

法律実務研究

東京弁護士会法律研究部

第35号 2020年3月

-
-
- 適切な治療を受ける利益の侵害とは
—最高裁判決の射程—
..... 医療過誤法部
 - 取締役会による新株および新株予約権の発行とその限界
..... 会社法部
 - 有限会社O商店の会社更生事件
～いわゆる「出たとこ勝負型」の事件～
..... 倒産法部
 - 配偶者居住権における区分所有登記の活用について
..... 不動産法部
 - 特許権侵害に対する損害賠償額の算定についての
近時の状況
..... 知的財産権法部
 - 一（イチ）から始めるデジタルプラットフォームビジネス
 - インラインリンクと著作権法上の論点
 - サイバー犯罪 ～不正指令電磁的記録に関する罪を中心に～
..... インターネット法律研究部
 - 選挙供託金制度の違憲性について
～東京地裁判決（2019年5月24日）の問題点～
..... 行政法研究部
 - 信託と事業承継
..... 信託法研究部
 - AIと契約の諸問題
..... AI研究部
-
-

東京弁護士会

▷発刊にあたって	篠塚 力	1
▷はしがき	輕部龍太郎	3
●適切な治療を受ける利益の侵害とは —最高裁判決の射程— 医療過誤法部／柿原 達哉…		5
●取締役会による新株および新株予約権の発行とその限界 会社法部／植松 勉…		29
●有限会社O商店の会社更生事件 ～いわゆる「出たところ勝負型」の事件～ 倒産法部／縣 俊介、和田 正、松尾幸太郎…		55
●配偶者居住権における区分所有登記の活用について 不動産法部／榎木 純一…		79
●特許権侵害に対する損害賠償額の算定についての近時の状況 知的財産権法部／小林 英了…		101
●一（イチ）から始めるデジタルプラットフォームビジネス ●インラインリンクと著作権法上の論点 ●サイバー犯罪 ～不正指令電磁的記録に関する罪を中心に～ インターネット法律研究部／玉川 竜大、齋藤 理央、 大塚 淳…		133
●選挙供託金制度の違憲性について ～東京地裁判決（2019年5月24日）の問題点～ 行政法研究部／片木 淳…		205
●信託と事業承継 信託法研究部／清水 晃…		245
●A I と契約の諸問題 A I 研究部／渡邊道生穂…		287

【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、A I 研究部、マンション管理法律研究部……………319

発刊にあたって

今日、複雑化し高度化した現代の社会はさらにグローバル化という特徴もあわせ有しています。科学技術、インターネット、地球的環境問題、企業活動など、地球全体にも及ぶ様々な活動や変化は、さらに加速して進展しているように見えます。たとえば、ネットを通じた情報流通は軽々と国境を超え、そこには従来からの国際問題を超えた地球規模の一体的な公共圏が成り立ちつつあります。こうしたグローバリゼーションの進展は、わが国の法制度に大きな影響を与えるものとなっています。地球規模の公共圏に生じる問題への法的な対応については、統一的で標準的な諸規準（criteria）が求められる一方、他方で、地域的な特殊性、個別性、独自性も尊重されなければなりません。こうした標準化と差異化、ないし、体系化と個別化という緊張関係の狭間にあって、法律実務家はつねに正確な法的知識を身につけながら実践経験を積み重ね、日々研鑽を続けて行く必要があります。

東京弁護士会では、1981（昭和56）年、こうした弁護士の自己研鑽と共同研究による専門的知見の向上を目指して法律研究部を発足させました。そして、本書「法律実務研究」は、1986（昭和61）年、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、以来、毎年発刊し、この度、2019（令和元）年度の研究成果をまとめた第35号を発刊する運びとなりました。今回は、22の研究部のうち、医療過誤法部、インターネット法律研究部、会社法部、行政法研究部、信託法研究部、知的財産権法部、倒産法部、不動産法部、AI研究部による9分野の研究成果を収録しました。これらの成果が、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。

最後になりましたが、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。

2020年3月

東京弁護士会会長 篠 塚 力

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35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、行政法研究部、信託法研究部、知的財産法部、倒産法部、不動産法部およびAI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。

2020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

適切な治療を受ける利益の侵害とは —最高裁判決の射程—

医療過誤法部

〔医療過誤法部〕

* 目 次	—————
一 はじめに ……………	6
二 平成12年判例について ……………	7
三 相当程度の可能性理論の 発展……………	11
四 裁判例……………	18
五 まとめと残された問題 ……………	25

一 はじめに

患者が適切な治療を受けられなかったと考える場合、患者又は患者の遺族（以下、「患者等」という）は不法行為又は債務不履行に基づく損害賠償を医師又は医療法人（以下、「医師等」という）に対し請求する必要がある。

その際、因果関係においては、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を将来した関係を是認しうる高度の蓋然性」の証明が必要となる（最判昭和 50 年 10 月 24 日）。

しかし、医療過誤により生じた結果（損害）が、もともと患者自身が有していた他の疾患や素因によって発生した結果である可能性もあり、医師の過失による結果であることの立証は容易ではない。

そのため、平成 12 年 9 月 22 日付最高裁判所第二小法廷判決（以下、「平成 12 年判例」という）より以前には、因果関係自体の証明度を緩和して因果関係の立証の困難性を救済する考え方や、注意義務違反と結果との因果関係が認められない場合に、期待権が侵害された又は治療の機会を喪失したなどとして、損害賠償請求を認める考え方により損害賠償を認める裁判例が存在した。

例えば、福岡地判昭和 52 年 3 月 29 日（判例時報 867 号 90 頁）は、「患者は十分な管理のもとに診察・診療をしてもらえるという期待（期待権）を裏切られたことにより予期せぬ結果が生じたのではないかという精神的打撃を受けることにつき慰謝料を請求することができる」と判示している。しかし、期待権ないし期待というような主観的利益は法的保護の適格性に欠けるとの批判があり、このような過失と損害との間の因果関係が認め

られない場合に、適切な治療を受ける利益の侵害を理由として損害賠償を請求できるか否かが法曹界・医療界を跨ぐ問題となっていた。

ここでは、過失との間に因果関係が認められない生命・身体という損害以外に、どのような法益侵害（損害）があるといえるのかが問題となる。生命・身体に生じた損害以外の、何を損害と構成することができるのだろうか。

二 平成12年判例について

そのような中、最高裁判所が一つの結論を出す。

平成12年判例である。

平成元年7月8日（以下、記載日時はいずれも同日を指す）午前4時30分、睡眠中だった亡Aは突然の背部痛で覚醒した。庭に出て安静にしていたところ、しばらくして軽快した。Aは、X1（妻）の勧めによりX2（息子）と自動車与被告病院へ向かった。被告病院は、車で6、7分程度の距離にあった。当初亡Aは自分で運転していたが、途中で背部痛が再発し、X2（息子）に運転を交代した。午前5時35分、被告病院にて医師の診察を受けた。主訴は、背部痛、心窩部痛であったが、触診で心窩部に圧痛が認められたものの、聴診では特に心雑音、不整脈等の異常は認められなかった。

この際、医師は、診察に当たり亡Aの血圧、脈拍、体温といったバイタルサインの測定を行わなかった。

医師は鎮痛目的でペンタジンを注射させ、亡Aに向かいの部屋に移動し点滴を受けるよう指示した。診察開始から部屋を移るまでの時間は約10分であったが、部屋を移動して5分後、亡Aは点滴中、突然「痛い、痛い」と言い顔をしかめながら体をよじらせ、ビクッと大きく痙攣した後、

すぐにいびきをかき、深い眠りにつuitaような状態となった。

診察室から医師が駆けつけ、呼びかけをしたがほどなくして呼吸停止によりいびき音が消失し、脈は極めて微弱となった。医師は対外心マッサージを始めると共に看護師に人工呼吸を指示し、午前6時には蘇生術を継続しながらAを集中治療室に搬入させ、気管内送管、心電図モニターを設置した。また、強心剤が心注されたが、心室細動は継続し、電気的除細動が試みられたが、効果はなく、午前6時30分、心停止、午前6時45分に死亡が確認された。なお、集中治療室におけるAの治療中には、腹部膨張の所見がみられた

原告の主張は以下の通りである。死因は不安定狭心症から移行した急性心筋梗塞に伴って発生した致死性不整脈であり、胸部に疼痛があった場合、血圧、脈拍、体温等の検査や呼吸状態の確認等のバイタルサインのチェックを行うべきであったのに、被告はこれを行わなかった。

鑑定では、亡Aの主たる症状が背部痛であったこと等は急性心筋梗塞の症状としては稀であり、急性心筋梗塞では梗塞の範囲が広範なため、発症直後より心不全状態になるのが普通であるため、本件のように車を運転したり、病院到着後歩いたりすることは不可能である。そのため、亡Aの死因として最も考えられるのは下行大動脈を中心とする乖離が進行して大動脈が破裂したことであり、腹部膨満は大動脈から腹腔内への大出血を説明できるとされた。

地方裁判所は、客観的見地から急性心筋梗塞か大動脈解離かを確定することはできず、急性心筋梗塞であることを前提とする原告の主張は採用できないとした。但し、なお書きにて、仮にXの主張する死因だとしても、医師は、問診によって亡Aから既往症等を聞き出すとともに、血圧、体温、脈拍等のバイタルサインのチェックや聴診、触診等を行うべきであり、狭

心症や心筋梗塞等が認められた場合には、心電図検査を行い、疾患の鑑別及び不整脈の監視を行うべきであった。但し、上記手順で心電図をとるまでには、狭心症又は心筋梗塞の疑いを生じてから通常 10 分程度の時間がかかり、さらに、心筋梗塞の確定診断がついてから、静脈注射による治療のため静脈留置針による欠陥確保、酸素吸入、リドカイン等の抗不整脈剤を投与するためには、若干の時間を要するところ、本件では診察開始から容態急変までの時間は、診察時間を 10 分、部屋の移動から容態急変までの時間を 5 分前後として、約 15 分しかなく、適切な初期診療が行われたとしても、適切な診療行為を開始することができたのは、A の容体急変の直前か急変の後であり、亡 A の急変を防止しうる可能性が有意に存在したということとはできないとした。

そして、医師が胸部疾患の可能性のある患者に対する初期治療としてなすべき基本的義務を履践していなかったことが認められるとしても、「原告らの主張する慰謝料には・・遺族としての心残りが含まれていると解することができる」が、かかる「心残りなるものを損害として慰謝料請求を肯定することは・・妥当でない」として、原告の請求を棄却した。

他方、高等裁判所は一転して、慰謝料 200 万円、弁護士費用 20 万円の請求を認容した。その理由は、亡 A の死因は不安定型狭心症から切迫性急性心筋梗塞に至り心不全を来したものと認めるのが相当であり、亡 A の救命可能性として、鑑定人は、救命は困難であったとするが、初診時に心電図を記録し、心筋梗塞と診断を確定して直ちに ICU にて適切な救急治療が行われていれば、確率は 20% 以下であるが救命できた可能性は残るとしている。確かに、発症が急激だったこと、狭心症の診断から心電図等の措置をとるまでには 10 分程度の時間を要すること、早朝の時間帯における高水準の治療が現実的には困難であることから、適切な治療を

すれば A を救命することが可能であったとは認められない。しかし、医師としては、不法行為上も最善を尽くすべき義務があり、これを怠った場合には、これにより患者が適切な医療を受ける機会を不当に奪われたことによって受けた精神的苦痛を慰謝すべき責任があるとし、請求を一部認容したのである。

これに対し、最高裁判所は、「医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である」と判示した。

その理由は、「生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえることができるからである」とする。調査官解説では、本判決は、従来「期待権」等と言われていた被害法益の内容を「医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性」として具体化したものとされ、ここで侵害されているのは、債務の履行期待ではなく「患者がその死亡の時点においてなお生存していた可能性」とであるとされた。

平成 12 年判決が提示した「医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性」の有無に関連し、①患者が死亡せず重大な傷害を負った場合にも同可能性は法益となり得るか、②債務不履行責任にも適用があるか、③慰謝料以外の逸失利益等の財産的損害を一部認める余地があるかが指摘されていた。

三 相当程度の可能性理論の発展

平成 12 年判決の後、相当程度の可能性理論は発展を見せる。

平成 16 年 1 月 22 日付東京地方裁判所判決は、未決勾留中の被告人が脳梗塞を発症して重大な後遺障害が生じたことについて、血栓溶解療法が行われていればそれ程の後遺障害が生じなかった可能性があり、その可能性を奪ったとして、国の転医義務違反が認めた。

平成 13 年 4 月 1 日午前 7 時 30 分頃（以下、記載日時はいずれも同年を指す）、起床時の点検のため、拘置所内の各房を巡回中、原告 A が、布団の上で上半身を起こした状態でいた。数分後、再度原告 A の独房を見たところ、同人が同様の状態であったため、不審に思い声をかけた。原告 A は、何の反応もせず、ただ「うっ」、「あっ」と言葉にならない返答をするだけでろれつが回らず、点呼は不可能であった。同 40 分ころ、直ちに医務部に連絡し、原告 A の状況を報告した。同日午前 7 時 50 分ころ、同人をストレッチャーで医務部へ搬送し、午前 8 時 0 分ころ、同医務部に運び込まれ、東京拘置所医務部外科医師であり、同日午前 8 時 30 分までの当直医であった J による診察を受け、脳内出血又は脳梗塞の疑いありとされ、同日午前 8 時 30 分ころ、太い静脈から血管を確保し、輸液を可能にするため、鎖骨付近に針を刺して、経静脈栄養法が施行された。同月午前 8 時 20 分ころ、F 医師が当直勤務のため、東京拘置所に登庁し、F 医師が、ICU に赴いたところ、J 医師、I 及び H 准看護師が、点滴、尿道確保、酸素吸入といった救命措置を行っており、F 医師は、J 医師から、「本朝、起床時の様子がおかしいとの連絡を受け、午前 8 時過ぎに ICU に運び込まれた。脳内出血又は脳梗塞が疑われる。血管確保をした。緊急措置は行ったが、CT 撮影で原因の確認をする必要がある。」と

の引継を受けた。午前8時30分過ぎころ、改めて原告Aを診察したところ、原告Aは、「問いかけに答えず。痛み刺激で手足を動かす。右半身麻痺。発語不能。瞳孔は正円。両眼の対光反射は迅速。」という状態であり、F医師は、その後、原告Aの症状から、原告Aは、脳内出血又は脳梗塞のいずれかであろうと考え、診断のため、頭部CTを撮影することとした。

午前9時3分、F医師は、H准看護師とともに、ストレッチャーで原告Aを撮影室に搬送し、自ら、原告の頭部のCTを撮影した（第1回CT）。原告Aが動いたため、アーチファクトが写るなど画質が悪かったが、低吸収域が写っていた。

F医師は、第1回CTの画像に、高吸収域がなかったことから、原告Aは、脳内出血ではなく、脳梗塞であると判断し、脳浮腫対策のため、H准看護師に対し、原告Aにグリセオールの投与を開始するように指示をした。その後、K技師が登庁し、同技師により、原告Aについて頭部CT撮影が行われた（第2回CT）。F医師は、第2回CTの画像所見で、低吸収域が認められたことから、脳梗塞の可能性が高いという当初の判断を確認し、4月1日午前11時45分、「発語なし、瞳孔左右不同なし、対光反射あり。」、午後11時30分ころ、東京拘置所医務部職員が事務室内のモニターの電源を切り、同時点以後翌2日朝まで、准看護師や医師による巡回はなくなった。

4月2日午前7時50分ころの診察では、「こちらの言うことは分かるらしい。目を閉じてというと、目を閉じる。右半身麻痺、言語障害がある。」というような状態であり、同日午前9時27分ころ、3回目のCT撮影し、同日午前10時頃、第3回CTの写真を見て、左の脳質が圧迫されており、そのまま東京拘置所で保存的治療を継続することは不適當であると判断された。

同日午後0時ころ、警察病院に対し、原告Aの搬送先として受入の可否を照会したが、窓口になっている医師が手術中であり、午後2時ころに回答するとのことであったため、同日午後2時ころまで回答を待ったが、結局同病院は満床で受け入れることができないとの回答を受けた。E医師は、警察病院に受入れを断られたことから、同日午後2時過ぎころ、次の搬送先として、目白第3病院に連絡したが、受け入れることができないとの回答。その後、E医師は、更にC大学附属病院高度救命救急センターに連絡をしたところ、受入が可能との回答であったので、C大学附属病院へ転医させること決定した。

同日午後3時9分ころ、救急車が到着原告Aは、同20分ころ、救急車で、東京拘置所を出発し、同41分に、C大学附属病院に到着し、同日午後4時30分に行われた頭部CT検査上、左中大脳動脈領域に広範な脳浮腫が出現し、4月1日、翌2日午前中よりも憎悪傾向にあり、同日午後9時30分ころから麻酔が開始され、同10時15分から11時35分までの間、前側頭部の減圧開頭術が施行され、翌3日午前0時23分手術は終了した。

但し、後遺症として、①感覚性失語及びほぼ完全な運動性失語、②右同名性半盲、③失読・失書（平仮名、片仮名、漢字、数字の全て）、④高次の会話はもとより抽象的な会話内容、抽象的用語を用いた疎通はできない等が残った。

虚血性脳卒中は脳を灌流する動脈の閉塞により、その支配領域が虚血に曝されることにはじまる。しかし、虚血に陥ったすべての脳組織が直ちに不可逆的な死（脳梗塞）にいたるわけではない。虚血の中心部は、局所脳血流量が100グラム当たり毎分10ミリリットル以下となるような高度の虚血に曝されるため急速に死にいたるが、その周辺部にあり、100グラ

ム当たり毎分約 15 ミリリットルから 40 ミリリットル程度の脳血流量が保たれている組織は、より長時間の虚血に耐えることができる。脳梗塞超急性期とは、一般には血管の閉塞による血流の途絶によって虚血状態に陥った脳細胞を、不可逆的な細胞死（壊死）に至る前に、血栓溶解療法で救命しうる時期を指す。脳梗塞については、超急性期において、血栓溶解薬を用いた血栓溶解療法が、一定の治療効果を認められている。米国・カナダ、ドイツでは、発症後 3 時間以内の脳梗塞患者に対する t-PA の静脈内投与が認可されているが、日本においては、脳梗塞の治療に使用することは認められていない。日本において脳梗塞に対して承認されている血栓溶解薬とその投与法は、発症 5 日以内の脳血栓症に対する低用量ウロキナーゼ（6 万単位／日）の静脈内反復投与法（7 日間）のみであるが、ウロキナーゼ静脈内反復投与法では、十分な閉塞脳血管の再開通を得ることはできない。そのため、日本では、現実には、高用量ウロキナーゼあるいは t-PA の局所動脈内投与や静脈内投与による血栓溶解療法が、いくつかの脳卒中専門施設で行われている。

第一審判決は、J 医師、F 医師等の東京拘置所の職員らが、原告 A が「うっ」、「あっ」と言葉にならない状態で発見されてから、速やかに転医の手续をとっていれば、原告 A には血栓溶解療法の適応があった可能性があるとし、同職員らが原告 A を速やかに専門病院に転医させるべき義務（条理上の転医義務）に反したために、原告 A は血栓溶解療法を受ける機会を完全に失ったものというべきであるから、これによって原告 A に発生した精神的損害については、被告は、国家賠償法 1 条 1 項により、これを賠償すべき責任があるとした。慰謝料算定では、原告 A の症状は、4 月 1 日午前 8 時 30 分過ぎころには、すでに、「問いかけに答えず。痛み刺激で手足を動かす。右半身麻痺。発語不能。瞳孔は正円。両眼の対光

反射は迅速。」という状態であったので、血栓溶解療法が行われた場合、本件後遺障害がどの程度軽減されたかは明らかではなく、血栓溶解療法には危険も伴うこと、東京拘置所が速やかに転医手続をとったとしても、転医先を探す時間や搬送に要する時間など、転医には一定の時間がかかることは避けられないので、転医先の医療施設において血栓溶解療法を採用できたとは断定できないこと、などの点も考慮し、慰謝料額は、100万円と認めるのが相当とした。

平成 17 年 1 月 18 日付東京高等裁判所判決では、脳梗塞の発症時期等からすれば、転医によって血栓溶解療法を施すことが可能であったとは認め難いとして、請求を一部認容した原判決を取り消し、請求を棄却した。

平成 17 年 12 月 8 日最高裁判所第 1 小法廷判決(以下、「平成 17 年判決」という)は、拘置所に勾留中の者が脳こうそくを発症し重大な後遺症が残った場合について、第 1 回の C T 撮影が行われて脳こうそくと判断された時点では血栓溶解療法の適応がなかったこと、それより前の時点では適応があった可能性があるが、その適応があった間に、同人を外部の医療機関に転送して、血栓溶解療法を開始することが可能であったとは認め難いこと、拘置所において、同人の症状に対応した治療が行われており、そのほかに、同人を速やかに外部の医療機関に転送したとしても、その後遺症の程度が軽減されたというべき事情は認められないことなど判示の事情の下においては、同人が、速やかに外部の医療機関へ転送され、転送先の医療機関において医療行為を受けていたならば、重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたとはいえず、拘置所の職員である医師の転送義務違反を理由とする国家賠償責任は認められないとした。第 1 回 C T 撮影が行われた 4 月 1 日午前 9 時 3 分の時点では、上告人には、血栓溶解療法の適応がなく、それより前の時点においては、

上告人には、血栓溶解療法の適応があった可能性があるが、血栓溶解療法の適応があった間に、上告人を外部の医療機関に転送して、転送先の医療機関において血栓溶解療法を開始することが可能であったとは認め難いこと、東京拘置所においては、上告人の症状に対応した治療が行われており、そのほかに、上告人を速やかに外部の医療機関に転送したとしても、上告人の後遺症の程度が軽減されたというべき事情は認められないのであるから、上告人について、速やかに外部の医療機関への転送が行われ、転送先の医療機関において医療行為を受けていたならば、上告人に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということとはできない等の点が理由とされ、本件においては、上告人に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性の存在が証明されたということができない以上、東京拘置所の職員である医師が上告人を外部の医療機関に転送すべき義務を怠ったことを理由とする国家賠償請求は、理由がないとされた。

反対意見（裁判官横尾和子、同泉徳治）がある。A医師及びB医師は、4月1日午前8時30分ころの時点において、上告人が急性期の脳卒中患者であることは認識していたか、少なくとも認識し得たものというべきである。また、当時の医務部が急性期の脳卒中患者に対して医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を行える態勢にないことも、当然に認識していたというべきである。そうすると、東京拘置所のA医師及びB医師は、急性期の脳卒中患者である上告人について、脳血管障害の専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を行うことのできる医療機関へ直ちに移送し、適切な医療行為を受けさせる義務があったものというべきであり、同医師らには、これを怠った過失があるといわざるを得ない。そして、「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性

を侵害されたこと」と「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害されたこと」とは、別個の利益侵害であり、「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」が、不法行為法上の保護利益となり得るかどうかが問題であり、保護利益となり得るとすれば、医師側の不法行為責任が肯定されるのである。本件で重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性がないことを前提に、それとは別の利益侵害(転送義務違反)を肯定するべきであり、患者が適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益は最高裁判例が不法行為法において法的保護に値する利益であると既に認めているものと比較しても、保護すべき程度において、勝るとも劣らないものであるとし、不法行為法上の保護利益に該当するというべきであり、急性期の脳卒中患者として専門医による医療水準にかなった適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害された上告人は、上記の不法行為法上の保護利益を侵害されたものであり、被上告人は、国家賠償法に基づき、上告人の上記保護利益侵害による精神的損害を賠償すべきであるとした。

これに対し、補足意見(裁判官才口千晴)は、反対意見は、実定法に定めない「期待権」という抽象的な権利の侵害につき、不法行為による損害賠償を認めるものであるから、医師が患者の期待権を侵害すれば過失があるとされて直ちに損害賠償責任が認められ、賠償が認められる範囲があまりに拡大されることになる。また、医師について「患者が適時に適切な医療機関へ転送され、同医療機関において適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益を侵害されたこと」を理由として損害賠償を認めることは、医療全般のみならず、専門的かつ独占的な職種である教師、

捜査官、弁護士などについても、適切な教育、捜査、弁護を受ける利益の侵害などを理由として損害賠償責任を認めることにつながり、責任が認められる範囲が限りなく広がるおそれがあるとした。

反対意見は、最高裁平成12年2月29日第三小法廷判決、同13年11月27日同小法廷判決、同14年9月24日同小法廷判決等を引用し、「患者が適時に適切な検査、治療等の医療行為を受ける利益」は、上記各判例で不法行為法において法的保護に値する利益であると既に認めているものと比較しても、保護すべき程度において、勝るとも劣らないものであり、不法行為法上の保護利益に該当するというが、しかし、上記各判例が保護利益として認めているのは、輸血を伴う手術を受けるか否かについての意思決定権、乳がんの治療方法の選択について熟慮判断の機会を与えられる利益、あるいはがんの患者が家族への病状の適時の告知によって受ける利益等の別個の保護利益であって本件で問題になっている適切な治療等の医療行為を受ける保護利益とは本質的に異なるものであるとした。

四 裁判例

以上の最高裁判例を受けて、数々の相当程度の可能性に関する裁判例が出されているが、ここでは、以下の2つを紹介する。

1 適切な医療行為を受ける期待権の侵害のみを理由とする整形外科医の不法行為責任の有無を検討する余地がないとされた事例として以下のものがある。

昭和63年10月、Xは左脛骨高原骨折し、11月、Y1が開設するA病院に入院し、Y2の執刀により骨接合術及び骨移植術を受けた。平成9年10月、XはY2に対し左足の腫れが続いていると訴え、レントゲン撮

影を行うも、特段の処置は行われなかった。また、この時点で治療を施しても効果は期待できない状態であった。その後3年の間に2回、Y2に対して腫れを訴えたが、皮膚科の受診を勧められた。その後、大学病院にて、左下肢深部静脈血栓症乃至左下肢静脈血栓後遺症を診断される。

原々審（平成19年2月22日付山口地裁判決）は、平成9年10月の時点でY2には専門医に紹介するなどの義務があったとして過失を認めたが、後遺症との間の因果関係を否定した。また、後遺症が残らなかった相当程度の可能性も否定し、期待権侵害の主張も排斥した。

他方、原審（平成20年10月10日付広島高裁判決）は、期待権侵害の主張を認め、慰謝料300万円の限度で認容した。

最高裁判所は、Xはボルトの抜釘後は手術後約9年間症状を訴えることはなかったこと、平成9年10月時点で、Y2はレントゲン撮影を行うなどしたこと、この頃、下肢の手術に伴う深部静脈血栓症の発症頻度が高いことが整形外科医において一般に認識されていたわけではなかったことから、期待権侵害のみを理由とする不法行為責任の有無を検討する余地はないとした。

2 小児科医が生後3ヶ月を過ぎた乳児の細菌感染症（ウォーターハウス・フリードリヒセン症候群）を見逃して抗生物質を投与しなかった点に過失を認めたが、仮に投与していたとしてもごく短期間の延命効果しか期待できなかったとして、過失と死亡との間の相当因果関係を否定し、延命可能性を侵害したことによる慰謝料だけを認めた事例（東京地裁平成15年6月3日判決）。

平成11年3月16日、亡B出生、6月17日午前0時、下痢や嘔吐などの症状で夜間救急外来受診、6月25日、発熱、6月27日、亡Bを診察した病院の医師は、原告らに対して、亡Bが肺炎を起こす可能性が高い

ので入院させるよう勧めた。原告Dが付添入院を希望したため、付添入院が可能である日赤医療センターを紹介した。病院における亡Bの所見等は、体温 39 度、心雑音なし、喘鳴なし、湿性ラ音軽度、咽頭やや発赤、全身状態やや不良、顔面蒼白ではない、大泉門平坦、腹部問題なしであった。

午後4時の血液検査の結果では、白血球数 9900（単位は、個／マイクロリットル。以下、同じ。）、ヘモグロビン 11.2（単位は、グラム／デシリットル。以下、同じ。）血小板数 46 万（単位は、個／マイクロリットル。以下、同じ。）、CRP（C-creative protein、C反応タンパク。炎症等による組織障害によって血中に増加する急性期反応物質の量を示すもの。）3.18（特段の記載がない限り定量法による数字で、その単位はマイクログラム／デシリットル。以下、同じ。）であり、そのころ撮影された胸部レントゲン写真では、気管支に陰影が認められた。

原告らは、都立広尾病院で、すぐに亡Bを日赤医療センターに連れて行くよう指示され、亡Bは同センターで診察を受けたが、午後5時20分 A 医師は亡Bを診察した。咽頭部が軽度発赤しているが、呼吸音は清明で、大泉門も平坦であり、機嫌もそれほど悪くないと判断した。CRPの3.18は軽度陽性であると判断し、白血球数が増加していないことや、レントゲン写真に明らかな肺炎の所見がなかったことや、当時は亡Bの両親である原告Dと原告Cも風邪をひいていたことなどから、亡Bはウィルスによる急性上気道炎以外の所見がないと診断した。被告A医師は、亡Bを経過観察のため入院させることとし、原告らに対して、亡Bの病床を準備するので1時間後くらいに再度来るよう指示した。午後6時30分 亡Bの手足に発疹 被告A医師に再度診察依頼した。午後7時、被告A医師は再度亡B診察し、午後7時時点の所見では、意識・機嫌について問題となる

所見なし、食欲は乏しい、呼吸については不整・呼吸困難なし、体幹・四肢に紅斑あり、頸部及びそけい部のリンパ節は触知せず。球結膜充血なし、口唇発赤なし、口腔粘膜・咽頭・扁桃はやや発赤、呼吸音清明、心雑音なし。腹部について問題となる所見なし。同時点の体温が午後4時ころの39度から40.7度まで上昇した。

A医師は、亡Bのこれらの症状・所見もやはりウィルス感染の症状・所見であると診断し、血液検査結果及び臨床所見は細菌感染症を示唆するものではないと判断した。細菌感染症のうち、患児への負担が少ない尿検査についてはすぐに実施することとしたが、肝機能・腎機能・電解質や白血球数、CRP値などを把握するための血液検査や血液培養については、これに必要な採血が生後3か月の乳児にとっては大変な負担になるところ、亡Bは3時間前に採血されていたので、翌朝行うこととした。翌6月28日午前2時30分 看護婦が、原告Dから亡Bの全身に発疹が広がっていることを指摘され、被告A医師に報告したところ、同医師は、看護婦に対して今後も増強の有無、程度を観察するよう指示したが、診察はしなかった。同日午前4時40分、亡Bは呼吸停止にイたり、看護婦は、亡Bの心音を聴診したが、聴取することができず、亡Bの顔色、口唇色はみるみるチアノーゼとなった。亡Bは、処置室に搬入され、心マッサージ等の処置を受けたが、同日午前7時2分、髄膜炎菌による敗血症によって多臓器不全、特に両側副腎出血を来たして死亡した。なお、同日午前5時に採血された血液の検査結果は、白血球数1400、ヘモグロビン7.2、血小板数2.1万、CRP 7.7であった。

6月28日、日赤医療センターにおいて病理解剖が行われ、肉眼的にウォーターハウス・フリードリヒセン症候群の典型的症状である大量の両側副腎出血が認められ、中毒性ショックが実際に起こったとされた。

被告A医師は、亡Bの午後7時までの臨床症状及び検査所見からみて細菌感染症を疑い、直ちに抗生物質を投与すべきであったかが、争点である。裁判所は、一般的に小児において、発熱の原因疾患としてもっとも多いのはウイルス感染症（いわゆるかぜ）であり、なかでも急性上気道炎の頻度が高いが、重症細菌感染症など重篤な疾患が少数ながら混在する。そして、乳児期早期は、免疫力が未熟なため、症状の変化が急激であり、感染を限局化することが難しいため、全身に広がりやすかつ局所症状に乏しく、また、それ以上の年齢の児に比して細菌感染症の割合が高い。そこで、小児の発熱に際しての診断では、頻度の高い急性上気道炎を念頭に置きつつ、非細菌感染症か細菌感染症であるかの鑑別をできるだけ早期にしかも確実に行之、細菌感染症を見逃さないことが、一般臨床上重要であるといわれている。遅くとも平成11年頃までには、乳児の場合で、発熱があり、しかも、CRPの検査結果が一定の数値（おおむね3.0）以上であれば、細菌感染症が疑われるし、疑うべきであるとの知見が数多く報告され、公刊されていた。多くの小児科医においても、このような知見に基づいて細菌感染症か否かの診断をすることが広く普及していた。重症細菌感染症の基準を満たさないものであれば安易に抗生物質を投与するべきではないが、乳児が高熱を発していてCRPが3.0以上であれば、重症細菌感染症が疑われるので、早期に抗生物質を投与する必要がある。本件では、平成11年6月27日午後7時の時点でCRP 3.18、体温は、午後4時の段階で39度であったものが、午後7時の時点では40.7度になり、3時間の間に体温が1.7度も上昇していた。哺乳力の低下や、発疹の出現などの各臨床症状も認められていた。客観的にこれらの症状や検査結果を総合して判断すれば、亡Bについては、上記の午後7時の段階で細菌感染症の発症を疑わせるに足りる十分な所見があった。

そして、被告A医師は、日本でも有名な病院の1つである日赤医療センターの小児科の専門医であったのであるから、他に特段の事情がない限り、午後7時の時点で明らかとなっていたこれらの症状や検査結果によって、亡Bが細菌感染症を発症しているものと判断することができたとし、生後3か月と11日の乳児であった亡Bは、本件当時、免疫機能が極めて弱く細菌感染症に罹患しやすい時期にあり、罹患すれば重篤化しやすい状態にあり、細菌感染症が疑われる場合には、これに対して有効な抗生物質を直ちに投与するなどして適切な治療をする必要があったのであるから、本件の亡Bは、前記認定のとおり、客観的には細菌感染症が疑われてしるべきとした。担当の被告A医師は、速やかに抗生物質を投与すべきであったといわざるをえず、亡Bに対して抗生物質の投与を怠った被告A医師には過失がある。

本件において、被告A医師の上記過失と亡Bの死亡との間に相当因果関係が認められるというためには、被告A医師が午後7時の時点で亡Bに抗生物質を投与していれば亡Bの死亡を回避することができたことについて、高度の蓋然性を持って認定できることが必要である。午後7時の時点で亡Bに対して通常の使用量の抗生物質が投与されていたとして、亡Bの死亡を回避することができたか否かは、午後7時の時点における亡Bの病態は、亡Bの病理解剖直前に採取された髄液、病理解剖時の血液及び肺組織からは、髄膜炎菌が検出されており、亡Bは菌血症であった。亡Bは、午後7時の時点で、発熱（40.7度）、哺乳力低下、発疹、CRP値の上昇などの症状・所見が認められていたので、上記の敗血症の臨床症状・検査所見に照らして考えると、同時点で敗血症に陥っていたものの、敗血症性ショックの徴候までは現れておらず、未だ敗血症性ショックの段階には至っていなかった。午前2時30分頃、敗血症性ショックの後期の徴候と

される四肢に冷感。午前4時30分頃、心音を聴取できずチアノーゼが著明となった。そのため、亡Bは、午前2時30分ころには敗血症性ショックに陥っていたものと考えられる。午後7時時点の亡Bは、髄膜炎菌（グラム陰性菌）の感染により高熱を発していたものと認められ、重症急性感染症の段階にあったものと考えられる。午後7時頃、ウォーターハウス・フリードリヒセン症候群の発生機序では重症急性感染症の段階、敗血症の機序では敗血症性ショックに至らない段階、敗血症が重症敗血症、敗血症性ショックを経て、多臓器機能障害症候群へと重篤化する連続性の中で、特に重症敗血症は敗血症性ショックの発端として予後の分岐点に位置づけられ、敗血症性ショックの予防が治療の第1目標である。すなわち、敗血症性ショック患者の死亡率は25%ないし90%であるとの報告例や、半数から3分の2であるとの報告例もあり、治療にかかわらず不可逆的になる傾向が強い。また、敗血症の死亡率は、報告により異なるが10%ないし20%から50%程度で、本件では、亡Bが敗血症性ショックの状態に至っていないとしても、WFSを発症していたと考えられる以上、死亡する確率は相当程度高いものであったものと認めざるを得ない。

被告A医師は、午後7時の時点で亡Bが細菌感染症を発症していたと診断することは可能であったと認められるが、WFSを発症していたとまでは診断できないと認められる以上、同時点で被告A医師が細菌感染症であると診断しえたとしても、投与すべき義務のある抗生物質の量は通常の細菌感染症の場合と同一であると認めるのが相当であり、そして、本件で提出された鑑定意見書をみても、広範囲の細菌に効く抗生物質を使用限度いっぱい的大量量を使用し、急速に効果をうるため、静脈からの点滴注射をすれば救命できた可能性は高いとあり、被告らの提出した意見書では、抗生物質を大量投与（通常使用料の約2倍程度）をすれば救命

できたかもしれないとされている。本件において、午後7時の時点で通常の使用量の抗生物質を亡Bに投与したとしても、亡Bの死亡が回避できたことについて高度の蓋然性があったとは認められない。過失と亡Bの死亡との間には相当因果関係があるとは認められない。

相当程度の可能性については、亡Bに対して6月27日午後7時の時点で適切な医療水準に従った医療がなされていたならば、すなわち、亡Bに対して通常の使用量の抗生物質が投与されていたならば、その効果によって、亡Bは、少なくとも6月28日午前7時2分に死亡することはなく、わずかではあっても延命効果が期待できたものと推認するのが相当であり、被告A医師によって適切な治療がなされていれば、亡Bに延命の可能性が認められるものの、これまでに判示したところによれば、ウォーターハウス・フリードリヒセン症候群による死亡の危険性は極めて高く、抗生物質の投与による延命の効果がごく短期間に終わる可能性が高い。被告A医師は、経過観察のための入院と主張していながら、6月28日午前2時30分頃看護婦から全身に発疹が出たことを報告されたにもかかわらず診察しておらず、十分経過観察をしていたとは認められないとし、被告A医師の不法行為による亡Bの慰謝料額は、200万円が相当（弁護士費用40万円）であるとされた。

五 まとめと残された問題

以上の通り、医師の過失と患者の生命・身体に生じた損害に因果関係が認められない場合に、「医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性」があるか否かを検討するという平成12年判決の理論構成は、実務に定着したものだと言えよう。

平成 12 年判決の調査官解説にて残された問題として指摘されていた以下の点は、既に裁判所による結論が示されている。

死亡以外の重篤な後遺症が残った事例について相当程度の可能性の問題が生じるかについては、上記平成 17 年判決により重篤な後遺症が残った事例についても重篤な後遺障害が残らなかった相当程度の可能性があるかという形で議論されており、死亡以外の事例でも損害賠償の対象となると解決済みである。

相当程度の可能性の問題が、不法行為に基づく損害賠償以外の、債務不履行に基づく損害賠償にも適用があるかについては、最高裁判所判決平成 15 年 11 月 11 日（民集 57 卷 10 号 1466 号）にて、適用があるとされており、解決済みである。

他方、残された問題として、以下の二点があると思料される。

まず、理論的な問題として、「医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性」という場合の、その損害は何かという問題がある。平成 12 年判決では、これは、生命身体とは異なる損害であるとされているが、精神的損害なのか、生命身体に対する損害なのか明らかではない。

仮に精神的損害なのであれば、医師の過失と患者の生命身体への損害に因果関係が認められる場合にも、その時点においてなお生存していた相当程度の可能性が侵害された事には変わりはないはずであるから、生命身体に対する損害賠償が認められる同時に、患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性に対する損害賠償も認められるはずである。しかし、このような帰結を取る裁判例は当職の知る限り存在しない。

相当程度の可能性に対する損害賠償は、生命身体損害が認められない

場合にのみ認められるという補完的な立場に置かれているが、このような補完的な立場に置かれなければならない理論的な理由は明らかではない。

もう一つの問題は、より実務的な問題であるが、慰謝料額の算定方法が定かでないという点である。200万円乃至700万円とする裁判例が多いが、1000万円を認める裁判例や（大阪高判平成13年7月26日）、2000万円を認める裁判例もあり（東京高裁平成19年3月28日）、算定の考慮対象や算定根拠については明らかでない部分が多い。この点は、やはり損害の考え方にも関連する。例えば、算定方法として、患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性を超えて、適切な治療を受けていれば延命できた期間の長さを考慮し算出するのであれば、そこで検討している損害は事実上、生命身体損害と同義と言えるのではないか。

医師の過失と生命身体損害に因果関係が認められない場合に、患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の有無を検討し、損害賠償を認めるという理論構成により、裁判では結論の妥当性を図る事が可能となり、適切な治療を受ける事ができなかった患者が医師等の責任を追求する一つの武器ができた事に間違いはない。ただ、その武器が損害賠償の根拠となる理論的な説明には、今なお不十分な点があることは否定できない。

（柿原達哉）

取締役会による新株および新株予約権の 発行とその限界

弁護士 植松 勉

* 目 次	
I はじめに	30
II 判例・裁判例の整理・分析	31
1 新株予約権発行に係る判例・裁判例	32
2 新株発行に係る裁判例	41
III 検討	51
IV 結びに代えて	53

I はじめに

新株の発行や自己株式の処分（以下では、単に「新株発行」という。）および新株予約権の発行（以下、新株発行と新株予約権の発行とをあわせて「新株等の発行」という。）は、資金調達などの機能を有することから、その迅速な発行が可能となるよう、公開会社においては取締役会が授權枠の範囲内で発行権限を有している¹。他方、新株等の発行は、既存株主の議決権比率に変動を与え、ひいては株式会社の支配権に影響を与えることもある。このため会社法は、一定の瑕疵の認められる新株等の発行に対しては、差止請求（会社法 210 条・247 条）、無効・不存在確認請求（会社法 828 条 1 項 2 号～4 号・829 条）、損害賠償請求（会社法 423 条 1 項）などによって既存株主の利益の保護を図ろうとしている。このうち、これまでの実務で機能してきた差止請求や損害賠償請求においては、取締役会における新株等の発行権限の限界を巡った争いは、主として当該新株等の発行が不公正発行に該当するかという争点となって顕在化する。我が国の実務においては、今日においても、不公正発行が争われるといわゆる主要目的ルールによって判断するという枠組みが維持されているが、新株予約権発行の事例では、主要目的ルールは一定の修正を余儀なくされている。また、新株発行の事例においても、これまでの主要目的ルール、すなわち、新株発行の主要な目的が資金調達にあるか支配権維持・確保にあるかを問題として、前者であれば当該新株発行は許され、後者であれば不公正発行に当たるとする判断枠組みによって、すべて

1 ただし、新株等の発行が有利発行に当たる場合または支配権の異動を伴うものである場合には、一定の規律に服することとなる（会社法 201 条 1 項・199 条 3 項・240 条 1 項・238 条 3 項・206 条の 2・244 条の 2）。

の事例を適切に解決できるかは疑問である。はたして、新株発行の主要な目的が資金調達であれば、そうした新株発行はおおよそすべて取締役会の発行権限内のものとして許されることとなるのであろうか。主要目的ルールとは違った基準から、取締役会における新株等の発行権限の限界を見極めることはできないであろうか。

本稿では、主として4つの判例・裁判例を引用して、これらを整理・分析したうえで、こうした疑問に対する私見を述べることとしてみたい。

Ⅱ 判例・裁判例の整理・分析

新株発行の事例における主要目的ルールでは、支配権維持・確保目的が不当なものであることを当然の前提として、これが主要であるか否かを判断してきた。しかし、まずそもそも、支配権維持・確保目的はなぜ不当とされるのであろうか。

また、学説の中には、かねてより支配権維持・確保目的での新株等の発行であっても不公正発行とならない場合があるとする立場があったが²、それを肯定する場合、どういう根拠により、どのような場面でそうした例外を認めることが許されるのであろうか。

裁判所は、以前はこうした疑問にあまり立ち入らなかったものの³、資金調達目的が認められず、支配権維持・確保目的の是非が正面から問題となった新株予約権発行の事例において、その考えを明確に示すに至っている。

1 新株予約権発行に係る判例・裁判例

- (1) ニッポン放送事件（保全抗告決定＝東京高決平成17年3月23日判タ1173号125頁）

新株予約権を発行する場合であっても、これを発行する会社において、資金調達が主要な目的であると主張して、従来からの主要目的ルールにしたがって不公正発行を争うことは可能である。

ただ、新株予約権の発行では、買収防衛策として発行される事例が典型であるが、資金調達目的を認めがたいケースがあり、こうしたケースで不公正発行が争われると、支配権維持・確保目的で新株予約権を発行することが許されるかどうかが専らの争点となることがある。すでにあまりに有名であるが、リーディング・ケースとなったニッポン放送事件の抗告決定を引用する。

-
- 2 松井秀征「取締役の新株発行権限（一）」法学協会雑誌114巻4号425頁。
- 3 ただし、京都地判平成4年8月5日判時1440号129頁は、取締役の第三者責任との関連で、「取締役は、授權資本制の下において、会社の資金調達のための新株の発行と、その自由な割当ての権限を有する。しかし、誰が会社支配権を獲得すれば会社にとって有益かについて、決定する権限を有しない。他方、株主は、会社役員を選、解任権を通じ、会社を支配することが許されている。したがって、会社の株主の間で支配権争奪がある場合に、取締役は厳に中立を守り、これに介入すべきではない」と述べ、取締役会による支配権維持・確保目的での新株発行が不公正であることについて一定の考え方を示している。

<事案の概要>

Y（ニッポン放送＝抗告人）は、A（フジテレビ）の企業グループの一員であったが、Aは、Yの経営権を獲得することを目的として株式の公開買付けを開始した。X（ライブドア＝被抗告人）は、Yの発行株式の約5%を保有していたが、公開買付けの期間中、立会外取引によってY株式を買い付け、約35%を保有する株主となり、その後もY株式を買い集めた。これに対してYは、取締役会において大量の新株予約権をAに発行することを決議した。この新株予約権がすべて行使された場合に発行される株式数は、Yの発行済株式総数の約1.44倍に当たり、その場合、Xの保有割合は、約42%から約17%へと減少し、一方、Aの保有割合は、新株予約権の行使により取得する株式数だけで約59%になる。そこで、Xは、新株予約権発行が不公正発行にあたると主張して、新株予約権発行の差止めを求める仮処分を申請した。

東京地裁は、Xの仮処分申請を認めた⁴。Yはこの仮処分決定に対して直ちに異議を申し立てたが、東京地裁は異議を退けこの仮処分を認可する旨の決定をした⁵。Yはこの決定を不服として直ちに抗告した。

<決定要旨>

抗告棄却

（i）「商法上、取締役の選任・解任は株主総会の専決事項であり・・・、取締役は株主の資本多数決によって選任される執行機関といわざるを得ないから、被選任者たる取締役に、選任者たる株主構成の変更を主要な目的とする新株等の発行をすることを一般的に許容することは、商法が機関

4 東京地決平成17年3月11日判タ〔参〕1173号143頁。

5 東京地決平成17年3月16日判タ〔参〕1173号140頁。

権限の分配を定めた法意に明らかに反するものである。・・・したがって、現経営陣が自己の信じる事業構成の方針を維持するために、株主構成を変更すること自体を主要な目的として新株等を発行することは原則として許されないというべきである。」

(ii)「もっとも、経営支配権の維持・確保を主要な目的とする新株予約権発行が許されないのは、取締役は会社の所有者たる株主の信認に基礎を置くものであるから、株主全体の利益の保護という観点から新株予約権の発行を正当化する特段の事情がある場合には、例外的に、経営支配権の維持・確保を主要な目的とする発行も不公正発行に該当しないと解すべきである。」

(iii)「例えば、株式の敵対的買収者が、①真に会社経営に参加する意思がないにもかかわらず、ただ株価をつり上げて高値で株式を会社関係者に引き取らせる目的で株式の買収を行っている場合(いわゆるグリーンメイラーである場合)、②会社経営を一時的に支配して当該会社の事業経営上必要な知的財産権、ノウハウ、企業秘密情報、主要取引先や顧客等を当該買収者やそのグループ会社等に移譲させるなど、いわゆる焦土化経営を行う目的で株式の買収を行っている場合、③会社経営を支配した後に、当該会社の資産を当該買収者やそのグループ会社等の債務の担保や弁済原資として流用する予定で株式の買収を行っている場合、④会社経営を一時的に支配して当該会社の事業に当面関係していない不動産、有価証券など高額資産等を売却等処分させ、その処分利益をもって一時的な高配当をさせるかあるいは一時的な高配当による株価の急上昇の機会を狙って株式の高値売り抜けをする目的で株式買収を行っている場合など、当該会社を食い物にしようとしている場合に、濫用目的をもって株式を取得した当該敵対的買収者は株主として保護するに値しないし、当該敵対的買収

者を放置すれば他の株主の利益が損なわれることが明らかであるから、取締役会は、対抗手段として必要性や相当性が認められる限り、経営支配権の維持・確保を主要な目的とする新株予約権の発行を行うことが正当なものとして許されると解すべきである。」

本決定は、これまで主要目的ルールにおいて支配権維持・確保目的が不当であるとされてきたことについて、いわゆる権限分配秩序論が基礎にあることを明確に示したものである（決定要旨（i））。従来の議論では、主要目的ルールと権限分配秩序論の関係について、必ずしも一致した理解があったわけではなかった中⁶、こうした理論上の基礎が裁判所によって示されたことは意義深い。しかし、権限分配秩序論に拠ったとして、支配権に影響を与える目的での新株等の発行がおよそすべて許されないこととなるかどうかは必ずしも明らかにはならない。むしろ、権限分配秩序論を形式的に強調すれば、支配権維持・確保目的での新株等の発行は一切許されないとの帰結を導くように思われる。

この点について、本決定は、権限分配秩序論を基礎に置きつつも、「株主全体の利益の保護」という観点を示し、ここから例外的に、経営支配権の維持・確保を主要な目的とする新株予約権の発行であっても不公正発行に該当しないことがあるとして、4つの具体的な類型を示している（決定要旨（ii）（iii））。この限りで、支配権維持・確保目的での新株等の発行は不公正とするこれまでの主要目的ルールは修正されたわけであるが、このような本決定の考え方は、その後の実務においても受け入れられてい

6 藤田友敬「ニッポン放送新株予約権発行差止事件の検討（下）」旬刊商事法務1746号10頁～11頁（注24）。

る。たとえば、本決定後に取りまとめられた「企業価値報告書」⁷や「企業価値・株主共同の利益の確保又は向上のための買収防衛策に関する指針」⁸などは、こぞって企業価値ひいては株主共同の利益の維持・向上にむけたものであれば、支配権維持・確保目的での新株等の発行による買収防衛策も許されることを示している。

しかし、支配権の帰趨は株主総会が決すべしとする権限分配秩序論を基礎とする本決定において、株主総会決議を経ずに取締役会限りで新株予約権を発行しようとした会社側は発行差止めの憂き目に遭っている。本決定が示した不公正発行の判断枠組みは、あくまで、支配権維持・確保目的での新株等の発行は原則として不公正発行に該当するというものであり、例外的にこれが許されるのは、買収者がグリーン・メーラーなどの濫用的買収者で、当該新株等の発行が株主全体の利益の保護のために必要かつ相当であることを会社側が主張・立証できた場合に限られている。

本決定の後、株主総会特別決議を経た買収防衛策としての新株予約権の発行（新株予約権無償割当て）につき、これを認めたブルドック事件最高裁決定が出るに至った。

- (2) ブルドックソース事件（許可抗告決定＝最決平成19年8月7日民集61巻5号2215頁）

7 企業価値研究会「企業価値報告書 ～公正な企業社会のルール形成に向けた提案～」(平成17年5月27日)

https://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/pdf/3-houkokusho-honntai-set.pdf

8 経済産業省＝法務省「企業価値・株主共同の利益の確保又は向上のための買収防衛策に関する指針」(2005年5月27日)

https://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/pdf/3-shishinn-honntai-set.pdf

本稿は、取締役会による新株等の発行権限の限界を探るものであるから、株主総会特別決議を経て新株予約権が発行された本件は、直接的には参考とされない部分も含まれている。しかし、本件は、最高裁がはじめて買収防衛策としての新株予約権の発行について許される場合があることを認めたもので、権限分配秩序論の観点から興味深い判断を示しているし、不公正発行も一応の争点とされていることから、以下で引用することとし、ニッポン放送事件抗告決定との関係についても整理してみたい。

<事案の概要>

Y（ブルドックスソース＝相手方）はソースの製造及び販売等を目的とする株式会社で、東証二部に上場している。Yの株主であるX（スティール・パートナーズ＝抗告人）は、日本企業への投資を目的とする投資ファンドであり、関連法人と併せ、Yの発行済株式総数の10.25%を保有している。

XはYの発行済株式のすべてを取得することを目的として、Yの株式の公開買付け（本件公開買付け）を行う旨を明らかにした。これに対し、Y取締役会は、Xが日本において会社を経営したことがないことなどから、本件公開買付けは、Yの企業価値をき損し、Yの利益ひいては株主の共同の利益を害するものと判断し、本件公開買付けに反対することを決議した。また、Y取締役会は、同日、本件公開買付けに対する対応策として、Xとその関係者は行使することができない新株予約権の無償割当て（本件新株予約権無償割当て）に関する議案を定時株主総会（本件総会）に付議することを決議した⁹。本件総会において、当該議案は出席した株主の

9 新株予約権無償割当てに関する事項は、原則として取締役会決議事項であるが（会社法278条3項本文かつこ書）、本件では、これを株主総会の特別決議事項とする定款変更議案も併せて付議することが決議されている。

議決権の約 88.7%、議決権総数の約 83.4%の賛成により可決された。

Xが本件新株予約権無償割当ての差止めを求めて仮処分を申し立てたものの、東京地裁は申立却下¹⁰。Xが即時抗告したが東京高裁は抗告棄却¹¹。これに対し、Xは特別抗告および許可抗告を申し立て、東京高裁は抗告許可の決定を行った¹²。以下は、許可抗告審における最高裁の判断である。

<決定要旨>

抗告棄却。

(i)「特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の企業価値がき損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるか否かについては、最終的には、会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであるところ、株主総会の手続が適性を欠くものであったとか、判断の前提とされた事実が実際には存在しなかったり、虚偽であったなど、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである。」

(ii)「本件総会において、本件議案は、議決権総数の約 83.4%の賛成を得て可決されたのであるから、X関係者以外のほとんどの既存株主が、Xによる経営支配権の取得がYの企業価値をき損し、Yの利益ひいては株主の共同の利益を害することになると判断したものといえることができる。そして、本件総会の手続に適正を欠く点があったとはいえ、また、…当該判断に、その正当性を失わせるような重大な瑕疵は認められない。」

10 東京地決平成19年6月28日民集〔参〕61巻5号2243頁。

11 東京高決平成19年7月9日民集〔参〕61巻5号2306頁。

12 東京高決平成19年7月27日旬刊商事法務1807号96頁参照。

(iii)「株主に割り当てられる新株予約権の内容に差別のある新株予約権無償割当てが、会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等又はこれを支持する特定の株主の経営支配権を維持するためのものである場合には、その新株予約権無償割当ては原則として著しく不公正な方法によるものと解すべきであるが、本件新株予約権無償割当てが、そのような場合に該当しないことも、これまで説示したところにより明らかである。」

(iv)「したがって、本件新株予約権無償割当てを、・・・著しく不公正な方法によるものということもできない。」

本決定は、「専ら経営を担当している取締役等又はこれを支持する特定の株主の経営支配権を維持するため」の新株予約権無償割当てについて、原則として不公正発行であるとしているから(決定要旨(iii))、主要目的ルールに近い考え方を示している¹³。

また本決定は、「会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するため」であれば、買収者の持株割合を減少させる新株予約権無償割当てであっても許されるとしており(決定要旨(iii)(iv))、この点は、「株主全体の利益の保護」という観点から買収防衛策を認める余地があることを示したニッポン放送事件抗告決定と共通するところがあるといえよう。

ただ、ニッポン放送事件抗告決定が、支配権維持・確保目的での新株

13 ただ、最高裁は、新株予約権無償割当てについて、取締役等の「専ら・・・経営支配権を維持するためのもの」である場合に原則として不公正発行になると述べており、「主要な目的」が何であるかを問題とするこれまでの主要目的ルールとは若干言い回しが異なっている。

予約権の発行を原則として不公正発行であるとして発行会社側にその必要
性と相当性を主張・立証させようとしたのに対し、本決定は、むしろ不公
正発行を主張する株主側に、新株予約権無償割当ての正当性を失わせる
ような重大な瑕疵の存在を主張・立証するよう求めている(決定要旨(i))。
この両決定の示す判断枠組みの相違は、新株予約権の発行を決定した機
関が株主総会であったか取締役会にとどまったかという違いに求めること
ができるであろう¹⁴。すなわち、買収防衛策の必要性・相当性について、
本決定は、株主総会(特別)決議を経て株主がその必要性を認めた場合
には裁判所はその判断を尊重して(決定要旨(i))、それが相当性を充た
す限りにおいて(この判断は裁判所により行われる。)、対抗措置として行
われる新株予約権の発行は不公正発行とはならないとの判断枠組みを採
用したものと理解することができる¹⁵。支配権の帰趨は株主総会が決すべ
しとする権限分配秩序論を採る以上、新株等の発行が株主総会(特別)
決議を経たか否かによって、裁判所の不公正発行に対する判断枠組み(買

14 本件(ブルドックスソース事件)と同様に、買収防衛策として新株予約権無
償割当ての方法を採用したピコイ事件(東京高決平成20年5月12日金商
1298号46頁)では、株主総会決議を経ていなかったことから、不公正発
行の判断枠組みとしてニッポン放送事件における枠組み、すなわち、「支
配権維持・確保目的での新株等の発行は原則として不公正発行に該当
し、例外的にこれが許されるのは、当該新株等の発行が株主全体の利
益の保護のために必要かつ相当であることを会社側が主張・立証できた
場合に限られる」との枠組みが実質的に採用されたものと考えられる。
同事件では、買収者によって企業価値がき損されることについて会社側
が主張・立証を果たせず、新株予約権無償割当ての差止めが認められて
いる。

15 中東正文=大杉健一=石綿学編「M&A判例の分析と展開Ⅱ〔別冊金
融・商事判例〕」(経済法令研究会、2010年)大杉謙一「ピコイ事件判
批」117頁。

収防衛策の必要性に対する判断枠組み）が異なってくることは理解できる
ところである。

なお、そもそも支配権の帰趨は株主総会が決すべしとする権限分配秩序論を採る以上、株主総会（特別）決議を経て新株等が発行された事例において、不公正発行が認められる余地はまずないはずである。このため本件では、不公正発行も一応争点とはされたものの、メインの争点はあくまで株主平等原則違反の成否にあった。これは、本件における新株予約権の発行が新株予約権無償割当ての方法をとったことから争点となったものであるが、株主平等原則は強行法規と解されている以上、株主総会の特別決議を経たとしてもその違反が当然に適法となることはない。こうしたことも手伝い、本決定の不公正発行に対する判断は、株主平等原則の争点に対する自らの説示を引用して示されるなどしており、簡素なものにとどまっている。

2 新株発行に係る裁判例

資金調達目的と支配権維持・確保目的のいずれが主要であるかによって不公正発行に当たるかどうかを判断する主要目的ルールは、そもそもは新株発行の事例で採用されてきたものである。主要目的ルールを採用した初期の裁判例では、非常にたやすく資金調達目的を認定して不公正発行に該当しないとの結論を導いていたが¹⁶、それと比べれば、近年において

16 藤田友敬「ニッポン放送新株予約権発行差止事件の検討（上）」旬刊商事法務1745号9頁。

17 たとえば、資金調達を主要な目的と認定せずに新株発行の差止めを認めた決定として、クオオンツ事件＝東京地決平成20年6月23日金判1296号10頁など。

は資金調達目的の認定はかなり精緻なものになってきたといえよう¹⁷。ただ、新株発行の事例では、資金調達目的と支配権維持・確保目的との対立が強調されすぎて、資金調達目的が主要であればなぜに新株発行は不公正発行とならないのか、資金調達目的であっても不公正発行とされることはないのか、掘り下げた議論はほとんど見当たらない¹⁸。

しかし、新株発行について不公正発行が争われた事例の中にも、資金調達目的が主張されなかった事例があり、こうした事例における裁判所の判断には、取締役会による新株等の発行権限の限界を探るうえで興味深いものが含まれている。

以下では、新株発行の事例に係る2つの裁判例を引用する。

- (1) 忠実屋・いなげや事件（東京地決平成元年7月25日判時1317号28頁）¹⁹

本件は、2つの会社が互いに新株を発行しあうことから両会社とも手元資金が増えず、およそ資金調達を新株発行の目的として主張することができなかったという事例である。

両会社は、新株発行の目的は業務提携に伴う資本提携であるとして、相互に新株を割り当ててこれを発行することは公正であると主張した。

18 一般的には、資金調達目的での新株発行は取締役会に認められた経営権限の行使であるとしてその公正性が説明されるが、こうした形式的な説明では、取締役会に認められた権限の限界を探ることはできないであろう。

19 本件の決定は、被申請人を忠実屋とするものと、いなげやとするものとがそれぞれあるが、本文で引用しているのは、被申請人を忠実屋とするもののほうである。

<事案の概要>

X（秀和＝申請人）は、Y（忠実屋＝被申請人）とZ（いなげや）の株式をそれぞれ 33.34% および 21.44% 取得して株主となった。Xは、YおよびZに対して、Y、Zと申請外Aとの3社合併を提案したが、YおよびZはこの提案を拒否するとともに、Xの要求に対抗するための業務提携の交渉をした結果、本件業務提携および資本提携をすることで合意した。そして、両社の取締役会において、それぞれ新株発行後の発行済株式総数の 19.5% に当たる株式を相互に割り当て、同時に発行する旨の決議を行った。

そこで、Xは、本件新株発行が法令に違反し（有利発行）、かつ不公正発行に当たると主張して、それぞれYおよびZを相手方として、新株発行禁止の仮処分を申請した。Yは、Zと資本を持ち合うことにより相互の信頼関係を確立する必要がある、このための本件新株発行は公正なものであると主張して不公正発行を争った（有利発行をめぐる争いは割愛する。）。

<決定要旨>

申請認容。

（i）「商法は、株主の新株引受権を排除し、割当自由の原則を認めているから、新株発行の目的に照らし第三者割当を必要とする場合には、授權資本制度のもとで取締役が認められた経営権限の行使として、取締役の判断のもとに第三者割当をすることが許され、その結果、従来の株主の持株比率が低下しても、それをもってただちに不公正発行ということはできない。」

（ii）「しかし、株式会社においてその支配権につき争いがある場合に、

従来の株主の持株比率に重大な影響を及ぼすような数の新株が発行され、それが第三者に割り当てられる場合、その新株発行が特定の株主の持株比率を低下させ現経営者の支配権を維持することを主要な目的としてされたものであるときは、その新株発行は不公正発行にあたるというべきであり、また、新株発行の主要な目的が右のところにあるとはいえない場合であっても、その新株発行により特定の株主の持株比率が著しく低下されることを認識しつつ新株が発行された場合は、その新株発行を正当化させるだけの合理的な理由がない限り、その新株発行もまた不公正発行にあたるというべきである。」

(iii)「前記認定事実によると、YとZとの業務提携の機運は従来からまったくなかったわけではないものの、右両者間でそれが真剣に話し合われたことはなく、本件業務提携は、Y、Z、A三社合併をXから提案されたことにより、YとZが、Xの要求を拒否し、対抗するため具体化したものであるところ、本件業務提携にあたりYがZに対し従来の発行済株式総数の19.5パーセントもの多量の株式を割り当てることが業務提携上必要不可欠であると認めることのできる十分な疎明はなく、しかも、本件新株発行によって調達された資金の大半は、実質的には、Zが発行する新株の払込金にあてられるものであって、・・・特定の業務上の資金としてこれを使用するために本件新株発行がされたわけではない」。

(iv)「また、XがYの経営に参加することがYの業務にただちに重大な不利益をもたらすことの疎明もない」。

資金調達を目的としない新株発行であっても、許容される余地があることについては、傍論ではあるものの、ニッポン放送事件抗告決定も指摘しているところである²⁰。本件では、「多量の株式を割り当てることが業務

提携上必要不可欠であると認めることのできる十分な疎明」がなかったと判断されて新株発行が認められなかったが（決定要旨（iii））、業務提携目的それ自体は不当なものと判断されていないから、その必要性について疎明が十分であったなら、本件における新株発行も許容される余地はあったといえよう。ただ、結局は、本件の新株発行は認められずに終わってしまったので、資金調達を目的としない新株の発行について、取締役会がいかなる範囲でその権限を有しているかは明らかにならないままとなった。

なお、本決定は、本件の新株発行を許容しないもう一つの理由として、本件で買収者が対象会社の経営に参加すると、「業務にただちに重大な不利益をもたらす」こととなる疎明がないことを指摘している（決定要旨（iv））。これは、支配権維持・確保目的の新株発行であっても、買収者による経営参加が対象会社の業務にただちに重大な不利益をもたらすことが明らかにされれば新株発行が許容される余地を認めたものといえ、ニッポン放送事件抗告決定やブルドックソース事件最高裁決定の判断とも

-
- 20 すなわち、同決定は、取締役会の新株等の発行権限に関して、「（同権限は、）具体化している事業計画の実施のための資金調達、他企業との業務提携に伴う対価の提供あるいは業務上の信頼関係を維持するための株式の持ち合い、従業員等に対する勤務貢献等に対する報償の付与（いわゆる職務貢献のインセンティブとしてのストック・オプションの付与）や従業員の職務発明に係る特許権の譲受けの対価を支払う方法としての付与などというような事柄は、本来取締役会の一般的な経営権限にゆだねている。これらの事項について、実際にこれらの事業経営上の必要性と合理性があると判断され、そのような経営判断に基づいて第三者に対する新株等の発行が行われた場合には、結果として既存株主の持株比率が低下することがあっても許容される」と述べている。

通じるところがある²¹。

(2) ダイヤ通商事件（原審決定＝東京地決平成 24 年 7 月 9 日資料版商事法務 341 号 49 頁）

ニッポン放送事件抗告決定やブルドックス事件最高裁決定の後に、経営支配権に争いのある中で日本版 ESOP の導入をするためになされた新株発行について、これを容認する裁判例が現れているので、次にこれを引用する。

＜事案の概要＞

Y（ダイヤ通商＝債務者）は、石油製品の販売等を目的とする株式会社で、ジャスダックに上場している。X（債権者）は、本件申立当時、Yの筆頭株主であり、昭和 57 年 6 月から平成 22 年 1 月まではYの代表取締役を務め、代表取締役退任後は、相談役として取締役会に出席している。Yにおいては、平成 24 年 4 月頃以降、Yの役員構成をめぐってXとYの代表取締役 Z 1（補助参加人）との間に対立があった。

Yは、平成 24 年 6 月 5 日付で定時株主総会（本件定時総会）の招集

21 このほか、取締役の第三者責任との関連で、京都地判平成4年8月5日・前掲（注3）においても、「乗っ取りを企てる者が、会社を害する意図を有し、乗っ取りによって会社が破滅させられることが明らかな場合等、特段の事情がない限り、支配目的の新株発行は、なお、取締役の違法な任務懈怠行為に当たる」と判示しており、少なくとも「会社の破壊」が立証されれば、支配権維持・確保目的の新株発行も許容され得ることを示している（ただし、本件ではそうした事情がないとして取締役の責任が肯定されている。）。

通知を発した。本件定時総会の決議事項には、Z1が取締役として好ましくないと考えるAを候補者とする「取締役1名選任の件」などが含まれていた。Z1は、本件定時総会の前日である平成24年6月27日に開催された取締役会において、一部役員に反対があったもののAを取締役候補者とする会社提案を撤回することを決議するとともに、本件新株発行（発行新株数67万株、払込期日同年7月13日）に係る本件取締役会決議をした。

本件新株発行は、日本版ESOP（本件スキーム）の導入をするために行うものとされている。Z1は、平成23年6月頃から、本件スキームの導入に向けて弁護士や公認会計士を交えて検討してきており、その内容は、日本版ESOPとして普及しているものと同内容のもので、SPVとして設立された一般社団法人Z2（当事者参加人）が、Yの連帯保証を得て金融機関から借入れをしてY株式を取得することなどが定められていた。Z1は、平成24年1月頃までには本件スキームの導入の準備を整えたものの、当時Yの株価が高値で推移していたことから導入を見送っていたという経緯がある。

本件新株発行によるXへの影響は次の通りである。

（平成24年3月31日当時のYの株主の上位5者の持株比率）

X=20.98%、B=5.96%、C=4.85%、D=3.44%、E=3.36%

（本件新株発行後のYの株主の上位5者の持株比率）

X=19.25%、Z2=8.56%、B=5.47%、C=4.45%、D=3.15%

Xが本件新株発行の差止めを求めて仮処分を申し立てた。また、本件新株発行の割当先であるZ2が、本件手続の結果によりその権利が害されると主張して、独立当事者参加人としてYに対し本件新株発行を仮にすよう求める旨を申し立てたほか、Z1がYのために共同訴訟補助参加を

した。以下の決定要旨は、Xの申立てに対するものである。なお、Z2の申立ては、保全の必要性がないことを理由に却下されている。

<決定要旨>

申立却下。

(i)「本件新株発行は、Yの経営支配権につき争いがある中で、従来の株主の持株比率に影響を及ぼすような数の新株が発行され、これが第三者に割り当てられる場合であると認められる。」

(ii)「しかしながら、本件新株発行を含む本件スキームは、XとZ1と間の確執が表面化する前である平成23年6月頃から弁護士や公認会計士を交えた検討が重ねられ、平成24年1月頃までにはその導入のための準備が整っていたというのであるから、本件スキーム自体が、Xの影響力を低下させることを目的として導入されたと見ることはできない。」

(iii)「本件スキームは、Yから独立性を有するZ2が株式を一括して取得し、その議決権を従業員の意思決定にかからしめ、Z2の解散時にはその残余財産を持株会ひいては従業員に帰属させるというものであるが、議決権の行使に会社経営陣の不当な支配が及ばないような配慮もされているなど、経産省の検討会の報告書²²の内容におおむね沿ったものとなっており、株価及び業績向上への従業員の意欲や士気の向上並びに従業員を通じたコーポレート・ガバナンスの向上等を図るという導入目的に適合するものである。また、本件取締役会決議がされた同年6月当時のYの株

22 経済産業省に設置された、新たな自社株式保有スキーム検討会による「新たな自社株式保有スキームに関する報告書」（平成20年11月17日）を指している。

https://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/esop_houkoku.pdf

価が比較的低い水準にあったことからすれば、その時点において本件スキームを導入することには、一定の合理性があったと認められる。そうすると、本件スキームは、Zらが主張するとおり、Yにおいて、株価及び業績向上に向けた従業員の意欲や士気を高めること並びに従業員を通じたコーポレート・ガバナンスの向上を図ること等を目的として導入されたものと認めるのが相当である。」

(iv)「本件新株発行によるXの持株比率の低下は、20.98%から19.25%に低下する程度のものにすぎない・・・本件新株発行は、XのYに対する影響力を低下させるものではあるが、これに決定的な打撃を与えるものであるとまでは認められず、これによりXが受ける不利益が重大であるとまではいえない。」

(v)「本件については、会社の経営支配権に争いのある状況の下で、Xの持株比率に一定の不利益を与える新株発行が行われるものの、本件新株発行がXの影響力を低下させることを主要な目的として行われたものであることの疎明があるとはいえないから、Xの本件申立ては理由がない。」

本件がこれまでの同種の事案と異なるのは、支配権維持・確保目的などの不当な目的と比較される正当な目的として会社側が主張したのが、資金調達ではなく日本版ESOPの導入であったという点にある²³。そして本決定は、日本版ESOPの導入について、それが「株価及び業績向上に向けた従業員の意欲や士気を高めること並びに従業員を通じたコーポレー

23 高原達広=宮下央「日本版ESOPの導入を目的とした一般社団法人に対する第三者割当ての差止請求（ダイヤ通商事件）」金融法務事情1985号99頁。

ト・ガバナンスの向上を図ること等」を目的としたものであれば、こうした日本版 ESOP の導入をするためになされる新株発行は、筆頭株主が受ける不利益が重大であるとまではいえないことも認定したうえで、許されると判断している（決定要旨（iii）（iv））。

ニッポン放送事件抗告決定などでは、「株主全体の利益」といった観点は、新株等の発行の主要な目的が支配権維持・確保にある場合であっても、これを正当化する特段の事情があるかどうかを判断する際に用いられていた。しかし、本決定では、新株発行が筆頭株主の影響力を低下させる目的のものではなく公正なものであるかどうかを判断するうえで、「株価及び業績向上」あるいは「コーポレート・ガバナンスの向上」という観点が考慮されている点に特徴がある。

本決定はその後抗告されたが、抗告決定²⁴は、抗告人の主張に答える形で、会社側の資金調達目的についても一応の判断を示している。すなわち、同決定は、「証拠・・・によれば、Yは、平成24年度中（平成25年3月末まで）に経営するサイクルショップを3店舗出店する予定であり、平成24年3月19日には第1号店の出店計画が稟議にかけられ、決裁が終了しており、本件新株発行に伴う資金調達は、この資金需要に応じるものであると認められるというべきである」との判断を補足して、抗告を棄却している。しかし、本件において不公正発行該当性を判断するうえで重要な要素であったのは、原決定の決定要旨（ii）～（iv）で示された事情であったと考えられる²⁵。

24 東京高決平成24年7月12日資料版商事法務341号29頁。

25 弥永真生「判批」ジュリスト1447号3頁。

Ⅲ 検討

ここまで4つの判例・裁判例を概観してきた。これらはいずれも資金調達目的の認められない事例に係るものであったが、それは、資金調達という目的のみをもってして取締役会の新株等の発行権限を限界づけることには無理があるとの問題意識によったものである。

資金調達目的と支配権維持・確保目的とを比較するという従来からの主要目的のルールは、ある意味シンプルで使い勝手のよい判断枠組みであると思う。しかし、わが国における取締役会の新株発行権限は、沿革的には、制度上アメリカにおけるそれと同様に、資金調達の便宜のためのみならず、持株会社の形成のためなどさまざまな目的に対処するための極めて広い裁量の認められたものであったとの指摘も加味すると²⁶、資金調達目的のみを新株等の発行目的として過度に強調することは適切でないであろう。

今後は、資金調達目的がない事案も含めて、取締役会による新株等の発行が許されるかどうかを判定し得る共通の基準を模索してもよいように思われる。その際、先に引用した4つの判例・裁判例も含めて、資金調達目的の認められなかった事例においてこれまで裁判所が示してきた判断は参考となる。試論の域を超えないが、これからは、買収防衛策の事例においてのみならず、あらゆる新株等の発行の場面において、その目的が何にあるかのみにとらわれることなく、その新株等の発行が株主共同の利益の維持・向上に必要でかつ相当なものであるかという基準から、取締役会による新株等の発行が許されるかを判断してはどうかと

26 松井・前掲(注2) 460頁。

考える²⁷。たとえば、資金調達ではなく資本提携目的での新株等の発行であっても、それが株主共同の利益の維持・向上に必要でかつ相当なものであれば、公正な発行として認められてよいであろう。ただし、権限分配秩序論に鑑みれば、支配権を巡った争いがある場合には、取締役会限りでの新株等の発行の必要性・相当性について、裁判所はより厳格な判断を示すこととなるであろう。

このように考えると、これまでの主要目的ルールでは当然のこのように公正とされてきた資金調達目的での新株等の発行であっても、株主共同の利益の維持・向上に資するものでなく、むしろこれを毀滅するものと認められれば、取締役会の発行権限を逸脱したものとして許されないことになる。資金調達は企業の存立や発展に欠かせない経済活動であるから、通常は株主共同の利益の維持・向上につながるものである。しかし、資金調達といっても、たとえば犯罪にあてるための資金調達や、およそ採算の見込めない事業への投資のための資金調達などであれば、株主共同の利益を損なうものとなるから、こうした資金調達を目的とした新株等の発行は、不公正発行として認められないことがあってよいと考える²⁸。

27 落合誠一教授は、新株や新株予約権の発行について、「問題の核心は、その目的が何であるかではなく、その発行決定が株主全体の長期的利益を図るものであるか否かである」として、「新株・新株予約権の発行が不公正発行となるかどうかは、株主全体の長期的利益を維持・増加させるものか否かを基準とすべき」と述べておられる（落合誠一「会社法要説 第2版」（有斐閣、2016年）266頁）。

28 新株等の発行が資金調達の目的でなされる場合であっても、「その調達によってなされる投資が企業価値＝剰余権者である株主全体の長期的利益を増加させないものであれば、経営決定として許されるべきではない」との見解を述べるものとして、落合・前掲（注27）266頁。

Ⅳ 結びに代えて

日々の実務に忙殺されて、十分な研究もできないままにこのような論文執筆の機会に恵まれたことは、光栄であるとともに荷が重いものでもあった。本稿においては、主要目的ルールに代わる、またはそれを補充する基準について一応の私見を述べてはみたものの、今後もこうした私見に対して検証を重ねる必要があることは自覚している。これからの実務におけるさらなる事例の集積にも注目していきたい。

以上
(会社法部)

有限会社O商店の会社更生事件 ～いわゆる「出たところ勝負型」の事件～

倒産法部

みなと協和法律事務所

更生会社有限会社O商店	元管財人	弁護士	縣	俊介
	元管財人代理	弁護士	和田	正
	同	弁護士	松尾幸太郎	

* 目 次	
1 はじめに	56
2 更生会社の概要	57
3 窮境原因	58
4 調査の結果判明したこと（出たとこ勝負の結果）	61
5 保全管理業務の概要	63
6 更生手続開始決定	69
7 スポンサー選定	69
8 更生計画立案に必要な資金の確保	74
9 否認問題と更生担保権	74
10 租税債権の減免	76
11 運転資金の融資	77
12 更生計画案の提出から終結まで	78

1 はじめに

会社更生手続は、もともと、倒産による社会的な影響が甚大となるような大会社による利用を想定しており、そのような会社の再建を支援すべく、担保権を手続内に取り込んでその行使を制約する強力な手続となっている。ところが、近時は、私的整理や民事再生手続でも担保権者との話し合いによって大会社の再建が可能であるという認識が広まってきて、会社更生手続の利用が相対的に少なくなっている傾向がある。

一方で、会社更生手続には、管財人が選任されて、従前の代表者は経営権を失うというもう一つの特徴がある。この特徴に着目して、近時一定の利用があるのが、債権者申立てによる会社更生手続である。

以下では、筆者らの経験した有限会社O商店（以下「O商店」といい、また主に更生手続開始決定後について「更生会社」という。）の会社更生事件について、事例紹介をしたい。

同事件の特徴としては、債権者申立ての事件であるとともに、親族経営による非常に小規模の会社であったということが挙げられる。

債権者申立ての事件であった故に、①情報がない、②会社の協力が得られにくいのではないかと懸念される、といった問題があり、できる限りの事前準備をした上であとにかく手続きを始めてみて、出てきた問題点には臨機応変にその場で対処するという方針で臨まなければならなかった。このような類型の債権者申立て事件を、近時は「出たところ勝負型」と呼ぶことがあるようである。

さらに、O商店については、③現預金が乏しく資金繰りが非常に厳しかったこと（小規模の会社故に、更生手続費用の負担が非常に重かったこともこれに拍車をかけた）、④管財人団らの事務所のある東京からかなりの遠

隔地の事件であったことなどの問題もあり、いわば4重苦のような状況であった。当事件は、いろいろな問題に振り回されながら、なんとか更生計画認可まで辿り着くことができた筆者らにとって思い出深い事件である。

2 更生会社の概要

O商店は、昭和47年に設立された特例有限会社であり、岩手県久慈市においてフィッシュミール事業を行っていた。

久慈市は、NHKの朝ドラ「あまちゃん」の舞台となったことで知られるが、重要港湾¹である久慈港を有し、水産業を主な産業の一つとしている。

O商店の営むフィッシュミール事業とは、水産加工業者（缶詰工場等）から排出される魚介類の加工残滓又はラウンド（丸魚）等を原料として、工場にて魚粉や魚油等を製造の上、飼肥料等として販売することをその内容とする。加工残滓を利用して製造した魚粉は、タンパク質の含有率が低く、主に牛や豚等の飼料として比較的安値で取引される。一方、ラウンド（丸魚）を利用して製造した魚粉は、タンパク質の含有率が高く、主にウナギ等養殖魚の餌として比較的高値で取引される。

もし、近くにフィッシュミール工場がなければ、水産加工業者は、加工残滓を産業廃棄物として有償で処理せざるを得ないことから、かかる事業は、近隣の水産加工業者にとって、加工残滓の最終処理先として重要な役割を担っていた。また、船団を組んで大量のサバ等を漁獲し水揚げを行う巻き網船を港に誘致することは漁港の街の経済にとって非常に重要

1 港湾法2条2項において、「国際海上輸送網又は国内海上輸送網の拠点となる港湾その他の国の利害に重大な関係を有する港湾で政令で定めるもの」と定義されている。2014年4月現在で、102港が重要港湾に指定されている。

なことであるが、かかる巻き網船誘致の上でも、魚倉の底の方で重みにより傷んで人の食用に適さなくなったラウンド魚の最終引き受け手となり、巻き網船が魚倉を空にして再出港できるようにするために欠かせない施設であった。

一方で、O商店の事業規模は、更生手続を利用する会社としては異例なほど小規模なものであった。資本金は480万円であり、年間の売上高は約2億円、負債総額は約13.5億円であった。組織面でも、取締役1名のみの会社であり、更生手続開始時の正規従業員は3名にすぎなかった。

もともと、有限会社については、会社更生法の適用は予定されていなかったものであるが、会社法の施行で有限会社が廃止され従前の有限会社が「特例有限会社」と呼ばれる株式会社となったことが、結果的に上記のような極めて小規模なO商店について、会社更生手続を利用できる道を開いた形になっていた。

3 窮境原因

(1) 補助事業

O商店は、平成23年3月に発生した東日本大震災の際に、津波により工場施設に大きな被害を受けた。そこで工場復旧のため、岩手県及び久慈市から国庫補助金の交付を受け、被災した工場施設を復旧することとなった。

かかる国庫補助金については、特定の会社に対する交付ができないことから、O商店が加入する久慈市冷凍水産加工業協同組合（以下「加工協」という。後にO商店について債権者として更生手続開始の申立てを行うことになる。）が岩手県等から補助金を受け、これ

を加工協が O 商店に交付するという形を取る必要があった。

O 商店が加工協を通じて受給してきた補助事業の概要は、以下のとおりである。

① 平成 23 年度事業

津波によって被害を受けた機器の整備と、排水処理施設、残滓処理施設の修繕（事業費の合計は約 12 億円）。

② 平成 24 年度事業

イカ内臓、ホタテ等廃棄物処理機器の購入・設置（事業費の合計は約 4 億 5000 万円。そのうち、後記の補助金の不正使用の事実が発覚するまでに O 商店に交付されたのは、約 2 億 3700 万円であった。）。

(2) 補助金交付契約の解除・返還請求と業者への未払いの発生

かかる補助事業については、補助金から事業費の 9 分の 8 が支給され、残りの 9 分の 1 を O 商店自身が工面する必要があった。

しかしながら、O 商店は自己負担分の資金を工面することができなかった。そこで、O 商店は、岩手県産業復興相談センター（以下「相談センター」という。）²に相談し、金融機関に事業資金の融資を申し入れていたが、その協議の最中に、以下に述べる補助金の不正使用の事実が発覚した。

すなわち、平成 24 年度事業は、上記のとおり、イカ内臓、ホタテ等廃棄物処理機器の購入・設置のための補助金であったが、その後

2 相談センターは、東日本大震災により甚大な被害を受けた中小事業者等の事業の再開や事業再生を支援するために設置された公的機関であり、盛岡商工会議所内に置く岩手県中小企業再生支援協議会が設置主体となっている。

の調査の結果、O商店は、かかる補助金を用いて、補助対象外であるチキンミールプラント（鶏残滓処理施設）を整備しようとしていたことが発覚した。これを受けて、岩手県及び久慈市は、補助金の不正使用を理由に、加工協との補助金交付契約を解除し、加工協に対し、平成24年度事業に関し交付済みの約2億3700万円の返還を求めた。加工協はこれを受け、更生会社に同額の返還を請求した。

この結果、O商店は相談センターにおける相談も取り下げざるを得なくなり、自己負担分の工事費を工面する道を絶たれることになった。

以上の経緯で、O商店は、加工協からの補助金返還請求、補助事業に関する未払い工事費（支払えなくなった原因は、自己負担分の資金を捻出できなかったことと、補助金交付契約の解除により平成24年度事業の未支給分の支払いを受けられなくなったこと）として、合計約7億2000万円の債務の支払いに窮することになった。

（3）債務弁済契約の締結及びその不履行

補助金交付契約の解除により工事代金の支払いを受けられなくなった債権者らの中には、不正使用が生じたことについては、行政による事業計画のチェックが甘かったことも一因ではないかとの不満を行政に向ける者もいた。

そのような事情もあり、久慈市は、O商店と債権者らとの間の調整に努めた。その結果、平成28年3月30日、O商店と加工協を含む債権者9者（金融機関を除く。）との間で、上記の総額約7億2000万円の債務について、平成28年から平成37年まで毎年10月末日限り、10回に分割して弁済する内容の債務弁済契約（以下「本件弁済契約」という。）が締結された。同契約の当事者には久慈市も含まれ、同市がO商店の外部監査を実施することとされていた。

しかしながら、本件弁済契約における最初の弁済期日である平成28年10月31日に、O商店はいきなり一部の債権者に対して約束した弁済を行わなかった。さらに、それ以後もO商店は、本件弁済契約に基づく弁済を実行せず、久慈市による外部監査も拒んだ。

このような状況に鑑み、平成29年8月10日、行政からは補助金の返還請求を受け、O商店からは弁済を得られない状況に業を煮やした加工協から、O商店を被申立人とする更生手続開始の申立てが盛岡地裁になされた。その後、本件は東京地裁に移送され、東京地裁は、平成29年12月11日、調査命令を発令した。

このように、本件申立ては、債権者、しかも金融機関ですらない一組合による申立てであったことから、必然的に、被申立人であるO商店の資産負債の状況、資金繰り状況、取引先との関係、会社の内部組織の構造等についての情報が著しく不足したものであり、直近の決算期における決算書すら入手できていない状況であった。また、申立代理人も、東京や大阪の弁護士ではなく、盛岡市で開業する弁護士であったことから、これまで会社更生手続に接する機会が全くなかったものと推測され、資料の追完等についても必ずしも迅速になされるわけではなかった。本件が「出たとこ勝負型」の典型といわれる所以である。

また、本件では、申立てがなされてから調査命令発令まで4ヶ月が経過しているが、この間、裁判所としても、申立代理人を通じてできる限りの情報収集に努めながら、慎重に手続の進め方を検討していたことが伺われる。

4 調査の結果判明したこと（出たとこ勝負の結果）

調査委員は、調査命令発令後、近隣のフィッシュミール工場を見学してフィッシュミール事業についての説明を受けたり、岩手県や久慈市との打ち合わせを行ったりするなど相応の事前準備をした後に、O商店に臨場し、代表取締役 K 氏と面談して事情聴取をし、また資料の提出を受けた。

その結果、下記のとおり、事前の予測を上回る困難な状況が複数判明した。

記

- ① 資金残高が約 156 万円しかなく、原材料（特に単価の高いラウンド魚）の仕入れにも窮するような状況であること
- ② 平成 28 年 10 月から平成 29 年 1 月にかけて、更生会社の工場不動産が、担保権の負担がついたまま、K 氏の息子に名義移転されていたこと。
- ③ 兄弟会社ともいうべき有限会社 Y 商店（以下「Y 商店」という。）との入り組んだ関係。すなわち、O 商店は、もともと、K 氏の父親が設立した会社であったところ、代替わりに当たり、Y 商店を新たに設立し、O 商店の営んでいたフィッシュミール事業のうち、フィッシュミールの製造を O 商店、原材料の仕入れ、フィッシュミールの販売やそれらの運搬を Y 商店が行うこととし、それぞれの会社を K 氏と、K 氏の兄である T 氏に任せることとした。そのため、Y 商店の協力が得られなければ、特に原材料の仕入れがスムーズに行かなくなり、O 商店の事業が立ち行かなくなる関係にあった。

また、O 商店の業務に従事している者のうち主力の 3 名（O 商店の従業員 1 名、Y 商店の従業員で O 商店に出向している者 2 名）は T 氏の息子であり、K 氏から見れば甥に当たる関係にあった。そのため、

一族が一体となって債権者申立てによる会社更生手続に反発し非協力的な態度を取ることが懸念された。

- ④ 償却資産税約 5900 万円の未申告が判明したこと。すなわち、O 商店は、フィッシュミール工場の機械設備等を取得したにもかかわらず、設置工事が未完成であるとして申告をしていなかった。しかし、既にフィッシュミール工場を稼働させて営業を開始している以上、かかる理屈は通用せず、正しく申告した場合、約 5900 万円の償却資産税の納付義務が発生することが判明した。

一方、調査委員が入手した直近の決算書によれば O 商店に債務超過・支払不能の状況が認められ、また、過大な負債を整理し、経営の効率化が進められれば、事業の収益性を確保できることも見込まれ、事業の再建可能性がないことが明らかとはいえないと判断された。また、O 商店は、本件弁済契約の履行を怠る一方で、金融機関に対する約定弁済を継続するなど一部の債権者にのみ弁済を続けており、K 氏が更生会社の業務及び財産管理処分権限を有した状態を継続させた場合、債権者間の不平等が拡大するおそれがあった。

そこで、更生会社の更生の見込みの調査をさらに遂げ、その事業及び財産を保全するため、平成 29 年 12 月 18 日、裁判所から、保全管理命令が発令された。

5 保全管理業務の概要

保全管理命令の発令後保全管理人は、直ちに 4 で上述したような困難な状況の克服にあたった。

(1) 資金繰りについて

資金繰りについては、加工協の関係先から500万円のDIPファインダンスを受けるとともに、在庫のフィッシュミールの販売を進めて、当面の資金繰りを確保した。

（2）K氏及びその親族らとの関係について

K氏については、当初の段階では更生手続に非協力的な態度を取る可能性も懸念されていたが、更生手続を通じてO商店の財務状況を改善し事業を存続させることは、O商店及びY商店においてフィッシュミール事業により生計を立てているK氏及びその親族らにとっても利益のあることであると説得し、更生手続に一応の協力を得ることができた。

O商店が東京から距離のある岩手県久慈市に所在しており、資金繰りの制約から保全管理人団の弁護士が常駐することができなかったことや、競りによるラウンド魚の仕入れの判断等、事業運営上K氏の経験に頼らざるを得ない業務も多かったことから、保全管理人は、K氏との間で業務委託契約を締結して、引き続きO商店の業務遂行を依頼した。一方、重要な業務については保全管理人団の決裁事項としてK氏の独断で行うことができないこととし、更生手続の公正が害されることのない体制を構築した。

Y商店の取締役であるT氏やその息子らも、更生手続によるフィッシュミール事業の再建に理解を示し、K氏以上に更生手続きに協力的な姿勢を示した。

（3）代表者長男からの不動産等の回復

ア 代表者長男への不動産等の譲渡

保全管理命令発令後の最も大きな課題は、O商店の工場の土地建物、及び遠心分離機等の主要な機械設備（以下「本対象資産」

という。)が、K氏の長男に譲渡(以下「本譲渡」という。)されている事実であった。保全管理人団が代表者等の関係者から聞き取りをした結果、平成28年10月頃、O商店が本件弁済計画を予定どおりに遂行できないことが見込まれたために、主要な資産が差し押さえられることを防ぐ一環として、本対象資産の名義も長男に変更したとのことであった。なお、本譲渡の譲渡代金は約3000万円であったが、長男は従前2800万円をO商店に貸し付けており、本譲渡の対価の支払いは、当該貸付金を事実上充当したとのことであった(差額の支払いの事実は確認できなかった)。

イ 賃貸借契約の締結

本対象資産については、O商店から長男に譲渡された後、長男を貸主、O商店を借主として、本対象資産について賃貸借契約(以下「本賃貸借契約」という。)を締結していた。月額の賃料は総額83万1000円であり賃貸借期間は3年であった。会社前会社は当該賃貸借契約に基づき、実際に毎月長男に同額を支払っていた。

ウ 名義回復の必要性

仮に本譲渡と本賃貸借契約の有効性を認めた場合、月額83万1000円の賃料支払義務がO商店に存続するところ、O商店には、毎月これだけの賃料を支払い続けるだけの原資はなかった。もし賃料の支払ができない場合は、賃料不払を理由に本賃貸借契約を解除され、その結果としてO商店が事業を継続できない可能性もあった。

また、本対象資産の所有名義が長男のままの状況下では、O

商店にスポンサーがつくことは考え難い結果、「O商店に更生の見込みがあるとはいえない」として、更生手続の開始決定が受けられない状況に陥ることが考えられた。

そのため、長男との間で本譲渡と本賃貸借契約を遡って合意解除し、本対象資産の所有権をO商店に早急に回復することが必要であった。

エ 否認の可否

以上のように、本対象資産の所有権をO商店に回復させることが最優先課題であったが、そのための法的ロジックとして、以下のような点を検討した。

① 資産売却の許害性（オーバーローン物件譲渡の否認の可否）

対象不動産には金融機関の担保権が設定されていたところ、対象不動産を個別に評価すると、その資産価値は、被担保権の残債務額を大幅に下回る明白なオーバーローン状態であった。この点、明白なオーバーローン物件であることから、長男に名義変更がなされたとしても、抵当権を長男に対抗できる以上、否認対象行為に該当しないとの考えもあり得た。

しかし、個々の資産としては価値が存しなくとも、ゴーイングコンサーンをベースに事業全体として一体処理をすればより高額な評価が可能となる場合は、否認の対象になるとの考えもあり得る。

この点、本対象資産は、O商店の主たる工場の建物、その底地、倉庫及び機械・設備であり、O商店の事業継続には必要不可欠の資産であるところ、事業を軌道に乗せれば相応の営業利益を出すことができるところ、本対象資産を切り売りす

るよりはより高額な評価が可能と考えられた。

② 偏頗弁済的要素

本対象資産の譲渡対価については、O 商店が現金で支払ったのではなく、長男が O 商店に対して有していたと考えられる貸付金と両者の合意により相殺処理されていた。しかし、本譲渡は、O 商店が金融機関を除く主要な債権者との間で締結した債務弁済契約が実質的に実行不可能に陥った時期以降になされたものであった。

かかる当事者間の合意に基づく相殺処理は、支払不能後の弁済として実質的には偏頗弁済に該当すると考えられた。

③ 賃貸借契約の許害性

本対象資産（一部の土地を除く。）を対象として締結された本賃貸借契約における賃料は、本譲渡契約の譲渡対価と比較すると極めて高額なものであった。特に、本対象資産のうち、建物と機械・設備の譲渡対価は、金 1350 万円であるところ、これらに対する年間の賃料は金 900 万円強と、1 年半で譲渡対価を回収できるほどの高額であり、かかる賃料の支払が、O 商店の経営を圧迫している状況にあった。

オ 代表者長男の説得

保全管理人団は、上記のような否認に対する法的ロジックが成り立ちうるとしても、これを法的に争った場合には解決に時間がかかり、その間に資金繰りが枯渇してしまうことが危惧されたことから、かかるロジックを説明した上で、以下のような点について説明を加える事で、代表者長男の説得に努めた。

【名義を戻さない場合】

対象不動産については既に抵当権が設定されているところ、O商店の更生手続が開始された場合、抵当権者が担保権を実行することが見込まれるが、対象不動産には余剰が見込まれないため、抵当権を実行されると担保権実行により、長男には金銭は入らない。

また、仮に、現状のように本対象資産の名義が長男になっている場合、まともなスポンサーが現れることは考え難い。その結果、O商店は破産となる可能性が高まり、従業員の職が失われるだけでなく、長男も賃料を含め何も得られないまま終わる。

【名義を元に戻した場合】

仮に名義をO商店に戻した場合、（既に受領済みの賃料相当額を差し引いた残額の）長男からO商店への貸付金の残額を、更生会社に対する更生債権として、長男とO商店間で和解をすることができるとする。

名義が統一されることでより好条件でスポンサーを獲得することができ、そのことによって一般更生債権者への弁済額も上がる結果、一般更生債権者たる長男の弁済額も拡大できる可能性がある。

カ 和解内容

代表者の長男に対して、以上のような点を粘り強く説得した結果、以下のような内容で和解するに至った。

- ① 本譲渡契約を同契約締結日に遡って合意解除する。
- ② 本賃貸借契約を同契約締結日に遡って合意解除する。
- ③ 本譲渡契約が遡って合意解除された結果として発生する譲渡対価の返還請求権が更生債権となることを確認する。

- ④ 本賃貸借契約が遡って合意解除された結果として発生する、賃料 14 ヶ月分の賃料相当額の返還請求権を保全管理人が有することを確認する。
- ⑤ 本譲渡対価返還請求権に基づく債務と本賃料返還請求権に基づく債務を、対当額にて合意相殺する。
- ⑥ 前項に基づく本譲渡対価返還請求権の相殺後の残債権額金について、会社更生手続において更生債権として届け出ることにつき合意する。

6 更生手続開始決定

以上のとおり、大きな懸念点の多くがとりあえずの解決に至ったことを受け、裁判所は、平成 30 年 2 月 10 日、O 商店について更生手続開始決定を発令した。

7 スポンサー選定

(1) スポンサー確保の困難性

本件更生手続においては、申立てに至る経緯から元代表者による経営は認められないこと、また更生債権に対する弁済原資及び運転資金の確保から、スポンサーの存在が必要不可欠であった。しかし、以下のような特殊性からスポンサーの確保は困難を極めた。

- ① フィッシュミール事業の特殊性（事業内容について知見を有した者が少ない）
- ② フィッシュミール事業の収益の確実な予測の困難性（イワシ・サバ等の水揚量に大きく左右される）
- ③ 事業規模が小さく、他の地域からわざわざスポンサーの成り手が現

れることが期待できないこと

- ④ 地元業者は震災の傷が癒えきっていないこと
- ⑤ 債権者申立事件であり現経営者に請われる形でスポンサーに就任するのではなく現経営者を排除する形でスポンサーになることについて、余計なトラブルを背負い込むことに対する懸念

(2) スキームに対する制約

スポンサーに事業を承継する場合、会社更生手続により過去債務は基本的に遮断できるとしても、予見できない共益債権等を遮断するために、事業譲渡や会社分割が好まれる傾向がある。特に本件のような債権者申立ての案件において、事業や取引関係の把握が十二分にできているとは言えない場合には尚更である。

しかし、本件においては、以下のような問題があったため、いわゆる減増資スキームによるしかなかった。

ア 補助金問題

役所からの補助金を用いて設備投資等をしていた場合、償却期間中は、補助対象物を売却等する場合に役所の許可を要するとともに、一定額を返金する義務が発生する。この点、補助対象物の売却を倒産手続開始後に実施した場合、当該返還義務は、基本的には共益債権（財団債権）として扱われることが多い。

本件では、補助事業の対象で導入された機械設備が大半であったところ、不要な施設で売却価値があるものを第三者に売却・承継（事業譲渡や会社分割を含む）した場合、補助金の返還義務が発生し、かつ共益債権となるとの見解が役所から示されたため、事業譲渡や会社分割、その他動産の個別売却をすることができなかった。

イ 化製場設置許可問題

更生会社の事業である魚介類等を原料とする飼料その他の物の製造は、都道府県の許可を受けた化製場でなされる必要があった（化製場等に関する法律第3条第1項、同法第8条）。また、当該化製場の許可については、会社分割や事業譲渡等では承継の対象とできないため、これらの手法による場合は、受皿会社において新規に許可を取得する必要があった。

もっとも、化製場等に関する法律第4条では、「都道府県知事が公衆衛生上害を生ずるおそれのある場所として指定する場所」（同条第3号）に該当するときは、「都道府県知事は許可を与えないことができる」とされている。この点、県の環境生活部としての回答は、当該条項を受けた条例に基づき、更生会社の従前の工場を使用する限り、新規の許可を与える事はできないという内容であった¹。

当方からは、法はあくまでも「許可を与えないことができる」という文言なのだから、「与えることもできる」はずであることや、対象となる役所や公園は、更生会社の工場が設置された後に開設された点等をあげ反論したものの、県の回答を変えることはで

-
- 1 岩手県の化製場等に関する法律施行条例第3条第3項は、「都市公園等、遊園地、その他これに類似する場所から200メートル以内の場所」（同項第2号）、「官公署、学校その他これらに類似する施設から200メートル以内の場所」を、法第4条第3号の「公衆衛生上害を生ずるおそれのある場所」として指定していた。

この点、更生会社の工場の半径200メートル以内には、国土交通省の事務所と、公園が存在するところ、これらの施設の存在が、上記条例の当該条項に該当する結果、「公衆衛生上害を生ずる」との判断が県からなされた。

きなかった。

そのため、スポンサーに承継するためのスキームとしては、いわゆる減増資スキームにより更生会社の法人格を用いる他なかった。

（３）スポンサー候補企業との折衝経緯

管財人団においては、更生会社の取引先、県外の同業他社、その他チキンミールの製造事業を展開する企業等、更生会社の事業に興味を持つ可能性がある先には、幅広くその意向を打診した。しかしながら、更生会社の更生計画遂行に要する資金を単独で賄うことができるスポンサー候補は最終的に現れなかった。

この点、畜産物のレンダリング事業者たる A 社がスポンサーとして名乗りをあげたものの、必要な資金を単独では拠出できないとして一旦は辞退することとなった。もっとも、その後 A 社の関連会社たる C 社を中心に、他社と共同でスポンサーになる方法を模索することとなった。そこで、C 社から紹介を受けた青森県八戸市にて水産加工業を営む B 社、及び加工協に対し共同スポンサーとなることを打診した。かかる交渉は難航を極めたが、管財人団、加工協、B 社、及び C 社間で粘り強く協議を続けた結果、三者が更生会社に共同出資及び融資をすることで協議が成立した。もっともこれら三者が拠出できる金額は極めて限られていた。そのため、管財人団において、更生計画を通すための最低限の原資について、様々なパターンを検証した上で三者に対し率直にこれだけの拠出金が必要であると説明を重ね、最終的に合意を得る事ができた。

（４）スポンサー間の役割分担

三者でスポンサーになることとなったが、三者それぞれの役割は次

のようなものであった。

加工協は、更生会社の隣の敷地に存在し、更生会社の事務的な業務処理面を含め、更生会社としては実務面のサポートを得やすい環境にある。更生会社に正規雇用従業員が最終的には皆無になった状況であったため、加工協が人的サポートをすることとなった。

B社は、八戸漁港で水揚げされるラウンド魚を入札することができる。同漁港の水揚げ量は、久慈市近辺の漁港での水揚げ量と比較にならないほど大規模なものである。従って、仕入面でのメリットを享受することができた。

C社においては、更生会社の製造した商品を、国内・国外を問わず広く販売するための販路を有している。また、同社は更生会社が製造するフィッシュミールについて、製造した翌日に工場出荷を待つことなく買い入れることを提唱した。この点、ラウンド（丸魚）を仕入れる場合、相当な金額となる仕入代金の決済を数日内に実行せねばならない一方で、ラウンドを用いたフィッシュミールを現金化できるのは数カ月先になるという資金繰り上の問題が存在していた。そのため、更生会社としてはラウンド魚の入荷に大きな制約が存在していたところ、C社がかかる買受対応をすることで、更生会社は事実上現金の持ち出しを最小限に抑えることができるため、資金繰りが大幅に改善するというメリットが存在した。

（5）スポンサー契約の内容

以上のような協議を経たうえで、三者が総額金 9800 万円（加工協が金 2300 万円、B社が金 5000 万円、C社が金 2500 万円）を更生会社に対して拠出することとなった。

8 更生計画立案に必要な資金の確保

管財人団では、スポンサーとの交渉を進めながら、共益債権（運転資金として確保すべき金額を含む。）、更生担保権、優先的更生債権及び一般更生債権に対する必要支払額と、その支払原資としての現預金、スポンサー拠出金、その他を対比させた表を作成し、一般更生債権に対する弁済率を最低限と考えられる1%と仮置きして何度も更新してシミュレーションを行った。

管財人団では、スポンサー拠出金により、更生計画立案に必要な資金が全部確保できることを目標にスポンサーとの交渉を行っていたが、それが総額金9800万円に留まり、それのみでは更生計画立案に不足することが明らかとなったことから、管財人団において、更生計画を成立させるために別途様々な方策を検討する必要に迫られることになった。

検討の結果、更生計画立案に必要な資金の確保のために有効と考えられる方策は、支払額を抑えるものとして、①更生担保権の評価について、より高い評価を主張する金融機関の理解を得ること、②租税債権の減免を受けること、支払原資を増やすものとして、③行政から運転資金の融資を受けること、④金融機関に対して否認権を行使し、偏頗弁済を受けた金額を債権者に対し再分配するために取り戻すこと、の4つが考えられた。

9 否認問題と更生担保権

（1）概要

上記8の①④に関連する問題である。

更生会社は、平成27年4月以降、弁済期の到来した工事代金債務合計468百万円及び加工協に対する補助金相当額の返還債務

253 百万円の合計 721 百万円について支払を怠る一方で、保全管理命令発令（平成 29 年 12 月 18 日）まで、取引金融機関 6 者に対する借入債務総額 315 百万円については約定返済（以下「本件約定返済」という。）を継続していた。

本件約定返済は、偏頗行為否認（支払不能後の弁済）（会更 86 条の 3 第 1 項 1 号イ）に該当し、かかる債権者間の不平等を是正し、本件約定返済額（総額 103 百万円）を更生会社の財産に回復したうえで、債権者に公平に再分配することが、管財人としての重要な職責と考え、各取引金融機関に対し、本件約定返済額の返還を求めて否認請求の申立てを行った。

（2）主な争点

否認請求における主な争点は、①更生会社が支払不能に陥った時期（債権者 9 者との間の本件弁済契約締結により支払不能状態が解消されるかという問題を含む）、②取引金融機関が支払不能を認識した時期の 2 点であった。これらの時期が早くなればなるほど、否認権の行使により金融機関から返済される金額が多くなる関係にある。

（3）和解に至る経緯・考慮要素

ア 本否認請求は、最終的には、各取引金融機関がそれぞれ、更生会社に対し、申立代理人らによる取引金融機関への事前説明（本更生手続を申立て予定であることの事前説明）をした日以降の約定返済額相当額（総額 15 百万円）を解決金として支払うことで、全ての取引金融機関との間で和解（以下「本和解」という。）が成立した。

イ 管財人団としては、本件約定返済額の総額 103 百万円全額の返還を求める本否認請求の申立てには相応の根拠があるものと考

えていたが、以下の諸点を考慮して、本和解に応じることとした。

- ① 更生会社は小規模な会社であり、その資金繰りは厳しい状況にあったところ、否認請求手続が長引き、否認訴訟にまで発展した場合などは、否認問題が解決する前に資金ショートするおそれ存在したため、早期解決の必要性があったこと
- ② 本和解を成立させることで、更生担保権についてより高い評価を主張していた金融機関も、管財人による評価を争わず、同問題が早期に解決する目途が付いたこと
- ③ 更生会社の取引金融機関は、本更生事件における更生担保権の組及び一般更生債権の組の両方の大口債権者でもあり、いずれの取引金融機関も否認問題が解決しなければ更生計画案に同意ができないとの意向であった。そこで、更生計画を成立させ、スポンサーに事業を譲渡することで更生会社の事業を再建し、一般の更生債権者に破産配当よりも多くの弁済を行うためには、否認問題を更生計画案に対する議決票提出期限までに解決して、更生担保権者たる取引金融機関の同意を取り付ける必要性があったこと
- ④ 並行して行政に打診していた租税債権の減免と運転資金の融資について内諾が得られ、本和解による返還額で更生計画の立案に必要な資金が確保できる見通しとなったこと

10 租税債権の減免

上記8の②に関連する問題である。

重要港である久慈港を有し、水産業を主な産業の一つとしている久慈市にとって、地元でフィッシュミール事業者が存続することは非常に重要で

あった。

管財人団は、調査命令発令直後から、県・市と定期的に綿密な打ち合わせを重ねる中で、久慈市とも信頼関係を構築していたので、同市に対して、このままでは更生計画立案に必要な資金の確保ができず、破産に至る恐れがあることを説明して、償却資産税等の市税の本税部分の75%免除を要請した。この際、破産に至った場合には、市税は財団債権に当たるとはいえ、スポンサーからの拠出がなされない結果、その回収率は25%を大きく下回る見込みであることを伝えた。

久慈市は、かかる管財人からの要請に理解を示し、租税債権減免に応じてくれた。これにより、優先的更生債権に対する要弁済額が、約4400万円圧縮された。

なお、更生計画において、会社更生法169条に基づいて地方税の減免についての同意を求める場合、地方税の減免は地方自治法96条1項10号における「権利を放棄すること」に該当すると解されるので、「法律若しくはこれに基づく政令又は条例に特別の定めがある場合を除くほか」は議会の議決が必要とされる。これについて、久慈市は、会社更生法169条の存在それ自体を「法律に特別の定めがある場合」と解して処理を行ったようである。

11 運転資金の融資

上記8の③に関連する問題である。

当初は、金融機関からの借入れを模索しており、加工協のメインバンクや、岩手県の紹介で公的金融機関に相談をしたりしたが、いずれも融資は実現せず、最終的に久慈市に融資を依頼することになった。

久慈市は、この点でも更生手続に協力してくれ、補正予算案を組む中

で、市議会で加工協に対する 2000 万円の低利融資の融資枠を設定することを可決した。これにより、加工協は、当該融資金をさらに更生会社に貸し付ける形で更生会社の運転資金に充てることができるようになった。

12 更生計画案の提出から終結まで

上記 9、10、11 の結果、なんとか更生計画立案に必要な資金の目途が付いたことから、管財人団は、平成 30 年 7 月 31 日、更生計画案を提出した。

裁判所は、同年 8 月 10 日に久慈市が加工協を通じた更生会社の運転資金の融資のために融資枠を設定することを含めた補正予算案を編成したことを確認した上で、同年 8 月 17 日、付議決定を行った。

更生計画案に対する投票の結果は、更生担保権の組 100%、一般更生債権の組 80.48% の賛成で、無事可決となった。

同年 9 月 28 日、久慈市の補正予算案が可決されたことを確認した上で、裁判所は、同年 10 月 5 日、更生計画認可決定を行い、同決定は同年 11 月 7 日確定した。

同年 12 月 18 日には、停止条件付更生債権を除き、更生計画に基づく弁済が完了したことから、裁判所は、同年 12 月 27 日、更生手続終結決定を行った。調査命令の発令から約 1 年後のことであった。

配偶者居住権における区分所有登記の活用について

不動産法部

〔不動産法部〕

*目次

一 はじめに	80	三 事例検討	83
二 配偶者居住権の概説	81	四 区分所有登記の活用	90

一 はじめに

平成30年7月6日、民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律(平成30年法律第72号)が成立し(同年7月13日公布)、平成30年1月から段階的に施行されている。

同法では、我が国の高齢化の進展に対応するため、残された配偶者の生活に配慮する観点から、配偶者の居住の権利を保護するための方策が盛り込まれた。いわゆる配偶者居住権である。配偶者居住権の規定は、民法第五編第八章に置かれ、その第一節(1028条から1036条)が配偶者居住権、第二節(1037条から1041条)が配偶者短期居住権となっている。これらの規定については、改正債権法と同日の令和2年4月1日から施行されることになっている。

本稿は、表題のとおり、登記が対抗要件となっている配偶者居住権における区分所有登記の活用を促すものである。以下では、まず新設される配偶者居住権について概説し(二)、次いで、一つの事例の検討を通して配偶者居住権との関係で考えられる問題点を指摘し(三)、最後に、それらの問題点が居住建物の一部について配偶者居住権を認めないことに起因し、実務上は区分所有登記を活用することによって問題点が解消される場合もあると思われることから、区分所有登記の活用を提案するものである(四)。

なお、本稿中、意見にわたる部分は筆者の私見であり、当研究部及び筆者の所属する組織・団体の見解を示すものではないことをあらかじめお断りする。

二 配偶者居住権の概説

1 制度創設の趣旨

配偶者居住権とは、被相続人の配偶者に対し、被相続人が相続開始時に居住していた同人所有の建物を対象として、終身又は一定期間、その建物全部について無償での使用及び収益を認めることを内容とする「賃借権類似の法定の債権」（堂蘭幹一郎ほか『概説 改正相続法』 きんざい 2019.4.10(以下『概説』) 14 頁、堂蘭幹一郎ほか『一問一答 新しい相続法』 商事法務 2019.3.25 (以下『一問一答』) 18 頁) である。

高齢の配偶者としては、従前の住環境での生活を継続して居住権を確保しつつ、生活資金として預貯金等の流動資産についても確保しておきたいとの希望を持つ場合が少なくない。改正前には、居住権を確保するためには、配偶者が居住建物の所有権をその敷地権を含めて相続するか、居住建物を相続した者との間で賃貸借契約等を締結する等の方法がとられていたが、前者では敷地を含めた居住建物の評価額が高額となることから他の遺産を取得できなくなって（かえって代償分割によって自己の預貯金を拠出せざるをなくなる場合もあって）、生活資金を十分確保できず、後者では配偶者の居住権を確保できるかどうかは居住建物を相続した者の意思次第ということになり、配偶者の居住権が確保されないおそれもある。そこで、配偶者のために居住建物の使用収益権限を認め、処分権限を認めない権利を創設することによって、配偶者の居住権と生活資金の確保ができるよう配偶者居住権の制度が新設された^(注1)。

なお、「配偶者居住権は、配偶者が建物使用の対価を支払うことなく排他的な利用権を取得することができることにその存在意義がある」（『概説』 11 頁）とされており、配偶者は、配偶者居住権の存続期間中、使用

収益に対する対価すなわち賃料相当額の対価を支払う義務を負うものではない（1028 条 1 項柱書）^(注2)。

2 成立要件

配偶者居住権の成立要件は、①配偶者が相続開始時に被相続人所有の（被相続人と配偶者以外の者との共有でない）建物に居住していたこと^(注3)、②その建物について配偶者に配偶者居住権を取得させる旨の遺産分割、遺贈または死因贈与契約がなされたことである（1028 条 1 項、554 条^(注4)）。

3 効力

(1) 居住建物の使用及び収益

配偶者は、無償で居住建物の全部を使用及び収益することができる反面（1028 条 1 項本文。もっとも、居住建物の所有者の承諾を得なければ、居住建物を第三者に使用・収益させることはできない（1032 条 3 項）^(注5)）、従前の用法に従って、善良なる管理者の注意をもって居住建物を使用・収益しなければならない義務を負う（1032 条 1 項本文）。

他方、居住建物の所有者は、配偶者が無償で居住建物を使用することを受忍すべき義務を負う^(注6)。

(2) 存続期間

配偶者居住権の存続期間は、原則として配偶者の終身の間とされるが、遺産分割協議、遺贈または死因贈与の遺言に別段の定めをすることができる（1030 条）^(注7)。

(3) 登記請求権

通常の建物賃借権は建物の引渡しを対抗要件としている。（借地借家法 31 条参照）。

他方、配偶者居住権は、その対抗要件を居住建物の引渡しとすると、相続開始時に居住建物に居住していたことが成立要件となっている配偶者居住権の公示手段としては、従前と何ら外観上の変化がないことから不十分である（『一問一答』19頁、『概説』19頁）。そこで、居住建物の引渡しを配偶者居住権の対抗要件とはせず、配偶者居住権の登記をしなければ第三者に対抗できないとした（1031条2項、605条）。

そのため、配偶者は居住建物の所有者に対し配偶者居住権設定登記請求権を有し、居住建物の所有者は配偶者に対し配偶者居住権設定登記義務を負うものとされた（1031条1項）^{（注8）}。

（4）一身専属権

配偶者居住権は、配偶者が相続開始時に居住している建物に対する居住権を保護するために法律上特に認められた権利であり、帰属主体は配偶者に限定され、配偶者の死亡によって消滅することから相続の対象にもならず（1036条、597条3項）、第三者に譲渡することもできない（1032条2項）。そのため、配偶者居住権は、「帰属上の一身専属権」（『一問一答』18頁、『概説』14頁）とされる。

三 事例検討

配偶者居住権が利用される典型的な場面として想定されているのが、被相続人となるAがBとの間に子Yをもうけたものの、Bに先立たれ（またはBと離婚し）、その後Xと再婚したケースである（XY間に養子縁組はない）。仮に、YがAXの実子であれば、Xが相続したAの財産は、いずれYに相続されることが見通せる。しかし、このケースのようにXがAの再婚相手となると、YとXが養子縁組をしない限り、Xに相続されたAの財

産がYに相続されることはないし、養子縁組をしたとしてもXに他に実子がある場合は、Xに相続されたAの財産がY以外にも承継されてしまう。特に、Aが行っていた事業の跡継ぎがYである場合やAに先祖伝来の資産があるなど、主要な遺産を実子であるYに継いでもらいたい場合には不都合を感じる場合も少なくない。他方で、Aとしては、自己の死亡後のXの生計維持にも配慮しなければならない。このような場合に、配偶者居住権を活用することが典型例であろう。

以下では、上記A X Yの親族関係を前提として、次のような事例について、いくつかの論点について検討する。

- 被相続人Aは、1階が店舗、2階が住居の建物（以下「本件建物」という。）を所有していた。Aの相続人は、配偶者X及び先妻との間の子Yであった。本件建物の1階と2階は構造上及び機能上の独立性があり、区分所有登記をしようと思えばできる物件であったが、区分所有登記はされていない。
- 1階店舗部分（以下「店舗部分」という。）はZに賃貸されており、2階住居部分（以下「居住建物部分」という。）にはAとXが居住していた。
- Aは、Yに本件建物と敷地の所有権を相続させ、Xに本件建物について配偶者居住権を遺贈するとの遺言書を作成して死亡した。
- 遺言によって指定された遺言執行者は、本件建物について、終期をXの終身とする配偶者居住権の設定登記を行った。

1 賃借人に対する明渡請求の可否

- (1) 前述のごとく、配偶者居住権の効力は、居住建物全部に及ぶことから、Xの配偶者居住権は、居住建物部分のみならず店舗部分にも及ぶことになる。そこで、Xは、Zに対して、店舗部分の明渡を請求

することができるか。

配偶者居住権の登記を備えた配偶者は、配偶者居住権を第三者に對抗することができ(1031条2項、605条)、妨害排除請求権が認められる(1031条2項、605条の4・2号)。配偶者居住権は賃借権類似の法定の債権であるが、通常の建物賃借権と異なり、引渡しを対抗要件とはしていないことは前述した。

他方で、Zは既に店舗部分の占有をしているのであるから、賃借権の対抗要件を備えている(借地借家法31条1項)。そのため、配偶者居住権を取得した配偶者Xが、Zに立退きを求めることはできないことに争いはない。

そうすると、「居住建物の全部」について配偶者居住権の効力を及ばせたことや配偶者居住権の登記が居住建物の全体になされることとの齟齬が生じてしまうのではないかという問題が生じる。

(2) なお、この結論を導く根拠については理論的な争いがある。

この結論を導く根拠について、一方で、賃借権は建物の引渡しが対抗要件となり、配偶者居住権は登記が対抗要件となって(1031条2項、605条)、両者は対抗関係に立ち、先に引き渡されている賃借権が優先するとの見解がある(『一問一答』16頁、『概説』21頁注3。以下「対抗問題説」という)。

他方、同一の目的物について先に対抗要件を備えた賃借権が存在する場合、後の賃貸借契約は履行不能となり、解除を待たずして消滅し、賃料も発生しないという理解から(我妻栄『債権各論 中巻一(民法講義Ⅴ2)』岩波書店1957.5.30・469頁以下参照)、賃借権類似の配偶者居住権についても、少なくとも構造上及び機能上の独立性がある建物部分について既に対抗力ある賃借権が存する場合にはその

部分についての賃借権は消滅し、対抗問題にはならないとの見解も成り立ちうる（以下「一部無効説」という）。

いずれの見解からも、XがZに対して店舗部分の明渡しを求めることはできないが、賃借権に関する伝統的な理解はおそらく後者であろうから、配偶者居住権についても、一部無効説のように少なくとも構造上及び機能上の独立性がある建物部分について既に対抗力ある賃借権が存する場合には、その部分については効力を生じないとの解釈を採用すべきように思われる。配偶者居住権を取得した配偶者と賃借人が対抗関係に立つのは、いわば二重に賃借権が設定された状態となる、Zが相続前からテナントに入っていたのではなく、Aの死後、Xが配偶者居住権の登記をしようとした矢先に、Yが建物の1階部分にZをテナントとして入れた場合に限られるであろう^{（注9）}。

2 賃借人に対する賃料請求の可否

配偶者居住権の効力は居住建物全部に及び、配偶者は居住建物の全部を使用及び収益することができることから、Xは、Zに店舗部分の明渡しを求めることができないとしても、賃料を請求することはできないか。

前述の対抗問題説を採用すると、配偶者居住権は居住建物全体について使用・収益しうることから、XはZに対する明渡しを求めることはできなくても、賃料を請求することはできそうであるが、そうではないらしい。対抗問題説に立つ『一問一答』は「配偶者は、賃借人に使用収益権限を対抗しえず、賃借人は賃貸人の地位を承継した所有者に賃料を支払うことになる。」（16頁）と述べ、『概説』においては「配偶者居住権の成立と、既に成立している賃貸借上の地位の承継は別問題であるから、当該第三者から収受している賃料については、当該賃貸借契約に係る賃貸人の地位を承継する者が取得することになり、通常は居住建物の所有者が取得す

ることになるものと考えられる」(21 頁注 3) として、配偶者による賃料請求を認めていない。

他方、一部無効に立った場合には、論理的帰結として、XはZに対して賃料を請求することはできない^(注10)。

配偶者居住権の効力は、あくまで「居住権」であり、居住の用に供していなかった部分については、「居住の用に供することを妨げない」(1032 条 1 項ただし書) にすぎないのであるから、やはり居住権の帰属と賃料債権の帰属とは別個に考えるべきべきであろう。したがって、Xは、Zに対して、Yの承諾ある場合を除き、賃料を請求することはできない^(注11)。

配偶者 X としては、Z に対する明度請求も資料請求もできないというのであれば、店舗部分に対する配偶者居住権が認められる実益はなく、かえって配偶者居住権の評価にあたって店舗部分も含めた資産評価がなされ、遺産の取り分が減るのではないかとの疑念を抱かせてしまう。

3 賃借人退去後の新たな賃貸借契約締結の可否

- (1) Zの賃貸借契約が終了して退去した後、Xは新賃借人を募集し、新たな賃貸借契約を締結することができるか。

前述の一部無効説に立つ場合には、そもそも店舗部分に対して配偶者居住権の効力は生じておらず、配偶者に使用・収益権はないのであるから、Xは新たな賃貸借契約を締結することはできないことになる。もっとも、一部不能となっても後に現実的に履行可能となった場合については効力の復活を認める見解もありうる。他人物売買等で一旦履行不能となった後に、売主が目的物の所有権を取得した場合には、買主は売買契約に基づく目的物の引渡請求が可能という考え方と同じ発想である。

対抗問題説によれば、Zが退去した場合には、論理的には、対抗

問題によって劣後した店舗部分については遺贈が履行不能となり、効力が生じないと考えるとXが新たな賃貸借契約を締結することはできないが、配偶者居住権は後順位として潜在的には存在しており、第三者の建物の一部の賃貸借が終了したときには、配偶者居住権が顕在化し、第三者が使用していた部分についても効力が生じるようになるとの考え方も成り立ちうる。

もっとも、配偶者居住権の効力が生じる又は復活するとしたとしても、法文上は、Xは、Zの賃貸借が終了し、Zが店舗部分を明け渡した後であっても、「居住の目的」の範囲内でしか「従前居住の用に供していなかった」店舗部分を使用することができないのであるから（1032条1項ただし書参照）、結論的にはYの承諾ある場合を除きXが新たな賃貸借契約を締結することはできない^{（注12）}。

- (2) 他方、Yが第三者と新たな賃貸借契約を締結することはできるであろうか。

配偶者居住権の効力は建物全体に及ぶことから、Xの配偶者居住権の効力は店舗部分にも及んでおり、Z退去後もYは店舗部分について新たな賃借人と賃貸借契約を締結することはできないことになるのであろうが、そうすると、資産の有効利用が著しく制限されてしまうことになる。

もっとも、前述の一部無効説及び対抗問題説のうち履行不能部分の賃借権は消滅するとの見解によれば、もともと店舗部分については配偶者居住権の効力は及んでいないことから、Yが第三者と新たな賃貸借契約を締結することは可能であろうが、配偶者居住権の効力を居住建物の全部に及ばせたことと矛盾することになってしまう。

4 Aの配偶者居住権に関する遺贈の有効性

理論的な問題に過ぎないかもしれないが、前述の対抗問題説と一部無効説に関連して、Aの配偶者居住権に関する遺贈の効力が問題となる。

対抗問題説に立つて、店舗部分に対する配偶者居住権も後順位として潜在的に存在するとの見解によれば、Xが店舗部分に関して対抗問題でZに劣後するとしても、Aの遺贈はその全体について効力自体は生じており、Aの遺言の効力に関する問題は生じない。Xは、Zの賃貸借が終了し、Zが店舗部分を明け渡した後は、「居住の目的」の範囲内であれば、店舗部分（「従前居住の用に供していなかった部分」）を使用することができる（1032条1項ただし書参照）。

他方、対抗問題説に立つて店舗部分に対する配偶者居住権の遺贈を一部履行不能とする見解及び一部無効説によれば、既に建物の一部について賃借人がいる建物に対して配偶者居住権を遺贈した遺言は、既に賃貸していた部分について配偶者居住権を遺贈した部分に限り効力が生じないことになる。

そうすると、配偶者居住権は、建物の全部を対象として成立するものであり、建物の一部についてのみの配偶者居住権の成立を認めることはできないとされていることから（『潮見詳解』339頁、『一問一答』15頁、『概説』16頁）、配偶者居住権の遺贈自体が認められないという事態を招来しかねない。

5 居住建物部分の配偶者居住権を遺贈するとの遺言の可否

事例を変えて、Aが、Xに対し、居住建物部分についてのみの配偶者居住権を遺贈するとの遺言をした場合、かかる遺贈の効力が問題となる。

配偶者居住権は、建物の全部を対象として成立するものであり、建物の一部についてのみの配偶者居住権の成立を認めることはできない（前述）。したがって、居住建物部分についてのみの配偶者居住権を遺贈すると

のAの遺言については、無効と解さざるを得ないとなるであろうが、これではAの最終意思の実現が図れない。

四 区分所有登記の活用

1 事例検討に見る問題点とその対処法

上記のように、配偶者居住権の効力が居住建物の全部に及ぶといえども、配偶者Xとしては、賃借人Zに対する明渡請求も賃料請求もできず、Z退去後の新たな賃貸借契約の締結もできない。他方で、Z退去後に建物所有者Yが新たな賃借人を募集することもできないということになり、Xは店舗部分を住居としてしか使用できず、Yとしては資産の運用を害されてしまうという状況に陥ってしまう。また、仮にAが居住建物部分に限って配偶者居住権を設定するという遺言をしたとしても、その遺贈も無効ということになってしまうおそれがある。このような結論は当事者双方にとってメリットがない場合が多いであろう。ましてや、配偶者居住権の財産評価が建物全体についてなされてしまうと、評価額が高額になってしまうという不都合も生じてしまう。

これらの問題は、配偶者居住権の効力について居住建物の全部についてのみ生じるとしていることから招来するものである。すなわち、建物の一部につき配偶者居住権を認めることが可能であれば、前述の三1及び2の問題については、一部無効説を前提に相続開始時に配偶者が使用・収益が不可能な部分については、配偶者居住権の効力を生じさせないとする事で、本件の事例でXはZの対する明渡請求や賃料請求はできないとの帰結が導かれ、配偶者居住権の財産的評価も居住建物部分のみの評価としうることになり、問題がすっきり整理されるように思われる。また、同3の問題については、相続開始時に配偶者居住権の成立が不能な部分につ

いては、遺贈の一部についての効力を否定することによって、配偶者居住権成立後にZの賃借権が消滅した後もYは建物所有者として新たな賃借人に賃貸することができる。さらに、同4及び5の問題について理論的にも遺贈が無効となるおそれを排除できる。

そうすると、理論的にも実際上も相続開始時に使用・収益が不可能な部分については、配偶者居住権に関する遺言の効力を生じさせないほうがよいであろうと思われる。建物の一部についても配偶者居住権を一切認めないというのは立法の過誤と言えは言いすぎであろうが、不都合が生じることは否定できないであろう。そこで、実務の運用なり、解釈論としてこれを認める方向での法律・理論構成を考えなければならないのではないかと思う。この点について、単純・拙速との批判を免れないが、区分所有登記の活用を図るというのが私見である。

2 建物の一部につき配偶者居住権が認められる許容性

- (1) 建物の一部につき配偶者居住権を認めるか否かの解釈は、建物の「全部」(1028条1項柱書)か一部かを何を基準として判断するかという解釈論に帰着するのではないかと思われる。

そもそも、建物の一部について配偶者居住権を認めなかったのは、「建物の一部について配偶者居住権が成立することを認めると、建物全体についての配偶者居住権を取得するよりも低い評価額で配偶者居住権を取得することができることになり、執行妨害目的等で利用されるおそれがあることや、建物の一部について登記をすることを認めることが技術的に困難」という理由からとのことである(『概説』16頁、『一問一答』15頁、『潮見詳解』334頁)。

上記理由のうち、執行妨害目的等で利用されるおそれについては、権利濫用の法理でも対処可能であろうから、もっとも大きな理由は建

物の一部の登記が技術的に困難という点にあるように思われる。登記の技術的困難性を理由とする以上、現時点において建物の全部か一部かを判断するメルクマールは、登記の表示と解する見解が一般的なのであろう。しかしながら、実体として構造上及び機能上の独立性があり、区分所有登記をしようと思えばできる物件であれば、たとえ登記を基準とすれば一部と見ざるを得ない建物の部分についても、実体問題としての区分所有権の成立が認められ、かつ、登記の技術的困難性を克服できる場合には、当該建物部分を「建物の全部」と評価することが可能であると解される^(注13)。登記上形式的には建物の一部にすぎないと思われる建物部分についても、実体を考慮して、区分所有登記が可能な場合には、当該一部を「全部」と解することによって、文言上も許容される運用が可能になると思われるのである。

(2) 区分所有権の成立

では、区分所有権が成立するのはどのような場合であろうか。

区分所有法は、「一棟の建物に構造上区分された数個の部分で独立して住居、店舗、事務所又は倉庫その他建物としての用途に供することができるものがあるとき」に、それらの建物の部分を区分所有権の目的とすることができると定めるだけで（同法1条）、区分所有権の成立時期については規定がない。一棟の建物の建物全体を一つの所有権の目的物とするか、独立性のある一部を区分所有権の目的物とするかは、所有者の意思に委ねられているのである。

そこで、区分の登記や一部の処分行為の存在など、一定の外形的な事実が生じた場合には、一棟の建物の一部を区分所有権の目的物とするとの意思が外部に表示されたとして、区分所有権が成立するものとされている（鎌田邦樹ほか『マンション法』有斐閣 2003.11.7・

27 頁以下参照)。すなわち、区分所有登記は区分所有建物の成立要件ではなく、建物部分を区分所有の目的とする所有者の意思が発現した外形的な事実の一つの事情と理解されているのである。そうすると、区分所有登記以外に所有者の意思が発現した外形的事実が認められれば、区分所有権が成立するはずである。

本件建物は、「建物の1階と2階は構造上及び機能上の独立性があり、区分所有登記をしようと思えばできる物件であった」ということであるから、前述の三の5のような場合、AがXに対して登記を対抗要件とする配偶者居住権を、居住建物部分にのみ設定するとの遺言をし、その遺贈の効力が生じた時点で、所有者の意思としては建物を区分所有の目的物とするという外形的意思が表明されたとして区分所有権が成立することを認めることが可能ではあるまいか。そのように解すると、配偶者としては、配偶者居住権の前提行為として、配偶者が所有者である相続人Yに代位して区分所有登記をすることが可能であり、登記の技術的困難性は克服しうるのであろう（不動産登記法59条7号参照）^(注14)。

(3) 遺贈の一部放棄

被相続人が遺言によって配偶者に配偶者居住権を取得させるためには、遺贈によらなければならないとしたのは、特定財産承継遺言でもよいとすると、配偶者は配偶者居住権の取得を希望しない場合には相続放棄をするしかないことになり、配偶者の利益を害するからである（部会資料15・11頁）。遺贈は一部放棄も可能と解されている以上（986条）、本件建物全体について配偶者居住権を遺贈されたXとしては、メリットのない店舗部分についての配偶者居住権を一部放棄して、居住建物部分についてのみ配偶者居住権を受贈するという方

法も考えられる。

この場合も、前記と同様、XとしてはYに代位して区分所有登記をすることにより、居住建物部分についてのみ配偶者居住権の設定登記をすることが可能であり、登記の技術的困難性は克服しうるであろう。

3 実体に合わない配偶者居住権設定登記の抹消請求

- (1) 最後に、上記のとおり居住建物の一部について配偶者居住権の設定が認められる場合があるとして、上記三の5の設問において、A死亡後に区分所有登記をせず、本件建物全体についてXの配偶者居住権設定登記を行った場合、YはXの配偶者居住権の設定登記の抹消を請求することができるか。

参考となる判例を紹介する。

甲は、鉄筋コンクリート造5階建のビル（以下「本件ビル」という。）を所有し、乙に対し、その2階部分を除いた残余の部分を賃貸したうえで、甲乙の合意に基づいて本件ビルの全部について乙を賃借人とする賃借権を設定した後に、丙に対して本件ビルを譲渡した。丙は、乙の賃借権設定登記は実態に符合しない無効な登記であると主張して、乙に対して本件賃借権設定登記の全部の抹消を求めた。

最高裁は、「一棟の建物のうち、構造上区分され独立して居住の用途に供することができる建物部分について賃借権を設定したにもかかわらず、一棟の建物全部について賃借権設定登記がなされている場合において、建物所有者が賃借人に対して右登記の抹消登記手続を請求したときは、右請求は右建物部分を除く残余の部分に関する限度において認容されるべきものである。」と判示した。その理由として、「右登記は、右建物部分（乙が賃借している部分）に関する限り

で有効であるから登記全部の抹消登記手続を請求することは許されないが、右一棟の建物を右建物部分と残余の部分とに区分する登記を経た上、残余の部分についてYの賃借権設定登記の抹消登記手続を請求することができるからである。」と述べた（平成7年1月19日付第一小法廷判決・判タ871号300頁。以下「平成7年最判」という。）。

- (2) 平成7年最判は、一部が実態に符合しない登記がなされた場合には、実態に符合しない当該一部について登記を抹消すべきとするものであり、この基本的な考え方は、①土地の一部について売買があったにもかかわらず全部について所有権移転登記がなされた事例において、売買の目的となった部分と他の部分を分筆して後者について抹消登記をすべきとしたもの（大判大10年3月9日・民録27巻507頁）、②主たる建物・附属建物として登記されている建物について、主たる建物部分のみが実態を欠く無効なものである事例において、主たる建物と附属建物とを分割する登記手続を経たうえで、主たる建物のみの所有権保存登記の抹消をすれば十分であるとしたもの（最二判昭和38年5月31日・民集17巻4号588頁）に示されており、区分所有権についても同様の判断をしたものと評されている（上記判タ）。
- (3) 判例のように、土地の一部の売買の分筆登記などと同様、建物についても区分登記が可能なものは、その所有者として単独で区分所有登記が可能であるから、区分登記を経た上で、無効な部分についてのみ抹消を認めるという発想からすると、登記を対抗要件とする配偶者居住権も異に解する理由はない。本件でYは所有者として自ら区分登記が可能であることから、区分登記後に店舗部分に関する部分に限って配偶者居住権設定登記の抹消登記を請求することができることになろう。手続的には、Yが区部登記を経た場合、Xの配偶者

居住権の登記は区分登記された居住建物部分と店舗部分にそれぞれ転写されることになり、Yとしては店舗部分に対する配偶者居住権の抹消登記請求をすることになる。

4 おわりに

遺言の作成を補助するわれわれ法律専門家としては、建物全体に対する配偶者居住権を設定すべき事案か否か、後の紛争を予防するため又は配偶者の利益のために、あらかじめ区分所有登記をすべき場合か否かを十分検討したうえで助言を行わなければならないであろう。

(注1) 婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定(最大判平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)が、配偶者居住権の制度が導入された実質的なインセンティブとなったとの指摘がある(潮見佳男『詳解 相続法』弘文堂2018.12.30(以下『潮見詳解』)316頁注1)。

(注2) もっとも、相続財産の一部として居住権を取得するものであり、その評価額の算定において、平均余命等を用いて配偶者居住権の存続期間を想定した評価がなされるであろうことから、実質的には賃料は前払いされているとも言えよう。

(注3) 配偶者が建物の全部を居住の用に供していたことは要件とされていない(『概説』12頁)。

(注4) 1028条1項に死因贈与は明示されていないが、死因贈与に関する554条が遺贈に関する規定を準用しており、死因贈与による配偶者居住権の取得を認めることが「その性質」(554条)に反するとは言えないことから、死因贈与による配偶者居住権の取得も認められる(『一問一答』12頁(注))。

(注5) 「実際には居住建物の使用権限を有するに過ぎず、配偶者の意思のみで居住建物の収益をすることができる場合はほとんど想定することが

できない」(『一問一答』20頁)との指摘がなされている。

- (注6)「賃貸借契約における賃貸人とは異なり、居住建物の所有者は、配偶者に対し、建物の使用及び収益をするのに適した状態にする義務(修繕義務)まで負っておらず、配偶者が無償で居住建物を使用することを受忍すれば足りる。」(『概説』16頁)
- (注7) 存続期間を「当分の間」、「別途改めて協議する」とする権利の登記を認めることはできない以上、共同相続人間で、「当分の間」とか、「別途改めて協議する」までの間、配偶者を居住建物に居住させることが合意されたとしても、それをもって長期居住権が成立したということには意味がない(部会資料24-2・4頁)。
- (注8) 配偶者居住権の設定の登記は、登記権利者である配偶者と登記義務者である居住建物の所有者との共同申請となるのが原則である(不動産登記法60条)。ただし、遺産分割の調停または審判によって配偶者居住権を取得した配偶者は、登記義務者に対して登記の履行を命ずる旨の明示のある審判書等に基づき、単独で登記申請を行うこともできる(同法63条1項)。また、遺言執行者は単独で配偶者居住権の設定登記が可能である(民法1007条2項)。なお、配偶者居住権の設定の登記の前提として、居住建物の相続登記が必要となる。
- (注9) ただし、一部無効説に立つと、配偶者居住権の効力が居住建物の全体に及ぶとしたこととの抵触が生じ、遺贈の効力について問題が生じる。そこで、本稿ではこのような問題を回避するためにも、区分所有登記の活用を推奨したい。
- (注10) 部会資料22-2は、配偶者短期所有権と対比して、配偶者居住権においては、「配偶者は建物全体についての権利を取得することを想定しており、また、従前の使用及び収益の状況に応じた財産評価が行われることになるから、被相続人の生前に被相続人又は配偶者が居住建物の収益をしていた場合には、相続開始後に配偶者がその収益権限を承継することを認めてよいものと考えられる。」(22頁・注3)として、XがZに対して賃料を請求しうるとの見解に立つように思われる。

また、この部会資料を引用しつつ、本件のYが賃借人である事例について、被相続人の賃貸人の地位全体が配偶者に移転するとするものもある（東京弁護士会『ケースでわかる改正相続法』弘文堂2019.3.30・49頁）。しかしながら、部会資料の引用部分は、短期配偶者居住権との対比で、配偶者居住権に収益権限を認めた趣旨について述べたものであり、本件事例のような賃料請求をする場面を想定してしたとまでは言い難いのではないかと。

- (注11) 配偶者の生計維持のために賃料債権を配偶者に帰属させたい場合には、終期を明記して、将来債権としての賃料債権を配偶者に相続させる遺言が必要となるであろうと思われる。
- (注12) 「たとえば、配偶者居住権の対象とされた居住建物の一部が店舗として使用されていたり、賃借されていた場合において、店舗としての使用や建物の一部の賃借権が終了したとき、配偶者は、当該建物の全体について―「居住の目的」での一配偶者居住権を有していたのであるから、居住建物の所有者の承諾がなかったとしても、「居住の目的」の範囲内であれば、店舗として使用されていた部分や賃貸に出されていた部分（「従前居住の用に供していなかった部分」）を使用することができる（部会資料24-2・5頁。「居住の目的又は従前の用法に」従った使用・収益という1032条1項ただし書の文言表現は、このことを意味している）。」（『潮見詳解』339頁）。
- (注13) 配偶者居住権の成立が遺産分割による場合、居住建物を相続する相続人と協議のうえ、あらかじめ区分所有登記をしたうえで、居住建物部分に限って配偶者居住権を成立させることを否定する理由はないであろう。立法過程においても、「例えば、2階建ての建物について、1階部分を他の相続人が店舗として使用し、2階部分を配偶者が居住の用に供していたという場合には、2階部分を区分所有の目的とすることができるのであれば、相続開始後にそのような処理をすることにより長期居住権の登記をすることが可能となり、これによって配偶者は当該区分所有建物について排他的使用権を取得することができることになる

から、このような場合に長期居住権の成立を否定する必要はないものと考えられる」(部会資料15・10頁注)として区分所有登記の活用が示唆されている。

- (注14) 後述の平成7年最判について、「本件は、構造上及び利用上の独立性のある建物部分について建物所有者が賃借権を設定した上これを登記する旨を約したという事案であるが、建物の所有者の右行為により、同様に実体的には当該建物部分を区分建物として賃借権が設定されたものと解させるのである。」(上記判タ)と評されている。「登記する旨を約した」というのは本件の事情であって、重要なのは構造上及び利用上の独立性のある建物部分について設定した賃借権が対抗力を備えたことであろうと思われる(私見)ことからすると、Zへ賃貸し、引き渡したというAの処分行為時点で、Aの区分所有の意思が外部的に表明され、実体的には区分所有権が成立していると解することも不可能ではないように思われる。

(執筆者 榎木純一)

特許権侵害に対する損害賠償額の算定についての近時の状況

知的財産権法部

* 目 次	
一 はじめに	102
二 「二酸化炭素含有粘性組成物」事件	103
1 事案の概要	103
2 控訴審（大合議）判決の概要	104
(一) 102条2項について	104
(二) 102条3項について	109
3 若干の検討	111
(一) 102条2項について	111
(二) 102条3項について	115
三 「美容器」事件	117
1 事案の概要	117
2 控訴審（大合議）判決の概要	117
3 若干の検討	122
四 2019年改正法の概要	123
1 改正の背景	123
2 102条1項の改正（3項の重畳適用）	124
(一) 改正前の状況	124
(二) 改正法の内容	125
3 102条4項の追加（実施料相当額の考慮要素の明確化）	128
4 若干の検討	130

一 はじめに

競合品の販売等により特許権が侵害された場合に、当該侵害行為と特許権者が被った損害との相当因果関係の立証が困難である（例えば、売上高の減少という損害が発生した場合にそれが全て特許権侵害に起因するとは限らない）ため、特許法には、不法行為に基づく損害賠償の特則として、損害額推定の規定が設けられている（特許法102条1項～3項）¹。

具体的には、下記の3つの算定方法が規定されており、権利者側により適宜選択される。複数の算定方法による損害額の主張をすることも可能である（いずれか高い方が採用される²）。

- ① 侵害品の販売数量×権利者側製品の利益額（102条1項）
- ② 侵害品の販売数量×侵害品の利益額（102条2項）
- ③ 侵害品の売上高×実施料率（102条3項）

上記1項及び2項による推定に対しては、他の競合品の存在、特許発明以外の要因（他の技術、ブランド等）といった事由により、推定が一部覆滅される場合がある。なお、1項及び2項に基づき損害額を主張する場合には、権利者側にて競合製品を販売等している必要があるため、競合品の販売等をしていない権利者は、実施料率による3項のみが適用される。

平成10年改正により現102条1項が追加されて以降、多くの裁判例

-
- 1 他の産業財産権である実用新案権、意匠権及び商標権についても同様の規定があるが、ここでは割愛する。
 - 2 後述のとおり、令和元年の特許法改正によって1項と3項の重畳適用が認められることになった。

が蓄積されてきたが、２０１９年に２項及び３項の算定基準に関する知財高裁の大合議判決（「二酸化炭素含有粘性組成物」事件）が出され、２０２０年に１項の算定基準に関する大合議判決（「美容器」事件）が出され、さらに損害額算定に関する特許法改正がなされたことから、本稿ではこれらの概要について説明するとともに、若干の検討を行う。

二 「二酸化炭素含有粘性組成物」事件³

１ 事案の概要

「二酸化炭素含有粘性組成物」に係る２件の特許権（本件特許）を有する被控訴人（一審原告）が、控訴人ら（一審被告）による炭酸パック化粧品等（被告各製品）の製造、販売が上記特許権の侵害行為（及び間接侵害）に該当するとして、被告各製品の製造、販売の差止めと損害賠償（１０２条２項及び３項の選択的請求）を請求した。

被告各製品は多岐にわたるが、いずれも、ジェル剤（炭酸水素ナトリウム、アルギン酸ナトリウム、水を含む）と顆粒剤（リンゴ酸を含む）をセットにした炭酸パック化粧料のキット及び当該キットに用いられる顆粒剤である。

一審（大阪地裁）⁴は、被告各製品が本件特許を侵害すること、本件特許に無効理由がないことを認定した上で、１０２条２項及び３項に基づき損害額を算出し、被告毎に高い方を損害額として認容した。一部の被告

３ 知財高裁（大合議）令和元年６月７日判決（平成３０年（ネ）第１００６３号。裁判所ウェブサイト）

４ 大阪地裁平成３０年６月２８日判決（平成２７年（ワ）第４２９２号。裁判所ウェブサイト）

が控訴したところ、知財高裁は本件を大合議に回付した⁵。

2 控訴審（大合議）判決の概要

（一）102条2項について

- （1） 知財高裁は、侵害論及び無効論について、概ね原審の判断を是認した上で、102条2項の制度趣旨について、下記のとおり判示した。この判示は、「紙おむつ処理容器」事件の知財高裁大合議判決⁶とほぼ同内容であり、102条2項の適用にあたっては、「侵害者による特許権侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情」、すなわち特許権側が侵害品と競合する製品を製造していること（それにより、侵害行為がなければ当該競合品の売上げが上がること）が存在する必要があることを再確認したものと思われる。

「特許法102条2項は、民法の原則の下では、特許権侵害によって特許権者が被った損害の賠償を求めるためには、特許権者において、損害の発生及び額、これと特許権侵害行為との間の因果関係を主張、立証しなければならないところ、その立証等には困難が伴い、その結果、妥当な損害の填補がされないという不都合が生じ得ることに照らして、侵害者が侵害行為に

5 原則として3名の裁判官の合議体により審理がなされるが、実務への影響が大きい論点を含む事件については、知財高裁は裁判官5名の合議体にて裁判を行うことができる（民事訴訟法310条の2、特許法182条の2）。これまでに、本稿で紹介する2つの判決を含め13件の大合議判決が出されている。

6 知財高裁（大合議）平成25年2月1日判決（平成24年（ネ）第10015号。裁判所ウェブサイト）

よって利益を受けているときは、その利益の額を特許権者の損害額と推定するとして、立証の困難性の軽減を図った規定である。そして、特許権者に、侵害者による特許権侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情が存在する場合には、特許法 102 条 2 項の適用が認められると解すべきである。」

裁判所は、次に、102 条 2 項の判断枠組みについて以下のとおり判示し、推定される利益は限界利益であって特許権者側に主張立証責任があること、推定の覆滅は侵害者側に主張立証責任があることを確認した。

「特許法 102 条 2 項の上記趣旨からすると、同項所定の侵害行為により侵害者が受けた利益の額とは、原則として、侵害者が得た利益全額であると解するのが相当であって、このような利益全額について同項による推定が及ぶと解すべきである。もっとも、上記規定は推定規定であるから、侵害者の側で、侵害者が得た利益の一部又は全部について、特許権者が受けた損害との相当因果関係が欠けることを主張立証した場合には、その限度で上記推定は覆滅されるものということができる。」

「特許法 102 条 2 項所定の侵害行為により侵害者が受けた利益の額は、侵害者の侵害品の売上高から、侵害者において侵害品を製造販売することによりその製造販売に直接関連して追加的に必要となった経費を控除した限界利益の額であり、その主張立証責任は特許権者側にあるものと解すべきである。」

(2) 裁判所は、被告各製品の売上高に対して控除すべき費用項目について、下記のとおり判示した。その上で、裁判所は、控除の可否に関して当事者に争いがある経費について、次のとおり述べ、控訴人（一審被告）コスメプロの試験研究費の一部と、控訴人（一審被告）キアラマキアートの宣伝広告費のみ、被告各製品に直接関連して発生したものであるとして控除を認めたが、その他の費用については控除を否定した。

「控除すべき経費は、侵害品の製造販売に直接関連して追加的に必要となったものをいい、例えば、侵害品についての原材料費、仕入費用、運送費等がこれに当たる。これに対し、例えば、管理部門の人件費や交通・通信費等は、通常、侵害品の製造販売に直接関連して追加的に必要となった経費には当たらない。」

費用項目	判示内容
(控訴人ネオケミア)	
R & D センター 研究員の人件費	業務の具体的内容、被告各製品の製造販売に関する 従事状況は明らかではなく、製造販売に直接関連して 追加的に必要となったとはいえない
(控訴人コスメプロ)	
パート人件費	同上
外注の試験研究 費	平成26年11月の試験は、被告製品18の防腐、防カ ビ試験に関すると認められるから、控除すべき経費に あたる。その余の試験費はどの製品に係るものか明ら かではないから、製造販売に直接関連して追加的に必 要となったとはいえない
広告費等	展示会での展示内容、被告製品の出品状況は明らか ではなく、製造販売に直接関連して追加的に必要とな ったとはいえない

サンプル代	被告製品について、販売用の製品とは別にサンプルに係る経費を負担したかが明らかではなく、製造販売に直接関連して追加的に必要となったとはいえない
(控訴人アイリカ)	
広告宣伝費	被告製品に関するものが明らかではない
(控訴人キアラマキアート)	
宣伝広告費	被告製品5についてのプロモーション代として支出したことが認められ、これは同製品の製造販売に直接関連して追加的に必要になったものといえる
(控訴人ウインセンス)	
パート人件費	業務の具体的内容、被告製品13の製造販売に関する従事状況は明らかではなく、製造販売に直接関連して追加的に必要となったとはいえない
(控訴人クリアノール)	
在庫品等の仕入れ	在庫品の仕入れ金額は、被告製品15の製造販売に直接関連して追加的に必要となった経費ではない。サンプルの配布が、同製品の製造販売にどのように関連して追加的に必要になったかも明らかではない
宣伝広告費等	被告製品に関するものが明らかではない

- (3) 次に、裁判所は、推定覆滅事由の判断枠組みについて下記のとおり判示し、侵害者側が立証責任を負うことを明らかにし、覆滅が認められる事情の具体例を列挙した。

「特許法102条2項における推定の覆滅については、同条1項ただし書の事情と同様に、侵害者が主張立証責任を負うものであり、侵害者が得た利益と特許権者が受けた損害との相当因果関係を阻害する事情がこれに当たると解される。例えば、①

特許権者と侵害者の業務態様等に相違が存在すること（市場の非同一性）、②市場における競合品の存在、③侵害者の営業努力（ブランド力、宣伝広告）、④侵害品の性能（機能、デザイン等特許発明以外の特徴）などの事情について、特許法１０２条１項ただし書の事情と同様、同条２項についても、これらの事情を推定覆滅の事情として考慮することができるものと解される。」

「また、特許発明が侵害品の部分のみに実施されている場合においても、推定覆滅の事情として考慮することができるが、特許発明が侵害品の部分のみに実施されていることから直ちに上記推定の覆滅が認められるのではなく、特許発明が実施されている部分の侵害品中における位置付け、当該特許発明の顧客誘引力等の事情を総合的に考慮してこれを決するのが相当である。」

その上で、裁判所は、控訴人が主張した個々の事情について、下記のとおり述べて、推定が覆滅される事情は存在しないと（結果として、推定された利益額全額について損害を認めた）。

控訴人主張の事情	判示内容
競合品	化粧品における剤型は、簡便さ、扱いやすさのみならず、手間をかけることにより得られる満足感等にも影響するものであり、各消費者の必要や好みに応じて選択されるものである。剤型を捨象して広く炭酸ガスを利用したパック化粧品全てをもって競合品であると解するのは相当ではない

営業努力等	本件において、控訴人らが通常の範囲を超える格別の工夫や営業努力をしたことを認めるに足りる的確な証拠はない
優れた効能	被告各製品が原告製品に比して顕著に優れた効能を有し、これが控訴人らの売上げに貢献しているといった事情を認めるには足りない
控訴人特許	侵害品が他の特許発明の実施品であるとしても、そのことから直ちに推定の覆滅が認められるのではなく、他の特許発明を実施したことが侵害品の売上げに貢献しているといった事情がなければならないといふべき 被告各製品が上記各特許に係る発明の技術的範囲に属することを裏付ける的確な証拠はない（製品に特許番号が付されているにもかかわらず、そのみでは足りない）
特許発明の技術的価値	控訴人の挙げる文献は、二酸化炭素を気泡状で保持する二酸化炭素含有粘性組成物を得るためのものではなく、本件発明1-1及び本件発明2-1を代替するものではない。そうすると、これらの従来技術の存在は、被控訴人の受ける損害とは無関係
製品への寄与	被告各製品にブチレングリコールが配合されたことによる効果が控訴人らの売上げに貢献しているといった事情も認められない本件において、ブチレングリコールが配合されていることは、被控訴人の受ける損害とは無関係
従属項の不実施	被告各製品の製造、販売が本件各特許権の侵害に当たることはこれまでに認定したとおりであり、本件における従属項に係る発明の実施の有無は、被控訴人の受ける損害とは無関係

（二） 102条3項について

裁判所は、102条3項の「その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額」について次のとおり判示し、侵害の有無及び有効性の判断がなされた状況で定められるべき（裁判上の）実施料率は、当

事者間で合意した実施料率より高額となるべき旨を明らかにした。

「特許発明の実施許諾契約においては、技術的範囲への属否や当該特許が無効にされるべきものか否かが明らかではない段階で、被許諾者が最低保証額を支払い、当該特許が無効にされた場合であっても支払済みの実施料の返還を求めることができないなどさまざまな契約上の制約を受けるのが通常である状況の下で事前に実施料率が決定されるのに対し、技術的範囲に属し当該特許が無効にされるべきものとはいえないとして特許権侵害に当たるとされた場合には、侵害者が上記のような契約上の制約を負わない。

「同項に基づく損害の算定に当たっては、必ずしも当該特許権についての実施許諾契約における実施料率に基づかなければならない必然性はなく、特許権侵害をした者に対して事後的に定められるべき、実施に対し受けるべき料率は、むしろ、通常の実施料率に比べて自ずと高額になるであろうことを考慮すべきである。」

次に、裁判所は、実施料相当額について考慮すべき要素を示した上で、本件事案について具体的に検討した。

「したがって、実施に対し受けるべき料率は、①当該特許発明の実際の実施許諾契約における実施料率や、それが明らかでない場合には業界における実施料の相場等も考慮に入れつつ、②当該特許発明自体の価値すなわち特許発明の技術内容や重要性、他のものによる代替可能性、③当該特許発明を当該製品に用いた場合の売上げ及び利益への貢献や侵害の態様、④特許権者と侵害者との競業関係や特許権者の営業方針等訴訟に

現れた諸事情を総合考慮して、合理的な料率を定めるべきである。」

考慮要素	判示内容
①実際の実施料率	本件各特許の技術分野が属する分野の近年の統計上の平均的な実施料率が、国内企業のアンケート結果では5.3%で、司法決定では6.1%である 被控訴人の保有する同じ分野の特許の特許権侵害に関する解決金を売上高の10%とした事例がある
②発明の価値	相応の重要性を有し、代替技術があるものではない
③売上・利益への貢献度	本件発明の実施は被告各製品の売上げ及び利益に貢献するものといえる
④競業関係・営業方針	被控訴人と控訴人らは競業関係にある

上記を踏まえ、裁判所は、下記のとおり実施料率として10%を認定した。

「特許権侵害をした者に対して事後的に定められるべき、本件での実施に対し受けるべき料率は10%を下らないものと認めるのが相当である。
なお、本件特許権1及び本件特許権2の内容に照らし、一方のみの場合と双方を合わせた場合でその料率は異ならないものと解すべきである。」

3 若干の検討

(一) 102条2項について

(1) 「その利益の額」について

特許法102条2項は、「その者（注：侵害者）がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額」を損害額と推定する（法律上の事実推定規定）。ここで、「利益」の意義について、かつては純利益（対象製品の販売額から当該製品の販売に必要なとなった

全費用を控除した額)による見解が多数あったが、近時は、限界利益(対象製品の販売額から販売に直接必要となった変動費(及び個別固定費)のみを控除した額)とする見解が学説及び裁判例の主流となっていた。

このような状況で、本件は、「利益」が限界利益を意味することを、知財高裁の大合議にて確認した点で意義がある。

限界利益の算出において控除されるべき変動費(及び個別固定費)について、かつては、特許権者側の事情を基準とする見解(特許権者基準の限界利益)も有力であったが、近時(特に平成10年改正により特許権者の利益額を基準とする102条1項が制定されて以降)は、侵害者側の事情を基準とする見解(侵害者側基準の限界利益)が実務の趨勢となっていた。本判決もまた、侵害者側の事情を基準として変動費等を算出するべき旨を明らかにしている。

限界利益の主張立証責任については、特許権者側は粗利益を主張立証すれば足り、控除されるべき変動費については侵害者が主張立証責任を負うべきとする見解と、変動費も含めて権利者側が主張立証責任を負う見解があった。本判決では、「侵害者が受けた利益の額は、・・・限界利益の額であり、その主張立証責任は特許権者側にあるものと解すべきである。」と述べ、後者の見解に立つことを明らかにした。

ここで、特許権者側が限界利益の主張立証責任を全て負うとした場合に、以下の問題が生じうる。すなわち、損害額が高額であることを望む特許権者側としては、わざわざ控除されるべき変動費を主張立証するインセンティブに乏しい。また、変動費の項目は侵害者側が保有する情報であって、特許権者がアクセスすることができないとこ

ろ、変動費の主張立証が成功しない場合（あるいは、変動費がゼロであると主張した場合）には、限界利益が立証できないとして2項に基づき損害額が推定されないというリスクが起ころう。さらに、知財高裁が変動費として列挙した項目（原材料費、仕入費用、運送費）は例示であるところ、変動費としてどこまで主張立証しなければならないのか（原材料費のみで足りるのか）も不明である。

本判決にて2項の「利益」の主張立証責任の所在について判断がなされたものの、権利者側としては粗利益のみ主張立証すれば足り、変動費等については控除による利益を受ける（及び根拠資料を有する）侵害者側において主張立証責任を負うとするのが、実質的に妥当ではないかと思われる。もっとも、裁判実務上は、権利者から損害額（限界利益）の一応の主張がなされると、裁判所は侵害者に対して限界利益の算出に必要な資料の提出を指示し、これに応じて侵害者側が必要な資料を提出して変動費の主張立証を行う（場合によっては文書提出命令や計算鑑定制度を活用する）ことで、損害論の審理が行われている。このように、事実上、変動費については、立証責任が転換されたかのような運用にて審理がなされているので、粗利益の主張立証で足りるという見解と、変動利益を含めた限界利益まで主張立証が必要とする見解のいずれに立ったとしても、実務的にみれば違いは殆どないものと思われる。

（2）推定の覆滅について

102条2項は損害額の推定規定であることから、推定の覆滅が可能ではあるものの、かつては推定の覆滅は殆ど認められておらず、特許発明の寄与度や他の共有権者の存在といった限定的な場合に限

り減額が認められていた。その後、102条1項但書にて損害額の一部覆滅が明文化されてからは、2項においても推定の一部覆滅が認められるようになっていた。

そのような状況において、本判決は、2項についても1項但書と同様に推定の一部覆滅が可能であることを、大合議による判決として確認した点に意義がある。もっとも、本判決より以前から、2項においても推定の一部覆滅が認められていたことからすれば、実務への影響はそれほど大きくはないといえる（後述のとおり、推定覆滅分について実施料相当額の適用があるかどうかは、問題となり得る）。

また、特許発明の寄与度（特許発明の製品に対する重要度、製品全体に占める部分）についても、損害額を減額させる事情となり得る。ただし、その理論上の根拠については、侵害者が受ける利益の考慮要素とする見解（特許権者が主張立証責任を負う）、推定覆滅の一事情として考慮する見解（侵害者が主張立証責任を負う）、推定覆滅とは別の事情として考慮する見解が見られ、裁判例も統一していない状況であった。本判決では、特許発明の寄与度については推定覆滅の一事情であることを明らかにしており、立証責任の観点からは妥当であると思われる。

ただし、本件事案では、（寄与度による点も含め）立証が不十分であるとして推定の覆滅を認めていない。本件事案で摘示された事情ではやむを得ないといえるかもしれないが、「通常の範囲を超える格別の工夫や営業努力をした」こと、「被告各製品が原告製品に比して顕著に優れた効能を有し、これが控訴人らの売上げに貢献している」といった事情、「他の特許発明を実施したことが侵害品の売上げに貢献している」といった事情」を立証することは一般的に困難を伴うこ

とから⁷、本件判決の認定に従えば、推定の覆滅が認められる場合は限られるのではないと思われる。

また、本判決で挙げられた覆滅事由は例示であるところ、権利者において逸失利益が生じ得ない事情があれば、損害額の推定が覆滅される。例えば、102条1項に規定されたような、権利者の「実施の能力に応じた数量」を超える部分があることが立証できた場合には⁸、権利者において逸失利益が生じ得ない（製品を追加で販売できない）のであるから、推定が覆滅されるものと思われる。

（二）102条3項について

特許法102条3項は、「その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額」（いわゆる実施料相当額）を損害額と規定する。平成10年改正法により「通常受けるべき金銭の額」から「通常」の文言が削除され、「実施料率」「ロイヤルティ料率ハンドブック」による業界標準といわれる料率をベースとしながら、個別具体的な事情を勘案して相当実施料率が認定されていた。

ここで、ライセンス交渉中の段階と、裁判での損害論の段階とでは、対象製品が特許に抵触していること及び当該特許に無効理由がないことが認定されたか否かという点で違いがあることから、交渉により合意した場合と比べ、3項に基づく相当実施料率は高くなるべきという見解が趨勢であった（「侵害プレミアム」などと呼ばれることも

-
- 7 かなり古い時期の侵害行為が問題となる場合には、記録すら残っていない場合が多いと思われる
- 8 例えば、侵害者に比べて権利者の競合品の生産能力が著しく低い場合、権利者に比べて侵害者のマーケットシェアが著しく高い場合が該当しうる

ある⁹⁾。

このような状況において、本判決は上記判旨のとおり述べて、事後的に定められるべき料率として、通常の実施料率と比べて高額になるべきことを明らかにした。本判決は、後述する令和元年法改正の施行前であるが、同改正法により102条4項が追加された趣旨と共通するといえる。

本判決では、業界相場（国内企業のアンケート結果）である5.3%を大きく上回る10%の相当実施料率を認定している。実施料率を減額すべき事情が全く見られないことから、業界相場より高くしたことは妥当であるが、本事件では特許権者が10%を下らないと主張していたことから、その下限値に合わせたようにも伺える。仮に特許権者が10%を大きく上回る実施料率を主張していた場合、裁判所はどのような判断をしたのか興味深いところである。

また、本件では2件の特許権侵害を主張していたところ、本判決では、「本件特許権1及び本件特許権2の内容に照らし、一方のみの場合と双方を合わせた場合でその料率は異ならないものと解すべきである。」と判示している。本件では、2件の特許発明の内容がほぼ同じであったため、一括して料率が認定されたが、特許発明の構成や効果が異なる場合には、各特許の相当実施料率を合計することは否定していないと思われる¹⁰⁾。

9 田村善之「＜WLJ判例コラム＞第177号」12頁 (<https://www.westlawjapan.com/column-law/2019/190809/>)

10 東京地判平成17年9月29日（平成15年（ワ）第25867号。裁判所ウェブサイト）〔フレキシブル基板用電気コネクタ〕では、本件各考案、本件特許発明3及び本件特許発明4の全てに対する実施料率を10%、本件各考案及び本件特許発明3に対する実施料率を7%、本件特許発明3に対する実施料率を2%と認定した

三 「美容器」事件¹¹

1 事案の概要

「美容器」に係る2件の特許権を有する原告（控訴人、被控訴人）が、
①被告（被控訴人、控訴人）が製造販売等する美容器（控訴審判決文の別紙写真参照）が原告の各特許権を侵害するとして、被告製品の製造販売等の差止めと、102条1項に基づく損害賠償を請求した。

地裁は、「製品全体の販売による利益を算定の根拠とした場合、本来認められるべき範囲を超える金額が算定されかねないことから、当該特許が製品の販売に寄与する度合い（寄与率）を適切に考慮して、損害賠償の範囲を適切に画する必要がある」として、1項所定の「販売することができないとする事情」とは別に、寄与率を認定した。その上で、地裁は「販売することができないとする事情」として5割を、寄与率として10%を認定し、1億735万651円（弁護士費用相当額を含む）の損害賠償を認定した。

2 控訴審（大合議）判決の概要

裁判所（知財高裁）は、1項の判断枠組みについて、下記のとおり判示した。

「特許法102条1項は、民法709条に基づき販売数量減少による逸失利益の損害賠償を求める際の算定方法について定めた規定であり、・・・と規定して、侵害行為と相当因果関係のある販売減少数量の立証責任の転換を図ることにより、より柔軟な販売減少数量の認定を目

11 知財高裁（大合議）令和2年2月28日判決（平成31年（ネ）第10003号。裁判所ウェブサイト）

的とする規定である。」

「特許法102条1項の文言及び上記趣旨に照らせば、特許権者等が『侵害行為がなければ販売することができた物』とは、侵害行為によってその販売数量に影響を受ける特許権者等の製品、すなわち、侵害品と市場において競合関係に立つ特許権者等の製品であれば足りると解すべきである。」

「また、『単位数量当たりの利益の額』は、特許権者等の製品の売上高から特許権者等において上記製品を製造販売することによりその製造販売に直接関連して追加的に必要となった経費を控除した額（限界利益の額）であり、その主張立証責任は、特許権者等の実施の能力を含め特許権者側にあるものと解すべきである。」

「さらに、特許法102用1項ただし書の規定する譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者等が『販売することができないとする事情』については、侵害者が主張立証責任を負い、このような事情の存在が主張立証されたときに、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものである。」

裁判所は、原告が本件発明2の実施品（「ReFa CARAT」の商品名の美容器）を販売しており「侵害行為がなければ販売することができた物」の存在を認定した上で、「単位数量当たりの利益の額」の算定について、下記のとおり判示した。

「同項の損害額は、侵害行為がなければ特許権者等が販売できた特許権者等の製品についての逸失利益であるから、同項の『単位数量当たりの利益の額』を算定するに当たっては、特許権者等の製品の製造販売のために直接関連しない費用を売上高から控除するのは相当ではなく、管理部門の人件費や交通・通信費などが、通常、これに当たる。また、一

審原告は、既に、原告製品を製造販売しており、そのために必要な既に支出した費用（例えば、当該製品を製造するために必要な機器や設備に要する費用で既に支出したもの）も、売上高から控除するのは相当ではないというべきである。」

裁判所は、対象期間における、原告全製品の売上高及び「ReFa」ブランド（原告製品を含む）に対する、原告製品の売上高の比率を認定し（19.74%、38.72%）、①販売手数料、②販売促進費、③ポイント引当金、④見本品費、⑤宣伝広告費、⑥荷造運賃、⑦クレーム処理費、⑧製品保証引当金繰入、⑨市場調査費について、控除すべき費用として認定した^{12 13}。一方、被告が主張した費用については、控除を否定した。

次に、本件発明2は美容器（製品全体）の発明であるものの、その特徴が軸受け部材と回転体の内周面の形状にあり、原告製品の一部分に特徴があるという点を考慮し、下記のとおり、「単位数量当たりの利益」のうち、6割の推定覆滅を認定した。

「本件のように、特許発明を実施した特許権者の製品において、特許発明の特徴部分がその一部分にすぎない場合であっても、特許権者の製品の販売によって得られる限界利益の全額が特許権者の逸失利益となることが事実上推定されるというべきである。」

「しかし、上記のとおり、原告製品は、一対のローリング部を皮膚に押しつけて回転させることにより、皮膚を摘み上げて美容的作用を付与する

12 ①、③、④、⑥～⑨については、原告全製品の売上高に対する比率として算出。②、⑤については、「ReFa」ブランドの売上高に対する比率として算出

13 原告が控除費用と認めていたという事情もある。争いになった場合に全てが控除されるかは不明。

という美容器であるから、原告製品のうち大きな顧客誘引力を有する部分は、ローリング部の構成であるものと認められ、・・原告製品は、ソーラーパネルを備え、微弱電流を発生させており、これにより顧客誘引力を高めているものと認められる。これらの事情からすると、本件特徴部分が原告製品の販売による利益の全てに貢献しているとはいえないから、現行製品の販売によって得られる限界利益の全額を原告の逸失利益と認めるのは相当ではなく、したがって、原告製品においては、上記の事実上の推定が一部覆滅されるというべきである。」

裁判所は、「実施の能力に応じた額」について下記のとおり判示し、原告が月3万個程度の余剰製品供給能力を有しており、平均で月2万個程度（対象期間の被告製品の販売数量から算出）の原告製品を追加して販売する能力を有していたと認定した。

「この『実施の能力』は、潜在的な能力で足り、生産委託等の方法により、侵害品の販売数量に対応する数量の製品を供給することが可能な場合も実施の能力があるものと解すべきであり、その主張立証責任は原告にある。」

裁判所は、「販売することができないとする事情」について、下記のとおり判示した。

「そして、『販売することができないとする事情』は、侵害行為と特許権者等の製品の販売減少との相当因果関係を阻害する事情をいい、例えば、①特許権者と侵害者の業務態様や価格等に相違が存在すること（市場の非同一性）、②市場における競合品の存在、③侵害者の営業努力（ブランド力、宣伝広告）、④侵害者及び特許権者の製品の性能（機能、デザイン等特許発明以外の特徴）に相違が存在することなどの事情がこれに該当するというべきである。」

その上で、裁判所は、原告製品が比較的高額（23,800 円程度）であるのに対して被告製品が廉価（1/8 ～ 1/5 程度）であるとして、販売価格の差異は販売できない事情と認定した（ただし、安価な商品がない場合は高機能な高価な商品を購入する者も少なからず存在するとして、販売できない事情に相当する数量がかなりの数量とはならないと判示した。）。

これに対し、販売態様の相違（原告製品は大手通販業者や百貨店、被告製品はディスカウントストアや雑貨店）については、大手通販業者や百貨店で購入する者がディスカウントストアや雑貨店で購入しないという経験則は認められないとして、販売できない事情とは認めなかった。

被告が主張する他の事情については、下記の理由より、「販売することができないとする事情」として認定しなかった。

- ・ 同種製品（平成31年4月時点で29製品が販売）については、侵害期間（平成27年12月～平成29年5月）に、市場で原告製品と競合関係に立つ製品が販売されていたと認めるに足りない

- ・ 本件発明2が美容器の一部分に特徴があるという事情は、単位数量当たりの利益額の算定で考慮済み

- ・ 軸受け部分が外見上認識できず、代替技術が存在するという点は、原告製品・被告製品のいずれにも当てはまる。同事情によって、被告製品がなかった場合に需要が原告製品に向かわなくなるということとはできない

- ・ 原告製品が微弱電流を発生する機構を備えている点については、被告製品が原告製品より顧客誘引力が劣ることを意味しており、被告製品がなかった場合に需要が原告製品に向かわなくなるということとはできない

- ・ 被告の営業努力については、証拠上、販売できない事情と認めるに足りる程度の営業努力があったとは認められない

以上を踏まえ、裁判所は、単位数量当たりの利益を 2218 円 (= 5546 × 0.4)、被告製品の販売数量を 35 万 1724 個 (争いなし)、販売することができないとする事情を 5 割と認定した。その上で、1 項に基づく損害額を 3 億 9 0 0 6 万円、弁護士費用を 5 0 0 0 万円 (難易度及び差止請求が認容されていることを考慮) と認定した。

3 若干の検討

(1) 特許発明の特徴が製品の一部であることについて、一審判決は、(1 項但書の事情とは別に) 10% の寄与度を認定したが、高裁は、寄与度は条文上の根拠がないとして考慮せず、「単位数量当たりの利益」の推定の一部覆滅 (6 割の覆滅) として処理した。数値の違いがそのまま認容額の違いに反映されているが、その理由 (判断枠組みの違いによるものなのか、単なる評価の違いか) は、判決文からは不明である。今後の裁判例の蓄積が待たれるところである。

(2) 「販売できないとする事情」の考慮要素 (①～④) については、「市場の非同一性」に価格が明示されている点を除けば、2 項に関する「二酸化炭素含有粘性組成物」事件判決の推定覆滅の事情と同じである。(ただし、「二酸化炭素含有粘性組成物」事件判決では、特許発明の一部であるとの事情も、推定覆滅の一事情として考慮しているようである)

(3) 本判決では、原告製品 (正規品) が特許発明の実施品であることを前提に、「単位数量当たりの利益」の推定覆滅にあたり当該特許発明の効果を考慮している。本判決では、1 項の利益額の算出にあたり原告製品が特許発明の実施品であることは問わない競合品であれば足りると判示していることから、原告製品が特許発明の実施品でない場合にはどのように処理されるのか (推定覆滅の程度を大きくするのか、あるいは、

但書の事情として考慮するのか)、裁判例が待たれるところである。

(4) 仮に特許発明の特徴による推定覆減分が「単位数量当たりの利益」に反映されるとなると、後述する改正後102条1項2号の「実施相応数量を超える数量」「特定数量」のいずれにも該当しなくなる。そのため、もし2項で推定覆減分につき重畳適用が可能となる場合に、不均衡が生じかねないと思われる。

四 2019年改正法の概要

1 改正の背景

前述のとおり、平成10年特許法改正により、権利者の利益率を基準に損害額を算出する102条1項が新設され、実施料相当額を定める3項から「通常」の文言が削除されて以降、多くの裁判例が蓄積されてきたが、損害額の算定プロセス及び納得度が低いという意見があったことから、特許制度小委員会において損害賠償額の算定方法のあり方について検討を行った¹⁴。

それにより、(a) 102条1項で覆減された部分につき実施料相当額を認める、(b) 実施料相当額の算定にあたり考慮要素を明記する102条4項を追加する、という内容にて特許法の改正がなされた¹⁵。

なお、特許制度小委員会において、懲罰的賠償(悪質な侵害者に対して実損害の填補を超える額の賠償を命じる)及び二段階訴訟(差止を求

14 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「実効的な権利保護に向けた知財紛争処理システムの在り方」17頁

15 今回の特許法改正では、損害額の算定以外にも、証拠収集に係る査証制度の導入、意匠制度の改正(保護対象の追加、関連意匠制度の拡充など)もなされているが、本稿では割愛する。

める第一訴訟と、損害額の支払いを求める第二訴訟に分ける) については、引き続き議論を深めるべきとして導入は見送られた。ただ、今回の特許法改正案の附帯決議にて、これら制度の導入について引き続き検討する旨決議され、本稿執筆当時においても特許制度小委員会にて審議が続けられている。

なお、以下で説明する、改正法のうち損害額の算定に関する部分については、令和2年4月1日より施行される¹⁶。

2 102条1項の改正(3項の重量適用)

(一) 改正前の状況

102条1項では、権利者の実施の能力を超える部分及び権利者等が販売できないとする事情があった場合には、逸失利益の推定が一部覆滅され、損害額減少の要因となる。この推定覆滅部分について、権利者が実施料相当額の賠償を請求できるかどうかが論点となっていた。

適用肯定説は、1項但書の事情が認められた部分(数量)について、侵害者は現実に侵害品を譲渡していること、覆滅分について3項が適用されないとすれば、推定の覆滅が大きい場合に逆転現象(3項による損害額が1項を上回る)が生じてしまうことを根拠としており、102条1項が制定された直後は、肯定説に立つ裁判例が主流であった¹⁷。

16 特許法等の一部を改正する法律の施行期日を定める政令(令和元年11月7日政令第145号)

17 例えば、東京高判平成11年6月15日(平成10年(ネ)第2249号。判時1697号96頁)[蓄熱材の製造方法]、大阪高判平成14年4月10日(平成13年(ネ)第257号)[複層タイヤ]

適用否定説は、102条各項は損害額（逸失利益）の計算方法を定めたものであっていずれか1つにより定められるべき、1項で逸失利益として評価されたのであるから推定が覆滅された部分について別の推定規定を適用する理由はないことを根拠とする。平成18年の椅子式マッサージ装置事件判決以降は、否定説に立つ裁判例が主流となり¹⁸、肯定説をとる裁判例は一切見られなくなっていた¹⁹。

そのような状況で、本改正では、1項で逸失利益の推定が覆滅された部分について、実施料相当額の損害賠償が可能であることを明記し、上記の肯定説の立場をとることを明確にした。

（二）改正法の内容

改正法では、肯定説の立場から、3項の重畳適用を規定する条項を追加した。具体的には、102条1項を1号と2号に分けるとともに、これら1号及び2号により算出される額の合計額を損害額とする旨規定された。

18 例えば、知財高判平成23年12月22日（平成22年（ネ）第10091号。裁判所ウェブサイト）〔重金属固定化処理剤〕

19 基本的には否定説に立つものの、評価されていない部分（実施能力を越えるとして1項の算定から外れてしまった部分）には重畳適用を認めてよいとする見解（折衷説）も見られた（東京地判平成22年2月26日（平成17年（ワ）第26473号）〔ゴルフボール1審〕）

改正後の1号は、次のとおりである

第102条 ……その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、次の各号に掲げる額の合計額を、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。

一 特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益の額に、自己の特許権又は専用実施権を侵害した者が譲渡した物の数量（次号において「譲渡数量」という。）のうち当該特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた数量（同号において「実施相応数量」という。）を超えない部分（その全部又は一部に相当する数量を当該特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量（同号において「特定数量」という。）を控除した数量）を乗じて得た額

後述の2号で引用するために、実施の能力に応じた数量を「実施相応数量」²⁰と、販売できない事情に相当する数量を「特定数量」を定義した以外は、改正前の102条1項と同内容である²¹。よって、1号により算出される損害額は、以下のとおりとなる。

「単位数量当たりの利益」×（「実施相応数量」－「特定数量」）

そして、本改正により追加された2号は、次のとおりである。

-
- 20 これまで、侵害者による譲渡数量が、権利者の実施能力を超えたとして逸失利益の推定を覆滅した裁判例は見当たらず、殆どの事案において、譲渡数量と実施相応数量が一致するものと思われる。
- 21 これまでの102条1項の裁判例では、覆滅される割合として認定されてきたことから、改正法の下でも、「実施相応数量」、「特定数量」については、個数としてではなく、譲渡数量に対する割合として認定されるものと思われる。

二 譲渡数量のうち実施相応数量を超える数量又は特定数量がある場合（特許権者又は専用実施権者が、当該特許権者の特許権についての専用実施権の設定若しくは通常実施権の許諾又は当該専用実施権者の専用実施権についての通常実施権の許諾をし得たと認められない場合を除く。）におけるこれらの数量に応じた当該特許権又は専用実施権に係る特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額

1号に基づく損害額の算定において除外された部分（実施相応数量を超えた部分、特定数量分）について、実施料相当額分の損害賠償を認める旨規定されたものである。よって、2号により算出される損害額は、以下のとおりとなる。

「単位数量あたりの実施料相当額」×（「譲渡数量」－「実施相応数量」＋「特定数量」）

2号の登場によって、実施料相当額についての主張立証が必要となるものの、2項に基づく主張を行う場合には、（選択的請求として）3項の主張もあわせて行うことが通常であることから、損害論の審理が過度に遅延することはないと思われる（ただし、後述する括弧書きの解釈を巡って議論が錯綜する可能性はある）。

以下の表は、今般の法改正により、1項に基づく損害額がどの程度増加するのかを、パターン毎に試算したものである（実施相応数量と譲渡数量は同じであることを前提）。パターン1～パターン3は、特定数量の数字を変化させた場合に相当し、パターン2とパターン4は、相当実施料率を変化させた場合に対応する。これによれば、法改正により若干の増加が見込まれるものの、倍額になるほどの大きなものでは

ないことから、権利者側としては、2号による損害額の追加を過度に期待すべきではなく、従前どおり、逸失利益の推定覆滅をできる限り抑えるように、訴訟追行すべきであるといえる。

	パターン1	パターン2	パターン3	パターン4
単位あたり利益	10,000円	10,000円	10,000円	10,000円
譲渡数量	10,000個	10,000個	10,000個	10,000個
特定数量	2,000個	5,000個	8,000個	5,000個
相当実施料率	10%	10%	10%	5%
1号による額	80,000,000円	50,000,000円	20,000,000円	50,000,000円
2号による額	2,000,000円	5,000,000円	8,000,000円	2,500,000円
認容額	82,000,000円	55,000,000円	28,000,000円	52,500,000円

3 102条4項の追加（実施料相当額の考慮要素の明確化）

102条3項の実施料相当額の算定に当たって考慮すべき要素としては、これまでの裁判例や学説により蓄積されており、具体的には、過去の実施許諾例、業界相場、特許発明の内容及び寄与度、侵害品の販売価格・販売数量・販売期間、市場における当事者の地位などが挙げられる。これらの要素に加えて、侵害訴訟の場面では、増額に働きうる要素として、有効な特許が侵害されたことが認定されたこと、特許権者による実施許諾の判断機会が喪失されたこと、侵害者が契約上の制約なく実施していること、が挙げられる。

本改正では、上記を踏まえて、想定される考慮要素を網羅的に規定するのではなく、下記のとおり概念的に規定し、当該文言の中で様々な考慮要素を詰め込むことができるようにする趣旨で、下記の102条4項が追加された²²。

4 裁判所は、第一項第二号及び前項に規定する特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額を認定するに当たっては、特許権者又は専用実施権者が、自己の特許権又は専用実施権に係る特許発明の実施の対価について、当該特許権又は専用実施権の侵害があったことを前提として当該特許権又は専用実施権を侵害した者との間で合意をするとしたならば、当該特許権又は専用実施権者が得ることとなるその対価を考慮することができる。

本項の追加により、「侵害があったことを前提として」相当実施料率を認定することが明確化され、いわゆる侵害プレミアムを考慮できることとなる。もっとも、前述した「二酸化炭素含有粘性組成物」事件判決でも、改正前の事案であるが、「特許権侵害をした者に対して事後的に定められるべき、実施に対し受けるべき料率は、むしろ、通常の実施料率に比べて自ずと高額になるであろうことを考慮すべきである」と判示して、侵害プレミアムを考慮した実施料率の認定がなされていることから、本項の追加により実務が大きく変わることはないものと思われる。

もっとも、本項では、「当該特許権又は専用実施権を侵害した者との間で合意をするとしたならば」の文言があり、これをどのように理解すべきか(権利者側の意図をどの程度考慮すべきか)は問題となり得る。例えば、権利者側が例えば20%以下の料率では合意しない方針であった場合、特許プールに属する特許群を一括して所定料率でのみライセンスを行うポリシーが設けられていた場合には、相当実施料率の認定にどの程度影響が及ぶのかは、今後の裁判例の蓄積が待たれるところである。

22 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「実効的な権利保護に向けた知財紛争処理システムの在り方」20～21頁

4 若干の検討

(一) 1項の改正部分が2項にも適用されるか

本改正は特許法102条1項に関するものであり、2項の文言には何ら変更は加えられていない。法改正前の裁判例として、2項による算定において推定が覆滅された部分につき3項の適用を否定した裁判例があるところ²³、今回の改正部分が2項に適用されるか（言い換えれば、2項に基づく損害額の算定において、推定覆滅分につき実施料相当額の認定が可能であるかどうか）が問題となる。

この点につき、特許制度小委員会の報告書では、「第1項による覆滅部分について相当実施料額が認められる旨を規定する場合には、別途の条文化の措置がなくても、第2項による覆滅部分についても同様の扱いが認められることと解釈されることが考えられる。」²⁴と記載されており、2項にも適用されることを前提とした旨の説明がなされている。

前述した「二酸化炭素含有粘性組成物」事件判決において「特許法102条1項ただし書の事情と同様、同条2項についても、これらの事情を推定覆滅の事情として考慮することができるものと解される」と判示して、2項においても推定の覆滅が認められているところ、当該覆滅分について1項と異なる取り扱いをすべき合理的な理由が見られないことからすれば、102条2項の条文には明記はないものの、1項と同様に推定覆滅分の復活が認められるべきであると思われる。

23 大阪地判平成28年2月29日（平成25年（ワ）第6674号。裁判所ウェブサイト）〔棚装置〕

24 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「実効的な権利保護に向けた知財紛争処理システムの在り方」20頁

(二) 2号による損害額の追加は義務的か

102条1項柱書では、「次の各号に掲げる額の合計額を、・・・損害の額とすることができる」と規定されていることから、文言上は、2号により算出された額を損害額としてカウントするかどうかは、義務ではなく裁判所の裁量によるものといえる。

ただし、102条1項では、本改正により2号が追加される以前から「損害の額とすることができる」との文言は変わっておらず、102条1項による損害額が主張されたにもかかわらず適用を否定した事案は見当たらないことから、後述する2号のかつこ書きの適用がなければ、2号により算出された額を含めて損害額を認定するものと思われる。

(三) 2号のかつこ書きの意味

改正後の101条1項2号には、括弧書きにて、特許権者又は専用実施権者が実施許諾をし得たと認められない場合を除く旨規定されており、かかる場合には2号により算出される部分の加算は認められないことになる。この点につき、「権利者側が実施許諾をし得たといえない場合」が何を意味するのが問題となる。

この点につき、(a) 覆滅部分について明らかに損害不発生と言える例外的な場合(例えば、権利者・侵害者以外の競合品の存在を理由として推定が覆滅された場合に、当該競合品はライセンス済みであったこと)を規定したとの見解²⁵、(b) 特許権者と専用実施権者が併存する場合に、いずれが賠償を求めうるかを明らかにしたとの見解²⁶、(c) 特許発明の寄与度に応じて譲渡数量が控除された場合を

25 金子敏哉・特許判例百選〔第5版〕87頁、前掲小委員会報告書20頁の関連する意見より

26 田村善之教授による、本部会9月月例会資料より

除くとの見解²⁷が見られる。

このうち、(b)の見解は条文の文言に沿うものの3項に同様の規定が見当たらないこと、(c)は条文の文言から外れるばかりでなく、寄与度は相当実施料率の認定において考慮されるべきことからすれば、条文の文言に沿った(a)の見解が妥当ではないかと思われる。もっとも、(a)の見解に立った場合には、「明らかに損害不発生と言える例外的な場合」が意味するところは曖昧であるため、今後の裁判例の蓄積が待たれる。

(小林英了)

27 金子敏哉・特許判例百選〔第5版〕87頁に記載された、特許庁制度審議室の説明による

一（イチ）から始めるデジタルプラットフォームビジネス

インターネット法律研究部

* 目 次

一 はじめに	134	四 マッチング型デジタルプラットフォームビジネスの法律上の留意点	147
二 デジタルプラットフォームビジネスの分類	134	1 許認可の要否	147
三 デジタルプラットフォームビジネス全般に共通する法律上の留意点	137	（一）PF事業者自身が許認可等 を取得する必要があるか	147
1 表示に関する規制	137	（二）利用者に許認可を取得 させる必要があるか	149
2 パーソナルデータの利活用 に関する規制	139	2 マッチング型の収益源と その回収方法	151
3 通信に関する規制	140	（一）マッチングした取引の対価 から利用料相当額を控除 する方法	151
4 寡占に関する規制（独占禁止法）	141	（1）資金移動業として行う方法	151
5 基盤プラットフォームとの 関係	143	（2）収納代行として行う方法	152
6 民事上の責任	143	（3）PFに代金をプールする ことに関する規制	153
（一）利用者に対する責任	143	（二）利用者から直接利用料を 受領する方法	154
（二）第三者に対する責任	144	3 解除のコントロール	155
（三）利用規約と消費者契約法・ 債権法改正（定型約款） との関係	145	五 メディア型デジタルプラット フォームビジネスの法律上の 留意点	156
（四）集団訴訟のリスク	146		

一 はじめに

近年、GAFA (Google、Apple、Facebook、Amazon.com) と呼ばれるアメリカの巨大 IT 企業をはじめとして、デジタルプラットフォームの影響が増すとともに、これらに対する規制のあり方についての議論が急速に活発化しつつある (注 1)。

しかし、デジタルプラットフォームビジネス (注 2) は、こうした最先端テクノロジーを有する大企業の専売特許ではない。在庫の仕入れや多額の設備投資を必要としないという特徴を持つことから (注 3)、有望なビジネスのアイデアや、豊富な取引データ・ノウハウなどを有するものの、十分な人的・物的資源を持たないスタートアップや中小企業においても、一定のシステム投資を行えば新規参入は十分可能なビジネスモデルである。

本稿では、デジタルプラットフォームビジネスに関して、これを新たに始めようとする事業者の観点から、企画段階で押さえておくべき法律上のポイントを概説する。

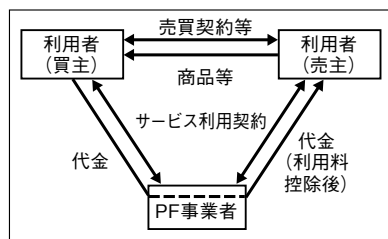
二 デジタルプラットフォームビジネスの分類

一口にデジタルプラットフォーム (以下「PF」といい、これを提供する事業者を「PF 事業者」という。) といっても、その業態は多種多様である。本稿では、こうした多様な PF を、関係者間の法律関係に着目して、【図 1】のとおり大きく①マッチング型と②メディア型の2つの類型に分けて解説する。

【図1ーデジタルプラットフォームビジネスの分類(注4)】

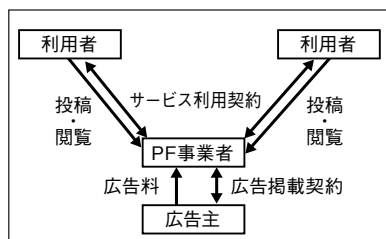
①マッチング型

利用者同士が直接契約関係に立ち、利用者からの利用料がPF事業者の主な収益源となるもの(例：オンラインショッピング、クラウドソーシングなど)



②メディア型

利用者間では直接取引は行われず、情報のやり取りのみが行われ、広告主からの広告料が主な収益源となるもの(例：動画投稿サービス、SNS、口コミサイトなど)



この2つに分類するのは、マッチング型では、利用者間に契約関係が生じ、PF事業者がこれに関与する点について特有の法規制やリスクがあり、メディア型では、PF上で流通する大量のコンテンツや情報の適切な管理がより重要となるなど、リスクの所在や規制のかかり方に類型的な差異があるためである(注5)。

現在、日本国内で現に広く利用されているサービスをこの類型に従って分類すると以下のとおりである(図2)。

【図2-プラットフォームビジネスの具体例】

種類	サービス内容	サービスの例	分類	留意すべき法律の例
eコマース・オークション・フリマアプリ	商品を買いたい利用者と売りたい利用者をマッチング	メルカリ、ヤフオーク!	マッチング型	古物営業法
クラウドソーシング	仕事を依頼したい利用者と仕事を受注したい利用者をマッチング	クラウドワークス、ランサーズ	マッチング型	労働者派遣法、職業安定法
クラウドファンディング	資金を調達したい利用者と、投資・融資等をした多数の利用者をマッチング	Readyfor、キャンプファイヤー(購買型)、ミュージックセキュリティーズ(投資型)、maneo(融資型)	マッチング型	金融商品取引法、貸金業法
シェアリングエコノミー	場所を貸したい利用者と借りたい利用者をマッチング	Airbnb、スペースマーケット、Uber	マッチング型	住宅宿泊事業法、旅館業法、道路運送法
ゲーム	ゲームメーカーがゲームを提供する場を提供	モバゲー、GREE	マッチング型	景品表示法、著作権法
SNS	利用者同士の繋がりを構築・促進するコミュニケーションツール	Facebook、Instagram、LINE、Twitter	メディア型	電気通信事業法、著作権法
口コミサイト	消費者(利用者)が、商品やサービスの評価などについて情報交換をする場を提供	価格.com、食べログ	メディア型	プロバイダ責任制限法
コンテンツ配信	音楽、動画、書籍などのコンテンツの配信の場を提供	YouTube、ニコニコ動画、TikTok	マッチング型+メディア型	著作権法

以下では、まず、デジタルプラットフォームビジネス全般に共通する論点を取り扱い、その後、上記2つのビジネスの類型毎の留意点を取り扱う。

三 デジタルプラットフォームビジネス全般に共通する法律上の留意点

1 表示に関する規制

デジタルプラットフォームビジネスでは、画面上の説明により商品・サービスの差別化が図られること、また、潜在的な利用者に対し、インターネット上で広く自社のサービスの利用を働きかけ、先行して多くの利用者を獲得したPF事業者ほど、ネットワーク効果やデータの蓄積（脚注3参照）により「一人勝ち」しやすいことなどから、PF上で商品・サービスを提供する利用者や、PF事業者自身により、過剰な表現が用いられやすい。そのため、表示に関する規制の検討が重要となる。

表示に関する規制には、①「一定の表示を禁止する規制」と、②「一定の表示を義務付ける規制」があるため、してはならない表示を行っていないか、行うべき表示が漏れていないかの両面から検討する必要がある。

まず、①「一定の表示を禁止する規制」のうち中心的な規制である景品表示法について検討する。同法は、事業者が自己の供給する商品・役務について、実際のものより又は事実に相違して競合する商品・役務より、著しく優良、有利である旨の表示（優良誤認表示・有利誤認表示）をしてはならないと定めている（同法5条）。この点、PF事業者はあくまで「場」の提供者であるから、「場」の提供に関する事項（PFの機能や利用料など）の表示については同法の適用を受けるが、PFの利用者がPF上で提供する商品・サービスに関する表示については、原則として同法の適用は受けない。

しかし、自己が提供していない商品・サービス表示についても、その表示内容の決定に関与した事業者は、一般消費者の利益を保護するための誤認排除や再発防止の措置を命ずるという同法の趣旨に照らし、同法の規制の対象となる（注 6）。例えば、オンラインショッピングモール（以下「モール」という。）の運営者（PF 事業者）と出店者が共同キャンペーンを行うなど、商品等の販売を共同して行い、共同で広告を行っている場合は、モールの運営者が表示内容の決定に関与しているといえ、同法の適用を受けることとなる（注 7）。PF 事業者としては、同法の適用を避けるため出店者による決定に関与しないという対応もあり得るが、むしろ、適正な表示を促進する観点から、規制が自社に適用され得ることを前提に、出店者による表示に積極的に関与していくことも考えられる。その場合は、不当表示を行わないよう、従業員に周知・啓発するほか、表示に関与する従業員が表示の根拠を確認できる体制を構築すること（社内、出店者との情報共有など）が必要となる（注 8）。

また、業法上の表示・広告規制には、景品表示法と異なり、規制対象を自ら商品やサービスを提供する者に限定していないもの（医薬品医療機器等法 66 条、68 条、健康増進法 31 条 1 項（注 9））や、端的に PF 事業者のような仲介業者に広告規制を及ぼしているもの（金融商品取引法 37 条 2 項等）がある点にも注意が必要である。

次に、②「一定の表示を義務付ける規制」については、特定商取引法に留意する必要がある。インターネット上で消費者に対して有償で行う PF の提供は、同法が規制の対象とする「通信販売」（同法 2 条 2 項）に該当することから、利用料、支払方法、解除に関する事項、動作環境等、一定の事項についての表示が必要となる（同法 11 条）。こちらについても、別途、各種の業法に固有の表示義務が定められている場合があることに

留意する必要がある（金融商品取引法 37 条 1 項等）。また、PF を利用して商品・サービスを提供すること自体も「通信販売」に該当するため、PF を利用して商品・サービスを提供する利用者自身にも一定の表示義務が課される。そのため、かかる表示を欠いたことによる利用者間のトラブルを防止するため、PF の利用規約において、「利用者は自己の責任において特定商取引法を遵守し必要な表示を行わなければならない」との旨を定めておくことも考えられる。

2 パーソナルデータの利活用に関する規制（注10）

ビジネスの拡大に伴い、PF 事業者の下には利用者のアカウント情報や取引履歴などの大量のパーソナルデータが集積される。これにより、PF 事業者は、利用者の趣味嗜好にマッチした商品の推薦や広告の掲載などが可能になるが、こうしたパーソナルデータの利活用に関しては、個人情報保護法や一般データ保護規則（GDPR）等がデータの取得、利用、移転等のプロセスごとに一定のルールを定めている。

一口にデータと言っても個人情報、要配慮個人情報、個人データ、特定の個人を識別できないデータ（cookie や広告識別子など）等、様々な類型があり、そのいずれに該当するかによって、取得、利用等にかかる規制も異なることから、まずは、利用しているデータがいずれに該当するかの整理が必要である。

次に、データの利用態様に着目すると、特に問題になりやすいのが、利用者の個人データの移転である。PF 事業者が情報取得後、他の PF 利用者や提携先の第三者に提供する場合は、個人データの第三者提供にあたり、原則として利用者本人の同意が必要となる（個人情報保護法 23 条 1 項）。そのため、取得した情報を他の事業者に販売したり、マーケティ

一（イチ）から始めるデジタルプラットフォームビジネス

ングのために広告出稿者等に提供することを予定している場合などは、当初からこれらの目的での第三者提供につき同意を得ておくことが必要である。2019年8月には、学生の就職活動支援サービスを提供する事業者が、自社のサービスを利用する学生本人の同意を得ずに、顧客企業に対して、学生の個人データを提供していたことが判明し、個人情報保護委員会による勧告及び指導を受けた（注11）。

ただし、業務の委託先への提供など、一定の場合には本人の同意は不要である（個人情報保護法23条5項1号等）。たとえば、データ移転の目的が利用者の趣味嗜好の解析であれば、外部の解析業者への委託という形をとることで、本人の同意が不要となる一方、目的が他の事業者にはデータを販売することによる対価の獲得であれば、原則どおり同意の取得が必要となるケースが多いと考えられる。また、PFサービスにより収集したデータを自社の提供する他のサービスにデータを活用したい場合、利用規約やプライバシーポリシーなどで利用目的として定め、自社ウェブサイトなどで公表等しておく必要がある。

3 通信に関する規制

フリマアプリやSNSでは、利用者間の連絡・交流のために、PF内に特定の利用者間でのクローズドのメッセージ機能を搭載する場合があるが、この場合は電気通信事業の届出又は登録が必要となる（電気通信事業法9条、16条）（注12）。他方、不特定多数の者が投稿可能な掲示板のみであれば、届出や登録は不要である。

また、利用者間のトラブルの防止・解決等のため（特に、商品・サービスを提供する利用者が事業者ではなく個人であるがゆえに、基本的に消費者契約法が適用されない CtoC 型のマッチング型 PF において（注

13))、PF 事業者が利用者間のメッセージのやり取りをモニタリングする場合もあるが、この場合は、利用者の通信の秘密（憲法 21 条 2 項、電気通信事業法 4 条 1 項）の侵害とならないよう、利用規約等で利用者からの同意を取得する必要がある。この点について、総務省利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会「第二次提言」（2010 年 5 月）12 頁では、利用規約（役務提供契約約款）に基づく事前の包括同意のみでは足りず、個別の同意（例：発信時の画面表示での確認）を得ることが望ましいとされている。

4 競争に関する規制（独占禁止法）

デジタルプラットフォームビジネスでは、ネットワーク効果やビッグデータの蓄積により市場が独占化・寡占化しやすく、また、商品・サービスを提供する事業者にとって必要不可欠なインフラとなりやすい。このような市場における影響力や立場の利用が、独占禁止法上問題がないかという観点からの検討も必要となる。

例えば、ソーシャルゲームの PF 事業者が、競合する PF を通じてゲームを提供したゲームメーカーを自社の PF において不利益に扱うことで、競合の PF にゲームを提供させないようにしていた事案では、この行為が独禁法上の取引妨害（独占禁止法 19 条、2 条 9 項 6 号、一般指定 14 項）に該当するとされた（注 14）。

また、ペットの販売を希望するブリーダーと、ペットの購入を希望する一般消費者の間のペットの取引を仲介するサイトを運営する PF 事業者が、ブリーダーに対し成約手数料を値引きする等の特典を与える反面、他のペット仲介サイトにペットの情報を掲載することを禁止する制度を導入していた事案において、こうした行為が排他条件付取引（独占禁止法 19 条、

一般指定 11 項) に該当するとの疑いで公正取引委員会の審査の対象となった(注 15)。同事業者は、2016 年設立、資本金 3000 万円(注 16)の会社であったが、仲介実績等を踏まえるとペット仲介サイトの運営分野において「有力な事業者」であると判断された。昨今、GAFA 規制と言われるように、グローバルな巨大デジタルプラットフォーム事業者に対する競争法上の規制が注目されているが、上記のような中小規模の PF 事業者も、同法の規制の対象となることに注意を要する。

このほか、モールの運営者が、出展者が負担する手数料率を一方的に不当に引き上げる場合や、ポイント原資を出店者に対し過大に負担させる場合は、出店者に対する優越的地位の濫用(同法 19 条、2 条 9 項 5 号)に当たる可能性がある(注 17)。

PF 事業者が、消費者からの返品・返金に無条件に対応し、それに伴う負担を PF の利用事業者に転嫁することは、消費者保護の要請には合致するものであるが、優越的地位の濫用にあたる可能性が指摘されており、これを回避するためには、PF 事業者としては、あらかじめ利用事業者に対し、どのような場合にどのような条件で返品・返金を行うのかについて定めておくことが考えられる(注 18)。

また、2019 年 8 月に公正取引委員会が公表した「デジタル・プラットフォームと個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法の考え方(案)」では、これまで事業者間取引にのみ適用されてきた優越的地位の濫用規定が、PF に対して個人情報等のデータを提供する消費者との関係でも適用・執行される可能性があることが示されたので、注意を要する。

5 基盤プラットフォームとの関係

プラットフォームサービスを Google play や App Store などのアプリストアを通じて提供したり、Facebook や LINE などの SNS アカウントと連携させる場合は、自社プラットフォームの基盤となるこれらのプラットフォームの利用規約等も遵守する必要がある。例えば、自社のプラットフォーム内で利用できるポイントを有償で発行しようとする場合、資金決済法上の前払式支払手段に該当し、原則として発行保証金の供託義務などを負うことになるが（資金決済法 3 条 1 項、14 条 1 項）、この規制の適用を回避するため、ポイントの有効期限を 6 ヶ月未満とすることがある（同法 4 条 2 号、同法施行令 4 条 2 項参照）。しかし、App Store の利用規約（注 19）では、購入されたポイントに利用期限を設けることはできないとされている。そのため、ポイントを発行する場合は、供託義務等を履行して App Store を通じてサービスを展開するか、そのような規制のない（注 20）Google Play やウェブブラウザ上でのみ提供するか、開発リソースや今後の事業展開等も踏まえて検討する必要がある。このほかにも、広告やプライバシーについて、各 PF 事業者が独自のルール（法令より厳格であることが多い）を定めているため、こうしたルールへの対応を検討する必要がある。

6 民事上の責任

（一）利用者に対する責任

PF 事業者は、利用者が取引を行うための「場」を提供する立場であるため、利用者が他の利用者に与えた損害については責任を負わないのが原則である。

もっとも、PF 事業者は、利用者間の取引にかかる情報を仲介するシス

テムを提供していることから、具体的状況に応じて、利用者に対して一定の注意義務を負う場合がある。例えば、インターネットオークションのPFを提供しているPF事業者は、当該PFを利用した詐欺が多発している状況下では、被害防止に向けた注意喚起の措置を採るべき義務があるとされた裁判例がある（注21）。

そのほか、出店者による営業をPF事業者自身の営業と誤信させるような外観がある場合、名板貸責任の規定（商法14条、会社法9条）の類推適用により、出店者が買主と与えた損害について、PF事業者が出店者と連帯して賠償する責任を負う可能性もある。そこで、PF事業者は、商品販売するのはPF事業者ではなく出店者であることをPF上に分かりやすく記載するなど、自己の営業であるとの誤信が生じないようにする必要がある（注22）。

（二） 第三者に対する責任

第三者との関係でも、PF事業者は利用者が事業を行うための「場」を提供するのみであるから、利用者がその事業を行うに際し第三者の権利を侵害した場合は、一義的には利用者が責任を負う。

もっとも、モールの出店者が第三者の商標権を侵害して事業を行っていた事案で、当該モールの運営会社（PF事業者）は権利侵害の申告を受けた時はその有無を調査する義務があり、これを怠った場合、差止めや損害賠償の責任を負うとした裁判例がある（知財高裁平24.2.14判タ1404号217頁）。なお、本裁判例では、モールの運営者は商標権侵害の事実を知ったときから8日以内に侵害商品を削除しており、損害賠償責任を否定された。

また、動画投稿サービスやSNSなどにおいて、第三者の著作権や人格

権を侵害する投稿が行われた場合は、PF 事業者は、権利侵害情報の送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能であって、かつ、当該情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていた等の場合は、送信防止措置をとらなかったことについて不法行為責任を負う可能性がある（プロバイダ責任制限法 3 条）。

このような調査義務や防止措置を採る義務に対応するため、利用規約において、禁止行為を定め、これに違反した場合は PF 事業者の判断で出品や投稿を削除することができる旨定めていることが一般的である。

（三） 利用規約と消費者契約法・債権法改正（定型約款）との関係

消費者を含む多数の利用者にサービスを提供するビジネスモデルの場合、PF 事業者と、こうした消費者との間では消費者契約法が適用される。

したがって、利用規約等に免責規定などを設ける際は、PF 事業者の責任を全部免除（消費者契約法 8 条 1 項 1 号）するなど同法により無効となるような定めは避ける必要がある。

また、利用規約は 2020 年 4 月 1 日から施行される改正民法の「定型約款」に該当する場合は、申込時に利用規約を開示する代わりに、あらかじめその利用規約を契約の内容とする旨を利用者に表示することでも、利用規約を契約の内容とすることができる（改正民法 548 条の 2 第 1 項 2 号）。この方法による場合、PF 事業者は利用者からの請求に応じて利用規約を開示する必要がある（同 548 条の 3）。PF のウェブページやアプリのインターフェイスにも影響のあり得る点であるため、自社の利用規約が定型約款に該当するかを確認のうえ、開示方法を検討しておく必要がある。

他方、PF を利用する事業者との関係では、消費者契約法の適用はない

ものの、故意又は重過失の場合の免責条項は、個別具体的状況下において著しく衡平を害する場合、当事者の通常の意味に合致しないものとして無効とされる可能性がある（東京地判平 26.1.23 判時 2221 号 71 頁）。個別の事情にはよるものの、サービスが有償か否かは著しく衡平を害するか
の判断の考慮要素となり、有償の場合は免責規定の効力について消極に判断され得るものと考えられる。

（四） 集団訴訟のリスク

PF 事業は、多数の者に利用されることを前提とするサービスであることから（注 3 参照）、その性質上、多数の利用者との間で同種のトラブルが発生する可能性が高い。2016 年 10 月には消費者裁判手続特例法が施行されたが、これは、相当多数の消費者に財産的損害が生じた場合に、特定適格消費者団体が原告となり事業者を被告として共通義務について審理する共通義務確認訴訟と、個別の消費者との関係で金銭の支払義務を確定する簡易確定手続の 2 段階で事業者の責任を審理することにより、消費者の手続への参加をしやすいとするという制度である（注 23）。また、近年、インターネット上で自己と同様の被害を受けた消費者を募るとともに弁護士を探すことのできるサービス（注 24）も登場している。このように、集団訴訟を行う環境が整備されつつある。集団訴訟では、訴訟費用や手続の負担が軽くなるとともに、証拠や知見が特定適格消費者団体や弁護団に集約されることから、消費者が訴訟の提起をしやすくなっており、PF 事業者が多額の賠償責任を負う可能性が潜在的に高まっているといえることができる。

そのため、PF 事業者としては、前述の消費者契約法や改正債権法において新たに設けられた定型約款の不当条項規制（改正民法 548 条の 2

第2項)のに留意しつつも、利用規約に責任を限定する規定を設ける等により、こうしたリスクをコントロールすることがより重要となる。

四 マッチング型デジタルプラットフォームビジネスの法律上の留意点

前記二及び三では、デジタルプラットフォーム事業を、特定の利用者同士が直接契約関係に立つマッチング型と、広告主からの広告料が主な収益源となるメディア型に大別しつつ、両者に共通する法的論点について解説した。以下では、マッチング型とメディア型のそれぞれで問題となりやすい規制や法的論点について、とりわけ検討事項の多い前者に重点を置いて解説する。

1 許認可の要否

(一) PF 事業者自身が許認可等を取得する必要があるか

多くの法令において、仲介行為(媒介・あっせん)を業として行うことにつき、許認可や登録(以下「許認可等」という。)を必要としている。そこでまず、自社が行おうとするPF事業がこの種の許認可制度の対象とならないかを検討する必要がある。

検討にあたっては、①関連しそうな許認可等の有無を概観したうえで、②自社が行おうとする具体的なサービスが、同法が許認可の対象としている行為に該当するか(この段階では、法令上の定義や市販書の解説の他、所管官庁が公表している指針等からその外延を明らかにする作業が必要となることも多い。)の二段階に分けて検討することが有益である。

例えば、求人情報を掲載し、求職者が求人案件に応募できるフォームを設けた、いわゆる求人情報サービスを運営する場合、①関係する業法とし

て職業安定法が存在し、同法は、職業紹介事業について許可制度を採用している（職業安定法4条1項ないし3項、30条1項、33条1項）。そこで、②自社が行おうとする具体的なサービスの内容が、「職業紹介事業」に該当するかを検討することになる。この点、「職業紹介」の具体的な意義については、厚生労働省が、求人情報または求職者情報を提供するのみであれば「職業紹介」に該当しないが、提供される情報の内容や提供相手について選別・加工する場合や、求職者と求人企業との間の連絡を行うなどの場合は、「職業紹介」に該当するとの見解（注25）を示している。そこで、PF事業者としては、この見解を前提に、自社のサービスが「職業紹介」に該当するか否かを、他社事例などにも照らしながらさらに検討することになる。検討の結果、自社の行おうとする事業が「職業紹介」の定義に該当しそうであると判明した場合には、許可を取得することを前提に、取得のための費用や期間、取得後の規制対応等の検討を進めるか、あるいは、「職業紹介」に当たらないよう「単なる情報提供」に留まるようビジネスモデルを変更できないか再検討することとなる。

以上で例に挙げた職業紹介の他、PF事業者が許認可等の取得を検討する必要があるビジネスとしては例えば次のものが存在する。

【図3—サービスごとに必要となる許認可】

サービスの種類	必要な許認可	根拠規定
不動産の賃貸や売買の代理・媒介	宅地建物取引業の免許	宅地建物取引業2条2号、3条1項
投資や貸付の仲介（クラウドファンディング）	貸金業の登録、第一種又は第二種金融商品取引業の登録	貸金業法2条1項、3条1項、金融商品取引法28条1項、2項、29条
オークションサイト	古物競りあつせん業の届出	古物営業法2条2項3号、10条の2
婚活マッチングサービス	インターネット異性紹介事業の届出	出会い系サイト規制法2条2号、7条1項

これから行おうとする PF 事業が許認可等が必要となる事業に該当する
のか否かが明確でない場合は、所管の行政庁に照会する必要も生じる。
任意の照会では心許ない場合、回答までに時間を要するが、各省庁が導
入している「ノーアクションレター制度」や産業競争力強化法に基づく「グ
レーゾーン解消制度」の活用も検討する必要がある（注 33 参照。）。

（二） 利用者に許認可を取得させる必要がないか

PF 事業者とは別に、利用者が PF を利用して役務の提供を行う行為
が、許認可等の対象となるケースもあることから、利用者に許認可を取得
させる必要がないか、あるいは、利用者が許認可等を取得しなくともよい
ビジネスモデルに変更する必要がないかについても検討を要する。

例えば、資金を調達したい事業者と、事業に共感し融資を希望する投
資家をマッチングするサービス（いわゆる融資型クラウドファンディング）
を行う場合、貸付を業として行うためには貸金業の登録が必要となるが、
資金提供者である投資家が個々に貸金業登録を行うことは現実的ではな
い。そこで、PF 事業者が自ら貸金業登録を行った上で、クラウドファンディ
ング事業のためのファンド（匿名組合であることが多い）の営業者となり、
投資家に対してファンドへの資金拠出（匿名組合出資）を募り（注 26）、
集まったファンド資金を借り手である事業者に融資するという仕組みをとる
ことで、実質的な貸し手と借り手の関係を間接的にすることにより、投資
家が貸金業登録をしなくて済むようにしている（注 27）。

他の例として、プロの転職エージェントではない一般個人がヘッドハン
ターのように、SNS を利用して知人（求職者）を求人企業に売り込み、
採用されたら報酬を得ることができるマッチング型 PF 事業がある（注
28）。前記のとおり、本来、有料で求職者の紹介を行うためには有料職業

紹介事業の許可が必要となるが（職業安定法 30 条 1 項）、利用者個人が許可を取得するとなるとサービスの利便性が損なわれる。そこで、同 PF では、PF 事業者みずから有料職業紹介事業の許可を取得したうえで、個々の利用者（ヘッドハンター）と雇用契約を締結し利用者を PF 事業者の従業員とすることで、利用者ごとに許可が必要となることを回避している。もっとも、このスキームによる場合、労働者であるヘッドハンターとの関係では、労働基準法や労働契約法などの労働法制が適用されるため、その観点からの対応コストが生じる。また、利用者（ヘッドハンター）の勤務先における副業の取り扱いについても問題となり得る。そのため、利用者が拡大していった場合に、こうした問題に対応できるかといった点も合わせて検討する必要がある。

また、自動車を保有しており運転ができる利用者（ドライバー）と、乗車を希望する利用者をマッチングさせる PF であるライドシェアサービスについては、利用者（ドライバー）が道路運送法の旅客自動車運送事業（「他人の需要に応じ、有償で、自動車を使用して旅客を運送する事業」（同法 2 条 3 項）に該当し、利用者（ドライバー）において国土交通大臣の許可の取得が必要となる可能性が高い（同法 4 条 1 項）（注 29）。そのため、ライドシェア PF 事業者は、旅客自動車運送事業の許可を持たない者にドライバーとしてライドシェア PF を利用させることはできない（注 30）。そこで、ライドシェア PF 事業者は、日本国内においては、ドライバーへの支払いを実費・謝礼に限定することで、有償性要件を満たさず許可は不要と整理しているものや、許可を保有しているタクシー会社と提携し、タクシー会社と乗車を希望する利用者を結ぶ配車サービスを行うものがある。

このように、ビジネススキームの検討に当たっては、個々の利用者の許可の必要性も検討する必要がある。

2 マッチング型の収益源とその回収方法

(一) マッチングした取引の対価から利用料相当額を控除する方法

インターネットを介した取引では、取引相手の顔が見えない場合も多いことから、利用者にとっては、取引相手から確実に代金の支払いや商品・サービスの提供が受けられることが重要となる。そのような観点から、PF 事業では、代金を支払う利用者（以下便宜的に「買手」という。）から商品・サービスを提供する利用者（以下便宜的に「売手」という。）に直接に代金を支払うのではなく、まず、買手が PF 事業者で代金を支払い、代金の支払後、売手が買手に商品を引き渡し、その後、PF 事業者が利用料を控除した上で売手に支払うという仕組み（いわゆるエスクロー）が採用されることがある。この仕組みにより、売手と買手の双方の履行が確保されるとともに、PF 事業者も利用者から利用料を確実に回収することが可能となる。その際の法律構成としては、以下のとおりいくつかのものが考えられる。

(1) 資金移動業として行う方法

まず、上記の仕組みは、買手から PF を経由して売手に代金を移動するものであるから、為替取引（最判平成 13 年 3 月 12 日は、「『為替取引を行うこと』とは、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」と定義している。）に該当すると整理した上で、資金移動業の登録を受けて行うことが考えられる（資金決済法 2 条 3 号、37 条）。

ただし、資金移動業の登録をした場合でも、1 回の送金額が 100 万円を超えることはできない（資金決済法 2 条 2 項、同施行令 2 条）。

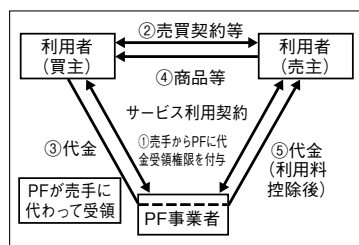
また、資金移動業の登録には、利用者保護の観点から、買手から預かっている金額以上の履行保証金の供託(最低1000万円。資金決済法43条、資金決済法施行令14条)や、安全管理措置(同法49条)や、利用者の本人確認(犯罪収益移転防止法2条2項30号、4条)などが求められるため、規制コストが過大とならないか検討する必要がある。

なお、数千円又は数万円以下の「少額」の送金のみを取り扱う資金移動業者については、今後、適用される資金移動業の規制が緩和される可能性がある(金融庁金融審議会「「決済」法制及び金融サービス仲介法制に係る制度整備についての報告<基本的な考え方>」(2019年7月)11頁)。仮に規制が緩和された場合、現行制度の元では資金移動業の規制への対応が困難なPF事業者であっても、資金移動業の登録が可能になる可能性があるため、改正動向を注視する必要がある。

(2) 収納代行として行う方法(注31)

次に、買手が代金の送金をPF事業者に依頼しているのではなく、売手がPF事業者に代金の受領を依頼している(いわゆる収納代行)と整理した上で、資金移動業の登録をせずに、代金の授受を行う仕組みが考えられる。

【図4—収納代行スキームの例】



- ① 利用規約等において売手からPF事業者に対し代金の受領権限を付与
- ② 売手と買手との間で売買契約を締結(マッチング)
- ③ 買手が代金を支払い、PF事業者が売手に代わって受領
- ④ 売手が買手に商品を発送
- ⑤ PF事業者が、受領した代金から利用料相当額を控除して売手に交付

この場合は、PF の利用規約等において、売手が PF 事業者に対して代金の受領権限を付与することにより、買手から PF 事業者へ代金が支払われた時点で買手による弁済は完了するため、買手は PF 事業者に対して送金依頼を行っておらず、為替取引に該当しないと考えられる。

収納代行スキームを採用する場合は、利用規約等において売手が PF 事業者に対し代金の代理受領権限を付与する旨明記する必要があるほか、PF 事業者が利用料の回収を確保するため、PF 事業者が売手に代わって受領した代金から PF の利用料相当額を控除することができることを明記することが多い。

なお、マッチング型 PF においては、取引の成立が利用料発生条件となっているケースが多いが、他方で、利用者による誤発注や、取引成立後に商品が届かない、代金が支払われないなどといった理由から、利用者が相手方利用者との契約の解約を希望することがありうる。このような場合、代金が PF に滞留している段階であれば、解約した場合の買手への返金は比較的容易であると思われるが、売手への代金支払後については買手への返金をどのように行うか（売手に行わせるか）を検討する必要がある。

（３） PF に代金をプールすることに関する規制

資金移動業スキームまたは収納代行スキームを採用した場合の検討事項として、一時的に PF に滞留することになる金銭の取扱いも問題となる。

フリマアプリや、日常的に仕事を発注するクラウドソーシングのように、1 件 1 件の取引の金額が少額であったり、取引が頻繁に行われるサービスでは、利用者には、PF 事業者へ支払われた代金（すなわち PF 事業者が売手に代わって受領した代金）を一定期間 PF にプールしておき、後で数

件分の代金をまとめて出金したい、あるいは、出金せずに自らが商品を買うための代金に充てたいといったニーズがある。

しかし、前者のニーズについては、代金の支払いと無関係に PF に長期間代金をプールすることは、PF 事業者が売主から代金を預かっているものとして、出資法 2 条により禁止されている預り金に該当する可能性がある。この点、資金移動業スキームについては、資金移動業者が送金と無関係に資金を預かる等の場合、出資法上禁止される預り金に該当する可能性があると考えられているのに対し（平成 22 年 2 月 23 日付「コメントの概要及びコメントに対する金融庁の考え方」40 頁参照）、収納代行スキームについてはこのような考え方は示されていないものの、代金の回収と無関係に金銭を受け入れる場合は同様の問題が生じると考えられる。そこで、利用規約において、PF 事業者を支払われた代金は一定期間内に現金しなければならないこと、一定期間内に現金されなければ PF 事業者から一方的に売手の銀行口座に振り込むか、もしくは現金できなくなる（売手が PF 事業者に対する債権を放棄したとみなす）ことを定めるなどして、代金を長期間 PF に滞留させないようにする必要がある（注 32）。

また、後者のニーズについては、売手が PF 事業者に対して送金を依頼しているものとして為替取引に該当する可能性が高いため、収納代行スキームにおいては行うことはできないと考えられる。他方、資金移動業スキームであれば、前述の預り金規制に反しない限り、「送金準備」として一定額を PF にプールできる仕組みにすることは禁止されない。

（二） 利用者から直接利用料を受領する方法

以上と異なり、利用者間での代金や報酬の授受が法律上禁止されているような場合には、代金や報酬とは無関係に利用者から利用料を徴収す

るというビジネスモデルを採用することとなる。例えば、旅行などのため一定期間ペットの世話ができない飼い主と、ペットの世話をしたい人同士をマッチングさせるサービス（注 33）がある。ペットの世話を他人に依頼するという、クラウドソーシングの一種ということもできるが、無登録で営利目的での動物の保管等を行うことは、動物の愛護及び管理に関する法律 10 条 1 項により禁止されていることから、利用者間でペットの世話に対する報酬の授受を行わせることはできない。そこで、この PF では、利用規約において、報酬の授受の禁止を定めるとともに（ただし、交通費等の実費及び任意の謝礼の支払いは可能）、マッチングの成否にかかわらず利用者に一定の PF 利用料を課すことで収益を得ることとしている。

また、婚活・デーティングアプリのように、サービスの性質上マッチングした当事者間での金銭の授受が想定されない場合も、利用者に直接 PF 利用料を課す方法が採られることが多い。

3 解除のコントロール

EC サイトやフリマアプリ等で行われる一回的取引と異なり、クラウドソーシングのように相対的に長期間継続する取引においては、PF としても売手としても、中途解約は避けたいと考えられる。そこで、まず、利用規約等に解約期限を設けたり、解約された場合の返金の考え方やキャンセル料を定めておくことが考えられる（注 34）。

また、解約の手続について、利用者間の自主性を重視しつつも、PF 事業者において利用者間の解約を一定程度コントロールするため、解約を希望する利用者が PF を通じて相手方に解約申請を行い、相手方が同意した場合に解約できることを原則としつつ、相手方が同意しない場合は PF 事業者が個別に対応するという仕組みを取ることで、利用者間の解約に一

定程度介入できるようにしているケースもある。例えば、フリマアプリの「メルカリ」は、アプリ内にキャンセル申請フォームを設けている。

五 メディア型デジタルプラットフォームビジネスの法律上の留意点

マッチング型と異なり、メディア型では、基本的には、利用者同士が売買契約や請負契約等何らかの契約関係が生じるという意味での取引を行うという関係にないことから、仲介に関する許認可は不要であり、また、商品に瑕疵がある、代金が支払われないといった利用者間の取引に関するトラブルについて PF 事業者自身が責任を負うことはないと考えられる（前記三六参照）。

ただし、近年、SNS などメディア型のサービスにおいて、「お金貸します」などと書き込んで金銭の融資を勧誘し、貸金業の登録なく、ないしは違法な高金利での金銭の貸付けを行う事案が生じている。前記三六のとおりに、PF 事業者にこうした問題に対する法的責任が当然に発生するものではないが、利用規約等において、利用者間の金銭の貸し借りを禁止し、適切な方法でのモニタリングや、発覚時の利用停止等の措置についても定めておくことが望ましい。

メディア型 PF の収益構造は、多数の利用者からコンテンツを集めることにより閲覧者数等を増やし、そこに設けられた広告枠の価値を高めて広告を掲載することで広告主から広告掲載料を得るというものであることから、多数のコンテンツを適切に管理することが、広告枠の価値の維持向上というビジネス上の観点のみならず、法的なリスクの回避の観点からも重要となる。

例えば、PF 上に違法又は不適切な投稿や広告が掲載された場合、第

三者（被害者）から削除請求や損害賠償請求等（プロバイダ責任制限法 3 条）を受ける可能性があるし、利用者による違法又は不適切な投稿によりサービスの運営を中止することとなった場合（注 35）は広告主（又は広告代理店）に対し債務不履行責任を負うことになる可能性もある。そのため、広告主・利用者（投稿者）双方との関係で、PF 事業者が事前の掲載審査や事後の掲載停止措置を行う旨、広告掲載契約・利用規約などに定めておくことが重要となる。

以上

（玉川竜大）

- （注1） 今後の規制の在り方に関する政策論は、本稿の問題関心からは外れるため割愛するが、議論の状況については、デジタル・プラットフォームを巡る取引環境整備に関する検討会「デジタル・プラットフォームを巡る取引環境整備に関する中間論点整理」（2018年12月）、総務省「プラットフォームサービスに関する研究会中間報告書」（2019年4月）、公正取引委員会「デジタル・プラットフォームの取引慣行等に関する実態調査報告書（オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引）」（2019年10月）などを参照されたい。
- （注2） デジタルプラットフォームビジネスという言葉について明確な定義はないものの、本稿では、「ICT（情報通信技術：Information and Communication Technology）やビッグデータを活用し、第三者同士が取引や情報のやりとりを行うための場もしくは仕組みを提供する事業」をいうものとして用いる。
- （注3） 他の特徴として、ネットワーク効果（SNSや口コミサイトのように利用者が増えるほどそのPFの利便性が向上し、さらに利用者が増える）やビッグデータの蓄積（利用者や取引に関するデータを集積し、利活用することで更にそのPFの利便性が高まるとともに利用者にとって他のPFに乗り換える負担（スイッチングコスト）も高まる）を指摘できる。
- （注4） マッチング型とメディア型の両方の性質を持つサービスもある。例えば、飲

食店の口コミサイト「食べログ」は、飲食店に対し、利用者が「食べログ」を通じて飲食店の予約をした場合に、その件数に応じて飲食店から利用料を受領するプランを提供するとともに、食品メーカーなどの広告主に対しては広告サービスを提供している。

- (注5) プラットフォームを「マッチング型」と「非マッチング型」に分類し検討を行う先駆的な論考として森亮二「プラットフォームの法律問題」NBL1087号9頁がある。
- (注6) 東京高平20.5.23公正取引委員会審決集55巻842頁参照。
- (注7) 消費者庁「事業者が講ずべき景品類の提供及び表示の管理上の措置についての指針に関するQ & A」（https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/faq/guideline/）のQ7に対する回答参照。
 なお、モール運営会社について、出店者が行っていた二重価格表示（有利誤認表示）についてモール運営会社の従業員が関与していたとの報道があったことから、消費者庁が同モール運営会社に対して、同法違反とならないための必要な措置を講じるよう要請した事案がある（消費者庁「楽天株式会社への要請について」（2014年4月30日））。
- (注8) 消費者庁「事業者が講ずべき景品類の提供及び表示の管理上の措置についての指針」（2016年4月）参照。
- (注9) 株式会社ディー・エヌ・エーが運営していたメディア型PFにおいて違法・不適切な記事が投稿されていた件に関する第三者委員会の調査報告書では、医薬品の製造元・販売元ではない利用者やライターが投稿した、鎮咳去痰薬の安全性について誤認を生じさせる可能性のある記述をした記事、医薬品として未承認のサプリメントについて不妊の改善効果を記載した記事、水素水について実証されていない効果を表示していた記事が、それぞれ医薬品医療機器等法66条、68条、健康増進法31条1項に違反する可能性があるとして指摘された（第三者委員会「調査報告書（キュレーション事業に関する件）」（2017年3月11日）244頁～246頁）。
- (注10) アプリストアを通じてPF事業を行う場合は、法律による規制のほか、アプリストアの規約も遵守する必要がある。例えば、個人情報保護法上、個人情報の取得自体は原則として本人の同意なく可能であるが、App Storeの規約では、原則として同意が必要とされ、また、位置情報の取得についても同意が必要とされている。（App Store Review Guidelines

- (2019年4月8日現在) <https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines/>。
- (注11) 個人情報保護委員会「株式会社リクルートキャリアに対する勧告等について」(2019年8月26日) (<https://www.ppc.go.jp/news/press/2019/20190826/>)
- (注12) 電気通信事業参入マニュアル19頁http://www.soumu.go.jp/main_content/000477428.pdf
- (注13) 平成31年4月消費者委員会オンラインプラットフォームにおける取引の在り方に関する専門調査会『オンラインプラットフォームにおける取引の在り方に関する専門調査会報告書』
- (注14) 平成23年6月9日公正取引員会『株式会社ディー・エヌ・エーに対する排除措置命令について』
- (注15) 最終的には、同事業者が当該制度を取りやめる等の自主的な措置を講じたことにより審査は終了した(公正取引委員会「みんなのペットオンライン株式会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」(2018年5月) (<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h30/may/180523.html>))。
- (注16) 2019年4月8日現在
- (注17) 公正取引委員会「電子商店街等の消費者向けeコマースにおける取引実態に関する調査報告書」(2006年12月)
- (注18) 公正取引委員会「デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査報告書」(2019年10月) 43頁～46頁。
- (注19) App Store Review Guidelines3.1.1 <https://developer.apple.com/jp/app-store/review/guidelines/>
- (注20) 平成31年4月1日時点
- (注21) 第一審名古屋地判平20.3.28 判タ1293号172頁、控訴審名古屋高判平20.11.11自保ジャーナル1840号160頁
- (注22) 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」(2018年7月) 73頁
- (注23) 消費者庁『消費者裁判手続特例法の活用に向けて』参照 (http://www.kokusen.go.jp/wko/pdf/wko-201612_02.pdf)
- (注24) 株式会社クラスアクションが運営する「enjin」(<https://legal-classaction>.)

com/）。なお、このサービス自体もPF事業の性質を有する。

- (注25) 厚生労働省『民間企業が行うインターネットによる求人情報・求職者情報提供と職業紹介との区分に関する基準について』<https://www.mhlw.go.jp/www2/topics/seido/anteikyoku/minkan/>
- (注26) 資金拠出を募る（すなわちファンド持分の取得を勧誘する）に当たっては、別途、第二種金融商品取引業の登録をするか、当該登録を持つ外部業者への募集業務の委託も必要である。
- (注27) この点については、従前、ファンド形式を用いた場合であっても、資金の出し手である投資家が貸付けの実行判断を行っている場合には、実質的にその個人が貸付行為を行っているものと評価され、貸金業登録が必要となるとの当局見解が示されており、ファンド形式を用いることに加えて、更に、借り手を特定することができる情報が明示されていないこと（匿名化）や、1つのファンドで複数の借り手に対して資金を供給するスキームであること（複数化）も必要であると考えられてきた。近時、金融庁はノーアクションレター制度を利用した照会に対する回答として、匿名化、複数化以外の方策によっても、投資家が貸金業登録することを回避できるとの見解を明らかにした（平成31年3月18日付「金融庁における法令適用事前確認手続（回答書）」）。
- (注28) 株式会社SCOUTERが運営する『SCOUTER』<https://corp.scouter.co.jp/>（2019年4月現在）。
- (注29) PF事業者については、旅行業法上の旅行業（同法2条1項）に該当し、旅行業の登録が必要となる場合がある（戸嶋浩二ほか「ライドシェア・カーシェア規制の論点整理」NBL1097号30頁）。実際に、Uber Japan株式会社は旅行業登録を行っている。
- (注30) 許可なく旅客自動車運送事業を行うことが禁止されるのは、PF事業者ではなく個々のドライバーである。しかし、2015年にライドシェア大手のUberが福岡市において自家用自動車を所有する運転者が旅客を「無償」で運送する一方、Uberは運転者に対しデータ提供料として一定の対価を支払う実証実験（みんなのUber）を行った際、国土交通省は、個々のドライバーではなく、Uberに対し、当該実証実験を中止するよう行政指導を行い、Uberはこれを受けて実証実験を中止した（戸嶋浩二ほか「ライドシェア・カーシェア規制の論点整理」NBL1097号30頁、第190 回国会衆議院地方

創生に関する特別委員会第11号（平成28年4月22日）持永政府参考人（国土交通省大臣官房審議官）発言。）。

- (注31) 収納代行についても、その機能が決済であることから、利用者資金の適切な保全や決済の確実な履行等の必要性は資金移動業者と変わらないとして、今後、資金移動業として規制が及ぶ可能性がある（前掲金融庁金融審議会報告15頁）。例えば、債権者（図4における利用者（売主））が一般消費者である場合は、一般消費者が収納代行業者（図4におけるPF事業者）の信用リスクを負担することになるため、利用者保護等の観点から資金移動業として規制の対象とすることが適当とされている。ここでいう収納代行業者（PF事業者）の信用リスクとは、収納代行スキームでは、利用者（買主）が収納代行業者（PF事業者）に送金した時点で商品等の代金債務の弁済は完了し、利用者（売主）は、収納代行業者（PF事業者）から代金を受領することになるため、収納代行業者（PF事業者）に支払能力がない場合は、利用者（売主）が代金を受領できなくなる可能性があるという意味である。なお、前掲金融庁金融審議会報告については、2019年5月29日に当初案が公表された後、同年6月10日、「いわゆるエスクローサービスのよう、例えば、フリマアプリやシェアリングサービスなどにおいて、利用者保護上、重要な役割を果たしているものについては、そのエコシステムに支障が生じることのないよう特に留意すべきである。」との一文が追記された。いずれにせよ、この点の制度改正はサービスの根幹にかかわるため、前注と合わせて、今後、注視する必要がある。
- (注32) プール可能な期間に確定的な基準はないが、例えば「メルカリ」、「クラウドワークス」では180日間とされている（2019年6月1日現在）。
- (注33) 株式会社nyansが提供する「NYATCHING」（<https://nyatching.com/>）。なお、同サービスについてはグレーゾーン解消制度にかかる回答が公表されている（<https://www.meti.go.jp/press/2018/02/20190221005/20190221005-1.pdf>）。
- (注34) 「クラウドワークス」利用規約（<https://crowdworks.jp/pages/agreement.html>）
- (注35) 株式会社ディー・エヌ・エーは、同社が運営する、利用者が記事を作成し投稿できるメディア型PFにおいて違法・不適切な記事が多数投稿されていたことが発覚し、2016年12月、これらを閉鎖することとなった。

インラインリンクと著作権法上の論点

弁護士 齋藤理央

* 目 次	
一	インラインリンクとは …… 164
1	インラインリンクと著作権法 …… 164
2	インラインリンクという技術 …… 165
(一)	ブラウザ表示機能 …… 165
(二)	リンク機能 …… 166
二	HTMLによるブラウザ表示を巡る論点 …… 167
1	通信の無い状況でHTML表示に組み込む場合の論点 …… 167
2	インターネット通信を介したHTML組込表示を巡る論点 …… 168
(一)	著作者人格権
(1)	同一性保持権 …… 169
(2)	氏名表示権 …… 169
(3)	名誉声望保持権 (著作権法113条7項) …… 170
(二)	著作財産権
(1)	翻案権 …… 170
(2)	公衆伝達権・上映権 …… 170
(三)	侵害情報について …… 172
三	リンク機能を巡り生じる著作権法上の論点 …… 173
1	自動公衆送信 (著作権法23条1項) 行為について …… 173
(一)	自動公衆送信行為 …… 173
(二)	共同不法行為・幫助行為 …… 174
2	送信可能化行為について …… 174
(一)	単独不法行為 …… 174
(二)	共同不法行為・幫助 …… 175
3	複製行為について …… 175
四	インラインリンク固有の論点 …… 176

一 インラインリンクとは

インラインリンクは、経済産業省において「ユーザーの操作を介することなく、リンク元のウェブページが立ち上がった時に、自動的にリンク先のウェブサイトの画面又はこれを構成するファイルが当該ユーザーの端末に送信されて、リンク先のウェブサイトがユーザーの端末上に自動表示されるように設定されたリンクをいう」と定義するリンク態様である（注1）。本稿ではインラインリンクの定義について経済産業省の例に従う。なお、経済産業省は「通常の方式で設定されたリンク」とは、「ユーザーがリンク元に表示された URL をクリックする等の行為を行うことによってリンク先と接続し、リンク先と接続することによってリンク元との接続が切断される場合のリンク」をいうものとしている（注2）。本稿では経済産業省の言う「通常の方式で設定されたリンク」を単にリンクという。

これに加えて、被リンクデータがブラウザに表示されないが、リンク元のデータと結合してプログラムとしての効能を発揮するタイプのリンクがある（仮に機能的リンクという。）。代表例としては、HTMLによって読み込まれる外部CSSデータやJAVASCRIPTデータである。本稿ではこの機能的リンクの問題には触れないが、固有の議論を生じる可能性がある。

1 インラインリンクと著作権法

インラインリンクもリンクを用いる技術であり、リンクに伴って生じる著作権法上の論点が問題となる。なお、インターネット通信はサーバーコンピュータからクライアントコンピュータの間で情報が送受信される。本稿では、サーバーコンピュータを自動公衆送信装置（著作権法2条1

項9の5号イ) といい、クライアントコンピューターを受信装置という。

次に、インラインリンクは、そもそもHTMLの表示対象に画像などメディアを組み込むことを本質とする。つまり、指定された非テキストのメディアデータがHTMLの表示するウェブページに組み入れられてブラウザ上に自動表示される。この表示対象としての指定によってHTMLデータは、ときに複数のメディアデータをHTMLの表示ルールに則って統合し、レンダリング用のデータを出力してサイトをブラウザに自動表示する(注3)。リンクと異なりインラインリンクの場合、この自動表示機能に伴って発生する著作権法上の論点が別個に問題となる。

このようにインラインリンクは複合的な性格を持った技術であるため、機能ごとに分析的に著作権法上の考察を加えることが有用と考えられる。

2 インラインリンクという技術

(一) ブラウザ表示機能

インラインリンクは、リンク先のメディアデータをHTMLの表示対象に指定する行為である。インラインリンクのうち、少なくともイメージリンク(注4)を1993年にマークアンドリーセンがブラウザに取り入れた(注5)。

ここでHTML(エイチティーエムエル、HyperText Markup Language(ハイパーテキスト・マークアップ・ランゲージ))は、ウェブサイトがブラウザに表示するために開発された言語であり、現在殆どのウェブサイトがHTMLで記述されている。また、現在HTMLの機能はCSS(Cascading Style Sheets、カスケーディング・スタイル・シート)やJAVASCRIPT(ジャバ・スクリプト)などによって拡張され、分離して保存管理される例が多い。本稿では技術的な正確性は置き、便宜的に、HTMLデータのみを指すとき狭義のHTMLと呼ぶことがある。また、CSSなどHTML

Lの拡張言語を広義のHTMLと呼ぶことがある。HTMLは表示対象と非表示対象を切り分けて表示対象を表示ルールに則りウェブページとしてブラウザに表示することを本質とする。HTMLファイル内のテキストデータは、デフォルトで表示対象となる。しかし、HTMLタグや、機能的リンクでリンクされた広義のHTMLプログラムはブラウザに表示されないなど、厳密に表示対象と非表示対象は区別されている。また、デフォルトが表示指定のテキストデータにおいても<!-- -->というタグ指定で、非表示指定ができる。

すなわち、HTMLは表示対象として指定された内容（以下コンテンツということがある。）をブラウザに表示すること、そして、表示の態様をその表示ルールの支配下において規律することを本質とする。当初HTMLの表示対象はテキストだけであった。しかし、インラインリンクは、画像などのテキスト外のメディアをHTMLファイルの表示対象として拡充した。HTMLによる表示の対象、すなわちHTMLの表示ルールの支配下に画像などのテキスト外のメディアを引き入れたのである。このテキスト外メディアの組み入れ表示機能を搭載した、当時にして画期的なブラウザは、他の要因とも相まってインターネット普及の原動力となったとも言われている（注6）。

（二）リンク機能

インラインリンクも、リンクを利用した技術である。しかし、リンクはHTMLによるブラウザの表示対象拡充の必要条件とは言えない。すなわち今日ではBASE64の技術などを利用して、HTML内に画像などメディアデータを一元的に保存することで、リンクを用いずに画像を表示対象として拡充することができる（注7）。リンクは、HTMLの表示対象と

して画像などを組み入れ表示するときデータの保存やデータ利用を効率化するための機能と捉えるべきであろう。しかしながらウェブの性質から実際にはリンクを利用しなければHTMLによる画像等メディアの組み込み表示は極めて非効率となる。例えばHTML内に一元的にメディアを保存する場合、ウェブページごとにメディアデータの送受信が発生しデータ送受信の総量は跳ね上がることが懸念される。その意味で、リンクは、HTMLによるメディアの組み込み表示をウェブ上で運用する際には、実際にはほとんど必須の技術となっている。

二 HTMLによるブラウザ表示を巡る論点

HTMLは、表示対象として指定されたコンテンツを表示ルールに則って統合し、演算結果としてのレンダリングデータをブラウザに出力表示する。このHTMLの表示対象として著作物（著作権法2条1項1号）を指定し、HTMLの表示ルールの支配下に著作物を置くことの意味が、議論されなければならない。このとき問題となるのは、著作者人格権及び、上映（著作権法22条の2）、公衆伝達（著作権法23条2項）など表示を規律する著作権法上のルールである。

1 通信の無い状況でHTML表示に組み込む場合の論点

例えばスタンドアローンのコンピュータでコンピュータ内部のファイルを指定し、HTMLの表示対象に第三者の著作物を無断で組み入れてブラウザに表示した場合、理論的には有形性や公衆への提示等が条件とされていない翻案権（著作権法27条）侵害や同一性保持権（著作権法20条1項）侵害が問題となり得る。リツイート事件知財高裁判決（注8）

も、ときめきメモリアル事件最高裁判決（注9）を引用して、HTMLの表示ルールの支配下におかれた画像をHTMLとデータ結合することで画像をトリミング表示する行為を、改変行為と判断した。

しかしながら、私的領域の翻案は著作権法47条の6第1項1号により適法化される。また、その場合同一性保持権侵害も成立しないと考えられる（注10）。例外的な場合を除いて通信のない環境でのHTML組込表示は、著作権侵害とならないケースが多いと考えられる。なお、ここでは公衆に対する提示が条件となる氏名表示権（著作権法19条1項）、上映権、公衆伝達権の議論は生じにくいと思われる。

2 インターネット通信を介したHTML組込表示を巡る論点

HTMLの表示対象として指定した著作物を、インターネット通信を介して受信装置ブラウザで表示する場合、著作物の利用が私的使用の範囲を越え、あるいはウェブページの閲覧者たる受信装置ユーザーが公衆性を獲得するかが問題となる。すなわち、受信装置ブラウザにウェブサイトを表示している主体は、ウェブサイトの送信者なのか、受信装置を操作する受信者なのか問題となる。受信者がHTMLによるブラウザ表示の主体であると評価すれば、例外的な場合を除いて私的使用の範囲内といえる。また、公衆への提示や伝達も観念できない。

反対に、受信装置のブラウザにウェブサイトを表示している主体がウェブサイトの送信者であると考え、ウェブサイトの表示は私的使用の範囲を越える。また、受信装置受信者に公衆性を見出し、公衆への提示や公衆への伝達を観念し得る。このように、HTMLがインターネット回線を介して受信装置でウェブサイトをブラウザに表示する際、ウェブサイトの送信者と受信装置を操作する受信者という2つの主体が関与するため、受

信装置モニターにウェブサイトを表示している主体をどちらと評価すべきか、という問題が生じる。この論点はウェブサイト一般について生じる著作権法上の論点と考えられる。

（一） 著作者人格権

（1） 同一性保持権

HTMLの表示ルールの支配下で被対象メディアをHTMLファイルと統合してトリミング表示等する行為が改変に該当することは、表現形式に直接侵襲することに照らしても、前掲ときめきメモリアル事件最高裁判決を参照すれば比較的明かといえる。問題は、このHTMLによる統合がインターネットを介して受信装置のブラウザで実施されるとき、その改変主体をウェブサイト送信者と見るか、受信装置を操作している受信者と見るかである。つまり、受信装置でのHTMLによるメディアファイルの統合表示によって生じる改変の主体を、受信装置を操作している受信者と見れば、私的使用の範囲で行われる改変として適法となり得る。

しかし、あくまで改変主体はHTML及び画像の送信者であると考えれば、私的使用の範囲を越えて改変をしていることから第三者の著作物を統合の対象としている場合は、改変が伴えば同一性保持権侵害が生じ得る。

（2） 氏名表示権

氏名表示権は公衆への著作物の提示または提供の際に問題となる権利である。したがって、ここでもウェブサイトの送信者を提示、提供主体と理解しなければ、受信者が公衆性を獲得することはないから、氏名表示権侵害の問題も生じないことになる。リツイート事件控訴審判決も氏名表

示権侵害の成立を認めていることから、提示乃至提供の主体を送信者と評価し、受信者に公衆性を見出したものと思料される。

(3) 名誉声望保持権(著作権法113条7項)

例えば、アダルトコンテンツとともにアイキャッチ画像として夜景写真を表示するような場合である(注11)。この場合、インターネットを介したHTML表示が名誉声望保持権を構成する「著作物を利用する行為」に当たることが問題となる。

(二) 著作財産権

(1) 翻案権

翻案権侵害は無形的な表現行為にも成立するうえ、HTMLの表示ルール適用により表現の本質的特徴に新たな創作性を付加することは可能であるから、翻案権侵害は成立し得る。そこで、HTMLによる表示ルール適用により行われる翻案行為が私的使用の範囲か否かが問題となり得る。加えて、HTMLの表示ルールを適用することで翻案を実現した場合、ウェブサイトの全部乃至一部を二次的著作物として原作者の権利が生じ得る(著作権法28条)。また、このこととの均衡からも被表示著作物と母体となるウェブサイトの間に原著物と二次的著作物の関係が成立しない場合も、両者に収録著作物と被収録著作物の関係を認めるべきかが問題となる。後述するがこの場合、母体となるウェブサイトが異なる場合、別個の表示行為を觀念すべきとも思われる(注12)。

(2) 公衆伝達権・上映権

氏名表示権と同様に、受信装置を操作している受信者に公衆性を見出

せるか、言い換えれば、受信装置ブラウザにウェブサイトを表示している主体がウェブサイト送信者と評価できるかが問題となる。前掲リツイート事件知財高裁判決は上記のとおり同一性保持権侵害と氏名表示権侵害を認めながら、公衆伝達権侵害成立を否定している。すると、送信者を主体とする私的範囲を越えた、公衆への提示ないし提供行為は認めながら、当該提示乃至提供行為は公衆伝達行為とは評価できないと判断したものとも理解できる。

しかし、表示対象として指定されたコンテンツを、インターネットを介して受信装置ブラウザに表示する行為の主体を送信者と捉える場合、受信者は不特定であるから避け難く公衆性を帯びる。すると、公衆伝達行為の成立を阻害するものがあるとすれば、平成10年1月1日著作権法改正以前の条文により想起されるようなテレビモニターを食堂の顧客に視聴させるような行為のみが公衆伝達行為に当たるといった思い込み以外にないとも思える。送信者を、私的範囲を越えた公衆への提供乃至提示の主体と判断できる以上、ウェブページのうち被表示対象として指定されたデータ一般については、公衆伝達行為の存在を否定する論拠は見出し難いとも思える。インターネットを介したブラウザへのウェブサイトの表示は、HTMLによって表示対象として厳格に区別されて表示されたコンテンツについて公衆伝達行為を避け難く内包している。実際にもリーチサイトに条約優先の原則（著作権法5条）を介してWCT条約8条の公衆伝達権を及ぼし得るという検討もある（注13）。しかし、条約を介さなくともそもそもWTC条約8条を受けた平成10年1月1日著作権法改正後の著作権法23条2項の解釈として、HTMLを通したブラウザ表示に公衆伝達権を及ぼしているとも解釈し得る。

また、絵文字など受信装置に当初よりインストールされているために公

衆送信の対象とは評価できないメディアを、HTMLの表示指定により受信装置ブラウザに表示する場合は上映権も問題となり得る。ただし、絵文字についてはブラウザ表示が当然に予定されているから、許諾により適法と理解できる。

加えて、HTMLにより統合表示するメディアと、母体となるウェブサイトの間に翻案行為が見いだせず二次的著作物性が認められない場合、母体となるウェブサイトと組み込み表示されたメディアとの間には、映画の著作物とこれに収録された著作物との関係である収録著作物と被収録著作物ないしこれに類似の関係が生じると理解される（著作権法26条2項参照）。このとき、翻案権侵害が成立する場合との均衡、および平成12年1月1日施行著作権法改正以前の著作権法26条2項において上映権が被収録著作物に単独で及ぼされていた趣旨との均衡から、被表示メディアの著作権者には、当該表示について個別に公衆伝達権及び上映権が及ぶと解する余地がある（現行著作権法26条2項及び前掲注12改正前著作権法26条2項参照）。このように、母体となるウェブページが異なれば、社会的に別の上映及び公衆伝達行為と解すべきとも思われる。

（三） 侵害情報について

プロバイダ責任制限法による発信者情報開示の成立には侵害情報の流通が必要である。しかし、自動公衆送信権等の侵害の根拠となる侵害情報と、翻案権侵害などの根拠となる侵害情報は内容を異にする可能性がある。前者は著作物を包含したデータに限られる可能性が、後者は著作物の翻案や表示を実現しているHTMLデータなどにまで侵害情報を拡充できる可能性がある。

三 リンク機能を巡り生じる著作権法上の論点

著作権法は、インターネットのウェブサイトを通じた表現物の配信を自動公衆送信権で規律する。自動公衆送信は、送信者から不特定の受信者への著作物に関するデータの送信であり、受信者からみれば送信者からのデータ受信である。そして、リンクは、送信者が送信可能化した著作物に関するデータの在り処を示し、受信者の求受信行為（著作権法2条1項9号の4）を促す行為である。このように、リンクは、著作物の送信可能化（著作権法2条1項9号の5）後、受信者が著作物を受信する過程に第三者が介在することを意味する。そこで、第三者の著作物に関するデータの送受信への介在について、著作権法上の評価が問題となる。特にリンクという形でデータのURLを示して送受信の間に介在する行為の評価が問題となる。インラインリンクもリンクを伴うため、リンクと著作権に関する論点が問題となる。

その他、複製権（著作権法21条）や送信可能化権の侵害を認めた裁判例も存する。

1 自動公衆送信（著作権法23条1項）行為について

そもそも自動公衆送信行為については、リンクの介在の評価の前提として自動公衆送信行為の捉え方に議論がある。

（一）自動公衆送信行為

リンクに単独、あるいは幫助乃至共同不法行為として自動公衆送信権侵害が認められるかという論点がある。この点、自動公衆送信行為をどのような行為と捉えるかによって、議論に影響がでる。例えば、自動公衆

送信行為を送信可能化行為と受信者の受信という結果からなると捉えれば、リンクは行為（送信可能化）後の事情となる。言い換えれば、リンクは行為後に結果の発生を促進する行為となる。反対に自動公衆送信行為を送信可能化後、継続する行為と捉えれば、リンクは行為継続中に受信者の受信行為を促すものである。刑事領域において公衆送信権・送信可能化権侵害にかかる著作権法違反の罪を継続犯と捉え得る可能性を示唆する見解がある（注14）。民事でも公衆送信を継続的行為と捉え、不法行為に基づく損害の起算点を画像削除後と判断した裁判例がある（注15）。反対に、民事でアップロード時点から遅延損害金の起算を認めた裁判例もある（注16）。

（二）共同不法行為・幫助行為

リンクは、自動公衆送信行為をどのように捉えても、「公衆からの求め」である求送信行為を促す行為であることは間違いがない。よって、少なくとも自動公衆送信行為の幫助侵害の余地がある。実際に、札幌地判ペンギンパレード事件Ⅲ（注17）に代表される札幌地裁の一連の裁判例においては、一部リンクに（自動）公衆送信の幫助侵害が認められている。加えて、関与の仕方によって共同不法行為の成否が問題となる事案も想定される。

2 送信可能化行為について

そもそもの送信可能化行為の捉え方を巡って議論が生じる。

（一）単独不法行為

リンクによりURLを適示する行為を、柱書要件の充足を前提に送信可能化行為（著作権法2条1項9号の5ロ）と捉える見解がある（注18）。

裁判例においても、たぬピク事件（注19）で裁判所は、画像のアップロード自体はまだ送信可能化ではないと判断した。そして、画像のURLを含んだ掲示板への投稿行為をして公衆送信権侵害になると判示した（前掲たぬピク事件）。しかし、サイトによっては画像などメディアURLの割り振りに規則性がある場合もあり、URLの適示がなくともメディアのURLは推測が可能な例も多い。

（二）共同不法行為・幫助

上記はアップロード者とURLの提示主体が同一主体と評価できる場合であった。しかし、リンク設定によりアップロード者と、URLの提示者が異なる場合、共同不法行為乃至幫助侵害の成立が問題となる。はるか夢の址大阪地裁刑事第一審（注20）も「各書籍データを記録・蔵置した場所を示すURLを…サーバコンピュータ内の記録媒体に記録・蔵置し、インターネットを利用する不特定多数の者に…自動公衆送信可能な状態にし、もってそれぞれ前記著作権者の著作権を侵害した」と判示し、URLの提示を送信可能化行為と評価しているようにも読める。そのうえで、アップロード行為も罪となるべき事実に掲げたうえで、共同正犯の成立を認めている。

3 複製行為について

インターネット通信の過程で、著作物に関するデータは、サーバーに保存される。この、サーバーへの保存が、複製行為に当たる。加えて、受信装置においても著作物に関するデータは、受信される。受信装置もデータがなければ著作物を出力できないことから、受信はつまるところ、サーバーに保存されたデータが受信装置にも生成されることを意味する。受信装置にお

いてデータが生成されるのは、受信装置のハードディスク（キャッシュ領域であることが一般的）である。しかし、メモリに直接コピーを生成するかたちで配信することもできる（ストリーミング）。いずれにせよ、受信装置へのインターネット配信によるデータの生成は、一般的に複製行為とは考えられていない。

また、裁判例において複製（行為）概念の拡張も試みられている。前掲ペンギンパレード事件Ⅲでは、一体的複製行為が侵害として認められた。しかし、支分権主義を歪め兼ねないとして、批判がある（注21）。また、ペンギンパレード事件Ⅲでは、複製の客体たるデータの範囲を拡充したとも評価し得、その場合、インターネットにおける複製の客体となるデータの範囲が問題となり得る。

四 インラインリンク固有の論点

自動公衆送信、送信可能化、複製の各行為との関係については、リンクの論点がそのまま妥当すると思料される。なぜなら自動公衆送信及び複製の問題は、受信データが受信装置に生成される時点までの問題であり、その後受信されたデータをブラウザに表示するか否かの点は、論点と直接関連しないとも思われるからである。

これに対して、著作者人格権、翻案権及び公衆伝達権・上映権については、リンクによりHTMLの送信者とメディアの送信者が異なる場合改変、翻案及び表示の主体が別個に問題となり得る。すなわち、HTML指令に基づくインターネットを通した著作物の受信装置での表示の過程において、被表示メディアの送信者と、ウェブサイトの母体であるHTMLファイル送信者の分離が生じる場合がある。加えて、HTMLの修辭表現は現在CSSファイルに大部分分離しているなど狭義のHTMLとCSSなど

広義のHTMLデータの送信者も分離している場合がある。このため、著作権、著作者人格権の各侵害が発生することを前提に、各データの送信者が異なる場合その行為主体が問題となる。

この表示主体の議論を巡っては、具体的な改変、翻案、表示を実現するデータのうち、最後にアップロードされたデータの送信者を基本的に行主体と解すべきと思われる。狭義のHTML、CSSなど広義のHTML、画像などメディアファイルはそれぞれアップロードの順番に決まりがなく、どの順番であっても問題となっている改変、翻案、表示に必要な情報がすべて揃った時点で、当該改変、翻案、表示が生じるからである。よって、どのデータの送信者が主体という観点から評価するのではなく、原則的に最後にアップロードされたデータの送信者を改変、翻案、表示の主体と解すべきである（私見）。

なお、リツイート事件控訴審においては、画像の送信者ではないリツイート者にも少なくとも改変行為の主体性が認められた。実際にもリツイートの際に問題となる改変に直接寄与しているのはリツイートボタン押下によるHTML情報のサーバーでの生成行為であるため、妥当な結論と思われる。この点についてリツイートという気軽な行為に権利侵害を認めることへの懸念もある。しかし、リツイートが気軽な行為だから責任が軽いのではなく、責任の重たい情報発信を極めて気軽に実施できるのがリツイートというシステムとも捉え得る。責任の重たい行為を気軽に実現できるツールを利用したからと言って権利を侵害した責任は軽減できず、そのような重大な権利侵害を容易に招来し得るツール（注22）という自覚を持った利用が望まれるというべきだろう。

- (注1) 経済産業省『電子商取引及び情報財取引等に関する準則』平成30年7月(2018年) (<https://www.meti.go.jp/press/2018/07/20180727001/20180727001-1.pdf>) 143頁
- (注2) 経済産業省・前掲(注1) 143頁
- (注3) Tali Garsiel and Paul Irish『ブラウザの仕組み: 最新ウェブブラウザの内部構造』(2011年) (<https://www.html5rocks.com/ja/tutorials/internals/howbrowserswork/>)
- (注4) 経済産業省・前掲(注1) 143頁
- (注5) Marc Andreessen『Re: proposed new tag: IMG』(1993年) (<http://1997.webhistory.org/www.lists/www-talk.1993q1/0260.html>)
- (注6) ウィキペディア(Wikipedia)『NCSA Mosaic』(2016年(最新更新)) (https://ja.wikipedia.org/wiki/NCSA_Mosaic)
- (注7) Network Working Group Request for Comments: 2397『The "data" URL scheme』(1998年) (<https://tools.ietf.org/html/rfc2397>)
- (注8) 知財高判平成30年4月25日判時2382号24頁(平成28年(ネ)10101号)
- (注9) 最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁(平成11年(受)955号)
- (注10) 東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁(平7年(ワ)6920号)引用の事例であるが、権利制限規定が及ぶ場合に人格権侵害の成立を否定すべきという問題意識は及ぶと考えられる。
- (注11) 東京地判令和元年10月30日裁判所ウェブサイト (https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/135/089135_hanrei.pdf) (令和元年(ワ)第15601号)
- (注12) 著作権法の一部を改正する法律(平成11年法律第77号)平成12年1月1日施行前著作権法26条2項参照
- (注13) 角田政芳・辰巳直彦『知的財産権法[第8版]』(有斐閣・2017年)477頁・478頁
- (注14) 壇俊光・板倉陽一郎『民事・刑事上の Web サイトリンク行為の違法性に関する比較についての試論』(情報ネットワーク・ローレビュー第13巻第1号, 2014年)66頁・80頁

- (注15) 前掲(注11)裁判例
- (注16) 東京地判令和元年5月31日裁判所ウェブサイト (https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/854/088854_hanrei.pdf) (平成30年(ワ)32055号)
- (注17) 札幌地判平成30年6月15日判例集未登載(平成28年(ワ)2097号)
(ウエストロー・ジャパン:文献番号 2018WLJPCA06156001)
- (注18) 野口明生・パテント71(8)『リンクと送信可能化行為』(2018年)60-72頁
- (注19) 東京地判平成31年2月28日裁判所ウェブサイト (https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/514/088514_hanrei.pdf) (平成30年(ワ)19731号)
- (注20) 大阪地判平成31年1月17日裁判所ウェブサイト (https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/438/088438_hanrei.pdf) (平成29年(わ)4356号)
- (注21) 谷川和幸『発信者情報開示請求と支分権主義—「一体的な複製」論を契機として』福岡大学法学論叢63巻4号(2019年)841-873頁
- (注22) BuzzFeed News『リツイート機能の生みの親、後悔を語る』(2019年) (<https://www.buzzfeed.com/jp/alexkantrowitz/how-the-retweet-ruined-the-internet-1>)

サイバー犯罪 ～不正指令電磁的記録に関する罪を中心に～

* 目 次	
一 はじめに	182
二 サイバー犯罪とは	182
1 定義	182
2 特徴	183
3 類型	185
4 検挙件数	186
三 立法による対応	186
1 刑法の一部改正	186
2 新たな法律の制定	188
四 不正指令電磁的記録に関する罪	189
1 保護法益	189
2 各罪の構成要件	190
3 客体	191
4 行為	195
5 供用目的	197
6 正当な理由の不存在	197
五 コインハイブ (Coinhive) 事件	197
1 事案	197
2 争点	198
3 第一審裁判所の判断	199
4 コメント	202

一 はじめに

インターネットの起源は1969年に米国国防総省高等研究計画局（ARPA：Advanced Research Project Agency）が軍事目的で開始した ARPAnet であるとされている¹。1990年代に入り、インターネットは商用利用が可能となつてから急速に発展し、現在は社会・経済の根幹を支える重要なインフラとして機能している。

インターネットの普及により、一方で国民生活の利便性が向上したが、他方で、コンピュータ・電磁的記録を対象とした犯罪やネットワークを利用した犯罪が増加し、企業の経済活動や個人の財産・プライバシーはもとより社会全体が新たな脅威にさらされるようになった。そこで、こうしたサイバー犯罪に対処するため、刑法が改正されたり、新法が制定されたりした。

本稿では、まずサイバー犯罪の概要と立法による対応について簡単に触れたうえ、いわゆるコンピュータ・ウイルス罪である不正指令電磁的記録に関する罪について説明し、最後に、同保管罪に問われたコインハイブ事件²について言及する。

二 サイバー犯罪とは

1 定義

警察庁によると、サイバー犯罪³とは、高度情報通信ネットワークを利

1 郵政省『平成11年版通信白書』9頁

2 ウェブサイトに仮想通貨モネロのマイニングスクリプトであるコインハイブを設置し、サイトの閲覧者に無断でマイニングを行わせたとして、不正指令電磁的記録保管罪に問われた事件

用した犯罪やコンピュータ又は電磁的記録を対象とした犯罪等の情報技術を利用した犯罪をいう⁴。

2 特徴⁵

(一) 匿名性が高いこと

ネットワークの利用者の識別は、通常、IDとパスワードに依拠しているが、ネットワークは非対面式であるため、他人のIDやパスワードを知って

3 「サイバー犯罪」に似た用語として、「コンピュータ犯罪」や「ハイテク犯罪」などがある。

「コンピュータ犯罪」という用語は、古くから使われており、昭和57年版警察白書において既に登場している。同書では、「コンピュータ犯罪」を金融機関の現金自動支払システムを利用した犯罪（CD犯罪）と、それ以外のコンピュータ犯罪に分けた。昭和58年版警察白書では、「コンピュータ犯罪」をコンピュータ・システムに向けられた犯罪又はこれを悪用した犯罪と定義し、CD犯罪以外のコンピュータ犯罪の類型として、「不正データの入力」、「データ、プログラム等の不正入手」、「コンピュータの破壊」、「コンピュータの不正使用」、「プログラムの改ざん」、「磁気テープ等の電磁的記録物の損壊」の6つを挙げた（ただし、当時、日本では「プログラムの改ざん」や「磁気テープ等の電磁的記録物の損壊」の事案の発生は、まだ把握されていなかった。）。その後、昭和62年刑法一部改正を受けて、昭和63年版警察白書では、「コンピュータ犯罪」をコンピュータ・システムの機能を阻害し、又はこれを不正に使用する犯罪（過失、事故等を含む。）と定義した。平成9年版警察白書では、「コンピュータ犯罪」の他に、「ネットワーク利用犯罪」という用語も登場し、「ネットワーク利用犯罪」をコンピュータ・ネットワークをその手段として用いる犯罪でコンピュータ犯罪以外のものと定義した。

「ハイテク犯罪」という用語は、平成10年版警察白書において、「コンピュータ犯罪」に代わって登場した。

そして、平成16年版警察白書において、国際的動向等を踏まえて、「ハイテク犯罪」から「サイバー犯罪」へと呼称を変更した。

いればそれを使用して他人になりすますことが容易である。また、IDやパスワードを取得する際に本人確認が厳格に行われるわけではないため、架空人名義のIDやパスワードを取得することも容易である。そのうえ、IPアドレスを秘匿・偽装するツールを利用することも容易である。そのため、ネットワークを利用した犯罪が行われた場合、犯人を特定することが困難となる。

(二) 痕跡が残りにくいこと

ネットワークを利用した行為は、指紋等の物理的痕跡が残らないうえ、証拠となりうる通信ログ等の電子データも犯人に改ざん・消去されてしまい、痕跡が残りにくい。

(三) 短期間のうちに不特定又は多数の者に被害を及ぼすこと

ネットワークは世界中の不特定多数の者に利用され、情報伝達の速度が速いので、被害が短期間のうちに広域の不特定多数の者に及ぶ。

(四) 地理的・時間的制約を受けないこと

ネットワークには国境などの地理的制限がないうえ、24時間利用可能であるので、いつでもどこからでもネットワークを利用した犯罪の実行が可能である。

4 国家公安委員会＝警察庁『平成30年版警察白書』24頁

5 河村博＝上富敏伸＝島田健一編『概説サイバー犯罪－法令解説と捜査・公判の実際』（青林書院 2018年）〔島田健一〕163～167頁は、サイバー犯罪の特徴を（1）電磁的情報の性質に起因する特徴、（2）ネットワーク化に起因する特徴、（3）技術性・専門性に起因する特徴に分けて説明している。

3 類型

(一) 警察庁による検挙統計上の分類ではあるが、サイバー犯罪には、①コンピュータ又は電磁的記録を対象とした犯罪等(刑法に規定されているコンピュータ又は電磁的記録を対象とした犯罪及び不正指令電磁的記録に関する罪)、②ネットワーク利用犯罪(その実行に不可欠な手段として高度情報通信ネットワークを利用する犯罪)、③不正アクセス行為の禁止等に関する法律違反の3つの類型がある⁶。

(二) ①の例としては、受信権限のない衛星放送を受信して視聴するために、B-CASカードを改変して、チューナー内蔵レコーダーに挿入する行為(私電磁的記録不正作出罪・同供用罪)、クレジットカードをスキミングする行為(支払用カード電磁的記録不正作出準備罪)、テレビ局のホームページの天気予報画像をわいせつ画像に置き換える行為(電子計算機損壊等業務妨害罪)などがある。

(三) ②の例としては、脅迫内容の電子メールを送りつける行為(脅迫罪)、電子掲示板に個人の誹謗中傷を書き込む行為(名誉棄損罪)、通販サイトでブランド品の偽物を売る行為(詐欺罪、商標法違反)などがある。

(四) ③の例としては、他人のIDとパスワードを無断で入力してネットオークションサイトにログインする行為(不正アクセス罪)、上記ID及びパスワードを正当な理由なく第三者に教える行為(不正助長罪)などがある。

6 国家公安委員会=警察庁・前掲注4・118頁

4 検挙件数⁷

区分	年次	25	26	27	28	29
合計（件）		8,113	7,905	8,096	8,324	9,014
不正アクセス禁止法違反		980	364	373	502	648
コンピュータ・電磁的記録対象犯罪等		478	192	240	374	355
ネットワーク利用犯罪		6,655	7,349	7,483	7,448	8,011
児童売春・児童ポルノ禁止法違反（児童ポルノ）		1,124	1,248	1,295	1,368	1,432
詐欺		956	1,133	951	828	1,084
うちオークション利用詐欺		158	381	511	208	212
青少年保護育成条例違反		690	657	693	616	858
児童売春・児童ポルノ禁止法違反（児童売春）		492	493	586	634	793
わいせつ物頒布等		781	840	835	819	769
著作権法違反		731	824	593	586	398
脅迫		189	313	398	387	376
ストーカー規正法違反		113	179	226	267	323
商標法違反		197	308	304	298	302
名誉毀損		122	148	192	215	223
その他		1,260	1,206	1,410	1,430	1,453

三 立法による対応

1 刑法の一部改正

（一）昭和62年改正⁸

コンピュータの普及による高度情報化社会の到来に伴い、様々な分野でコンピュータによる事務処理がなされるとともに、電磁的記録が証明手段や情報の記録・保存の手段として社会的に重要な機能を有するようになって

7 国家公安委員会＝警察庁・前掲注4・118頁

8 昭和62年改正の解説として、米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』（立花書房、1988年）がある。

た。こうした社会の変化に従来の刑法の規定では十分に対応できなくなったことから、電磁的記録の不正作出・供用の罪（161条の2）、電子計算機損壊等業務妨害罪（234条の2）及び電子計算機使用詐欺罪（246条の2）が設けられ、公正証書原本不実記載・行使の罪（157条1項、158条）及び文書毀棄の罪（258条、259条）の客体に電磁的記録が追加されたうえ、「電磁的記録」の定義づけがなされた（7条の2）。

（二）平成13年改正

クレジットカードのスキミングによって得た情報を用いてカードを偽造して使用するなどの不正行為が多発し、社会問題となったが、従来の規定（161条の2）ではカード情報の不正取得について処罰することができなかったこと等から、支払用カード電磁的記録に関する罪（163条の2乃至163条の5）が設けられた。

（三）平成23年改正

平成23年成立・公布の「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」⁹は、サイバー関係の罰則及び手続法の整備と、強制執行妨害関係の罰則の整備を含むが、このうちサイバー関係の罰則の整備として、不正指令電磁的記録に関する罪（168条の2、168条の3）の新設、電子計算機損壊等業務妨害罪の未遂処罰規定（234条

9 この法律の解説として、吉田雅之「法改正の経緯及び概要」ジュリスト1431号（2011年）58頁以下、榊清隆「『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』の概要」刑事法ジャーナル30号（2011年）3頁以下がある。

の2第2項)の新設、わいせつ物頒布等罪の構成要件の拡充等(175条)が行われた。

2 新たな法律の制定

有名なものとしては、平成11年に制定された不正アクセス行為の禁止等に関する法律(不正アクセス禁止法)¹⁰、平成26年に制定された私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律(リベンジポルノ防止法)¹¹がある。

不正アクセス禁止法は、不正アクセス行為やそれを助長する行為の禁止・処罰等によって、電気通信回線を通じて行われる電子計算機に係る犯罪の防止と、アクセス制御機能により実現される電気通信に関する秩序の維持を図り、もって高度情報通信社会の健全な発展に寄与することを目的とするものであり、特定の犯罪の予備罪として不正アクセス行為を処罰しようとするものではない。

リベンジポルノ防止法は、私事性的画像記録の提供等を処罰するとともに、プロバイダ責任制限法の特例等を設けることにより、個人の名誉及び私生活の平穩の侵害による被害の発生又はその拡大を防止することを目的とするものである。

10 不正アクセス禁止法の解説として、不正アクセス対策法制研究会編『逐条不正アクセス行為の禁止等に関する法律 第2版』(立花書房 2012年)がある。

11 リベンジポルノ防止法の解説として、平沢勝栄=三原じゅん子=山下貴司編『よくわかるリベンジポルノ防止法』(立花書房 2016年)がある。

四 不正指令電磁的記録に関する罪

(不正指令電磁的記録作成等)

第168条の2 正当な理由がないのに、人の電子計算機における実行の用に供する目的で、次に掲げる電磁的記録その他の記録を作成し、又は提供した者は、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

- 一 人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録
- 二 前号に掲げるもののほか、同号の不正な指令を記述した電磁的記録その他の記録
 - 2 正当な理由がないのに、前項第1号に掲げる電磁的記録を人の電子計算機における実行の用に供した者も、同項と同様とする。
 - 3 前項の罪の未遂は、罰する。

(不正指令電磁的記録取得等)

第168条の3 正当な理由がないのに、前条第1項の目的で、同項各号に掲げる電磁的記録その他の記録を取得し、又は保管した者は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

1 保護法益

立案担当者によれば、本罪は、電子計算機のプログラムが、「人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令」を与えるものではないという、電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の信頼を保護するために設けられたものであり、文書偽造の罪などと同様に社会的法益に対する罪である¹²。

この点、コンピュータ・ウイルスによって電磁的記録が改変・消去された

12 杉山徳明＝吉田雅之「『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』について(上)」法曹時報64巻4号(2012年)66頁

なお、法務省のホームページにおいて公表されている「いわゆるコンピュータ・ウイルスに関する罪について」という文書にも、立案担当者の見解が載っている。<http://www.moj.go.jp/content/001267498.pdf>

場合には電子計算機損壊等業務妨害罪や電磁的記録毀棄罪が成立するので、その予備的な位置づけとして、コンピュータ・ウイルスを作成する行為等を処罰する規定を設けること（つまり、個人的法益に対する罪として規定すること）も考えられる。

しかし、予備的な位置づけとすると、例えば、業務に使用していない個人のパソコンから外部にデータを流出させるコンピュータ・ウイルスの場合、電磁的記録を改変・消去するわけではないので電磁的記録毀棄罪は成立しないし、業務に使用されていたわけではないので電子計算機損壊等業務妨害罪も成立しないことになる。データ流出によって生じる被害の大きさに鑑みれば、そのようなコンピュータ・ウイルスを作成する行為自体は処罰する必要があるが、そうすると、電子計算機損壊等業務妨害罪等の予備的な位置づけというのは、無理があるように思える。

今日、あらゆる分野で電子計算機による情報処理がなされており、それが社会的盤となっていることからすると、そのような社会的基盤を脅かすコンピュータ・ウイルスを作成する行為は、個人的法益に対する罪ではなく、社会的法益に対する罪として捉えるのが実態に即しているといえる。

2 各罪の構成要件

（一）不正指令電磁的記録作成・提供罪（168条の2第1項）

- ① 正当な理由がないのに（正当な理由の不存在）
- ② 人の電子計算機における実行の用に供する目的で（供用目的）
- ③ 1号又は2号に掲げる電磁的記録その他の記録を（客体）
- ④ 作成・提供した（行為）

（二）不正指令電磁的記録供用罪（168条の2第2項）・未遂罪（同条3項）

①正当な理由がないのに（正当な理由の不存在）

②1号に掲げる電磁的記録を（客体）

③人の電子計算機における実行の用に供した（行為）

（三）不正指令電磁的記録取得・保管罪（168条の3）

①正当な理由がないのに（正当な理由の不存在）

②人の電子計算機における実行の用に供する目的で（供用目的）

③1号又は2号に掲げる電磁的記録その他の記録を（客体）

④取得・保管した（行為）

（四）以上のとおり、各罪に共通する構成要件として、正当な理由の不存在がある。また、供用罪以外の罪は目的犯である。さらに、供用罪では、供用という行為の性質上、客体が1号に限られている。

3 客体

（一）人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録（1号）

（1）「人」

「人」とは犯人以外の者をいう。

なお、立案担当者によれば、「人の電子計算機における実行の用に供する」の意味との関係で、「人」には不正指令電磁的記録であることを認識している第三者は含まれないとする¹³。つまり、「人」とは、犯人以外の者であって、不正指令電磁的記録であることを認識していない第三者をいう。

（2）「電子計算機」

「電子計算機」とは、自動的に計算やデータ処理を行う電子装置のこと

13 杉山=吉田・前掲注12・70頁

をいう。パソコンやサーバーだけでなく、携帯電話等も自動的に計算やデータ処理を行う機能を有するものであれば、「電子計算機」に当たりうる。

(3)「意図」

立案担当者によれば、本罪が電子計算機のプログラムに対する社会一般の信頼を保護法益とするので、「意図」についても、電子計算機のプログラムに対する社会一般の信頼を害するものであるか否かという観点から規範的に判断される。すなわち、個別具体的な使用者の実際の認識を基準とするのではなく、当該プログラムの機能の内容や機能に関する説明内容、想定される利用方法等を総合的に考慮して、その機能につき一般に認識すべきと考えられるところを基準として規範的に判断される、とする¹⁴。

ここでは、電子計算機のプログラムに対する社会一般の信頼を害するものであるか否かという観点からの判断と、プログラムの機能につき一般に認識すべきと考えられるところを基準とする判断が挙げられているが、「すなわち」という接続詞が用いられているので、両者は別個の判断方法ではなく、前者を具体化したものが後者という関係にあると思われる。

このように、「意図」については一般に認識すべきものであるか否かという観点から判断されるため、例えば、説明書が付されている市販のソフトや、ウェブサイト上で使用方法等が説明されているフリーソフトに関しては、電子計算機の利用者がその機能を認識すべきものといえるので、現実にはその機能を認識していなくても、「意図」に反するものとはいえない。また、立案担当者によれば、ポップアップ広告は¹⁵、インターネットの利

14 杉山=吉田・前掲注12・70～71頁

15 特定のウェブページにアクセスしたとき等に、自動的にウィンドーが開いて表示される広告。

用に通常随伴するので、そのようなものとして一般に認識すべきと考えられるから、基本的には「意図」に反するとはいえないとする¹⁶。

なお、バグ¹⁷に関しても、立案担当者は、電子計算機の利用者には不可避的なものとして許容されていると考えられるので、「意図」に反しないとする¹⁸。しかし、電子計算機の利用者は、通常、バグによって生じる動作までは認識することができない。立案担当者は、認識可能性の対象をバグの存在自体と捉えているように思われるが、「プログラムの機能」につき一般に認識すべきと考えられるところを判断基準としている以上、認識可能性の対象をそこまで抽象化してよいのか疑問である。

（４）「不正な指令」

立案担当者によれば、「不正な」指令に限定したのは、電子計算機の利用者の「意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせる」べき指令を与えるプログラムであれば、多くの場合、それだけで、プログラムに対する社会の信頼を害するものとして、作成等の行為に当罰性があるようにも考えられるものの、そのような指令を与えるプログラムの中には、社会的に許容し得るものが例外的に含まれることから、このようなプログラムを処罰対象から除外するためである、とする¹⁹。

したがって、あるプログラムによる指令が「不正」なものにあたるか否

16 杉山＝吉田・前掲注12・71～72頁

17 プログラムの作成段階で不可避的に生じる不具合や誤り。

18 杉山＝吉田・前掲注12・74頁 なお、立案担当者は、「不正な」指令の要件も欠くとする。

19 杉山＝吉田・前掲注12・72頁

かは、その機能を踏まえ、社会的に許容し得るものであるか否かという観点から判断されることになる²⁰。

ただ、そうなると、前述の「意図」も規範的に判断されるため、「意図」と「不正」の判断が重複するように思われる。この点、立案担当者は、「意図」は、あくまで、電子計算機の利用者にとって認識し得べきものであるか否かという観点から判断されるのに対し、「不正」か否かは、電子計算機の利用者の認識という観点ではなく、そのプログラムが社会的に許容し得るものであるか否かという観点から判断されるので、両者は必ずしも完全に重複するものではないと説明する²¹。

問題は、社会的に許容しうるものであるか否かという観点から判断する際に、いかなる事情を考慮するのかという点である。考慮要素如何によっては、重複する部分が出てくると思われる。立案担当者も「完全に重複するものではない」と表現しているので、全く重複しないとまでは考えていないようである。

(5)「電磁的記録」

「電磁的記録」とは、電子的方式、磁氣的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう（7条の2）。

20 杉山＝吉田・前掲注12・72頁

21 杉山＝吉田・前掲注12・83頁 具体例として、ソフトウェアの製作会社が不具合を修正するプログラムをユーザーの電子計算機に無断でインストールした場合を挙げて、当該修正プログラムによる動作は、「その意図に反する」ものに当たり得るが、このようなプログラムは社会的に許容し得るものであるので、「不正」には当たらないと説明する。

(二) 1号の不正な指令を記述した電磁的記録その他の記録(2号)

内容的には「人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える」ものとして実質的に完成しているが、そのままでは電子計算機において動作させ得る状態にないものをいう。例えばプログラムのソースコード(機械語に変換すれば電子計算機で実行できる状態にあるプログラムのコード)を記録したものがこれにあたる。

4 行為

(一) 作成(168条の2第1項)

「作成」とは、不正指令電磁的記録等を新たに記憶媒体上に存在するに至らしめることをいう。

作成罪が成立するためには、「人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令」として機能し得る内容のものを実質的に存在するに至らしめることを要する。

なお、既存のコンピュータ・ウイルスを複写するだけの行為は、新たに記憶媒体上に存在するに至らしめたわけではないので、「作成」にはあたらないと考えられる。

(二) 提供(168条の2第1項)

「提供」とは、不正指令電磁的記録等であると認識したうえでこれを自己の支配下に移そうとする者に対し、これをその支配下に移して事実上利用し得る状態に置くことをいう。

例えば、不正指令電磁的記録が記録されているSDメモリーカードを、

そのことを認識して取得しようとする者に交付する行為が「提供」にあたる。

(三) 供用(168条の2第2項)

「人の電子計算機における実行の用に供」するとは、電子計算機の利用者には不正指令電磁的記録を実行しようとする意思がないにもかかわらず、これを実行され得る状態に置くことをいう。つまり、不正指令電磁的記録であることを認識していない第三者の電子計算機で実行され得る状態に置くことを意味する。

例えば、電子メールに不正指令電磁的記録の実行ファイルを添付して送信し、事情を知らず、かつそのようなファイルを実行する意思のない受信者のパソコン上でいつでもそのファイルが実行され得る状態におく行為が「供用」にあたる。

(四) 取得(168条の3)

「取得」とは、不正指令電磁的記録等であることを認識した上でこれを自己の支配下に移す一切の行為をいう。

例えば、不正指令電磁的記録が記録されているSDメモリーカードをその事情を認識した上で受け取る行為が「取得」にあたる。

(五) 保管(168条の3)

「保管」とは、不正指令電磁的記録等を自己の実力的支配下に置いておくことをいう。

例えば、不正指令電磁的記録を自分のパソコンのハードディスクに保存しておく行為が「保管」にあたる。

5 供用目的

「人の電子計算機における実行の用に供する」の意味は、前記4(三)と同じである。

なお、参議院法務委員会の附帯決議では、「人の電子計算機における実行の用に供する目的」とは、単に他人の電子計算機において電磁的記録を実行する目的ではなく、人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせない電磁的記録であるなど当該電磁的記録が不正指令電磁的記録であることを認識認容しつつ実行する目的である、とされている²²。

6 正当な理由の不存在

「正当な理由がないのに」とは、「違法に」という意味である。

それゆえ、正当な理由の有無の判断は、違法性の有無の判断と同じになるので、わざわざこの要件を設ける必要はなかったといえる。実際にも、この要件は当初の立法案では存在しなかった。ところが、国会審議の過程で追加された。立案担当者によると、その理由は、ウイルス対策ソフトの開発や試験のために、自己の電子計算機や承諾をした第三者の電子計算機において作動させるものとしてコンピュータ・ウイルスを作成・提供する行為については、そもそも供用目的を欠くことになるが、かかる場合に本罪が成立しないことを一層明確にするためである、とする²³。

五 コインハIVE(Coinhive) 事件

1 事案

22 「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律案に対する附帯決議」(平成23年6月16日)

コインハイブは、ウェブサイトの閲覧者の同意を得ることなく同人の使用
する電子計算機の中央処理装置（CPU）に仮想通貨モネロの取引台
帳へ取引履歴を追記する承認作業等の演算を行わせ、同演算が成功する
と、報酬として仮想通貨の取得が可能になるという、いわゆる採掘作業（以
下、「本件マイニング」という。）を行わせるプログラムである。ウェブサイ
トの運営者は、コインハイブを設置することにより総採掘量の7割を報酬
として受け取ることができ、広告に代わる収入源として注目されていた。

甲は、自身の運営するウェブサイト（以下、「本件サイト」という。）の収
入源として試験的に導入することにし、本件サイトにコインハイブを設置し
た。その際、閲覧者の電子計算機のCPUの使用率を調整するための規
定値（スロットル値）を0.5に設定した。0.5に設定した場合、閲覧者
の電子計算機の消費電力が若干増加したり、CPUの処理速度が遅くなっ
たりするが、極端に遅くなるものではなかった。

甲は、導入後2ヶ月も経たないうちにコインハイブを削除したが、その
間、閲覧者の同意なくマイニングさせていることに関する指摘を受けたこ
とがあった。

甲が上記指摘を受けてから削除するまでの間本件サイトにコインハイブ
を設置していた行為につき、不正指令電磁的記録保管罪の成否が問題と
なった。

2 争点

本件の争点は、本件サイトに設置したコインハイブ（以下、「本件プロ
ラムコード」という。）が不正指令電磁的記録に該当するか、甲には実行

の用に供する目的（供用目的）があるか、故意があるかの3点である。このうち不正指令電磁的記録該当性がメインの争点となり、「意図に反する」（反意図性）と「不正な」（不正性）の要件が問題となった。

3 第一審裁判所の判断²⁴

（一）結論

第一審裁判所（横浜地判平 31. 3.29）は、以下のとおり、不正指令電磁的記録に該当しないこと、供用目的が認められないことを理由に、無罪判決を言い渡した²⁵。

（二）反意図性

（1）判断基準

第一審裁判所は、「個々のプログラムが使用者の意図に反するものといえるかどうかは、個別具体的な使用者の実際の認識を基準とするのではなく、当該プログラムの機能の内容や機能に関する説明内容、想定される利用方法等を総合的に考慮して、当該プログラムの機能につき一般的に認識すべきと考えられるところを基準として判断するのが相当である」と判示し、立案担当者の見解に従った。

24 判決文がインターネット上で公開されている。<https://drive.google.com/file/d/1blc6ePxfbaycLeYPaiOc700Qd750Qdi/view>

25 検察は控訴した。控訴趣意書及び控訴答弁書がインターネット上で公開されている。

控訴趣意書 <https://drive.google.com/file/d/1-n4zbcXI7pHaoPCjFBOnrz8I4Slnfae/view>

控訴答弁書 <https://drive.google.com/file/d/1-b5R1dkNeCtvGarRieO9zU44Q5LzUB8F/view>

(2) 結論

第一審裁判所は、①本件プログラムコードの機能の内容は仮想通貨であるモネロの採掘作業を実施することであるが、本件サイト内にはマイニングについての説明がなく、マイニングが実行されることについて閲覧者の同意を取得するような仕様も設けられていなかったこと、②一般的なユーザー（ウェブサイト閲覧者側）の間でコインハイブが広告表示等に代わる新たな収益化の方法として認知されていたとは認められないこと、③本件サイトは音楽に関する情報を提供するウェブサイトであり、サイトの体裁やサービス内容をみてもマイニングと関連しているとはいえないうえ、閲覧者の電子計算機に与える負荷の程度に照らして、閲覧者が、通常、自身の電子計算機が本件マイニングに利用されていることに気付くことはないこと、④甲が本件プログラムコードを設定し削除するまでの間に甲に対して指摘等をしなかった閲覧者についても、閲覧前に本件マイニングを認知していた、又は閲覧中に本件マイニングに気づいたもののこれを容認したとみることはできないことを挙げたうえ、本件プログラムコードの機能である本件マイニングの実行の点を、本件サイト閲覧者等の一般ユーザーが認識すべきと考えられるものということとはできないとして、反意図性を認めた。

(三) 不正性

(1) 考慮要素

第一審裁判所は、「不正な」指令に限定した趣旨について、立案担当者の見解に従ったうえで、あるプログラムによる指令が「不正」なものであるかどうかは、「ウェブサイトを運営するような特定のユーザー及びウェブサイト閲覧者等の一般的なユーザーにとっての有益性や必要性の程度、当

該プログラムのユーザーへの影響や弊害の度合い、事件当時における当該プログラムに対するユーザー等関係者の評価や動向等の事情を総合的に考慮し、当該プログラムの機能の内容が社会的に許容し得るものであるか否かという観点から判断する」と判示した。

（２）結論

第一審裁判所は、①閲覧者自身は、報酬であるモネロを得ることができないうえ、報酬を放棄したり甲に贈与したりする旨の同意や、その前提となる意思確認の機会を与えられず、閲覧中に本件マイニングの実行に気付いてこれを回避する現実的な可能性もないまま、本件マイニングを実行させられており、その限度で一般的なユーザーの信頼を損なっているとしたが、他方で、②本件マイニングの実行によりサイト運営者が得るモネロが、直接的又は間接的にその後のウェブサイトのサービスの質を維持・向上させるための資金源になり得るので、現在のみならず将来的にも閲覧需要のある閲覧者にとって利益となる側面があること、③本件マイニングの実行による消費電力の増加や処理速度の低下等の程度は、広告表示プログラム等の場合と大きく変わらないうえ、その影響は本件サイト閲覧中に限られること、④他人が運営するウェブサイトを改ざんしてコインハイブを設置する場合とは弊害の度合いが明らかに異なること、⑤コインハイブに対する本件当時のネット上の評価は賛否両論に分かれていたこと、⑥閲覧者の同意なく本件マイニングを行うことについて、マスコミによる報道、捜査当局等による事前の注意喚起や警告等もない中で、甲に対していきなり刑事責任を問うのは行き過ぎであることなどを根拠に、本件プログラムコードが社会的に許容されていなかったと断定することはできないとして不正性の要件を認めず、不正指令電磁的記録該当性を否定した。

(四) 供用目的

以上のとおり、不正指令電磁的記録該当性が否定されたので、他の構成要件を検討する必要はなかったが、第一審裁判所は、「念のため」として、「本件プログラムコードの機能や、本件プログラムコードに対する本件当時のユーザー等関係者間の評価、被告人が本件プログラムコードを導入した経緯に鑑みれば、被告人において、本件プログラムコードが不正指令電磁的記録に当たることを認識認容しつつこれを実行する目的があったものと認定するには合理的な疑いが残る」と判示し、供用目的を否定した。

4 コメント

(一) 反意図性について

第一審判決によれば、「意図」については一般的に認識すべきと考えられるかどうかで判断されるので、反意図性の要件が認められないようにするためには、少なくともウェブサイト内で本件プログラムコードの機能について説明する必要がある²⁶。

(二) 不正性について

立案担当者は「不正な」指令にあたるか否かを判断する際の考慮要素について何ら触れていなかったが、第一審裁判所は「ウェブサイトを運営するような特定のユーザー及びウェブサイト閲覧者等の一般的なユーザーにとっての有益性や必要性の程度、当該プログラムのユーザーへの影響や

26 説明だけで足り、同意を得る仕組みを設ける必要がないかは、検討の余地がある。誰が見ても理解できるような説明をサイトの見やすい場所に載せれば、当該サイトの閲覧を続ける者はプログラムの機能について容認していたとみることができると考えられる。ただ、確実に期するためには、やはり同意を得る仕組みを設けた方がよいであろう。

弊害の度合い、事件当時における当該プログラムに対するユーザー等関係者の評価や動向等の事情」を考慮要素として挙げており、判断指針が与えられた点は良かった。

ただ、上記考慮要素は本件事案に即して定立されたものと考えられるので²⁷、他の事案でも同様の考慮要素が定立されるとは限らない。どのような要素が考慮されるのかは、今後の裁判例の集積を待つことになるだろう。

（三）控訴審判決について

本原稿作成後に、控訴審が逆転有罪判決を言い渡した（東京高判令2. 2. 7）²⁸。

控訴審は、反意図性について、原判決がもっぱら本件プログラムの機能の認識可能性を基準に判断し、本件プログラムの機能の内容そのものを踏まえた規範的な検討をしていないと批判したうえで、「当該プログラムの機能について一般的に認識すべきと考えられるところを基準とした上で、一般的なプログラム使用者の意思に反しないものと評価できるかという観点から規範的に判断されるべきである」とした。もっとも、結論的には、反意図性を肯定した。

また、控訴審は、法が不正な指令に限定した趣旨について、「一般的なプログラム使用者の意に反するプログラムであっても、使用者として想定さ

27 サイト運営者やサイト閲覧者にとっての有益性・必要性の程度という考慮要素は、コインハイクの機能（閲覧者のパソコンのCPUを使ってマイニングが行われるが、マイニングによる報酬はサイト運営者に入ること）に着目したものと思われる。

28 判決文がインターネット上で公開されている。<https://drive.google.com/file/d/1o8yRQR3FyzKWITXfbPmxdKivsw2sgB4/view>

れる者における当該プログラムを使用すること自体に関する利害得失や、プログラム使用者に生じ得る不利益に対する注意喚起の有無などを考慮した場合、プログラムに対する信頼保護という観点や、電子計算機による適正な情報処理という観点から見て、当該プログラムが社会的に許容されることがあるので、そのような場合を規制の対象から除外する趣旨である」としたうえで、本件プログラムコードはいずれの観点からも社会的に許容されないとして不正性を肯定した。

(大塚 淳)

選挙供託金制度の違憲性について

～東京地裁判決（2019年5月24日）の問題点～

行政法研究部

* 目 次

一 はじめに	207	四 憲法15条1項と選挙供託金制度	222
二 東京地裁・選挙供託金制度違憲訴訟判決（2019年5月24日）	208	1 目的審査：「泡沫候補者（売名候補者）」の排除	223
三 被選挙権（立候補の自由）制約の違憲審査基準	213	2 手段審査：「実質的な関連性」	224
1 基本的人権の違憲審査基準	213	(一)「泡沫候補者（売名候補者）」の排除と「実質的な関連性」	224
(一)「公共の福祉」	213	(二)供託金額の額の引上げと立候補者数との関係	225
(二)比較衡量論	213	(三)「既存政治家の権益を保護する」選挙供託金制度	225
(三)二重の基準論	214	3 東京地裁判決の問題点	226
(四)3つの審査基準と立法事実	214	(一)東京地裁判決における目的審査	226
(五)内容確定型人権と内容形成型人権	218	(二)東京地裁判決における手段審査	228
2 選挙権・被選挙権の違憲審査基準	218	(三)選挙供託金が違憲となった時期等	229
(一)「内容形成型人権」としての選挙権	218	(四)多額な選挙供託金の違憲性	230
(二)「原則-例外型の統制枠組」	219		
(三)「立候補の自由」と最高裁判決	220		
(四)東京地裁判決の問題点	222		

(五) 諸外国における選挙供託金制度の状況……………	232	(二) 東京地裁判決の問題点……………	236
五 その他の論点……………	235	2 国際人権B 規約と選挙供託金制度……………	237
1 憲法44条ただし書の平等原則と選挙供託金制度		六 おわりに……………	238
(一) 「被選挙権資格」と平等原則……………	235		

一 はじめに

現行日本国憲法下において、公職選挙法の定める選挙供託金制度が違憲であることについては、学会において早くから指摘がなされてきた。

例えば、1983（昭和58）年、青柳幸一は、アメリカの連邦最高裁の判例を紹介しつつ、わが国の選挙供託金制度は「経済的理由で被選挙権の帰属・行使を制限するもので違憲である」と指摘した¹。すなわち、「排除に値するほうまつ候補という言葉の存在自体が不自然であり」、その目的は合理性さえ有しておらず、さらに、手段としても規制目的の達成にとって「途方もなく不適合な」ものとしたのである。

また、1987（昭和62）年には、辻村みよ子が「被選挙権の本質を、選挙権と同様、主権者の権利と捉え、その中心的な内容を立候補の自由に求めるとすれば、立候補の自由を制約する現行法上の被選挙権の諸要件の合憲性が問題になる」と喝破し、被選挙権についての権利説の立場からは「衆参両院選挙における立候補の実質要件として、供託金制度が採用されている」ことや、「そもそも、金銭の提供が権利行使の要件とされていること自体」が「問題になろう」と指摘した²。

小倉一志も、当時の選挙供託金制度に関する代表的な学説をいくつか取り上げ、これらの学説からすれば、現行の選挙供託金制度は、憲法「15条に反し違憲無効」との結論が導かれることになろうとした³。

このように、学説がつとに選挙供託金制度が違憲である旨指摘してきたにもかかわらず、同制度の違憲問題を取り扱ったこれまでの下級審の判決は、いずれも、国会の立法裁量権等を理由に合憲と判示し、これらの学説との著しい落差を示している。

本稿においては、2019（令和元）年5月24日の東京地裁の判決を中心

に、あらためて、選挙供託金制度の違憲性について論ずるとともに、違憲審査に消極的な日本の裁判所のあり方についても、問題点を指摘したい。

二 東京地裁・選挙供託金制度違憲訴訟判決（2019年5月24日）

1 選挙供託金制度と本事案の概要

公職選挙法（以下、「公選法」という）92条は、町村議会議員以外の公職の選挙において立候補の届出をしようとする者は、一定の金額（次表）を供託しなければならないと定めている。例えば、衆議院議員選挙においては、小選挙区で候補者一人につき300万円、比例区で名簿登載者一人につき600万円（重複立候補者は300万円）である。これらの供託金は、それぞれの選挙における候補者の得票が供託金没収点に達しない場合には没収される（同法93条、94条）。

（議員又は名簿登載者一人につき）

衆議院	小選挙区	300万円
	比例区	600万円*
参議院	選挙区	300万円
	比例区	600万円
都道府県	議員	60万円
	知事	300万円
指定都市	議員	50万円
	長	240万円
その他の市	議員	30万円
	長	100万円
町村	議員	（制度なし）
	長	50万円

* 重複立候補者については300万円

本事案は、公選法 92 条 1 項 1 号が規定する 300 万円の供託金を準備できず、2014（平成 26）年 12 月 14 日施行の第 47 回衆議院議員総選挙における小選挙区選出議員の選挙に立候補できなかった原告が、公選法の定める選挙供託金制度が憲法 15 条 1 項、同 44 条ただし書等に違反し、その改正をしなかった国会の立法不作為が違法であるとして、国家賠償法 1 条 1 項に基づき、慰謝料 300 万円の支払を求めた事案である。東京地裁は、原告側の主張を全面的に退け、その請求を棄却した。

同判決書の要旨と本文、東京地裁に提出された只野雅人一橋大学大学院教授の意見書、東京地裁判決に対する筆者の見解及びその後、控訴審である東京高裁に提出した筆者の意見書等については、「選挙供託金違憲訴訟を支える会」HP (<https://kyoutakukin.jimdo.com/>) にアップされているので、必要に応じて参照されたい。

なお、選挙供託金制度をめぐる違憲訴訟については、過去にも、合憲としたいいくつかの判決がある。本稿では、紙数の関係もあり説明を割愛したが、次に掲げるので、これも必要に応じてそれぞれ参照されたい。

<選挙供託金制度の違憲性が争われた判決>

- ・1996（平成 8）年 8 月 7 日、神戸地裁「供託金返還請求事件」（原告は、兵庫県議会議員選挙の立候補者）
- ・1997（平成 9）年 3 月 18 日、大阪高裁「供託金返還請求控訴事件」（同上）
- ・2005（平成 17）年 8 月 31 日、東京地裁「供託金返還等請求事件」（原告は、東京都葛飾区議会議員選挙の立候補者）
- ・2018（平成 30）年 2 月 28 日、東京高裁「選挙無効請求事件」2 件（原告は、小選挙区議員選挙及び比例代表選出議員選挙の選人）

2 争点

本事案の主な争点について、原告側の主張とそれを全面的に斥けた東京地裁判決の判断を対比すれば、次のとおりである。

＜憲法15条1項に違反するか?＞

① 憲法適合性の判断基準

（原告）選挙供託金制度の憲法適合性は、最高裁 2005（平成 17）年 9 月 14 日大法廷判決（以下、最高裁 2005 年判決）という。）の判断基準に準じた厳格な基準によって判断されるべきであり、立候補の自由への制約が、重要な公共の利益を達成するための必要最小限かつ合理的な措置でなければ違憲である。

（東京地裁）最高裁 2005 年判決は、選挙供託金制度の目的と国会の裁量権に照らし、選挙供託金制度の憲法適合性を判断する基準とはならない。

② 選挙供託金制度の目的と手段

（原告）選挙供託金制度は、1925（大正 14）年の衆議院議員選挙法の改正により普通選挙が導入されたのと同時に、無産政党ないし無産者の議会への進出を抑制することを真の目的として導入され、現在に至るまでその目的のもとで存続してきたものであり、その目的は公共の利益とは無関係である。

立候補の要件として供託義務を課すことは、資力がある売名候補者や泡沫候補者の排除にはつながらない一方で、資力はないものの真に当選を争う意思がある者の立候補の機会を奪うこととなり、その目的との関連性がない。

（東京地裁）選挙供託金制度は、国政選挙において売名目的や選挙妨害の目的等、真に当選を争う意思のない者が多数立候補すると、

各候補者の演説や連呼行為、選挙公報や新聞広告の掲載等が氾濫し、結果として自由かつ公正な選挙の実現が妨げられるおそれがあることから、これらの弊害を防止する目的で設けられているものであり、立法目的は正当なものである。

選挙供託金制度自体も、供託金の額も、「国会の裁量権の限界を超えており、これを是認することができない場合に該当する」ということはできない。

③ 選挙供託金制度が違憲となった時期

(原告) そもそも同制度を設ける必要性自体が認められないのであるから、日本国憲法が施行された 1947 (昭和 22) 年 5 月 3 日の時点から違憲であったというべきである。

(予備的主張) 過去の大幅な選挙供託金引上げの時点、韓国とアイルランドにおいて選挙供託金に関する違憲判決が出た 2001 (平成 13) 年、選挙供託金の引下げ案が衆議院を通過した 2009 (平成 21) 年、あるいは本件選挙が行われた 2014 (平成 26) 年等の時点において違憲であった。

(東京地裁) 選挙供託金制度は、そもそも違憲ではなく、1992 (平成 4) 年の改正時から本件選挙が行われた 2014 (平成 26) 年までの間に、選挙供託金制度が立候補の自由に対する制約として不合理となってしまうような社会情勢や経済情勢の変化はなかった。諸外国における制度の状況や近年における議論の状況などは、我が国の国民的な議論の中に反映され、それが自ずと国会における議論に結実して必要な立法作用へとつながっていくのが本来の姿である。

④ 供託金の額が高額であることの違憲性

(原告) (予備的主張) 我が国における経済情勢や諸外国における選挙

供託金額の水準に照らすと、衆議院（小選挙区選出）議員の選挙における供託金 300 万円は高額に過ぎ、憲法 15 条 1 項及び憲法 44 条ただし書に違反する。

（東京地裁）供託金の額が 300 万円とされたのは、1992（平成 4）年改正により選挙公営制度が拡大することとの関連性も考慮して、泡沫候補者の濫立を防止するための対策として供託金の額を引き上げたものであり、合理性がないということとはできない。

＜憲法44条ただし書に違反するか？＞

⑤ 平等原則と選挙供託金制度

（原告）選挙供託金制度は、供託金の供託を立候補の要件とするものであり、財産又は収入による差別として、憲法 44 条ただし書に違反する。

（東京地裁）「国会の裁量権の限界を超えており、これを是認することができない場合」に該当するということとはできない。

＜国際人権B規約25条に違反するか？＞

⑥ 選挙供託金制度と国際人権B規約

（原告）選挙供託金制度は、我が国が 1979（昭和 54）年に批准した B 規約 25 条に違反している。

（東京地裁）選挙供託金制度の目的は正当であり、供託金の額についても一定の合理性が認められ、選挙供託金制度が B 規約に違反するものということとはできない。

以下では、これらの論点に沿って、現行の選挙供託金制度の違憲性を論じるとともに、東京地裁判決の問題点を指摘していく。

三 被選挙権（立候補の自由）制約の違憲審査基準

1 基本的人権の違憲審査基準

（一）「公共の福祉」

日本国憲法 12 条は、国民は基本的人権を「公共の福祉のために」利用する責任を負うと定め、同 13 条は、国民の権利について、「公共の福祉に反しない限り」国政の上で最大の尊重を必要とすると定めている。

この「公共の福祉」による制約については、従来、一元的外在制約説、内在・外在二元的制約説、一元的内在制約説の 3 つの学説があった⁴が、結局、これらは、いずれも抽象的に過ぎ、具体的事件において、当該制約の合憲性を判断する道具となりえなかった⁵。

（二）比較衡量論

そこで、比較衡量論は、上のような「公共の福祉」という抽象的な原理によって人権制限の合憲性を判定するのではなく、個々の事件における具体的状況を踏まえて対立する利益を衡量しながら妥当な結論を導き出そうとした。すべての人権について、「それを制限することによってもたらされる利益とそれを制限しない場合に維持される利益とを比較して、前者の価値が高いと判断される場合には、それによって人権を制限することができる」としたのである⁶。

しかし、これについても、「一般的に比較の準則が必ずしも明確でなく、とくに国家権力と国民の利益の衡量が行われる憲法の分野においては、概して、国家権力の利益が優先する可能性が強い、という点に根本的な問題がある」とされた⁷。

(三) 二重の基準論

芦部信喜によれば、以上のような比較衡量論の問題点を指摘しながら、上述の一元的内在制約説の趣旨を具体的な違憲審査の基準として準則化するため、アメリカの判例理論に基づいて体系化されたのが、「二重の基準」の理論である。この「二重の基準」では、人権のカatalogのうち、立憲民主政の政治過程にとって不可欠の権利である精神的自由は、経済的自由に比べて優越的地位を占め、違憲審査に当たっても、一般人を基準にする「合理性の基準」ではなく、より厳格な基準を適用しなければならないとされる。その上で、権利や自由の内容・形態、規制の目的・態様等によってさらに判定基準を細かく考えていく。この二重の基準論は、「学説において広く支持されているばかりか、判例においてもとり入れられている」とされた⁸。

(しかし、この点、石川健治は、芦部等の目指す立法事実論と違憲審査基準論は推進する必要があるとしつつも⁹、「違憲審査基準論は、憲法解釈に限ってではあるが裁判官の判断過程を事前に規制しており、裁判官にとっては強い違和感を持って迎えられた可能性があり」¹⁰「(芦部の)後半生を賭けた憲法訴訟研究は、最高裁のドグマティックに跳ね返され続けた」とする¹¹)。

(四) 3つの審査基準と立法事実

以下、高橋和之による違憲審査についての論述を中心に、述べる¹²。

(1) 3つの審査基準

高橋は、違憲審査の方法として、「目的・手段審査」と「厳格度を異にする3つの審査基準」の2つの枠組を提唱している¹³。

「目的・手段審査」では、人権を制限する法令が合憲であるためには、規制の目的(公益の保護)とともに、その目的を達成するために採用され

た手段（人権制限）が憲法の許容するものでなくてはならないことを前提に、「公益」と「人権価値」が比較衡量される。

ともに「3つの審査基準」では、その基本原理として、上記の「二重の基準」の依拠する民主的政治過程論と裁判所の「能力」論が掲げられる。

まず、民主的政治過程論では、国会が民主的機関である限り、その決定は国民の意思を代表するものとして尊重に値するが、国会が民主的な政治過程を害するような立法を行った場合には、もはや国会の判断を尊重すべき理由がなく、裁判所は独自の観点からその立法の違憲審査を行うべきであるということになる。たとえば、選挙権を制限したり、政治的表現の自由を制限したりする立法がその典型である。逆に、政治過程の民主性が確保されていれば、その過程を通じて決定された立法は、裁判所の審査において尊重してよい。たとえば、経済政策を遂行するために財産権や職業の自由を制限する立法がこれに該当する。

次に、裁判所の「能力」論では、裁判所はその組織・手続きの構造上、社会経済政策に関して判断する「能力」においては国会に劣るから、国会の判断を可能な限り尊重すべきであり、法的に見て明らかに誤りだという場合以外は、違憲判断は差し控えるべきであるということになる。

さらに、高橋は、事案を類型化し、類型ごとに適切な利益衡量の「指針」を定立するとともに、憲法が統治機構全体の中で裁判所および違憲審査権にいかなる役割を期待しているかを解釈し、厳格度を異にする次の3つの審査基準を定式化している¹⁴。

①「通常審査」

立法事実に根拠づけられた推論により明確な理由づけがなされた審査であり、通常の司法権行使に要求されてきたと同様の厳密さを伴うベースラインとして位置づけられる。

規制目的については、その人権の重要さに釣り合う重要度を認め得る公益の実現が目的とされていることが必要であり、手段もその目的と実質的な関連性のあるものでなくてはならない。人権の制約程度がより少ない手段が存在する場合には、関連性が実質的だとはいえない（「より制限的でない他の選び得る手段」(less restrictive alternative、LRA)の基準）。

「通常審査」は、「目的が重要で手段が必要最小限であること」と定式化される。

②「厳格審査」

民主的過程を維持することは裁判所に期待される最も重要な役割であるから、審査の厳格度を高める必要がある。選挙権や政治的表現の自由を制限する意味を持つ規制の場合は、その規制が真に必要であるか、規制により得られる利益の方が大きいといえるのかを厳格に審査すべき場合が多いとされる。

国家にとって無しでは済まされないような重要な公益を目指す場合であり、「不可欠の目的を必要十分に達成する手段」と定式化される。

③「敬讓審査」

裁判所が、自己の「能力」の限界を自覚して、権限行使を自制すべき場合である。「目的が正当であり、手段が目的と合理的関連性をもつ場合」と定式化される。

（以上、下線は筆者）

なお、泉徳治も、従来の最高裁の「総合的衡量による合理性判断の枠組み」に換えて、ドイツの3段階審査論を参考とした5つの審査基準を示し、「選挙権を行使する」などの「民主政の政治過程を制約する国家行為」については、「立法・行政府に広範な裁量を認めるべきではなく、裁判所が真にやむを得ないものであるかどうかを厳格に審査すべきであ

る」としている¹⁵。

（２）立法事実

高橋によれば、立法事実とは、法定立のために用いられる事実であり、法律の基礎となっている一般的事実である¹⁶。

なお、木村草太は、防御権（あらゆる国家行為から国民の特定の行為を保護する自由権）の判断枠組みとして、公共の福祉による正当化の条件（①目的の正当性、②目的との関連性（合理性・目的適合性）、③規制の必要性及び④相当性（狭義の比例性））を示し、そのうち、②の「その規制が目的達成に役立っているか」と③の「より制限的でない規制手段があるか」の２つは、事実認定で定まる事項（①と④は価値判断で決定すべき事項）であり、このような立法の合憲性の前提となる事実を「立法事実」というとする¹⁷。

高橋の上記の目的審査においては、合憲性を主張する側は、人権規制の目的が正当であることを根拠づける立法事実として、規制がないために「弊害」が現実には生じているという事実、あるいは、規制しないで放置すると「弊害」が生じるであろうという予測とその確実性を支える事実の論証をする。目的が正当ではなく違憲であると主張する側は、逆に、現実に「弊害」は生じていないこと、あるいは放置しても「弊害」が生じる危険性はないという立法事実を論証することになる。また、手段審査においては、合憲を主張する側は、採用された規制により「弊害」が防止されている程度・予測を論証しうる立法事実を提示する。これに対し、違憲を主張する側は、手段が目的を実現するものではないこと、あるいは、実現する程度・予測が人権制約の程度・予測を下回り、目的適合性を欠くということを論証する立法事実を主張することになる¹⁸。

（下線は筆者）

（五） 内容確定型人権と内容形成型人権

さらに、高橋によれば、憲法上の権利には、保障内容が憲法上確定されていると解される人権と保障内容の確定を多かれ少なかれ立法者の決定に委ねていると解される人権が存在する。表現の自由などの自由権は、財産権は別にして、一般には前者に属し、生存権に代表される社会権や選挙権・被選挙権に代表される参政権は後者に属すると解されている¹⁹。

前者の内容確定型人権の場合、違憲審査をする裁判所は、憲法が保障している内容を解釈により最終的に確定する権限をもつことになる。

これに対して、内容形成型人権の場合は、憲法によって保障内容が確定されておらず、保障内容を制憲者が自ら決定せず、法律に委ねたことを意味するが、立法者が全面的に内容形成をできるわけではなく、制憲者が想定した核心的な内容については、それを確認し尊重することが命じられる。したがって、裁判所も内容形成型人権につき権利侵害の主張がなされた場合には、すべてを立法裁量の問題とすることなく、立法府による内容形成の統制を行う必要がある。（下線は筆者）

2 選挙権・被選挙権の違憲審査基準

（一）「内容形成型人権」としての選挙権

選挙権は、自由権と社会権に並ぶ基本的人権であり、国民の国政に参加する権利として「国家への自由」ともいわれる参政権に分類される²⁰。それは、とりわけ自由権の確保に仕えるものである²¹とされ、選挙権・被選挙権はその代表的なものである。

前述のとおり、選挙権は「内容形成型人権」に分類される²²が、それは「憲法制定権者の主権者としての『権力』が憲法で代表制を採用することにより形態変化を遂げたという性格の権利であり、選挙制度自体は後国

家的であるにしても、選挙権の原基は国家に先行する性質を持っている」。したがって、選挙権自体は、「選挙制度に先行するものであり、選挙制度は選挙権を侵害しない内容に制定されなければならない」²³。すなわち、憲法上内容が確定されている部分および「グレーゾーン」については、「内容確定型人権の審査方法」である「人権制限の正当化」の枠組を活用し、それら以外の部分については「立法裁量の統制」の問題として考えるべきであるということになる²⁴。

このことは、後述のとおり、選挙権と裏腹の関係にあり、憲法 15 条の保障の中に含まれると解されている被選挙権についても同様であるということになろう。 (下線は筆者)

(二) 「原則－例外型の統制枠組」

篠原永明によれば、憲法 21 条 1 項（表現の自由）などの自然的自由保障型基本権規定については、「自由の侵害禁止」という規範を観念した上で、自由を原則、制約を例外とし、その正当化を求めるという、原則－例外型の統制枠組が広く受容されているのに対し、制度形成が問題になる各条項については、その規範内容も、その下での統制枠組も、未だ十分に解明されているとは言い難い。しかし、最高裁は以前から、これらの領域でも国会を拘束する憲法上の要請を読み取り、制度形成の統制を行ってきた。近年においても婚姻・家族制度などの領域で重要な判例が登場していると指摘する。篠原は、これらの最高裁判決を①「考慮事項調整型」と②「原則－例外型」の 2 つの「統制枠組」に区別し、前者(①)は、例えば、衆議院「一票の較差」に関する 1976 (昭和 51) 年判決のそれであり、最高裁は、憲法 14 条 1 項・43 条 2 項・47 条から導かれる規範として、「国会は、投票価値の平等と、その他の国会が正当に考慮でき

る事項を適切に調整し、公正かつ効果的な代表という目標を実現するため、合理的な選挙制度を形成しなければならない」という立法義務を觀念し、考慮事項に着目して制度形成の統制を行うという枠組を採用したとする。これに対して後者(②)の枠組は、次に述べる「在外邦人選挙権」をめぐる2005(平成17)年判決のそれであり、最高裁は、「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」とした上で、在外邦人の選挙権行使を制限する旧公選法附則8項を違憲としたと分析している²⁵。

(下線は筆者)

(三) 「立候補の自由」と最高裁判決

(1) 在外日本人の選挙権に関する2005(平成17)年9月の最高裁判決は、「立法者による制度形成(の不作为)を憲法上の権利によって統制した画期的判断」といわれている²⁶。この判決は、在外日本国民が、①衆議院小選挙区選挙と参議院選挙区選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認と、②1996年(1998年の法改正以前)に行われた衆議院議員選挙において投票しえなかったことにつき、立法不作为による国家賠償を請求した事件の判決(以下、「最高裁2005年判決」という。)であり、次のように判示した²⁷。

- ・ 「憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障している」。
- ・ 「その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である」。
- ・ 「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、

国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」。

- ・ 「「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、国民の選挙権の行使を制限することは憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条ただし書に違反する」
- ・ 「このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である」。
- ・ 立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。

(2) この最高裁 2005 年判決は、「選挙権」に関するものであるが、「被選挙権」(「立候補の自由」)について、最高裁は、すでに 1968 (昭和 43) 年の判決²⁸の中で、「被選挙権を有し、選挙に立候補しようとする者がその立候補について不当に制約を受けるようなことがあれば」、「選挙人の自由な意思の表明を阻害することとなり、自由かつ公正な選挙の本旨に反することとならざるを得ない」ことから、「立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持するうえで、きわめて重要である」とし、「(憲法 15 条 1 項の) 保障する重要な基本的人権の一つと解するべきである」と判示している。

(3) 以上の2つの最高裁判決からの論理的帰結としては、「重要な基本的人権」とされる「被選挙権」（「立候補の自由」）を制限する公職選挙法の規定の違憲審査に当たっては、「選挙権」に関する違憲審査の場合と同様、「そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由」があるのか、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保」することが「事実上不能ないし著しく困難である」と認められるのか、厳格な基準が適用されるべきであるということになる。（以上、下線は筆者）

(四) 東京地裁判決の問題点

この点、東京地裁判決は、上記の最高裁 2005 年判決について、理由も明確に示さず、「選挙供託金制度の憲法適合性を判断する基準となるものということとはできない」²⁹として、原告の主張を退けた。しかし、選挙供託金をめぐる問題は、上述のように、まさに「重要な基本的人権」である「立候補の自由」にかかわる問題であり、最高裁 2005 年判決も、「国会の裁量権」には一切触れることなく違憲としている。

この点、安易に、「国会の裁量権に対して十分に配慮することが必要」であるとした東京地裁判決は、明らかに、最高裁の判例の解釈・適用を誤ったものといえよう。

四 選挙供託金制度の違憲審査

上述のとおり、選挙権そして被選挙権についても、その制約の違憲審査にあたっては、「厳格な審査」を行う必要がある。少なくとも、実務上は、上記最高裁 2005 年判決に従って、選挙供託金制度の目的が「そのような制限をすることがやむを得ないと認められる」ものであるのか、その手段として「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保することが事実上不能ないし著しく困難である」と認められるのか、審査されなければ

ならない。

1 目的審査：「泡沫候補者（売名候補者）」の排除

わが国における選挙供託金制度は、男子普通選挙を導入した1925（大正11）年の衆議院議員選挙法の改正により、立候補制度とともに導入されたものである。その提案理由は、「立候補をして最も慎重ならしめ、いわゆる泡沫候補者の輩出を防止せん」³⁰とすることであったが、このような選挙供託金制度の目的に対する考え方は、今日まで繰り返し、表明されている（その真の目的は、無産者の議会への進出を抑制することにあるとする主張については、後述）。

しかし、「泡沫候補者の輩出の防止」は公益上「やむを得ない」といえるほどに重要な問題か。そもそも、「泡沫候補者」とは何であるのか。それが「真摯に当選を争う意思のない候補者」³¹を指すのであれば、そのような内心の問題をとらえ、これを規制の対象とする必要があるのか、どのように判定するのか。また、「泡沫候補者」が「選挙において、当選する可能性が低いと見なされて候補者」³²のことを意味するのであれば、そもそもそれを事前に排除する必要があるのか、また、当選する可能性をどのようにして判定するのか。

さらに、「泡沫候補者」と並んで「売名候補者」という言葉も用いられるが、「売名」とは、「（利益や名誉を得るために）自分の名前を世間に広めようとするものである」³³とされる。しかし、「売名」のために立候補することがなぜ抑制されなければならないのか。

候補者を当選させるかどうかは有権者が決めることであり、高額のコネを供託することができないからといって、これを「泡沫候補者」あるいは「売名候補者」と決めつけ、事前に一律に排除しようとするのは、必要である

どころか、いたずらに立候補の自由を奪い、有権者の選択の範囲を狭めるものであり、民主主義の理念に反する理不尽なものと言えよう。

以上、選挙供託金制度は、その目的において、「そのような制限をすることがやむを得ないと認められる」ものとは、到底言えない。

2 手段審査：「実質的な関連性」

(一)「泡沫候補者（売名候補者）」の排除と「実質的な関連性」

最高裁 2005 年判決の「厳格な審査」基準に照らし、現行の選挙供託金制度について「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保することが事実上不能ないし著しく困難である」とは到底いえないのであるが、少なくとも、上述の高橋の「通常審査」の基準によっても、規制手段は、その目的と「実質的な関連性」のあるものでなくてはならず、必要最小限でなければならない。人権の制約程度がより少ない手段が存在する場合には、関連性が実質的だとはいえない (LRA 基準)。

現行の選挙供託金制度は、「泡沫候補」を排除しようとして、かえって財産、収入等の経済力はないが、「真に争うつもりの候補者」を排除、圧迫する結果となり（本件訴訟の控訴人がまさにそれに当たる）、目的に対して必要最小限どころか、支離滅裂といっても過言ではない。

さらに、立候補の「本気度」のチェックが必要であるならば、「より制限的でない他の選びうる手段」として、フランス等で制度化されているような一定数の有権者の署名を求める推薦制等を導入すればいいのであって、LRA の基準からも、選挙供託金制度は違憲である。

なお、この点、新井誠は、推薦制も「一定の知り合いなどが多く、また組織等を用いて人をかき集められる状況にある人に優位性がある点では」、「制限の強弱は単純比較できない」とする³⁴が、「金」を集めるのと

「人」を集めるとでは、全く次元が異なり、そもそも後者が「制限」と言えるかどうかとも疑わしいものである（新井も、「投票と同じ方向性をもつ手法」としているが）。

（二）供託金額の額の引上げと立候補者数との関係

公職選挙法制定時（1950（昭和 25）年）以来の供託金額の額の引上げと立候補者数との関係を見ると、必ずしも、相関関係を示していない。むしろ、選挙によっては供託金の増額後に立候補者数が増加するという正反対の傾向も示している。

特に、東京地裁判決も認めたように、1982（昭和 57）年の公選法改正による参議院議員の選挙供託金の額が引上げられたにもかかわらず、翌1983（昭和 58）年の参議院議員通常選挙においては、比例代表選挙において前回の 93 人から 191 人に倍増、選挙区選挙においても前回の 192 人から 239 人に大幅に増加した。

したがって、選挙供託金制度が所期の目的を達しているかは極めて疑わしく、それを科学的に検証することすら不可能といってよい状況である。

すなわち、ここでも、供託金の額と候補者数の抑制とは、一般的に立法事実として、関連性を示しておらず、この点でも、選挙供託金制度は違憲であることを免れない。

（三）「既存政治家の権益を保護する」選挙供託金制度

安野修右は、2009（平成 21）年の麻生内閣による選挙供託金の引下げ（衆参両議院で（小）選挙区の 300 万円を 200 万円、比例区の 600 万円を 400 万円に）と供託金没収点の引下げを内容とする公職選挙法改正案の目的は、共産党の候補者擁立を容易にすることで、民主党に共産党支持票が流れることを防ぎ、自民党の勢力を保持することにその真意が存在したとし、憲法学上の論争が依拠する「泡沫候補の抑止」というこの制度

の存在理由に関する一般的な説明が誤りであることを示唆している。そして、政治学的な観点から、McElwain の議論³⁵の総括により、供託金は自民党現職議員の脅威となるような候補者の立候補そのものを抑制し、自民党一頭優位体制を下支えした存在であるとし、また、そのことは、供託金が泡沫候補よりも「真摯な候補者」に対して抑止効果を発揮していたと結論する Harada and Smith の文献³⁶により補強されるとしている。さらに、戦前の供託金制度が、無産勢力の議会への参入を抑止することで、枢密院及び貴族院の専制支配層の権益を保護するために導入されたとする 杉正夫 の論文³⁷ および供託金制度を含む戦後の選挙制度が本質的に戦前の選挙制度を引き継いでいると指摘する『GHQ 日本占領史』³⁸を紹介している。

結論として、選挙供託金制度の存在理由とされる「泡沫候補の選挙への参入を抑止する」という一般的な説明よりも「既存政治家の権益を保護する」という説明の方が蓋然性が高いと断じている³⁹。

安野は、また、別の論文において、Harada and Smith の研究における「衆議院選挙の高額な供託金が目的を果たしていなかったばかりか、真摯な候補者を選挙から撤退させることで有権者の選択肢をいたずらに減らしていた」との分析を紹介し、自らは、参議院選挙区選挙の供託金の抑止効果の有無を確認している⁴⁰。

これらによっても、「泡沫候補者（売名候補者）」の排除と選挙供託金制度の間に「実質的な関連性」すら認められず、立候補の自由を制約する選挙供託金制度は憲法に違反するものである。

3 東京地裁判決の問題点

（一）東京地裁判決における目的審査

前述のように、目的と手段の審査に当たっては、立法事実（立法の合憲

性の前提となる事実)を解明していくことが重要である。

まず、目的については、上述したように、公益上「やむを得ない」といえるほどに重要な問題か、制約する立候補の自由と釣り合いのとれた公益であるのかという点が厳格に審査されなければならない。

この点、今回の東京地裁判決は、選挙供託金制度は、国政選挙において売名目的や選挙妨害の目的等、真に当選を争う意思のない者が多数立候補すると、各候補者の演説や連呼行為、選挙公報や新聞広告の掲載等が氾濫し、結果として自由かつ公正な選挙の実現が妨げられ、国民の政治的意思が選挙に反映されなくなるおそれがある(下線は筆者)ことから、真に当選を争う意思のない候補者の濫立による上記弊害を防止する目的で設けられているものであり、立法目的は正当なものであるということができるとしており、架空の想像の上に立って立法事実の究明を怠っているものといえる。

また、原告は、供託金制度の目的として、その創設時以来の表向きの説明とは裏腹に、真の理由は「無産政党ないし無産者の議会への進出を抑制することを真の目的として導入され、現在に至るまでその目的のもとで存続してきたものである」ことを主張した。そして、このことについては、前述の安野論文が紹介する柚の評価やGHQによる占領統治を主題とする文献によって基礎づけられている。

にもかかわらず、東京地裁判決は、公職選挙法1条の目的規定があることのみを理由に、簡単に原告の主張を斥けた。しかし、原告が主張しているのは、公職選挙法の単なる文言上の問題ではない。イギリスの制度を模倣して導入されたものとされている1925(大正14)年当時、ロシア革命や米騒動の後、労農運動、共産党、無産政党等の活動が活発になりつつあった状況の下で、普通選挙の実現により有権者数が328万人余から

1,240万人へと一挙に4倍になり、これらの動向に神経質になっていた当時の与党等の状況を考えれば、選挙供託金制度の目的が「無産者の議会への進出を抑制する」ことにあったし、それがそのまま今に至っていると解すべきではないかということである。この点、判決は、ここでも、立法事実の真摯な究明を怠っているといえよう。

(二) 東京地裁判決における手段審査

手段の審査に当たっても前述のとおり、規制しないで放置すると「弊害」が生じるであろうという予測とその確実性を支える立法事実の論証が必要である。原告が主張するように、OECD 加盟国 35 か国のうち、選挙供託金制度が存在するのは日本を含めて 13 か国であるが、制度の存在しない国々はもちろん、これまで選挙供託金制度を廃止した国においても、制度廃止後に泡沫候補者が濫立するなどして選挙に混乱が生じたというような事実はない。また、これらの立法事実は、当然、政治的、社会的、経済的な事実を含むものであるが、前記の安野がいうように、従来の憲法学では、より蓋然性の強い「既存政治家の権益を擁護する」という政治上の説明が存在するにもかかわらず、あえて蓋然性の低い「泡沫候補の選挙への参入を抑止する」という説明に依拠して議論を展開させている⁴¹。これまでの裁判所も、立法事実準拠しない合憲判断を行ってきたということであり、今回の東京地裁判決も同様の誤りを犯している。

東京地裁判決は、「公選法 92 条 1 項 1 号及び 2 号が供託金の額を 300 万円と定めていることに照らすと」、「現行の選挙供託金制度は、これらの選挙に立候補しようとする者に見て取れない萎縮的效果をもたらすものということができ」、「公選法が定める選挙供託金制度は立候補の自由に対する事実上の制約となっている」（傍点筆者）と認めているのである⁴²から、そのことがなぜ違憲ということにならないのか、真摯な検討を行う

とともに理由を示してその説明責任を果たすべきであった。

さらに、東京地裁判決は、国会の裁量権への配慮を優先するのみで、被選挙権という人権を制約する法律の違憲審査にあたって、「より制限的でない他の選び得る手段」の基準（LRAの基準）に一顧だにしていないのも、裁判所の役割を放棄したといっても過言ではない。

上述のように、東京地裁判決は、1982（昭和57）年の公選法改正後、逆に、1983（昭和58）年の参議院議員通常選挙において立候補者数が大幅に増加し、供託金の引上げがなんら立候補者の抑制につながっていないことについても、その理由に触れていない。このこと自体、これまでの東京地裁判決が政府の説明にしたがって選挙供託金制度の目的であると主張する「泡沫候補の濫立」を防止する手段として、何の効果ももたらさないどころか、逆の結果になっていること、すなわち、立法手段である選挙供託金自体が所期の目的を達成できていないことを如実に示している。

（三）選挙供託金が違憲となった時期等

上述のように、選挙供託金制度は、最高裁2005年判決の基準によれば、「そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がある」とは到底いえず、しかも、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能なし著しく困難である」とも認められないから、違憲であり、原告が主張するように、これらの公職選挙法の規定は、日本国憲法が施行された1947（昭和22）年5月3日以来、違憲状態にあるものである。

しかし、その後も、国会は、一度の引下げも実行することなく、むしろ、これに逆行するような形で、大幅な引上げを繰り返してきた（2009年には、選挙供託金の引下げ法案が衆議院を通過したが、結局、廃案となった）。

したがって、百歩譲って、1947年当時は違憲でなかったとしても、原告の予備的主張のように、過去的大幅な選挙供託金引上げの時点、韓国とアイルランドにおいて選挙供託金に関する違憲判決が出た2001（平成13）年、選挙供託金の引下げ案が衆議院を通過した2009（平成21）年、あるいは本件選挙が行われた2014（平成26）年等の時点においてに違憲であったというべきである。

特に、原告が主張したように、平均所得金額が減少し、生活保護世帯が増加するなど社会経済情勢が悪化している今日、このように高額な選挙供託金は、なおさら違憲である。逆に、そのような経済的に裕福でない状態に置かれた者こそ、自ら代表者となって、自分たちの状況を改善するための改革方策等を主張し、実現を目指すことができるようにすることが憲法の要請するところであると解すべきである。

さらに、近年、国民、住民の政治不信、政治離れが指摘され、投票率の低下や無投票当選の増加が、特に、地方選挙において問題となっており、立候補を容易にし、議員のなり手不足をいかに解消していくかが、人口の減少、少子高齢化の課題を抱えたわが国民主主義と地方自治の大きな課題となっている。この点からも、それを阻害している選挙供託金制度の弊害は大きく、その点でも、違憲と考えるべきものである。

（四）多額な選挙供託金の違憲性

仮に、選挙供託金制度の目的が「泡沫候補者（売名候補者）」の排除にあるとしても、あらかじめ多額の金銭を供託させる制度がその目的を達するための合理的な手段といえるのか、甚だ疑問である。次に述べるように、先進諸外国においては、選挙供託金制度自体のないところが多く、それがあっても、その額は、極めて少なく、現行の高額の供託金額そのものが違憲であるということも出来よう。

これに対して、上述のとおり、東京地裁判決は、衆議院（小選挙区選出）議員の選挙における供託金の額が300万円とされたのは、昭和57年改正後、国会議員の選挙において、いわゆるミニ政党が出現し、真に当選を争う意思がないと評価せざるを得ない立候補が多数なされていたことから、平成4年改正により選挙公営制度が拡大することとの関連性も考慮して、泡沫候補者の濫立を防止するための対策として供託金の額を引き上げた結果であり、他の種別の選挙とのバランスも考慮して決せられたものであることから、合理性がないということとはできないとした。

そして、平成4年改正時から本件選挙が行われた平成26年までの間に、選挙供託金制度が立候補の自由に対する制約として不合理となってしまうような社会情勢や経済情勢の変化があったとまでは認められないとし、供託金の額についても、国会の裁量権の限界を超えており、これを是認することができない場合に該当するということとはできないとした。

しかし、これについても、上で述べたように、立法事実の基本的な把握自体に誤りがあるとともに、立候補の自由という基本的人権を制約する法律の審査の枠組の考え方自体に根本的な誤りがあることは、これまで述べてきたとおりである。

また、東京地裁判決は、「選挙供託金制度が選挙制度の仕組みを構成し、他の諸制度と調和的に運営される必要があるという同制度の位置付けを踏まえて、国会の裁量権に対して十分に配慮することが必要となる」とするが、「調和的に運営される」とはいかなる意味か、明確な説明がない。

むしろ、そのように選挙供託金制度と選挙公営制度等その他の選挙制度を関連させる考え方の方が自由な選挙運動を認めようとしない点において問題であり、東京地裁判決には、民主主義国家における選挙の在り方についての基本的な認識不足と誤解がある。

（五）諸外国における選挙供託金制度の状況

今回の東京地裁の判決を読んで痛感するのは、その国際感覚の乏しさである。違憲審査に際しての立法事実の解明に当たっては、国際的な情勢や各国の制度の状況も、今日のグローバル化の進展の中で、重要な要素である。そこで、次の2点を指摘しておきたい。

（1）選挙供託金制度の有無と金額の各国比較

各国における選挙供託金制度の有無と金額の状況は以下のとおりであり、ドイツ、フランス、アメリカ、カナダにはなく、日本がモデルとしたイギリスも、今ではわずか約8万円程度であり、その他の国においても、日本ほど高額の国はない。

国名等			金額
日本	参議院	選挙区	300万円
		比例区	名簿登載者数×600万円
	衆議院	小選挙区	300万円
		比例区	名簿単独登載者数×600万円 +重複立候補者数×300万円
ドイツ			なし
フランス			なし
アメリカ			なし
カナダ			なし
イギリス			約8万円
アイルランド			約6万5千円
韓国			約135万円
オランダ			1政党約150万円

【出典：出典：列国議会同盟ウェブサイト、各国選挙管理委員会ウェブサイト。選挙市民審議会答申より抜粋、修正の上筆者作成。】

（２）カナダ、アイルランド等の違憲判決

カナダでは、2017年10月25日、アルバータ州上級裁判所において、連邦議会選挙における1,000カナダドルの選挙供託金の供託義務はカナダ人権及び自由憲章第3条の「すべてのカナダ市民は、下院又はその他の議会の議員の選挙において投票し、及びその議員となる権利を有する」との規定に反するとの違憲判決を下したため、カナダの選挙首席担当官により、すべての選挙における選挙供託金制度の即時適用停止が宣言された⁴³。

アイルランドの最高裁は、2001年7月31日、原告が供託できなかった1992年の国会議員選挙の300ポンドと1994年の欧州議会選挙の1000ポンド（アイルランドのユーロ導入は1999年1月1日）の選挙供託金の要求は、市民の間に差別をもたらすもので、「不当かつ不公平 unjust and unfair」であるとして、選挙法47条と欧州議会選挙法13条の規定は違憲であるとの判決を下した。同裁判官は、「供託金がなければ、選挙は、『いいかげんな spurious』候補者であふれ、民主主義が蝕まれる」との政府の主張を裏付けるような証拠はないし、「候補者の数が増えれば、投票者が混乱し、まごつくことになる」との主張にもならん根拠を見いだせない、さらに、「候補者が多くなれば、選挙人が判断力を失う」などということは受け入れられないとした⁴⁴。

韓国においても、1989年9月8日、選挙供託金を違憲とする韓国憲法裁判所の決定（憲法不合致決定）を受けて選挙法を改正し、供託金を従来の2000万ウォン（当時約200万円）から1500万ウォン（同約135万円）に引き下げている。韓国憲法裁判所の同決定は、選挙供託金制度を定めた国会議員選挙法33条および34条を違憲と判断し、法改正の期限を1991年5月末日までとした。違憲とした理由は、「政党推薦候補者と無

所属の候補者の供託金に差を設けていることが不合理な差別である(33条)」、「供託金の没収基準を有効投票総数の3分の1の得票としている点はあまりに厳格であり、国民の選挙権の行使よりも選挙秩序の維持を重視したものとして選挙制度の原理に反する(34条)」、「供託金の没収は、選挙費用を政党または候補者に負担させることはできないという原則を定める憲法116条に反する(34条)」であった⁴⁵。

(3) 東京地裁判決の問題点

以上のような状況であるにもかかわらず、東京地裁判決は、原告が諸外国の選挙制度について「選挙供託金制度を設けていない国も少なくない上に、近年、複数の国々において、選挙供託金制度を定めた法律の規定が違憲であると判断されて」いると主張したのに対し、「選挙制度は各国に固有の歴史を有するものであることから、もとより諸外国の議論が我が国にそのまま当てはまるものではない」と断じ、「諸外国における制度の状況や近年における議論の状況なども、我が国の国民的な議論の中に反映され、それが自ずと国会における議論に結実して必要な立法作用へとつながっていくのが本来の姿である」とした。

しかし、原告は、「諸外国の議論が我が国にそのまま当てはまる」などと言っているわけではないことはもちろん、国会がそのような立法作用を行わないからこそ、違憲訴訟に及んだのであるから、なぜ、そのような「本来の姿」になっていないのか、それは、国会の不作为といえるのではないかという点について、責任ある裁判所として審理を尽くすべきものであった。

カナダ、アイルランド等においては、それぞれの国会等の怠慢に対して、裁判所が民主主義の基礎をなすところの選挙制度の公正等を図るべく、正面から勇気ある判断を示したのであり、わが国の裁判所にも、同様の

毅然たる姿勢が求められる。

五 その他の論点

1 憲法44条ただし書の平等原則と選挙供託金制度

(一) 「被選挙権資格」と平等原則

そもそも、憲法 44 条ただし書が憲法 14 条の列举する「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」に「教育、財産又は収入」（傍点は筆者）をわざわざ追加したのは、いうまでもなく、1925（大正 14）年の男子普通選挙あるいは戦後の女性を含む一般的な普通選挙の実現に結実した、人々の努力の長い歴史を踏まえたものである。そこで、その解釈に当たっては、法文上の文言に拘泥して形式的な「被選挙権資格」に限定するのではなく、「立候補の自由」についての実質的な平等を確保するため、選挙供託金制度のように、事実上、財産や収入による差別となる虞のある場合を含めて、「被選挙権資格」を広く解していかなければならない。

すなわち、憲法 44 条の「両議院の議員の資格」を定める法律とは、国籍及び年齢など被選挙権の積極的要件を規定した公職選挙法 10 条、禁錮以上の刑罰に処せられた場合など被選挙権の消極的要件を定めた同法 11 条及び 11 条の 2 のように、形式的に「被選挙権資格」を定める公職選挙法の規定だけでなく、選挙手続きに関する規定であっても、実質的に、立候補しようとする者の間に差別をもたらすようなものもこれに含めて解すべきである。そうでなければ、憲法 44 条ただし書で定められた「被選挙権資格」の平等が公職選挙法の条文の書き方次第で合憲とされてしまう虞があるからである。

選挙供託金制度を定める公職選挙法 92 条 1 項は、立候補予定者に対し、財産や収入のある者となない者とを不当に差別するものであるから、同

条の規定も、憲法 44 条の「両議院の議員の資格」を定めた法律に該当するものであり、「平等原則」に反し、違憲であると解すべきである。

(二) 東京地裁判決の問題点

東京地裁判決は、上記の公職選挙法 10 条、同法 11 条及び 11 条の 2 のみを憲法 44 条ただし書にいう「立候補者の資格」を定めたものと限定的に解し、公職選挙法 92 条は、「このような公選法が定める立候補者としての資格要件の定めを前提として、立候補しようとする者に対して一定の供託義務を課するものであり、立候補者の資格そのものを制限するものではない」とし、「憲法 44 条ただし書に直接的に抵触するものであるということとはできない」（傍点は筆者）と判示した。

しかし、「直接的に抵触するもの」でなくとも、「間接的に抵触するもの」であるならば、やはり憲法 44 条ただし書の規定に抵触するのではないのか。

しかも、東京地裁判決は、前述のとおり、現行の選挙供託金制度は、これらの選挙に立候補しようとする者に対して「供託金の供託義務を課し、その義務を果たしていること証明しない限り、立候補の受付け自体を認めず」、「憲法 44 条が差別的な取扱いを禁ずる両議院の議員を選出する選挙について」、「現行の選挙供託金制度は、これらの選挙に立候補しようとする者に無視できない萎縮的效果をもたらすものということができ」、「公選法が定める選挙供託金制度は立候補の自由に対する事実上の制約となっている」と認めている⁴⁶。

「無視できない萎縮的效果をもた」らし、「立候補の自由に対する事実上の制約となっている」のであれば、真に、公選法 92 条は憲法 44 条ただし書に「直接的に」抵触するものであり、違憲であるといわなければならない。

2 国際人権B 規約と選挙供託金制度

わが国が1979年に批准した国際人権B規約25条は、「すべての市民はいかなる差別もなく、かつ、不合理な制限なしに」、「直接に、又は自由に選んだ代表者を通じて、政治に参与」し、「選挙人の意思の自由な表明を保障する真正な定期的選挙において、投票し及び選挙されること」の権利等を有するとしている。

この規定の解釈を示した国連の規約人権委員会の「自由権規約第25条に関する一般的意見」（1996年7月12日）⁴⁷は、「選挙による公職に立候補する権利及び機会の実効的な実施のためには、投票権を有する者に対し立候補者の選択の自由を確保することが必要であり」、「年齢等、立候補する権利の制限は客観的な基準に基づいて正当化されるものでなければならない」、「本来立候補する資格を有する者は、教育、居住関係又は門地等の不合理又は差別的な要件により」、「排斥されてはならない」とする（同25の15）とともに、「選挙の、指名日、手数料又は供託金に関する条件は合理的なものでなければならない、差別的であってはならない」としている（同25の16）。

わが国の選挙供託金制度は、これまで述べてきたように、多くの点で「不合理な要件」を定めるとともに、選挙供託金を用意できない低所得者に対して「差別的」な要件を定め、その立候補を断念ないし委縮させる結果、投票権を有する者にとっても、その選択の自由を奪うことになるものであって、「立候補する権利の制限」として「正当化されるもの」とは到底いえず、以上の一般的意見に違反するものといえよう。

なお、同委員会は、2008年10月、日本政府に対して、「規約第19条及び25条で保障されている政治運動やその他の活動を、警察や検察官、そして裁判所が不当に制限することを防ぐために、表現の自由や公的な活

動に参加する権利を不合理に制限している法律を撤回すべきである」と勧告した⁴⁸。

さらに、「表現の自由」国連特別報告者であるデビッド・ケイ氏も、2017年6月、「言論及び表現の自由の権利の促進・保護に関する訪日特別報告」の中で、公職選挙法は「選挙運動期間中、戸別訪問や、法定限度を超える選挙運動用文書図画の頒布といった通常の選挙運動に対して制限を課している」が、「現行の制限は不必要かつ不適切である」と指摘し、「選挙運動に対して不当な制限を課す公職選挙法の規定を廃止することにより、公職選挙法を国際人権法に準拠させるための改正を求め」ている⁴⁹。

(以上、下線は筆者)

このように、日本の選挙制度は、選挙運動等の規制の面においても国際人権規約に違反し、全体として、民主主義先進国のレベルに達していないことを示している。この点からも、選挙供託金制度の廃止を含め、早急に抜本的な改革が必要である。

六 おわりに

以上のとおり、選挙供託金制度は、立候補の自由という基本的人権を制約するものであり、違憲審査に当たっては、上述の高橋のいう「厳格審査」の基準や篠原のいう「原則一例外型」の統制枠組を用いて違憲とすべきである。しかも、そのような考え方と軌を一にする最高裁2005年判決が出たのであるから、裁判所としては、少なくとも、この最高裁判例以降は、「選挙供託金制度は違憲である」との判断を示すべきであった。

前述のとおり、学説等においては、つとに選挙供託金制度が違憲であるとするものも多くみられ、さらに、選挙供託金制度のある数少ない先進

諸国においても、最近、違憲判決が出され、制度が廃止されてきた。

にもかかわらず、わが国においては、未だに、選挙供託金制度について政府や国会に追随するような判決しか出されず、裁判所の消極主義が批判されていることは、それ自体、一つの不思議な現象であり、究明を要する問題である。

2001(平成13)年の司法制度改革審議会の意見書は、「憲法は、国会、内閣と並んで、裁判所を三権分立ないし抑制・均衡システムの一翼を担うにふさわしいものとすべく、民事事件、刑事事件についての裁判権のほか行政事件の裁判権をも司法権に含ませ、更に違憲立法審査権を裁判所に付与した(第81条)」との認識を示した。そして、「裁判所は、これらの権限の行使を通じて、国民の権利・自由の保障を最終的に担保し、憲法を頂点とする法秩序を維持することを期待されたのである。裁判所がこの期待に応えてきたかについては、必ずしも十分なものではなかったという評価も少なくない」と指摘し、「立法・行政に対する司法のチェック機能の充実・強化の」必要性を強調している。

特に、「違憲立法審査制度については、この制度が必ずしも十分に機能しないところがあったとすれば、種々の背景事情が考えられる」としたが、その原因としては、「違憲立法審査権行使の終審裁判所である最高裁判所が極めて多くの上告事件を抱え」ているという事実だけを指摘し、上告事件数をどの程度絞り込めるかといった即物的な対応策の提案にとどまっている(元最高裁判官である前記の泉は、「内閣が最高裁の裁判官を選び、裁判所の予算案を査定している」等の現状を踏まえ、裁判所にとっては、厳格な違憲基準論よりは、「総合的衡量による合理性の判断の枠組み」によって「立法・行政府の裁量に委ねる余地を常に残して置くことのできる」ことが「まことの都合のよいもの」となっていると分析している⁵¹⁾。

しかし、最高裁をはじめ日本の裁判所がその消極主義を脱して、国民の期待に応えるためには、国民主権と民主主義に加えて、立憲主義と権力分立の原理を採用する憲法の本質に立ち返って考えを根本から改める必要がある。憲法制定権をもつ国民が制定した日本国憲法において、最高裁をはじめ裁判所に違憲審査権が授けられていることからいえば、法律が人権を侵害しているか否かの判断に関しては、裁判所の判断が優先されるべき⁵²ことを深く認識しなければならない。

東京地裁判決を不服とする原告側は、2019（令和元）年7月17日、東京高裁に控訴した⁵³。同控訴審は、同年10月2日に一回限りで結審し、同年12月11日、東京地裁の判断を是認し、控訴を棄却する判決を下した。東京地裁の判決を鵜呑みにしたこと自体問題であるが、さらに、同高裁は、同地裁さえそれに触れることを避けた最高裁の1999（平成11）年判決の先例性を肯定する過ちを犯している。最高裁の同判決は、そもそも、選挙運動における政党の候補者と個人の候補者との間の平等について争った事案に関するものであり、選挙供託金制度は合憲であると触れているものの、その理由は全く記載がないものであった。したがって、原告側が第一審でも繰り返し主張したように、「先例性はない」と解すべきものである。この点も含め、今後、本訴訟は、引き続き上告審でも争われることとなる。

自由な立候補を阻害し、議員のなり手を減少させている選挙供託金制度は違憲であり、最高裁の賢明な判断が待たれるとともに、国会においても、裁判の結果いかにかわらず、早急にこれを廃止すべきである。

（片木 淳）

（参考文献）

- ・青柳幸一「選挙における供託金制度の違憲性」（横浜経営研究4巻2号、1983年）

- ・辻村みよ子「選挙権および被選挙権の性格」(『憲法の基本判例(第2版)』(有斐閣、1996年))
- ・小倉一志「選挙供託金制度に関する憲法上の問題点」(札幌法学25巻2号、2010年)
- ・松井茂記『日本国憲法(第3版)』(有斐閣、2007年)
- ・高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、2005年)
- ・杉原泰男編『[新版] 体系憲法事典』(青林書院、2008年)(永山茂樹執筆)
- ・曾我部真裕「人権の制約・限界——公共の福祉を中心に」(南野森編著『憲法学の世界』(2013年、日本評論社))
- ・芦部信喜『憲法 第7版』(岩波書店、2019年)
- ・高橋和之『体系 憲法訴訟』(岩波書店、2017年)
- ・木村草太『憲法の急所——権利論を組み立てる 第2版』(2017年、羽鳥書店))
- ・Kenneth Mori McElwain, 'Manipulating electoral rules to manufacture single-party dominance' (2008)52(1) American Journal of Political Science.
- ・Masataka Harada and Daniel M. Smith, 'You Have to Pay to Play. Candidate and Party Responses to the High Cost of Elections in Japan' (2014) Electoral Studies.
- ・渡辺康行・穴戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』(日本評論社、2016年)
- ・柚正夫『日本選挙制度史—普通選挙法から公職選挙法まで』(九州大学出版会、1986年)
- ・竹前栄治・中村隆英監修『GHQ日本占領史第10巻選挙制度の改革』(日本図書センター、1996年)
- ・安野修右「選挙供託金制度の歴史的変容」(日本大学大学院法学研究年報44巻、2014年)
- ・安野修右「参議院選挙区選挙における選挙供託金の抑止効果の分析」(日本大学大学院法学研究年報45巻、2015年)
- ・石川健治「ドグマティックと反ドグマティックのあいだ」(石川健治・山本龍彦・泉徳治編『憲法訴訟の十字路口』(弘文堂、2019年11月))
- ・泉徳治「最高裁の『総合的衡量による合理性判断の枠組み』の問題点」(同上書)
- ・新井誠「選挙供託金制度訴訟」(辻村みよ子編)『憲法研究 第5号』(信山社、2019年11月)

・篠原永明「制度形成の統制」（法律時報 91巻5号「【特集1】判例に現れている違憲審査の思考法」、2019年5月）

（注）

- 1 青柳P. 70
- 2 辻村P. 19
- 3 小倉PP. 145-146
- 4 芦部PP. 97-
- 5 曾我部P. 135
- 6 芦部PP. 99-
- 7 芦部P. 100
- 8 以上、芦部PP. 101-102
- 9 石川P. 333
- 10 石川P. 308
- 11 石川P. 304
- 12 高橋（2017.以下同じ）PP. 228-239
- 13 高橋PP. 228-229
- 14 高橋PP. 229-239
- 15 泉P. 348～。なお、P. 373（「ドイツの三段階審査論を参考とした」）およびP. 381（「参政権等の分野」では、「依然として違憲審査基準を活用する必要がある。」）
- 16 高橋P. 190
- 17 木村P. 15
- 18 高橋P. 190
- 19 高橋PP. 217-218
- 20 芦部PP. 81-82
- 21 同上
- 22 高橋P. 287
- 23 高橋P. 288
- 24 高橋P. 289、P.253。なお、高橋は、「実体的に内容が確定されているということよりは、訴訟技術論的に確定されているという議論を構成する」と主張し、その

- 理由として、「選挙権というのはそれほど重要なものであって、立法裁量に委ねてはいけない権利」だからとしている（『憲法研究』P. 13）
- 25 以上、篠原PP. 26-29
- 26 渡辺等P. P. 416-417
- 27 最高裁、2005（平成17）年9月14日、在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件大法廷判決P. 4～5
- 28 最高裁、1968（昭和43）年12月4日、三井美唄炭鉱労組事件大法廷判決P. 4
- 29 東京地裁判決P. 21
- 30 1925（大正14）年2月21日の衆議院本会議における加藤高明首相の普通選挙法案上程演説（同年2月21日「官報号外」P. 357）
- 31 2018年6月15日の衆議院・政治倫理の確立及び公職選挙法改正に関する特別委員会における野田総務大臣答弁
- 32 小学館『デジタル大辞泉』
- 33 大辞林第3版
- 34 新井P. 134
- 35 McELwainPP. 32-33
- 36 MasatakaP. 32.
- 37 杣PP. 94-95
- 38 竹前等前掲書（参考文献）
- 39 安野（2014年）P. 515
- 40 安野（2015年）P. 158
- 41 安野（2014）P. 495
- 42 同判決P. 19
- 43 カナダ「elections.canada」HP記事「News Releases and Media Advisories」
「Prospective candidates no longer required to pay deposit」による。
- 44 以上、Irish Times記事「Court rules mandatory deposits for elections not constitutional Wed, Aug 1, 2001」（同HPによる）。
- 45 以上、牧野力也「韓国の憲法裁判制度における『憲法不合法決定』」（The Japan Association of Legal and Political Sciences, NII-Electronic Library Service）P. 170、本文及び注(4)(5)
- 46 東京地裁判決P. 19
- 47 日本弁護士会連合会HP「私たちの活動>日弁連の国際活動>国際人権ライブ

ラリー>国際人権文書（条約及び基準規制等）>自由権規約条約機関の一般的意見」

- 48 選挙運動の権利を守る共同センター「2017年衆議院選挙 活動の手引き」
「2017 年 10 月言論・表現活動の権利と自由な選挙」（構成団体＝全労連、自由法曹団、国民救援会）
- 49 外務省HP「国連 > 第35回人権理事会：意見と表現の自由に関する特別報告者との双方向対話を開始」「2017年6月15日発行、デビッド・ケイ「『表現の自由』国連特別報告者 訪日報告書」（A/HRC/35/22/Add.1）＜仮訳＞」より抜粋。
- 50 一般財団法人 アジア・太平洋人権情報センター（ヒューライツ大阪）HP「国連『表現の自由に関する特別報告者』、日本への勧告11項目をフォローアップ報告」より抜粋。
- 51 泉P. 375
- 52 高橋P. 19
- 53 令和元年（ネ）第2797号 選挙供託金制度違憲国家賠償請求控訴事件（2019（令和元）年7月17日）。「控訴理由書の要旨」は、選挙供託金違憲訴訟を支える会 HP(<https://kyoutakukin.jimdo.com/>)よりダウンロードできます。

信託と事業承継

信託法研究部

* 目 次	
第一	はじめに 246
第二	従来の事業承継手法 246
一	事業承継とは 246
二	事業承継案件の特質 247
三	株式の財産的価値から見た 事業承継の方法 248
四	種類株式を利用した承継方法 251
五	属人的定めの制度の利用と懸念 257
第三	事業承継と信託総論 258
一	株式の信託 258
二	種類株式（拒否権付株式） を用いた方法との比較 262
三	具体的手法 263
第四	指図権を用いた手法 266
一	指図者とは 266
二	事業承継における信託事例 269
三	指図権の法的性質について 272
四	指図権と事業承継に関する 問題点等 274
第五	自己信託を用いた方法 278
一	自己信託 278
二	自己信託を用いた事業承継 282
第六	指図権を用いた方法と自己 信託を用いた方法の比較 285
第七	最後に 285

第一 はじめに

民事信託の典型的な活用事例としては、高齢者の財産保護を目的とする財産管理のための信託や、財産承継のための後継ぎ遺贈型受益者連続信託がある。しかしながら、信託の活用可能性は幅広く、例えば、事業承継分野に利用することもできる。

高齢者の財産保護を目的とする信託では、主たる信託財産が預金及び不動産となるのに対し、事業承継のために信託を用いる場合には、主たる信託財産が委託者の経営する会社の自社株式になるのが特徴的である。

本稿では、まず、従来の事業承継手法を概観して、次に、これを、信託を用いた事業承継手法と比較し、そのうえで、信託を活用した事業承継スキームを具体的に取り上げて、その長所や短所などの検討を行った。事業承継分野を担当する実務家にとって、本稿が、スキーム検討の指針となれば幸いである。

第二 従来の事業承継手法

(長谷川裕史)

一 事業承継とは

1 事業承継の意味

事業承継とは、事業を後継者に引き継ぐことである。しかし、一概に事業といっても、個人事業主の事業承継と、会社の事業承継とでは、法的に見た場合、その意味合いは異なる。個人事業主の場合、事務所や機械、顧客や取引先を後継者に引き継ぐことが事業承継である。しかし、会社のオーナー経営者にとっての事業承継は、会社に対する所有権、す

なわち株式会社であれば「株式」を引き継ぐことが核心となる。

2 事業承継の分類

事業承継を分類して考える場合、後継者が親族内にいるかどうかによって「親族内承継」と「親族外承継」に、後継者が企業内にいるかどうかによって「企業内承継」と「企業外承継」に区分し、これら2軸をもって、「親族内・企業内承継」、「親族内・企業外承継」、「親族外・企業内承継」及び「親族外・企業外承継」の4つに分類することができる。各分類の持つ特徴に応じて検討する事業承継スキームや留意点が異なる。

「親族外・企業外承継」はいわゆるM&A等の分野であるが、信託の適用事例があまり見られないため本稿では取り扱わない。残りの3分類、「親族内・企業内承継」、「親族内・企業外承継」及び「親族外・企業内承継」を念頭に置くこととする。

また、本稿では、非上場の中小規模のオーナー企業を前提とすることも付言しておく。

二 事業承継案件の特質

株式は、株主としての地位や権利を表すものであり、株主の権利は自益権と共益権に分類される。事業承継を株式の承継と考えた場合、会社の経営に参与する権利である共益権、その中でも特に、株主総会における議決権（会社法第105条第1項第1号）を誰に帰属させるかが非常に重要となる。議決権の帰属割合はすなわち会社に対する支配権であることから、これを誰に委ねるのかに注目してスキームを検討するのは、事業承継を考える上で当然のことである。

しかし、株式の承継では、株式の財産的価値にも注目しなければならない。株式という財産的価値が承継によって他人に移る以上、承継対価

や贈与税・相続税等の課税、そして遺留分の問題から目を背けることはできない。

特に、「親族内・企業内承継」、「親族内・企業外承継」又は「親族外・企業内承継」を前提とする場合、後継者を誰にするか、ある程度目星がついていることも多い。しかし、会社に対する支配権のことだけを考えて株式を承継すれば、後継者は高額な承継対価を支払う必要が生じたり、想定外の課税を受けたり、遺留分の侵害を理由とする請求を受けたりする可能性がある。それを賄う資金や財産がない場合には、最悪の場合、折角承継した株式の一部あるいは全部を手放すしかなくなるという皮肉な事態も生じかねない。

そのため、事業承継は、法律、税務、金融といったあらゆる分野の知識と経験を集めて対応しなければならない分野であり、様々な専門家が協力して案件に当たることが肝要である。

三 株式の財産的価値から見た事業承継の方法

事業承継を考えるオーナーや後継者のほとんどは、事業承継によって生ずる経済的負担をできるだけ少なく抑えたいと考える。特に親族間の調整で遺留分に問題がない場合であっても、承継対価を支払うための資金や課税の心配がある。このような経済的負担の軽減を考える場合、大きく2つの方法がある。1つは承継する株式の価値を抑えること、もう1つは課税が軽減される制度を利用することである。

1 承継する株式の価値を抑える方法

(一) 企業の価値を下げること

株式の価値は、単純化すれば、企業価値を発行済株式総数で割った価額である。従って、承継する株式の価値を抑える1つの方法は、企業

の価値を下げることである。

企業の価値を下げようと意図的に企業業績や財務状況を悪化させるのは多分にナンセンスであるが、簿価で過大評価されている財産価値を時価等の適正価額に評価し直す機会はあるのもよいと思う。

また、企業価値はその時々業績や環境で変動するものであるから、企業価値の高い時期に株式を承継することを避け、企業価値が低くなった時期に株式を承継するというように時機を選ぶのも大切である。企業業績や財務状況の悪化により企業価値の低下が見込まれるようなときは、承継対価や課税の点で考えれば、事業承継の好機ともいえる。

もっとも、業績が好調な企業で、財産評価も適正である場合、企業価値の点で承継する株式の価値を抑えるには限界がある。

（二）承継する株式数を少なくすること

発行されている株式の価値が、企業価値を発行済株式総数で割って計算されるならば、承継する株式の数を減らすという方法で承継する株式の価値を抑えることも可能である。後継者に対し発行済株式のすべてを承継させず、一部だけを承継させるという方法である。

ここで問題となるのが、会社に対する支配権、すなわち株主総会における議決権である。後継者以外の者が一部の株式を所有することは、当然、株主総会における議決権の一部を後継者以外が持つということになる。そうなれば、後継者が安定して会社を支配できるかどうかは怪しくなる。

後継者に承継する株式数を少なくして後継者の資金的負担を少なくしながらも、いかに後継者の会社に対する支配を盤石なものとなるようにするかは、事業承継スキームの設計において最重要課題の一つである。

2 課税が軽減される制度の利用

事業承継時の課税を軽減する制度として最近注目されているのは2018年4月に導入されたいわゆる「法人版事業承継税制」の「特例措置」であるが、2003年から導入された「相続時精算課税制度」もまた事業承継でよく使用される。ここではこれら2つの税制の概要を紹介する。

法人版事業承継税制は、後継者が非上場会社の株式等を贈与又は相続等により取得した場合に、その非上場株式等に係る贈与税・相続税について、一定の要件のもと、その納税を猶予し、後継者の死亡等により、納税が猶予されている贈与税・相続税の納付が免除される制度である。2018年に導入された特例措置では、10年間の措置として、納税猶予の対象となる非上場株式等の制限の撤廃や、納税猶予割合の引上げ等がされた。その適用要件も緩和されたため、より使い易い税制として一般に紹介されている。なお、法人版事業承継税制の対象は「非上場株式等」であり、信託受益権には適用されない（租税特別措置法第70条の7、第70条の7の2参照）。

相続時精算課税は、暦年課税（1人が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の合計額から基礎控除額の110万円を差し引いた残りの額に対して税率を乗じて贈与税を計算する課税方法）とともに贈与税の制度の一つである。その利用には一定の条件があるものの、相続時精算課税を選択した受贈者は、その制度に係る贈与者ごとに、その年の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の価額の合計額から贈与時に複数年にわたって利用できる最高2500万円の特別控除額を控除し、贈与税額を計算できるのが魅力である。これを超えた金額に対する贈与税は一律20%となる。贈与財産の種類、金額、贈与回数に制限はない。そのため、多額の財産や株式以外の財産を贈与する際

にメリットが大きい。当該贈与者が亡くなり相続するときの相続税額は、相続時精算課税の適用を受ける贈与財産の価額と、相続や遺贈により取得した財産の価額とを合計した金額を基に計算した相続税額から、既に納めた相続時精算課税に係る贈与税額を控除して算出される。当該相続税額から控除しきれない相続時精算課税に係る贈与税額があった場合には、相続税の申告の際に、還付を受けることができる。なお、同制度を選択すると、それ以降、暦年課税の適用ができなくなるため、事業承継の手法の選択肢を狭くする側面もあることに留意が必要である。

四 種類株式を利用した承継方法

後継者が発行済株式のすべてを承継することは、会社に対する支配を盤石なものとするためには最善といえる。しかし、実際の事業承継では、株式の財産的価値の面で、承継対価や課税、遺留分等を踏まえた資金調達等の問題にも配慮が必要であり、必ずしもそれが最善の方法にはならない。後継者に対しては発行済株式の一部だけを承継させ、残りは後継者以外の者に承継する方法を検討せざるを得ない場合が多い。その承継先候補は、遺留分への配慮であれば遺留分権利者となる親族になる。会社で働く人たちに対する動機付けとして役員や従業員に株式を与えることもある。ただ、いずれにしても、株主総会における議決権の一部が後継者以外の手に渡ることに対する何らかの対応措置が必要となる。その1つが種類株式の利用である。

1 議決権制限株式の利用

種類株式は、会社法第108条第1項第1号乃至第9号に列举されている。事業承継で多く利用されるのが、第3号「株主総会において議決権を行使することができる事項」について異なる定めをする種類株式であ

る。定款において「株主総会において議決権を有しない」と定め、いわゆる「無議決権株式」を準備する。

後継者以外の手に株式の一部が委ねられたとしても、それが無議決権株式であれば、後継者は株主総会における100%の議決権を維持することができるため、株主総会に対する議決権割合の点では会社に対する支配権は万全である。ただ、いくつかの点で注意が必要である。

(一) 税務上の懸念点

すべての株式の内容が同じであれば、1株の価値は、企業価値を発行済株式総数で割った価額として皆同じである。しかし、会社に普通株式と無議決権株式が存在する場合、普通株式1株と無議決権株式1株の価額は同じなのであろうか。売買等の私人間取引では合意をもって価格を決められるが、贈与税や相続税等の課税を考える場合には、別途、計算方法に照らして評価しなければならない。手掛かりとしては、国税庁平成19年3月9日「種類株式の評価について(情報)」(<https://www.nta.go.jp/law/joho-zeikaishaku/hyoka/070309/01.htm>)において「配当優先の無議決権株式の評価」の記載がある。しかし、この記載は会社法第108条第1項第1号「剰余金の配当」について異なる定めをした種類株式を組み合わせたいわゆる優先配当・無議決権株式を前提としているように見える。優先配当の要素を含まない単なる無議決権株式の評価を同様に考えられるとまでは言えるかは分からない。また、非上場株式には通常、譲渡制限が付されていることから(会社法第108条第1項第4号参照)、株主は自由に投下資本を回収できない。経営への参与も投下資本の回収もできない無議決権・譲渡制限株式を後継者以外の第三者が譲り受けることについて合理性(当事者の合理的意思)を見出すことが難しければ、後日、問題が生じたときに、その譲受の効力や株式の内容に対し疑

義が生じないとも限らない。そのため、単なる無議決権株式の採用には躊躇するところがあり、優先配当・無議決権株式の利用が望ましいように思われる。

（二）法務上の留意点

無議決権株式は、株主総会における議決権の制限ではあるが、種類株主総会での議決権を制限するものではないことに留意が必要である。

会社法上、種類株主総会の決議が必要とされる場面の多くについては、定款の定めによって、ある程度、その決議を不要とすることができる。例えば、会社法第322条第1項は、同項各号に掲げる行為をする場合において、ある種類の株式の種類株主に損害を及ぼすおそれがあるときは、当該種類株式の種類株主総会の決議がなければその効力を生じないと規定するが、同条第3項では定款の定めによってこの適用を避けられることが規定されている。また、株式の募集について定める同法第199条第4項は、種類株式発行会社において、募集株式の種類が譲渡制限株式であるときは、当該種類株式の募集事項の決定には、当該種類株式の種類株主総会の決議が必要と規定しているが、定款の定めがある場合にはこれが除外されている（同法第238条第4項には、新株予約権について同様の規定がある）。

しかし、定款の定めによっても、種類株主総会の決議や種類株主全員の同意が避けられない場面はある。特に、会社法第322条第3項但書では、同条第1項1号に規定する定款の変更を行う場合は、上記のような定款の定めによる除外が認められないことが規定されている。同項1号に規定する定款変更の内容は、「イ 株式の種類追加」、「ロ 株式の内容の変更」及び「ハ 発行可能株式総数又は発行可能種類株式総数の増加」の3つである。種類株式導入後に、会社の資本政策や事業承継政策等に

において種類株式の追加や株式の内容に関わる事項を決める場合には、既存の種類株主にとって「損害を及ぼすおそれがある」かどうかを確認する必要がある、かかるおそれがある場合には、種類株主総会の決議が必要となる。すなわち、種類株主の意向を無視できなくなることに留意しなければならない。

2 拒否権付株式の利用

会社法第108条第1項第8号には、「株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会又は取締役会、清算人会設置会社（省略）にあつては株主総会又は清算人会）において決議すべき事項のうち、当該決議のほか、当該種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の決議があることを必要とするもの」について異なる定めをする種類株式について規定されている。いわゆる「拒否権付株式」であり「黄金株」と呼ばれることもある。拒否権付株式を有する株主は、株主総会や取締役会で決議される重要事項に対し、拒否権を有することになる。

事業承継案件では、会社のオーナーにとって後継者が経営者としては未熟ではないかと感じながらも、株式はすぐにでも承継したいと希望することがある。業績が好調で、企業価値が上昇することが見込まれている場合がその一例である。このような場合に、後継者にすべての普通株式を引き継ぎつつも、オーナーに拒否権付株式1株を残し、後継者が行う重要事項の判断に対し拒否権付株式をもってコントロールする（あるいは後継者の行動を牽制する）方法が採られる。

ちなみに、拒否権付株式の財産的価値については、先述の国税庁平成19年3月9日「種類株式の評価について（情報）」において、「拒否権の有無にかかわらず普通株式と同様に評価する」と記載されている。

3 取得条項付株式の利用

(一) 無議決権株式に対する取得条項付株式の併用

無議決権株式であっても種類株主総会が避けられない場合があること（会社法第322条第3項但書、同条第1項第1号参照）や、誰かわからない人の手に株式が渡ることを避けるため、株式拡散防止措置は採っておくべきである。もちろん、株式譲渡制限（同法第108条第1項第4号）を付することで株式譲渡に対する対応措置にはなるが、相続による拡散は避けられない。

この点、会社法第174条に規定される「相続その他の一般承継により当該株式会社の株式（譲渡制限株式に限る。）を取得した者に対し、当該株式を当該株式会社に売り渡すことを請求することができる」旨の定款の定め（相続人等に対する株式の売渡請求）を設定しておくことは1つの対応措置になる（同法第176条第1項参照）。ただ、当該規定による売渡請求は、売買価格を会社と売渡請求対象株主との間の協議によって定めるため（同法第177条第1項）、合意できない場合には、裁判所に対する売買価格の決定の申立て（同条第2項）を経て、裁判所が定めた額をもって株式の売買価格となる（同条第4項）。つまり、紛争化の余地を否定できない。また、オーナーや後継者が死亡した場合にも、相続等によって株式を取得した者に対して売渡請求が突きつけられる可能性がある点にも留意が必要である。会社が売渡請求の意思決定をすることが前提となるが、意思決定に必要な株主総会においてその株式の取得者は議決権行使できない（会社法第275条第2項）ので注意を要する。

これに対し、会社法第108条第1項第6号に定める「当該種類の株式について、当該株式会社が一定の事由が生じたことを条件としてこれを取得することができること」を定めた種類株式（取得条項付株式）にしてお

けば、一定の事由（取得事由）とともに取得価格等の取得条件を定めることができるため、取得価格が決まらないことによる後日の紛争化を避けやすい。

取得事由は、相続時の株式拡散防止のためであれば、「株主が死亡したとき」と規定することが考えられる。役員や従業員に株式を承継させる場合には、役員や従業員であることを前提として株式を渡すことから、会社を退任・退職する際に会社が株式を取得できるよう、取得事由に「会社の役員及び従業員のいずれでもなくなったとき」というような事由を加えておくことになる。

（二）拒否権付株式に対する取得条項付株式の併用

拒否権付株式についても、相続時の株式拡散防止のため、取得条項付株式を併用し、「死亡したとき」という取得事由を設定することは検討すべきである。また、それに加えさらに留意すべきことがある。

事業承継において拒否権付株式を設ける事情は、前述のとおり、会社のオーナーが引き続き重要事項に対する拒否権を有することにあるため、拒否権付株式を有する株主は1人だけであることが多い。しかも、事業承継を行おうとしているオーナーは比較的高齢であることも多いであろう。とすれば、いわゆる認知症等のことを懸念しなければならない。

唯一の拒否権付株式の株主に認知症等の病気や精神上的の障害が生じ、その判断能力に著しい低下が見られた場合、成年後見人等がいなければ、拒否権付株式の種類株主総会を開催することができない。会社は、重要事項を決めることが出来ない事態に陥ってしまうことになる。また、成年後見人が選ばれたとしても、オーナーによる経営指導はできない状態であるから、拒否権付株式の存在意義自体が失われてしまう。

このような事態を避けるため、取得事由には、「後見開始の審判、保佐

開始の審判若しくは補助開始の審判がなされたとき」とともに「判断能力に著しい低下が認められる事由が生じているとき」というような内容を加えておくことが考えられる。但し、後者の要件に該当するかは客観的判断が困難であるため、複数の医師による診断を条件とするなど、可能な限り客観的な判断が可能となるよう工夫が必要である。

五 属人的定め of 制度の利用と懸念

会社法第109条第2項では、非公開会社を対象に、同法第105条第1項各号に掲げる権利（第1号「剰余金の配当を受ける権利」、第2号「残余財産の分配を受ける権利」及び第3号「株主総会における議決権」）に関する事項について、「株主ごとに異なる取扱いを行う旨を定款で定めることができる」とし、いわゆる属人的定め of 制度が規定されている。例えば、特定の株主だけに他の株主とは異なる議決権（例えば、1株1議決権ではなく、1株100議決権を与えるなどの内容。）を有するような規定を定款に定めることができる。登記事項証明書には反映されないため、定款を見ることのできない第三者からは属人的定め of の有無はわからない。

事業承継の過程で、このような属人的定め of 制度を利用する例も見られる。しかし、東京地方裁判所立川支部判決平成25年9月25日（金融・商事判例1518号54頁）では、「属人的定め of 制度についても株主平等原則の趣旨による規制が及ぶと解するのが相当であり、同制度を利用して行う定款変更が、具体的な強行規定に形式的に違反する場合はもとより、差別的取扱いが合理的な理由に基づかず、その目的において正当性を欠いている場合や、特定の株主の基本的な権利を実質的に奪うものである等、当該株主に対する差別的取扱いが手段の必要性や相当性を欠くような場合には、そのような定款変更をする旨の株主総会決議は、株主

平等原則の趣旨に違反するものとして無効となるというべきである。」と判示されている。具体的事情によっては無効となる可能性があることに注意すべきである。

第三 事業承継と信託総論

(川崎公司)

一 株式の信託

1 株式の信託の方法

(一) 譲渡制限株式について譲渡承認

会社法上、譲渡制限株式の株主が、その有する譲渡制限株式を他人（当該株式の発行会社を除く。）に譲り渡そうとするときは、当該株式の発行会社に対して、譲渡を承認するか否かの決定をすることを請求できるものとされている（会社法第136条）。

そして、信託とは、委託者が、受益者の利益など一定の目的のために、信託財産の管理または処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすることを、受託者に委ねる制度であり（信託の定義につき、信託法第2条1項）、信託財産は「受託者に属する財産」（信託法第2条3項）であるから、株式を信託財産とする信託の場合においても、委託者から受託者にその所有権が移転される形式をとる。

従って、株式を信託財産とした場合、通常为非公開株式の株式譲渡と同様、信託をすることについて、発行会社に対し、譲渡承認請求を行い、発行会社の承認を得ておく必要がある。

(二) 信託財産に属する株式についての対抗要件等（会社法第154条の2）

株式を信託財産とした場合、当該株式が信託財産に属する旨を株主名

簿に記載し、または記録しなければ、当該株式が信託財産に属することを株式会社その他の第三者に対抗することができない（会社法第154条の2第1項）。この場合、受託者が、株式会社に対し、株式が信託財産である旨を株主名簿に記載し、または記録することを請求することができる（会社法第154条の2第2項）。

第一百五十四条の二 株式については、当該株式が信託財産に属する旨を株主名簿に記載し、又は記録しなければ、当該株式が信託財産に属することを株式会社その他の第三者に対抗することができない。

2 第二百一十一条第一号の株主は、その有する株式が信託財産に属するときは、株式会社に対し、その旨を株主名簿に記載し、又は記録することを請求することができる。

3 株主名簿に前項の規定による記載又は記録がされた場合における第二百二十二条第一項及び第三百三十二条の規定の適用については、第二百二十二条第一項中「記録された株主名簿記載事項」とあるのは「記録された株主名簿記載事項（当該株主の有する株式が信託財産に属する旨を含む。）」と、第三百三十二条中「株主名簿記載事項」とあるのは「株主名簿記載事項（当該株主の有する株式が信託財産に属する旨を含む。）」とする。

4 前三項の規定は、株券発行会社については、適用しない。

信託の対抗要件一般については、信託法第14条が「登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産については、信託の登記又は登録をしなければ、当該財産が信託財産に属することを第三者に対抗することができない」と規定するが、本条は信託法第14条の特則である。また、株券発行会社について本条は適用されないほか（会社法第154条の2第4項）、振替株式については、社債、株式等の振替に関する法律142条に規定があり、本条は適用されない（会社法コンメンタール3 株式(1) 株式会社商事法務490頁）。

2 株式の信託の意味

(一) 自益権と共益権の分離

我が国の企業数の全体の9割以上を占めるとされる中小企業においては、経営者の主たる財産が株式や工場など会社の資産のみである場合も多い。

経営者は、自分の長男に会社の経営を譲ろうと考えており、長女は経営に関心はないが、父親の財産を欲しがっているとする。このようなケースにおいて、経営者が株式を相続人である自分の長男と長女に均等に分けようとする、会社の議決権の分散を招き、会社の安定的運営を図ることができない。

一方で、経営者が自社の経営を長男に全て任せるために自社株式を全て長男に相続させると、長女の遺留分を侵害してしまう危険性がある。

このように、安定的な経営権の承継のためには、株式等の経営者の財産を後継者に集中的に承継させる必要がある一方で、遺留分など非後継者である相続人の有する権利のため、後継者への集中相続が困難な状況にあるのが現状である。

株式には、自益権(利益配当請求権や残余財産分配請求権)と共益権(主に株主総会における議決権)の二つの側面がある(会社法第105条)ところ、株式による信託を用いることで、自益権と共益権を分離すると同様の利益状況を実現し、事業承継を円滑にすることができる。

(二) 共益権(議決権)は受託者が有する

株式を信託することで、株主総会での議決権の行使権限を会社の後継者である受託者に付与することになり、議決権を後継者に集中させることができる。

信託目的による拘束はあるものの、受託者は、信託財産に属する財産

の管理又は処分及びその他の信託の目的の達成のために必要な行為をする権限を有しており(信託法第26条)、信託契約等で設定することにより、株主総会での議決権の行使権限を受託者に付与することができる。

(三) 自益権(剰余金の給付を受ける権利)は受益者が有する

一方、信託契約等内で、信託財産である株式から生じる配当を受益権の内容とすることで、受益者は毎年配当を受ける権利を得ることになる。

もっとも、判例によれば、利益配当請求権は、総会決議により利益配当の金額が確定したときにはじめてその金額の支払を目的とする独立の請求権が発生するものであって、その以前は株主権の包含するその位置内容をなすにすぎず、独立した一個の権利ではない(大判大8.1.24民録25・30)、とされているところであり、信託契約内に受益権として利益配当請求権が設定されていたとしても、毎年の株主総会決議において、利益配当の金額を具体的に確定しない限り、一種の期待権にすぎず、独立の請求権にはならないとされている。そのため、議決権が集中し、株主総会決議の帰趨を左右できる立場である受託者が配当決議を否決または無配の決議を議決し続けた場合には、受益者の立場は極めて不安定なものとなることが予測される。

私見ではあるが、定款及び信託契約書内に配当金額が自動的・確定的に算出される形に定めれば、仮に株主総会決議における剰余金の配当決議がなかったとしても、受託者に対し善管注意義務(信託法第29条)もしくは忠実義務(信託法第30条)違反として、受益権としての配当金の支払を訴求しやすくなる余地もあると考える(定款による剰余金の配当に関する定めについて、同様の見解として江頭憲治郎「株式会社法第7版」692頁(有斐閣、2017))。具体的には、受益者は、株主である受託者に対して、定款や信託契約書内に定められている配当に関して、配当決議

を行わないこと等をその内容として、忠実義務もしくは善管注意義務違反として訴求していくことになる。

二 種類株式（拒否権付株式）を用いた方法との比較

種類株式の発行により、株式信託を活用した場合と同様の効果が得られるという考え方もある。すなわち、拒否権付株式を発行し、経営者が拒否権付株式を保持したまま、その余の自社株を後継者に生前贈与することで、ある程度、株式信託と同様の効果を期待することができる。

なお、拒否権付株式を導入する際は、当該株式を後継者以外の者が取得することのないよう配慮することも重要である。通常は、経営者死亡時に、会社が同株式を買い取れるように取得条項も当該株式に付与しておくことで対応ができる。

しかしながら、①種類株式を発行するためには、株主総会の招集、株主総会特別決議が必要であるなど発行手続が煩雑であること、②種類株式の内容に応じて、適宜、種類株主総会を開催しなければならないこと¹、

-
- 1 特に法律専門家が種類株式導入の法的サービスのみ行い、その後の運用を会社に任せた場合には注意が必要である。種類株式は一度導入すると、当該全株主の同意がなければ廃止できないから、会社が継続する限りは種類株式も存続することになる。一般に、中小企業においては、全体株主総会を開催しなければならないことは意識されていても、種類株主総会を全体株主総会とは別に開催することについて、意識されているケースは少ないと思われる。したがって、法律専門家が種類株式に導入の部分だけ関わり、その後の運用を会社に任せたまにすると、本来種類株主総会の開催が必要な場合に、種類株主総会が開かれず、会社にとって重要な決定について、あとで種類株主総会決議が存在しないということで、決議が覆滅されるリスクがある。

③拒否権付株式は、後継者の意思で行った株主総会の決議を拒否することができるにとどまり、積極的に会社の意思決定をすることができない、という制度上のデメリットがある。

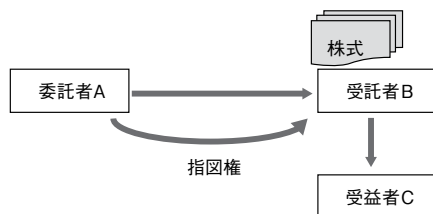
三 具体的手法

1 事例1

(一) 当事者等

委託者 現社長A、受託者 番頭B、受益者 長男（次期後継者）
C、指図者 現社長A

(二) スキームの説明



現社長Aが委託者となり、番頭Bと株式の信託契約を締結し、自社株を信託財産として信託する。株主権のうち、自益権（剰余金配当請求権など）を受益権として後継者である長男Cに与え、一方、共益権は株式名義人たる受託者が行使することになる。議決権の行使については、現社長Aを指図者として定め、Aが指図者として、議決権の行使について、受託者に指図することによって経営に参画することができる。信託期間は、長男が経営者としての適格性を備えるために必要な期間の経過時又は現社長Aの死亡時のいずれか早い時期である。

(三) 使う場面

将来的に長男等後継者に会社を譲りたいが、後継者が経営者としての

経験が少なく、後継者が経営者として成長するまで、しばらく現社長が経営に参画したいという場面において、上記スキームが有効である。

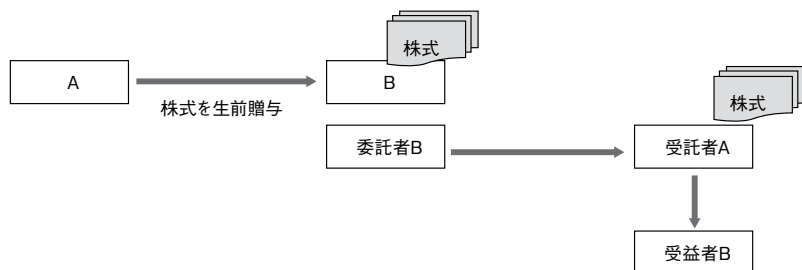
2 事例2

(一) 当事者等

株式贈与者 現社長 A、株式受贈者 長男 B

委託者 長男 B、受託者 現社長 A、受益者 長男 B

(二) スキームの説明



本スキームでは、現社長 A が経営する株式会社の株式を長男 B に贈与するが、信託を活用し、株式会社の株主を、経営者としては未熟な長男 B から経験豊富な現社長 A に転換することにより、会社の適切な運営を実現しようとするものである。

(三) 使う場面

例えば、今後、新規事業の業績がよく、成長が見込まれているような会社の場合には、将来現社長自らに相続が生じた際の自社株式に対する相続税が高額になることが予測されるところ。そこで、株式を生前贈与するニーズがあるが、後継者が会社経営者としてまだ経験が浅く、会社の経営権を全て渡してしまうには不安であるし、現社長もまだ経営から退くつもりはないような場合には、本スキームは有効である。

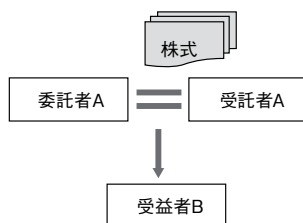
一般的に贈与税の方が相続税より税負担は大きいですが、会社が今後大きく業績を伸ばしていくことが予想される場合には、むしろ生前贈与の方が、税負担が軽くなる場合もある。

3 事例3

(一) 当事者等

委託者兼受託者A、受益者B（自己信託）

(二) スキームの説明



事例2の場面で、信託契約を締結するという方法以外に信託宣言（自己信託）を行う方法も考えられる。ここで信託宣言とは、委託者の単独行為による信託設定であり、財産の隠匿などに悪用される危険性があることから、公正証書その他の書面または電磁的記録によって、一定の事項を記載・記録したものによってすることが求められている（信託法第3条3号）。

(三) 使う場面

例えば、事例2のように新規事業により今後成長が見込まれる会社や、今期の会社の業績は悪いが来期以降は業績の回復が見込まれる会社の場合、経営者Aが信託宣言を行い、受託者として引き続き議決権を行使できるようにしたまま、株式を後継者である息子Bに贈与しておくことができる。A死亡により信託は終了するように定めることで、A死亡の際には、確定的にBが株式を取得することになる。

もっとも、委託者と受託者が同一である自己信託の設定については、債権者詐害の危険が大きく、自己信託については強制執行等の特例（信託法第23条、信託宣言に限って、当該信託の設定が債権者を害するものであるときは、取消訴訟を経ることなく直接に信託財産に対して強制執行等を行うことができる旨の規定）が適用されることから、自己信託の設定については、慎重に行う必要がある。

第四 指図権を用いた手法

（福西信文）

一 指図者とは

「指図者」とは、信託財産の管理又は処分の方法について、受託者に対して指図を行う者をいう。

委託者は、信託事務の遂行方法や信託財産の管理処分にかかる受託者の裁量権の範囲や裁量権行使の手続について、信託行為に定めることができるが、受託者のかかる信託事務の遂行等について、ある者の指図に従うことを信託行為に定めることもできる。そこで、かかる信託行為の定めに基づいて、委託者が、ある者に権限（指図権）を与え、その者が受託者に対し、信託財産の運用や、信託を用いて営む事業の遂行の具体的方法により指図を行い、受託者は当該指図に従って信託事務を行うというスキームを作ることが可能である。

もっとも、指図者については、信託業法ではその忠実義務や行為規制について規定されている²が、信託法上は明文の規定が存在しないため、指図権の法的性質、指図者の法的地位・責任がどのようなものか（特に受益者に対する信認義務（善管注意義務・忠実義務）を負うのか否か）、指図に従って信託事務を行った受託者の責任が限定されるか、あるいは、

受託者が指図に従わなかったときの受託者の責任等、一義的に明らかでなく、検討を要する。

2 参考条文

（指図権者の忠実義務）

信託業法第65条 信託財産の管理又は処分の方法について指図を行う業を営む者（次条において「指図権者」という。）は、信託の本旨に従い、受益者のため忠実に当該信託財産の管理又は処分に係る指図を行わなければならない。

（指図権者の行為準則）

信託業法第66条 指図権者は、その指図を行う信託財産について、次に掲げる行為をしてはならない。

- ① 通常取引の条件と異なる条件で、かつ、当該条件での取引が信託財産に損害を与えることとなる条件での取引を行うことを受託者に指図すること。
- ② 信託の目的、信託財産の状況又は信託財産の管理若しくは処分の方針に照らして不必要な取引を行うことを受託者に指図すること。
- ③ 信託財産に関する情報を利用して自己又は当該信託財産に係る受益者以外の者の利益を図る目的をもって取引（内閣府令で定めるものを除く。）を行うことを受託者に指図すること。
- ④ その他信託財産に損害を与えるおそれがある行為として内閣府令で定める行為

（指図権者の行為準則）

信託業法施行規則第68条 法第66条第3号に規定する内閣府令で定める取引は、次に掲げる取引とする。

- ① 取引の相手方と新たな取引を行うことにより自己又は信託財産に係る受益者以外の者の営む業務による利益を得ることを専ら目的としているとは認められない取引
- ② 第三者が知り得る情報を利用して行う取引
- ③ 当該信託財産に係る受益者に対し、当該取引に関する重要な事実を開示し、書面による同意を得て行う取引

- ④ その他信託財産に損害を与えるおそれがないと認められる取引
- 2 法第66条第4号に規定する内閣府令で定める行為は、次に掲げる行為とする。
- ① 指図を行った後で、一部の受益者に対し不当に利益を与え又は不利益を及ぼす方法で当該指図に係る信託財産を特定すること。
- ② 他人から不当な制限又は拘束を受けて信託財産に関して指図を行うこと、又は行わないこと。
- ③ 特定の資産について作為的に値付けを行うことを目的として信託財産に関して指図を行うこと。
- ④ その他法令に違反する行為を行うこと。

なお、参考として、信託業法上の指図者に該当することとなった場合、具体的には以下の行為規制を受けることとなる。

- ① 一般的忠実義務
- ② 通常取引条件と異なり、かつ、当該条件での取引が信託財産に損害を与える取引を行う旨の指図の禁止
- ③ 不必要な取引を行う旨の指図の禁止
- ④ 信託財産の情報を利用して事故又は第三者の利益を図る取引を行う旨の指図の禁止
- ⑤ 指図を行った後、一部の受益者に対し不当に利益を与える方法で信託財産を特定する等の指図の禁止
- ⑥ 他人から不当な制限を受けて行う等の指図の禁止
- ⑦ 特定の資産について作為的に値付けを行う指図の禁止
- ⑧ その他法令位に違反する指図

このような行為規制は、信託会社の忠実義務及び行為準則（信託業法第29条）と同様の規制である。信託会社が指図者から、指図者の行為規制に違反する指図を受けた場合には、信託会社の善管注意義務として、

そのような指図には従うべきではないということになる。

二 事業承継における信託事例

1 事業承継における信託事例としては、①自益信託を用いた遺言類似のスキームと②他益信託を用いた生前贈与類似のスキーム、③後継ぎ遺贈型受益者連続信託を利用したスキームが考えられる（平成20年9月付け信託を活用した中小企業の事業承継円滑化に関する研究会の中間整理（以下「中間整理」という。）においても、これらの方法を利用した事業承継スキームが検討されている。）。いずれも指図権を活用した事例である。

2 ①自益信託を用いた遺言類似のスキーム

（一）想定事例1

- （1）オーナー経営者Aが委託者兼第1受益者として、受託者Bとの間で自社株式の信託契約を締結する。
- （2）株式が信託され、受託者Bが株主名簿上の株主になり、Aは信託受益権に基づき、配当金を原資とする金銭の給付をB経由で受ける。議決権その他の共益権の行使方法については、受託者Bに対する指図権をAに与える。
- （3）Aが死亡後は、後継者の子Cが受益権を取得し、かつ指図者となる。又は、信託は終了し、後継者の子Cが残余財産受益者として、自社株式を取得する。

（二）想定事例2

- （1）オーナー経営者Aが委託者兼受益者として、後継者の子である受託者Cとの間で自社株式の信託契約を締結する。
- （2）株式が信託され、受託者Cが株主名簿上の株主になり、Aは信託受益権に基づき、配当金を原資とする金銭の給付をC経由で受ける。

議決権その他の共益権の行使方法については、受託者Cに対する指図権をAに与える。

- (3) Aが死亡後は、信託は終了し、受託者Cが帰属権利者として、自社株式を取得する。

(三) 想定事例3

- (1) 前掲(一)(1)(2)まで同じ
- (2) Aが死亡後、後継者の子Cと非後継者Dが受益権を分割して取得(遺留分に配慮)し、議決権行使の指図権をCのみに付与する³。

(四) 特徴

- (1) 経営者は、生存中、引き続き経営権を維持しつつ、あらかじめ経営者の死亡時に後継者たる子が支配権を取得する旨を定めることにより、後継者が確実に経営権を取得できるようにする。
- (2) 自社株式を対象に信託を設定することにより、受託者が株主として当該自社株式を管理することになるため、その後経営者が第三者に当該自社株式を処分してしまうリスクを防止することができ(財産の隔離)、後継者への事業承継を安定的かつ確実に行うことができる。
- (3) 後継者は、経営者の相続開始と同時に支配権を取得することから、経営上の空白期間が生じない等、遺言と比較してメリットがある。

3 ②他益信託を利用した生前贈与類似のスキーム

(一) 想定事例4

- (1) 後継者の子Cを受益者とし、オーナー経営者Aが委託者として、受託者Bとの間で自社株式の信託契約を締結する。

3 遺留分の算定にあたっては、議決権行使の指図権は、独立した取引対象財産ではなく、財産的価値がないため、遺留分算定基礎財産に算入されないと考えられる(前掲「中間整理」4頁)。

- (2) 株式が信託され、受託者Bが株主名簿上の株主になり、Cが信託受益権に基づき、配当金を原資とする金銭の給付をB経由で受ける。議決権その他の共益権の行使方法については、受託者Bに対する指図権をAに与える。
- (3) Aが死亡したとき等一定の事由により、信託は終了し、Cが残余財産である自社株式を取得する。

(二) 特徴

- (1) 経営者が議決権行使の指図権を保持することで、経営者は、引き続き経営権を維持しつつ、自社株式に基づく経済的利益のみを後継者に取得させることができる。
- (2) 信託契約において、信託終了時に後継者が自社株式の交付を受ける旨を定めておくことで、後継者の地位を確立することができ、後継者は、安心して経営に当たることができる。
- (3) 信託終了時について、信託設定から数年経過時、あるいは、経営者(委託者)の死亡時など、経営者の意向に応じた柔軟なスキームを構築することができる。

4 ③後継ぎ遺贈型受益者連続信託を利用したスキーム

(一) 想定事例5

- (1) オーナー経営者Aが委託者兼第1受益者として、受託者Bとの間で自社株式の信託契約を締結する。
- (2) 株式が信託され、受託者Bが株主名簿上の株主になり、Aは信託受益権に基づき、配当金を原資とする金銭の給付をB経由で受ける。議決権その他の共益権の行使方法については、受託者Bに対する指図権をAに与える。
- (3) A死亡時には、後継者Cと非後継者Dが受益権を取得し、かつC

が指図者となる。

- (4) C死亡時には、Dの子E（Aの孫）が受益権を取得し、かつ指図者となる（D死亡時には、信託は終了し、最終後継者であるEが残余財産である自社株式を取得する）。

（二）特徴

- (1) 経営者の中には、子の世代だけではなく、孫の世代の後継者についても、自分の意思で決定したいというニーズがある。
- (2) また、次男を後継者とするが、次男の子には会社経営の資質のある者がいないので、長男の子に事業を承継させたいというようなニーズもある。

三 指図権の法的性質について⁴

1 指図権の法的性質

指図権は、委託者と受託者の合意で定める信託行為に由来し、委託者（兼受益者）と指図者の委任契約によって付与される場合と、信託の仕組みの一部として、信託行為により直接第三者に指図権が付与される場合がある。

また、指図権は、譲渡可能な財産権ではなく、信託行為の定めにより創出された、信託事務処理の要件であり、財産権ではないと考えられている。

2 指図者の法的地位

4 新井誠・神田秀樹・木南敦編『信託法制の展望』（共著、日本評論社、2011年）

中田直茂「指図者を利用した場合の受託者責任（上）（下）」金融法務事情1859巻30頁1860巻40頁

指図者の法的地位については、信託法上の規定が存在しない。したがって、指図権の性質を、信託義務を伴う権限とするか、信託義務を伴わない個人的な権限とするかは委託者の自由である。

しかし例えば、想定事例3のように、同族会社株式の議決権行使の指図権の行使結果が、指図者以外の受益者の利害に影響する場合であっても、委託者の意思が明確であれば、指図者が信託義務を負わないと考えてよいかについては、以下の2つの考え方がありうる。

● 委託者の意思を尊重する考え方

委託者の意思が明確であれば、指図者は信託義務を負わず、指図権を自由に行使し、或いは指図権行使を懈怠しても責任を負わない

● 信託の機能を重視して指図者に信託義務を負わせる考え方

指図権の行使により、指図者以外の受益者の利益に影響が生じる場合、委託者が反対の意思を表示しても、指図者が信託義務を負う。

いずれの考え方が相当かは争いがあるようであるが、委託者には、信託義務を伴わない指図権を留保する自由があるため、委託者の意思を尊重する考え方が相当であるとされる。

しかし、指図権行使が他の受益者の利益に影響を及ぼす場合には、信託義務を負わない指図者であっても、指図権の内在的制約として、信託目的に従って指図権を行使すべき義務があり、信託目的を逸脱した権限行使については、権限濫用として損害賠償義務等の責任を負い、あるいは指図が無効となるとの考え方もあり得る。

3 指図者による指図と受託者の責任

(一) 指図に従って信託事務を行った受託者の責任

例えば、指図者の指図に従って受託者が信託事務を行い、受益者に損害等が発生した場合、受託者は責任を負うか。

一般に、受託者は、指図者の指図に従って信託事務処理を行わなければならない。逆に、指図に従って信託事務処理を行えば、通常責任を負わない。

指図者が受益者に対する信託義務を負わない場合、受託者は、指図が信託目的や信託条項に違反しないかぎり、指図に従ったことについて責任を負わない。

指図者が受益者に対する信託義務を負っている場合、米国信託法の通説では、受託者は、指図が信託条項に違反する場合、又は、指図が指図者の負う信託義務に違反することを、受託者が知り又は知りうるときは指図に従ってはならないとされるようである（指図者が信託義務を負う場合は、受託者が指図者に対し一定の監視義務を負うとされる。）。

（二）受託者が指図に従わなかったときの受託者の責任

受託者が指図者の指図に従わず、信託財産の管理に関して不適切な行為を行った場合は、受益者の取消権（信託法第 27 条）、受託者の損失填補責任（同法第 40 条第 1 項）、違法行為差止請求権（同法第 44 条第 1 項）等により受益者の救済を図ることが考えられる。

もっとも、単に指図者の指図に従わなかった場合（例えば、想定事例 2 において、後継者である受託者 B が、オーナー経営者 A の指図と違う議決権行使をした場合）、指図は、信託事務処理方法の内部的規律に過ぎず、物的効力を持たないので、指図に反する受託者の行為自体は有効と考えられる。

四 指図権と事業承継に関する問題点等

1 事業承継に信託を利用するメリット

（一）事業承継のために、同族会社株式の処分を行う問題として、これ

までは遺留分を侵害するような遺言・生前贈与により、遺留分請求権が行使されると、株主総会における意思決定に支障が生じ、経営の継続性に支障をきたす可能性があった（相続法改正により、遺留分侵害額請求権となったため、意思決定の支障はなくなったと思われる。）。

また、後継者に自社株式を相続させる旨の遺言があっても、当該遺言に矛盾する遺言が存在するなどのリスクがあるため、遺言執行にはある程度の期間が必要であり、遺言がない場合は、遺産分割協議が整うまでは株主総会の意思決定に支障が生じるため、経営の空白期間が生じるおそれがある。

次に、オーナー経営者が保有している株式を分散させると、代表取締役の選任議案や会社の経営方針に関わる議案について、株主総会における意思決定が円滑に行えず、安定的な経営が行いにくくなりうる。

（二）これらの問題を解決する方法として、種類株式（優先配当無議決権株式、拒否権付株式等）を利用することで、共益権の内容について株主間の取り扱いを異にし、信託の利用と同様の効果を得ることも可能である。

しかし、種類株式を発行するためには、株主総会を開催し、特別決議により定款を変更する等の措置が必要となる等、手続面で煩雑である。また、拒否権付株式は後継者の意思で行った株主総会の決議を拒否することができるにとどまり、積極的に会社の意思決定をすることができない、という制度上の限界がある。

信託スキームを利用する場合には、株式についての経済的利益を1名又は複数名の受益者に与えつつ、指図者を、オーナー経営者や後継者とすることや複数受益者のうちの1名だけと定めることができる。これにより、株式の自益権と共益権の機能を、実質的に別人に分属させ、あるいは共

益権の機能を複数受益者のうち1名だけに帰属させることが、定款変更手続等を経ずに可能となる。

2 株式の信託の問題点

(一) 事業承継のための株式の信託を行った場合、議決権行使の指図権を、受益者以外の者や一部の受益者のみに与えることとなるが、この場合は、実質的には自益権が受益者、共益権が指図者に分割して帰属することとなる。かかる信託が、会社法との関係で公序良俗違反として無効とされないかが問題となる。

前掲「中間整理」の8頁では、「非公開会社においては、議決権について株主ごとの異なる取扱い（いわゆる属人的定め）を定めることが認められており（会社法第109条第2項）、剰余金配当請求権等の経済的権利と議決権を分離することも許容されているため、複数の受益者のうちの特定の者に議決権行使の指図権を集中させても、会社法上の問題は生じないと考えられる。」と指摘しており、非公開会社においては、想定事例3や5のように、一部の受益者が指図権を行使することも許容されると考えられる。

他方、公開会社・上場会社には、会社法第109条第2項が適用されないため、自益権と共益権の実質的分離を生じさせる信託が、会社法との関係で無効とされないか問題となる。この点については、会社法が私人間の契約による自益権と共益権の実質的分属を直接規律し、無効とすることまで要求しているとはいえないとして、公序良俗違反にあたるとはいえないと考えられているようである⁵。

(二) 実質的に議決権を行使することとなる指図者については、上記でみたように信託法上の規定が存在しないので、指図者の義務内容を信託契約で定めなければならない。また、信託契約に明文の定めがない場合

5 中田直茂「事業承継と信託」（ジュリスト2013年2月号）

の指図者の義務内容は、信託目的に照らして解釈されることになる。

また、受託者が指図者の指図の相当性のチェックをすべき責任を負うかについても、指図に従って信託事務処理を行えば、通常は責任を負わないこととされている。

したがって、信託の組成の際、信託行為において、指図者の裁量権の範囲その他指図者について必要な事項を、可能な限り明確化しておくべきある。信託行為において具体的に定めておくべき事項として、

- ① 指図者の権限の性質（信託義務を負うか否か）
- ② 受託者が、指図者の行為の相当性のチェックをすべき責任を負うか
- ③ 受託者が指図に疑問を持つ状況に備えた手続
- ④ 指図者の指図に従った場合の受託者の免責条項を置くか否か
- ⑤ 指図者が就任するか否かの意思を明確にしない場合や指図者が適切に指図を行わない場合に備えての手当（就任の意思表示の要否・方法、解任・指図者の交替等）
- ⑥ 指図者の義務・義務違反の効果（利益相反的な行為に係る規律を含む。例えば、想定事例3や5において、Cが自己の支配する別会社への事業譲渡等について、株主公開で賛成の議決権を行使する等。）
- ⑦ 指図者の任務終了事由・交替手続（たとえば、長期間にわたる信託では、受益者に選解任権を与える等）
- ⑧ 受託者が指図者に対しどのような情報を提供すべきかなどが考えられる。

また、信託目的は、受益者連続型信託のように長期間にわたり継続する信託において、指図者や受託者による裁量権行使の指針となるため、これも可能な限り明確な目的を定めておくべきである。

第五 自己信託を用いた方法

(山口正徳)

一 自己信託

1 信託法

一 総則・信託財産等(第1条～第25条)

(定義)

第二条 この法律において「信託」とは、次条各号に掲げる方法のいずれかにより、特定の者が一定の目的(専らその者の利益を図る目的を除く。同条において同じ。)に従い財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきものとするをいう。

2 この法律において「信託行為」とは、次の各号に掲げる信託の区分に応じ、当該各号に定めるものをいう。

一 次条第一号に掲げる方法による信託 同号の信託契約

二 次条第二号に掲げる方法による信託 同号の遺言

三 次条第三号に掲げる方法による信託 同号の書面又は電磁的記録(同号に規定する電磁的 記録をいう。)によってする意思表示

...

(信託の方法)

第三条 信託は、次に掲げる方法のいずれかによってする。

一 特定の者との間で、当該特定の者に対し財産の譲渡、担保権の設定その他の財産の処分をする旨並びに当該特定の者が一定の目的に従い財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべき旨の契約(以下「信託契約」という。)を締結する方法

→「信託契約による方法」

二 特定の者に対し財産の譲渡、担保権の設定その他の財産の処分をする旨並びに当該特定の者が一定の目的に従い財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべき旨の遺言をする方法

→「遺言による方法」

三 特定の者が一定の目的に従い自己の有する一定の財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為を自らすべき旨の意思表示を公正証書その他の書面又は電磁的記録(電子的方式、磁気

的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものとして法務省令で定めるものをいう。以下同じ。)で当該目的、当該財産の特定に必要な事項その他の法務省令で定める事項を記載し又は記録したものである方法

→「信託宣言による方法」

(信託の効力の発生)

第四条 前条第一号に掲げる方法によってされる信託は、委託者となるべき者と受託者となるべき者との間の信託契約の締結によってその効力を生ずる。

2 前条第二号に掲げる方法によってされる信託は、当該遺言の効力の発生によってその効力を生ずる。

3 前条第三号に掲げる方法によってされる信託は、次の各号に掲げる場合の区分に応じ、当該各号に定めるものによってその効力を生ずる。

一 公正証書又は公証人の認証を受けた書面若しくは電磁的記録(以下この号及び次号において「公正証書等」と総称する。)によってされる場合 当該公正証書等の作成

二 公正証書等以外の書面又は電磁的記録によってされる場合 受益者となるべき者として指定された第三者(当該第三者が二人以上ある場合にあっては、その一人)に対する確定日付のある証書による当該信託がされた旨及びその内容の通知

4 前三項の規定にかかわらず、信託は、信託行為に停止条件又は始期が付されているときは、当該停止条件の成就又は当該始期の到来によってその効力を生ずる。

2 意義・定義・法的性格

自己信託は、信託法の改正時に導入された設定方法であり、委託者が受託者となる信託である(田中和明「信託法案内」24頁)。

すなわち、信託法3条3号は、委託者自自身が、自分の有している一定の財産について、「以後、この財産を信託財産として別扱いする」と宣言することによって信託を設定する方法を認めている。この宣言を信託宣言といい、信託宣言によってできあがる信託のことを、自己信託という(道垣内「信託法」66頁)。

信託財産の処分を伴わない自己信託が認められる理論的根拠は次のように考えられる。

信託が設定された後は、受託者と受益者とがいれば十分であり、委託者は必須の登場人物とはいえない。

信託のポイントは、受託者に帰属している財産のうち、一定のものが信託財産として特別扱いされるところに存するのであり、その財産が、受託者以外から移転されてきたものであることも必須ではないのである（道垣内「信託法」67頁）。

なお、信託宣言が「相手方のない単独行為」か「相手方のある単独行為」かに関しては、設定時において、委託者兼受託者と受益者が一致することを許容する以上、「相手方のない単独行為」と考えるべきであろう（道垣内「信託法」73頁）。

3 実務上のニーズ

民事信託において適切な受託者がいない場合でも、財産を自己信託することにより信託の倒産隔離機能を利用することができる。

（一）資金調達

会社が、特定のプロジェクトから得られる収益を引き当てに資金調達をしようとするとき、そのプロジェクトに必要な資産を信託財産として自己信託することができれば、分社化による従業員の転籍・出向という問題やノウハウの外部流出の危険等を避けながら資金調達ができる。

（二）福祉信託

障害をかかえる子の親などが、自分の財産を子に贈与しようとするとき、子に財産管理能力がないので、自己信託によって、財産を確保しつつ、管理は自ら行うという必要がある。

4 信託の効力発生時期

(一) 信託宣言が公正証書等（＝公正証書又は公証人の認証を受けた書面・電磁的記録物）による場合、当該公正証書等の作成によって効力が生じる。（法4条3項1号）。

(二) 信託宣言が公正証書等以外の書面・電磁的記録物による場合には、日付を遡らせる偽造の可能性を考慮し執行免脱防止の観点から、「受益者となるべき者として指定された第三者（当該第三者が二人以上ある場合にあっては、その一人）に対する確定日付のある証書による当該信託がされた旨及びその内容の通知」があったときに初めて、信託の効力を発するものとした。

なお、この場合の効力発生時期は、通知の到達時であり、確定日付の日付ではない。債権譲渡の対抗要件についての解釈と区別する必要はない（道垣内「条解信託法」49頁）。

さらに、受託者が全部の受益権を固有財産で有する状態になることも、1年の限度で許容されており（法163条）、自己信託についても同様であるが、信託宣言が公正証書等以外の書面・電磁的記録物による場合には、受託者が単独受益者であると、受益者に対する通知が観念できないから、設定時においては認められないことになるのである（道垣内「信託法」72頁）

5 自己信託か否かが問題となる場合（複数当事者の場合）

A・Bが委託者となり、Aのみが受託者となる場合につき、自己信託ではなく信託契約によって信託が設定されるという見解がある。しかし、執行免脱を防ぐ（偽装を防ぐ）という観点から判断さされるべきであろう。そうすると、Aによって財産が拠出される部分については、自己信託であるとみることも可能だと思われる（道垣内「信託法」68頁）

二 自己信託を用いた事業承継

(指図者として株式の議決権行使をコントロールする代わりに、受託者として株式の議決権を行使する方法)

1 本稿 第三 事業承継と信託総論 三 具体的方法の事例2

(一) スキーム

オーナーが後継者に株式を贈与したうえで、信託契約により後継者がオーナーを受託者とする信託(受益者・残余財産受益者(帰属権利者):後継者)を設定する。

→オーナーの死亡時など、適宜、信託を終了させて後継者が株式を取得する(受益者から株主へ)。

(二) ニーズ

例えば、今後、新規事業の業績がよく、成長が見込まれる会社の場合には、将来オーナーに相続が発生した際の自社株に対する相続税が高額になることが予想される場合には、贈与税を負担したうえで生前贈与を行いつつ、オーナーが経営権を維持していく方法として有効である。

(三) 税務

一般的には贈与税の方が相続税より税負担は大きいですが、会社の業績が今後大きく成長することが見込まれる場合には、贈与税の負担の方が軽くなる場合もある。

また、上記の見込みがない場合には、相続時精算課税制度(相続税法21条の9第1項)の利用が有用である。

* 相続時精算課税を選択する場合、相続時精算課税の適用を受けようとする旨の届出書を納税地の所轄税務署長に提出しなければならない(相続税法21条の9第2項)、届出書に係る贈与をした者から贈与を受けた場合については以後相続時精算課税の適用を受けることとなる。そして、

相続時精算課税を選択した場合には、贈与税の基礎控除（相続税法21条の5）、贈与税の税率（相続税法21条の7）の規定の適用が除外される（相続税法21条の11）ことから、当該届出書に係る贈与をした者からの贈与については、以後暦年贈与による贈与税の基礎控除の適用を受けることができなくなる。

相続時精算課税を選択した場合には、その年分の贈与税について、贈与税の課税価格から2500万円が控除され（相続税法21条の12第1項）、贈与税率は20%となる（相続税法21条の13）。

例えば、XがAを受益者とし、4000万円の金銭について自己信託を設定する場合、相続時精算課税を選択すると4000万円から2500万円を控除した1500万円に対し、20%の税率で計算された300万円が贈与税として課税されることになる。

相続が発生したときには、贈与により取得した財産の価額が相続税の課税価格に加算され（相続税法21条の15第1項）、贈与時に課税された場合は贈与税の税額が相続税額から控除される（相続税法21条の15第3項）。

例えば、Xが死亡してAがXの財産を相続する際には、自己信託の設定を受けた4000万円が相続税の課税価格に加算され、贈与時に課税された300万円が相続税額から控除されることになる。

2 本稿 第三 事業承継と信託総論 三 具体的方法の事例3

上記の事例に関しては、信託契約ではなく、信託宣言による自己信託を設定することも可能である。

（一）スキーム

オーナーが、自身を受託者とする信託宣言により、株式を信託財産とする他益信託（受益者・残余財産受益者（帰属権利者）：後継者）を設定する。

→オーナーの死亡時など、適宜、信託を終了させて後継者が株式を取得する（受益者から株主へ）。

（二）ニーズ

例えば、今後、新規事業の業績がよく、成長が見込まれる会社の場合には、将来オーナーに相続が発生した際の自社株に対する相続税が高額になることが予想されるため、他益信託によるみなし贈与に基づく贈与税を負担したうえで、オーナーが経営権を維持していく方法として有効である。

（三）税務

上記事例2に同じ

（四）注意点（信託の終了時期、受託者の交替時期）

オーナーが委託者＝受託者の自己信託を設定し、オーナーの死亡を信託の終了事由とした場合、信託終了後の清算事務を行う清算受託者を指名しておくことが必須となる。

さらに言えば、オーナーが死亡するまで信託を継続し、受託者であり続けることは適当ではないかもしれない。

例えば、委託者（オーナー）と受益者（後継者）との合意による信託終了はもちろんであるが、受託者（オーナー）の任務が後見・保佐の開始で終了した場合（法56条1項2号）、例えば後継者の年齢（40歳になった日）を終了事由としつつ番頭的な部下を後継受託者として信託を継続することもできるが、仮に信託を継続する必要がないと想定するのであれば、清算受託者のみを定めて直ちに（あるいは、後見・保佐開始の審判で受託者交替、審判確定で信託終了とし、2週間程度の間隔があっても良いかもしれない。）信託を終了させても良いように思われる。

* 補助の開始

受託者が被補助者となったことは、その者の事理弁識能力の低下が生じたことを意味するため、その後の信託事務処理に支障が生じる可能性がある。このため、受託者が補助開始の審判を受けたことは、法58条4項の「その他重大な事由」に該当し、原則として解任事由となると解すべきであろう（道垣内「条解信託法」367頁）。

第六 指図権を用いた方法と自己信託を用いた方法の比較

（清水晃）

指図権を用いた場合は、受託者が、指図者の指図に従わなかった場合が、一番の課題となりうる。一方、自己信託を用いた場合、委託者と受託者は同一人物であるから、このような問題は生じえない。

自己信託を用いた場合は、受託者と受益者を同一人物にした場合、信託が1年で終了してしまう（信託法163条2号）ため、受託者と受益者を異なる人物とせざるを得ない（一般的には、受益者を後継者とすることになる。）。そうすると、受益者は株式の価額によって評価される受益権を贈与により取得したものとみなされ（相続税法9条の2第1項、財産評価基本通達202）、受益者に贈与税が課税されることになる。一方、指図権を用いた場合、委託者と受益者を経営者とし、受託者を後継者などとすることができるから、贈与税課税を回避することができる。

どの手法が最適とは、一概には言えないが、手法の選択にあたっては、このような長所や短所に留意すべきである。

第七 最後に

事業承継と信託に関する考察は以上のとおりである。我が国における事業承継は、後継者不足とも相俟って深刻な問題となっている。その一

方で、政府によって事業承継税制が打ち出されるなど、事業承継の手法の選択肢が増えているのも事実である。事業承継分野における信託の活用において、踏み込んで検討をした論稿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31年度信託法研究部の長谷川裕史、川崎公司、福西信文、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

AIと契約の諸問題

AI研究部

弁護士 渡邊 道生穂

*目次

一 はじめに	288	四 契約に関する諸問題	301
二 AIのイメージ	288	1 契約類型	301
三 AI開発	289	(一) 契約方式	301
1 概要	289	(二) 準委任契約と請負契約	302
2 用語の整理	294	2 契約上の論点	303
3 従来のソフトウェア開発との 違い	295	(一) 知的財産権	303
4 開発工程	297	(二) 品質	311
(一) アセスメント	297	五 結語	317
(二) P o C	299		
(三) 本開発・実装	301		

一 はじめに

近年、家電製品や web サイトのレコメンドシステム等のような A I 関連サービスが広がっている。A I を利用したサービスが浸透するに伴い、A I 開発契約が増え、これに関連して様々な法的問題点や課題が明らかになりつつあるが、現状では、法整備が充分になされているとはいえない。そのため、A I 開発に関わる多くの企業が、A I 開発の特性と、それに関わる法的問題やリスクをこれまでの法体系に沿って模索・検討しながら、契約を締結している状況である。

A I がインフラ化していく中で、今後は、企業法務担当者や企業の顧問弁護士が A I 契約に関する相談を受ける機会がより増加することが予想される。そこで、本稿においては、A I の構造を整理したうえで、A I 開発の契約実務に係る論点を整理することを試みた。

二 A I のイメージ

A I (Artificial Intelligence) とは何か。コンピュータ上で知的な処理を行う部分であり、プログラムにより規定されたソフトウェアである。ロボットでいえば、体部分がハードウェアであり、頭脳にあたる部分がソフトウェアとしての A I である。

A I という言葉には、一義的な定義がない。A I の概念を広く捉えると、店舗の売上予測や医療の画像診断のような大量のデータから入力と出力の関係を学習したプログラムのような複雑な技術から、お薦めの商品をレコメンドするプログラム（機械学習を用いないもの）のような予め規定された単純なルールに従い稼働するプログラムも含まれる。

前者は、機械学習（ディープラーニングを含む広い意味での機械学習）

と呼ばれる。これは、コンピュータに入力された大量のデータから注目すべきデータの特徴（以下「特徴量」という。）を抽出し、これを用いてコンピュータが自ら一定の結果を出すためのルールを学習する技術である。例えば、店舗の売上予測をするAIを製作するでしょう。POSレジのデータに販売商品、販売時間、顧客年齢、顧客の性別、レジ番号などの情報があるとして、このうち、販売商品、販売時間、顧客年齢、顧客の性別のような売上予測につながる特徴量を抽出し、当該特徴量を踏まえ、平日午後7時は、女性に比べ男性の方がお弁当を購入する確率が高いなどの一定のルールをコンピュータが見つけ出すための技術が機械学習である。

他方、後者は、一定のルールを予め用意しておいて、それに従い情報を処理するプログラムであり、コンピュータがルールを見つけ出すという過程がなく、プログラムの構造自体も機械学習に比べ単純である。

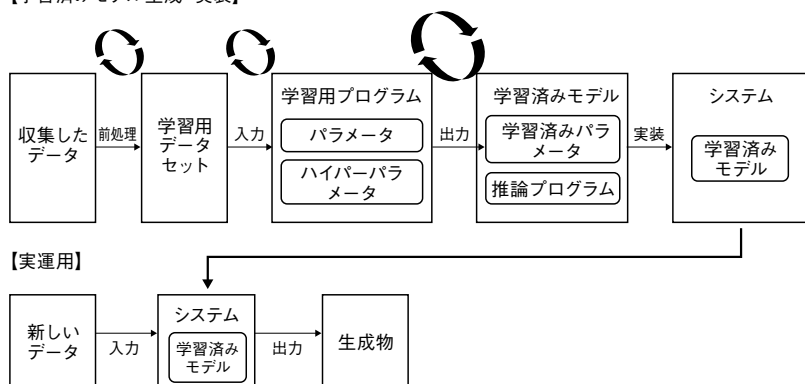
機械学習で作られるAIは、その複雑性から、法律面や倫理面などで様々な議論がなされている。以下では、AI開発やそれに関する法的諸問題を論じるが、その際に述べるAI特有の問題は、主にディープラーニングを想定して論じられることが多く、他のアルゴリズムにも考え方を応用できる。そのため、本稿において述べるAIとは、断りがない限り、ディープラーニングを活用したAIを指すものとする。

三 AI開発

1 概要

以下では、ディープラーニングを活用した開発の流れを説明する。

【学習済みモデル生成・実装】



A I 開発は、平たく言えば、データを収集して加工し、そのデータを学習用のプログラムに読み込ませ（入力）、ユーザの求める精度を目指して、学習用のプログラム等を調整する方法により行われる。プログラム等の調整により、一定の精度が出るまで訓練されたモデル（プログラム）を学習済みモデルといい、これをユーザに納品し、開発は終了する。一般にイメージされるA Iは、この学習済みモデルを指すことが多い。

上記を開発作業に引き直すと、①データの収集・加工、特徴量の抽出・設計②アルゴリズムの選定③学習済みモデルの製作④実装というフェーズを経る。

① データの収集・加工、特徴量の抽出・設計

ディープラーニングによりA Iを製作するにはデータが必須であるから、まずはユーザがデータを収集する。

収集したデータはコンピュータに読み込ませるのだが、データの内容等によっては、データを加工しないままコンピュータに読み込ませると、コンピュータが当該データをうまく処理することができず、適切なルールを見つけ出す(学習する) ことができない。そこで、コンピュー

タが学習しやすくするため、前処理やアノテーションと呼ばれるデータ加工をすることが多い（前処理やアノテーションについては後述する。）。前処理やアノテーションの結果得られたデータのまとまりを、学習用データセットという。

データ加工と前後ないし併行して行われるのが、特徴量の抽出・設計である。特徴量は、AI開発において注視すべきデータの特徴であるから、特徴量の抽出を誤ると、想定外の結果を出力する精度の悪いAIが出来上がってしまう。前述した売上予測の例でいえば、売上予測につながらないレジ番号を特徴量として抽出すると、実際の売上と異なる予測結果が生じることになる。そのため、特徴量の抽出・設計は、極めて重要な作業であり、抽出した特徴量ではAIの精度が劣る場合、異なる観点から再度特徴量の設計・抽出を行う。

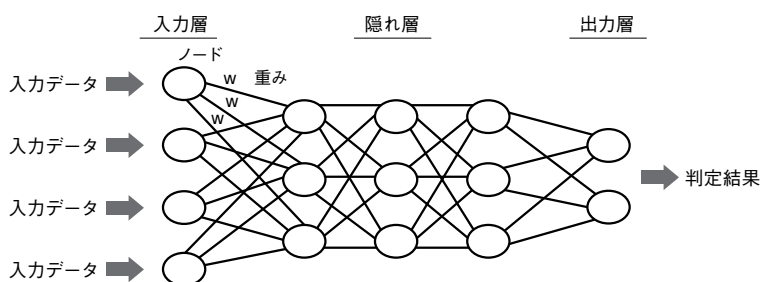
なお、売上予測の例では、人が特徴量を抽出・設計するが、特徴量の抽出をコンピュータ自体が行う機械学習（以下「特徴表現学習」という。）もある。例えば、犬と猫を分類（識別）するAIを製作する場合、犬や猫の画像から、耳、鼻、口、体格など、犬や猫を見分ける特徴量をコンピュータ自体が抽出し、ある特徴が揃ったときに、猫又は犬を判定するルールをコンピュータが見つけ出す。なお、この特徴表現学習における特徴量の抽出は、③学習済みモデルの製作における学習段階で行われる。

② アルゴリズムの選定

アルゴリズムとは、問題を解決するための処理手順であり、ディープラーニングで用いられるニューラルネットワークもアルゴリズムの一種である。ニューラルネットワークは、以下の図のように、多層化されたネットワーク構造を有している。アルゴリズム自体は概念であり、

ニューラルネットワーク構造等をプログラムとして記述することで具現化される。A Iの精度を高める際には、アルゴリズム自体を変更することがある。

なお、アルゴリズムは、収集されたデータの内容に応じて最適なものが選択されるため、①のデータの収集・加工と併行して行うことが多い。



<https://www.itmedia.co.jp/news/articles/1906/05/news024.html> より引用

③ 学習済みモデルの製作

学習済みモデルの製作は、主に学習用プログラム等を調整することにより行われる。

①で作成された学習用データセットのデータを学習用プログラムに入力すると、一定の出力結果が得られるが、最初のうちは、出力結果が実際の正解と合致しない等、大なり小なりA Iの精度が劣る。そのため、A Iの精度を向上させるべく、ニューラルネットワークを構成するネットワーク構造、パラメータ及びハイパーパラメータ（学習の枠組を規定するために用いられるパラメータ）等を調整する。パラメータ調整はコンピュータ（実際は学習用プログラムを指す。機械学習を

イメージしやすくするため、「③学習済みモデルの製作」においては、学習用プログラムをコンピュータという。) 自体が行い、これを学習という。コンピュータが学習するから機械学習といわれる。ハイパーパラメータやネットワーク構造の調整は人が行う。

ディープラーニングによる画像認識で例えてみる。リングとそれ以外の物体を識別する場合、コンピュータにリングやそれ以外の物体のデータ(物体の一部分の画像データも含む。)を大量に読み込ませる。コンピュータが当該データから物体の構成部分(輪郭)の特徴(特徴量のこと)を見出し、その特徴を踏まえ、リングと他の物体を振り分ける重み(パラメータ)を調整する。これが学習である。リングとそれ以外の物体を識別する確率が低く、出力結果の精度が劣る場合には、コンピュータがパラメータの調整を自動で繰り返し行い、リングと判断するためのルールを見つけ出す。

これに対し、人による調整は、コンピュータが適切に学習することができるよう、学習の枠組みを設定する等により行われる。例を挙げると、入力と出力の間の隠れ層の層数の変更や、ノード数やノードの結合状態を調整したり(ネットワーク構造の調整)、パラメータの調整の幅、学習回数など機械が学習するための枠組みであるハイパーパラメータを調整する等である。また、ディープラーニングでは、学習用のデータではなく、実運用時の未知のデータに対する精度を上げるために、ネットワーク内のノードをあえて除外するなどして過学習を避け、学習済みパラメータを汎用化させることがある。

このような機械と人による調整を経て、物体をリングと判断する値(学習済みパラメータ)が得られる。この得られた学習済みパラメータを適用して、学習時に使用しなかった未知のデータを入力した際に、

リングを識別することを可能とするプログラム（推論プログラム）を作る。この学習済みパラメータが組み込まれた推論プログラムが学習済みモデルである。

プログラム製作の過程では、機械による学習と人による調整が精度を上げるための重要な作業であるが、精度向上には、①データの収集・加工、特徴量の抽出・設計や、②アルゴリズムの選定が適切になされていることが前提であるから、全ての作業が関連している。そのため、A Iの精度が悪い時には、各作業工程の全部又は一部に戻って原因をつきとめ、改善作業を行うのが一般的である。

④ 実装

出来上がった学習済みモデル単体では実運用することはできないから、学習済みモデルを実装するためのシステム開発が行われる。この場合、機械や設備自体に実装されることもあれば、クラウドシステム上に保存され、他のシステムと連携されることもある。

2 用語の整理

改めて用語の整理をしておく（注1）。

① 学習用データセット

生データに対して、欠測値や外れ値の除去等の前処理や、ラベル情報（正解データ）等の別個のデータの付加等、あるいはこれらを組み合わせて、変換・加工処理を施すことによって、対象とする学習の手法による解析を容易にするために生成された二次的な加工データをいう。

② 学習用プログラム

学習用データセットの中から一定の規則を見出し、その規則を

表現するモデルを生成するためのアルゴリズムを実行するプログラムをいう。

③ ハイパーパラメータ

学習率や学習回数（エポック）など、学習の枠組を規定するために用いられるパラメータをいい、主として人為的に決定される。

④ 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をいう。

⑤ 学習済みパラメータ

学習用データセットを用いた学習の結果、得られたパラメータをいう。

⑥ 推論プログラム

組み込まれた学習済みパラメータを適用することで、入力に対して一定の結果を出力することを可能にするプログラムをいう。

3 従来のソフトウェア開発との違い

従来のソフトウェア開発では、入力されるデータの処理手順を一定のルールにより記述するという演繹的な開発手法がとられる。ユーザの求める出力を得るためのルールを予め決定し、それに従って処理手順を記述するため、ソフトウェアの処理過程も明確である。そのため、開発初期段階から開発要件を明確に定めることができ、また、処理過程も事後的に検証することができるため、ソフトウェアの品質を保証することができる。

他方、AI開発は、データからルールを見つけるものであり、定まったルールに従いプログラムを記述するというものではない。そのため、開発段階（とりわけ初期段階）では、最終的にAIが出来上がるのか、仮に出来上がるとして、そのAIがどのような結果を出力するのかを断定することができ

ないとされている。ゆえに、A I開発においては、学習用データを分析してデータ加工し、当該データに照らして適切なアルゴリズムを選択し学習するという作業を繰り返す帰納的な方法がとられる。

また、品質保証についていえば、A Iを実運用する際に入力されるデータが、開発過程で使用する学習用データと異なるため、実運用時に、開発時には想定していなかった結果を出力する可能性もある。学習済みモデルの品質は、学習用データの品質に依存するため、学習済みモデルに未知のデータを読み込ませた場合に、誤差が出ることは避けられないのである。

加えて、ディープラーニングのような特徴表現学習を行うアルゴリズムの場合、特徴量の抽出やパラメータの調整をコンピュータが行うため、特徴量の項目数（「次元」ともいう。）や特徴量の相関関係が人間の理解を超える程度に至ることなどから、A Iの出力結果に異常が生じた場合であっても、事後的に異常の原因を人が分析（理解）することができない場合もある。

このように、A I開発は学習用データに依存するため、必然的に帰納的な開発によらざるを得ないし、品質を保証しづらいという特徴がある。この点が従来のソフトウェア開発と異なる。

そのため、A I開発において、ユーザ及びベンダは、求める成果がでないと分かれば、開発を停止したいという意向がある。また、ユーザとベンダ双方のリスクを最小限にするべく、A I開発は、アセスメント（課題抽出等）、検証（Proof of Concept、以下「PoC」という。）、本開発、実装というフェーズに分けて行われ、契約もフェーズごとに締結することが多い。以下では、フェーズごとに開発工程を説明する。

4 開発工程

(一) アセスメント

(1) 課題抽出

AI開発は、まずユーザが事業上の課題を解決するために、AIを導入することができないかを検討することから始まる。この課題抽出のフェーズでは、今あるデータからAIを用いてどのような成果を得たいかを定める必要がある。

例えば、リンゴの画像データを利用して、これまで人の目視により行われてきたリンゴの鮮度確認を機械により行い、ひいては人件費を抑えたいといった事業上の課題を抽出する。往々にして事業上の課題が定まらないまま、自社の保有するデータを使用して何かできないかとベンダに話を持ち込む企業があるが、事業上の課題を熟知しているのはユーザであるから、ユーザから積極的にこれを提示し、AIにより解決すべき範囲を明確化することが望ましい。ただ実際には、ベンダがユーザからの要望をまとめ、データの内容や技術等に照らし、可能な範囲で課題を明確化・具体化するための提言をすることが多い。

(2) データの収集・分析

次に、ベンダは、ユーザが保有するデータの提供をうけ、その内容を検証する。開発の初期段階であるため、ユーザは、試験的に行うに足りる量のデータを提供する。ベンダは、提供されたデータを確認し、事業上の課題を解決するに足るデータの量や質が確保できるかを分析する。また、ユーザは、必要に応じて、データの読み方等データに関する情報を提供する。

なお、データの収集やデータ加工については、後述(二)PoCにおいて詳細に述べる。

(3) 要件定義等

ベンダは、抽出した課題やデータ分析を踏まえ、暫定的に開発要件を可能な範囲で定義することがある。また、開発において必要なデータの内容（量及び質）、アルゴリズムの選択、費用、人的物的資源、開発スケジュールなどの開発方針も定める。その際には、ユーザの業界事情、知識およびノウハウ等が必要になるため、ユーザとベンダが協働して開発方針を決定することとなる。

初期段階で決定された要件や開発方針は、限定されたデータの基で決定されるため、以降のフェーズにおいて変更されることが多い。

(4) KPI (Key Performance Indicator = 重要業績評価指標) の設定

上記(→)(1)ないし(3)を踏まえ、ユーザが設定した事業上の課題が、いかなる場合に達成できたと評価しうるかの指標を定める。この指標は、事業上の課題の内容、確保しうるデータの質や量等を総合考慮したうえで決定される。

(5) その他

事業上の課題を洗い出し、データを収集して分析する作業は、ユーザの業界特有の事情が多分に影響するため、ユーザが主導的に提案することが理想である。また、当該フェーズで決定された事項に基づき後続の開発が行われるため、ユーザ側に本フェーズでの協議内容を理解しうる者や、A Iについてある程度のリテラシーを有する者がいることが望まれる。そうでなければ、ベンダが提案したことを理解しないまま事が進み、後にユーザにとり想定外の結果が生じたとして開発が頓挫することにもなりかねない。A I開発においては、ユーザとベンダ間で情報を共有し、開発に関する認識を共通にして進めることが非常に大切である。

また、A I開発は、多額の開発費用を要することが多く、ユーザは、ベ

ンダに依頼する前段階で十分な予算を確保する必要があるし、予算削減等で開発がとん挫することがないように経営層を巻き込むことが大切である。

(6) 小括

以上を踏まえ、次の検証フェーズへ進むことができると判断した場合には、PoCのフェーズに移行するが、進めないと判断した場合には開発は終了する。なお、事業上の課題やデータの内容によっては、アセスメントのフェーズを設けず、PoCのフェーズからスタートする場合もある。

(二) PoC

本フェーズにおいて、ベンダは、ユーザから相当量のデータの提供を受け、プロトタイプのモデルを製作し、精度を確かめる。当該検証作業は、データの収集、データ加工、アルゴリズムの選別、選別されたアルゴリズムに従ってコンピュータの処理手順を記述する作業（プログラミング）及びモデルによる学習という過程を同時並行的に行う。アルゴリズムの選別や学習については、三、1で述べたため、本項では、データに係る作業を説明する。

(1) データの収集

ベンダは、モデルを生成するに足るデータの提供をうけ、当該データについて、事業上の課題を解決するために十分な質や量が確保されているかを検討する。

リンゴの鮮度確認を例に説明する。人間が目視で鮮度を確認するとき、変色や傷物は鮮度が悪いという知識があるからこそ、鮮度が悪いと評価できるのであり、AIが人間と同程度の判断を下すには、鮮度が悪いと評価しうるに足るデータが必要となる。そのため、ユーザから提供されたデータの中に、傷の無いものと有るもののデータはあるが、変色したリン

ゴのデータがない場合には、鮮度の良し悪しを適切に評価することができない。また、変色や傷物のデータが少なければ、鮮度を適切に評価することができない。また、様々な情報の中から、機械が正確に当該物体をリングであると判断しうるには、リングの全体像を写したものや、一部分を写したものなど、色々な角度からリングを写したデータが必要である。このように、提供を受けたデータに偏りや不足がある場合には、ベンダは、不足しているデータの収集を再度ユーザに依頼する（ベンダ側でデータを加工して増やす場合もある。）。なお、これらの画像認識に関する工夫は、実際にシステムが稼働する場所において、リング表面の光の反射等の影響を受けずに、適切にカメラで把握することができるか、という観点から、撮影方法や撮影場所にもフィードバックがなされる。

(2) データ加工

前述のとおり、A I開発では、データを学習用プログラムに読み込ませ、一定の法則を機械が学習するという工程を経るが、この学習用プログラムに読み込ませるデータは、学習しやすいようにデータ加工される。

リングの鮮度確認を例にすると、リングの全体像が写っている写真のうち、リング全体、変色部分、傷のある部分等にマークを付けて強調する（アノテーション）。これにより、機械は、画像全体から識別すべきものが何かに迷うことなく、マークされた情報をインプットすることで特徴量を見出すことができる。

そのほか、被写体の角度、拡大縮小、又は光の当たり方などにより、同じ物体であっても見え方が異なる。どのような見え方をしても同一の物体を同一のものとして認識できなければならないが、すべての条件を満たすようなデータを保有しているとは限らず、不足部分のデータを拡張して追加する作業（データオーギュメンテーション）を行うこともある。例えば、

すでにあるデータを拡大縮小したり、上下左右にずらすことがこれに当たる。

また、画像、音声、自然言語等の非構造化データ以外にも、カテゴリ化された情報やデータを一定の規則に従って記述したデータ（以下「構造化データ」という。）もある。例えば、店舗の売上げ予測をするAIでいえば、販売商品、販売時間、商品陳列場所、顧客年齢、顧客の性別などの情報（特徴量）を一覧でまとめたデータなどがこれに当たる。当該構造化データの前処理では、課題解決のために必要なデータの選別や数値化、欠けているデータの補填や削除、データの偏り補正、外れ値の除去などの作業を行う。

このようなデータ加工を経て製作されたものが学習用データセットである。データ加工は、多大な時間と労力を投じて行われることが多く、また、その作成者のノウハウや技術が詰まっている。

（三） 本開発・実装

アセスメントやPoCの過程を経て、検証用のモデルが実運用に耐える精度を確保しないと判断した場合には、本開発へ進む。

本開発では、大量のデータを加工し、PoCで製作した学習用プログラムを利用してさらに学習を繰り返し、AIの精度を向上させる。詳細は三、1で記載したため、ここでは割愛する。

四 契約に関する諸問題

1 契約類型

（一） 契約方式

ユーザとベンダとの間で締結される契約としては、検証や本開発に係る業務委託契約、ライセンス契約、保守契約などが考えられる。

業務委託契約の方式としては、基本契約と個別契約を締結する場合や、フェーズごとに契約を締結する場合がある。既に述べたとおり、A Iはフェーズを分けて開発するため、フェーズごとに契約を締結することが多いと思われる。A Iのプラットフォームを提供するような場合には、学習の対象となるデータを入れ替えることで学習済みモデルを転用することが可能となるため、利用規約の形式で契約を締結する場合もあるであろう。

開発後、成果物である学習済みモデルのライセンス提供をする場合には、開発費に加えてライセンス料が発生するため、ベンダはユーザに対し、開発段階から運用時にはライセンス料が発生する旨を伝えておくことが大切である。

保守契約を締結する場合には、不具合修正、機能追加開発、仕様変更など保守業務の範囲を明確にする必要がある。とりわけ不具合修正については、開発契約（請負契約）上の契約不適合責任と保守契約上の保守業務との棲み分けを明確にしておく必要がある。

（二） 準委任契約と請負契約

A I開発契約において、準委任契約と請負契約のいずれの形式によるべきかがしばしば問題になる。準委任契約と請負契約の区別は、仕事の完成義務を負うか否かにあるところ、従来のソフトウェア開発においては、成果物の内容を保証しうるものもあり、請負契約が締結されることが多かったようである。

しかし、先に述べたとおり、A I開発では、性質上、A Iの品質を保証することが困難である以上、すべてのフェーズに共通して、仕事の完成義務を負う請負契約はなじまず、準委任契約が適しているといわれている。

ただ、ユーザには、多額の資金を投じて開発する以上、少なくとも本開発フェーズでは、一定の品質を保証してもらいたいという意向がある。そ

ここでベンダは、AIの精度を図る評価基準（適合率、再現率等）を設け、当該基準に対する達成可能割合（評価基準の90％等）を定めるなどして、技術的に達成しうる限り、精度の確保を約束することが考えられる。

2 契約上の論点

（一）知的財産権

（1）交渉難航の理由

契約交渉において特に交渉が難航するのは、知的財産権帰属の問題であろう。その理由は以下のとおりである。

ユーザには、開発コストを投じ、開発に不可欠な価値あるデータを提供している以上、成果物に係る権利を自社に帰属させたいという意向がある。また、従来のソフトウェア開発では、ユーザに知的財産権が移転することが多かったことも影響している可能性がある。

他方、ベンダは、開発の過程で生じた成果物の多くは専らベンダが創作したものであるから、成果物に係る権利は原始的に創作者であるベンダに帰属させたいと考えていることが多い。

（2）検討

ア AI開発においては、主に、表現物を保護する著作権（著作者人格権及び著作者隣接権を含む。）と、発明を保護する特許権（特許を受ける権利を含む。以下同じ。）が問題になる。

本項では、まず開発過程で生じる成果物を整理し、当該成果物が著作物又は発明に該当するかを検討したうえで、著作者又は発明者を検討する。

イ 開発工程で生じる成果物

三、4で述べたように、AI開発は、アセスメント、PoC、本開発、実装の工程を経る。

このうちアセスメントフェーズでは、ベンダがアセスメント結果報告書を作成し、これらを成果物としてユーザに提供することが多い。

P o Cフェーズでは、学習用データセットや学習用プログラムを用いて検証を行う。学習用プログラムは、既存のものを使用することもあれば、既存のプログラムを改変したもの、新規に製作するものなど様々なバリエーションがある。本フェーズで利用された学習用データセットや学習用プログラムは、次の本開発フェーズにおいて、引き続き利用される。

このように、P o Cフェーズの成果物としては、学習用データセットや学習用プログラムがあるが、ベンダからユーザに提供されるのは、当該学習用プログラムが出力した結果を記載した検証結果報告書であることが多く、学習用データセットや学習用プログラム自体が提供されることは少ない。

本開発フェーズは、本格的に学習用データセットを製作し、学習用プログラムをさらに改良して、学習済みモデルを製作するフェーズであり、学習用データセットや、学習済みモデルが成果物として生じる。また、ユーザとベンダとの間で合意した開発要件が記載された最終版の要件定義書（仕様書）も成果物として生じる。

また、システム開発フェーズは、学習済みモデルを実装して、システムに連携し、サービス提供をなしうる状態に置くフェーズであり、システムに関連するプログラム（以下「システム関連プログラム」という。）が成果物として生じる。

最後に、上記各フェーズにおいて、ベンダからユーザに対し、随時説明資料や提案資料（以下これらを併せて「その他の資料」という。）が提供されることもある。

ウ 著作物又は発明該当性

著作物とは、思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいい（著作権法第2条第1項第1号）、「思想」には、技術的思想が含まれる。

また、発明とは、自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のものをいう（特許法第2条第1項）。

著作物や発明に該当するというためには、いずれも創作性が認められなければならない。

i アセスメント結果報告書、要件定義書、検証結果報告書及びその他の資料

① 著作物該当性

これらの資料には、作業過程における検討内容やその結果、精度分析、精度を向上させるための方法などが記載されている。そのため、これら資料は、ベンダ又はユーザの技術的思想を創作的に表現したものとして、著作物に該当する。

② 発明該当性

特許権はアイデアを保護し、表現物を保護するものではない。そのため、表現物である上記各書類は発明に該当しない。なお、表現物に記載されたアイデアそのものや、アイデアが具現化したプログラムについては、発明に該当する場合がある。

ii 学習用データセット

① 著作物該当性

学習用データセットについては、これがコンピュータを用いて検索することができるように体系的に構成されたものであり、情報の選択又は体系的構成によって創作性が認められる場合には、データベースの著作物（著作権法第12条の2、第2条第1項第10号の3）に該

当しうる。

この「体系的に構成」の意味を、データを検索するために構築された論理構造をいうと理解した場合、学習データセットがデータベースの著作物に該当することは少ないであろう。学習用データセットは、精度を上げるための情報が列挙されているもので、コンピュータによる情報検索を容易にするために、項目や構造を決定し、分類体系を構築しているものではないからである。

他方、学習用データセットが「体系的に構成」されたデータ構造といえる場合には、それは、ベンダが収集されたデータ全体から、精度向上に資するデータを試行錯誤を繰り返して選択したものとして、情報の選択について創作性が認められると考えることもできよう。この場合、学習用データセットは、データベースの著作物に該当すると思われる。

② 発明該当性

情報の単なる提示は技術的思想ではなく、発明該当性を有しない。これは、「発明に特許権という独占権を与える以上、技術的思想にはある程度の具体性がなくてはならず、単なる課題や着想の提示のように具体的解決方法が示されていないものは未だ発明とはいえない」とされているからである（注2）。

他方で、データが「データ構造」又は「構造を有するデータ」に該当し、これらデータの有する構造がコンピュータの処理を規定する場合には、プログラムに準ずるものとして発明該当性が認められうる（特許審査基準「コンピュータソフトウェア関連発明」）（2. 1. 2、24頁）。

学習用データセットには、単なるデータの集合物や、選別されたデータが有意的に分類された集合物がある。

前者は、情報の単なる提示とされることから発明該当性を有しないであろう。

他方、後者は、データの集合物が、データ要素間の相互関係で表される、データの有する論理的構造を有していれば、「データ構造」または「構造を有するデータ」に該当し、これらがコンピュータの処理を規定する場合には、プログラムに準ずるものといえる。そのうえでこれらのデータの有する構造が規定する情報処理が、ハードウェア資源を用いて具体的に実現されている場合には、発明該当性を有する。

iii 学習用プログラム

① 著作物該当性

学習用プログラムを構成するものは、アルゴリズム及びパラメータであるところ、アルゴリズムは、「プログラムを作成するための手法」（注3）であり、概念上のアイデアにすぎないから、具体的表現を対象とする著作物には該当しない（著作権法第10条第3項第3号）。また、パラメータは、それ単体ではデータにすぎず、それ自体に創作性を見出すことはできないから、著作物には該当しない。

他方、アルゴリズムがプログラムとして具現化され、これに創作性が認められれば、プログラム（注4）の著作物に該当する場合がある。

ただし、学習用プログラムは、オープンソースソフトウェアを利用することが多いことから、知的財産権の帰属が問題になることは少ない。

② 発明該当性

プログラムについては、「ソフトウェアによる情報処理に自然法則が利用されているとき、又はソフトウェアによる情報処理がハードウェア資源を用いて具体的に実現されているときは、自然法則を利用した技

術的思想の創作である」とされている(注5)。

したがって、上記の要件を満たす学習用プログラムは、発明該当性を有する場合がある。なお、オープンソースソフトウェアについては①著作物該当性で述べたことと同様である。

iv 学習済みモデル

- ① 学習済みモデルは、学習済みパラメータと推論プログラムにより構成される。学習済みパラメータとは、学習の結果得られたパラメータをいい、推論プログラムとは、未知のデータを入力したときに、学習済みパラメータを適用することで、一定の結果を出力する役割を担うものをいう。

推論プログラムについては、創作性が認められればプログラムの著作物又は発明に該当する場合がある。

学習済みパラメータの著作物該当性については、機械が自動的に出力したデータである点を強調すると、思想または感情の表現ではなく、著作物該当性が否定される。他方、学習済みパラメータは、入力データの内容や、ハイパーパラメータ等が変更されることによって、得られる値が異なるのであり、人の創作活動が介在する点を強調して、著作物該当性を肯定する解釈もある。

学習済みパラメータの発明該当性については、それ自体数値データの羅列であり、単体ではコンピュータの処理を規定しないから、発明該当性を有しないものとする。

v システム関連プログラム

システム関連プログラムについても、創作性が認められれば、プログラムの著作物や発明に該当する。ただ、プログラムの記述方法が定型化されていることが多いため、著作物や発明に該当する場合は

少ないものと思われる。

エ 著作者及び発明者

以下では、各成果物が著作物又は発明該当性を有することを前提にし、また、1社のベンダが一連の開発を担う場合を想定して検討する（注6）。

著作者とは、著作物を創作した者を指し（著作権第2条第1項第2号）、著作物の創作に寄与した者がこれに当たる。したがって、単に素材を収集提供する者、意見を具申し提案した者及び補助者は、著作者とはいえない。

また、「発明者とは、技術的思想の創作に現実に加担した者をいい（東京地判平17. 9. 13判時1916号133頁【ファイザー事件】）、①新たな着想を得た者、または②その着想につき、一定の解決原理を前提に具体化した者（具体的な解決手段を見出した者）のいずれかに該当する者をいう。指示を受け単にデータをまとめるような補助者、資金の提供者、助言者などは、発明者とはいえない」（注7）。

このように、著作者又は発明者とされるには、著作物又は発明の創作に実質的に寄与したといえなければならない。

① アセスメント結果報告書、要件定義書、検証結果報告書及びその他の資料

アセスメント結果報告書や要件定義書は、ベンダが主導的に作成するため、ベンダが著作者となる場合が多いであろう。ただ、ユーザの知見が反映され、共同で創作したといえる場合には、ベンダとユーザが共同著作者となる。

また、検証結果報告書は、学習用プログラムの出力結果に関するベンダの分析が記載されているから、ベンダが著作者となる場合が多

い。

その他の資料についても、ベンダの知見に基づき作成される場合には、ベンダが著作者になるであろう。

② 学習用データセット

学習用データセットの作成は、ベンダとユーザが協働して行う。

ベンダは、特徴量を抽出したり、データ加工をする役割を担うから、学習用データセットがデータベースの著作物に該当すれば、ベンダがその創作に実質的に寄与することに異論はないであろう。

他方、ユーザは、主にデータの収集やデータの説明に寄与することが多いが、最終的にデータ分析やデータの選定を行うのはベンダであることが多い。その場合、情報の選択または体系的構成の創作性に実質的に寄与するのはベンダであり、ベンダが著作者になるであろう。なお、ユーザが情報の選択等を実質的に寄与すれば、ユーザも著作者となることはいうまでもない（注8）。

発明についても、同様にベンダが発明者になることが多いであろう。

③ 各種プログラム

学習用プログラム、学習済みモデル及びシステム関連プログラムについては、専らベンダの知見に基づき製作されることが多い。製作の過程で具体的な着想を提示するのはベンダであり、ユーザがプログラムの創作に実質的に寄与したといえる場合は少ないと思われる。いうまでもなく、データの収集やデータに関して説明をしたというだけでは、プログラムが出来上がるわけではないから、これらの協力によって、ユーザがプログラムの著作者又は発明者になることはない。また、サービスの仕様をユーザが確定した場合であっても、そのサービスに実装するA Iの仕様をベンダが決定しプログラムを製作する場合に

は、ベンダが著作者又は発明者となることが多いであろう。

したがって、学習用プログラム、学習済みモデル及びシステム関連プログラムに関する著作者や発明者はベンダになることが多い。

④ 当事者間での調整

実際の契約交渉においては、ユーザがデータや開発費用を拠出していることも考慮にいれるべき点である。当該案件に応じて、各社が確保すべき利益を柔軟に検討し、利用条件などに制限を加えるなどして、成果物の権利の一部をベンダからユーザに移転することを検討することも契約交渉をスムーズに進めるために重要であろう。

(二) 品質

(1) そのほか契約締結において注意すべき事項としては、AIの品質保証である。品質保証の概念は多義的であるが、本稿では、AIが適切に稼働する状態を保証することを指すものとする。例えば、プログラム等の不具合で学習済みモデルやそれを実装したシステムが動かない場合のほか、AIの精度が劣る場合などが品質保証の例である。

請負契約において一定の精度を保証した場合、当該精度を達成できないと、ベンダは契約不適合責任を問われることとなる。そこで、以下では、裁判における立証方法等の観点を踏まえ、契約不適合責任に関して請負契約上留意すべき事項を検討する。

なお、本検討においては、品質と瑕疵は表裏である(注9)との見解に立ち、従来型ソフトウェア開発における瑕疵の判断基準を参考にしたうえで、AIの特性を踏まえ考察する。

また、2020年4月施行の改正民法により、「瑕疵担保責任」は「契約不適合責任」に改められたが、後述する主観的瑕疵概念を前提と

する限り、両者は、契約の目的物が合意内容に適合しているかという点で同様であるため、瑕疵の判断基準を契約不適合責任の有無の判断においても参考にすることとしたい。

(2) 瑕疵の判断基準

ア 瑕疵の意義

瑕疵とは、契約当事者が契約時において想定した品質や適性を欠くことをいう（主観説）。これをシステム開発の請負契約に引き直すと、「IT技術上の欠陥ないし不具合をいうのではなく、納品されたシステムが約束どおりに仕上がっていないことをいう」（注10）。

このように約束どおりの仕様か否かが問題になるため、瑕疵の判断においては、まず約束した仕様についての合意内容を認定し、明示の合意がある場合には合意違反を判断し、明示の合意がない場合には、黙示の合意又は当事者の合理的意思表示解釈を行うこととなる。

イ 従来型ソフトウェア開発の場合

i 明示の合意に関する事実認定

① 証拠方法等

従来型ソフトウェア開発（請負契約）における合意内容の事実認定は、当事者の表示行為を確定し、その表示行為がどのような意味を有するかを検討することによって行われている。

当事者の表示行為のうち仕様を確定する場合には、契約書よりも要件定義書が表示行為を組成する重要な書類と位置づけられている。これは、ソフトウェア開発では、仕様を確定する作業に膨大な時間と労力を要し、かつ当該仕様が開発過程で何度も変更され、仕様に関する合意が徐々に形成されるため、契約締結時においては、仕様が確定していないこと等が理由として挙げられる（注11）。このよ

うに要件定義書は仕様を確定させる重要な証拠であるから、開発工程において要件定義書の内容が変更された場合には、合意された最終版を明確に定めておくことが重要である。

そのほか、要件定義書の記載があいまいな場合には、要件（仕様）について記載された他の資料や、契約書会議の議事録、メールなども合意内容を認定するための証拠方法になる場合もある。

② 要件定義書に記載のない事項

要件定義書に記載のない事項についても、ただちに、合意内容から除外されるものではないと思われる。すなわち、「ベンダー側で認識可能な事項であり、本来なら専門家としてシステムに織り込むことを配慮・助言するのが相当なものについて、ユーザーもそれを期待しているような場合は、黙示の合意ないし合理的意解釈として当該機能等が要件定義に含まれているものとする方が相当ではないかと思われる。」（注12）

ii 黙示の合意又は当事者の合理的意解釈に関する事実認定

要件定義書から明示の合意が認定できない場合には、システムの利用目的、要件定義書に記載された関係事項、予算等を考慮したうえで、通常有すべき性能を満たしているかについて、合理的意解釈をする。

また、建築請負の場合には、学会等の団体が提唱する技術水準が、「瑕疵の有無を判定する一応の指針になりうる」とされており（注13）、ソフトウェア開発においても一定限度妥当しうるものと思われる。

ただし、前述したとおり、要件定義書に記載のない事項に関して、黙示の合意の認定や合理的意解釈は慎重になされるものと思われる。

iii 不具合に関する事実認定

ソフトウェアの開発では、成果物について軽微な不具合が発生するのは技術的に不可避であるとされている。

そのため、「ソフトウェア開発では、バグに関しては、納品時を基準に瑕疵を考えるのではなく、その後も遅滞なくバグ対応している限りはそもそも瑕疵ではなく、それでも残存したものについてだけ瑕疵と認定するのが相当であろう」（注14）

ウ 請負契約に基づくA I開発の場合

- i 上記イに挙げた事実認定の手法は、従来のソフトウェア開発と同様の仕様や不具合等については、A I開発契約においても妥当するものと思われる。

また、A I開発に特有の精度保証については、要件定義書又は契約上、これを明示していない場合、記載がない以上、一切保証しないと考えることができる。もっとも、P o Cを経て一定の精度が確保できるとして本開発に移行している以上、当該制度を達成することが本開発の目的であるとして、契約上、一定の精度保証がなされていたものと合理的解釈されることもありうるものとする。ただし、この場合においても、因果関係やベンダの帰責性が否定される余地はある。

- ii このように、想定外の合意が認定される可能性を排除できない以上、契約時には、ベンダにおいて約束できる範囲（仕様）を明確にすることが重要となる。

具体的には、学習済みモデルについて100%の精度を保証することができない以上、その旨を契約上明確にすることが望ましい。そのうえで、精度の評価基準を定めることができる場合には、当該基

準に従う限りにおいて精度保証をなしうる場合もあろう。その場合には、評価基準や当該基準の達成割合等、評価の指標を契約上も明確にする必要がある。

また、評価基準を定めることができるか否かにかかわらず、学習済みモデルの製作にあたり考慮した要素（データや特徴量等の実際の精度を基礎づける事項）について定義することで、ユーザとの認識に齟齬が生じないようにすることが望ましい。

- iii AIの精度等に関する合意がない場合や、合意について解釈の余地がある場合には、上述のとおり、PoCの経過が考慮されうるほか、AI開発における技術水準を参考にして当事者の合理的意思解釈がなされることも考えられる。現時点で、AI開発の水準として参考になるのは、AIプロダクト品質保証ガイドライン（AIプロダクト品質保証コンソーシアム）である。このような水準が、今後世の中に多く提供されるようになれば、技術水準も一般化され、合意内容を確定するための優良な資料となるであろう。

エ 準委任契約の場合

準委任契約は、請負契約とは異なり、仕事の完成義務を負わない。そのため、ベンダは善管注意義務に従い学習済みモデルを開発すればよく、仮にユーザの求める精度に達しなくとも、契約不適合責任を問われることはない。

ただ、PoCを経て本開発に移行した場合には、それまでの開発工程を踏まえ、本開発において、PoCと同程度の精度を確保することが、善管注意義務の内容に含まれると判断される可能性があるのではないかと考える。その場合、本開発において、PoCと同程度の精度が出ない場合には、ベンダの善管注意義務違反が問われる可能

性がある。

オ 説明義務

最後に、品質に関する取り決めがない請負契約において、AIの精度等の特有の事情に関して、ベンダの説明義務違反が問われることがあるかを検討する。

東京地判平16.12.22判決は、「データの処理時間というシステムの性能に関し、明示の合意がなく、合理的意思解釈をする場合において、システム開発の専門家であるベンダがユーザに対し、どの程度の処理時間が可能なのかを費用との関係も踏まえて説明すべきであるところ、これをしていないため、ユーザはより短時間で処理できることを知らされていない状況にあるとして、ベンダが主張するような処理時間で合意が成立していると認定することはできないと判断した」(注15)。

この裁判例をAI開発についてみると、品質保証等のAI特有の問題は、AI業界においては広く知れ渡っているものの、現状、他業界においても同様とまではいえない。そのため、ベンダから、品質保証をしづらい点について説明がなければ、AIの特性を十分に認識しないまま開発に進むユーザも少なくないであろう。そのため、AI特有の問題については、ベンダに説明する義務があり、当該義務を怠った場合には、一定の範囲で精度保証をした旨の合意が成立していると解釈される可能性は否定できない。ただし、この場合においても保証の範囲は、P o Cの経過や開発時の水準から想定される精度に限られるであろう。

AI開発においては、ベンダとユーザの知見の差は大きい場合が少なくなく、ベンダが説明義務を尽くすことは、ユーザ・ベンダ双方にとつ

て、コンセンサスを得ながら納得のいく開発を進めるための重要な要素である。

(3) 小括

以上から、AIの品質保証については、合意内容に依拠するから、合意する際には、従来型システム開発と同様の仕様を要件定義書に明記するとともに、AIの精度等AI特有の事項についても、合意しておくことは紛争予防に資するものとする。AI開発においては、AI特有の問題がある以上、より当事者の認識に齟齬が生じないようにすることが重要である。

五 結語

以上のとおり、AI開発に係る法律や制度設計は十分ではなく、今後整備や運用方法が確立していくものと思われる。現状、国内においてAI開発に関する訴訟はなく、係争事案も想定しづらいが、紛争化しないためにも、企業の法務担当者は、日ごろから法律、ガイドライン、AIを取り巻く国内外の動きなどに注目しながら契約交渉等をすることが望まれる。本稿がその一助になれば幸甚である。

以上

(注1) 経済産業省「AI・データの利用に関する契約ガイドライン」(AI編)、13頁～15頁

(注2) 中山信弘「特許法(第4版)」113頁

(注3) 中山信弘「問題処理の論理的手順」120頁

(注4) プログラム(著作権法第10条第1項第9号)とは、電子計算機を機能させて、一つの結果を得ることができるようにこれに対する指令を組み合わせ

せたもの（同法第2条第1項第10の1号）である。

- (注5) 特許の審査基準及び審査の運用「第Ⅲ部第1章付属書B第1章」10頁以下
- (注6) 数社が協働して開発する場合や、ユーザもプログラムの開発に関与する場合には、共同著作物、結合著作物及び共同発明についても検討する必要がある。
- (注7) 角田政芳、辰巳直彦「知的財産法（第8版）」51頁、52頁
- (注8) 学習用データセットについては、共同著作物（寄与を分離して個別的に利用できない著作物）に該当することもありえる。共同著作物の財産権は、共同著作者の共有となり、共有著作権としての制限をうけることになる（著作権法第65条）。
- (注9) 目的物の性能についての保証を、瑕疵担保責任の主観的瑕疵の一つとして位置付ける立場と、債務不履行責任の帰責事由として位置付ける立場がある（渡邉拓「性質保証責任の研究」4頁から6頁参照）。本稿では、前者を採用する。
- (注10) 目畠山稔、谷有恒、遠藤東路、藤澤裕介「民事訴訟における事実認定—契約分野別研究（製作及び開発に関する契約）」134頁
- (注11) 前掲「民事訴訟における事実認定—契約分野別研究（製作及び開発に関する契約）」166頁、167頁参照
- (注12) 前掲「民事訴訟における事実認定—契約分野別研究（製作及び開発に関する契約）」143頁参照
- (注13) 本村洋平「講座 現代の契約法 各論2請負契約における瑕疵概念」27頁
- (注14) 判タ1349号、15頁
- (注15) 前掲「民事訴訟における事実認定—契約分野別研究（製作及び開発に関する契約）」156頁

令和元年（平成31年）活動報告書

〔医療過誤法部〕

部長兼事務局長 松 村 武 志

1 定例活動

医療過誤法部では、本年も毎月1回、下記のとおり研究会を開催して、担当報告者の報告を基に医療事件について検討・議論し、研究活動をした。

記

・平成31年1月17日（木）午後6時30分

- ①報告者：鶴澤 亜紀子 弁護士
- ②テーマ：「薬剤師が嫌疑照会義務を怠った場合の法的責任」について
- ③対象判例：東京地裁平成23年2月10日判決（判例タイムズ1344号90頁）等

・平成31年2月15日（金）午後6時30分

- ①報告者：高梨 滋雄 弁護士
- ②テーマ：「患者について感染症が疑われるときの医師の注意義務」
- ③対象：感染症の疑いがある場合の診療の基本を前提に、具体的事案において、初期治療は適切か、最適治療実施するためどのような検査がであったか等について議論した。

・平成31年3月19日（火）午後6時30分

- ①報告者：清水 徹 弁護士
- ②テーマ：慢性閉塞性肺疾患（COPD）の入院患者に対して動脈血

酸素飽和度の把握をせず、酸素投与量を減量して死亡させたなどとして損害賠償を求めた事例

③対象判例：名古屋地方裁判所平成29年11月22日判決

・平成31年4月17日（水）午後6時30分

①報告者：岡本 祐司 弁護士

②テーマ：胃体部後壁から採取された生検検体について、病理医が消炎治療後の再検を明示的に求めたにも拘らず、主治医がその後約7年間に亘って再検を行わずにいたところ、同部位の胃癌により患者が死亡した症例

③対象：報告者が患者側で関与した胃癌の訴訟事例（和解成立）について

・令和元年5月24日（金）午後6時30分

①報告者：柿原 達哉 弁護士

②テーマ：適切な治療を受ける利益（期待権）の侵害の主張はもうできないのか？

—最高裁判決の射程範囲—

③対象判例：最高裁平成23年2月25日二小法廷判決

（判例時報2108号45頁・判例タイムズ1344号110頁）

・令和元年6月27日（木）午後6時30分

①報告者：島田 佳子 弁護士

②テーマ：「心臓弁置換術を受けた患者に対し内視鏡実施のため抗凝固剤（ワルファリン）投与を中止し、脳梗塞が発症したとして損害賠償を求めた事例（請求棄却）」

③対象判例：大阪地裁平成29年12月5日判決

（医療判例解説78号11頁）

・令和元年7月22日（月）午後6時30分

①報告者：津久井 見樹 弁護士

②テーマ：無痛分娩による分娩中の低酸素状態を原因とする脳性麻痺及び肺炎等の影響で乳児が死亡したとして、医師の責任が問われた事案

③対象判例：京都地判平成30年3月27日判決（棄却）

原告控訴。大阪高裁にて和解成立（7000万円。産科医療補償制度に基づき1560万円は支払い済み）

・令和元年9月24日（月）午後6時30分

①報告者：笠間 哲史 弁護士

②テーマ：エタンブトール塩酸塩錠の処方・服用後に失明（診断名：エタンブトール視神経症）した事例

③対象判例：秋田地判H30.2.16（医療判例解説77号126頁）

・令和元年10月30日（水）午後6時30分

①報告者：真喜志 ちひろ 弁護士

②テーマ：乳腺腫瘍切除術を受けた直後にわいせつ行為をしたとして、乳腺外科医の男性が準強制わいせつ罪に問われた事例

③対象判例：東京地方裁判所平成28年（刑わ）第2019号平成31年2月20日、医療判例解説79号11頁

・令和元年11月25日（火）午後6時30分

①報告者：山口 斉昭 教授（早稲田大学法学学術院・法学研究科）

②テーマ：医療水準論の要件的考察—その歴史的・法社会的な形

成過程を踏まえて

2 定例外活動

当会主催の72期選択型実務修習プログラムのうち、11月1日に実施された下記の「医療過誤」講座2コマ合計6時間について、当部会員が講師を担当し講義した。

・令和元年11月1日（金）午前10時から午後1時まで

（1）講義内容 医療訴訟の要件事実

（2）講 師 高梨滋雄弁護士

・同日午後3時から6時まで

（1）講義内容 民事医療過誤事件のcase study

（2）講 師 岡本祐司弁護士、横田光医師

以 上

〔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：服部秀一副部長）。

- ①4月 「経営判断原則に関する近時の議論」 勝野真人部員
- ②5月 「「株主総会公開講座」（5月27日（月）実施）の予演会」
河和哲雄顧問、木屋善範部員、濱田祥雄部員
- ③6月 「本年度株主総会の情報交換会」 服部秀一副部長
- ④7月 「役員向け株式報酬制度の方式・意義・議案」 西川文彬部員
- ⑤9月 「機関投資家の議決権行使方針及び結果の分析」 千葉恵介部員
- ⑥10月 「アドバネクス株主総会決議不存在確認等請求事件（東京地判平成31年3月8日）稗田さやか部員
- ⑦11月 「会社法改正案の検討 株主総会資料の電子提供制度、株主提案権、議決権行使書面の閲覧等」 濱田祥雄部員
- ⑧12月 「会社法改正案の検討 取締役の報酬等、社外取締役（義務付け、業務執行の委託）」 長谷川佳英部員

⑨1月「会社法改正案の検討 社債の管理、株式の交付」 遠藤啓之部員

⑩2月「責任追及等の訴えに係る訴訟における和解、株式の併合等に関する事前開示、新株予約権に関する登記、支店の所在地における登記、成年被後見人等に係る取締役等の欠格事由)」 秋山健人部員

⑪3月 未定

(本稿執筆時現在、⑨⑩⑪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

令和元年5月27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:深山徹副部長)。

①データで読む最近の株主総会の状況 濱田祥雄部員

②本年の株主総会で想定される質問等 木屋善範部員

③株主総会をめぐる今年環境と当日対応 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35号掲載用として、植松勉副部長が「取締役会による新株および新株予約権の発行とその限界」を執筆した(担当:植松勉副部長)。

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(令和元年10月10日～11日)にわたり72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令和元年10月10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」 諏訪智紀事務局長

・定例会の聴講

「アドバネクス株主総会決議不存在確認等請求事件（東京地判平成31年3月8日）」 稗田さやか部員

②平令和元年10月11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

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31年1月から令和元年12月までの活動状況

1 1月16日（新年会／酒采 九献）

2 2月15日（定例会・研究会）

テーマ 「養育費・婚姻費用の算定と文献の活用」

講師 竹下 博将 弁護士（外部講師）

3 3月18日（定例会・研究会）

テーマ 「高齢者の囲い込み事案における対応等について」

報告者 山下 敏雄 弁護士（外部講師）

4 4月16日（慰労会／日比谷松本楼）

家族法部に所属されていた鬼丸かおる最高裁判事の退官にあたり、講話を頂き、慰労会を行った。

5 5月17日（定例会・研究会）

テーマ 「近時の最高裁判所第二小法廷の判例に関する若干の考察」

報告者 香川 美里 事務局長

6 6月17日（定例会・研究会）

テーマ 「特別養子縁組」

報告者 橘高 真佐美 部員

7 7月12日（定例会・研究会）

テーマ 「負担付遺贈」

報告者 松野 絵里子 部員

8 9月17日及び10月15日（定例会・研究会）

来年発刊予定の「実務家が陥りやすい 離婚の落とし穴（仮称）」の項目・問題等についての議論を行った。

9月17日には、家族法部に所属されていた岡部喜代子最高裁判事の退官にあたり、講話を頂き、慰労会も行った。

9 11月18日（定例会・研究会）

テーマ 「高齢者消費者被害の傾向と対策～不当勧誘被害と高齢者住宅問題を中心として～」

講 師 宮城 朗 弁護士（外部講師）

事務局長 香川 美里

〔金融取引法部〕

1 2019年の活動状況

- (1) 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
- (2) 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

- (1) 1月15日 給与前払いサービスに関する論点
田中 貴一 部員 國分 吾郎 部員
- (2) 6月20日 マネー・ローンダリング及びテロ資金供与対策に関するガイドラインと実務上の論点
高橋 良輔 部員
（元金融庁総合政策局マネロン・テロ資金対策企画室・室長補佐）
- (3) 11月21日 収納代行に関する規制の在り方についての検討
木村 健太郎 部員
（ヤフー株式会社 政策企画統括本部政策企画部マネージャー）

3 外部講師による報告及び講義

- (1) 3月20日 改正割賦販売法下におけるアクワイアリング規制
前田 竣 弁護士
（元経済産業省商務・サービスグループ商取引監督課課長補佐）
- (2) 4月17日 高齢化の進展に伴う信託銀行業務における新たな論点
竺原 摩紀 様
（みずほ信託銀行株式会社 法務・受託審査部 法務室）
- (3) 7月12日 宇宙ビジネスとファイナンス
小塚 莊一郎 先生（学習院大学法学部教授）
- (4) 10月17日 融資型クラウドファンディングの概要と法的論点
高尾 知達 弁護士

(株式会社クラウドポート リーガル・コンプライアンス部長)

4 その他の活動

部 長	片岡 義広
事務局長	田中 貴一

〔刑事弁護部〕

平成31年・令和元年

1月24日例会 「情況証拠による事実認定—最高裁平成22年4月27日判決」

報告 会員で分担

2月21日例会 「①職務質問・所持品検査等の一連の警察官の行為（任意同行等）の違法性について、②その後の強制採尿手続による尿の採取とその尿の鑑定書の証拠能力について」

報告者 木村裕三会員

3月14日例会 「狭山事件再審請求事件の取り組みの現状と課題について」

報告者 安田聡氏

4月13日例会 映画「憲法を武器として・恵庭事件・知られざる五〇年目の真実」鑑賞

5月9日例会 「「恵庭事件」を考える」

報告者 合田勝義会員

6月13日例会 「裁判員制度10年を考える—十全に機能しているのか—改善点はどこか」

報告者 荒木和男会員

7月18日例会 「布川事件の国家賠償について」

講師 佐藤米生弁護士（一弁）

9月12日例会 「日本における「自己負罪拒否の特権」「黙秘権」の歴史と今後の課題」

報告者 合田勝義会員

10月10日例会 「供述評価をめぐる心理学者と裁判官のディスコミュニケーション—何が、何故ずれるのか」

11月22日例会

報告者 加地修会員
「「帝銀事件における目撃供述および自白供述の心理学的分析」を学ぶ」

報告者 大澤廣会員

(部長 荒木和男、事務局長 合田勝義)

〔国際取引法部〕

平成31年度における国際取引法部の活動は、諸事情により令和元年中は休会とし、令和2年1月より再開予定である。

（文責 服部謙太郎）

〔相続・遺言研究部〕

相続・遺言研究部

1 全体部会の研究活動（平成31年1月～令和元年12月）

平成30年から引き続き、相続法改正について検討を行った。

- ① 1月8日午後6時～8時（出席者11名）
「相続と対抗要件」
- ② 2月8日午後6時～8時（出席者17名）
「配偶者居住権」
- ③ 3月5日午後6時～8時（出席者13名）
「遺産分割に関する見直し」
- ④ 4月2日午後6時～8時（出席者22名）
「遺言制度と遺留分制度」
- ⑤ 5月7日午後6時～8時（出席者18名）
「相続の効力等の見直し」
- ⑥ 6月4日午後6時～8時（出席者19名）
「相続による権利義務の承継」
- ⑦ 7月2日午後6時～8時（出席者19名）
「持戻し免除推定と遺産分割前の財産処分」
- ⑧ 9月3日午後6時～8時（出席者8名）
「一부분割、預貯金の行使と仮処分」
- ⑨ 10月1日午後6時～8時（出席者12名）
「自筆証書遺言の方式緩和・保管制度」
- ⑩ 11月5日午後6時～8時（出席者13名）
「遺言執行者」
- ⑪ 12月4日午後6時～8時（出席者12名）
「配偶者居住権の成立要件」

2 部会役員（令和元年度）

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〕

2019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、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 2019年5月13日 午後6時～8時
講 師 弁護士 オ口千晴氏
テーマ 倒産事件・弁護士今昔

② 第2回

日 時 2019年7月1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 濫用的会社分割と否認権行使

③ 第3回

日 時 2019年9月19日 午後6時～8時
講 師 一橋大学法学研究科法科大学院長 山本和彦氏
テーマ 譲渡担保と倒産

④ 第4回

日 時 2019年11月18日 午後6時～8時
講 師 PwCアドバイザリー合同会社 奥総一郎氏
テーマ 金融機関からみた事業再生のダイナミクスと問題点

⑥ 第5回(中止)

日 時 2020年3月16日 午後6時～8時

講 師 東京地裁民事第8部部総括判事

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、破産手続きについて、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、事業再生ADR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 2019年6月3日 午後6時～8時

テーマ 破産申立て及び破産管財の基本的留意点

講師 木村昌則氏、高橋優氏

師範代 田汲幸弘氏

ご意見番 松田耕治氏

② 第2回

日 時 2019年7月22日 午後6時～8時

テーマ 破産申立て及び破産管財の応用問題

講師 佐藤真太郎氏、栗田口太郎氏

師範代 相羽利昭氏

ご意見番 長島良成氏

③ 第3回

日 時 2019年10月10日 午後6時～8時

テーマ 破産事件のケーススタディ（具体的事件処理の工夫）

講師 志甫治宣氏、樋口千鶴氏

師範代 鶴巻暁氏

ご意見番 綾克己氏

（2）寺子屋（再生）

① 第1回

日 時 平成30年6月17日 午後6時～8時

テーマ 自力再建型民事再生の実務

講師 鈴木規央氏

師範代 高橋修平氏

② 第2回

日 時 2019年9月2日 午後6時～8時

テーマ 事業再生ADRの実務

講師 横山兼太郎氏

師範代 富永浩明氏

③ 第3回

日 時 2020年1月27日 午後6時～8時

テーマ 管理型民事再生実務～ユタカ電機製作所を題材に～
講師 市川浩行氏
師範代 蓑毛良和氏

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ノウハウや心得を、若手弁護士に継承しようと、9月14日～15日にかけて、熱海のホテルにおいて、次世代育成合宿を開催しました。

合宿では、①「実践 私的整理手続における金融債権者との付き合い方」、②「実践 会社の不祥事を背景とした倒産手続におけるステークホルダーとの付き合い方」、③「倒産手続と弁護士倫理」をテーマに3部構成にしたパネルディスカッション形式の企画を実施しました。

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（テーマは「多数の消費者が債権者となる破産事件」）の開催を予定し、その準備をしまいましたが、新型コロナウイルスによる感染症の感染拡大防止等の観点から、延期することとなりました。

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 三枝知央

〔独占禁止法部〕

今年度は、公正取引委員会が発表した「消費者向けeコマースの取引実態に関する調査報告書」、及び、独占禁止法に関連する日本の判例を題材にした部員相互による研究報告活動を行いました。

- 2月26日（火） 独占禁止法部2月例会
 講師：小田勇一先生
 「消費者向けeコマースの取引実態に関する調査報告書」について
- 6月5日（水） 独占禁止法部6月例会
 講師：高木加奈子先生
 「優越的地位の濫用規制のこれから～株式会社山陽マルナカ（平成31年2月20日審決）と株式会社ラルズ（平成31年3月25日審決）の比較より～」について

令和元年度独占禁止法部
 部長 鈴木 正 貢
 事務局長 神 谷 宗之介

〔不動産法部〕

2019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】

毎年通年の研究テーマを定め、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。

【2019年度のテーマ】

配偶者居住権を中心に研究を行いました。

【例会】

8月を除き毎月1回開催しています。

以 上

部 長 西村 康正
事務局長 吉永 英男

〔知的財産権法部〕

令和元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30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31年2月13日（水）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30年意匠・商標・不正競争関係訴訟の概況

（後半）

報告 当部部員 伊藤 真 弁護士 丸田 憲和 弁護士

論題 平成30年著作権関係訴訟の概況

② 平成31年3月11日（月）午後6時～8時

（前半）

報告 当部部員 牧野知彦先生 加治祥子先生

論題 平成30年特許権侵害訴訟の概況

（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30年における特許審決取消訴訟の概況

③ 4月 9日（火）午後6時～8時

講師 岡田 淳 弁護士

論題 AI契約ガイドラインの解説

- ④ 令和元年5月10日(金) 午後6時～8時

講師 当部部員 木村耕太郎 弁護士

論題 意匠権侵害訴訟

- ⑤ 6月11日(火) 午後6時～8時

講師 文化庁著作権課著作権調査官 澤田 将史 氏

論題 平成30年改正著作権法の解説

- ⑥ 7月9日(火) 午後6時～8時

講師 当部部員 高見 憲 弁護士

論題 近時の特許記載要件をめぐる判例分析 ～サポート要件を中心として～

- ⑦ 9月10日(火) 午後6時～8時

講師 東京大学法学部・大学院法学政治学研究科 教授 田村 善之 先生

論題 特許権侵害に対する損害賠償額の算定～2019年特許法改正と

二酸化炭素含有粘性組成物事件知財高裁大合議判決～

- ⑧ 10月2日(水) 午後6時～8時

講師 知的財産高等裁判所 所長 高部 真規子 判事

論題 裁判所からみた知財紛争解決の実情

- ⑨ 11月7日(木) 午後3時～7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 実施料相当額の損害賠償その他特許法102条3項をめぐる諸問題

2 選択型実務修習の開催

当部は司法修習(第72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。同修習は令和元年10月28日（月）から11月1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30年度のコラボ検討会の参加者において、平成31年3月22日（金）に石川県金沢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〕

令和元年度の活動概要

1 定例活動

(1) 部の構成

部長 小早川真行
副部長 植草美穂、西川達也、藤崎太郎
事務局長 関口慶太
事務次長 神谷延治

(2) 具体的な活動状況

ア 部員による研究発表

原則として毎月第三月曜日または第三金曜日に定例会を開催して、部員からの研究発表と質疑応答・意見交換を行った。

本年度も、特段の研究テーマを設けずに、発表を担当する部員が関心を持ったインターネット上の新しいサービス、新しい法律問題を以下のとおり発表した。

- ① 4月15日 玉川竜大部員
「ウェブサービス・スマホアプリの決済の仕組みについて」
- ② 5月20日 齋藤理央部員
「インラインリンクと著作権法上の論点-近時の判例を題材として-」
- ③ 6月21日 大塚淳部員
「サイバー犯罪～無罪判決が出た不正指令電磁的記録に関する罪を中心に～」
- ④ 7月9日 関口慶太部員
「改正道路交通法と自動運転車による事故の現在」
- ⑤ 10月21日 小林慶治部員

「ヘルステック分野における法務」

- ⑥ 1月20日 土方恭子部員

「不正競争と情報漏洩に関する判例解説」

- ⑦ 2月21日 稲増寛明部員

「人格権侵害ないし名誉毀損と不法行為に関する判例解説」

- ⑧ 3月の定例会は16日を予定していたが、新型コロナウイルスの感染が拡大する一方、未だ有効な治療薬や対処法が見出されない状況のため、部員の健康や参加人数を考慮した結果、中止を決定した。

イ 外部講師による講演会

本年度は、3回にわたり外部講師による講演会を開催した。

- ① 9月4日

消費者問題特別委員会と共催で北海道大学大学院法学研究科教授の町村泰貴先生に、2018年下半年から2019年上半年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 11月8日

一般社団法人ドローン安全推進協議会・事務局長の川口禎光氏に「日本と世界のドローンに関する規制法の潮流」について講演いただいた。

- ③ 12月13日

NPO法人市民研究会代表の上田昌文氏に、5G（第5世代移動通信システム）のシステム・利用法と懸念される問題点などについて講演いただいた。

2 定例外活動

(1) 東京三会コンピューター関連研究会の連携

昨年引き続き、東京三会のコンピューター関連研究会の連携を図ることを目的に、当研究部、第一東京弁護士会「総合法律研究所 IT法研究部会」、及び第二東京弁護士会「電子情報・ネットワーク法研究会」の各執行部員を登録メンバーとするメーリングリストを構築し、他会から寄せられる講演会、研究会、セミナー等の開催情報等を当部員へ展開。

(2) 法律実務研究への論文の投稿

玉川竜大部員、齋藤理央部員、大塚淳部員の3名による寄稿がなされた。

(副部長 植草美穂)

〔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136回 2019年1月16日

（検 討）2019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137回 2019年2月20日

（発表者）加藤由利子部員

（テーマ）土地区画整理事業における補償をめぐる争い

第138回 2019年3月28日

（発表者）小林英憲部員

（テーマ）住民監査請求における正当な理由

第139回 2019年4月8日

（発表者）伊藤祥治部員

（テーマ）農業用水への排水に対する法的手段の検討

第140回 2019年5月15日

（検 討）2019年下半期の活動方針について

第141回 2019年6月19日

（発表者）伊藤祥治部員

（テーマ）情報公開

夏期合同研究分科会 2019年7月11日

第1部(発表者) 森田明弁護士、小林展大弁護士

(テーマ) 情報公開制度の活用法

第2部(発表者) 片木淳部員

(テーマ) 選挙広報と情報公開

第142回 2019年9月18日

(発表者) 渡邊正昭部長

(テーマ) ペットフードの法的規制

第143回 2019年10月16日

(発表者) 伊藤祥治部員

(テーマ) マンション建築確認取消に関する紛争の研究

第144回 2019年11月20日

(発表者) 片木淳部員

(テーマ) 選挙供託金制度の違憲性について

以 上

(部長: 渡邊正昭、事務局長: 伊藤祥治(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、自治体からの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、書籍の出版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。具体的には、「財産管理・契約編」を令和2年2月、「民法改正編・貸付金編」を同年3月に出版した。既刊については電子書籍化を進行させている。

年1回開催する講演会には、佐倉市職員の塩浜克也氏を講師に招聘し、「地方自治体の財務の仕組み」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行っており、令和元年10月30日に開かれた東京弁護士会自治体連携センター主催のシンポジウムでは、当部が全面的にバックアップした。

第3 活動実績

1 平成31年4月9日 定例会

本年度執行部等人事、最新判例研究（前橋地判平成30年1月31日判決）、講演会等各種企画準備等

2 令和元年5月14日 定例会

判例地方自治研究会報告、改正民法PT活動発表及び検討（テーマは「弁済」）自治体連携センター報告、講演会及び今後の研究発表に向けた検討等

3 令和元年6月11日 定例会

改正民法PT活動発表及び検討（テーマは「意思表示」と「法定利率」）、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

4 令和元年7月2日 定例会

判例地方自治研究会報告、改正民法PT活動発表及び検討（テーマは「債務不履行・解除・危険負担」）、自治体連携センター報告、講演会及び今後の研究発表に向けた検討等

5 令和元年7月8日、9日 自治体職員研修

判例地方自治研究会報告、改正民法PT活動発表及び検討（テーマは「債権譲渡」「債務引受」「定型約款」）、自治体連携センター報告、講演会及び今後の研究発表に向けた検討等

6 令和元年9月10日 定例会

判例地方自治研究会報告、改正民法PT活動発表及び検討（テーマは「弁済」）自治体連携センター報告、講演会及び今後の研究発表に向けた検討等

7 令和元年10月7日 定例会

判例地方自治研究会報告、改正民法PT報告、自治体連携センター報告等

8 令和元年10月7日 講演会

講師：佐倉市財政課 塩浜克也氏

テーマ：地方自治体の財務の仕組み

9 令和元年11月8日 定例会

判例地方自治研究会報告、改正民法PT活動発表及び検討（テーマは「保証」）、10月30日に行われた東弁自治体連携センターのシンポジウムの報告等

10 令和元年12月4日 自治体職員研修

特別区職員研修所主催の職員研修「自治体債権の管理・回収（演習）」に講師8名を派遣

11 令和元年12月11日 定例会

判例地方自治研究会報告、改正民法PT活動発表及び検討（テーマは「保証」）、自治体連携センターの報告等

12 令和2年1月8日 東弁72期新入会員歓迎会

13 令和2年1月14日 定例会

判例地方自治研究会報告、改正民法PT活動発表及び検討（テーマは「消滅時効」「売買」「請負」）、自治体連携センターの報告等

14 令和2年2月13日 定例会

改正民法PT活動発表及び検討（テーマは「消費貸借・質貸借」）、実務研究発表（議会と自治体法務）、判例地方自治研究会報告、自治

体連携センターの報告及び次年度部員名簿推薦者の検討等

15 令和2年3月10日 定例会

判例地方自治研究会報告、改正民法PT活動報告、自治体連携センター活動報告、次年度人事、会計報告、今後の研修発表や講演会に向けた検討等

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＝原田泰孝、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最先端の議論である、「信託と事業承継」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、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16日 「民事信託の基礎、事業承継総論」（清水部員）
- 第2回 5月15日 「事業承継税制」（外部講師、税理士 並木惇平先生）
- 第3回 6月14日 「事象承継の他の方法（種類株等）」（長谷川部員）
- 第4回 7月8日 「事業承継と信託（総論・手法）」（川崎部員）
- 第5回 9月18日 「指図権者を用いた方法」（福西部員）
- 第6回 10月11日 「自己信託を用いた方法」（山口部員）
- 第7回 10月11日 「まとめ」（清水部員）

上記のほか、当部の部員で、昨年度の9月から本年の3月まで、専門講座「民事信託の基礎と実務」を全6回に亘り開催し、当該専門講座を書籍化した「弁護士専門研修講座 民事信託の基礎と実務」が株式会社ぎょうせいより、本年9月に発刊となりました。

現在、東京弁護士会の研修委員会にて、専門講座の応用編を企画、提案しているところです。

また、今年度から始まった東京弁護士会の法律相談（信託）にも、当部から、人材を派遣しています。

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。

(文責) 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。

今年度も、原子力賠償案件のほか、交通事故、離婚、スポーツ事故、医療事案など広くテーマを設定した。

第1回 4月11日（木） 18時から

場 所 弁護士会506会議室

テーマ 「症状固定の時期と消滅時効の起算点 最近の判決の報告」

伊豆隆義 会員

第2回 5月9日（木）

場 所 弁護士会506会議室

テーマ 「原発事故で東電社員が被害者の事例」 高梨滋雄 会員

第3回 6月13日（木）

場 所 弁護士会506会議室

テーマ 「不貞行為と離婚慰謝料」 稲村晃伸 会員

第4回 7月12日（金） 18時半から

場 所 弁護士会506会議室

テーマ 「フランチャイズ契約勧誘と不法行為」 神村大輔 会員

第5回 9月12日（木）

場 所 弁護士会506会議室

テーマ 「バトミントン事件」 安井規雄 会員

第6回 10月10日(木) 18時から

場 所 弁護士会506会議室

テーマ 「臨床推認と病院の注意義務」 高梨滋雄 会員

第7回 11月7日(木) 18時から

場 所 弁護士会503会議室

テーマ 「交通事故の物損案件について」 志賀晃 会員

第8回 12月12日(木) 18時から

場 所 弁護士会506会議室

テーマ 「広野町事案の報告」 伊豆隆義 会員

第9回 1月9日(木) 18時から

場 所 弁護士会506会議室

テーマ 「投資詐欺における紹介者の責任」 榎本晃 会員

第10回 2月14日(金) 18時から

場 所 弁護士会506会議室

テーマ ①「裁判平成31年3月7日判タ1462号13頁について」

②「ベネッセ個人情報漏洩事件（差戻後控訴審）について」

第11回 3月12日(木) COVID-19蔓延防止のため中止

研究報告会 3月23日(月)

「債権法改正と不法行為法」を予定していたが、COVID-19蔓延防止のため中止

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。

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）

2018年

第11回 12月19日

報告者 中山・岡本・八掛弁護士「行政訴訟センターでの報告
(11/26) について」

報告者 岩月弁護士「食品衛生法改正①」

報告者 中山弁護士「水道法改正について」

2019年

第1回 1月16日

報告者 岩月弁護士「食品衛生法改正②」

第2回 2月20日

報告者 三神弁護士「原料原産地表示」

第3回 3月20日

講師 (一財)東京顕微鏡院名誉所長・麻布大学客員教授

伊藤 武 先生

(外部講師)「今求められる食品安全管理とは」

工場見学 4日24日 (株)ニチレイフーズ訪問・意見交換会

第4回 5月15日

報告者 中山弁護士・八掛弁護士「ニチレイフーズ訪問・意見交換会報告」

第5回 6月19日

報告者 岩月弁護士「食品リコール制度（改正食品衛生法・改正食品表示法）」

報告者 皿谷弁護士「冷凍食品の法規制」

第6回 7月17日

書籍企画の検討

第7回 9月18日

書籍企画の検討

第8回 10月16日

報告者 石崎弁護士「食品衛生責任者講習」

報告者 岩月弁護士「食品表示法第17次改正」

第9回 11月20日

書籍企画の検討

第10回 12月18日（予定）

報告者 石崎弁護士「飲食店開業準備」

令和2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、食品関係法に関する書籍の執筆を、夏ごろの出版を企図していく予定である。

以上

〔LGBT法務研究部〕

2019年12月2日

文責 大畑敦子

第1 部会

1 開催日

以下の日に定例会を実施した。

1月15日、2月19日、3月19日、4月16日、5月21日、6月20日、
7月23日、9月17日、10月15日、11月19日

2 活動内容

1か月ごとに、LGBTを巡る社会の動き（企業、行政、海外、判例等）を取り上げ、近時のLGBTを巡る情勢の調査研究等の活動を実施した。また、弁護士向けのマニュアル等の作成についても継続的に検討をしている。

第2 定例外活動

1 法律実務研究の論文執筆

1月から2月にかけて、「法律実務研究（紀要）第34号」論文の執筆を部員で分担して行った。

2 城山中学校における保護者研修会

3月15日に、八王子市立城山中学校において、保護者のためのLGBT研修会を実施した。

3 LGBT当事者との交流会

6月20日及び7月23日に、弁護士以外のLGBT当事者と直接交流する機会を設け、実生活で直面する困難や問題点などの話を聞く機会を設けた。

4 永野弁護士による研修

9月17日の部会において、LGBT問題の第一人者であり、LGBT関連裁判の経験が豊富な永野靖弁護士をお招きし、近時携わった裁判例の紹介を中心とする勉強会を実施した。

5 弁護士向けの情報提供活動

1年にわたって集積したLGBT関連ニュースや情報を弁護士向けに簡易に提供するための方法の検討と実施を準備している。

以上

〔子ども法部〕

1 目的と構成

当部は、2015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。

2019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。

2019年度は、以下の内容で定例会を開催した。

第1回	4月5日	テーマ	同性カップルが婚姻できるための民法改正を求める意見書の検討
第2回	5月7日	テーマ	一時保護所の実態について
		報告者	岡崎槇子 部員
第3回	6月5日	テーマ	使用の前歴のある覚せい剤使用の少年事件
		報告者	樋口裕子 部員

第4回	9月5日	テーマ	外国人少年に対する少年審判
		報告者	横山勝
第5回	10月5日	テーマ	子どもアドボカシーについて
		報告者	大久保真紀
第6回	11月5日	テーマ	オレオレ詐欺の少年事件
		報告者	浅井健人 部員
第7回	1月10日	テーマ	未定
		報告者	伊藤由紀夫
第8回	2月10日	テーマ	学校事故に関する第三者委員会について の報告
		報告者	石野百合子
第9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〕

弁護士業務部 部長 木下 学

- 1 前年同様、月1回の頻度での例会開催を原則としますが、開催頻度が少し落ちております。開催場所は、岡田康男部員の所属する、太陽コスモ法律事務所の会議室。本年度は、おおむね第3水曜日の18時30分から20時30分までで開催。都度テーマを設定し、それについて議論をすることを前提としますが、それが上手く機能していないため、各人が実際にやっている事件を匿名化するなどして、持ち寄って、それについて議論、質問をする、という形式を始めました。また、チームスという会議ソフトを購入、実際に使い、それぞれが事務所にいて例会を開催することができかどうか、実験を始めております。
- 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31年4月17日（水）18時30分～20時30分
テーマ 全員で、今後の進めかた、DVDの視聴制度開始
 - (2) 第2回例会
日 時 令和元年5月22日（水）18時30分～20時30分
テーマ 各人が実際にやっている事件についての議論、質問等
 - (3) 第3回例会
日 時 令和元年6月19日（水）18時30分～20時30分
テーマ 各人が実際にやっている事件についての議論、質問等
 - (4) 第4回例会
日 時 令和元年9月18日（水）18時30分～20時30分
テーマ 新短期紛争解決方式、民事信託等

(5) 第5回例会

日 時 令和元年11月13日(水) 18時30分～20時30分

テーマ 新短期紛争解決方式、子のない資産家夫婦の法律問題、チームスの使用実験

以 上

〔AI研究部〕

1 当部の目的と構成

当部は、2018年度に設立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、60名以上の部員で構成されており、2019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
会 計	土方 恭子

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。

2019年度は、以下の内容で定例会を開催した。

第1回	4月25日	テーマ	「AIとオープンソースライセンス」
		報告者	大堀健太郎 弁護士
第2回	5月20日	テーマ	エッジコンピューティング、組み込み型ディープラーニングについて議論
		報告者	後藤大部員
第3回	6月17日	テーマ	「AI開発の実際」
		報告者	外部講師
第4回	7月22日	テーマ	「AIに関するFAT（公平性／説明責任／透明性）の議論状況」
		報告者	荒井ひろみ 特定国立研究開発法人理化学研究所

革新知能統合センター（AIP）研究員

第5回	9月9日	テーマ	「農業におけるデータの取扱い」
		報告者	後藤洋輝 部員
第6回	10月28日	テーマ	「機械学習のためのデータ前処理」
		報告者	渡邊龍祐 合同会社ANDEVER CEO
第7回	12月9日	テーマ	「AI開発案件におけるトラブル事例」
第8回	1月10日	テーマ	未定

（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、多くの国民が生活するマンションの管理において発生する法律問題について実務的に掘り下げて研究することを目的として、平成30年8月1日に設立された。現在、部員は約40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、同例会終了後に続く形で、定例会を開催している。

活動内容は、全部員により決定されたテーマに沿って、当該定例会における担当部員が発表を行い、その後に部員相互で活発な議論をして専門的な知見を深めるという形式を基本として、機会に応じて、外部専門家を招いて講演をいただくことも行っている。

2 平成31年度（令和元年度）の活動内容

（1）債権法改正によって生じるマンション管理に関する法律問題の研究

平成30年9月の定例会より、全8回にわたって、民法債権法分野の改正によって生じるとされるマンション管理に関するさまざまな法的問題について、改正債権法の主要な項目ごとに担当部員を決定して発表・討議し、研究を行ってきた。

本年度は、第1回定例会に当たる平成31年4月15日に、佐野直子部員が本研究の最終回として、「請負の担保責任」のテーマにて研究発表し、その内容について全部員による討議が行われた。

（2）マンション管理に関連する判例及び裁判例の研究

全部員による決定をもって、令和元年6月10日の定例会から、「当事者類型別マンション関係訴訟」（鈴木隆著・日本加除出版株式会社）を基本書として、1回の定例会において原則として3名の部員が、同書に掲載されている事例（判例・裁判例をもとにしたもの）を1名当た

り3事例担当し、レジュメを作成したうえで発表し、その後に部員相互で活発な討議をするという形式で研究が行われている。

具体的な発表スケジュールは以下のとおりであり、次年度も継続して、同書に掲載の全事例の研究を行っていく予定である。

第1回 令和元年6月10日

発表者 神田元部員 土屋賢司部員 大門誉幸部員

第2回 令和元年7月8日

発表者 原田泰孝部員 三浦直子部員 野原卓夫部員

第3回 令和元年9月9日

発表者 河野浩士部員

第4回 令和元年10月7日

発表者 齊藤裕也部員 大塚康貴部員 出口裕規部員

第5回 令和元年11月11日

発表者 小泉英之部員 松本甚之助部員 香川希理部員

第6回 令和元年12月10日(予定)

発表者 関田真也部員 板橋晃平部員 三好啓信部員

第7回 令和2年1月28日(予定)

発表者 佐野直子部員 荒木耕太郎部員 山崎智弘部員

第8回 令和2年2月25日(予定)

発表者 未定

第9回 令和2年3月31日(予定)

発表者 未定

以 上

文責 大門 誉幸

法律実務研究

第35号

2020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代

印刷所

名鉄局印刷株式会社
