

法律実務研究

東京弁護士会法律研究部

第36号 2021年3月

-
-
- 医療訴訟における相当程度の可能性法理の研究
..... 医療過誤法部

 - 裁判例研究
..... インターネット法律研究部

 - 株主提案権の濫用的行使に関する考察－令和元年改正
会社法における議論を契機として
..... 会社法部

 - 民事信託契約書の契約条項に関する考察－
..... 信託法研究部

 - 特許権侵害行為の差止請求権に関する諸問題
..... 知的財産権法部

 - 「国内及び海外からの撤退と留意点」
..... 倒産法部

 - 管理費等の滞納を理由として区分所有法第59条に定める
競売請求が認められるための要件に関する考察
..... マンション管理法律研究部

 - AI開発・利用と個人情報保護法
..... AI研究部
-
-

東京弁護士会

▷ 発刊にあたって 富田 秀実 1

▷ はしがき 軽部龍太郎 3

● 医療訴訟における相当程度の可能性法理の研究
医療過誤法部 / 金崎 浩之 5

● 裁判例研究
インターネット法律研究部 / 後藤 大 73

● 株主提案権の濫用的行使に関する考察 - 令和元年改正会社法における
議論を契機として
会社法部 / 本井 克樹 97

● 民事信託契書の契約条項に関する考察
信託法研究部 / 山口 正徳 134

● 特許権侵害行為の差止請求権に関する諸問題
知的財産権法部 / 齋藤誠二郎 213

● 国内及び海外からの撤退と留意点
倒産法部 / 柴原 多 272

● 管理費等の滞納を理由として区分所有法第 59 条に定める競売請求が
認められるための要件に関する考察
マンション管理法律研究部 / 神田 元、土屋 賢司、奥島 健二、
柿沼 彰、大門 誉幸 302

● AI 開発・利用と個人情報保護法
A I 研究部 / 関原 秀行 346

【活動報告】

医療過誤法部、インターネット法律研究部、会社法部、家族法部、金融取引法部、行政法研究部、刑事弁護部、国際取引法部、子ども法部、食品安全関係法律研究部、信託法研究部、自治体等法務研究部、相続・遺言研究部、知的財産権法部、倒産法部、独占禁止法部、不法行為法研究部、不動産法部、弁護士業務部、マンション管理法律研究部、A I 研究部、LGBT 法務研究部、.....367

発刊にあたって

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

本書「法律実務研究」は、昭和61年に各法律研究部の研究成果を発表する研究報告集として創刊され、それ以来毎年発刊を継続し、この度、2020（令和2）年度の研究成果をまとめた第36号を発刊する運びとなりました。各法律研究部の研究成果が、本書を通じて会員のみならず、大学等の研究者・実務家の方々にも広く活用されることを期待しております。

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

2021年3月

東京弁護士会会長 富田秀実

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36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、信託法研究部、知的財産権法部、倒産法部、マンション管理法律研究部および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

2021年3月

東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会
委員長 軽部 龍太郎

医療訴訟における相当程度の可能性法理の研究

医療過誤法部

* 目 次

一	はじめに	6	三	相当程度の可能性法理に関する	
1	背景	6		下級審判例	25
2	問題意識	7	1	方法	25
3	本稿の目的と検討内容	8	2	検索結果	27
二	相当程度の可能性法理に関する			(一) 相当程度の可能性の有無	27
	最高裁判例	9		(二) 転帰	45
1	最高裁判決の概要	9		(三) 過失類型	46
	(一) 最高裁平成12年9月22日判			(四) 鑑定・意見書の有無	47
	決	9		(五) 損害費目とその額	48
	(二) 最高裁平成15年11月11日			(六) 賠償額算定の根拠とした事	
	判決	10		情	53
	(三) 最高裁平成16年1月15日判			(七) 賠償額算定で考慮された	
	決	12		統計資料の有無・内容	57
	(四) 最高裁平成17年12月8日判		3	考察	58
	決	14	四	残された問題について	60
2	法律上の論点の検討	15	1	下級審実務の現状	60
	(一) 保護法益	15	2	割合的損害賠償責任の正当化	
	(二) 相当程度の可能性の内容	16		根拠	60
	(三) 法的性格と賠償の範囲の		3	生命とは別個の保護法益であ	
	関係	19		ることの意味	61
	(四) 適用対象となる過失の行為		4	損害の算定方法と差額説	63
	類型	21	五	おわりに	64
	(五) 説明義務違反と相当程度				
	の可能性法理	23			

一 はじめに

1 背景

医師の過失と発生した結果との間における因果関係の証明は、最高裁昭和50年10月24日判決（注1）が「特定の事実が特定の結果を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明すること」であると判示して以来、この高度の蓋然性理論は現在に至るまで堅持されている。そして、この理論は、患者側に対して厳しい立証責任を負担させるものと認識されてきた（注2）。

ところが、最高裁平成12年9月22日判決（注3）は、患者の死亡事例において、因果関係の存在が証明されなくても、「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」としたのである。そして、最高裁平成15年11月11日判決（注4）は重大な後遺症の事例に、最高裁平成16年1月15日判決（注5）は債務不履行の事例にその適用を拡大した。

もっとも、平成12年判決以降の下級審の傾向としては、相当程度の可能性法理によって賠償されるのは、数百万円程度の少額の慰謝料にとどまるとの見方が一般的であり（注6）、また、この法理の登場によって死亡または重大な後遺症との間における因果関係の立証ハードルが却って上がってしまったという指摘もなされている（注7）。このような実態が真実であるとしたら、おそらくその背景として考えられるのは、下級審にとってのこの法理の便利さにあるのではないかと思われる。少額の賠償責任であれば医療側からの納得も得やすいし患者側の顔を立

てることもできるため、両者の利害を巧妙に調整した“大岡裁き”を可能とするからである。とくに、患者側の提訴の目的が損害賠償を得ることよりも真相究明にあることを強調する立場からは（注8）、賠償額が少額であっても医療側の責任が肯定されることには十分意義があると捉えることもできる。

2 問題意識

もっとも、こうした少額の慰謝料賠償を維持する下級審の傾向に関しては、次のような問題を指摘できる。

第1に、そもそも、相当程度の可能性の程度には、死亡ないし重大な後遺症との間の因果関係を認めるのにわずかに足りない水準からその程度が小さいものまで大きな幅があるにもかかわらず、数百万円程度の少額の慰謝料しか認容しないことは、損害の公平な分担という損害賠償法の基本的理念から乖離している。可能性の程度を慰謝料額の算定に反映させている下級審判例も存在するが、逸失利益の賠償や介護費用等は一切賠償額に含めず、また、慰謝料額も死亡慰謝料や後遺症慰謝料を大きく下回るのが通常で、あくまでも少額慰謝料の範囲内での調整に過ぎない。

第2に、高度の蓋然性理論の下、死亡ないし重大な後遺症との間の因果関係の立証に依然として大きな障壁があるため、相当程度の可能性法理は、医療訴訟における医師の責任の存否を決定するうえで中心的な役割を果たすものであるのに、少額の賠償しか認めないという下級審判例が定着化しつつある。このような傾向が固定すれば、人の生命・健康を扱う医師の責任が少額の賠償責任で許されてしまうという事態が原則化し、医療及び司法全体に対する不信を招きかねない。

第3に、患者側の提訴の目的に真相究明が含まれていたとしても、こ

これを強調して少額な慰謝料賠償を正当化するのは、いささか筋違いの感が否めない。そもそも、民事訴訟制度自体が、真相解明を目的とした提訴を予定しておらず、患者側において、過失と因果関係の存在を特定しこれを立証することが要求され、いわゆる探索的な鑑定申出も許されていない。裁判手続きの中で真相究明に寄与することがあったとしても、それはあくまで二次的・付随的なものに過ぎないのが実情である。

このようにしてみると、今後も医療訴訟において中心的な役割を果たす相当程度の可能性法理を進化・発展させ、損害の公平な分担という損害賠償法の理念に沿うものにしていくことが急務の課題であると思われる。

3 本稿の目的と検討内容

本稿は、相当程度の可能性法理に関する重要な最高裁判例を整理し、この法理に関わる法律上の論点について検討するとともに、これまでの下級審判例の傾向も解析したうえで、医師の割合的損害賠償論の導入の適否について検討する。

具体的には、まず初めに相当程度の可能性法理に関する4つの重要な最高裁判決にフォーカスして事案の概要と判旨を整理する。そして、法律上の論点として、この法理の保護法益、相当程度の可能性の内容、賠償の範囲、適用対象となる過失の行為類型、説明義務違反との関係について検討しこの法理の意義と射程範囲を明らかにする。さらに、平成12年9月以降から現在に至るまでの下級審判例における相当程度の可能性法理の判断傾向の解析を踏まえ、医師の割合的損害賠償論について主要な学説を紹介し、その導入の適否について論ずることとする。

二 相当程度の可能性法理に関する最高裁判例

1 最高裁判決の概要

(一) 最高裁平成12年9月22日判決

(1) 事案の概要

患者は、平成元年7月8日午前4時30分頃、突然の背部痛で目を覚まし自動車で本件病院に向かった。そして、同日午前5時35分頃、医師による診察が始まった。触診や聴診では異常が認められず、本件患者の症状の発現部位や経過から、医師は、一次的に急性膵炎を、二次的に狭心症を疑い、鎮痛剤を筋肉注射するとともに急性膵炎の治療のための薬剤を点滴静注した。ところが、本件患者は、点滴中突然痛みを訴えて大きく痙攣し、いびきをかいて眠りについたような状態に陥り、その後呼吸停止に至った。駆けつけた医師は、心臓マッサージ等の蘇生処置を試みたが、同日午前7時45分頃、患者は死亡した。死因は、不安定狭心症から急性心筋梗塞に進展したことによる心不全とされたが、医師は、二次的に狭心症を鑑別疾患に挙げておきながら、血圧や脈拍等の測定もしておらず心電図検査も実施していなかった。また、狭心症が疑われる患者に対する初期治療として推奨されるニトログリセリンの舌下投与もなされていなかった。鑑定人は、「これはおよそ医療と言えるものではない」との意見を表明したが、臨床経過に鑑み、適切な診療行為を尽くしても救命できた確率は20%以下であるとした。

一審は、鑑定人の意見を踏まえ、医師の過失と患者の死亡との間の因果関係を否定して患者側の請求を棄却したが（東京地判平成7年4月28日）、原審は、医師の過失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て、慰謝料200万円を認容した（東京高判平成8年9月26日）。この原審の判決を不服として、病院側が上告した。

(2) 判決要旨

最高裁は、「医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないけれども、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。けだし、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、……患者の法益が侵害されたといえることができるからである。」と判示して、病院側からの上告を棄却した。

(二) 最高裁平成15年月11月11日判決

(1) 事案の概要

当時小学校6年生であった患者は、昭和63年9月29日、頭痛、腹痛などを主訴に医師の診察を受け抗菌薬等を処方されたが、その後も腹痛、嘔吐が治まらず改善がみられなかったため、同年10月3日午前8時30分頃、点滴治療が実施された。その間、患者の言動に不安を覚えた母親が医師に診察を求めたが、医師は、外来診察中であることを理由に対応しなかった。そして、点滴終了後、患者は帰宅させられたが、帰宅後も嘔吐が続き、翌4日には母親の呼びかけにも応じなくなったため、同日午後、再び同医師の診

察を受けたところ、緊急入院の必要性があると判断され、総合病院に転送された。総合病院では、原因不明の急性脳症と診断され、患者は、身体障害者1級と認定された。医学的知見によると、急性脳症の予後は、一般的に重篤で極めて予後不良とされ、昭和51年の統計では、死亡率36%、生存した場合でも、そのうちの63%に中枢神経後遺症が残存し、昭和62年の統計では、完全回復は22.2%で、残りの77.8%は死亡したか又は神経障害が残ったとされていた。

一審（神戸地判平成13年1月25日）及び原審（大阪高判平成14年3月15日）は、急性脳症の予後が一般的に重篤で、統計上完全回復率が22.2%であることなどを理由に、医師の転送義務違反を否定し、また、仮に転送義務違反を認めても、後遺症との間の因果関係は認められず、当該後遺症を回避できた相当程度の可能性も認められないとして、患者側の請求を棄却した。この原審の判決を不服として、患者側が上告した。

(2) 判決要旨

最高裁は、「被上告人は、初診から5日目の昭和63年10月3日午後4時頃以降の本件診療を開始する時点で、……何らの症状の改善がみられず……嘔吐の症状が全く治まらないこと等から、それまでの自らの診断及びこれに基づく上記治療が適切ではなかったことを認識することが可能であったとみるべきであり……医師としては、その時点で、患児が、その病名を特定できないまでも、本件医院では検査及び治療の面で適切に対処することができない、急性脳症等を含む何らかの重大で緊急性のある病気にかかっている可能性が高いことをも認識することができた」として、医師の転送義務違反を認めた。そして、相当程度の可能性法理が後遺症事

案にも適用されるか否かについては、平成12年判決を引用したうえで、「本件のように重大な後遺症が患者に残った場合においても、同様に解すべきである。すなわち、……その転送義務に違反した行為と患者の上記重大な後遺症の残存との間の因果関係の存在は証明されなくても、……患者に上記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るときは、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うものと解するのが相当である。」と判示した。これを踏まえ、本件における相当程度の可能性の存否については、「昭和51年の統計では、生存者中、そのうちの63%には、中枢神経後遺症が残ったが、残りの37%（死亡者も含めた全体の約23%）には中枢神経後遺症が残らなかったこと、昭和62年の統計では、完全回復をした者が全体の22.2%であり、残りの77.8%の数値の中には、上告人のような重大な後遺症が残らなかった軽症の者も含まれていると考えられることからすると、これらの統計数値は、むしろ、上記の相当程度の可能性が存在することをうかがわせる事情というべきである」とし、相当程度の可能性の存否に関する法令の解釈適用を誤った違法があるとして、破棄差戻しとした。

(三) 最高裁平成16年1月15日判決

(1) 事案の概要

患者は、平成11年6月末日、食事中に喉が詰まる感じがし嘔吐することもあったため、被上告人である本件医師を受診した。本件医師は、急性胃腸炎等を疑い、同年7月24日に内視鏡検査を実施した。ところが、患者の胃の内部に大量の食物残渣があったため十分な観察はできなかった。患者の胃幽門部や十二指腸には通

過障害の所見を認めなかったのであるから、胃の内部に大量の食物残渣があること自体異常を疑わせるものであるのに、本件医師は、患者に内服薬を処方して経過観察とした。その後、患者は、症状の悪化のため他院を受診し、同年10月7日から同月19日にかけて実施された胃の内視鏡検査、CT検査等の各種検査を経て、スキルス胃癌と診断された。患者には腹水も認められ、腹膜播種も疑われたことから、すでに根治手術の適応はないと診断され、同月22日から化学療法を受けたが、平成12年2月4日、患者は死亡した。

一審（大津地判平成13年9月26日）は、医師の過失を認めたが死亡との間の因果関係は認められないとして患者側の請求を棄却し、原審（大阪高判平成14年9月13日）は、死亡との間の因果関係が認められないことに加え、相当程度の生存可能性も認められないとして患者側の控訴を棄却した。この原審の判決を不服として、患者側が上告した。

(2) 判決要旨

最高裁は、前記平成12年判決を引用したうえで、診療契約上の債務不履行についても同様に解されるとして、「早期に適切な治療等の医療行為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証明されるときには、医師は、患者が上記可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき診療契約上の債務不履行責任を負うものと解するのが相当である。」と判示した。そして、これを踏まえ、本件における相当程度の可能性の有無については、「被上告人が実施すべき上記検査を行わなかったため、上記時点における患者の病状は不明であるが、病状が進行した後に治療を開始するよりも、疾病に対す

る治療が早期であればあるほど良好な治療効果を得ることができるのが通常であり、患者のスキルス胃癌に対する治療が実際に開始される約3ヶ月前である上記時点で、……適切な治療が開始されていれば、特段の事情がない限り、患者が実際に受けた治療よりも良好な治療効果が得られたものと認めるのが合理的である。これらの諸点にかんがみると、患者の病状等に照らして化学療法等が奏功する可能性がなかったというのであればともかく、そのような事情の存在がうかがわれない本件では、……患者が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ったというべきである。」と結論づけた。

(四) 最高裁平成17年12月8日判決(注9)

(1) 事案の概要

患者は、東京拘置所において未決勾留中であつたところ、平成13年4月1日午前7時30分頃、患者の様子の異変に気づいた職員が東京拘置所の医務部に連絡したため、医師の診察を受けた。当該医師は、頭蓋内病変を疑って、同日午前9時3分頃、頭部CT検査を実施して脳梗塞と診断し、脳浮腫に対する処置を行うこととした。しかしながら、翌2日午前9時27分頃、頭部CT検査で脳浮腫の進行が認められたため、同日午前10時頃、東京拘置所での治療は困難と判断されて、同日正午頃、警察病院を含むいくつかの病院に患者の受入れを打診したが断られ、ようやく受入れ先の病院が決まり患者が搬送されたのは、同日午後3時41分であった。そして、当該病院において、脳浮腫に対する緊急開頭減圧術が実施されたが、患者には重度の後遺障害が残った。

一審(東京地判平成16年1月22日)は、転送義務違反を認めたく

えて期待権侵害を理由に慰謝料100万円を認容したが、原審（東京高判平成17年1月18日）は、患者の請求を棄却した。この原審の判決を不服として、患者側が上告した。

(2) 判決要旨

最高裁は、前記平成15年判決を引用したうえで、「(1) 第1回CT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かった、(2) 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、(3) 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ができない」と判示した。

2 法律上の論点の検討

(一) 保護法益

この法理については、相当程度の“生存可能性”を新たな保護法益として創設したものと理解されており、ほぼ争いはない（注10）。最高裁が「相当程度の可能性の存在が証明される時」としており、相当程度の可能性を証明度の問題としてではなく“証明の対象”として位置づけていることや、高度の蓋然性理論を放棄したと解するのは相

当でないことから、新たな保護法益を創設したものと解すべきであろう。したがって、医師の過失と死亡ないし後遺障害等との間の因果関係が証明されなくても、相当程度の可能性の存在について、高度の蓋然性をもって証明しなければならない(注11)。

ところで、この保護法益の法的性格について、これをある種の“人格的利益”として捉える見解が有力に主張されているが(注12)、最高裁はこの点について直接言及していないため、議論の余地がある。思うに、①平成12年判決が「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」としていること、②死亡との間の因果関係について、それが高度の蓋然性をもって証明されれば生命侵害となるのに、そのレベルに僅かに達しないとたちまち人格的利益の侵害に変貌してしまうのは不合理であることから、“生命に準じた保護法益”として位置づけるべきである(詳細については、後述する)。

もっとも、最高裁は、平成15年判決で、その適用を死亡例だけではなく後遺症のケースにも広げた。平成15年判決の事案では、患者が身体障害者1級に認定されており極めて重大な後遺症が残存しているので、“生命侵害と比肩しうる重大な後遺症”に限定して適用を拡大したものと解するのであれば、生命に準じた保護法益の延長線上にあるものと位置づけることができる。平成17年判決の事案においても、「抽象的な用語を用いた意思疎通能力の喪失、計算能力の完全喪失もしくは著しい低下、右半身の完全な運動麻痺等」と認定されていることから、生命侵害と比肩しうる重大な後遺症の事案であったといえる。したがって、最高裁判決の現状における理解としては、その射程はあくまでも生命侵害に比肩しうる重大な後遺症の事案にと

どまり、そのレベルに至らない程度の後遺症が残存した場合にこの法理が適用されることを容認しているわけではないということになる(注13)。

(二) 相当程度の可能性の内容

相当程度の可能性の内容は、(1) 死亡ないし重大な後遺症の回避可能性が、どの程度の水準に達したらこの法理によって保護されるのかという問題と、(2) 可能性の程度はどこまで具体的に証明されることを要するのかという問題に分けることができる。

まず、(1)の問題(結果回避可能性の程度)では、この法理によって保護されるか否かの分岐点となる下限が重要となる。リーディング・ケースとなった平成12年判決の事案をみると、鑑定人が、救命できた確率は20%以下との意見を提出しており、最高裁もこれを前提にして相当程度の可能性の存在を認めているのであるから、少なくとも生存確率が20%程度あれば、この法理による保護が及ぶものと考えてよいだろう。もっとも、生存確率が20%を下回る場合、どこまでが保護対象となるのかは判然としない。例えば、救命確率が5%でも相当程度の可能性の存在が肯定されるのかは、紹介した一連の最高裁判決からはっきりしない。ところで、救命確率が0%に近づけば近づくほど、その実質は従来の期待権侵害と重なることに注意が必要である。この問題との関係では、「期待権侵害のみを理由とする不法行為責任を負うことがあるか否かについて、当該医療行為が著しく不適切なものである事案について検討し得るにとどまる」とした最高裁平成23年2月25日判決(注14)との整合性を考えれば、期待権侵害のみを理由にするのと実質的に異ならないほど生存可能性が低い場合、最高裁は、その要保護性について消極的に解しているも

のと思われる。そうすると、最高裁が保護対象とするのは、救命確率20%前後と理解しておくのが現時点では無難であろう(注15)。

(2)については、平成16年判決が参考になる。最高裁は、スキルス胃癌の見落としが問題となった事案で、「適切な治療が開始されていれば、特段の事情がない限り、患者が実際に受けた治療よりも良好な治療効果が得られたものと認めるのが合理的である。これらの諸点にかんがみると、患者の病状等に照らして化学療法等が奏功する可能性がなかったというのであればともかく、そのような事情の存在がうかがわれない本件では、……患者が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ったというべきである。」と判示している。この判断枠組みから理解できることは、当該患者に対して適応のある“有効な治療法の存在”が証明されれば、相当程度の可能性の存在は事実上推定され、その存在を争う医療側のほうで特段の事情を反証しなければならないことになる(注16)。この判断枠組みは、この法理の実効性を担保するうえで重要である。というのは、治療行為の不確実性を前提とする以上、生存確率が低い場合にとどまらず、生存確率が判然としない場合も保護対象とする必要があるからである。これに関連して近時、平成12年判決以降、最高裁は、抽象的相当程度の可能性法理の判断枠組みを示してきたものと理解したうえで、平成17年判決は、具体的相当程度の可能性法理に移行したという見解が有力に主張されている(注17)。すなわち、この見解の論旨は、平成17年判決は、平成12年判決や平成16年判決とは異なり、相当程度の可能性の存在を具体的に検討したうえで、当該事案について、相当程度の可能性の存在は証明されていないと判断したものと理解するのである。しかしながら、平成12年判決と平成16

年判決の各事案では、当該患者に対する有効な治療法が存在し、かつ、その治療法が当該患者に対して適応があることを前提にしたものであるのに対し、平成17年判決では、当該患者に対する有効な治療法の適応がないことを認定した事案であるから、平成17年判決が、“具体的相当程度の可能性法理”なるものに判断枠組みを変更したと解するのは無理がある（注18）。本稿と同様の理解を示すものが一般的ではないかと思われる（注19）。

（三）法的性格と賠償の範囲の関係

賠償の範囲については、（1）慰謝料の算定において、従来の期待権侵害を理由とする精神的損害に対する慰謝料に準じ、200万円ないし300万円程度の少額の慰謝料で足りるのか、より高額な慰謝料を認めるべきか、という問題と、（2）逸失利益等の財産的損害の賠償も認めるべきか、という二つの問題がある。

この点に関連して、（一）で述べた相当程度の可能性法理の法的性格に関する見解の相違が影響するものと思われる。すなわち、この法理における保護法益を期待権に準じたもの（人格的利益の侵害）と捉えるのか、本稿のように生命に準じた保護法益（準生命侵害）と理解するアプローチを採用するのにかによる相違である。人格的利益の侵害構成によるアプローチでは、財産的損害である逸失利益の賠償は当然に否定されるとともに、慰謝料も少額となる傾向となるはずである。もっとも、人格的利益の侵害構成を前提にしながら、平成12年判決が判示したように、「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」という点を強調し、高額な慰謝料や実質的に逸失利益賠償の一部を慰謝料額に反映させていくというアプローチもあり得る。というのも、慰謝

料の算定には、一切の事情を考慮することができるからである。もっとも、増額の程度には、おのずと限界があろう。

では、相当程度の可能性という保護法益を、期待権に準ずる人格的利益として捉えるのと、生命等に準じた保護法益として理解するのといずれが妥当であろうか。人格的利益と捉える立場は、(1)平成12年判決の担当調査官である杉原則彦が、従来の期待権を「具体化したものである」と解説していること(注20)、(2)平成12年判決が、慰謝料200万円、弁護士費用20万円を認容した原審の判断を是認していることに言及する(注21)。しかしながら、杉原調査官自身が、より高額な慰謝料を認めるべきか、また逸失利益の一部を認めるべきかについては、「残された問題」としていることから、相当程度の可能性を期待権に準じた人格的利益と位置づけて少額な慰謝料賠償で足りると理解しているわけではない(注22)。また、そもそも平成12年判決は、原審の判決を不服とする医療側による上告を棄却した事案なので、最高裁が賠償額の当否について判断しているはずがない(注23)。したがって、最高裁が、原審の判断した慰謝料の額や損害の範囲を是認したというのは誤りである。そして、この法益を人格的利益として理解する立場が抱える深刻な問題は、例えば、生存可能性の程度が死亡との間における因果関係を肯定するのに僅かに足りないため、相当程度の可能性法理の射程に入った場合の不合理性である。仮に、死亡との間における因果関係を肯定できる生存可能性の水準を80%以上とした場合、70%は相当程度の可能性法理によって保護されることになるが、80%以上だと生命侵害と評価されるのに対し、70%だと人格的利益の侵害に過ぎないと説明されることになる。このような生存可能性の僅かな差を捉えて、“不連続で全く異質

の保護法益”として理解するのは合理性を欠く。結局のところ、死亡との間における因果関係を認めるか、相当程度の可能性の存在を認めるかは、生存可能性の程度の問題に過ぎないのであるから、両者を連続的な保護法益として捉え、“相当程度の可能性”という保護法益を、生命に準じた保護法益として理解するのが相当である。

相当程度の可能性を生命に準じた保護法益と解した場合、次に問題となるのは、より高額な慰謝料ないし逸失利益等の財産的損害についての賠償を認めることができるかであるが、この点については、前述したように、いまだ最高裁は判断するに至っていない「残された問題」であるので、最後に検討する。

(四) 適用対象となる過失の行為類型

ここで取り上げたい問題は、従来あまり議論されてこなかったが、この法理は、過失の行為類型が作為であるか不作為であるかを問わず適用されるのかについてである。最高裁も、この点に関して言及した部分はない。本稿の立場は、この法理の適用は不作為の医療過誤事案に限られ、作為の事案には適用されるのは相当ではないとするものである。その理由は、基本的に患者の死因が病死であるという不作為と、医師による医的侵襲行為が患者の死の主な原因力となっているという作為の根本的な相違点に求められる。

具体的には、例えば、不作為の典型例である癌治療の場合で検討すると、診療行為に不確実性が伴う以上、医師には、癌患者を救命すべき注意義務はないが、生存可能性のある限度で適切な診療行為を尽くすべき注意義務を負っている。したがって、医師が不注意で癌を見落とし、その結果、必要な治療が行われなかったことにより癌患者の生存可能性を侵害した場合には、その生存可能性を侵害し

た限度で、医師に不法行為責任を負わせることを正当化できる。

これに対して、作為による医療過誤の場合、例えば、執刀医の手技ミスで患者が死亡した場合、患者は、手技ミスという医的侵襲行為によって死亡している。ここで問題とされるべき因果関係は、「医師が適切な治療を実施していれば患者は生存していたか」ではなく、「医師の過失による医的侵襲行為によって患者は死亡したのか」である。もちろん、作為であっても、“前者（原因）なければ後者（結果）なし”という条件関係で思考実験を行えば、「仮に執刀医が適切な手技を行っていたら、患者は死亡しなかった（生存していた）相当程度の可能性があるか」という問いを立てることはできる。しかしながら、適切な手技を仮定的原因とし、死亡しなかった（生存していた）ことを仮定的結果と設定して因果関係の有無を判断するという判断手法は、医師の過失が作為の場合には行われていない。実際には、裁判例においても、当該手技の具体的内容、その手技と死亡との間の時間的連続性及び接着性、手技の逸脱の程度、手術ミスによって損傷を受けた部位及びそれが生体の生命活動に与える影響、当該患者自身の耐術能等を仔細に検討したうえで、まさに当該医的侵襲行為が患者を死亡させたのか、が問題とされているのである（注24）。したがって、ここでは、医師には、診療行為の不確実性を前提とした生存可能性の保護という義務射程が及んでおらず、相当程度の可能性法理による不法行為責任を正当化できる基礎がないというべきであろう。

もっとも、医療訴訟においては、作為であっても不作為と同様に過失が患者の死亡を惹起したことを立証することは必ずしも容易ではなく、ここでも不確実性が存在するとの批判はあり得る。そうであるならば、作為の場合も相当程度の可能性法理の適用を認めれば

うが妥当であるとの考え方も成り立ち得よう。しかしながら、作為において問題となる不確実性は、因果関係の解明に医学的機序という専門的考察が必要となり、因果関係の存否が不透明になりやすいことに起因することが本質であって、治療効果の不確実性のため相当程度の可能性に向けられた診療行為が医師の義務射程とされていることとは無関係である。確かに、因果関係に関わる医学的機序の議論が、医療訴訟においてしばしば不毛な科学論争を招いてきたことは事実だが、この点については、最高裁が、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」ではないとし、「通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるもの」で足りると判示していることから（注25）、立証の困難性に対する手当はかなりの程度なされている（注26）。したがって、本稿では、この法理が適用されるのは、不作為による医療過誤に限られるものと解しておきたい。

（五）説明義務違反と相当程度の可能性法理

いわゆる説明義務違反においても、死亡や重大な後遺症との間の因果関係が認められれば、医師は、患者が被った全損害について賠償責任を負うことになるが、これを認めるには、検査の懈怠や診断ミスなどの過失とは異なる難問が立ちはだかる。なぜなら、説明義務違反の場合には、医師が説明義務を尽くしていたならば死亡や重大な後遺症が発生しなかったといえるかが検討されることになるが、医師の説明が患者の意思決定に与えた影響について、それを根拠づける医学的知見など存在するはずもないからである。これは、患者自身の性格や人生観に左右されやすい問題で、医学的知見を活用した客観的な立証活動に馴染まない。説明義務違反のこのような特殊

性から、多くの事案では、真偽不明の状態に陥り自己決定権の侵害の問題として、低額の慰謝料賠償で処理されてきた(注27)。

しかしながら、説明義務違反においても、医師が説明義務を尽くしていた場合における死亡等の結果が生じなかった相当程度の可能性の存否は問題になり得るはずである(注28)。しかも、医師の説明が患者の意思決定に与えた影響の不透明性を考えれば、説明義務違反が認定された場合こそ、相当程度の可能性法理を適用する実益が大きいかもいえる。然るに、相当程度の可能性法理が登場した平成12年判決以降も、説明義務違反において、相当程度の可能性の存否を検討せず、自己決定権侵害で処理するのが下級審実務の趨勢のようである(注29)。その原因は、相当程度の可能性法理に対する下級審の位置づけにあるものと思われる。すなわち、前述したように、下級審は、相当程度の可能性という保護法益を期待権に準じた人格的利益と位置づけていることから、少額の慰謝料賠償が正当化されているのである。そうすると、その内容は、自己決定権侵害を理由とする医師の賠償責任と変わらないものとなり、相当程度の可能性法理を適用する実益は小さくなる。その結果、説明義務違反との関係では、従来のように自己決定の侵害として処理するという運用が続いているのではないかと推察される(注30)。

しかしながら、最高裁の12年判決に関する前記杉原調査官解説が示唆するように、相当程度の可能性侵害を理由とする高額な慰謝料や逸失利益などの財産的損害の賠償も認められるようになると、その射程は、自己決定侵害とは根本的に異質のものとなり、説明義務違反との関係でも相当程度の可能性法理を適用する実益が大きくなるものと思われる。また、そのような考え方を採用しなくても、相

当程度の可能性侵害を理由とする慰謝料の賠償額が自己決定権侵害を理由とする慰謝料よりも高額となれば、相当程度の可能性法理を説明義務違反の事案に適用する意義は大きい。

三 相当程度の可能性法理に関する下級審判例

1 方法

医療訴訟における相当程度の可能性法理について、平成12年判決以降の下級審判例の傾向を分析する。具体的には、相当程度の可能性の有無について判断した下級審判例を検索し、①相当程度の可能性の有無、②疾患名、③転帰、④過失類型（特に、作為であるか不作為であるか）、⑤鑑定・意見書の有無、⑥損害費目とその額、⑦賠償額算定において考慮した事情、⑧賠償額算定で考慮された統計資料の有無・内容に整理し、特に言及しておきたい事項がある場合には、⑨特記事項として付記する。

この検討の主たる目的は、下級審が相当程度の可能性の存在を認めた場合における、その損害費目と賠償額の傾向を把握すると同時に、賠償額の算定に影響を与えている事情に関し重要な示唆を得ることにある。したがって、個々の下級審判例の判決内容の当否には立ち入らない。また、本稿は、作為形式の過失類型に相当程度の可能性法理を採用することに消極的な立場を採るので、過失類型についても分類した。この過失類型には、説明義務違反も含めた。というのも、説明義務違反について、従来の自己決定権侵害構成ではなく、相当程度の可能性法理を採用したものが存在する可能性があるからである。さらに、鑑定実施の有無や協力医作成の意見書が証拠資料になっているか否かも記載した。これらが賠償額の算定に与えた影響について何らかの示唆を

得たいからである。同じ理由で、損害額算定の判断資料とされた統計資料が確認できた場合には、その内容も記載した。

なお、上記の検討項目の中には次のような留意点がある。まず、④過失類型については、基本的に相当程度の可能性の有無が検討されたものを選別している。したがって、裁判所が認めなかった過失は原則として記載していない。もっとも、説明義務違反については、相当程度の可能性法理との関係を探るために、説明義務違反を認定したものは全て記載した。また、過失を否定していても、相当程度の可能性の有無に言及した裁判例については、過失類型を記載し旨特記事項で明らかにした。次に、⑤鑑定・意見書の有無については、特に意見書の有無の確認に限界があったことに触れておきたい。裁判所が判決文中で意見書であることを明示していない場合、意見書が存在していても甲・乙号証の中に埋没してしまうが、恣意的判断を避けるため、判決文中で意見書であることが明示されている場合のみ、意見書ありと表記した。したがって、意見書なしと表記した裁判例の中には、意見書が証拠提出されているものが一定程度含まれている可能性がある。⑥損害費目と賠償額については、簡便化のため、慰謝料及び逸失利益並びに介護費用などの重要なものとどめた。したがって、弁護士費用その他の損害は省略しており、そのため認容額とは一致しない。もっとも、特筆すべき損害費目がある場合には、特記事項の中で紹介する。最後に、⑧統計資料については、賠償額算定の際に資料となっているものと思われるものを記載している。したがって、証拠資料として何らかの統計資料が医学的知見として現れていても、裁判所が賠償額を算定するうえで統計資料を参考にしていないと思われるものについては、統計資料なしと表記している。

2 検索結果

(一) 相当程度の可能性の有無

検索結果は、別表1記載のとおりである。対象判例は157件で、相当程度の可能性の有無について検討した裁判例は155件であった。そのうち、相当程度の可能性の存在を肯定したものは110件（約71%）、否定したものは45件（約29%）である。こうしてみると、否定した裁判例も3分の1弱存在することになり、決して少なくはないといえそうである。ちなみに、相当程度の可能性を検討しなかった2件の裁判例は、期待権侵害または自己決定権侵害を理由に慰謝料を認容したものである（注31）。

もっとも、裁判例の中には、過失を否定したうえで、傍論として相当程度の可能性の有無に言及しているものが17件存在していた（判例番号4、14、18、37、39、40、56、73、81、88、93、94、100、103、104、106、133）。これらの裁判例に共通する点は、過失を否定した事案の全てが相当程度の可能性の存在も同時に否定していること、簡潔に結論のみ示すものが多いことである。判決の結論を作用せず議論の実益がないためか、慎重に検討されていない形跡が窺えた。

そこで、これらの裁判例を除外し、何らかの過失（説明義務違反を含む）を認定したうえで相当程度の可能性を検討した裁判例に限ると、

母数は138件となり、そのうち、相当程度の可能性を肯定したものは110件（約80%）、否定したものは28件（約20%）となる。

（別表1）下級審判例一覧

- ①相当程度の可能性の有無、②疾患名、③転帰、④過失類型、⑤鑑定・意見書の有無、⑥損害費目及び額、⑦算定根拠、⑧統計資料、⑨特記事項

〈慰謝料のみ認容した裁判例及び相当程度の可能性を否定した裁判例〉

<p>1. 東京地判 R2.1.30（ウエストロー・ジャパン） ①あり、②誤嚥性肺炎、③死亡、④不作為（転倒防止義務違反）、⑤なし・なし、⑥慰150万円、⑦診療経過（誤嚥性肺炎を繰り返していたこと）、既往歴（認知症等）、長期の余命考え難い、⑧なし</p>
<p>2. 東京地判 R元 .10.17（ウエストロー・ジャパン） ①なし、②自閉症、③後遺症（重度知的障害）、④説明義務違反、⑤あり・あり、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨但し、説明義務違反との関係で相当程度の可能性はなかったとしたうえで、自己決定権侵害を理由に、慰300万円を認容している。</p>
<p>3. 東京地判 R元 .9.12（判例秘書） ①あり、②大腸ポリープ、心房細動、③死亡、④不作為（休業期間短縮義務違反）、⑤あり・あり、⑥慰900万円、⑦診療経過、手術の侵襲自体に伴う脳梗塞発症リスク、過失の内容・程度、可能性の程度、⑧なし</p>
<p>4. 東京地判 R元 .8.29（判時2450・2451号19頁） ①なし、②子宮破裂、③胎児死亡、④不作為（検査義務違反）、⑤なし・あり、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及。</p>
<p>5. 大阪地判 R元 .5.29（医療判例解説85号67頁） ①なし、②心筋梗塞、③死亡、④不作為（検査義務、経過観察義務違反）、⑤なし・あり、⑥一、⑦一、⑧なし</p>
<p>6. 神戸地判 H31.4.9（判時2427号48頁） ①一、②未破裂脳動脈瘤、③後遺症（高次脳機能障害による神経系統又は精神の障害5級の1の2）、④不作為（検査義務違反）、説明義務違反、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨但し、説明義務違反による自己決定権侵害を理由に慰300万円を認め、相当程度の可能性の有無については判断していない。</p>

<p>7. 岡山地判 H31.3.29 (ウエストロー・ジャパン) ①あり、②乳癌(浸潤性乳管癌)、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰200万円、⑦一切の事情、⑧なし</p>
<p>8. 東京高判 H30.9.26 (ウエストロー・ジャパン) ①あり、②胃癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰200万円、⑦可能性の程度、生存期間長くない、⑧なし</p>
<p>9. 東京地判 H30.3.22 (判例秘書) ①あり、②若年性アルツハイマー型認知症、急性膀胱炎、下大静脈血栓症、③死亡、④不作為(医師の診察受診義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰300万円、⑦過失態様、可能性の程度、⑧なし</p>
<p>10. 横浜地判 H29.11.29 (判例秘書) ①あり、②先天性回腸閉鎖症、③後遺症(軽度ないし中等度の知的能力障害)、④作為(ラボナル過剰投与)、⑤あり・なし、⑥慰500万円、⑦初歩的・重大な過失、結果重大(就労可能性完全喪失)、⑧なし、⑨本件では、相当程度の可能性侵害を理由とする慰謝料のほかに、過失と因果関係が認められる損害(入院慰謝料、通院付添料、交通費等)の賠償も認められ、認容された賠償額の総額は840万4400円となっている。</p>
<p>11. 福岡高判 H29.10.27 (ウエストロー・ジャパン) ①あり、②急性心筋梗塞、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰1500万円、⑦過失態様は悪質かつ重大、⑧なし、⑨死亡との間の因果関係を認めて7169万7583円の損害賠償を認容した原判決を変更した。</p>
<p>12. 鹿児島地判 H29.10.25 (ウエストロー・ジャパン) ①あり、②潰瘍性消化管出血、③死亡、④作為(禁忌薬の投与)、不作為(人工換気実施義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰150万円、⑦年齢(90歳)、可能性の程度高くない、⑧なし、⑨作為・不作為の両方との関係で、相当程度の可能性を認めた。</p>
<p>13. 東京地判 H29.5.26 (判タ1459号199頁) ①あり、②胃癌、③死亡、④不作為(受診指導義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰200万円、⑦早期発見に対する患者の強い関心、過失態様、予後不良、⑧なし、⑨過失時の病期を特定できないとして、統計資料の活用を否定した。</p>
<p>14. 大阪高判 H29.2.9 (判時2379号76頁) ①なし、②多発性骨髄腫、③死亡、④作為(免疫抑制剤の過剰投与)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧合併症(脳血管障害)の発症率5%未滿、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及。</p>

15. 名古屋高判 H29.2.2 (判例秘書)

①あり、②胆管細胞癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰450万円、⑦著しい過失、⑧なし、⑨過失が著しいことを考慮して、原審が認容した額(慰200万円)を増額した。

16. 岡山地判 H29.1.25 (判例秘書)

①あり、②臍帯巻絡、低酸素脳症、③後遺症(脳性麻痺、常時要介護)、④不作為(分娩監視義務、緊急帝王切開実施義務、蘇生義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰300万円、⑦結果重大、⑧なし

17. 宮崎地判 H29.1.25 (判例秘書)

①あり、②重症熱傷、③死亡、④不作為(転医義務)、⑤なし・なし、⑥慰200万円、⑦可能性の程度高くない、診療経過、過失態様、⑧受傷面積70%台で死亡率80.3%(本件の受傷面積は90%)

18. 大阪高判 H29.1.20 (ウエストロー・ジャパン)

①なし、②脳梗塞、③後遺症、④不作為(転医義務違反)、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及。

19. 東京地判 H28.11.17 (判タ1441号233頁、判時2351号14頁)

①なし、②脳梗塞、③死亡、④作為(経鼻経管栄養の注入速度)、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧なし

20. 大阪地判 H28.6.7 (医療判例解説66号30頁)

①なし、②うつ病、③死亡(自殺)、④作為(パキシルの投与)、説明義務違反、⑤なし・あり、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨作為による過失・説明義務違反について判断せずに、パキシルの投与と患者の自殺との間の因果関係及び相当程度の可能性を否定し、原告の請求を棄却している。

21. 松江地判 H28.4.25 (判例秘書)

①なし、②肺癌、③死亡、④作為(鎮咳剤の過剰投与)、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨但し、過剰投与によるせん妄症状との関係で因果関係を認めた(慰50万円)。

22. 千葉地判 H28.3.25 (判例秘書)

①あり、②内痔核、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰800万円、⑦可能性の程度高い、年齢(61歳)、過失の程度、⑧死亡率30%(J鑑定)、救命可能性50%~60%(M鑑定)、⑨被告Y1との関係では死亡との間の因果関係を認め(逸失利益1669万7800円、死亡慰謝料2400万円)、被告Y2との関係で相当程度の可能性を認めた。

<p>23. 福井地判 H28.3.23 (判例秘書) ①あり、②交通事故外傷(肝損傷)、③死亡、④不作為(転医義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰200万円、⑦可能性の程度高くない、過失態様、診療経過、⑧重症例における来院から手術まで1時間以内10.6%、2時間以内46.9%</p>
<p>24. 大阪地判 H28.3.8 (判時2318号59頁) ①あり、②脳梗塞、③後遺症(重度の失語症、脳血管性認知症)、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰150万円、⑦後遺症の軽減可能性の程度小さい、過失態様、⑧概括的予後評価1ランク以上の改善率約50%～80%</p>
<p>25. 東京高判 H28.2.24 (判タ1440号129頁) ①なし、②網膜剝離、③後遺症(1眼失明)、④不作為(転医義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし</p>
<p>26. 大阪高判 H27.11.11 (判時2304号54頁) ①なし、②感染性心内膜炎、③死亡、④不作為(検査義務違反)、説明義務違反、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨但し、説明義務違反による自己決定権侵害を理由に慰300万円を認容した。</p>
<p>27. 広島高判 H27.5.27 (判時2271号48頁) ①あり、②肺血栓塞栓症、③死亡、④不作為(ワーファリン調整義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰300万円、⑦過失態様、⑧なし</p>
<p>28. 大阪地判 H27.5.11 (判時2304号62頁) ①なし、②感染性心内膜炎、③死亡、④不作為(検査義務、転医義務違反)、説明義務違反、⑤なし・あり、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨但し、説明義務違反との関係で相当程度の可能性を否定したが、自己決定権侵害を認めて慰300万円を認容している。</p>
<p>29. 岐阜地判 H27.4.15 (判例秘書) ①あり、②胆管細胞癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰200万円、⑦予後不良、1ヶ月程度の治療の遅れ、⑧再発率76%、5年生存率0%</p>
<p>30. 東京地判 H27.2.18 (判例秘書) ①あり、②網膜静脈分岐閉塞症、③後遺症(1眼失明)、④不作為(転医義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰80万円、⑦後遺症の内容(1眼の視力喪失)、可能性の程度、⑧なし</p>
<p>31. 東京地判 H26.12.5 (ウエストロー・ジャパン) ①あり、②未破裂脳動脈瘤、③後遺症(認知症)、④不作為(転落事故防止義務違反)、説明義務違反、⑤なし・なし、⑥慰200万円、⑦本件手術は予防的なもの、患者が手術の実施に不安を訴えていたこと、⑧なし、⑨説明義務違反との関係で相当程度の可能性を肯定しながら、侵害された権利は自己決定権であるとした。</p>

32. 東京地判 H26.11.27 (ウエストロー・ジャパン)

①なし、②肝癌、③死亡、④説明義務違反、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨説明義務違反との関係で相当程度の可能性を否定したが、自己決定権侵害を肯定して慰200万円を認容した。

33. 東京地判 H26.9.10 (判時2254号52頁)

①あり、②大腸癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰350万円、⑦予後不良(進行癌)、一定期間の余命、⑧なし

34. 福岡高判 H26.9.4 (判例秘書)

①あり、②腸重積、③死亡、④不作為(検査義務、転医義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰300万円、⑦診療経過、過失の内容、可能性の程度、⑧なし、⑨C医師との関係では相当程度の可能性侵害にとどまったが、D・E医師との関係で死亡との間の因果関係を認めた(死亡慰謝料1400万円。但し、逸失利益なし)。

35. 東京高判 H26.5.29 (判例秘書)

①あり、②脳腫瘍、③後遺症(高次脳機能障害)、④不作為(術後管理)、⑤あり・なし、⑥慰1000万円、⑦後遺症軽減の可能性の程度、⑧なし、⑨形式的には期待権侵害の構成を採用しながら、可能性に言及。

36. 神戸地判 H26.5.29 (判例秘書)

①あり、②児頭骨盤不均衡、③後遺症(脳性麻痺、労働能力100%喪失)、④不作為(緊急帝王切開実施義務違反)、説明義務違反、⑤あり・なし、⑥慰500万円、⑦年齢(0歳)、結果重大、⑧なし、⑨但し、説明義務違反による自己決定権侵害を理由に慰200万円が別途認容されている。

37. 広島高判 H26.4.24 (判時2226号31頁)

①なし、②脳出血、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及。

38. 東京地判 H26.2.26 (判タ1411号317頁)

①あり、②絞扼性イレウス、③死亡、④不作為(転医義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰1000万円、⑦可能性の程度、過失態様、年齢(72歳)、⑧なし

39. 東京地判 H26.1.31 (ウエストロー・ジャパン)

①なし、②褥瘡、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及。

40. 新潟地判 H25.12.25 (自保ジャーナル1931号178頁)

①なし、②アルツハイマー認知症、③死亡、④不作為(転倒事故防止義務違反)、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及。

<p>41. 東京地判 H25.12.25 (判タ1410号287頁) ①あり、②一過性脳虚血発作 (TIA)、③後遺症 (身体障害者1級)、④不作為 (問診義務等違反)、⑤なし・なし、⑥慰600万円、⑦後遺症の程度、年齢 (74歳)、過失態様・程度、⑧ TIA 発症後平均1日後に治療を受けた場合における90日以内の大きな脳卒中発症率2.1%</p>
<p>42. 福岡地判 H25.11.1 (判例秘書) ①なし、②大腸癌、③死亡、④不作為 (検査義務違反)、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧5年生存率15.9%、⑨最判 H23.2.25の射程範囲を不法行為責任の成否に関するものと位置づけ、本件では、期待権侵害ではなく、債務不履行による慰180万円を認容した。</p>
<p>43. 福岡地判 H25.9.17 (判例秘書) ①あり、②歯根嚢胞、③死亡、④不作為 (患者の全身管理を歯科麻酔医に委ねるべき義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰200万円、⑦診療経過、⑧鑑定は実施されていないが、医療事故調査委員会の報告書が書証として提出されている。</p>
<p>44. 東京地判 H25.9.12 (判例秘書) ①あり、②うっ血性心不全、連合弁膜症、心房細動、③死亡、④不作為 (血中濃度測定義務違反)、作為 (ジギタリス過剰投与)、⑤なし・なし、⑥慰500万円、⑦可能性の程度大きくない、延命期間は短期間、⑧なし、⑨不作為との関係で相当程度の可能性を認め、作為との関係では過失を否定した。</p>
<p>45. 京都地判 H25.6.25 (判例秘書) ①あり、②スキルス胃癌、③死亡、④不作為 (検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰800万円、⑦可能性の程度かなり高い (治療の遅れ約10ヶ月)、⑧切除例の5年生存率18.4%</p>
<p>46. 神戸地判 H25.4.18 (判例秘書) ①あり、②脳出血、③後遺症 (右片麻痺、高次脳機能障害、運動性失語等)、④作為 (胃管の誤挿管)、⑤なし・なし、⑥慰50万円、⑦軽減可能性十分あり、⑧なし、⑨但し、本件過失と合併症 (緊張性気胸、膿胸) との間の因果関係を認め、慰350万円を別途認容している。なお、本件は作為との関係で相当程度の可能性法理を適用した。</p>
<p>47. 名古屋高判 H25.4.12 (判例秘書) ①あり、②スキルス胃癌、③死亡、④不作為 (検査義務、転医義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰160万円、⑦治療の遅れ約1ヶ月半、切除可能性不明、⑧切除例の1年生存率60%、5年生存率10% 台、⑨原審が認容した慰200万円を減額している。</p>
<p>48. 横浜地判 H25.1.31 (判例秘書) ①あり、②うつ病 (自殺未遂)、③後遺症 (遷延性意識障害)、④不作為 (問診義務等違反)、⑤なし・なし、⑥慰300万円、⑦自殺防止の可能性高くない、過失は重大でない、⑧なし、⑨但し、近親者慰として別途30万円が認容されている。</p>

49. 札幌地判 H24.9.5 (判時2169号51頁)

①あり、②大動脈解離(スタンフォードB型)、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰600万円、⑦可能性の程度比較的高い、若年、若年者の大動脈解離はまれ、過失の程度(画像上の異常所見は一見明白ではない)、⑧院内生存率71%

50. 仙台地判 H24.7.19 (判例秘書)

①なし、②一絨毛膜二羊膜性双胎(MD双胎)、③後遺症(脳性麻痺、身体障害者1級)、④不作為(分娩監視義務違反)、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧MD双胎の脳性麻痺等発生頻度5.5%～16.4%

51. 仙台地判 H24.5.7 (判例秘書)

①あり、②乳癌(HER2陽性)、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰300万円、⑦過失重大でない、悪性度高い、ホルモン療法の適応がない、治療の遅れは約4ヶ月程度、抗がん剤治療も副作用で中断、⑧乳癌全般の5年生存率79.8%、⑨減額事由について詳細に言及している。

52. 福岡地判 H24.3.27 (判時2157号68頁)

①あり、②一過性脳虚血発作(TIA)、心房細動、③後遺症(要介護3級)、④不作為(診断義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰400万円、⑦可能性の程度低くない、結果重大、高血圧、喫煙1日平均20本・飲酒3合以上、⑧なし

53. 東京地判 H23.12.9 (判タ1412号241頁)

①あり、②肺血栓塞栓症、③後遺症(身体障害者1級)、④不作為(予防措置義務違反)、説明義務違反、⑤なし・なし、⑥慰800万円、⑦過失態様、後遺症の程度、年齢(73歳)、⑧なし、⑨不作為との関係では相当程度の可能性ありとしたが、説明義務違反との関係では相当程度の可能性はないとした。なお、説明義務違反について自己決定権侵害の有無には言及していない。

54. 大阪地判 H23.7.25 (判タ1354号192頁)

①なし、②羊水塞栓症、③死亡、④不作為(輸血の遅れ)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨但し、本件過失を「著しく不適切」と評価し(最判H23.2.25・判時2108号45頁)、期待権侵害を理由とする慰60万円を認容した。

55. 金沢地判 H23.5.31 (判例秘書)

①あり、②胎児機能不全、③後遺症(脳性麻痺、身体障害者1級)、④不作為(分娩監視義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰300万円、⑦後遺症の残存可能性否定できない、障害の内容・程度、⑧なし

56. 千葉地判 H23.4.15 (医療判例解説35号30頁)

①なし、②ヘルペス脳炎、③後遺症(記憶力障害等)、④不作為(転医義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及。

<p>57. 東京地判 H23.4.14 (ウエストロー・ジャパン) ①あり、②管内胆管癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰200万円、⑦一切の事情、⑧肝拡大右半切除を実施した場合の1年生存率77%、3年生存率50.9%</p>
<p>58. 東京地判 H23.4.14 (判例秘書) ①あり、②スキルス胃癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰500万円、⑦過失は重大、⑧スキルス胃癌の根治切除率34.7%、患者の5年生存率10%以下(三森鑑定)・16%未満(荻原鑑定)・35%(東風鑑定)</p>
<p>59. 千葉地判 H23.3.25 (医療判例解説36号111頁) ①なし、②慢性脾炎、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・あり、⑥一、⑦一、⑧なし</p>
<p>60. 東京地判 H23.3.23 (判例秘書) ①なし、②喉頭癌、③後遺症(発声機能喪失)、④不作為(検査義務違反)、説明義務違反、⑤なし・あり、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨但し、説明義務違反による自己決定権侵害を理由に慰200万円を認容した。</p>
<p>61. 広島高判 H23.3.9 (判例秘書) ①あり、②心室細動、③後遺症(体幹機能障害1級)、④不作為(救急患者の受入体制の不備)、⑤あり・あり、⑥慰500万円、⑦著しい過失、軽減程度不明、⑧除細動が1分遅れる毎に救命率7%～10%低下、⑨救急医療センターの電話のコンセントが外れていたために不通となっていたという特殊な事案</p>
<p>62. 高松高判 H23.1.21 (判例秘書) ①あり、②腎移植後の術後感染、③死亡、④不作為(検査義務違反)、作為(薬剤投与)、⑤あり・なし、⑥慰450万円、⑦可能性の程度、⑧なし、⑨本件では、作為・不作為の両方に相当程度の可能性を認めたが、慰謝料は総額方式である。</p>
<p>63. 名古屋地判 H23.1.12 (医療判例解説37号123頁) ①あり、②スキルス胃癌、③死亡、④不作為(検査義務、転医義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰200万円、⑦転医までの期間(約3ヶ月)、スキルス胃癌の予後、⑧なし、⑨死亡との間の因果関係について原告の主張がないため、因果関係の存否は判断されていない。</p>
<p>64. さいたま地判 H22.12.16 (判例秘書) ①あり、②アナフィラキシーショック、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰400万円、⑦年齢(4歳)、可能性の程度高くない、過失態様、⑧なし</p>

65. 横浜地判 H22.11.25 (医療判例解説33号101頁)

①あり、②膀胱癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰300万円、⑦診療経過、過失の内容・態様、可能性の程度、予想される生存期間、⑧臨床病期がT3bの場合、5年生存率約20%～40%、3年生存率約50%、多くは2年以内に死亡。

66. 大阪地判 H22.9.29 (判時2116号97頁)

①あり、②肝硬変、③死亡、④説明義務違反、⑤なし・なし、⑥慰400万円、⑦可能性の程度高い、⑧肝移植後の1年後生存率78%、5年後生存率69.8%、10年後生存率64%、⑨説明義務違反に相当程度の可能性法理を適用した。

67. 東京高判 H22.7.15 (ウエストロー・ジャパン)

①あり、②絞扼性イレウス、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰400万円、⑦診療経過、過失の内容・態様、被告病院は第二次救急医療機関、可能性の程度、⑧なし

68. 仙台地判 H22.6.30 (判例秘書)

①なし、②肝癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨但し、期待権を相当程度の可能性とは別個のそれ自体独立の利益であるとして、期待権侵害を理由に慰100万円を認容したが、最判 H23.2.25以前の事案である。

69. 横浜地判 H22.5.13 (医療判例解説30号97頁)

①あり、②肺癌、③死亡、④作為(抗癌剤の過剰投与)、説明義務違反、⑤なし・あり、⑥慰200万円、⑦生存可能性の程度、他の治療法の選択可能性、説明義務違反、⑧なし、⑨作為との関係で相当程度の可能性を認めた。なお、説明義務違反も認めたが、慰謝料算定で考慮するにとどまる。

70. 松江地判 H22.4.12 (判例秘書)

①あり、②乳癌(HER2陽性)、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰700万円、⑦極めて初歩的な過失(医療現場で2度とあってはならない)、⑧再発減少率47%、死亡減少率26%、⑨慰謝料の増額事由に明示的に言及し、比較的高額な賠償額を算定している。

71. 松江地判 H22.3.1 (判例秘書)

①なし、②低酸素脳症、③後遺症(脳性麻痺、体幹機能障害・四肢麻痺・摂食嚥下障害等)、④不作為(分娩管理義務違反)、⑤あり・あり、⑥一、⑦一、⑧なし

72. 東京地判 H21.10.29 (判タ1335号175頁)

①あり、②絞扼性イレウス、③死亡、④不作為(検査義務違反、開腹手術の遅れ)、⑤なし・なし、⑥慰200万円、⑦過失態様、可能性の程度、診療経過、⑧なし

73. 東京地判 H21.10.28 (ウエストロー・ジャパン)

①なし、②大腸癌、③死亡、④作為(手技ミス)、不作為(術後管理)、⑤あり・あり、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨作為・不作為の過失を共に否定したが、相当程度の可能性の有無については不作為との関係でのみ言及している。

<p>74. 大阪地判 H21.9.29 (判タ1319号211頁) ①あり、②肺血栓塞栓症、③死亡、④不作為(予防処置義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰150万円、⑦過失軽微、可能性の程度低い、⑧なし</p>
<p>75. 東京高判 H21.6.25 (ウエストロー・ジャパン) ①あり、②術後感染(MRSA 感染症)、③死亡、④不作為(術後管理)、説明義務違反、⑤なし・なし、⑥慰500万円、⑦諸般の事情、⑧なし、⑨不作為との関係で相当程度の可能性を否定し、説明義務違反との関係で相当程度の可能性を肯定した。</p>
<p>76. 徳島地判 H21.4.27 (判例秘書) ①あり、②弛緩出血、羊水塞栓症、③死亡、④不作為(転医義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰300万円、⑦諸般の事情、⑧救命率10～40%</p>
<p>77. 秋田地判 H21.4.24 (判例秘書) ①あり、②シンナー中毒、③後遺症(遷延性意識障害)、④不作為(治療義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰100万円、⑦患者の落ち度、⑧なし</p>
<p>78. 横浜地判 H21.4.15 (医療判例解説26号63頁) ①あり、②消化管穿孔、③死亡、④不作為(開腹手術実施義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰400万円、⑦一切の事情、⑧救命率約50%(C 鑑定)、救命率25%(D 鑑定)、延命可能性10～35.5%(E 鑑定)</p>
<p>79. 東京地判 H21.3.25 (判例秘書) ①あり、②膵臓痛、③死亡、④不作為(治療義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰500万円、⑦診療経過、過失態様、可能性の程度、⑧1年生存56.8%、5年生存12.2%</p>
<p>80. 大阪地判 H21.3.25 (判タ1297号224頁) ①あり、②弛緩出血、羊水塞栓症、③死亡、④不作為(輸液実施義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰1500万円、⑦可能性の程度高い、年齢(39歳)、過失態様、家族構成(新生児あり)、⑧なし</p>
<p>81. 前橋地判 H21.2.27 (判タ1314号267頁) ①なし、②髄膜炎、③死亡、④不作為(転医義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及</p>
<p>82. 東京高判 H21.2.3 (判例秘書) ①あり、②くも膜下出血、③死亡、④説明義務違反、⑤あり・なし、⑥慰200万円、⑦年齢(44歳)、⑧なし、⑨説明義務違反に相当程度の可能性法理を採用</p>
<p>83. 仙台地判 H21.1.27 (判例秘書) ①あり、②急性胆管炎、③死亡、④不作為(ドレナージ実施義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰300万円、⑦過失態様、⑧なし</p>

<p>84. 名古屋地判 H20.10.31 (判タ1325号210頁、判時2061号65頁) ①あり、②術後感染、③死亡、④不作為(投薬変更義務違反)、説明義務違反、⑤あり・なし、⑥慰300万円、⑦延命わずか、⑧なし、⑨過失と説明義務違反を抱き合わせて、相当程度の可能性を肯定</p>
<p>85. 広島高判 H20.10.10 (医療判例解説32号8頁) ①なし、②肺血栓塞栓症、③後遺症、④不作為(検査義務、転医義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨相当程度の可能性を否定したが、期待権侵害を認めて慰300万円を認容した。</p>
<p>86. 大阪地判 H20.9.24 (ウエストロー・ジャパン) ①あり、②多発性脳梗塞、③死亡、④不作為(術後管理)、⑤なし・なし、⑥慰1200万円、⑦可能性の程度相当高い、⑧なし</p>
<p>87. 仙台高判 H20.8.28 (判例秘書) ①あり、②肺癌、③後遺症(左肺全摘)、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰500万円、⑦過失態様、⑧なし</p>
<p>88. 大阪地判 H20.3.26 (判時2029号78頁) ①なし、②術後感染、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及</p>
<p>89. 京都地判 H20.2.29 (判例秘書) ①あり、②心タンポナーデ、③死亡、④不作為(ドレナージ実施義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰1000万円、⑦可能性の程度、回復・社会復帰の可能性、⑧なし</p>
<p>90. 大阪地判 H20.2.27 (判タ1267号246頁) ①あり、②心臓弁膜症、③死亡、④不作為(止血処置義務違反、検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰450万円、⑦可能性の程度低い、過失類型、年齢(74歳)、⑧なし</p>
<p>91. 徳島地判 H20.2.15 (判例秘書) ①あり、②疣痔、脳梗塞、③後遺症(身体障害者2級)、④不作為(転医義務違反)、説明義務違反、⑤あり・なし、⑥慰200万円、⑦一切の事情、⑧なし、⑨説明義務違反について相当程度の可能性法理を採用していないが、相当程度の可能性侵害の慰謝料額算定に吸収されている。</p>
<p>92. 大阪地判 H20.2.13 (判タ1270号344頁、別冊ジュリスト219号88頁) ①あり、②瘻性斜頸、③死亡、④不作為(治療義務違反)、説明義務違反、⑤あり・なし、⑥慰450万円、⑦可能性の程度、過失態様、診療経過、⑧なし、⑨不作為による相当程度の可能性侵害のほかに、説明義務違反による自己決定権侵害を理由に慰180万円を認容している。</p>
<p>93. 東京地判 H20.2.12 (判時2054号60頁) ①なし、②頭蓋内損傷、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及</p>

<p>94. 那覇地沖繩支判 H20.2.7 (判例秘書) ①なし、②くも膜下出血、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及</p>
<p>95. 東京地判 H20.1.21 (判例秘書) ①あり、②変形性膝関節症、③後遺症(下肢切断)、④作為(手技ミス)、不作為(検査義務違反)、説明義務違反、⑤なし・あり、⑥400万円、⑦結果重大、過失(3つ)重大、うつ病発症、⑧結果回避可能性51.9%～64.3%、⑨作為・不作為・説明義務違反それぞれに相当程度の可能性の存在を肯定。但し、賠償額算定は総額方式</p>
<p>96. 東京高判 H19.12.19 (ウエストロー・ジャパン) ①なし、②術後感染、③死亡、④不作為(術後管理)、⑤なし・あり、⑥一、⑦一、⑧救命可能性20%～60%、予測死亡率40%～80%</p>
<p>97. 大阪地判 H19.11.21 (判タ1265号263頁) ①あり、②髄膜炎、③後遺症(両眼失明)、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰600万円、⑦可能性の程度、過失態様、年齢(35歳)、家族構成(新生児あり)、⑧なし</p>
<p>98. 大阪地判 H19.10.31 (判タ1263号311頁、判時2023号120頁) ①一、②脳室周囲白質軟化症、③後遺症(運動障害)、④不作為(経過観察義務違反、治療義務違反)、説明義務違反、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨相当程度の可能性法理の有無に言及せず期待権侵害を理由に慰30万円を認容している。</p>
<p>99. 東京地判 H19.9.20 (判例秘書) ①あり、②インフルエンザ脳症、③死亡、④不作為(入院処置義務、経過観察義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰210万円、⑦可能性の程度、過失態様、⑧死亡例14%～30%</p>
<p>100. 東京地判 H19.8.31 (判例秘書) ①なし、②スティーブンス・ジョンソン症候群(SJS)、中毒性表皮壊死症(TEN)、③死亡、④不作為(経過観察義務、治療義務違反)、⑤あり・あり、⑥一、⑦一、⑧死亡率(SJS) 6.3%～7.3%、(TEN) 20%～30%、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及</p>
<p>101. 東京地判 H19.8.24 (判タ1283号216頁) ①あり、②大腸癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰150万円、⑦診療経過、過失態様、可能性の程度、生存期間、日常生活動作、⑧Ⅰ期95%、Ⅱ期80%、Ⅲ期70%</p>

102. 大阪地判 H19.7.30 (判時2017号110頁)

①あり、②肝臓癌、③死亡、④説明義務違反、⑤なし・なし、⑥慰250万円、⑦可能性の程度低い、⑧なし、⑨説明義務違反による相当程度の可能性侵害を肯定

103. 東京地判 H19.6.6 (判例秘書)

①なし、②虚血性大腸炎、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・あり、⑥一、⑦一、⑧死亡率40%～80%、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及

104. 東京地判 H19.4.13 (判例秘書)

①なし、②脳性麻痺、③死亡、④不作為(呼吸管理、血液ガス分析の懈怠)、⑤なし・あり、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及

105. 東京地判 H19.3.29 (判例秘書)

①なし、②急性脳症、③死亡、④作為(鉗子分娩)、不作為(急速遂娩の遅れ)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし

106. 山口地判 H19.2.22 (医療判例解説32号15頁)

①なし、②深部静脈血栓症、③後遺症(労働能力56%喪失)、④不作為(予防措置義務、治療義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨過失を否定したが、相当程度の可能性の有無に言及。

107. 名古屋地判 H19.2.14 (判タ1282号249頁)

①あり、②術後感染(MRSA)、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰600万円、⑦可能性の程度、腎機能の低下、⑧改善率81.6%、著明改善率35.3%

108. 東京地判 H19.1.25 (判タ1267号258頁)

①あり、②髄膜炎、③後遺症(身体障害者1級)、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰200万円、⑦結果重大、過失態様、年齢(生後10ヶ月)、⑧なし

109. 山口地岩国支判 H19.1.12 (判タ1247号310頁)

①あり、②膵臓癌、③死亡、④不作為(検査・治療・転医義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰700万円、⑦過失は重大、余命わずか、⑧なし

110. 東京地判 H18.12.8 (判タ1255号276頁)

①一、②有棘細胞癌、③死亡、④説明義務違反、⑤なし・なし、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨但し、自己決定権侵害を理由に慰200万円を認容している。

111. 京都地判 H18.10.13 (判例秘書)

①あり、②常位胎盤早期剥離、③後遺症(脳性麻痺、運動機能全廃)、④不作為(検査・経過観察義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰1000万円、母固有慰100万円、合計1100万円、⑦結果重大、可能性の程度、⑧なし

<p>112. 青森地八戸支判 H18.10.2 (判タ1244号250頁) ①あり、②ガス壊疽、③後遺症(左大腿切断、後遺障害別等級表4級)、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰300万円、⑦診療経過、過失の程度、可能性の程度、結果の重大性、⑧なし</p>
<p>113. 東京地判 H18.7.27 (判例秘書) ①なし、②ファロー四徴症、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし</p>
<p>114. 大阪地判 H18.7.14 (判例秘書) ①あり、②低酸素脳症、③死亡、④不作為(転医義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰400万円、⑦可能性の程度、過失の程度、⑧なし</p>
<p>115. 千葉地判 H18.6.26 (判例秘書) ①なし、②小児もやもや病、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし</p>
<p>116. 東京地判 H18.6.21 (判タ1236号291頁) ①あり、②急性大動脈解離、③死亡、④不作為(転医義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰300万円、⑦過失態様、可能性の程度、⑧1年死亡率10%前後、5年死亡率率13%～31%</p>
<p>117. 東京地判 H18.5.17 (判例秘書) ①あり、②脳出血、③死亡、④不作為(転医義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰300万円、⑦過失態様、可能性の程度、⑧なし</p>
<p>118. 名古屋地判 H18.3.29 (判時1956号139頁) ①あり、②心筋梗塞、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰180万円、⑦検査を拒む患者の姿勢、原告らが被告病院での継続治療を求めた、介護目的の入院、⑧なし、⑨減額事由となりうる事情を列挙して慰謝料額の算定根拠を示している。</p>
<p>119. 東京地判 H18.3.15 (判例秘書) ①あり、②低酸素脳症、③後遺症(脳性麻痺、重度精神遅滞等)、④不作為(分娩監視義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰300万円、⑦過失態様、可能性の程度、後遺症の内容、⑧なし</p>
<p>120. さいたま地判 H18.2.24 (判例秘書) ①なし、②脳出血、③死亡、④不作為(転医義務違反)、⑤なし・あり、⑥一、⑦一、⑧なし</p>
<p>121. 名古屋地判 H18.1.26 (判例秘書) ①あり(転倒事故)、なし(投薬ミス)、②前立腺肥大症、③死亡、④不作為(転倒事故)、作為(投薬ミス)、⑤なし・なし、⑥慰600万円、⑦投薬ミスの過失重大、過失の回数(転倒事故+投薬ミス)、⑧なし、⑨投薬ミスとの関係では相当程度の可能性を否定したが、損害額の算定で考慮</p>

122. 横浜地判 H18.1.25 (判例秘書)

①あり、②子宮内発育遅滞、③後遺症(運動発達・精神発達遅滞)、④不作為(転医義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰500万円、⑦一切の事情、⑧頭囲発育障害の発症率は、頭囲発育監視群で6.1%、非監視群で26.7%

123. 高松高判 H18.1.19 (判タ1226号179頁、判時1945号33頁)

①あり、②特発性肺線維症、③死亡、④不作為(専門医への転医義務)、説明義務違反、⑤あり・なし、⑥慰300万円、⑦可能性の程度、⑧10年生存率22.2%、5年生存率50%以下、⑨ほかに説明義務違反による自己決定権侵害を理由に慰200万円を認容している。

124. 甲府地判 H17.7.26 (判タ1216号217頁)

①あり、②腰椎骨折、③後遺症(下肢麻痺等)、④不作為(外科治療の不実施)、⑤あり・なし、⑥慰100万円、⑦可能性の程度低い、障害の程度、患者の国籍国における物価、診療経過、⑧なし、⑨算定においては、患者がタイ国籍であったため、タイの物価が考慮されている。また、HIV陽性であった患者に対する不適切な対応も考慮されている。

125. 東京地判 H17.7.25 (判例秘書)

①あり、②小児気管支喘息、③後遺症(身体障害者1級)、④作為(投薬ミス)、⑤あり・あり、⑥慰300万円、⑦可能性の程度、後遺症の程度、過失態様、⑧なし、⑨投薬ミスという侵襲行為(作為)について、相当程度の可能性法理を採用している。

126. 大阪高判 H17.6.15 (ウエストロー・ジャパン)

①あり、②急性脳症、③後遺症(身体障害者1級)、④不作為(転医義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰300万円、⑦少なくとも中等度以下の軽微な後遺症にとどまった相当程度の可能性(30%程度)があった、⑧完全回復率22.4%、軽微神経障害12.2%、中等度12.2%、重篤16.3%、死亡率34.7%、⑨最判 H15.11.11の差戻審。

127. 名古屋地判 H17.4.14 (判タ1229号297頁)

①あり、②子宮出血、産科DIC、③死亡、④不作為(輸血義務)、⑤あり・あり、⑥慰500万円、⑦年齢(32歳)、家族構成(新生児あり)、別訴の和解、⑧なし、⑨本訴(被告は病院)で鑑定は実施されていないが、関連事件(被告は担当医師)において、鑑定が実施されており(和解金額1250万円)、鑑定結果が本訴においても書証として証拠提出されている。

128. 仙台地判 H17.2.15 (判タ1237号294頁)

①あり、②上顎癌、③死亡、④不作為(転医義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰500万円、⑦過失態様、生存率、⑧5年生存率60%

129. 東京地八王子支判 H17.1.31 (判タ1228号246頁、判時1920号86頁)

①あり、②褥瘡、③死亡、④不作為(検査義務、栄養管理義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰200万円、⑦年齢(91歳)、免疫力の低下、多少の延命可能性、⑧なし

<p>130. 東京高判 H17.1.18 (判時1896号98頁) ①なし、②脳梗塞、③後遺症、④不作為(転医義務違反)、⑤なし・あり、⑥一、⑦一、⑧なし、⑨最判 H17.12.8の原審</p>
<p>131. 京都地判 H17.1.11 (判例秘書) ①あり、②深部静脈血栓症、③後遺症(後遺障害等級7級)、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰200万円、⑦年齢(18歳)、診療経過(2回の手術)、後遺障害の内容、可能性の程度、⑧結果回避可能性50%</p>
<p>132. 大阪地判 H16.12.22 (判タ1211号46頁、判時1902号112頁) ①あり、②慢性C型肝炎、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰300万円、⑦一切の事情、⑧代償期の5年生存率80%、10年生存率46%、非代償期の5年生存率46%、10年生存率29%</p>
<p>133. 東京地判 H16.6.7 (判例秘書) ①なし、②インフルエンザ脳症、③死亡、④不作為(治療義務違反)、作為(酸素の過剰投与)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧死亡例31%、重度後遺症9%、軽度後遺症17%、⑨不作為について過失を否定し、作為については過失の有無を検討していない。判決は、死因を病死として相当程度の可能性を否定。</p>
<p>134. 広島地判 H16.5.26 (判例秘書) ①なし、②卵巣癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし</p>
<p>135. 大阪地判 H16.4.28 (判タ1175号238頁) ①あり、②急性脳症、③死亡、④不作為(転医義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰100万円、⑦可能性の程度かなり低い、⑧なし</p>
<p>136. 東京地判 H16.3.25 (判タ1163号275頁) ①あり、②急性膵炎、③死亡、④不作為(治療義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰600万円、⑦諸般の事情、⑧生存率30%</p>
<p>137. 神戸地判 H16.2.10 (判例秘書) ①なし、②大腸癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥一、⑦一、⑧なし</p>
<p>138. 東京地判 H16.1.22 (判タ1155号131頁) ①あり、②脳梗塞、③後遺症(感覚性・運動性失語、右半身完全運動麻痺、顔面神経麻痺)、④不作為(転医義務、治療義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰100万円、⑦可能性の程度、⑧なし</p>
<p>139. 大阪地判 H15.12.18 (判タ1183号265頁) ①あり、②悪性リンパ腫、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰500万円、⑦一切の事情、⑧なし</p>

140. 東京高判 H15.8.26 (判時1842号43頁)

①あり、②神経性食思不振症、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰300万円、⑦一切の事情、⑧なし

141. 東京地判 H15.6.3 (判タ1157号227頁)

①あり、②ウォーターハウス・フリードリクセン症候群(WFS)、③死亡、④不作為(治療義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰200万円、⑦可能性の程度、⑧生存率26%

142. 東京地判 H15.5.28 (判タ1147号255頁)

①あり、②食道静脈瘤、③死亡、④不作為(検査義務、治療義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰700万円、⑦過失態様、患者の落ち度、予後不良、⑧なし

143. 東京地判 H15.4.21 (判例秘書)

①あり、②乳癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰800万円、⑦過失態様、患者の落ち度、⑧なし

144. 東京地判 H15.1.27 (判タ1166号190頁)

①あり、②髄膜炎、③死亡、④不作為(経過観察義務違反)、⑤なし・なし、⑥慰200万円、⑦年齢(15歳)、予後不良、⑧なし

145. 東京地判 H14.11.11 (判例秘書)

①あり、②急性心筋炎、③死亡、④不作為(専門医への転医義務)、⑤あり・なし、⑥慰800万円、⑦過失態様、可能性の程度、⑧救命率57.7%

146. 大阪高判 H14.9.13 (ウエストロー・ジャパン)

①なし、②スキルス胃癌、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・あり、⑥—、⑦—、⑧発見時60%が根治切除不能、⑨最判 H16.1.15の原審。

147. 新潟地判 H14.7.18 (判例秘書)

①あり、②脳腫瘍、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰300万円、⑦過失態様、可能性の程度、⑧5年生存率10%未滿

148. 大阪高判 H14.3.15 (最判民集57巻10号1512頁)

①なし、②急性脳症、③後遺症(身体障害者1級)、④不作為(転医義務違反)、⑤あり・あり、⑥—、⑦—、⑧死亡率36%、完全回復率22.2%

149. 東京地判 H14.2.28 (判例秘書)

①あり、②肺血栓塞栓症、③死亡、④不作為(術後管理義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰500万円、⑦過失態様、⑧なし

150. 仙台地判 H13.12.20 (判例秘書)

①あり、②弛緩出血、羊水塞栓症、③死亡、④不作為(治療義務違反)、⑤あり・なし、⑥慰700万円、⑦一切の事情、⑧救命率20%

<p>151. 東京高判 H13.11.5 (判時1778号69頁、判タ臨時増刊1125号92頁) ①あり、②心室細動、③死亡、④不作為(除細動実施義務違反)、⑤なし・なし、 ⑥慰200万円、⑦一切の事情、⑧なし</p>
<p>152. 東京高判 H13.10.16 (判時1792号74頁) ①あり、②脳腫瘍、③死亡、④不作為(転医義務違反)、⑤あり・あり、⑥慰 400万円、⑦過失態様、予後不良、⑧なし</p>
<p>153. 大阪高判 H13.7.26 (判タ1095号206頁、判時1797号51頁) ①あり、②顔面痙攣、③死亡、④不作為(手術実施義務違反)、⑤あり・なし、 ⑥慰1000万円、⑦一切の事情、⑧なし</p>
<p>154. 東京地判 H13.7.4 (判タ1123号209頁) ①あり、②急性心筋梗塞、③死亡、④不作為(検査義務違反)、⑤あり・なし、 ⑥慰200万円、⑦年齢(70歳)、可能性の程度低い、⑧なし</p>
<p>155. 東京地判 H13.4.26 (ウエストロー・ジャパン) ①あり、②癒着性腸閉塞、③後遺症(不随意運動)、④作為(薬剤の無診察投与)、 ⑤あり・あり、⑥慰150万円、⑦債務不履行は重大、⑧副作用の発生率数%未滿、 ⑨作為との関係で、相当程度の可能性を認めた。</p>
<p>156. 東京地判 H13.2.28 (判タ1086号261頁) ①あり、②重度糖尿病、心室細動、③死亡、④不作為(除細動実施義務違反)、 ⑤なし・なし、⑥慰200万円、⑦諸般の事情、⑧生存率30%</p>

〈相当程度の可能性侵害に損害賠償額の割合的算定を認めた裁判例〉

<p>157. 京都地判 H22.1.19 (判例秘書) ①あり、②閉塞性動脈硬化症、③後遺症(右下肢全廃)、④不作為(手術実施 義務違反)、⑤なし・あり、⑥慰(後遺症)870万円、逸利601万4586円、休損 150万円、介費1645万7412円、その他、⑦一切の事情、⑧なし、⑨侵害された 生存可能性を6割と評価し、その限度で損害との間の相当因果関係があるとし た。もっとも、介費については、介護保険による給付額を控除して、支払わ れる賠償額は1297万9630円に減縮されている。なお、上記賠償額のほかには、 自宅改造費、障害者用自動車購入費、弁護士費用などが認められているため、 認容された賠償額の総額は、3457万0723円となっている。</p>
--

(二) 転帰

転帰については、死亡例113件、後遺症例は44件であった。注目す
 べきは、後遺症の内容で、必ずしも軽微とはいえないにしても、生
 命侵害と比肩し得る重大な後遺症とは評価しがたいものが散見され

る。例えば、軽度ないし中等度の知的能力障害（判例番号10）、失明（判例番号25、30、97）、発声機能喪失（判例番号60）、下肢切断（判例番号95）などの後遺症事案である。そうすると、一部の指摘にあるように、生命侵害と比肩し得る重大な後遺症とまでは評価できない事案にも、相当程度の可能性法理を適用する下級審判例が一定数存在していることがわかる。

ちなみに、後遺症は残存したがそれが軽微である（あるいは重大でない）という理由で、相当程度の可能性法理の適用を否定した裁判例は皆無であった。したがって、下級審判例に限っていえば、後遺症例全般に相当程度の可能性法理の射程が及んでいると考えてよいだろう。

（三）過失類型

相当程度の可能性の有無について、不作為形式の過失類型で検討したものが140件、作為形式の過失との関係で検討したものが12件、説明義務違反との関係で検討したものが12件確認された。作為との関係で検討した12件のうち、7件の裁判例において、相当程度の可能性の存在が肯定されている（判例番号10、12、46、69、95、125、155）。説明義務違反との関係で検討した12件のうち、相当程度の可能性の存在を肯定したものが6件あった（判例番号66、75、82、84、95、102）。

説明義務違反と相当程度の可能性法理との関係については、いくつか興味深いことが分かったので指摘しておきたい。まず、説明義務違反に対しても相当程度の可能性法理の適用があることを前提にその存否を検討した上記12件のほかに、伝統的な自己決定権侵害で処理したもの（判例番号6、36、60、92、110、123）、相当程度の可能性が否定された場合に自己決定権侵害を検討したもの（判例番号28）

に分かれた。次に興味深いのは、説明義務違反とそれ以外の過失（作為または不作為）がともに認められた場合の処理である。慰謝料を総額方式で算定する裁判例（判例番号84、95）と、それぞれの法益侵害について個別に算定してから合算する裁判例（判例番号36、92、123）に分かれたのである。そして、前者よりも後者のほうが認容される慰謝料額は高額化する傾向が示唆された。具体的には、総額方式で認容された慰謝料は300万円（判例番号84）、400万円（判例番号95）であるが、個別方式の認容額は、700万円（判例番号36）、630万円（判例番号92）、500万円（判例番号123）となっている。

（四）鑑定・意見書の有無

鑑定・意見書のいずれかが存在していたものが103件、いずれも存在しなかったものが54件であった。約66%の事案において、少なくとも、鑑定医または協力医が当該事案に関して専門家として意見を述べたことになる。逆に言えば、当該事案について意見を表明した専門家がいない裁判例が全体の約34%を占めていた。

当該事案に言及する専門家がいない場合、患者側が利用できる医学的知見の資源は医学文献に限られることになるが、このことが相当程度の可能性の証明に大きな支障となるか否かは興味深いところである。このような場合においても相当程度の可能性の存在を肯定した裁判例は39件であった。そうすると、鑑定・意見書という資源を利用できなくても、そのうちの約72%の裁判例が相当程度の可能性を認めたことになるので、立証活動の支障になっていないことが強く示唆される。加えて、特筆すべきことは、この39件の中に、比較的高額な慰謝料を認めたものが多数含まれていたことである。慰謝料500万円以上1000万円未満の範囲で肯定したものは10件（判例番

号41、44、53、75、79、87、97、109、121、143)、慰謝料1000万円以上を認めたものが4件存在していた(判例番号38、86、89、111)。そうすると、鑑定・意見書のいずれも存在しないのに相当程度の可能性侵害を肯定した39件の裁判例のうち、14件の事案(約36%)で500万円以上の慰謝料が認められたことになる。

(五) 損害費目とその額

相当程度の可能性侵害を認めた110件の下級審判例のうち、逸失利益等の財産的損害の賠償を認めたものは1件のみで(判例番号157)、その余は慰謝料のみしか認めていない。この1件は後遺症が残存した事案で、後遺症慰謝料や介護費用等の6割が賠償額として認容されている。ちなみに、認容額は3457万0723円である(注32)。

次に、慰謝料のみ認めた裁判例を、その慰謝料額が500万円未満のもの、500万円以上1000万円未満のもの、1000万円以上のものに区分して整理すると、500万円未満のものが72件、500万円以上1000万円未満のものが29件、1000万円以上のものが8件であった。したがって、500万円以上の慰謝料を認めた裁判例の合計数は37件となり、相当程度の可能性侵害を肯定した裁判例全体(逸失利益等の賠償を認めた157を含む)の約34%になる。そうすると、肯定例の約3分の1の裁判例が500万円以上の慰謝料を認めたことになる。この3区分により裁判例を整理したものが別表2である。

最低額は50万円(判例番号46)で転帰は後遺症、最高額は1500万円(判例番号11、80)で転帰はいずれも死亡であり、認容額にはかなりの幅がある。ちなみに、500万円未満で認容した裁判例の平均額は249.7万円、500万円以上1000万円未満で認容した裁判例の平均額は613.7万円となった。

(別表2) 慰謝料額による下級審判例の3区分

〈500万円未満〉

1. 東京地判 R2.1.30 (ウエスト)	慰150万円 (死亡)
7. 岡山地判 H31.3.29 (ウエスト)	慰200万円 (死亡)
8. 東京高判 H30.9.26 (ウエスト)	慰200万円 (死亡)
9. 東京地判 H30.3.22 (判例秘書)	慰300万円 (死亡)
12. 鹿児島地判 H29.10.25 (ウエスト)	慰150万円 (死亡)
13. 東京地判 H29.5.26 (判タ1459号199頁)	慰200万円 (死亡)
15. 名古屋高判 H29.2.2 (判例秘書)	慰450万円 (死亡)
16. 岡山地判 H29.1.25 (判例秘書)	慰300万円 (後遺症)
17. 宮崎地判 H29.1.25 (判例秘書)	慰200万円 (死亡)
23. 福井地判 H28.3.23 (判例秘書)	慰200万円 (死亡)
24. 大阪地判 H28.3.8 (判時2318号59頁)	慰150万円 (後遺症)
27. 広島高判 H27.5.27 (判時2271号48頁)	慰300万円 (死亡)
29. 岐阜地判 H27.4.15 (判例秘書)	慰200万円 (死亡)
30. 東京地判 H27.2.18 (判例秘書)	慰80万円 (後遺症)
31. 東京地判 H26.12.5 (ウエスト)	慰200万円 (後遺症)
33. 東京地判 H26.9.10 (判時2254号52頁)	慰350万円 (死亡)
34. 福岡高判 H26.9.4 (判例秘書)	慰300万円 (死亡)
43. 福岡地判 H25.9.17 (判例秘書)	慰200万円 (死亡)
46. 神戸地判 H25.4.18 (判例秘書)	慰50万円 (後遺症)
47. 名古屋高判 H25.4.12 (判例秘書)	慰160万円 (死亡)
48. 横浜地判 H25.1.31 (判例秘書)	慰300万円 (後遺症)
52. 福岡地判 H24.3.27 (判時2157号68頁)	慰400万円 (後遺症)
55. 金沢地判 H23.5.31 (判例秘書)	慰300万円 (後遺症)
57. 東京地判 H23.4.14 (ウエスト)	慰200万円 (死亡)
62. 高松高判 H23.1.21 (判例秘書)	慰450万円 (死亡)
63. 名古屋地判 H23.1.12 (医解37号123頁)	慰200万円 (死亡)

64. さいたま地判 H22.12.16 (判例秘書)	慰400万円 (死亡)
65. 横浜地判 H22.11.25 (医解33号101頁)	慰300万円 (死亡)
66. 大阪地判 H22.9.29 (判時2116号97頁)	慰400万円 (死亡)
67. 東京高判 H22.7.15 (ウエスト)	慰400万円 (死亡)
69. 横浜地判 H22.5.13 (医解30号97頁)	慰200万円 (死亡)
72. 東京地判 H21.10.29 (判タ1335号175頁)	慰200万円 (死亡)
74. 大阪地判 H21.9.29 (判タ1319号211頁)	慰150万円 (死亡)
76. 徳島地判 H21.4.27 (判例秘書)	慰300万円 (死亡)
77. 秋田地判 H21.4.24 (判例秘書)	慰100万円 (後遺症)
78. 横浜地判 H21.4.15 (判例秘書)	慰400万円 (死亡)
82. 東京高判 H21.2.3 (判例秘書)	慰200万円 (死亡)
83. 仙台地判 H21.1.27 (判例秘書)	慰300万円 (死亡)
84. 名古屋地判 H20.10.31 (判タ1325号210頁、判時2061号65頁)	慰300万円 (死亡)
90. 大阪地判 H20.2.27 (判タ1267号246頁)	慰450万円 (死亡)
91. 徳島地判 H20.2.15 (判例秘書)	慰200万円 (後遺症)
92. 大阪地判 H20. 2.13 (判タ1270号344頁、別ジュ 219号88頁)	慰450万円 (死亡)
95. 東京地判 H20.1.21 (判例秘書)	慰400万円 (後遺症)
99. 東京地判 H19.9.20 (判例秘書)	慰210万円 (死亡)
101. 東京地判 H19.8.24 (判タ1283号216頁)	慰150万円 (死亡)
102. 大阪地判 H19.7.30 (判時2017号110頁)	慰250万円 (死亡)
108. 東京地判 H19.1.25 (判タ1267号258頁)	慰200万円 (後遺症)
112. 青森地八戸支判 H18.10.2 (判タ1244号250頁)	慰300万円 (後遺症)
114. 大阪地判 H18.7.14 (判例秘書)	慰400万円 (死亡)
116. 東京地判 H18.6.21 (判タ1236号291頁)	慰300万円 (死亡)
117. 東京地判 H18.5.17 (判例秘書)	慰300万円 (死亡)

118. 名古屋地判 H18.3.29 (判時1956号139頁)	慰180万円 (死亡)
119. 東京地判 H18.3.15 (判例秘書)	慰300万円 (後遺症)
123. 高松高判 H18.1.19 (判タ1226号179頁、判時1945号33頁)	慰300万円 (死亡)
124. 甲府地判 H17.7.26 (判タ1216号217頁)	慰100万円 (後遺症)
125. 東京地判 H17.7.25 (判例秘書)	慰300万円 (後遺症)
126. 大阪高判 H17.6.15 (ウエスト)	慰300万円 (後遺症)
129. 東京地八王子支判 H17.1.31 (判タ1228号246頁、判時1920号86頁)	慰200万円 (死亡)
131. 京都地判 H17.1.17 (判例秘書)	慰200万円 (後遺症)
132. 大阪地判 H16.12.22 (判タ1211号46頁、判時1902号112頁)	慰300万円 (死亡)
135. 大阪地判 H16.4.28 (判タ1175号238頁)	慰100万円 (死亡)
138. 東京地判 H16.1.22 (判タ1155号131頁)	慰100万円 (後遺症)
140. 東京高判 H15.8.26 (判時1842号43頁)	慰300万円 (死亡)
141. 東京地判 H15.6.3 (判タ1157号227頁)	慰200万円 (死亡)
144. 東京地判 H15.1.27 (判タ1166号190頁)	慰200万円 (死亡)
147. 新潟地判 H14.7.18 (判例秘書)	慰300万円 (死亡)
151. 東京高判 H13.11.5 (判時1778号69頁、判タ臨増1125号92頁)	慰200万円 (死亡)
152. 東京高判 H13.10.16 (判時1792号74頁)	慰400万円 (死亡)
154. 東京地判 H13.7.4 (判タ1123号209頁)	慰200万円 (死亡)
155. 東京地判 H13.4.26 (ウエスト)	慰150万円 (後遺症)
156. 東京地判 H13.2.28 (判タ1086号261頁)	慰200万円 (死亡)

〈500万円以上1000万円未満〉

3. 東京地判 R 元 .9.12 (判例秘書)	慰900万円 (死亡)
10. 横浜地判 H.29.11.29 (判例秘書)	慰500万円 (後遺症)
22. 千葉地判 H28.3.25 (判例秘書)	慰800万円 (死亡)
36. 神戸地判 H26.5.29 (判例秘書)	慰500万円 (後遺症)
41. 東京地判 H25.12.25 (判タ1410号287頁)	慰600万円 (後遺症)
44. 東京地判 H25.9.12 (判例秘書)	慰500万円 (死亡)
45. 京都地判 H25.6.25 (判例秘書)	慰800万円 (死亡)
49. 札幌地判 H24.9.5 (判時2169号51頁)	慰600万円 (死亡)
53. 東京地判 H23.12.9 (判タ1412号241頁)	慰800万円 (後遺症)
58. 東京地判 H23.4.14 (判例秘書)	慰500万円 (死亡)
61. 広島高判 H23.3.9 (判例秘書)	慰500万円 (後遺症)
70. 松江地判 H22.4.12 (判例秘書)	慰700万円 (死亡)
75. 東京高判 H21.6.25 (ウエスト)	慰500万円 (死亡)
79. 東京地判 H21.3.25 (判例秘書)	慰500万円 (死亡)
87. 仙台高判 H20.8.28 (判例秘書)	慰500万円 (後遺症)
97. 大阪地判 H19.11.21 (判タ1265号263頁)	慰600万円 (後遺症)
107. 名古屋地判 H19.2.14 (判タ1282号249頁)	慰600万円 (死亡)
109. 山口地岩国支判 H19.1.12 (判タ1247号310頁)	慰700万円 (死亡)
121. 名古屋地判 H18.1.26 (判例秘書)	慰600万円 (死亡)
122. 横浜地判 H18.1.25 (判例秘書)	慰500万円 (後遺症)
127. 名古屋地判 H17.4.14 (判タ1229号297頁)	慰500万円 (死亡)
128. 仙台地判 H17.2.15 (判タ1237号294頁)	慰500万円 (死亡)
136. 東京地判 H16.3.25 (判タ1163号275頁)	慰600万円 (死亡)
139. 大阪地判 H15.12.18 (判タ1183号265頁)	慰500万円 (死亡)
142. 東京地判 H15.5.28 (判タ1147号255頁)	慰700万円 (死亡)
143. 東京地判 H15.4.21 (判例秘書)	慰800万円 (死亡)

145. 東京地判 H14.11.11 (判例秘書)	慰800万円 (死亡)
149. 東京地判 H14.2.28 (判例秘書)	慰500万円 (死亡)
150. 仙台地判 H13.12.20 (判例秘書)	慰700万円 (死亡)

〈1000万円以上〉

11. 福岡高判 H29.10.27 (ウエスト)	慰1500万円 (死亡)
35. 東京高判 H26.5.29 (判例秘書)	慰1000万円 (後遺症)
38. 東京地判 H26.2.26 (判タ1411号317頁)	慰1000万円 (死亡)
80. 大阪地判 H21.3.25 (判タ1297号224頁)	慰1500万円 (死亡)
86. 大阪地判 H20.9.24 (ウエスト)	慰1200万円 (死亡)
89. 京都地判 H20.2.29 (判例秘書)	慰1000万円 (死亡)
111. 京都地判 H18.10.13 (判例秘書)	慰1000万円 (後遺症)
153. 大阪高判 H13.7.26 (判タ1095号206頁、判時1797号51頁)	慰1000万円 (死亡)

ウエスト：ウエストロー・ジャパン、判タ：判例タイムズ、判時：判例時報、医解：医療判例解説、別ジュ：別冊ジュリスト、判タ臨増：判例タイムズ臨時増刊

(六) 賠償額算定の根拠とした事情

裁判所が慰謝料の算定のために考慮したと認められる事情は、その傾向をおおまかに分類すると、一切の事情、諸般の事情などというように、考慮した事情を例示しないもの(包括型)、考慮した事情を例示列挙するもの(列挙型)に分かれた。そして、列挙型は、過失態様、可能性の程度、診療経過などというように増額事由として考慮したのか減額事由として考慮したのか明示しない形で列挙するもの(単純列挙型)、過失は重大(あるいは軽微)、可能性の程度高い(あるいは低い)などという表現で、増額事由あるいは減額事由として分かるように列挙したもの(増額事由列挙型、減額事由列挙型)、増額

事由と減額事由の両方を示したもの（増減列举型）に分かれた。

肯定例110件のうち、包括型は17件、単純列举型は37件、増額事由列举型は20件、減額事由列举型は27件、増減列举型は9件であった。包括型と単純列举型は、そもそも増減の根拠を示さない表現を用いていることから、当然に、慰謝料が少額なものと高額なものを含むはずであるが、増額事由列举型の多くは比較的高額な慰謝料を、減額事由列举型の多くは比較的少額な慰謝料を認容しているものと予想できる。そして、増減列举型の場合は、増額事由が優勢であれば高額化し、減額事由が優勢であれば少額化し、同程度であれば少額でも高額でもない金額に落ち着くという傾向になるものと一応予想できよう。

増額事由列举型についてみると、高額な慰謝料を認めたものには、過失は悪質かつ重大と指摘して慰謝料1500万円を認容したもの（判例番号11）、可能性の程度はかなり高かったとして慰謝料800万円を認容したもの（判例番号45）、医療現場で二度とあってはならないような極めて初歩的な過失であるとして慰謝料700万円を認容したもの（判例番号70）、可能性の程度は相当高いとして慰謝料1200万円を認容したもの（判例番号86）、脳性麻痺で運動機能全廃という結果を重視して慰謝料1000万円を認容したもの（判例番号111）などがある。ところが、本件手術は予防的なもの過ぎず（必要性が低い）、患者が当初から手術に不安を訴えていたことなど増額事由とみられる事情を挙げながら、慰謝料200万円しか認容しなかったものもある（判例番号31）。但し、この少額事案は、説明義務違反との関係で相当程度の可能性を肯定しながら、被侵害利益は自己決定権であるとしたものである点で、やや特殊な事案である。

次に、減額事由を列挙型についてみると、誤嚥性肺炎を繰り返し長期余命は考え難いとして慰謝料150万円を認容したもの(判例番号1)、当時90歳という高齢者であったこと、可能性の程度が高くないことを指摘して慰謝料150万円を認容したもの(判例番号12)、可能性の程度は高くないと指摘して慰謝料200万円を認容したもの(判例番号17、23)、後遺症を軽減できた可能性が小さいことを指摘して慰謝料150万円を認容したもの(判例番号24)、予後不良で1ヶ月程度の治療の遅れに過ぎないことを指摘して慰謝料200万円を認容したもの(判例番号29)、予後不良で一定期間の余命に過ぎないことを指摘して慰謝料300万円を認容したもの(判例番号33)、過失が重大でないこと、悪性度が高い乳癌であったこと、ホルモン療法の適応がなかったこと、治療の遅れは約4ヶ月程度に過ぎないこと、抗癌剤治療も副作用で中断していることなど減額事由を多数列挙して慰謝料300万円を認容したもの(判例番号51)、過失は軽微で可能性の程度も低いとして慰謝料150万円を認容したもの(判例番号74)、余命わずかと指摘して慰謝料300万円を認容したもの(判例番号84)、可能性の程度は低く、患者が高齢者であったこと(当時74歳)を指摘して慰謝料450万円を認容したもの(判例番号90)、可能性の程度は低いと認定して慰謝料250万円を認容したもの(判例番号102)、患者が検査を拒み、原告らが被告病院での診療継続を求めていたという診療経過を認定し、そもそも介護目的の入院であったことも考慮して、慰謝料180万円を認容したもの(判例番号118)、当時91歳という高齢者で、免疫力も低下しており、多少の延命可能性しかなかったとして慰謝料200万円を認容したもの(判例番号129)などがあり、500万円未満で慰謝料を認めたものには、減額事由を列挙して慰謝料を算定しているものが目立つ。もっ

とも、可能性の程度は大きくなく、余命も短期間であるとしながら、慰謝料500万円を認容したものもある(判例番号44)。この裁判例は、500万円程度の慰謝料を高額とは評価していない可能性が示唆される。

ところで、比較的高額な慰謝料を認容した裁判例で増額事由を示したものについては前述したとおりであるが、増額事由を特に示さずに高額な慰謝料を認容したものも少なくない。例えば、単純列举型に属する裁判例として、慰謝料1000万円を認容したもの(判例番号35、38、89)、慰謝料900万円を認容したもの(判例番号3)、600万円を認容したもの(判例番号41)がみられた。ちなみに、全損害の6割を認容した唯一の裁判例(判例番号157)は、割合的評価の根拠として一切の事情としか述べておらず、6割と評価した根拠を明示していないので、包括型に属する事案であった。増額事由を意識的に明示せずに高額な賠償を認容している裁判例が一定数存在することは注目に値する。

ちなみに、相当程度の可能性を保護法益とした以上、慰謝料の算定に一切の事情が考慮されることを前提にしても、素直に考えれば可能性の程度の大小が最も賠償額に影響すると思われるところ(注33)、算定根拠を総括すると、必ずしも可能性の程度が賠償額に直結しているわけではないという印象を拭えない。例えば、過失態様や程度が重大である場合に高額な慰謝料を認容したものや(判例番号11、70)、後遺症の内容という結果の重大性から直接高額賠償を根拠づけようとしたもの(判例番号111)がある。また、逆に少額な慰謝料しか認めなかったものにも、過失が軽微であることを指摘したもの(判例番号51、74)、患者側の落ち度や入院目的を考慮したもの(判例番号118)などがあり、これらの事情が慰謝料額の算定にかなり影響し

ていることが窺える。

(七) 賠償額算定で考慮された統計資料の有無・内容

医療の分野では、臨床研究が盛んなため利用可能な統計資料が豊富に存在し、医療訴訟においても、何らかの統計資料が証拠資料として現れていることが多い。しかしながら、統計資料が直ちに当該事案の適切な参考資料になるとは限らず、裁判所が事実認定のための証拠資料として統計資料を重視しないことが少なくない(注34)。そのため、本稿では、裁判所が相当程度の可能性の有無ないし程度を検討するうえで統計資料を参考に行っている場合に限り、統計資料ありと表記し、そうでない場合には、統計資料なしと表記することにした。

このような観点から、別表1記載の下級審判例を統計資料の有無で整理すると、統計資料なしが111件、統計資料ありが46件であった。そうすると、相当程度の可能性を検討した裁判例全体の約70%において、統計資料がない(あるいは、あっても参考にしていない)ということになる。

そして、統計資料なしとした111件のうち、相当程度の可能性の存在を認めたものは71件であった。そうすると、下級審実務では、参考にすべき統計資料がない事案のうちの約64%で、相当程度の可能性の存在を肯定していることを意味し、統計資料の不足は、相当程度の可能性の存在を立証するうえで障害となっていないことを示唆する。

もっとも、判断資料にできる統計資料がない場合、判断がより慎重になって、相当程度の可能性侵害を肯定したとしても慰謝料額が低額化している可能性がある。そこで、統計資料なしの慰謝料認容

例のうち、比較的高額な500万円以上の慰謝料を認容したものを調べたところ、そのような裁判例が22件あり、意外と少なくないことが分かる（判例番号10、11、35、36、38、44、53、75、80、86、87、89、97、109、111、121、127、139、142、143、149、153）。この22件は、統計資料なしの全裁判例111件のうちの約19.8%を占めるが、本項（五）で指摘したように、そもそも、相当程度の可能性の存在を肯定した裁判例110件のうち、500万円以上の慰謝料を認容した裁判例が37件（約34%）であることを考えると、そのうちの過半数以上の裁判例が統計資料を参考にできなくても500万円以上の慰謝料を認めたことになる。したがって、利用できる統計資料がなくても、500万円以上の慰謝料を認容するのに大きな支障がないことが窺える。

3 考察

まず、裁判所が何らかの過失（説明義務違反を含む）を認定した場合、その約80%の事案で、相当程度の可能性侵害が肯定されているため、認容率は高いものと評価できる。また、作為形式の過失類型の事案でも相当程度の可能性の有無を検討している裁判例も散見されることから、下級審実務は、本稿の立場とは異なり、作為形式の事案にも相当程度の可能性法理の射程が及ぶと考えているようである。予想外だったのは、説明義務違反についても相当程度の可能性の有無について検討した裁判例が散見されたことであり、自己決定権侵害だけを問題にした事案のほうがむしろ少なかった。もっとも、相当程度の可能性の存在を肯定した場合と、自己決定権侵害で処理した場合とで、慰謝料額にほとんど違いはなく、説明義務違反にこの法理を採用することにどれだけ実益があるのか疑問である。

転帰についてみると、死亡や生命侵害と同視し得る重大な後遺症事

案でなくても、何らかの後遺症が残存すれば、この法理を適用する方向性を示すのが下級審実務の実情であるといえる。軽微とはいえないにしても、失明や発声機能喪失の事案にもこの法理を適用しているからである。

また、鑑定が実施されておらず、協力医作成の意見書が証拠として提出されていなくても、相当程度の可能性の存在を証明するうえで大きな支障となっていないことも示唆された。このことは、裁判の迅速化が強く要請され、鑑定実施率が低下していることや、匿名希望の協力医も多く、意見書を証拠提出できないことが少なくないことを考えると、その意義は大きい。さらに、相当程度の可能性を証明するための統計資料がなくても、立証活動の障害になっていないことは無視できない。これらを総合すると、相当程度の可能性法理の登場は、患者側の立証負担をかなりの程度軽減させたものと評価してよいだろう。

問題は、認容される賠償額である。相当程度の可能性侵害を理由に医師の割合的賠償責任を導入し、高額な慰謝料のほか、逸失利益や介護費用等の経済的損害についても、侵害した可能性の程度の割合に応じて損害額を算定した裁判例は1件だけであった(判例番号157)。もっとも、最高裁平成12年判決の慰謝料が200万円であることの影響で、相当程度の可能性侵害による慰謝料の相場が200万円前後であるというイメージが先行していたが、500万円以上の慰謝料を認容したものが3分の1を占め、1000万円以上の高額慰謝料を認めたものも散見されたことは看過されてはならない。また、依然として、500万円未満の慰謝料しか認容しないものが多いにしても、その多くは減額事由が指摘されている事案であるから、200万円前後の慰謝料は、相場というよりは、むしろ下限を画するものと捉えるのが相当であろう。

これに関連して問題なのは、慰謝料の算定方法である。増額事由を列挙して高額な慰謝料を認め、あるいは、減額事由を列挙して少額な慰謝料しか認めなかった裁判例もある一方で、本件に現れた「一切の事情」とか「諸般の事情」などと包括的にしか算定根拠を示さないものや、「過失態様、可能性の程度、臨床経過」などというように考慮に入れた事項は列挙していても、増減のどちらに作用したのか判然としない表現を用いる裁判例もあり、かなり混沌としている。

四 残された問題について

1 下級審実務の現状

既に紹介したように、最高裁平成12年判決の杉原調査官解説が、より高額な慰謝料や逸失利益などの財産的損害の一部の賠償も認められるべきかについて「残された問題」であると位置づけたが（注35）、後遺症慰謝料、逸失利益、介護費用等の一部（相当程度の可能性の程度に応じた割合的損害）を損害として認めたものは、京都地判平成22年1月19日（判例番号157）のみで、下級審判例は、慰謝料のみを損害と認めるという見解でほぼ定着している。

しかしながら、生命と相当程度の生存可能性という保護法益は、本質的に異なる保護法益ではなく連続した保護法益と理解されるべきであるから、現に患者に生じた全損害を基礎に、相当程度の可能性の程度に応じた割合で賠償されるべき損害を算定するのが相当であると考える（注36）。もっとも、この考え方を相当程度の可能性法理に導入するには、以下に述べるように、検討を要する課題がいくつかある。

2 割合的損害賠償責任の正当化根拠

損害賠償法分野は、周知のとおり、交通事故分野で発展・展開

してきたが、相当程度の可能性法理が、交通事故ではなく医療過誤の分野で登場したのは偶然ではない。そもそも、医師は、患者の疾患を治癒させ救命すべき法的義務を負っておらず、医療行為の不確実性を前提とした救命可能な限度で、適切な診療行為をなすべき注意義務を負うことになる（債務不履行構成で説明すれば、これが診療契約上の義務となる）。これを患者の側から見れば、救命可能な限度で、適切な診療行為を受ける権利があるということになる。したがって、医師が適切な診療行為をなさなかったことにより、患者の生存可能性を侵害したのであれば、医師は、患者に対し、不法行為責任（または債務不履行責任）を負うことになる。

そこで、次に問題となるのは、その場合の損害の評価である。下級審の多くは、相当程度の可能性を人格的利益と位置づけ、少額の慰謝料しか認容しないという実務が定着しつつあるが、前述したように、生命と相当程度の生存可能性は、本質的に異なるものではなく、連続性を備えた保護法益と捉えるべきである。生存可能性が80%であれば生命侵害となるが、それをわずかに下回ると人格的利益の侵害に過ぎないと理解するのは合理的ではない。したがって、医師の不作为の過失によって、患者の生存可能性が侵害されたならば、医師は、その可能性の程度に応じた割合的賠償責任を負うと解するのが、損害の公平な分担という損害賠償法の理念にも沿う（注37）。そして、この時に算定の基礎となるのは、患者が死亡したことによって被った全損害であるから、死亡慰謝料のほか、逸失利益等の財産的損害も含まれることになる。

3 生命とは別個の保護法益であることの意味

相当程度の生存可能性が侵害された場合に、なぜ、死亡により被っ

た患者の全損害を損害額算定の基礎に置くことが正当化されるのかについて考えてみたい。死亡事案を例にとって検討するが、ここで検討したことは、基本的に後遺症事案についても当てはまる。

下級審実務のように、相当程度の生存可能性が侵害されたに過ぎない場合には慰謝料しか発生しないと考える理由として、しばしば指摘されているのは、死亡との間の因果関係が否定されていることである。医師の過失と死亡との間の因果関係が認められない以上、死亡を前提とした損害の算定は行われなくなる。したがって、死亡慰謝料や逸失利益等が算定の基礎に置かれることはない(注38)。このような考え方は、患者の生死を問わず、相当程度の可能性法理の適用を認めるのであれば、あながち不合理であるとはいえない。

そもそも、相当程度の生存可能性が侵害されたか否かは、患者が死亡していなくても観念できる。例えば、過失時における患者の癌の臨床病期がⅡ期(5年生存率50%)であったところ、発見時にⅣ期(5年生存率5%)となっていたという場合、観念的には生存可能性は45%侵害されている。このような場合、これを相当程度の可能性侵害の問題としてではなく、生存可能性が減少したことによる不安感を精神的損害と捉え、不法行為責任を肯定する下級審判例がある(注39)。しかしながら、患者が死亡していれば生存可能性の侵害となるのに、死亡していなければ生存可能性の減少として理解するのは、相当程度の生存可能性を生命とは別個・独立した保護法益として捉えることとは整合しにくい。なぜなら、相当程度の生存可能性を生命とは完全に切り離された法益として位置づけるのであれば、むしろ患者の生死を問わないと考えたほうが首尾一貫するからである(注40)。

もっとも、患者がいまだ生存している場合、相当程度の可能性法理

の適用がないことに争いはないだろう。なぜならば、この法理の判断枠組みが、「死亡した時点においてなお生存していた相当程度の可能性」と定義して、患者の死亡を当然の前提に置いているからである。そうすると、この法理は、生存可能性という保護法益を、確率論的な生存可能性として捉えているわけではなく、生命という保護法益が現実には侵害されたことを絶対的な条件として発生する二次的な保護法益として捉えていることを意味する。言い換えれば、医師が抽象的・観念的なレベルにおける患者の生存可能性を侵害しただけでは、相当程度の可能性法理は適用されず、この法理の適用は、患者の現実的な死を要件としているのである（注41）。

そうすると、次に問題となるのは、相当程度の生存可能性侵害と患者の死亡の関係性である。患者が現に死亡している以上、死亡したことによって生じた全損害を患者の損害として認識するべきである。しかし、医師には、患者の生存を確実にする法的義務はなく、生存可能性に向けられた診療行為をなすべき義務しか負っていないことから、医師の責任は、医師が注意義務を怠ったことにより侵害した相当程度の生存可能性の限度（割合）に減縮されると理解すれば足りる。言い換えれば、相当程度の生存可能性が医師の義務射程を画する保護法益ということになる。

4 損害の算定方法と差額説

このような理解が正しければ、損害の算定では、死亡により患者が被った全損害を認識して損害額を算定したうえで、これを基礎として、侵害された生存可能性の程度に応じた割合的責任を医師に負わせるのが公平な解決となる。そして、患者の損害は、思考上の産物ではなく、死亡したことで現実には患者が被った損害であるから、いわゆる差額説

(注42)によって算定されることになる。

ところで、最高裁平成12年判決に関する杉原調査官解説は、より高額な慰謝料を認めることができるか、逸失利益などの財産的損害の一部も損害に含めることができるか否かについては「残された問題」としつつも、差額説の立場からは、相当程度の可能性侵害による損害を財産的損害とみることが困難であるとし、死傷損害説であれば逸失利益を損害の一部としてみることが可能であるとの見解を示している(注43)。財産的損害を賠償に含める余地を示唆している点は賛成できるが、杉原の論旨は、相当程度の生存可能性を生命とは別個の抽象的・確率的生存可能性として理解することを前提とするもので、支持できない。また、死亡との間の因果関係が認められていないのに、死傷損害説だと、なぜ逸失利益などの財産的損害も賠償範囲に含め得るのかも明らかでない。本稿が示したように、患者に起こった現実的な死(あるいは重大な後遺症の残存)が、この法理の適用要件となっている以上、これを患者の損害として認識し、相当程度の可能性という保護法益で医師の責任が及ぶ義務射程を画するのが相当である。そうであるならば、この法理においても差額説を採用することに支障はないものと考ええる。

五 おわりに

相当程度の可能性法理に医師の割合的損害賠償責任を導入すべきというのが本稿の結論であるが、もし最高裁が、この「残された問題」について、割合的損害賠償責任を認めたら、医療訴訟のあり方は劇的に変わる。相当程度の可能性侵害が認められた場合の医師が支払うべき賠償額は確実に高額化するからである。特に、可能性の程度が死亡や重大な後遺症との間の因果関係を認めるのに近い水準に達していると判断された場合、

賠償額の総額は、死亡等との間の因果関係が認められた場合の賠償額に近づくことになる。

ここから想定される批判は、医療の萎縮である。これに対する下級審のリアクションとしては、次の2つが予想される。ひとつは、相当程度の可能性法理適用の厳格化である。もうひとつは、過失認定の厳格化である。前者は、相当程度の可能性法理を実質的に骨抜きにしてしまう危険がある。その結果、医療の萎縮を防ぐことができるかもしれないが、その代償として医療及び司法に対する国民不信を招こう。過失が認定されているにもかかわらず、医師の免責を正当化してしまうからである。他方で、後者の方向性は、その厳格化が過度なものにならないければ、正しいものとする。医療の萎縮との関係では、医師の過失をルーズに認めてしまうことのほうが、むしろ問題が大きい。医師も人間である以上、法が医師に対して完璧な診療行為を要求することは妥当性を欠く。医療の萎縮の回避は、むしろ過失認定を慎重に検討することで目指されるべきなのである。このような視点で医療訴訟の現状をみた場合、医師の過失の有無をいわゆる医療水準論で画していくことは、方向性として正しいと考える。法が医師に完璧な診療行為を要求するものでない以上、医療水準論は、医師の過失を認めるのに相当ではない些細な不手際を許容範囲内に置くはずであり、また、医師の裁量的判断も尊重するはずだからである。したがって、医療の萎縮の防止は、相当程度の可能性法理を後退させることで実現すべきものではなく、医療水準論を進化・発展させることで図られるべきであるとする。

(注1) 最判昭和50年10月24日・民集29巻9号1417頁、判時792号3頁、判タ328号132頁。

- (注2) 高度の蓋然性理論における証明度について、大島眞一「医療訴訟の現状と将来—最高裁判所の到達点」判例タイムズ1401号(2014) 55頁は、「あえて数字で説明すると、80%程度確かであるという状態を指すと考えられている。」としている。
- (注3) 最判平成12年9月22日・民集54巻7号2574頁、判時1728号31頁、判タ1044号75頁。
- (注4) 最判平成15年11月11日・民集57巻10号466頁、判時1845号63頁、判タ1140号86頁。
- (注5) 最判平成16年1月15日・集民213号229頁、判時1853号85頁、判タ1147号152頁。
- (注6) 福田剛久 = 高橋譲 = 中村也寸志『医療訴訟』（青林書院、2014）662頁〔中村さとみ〕、高橋譲『医療訴訟の実務〔第2版〕』（商事法務、2019）616-617頁〔尾島明〕、浦川道太郎 = 金井康雄 = 安原幸彦 = 宮澤潤『医療訴訟』（民事法研究会、2010）348-349頁〔柴田崇〕。
- (注7) 石川寛俊 = 大場めぐみ「医療訴訟における相当程度の可能性の漂流」関学61巻3号(2010) 105-106頁。平野哲郎『医師民事責任の構造と立証責任』（日本評論社、2018）
- (注8) 杉浦徳宏「医療訴訟における高齢者が死亡した場合の慰謝料に関する一考察」判時2402号(2019) 139頁は、高齢者の死亡事例についてはあるが、医療訴訟の主な目的は真相究明であることを理由のひとつに挙げて死亡慰謝料の低額化を提唱し、慰謝料の最低額200万円を提言している。いわゆる後期高齢者に限るならば、慰謝料の低額化には説得力があるが、真相究明が患者の目的であることを強調してしまうと、医療訴訟全般の慰謝料低額化を招きかねない。
- (注9) 最判平成17年12月8日・集民218号1075頁、判時1923号26頁、判タ1202号249頁。
- (注10) 杉原則彦『最高裁判所判例解説民事編・平成12年度(下)』（法曹会、2003）863頁、秋吉仁美『医療訴訟』（青林書院、2009）474頁〔大嶋洋志〕、高橋・前掲(注6) 613-614頁〔尾島〕、浦川ほか・前掲(注6) 346頁〔柴田〕。
- (注11) 相当程度の生存可能性を保護法益としたうえで、その可能性の存在を証明しなければならない以上、立証責任を軽減すべき特段の事情がなければ、高度の蓋然性をもって証明することが要求されていると考えるべきであろう。もっとも、新美育文「私法判例リマークス no.24」（日本評

論社、2002) 61頁は、「本判決は、生存可能性の有無について高度の蓋然性を要求しているのかどうか必ずしも明らかではない。」としている。その理由として、「生存可能性の有無について明確な事実認定をしているとは思われない原審判決をもとに、生存可能性があったとして判決理由を展開している。」ことを指摘している。しかしながら、この問題は、生存可能性の高低に伴う推定力の差異に過ぎないように思われる。当該患者に適応のある有効な治療法が存在するのであれば、少なくとも小さな生存可能性は、特段の事情がない限り、事実上推認できるからである。他方で、高い生存可能性の存在を認定するには、より具体的な根拠を必要としよう。

- (注12) 大島・前掲(注2) 71頁は、相当程度の可能性について、「人格的利益を肯定したものと考えられる。」としつつ、他方で、「高度の蓋然性がある場合と相当程度の可能性にとどまる場合では、質的に異なるものではなく、連続性を有しており、高度の蓋然性にかなり近い程度の因果関係がある場合には、慰謝料額も高額になるといえる。」としている。
- (注13) 平野哲朗『医師民事責任の構造と立証責任』(日本評論社、2018) 234-236頁。
- (注14) 判時2108号45頁、判タ1344号110頁。
- (注15) この議論に関する本稿の立場は、前掲注(14)の平成23年判決が前提となっており、仮に期待権侵害のみを理由とする場合にも不法行為責任が成立するという見解に立てば、この議論はあまり実益がない。というのは、千葉県弁護士会『慰謝料算定の実務(第2版)』(ぎょうせい、2013) 107頁は、相当程度の可能性の大小が慰謝料額の算定に大きな影響を与えていると分析しているが、そうであるならば、例えば、救命確率が5%程度の場合、期待権侵害を理由に慰謝料額を算定しようが、相当程度の可能性侵害を認めて慰謝料額を算定しようが、その額はさほど変わらないものとなるはずだからである。
- (注16) 石川寛俊『医療裁判 理論と実務』(日本評論社、2010) 107-108頁。
- (注17) 米村滋人『「相当程度の可能性法理」の理論と展開』法學74巻6号(2011) 251-257頁。
- (注18) 最判・前掲(注9)は、「第1回のCT撮影が行われて脳梗塞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。」としている。要するに、この事案では、血栓溶解療法実施の可能性が結果を左右するところ、その適応がある間に転送できないと認定されていることから、有効な治療法を開始できたとは認められない事案である。

(注19) 大島・前掲(注2) 63頁は、「最判平17.12.8は、過失が問題となった時点で、治療法の適応が既にある場合には相当程度の可能性は認められないとした。」との理解を示している。

(注20) 杉原・前掲(注10) 855頁。

(注21) 高橋・前掲(注6) 613頁、616-617頁〔尾島〕。

(注22) 杉原・前掲(注10) 865頁。

(注23) 杉原・前掲(注10) 864-865頁は、「本判決は、原審が慰謝料200万円及び弁護士費用20万円を認容したのに対して病院側がした上告を棄却したものである。慰謝料としてより高額の請求が認められるべきか、あるいは、慰謝料以外の損害の賠償が認められるかどうかという点については、判断を示していない。」とし、これらは残された問題として見解を留保している。

(注24) 八木洋一『最高裁判所判例解説民事編・平成11年度(上)』(法曹界、2002) 142-143頁は、作為形式の医療過誤である前掲注(1)の事案に触れ、「右侵襲行為後に生じた一連の現象を追って行き、これらの具体的事実、当該侵襲行為と当該結果発生との間の規則性の存否に関する知見を重ね合わせて、因果関係の存否を判断することが可能である。」としたうえで、括弧書きで、「当該行為に連続して当該結果が起こることがあるということが高度の蓋然性をもって証明されたならば、客観的、統計的な発生の確率が小さくとも、因果関係の存在が否定されるものではない。」とし、不作為形式の医療過誤に関しては、「ある種の予測を含む思考上の実験を行うことが必要」となるとしたうえで、「右の思考の過程においては、想定される作為とあり得た結果の発生との間の規則性について、……客観的、統計的な意味におけるその発生の確率の程度の大小が検討上の焦点になる。」と解説している。

(注25) 前掲注(1)で、最高裁は、「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招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真实性の確信を持ちうるものであることを要し、かつ、それで

足りるものである。」と判示した。この事案は、合計5名の鑑定人（1審で3名、原審で2名）の意見が付されているが、医師が実施した腰椎穿刺（ルンバル）と患児の脳出血発症との間の因果関係の存在を支持した者はひとりもいなかった。にもかかわらず、最高裁は、①当該発作がルンバル実施直後に起きていること、②患児の病態は一貫して軽快に向かっていたこと、③患児に出血傾向が認められたこと、④当該ルンバルの実施に際し、患児が強い抵抗を示し、その実施に何度か失敗していること、⑤その他これと関連する診療経過を詳細に引用して、患児の脳出血及びこれに続く後遺症との間の因果関係を肯定した事案である。

（注26）牧山市治『最高裁判所判例解説民事編・昭和50年度』（法曹会、1979）476-477頁は、医療訴訟における因果関係の判断について、「そこでは不法行為法上の法的評価としての因果関係が追求されているのであって自然科学的医学のメカニズムを解明しようとするものではない。」とし、「本判旨は、ともすれば科学裁判の弊害を招きがちな医療過誤訴訟にある指針を与えたものとも受け止めることができよう。」と評している。

また、輸血梅毒事件に関する最判昭和36年2月16日・民集15巻2号244頁は、医療側が、当該患者の梅毒罹患が輸血によることは医学的に必ずしも断定できないと主張していたことについて、「右主張は裁判の対象となる事実の証明は科学の対象としての事実の証明と本質的に差異のあるものであることを考えない科学者の陥りやすい誤解である。裁判上における証明は科学的証明とは異なり、科学上の可能性がある限り、他の事情と相俟って因果関係を認めて支障はなく、その程度の立証でよい。」とし、さらに「裁判上は歴史的事実の証明として可能性の程度で満足するの外なく、従って反証が予想される程度のものであっても立証があったといえるのである。」と判示している。

（注27）藤山雅行『判例にみる医師の説明義務』（新日本法規、2006）494-501頁。金崎美代子＝金崎浩之＝小林弘幸「インフォームド・コンセントと医療訴訟」小児外科49巻4号（東京医学社、2017）348頁。なお、医療者による説明義務の研究として、峰村健司＝平塚義宗＝小林弘幸「日本病院総合診療医学会雑誌」（2019）137-146頁。

（注28）大島・前掲（注2）64頁は、説明義務違反との関係でも、「相当程度の可能性理論の適用を否定する理由はないと思われる」としている。

（注29）秋吉・前掲（注10）226頁以下〔片野正樹〕、福田ら・前掲（注6）444-445頁〔尾島明〕、高橋・前掲（注6）321頁〔森富義明〕。なお、高橋・前掲（注6）621頁〔森富〕は、説明義務違反と死亡との間の因果関係が証明されな

いが、相当程度の生存可能性が証明された場合について、「自己決定権の侵害による損害賠償のほかに、相当程度の可能性理論に基づく損害賠償が別途認められるのかどうかの問題となる。」としたうえで、「今後の検討課題の1つである。」としている。

(注30) 大島・前掲(注2) 64頁は、「自己決定の侵害にしても、相当程度の可能性侵害にしても、……慰謝料額では、一切の事情を考慮して決められるので、相当程度の可能性侵害があったかを厳密に認定する実益に乏しい」としている。

(注31) 大阪地判平成19年10月31日(判例番号98:判タ1263号311頁、判時2023号120頁)は、期待権侵害を理由に慰謝料30万円を認容し、東京地判平成18年12月8日(判例番号110:判タ1255号276頁)は、自己決定権侵害を理由に慰謝料200万円を認容している。

(注32) 相当程度の可能性法理との関係で、可能性の程度に応じた割合的損害を算定したのは1件だけであったが(判例番号157)、後遺症事案においては死亡事案とは異なる分析が必要となることに注意が必要である。死亡事案については、生存と死亡との間に生存可能性というグレーゾーンが存在するが、後遺症事案においては、そのようなグレーゾーンのほかに、より軽症の後遺障害との関係で因果関係を認めうるゾーンが相当広く存在するからである。そして、より軽度の後遺症にとどまったこととの間の因果関係を肯定したうえで、軽減し得た後遺症の程度に応じて、割合的に賠償額を定めることが可能となる。

このような観点から、より軽症の後遺障害との関係で因果関係を認められた裁判例として、横浜地判平成24年5月24日(判例秘書)は、後遺障害を6割程度軽減させることができたことと認定して、損害の6割相当(2596万6777円)の賠償請求を認容している。この裁判例の特筆すべき点は、相当程度の可能性法理ではなく、後遺症を軽減できたこととの間の因果関係を認めて、その軽減程度の割合を賠償額に反映させた点にある。

(注33) 大島・前掲(注2) 63頁は、「相当程度の可能性は、高度の蓋然性までは認められないがそれに近い段階から、かなり低い可能性まで幅が広いものとなるが、どの程度であったかは損害額の算定において影響を与えらる」と考えられる。」としている。

(注34) 例えば、東京地判平成29年5月26日(判例番号13、判タ1459号199頁)は、胃癌に関するものであるが、過失時の病期を特定できないとして、統計資料の活用を拒けている。

(注35) 杉原・前掲(注10) 865頁。

(注36) 医師の割合的賠償責任の導入に積極的な見解として、中村哲『医療訴訟の実務的課題』(判例タイムズ社、2001) 304頁、平野・前掲(注13) 272頁以下、石橋秀起『不法行為法における割合的責任の法理』(法律文化社、135—174頁、荒谷謙介「イギリス医療訴訟における『可能性の喪失論』について」判例タイムズ1210号(2006) 53頁、高波澄子「米国における『チャンスの喪失(LOSS OF CHANCE)』理論(二・完)」北大法学50巻1号(1999) 159—160頁、石川寛俊「医療訴訟における『相当程度の可能性』の漂流」法と政治61巻3号(2010) 129頁、中原太郎「機会の喪失論の現状と課題1」法律時報82巻11号(2010) 98頁など。

(注37) 石橋・前掲(注36) 166—167頁は、検査義務、経過観察義務、転送義務は、それ自身が治癒の可能性を保護しようとするものではないから、割合的解決を正当化するための判断枠組みとして、①検査義務、経過観察義務、転送義務等と、その後に行われる治療行為とが一体性を有すること、②病気を確実に治癒させることを医師に期待できない場合で、かつ、その治療による治癒の可能性が医学上の知見ないしデータによって示されているため、医師に対して、そのような可能性を保護するための義務が特別に課されることを挙げている。

(注38) 太田幸夫『新・裁判実務体系1医療過誤訴訟法』(青林書院、2000)199頁(橋本英史)は、「逸失利益を含む全財産的損害が現実には発生するのは、現実には生じた生命、身体への侵害(当該死傷)の結果」とし、「いわば思考上の利益にすぎない救命(治癒)の可能性への侵害では、そのような損害を発生させることはなく、これを割合的あるいは確率的にとらえるのは飛躍があると考えられる。」としている。論旨によれば、死亡との間の因果関係が否定された以上、思考上の利益に過ぎない救命可能性への侵害では、死亡を前提とした財産的損害の賠償義務を生じさせることはないということになる。論旨は最高裁判平成12年判決以前に執筆されたものと思われるので、この指摘は、相当程度の可能性法理に直接向けられたものではない。しかし、死亡との間の因果関係が認められないことを前提にした議論という点で、相当程度の可能性法理について検討するうえでも参考になる。

(注39) 東京地判平成18年4月26日(判例秘書)は、医師が肺癌を見落とししたことにより、患者の術後5年生存率が30%低下したと認定し、慰謝料400万円を認容した。この裁判例は、判決文の中で、生存率低下による患者の精神的損害は、「原告(患者)が抱えている死に対する不安や恐怖に対するものにとどまる」とし、将来患者が死亡した場合には、相当程度の生

存可能性侵害を理由とする損害賠償を認める余地があるとした。そして、これを理由に、相当程度の生存可能性侵害は、この事案において慰謝料算定で考慮しないとしている。

(注40) 相当程度の可能性を生命とは切り離された別個の法益と考えるのであれば、太田・前掲(注38)が示唆するとおり、生存可能性は、患者に起こった現実の死とは無関係な思考上の利益に過ぎないと考えられる。

(注41) 太田・前掲(注38)のように、救命可能性を生命とは別の“思考上の利益”として理解しても、相当程度の生存可能性を思考上の利益と理解するのは無理がある。なぜなら、相当程度の可能性法理は、患者の死亡を絶対的条件に据えており、単なる思考上の利益にとどまらないからである。また、石川・前掲(注36)129頁は、相当程度の可能性が侵害されたときの損害事実は、「機会喪失を確定的にした死傷の存在である。」として、単なる思考上の利益としての可能性侵害ではないことを指摘している。

(注42) 最判昭和42年11月10日民集21巻9号2352頁、最判昭和56年12月22日民集35巻9号1350頁)。

(注43) 杉原・前掲(注10)865頁は、いわゆる差額説の立場からは、相当程度の可能性侵害による損害を「財産的損害とみることは困難」としながら、「死傷損害説の立場からはこれを認めることも可能であろう。」とする。そして、同868頁は、死傷損害説によれば、「例えば、四〇パーセントの救命可能性があった場合にこれを失ったこと、すなわち可能性喪失自体を損害として評価する方法として、逸失利益の四〇パーセントに相当する損害額を認めるといような考え方もあり得よう。」としている。

(金崎 浩之)

裁判例研究

インターネット法研究部

* 目 次

第1 大阪高等裁判所判決平成30年 10月4日	74	2 判旨	85
1 事案の概要	74	3 検討	86
2 判旨	74	(1) 最高裁大法廷判決平成29 年3月15日との関係	86
3 検討	75	(2) 過剰な捜査抑制の手法	87
(1) 本判決の量刑についての 考え方の問題点	75	(3) 事前の令状提示と立会い の代替手段	87
(2) 最高裁判所平成26年7月24 日判決	76	(4) 新しい技術への射程	88
(3) 量刑判断のプロセスと処罰 の公平性	77	第4 東京高判令和2年2月7日裁判 所 WEB	89
(4) 自動運転との関係	79	1 事案の概要	89
第2 最高裁判所平成30年12月3日決 定	82	2 判旨	90
1 事案の概要	82	3 検討	90
2 判旨	82	(2) ①反意図性について	90
3 検討	83	(3) ②不正性(社会的許容性) について	91
(1) 営業秘密領得罪	83	(4) ③実行共用目的について	93
(2) 本件の意義	83	(5) 本判決の射程と残された 問題	94
第3 千葉地判平成30年8月30日裁 判所 WEB	85		
1 事案の概要	85		

本稿では、広い意味でインターネットに関わる判例の中から、刑事分野における以下の4つの事案を取り上げて検討する。第1は、スマホを見ながらの「ながら運転」が問題になった大阪高等裁判所判決平成30年10月4日、第2は、不正競争防止法の「不正の利益を得る目的」の認定が問題となった最決平成30年12月3日、第3は、立法の狭間におけるGPS捜査が問題となった千葉地判平成30年8月30日、最後は、いわゆるコインハイブ事件の控訴審である東京高判令和2年2月7日である。

第1 大阪高等裁判所判決平成30年10月4日¹

1 事案の概要

本件は、被告人が、高速道路上でスマートフォンの画面を脇見し、アプリケーションソフトの閲覧や入力操作に気を取られるなどして前方左右を注視せずに大型貨物自動車を運転していたところ、渋滞中の車列に突っ込み、多重事故を引き起こした上で、1名を死亡させたほか、4名に傷害を負わせた事案である。

原判決は、自動車運転死傷行為処罰法5条の過失運転致死傷罪として、禁固2年の求刑に対しスマートフォンによる「ながら運転」が比較的新しい運転過失死傷の社会的類型の1つであることに鑑み慎重に検討したとして、求刑よりも重い禁固2年8月の実刑を言い渡した。これに対し、被告人側が事実誤認及び量刑不当で控訴した。

2 判旨

控訴棄却。裁判所は、量刑は相当であるとした。その理由として、「証拠により認められる犯情事実を評価し、その評価に従って刑種を選択し、あるいは数量化を行って刑を量定するに当たって、公平・公正の見地から、他の同種同類の事案の裁判例との均衡を考慮する必要があ

1 判時2392号83頁。

ることはいうまでもないところ、この検討は、必ずしも特定の裁判例や資料に基づいてなされるのではない。裁判官は、自らの職責として、必要に応じ公刊物に表れた裁判例を調査し、あるいは、自らが過去に担当した事件その他職務上知り得た裁判例等から得た専門的知見を用いて上記作業を行うのであり、その判断の基礎となる裁判例等の資料ないしこれらによって導き出される量刑傾向や量刑分布は、証明の対象となる事実ではないし、公判廷での顕出を要するものでもない」と判示した。

また、弁護人側が、どう対応するべきかについては、「弁護人としても、裁判例を調査するなどして同種事案の量刑傾向を把握した上で弁論するのは当然の職責であって、必要と考えれば、弁論において具体的な裁判例を指摘するなどし、自己が考える量刑傾向に言及しておくこともできる」とした上で、「求刑は、科刑についての検察官の意見にすぎず、もとより裁判所の量刑の上限を画するものではないし、その当否は、基本的に判決で示すべきものであり、裁判所が求刑を軽過ぎると考え、これより重い量刑をする場合に、判決に先立って、被告人側の手続保障のために検察官に求刑の根拠を釈明させるなどの特段の手続を採る必要は何ら存しない」と結論づけた。

3 検討

(1) 本判決の量刑についての考え方の問題点

本判決は、量刑について、裁判官は、自らの職責として、専門的知見を用いて、「公正・公平の見地から、他の同種同類の事案の裁判例との均衡を考慮して行う」としており、これ自体は一般論として異論があるものではない。

しかしながら、本判決が何らの例外なく「その判断の基礎となる裁

判例等の資料ないしこれらによって導き出される量刑傾向や量刑分布が証明の対象となる事実ではなく、公判廷での顕出を要するものではない」としたことには疑問が残る。

原判決の量刑判断は、弁護人に対する不意打ちであって、防御権を侵害するものと考ええる。

(2) 最高裁判所平成26年7月24日判決²

本判決を検討する上で、まず、先例となる最高裁判所平成26年7月24日を検討する。同判決は、裁判員裁判において、懲役10年の求刑に対し、これを大幅に超える懲役15年に処した第1新判決及びこれを是認した原判決について、従前の量刑傾向から踏み出した量刑をすることにつき、具体的、説得的な根拠を示しているとは言い難いとして、刑事訴訟法411条2号に基づき、破棄自判して懲役8年とした事案である。

同判決は、「量刑が裁判の判断として是認されるためには、量刑要素が客観的に適切に評価され、結果が公平性を損なわないものであることが求められるが、これまでの量刑傾向を視野に入れて判断がされることは、当該量刑判断のプロセスが適切なものであったことを担保する重要な要素になると考えられるからである」としている。その上で、「これまでの傾向を変容させる意図を持って量刑を行うことも、裁判員裁判の役割として直ちに否定されるものではない。しかし、そうした量刑判断が公平性の観点からも是認できるものであるためには、従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるべきである。」としている。また、白木勇裁判官の補足意見は、「量刑の先例やその集積

2 刑集68巻6号925頁。

である量刑の傾向は、それ自体としては拘束力を持つものではないし、社会情勢や国民意識の変化などに伴って徐々に変わり得るものである。しかし、処罰の公平性は裁判員裁判を含む刑事裁判全般における基本的な要請であり、同種事犯の量刑の傾向を考慮に入れて量刑を判断することの重要性は、裁判員裁判においても何ら異なるものではない。そうでなければ、量刑評議は合理的な指針もないうまま直感による意見の交換となってしまうであろう。」としている。

この最高裁判決からすると、従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、そもそも検察官と弁護人との間で争点化され、審理されることが手続的正義に適うというべきである。

(3) 量刑判断のプロセスと処罰の公平性

本判決の原審において、検察官が論告において主張した取り分け重要視すべき量刑事情は、大型車両を高速度で運転中に携帯電話（スマートフォン）の操作を始め、その後10秒間も前方注視を怠っていたという被告人の行為が、危険極まりなく、過失が重大であるというものである。

この点について、原判決は、検察官による求刑が、スマートフォンによる「ながら運転」の社会的類型の一般的危険性や、その類型の中での本件犯行の危険性を過小評価したものとして、スマホ「ながら運転」が比較的新しい過失運転致死傷の社会的類型であるという量刑事情及び評価を摘示して、求刑を超える実刑を言い渡しており、本判決もこれを相当としている。

他方で、本判決は、弁護人の防御については、事案の特徴から、裁判所の量刑判断において、類似性がある裁判例との均衡を考慮するであろうことは認識ないし想定できたであろうことを前提に、弁護

人が、裁判例を調査するなどして同種事案の量刑傾向を把握した上で弁論をするのが当然の職責であるとした。

しかしながら、一部の裁判例しか公刊されていない現状では、弁護人による量刑調査には自ずから限界がある。ましてや、既存の犯罪類型と異なり、比較的新しい社会的類型について、全体の中での量刑判断の傾向及び類似性がある裁判例との均衡については、裁判所と同じデータベースにアクセスをすることができなければ把握しようがないと言わざるを得ない。

その結果、本判決が前提とする「類似性がある裁判例との均衡を考慮するであろうことは認識ないし想定」できるということは、正に画餅であって、弁護人に対し不可能を強いるものというべきである。

そうすると、量刑事情に対する評価という点で、何ら争点となっていない新しい社会的類型に対する危険性という量刑事情に対する評価は、不意打ち以外の何者でもなく、防御権の侵害というべきであろう。

上記最高裁判決においては、これまでの傾向を変容させる量刑判断について、公平性の観点からは是認できるものであるためには、従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されることを要求しているが、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるとしても、その前提として手続の公平性も考慮されるべきであって、新しい社会的類型に対する危険性という評価については、手続内において防御の機会が与えられるべきである。

民事司法の関係では、裁判のIT化の流れで、日弁連法務研究財団においても判決のオープンデータ化が議論されているところではある

が、刑事司法の関係でも、量刑データベースの共通化を行い、法曹三者の情報格差を解消することが強く望まれる。

(4) 自動運転との関係

本判決は、前方注視義務違反が問題となった事案であるため補足する。

前方注視義務自体は、道路交通法70条が「車両等の運転者は、当該車両等のハンドル、ブレーキその他の装置を確実に操作し、かつ、道路、交通及び当該車両等の状況に応じ、他人に危害を及ぼさないような速度と方法で運転しなければならない」と規定していることから発生するものである。

この点、自動運転車との関係で、道路運送車両法及び道路交通法の改正が令和2年4月1日から施行されている。

まず、道路運送車両法41条1項は、運行の用に供する自動車が技術基準に適合すべき装置として、同20号において自動運行装置を規定し、その定義を同2項に規定した。

すなわち、自動運行装置とは、プログラム³により自動的に自動車を運行させるために必要な、自動車の運行時の状態及び周囲の状況を検知するためのセンサー並びに当該センサーから送信された情報を処理するための電子計算機及びプログラムを主たる構成要素とする装置とされている。そして、当該装置ごとに国土交通大臣が付する条件で使用される場合において、自動車を運行する者の操縦に係る認知、予測、判断及び操作に係る能力の全部を代替する機能を有し、かつ、当該機能の作動状態の確認に必要な情報を記録するための装置を備えるものと規定された。

3 入出力装置を含む電子計算機に対する指令であって、一の結果を得ることができるように組み合わせられたものをいう。

ここから自動車の運転する者の知的活動が、法律上「操縦に係る認知、予測、判断及び操作」と定義され、そのすべてに係る能力の全部を代替することができるプログラムが、自動運転車の中核であることがわかる。

その上で、道路交通法は、この道路運送車両法の規定を引いて、同法71条の4の2第1項において「自動運行装置を備えている自動車の運転者は、当該自動運行装置に係る使用条件（道路運送車両法第41条第2項に規定する条件をいう。次項第2号において同じ。）を満たさない場合においては、当該自動運行装置を使用して当該自動車を運転してはならない」とした上で、同2項において自動運行装置を備えている自動車の運転者が当該自動運行装置を使用して当該自動車を運転する場合、自動運行装置の使用条件が満たされなくなった場合に直ちに当該自動車の操作を確実にできる状態にあること等の条件をすべて満たしていれば、当該運転者については、同法第71条第5号の5で規定される義務が適用されないと規定した。

この不適用となる規定は、「自動車等…を運転する場合には、当該自動車等が停止しているときを除き、携帯電話用装置、自動車電話用装置その他の無線通話装置（その全部又は一部を手で保持しなければ送信及び受信のいずれをも行うことができないものに限る。…）を通話…のために使用し、又は当該自動車等に取り付けられ若しくは持ち込まれた画像表示用装置（…）に表示された画像を注視しないこと」という形で、前方注視義務違反となる行為類型の中から、スマートフォン等の画面等を注視するといったものを取り出して義務化したものであるが、この規定の適用を除外することにより、自動運行装置による運転中に免除される義務の内容を明確化した。

現状においては、日本国内における自動運転車に関連する交通事故の事案については、レベル2⁴の運転支援システム作動中に眠気を覚えた場合の運転中止義務が問題となった横浜地方裁判所令和2年3月31日判決がある。

自動運転車が普及するに従い、MaaSにおけるモビリティサービスプロバイダの出現等新たな当事者が出てくることもあり、様々な事故⁵が増加することが予想される⁶。このような事故の増加に伴い、紛争解決の中心に自動運行装置の技術的な問題⁷が絡むこととなり、適切な事案の解決が困難になることもあり得ることが予想される。また、民事及び刑事双方の観点だけではなく、いわゆるトロック問題のような倫理的な問題についても検討が求められる⁸ことから、レベル

- 4 自動運転のレベル分けについては <https://www.mlit.go.jp/common/001226541.pdf> を参照。
- 5 アメリカで2018年3月18日に発生したUber社の自動運転車による事故では、同車に乗っていたセーフティ・ドライバーが2020年8月27日に過失致死罪で訴追された。また、日本では2019年8月26日、名古屋大学が所有する低速自動運転車が自動運転走行中に、車両の自己位置・方位検知機能の誤検知から、後ろから追い越してきた車両と接触事故を起こしている。
- 6 自動運転の普及に伴う民事及び刑事責任並びに紛争解決手続とそこにおける立証等の問題については、明治大学自動運転社会総合研究所監修「自動運転と社会変革」（商事法務2019）が詳しい。
- 7 例えば、センサーと、データフュージョンシステムと、自動運行システムの切り分け等。
- 8 ドイツ連邦デジタルインフラストラクチャー省（BMVI）においては、2017年6月20日自動化走行に関する倫理委員会報告書が提出され、その中で、自動運転車による事故が避けられない場合において、年齢、性別、身体的又は精神的な素質といった人的な要素により、対象者を選別することは許されないとしている。そうすると、マシンエラーにより発生した人間の死の結果発生の現実的危険性について、結果発生の数に大きな違いがあろうとも、系統的に因果の流れを変更することは許されないことになろう。これを前提とすると、自動運転車による事故リスクが発生した場合、結果発生の現実的危険性とその違法性の評価を、他の選択肢と比較することはできないという帰結になると思われる。

3以上の自動運行装置作動中の「過失」が観念できない自動運転車による事故を社会においてどう取り扱うべきか、活発な議論が期待されるところである。

第2 最高裁判所平成30年12月3日決定⁹

1 事案の概要

本件は、勤務先の秘密情報を管理するサーバにアクセス権限を有していた被告人が、退職して同業他社へ転職する直前に、商品企画業務の全工程などのファイルを二回にわたり、私物のハードディスクドライブ（以下「HDD」という。）にダウンロードして複製したという事案である。一審、原審ともに、不正競争防止法21条1項3号（平成27年法律第54号による改正前のもの）にいう「不正の利益を得る目的」を認定した。

これに対し、被告人は、単に記念写真回収目的でファイルを取得したものであって、転職先で直接的・間接的に参考にして活用しようという内容は不正の利益を得る目的とはいえないとして上告した。

2 判旨

上告棄却。判旨は、前記複製行為について、一度目は業務関係のデータ整理を目的とし、二度目は記念写真の回収を目的としたものであるとの被告人の主張について、一度目については、複製したファイルを用いて業務を遂行したことはなく、会社のパソコンを社外利用の許可を得て自宅に持ち帰っていた被告人が、あえて私物のハードディスクや私物のパソコンにファイルを複製する必要性も合理性もないことから、業務遂行以外の目的によるものだと認定した。また、二度目の複製行為につ

9 刑集72巻6号569頁。

いては、最終入社日の翌日に、業務遂行をする必要がないことが明らかであり、複製したフォルダが自動車の商品企画等に関するデータファイルが相当多数を占め、宴会写真フォルダの写真等がごく一部であって、それだけを選別しようとしていないことから、業務遂行以外の目的によるものと認定した。その上で、そのほかに正当な目的の存在をうかがわせる事情がないことから、当該複製が、被告人自身又は転職先その他の勤務先以外の第三者のために退職後利用することを目的としたものであったことが合理的に推認できるとして、「不正の利益を得る目的」があったとした。

3 検討

(1) 営業秘密領得罪

営業秘密領得罪の規定は、平成15年の不正競争防止法の改正により新設され、平成21年の改正により、営業秘密を保有者から示された者が、図利加害目的をもって、その営業秘密の管理に係る任務に背き、営業秘密を領得する行為が営業秘密罪の対象とされるとともに、その目的要件が「不正の競争の目的で」から「不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的で」とされた。

この目的要件の改正については、「不正の競争の目的」が「公序良俗、信義則に反して他の事業者と営業上の競争をする目的」を意味すると一般的に解されていたことから、営業秘密侵害罪の対象範囲を拡大したものとされている。

また、保有者から正当に営業秘密を示された者が、営業秘密を不正に領得し、それを使用、開示する行為類型として、媒体の横領、複製の作成、不消去・消去の仮装が定められている。

(2) 本件の意義

本件は、営業秘密侵害罪の成否について最高裁が初めて判断をした事案であり、事例判断ではあるが、不正の利益を得る目的の判断過程を示したものとして意義があると考ええる。

侵害された営業秘密が、使用または開示された後であれば、その使用または開示の態様等から不正の利益を推認することになるが、本件のように複製後、使用または開示前では、その領得時期、領得の態様、領得対象の内容、業務遂行目的その他正当な目的の有無を検討した上で、「不正の利益得る目的」を推認する認定手法は、合理的なものであり、増加傾向にある営業秘密侵害の同種事案においても参考になる。

(3) 限定提供データ保護との対比

なお、平成30年の不正競争防止法の改正により、限定提供データの保護が新設されたが、民事上の救済措置に限られ、刑事罰を設けることは見送られた。

しかしながら、機械学習や深層学習といったデータドリブンな AI 開発において、ビッグデータは今後一層その重要性を増していくところ、限定提供データの利用が今後盛んになることが予想される。

そして、限定提供データは、電磁的管理性が要件とされている。これは、限定提供データが、特定の者に対してのみ提供するものとして管理するという所有者の意思が第三者に認識できるようにされている必要があるからであり、第三者が一般的かつ容易に認識できる管理として、ID、パスワード等によるアクセス制限が想定されている。そして、この電磁的管理性は、法文上明らかではないが、その保護を十全にするためにも、限定提供データの提供先においても継続されることが必要である。

そう考えると、他社との共有が前提とされているとしても、電磁的に管理されている限定提供データについて図利加害目的をもって複製等する行為にも、刑事罰が必要となるようにも思え、今後の限定提供データの利用実態に応じて、再検討がなされるべきであろう。

第3 千葉地判平成30年8月30日裁判所 WEB¹⁰

1 事案の概要

本件は、最高裁大法廷判決平成29年3月15日においてGPS捜査は強制処分であるとされる前、平成28年5月頃の犯行について、同年9月14日、GPS捜査を行うための検証許可状が求められ、同年10月25日に発付された事案である。

弁護人は、当該検索許可状の発布、取得、執行のいずれも違法性があり、GPS捜査によって得られた証拠及びそれと密接に関連する証拠について、違法収集証拠として排除すべきであると主張した。

2 判旨

裁判所は、被告人らの使用車両に承諾なく密かにGPS端末を取り付け、位置情報を検索して動向を把握するGPS捜査は、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に密かに装着することによって、五類的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であり、令状がなければ行うことができない「強制的処分」であるとした上で、現行法上、同捜査を想定した令状はなく、適法性には疑義があるとした。

しかしながら、上記最高裁大法廷判決の前に実施されたものである

10 https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/997/087997_hanrei.pdf

こと、警察官らは、GPS 捜査が被告人らのプライバシーを侵害する強制処分当たる可能性があり、検証と同様の性質を有していることを考慮し、事前の司法審査を経るべく、検証許可状を請求し、裁判官から発付を受け、その有効性を信頼した上で、内容等を遵守して実施したことから、令状主義を没却するような重大な違法性はなく、同捜査により得られた証拠を許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からしても相当ではないと認められないとした。

3 検討

(1) 最高裁大法廷判決平成29年3月15日との関係

本判決に先んじて、最高裁大法廷判決平成29年3月15日は、GPS 捜査について、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であり、GPS 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分当たるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきとした。

その上で、上記大法廷判決は、GPS 捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましいとしている。

本判決は、上記大法廷判決が出る前の過渡期における GPS 捜査について、強制処分であるとした上記大法廷判決を前提にしながらも、違法収集証拠排除の主張を退けたものであり、大法廷判決や立法による解決がなされるまでの過渡期において、新しく生まれる技術を

利用した捜査と、それによるプライバシー侵害が問題になる事案において参考になると思われる。

(2) 過剰な捜査抑制の手法

本件では、弁護士から捜査期間が2か月余りにわたり、その間の位置情報検索の改修が721回に及んでいる点でプライバシー侵害の程度が重大であり、被疑事実との関連性を欠くGPS捜査が行われた可能性も問題視されたが、本判決は、令状上「検証すべき物が本件被疑事実と明らかに関連がないと認められる場合には、速やかに検証を中止する」との条件が付され、過剰な位置情報検索を抑制する配慮がなされていたこと等を理由に、別件を意図してGPS捜査が実施されたことを疑うべき事情はないとした。

(3) 事前の令状提示と立会いの代替手段

また、本件検証許可状が被告人に対して事前提示されたことがなく、事後提示も迅速を欠き、位置情報検索作業に立会人を付するなどの第三者の関与が確保されていないことについて、本判決は、刑事訴訟法222条1項、110条の定める令状の事前提示は、執行手続きの公正さを担保することを目的とするものであるとした上で、GPS捜査が捜査対象者に知られず密に行うのであれば、その目的を達成できないものであるから、検証許可状の発布に際して、事前の令状提示がそもそも予定されていないとした。

本判決は、事前の令状提示の代わりにGPS端末を貸与し、位置情報を取得する際に利用するサービスを提供する会社の社員に対し、令状が事前提示されていること、被告人に対し、事後的に令状が提示または告知されることで、本人に実質的にGPS捜査に対する不服申立て等の機会が与えられ、意図的に検証許可状の提示を遅らせたり、

GPS 捜査の実施を隠匿したと認められること、GPS 捜査の内容及び実施方法が、位置情報検索サービスを利用して、各車両の位置を警察本部のパーソナルコンピュータまたは携帯電話端末機に電気通信回線を通じて取得するものであり、人の住居等で執行するものではなく、検証許可状で定められた検証すべき内容及び実施方法・条件からも、第三者の立会は予定されていないとした。

(4) 新しい技術への射程

プライバシー侵害の観点からは、AI を利用することで、従来、人間が解析できなかった量のデータが解析可能となり、インターネット上の行動履歴を追跡し、個人が外部に表示していない特性を特定するプロファイリングや、防犯カメラに記録された膨大な動画データに対して顔認識技術を用いた AI を利用して、その行動履歴を把握する捜査手法が可能となりつつある。

これらの捜査手法が現実になった場合には、プライバシー侵害の程度は、GPS 捜査に勝るとも劣らないものであると考えられ、強制の処分と考えるべきである。他方で、立法的な手当がなされない段階で、これらの強制処分を行うために検証許可状が用いられた場合、その条件設定にもよるが、本判決のように令状主義を潜脱する意図がないということで違法収集証拠として排除できないということになると、法律による行政の原理の観点から、本来は立法対応が必要な新しい技術を用いた捜査手法に対し、国民によるコントロールが及ばないことになる。

この意味では、本判決の射程は、極めて限定的に考えるべきである。新しい技術を利用した捜査手法については、いかに捜査機関にとって利便性が高くとも、その技術による人権侵害のおそれが認識でき

た段階で、上記大法廷判決が指摘するとおり、国会による立法を待つのが本筋であろう。

上記大法廷判決の補足意見は、法制化までの間、裁判官の審査を受けてGPS捜査を実施することが全く否定されるべきではないとしつつ、ごく限られた極めて重大な犯罪の捜査のため、高度の必要性が要求される場合に、十分配慮した上でなされる必要がある旨述べる。

しかしながら、新しい技術による捜査手法は、従前、捜査機関が利用していないものであるから、新しい技術により従来の捜査手法の実効性が失われるような場合であれば格別、捜査の実効性を考慮するべきではない。

その意味で、今後、新しい技術を用いた捜査手法が人権を侵害する可能性がある場合には、検証許可状その他の令状が発付されていたとしても、その令状の類型、条件を検討した上で、令状主義を潜脱するものとして、違法収集証拠として排除される場合が想定されるべきであろう。

第4 東京高判令和2年2月7日裁判所 WEB

1 事案の概要

本件は、被告人が、Webサイト閲覧者のPCのCPUに、マイニング作業をさせるスクリプトを無断で埋め込み、そのマイニング作業の結果報酬を受け取っていた行為について、刑法168条の3の不正指令電磁記録保管罪の適用が問題となった事案である。いわゆるコインハイブ事件と言われている。

不正指令電磁的記録保管罪は、人が電子計算機を使用するに際して

①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（反意図性）べき②不正な（社会許容性のない）指令を与える電磁的記録を、正当な理由がないのに、人の電子計算機における③実行の用に供する目的で作成、又は提供することを要件とする。

第一審は反意図性を肯定したものの、不正性を否定し、不正指令電磁的記録該当性を否定するとともに、実質的には故意も否定した上で実行の用に供する目的を否定し、無罪としたが、検察官控訴。

2 判旨

破棄自判。本判決は、反意図性、不正性、実行の用に供する目的すべてについて肯定し、罰金10万円の有罪とした。

なお、本稿執筆時点においては上告中である。

3 検討

(1) ①反意図性について

原判決は、反意図性について、本件プログラムコードがその実行によって、サイト閲覧者の電子計算機にマイニングさせる機能を有しており、この機能は、当該サイトを閲覧することにより実行されるものであるから、プログラム使用者が、事前に機能を認識して承諾することが予定されていないため、プログラム使用者が機能を認識できないとして、反意図性を肯定した。

この点について、本判決は、まず原判決の反意図性についての判断手法を、専らプログラムの機能の認識可能性から判断するものとした上で、判断手法プログラムの機能の認識可能性だけでなく、内容も考慮するべきであるとした。その理由として、本罪の趣旨が、プログラムが反意図動作をせず、不正な指令ではないという社会一般の者の信頼を保護することにあるとし、一般的なパソコンの使用者は、パソコンの使用にあたり実行されるプログラムのすべての機能を認識して

いるわけではないものの、特に問題のない機能のプログラムが実行されることは許容していることを挙げた。結論として、プログラムの内容も踏まえて、一般的なプログラム使用者が、機能を認識しないまま当該プログラムを使用することを許容していないと規範的に評価できる場合に、反意図性を肯定すべきであるとした。

その上で、本判決は、具体的な検討として、本件プログラムコードは、サイトを閲覧することによりマイニングが実行されることについての表示は予定されていないこと、閲覧者のパソコンの機能提供により報酬が生じた場合に、報酬を閲覧者が得ることも予定されていないこと、一般的にサイト閲覧者は、サイトを閲覧する際に、閲覧のために必要なプログラムを実行することは承認しているが、本件プログラムコードで実施されるマイニングは、サイト閲覧のために必要なものではないこと、マイニングが実行されていることは閲覧中の画面等に表示されず、閲覧者に、マイニングによってパソコンの機能が提供されていることを知る機会やマイニングの実行を拒絶する機会も保障されていないことから、本件プログラムコードの内容が、プログラム使用者に（直接）利益をもたらさない上に、無断で機能を提供させて利益を得ようとするものであるとして、反意図性を肯定している。

このように反意図性を肯定した結論は、原判決と本判決との間に違いはないが、一般的なパソコンの使用者のプログラムの機能に対する理解力、いわゆるリテラシーを考慮した上で、プログラムの内容を考慮に入れる判断手法を示した点は意義深い。

(2) ②不正性（社会的許容性）について

原判決は、不正性について、インターネット上のサイトが質を維持・向上させながらそのコンテンツやサービスを提供し続けるには資金が

必要であることは、サイトを日常的に閲覧するユーザ間では常識であること、課金制や広告表示プログラム設置等、検索閲覧履歴の送信プログラムといった手法が採用され、サービスの質の向上維持が期待でき、閲覧者の利益になることに加えて、電子計算機への影響の程度や広告表示プログラムとの比較、同様のプログラムに対する賛否があることと、捜査当局による注意喚起がなかったことを摘示して、否定した。

これに対して本判決は、判断手法について、当該要件が、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、生じう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、規制の対象から除外する趣旨であることを前提に、一般的なプログラム使用者の意に反する反意図性のあるプログラムのうち、不正な指令を与えるものが規制対象であるとした。

本判決は、その上で、本件においては、本件プログラムコードの使用によって、サイト閲覧者に利益を生じさせない一方で、知らないうちに閲覧者のパソコンの機能を提供させるものであって、一定の不利益を与えるタイプのプログラムといえる上、生じる不利益に関する表示等もされていないから、社会的に許容すべき点は見当たらないこと、サイト閲覧中に、パソコンの機能を、閲覧者以外の（直接の）利益のために無断で提供させ、パソコンによる適正な情報処理の観点からも社会的に許容できないとして、社会的許容性がない、すなわち、不正性を肯定した。

本判決は、原判決の事実認定については次のとおり否定した。まず、原判決が指摘したサービスの質が向上できるという点については、閲覧者に気づかせない方法で受忍させる上で実現させるべきものではないことを指摘し、電子計算機への影響の点については、ウェブサイト閲覧時に付随して実行され、実行結果も画面上に表示される広告表示プログラムと、そうではない本件プログラムコードとは大きな相違があり、比較検討になじまない旨を指摘した。また、同様のプログラムに対する賛否がある点については、サイト閲覧者が機能を認識しないまま実行されるプログラムに反意図性がある事案では、社会的許容性を否定する方向に働くとし、社会的許容性を肯定する上では、機能を中心に考えるべきであり、捜査当局等による事前の注意喚起がなかったことは不正性を左右するものではないと、丁寧に論理を積み上げて原判決の事実誤認を指摘した。

本判決の認定は、本件プログラムコードの反意図性を前提とするものの、プログラムをインストールするパソコンの利用者に対する情報提供と同意という観点から、妥当な内容と評価できる。

もっとも、社会的許容性という要件については、漠然性故に無効の法理上の問題点も指摘されているところであり¹¹、上告審における判断が待たれる。

(3) ③実行共用目的について

原判決は、その内容を、判断手法当該プログラム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として、本件プログラムコードの機能、本件プログラムコードの評価、被告人が

11 木下昌彦「コンピュータ・プログラム規制と漠然性故に無効の法理—コインハイブ事件を契機とした不正指令電磁的録に関する罪の憲法的考察—」(NBL1181号4頁及び1182号39頁)

本件プログラムコードを導入した経緯に鑑みると、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ていなかったとして実行共用目的を否定した。

本判決は、原判決が実行共用目的を否定したことは傍論であることを指摘した上で、本件プログラムコードが閲覧者に気づかれずに、閲覧者のパソコンにマイニングさせる機能があることや、閲覧者の同意なくマイニングさせることに関する否定的な意見を知った（不正指令電磁的記録該当性を基礎づける事実を実質的に認識した）上で、本件プログラムコードの保管をしたことから、閲覧者の承諾を得ないまま実行されることを認識認容していたとして、実行の用に供する目的と故意も認定できると結論づけている。

(4) 本判決の射程と残された問題¹²

本判決からは、反意図性を検討する上で、一般的なパソコンの利用者のプログラムに対するリテラシーの度合いが、「パソコンの使用にあたり実行されるプログラムのすべての機能を認識しているわけではないものの、特に問題のない機能のプログラムが実行されることは許容している」としている。

しかしながら、本来的には、「特に問題がない」というものではなく、「どのような用途のプログラムなのか」ということを適切な情報提供を前提とする同意を基礎として考えるのが、あるべき姿ではないだろうか。

近年の個人情報に関するEUの一般データ保護規則（GDPR）や、カリフォルニア州における消費者プライバシー法（CCPA）制定の流

12 問題意識は、板倉陽一郎弁護士の解題（Law & Technology No.85-15）が当を得ていると思われる。

れを見ても、インターネットにおいてサイトの閲覧者が、自分の行為の結果（個人情報に誰にどの程度提供することになるのか）を理解した上での真の同意が求められており、パソコンという個人の所有物に対して、プログラムをインストールことは、ウェブサイトを閲覧する中で自分の個人情報が提供されること以上に、情報提供と同意が求められるべきものと考えられる。

AIによるビッグデータ解析を利用したプロファイリングやスコアリングについても、内定辞退率予測のように、学生側に対して十分な説明がなされないままに同意取得がなされていても、それは真の同意と評価することはできない。いずれ、データ駆動型の現状のAIを超えて、より社会に大きな影響を与えるAIが生まれてくる可能性があるが、そこでも情報提供と同意が根底にあるべきであろう。例えば、顔認識AIで、そのAIがどのような学習データを用いたのか（例えば、男女比や人種比）は、精度にも影響がある要素であり、学習データの構成や数値モデルから想定される精度（偏り）がある程度事前に予測できる場合には、その偏りを伝えた上で、人間がそのAIを含むシステムと関わることにより、どのような利益、不利益があるのかを情報提供することが、リテラシーが十分ではない者も含まれる利用者に対して、求められるというべきである。

他方で、本件自体は、インターネット初期の、無償でコンテンツが提供されていたインターネット的文化に対するガバナンスや、インターネットにおける有益なコンテンツ発信の継続的運営のための資金源のあり方をどう考えるべきかについて、検討すべき問題が残っていることを示すものでもある。

この問題は、ハードローによる規制になじまない分野であり、どの

ようなソフトローを形成すべきなのか、法律家にとっても幅広く議論を行っていくことが求められると考える。

以上

(後藤 大)

株主提案権の濫用的行使に関する考察—令和元年改正会社法における議論を契機として

会社法部

* 目 次

第1	はじめに	99	4	会社法の一部を改正する法律案に対する修正案の趣旨及び内容	107
第2	令和元年改正会社法の内容	99	第3	昭和56年(1981年)商法改正における株主提案権	107
1	概要	99	1	改正の経緯	107
(1)	現行の株主提案権制度の概要	99	2	株式会社の機関に関する改正試案	108
(2)	令和元年改正会社法案の概要	100	3	商法の一部を改正する法律案要綱案(案)	109
2	審議経過	101	4	商法等の一部を改正する法律案	110
3	衆議院法務委員会における審議内容	102	(1)	株主提案権の行使要件を発行済株式の総数の100分の1以上に当る株式又は300株以上の株式を有する株主とした理由	111
(1)	民法における権利の濫用の一般法理との関係	102	(2)	単位株制度を採用する会社とそうでない会社とのバランス	113
(2)	株主提案が権利の濫用に該当するかどうかについてより明確な規律を検討すべきではないか。	103	第4	近時の株主提案権の動向	114
(3)	立法事実が不十分ではないか。	103	1	株主提案権制度の導入以降の運用実態	114
(4)	「専ら人の名誉を侵害し、人を侮辱し、若しくは困惑させ、又は自己若しくは第三者の不正な利益を図る目的」の意義	105	2	判例の検討	115
(5)	「株主総会の適切な運営が著しく妨げられ、株主の共同の利益が害されるおそれ」の意義	106	(1)	東京高裁平成24年5月31日決定 平成24年(ラ)第1122号職務執行停止・代	

行者選任等仮処分命令申 立却下決定に対する抗告 事件(原審東京地裁平成24 年5月25日決定 平成24年 (ヨ)第20045)……………115	2 内容的制限……………119
(2) 東京高裁平成27年5月19日 判決 損害賠償請求控訴 事件平成26年(ネ)5472号・ 同附帯控訴事件平成27年 (ネ)318号 (原審東京地 裁平成26年9月30日判決 平成24年(ワ)14392号)・116	(1) 現状……………119
3 今後の動向予測……………118	(2) 立法事実について……………119
第5 濫用的な株主提案権行使への 対応策……………119	(3) 民法における権利の濫用 の一般法理との関係……………121
1 量的制限(令和元年改正会 社法で手当て済)……………119	3 今後の立法論の方向性… 123
	(1) 「専ら人の名誉を侵害し、 人を侮辱し、若しくは困惑 させ、又は自己若しくは第 三者の不正な利益を図る目 的」…………… 123
	(2) 「株主総会の適切な運営が 著しく妨げられ、株主の共 同の利益が害されるおそ れ」…………… 125
	(3) 結論…………… 127
	第6 終わりに…………… 127

第1 はじめに

株主提案権の制度は、昭和56年の商法改正によって、株主が自らの意思を株主総会に訴えることができる権利を保障することにより、株主の訴外感を払拭し、経営者と株主との間又は株主相互間のコミュニケーションを図り、株式会社をより開かれたものにする目的で導入された¹。

今般の令和元年の改正法において、近時の株主総会における株主提案権の行使に関し、一人の株主から膨大な数の議案が提出されたり、株式会社を困惑させる目的で議案が提出されたりするなど株主提案権が濫用的に行使されるようになった現状に鑑み、株主提案権の濫用的な行使を制限するための措置として株主が同一の株主総会において提出することができる議案の数を制限することになった。その一方で、不当な目的等による議案の提案を制限する規定の新設については見送られることとなった。

本稿では、株主総会における株主提案権の行使に関し、その適正な行使を確保するために立法的措置の適否等について考察するものである。

第2 令和元年改正会社法の内容

1 概要

(1) 現行の株主提案権制度の概要

株主提案権とは、株主が一定の事項を株主総会の目的とすることを請求することができる権利（議題提案権：会社法303条（以下会社法においては条文番号のみを示す。）、株主総会において株主総会の目的事項につき議案を提出することができる権利（議案提案権：304）、及び自らの議案の要領を株主に通知するか株主総会招集通知に記載

するよう求める権利（議案要領通知請求権305 I）の総称である。

議案提案権と議案要領通知請求権については、公開会社である取締役会設置会社では、総議決権数の1%以上か300個以上の議決権を6か月前から保有していることを要件とする少数株主権であり、公開会社でない取締役会設置会社では、保有期間要件のない少数株主権であり、取締役会設置会社でない株式会社においては保有期間要件のない単独株主権である（303 II、III、305 I、II）。

議案提案権についてはいずれの会社においても保有期間要件のない単独株主権である（304）。

提案できる議案は、株主総会の目的である事項につき、法令若しくは定款に違反する場合又は実質的に同一の議案につき株主総会において総株主の議決権の10分の1以上の賛成を得られなかった日から3年を経過していない場合に該当しないことである（304、305 IV）。

取締役または取締役会が書面投票制度または電子投票制度を定めた場合（298 I ③④）、および、委任状を勧誘する場合を除き、書面投票による議決権行使を認めなければならない議決権を有する株主が1000人以上の会社の場合（同条 II）は、取締役は、株主総会招集通知に際して株主総会参考書類を交付しなければならない（301、302）。そして、当該参考書類には、議案が株主の提出に係るものである場合は、その旨、議案に対する取締役・取締役会の意見、株主が会社に通じた提案理由などを記載しなければならない（会社則93）。なお、当該提案理由が「明らかに虚偽である場合又は専ら人の名誉を侵害し、若しくは侮辱する目的によるものと認められる場合」は記載することを要しない（会社則93 I ③かっこ書き）。

(2) 令和元年改正会社法案の概要²

ア 提出議案の数の上限を10とすること

取締役会設置会社の株主が議案要領通知請求権を行使する場合には、同一の株主総会において提案することができる議案の数の上限を10とし、10を超える部分については、会社は提案を拒絶することができることとする。

イ 不当な目的等による議案の提案を制限する規定の新設

株主が、専ら人の名誉を侵害し、人を侮辱し、若しくは困惑させ、又は自己若しくは第三者の不正な利益を図る目的で株主提案権を行使する場合や、株主提案権の行使によって、株主総会の適切な運営が著しく妨げられ、株主の共同の利益が害されるおそれがあると認められる場合には、会社は株主提案権の行使を拒絶できることとする。

2 審議経過

令和元年10月18日、政府は、諮問第104号を受けて平成29年4月に設置された法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会での調査審議を経て、同審議会が取りまとめた会社法制の見直しに関する要綱の答申を踏まえ、「会社法の一部を改正する法律案」（閣法第10号）及び「会社法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案」（閣法第11号）を第200回国会に提出した。令和元年11月12日、衆議院本会議において趣旨説明及び質疑がされた後、衆議院法務委員会に付託され質疑が行われた。同委員会においては、与野党の共同提案により、株主提案権に関する修正案が提出され、修正案が全員一致で可決された。同月26日、衆議院本会議において賛成多数により可決され、参議院に送付された。

令和元年11月27日、参議院本会議において趣旨説明及び参議院法務

委員会に付託され質疑が行われ、同委員会において賛成多数により可決された。両法案は、同年12月4日、参議院本会議において賛成多数により可決されて成立し、同月11日に公布された。

3 衆議院法務委員会における審議内容

第200回衆議院法務委員会では参考人を招致しての質疑も含め、主として上記1(2)イの規定に関し次の論点が問題となった。

(1) 民法における権利の濫用の一般法理との関係

ア 立法担当者の意見

- 民法の一般条項というのは常に適用がある³。
- 何で304条のような文言を書いたかという、濫用的、すなわち濫用だとは断定はできないけれども、裁判所は濫用である場合もあると抽象論としては言っているが、濫用的というのはそういう意味で、その濫用である可能性が高いというか、でも確実に自信をもって、濫用であるとは言えない、そういう場合を具体化しようとした⁴。

イ 反論

- 現状においては株主提案権の濫用については民法第1条第3項の権利濫用の規定により対処することが可能と考えられており、権利の濫用の規定では対処できないような事例への対応の必要性については、なお今後の事例の蓄積を待って検討すべきである⁵。
- 権利濫用に当たるカテゴリーの外枠に論理としては濫用的行使というものがこの新設条項によって付け加わるという論理になっている⁶。
- 会社法としては、まず主観面をもって304条2号、3号に当たれば、特に2号に当たれば拒絶はできる⁷。

(2) 株主提案が権利の濫用に該当するかどうかについてより明確な規律を検討すべきではないか。

ア 立法担当者の意見

- 今回の改正法案における株主による不当な目的等による議案の提案の制限に関する規定は、株主提案権の行使が権利の濫用に該当するであろう典型的な場合を明文化したものである。したがって、現行法のもとで権利の濫用に該当しない株主提案まで制限することを意図したものではない⁸。
- この法制審議会における中間試案について、パブリックコメントにかけて集計したところ、株主提案権の内容を制限することについては賛成が多数あり、そのような結果を踏まえて、法制審議会において改めて審議して、中間試案に文言上の微修正はしたが、コンセンサスを得て、今回の改正案の文言となった⁹。

イ 反論

- 今回の改正案の文言では、権利濫用に当たらないものまで拒絶できることになってしまう可能性があり、権利濫用に当たるものを具体化するという立法趣旨に必ずしも合致しないのではないか¹⁰。
- 具体化するのであれば、例えば賃貸借の一般条項が信頼関係破壊という形で具体化していったように、むしろ、この事実は裁判上の立証命題になるわけであるから、判例法の中で具体化していく方がより自然なのではないか¹¹。

(3) 立法事実が不十分ではないか。

ア 立法担当者の意見

- 裁判例や株主提案権に関する統計には現れないような潜在的な

濫用事例も存在していると考えられる。現に経済界からは、株主提案権が濫用的に行使されている事例があって、対応に苦慮しているんだという指摘がある。現行法ではそうした濫用的な株主提案に対する対応が困難であるという指摘もされていることを踏まえて提案権の濫用を制限する措置を設けるものであって、立法事実はあるのではないか¹²。

- いろいろな全体像の中で考えると、今回は、濫用的な提案が過去にされたということはあるが、7、8年前が一番議論された時期なので、最近はないのではないかということもあると思うが、会社は、毎回来るもののうち、取り上げないものはリスクをとって取り上げていないので、対応に苦慮しているという実態はあるのではないか¹³。
- 今回の法制審での議論というのは、過去の裁判例等も見ながら、こういう数、そして内容というか目的というのを置いた方が株主全体、企業社会にとってプラスであろうという全体的な判断もあった¹⁴。

イ 反論

- 法務省から出てくる資料というのは、最高裁の判例がないので高裁の平成24年判例そして平成27年裁判例、それぞれの裁判例が出てきたのが資料としては唯一です。プラス、口頭で出てくるのは、野村ホールディングスの事例しかない¹⁵。
- ごく一部の者による特殊な行使事例を根拠に、株主の重要な権利である株主提案権の行使が限定されるというのは、立法事実として不十分ではないか¹⁶。
- 目的という内心のはっきりしない主観のものを判断をする上で

の事実あるいは過去の事例の蓄積がされていないのではないか¹⁷。

(4)「専ら人の名誉を侵害し、人を侮辱し、若しくは困惑させ、又は自己若しくは第三者の不正な利益を図る目的」の意義

ア 立法担当者の意見

- 株主による議案の提案を拒絶できるかどうかは、株主が専ら人を困惑させるなど、正当な株主提案権の行使とは認められない目的で当該提案をしているかどうかを、提案の内容や理由、提案に至る経緯等の諸事情を総合的に考慮した上で客観的に判断する。したがって、その提案の内容が取締役会又はそのメンバーである取締役が困惑するようなものであったとしても、それを提案した株主において、専らこれらの者を困惑させる目的であったと客観的に認められる場合でなければ、この要件には該当しない¹⁸。

イ 反論

- 客観的に目的を判断するのが株主総会における提案であれば、議事整理権を持っている議長、株主総会開催前の議案要領通知請求権の段階では株主総会を招集する取締役が判断することになると、当事者である取締役会が客観的に判断することはできるのか¹⁹。
- 「困惑」「目的」という言葉について客観性が担保できるのか等の議論が法制審議会の中で十分ではなかったのではないかと²⁰。
- 権利の濫用というのが非常に漠然としているから文言でははっきりとさせていくという趣旨ということは分かるが、人なのか法人なのかも分からなければ、困惑というのが誰を基準にしているのかも分からなくなるという意味で、逆に非常に漠然とし

たものになってしまっているのではないか²¹。

(5) 「株主総会の適切な運営が著しく妨げられ、株主の共同の利益が害されるおそれ」の意義

ア 立法担当者の意見

- 「株主の共同の利益」とは、文言のとおり、株主全体の利益をいうものと考えられるが、例えば、少数の株主と多数の株主との間で見解が対立しているような場合における多数の株主の利益を指すわけではなく、客観的に、少数の株主も含む株主全体の利益を指すものと考えている²²。
- 株主の共同の利益が害されるおそれが認められるというのは、株主の共同の利益が害される可能性が少しでもあると認められることを意味しているわけではない²³。
- 「株主の共同の利益が害されるおそれ」で足りるとしているのは、株式会社において株主提案権の行使により株主総会の適切な運営が著しく妨げられ、株主の共同の利益が実際に害される前に、あらかじめ株主提案を拒絶することができるようにする必要があるからである²⁴。

イ 反論

- 未実現のことを事前に防ぐためにこれを拒絶するというのであれば、当然ながら裁判例もない。未実現のものを拒絶する以上は相当の理由がないと立法としては理由づけとして不十分ではないか²⁵。
- 株主提案権は少数株主権である。株主共同の利益というものの中身が全く不明な中で、このような条文を根拠に少数株主権を制限するような形になる立法はやめておくべきではないか²⁶。

4 会社法の一部を改正する法律案に対する修正案の趣旨及び内容

(1) 修正の趣旨

株主提案権等の濫用的な行使を制限するための措置に関する改正規定中不当な目的等による議案の提案を制限する規定の新設に係る部分を削る。本委員会における審議においては、民法における権利の濫用の一般法理との関係を整理すべきであるとの指摘や、当該株主提案が権利の濫用に該当するかどうかのより明確な規律を検討すべきであるとの指摘があった。このような指摘等を踏まえると、株主提案の内容により、これを拒絶することができる場合についての規定を設けるか否かを検討するに当たっては、裁判例や株主総会の実務の集積等を踏まえ、権利の濫用に該当する株主提案権の類型について更に精緻に分析を深めながら、引き続き検討していくべきものである²⁷。

(2) 修正の主な内容

株主が専ら人の名誉を侵害するなどの目的で議案の提出等をする場合又は議案の提出等により株主総会の適切な運営が著しく妨げられ、株主の共同の利益が害されるおそれがあると認められる場合に議案の提出等を拒絶することができるという規定を削除する²⁸。

第3 昭和56年(1981年)商法改正における株主提案権

1 改正の経緯

昭和56年商法改正は、昭和49年商法改正の審議において出された昭和48年7月3日衆議院法務委員会での付帯決議において、商法等に改正を要する問題が少なくないとされ、今後の方針として「会社の社会的責任、大小会社の区別、株主総会のあり方、取締役会の構成及び一株

の額面金額等について所要の改正を行うこと」と宣言され、昭和49年2月21日参議院法務委員会での付帯決議においても、「現下の株式会社の実態に鑑み、小規模の株式会社については、別個の制度を新設してその業務運営の簡素合理化を図り、大規模の株式会社については、その業務運営を厳正公正ならしめ、株主、従業員及び債権者の一層の保護を図り、併せて企業の社会的責任を全うすることができるよう、株主総会及び取締役会制度等の改革を行うため、政府は、速やかに所要の法律案を準備して国会に提出すること」と宣言された。

この付帯決議を受けて、昭和49年6月、法制審議会商法部会（鈴木竹雄部会長）が開かれ、会社法の全面改正に着手することが決定され、昭和50年1月から5月まで審議が行われた。これらの審議を踏まえて同年6月には法務省民事局参事官室から「会社法に関する問題点」が公表され各諸機関に意見照会が行われた²⁹。その中で株主提案権についても東京商工会議所、日弁連、東京証券取引所等に対して意見照会をしたが、株主提案権の採用に関して全面的に賛成といった意見はなく、株主総会の混乱や株主の権利濫用に対する予防策を講じたり、その範囲・要件・行使方法等に条件を付けることで株主提案権を認めるといった意見が多かった³⁰。

2 株式会社の機関に関する改正試案

上記の「会社法に関する問題点」に対する各諸機関の意見等を踏まえ、株主提案権について、次のような「株式会社の機関に関する改正試案」が公表され、同様に各諸機関に意見照会された。

二 株主総会の運営

4 提案権

- a 6月前から引続き議決権を有する株式の総数の100分の1の株

式又は100株（会社が単位株制度を採用しているときは100単位）のいずれか少ない数以上の株式を有する株主は、会社に対し、会議の目的たる事項についての提案をすることができる。

b aの提案は、理由を含めて400字以内の書面でしなければならない。

c bの書面が株主総会の会日の6週間前までに到達した場合において、その提案による事項が取締役会の決定した会議の目的たる事項に含まれないときには、会社は、次の場合を除き、これを会議の目的としなければならない。

イ 提案された事項が、株主総会の決議すべき事項でないとき。

ロ 株主の提出した理由に示された事実が、明白に虚偽で会社又はその親会社若しくは子会社に損害を与えるものであるとき。

ハ 提案された事項が最近3年間に株主総会において否決されたとき

d 株主の提案が決議に参加した株主の有する株式数の100分の3以上の賛成を得られなかったときは、その提案のために会社が支出した費用は、株主の負担とする。

各諸機関の意見は賛成が2件、条件付き賛成が2件、反対が3件であった。反対意見では、株主提案権の濫用に対するものが多かった³¹。

3 商法の一部を改正する法律案要綱案(案)

昭和55年11月、法制審議会商法部会において、改正試案と各諸機関の意見を前提として下記の「商法の一部を改正する法律案要綱案(案)」が提示された。

第二 株主総会

二 提案権

6月前から引き続き発行済株式の総数の100分の1に当たる株式又は300株以上の株式を有する株主は、次に掲げる場合を除き、総会の6週間前までに取締役书面を提出して、一定の事項を会議の目的とし、又はその提出する議案の要領を株主に通知することを求めることができる。

- (一) 請求された事項が総会の決議すべき事項でないとき。
- (二) 提出された議案と同一議案が総会において否決された後3年を経過しないとき。

(注) 第一の九1の会社又は第一の九10及び12の会社で株式の単位についての定めをしたものにあつては、6月前から引き続き発行済株式の総数の100分の1に当たる株式又は300単位に当たる株式以上の株式を有する株主が提案権を有するものとする。

改正試案との違いは、株主提案権の濫用防止の観点から「100株」以上を「300株以上」に改めた点である。そして、この「商法の一部を改正する法律案要綱案(案)」の内容がそのまま法務大臣に答申された³²。

4 商法等の一部を改正する法律案

昭和56年3月、法制審議会の答申を踏まえて「商法等の一部を改正する法律案」が第94回通常国会に提出され、修正されることなく、成立した。現在の法文に最も近い内容である。

【商法第232条の2・株主提案権】

- ① 6月前より引き続き発行済株式の総数の100分の1以上に当る株式又は300株以上の株式を有する株主は取締役に対し会日より6週間前に書

面を以て一定の事項を総会の目的と為すべきことを請求することを
得但し其の事項が総会の決議すべきものに非ざるときは此の限に在
らず

- ②前項の株主は取締役に対し会日より6週間前に書面を以て会議の目
的たる事項に付其の株主の提案すべき議案の要領を前条に定むる通
知及公告に記載することを請求することを得但し其の議案が法令若
は定款に違反するとき又は同一の議案に付総会に於て議決権の10分
の1以上の賛成を得ざりし日より3年を経過せざるときは此の限に
在らず

(注) 原文はカタカナ書き

株主の権利として提案権の行使と主として総会屋等による濫用の
おそれとのバランスの観点から行使の要件については「6月前より引
続き発行済株式の総数の100分の1以上に当る株式又は300株以上の
株式を有する株主」との制限がつけられたが、内容についての制限は
規定されなかった。

第94回国会衆議院法務委員会では参考人を招致しての質疑も含め、
総会屋等による株主提案権の濫用については次のような議論がなさ
れた。

- (1) 株主提案権の行使要件を発行済株式の総数の100分の1以上に当
る株式又は300株以上の株式を有する株主とした理由

ア 立法担当者等の意見

- 株主総会の形骸化ということが言われて、これまた久しいもの
があるわけでありますので、それを活性化すると申しませう
か、生き生きとしたものにしなければならぬというのが識者
の言でございます。そういう是正のための方策といたしまして、

今回の改正法案で幾つかの規定を設けておるわけではありますが、その第一といたしまして、株主の提案権と取締役及び監査役の説明義務というものを規定いたしております³³。

- 総会屋の排除を前提として、株主権の強化を図るため、株主の質問権、条文では取締役、監査役の説明義務となっておりますが、これを明文化し、さらに提案権を新設しております³⁴。
- 株主提案権について100分の3という要件は重いのではないかと、いうことで100分の1となった。ただし100分の1となると非常に大きな会社では大金がいることになってしまうので、少数株主の保護には十分ではないのではないかと、いうふう考えた。そこで絶対数の要件として300株以上の株式を有する株主についても株主提案権を認めることにした。300株にした理由は、100株という株数では濫用の危険が非常に多い、なぜ少数株主権にして単独株主権にしないのかということになると、濫用の防止からである³⁵。
- ある程度の株を持っている人間であればそれほど不真面目な行動をしないのではないかと考えて少数株主権として300株或いは100分の1という単位を設定した³⁶。
- 提案権について特に乱用を懸念したのは、会社の手で株主の提案した事項が各株主に送付されなければならないということに新しい提案権の制度ではなっているので、そういう費用や手間を会社にかけることについては乱用の問題が起こるのではないか³⁷。

イ 反論

- 株主提案権の行使者を少数株主というレベルに上げたことによっ

て従来株主ができた提案権というものが制限されるのではないか³⁸。

(2) 単位株制度を採用する会社とそうでない会社とのバランス

ア 立法担当者等の意見

- 株主の提案権の要件とされております三百株というものにつきまして、単位株制度を採用しております会社につきましては、この三百株は三百単位というふうに読みかえるという手当てがしてあるのに対しまして、それ以外の既存の会社につきましてはそのような手当てがされておられませんので、その間均衡を失するのではないかという問題が出てくるわけでございます。確かにそうなんでございますけれども、単位株制度を採用していない既存の会社というのは、これは非公開、閉鎖会社ということになろうかと思うわけでありまして、内輪の会社でありますから、提案権というようなぎくしゃくとしたような関係が起こってくるということは少ないんじゃないかなろうかというふうに私もは考えておるわけでございます。提案権の資格である株主の単位を低くしておきましてもそれほど混乱はない、異分子が入ってくるということを避けられるんじゃないかというふうに考えておるわけでありますけれども、もしそういうおそれがあるということであれば、定款で単位株制度を採用していただくという道もあるわけであります。あるいは株式の譲渡制限をするというような方法もある³⁹。

イ 反論

- 中小会社の場合三百株ぐらを集める、だれかちょっと意地の悪い人がおりまして一緒に束になりましたら、三百株ぐら集

めることはわけのない話であります⁴⁰。

第4 近時の株主提案権の動向

1 株主提案権制度の導入以降の運用実態

施行1年目の昭和58年には調査対象1778社のうち株主提案権が行使されたのは1社、昭和59年には調査対象1781社のうち1社、昭和60年には調査対象1818社のうち3社であり、ほとんど行使されていない。

昭和61年には調査対象1838社のうち11社、昭和62年には調査対象1888社のうち9社と微増しているが、制度導入初期は、積極的に利用されているとはいえない状況であった⁴¹。

平成10年代半ば頃になり、投資ファンドの活動が盛んになると経営陣と対立する株主が、自己の利益を追求するために株主提案権を利用する傾向が増えてきた。例えば、現経営陣との間で支配権争奪を行う大株主が取締役の選解任議案を提案したり、会社に蓄積された遊休資金の還元を目的とする大株主が会社提案よりも高額な剰余金配当議案を提出する例などである⁴²。

平成20年代半ばになると、株主提案権に関する傾向について若干の変化が見られる。まず、この頃から電力会社における株主提案が増加してきた。社会運動の一環としての株主提案権行使のみならず、東日本大震災を契機として、この時期は特に大株主である地方自治体からの株主提案権も頻発した⁴³。なお、令和元年および2年時点でも電力会社における株主提案件数は株主提案の半数以上を占めている。^{44 45}

次に、経営陣と対立する大株主からの濫用的な株主提案権の行使が散見されるようになった。代表的な事例として挙げられるのは、平成24年開催の定時株主総会において、野村ホールディングス株式会社の株

主提案の中に会社の略称を「YHD」（野菜ホールディングス）とする旨の定款変更の提案等100個の株主提案がなされた事例、平成23年開催の株主総会において、HOYA 株式会社の創業者一族の株主から68個の議案が提案された事例などである。これらの事例が令和元年会社法改正の契機となった。

2 判例の検討

- (1) 東京高裁平成24年5月31日決定 平成24年（ラ）第1122号職務執行停止・代行者選任等仮処分命令申立却下決定に対する抗告事件（原審東京地裁平成24年5月25日決定 平成24年（ヨ）第20045）

ア 事案の概要

本件は、相手方 HOYA 株式会社の株主である抗告人 X が、平成24年4月5日、相手方会社 Y 及び相手方会社取締役兼代表執行役 Z に対し、株主提案権に基づき抗告人 X の提案議題、提出議案並びにそれらの要領及び提案理由を同年6月1日以降に開催予定の相手方会社 Y の定時株主総会の招集通知又は株主総会参考書類に記載するよう求めたが、相手方らがこれに応じなかったため、相手方らに対し、その記載を命じる仮処分決定を求めた事案である。

イ 結論

本件株主提案は、一部に不適法なものがあるが、全体として権利の濫用とまでいうことはできないから、その限度で被保全権利の疎明はあるといえるが、今後の立証によっては、本件株主提案が全体として権利の濫用と認められる余地があり、被保全権利の疎明の程度が高いとはいえない。したがって断行的仮処分としての性質を有する本件申立てを認容するためには、より高度の保全の必要性が認められるべきであるところ、その疎明があったとは

いえないとして、抗告人 X の本件申立てを却下した原決定は正当であるとした。

ウ 検討

本件は、株主提案が権利濫用に当たるかの判断基準として、「主として、当該株主の私怨を晴らし、あるいは特定の個人や会社を困惑させるなど、正当な株主提案権の行使とは認められないような目的に出たものである場合」という規範を定立し、具体的な事案への評価をしている。また「株主提案権は、共益権の1つとして少数株主に認められた権利であるから、株主提案に係る議題、議案の数や提案理由の内容、長さによっては、会社又は株主に著しい損害を与えるような権利行使として権利濫用に該当する場合があります」とした。

この判基準は、株主の議決権（東京地決昭和63・6・28判時1277号106頁）、株主名簿の謄写請求（長崎地判昭和63・6・28判時1298号145頁）、検査役選任請求権（東京高決昭和40・4・27下民集16巻4号770頁）などの他の株主の権利が濫用か否かを判断する規範と同様であるといえ、妥当と思われる⁴⁶。

- (2) 東京高裁平成27年5月29日判決 損害賠償請求控訴事件平成26年（ネ）5472号・同附帯控訴事件平成27年（ネ）318号（原審東京地裁平成26年9月30日判決 平成24年（ワ）14392号）

ア 事案の概要

HOYA株式会社の株主である X が複数回の株主総会において、X らの提案にかかる議案が招集通知に記載されず、また、提案に係る議案の削除を強要され、これに応じて削除したにもかかわらず、残る議案のうちの一部が招集通知に記載されず、さらに提案

に係る議案の内容が改変されて招集通知に記載されたことにより、Xらの株主提案権が侵害されたとして会社に対し損害賠償を請求した事案である。

イ 結論

Xの株主提案権について「個人的な目的のため、あるいは、控訴人会社を困惑させる目的のためにされたものであって、全体として株主としての正当な目的を有するものでなかったといわざるを得ない。」「72期株主総会に係る提案の個数も、一時114個という非現実的な数を提案し、その後、控訴人会社との協議を経て20個にまで減らしたという経過からみても、被控訴人の提案が株主としての正当な権利行使でない」「72期株主総会に係る提案が前記のような目的に出たものと認められることからすれば、その提案の全体が権利の濫用に当たるものというべき」とした。

ウ 検討

原審は、Xの株主提案権の行使が権利濫用として法的に保護されないか否かについて、認定した事実から「直ちに原告が売名目的で株主提案権を行使していたと認めることはできない。」とし、「株主提案権の名を借りて、原告が専ら個人的な怨恨感情に基づいて株主提案を行っていたと証拠上認めることはできない。」「原告の本件各株主総会における株主提案権が、自己顕示欲や個人的な怨恨を晴らす目的で行使されたと認めることはできない。」「よって、原告が提案した議案の中には濫用的なもので正当とはいえないものがあるにしても、原告の株主提案権の行使そのものを権利濫用ということはできず、財産権として保護されるべきものである。」としていたが、控訴審では目的が個人的なものであることや会社

を困惑させる目的に出たものであること等から全体として株主としての正当な目的による権利行使ではないと結論づけている。

権利濫用について(1)の判例のように権利濫用とは何かという判断基準を明示してはいるが、「困惑」、「正当な目的」という文言を使用していることから同様の規範に立っていると思われる。権利濫用をかみ砕いて言えば適当な表現であると言えよう。

3 今後の動向予測

東証一部上場企業における株主提案件数は、平成29年6月総会までの1年間で172件、平成30年6月総会までは119件、令和元年6月総会までは123件、令和2年6月総会までは155件と増減を繰り返しているようである。一方、株主提案権を受けた企業数は平成29年6月総会までの1年間で52社、平成30年6月総会までは58社、令和元年6月総会までは65社となっている。東証一部上場企業を対象としても、平成29年6月総会までの1年間で30社、平成30年6月総会までは28社、令和元年6月総会までは36社、令和2年6月総会までは37社と概ね増加傾向にあるといえる⁴⁷。

提案件数については、特定の株主が1社に対し、多数の提案を行うことにより変動を生じるので、全体的な動向を把握する上では、企業数の方が適切である⁴⁸。

令和2年度以降については、株主提案できる議案の数に制限がかけられたことにより、株主議案件数自体は減少していくであろうが、提案を受ける企業数については、減少する根拠は特段見当たらない。むしろ、令和2年3月24日にスチュワードシップ・コードが再改訂され、企業との対話活動についての説明(指針7-4の改訂)の充実が図られたため、その一環として機関投資家による株主提案権の行使が増加する可能性

もあろう。

第5 濫用的な株主提案権行使への対応策

以上を踏まえて、濫用的な株主提案権行使に対して、立法的にはどのように対応することができるかを検討する。

1 量的制限(令和元年改正会社法で手当て済)

大量の議案や提案理由が提出されることによる弊害の1つは、これらを通ずるために要する費用(郵送費)が増大することである。これについては、電磁的方法による情報提供により解消可能であるが、費用の他にも大量の議案について、その適否を選別し、参考書類には、必要に応じ提案理由を要約した概要や、提案に対する取締役会の意見を記載しなければならず相当の準備作業が必要となるし、株主総会で審議する時間がかかり、他の議案の審議に影響が出るといった弊害が生じているところであった。

令和元年改正では取締役会設置会社の株主が議案要領通知請求権を行使する場合に、同一の株主総会において提案することができる議案の数の上限を10とし、10を超える部分については、会社は提案を拒絶することができることとされた。

2 内容的制限

(1) 現状

株主提案権の行使に関して制度発足以来、その濫用的な行使が危惧されながら明文化されていない。

(2) 立法事実について

令和元年会社法改正では、平成20年代半ばから散見されるようになった経営陣と対立する大株主からの濫用的な株主提案権の行使及

び裁判例や株主提案権に関する統計には現れないような潜在的な濫用事例も存在していると考えられること、現に経済界からは、株主提案権が濫用的に行使されている事例があるという意見があり、実務上は株式会社が株主提案権の行使が権利の濫用に該当すると判断することには慎重にならざるを得ないという指摘があるのだとすると、提案権の濫用を制限する措置を講ずる立法事実はあるのではないかと考える。

アメリカ・イギリス・ドイツではいずれも濫用的な提案権の行使に対処するために明文の規定が設けられている⁴⁹。

なお、昭和56年の制度導入時において権利の濫用が危惧されていたのは、主として総会屋による権利濫用であり、現在とは立法事実が異なるもののその当時も内容的制限については、改正試案の段階では①「請求された事項が総会の決議すべき事項でないとき」、②「株主の提出した理由に示された事実が、明白に虚偽で会社又はその親会社若しくは子会社に損害を与えるものであるとき」、③「提案された事項が最近3年間に株主総会において否決されたとき」の3つがあったが、最終的な法律となったのは①と③である。②については、株主の提出した理由に示された事実が明白に虚偽であったとしても、会社又はその親会社若しくは子会社に損害を与えるものでなければ権利行使を許すことになり、条文上は権利濫用に該当する範囲を狭める方向に働くものである。株主提案権の行使を不当に制限することのないように、疑義なく権利濫用とされる場合を規定したもので、当該条文に該当しない権利濫用は民法の一般規定より判断されることを排除する趣旨ではないのであろうが、このように限定的な要件を規定すると、それ以外は広く認められるとの錯覚に陥り、主とし

て総会屋による権利濫用を危惧していた当時の状況からすれば明らかに認められるべき案ではなかったのであろう。

(3) 民法における権利の濫用の一般法理との関係

民法における権利の濫用の一般法理との関係については、当然に適用されることを前提としながら、会社法に改めて記載することについては昭和56年当時からもその是非を巡って議論があったようである。政治資金規正法には権利の濫用について明文規定もあり（同法第19条の16第5項、12項）、会社法でも規定することが許されないわけではない。

まず、前提として、民法における権利の濫用の一般法理にて規制される以上の規制が必要か否かである。令和元年会社法改正の中の議論においては、今回の改正の文言が民法の一般原則としての権利濫用以外のものも制約できるのではないかと、そうだとすると株主の正当な権利を制約するものではないかとの議論があった⁵⁰。

この点、株主提案権の共益権という性格に照らすと自益権に対する権利濫用法理の射程以上に株主共同の利益という観点からの制約を受ける。共益権は、会社という団体の利益のために株主に与えられており、また他の株主・団体構成員の利益に多大な影響を与え得る。そのため共益権は、会社・団体の存在に伴う制約にも服することになるという見解がある⁵¹。

しかし、民法は、株主権を含む私権一般について権利の濫用を許さないとするものであり、自益権の行使のみを規制するものではない。

上記に引用した東京高裁平成24年5月31日決定においても、「株主提案権は、共益権の1つとして少数株主に認められた権利であるから、株主提案に係る議題、議案の数や提案理由の内容、長さによっ

ては、会社又は株主に著しい損害を与えるような権利行使として権利濫用に該当する場合があります」とし、共益権としての性格も踏まえたうえで権利濫用該当性の判断を行っている。

以上を前提に、民法における権利の濫用の一般法理で規制が可能であるにも拘わらず、会社法において改めて規定すべきか否かについては、その考え方を次のとおり整理することができる。①屋上屋を重ねるものであり不要である。②一定の抑止効果が期待できるため、あるいは民法の規定は抽象的なためこれを具体化することによって実務の的確な判断に資するため、必要である。③民法で規制される権利濫用以外にも、濫用的行使を会社法にて規制する必要がある。

政府の改正案は②の立場に立ったものであるが^{52 53}、法務委員会での質疑応答では、改正案の文言の不明確性から③の立場に立っているかのような答弁の混乱も見られ⁵⁴、結局、権利濫用に必ずしも当たらない場合であっても、株主提案権の拒絶が正当化されるというような場合が出てくる可能性があるおそれが生じたとして内容的制限は削除されることになった⁵⁵。

株主提案権は、会社と株主、株主相互間の対話を通じて、株主総会の活性化を図り企業価値を高めていくために導入された権利である以上、その行使は最大限保証されるべきであるから、③の立場は採用することはできない。

そして、権利の濫用という概念は抽象的であるから、これに該当する場合を過不足なく具体的に表現できれば、実務の指針になるのであるから②の立場が望ましい。

しかし、法制審議会で議論を尽くしたうえで、株主提案権の行使が権利の濫用に該当するであろう典型的な場合を明文化したとする

改正案ですら不明確との指摘を受け、また明確にすればするほど適用範囲が必要以上に制約されるという側面もあり、具体化する作業が困難を伴うことは言うまでもない。加えて、解釈の疑義の余地のない典型的な場合のみを明文化しえたとしても、それ以外は権利の濫用に該当しないとの誤解を生じさせることもある。

以上を念頭に置きながら、今後の改正を見据えて、いかなる内容制限の規定を設けるのが適切かを検討する。

3 今後の立法論の方向性

- (1) 「専ら人の名誉を侵害し、人を侮辱し、若しくは困惑させ、又は自己若しくは第三者の不正な利益を図る目的」

規則ではあるが、「明らかに虚偽である場合又は専ら人の名誉を侵害し、若しくは侮辱する目的によるものと認められる場合」（会社法施行規則93条1項3号かっこ書き）という規定は現在でも存在するし、判例においても、株主提案が権利濫用に当たるかの判断基準として、「主として、当該株主の私怨を晴らし、あるいは特定の個人や会社を困惑させるなど、正当な株主提案権の行使とは認められないような目的に出たものである場合」という規範を定立している。⁵⁶

また、アメリカでも、濫用的株主提案の抑制として、i 会社その他の者に対する個人的不満を言い換えた内容の株主提案や ii 株主共同の利益に適わない個人的利益の追求を目的とした株主提案などは不適法である旨の明文規定が置かれているとのことである⁵⁷。

この点について、判例では、「主として」としての文言が、改正案では「専ら」に限定されていることについて議論があったが、主としてという要件ではその内容がやや不明確であって運用によっては株主提案権の行使が不当に制限されるおそれがあることから、典型的

な場合を明文化したとのことであり⁵⁸、方向性としては間違っていない。

また、「不正な利益」が分かりにくいとの意見もあったが、「株主たる資格とは関係のない純個人的な利益」という解釈は定着しており分かりにくいとは思われない。

「目的」という言葉について客観性が担保できるのかという議論があったが⁵⁹、その有無は、最終的には裁判所において判断することになり、その場合、会社側が立証責任を負うものであるから、安易に会社の主観のみで会社はその目的を認定する恐れは相当程度低いと思われる。

さらに、「困惑させ」との文言につき、不正を暴き取締役を追及する提案は取締役を困惑させる⁶⁰、困惑させる目的で会社ぐるみの不正融資を指摘するとか、困惑させる目的で電気事業から原発事業を外すとかの提案も、拒否できるのかとの質問もあった⁶¹。これについては、判例にも使用されている文言であり、条項全体の趣旨からしても「不合理なことを言って」困惑させるという意味が込められており、これを濫用的として会社が拒否することはないと思われるが、「困惑」という言葉自体にはかかる限定を附することは一般的ではないし、言葉自体が表す感情が広いことを考えれば、不明確である感は否めない。

以上より、改正案は、解釈の疑義の余地のない典型的な場合のみを明文化したといつてよいと考えるが、さらに明確化を期すのであれば、困惑との言葉を外し、「専ら人の名誉を侵害し、人を侮辱し、又は自己若しくは第三者の不正な利益を図る目的」と規定すべきであろう。

もっとも、このように、解釈の疑義の余地のない典型的な場合のみ

を明文化することで、それ以外のケースにつき、会社が株主が提案した議案を拒絶する判断を躊躇するおそれがあるとの批判があるところであるが⁶²、規定した趣旨を的確にアナウンスすることで防ぐことができるし、濫用的でない行使を拒絶する結果となるよりは、濫用的行使を取りこぼすほうが健全であるともいえる。

しかしながら、解釈の疑義の余地のない典型的な場合のみを明文化することがどれほど実務の指針になるか疑問である。典型的な場合であれば明文の規定がなくとも提案を拒絶するであろうと考えるからである。

以上より、結論としては、改正案の規定は権利の濫用にあたる場合を的確に具体化しているものと考えが、あまりに典型的なケースであり、規定する実益を認めることができない。

- (2)「株主総会の適切な運営が著しく妨げられ、株主の共同の利益が害されるおそれ」

この規定は、株主総会当日の運営のみならず、株主総会の準備段階にも時間的制約がある中で、例えば、株主が不必要に多数又は長大な内容の条項を含む定款の変更に関する議案を提出したことにより、株主総会の準備において膨大な時間的又は人的コストが生ずるような場合や株主総会当日において当該議案の検討に多大な時間がかかり、他の株主による質問時間などが大幅に削減される場合などを想定しているとのことであるが⁶³、この規定からはそれに限られることを読み取ることは不可能である。

時間や手間の問題であれば、その旨を明確に規定すべきであるし、規定しなくても既に提出議案の個数を制限したことで上記不都合は解消しているともいえる。

かかる限定がない以上、時間や手間の問題以外で、例えば、主要な事業から撤退する提案などが、株主の共同の利益が害される提案であるとして、拒絶される恐れは十分にあると言わざるを得ない。従って、本改正案は内容が不明確であり、規定すべきではない⁶⁴。

むしろ、会社と株主、株主相互間の対話を通じて、株主総会の活性化を図り企業価値を高めていく株主提案権の趣旨からすれば、株主の共同の利益が害される提案か否かは、株主共同の利益に反する場合は株主に対する差別的取り扱いも許されるとして、「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正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。」という規範⁶⁵に従うべきであろう。

以上の観点から本件規定をすることは反対である。

もっとも、かかる規範が定着するならば、多くの提案が株主総会の審議を経たうえで否決されざるを得ないことになり、そのようなおよそ可決の見込みのない提案に時間と費用を費やすことになり問題の解決にはならないとの批判が予想される。

しかし、今回の改正で提案数が10件に制限されているのであるから、ある程度上記問題の解決に資することになってくると思われる。ただ、例えば改正法305条4項4号により定款変更議案が一つとみなされたとしても、実際の提案数は複数あるわけで、そのような場合、時間と費用の節約にならない可能性もある。参考書類への記載方法や

株主総会での審理方法を工夫する必要がある。それでもなお弊害が生じる場合は、提案株主による費用負担や、株主提案権の本質論とも絡んでくるが提案できる内容を制限することなども検討することも必要となり、なかなか難しい問題である

(3) 結論

権利の濫用という概念は抽象的であるから、実務の指針に資するためには、これに該当する場合を過不足なく具体的に表現すべきである。従って、「専ら人の名誉を侵害し、人を侮辱し、若しくは困惑させ、又は自己若しくは第三者の不正な利益を図る目的」などの典型的な例のみを規定したとしても実務指針とはなりえず規定する実益がない。

そして、権利の濫用に該当する場合を過不足なく具体的に表現するためには、判例の集積を待つことが必要である。

第6 終わりに

令和元年会社法改正によって、一度に膨大な数の株主提案権を行使することが制限されたことになり一定程度の株主提案権の濫用は予防できるものと予想される。これに加えて民法の権利濫用を具体化した内容的制限が必要か否か、今後の動向を注視していきたい。

以上

(本井 克樹)

- 1 「令和元年改正会社法の解説〔Ⅱ〕」商事法務 No2223 2020年2月 .25日 4頁
- 2 第200回国会衆議院法務委員会会議録第9号令和元年11月19日2頁小出邦夫法務省民事局長発言
- 3 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日10頁神田秀樹参考人発言
- 4 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日15頁神田秀樹参考人発言
- 5 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日11頁日吉雄太委員発言
- 6 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日11頁山尾志桜里委員発言
- 7 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日11頁山尾志桜里委員発言
- 8 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日7頁小出邦夫法務省民事局長発言
- 9 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日10頁小出邦夫法務省民事局長発言
- 10 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日8頁山尾志桜里委員発言
- 11 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日17頁松嶋隆弘参考人発言
- 12 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日10頁小出邦夫法務省民事局長発言
- 13 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日8頁神田秀樹参考人発言
- 14 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日9頁神田秀樹参考人発言
- 15 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日11頁山尾志桜里委員発言

- 16 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日3頁松嶋隆弘参考人発言
- 17 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日11頁稲富修二委員発言
- 18 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日7頁小出邦夫法務省民事局長発言
- 19 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日7頁高木鍊太郎委員発言
- 20 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日10頁稲富修二委員発言
- 21 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日17頁申田誠一委員発言
- 22 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日12頁森まさこ法務大臣発言
- 23 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日12頁宮崎政久法務大臣政務官発言
- 24 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日12頁小出邦夫法務省民事局長発言
- 25 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日12頁稲富修二委員発言
- 26 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日12頁前川拓郎参考人発言
- 27 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日1頁山尾志桜里委員発言
- 28 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日1頁山尾志桜里委員発言
- 29 論説「昭和56年（1981）商法改正における株主提案権 - 立法過程の考察を中心に - 高倉史人69頁 高岡法学第19巻第1 = 2合併号2008年3月
- 30 上記論説72頁以下には次のような記述がある。東京商工会議所の意見：株主総会における株主の質問権、提案権を決定することは、株主利益保護のため結構であるが、その場合には、これらの権利の不当な行使を制

限することが必要である。行使権者に少数株主権と同様の条件を附するとともに、株主総会開催の数週間前に会社に通告することを要求し、その場合には会社が召集通知にこれを記載するようにすべきである。日本弁護士連合会の意見：総会における株主の提案権はこれを認めるべきである。しかし総会においてやたらに多く提案がなされても収拾がつかないから、予め一定の期日までに通告し、その審議に上程するか否かを総会に諮るようにすべきである。なお株主の経営に対する積極提案を受け入れるため、予め書面による提案権を認め、その要旨を総会への報告事項とすべきである。東京証券取引所の意見：提案権を認めることは、株主の意思が会社運営に反映されることとなるので、その明文化には賛成である。この場合、提案権の範囲等については、その濫用防止の観点から、提案できない事項等を明定することが適当と考える。

- 31 上記論説77頁以下には次のような記述がある。東京証券取引所・大阪証券取引所の意見：試案に賛成する。東京商工会議所の意見：提案権制度は、株主が積極的に会社の経営に参加する方法として有意義な面がないともいえないが、株主によって悪用される危険が考えられるので、100株要件を削除して100分の3以上の株式を有する株主のみに与えることにすべきである。商事法務研究会・経営法友会の意見：株主に提案権を認めても、果たして会社にとって、建設的な株主全体の利益に合致するような提案がなされるか否かについては、極めて疑問である。むしろ、この提案を認めることによって、総会が政治問題等の討議の場に化する危険をはらんでおり、我々は基本的な態度としては提案権の新設に反対する。
- 32 論説「昭和56年（1981）商法改正における株主提案権 - 立法過程の考察を中心に - 高倉史人82頁 高岡法学第19巻第1 = 2合併号2008年3月
- 33 第94回国会衆議院法務委員会会議録第6号昭和56年4月21日中島一郎法務省民事局長発言19頁
- 34 第94回国会衆議院法務委員会会議録第10号昭和56年5月6日河本一郎参考人発言23頁
- 35 第94回国会衆議院法務委員会会議録第11号昭和56年5月8日稲葉威雄法務省民事局参事官発言27頁
- 36 第94回国会衆議院法務委員会会議録第12号昭和56年5月12日稲葉威雄法務省民事局参事官発言24頁
- 37 第94回国会衆議院法務委員会会議録第12号昭和56年5月12日稲葉威雄法

- 務省民事局参事官発言24頁
- 38 第94回国会衆議院法務委員会会議録第12号昭和56年5月12日稲葉誠一委員発言23頁
- 39 第94回国会衆議院法務委員会会議録第6号昭和56年4月21日中島一郎法務省民事局長発言28頁
- 40 第94回国会衆議院法務委員会会議録第6号昭和56年4月21日岡田正勝委員発言28頁
- 41 「1983年版株主総会白書」(商事法務990号) 60～61頁、「1984年版株主総会白書」(商事法務1025号) 57頁、「1985年版株主総会白書」(商事法務1059号) 17頁、63～64頁、「1986年版株主総会白書」(商事法務1094号) 12～13頁、79～80頁、「1987年版株主総会白書」(商事法務1129号) 13頁、73～75頁
- 42 「株主提案権の動向」松井秀征 ジュリスト2013年4月 No.1452 43頁
- 43 「株主提案権の動向」松井秀征 ジュリスト2013年4月 No.1452 43頁
- 44 2019年総会動向と来年展望(4)「本年6月総会における株主提案の動向と来年以降の展望－東証一部上場企業を対象に－ 水嶋創 2019年11月5日商事法務 No.2213 42頁
- 45 2020年総会の動向と新時代の展望(6)「本年6月総会における株主提案の動向と来年以降の展望－東証一部上場企業を対象に－ 水嶋創 2020年11月5日商事法務 No.2245 40頁
- 46 株主名簿の謄写請求(長崎地判昭和63・6・28判時1298号145頁)では「株主名簿閲覧請求権は、株主名簿を利用して専ら会社あるいは取締役個人の信用を失墜させるため、取締役の責任追及に名を借りて宣伝活動を行う手段として行使されることも十分ありうるところであり、このような不正な目的が認められ、あるいは正当な目的を有するとしても、その言論活動の方法に行き過ぎがあり、会社や取締役個人の信用棄損のおそれが看過できないような場合」には権利の濫用となるとし、検査役選任請求権(東京高決昭和40・4・27下民集16巻4号770頁)では、「検査役選任請求権は、少数株主に与えられたいわゆる共益権であり、その行使は会社(株主)全体の利益のために認められるものであるから、その行使がかりに少数株主の利益追及のためになされたものとしても、その行使の前提要件が備わる限り、濫りにその行使をもって権利の濫用として排斥す

ることはできない。しかし、その行使が少数株主の利益追及のみの手段として、または、会社の業務担当者を困惑させることのみを目的としてなされる場合」には権利の濫用となるとした。

- 47 ・2019年総会動向と来年展望(4)「本年6月総会における株主提案の動向と来年以降の展望－東証一部上場企業を対象に－ 水嶋創 2019年11月5日商事法務 No.2213 43頁
・第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日 4頁前川拓郎参考人発言
・2020年総会の動向と新時代の展望(6)「本年6月総会における株主提案の動向と来年以降の展望－東証一部上場企業を対象に－ 水嶋創 2020年11月5日商事法務 No.2245 41頁
- 48 2019年総会動向と来年展望(4)「本年6月総会における株主提案の動向と来年以降の展望－東証一部上場企業を対象に－ 水嶋創 2019年11月5日商事法務 No.2213 42頁
- 49 平成27年度法務省委託「株主提案権の在り方に関する会社法上の論点の調査研究業務報告書」平成28年3月委託先：一般財団法人比較法研究センター 133頁
- 50 上記注4、注6
- 51 「株主提案権の重要性と適正行使」武井一浩 商事法務 No.1973 2012.8.5 55頁
- 52 ・「会社法研究会報告書」平成29年3月2日 公益社団法人商事法務研究会 会社法研究会13頁
・第200回国会衆議院法務委員会会議録第9号令和元年11月19日 3頁小出邦夫法務省民事局長発言
- 53 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日7頁小出邦夫法務省民事局長発言
- 54 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日10頁、15頁 神田秀樹参考人発言
- 55 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日8頁山尾志桜里委員発言
- 56 前掲東京高裁平成24年5月31日決定 平成24年(ラ)第1122号職務執行停止・代行者選任等仮処分命令申立却下決定に対する抗告事件
- 57 「株主提案権の重要性と適正行使」武井一浩 商事法務 No.1973 2012.8.5 54頁
- 58 第200回国会衆議院法務委員会会議録第9号令和元年11月19日7頁小出邦夫

- 法務省民事局長発言
- 59 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日 9 頁山尾志
桜里委員発言
- 60 第200回国会衆議院法務委員会会議録第9号令和元年11月19日23頁申田誠
一委員発言
- 61 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日12頁山尾志
桜里委員発言
- 62 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日10頁小出邦
夫法務省民事局長発言
- 63 第200回国会衆議院法務委員会会議録第11号令和元年11月22日7頁小出邦
夫法務省民事局長発言
- 64 第200回国会衆議院法務委員会会議録第10号令和元年11月20日12頁前川拓
郎参考人発言「株主提案権は少数株主権である。そのような時に株主共
同の利益というものの中身が全く不明な中で、このような条文を根拠に
少数株主権を制限するような立法はやめておくべきではないか。」
- 65 平成19年 8 月 7 日最高裁決定・最高裁判所民事判例集61巻 5 号2215頁

民事信託契書の契約条項に関する考察

信託法研究部

* 目 次

一	はじめに 本稿の趣旨	135	4	第19条(信託監督人)～ 第21条(信託監督人の報酬)	186
二	討議	135	5	第22条(信託の変更)～ 第24条(帰属権利者)	191
1	第1条(信託目的)～第6条 (信託の追加)	135	三	信託契約書例(高齢者の財産保護)	206
2	第7条(委託者)～第15条 (信託報酬)	151	四	最後に	211
3	第16条(受益者)～第18条 (受益権の譲渡・質入れの禁止)	178			

一 はじめに（本稿の趣旨）

近年は大手新聞でも信託に関する記事が数多く掲載され、相談者の方から積極的に信託組成の相談を受けることも増えてきた。しかしながら、信託契約書の作成に関して定番と言える書籍はなく、まだまだ混沌とした状態が続いている。

そこで、本稿では、高齢者財産保護のための信託契約書例を前提に、各契約条項に関する討議を試みた。信託の組成の際に参考としていただければ幸いである。

二 討議

1 第1条(信託目的)～第6条(信託の追加)

山口 今回は、高齢者の財産保護という信託契約書例を前提に、条項についての議論をしていきたいと思います。

では早速、第1条「信託目的」ということで、ご担当の清水先生のほうからよろしく願いいたします。

清水 第1条は信託目的を定めたものです。信託目的の機能は、道垣内先生によると、受託者の信託事務を行う上での指針となり、また、その権限の外延を画する機能、信託の存続可能性を判断する際の基準となっているということです。

信託法を見ると、まず26条に、受託者の権限の範囲を示すものとして登場します。信託目的の達成または不達成によって、信託は終了します。これは信託法の163条の1項です。

信託は財産管理と財産承継のための制度なので、その両面について

目的を定めることになります。本契約書例は財産管理のための信託ですので、その点を中心に目的が定められています。

なお、財産管理、財産承継の両面から目的を規定すると、その目的の相互間に矛盾が生じる場合があります。例えば財産管理を重視すると、受託者の福祉を最大限に図ろうとするため、承継する財産が少なくなるなどの場合があります。

山口 ありがとうございます。

伊東 先ほど清水先生の言われた最後の点、目的間の矛盾が生じないようにするには指針が読み込めるように優劣関係をつけたほうがいいということなんだろうと思うんですけど、現実そういうところまで規定した契約例はなかなか見かけませんし、信託行為を文章化する技術としてもなかなか難しいところがあるなというのが正直な感想です。

山口 ほかにご意見ありますでしょうか。

例えば本契約書例だと、((1)で)委託者の財産管理の負担の軽減、((2)で)詐欺に遭うことを予防し、安全かつ安心な生活を送れるように、また(3)で快適な生活を送れるようにすることというところで、基本的にはこの契約書例では承継についての信託目的は記載されていないので、管理と承継との矛盾というのはこの契約書例自体では出てこないでしょうけれども、受益者連続のような形になると承継が大きく出てくるので、場合によっては矛盾を心配しなければいけないかもしれないというあたりなんではないでしょうかね。

金森 商事信託の契約書の「信託目的」は、おそらく、これほど具体的に何をしなきゃいけないかとか何を目的としているかということを書かずに、管理で終わるのか処分で終わるのか運用までするのかということまでしか書いていない方が多いと思います。もし特別法とか

の関係で書くのであれば、そういった限定のある信託だということは書くと思うのですが、この契約書の例のような形で具体的にどういことをやるのかや目指すのかは書かないほうが一般的なんじゃないかと思っています。

山口 ありがとうございます。商事信託ではむしろ、委託者の想いみたいところに着目するというよりは、もっと簡潔な記載でおさめているということですかね。

金森 「信託目的」の機能というのが、先ほど清水先生がおっしゃっていたような契約書に書いていないことについて受託者が迷ったときの行動指針というものだとすると、商事信託の場合には、具体的にどういう事務をして財産が何で配当はどうするのかというところは、ほかの条項でいっぱい書き切ってしまうから、民事信託の契約書の目的が期待されているようなところをあまり求めていないというか、契約書に書いてあるからやる、書いていないからやらないという意味で、目的は逆に、「管理」とか「処分」というような簡潔な書きぶりのほうが多いのかなと思います。

山口 なるほど。ありがとうございます。

清水 金森先生、この「信託目的」というのは、信託法でいうと第三者への委託や信託の変更など、何も書いていなかったときに判断指針になる場合はあるんでしょうけれども、逆に、契約書に書いてないからどうするという、ちょっと迷うみたいな場面はなくすということですよ。

金森 そうですね。清水先生がおっしゃってくださったとおりで、できるだけ判断をする場面が少なくなるように書き切ることを心がけています。

清水 例えば第三者に委託したいけれど、契約書に何も書いてないから信託目的に照らして判断をしようとか、そういう場面を生じさせないようにするというのがそもそも商事信託の規定という意味ですよ。そもそも変更だとか第三者への委託だとかというのを途中から生じさせるような事態もほぼないということでしょうね。

金森 変更する事態が生じないことはないと思いますが、たとえば、信託業法に信託事務の委託についての規定がありますので、それに従いどのような基準でどういう手続で委託するかなども契約書に書いたりします。目的に従って判断するというのは、そういった意味では出番はあまり多くないと思います。

伊東 1点だけいいですか。この目的の規定は私は全然反対はしないんですけど、例えば(1)は、受託者に信託財産を移転したら、当然実現されることですね。(2)も受託者に名義移転したら委託者が被害に遭うことはないで、当然実現されることであって。じゃあ何で書く意味があるのか云々ということはあると思うんですが、そうにしても、どういう意図でこの信託をしているのかということが端的にわかりやすいように書くことは十分意味があるんだろうと思うんです。

この第1条でいえば、(3)のところ例えば居住用不動産は極力処分しないで居住の用に供しなさいというような方向性は読み取れるかもしれないということで、具体的な指針としては(3)が動いてくるんだらうけど、でも(1)や(2)が全然無意味じゃなくて、じゃあ信託やめちゃって委託者に財産を突き戻したら安心できるのかどうか、そんなみだりにやめるべきじゃないんじゃないかとか。そういう意味合いで、素朴に何を指してこの信託をしたのかということを書くのが

むしろ必要なことなのかなと私は思っています。

受託者の権限の範囲を画するとかそういうような意味合いでは例えば(1)とか(2)はあんまり機能しないけれども、だからといって必要性があるものしか書かないというふうに厳格化するのは、民事信託ではむしろしないほうがいいんじゃないかと思っています。

山口 第2条「信託契約」のほうに移っていきたいと思います。清水先生、お願いいたします。

清水 第2条は信託契約を定めたものです。信託法は信託行為として信託契約、信託遺言、信託宣言の3種類を規定し、これはその信託契約を選択したことを示すものです。また、前文でも信託行為締結の文言がありますので重複しているようにも思えますが、ここでは、信託財産の特定、信託開始の時期を明示するところに意味があると思います。信託行為には停止条件または始期を付することができるかとされています。これは信託法4条の4項です。この例は、信託開始と同時に信託契約の効力が発生する例です。

伊東 公証人連合会と日弁連の信託センターの共同勉強会なんかでは、処分条項を最初に書くべきかそうでないのかという議論がされたことがあります。信託というので、所有権が移転する、その処分の根拠となる意思表示を書いてということは確かに考えられるんですけども、そこについて考え方が大きく二つあることがその議論で見えたことがあります。

例えば売買契約書なんかの場合、売り渡し、買い受けたという処分条項が中心になっていて、それに対する付加的な効果とか特約的なことを書き並べていくというやり方をしているわけですけども、信託というのは、委託者から受託者に信託財産の権利を移転するというこ

とだけなのかというところの理解で、ちょっと見解が違った二つの立場がありました。

売買契約なんかになぞらえて権利移転が中核だということだと、権利移転条項をむしろ最初を書いていくこともあるんですが、信託というシステムを構成する行為なんだという理解だと、信託目的から始まってくるのがむしろなじむというような議論がされていたことがありました。

どちらがどうということはないんですけども、信託というものについての見方のいろいろな背景があつての議論だと理解しています。

山口 清水先生、停止条件とか始期をつける場合には、例えば第2条の2項を設けて、これこれの条件成就の時・始期に効力が発生するとか、条件を成就するまでは効力が発生しないというようなあたりの書きぶりになってくるんでしょうかね。

清水 そうです。そもそも停止条件または始期を付すことについてはまた別の議論がありますけど、仮に付すとしたら、この条項で書いてしまうとわかりづらくなるので、別項を設けて書くと思います。単純に何年後に開始する信託などその程度であれば一緒に書いてもいいのかもしれないでしょうけど、例えば委託者が後見開始決定を受けたときというような複雑な条件が入ってくるとすると、別項で分けたほうがわかりやすいのかなとは思いますが。

山口 そうですね。私の直近の経験だと、組成の中心の方が税理士の方で委託者個人という例で、スタートを1月1日にくれというふうに言われたことがあって、「ああ、そうですか」で1月1日を始期として作成した信託の例があります。

清水 第3条「信託財産－金銭」です。

まず第1項については、金銭を信託財産としたものです。信託法上、信託財産とできる財産に特に制限はありませんが、法律上または実務上、信託財産とすることができない財産や、することが困難な財産というのがあります。そのうち、預金債権は、法律上、信託財産とすることができない財産の例です。

預金債権については改正民法の466条の5に特則が設けられて、この条項によれば、預金債権の譲渡は、譲受人その他の第三者に対抗することができない結果、無効と解されています。そこで、預金債権をそのまま信託財産とすることはできないので、通常は預金口座から現金として出金をして、この現金を委託者から受託者に引き渡すことになります。

2項については、信託法34条の分別管理義務を規定したものです。信託法は信託口座で預金をすることまでは要請していませんが、実務上は信託口座を開設して管理することになります。

山口 この契約書例では当初信託財産である金銭について引き渡しをしますというところが多分メインなのかなとは思いますが、ほかにこの条項についての書きぶりについてご意見は何かありますでしょうか。

清水 この契約書例の中というよりも、口座内の預金を信託財産にするというようなことで、この信託財産目録だと「残高相当額」という形で書いてありますが、できる限り特定した書き方のほうが良いと思います。

例えば信託開始日に預金が何回かおろされていて同じ日に預金が増額しているとなると、どの金額になるかとかいうことがあるので、単純に金銭何万円とかと書くのが良いと思います。それができないのであ

れば、これよりは絶対下回らないだろうとして例えば1000万とかという形で書くのがいいと思います。できるだけ一義的に定められる、特定できるほうがいいのかなと思います。

山口 そうですね、はい。私も常々、「本信託開始日の」というところには、本当にこれでいいのかなという思いがちょっとありました。事務的にはどうしても、実際に金銭を信託口座に送金する日というのは開始日とそこそこずれてしまうので、その間に預金が多少変動するときもあるので、何だか嫌だなという思いはちょっとあったりはします。

金森 ちょっと気になったのが3条1項の書きぶりです。「信託財産目録記載2の預金を払戻し」と書いてありますが、信託財産目録の記載は、預金口座を特定しつつも残高内の金銭だと言っているので、「預金」じゃなくて、「金銭」ではないかと気になりました。

山口 確かに、「記載2の金銭を引き渡す」でもおかしくはないですね。むしろそっちのほうが本当はいいのかもしれないですけども。

金森 「預金」という言葉が出るとどうしても、清水先生が先ほど説明してくださったような、預金債権のままではだめなんだよという話になりがちです。「預金」という言葉はなるべく出さないでお金だと言ってしまったほうが、変な誤解は生じない気がしました。

清水 私も当初、信託口座を開設しようとするときに、ある金融機関で、そもそも預金口座を書くなど、こういう書き方じゃなくて「現金幾ら」にしてくれというように言われたことがありました。ほかの先生によるとそこまでは要求されない場合もあるということで、担当者によるところも若干あるのかなというところですよ。

確かに、書き方の問題かと思うんですけど、できる限り誤解を与えないような書き方がやはり好ましいのかなと思います。

山口 ありがとうございます。この条項自体は、受託者ないし委託者が何をするのかというのをわかりやすくという意図はあったのかもしれないですね。

金森 例えば、確定した金額を入れようというときに、想定されている委託者の預金口座が普通あると思うのですが、その口座には1000万円しかないというときに、契約書に2000万円と書いていいのかというのが気になります。というのは、受託者からすると2000万円引き渡すと書いてあるんだから、残りの1000万円も引き渡せみたいな話の場合によっては出かねないのかと。そのために、あえて口座内のお金、残高だというふうに書くことがあるのではと思いました。もっと財産があるはずだということにならないように、なるべく正確というか、財産が特定できるようにという趣旨で、あえて「口座内の金銭」と書くような意図もあったりするのかなと思っています。。

山口 この「残高相当額の金銭」という記載方法を私も実際に何度か使っているんですけども、そのときに説明したのは、要は、委託者の方はこの預金を全部任せたいという意図を持たれていて、かといって預金の残高を自分でも正確にはよくわからないというようなところもありまして、実際には預金を任せると書きたいけれども、金銭じゃなきゃいけないという信託口座の銀行の縛りが来て、やむを得ずこの辺で妥協したという結果ではありました。

次が第4条「信託財産－信託不動産」。清水先生、よろしくお願ひします。

清水 第4条は、信託財産のうち不動産について規定したものです。

まず1項は、信託契約の締結と同時に、信託財産の所有権移転の効力が発生する例です。

2項は、委託者から受託者に信託財産たる不動産の譲渡が行われたことを登記上明らかにし、受託者の財産であることを第三者に対抗するため、委託者から受託者への所有権移転登記手続を定めた規定です。これは民法177条です。この登記は不動産登記申請の一般原則に従い、委託者を義務者、受託者を権利者として、共同で行います。

3項は信託法14条の「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」ということで、本項はこの信託の登記をすることを定めた規定です。

4項は、信託を原因とする所有権移転登記、信託の登記に要する登録免許税または司法書士の報酬その他の登記に要する費用を信託財産の負担とする規定です。

山口 第4条第1項のあたりは、信託法の4条第1項で信託は「信託契約の締結によってその効力を生ずる」というのを前提にして記載されているということによろしいですかね。

清水 はい、いいです。

山口 一回、公証人の先生から、効力発生日を明記しなくていいんですかと言われたことがあるんですが、皆さんはそういうことを言われたことはありますか。効力発生日を明記するという。

清水 効力発生日というのは信託契約の効力発生日ですか。

山口 信託の効力の発生でいいのかな。

例えば信託法4条1項だと、「信託は」云々かんぬん「締結によってその効力を生ずる」と書いてあって、停止条件や始期があった場合はこれがずれるという話にはなるんだろうと思うんですけども。私も経

験で言っただけなのであれなんですけども。普通、締結と同時に効力を生ずる場合には、特に効力の発生日を明記することはあんまりしないのでしょうか。

清水 信託効力の発生日と、あと所有権移転の時期というのがあると思います。売買契約でも通常、所有権移転の時期は決済日にしていくと思いますが、それと同じように、信託契約だと通常、所有権移転の時期をずらすことはあんまりないような気はします。

信託契約の効力発生日と別に信託財産の所有権の移転の時期が定められて、これは信託不動産の所有権の移転の時期を定めたものと理解しています。

この4項の信託財産から支出をする根拠は何なのか、これは信託財産責任負担債務ではないかという話があって、根拠としては21条1項9号、信託事務の処理について生じた権利ということですね。私としては、所有権移転をするとか登記をするというのは信託事務処理ではなくて、あくまでこの信託契約に基づいた受託者の義務だから信託財産責任負担債務ではないんじゃないかというような考えを最初持っていたんですけど、結局、信託財産であることについて対抗力を持たせるのは受託者の義務であるから信託事務ということになって、信託財産責任負担債務でいいのではないかというご意見もありまして。それで、信託財産責任負担債務でいいのかなとは思っています。

山口 そうすると、あえてこの契約書に記載されていなかったとしても、信託財産責任負担債務として信託財産から支出することはオーケーだという考え方ですね。

清水 はい。

山口 先へ進んでいきたいと思います。第5条「信託不動産の瑕疵に

係る責任」ということで、よろしくお願いします。

清水 第5条は「信託不動産の瑕疵に関する責任」です。この条項自体、信託契約書には規定されていることが多いですけど、これは何なのかというのを突き詰めると、ちょっとよくわからないというところがあります。分析したところによると、信託財産に瑕疵があった場合またはこれによって損害が生じた場合、受託者はその責任を負わず、委託者が負うことを規定したものというのが意味合いではないかと。

まず、改正民法においてはいわゆる契約責任としての「瑕疵」というのは文言としてはなくなってしまって「契約不適合責任」になったわけですけども、ここで言うところの「瑕疵」については、まず一つ目として、受託者と第三者が契約をした場合に信託財産に契約の内容に適合しないものがあつた場合、契約不適合責任というのを規定した場合と、信託財産の設置または管理によって第三者に損害が生じた場合、これは工作物責任ですね、この二つがあるのではないかと考えています。本項は、委託者と受託者の内部的な規律として、受託者が責任を負わず委託者が責任を負うということを定めたものであって、信託契約外の第三者は受託者に対して責任を追及することができるということになっています。

山口 所有者である受託者に対して、例えば工作物責任について追及できる。

清水 はい、そうですね。これはあくまでも内部的な規律なので、この定めにかかわらず、契約外の第三者はその所有者である受託者に対して追及をできると考えています。

山口 この前、契約書の中で「瑕疵」という言葉を使う方がいいのか悪いのか、もしくは本当に使えるのか使えないのかという質問を受

けたことがあるんですけど、確かに債権法の改正では「契約不適合責任」になったんですけども、日本語としての「瑕疵」はあるので、信託契約書の中で「瑕疵」という言葉を使うのはありなんじゃないですかという答え方をしたんですが、この辺、もしご意見があったら。

清水 いわゆる契約不適合責任の部分での「瑕疵」という言葉は消えたんですけど、一つ、民法の717条にはまだ「瑕疵」という言葉が残っています。いわゆる契約不適合責任としての「瑕疵」は民法上は消えましたが、品確法（住宅の品質確保の促進等に関する法律）ではまだ「瑕疵」という言葉を使っています。

です。契約不適合責任に合わせて「瑕疵」という言葉を消してもいいかなと思うんですけど、この条項を従前から使っていたというところがあるので、あまり大きな変化は好まないというような考え方は一つあります。仮に修正をするとした場合に、「瑕疵」という言葉もあるんですけど、それ以外に、これを読むと「受託者は責任を負わない」と書いてあるので、誰も責任を負わないのかみたいな捉え方をされてしまうので、例えば「受託者は責任を負わず、委託者が責任を負う」とか、そういう責任の所在を明確にするような形のほうがいいのではないかと考えています。

岩田 完全に疑問なんですけど、今の清水先生の説明、それはそれで私もそのとおりにかなと思っているんですけど、これは現実問題、問題が発生した場合は第三者に対してはとりあえず受託者が責任を果たすことになるんですよね。

清水 そうですね。受託者というか、基本的には信託財産責任負担債務という形になるので、信託財産がまずは一義的な責任を負うことになるのかなと思います。

岩田 その後、これは委託者に求償ができるのか、そういう発想になるんですか。

清水 そうですね、はい。

岩田 これは求償できる根拠は何になるのかなと思ったんですけど。

野俣 岩田先生のご疑問は私も共有していて、要は委託者の固有財産に対するの求償という発想ですよ。

清水 そうです。もともと信託財産の所有者は委託者だったんだから委託者に対してリコースできるという、そういう考え方だと思います。

岩田 わかりました。

野俣 その請求の根拠としては、一般規定の不当利得みたいな話になってくるんですかね。要するに、受託者が対外的な第三者に対してはみずからの固有財産をもって弁償せざるを得ないと、これが内部的な規定であるとするれば、第三者に対してはこの規定があることで対抗できないので、受託者が一旦請求されれば払わざるを得ないということと払ったとすれば、実質的な所有者であった委託者が受託者の負担において第三者からの追及を免れる関係に立つので、そこに利得が生じるというようなイメージですか。

清水 利得とまでは言わないかとは思いますが、考え方はそういうことだと思います。そもそも瑕疵がある不動産を持っていて、それを信託して、基本的には受託者が無償で委託者のためにその財産を管理して、それによって生じた損害を受託者が負ういわれはないだろうということなんじゃないかと思うんです。

普通に考えると、信託財産が引き当てになって、そこで終わりと。信託法48条があるので、受益者のほうにはリコースできると思うんです。そのもともとの不動産を持っていたのはやはり委託者なので、委託者

と受益者が異なる場合を想定して、委託者のほうにリコースできる、そういう話だと思うんですけど。

野俣 イメージとしてはまさにごもっともだと思っています。清水先生が先ほど突っ込まれたように、この契約書の5条が例えば「受託者が責任を負わず委託者が責任を負う」と書いてあれば、仮にもめて訴訟提起まで行ったらこの契約書5条に基づく請求として立つと思うんですけど、「責任を負わない」という規定で終わっていたときに、契約書5条に基づく請求権が観念できるかというところがちょっと疑問でして。そこを岩田先生は多分おっしゃっているのかなと思ったのですが、そこはどのようにお考えですか。

清水 このままでは確かに、じゃあどうなるんだという結論がわからないのかなと思うんですね、ここの条項例だけだと。なので、じゃあどうなんだという結論までしっかり書いたほうがいいと思います。

金森 今の5条の話は、まさに先生方のおっしゃるとおりだと思います。もし、信託会社が受託するとしたら、請求権の根拠は何かというところで揉めるわけにはいかないので、ここで「受託者は責任を負わない」と言えるのであれば、はっきりと、損害を被ったときには委託者に対して請求しますと書いてしまうようにしています。そういうところがまさに契約書を起案するに当たっては大事なところだと思います。

山口 では、第6条「信託の追加」に移っていきたいと思います。ここからは野俣先生、よろしく願いいたします。

野俣 この契約書例6条にもありますように、既存の信託に対して委託者から財産を追加的に支出することを許容する規定を信託契約書に定めることが、実務的に通常行われていると思います。この追加信

託に関する法律構成は、必ずしも明確ではないと言われています。

考えられる一つ目の法律構成としては、当初の信託契約で定められた委託者の出資義務が、時期的、量的に分割されたものであるというような考え方があります。ただし、当初の信託契約において確定的に追加額とか追加する時期が定められているような場合にはこの法律構成になじみますが、委託者の判断にゆだねられているような場合にはあまりなじまない法律構成かと思います。

そしてもう一つ考えられる法律構成としては、新たな信託設定と信託の併合を同時に行うような性質であるという考え方があります。この構成であるとするれば、追加する財産に関して新たな信託の設定という形になりますので、このタイミングで委託者と受託者との間で追加に関する合意がなされる必要があるというように思います。

本契約書例では追加信託は受託者の同意を得て行うものと規定しているので、新たな信託設定と信託の併合を同時に行うような法律構成だと想定した場合に、委託者と受託者の合意がその時点でとれるので、よろしいかと思います。

一方で、実務上は、委託者が受託者の関与なく一方的に信託財産を追加できるものとするような内容を定めている条項を定める契約書を見かけることもあります。このような、追加信託の際に受託者の同意を得る必要性を条項に記載することの要否について皆さんどのようにお考えか、また前段の追加信託の法的性質についても、ご意見があればお知らせいただきたく思います。

山口 今の点について言うと、一つには、この追加信託の金銭が金額にしても特定されているわけではないので、やっぱり当初の信託契約を引きずっているというよりは、新たな信託設定と併合というほう

がいいのかなとは思いますが、個人的にはやっぱり、そう考える以上はあくまで受託者の同意が必須の要件かなと考えております。ほかの方はどうでしょうか。

清水 追加信託について、この性質を信託の変更として考えるという考え方もあるのかなと思います。野俣先生が先ほどおっしゃっていた、例えば「委託者は受託者に通知をして」とかそういう形で、要は委託者の一方的な行為で追加信託ができるような契約書例もよく見受けられるんですけど、私も、受託者の同意というか、受託者がオーケーしない中で追加信託をできるというのはあんまり好ましくないのかなと思うんです。

仮に「信託の追加」の解釈を信託の変更と考えて、なおかつ例えば「受託者に通知をして」というのを信託法149条4項の信託の変更の別段の定めと解すれば、委託者の一方的な意思で追加信託ができちゃうと解する余地があるのかなと思います。いいかどうかは別です。

2 第7条(委託者)～第15条(信託報酬)

山口 次の第7条「委託者」の条項に移っていきたいと思います。では、野俣先生、よろしく申し上げます。

野俣 第7条「委託者」と第8条「受託者」をまとめて議論したいと思います。

委託者と受託者が誰であるかは、信託契約書において必ず定めが置かれると思います。この契約書の記載程度で、誰が委託者であるか、誰が受託者であるかの特定は可能ですので、この程度の記載で十分であると考えています。

本件の場合、高齢者が委託者兼受益者で、契約書23条において受益者の死亡で信託が終了する形となっています。受託者は、委託者兼受

益者よりも若い、委託者の子供の世代が務めることが多いと思いますので、受託者が委託者よりも先に亡くなるという事態はままだと思いますが、あり得ないわけではないと思います。

そこで皆様にお尋ねしたいのが、一般に受託者候補者を探すことに關して、そもそも当初受託者を探すことについても困難が伴いますが、皆様は、本件のようなケースで第二次受託者まで記載しておくべきだと思いますか。また、第二次受託者候補者として受託者の未成年の子供しかいない場合にはどのように対応されるでしょうか、ご意見をお聞かせください。

山口 未成年の子しかいないんですね。信託法上、未成年は資格がないんですよ。

野俣 そうですね。ただし、第二次受託者として受託者に就任するタイミングで成人していることにかけて記載しておくことはできないものなのとか。そこについては、信託法はもちろん、受託者に未成年はだめだという条項が7条にありますけれども。

ただ、第二次受託者を置いていなければ安全性がないということで信託口座の開設に難色を示す金融機関もあると聞いていますので、そのあたりのバランスをどのようにお考えかというところをご意見いただきたいと思いました。

山口 未成年でも、ないよりあるほうがいいのかなぐらいの感覚はあるんですけど。後継受託者の記載は、記載できるなら多少無理があっても記載しちゃったほうが良いと思っはいるんですが。何せ信託口座がつくれないと少々面倒なことも多いし、信託財産が倒産とか相続に巻き込まれると困るので、信託口座を作るためだけに後継の受託者の記載は設けざるを得ないと迫られることはあると思います。

伊東 本当に悩ましい話であって、例えばぎりぎり成人に達したばかりの人が受託者をやらなきゃいけないということも、大変といえは大変なわけですね。だから、そういう後継受託者に困るようなケースは、信託を本当にすべきなのかどうかというところから問題になってくるのかもしれない。

ただ、あと他方で、例えば信託会社さんが後継受託者業務というのをずっと受託するのか、もしくは跡継ぎ的な人を見つけるまでパートタイム的なものなのか、もしくは信託をその時点でやむなきものとして終了して清算していくというものなのか、いろんなケースがあると思うんですが、そういう受け皿的なものがあり得るのであれば、もうちょっと悩みも少ないのかもしれないという問題かなと思います。

長きにわたって将来不測の事態があり得るというのは不可避なことなのであって、日本の信託法もそれなりにそれについての規定はしていると思いますが、最初から考えておけよというむちゃなことについて、どうにか続ける、やっていくという法制度が、やはりまだ日本の信託法には足らないのかもしれない、それを補う社会制度もまだ整っていないということなのかなとは思います。

ただ、他面、受託者というのは信託財産を預かってちゃんとやっていくということが必要な存在であることが前提とはなっているんですけども、とにかく信託財産の所有名義人として誰かがいてくればいい、あとは周りで何とかするというやり方もあり得ないではないという気がします。そのときに、ちゃんとした後継受託者なんて用意できないんだからもう信託すべきではないと言うのは、ちょっと一面的かもしれません。信託を使って委託者から受託者に財産の所有名義を変えて何をしようとしているのか、その要望というのがどうしたらかな

えられるのか。後継受託者が困難であるようなケースというのは、果たしてそれが本質的に信託をやっちゃいけないという話なのか、それとも工夫によってどうにかすべき問題なのかというのも、考える価値のある問題かなと思ったりします。

山口 金森先生にお聞きしてみたいんですけども、例えばこの契約書例で金森先生に断りもなく後継受託者にほがらか信託会社という記載をしてしまって、頼みますと言われて、分かりましたと引き受けられるものなんでしょうか。それとも、こういう条項とか条件がないと引き受けられないというようなあたりは、やっぱりきちんと出てくるものなんでしょうか。

金森 今の山口先生からのご質問については、私の個人的な経験と見解にすぎないことを念のため改めて付け加えた上でのコメントになりますが、こういう条文がないとそもそも信託業法の関係で信託会社として受託者の責任が果たせないというようなものはありますので、それを契約書の中に入れないと受けられないというものがあると思います。実際に受託者を交代するタイミングで信託の変更によりそういった条項の手当てができるのであれば、後から契約書の体裁を整えるというのはあり得るとは思います。

また、信託契約の内容を変えれば一から再スタートが切れるかというと、当然そうではありません。それまでの信託事務を受託者がちゃんとやってきたかどうかとか、あまりにいいかげんにやってきてトラブルになっていないかなど、そういう実態面というか、信託の運営がちゃんとこなされてきたかということも踏まえて、実際に引き受けるかどうかを決めることになると思います。

清水 私は、いま野俣先生が言ったような例とかだと、適切な後継

受託者がいなければ、受託者が不在になったら信託は終了するほうを選ぶかなと思います。しょうがないので、委託者に財産を戻してしまっ
て信託はもう終了というような。実際にそういう形で契約書を締結して
います。清算をどうするのかというのは若干問題になるといえばなる
ので、そこの手当てはまた考えるんですけど、基本的には終了させ
る方向で考えます。

伊東 あと、補足的な話ですが、第7条、第8条とも、委託者、受
託者をここで改めて特定して住所や生年月日等で規定しているんです
が、公証人連合会と日弁連信託センターの勉強会では、むしろ公証人の
先生から、信託契約の当事者である委託者や受託者について殊さらに
再度規定する必要があるのかという意見が出ていました。それはもっ
ともかもしれないですが、書いちゃいけないというわけでもないので、
それは書いても書かなくてもどちらでもいいのかなと思います。

あと、これは委託者、受託者でということはあんまり考えられない
んですけど、契約の当事者関係について一体誰なのかというのがトレ
ースできなくなったら困るというので、本籍を書いておけば戸籍をとっ
て附票を見ればというような議論もあったんですが、最近、住民票を
移転したりしても除票の保管期限が長くなったので、人間の特定事項
としては住所で足りるのではないかということではほぼ落ちついた議論
に、そっちの勉強会ではなっていました。

山口 では、次の条項に移っていきたいと思います。9条「受託者の
信託事務」というところで、この条項例では6個ほど掲げられておりま
す。では、ここから金森先生、よろしく願いいたします。

金森 9条は「受託者の信託事務」という表題ですが、まず、信託法
26条が「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する」としていて、信託目的の達成のために必要な行為であれば受託者はすることができるとしています。

一方で、同じく信託法の29条1項が「受託者は、信託の本旨に従い、信託事務を処理しなければならない」、2項は「受託者は、信託事務を処理するに当たっては、善良な管理者の注意をもって、これをしなければならない」としていますので、受託者としては、具体的にどういふことをすれば信託事務執行義務とか善管注意義務を果たしたと言えるのかというのが一つ大事になります。

そういった意味からすると、今回の契約条項9条が(1)から(6)までの間に、特定の財産、例えば信託財産目録記載1の不動産についてはこうすとか、賃料についてはこういうふうにするというように、財産ごとに個別に定められているので、適切な記載になっていると思います。

山口 例えば売っちゃいけないとかというような制約をかけるときにも、やっぱりこのあたりに記載していくことになるんでしょうかね。

金森 そうですね。「信託事務」という表題ですが、具体的に受託者は何ができるのかというところを書くことになると思うので、もしできないこと、禁止したいことがあるとすると、書くときはこの箇所になると思います。

山口 自宅を売っちゃいけないとか自社株を売っちゃいけないとか、そのあたりでしょうかね。

伊東 今の点に関連してですが、今の話は信託法26条のただし書き「信託行為によりその権限に制限を加えることを妨げない」に関連する議論だと思っています。

山口先生がおっしゃられたような、自宅不動産とか自社株に関して処分はできないということは明示的に書いておく必要は当然あると思うんですけども、裏を返して、そこまで書かないときに処分を禁じているのかどうかというのがちょっと読み取りにくいという問題があるかもしれない。ここについては議論がまだ成熟していない感じを私も受けています。

どういう議論かといいますと、信託法26条で「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する」というのが基本になっていまして、受託者は広範な権限を有するというのが基本ではないかという議論があります。それについてただし書きで制限が課せられるという構造になっているので、こういった「信託事務」という条項で受託者ができることを列挙したときに、ここに書いていないことをやっちゃいけないのかどうかというのを論理的にどう読むべきかという議論が、まだ煮詰まっていないところがある。

この信託契約ではあんまり扱われていないんですけども、一つは、信託財産を担保に入れて借入れを起こして、そこで資金を獲得して信託財産を例えば改良するとか、リフォームローンなんかを借りるみたいなのが権限の範囲に当然入るのか入らないのかということをどう読み取れるように条項化するのがいいかという議論は、まだ現在進行形なのかなと私は思っています。

金森 いま伊東先生が問題提起してくださったところ、確かに契約書の解釈として具体的な契約書の中で借入れ権限があるかどうかを読み取れるかどうか、というのが問題になる場面はきっと出てくると思います。契約書をつくる観点からいうと、たとえば、リフォームをす

るための資金調達のために借入れをする必要性がすでに想定されるのであれば、契約書には「借入れをすることができる」と書いてあげたほうがよいと思います。融資する金融機関や第三者に対して、相対する受託者が取引をする権限があるかどうかを解釈の余地なく示すことができるためです。

山口 ありがとうございます。契約書のほうを金融機関に見せて、ちゃんと借入れることができますよということで、金融機関のほうに安心できるということですね。

というあたりで、次の条項に移ってよろしいでしょうか。

第10条「信託事務処理の第三者への委託」です。引き続き金森先生、よろしくお願いします。

金森 第10条は「信託事務処理の第三者への委託」ということで、信託法では第28条、委託した後については35条が定めています。文例の10条は、特に信託法28条のほうの、委託をすることができる要件に係る条項となります。

10条には、「信託財産目録記載1の信託不動産の管理を第三者に委託することができる」と書いてあります。この部分が信託法28条の1号「信託行為に信託事務の処理を第三者に委託する旨又は委託することができる旨の定めがあるとき」に該当しますので、第三者委託できることははっきりしています。

ただ、そのほかの財産について委託することができるのかというのがこの10条の文面だけでは必ずしもはっきりしません、具体的に信託事務を委託する場面で、信託法28条の2号が定める、目的に照らして相当であるかどうかを、一応検討する必要があるような書きぶりになっていると思いました。

山口 記載1の信託不動産の管理以外は2号のほうで判断するという解釈ですね。それは逆を言えば、契約書第10条の解釈として、それ以外を全部禁じているわけではないという解釈をしていくということでしょうかね。

金森 そうですね。信託目的からすると、委託者が従前と変わらぬ生活を続けて快適な生活を送れるようにするというように第1条のところに包括的に書いてあるので、信託財産目録記載1の不動産だけを委託できて、そのほかの事務は委託できないという趣旨には読み取りづらいかとは思いますが。禁止しているというよりも、許容されると解釈することになるかもしれないですが、委託が相当かどうかの判断が必要になるとは思いますが。

山口 1号として明示的な定めは設けてないけれども、禁止もしていないというあたりですかね。

条項の表現自体としてはかなり限定的な表現になっていますけれども、ほかにも、「一部を委託することができる」というようなアバウトな表現もあり得るのかなという気はいたしますが。かといって、一部って一体どこの一部だよという不明確さも残るのはそのとおりにかと思えます。

金森 先ほどの例で述べますと、成年になったばかりの人が急に受託者にならなければいけなくなってしまったときのように、自分ひとりではまだやり切れないのではかの人に任せたいといった場合に委託の話になると思います。そのときに、委託するのが信託事務の一部なのか全部なのかという点は問題になると思うのですが、許容される委託の範囲が限定されすぎると、受託者の能力不足でかえって受益者が害されることもあり得ます。全部委託することができると書

いてしまうと、信託じゃないとの議論が出てきてしまうとは思いますが、単純に「委託することができる」と書いておけばそれで事足りるんじゃないかと思いつつ、あえてこうやって信託財産目録記載1の不動産だけというふうにしたことの意図があるのであれば、それを教えていただけたらと思います。

山口 信託契約に明示しちゃうというのは、2号のような信託の目的に照らして相当かどうかというフィルターの判断を省略するという意味合いはきっとあるんでしょうね。一々そのフィルターを吟味しているのは面倒くさい、支障が出るというような信託事務というのも考えられるかもしれないなと思います。

じゃあ、次の第11条「善管注意義務」に移ります。善管注意義務の規定は、私、山口のほうからのご説明です。

善管注意義務自体は信託法に規定されているものなので、契約書があってもなくてもここでは課されますというあたりで、むしろこの条項の意味合いとしては、受託者に対して注意を喚起するというような目的で置いているのだらうと思われます。

注意義務を置く場合に、とりあえず善管注意義務を置くのが一般的ですけれども、ほかにも、受託者の忠実義務もあれば、利益相反の禁止、競合行為の禁止、公平義務というようなものもありますので、それらを全部書くのかどうかというのは、一つの判断としてあり得るかと思えます。

通常このような単純な高齢者の財産保護であれば善管注意義務だけでよしいと思うんですが、例えば受益者連続で多数の受益者が出る、あるいは受益権の複層化で内容のちょっと違う受益者が出てくるようなケースにおいては、公平義務についても記載しておいたほうが

いいという意見を持っております。

というあたりが第11条「受託者の善管注意義務」なのですが、ご意見がありましたらお願いいたします。

伊東 いま山口先生が言われた最後の、いろんな受益者がいる場合の公平義務の規定ですけれども、そういった場合には公平義務をただ抽象的に書いても、ある意味、解釈指針としてはなかなかワークしないという感じがします。例えば高齢者の財産保護を図りつつ将来の承継も目的としていくというときに、高齢者の福祉を重視したら信託財産がどんどん使われていってしまう、そうすると将来の承継予定者である第二次受益者等の利益は圧迫を受ける、どちらを重視すべきかというような、そこら辺の価値判断も読み取れるような規定を書かないと、公平義務とただ書いても、どうしたら公平なんでしょうかと悩んじゃうのかなという気がしています。

山口 そこは信託目的とも関連してくるんでしょうかね。どれぐらいの比重をどちに・・・。

伊東 そうですね。ただ、今まで私もいろんなところで見ただ条項例では、そこを意識的に書いてある例はほとんど見かけないですし、信託目的もどちらも目的ですと書いているだけなので、将来のために今の高齢者の人が窮屈な思いをしろというのはおかしいでしょうみたいな感じで解釈はしていますけれども、果たしてそう簡単に方針が読み取れるものになっているかどうかというのは、これからも研究していかなくちゃいけないことじゃないのかなと感じています。

山口 では次は、第12条「分別管理義務」。金森先生、よろしく願いします。

金森 第12条は分別管理義務に関するものです。信託法は第34条で

分別管理義務について定めていて、しかもその34条1項の柱書きのただし書きは、分別管理方法についての別段の定めをすることができるとしています。

この文例の12条は、金銭と預金の分別管理の方法について定めています。信託法の34条1項2号の口には「計算を明らかにする方法」となっているのに対して、この文例では、金銭については「外形上区別することができる状態で保管する方法」、預金については「預金専用の口座を開設する方法」となっていますので、まさにこれが分別管理方法についての別段の定めになっていることとなります。

山口 預金について「預金専用の口座を開設する方法」と書いてあるんですけども、これは、いわゆる信託口口座でなくてもいい、専用口座なら良いという読み方でよろしいのでしょうかね。

金森 私もそういう意味合いで書いている定めなのかなと思って読みました。

山口 そこは、時と場合によっては、つくりたいけど信託口口座をつくれな、開設できないときもあるのでということでしょうかね。

金森 この部分に関して、信託口口座を開けることが金融機関との間でもう交渉ができていて、信託口口座の口座情報をここに入れてしまうという実務のやり方があると聞いたことがあるのですが、先生方もそういうことをされることがありますか。

伊東 口座情報というのは、金融機関とか支店名とか預金種別とかそういうことですか。

金森 そうです。

伊東 実際にやったことはないですけど、技術的にできないわけではないかなとは思いますが。

清水 金森先生、それは契約書の締結前に口座までつくることのできるということですか。

金森 はい。私自身がやったことがあるやり方じゃないので実際どうなのかは全然わからないんですけども、そういうことをやったほうがいいと言っている人が、世の中にはいらっしやるみたいで。

メリットとしては税務署対策とかで、契約書にこの預金は信託財産だと書いてしまって、名義預金じゃないとするためだと思うのですが。そういうためにあえて書くのがいいんだというような人もいますみたいです。

清水 そもそもですが、一般的には、信託口口座の開設に公正証書の信託契約書が要するというイメージなんです。そうすると、順番的にとりあえず私署証書で契約書をつくって、それが可能な金融機関に持ち込んで信託口口座をつくった上で、また契約を締結するということなんでしょうかね。わかんないですけど。

金森 そうですね。順番で考えるとそうですね。

清水 ある信用金庫は、そこは公正証書じゃなくて私署証書で信託口口座をつくってくれました。そのときもやっぱり、両者が署名をしている信託契約書は必要だったんです。なので、信託契約書の案で信託口口座をつくってくれるというところまでは聞いたことないので。金森先生のお話だと、案で信託口口座をつくってくれるか、もしくはそれでだめなら契約書を2回つくらないといけないという、何かややこしい結論になりそうな気がしたんです。

野俣 例えば口座番号まで書くとすれば口座の作成が先行してないと書けないと思うんですけども、いま金森先生がおっしゃったのは口座の情報をできるだけ詳細に書くみたいなお話だったとっていて、

そうすると契約書の案文の段階で金融機関に持ち込んで、例えば何々金融機関の何々支店で、その支店は信託口座は例えばこういう名義でやるということが決まっていたとすれば、その支店で契約書の案文段階で内諾をとっておいて、ここに載せる情報としては口座の名義と支店の情報と普通預金であることを特定すれば、同じ名義で普通預金で同じ金融機関の同じ支店で2個口座をつくるというのはなかなか難しいと思うので、口座番号にこだわらなければ、案文段階で内諾さえとれば特定は可能なのかなというイメージで聞いておりました。

金森 いま野俣先生がおっしゃってくださったように、もともと金融機関との取引がある人が信託をすることになったときに、公正証書がまだ存在しない段階でも内諾が出て、それを受けて契約書に入れちゃうというようなことをやるのではないかと。確かに、そういう順番じゃないとできないので。

野俣 その上で自分が疑問なのは、例えば後継受託者を設定した場合に口座の名義がかわるとかがあると思うので、この口座で管理するということにあまり細かく書き過ぎてしまうと、後日、当初に想定していなかった問題が発生してこないかという心配があります。

金森 そうなんです。まさにそのことが次に言おうと思ったことです。いま野俣先生がおっしゃっていたような場面もそうですし、例えば人によっては借り換えとか借入れをしたいけれど、どうしても取引金融機関を変えなければならないとなったときに、契約書に書いていない金融機関から借入れしようとしたら直ちに分別管理義務違反なのかという話も出てきてしまいます。個人的には、口座を特定して書くというのはやっぱり不適切ではないかと思っています。

山口 あまり特定し過ぎてしまうと、後で自分の手足を縛ることに

なりかねないということでしょうね。

伊東 ここで金銭と預金というふうに分けてあるんですけども、これはもう物事の定義の仕方の話だろうと思うんですけども、私自身がとしてなじむのは、信託財産は金銭であって、金銭の分別管理方法として預金というのが出てくるという形にしたほうがいいんじゃないかなという感じがしています。

当初信託財産目録はこの契約書では金銭というふうに統一されているので。後に信託財産性を帯びてくる財産が直接預金として発生してくることがないわけではないですけども、整理としては、全部金銭にしてにおいて、一定額以上は預金口座での管理を義務づけるとか、どうしても手元に現金が幾らかある場合には外形上区別することができる状態で保管するとかいうような形に整理したほうが、わかりやすいのかなという感じがします。

「信託財産に属する金銭及び預金」となっていますが、この契約書で信託が走り出した当初は金銭しかないわけですね。そうしたら(1)でやればそれでいいのかといたら、恐らくそういうことは想定していなくて、その金銭について速やかに信託口座を開設してそちらに預金をするということを想定しているのではないかと思うので、そこがすんなり読み込めるような整理は、まだ一段、工夫の余地があるのかなという感じがしています。

山口 今の伊東先生のお話だと、信託財産としてはあくまで金銭という認識なのですね。

伊東 そうですね。そうやって私も言いつつ、直接預金の形で信託財産が発生してくることがあり得ないとは言えないわけです。賃貸物件の賃料について賃借人が直接信託口座に振り込んできたら、預金

の形でいきなり信託財産が発生してくるわけですから。預金と言っ
はいけないとは思わないですけども、それも金銭が預金されていると
いうふうに捉えたほうが、整理としては書きやすいような感じが私個
人としてはしています。

山口 では13条「帳簿等の作成・報告・保存義務」に移りたいと思
います。では金森先生、よろしくをお願いします。

金森 案文の13条は「帳簿等の作成・報告・保存義務」ということ
で、信託法は37条の「帳簿等の作成等、報告及び保存の義務」に、これ
に対応する定めを置いています。そこでは、「信託事務に関する計算並び
に信託財産に属する財産及び信託財産責任負担債務の状況を明らかにす
るため、法務省令で定めるところにより、信託財産に係る帳簿その他
の書類又は電磁的記録を作成しなければならない」となっています。で
すので、この契約条項の13条は、そういった定めにとって、各種
の書類を作成したり保存したりというようなことが書いてあります。

信託について、財産を受託者に移しさえすればあとは自由に管理で
きるみたいな理解をされている方もいらっしゃるの、こういった帳
簿類を定期的に作成したり保存したり報告しなくてはならないとい
うことを契約書に明示的に書くことで、義務違反やそれにまつわるトラ
ブルなどを防げるという意味合いもあって、大事な規定だと思います。

山口 多分、帳簿なんて作成したことはないというような受託者の
方々も多いかと思うので、その点ではここはちょっと詳しく書いてお
こうという意図でしょうかね。

ちなみに、第1項に第1期についてただし書きが書いてありますけ
れども、私自身は最終日についても一文足したりはしております。要は、
直前の期の翌日から終了の日というようなあたりを記載することがあ

ります。

金森 今おっしゃっていただいた13条1項の本文のほうは半年ごとに切っているようですが、ここは何か意味合いというか意図があるのでしょうか。

山口 これは多分あんまり意図はなくて、最初つくり込んだときに、1年間に2回のほうがいいかもしれないぐらいの議論だったと思います。私も今は、1月1日から12月31日までで記載するようにしています。1年で2回は結構きついですよ。

伊東 例えば裁判所が監督をしている後見とか保佐については、裁判所は半期報告を奨励していて、監督人がついているケースですと半期で1回報告を受けて、1年に1回の裁判所の報告月で年間報告を出すというようなやり方にもなっていますので。確かに事務負担は正直あるとは思いますが、他人の財産を管理するというときの一つのあるべき姿の参考として、裁判所の後見実務というのからすると半期に1回というのはあり得ないではない話だろうとは思っています。

山口 あと、第2項の状況の記録ですけれども、私の中で一番簡易な実施例として専用預金の通帳にメモ書きしておいてねというものもあるんですけれども、皆さんのケースでは結構きちんとしたものをつくり込むかどうか。まあ、ケース・バイ・ケースかとは思いますが、どんな感じでしょうか。収益不動産の管理だと、税理士にかなりきっちりつくっていただく形なんだろうなとは思いますが。

伊東 ただ、アパートを1棟持っていて5室ぐらい貸していてとかいったら、賃料がちゃんと入っているのかとかは、その賃料収集口座の記録でほぼわかるわけですよ。あと、修繕とかその他の経費を出したことについては個別の領収書とか契約書があればわかりますし、電

気代とか水道代という共益的な公共料金も引き落としにすればわかるし、あんまり神経質に言い過ぎるのはいかなものかなと私は思います。

恐らくもとの委託者さんが不動産経営をしていたときもその程度の管理をしていたにすぎないというか、それで十分あったということ以上に、殊さらにあんまりうるさいことを言い過ぎる必要も全くないんじゃないのかなと思っています。

山口 ありがとうございます。そうですね。この辺の記録に関してはやっぱり、カードで全部記録が残って、その記録の交付が受けられると便利だなという気はしますね。

伊東 いま先生がおっしゃっているのは受託者クレジットカードという話ですか。

山口 はい、そうです。

伊東 そうですね。そういうサービスが提供されている口座とかもありますので、そういうのを活用すれば、目的外に使用しない限りは、クレジットカードの利用履歴に受託者として支出した信託事務処理費用なんか全部リストアップされてくるという形にはなってきますね。

山口 では次は、14条「信託費用の償還」。野俣先生、よろしく願います。

野俣 この契約書の14条には、「受託者は、信託事務処理に係る費用を、直接、信託財産から償還を受けることができる」と記載されています。この「償還」という言葉ですけれども、信託法48条1項に「受託者は、信託事務を処理するのに必要と認められる費用を固有財産から支出した場合には、信託財産から当該費用及び支出の日以後におけるその利息の償還を受けることができる。ただし、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる」との規定がありますので、この48

条1項を確認的に記載したものと見受けられます。

信託事務の処理に必要な費用に関してはそのまま信託財産から弁済することができますので、基本的には固有財産から支出せずに信託財産から直接支弁することが多いと思いますけれども、財産から一旦支出した場合にはこのように償還することができるのが信託法に規定されていて、これを確認的に落とし込んだのがこの契約書の14条の規定です。

このように確認的に記載することの要否だとか当否に関しては、先生方どのようにお考えかという議論ができるかなと思いました。

山口 契約書の1項のほうが信託法の48条1項に対応していて、契約書の2項のほうが信託法48条5項に対応しているという捉え方でよろしいですかね。

野俣 そうですね、はい。

山口 信託財産からの償還とか受益者から償還とか前払いというのはなかなか一般の方には経験がないことでしょうか、確認的に繰り返しここで書いておくことの意味は結構あるのかなと思うんですけども、ほかにご意見ありますでしょうか。

伊東 前提の整理なんですけれども、受託者さんが信託財産として管理している金銭から必要な費用を支弁するのは当然できるというのが前提になっているわけですよ。この14条1項は、たまさか自分の固有財産から出したときの償還について書いているという理解でよろしいんですかね。

山口 はい、そうだと思います。

野俣 そのように理解しています。

伊東 14条1項は書かなきゃ償還を受けられないかということ、信託

法48条1項の規定によって当然基本的には償還は受けられることにはなっているわけですね。

あと、2項ですけれども、これは私の記憶が間違っていたら申しわけないんですが、1項は信託財産からという話で2項が受益者から償還を受けることを定めた規定で、受益者が払わなきゃいけないのかどうかということに関して信託法48条5項は「受益者との間の合意に基づいて」となっているので、信託契約は委託者と受託者の契約ですから、そこで受益者から受けられるというのをここに書いても、それだけで当然受益者から払ってもらえるものではない。やはり受益者が改めてこの信託の趣旨に鑑みて合意をしていただくのであれば償還を受けられないでしょうし、拒否されたらもう償還を受けられないという結果になるのかなと思うんですが、この理解で間違っていないでしょうか。

岩田 関連ですけど、多分これは、委託者が受益者にもなっているからということではないのでしょうか。だから、あえてこの件については別な合意書をつくらなくても、ここに入れてしまえば48条5項の合意には一応なるのかなと、私はそういうふうに理解していましたけど。

伊東 なるほど。本契約書では自益信託なので、委託者が受益者でありこの契約の当事者であるから、受益者としての48条5項の合意を既にここで行っているという理解ということ。

岩田 そういう理解です、はい。

伊東 あと、48条5項の合意については、その都度しなきゃいけないとか、事前一括の合意はいいのか悪いのかという議論もあったような気もするんですが。

私もちょっとよく覚えていないのであんまり深入りしてもしょうがないと思いますが、もともと48条5項の話が何で出てくるかというと、

旧信託法では受益者に対して費用の償還請求ができるのがむしろ原則になっていて、リコースといいますけども、それによって、一連のたくさんある自治体のバブル期の信託の破綻のケースが裁判にてんこ盛りになっていました。要は、信託銀行が土地を受託して施設をつくってどんどんもうかるはずだったんだけど、バブル崩壊して何ももうからなかったのが結局その事業を畳んで、信託銀行が自己内部で貸し付けたお金の償還を旧信託法の規定に基づいて自治体に求めたところ、そんなこと知らないよということで裁判になったけど、裁判所は信託銀行の味方をして、全部、受益者としてのリコースを認めたということがあった。そのトラウマがあったものだから、新信託法を制定するに当たっては、48条5項のように受益者の個別合意を取りつけるという形の法規定になったという歴史的な経緯があるわけなんです。

そうしたときに、じゃあ今の信託法のもとで受益者の合意というのがどういう形でできるのか。事前一括なのか、その都度その都度やらなきゃいけないのか、いろんな線引きがあるのかなという感じがします。

ただ、普通、こういった信託において受益者が利益を得ていて、別に受託者がへまをやらかしたとかいうわけでもなくて費用が生じているんだったら、それが信託財産でたまさか払い切れないなら受益者が負担するというのは別におかしいこととは私自身としては思いません。

山口 人から聞いた意見なんですけれども、14条の2項のこの1文は寺本の『逐条解説』だと個別の合意ということで解説をされていることを受けて、「受託者は」と「受益者から」の間に「受益者の同意を得て」という一言を入れて「受託者は、受益者の同意を得て、受益者から信託事務処理に係る費用の償還または前払いを受けることができる」として

はどうでしょうかという意見があって、なるほどと思ったんですけども、いかがなものでしょうか。

伊東 この契約書でそれを入れてしまうと、やはりこの契約の条項があっても、委託者であり受益者である人が後に承諾をするかどうかのポジションが留保されているという解釈になってこないですかね。

山口 ええ、多分そういう解釈になって、もうそれでいいという思い切りなのかと思います。逆に、それが個別の合意ということの解釈からは適正なあり方であるという考えに基づいているのだと思われます。

岩田 信託法の48条5条というのは、個別というか、都度都度というところまで含んでいるのかどうかは一応争いがあるという理解でいいんですよね。

山口 多分そうだと思います。

岩田 少なくとも条文上は都度都度とれとは書いてない。あとは多分、歴史的な経緯とかそういうところを踏まえての解釈なのかなとは思いますが。

山口 そうですね。少なくとも法の48条5項の「合意」が信託契約とは別の合意であるということまでは争いはないとは思いますが、その合意が包括的なものでいいのか、それとも個別の合意ということであるならば特定をしていかなきゃいけないのかというのは、議論の余地があるところだと思います。

清水 『条解信託法』では、受益者との個別合意に基づく償還と書いてあって、受益者との個別合意がある場合に限って償還前払いを認めることとしたと書いてあるんです。この「個別合意」という日本語は、その都度その都度の合意ということじゃなくて、受益者ごとの同意と

というようなことにも読めなくもないですし、どうなんですかね。要は、その受益者ごとの個別の合意をとっておけば、合意自体は包括的なものでもいいように思えるんですけど。

私は包括合意でいいんじゃないかと思うんです。信託事務処理に何が必要かというのは解釈に当然ゆだねられますけど、結局、信託事務処理というフィルターが一応かかっているんで、そこで全く関係ないものが出たとして、それはやっぱり拒否できます。逆に必要なものであれば、今（山口先生がおっしゃられた）「受益者の同意を得て」となると、結局、同意が得られなかったときという問題がどうしても出てきてしまうと思います。または受託者が意思能力を失っちゃってたらどうなるのかみたいな話にもなると思うので、包括的な合意が得られていればいいのかなと個人的には思います。

山口 もし逆の意見を出すとすれば、同意が得られないときには、じゃあもう終了だよというほうに流れるのかもしれないですね。

清水 ただそれが、いわゆる受益者との利害対立が生じているんだったら、おっしゃるとおり、そもそも信託の終了でこれはいいんじゃないかなという気もします。そうじゃなくて、たまたまちょっとしたいざごとか、もしくは本当に意思能力がなくなっちゃって同意をとれないかという話の場合には、それで信託を終了していいのかという話にもなると思うので、私は包括合意でいいと思います。

論点が少しさきものに戻ってしまいますけど、委託者と受益者が同じ人物だからこれはいいというような岩田先生の話は、例えば受益権が全部譲渡されて受益者がかわったときに、その受益者に対してリコースできるかとなると、それは多分できないということですよ。要は、当初の受益者イコール委託者との合意、そういうことですよ。受益権

が譲渡されて受益者たる地位が包括的に譲渡されたから、全く関係ない次の受益者に対してもこの14条2項を根拠にリコースできるという話じゃないとは思ったんですけど。

山口 多分そうですね。

清水 先ほどの言葉に戻りますけど、その受益者とまた個別の合意をとらないといけないという話なのかなと思いました。

山口 そのとおりだと思います。

金森 さきほどの、受益者との合意が包括的でいいのか個別的なのかというところについては、信託会社が受託者の場合、償還の合意をするときに事前に説明しなければならないという条文が信託業法29条の3にあります。その際の説明事項として、信託業法施行規則41条の8の4号に「合意を行おうとするときまでに確定した費用等又は信託報酬がある場合にはその額」と定められています。

確定している費用がある場合にはその金額を説明せよという書きぶりからすると、確定していない場合でも合意自体はできることが前提になっていると思います。包括とおっしゃっているような事前合意ができて、具体的に金額が定まったらその金額をそのときに請求するというのも、法律は想定していると思います。

信託会社としても、金額が確定しない限り合意ができず受益者から何も払ってもらえないかもしれないという状況ではなかなか受け切れませんので、万が一のことがあったら受益者に請求できるようにしておくことは、信託を続けるためには非常に重要なことだと思います。

山口 包括的な合意があった上で、金額が確定したらその確定された金額を請求して支払いを受けるという段取りですね。

金森 そうですね。

山口 では、15条のほうに移っていきたいと思います。15条「信託報酬」です。本契約書例は無報酬ですけれどもいかがでしょうかということで、伊東先生、ここからはお願いします。

伊東 「受託者は無報酬とする」とシンプルに書いてありますが、そもそも信託法上、受託者の報酬は信託法54条に規定がありまして、54条1項は「信託の引受けについて商法第五百十二条の規定の適用がある場合のほか、信託行為に受託者が信託財産から信託報酬を受ける旨の定めがある場合に限り、信託財産から信託報酬を受けることができる」となっています。無報酬と書いているんだから、ここら辺は全部もうすっ飛ばして、書いてなくても無報酬なんですけれども。

そもそもの報酬に関する決まりというのが商法512条ということで、一定の行為をした場合に当然の報酬請求権があることも否定はしていないということ。あと、信託行為においては、信託財産から信託報酬を受ける旨の定めがある場合に限って信託財産から信託報酬を受けることができると、ちょっと複雑で読み取りにくいデフォルトルールがあります。なので、民事信託でよくあるこの無報酬の規定は、こう書いておけばそれで恐らく疑義がないということで、別にこういう形で規定するのはよろしいかと思います。

他面、民事信託の場合に毎月定額報酬を定めているようなケースも見かけますし、「相当の額の報酬」という規定があったりします。これは信託法の規定を知らないで一瞬ぎょとしてしまうんですが、信託法54条2項に「信託報酬の額は、信託行為に信託報酬の額又は算定方法に関する定めがあるときはその定めるところにより、その定めがないときは相当の額とする」という規定があるので、「相当の額とする」という規定も許容はされていることになっています。それをどこでどうやっ

て計算し、誰がどこで争うかというのは考えてみるとよくわからないところではあるんですけども、信託という、受託者が広範な裁量性を持っていたり、将来にわたって信託財産やその他の状況が変化するというものについて、ひたすらに受益者の利益を守ろうとして厳格な定めを置くということまでは法は要求していないという前提を、まずは理解しておく必要があるのかなとは思われます。

山口 信託報酬の条項の書きぶりとして、「受益者と合意した金額の報酬を受けることができる」というような記載をたまに見ることもありますが、こういう記載については何かご意見ありますでしょうか。条項に則していうと、算定方法に関する定めがあると言えるのかどうなのかというあたりの議論かなと思うんですが。

伊東 そういう条項が許容はされているでしょうね。それで受益者がうんと言わなかったら一銭ももらえないのかという話になるかもしれないですけど、それで受託者がオーケーして信託契約を締結しているわけですから、それはそれで受益者に納得してもらう限りにおいてしかもらわないということをやっちゃいけない話ではないと思います。

すみません、あと1点だけ。これは無報酬なので本条項の話じゃないんですけども、報酬を定めた場合に、例えば賃貸不動産が信託財産に含まれていて、その不動産所得に関する経費として扱えるかどうかという議論があります。それは基本、ちょっと無理じゃないかと言われていて、例えば成年後見人が、被後見人が賃貸物件を持っていて後見報酬がその賃貸経営上の経費になるのかといったら、それは無理というのが言われているわけです。ただ、特定の不動産の賃貸についてのみ信託をした場合に経費性を否定する必要があるのかという議論も他面にありまして、基本、信託の受託報酬は経費にならないと理

解されていますが、それが絶対かどうかはケース・バイ・ケースなのかなと思っています。

野俣 この報酬の定め方として、本契約条項とは違う定め方なんですけれども、54条2項で「定めがないときは相当の額とする」という記載があるから、逆に「相当な額」という定め方をすることができるのかというような議論があったと思うんです。

信託報酬の額について定めがないときに「相当な額」とされた場合には、3項で、信託報酬を受ける場合には、算定の根拠とか報酬の額とかというのを受益者に対して通知した上でしか受けられないというふうなたてつけになっていますが、仮に信託契約で「信託報酬は相当な額とする」と定めたときに、その定めを54条3項との関係でどういうふうを考えればいいのかとちょっと疑問に思ったんですけれども、その点はいかがでしょうか。

伊東 それは恐らく解釈としては、54条2項の「信託行為に信託報酬の額又は算定方法に関する定めがあるとき」にむしろ該当しないんじゃないかと思うんです。「相当の額の信託報酬を受けることができる」と書いてあるのは定めがないのと同じと解釈して、3項の受益者に対する信託報酬の額や算定根拠の通知は免れないと解釈すべきじゃないでしょうか。

野俣 ありがとうございます。私もそう思うので。そうすると、「相当な額とする」というふうに定めただけだと、受託者は相当な額を受け取っていいんだと勘違いしてしまいがちですけれども、実は3項の縛りがかかってくることに注意が必要ということになりますでしょうか。

伊東 そうですね。ただ、3項も「通知しなければならない」となっているだけで、受益者がそれを見て、これは不相当な報酬を取っている

ぞとなったら受益者の監督機能を発動していくというだけなので。通知というか、そこで受益者がどうこうしてくれなきゃ受け取れないという話ではないということではないでしょうか。

清水 さきほど伊東先生が最後におっしゃった、経費に入れられるかという話ですけど、後見は、財産管理もありますけど、身上監護もあると思うんです。それに対して信託は財産管理なので、どちらかという伊東先生おっしゃったとおり、経費に算入しやすいのかなという気がします。

なおかつ、信託財産として不動産の割合が非常に大きくて、その管理がメインだという場合については、当然、財産を管理するためにこの契約を締結したという形にもなるので、それでいわゆる業務委託契約、不動産の管理委託契約の経費性が認められて、信託契約では経費性が認められないというのは、バランス的にもちょっとおかしいのかなと思います。当然、中身にもよりますから全部が全部ということではないですけども、経費として認められる余地は十分にあり得るのかなと思いました。

3 第16条(受益者)～第18条(受益権の譲渡・質入れの禁止)

山口 では、次に移っていきたいと思います。16条、17条は合わせでも大丈夫でしょうか、伊東先生。

伊東 じゃあ、そのようにします。

16条「受益者」ということで、「受益者は、委託者Xである」という規定が置いてあります。その受益者が持つ権利である受益権について、こういう権利があるというのが17条に列記されている形になっています。

17条の中身を先に見ますと、一つは、収益不動産からの賃料から給付を受ける権利、不動産が処分されたときにはその代価から給付を受け

る権利、居住用の不動産について生活の本拠として使用する権利、それも処分されたときはその代金から給付を受ける権利、あと、金銭、預金という、お金から給付を受ける権利ということで、信託財産に即してどうということが受けられるかということが書いてあるんですが、管理・処分に関する利益は全部受けますよということなんだろうと思います。

まず16条について申し上げますと、「委託者Xである」と書くのがいいのか、単に「Xである」と書くのがいいのかなというのはあるんですけども、受益者がXとなっているのは、委託者であるからなっているというよりも、端的にXを受益者にしようということだから、そこは削ってしまってもむしろいいんじゃないかなという感じがします。

この信託条項例はすごくシンプルなケースなのでこれで終わっていますけれども、実際にいろいろ難しい問題が出てくるのは、受益者連続型でXが亡くなった後の受益者は誰、またその人が亡くなった後の受益者は誰というようなことになっていったときに、受益権が消滅して次の人に発生をする形で書き分けていくことが、実務的にはいろいろ難しい問題が出てきます。本例はそこまでは立ち入らないということだと理解しています。これはまた、委託者であるのでXについて住所、氏名、生年月日等の特定事項は省いてありますけれども、他益信託であってこの契約の当事者でない人が受益者になるときは、その受益者の特定事項をちゃんと書かなきゃいけないという感じがいたします。

受益権の内容に関しては、結局、信託財産からの利益を受けますよということで、どういった形で受けるかというのを類型化して書いたということで、これはこれでいい書き方なんだろうとは思いますが。

ただ、実際に賃料から給付を受ける権利、代価から給付を受ける権利等々ということで、賃料が入ったらそれを全て即時に全額給付しろ

というような中身ではない。ただ、こういう形で受益権の内容を規定することによって、結局、賃料収益は受益者に帰属している。例えば所得税の申告なんかは、受益者が全部、その賃貸経営を自分でやっているかのようにしてやらなきゃいけないわけですけども、そのときに、じゃあ受託者の手元にプールされている金銭であって、全部は自分の手元にお金が来ていない、自分もらったものだけしか利益を得ていないという形の税務処理が認められるかということ、そういうものではなくて、権利としては受益者さんに帰属していますよと。しかし給付自体については、どのような判断でいつの時期に給付していくかというのは、信託の契約でいろんな定め方があり得るというのを理解しておいていただきたいなと思います。

山口 この条項例はある程度、信託財産ごとという形で書いてあるんですが、受益権としては包括的な1個の受益権という言い方でよろしいですかね。

伊東 受益権自体を書き分けたという理解は私もしていません。そういう書き方自体はあり得ると思います。この場合は委託者が全部持っているからあれなんです、最近一部で議論されているように、将来相続を見据えて不動産ごとに受益権を個別に分解して、それは別の契約にすることもできるし1本の契約の中で区分することもできると思うんですけども、それについての第二次受益者を定めていくとか、むしろ遺産分割の対象としてそれらを交換的に誰が取得してというようなことができるようにするとかいうやり方も、技術としてはあるんだと思います。

この契約書自体は、1本の受益権として、その内訳を書いたという理解だと思います。

山口 ケースによりけりですけれども、私自身は(1)号、(2)号、(4)号、(5)号をまとめて「信託財産から金銭の給付を受ける権利」ぐらいに逆にまとめちゃうこともあるんですけれども。先生方、ご意見はいかがでしょう。

伊東 いま山口先生がおっしゃったようなやり方も可能ではあると思うんですが、その場合に、賃料収益自体が誰に帰属しているかというのが……。信託であり、信託財産からの収益なので当然に受益者に帰属しているというのが、特に税務上なんかは当然にそうされてしまうんですけれども、税金の話を除いたときに、お金しかもらえないんだよといったときに、その賃貸のありようについての何か発言権があるのかなのかとか、そこら辺はどうなのかなというふうに、逆にちょっと不安は覚えてしまいます。

私の感覚では、結局、「給付を受ける権利」という形にはなっているんですけれども、賃貸すること自体について、それこそ信託なので受託者を飛び越えて受益者がどうこうするということはむしろあり得ないわけですけれども、受益者がこの賃料を本来取得すべき立場なんだよ、ただ、お金が自動的に全部来るわけじゃないんだよというのを、うまいこと書いているんじゃないのかなという気がしています。

清水 ここの17条は、例えば今回の契約書例でいうと9条「受託者の信託事務」とかと例えばかかわっていて、9条は「信託事務を行う」としか書いてないですが、例えば契約書例によっては「受託者の裁量で生活費を給付する」みたいな形の書き方をしているところがあったりすると思うんです。そうすると、受託者の裁量と受益権の内容によって、仮に受益権の内容として金銭なりなんなりを請求されたときの結論が変わってくるのかなと。恐らく請求の原因とかの内容にもかかわって

るんですかね、そのあたりの債権が何なのかという特定性にもかかわってくる気もするんですけど。

そこが、山口先生のおっしゃるとおりざっくりと「金銭を給付する権利」と書いてあるのと、そうじゃなくて例えば「賃料を請求する権利」のように今回みたいな形で分けてくると、やっぱり「賃料から給付を受ける権利」とかと書いてあったほうが請求しやすくなるということのかなと思います。

伊東 逆に言うと、清水先生がおっしゃっているのは、請求する側からして、賃料これだけ入っているのに何でくれないんだという立論がしやすいということですかね。

清水 そうです。

伊東 それはそれでわかりますけれども。ただ、これ以外に給付に関する条項で受託者が受益者に給付する具体的な金額について裁量性が認められているときに、そこをやはり突破する必要があるのも、どこの条項での戦いになってくるかという差にすぎないのかなという感じはするのが1点あります。

それと、具体的な個別給付についてという話じゃないですけども、こちら辺はある意味、信託に関する価値観的な争いもあります。私も聞きかじりでしかないですけども、欧米なんかで有名な判例があったりして。要は、受益者が今すぐ全部よこせよという裁判を起こしてそれが認められるかどうかというのが大きな事例になっていて、有名な判決が幾つかあったりして、アメリカとイギリスではそこら辺の考え方が違うというような議論もあります。受益者の受益権というのを、基本的に受益者が今欲しいというなら出せやというのがイギリスで、そうでもないというのがアメリカでみたいな、たしかそういう議論があったと

思うんです。そういう価値観にもかかわってくるような議論で、そう簡単ではないだろうと。ただ、それを裁くのに、テクニカルにどういう文章表現をしたらいいかという部分があるのかなという感じです。

ただ、お金しか渡しませんというふうに書いたからといって、信託の仕組み全体としては、賃貸事業をやり、収益費から受益者に給付するというのがはっきりしているんだったら、最終的にはそこら辺の価値論争になってきて、この信託自体がどういう方向性を持っているかというのが、全体としてどっちのほうに解釈されやすいような文章表現をとるかどうかということではないかと思うんです。

清水 私もアメリカの信託法は今回の件で結構研究をしたんですけど、アメリカに裁量信託という概念がありまして、これはどういうものかという、アメリカは受託者の権限を非常に強く考えていて、受託者には非常に強い裁量があると。例えば裁判所の命令によっても受託者のほうは受益権を給付する必要はない、何かそういうような考え方らしくて。ただ、受託者の信託事務が濫用に当たる場合には別個だというような考え方もいいんです。そうすると、受益者のほうとしては信託事務の濫用のあたりを突き詰めていくとか、そういうふうな考え方になるようです。この受益権の規定条項とはまたちょっと違う話ではあるんですけども。

何となく、受益者寄りの信託をつくるとなると、私の個人的な感想としては、個別的に細かく規定しておいたほうがいいのかという気はいたします。

山口 そうですね。そのほうが訴状は書きやすそうですね。

清水 訴状は書きやすいですね。

伊東 こういう条項に依拠して、基本的に請求権があるというたて

つけにして、給付の裁量性についての条項については特段の事情か何かでこんなのは適用されないとか、この条項自体がむしろ適用されるべきでないとか、そういう理屈で潰してというような形になるでしょうね。

清水 そうですね。ただ、もともと受益権の根拠というか受益権自体としては、信託法2条7項で「信託行為に基づいて受託者が受益者に対し負う債務」という形になっているので、その信託行為の中で明確にその内容自体を定めおかないといけないでしょうから、ここできちりと受益権があるよと規定した上で、その受益権に基づいて何らかの請求権を定立して訴訟を提起することになるんでしょうから、その意味でもやっぱり、きちり書いておいたほうがいいと思います。受益者の立場に立てばということですけど。

山口 では、受益権の最後、18条の「受益権の譲渡・質入れの禁止」、よろしくお願いします。

伊東 受益権について譲渡・質入れの禁止というふうに、通常はこういう条項が置かれることが多くて、譲渡・質入れしちゃいけないという本質的なものがあるわけじゃないですけども、特に家族間なんかでの民事信託の場合には、第三者が入ってきて権利関係が混乱するというようなことを嫌って、こういう形の規定を置かれることが多いと思います。

山口 趣旨というか背景、意味合いとしては、信託法では「譲渡制限の定めがされたことを知り、又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対抗することができる」、逆に言うと善意無重過失には対抗できないという信託法のたてつけになっているんですけども、家族信託でこの禁止に違反しての処分はそんなに、第三者は出て

こないだろうという、そんな読みでつくるんですかね。

伊東 信託法自体が93条以下のところで、譲渡性があると。で、別段の定めがあって、「性質がこれを許さないとき」はいいとして、前項の規定は別段の定めがあるときは適用しないということで、譲渡性は剥奪もできる、その定めは善意の第三者に対抗することはできないというような形になっていて、非常にシンプルに法的なことが規定されているんだと思うんですけども。その別段の定めとして譲渡性を奪うという規定がある、ただしそれは先生がおっしゃったように、善意の第三者に対抗できないという形にはなっているということで、基本的に譲渡性があることになっているので、それを剥奪するというところでこの規定があるという意味合いだと思います。質入れも基本できて、同じように別段の定めで質入れ不可能にできるとなっているのです。

譲渡できたほうがむしろいいというケースが、どういうケースがあり得るのか、ちょっとそこはわかりませんが。それか、受益権を譲渡するという形ではなくて、何かしらの事情の変更によって変化をしなきゃいけない、要は信託で管理していただいている財産が、安定的な管理によってそこからの収益を断続的に受けるにすぎないということなんだろうけれども、そうじゃなくて一挙に金銭化しなきゃいけないようなケースがあったときに、受託者が信託事務として信託財産を処分して、それについて先ほどのような処分代価の給付という形でやってくることも方法としてはできるんですが、それができないときには受益権の譲渡というのがあり得ていいわけです。しかし、そこまでのイレギュラーな状態を普通は想定しないので、こういうふうに譲渡・質入れ禁止という形で安定的な信託の姿を固めておくというふうになっているんだろうと思います。

ただ、それで委託者イコール受益者が非常に困るとなったときは、一般条項じゃないですけど、信託の変更、信託の終了に関するいろんなイレギュラーな場合の規定を梃にして変更したり終了させちゃったりして、一時の需要に応じざるを得ないような形にしていくことは不可能ではないということじゃないかと思います。

山口 あと、受託者の同意を得れば譲渡・質入れができますというような条項例を目にするのも多いですね。

清水 例えば受託者の同意を得なければ譲渡できない、それは何のためにそういう条項が置かれているのかみたいな話がありまして、これについては大体二つぐらいの意味合いがあるという話がありました。一つは、受託者のためです。全然関係ない受益者があらわれてしまうと、当然、信託事務が停滞してしまうということで、受託者のためである。もう一つは、受益者のためでもある。受益者が誰かにだまされてしまって受益権を譲渡されようとなったときに、受託者というストッパーがいると受託者がそれを判断できるので、受益者がだまされてしまって受益権を譲渡されることを防ぐ、そういう話が出ていたと思います。

4 第19条(信託監督人)～第21条(信託監督人の報酬)

山口 次が、19、20、21条、信託監督人関係というところで、岩田先生、お願いできますでしょうか。

岩田 じゃあ、なるべく手短に行きます。

まず、19条「信託監督人」ですが、信託監督人の定義は信託法で定められている役割ということでご理解をいただいた上で、信託監督人に関しては裁判所による選任という方法も実はあります。要件も厳格にある程度決まっていたりもするので、例えば受益者自身での監督が年齢とか判断能力の衰え等の関係で難しいときには、信託行為で監督

人をあらかじめ定めておくということがよく行われていることなのかなと思います。監督人の特定としては、この19条のような記載で一応足りるのではないかなというところです。選任に関しては、まずそんなところで。

20条「信託監督人の辞任」ですけれども、信託監督人の辞任に関しては、条文でいいますと信託法の134条2項で、具体的に言うと受託者の辞任に関しての57条が準用されております。その準用されているものによれば、「委託者及び受益者の同意を得て、辞任することができる」というのが原則です。ただし、この点に関しては、「信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる」ということになっております。

今読み上げたとおり、準用されている辞任の場合の原則は委託者と受益者の同意となっておりますので、20条のように受託者の同意が必要だということであれば、やはり信託行為で別段の定めをしておく必要があります。ということで、20条は、ここで受託者の同意というところを設けている点に原則との違いがあるので、やはり信託行為で定めておく必要があるというところです。

21条「信託監督人の報酬」に関しては137条で、127条が準用。127条というのは信託管理人の報酬の規定が準用されています。ただ、その信託管理人の報酬の定めがどうなっているかという点、基本的には受託者の場合と同じで、「商法第五百十二条の規定の適用がある場合のほか、信託行為に信託管理人が報酬を受ける旨の定めがある場合に限り、受託者に報酬を請求することができる」ということになりますので、この事例は弁護士が受託者ということで、そういう意味でいうと報酬をもらうことが前提になるのかなと思いますので、もらうのであれば、ここで報酬の定めが必要になるというところです。

あとは、信託監督人が報酬をもらうことに関しては、信託業法上、受託をする場合には免許だとか登録が要するところがあり、それがないとそもそも報酬をもらえないというところがあったかと思いますが、一応その規制は監督人の場合には及ばないと考えられていますので、我々が実際に監督人を引き受ける場合は、この規定を定めておいて報酬をいただくことになるのかなと思います。

山口 実際、私も監督人に就任している信託はあるんですけども、時と場合によっては辞任しなきゃいけないというときに、デフォルトルールで、委託者及び受益者、場合によっては委託者兼受益者が、元気だったらいいんですけども、成年被後見人になっていると「辞任できるのかな、俺」みたいな不安に駆られることもあります。

本契約の条項は、信託法134条2項が準用する受託者に関する信託法57条を前提にしつつ、これにつけ加えてという理解でいいのでしょうか。それとも、57条1項の適用を排除するというところまで読み込むのでしょうか。この辺、ご意見がもし伺えたらありがたいですが、どうでしょう。私の感覚だと57条1項を抽象的に排除してはいないのかなという読み方はしていたんですけど、どうでしょう。

伊東 そこら辺は次の「信託の変更」とか「信託の終了事由」とかでもどう読むかという問題があるのだらうと思うんですけど、単純な文章の文理としては、排除するということを書いていない以上は排除がされていないという単純な理屈なんじゃないかと思うんです。ただやはり、全体を解釈してどう読むべきかという議論があって、私が代理人となったような訴訟事件では、そういうところが非常に問題にはなったところではあるんですけども。

条項を作成するという点でいうと、もし57条を排除するというんだっ

たら、端的に言えば「信託法57条以降の規定にかかわらず」とか書いてしまえば疑義はない。書いてないときには、何か排除したい意図があるんだったら、本当にその解釈が通るかどうかというのをちゃんと考えておかなきゃいけないという話だろうと思います。

山口 自分だったら多分、受託者との合意だけに絞り込むかなという感覚はあるんです。

野俣先生だったら、自分が監督人につきました、でも辞任したいときには辞任したいですという感じのときに、どうでしょう。

野俣 もし信託監督人として就任することを想定するのであれば、辞任はしやすくつくり込んでおいたほうがいいですよ、もちろん。受託者の同意のみにするということですね。

山口 確かに。

野俣 どっちかという、立場的には受益者側の人になるので、受益者はまだ監督人にしてほしいときに、すーっとフェードアウトしていいのかどうかという問題はありそうですね。

伊東 論理矛盾とまでは言わないにしても、受託者を監督するのが信託監督人なので、その人がやめるについて受託者の同意をとるのはどういうことなんだろうという話も出てくるのかなという気はします。

ただ他面、よくわかるのは、走り出すと、ちゃんとしている人って受託者になっちゃうんですね。だから、誰かオーケーしてよというときに受託者がオーケーしてよと言いたいのはすごくよくわかるんですけど、何かちょっとじっくりこない気がしないでもないですよ。だから、受益者が無能力化する危険があるんだったら、受益者代理人の規定を置いて、受益者のオーケーを求めるときに受益者がワークしな

ければ受益者代理人にやってもらうとか、そういうほうがすっきりとはするのかなという気もしますけれども。

山口 そうですね。信託目的に照らして、このほうが適正ですね。

野俣 ただ、受益者代理人と信託監督人をダブルで置く必要もまたなさそうではありますけどね。

伊東 それはそうですね。

岩田 すみません、1点だけ、ちょっと余談なんですけど。監督人の報酬の決め方ですけど、監督人の権限を見ると、一応、言ってみれば訴訟行為とかもできると思うんですが、そういう場合の報酬というのはどうしようかなというのが実はあります。そういうのは少なくとも定めておかないともらえないのかなという気はするんですが、その辺はいかがでしょうか。

山口 なるほどね。そうですね。

岩田 考え方としては、そういうことも考えて毎月の定額分をちょっと高めに取って、そのかわりもらわないのか。それとも、それはそれとして、例えばさっきの「相当の額」というのもあるとは思いますが、そのときはもらえるけど個別に何か定めるとかということにしておくのか。それとも、弁護士会報酬とかをとりあえず添付するなりして、それによるという計算方式まで定めておくのか。裁判をやるということはずまれかなと思うので、そこまでやるかというのも正直あるので。

伊東 あんまり考えたことなかったけど。ただ、報酬は信託管理人に関する127条によるわけですね。127条3項は、まず「商法第五百十二条の規定の適用がある場合のほか」ともなっているので、定額月額報酬を書いたときに、そういうイレギュラーなことをやったときを一切排除して定額報酬しか受領できないという趣旨まで読めるのであれば、

商法512条によって通常の弁護士報酬は報酬として認められることになる気がします。訴訟までやったのに毎月数万円で全部やりなさいというのは、それはむちゃでしょう。きっと後見だって同じです。後見人で訴訟をやることはありますけれども、そのときはやっぱり、エクストラで裁判所は報酬をつけてくれますから。そういうふう処理するのが常識なんじゃないですかね。

山口　そうですね。信託契約書に弁護士報酬の一覧表とかがくっついていたら、委託者はびっくりしちゃうでしょうね。

野俣　伊東先生のご意見に補足じゃないですけども、信託法45条に、損失填補責任とかの請求をするときに弁護士を雇ったり司法書士を雇ったときには、一部勝訴を含む勝訴した場合には弁護士費用を信託財産から支弁していいですという規定があったかなと。

山口　ですね。45条1項、ありますね。

野俣　これと趣旨において同様というか、信託監督人が受託者に対して訴訟を提起する場合もこういった是正のときの措置でしょうから、それを起こすのが弁護士であれば、弁護士報酬は基本的には請求していいのかなと。ただ、勝ちようもないのにあえて濫訴的に訴訟提起をした場合においては弁護士費用を受け取っちゃだめよというの、またこの条文に記載されているところなのかなとは思います。

5 第22条(信託の変更)～第24条(帰属権利者)

山口　次が22条「信託の変更」ということで、私、山口のほうから。

22条、こちら自体は、私はデフォルトルールに加えている意味合いなのかなというふう読み込んでおります。信託監督人が現に指定されているので、この人が就任を承諾すれば信託監督人が存在していることとなりますということで、デフォルトルール以外にも、監督人と受託

者の同意で変更ができるという話であって、149条1、2、3項を排除しているわけではないというふうに読んでいます。

22条2項は「監督人が存在しない場合には」ということで、これは「受託者の書面による意思表示」ですので、中身としては149条2項2号とほぼ同じですが、逆に言うと、信託監督人が存在する場合には149条2項2号は使えなくて、22条1項の監督人との合意が求められているというふうに一応読み込んでおきます。

ということで、1項2項両方とも149条を修正している別段の定めという読み方をしているんですけども、どうでしょうね、この辺。ご意見等ありますでしょうか。

伊東 これは、例えば信託監督人があったときには信託監督人が入らないとやはりだめということで、149条1項の委託者・受託者・受益者合意は排除しているという、そういう解釈ということですか。

山口 149条2項の第1号ですね。じゃなくて1項ですか。

伊東 この信託条項の22条の1項で、信託監督人が存在した場合にはここに入ってきますよね。そのときには、合意の当事者は受託者と信託監督人となっていて、変更することができると。じゃあそれ以外ができるかできないかということで、信託法149条1項の委託者・受託者・受益者の合意というのがあるわけなんですけど、これは排除されているという。

山口 私自身は排除していないという読み方をしています。

伊東 排除していない。じゃあ、信託監督人がいても、それをのけて変更もできるという解釈ですか。

山口 はい、そうです。

伊東 信託監督人がいた場合は、受託者と信託監督人の協議でも変

更ができて、その場合は149条1項を排除していると言うべきかどうか
わかんないですけども、委託者・受益者の意見は聞かなくてもいい
という変更がここで付加的に認められているという、そういう解釈で
すかね。

山口 そうですね。そういうふうに読んでいます。

伊東 なるほど。「存在する場合には」「できる」だから、そういう論
理だろうということですかね。

山口 はい。

伊東 このあたり、どのぐらいちゃんと例外なのかどうなのかと
いうのを文章に書くべきなんでしょうね。本当にいつも悩ましいとこ
ろではありますね。

山口 はい。さすがに、149条1項を排除しちゃうというのはちょっ
と、明文がないと無理ではないでしょうか。

伊東 実際、149条1項は受益者も合意当事者に入っているので、信
託監督人がわざわざやらなくても受益者が自分の利益を守ればいい
じゃないかと、そこを排斥するまでのものはなくて、むしろこの条項
22条1項は、委託者や受益者が入っていない、それらの人が意思表明
しにくいようなケースについて信託監督人がかわってチェックをした
上で合意をするという、柔軟性を持たせた規定であるというような解
釈なんですかね。

山口 はい、そうです。

清水 例えばですけど、委託者兼受益者が判断能力を完全に失って
いるわけではないけどかなり判断能力がおとろえて、受託者が説得し
て変更しちゃうことが防げないかなと思うんですけど、どうなんでしょ
う。

山口 確かに、それはそうなんだけど。

伊東 せっかく監督人を置いても、監督人をハブっちゃされちゃったら意味がないということですよ。

清水 そう。おっしゃるとおりです。そういうことを言っていたら切りがないんですけど。

伊東 それは線引きなんでしょうね。ただ、監督人をせっかく置いたんだからということになるのか、監督人はワークしないときにかわってやってあげるといふことなんだからという、どっちを重視するかということでしょうかね。どっちもあり得るような感じはします。

山口 そうですね。

清水 一方、受益者がやっぱり自分で変更したいという意思を残しておかせたい、そういう選択肢もあると思うんです。完全に排除してしまうと、受益者と信託監督人が対立するという、受益者がぜひ私はこうしたいみたいな形になって受託者もいいと言っているといったときに、これを排除されちゃうと、でも信託監督人がどうしてもだめと言うとなると、それもかわいそうだなという気がしますよね。

山口 そうですね。

伊東 というふうに考えるといろんな解釈の余地が出てくるので、書くならできれば疑義がないように書いたほうがいいのかというのはありますけどね。文章としては幾らでも書けると思うんです、「信託法142条1項の規定にかかわらず」とか「1項の規定の委託者・受託者にかえて信託監督人が意思表示をする、合意をするものとする」とか。文章としては書けなくはないですよ。どこまでそれを厳密に書かないと疑義が残るのかということはあると思うんですけど。

確かに今のこの表現だと両様の解釈が可能のような感じもしないで

もないかな。どうなんでしょうね。私もぱっと読んだときには、「信託監督人が存在する場合には」と「存在しない場合には」と書き分けてあるので、存在する場合、存在しない場合というので全ての場合を尽くして、これが全体として信託法の規定に対する別段の定めになっているという意味合いなのかなというふうに思ったりもしたんです。

山口 そうですね。

清水 私も、山口先生が149条を排除していないというんだったらやっぱり、「149条の場合に加えて」とか、誰が読んでもわかるようにしたほうがいいのかなど。作成者というか、その組成者がそういう意思であるのであれば、したほうがいいのかと思います。

山口 そうですね。例えば「信託法の規定に加えて」というような柱書きがあってもいいですね。

じゃあ、23と24（条を）あわせて、終了と清算ということでいきたいと思います。

23条で「受益者の死亡により終了」ということで、これは終了事由についての163条9号「信託法において定めた事由」として、受益者の死亡を定めています。死亡して信託を終了し、帰属権利者として法定相続人を指定するということで、これが182条1項2号の帰属権利者の指定というところになっております。

具体的な清算に関する条項はないという契約書になっております。

伊東 実際にこれだけシンプルな契約例は逆に普通なかなかないと思うんですが、別にこういうのがあっていけないということでもないというものなのかなという気がします。清算に関する規定で、現状有姿で帰属するとか書くわけですけど、書いていないと本当に絶対ワークしないと思ひ込む必要もないのかもしれないかと、最低限書いていれ

ばこのぐらいになるというのは、一つの見方としてあってもいいのかもしれない。ただ、普通はもうちょっと書くのかなという感じがします。

あと、(23条の) 帰属権利者に関して、これだけはちょっとどうにかしたほうがいいと思うのは、法定相続人が帰属権利者になるんですけども、帰属割合がわからないと思うんです。何も書かないでいると、例えば法定相続人が配偶者と子供2人いたようなときには、当然、法定相続分割合の2分の1、4分の1、4分の1と思いきやですけど、帰属権利者としての権利というのが法定相続人だからということで必ず法定相続分割合になるとも言えないわけで。皆さんご存じだと思いますけれども、保険契約上の指定受取人が死亡した場合の次の受け取り割合なんかは、指定受取人の法定相続人が受け取り権を承継しますけれども頭割りということになっているので、法定相続分割合じゃないことになっています。ですから、分割債権とか共有の規定とかいろんなそこら辺を引っ張ってきて、むしろ複数いるときは頭割りで割るとい話が出てきかねないので、法定相続分割合にしたいのであればそれをちゃんと書いておかないと、そのとおりにはない危険性があるというふうに感じます。

清水 細かいことだと思うんですけど、これって、いつの法定相続人か。要は契約書作成時の法定相続人と信託終了時の法定相続人が変わらなければいいと思うんですけど。

伊東 言葉の意味合いとしては、契約時の推定法定相続人だから。終了事由が死亡になっていて、そこで受益者について相続が発生しているので、読み方としてはその段階での法定相続人じゃないかなと思いますよね。

清水 私もそう思います。いつも、それを読んでいて、実際どうな

んだらうと思うがあるので。

あと、実際上の問題なんでしょうけど、これはそのまま帰属すると、不動産があって、不動産が例えば法定相続分でも頭割りでもいいですけど、要は共有状態になるということですよね。

伊東 そうですね。

山口 この契約書に基づいて清算受託者がどういう清算ができるのかという。

清水 ただ、結局これは清算受託者が清算をするというよりも、この信託契約書によって帰属権利者が残余財産の給付を受ける債権としては、信託行為によるこういう内容の債権しか取得しないので、清算受託者がどうこうできる話じゃないですよ。

例えばこれでいうと、信託法183条の残余財産の給付をすべき債務に係る債権として、共有持分権を取得するという債権しか取得していなくて。この債権というのは、要は信託組成者である委託者が「こういう債権をあなたにはあげますよ」と決めているので、それを清算受託者が変えるというのはいけませんよね。だから、当事者の合意で「共有物分割に準じてあなたはこの不動産を取得しますよ」とかするのは自由でしょうけど、清算受託者が「あなたにこの不動産をあげます」とかというのはいけないと私は思っているんですけど。

伊東 それは私も同感です。

清水 この前、信託契約書をチェックしているときにそういうのがあって、清算受託者が何でも決めてできるような書き方がしてあったがあるので、これはちょっとさすがにできないだらうと思いました。

伊東 帰属権利者として複数名を指定しておいて、その割合とかを指定するとかは受益者指定権という制度があって、それを受託者が持つ

ているようなこともあり得ますので、それがあっちゃいけないとは思わないんですけれども、その中身についていろいろつくりかえをするというのは、恐らく信託の変更とかそこら辺に類する行為になるので。

あなたはこの不動産の受益権、あなたはこの不動産、あなたはこの不動産をとというのは、一体として信託をなしていたものの中身を塗り分けていく行為になるので、それはやりようがないんじゃないかなというのが、この間から一部でも議論されていたと思うんです。だから、それをどうにかしようと思ったら、不動産ごとに受益権自体を最初に切り分けておいて、どの受益権を誰に帰属させるというようなことを誰かが決められるようにしておくとか、そういうふうにしていくしかないのかなという感じがします。

要は、信託を使う場合に、使い手として最初からこれという形を決めちゃうことをどうしても考えがちですけど、世の中では逆に、次の世代の人がみんなよしなに話し合っただけで決めたいよという需要があることが最近わかってきたんですが、そこを柔軟にできるように書けるのかということです。それが本質的にやっちゃいけないこととは思わないですけど、信託という形で受託者に権利が移転して、残余財産受益者や帰属権利者に権利が戻っていくというそのプロセスの中で、それを受ける側があればこっち、これはこっちと好きなように決めることが果たしてできるのか。それが民事の問題としてはできたとしても、変な課税問題を生じさせないのかということころは、これから研究が必要な部分じゃないのかなと最近思っています。

清水 例えば委託者が病気になるまで死ぬまでに時間がある場合には、信託を変更して信託を内部でつくり直して、この不動産は誰、この不動産は誰みたいな形で信託の変更なり受益者指定権の行使なりででき

と思うんですけど、委託者がある日突然交通事故で死亡した場合は、例えばこのままの条項でいくと、このままの帰属権利者としての給付を受ける債権を取得するので、終了しちゃうと信託の変更とかもできないですよ、清算手続に入っちゃうので。そうするとなかなかちょっとシビアかなと思うんですけど。信託が終了しちゃうと清算手続に入っちゃうので、信託の内容を変えることができなくなっちゃうんじゃないかと思うんです。

山口 そうですね。

清水 そうすると、終了までにタイムラグがあればその間を利用して何らかのつくり込みができるんでしょうけど、そうじゃないときは結構大変かなという気がします。伊東先生のおっしゃったとおり、それは私もわかります。残された者たちの中でいわゆる遺産分割みたいな手続で誰が取得するということ、もっと自由に決められたらいいなと、そのニーズがあるのは私もわかるんですけど、ではそれをどうやって実現していくのかというと、結構難しい気がします。

伊東 そうなんです。相続人になっていけば、遺産分割ということで、相続開始時にさかのぼって相続人間の合意で分け方を自由に決められるということがあるんですけど、信託はあくまでも信託終了時に、死亡を原因としたとしても、そこでの財産帰属は遺産の分割ではないので、それを帰属権利者間で自由に事後的に合意したものが遡及して相続開始時点で帰属したというふうにならして相続税一本で処理できることになるのか、お互いに贈与か何かになっちゃって贈与税が課税されるのかとか、交換の特例で何か交換したんじゃないかというような逃げ道をやらなきゃいけないのかとか、そこら辺を考えると非常に悩ましい問題なんですよ。

山口 清算の仕方なんですけれども、この契約書例、例えば帰属権利者が不動産は嫌だから全部金にして金をくれというふうな希望が出た場合に、清算受託者のところで売却して金銭化してお金で渡しちゃうというのはありかなと私は読んでいたんですけれども、皆さんのご意見はどうでしょうか。

伊東 それは当然できるんじゃないですかね。

山口 清算受託者も受託者として処分ができるという。

伊東 というか、信託法のデフォルトの規定はむしろ、清算行為をして換金をしてお金で渡すというたてつけでできていますから。

山口 逆に、終了のときの残余財産を給付するんだと言われちゃうと、不動産は不動産で給付しなきゃいけないという話にもなるんですか。

伊東 それは逆に、現状有姿で交付するとか書いてない限りは、本当はお金にかえることしか信託法は書いてないですよ。

清水 伊東先生、そのお金にかえるというのはどの規定ということですか。

伊東 債務がなければお金にかえる必要もないということなんだけどもね。

清水 そうなんです。債務がある場合についてはその債務の弁済をしないといけないので必然的にお金にかえる行為が生じてくるというのはわかるんですけど、もともと債務がないか、もしくは債務はあるけれども例えば金銭だけで弁済ができちゃって、不動産とかを換金する必要がない場合ですね。

伊東 それはおっしゃられるとおりです。現務の終了もできているし債務も弁済できて、そしたらあとは残余財産の給付というんだから、残余財産は現物で給付しても何もおかしくないでしょうと言われれば、

それはそのとおりですね。

清水 山口先生のおっしゃった、「清算受託者が清算して」とかがその信託行為に明確にいろいろ書いてあればいいんですけど、そうじゃない場合に清算受託者がそこまでできるのかというと、私はできないんじゃないかなと思っていました。

伊東 そのときは、積極的に清算受託者の権限規定が要するということですかね。

清水 と、私は思っているんですけど。

先ほどの話に戻るんですけど、帰属権利者とか残余財産受益者が取得する権利は、残余財産の給付を受けるべき債務に係る債権を取得するので、要はその財産の取得を受ける債権を当然に取得してしまうので、そこに受託者の清算行為が入るとするのは結局必要最低限のものじゃないかと思うんです、例えば債務を弁済したりとか。不動産があるんだったら、それを現物で給付を受ける債権を帰属権利者から取得するんじゃないかと思うんです。

伊東 むしろ、僕が最初に言ったのは間違っているかな。今見ていたら、178条2項なんていう規定もあるね。受益者が信託財産に属する財産を受領することを拒んだ場合は競売にかけられると書いてある。供託ができないから、競売で換金しなきゃいけないという前提としての競売だと思えますけれども。これをひっくり返して読んだら、別に金銭化しなくても、給付を受け取れ、この不動産はおまえが帰属権利者なんだから受け取れよと。嫌だよと言われたら、競売でお金を供託するという事なんでしょうね。

清水先生がおっしゃるように、換金が絶対というような私が最初に言ったのは間違いで、むしろ必要がない限りはそんなことはなくて

いいというか、する権限もないのかもしれないですね。

清水 そういうふうに思います。この前の契約書チェックか何かのときに、清算受託者が清算をする際に不動産を売却できるのが当然なようなところをちょっと見た記憶があって、それってちょっとおかしいのかなと、ずっと疑問に思っていたんです。

伊東 勉強になった。

山口 もし換金、金銭化についての権限を信託行為に書いていくとしたら、根拠としては178条1項ただし書き。

清水 まあ、そうですね。それが単純に、例えば帰属権利者の取得する債権として、金銭債権、要は全部の不動産なり財産を換金した上での金銭債権を観念しておけばいいような気がします。その金銭債権化するための行為として清算受託者が不動産を売却するというのでいいんじゃないのかなと。例えば182条1項1号の「残余財産の給付を内容とする受益債権」の中身として、金銭債権と規定すればいいのかなと思います。

私としては、清算行為が開始したと同時に、受益債権を残余財産受益者なりが当然に取得すると思うんです。その受益債権というのは、要は清算の後の残りを受けるという、清算行為を経た条件つき債権みたいなものだと思うので、そういう債権を取得しているので、それに必要な範囲でしか清算受託者は動けないのかなという認識です。

伊東 これまであんまり論じられてはいないような話かな。残余財産が当然に帰属するかどうか、残余財産の帰属権利者への帰属時期という論点はあったと思うんですけど、清水先生のおっしゃっているのは、その残余財産についての給付請求権というのが当然成立しているという、むしろそっちの話なんですね。

清水　そうですね。清算を開始したと同時に、当然、清算手続を経たというのがありますからそういう条件つきではあるけれども、その清算手続を経た上で、残余財産ないしは帰属権利者としての給付を受ける債権というのを取得するんじゃないのかなと。

伊東　それで、私がさっき誤解していたように当然換金みたいなことではなくて、そんな換金の必要性もなかったら、むしろ現物の交付請求権が成立しているんじゃないかと、そういう理解ですね。

清水　そうです。

伊東　なるほど。いやあ、勉強になったな。

野俣　そこら辺のことは『条解信託法』の797ページ以下に沖野先生が書いているみたいです。

伊東　簡単に中身をご紹介（ください）。

野俣　ごめんなさい、量が結構多くて。ただ、清水先生おっしゃるように、結局、清算受託者は帰属権利者に対して残余財産を給付する債務を負うが、その履行は債務の履行一般の話となる。残余財産が金銭以外の財産であるときに、対象となる残余財産が特定して、その上で清算受託者が意思表示をすることによって帰属権利者に移転すると考える場合にも、権利取得を十全にするために、登記手続や物の引き渡しは残余財産の給付に係る債務の履行であり、清算事務処理の一環である、とかと書いてあるので、金銭じゃなくて物に関して、例えば登記を移したりだとかそういうことも清算事務処理の一環ですよと。そこに関する費用に関しては後から手出しにならないようにちゃんと取り置くことができますよとか、そういうことが書いてあるので。

もちろん、債務を弁済した上で、これが残余財産ですという特定作業は必要なんですけど、特定されればそれを引き渡すというのが清算

受託者の債務であって、残余財産受益者とか帰属権利者はその特定された残余財産をそのままそのものの形で受け取ることができるというような理解でよろしいのかなと思われます。

伊東 なるほど。今の場合は、じゃあ、特定したらそこでもう、基本、所有権移転なんですかね。

野俣 そこに関しては、これは問題の所在、権利移転の方法・要件・時期みたいなことで章が書いてあるんですけど、旧法下からの議論が書いてあるので、まだ一瞬で目を通すことはできていないんですけど、ここはやっぱり大論点みたいですね。

伊東 じゃあ、『条解』を後で読むということ。

清水 時期としては清算開始と同時になんじゃないですかね。空白時期ができるとおかしくなるような気がするんですけど。

伊東 ただ、債権の目的の特定というか集中というかをしなない限りは、移転の対象となる物件が確定しないからという、ずっと昔、物権法で聞いたような聞かなかったような話になっているんじゃないのかな。だから清水さんのおっしゃる話だと、結局一部、信託財産を処分してお金をつくらなきゃいけないような気がして、どうなっちゃうのという。

清水 なので、そういう条件付きの債権として。なので、内容は不確定というか、結局清算自体は決まっているわけですから、不確定でもないと思うんです。ただ、具体的な金額とかが決まっていないう話だと思うんです。そういう不確定な部分を残しながらの、債権自体としては、信託の終了、清算開始と同時に帰属するのかなという気はするんですけど。

伊東 残余財産の給付請求権というものの帰属はそのとおりだと思

うんですけど、その中身をなしている例えば現物の交付請求権とかそういうのは、条件というか時期があるのかなという感じがするので。

清水 そうですね。

野俣 抽象的に、残余財産の引き渡し請求権みたいなのがもちろん特定された時点で発生するんですけど、中身の不動産とかの物の所有権の移転時期に関して処分行為を必要とするのかどうなのかみたいな議論がされているように見受けられます。一種の物権行為と理解するのかどうなのかみたいな話みたいです。

伊東 なるほど。まだまだ勉強しなきゃいけないことが山ほどありますね。

清水 この場では議論できないと思うんですけど、ただ、これを議論しないと、下手すると信託の足かせになりそうな気が非常にしています。結局、委託者の債務控除の話と同じで、こういうことがあるんだったら信託をやらないほうがいいよみたいになったらよろしくないと思うんです。だから、先回りして議論して塞いでおかないと。

ひとつのやり方としては、委託者の死亡で信託を終了させないという形にしておかないと、委託者の死亡で終了しちゃうと、何もできないで相続人間の話し合いもできないとなっちゃうと怖いんじゃないかなと思うんです。実際にこういう信託はすごくたくさんつくられていると思うので。なので、例えば将来的な課題としては、こういう信託を変更させて、委託者の死亡で終了させないように変えてあげるとか、そのためにはどういうふうにしたほうがいいのかという議論をこれからしていかないといけないのかなと思いました。

伊東 すばらしい。

清水 信託を普及させていきたいなと思いますので。個人的な意見

です。

山口 ありがとうございます。議論も尽きないところではあるんですけども、そろそろ終了ということにしていきたいと思います。

(終了)

三 信託契約書例（高齢者の財産保護）

委託者兼受益者Xと受託者Aは、以下のとおり、信託契約を締結した。

(信託目的)

第1条 本信託の信託目的は、以下のとおりである。

委託者の主な財産を受託者が管理又は処分等することにより

- (1) 委託者の財産管理の負担を低減すること。
- (2) 委託者が詐欺等の被害に遭うことを予防し、委託者が安全かつ安心な生活を送れるようにすること。
- (3) 委託者が、従前と変わらぬ生活を続けることにより、快適な生活を送れるようにすること。

(信託契約)

第2条 委託者は、本契約の締結の日（以下「信託開始日」という。）に、前条の目的に基づき、別紙信託財産目録記載の財産（以下「信託財産」という。）を受託者に信託し、受託者はこれを引き受けた（以下本契約に基づく信託を「本信託」という。）。)

(信託財産－金銭)

第3条 委託者は、信託契約締結後、遅滞なく、信託財産目録記載2の預金を払戻し、当該払戻金を受託者に引き渡す。

2 受託者は、前項の払戻金を第12条の区分に応じ分別管理する。

(信託財産－信託不動産)

第4条 信託財産目録記載1の信託不動産の所有権は、本信託開始日に、受託者に移転する。

2 委託者及び受託者は、本契約後直ちに、前項信託不動産について本信託を原因とする所有権 移転の登記申請を行う。

3 受託者は、前項の登記申請と同時に、信託の登記の申請を行う。

4 前2項の登記費用は、受託者が信託財産から支出する。

(信託不動産の瑕疵に係る責任)

第5条 受託者は、信託期間中及び信託終了後、信託不動産の瑕疵及び瑕疵により生じた損害について責任を負わない。

(信託の追加)

第6条 委託者は、受託者の同意を得て、金銭を本信託に追加することができる。

(委託者)

第7条 本信託の委託者は、X（昭和〇〇年〇月〇日生、住所：東京都〇〇区〇〇町△－△－△）である。

(受託者)

第8条 本信託の受託者は、以下のとおりである。

受託者 住所 〇〇県〇〇市〇〇町△－△－△

氏名 A

生年月日 昭和〇〇年〇月〇日

(受託者の信託事務)

第9条 受託者は、以下の信託事務を行う。

- (1) 信託財産目録記載1の信託不動産を管理、処分すること。
- (2) 信託財産目録記載1の信託不動産を第三者に賃貸し、第三者から

賃料を受領すること。

- (3) 前号によって受領した賃料を、上記1号の信託不動産を管理するために支出すること。
- (4) 上記1号及び2号において受領した売却代金及び賃料を管理し、受益者の生活費、医療費及び介護費用等に充てるため支出すること。
- (5) 信託財産に属する金銭及び預金を管理し、受益者の生活費、医療費及び介護費用等に充てるために支出すること。
- (6) その他信託目的を達成するために必要な事務を行うこと。

(信託事務処理の第三者への委託)

第10条 受託者は、信託財産目録記載1の信託不動産の管理を第三者に委託することができる。

(善管注意義務)

第11条 受託者は、信託財産の管理、処分その他の信託事務について善良な管理者の注意をもって処理しなければならない。

(分別管理義務)

第12条 受託者は、信託財産に属する金銭及び預金と受託者の固有財産とを、以下の各号に定める方法により、分別して管理しなければならない。

- (1) 金銭 信託財産に属する財産と受託者の固有財産とを外形上区別することができる状態で保管する方法
- (2) 預金 信託財産に属する預金専用の口座を開設する方法

(帳簿等の作成・報告・保存義務)

第13条 本信託の計算期間は、毎年1月1日から6月30日まで及び7月1日から12月31日までとする。ただし、第1期の計算期間は、信託開始日から令和〇〇年12月31日までとする。

2 受託者は、信託事務に関する計算を明らかにするため、信託財産に

属する財産及び信託財産責任負担債務の状況を記録しなければならない。

3 受託者は、信託財産に関し、第1項の信託期間に対応する信託財産目録及び収支計算書を当該計算期間が満了した月の翌月末日までに作成しなければならない。

4 受託者は、信託財産目録記載1(2)の信託不動産を第三者に賃貸することに関し、賃借人の退去、新たな賃借人の入居及び賃料並びに管理費の変更など賃貸借契約の当事者及び内容等に変更があった場合には、その経過報告書を作成しなければならない。

5 受託者は、第3項記載の信託財産目録及び収支計算書を、第3項により決められた期日までに、受益者及び信託監督人に提出しなければならない。

6 受託者は、第4項記載の経過報告書を、その作成の都度、受益者及び信託監督人に提出しなければならない。

7 受託者は、第2項に基づき作成した帳簿は作成の日から10年間、第5項並びに前項に基づき受益者及び信託監督人に提出した書類は信託の清算の結了の日までの間、保存しなければならない。

(信託費用の償還)

第14条 受託者は、信託事務処理に係る費用を、直接、信託財産から償還を受けることができる。

2 受託者は、受益者から信託事務処理に係る費用の償還または前払いを受けることができる。

(信託報酬)

第15条 受託者は無報酬とする。

(受益者)

第16条 本信託の受益者は、委託者Xである。

(受益権)

第17条 受益者は、受益権として以下の内容の権利を有する。

- (1) 信託財産目録記載1(2)の信託不動産を第三者に賃貸したことによる賃料から給付を受ける権利
- (2) 信託目録記載1の信託不動産が処分された場合には、その代価から給付を受ける権利
- (3) 信託財産目録記載1の信託不動産を生活の本拠として使用する権利
- (4) 前号の信託不動産が処分された場合には、その代価から給付を受ける権利
- (5) 信託財産である金銭及び預金から給付を受ける権利

(受益権の譲渡・質入れの禁止)

第18条 受益者は、受益権を譲渡又は質入れすることはできない。

(信託監督人)

第19条 本信託の信託監督人として、以下の者を指定する。

住所 東京都〇〇区〇〇△丁目△番△号 〇〇〇法律事務所
職業 弁護士
氏名 △△△△
生年月日 昭和〇〇年〇月〇日

(信託監督人の辞任)

第20条 信託監督人は、受益者及び受託者の同意を得て辞任することができる。

(信託監督人の報酬)

第21条 信託監督人の報酬は、以下のとおりとする。

(省略)

(信託の変更)

第22条 本信託において信託監督人が存在する場合には、受託者及び信託監督人が協議し、両名の合意により、信託の変更をすることができる。

2 本信託において信託監督人が存在しない場合には、信託目的に反しないこと及び受益者の利益に適合することが明らかであるときに限り、受託者の書面による意思表示により、信託を変更することができる。

(信託の終了事由)

第23条 本信託は、受益者の死亡により終了する。

(帰属権利者)

第24条 受益者の法定相続人を本信託の帰属権利者として指定する。

信託財産目録

1 不動産

(1) 土地

(2) 建物

2 金銭

(1) 本信託開始日の***銀行***支店の普通預金(口座番号:.....)
内の残高相当額の金銭

(2) 本信託開始日の***銀行***支店の定期預金(口座番号:.....)
内の残高相当額の金銭

四 最後に

本稿における信託契約条項に関する討議は以上であるが、実は討議すべき論点はまだ数多く残している。また、委託者兼受益者の死亡による信託終了時の相続税課税における債務控除の可否? など議論が成熟して

いない論点も多い。民事信託の需要が飛躍的に増加しているにもかかわらず、信託契約の契約条項に関しては、いまだ手探りの状態が続いている。

このような状況において、信託の組成に関わる先生方に、本稿が少しでも参考になれば幸いである。

(以上の原稿は、令和2年度遺言信託研究部の伊東大祐、岩田賢、金森健一、清水晃、野俣智裕、及び山口正徳の議論を文書化し、山口正徳及び清水晃が監修してまとめたものであり、文責は山口正徳にある。)

特許権侵害行為の差止請求権に関する諸問題

知的財産権法部

* 目 次

第一	はじめに	216	(四) A について	224
第二	用途発明における差止めの制限	217	第三	多機能型間接侵害と過剰差止
	一 用途発明の概要	217		225
	1 用途発明とは	217	一	はじめに
	2 用途発明の具体例	217	二	2つの裁判例の比較検討
	3 用途発明の特許性に関する裁判例	218	1	比較の対象
	(一) 「芝草品質の改良方法」事件	218	2	比較の観点
	(二) 「シワ形成抑制剤」事件	219	3	①流動ホッパー事件一審判決
二	用途発明の効力	219		227
	1 用途発明の技術的範囲に関する裁判例	219	(一)	①流動ホッパー事件一審判決の概要
	(一) 「アレルギー性喘息の予防剤」事件	219		227
	(二) 「シロスタゾール」事件	220	(二)	①流動ホッパー事件一審判決の分析
	2 若干の検討	221		228
三	仮想事例に基づく検討	222	4	②スピードコントロールバルブ事件判決
	1 事案の概要	222		230
	2 検討	223	(一)	②スピードコントロールバルブ事件判決の概要
	(一) B について	223		230
	(二) C について	223	(二)	②スピードコントロールバルブ事件判決の分析
	(三) D について	223		231
			5	小括
				233
			三	結論
				233
			第四	特許権に基づく差止請求権等の執行手続
				236
			一	強制執行と保全執行
				236

二 特許権に基づく請求権の執行方法	236	について(上記①)……	244
1 執行名義と執行方法の対応関係	236	(2) 不正競争防止法に基づく差止請求について(上記②) ……	244
2 特許権に基づく差止請求権の執行方法	237	2 札幌高決昭和49年3月27日判時744号66頁(東鯔事件) ……	244
(一) 特許法100条1項の請求権の執行方法	237	(一) 事案 ……	244
(二) 特許法100条2項の請求権の執行方法	237	(二) 判旨 ……	245
小括	238	(三) 解説 ……	245
三 間接強制・代替執行の手続	238	五 若干の検討 ……	245
1 間接強制の手続	238	第五 廃棄請求の対象としての「半製品」について ……	248
(一) 執行名義の取得	238	一 はじめに ……	248
(二) 執行文の取得	239	1 半製品の定義 ……	248
(三) 間接強制決定	239	2 半製品の特定の有無が争われた事例 ……	249
(四) 間接強制金の取立て	240	3 現在の実務 ……	249
2 代替執行の手続	240	二 「半製品」についての課題認識 ……	249
(一) 執行名義の取得	240	三 半製品に関する学説 ……	250
(二) 執行文の取得	240	四 半製品に関する裁判例 ……	251
(三) 授權決定・費用前払決定	241	1 半製品の廃棄請求を棄却した事例の調査・検討 ……	251
(四) 作為の実行	241	2 半製品の廃棄請求を棄却した事例に共通する特徴 ……	253
(五) 費用の取立て	242	(一) 特徴 A について ……	254
四 裁判例	242	(1) 表2の裁判例から読み取れる傾向 ……	254
1 大阪地判平成25年8月27日裁判所ウェブ(漆喰事件) ^(注9)	242	(2) 間接侵害品の「半製品」について、廃棄請求を認容した事例 ……	255
(一) 事案	242	(二) 特徴 B について ……	256
(二) 判旨	243	(三) 特徴 C について ……	256
(1) 特許権に基づく差止請求について(上記①)……	243	(四) 特徴 D について ……	256
(2) 不正競争防止法に基づく差止請求について(上記②) ……	243	五 検討 ……	257
(三) 解説	244	1 「半製品」はどのように捉えら	
(1) 特許権に基づく差止請求			

れるか	257	侵害品を製造販売していなくとも、将来的に量産のおそれある場合	264
2 「半製品」はどのような方法で特定すべきか	257	四 保全の必要性の否定的要素	265
3 執行上の問題	258	1 特許庁において無効審決がなされた場合	265
第六 特許権侵害差止の仮処分命令の申立て(「保全の必要性」)	261	2 特許権者自身は特許発明を実施せず、かつ、第三者にも実施許諾していない場合	266
一 はじめに(テーマの選定理由)	261	3 権利の残存期間が短い場合	266
二 保全の必要性の意義	262	4 債務者が被る損害が甚大の場合	267
三 保全の必要性の肯定的要素	262	5 関連論点：第三者が被る損害や一般的な公益の扱いについて	267
1 特許権者の販路維持に支障をきたす場合	262	五 最後に	268
2 特許権者の実施許諾に支障が生じる場合	263		
3 債務者には代替手段が存在する場合	263		
4 関連論点：債務者が、現在は			

第一 はじめに

特許権者は、業として特許発明の実施をする権利を専有する（特許法68条）。かかる独占的権利を実効あらしめるために、侵害行為に対する差止請求権が認められており、具体的には、侵害行為の停止・予防請求権と、侵害行為を組成した物の廃棄・除却請求権が規定されている（特許法100条）。

特許権侵害に基づく差止請求が認容されてしまうと、侵害者としては、特許権者から実施許諾を受けるか、侵害行為に係るビジネスを中止するかを選択せざるを得ず、差止請求権は非常に強力な権利であるといえる。

その一方で、損害賠償請求のような金銭的請求には見られない特有の問題がある。例えば、用途発明や多機能型間接侵害（特許法101条2号、5号）の場合に非侵害用途での実施行為まで差止めを認めるべきか、侵害行為を継続している場合に差止請求権に基づく執行をどのように実現すべきか、廃棄請求の対象である「半製品」をどのように特定すべきかという問題がある。さらに、仮処分手続による場合に、本案訴訟では要件とされていない保全の必要性をどのように考えるべきかという点も問題となる。

そこで、上記の観点から、差止請求権に関連する複数のトピックについて検討を行った。

（小林 英了、和田 研史、千葉 健太郎、荻畑 龍太郎、齋藤 誠二郎）

第二 用途発明における差止めの制限

一 用途発明の概要

1 用途発明とは

用途発明とは、(i) ある物の未知の属性を発見し、(ii) この属性により、その物が新たな用途への使用に適することを見いだしたことに基づく発明であり、用途限定(例えば、「～用」)により発明に係る物を特定している点に特徴がある^(注1)。「物」自体は公知であるが、見出された新たな用途をもって発明の新規性が認められる。

2 用途発明の具体例

特許庁により発行された審査ハンドブックの(事例30)には、用途発明の例が挙げられている^(注2)。この例では、血液中のLDLコレステロールを低下させる成分として、グレープフルーツから成分Aが単離され、その化学構造が知られていた場合において、当該成分Aに歯周病の原因菌に対する抗菌効果があることを見いだした発明が例示されている。

審査ハンドブックでは、上記前提で、下表のクレームで用途を特定した場合の新規性の有無について記載がある。

クレーム	新規性
1. 成分Aを有効成分とする歯周病予防用食品組成物。	○
2. 成分Aを有効成分とする歯周病予防用飲料組成物。	○
3. 成分Aを有効成分とする歯周病予防用剤。	○
4. 成分Aを有効成分とする歯周病予防用グレープフルーツジュース。	○
5. 成分Aを有効成分とする歯周病予防用グレープフルーツ。	×
6. 成分Aを有効成分とする歯周病予防用食品。	×

ここでは、「グレープフルーツ」「食品」については、グレープフルーツ自体が公知であるとして新規性がないとされており、「組成物」「剤」「ジュース」のように対象を特定することで新規性が肯定されている^(注3)。

一方、審査基準の別の例では、「成分Aを有効成分とする肌のシワ防止用化粧料」について、公知の用途（「成分Aを有効成分とする肌の保湿用化粧料」）との関係で、用途限定に意味がないとして新規性が否定されている。この例では、両者がともに皮膚に外用するスキンケア化粧料として用いられるものであり、保湿効果を有する化粧料は肌のシワ防止のためにも使用されることが当該分野における技術常識である場合には、両者の用途を区別することができず、用途限定に発明特定の意味を有しないと認定される^(注4)。

3 用途発明の特許性に関する裁判例

下記の事案において、裁判所は、出願に係る発明が用途発明に該当するとして、新規性を否定した特許庁の審決を取り消している。これらの裁判例は、出願に係る発明の用途が従来技術の用途と区別できることから、新規性を肯定していると理解される。

(一) 「芝草品質の改良方法」事件^(注5)

「本願発明は『芝草の密度、均一性及び緑度を改良するためのフタロシアニンの使用方法』であるから、『芝草の密度、均一性及び緑度を改良するための』は、本願発明の用途を限定するための発明特定事項と解すべきである。これに対して、刊2発明は、刊行物2に記載された発明と比較するために、むしろ成長調整剤としての効果を有しないものとして銅フタロシアニンを着色剤として用いるものであって、刊行物2には、銅フタロシアニんに成長調整剤としての効果があるという本願発明の用途を示唆する記載は一切ない。」

(二) 「シワ形成抑制剤」事件^(注6)

「本願発明は、アスナロ又はその抽出物が優れたシワ形成抑制作用を有することを見出したことによってなされた発明であって、『シワ形成抑制』という用途を限定した発明（用途発明）であると認められる。」

「当業者が、本願出願当時、引用発明の『美白化粧品組成物』につき、『シワ』についても効果があると認識することができたとは認められず、本願発明の『シワ形成抑制』という用途は、引用発明の『美白化粧品組成物』とは異なる新たな用途を提供したといえることができる。」

二 用途発明の効力

1 用途発明の技術的範囲に関する裁判例

(一) 「アレルギー性喘息の予防剤」事件^(注7)

「ケトチフェン又はその製薬上許容しうる酸付加塩を有効成分とするアレルギー性喘息の予防剤」の発明に係る特許権に基づいて、フマル酸ケトチフェン（化合物）を対象として差止めを求めた事案である。裁判所は、用途発明であることを考慮して、差止めの対象を医薬品（フマル酸ケトチフェンを有効成分とし、「効能又は効果」として気管支喘息、喘息又はアレルギー性喘息を含み、さらに「用法」を特定する医薬品）に限定した。

「フマル酸ケトチフェンがヒスタミン解放抑制作用の他に抗ヒスタミン作用を有することは従来から知られているのであるから、このフマル酸ケトチフェンについて、その抗ヒスタミン作用を利用する等しいた、アレルギー性喘息の予防剤以外の用途も考えられないわけではなく、現に、《証拠略》よれば、ケトチフェンなどの抗ヒスタミン剤につ

いて、その効能に対する見直しが考えられるべきであるとの趣旨の記載のある文献も存するところである。そして、アレルギー性喘息の予防剤以外の用途については本件発明の技術的範囲が及ばないことはいうまでもない。・・・原告が差止めを求めた対象物のうち、本件発明の技術的範囲に属するのは、別紙第二物件目録記載の医薬品に限定されるというべきである。」

その一方で、裁判所は、本件特許発明の用途と他の用途とが区別されていないとして、他の用途にまで本件発明の技術的範囲が及ぶことを被告は甘受せざるを得ないと判断した。この判示によれば、対象製品の「効能又は効果」の欄から「アレルギー性喘息」の表示を削除すれば差止めの対象外になると考えられる。

「仮に被告らの製剤品にアレルギー性喘息の予防剤以外の用途があるとしても、被告らは、被告らの製剤品について、アレルギー性喘息の予防剤としての用途を除外する等しておらず、右予防剤としての用途と他用途とを明確に区別して製剤販売していないのであるから、被告らが、その製剤品についてアレルギー性喘息の予防剤以外の用途をも差し止められる結果となったとしてもやむを得ないものといわざるをえない。」

(二) 「シロスタゾール」事件^(注8)

「該有効成分が・・・であるPTCA後やステントの血管内留置による冠状動脈再閉塞の予防および治療剤。」で規定された用途発明について、知財高裁は、技術説明を伴う販売活動も実施行為に含まれると判断した。

「医薬品の用途発明の実施は、例えば医薬品の容器やラベル等にその用途を直接かつ明示的に表示して製造、販売する場合などが典型

的であるといえるが、必ずしも当該用途を直接かつ明示的に表示して販売していなくても、具体的な状況の下で、その用途に使用されるものとして販売されていることが認定できれば、用途発明の実施があったといえることに変わりはない。」

「本件においては、本件製剤の有効成分であるシロスタゾールがP T C A後の再狭窄予防の薬剤として広く認知されており、被控訴人は、本件製剤に再狭窄予防効果等があることをその特性として積極的に位置付けた販売活動を行い、本件製剤のうちの一定量は本件用途発明に係る用途に使用されるものとして販売されていたと認められるのであるから、被控訴人による本件用途発明の実施があったというべき」

2 若干の検討

用途発明は、公知の物を新たな用途に使用したことに特徴があり、実質的には方法（用途）を規定したものであるが、カテゴリー上は物の発明であるため、間接侵害の要件が不要であり、また、輸出も侵害行為に含まれるという点で、方法発明と相違する。

その一方で、物自体は公知（パブリックドメイン）であることから、上記の裁判例で判示されているとおり、技術的範囲（差止めの効力）は新たな用途の範囲内に限定されるべきといえる。

医薬品の場合は、ラベル（添付文書）の記載から、特許発明に係る用途であるか否かを区別できると思われるが、「アレルギー性喘息の予防剤」事件判決のように、特許発明の用途と他用途とを明確に区別して販売等をしていない場合には、当該他用途も含めて差止めの対象となり得ることから、用途を明確に限定することが肝要であるといえる。

一方、食品や化粧品については、ラベル（添付文書）がないことから

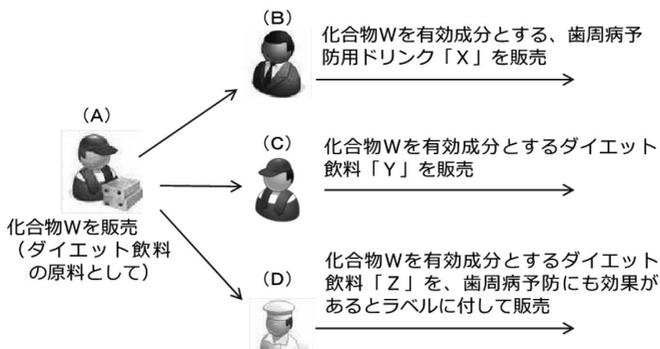
どのようにして用途を区別するかが問題となり得るが、「シロスタゾール」事件判決のように、販売活動（技術説明や広告宣伝）において用途を明確に区別することになるうかと思われる。

三 仮想事例に基づく検討

1 事案の概要

「化合物Wを有効成分とする歯周病予防用飲料組成物」という用途発明について特許を付与されている。ただ、化合物Wは、LDLコレステロールを低下させる成分として（ダイエット用途として）公知である。被疑侵害者A～Dは、以下の態様で化合物Wを利用していると仮定する（注9）。このような事例において、A～Dのそれぞれに侵害が成立するか、成立する場合には差止めを認めるべきか（差止めの範囲を限定すべきか、あるいは過剰差止として請求を棄却すべきか）が問題となる。

- A 化合物Wを販売（ダイエット飲料の原料として）
- B 化合物Wを有効成分とする、歯周病予防用ドリンク「X」を販売
- C 化合物Wを有効成分とするダイエット飲料「Y」を販売
- D 化合物Wを有効成分とするダイエット飲料「Z」を、歯周病予防にも効果があるとラベルに付して販売



2 検討

(一) Bについて

Bは、ドリンク「X」を歯周病予防用として販売しており、特許発明の用途で実施しているといえる。よって、Bに直接侵害が成立し、ドリンク「X」の販売を差止めることは可能と思われる。ただ、Bにおいて、ドリンク「X」の用途を変えて（例えばダイエット用として）販売することで、侵害を回避することができる。

(二) Cについて

Cは、飲料「Y」をダイエット用（公知の用途）として販売しており、侵害用途で販売されていないので、非侵害になると思われる。

ここで、ダイエット飲料「Y」が歯周病予防に効果的であることが（例えばSNS等により）消費者の間で広まり、消費者が「Y」を歯周病予防のために飲用している場合に、侵害用途となるか（言い換えれば、Cの行為が101条2号の間接侵害になるか）が問題となり得る。

この点につき、全ての消費者がCから購入した飲料Yを歯周病予防として飲用しているのであればともかく、ダイエット飲料として利用している消費者が少なからずいる場合には、（侵害用途と区別される）非侵害用途のみの実施が現実に存在するため、過剰差止めとなる（差止めは認められない）と思われる。

(三) Dについて

Dは、非侵害用途（ダイエット飲料）と侵害用途（歯周病予防）の両方で「Z」を販売しており、これらを明確に区別していないため、「Z」に対する差止めが認められると思われる。これに対し、公知の非侵害用途が含まれるため過剰であることを重視する考え方もあり得るところであり、この考えによれば過剰差止めとして請求棄却となる。

なお、用途限定して差止めを認める（「Zを歯周病予防用途として販売してはならない」という主文とする）考えもあり得るが、執行の段階で侵害用途と非侵害用途のいずれであるかを判断することは現実的に不可能であるため、妥当ではないと思われる。

(四) Aについて

Aは、化合物「W」をB～Dに販売しているところ、Bの行為が直接侵害を構成するため、Bの販売分については間接侵害（2号）が成立し得る。ただし、Aは、Cに対しても「X」を販売しており、明確に区別できる非侵害用途が存在するため、過剰差止めとして「X」の販売差止めは認められないものと思われる。

この点につき、「Wを歯周病予防用として販売してはならない」として、用途で限定する考えもあり得るが、(三)で述べたのと同様に、執行の観点から難しいと思われる。

(注1) 特許・実用新案審査基準 第三部第2章第4節3.1.2

(注2) 食品の用途発明に関する審査ハンドブック事例(事例30)

(注3) 審査ハンドブックでは、「グレープフルーツ」「食品」については、公知のグレープフルーツの有用性を示したに過ぎず、用途限定に当たらないと記載がある。なお、「ジュース」とすることでなぜ新規性が肯定されるかは疑問である。

(注4) 特許・実用新案審査基準 第三部第2章第4節3.1.2

(注5) 知財高判平成26年9月24日[平成25年(行ケ)第10255号]

(注6) 知財高判平成18年11月29日[平成18年(行ケ)第10227号]

(注7) 東京地判平成4年10月23日[平成2年(ワ)第12094号]

(注8) 知財高判平成18年11月21日[平成18年(ネ)第10125号]。ただし、

職務発明対価請求の事案であり、侵害訴訟ではない。

(注9) 注2の事例を参考にした仮想事例である。

(小林 英了)

第三 多機能型間接侵害と過剰差止

一 はじめに

間接侵害とは、直接侵害の予備的又は幫助的行為のうち一定の行為を特許権の侵害とみなすものである。間接侵害が成立した場合には特許法第101条の文言上特許権侵害とみなされ、特許権者又は専用実施権者は特許法第100条1項に基づき差止を請求することが出来る。

間接侵害には、「にのみ用いる物」であることを要件とする特許法第101条1号及び4号に定められた類型（以下「専用品型間接侵害」という）と、これを要件としない同条2号及び5号に定められた類型（以下「多機能型間接侵害」という）が存在する。多機能型間接侵害は平成14年改正で新設された類型である。

従来から専用品型間接侵害が成立した場合には、当然に当該専用品の全面差止が認められてきた。専用品には特許権侵害の用途（以下「侵害用途」という）以外の用途が実質的に存在しないからである（注1）。

他方、多機能型間接侵害が成立した場合、「その物の生産に用いる物」又は「その方法の使用に用いる物」には侵害用途以外の用途（以下「他用途」という）が存在しうる。したがって、全面差止を認めてしまうと他用途に用いられる物にまで差止の範囲が及んでしまい過剰なのではないかが問題となりうる。これが「多機能型間接侵害と過剰差止」の問題が生じる構

図である。

このように「多機能型間接侵害と過剰差止」の問題は、平成14年改正で多機能型間接侵害が新設されたことにより新たに生じた問題である。

本稿は多機能型間接侵害の成立による全面差止を認めた2つの裁判例の比較を通じて、「多機能型間接侵害と過剰差止」の問題につき検討することを目的としている。

二 2つの裁判例の比較検討

1 比較の対象

以下では①流動ホッパー事件一審判決（大阪地裁平成25年2月21日判決（平成20年（ワ）第10819号）と②スピードコントロールバルブ事件判決（大阪地裁令和2年5月28日判決（平成30年（ワ）第4851号）の2つの裁判例を比較することとしたい。

上述のとおりいずれの裁判例も多機能型間接侵害の成立による全面差止を認めた点で共通する。

2 比較の観点

比較の観点を提示するため、前提として、専用品型間接侵害の「にのみ用いる物」の要件（以下「専用品要件」という）について整理したい。

専用品要件該当性の判断につき、社会通念上、経済的、商業的又は実用的な他用途（以下「実用的他用途」という）がない場合には、専用品要件に該当するとする説（以下この基準を「実用的他用途基準」という）が存在し^(注2)、実用的他用途基準を用いて専用品要件該当性を判断した裁判例が多数存在する^(注3)。

また、「当該特許発明を実施しない機能のみを使用し続けながら、当該特許発明を実施する機能は全く使用しないという使用形態が、その

物の経済的、商業的又は実用的な使用形態として認められない限り」専用品要件に該当するとする基準で判断したいわゆる製パン器事件判決（大阪地裁平成12年10月24日判決）が存在する（以下この基準を「製パン器基準」という）。

その他に「おおよそその物がその発明の実施以外に使用されない物であること」を意味するとする説も存在するが、これを支持する論者はほとんどいないとされる^(注4)。

従来から専用品要件該当性は、実用的他用途基準又は製パン器基準により判断されてきた。したがって、抽象的な他用途があっても、それが実用的他用途とはいえない場合には、専用品要件に該当すると判断されることとなる。

そして、上述のとおり従来から専用品型間接侵害が成立した場合には、当然に当該専用品の全面差止が認められてきた。

したがって、専用品型間接侵害が成立した場合には、たとえ専用品と認定された物に抽象的な他用途が存在しても、それが実用的他用途とはいえない場合には当然に全面差止が認められてきたことになる。

この観点を以て上記の①流動ホッパー事件一審判決と②スピードコントロールバルブ事件判決が認めた差止の範囲の性質を比較検討する。

3 ①流動ホッパー事件一審判決

(一) ①流動ホッパー事件一審判決の概要

同裁判例は、成型材料の粉粒体を混合するとともに微粉除去を行うための装置と方法の特許発明に関するものである。より具体的には、材料供給源から材料が吸引輸送されて流動ホッパー内で混合され、吸引の停止後に材料が落下して積み増され、積み増された材料が消費されて材料の充填レベルがレベル計の位置まで落ちると次回の

吸引輸送が開始され、これが繰り返されるというもので、レベル計の位置に特徴を有する発明であった。

被告は流動ホッパー（イ号製品）等を生産譲渡等していた。

大阪地裁は多機能型間接侵害（特許法第101条2号及び5号）の成立を認めた。

被告は全面差止につき「イ号製品について、大半が単一材料の微粉除去に使用されており、これらは本件特許権を侵害するものではなく、当該用途に使用されるものについてまで差止めを認めるのは著しく過剰であり、不当である」と主張していた。

しかしながら、大阪地裁は次のとおり判示して、被告が生産譲渡等する流動ホッパー装置（イ号製品）の全面差止を認めた。

「そもそも、被告代表者作成の論文（甲65）には、『ほとんどの成型加工メーカーが成形機サイド、あるいはコンベアの端に各種の粉碎機を設置し、スプル・ランナあるいは成形不良品を粉碎し、再生原料化している。』旨の記載がある。これらのことからすれば、イ号製品については、その用途にかかわらず、製造販売等の差止めの必要性があるものと認めるのが相当であり、これを認めることが被告に過剰な負担を課すものであるとは認めることができない（販売先の利用態様に応じて限定することは現実的にも不可能であるし、その必要があるとも認めがたい。）」（下線は強調のため筆者が付した。以下同じ）

（二）①流動ホッパー事件一審判決の分析

同判決は、専用品型間接侵害（特許法101条4号）につき「イ号製品は、それ自体としては材料供給源に接続されておらず、複数種類の材料を対象とすることを前提とした装置ではなく、同一材料の微粉除

去にのみ用いることも可能な構成のものである。そうすると、イ号製品は、本件特許発明1に係る『方法の使用にのみ用いる物』には当たらないから、イ号製品に係る被告の行為について、本件特許発明1に係る特許権に対する特許法101条4号の間接侵害は成立しない。」と述べて成立を否定している。ところが、同判決は「同一材料の微粉除去」との他用途につき、これが抽象的な他用途にとどまるのか、それとも実用的他用途に該当するののかとの点につき、明示的に判断していない。

そこでこれを検討すると、上記のとおり同判決には「被告代表者作成の論文（甲65）には、『ほとんどの成型加工メーカーが成形機サイド、あるいはコンベアの端に各種の粉砕機を設置し、スプル・ランナあるいは成形不良品を粉砕し、再生原料化している。』旨の記載がある。」との判示があるところ、これは判例タイムズ1401号342頁〔2014〕によれば「被告代表者作成の論文には、イ号製品のほとんどが本件特許権を侵害する用途に用いられていることをうかがわせる記載がある。」ことを意味する。そして、同判例タイムズ1401号〔2014〕343頁には「本件でも、実際のところは、ほとんどの被告製品が侵害用途に用いられていたようである（被告も抽象的に争うのみで、現実には非侵害の用途のみに用いられるものがあることについて具体的には明らかにしていない）」との記載がある。

そうだとすれば、このような他用途を実用的他用途と認定することは困難ではないだろうか。田村善之・「間接侵害の成否（1）－1 眼レフカメラ事件」別冊ジュリスト170号（特許判例百選〔第3版〕）164頁～165頁は、静岡地裁浜松支部昭和58年5月16日判決が専用品要件該当性を認めたのに対し、東京地裁昭和56年2月25日判決（いわゆる

「1眼レフカメラ事件判決」)がこれを認めず結論が分かれた点につき、前者では「現実にイ号物件を亜共晶用で使用するものがいなかったと認められて」いる点が結論が分かれることとなった理由であろうと指摘している。①流動ホッパー事件一審判決の事案においても、被告代表者作成の論文の記載等を勘案すると、現実に「同一材料の微粉除去」との他用途に使用する者は(少なくとも経済的・商業的・実用的な他用途と評価できる規模の人数は)いなかったと思われる。

したがって、①流動ホッパー事件一審判決の事案は、製パン器基準と実用的他用途基準のいずれでも専用品要件該当性が認められておかしくなかった事案といえる。その場合、専用品型間接侵害として全面差止が認められたはずである。

換言すると、①流動ホッパー事件一審判決は多機能型間接侵害による全面差止を認めてはいるが、実用的他用途に用いられるイ号製品の範囲まで差止を認めたわけではない(イ号製品には実用的他用途はない)。専用品型間接侵害成立の場合と同じ範囲で差止を認めたに過ぎない。

4 ②スピードコントロールバルブ事件判決

(一) ②スピードコントロールバルブ事件判決の概要

同裁判例は、発明の名称を「クランプ装置」とする特許の事案に関するものである。クランプ装置とは機械加工に供する対象物(ワーク)を挟み込んで(クランプして)固定するための装置であり、クランプは油圧により動作する。油圧の流量は流量調整弁(スピードコントロールバルブ)により調整されるが、同特許の発明は作動油の流量を容易且つ確実に微調整可能に構成すること等を目的としており、流量調整弁に特徴を有する発明である。

被告製品は多岐にわたるが、次のとおり3種類に分類することができる。

被告製品群1～3：スピードコントロールバルブと各種スイングクラ
ンプのセット

被告製品群4～6：スピードコントロールバルブと各種リンククラ
ンプのセット

被告製品群7及び8：スピードコントロールバルブ単体

本判決は、被告製品群1～3につき専用品型間接侵害（特許法101
条1号）の成立を認め、被告製品群4～6につき非侵害とした。

そして、被告製品群7及び8については、多機能型間接侵害（特許
法101条2号）の成立を認めた。なお、被告製品群7及び8のスピー
ドコントロールバルブを被告製品群1～3における「スイングランプ」
に取り付けると侵害用途となり、被告製品群4～6における「リンク
ランプ」その他に取り付けると他用途となる。

本判決は次のとおり述べて被告製品群7及び8につき全面差止を
認めた。

「被告らは、被告製品群7及び8につき差止を認めることは過剰
差止として許されないなどと主張する。しかし、前記3（2）のと
おり、被告製品群7及び8については、これを購入等する者のう
ち例外的とはいえない範囲の者が特許権侵害に利用する蓋然性が
高い状況が現に存在することなどから、その製造、販売等につき
間接侵害が成立するのであるから、用途に係る限定を付すことな
く差止請求を認めたとしても過剰とはいえない。この点に関する
被告らの主張は採用できない。」

(二) ②スピードコントロールバルブ事件判決の分析

上記のとおり、被告製品群7及び8には被告製品群4～6における「リンククランプ」その他に取り付けるといふ他用途が存在するが、これが実用的用途に該当することは明らかである。

そもそも原告は被告製品群4～6をも差止請求の対象としており、このこと自体被告製品群7及び8に「リンククランプ」に取り付けるといふ他用途に使用する者が現実に一定数存在することを前提としている。

また、原告は損害賠償も請求しているところ、本判決は、特許法102条2項に基づく損害額の推定の覆滅につき次のとおり判示している。

「被告製品群7及び8は、スイングクランプに使用し得るほか、リンククランプ、リフトシリンダ及びワークサポートといった本件特許権の侵害とならない適法な用途に使用することも可能な製品であることが認められる。平成27年2月27日～令和元年8月28日の間に製造、販売された被告製品群7及び8（ただし、この数量は、被告製品群1～3のほか、リンククランプである被告製品群4～6に含まれるものも除かれている。）のそれぞれが使用された用途を具体的に裏付けるに足りる証拠はないものの、こうした複数の用途があるにもかかわらず、その全てがスイングクランプへの使用という違法な用途に使用されると考えることには、およそ合理性がない。原告従業員の陳述書(甲12)においても、被告製品群7及び8がリフトシリンダやワークサポートに用いられるケースもあることを認めつつ、それに限定されることもなく、スイングクランプ及びリンククランプに用いられるケースもあると考えなければならない、とされている。

そうすると、被告製品群7及び8のうち、スイングクランプ以外の

用途に用いられる分については、これら製品による被告らの利益と原告の損害との相当因果関係を阻害する事情として、特許法102条2項に基づく推定を覆滅する事情というべきである。]

以上のとおり本判決の事案においては、リンクランプ、リフトシリンドア又はワークサポートへの取り付けという実用的他用途が存在し、専用品型間接侵害における専用品要件該当性が認められる余地はない。

本判決は実用的他用途に用いられる部品（スピードコントロールバルブ）の範囲まで差止を認めた点で、専用品型間接侵害成立の場合よりも広い範囲の差止を認めたものである。

5 小括

以上のとおり、①流動ホッパー事件一審判決は多機能型間接侵害による全面差止を認めてはいるが、実用的他用途に用いられるイ号製品の範囲まで差止を認めたわけではない（イ号製品には実用的他用途はない）。専用品型間接侵害成立の場合と同じ範囲で差止を認めたに過ぎない。

これに対し、②スピードコントロールバルブ事件判決（大阪地裁令和2年5月28日判決（平成30年（ワ）第4851号））は、実用的他用途に用いられる部品の範囲まで差止を認めた点で、専用品型間接侵害成立の場合よりも広い範囲の差止を認めたものである。

かくして一見類似する2つの裁判例が認めた差止め範囲は、質的に異なるものと見ることができる。

三 結論

上記のとおり、多機能型間接侵害の成立による全面差止を認めた裁判

例の中には、差止めの範囲が質的に異なるものが混在していることが明らかとなった。

このことによる混乱を回避するため「多機能型間接侵害と過剰差止」の問題を検討するにあたっては、「抽象的にせよ他用途がある場合に、全面差止を認めてよいか」という問題（以下「問題A」という）と、「実用的他用途がある場合に、全面差止を認めてよいか」という問題（以下「問題B」という）の2段階に分けて考察すべきである。

問題Aは、上述のとおり多機能型間接侵害新設以前（平成14年改正前）から専用品型間接侵害における専用品要件の解釈として既に論じられてきた問題の中に包含されており、平成14年改正により多機能型間接侵害が新設されたことにより新たに生じた「多機能型間接侵害と過剰差止」の問題ではない。上述のとおりこの点は従来から実用的他用途基準又は製パン器基準により判断されてきた。そして、知財高裁平成23年6月23日判決（平成22年（ネ）第10089号）が製パン器基準と同様の基準により判断したことを踏まえると、この判断傾向は今後も維持され続ける可能性が高いと考えられる。したがって、問題Aについては、（多機能型間接侵害による差止のみが認められた場合でも）他用途が抽象的なものに過ぎない場合は全面差止が許容されるという判断傾向が今後も続く可能性が高いと考えられる。

問題Bは、平成14年改正により多機能型間接侵害が新設されたことにより新たに生じた「多機能型間接侵害と過剰差止」の問題それ自体である。その意味で、敢えて「多機能型間接侵害と過剰差止」として論じる意義があるのは（問題Aではなく）問題Bの方である。この点については未だ裁判例は少なく確立された考え方は無いと思われる。この点に関する裁判例としては上述スピードコントロールバルブ事件判決（大阪地裁令和2年

5月28日判決（平成30年（ワ）第4851号）の他、大阪地裁平成30年12月13日判決（平成27年（ワ）第8974号）があり、「被告製品3に適用（ママ）な用途があるとしても、被告製品3が本件発明1の特徴的技術手段を担う不可欠品であり、その譲渡等により特許権侵害が惹起される蓋然性が高い状況が現実であり、そのことを被告において認識、認容していると認められる以上、その生産、譲渡等を全面的に差し止め、その廃棄を命じるのが、多用途品であっても侵害につながる蓋然性の高い行為に特許権の効力を及ぼすこととした特許法101条2号の趣旨に沿うものというべきである」と判示している。他方、三村量一・「非専用品型間接侵害（特許法101条2号、5号）の問題点」知的財産法政策学研究19号〔2008〕106頁は、対象となる部材等を侵害用途とは無関係の他用途に使用する者の利益を害する形での差止請求は許されないと解すべきと指摘する。今後の裁判例の集積が待たれる。

（注1）渡辺光「新・注解 特許法〔第2版〕」【中巻】中山信弘・小泉直樹編〔2017〕1743頁 青林書院

（注2）小栗久典・「のみ要件〔食品の包み込み成型方法事件〕」別冊ジュリスト244号「特許判例百選〔第5版〕」〔2019〕25頁、渡辺光「新・注解 特許法〔第2版〕」【中巻】中山信弘・小泉直樹編〔2017〕1724頁 青林書院

（注3）東京地裁昭和50年11月10日判決、東京地裁昭和56年2月25日判決、東京地裁昭和63年2月29日判決、東京高裁平成8年5月23日判決など

（注4）渡辺光「新・注解 特許法〔第2版〕」【中巻】中山信弘・小泉直樹編〔2017〕1724頁 青林書院

（和田 研史）

第四 特許権に基づく差止請求権等の執行手続

一 強制執行と保全執行

特許権侵害が存在することが裁判所により判断され、侵害行為の停止や侵害物の除去が命じられたにも拘わらず、命じられた者が従わない場合、特許権者としては、執行手続を執らざるを得ない。

本稿では、確定判決に基づく強制執行と、仮処分命令に基づく保全執行を念頭に置きつつ、執行手続を概観する。

用語法として、執行手続を可能ならしめる文書は「執行名義」と呼ばれる。強制執行における執行名義は「債務名義」、保全執行における執行名義は「保全名義」と呼ばれる^(注1)。

強制執行と保全執行には様々な相違がある。重要な相違として、執行期間の制限の有無が挙げられる。すなわち、保全執行は執行名義の送達後2週間以内に実施しなければならないが(民事保全法43条2項)、強制執行についてはそうした期間制限は特に存在しない。なお、執行文の要否については後述のとおりである(民事保全法43条1項にも拘わらず、保全執行において執行文が必要となることはあり得る。)

二 特許権に基づく請求権の執行方法

1 執行名義と執行方法の対応関係

法は、執行名義に表示された権利(義務)の性質に応じた執行方法を用意している。

執行名義に表示された債務と執行方法との対応関係は、要旨下記図表のとおりである。「○」は各執行名義の典型的な執行方法とされているもの、「※」は事案・対象によってはあり得る執行方法である。

執行名義に表示された債務	執行方法		
	直接強制	代替執行	間接強制
金銭債務	○		※
引渡債務等	○		※
代替的作為債務		○	※
不代替的作為債務			○
不作為債務		※	○

2 特許権に基づく差止請求権の執行方法

特許権に基づく（広義の）差止請求権については、特許法100条が規定している。

（一）特許法100条1項の請求権の執行方法

特許法100条1項は、「侵害の停止又は予防」を求めることができる旨規定している。これは相手方に対する不作為を求めることができる権利であるため、執行は間接強制によることとなる（民事執行法172条）。

ただし、不作為義務違反が有形的結果を残す場合には、代替執行によりこれを除却し（同法171条1項2号）、または間接強制により債務者に除却させることができる（同法173条1項）。

（二）特許法100条2項の請求権の執行方法

特許法100条2項は、「侵害の予防に必要な行為」を求めることができる旨規定し、その例として「侵害の行為を組成した物（略）の廃棄」と「侵害の行為に供した設備の除却」を挙げる。

特許法100条2項に基づく請求の典型例である侵害物廃棄請求に係る債務は、作為債務であるのは明らかである。そして、作為主体が誰であるかによって特許権者の享受する作為結果に経済的・法律的

差異を生じないといえるから、代替的作為債務である^(注2)。

代替的作為債務については、執行方法は、典型的には代替執行によることが想定されるが(民事執行法171条1項1号)、間接強制によることも可能である(同法173条1項)。

なお、特許法100条2項の条文上例示されているのはいずれも作為請求であるが、同項に基づき請求できるのは「侵害の予防に必要な行為」であり、一般に「行為」には作為のみならず不作為も含まれるから^(注3)、同項に基づく不作為請求もあり得る(同項に基づく農薬登録申請の禁止請求を認容した裁判例として東京地判昭和62年7月10日判タ655号233頁)。

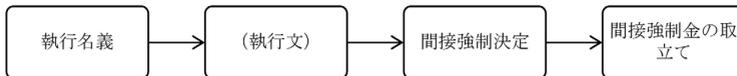
3 小括

特許法100条1項に係る債務は、不作為債務であり、間接強制により執行することとなる(民事執行法172条)。

特許法100条2項に係る債務は、代替的作為債務と不作為債務のいずれもあり得るが、同項の典型例である侵害物廃棄請求に係る債務は、代替的作為債務であり、代替執行によることが想定される(民事執行法171条1項1号)。

三 間接強制・代替執行の手続

1 間接強制の手続



(一) 執行名義の取得

間接強制手続を開始するには、まず、特許権者が執行名義を取得

する必要がある。確定判決は、強制執行手続における執行名義（債務名義）である（民事執行法22条1号）。仮処分決定は、保全執行手続における執行名義（保全名義）である（仮処分決定は民事保全法52条2項により債務名義とみなされる。）。

（二）執行文の取得

確定判決に基づく侵害停止請求の場合は、単純執行文の付与を受ける必要がある（民事執行法26条1項）。

他方、仮処分命令に基づく侵害停止請求の場合は、執行文は不要である（保全命令の正本に基づいて実施できる。民事保全法43条1項と民事執行法25条を対比されたい。）。

（三）間接強制決定

次に、特許権者は、執行裁判所に対して間接強制の申立てを行い（民事執行法172条1項）、執行裁判所は、債務者の審尋をした上で（同法172条3項。東京地裁民事21部の場合、回答期限を10日間として債務者に意見書の提出を求める運用^{（注4）}。）、間接強制決定をなす。

間接強制決定の主文例としては、不作為義務を明示した上で、「本決定送達の日以降、債務者が前項記載の義務に違反したときは、債務者は債権者に対し、違反行為をした日1日につき金〇〇円の割合による金員を支払え」などと記載される。

間接強制金の額は、現実の損害額に拘束されることなく、債務者の性質や債務者の態度等をも考慮して、合理的裁量により決定されるが、債務者が支払った額が現実の損害額を超える場合は、債務者は債権者に対して損害賠償請求できる（同法172条4項）。なお、間接強制決定の時点で現に義務違反をしていることは同決定の要件ではなく、義務違反のおそれがあれば足りる（最判平成17年12月9日民集59

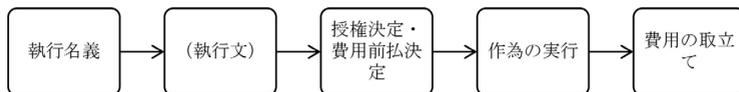
卷10号2889号)。

(四) 間接強制金の取立て

間接強制決定がなされたにも拘わらず債務者が依然として義務違反をする場合、債権者は、間接強制金を取り立てることとなる。この際、強制金決定を債務名義(民事執行法22条3号)として、条件成就執行文の付与を受けて(同法27条1項)^(注5)、金銭執行の方法により債務者から取り立てることとなる。

上記の条件成就執行文の停止条件は不作為義務違反であり、債権者が証明すべき事項である。ただし、民事執行法177条3項を類推し、裁判所書記官が債務者に対し、一定の期間を定めて履行の事実を証明する文書の提出を催告すべきであると解する有力説がある^(注6)。

2 代替執行の手続



(一) 執行名義の取得

代替執行手続を開始するには、まず、特許権者が執行名義を取得する必要がある。間接強制の箇所ですべたのと同様、確定判決は債務名義であり(民事執行法22条1号)、仮処分決定は保全名義である(民事保全法52条2項)。

(二) 執行文の取得

執行文についても、間接強制の箇所ですべたのと同様である。すなわち、確定判決に基づく強制執行の場合は単純執行文の付与を受けなければならないが(民事執行法26条1項)、仮処分命令に基づく保全執行の場合は執行文は不要である(民事保全法43条1項)。

(三) 授權決定・費用前払決定

次に、債権者は、執行裁判所に対して授權決定の申立てを行い（民事執行法171条1項1号）、執行裁判所は、債務者の審尋をした上で（同法171条3項。東京地裁民事21部の場合、回答期限を10日間として債務者に意見書の提出を求める運用^{（注7）}。）、授權決定を行う。授權決定の主文例としては、「債権者の申立てを受けた執行官は、別紙物件目録記載の製品を債務者の費用で廃棄することができる」などと記載される。

また、代替執行の費用について、その必要性及び金額について資料の提出が事前に可能であれば、併せて費用前払の申立てを行い、費用前払決定を受けることが考えられる（同法171条4項）。代替執行の費用には授權決定費用と作為実施費用があり、授權決定費用の具体例としては執行名義送達・執行文付与・添付書類の取得に要した費用や授權決定の申立費用等があり、作為実施費用の具体例としては、補助者の人件費、資材費、機材費、執行官への手数料等が考えられる^{（注8）}。費用前払決定の主文としては、「債務者は、あらかじめ債権者に対し、別紙物件目録記載の製品を廃棄するための費用として金〇〇円を支払え」などと記載される。

(四) 作為の実行

授權決定において代替執行の処分について授權された者が作為を実行する。上記主文例のように、作為実施者を執行官とするのが代替執行の実情である。

代替執行の実施に際して債務者等の抵抗を受ける場合には、執行官に対して援助を求めることができる（民事執行法171条6項・6条2項）。

(五) 費用の取立て

債権者は、代替執行の費用について、最終的には金銭債務として債務者から取り立てることができる。具体的には次のとおりである。

①費用前払決定がない場合は、代替執行の費用について、執行裁判所の裁判所書記官に執行費用額確定処分の申立てを行い（民事執行法42条4項）、当該処分を債務名義（同法22条4号の2）として、金銭執行の方法により取り立てることができる。

②費用前払決定がある場合は、同決定を債務名義（同法22条3号・171条5項）として、金銭執行の方法により取り立てることができる。

③費用前払決定に係る金額よりも多額の費用がかかった場合は、超える分の金額について、上記①同様、執行裁判所の裁判所書記官に対して執行費用額確定処分の申立てを行い（同法42条4項）、当該処分を債務名義（同法22条4号の2）として、金銭執行の方法により取り立てることができる。

四 裁判例

1 大阪地判平成25年8月27日裁判所ウェブ(漆喰事件)^(注9)

(一) 事案

原被告とも着色漆喰組成物を製造・販売する会社である。

原告は、着色漆喰組成物の着色安定化方法及び着色漆喰塗膜の色飛び抑制方法について特許権を有していた。

原告は、①被告が所定の方法を使用して「被告製品目録1」記載の製品を製造・販売等する行為については、原告の特許権侵害である旨主張し、かつ、②被告が、石灰を含有せず、漆喰を用いていない製品に「しっくいHR」又は「しっくいペイント Ag+」という表示を

付して販売する行為については、品質等誤認惹起行為（不正競争防止法2条1項14号（当時。現在の同項20号））である旨主張し、それぞれ差止等を求めた。

なお、上記①との関係で、原告が被告製品を特定した「被告製品目録1」では、「白色顔料として酸化チタン、着色顔料として酸化金属またはカーボンブラック、石灰、アクリル樹脂エマルション、メチルセルロース及び水を含む着色漆喰組成物」という構成が記載されているほか、「しっくいペイント Ag+」という商品名も記載されていた。そして、当該商品名については、対象を限定する趣旨ではなく、補充的に説明するものであり、上記構成を有する着色漆喰組成物であれば当該商品名のものに限定されないと原告は記載していた。

（二）判旨

（1）特許権に基づく差止請求について（上記①）

本判決は、原告の請求をほぼ認容したが、請求の趣旨と判決主文では若干文言を違えている。すなわち、請求の趣旨では「別紙被告製品目録1記載の製品」の製造等の禁止が求められていたが、判決主文では「別紙被告製品目録1の構成欄記載の構成を具備する製品」の製造等が禁止された。

（2）不正競争防止法に基づく差止請求について（上記②）

本判決は、商品名に「しっくい」の文字が含まれていれば、需要者は石灰等を含むものと認識するのが通常と考えられる旨判示した。その上で、本判決は、「しっくいHR」の表示を付した製品の販売等の差止請求は全部認容したが、「しっくいペイント Ag+」の表示を付した製品の販売等の差止請求については、石灰を含有しないものに限って認容した。

(三) 解説

(1) 特許権に基づく差止請求について(上記①)

対象製品の特定制法としては、一般に、構成による特定、商品名・型式番号による特定、これらの併用(商品名・型式番号を例示的に記載する場合と限定的に記載する場合がある。)が考えられる^(注10)。

上記①については、請求の趣旨では例示型併用とされていたが、判決主文では構成のみによる特定に改められたものである。これは、差し止められる範囲は客観的には変わらないと考えられるが、執行段階で対象製品の範囲が不明瞭となってしまうことを防ぐため、裁判所が目録から例示部分を敢えて削除し、構成のみによって対象製品を特定したものではないかと考えられる。

(2) 不正競争防止法に基づく差止請求について(上記②)

本判決は、「しっくいペイント Ag+」との表示を付した製品のうち、石灰を含有するものとの関係では、不正競争防止法に基づく差止請求を棄却した。

本判決の理屈によれば、「しっくいHR」との表示を付した製品についても、石灰を含有する場合は、品質誤認は生じず、不正競争とはならないはずである。しかし、「しっくいHR」については、石灰を含有するか否かを問わず、差止請求を認容している。

これは、「しっくいHR」の表示を付した製品については、石灰を含有しないものであることが前提事実(争いのない事実、又は証拠若しくは弁論の前趣旨から容易に認められる事実)とされていたためと考えられる。

2 札幌高決昭和49年3月27日判時744号66頁(東鯨事件)

(一) 事案

Xは、札幌市内においてYが寿司屋営業のために「東鰯」の商号を使用することを禁止する旨の債務名義（確定判決）を取得していた。

その後、Yは、札幌市内で「みその東鰯」との商号を使用して寿司屋を営業し、「東鰯」と表示された暖簾及び「みその東鰯」と表示された看板をそれぞれ設置していた。

Xは、これらの暖簾及び看板の撤去を求め、間接強制の申立てを行ったところ、札幌地裁は、暖簾については債務名義と同じく「東鰯」との表示であるため申立てを認めたが、看板については「みその東鰯」であって債務名義とは別異の表示であるとして申立てを却下した（札幌地決昭和48年12月21日）。

Xが当該却下決定に対して抗告をした。

(二) 判旨

本決定は、抗告を棄却し、原決定（却下決定）を維持した。

本決定は、「みその東鰯」の商号が一般取引上「東鰯」と誤認混同され類似商号と見られる余地があるとしても、「みその東鰯」を使用禁止するためには別途の執行名義が必要である旨述べた。

(三) 解説

本決定は、執行名義が「東鰯」の商号使用禁止である場合、「みその東鰯」の商号使用を差し止めることはできない旨述べたものである。

五 若干の検討

債務名義に表示された権利と実体法上認められるべき権利とを比較したとき、一致する場合のほか、前者の方が広い場合と狭い場合が論理的にはあり得る。

債務名義に表示された権利の方が広い場合は、執行手続の進行を債務

者において阻止しなければならないこととなる（例えば、債務者において、自らの行為には当該債務名義の執行力が及ばないとして、請求異議の訴え（民事執行法35条1項）を提起することが考えられる。）。すなわち、債務者が起訴責任を負うこととなる。

他方、債務名義に表示された権利の方が狭い場合は、債務名義の範囲外の行為の差止めについては、原則として新たに執行名義を取得しなければならない。ただし、新請求権の不存在を理由とする反対債務名義作成のための起訴責任を債務者に負わせるのが衡平妥当と認められるときは、新態様の侵害行為についても差止めの強制執行（転換執行）を許す旨の執行文（転換執行文）の付与を求めることができると解すべきとされる^(注11)。

以上によれば、特許権者（債権者）の立場からは、差止めの債務名義を広い範囲で得るためには、起訴責任を侵害者（債務者）に負わせることが衡平であることを判決手続において主張・立証すべきである。アプローチとしては、特許権者の差止請求を全て認めて侵害者に執行段階の起訴責任を課しても酷ではない事情があることや、侵害者の行為が悪質であること、侵害行為の態様が変わる度に特許権者が執行名義を取得しなければならないとするものの不当性等を主張することが考えられる^(注12)。

例えば、商品名「A」の商品は、全て構成Bを具備しており、商品名「A」の商品の全てについて差止請求を認容しても、債務者に酷ではない（債務名義の成立後に構成変更したのであれば、そのことは債務者が主張・立証すべきである）、といった主張が考えられる。

また、上述した大阪地判平成25年8月27日の事案でいえば、仮に判決が確定したとして、その後に被告が「しっくいHR」という名称で石灰を含有している製品（原告の特許権を侵害するものではないとする。）を販売した場合でも、判決の基準時においては「しっくいHR」については石

灰が含有されていないことが明らかであったのだから、当該販売行為が適法であることを被告側で主張・立証すべきものとしても、被告にとって酷ではないといえるであろう。

(注1) 中野貞一郎ほか『民事執行法』（青林書院、2016年）24頁

(注2) 前掲（注1）811頁参照

(注3) 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、1992年）29頁参照

(注4) 東京地方裁判所民事第21部「間接強制(通常事件)申立て Q&A」
<https://www.courts.go.jp/tokyo/vc-files/tokyo/file/20150401minji9-kansetsukyouseiQA.pdf> (2020年11月26日アクセス)

(注5) 条件成就執行文の付与を受けるためには、不作為義務違反を証する文書を提出する必要がある（民事執行法27条1項）。もしそうした文書を提出できない場合は、債権者は、執行文付与の訴えを提起することとなる（同法33条1項）。

(注6) 前掲（注1）815頁

(注7) 東京地方裁判所民事第21部「代替執行申立て Q&A」
<https://www.courts.go.jp/tokyo/vc-files/tokyo/file/20180725minji9-daitaisikkouQA.pdf> (令和2年11月26日アクセス)

(注8) 園部厚「書式 代替執行・間接強制・意思表示擬制の実務〔第5版〕」（民事法研究会、2011年）82頁

(注9) 松川充康「知的財産権に基づく差止めの強制執行と対象物件の特定のあり方」（判タ1400号66頁）参照

(注10) 三村量一「対象製品・対象方法の特定について」『知的財産法の理論と実務 2巻』49頁以下

(注11) 前掲（注1）821頁、同259頁。同262頁注6及び同825頁注13は、札幌高決昭和49年3月27日判時744号66頁（東鯔事件）の事案について

て、転換執行文の付与を受けることが考えられるとしている。

(注12) なお、本来であれば保全執行の場合についても検討をすべきであった。また、執行手続における具体的な不服申立手続との関係についても検討をすべきであった。いずれも本稿では検討ができなかったため、今後の課題とする。

(千葉 健太郎)

第五 廃棄請求の対象としての「半製品」について

一 はじめに

1 半製品の定義

特許法101条2項に基づき「半製品」の廃棄が請求される場合がある。

「半製品」の定義としては、一般的に、「構成要件をすべて充足するが、商品としては完成品でないもの」(注1)と定義される場合や、「未だ製品として完成に至っていないが、すでに構成要件を充足している物」(注2)などと定義される場合が多い。これらに該当する物が、廃棄の対象となる「侵害の行為を組成した物」(特許法100条2項)に該当することについて、特段異論は無いと思われる。

しかし、「半製品」について、このほかにも、「特許発明の構成要件のすべてを未だ満たしていない段階のもの」(注3)、「構成要件を充足してはいないが、他に用途がなく、いずれ充足することが明白な物」(注4)と定義される場合がある。このような「構成要件のすべてを未だ満たしていない」場合として、どのような範囲まで「半製品」に含まれるのか、必ずしも明確ではない。また、このような議論は、これまであまりな

されてこなかったように思われる。

2 半製品の特定の有無が争われた事例

このような「半製品」の定義・範囲の不明確さ故に、裁判上争われた事例は複数存在する。

「半製品」に関して争われたリーディングケースとしては、東京地裁昭和38年9月14日（昭和35年（ワ）第6935号）が挙げられる。

本件事案は、物品搬送装置の特許権に基づく差止請求と併せて、「半製品」の廃棄請求がなされたところ、請求の趣旨上単に「半製品」と記載されていたことから、このような記載で特定されているといえるかどうか（内容、数量、範囲を明示する必要があるかどうか）が争われた。

裁判所は、結論として、本件対象物件の性質、形状、構造および「第一項掲記の物件（完成品）およびその半製品」という表現と、請求の趣旨の合理的解釈とを総合考案すれば理解できるとして、「半製品」という特定であっても、「別紙第一目録記載の構造を備えてはいるが、物品搬送機そのものとして、実用に供しうる程度には完成されていないものであるものとして特定できる」として、抽象的に「半製品」と記載するだけであったとしても特定されていると判示した。

3 現在の実務

上記裁判例以降、今日まで、請求の趣旨における「半製品」の特定方法としては、「被告は、上記物件及びその半製品（別紙物件目録記載の構造を具備しているが、完成に至らないもの）を廃棄せよ。」といった記載方法によることが実務上一般的となっている^{（注5）}。

二 「半製品」についての課題認識

廃棄請求権は、侵害行為の再発防止等に有効ではあるが、他方であま

りに広範に認められると、被告に極めて重い負担を課することになるため、特許侵害訴訟においては、廃棄請求の範囲をめぐって争いが生じることがある^(注6)。なかでも、侵害行為によって、製造された製品の廃棄が命じられた場合、廃棄請求の対象に「半製品」を含めることができるか否かについて争いが生じる場合がある^(注7)。

この場合に、「半製品」の意味を広く解すると、製品の原材料や特許権侵害を構成しない部品までが含まれる恐れがある^(注8)。したがって、半製品の内容をある程度明確に、かつ限定することは、法的安定性、権利者と相手方との利害調整、強制執行上の執行対象の明確性の要請等から望ましい^(注9)とも考えられる。

このような「半製品」の範囲について限定して考えるべきといった指摘に加えて、近年、「半製品という特定では、過剰差し止めの恐れがある」^(注10)と過剰差し止めのリスクがある旨指摘する裁判例も現れている。

そこで、「半製品」という定義には、過剰差し止め（廃棄）が生じるリスクが内在しているのではないかという仮説を立てたうえで、「半製品」に関する学説や裁判例の調査・検討を行うことにした。「半製品」についてどのように捉えられるか、以下、検討する。

三 半製品に関する学説

半製品の範囲に関する学説上の議論としては、下記の表1のとおりである。

表 1

項番	論者	半製品の範囲	理由等
1	田村善之	転用不可能な段階にまで仕上げられたもの ^(注11) 。	侵害品以外に転用可能な場合にはその廃棄を認めることは行き過ぎである ^(注12) 。

2	宇井正一	間接侵害の組成物に相当する半製品に限定すべき ^(注13) 。	間接侵害の組成物以上に広く認めなければならない必要性はあまりない。 特定方法に困難な問題をはらむため安易に広げるのは妥当でない ^(注14) 。
3	森崎博之 岡田誠	間接侵害の組成物うち「その他の生産にのみ用いる物」(特許法101条1号、4号)に該当する範囲で限定 ^(注15) 。	広範に半製品の廃棄請求を認めるのは「その他の侵害の予防に必要な行為」として行き過ぎである。平成14年改正前から間接侵害が認められていた「その物の生産にのみ用いる物」に該当する範囲で限定すべきである ^(注16) 。
4	三山峻司 松村信夫	間接侵害の組成物のうち「発明の課題解決に必要不可欠な構成を含む程度に至っていること」(特許法101条2号、5号)を要する ^(注17) 。	発明の課題解決に必要不可欠な構成を含む程度に至っていることを要するとともに「半製品」の内容が主文その他の記載から相当程度具体的に特定できることが必要である ^(注18) 。
5	寒河江孝充	製品の要部 A、B、Cのうち少なくとも一つを構成するに至った部品 ^(注19) 。	イ号物件説明書に準じて、廃棄すべき半製品の具体的な説明書を添付すべきである ^(注20) 。

学説上は、「半製品」の範囲に関して、間接侵害の要件に準じた範囲で限定すべきという考え方が多い^(注21)。その中でも、大きく分けて、「のみ使用」(特許法101条1号、4号)に相当する場合に限定すべきという考え方と、「課題の解決に不可欠な構成を含む程度に至っている」場合(特許法101条2号、5号)に限定すべきとの考え方に分かれる。

四 半製品に関する裁判例

1 半製品の廃棄請求を棄却した事例の調査・検討

半製品の廃棄請求に関する裁判例は、数多く存在するが、認容事例

の多くにおいて、当事者間で争点となることはなく、また、判決においても、特段の理由も示されないまま認容されている事例が多い。

そこで、半製品について何らかの判断を示した事案を調査することで、半製品と半製品に至らない程度のもの（原材料等）との間を画する何らかの基準や考慮要素を抽出できるのではないかという仮説を立て、特許権に基づく差止請求が争われた事案の中でも、差止請求と完成品の廃棄請求を認容した一方で、半製品の廃棄請求のみ棄却した事案を調査することにした。その結果、下記表2のとおり、半製品の廃棄請求のみ棄却した事例として、8件確認できた。

表 2

項番	事件	被告製品	理由	分類
1	大阪地裁平成8年9月26日 平成6年（ワ）2090号	青果物の包装体に使用する複合フィルム製袋	構造が一つでも欠ければ間接侵害品（特許法101条1号）とは言えなくなるから。	A
2	東京地裁平成21年1月30日 平成20年（ワ）14530号	液晶表示装置	被告が韓国法人のサムスン電子から輸入したものであり、被告自ら製品を製造していることは認められず、各製品の半製品を占有しているとも認められない。	C
3	大阪地裁平成25年7月20日 平成20年（ワ）10819号	ホッパー装置及び同装置と材料供給装置とを組み合わせた製品	①イ号製品（特許法101条2号、5号）の半製品については、廃棄を認めない理由について言及なし②ロ号製品については、当該製品を構成するイ号製品及び材料供給装置はそれぞれ別個の製品として製造され、顧客の工場内で接続されて使用されるので被告は在庫を有していないと認められる。	A C

4	大阪地裁平成26年1月16日 平成24年(ワ)8071号	薬剤分包用ロールペーパー	①半製品とは、現に分包紙の巻き付け作業中のものしか想定できない。 ②第三者に委託して被告製品を製造しているため被告は半製品を保有していない。	C D
5	東京地裁平成30年7月20日 平成29年(ワ)3605号	車道に設置する視線誘導標に被せるカバー	被告製品が技術的範囲に属するか否かは、表示面記載の文字等の大小によることになることからすると、「半製品」という特定では過剰差止めのおそれがある。半製品の廃棄を認めるには足りない。	D
6	大阪地裁平成30年11月29日 平成28年(ワ)4356号	マッサージ用ローラーが設けられた「美容器」	被告製品の製造を海外に委託し完成品を輸入し国内で販売・譲渡している。製造のための金型等を所有管理しておらず「半製品」は国内に存在しない。	C
7	大阪地裁令和元年9月19日 平成29年(ワ)7576号	工事用スぺーサ	仮処分により製造が中止され、その後の侵害品の製造は認められず、事業も譲渡している。半製品を所持していると認めることはできない。	C
8	大阪地裁令和2年5月28日 平成30年(ワ)4851号	クランプ装置とバルブ	(完成品である間接侵害品(バルブ)について)他の適法な用途もあること、他の被告製品群と組み合わせることなく単独で取引され得る製品であることを鑑みれば、廃棄を認めるべき必要性は乏しい。	A B

2 半製品の廃棄請求を棄却した事例に共通する特徴

上記表2の裁判例8件について、廃棄が棄却された理由等の共通する特徴として、大まかに分けて以下A～Dの4つの特徴を挙げることができるように思われる(表2・「分類」参照)。

具体的には、

A：間接侵害品の半製品の廃棄請求については、認められない可能性が高い

B：他の用途に使用できるかどうか、独立して取引の対象となるかどうかを考慮している

C：被告が半製品を占有していない場合、廃棄請求は認容されない

D：半製品として具体的に何がこれに該当するか詳細に検討している事例は少ない

といった4つの特徴である。

これら4つの特徴（うち、半製品の範囲に直接関係する特徴としては、A、Bの2つに絞られる。）につき、以下詳述する。

（一）特徴Aについて

（1）表2の裁判例から読み取れる傾向

裁判例上、侵害品が原告の特許製品の間接侵害品である場合、当該間接侵害品の「半製品」の廃棄請求については、認められにくい傾向にある（表2・項番1、3、8の各裁判例参照）。

例えば、大阪地裁平成8年9月26日平成6年（ワ）2090号（表2・項番1の裁判例参照）は、原告の有する青果物の包装体に関する特許権に関して、被告が製造販売している複合フィルム製の袋が、青果物の包装体の「生産にのみ使用する物」にあたるかどうか（特許法101条1号）が争われた事案である。

裁判所は、半製品の廃棄請求について、『半製品』とは、何を指すのか不明確であるのみならず、被告物件は、その構造aないしeの一つでも欠如すればもはや本件特許権の間接侵害品とはいえない」という理由から、半製品の廃棄請求を棄却している。

これらの各裁判例を踏まえると、多くの学説と同様、裁判例上も、

「半製品」について限界を画する基準として、間接侵害の要件に準じて考えているものと推測される。

(2) 間接侵害品の「半製品」について、廃棄請求を認容した事例

他方で、間接侵害品の「半製品」の廃棄請求を認容した事例を調査したところ、該当事例として2件確認できた(下記表3・項番9、10の各裁判例参照)。

表 3

項番	事件	被告製品	事案の概要	結論
9	東京地裁平成6年7月29日平成元年(ワ)3743号	精米機	被告製品(精米機)が、精米方法の特許権の間接侵害(「方法の発明の実施にのみ使用される物」(特許法101条4号(※平成14年改正前2号))に当たるかどうか争われた事案。	被告製品について間接侵害を認定し、製造等の差止、同製品の半製品の廃棄請求も認容。
10	東京地裁平成28年3月28日平成26年(ワ)1690号	建築用パネル	被告製品(建築用パネル)が、原告の建築用パネルの特許(特許権1)の直接侵害及び「壁パネルの下端部の支持構造」の特許(特許権2)の間接侵害(「のみ使用」特許法101条1号)に当たるかどうか争われた事案。	被告製品について特許権1の直接侵害、特許権2の間接侵害を認め、特許権1の侵害について不法行為に基づく損害賠償請求、特許権2の侵害について、被告製品の輸入、使用、譲渡及び譲渡の申出の差止、被告製品及び半製品の廃棄請求も認容。

このように間接侵害品の「半製品」について判断が分かれている理由として、以下のように説明することが可能であるように思われる。

すなわち、裁判例9は他の裁判例(表2・項番1、3、8の各裁判例)とは異なり、方法の発明の特許に関する事案であるという点が特徴として

挙げられる^(注22)。また、裁判例10は、被告製品が直接侵害品であるとともに、同時に間接侵害品でもあったという事案の特徴があるため、単純に「間接侵害品」の範囲に準じて限界を画するのは難しい事案であったように思われる。

(二) 特徴Bについて

次の特徴として、半製品の廃棄請求の判断において、対象となる侵害品について、他の用途に使用できるかどうか、独立して取引の対象となるかどうかを考慮して、判断した裁判例がある。

(三) 特徴Cについて

また、特徴Cとして、半製品の範囲とは直接関係しないが、侵害品を直接製造していないなど、被告が半製品を占有していない場合には、廃棄請求は認められない。なお、半製品の廃棄請求が棄却された裁判例8件の中で、棄却の理由として最も多かった。

(四) 特徴Dについて

最後に、特徴Dとして、裁判例の傾向として、当該事案における半製品として何が該当するのか、裁判所が詳細に検討している例は少ないという点が指摘できる。

「半製品とは、現に分包紙の巻き付け作業中のものしか想定できない」として、半製品の具体例に言及している裁判例^(注23)もある。しかし、他の裁判例においては、そもそも、半製品の範囲が当事者間で争点となる場合が少ないといった点が影響しているのか^(注24)、「半製品」の廃棄請求を棄却するという判断をするにあたって、当該「半製品」に何が該当するのか具体的に検討された形跡がうかがえる事例は少ない。

五 検討

1 「半製品」はどのように捉えられるか

裁判例上、「半製品」の範囲は、間接侵害の要件に準じて捉えられているものと推測される。その他、発明の種類や、侵害品ないし半製品として想定される物について他の用途に使用できるかどうか、独立して取引の対象となるかどうか等を考慮しているものと思われる。

2 「半製品」はどのような方法で特定すべきか

このような「半製品」の特定方法について、従来の実務から発展して、具体的な議論がなされているとはいええない状況である。

そもそも、製品の特定方法については、対象製品の技術的構成を文章で説明した物件目録を用いていた従来の訴訟実務を変更し、現在では、対象製品の商品名、型式番号のみを記載した物件目録を用いることが主流となっている^(注25)。

このような流れの中で、廃棄請求については、差止請求の物件目録とは別に、廃棄請求をする目録を作成の上、被告が現に行っている型式番号などを記載することが望ましい^(注26)という指摘や、半製品については、商品名、型式番号などで特定することは実際上困難を伴うように思われる^(注27)ことから、半製品としての具体的な説明書をもって特定が必要という指摘^(注28)もある。

ただ、文言等による表現が困難となる可能性や、対象製品の製造が原告の立ち入れない被告の工場内で行われている場合には対象製品や対象方法の認識に困難を伴うことも予想されるため、従来の実務の運用以上に、「半製品」の対象について厳格な特定を求めることは難しいように思われる。

3 執行上の問題

半製品の廃棄請求の執行方法としては、廃棄請求の内容が作為を求めめるものであるから、判決を執行する手段としては、代替執行（民事執行法171条）のほか、債権者の選択により間接強制（民事執行法173条）を行うこともできる。

しかし、半製品の廃棄請求の執行において、實際上どのように行われているのかは明らかでない。

執行上の問題としては、商品、型式番号により製品が特定されているだけで、「半製品」について、執行官が現場で廃棄の対象かどうか明確に判断できるのかといった点が懸念される。とりわけ、汎用性のある製品の製造工程の過程における「半製品」の場合に問題が生じる可能性がある^(注29)と指摘されている。

(注1) 中山信弘・小泉直樹編『新・注解 特許法(中)〔第2版〕』1675頁(青林書院、2017年)

(注2) 特定侵害訴訟代理業務に関する能力担保研修テキスト3『特許権侵害訴訟の実務 上巻』240頁(特許庁、日本弁理士会、2018年)

(注3) 中山他・前掲(注1) 1678頁

(注4) 前掲(注2) 240頁

(注5) 前掲(注2) 240頁

(注6) 三山峻司他『実務解説 知的財産権訴訟〔第2版〕』497頁(法律文化社、2005年)

(注7) 三山他・前掲(注6) 497頁

(注8) 三山他・前掲(注6) 497頁

(注9) 寒河江孝充「半製品の廃棄請求権」『判例不正競争法－小野昌

延先生還暦記念』805頁（発明協会、1992年）

（注10） 東京地裁平成30年7月20日平成29年（ワ）3605号

（注11） 田村善之『特許法の理論』344頁（有斐閣、2010年）

（注12） 田村・前掲（注11）344頁

（注13） 宇井正一「特許侵害訴訟における主張立証上の諸問題」入山実編『工業所有権の基本的課題：原増司判事退官記念 上』628頁（有斐閣、1971年）。なお、間接侵害に関しては、平成14年改正前の議論である点に留意する必要がある。

（注14） 宇井・前掲（注13）628頁

（注15） 中山他・前掲（注1）1679頁

（注16） 中山他・前掲（注1）1679頁

（注17） 三山他・前掲（注6）497頁

（注18） 三山他・前掲（注6）497頁

（注19） 寒河江・前掲（注9）805、806頁

（注20） 寒河江・前掲（注9）805、806頁

（注21） 前掲（注1）1679頁によれば、表2の項番1、2、3の裁判例は同様の見解であると指摘されている。

（注22） 特許法100条2項の条文上、「侵害の行為を組成した物」には、物の発明や物を生産する方法の発明の場合がこれにあたる。他方、方法の発明の場合、侵害行為は、その方法を使用することのみであるので、物の廃棄は通常問題にならない。ただし、方法の発明や物を生産する方法の発明においては、その方法のために使用する物や製造装置は、「侵害の行為に供した設備」に該当するとして、除却請求の対象とするのが一般的であるとされている（大阪弁護士会知的財産委員会編『Q & A特許法』81頁（経済産業調査会、2018年））。このよ

うに適用される規定の違いが、影響している可能性も考えられる。

(注23) 大阪地裁平成26年1月16日平成24年(ワ)8071号

(注24) 当事者間で特に争いが無い背景として、特許法100条2項の廃棄請求(及び半製品の廃棄請求)それ自体の訴訟における比重が相対的に低いものと推測される。そもそも、特許法第100条2項の廃棄請求は、条文上、1項に付随して請求され、侵害の予防に必要な限度で認められる請求であって(実施部分が可分であるような場合、差し止めと廃棄の対象がずれる場合もある。)、また、差止と独立して、廃棄・除却のみ請求することは、条文の文言上、許されていない。このような構造上、1項に基づく差止請求の場合と比して、廃棄請求、とりわけ半製品の廃棄請求について、当事者間の関心及び主張立証上の比重は相対的に低くなりやすいと思われる。加えて、「半製品」の範囲が不明確であるという点も相まって、多くの場合には、半製品の廃棄請求は、付け足し的な位置付けにすぎないのではないかと推測される。なお、表2の裁判例8件のうち、上訴審も含め、半製品の廃棄が争点になっているのは1件(うち、廃棄請求自体が争点になったのは、3件)に過ぎなかった。

(注25) 高部真規子「対象製品・対象方法の特定」リーガル・プログレッシブ・シリーズ『知的財産関係訴訟』71頁(青林書院、2008年)

(注26) 牧野知彦「特許侵害訴訟における対象物件の特定についての一提案－型式番号による特定の問題点を踏まえて－」『牧野利秋先生傘寿記念論文集 知的財産権 法理と提言』96頁(青林書院、2013年)

(注27) 寒河江・前掲(注9)805、808頁

(注28) 寒河江・前掲(注9)805、808頁

(注29) 三山峻司「知財事件の強制執行についての実務ノート－間接強

第六 特許権侵害差止の仮処分命令の申立て（「保全の必要性」）

一 はじめに（テーマの選定理由）

特許権侵害に基づく差止請求事件では、本案訴訟の提起に先立ち、又は本案訴訟の提起と共に、差止請求権（特許法100条）を被保全権利とする仮処分命令の申立てが可能である。仮処分命令の申立ての利点としては、①本案訴訟に比べて申立費用が安いこと、②手続が非公開の審尋によって行われること、③本案訴訟よりも迅速な審理が期待できること^{（注1）}、④仮処分命令が発せられると債務者の製造販売を直ちに禁止できること^{（注2）}、などが挙げられ、特に④は大きな利点である。

他方、仮処分命令の申立を選択する際の注意点としては、⑤被保全権利以外に、保全の必要性の疎明が必要、⑥仮処分命令の発令には、一般的に債権者で担保の供託が必要、⑦仮処分命令が発令された後に、本案訴訟で敗訴が確定した場合、債務者から損害賠償請求（民法709条）を受けることがありえる^{（注3）}、などが挙げられる。

このうち⑤保全の必要性に関しては、債権者と債務者の双方の事業を総合的に考慮し、仮に債務者は特許侵害であるとの心証を形成できたとしても、保全の必要性を疎明できなければ、債権者の申立ては却下され債権者敗訴という帰結になる。このように、保全の必要性という要件において両当事者の事情を総合的に考慮し、仮に特許侵害であっても差止請

求権の行使を制限することがあり得、差止請求権の在り方を議論するうえで有益ではないかと考え^(注4)、本テーマを選定した。

二 保全の必要性の意義

差止の仮処分命令の申立ては、仮の地位を定める仮処分の一環であり、保全の必要性として「争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき」(民事保全法23条2項)が要件とされている。

この文言からは債権者の事情のみを考慮するように思えるが、仮の地位を定める仮処分によって債務者に直接与える影響の重大さに鑑み、一般的に仮処分命令が発令されないことによって債権者が被る侵害と、仮処分命令が発令されることによって債務者が被る損害とを比較考量し、当事者間の衡平を考慮して判断すると^(注5)、されている。

以下では、知的財産権(特許権、実用新案権、意匠権及び著作権など)に関する仮処分事件において判示された考慮要素を分析した。

三 保全の必要性の肯定的要素

1 特許権者の販路維持に支障をきたす場合

例えば、名古屋地判昭和47年5月12日・昭和46年(モ甲)第252号(意匠)は、債権者が多くの時間と費用をかけて育成した販売網を債務者が侵奪しつつある点を指摘し、また浦和地判昭和59年5月2日・昭和58年(ヨ)第258号(特許)は、債権者の主力商品の一つについて債務者が徐々に市場を侵蝕し、債務者の廉価販売により債権者も値下げを余儀なくされている点を指摘している。

この類型では他にも判例が多数存在し、特許権は排他的権利である

ところ、侵害を放置すれば権利を享有することができず、重要な肯定的要素となることには異論がないであろう。

2 特許権者の実施許諾に支障が生じる場合

例えば、東京地判昭和30年12月24日・昭和29年（ヨ）第9885号、同9886号（特許）は、債務者の権利侵害行為の続く限り、販売利益ないしは特許使用料を喪失する点を指摘し、また東京地判昭和34年6月23日・昭和33年（ヨ）第6958号（実用新案）は、侵害行為により実施料収入の減少していることに加えて、第三者に対し権利侵害行為を排除する義務を負担しているため、侵害行為を放置すれば第三者より損害の求償を受けるおそれがある点を指摘している。

この類型においては他にも判例が多数存在しており、重要な肯定的要素となっている。

3 債務者には代替手段が存在する場合

例えば、東京地判昭和43年6月5日・昭和42年（モ）第2928号（実用新案）は、債務者は侵害品を別の物にある程度代替可能であり、債務者が被る損害は比較的軽微な点を指摘し、また岐阜地裁多治見支部判昭和46年4月15日・昭和44年（ヨ）第53号（特許）は、債務者は別の方法を採用すれば事業継続できる点を指摘している。

その他の関連判例として、東京地決平成28年4月7日・平成28年（モ）第40004号（著作権）においては、権利濫用の抗弁の主張ではあるものの、本件雑誌（著作権判例百選第5版）の出版差止めの仮処分について、百余名執筆者の表現の自由を奪い、本件雑誌を用いた法学教育や法学研究への影響も深刻であると主張したところ、裁判所は「債務者が、潜在的読者のニーズに応えるために著作権法違反とならないような出版の仕方を工夫するなどして対処する余地があるといえる」点を否定理由の

一つとしており、結論として権利濫用の抗弁を否定した。この説示は保全の必要性において引用されている。

4 関連論点：債務者が、現在は侵害品を製造販売していなくとも、将来的に量産のおそれある場合

(一) 金沢地判平成4年1月23日・平成2年(ヨ)第139号(特許)においては、債務者が新規医薬品の製造承認を得ていたが、仮処分命令の申立ての時点で債務者が侵害品を製造販売してなかった場合において、債権者が保全の必要性の根拠とし主張した点を、債務者は特に争わず、裁判所はこれら事実に基づき保全の必要性を認めた。具体的には、①新規医薬品の開発には長年月と膨大な投資を必要とするところ、後発メーカーには開発費用の負担がないことから価格を切り下げて開発会社の市場を奪い、開発会社の価格切下げをも余儀なくさせ、開発会社は二重の意味で損害を被ること、②債務者の販売によって市場価格がいったん下がれば、その後にはいたって債務者の特許侵害行為が禁止されても市場価格を回復できないこと、③債務者としても、侵害製品の製造販売を開始してから禁止されることに比べて、投下資本の無駄がないこと、などの理由である。

この類型においては侵害予防請求権を被保全権利とし、現在では損害が発生していなくとも、現状を放置すると債権者に著しい損害が生じるおそれが相当程度疎明されれば、保全の必要性を満たすのであろう。

(二) また関連論点として、仮処分命令の申立て時点では債務者製品が製造販売されていたが、審理の途中で債務者が債務者製品の製造販売の中止を主張した場合にも、保全の必要性が問題となる。

この問題では、差止の本案訴訟において被告が被告製品の製造販

売の中止を主張した場合の判例が参考となる。例えば、被告が非侵害になるように仕様変更をした新製品を現に製造販売している事例などでは差止請求は認められていないが^(注6)、被告が構成要件充足性や特許の有効性を争い、被告製品についても単に製造販売を中止したと主張するにとどまる事例などでは、差止請求は認められている^(注7)。

仮処分においても同様に考えられ、債務者が単に製造販売を中止したと主張するだけでは、保全の必要性を否定するのに不十分であろう。

四 保全の必要性の否定的要素

1 特許庁において無効審決がなされた場合

従来、特許権が無効となる蓋然性が高い場合には、保全の必要性を否定する判例が見られたが^(注8)、現在ではいわゆる特許無効の抗弁（特許法104条の3）により被保全権利の問題として扱うことができる。最も、現在でも特許庁において無効審決がなされた場合などにおいて、保全の必要性の問題として扱われることもある^(注9)。

一例として事情変更による保全取消（民事保全法38条）の判例であるが、知財高決平成20年9月29日・平成19年（ラ）第10008号（特許）の事例は簡略化すると以下の経緯であった^(注10)。

- ① 平成18年7月25日、大阪地裁にて、仮処分命令が発令された。
- ② 平成19年1月5日、特許庁にて、債権者の特許権について無効審決がなされた。かかる無効審決に対して、審決取消訴訟が提起された。
- ③ 平成19年4月7日、大阪地裁が無効審決により保全の必要性に

ついて事後的に事情変更が生じたとして（民事保全法38条）、上記①の仮処分決定を取消した。かかる仮処分取消決定に対して、保全抗告（民事保全法41条）が申立てられた。

- ④ 知財高裁の同一裁判体において、上記②に対する審決取消訴訟と、上記③に対する保全抗告事件が、事実上並行審理となった。

その後、平成20年9月29日に知財高裁は、「特許権侵害禁止仮処分決定の後、同特許を無効とする審決があっても、その取消訴訟において同審決が取消しを免れない場合には、仮処分決定を取り消すべき事情変更があるとはいえないと解するのを相当とする。」として、上記③の仮処分取消決定を取消した。

2 特許権者自身は特許発明を実施せず、かつ、第三者にも実施許諾していない場合

例えば、名古屋地決昭和60年5月20日・昭和59年（ヨ）第318号（特許）は、債権者が被るべき損害は金銭的な損害に限られ、債務者は企業活動に重大な支障が生ずることが予想され回復し難い打撃を被るとし、比較考量すると保全の必要性を欠くとした。

この類型では、債務者の損害は事後的な金銭賠償で補填可能と思われる、債務者が被る不利益と比較考慮すると、「債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるため」には該当しないと判断されてもやむを得ない場合もあろう。

3 権利の残存期間が短い場合

大阪地決昭和59年9月20日・平成59年（モ）第2097号（実用新案）は、他にも理由をあげているが、権利の残存期間が短いことも保全の必要性を否定する理由の一つとした判例である^(注11)。

しかしながら、名古屋高金沢支決平成8年3月18日・平成8年（ラ）

第4号が、残存期間が8日であっても「回復しがたい損害を被るおそれがあると一応認められる。」と判断しており、残存期間の長短は決定的な要素ではない^(注12)。

4 債務者が被る損害が甚大の場合

前掲大阪地決昭和59年9月20日・平成59年(モ)第2097号(実用新案)は、債務者に倒産の恐れがあることを、保全の必要性を否定する理由の一つに挙げた。他にも、例えば過剰差止などの事案においては、債務者が甚大な損害を被ることが予想され、保全の必要性を否定する重要な要素になると解する。

すると、債務者が被る損害が甚大の場合には考慮できるのであれば、第三者が被る損害や一般的な公益に対する影響など考慮できるか否かが、関連論点として浮上する。

5 関連論点：第三者が被る損害や一般的な公益の扱いについて

(一) 東京地決平成2年2月16日・平成元年(モ)第7011号(実用新案)は、債務者以外の第三者に生ずる事情を原則としては考慮要素にできないが、債務者の被る異常損害の一事情として考慮の対象となる場合がありえるとしつつも、結論としては保全の必要性を肯定した^(注13)。

また前掲東京地決平成28年4月7日・平成28年(モ)第40004号(著作権)が、本件雑誌(著作権判例百選第5版)の出版差止めの仮処分について、債務者が「他方、本件雑誌の出版が差し止められることは、本件雑誌の編者4名の表現の自由を制限するのみならず、執筆者百余名の表現の自由を奪い、さらには、本件雑誌を用いた法学教育や法学研究への影響も学問の自由という観点から深刻であり、このように、極めて重大な不利益を債務者の関係者及び社会一般に及ぼす。」と主張したところ、裁判所は「本件における保全の必要性の有無を檢

討するに当たり、単純に1人の権利利益と100人以上の権利利益とを対置して衡量するのではなく、それらの権利利益が元来どのような関係にあるのかなどが勘案されなければならないところ、・・・執筆者等に不利益をもたらすこととなった原因やこれについての対処の在り方などを総合的に勘案すると、上記利益衡量により保全の必要性を否定することは困難である。」と判断しており、一応は考慮要素にしたようにも思えるが、結論としては保全の必要性を肯定した。

その他、民事保全法に関する基本書においては、本来私的利益の保護を目的とする仮処分制度において考慮することができないとしつつも、事案によっては、被保全権利の用途等と密接な関係があるときは考慮されてしかるべきとする指摘もあるが^(注14)、具体的な基準などは示されていない。

(二) かかるとおり、第三者が被る損害や一般的な公益などを考慮して、保全の必要性を否定した事例は存在しない。

しかし私見では、判例実務において債務者に直接与える影響の重大さに鑑みて条文に明記されていない債務者側の事情を考慮している以上、ここに第三者が被る損害や一般的な公益などを考慮して、条文解釈として成り立たないわけでないとする。例えば重要な医薬品などを禁止すると公益に対する影響が特に大きい場合には^(注15)、民事保全法23条2項「これを必要とするとき」で考慮できると解する。

五 最後に

上述した考慮要素を整理して示すと、次のとおりとなる。肯定的要素及び否定的要素のいずれも妥当であり、差止請求権の在り方として参考になろう。

表：保全の必要性の考慮要素

肯定的要素	否定的要素
①特許権者の販路維持に支障 ②特許権者の実施許諾に支障 ③債務者には代替手段が存在 ④債務者が現在実施してなくとも将来実施をし、それによって損害を被る可能性があれば、保全の必要性を肯定する。	⑤特許庁において無効審決 ⑥特許権者自身は特許発明を実施せず、かつ、第三者にも実施許諾せず ⑦（残存期間は重視されず） ⑧債務者が被る損害が甚大の場合（私見では、公益などを考慮要素にできると解する）

（注1）最も、本案訴訟に劣らず慎重に審理され、結果的に審理進行が本案訴訟と大差がない事例も多いように思われる。

（注2）差止の本案訴訟においては、特許権者たる原告が勝訴して差止判決に仮執行の宣言（民事訴訟法259条1項）が付されたとしても、被告が控訴し仮執行の宣言に対して執行停止の申立て（民事訴訟法403条1項2号）をすれば、被告で担保供託が必要なものの、少なくとも控訴審の審理中は仮執行の宣言の効力を停止できる。差止の仮処分においては、仮処分命令が発せられると、債務者が保全異議の申立て（民事保全法26条）をしても、保全異議の審理中は仮処分命令の効力を原則停止できない。

（注3）最判昭和43年12月24日民集22巻13号3428頁によれば、仮処分命令によって債務者が被った損害を賠償すべき義務あり、かつ、特段の事情のないかぎり債権者の過失が推認される。

（注4）特許侵害と保全の必要性に関する論説として、牧野利秋「特許侵害と仮処分－保全の必要性の検討－」民事保全講座第3巻518頁（1996年）、吉田和彦「知的財産権における仮処分・保全の必要性」判例タイムズ1062号59頁（2001年）、中村彰吾「特許・実用新案権民事仮処分における「保全の必要性」」パテント57巻10号37頁（2004年）、平

田直人「第3節 保全訴訟の要件事実の概観」大淵哲也・塚原朋一・熊倉禎男・三村量一・富岡英次編「【専門訴訟講座⑥】特許訴訟〔下巻〕」1075頁（2012年）、を参考にした。

（注5） 牧野・前掲（注4）526頁参照。また、知的財産権以外の事例であるが、最決平成16年8月30日民集58巻6号1763頁は債務者らの被る損害などを総合考慮している。

（注6） 東京地判例平成21年10月8日・平成19年（ワ）第3493号、東京地判例平成24年5月23日・平成22年（ワ）第26431号など。

（注7） 東京地判例平成28年3月29日・平成26年（ワ）第14006号、知財高判平成28年9月29日・平成28年（ネ）第10039号など。

（注8） 牧野・前掲（注4）537頁参照。

（注9） 平田・前掲（注4）1081頁によれば、特許権の無効事由はほとんどが被保全権利の問題として処理されるが、「無効事由の高度な疎明には時間を要するが、その蓋然性までは疎明できるような事案については、保全の必要性の問題として扱われる可能性もある。」としている。

（注10） 実際の事件では、途中で旧特許法181条2項の取消決定を挟むなど、経緯が複雑であった。同事件の判例評釈は、久世勝之「無効審決と保全の必要性の事情変更—体液漏出防止剤事件」三山峻司先生＝松村信夫先生還暦記念刊行会編「最新知的財産判例集：未評釈判例を中心として」144頁（2011年）が詳しい。

（注11） 特定侵害訴訟代理業務に関する能力担保研修テキスト3「特定侵害訴訟の実務 上巻（総論・特許）」399頁（2020年）によれば、権利の残存期間が短い場合には、保全の必要性が認められない可能性がある」と指摘する。

- (注12) 牧野・前掲(注4) 532頁によれば、むしろ、満了に近い時期に侵害行為が開始された場合には、本案訴訟における差止請求権の行使が残存期間満了前に実効を上げることができず、事実上残存期間が短縮される結果になることから、必要性を認める裁判例が有力とする。
- (注13) 仮処分の対象製品が公共工事に使用されていた側溝であったので、差止による公共工事への影響が問題となったが、裁判所は他社製の門型側溝が納入され、あるいは設計変更品への切り替えが認められて、公共工事実施につき重大な支障が生ずることを認めるに足りる疎明があるとはいえないと、判断した。
- (注14) 丹野達「民事保全手続の実務」481頁(1999年)。但し、公益的損害を、債権者が被る損害として考慮して、保全の必要性の肯定的要素とする場合の指摘である。
- (注15) 知財高判令和1年10月30日・平成31年(ネ)第10014号が、権利濫用の抗弁の主張に対して「そして、医薬品の分野においては、公共の利益の観点から差止請求権を制限すべき場合もあり得ると解されるものの、具体的な事実を立証することなく、単に患者にとって選択可能なオプションが存在する方が望ましいとの理由により、侵害品の生産、譲渡等の差止請求が許されないと解することはできない。」と判示しており、参考になる。

(齋藤 誠二郎)

国内及び海外からの撤退と留意点

倒産法部

* 目 次

一	はじめに	273	(五) サプライチェーンの拠点交代に関する留意点	288
二	国内における撤退	273	2 海外子会社での不正	289
1	撤退に関する判断	273	(一) 不正の生じるメカニズム	289
2	撤退の方法	275	(二) 不正調査	290
(一)	事業売却	275	(三) 公権力への相談	291
(二)	事業閉鎖	278	3 不正に対する責任追及	292
三	海外における撤退	282	(一) 子会社たる海外企業の役員(以下単に「海外役員」という)に対する責任追及	292
1	撤退に関する一般的手法(海外と国内の違い)	282	(二) 日本の役員に対する責任追及	293
(一)	倒産法制度の違い	282	(三) 経営者の海外資産からの回収	295
(二)	持分譲渡又は清算手続の利用	283	四 小括	297
(三)	労働問題への留意点	286		
(四)	債権者対応について	287		

一 始めに

近年、経済環境の変化、企業不祥事、COVID-19及び同ウイルスにより顕在化したその他のリスクを鑑みると企業としては今後国内・国外（海外）撤退を検討すべき場合もあろう。

ここで大事なことは、国外撤退は難しい問題を多くはらむが、それは国内撤退の応用問題でもあるということである。すなわち、国内撤退は日本の倒産法に関する知識だけではなく、会社法・労働法といった諸々の法令・論点を幅広く検討・活用する必要がある。

そして当然のことながら、かかる論点は国外撤退においても共通する重要な問題でもある。その意味では、国外撤退の論点は（原則形態であるところの）国内撤退を踏まえてから論ずることが分かりやすい。

また、撤退に関する法的問題は国内・国外撤退の術だけではなく、当該撤退につき誰かに帰責性があるのであれば、その原因解明及び責任追及も不可欠である。

そこで以下、国内撤退・国外撤退・責任追及の順で論じていくこととする。

二 国内における撤退

1 撤退に関する判断

まず、撤退を行う場合としては、国内部門の撤退であろうと海外部門の撤退であろうと誰かが判断することによって始まるが、そもそもこの問題は、誰がどのように判断するのであろうか。結論からいえば、撤退対象の事業が赤字かどうか・キャッシュフローは廻るかどうか・債務超過かどうか・将来性の有無・ノンコアかどうか等を基準に、経営陣が経営判断として行うのが原則である。従って、この問題は会社法上

の善管注意義務の問題、すなわち経営判断原則の問題である。

経営判断原則については既に多くの論考が存在することから、改めて論じることはせず、ここでは撤退に関する善管注意義務違反(裁判実務上は赤字部門を撤退しなかった場合の役員における善管注意義務違反の有無という形で争われることが多い)が問題となった判例から見ていくこととする。

まず、高知地裁平成26年9月10日判決(金融・商事判例1452号42頁)は「当該企業の業種態様、損益や資金繰りの状況、赤字解消や債務の返済の見込みなどを総合的に考慮判断し、事業の継続又は整理によるメリットとデメリットを慎重に比較検討し、企業経営者としての専門的、予測的、政策的な総合判断を行うことが要求される」(結論、善管注意義務違反無し)としている。

また名古屋地裁平成29年2月10日判決(金融・商事判例1525号50頁)も「ある事業部門で赤字が続いていたとしても、当該事業から撤退しないことが直ちに取締役の善管注意義務違反になるものではなく、当該事業が好転する可能性の有無及び程度、当該事業の会社における位置付けや事業全体に占める割合、当該事業から撤退することによって他の事業に及ぼす影響その他当該事業を撤退することによるメリット及びデメリットを考慮して、当該事業を継続するという判断に不合理な点があったか否かを検討して、善管注意義務違反の有無を決するのが相当である。」(結論、善管注意義務違反無し)としている。

このように撤退に関する判断は、対象事業の採算性のみならず、レピュテーション等その他の要素(具体的には後述する金融機関・地元経済・従業員との関係等も重要な要素である)も広く考慮することが許されていると解される。

他方で近時は、経済産業省が公表している「事業再編実務指針」にも留意が必要である。同実務指針（事業再編ガイドライン）においては、強靱な企業体となるための事業ポートフォリオの組換えを含めた構造改革に踏み込むため、ポートフォリオ上の価値創出への貢献が明らかでない事業については自社がベストオーナーかどうかを早期に見極めることを提唱する。その上で、ベストオーナーとは、当該事業をコア事業として位置付けて成長投資を行う意思、経営資源を保有したり、当該事業から付加価値を創出する能力が他者に比べて高いこと等をあげている点¹が参考になる。

もっとも、善管注意義務の有無に関する判決の判断基準（事後判断）と行政の示す（ベストプラクティスを目指す）ガイドライン（事前判断）では、必然的に重視する内容が異なり得ると思われる。

2 撤退の方法

（一）事業売却

（1）総論

次に、撤退を行う（或いは検討する）としてもどのように撤退を行うのか、具体的には当該法人を清算するのか、それとも事業を売却するのか（株式譲渡の場合もあれば会社分割・事業譲渡の場合もあろう）が問題となる。事業を継続している企業は、一般的に清算手続を利用することを回避しようとする傾向にある。これは、①金融機関との関係もさることながら、②レピュテーションの問題、③地元経済への影響、④労働問題への配慮等が原因となっているように思われる。

そのため、事業を継続している企業においては、これらへの影響を考慮して、まずは事業売却を検討することが多い。ここで大

事なことは、事業売却自体は、M&Aの一般論が原則として適用されるが、撤退案件特有の状況にも留意が必要であるということである。

具体的には、①表明保証違反の補償額及び補償期間の問題、②表明保証と判例の整理、③キーマン条項や不問責条項、④労働法違反、⑤不適切会計、⑥収益改善の目処、⑦セラーズDDとコスト削減の要請等が問題となり得る。

(2) 補償額及び補償機関の問題

現在のM&Aにおいては「適切なリスクの分配」を表明保証においてカバーし、表明保証違反があった場合には補償によって調整するという運用が慣行となっている。しかしながら当然のことだが、撤退を検討している売主からすればレガシーが何時までも解決しないのであれば、事業の撤退という目的と相反する。そこで通常は①補償額を一定の範囲に限定し、且つ②補償期間も比較的短期とする傾向にある（もっともそれは結果として「価格の引き下げ」によって買い手はリスクを吸収することになる）。

なお、この問題と関係する論点としては、表明保証違反があった場合に悪意・有過失の買主が補償責任を追及できるかという問題が判例上存在する。著名なものとして東京地裁平成18年1月17日判決（詳細については、森倫洋「アルコ事件」別冊金融・商事判例「M&A判例の分析と展開」196頁参照のこと）は、「原告が被告らが本件表明保証を行った事項に関して違反していることについて善意であることが原告の重大な過失に基づくと認められる場合には、公平の見地に照らし、悪意の場合と同視し、被告らは本件表明保証責任を免れると解する余地があるというべきである。」（結

論、補償請求は肯定)と判示している。

(3) 不問責条項、労働法違反、不適切会計等について

現実問題として、撤退を検討する法人においてはコンプライアンス違反が生じている場合が少なくない。そのため、売主・買主共に当該違反をどのようにリスクヘッジするかが問題となる。

まず、売主としては「(売却時の)経営陣の違反行為を買収後に買主が責任追及しない」旨の条項を設けることが多い。これに対して、買主としては「当該経営陣に故意又は重過失がある場合を除く」とコメントすることが多い。落とし所としては当該やり取りが穏当と思われるが、理論的には株主からの責任追及との関係等にも留意が必要である²。

次に、労務問題と適切会計は近時、非常によく問題となる論点である。

このうち、労働問題としては、未払残業問題、有期社員の無期転換権(労働契約法18条)、労働組合との争議問題がよく問題となる。

未払残業問題は要するに簿外債務であるが、理論値を全額計上することは必ずしも現実的とはいえないこともある。そのため、合理的な範囲の金額を価格から控除した上で、当該金額を超過した部分を特別補償として調整するのが一つの現実的な対応であろう。

これに対し、無期転換権の問題は本来補償による解決が望ましいとはいえない。一つの対応方法としては、譲渡代金の支払方法をアーンアウト方式(譲渡対価の一部後払方式)にするか、或いは無期転換権発生前の段階で、雇用の延長を差し控える等の取り決めを行うことが考えられるが、雇用に関する事項だけに悩ましい問題でもある。

最後の労働組合との争議は、争議の行方によって結論（簿外債務金額）が異なるが、そもそも支配権が移転したあとであれば、買主側にリスクが移転してくる問題がある。その一方で、労働組合との協議の継続性も重要となるので、売主側に継続協力義務を負わせるかどうか問題となる。

また不適切会計も非常に悩ましい問題である。株式譲渡の場合には不適切会計に伴うリスクが買主に移転しうることになるので、売主に追加損失の補填等を要求し、当該補填等が困難であれば、事業譲渡や会社分割のようにチェリーピックのできる方法を検討することになる³。

（４）売主側のその他の対応

更に、近時は、売主側で予めセラーズ DD を行うことも見受けられる。これは、撤退事業を手仕舞いしたい売主側としては入札環境を構築することで、相対的に高値を維持したい一方、多くの買主候補から DD を受けることは売手側の負担も大きいため、当該負担を軽減する観点からセラーズ DD を行うケースである。また従前はセラーズ DD では詳細な監査を行わないこともあったが、そのようなセラーズ DD では結局、買主候補側の DD の手間を軽減することにならず、無意味なため、最近は比較的詳細なセラーズ DD の結果が報告されることもある⁴。

なお買主候補側の DD インタビューとも関連するが、どのような方策を講じれば、撤退対象事業の再建につながるかも問われることもあるので、売主側としてはある程度の再建策を検討しておくべき場合も少なくない。

（二）事業閉鎖

(1) 総論

さて、以上の検討にもかかわらず、撤退事業の売却が困難な場合、会社としては法人又は部門の閉鎖を行わざるを得ないが、日本においては周知のとおり、労働法上の規制をどう乗り越えるかという問題が存在する。

労働法的な観点からは、労務費削減の手法として、①非正規労働者の更新を止めること（もっとも最近では非正規労働者救済の外部労組の活動も活発的であるが、他方で興味深い判断も出されているところである⁵）、②早期退職制度の利用、③就業規則の不利益変更による労務費の削減、④配置転換、⑤整理解雇等のメニューが代表的である⁶。

このうち、撤退との関係で特に大事なことは整理解雇の法理と配置転換の法理である。

整理解雇の法理は周知のとおり、人員削減の必要性、解雇回避努力義務の履践、被解雇者選定の妥当性、手続の妥当性（誠実交渉義務）といった4要素（要件）を総合考慮して解雇の有効性が判断されることになる。この中でも、第2要素たる解雇回避努力義務は撤退との関係で重要な要素といえる⁷。

特に①撤退事業が独立した法人を構成しているのであれば、撤退＝整理解雇となるが（厳密には別会社への転籍等も考慮要素となるが）、②撤退事業が法人の一部門に過ぎない場合には、配置転換を検討したかどうか重要なポイントとなる。

(2) 配置転換と近時の状況

この点、著名な東亜ペイント事件判決（最高裁昭和61年7月14日、労働判例477号6頁以下・別冊Jurist230号労働判例百選〔第9版〕

126頁)は「使用者は業務上の必要に応じ、その裁量により労働者の勤務場所を決定することができるものというべきであるが、転勤、特に転居を伴う転勤は、一般に、労働者の生活関係に少なからぬ影響を与えずにはおかないから、使用者の転勤命令権は無制約に行使することができるものではなく、これを濫用することの許されないことはいうまでもないところ、当該転勤命令につき業務上の必要性が存しない場合又は業務上の必要性が存する場合であっても、当該転勤命令が他の不当な動機・目的をもってなされたものであるとき若しくは労働者に対し通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるものであるとき等、特段の事情の存する場合でない限りは、当該転勤命令は権利の濫用になるものではないというべきである。右の業務上の必要性についても、当該転勤先への異動が余人をもっては容易に替え難いといった高度の必要性に限定することは相当でなく、労働力の適正配置、業務の能率増進、労働者の能力開発、勤務意欲の高揚、業務運営の円滑化など企業の合理的運営に寄与する点が認められる限りは、業務上の必要性の存在を肯定すべきである」(結論、配転命令は有効)と決定している。この判例法理は、転勤命令が許容されている業種については、配転は原則適法であり(第一判断)、特段の事情が存在する場合に限り権利の濫用に該当する(第二判断)、という構成になっている(なおコロナ下における配転等については、中山達夫「配転・出向・転籍」ビジネス法務2020年10月号61頁以下参照のこと)。

もっともここで留意が必要なのは①労働事件の終結までは比較的時間を要するところ(現に東亜ペイント事件は提訴から最高裁の

判断まで9年余りの時間を要している)、COVID-19等の関係では素早い判断が必要となるため、企業としてはそのギャップをリスクとして織り込んでおく必要があるということである。

また企業としては、事業サイクルの早い現代社会において、その判断の適法性を確保するまで数年もの歳月を費やすことが困難な場合もあろう。そもそも日本の裁判においては「終身雇用制」からくる労働者保護の要請が強いが、日本経済全体が右肩上がりではなく、個々の企業運営においても迅速性が要求されることを今後は労働裁判の中でも強く(且つ説得的に)主張していくべきであろう。

この点、菅野和夫著『労働法』第12版(弘文堂)によると、①労働力の調達に際し転職市場を利用している企業においては整理解雇の判断に際しても雇用・処遇の仕組みの違いを考慮に入れる必要がある(799頁)、また②配転命令の前提となる職種限定の合意の有無(限定の合意が否定されると配置転換の必要性が増すので解雇が認められにくいことになる)に関しても、雇用システムの違いによっては職種限定の合意が認められやすい(第一判断の拡張)ことになるとし(前掲菅野730頁)、参考になる。

また③従前は別居や長期通勤は病気や介護等の事情がない限り、転勤命令の権利濫用には該当しないと解されてきたが、(i)ワークライフバランスの社会的要請の高まりと共に、修正の可能性(第二判断の拡張)が指摘されている(前掲菅野732頁)と共に、(ii)職種によってはリモートワークの導入により、「配置転換の法理」に基づく適法性が限定的に解されるリスクがある(第二判断の拡張)と指摘されている点にも留意が必要である。

なお、以上の様な諸策を講じても、資金的に又は時間的猶予がない場合には、企業としては破産手続等の法的倒産手続を検討することになる。

三 海外における撤退

1 撤退に関する一般的手法(海外と国内の違い)

さて近時は多くの企業が海外展開を行っているものの海外の状況によつては撤退も検討せざるを得ない場合が考えられるが海外撤退は国内撤退とどのように異なるのであろうか。

(一) 倒産法制度の違い

まず最大の違いは、法制度、特に倒産法制度の違いである。

日本は破産、民事再生、会社更生、特別清算と手続のラインナップが揃っており、運用も比較的明確であるが、このような状況は非常に珍しいことでもある(ちなみに日本の倒産法制度は世界銀行が発表している「Doing Business」でも評価が高い⁸⁾。

これに対して、海外においては、法的倒産手続のラインナップが揃っていないこともあるし、そもそも運用が定まっていないことも珍しくない(例えば台湾では2014年にウインテックという会社が重整手続(日本でいう会社更生手続)を申し立てたが、久しぶりの申立のため、現地の弁護士に聞いても詳細な手続・運用は固まっていないとの回答であった)。その意味では海外において法的倒産制度は使い勝手がよいとは限らない(チャプター 11の運用例が豊富な米国はむしろ例外的な存在である)。

また関連法令も日本とは異なる感覚が必要なことも少なくない。例えば、日本では間接有限責任(会社法104条)は(法人格否認の法理等

の例外的場面を除いて) 比較的貫徹されている。

しかしながら中国の会社法では明文で株主に責任が及ぶ可能性が規定されている(中国会社法20条(株主の権利濫用の禁止)、21条(支配株主等の地位濫用の禁止))。

そればかりか、労働者保護に関しても手厚い法制度が存在する。例えば、中国では労働者の給与や経済補償金(労働契約法46条参照のこと「下記の状況のいずれかがある場合、使用者は労働者に経済補償を支給しなければならない。」)が未払の状況では(行政当局が承認せず)そもそも解散手続が開始しない場合が多い。また、一定の場合には従業員の未払行為が犯罪の構成要件に該当する(中国刑法276条の1⁹)。

その意味では海外の場合、日本以上に法的倒産手続を回避するスキームを構築すべき場合がある点¹⁰に留意が必要である。

従って、この点を看過して、撤退計画を構築すると結果として頓挫するケースもまま見受けられる。

他方で、①断固とした決断(後述するような善管注意義務上の懸念点への対策を講じ)と事前の従前の準備(国内でもそうであるが、海外では特に信頼できる専門家を探し出すことが何よりも肝心である)によって法的手続の申立を敢行するケースも近時は存在するし¹¹、②次に述べるような持分譲渡又は円滑な清算手続を実施する時間的資金的余裕がない場合にはやむを得ず法的倒産手続を申し立てる場合がある¹²。

(二) 持分譲渡又は清算手続の利用

そのため、海外からの撤退に際しては、一般的には会社の持分を譲渡するか、通常清算手続を利用することが多い。

もっとも海外での譲渡持分に際しても幾つかの点に留意する必要

がある。

第一に、国内の株式譲渡と同様であるが、売主がどこまで表明保証できるか、どこまで表明保証違反に関する補償を受け入れられるかという問題が存在する。勿論、売主側としてはリスクを出来るだけ極小化したいが、他方ではそのような状況で買主候補を見つけることは困難な場合が多く、そもそも売主側のバーゲニングパワーも弱いことが多い。

そこで現実的にはある程度価格をディスカウントすることで買主との折り合いを付けることが多いし、買主の懸念点はクロージング迄に解消するよう努力することが多い（但しそれまでの資金繰り支援については後述と同様の問題が存在する）。

第二に、日本の経営陣が撤退を判断する場合には、現地においてこれまでは問題にならなかった事態が発覚することも少なくない。例えば、現地で雇用していた労働者は、今後の雇用が継続されなくなった以上、経営陣に義理立てすることもなく、また腹いせの感覚もあり、当局に対してコンプライアンス違反を通告するケースも少なくない。¹³

また、経営陣が交代するのであれば、今後は徴収できる税金が減ることを警戒した税務当局が、最後のチャンスとして立ち入り調査等に入るケースも存在する。¹⁴

更に近時はコロナの影響もあり、そもそも持分譲渡の相手方を探すことが難しいケースも出て来ている。

そこでその場合には、経営陣としては、持分譲渡の代わりに通常清算を検討することになり、この場合、清算の実現に必要な費用（前述したように労務問題を回避するために労務費用等を準備する必要性が高い国もある）を親会社から調達することになる。

しかしながらその際、返済されないリスクのある支援金¹⁵を拠出することになる親会社において善管注意義務違反の問題が発生しないかが問題となる¹⁶。

この点に関しても参考になる判例が存在する。東京地裁平成17年3月3日判決（判例タイムズ1256号179頁）は、国内の清算段階にある関連会社に支援金を支出した事件であるが、「当該企業と支援を必要とする関連会社との関係、支援を受ける関連会社が支援を必要とするに至った原因、支援を行う企業と支援を必要とする関連会社が置かれている状況、支援を行う企業の経済状況を総合的に判断し、支援することにより失われる損失と支援しないことにより失われる損失を慎重に比較検討」するとした上で、認定段階では支援金の支出の必要性、支援金の支出の合理性、支援を行う企業の経営状況、支援金の支出に代わる代替策の有無、を総合考慮している（結論、善管注意義務違反無し¹⁷）。

またその上級審である東京高裁平成17年9月13日判決も「上記のような支援を行うか否か、行うとしてその時期や支援の規模・内容をどうするかについては、種々の状況を総合的に検討し、支援することにより失われる損失と支援しないことにより失われる損失とを比較検討し、企業経営者としての専門的、予測的、政策的な総合判断を行うことが要求されるというべきである。特に、本件のような清算段階にある関連会社に対する支援については、当該関連会社の再建による損失回避の可能性を考慮することはできないため、支援を行う企業にとって、支援により回避される損失の内容については、より慎重に比較検討をすべきことが要請されている」と判示している。

なおこの問題に関連し、中国特有の問題として「投注差」という概

18
念がある。これは外国から調達した資金を中国国内に還流する目的から、親子ローンは一定の範囲に限定され、当該範囲を超過する支援金額は増資によって行わなければならないという制度である。そこで日本の親会社としては、ローン以上にリスクの高い増資資金を(清算検討段階で)捻出しなければならないというジレンマに陥る。

またこれと関連して、中国子会社宛貸付金を保全したい金融機関としては、²⁰当該貸付金を保証している日本の親会社に対して新規貸付を行い親会社が増資資金を拠出し、当該増資資金で中国子会社が返済を行う例もあるので注意が必要である。

(三) 労働問題への留意点

次に清算費用の確保に目処が付いたとしても、海外子会社としてはどのように労働者と協議を行うかという問題がある。

基本的には企業と労働者との間で膝詰めの協議が必要とされることは多くの国で見られる光景だが、²¹海外では日本よりも粘り強く荒っぽい労働者も存在するのが実情である。

従って一つの方法としては、現地の代理人同席の下、会社の意向を理解する労働者とそうでない労働者に振り分け、理解しない労働者には再度の協議や提案を行う等の方法が考えられる。

しかしながら近時は(日本でも同様だが)、交渉状況がSNS等で伝播するリスク(例えば、粘った方が退職金等を多く貰える旨の情報が流布する等)をよく理解しておく必要があり、場合によっては炎上に至るリスク(例えば、メディアで取り上げられたり、先に退職を決意した従業員が反旗を翻す等)もある点に留意が必要である。

そのため今日において、交渉順序・交渉方法の検討は当然のこと、それ以上にネットやSNS対策或いは現実世界での非常事態への対処

方法（例えば、緊急時の帰還方法の準備等）も検討が必要な場合がある。

なお、労務問題に対する清算費用の計上に関しては、国内の金融機関から「そこまで必要なのか」との質問が寄せられることがある。その場合には、各国の法制度及び運用の説明（既に述べてきた未払給与・経済補償金が存在しては円滑な清算が望めないこと、海外での労働争議には日本以上の労力が必要であること等）並びに当該金融機関の国際部門（当然のことであるが国際部門にはその点に関する知見が存在するため、債務者サイドの説明のみならず、金融機関内部からの説明が公平性の観点から有用なことも少なくない）からのサポートが必要となることもある。

（四）債権者対応について

周知のとおり、日本においては（中小企業再生支援協議会のように）制度化された私的整理手続はある程度根付いているが、海外においては根付いていない国も多い。従って、このような国の債権者に対して私的整理手続への協力を求めることはハードルが高く、ましてや債権放棄を求めることは相当ハードルが高い。²²

そこで、海外の金融債権者に対する弁済原資を親会社等から調達できるかは検討すべき第一のポイントである。しかしながら、親会社等の状況によっては、①労働債権への資金協力はさておき、②海外金融債権者（取引債権は信用維持の観点から弁済することが多い）²³に対する弁済原資まで協力できるとは限らない。²⁴

従ってかかる協力が困難な場合には、海外子会社としては労務問題を早期に解決すると共に、海外金融債権者に対してどのように対峙するかを検討せざるを得ない。その際に大事なことは、海外金融債権者に対して私的整理への協力を求めた場合には、逆に債権者が

子会社に対して個別権利行使（具体的には差押えや相殺等が問題となる）を行う可能性があるということである²⁵。そのため、子会社としては（当該個別権利行使を逃れて）当面の軍資金たる手元現預金を如何に確保しておくかということが第二のポイントとなる。

仮に、第一・第二のポイントをクリアして、海外金融債権者と対峙するにあたっては、海外金融債権者の顔ぶれ・性格をよく把握・理解した上で、協議に臨む必要がある。例えば、欧米系の債権者であれば、比較的倒産手続に慣れている可能性が高く、合理的な撤退計画を提示すれば、とりあえずは検討してくれるケースもある。しかしながら、検討するかどうかは計画が合理的かどうかによるので、①例えば信頼できる公認会計士等によるデューデリジェンスを経ているか²⁷、②ディープ・ロックの法理等に鑑みて親会社責任は適切に果たされているか、等の点を巡って交渉がなされる。他方、非欧米系の債権者の場合は私的整理手続に対する理解が浅く、最終的には協力が得られない状態に陥ることも考えられる。

従って、子会社としてはかかる海外金融債権者との交渉を踏まえて、私的整理手続を続行するか、それとも法的倒産手続を申し立てるかどうかの最終判断を行うことが第三のポイントとなる。

(五) サプライチェーンの拠点交代に関する留意点

更にサプライチェーンの拠点交代にあたっては別途の考慮要素も必要である。具体的には①各地域の安全性・インフラ・労働力等の比較、②将来に亘る人件費等コストの比較、③（工場を移転する事などが）当該国又は周辺国の市場に与えるインパクト、④移転等を行った場合に供給責任を果たせるか、⑤過去の製造物責任への対応、⑥次の障害が発生する蓋然性、⑦当該障害が発生した場合のサプライチェーン

へのダメージの予測等を考慮する必要がある。

まず、既に述べたとおり、各国の治安は状況が大きく異なり、その事は近時の報道を見れば先進国でも同様である。また多くの企業は安い人件費を求めて海外に展開してきたが、当然に人件費は各国の経済発展と共に向上するリスクがある²⁹。

次に、拠点を移転することは現地住民の反発を買い、結果としてマーケットでの信認を失う可能性もある。また、サプライチェーンにおいては納入先に安定的に商品を提供できるかは重要なポイントである。特に供給拠点を移転した場合には、国民性、治安の安定性、交通状況によっては従前と同様の供給が行えない可能性もある³⁰。供給拠点を変えても既に納品・販売済みの商品に対する瑕疵担保責任・アフターケアにどのように対応するかという問題がある。更に多大な苦勞をかけて移転しても、次の拠点先で新たな障害に出会う可能性がある。勿論、どのような障害が現実化するかは予測不可能であるが、起こり得る障害をリストアップし、それへの対応策と費用対効果を踏まえて、移転の可否を決定することになろう。

なお、実際に今回のコロナ禍でサプライチェーンの拠点を交代した企業もあれば、交代の報道に対して地元メディアが過剰に反応するケースも見受けられ、ここでも住民感情及びメディア対応の重要性が再認識させられる³¹。

2 海外子会社での不正

(一) 不正の生じるメカニズム

更に近時は海外子会社での不正も目立つところである。例えば2019年12月3日の日本経済新聞の記事によると、①日本の上場企業で会計・経理の不祥事が増えていること、②2019年は11月末までに64社

が開示しこれまで最多だった2016年を上回ったこと、及び③全体の約3割に相当する18社が海外で不正が発生したこと、が報じられている。また、2021年3月7日の日本経済新聞の記事によると、2020年の上場企業の不正会計は、60件とのことである。

このように海外での不祥事が発生する原因は、場所的に遠隔地であるが故に親会社のコントロールが効きにくいこともあれば、前述したように労働者の忠誠心・慣習も国内とは大きく異なるからである。

一般的に不正は機会・動機・正当化根拠から起きると言われる。³²これを当てはめてみると、監視が行き届かないというのは不正の機会を生み、より良い生活・金銭を求めたい気持ちは動機を生み、日本本社は現地の苦勞を分かっていないのに良い暮らしをしているということは正当化根拠を生むリスクがあるということである。従って平時においては、各企業においてそのような三要素を生まない体制をどのように構築するかが重要となる。³³

(二) 不正調査

またこのような不正が起きた場合には、企業において不正調査とそれに基づく責任追及の検討も当然に必要である。何故ならば、不祥事をなし崩し的に処理することは社内のモラルが低下するばかりか、ステークホルダーの理解も得られにくいからである。

但しここで大事なことは、社内調査というものは強制力がないということである。社内調査は公権力による捜査と異なり、あくまでも任意の協力に基づくものに過ぎず、最終的には懲戒解雇・損害賠償・告訴を行えるという制裁を裏付けとして行うものであり、逆に場合によっては反発した従業員が当局に別のコンプライアンス違反をもって駆け込むリスクもある。³⁴

現実の事案としては、現地の売掛債権が不良債権化しており、当該契約を裏付けるエビデンス、取引先の経営状況、取引先の支払意向、取引先への法的措置の可否、取引先へのマージンの有無、現地従業員への過剰支払の有無、取引保険に加入している場合は免責事由の確認等が必要になったケースがある。また、別の事案としては（後述する判例のように）海外に相応の資産があることが発覚し、その回収の可否が問題となったこともある。

（三）公権力への相談

そこで企業としては、最終的には、現地の公権力に対して告訴等の相談を行うこともあるが、海外においては公権力の物の考え方、積極性、傾向などを含めそのメリット・デメリットをよく考慮した上で相談の可否を決定すべきである。

また事案に応じては現地又は日本当局と司法取引に応じることも検討すべき場合がある。司法取引もまた現地の公権力の物の考え方が分かっている現地弁護士等の協力が不可欠な制度である³⁵。更に近時は日本当局との司法取引（刑事訴訟法350条の2）の当否も検討すべき場合がある。

但し、日本の司法取引は2018年6月の施行後1年以内に二件が公表されているが、いずれも取引後の事情に留意が必要である。

具体的には、一件目の事件については2020年7月21日に東京高裁が二審判決を下し、不正競争防止法違反（外国公務員への贈賄）の罪に問われた元取締役に対して、懲役1年6月（執行猶予3年）だった一審の東京地裁判決を破棄し、罰金刑（250万円）を言い渡したとのことである。

また二件目の事件は被告人が保釈中に海外逃亡するという事態に

至っている。この件では既に多くの論評がなされているように、海外での対応と比較して現代社会で有用な保釈とは何かを考えさせられる事件である。

3 不正に対する責任追及

不正調査が終了した場合には、企業としては不正行為者に対して責任追及をどのように行うのかといった点にも留意が必要である。

(一) 子会社たる海外企業の役員（以下単に「海外役員」という）に対する責任追及

まず海外役員に対する責任追及について検討する。誰が責任追及を行うかについては、(A) 現地企業が現地法に基づき当該役員に責任追及を行う方法と、(B) 日本の親会社が不法行為等に基づき当該役員に責任追及を行う方法が考えられる。

次にどのような手続で責任追及を行うかについては、(A) の場合は現地の裁判所に提訴して責任追及を行うのが通例であろう。この場合、請求が認められるかどうかは現地の法令及び実務慣習によるが、当該役員による報復活動によって、現地の従業員等が現地でトラブル等に巻き込まれないかは慎重な判断が必要である。

また(B)に関しては、(B-1) 日本の親会社が、海外役員に対して、現地の手続において責任追及を行う場合と、(B-2) 日本の親会社が、海外役員に対して、日本の手続において責任追及を行う場合が考えられる。(B-1) の場合の問題点は(A)と同様である。

問題は(B-2) の場合であるが、この場合には①日本において管轄が認められるか、②適用される準拠法の問題（日本法に基づく不法行為か、現地法に基づく不法行為か等）、③送達上の問題（送達が適切になされるか、どの程度の時間を要するか）、④日本における判決が

相手国で承認されるか、⑤仮に承認されたとして、現地において現実に執行可能かどうかという問題がある点に留意が必要である。

このうち①②は専ら国際私法又は国際民事訴訟法の問題である。

③の送達の問題は、専ら民事訴訟法及び条約の問題であり、例えば日本と中国間の送達には相応の時間が掛かる点に留意が必要である。

民事訴訟法上の根拠は、同法138条において「訴状は、被告に送達しなければならない。」、同法108条において「外国においてすべき送達は、裁判長がその国の管轄官庁又はその国に駐在する日本の大使、公使若しくは領事に嘱託してする。」と規定されている。そして同法108条にいう「その国の管轄官庁・・・に嘱託する。」については、中国は、民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達及び告知に関する条約の加盟国なので、同条約の定めに従い送達が行われることになる。³⁶

④の承認に関しては各国の民事訴訟法の問題であり、日本でも民事訴訟法118条は、一定の要件が具備されて、初めて承認される立付けとなっている。

⑤は各国の執行実務の問題であるが、例えば中国では「執行難」という言葉があるように、判決が存在しても執行がスムーズにいかない等の実務上の障害が存在する。

結局は、このような状況を踏まえ、海外で訴訟を提起するかどうかを総合的に判断することになるが、実務的には Doing Business 等を参考に、海外の訴訟制度の費用対効果を判定するほかない（ちなみに日本の訴訟制度も同誌において高い評価な訳ではない）。

(二) 日本の役員に対する責任追及

次にコンプライアンス違反が海外子会社にあった場合に、親会社たる役員に海外子会社の役員に対する監視義務までを認めるべきかどうかは争いがある。

この点、東京地裁平成13年1月25日判決は「親会社の取締役は、特段の事情のない限り、子会社の取締役の業務執行の結果子会社に損害が生じ、さらに親会社に損害を与えた場合であっても、直ちに親会社に対し任務懈怠の責任を負うものではない」「実質的に子会社の意思決定を支配したと評価しうる場合であって、かつ、親会社の取締役の右指図が親会社に対する善管注意義務や法令に違反するような場合」と判示するが、この判決は表現から見て明らかなおり、役員側に有利な見解である。

しかしながら、平成26年会社法改正時の議論としては、「会社の資産である子会社の株式の価値を維持するために必要・適切な手段を講じることが親会社取締役の善管注意義務から要求されて」（以上につき、弥永真生「会社法の下での企業集団における内部統制」商事法務2090号4頁以下）いるとして、役員に対する監視義務に肯定的である。

その後の議論をみると、「グループ内部に子会社の経営を監視するための合理的な内部統制システムが構築されつつ、子会社の代表取締役や取締役の業務執行が適正になされていたと信頼した場合に限り」（責任を問われない）（小菅成一「孫会社に生じた損害に対する親会社取締役の責任」東海法学31号132頁）とする見解が存在する。また反対から見た表現であるが「内部統制システムが適切に構築され、運用されていれば、不祥事の当事者を直接監督する立場にある者以外の者は、特に不祥事の兆候に接するなどしない限り」（責任を問われない）

いと思われる) (森田多恵子「裁判例にみる企業集団における内部統制」商事法務2092号32頁)とする見解も存在し、一定の範囲で役員の責任を拡張している³⁷。

また、実際にも「信頼の原則」が適用されるかどうか争われる事件も非公表ながら存在するようである。

なお、実際に責任を認定する上での実務上のポイントとしては、①子会社の重要性(子会社の重要性が高ければ、監視すべき必要性も高まるように思われる)、②役員兼任の有無(役員を兼任している場合には、海外子会社への監視義務の履行可能性が高まることになる)、③経営指導契約の有無(経営指導契約に基づき経営指導料を取得している場合には、監視すべき必要性も高まるように思われる)等が考えられる。

(三) 経営者の海外資産からの回収

最後に、不正に関与した経営者が海外に資産を有している場合には、(特に経営者が破産手続に移行している場合に)債権者が当該海外資産から独自に回収を図れるかどうかも問題になることがある。

まず、経営者が破産等の法的手続を申請した場合、日本の破産法・民事再生法は普及主義により海外にも日本の倒産法の効力が及ぶことが規定されているが、実際に当該外国が承認するかどうかは各国の法制度の問題である。

そのため、当該外国において承認手続が存在する場合には、日本の破産管財人等は承認手続を申請し、当該申請が認められた場合には、日本の法的手続の効力が当該外国にも及ぶことになる³⁸。

次に、承認手続がなされる前に、債権者が強制執行等により債権回収を優先的に行えるかどうかは見解が定まっていない。

伊藤真他「民事再生法逐条研究 解釈と運用」Jurist 増刊2002年12月号266頁以降によれば、①任意弁済による満足か、法的手続による満足かで不当利得の成否が変わってくるという見解、②普及主義の考えを貫徹し、海外における債権回収行為は強制執行であっても日本法的には不当利得に該当するという見解（但しこの見解の中でも外国倒産手続による配当は別異とする余地がある）、③回収の不平等性はホッチポット・ルールの範囲で調整されるにすぎないという見解等が挙げられている。

なおこの点に関する珍しい裁判例としては、（債権者による海外での権利行使に対して破産者が異議を述べた事件であるが）東京地裁平成30年2月2日判決が存在し「また、破産法34条の法定財団に属さない財産であっても、現有財団（現に破産管財人の管理下にある財産から成る財団）に属する財産（ただし、自由財産など破産者に管理処分権が帰属する財産を除く。）に関しては、第三者が取戻権に基づいて現有財団に属する財産の返還を求める訴訟につき破産管財人のみが被告適格を有すると解されるのと同様に、現有財団に属する財産の侵害を理由とする破産債権の行使の差止請求権に係る訴えは、破産財団に属する財産に関する訴えに該当すると認めるのが相当であり、したがって、破産者に原告適格は認められない。一方、現有財団に属さない財産（ただし、自由財産など破産者に管理処分権が帰属する財産を除く。）であっても、破産管財人が法定財団に属する財産であると判断して、破産手続において破産財団に組入予定であることを明らかにしたようなものについては、破産法156条、173条の趣旨に照らし、その侵害を理由とする破産債権の行使の差止請求権に係る訴えは、破産財団に属する財産に関する訴えに該当すると認めるの

が相当であり、したがって、破産者に原告適格は認められない。」と判示している。

四 小括

以上、近時問題になることの多い、日本の撤退に関する法的問題点及び海外の撤退に関する法的問題点を紹介してきたが、いずれにおいても、基本的な法律問題をベースに、その時々¹の社会情勢及び各国の情勢を踏まえた修正が必要となることを示すと共に、当該紹介が各位の法律業務に何らかの参考になれば幸いである。

(柴原 多)

- 1 同ガイドラインは低収益セグメントを抱えこむ傾向にある日本企業に対して、経営陣・取締役・投資家といった3つのレイヤーを通じて、事業再編を促すことで中長期の事業価値を高め、もって社会課題へ対応することを意図しているとされる。なお、この点の経緯に関しては安藤元太他「[座談会]2020年の企業法制の振り返りと論点」MARR Online2020年12月号参照のこと。
- 2 当該条項の機能・有効性については、藤田友敬編『M&A 契約研究』(有斐閣、2018年)189頁参照のこと。
- 3 但し、分割/事業譲渡のような切り出しのケースでは、TSA (Transition Service Agreement)等一定期間のサービス提供が必要となる場合がある。
- 4 また、セラーズDDを踏まえ、価格の減額要素(或いは表明保証・補償対象)になり得る問題点については、予め解消しておくことも考えられる。
- 5 例えば東京都労委は2020年8月19日、某ユニオンに対して「①組合においては、役員以外の一般の組合員に組合の「すべての問題に参与する権利」があるとはいえず、役員は「組合員の直接無記名投票により選挙」されておらず、会計報告は「組合員に公表」されていないから、労働組合法第5条第2項の要件を欠いている。②加えて、組合の実態としても一般の個々の組合員が、組合を自主的に組織する主体であるということは困難であり、組合は、「労働者が主体となつて自主的に・・・組織する」という労

労働組合法第2条の要件を欠いているといわざるを得ない。③したがって、組合が、労働組合法に規定する手続に参与し、同法による救済を受ける資格を有するものであると認めることはできない。」との決定を下している。

- 6 この他にも近時は、従業員の個人事業主化が議論されることもある。
- 7 倒産の危機にあるような場合には、多額の出費や多くの時間を必要とするような性質の解雇回避措置を必ずとらなければならないとするのは過剰な要求である旨を述べたものとして、白石哲編著『労働関係訴訟の実務[第2版]』（商事法務、2018年）373頁参照のこと。
- 8 ちなみに2020年はランキング3位である。<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/j/japan/JPN.pdf>
- 9 財産の移転、隠匿等の方法により労働者の労働報酬の支払を逃れ、又は支払能力を有するにもかかわらず、労働者の報酬を支払わず、金額が比較的大きく、政府関連部門の支払命令を受けてなお支払わないもの3年以下の有期懲役又は拘留に処し、罰金を併科し又は単科する。重大な結果をもたらした場合、3年以上7年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する（中国刑法276条の1）。なお日本でも厳密には労働基準法違反の一部は犯罪に該当する。
- 10 但し、諸外国の中では債務超過会社に対して法的倒産手続の申立を義務化している法制もある。
- 11 例えば、東芝は米国の原子力発電関係の子会社についてチャプター11の申立を許容している。
- 12 但し、子会社の法的倒産手続の申立は、契約上、親会社の失期事由等に該当するリスクがある点にも留意が必要である。
- 13 このような感覚は会社に対する忠誠心を重んじる日本人（もっとも近時はそうとはいえないし、必ずしも忠誠心を無闇に要請すべきでもなく、会社に対して好意を抱く施策こそ重要であるとの指摘もある）にとって不思議かもしれない。しかしながら海外においては異なるメンタリティーが支配し、根回しが通用しなかったり、面子を非常に重視したり、守秘義務等に過大な期待を要求出来ないことにも留意が必要である。詳細は廣澤太郎「ベトナム企業との交渉における先方企業からの前言撤回、条件変更への対策」BUSINESS LAWYERS 2019年4月15日参照のこと。
- 14 税務問題について詳しいのは鈴木康之他「中国事業からの撤退する際の

留意点 解散・通常清算の手續」BUSINESS LAWYERS 2020年4月13日参照のこと。

- 15 当該資金の拠出にあたっては当然に担保対象となり得る資産があれば担保を取得すべきであるが、撤退状況に追い込まれている子会社においては適当な資産がないことも多く、また撤退状況下で親会社が担保を取得することについて他の債権者の反発を買うことも少なくない。
- 16 もっとも親会社が法的倒産手続に移行している場合には、監督委員の同意や裁判所の許可を得る必要があるため、その審査はより厳格（原則として回収可能性があることが必要）になされる傾向にあるため、場合によっては親会社の申立以前に子会社は必要な資金を確保しておく必要がある。
- 17 以上を踏まえ、評釈としては①清算する会社と親会社との関係、②整理の不可避性、③支援の必要性、④支援の合理性、⑤支援する親会社の体力、⑥代替手段の存否等を総合考慮したとしている。
- 18 外債管理暫定規則18条（外商投資企業が借り入れられる中長期外債累計発生額及び短期外債残高の合計は投資総額と登録資本の差額以内）
- 19 このような海外からの撤退に関しては各国と日本との社会的背景、文化的背景、取引慣行の違いをよく踏まえる必要がある。余談であるが、例えば日本・中国・シンガポールの債権者団と会議を開催する際には、3カ国の休日全てを全て外して予定を設定するよう要請を受けたこともある。
- 20 これは海外で単に損失を出したくないというだけではなく、中国では信用情報が金融業界において共有されるという実務上の慣行（西村あさひ法律事務所編『事業再生大全』（商事法務、2019年）577頁参照のこと）に配慮した措置と思われる。
- 21 現に日本でも整理解雇の一要素として「誠実な協議」が挙げられている。
- 22 以上、海外における私的整理・法的整理上の留意点に関しては、前掲『事業再生大全』490頁以下参照のこと。
- 23 なお、仮に取引債権は弁済するとしても、撤退・清算の意向が伝わると取引先からサイトの短縮を求められ、資金繰りがよりタイトとなる点に注意が必要である。
- 24 もっとも親会社が保証しているような場合には、親会社が法的倒産手続を利用しない限り、親会社が負担せざるを得ないので、結果として債権者との対立は解決しやすい。

- 25 なお、日本法においては危機時機における債権回収は強制執行手続に基づくものであっても要件が具備されれば否認できる（執行行為の否認）可能性があるが、海外の法制度では執行行為は否認できない国もある。
- 26 具体的には労働債権支払用の原資に加えて、清算期間中の運転資金や地元代理人・公認会計士等への手続費用、更には一般債権者に対する弁済原資を確保する必要がある。
- 27 もっとも詳細な公認会計士の資料を配布すると運転資金の確保先が発覚し、一転して個別権利行使に転じてくる可能性もあるので注意が必要である。
- 28 同法理に関しては、野村剛司「更生計画における公正・衡平」別冊 Jurist252号 倒産判例百選 [第6版] 198頁参照のこと。なお親会社債権が劣後化されるかどうかは結局のところ、親・子会社の関係、親会社の指示の程度、親会社の指示の適切性、親会社による利益の吸い上げの程度、親会社から派遣された役員の適切性等を総合考慮して判断されることになる。
- 29 但し厳密には、コロナ禍で直ちに人件費が向上するリスクがあるか、またDX等の活用でトータルのコストを抑制できるかという問題もある。
- 30 例えば実例としては、宗教上の儀式が行われる週には物流がストップして、納品に多大な影響が生じた事案等も存在する。
- 31 例えば、「日産、スペイン・バルセロナ工場の閉鎖を延期…2021年末に」Response 2020年8月7日参照のこと。
- 32 よく参照される不正のトライアングルは米国の犯罪学者 Donald R. Cressey が犯罪者への調査を通じて導き出した要素を、W. Steve Albrecht 博士が図式化した理論とされる。
- 33 この点、参考になる体制作りとしてはCIAフォーラム研究会報告「海外監査の手引き」月刊監査研究508号54頁以下参照のこと。
- 34 なお、この問題とは別に容疑者と疑われる者の防御権への侵害や会社の秘匿権の喪失につながらないかの留意も必要である。
- 35 周知のとおり、内部統制に関する先駆的な事件である大阪地裁平成12年9月20日判決は米国担当者個人の司法取引が先行した事件である。詳細は、吉見宏「我が国における企業不正事例(8)」北海道大学経済学研究47(3) 155頁以下参照のこと。

- 36 詳細については、最高裁判所事務総局民事局監修「国際民事事件手続ハンドブック」（法曹会、2013年）参照のこと。
- 37 なお、この点に関する最近の論考としては船津浩司「親会社取締役の子会社管理義務をめぐる実務認識、理論動向と裁判例」『論究会社法』（有斐閣、2020年）105頁以下参照のこと。
- 38 効力が及んだ場合の効果は各国の法律によるが、通常は日本の破産管財人が当該外国に存在する資産の管理権を有し、日本の債権者は個別の権利行使が禁止されることになる。

管理費等の滞納を理由として区分所有法 第59条に定める競売請求が認められるため の要件に関する考察

マンション管理法律研究部

* 目 次	
一	はじめに(神田元) …………… 303
二	総論 …………… 304
1	管理費・修繕積立金とは何か(土屋賢司) …………… 304
2	管理費等の支払義務の根拠(土屋賢司) …………… 305
3	管理費等の滞納状況(土屋賢司) …………… 305
4	管理費等の滞納により発生する具体的な問題点(土屋賢司) …………… 306
5	管理費等の滞納に対する法的手段(奥島健二) …………… 308
6	59条競売請求をするための要件(柿沼彰) …………… 311
三	管理費等滞納を理由とする59条競売が請求された裁判例の概観(大門誉幸) …………… 315
1	裁判例の紹介にあたって …………… 315
2	請求認容事案 …………… 316
3	請求棄却事案 …………… 316
四	裁判例の分析(大門誉幸) …… 327
1	59条競売請求事案における裁判所の判断枠組み …… 327
2	「共同利益背反行為があり、これによって共同生活上の著しい障害が生じているか」の要件 …………… 328
3	「他の方法によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるといえるか」の要件(補充性の要件) …………… 331
4	まとめ …………… 334
	別表【請求が認容された裁判例】(大門誉幸) …………… 335

一 はじめに

当法律研究部といわば両輪をなす東京弁護士会業務改革委員会のマンション部会では、「東京弁護士会 マンション管理相談窓口」を運営し、マンション管理に関する相談をまずは電話で受け付け、マンション管理士等のマンション管理関連資格を保有する当研究部所属弁護士が、相談員として相談に当たっている。

そこには、管理組合役員、管理会社、区分所有者等から日々さまざまな相談が寄せられているところ、とりわけ管理組合役員ないし管理会社担当者より、管理費及び修繕積立金等の滞納を続ける区分所有者への法的対応に関する相談が多くみられている。事例としては、滞納期間が短く、区分所有者間の不公平感を生じているものの、特段マンション管理に影響を及ぼしてはいない案件もあるが、滞納期間が長期に及び、滞納合計金額も高額になっており、現実問題としてマンションの必要な箇所を修繕しようにも原資が不足するため工事が実施できない等の事態となっている深刻な案件も散見される。

そのように長期間の管理費等の滞納が発生している理由は一様ではないが、管理費等の支払義務は区分所有者としての最も基本的な義務であり、管理及び修繕等の原資が確保されなければ、多くの住民が共同生活をするコミュニティの場といえるマンションの価値そのものが下がってしまうことは明らかであるから、管理費等の滞納分を回収し、管理費等が遅滞なく支払われていくよう、マンション管理を正常化していくことが必要不可欠となる。

そのための有力かつ抜本的手段として、滞納を継続する区分所有者に対して、建物の区分所有等に関する法律（以下、「法」という。）59条1

項に定める競売請求をすることが挙げられる。そこで、本稿では、管理費等の滞納事案において、具体的にどのような事情があれば同条に基づく競売請求が認められるのか、裁判例における実際の判断過程に即して分析し、考察を試みるものである。

なお、本稿では、59条競売を請求される区分所有者の共同利益背反行為について、管理費等の滞納に絞って考察するものであり、それ以外の行為による59条競売の可否という点については別の研究に委ねることを予めご了承ください。

(執筆者 神田 元)

二 総論

1 管理費・修繕積立金(以下「管理費等」という。)とは何か

(一) 管理費

管理費とは、敷地及び共用部分等の管理に要する費用のうち、通常の管理に要するものをいう(標準管理規約25条、同27条参照。なお「共用部分等」とは共用部分及び附属施設をいう(同2条7号)。)

その一般的な用途は、「管理員人件費」「公租公課」「共用設備の保守維持費及び運転費」「備品費、通信費その他の事務費」「共用部分等に係る火災保険料、地震保険料その他の損害保険料」「経常的な補修費」「清掃費、消毒費及びごみ処理費」「委託業務費」「専門的知識を有する者の活用に要する費用」「管理組合の運営に要する費用」、その他管理組合の業務に要する費用(計画修繕等を除く)とされている(同27条1号～11号参照)。

(二) 修繕積立金

修繕積立金とは、敷地及び共用部分等の管理に要する費用のうち、

特別の管理に要するものをいう（標準管理規約25条、同28条参照）。

その一般的な用途は、「一定年数の経過ごとに計画的に行う修繕」「不測の事故その他特別の事由により必要となる修繕」「敷地及び共用部分等の変更」「建物の建替え及びマンション敷地売却に係る合意形成に必要となる事項の調査」「その他敷地及び共用部分等の管理に関し、区分所有者全体の利益のために特別に必要となる管理」、マンションの建替え等の円滑化に関する法律による建替計画や敷地売却計画に関する経費、とされている（同28条1項1号～5号、2項、3項参照）。

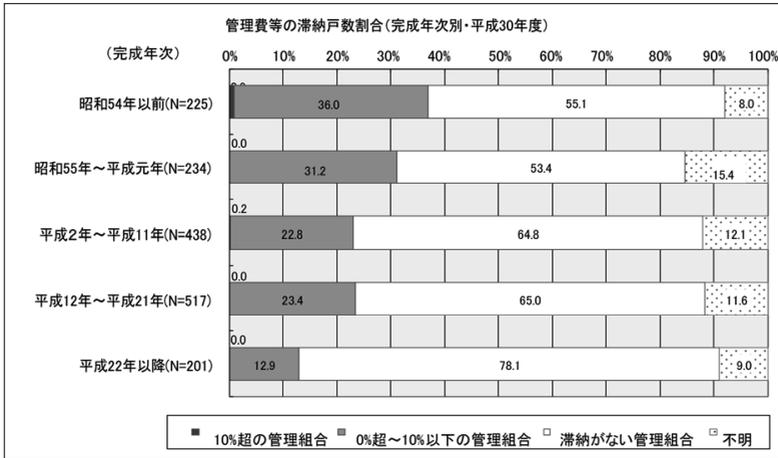
2 管理費等の支払義務の根拠

法19条は、「各共有者は、規約に別段の定めがない限りその持分に応じて、共用部分の負担に任じ、共用部分から生ずる利益を取取る。」と定める（同法21条により建物の敷地及び共用部分以外の附属施設に準用される。）。

区分所有法上、「管理費」や「修繕積立金」という文言は使われていないが、いずれも「敷地及び共用部分等の管理に要する費用」であるから、「共用部分の負担」として各共有者、すなわち区分所有者にその支払義務が生ずることとなる。

3 管理費等の滞納状況

国土交通省の平成30年度マンション総合調査によれば、管理費等を3か月以上滞納している住戸があるマンションの割合は24.8%であり、また完成年次別では築年数が古いマンションの方が滞納の割合が高くなる傾向にあるとされている（平成30年度マンション総合調査結果〔概要編〕28頁）。



*「平成30年度マンション総合調査結果からみたマンションの居住と管理の現状」18頁(国土交通省)

4 管理費等の滞納により発生する具体的な問題点

(一) 資金不足による管理業務の延期・縮小と住民サービスの低下

管理費等に滞納が発生すると、管理に要する費用が資金不足となり、本来であれば実施すべき管理業務を延期ないし縮小せざるを得なくなる。その結果、区分所有者が期待した管理レベルを維持することも困難となる。

具体的には、管理費が滞納された場合、管理員業務を縮小すれば管理員の勤務時間が減少し、受付窓口が無人になるなど住民サービスが低下する。清掃業務を縮小すれば清掃回数や範囲が減少して共用部分の清潔さが維持できなくなるし、経常的な補修を延期すれば壊れた共用部分がそのままの状態での放置されることになる。人件費や保険料の高騰に伴い管理会社や保険会社から委託業務費や保険料の値上げ要請されている現状において、管理組合が資金不足によりそ

これらの減額を求めるのであれば、その仕様（委託内容や補償内容）を大幅に縮小させなければならず、それに伴う住民サービスの低下も避けられない。

また修繕積立金が滞納された場合、長期修繕計画に基づく計画修繕の資金が不足することになるから、大規模修繕工事の実施時期の先送りや、工事内容の一部縮小を検討せざるを得なくなる。近年、建築工法や建設材料の高機能化により大規模修繕工事の時期を遅らせることも可能となったため、建物の状態に応じた延期であれば財政面からも積極的に評価することができるが、資金不足による延期は建物の機能等に悪影響を及ぼす可能性があり、マンションの資産価値を減少させる危険も否定できない。

(二) マンション管理計画認定制度における消極評価

令和2年6月、「マンションの管理の適正化の推進に関する法律及びマンションの建替え等の円滑化に関する法律の一部を改正する法律」が成立・公布された。これを受けて国土交通省は、有識者、関係団体等による「マンション管理の新制度の施行に関する検討会」を設置し、基本方針や認定等の基準などを審議している。

令和2年8月18日に開催された第2回検討会では、マンションの管理計画を認定するための「マンション管理計画認定制度における認定基準(素案)」が審議された。この認定基準は、「修繕その他管理の方法」「修繕その他の管理に係る資金計画」「管理組合の運営状況」「管理適正化指針・市区独自の管理適正化指針に照らして適切なものであること」を主な内容としており、このうち「修繕その他の管理に係る資金計画」が適正とされる具体的基準としては、「直前の事業年度の終了の日時点において、修繕積立金の3か月以上の滞納住戸数及び滞

納額が全体の1割以内であること」が挙げられている。

このように、管理費等の滞納は、マンション管理計画の認定において消極に作用する可能性がある。将来における上記制度の運用次第では、マンションに対する市場の評価に影響し、管理費等の滞納がマンションの（流通市場における）資産価値を低下させる危険もある。

（執筆者 土屋賢司）

5 管理費等の滞納に対する法的手段

以上に述べたように、管理費等の滞納がマンションに与える影響は重大であるから、管理費等の滞納がされないよう努めることはもちろんであるが、滞納が発生した場合には、法的手段等を講じるなどして、可及的速やかに滞納状況を解消することが重要である。

以下、滞納管理費等の回収のための法的手段について概説する。

なお、管理費等の請求権は、区分所有者の団体（法3条）が管理組合法人でない場合には、区分所有者全員に総有的に帰属すると考えられており、区分所有者の団体（管理組合）が権利能力なき社団である場合には、民事訴訟法29条の規定に基づいて、管理組合が管理費等について訴訟遂行することが可能である。以下の記述は、管理組合が権利能力なき社団であることを前提とする。

（一）債務名義に基づく強制執行

まず、管理組合が、支払督促の申立て又は管理費等請求訴訟を提起し、債務名義を取得した上で、滞納者の有する財産に対して強制執行を行う方法が挙げられる。

（1）債務名義に基づく強制執行の対象は、区分所有権等に限られないが、管理組合が滞納者の財産（預貯金や給与債権等）を把握する

ことは容易ではないし、そもそも管理費等が滞納されている場合には、滞納者が区分所有権等の他にみるべき財産を有していないことが多いと思われる。

- (2) また、区分所有権等を対象とした不動産競売では、一般債権に優先する抵当権や租税債権が存在する場合、買受可能価額が優先債権者の債権額を下回り、競売手続が取り消されてしまうおそれがある（いわゆる無剰余取消し。民事執行法63条2項）。
- (3) 以上のような理由から、債務名義に基づく強制執行によって滞納管理費等の回収ができないことも少なくない。

(二) 先取特権（法7条）の行使

次に、先取特権の行使による回収の方法が挙げられる。

- (1) すなわち、区分所有者は、法7条1項で定める債権について、債務者の区分所有権等及び建物に備え付けた動産の上に先取特権を有する。

そして、管理費等は、同条の「規約若しくは集会の決議に基づき他の区分所有者に対して有する債権」に該当することから、管理組合は、滞納管理費を被担保債権として滞納者の区分所有権等の競売を申し立て、換価された売却代金から管理費を回収したり、滞納者の区分所有権等が第三者に賃貸されている場合には賃料債権に物上代位すること等が可能である。

- (2) 先取特権は、債務名義が不要である点で、(一)で述べた債務名義に基づく強制執行に比して簡便であり、また、共益費用とみなされるため（法7条2項）、一般債権には優先するが、抵当権等の担保権や租税債権には劣後することから、不動産担保競売を申し立てた場合に、無剰余取消しの可能性があることは(一)と同様で

ある。

(三) 特定承継人への請求(法8条)

管理費等は、既述のとおり、法7条1項の債権に該当するため、法8条によって、滞納者の特定承継人に対して請求することも可能である。

同条に基づく特定承継人の債務は、法7条の先取特権の被担保債権の対象となると考えられるため(稲本・鎌野「コンメンタル(第3版)」67頁。なお、同頁の下から3行目の「8条」は、「7条」の誤記と思われる。)、先取特権の行使方法等は、(二)で述べたことと同様である。

(四) 共同利益背反行為(法6条)を理由とする請求

管理費等の著しい滞納は、建物の保存に支障を来たし、管理又は使用に支障を生じさせるため、一般に、共同利益背反行為(法6条)に該当すると考えられている(東京地裁平成18年6月27日判決等参照)。

共同利益背反行為に対しては、法57条以下で、差止請求、使用禁止請求、競売請求等が規定されており、これらの規定は、管理費等の滞納の場合にも有力な手段となり得る。

(1) 法57条について

法57条は、共同利益背反行為に対する差止請求等を認める規定であるところ、管理費の滞納は、積極的な加害行為によるものではないため、差止請求を認める実益に乏しく、実務上も認められていない(大阪高裁平成14年5月16日判決参照。判タ1109号253頁)。

(2) 法58条について

専有部分の使用禁止を定める法58条については、滞納者に対する心理的圧迫になるとして、これを認めた判例もあるが(大阪地裁平成13年9月5日判決判時1785号59頁)、同事件の控訴審(前掲大

阪高裁平14年5月16日判決)は、専有部分の使用を禁止しても、他の区分所有者に何らかの利益がもたらされるわけではなく、管理費等の滞納と専有部分の使用禁止との間には関連性がないとして、使用禁止請求を棄却した。同判例以降、少なくとも管理費等の滞納のみを理由として法58条の使用禁止請求を認めた判例は見当たらない。

(3) 法59条について

法59条は、区分所有権等の競売請求を認める規定であるところ、管理費等の滞納は、本来、法7条の先取特権の規定によって解決がなされるべきであるとして、滞納者の区分所有権等の競売請求を認めることに否定的な見解もあるが(稲本・鎌野「コンメンタール(第3版)」343頁)、(一)乃至(三)で述べてきた法的手段が必ずしも奏効していない実状をふまえて、近時、これを肯定する判例が増加している(東京地裁平成17年5月13日判決。判タ1218号311頁等)。

もっとも、同条の要件を満たさないとして請求を棄却した判例も少なくないため、どのような条件の下で管理費等の滞納を理由とする競売請求が認められるのか検討すべく、次項以降で、まず法59条の要件・効果について整理し、そのうえで、判例上、競売請求が認められた事例、否定された事例を網羅的に分析することとしたい。

(執筆者 奥島健二)

6 59条競売請求をするための要件

(一) 法59条の要件・効果の概説

法59条は、区分所有者が、法6条1項に定める共同利益背反行為(他の区分所有者の共同の利益に反する行為)をした場合又はその行為を

するおそれがある場合で、共同生活上の障害が著しく、他の方法によってその障害を除去することが困難である場合には、当該行為に係る区分所有者の区分所有権及び敷地利用権の競売請求を認めている。

競売請求は、集会の決議に基づき、訴えをもって行わなければならない(法59条1項)。

訴えの提起は、管理者又は集会において指定された区分所有者によってなす必要がある(法59条2項による法57条3項の準用)、集会の決議は、区分所有者及び議決権の各4分の3以上の多数で行われ、決議にあたっては弁明の機会の付与が必要となる(法59条2項による法58条2項及び3項の準用)。

判決に基づく競売の申立は、判決が確定した日から6か月を経過したときはすることができない(法59条3項)。

競売においては、競売を申し立てられた区分所有者又はその者の計算において買い受けようとする者は、買受けの申出をすることができない(法59条4項)。

競売代金は、予納金の返還や優先債権者への配当に充てられることは一般の競売と変わらない。滞納管理費等がある場合には、新たに区分所有者となった買受人から回収することになるので(法8条)、物件評価において滞納管理費等の金額が考慮されることも一般の競売と変わりはない。

しかし、法59条に基づく競売においては、一般の競売と異なり民事執行法63条の適用はなく、無剰余となる場合であっても競売を実施することができる。競売は区分所有者の共同の利益に反する行為によって発生した共同生活上の障害の除去を目的としており、申立

人に対する配当を予定するものではないため、手続費用及び優先債権を弁済して剰余を生ずる見込みがない場合であっても、競売が無益ないし無意味なものとはならないからである（東京高裁平成16年5月20日決定）。

（二）同条の要件の解説

（1）共同利益背反行為とは

共同利益背反行為の判断においては、物理的影響だけでなく心理的影響も考慮するものとされている（横浜地裁平成12年9月6日判決）。そのため、建物を破壊したり悪臭を生じさせたりするだけでなく、反社会的勢力の事務所を設置することも共同利益背反行為となる。管理費等の滞納については、規約に管理費等の定期的な支払義務の定めがあることを前提に、期間及び金額が著しい場合には、滞納により共用部分等の管理に要する費用が不足し、管理が不十分になり、他の区分所有者が立て替えなければならない事態になることから、共同利益背反行為にあたる（東京地裁平成18年6月27日判決等参照）。

（2）共同生活上の障害が著しいとは

共同生活上の障害が著しいか否かについては事案ごとに判断することになる。例えば、反社会的勢力の事務所が設置された場合でも、口頭弁論終結時においてその使用が中止されているならば、共同生活上の障害は著しいとはいえない（東京地裁平成25年1月23日判決）。管理費等の滞納においては、滞納が長期かつ多額の場合には著しいと認められる。もっとも、法59条に基づく競売請求は、管理費等の滞納が長期かつ多額となるに至ってからなされることが通常であるから、共同利益背反行為の該当性判断と共同生活上

の障害が著しいか否かの判断との区別は明確ではない。

(3) 補充性とは

法59条に基づく競売請求は、他の方法によってその障害を除去することが困難である場合に認められる(補充性)。不適切なペットの飼育管理や共用部への私物放置が10年にわたり続いており管理組合が解決の道を探ってきたが解決が見られない場合(東京地裁平成30年3月2日判決)や、反社会的勢力の事務所において集団傷害事件が発生しており使用禁止等では平穏な共同生活の回復が困難な場合(札幌地裁昭和61年2月18日判決)に補充性が認められる。管理費等の滞納においては、先取特権の実行や財産一般に対する強制執行によっても未払管理費等の債権の満足を得ることができない場合に、補充性が認められる。東京高裁平成18年11月1日判決は、支払督促に基づいて強制競売を申し立てても無剰余取消になるとは限らないとして、補充性を認めなかった。一方で、東京地裁平成13年8月30日判決は、管理組合と滞納者との関係が修復し難い程度に悪化していることを考慮して、強制競売を申し立てた場合の剰余の可能性について言及することなく競売請求を認めている。もっとも、この判決は、法59条に基づく競売請求に民事執行法63条の適用はないとした東京高裁平成16年5月20日決定がなされる前のものであることに留意すべきである。原則的には、管理費等の滞納においては、剰余が生じる見込みがない場合にのみ、法59条に基づく競売請求は認められると考えるべきだろう。

(三) 実務上の留意点

法59条に基づく競売請求を行う際には、判決を得た後の手続についても留意する必要がある。

競売の申立の際には管理組合において予納金を拠出することになる。競売の申立は、判決が確定した日から6か月を経過したときはすることができないことは(一)において述べたが、管理組合において予納金を拠出するために集会の決議を要する場合には、決議に要する時間も考慮してスケジュールを作成する必要がある。

また、法59条に基づく競売は、剰余が生じる見込みがない場合であっても実施できることも(一)において述べたが、管理組合としては、競売請求が認められても買受人が現れる見込みがあるのかを慎重に検討する必要がある。その中では、滞納管理費等の免除も検討することになろう。

買受人が現れそうにない場合、管理組合としては、自己競落することで、共同の利益に反する行為を行った区分所有者を排除し、その後には区分所有権及び敷地利用権を第三者に売却することも選択肢となろう。なお、管理組合が、買受希望者が現れない場合に次善策として自己競落することは管理費等の適正な徴収という管理組合の目的の範囲内であるし、第三者への転売を目的とすることも反復継続性がないので宅地建物取引法に違反するものではない(東京高裁平成25年11月7日判決)。

(執筆者 柿沼 彰)

三 管理費等滞納を理由とする59条競売が請求された裁判例の概観

1 裁判例の紹介にあたって

本稿1の総論部分において述べられた、法59条によって競売が認められるための要件の充足性について裁判所は具体的にどのような判断

をしているのか、Westlaw 判例検索システムを用いて、実際に区分所有者により長期間にわたる管理費等の滞納がされたことを理由として法59条に基づく競売請求がなされた裁判例のリサーチを行った。

擬制自白が成立した事案や、あまりに大規模かつ特殊な区分所有建物の場合である等一般化することに適さない事案は除外した上で、以下に27件の請求認容事案、3件の請求棄却事案（うち1件は第1審の地裁で請求棄却された後に高裁に控訴され、控訴棄却となった事案）を紹介する。

請求認容事案については裁判例情報（裁判所名・裁判年月日・事件番号等）を列記した上で、滞納期間・合計滞納額（遅延損害金を除く）・59条競売請求以前にとられた法的手段の有無・関連事情等の項目についてまとめた一覧表を掲載する。請求棄却事案については、件数も少なく、いかなる理由をもって棄却されたかを明らかにすることが研究の一助となることから、裁判例情報とともに、事実の要約及び判旨（抜粋）を掲載している。

なお、事案によっては、59条競売を請求する根拠として、区分所有者による管理費等滞納の事実のみならず、生活妨害行為や他の居住者への誹謗中傷、施設の無断利用行為等の迷惑行為が複合的に主張されたものも散見されるところ、本稿では研究の主旨に従い、あくまでも管理費等の滞納の点に絞って掲載・考察することとする。

2 請求認容事案

59条競売の請求を認容した裁判例（裁判例①乃至②⑦）の概要については、本項末尾の別表をご参照いただきたい。

3 請求棄却事案

②⑧

【原審】

東京地裁平成18年6月27日判決

事件番号 平18(ワ)4250号

裁判結果 請求棄却(控訴)

文献番号 2006WLJPCA06278002

・裁判所に認定された事実

- a) 被告は平成12年11月分から管理費等の滞納(月額6800円の管理費を64か月分、月額1万2240円の修繕積立金を64か月分、月額9600円の専用庭使用料を64か月分、月額1万5000円の駐車場使用料を約17か月分、月額1万5000円の駐車場占有損害金を11か月分)をしており、その滞納額は、平成18年1月末日現在で、合計169万5000円に達している。
- b) 原告(管理組合)は被告に対し、平成15年に支払督促の申立てをし、これを認容する支払督促が発せられたが、これに対して被告は異議の申立てをしなかったため、仮執行宣言が発せられ、同支払督促が確定した(これに基づく被告の預金債権差押は、預金残高が0円であったため不奏功)。
- c) 本件区分所有権等には、被告を債務者として甲金融公庫と乙信用保証株式会社を権利者とする抵当権(債権額合計金1710万円)及び丙信用株式会社を権利者とする根抵当権(債権総額1320万円)が設定されており、原告が強制競売を申し立てても、同手続は無剰余により取消しとなることを見込まれる状態である。そこで、原告は、上記抵当権者に対し、被告が抵当権者に対する借入金の返済を遅滞し期限の利益を喪失している場合には、抵当権を実行するよう催告したが、結局、抵当権者からは競売の申立てはなされなかった。

d) 被告は、本件訴訟において、これまでは経済的に厳しい状況であったので、長期にわたり管理費等を滞納してしまったが、状況がやや好転したことから、今後は分割弁済によりこれまでの滞納した管理費等を支払いたいので、和解を希望する旨述べたところ、原告はこれに応じなかった。

・裁判所の判断——共同利益背反行為があり、これによって共同生活上の著しい障害が生じているか【肯定】

被告は本件管理費等を滞納しており、その額は約170万円と多額であり、かつ平成12年11月分から少なくとも平成18年1月末までの約5年半という長期にわたり滞納を継続している上、この間、原告からなされた支払請求に対し被告は全く応じていない。

マンション等の共同住宅では、通常、自己の居室だけではなく、他の区分所有者と共同使用する設備や施設等が存在し、かかる共同使用施設等を維持管理していくことは区分所有者の共同の利益のために必要不可欠である。管理費等は、その維持管理のために必要となるものであり、その負担は、区分所有者の最低限の義務であるといえることができる。

したがって、一部の区分所有者が管理費等の支払をしない場合、その区分所有者は他の区分所有者の負担で共同使用施設等を利用することになる。このような事態は他の区分所有者の迷惑となることは明白であり、区分所有者の間で不公平感が生じ、管理費等の支払を拒む者が他にも現れることが予測され、最終的には、マンション等共同住宅全体の維持管理が困難となるものと考えられる。

このような観点からすれば、長期かつ多額の管理費等の滞納は、

同法6条1項所定の共同利益背反行為に当たるといことができ、被告の上記認定の滞納はこれに該当するものと認められる。そして、被告も認めるとおり、これによって、同法59条1項所定の、共同生活上の著しい障害が生じているといえる。

- ・裁判所の判断——他の方法によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるといえるか【否定】

まず、本件管理費等の滞納が「障害」に当たる場合、これを「除去」するためには、滞納した管理費等を回収することが必要となる。そして、「他の方法によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるとき」との要件については、同法59条が行為者の区分所有権を剥奪し、区分所有関係から終局的に排除するものであることからすれば、上記要件に該当するか否かについては厳格に解すべきであり、滞納した管理費等の回収は、本来は同法7条の先取特権の行使によるべきであって、同法59条1項の上記要件を満たすためには、同法7条における先取特権の実行やその他被告の財産に対する強制執行によっても滞納管理費等の回収を図ることができず、もはや同条の競売による以外に回収の途がないことが明らかな場合に限るものと解するのが相当である。

上記認定の事実によると、原告は被告に対して本件管理費等の支払を求めたが被告はこれに応じず、また、原告は本件支払督促に基づき債権差押命令を得たものの、差押債権である預金債権の

残高がなかったため奏功せず、さらに、先取特権の実行ないし本件区分所有権等に対する強制執行は、元本合計約3000万円の抵当権及び根抵当権の存在により無剰余により取消しとなることが見込まれる状態であるといえる。

しかしながら、被告に対する債権回収の方策として、預金債権以外の債権執行の余地がないかについて明らかとはいえず、未だ本来の債権回収の方途が尽きたとまでは認められない。さらに、被告は、本件訴訟の第2回口頭弁論期日に出頭し、陳述した準備書面において、長期間にわたる管理費等の滞納を謝罪するとともに、経済状況が好転したことから本件管理費等の分割弁済による和解を希望する旨の態度を示しているのであって、このような被告の態度からすれば、原告が和解案として、まず被告に対して分割弁済の実績を示すことを要求するなどして、和解の中で本件管理費等を回収する途を模索することも考えられるところ、原告は被告の和解の希望を拒否して、同法59条1項による競売の途を選んだといえる。

このような状況からすれば、本件において、原告には、同法59条1項による競売申立て以外に本件管理費等を回収する途がないことが明らかとはいえないというべきであり、同条項所定の上記要件を充足すると認めることはできない。

【控訴審】

東京高裁平成18年11月1日判決

事件番号 平18（ネ）3643号

裁判結果 控訴棄却

- ・裁判所の判断——他の方法によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるといえるか【否定】

管理費等の未払いを巡る問題は、本来は上記先取特権の実行によって解決が図られるべきものである（また、控訴人が本件支払督促を得たように、未払管理費等について判決等の債務名義を取得し、債務者の財産一般に対する強制執行によって回収を図る方法もある。）。しかも、同法59条1項の規定による競売はいわゆる形式的競売と解され、民事執行手続における大原則である無剰余取消しの規定（民事執行法63条）が準用されないと解されるのであるから、金銭債権の確保を図るために民事執行法の例外となる上記59条1項の規定による競売を適用することができるのは、極めて限局されるものと解すべきである。

そうしてみると、本件においては、先取特権の実行や財産一般に対する強制執行によっても未払管理費等の債権の満足を得ることができないと認められる場合にはじめて、上記59条1項にいう「他の方法によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるとき」の要件に該当するかどうかを検討されてしかるべきであると考えられる。

（本件において）強制競売若しくは担保権の実行としての競売に付しても、無剰余により取消しとなることも想定されるところで

ある。

しかしながら、控訴人において、実際に強制競売を申し立てるなどして、その手続が無剰余により取り消されたといった事情は何らうかがわれない。そもそも本件区分所有権等に総額で約3000万円の抵当権が設定されているといっても、それは設定当初の債権額であって、(省略)、現時点では債権額は相当程度減少している可能性があるにもかかわらず、控訴人は、現時点における担保権者の債権額について何ら主張立証しようとしなない。

また、本件区分所有権等の時価について、甲7号証の1・2によれば、土地(3930.78平方メートル)の平成17年度の固定資産評価額は6億6765万8700円であり(これを敷地権割合の614595分の7328で単純計算すると、約800万円となる。)、建物の平成17年度の固定資産評価額は449万5200円であることが認められるが、固定資産評価額が当然に時価に等しいとは限らないにもかかわらず、控訴人は、本件区分所有権等の時価についても何ら主張立証しようとしなない。

そうすると、本件証拠上、本件区分所有権等の時価が担保権者の債権額を下回っているか否かは全く明らかでなく、控訴人が本件区分所有権等について強制競売等を申し立てたとしても、この手続が民事執行法63条の無剰余取消しの対象となるものと認めることはできないというべきである。なお付言すると、本件区分所有権等の時価が担保権者の債権額を下回っているとしても(民事執行手続に即して考えると、不動産の買受可能価額が手続費用及び優先債権の見込額の合計額に満たないとしても)、当然に強制競売等の手続が取り消されるわけではなく、差押債権者は民事執行法

63条2項の手續を踏むことにより、競売手續を続行させることができるのであって、控訴人において、この手續を踏むことができないことを認めうるような証拠も全くない。

以上の説示に照らすと、本件においては、本件区分所有権等に対する先取特権の実行や強制執行によって本件管理費等の債権の回収を図る可能性がない場合であると認めることはできないのであって、建物区分所有法59条1項にいう「他の方法によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるとき」の要件を充足するものということはできない。

⑳

東京地裁平成20年6月20日判決

事件番号 平19(ワ)27332号

文献番号 2008WLJPCA06208006

・裁判所に認定された事実

- a) 本件管理規約では、区分所有者である被告は、敷地及び共用部分等の維持管理に要する経費に充てるため、管理費(月額1万3760円)及び修繕積立金(月額8660円)を納入しなければならないとされているが、被告は、平成16年12月分から、本件管理費等を滞納し、滞納月数は40か月以上になっており、その金額は、平成20年3月28日時点で89万6800円、遅延損害金を含めた額は111万9554円となっている。
- b) 被告は、上記滞納以前の平成14年2月1日から平成16年10月31日までの33か月分の本件管理費等についても滞納していたところ、

この滞納分については、本件マンションの管理会社が被告に対し度重なる督促を行っていたが、被告からは何の返答もなかったため、被告の母に対して事情説明をし、被告の母により、同年11月8日、同月分までが支払われた。

- c) 本件管理組合は、平成18年1月12日、被告に対し、滞納管理費19万2640円、滞納修繕積立金12万1240円、両費用の確定遅延損害金等を請求する少額訴訟を提起し、被告欠席のまま、同年2月20日、本件管理組合の請求を認容する判決が言い渡された。

本件管理組合は、この判決を受けて、平成18年6月13日、被告所有の自動車について強制競売を申し立て、同月29日付けで強制競売開始決定がされたものの、被告からの支払う旨の約束を受け、取り下げられた。

- ・ 裁判所の判断——共同利益背反行為があり、これによって共同生活上の著しい障害が生じているか【肯定】
- ・ 裁判所の判断——他の方法によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるといえるか【否定】

法59条に基づく競売請求は、法57条に基づく停止等の請求や法58条に基づく使用禁止請求等と異なり、違反区分所有者を区分所有関係から終局的に排除することを目的とするものであり、その者に与える不利益が大きいことからすれば、管理費等の未払について、「他の方法によっては障害を除去して共同生活の維持を図る

ことが困難であること」との要件を満たすのは、法7条1項前段の先取特権の実行等の他の民事上の法的方法では効を奏さず、かつ将来も支払の可能性がないか又は著しく低い場合に限定されると解される。

これを本件についてみるに、本件管理費等は本件管理規約に基づいて生じるものであるから、本件マンションの区分所有者は、被告に対し、本件管理費等について、被告の区分所有権等について法7条1項前段の先取特権を有するものと認められる。そして、本件管理組合が本件管理費等を回収するために先取特権の実行手続を取った場合には、被告の専有部分について他に優先する担保権等があつて剰余価値がないというような事情もうかがわれないから、同手続によって本件滞納の解消に至るものと認められ、法7条1項前段の先取特権の実行等の方法では効を奏さない場合には当たらない。

③⑩

東京地裁平成22年5月21日判決

事件番号 平20（ワ）900号

文献番号 2010WLJPCA05218001

・裁判所に認定された事実

- a) 被告は、平成13年7月分から、本件規約に定める管理費、修繕積立金、水道料金及び下水道料金の滞納を始め、平成14年9月分以降の滞納額は平成20年5月1日時点で合計183万4252円（本件規約の定める日歩5銭の遅延損害金を含む。）に達している。

- b) 本件管理組合は、平成16年5月、被告に対し、滞納管理費等及び弁護士費用相当額の支払を求める訴訟を提起し、同年9月14日、平成13年7月分から平成16年5月分までの滞納管理費等元金79万6259円及び既発生の遅延損害金の合計101万2201円等の請求を認容する前訴判決を得て、同年中に、2度にわたって被告に滞納管理費等の支払を催促した。しかし、被告が支払に応じなかったため、本件管理組合は、平成17年1月に前訴判決に基づいて被告の預金債権を差し押さえたが、回収できたのは56万6164円にとどまった。本件管理組合は、その後も、平成19年4月に支払を催促し、また、同年10月には本件総会の招集通知を交付するなど、被告に支払を求め続けたが、被告はこれを無視し続けた。
- c) 被告は、被告訴訟代理人弁護士を通じて、本訴の係属中である平成20年4月21日ころ、原告訴訟代理人弁護士に対し、滞納管理費等を一括で支払うことを申し出たが、原告(管理組合管理者)及び本件管理組合は、上記申出が競売を回避するための場当たりの対応にすぎないなどとして、管理費等の受領を拒絶した。

・ 裁判所の判断——共同利益背反行為があり、これによって共同生活上の著しい障害が生じているか【否定】

被告は、現在まで、管理費等の一部(平成20年5月1日時点で合計183万4252円)を滞納しており、その滞納額や滞納期間に照らすと、この滞納は本件マンションの管理又は使用に関し区分所有者の共同の利益に反する行為に当たるといえるものの、その滞納額の本件マンション全体の管理費等における割合や、被告による管理費等の滞納によって本件マンションの区分所有者に生じた実害(本件

マンションに必要な改修工事が実施できない状況にあることなど
を認めるに足りる的確な証拠はないのであって、本件管理組合が
 滞納管理費等の回収のために前訴判決及び強制執行に関して費や
 した手間や本訴前に弁護士に支出した費用が約22万円に達するこ
 となどを考慮しても、被告の上記滞納が本件マンションの管理上重
 大な支障となっており、本件マンションの区分所有者の共同生活上
 の障害が著しいものとまでは認め難い。

- ・裁判所の判断——他の方法によってはその障害を除去して共用部
 分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活
 の維持を図ることが困難であるといえるか【否
 定】

被告は、本訴提起後の平成20年4月21日ころには、原告訴訟代
 理人弁護士に対し、滞納管理費等を一括で支払うことを申し出し
 ているのであって、現在まで支払が完了していないのは、原告及
 び本件管理組合の方で管理費等の受領を拒絶しているためである
 ことや、被告の妻が、本訴における証人尋問において、今後は管
 理費等を支払う意向である旨証言していることに照らせば、競売
 請求以外に管理費等の滞納を解消し得る手段がないとも認められ
 ない。

(執筆者 大門誉幸)

四 裁判例の分析

1 59条競売請求事案における裁判所の判断枠組み

本稿1の総論部分において述べられたとおり、法59条によって競売

が認められるためには、区分所有者が、法6条1項に定める共同利益背反行為（他の区分所有者の共同の利益に反する行為）をした場合又はその行為をするおそれがある場合で、共同生活上の障害が著しく、他の方法によってその障害を除去することが困難であること、との要件が充足されなければならない旨法定されている。

管理費等滞納事案において、これらの要件の有無がどのような枠組みをもって検討されているかについて、本稿2で紹介した法59条に基づく競売請求に関する裁判例における判断過程をみるに、もちろんのこと裁判体による差異はあるものの、おおむね、①共同利益背反行為があり、これによって共同生活上の著しい障害が生じているか、②他の方法によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるといえるか、の2段階に分けて検討されているようである（当然ながら、管理費等滞納事案では、実際に管理費等の不払いが発生することで問題が顕在化するのだから、共同利益背反行為をする「おそれ」については問題とはならないであろう。）。

以下、それぞれの要件について少し詳しく考察する。

2 「共同利益背反行為があり、これによって共同生活上の著しい障害が生じているか」の要件

(一) 「管理費等滞納＝共同利益背反行為」か

本稿において紹介した裁判例の多くが、表現は異なれど「管理費等の支払いは区分所有者としての最も基本的な、最低限の義務であり、これを怠ることは区分所有者の共同の利益に反する行為である」旨指摘している。

確かに、管理費等の支払いをたとえ1か月でも怠れば、その分だ

け当該マンションの貴重な財源が損なわれることになるのであるから、現実に管理費等が滞納されている事案において「共同利益背反行為があり、これによって共同生活上の著しい障害が生じているか」の要件の充足性を検討するに当たっては、「当該滞納の状況（滞納の期間や合計金額等の客観的事情）からみて、共同生活上の著しい障害を生ぜしめているか」の判断に収斂されていくものと考えられる。

(二) 「共同生活上の著しい障害」を生ぜしめる滞納期間及び滞納金額

それでは、管理費等の滞納状況がどの程度になれば「共同生活上の著しい障害を生ぜしめている」といえるかについてであるが、やはり、まずは滞納期間及び滞納合計額に着目することになる。

この点について、請求認容した裁判例における注目すべき指摘に、「滞納期間が3年以上に及び、滞納額が既に100万円を超え」（東京地裁平成24年9月5日判決－本稿裁判例⑧）というものがある。本稿に掲載した59条競売請求を認容した他の裁判例に照らしても、おおむね、滞納期間が3年（36か月）を超え、遅延損害金を除いた滞納合計額が100万円を超えれば、「共同利益背反行為があり、これによって共同生活上の著しい障害が生じている」と認められているように思われる。

ただし、最近では、滞納合計額が100万円に達しない事例でも59条競売請求が認められた裁判例が複数現れていることから、この100万円基準は緩和されてきているといえる。したがって、あくまでも1つの目安として捉えるべきであり、合計滞納額が100万円を下回っているからといって59条競売請求に消極的となるべきではないことは確かである。

(三) それ以外の考慮要素

(1) 滞納額が当該マンションの管理費等に占める割合

滞納合計額が、当該マンションにおける管理費・修繕積立金等の総額においてどのくらいの割合を占めるかという点についても、言及する裁判例が多い（東京地裁平成22年5月21日判決－本稿裁判例③⑩ほか）。

特に、競売請求を棄却した本稿裁判例③⑩の事案では、約68か月間にわたり、合計183万4252円（規約の定める日歩5銭の遅延損害金を含む。）を滞納した事実が認定されたものの、「その滞納額の本件マンション全体の管理費等における割合（中略）を認めるに足りる的確な証拠はない」点が棄却の理由の1つに挙げられている。

(2) 必要な修繕の財源が不足する等の実害の発生

現実問題として、修繕が必要な箇所があるにもかかわらず、管理費等滞納により財源が不足し、修繕できない等の実害が生じているかという点も、多くの裁判例において注目されている。

上記本稿裁判例③⑩では、「被告による管理費等の滞納によって本件マンションの区分所有者に生じた実害（本件マンションに必要な改修工事が実施できない状況にあることなど）を認めるに足りる的確な証拠はない」ことも競売請求棄却の理由に挙げられた。

(3) 被告の資力

59条競売請求を認容する裁判例の理由付けにおける論旨の展開として、「被告は〇〇か月間の長期にわたって合計〇〇円にも上る管理費等を滞納しているのであり、被告に管理費等を弁済する資力がないことに鑑みると、共同利益背反行為があり、これによって共同生活上の著しい障害が生じているといえる」と結論付けているものがよく見られる。被告に資力がなければ、将来に向かって

滞納額が増大していく一方であることは明らかであるので、被告に資力がないことが「著しい障害」の要件を検討する上での考慮要素の1つとなっていることは疑いないであろう。

59条競売請求を棄却した東京地裁平成26年3月25日判決(事件番号 平23(ワ)36187号・文献番号 2014WLJPCA03258009)は、被告ら(2社)の管理費等の滞納期間は8か月、合計46万8800円にとどまるものの、被告らによるマンション付属の駐車場の不法占有の事実が争われ、400万円近い損害金の支払いが認められたというやや特殊な事案であるが、上記裁判例が競売請求棄却の理由として、「被告らが平成25年4月ないし5月に1200万円余りの返済をした事実があること等に照らせば、現時点で400万円を超える額の未払いがあるとの一事をもって、被告甲が所有する102号室を競売に付する方法によらなければ、区分所有者の共同生活上の著しい障害を除去して、区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるとまでいうことはできない」と述べていることが注目される。

もっとも、被告に資力があることは、つぎに述べる補充性の要件とも密接に関わってくるものといえ、その意味で流動的な考慮要素であると考えることができる。

3 「他の方法によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるといえるか」の要件(補充性の要件)

(一) 無剰余取消しとなるべきこと

一般の競売(債務名義に基づく強制競売、先取特権に基づく不動産担保競売)の手段によったのでは剰余が生じる見込みがなく、無剰余取消しとなるべき場合かどうかという点については、59条競売が請

求された裁判例での補充性の要件の判断において必ずと言っていいほど検討されており、重要な要件とすることができる。

裁判例を俯瞰すると、過去に一般の競売を申し立て、実際に無剰余取消しとなったことをもって始めて補充性の要件を充足する、と明言するものはなく、裁判所もそこまでの要求をしているものでないことは確かであろうと思われ、59条競売を求める原告側の立場では、仮に一般の競売を申し立てた場合に剰余を生ずるかどうかにつき、説得力ある証拠をもって緻密に主張立証することが求められるといえる。

補充性の要件の検討における一般の競売の方法によることの可能性の有無について、特に厳格に判断されたと考えられるのが、原審、控訴審とも59条競売請求を棄却した東京地裁平成18年6月27日判決（本稿裁判例⑳－原審）及び東京高裁平成18年11月1日判決（本稿裁判例㉑－控訴審）のうち、控訴審判決である。

同判決は、「民事執行法の例外となる上記59条1項の規定による競売を適用することができるのは、極めて限局される」との一般論を述べた上で、「本件証拠上、本件区分所有権等の時価が担保権者の債権額を下回っているか否かは全く明らかでなく、控訴人が本件区分所有権等について強制競売等を申し立てたととしても、この手続が民事執行法63条の無剰余取消しの対象となるものと認めることはできない」ことを理由に挙げて控訴を棄却している。

また、東京地裁平成20年6月20日判決（本稿裁判例㉒）では、補充性の要件を充足するのは「法7条1項前段の先取特権の実行等の他の民事上の法的方法では効を奏さず、かつ将来も支払の可能性がないか又は著しく低い場合に限定される」との一般論を述べた上で、「本

件管理組合が本件管理費等を回収するために先取特権の実行手続を取った場合には、被告の専有部分について他に優先する担保権等があって剰余価値がないというような事情もうかがわれない」と述べ、補充性の要件の充足性を否定した。

(二) 他の執行手段の余地

59条競売請求を棄却した東京地裁平成18年6月27日判決（本稿裁判例⑳－原審）では、上記アの一般の競売によった場合の無剰余取消しの見込みを認めつつ、「被告に対する債権回収の方策として、預金債権以外の債権執行の余地がないかについて明らかとはいえず、未だ本来の債権回収の方途が尽きたとまでは認められない」と述べ、補充性の要件を否定する一理由とした。この他に執行手段があるかという点は、被告の資力の有無という要素とも密接に関係するものといえるが、補充性の要件を検討する上での重要な考慮要素といえる。

(三) 被告の支払いに対する態度（支払いや和解等の申出）

上記の東京地裁平成18年6月27日判決（本稿裁判例⑳－原審）では、補充性を否定する理由付けについて、他の執行手段の余地に加え、「被告は、本件訴訟の第2回口頭弁論期日に出頭し、陳述した準備書面において、長期間にわたる管理費等の滞納を謝罪するとともに、経済状況が好転したことから本件管理費等の分割弁済による和解を希望する旨の態度を示しているのであって、このような被告の態度からすれば、原告が和解案として、まず被告に対して分割弁済の実績を示すことを要求するなどして、和解の中で本件管理費等を回収する途を模索することも考えられる」と指摘した。

また、東京地裁平成22年5月21日判決（本稿裁判例－㉔）は、前記のとおり「共同生活上の著しい障害が生じているか」の要件を否定し

た裁判例であるが、補充性の要件にも言及しており、「被告は、本訴提起後の平成20年4月21日ころには、原告訴訟代理人弁護士に対し、滞納管理費等を一括で支払うことを申し出ているのであって、現在まで支払が完了していないのは、原告及び本件管理組合の方で管理費等の受領を拒絶しているためであることや、被告の妻が、本訴における証人尋問において、今後は管理費等を支払う意向である旨証言していることに照らせば、競売請求以外に管理費等の滞納を解消し得る手段がないとも認められない」と述べている。

上記の裁判例でも触れているとおり、被告が滞納管理費等について何らかの支払いに対する意思を見せていることは、補充性の要件の検討における一つの考慮要素となろうが、そのように裁判所の判断の俎上に上るためには、やはり被告の資力という裏付けがある程度は必要になるものと思料される。

4 まとめ

以上、59条競売が請求された裁判例に現れた要件充足性の各考慮要素を分析した。原告代理人の立場としては、滞納期間の長さ及び滞納合計額の大きさの主張はもとより、滞納額が当該マンションの管理費等に占める割合、必要な修繕の財源が不足する等の実害の発生につき丁寧に立証すべきである。

また、補充性の要件における考慮要素の核となる、一般の競売によつたのでは無剰余取消しとなるべきことについては、近い時期に実際に競売申立てを行い無剰余取消しになった事実がない限りは仮定の話となるため、充分な証拠をもとにした綿密なシミュレーションを裁判官に示し、論理的かつ説得的に主張立証することが求められるといえる。

(執筆者 大門誉幸)

別表【請求が認容された裁判例】

裁判例	滞納された 費目	滞納期間	合計滞納額 (遅延損害 金を除く)	過去に管理費 等支払請求に つき法的手段 がとられたか	関連事情（特筆すべき被告 の態度・当該案件特有の事 情等）
①東京地裁平成 17年5月13日判決 事件番号：平16 (ワ)27574号 文献番号： 2005W L J P - CA05130009	管理費、修 繕積立金、 専用庭使用 料、専用駐 車場使用料	約50か月	171万6870円	訴え提起（請 求全部認容－ 確定）	被告は今後の支払について 「払う払う」の一点張りで 具体的な支払方法を提案す ることはなく、預金債権の 仮差押えを受けた直後、原 告代理人の事務所に脅迫的 な電話を掛けた上、「おい ○○（弁護士名）！生活 費の金、返せ！ふざける な！！」と記載したファク シミリ文書を送信する等、 強硬な態度を見せていた。
②東京地裁平成 19年11月14日判 決 事件番号：平18 (ワ)17090号 文献番号： 2007W L J P - CA11148004	管理費、修 繕積立金	約66か月	681万9060円	訴え提起（請 求全部認容－ 確定）	本件マンションの総戸数は 12戸と小規模であり、その うちの1戸の住民である被 告による管理費等の滞納が 本件マンションの維持管理 に与える影響は看過できな いこと、管理者への管理 委託費の支払いにつき修繕 積立金を取り崩しているこ と、実際に経年劣化により 改修が必要となっている工 事の費用が修繕積立金によ り賄えず、必要な改修工 事が実施できない状況にあ ることが認定された。
③東京地裁平成 20年8月29日判決 事件番号：平20 (ワ)4928号 文献番号： 2008W L J P - CA08298002	管理費、修 繕積立金、 水道基本料	約49か月	107万3590円	訴え提起（請 求全部認容－ 確定）	被告は管理費等滞納期間中 に破産申立てを行い、裁判 所の破産手続廃止決定が確 定していることから、現在 被告には未払管理費等の支 払能力がないうえ、今後も 改善する可能性はないと認 定された。

<p>④東京地裁平成21年2月13日判決 事件番号：平20(ワ)34127号 文献番号： 2009WLJP-CA02138005</p>	<p>管理費、修繕積立金（他不明）</p>	<p>資料から判然としない。</p>	<p>178万6420円</p>	<p>・ 訴え提起（訴訟上の和解成立） ・ 訴え（再訴）提起（請求全部認容－確定）</p>	<p>被告は当初の訴訟において、平成9年12月から平成12年3月まで毎月末日限り各3万円、同年4月末日限り1万6720円を支払う旨の訴訟上の和解を成立させたにもかかわらず、平成9年12月の分を支払った後は支払をしなくなった、その後も管理組合と支払約束を交わすも途中から不履行となり、2回目の訴訟を経ても一切の支払いをしなかった。</p>
<p>⑤東京地裁平成21年5月13日判決 事件番号：平20(ワ)35083号 文献番号： 2009WLJP-CA05138006</p>	<p>管理費、修繕積立金、水道基本料</p>	<p>資料から判然としない。</p>	<p>414万2520円</p>	<p>原告は平成20年4月14日、管理費等の債権を被担保債権として、本件不動産について担保不動産競売の申立てをしたが、裁判所は、本件不動産の買受可能額が手続費用及び差押債権者の債権に優先する債権の見込み額の合計額に満たないと認め、その担保不動産競売の手続を取り消した。</p>	<p>リゾートマンションの事案であり、もともと被告1と被告2が当該居室の区分所有権を共有していたところ、被告1が死亡したものの法定相続人が全員相続放棄したため、その相続財産について法人が成立していた。</p>
<p>⑥東京地裁平成22年1月26日判決 事件番号：平21(ワ)27466号 文献番号： 2010WLJP-CA01268004</p>	<p>管理費</p>	<p>約84か月</p>	<p>155万0590円</p>	<p>訴え提起（請求全部認容－確定）</p>	<p>被告に滞納管理費及び遅延損害金の支払能力がなく、本件マンションは築39年を経過し、修繕、維持管理にかかるコストも増大しているにもかかわらず、総戸数21戸、1戸当たり平均約40㎡という小規模マンションのため、組合員の高齢化と相まって、修繕、維持管理にかかる費用を捻出することは容易ではない。</p>

<p>⑦東京地裁平成22年10月21日判決 事件番号：平22(ワ)23678号 文献番号：2010WLJP-CA10218002</p>	<p>管理費、修繕積立金、水道使用料</p>	<p>約127か月</p>	<p>537万6384円</p>	<p>訴え提起（請求全部認容－確定）</p>	<p>被告から、当該居室の前所有者から管理費等の滞納の事実（当時合計342万5372円）を告げられず、だまされて専有部分を購入したものであり、多額の管理費等を滞納していた前所有者を放置していた原告にも多大な責任があると主張したが、退けられた。</p>
<p>⑧東京地裁平成24年9月5日判決 事件番号：平24(ワ)7366号 文献番号：2012WLJP-CA09058003</p>	<p>管理費、修繕積立金</p>	<p>約38か月</p>	<p>140万8025円</p>	<p>資料から判然としない。</p>	<p>リゾートマンションの事案であり、被告法人は管理費等滞納期間中に破産手続廃止決定を受け、その後は会社としての実態がなく、以後管理費等を支払うことは全く期待できないという事情があった。 なお判決文中、「滞納期間が3年以上に及び、滞納額が既に100万円を超え、今後滞納が解消されず、かえって滞納額が累積していく見込みであることが認められるのであって、これらの事情に照らせば、被告による管理費等の不払は、『区分所有者の共同生活上の障害が著し』いものに当たるといふべきである。」という注目すべき判示がある。</p>
<p>⑨東京地裁平成24年9月18日判決 事件番号：平23(ワ)40348号 文献番号：2012WLJP-CA09188003</p>	<p>管理費、修繕積立金、上下水道料金、給湯料、提携施設料</p>	<p>約50か月</p>	<p>168万7320円</p>	<p>訴え提起（請求全部認容－確定）</p>	<p>被告は滞納管理費等元本が約138万円に上る状態で本件居室を購入し、その後、管理費等月額分を支払うこともあったが、遅延損害金を上乘せして支払わないため滞納額が毎月増大している状態であり、従前の経緯から滞納額は将来にわたり更に増大する蓋然性が高いとされた。</p>

<p>⑩ 東京地裁平成25年5月8日判決 事件番号:平25(ワ)3743号 文献番号: 2013WLJP-CA05088001</p>	<p>管理費、修繕積立金、有線放送使用料及び水道基本料</p>	<p>約132か月</p>	<p>466万8360円</p>	<p>訴え提起(請求全部認容-確定)</p>	<p>リゾートマンションの事案であり、被告法人は当該居室の前所有者が管理費等を439万1642円滞納していた状態で同居室を競落(59条競売)し、その後一切の管理費等を支払わなかった。被告は、本件訴訟に至るまでの原告との交渉において未払管理費等の減額を求めるのみで、具体的な支払金額や支払方法等の提案をした事実は窺われず、かつ、被告は別件訴訟における判決において確定した金額を支払うことが不可能である旨述べていることからすれば、今後被告から任意に本件未払管理費等を含めた本件不動産の管理費等が支払われる可能性は極めて低いとされた。</p>
<p>⑪ 東京地裁平成26年3月28日判決 事件番号:平25(ワ)21830号 文献番号: 2014WLJP-CA03288051</p>	<p>管理費、修繕積立金</p>	<p>約68か月</p>	<p>245万9650円</p>	<p>・ 訴え提起(請求全部認容-確定) ・ 上記債務名義に基づき、原告は本件区分所有権等に対する強制競売手続を申し立てたが、本件区分所有権等の買受可能価額が優先債権の合計額に満たなかったため、同手続は取り消された。</p>	<p>被告にみるべき資力がなく、回収が困難ないし期待できないとの原告の主張を裁判所が採用した以外に、特段、本件特有の特殊事情はなかった。</p>
<p>⑫ 東京地裁平成26年4月22日判決 事件番号:平25(ワ)26496号 文献番号: 2014WLJP-CA04228002</p>	<p>管理費、特別修繕費(修繕積立金)、組合費及び温泉使用料</p>	<p>約68か月</p>	<p>442万8420円</p>	<p>原告は先取特権に基づき、本件区分所有権等について担保不動産競売の申立てをしたが、無剰余取消しとなった。</p>	<p>リゾートマンションの事案。被告が本件居室の所有権を取得した時点で前所有者による約22か月分の管理費等の滞納があり、被告は一貫して弁済していない。</p>

<p>⑬東京地裁平成26年7月7日判決 事件番号：平26(ワ)7220号 文献番号： 2014WLJP-CA07078002</p>	<p>管理費、修繕積立金</p>	<p>約196か月</p>	<p>676万5594円</p>	<p>・訴え提起（請求全部認容－確定） ・上記債務名義に基づき、原告は本件区分所有権等に対する強制競売手続を申し立てたが、本件区分所有権等の買受可能価額が優先債権の合計額に満たなかったため、同手続は取り消された。</p>	<p>被告は、請求原因事実について全て認める旨陳述をした。</p>
<p>⑭東京地裁平成26年7月15日判決 事件番号：平26(ワ)602号 文献番号： 2014WLJP-CA07158009</p>	<p>管理費、修繕積立金、電話基本料及び有線放送料</p>	<p>約79か月</p>	<p>319万4380円</p>	<p>・訴え提起（請求全部認容－確定） ・上記債務名義に基づき、原告は本件区分所有権等に対する強制競売手続を申し立てたが、本件区分所有権等の買受可能価額が優先債権の合計額に満たなかったため、同手続は取り消された。</p>	<p>リゾートマンションの事案であり、被告が前所有者から競落（担保不動産競売）した時点で、約251万円の管理費等の滞納があった。被告は、本件居室の所有権取得後も一貫して管理費等を支払わず、約17か月分滞納していた。</p>

<p>⑮東京地裁平成26年10月27日判決 事件番号：平26(ワ)14858号 文献番号：2014WLJP-CA10278001</p>	<p>管理費</p>	<p>約92か月</p>	<p>138万円</p>	<p>原告は、不在者財産管理人弁護士（右欄参照）に対し、未払管理費の支払及び本件専有部分建物の適切な管理を求めたが、同弁護士から、被告には本件専有部分建物及び本件土地を除き換価価値のある財産が発見されておらず、同建物の任意売却や賃貸も困難であるとの回答がされた。</p>	<p>当該居室の区分所有者の死後、その妻が居住していたが、平成19年1月、同人が同建物で退去した後は居住者がいない状態であり、不在者財産管理人弁護士が選任されていた（本件訴訟は同弁護士が被告となった。）。本件専有部分は、窓ガラスが一部破損している状態にある上、建物内には多数の動産が残置され、損傷箇所も多く存在することから、第三者の侵入等の虞も判決において認定された。</p>
<p>⑯東京地裁平成27年2月20日判決 事件番号：平26(ワ)17926号 文献番号：2015WLJP-CA02208004</p>	<p>管理費、修繕積立金</p>	<p>約117か月</p>	<p>204万2035円</p>	<p>・ 訴え提起（請求全部認容－確定） ・ 訴え提起（再訴）（請求全部認容－確定）</p>	<p>被告法人の代表者が管理費等滞納中に死亡し、以後、被告法人は事実上休眠状態にあることが認定され、判決では、「被告から今後滞納管理費等が支払われる可能性はない」とされた。</p>
<p>⑰東京地裁平成27年7月8日判決 事件番号：平27(ワ)7837号 文献番号：2015WLJP-CA07088004</p>	<p>管理費、修繕積立金</p>	<p>約105か月</p>	<p>約300万円</p>	<p>訴え提起（請求全部認容－確定）</p>	<p>本件では過去に実際に競売申立てはなされていないが、判決では、「被告が滞納した管理費等を任意に支払う見込みはなく、今後も未収金が増大する一方となることが推認され、こうした事態に対して、本件管理組合がなしうる手段のほとんどすべてを講じたこと、仮に区分所有法7条による先取特権又は本件判決に基づいて本件マンション205号室の強制競売を申立てをしても、被告の滞納した管理費等及び水道料等を回収することが困難であることが認められる。」とされた。</p>

<p>⑱東京地裁平成27年8月3日判決 事件番号：平27(ワ)5695号 文献番号： 2015WLJP-CA08038004</p>	<p>管理費、修繕積立金</p>	<p>約256か月</p>	<p>510万8930円</p>	<p>なし（本件では、59条1項に基づく競売請求とともに、未払管理費元本371万9450円、未払修繕積立金元本138万9480円と、これらに対する確定遅延損害金及び管理規約に基づく違約金並びに上記各元本に対する支払済みまで管理規約による年14%の割合による遅延損害金の支払が求められた。）</p>	<p>全戸で15戸の小規模マンションの事案であり、判決では、被告による管理費等滞納の原因として、「長期修繕工事を行うことができないことから、本件マンションにおける計画的修繕工事の実施に不足を来すことが確実にしていることが認められる。」と認定された。</p>
<p>⑲東京地裁平成27年12月21日判決 事件番号：平27(ワ)11335号 文献番号： 2015WLJP-CA12218007</p>	<p>管理費、修繕積立金、水道使用料</p>	<p>約167か月</p>	<p>728万8310円</p>	<p>訴え提起（請求全部認容－確定）</p>	<p>被告法人は、管理費等を合計520万2720円（約119か月分）滞納していた前主から、担保不動産競売により本件居室を取得したが、その後一切の管理費等の支払いをしていなかった。判決では、被告代表者が新事業開始に当たり休眠会社を買収して商号変更し代表取締役役に就任した経緯を指摘し、「未だ被告においては何らの業務も行っておらず、今後も営業活動を行うか不明であるというのであるから、今後被告によって滞納管理費等が支払われる見込みは全くなく、今後も管理費等の滞納額は増大する一方であると推測される。」とされた。</p>

<p>㊸東京地裁平成28年4月14日判決 事件番号：平28(ワ)4648号 文献番号： 2016WLJP-CA04148016</p>	<p>管理費、修繕積立金、共用部分光熱費に当たる空調費</p>	<p>約107か月 (月額約1万2800円の空調費は約13か月)</p>	<p>694万7740円</p>	<p>訴え提起(請求全部認容-被告が控訴したものの、控訴は棄却され、原告の請求額拡張の附帯控訴を全て認めて確定)</p>	<p>判決では、「もともと、管理費の支払義務は建物等の管理に関する最も基本的な義務であるから、長期間にわたる管理費の不払は、区分所有法6条にいう『区分所有者の共同の利益に反する行為』といえる」ところ、被告は、「長期かつ著しい高額滞納を行っており、先行する管理費等請求訴訟によって滞納管理費、修繕積立金及び空調費の支払義務が確定したにもかかわらず、その後も滞納を続けている」ことを理由に、被告の行為は、共同利益背反行為に該当し、かつ、これによる「区分所有者の共同の生活上の障害が著しいものに該当する」とした。</p>
<p>㊸東京地裁平成28年6月1日判決 事件番号：平28(ワ)10041号 文献番号： 2016WLJP-CA06018011</p>	<p>管理費、修繕積立金</p>	<p>約115か月</p>	<p>約175万円</p>	<p>・訴え提起(訴訟上の和解成立) ・訴え(再訴)提起(訴訟上の和解成立) ・原告が弁護士会照会により被告の銀行預金口座を調査し、預金差押えをしたものの、約1万5000円を回収出来たに過ぎなかった。</p>	<p>被告は10年近くの滞納をしている上、すでに2回も訴訟提起されたにもかかわらず、いずれも自ら示した金額の分割払いもしないこと、そのため、今後、被告が自発的に滞納を解消し、支払をすることは期待できず、このままでは被告の滞納額は増大する一方であること、との原告の主張が認められた。</p>

<p>②東京地裁平成28年12月7日判決 事件番号：平28 (ワ)13407号 文献番号： 2016WLJP- CA12078013</p>	<p>管理費、修繕積立金</p>	<p>42か月</p>	<p>61万3200円</p>	<p>訴え提起（請求全部認容－確定） （本件では、59条1項競売請求とともに、①未払管理費等61万3200円及びこれに対する確定遅延損害金16万0544円の合計77万3744円並びに内61万3200円に対する支払済みまで管理規約規定の年14.6%の割合による遅延損害金、②弁護士費用45万3600円及びこれに対する訴状送達日の翌日から支払済みまで商事法定利率年6%の割合による遅延損害金、③平成28年3月27日以降、月額1万4600円の管理費等の各支払が求められた。※③は将来請求）</p>	<p>本件は、訴訟において被告が自らの区分所有権を否認した点で珍しい事案であり、管理費及び修繕積立金の将来請求が認められた点で、着目すべき事案でもある。 判決では、管理費等の将来請求を認める理由として、「被告が平成24年10月分以降、再三の督促にもかかわらず現在に至るまで管理費等を支払っていないことは、証拠（証拠番号略）及び弁論の全趣旨により認められる。これによれば、被告が今後も管理費等の支払を行わない可能性は高いといふべきであり、原告が被告に対し、将来の管理費等を請求する訴えの利益は、これを肯定すべきである。」とした。</p>
--	------------------	-------------	-----------------	---	---

<p>㊸東京地裁平成28年12月15日判決 事件番号：平28(ワ)35855号 文献番号：2016WLJP-CA12158013</p>	<p>管理費、修繕積立金、水道料</p>	<p>約103か月</p>	<p>合計532万8729円(被告が所有する3戸の区分所有建物それぞれにつき177万6243円)</p>	<p>なし(被告の破産手続において、本件建物の滞納管理費等の一部として、合計34万7421円(本件建物それぞれにつき11万5807円)が弁済されている。)</p>	<p>被告は管理費等滞納中に破産開始決定を受け、その後破産手続廃止決定が確定し、判決当時は清算中の会社であって、被告が滞納額を任意に支払う可能性はなく、主体的に本件建物を任意売却することも見込めないため、今後も滞納額が増加していくことが明白な事案であった。 判決は、「被告の破産手続において、本件建物に関し、本件管理組合に対し、優先的財団債権として合計34万7421円が弁済されたことが認められるが、これが滞納管理費等の一部に充当されたとしても、滞納額全額に比して少額であり、結論を左右するものではない。」とした。</p>
<p>㊹東京地裁平成29年3月31日判決 事件番号：平28(ワ)39808号 文献番号：2017WLJP-CA03318003</p>	<p>管理費、修繕積立金、駐輪代</p>	<p>約81か月</p>	<p>277万7000円</p>	<p>訴え提起(訴訟上の和解成立)</p>	<p>原告は、前訴で、被告に対し滞納管理費等及びこれに対する遅延損害金の支払を求め、当該訴訟において、滞納となっている管理費等及び遅延損害金の合計が125万1428円であることを確認するとともに、これを月1万円ずつ分割して弁済すること等を内容とする裁判上の和解が成立した。しかし被告は、前訴和解に基づく分割金を1回支払ったものの、その後は分割金の支払を怠っていた。</p>
<p>㊺東京地裁平成29年5月25日判決 事件番号：平28(ワ)39478号 文献番号：2017WLJP-CA05258011</p>	<p>管理費、補修積立金</p>	<p>約30か月</p>	<p>133万7934円</p>	<p>仮執行宣言付支払督促-確定</p>	<p>本件提訴時、被告の滞納額合計は180万7360円であったところ、提訴後に被告が約58万円を支払ったことが認定されたが、裁判所の結論を変じなかった。</p>

<p>㉖ 東京地裁平成29年10月31日判決 事件番号：平29(ワ)2652号 文献番号：2017WLJP-CA10318006</p>	<p>管理費、修繕積立金</p>	<p>約117か月</p>	<p>201万5880円</p>	<p>原告は、先取特権（法7条1項）に基づき被告区分所有権等について競売を申し立て、担保不動産競売開始決定がされたが、被告区分所有権等に設定されていた根抵当権の被担保債務を考慮すると無剰余になるとして、同競売開始決定は取り消された。</p>	<p>被告は、本件訴訟係属中に急性硬膜下血腫により路上で倒れているところを発見され、同日、病院に搬送され入院加療を継続していたところ、意思の疎通が極めて困難な常況にあることから、裁判所は、被告には「法定代理人がない場合」（民訴法35条1項）に当たると認め、被告に特別代理人を選任した事案である。</p>
<p>㉗ 東京地裁平成29年11月10日判決 事件番号：平29(ワ)24199号 文献番号：2017WLJP-CA11108005</p>	<p>管理費、修繕積立金、組合費、有線放送徴収料、水道料</p>	<p>約33か月</p>	<p>101万5647円</p>	<p>訴え提起（請求全部認容－確定）</p>	<p>判決では、「被告は、滞納管理費等及び既発生の確定遅延損害金合計147万0070円を支払ってもいないから、被告は無資力であると認められ、原告が本件区分所有権等に対して先取特権に基づく競売や債務名義に基づく強制競売を申し立てても、不奏功ないし無剰余となることは明らかであり、被告の管理費等の滞納が『区分所有者の共同の利益に反する行為』（区分所有法59条1項、57条1項、6条1項）であって、『区分所有者の共同生活上の障害が著しく、他の方法によってはその障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるとき』（区分所有法59条1項）に該当するものと認められる。」とされた。</p>

(執筆者 大門誉幸)

AI 開発・利用と個人情報保護法

AI 研究部

* 目 次

一	はじめに	348	らのデータ取得	352
1	はじめに	348	(三) グループ会社からのデータ取得	354
2	AIの開発・利用の流れ	348	(四) 他の企業からのデータ取得	356
(一)	AIの開発	348	(五) 公開情報からのデータ取得	357
(二)	AI学習済みモデルの利用	349	2 学習用データの加工・入力の場面	357
(三)	全体の流れのイメージ	349	3 AI学習済みモデルへのデータの <input type="checkbox"/> 入力場面	358
3	AI開発・利用に用いるデータ	349	(一) 入力の場面における一般的な留意事項	358
(一)	AI開発・利用に用いるデータ	349	(二) AI学習済みモデルへのデータ <input type="checkbox"/> 入力行為への同意	358
(二)	利用されるデータの種類	349	4 出力(AI生成物のアウトプット)の場面	359
4	データの利用における法的課題	350	(一) 出力(AI生成物のアウトプット)の場面における一般的な留意事項	359
(一)	個人に関する情報を利用する場合の留意点	350	(二) 出力(AI生成物のアウトプット)の場面における公開に関する同意	359
(二)	データ利用の場面ごとの検討の必要性	350	三 令和2年の個人情報保護法の改正による影響	359
(三)	個人情報保護法の令和2年改正	351	1 令和2年の個人情報保護法	
二	場面ごとの検討	352		
1	学習用データの取得の場面	352		
(一)	学習用データの取得の場面における個人情報保護法上の留意事項	352		
(二)	本人(サービス利用者等)か			

の改正	359	(二) 不適正な利用の禁止	360
2 影響が想定される改正内容	360	(三) 越境移転における本人への 情報提供の充実等	362
(一) 影響する可能性がある制度	360	(四) 仮名加工情報	363
		四 結語	364

一 はじめに

1 はじめに

AIに関する技術の進歩は目覚ましく、様々なAIの開発が行われ社会への実装が広がっている。AIという言葉自体は幅広い概念ではあるが、実務上は機械学習(Machine Learning)という技術が用いられることが多い。「機械学習」とは、人工知能のプログラム自身が学習する仕組みのようなものであり、具体的には、機械学習のプログラムに学習用のデータセットを入力することによって、コンピュータが自動的に入力されたデータの分類方法等を習得するものである。

このようなAIの開発の過程においては、工場の稼働データのような非パーソナルデータのみならず、個人の閲覧履歴や顔写真等のような「パーソナルデータ」が利用されることが多い。AIの開発・利用に当たっては、様々な法律上の課題を解決する必要があるが、「パーソナルデータ」を利用する場合には、その取扱いに関するルール等を定めた個人情報の保護に関する法律(以下「個人情報保護法」という)との関係を整理して、課題があれば解決しなければならない場面が少なからず見受けられる。

そこで、本論考では、AI開発・利用の各段階において個人情報保護法との関係を整理するとともに、実務上の留意点を考察した。

なお、本論考の意見にわたる部分は筆者の私見であり、筆者の所属するいかなる組織の見解でもないことを予めお断りさせていただく。

2 AIの開発・利用の流れ

(一) AIの開発

企業が実際にAIの開発を行う際には、まずはAIプログラムに入

力して学習に用いる画像、閲覧履歴等の生データを大量に用意する必要がある。

次に、生データを入力しやすく前処理をして学習用のデータセットを作成する。

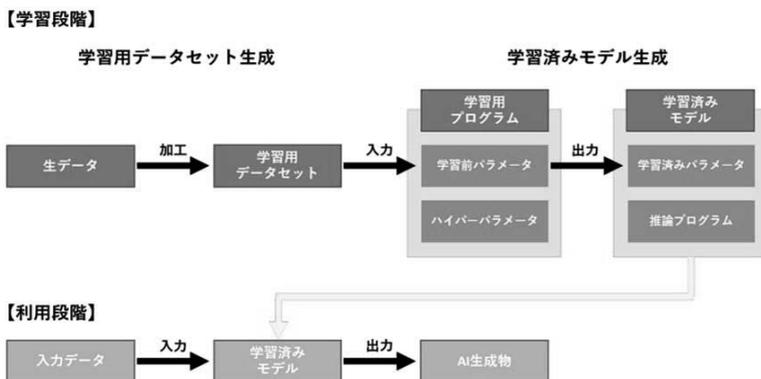
その上で、学習用のデータセットをAIの学習用プログラムに入力して、様々な調整をしながらプログラムに学習をさせることによって、AI学習済みモデルが作成される。

(二) AI学習済みモデルの利用

実際のAIの利用に当たっては、作成された学習済みモデルにデータを入力することによって、結果が出力される。

(三) 全体の流れのイメージ

以上を踏まえた、AI開発・利用の全体像は以下の図のとおりである。



3 AI開発・利用に用いるデータ

(一) AI開発・利用に用いるデータ

AIの開発・利用に当たっては、様々な場面でデータが利用される。まずは、学習用データセットの元となる生データを大量に収集する

必要がある。次に、その生データを学習用データセットに整えるために加工が行われる。そして、学習用データセットとして整えられたデータは、学習用プログラムに入力される。

また、学習済みモデルが作成された後の利用段階では、出力を行う前提として学習済みモデルにデータが入力される。

このように、AIの開発やその後の利用においては様々な場面でデータが用いられている。

(二) 利用されるデータの種類

このようにAIの開発・利用においては様々な場面でデータが利用されることになるが、利用される場面や作成されるAI学習済みモデルのタイプによって、工場の稼働データ、地理データのような個人との関連性が薄いデータもあれば、購買履歴、スマートフォンの位置情報のように個人との関連性が深いデータが用いられることもある。

本論考では、個人に関連するデータを中心に検討していくこととする。

4 データの利用における法的課題

(一) 個人に関する情報を利用する場合の留意点

AIの開発・利用の場面において個人に関する情報を利用する場合、当該情報が個人情報保護法が定める「個人情報」（同法2条1項）に該当するときには民間事業者における個人情報の取扱いに関する義務等を定めた同法の規律対象となる。

したがって、AIの開発・利用を行う企業においては、利用するデータに「個人情報」が含まれているのか、含まれている場合には個人情報保護法が定める規律を遵守できているかどうか、につき検討する必要が生じる。

(二) データ利用の場面ごとの検討の必要性

個人情報保護法は、情報の取得・利用・保管・提供といった場面ごとに事業者の遵守すべき規律を定めている。したがって、AIの開発・利用においてもデータを用いる場面ごとに個人情報保護法上の規律を検討する必要がある。

そこで、以下ではAIの開発・利用における場面ごとに適用される主な個人情報保護法上の義務及び当該義務を遵守するための留意点を検討することとする。

具体的には、以下の4つの場面ごとに検討を行う。

- ・ 学習用データの取得
- ・ 学習用データの加工・入力
- ・ AI学習済みモデルへのデータの入力
- ・ 出力（AI生成物のアウトプット）

（三）個人情報保護法の令和2年改正

また、個人情報保護法に関しては、令和2年3月10日に同法の改正を含む「個人情報の保護に関する法律等の一部を改正する法律案」が国会に提出され、同年6月5日に成立した。これは、個人の権利、事業者の守るべき責務、事業者による自主的な取組を促す仕組み、データ利活用、ペナルティ、法の域外適用・越境移転のそれぞれの在り方についての幅広い改正を行うものである。

そこで、場面ごとに個人情報保護法の留意事項を検討した後、上記法律による改正後の個人情報保護法（以下「令和2年改正個人情報保護法」という）による追加された規律のうち、AIの開発・利用に影響があり得ると考えられる主な定めについて検討することとした。

二 場面ごとの検討

1 学習用データの取得の場面

(一) 学習用データの取得の場面における個人情報保護法上の留意事項

AIの学習済みモデルを開発する前提として、当該モデルを作成するために利用する学習用データが必要である。

企業がすでに学習用データを取得・保管しており、そのデータが「個人情報」に該当する場合、以下の「2 学習用データの加工・入力」の場面における検討を行えばよいものと考えられる。

他方、これから新たに学習用データとして「個人情報」を取得する場合、個人情報保護法が定める規律を遵守する必要がある。

以下では、データの主な入手経路ごとに留意点を検討する。

(二) 本人（サービス利用者等）からのデータ取得

通販サイト等で氏名、住所とともに購買履歴を取得する場合のように、本人（個人情報によって識別される特定の個人（同法2条8項））から個人情報を取得することが多く見受けられる。

この点につき個人情報保護法は、個人情報取扱事業者（個人情報データベース等を事業の用に供している者（同法2条5項））は、偽りその他不正の手段によって個人情報を取得することが禁じられるとともに（同法17条1項）、要配慮個人情報（人種、信条、社会的身分、病歴、犯罪の経歴、犯罪により害を被った事実その他本人に対する不当な差別、偏見その他の不利益が生じないようにその取扱いに特に配慮を要するものとして政令で定める記述等が含まれる個人情報（同法2条3項））を取得する場合には原則として同意を取得することが要求される（同法17条2項）。したがって、本人から「病歴」などの

要配慮個人情報に該当するデータを取得する場合、本人の同意を得る必要がある。

また、個人情報取扱事業者は、個人情報を取り扱うに当たっては、その利用目的を特定するとともに（同法15条1項）、個人情報を取得した場合には、取得前にあらかじめその利用目的を公表している場合を除き、速やかにその利用目的を、本人に通知・公表等する必要がある（同法18条）。したがって、企業が本人から個人情報に該当するデータを取得するに当たっては、取得に先立ちプライバシーポリシー等に取得する個人情報の利用目的を特定する形で記載した上で、ウェブサイト等で公開することによって公表をしたり、データを入力してもらう際に利用目的を通知する等して、利用目的の通知・公表義務を遵守する必要がある。

特定して通知・公表すべき利用目的については、個々の取扱いプロセスごとに利用目的を特定することまでは求められておらず、あくまで個人情報取扱事業者が一連の取扱いにより最終的に達成しようとする目的を特定すれば足りると解されているため（園部・藤原編「個人情報保護法の解説《第二次改訂版》」・ぎょうせい・2018年・137頁参照）、個人情報をAIの開発・利用に用いることを詳細に利用目的として明記した上、本人に通知・公表することまでは求められていないものと考えられる。

もっとも、個人情報保護法を所管している個人情報保護委員会においては、「本人が合理的に予測等できないような個人データの処理が行われる場合、ガイドラインにおいて、どのような取扱いが行われているかを本人が予測できる程度に利用目的を特定することを求める」方向で議論がなされており（個人情報保護委員会「改正法に関連

する政令・規則等の整備に向けた論点について（公表事項の充実）」・令和2年10月14日参照）、より詳細に利用目的を特定することが求められる可能性があるため今後の動向を注視する必要がある。

個人情報取扱事業者は、本人の同意を得ずに、特定された利用目的の達成に必要な範囲を超えて個人情報を取り扱うことが禁止されているため（同法16条1項）。上記の通知・公表の際に特定すべき利用目的は、取得後にどのように利用するのかを十分に吟味した上で、特定しておく必要がある。

個人情報保護法は、個人データを取得する際には、原則として、提供元である第三者の氏名及び個人データの取得経緯等についての確認記録義務を定めているが（同法26条1項、2項）、この義務は「第三者」から個人データを取得した場合の規律であるため「本人」からデータを取得した場合には適用されない。

なお、個人データ（個人情報データベース等を構成する個人情報（同法2条6項））は、原則として、事前に本人の同意を得なければ第三者に提供することができないところ（同法23条1項柱書）、データ取得後に改めて第三者提供の同意を取得することは事実上難しいことが少なくないことから、データ取得のタイミングにおいて第三者提供の同意が取得されることも少なくない。

（三）グループ会社からのデータ取得

本人から直接データを取得するのではなく、企業の子会社、親会社及び関連会社等のグループ会社から個人情報を取得する場合も考えられる。この場合、本人から同意を取得して個人データを第三者提供する方法で取得するほか、個人情報保護法23条5項3号が定める共同利用の方法によって個人データを共有する方法がとられることも

ある。

個人情報保護法は、特定の者との間で共同利用される個人データが当該特定の者に提供される場合であって、以下の①～⑤の事項について、あらかじめ本人に通知し、又は本人が容易に知り得る状態に置いているときには、データの提供先である共同利用者は「第三者」に該当しないものとして、本人の同意を得ることなく個人データを提供することが可能としている（同法23条5項3号）。

- ① 共同利用されること
- ② 共同利用される個人データの項目
- ③ 共同利用する者の範囲
- ④ 共同利用する者の利用目的
- ⑤ 個人データの管理責任者の氏名又は名称

したがって、プライバシーポリシー等に上記の各事項を記載した上で、ウェブサイトに公開することによって公表するなどした場合には、共同利用の要件を満たし、本人の同意を得ることなくグループ会社間で個人データを共有することが可能である。

なお、共同利用の要件である上記の事項を通知・公表する前に既に取得していた個人データにつき共同利用を検討する際には、当該個人データの内容や性質等に応じて共同利用の是非を判断した上で、当該個人データを取得する際に当該事業者が法第15条第1項の規定により特定した利用目的の範囲内であることを確認する必要があるため（個人情報保護委員会「個人情報の保護に関する法律についてのガイドライン」及び「個人データの漏えい等の事案が発生した場合等の対応について」に関するQ&A」40頁）、注意が必要である。

個人情報保護法は、個人データを取得する際には、原則として、提

供元である第三者の氏名及び個人データの取得経緯等についての確認記録義務を定めているが（同法26条1項、2項）、共同利用においては提供者と受領者を一体としてみるができるため第三者提供の規律の対象外とされていることから、同法23条5項3号の共同利用においては確認記録義務は適用されない（同法26条1項ただし書）。

令和2年改正個人情報保護法では、共同利用の通知・公表事項として前述した①～⑤に加えて、⑥個人データの管理責任者の住所、⑦法人代表者の氏名も追加されている（改正法23条5項3号）。

（四）他の企業からのデータ取得

本人やグループ会社だけではなく他の企業からデータを取得することも考えられる。

提供しようとするデータが「個人データ」に該当する場合には、提供元は原則として本人から第三者提供の同意を取得する必要がある。もっとも、取得する側の企業においては取得するデータが大規模な場合には、すべてのデータについて本人同意が得られているのかどうかを確認することは事実上困難な場合も少なくない。このような場合には、データの提供契約等に提供行為自体の適法性についての表明保証条項を盛り込む等することによって、データを適法に移転することを提供元に促すことも実務上は重要であると考えられる。

他の企業から取得するデータが取得する企業にとって「個人データ」に該当する場合には、確認記録義務も遵守する必要がある（法26条1項、3項）。

なお、個人情報保護法の規制ではないものの、他の企業から契約に基づいてデータを取得した場合において、取得したデータの利用目的が契約によって制限されているようなときには、その利用目的

の範囲を超えて利用すると契約違反となる可能性があるため注意が必要である。

(五) 公開情報からのデータ取得

インターネット上で公開されている顔写真等の「個人情報」を取得することも考えられる。

この場合、データの取得については個人情報保護法上原則として同意は不要だが、利用目的の特定及び通知・公表義務は遵守する必要がある。

なお、本人自らがホームページやSNS、ブログ等のツールを用いて、インターネット上で自己の信条について表明している場合のように、本人が要配慮個人情報を公開しているときには、本人の同意を得ることなく要配慮個人情報を取得することが可能である（法17条2項5号）。

2 学習用データの加工・入力の場合

取得したデータを学習用データセットに加工してプログラムに入力する場合において、加工・入力するデータに「個人情報」が含まれている場合がある。その場合、個人情報保護法が定める利用の場面における規律を遵守する必要がある。

この点につき、個人情報保護法は、個人情報取扱事業者は、本人の同意を得ることなく、同法15条1項により特定された利用目的の達成に必要な範囲を超えて個人情報を取り扱うことを禁じている（同法16条1項）。したがって、個人情報を含むデータの加工や入力行為がプライバシーポリシー等に記載して公表するなどした利用目的の範囲に含まれているかどうかを確認する必要がある。

仮に、特定した利用目的の範囲に含まれない場合には、その利用目

的と関連性を有すると合理的に認められる範囲で利用目的を変更するか(同法15条2項)、又は本人の同意を得る必要がある(同法16条1項)。

なお、利用目的を変更した場合は、変更された利用目的を、本人に通知し、又は公表しなければならない(同法18条3項)。

3 AI 学習済みモデルへのデータの投入の場面

(一) 投入の場面における一般的な留意事項

完成した AI 学習済みモデルに投入するデータは、学習用データとして利用されたデータとは異なることが多い。そのため、この入力データが「個人情報」であれば個人情報保護法が定める義務を別途遵守する必要がある。

入力用のデータを新たに取得するのであれば、学習用データを取得する場合と同様、利用目的を特定した上で、その利用目的を通知・公表する必要がある。

また、既に取得済みの個人情報を投入に用いる場合には、取得時に通知・公表した利用目的の範囲内でしか利用できないため、AI 学習済みモデルへの投入行為が利用目的の範囲内かどうかを確認する必要がある。

(二) AI 学習済みモデルへのデータ投入行為への同意

AI 学習済みモデルへの投入行為は、個人情報の取得・利用であるため個人情報保護法上は原則として同意は求められていない。ただし、入力するデータが要配慮個人情報である場合には、入力前の取得の段階で本人から同意を取得しておく必要がある(同法17条2項)。

なお、個人情報保護法上は同意が求められていない場合であっても、プライバシー保護の観点から本人の同意を取得することが望まし

い場合はあり得るものとする。

また、後述するとおり、出力の場面で個人データが公開されることとなる場合には、AI学習済みモデルへの入力データを取得する段階などにおいて本人から同意を取得する必要がある。

4 出力(AI生成物のアウトプット)の場面

(一) 出力(AI生成物のアウトプット)の場面における一般的な留意事項

AI学習済みモデルに入力用データを入力するとAI生成物がアウトプットされる。アウトプットされる情報が個人情報に該当する場合には、その利用が当該情報の取得時に特定し、通知・公表した利用目的の範囲内かどうかを確認する必要がある。

(二) 出力(AI生成物のアウトプット)の場面における公開に関する同意

AI学習済みモデルに入力用データを入力した結果として出力されるアウトプットが個人データに該当する場合がある。例えば、あるユーザーが投稿したコンテンツを、他のユーザーに対して最適化して表示させるような場合である。

この場合、他のユーザーに対してコンテンツを公開する行為は個人情報保護法における「第三者提供」に該当するため、情報を公開する企業において公開する情報が「個人データ」に該当する場合には、本人から公開することにつき第三者提供の同意を取得する必要があるものとする(同法23条1項)。

三 令和2年の個人情報保護法の改正による影響

1 令和2年の個人情報保護法の改正

令和2年3月10日に個人情報保護法の改正を含む「個人情報の保護に

関する法律等の一部を改正する法律案」が国会に提出され、同年6月5日に成立し、同月12日に公布された。

改正法の施行の日は、原則として「公布の日から起算して2年を超えない範囲内において政令で定める日から施行する」こととされており、改正法の大部分は令和4年4月1日に施行される予定である。

上記の改正によって、個人情報保護法には新たな条項がいくつか追加されている。以下では、これらの追加された条項のうち、AIの開発・利用に関係する可能性があるものについて取り上げ、どのような影響があり得るのかを検討することとする。

2 影響が想定される改正内容

(一) 影響する可能性がある制度

今回の改正によって追加された制度のうち、AIの開発・利用に影響し得る可能性がある主な制度としては以下のものが想定される。

- ・ 不適正な利用の禁止（改正法16条の2）
- ・ 越境移転における本人への情報提供の充実等（改正法24条）
- ・ 仮名加工情報（改正法2条9項・10項、第4章第2節）

以下ではそれぞれの制度とAIの開発・利用への影響内容について検討する。

(二) 不適正な利用の禁止

令和2年改正法は、個人情報取扱事業者は、違法又は不当な行為を助長し、又は誘発するおそれがある方法により個人情報を利用してはならないとして、個人情報の不適正な利用を禁止した（改正法16条の2）。

これは、昨今の急速なデータ分析技術等を背景に、潜在的に個人の権利利益の侵害につながるものが懸念される個人情報の利用の形

態がみられるようになり、消費者側の懸念が高まっている中で、特に、改正前の個人情報保護法の規定に照らして直ちに違法とまではいえなくても、同法の目的である個人の権利利益の保護に照らして、看過できないような方法で個人情報が利用されている事例が一部にみられていた実態に鑑み、違法又は不当な行為を助長する等の不適正な方法により個人情報を利用してはならない旨を明確化したものである。

したがって、改正法の下では、AIの開発・利用に当たっては、違法又は不当な行為を助長し、又は誘発するおそれがある方法により個人情報を利用しないように留意する必要がある。

もっとも、改正法16条の2の「違法又は不当な行為を助長し、又は誘発するおそれがある方法によ」る個人情報の利用の具体例としては、以下のような利用が想定されているようである（佐脇編「一問一答令和2年改正個人情報保護法」・商事法務・2020年・34頁）。

- ① 違法な行為を営むことが疑われる業者からの突然の接触によって、本人の平穏な生活を送る権利が侵害されるおそれが想定されるにもかかわらず、当該違反業者に当該本人の個人情報を提供すること
- ② 裁判所による公告等により散在的に公開されている個人情報について、当該個人情報に係る本人に対する差別が、不特定多数の者によって誘発されるおそれがあることが十分に予見できるにもかかわらず、それを集約してデータベース化し、インターネット上で公開すること

このような想定されている具体例に鑑みれば、個人情報の本人に対して不利益とならない態様で個人情報を利用している限りは、改

正法16条の2に違反する可能性は低いものと考えられる。

(三) 越境移転における本人への情報提供の充実等

改正前の個人情報保護法は、個人情報取扱事業者が外国にある第三者に個人データを提供する場合、原則としてあらかじめ「外国にある第三者への提供を認める旨」の本人の同意を得なければならないこととされていたが、その外国の国名や外国における個人情報保護に関する制度についての情報提供までは必須とはされていなかった。

令和2年改正法では、移転元となる個人情報取扱事業者に対して本人の同意を根拠に移転する場合は、移転先国の名称や個人情報の保護に関する制度の有無を含む移転先事業者における個人情報の取扱いに関する本人への情報提供の充実を義務付けるとともに(改正法24条2項)、移転先事業者において継続的に適切な取扱いを担保するための体制が整備されていることを条件に、本人の同意を得ることなく個人データを移転する場合にあっては、本人の求めに応じて、移転先事業者における個人情報の取扱いに関する情報提供を行うことを義務付けている(改正法24条3項)。

これは、近年、データ保護関連法制が途上国を含めて世界に広がる中で、一部の国において国家管理的規制がみられるなど、個人データの越境移転に係るリスクが変化しつつあるところ、自らの個人データの移転先の状況について十分に知らされていない点について、消費者から不満の声がみられていたことや、個人情報の越境移転の機会が広がる中で、国や地域における制度の相違は、個人やデータを取り扱う事業者の予見可能性を不安定なものとし、個人の権利利益の保護の観点から懸念も生じることから、改正法の下では、個人情報取扱事業者が外国に個人データを移転できる場合を一定の場合に

制限する個人情報24条について、事業者の負担にも配慮しつつ、移転先の事業者やその事業者が置かれている外国の状況について、本人への情報提供を通じた必要最低限の留意を求めたものである。

AIの利用に当たり、外国事業者のプラットフォーム型のAIを利用して同事業者のサーバに個人データを送信する行為は、外国の第三者への個人データの提供に該当するものと解せられる可能性があり、そのような場合には、改正法24条2項が定める情報提供を行う必要がある。

なお、改正法24条2項が定める「本人に参考となるべき情報」については規則で定めることとされており、改正規則は、提供すべき情報として以下の①～③を規定している（改正規則11条の3第2項）。

- ① 移転先の所在国名
- ② 適切かつ合理的な方法で確認された当該国の個人情報保護制度
- ③ 移転先の第三者が講ずる個人情報を保護するための措置

また、プラットフォーム型のAIを利用する場合であっても、クラウドサービス等のサーバの運営事業者が、当該サーバに保存された個人データを取り扱わないこととなっている場合には、外国にある第三者への提供には該当しないため、その場合には改正法24条が定める情報提供義務は負わないものとされている。

(四) 仮名加工情報

改正法では、「仮名加工情報」に関する定めが創設された。「仮名加工情報」とは、他の情報と照合しない限り特定の個人を識別することができないように個人情報を加工して得られる個人に関する情報である（改正法2条9項）。

具体的には、個人情報の区分（2条1項1号・2号）に応じて、以

下の①又は②の措置を講じて他の情報を照合しない限り特定個人を識別することができないように「個人情報」を加工して得られる個人に関する情報が「仮名加工情報」である。

① 2条1項1号の「個人情報」(例：氏名＋ID＋購買履歴)

当該個人情報に含まれる記述等の一部を削除すること(当該一部の記述等を復元することができる規則性を有しない方法により他の記述等に置き換えることを含む)

② 2条1項2号の「個人情報」(例：顔認識データ＋ID＋購買履歴)

当該個人情報に含まれる個人識別符号の全部を削除すること(当該個人識別符号を復元することのできる規則性を有しない方法により他の記述等に置き換えることを含む)

仮名加工情報の利用範囲は内部分析等に限定されるが、開示・利用停止等の請求権の対象外となる。また、利用目的の変更規制の対象外であるため、内部分析の範囲であれば利用目的を自由に変更することができる。

したがって、当初のデータ取得時にはAI開発・利用に関して利用目的の特定と通知・公表義務を満たさないおそれがあるケースについて、対象となる個人情報を仮名加工情報に加工することによって、新たに利用目的に変更して公表した上で利用できる可能性が広がるものと考えられる。

四 結語

以上のとおり、AI開発・利用における個人情報保護法上の留意点と令和2年改正個人情報保護法の影響を検討したが、AIに関する技術や議論は目覚ましいものがあり、それによって法律の適用も変わりうる可能性

があるため注視が必要である。また、実際の AI 開発・利用に当たっては、個人情報保護法のみならず著作権法などの様々な法令との関係を検討する必要があるためご留意いただきたい。

令和 2 年改正個人情報保護法については、法律が成立し、改正法に対応した政令・規則は定められたものの、同改正を踏まえたガイドラインは、本論考を執筆した令和 3 年 4 月の時点では策定されていない。実際の実務運用はガイドラインによって示される解釈を踏まえて確立されるものと思われる。

AI の開発・利活用に携わる企業の関係者は、様々な法令・ガイドラインなどを踏まえて今後実運用を行うことになるものと思われるが、本論考がその運用の一助になることができれば幸甚である。

(以上)

(関原 秀行)

活 動 報 告 (令和2年度)

〔医療過誤法部〕

1 本年度はコロナ禍における活動としてWEB会議を利用することが多かった。一時期には、ハイブリッド型と呼ばれる現実の出席（以下「リアル出席」という。）とWEBによる出席を併用する方法も試してみたものの、結局、使い勝手の良さ等の理由から東京弁護士会が提供するZOOMを利用したWEB会議形式を採用することになっている。しばらく、この方式による部会の開催が続くものと思われる。今年は新入部員も複数名増え、研究会への医師等の参加も増えている。そのほか、当部会から自治体の医療関係の協議委員の推薦を行った。以下、各研究会の開催テーマと会議の方式を報告する。

2 2020年5月29日：本研究部の成り立ちについて（東弁規則等）、三会医療協議会について（その構成、成り立ち等）、医療と法曹界の相互理解のためのシンポについて－終末期医療の問題点－、新型コロナウイルス感染症への対応を話題として議論した（ZOOM形式）

同年6月25日：説明義務違反と結果との間の因果関係にかかわる裁判例の検討（福島地裁いわき支部令和2年1月17日判決）（リアル出席形式／担当：井内弁護士）

同年7月20日：内視鏡を介した多剤耐性緑膿菌の院内感染事例（広島高裁平成24年5月24日・医判43号2頁）／ERCP／死亡原因は多臓器不全／内視鏡の製造会社の補助参加あり（ハイブリット形式／担当：笠間弁護士）

同年9月28日：東地令和1年9月12日判決（リバーロキサパンの休薬期間の適切性）EMRの1週間前から休薬したが手術後まもなく脳梗塞により死亡した事例。3名の鑑定人の鑑定意見は不採用／控訴／医療

界・法曹界相互理解シンポでも採り上げられた事例) (ZOOM形式／担当岡本弁護士)

同年10月30日：穿孔性腹膜炎に関する2つの事例／穿孔性腹膜炎の注意義務を基礎付ける事実とは具体的には何か／穿孔性腹膜炎の生命予後を予測する事情は何か (ZOOM形式／担当高梨弁護士)

同年11月24日：医療水準と関連判例の紹介 (東大輸血事件、高山日赤事件、姫路日赤事件／医療慣行との関係／添付文書との関係／診療ガイドラインとの関係／査読の意義／エビデンスレベル／科学の進歩により因果関係が明らかになる場合／疾患の診断と除外診断との違い／来年1月28日の三会医療シンポのテーマ (ZOOM形式／担当上拾石弁護士)

同年12月23日は、柳原事件の控訴審判決について (富松弁護士)、2021年1月13日は急性期脳梗塞の治療について (太田弁護士、藤実弁護士)、同年2月25日は相当程度の可能性法理について (金崎弁護士)、同年3月29日はテーマ未定 (上田弁護士) の研究発表が予定されている。懇親会の開催予定はない。

- 3 法律実務研究への提出論文は金崎弁護士による「医療訴訟における相当程度の可能性法理の研究」(5万3000文字)である。相当程度の可能性法理に医師の割合的損害賠償責任を導入すべきというものである。

以 上

部会長 永島 賢也

〔インターネット法律研究部〕

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。なお、4月、5月の定例会は緊急事態宣言が発出されたため休会となった。また、12月からウェブ会議を採用した。

① 6月15日 後藤大部員

「2018下半年～2019上半期サイバー判例回顧 刑事事件・刑事手続」

② 7月17日 小早川真行部員

「eスポーツと知的財産権、香川県ネット・ゲーム依存症対策条例」

③ 10月16日 関口慶大部員

「海賊版対策と著作権法改正」

④ 11月13日 西川達也部員

「判例研究『はるか夢の址』」

- ⑤ 12月21日 神谷 延治部員
「インターネット上の誹謗中傷への対応の在り方に関する検討
－発信者情報開示の実務の現状と課題並びに新たな裁判手続
の創設について－」
- ⑥ 1月19日 齋藤 理央部員
「コロナ下の米国プロバイダに対する発信者情報開示『ツイ
ッター、インスタグラムの実例を基に』」
- ⑦ 2月15日 土平 英俊部員
「名誉毀損を理由とする検索結果削除の要件の検討（近時の高
裁判例から）」
- ⑧ 3月22日 阿部 譲部員
「SNS マーケティングと景品表示法」

イ 外部講師による講演会

本年度は、1回外部講師による講演会をZoomにて開催した。

- ① 9月9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、2019年下半年から2020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 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

昨年に引き続き、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 I
T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

当部員へ展開した。

(2) 法律実務研究への論文の投稿

後藤大部員による寄稿がなされる予定である。

副部長 植草美穂

〔会社法部〕

1 部会の構成

全社員で構成される全体部会及び定例会にて研究活動を行った。

2 部会の活動内容

(1) 全体部会

会社法部全体の人事・活動方針等を討議し決定するため適宜開催している。

(2) 定例会

定例会の開催日、テーマ及び発表者は以下のとおりである。本年度は、原則として毎月第2木曜日午後6時から8時に定例会を開催し、研究発表及び討議を行っている(担当：深山徹副部長)。

①4月 中止

②5月 中止

③6月 中止

④7月 中止

⑤9月 中止

⑥10月 中止

⑦11月「WEB株主総会(株主総会参考書類等の電子提供措置を含む。)」 遠藤啓之部員

⑧12月 中止

⑨1月 未定

⑩2月 未定

⑪3月 未定

(本稿執筆時現在)

3 講演・研究成果の発表

(1) 株主総会公開講座

本年度は中止となったが、令和2年6月8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する予定であった（担当：戸井川岩夫副部長）。

- ①データで読む最近の株主総会の状況 長谷川佳英部員
- ②本年の株主総会における想定質問 菅原貴与志部員
- 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36号掲載用として、本井克樹部員が「株主提案権の濫用的行使に関する考察－令和元年改正会社法における議論を契機として」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

本年度は中止となった。

部 長 蜂須 優二
事務局長 諏訪 智紀

〔家族法部〕

第1 家族法部は、平成27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。

昨年度より家族法部にて取り組んできた書籍「実務家が陥りやすい離婚事件の落とし穴」が、東京弁護士会家族法部編集として、新日本法規より発刊するに至った。

今年度も家族法に関する実務研究や講演等を予定していたが、コロナ感染拡大に伴い、3月以降の定例会を中止としていたが、9月より、ズームも導入し定例会を実施するに至っている。

第2 令和元年12月から令和2年11月までの活動状況

1 令和元年12月

11月25日及び12月10日に「実務家が陥りやすい離婚事件の落とし穴」に関する編集会議を行った。

2 令和2年1月16日（定例会・研究会および新年会）

テーマ 「新算定表の変更点を中心に」

講師 山本英明部員（調停委員）

講義後、京都二条苑霞ヶ関店にて新年会を行った。

3 令和2年2月17日（定例会・研究会）

テーマ 「近時の家事判例についての考察」

講師 日原 聡一郎 部員

4 令和2年3月から7月の定例会・研究会

定例会・研究会を予定していたが、コロナ感染拡大を受け中止とした。

5 令和2年9月16日（定例会・研究会）

テーマ 「離婚や不貞等をめぐる事例報告」

講師 水野 順一 部員

6 令和2年10月15日（定例会・研究会）

テーマ 「任意後見の実務」

講師 富永 忠祐 部員

7 令和2年11月17日（定例会・研究会）

テーマ 「子をめぐる近時の裁判例の紹介」

講師 日原 聡一郎 部員

事務局長 香川 美里

〔金融取引法部〕

1 2020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16日 有償ストックオプション信託
後藤 大 部員
- (2) 2月20日 金融制度の議論と「決済」等の概念
片岡 義広 部長
- (3) 11月27日 景品表示法に基づく表示規制と金融取引
染谷 隆明 部員

3 外部講師による報告及び講義

- (1) 6月21日 プロジェクトファイナンスにおける近時の論点
小林 豪 弁護士（シティニューワ法律事務所 パートナー）
- (2) 10月13日 改正個人情報保護法の概要
小川 智史 弁護士（個人情報保護委員会事務局 参事
官補佐）

4 その他の活動

当部編「事業再生と法的整理」（一般社団法人金融財政事情研究会、平成18年）の改訂作業に着手

部 長 片岡 義広
事務局長 田中 貴一

〔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。

なお、新型コロナウイルス感染症予防の観点から、今年度はZOOMを活用して定例会を行った。

記

第146回 2020年1月15日

（検討）2020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147回 2020年2月19日

（発表者）大城朝久部員

（テーマ）近時の義務付け訴訟の判例研究

第148回 2020年5月20日

（発表者）伊藤祥治部員

（テーマ）執行停止決定についての事例発表

（検討）コロナ渦における研究部の活動方針

第149回 2020年6月17日

（発表者）渡邊正昭部長

（テーマ）公務員の著作権法実務について

（検討）コロナ渦における研究部の活動方針

第150回 2020年7月16日

（発表者）伊藤祥治部員

（テーマ）理由の追加・差替えについての事例発表

（検討）コロナ渦における研究部の活動方針

第151回 2020年9月16日

(検討) コロナ渦における研究部の活動方針

第152回 2020年10月21日

(検討) コロナ渦における研究部の活動方針

第153回 2020年11月25日

(発表者) 伊藤祥治部員

(テーマ) 配管接続に関する事例発表(私法関係における公法の準用について)

(検討) コロナ渦における研究部の活動方針

第154回 2020年12月16日

(発表者) 加藤由利子部員

(テーマ) オンライン住民票交付請求に対する技術的助言に関する事例発表

以上

部長：渡邊正昭、事務局長：伊藤祥治(文責)

〔刑事弁護部〕

令和2（2020）年

1月16日例会 「違法収集証拠抑制基準について」 講師 荒木和男会員

2月14日例会 「違法収集証拠を考える（監視カメラ等の証拠能力等について）」
報告者 加地修会員

7月9日例会 「最近経験した国選弁護事件について」
講師 水越大揮会員

10月8日例会 「帝銀事件の最近の出版物—山田朗著『帝銀事件と日本の秘密戦』（新日本出版社）」、「再審法改正問題について—現状と課題」
報告者 合田勝義会員

11月26日例会 「再審法改正の取り組みの歴史と現状・課題を考える」
報告者 合田勝義会員

（部長 荒木和男、事務局長 合田勝義）

〔国際取引法部〕

令和2年度における国際取引法部の活動は、新型コロナウイルスの蔓延等の諸事情により令和2年中は休会とした。

(文責 服部謙太郎)

〔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、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。

2020年度の役員は以下のとおり。

部長 川村百合
事務局長 岡崎慎子

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。

2020年度は、コロナ禍のために4月から6月は休会としたが、7月以降はZOOMを利用して、以下の内容で定例会を開催した。

第1回 7月6日 テーマ 明石市児童相談所の理念・運用と常勤弁護士の役割

講師 西田美樹 氏

（兵庫県弁護士会・明石市児童相談所）

第2回 9月4日 テーマ 江戸川区児童相談所の常勤弁護士との連携

について

- 報告者 部員間で議論
- 第3回 10月6日 テーマ 「野田市女児虐待死亡事例検証報告」を通して～見えてきた課題とは？～
- 講師 小木曾宏 氏
(千葉県虐待死亡事例検証委員会副委員長・東京経営短期大学こども教育学科教授)
- 第4回 11月9日 テーマ 少年の裁判員裁判について元家裁調査官からの問題提起
- 報告者 伊藤由紀夫 氏
(元家庭裁判所調査官)
- 第5回 1月7日 テーマ 少年審判における少年友の会活動
- 報告者 横山 勝 氏
(東京少年友の会会員・元家裁調査官)
- 第6回 2月8日 テーマ 一般社団法人 Colabo が運営するバス・カフェでの相談担当弁護士の体制作りについて
- 報告者 川村百合 部長
- 第7回 3月5日 テーマ 特定非営利活動法人妊娠 SOS 新宿の活動について
- 講師 佐藤初美 さん
(特定非営利活動法人10代・20代の妊娠 SOS 新宿-キッズ&ファミリー理事長)

以上

〔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（新型コロナウイルス感染拡大防止のため、現在は会議をオンラインで実施している）。部会の内容は以下のとおりである。

2019年

第11回定例部会 12月18日（午後3時～午後5時：以下同様）

報告者 石崎弁護士「飲食店開業準備」

書籍企画について

2020年

第1回定例部会 1月15日

報告者 福原弁護士「通信販売」

工場見学 2月26日 オリエンタルフーズ長崎工場訪問・意見交換会（静岡県静岡市）

第2回定例部会 2月19日

報告者 青木弁護士「異物混入事例の法的リスク、対応方法」

報告者 加藤弁護士「食品ロスの削減の推進に関する法律」

（3月～5月は新型コロナウイルス感染拡大に伴う緊急事態宣言のため休会）

第3回定例部会 6月17日

報告者 小林氏「オリエンタルフーズ長崎工場訪問・意見交換会報告」

書籍企画の検討

第4回定例部会 7月19日

報告者 岩月弁護士「食品衛生法改正」

書籍企画編集会議 10月8日 目次案・執筆者割り振り等について検討

第5回定例部会 10月17日

報告者 大矢氏「食品表示基準の一部改正」

書籍企画の検討

第6回定例部会 11月18日

報告者 八掛弁護士「特別用途食品」

書籍企画の検討

第7回定例部会 12月16日

報告者 大矢氏「ゲノム編集食品」

書籍企画の検討

令和3年度では、新型コロナウイルス感染拡大状況に注意を払いつつ、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出版に向けて執筆・編集作業を進めていく予定である。

以上

〔信託法研究部〕

令和2年度は、コロナ禍のため、Zoomを利用したうえでの変則的な活動となった。従前は、原則として毎月15日（当日が土日・祝祭日の場合は直前後の平日）に90分の部会を開催していたが、本年度は、4月～7月に計4回のZoom部会を開催しました。また、9月以後は、毎月15日頃に90分のZoom部会を開催して、民事信託契約書の各条項の検討を重ね、その成果を法律実務研究に結実させました。

- 第1回 4月30日：「参加者から主催者になるためのZoom活用法」（外部講師）
- 第2回 5月25日：「民事信託総論（清水部員）・民事信託組成上の留意点（山口部員）」
- 第3回 6月15日：「民事信託の登場人物（岩田部員）・民事信託に関する周辺知識（伊東部員）」
- 第4回 7月28日：「民事信託の活用事例（野俣部員）・民事信託契約書作成の留意点（金森部員）」
- 第5回 9月15日：民事信託契約書例を前提に各条項の討議（出席部員全員）
- 第6回 10月19日：同上
- 第7回 11月18日：同上

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、今後も具体的な信託の意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、民事信託の法務のみならず税務及び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 山口 正徳
事務局長 清水 晃

〔自治体等法務研究部〕

第1 設立趣旨

当部は、自治体法務の研究及びそれへの関与を通じて適正な法執行に寄与することを目的に、平成19年4月、従前の弁護士業務改革委員会の活動の一部を法律研究部として立ち上げたものである。

第2 活動の概況

1 定例会などの日常的な活動

月1回の定例会を開催し、最新判例や自治体法務実務の報告、研究課題の検討、各種企画の準備を行っている。このほか、地方自治関連判例の検討会、自治体職員向けメール法律相談を行っている。

2 研究成果の還元

自治体職員向け研修、各種図書の出版依頼の受託、弁護士紹介センターを経由した事件受任等を行っている。

研修については、講師担当者が作成したレジュメの検討会を実施し、講師による研修内容のばらつきをなくす努力をしている。定例会等における研究課題の検討結果は、雑誌に寄稿するなどの方法で発表している。

3 本年の特色

出版企画「自治体が原告となる訴訟」をテーマとする続編書籍の出版に向けた研究・執筆を継続した。具体的には、「公営住宅編」を近日中に出版予定。既刊については電子書籍化を進行させている。

年1回開催する講演会では、令和3年2月8日に、元衆議院法制局職員で弁護士の大嵯康弘氏を講師に招聘し、「議員立法の立案プロセス」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た。

第3 活動実績

- 1 令和2年4月14日 定例会 コロナの影響により中止
- 2 令和2年5月13日 定例会（Zoom会議）
本年度執行部等人事、判例地方自治研究会報告、講演会等各種企画準備等（コロナの影響を踏まえて日程を考慮する等）
- 3 令和2年6月9日 定例会（Zoom会議）
「法律実務研究（紀要）」の寄稿テーマの検討、判例地方自治研究会報告、最新判例研究（札幌地裁平成31年4月25日判決）、講演会及び今後の研究発表に向けた検討等
- 4 令和2年7月9日、10日 自治体職員研修
特別区職員研修所主催の「自治体債権の管理・回収（基礎）」に講師6名を派遣
- 5 令和2年7月10日 定例会（Zoom会議）
「法律実務研究（紀要）」の寄稿テーマの検討、判例地方自治研究会報告、最新判例研究（福岡高裁平成31年1月31日判決）、自治体連携センター報告（スクールロイヤー）、講演会及び今後の研究発表に向けた検討等
- 6 令和2年9月9日 定例会（Zoom会議）
「法律実務研究（紀要）」の検討、東弁副会長からのスクールロイヤー紹介制度に向けた意見照会に関する報告、判例地方自治研究会報告、最新判例研究（最高裁令和2年3月24日判決）、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2年10月5日 定例会 (Zoom 会議)
「法律実務研究 (紀要)」の検討、実務研究 (スクールロイヤーに関する講義)、判例地方自治研究会報告、講演会の検討状況や自治体連携センター報告等
- 8 令和2年10月6日～10月30日 編集会議 (Zoom 会議)
出版企画「自治体が原告となる訴訟・公営住宅編」の最終チェックを8回に渡って行った。
- 9 令和2年11月19日 定例会 (Zoom 会議)
「法律実務研究 (紀要)」の検討、スクールロイヤー契約締結に向けた候補者募集、講演会の説明及び打ち合わせ、判例地方自治研究会報告、自治体連携センター報告等
- 10 令和2年12月8日 定例会 (Zoom 会議)
判例地方自治研究会報告、自治体連携センター報告、講演会の説明及び打ち合わせ等
- 11 令和2年12月9日 自治体職員研修
特別区職員研修所主催の「自治体債権の管理・回収 (演習)」に講師8名を派遣
- 12 令和3年1月12日 定例会 (Zoom 会議)
判例地方自治研究会報告、自治体連携センター活動報告、講演会の説明及び打ち合わせ、新入会員向け動画作成の検討等
- 13 令和3年2月8日 定例会 (Zoom 会議)
判例地方自治研究会報告、自治体連携センター活動報告、次年度人事、次年度部員名簿推薦者の検討等
- 14 令和3年2月8日 講演会 (Zoom 利用)
講 師：弁護士 大寄康弘氏
テーマ：「議員立法の立案プロセス」
- 15 令和3年3月10日 定例会 (Zoom 会議)

判例地方自治研究会報告、自治体連携センター活動報告、次年度日程・人事、包括外部監査団体に向けた検討等

その他 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＝道本周作)

〔相続・遺言研究部〕

1 全体部会の研究活動（令和1年12月～令和2年11月）

昨年に引き続き、相続法改正について検討を行った。

なお、4月より社会情勢に鑑み休会とした。

①12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」

②1月7日午後6時～8時（出席者8名）

「配偶者居住権の効果」

③2月7日午後6時～8時（出席者8名）

「配偶者短期居住権」

④3月3日午後6時～8時（出席者8名）

「遺留分」

2 その他の活動

令和2年1月より、部会として、「(仮称)相続のトラブル相談」(民事法研究会発行予定)の執筆に着手し、メーリングリストを活用して作業を進めている。

3 部会役員（平成30年度）

部	長	野々山 哲郎
副	部 長	手塚 正枝
事務局	長兼会計	仲 隆
事務局	次長	浦岡 由美子
紀要	編集委員	仲 隆
研修	委員会委員	長濱 晶子

以 上

(仲 隆)

〔知的財産権法部〕

令和2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、令和元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、官公庁などから知財実務担当者をお招きし、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令和元年12月10日（火）午後6時～7時30分

講師 外務省経済局 知的財産室室長 小山 隆史 弁護士

論題 知財関連条約交渉における法律家への期待と役割

②令和2年2月12日（水）午後6時～8時

（前半）

報告 当部部員 木村 育代 弁護士 河西 智之 弁護士

論題 平成31年（令和元年）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31年（令和元年）著作権関係訴訟の概況

③令和2年3月10日（火）午後6時～8時

報告 当部部員 井上 義隆 弁護士 新藤 圭介 弁護士

論題 平成31年（令和元年）特許審決取消訴訟の概況

④ 令和2年7月9日（木）午後6時～8時

報告 当部部員 高橋 元弘 弁護士

論題 平成31（令和元）年特許侵害訴訟の概況

⑤令和2年9月8日(火)午後6時～8時

講師 一般社団法人日本音楽著作権協会(JASRAC)

江頭 あがさ 弁護士

論題 音楽著作権管理とAI創作物

⑥令和2年10月7日(水)午後6時～8時

講師 塩月 秀平 弁護士

論題 審決取消判決の拘束力－最高裁令和元年8月27日判決を契機として

⑦令和2年11月2日(月)午後3時～6時

日本知的財産協会特許第2委員会とのコラボ検討会

論題 特許権侵害行為の差止請求権

2 選択型実務修習開催

当部は司法修習(第73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2年10月26日(月)から10月30日(金)までの日程で実施され、知的財産権各法の演習、特許庁審判手続に関する講義、日本マイクロソフト(株)・JASRACによるWeb講義、知財高裁審理の期日傍聴などの多様なプログラムが提供された。

文責 井上義隆

部長＝深井俊至、副部長＝牧野知彦、藤田晶子、

事務局長＝井上義隆、事務局次長＝服部謙太郎

〔倒産法部〕

令和2年度は、従前の当部の活動を承継しつつ、令和元年10月の消費税増税以降、日本経済は下り坂にさしかかり、法的倒産手続の申立ての増加傾向も看取されていた一方、事業再生・倒産処理に取り組む弁護士の人的資源が不足する事態も予想されたことから、「事業再生・倒産処理体制の加速度的再構築」をテーマに掲げ、豊富な経験に裏打ちされた当部の諸先輩方から経験が不足しがちな若手に、その経験不足を補って知識を昇華させ、即戦力となる若手を育成することを目指しました。

そのような中、新型コロナウイルスの蔓延により、予定していた講演をリアルに開催することが困難となりました。そこで、当初5月に予定していた全体会第1回は延期せざるをえませんでした。早い時期からZoomによるWeb方式による開催の可能性を秘密の保持の観点も含め慎重に検討しつつ、コロナ禍において多くの企業が集中的に窮境状態に追い込まれている状況を受けて、令和2年5月25日に新型コロナ対応策緊急特別企画を開催し、その後、当初予定していた講演を若干の日程変更等はあったものの、ZoomによるWeb方式で全て開催しております。

本年度の倒産法部の具体的活動実績は、以下のとおりです。

なお、当初予定していた合宿や各講演会後の懇親会、忘年会は、新型コロナウイルスの蔓延状況を踏まえ、実施することができませんでしたが、令和2年10月26日の寺子屋の後に、いわゆるZoom飲みを開催して好評を博しました。

1 全体会

倒産法や倒産実務に携わる裁判官、弁護士、法曹以外の実務家の方を講師として、次のとおり講演会を開催しました。

①第1回

日時 令和2年7月28日 午後6時～8時

講師 弁護士 加々美博久氏

テーマ 倒産事件のすすめ 若手弁護士へ

②第2回

日時 令和2年8月31日 午後6時～8時

講師 東京地裁破産再生部総括判事 谷口安史裁判官

テーマ 東京地裁破産再生部の運用状況

③第3回

日時 令和2年9月24日 午後6時～8時

講師 東京大学教授 沖野眞巳氏

テーマ 担保法の改正動向と倒産手続に与える影響について

④第4回

日時 令和2年11月16日 午後6時～8時

講師 J-STAR 株式会社 取締役パートナー 原田健一氏他

テーマ 再生事案スポンサーとしてのPE投資ファンド～ファンド運営の実際並びにケーススタディ～

⑤第5回

日時 令和3年3月1日 午後6時～7時30分

講師 東京地裁民事8部部総括判事 朝倉佳秀裁判官

テーマ 東京地裁商事部の運用状況(仮題)

2 特別部会『寺子屋』

特別部会『寺子屋』は、若手弁護士を対象とした連続講座です。今年

度は、例年行っている破産手続、民事再生手続、私的整理の研修に加え、個人の倒産事件、事業再生の局面における手続選択、倒産と労働等に関し、各種手続に横串を入れた横断的な講座も実施しました。

（1）民事再生

日 時 令和2年10月26日 午後6時～8時

講 師 弁護士 柴原多氏、弁護士 荻野聡之氏、公認会計士
大橋修氏

テーマ 再生手続と会計・税務の交差点～資金繰り、財産評定、
事業価値評価、事業計画、再生計画案の策定を中心に～

（2）破産

①第1回

日 時 令和2年7月10日 午後6時～8時

講 師 弁護士 清水祐介氏、弁護士 大石健太郎氏、弁護士
松尾幸太郎氏

テーマ 申立代理人と破産管財人の立場からみた、申立てから破
産前後の実務（事業継続中、保全管理、牽連破産を含む）

②第2回

日 時 令和2年9月7日 午後6時～8時

講 師 弁護士 関端広輝氏、弁護士 浅沼雅人氏、弁護士 高
橋優氏

テーマ 換価・集会の極意（債権調査・配当のヒヤリハットを含む）

（3）個人全般

日 時 令和2年10月5日 午後6時～8時

講 師 弁護士 縣俊介先生、弁護士 清水靖博氏、弁護士 大
宅達郎氏、弁護士 小松良匡氏

テーマ 個人の経済的再建～個人破産（免責含む）、個人再生、経
営者保証ガイドラインなど～（座談会形式）

(4) 私的整理

日 時 令和3年2月15日 午後6時～8時

講 師 弁護士 綾 克己氏、弁護士 三枝知央氏、弁護士 吉田
勉氏

テーマ 事例紹介！！私的整理の横断的ノウハウ（法的整理への移
行事案、特定調停の利用事案を含む）

(5) 全般

①第1回

日 時 令和2年7月20日 午後6時～8時

講 師 弁護士 富永浩明氏、弁護士 山宮慎一郎氏、弁護士
宮原一東氏、弁護士 小野塚格氏

テーマ 事業再生の手続選択と計画案の策定～私的整理・法的整
理を横断的に～

②第2回

日 時 令和3年1月25日 午後6時～8時

講 師 弁護士 三村藤明先生、弁護士 飯塚孝徳氏（第一東京
弁護士会）、弁護士 菅野百合氏、弁護士 小田切豪氏

テーマ 倒産手続と労働～従業員との関係構築から、従業員を巡
る法律問題まで～

(6) 特別会

日 時 令和2年6月1日 午後6時～8時

講 師 弁護士 栗田口太郎氏

テーマ 担保法改正の論点と動向

3 コロナ対策緊急特別企画

コロナ禍における中小企業の防衛のため、資金繰り、労務関係、金融
機関関係、固定費関係及び手続選択について、想定される論点の整理

と検討をするべく緊急企画としてZoomにて講演会を開催しました。

日 時 令和2年5月25日 午後6時～8時

講 師 弁護士 富永浩明氏、弁護士 山宮慎一郎氏、弁護士 宮
原一東氏、弁護士 小野塚格氏

テーマ 新型コロナ対応策緊急特別企画「いま、倒産・再生弁護士に
求められること～想定される論点の整理と検討を中心に～」

4 四会シンポの開催（予定）

毎年開催されている、東京三弁護士会倒産法部会及び大阪弁護士会倒産法実務研究会共催による「四会シンポ」は、東弁倒産法部が主担当として令和2年4月3日にクレオにて開催を予定していましたが、コロナ禍の影響により延期となりました。現状では以下の日程でWebinarによる実施を予定しています。

日 時 令和3年4月2日 午後2時～6時

テーマ 多数の消費者が債権者となる破産事件

5 倒産法部NEWSの発行

当部の広報誌倒産法部NEWSを随時発行しています。

6 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、書籍の発行、全国倒産弁護士ネットワーク全国大会の後援など、倒産法分野に関連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。

7 本年度執行部の構成

本年度は、下記のとおり執行部を構成して活動しました。

部長：田川淳一 事務局長：和田正 事務局長代行：小島伸夫
事務局次長：志甫治宣 事務局次長：大川剛平
事務局次長：樋口千鶴 広報：南勇成 会計：島谷知宏

(文責：本年度事務局長 和田正)

〔独占禁止法部〕

今年度は、新型コロナウイルスの影響により活動は行っておりません。
状況が落ち着き次第、また再開したいと考えております。

部 長 鈴 木 正 貢
事務局長 神 谷 宗之介

〔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、債権法改正、交通事故、自動運転など広くテーマを設定した。なお、本年度は新型コロナ禍とこれに伴う緊急事態宣言等に対応するため、第1回及び第2回は中止とした。また、第3回以降はZoomと会館でのハイブリッド研究会とした。

第1回 中止

第2回 中止

第3回 6月11日（木）18時から

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 『『中通り訴訟』判決（福島地裁令2・2・19）について』 野村吉太郎会員

第4回 7月9日（金）18時半から

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 「債権法改正が不法行為法に与える影響」 稲村晃伸会員
（7月15日開催の夏期合研での発表内容の確認）

第5回 9月10日（木）

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 「自動運転の法的問題」 高梨滋雄会員
芝浦工業大学名誉教授古川修先生にオブザーバー参加いただき、
工学的観点からのご意見をいただいた。

第6回 10月1日（木）18時から

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 「最判令和2年2月28日裁時1742号7頁・金商1598号8頁 従業員の交通事故についての従業員から会社への逆求償を認めた例」 伊豆隆義会員

第7回 11月10日（火） 18時から

場 所 弁護士会504会議室 Zoom

テーマ 「企業の営業損害の算定—裁判例と会計実務を踏まえて」の概要
神村大輔会員

第8回 12月10日（木） 18時から

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 「受忍限度の現代的意義」 高梨滋雄会員

第9回 1月14日（木） 18時から

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 「後遺障害逸失利益についての定期金賠償の可否」 志賀晃会員

第10回 2月10日（水） 18時から

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 「人身損害賠償による相続構成と扶養構成」 稲村晃伸会員

第11回 3月8日（月） 18時から

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 「使用者責任と逆求償」 高梨滋雄会員

定例研究会以外での活動

1 夏期合研（7月15日）

「改正民法の不法行為法に与える影響」とのテーマで研修を実施。

講師 稲村晃伸会員

2 LIBRA12月号の特集「改正民法の不法行為法に与える影響」の執筆

執筆者 安井規雄会員 稲村晃伸会員 高梨滋雄会員 延時潤一会員

志賀晃会員 伊豆隆義会員

本年度はコロナ禍のため、中止になった回もあったが、その中で、夏期合研での発表や LIBRA12月号の執筆などの活動を実施した。新民法も施行され、不法行為法の研究もさらに進める時期と思われる。次年度も、さらに不法行為法の研究を進めていきたい。広く会員の参加を求めたい。

連絡先 事務局長 伊豆隆義

(文責 伊豆隆義)

〔不動産法部〕

2020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。

【2020年度のテーマ】

引続き配偶者居住権を中心に研究を行いました。
書籍（「土地賃貸借の法律相談」）を刊行しました。

【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

〔弁護士業務部〕

- 1 令和2年は2月12日、3月10日に開催をしましたが、その後は、コロナの影響により、新年度に入ってから開催がなく、今日に至っております。

部長 木下 学

〔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50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討議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 令和2年度の活動内容

(1) 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。

今年度の具体的な発表スケジュールは以下のとおりであり、ちょうど令和2年度3月（令和3年3月16日）の定例会における発表をもって、同書の掲載判例の全てについて研究を完了することになる。

第1回 令和2年4月21日

※休会

- 第2回 令和2年5月22日
発表者 中村涼部員 湯山花苗部員
- 第3回 令和2年6月22日
発表者 山崎智弘部員 石川直紀部員 奥島健二部員
- 第4回 令和2年7月17日
発表者 川坂明史部員 関田真也部員 山本勇介部員
- 第5回 令和2年9月15日
発表者 神田元部員 土屋賢司部員 大門誉幸部員
- 第6回 令和2年10月20日
発表者 柿沼彰部員 石川直紀部員 川坂明史部員
- 第7回 令和2年11月17日
※紀要研究のため発表は実施せず
- 第8回 令和2年12月21日
発表者 野原卓夫部員 河野浩士部員 小泉英之部員
- 第9回 令和3年1月20日
発表者 松本甚之助部員 香川希理部員 三好啓信部員
- 第10回 令和3年2月16日
発表者 関田真也部員 伊藤祥治部員 中村涼部員
- 第11回 令和3年3月16日
発表者 柿沼彰部員 山本勇介部員 奥島健二部員

(2) 紀要原稿の執筆

研究部の有志部員により、東京弁護士会「法律実務研究」に紀要の原稿を寄稿することを目標として、管理費等の不払いにより区分所有法59条競売が認められる要件について裁判例を研究・分析するとともに、原稿執筆を行った。

以上
文責 大門 誉幸

〔A I 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A I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、2020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、渡邊 道生穂
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。

2020年度は、以下の内容で定例会を開催した（オンラインで開催）。

第1回 8月6日 テーマ 「A Iと企業ガバナンス」

報告者 古川直裕 弁護士

第2回 9月7日 テーマ 「A Iと個人情報保護法」

報告者 関原秀行 弁護士

第3回 3月29日 テーマ 「音声認識 AI」

報告者 AI Communis Pte Ltd CEO

鈴木信彦

（文責）事務局長 関原 秀行

〔LGBT 法務研究部〕

第1 部会

1 開催日

以下の日に定例会を実施した。

1月20日、2月18日、3月19日、4月(中止)、5月19日、6月16日、
7月21日、9月15日、10月20日、11月(延期)、12月15日

2 活動内容

- ・ 概ね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、本年度は出版を行った関係で、部会の活動の半分は出版関連のものとなった(後述)。

第2 定例外活動

1 LIBRA2020年3月号の掲載記事の執筆

LIBRA2020年3月号に、「知っておきたい2019年LGBTニュース」を掲載し、1年間の部会の活動で集めた情報を会員向けに発信した。

2 出版改訂活動

4年前に当部で出版した「LGBT法律相談対応ガイド(第一法規)」の改訂依頼があり、本年3月からの当部の活動は、主にこの出版改訂活動となった。3月末頃から企画がスタートし、12月現在で再校閲を行っており、2021年2月に発刊予定である。

3 法律相談カードの性別欄記載について

昨年理事者から、現行の法律相談カードにある性別欄の可否についての意見を求められたことから、当部内で意見を募り、報告書として提出した（公式な意見照会ではなく、あくまでも参考として）。

4 トランスジェンダー当事者の方からのヒアリング（1月を予定で調整中）

当面の活動を、トランスジェンダーに関する問題に焦点を当てることとし、その一環として当事者からの話を聞かせてもらう予定である。

以上

文責 大畑 敦子

法律実務研究 第36号

2021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

株式会社キリシマ印刷
