時点で不特定の外国人旅行者を対象とするいわゆる民泊営業そのものであり、約1年9か月の営業期間を通じてみると、現実の利用者が多数に上ることも明らかである。これについては、旅館業法の脱法的な営業に当たる恐れがあるほか、改正の前後を通じて本件マンションの管理規約12条1項に明らかに違反するものと言わざるを得ない。」

「そして、すべてが不法行為に当たるとまで言えるかはともかく、被告の行っていた民泊営業のために、上記（1）に記載したような区分所有者の共同の利益に反する状況（鍵の管理状況、床の汚れ、ゴミの放置、非常ボタンの誤用の多発といった、不当使

用や共同生活上の不当行為に当たるものが含まれる。）が現実に発生し、原告としては管理規約12条1項を改正して趣旨を明確にし、被告に対して注意や勧告等をしているにもかかわらず、被告は、あえて本件建物を旅行者に賃貸する営業を止めなかったため、管理組合の集会で被告に対する行為停止請求等を順次行うことを決議し、弁護士である原告訴訟代理人に委任して被告に対する本件訴訟を提起せざるを得なかったと言える。

そうすると、被告による本件建物における民泊営業は、区分所有者に対する不法行為に当たると言え、被告は弁護士費用相当額の損害賠償をしなければならない。」

(9) 管理規約上禁止されている場合の、ペットの飼育（積極：東京地裁平成8年7月5日判決）：共同生活上の不当行為

小鳥及び魚類以外の動物を飼育することを禁止する規定に基づいて飼育の差し止めを請求したところ、被告より、ペットの飼育によりマンション内の他の住民に具体的に被害が発生している場合または発生する蓋然性が存する場合に限り飼育を禁止する趣旨に限定解釈すべき、との反論がなされた事案である。

「（ペットの飼育を）具体的な実害が発生した場合に限って規制することとしたのでは、右のような不快感等の無形の影響の問題に十分対処することはできないし、実害が発生した場合にはそれが繰り返されることを防止することも容易でないことが考えられる。したがって、規約の適用に明確さ、公平さを期すことに鑑みれば、右禁止の方法として、具体的な実害の発生を待たず、類型的に前記のような有形、無形の影響を及ぼす危険、おそれの少ない小動物以外の動物の飼育を一律に禁ずることにも合理性が認められる

から、このような動物の飼育について、前記共同の利益に反する行為として、これを禁止することは区分所有法の許容するところであると解するのが相当である。」として、管理規約に違反してペットを飼育しているという事実があれば、具体的な実害が発生していなくとも共同利益背反行為に該当すると判断している。

⑽　生活騒音が激しい場合（主張なし：①東京地裁平成24年3月15日判決、積極：②東京地裁平成26年11月5日判決）：共同生活上の不当行為

①　東京地裁平成24年3月15日判決（判時2155号71頁）

この判決以前は、差止請求は棄却されて不法行為による慰謝料請求のみ認容された判決が多かったが、人格権又は所有権に基づく妨害排除請求権として差し止めを認めた。もっとも、共同利益背反行為の主張はなかった。

②　東京地裁平成26年11月5日判決（ウエストロー・ジャパン）

ア　主に夜間に、壁や床を何度も強く叩くような音を出しており、その音量はたびたび60デシベルを超えていた（60デシベルを超える音量は、夜間（午後10時～午前6時）における「騒音」に該当する）。

イ　他の区分所有者や管理人に対し、胸ぐらを掴んだ上で暴言を吐くなどの脅迫行為を行っていた。

ウ　本件マンションの他の区分所有建物の玄関のドアを叩いたり、蹴ったりする行為を繰り返し行った上、他の区分所有者所有の窓の面格子ルーバーを破壊する行為を行った。

これらアないしウの行為をもって、「被告の行為は、騒音の発生その他区分所有者等に迷惑、危害を及ぼす行為に該当する」と認定した。

（四） 上記判例の大まかな分析

⑴ 住宅専用規定やペット飼育禁止規定などへの形式的な管理規約違反があると、特にその該当性を論じることなく共同利益背反行為と認められやすいようである（⑸ないし⑺及び⑼）。

しかし、一見して住宅以外の用途としての使用か、住宅を活用したサービスの提供か、が問題となりうる場合には、共同利益背反行為に該当するかどうかの判断過程に差が出ているように読める。すなわち、⑵ないし⑷では、それらのサービスの提供という被告の受ける経済的利益と他の区分所有者の平穏などといった良好な住環境の維持とを比較考量して、受忍限度内かを判断しているようである。

⑵ また、脱法的な民泊が問題となった事例⑻及び騒音が問題となった事例⑽の場合には、違法行為の存在についての実質論が問題となっていることから、他の区分所有者の共同の利益に反するかどうかについて、実態にかなり踏み込んで判断している。

2 住宅宿泊事業における共同利益背反行為と区分所有法57条を根拠とした差止請求について

住宅宿泊事業において、現在考えられる問題行為は以下のとおりである。

なお、住宅宿泊事業そのものにつき、届出をしていないなど事業遂行が違法な場合と、事業遂行が適法な場合とで区別する。

（一） 住宅宿泊事業の遂行において違法な点がある場合

⑴ 管理規約に住宅宿泊事業を営むことについての定めがなくかつ管理組合において住宅宿泊事業を禁止する意思があるにもかかわ

らず、各自治体へ虚偽の届出を行った

→形式的には違法だが、他の区分所有者が被る不利益が小さい（ない）ので、該当しないのではないか。

⑵　管理規約に住宅宿泊事業を営むことについての定めがなくかつ管理組合において住宅宿泊事業を禁止する意思があるにもかかわらず、集客サイトにて集客行為を行った

→⑴に同じ。まだ他の区分所有者の被る不利益は小さいと考えられる。

⑶　管理規約に住宅宿泊事業を営むことについての定めがなくかつ管理組合において住宅宿泊事業を禁止する意思があるにもかかわらず、無届出で住宅宿泊事業を行った

→管理規約に違反するうえ法律違反もあるので差し止め可能と考える。

⑷　管理規約に住宅宿泊事業を営むことについての定めがあるにもかかわらず、無届出で住宅宿泊事業を行った

→管理規約違反ではないが、利用者の迷惑行為の程度次第で、他の区分所有者に住宅宿泊事業を営んでいる住戸であることが分からないことも事情として差し止めが認められる可能性があると考える。

⑸　管理規約に住宅宿泊事業を営むことについての定めがあり、届出も行っているが、本年すでに180日を超えて住宅宿泊事業を営んでいる

→法律違反があるので、利用者の迷惑行為の程度次第で差し止めが認められる可能性があると考える。⑷より認められやすいのではないか。

（二）　住宅宿泊事業が適法に遂行されている場合（適法な届出がなされており、かつ、営業日数が年間180日を超えていない場合）

⑴　宿泊客が粗大ごみを散らかしている場合

→住宅宿泊事業が短期間で多数の宿泊者を予定していることからすると、その時の宿泊者が特にひどいとしても、それだけでは共同利益背反行為とは言いにくいのではないか。

⑵　宿泊客が夜間に大騒ぎする場合

→同上と思われる。

⑶　⑴⑵などの事情があり、管理組合により当該区分所有者へたびたび警告をしているにもかかわらず無視している場合

→管理組合が住宅宿泊事業を営むことを許容していることに鑑みると、前掲⑻判例（大阪地裁平成29年1月13日）との均衡から、上記⑴⑵と異なり、ここまで至って初めて共同利益背反行為に該当するのではないか。

（執筆者　石川直紀）

四　最後に

以上述べたとおり、区分所有者による区分所有マンションにおける住宅宿泊事業については、マンション管理組合を通じた他区分所有者との利害の調整をいかにしていくかが重要な要素となるものであり、今後の判例・裁判例の積み重ねを注視していく必要があろう。

（執筆者　神田元）

以　上

活　動　報　告（平成30年度）

〔医療過誤法部〕

定例活動は、毎月１回、研究会を開催し、担当報告者の報告をもとに医療事件について研究している。

本年は、例年同様、部員の親睦を図りつつ、医師等、弁護士を交え、１）相当程度の可能性の侵害と適切な医療を受けるべき利益の侵害との関係について（最高裁平成28年7月19日判決）、２）鑑定のやり直し事案を参考にして内視鏡検査による胃癌の見落としについて、３）脳性麻痺時の分娩関係の事案について、４）人事労務という観点からの医療的判断について（精神疾患関係、産業医関係）、５）美容外科の吸収糸によるフェイスリフトに関する集団訴訟事件について、６）医療訴訟における疫学分野の取扱いについて（交通事故で救急搬送された患者が大動脈解離で死亡した事案）報告をもとにディスカッションし、さらに、メーリングリストにおいても議論しながら（例：乳がんの検査の感度が90% であるとき、その検査で陽性と診断されたＸが乳がんである確率は何％かなど）、医師・看護師等と弁護士の相互理解を深めてきた。

そのほか、定例外として、７）ある地方自治体の薬剤（抗インフルエンザ）備蓄に関する有識者会議に出席した部員からその様子が報告され、また、８）部員の数名が医療界と法曹界の相互理解のためのシンポジウム（転医・転送義務等に関する意見交換）へ出席した。９）第71期選択型実務修習プログラムに部員から講師を出し医療訴訟の要件事実や医療訴訟の実務について修習生に対して講演をした。そのほか、10）医療集中部に所属した元裁判官や医療を専門分野とする弁護士を招きミニシンポジウムを開催し、①協力医、②医療文献、③医療集中部（専門医委員、医師の尋問など）、④カンファレンス鑑定、⑤依頼者と、それぞれどう向き合うかについてディ

スカッションした。

実施日は、以下のとおりである。場所は、特記がない限り弁護士会館内会議室である。（報告者はいずれも敬称略）

1） 4月17日　関／新
2） 5月21日　金﨑
3） 6月20日　岡本
4） 7月27日　嘉納／櫻澤／神田橋
5） 9月28日　紙子
6）10月31日　福原
7） 9月28日（定例外） 紙子
8）10月 9日（定例外）東京地裁大会議室にて　野原／芳村／鵜澤／猪瀬／岡本／片野
9）10月19日（定例外）　高梨／柿原／別部
10）11月26日（定例外）関／津久井／清水

部会長　永島賢也

〔会社法部〕

1　部会の構成

全部員で構成される全体部会及び定例会にて研究活動を行った。

2　部会の活動内容

（1）全体部会

会社法部全体の人事・活動方針等を討議し決定するため適宜開催している。

（2）定例会

定例会の開催日、テーマ及び発表者は以下のとおりである。本年度は、原則として毎月第２木曜日午後６時から８時に定例会を開催し、研究発表及び討議を行っている（担当：深山徹副部長）。

①４月「『株主総会公開講座』（５月14日実施）の予演会」
大澤康泰部員、松井智部員

②５月「「株主総会公開講座」（５月14日実施）の予演会２」
河和哲雄顧問、大澤康泰部員、松井智部員

③６月「本年度株主総会の情報交換会」 服部秀一副部長

④７月「社外取締役の役割と責任」 関口慶太部員

⑤９月「ＩＨＩ事件控訴審判決（東京高裁平成29年２月23日判決）」
遠藤啓之事務局次長

⑥10月「会社法改正の動向（株主提案権の濫用的行使）＊株主提案権への対応（東京高決平成24年５月31日）」 濱田祥雄部員

⑦11月「出光興産新株発行差止仮処分命令申立事件」 齋藤成倫部員

⑧12月「金融商品取引法第27条の36の定めるフェアディスクロージャー・ルール」 服部滋多部員

⑨１月「会社法改正の動向～Ｄ＆Ｏ保険制度と会社補償制度」
濱島幸子部員

⑩２月「会社法改正の動向～役員報酬」 西川文彬部員

⑪３月「グループ会社の管理と実務上の問題点」　柴田紗織部員

（本稿執筆時現在、⑩⑪のテーマは仮）

3　講演・研究成果の発表

（１）株主総会公開講座

平成30年５月14日、弁護士会館２階（クレオ）にて株主総会公開講座を以下のとおり開催した（担当：服部秀一副部長）。

①データで読む最近の株主総会の状況　松井智部員

②本年の株主総会における想定質問　大澤康泰部員

③株主総会をめぐる今年の環境と当日対応　河和哲雄顧問

（２）「法律実務研究」への掲載論文執筆

「法律実務研究」第34号掲載用として、アロン・Ｊ・トーマス部員が「取締役の報酬規制に関する一考察」を執筆した（担当：内藤良祐副部長）。

4　弁護士会関係

（１）司法修習生のための選択型実務修習プログラムの提供

２日間（平成30年10月11日～ 12日）にわたり71期司法修習生のための選択型実務修習のプログラムを以下のとおり提供した（担当：戸井川岩夫副部長）。

①平成30年10月11日

・講義

「会社法部の紹介とガイダンス」　諏訪智紀事務局長

「企業法務の心得とは」　蜂須優二部長

・企業法務部見学

「日本生命保険相互会社　法務部　社内見学」　戸井川岩夫副部長

・定例会の聴講

「会社法改正の動向（株主提案権の濫用的行使）　＊株主提案権への対応（東京高決平成24年５月31日）」　濱田祥雄部員

②平成30年10月12日

・講義

「企業法務における会社法と金融商品取引法」 服部秀一副部長

・講義

「株主総会指導の実務－入門から実践へ」 戸井川岩夫副部長、
松井智部員

・懇親会

（2）当部からの推薦にて本井克樹部員が平成31年司法試験考査委員（商法）に選任された。

部　　長　蜂須　優二
事務局長　諏訪　智紀

〔家族法部〕

第１　家族法部は、平成28年に設立20周年を迎えた。原則として毎月16日を定例会と定め、家族法に関する研究を行っている。今年度も家族法に関する実務研究や講演等を行い、定例会への出席状況は常時20名前後である。

第２　平成30年１月から12月までの活動状況

１　１月16日（新年会・お祝いの会）（日比谷松本楼）

＊弁護士生活50周年の弁護士のお祝い会を開き、経験談を披露頂きました。

２　２月16日（定例会・研究会）

テーマ　「財産分与にまつわる諸問題」

講　師　　森　公任　弁護士（外部講師）

３　３月16日（定例会・研究会）

テーマ　「財産分与の対象財産とその評価」

報告者　　青柳　恵美　部員

４　４月16日（定例会・研究会）

テーマ　「面会交流に関する近時の裁判例の紹介」

報告者　　日原　聡一郎　部員

５　５月16日（定例会・研究会）

テーマ　「養育費等・婚姻費用の履行確保に関する一考察」

報告者　　香川　美里　事務局長

６　６月18日（定例会・研究会）

テーマ　「親による子の虐待事案～家庭裁判所で取り扱う児童虐待にまつわる家事事件～」

報告者　　澄川　洋子　部員

７　７月18日（定例会・研究会）

テーマ　「家庭内別居」

報告者　　加藤　勇人　部員

8　10月22日（定例会・研究会）

テーマ　「海外からの子の連れ去り事案の解決手法について」

報告者　　加藤　桂子　部員

9　11月16日（定例会・研究部会）

テーマ　「近時の家族法分野の判例裁判例の概観について」

報告者　　日原聡一郎　部員

10　12月16日（定例会・研究会）

テーマ　「配偶者居住権等の配偶者保護」

講師　　冨永　忠祐　部長

＊なお、９月20日、定例会・研究会で発表予定であった「任意後見の実務～弁護士の視点から～」（講師：冨永忠祐部長）を平成30年度後期弁護士研修講座とした。

事務局長　香川　美里

〔金融取引法部〕

1　平成30年の活動状況

⑴　会員及び外部講師による報告及び講義並びに質疑応答等を実施

⑵　原則毎月第３木曜日　18時30分）から定例会

2　会員による報告及び講義

⑴　１月18日　金融法の基本概念と体系－金融制度改革を見据えて－
片岡　義広　部長

⑵　６月21日　電子決済等代行業等に関するパブコメ結果の検討
永井　利幸　部員

⑶　７月19日　「金融制度スタディ・グループ中間整理」の要点
田中　貴一　部員

3　外部講師による報告及び講義

２月14日　改正銀行法「電子決済等代行業」と実務に与える影響
宮本　甲一　様
（アンダーソン・毛利・友常法律事務所　弁護士）

４月20日　公益信託法の改正の概要と信託実務に与える影響
吉谷　晋　様（三菱 UFJ 信託銀行　コンプライアンス統括部法務室長、法務省法制審議会信託法部会委員）

５月17日　銀行法解説－「銀行法精義」を書き終えて－
小山　嘉昭　様（元大蔵省大臣官房審議官(銀行局担当)）

９月20日　輸入商品譲渡担保の設定者の再生手続開始と転売代金債権への物上代位
清水　恵介　様（日本大学法学部教授、篠崎・進士法律事務所　弁護士）

10月11日　倒産法と所有権留保
杉本　和士　様（法政大学法学部教授）
11月13日　所有者不明土地問題の現状と課題
水津　太郎　様（慶應義塾大学法学部教授）

4　その他の活動
近代セールス社「バンクビジネス」への寄稿
※部員による連載

部　　長　　片岡　義広
事務局長　　田中　貴一

〔刑事弁護部〕

平成30年

1月23日例会　「狭山事件再審請求事件の現状と課題」
講師　中北龍太郎弁護士

3月9日例会　「裁判員制度の現状と守秘義務と将来に向けての改革」
講師　牧野茂弁護士

4月12日例会　「「国選付添人推薦に関する会規の一部を改正する会規」の改正について」　報告者　合田勝義会員

5月24日例会　「冤罪弁護士の生活と活動」（ビデオ鑑賞）

6月18日例会　「司法取引についての弁護人の果たすべき役割」
講師　大澤廣会員

7月12日例会　「袴田事件再審開始決定抗告審取消決定の問題点と課題について」　講師　村﨑修弁護士

9月13日例会　「本田克也教授の「刑事裁判の事実認定と法医学」論文（判例時報2373号）を読んで」　報告者　加地修会員

10月11日例会　「今後の例会活動の方向性について」

11月8日例会　「日野町事件・再審開始決定」（本年7月11日決定）と「再審制度の抱える諸問題」（鴨志田祐美弁護士著）
報告者　加地修会員

12月13日例会　「「再審制度の課題」・「刑事事実認定のあり方」を考える」
報告者　合田勝義会員

（部長　荒木和男、事務局長　合田勝義）

〔国際取引法部〕

平成30年度における国際取引法部の活動概要は次のとおりである。

①第１回

日　時　平成30年４月12日（木）18時半～ 20時

テーマ　「「仲裁法18条４項にいう「自己の公正性又は独立性に疑いを生じさせるおそれのある」事実が生ずる可能性につき判断し、原決定を破棄差戻した判例（最決平成29年12月12日裁時1690号6頁）」について

報告者　服部　謙太朗（当部部員）」

※５月は休会

②第２回

日　時　平成30年６月14日（木）18時半～ 20時

テーマ　「「日本企業がフィリピン進出をするに当たっての法的留意点」について」

報告者　園　雅生（第一東京弁護士会）

③第３回

日　時　平成30年７月12日（木）18時半～ 20時

テーマ　「GDPR（EU 一般データ保護規則）の概要について」

講　師　馬場　貞幸（第二東京弁護士会）

※８月・９月は休会

④第４回

日　時　平成30年10月18日（木）18時半～ 20時
テーマ　「GDPR（EU 一般データ保護規則）の概要について」（第３回と連続報告）
講　師　馬場　貞幸（第二東京弁護士会）

※11月は休会

⑤第５回
日　時　平成30年12月13日（木）18時半～ 20時
テーマ　「Brexit の離脱契約の内容と影響について」
報告者　加藤　照雄（当部部員）

※１月は休会予定

⑥第６回（予定）
日　時　平成31年２月21日（木）18時半～ 20時
テーマ　「米国特許法改正（AIA）の影響について
報告者　服部謙太朗（当部部員）

⑦第７回（予定）
日　時　平成30年３月15日（木）18時半～ 20時
テーマ　「インハウスロイヤーと国際取引」
報告者　商社在籍のインハウスロイヤーに講師打診中

文責　服部謙太朗

〔相続・遺言研究部〕

1　全体部会の研究活動（平成30年１月～11月）

平成30年１月より、相続関係訴訟に関して判例を中心とする研究を行い、９月よりは相続法改正について検討を行った。

①　１月９日午後６時～８時（出席者13名）
「使途不明金、遺言の成立要件」
②　２月13日午後６時～８時（出席者10名）
「遺言の方式」
③　３月６日午後６時～８時（出席者17名）
「遺言能力（公正証書）」
④　４月３日午後６時～８時（出席者26名）
「遺言の撤回、相続欠格」
⑤　５月１日午後６時～８時（出席者17名）
「遺産分割協議の効力」
⑥　６月５日午後６時～８時（出席者19名）
「遺産分割協議の効力２」
⑦　７月３日午後６時～８時（出席者19名）
「遺産分割協議と詐害行為」
⑧　９月３日午後６時～８時（出席者23名）
「平成30年相続法改正について」
⑨　10月２日午後６時～８時（出席者18名）
「平成30年相続法改正について」
⑩　11月７日午後６時～８時（出席者14名）
「平成30年相続法改正について」
⑪　12月５日午後６時～８時
「相続法改正について」（予定）

2　部会役員（平成30年度）

部長	野々山哲郎
副部長	手塚正枝
事務局長兼会計	仲　隆
事務局次長	浦岡由美子
紀要編集委員	仲　隆
研修委員会委員	長濱晶子

（仲　隆）

〔倒産法部〕

平成30年度の倒産法部の活動実績は、次のとおりです。

1　全体会（場所はいずれも弁護士会館２階　クレオ）

倒産法や倒産実務に携わる弁護士、裁判官、経済産業省、学者、実業家の方々を講師として、次のとおり講演会を開催しました。

① 第１回

日　時　　平成30年５月14日　午後６時～８時

講　師　　弁護士　村松謙一氏

テーマ　　再建弁護士に求められるもの

② 第２回

日　時　　平成30年７月６日　午後６時～８時

講　師　　東京地裁民事第20部部総括判事　永谷典雄氏

テーマ　　東京地裁破産再生部の破産・再生事件の運用状況

③ 第３回

日　時　　平成30年９月18日　午後６時～８時

講　師　　経済産業省政策局産業創造課課長　佐々木啓介氏、
同　　課長補佐　水地一彰氏

テーマ　　事業再生に対する国の施策の現状及び今後の動向

④ 第４回

日　時　　平成30年11月19日　午後６時～８時

講　師　　東京大学名誉教授　学習院大学大学院法務研究科教授
神田秀樹氏

テーマ　　金融の変化と法の対応

⑤　第５回

日　時　　平成31年１月15日　午後６時～８時

講　師　　インテグラル（株）代表取締役パートナー　佐山展生氏

テーマ　　スカイマークと企業再生

⑥　第６回（予定）

日　時　　平成31年３月11日　午後６時～８時

講　師　　前東京地裁民事第８部部総括判事・仙台地裁所長
　　大竹昭彦氏

テーマ　　東京地裁商事部の会社更生事件等の運用状況

2　特別部会『寺子屋』（場所はいずれも弁護士会館2階　クレオ）

特別部会『寺子屋』では、若手弁護士・破産管財人希望者を対象とした連続講座です。

寺子屋（破産）では、若手弁護士・中堅弁護士が、破産手続について、申立代理人や破産管財人の業務や心構えについて、基本から応用まで、自己の経験も踏まえ、実践的な講義を行いました。

寺子屋（再生）では、若手弁護士・中堅弁護士が、自己の経験に基づいて、民事再生、純粋私的整理、事業承継について発表しました。

ベテランの先生方には、師範・師範代としてご出席していただき、発表内容について大所高所からコメントをいただきました。また、毎回東京地裁民事第20部から裁判官・書記官の方にご出席いただき、当該テーマに関連する裁判所の運用などについて、ご説明いただきました。

（1）寺子屋（破産）

① 第1回

日　時　　平成30年６月４日　午後６時～８時
講　師　　弁護士　金山伸宏氏
師　範　　弁護士　園尾隆司氏
テーマ　　債権者集会の準備とその心構え

② 第２回

日　時　　平成30年10月１日　午後６時～８時
講　師　　弁護士　鈴木康治氏
師範代　　弁護士　蓑毛良和氏
テーマ　　申立代理人の業務、責任とその心構え

③ 第３回

日　時　　平成30年10月29日　午後６時～８時
講　師　　弁護士　清水靖博氏
師範代　　弁護士　富永浩明氏
テーマ　　破産管財人の業務とその心構え

④ 第４回

日　時　　平成31年２月18日　午後６時～８時
講　師　　弁護士　和田正氏
師範代　　弁護士　進士肇氏
テーマ　　手続選択の勘所と破産の応用（否認、役員査定、債権者破産等）

（2）寺子屋（再生）

① 第1回

日　時　　平成30年6月18日　午後6時～8時
講　師　　弁護士　大島義孝氏、弁護士　大宅達郎氏
師範代　　弁護士　三村藤明氏
テーマ　　民事再生（ニュートンプレスを題材として）

② 第2回

日　時　　平成30年10月15日　午後6時～8時
講　師　　弁護士　御山義明氏、弁護士　富岡武彦氏、
　　弁護士　柗野弘樹氏
テーマ　　純粋私的整理

③ 第3回

日　時　　平成31年1月30日　午後6時～8時
講　師　　弁護士　小野塚氏、弁護士　大西雄太氏、
　　弁護士　今井丈雄氏
テーマ　　事業承継・廃業支援と経営者保証ガイドライン

3　次世代育成合宿

ベテラン弁護士、中堅弁護士、若手弁護士が参加する合宿を通して、倒産弁護士としてのスピリッツや心得を、若手弁護士に継承しようと、7月21日から22日にかけて、那須高原のホテルにおいて、次世代育成合宿を開催しました。

合宿では、最初に分科会を開催し、「再建型法的倒産手続入門」、「債権者、スポンサーの代理人として参加する倒産事件」、「クリエイティブな純粋私的整理と企業収益改善」、「生きた管財事件がきた。あなたな

らどうする。」のテーマ別にゼミを開催しました。その後、全体会として、各ゼミの成果発表、パネルディスカッションを行いました。

4　東京大阪四会倒産法部シンポジウム

東京弁護士会倒産法部、第一東京弁護士会倒産法部、第二東京弁護士会倒産法部、大阪弁護士会倒産法実務研究会の共催によるシンポジウムが、平成31年４月５日、弁護士会館２階クレオにて、開催されます。テーマは「倒産手続における債権の優先順位」であり、当部会からは、弁護士三枝知央氏及び弁護士金山伸宏氏がパネリストとして参加します。

5　その他

東京弁護士会に配属された司法修習生に対する選択型実務修習プログラムの提供や、事業再生研究機構のシンポジウム、全国倒産弁護士ネットワーク全国大会の後援など、倒産法分野に関する外部研究活動にも積極的に取り組んでまいりました。

文責　本年度事務局長　関端広輝

〔独占禁止法部〕

今年度は、様々なテーマをもとに講師を招き、隔月で例会を行いました。

２月13日（火）　独占禁止法部２月例会
講師：若林順子先生
「テレビ用ブラウン管カルテル審決取消訴訟最高裁判決（平成29年12月12日）について－日本国外で合意されたカルテルに係る日本の独占禁止法の適用－」

５月８日（火）　独占禁止法部５月例会
講師：稲葉直樹先生　「確約手続きについて」

７月19日（木）　独占禁止法部７月例会
講師：森啓太先生
「中国の企業結合事例における問題解消措置について」

９月20日（木）　独占禁止法部９月例会
講師：大内義三先生　「弁護士懲戒請求と独占禁止法」

11月29日（木）　独占禁止法部11月例会
講師：濱田祥雄先生
「（平成30年５月31日）株式会社小糸製作所に対する審決（自動車メーカーが発注するヘッドランプ及びリアコンビネーションランプの見積り合わせの参加業者による受注調整事件）について」

部　　長　鈴木正貢
事務局長　神谷宗之介

〔不動産法部〕

平成30年度の活動概要

【目的】

不動産に関する法律解釈の未解決分野を研究し、弁護士の実務処理能力の向上に資することを目的としています。

【方針】

逐年毎に研究テーマを定め、期の若い会員を中心として、自由な雰囲気の中で研究を進めています。

【平成30年度のテーマ】

①　相続法改正の不動産法に与える影響について　②マンションの建て替えについての二つを中心に研究を行いました。②については、外部の専門家をお招きをしました。

【例会】

８月を除き毎月一回催しています。

以　上

部　　長　西　村　康　正
事務局長　吉　永　英　男

〔知的財産権法部〕

平成30年度における知的財産権法部の活動の概要は次のとおりである。なお、平成29年度末の活動も併せて報告する。

当部では、原則として毎月第2火曜日を定例部会とし、知的財産権法に関する最新の判決例の紹介や法改正の動向等を含め、部内外の報告者より報告していただき、その報告に基づいて出席部員間で議論を深めて研究している。本年度は部員のほか、東京地裁、企業、法科大学院などから判事、研究者らをお招きし、大変興味深い御報告と、これに基づいた活発な議論が行われた。

1　定例部会

①　平成30年2月13日（火）午後6時～ 8時

（前　半）

報告　当部部員　磯田 直也 弁護士　西川 喜裕 弁護士

論題　平成29年意匠・商標・不正競争関係事件の判決の概観

（後　半）

報告　当部部員　岡本 健太郎 弁護士

論題　平成29年著作権法関係裁判例紹介

②　平成30年3月13日（火）午後6時～ 8時

（前　半）

報告　当部部員　牧野 知彦 弁護士　加治 梓子 弁護士

論題　平成29年特許権侵害訴訟・裁判例紹介

（後　半）

報告　当部部員　今井 優仁 弁護士　奥村 直樹 弁護士

論題　平成29年における特許審決取消事件の概況

③　平成30年4月10日（火）午後6時～ 8時

講師　弁護士　斎藤 浩貴 先生

論題　IoT・ビッグデータと知財

④　平成30年5月8日（火）午後6時～ 8時

講師　（株）FRONTEO　執行役員・技師長　野﨑 周作 氏

論題　デジタル・フォレンジック技術及びその活用事例

⑤　平成30年6月12日（火）午後6時～ 8時

講師　創英国際特許法律事務所　弁理士　妙摩 貞茂 先生

論題　日本税関における知的財産の水際制度

⑥　平成30年7月3日（火）午後6時～ 8時

報告　当部部員　深井 俊至 弁護士

論題　知的財産権と民法（債権法改正含む）

⑦　平成30年9月11日（火）午後6時～ 8時

講師　東京地方裁判所民事第47部部総括　沖中 康人 判事

論題　裁判所から見た当事者の訴訟活動－知財訴訟について

⑧　平成30年10月9日（火）午後6時～ 8時

講師　早稲田大学法学学術院　教授　上野 達弘 先生

論題　ディープラーニングと人工知能をめぐる著作権法上の課題

⑨　平成30年11月9日（金）午後3時～ 6時

日本知的財産協会特許第2委員会とのコラボ検討会

論題　先使用権の判断動向と実務上の課題

2　選択型実務修習の開催

当部は司法修習（第71期）の東弁、一弁及び二弁が同時開催する選択型実務修習「知的財産関係の実務」を担当した。同修習は平成30年10月22日（月）から26日（金）までの日程で実施され、知的財産権各法の演習、特許庁口頭審理・知財高裁審理の期日傍聴、日本マイクロソフト（株）・JASRAC 訪問などの多様なプログラムが提供された。

3　日本知的財産協会特許第2委員会全体委員会への参加

平成29年度のコラボ検討会の参加者において、平成30年3月16日（金）に北海道札幌市において開催された日本知的財産協会の特許第2委員会全体委員会に参加した。

文責　高橋元弘

部長＝飯塚卓也、副部長＝深井俊至・牧野知彦、
事務局長＝高橋元弘、事務局次長＝今井優仁

〔インターネット法律研究部〕

平成30年度の活動概要

1　定例活動

⑴　部の構成

部長　　藤田晶子

副部長　　髙木篤夫、小早川真行、植草美穂、西川達也

事務局長　藤﨑太郎

事務次長　関口慶太

⑵　具体的な活動状況

ア　部員による研究発表

毎月第３金曜日の午後６時（原則）から定例会を開催し、本年度の共通テーマである「裁判手続等のＩＴ化」を中心として、部員からの研究発表と質疑応答・意見交換を行った。

①　５月18日　藤﨑太郎部員
「裁判手続等のＩＴ化－総論－」

②　６月18日　神谷延治部員
「民事訴訟手続のＩＴ化－訴状提出段階－」

③　９月21日　垣内恵子部員
「民事訴訟手続のＩＴ化－口頭弁論期日・争点整理手続－」

④　10月５日　山田信二部員
「民事訴訟手続のＩＴ化－判決・その他－」

⑤　11月９日　西川達也部員
「裁判手続のＩＴ化－その他のトピック－」

⑥　12月21日　出版会議
「Ｑ＆Ａインターネットの法的論点と実務対応　第３版」

⑦　１月18日　判例研究
「ツイッターのリツイートと著作権侵害に関する判例の研究・検討」

⑧　２月18日　小早川真行部員、関口慶太部員ほか

「『Ｑ＆Ａインターネットの法的論点と実務対応第3版』から、動画投稿、景品表示法等に関する研究発表」

⑨　３月18日　藤田晶子部員、西川達也部員、藤﨑太郎部員ほか

「『Ｑ＆Ａインターネットの法的論点と実務対応第３版』から、ビックデータ、SNSと情報セキュリティ、アフェリエイトサイト・リーチサイト等に関する研究発表」

イ　外部講師による講演会

本年度は、２回（４月、７月）、外部講師による講演会を開催した。

①　４月27日

平岡敦弁護士（第二東京弁護士会）に、「裁判手続等のＩＴ化に向けた取りまとめ－「３つのｅ」の実現に向けて－」（平成30年３月30日付）について講演いただいた。

②　８月２日

成城大学法学部教授の町村泰貴先生に、2017年下半期から2018年上半期におけるインターネット分野における判例の動向について講演いただいた。

２　定例外活動

⑴　出版

「Ｑ＆Ａインターネットの法的論点と実務対応　第3版」（ぎょうせい）を出版した（平成31年2月）。

⑵　法律実務研究への論文の投稿

神谷延治部員、藤田晶子部員、小早川真行部員、西川達也部員、藤﨑太郎部員により寄稿がなされた。

（文責）事務局長　藤﨑太郎

〔行政法研究部〕

毎月１回のペースで定例会を開催し、下記の各テーマに関する発表を踏まえて、討論を行った。また、例年どおり、夏期合同研究において分科会を担当した。

記

第126回　平成30年１月17日
（検討）平成30年の年間テーマと夏期合同研究のテーマなどについて

第127回　平成30年２月21日
（発表者）水野泰孝部員
（テーマ）個別法からみる行政調査の具体的局面
－行政調査の分野を弁護士業務とするために－

第128回　平成30年３月28日
（発表者）水野泰孝部員
（テーマ）「『行政調査』の適正化」のための弁護士の関与の在り方
（第127回の続き）
（検討）平成30年度夏期合同研究のテーマについて

第129回　平成30年４月18日
（発表者）加藤由利子部員
（テーマ）公務員（教員）の懲戒処分に関し、処分前における弁護士の関わり－実際の事例を題材に－

第130回　平成30年５月16日
（発表者）尾谷恒治部員
（テーマ）ＰＦＩ事業における裁量統制の手法

第131回　平成30年６月20日

（発表者）渡邉正昭部長

（テーマ）税務調査について

（発表者）小田勇一部員

（テーマ）独占禁止法の分野における行政調査について

夏期合同研究分科会　平成30年７月10日

第１部（発表者）山本哲朗弁護士

（テーマ）保険医・保険医療機関に対する指導・監査

第２部（発表者）小田勇一部員

（テーマ）行政調査と弁護士の役割－公正取引委員会の立入検査を例に－

第３部（発表者）渡邉正昭部長

（テーマ）税務調査と弁護士の関与

第132回　平成30年９月19日

（発表者）山田博貴部員

（テーマ）行政調査（動物愛護法）

（発表者）伊藤祥治部員

（テーマ）最新判例紹介（組織的過失論）

第133回　平成30年10月17日

（発表者）小林英憲部員

（テーマ）地方独立行政法人の設立団体からの独立性

第134回　平成30年11月22日

（発表者）加藤由利子部員

（テーマ）運転免許取消処分に対する審査請求事件

以　上

（部長：渡邉正昭，事務局長：加藤由利子（文責））

〔自治体等法務研究部〕

第１　設立趣旨

当部は、自治体法務の研究及びそれへの関与を通じて適正な法執行に寄与することを目的に、平成19年４月、従前の弁護士業務改革委員会の活動の一部を法律研究部として立ち上げたものである。

第２　活動の概況

１　定例会などの日常的な活動

月１回の定例会を開催し、最新判例や自治体法務実務の報告、研究課題の検討、各種企画の準備を行っている。このほか、地方自治関連判例の検討会、自治体職員向けメール法律相談を行っている。

２　研究成果の還元

自治体職員向け研修、各種図書の出版依頼の受託、弁護士紹介センターを経由した事件受任等を行っている。

研修については、講師担当者が作成したレジュメの検討会を実施し、講師による研修内容のばらつきをなくす努力をしている。定例会等における研究課題の検討結果は、雑誌に寄稿するなどの方法で発表している。

３　本年の特色

出版企画「自治体が原告となる訴訟」をテーマとする続編書籍の出版に向けた研究・執筆を継続した。既刊については電子書籍化を進行させている。

また、年１回開催する講演会には、市川市議会事務局議事課の野村憲一氏を講師に招聘し、「地方自治体の調査・監査と弁護士の「チカラ」－自治体ガバナンスに向けた法的支援の可能性」と題してご講演いただいた。

さらに、東京弁護士会弁護士活動領域拡大推進本部内の自治体連

携センターや日弁連法律サービス展開本部自治体等連携センターの各部会にも当部部員が複数名所属し、自治体法務に関する活動を積極的におこなった。

第３　活動実績

１　平成30年１月７日　東弁70期新入会員歓迎会

２　平成30年１月19日　　定例会

最新判例研究（最判平成28年６月27日　不当利得返還等を求める住民訴訟事件）、行政連携センター活動報告等

３　平成30年２月13日　　定例会

最新判例研究（大阪高判平成29年11月30日　違法確認等（住民訴訟）、次年度人事、債権管理マニュアルの債権法改正対応、次年度部員名簿推薦者の検討等

４　平成30年３月13日　　定例会

最新判例研究（横浜地判平成28年10月12日　全国学力調査に関する文書非開示処分取消請求事件）、次年度人事、会計報告、講演会に向けた検討等

５　平成30年４月10日　　定例会

本年度執行部等人事、各種企画準備、最新判例研究（大阪地判平成29年５月19日判決）等

６　平成30年５月８日　　定例会

講演会及び今後の研究発表に向けた検討、自治体連携センター報告等

７　平成30年６月12日　　定例会

講演会及び今後の研究発表に向けた検討、自治体連携センター報告等

８　平成30年７月11日　　定例会

講演会及び今後の研究発表に向けた検討、最新判例研究（東京高判平成29年８月９日　墓地経営不許可処分取消等請求事件）等

9　平成30年７月12日、13日　　自治体職員研修

特別区職員研修所主催の「自治体債権の管理・回収（基礎）」講師６名を派遣

10　平成30年９月11日　　定例会

講演会及び今後の研究発表に向けた検討、自治体連携センター報告等

11　平成30年10月９日　　講演会

講　師：市川市議会事務局議事課　野村憲一氏

テーマ：地方自治体の調査・監査と弁護士の「チカラ」

－自治体ガバナンスに向けた法的支援の可能性－

12　平成30年10月９日　　定例会

講演会及び今後の研究発表に向けた検討、自治体連携センター報告等

13　平成30年11月13日　　定例会

部員による報告「地方自治体における任期付職員の業務と役割」、自治体連携センター報告等

14　平成30年12月７日　自治体職員研修（予定）

特別区人事・厚生事務組合の職員研修（演習）に講師８名を派遣

15　平成30年12月11日　　定例会（予定）

その他　民法改正をテーマとする研究・執筆を継続したほか、部員有志らによる判例勉強会、上記に記載した以外の自治体職員研修講師の派遣など

（部長＝西尾政行、事務局長＝加藤卓也）

〔信託法研究部〕

当部では、通例に倣い、原則として毎月15日の定例会において民事信託分野の研究を行っています。本年度は、信託の実務において避けることができない、「信託と租税」をテーマに研究をいたしました。具体的には、下記のとおり、各回、テーマを決めて研究発表を行い、また、租税の専門家である税理士を招いて意見をお聞きしました。そして、その成果を法律実務研究に結実させました。

第１回　４月13日　「民事信託の基礎」（伊庭部員）
第２回　５月15日　「信託と租税（総論）」（伊東部員）
第３回　６月14日　「（各論）所得税・法人税」（福西部員）
第４回　７月18日　「（各論）贈与税・相続税」（川﨑部員）
第５回　９月14日　「信託税制の実務」
（外部講師、公認会計士・税理士　成田一正先生）
第６回　10月10日　「相続税法９条の２の関係」（山口部員）
第７回　11月15日　「まとめ」（清水部員）

上記のほか、７月10日の夏期合同研究に参加をしました。テーマは、平成28年度に当部で研究した「信託と遺留分」です。60名を超える方が聴講され、好評をいただきました。

また、当部の部員で、９月から、専門講座「民事信託の基礎と実務」を全６回に亘り開催しています。加えて、東京弁護士会の税務特別委員会に招かれて「民事信託（法務編）民事信託の仕組み」を講演してまいりました。

当研究部では、民事信託をいかにして実務に普及させていくかを意識し、具体的な信託の実践を目指した研究発表を行っていく予定です。

あわせて、今後も、民事信託の法務のみならず関連分野に精通した学者、実務家等の外部講師による講義等を企画して、民事信託に関する部員の研鑽の機会を設ける予定です。また、他の部会との合同研究あるいは外

部の信託実務家との合同企画なども検討していきたいと考えています。

部　　長　　清水　　晃
事務局長　　金森　健一

〔不法行為法研究部〕

福島第一原子力発電所の事故をめぐる損害賠償事案など、現代型の不法行為法についての研究を深め、いずれ俎上にあがる不法行為法の改正にも備えるため、不法行為法のあるべき姿を具体的実務をとおして検討・研究することを目的とする研究会である。

今年度は、原子力賠償案件のほか、個人情報流出事件、セクシャルハラスメント、不動産取引、医療事案など広くテーマを設定した。

第１回　平成30年４月12日
　テーマ　ベネッセ個人情報流出事件
　担当　　小松達成　会員

第２回　平成30年５月10日
　テーマ　セクシャルハラスメントと不法行為―イビデン判決を契機として
　担当　　稲村晃伸　会員

第３回　平成30年６月15日
　テーマ　不動産登記法23条所定の資格者代理人が成りすましを見抜けなかった場合における過失の認定基準と当てはめ
　担当　　篠塚　力　会員

第４回　平成30年８月23日
　テーマ　責任能力ある未成年者の監督者の責任
　担当　　小林哲也　会員

第５回　平成30年９月13日
　テーマ　治験のプロトコールと過失

担当　　高梨滋雄　会員

第６回　平成30年10月11日
テーマ　福島第一原子力発電事故と工場操業停止の逸失利益
担当　　小松達成　会員

第７回　平成30年11月７日
テーマ　医療過誤事案
担当　　稲村晃伸　会員

第８回　平成30年12月13日
テーマ　後遺障害の悪化と既判力
担当　　伊豆隆義　会員

第９回　平成31年１月10日
テーマ　「近時の共同不法行為論に関する覚書」の概要
担当　　延時潤一　会員

第10回　平成31年２月14日
テーマ　不法行為法の目的・機能と損害の関係
担当　　高梨滋雄　会員

第11回　平成31年３月14日
研究報告会打ち合わせ

研究報告会　平成31年３月28日
不法行為法の目的と機能

研究テーマ等については、原子力損害賠償から、広く現代型の不法行為事案について、研究活動行った。次年度も、さらに不法行為法の研究を進めていきたい。

連絡先　事務局長　伊豆隆義

〔食品安全関係法法律研究部〕

当部では、原則として毎月第３水曜日を定例部会とし、食品安全関係法に関する法律や制度の整理及び事例分析について、部内外の報告者から報告して頂き、研究部内で議論をして研究を深めた。また、行政訴訟センターの要請により、部外への発表も行なった。部会の内容は以下のとおりである。

定例部会（いずれも午後3時～午後5時）

2017年

第11回　12月20日

報告者　井元氏「葛の花イソフラボン事件」

「法律実務研究」掲載論考初稿について議論

2018年

第１回　1月17日

報告者　岩月弁護士「機能性表示食品について①」

第２回　2月21日

報告者　岩月弁護士「機能性表示食品について②」

工場見学　3月8日　三井製糖工場訪問・意見交換会

第３回　3月22日

報告者　中山弁護士　三井製糖工場見学報告

報告者　的場弁護士「ハラール認証食品」

第４回　4月18日

報告者　中山弁護士「刻み海苔事件」
報告者　大矢氏「遺伝子組換え表示検討会報告」

第５回　5月16日
報告者　岡本弁護士「JA 直営レストランによる牛肉ブランド偽装事件」
書籍企画について

第６回　6月20日
報告者　山口大輔弁護士「健康食品の表示」
報告者　八掛弁護士「嚥下困難者向け食品の基準①」

第７回　7月18日
報告者　塚田弁護士「食品リサイクル法」
報告者　八掛弁護士「嚥下困難者向け食品の基準②」

第８回　9月19日（工場見学）　築地フレッシュ丸都工場訪問・意見交換会

第９回　10月17日
報告者　株式会社ウェルネスニュースグループ　木村祐作様(外部講師)
「L-92乳酸菌等の広告について・葛の花事件等について」
報告者　山口大輔弁護士　築地フレッシュ丸都工場見学報告

第10回11月22日
報告者　岡本・八掛弁護士「立入検査対応」

外部発表　11月26日　日弁連行政訴訟センターにおいて発表(行政調査と食品)

第11回　12月19日（予定）

報告者　岡本・八掛・中山

（行政訴訟センターでの発表について報告）

報告者　岩月（生物・自然毒）

平成31年度では、事例研究、法規・制度の整理、書籍化及び食品工場見学などを進めていくほか、行政調査に関する論稿の執筆、食品関連団体での講演会なども企画していく予定である。

以上

〔LGBT 法務研究部〕

第１　部会

１　開催日

以下の日に定例会を実施した。

１月23日、２月20日、３月23日、４月17日、５月15日、６月19日
７月18日、９月18日、10月16日、11月19日

２　活動内容

ＬＧＢＴの問題に係る裁判例研究、「法律実務研究（紀要）第34号」論文執筆のほか、第２に記載する準備を含めた調査研究等の活動を実施した。

第２　定例外活動

１　アライマークの作成

法曹関係者を対象とするアライマークの利用を企画して、ガイドラインとアライマークを作成して、ピンバッジ、ステッカーにした。

２　中学校訪問研修

自治体連携プログラムを通じた八王子市立中学校からの申込みにより、７月11日、同中学校を訪問して、教職員向けの研修会を実施した。

３　東京レインボーパレード「渋谷区ブース」相談担当

５月５日、６日の東京レインボーパレードにおける渋谷区ブースにおいて、部員が相談担当者となり、パートナーシップ証明を中心とした法律相談を受けた。

４　会社との意見交換会

５月15日と6月26日に、それぞれ会社を訪問して、各社の取組みを中心に、意見交換等を実施した。

５　地方自治体との意見交換会

６月１日、地方自治体を訪問して、意見交換等を実施した。

6　公開講座の実施

11月27日、株式会社 JobRainbow 代表取締役星賢人氏を講師として招き、「ＬＧＢＴに関わる企業の取組み」というテーマで公開講座を実施した。

以上

文責　五島丈裕

〔子ども法部〕

1　目的と構成

当部は、平成27年に設立された法律研究部である。子どもの権利条約を中心に据え、少年法、児童福祉法、児童虐待防止法、教育基本法その他の教育法、いじめ防止対策推進法、子ども若者育成支援法、民法（家族法）、家事事件手続法、その他子どもに関するあらゆる法律の解釈適用、制度の運用、弁護士活動のあり方を研究対象とし、弁護士が子どもの人権・権利保障のために活動する上での能力向上を目的としている。

現在、20名以上の部員で構成されており、部員以外のオブザーバー参加もある。

平成30年度の役員は以下のとおり。

部長　　川村百合

事務局長　樋口裕子

2　活動状況

原則として毎月５日を定例会開催日とし、部員から子どもに関する事件や問題について報告を行ったり、各種専門家を講師として招いて講演してもらったりした上で、意見交換を行っている。

平成30年度は、以下の内容で定例会を開催した。

第１回　４月６日　テーマ　一般社団法人Ｃｏｌａｂｏの活動について
報告者　仁藤夢乃　氏
（一般社団法人Ｃｏｌａｂｏ代表理事）

第２回　５月７日　テーマ　婦人保護施設について
報告者　細金和子　氏
（婦人保護施設慈愛寮元施設長）

第３回　６月５日　テーマ　外国人少年の逆送事件

報告者　牧田史　部員

第４回　７月６日　テーマ　一時保護所の実態について
－一時保護所第三者委員の活動を踏まえて－

報告者　岡崎槙子　部員

第５回　９月５日　テーマ　友の会付添人との協働による付添人活動

報告者　小笠原理穂　部員

第６回　10月９日　テーマ　非行理解の基本視座
－アセスメント、そして、かかわり－

報告者　須藤明　氏（駒澤女子大学教授）

第７回　11月５日　テーマ　非行事実を争い、逆送を回避した少年事件

報告者　淺井健人　部員

第８回　12月５日　テーマ　少年院満期退院後社会復帰支援

報告者　下里大介　部員

第９回　１月11日　テーマ　元少年の裁判員裁判事件

報告者　川村百合　部長

第10回　２月８日　未定

第11回　３月５日　未定

（第９回以降は本活動報告執筆時点で予定）

以上

（文責）事務局長　樋口裕子

〔弁護士業務部〕

1　ここ数年、月１回の頻度で例会を開催しております。開催場所としましては、岡田康男部員、由井照彦部員の所属します、太陽コスモ法律事務所の会議室を利用させていただいております。本年度は、おおむね第３火曜日の18時30分から20時30分までで開催しております。各回の発表者を決めて、自由にテーマを設定していただきまして、発表をしていただいており、その発表終了後に自由討論で理解を深めていく、というスタイルで開催しております。毎回４～６名程度の参加者にとどまります。流会することもあります。発表のレジュメ等は、メーリス上で情報共有できるようにしております。

2　以下、本年度ここまでの例会の具体的開催日時、発表者、テーマになります。

（１）第１回例会

日時　　平成30年４月17日（火）18時30分～ 20時30分

発表者及びテーマ　　全員で、今後の進めかたについて

（２）第２回例会

日　時　　平成30年５月15日（火）18時30分～ 20時30分

発表者及びテーマ　　木下学、社外取締役

（３）第３回例会

日　時　　平成30年６月19日（火）18時30分～ 20時30分

発表者及びテーマ　　今井麻紗子、弁護士業務からみた終活

（４）第４回例会（途中、７月例会、９月例会が流会。）

日　時　　平成30年10月９日（火）18時30分～ 20時30分

発表者及びテーマ　　由井照彦、リーガルリサーチ会社の可能性

（５）第５回例会

日　時　　平成30年11月20日（火）18時30分～ 20時30分

発表者及びテーマ　　由井照彦、判例検索の手法と基礎（第一法

規高梨様をお招きして、プロジェクターを設置して、判例検索の実演をおこなったほか、その使い勝手などを討論。）

以　上

部長　木下　学

〔ＡＩ研究部〕

1　当部の目的と構成

当部は、本年度新設された研究部であり、社会に浸透するＡＩに関し、その技術や各産業分野における利用の特徴も踏まえて、データの取扱い、契約、法的責任等の法的課題を研究し、法規制の在り方も含めて知見を深めることを活動目的としている。

現在、40名以上の部員で構成されており、2018年度の役員は以下のとおりである。

部　　長　　後藤　　大
事務局長　　関原　秀行

2　活動状況

当部では、原則として毎月1回18時から定例会を開催し、部員又は部外から報告者を決めて報告をしていただき、部員で議論をしている。

2018年度は、以下の内容で定例会を開催した。

第１回　10月22日　テーマ　執行部、部費、今後の活動方針の決定
AIに関する倫理的課題に関するディスカッション
第２回　11月15日　テーマ「自動運転車の民事責任」
報告者　金子敬行　部員
第３回　12月13日　テーマ「ＡＩベンチャーにおける法務」
報告者　渡邊道生穂　部員
第４回　１月17日　テーマ「ＡＩ開発の実際」
報告者　外部講師
第５回　２月13日　テーマ　プロファイリング
報告者　関原秀行　部員
第６回　３月７日　テーマ　AIとセキュリティ
報告者　有本真由　部員

（文責）事務局長　　関原　秀行

〔マンション管理法律研究部〕

1　当部の活動概要

マンション管理法律研究部は、多くの国民が生活をするマンションの管理において発生する法律問題を深く研究するために、平成30年８月１日に設立された。現在、部員は約25名となっており、毎月１回、弁護士業務改革委員会マンション部会の例会日に繋げて、定例会を開催している。

活動内容は、全部員により決められたテーマに沿って担当部員が発表をし、部員相互で討議をするという形式を基本として、機会に応じて、外部専門家の講演を行うこととしている。

2　平成30年度の活動内容

（1）住宅宿泊事業のマンション管理に関わる法的問題

当部の設立前である平成30年４月から７月にかけて、昨今問題となっているいわゆる民泊に関して、マンション管理における法的問題を研究し、発表･討議を行った。当該発表については、「法律実務研究」にて発表されることとなった。

（2）債権法改正において生じるマンション管理に関わる法的問題

民法債権法の改正において生じるであろう様々なマンション管理に関わる法的問題を、改正債権法の項目に従って研究し、発表・討議することとなった。発表した内容については、マンション管理業界の業界紙である「マンション管理新聞」に掲載を打診中である。部内における具体的な発表スケジュールは、次のとおりである。

＊平成30年９月14日

発表者　今成文紀　部員

発表テーマ　消滅時効・法定利息

＊平成30年10月15日
発表者　大門誉幸　部員
発表テーマ　保証
＊平成30年11月12日
発表者　松本甚之助　部員
発表テーマ　約款
＊平成30年12月14日
発表者　奥島健二　部員
発表テーマ　債務不履行
＊平成31年１月18日
発表者　船島伸広　部員
発表テーマ　債務引受
＊平成31年２月20日
発表者　大塚康貴　部員
発表テーマ　詐害行為取消権
＊平成31年３月20日（予定）
発表者　小泉英之　部員
発表テーマ　売買の担保責任
＊平成31年４月15日（予定）
発表者　佐野直子　部員
発表テーマ　請負の担保責任

以上

文責　神田　元

法律実務研究　第34号

2019年3月31日発行

編集兼
発行者　東京弁護士会

〒100-0013　東京都千代田区霞が関1-1-3
電話 03（3581）2201㈹

印刷所　株式会社キリシマ印刷