

法律実務研究

東京弁護士会法律研究部

第37号 2022年3月

- 診療ガイドラインと法的思考に関する一考察
— トゥールミンの議論図式を参考にして —
..... 医療過誤法部
- コロナ下の米国プロバイダに対する発信者情報開示
- オンラインサービス利用規約における条項の明確性
- 裁判例からみるインターネット上の名誉毀損に関する動向
- ソーシャルメディア広告におけるステルスマーケティングの
法的留意点
..... インターネット法律研究部
- バーチャル株主総会の諸論点と実務対応
..... 会社法部
- 養育費支払確保のための信託活用研究
..... 信託法研究部
- 公営住宅の一部減失等による賃料減額事案への対応準備
..... 自治体等法務研究部
- 数値限定発明に関する諸問題
..... 知的財産権法部
- 私的整理から更生手続に至ったT製紙の更生事件
～「将来」債権譲渡を含むABLの処理を中心に
..... 倒産法部
- 同性婚訴訟についての一考察
..... LGBT法務研究部

東京弁護士会

- ▷発刊にあたって 矢吹 公敏
▷はしがき 小田島良磨
- 診療ガイドラインと法的思考に関する一考察
— トールミンの議論図式を参考にして —
医療過誤法部／永島 賢也… 5
 - コロナ下の米国プロバイダに対する発信者情報開示
 - オンラインサービス利用規約における条項の明確性
 - 裁判例からみるインターネット上の名誉毀損に関する動向
 - ソーシャルメディア広告におけるステルスマーケティングの法的留意点
インターネット法律研究部／齋藤 理央、光股 知裕、
土方 恭子、阿部 讓… 33
 - バーチャル株主総会の諸論点と実務対応
会社法部／秋山 健人…127
 - 養育費支払確保のための信託活用研究
信託法研究部／長野 聡、山口 正徳、清水 晃… 207
 - 公営住宅の一部滅失等による賃料減額事案への対応準備
自治体等法務研究部／加藤 卓也、小池 知子、鈴木誠太郎… 243
 - 数値限定発明に関する諸問題
知的財産権法部／西脇 怜史… 271
 - 私的整理から更生手続に至ったT製紙の更生事件
～「将来」債権譲渡を含むABLの処理を中心に
倒産法部／浅沼 雅人… 323
 - 同性婚訴訟についての一考察
LGBT 法務研究部／石部 享士、大畑 敦子、
加藤 拓、吉原恵太郎… 355

【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、AI研究部、LGBT 法務研究 403

発刊にあたって

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

本書「法律実務研究」は、昭和61年に各法律研究部の研究成果を発表する研究報告集として創刊され、それ以来毎年発刊を継続し、この度、2021（令和3）年度の研究成果をまとめた第37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。

2022年3月

東京弁護士会会長 矢 吹 公 敏

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37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、自治体等法務研究部、知的財産法部、倒産法部およびLGBT法務研究部が各々の法律分野で重要かつ関心の高い課題について研究した成果をまとめたものです。

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

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

2022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 小田島 良 磨

診療ガイドラインと法的思考に関する一考察

— トゥールミンの議論図式を参考にして —

医療過誤法部

* 目 次

一	サマリー	6	三	EBMとは	17
二	診療ガイドラインと法規範	6	4	MINDSとは	17
	1 骨太な考察	6	5	システマティックレビューとは	18
	2 医療関係訴訟の審理	6	6	MINDSのCQ	18
三	法的思考と診療ガイドライン	7	7	MINDSのCPG	19
	1 法的思考とは	7	8	推奨クラスとエビデンスレベル	19
	2 覆滅可能性という特徴	7	六	推奨と法的義務	20
	3 トゥールミンの議論図式	8	1	クラスIの場合	20
	4 図式の説明	9	2	クラスIIIの場合	21
	5 医療関係訴訟での審理と議論図式	11	3	推奨の度合い	22
	6 診療ガイドラインの位置づけ(WとB)	12	4	濃淡を語る言葉と一線を画する言葉	22
	7 個々の診療ガイドラインの法的責任に関するコメントについて	12	5	診療ガイドラインと過失との関係性	22
四	問題の所在	14	6	診療ガイドラインと行為可能性	23
	1 個々の要件との関係	14	七	結論	24
	2 過失とは	15	1	まとめ	24
	3 診療ガイド?	16	2	判例について	25
五	診療ガイドラインについて	16	3	最後に	26
	1 診療ガイドラインとは	16			
	2 CQとは	17			

一 サマリー

診療ガイドラインは、行為者（医師等）の行為可能性を開くものであり、法的な注意義務を導くものではない。法的な注意義務は、患者の主訴、症状、病態、検査結果、診療経過、医療機関の性質、患者・家族の意向などの事実群から個別具体的に導かれる。

二 診療ガイドラインと法規範

1 骨太な考察

診療ガイドラインは、法的規範とは無関係なものか¹。それとも、何らかの関係性が認められるのか²。もし、何らかの関係性があるとするれば、それは、どのような関係性にあるのか。本稿では、医療訴訟の審理では、必ずと言ってよいほど争点となる「過失」の概念を通じて、甚だラフスケッチではあるが、ある意味骨太な考察をしてみたいと思う。

2 医療関係訴訟の審理

民事訴訟の審理では、要件事実を目標にしながら、争点と証拠の整理が行われて来ている。医療関連訴訟においては、この争点整理を補助する手段として、「診療経過表」が作成され、さらに「争点整理表」も作成される、という実務がほぼ定着して来ていると思われる。この争点整理表は表という形式をとる場合もあるが、そのまま、判決の事案の概要や当事者の主張という形式をとる場合もある。いわば、判決の一部ができあがっている状態までに争点整理を進めるということになる。

このような医療訴訟における審理手続中、しばしば、診療ガイドラインは争点整理の段階で用いられて来ている。この診療ガイドラインと、

我々、弁護士が日常的に行っている法的な思考とはどのような関係性にあるのであろうか。

三 法的思考と診療ガイドライン

1 法的思考とは

法的思考とは何か。その中心にあるのは法的三段論法であることは異論のないところであろう。法的思考は法哲学の領域でも研究されており、教科書的には、法哲学は①法の一般理論、②法価値論、③法律学方法論の3つ問題領域からなると説明される³。

①法の一般理論とは、たとえば、法とは何か、について考える領域である。たとえば、我々、法実務家の多数は、法と道徳とは別ものであると考え、あるいは、それらに何らかの関係性があるとしても、それらを分離して考えることは可能である、と考えていると思われる。また、②法価値論という領域は、たとえば、正義とは何か、について議論する。他方、③法律学方法論の領域は、法律学的な思考・推論・議論の構造などを取り扱うので、法実務との関係が深く実務家が改めて学ぶ点は多いものと思われる。

2 覆滅可能性という特徴

法的思考は、この法律学方法論の領域で取り扱われる。法的思考の中心には法的三段論法がある。その大前提では法（規範）が、小前提で事実が語られ、よって結論が導かれるという構造である。その特徴は、大前提を構成する法的主張が、抗弁ないしは再抗弁、再々抗弁・・・などの主張によって順次覆されて行く（覆滅される、阻却される、撤回される）可能性を含んでいるという関係性にある。ここでは、この特徴を覆滅（ふくめつ）可能性と呼ぼう。これが論理とは区別される法的思考

の特徴と考える⁴⁵。(古典)論理は、前提群から演繹的に結論が導かれる場合、さらに前提が追加されても撤回されず、結論は変化しないものである。これを単調性という⁶。たとえば「犬は動物である」という命題の「犬」という前提に「白い」という前提をあとから付け加えても「動物である」という結論(の真偽)に影響しない。すなわち、「白い犬は動物である」という結論(の真偽)は揺るがない。

他方、法的な思考では、売買契約を締結したのであれば買主は売主に売買代金を支払うべきであるが、売買の目的物を受け取っていないのであれば同時履行の抗弁権を主張して代金の支払いを拒否することができる、というように、原則的な主張は、場合によって覆される可能性があり、そして、それがまたさらに覆されるという関係にある。このように法的な主張は対話するように順に覆されて行くことが想定されている。そういう意味で法的思考の性質は非単調的である。

3 トゥールミンの議論図式

このように法的思考は、非単調的な構造を有しており、モノローグの形はしておらず、主張・反論・再反論のような対話型(ダイアログ)・議論型をしている。それゆえ、法的思考は(演繹)論理で説明するよりも、トゥールミンの議論図式を参考にしたほうがよいように思われる⁷。トゥールミン氏(Stephen Edelston Toulmin)は、1922年3月25日生まれ2009年12月4日没の英国の哲学者・科学哲学者である。氏の図式は議論形式をしており対話型である。この議論図式によれば、要件と効果の関係に法規範が根拠を与え、それを法源たる制定法が裏付けるといった関係がクリアに説明でき、法律効果が覆る仕組みも容易にこの図式に取り込むことができる。この議論図式を、法的思考、つまり、法的な三段論法の推論に用いると、次のように整理できる。

ごく簡単に説明すれば、Dが要件でCが法律効果、Rが抗弁でCという法律効果を覆す関係にある。Bは条文であり、その解釈がWである⁸。



D：データ …… data (主張の基になるデータ) …… 法律要件

C：クレーム …… claim (主張) …… 法律効果

W：ワラント …… warrant (根拠) …… 法規範 (解釈)

B：バックイング …… backing (裏付け) …… 法源 (制定法など)

R：リビュータル …… rebuttal (例外) …… 抗弁

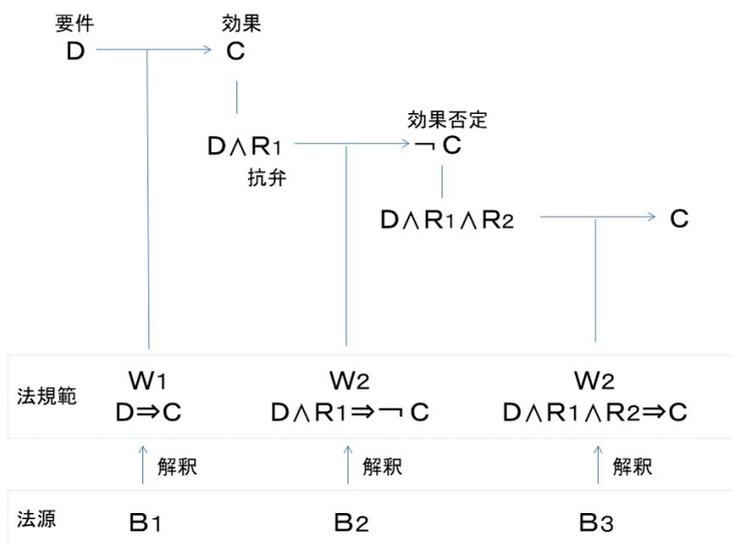
*¬：not (否定)

4 図式の説明

まず、議論は、ある主張に対し、反論がなされることで開始される。ここでは、その主張をCとする。たとえば、あなたは私に金を支払うべきだというような主張である。このCという主張に対して反論がある場合、その主張の根拠が提示されることになる。それがDである。

すなわち、Dという事実があるのでCなのだ、という主張になる。これで相手が納得すれば議論は終了となる。しかし、もし、相手が、どうしてDからCが導かれることになるのか、と疑問を投げかければ、今度は、DからCが導かれることを正当化するためにDとCを架橋する根拠(W)が示されることになる。すなわち、DからCが導かれるのはWだからだ、ということになる。これで相手が納得すればこれで議論は終わりになる。しかし、相手がWに反論するならば、Wの背後にあってこれを裏付ける(権威づける)Bを示すことになる。

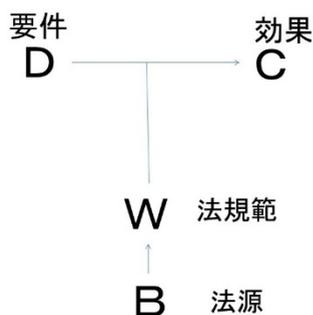
ここまでくると、相手方は、その抗弁として、DからCが導かれるとしても、さらにRという事実もあるのでCという主張は覆る。下の図の「 $\neg C$ 」とは「Cでない」という意味である。DかつRからCの否定が導かれることを争う場合は、DからCが導かれるときと同じようにWという根拠を示し、これも争われる場合、Bという裏付けを提供することになる⁹。



たとえば、損害賠償として金銭の支払いを求め (C)、その要件として過失・因果関係を主張し (D)、これを正当化する法規範として不法行為の解釈を提出し (W1)、その解釈の根拠 (法源) として民法709条を提示する (B1)、などのイメージである。これに対しては、相手方が、損害賠償責任を否定する主張をし (\neg C)、未成年者であり事理弁識能力を備えていなかった (R1) として責任能力を争い (W1)、同法712条を提示する (B2) というイメージとなる。

5 医療関係訴訟での審理と議論図式

では、しばしば診療ガイドラインが援用される医療関係訴訟ではどのようなようになるか。医療訴訟では、過失・結果・因果関係・損害発生が D を構成し、損害賠償請求権の発生が C ということになる。ここでは、訴訟の審理で争点整理がなされ、過失の有無が主要な争点となった場合を考えてみよう。



過失 (D) があるのであれば (他の要件も満たされるときは) 損害を賠償すべきだ (C)、ということになり、法源 (B) としては民法709条・415条が提示されるであろう。では、W にあたるものは何か。それは、民法709条・415条の条文を解釈して導かれる法規範である。ここでは、注意義務に違反する行為が過失である、と解釈されるであろう。

さらに、それが分析的に構成されるとすれば、ある事実(群)から注意義務が発生し、ある行為(不作為も含む)が当該注意義務に違反する、というように主張されることになるであろう。たとえば、患者にみられた症状や初診時の検査結果などから、ある疾患を疑い、さらに精密な検査をすべきであったのに、当該検査をオーダーしなかったという不作為が医療ミスにあたる、などである。

6 診療ガイドラインの位置づけ(WとB)

では、診療ガイドラインは、このような医療関係訴訟での法的主張の中で、どのように位置づけられるか。ツールミンの議論図式の力を借りて、診療ガイドラインの立ち位置を明確化してみよう。

まず、診療ガイドラインは法規範(W / Warrant)にあたるであろうか。これは、もちろん否定すべきである。診療ガイドラインが法規範であるなどとは到底言えるものではないからである。

次に、診療ガイドラインはB (Backing)にあたるであろうか。結論としてこれも否定すべきと考える。なぜなら、ガイドラインは制定法ではなく、議会での多数決のような民主的な契機(人を法的に義務付ける民主的な正当化根拠)を有していないからである。それゆえ、ガイドラインをあたかも制定法のように解釈して、法規範を導くことはできない。診療ガイドラインを解釈することによって法的な規範(個々の権利義務など)を正当化することはできないと解するのが相当である。

7 個々の診療ガイドラインの法的責任に関するコメントについて

個々の診療ガイドラインには、次のような記載があり、いずれも法規範から距離を置こうとしている。

肺血栓塞栓症および深部静脈血栓症の診断、治療、予防に関するガイドライン(2017年改訂版)は、太文字で「ガイドラインに従わない判断が

下されたとしても、個々の症例での特別な事情を考慮したうえでの主治医の判断が優先されるものであり、決して訴追されるべき論拠をガイドラインが提供するものではない。」として、このガイドラインが訴追の根拠にはならないことを明記している。ここで「訴追」とは同ガイドラインの文脈上民事刑事を含め法的な責任を追及する手続のことを意味するものと思われる。

非がん性呼吸器疾患緩和ケア方針2021は、指針使用上の注意（指針適用の注意点）として「本指針は医療訴訟に利用されることを前提として作成は行っておらず、裁判の資料となるものではない。」として、医療訴訟に利用されたり裁判資料とされたりするものでないと明記している。

日本脳腫瘍学会の脳腫瘍診療ガイドライン（小児脳腫瘍編各ガイドライン、成人脳腫瘍編 Grade II / IIIびまん性神経膠腫ガイドライン2.2使用上の注意）は「本ガイドラインは個々の臨床家の裁量権を制限するものではなく、あくまで一般的な考え方を示しているものであり、医療訴訟等に用いられることなどは意図していない。」と、医療訴訟等に用いられることは想定していないことを明記している。

日本神経学会のてんかん診療ガイドライン2018（ガイドラインを使用するにあたって）は「本診療ガイドラインは、医療裁判の証拠として利用されることを想定していない。実臨床における意思決定は、診療ガイドラインの推奨を参考にしつつも、患者の価値観や環境的要因などを含めて総合的に行われるものであるため、診療ガイドラインの推奨と異なった医療が行われることは必ずしも過失を意味しない。本診療ガイドライン作成委員会は、本診療ガイドラインを裁判の証拠として用いることを認めない。」と、ガイドラインの推奨と異なる医療が過失を意味しな

いことを明記し、あわせて裁判の資料としての利用を拒否している。

日本版敗血症診療ガイドライン2020 (J-SSCG2020) 特別編 (COVID-19 薬物療法に関する Rapid/Living recommendations 第4.0版/利用にあたっての注意) は「診療ガイドラインにおいて提示する推奨は決して法律 (勧告や命令) ではなく、その領域の専門家が標準より優れた治療成績を達成しているのであれば、本診療ガイドラインの遵守は必要ない場合もあるだろう。本委員会は、本診療ガイドラインを裁判における根拠、あるいは保険適応の是非の根拠として利用することを認めない。」と、ガイドラインの推奨は法律 (勧告・命令) ではないと明記し、裁判における根拠としての利用を拒否している。

糖尿病診療ガイドライン2019 (本ガイドラインの使用法) は「本ガイドラインの内容は医療訴訟対策などの資料となるものではない。」と、医療訴訟の資料とはならないことが明記されている。

そのほか、明確に法的責任や訴訟を意識した語彙は用いられてはいないものの、ガイドラインの推奨する方法が選択されなくとも個々の患者の状況等に対応している主治医の判断が優先されるべきであり、医師の裁量を拘束するものでないという点に触れるガイドラインは多い。診療ガイドラインは、個々の患者 (個別具体的な病態) に適用されるものとしては策定されていないのである。

四 問題の所在

1 個々の要件との関係

このように診療ガイドラインは何らかの法規範を正当化し基礎づけるようなものでないとしても、個々の法律要件たる過失の有無ないし評価に関して診療ガイドラインは何らかの役割を担えるのではないだろう

か。上述するところの W や B にかかわらないとしても、D の一部に関して役立つ側面はないかということである。過失といういわば開かれた構成要件を埋めるように評価性の高い法律要件の解釈に診療ガイドラインが役立つことはないのだろうか。もし役立つとすれば、それはどのような内容になるか、また、その範囲や限界は何か。

2 過失とは

過失とは、医療関係訴訟を前提として法的観点からみれば、注意義務違反行為と構成できる¹⁰。したがって、過失は、注意義務とこれに反する行為で構成される。注意義務を発生させるのは具体的な事実である。主に、患者の主訴、症状、病態、検査結果、診療経過、医療機関の性質、患者・家族の意向などを基礎にして注意義務が発生することが多いであろう。医療関係訴訟ではしばしば発生した作為義務に反する不作為行為が過失であると主張される。たとえば検査義務違反などである。そのほか、薬剤の投与義務違反、外科的な手術の判断の遅れなどが問われる場合もしばしば見られる。他方、手技に問題があると主張される事案では、過失は作為の行為であることが多いであろう。このように過失は義務違反という行為が問題とされるため、その前提として行為者が行為する可能性があることが必要になる。行為可能性のないところに当為（「・・・すべき」ということ）は想定し得ないからである。たとえば、不治の病のもと重篤な状態にある患者や、行為時点で救命可能性が乏しい病態の患者の場合、医師の治療行為の可能性は否定されることになるであろう。このように考えてくると、過失行為を分析する場合、その思考の道具立てとしては「行為可能性」「注意義務」「義務違反行為」を区別することができる。以下、これらを前提にして考察してみる。このほか、「予見可能性」や「予見義務」なども考えられるが、

ここでは、予見可能性は行為可能性の中に、予見義務は注意義務の中に含めて考えてみたい。これらの道具立てと診療ガイドラインとの関係を法的思考という視点から考察してみよう。

3 診療ガイド?

では、まず、診療ガイドラインの性質を概観してみよう。診療ガイドラインには、推奨の度合いや、証拠の信頼度が付されているが、ある一線を超えるかどうかという「線引き」はなされていないように見える。あたかも濃いグレーから薄いグレーに徐々に移行するかのようグラデーションがかかっており濃淡で表現されている。そこでは、何かを画するような「一線」については語られていない。語られていないにもかかわらず、診療ガイドラインが「ライン」という日本語であるため、あたかも「一線」を画するものかのよう誤解されやすくなっているのかもしれない。日本語のニュアンスを加味するならば、その名称は「診療ガイド」でよかったようにも思われる。度合い、レベル、クラス、グレイドというような程度や濃淡に関する語彙が用いられており、何かを画するような、あるいは、一線を引くような意味は語られていない。それゆえ、「ライン」という名称は（日本語としては）つけないほうがよいようにも思われる。

五 診療ガイドラインについて

1 診療ガイドラインとは

診療ガイドラインは Clinical Practice Guideline のことであり CPG と略されることもある。診療ガイドラインは、いわばいつも進化・発展中ではあるが、現在は、診療上の重要な課題「CQ」（クリニカルクエスチョン）に対して EBM に則った「推奨」を示す体裁が主流である。以下、

CQ や EBM、EBM の普及活動などについて簡潔に述べる。

2 CQとは

ここでCQとは臨床的疑問のことでClinical Questionのことである。これは医療現場で感じた漠然とした疑問のことであり、臨床研究の出発点ともなる。病態・評価・治療・リスク・予防に関するものなど様々な種類がある。①どのような患者に(Patient)、②どのような評価・治療をしたら(Intervention)、③何と比較して(Comparison)、④どのような結果になるか(Outcome)という4つの要素に定式化されている。

3 EBMとは

ここでEBMとはEvidence-Based Medicineの略で「根拠に基づく医療」と訳され、医学的根拠に関するひとつの考え方である¹¹。たとえば、医師としての個人的経験に基礎を置く考え方(直観や系統的でない臨床経験も含まれる)や、動物実験や遺伝子研究など生物学的研究の成果に重きを置く(病態生理学的合理づけ/病態のメカニズム的な説明こそが医学的根拠とする)考え方もあるが、EBMは、医学的根拠として、この2つ考え方を必ずしも重視しない。むしろ、臨床研究からの根拠の検証を重視する。

4 MINDSとは

EBMの普及推進事業のことをMINDS(Medical Information Distribution Service)という。質の高い診療ガイドラインの普及を通じて患者と医療者の意思決定を支援し、医療の質の向上を図るという目的を有している。MINDS(マインズ)は、診療ガイドラインを定義しており、それは、健康に関する重要な課題について、医療利用者と提供者の意思決定を支援するために、システムティックレビュー(SR)によりエビデンス総体を評価し、益と害のバランスを勘案して、最適と考え

られる推奨を提示する文書のことである。もともと MINDS は、2002 年の厚労省関係からの研究補助金でスタートしたもので、診療ガイドラインデータベースを構築し、2004年から WEB 上で診療ガイドラインを公開し、2011年から厚労省関係の委託事業となって継続中という経緯がある。MINDS は、①診療ガイドライン作成支援、②診療ガイドライン評価選定・公開、③診療ガイドライン活用促進、④患者・市民支援の事業を、4つの柱とする。

5 システマティックレビューとは

システマティックレビュー (SR) とは、「特定の問題に絞って、類似した、しかし、別々の研究の知見を見つけ出し、選択し、評価し、まとめるために、明確で計画された科学的方法を用いる科学研究 (別々の研究からの結果の定量的統合 (メタアナリシス) を含むことも含まないこともある)」である (方法論的定義)。また、実際の作業面からの定義として「システマティックレビューとは、クリニカルクエスチョン (CQ) に対して、研究を網羅的に調査し、研究デザインごとに同質の研究をまとめ、バイアスを評価しながら分析・統合を行うこと」というものがある。システマティックレビュー¹²⁾によって、それぞれのアウトカムに対する効果の大きさとその不確実性が、効果指標の統合値と信頼区間として示され、それらが、益と害の評価の科学的根拠となる、とされている。

6 MINDS の CQ

MINDS は、治療法等の決定に際して、複数の選択肢があり、そのいずれがより良いかを推奨として提示することで、患者アウトカムの改善が期待できる場合、そのポイントをクリニカルクエスチョン (CQ) として取り上げることを提案している

7 MINDSのCPG

MINDSによれば、診療ガイドラインは、(1)科学的根拠に基づいて、系統的な手法により作成された、推奨を含む文書であり、(2)患者と医療者を支援する目的で作成され、(3)臨床現場における意思決定の際に判断材料の一つとして利用されることがあるものであるが、(4)必ずしも個々の患者に当てはまるとは言えず、また(5)医療者の経験（に基づく診療）を否定するものではない。

8 推奨クラスとエビデンスレベル

診療ガイドラインはエビデンスの評価を基礎にメリットとデメリットを勘案したうえで推奨を示すのが主流である。推奨の強さ・度合いとしてクラス（グレード）分けがなされ、また、エビデンスのレベルも区分けされる。診療ガイドラインは、その領域や分野ごとに多様な形式を持ち、ここで網羅的に取り上げることはできないが、本稿の目的の範囲で参考まで抽出すると、たとえば、次のような形式がある。

推奨クラスの分類

クラスⅠ	検査法・手技や治療が有用・有効であるというエビデンスがあるか、あるいは見解が広く一致している
クラスⅡ	検査法・手技や治療の有用性・有効性に関するデータまたは見解が一致していない場合がある
クラスⅡ a	データ・見解から有用・有効である可能性が高い
クラスⅡ b	データ・見解から有用性・有効性がそれほど確立されていない
クラスⅢ	検査法・手技や治療が有用・有効ではなく、時に有害となる可能性が証明されているか、あるいは有害との見解が広く一致している

エビデンスレベルの分類

レベル A	複数のランダム化比較試験、またはメタ解析で実証されたデータ
レベル B	単一のランダム化比較試験、または非ランダム化比較試験（大規模コホート試験など）で実証されたデータ
レベル C	専門家の意見が一致しているもの、または標準的治療

たとえば、急性の肺血栓塞栓症（PTE）の薬物治療に関して言えば、「急性の PTE の初期治療期、維持治療期に非経口抗凝固薬とワルファリン¹³を投与して、非経口抗凝固薬はワルファリンの効果が安定するまで継続する」ことは「推奨クラス I」で「エビデンスレベル B」である、などである。ここでは、この薬物療法が有用・有効であるというエビデンスがあり、あるいは広く一致した見解があり、単一のランダム化比較試験または非ランダム化比較試験（大規模コホート試験など）で実証されたデータがある、という意味になる。

また、たとえば、同じく急性 PTE の呼吸器循環管理に関して「右心不全、低血圧例に対して容量負荷を行う」ことは「推奨クラス III」で「エビデンスレベル C」とされている。すなわち、このような管理は有用・有効ではなく、時に有害となる可能性が証明されているかあるいは有害との見解が広く一致しており、このことに専門家の意見が一致しているということになる。容量負荷は、かつては第一選択としていた時代があったが、現在は施行されていない。

六 推奨と法的義務

1 クラス I の場合

そこで、各診療ガイドラインは、それが記述するクラス I が推奨する検査・手技・治療（以下治療等という）を実施する法的な義務は発生さ

せるであろうか。結論として、クラスⅠ推奨の治療等を選択しなかったからと言って、その事案において法的な過失があると言えないことは明らかであろう。代替する治療等の選択肢のうち、推奨される「それ」を選ぶべき義務が生じるかどうかは、当該患者の①具体的病態や②患者家族の意向・価値観、そのほか③医療コスト、④医療資源とのバランスから導かざるを得ないからである。MINDSも必ずしも個々の患者に当てはまるとは言えないとして、診療ガイドラインの記述を個別具体的な診療とは区別している。そういう意味でクラスⅠの推奨だからと言って、それが法的な注意義務を発生させる根拠にはならないと考えるのが相当である。さらに言えば、クラスⅠとして推奨されたものであっても、それが実際には十分普及しているとはいえない状況にあれば、法的な注意義務の根拠にならないことはもとより、行為可能性を否定することにもなり得るであろう¹⁴。

2 クラスⅢの場合

では、クラスⅢはどうであろうか。クラスⅢでは、当該治療が有用・有効ではなく、時に有害となる可能性が証明されているか、あるいは有害との見解が広く一致しているものであるから、そのような治療等を選択しないという行為（不作為）について法的義務が発生するか。発生してもよさそうに見える。しかしながら、医学は日々発展しており、従前、行われていた治療等が、その後、実施されなくなっていくという経過をたどることもしばしばあり、その移行期における治療等の選択については法的義務を発生させる根拠とはならないであろう。診療ガイドラインが公表される前であればもちろん、公表されていたとしても、その周知度、浸透度も加味されなければならない。このように、クラスⅢの場合でも公表された時期等諸般の事情があわせて考慮される

ことになり、その記載は個別具体的なケースにみられる様々な事情のひとつと同列の扱いにとどまることになるであろう。

3 推奨の度合い

推奨のクラスの中間的な部分、たとえば、クラスⅡ aは「有用可能性が高い」という推奨度なので、これを実施しても、逆に、実施しなかったとしても、何らかの落ち度を導く根拠にはならないと思われる。クラスⅡ bも同様であろう¹⁵。このように推奨度の中間領域からミスラインを導き出すのは困難であり、結局、診療ガイドラインからではなく、現実の患者の病状、意向、医療資源など具体的な事実を基礎に法的義務が導き出されることになるであろう。

4 濃淡を語る言葉と一線を画する言葉

こうしてみると、診療ガイドラインが述べる推奨クラスや、これと関連するエビデンスレベルとを基礎にしながら法的な注意義務を導くというのは難しいように思われる。推奨の度合いという濃淡を語る記述から白黒の一線を引く（責任の有無を結論づける）規範的な判断を導くのは至難の業であろう。エビデンスに基づく自然科学的な事実を記述する文と、義務や責任という規範的判断を語る言葉とは、もともと水と油のように互いに交わる側面を持ちにくいのもかもしれない。事実を記述する語彙から、原因と結果という因果が語られることがあっても、行為者に義務を課するという結論は導けないもののように思われる。

5 診療ガイドラインと過失との関係性

上述したように過失行為を分析する際に用いられる道具立てとして「行為可能性」「注意義務」「義務違反行為」を区別するならば、診療ガイドラインは「注意義務」を基礎づける根拠としては採用することができないか、あるいは、参考的に用いるとしてもかなり限定的な場合に

限られてくるように思われる。限定的な場合とは、上述したようにクラスⅢ（エビデンスレベルA）で、かつ、十分周知され期間が経過し臨床現場に浸透して来ているなどの前提が必要になる。しかし、仮にそのような場合であれば敢えて診療ガイドラインを持ち出すまでのことはないと考えられる。

また、診療ガイドラインと「義務違反行為」との関係で言えば、まず、義務違反行為の前提として法的義務が発生しなければ、何らかの作為または不作為が義務違反行為として認められることはないのであるから、診療ガイドラインから法的義務を導くのが困難であるならば、さらに診療ガイドラインから義務違反行為が導かれることはより困難になる関係になると考える。

すると、最後に、「行為可能性」と診療ガイドラインとの関係が問題になる。

6 診療ガイドラインと行為可能性

行為可能性は、規範の前提となる概念であった。「〇〇すべき」という規範は、当然に「〇〇すること（行為）が可能である」ことを前提にしている。行為可能性のないところに規範はない。人は時速50キロメートル¹⁶で走ることはできないため、時速50キロメートル以上で走ることを禁止する規範はそもそも成り立たない。患者を助ける術がない場面では行為可能性がないのであるから過失責任という規範が適用される前提を欠くことになる。診療ガイドラインは患者の助け方を記述しているものであるから、それが役立つ場面においては少なくとも行為可能性が開かれているものと考えられる。

診療ガイドラインは医師等行為者に行為の可能性を開くが、法的な注意義務は、別途、個別具体的な患者の主訴、症状、病態、検査結果、

診療経過など患者を取り巻く状況から導かれると解するのが合理的かつ相当である。

このように解することにより、個々の診療ガイドラインが、訴追の論拠を提供するものでない、医療訴訟に利用されることを前提としていない、裁判の資料となるものではない、医療訴訟等に用いられることなどは意図していない、医療裁判の証拠として利用されることを想定していない、裁判の証拠として用いることを認めない、裁判における根拠として利用することを認めない、医療訴訟対策などの資料となるものではない、などと述べ、あわせて、診療ガイドラインが提示する推奨は決して法律（勧告や命令）ではなく、個々の臨床家の裁量権を制限するものでもない、あくまで一般的な考え方を示しており、個々の症例での特別な事情を考慮したうえでの主治医の判断が優先され、推奨と異なった医療が行われることは必ずしも過失を意味しない、と述べていることと整合性をとることが可能になるように思われる。このように解すれば、診療ガイドラインの推奨がそのまま法的義務へ転化してしまうのではないかという懸念は減るであろう。

七 結語

1 まとめ

診療ガイドラインは法源 (B) でもなく法規範 (W) でもない。過失の法的構成を分析するにあたって、行為可能性と法的義務とを区別することによって、診療ガイドラインは行為可能性にかかわるが、医師等行為者に注意義務を発生させる根拠とはならず、注意義務は当該患者の主訴、症状、病態、検査結果、診療経過、医療機関の性質、患者・家族の意向などの事実群から個別具体的に道き出されるものである、と

考える。このように解すれば、診療ガイドラインを作成する学会・研究会等は、法的義務の発生に援用されるおそれを回避しつつ、患者を救う治療法の選択肢等を多数掲げながら推奨しやすくなるように思われる。

2 判例について

現在までのところ、診療ガイドラインについて言及する最高裁判決はまだ存在しないようであるが下級審には既に多くの事例の集積がある、とされている¹⁷。診療ガイドラインについて触れた判決例を無責例・有責例をひとつずつ紹介すると次のとおりである。

たとえば、大地判平成25年4月26日（無責）は、原告が「エビデンスに基づいた急性膵炎の診療ガイドライン」（第2版）及び「急性膵炎における初期診療コンセンサス」（初版）の内容は、本件手術当時の被告病院における臨床医学の実践における医療水準に該当しその内容に沿った診療をすべき義務があると主張したものの¹⁸、ERCP 後急性膵炎の診断に関しては急性膵炎一般に係る厚労省診断基準やガイドライン第2版の記載がそのまま当てはまるわけではないとか、初期診療コンセンサス初版についてはその存在自体が広く認識されていたとは必ずしもいうことができず、などと述べ、結論としては過失を否定しているものである。

他方、東地判平成23年12月9日（有責）は、原告が静脈血栓塞栓症の予防のために作成された診療ガイドラインによれば、弾性ストッキングの着用や間欠的空気圧迫法の実施が推奨されているにもかかわらず、そのような予防措置を講じなかったことが注意義務違反にあたると主張したところ、「確かに、個々の患者に対していかなる医療行為を行うかは、患者と十分に協議したうえ、最終的には担当医の責任において決定すべきものであって、医療ガイドラインは、その決定を支援するた

めの指針にすぎず、担当医の医療行為を制限するものでも、当該ガイドラインの推奨する医療行為を実施することを医療従事者に義務付けるものでもない」としながら、このような「医療ガイドラインの一般的な性質を考慮しても、同医師には、静脈血栓塞栓症発症の予防に関し注意義務違反があるというべきである。」として後遺障害が残らなかったという相当程度の可能性が侵害されたとして800万円の損害賠償請求を認容している。もっとも、判決理由では、被告の院内において予防ガイドライン等に準拠した予防措置が現に講じられていたという事実が認められており、そうだとすれば、院内で予防措置が実施されていたにもかかわらず、当該患者についてそれを講じなかったのはどうしてか、特段の合理的理由がない限り合理的裁量の範囲を逸脱していると言われても仕方がない、という推論が可能になる。すなわち、当該医師の作為義務は（診療ガイドラインからではなく）当該事件の個々具体的な事実群から導き出されていると見ることができる。

3 最後に

医師は、法実務家とは異なり、主に自然科学の領域で活動している。自然科学の対象は人の認識からは独立している。「人の認識から独立している」とは、人がたとえその本質を捉えていようとしまいと、その性質を変えることはないという意味である。たとえば、古代の哲学者が万物の根源は「水」と考えたとしても、その後、水素と酸素の化合物である(H₂O)と認められたとしても、水は従来からずっとH₂Oのままである。人の用いる概念に依存しない。

たとえば、「強力ネオミノファーゲンシー」という薬剤は肝臓の働きを改善するが、その作用機序は従来とは異なる説明がなされて来ている¹⁹。にもかかわらずそのような効能・効果があることには何ら変わりがない

い。また「メルスモン」は、臨床成績上、更年期障害や乳汁分泌不全に有効性が認められているが、その作用機序はいまだ十分に明らかにされてはいない。ただ、効くことはわかっている。

他方、このように人の認識から独立した対象を扱う医師であっても、終末期の医療や、痛みの緩和、インフォームドコンセント、守秘義務などの場面においては、臨床倫理というものに直面し、それら倫理や道德の延長線上に法を意識することになるであろう。この領域は概念依存的になってくる。医師は臨床倫理の究極の場面として法領域を意識し法実務を理解することになるかもしれない。

ところが、法実務家の多くが、法とは道德（倫理）とは別物である、あるいは、少なくとも分離可能である、と考えていると知ったら驚くかもしれない。臨床倫理を通じて法とコミュニケーションできると思っていた当てが外れるからである。法実務家が使用する用語は人の認識を通じて共有されることが多く、権利にせよ、義務にせよ、概念に依存する性質をもっている。おそらく、自然科学者は不作為の過失行為を発見することはできないであろう。

このような観点からみても、法実務家にとって医師（医療関係者）と円滑なコミュニケーションをとることに多くの困難が待ち受けていることがわかる。しかし、それがゆえに相互理解の努力を怠ることはできない。当職にとって、この法律研究部への参加はその一環である。

本稿は、2021年5月31日、東京弁護士会法律研究部医療過誤法部会における当職の報告をもとにしているものであるが、同部会に出席した医師や弁護士の意見に照らし見解を変えた箇所もある。粗削りな当職の報告にもかかわらず真剣な討論をしていただいたことに心から感謝したい。

以上

-
- 注¹ 「諸外国の議論においても、ガイドラインの問題は、法律論に直接は結び付けられていないことが多い」新注釈民法(15)・570頁・有斐閣・平成29年。
- 注² 前掲書は「ガイドラインに照らして、一見するとそれに違反する治療内容であるとみられる場合であったとしても、それが直ちに医師の過失・客観的注意義務違反とされることは通常はないものとするのが多数の見解である」と述べる。
- 注³ 田中成明「現代法理学」1頁・有斐閣・2011年、日本法哲学会編「民事裁判における「暗黙知」-法的三段論法再考-」1頁・有斐閣・2013年、平野・亀本・服部・法哲学・i頁・有斐閣アルマ・2002年など参照。
- 注⁴ 論理は対偶をとっても真理値は変わらない。「PならばQ」が真のとき、その対偶である「QでないならばPでない」も必ず真になる。ところが、「売買契約を締結したならば売買代金を支払わなければならない」の対偶をとっても、それが必ずしも真とはならない。売買代金を支払わなくともよいならば売買契約と締結していないとは必ずしも言えず、売買契約を締結していても代金を支払わなくともよい場合(代金の履行期が到来してないとか、売買の目的物を受領していないとか、詐欺とか)があるからである。
- 注⁵ 法律要件と法律効果を結びつける関係性を単純に古典論理の実質含意として解釈すると論理的な矛盾が生じてしまうことが指摘されている(高橋文彦「法的思考と論理」成文堂・2013年・96頁)
- 注⁶ 高橋文彦「法的思考と論理」成文堂・2013年・86頁参照。
- 注⁷ 前掲「民事裁判における「暗黙知」法的三段論法再考」3頁以下。高橋文彦「法的思考と論理」成文堂・2013年・130頁以下。前掲「現代法理学」357頁以下。トゥールミンの著書は、St.Toulmin, The Use of Argument (1958)(戸田山和久=福沢一吉「議論の技法」・東京図書・2011年)。
- 注⁸ そのほか「Q」(qualifier)という限定詞もある。
- 注⁹ 拙著・争点整理と要件事実・53頁以降・青林書院・2017年
- 注¹⁰ 新注釈民法(15)・564頁・手嶋豊・有斐閣・平成29年で「医療事故におけ

る過失の問題は、医師の客観的注意義務違反の有無の検討である。」と述べられている。伝統的理解では、過失とは不注意のことであり、行為者の内心においてとらえていたが、その後、交通事故・公害・製造物事故などが急増するなか、判例では、過失の客観化の動きが顕著になったと説明されて来ている。すなわち、行為者の客観的行為の次元で過失（不注意）を捉え、行為者がした行為の内容が期待される行為基準（行為義務）に合致していたか否かにより、過失の有無が判断されて来ている。いわゆる過失の客観化と言われるものである。

注¹¹ 1992年米国医師会雑誌に掲載されたEBMのワーキンググループによる論文「Evidence-Based Medicine: A New Approach to Teaching the Practice of Medicine」は、その冒頭でA New paradigm for medical practice is emerging. と医療行為の新しいパラダイムが出現したと宣言している。EBMは、臨床における決定のための十分な根拠としては、直観（intuition）や、系統的でない臨床経験（unsystematic clinical experience）、病態生理学的根拠（pathophysiologic rationale）を強調せず（de-emphasize）、臨床研究（clinical research）からの証拠の検証を強調（stress）する考え方である。

注¹² この方式が採用されているため、法実務家にとって、副産物的な利点として、診療ガイドラインの記載をもとに、関連する医学文献を発見しやすくなり、あるいは、取捨選択しやすくなる。

注¹³ 経口抗凝固剤である。錠剤や顆粒がある。

注¹⁴ たとえば、2021年改訂版循環器疾患における緩和ケアについての提言（7頁）で、アドバンス・ケア・プランニング（ACP：意思決定能力が低下する前にあらかじめ患者や家族と治療や療養について対話するプロセスの実施）は、日本循環器学会／日本心不全学会の「急性・慢性心不全診療ガイドライン（2017年改訂版）」でクラスⅠとして推奨されたが、十分に普及しているとはいえない状況にある、という。

注¹⁵ クラスⅡbは、データなどからその有用性・有効性がそれほど確立されていないという段階に当たることになるが、黎明期の治療法等にとってこの段階を経ることはいわば宿命であろう。むしろ、従来からの経緯に鑑み、診療ガイドラインとして取り上げられたという点を積極的に評

価する必要も出てくる。医師の経験として自身の複数の患者に良好な結果が得られ、院内の倫理委員会で承認された方法であっても、いまだランダム化比較試験を経ていなければ、エビデンスレベルは低いままという評価になるが、MINDSは医療者の経験(に基づく診療)を否定するものではない。このクラスにおいても何らかの落ち度を導くような線引きは困難である。

注¹⁶ 時速50キロメートルは、秒速13.8888…メートルである。したがって、100メートルを約7.2秒で走る速さとなる。ちなみに100メートル走の世界記録は9.58秒である。

注¹⁷ 前掲注釈民法(15)・570頁参照。

注¹⁸ たとえば、診療ガイドラインの推奨がそのまま医療水準であり現に推奨された治療法を実施していないので医療ミスである、というような立論がなされるとすれば、それはいかにも安易な法律構成といえるであろう。「医療過誤訴訟の判決では、問題となっている治療行為が医療水準に照らして適切であったかどうかという表現をしないものも決して少なくない。」とされている(前掲注釈民法566頁)。最高裁の言う「医療水準」は一般的に先進医療が「高度研究医療機関」→「基幹的医療機関」→「一般的診療機関」という順で段階的に定着していくという場面には適合的と思われるが、新しい治療法の実施がいつの時点から法的義務になるかという場面を超えて広く一般化(普遍化)していくべきものではないようにも思われる。仮に「医療水準」という(法律用語が意味する)法概念を充足させる事実群をして請求原因事実と構成するならば、その立証のハードルは高度なものとなるであろう。

注¹⁹ 強力ネオミノファーゲンシー(きょうみの／グリチルリチン・グリシン・システイン配合)は、本邦で生薬として広く用いられる甘草の成分の一つであるグリチルリチンを主成分としている。その作用メカニズムは、 β グルクロニダーゼにより生成されるグリチルリチン酸がステロイド代謝酵素と拮抗し、内因性のステロイドの作用を増強して抗炎症作用を増強するものと考えられてきたが、静脈内投与された同薬は、腸肝循環しながら肝に取り込まれ、その一部がグリチルリチン酸となるに過ぎない。今日考えられている同薬のトランスアミナーゼを低下させる機序は、活性化

マクロファージにおけるプロスタグランジン E2産生抑制やホスホリパーゼ A2の作用阻害により、炎症性のケミカルメディエーターの産生を抑制することによる抗炎症作用と考えられている。つまり、効能効果があることはわかっているのであるが、その作用機序について以前とは異なる説明がなされている。

注²⁰ 赤林・蔵田・児玉「臨床倫理学」第5版・新興医学出版社・2006年参照

注²¹ 法実証主義の考え方である。法実証主義は「法と道徳の間、「ある法」と「あるべき法」の間には必然的な接続がない」と考え、これを「分離テーゼ」ないし近時は「分離可能性テーゼ」と呼んでいる（瀧川・宇佐美・大屋・法哲学・194～196頁・有斐閣・2014年参照）。

（永島 賢也）

コロナ下の米国プロバイダに対する 発信者情報開示

インターネット法律研究部

〔インターネット法律研究部〕

* 目 次

一 通常の米国法人に対する発信者 情報開示仮処分の流れと EMS 停止の影響 …………… 34	四 実務上直面した諸問題 …………… 39
二 資格証明書の取得について …… 35	1 電子署名による委任状の問題 …………… 39
三 コロナ下の申立書の米国プロバイ ダへの直送の間 …………… 36	2 仮処分の申立費用の問題 …… 40
1 ツイッター・インクへの直送 …………… 37	3 アカウント（発信者）の追加 の可否 …………… 40
2 インスタグラムを運営する フェイスブック・インクへの直送 …………… 38	五 ログイン情報と接続先 IP アドレス の問題 …………… 41

一 通常の米国法人に対する発信者情報開示仮処分の流れと EMS 停止の影響

コロナ禍による国際郵便の混乱を受け、令和2年4月24日（金）から、米国宛でのEMSなど国際郵便物の一部の取り扱いが停止された^(注1)。EMSは、国際スピード郵便（こくさいスピードゆうびん）の略称で、英語表記「Express Mail Service」の頭文字をとったものである。米国宛のEMSが停止したことは、発信者情報開示請求のための仮処分申立手続にも影響を与えた。通常の発信者情報開示仮処分申立手続は、裁判所からEMSを利用して双方審尋期日連絡のための通知書を郵送するとともに、仮処分申立書副本等を債権者から米国のプロバイダ宛に直送していたからである。つまり、EMSの停止期間中は、通知書の裁判所から米国プロバイダへの郵送の取り扱いが不可能となった。通常の流れの手続は、この通知書等の郵送後、米国プロバイダの代理人（大手プロバイダの代理人は通常一定の法律事務所の弁護士が担当している。）から裁判所に委任状が提出され、双方審尋期日を経て発信者情報開示仮処分の発令後、発信者情報が開示されていた。なおEMSの受付は令和3年6月1日から再開している^(注2)。したがって、裁判所から通知書を米国プロバイダ宛に郵送する通常の手順は、令和2年4月24日から令和3年6月1日までの1年程度の期間不可能であった。現在は、EMSが復旧し、従来の手続きが可能となっているが、従来の手続きが実行できなかった期間において、米国プロバイダを債務者とする発信者情報開示仮処分の手続きは、実務上どの様に実施されていたかを、ここに記録しておきたい。

二 資格証明書の取得について

米国プロバイダを相手方とする仮処分申立手続や訴訟手続において債権者や原告は、米国 SOI（年次報告書）の写し（写しであることの証明印付きのもの。）を資格証明書として裁判所に提出している。米国 SOI は、STATEMENT OF INFORMATION の略称で、米国企業から各州の州務長官事務所に提出される企業の基本情報などを記した報告書である。発信者情報開示の相手方となる米国プロバイダは、カリフォルニア州務長官事務所が担当している例が多いため、発信者情報開示で必要となる殆どの資格証明書としての SOI は、カリフォルニア州務長官事務所取得できる。カリフォルニア州務長官 (Secretary of State of California) は、カリフォルニア州の州務長官であり、州政府の窓口としての広範な任務を受け持っており、SOI などの商業関係書類の管理もその業務の一つである^(注3)。SOI 等の写し等の送付について申込フォームもウェブサイト上で公開されている^(注4)。必要事項を記入のうえ、州務長官担当係宛の私書箱に郵送する。郵送先もウェブサイト上に明記されている^(注5)。

いずれにせよ、資格証明書としての SOI 取得は、上記申込フォームをプリントアウトのうえ、米国私書箱宛に郵送することが不可欠であった。また、上記のとおり EMS は停止していた。しかし、EMS が停止している期間も、米国宛の普通郵便は利用できた。また、EMS 停止期間中も、米国宛の普通郵便は、2 週間程度で米国宛に到達していた。このように、仮処分申立に先立って資格証明書を取得しておくことで、結論として、資格証明書としての米国 SOI は EMS 停止期間中も国内で問題なく取得できていた。また、Fedex などの代替郵送手段もあり EMS の停止は、資格証明書としての米国 SOI 取得に大きく影響していなかったと

言える。しかし、申立が必要となった時点から取得手続きを開始する場合、普通郵便での米国郵送を経由しての取得では時間がかかりすぎ手続が間に合わないこともあり得た。そこで、事前に SOI を取り寄せていない状況下では、例外的ながら裁判所にコロナによる郵送事情の混乱を上申し、取得から相当の期間が経過している SOI で手続きを進める例もあった。

三 コロナ下の申立書の米国プロバイダへの直送の問題

上記のとおり、審尋期日連絡のための通知書は、従来 EMS（国際スピード郵便）で裁判所から郵送していた。

しかし、令和 2 年 4 月 24 日から令和 3 年 6 月 1 日までの 1 年程度の期間、米国宛の EMS は停止しており、通知書は、裁判所から従来の方法で郵送できなかった。この点が、実務上もっとも影響が大きかった部分であると考えられる。しかし、実務上は、仮処分申立当事者（債権者）が、米国プロバイダ乃至その代理人予定者に申立書副本等の書類を直送するとともに、審尋期日の連絡も代替する取り扱いが採用された。これにより従来通りか、むしろより迅速な手続の進行さえ可能であった。

例えば、ツイッターを運営するツイッター・インクを債務者とする発信者情報開示仮処分申立の場合は、代理人予定者である法律事務所にメールで連絡をとって、承認を得た後直接代理人予定者に申立書副本等を直送するとともに債権者が審尋期日の調整を行なった。インスタグラムを運営する米国フェイスブック・インクを債務者にした仮処分申立は、代理人予定者が確定とは言えない状況があったため、申立債権者から代理人予定者ではなく債務者である米国フェイスブック・インクに申立書副本などを直送する際に、債権者側で審尋期日の連絡文書も作成し郵送していた。

グーグル・エルエルシーも、ツイッター・インクに近い対応を採っていた。

いずれにせよ、米国プロバイダ代理人（予定者）及び裁判所の合理的な対応によって、コロナ下においても実務上大きな混乱なく発信者情報開示の仮処分申立手続はスムーズに運用されていた。

1 ツイッター・インクへの直送

上記のとおり相手方がツイッター・インクの場合は、代理人事務所宛に申立書副本等を送付するとともに債権者側で期日の調整もしていた。債権者は、まず、代理人予定の法律事務所宛のメール連絡を推奨された。メールアドレスが明らかでない場合、問合せフォームから連絡した場合も、無事対応されたケースも存在する様である。代理人事務所に直送を許された場合、日本の法律事務所宛の直送となることから申立書等について翻訳も不要となった。関係書類の送付もメール添付で済む場合もあり、即日を送付が完了し、翻訳も不要となったため、非常に債権者、債務者双方にとって合理的な対応であったと言える。また、この合理的かつ柔軟な対応により、EMS 停止の影響はかえってツイッター・インクに対する発信者情報開示仮処分手続きにおいて、従前よりスムーズになったとさえ言える状況を作出した。例えば令和2年6月15日に東京地方裁判所保全部に仮処分を申立てた事案では、6月17日に裁判官面接を行い、同日直送打診をメール連絡した。その後承諾を受けて、6月18日代理人予定者に申立書類の直送ができた。その上で、債権者及び債務者代理人間で期日調整のうえ、7月10日双方審尋期日（ツイッター・インク代理人側電話会議）となり、7月14日仮処分命令発令（無担保）後、7月26日において無事情報が開示されていた。また、東京地方裁判所知財部に連休前の同年8月7日仮処分を申立てた事案では、連休明けの8月11日か12日に裁判官面接（債権者から面接要請）を

行い、8月12日直送打診（メール連絡）の上で、8月13日申立書類直送
ができた。その後、債権者及び債務者代理人間で期日調整のうえ、9
月4日双方審尋期日（ツイッター・インク代理人側電話会議）となったが、
下記に紹介する委任状の電子署名の問題が生じ、9月16日ツイッター・
インク委任状原本提出を待って、翌9月17日仮処分命令発令（無担保）後、
9月24日情報開示となった。

2 インスタグラムを運営するフェイスブック・インクへの直送

上記のとおり、EMSが利用できない期間は、申立債権者より、代替
手段で米国フェイスブック社に申立書副本等の書類を直送し債権者側で
裁判所に代わり審尋期日候補日の連絡もしていた。

この時、普通郵便は2週間程度かかるため、迅速な仮処分申立手続
進行の実現は難しかった。しかし代替の郵送方法、例えばFedexを利用
すれば、最短1日程度で米国フェイスブック・インクに書類の郵送が
完了した。そこで、債権者からの直送においてはFedEx等が利用され
た例が多いものと思料される。郵送料もEMS2回分の1回4000円程度
であるから郵送料としても同程度だった事になる。例えば、令和2年
7月13日東京地方裁判所保全部に仮処分を申立てた事案では、7月15
日に裁判官面接を行い、翌7月16日に債権者からFEDEXで米国に書
類を直送した。すると、翌週である7月22日に、フェイスブック・イン
ク代理人から代理人就任の連絡が債権者代理人にあり、調整の上8月
5日に双方審尋期日を行うことができた。その後、8月11日に仮処分
発令となり、8月21日に情報開示となった。やはり、郵送事情の混乱
に関わらず従前と変わらないか従前よりスムーズな手続進行が実現され
ていたと評価できる状況であった。

四 実務上直面した諸問題

コロナ禍の後も問題となり得る、実務上直面したいいくつかの諸問題を以下に紹介する。また、若干の私見も付言している。

1 電子署名による委任状の問題

ツイッター・インクは、迅速性の観点などから、まず、委任状の写しを提出し、その後原本を追完している。しかし、ツイッター・インクの提出した委任状が、写しも原本も実は電子署名であることが判明した。この事案において、事案を担当した裁判体は、現行法上、電子署名の委任状については認められないと結論づけたようである。そこで、裁判体は、直筆の委任状の提出を求め、直筆の委任状の提出を待って仮処分命令の発令となった（上記ツイッター・インクを債務者とする知財部申立の事例）。しかし、保全部の事件ではこのような問題提起はされず同様の委任状で問題なく手続が進行していた。このように部署や裁判体によって取り扱いが異なる例がある。また、米国は電子署名などが常態化している場合があり本邦との法制度の齟齬が今後問題となる例も想定される。しかし、例えば昭和33年 7月18日東京高裁判決・東高民時報 9巻7号128頁は、民事訴訟において委任状の提出がない場合も真に代理権授与があれば再審事由に当たらないと判示している。このような裁判例などに照らしても、一定の事務所が現に他の多くの事件で代理し、代理権授与が裁判所においても顕著な米国プロバイダの場合、電子署名の委任状等でも代理権の証明として十分と解する余地はあるように思われる。

2 仮処分の申立費用の問題

令和元年12月26日知的財産高等裁判所判決・金商1591号32頁は、申立費用相当部分は発信者に損害賠償請求できないと判示している。すなわち、同判例は、仮処分申立事件において、裁判所に提出する書類の訳文に係る翻訳料は、民事訴訟費用等に関する法律2条8号の費用に該当し、債権者の申立てが認容された場合には債務者が負担することになるから（民事保全法7条、民事訴訟法61条）、本件仮処分事件の債権者であって、その申立てが認容された1審原告は、本来、1審被告ではなく本件仮処分の債務者である米国プロバイダから、上記の費用の支払を受けるべきものであるとし、加えて、英訳費用相当分について、米国プロバイダではなく1審被告に負担させるべき特段の事情を認めるに足りる証拠はないことから、上記英訳費用相当分については、1審被告の不法行為と相当因果関係がある損害と認めることはできない旨の判示をした。

この判決の影響かは定かではないが、仮処分の申立費用について債務者（米国プロバイダ）負担を命じる事例に接した。なお、一般的には発信者情報開示で申立費用を債務者（プロバイダ）負担とする例はこれまで殆どなかったようである。

3 アカウント(発信者)の追加の可否

発信者情報開示を求める発信者利用のアカウントについて、現状では複数のアカウントをまとめて一つの手続で開示請求することも認められるようになってきている。では、発信者情報開示を求めるアカウント（発信者）を、仮処分手続中に追加することは認められるのだろうか。保全部のある裁判官が、アカウントの追加について、第一回審尋期日後は裁判

を遅延させるため認められないという見解を示した例があった。すなわち、民事訴訟法第143条1項但書により、第一回審尋期日後において開示を請求するアカウントの追加は認められないという見解と解される。しかし、SNS上の権利侵害では、発覚を畏れて頻繁にアカウントを替えて権利侵害を繰り返す様な例もある。その様な特殊な事案は、被害者救済の観点からも同一手続内での柔軟なアカウント追加等を認めるべきと史料する。

五 ログイン情報と接続先 IP アドレスの問題

携帯電話キャリアなどは、コンテンツプロバイダ等から開示される発信元 IP アドレス（及びこれに対応したタイムスタンプ）だけでは、通信を特定できない。そこで、さらに接続先 IP アドレスが必要になる。しかし、ツイッターやインスタグラムなどの海外プロバイダは接続先 IP アドレスを記録、保存していない。そこで、推測される接続先 IP アドレスから通信を特定しているのが実務である。

ところで、「発信者情報開示の在り方に関する研究会・最終とりまとめ」には以下の記載がある^(注6)。「ログイン時の通信は、権利侵害の投稿時の通信とは異なる通信であることから、仮にそれぞれの通信の発信者が異なるにもかかわらず、ログイン時情報として、権利侵害投稿の発信者以外の者の情報が開示されてしまった場合には、当該発信者以外の者の通信の秘密やプライバシー等を侵害することとなる。この点を踏まえると、権利侵害投稿の通信とログイン時の通信とが、同一の発信者によるものである場合に限り、開示できることとする必要がある」。しかし、ログイン情報を徒に限定すると、現在米国コンテンツプロバイダから無限定にログイン情報が開示され、これに基づいてようやく携帯電話キャリアなどのイン

ターネット・サービス・プロバイダから特定に至る情報の開示を得られている実務状況から考えても、実質、現状より特定困難となり兼ねない。特に、開示できるログイン情報を、一定の情報（例、投稿直前ログイン情報など。）に限定しては、発信者情報開示による発信者の特定はより運頼みになってしまうことが懸念される。今回の一連のプロバイダ責任制限法改正が被害者救済に念頭が置かれたものであること、この観点から日本弁護士連合会から実効的な開示制度の実現を求める意見が出されている（注7）点にも照らし、事実上特定可能性が下がる様な法改正は避けるべきと思考する。この観点から、侵害情報の発信に利用された SNS アカウント利用者は基本的に発信者という推定の元、該当アカウントへのログインは無限定に発信者情報開示の対象と取り扱う法改正が望ましいと考える。実務の現状に照らすと、ログイン情報については、原則的に無限定に開示対象として、例外的に通信の秘密に重篤な侵害が生じる場合にだけ開示範囲を限定するという方が実態と適合的というべきである。

以 上

（注1）日本郵便『米国宛て国際郵便物の一時引受停止について』（2020年4月23日）https://www.post.japanpost.jp/int/information/2020/0423_03.html

（注2）日本郵便『米国宛てEMSの引受再開について』（2021年5月13日）https://www.post.japanpost.jp/int/information/2021/0513_01.html

（注3）California Secretary of State『Business Search』<https://businesssearch.sos.ca.gov/>

（注4）California Secretary of State『Instructions for Completing the Business Entities Records – Order Form』<https://bpd.cdn.sos.ca.gov/pdf/be-records-requests.pdf>

- (注5) California Secretary of State 『Contact Information - Business Entities』 <https://www.sos.ca.gov/business-programs/business-entities/contact>
P.O. Box 944260 Sacramento, CA 94244-2600
- (注6) 総務省『発信者情報開示の在り方に関する研究会最終とりまとめ』（令和2年12月）https://www.soumu.go.jp/main_content/000724725.pdf
- (注7) 日本弁護士連合会『実効的な発信者情報開示請求のための法改正等を求める意見書』（令和2年12月18日）https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2020/opinion_201218.pdf

(齋藤 理央)

オンラインサービス利用規約における条項の 明確性

インターネット法律研究部

* 目 次

一. はじめに	46	1. 条項の不明確性について	58
二. 参考事例(東京高裁令和2年判決)	46	(一) 根拠と射程	58
1. 事案の概要	46	(二) 要件	60
2. 関連の規定について	51	2. 限定解釈について	67
(一) 消費者契約法12条4項	51	(一) 東京高裁令和2年判決の	67
(二) 消費者契約法8条1項1号	51	見解	67
及び3号	51	(二) 過去の裁判例について	68
3. 各当事者の主張	52	(三) 条項の不明確性との関係	69
(一) 前提	52	(四) 検討	70
(二) 原審原告の主張概要	53	3. モバゲー会員規約7条1項c	72
(三) 原審被告の主張概要	55	号及びe号の適法性について	72
4. 裁判所の判断	56	四. 実務への影響	74
(一) 原審(さいたま地裁令和2	56	1. 総論	74
年2月5日判決(判例時報	56	2. 事業者の立場からの対応	74
第2458号84頁)の判断	56	(一) 条項の規定ぶりについて	74
(二) 控訴審(東京高裁令和2年	57	(二) 下位規範について	76
判決)の判断	57	(三) 事業者の実務上の運用に	76
三. 法的論点	58	ついて	76
		五. 最後に	77

一．はじめに

事業者がオンラインでなんらかのサービスを提供するにあたっては、利用者と事業者との間で契約書への署名捺印による契約が締結されることは稀であり、利用規約への同意という形式でサービス利用契約が締結されることがほとんどである。

このような契約の特殊性からすれば、他の種類の消費者契約以上に利用者保護の要請が高い一方で、オンラインサービスというサービス自体の特殊性として、利用者による事業者の想定していない方法での利用や迷惑行為の実施など、事業者側としてもその利用規約の規定にあたっては事業者に不利な状況が生じないよう格別の注意をする必要がある。

そこで本稿では、ゲーム配信プラットフォームサービスである「mobage（モバゲー）」の利用規約に関して消費者契約法8条1項該当性を肯定した東京高裁令和2年11月5日判決（裁判所ウェブサイト^(注1)）。以下、「東京高裁令和2年判決」と表記。）を手掛かりに、事業者がオンラインサービスの利用規約を規定、運用していくにあたり留意すべき点について検討する。

二．参考事例（東京高裁令和2年判決）

1. 事案の概要

掲題の裁判例は、ゲーム配信プラットフォームサービスである「mobage（モバゲー）」（以下、単に「モバゲー」と表記。）^(注2)に関し、モバゲーを運営する株式会社ディー・エヌ・エーとモバゲー利用者との間のサービス利用契約についての解釈が争われた裁判例である。

株式会社ディー・エヌ・エーは、モバゲーの利用を希望する者に対し、「モバゲー会員規約」と称する利用規約を含む規約類を承認した上で入

会を申し込むことを求めており、モバゲー会員規約を含む規約類を承認した者が、モバゲー会員としてモバゲーのサービスの提供を受けることが出来るという仕組みをとっている。

そして、本件の原審における原告は、消費者契約法13条1項所定の内閣総理大臣の認定を受けている適格消費者団体である特定非営利活動法人埼玉消費者被害をなくす会（以下、単に「埼玉消費者被害をなくす会」と表記。）である。埼玉消費者被害をなくす会は、株式会社ディー・エヌ・エーを被告とし、モバゲー会員規約7条3項及び12条4項が、消費者契約法8条1項1号の「事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項」及び同条同項3号の「消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項」^(注3)に該当すると主張して、消費者契約法12条3項に基づき、モバゲー会員規約7条3項及び12条4項を含む消費者契約の申込み又は承諾の意思表示の停止及びこれらの行為の停止又は予防に必要な措置として、当該意思表示を行うための事務を行わないことをその従業員らに指示することを求めて本件訴訟を提起した。

本件の原審は、さいたま地裁令和2年2月5日判決（判例時報第2458号84頁）であり、モバゲー会員規約7条3項の差し止めについては認容した上で、モバゲー会員規約12条4項の差し止めを求める部分は棄却した（なお、モバゲー会員規約7条3項と同規約12条4項は、同規約7条3項の差し止めが認められれば、同規約12条4項の不当性は排除される関係にあり、原審はそのことを理由に同規約12条4項にかかる請求を否定した。）。

本件の原審判決後、株式会社ディー・エヌ・エーが、モバゲー会員規

約7条の一部を改定した上で、原審の敗訴部分である請求認容部分について控訴したのが掲題の裁判例である。なお、埼玉消費者被害をなくす会は、モバゲー会員規約12条4項に関する部分である請求棄却部分について附帯控訴をしている。

本件で問題となったモバゲー会員規約の各条項の規定は以下のとおりである。

記

《原審時点におけるモバゲー会員規約》

第7条 モバゲー会員規約の違反等について

1. モバゲー会員が以下の各号に該当した場合、当社は、当社の定める期間、本サービスの利用を認めないこと、又は、モバゲー会員の会員資格を取り消すことができるものとします。ただし、この場合も当社が受領した料金を返還しません。
 - a. 会員登録申込みの際の個人情報登録、及びモバゲー会員となった後の個人情報変更において、その内容に虚偽や不正があった場合、または重複した会員登録があった場合
 - b. 本サービスを利用せずに1年以上が経過した場合
 - c. 他のモバゲー会員に不当に迷惑をかけたと当社が判断した場合
 - d. 本規約及び個別規約に違反した場合
 - e. その他、モバゲー会員として不適切であると当社が判断した場合
2. (略)
3. 当社の措置によりモバゲー会員に損害が生じても、当社は一切損害を賠償しません。

第12条 当社の責任

4. 本規約において当社の責任について規定していない場合で、当社の責めに帰すべき事由によりモバゲー会員に損害が生じた場合、当社は、1万円を上限として賠償します。

《原審後に改定されたモバゲー会員規約^(注4)》

第7条 モバゲー会員規約の違反等について

1. モバゲー会員が以下の各号に該当した場合、当社は、当社の定める期間、本サービスの利用を認めないこと、又は、モバゲー会員の会員資格を取り消すことができるものとします。ただし、この場合も当社が受領した料金を返還しません。
 - a. 会員登録申込みの際の個人情報登録、及びモバゲー会員となった後の個人情報変更において、その内容に虚偽や不正があった場合、または重複した会員登録があった場合
 - b. 本サービスを利用せずに1年以上が経過した場合
 - c. 他のモバゲー会員に不当に迷惑をかけたと当社が合理的に判断した場合
 - d. 本規約及び個別規約に違反した場合
 - e. その他、モバゲー会員として不適切であると当社が合理的に判断した場合
2. (略)
3. 当社の措置によりモバゲー会員に損害が生じても、当社は一切損害を賠償しません。

第12条 当社の責任

4. 本規約において当社の責任について規定していない場合で、当社の責めに帰すべき事由によりモバゲー会員に損害が生じた場合、

当社は、1万円を上限として賠償します。

《現在（本稿執筆時点）のモバゲー会員規約^(注5)》

第7条 モバゲー会員規約の違反等について

1. モバゲー会員が以下の各号に該当した場合、当社は、当社の定める期間、本サービスの利用を認めないこと、又は、モバゲー会員の会員資格を取り消すことができるものとします。ただし、この場合も当社が受領した料金を返還しません。
 - a. 会員登録申込みの際の個人情報登録、及びモバゲー会員となった後の個人情報変更において、その内容に虚偽や不正があった場合、または重複した会員登録があった場合
 - b. 本サービスを利用せずに1年以上が経過した場合
 - c. 他のモバゲー会員に不当に迷惑をかけた場合
 - d. 本規約及び個別規約に違反した場合
 - e. その他、モバゲー会員として不適切である場合

2. (略)

(第3項は削除)

第12条 当社の責任

4. 本規約において当社の責任について規定していない場合で、当社の責めに帰すべき事由によりモバゲー会員に損害が生じた場合、当社は、1万円を上限として賠償します。

以上

2. 関連の規定について

(一) 消費者契約法12条4項

東京高裁令和2年判決における埼玉消費者被害をなくす会の請求の直接の根拠となった規定は消費者契約法12条4項である。

消費者契約法12条4項は、適格消費者団体による差止請求権に関する規定の一つであり、「事業者の代理人が、消費者契約を締結するに際し、不特定かつ多数の消費者との間で第8条から第10条までに規定する消費者契約の条項を含む消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示を現に行い又は行うおそれがあるとき」という要件の下、「当該代理人を自己の代理人とする事業者又は他の代理人に対し、当該代理人に対する是正の指示又は教唆の停止その他の当該行為の停止又は予防に必要な措置をとることを請求することができる」旨規定しており、不当な契約条項を含む契約の締結を差止めの対象とする条項である^(注6)。

(二) 消費者契約法8条1項1号及び3号

前述の通り、東京高裁令和2年判決においては、「第8条から第10条までに規定する消費者契約の条項」（消費者契約法12条4項）として、消費者契約法8条1項1号及び3号該当性が主張された。

消費者契約法8条は、一般に、事業者が、消費者が損害を受けた場合の損害賠償請求権を排除又は制限することで、消費者に不当な負担を強いる場合があることから、消費者が損害を受けた場合に正当な額の損害賠償を請求できるよう、事業者が消費者契約において、損害賠償責任を特約によって免除又は制限している場合に、その特約の効力を否定することとした条文である^(注7)。

そして、消費者契約法8条1項1号は、「いかなる理由があっても

一切損害賠償責任を負わない」「事業者に責に帰すべき事由があっても一切責任を負わない」「事業者に故意又は重過失があっても一切責任を負わない」^(注8)といった、事業者の債務不履行による損害賠償責任をすべて免除する旨の条項を対象としている。

また、消費者契約法8条1項3号は、事業者が、民法709条(不法行為による損害賠償)、715条(使用者等の責任)、717条(土地の工作物等の占有者及び所有者の責任)、718条(動物の占有者等の責任)、代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害に関する法人の損害賠償責任の規定(一般社団法人及び一般財団法人に関する法律78条等)、商法690条(船舶所有者の船長等に関する賠償責任)、製造物責任法3条(製造物責任)等^(注9)に基づいて負う不法行為責任についても、消費者契約法8条1項1号における債務不履行に基づく損害賠償責任と同様、その損害賠償責任をすべて免除する旨の条項を対象としている。

「当社はいかなる場合においても、利用者に対して一切の賠償責任を負いません。」というように責任原因を限定せず、債務不履行責任や不法行為責任のいずれも免除する条項は、消費者契約法8条1項1号及び3号に該当する典型的な条項であることから、東京高裁令和2年判決の原審でも同様に主張されたように、「消費者契約法8条1項1号及び3号に該当する」という形で並列的に主張されることが多い。

3. 各当事者の主張

(一) 前提

本稿では、原審及び控訴審における主たる争点であるモバゲー会員規約7条3項に関する議論を特に取り扱うものとする。

(二) 原審原告の主張概要

原審原告である埼玉消費者被害をなくす会は、モバゲー会員規約7条3項の「当社の措置によりモバゲー会員に損害が生じても、当社は一切損害を賠償しません」との規定における「当社の措置」には、モバゲー会員規約7条1項の「モバゲー会員が以下の各号に該当した場合、当社は、当社の定める期間、本サービスの利用を認めないこと、又は、モバゲー会員の会員資格を取り消すことができるものとします。」との規定に基づく措置が含まれることを前提として、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号には「当社が判断した場合」との文言が用いられていることから、株式会社ディー・エヌ・エーが、モバゲー会員規約7条1項c号又はe号該当性の判断を誤って、モバゲー会員規約7条1項に基づく措置を取ることがあり得ると主張した。

そして、そのような株式会社ディー・エヌ・エーの誤った判断に基づく「措置」により消費者に損害が生じた場合について、一切の損害賠償を免除したのがモバゲー会員規約7条3項であるから、モバゲー会員規約7条3項は、消費者契約法8条1項1号及び3号に該当する条項であると主張した。

原告の主張は、形式的には上記の通りであるものの、本質的には、モバゲー会員規約7条3項が事業者の損害賠償責任を免除していることを問題視するものではなく、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号が「当社が判断した場合」となっており、事業者の一方的な判断によって、モバゲー会員規約7条1項の措置がとられるおそれがあることを問題視するものである。

したがって、本来的には、本件は、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号が消費者契約法10条に該当する条項であることを理由に訴

訟提起されることが自然な事案ではあるが、埼玉消費者被害をなくす会は、株式会社ディー・エヌ・エーに対する事前の問い合わせや、消費者契約法41条1項に基づく書面による事前の請求の段階においても一貫してモバゲー会員規約7条3項の消費者契約法8条該当性を問題としており、消費者契約法10条の問題としない訴訟戦略をとっていた。

この点については、実際に問題視されているのは、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号における「当社が判断した場合」という部分であるにもかかわらず、モバゲー会員規約7条3項のみが差止めの対象となり、7条1項c号及びe号は手つかずとなってしまうため「違和感がないではない」との指摘^(注10)もされている。

もっとも、消費者契約法12条4項に基づく差止請求を受けた事業者が、規約の一部について差止めを受けたままサービスを運用していくということは通常考え難く、差止請求が認められた後は、その原因として消費者契約法8条から10条のいずれかに該当すると判断されたサービス規約の条項につき、規約の改定などによって消費者契約法8条から10条のいずれにも該当しない状態にするといった措置をとることが期待できる場合がほとんどである。現に、本件でも、東京高裁令和2年判決後に、株式会社ディー・エヌ・エーにより、モバゲー会員規約の改定という措置がされている。

そして、株式会社ディー・エヌ・エーによる規約の改定という事実上の措置との関係では、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号を正面から問題とし、消費者契約法10条該当性を主張した場合でも、本件のように形式的にはモバゲー会員規約7条3項の消費者契約法8条該当性を主張し、モバゲー会員規約7条3項の「当社の措置」の具体

的な内容としてモバゲー会員規約7条1項c号及びe号を問題とした場合でも同様に、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号の改定への期待は変わらないものといえる。

以上のような事実上の期待まで加味した場合、その効果に違いがない以上、消費者契約法8条の問題とすることで、消費者契約法10条の各要件について主張立証の負担を負うことなく訴訟追行をすることができる点に当事者としては大きなメリットがあり、原告の訴訟戦略は合理的なものとして評価できる。

(三) 原審被告の主張概要

原審原告の上記主張に対して、原審被告である株式会社ディー・エヌ・エーは、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号の「当社が判断した場合」の「判断」とは、一般的な契約実務に則り、「合理的な根拠に基づく合理的な判断」であることが当然の前提となっているから、株式会社ディー・エヌ・エーの故意又は過失により誤った判断がされた場合は適用されず、したがって、株式会社ディー・エヌ・エーの故意又は過失による誤った判断に基づいて、「当社の措置」（モバゲー会員規約7条3項）がされることはないから、モバゲー会員規約7条3項は、事業者の債務不履行又は不法行為により生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項ではなく、合理的な根拠に基づく合理的な判断によって、適法に会員資格の取消等の措置がされた場合になんらの補償もされない旨を確認的に規定するものにすぎない旨主張した。

なお、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号の「当社が判断した場合」の「判断」を「合理的な根拠に基づく合理的な判断」と読む解釈は、ごく一般的な文言解釈であり、制限的解釈ではない上、仮にこ

れが制限的解釈にあたるとしても、制限的解釈が否定される理由はないとの主張をしている。

4. 裁判所の判断

(一) 原審(さいたま地裁令和2年2月5日判決(判例時報第2458号84頁))の判断

東京高裁令和2年判決の原審であるさいたま地裁令和2年2月5日判決は、消費者契約法3条1項1号が、事業者に対して、消費者契約の条項を定めるにあたって、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が、その解釈について疑義を生じない明確なもので、かつ、消費者にとって平易なものになるよう配慮する努力義務を課していることからすれば、事業者は消費者契約の条項を定めるにあたっては、当該条項につき、解釈を尽くしてもなお複数の解釈の可能性が残ることがないように努めなければならないというべきであるとしつつ、差止請求制度は、個別具体的な紛争の解決を目的とするものではなく、契約の履行などの場面における同種紛争の未然防止・拡大防止を目的として設けられたものであるとした。

そして、このような消費者契約法3条1項1号から導かれる事業者の努力義務と差止請求制度の趣旨から、「差止請求の対象とされた条項の文言から読み取ることができる意味内容が、著しく明確性を欠き、契約の履行などの場面においては複数の解釈の可能性が認められる場合において、事業者が当該条項につき自己に有利な解釈に依拠して運用していることがうかがわれるなど、当該条項が免責条項などの不当条項として機能することになると認められるときは、法12条3項の適用上、当該条項は不当条項に該当すると解することが相当である。」とした。

そして、モバゲー会員規約7条3項では、単に「当社の措置により」と規定されているだけでそれ以上の限定が付されていないことからすると、モバゲー会員規約7条1項c号又はe号該当性について、その「判断」を行うにあたっては事業者に極めて広い裁量があり、客観性を十分に伴う判断でなくても許されると解釈する余地があるとした上で、株式会社ディー・エヌ・エーによるモバゲーの利用者に対する措置やその後の問い合わせへの対応の状況などを加味して、「被告は、上記のような文言の修正をせずにその不明確さを残しつつ、当該条項を自己に有利な解釈に依拠して運用しているとの疑いを払拭できないところである。」と評価した。

以上から、原審は、モバゲー会員規約「7条3項は、同条1項c号又はe号との関係において、その文言から読み取ることができる意味内容が、著しく明確性を欠き、契約の履行などの場面においては複数の解釈の可能性が認められるところ、被告は、当該条項につき自己に有利な解釈に依拠して運用していることがうかがわれ、それにより、同条3項が免責条項として機能することになると認められる。」として、モバゲー会員規約7条3項の差止めを肯定した。

(二) 控訴審（東京高裁令和2年判決）の判断

株式会社ディー・エヌ・エーは、原審判決後、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号の「当社が判断した場合」との文言を「当社が合理的に判断した場合」に改定した。

しかし、控訴審である東京高裁令和2年判決は、「当社が合理的に判断した場合」との文言もなおその意味内容が極めて不明確であり、「客観的には当該措置等が控訴人の債務不履行又は不法行為を構成することは十分にあり得るところであり、控訴人は、そのような

場合であっても、本件規約7条3項により損害賠償義務が全部免除されると主張し得る」ところ、「事業者と消費者との間に、その情報量、交渉力等において各段の差がある中、事業者がした客観的には誤っている判断が、とりわけ契約の履行等の場面においてきちんと是正されるのが通常であるとは考え難い」から、モバゲー会員規約7条3項が、事業者が損害賠償責任を負わない場合にこれを負わないことを確認的に規定したものであって免責条項ではないという主張は認められないとし、原審の判断を肯定した。

三．法的論点

1. 条項の不明確性について

(一) 根拠と射程

前述の通り、東京高裁令和2年判決は、消費者契約法3条1項1号から導かれる事業者の努力義務と差止請求制度の趣旨の二点から、「差止請求の対象とされた条項の文言から読み取ることができる意味内容が、著しく明確性を欠き、契約の履行などの場面においては複数の解釈の可能性が認められる場合において、事業者が当該条項につき自己に有利な解釈に依拠して運用していることがうかがわれるなど、当該条項が免責条項などの不当条項として機能することになると認められるときは、法12条3項の運用上、当該条項は不当条項に該当すると解することが相当である。」とした原審の判示部分を是認している。

消費者契約法3条1項1号は、実際に使用されている消費者契約の条項の中には、一見すると明確のようであるものの、真に明確であるとはいえず、その結果、解釈に疑義が生じている条項が散見さ

れているという実状から、条項の明確化を事業者の努力義務とすることで消費者契約法の趣旨目的を実効化させるための規定である^(注11)。消費者契約法3条1項1号は、直接には、消費者契約の条項の明確平易配慮義務を規定したものに過ぎないが、一般に、消費者契約法3条1項1号の趣旨から条項使用者不利の原則が導かれると考えられている。条項使用者不利の原則とは、契約の条項について、解釈を尽くしてもなお複数の解釈の可能性が残る場合には、条項の使用者に不利な解釈を採用すべきであるという考え方をいう。消費者と事業者との間には情報・交渉力の格差があることに鑑みると、条項が不明確であることによって複数の解釈が可能である場合、紛争が生じたときには、消費者は事業者から不利な解釈を押し付けられるおそれがあるので、消費者の利益の擁護を図る必要があるという考えにより、明文の規定はないものの消費者契約法3条1項1号の趣旨から導かれると考えられている^(注12)。

東京高裁令和2年判決の上記判示部分は、消費者契約法3条1項1号を根拠としている上、その書きぶりからすれば、この条項使用者不利の原則の考え方を基にしたものであることが明らかである。そして、消費者契約法3条1項1号や条項使用者不利の原則は、事業者と消費者との間に適用される消費者契約一般に適用される法理であるから、上記判示部分は、消費者契約法8条の適用場面における解釈に限って適用されるものではなく、消費者契約法8条の2から10条を含む、消費者契約の条項の解釈が問題となる場合一般を射程にするものといえる。

他方、東京高裁令和2年判決は、差止請求の趣旨について述べた上で、「差止請求の対象とされた条項の文言から読み取ることができ

る意味内容」について、上記の判示をしていることから、差止訴訟における文言の解釈の場合について判示したにすぎず、通常訴訟における消費者契約の条項の解釈は射程外といえる。

(二) 要件

(1) 条項の不明確性に関する判示部分のうち、要件を示した部分について

東京高裁令和2年判決及びその原審の前記判示部分のうち、「著しく明確性を欠き、契約の履行などの場面においては複数の解釈の可能性が認められる場合において、事業者が当該条項につき自己に有利な解釈に依拠して運用していることがうかがわれるなど、当該条項が免責条項などの不当条項として機能することになると認められるときは、」という部分は、①著しく明確性を欠くこと、②複数の解釈の可能性が認められること、③当該条項が免責条項などの不当条項として機能することになると認められること、という三つの要件について言及したものと読める。

以下、各要件について検討をする。

(2) 著しく明確性を欠くこと(要件①：条項の不確定性)

東京高裁令和2年判決及びその原審の前記判示部分については、「判旨の述べる不明確性とは、条項の多義性ではなく、条項の具体性の乏しさ・不確定性をいうものではないかとも考えられる」との指摘もされている^(注13)。

実際、前記判示部分では、後述の条項の多義性に関する記載とは別に「著しく明確性を欠き、」との要件が挙げられており、条項の意義が多義的であることとは別に明確性を考えているようである。

具体的な検討部分をみても、モバゲー会員規約7条1項c号の「他のモバゲー会員に不当に迷惑をかけたと当社が（合理的に）判断した場合」という部分について、具体的に不当な迷惑行為と判断される条項の例示がないことを問題視していることなどからすれば、条項の具体性の乏しさや不確定度合いの著しさといった当該条項の内容の不透明度が著しいことを指して著しく明確性を欠くことという要件を出しているものと思われる。

当該要件は、消費者契約法3条1項1号の趣旨がまさに要求しているものであり、著しく明確性を欠き、要件①を満たす条項が消費者契約法3条1項1号の観点から問題のある条項であることは間違いがないから、当該要件を課すという解釈は妥当性を肯定できるものである^(注14)。

(3) 複数の解釈の可能性が認められること（要件②：条項の多義性）

東京高裁令和2年判決及びその原審の前記判示部分は、少なくとも形式的には「契約の履行などの場面においては複数の解釈の可能性が認められる場合」を念頭に置いている。

もっとも、本件で差止めの対象となっているモバゲー会員規約7条3項の「当社の措置によりモバゲー会員に損害が生じても、当社は一切損害を賠償しません。」は、別段、複数の意味が想定される条項ではなく、多義的な条項ではない。また、本件で実質的に問題となっているモバゲー会員規約7条1項1号c号及びe号については、「当社が判断した場合」とに「合理的に判断をした場合」のみを含むのか、事業者が判断した場合全てを含む趣旨かという点で多義的と評価できなくもない^(注15)が、原審判決から控訴審までの間に、株式会社ディー・エヌ・エーが「当社が判断した場合」から「当

社が合理的に判断した場合」に規約を改定している（すなわち、少なくとも改定後においては「当社が合理的に判断した場合」のみをいい、事業者が判断した場合全てを含むとは解釈し得ない。）にもかかわらず、控訴審である東京高裁令和2年判決においても、当該判示部分に変更がなかったことからすれば、このような意味で多義的との評価をしたわけではないことが明らかである。

そして、上記の「当社が合理的に判断した場合」でも「複数の解釈の可能性が認められる」との評価がされることからすれば、東京高裁令和2年判決の考える「複数の解釈の可能性」とは、「当社が判断した場合」及び「当社が合理的に判断した場合」に、故意又は過失に基づき（≡債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償責任を事業者が負う態様で）判断した場合を含むという解釈と、故意又は過失に基づき（≡債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償責任を事業者が負う態様で）判断した場合を含まないという解釈の可能性であり、仮に故意又は過失に基づき判断した場合を含むという解釈が採用されれば、そのような場合にも一切の損害賠償責任を否定するモバゲー会員規約7条3項の規定は、免責条項として不当条項に該当するというのが東京高裁令和2年判決の論理である。

以上の解釈と同様、消費者契約の条項がその文言から形式上は複数の読み方ができる多義的な条項とはいえない場合であっても、実際に当該条項を適用する場面において複数の解釈適用方法が考えられる場合には、「複数の解釈の可能性」が認められる場面と考えて差し支えないものとする。

そもそも、差止訴訟において条項の多義性が問題となるのは、事業者が日々の運用において自己に有利な解釈によって消費者契

約を運用している場合や、実際に当該条項が問題になった事例がないため問題が表面化していないものの当該条項の立法趣旨としては自己に有利な解釈を前提としたものである場合で、このような事業者が差止訴訟では解釈を翻し、むしろ自己に不利な解釈を前提として不当条項該当性を争うような状況に応じたダブルスタンダードな態度をとる場合である^(注16)。このような問題状況からいっても、形式的に条項に用いられている文言に複数の意味内容があり得る場合だけでなく、実際に当該条項を適用する場面において複数の解釈適用方法が考えられる場合に、利益状況に応じた事業者の態度の変遷を許すべきではないため、上記の解釈の妥当性を肯定できる。

(4) 当該条項が免責条項などの不当条項として機能することになると認められること(要件③：不当条項としての機能)

前記判示部分は、当該条項が免責条項などの不当条項として機能することになると認められる場合に、法12条3項の適用上、当該条項は不当条項に該当すると解するとしているが、不当条項として機能することになると認められる場合の具体例としては、事業者が当該条項につき自己に有利な解釈に依拠して運用していることがうかがわれる場合を具体例の一つとして挙げている。

このことから、不当条項として機能することになると認められるか否かは、当該条項の規定ぶりから形式的に判断されるのではなく、当該事業者の運用状況を顧慮して検討される要件であることが分かる。

そして、東京高裁令和2年判決及びその原審は、当該要件の該当性部分の認定において、モバゲーの利用者から、「全国消費生活

情報ネットワークシステムに対し、被告によりモバゲーサイト上のゲームの利用の一部を停止されたが、被告に問い合わせても理由の説明がされず、かつ、すでに支払った利用料金2万円の返金を拒まれているなどの相談が複数されている」との事実を認定し、当該事実について、「利用停止措置をとる場合のモバゲー会員に対するこのような対応ぶりに照らすと、被告は、上記のような文言の修正をせずにその不明確さを残しつつ、当該条項を自己に有利な解釈に依拠して運用していることがうかがわれ、それにより、同条3項が、免責条項として機能することになると認められる。」と評価している。

このように、不当条項としての機能の有無を評価するにあたり、実際の運用状況を顧慮することについては、一般にある行為の差止めが許容されるためには救済の必要性が求められることが通常であり、消費者契約法12条3項に基づく差止請求においても、そのことは同様であって、救済の必要性の具体的内容として、当該条項が実際にも不当条項として用いられ、そのように機能しているという状況が存することを要するとすることは自然な解釈であるとの見解^(注17)がある。その一方で、消費者契約法上の「差止請求権制度の主要な目的の一つは、法的知識に乏しい平均的消費者が、紛争に直面して契約条項の内容を確認した際に、正当な権利主張を諦めてしまうことのないように、はじめから契約書や約款に不当条項が盛り込まれないようにするところにあったはずである。」ということから「制度本来の趣旨に照らし、本判決は、条項運用・顧客対応状況をも重視している限りで、なお不徹底な面を残しているように思われる。」として、差止請求の制度趣旨からこの点を

批判する見解^(注18)や、「事業者に有利な解釈ができる不明瞭な規約を用いることそのものが法の趣旨に反する」ことから「規約が多義的で事業者に有利な解釈が可能である場合は不当な行為がされる客観的な蓋然性があるといえ、法12条3項による差止等を認めるべきと考える。」として、当該条項が現実には不当条項として機能していることまでは不要とする見解^(注19)もある。

なお、規約の文言の有効性の判断にあたり実務上の運用等を考慮に入れた裁判例としては、保険料の払い込みがされない場合に履行の催告なしに保険契約が失効する旨を定める約款の条項について、消費者契約法10条該当性を否定した最高裁小2平成24年3月16日判決（民集66巻5号2216頁）がある。

当該最高裁判例に対して、これまで消費者契約の不当条項該当性判断にあたり、規約外の事情を考慮すべきか否かが学説上議論されているが、ここで考慮の有無が検討される規約外の事情としては、個々の契約における当該消費者についての個別的事情と、同様の規定を用いて締結される消費者契約一般に関係する基礎的な事情の二種類がそれぞれ考えられる^(注20)。

そして、定型約款を用いない個々の消費者契約との関係では、当該契約締結時を基準として、その時点までの一切の事情を考慮すべきと考えられており^(注21)、この立場からは、規約外の事情としての前二種類の事情は当然にいずれも考慮の対象となる。

他方、約款を用いた消費者契約においては、約款使用による一元的処理を前提とした不当条項該当性判断が求められるから、同様の規定を用いて締結される消費者契約一般に関係する基礎的な事情は考慮の対象となるものの、個々の契約における当該消費者

についての個別的事情は考慮されるべきではないとの考え方^(注22)が主流である。

以上のように、従来から消費者契約法における不当条項該当性の判断における考慮事項は、不当条項該当性が問題になる場面によってその趣旨から様々に考えられているのであるから、差止請求の場面では、差止請求の趣旨を加味して考慮事項が検討されるべきである。

そして、消費者取引にかかる紛争の未然防止及び拡大防止により消費者の利益を擁護するという差止請求の趣旨^(注23)からすれば、個々の契約における当該消費者についての個別的事情が考慮の対象にならないことは明らかである。

他方、同様の規定を用いて締結される消費者契約一般に関係する基礎的な事情については、特段これが考慮から除かれる理由はなく、考慮に入れたとしても消費者契約法の趣旨や差止請求制度の趣旨と何ら矛盾しないため、考慮に入れること自体は否定されるものではない。もっとも、その考慮にあたっては、差止請求が将来の行為の差し止めを目的とするものであることを念頭においた事情の評価がされるべきである。すなわち、本件において東京高裁令和2年判決は、株式会社ディー・エヌ・エーの運用状況を加味して、「当該条項を自己に有利な解釈に依拠して運用していることがうかがわれ、それにより、同条3項が、免責条項として機能することになると認められる。」と評価したが、仮に株式会社ディー・エヌ・エーがモバゲー会員規約7条1項c号やe号を、「当社が合理的な根拠に基づいて客観的にみて合理的に、故意又は過失なく判断した場合」との意味で運用をしている事実が明らかになったと

しても、将来にわたってそのような運用がされる蓋然性を示す事情がなければ、上記の運用が現在されている事実をもってだけでは不当条項該当性は否定されるべきではない。

その意味で、私見では、形式的には、規約外の実務上の運用等の事情の考慮を認めるものの、実態としては、規約が多義的で事業者に有利な解釈が可能である場合は不当な行為がされる客観的な蓋然性があると評価されるのがほとんどといえ、事実上、規約外の実務上の運用により不当条項該当性が否定される場合はないと考える。

2. 限定解釈について

(一) 東京高裁令和2年判決の見解

東京高裁令和2年判決は、消費者契約法3条1項1号の明確平易配慮義務を根拠に、「事業者を救済する（不当条項性を否定する）との方向で、消費者契約の条項に文言を補い限定解釈をするということは、同項の趣旨に照らし、極力控えるのが相当である。」と述べている。

この判示部分は、あくまでも消費者契約法3条1項1号を根拠とするものであるため、その射程が差止訴訟に限定されるものであるか、消費者契約の条項一般を念頭においたものであるかは明らかではないが、少なくとも東京高裁令和2年判決は、当該事例において限定解釈を行うことについて否定的な立場をとった。

なお、本件で株式会社ディー・エヌ・エーが主張した限定解釈の内容は、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号における「判断」とは「合理的な根拠に基づく合理的な判断」のみをいうというものであり、この部分だけをみれば、当該限定解釈は、事業者の権限を狭めるもの

であるが、一方で当該解釈をすることで、不当条項該当性は否定される方向に働く。この意味で、東京高裁令和2年判決は、事業者有利な解釈を否定しているのではなく、不当条項性を否定するといった事業者を救済するとの方向での解釈を否定している。

(二) 過去の裁判例について

(1) 東京高裁平成30年11月28日判決（判例時報2425号20頁）

消費者契約法上の差止請求において約款の条項の不当条項該当性が問題となった場合に当該条項の限定解釈が許されるかについて判示した裁判例として東京高裁平成30年11月28日判決（判例時報2425号20頁）がある（以下、「東京高裁平成30年判決」と表記。）。

東京高裁平成30年判決は、携帯電話通信サービスを提供する事業者の、サービス契約約款中の「当社は、この約款を変更することがあります。この場合には料金その他の提供条件は、変更後の約款によります。」との規定につき、消費者契約法10条に該当する条項であるとして消費者契約法12条3項により差止めが求められた事案である。

そして、東京高裁平成30年判決は、差止請求権を規定した消費者契約法12条3項は、不当契約条項を要件の一つとして規定しているものであり、消費者契約10条の該当性について当該条項を限定解釈してはならないとする根拠も見い出せないとして、「当社は、この約款を変更することがあります。この場合、料金その他の提供条件は、変更が客観的に合理的なものである場合に限り、変更後の約款によります。」^(注24)と限定解釈をした。

(2) 大阪地裁令和元年6月21日判決（金融法務事情2124号48頁）

同じく、消費者契約法上の差止請求において約款の条項の不当

条項該当性が問題となった場合の裁判例として大阪地裁令和元年6月21日判決（金融法務事情2124号48頁）がある（以下、「大阪地裁令和元年判決」と表記。）。

大阪地裁令和元年判決は、住宅等の賃貸借契約における賃借人のために、家賃債務について連帯保証をし、その対価として一定の保証料の支払いを受ける業務を行っている家賃債務保証業者の契約書中の複数の条項について、消費者契約法8条1項3号や10条等に該当するとして消費者契約法12条3項に基づく差止めが求められた事案である。

当該事案において、大阪地裁令和元年判決は、問題となった条項の中でも特に「乙が支払を怠った賃料等及び変動費の合計額が3ヶ月分以上に達したときは、無催告にて原契約を解除できるものとし、甲・乙及び丙は、この場合に丁が原契約についての解除権を行使することに対して、異議はないことを確認する」という条項について、「原契約賃借人が賃料等及び変動費の支払を賃料3箇月分以上怠り、これがため原契約を解除するに当たり催告をしなくてもあなたがち不合理とは認められないような事情が存する場合に限り、被告が無催告で解除権を行使することができる」^(注25) 旨の規定と解釈をした。

なお、このような解釈について、大阪地裁令和元年判決はさらに、「基礎とする一般的法理に照らした解釈であり、消費者契約法に基づく意思表示の差止めを免れるために恣意的にその適用範囲を狭めようとする事業者による目的論的解釈とは異なる」としている。

（三）条項の不明確性ととの関係

ここで、先に論じた条項の不明確性に関する議論（本稿三の1）と、

限定解釈に関する議論（本稿三の2）との関係について整理する。

まず、条項の不明確性に関する東京高裁令和2年判決の判示部分の論理は、先に述べた通り、消費者契約法3条1項1号の趣旨から導かれる条項使用者不利の原則から成るものである。そして、条項使用者不利の原則とは、契約の条項について、解釈を尽くしてもなお複数の解釈の可能性が残る場合には、その複数の解釈の中から条項の使用者に不利な解釈を採用すべきであるとの原則であり、当該条項について論理的に採り得るいくつかの解釈結果の中からどの解釈結果を採用するかの問題である。

他方、限定解釈は、条文の文言の解釈手法の問題であり、複数の解釈結果からどの解釈結果を採用するかという条項使用者不利の原則とは次元を異にするものである。

したがって、これら二つの議論の関係としては、仮に限定解釈が許されたとしても、その限定解釈の結果は、条項使用者不利の原則における「複数の解釈」のうちの一つという位置づけであり、限定解釈を行った結果、当該結果（東京高裁令和2年判決の事案でいう「当社の合理的な根拠に基づく合理的な判断」）以外の解釈結果（同事案でいう「故意又は過失による場合を含む当社の判断」）を排斥できるのであれば、「複数の解釈」が存在しない（本稿三の1（二）でいう要件②の欠缺）ため、条項使用者不利の原則の問題は生じ得ないという関係にあると整理できる。

（四）検討

上記のように整理した条項使用者不利の原則と限定解釈の手法との関係からすれば、消費者契約の条項の解釈においては、一般に条項使用者不利の原則が採用されているにもかかわらず、限定解釈を

用いることで、必ずしも最も事業者に不利とはいえない解釈が採用されることとなる。

したがって、消費者契約の条項を限定解釈の手法により事業者により有利に解釈することは、消費者契約法3条1項1号の趣旨に正面から反するものといえる。

他方、限定解釈を肯定する東京高裁平成30年判決や大阪地裁令和元年判決は、一般的に解釈手法として限定解釈が許容される場合はあり、消費者契約法10条該当性の判断の場合でも同様に考えない理由がないとの論理により限定解釈を肯定している。

しかし、条項の解釈手法については、債権法の改正に向けた法制審議会での議論で検討されたものの^(注26)、結局現状では、明文の規定は定められていないことからすれば、単に限定解釈を明示的に禁止した明文の規定その他の根拠がないことをもって限定解釈を許容すべきではなく、関連する各規程の趣旨から限定解釈を採用すべきかを検討すべきである。

そして、消費者契約法3条が、事業者に対し、消費者契約の条項について、解釈に疑義が生じない明確なものでかつ消費者にとって平易なものとなるよう配慮することを求めていることからすれば、条項の解釈に疑義が生じた場合の救済手法である限定解釈を、事業者により有利な内容への解釈のために用いることは、消費者契約法3条の趣旨に反しているといえる^(注27)。

また、消費者契約法12条の差止請求が個別的な消費者の権利救済を超えて、同種紛争の未然防止・拡大防止を図った一般的な救済を目的とする制度であることからすれば、不当条項に該当する内容への解釈も可能な条項について、限定解釈を施せば不当条項に該当し

ない内容となる場合であっても、他の消費者に対し、実質的に不当条項としての意味を持ち続ける危険性が残ることになり^(注28)、一般的な消費者救済を目指す消費者契約法12条の趣旨にも反する。

以上からすれば、東京高裁令和2年判決が示したように、事業者を救済する（不当条項性を否定する）との方向で、消費者契約の条項に文言を補い限定解釈をするということは、許されないと考えるべきである^(注29)。

3. モバゲー会員規約7条1項c号及びe号の適法性について

前述のように、東京高裁令和2年判決においては、実質的にはモバゲー会員規約7条1項c号及びe号が問題となり、これらの規定について文言解釈が議論されていたが、差止請求の目的として不当条項該当性が主張されたのは、あくまでもモバゲー会員規約7条3項である。したがって、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号自体の不当条項該当性については東京高裁令和2年判決においては議論されていない。

そこで、仮にこれらの条項の適法性について、正面から検討した場合、どのような結論となるか、以下検討する。

消費者契約法10条は、「消費者の不作為をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。」という条文であり、任意規定の適用による場合に比べ、消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する条項で、民法第1条第2項の基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものの効力を否定することとしている。

この条項は、不当条項について規定した消費者契約法8条や9条に該当しないが、消費者の利益を一方的に害する条項に対処するため、消費者契約の条項が無効となる場合についての包括的なルールを定めるものとされている^(注30)。

消費者契約法8条とは要件が異なるため、東京高裁令和2年判決で主に議論されている「当社が判断した場合」との文言を「当社が合理的な根拠に基づき、合理的に判断した場合」と解釈するか否かによって直ちに消費者契約法10条該当性の結論が分かれるものではないものの、一般に利用停止措置や会員資格の取消措置によって消費者が被る不利益が重大なものと考えられており、モバゲー会員規約7条3項の規定によればその場合に一切の補償も得られないということであるから、その適用範囲を明確に示すことなく漫然と広範な裁量権を認めている条項と解釈された場合には、消費者契約法10条に該当するものと評価される可能性が高い。

現に、消費者契約法の改正にむけた専門調査会での議論において、利用停止措置や会員資格の取消措置を行う権限を広く事業者に認める条項は、典型的に消費者契約法10条に該当するものと判断される蓋然性が高いとして、あらかじめ不当条項の一類型として明文化すべきとの意見が示されていた^(注31)。

以上から、仮に東京高裁令和2年判決の事案において、モバゲー会員規約7条3項の消費者契約法8条1項1号及び3号ではなく、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号の消費者契約法10条該当性を理由に差止訴訟が提起されたとしても、争点が整理された結果同様の論点の下、同様の結論となっていたと思われる。

四．実務への影響

1. 総論

東京高裁令和2年判決によって、オンラインサービスの利用規約を含む消費者向け規約について、消費者にとって明確かつ平易な条項を設ける必要性が整理された。その一方で、インターネット上のサービスにおいては、サービス利用者による不適切行為の態様は日々変化し、不適切行為のうち想定されるものを禁止行為として利用規約に明記すると、それを確認した不適切行為者が他の不適切行為を実施し、さらに利用規約を改定し当該不適切行為を新たな禁止行為として追加すると、またさらに別の不適切行為を行うという形で、不適切行為を行う利用者とサービス運営を行う事業者との間で、いたちごっこの様相を呈する状況になることが多い^(注32)。

このような状況は、消費者契約法が、消費者のために規約を明確かつ平易に定めることを要請しているにもかかわらず、一部の不適切行為を行う者の地位が保護され、それにより迷惑行為を被る他の一般消費者が被害を受けるという事態も起こり得るところであり、消費者契約法の規制や東京高裁令和2年判決の論理が悪用されることで、かえって一般の消費者の利益に反する結果となりかねない。

そこで、オンラインサービスの利用規約を作成提示する事業者の立場から、東京高裁令和2年判決を踏まえて、今後どのように対応すべきかにつき、以下で検討する^(注33)。

2. 事業者の立場からの対応

(一) 条項の規定ぶりについて^(注34)

様々な形で変容する不適切行為に対する対応として典型的なもの

としては禁止行為として列挙する行為の中にバスケット条項を設けるというものがある。

ここで、東京高裁令和2年判決の判示事項を振り返ると、同判決はバスケット条項等の包括的な事項について問題視しているわけではない^(注35)。

特に、モバゲー会員規約7条1項e号は、「その他、モバゲー会員として不適切であると当社が判断した場合」というモバゲー会員として不適切な場合一般についてのバスケット条項であるが、そのような特徴は特段加味されることなく、バスケット条項ではないモバゲー会員規約7条1項c号と同様、「当社が判断した場合」という部分のみが問題視されている。

そして、日々態様を変える不適切行為、迷惑行為への対応という観点からすれば、事業者に判断権限があるかのような規定ぶりになければならない必要性は乏しく、想定しきれない様々な対応を包括的に規制できるバスケット条項さえあれば対応としては可能なはずである。

もっとも、バスケット条項もその内容があまりに不明確で、事実上事業者の裁量次第でバスケット条項該当性判断が決まってしまうような場合には、当然ながら、バスケット条項が不当条項に該当すると判断される可能性はあり得る。

そこで、利用規約の規定ぶりとしては可能な限り具体的な条項を列挙した上で、それと同視できるような行為をバスケット条項で捕捉するという方法がもっとも適切な対応と思われる。

上記の意味で、具体的な例示を列挙した上でバスケット条項を設けるという方法をとれば、当該バスケット条項に対しても東京高裁令和

2年判決がいう「著しく明確性を欠く状態とはならないため、適切に不適切行為や迷惑行為に現実に対応していくことが可能である。

(二) 下位規範について

実際に提供をするオンラインサービスの具体的な内容により、ある程度不適切行為や迷惑行為について類型化が可能な場合には、法的拘束力のないガイドライン等の下位規範を作成の上公開することも考えられる。

例えば、モバゲー会員規約7条1項c号の「他のモバゲー会員に不当に迷惑をかけたと当社が判断した場合」との規定における「他のモバゲー会員に不当に迷惑をかけた」という部分については、東京高裁令和2年判決では問題になっていないが「不当に」迷惑をかけたといえるか否かという部分が問題になる余地はあり得る。

このような場合には、法的拘束力のないガイドライン等の下位規範により、当該サービスを利用する際の適切な利用方法を規定しておけば、ガイドラインに違反した不適切な利用方法については、それ自体をもって何らかの措置を講ずることはできないものの、これにより他のモバゲー会員に迷惑をかけた場合には、当然に「不当に」迷惑をかけたとの判断が可能になる。

上記の意味で、「不当」（モバゲー会員規約7条1項c号参照）や「不適切」（モバゲー会員規約7条1項e号参照）の判断基準として機能する下位規範を規定することで、不適切行為や迷惑行為に現実に対応しつつ、東京高裁令和2年判決のいう条項の多義性について一部対応することが可能である。

(三) 事業者の実務上の運用について

前述のように、その是非には賛否があるものの、東京高裁令和2

年判決においては、不当条項該当性の判断において、当該事業者における実際の運用状況が加味されていることから、事業者としては「当該条項を自己に有利な解釈に依拠して運用しているとの疑いを払拭できない」と判断されないよう、問い合わせ対応等の具体的運用についても社内マニュアルを整備する等して対策を講じるという考え方もあり得る。

もっとも、これは東京高裁令和2年判決の事案でいえば、「モバゲー会員規約7条1項c号及びe号は、『当社が判断した場合』とあるものの、実際には合理的な根拠に基づき、客観的に合理的な場合のみに適用する条項とする」という社内マニュアルを作成することになるが、そのような社内マニュアルを作成することが可能なのであれば、その時点で利用規約の該当部分を「当社が判断した場合」から「客観的に合理的な根拠に基づき、客観的にこのように判断される場合」に修正するという対応をすればよいのであって、事業者内の運用を適正化することによる対応が功を奏する場面は具体的には想定し難い。

したがって、具体的な運用を見直す方法による対応は、規約自体の変更やガイドラインの作成による対応では不十分となる何らかの事情がある場合の次善の策と考える。

五．最後に

以上の通り、オンラインサービスを提供する事業者としては、利用者保護の観点から明確かつ平易な文言による規約の利用が求められる一方で、当該サービスやサービスの他の利用者を保護し、サービス運営者としての責任を果たすためには一定の権限を留保するというバランスを求められる。

その意味で、東京高裁令和2年判決は、消費者保護の観点を明らかに

する点で消費者にとって有用な裁判例であると同時に、事業者としての適切なバランスとはどのようなものなのかを明らかにする点でオンラインサービスを運営する事業者としても非常に有用な裁判例といえる。

以上

(光股 知裕)

-
- (注1) https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/938/089938_hanrei.pdf
- (注2) <https://www.mbga.jp/>
- (注3) いずれも、訴訟提起時点における消費者契約法の規定。消費者契約法の一部を改正する法律(平成30年法律第54号)により、消費者契約法8条1項1号は「事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除し、又は当該事業者によるその責任の有無を決定する権限を付与する条項」、同条同項3号は「消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除し、又は当該事業者によるその責任の有無を決定する権限を付与する条項」に改正された。
- (注4) 下線は、改正により変更された部分について筆者が付したもの。
- (注5) <http://www.mbga.jp/www/kiyaku.html>
- (注6) 消費者庁・消費者契約法逐条解説ウェブサイト版「第3章 差止請求(第12条～第47条)」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/annotatanno/pdf/annotation_190228_0015.pdf)
- (注7) 消費者庁・消費者契約法逐条解説ウェブサイト版「第8条(事業者の損害賠償の責任を免除する条項の無効)」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/annotations/pdf/annotation_190228_0009.pdf)

- (注8) いずれも消費者庁・前掲(注7)記載の例
- (注9) いずれも消費者庁・前掲(注7)記載の例
- (注10) 山本豊「ポータルサイトのサービス提供契約中の免責条項に対する差止請求の成否(積極)」民事判例22・2020年後期90頁以下。同文献では、請求の特定は原告が決定すべきことであり、消費者契約法10条の前段要件・後段要件の主張・立証負担を回避することができる点で原告にとって有利という観点から、訴訟戦術の一つとしてこのような請求となった可能性を示唆しつつ、理論的にみると、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号の差止めを求めるのが筋であるとの指摘がされている。
- (注11) 消費者庁・消費者契約法逐条解説ウェブサイト版「第3条(事業者及び消費者の努力)」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/annotations/pdf/annotation_190228_0002.pdf)
- (注12) 消費者庁・前掲(注11)
- (注13) 山本豊・前掲(注10)
- (注14) なお、消費者契約法3条は、あくまでも努力義務について規定した規定であり、これに違反しても直ちに何らかの効力を生じるものではないが、他の規定の解釈や適用に影響を与えることはあり得るとされている(消費者庁・前掲(注11))。
- (注15) 山本豊・前掲(注10)は、東京高裁令和2年判決及びその原審はこのように理解するのであろうと指摘している。
- (注16) 長田淳「DeNA 不当条項差止請求事件について」(消費者法ニュース127号96頁以下)において、本件で埼玉消費者被害をなくす会の訴訟代理人を務めた長田淳弁護士は、この点について、「このような解釈手法を、消費者契約の不当条項における差止訴訟で広く認めることになると、消費者が不当条項的な意味(例えば、事業者に対して、事業者が債務不履行があっても一切損害賠償できないという意味)で理解している条項を差止請求によって排除しようとしても、事業者が訴訟の場で限定的な解釈を主張すれば差止請求が棄却されることになる。」「本判決は、このような事業者側の主張に、明確に歯止めを掛けたものである。」と述べ、東

京高裁令和2年判決の意義の一つとしている。

- (注17) 判例時報第2458号85頁以下(囲みコメント部分)
- (注18) 山本豊・前掲(注10)
- (注19) 岡田愛『『モバゲー』のサービス利用規約の条項の一部が、消費者契約法8条1項に該当すると判断された事案』WLJ判例コラム第203号
- (注20) 潮見佳男「消費者契約である生命保険における保険料不払いによる無催告失効条項の効力」ジュリスト臨時増刊第1453号67頁以下
- (注21) 落合誠一『消費者契約法』(有斐閣、平成13年)150頁以下
- (注22) 潮見佳男・前掲(注20)
- (注23) 消費者庁・前掲(注6)
- (注24) 下線は、限定解釈によって加重された要件部分について筆者が付したものである。
- (注25) 下線は、解釈によって加重された要件部分について筆者が付したものである。
- (注26) 法制審議会民法(債権関係)部会第19回会議(平成22年11月30日開催)部会資料19-2・40頁以下(<https://www.moj.go.jp/content/000058277.pdf>)、法制審議会民法(債権関係)部会第60回会議(平成24年10月23日開催)部会資料49(<https://www.moj.go.jp/content/000103650.pdf>)、法制審議会民法(債権関係)部会第68回会議(平成25年2月5日開催)部会資料57・54頁以下(<https://www.moj.go.jp/content/000107196.pdf>)、法制審議会民法(債権関係)部会第84回会議(平成26年2月25日開催)部会資料75B・5頁以下(<https://www.moj.go.jp/content/000121260.pdf>)
- (注27) 消費者契約法3条には、その違反が民法の法理の適用を基礎づける補強的役割と契約取消権の適用範囲を広げる拡張的役割があり、東京高裁令和2年判決では、民法上の限定解釈の制約を基礎づける点で補強的役割を、結果的に消費者契約法8条1項1号及び2号の適用範囲を広げている点で拡張的役割を有することを明らかにしたという説明をするものとして宮下修一「オンラインサービス利用規約の免責条項と消費者契約法8条該当性」新・判例解説 Watch 第29号79頁以下
- (注28) 限定解釈による救済により、問題となった条項が残存することで、

消費者に対する萎縮効果をもたらす可能性があることを指摘するものとして内山敏和「ポータルサイトのサービス利用規約の消費者契約法8条1項該当性（東京高判令2・11・5）」現代消費者法第51号65頁以下

- (注29) 差止訴訟制度の趣旨から限定解釈の手法をとることを強く批判するものとして山本豊「携帯電話通信サービス提供契約中の約款変更条項に対する差止請求の成否（東京高判平30・11・28）」現代消費者法第48号116頁以下。消費者保護の観点から限定解釈の手法に批判的な見解の述べるものとして岡田愛「住宅等の賃貸借の賃借人との保証委託契約に基づいて賃貸借契約の連帯保証人となった家賃債務保証業者に、賃貸借契約の無催告解除権を付与する旨の条項について、消費者契約法10条該当性が否定された事案」WLJ コラム第188号。差止請求にあたっては、事業者が示した契約条項自体が問題なのであるから限定解釈の手法による事業者救済は許されないとするものとして増田朋記「消費者法実務の視点から」NBL 第1184号27頁以下
- (注30) 消費者庁・消費者契約法逐条解説ウェブサイト版「第10条（消費者の利益を一方向的に害する条項の無効）」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/annotations/pdf/annotation_190228_0013.pdf)
- (注31) 消費者委員会消費者契約法専門調査会「消費者契約法専門調査会報告書」（平成29年8月8日）10頁以下 (https://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2017/doc/20170808_shoukei_houkoku.pdf)
- (注32) 古川昌平・小林直弥「消費者法実務（事業者側）の視点から」NBL 第1184号30頁以下、福岡真之介「プラットフォーム運営実務の視点から」NBL 第1184号34頁以下、大坪くるみ「事業者の法務の視点から」NBL 第1184号37頁以下、大澤彩「オンラインサービス利用規約における条項の『不明確』性について—モバゲー利用規約判決の検討」NBL 第1193号4頁以下
- (注33) プラットフォーム運営者の責任との兼ね合いで、サービス利用規約の明確性をどの程度まで要求できるかは今後の課題であると指摘するものとして野澤正充「不明確性を有する契約条項と消費者契約法一二条三

項における消費者契約の不当条項該当性の判断」司法判例リマークス第63号22頁以下

(注34) 東京高裁令和2年判決を踏まえた利用規約の条項例を提案するものとして吉川翔子「東京高判例令2.11.5をふまえた利用規約の留意点」90頁以下

(注35) 松尾博憲「改正民法(定型約款)の視点から」NBL第1184号24頁以下

裁判例からみるインターネット上の 名誉毀損に関する動向

インターネット法律研究部

〔インターネット法律研究部〕

*目次

一	はじめに	84	1	総論	88
二	総論	85	2	同定可能性について	89
	1 インターネットの普及	85	3	表現者について	94
	2 インターネット上のトラブルの 推移	85	4	「名誉権」の侵害について	96
	3 インターネット上の名誉毀損 に関する特性	85	四	各分野の裁判例	101
	4 インターネット上の誹謗中傷 に関する世界の動き	87	1	労働分野における裁判例	101
	5 日本における裁判例の動向	88	2	家庭に関する分野における 裁判例	105
三	最近の裁判例	88	3	日常生活の出来事に関する 裁判例	107
			五	終わりに	109

一 はじめに

昨今の生活では、インターネットを使ってコミュニケーションをとる、インターネットを経由して情報を得ることが生活の一部になっている。通信が繋がらないと、電気、ガス、水道などのインフラが使えないのと同じレベルで生活が滞ってしまう。10年くらい前は通信が繋がらないことがここまで不便とは感じなかったような気がするが、どこでもいつでも連絡がとれる、情報を得ることができるという便利さと相まって通信がインフラの一部になっている。そのようななか、インターネットに関する相談も多くなってきた。インターネット上での書き込みは、拡散力があること、瞬時に広まること、匿名性が高いこと、書き込みを削除する手続きが煩雑であることなどから従前には無かった世界が広がっていることを感じる。

そのような状況にて、インターネットに関する相談を受けるなかで誹謗中傷に関する相談がある。インターネット上で自分のことが書きこまれており削除したい、書き込んだ相手を特定したい、慰謝料を求めたいという相談である。相談のなかでは、誹謗中傷に対して行うことができることとして民事と刑事の分野があること、民事で行う場合には相手が特定できているか否かによって手続が変わってくること、手続にかかる時間や費用等の話をしていく。そのなかで、費用対効果を考え何もしない、現実には何もできないというケースも生じる。どのようにすれば相談者に合った解決を行うことができるのか、悩むことも多い。

また、インターネットに関する相談に限らず、労働相談や家庭相談などの一般的な法律相談のなかでもインターネット上の書き込みが問題になる場合がある。インターネットがいかに生活の一部になっているかを実感する。

このような状況のなか改めて誹謗中傷に関する現状を認識するとともに、最近の裁判例のうちでも相談の多い名誉毀損についての裁判例を中心に動向を検討していきたい。

二 総論

1 インターネットの普及

1995年ころ、当時私が働いていた職場のパソコンでEメールを使ってアメリカとの通信を行った際、瞬時にメールが相手に届くことに驚いたことを今でも覚えている。その当時はまだインターネットは普及していなかった。

統計をしてみると、1997年のインターネット利用率は9.2%^(注1)、インターネット利用人口は1155万人とされている^(注2)。23年ほどの間にインターネット利用人口は1億人を超え、2020年の統計では83.4%の人が過去1年間にインターネットを利用しているとされている^(注3)。多くの人の生活の中にインターネットが浸透し、情報を得るための手段であるのみならず、コミュニケーション手段としての地位を確立していることが分かる。

2 インターネット上のトラブルの推移

インターネットを使ったコミュニケーションや買い物などインターネットが生活の一部になるにつれ、インターネット上のトラブルが増えている。警察庁の統計においても、SNSのトラブルに巻き込まれた児童の数は増加傾向にある^(注4)。また、法務省の人権侵害事件においてもインターネット上のトラブル数が以前より高い傾向を示している^(注5)。

3 インターネット上の名誉毀損に関する特性

インターネットが人々の生活の一部になるにつれ、インターネットで

の名誉毀損に関する事例も増えている。従前は名誉毀損の典型例としては新聞のチラシに名誉毀損となる文言を記載した、名誉毀損となる文章を配った等、誰がやったのか、どの範囲で権利侵害が行われたのかということも分かりやすい事例が多かった。インターネットを使って何らかの名誉毀損的な発信がされたという事件が増えるにつれ、名誉毀損の態様も変わってきている。様々な著書において名誉毀損に関するインターネット上の特性が挙げられている。「名誉毀損の法律実務第3版」(佃克彦著)では、(1)双方向性(2)匿名性(3)損害の拡大の容易性(4)表現者と管理者の分離が挙げられている^(注6)。「最新判例にみるインターネット上の名誉毀損の理論と実務第2版」(松尾剛行・山田悠一郎著)では、(1)双方向性と読者層の激変可能性(2)匿名性(3)リンク・転載の容易性(4)時間・空間の超越(5)インフラ化(多様化)が挙げられている^(注7)。

以上に挙げられているように、インターネットでは、ネット上で双方向のコミュニケーションが可能であり、誰かが投稿したことに対して投稿をみた人々が反応することができるし、投稿を奇貨として炎上や名誉毀損が行われることもある。また、現実の世界でのトラブルの続きがインターネット上で行われることもある。インターネットの双方向性がコミュニケーションにプラスにもマイナスにも作用する。また、インターネットは誰が発言しているか分からない場合も多い。いわゆる匿名性である。表現者自身仮名で発言していることも多く、誰が発言しているか複数の手続きを取らなければ分からないこともある。そして、インターネットでの発言は限られたコミュニティでの投稿であっても、投稿を転送する、スクリーンショットをとって拡散することができ、瞬時にネット上で広がってしまう。その広がり方は自分の周りのコミュニティ

を越え、世界に広がっていき被害回復の困難性を生じさせている。

4 インターネット上の誹謗中傷に関する世界の動き

インターネットにおける誹謗中傷は日本だけの問題ではない。

2021年7月に英国でサッカー欧州選手権の決勝戦が行われた際、パナールティキックを外した3人のイングランド代表選手に対し、人種差別的発言を含む誹謗中傷が行われた。これに対し、英王室のケンブリッジ公爵ウィリアム王子やボリス・ジョンソン首相が直ちに誹謗中傷に対する非難を発表、ロンドン警察庁も誹謗中傷を行った人々の捜査及び逮捕を行った。また、イングランド代表の主将は誹謗中傷を行う人はファンでは無いという声明を発表し、誹謗中傷に対し断固たる態度を示した^(注8)。

裁判例についてみると、中国において微信アプリ上で行われた名誉毀損事件において損害賠償を認めた事案がある。微信は中国では生活上のみならず仕事上でもコミュニケーションツールとして頻繁に使われており、本件においても、300人以上が属する微信グループにて、美容整形上の不満をもとに顧客が美容院経営者に対して愚か者等と中傷し、美容院に対しては美容師も機器もしっかりしてない旨の誹謗中傷をした事案である。裁判所は、微信を運営するテンセントから誹謗中傷した者の実名認証情報を提供してもらうとともに、顧客の行為は名誉毀損である旨の認定をしている^(注9)。

また、英国においてはR氏がSNS（インスタグラムにおけるフォロワー885,000人、ツイッターにおけるフォロワー120万人）において、V氏が自分のプライバシーを週刊誌にリークしていると掲載したことに対し、V氏がR氏を名誉毀損で訴えた。両氏はともに英国サッカー選手の妻であり有名人でもあり、メディアでも裁判の動向等が話題として取り上げられている^(注10)。

インターネット上の問題は日本のみならず世界で起きている。

5 日本における裁判例の動向

日本においても誹謗中傷、なかでも名誉毀損案件が増えていることは前述したとおりである。

判例検索ソフトで「発信者情報開示」、「名誉」の組み合わせで裁判例の数をみてみると、平成30年には40件台、令和元年（平成31年を含む）には50件台、令和2年には200件台と増加傾向を示している。他のキーワードということで発信者情報開示を除いた形で「名誉毀損」にて検索してみると、令和元年及び令和2年ともに150件超となっておりこちらも多くの裁判例が出てくる。

なお、発信者情報開示請求事件の裁判例が掲載された後、同じ案件について損害賠償請求事件が裁判例として掲載されているかについてみると、損害賠償請求事件として掲載されているものは少ないように感じる。発信者が特定され発信者に連絡をとることにより裁判手続外で話し合いによる解決が行われていることが多いことも予想され、そのため、裁判にまで行かないということも多いのかもしれない。

ここでは、裁判例として掲載されている事案からどのような案件があるのか、動向があるのか等について検討していきたい。

三 最近の裁判例

1 総論

裁判において名誉権が侵害されていると主張する場合に、「誰」の「どのような権利」が「誰」によって侵害されているのかを主張していくことになる。SNSを含むインターネット上の投稿は匿名性が高く、「誰」が行っているか不明な場合も多い。その場合、発信者情報開示請求を

行いながら特定する必要があるということもあるが、誹謗中傷されている対象者自身が匿名等でなされている場合、「誰」の権利が侵害されているのか、同定可能性があるのかという問題も生じる。また、どのような「権利」が侵害されているのかという問題もある。そこで、問題になる各ポイントについて裁判例をみていく。

2 同定可能性について

名誉毀損は特定の人に対してなされる必要がある^(注11)とされているところ、インターネット上での投稿では、「誰」に対する投稿なのか、実名が書かれていない投稿も多々ある。その場合に特定の者に対して侵害がなされていないとして全く名誉権等の権利侵害が生じていないとすると権利保護がなされず妥当でない。

インターネット上のウェブサイトに掲載された記事について名誉毀損の成否の判断基準についての判例をみてみると、一般の読者の普通の注意と読み方を基準として判断すべきものとしており^(注12)、対象者が誰であるかについても一般読者の普通の注意と読み方を基準に判断することが適切であるとされている^(注13)。

最近の裁判例をみるに、対象者が「誰」であるか、原告が対象者ということができるかという同定可能性については、一般的な事例のほか、店舗や病院における口コミの事例、風俗関係における「源氏名」に対する事例が多くみられた。店舗や病院の口コミの事例においては、地図上で対象を指示している場合、住所や業種を記載している場合等は、原告が「対象者」であるとして同定可能性を認めている事例が多い。「源氏名」に対する事例においては、風俗店が位置する地域において同風俗店の名前を使用している店舗は対象の風俗店のみであること、源氏名についても原告のみが対象となる名前を使っていること等、対象者に

関連する様々な情報を挙げながら原告が対象者であることを認定している。

一般読者の普通の注意と読み方を基準に対象者が「原告」であるとすることができるのか確証がもてないと感じられる裁判例もあるものの、権利を保護するという観点から原告を対象者と認める方向にあると思われる。一方、原告を写した写真のみをもって原告が対象者となっていると言えるかについては否定的な裁判例もあり、写真のみならずその他の要素（住所、職業等）をも拾いながら原告が対象者となっていることを主張する必要がある。以下、裁判例をみていく。

(一) 東京地判令和3年4月27日（同定可能性が認められた口コミサイトの裁判例）

動物病院を営む会社である原告が、氏名不詳の者の投稿により名誉権を侵害されたとしてIPアドレスを有する電気通信等事業を営む会社である被告に対し、発信者情報の開示を求めた事案である。

裁判所は、google マップの原告所在地の動物病院においてレビューを行っていることから投稿が原告動物病院に関するものであると認定したうえで「商売っ気が強い獣医さんです」「約5万円の会計でした」「3万円じゃ何もできない、もう少し高くなると言われ」「他院で見てもらったところ、8千円で済み」との投稿は原告動物病院が営利性を追求する姿勢が強く、高額となる治療を勧める傾向にあり、同様の結果が得られる治療をした場合でも他院と比べて不相当に高額な治療費がかかるとの印象を与えるものということができるから、本件投稿は原告の社会的評価を低下させ、その名誉権を侵害するものであると認められる旨判示した。

(二) 東京地判令和3年7月7日（SNSにて同定可能性が否定された裁

判例)

ホステル事業への投資勧誘を業とする原告が、経由プロバイダである被告に対し、氏名不詳の発信者による著作権侵害を主張するとともにツイッターの投稿により名誉が毀損されたとして発信者情報の開示を求めた事案である。

裁判所は、ツイートについて、タイムライン上の「#建築#商売」、「社長のT口」との記載と同日のツイートにある「#ホステル投資詐欺」との記載を併せ読めば原告を対象とすることが明らかであるとの主張に対して、原告の名称の記載が無いこと、「#建築#商売」との記載は本文の下に個別のハッシュタグとして、「#リノベ」ほか6つのハッシュタグと並べて表示されているにすぎず、「#建築#商売」から原告の名称と理解するとは考えられない、「社長のT口」との記載についても原告代表者を示すものと受け取るとは認められないと認定したうえで、原告の名誉が毀損されたことが明白であるということとはできない旨判示した。

(三) 東京地判令和3年3月30日(源氏名での投稿について同定可能性が認められた裁判例)

風俗店においてAという源氏名で業務に従事している原告がインターネット上の掲示板の投稿により原告の権利が侵害されたとして投稿にかかる経由プロバイダである被告に対し発信者情報の開示を求めた事案である。

裁判所は、原告が本件店舗においてAという源氏名を使用して1年以上勤務していること、本件店舗の名称が掲示板のスレッドのタイトルに表示されていること、Aという源氏名を使用しているのは原告以外にないことから、本件記事は原告について言及するものと認

めることが出来る旨判示した。

- (四) そのほかの裁判例として、原告がペンネームを使っている場合の
同定可能性の裁判例がある（東京地判令和元年10月10日）。

非常勤医師として勤め、週2回の外来診療を行う精神科医である原告は、ペンネームで講演活動を行っているところ、「ヘイトスピーチやレイシズムは嗜癖なので、アルコール依存者が酒を奪われたくないようにするのと同じ」と投稿したことに対し、動画コンテンツを制作している会社や動画コンテンツのキャスターらである被告らが対面診療義務違反、プライバシー侵害、原告の勤め先に保健所の監察が入った等の発言を行ったため、原告が被告らに対し慰謝料請求を行った事案である。

裁判所は、ペンネームなどの通称であっても、それが長期にわたって利用されるなどして、特定の個人を指すものとして一般に認識されるに至った場合には、当該通称にかかわる社会的評価を低下させる表現行為によって、当該個人の社会的評価が低下し、名誉が毀損されうることを前提に、原告のペンネームが原告を表すものといえるとしたうえで、被告らの発言が原告の社会的評価を低下させるものに当たる、原告が社会的に相当程度認知された著名人であり、医師に関わる問題提起、社会問題であるということで公益目的に基づく、もっとも真実であると信じるにつき相当な理由があったとはいえないとして名誉毀損が成立する旨判示した。

- (五) また、原告本人類似のアカウントを作成した氏名不詳の者が、アカウント上で第三者に対して誹謗中傷を行った事案において、原告本人類似のアカウントであっても一般読者を基準とすれば、原告のアカウントであると認識する旨判示し、同定可能性を認めた裁判例がある

(東京地判令和3年6月17日)。

横浜市の認可保育園にて栄養士として勤務していた20代の女性である原告が、インスタグラムにおいて、ユーザーネームは原告の氏名に1字付加したもの、アカウント名は原告と同一の氏名という、いわゆるなりすましの被害にあった。アカウントの写真には原告の目から上の部分が切り取られた写真が用いられ、氏名とともにプロフィール欄に管理栄養士の資格が記載されていた。同アカウントから、原告の友人が行ったまつ毛エクステ施術に関してクレームに関する記事が投稿されたため原告が電気通信事業を営む会社に対して発信者情報の開示を求めた事案である。

裁判所は、本件アカウントについてアカウント名は原告、ユーザー名を原告の氏名に1字付加したもの、プロフィール欄に氏名と共に管理栄養士の資格が記載され、原告の氏名及び原告の保有する資格と一致すること、ユーザーネームも末尾に○が1文字付加されている以外は原告アカウントと同一であり誤認混同される可能性が高いこと、インターネットで本件アカウントを検索すると原告アカウントが検索結果として出てくること、原告が勤務している会社のブログには原告の写真とともに管理栄養士取得見込みであるとの情報が掲載されていること、インターネットの画像検索で原告名を検索すると会社関連の画像が複数表示されることが認められ、これらの事実からすれば、本件アカウントの投稿は原告が行ったものと判断することが可能と判示し、同定可能性を認めた。

そして、まつ毛エクステの施術を受けてトラブルが発生することはありうるものの、当該施術者やサロンにその旨を個人間で告げて説明および善処を求めるのが通常の対応と考えられるところ、トラブルに

対しての記事を第三者も閲覧可能な状態で発信し、施術者の名前も公にして責任追及する旨表明するという事実からすると、原告が過剰で極端な感情的対応を一方的に行う人物であり、攻撃的なクレマーであるという印象を与えるものであり、原告の社会的評価を低下させ、名誉を毀損するものと判示した。

3 表現者について

(一) インターネット上の投稿では「誰」が権利侵害の投稿を行っているのか、投稿が匿名で行われることが多く不明なことが多い。「誰」が権利侵害を行っているのかを特定することで被害の回復の手掛かりとなるように「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」に基づいて発信者情報開示請求という手続きがとられる。

もっとも、その過程においても「誰」が権利を侵害しているのが争点となることもある。また、発信者情報開示請求において発信者の情報(契約者)が分かったとしても契約者と投稿者が一致しない場合もある。「誰」が表現者であるかについての裁判例をみていく。

(二) ツイッターのアカウントに複数名がアクセスできるような状況においてログインした者とツイートした者が同一と言えるかについて同一であると認めた裁判例がある(大阪地判令和3年7月9日)。

岡山市所在のデリバリーヘルス店で「A」との源氏名でコンパニオンとして勤務する女性である原告が、ツイッター上の投稿及びインターネット上の電子掲示板の投稿で名誉が毀損されたとして、投稿を行った者に対して損害賠償請求をするために、電気通信事業を目的とする株式会社である被告に対して発信者情報の開示を求めた事案である。

裁判所は、ツイッターについて複数の者が当該アカウントやパスワードを共有している等の特段の事情が認められない限り、特定のアカウントにログインした者とツイートした者は、同一人物であるとみるのが相当としたうえで、投稿時近くの IP アドレスが本件ログイン時のアドレスであったこと、本件アカウントについてみるに、「B・〇〇」というアカウント名で大阪市内のデリバリーヘルス店に所属するコンパニオンである B の画像をプロフィール画像とし、そののちアカウント名を「B・△店」とし、また△店を退職した旨投稿するとともに、「B・◇店」としたこと、同アカウントから娘とのラインに関する動画や利用客に向けたメッセージ、B に誹謗中傷等を行った者に対する警告メッセージを投稿しており、B 個人が行ったと思われる投稿以外は存在せず、B 以外の者により利用されていることをうかがわせる事情も無いとしたうえで、ログインした者とツイートした者が同一であると判示した。

そして、一般の閲覧者の普通の注意と読み方を基準として、本件各ツイート及び本件各投稿が、原告の社会的評価を低下させるものといえることができるか否かに加えて、本件各ツイート及び本件各投稿について、不法行為の成立を阻却する事由の存在をうかがわせるような事情が存在しないといえることができるか否かについて検討するとして、各ツイートが原告を対象としたものであり、原告が同業者である B に対して様々な嫌がらせを行うような人物であるとの事実を適示するものであり、原告の社会的評価を低下させるものといえることができる、阻却する事由も見当たらない旨判示した。

なお、本件において挙げられた「複数の者が当該アカウントやパスワードを共有している等の特段の事情が認められない限り、特定の

アカウントにログインした者とツイートした者は、同一人物であるとみるのが相当」という基準は他の複数の裁判例においても見受けられる。

- (三) 一方、氏名不詳者によりウェブサイトに掲載された動画について著作権を有する原告が、公衆送信権又は送信可能化権を侵害するものとしてウェブサイト最後にログインした者の情報を開示するように求めた事案において、動画投稿時が平成29年8月23日であるのに対し、ウェブサイトへログインしたのは平成31年4月28日であり、投稿からログインまでが約1年8か月もの期間が経過していることをも考慮すればログイン者が投稿者であるとは認めがたい旨判示した裁判例もある（東京地判令和2年2月25日、控訴棄却）。

4 「名誉権」の侵害について

インターネット上で誹謗中傷が行われる場合、適示された内容が名誉毀損に当たるのかについては、裁判所は、インターネット上のウェブに掲載された記事について記事の内容が社会的評価を低下させるか否か一般の読者の普通の注意と読み方を基準として判断すべきと判示し^(注14)、インターネット上の名誉毀損においても一般読者を基準としている。

そして、名誉を毀損させたか、すなわち、対象者の社会的評価を低下させているかについては、裁判例のなかで個別具体的な判断がなされている。

また、掲載表現について事実が適示されているのか、それとも意見論評なのかについて裁判所の判断が示されている裁判例も多い。そして、掲載表現が事実か意見論評なのかについては証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項か否か^(注15)という基準がインターネット上の表現においても用いられている。

さらに、誹謗中傷において名誉毀損で保護されている外部的名誉、すなわち、人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉^(注16)が対象となっているのか、それとも、人が自分自身の人格的価値について有する主観的評価である名誉感情^(注17)が対象となっているのかの判断がされている裁判例も多い。そして、名誉感情の対象となる侮辱が対象になっている場合、社会通念上許される限度を超える侮辱行為であると認められる場合に初めて人格的利益の侵害が認められるとされている^(注18)。

以上に挙げた①社会的評価を低下させているか否か②意見論評に過ぎないか否か③名誉毀損か名誉感情かについて判示している裁判例が多いように見受けられたことから、以下において裁判例をみていく。

(一) 社会的評価を低下させたか否かについて判示した裁判例

(1) 名古屋地判令和3年7月2日(社会的評価の低下を肯定した裁判例)

原告は札幌市に所在する出張ホストを運営する会社の代表取締役である。被告はホームページ制作およびインターネット上のコミュニティサイトの運営を目的とする会社であり、被告が契約するサーバー上のウェブページに「原告が裁判沙汰になって敗訴し北海道に追いやられた」、原告を「おかま」との表現が投稿された事案において、裁判所は、同表現は社会的評価を低下させるものである旨判示するとともに、投稿の掲載日数が約11日間であること、ウェブページの閲覧数が限られることは人格的利益が侵害されたとの認定を左右するものではない旨判示した。

(2) 東京地判令和元年8月13日(社会的評価の低下を否定した裁判例)

原告は、投資コンサルタント業及び為替証拠金取引の投資アドバイス資料等の販売等を目的とする株式会社である。原告がハンドルネームで業務を行っていることに対して、「したらば掲示板」にて記事の投稿を行った者である被告が、原告のサービスを購入する側は実名を把握されているという投稿に続いて「だよなあ、絶対個人情報裏で流されているで」と投稿したことについて、原告が被告に対し名誉毀損に基づく損害賠償請求を行った事案である。

裁判所は、一連の投稿記事を見れば、本件記事は、原告が個人情報を出させていると断定しているものではないものの、先行記事において取りざたされている内容を踏まえ、原告が個人情報を流出させているのではないかとの強い疑念、又は、流出させているに違いないという一方的な主張をしているのであるから、一般の閲覧者の普通の注意と読み方を基準にすれば、何らかの事実を適示したものという余地がないとはいえない。もっとも、批判された直後の投稿であり特段の根拠もなく、一方的な思い込みを記載したものであることは文脈から明らか、匿名の利用者が次々と投稿を行っていくインターネット上の掲示板に掲載された一記事にすぎない、具体的な意味内容や根拠の存否内容を何ら明らかにしていないことに鑑みれば、一般の閲覧者の普通の注意と読み方を基準として解釈したとしても、原告が具体的にどのようなことをしているのかを判断することもできず、この程度の内容で、原告の社会的評価が低下したとまでは認めがたい旨判示した。

(二) 意見論評か否かについて判断した裁判例

(1) 東京地判令和2年8月11日(意見論評である旨判示した裁判例)

口コミサイトにおける「不衛生で(中略)残念な印象を受けまし

た。」「食品を扱うなら、もう少し衛生面に気を配ってほしい」との投稿について、裁判所は、不衛生であるか否かは個人の主観的な評価に委ねられている部分が多く証拠等による証明になじまない、債権者の店舗の衛生管理が十分でないという意見論評である旨認定し、意見論評について前提となる具体的な事実や体験を何ら記載していないことや「印象を受けました」等の投稿者の印象や要望を示す記載が存在することからすれば投稿者の個人的感想を述べたにすぎず債権者の社会的評価が低下するとは認められない旨判示した。

(2) 名古屋地判令和2年10月1日(事実の適示である旨判示した裁判例)

歯科医院を営む原告が、インターネット上の掲示板に本件歯科医院に関する記事を投稿されたために名誉を毀損され売上が大幅に下がったとして損害賠償請求を行った事案である。

裁判所は、「多くの患者さんが、あのやり口におとしいられ、何の根拠もない無用な治療に高額の治療費を支払っているのかと思います」との記載について感想又は推測という形式を採用しつつ、黙示的に、多くの患者が他の記載で適示したように虚偽の説明を信じ込み、無用な治療を受けるために本件歯科医院に受診し続け、高額の治療費を支払い続けることになっているという、証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項を主張するものであるから、事実を適示するものであるとし、他の記載についても事実の適示である旨判示した。

(三) 名誉毀損にあたるか又は名誉感情侵害に当たるかについての裁判例

(1) 東京地判令和3年2月2日(名誉毀損、名誉感情について各々判示した裁判例)

原告と被告は交際していたことがあったところ、被告がfacebook、twitter、google+にて行った投稿が原告の名誉を毀損、あるいは、原告の名誉感情を侵害するものであるとして損害賠償請求を行った事案である。

裁判所は、名誉毀損に当たるか否かは一般読者の普通の注意と読み方を基準として理解した意味内容に基づいて判断するとし、「この本が的確にあらわしている人物が私が大迷惑を被っているX被疑者とその仲間たち。100人にひとりサイコパスとも言われているそうなので、サイコパスに対する備えとして読んでおくといいです。」との投稿については原告が生まれながらの嘘つきであり、善意を持たず、嘘が発覚しても恥の感情を持たないという特質を有する「サイコパス」と呼ばれる人格を持つ人物であるとの事実が適示されており、社会的評価を低下させる旨、「ダニのようにまとわりついてくるから困るのよー」の投稿についてサイコパスとの投稿のコメント欄に記載されていることから、ダニという比喩は幼稚な悪口の域を出るものではないものの、社会通念上許される限度を超えた侮辱行為であると評価するのが相当とした。その他の投稿についても社会的評価を低下させるものであると認めた。たうえて、各投稿は被告の個人のアカウントにされたにすぎず被告が一般大衆に対して強い影響力を有していると認めるに足る証拠もない等判示し、投稿ごとに1万円の慰謝料を認めた。

四 各分野の裁判例

弁護士として一般的に扱う分野として労働案件や家族に関する案件がある。使用者労働者間の賃金に関する争いや使用者による解雇等についての争いに労働組合が関与してくることも多い。インターネットにおけるコミュニケーションが生活の一部になるにつれ、紛争自体もインターネット上で行われたりすることも起きる。従前であれば当事者間やその周辺の人々の間でとどまっていた争いごとも、一度インターネット上に投稿されるや思いもかけず多数の目に触れ、紛争性を増すこともある。インターネット上で生じる紛争を防ぐためにネットを使わない、SNSを使わないという選択肢があるかと言えば、プライベートのみならず仕事におけるコミュニケーションもインターネット経由で行われている今日において、インターネットを使わないという選択肢は現実的でない。そのように考えていくと、今後、より多くのインターネット上のトラブルが生じる恐れもあり、インターネット上でのルールが早急に確立されていくことを望む。ここでは、労働関係、家族（男女関係を含む）関係、日常生活に関する裁判例をみていく。

1 労働分野における裁判例

(一) 東京地判令和2年11月13日（不法行為責任を否定した裁判例）

特定社会保険労務士の資格を有し株式会社Aの執行役員であった原告が、労働組合の委員長及び事務局長である被告らに対し、団体交渉時の言動、ツイッターへの投稿、被告が執筆した雑誌記事により名誉等が毀損されたとして損害賠償請求を行った事案である。

ツイッターには「A社はテレビなどでも取り上げられる急成長している飲食店グループ。そんな会社が大学生を脅したり、労基法違反

なんて言語道断。# D レストランはがちな監獄」「ブラック企業」「平気で嘘をつくブラック社労士」「なりすまし社労士」等の投稿が行われたところ、裁判所は、投稿にある「ブラック企業」は株式会社 A のことであると判別でき、投稿を読む者のなかには原告が本件会社と契約関係にあることを知る者が含まれていることはみやすい道理であり、社労士についての記載が原告であると理解することができるかと判示した。そして、投稿は、本件会社から金銭を受領し団体交渉に関する事項を委任された社労士である原告が、団体交渉において虚偽の事実を述べ、又は、何らかの身分を偽って団体交渉に参加をしたとの事実を適示した上で、違法ないし不当なことを生業にする社労士であるとの論評をしたものであるということができ、原告の社会的評価を低下させた旨、団体交渉に参加していた訴外組合員により行われていたところ、投稿は組合活動の一環であり原告に対する関係では共同不法行為を構成すると解すると判示した。そのうえで、投稿の違法性ないし責任が阻却されるかについて公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあった場合に、上記意見ないし論評の前提事実の重要な部分につき真実であることの証明があったときは、人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評の域を逸脱したものでない限り違法性がない^(注19)との基準を用いたうえで、労働問題という公共の利害にかかわるものであること、意見ないし論評としての域を逸脱したものとまでいうことはできない旨判示し、不法行為責任は成立しないとした。

(二) 東京地判平成29年12月15日（一部損害賠償を認めた裁判例）

A 大学及び同大学院の元総長である原告が、大学の教員である被告1及び被告が加入する労働組合（被告2）に対し、被告1が開設す

るHPに組合活動の一環として、被告らが原告の前科に関する記事、判決、原告から性的暴行を受けたと主張する女子留学生の通知書を掲載したことにつき、原告の権利が侵害されたとして損害賠償請求を行った事案である。なお、労働組合は、原告の前科に関する記事及び判決について被告1がHPに掲載する旨は了承し、通知書については知らなかった。

裁判所は、HPに掲載された記事、判決につき、HPに掲載された時点で原告が実刑判決を受けてから7年、服役を終えてから5年以上経過しており、新しい社会生活を形成しているといえ、前科の存在及び強制わいせつ行為の具体的態様等を公表したことにより、社会的評価が低下したとし、通知書についても原告が留学生に対して性的暴行をしたとの印象を抱かせ、社会的評価を低下させる旨判示した。

そして適示事実の公共性について、原告が大学の総長であったこと、現在は大学グループ校の保育園の理事長という地位を有していることから、適示事実は公共の利害に関する事項であると判示した。一方、目的の公益性については、記事及び通知書は専ら公益目的であると認定したものの、判決文については原告による大学に対する不当な影響力の行使を排除するという目的のためには前科の概要を示せば足り判決文の公表により前科に係る犯罪事実及び量刑理由の詳細を明らかにする必要性があったとは認めることが出来ないとした。さらに通知書につき通知書の適示事実が真実であるとは認められないとしたうえで、判決文および通知書につき不法行為を構成するとし、プライバシー侵害とともに80万円の請求を認めた。

(三) 東京地判平成30年3月29日(控訴審：平成30年10月4日控訴棄却)

(不法行為責任を否定した裁判例)

株式会社 X 及び同会社の A 営業部長である原告らが、労働組合及びその執行委員長である被告らに対し、労働組合の HP にて「A 営業部長のセクハラ発覚」、「会社隠ぺい」という見出し「X の A 営業本部長が3月のハワイセミナーのある日の晩、酔っぱらってツアーに参加していた某代理店の体を数回触り、セクハラ行為を行ったのです」との記事を掲載したこと、株主総会においてセクハラを行った旨の発言をしたことにつき、名誉毀損に当たるとして損害賠償請求を行った事案である。

HP 記載の部分について、見出しにつき記事全体と併せて読めば原告 X2が行ったセクハラが発覚したとの事実を適示するものであり、原告 X2の社会的評価を低下させるといえる、会社が故意に隠しているとの印象を与えるものであり会社の社会的評価を低下させる、記事についても原告 X2の社会的評価を低下させると認定した。そして、正当な組合活動該当性について本件見出し等の掲載等が原告らの名誉を毀損する違法な行為であるとしても、本件見出し等によって適示された事実が真実であるか否か、真実と信じることについて相当な理由が存在するか否か、本件見出し等の掲載等の目的及び態様等の一切の事情を総合考慮し、正当な組合活動として社会通念上許容される範囲内のものである場合には、本件見出し等の掲載等の違法性は阻却されるものと解するのが相当であるとしたうえで、セクハラを適示した見出し等は真実である、「隠ぺい」という表現の適切性について疑問を差し込む余地があるものの、複数の目撃者がいた状況にて被告らとしては原告の上記判断が事実を捻じ曲げて隠したものであると受け止めたとしても合理的な理由があり、隠ぺいが真実で

あると信じたことについて相当な理由があったと認められる旨判示した。また、表現対応、セクハラ事件の被害者救済及びセクハラの新発防止等を求める労働組合の組合活動の一環としてされており、総合考慮すれば、社会通念上許容される範囲内のものであり、違法性が阻却され、不法行為は成立しないとした。

(四) 労働分野において組合活動の法的保護については、争議行為以外の日常的組合活動についても、正当性がある場合には、民事免責が肯定されるとされている^(注20)。インターネット上の掲載に関して名誉毀損に関する判断基準を用いながら正当性についても判断されており、労働分野の案件においては組合活動の正当性という視点からも検討する必要がある。

(五) 上記においては労働組合が関連する裁判例を挙げたが、使用者労働者間の争いがインターネット上においても広がった裁判例として賃金未払いが発生したことを発端としてパート従業員(被告)が会社の代表取締役(原告)について、暴力団関連企業と取引を行っており原告の娘も暴力団と密接にかかわっている等をインターネット上に投稿した裁判例がある(東京地判令和元年9月12日)。裁判所は、被告の投稿は人身売買、マネーロンダリング、殺人などの犯罪行為ないしそれに同視し得る行為に関わっている事実が真実との印象を抱かせるものであり、社会的評価を低下させる旨、未払い賃金を発端として生活が困窮し飼ひ猫が亡くなる等したため原告に対する憎悪の感情を募らせたもので専ら公益を図る目的とはいえない旨判示し、110万円の損害賠償を認めた。

2 家庭に関する分野における裁判例

(一) 東京地判令和3年1月27日(一部損害賠償を認めた裁判例)

原告が被告に対し、被告が原告の（元）妻 A と不貞行為を行ったことにより精神的損害を被ったとして慰謝料を求めた本訴請求に対し、被告が原告に対し、ツイッターにおいて名誉を毀損、プライバシーが侵害されたとして慰謝料を求める反訴請求を行った事案である。

A と婚姻していた原告は、A と被告が不貞行為を行い婚姻生活が破綻したとして、ツイッターのアカウント名を「○誌編集長■と A の W 不倫で、家庭を壊しました」とし、アカウントの自己紹介欄に「○誌編集長■と A の W 不倫によって家庭を壊され、子ども達と一緒に苦しみながらも楽しく暮らしているシングルファーザーです。恥ずかしいですけど、事実を少しずつ書いていきたいと思っています」と記載し、被告が勤務している会社の公式アカウント 5 つをフォローしたほか、マスメディアの公式アカウントをフォローした。被告勤務会社では○誌の公式アカウントをフォローすると○誌編集部全員にフォロワーのアカウント名が通知されるようになっており、原告がフォローしたことにより多数の編集者がアカウント内容を確認できるようになった。

名誉毀損部分について裁判所は、原告のアカウント作成により被告の勤務先の同僚は被告の不貞行為を知ることとなり、被告の名誉を毀損したとし、また、違法性阻却事由も無いとして、20万円の慰謝料を認めた。

(二) 東京地判令和 3 年 3 月 16 日

原告及び被告が交際し同居していたところ、原告が被告に対し金銭を着服したとして金銭の返還を求めたのに対し、被告が、原告が示談における秘密条項に反し、ブログや微信（中国チャットアプリ）に被告の名誉を毀損する投稿をしたとして損害賠償請求を行った事

案である。

名誉毀損部分について裁判所は、被告の知人に対し、あるいは、不特定多数の者が閲覧できる状態で、既に示談によって解決清算済の暴行及び逮捕や窃取されたと主張する73万円について流布させたことは被告の社会的評価を低下させる行為である、示談に含まれていない原告被告間の金銭問題や被告に性的道徳観が欠如しているかの如くの表現も被告の社会的評価を低下させる行為であるとし、専ら被告への報復目的であり違法性は阻却されないと判示し、50万円の慰謝料をみとめた。

(三) 上記で挙げた複数の裁判例にみられるように、家庭内や男女関係において問題が生じている最中に、生じている問題をインターネット上に投稿することにより名誉毀損やプライバシー侵害という主張が新たになされ訴訟に至るケースが間々あるように見受けられる。離婚や男女関係等一見インターネットとは関連しないような分野においてもインターネットが生活の一部になるにつれインターネット上の権利侵害という主張が増えてくるようにも思われる。

3 日常生活の出来事に関する裁判例

(一) 東京地判令和3年3月26日

夜の駅前で通行する女性らに声をかけて口説こうとするところを動画で撮影し youtube にアップすることを会社で行っていた被告らが、原告と交際している女性に声をかけ、それに気づいた原告が止めにはいったところを撮影し、そのうえで youtube にアップしたことについて、肖像権侵害、名誉感情、名誉権侵害に基づき損害賠償請求を行った事案である。

動画自身は、約15分9秒にわたるものであり、原告と交際女性が

映っているのは約10分07秒から約11分14秒にかけてであり、そのうち原告の容姿が正面から撮られているのが約10分40秒から10分50秒である。被告らは原告が映っている場面にて「ヤンキーの彼氏にぶち切られた」と表示していた。動画は約2か月の間に約28万人に視聴され、その後約50万5000回視聴されている。

裁判所は、原告が映った撮影につき20歳の大学生という私人であること、原告を画面の中心にすえて動静を撮影したこと、原告の撮影を被告らの撮影の訴求ポイントとしたこと等をもとに社会生活上受忍限度を超えて原告の人格的利益を侵害していると判示した。また、「怒ってる怒ってる。ほんとに彼女だった」「ガチじゃん、悪いことした」とふざけて大声で言いあい、「謝罪動画謝罪動画」と言い、「すみませんでした」と路上に土下座して見せた等の動画が一部始終録画されており、同動画を公開したことは原告を揶揄しからかうものであり社会通念上許容される限度を超える侮辱行為であると判示した。名誉毀損については、一般読者などの通常の注意と読み方を基準とすれば、本件公開により本件動画をみた視聴者は「ヤンキーの彼氏にブチギレされた」という表示と小突く原告の姿から、原告が憤慨して有形力の行使に及んだという事実の適示をするものであり、原告が粗暴な振る舞いをする者であるかのような印象を与え、原告の社会的評価を低下させるものというべきであると判示し、慰謝料として60万円を認めた。

本件では、視聴者数や視聴回数の多さを指摘し原告の精神的苦痛が軽微でない旨認定しており、インターネット上の動画の特性を示している。

五 終わりに

最近の裁判例のなかから、インターネット上の名誉毀損事案を中心に問題になりやすい各ポイントや様々な分野におけるインターネット上の名誉毀損に関する裁判例をみてきた。実際に裁判例をみてみると、想像していた以上にインターネット上における誹謗中傷を含めた案件が多いことに気づく。コミュニケーションや情報発信等を誰もがインターネットで行う現代において、インターネットが生活の一部になっていることを示している。そして、名誉毀損を始め誹謗中傷がなされた場合には、インターネットの拡散性、瞬時性等の特徴故、甚大な被害が生じていく。このような状況は日本に限ったことでは無く世界中で起きている。

インターネット上のルールは確立されつつあるが、インターネットが生活の一部となっていることを考え、誰もが関与し得る問題であり誰もが関与し得るルールになることを念頭にいれてどのようなルールが出来ていくのかみていきたい。また、一般的な法律相談のなかにおいてインターネット上の問題が生じることが多々あることをも再認識しておきたい。

以上

(土方恭子)

(注1) 総務省 インターネット利用率の推移

<https://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/r01/html/nd111120.html>

(注2) 帝国書院 インターネット利用者数の変化

https://www.teikokushoin.co.jp/statistics/history_civics/index18.html

- (注3) 総務省 令和2年通信利用動向調査
- (注4) 警察庁 令和2年の犯罪情勢
- (注5) 法務省 令和2年における「人権侵犯事件」の状況について(概要)
- (注6) 佃克彦著「名誉毀損の法律実務」〔第3版〕(169頁～171頁)
- (注7) 松尾剛行・山田悠一郎著「最新判例にみるインターネット上の名誉毀損の理論と実務」〔第2版〕(5頁～9頁)
- (注8) <https://www.bbc.com/japanese/57802835>
<https://www.cnbc.com/2021/07/16/bukayo-saka-shaka-hislop-slam-facebook-tweeters-response-to-racism.html>
<https://time.com/6079964/england-footballers-racist-abuse-social-media/>
- (注9) 判例時報2476号152～153頁 最高人民法院審判委員会2020年10月9日発布
- (注10) <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/11/Vardy-v-Rooney-judgment.pdf>
- (注11) 前掲・佃58頁
- (注12) 最高裁平成24年3月23日判決
- (注13) 前掲・松尾山口169頁
- (注14) 最高裁平成24年3月23日判決
- (注15) 最高裁平成9年9月9日判決
- (注16) 最高裁昭和61年6月11日判決
- (注17) 最高裁昭和45年12月18日判決
- (注18) 最高裁平成22年4月13日判決
- (注19) 最高裁昭和62年4月24日判決
- (注20) 菅野和夫著「労働法第十二版」(956頁)

ソーシャルメディア広告における ステルスマーケティングの法的留意点

インターネット法律研究部

〔インターネット法律研究部〕

* 目 次

1	はじめに	112	4	景品表示法以外の規制	120
2	ステルスマーケティングとは	113		(一) 業界団体の自主規制	121
3	景品表示法による規制	114		(二) 諸外国の規制	121
	(一) ソーシャルメディア広告に対する景品表示法の適用の有無	115	5	おわりに	122
	(二) 法文上の解釈	115			
	(三) 消費者庁の見解の分析	116			
	(四) 消費者庁による近時の処分傾向	118			

1 はじめに

ソーシャルメディアの普及と消費者のライフスタイルや趣味・嗜好の多様化に伴い、消費者の個々のニーズに対応した商品・サービスの提供ができるように、多くの企業において、積極的に Twitter、Facebook、Instagram といったソーシャルメディアを用いた広告（以下「ソーシャルメディア広告」という。）が活用されている。ソーシャルメディア上に各企業の公式アカウントを作成し、新商品のローンチ情報やセール情報をフォロワーである消費者に対して告知する手法であったり、芸能人・インフルエンサー^(注1)・ブランドアンバサダー^(注2)等の著名人（以下「インフルエンサーら」という。）に依頼をし、自社商品の写真や自社商品への好意的なレビューを投稿してもらう手法など、様々な広告手法がソーシャルメディア上で散見される。

ソーシャルメディア広告は、従来、主流な広告手法であったマスコミ 4 媒体広告（新聞、雑誌、ラジオ、地上波テレビ）と異なり、ソーシャルメディアというよりアクセシビリティの高い媒体を媒介としているため、消費者より容易に広告から情報を入手できるだけでなく、ソーシャルメディア内のフォロワー情報に基づいてターゲットの絞り込みが可能であるため、多様な消費者のニーズに対して、広告主である企業のイメージにマッチした顧客層に対しての訴求性の高い広告の作成が可能である。また、ソーシャルメディア広告は、マスコミ 4 媒体広告と比してコスト（制作費用・掲載までの時間等）が僅少で済むこともあり、近年急速に活用が進んでいる。

他方で、ソーシャルメディア広告はその特徴も掲載媒体ごとに多様であり、また、簡単に広告掲載が可能であるが故に、安易に行った広告掲載によって、消費者からの強い反感を生じさせ、又は消費者を不当に害す

る結果を生じさせ、最悪の場合、法律上の規制に抵触するリスクも内包している。

ここで、本稿では、ソーシャルメディア広告で近時、度々、報道等でも取り上げられ、特に物議を醸している、ステルスマーケティング（単に「ステマ」とも呼称されることもある。）という広告手法についての法的留意点を検討する。

2 ステルスマーケティングとは

ステルスマーケティングとは、消費者に商品広告だと気付かれないように宣伝する広告手法を指す。より具体的には、事業主自身が事業主とは無関係の第三者になりすまして事業主に好意的な投稿をするパターンや、事業主が第三者に利益提供をして好意的な投稿をさせるが、事業主から利益提供があったことを明示しないパターンが考えられる^(注3)。

ステルスマーケティングは、中立的な第三者の評価を装い、広告の出所ないし主体を消費者に誤認させる結果、消費者の商品選択に不当なバイアスを与えるおそれがある。そのため、ステルスマーケティングを用いた広告が掲載されると、消費者が真に必要とする商品・役務の入手が困難になるだけでなく、消費者にとって本来は不要な、又は消費者にとって有害な商品・役務が消費者の意図に反して提供がなされることになりかねず、消費者に対する悪影響は計り知れない。そのため、ソーシャルメディア上の投稿等がステルスマーケティングであることが発覚すると、消費者からの非常に激しいバッシングを受けることになり、場合によっては、いわゆる炎上状態と呼ばれるような著しい企業イメージの毀損が生じることもある。

実際、近時では、大手映画会社が自社の映画に関する好意的な内容の

感想をインフルエンサーらにソーシャルメディア上への投稿を依頼したものの、実際の投稿においては事業主からの利益提供があったことが明示されていなかった事例や、大手化粧品メーカーが、ソーシャルメディア上に架空のインフルエンサーのアカウントを開設し、自社商品の好意的な投稿を第三者になりすまして行った事例があったが、いずれの事例でも、ステルスマーケティングである可能性が明るみに出た際に、消費者やマスコミ等から厳しい非難が寄せられた。

3 景品表示法による規制

ソーシャルメディア上の投稿等について、実際はステルスマーケティングであることが発覚すると、上記のとおり、消費者等から激しい非難を集めて、企業イメージが大きく毀損されるといった事実上のリスクが考えられる。他方で、事実上のリスクを超えた法律上のリスクとしては、不当景品類及び不当表示防止法（以下「景品表示法」という。）への抵触が考えられる。

景品表示法は、商品・役務の品質や価格について、実際より著しく優良又は有利であると消費者に見せかけることを防止する表示規制と、過大な景品により消費者の適正な商品選択が阻害されることを防止する景品規制の2種の規制から構成されるが、ステルスマーケティングを用いた広告はこのうち、広告の表示内容、表示手法が問題になるため、表示規制への抵触の可能性が問題になる。

他方で、景品表示法の表示規制においては、優良誤認表示、有利誤認表示、その他内閣総理大臣が指定する各種不当表示^(注4)についてを不当表示に該当するとして明示的に禁止する旨が規定されているものの、ステルスマーケティングを不当表示として明示的に禁止する規定は存在しない。

そのため、以下において、ステルスマーケティングが景品表示法上の不当表示に該当する可能性があるかを考察する。

(一) ソーシャルメディア広告に対する景品表示法の適用の有無

前提として、ステルスマーケティングに限らず、ソーシャルネットワーク上の投稿などのソーシャルメディア広告が、景品表示法の規制対象となる「表示」に該当するかであるが、この点は、公正取引委員会が「情報処理の用に供する機器による広告その他の表示（インターネット、パソコン通信等によるものを含む）」も景品表示法の「表示」に該当する旨を示している^(注5)。

また、下記3(四)のとおり、近時、ソーシャルメディア (Instagram) 上の投稿内容について、景品表示法上の不当表示に該当するとして行政処分がされた事例もある。

以上より、基本的にソーシャルメディア広告についても、景品表示法の適用対象となる「表示」に該当すると考えられる。

(二) 法文上の解釈

ソーシャルメディア広告において多発しているステルスマーケティングを用いた広告が景品表示法上の不当表示に該当するか検討する。この点、景品表示法第5条第1号によると商品や役務の内容に実際より著しい優良性を示す表示をすると優良誤認表示^(注6)に該当し、景品表示法上の不当表示に該当するが、ステルスマーケティングのように表示の出所・主体を偽って商品や役務の宣伝を行うことも、優良誤認表示に含むかが問題になる。

景品表示法第5条第1号の商品又は役務の「内容」には、品質、規格に間接的に影響を及ぼすものも含まれる^(注7)と考えられている。そうだとすれば、一般消費者が商品又は役務の選択を行う際の判断要素と

なる事柄も、「内容」に当たる可能性がある。そして、一般消費者は通常、商品又は役務の選択を行う際、その商品又は役務について独立・中立の第三者が好意的な評価をしているか（あるいは事業主自身、又は事業主から利益供与を受けている第三者が好意的な評価をしているに過ぎないか）、という点を、購入の際の判断要素の一つとすることが考えられる（注8）。

例えば、A商品をB芸能人が自身のソーシャルメディアのアカウント上に投稿したが、真実はB芸能人はA商品を使用したことはなく、企業から報酬を得て投稿を依頼されていただけであるとする。しかしながら、投稿を見た消費者（特にB芸能人のファンであれば、）は、A商品にはB芸能人が愛用しているという好意的評価があるからこそA商品の購入選択をする意欲が湧くのであり、真実としてB芸能人はA商品を全く評価していない、あるいは単に報酬をもらっているから好意的な投稿をしたに過ぎないと分かれば、当該消費者の購入意欲は大きく減退することが考えられ、ステルスマーケティングをすることが、A商品の内容を実際よりも著しく優良と表示したと評価され得る。

以上より、ステルスマーケティングのように、広告の出所ないし主体を偽る、又は独立・中立の第三者の好意的な評価を作出・表示することは、景品表示法上の優良誤認表示に該当すると解釈する余地はあろう。

（三）消費者庁の見解の分析

景品表示法違反の調査と措置命令や課徴金命令といった実際の行政処分を司る管轄省庁は消費者庁であるため、消費者庁としては、ステルスマーケティングが景品表示法違反に該当するかという点に対して、いかなる見解を示しているか分析する。

消費者庁は平成24年に公表している「インターネット消費者取引に係

る広告表示に関する景品表示法上の問題点及び留意事項」というガイドラインの中で、「商品・サービスを供給する事業者が、顧客を誘引する手段として、口コミサイトに口コミ情報を自ら掲載し、又は第三者に依頼して掲載させ、当該『口コミ』情報が、当該事業者の商品・サービスの内容又は取引条件について、実際のもの又は競争事業者に係るものよりも著しく優良又は有利であると一般消費者に誤認されるものである場合には、景品表示法上の不当表示として問題となる」^(注9)と指摘している。上記ガイドラインはソーシャルメディア広告についての言及というよりは、口コミサイト上の口コミ欄でのステルスマーケティング(サクラ行為)を問題としているものではあるが、「口コミサイトに口コミ情報を自ら掲載し、又は第三者に依頼して掲載させ」る行為といったステルスマーケティング行為が、景品表示法上の優良誤認表示に該当する可能性について言及している。

他方で、上記ガイドラインで言及されている内容は、「顧客を誘引する手段として、口コミサイトに口コミ情報を自ら掲載し、又は第三者に依頼して掲載させ」る、というステルスマーケティング行為自体が不当表示に当たると判断しているのか、あるいは、ステルスマーケティング手段を用いた上で「当該『口コミ』情報が、当該事業者の商品・サービスの内容又は取引条件について、実際のもの又は競争事業者に係るものよりも著しく優良又は有利であると一般消費者に誤認されるものである」と、その口コミ(投稿内容)自体にも不当表示性がある場合でなければ不当表示に当たらないと判断しているのかまでは言及していない。そのため、この記載だけからは消費者庁がステルスマーケティングという広告手法を用いること自体を優良誤認表示と断じているとまでは判断できかねる。

但し、私見ではあるが、投稿された口コミ情報自体が、実際の商品・役務よりも著しく優良又は有利である場合が景品表示法上の不当表示に該当することは自明であり、この点を殊更にガイドライン上で詳述する実益が乏しい以上、消費者庁としては、ステルスマーケティングを行うこと自体について、不当表示に該当する可能性を示唆していたと解する余地もあろう。

(四) 消費者庁による近時の処分傾向

景品表示法違反の調査と処分を行う消費者庁において、ステルスマーケティングを用いた広告に対していかなる行政処分を行っているか、消費者庁のホームページ上に公表されている処分事例を確認した。その結果、本稿執筆時点（2021年11月現在）では、ステルスマーケティングと思しき広告をした事業主に対しては、下表のとおり3例の行政処分がなされたことが確認できている。

処分時期	処分内容	業種	広告媒体	広告内容
平成30年頃	措置命令、 課徴金命令	水道、電気 サービス等の トラブルを解 決するための 役務の提供	自社とは無関係の 事業者が運営する ように装ったウェブ サイト(いわゆる 比較サイト)	自社のサービスが 他社よりも上位に 評価されているか のように示す表示
令和2年頃	措置命令、 課徴金命令	健康食品の 販売	実際には自社が運 営しているが第三 者が運営するもの であるかのように 装ったウェブサイト	自社の製品を摂取 することで妊娠す る確率が向上する 効果を得られると いう表示
令和3年頃	措置命令	健康食品の 販売	アフィリエイト及び Instagramの投稿	自社の商品を摂取 することで豊胸効 果が得られるよう な表示

1 例目及び2 例目は、第三者が運営しているように偽装しているが実際は事業主自身が運営するウェブサイト又はアフィリエイトサイト上で、事業主自身が第三者になりすまして自社商品の宣伝しているようなステルスマーケティングが行われていた。

他方で、3 例目は、実在するインフルエンサーやブロガー（注10）に、事業主の販売する商品について好意的な投稿を事業主が依頼したものの、そのような事業主との関係性を秘して宣伝をしているようなステルスマーケティングが行われていた。なお、3 例目はソーシャルメディア（Instagram）上の投稿が不当表示に該当することを、消費者庁としておそらくはじめて明示した事例としても意義があろう。

3 例とも、ステルスマーケティングを用いた広告を掲載ないし掲載依頼をした事業主に対して景品表示法違反による行政処分が行われた事例である。しかしながら、いずれの事例も、消費者庁が公表した事実関係からは事業主によるステルスマーケティングの利用が窺われるものの、消費者庁の処分理由を分析すると、事業主が第三者のふりをして広告を行ったこと自体、又は事業主が第三者に利益提供をしたことを秘して第三者が事業主に好意的な投稿をしたこと自体が、つまりはステルスマーケティングを行ったこと自体が、商品の内容を著しく優良と誤認させ、不当表示に該当すると判断してはいない。むしろ、ステルスマーケティングをした広告の広告内容そのものに、商品・役務を著しく優良と誤認させる表示があった点を問題としているに過ぎない。

例えば、1 例目であれば、事業者が提供する役務が、何ら裏付ける根拠がないにもかかわらず、全国の事業者中1 番であることを表示したこと、2 例目と3 例目であれば、事業者が提供する商品が、何ら裏付ける根拠がないにもかかわらず、健康上の効果が得られるかのよう

な表示をしたことが、それぞれ優良誤認表示に当たると判断されているに過ぎず、殊更にステルスマーケティングをしたことが商品・役務の内容が実際よりも著しく優良と誤認させる表示に当たるとは示していない。

以上より、現時点までに、消費者庁は、ステルスマーケティングそのものを理由として優良誤認表示等に該当するとして、景品表示法違反に基づく行政処分を下すまでの判断には至っていないものと考えられる。このような処分状況の背景としては、前述したとおり、我が国の景品表示法上は、明示的にステルスマーケティングを禁止するまでには至っておらず、またステルスマーケティングという広告手法自体、ここ最近のソーシャルメディア広告の活発な利用に伴って急速に社会問題化したため、規制当局としても明確な立場が未だ定まっていないことがあるのではないかと考えられる。但し、上記3例はいずれも比較的近時に判断された事例であり、消費者庁としては未だ正面からステルスマーケティングを景品表示法違反と判断こそしていないものの、ステルスマーケティングを行っている広告に対して処分を厳格化している状況が窺えるため、今後、ステルスマーケティングについて、正面から景品表示法違反に基づく処分を行う事例が現れる可能性は否定できない。

4 景品表示法以外の規制

上述のとおり、景品表示法上の不当表示に該当するかは必ずしも明確でない反面、ソーシャルメディア上での悪質なステルスマーケティング行為が横行し、モラルハザードは深刻化している。そのような状況を受けて、立法的な措置に先行し、各種業界団体では自主規制の整備が進められている。また、諸外国においては既にステルスマーケティングに関する法規

制の整備が進められつつある。

(一) 業界団体の自主規制

日本インタラクティブ広告協会^(注11)は「インターネット広告倫理綱領及び掲載基準ガイドライン」^(注12)の「2 . インターネット広告掲載基準ガイドライン」(9)において、広告責任の所在を明確にするために広告主体者を広告上に明示することを求めるとともに、消費者等が媒体社により編集されたコンテンツと誤認する可能性がある場合や、広告であることが分かりにくい場合には広告内や周辺に、広告の目的で表示されているものである旨を分かりやすく明示^(注13)しなければならない、と規定している。

WOMマーケティング協議会^(注14)は、「WOMJガイドライン」^(注15)の「3 . 関係性の明示」において、情報発信者に対して、WOMマーケティング^(注16)を目的とした重要な金銭等の提供が行われる場合は、マーケティング主催者と情報発信者には関係性があることとなり、マーケティング主体の明示及び便益の提供があることを情報受信者に容易に理解できるようにしなければならない、と規定している。なお、便益の提供の明示については直接的に金銭等を授受している旨を明示することは抵抗感が強いことから、「#Promotion」、「#PR」、「#Sponsored」等の便益タグの使用で足りるとされている^(注17)。

(二) 諸外国の規制

ステルスマーケティングに関する規制については、既に多くの国で立法が進んでおり、米国、欧州、中国等ではステルスマーケティングに対する規制が実施されている^(注18)。

韓国においても直近の2020年9月、韓国公正取引委員会により「推薦・保証等に関する表示・広告審査指針」が策定され、ステルスマーケティ

ングを規制する当局の取り組みが進められている。

5 おわりに

ステルスマーケティングは景品表示法上、不当表示と指摘されるリスクがあることに加え、ステルスマーケティングを規制すべきとする社会的機運の高まり^(注19)、海外での法規制の進展等を考慮すると、事業主としてはソーシャルメディア広告を活用するに当たり、ステルスマーケティングに該当しないようにする方策は、今後、より慎重に検討を要することになるであろう。例えば、ソーシャルメディア広告としての投稿には、「#PR」等のハッシュタグを付記する、アカウントのプロフィール欄に企業の公式ホームページの URL を添付する、予めブランドアンバサダーに任命する等して、事業主と広告との関係性を明示するといった対処法も考えられるが、ステルスマーケティングリスクを警戒し過ぎることで、かえって事業主が期待するような宣伝活動が困難になり、望ましい広告効果が得られなくなるリスクも同時に懸念される^(注20)。そのため、事業主自身が構築したい企業・商品イメージ、起用を検討しているインフルエンサーらの特性、広告のターゲット層等、事案ごとの事情に鑑みて、最善の広告方法を模索することが、今後のソーシャルメディア広告活用上の課題になるのではないか。

(阿部 譲)

- (注1) インフルエンサーとは、インターネットの消費者発信型メディアにおいて他の消費者に大きな影響を与える人のことを指す。
- (注2) ブランドアンバサダーとは、企業からの依頼で企業やブランドに対して好意的な発信や宣伝を行う人のことを指す。
- (注3) 日本弁護士会連合の「ステルスマーケティングの規制に関する意見書」(平成29年2月16日)では、前者については「なりすまし型」、後者については「利益提供秘匿型」と分類している。
- (注4) 現在、指定されているものには、無果汁の清涼飲料水等についての表示、商品の原産国に関する不当な表示、消費者信用の融資費用に関する不当な表示、不動産のおとり広告に関する表示、おとり広告に関する表示、有料老人ホームに関する不当な表示、の6種があるが、ステルスマーケティングについてはこれらに含まない。
- (注5) 公正取引委員会「不当景品類及び不当表示防止法第二条の規定により景品類及び表示を指定する件」第2項第5号(平成21年8月28日最終改訂)参照。
- (注6) 景品表示法第5条第1号では、「商品又は役務の品質、規格その他の内容について、一般消費者に対し、実際のものよりも著しく優良であると示し、又は事実に相違して当該事業者と同種若しくは類似の商品若しくは役務を供給している他の事業者に係るものよりも著しく優良であると示す表示であって、不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがあると認められる」表示を禁止している。
- (注7) 大元慎二編著『景品表示法(第5版)』68頁(商事法務、2020)参照。
- (注8) 早川雄一郎「判批」108頁(ジュリスト1543号)参照。
- (注9) 消費者庁「インターネット消費者取引に係る広告表示に関する景品表示法上の問題点及び留意事項」5頁(平成24年5月9日最終改訂)参照。
- (注10) 消費者庁の公表した事実関係からは、問題となる投稿が事業主自身が行ったものか、又は第三者が行ったものか明確ではない。但し、公表事実上、不当表示が掲載された媒体として「Instagram内の「●(この

部分は黒塗り)」と称するアカウントの投稿」と摘示しアカウント名を取って非公表にしている点や、投稿内容が投稿者の体験談のような内容になっていることから、事業主自身の投稿、又は事業主が第三者になりました投稿であったというよりも、事業主が実在する第三者（おそらく実在するインフルエンサーら）に投稿の指示ないし依頼をしたという事実関係であったものであると推測される。いずれにせよ、消費者庁の公表事実からは、どのような事実関係に基づき行政処分がなされたかが不明瞭であり、事業主の広告表現の自由に対する萎縮効果も働きかねないため、今後は処分の前提となる事実関係についてはより詳細に開示されたい。

- (注11) 日本インタラクティブ広告協会は、インターネット広告ビジネスにかかわる企業が集まり、インターネット広告の健全な発展と社会的信頼の向上に取り組んでおり、本稿執筆時点で会員数は300社弱程度存在する。
- (注12) 日本インタラクティブ広告協会「インターネット広告倫理綱領及び掲載基準ガイドライン」2015年6月最終改訂 (https://www.jiaa.org/gdl_siryu/gdl/keisaikijun/、2021年11月22日最終閲覧) 参照。
- (注13) 「インターネット広告倫理綱領及び掲載基準ガイドライン」によると、「広告」、「広告企画」、「PR」、「AD」等を付記することを推奨している。
- (注14) WOMマーケティング協議会は、WOMマーケティング業界の健全なる育成と啓発に寄与するため発足された団体で、本稿執筆時点で法人会員数は50社以上存在する。
- (注15) WOMマーケティング協議会「WOMJガイドライン」2017年12月4日 (<https://www.womj.jp/85019.html>、2021年11月22日最終閲覧)
- (注16) 消費者間コミュニケーションマーケティング活用の中で、ブログ、ソーシャルメディア、掲示板サイト、ECサイト、アプリストアなどの消費者が投票をしたりコメントができる媒体上での消費者間のコミュニケーションを指す。
- (注17) 「WOMJガイドラインの解説」によると、便益タグは「#Promotion」「#Sponsored」、「#Supported」、「#Ambassador」、「#協賛」、「#提供」、「#タイアップ」、「#PR」等を想定するとともに、便益タグと別途又は連結してマーケティング主体の明示を行うことを要求している。

- (注18) 米国であれば「Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising」、欧州であれば「Unfair Commercial Practices Directive」、中国であれば「ネットワーク管理弁法」においてそれぞれステルスマーケティングに対する何らかの規制が規定されている。
- (注19) 日弁連は、前掲(注3)の「ステルスマーケティングの規制に関する意見書」において、ステルスマーケティングを景品表示法第5条第3号の不当表示に追加すべき旨を消費者庁長官に対し提言している。
- (注20) 例えば、トップインフルエンサーらであれば、自身の投稿に「#PR」等の広告表示を付けることに抵抗感を持つ傾向があるといわれ、一概に投稿に広告表示を付すことを徹底させればよいとはいえない。

バーチャル株主総会の諸論点と実務対応

会社法部

〔会社法部〕

*目次

一	はじめに	128	六	ハイブリッド型における諸論点と実務対応	142
二	バーチャル株主総会のメリット・デメリット	130	1	参加型	142
三	アメリカのバーチャル株主総会の実施状況	131	2	出席型	148
四	我が国における議論・法改正等の動向と企業の実施状況	131	七	バーチャルオンリー型について	180
五	バーチャル株主総会の類型と開催の可否	136	1	改正産競法等の成立・公布・施行等	180
1	バーチャル株主総会の類型	136	2	バーチャルオンリー型の特徴・メリット	181
2	バーチャルオンリー型の開催の可否	138	3	本制度の概要	182
3	ハイブリッド型の開催の可否	138	4	バーチャルオンリー型特有の留意点・実務対応	189
			八	おわりに	197

一 はじめに

2020年（令和2年）1月以降、世界中で猛威を振るう新型コロナウイルス感染症（以下、「新型コロナ」という。）は、基本的な感染拡大防止対策であるところの3密（密集・密接・密閉）の回避や人流抑制等を通じて、人々の行動様式・生活様式に大きな変化をもたらした。企業の事業活動・組織活動においても、役職員が会社に現実に出社することなく自宅等にて業務を遂行するワークスタイル（いわゆる「テレワーク」「リモートワーク」）の普及が急速に拡大し、その結果、企業内における会議・ミーティング等はオンライン形式にて執り行われ、参加者はパソコンその他の端末を利用して遠隔地から自由に参加するという光景が、いわば当たり前のものとなった。新型コロナの流行により、企業内における会議体の実施様式は大きく様変わりしたと言えよう。

株主総会も例外ではない。

株式会社における最大の会議体である株主総会に関しては、経済産業省・法務省が公表した「株主総会運営に係るQ&A」（令和2年4月2日策定・同月28日最終更新）¹において、感染拡大防止の一環として、株主へ来場自粛等と呼びかける措置が許容されるとの指針が示された。これにより、2020年（令和2年）3月総会以降、総会会場への来場出席を自粛し、できる限り、事前に書面或いは電磁的方法による議決権行使（会社298①三・四、同311、同312）をするよう株主に促す株式会社が激増した。その結果、多くの上場企業において、新型コロナ流行前に比較して出席株主数が大幅に減少するとともに、シナリオの短縮や質問の減少等による総会運営の短時間化・簡素化が進んだ。

1 https://www.meti.go.jp/covid-19/kabunushi_sokai_qa.html

このような流れの中で、来場自粛要請等によって出席を控える株主のために、総会会場に来場せず、遠隔地より参加或いは出席するという「バーチャル株主総会」の活用が大きな注目を浴びることとなった。折しも、バーチャル株主総会の導入・実施に関しては、国内での新型コロナ流行に先立つ2020年（令和2年）2月26日に、経済産業省より「ハイブリッド型バーチャル株主総会の実施ガイド」²が策定・公表されていたところ、新型コロナ感染拡大を一つの契機として、この実施ガイドが多くの企業より注目され、実際に同ガイドに沿ったバーチャル株主総会を導入する企業も多く見られるようになった。また、2021年（令和3年）6月16日には、産業競争力強化法の一部改正等により、物理的な総会会場を設定せずに完全オンラインのみで株主が株主総会に出席することができる「バーチャルオンリー型株主総会」の導入が、上場会社を対象に解禁されるなど、新型コロナの世界的流行の発生以降、バーチャル株主総会を巡り、我が国の株主総会実務は大きな変革期にあると言える。

本稿は、近時、我が国の株主総会実務における最新のトピックである「バーチャル株主総会」について、各類型毎の法的論点や実務対応・留意点等について整理・検討することを主眼とするものであるが、末尾において、バーチャル株主総会の将来的な展望についても私見を述べることにする。

なお、紙面の都合上、バーチャル株主総会に関する全論点を取り上げご紹介することは困難である。また、本稿において意見にわたる部分は、筆者の個人的見解であり、筆者が所属する東京弁護士会会社法部の共通見解ではないことをあらかじめ申し添える。

2 <https://www.meti.go.jp/press/2019/02/20200226001/20200226001-2.pdf>

二 バーチャル株主総会のメリット・デメリット

- (一) バーチャル株主総会には、株主にとって、株主総会への参加・出席の機会・方法が拡大されるというメリットがある。前述のとおり、新型コロナの感染拡大防止策として3密回避・人流抑制等が求められる中、株主総会の物理的な開催場所に株主が現に足を運ぶことなく、自宅等から手軽に参加・出席できることは、感染リスクをゼロにすることができる点で、株主にとって大きな安心材料である。また、感染防止対策としてのみならず、例えば、総会場所から遠方に在住する株主にとっては、バーチャル株主総会の実施により審議等への参加・出席が容易になり、また、総会開催集中日が重なる複数の企業の株主にとっても、複数の株主総会を同時視聴したり出席したりすることが可能となる等、株主にとっての便宜は大きい。

会社にとっても、バーチャル株主総会が浸透することで、物理的な開催場所の規模を縮小することができ（後述するバーチャルオンリー型では、そもそも物理的な開催場所の設定自体が不要となる。）、会場費の他、音響機器等の設備費、スタッフ・警備員等の人件費・委託費等の株主総会運営コストの大幅な節減に繋がる。また、開催場所に足を運ぶことができない多くの株主にも、株主総会の審議等の様子を視聴してもらうことで充実した情報開示を行うことができるため、株主との建設的な対話にも資することになり、これにより株主重視の姿勢をアピールすることにも繋がろう。

このように、株主及び会社の双方にとって、バーチャル株主総会のメリットは少なくない。

- (二) 他方、デメリットとしては、とにもかくにも通信障害のリスクが挙げられよう。バーチャル株主総会はオンライン形式で実施されるものであるため、不測の

事態によって通信障害が発生した場合には、バーチャル参加或いはバーチャル出席をしている株主との通信が遮断され、議事がスムーズに進行しない可能性がある。通信障害の規模によっては、株主が議事に全く関与できない事態も考えられるが、まだプラクティスの積み重ねが十分とは言えないバーチャル株主総会において、どのような場合に決議取消事由(会社831①)や決議不存在事由(会社830①)に該当するのかについて、確立した解釈が存在しているわけではなく、手続や議事運営の法的安定性に不安があるのは事実である(とりわけ、後述するハイブリッド出席型やバーチャルオンリー型は、株主にバーチャル方法による「出席」を認めるものであり、通信障害によって「出席」が妨げられた場合、決議の有効性への影響はより直截的である。)

また、バーチャル株主総会の導入初年度においては、その実施のための環境システムを整える必要があるため、システム開発費用や通信機器の導入費用の負担は回避であるし、信託銀行やシステムコンサルティング業者への報酬・費用の増加、総会担当役職員の負担増等、バーチャル株主総会の導入・実施のために、金銭的・労力的に大きな負担が見込まれる。

三 アメリカのバーチャル株主総会の実施状況

世界で最もバーチャル株主総会を開催する上場会社数が多いのは、おそらくアメリカと考えられる。アメリカでは、2000年にデラウェア一般会社法が改正され、バーチャルオンリー型株主総会の開催が認められたのを皮切りに、2020年6月現在、42州とコロンビア特別区においてハイブリッド型が許容され、そのうち30州ではバーチャルオンリー型も許容されている³。実際、アメリカの上場企業におけるバーチャル株主総会の利用状況

3 辰巳郁「ドイツ、アメリカのバーチャル株主総会の最新動向と日本への示唆－第2部 アメリカー」(資料版商事法務436号) 27頁

は、年々継続的に増加し、2019年には326社の上場企業が利用したところ、2020年の新型コロナの感染拡大により利用企業は爆発的に増加し、2020年は1957社の上場企業が利用するに至っている⁴。なお、アメリカのバーチャル株主総会については、バーチャルオンリー型でかつ音声のみの方法で実施される企業が圧倒的多数のようである⁵。

四 我が国における議論・法改正等の動向と企業の実施状況

1 我が国におけるバーチャル株主総会に関する議論の発端は、今から20年ほど前の平成13年商法改正(平成13年法律第128号)の時代にまで遡る。当時、インターネットの普及が急速に進み、各方面での高度情報化社会への対応が課題として挙げられ、株主総会の実施・運営に関しても「IT化」「電子化」への対応が大きなテーマとされ、その中で、バーチャル株主総会に関しても、株主総会のIT化・電子化の観点から、(バーチャルオンリー型株主総会についての)導入の可否や手続等について議論・検討が行われた⁶。

もともと、平成13年商法改正では、(i)会社関係書類の電子化、(ii)議決権行使等の電子化、(iii)計算書類の電磁的方法による開示、等が新たに制度として設けられるに至ったものの、バーチャル株主総会に関しては、技術的な課題に加え、その開催・運営を支えるための理論的な蓄積が当時ほとんど存在しなかったこと等を理由として、法制度

4 米国 Broadridge 社が2021年1月に公表した「Virtual shareholder meetings-2020 facts and figures」(https://www.broadridge.com/_assets/pdf/gated/broadridge-virtual-shareholder-meetings-facts-and-figures-2020.pdf)を参照

5 澤口実他編著「バーチャル株主総会の実務〔第2版〕」(商事法務)226頁

6 2001年(平成13年)3月公表の「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」の中で、「テレビ会議システムを利用した株主総会を認めることとするか等については、なお検討する。」との注記がある。

化は見送られたという経緯がある⁷。

- 2 その後、バーチャル株主総会を巡る議論は下火となるが、2014（平成26年）に、経済産業省が「伊藤レポート」を公表し、『企業の持続的な企業価値向上を実現するための企業と株主・投資家との建設的な対話の重要性』という問題意識が投げられて以降、「建設的な対話」のための有益なツールとして、再び議論の対象とされるようになった。

経済産業省は、2018年（平成30年）9月に「さらなる対話型株主総会プロセスに向けた中長期課題に関する勉強会」を立ち上げ、ハイブリッド型バーチャル株主総会について論点整理等を行い、その後、2019年（令和元年）8月に設置された「新時代の株主総会プロセスの在り方研究会」での議論に基づき、2020年（令和2年）2月26日に、企業がハイブリッド型バーチャル株主総会を実施する際の法的・実務的な論点、具体的な取扱いを明らかにする「ハイブリッド型バーチャル株主総会の実施ガイド」（以下、「**実施ガイド**」という。）を策定・公表した。丁度その頃、新型コロナの世界的流行をきっかけに、新型コロナの感染拡大対策として、実施ガイドが提唱するハイブリッド型バーチャル株主総会の活用により多くの企業から注目・関心が集まり、実際に実施する企業も増加し始めた（ただし、感染拡大対策としてのハイブリッド型バーチャル株主総会の活用は、必ずしも実施ガイドが企図したものではない）。そこで、経済産業省は、2021年（令和3年）2月3日に、「ハイブリッド型バーチャル株主総会の実施ガイド（別冊）実施事例集」⁸（以下、「**実施事例集**」

7 松井秀征「バーチャルオンリー型株主総会—その理論的基礎と可能性について」（ジュリスト1548号（2020））23頁。なお、当時の議論の中でも、バーチャルオンリー型の株主総会については不適法とする意見が多かった（岩村＝神田編「電子株主総会の研究」（弘文堂）68頁、103頁等）。

8 <https://www.meti.go.jp/press/2020/02/20210203002/20210203002-2.pdf>

という。)を策定・公表した。

- 3 また、2021年(令和3年)6月9日には、第204回通常国会において、「場所の定めのない株主総会」に関する規定を新設した「産業競争力強化法等の一部を改正する等の法律」(令和3年法律第70号。以下、「改正産競法」という。)が成立し、同月16日、同法律が公布され、同法律における「場所の定めのない株主総会」に関する規定が施行されるとともに、同日、「産業競争力強化法に基づく場所の定めのない株主総会に関する省令」(令和3年法務省・経済産業省令第1号。以下、単に「省令」といい、改正産競法と併せて「改正産競法等」という。)が公布・施行された。改正産競法等は、新型コロナの影響、急激な人口の減少等の短期及び中長期の経済社会情勢の変化に適切に対応して、「新たな日常」に向けた取組みを先取りし、長期視点に立った企業の変革を後押しするため、ポストコロナにおける成長の源泉となる①「グリーン社会」への転換、②「デジタル化」への対応、③「新たな日常」に向けた事業再構築、④中小企業の足腰強化等を促進するための措置を講じるものであり⁹、そのような措置の一環として、一定の条件の下で、上場企業において「場所の定めのない株主総会」を開催することができる旨を定款で定めることができるものとしている(改正産競法66①)。これにより、後述のとおり、会社法上は開催が法的に困難とされていたバーチャルオンリー型株主総会が、我が国において初めて解禁されたものである(但し、上場企業に限る。)

- 4(-) このような状況の下で、近時、ハイブリッド型バーチャル株主総会を開催する企業は、次の表のとおり、年々確実に増加傾向にある。

9 <https://www.meti.go.jp/press/2021/08/20210802001/20210802001.html>

	2019年6月開催 ¹⁰	2020年6月開催 ¹⁰	2021年6月開催 ¹¹
ハイブリッド出席型	0社	9社	14社
ハイブリッド参加型	5社	113社	309社

(三菱UFJ信託銀行調査)

2021年6月の株主総会シーズンにおいては、ハイブリッド型バーチャル株主総会を開催した会社では、株主から好意的な意見が多く寄せられる一方、これを開催しなかった会社では、総会当日の発言・質問等でバーチャル株主総会の利用を求める意見が述べられるなど、バーチャル株主総会に対する株主の期待の大きさがうかがわれるところである¹²。

(二) また、2021年(令和3年)6月の改正産競法等の成立・公布・施行により解禁されることとなったバーチャルオンリー型株主総会について、本稿脱稿時点(令和3年11月末)で確認できている実施企業は3社と僅かであるが¹³、2022年(令和4年)以降に備えて、2021年(令和3年)6月～9月末までの株式総会において、バーチャルオンリー型開催のための定款変更(詳細は後記七3-(一)(2)参照)を行った会社が24社あり¹⁴、今後、バーチャルオンリー型を開催する企業も一定程度で増

10 実施事例集7頁

11 中川雅博「2021年6月総会を振り返って」(旬刊商事法務2269号)37頁

12 前掲注記11・中川・37頁

13 株式会社ユーグレナが日本初のバーチャルオンリー型を開催したのを皮切りに(日本経済新聞2021年(令和3年)8月27日付朝刊参照)、グリーン株式会社やfreee株式会社がバーチャルオンリー型を開催している。

14 吉田陽祐他「バーチャル株式総会実施動向と留意点」(旬刊商事法務2279号)32頁によれば、バーチャルオンリー型を開催可能とする定款変更を行った主な上場企業としては、武田薬品工業(株)、(株)三井住友フィナンシャルグループ、ソフトバンクグループ(株)、Zホールディングス(株)、(株)リクルー

加が見込まれよう。

五 バーチャル株主総会の類型と開催の可否

1 バーチャル株主総会の類型

一般的に、バーチャル株主総会は、

- ①ハイブリッド参加型バーチャル株主総会
- ②ハイブリッド出席型バーチャル株主総会
- ③バーチャルオンリー型株主総会

の3種類に類型化して整理されることが多く、実施ガイドにおいてもそのように整理されている（後掲【図表A】のとおり）。

すなわち、実施ガイドは、従来からの開催形態である、物理的に存在する会場に役員や株主等が一堂に会して開催される株主総会を「リアル株主総会」と位置付けた上で（以下、「リアル総会」という。）、まず、

(i) このリアル総会を開催する一方で、当該リアル総会の場に在所しない株主についても、インターネット等の手段を用いて遠隔地からこれに「参加」或いは「出席」することを許容する形態を「ハイブリッド型バーチャル株主総会」（以下、「ハイブリッド型」という。）と定義し

トホールディングス、(株)アイ・アールジャパンホールディングス、アスクル(株)、日本オラクル(株)、(株)メルカリなどである。なお、議決権行使助言会社のISSが、バーチャルオンリー型を開催可能とする定款変更議案に対し、「バーチャルオンリー型株式総会の開催を感染拡大や天災地変の発生に限定する場合を除き、原則として反対を推奨する。」としている（ISS「2022年版日本向け議決権行使助言基準」19頁）他、会社が都合の良い質問を恣意的に抽出する取扱い（いわゆる「Cherry-Picking」）への懸念が存在するなど、バーチャルオンリー型については議決権行使助言会社や海外機関投資家の一部からネガティブな意見も存在していることには注意を要する（前掲注記11・中川・37頁参照）。

ている。そして、このハイブリッド型は、更に、

- ・ リアル総会の開催場所に在所しない株主が、株主総会への会社法上の「出席」を伴わずに、インターネット等の手段を用いて審議等を確認・傍聴することができる形態である①「ハイブリッド参加型バーチャル株主総会」(以下、「ハイブリッド参加型」、或いは、単に「参加型」という。)
- ・ リアル総会の開催場所に在所しない株主が、インターネット等の手段を用いて、株主総会に会社法上の「出席」をすることができる形態である②「ハイブリッド出席型バーチャル株主総会」(以下、「ハイブリッド出席型」、或いは、単に「出席型」という。)

の2つに区別される(なお、この「出席」の意義に関し、ログイン時と議決権行使時のいずれの時点でこれを認めるかについて考え方が分かれるところであるが、この点については後述することとし、ここでは一先ず、「出席」とは「審議と決議に加わること」と理解しておけば十分である。)

他方、(ii) リアル総会を開催せずに、役員と株主がすべてインターネット等の手段を用いて完全オンラインで「出席する形態を③「バーチャルオンリー型株主総会」(以下、「バーチャルオンリー型」という。)と定義している。

実施ガイドは、上記の整理を前提として、このうち①ハイブリッド参加型と②ハイブリッド出席型を検討の対象とするものであるのに対し¹⁵、改正産競法等は③バーチャルオンリー型を射程としている。

15 インターネット等の手段を用いた株主総会の運営方法としては、他にも、株主に限定することなく広く一般にリアル総会の状況をライブ配信したり、株主総会終了後に総会の様子を事後配信することも考えられるが、これらは、実施ガイドではハイブリッド型には整理されていない。

本稿でも、実施ガイドの整理・類型化に沿って検討を進めることとする。

【図表A】(出典)実施ガイド



2 バーチャルオンリー型の開催の可否

ところで、会社法298条1項1号は、株主総会の招集決定事項として「株主総会の・・・場所」と定めているところ、この「場所」とは、株主が質問し説明を聴く機会を確保するため、物理的に入場することができる場所であればならないと解されており、バーチャルオンリー型は、リアル総会という特定の物理的な「場所」を定めずに完全バーチャルで株主総会を実施しようとするものであることから、学説においては、同号の存在により、現行会社法上は実施が困難と理解されていた¹⁶。

もっとも、前述したとおり、会社法の特別法である改正産競法の成立等により、上場会社を対象として、一定の条件の下でバーチャルオンリー型の導入・実施が解禁されており、バーチャルオンリー型の開催の法的可否に関する議論は、上場会社に限っては、立法によって解決されたことになる(詳細は後記七参照)。

3 ハイブリッド型の開催の可否

(一) 参加型と出席型の相違点

16 第197回国会衆議院法務委員会会議録第2号3頁〔小野瀬厚・法務省民事局長発言〕、北村雅史「株主総会の電子化」(旬刊商事法務2175号)11頁、等々。ただし、現行会社法上においても、その導入が理論的に許容されていることを示唆する見解として、前掲注記7・松井・27頁等。

参加型と出席型の相違点は、端的に、インターネット等の手段を用いた株主総会への関与が会社法上の「出席」（会社298①三・四、同309等）と扱われるか否かである。

参加型は、リアル総会の開催場所に在所しない株主が、インターネット等の手段を用いて、単に、遠隔地より審議等を確認・傍聴することができるという形態に過ぎず、株主総会への「出席」とは扱われない（あくまで「参加」であるとして、会社法上の概念である「出席」とは明確に区別されている）。そのため、参加型の方法で「参加」する株主（以下、「バーチャル参加株主」という。）は、株主総会という会議体の構成員（メンバー）ではない（後掲【図表B】を参照）。

これに対し、出席型は、株主総会の審議等の確認・傍聴という「参加」を超えて、遠隔地からのインターネット等の方法による「出席」、すなわち「審議・決議に加わることを認めるものであり、リアル総会に現実に出席している株主（以下、「リアル出席株主」という。）に加え、インターネット等の方法でバーチャル「出席」する株主（以下、「バーチャル出席株主」という。）を含めた全出席株主が、会議体の構成員（メンバー）となる（後掲【図表B】を参照）。

【図表B】（出典）実施ガイド



(二) 参加型開催の可否

参加型は、審議等の確認・傍聴のみが認められた単なる「参加」という形態に過ぎず、これまでも、リアル総会の審議等の状況を、ライブ配信等の方法で広く一般に公開する会社（公開対象を株主に限定せられない会社も散見される）は存在しており、参加型の開催については、リアル出席株主の肖像権を侵害しないかとか、円滑な総会運営に支障を来さないかなどといった事実上の問題への対応が必要であるものの、開催自体が法的に可能か否かという問題は生じない。上記四4(一)のとおり、2020年3月以降でバーチャル株主総会を開催した会社のうち、ほとんどの会社がこの参加型を採用しており、実務上は、企業において特に大きな抵抗なく実施が可能な類型と言えよう。

(三) 出席型開催の可否

- (1) 他方、出席型については、バーチャル方法による出席を、会社法上の「出席」と解して良いのかという意味において、その開催自体が会社法上許容されるかが一応問題となる。

この点、現行会社法の解釈としては、出席型の開催自体は可能であるものの¹⁷、開催の要件として、開催場所（リアル総会の会場）とバーチャル出席株主との間で情報伝達の「双方向性」と「即時性」

17 会社法施行規則72条3項1号は、株主総会議事録の記載事項として、株主総会の場所の記載に関し、「当該場所に存しない・・・株主が株主総会に出席をした場合における当該出席の方法を含む。」としているところ、これは、インターネット等の通信手段を通じて物理的な開催場所以外の場所から株主が「出席」する可能性があることを前提とした規定である（弥永真生「コメンタール会社法施行規則・電子公告規則〔第2版〕」（商事法務）361頁）。

が確保されていることが必要と解されている¹⁸。バーチャル出席株主は、リアル出席株主と一体となって、会議体のメンバーと位置付けられる以上、「出席」者としての実質を備えている必要があり、その実質は「双方向性」と「即時性」の要件充足により担保されることになる。

この情報伝達に関する「双方向性」と「即時性」が具体的に何を意味するのか、必ずしも明らかではないが、ハイブリッド出席型の実施にあたっては、バーチャル出席株主に対し、リアル出席株主の「出席」と同視できる程度に、審議等へ実質的に関与できる環境を提供することが求められると考えられ、その意味では、「双方向性」「即時性」が認められるためには、議長と、議長から発言を許可された役員や株主の発言内容等が即時に他の出席者に伝わるものが担保されている必要があろう¹⁹。

- (2) ところで、実施ガイド(13頁)は、「前提となる環境整備」という項目において、この「双方向性」と「即時性」の確保に関する具体的な対応方法を提言している。インターネット等の手段によるバーチャル出席には、サイバー攻撃や大規模障害等の通信障害発生のリスクがあるところ、通信障害が発生し、その結果、バーチャル出席株主が審議又は決議に加わることができない事態が生じた場合、「双方向性」も「即時性」も欠くこととなり、バーチャル出席株主は実質的には株主総会へ「出席」したものと評価されず、総会決議取消事由(会社831①)に該当する可能性がある。実施ガイドは、この通信障害についての事前の対策が、「双方向性」と「即時性」の確保

18 相澤哲他編著「論点解説 新・会社法 千問の道標」472頁

19 前掲注記5・澤口他・111頁

のために必要としており、どの程度の事前対策であれば決議取消のリスクを回避できるのか等について、一定の具体的対応策を提示している（詳細は、後記六2(二)参照）。

六 ハイブリッド型における諸論点と実務対応

前述したとおり、実施ガイドの公表と新型コロナの感染拡大を契機として、ハイブリッド型の株主総会を開催する企業は徐々に増え始めている。まだまだプラクティスの積み重ねとしては十分とは言えないものの、実施事例集において、実際にハイブリッド型を開催した企業の具体的対応が詳細に紹介されており、今後、企業がハイブリッド型の開催を検討・実行する上で参考とすべき有益な情報と言えよう。

以下では、参加型と出席型に分けて、問題となる法的論点や具体的な実務対応について、実施ガイドの整理に沿って検討することとし、適宜、実施事例集における対応例にも触れたい。

1 参加型

(一) 前提となる考え方

前述したとおり、参加型は、バーチャル参加株主を、株主総会には「欠席」として取り扱った上で、単に遠隔地からの審議等の確認・傍聴を認めるものに過ぎない。具体的なイメージとしては、株主が、リアル総会の場に出向かずに、自宅やオフィス等の遠隔地からパソコンやスマートフォン等の端末を利用して、特設されたWEBサイト等で配信される中継動画を視聴するような形である。参加型は、審議等の傍聴を認めるものに過ぎないため、基本的には違法の問題を生じない。そのため、円滑な総会運営への悪影響の可能性や肖像権等の問題を考慮する必要があるものの、多くの会社にとって特段の

支障なく実施可能な形態である。参加型の開催にあたっては、適法・違法という観点というよりは、株主への情報提供の拡充や建設的な対話の機会の確保といった株主総会の実質的の役割への期待という観点²⁰から、その導入の当否や具体的な運営方法等について検討すべきであり、その意味では、これらの検討事項は、会社毎に異なる株主総会の目的や位置付け（単なる決議の場としてではなく、株主との対話の場・IRの場として捉えるか否かなど）等を踏まえて、各社毎に創意工夫して検討・判断すべき事項である。

いずれにせよ、検討の結果参加型の開催を決定したのであれば、当該会社は、参加型の具体的な運営手続や参加手順等に関し、招集通知やWEBサイト等を通じて株主にその内容を事前に周知徹底することが求められよう。

（二）参加型開催にあたっての具体的な実務対応

（1）株主の参加方法・手順

実施ガイド（9頁）によれば、参加型の開催にあたっては、動画配信を行うWEBサイト等にアクセスするためのID・パスワードを招集通知等と同時に通知する方法や、既存の株主専用サイト等を活用する方法が考えられるとされている。バーチャル参加株主は、あらかじめ会社によって定められた方法・手順に従ってバーチャル参加することになるため、参加型を開催しようとする会社は、株主の参加方法や手順について、事前通知等により株主に周知させる必要がある。

20 この点に関しては、実施ガイド（8頁）も、「株主が会社の経営を理解する有効な機会」「株主にとって参加機会が広がる」などとして、参加型の意義について積極的に評価している。

(2) 議決権行使

バーチャル参加株主は、審議等を確認・傍聴できるに過ぎず、「出席」とは扱われないため、当日の決議に参加して議決権を行使することはできない。議決権行使の意思のある株主は、リアル総会に出席するか、出席できない場合には、書面や電磁的方法による事前の議決権行使(会社298①三・四、同311、同312)、或いは、代理人による代理行使(会社310。この場合、当該代理人はリアル総会に実際に出席して議決権を代理行使する必要がある。)が必要であり、実施ガイド(9頁)は、招集通知等でその旨を事前に株主に周知することを推奨している²¹。

もっとも、実務上、電磁的方法による議決権行使の行使期限については、「株主総会開催日の直前の営業時間終了時まで」と定められることが一般的であるところ、この行使期限を後ろ倒しにし、「株主総会における採決時まで」とすることができれば、参加型においても、この方法により、バーチャル参加株主は、審議の傍聴後に、審議の内容等を踏まえて、電磁的方法による議決権行使をすることができることになる。

この点に関し、会社法312条は、電磁的方法による議決権行使の行使期限につき、具体的時期を法務省令に委任しているところ、これを受けて同法施行規則70条は、行使期限を「株主総会の日時の直前の営業時間の終了時」としている。もっとも、同条かつ書は、「第63条第3号ハに掲げる事項についての定めがある場合」には、当該

21 実際、2020年6月に参加型を開催した会社の中には、株主に対して事前の議決権行使を要請している会社が多く見られた(尾崎安央編「別冊商事法務 NO457 バーチャル株主総会の実施事例」32頁～)

時点が行使期限になるものとしているところ、施行規則63条3号ハは、行使期限として、「特定の時（株主総会の日時以前の時……）」を定めることができるとしている。施行規則70条が「株主総会の日時の直前の営業時間の終了時」を原則的な行使期限としているのは、議決権集計事務の煩雑・負担を回避するという会社の便宜のためであり、会社が自らこのような便宜を放棄して、採決時直前を「特定の時」として定めることが禁止される理由はないはずである。施行規則63条3号ハの「株主総会の日時以前の時」を、「株主総会における採決時以前の時」と解することも、文言上不可能とまでは言えない。

そうだとすると、会社は、電磁的方法による議決権行使の行使期限を、「株主総会における採決時まで」と定めることも可能であると解され²²、会社がそのような行使期限の定めをした場合には、バーチャル参加株主は、審議傍聴後に議決権行使を行うことも可能と考えられる（実施ガイド（9頁注記6）も、そのような対応の可能性を認めている。）。

このような方法は、審議を確認した後に議決権を行使したいというバーチャル参加株主のニーズに適うものであり、議決権行使結果の集計作業等に支障を来さすことのないシステムの構築・整備が前提とはなるものの、上記バーチャル参加株主のニーズに対応するための工夫として、検討に値するものと思われる。

(3) コメント等の受付と対応

-
- 22 相澤哲他「会社法施行規則の総論等」（旬刊商事法務1759号）12頁においても、「株主総会の当日中における特定の時刻を指定することも差し支えない。」とされている。

参加型の場合、バーチャル参加株主は、会社法が出席株主に限り認めている質問（法314条）や動議（法304条等）を行うことはできない。

もっとも、会社法上の質問や動議とは別物として、WEBサイト上にテキストの入力フォームを設けたり、既存のWEB会議ツール（ZOOM等）のチャット機能を活用する等して、参加株主からコメント等をリアルタイムで受け付けることは、株主とのコミュニケーションを向上させるための措置として問題なく認められ、実施ガイド（10頁）もこれを許容している²³。バーチャル参加株主からのコメント等に対しては、役員に会社法314条の説明義務はないものの、上述した株主総会の実質的な役割を重視し、株主との建設的な対話の実現・充実の観点から、バーチャル参加株主にも一定のコメント等を認めたいという企業のニーズは存在し、実際にそのような対応を行う会社は多く見られる。

コメント等の受付の方法として、実施ガイド（10頁）においては、
i 多くの株主の関心が高いと思われるコメント等について、議長裁量（会社315①）により、株主総会の開催中に紹介・回答するという方法²⁴

23 なお、実施ガイド（10頁注記8）は、会社法上の質問と明確に区別する趣旨で、あえて「コメント等」と表記している。同様の観点から、コメントフォームを作成する際、「●●社への質問」ではなく、「メッセージ」「コメント」などと表記した実施会社が多い（松本加代他「＜座談会＞ハイブリッド型バーチャル株主総会の実務対応－実施ガイドを踏まえて」（旬刊商事法務2225号）18頁等参照）。

24 受け付けたコメント等を株主総会開催中に紹介する場合、そのタイミングを、質疑応答中とするか、質疑応答後とするのか、質疑応答後に紹介するとしても、リアル出席株主の質問が途切れなかった場合にその質問を

- ii 質疑応答前にコメント等を受け付け、事前質問状に対する一括回答と同様に、株主総会開催中に紹介・回答するという方法
 - iii 株主総会終了後にコメント等を紹介するという方法（例えば、株主懇談会等の場など）
 - iv 後日HP等で紹介・回答するという方法
- など様々な選択肢が提示されている。もとより、これらの選択肢以外でも、株主への情報提供に資すると考えられる適切な方法を、各社毎に工夫して採用することは勿論許容されるものである。

(4) 通信障害

参加型の場合、仮に総会開催中に通信障害が発生したとしても、そもそもバーチャル参加株主は「出席」とは扱われず、質問・動議の提出や議決権行使が認められない以上、議決取消事由の問題は生じない。万一、通信障害が生じた場合であっても、会社としては、リアル株主のみで採決を行って何ら問題はない。

とは言え、前述した参加型に期待される役割（株主への情報提供の拡充や建設的な対話の機会の確保等）の重要性を鑑みると、頻繁な通信障害の発生は問題であり、株主からの反発も予想されよう。バーチャル参加株主に審議等の様子を十分に傍聴してもらえるように、通信障害に対する事前の十分な準備・対策は、参加型の場合であっても必要と考える。

打ち切ってまで紹介をするのか、については実務上悩ましい点はあるが、画一的な対応が求められるものではなく、議事の進行状況やリアル出席株主の様子等を踏まえて、議長裁量で臨機応変に対応すべき事柄である（濱口耕輔＝山本ゆり「バーチャル株主総会実務の課題と展望」（旬刊商事法務2241号）19頁）。

2 出席型

(一) 実施ガイドの骨格となる「基本的考え方」²⁵

- (1) 株主総会の開催にあたっては、招集手続・決議方法の法令違反などの決議取消事由（会社831④）等があるとして訴えが提起されることのないよう、現在、多くの会社において慎重な総会運営が行われているという実態があり、これまで積み重ねられてきた裁判例・実務等も踏まえ、法的に安定的な議事運営の在り方が「あるべき実務」として広く共有されている。

他方、ハイブリッド出席型は、物理的な総会会場に在所しない株主が遠隔地から出席することを可能とする「新しい会議体」の形であり、これまで広く浸透してきた「あるべき実務」をそのまま当てはめることが困難な場面も多く存在するため、そのような場面では、むしろ従前とは異なる解釈や実務運用を積極的に検討していくべきである（必要性）。

そして、ハイブリッド出席型は、リアル総会の開催に加えて、追加的な出席手段を提供するもので、株主は、常にリアル総会に出席する機会が与えられており（言い換えれば、バーチャル出席株主はリアル総会に出席する権利を放棄したものと評価できる）、上述した「あるべき実務」を修正することも一定の場面では認められよう（許容性）。

実施ガイドは、このような「基本的な考え方」を前提として、これまでリアル総会で積み重ねられてきた「あるべき実務」を修正した個別の解釈・実務対応を示している。

- (2) ところで、実施ガイドでは、個別の解釈・実務対応に関する許容

25 実施ガイド12頁

性の論拠として、上記の「基本的考え方」のうち、「リアル総会の追加的な出席手段に過ぎない」という理由付けがしばしば用いられている。

このような理由付けは、株主にとって、リアル総会への出席の機会が、何ら制限されることなく実質的に保障されている場合であれば良いが、リアル総会への出席の機会が制限されている状況でも妥当するだろうか。例えば、本稿冒頭で紹介した、経済産業省・法務省公表の「株主総会運営に係るQ & A」によれば、新型コロナウイルス等の感染拡大が懸念される特殊な状況下において、感染拡大防止対策としての会場規模の縮小や株主の入場制限等の措置が特例として許容されているところであるが、そのような特例的措置が講じられている場合、株主には、リアル総会への出席の機会が真に保障されているのか疑わしい場面もあろう。さらに、(通常は、そのような特例的措置とセットで実施することになろうかとは思いますが)物理的な会場を会社の会議室に設定して、議長のみが当該会場に在りて議事を主宰するなど、物理的会場の規模をできる限り縮小した「ほぼ」バーチャルオンリー型株主総会の開催も、理屈の上では否定されるわけではなく²⁶、このような開催形態の場合には、より一層、株主にリアル総会に出席する機会が実質的に保障されていない疑いが強いと言える(もちろん、このような「ほぼ」バーチャルオンリー型は、株主の来場自粛等により、結果としてリアル総会への株主の出席がなかったという場合であれば問題はないが、リアル出席を制限する目的で、これを事実上不能とするような規模等のリアル総会会場をあらかじめ設定することは、株主の出席権を不

26 前掲注記24・濱口他・18頁

当に制限するものとして、そもそも違法となる可能性が高い。)

株主権への制約は必要最小限のものに留めるべきであることからすれば、リアル総会への出席機会確保の状況・程度その他の個別の状況を踏まえ、バーチャル出席は「追加的な出席手段に過ぎない」という形式的論拠のみで、一律に株主総会にまつわる株主権に制約を加えて良いのか疑問の余地はあろう。

(二) 前提となる環境整備

- (1) 前述したとおり、現行会社法の解釈としては、出席型の開催要件として、総会会場とバーチャル出席株主との間で情報伝達の「双方向性」と「即時性」が確保されていることが必要と解されている。通信障害によってバーチャル出席株主が審議又は決議に参加できない事態が生じた場合、「双方向性」も「即時性」も欠くこととなり、バーチャル出席株主は実質的には株主総会へ「出席」したものと評価されず、総会決議取消事由(会社831①)に該当する可能性がある²⁷。そのため、出席型を適法に開催するために、会社としては、「双方向性」と「即時性」の要件を充足するべく、通信障害についての事前の十分かつ合理的な対策をとる必要がある。

この点、実施ガイド(13頁)は、

- i 経済的合理的な範囲²⁸において導入可能なサイバーセキュリティ対策

27 株主側の問題に起因する通信障害等によってバーチャル出席株主が出席できない場合には、交通機関の障害によって総会会場に出席できない場合と同様、決議取消事由にはならないであろう(実施ガイド13頁)。

28 「経済的合理的な範囲」については、会社の規模や予想される出席株主数等の事情によって会社毎に程度が異なると考えられる。すなわち、比較的小規模な会社で合理的として是認される対策が、必ずしも大規模会社においても是認されるとは限らないであろう。

- ii 招集通知やログイン画面等における通信障害が起り得ることの株主への告知
 - iii バーチャル総会にアクセスするために必要な環境（通信速度、OSやアプリケーション等）やアクセス手順の株主への通知
- という具体的な対策を提示しており、これらの対策を講じていた場合には、仮に通信障害が発生してバーチャル出席株主の出席が妨げられたとしても、決議取消事由に当たらない（裁量棄却の検討すら不要）と解することが可能であるとする。
- (2) 万が一、出席型の開催中に通信障害が発生し、バーチャル出席株主の議決権行使が妨げられた場合、客観的に決議方法の瑕疵（法令・定款違反）は存在するため、決議取消事由（会社831①一）は認められ、会社が瑕疵防止のために注意を払っていたかどうかという主観的事実は、裁量棄却（同条②）の判断において考慮されるに過ぎないと考えるのが、従来からの解釈を前提とした一般的な理解である。

しかし、このような理解は、基本的にはリアル総会のみで開催を念頭に置いたものであり、ハイブリッド出席型の株主総会にはそのまま当てはまるのかは議論の余地があろう。すなわち、インターネット等を通じたオンライン形式で実施されるバーチャル株主総会の開催には、大規模停電、サイバー攻撃、地震等の天災その他の予期せぬ事情による通信障害のリスクは付き物であり、どのような盤石な事前のセキュリティ対策等を講じていても、通信障害の発生を回避できない場面というのはあり得る。それにもかかわらず、結果として通信障害が発生した場合には、事前に講じていた対策内容の合理性を問わず、一律に「決議取消事由アリ」と判断するのは、極

めて硬直的な結論のように思われるし、決議取消しのリスクを恐れて出席型の開催に会社が消極的になってしまう弊害も考えられよう。

出席型において、株主には、通信障害のリスクを懸念するのであればリアル総会に出席するという途が残されており、その意味では、(通信障害の場合に) 完全に出席の機会が奪われるわけではない。上記のとおり、通信障害が内在的・半不可避的なリスクであることを踏まえると、従来の実務解釈を変更することはやむを得ないとも考えられよう。

実施ガイドが提案するように、上記 i ~ iii の措置が講じられているのであれば、万が一、通信障害の発生によってバーチャル出席株主が審議又は決議に参加できなかったとしても、株主の出席権が受けるそのような制約は、バーチャル株主総会に内在する必要最小限のものとの評価も可能である。このような場合には、裁判所においても、これまでのリアル総会を念頭に置いた「あるべき実務」を修正し、決議取消事由に当たらないと判断される余地はあると考える。

また、仮に決議取消事由に当たるとしても、実施ガイド(14頁)も指摘するとおり、上記 i ~ iii の措置が講じられている場合には、少なくとも裁量棄却による救済可能性が認められ、結論として総会決議が取り消される事態は通常は生じないであろう。

- (3) なお、後述するとおり、バーチャルオンリー型においては、通信障害により議事に著しい支障が生じる場合に議長が延期・続行を決定することができる旨の議長一任決議と取っておき、実際に支障が生じた場合には別途株主総会決議を経ることなく当該一任決

議に基づいて議長の決定により延期・続行をするという対応が可能であるが(改正産競法66②による読替後の会社317かっこ書)、出席型においてこのような対応は明文の根拠なく認められない²⁹。

- (4) 実施事例集の中でも、上記 i ~ iii に関し、次のような対策が例示的に紹介されている³⁰。

まず、i に関し、①一般に利用可能なWEB会議ツールや第三者が提供する株主総会専門システムのサービスを利用した会社の他、②事前登録制を採用して登録者数をもとに必要なサーバーを構築した会社、③通信障害に備えてネットワーク回線を複数化したりバックアップサーバーを用意して総会に臨んだ会社、④株主を交えて事前の通信テスト・接続テストを実施した会社、⑤通信障害発生時の対処シナリオを準備した会社などがあった。なお、②事前登録制の採用に関しては、実施事例集(12頁)においても、通信の安定性等の確保のために許容されるものとされているが、事前登録を行わない株主のバーチャル出席を拒絶できるか否かについて明示はなく、具体的な運用にあたっては慎重な判断が求められるところである。

また、ii・iiiに関しては、通信障害や通信遅延が発生する可能性がある旨、及び、その場合に会社は一切責任を負わずサポートも

29 ただし、i ~ iii の措置を講じていることが前提ではあるが、仮に通信障害が発生し、総会開催中に短時間で復旧が困難と判断される場合には、リアル出席株主のみで議事進行する旨を議場に諮ったうえで(できれば、予め通信障害発生前(例えば開会宣言直後)に、バーチャル出席株主を含めた全株主の賛成を取っておくことが望ましいであろう)、リアル会場のみで株主総会を成立させるという対応は可能であろう(実施事例集23頁参照)。

30 実施事例集19頁以下

できない旨を招集通知に記載し、可能な限り事前に議決権行使を済ませた上で出席することを促した会社が多くあった。

いずれにせよ、通信障害に係る具体的対策の内容については、会社の規模や登録株主数、従前のリアル総会の実施状況その他の事情から予測されるバーチャル出席株主の人数等を踏まえつつ、会社毎に個別具体的に検討し採用すべきであるとともに、採用した対策については、できる限り具体的に株主に対して周知徹底する必要がある。

- (5) なお、出席型の開催にあたっては、通信障害という有事に備えた具体的対策とは別に、平時においても、バーチャル出席株主との間で情報伝達の「双方向性」と「即時性」が確保された形で総会運営を行う必要がある。この「双方向性」「即時性」が確保されていない状況（例えば、バーチャル出席株主の発言・質問等が会社に即時に届かないようなシステム設計になっている場合等）で出席型を開催することは、株主の権利を不当に制限するものであり、通信障害の有無及びそのための事前の対策の合理性とは無関係に、決議取消事由となろう。

この点、「双方向性」「即時性」の要件充足のためには、前記五三(三)(1)のとおり、議長と議長から発言を許可された役員や株主の発言内容等が即時に他の出席者に伝わるような状況が確保されている必要がある。

もっとも、「役員や株主の発言内容等が即時に他の出席者に伝わること」とは言っても、そもそも株主総会が、その運営上、出席株主同士の双方向の闊達なやり取りがなされる性質の会議体ではないことからすると、取締役会のように、出席者全員が「一同に会す

るのと同等に自由に協議ないし意見交換できる状態」(福岡地判平成23年8月9日³¹。原文ママ)であることまでは不要であり、会社側(議長側)と出席株主との間でリアルタイムでの双方向のコミュニケーションが確保され、かつ、適法に質問等を行っている株主の当該質問等の内容を他の出席株主がおおむねリアルタイムで理解できる状況が確保されていれば足りると解される³²。出席型においては、バーチャル出席株主による出席態様(発言・質問等の態様)としては、電話等の音声による場合やテキスト形式による場合などが考えられるが、いずれの場合であっても、バーチャル出席株主による発言・質問等の内容を概ねリアルタイム(多少のタイムラグは許容される)で他の株主が把握・理解できる状況さえ確保されていれば適法であり、必ずしもバーチャル出席株主同士が会話等を行う必要までではない³³。

-
- 31 https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/617/081617_hanrei.pdf
- 32 太田洋「バーチャルオンリー株主総会を解禁する産競法一部改正法案の概要と実務対応〔上〕」(旬刊商事法務2259号)20頁参照
- 33 従前からのリアル総会実務においても、第一会場に入り切らない株主については、(第一会場の審議等の様子を映した)モニター等を設置した第二会場その他の別会場に案内し、別会場からマイクや発言取次などによる質問等を認める実務は広く行われてきたところであるが(東京弁護士会会社法部編著「新・株主総会ガイドライン〔第2版〕」(商事法務)48頁)、これは、別会場の株主が、モニターテレビ等を通じて第一会場での審議等の様子をリアルタイムで確認できるとともに、マイクや発言取次等の手段で適宜発言等を行い、その発言内容等が第一会場の役員や株主等に概ねリアルタイムで伝達されることが、情報伝達の「双方向性」「即時性」充足の前提となっている(同2頁参照)。このような従前の実務においても、各会場にいる株主同士のコミュニケーションが可能であることが、「双方向性」「即時性」の前提となっているわけではない。

(三) 株主の本人確認・代理出席

(1) 本人確認

出席株主の本人確認方法について、会社法は特に明文の規定を設けておらず、これまでのリアル総会の実務においては、我が国における郵便システムに対する高い信頼性を背景として、株主名簿上の株主の住所に送付された出席票や委任状、議決権行使書面を持参した者は「株主本人」と認めて良いとされている³⁴。事前の電磁的方法による議決権行使(会社298①四)における本人確認についても、同じく郵便への高い信頼を背景として、株主名簿上の住所に送付された株主総会招集通知関連書類に記載の固有のID・パスワードやQRコード等を用いてログインした者は、「株主本人」と認めて良いとされている。

バーチャル出席株主の本人確認も同様の取り扱いをすれば足りると考えられ、実施ガイド(15頁)においても、事前に株主に送付する議決権行使書面等に、株主毎に固有のIDとパスワード等を記載して送付し、株主がインターネット等の手段でログインする際に、当該IDとパスワード等を用いたログインを求める方法³⁵が妥当とされている。実際にも、議決権行使書面に記載されたIDとパスワードのみの入力でのログインを認める会社は見られるところである³⁶。

もっとも、バーチャル出席株主については、リアル出席のように

34 前掲注記33・東京弁護士会会社法部編・26頁

35 電磁的方法による議決権行使の際に利用を認めるIDとパスワードを、バーチャル出席時のログインの際にそのまま利用できるかどうかは、システムを提供するベンダーや証券代行とも入念な協議が必要であろう(前掲注記24・濱口他・20頁)。

36 実施事例集25頁

目視による本人確認がなされず、非対面・オンラインでのログインという簡単な作業ゆえになりすましに対する心理的なハードルも低く、本人以外の者による出席の危険が相対的に高いと言える。また、電磁的方法による議決権行使とは異なり、出席型の場合、質問・発言等ができるため、なりすましが株主総会の運営に与える影響が大きい可能性がある。そこで、実施ガイド(17頁)は、IDとパスワードの入力のみならず、さらに高度な本人確認手続の実施が必要な場面もあり得るとしており、実際にも、①株主固有情報(株主番号、郵便番号、保有株式数)による認証を行う仕様とした会社、②事前登録時に議決権行使書の画像キャプチャを提出させた会社、③受付時に画面上に本人の顔と整理番号を映し出させることで本人確認を行った会社、④ブロックチェーン技術を利用した議決権行使システムを導入した会社などが、実施事例集において紹介されている³⁷。これらは、会社(議長)の合理的裁量として認められる対応であろう。

その他、URLやID・パスワード等の第三者提供を禁じる旨を招集通知等で説明することも、最低限のなりすまし対策としては考えられよう。

(2) 代理出席

実施ガイド(16頁)では、場所や移動時間の制約・制限がない出席型において、代理人によるバーチャル出席を認める要請は少ないとして、代理人による出席は、リアル総会に限るとする措置も妥当であるとされている。代理人によるバーチャル出席を認める必要性が乏しい一方で、委任状等による授権資格の確認作業は煩雑

37 実施事例集25頁

であるし、そもそもリアル総会への代理出席のみ認めていれば会社法310条には違反しないと考えられる。実際、出席型を実施する会社の多くにおいて、代理人によるバーチャル出席を認めていないようである³⁸。

なお、実施ガイド(17頁)によれば、仮に代理人によるバーチャル出席を認める場合における、代理人への授権の有無の確認や代理人の本人確認については、リアル総会での実務、すなわち、株主総会当日または前日までに、①委任状と委任者の本人確認書類(委任者の議決権行使書)を会社に提出し、さらに、②代理人本人の議決権行使書を提出する(一般に、上場会社では、定款で代理人資格につき「議決権を有する他の株主1名」に制限していることが多いため、この書面の提出を求めている。)ことで確認されていることに倣い、①をメール添付等の方法で事前に提出させることが考えられるとされている(この場合、代理人自らの固有のID・パスワードの入力によるログインを確認できれば、前記(1)のとおり、代理人の本人確認としては十分であり、②の代理人本人の議決権行使書までメール等で提出させることは不要と思われる。)

(四) 株主総会の出席と事前の議決権行使の効力の関係

(1) 従来のリアル総会における実務と修正の必要性

リアル総会の場合、事前に書面或いは電磁的方法による議決権行使をしていた株主が総会に出席したときは、実務上は、受付時の出席株主数へのカウントをもって事前の議決権行使が無効と扱われるのが一般的である³⁹。これは、書面又は電磁的方法による事前の

38 前掲注記21・尾崎編・21頁以下参照

39 前掲注記33・東京弁護士会会社法部編・37頁等

議決権行使は「株主総会に出席しない株主」（会社298①三・四）について認められるところ、受付時に「出席」とカウントされた株主は「出席しない株主」には該当しないため、事前の議決権行使ができないはずである、という点を条文上の根拠とする。

しかし、バーチャル株主総会の場合、総会当日の予定が流動的な株主において、「一応議決権の事前行使はしておいたが、少しだけ時間の余裕ができたので、ログインして審議の様子だけ視聴してみたい」といった、隙間時間を有効利用した参加の態様も考えられる（このようなフレキシブルな参加形態が可能となることも、正にバーチャル株主総会のメリットの一つと言えよう。）。このような株主は、リアル総会に比べて、途中参加（ログイン）や途中退席（ログアウト）の可能性が相対的に高いと言える。それにもかかわらず、リアル総会の場面を参考にして、（リアル総会の「受付時」に対応する）ログイン時に「出席」とカウントし、事前の議決権行使の効力を失わせると、その後の採決前のログアウトによる無効票を増やすことになり、株主意思を正確に反映しない可能性がある（ログインにより無効となった事前の議決権行使につき、途中ログアウトの場合のみ再度有効と扱うことも極めて煩雑であろう。）。

(2) 実施ガイドの提案とその考察

ア この点に関し、実施ガイド（18頁）は、ハイブリッド出席型においては、ログイン時ではなく、採決のタイミングで新たな議決権行使があった場合に限って「出席」とカウントし、当該株主の事前の議決権行使を無効と取り扱うことも許容されるとしている（なお、そのような取扱いとする場合は、あらかじめ招集通知等により株主に周知することが必要とされている。）。そして、

条文上の根拠については、会社法298条1項3号・4号の「株主総会に出席しない株主」とは、同条が総会会場で決議に参加できない株主に別途の方法での事前の議決権行使の方法を認めた制度であることに鑑み、「決議に出席しない」ことを意味すると解釈することも可能であるとする。また、リアル総会では、入場時に出席の確認を行い、採決時には改めて確認しない処理が一般的であることとの整合性に関しては、このような処理は、リアル総会において途中退席の把握が煩雑であることに照らし、会社の事務処理上の便宜から許容されている手法であり、バーチャル出席型で異なる処理を行うことも適法と解することが可能であるとしている。

このような実施ガイドの考え方は、会社法298条1項3号・4号の条文解釈として、審議への参加ではなく決議への参加をもって「出席」に当たるとするもので、常識的な「出席」概念⁴⁰とは異なるややテクニカルな解釈である感は否めないものの、そもそも同条項の条文趣旨（＝総会当日に決議に参加できない株主に事前の議決権の行使を認める趣旨）からは、むしろそのような解釈の方が合理的であるように思う。

隙間時間を利用して総会を視聴したいという株主のニーズがあるにもかかわらず、従前のリアル総会実務に倣ってログイン時に「出席」と扱い、株主による事前の議決権行使の無効票を増やすことに、特段意味があるとも思えない。また、前記(二)(4)のとおり、総会開催中の通信障害の場合に備えて、事前の議決権行

40 常識的には、会議やミーティングへの「出席」とは、採決のみならず討論・審議への参加をも含んだ概念と捉えられる向きがあるように思われる。

使を招集通知等にて促していた会社が一定数あったところであるが、そのような要請に従ってバーチャル出席株主が事前に議決権行使をしていたにもかかわらず、ログイン後採決前に通信障害が発生した場合に、ログインにより事前の議決権行使を無効としてしまうと、通信障害に備えて事前の議決権行使を促した意味が無くなるし、会社の要請に従って事前行使をした株主にとっても足元をすくわれた格好になろう。総会開催中の通信障害の場合、実施ガイドに従って事前の議決権行使を有効と取り扱っていた方が、相対的には決議取消事由のリスクが弱まると考えられる⁴¹。

そうだとすると、採決時に議決権行使をした株主に限り、「出席」したのものとして事前の書面又は電磁的方法による議決権行使を無効と取り扱う、という実施ガイドの提唱する手法は、妥当な解釈に基づくものと考えられる⁴²。

イ 他方、従前のリアル総会実務と同様に、ログイン時に「出席」したとして事前の議決権行使を無効と扱うことは、ハイブリッド出席型においても認められる運用である(実施ガイド(19頁)も「合理的な範囲での会社による選択が認められている」としている)。バーチャル株主総会に限らず、どの時点で株主を「出席」したものと扱うかについては、出席者数や議決権数のカウントに関する

41 武井一浩他編著「株主総会デジタル化の実務」(中央経済社) 47頁

42 北村雅史「事前の議決権行使と株主総会への『出席』の意味－東京高判令和元年10月17日を手がかりとして－」(旬刊商事法務2231号) 9頁においても、「個々の議案について書面投票・電子投票が撤回されるのは、それぞれの議案に関する決議に代理人が出席して有効に議決権行使をした場合である。」との見解が示されている。

事務処理負担等を考慮する必要があるため、ある程度会社の合理的裁量に委ねられた事項と言えるからである⁴³。

しかしながら、このような運用については、会社法上の適法性に関し全く疑義が無いわけではないと考える。そもそも、実施ガイドが言うとおり、会社法298条1項3号・4号の「出席」を決議への参加と捉えるのであれば、ログイン時には、株主総会への出欠はまだ確定しておらず、事前の議決権行使の効力を失わせる理由は無いのであり、ログイン時に出席と取り扱う方法も選択可能とすることは論理的一貫性を欠くとも思えるからである。

この点、リアル総会の場合には、前述のとおり、物理的会場から途中で退席する株主の数や議決権数を厳密に把握することが極めて煩雑・困難であるため、このような事務処理負担を軽減させる観点から、実務上は、受付時に出席したものとカウントする運用が一般的であり、このような運用も、会社の合理的な裁量判断として許容されている。しかし、バーチャル株主総会の場合、ログインはしたものの議決権を行使しないバーチャル出席株主の数や議決権数について、決議の時点で瞬時に集計・カウントすることは、システム設計上必ずしもハードルは高くはないものと思われ、リアル総会のような事務処理上の煩雑さが認められるのか疑問である。

現時点で、従来のリアル総会の実務を維持（すなわち、ログイン時出席扱い）することが、直ちに違法（決議取消事由）と判断されることはないと思われるが、将来的には、バーチャル株主

43 田中亘他「<座談会>本年の実務と残された課題 ハイブリッド“出席型”バーチャル株主総会を検討する」（ビジネス法務20巻12号）27頁参照

総会の実務が広く浸透するにつれ、バーチャル総会実施システムと議決権集計・管理システムとの連携等、議決権集計に関するシステム設計についても技術進歩・実務集積が見込まれるところであり、途中ログアウトにより議決権を行使しない株主を瞬時に把握することは、更に容易になることが予想される。このような状況において、前述した事務処理負担の軽減による会社の合理的裁量がどこまで認められるのかは、事前に議決権を行使した株主の合理的意思（バーチャル傍聴のみを希望するニーズがあること等）の解釈に関する問題であり、個別の事情によっては、ログイン時に出席と扱って事前の議決権行使を無効と取り扱うことが、当該株主の合理的意思に反するとして違法と判断されるケースはあり得ると思われ⁴⁴、慎重に議論すべき課題であろう。

-
- 44 東京高判令和元年10月17日（アドバネクス控訴審判決・旬刊商事法務2231号4頁）（前掲注記42・北村・4頁以降参照）は、事前に書面投票を行った法人株主の担当者が株主総会の会場に入場し採決時にもその場に存在し続けたという事案において、当該担当者は「傍聴のために」総会会場に入場したのであり、事前の「議決権行使書と異なる内容で議決権を行使する意思を有していないことは明らかであった」として、事前の議決権行使書面の効力を維持させることが相当であると判断している（同判決は、明記はしていないものの、当該株主につき、傍聴のための入場をもって「出席」には該当しないと評価したものとされる。）。同裁判例は、会場受付をもって「出席」と取り扱う従来からの実務が、個別事情の下で、株主の合理的意思に反し認められない場合があり得ることを前提とするもので、バーチャル出席型において、ログイン時をもって「出席」と扱うことの可否に関し、参考になる裁判例と思われる。
- 45 近時、関西スーパーが開催した臨時株主総会において、特定の大株主Aとの株式交換議案に関する票読みを巡り、別の株主Xから決議の瑕疵に基づく株式交換の差止仮処分命令申立てがあり、最高裁による司法判断がなされた。事案は、事前の議決権行使において会社提案に賛成をした

なお、仮にリアル総会と同じ実務を維持する場合、隙間時間で

株主Bが、当該事前行使が有効であると考え、総会当日は会場において白紙投票をしたため、当初の集計では当該議案は否決されたところ、その後、Bより自らの議決権行使の内容を確認する申出が為されたため、それを受けて、会社が白紙投票を賛成票に切り替えたことにより、再集計の結果、当該議案が可決されたというもので、Bの議決権行使の賛成票への切替えにつき、Xが決議の瑕疵にあたりと主張したものである。当該事案において、大阪高裁（大阪高決令和3年12月7日・資料版商事法務454号115頁）は、「各株主の投票内容については、投票用紙の記載・不記載や提出・不提出により客観的に判定することが第一義的に求められる」としつつも、「投票のルール of 周知や説明がされておらず、そのために株主がこれを誤認したことがやむを得ないと認められる場合であって、投票用紙以外の事情をも考慮することにより、その誤認のために投票に込められた投票時の株主の意思が投票用紙と異なっていたことが明確に認められ、恣意的な取扱いとなるおそれがない場合には、株主総会の審議を適法かつ校正に行う職責を有するといえる議長において、これら投票用紙以外の事情をも考慮して認められるところにより株主の投票内容を把握することも許容される」とし、結論として、会社による取扱い（Bの議決権行使の賛成票への切替え）を適法とした。そして、最高裁（最決令和3年12月14日・資料版商事法務454号106頁）もこの大阪高裁の判断を是認したものである。従前からの実務に従えば、Bが総会に出席した時点でBの事前の議決権行使は無効となり、会場での白紙投票は棄権と扱われるため、当該議案は当初の集計結果どおり否決となるはずである。もっとも、株主Bとしては、会社提案に賛成の事前行使が有効であると考え、会場で白紙投票をしてしまったものであり、会社提案に対して棄権と取り扱うことは、Bの合理的意思に反するおそれがある。大阪高裁及び最高裁は、前掲注記44のアドバネクス控訴審判決と同様、議決権行使について株主の「合理的意思」を重視する姿勢を取ったものと評価できる（但し、大阪高裁及び最高裁は、議長が議場での投票用紙以外の事情を考慮して株主の投票内容を把握することが許容される例外的場合があるとしたものに過ぎず、株主総会への出席によって事前の議決権行使を無効と取り扱う実務について、違法と判断したわけではない点には、留意が必要である。）。

の審議の傍聴だけを希望する（事前の議決権行使を行った）株主に配慮した対応としては、出席型ログインページの他に、参加（傍聴）型のライブ配信等のログインページを準備したり⁴⁶、招集通知やログイン画面において、ログインによって事前の議決権行使が無効と扱われる旨の十分な注意喚起とログイン後の速やかな議決権行使を促すこと等が考えられ⁴⁷、上述した従前のリアル総会の実務を維持することの適法性に関する疑義に照らせば、少なくとも、これらの対応は必須のように思う。

(3) 実施例

実施事例集⁴⁸においては、ログイン時をもって事前の議決権行使を無効と扱う会社と、当日に議決権行使があった場合に無効と扱う会社の両者があった。ただし、前者の会社であっても、事前の議決権行使を無効と扱うのは出席専用サイトへのログイン時であり、それとは別に一般のライブ中継配信ページが設けられ、そこへのログインは無関係とされており、単に審議を傍聴したいという株主のニーズに配慮した対策をとっていたことには注意を要する。

(五) 株主からの質問・動議の取扱い

(1) バーチャル出席株主による質問・動議のリスク

出席型は、バーチャル出席株主に株主総会への「出席」を認めるものであるから、本来であれば、バーチャル出席株主は、リアル出席株主と同様に、質問（会社314）や動議（会社304）を行うことができるはずである。

46 実施ガイド18頁

47 遠藤佐知子『『ハイブリッド型バーチャル株主総会の実施ガイド』の解説』（旬刊商事法務2225号）32頁

48 実施事例集26～27頁

この点、リアル総会の場合、質問・動議については、挙手した株主を議長が指名し、指名された者に限りこれを行うのが一般的であるが、時間等の制約上、挙手した株主全てが発言できるわけではない。しかし、バーチャル株主総会の場合、質問内容をテキストで打ち込み、これを確認した議長がその受けの可否を判断するとの運営が主として想定されるため、事前に質問内容を確認できる議長において、多くの株主にとって有意義な質問を取り上げることができ、株主との建設的対話に資すると考えられる⁴⁹。

他方、株主にとって、非対面・オンラインでの開催という性質上、質問・動議の提出に対する心理的ハードルが下がると考えられている上、コピー&ペーストが可能であることから、議事運営を妨害するといった不当な目的で、同じ質問・動議が複数回送られたり、同時に複数社の株主総会に出席して同じ質問や動議を送信することも可能になるなど、質問・動議の濫用的行使の事案も考えられる。とりわけ、動議に関しては、直ちに議場に諮るという対応が必要な場合もあり得るため、濫用的行使による弊害リスクが増大する可能性がある。

これらの事情を踏まえ、実施ガイド(21頁)においては、質問や動議を取り上げるための準備に必要な体制や時間を考慮し、リアル出席株主とバーチャル出席株主の出席する株主総会を一つの会議体として運営するための、出席型特有の合理的な取扱いが示されている。

(2) 質問

49 議長において、バーチャル出席株主による質問等を取り上げるか否かの判断の際に、恣意的な運用を行うことは当然許されない(実施ガイド20頁)。

ア 質問に関して、実施ガイド(21頁)は、WEB上の投稿フォームへのテキスト入力という質問形式を念頭に置いた上で、1人が提出できる質問回数・文字数・送信期限などの制限や、質問を取り上げる基準・考え方に関する運営ルールを定め⁵⁰、これらを招集通知やWEB上で株主に周知させるという方法を提示している。バーチャル出席株主は、このフォームに質問内容を書き込んで会社へ送信し、会社側は事前に定めた合理的な選別基準に従って質問内容を確認・選別し、議長判断においてそれを取り上げることになる。

また、適正性・透明性の担保のため、受信したものの回答できなかった質問の内容や回答を後日HP等で公開するなどの工夫も考えられ、実施ガイド(21頁)もその点に言及している。

なお、実施ガイドでは、テキスト形式での質問が念頭に置かれているが、電話等の音声を用いた質問受付も、システム上対応可能であれば、特段問題なく実施可能である。実施事例集においても、ウェブ会議ツールの挙手機能の利用や、電話の利用によって、リアル出席の場合の取扱いと同様に、議長の指名があった場合にはじめて質問・発言ができるようにするといった運営方法も考えられるとされている⁵¹。

イ リアル総会の場合であっても、議長において、出席株主が求め

50 リアル総会でも、質問者の指名は、一般的には議長の議事整理権(会社315①)の範囲内と解されていることから、それとのバランス上、法的には、質問選別基準について取締役会の事前決定までは不要と解される(太田洋「バーチャルオンリー株主総会を解禁する産競法一部改正法案の概要と実務対応〔下〕」(旬刊商事法務2260号)44頁参照)。

51 実施事例集31頁

る質問・発言の全てを取り上げて説明する必要ではなく、適切に議事を進行させるべく、議長の議事整理権（会社315①）に基づいて、質問や発言の内容・時間・順序・タイミング等に制限を加える他、質問自体を打ち切ることも、もとより適法である⁵²。そのため、ハイブリッド出席型においても、実施ガイドが提示する、（テキスト形式での質問に関する）質問回数や文字数⁵³、送信期限などの制限の設定は、議長の議事整理権の範囲内の事項として許容されると考える。

また、テキスト形式での質問として受け付けたものの、議長が実際には取り上げなかった質問については、取り上げない以上、「株主総会において、株主から特定の事項について説明を求められた場合」（会社314）には該当せず、恣意的な選別とならない限り、取締役等の説明義務違反を構成しない⁵⁴。挙手機能や電話等

-
- 52 前掲注記33・東京弁護士会会社法部編・87～93頁参照。ただし、議長が質疑応答を打ち切ることができるのは、議題の合理的な判断のために必要な質疑が尽くされている必要がある（東京地判平成3年12月24日判時1452号127頁参照）。
- 53 上場会社のリアル総会においても、同一の株主からの質問を1～2問、発言時間を2分以内とする例が数多くみられることや、平成17年改正前商法の下では株主提案の提案理由についてすら株主総会参考書類に記載される分量は400字以内に制限することが認められていたこと（旧商法施行規則17①）等に照らすと、出席型において、同一の株主が送信することができる質問等の数について1～3問、字数について200～300字以内に制限すること（実施事例集31頁）は、合理的な範囲の制限として是認されると解される（前掲注記50・太田・44頁）
- 54 澤口実「ハイブリッド型バーチャル株主総会」ジュリ1548号（2020）19頁。なお、合理的な選別基準を考える上でのポイントを考察した論稿として、倉橋雄作「バーチャルオンリー総会の実務対応〔下〕－実施企業へのヒアリングを踏まえて－」（旬刊商事法務2286号）46頁以下が大変参考になる。

による音声での質問に関しても、リアル総会の場合と同様、恣意的な選別とされない限り、議長の合理的な判断で指名し質問等を認めれば足り、挙手した者全ての質問等を取り上げる必要はない。

ところで、テキスト形式の質問の受付開始時期に関しては、総会開始時以降に限定する必要はなく、総会開始前の一定の日から事前質問として受付を認めることも可能であり、実際にそのような対応を行う会社も見られる（このような対応は、事前に余裕をもってバーチャル出席株主からの質問内容を確認し、多くの株主にとって関心があると思われる重要な事項についてこれを取り上げて説明することができるという点で、株主総会の審議の充実に資することになろう。）。この点、総会開始前にWEB上で受け付けたテキスト形式の質問は、形式的にはあくまで事前質問であり、従前からのリアル総会の実務を前提とすると、総会開催中に同じ内容の質問が為されない限りは、会社には法的な説明義務は生じないことになろう。しかし、会社が運営上の必要から質問提出時間を招集通知等により指定し、この指定に従って株主も指定時間内にテキスト形式で質問を送信したにもかかわらず、総会開始前の事前質問であるとして、総会開催中に同じ質問が為されない限り、会社は法的には一切取り上げなくても良いとするのは、会社及び株主の合理的意思に反するとも思える。会社が総会開始前の事前のテキスト質問の提出を認めた場合には、事前の質問は、総会開催中に提出された質問に準じたものと取り扱うべきではないだろうか。そうだとすると、会社が質問提出時間を指定した場合には、指定した時間内にテキスト提

出された質問については、仮に総会開始前に提出されたものであったとしても、総会開催中に提出された質問と同様に、説明義務の対象となると解すべきである。会社としては、具体的には、事前のテキスト質問を含めて、あらかじめ定めた質問を取り上げる基準・考え方に関するルールに従って、説明を行うかどうかの検討を行うべきであり、仮に、質問者数・質問数が多数に上り全て取り上げられない⁵⁵等の事情の下で、検討の結果当該質問を取り上げないということであれば、それは、恣意的な選別とはならない限り、議長の議事整理権（会社315①）に基づく合理的な対応として説明義務違反とはならないと思われるが、他方で、他の質問者数や質問数との関係で、総会開催中に取り上げる時間が十分にあるにもかかわらず、総会開始前の質問であること（総会開催中に再度同じ質問が為されていないこと）のみを理由に、これを取り上げずに一切説明しない場合には、恣意的な選別として説明義務違反となる可能性があると考えられる。なお、総会開始前に提出されたテキスト質問については、会社としては、従前からリアル総会実務において広く行われている事前質問状（会社314但書、施行規則71一イ）への対応⁵⁶に倣い、（仮に総会開催中に同じ質問が為されたのであれば説明を要する事項に限り）

55 なお、三井住友信託銀行の調査によれば、2021年（令和3年）6月にハイブリッド型（参加型を含む）を開催した企業のうち、事前質問の件数を確認できたのは44社であったとのことである（前掲注記14・吉田他・31頁）この44社のうち、事前質問を100件以上も受け付けた会社は僅か3社で（うち1社は200件以上）、残りの41社の平均は6.4件であり（同頁）、事前質問自体の件数が極端に多数にのぼり、その全てを取り上げられないという事態は、今のところはレアケースであると言えよう。

56 前掲・注記33・東京弁護士会会社法部編・104頁

総会開催中の適宜のタイミングで議長より一括回答することも考えられよう。

他方で、テキスト形式の質問の受け付けを総会開始時点で締め切ることは、株主総会の場合での株主の質問権を奪うものであり、違法と解される。

ウ 実施事例集においては、

- i 質問は1人1問、文字数を200文字までと制限した上⁵⁷で、質問検討時間の確保のため、質問の受付時間を総会開始の1時間前から質疑応答開始の5分後までとする会社
- ii 株主総会の目的外事項、詳細な調査が必要な事項、重複する質問事項、顧客や従業員等の権利や利益を侵害するおそれのある事項、株主総会の運営を妨げる目的が明らかな濫用的な質問については、質問を取り上げず、回答を差し控える場合がある旨を招集通知等の記載した会社
- iii 株主総会の運営を妨げる発言や不適切な質問や不規則発言が繰り返されるなど、議事の運営に支障をきたすと議長が判断した場合には、会社からバーチャル出席株主との通信を強制的に遮断する場合がある旨を招集通知等に記載した会社
- iv 総会后に自社サイトで質問や回答を掲載・公表した会社
- v WEB会議ツール（ZOOM等）の挙手機能により挙手し、議長が指名した株主に限りミュートを解除して、質問を受け

57 三井住友信託銀行の調査結果（参考値）によれば、2021年（令和3年）6月開催のバーチャル株主総会において、回数の制限で最も多かったのは「1回のみ」、文字数の制限で最も多かったのは「101文字～300文字」であったとのことである（前掲注記14・吉田他・31頁）

付けるように準備したり、会場のオペレーターに電話し議長の許可を得て電話での質問を受け付けた会社等が紹介されている⁵⁸。

(3) 動議の提出・採決

ア 実施ガイド(21頁)では、動議の提出については、提案株主に対して提案趣旨や理由の説明を求める必要がある場合があるが、バーチャル総会においてバーチャル出席株主にそれを実施することは、現実の運営上もシステム設計上も困難を伴うことが想定されるため、事前に招集通知等において、「バーチャル出席者の動議については、取り上げることが困難な場合があるため、動議を提出する可能性がある方は、リアル総会へご出席下さい。」といった案内を記載し、動議についてはリアル出席株主からのもののみを受け付けるといった対応も考えられる、とされている。

また、動議の採決についても、動議の内容によっては(例えば、議長不信任動議)、その都度個別に議場の株主の採決をとる必要がある場合もある上、招集通知には記載のない案件であることから、現実の運営上もシステム設計上⁵⁹も、バーチャル出席株主にそのような動議について賛否の表明をさせることには困難を伴うことが想定される。そこで、実施ガイド(22頁)では、事前に招集通知等において、「当日、会場の出席者から動議提案がなされた場合など、招集通知に記載のない件について採決が必要となった場合には、バーチャル出席者は賛否の表明ができない場合があります。その場合、バーチャル出席者は、事前に書面

58 実施事例集28～31頁

59 例えば、修正動議の場合、あらかじめ予想が困難な修正動議の議案をシステム上に表示して採決することができるのかといった問題があろう。

又は電磁的方法により議決権を行使して当日出席しない株主の取扱いも踏まえ、棄権又は欠席として取り扱うこととなりますのであらかじめご了承ください」といった旨の案内を記載し、その上で、バーチャル出席者は、実質的動議については棄権、手続的動議については欠席として取り扱うといった対応が考えられる、とされている⁶⁰。

イ 実施ガイド(23頁)では、a 動議に関する権限をバーチャル出席株主に認めることについては、現実の運営やシステム設計等の点に関し、「会社の合理的な努力で対応可能な範囲を超えた困難」が生じることが想定されるとして、それらの権限を制約することの必要性が示されている。そして、そのような制約の許容性として、b 出席型においてバーチャル出席が「追加的な出席手段」であることが挙げられている。つまり、株主には、リアル総会への出席の機会が確保されており、動議を提出或いは採決したいのであれば、リアル総会へ出席すれば良いのであり、それにもかかわらず、バーチャル出席を選んでいるのであるから(「リ

60 リアル総会の場合、議決権行使書面或いは電子投票については、①修正動議の場合、原案に反対の書面・電子投票は「棄権」と扱い、②手続的動議の場合、「欠席」と扱われるのが一般的である(前掲注記33・東京弁護士会会社法部編・255頁)。①については、原案に反対の書面・電子投票が、修正動議に賛成かは不明であるため、これを「棄権」と扱うものであるところ、バーチャル出席株主に動議への採決を認めない場合、修正動議に賛成かは不明であるため、同様に「棄権」と扱うことになろう。また、②については、事前の議決権行使をした株主は総会当日の手続的動議への賛否を表明しようがなく、書面・電子投票の効力は手続的動議には及ばないと解されることを根拠とするものであるところ、バーチャル出席株主に動議への採決を認めないのであれば、手続的動議への賛否を表明しようがなく、同様に「欠席」と取り扱う他はないであろう。

アル総会への出席権の放棄」、動議に関する権限に対する制約も許容される、というロジックである。

実施ガイドは、これら ab を根拠として、動議に関する権限を一切認めないという対応を許容するものである。

ウ しかし、出席型においてバーチャル出席株主についても「出席」と扱われるにもかかわらず、出席株主に当然に認められるはずの動議に関する権限（提出・採決）につき、「一切認めない」とする取扱いが法的に許容されるのか、疑問である。

まず、動議の提出に関して、動議の趣旨・内容が不明確な場合があり得ることへの対応としては、プルダウン方式で動議の種類を選択させるという仕様をシステム上で設けることが考えられる（具体的には、「手続的動議」「実質的動議（議案の修正動議）」の選択肢を設け、更に、手続的動議の中では、「議長不信任動議」「質疑打切り」「休憩動議」⁶¹等の具体的な手続的動議の中身に関する選択肢に加え、手続的動議を求める理由等をテキスト形式で入力できるフォームを設け、他方、修正動議の中では、「第1号議案」「第2号議案」等の対象となる議案の選択肢の他、修正動議の内容・理由等をテキスト形式で入力できるフォームを設ける、といった設計が考えられる。）。このようなプルダウン方式は、技術的には困難なものではなく、実際にそのような方式を採用した会社もある（後述エの実施例参照）。また、前述した音声によ

61 実施ガイド（23頁）は、休憩動議はリアル出席株主のみにその権利があると考えられることもできるとするが、審議等の様子を中断することなく全て確認したいというニーズはバーチャル出席株主にもあり得るのであり、バーチャル出席株主に限り休憩を求める権利を認めない合理的理由はないように思う。

る発言等を認める会社において、動議の趣旨・内容が明確であるにもかかわらず、「バーチャル出席株主は、動議の提出は認められない。」としてこれを一切取り扱わないで良いのか、大いに疑問が残るところである。

動議の採決に関しても、休憩や質疑打切り動議など、一部の手続的動議は議長裁量で処理されることも多く、また、修正動議については、事前の議決権行使により会社提案の賛否が決しているような場合には、従来のリアル総会の実務と同様に、会社提案との一括採決（原案先議で可決し、修正動議については採決不要とする）という方法も考えられる。そもそも、実務上提出可能な動議の種類はある程度決まっているのであるから、当該動議について適宜バーチャル出席株主に賛否を問うことのできるシステム仕様をあらかじめ設計・構築することに、技術的な困難が伴うとも思えない。

前述したとおり、感染拡大防止策としての来場自粛要請の下での開催の場合や、「ほほ」バーチャルオンリー型の開催形態の場合、リアル出席の機会が実質的に保障されているとは言えないため、これらの場合には、「動議を提出・採決したければ、リアル総会に出席すれば良い」という理由付けは使いづらい。リアル総会への出席に何らかの支障・制限があるような場合を含め、一律に、「追加的な出席手段を提供するに過ぎない」を理由として、動議の提出・採決に関する権限を一切認めないとするのは、不適當ではないか。バーチャル出席株主の権利に対する制限は、出席態様の差異等を理由とした必要最小限のものに留めるべきであり、その点で、動議に関する権限を一切認めない対応を許

容する実施ガイドの考え方は、行き過ぎの感が否めない⁶²。

動議対応が可能なシステムを提供する事業者も増加している等、バーチャル出席株主による動議提出・採決について、実務上の困難は解消されつつあると思われ⁶³、また、現実にも動議提出・採決を可能とする出席型実施会社も存在すること等に鑑みると、実施ガイドのように、動議の種類・内容、提出時の状況その他の事情を考慮することなく、バーチャル出席株主であることのみを理由に動議の提出権・採決権を一律に認めないという対応は、決議取消事由のリスクを孕むものであり、その採否については慎重に検討する必要があると考える⁶⁴。

エ 実施事例集においては、

- i 動議提出はリアル出席株主に限定し、リアル株主が提出した動議についても、バーチャル出席株主は賛否の表明ができな

62 実施ガイドの策定にメンバーとして関与された田中亘教授も、実施ガイドの方針につき、「動議を出したいのであればリアル出席すれば良い」というロジックを全面的に押し出した結論である旨を指摘されている（前掲注記43・〈座談会〉田中発言・30頁）。

63 実施ガイド22頁注記24においても、動議の提出に関し、「将来的なシステムインフラの整備状況によっては、バーチャル出席株主の動議の取扱いについても、リアル出席株主と同様に取扱うことができることも考えられる」とされ、また、同注記25において、動議の採決に関し、「全体として提出される質問や動議が少ないなど運営上のキャパシティがあり、かつ、バーチャル出席者から送られた内容が明らかで確認等の必要がなく、原案との一括採決が可能である場合など、対応が可能な場合もあると考えられる。」とされている。

64 田中亘教授も、動議の種類や内容、或いは、来場自粛・制限等によるリアル総会への出席可能性の状況等により、提出された動議を取り上げなければならない場合もあり得る旨示唆されている（前掲注記43・〈座談会〉田中発言・30頁）。

い（棄権又は欠席として取り扱う）旨を招集通知に記載した会社、の他、

ii プルダウン方式で、手続的動議や議案修正動議などを選択でき、テキストボックスに動議（200文字まで）を入力後、送信をクリックすることで動議を提出できるようにシステムを設計した会社

iii 動議の受付けは、株主総会当日の一定の時間（質疑応答開始後〇分後）までを期限とした会社

等が紹介されている⁶⁵。

(4) 通信の強制的な途絶

実施ガイド（23頁）は、システム的に対応が可能な場合であっても、バーチャル出席株主による質問や動議の提出について、濫用的であると認められる場合に上げないことが許容されるのは勿論、その濫用の程度によって、株主総会の秩序を乱すと判断される場合には、リアル総会での強制退場処分（会社315②）と同様に、バーチャル出席株主の通信を強制的に途絶する対応も許容されるとしている。ただし、リアル総会での強制退場処分と同様、株主総会における秩序維持のための最終手段として、厳正かつ慎重な判断・対応が求められるところである⁶⁶。

実際には、不適切な質問や不規則発言が繰り返されるなど、バーチャル出席株主の発言により議事の運営に支障をきたすと議長が

65 実施事例集28～31頁

66 岩原紳作編「会社法コンメンタール7－機関(1)」(商事法務) 276頁。なお、実施ガイド（23頁）は、強制的通信途絶の具体的要件についての招集通知等による事前通知を要求しているが、リアル総会の強制退場処分の場合とのバランスからして、事前通知が法的に必要なかは疑問である。

判断した場合には、会社からバーチャル出席株主との通信を強制的に遮断する場合がある旨を招集通知に記載する会社が多く見られた。

(六) 議決権行使の在り方

出席型は、バーチャル出席株主を「出席」と取り扱うものであり、当然、その議決権行使を認める必要がある。これは、事前の議決権行使としての電磁的方法による議決権行使（会社298①四・同312）ではなく、当日の議決権行使であり、会社としては、株主総会当日、ログイン後に議決権を行使できるようシステムを整える必要がある（事前の議決権行使の取扱いについては、前記④参照）。

この点、議決権行使による賛否結果の確認方法に関しては、リアル総会では、事前の議決権行使や大株主の賛否等の状況を勘案し、その結果が明らかな場合には、当日出席株主の賛否について詳細は確認することなく、採決結果を判断することが広く行われている（当日出席株主には、拍手・挙手・起立等により形だけ議決権を行使してもらい、賛成票を投じた株主数・議決権数の厳密な把握は行わず、また出席株主等への明示もしない。）⁶⁷。出席型においても、同様に、例えばWEB会議ツールの「拍手ボタン」を活用するなどの簡便な方法で賛否・採決結果を確認・判断することが可能である（実施事例集34頁）。

67 株主総会における決議方法については、定款に別段の定めがない限り、議案の賛否について判定できる方法であれば、いかなる方法によるかは総会の円滑な運営の職責を有する議長の合理的裁量にゆだねられているところ、会議体の一般原則・慣行としては、挙手等により事前の議決権行使結果と併せて議案に対する賛否の判定ができる方法で行えば足り、出席株主による賛否の集計・明示までは不要である（東京地判平成14年2月21日判時1789号157頁、前掲注記33・東京弁護士会会社法部編・265～267頁）。

もっとも、事前の議決権行使のデータシステムとの連携等により、バーチャル出席株主による議決権行使分を含め、リアルタイムで賛否の議決権を集計・公表することは技術的に十分に可能であり、実際にそのような実施例もある（実施事例集34頁）。このような対応は、バーチャル出席株主に臨場感を与え、リアル会場との一体感を醸成するものであり、株主の満足度という観点から一定の意義があると考えられる⁶⁸。

なお、株主総会終了後に上場会社等に提出が求められている臨時報告書（金商法24の5④、企業内容開示府令19②九の二）における議決権数の記載に関しては、前日までの事前行使分や当日出席の大株主分の集計により可決要件を満たし、会社法に則って決議が成立したことが明らかになった等の理由がある場合には、リアル出席株主の一部の議決権数を集計しない場合と同様、当日出席のバーチャル出席株主の議決権数を集計しない場合についても、その理由を開示することで足りる（実施ガイド24頁）。

(七) その他（招集通知の記載方法、取締役会決議の要否）

実施ガイド（25頁）では、WEBサイトのアドレス等の情報について、株主総会の議事録の記載事項を定める会社法施行規則72条3項1号の規定（「当該場所に存しない・・・株主が株主総会に出席をした場合における当該出席の方法を含む。」）の準用により、株主総会招集通知に記載すべきこととされているが、当該情報が、株主総会の必要な招集決定事項・招集通知記載事項なのかについて特段言及していない。

この点、会社法は、株主総会招集の必要な決定事項及び通知事

68 前掲注記5・澤口他・136頁

項として、「株主総会の・・・場所」と定めているに過ぎない（会社298①一、299④）。もっとも、ハイブリッド出席型へのバーチャル出席にあたって最低限必要な情報（WEBサイトのアドレス、ID・パスワード等のログイン方法）については、「場所」には直接該当しないものの、株主が株主総会に出席する（たどり着く）ために必ず必要な事項であることから、「場所」に準じる事項として⁶⁹、株主総会招集通知の必要的記載事項と位置付けるべきであり、そうである以上、取締役（会）の決定事項（会社298①④）と考えるべきであろう⁷⁰。

七 バーチャルオンリー型について

1 改正産競法等の成立・公布・施行等

前述のとおり、2021年（令和3年）6月に、「場所の定めのない株主総会」に関する規定を新設した改正産競法等が成立・公布・施行され、バーチャルオンリー型に関する制度（以下、「本制度」という。）が我が国で初めて整備されることとなった。

同月16日には、本制度に関し、「産業競争力強化法第66条第1項に規定する経済産業大臣及び法務大臣の確認に係る審査基準」（以下、「本

69 WEBサイトのアドレス等を「場所」に準じるものと扱うことにつき、「株主総会の・・・場所」（会社298①一）はリアル総会会場のみを指すと解されることを根拠としてバーチャルオンリー型は会社法上認められないと理解されていること（前記五2参照）、との整合性が問題となるが、後者は、リアル総会会場を設定しないバーチャルオンリー型が「場所」を定めたとと言えるのかという議論であるのに対し、前者は、リアル総会会場の存在を前提として、WEBサイトのアドレス等の情報を「場所」に準じて招集決定事項・招集通知事項とするべきかという議論であり、議論の前提が異なるため、矛盾しないと解することも可能と思われる。

70 前掲注記54・澤口・20頁

審査基準」という。)が制定されるとともに、「産業競争力強化法に基づく場所の定めのない株主総会に関するQ&A」(以下、「本Q&A」という。)も公表されており、バーチャルオンリー型実施にあたって、上場企業が依拠すべき指針・基準もある程度整理されてきた状況である。

しかしながら、本稿脱稿日(令和3年11月末)現在、改正産競法等の成立から間もないことから、バーチャルオンリー型の実施例は僅か3社であり(前記四4(2))、ハイブリッド型以上にプラクティスの積み重ねに乏しい状況である。

以下では、改正産競法等で定められた本制度の概要を俯瞰するとともに、本審査基準や本Q&A等をも踏まえて、バーチャルオンリー型の開催にあたっての具体的な留意点や実務対応について、検討することとする。

2 バーチャルオンリー型の特徴・メリット

- (一) バーチャルオンリー型は、ハイブリッド型とは異なり、リアル総会の会場の設定が一切不要である点が、大きな特徴である。そのため、バーチャル株主総会の全般に言えるメリット(前記二)に加えて(或いはそれ以上に)、①会場費、会場設備費、会場配置スタッフの人件費・委託費等の物理的会場設定に伴うコストや手間の完全な節約が可能であり、②会場のキャパシティやスケジュール等を考慮する必要もなく、柔軟に日程調整等を行える(日中稼働している個人株主等が容易に参加できる場合が多い夜間の開催についても、リアル総会ではホール確保の関係上難しい場面もあるが、バーチャルオンリー型であれば、そのような心配もない)、③パンデミックその他の緊急事態における開催も可能(会社経営の麻痺・停滞を回避できる)、④「リアル総会に出席できる株主の選別」をめぐる紛争を予防することができる(リア

ル総会会場への入場制限を実施せざるを得ない場面において、プロキシファイトが行われている会社では、リアル総会に「出席できる株主の選別」をめぐる紛争が発生しやすいと考えられるが、バーチャルオンリー総会ではそのような心配もない。)等が、バーチャルオンリー型特有のメリットとして指摘できよう^{71 72}。

- (二) ところで、前述したとおり、ハイブリッド出席型においては、個別の解釈・実務対応に関する許容性の論拠として、しばしば、「出席型は、リアル総会の追加的な出席手段に過ぎない」との理由付けが用いられているが、このような理由付けは、リアル総会が開催されないバーチャルオンリー型においては妥当しない⁷³。そのため、バーチャル出席株主の権限に関し、リアル総会との性質・態様の違いによる内在的制約の可能性は否定できないものの、バーチャルオンリー型の実施にあたっては、リアル総会と極力同様の取扱いをして、株主権が不当に害されることのないように慎重に運営していく必要がある。

3 本制度の概要

- (一) バーチャルオンリー型の開催要件

71 前掲注記32・太田・17頁

72 経済産業省経済産業政策局産業組織課「産業競争力強化法に基づく場所の定めのない株主総会・制度説明資料」(2021年6月)の中でも、バーチャルオンリー型の制度趣旨に関し、「バーチャルオンリー株主総会は、(i) 遠隔地の株主を含む多くの株主が出席しやすく、(ii) 物理的な会場の確保が不要で運営コストの低減を図ることができ、また、(iii) 株主や取締役等が一堂に会する必要がなく感染症等のリスクの低減を図ることができる。」とした上で、「株主総会の活性化・効率化・円滑化につながる」ことから、本制度においてバーチャルオンリー型の開催を可能とした旨記載されている。

73 北村雅史「株主総会の電子化」(旬刊商事法務2175号)13頁でも指摘されている。

本制度は、会社法の特例として、上場会社を対象にバーチャルオンリー型の開催を認めるものであり、その具体的な開催要件は、

- i 上場会社であること（改正産競法66①）⁷⁴
- ii バーチャルオンリー型を開催することが、株主の利益の確保に配慮しつつ産業競争力を強化することに資する場合として経済産業省令・法務省令で定める要件（以下、「省令要件」という。）に該当する旨の経済産業大臣及び法務大臣の「確認」を受けていること（改正産競法66①）
- iii バーチャルオンリー型を開催することができる旨の定款の定めがあること（改正産競法66①）
- iv 総会招集決定時に省令要件に該当していること（改正産競法66②）かっこ書参照

の4点である。

(1) 経済産業大臣・法務大臣の確認（ii）

バーチャルオンリー型を開催しようとする上場会社において、iiiの定款変更の前提として、省令要件該当性に関し、経済産業大臣及び法務大臣両大臣の「確認」を受ける必要がある（改正産競法66①。省令で定められている「確認申請書」および「確認書」の各様式を、本稿末尾に添付した。）。なお、両大臣の確認は、あくまでiiiの定款変更（或いは、次の(2)に記載の、定款の定めがあるものと

74 上場会社については、類型的に株主数が多く、バーチャルオンリー型による株主総会の活性化・効率化・円滑化の効果が大きいと見込まれ、また、開示制度の整備等により株主総会の透明性・公正性が確保されやすいことから、上場会社のみが対象とされている（白岩直樹「産業競争力強化法に基づく場所の定めのない株主総会（バーチャルオンリー株主総会）に関する制度の解説」（旬刊商事法務2269号）6頁）。

みなすこと)の前提として必要な手続要件であり、バーチャルオンリー型を開催する毎に確認を受ける必要はない(本Q&AのQ1-3)。

省令要件とは、概要、

- (a) 通信の方法に関する事務(次の(b)(c)の方針に基づく対応に係る事務を含む。)の責任者の設置(省令1一)
- (b) 通信の方法に係る障害に関する対策についての方針(以下、「対策方針」という。)の策定(省令1二)
- (c) 通信の方法としてインターネットを使用することに支障のある株主の利益の確保に配慮することについての方針(以下、「配慮方針」という。)の策定(省令1三)
- (d) 株主名簿に記載・記録されている株主の数が100人以上であること(省令1四)⁷⁵

の4点である(なお、(a)～(c)に関する具体的対応については、後記4(2)のとおり)。

(2) 定款の定め(iii)

バーチャルオンリー型の開催のためには、これを可能とする定款の定め⁷⁶があることが要件とされているため(改正産競法66①)、株主総会の特別決議(会社309②十一、同466)による定款変更を行う必要がある。

もっとも、この定款の定めについては、新型コロナ感染拡大の影

75 株主数は確認申請書の記載事項とされており、株主名簿の最終更新日を併せて記載することが求められている(末尾添付確認申請書の「(記載要領)2」)。

76 定款には、例えば、「当社は株主総会を場所の定めのない株主総会とすることができる。」のように定めることが考えられる(本Q&AのQ3-1)。

響を踏まえて経過措置が設けられており、施行後2年間は、両大臣の確認を受けた上場会社については、定款の定めがあるものとみなすことができるとされている（改正産競法附則3①）。ただし、この経過措置は例外的な措置であることから、この経過措置の規定に基づいて招集されたバーチャルオンリー型の株主総会において、上記の定款変更の決議を行うことはできない（同附則3②）。したがって、施行後3年目以降にバーチャルオンリー型を開催しようとする場合、少なくとも1回はリアル総会（ハイブリッド型を含む）を開催して上記定款変更を行う必要がある。

なお、令和4年以降の株主総会に備えて、改正産競法等の施行以降において、バーチャルオンリー型の開催を可能とする定款変更を行った会社が数社あった（前記四4(二)参照）。

(3) 招集決定時に省令要件に該当していること (iv)

バーチャルオンリー型の開催にあたっては、前述のとおり、開催の度に両大臣の省令要件該当性の確認を受ける必要はないものの（本Q&AのQ1-3）、招集決定時に省令要件に該当している必要があり（改正産競法66②かっこ書）、この時点での省令要件該当性の確認は、招集決定者（取締役会）自らが行うことになる。

(二) 招集の決定事項

- (1) バーチャルオンリー型の招集にあたっては、会社法298条1項1号の「場所」の定めを代えて、「株主総会を場所の定めのない株主総会とする旨」を取締役会において決定しなければならない（改正産競法66②による読替後の会社298①一、同298④）。
- (2) また、「場所」以外の招集決定事項（会社298①各号）に加えて、省令で定められた以下の事項を決定する必要がある（改正産競法66

②による読替後の会社298①、省令3)。

- i 書面による議決権行使に関する事項(ただし、全株主に金融商品取引法に基づき委任状勧誘をしている場合は除く)(省令3一)
- ii 通信の方法(同二)
- iii 書面又は電磁的方法による議決権行使をした株主が通信の方法を使用したときにおける当該議決権行使の効力の取扱いの内容(同三)

iにつき、バーチャルオンリー型を開催する場合、デジタルデバイドの問題への対応として、株主に対して書面による議決権行使を認めなければならない。

iiについては、インターネットや電話等のように定めることが想定される(本Q&AのQ4-5)。

iiiは、ハイブリッド出席型の際に述べた、「ログイン時点」に出席したとして事前の議決権行使を無効と扱うか、これを「採決の際に議決権行使をした時点」とするかの問題である(本Q&AのQ4-6)。いずれの取扱いも可能であるが(ただし、「ログイン時点」とすることの問題点については、出席型の際に述べたとおり)、取締役会においてその内容を決定する必要がある。この点、バーチャルオンリー型を開催した企業3社は、いずれも、「当日の議決権行使を確認できた時点」で事前の議決権行使を無効と取り扱っている。

なお、施行規則63条2号において、「株主総会の場所が過去に開催した株主総会のいずれの場所とも著しくかけ離れた場所であるとき・・・は、その場所を決定した理由」が招集決定事項とされているが、バーチャルオンリー型の開催の場合、「株主総会の場所」がないことが前提となるため、同号の規定の適用はないものと考

えられている（本Q&AのQ4-8）。

（三）招集通知の記載・記録事項⁷⁷

バーチャルオンリー型の招集通知には、会社法上の法定記載事項（「場所」を除く。）に加えて、省令4条で定められた以下の事項を記載する必要がある（改正産競法66②の読替え後の会社299④）。

- i 上記(二)(2)のi～iiiの招集決定事項（省令4一）
- ii バーチャルオンリー型の議事における情報の送受信のために必要な事項（省令4二）
- iii バーチャルオンリー型の招集決定時における、対策方針・配慮方針（上記(一)(1)(b)・(c)参照）の内容の概要

iiは、例えば、インターネットによる出席の場合、ウェブサイトのアドレス（URL）やID・パスワード⁷⁸、ログイン方法等が、電話による出席の場合、電話番号やパスコード等が考えられる。また、株主が使用する機器においてマイク機能やカメラ機能を備えていること等が必要な場合にはそうした事項が想定され、また、事前登録制を採用する場合には、ウェブサイトのURLやID・パスワード等に代えて、事前登録の方法や事前登録をした株主に通知されるべき事項（URL、ID・パスワード等）の通知方法等が想定される。

iiiの趣旨は、省令要件とされている対策方針や配慮方針について、招集通知への記載を通じて株主に周知徹底し、これらの方針の透明

77 東京株式懇話会の2021年10月22日付提案に基づき、全国株懇連合会が同年11月17日付で公表した「バーチャル総会の運営実務」（61頁以降）において、バーチャルオンリー型の招集通知記載例が示されている。

78 株主固有のID・パスワード等は、議決権行使書面に記載していれば、当該事項について別途招集通知に記載・記録する必要はない（施行規則66③参照）。

性・実効性を確保することである。なお、招集通知には、あくまで各方針について「概要」、すなわち、各方針の内容のうち重要な点を理解するために必要な事項を記載・記録すれば足りる（本Q&AのQ5-3）。

（四） 延期・続行

バーチャルオンリー型においては、通信障害が発生した場合、延期・続行のための株主総会決議（会社317）をすることが困難な場面も想定される。そこで、バーチャルオンリー型においては、この株主総会決議で延期・実行をする通常の手続に加えて、通信の方法に係る障害により議事に著しい支障が生じる場合に議長が延期・続行を決定することができる旨の議長一任決議があるときには、実際にそのような支障が生じた場合、別途の株主総会決議を経ることなく、議長の決定により延期・続行が可能とされている（改正産競法66②による読替後の会社317かっこ書）。

そのため、バーチャルオンリー型を開催する会社においては、通信障害に備えて、開会宣言直後に当該議長一任決議を経ておくことが考えられる。

（五） 議事録の記載・記録事項

バーチャルオンリー型の総会議事録の作成に関しては、施行規則72条は適用されず、省令5条が適用される（改正産競法66②による読替後の会社318①）。

議事録の記載事項に関し、リアル総会の場合と異なるのは、「場所」（施行規則72③一）に代わり、場所の定めのない株主総会とした旨、及び、通信の方法（上記(一)(b)・(c)の対策方針・配慮方針に基づく対応の概要を含む。）の記載・記録が必要となるという点である

(省令5③一)。その他、議事の経過の要領及びその結果、意見又は発言の内容の概要、出席役員の氏名等、議長の氏名、議事録作成職務遂行取締役の氏名についての記載・記録が必要である点は、リアル総会と同様である(省令5③二～六と施行規則72③二～六との対比)。

4 バーチャルオンリー型特有の留意点・実務対応

(一) 出席型に関する実施ガイドの整理の応用の可否

バーチャルオンリー型と出席型は、リアル総会開催の有無の点で異なるものの、バーチャル出席株主が、インターネット等のオンラインの方法によって、遠隔地より株主総会に「出席」し、議決権を行使できるという点で共通する。そのため、出席型の開催・運営に関する実施ガイドの整理は、多くの場面でバーチャルオンリー型への応用が可能であり、例えば、前提となる環境整備(前記六2(二))、本人確認の方法(前記六2(三)(1))、事前の議決権行使の取扱い(前記六2(四))、質問の取扱い(前記六2(五)(1))、議決権行使の在り方(前記六(六))等に関する実施ガイドの整理は、バーチャルオンリー型にも妥当する場合が多く⁷⁹、バーチャルオンリー型の開催に当たって参考にするべきである。

しかし、前述のとおり、実施ガイドが出席型に関して指摘する「出席型は、リアル総会の追加的な出席手段に過ぎない」との理由付けは、リアル総会を開催しないバーチャルオンリー型においては妥当しない。したがって、バーチャルオンリー型の場合、例えば、議決権の代理行使に関する制限(前記六2(三)(2))、動議に関する制限(前記六2(五)(2))等については、出席型と同様の取扱いは困難であろう。バーチャルオンリー型は、リアル総会の「追加的な出席手段」ではなく「代替的出席

79 前掲注記5・澤口他・56頁

手段」であることから、バーチャルという出席態様等による必要最小限の内在的制約の可能性はあるものの、リアル総会と極力同様の取扱いをして、株主権が不当に害されることのないように慎重に運営する必要がある。

その他、バーチャルオンリー型の開催・実施にあたっては、本審査基準や本Q & Aに沿った対応が必要である。

(二) 事前対応（責任者の設置と対策方針・配慮方針の策定）

(1) 前述のとおり、バーチャルオンリー型開催のためには、これを可能とする定款変更（或いは、改正産競法附則3条1項によって、定款の定めがあるものとみなすこと）の前提として必要な両大臣の「確認」の時、及び、取締役会における招集決定時の双方において、省令要件に該当していることが必要である。そのため、上場会社としては、事前に、通信の方法に関する事務の責任者を定めるとともに（前記3-(イ)(1)(a)）、対策方針（同（b））及び配慮方針（同（c））を策定する必要がある。

（a）の通信の方法に関する事務の責任者とは、通信方法の運用に関する事務のみならず、対策方針や配慮方針に基づく対応に関する事務（これらの事務の一部を外部の事業者へ委託し、当該外部の事業者との連携が必要である場合にあっては、当該連携に係る事務も含む。）を網羅する責任者をいい、必ずしも取締役である必要はない（本Q & AのQ 2 - 1、本審査基準「第1」）⁸⁰。会社としては、インターネット等の通信技術に関する知識・経験の豊富な者を、

80 ユーグレナ社では、管理担当の執行役員が責任者に就いたとのことである（倉橋雄作「バーチャルオンリー型総会の実務対応〔上〕－実施企業へのヒアリングを踏まえて－」（旬刊商事法務2285号）33頁）

あらかじめ責任者として設定する必要がある。

(b)の方針は通信障害対策に関するものであり、その方針内容としては、例えば、㊶通信障害対策に資する措置を講じたシステムの使用、㊷通信障害の場合に備えた代替手段の準備、㊸通信障害の場合の具体的な対処マニュアルの作成、㊹通信障害の場合に備えて延期・続行の決定を議長に予め一任する総会決議(産競法66②による読替後の会社317かっこ書の決議)を諮ること⁸¹、等が考えられるが、これらのいずれかに限られるものではない(本審査基準「第2」)。なお、バーチャルオンリー型の実施企業3社のいずれにおいても、㊹の一任決議を総会冒頭において行う旨が招集通知に予め記載されている。

(c)の方針は、いわゆるデジタルデバイドの問題への対策に関するものであり、その方針内容としては、例えば、㊺インターネットの使用に支障のある株主に向けて、書面による議決権行使(会社298①三、同311)を推奨する旨を通知すること、㊻議事における情報の送受信のために必要となる機器について貸出しを希望する株主にその貸出しをすること、㊼通信の方法として電話による出席が可能であるものを用いること、等が考えられるが、これらのい

81 延期・続行の決議は総会成立後の通信障害に対するものであるが、開会前の通信障害等によってそもそも株主総会を開催できない場合に備えて、取締役会における招集決定決議の際に、開催日時の「予備日」も決議しておき、招集通知に記載しておくことも考えられる。実際、ユーグレナ社とfree社が予備日を決定して招集通知に記載していたようである(以上につき、前掲注記80・倉橋・33頁以下の他、太田洋他「〈座談会〉株主総会の現在・過去・未来－未来の株主総会へ変えるもの・変えないもの－〔第三部〕これからの株主総会のあり方〔下〕」(旬刊商事法務2288号)19頁以下等)。

ずれかに限られるものではない(本審査基準「第3」)。バーチャルオンリー型を実施した企業においては、例えば、㊦に関して、機器の貸出しをするための「視聴室」を設ける(事前申込制を採用するとともに、株主最大5名の利用が可能として、申込者多数の場合には抽選とする)といった対応も見られた⁸²。

なお、(a)～(c)の省令要件については、責任者を設置し、また、方針を策定しさえすれば、要件該当性は一応認められることになり、その内容の合理性(責任者として適否、対策方針・配慮方針の内容の合理性等)は基本的には問題とはならない⁸³。

- (2) ところで、この責任者の設置や対策方針・配慮方針の策定をせずに、バーチャルオンリー型を開催した場合、その決議の効力については、決議取消事由(会社831①)に該当するという考え方と、決議不存在事由(会社830①)に該当するという考え方の2通りが考えられる(本Q&AのQ4-7参照)。この点、そのような場合には、省令要件非該当により、そもそもバーチャルオンリー型の開催要件を満たしていないことになるため(この場合、両大臣の「確認」という要件も具備し得ない)、会社法の原則的手段であるリアル総会開催に対する特例であるバーチャルオンリー型の開催の基礎を欠くものと言わざるを得ない。そうすると、本来は物理的場所を定めたリアル総会を開催して決議すべき事項について、リアル総

82 株式会社ユーグレナ2021年8月26日開催臨時株主総会の招集通知を参照(https://assets.minkabu.jp/news/article_media_content/urn:newsml:tdnet.info:20210805479912/140120210805479912.pdf)

83 ただし、対策方針・配慮方針を定めたものの、それらの方針が著しく形骸化し不適切な対応がなされる等している場合には、決議取消事由になる可能性がある(本Q&AのQ2-2参照)。

会での決議を欠くことになるのであるから、基本的には、決議不
存在事由に該当すると考えることになろう（その他の開催要件の不
具備の場合も同様である。）。

（三）通信障害等のための環境整備

- (1) バーチャルオンリー型の開催にあたっては、情報伝達の「双方向
性」と「即時性」が必要であり、通信障害等の発生によりこれらの
要件を欠く事態とならないよう、通信障害についての事前の十分
かつ合理的な対策をとる必要があり、出席型と同様、実施ガイドが
提言する具体的対策（前記六 2(二)(1)の i～iii）を講じることが考え
られる。

ところで、実施事例集によれば、出席型においては、この事前
の合理的対策の一環として、通信の安定性等の確保のために事前
登録制を採用することも可能とされており、実際にこれを採用し
た会社もあった⁸⁴。しかし、実施事例集も、事前登録を行わない株
主のバーチャル出席を拒絶することができるかについては明言を
避けているところであるが、リアル総会への出席という選択肢が設
けられていないバーチャルオンリー型においては、仮に事前登録制
を採用するとしても⁸⁵、このような拒絶対応が許容されるのかは疑
問があり、出席型以上に慎重な検討が必要と思われる⁸⁶。

とりわけ、登録可能数に上限を設けることは、過去のリアル総会

84 実施事例集12頁、21頁参照

85 実施企業3社のうち、グリー株式会社において事前登録制が採用されて
いる（グリー株式会社第17回定時株主総会招集通知
（https://ssl4.eir-parts.net/doc/3632/ir_material_for_fiscal_yml/105382/00.pdf）を参照）

86 前掲注記5・澤口他・64頁

での出席株主数の最大人数を十分に上回る登録可能数の上限を設ける等の一定の条件下で可能となり得ることを示唆する見解もあるが⁸⁷、物理的会場のキャパシティを超える出席株主の入場・出席を拒絶することは許されないとの従来からのリアル総会に関する実務にも照らせば、登録可能数の上限設定は会社法上許容されない可能性が高いと思われる。

- (2) なお、バーチャルオンリー型において、万一、総会開催中に大規模な通信障害が発生し、合理的な時間内に復旧されないまま大多数の株主の議決権行使が妨げられたような場合には、株主総会は不成立となり、決議も不存在(会社830①)となるものと思われる(本Q & AのQ 8 - 1 参照)。出席型の場合、通信障害等によってバーチャル出席株主の議決権行使が妨げられても、リアル総会の場での決議が存在するため、決議取消事由(会社831①)の該当性が問題となるに過ぎないが(しかも、一定の事前の合理的対策を講じていれば取消事由には該当しないとされている)、リアル総会が存在しないバーチャルオンリー型においては、通信障害等によって決議が妨げられた場合、リアル総会の場での決議もない以上、事前の合理的対策の有無にかかわらず、決議不存在と考えざるを得ないであろう。そのため、バーチャルオンリー型において通信障害等による決議への影響は甚大であり、強固なバックアップシステムの整備等、事前の対策については、出席型以上に神経を尖らせる必要がある。

とはいえ、バーチャル株主総会の開催・運営にあたって通信障害等は半不可避的なものであることから、万が一にでもそれが発

87 太田洋「我が国上場会社においてバーチャルオンリー株主総会を許容する場合における法的論点(下)」商事法務ポータルSH3446

生する場合に備えて、前述した、延期・続行の議長一任決議（改正産競法66②による読替後の会社317かっこ書）を、開催宣言直後に経ておくことは、最低限必要な対応であると思われる。

（四） 代理人出席の可否

バーチャルオンリー型の場合、出席型とは異なり、リアル総会が存在せず会場出席ができない以上、代理人によるバーチャル出席を認めざるを得ず（本Q & AのQ 6 - 1）、これをしない場合には会社法310条違反となる。

代理人の授権資格確認や代理人の本人確認については、出席型において代理人によるバーチャル出席を認める場合の対応（前記六2(三)(2)）と同様の方法が考えられる。

（五） 動議の提出・採決

- (1) 実施ガイドでは、出席型においては、リアル総会の追加的出席手段であることを前提として、動議に関する株主の権限を一切認めないとすることも許容されている（前記六2(五)(3)。但し、その妥当性についても同箇所にて言及。）。しかし、バーチャルオンリー型の場合、リアル総会が存在しない以上、動議について提出・採決したければリアル総会に出席すれば良い、との理由付けは妥当しない。改正産競法等にも動議を受け付けない等の取扱いを許容する規定はなく、会社法の原則どおり、バーチャル出席株主には動議の提出や採決を認める必要がある（本Q & AのQ 6 - 4参照）。
- (2) 出席型の箇所でも述べたとおり、動議の提出に関しては、テキスト形式でこれを受け付ける場合、必ずしも趣旨・内容が明確ではない場合があり得るとの懸念に関しては、プルダウン方式で動議の類型を選択させるシステム仕様とすることが考えられるが、実際に

そのような仕様・設計を採用した会社も存在しており、技術的にはさほど困難ではない。音声による発言等を認める場合、音声による動議提出に対する対応としては、リアル総会の場合と大きく異なるところはないであろう。なお、動議提出の時期や回数に関し、議長の議事整理権（会社315）に基づいて合理的な制限を加えることは、リアル総会と同様に許容されると考えられるが、株主への周知という観点で、そのような制限の内容について予め株主に案内しておくことが望まれる⁸⁸。

また、動議の採決に関しても、バーチャル出席する全ての株主において動議の採決に参加できるようなシステムを整備する必要がある（出席型の箇所でも述べたとおり、このようなシステムの設計・構築に伴う技術的な困難は解消されつつある。）。もっとも、休憩や質疑打切り動議など一部の手続的動議については議長裁量で処理することが許される場合はあるし、修正動議については会社提案との一括採決という方法も考えられ、動議の採決に関しては、個別の状況に応じて議長が采配することになろう。

- (3) なお、実施企業3社の中には、動議の提出に関し、「1提案当たり250字以内」という制限を設けた会社もあったが⁸⁹、バーチャルオ

88 前掲注記33・東京弁護士会会社法部編・240頁は、「議長は議事整理権に基づき、あらかじめ、審議に入るにあたって、たとえば報告議案の報告終了まで動議の提出を許可しない措置をとることも許される。」とする。なお、議長不信任動議については、原則として直ちに議場に諮ることが望ましいと述べた裁判例（福岡地判平成3年5月14日判時1392号126頁）もあるが、実務上は、当初予定されたとおりに議事を進行している限り、議長不信任動議も含め、質疑応答までは動議を取り上げないという対応も行われている（前掲注記5・澤口他・76頁）。

89 株式会社ユーグレナ（前掲注記82の招集通知を参照）

ンリー型の円滑な議事進行のための合理的かつ必要最小限の制限として、許容されると考えられる。

(六) プラットフォームの利用

バーチャルオンリー型の実施にあたり、通信方法としてインターネットを採用する場合には、プラットフォームを利用して、特設のWEBサイトで映像と音声を配信しつつ、質問・動議提出・議決権行使のための操作画面を用意することが便利である。バーチャルオンリー型を採用した3社もプラットフォームを利用しており、ユーグレナ社はICJ社の「VSMプラットフォーム」を、グリーン社はブイキューブ社の「バーチャルオンリー総会配信サービス」を、free社はコインチェック社の「Sharely」を利用していたとのことである⁹⁰。

通信障害のための備えに加えて、バーチャル出席株主の利便性の向上の観点からも、プラットフォームの活用は積極的に検討されるべきと言える。

八 おわりに

(一) 以上見てきたとおり、バーチャル株主総会には、大きく、①ハイブリッド参加型、②ハイブリッド出席型、③バーチャルオンリー型の3種類があるが、それぞれのメリット・デメリットを単純に比較すると以下のようなことになる。

まず、株主に単なる傍聴を認めるに過ぎない①ハイブリッド参加型は、通信障害等による決議取消その他の法的リスクが少ない反面、リアル総会会場設定のための費用が必要になる他、バーチャル参加株主

90 前掲注記80・倉橋・38頁。なお、3社が採用した各プラットフォームの特徴については、同38頁以下に詳細が記載されている。

に議決権行使や質問・動議に関する権利が認められないため、会社や株主が享受できるメリットも小さい。

他方、その対極にある③バーチャルオンリー型は、リアル総会を開催せずに完全バーチャルにて株主総会を開催することができるため、ローコストで株主総会の開催が可能である上、株主も会場に足を運ばずに議決権行使や質問・動議の提出等が可能であるなど、会社や株主にとってのメリット・魅力は大きく、いわばバーチャル株主総会の本命とも言える類型である。その反面、通信障害等による決議の有効性への影響が回避できない点が大きなデメリットである。

それら2つの中間的な類型に位置づけられるのが②ハイブリッド出席型であるが、この類型については、バーチャル出席株主に議決権行使や質問が認められることに加え、(実施ガイドの整理を前提とすれば)一定の合理的な事前対策を講じていれば通信障害等による決議取消しのリスクを回避できるという重要なメリットを有するものの、リアル総会会場の設定は依然として必要であるため、バーチャルオンリー型に比べると、その効果・メリットは限定的と言えよう。

(二) このような比較を前提として、今後の我が国におけるバーチャル株主総会の展望について、若干の私見を述べることにしたい。

身も蓋もない話に聞こえてしまうかもしれないが、筆者としては、少なくとも短期的な将来においては、ハイブリッド出席型及びバーチャルオンリー型を導入する企業が、我が国において爆発的に増加することはないのではないかと予想している。

その一番の理由は、やはり法的安定性の問題である。

前述したとおり、インターネット等を通じたオンライン形式で実施されるバーチャル株主総会には、通信障害が内在的・半不可避的な

リスクとして存在しており、万一にも通信障害が発生した場合、とりわけバーチャルオンリー型においては、ダイレクトに決議の有効性に影響してしまうため、会社にとっては看過できない重大なリスクである。ハイブリッド出席型についても、実施ガイドは、一定の合理的な対策を事前に講じている場合には決議取消事由に当たらないとの解釈を提示してはいるものの、実施ガイドは法令解釈を確定させるものではなく⁹¹、最終的には裁判所の司法判断に委ねられるため、そのリスクが解消されたわけではない（まだまだプラクティスの積み重ねに乏しい状況の下で、ハイブリッド出席型で通信障害が発生した事例の報告はなく、当然、決議の有効性について判断をした裁判例も存在しない。）。「安定した総会運営」を重要なテーマとしてこれまで解釈・運用が積み重ねられてきた我が国の株主総会実務において、決議取消等のリスクを孕むハイブリッド出席型或いはバーチャルオンリー型は、すんなり受け入れられづらい面があるろう。

実際、ハイブリッド出席型を実施した会社は、2020年6月総会が9社、2021年6月総会が14社であり（前記四4(一)）、劇的に増加傾向にあるわけではない。また、筆者において、東証一部上場企業の総会実務に携わる会社役職員数名に個人的にヒアリングを実施したところ、「ハイブリッド出席型やバーチャルオンリー型は、決議取消しのリスクがあり、システム導入などにも多額のコストがかかるため、現状では導入・実施の予定はない。他社の動向を見つつ、実施企業がさらに増えてきた段階で、導入・実施の可否を検討したい。」という回答

91 前掲注記5・澤口他・40頁

が多かった⁹²。IT系・通信系の企業や新興企業⁹³を除いては、ハイブリッド出席型やバーチャルオンリー型を、少なくとも現時点で導入・実施することには消極的な企業が大半であるとの印象である。

この点、前述したとおり、アメリカにおいてはバーチャルオンリー型を実施する企業が爆発的に増加しているところではあるが、デラウェア州会社法を設立準拠法とする米国上場会社においては、通信障害等によりバーチャル出席株主からの質問や動議が会社側に取り上げられなくとも、決議取消しその他の法的問題が生じるおそれが

92 「株主総会白書（2021年度版）」（旬刊商事法務2280号）178～179頁によれば、国内上場企業（新興市場・外国企業は除く）2,733社に対する、ハイブリッド出席型の実施或いは実施予定の有無に関する質問への回答結果（回答会社数は1,749社）として、「すでに実施している」が19社（回答会社の1.1%で前年比0.7%増）、「次回（以降）の総会での実施を予定」が94社（回答会社の5.4%で前年比1.8%増）となっており、実施又は実施に前向きな会社は僅かながら増加傾向にある。しかし他方で、「実施していない」と回答した会社が1,242社（回答会社の71.0%で前年比5.1%減）、「検討したが、実施する予定はない（未定を含む）」とした会社は380社（回答会社の21.7%で前年比3.0%増）であり、依然として9割以上の会社が出席型について実施の予定は無く、そのうち7割以上は検討すらしていない状況である。国内企業のほとんどが出席型の開催には慎重なスタンスであることが窺える。なお、白書（179頁）では、「検討したが、実施する予定はない（未定を含む）」と回答した理由として、「通信障害リスク」が多く、その他、「コスト（費用対効果）」「技術的な環境整備」「解決すべき論点が多い」「現在のところ参加型でよい」などの理由があることが指摘されている。

93 三井住友信託銀行の調査によれば、2021年（令和3年）6月にハイブリッド出席型を開催した企業に関する業種別の実施社数としては、「情報・通信業」がトップ（全14社中7社）であったとのことである（前掲注記14・吉田他・27頁参照）。

ないため、我が国の総会実務とは前提が異なるとの指摘もある⁹⁴。我が国においては、アメリカのようにバーチャルオンリー型の実施企業が爆発的に増加するかと言えば、懐疑的に見ざるを得ないであろう（ハイブリッド出席型も同様である）。

- (三) これに対し、ハイブリッド参加型については、2019年6月総会が5社であったのに対し、2020年6月総会が113社、2021年6月総会が309社となっており（前記四4(一)）、年々大幅に増加している状況と言え、今後も継続的に増加が見込まれる。

その理由としては、前記(二)のハイブリッド出席型・バーチャルオンリー型のような決議取消等のリスクがなく、仮に通信障害等が発生しても安定的に総会運営を行うことができるという点が大きいであろう。

また、たしかに、質問や動議の提出・採決、議決権行使を行うことができない点において、参加型と出席型・バーチャルオンリー型との間には明確な法的差異がある。しかし、前記六1(二)(3)のとおり、会社法上の質問（会社314）と法的には異なるものの、参加型においても、コメント等の受付という事実上の対応での代替は可能であり、実際にそのような対応をとる参加型の実施会社も多く存在するところであるが、コメント等をテキスト形式で送信でき、必要に応じて会社がこれを取り上げてくれるのであれば、株主としてもある程度の満足感は得られると思われ、その意味では、両者の事実上の差異はさほど大きくはないであろう（出席型やバーチャルオンリー型であっても、質問権の行使としてテキスト形式で質問を送信したとしても、会社がどの質問を取り上げて説明するかは議長の裁量事項であり、必

94 前掲注記32・太田・18頁

ず取り上げられるわけではないのであるから（前記六二(五)(2)イ参照）、コメント等であろうが質問であろうが、株主にとってはその違いはさほど重要ではないとも言えよう。）。動議に関しても、少なくとも出席型については、（実施ガイドの解釈に従えば）その提出・採決についてバーチャル出席株主に一切権限を認めない対応も許されており、その点で参加型と実質的に異なるところはないし、そもそも、総会当日に動議を提出しようとする株主は相対的には極めて少数であり⁹⁵、仮に動議を提出したいのであればリアル総会に出席する途も残されているのであるから、会社が参加型の実施を検討するにあたり、株主が動議を提出できない点が大きな支障・問題になるとも思われない。加えて、議決権行使に関しても、前記六一(二)(2)のとおり、電磁的方法による事前の議決権行使の行使期限を「株主総会における採決時まで」とすることにより、参加型においても、バーチャル参加株主は、審議の傍聴後に、審議の内容等を踏まえて、電磁的方法による議決権行使をすることができることとなるのであり、この方法がとられた場合には、出席型・バーチャルオンリー型との実質的な相違はほとんどなくなる。

そもそも、株主総会の場において、質問・動議の提出や議決権行使を行うことに関心を有する株主は、全体的な割合としてはまだまだ少数であると思われる（株主からの質問は近年増加傾向にあることは間違いなが、それでも希望者は限られている。）。機関投資家は、事前に議決権行使を済ませて総会には出席しないことがほとんどで

95 2021年（令和3年）6月に株主総会を開催した会社のうち有効回答のあった1739社中、動議が提出された会社は僅か27社であった（「株主総会概況－2021年6月総会1,859社－」（資料版商事法務448号）162頁）。

あるし、個人株主についても、事前に議決権行使をしておきわざわざ株主総会には出席しない株主の方が多数と思われ、このような個人株主は、せいぜい「株主総会のライブ配信で審議等の状況を視聴できれば便利である。」と考えていることの方が多いであろう。

参加型は、通信障害等による議決取消のリスク等を回避できる反面、株主総会の様子を株主に視聴してもらえることから株主（とりわけ個人株主）の現実のニーズに適う上、状況に応じて、コメント等を認めたり、議決権行使期限を後ろ倒しにする等の事実上の対応をとることによって、出席型やバーチャルオンリー型に近い総会運営も可能となる点で、かなり使い勝手の良い類型であると考ええる。

今後、しばらくの間は、この参加型が主流になるものと予想される（バーチャル株主総会を実施する会社としては、例えば、最初はリスクの小さい参加型から始めて、その後に状況を見ながら、出席型、バーチャルオンリー型へと段階的にシフトしていくケースが多いと見込まれる⁹⁶）。

- (四) とはいえ、ハイブリッド出席型やバーチャルオンリー型には、参加型にはないメリットがあるのも事実であるし（とりわけバーチャルオンリー型における“リアル総会を開催しないことによる総会経費や労力等の大幅な節減”というメリットは、会社にとって極めて大きなものである。）、株主総会に「出席」したものと扱われるこれらの類型の方が、バーチャル株主総会の本来あるべき姿であるとも言えよう（そもそも、アメリカでは参加型をバーチャル株主総会と呼んでいない）。

96 実際にグリー社も、2019年に参加型を開催した後、2020年に出席型を、2021年にバーチャルオンリー型を開催するという形で、数年間に渡って段階的に開催形態を変更していったようである（前掲注記81・〈座談会〉・18頁）

今後の実務・プラクティスの集積によって法的安定性の問題をクリアするための基準や解釈が確立されるのであれば、ハイブリッド出席型やバーチャルオンリー型の開催は積極的に検討するべきであろう。その意味で、昨今、他の企業の先陣を切ってハイブリッド出席型やバーチャルオンリー型を実施した企業には、敬意を表したいと思う。

- (五) 先般の実施ガイドの策定・公表や改正産競法等の成立等によって、バーチャル株主総会の類型や運用・解釈が整理されたことで、企業においては、複数の選択肢の中から自社に合った類型や運用方法を選択・決定し、これを実施することが可能となった。今後、多くの企業が、試行錯誤を繰り返しながら各社毎の創意工夫の下でバーチャル株主総会を積極的に実施することによって、会社・株主の双方の利益に資する方向で様々なプラクティスが集積され、その結果として、バーチャル株主総会の実務が我が国により一層広まっていくことが期待される場所である。

以上
(秋山 健人)

様式第一（第2条第1項関係）

場所の定めのない株主総会に係る確認申請書

年 月 日

経済産業大臣 名 殿
法務大臣 名 殿

本店の所在地
名 称
代表者の氏名

産業競争力強化法第66条第1項に規定する経済産業大臣及び法務大臣の確認を受けたいので、下記のとおり申請します。

記

1. 申請者

- (1) 申請者の名称
- (2) 申請者の代表者の氏名
- (3) 申請者の本店の所在地
- (4) 申請者が発行する株式が上場されている金融商品取引所の名称

2. 申請の内容

- (1) 場所の定めのない株主総会（種類株主総会にあつては、場所の定めのない種類株主総会。以下同じ。）の議事における情報の送受信に用いる通信の方法に関する事務（(2)及び(3)の方針に基づく対応に係る事務を含む。）の責任者として置いている者の役職名及び氏名
- (2) 場所の定めのない株主総会の議事における情報の送受信に用いる通信の方法に係る障害に関する対策についての方針として定めている方針の内容
- (3) 場所の定めのない株主総会の議事における情報の送受信に用いる通信の方法としてインターネットを使用することに支障のある株主の利益の確保に配慮することについての方針として定めている方針の内容
- (4) 株主名簿に記載され、又は記録されている株主の数

（備考）

用紙の大きさは、日本産業規格A4とする。

（記載要領）

1. 申請者

「(4)申請者が発行する株式が上場されている金融商品取引所の名称」については、当該金融商品取引所が複数ある場合には、その全てについて記載すること。

2. 申請の内容

「(2)場所の定めのない株主総会の議事における情報の送受信に用いる通信の方法に係る障害に関する対策についての方針として定めている方針の内容」及び「(3)場所の定めのない株主総会の議事における情報の送受信に用いる通信の方法としてインターネットを使用することに支障のある株主の利益の確保に配慮することについての方針として定めている方針の内容」については、可能な範囲で、具体的に記載すること。

「(4)株主名簿に記載され、又は記録されている株主の数」については、当該株主の数とともに、株主名簿の最終更新日を併せて記載すること。

様式第二（第2条第7項関係）

場所の定めのない株主総会に係る確認書

年 月 日

本店の所在地

名 称

代表者の氏名 殿

経済産業大臣 名

法務大臣 名

年 月 日付けの下記の申請に関して、産業競争力強化法第66条第1項の経済産業省令・法務省令で定める要件に該当することについて、確認をします。

記

1. 申請者の名称
2. 申請者の代表者の氏名
3. 申請者の本店の所在地

（備考）

用紙の大きさは、日本産業規格A4とする。

養育費支払確保のための信託活用研究

信託法研究部

〔信託法研究部〕

* 目 次

第一	はじめに	208	第三	部内での意見	238
第二	離婚後の支払義務者からの 養育費支払確保のための信託 活用案	208	一.	契約当事者について	238
	一. 問題の所在	208	二.	追加信託は新たな信託設定+ 信託の併合か?	239
	二. 考え得る仕組み	210	第四	最後に	241
	三. 贈与税の扱い	223			
	四. 養育費支払確保のための 信託契約の例	229			

第一 はじめに

最近、高齢者の財産管理・財産承継に関する相談でも後見・遺言のみならず依頼者から民事信託について聞かれることも多くなり、民事信託が特別なツールではなく普通のツールとして認識されつつある。では、高齢者の財産管理・財産承継以外にどのような活用方法があるだろうか？例えば、親亡き後の障害者のため信託や事業承継のための信託が挙げられることが多い。

この点、当部部員から離婚後の養育費の支払いに関する信託スキーム・信託契約書案の提案があった。たしかに、離婚後の養育費の支払いは悩みどころであり、支払義務者側としては本当に全額が養育に使われるのか心配であり、支払権利者側としては支払義務者の倒産等の不安がある。したがって、倒産隔離機能を持ち柔軟な給付を実現できる信託を活用して解決することが期待される分野である。そこで、是非、当部部員の意欲的かつ斬新な提案をご紹介いたしたく本稿を提示するものである。信託のみならず離婚に携わる実務家に、本稿が少しでもヒントとなれば幸いである。

第二 離婚後の支払義務者からの養育費支払確保のための信託活用案

一. 問題の所在

近時、離婚増加により養育費支払義務者も増える一方、未払例が相次ぎ、社会問題になっている。

この点を法務省も問題として、「法務省養育費不払い解消に向けた検討会議」を設置し、令和2年12月24日に取りまとめを法務大臣に提出し、公

表しているほか、公益社団法人 商事法務研究会も令和3年2月に「家族法研究会報告書」を公表し、「養育費の取決めの実効性を確保するための方策」(第6取り決められた養育計画の実効性を確保するための方策 1.)を具体的に提案している。それらの内容は、養育費の支払いを確実にし、不払いを抑制する施策として、養育費の取決段階(事前取決めの促進策、離婚による自動的な請求権発生制度)、履行段階(強制執行の手続軽減や受取人による支払義務者の財産調査負担の軽減、民間サービスの活用、養育費保証サービスの利用、強制徴収制度の創設検討、公的給付・立替払の検討)、紛争解決手段(ADR活用)、他の行政手段(児童扶養手当と税制上の措置<受取額の8割相当金額を受給者の所得に参入、支払義務者の収入からの控除制度なし、といった現行制度の改善余地検討>、支払義務者の不払に対する制裁強化)など多岐に亘っているが、特に民事(または商事)信託の活用への言及は見当たらない。

本稿の問題意識である、子、または監護権のある者(親権者と想定。以下、監護親、という。)のいずれか(または双方)の養育費を請求する権利(以下、養育費請求権、という。)に対する支払義務者(監護親でない親)の履行を確実にしめるために信託を活用する観点に関係する論点に絞ってみると、養育費請求権者は、子か、監護親か、双方か、といった法的性質が明確でないとして両論併記され検討課題とされているほか、支払義務者の給与から養育費相当額の天引きを支払義務者の同意等(「等」は給与支払者の同意と考えられる)を事前にとることを周知したり、推奨したりすべきであるとの意見と支払義務者が周囲に知られたくない場合に給与支払者を巻き込むことは疑問があるとの両論の意見が書かれている。

養育費支払義務の履行の確保ができない場合として、支払義務者に支払時に収入や資産があるにもかかわらず、故意に、または事務処理を懈

怠して離婚時の合意（審判や調停合意を含む）に反する場合と支払時に収入や資産が十分なく支払えない場合があり得る。通常、養育費は、離婚時から（別居時の養育費も問題になりうるが、本稿では対象外とする）事務節減の観点からも毎日払ではなく毎月払（例えば支払義務者の毎月の給料日）とされる。このため支払が履行されない理由で場合分けすると、第一には支払義務者の故意や懈怠に影響されずに支払のための事務が確実に行われること、第二には毎月支払時における収入や流動性ある資産（預金など）の十分さを維持すること、が支払を確保するために必要になる。

養育費の支払確保に信託を用いる利点は、第一の支払義務者の故意や事務懈怠に影響されないとの観点からは、信託法の下での合意による枠組み（例えば信託契約）により、受託者による支払事務履行（支払義務者の資産や給与債権の差押え等強制執行を含む）や信託関係人（信託監督人）によって確実に受益者に養育費を得させる仕組みができること、第二の毎月支払時における収入や流動性ある資産（預金など）の十分さを維持するとの観点からは、支払義務者固有の債権者から養育費の財源となる資産を倒産隔離することにより支払確保の可能性が高まることと、である。本稿は、信託研究部での議論も踏まえて、信託契約により、税務の観点も含めて、養育費の支払確保を現状よりも確実なものとするための仕組みを検討、試案を提示するものである¹。

二. 考え得る仕組み

1. 考えうる信託契約案のポイント

信託目的　：養育費の毎月の安定的な支払いとそのための財源の確保

1　もっとも、本稿の意見に亘る部分は筆者の個人的な意見であり、筆者の属する信託研究部としての意見ではないことをお断りさせていただきます。

信託当事者：委託者は支払義務者、受託者は信託会社や信託銀行または親族やNPOなど、受益者は監護親。信託契約は委託者と受託者で締結する（別に養育費の分担内容金額、カバーする範囲く学費、給食費、習い事費、留学費等）、支払時期や方法、見直し条件等は支払義務者と監護親との間の離婚合意により決める。信託契約に受益者である監護親の記名押印があってもよいが、それは信託契約の当事者と言う意味ではなく、委託者と受託者の合意内容に異論がないという意味表示を示したものと解され、信託契約の有効性と直接関係がないと解される）。受託者が行政による監督下でない親族やNPOの場合には信託関係人として信託監督人（弁護士）を置く。残余財産受益者は委託者。受益者死亡の場合に、監護親でない親（支払義務者）が新たに監護親となる場合には信託は終了し、別に監護者が決まる場合（祖父母等の親族など）には、その者を第二次受益者とする。受託者が親族やNPOの場合には、受託者が不在となったときに信託監督人が受託者を指名できることとする。

信託財産：支払義務者の資産から、子が成年に達するまでの養育費支払総額以下の支払義務者の生活に差し支えない範囲の金額（信託時の現在価値とする、これにより運用利息は全額受益者に対する支払に充当）および信託報酬額総額の合計額を信託期間の最初に受託者に移転する。信託財産額が養育費支払総額に満たない場合には、支払時（毎月の支払日）の前に当該支払額以上の金額が信託財産となるよう支払義務者の収入（給与、資産運用の果実など）から得られる現金を信託財産に追加する。委託者は、最低でも毎月の受益債権相当額（X円）の信託財産額を給付日前日までに信託

財産として維持するに足りる金銭を信託財産に追加する義務を負う。

受益権内容：未成年の子が成年に達するまで、毎月 X 円を信託財産（信託財産を管理する信託口座の預金金利を含み、口座維持費用を除く）から給付を受ける権利。個別の受益債権（受益権ではない）の発生時期は、毎月の支払日とする。信託終了時には、原則として委託者に残余財産を給付する。

受託者事務：①信託口座を金融機関に開設して信託財産を管理。

信託口座以外の資産運用は禁止。

- ②毎月支払日に受益者の口座に支払額を移転（振込、金融機関の自動振込サービス等を活用）
- ③毎月支払日に支払額が信託口座に不足する場合には、委託者に最低でも毎月の受益債権相当額（X 円）の信託財産額を給付日前日までに信託財産として維持できる金銭の信託財産への追加を督促、応じない場合には、信託契約に基づき、支払義務者である委託者の給与収入や資産を差押え、換価により毎月支払日に支払額を確保する。信託契約を公正証書で作り、支払義務者である委託者が、給与債権や資産に対する強制執行を認諾する文言を書き込む（「債務者は、本証書記載の金銭債務を履行しないときは直ちに強制執行に服する旨陳述した」と書いて強制執行認諾文言付公正証書とする、もっとも強制執行認諾文言の対象とするためには、信託財産の追加義務の金額、履行期が特定されて

いる必要があるため、毎月末、X円との特定が必要になる。この場合、養育費支払総額から当初の信託財産額を引いた残額を養育費支払終了月までの月数で除した定額X円を信託財産の追加義務額と信託契約に明記することが考えられる。一方で、支払義務者の収入や資産の変化に応じて、信託財産への追加額をその都度合意する場合には、金額が事前には不定となるので、強制執行認諾文言には馴染まない。差押え、換価に要する時間から信託財産が支払日に支払額に満たない場合には、信託財産がゼロになるまで支払うことで足りる。ただし、必要に応じて金融機関や公的な資金からの借入を行い、信託財産責任限定負担債務（信託債権者である当該金融機関から合意が得られる場合、場合によっては保証人が必要になることが予想される、こうした保証は、公的機関を検討する余地があると思われる。）とすることができる。差押え、換価にかかる費用は、委託者が信託財産の追加をもって信託財産から支払うことを信託契約で決めておく。

- ④受託者は、毎月、信託口座の残高、信託財産の追加、支払の記録を記帳、帳簿を作成する。
- ⑤委託者の資産状況を毎月報告を受け、受益者に④と共に報告する。委託者は毎月定時（例えば給料日）に資産状況を受託者に報告する義務を負うことを

信託契約に明記する。

- ⑥信託報酬は、信託契約の中で信託財産から支払うことを明記。
- ⑦受託者としての事務を代理人（信託会社・銀行、弁護士等）に委託できる。

信託期間　： 契約時（離婚時）から子が成年に達するまで

終了事由　： 法定事由、子が成年に達したとき（ただし、未払養育費がない場合に限る）、子の死亡、親権喪失等により支払義務者が子の監護権者となるとき

2. 期待できる効果

第一に、信託法の下での信託契約により、受託者による支払事務履行（支払義務者の資産や給与債権の差押え等強制執行を含む）や信託関係人（信託監督人）によって確実に受益者に養育費が支払われる仕組みができる。支払義務者である委託者の収入からの信託財産への追加が、委託者の事務負担や懈怠により行われなことがないように、信託契約に、委託者と委託者の給与振込口座がある金融機関との間での毎月の信託口座への支払相当額の自動送金契約を添付することが考えられる。そうした場合でも自動送金が行われなときには、受託者は督促し、それでも支払われな場合には、強制執行認諾文言（ただし、前述のように養育費支払金額と履行期の特定を要する）に基づいて差押え、換価を行うことで、支払の原資を確保することができ、もって、支払義務者の故意や事務懈怠に影響されて、養育費が支払われなことを避けることができる。また信託契約で、委託者に定期的に給与や資産状況の報告義務を課し、受託者に調査

権を付与することにより、強制執行をスムーズに行うことができる。実際、専門家である受託者を巻き込んだこうした仕組みによらずに、監護権者が、委託者の給与や資産状況の調査を行ったり、債務名義を得て強制執行したりすることは、その専門知識、手間、コストのいずれの面からみても容易ではない。信託費用や信託報酬はその枠組みの維持、運用ためのコストと考えられる。このため、養育費支払の確保のためのコストを組み込んだ合意を、財産分与の合意と同時に決めることが考えられる。

第二に、受益者である監護親の死亡時の扱いなど、離婚時の合意では通常定められないような将来発生する出来事を予め想定した法的枠組みの構築と運用ができることによって養育費支払を安定的に確保することができる。

第三に、離婚時の財産分与と養育費総額の決定の際に、支払義務者の生活に差し支えない範囲で、養育費支払のための、いわゆる資金プール（ファンド）を信託財産とすることによって、支払義務者固有の債権者から財産を倒産隔離でき、もって養育費の支払確保に、支払義務者の財務状況の影響を受けにくくできる。養育費支払総額の割引現在価値の資産を信託財産とすることで、支払義務者に経済的な損失はない。もっとも離婚時に養育費支払総額の割引現在価値の資産を信託財産とできるような支払義務者は限られていることから、その場合には、可能な限り移転できる資産（支払義務者の預金を解約した現金、離婚による財産分割の一部または支払義務者が婚姻前から保有していた資産などが原資になる）を信託財産とする。特に財産分与直後には、支払義務者である相手の財産内容は、委託者と受託者と受益者には明らかになっていることから、信託財産とすること

に委託者が異議を唱えることは難しいと考えられる。

第四に、養育費支払総額に不足する分は、支払義務者が分割して、離婚後の収入（例えば給与や資産運用による収入など）から得られる現金を予め信託契約で定める時期に信託財産に追加することを信託契約に書きこむことで、信託財産を支払時には支払原資に十分な程度に維持することが可能となる。信託契約後の信託財産の追加は、新たな信託の設定と信託の併合と解され、委託者の一方的な行為ではできず、委託者と受託者との合意が必要と解される²。このため信託契約で、毎月支払日前に当該支払額以上の金額が信託財産となるよう支払義務者の収入（給与、資産運用の果実など）から得られる現金を信託財産に追加する旨の条項を設けるほか、支払義務者が実際に毎月送金し、入金信託口座が受け入れたことをもって、当該入金額の信託財産の追加（信託の設定と併合を委託者と受託者が合意したと解される）の合意とみなす条項を設けることが考えられる（民法527条：申込者の意思表示・・・略）により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する）。例えば、「本契約（信託契約）に基づく既存の信託財産に追加される金銭にかかる信託行為の当事者は委託者、受託者であり、信託財産に委託者が金銭を追加したとき、委託者と受託者が、本信託契約の信託目的その他の内容と同一の別の信託契約を締結したとみなし（民法527条）、信託法第151条第3項に基づき、追加された金銭と既存の信託財産の混同をもって本信託契約と当該別の信託契約とが併合されたとみなすこと」（四. の養育費支払確保のための

2 「信託法（現代民法 別巻）」（道垣内弘人、有斐閣、2017年5月）397頁、「信託法からみた民事信託の手引き」（ひまわり信託研究会、日本加除出版、2021年3月）68頁

モデル信託契約例をご参照)といった条項を置くことで、信託の併合に当事者が合意していることと、まったく別の信託を併合する場合に必要とされる要件(信託法施行規則第12条)をクリアできると考える。信託の併合に伴っては、信託法第152条の債権者の異議が通常は問題になるが、信託財産責任負担債務がある場合でも、信託財産が増加することで、当該債務の債権者にとってむしろ有利になることは明らか(信託法第153条、第154条)なので、信託法第152条1項但書に該当し、債権者の異議の機会を設ける必要はない。

第五に、信託財産が、毎月の支払時に支払額に満たない場合で、受託者が必要と認めるときは、金融機関や公的資金から借入を行い、受益者に給付でき、当該借入を信託財産限定責任負担債務とすることを信託契約に明記することで、確実な支払を確保しつつ、信託契約がない場合に受益者が直接借入を行うことで委託者への求償する負担を負うことを避け、当該借入と委託者の支払義務との関係を信託財産を介することで明確化できる。

第六に、養育費支払総額等総額を監護親に一括給付しないことで、監護親による浪費を防止できる。³

第七に、受益者である監護親の受益権は、信託契約当初に取得されるが、毎月の信託財産からの養育費支払額に対する受益債権は、毎月の養育費支払日に個別に発生することを信託契約に明記することで、委託者の資産から受益者へ直接移転する場合には課税される受益者への贈与税課税を回避できると考えられる(この点の検討は三、で詳述)。例えば、「受益者は、離婚合意に基づく委託者の毎月の養育費支払日にその都度、離婚合意で定めた養育費相当額の金銭を信

3 「民事信託の活用法」(伊東大祐弁護士、「自由と正義」(2015年8月号)52頁)はこの点を指摘している。

託財産から給付を受けることを内容とする受益債権を取得する。」と信託契約に明記することで、経済的価値が、信託契約の当初に一括して委託者から受益者に移転したと相続税法で解されることを避けて、信託法第88条の通り受益権は当初から移転することで、受益者不在の信託財産が生じることを避け、もって受託者課税される（法人税法第4条の6）⁴ことを避けつつ、受益者への贈与税課税を避けうることで税務の観点からも実態に見合った取扱いが可能となる。

第八に、法務省の検討会が示した、養育費請求権者は、子か、監護親か、双方か、という検討課題との関係では、監護親を受益者とするこの仕組みは、監護親を養育費請求権者とする構成になじみやすい。子が未成年であることから監護親は親権者として法定代理人になることから、代理人として不適当な行為がある場合には、親権喪失、停止や管理権を喪失させる審判などで対応することになる。ま

-
- 4 法人税法（定義）第2条 二十九の二 法人課税信託 次に掲げる信託（集団投資信託並びに第十二条第四項第一号（信託財産に属する資産及び負債並びに信託財産に帰せられる収益及び費用の帰属）に規定する退職年金等信託及び同項第二号に規定する特定公益信託等を除く。）をいう。
- イ（略）、ロ 第十二条第一項に規定する受益者（同条第二項の規定により同条第一項に規定する受益者とみなされる者を含む。）が存しない信託（以下、略）
- （法人課税信託の受託者に関するこの法律の適用）第四条の六 法人課税信託の受託者は、各法人課税信託の信託資産等（信託財産に属する資産及び負債並びに当該信託財産に帰せられる収益及び費用をいう。以下この章において同じ。）及び固有資産等（法人課税信託の信託資産等以外の資産及び負債並びに収益及び費用をいう。次項において同じ。）ごとに、それぞれ別の者とみなして、この法律（第二条第二十九号の二（定義）、第四条（納税義務者）及び第十二条（信託財産に属する資産及び負債並びに信託財産に帰せられる収益及び費用の帰属）並びに第六章（納税地）並びに第五編（罰則）を除く。以下この章において同じ。）の規定を適用する。

た受益者が信託期間中に死亡することもありうる。その場合には、「受益者が死亡したとき、または受益者が子の親権を喪失したとき（民法834条）、停止されたとき（民法834条の2）、もしくは法定代理人としての管理権を喪失したとき（民法835条）は、監護親でない親である委託者が、監護親となる場合には信託は終了する。委託者以外に別に監護者が決まる場合（祖父母等の親族など）には、その者を第二次受益者とし、当初受益者の受益権は消滅し、第二次受益者が新たに同内容の受益権を取得する。」と規定する。養育費請求権者は、子、と法的性格を位置づける場合には、受益権者を子とすることが考えられる。実際、支払義務者が、監護親が養育費をすべて支配して、養育目的以外の目的で費消することを警戒することも多い。そうした場合、監護親を受託者として、信託契約で自己目的での費消をさせないようにしつつ、受益者を子とし、未成年であるため、弁護士などを受益者代理人とすることが考えられる。この場合、受託者が素人であるため、委託者の財産調査や強制執行は不慣れということがあるので、受託者が信託銀行や弁護士などに事務委託をすることが考えられる。

3. 1. で述べた仕組みがベストである理由（他の信託契約の構成との得失比較）

信託目的は養育費支払の安定的な履行確保以外には考えにくいのが、信託契約の当事者やそれに伴う仕組みは、1. の仕組み以外にも考えられるが、以下他の案を検討することで1. の仕組みが、ベストであることを示す。

（一）委託者＝支払義務者、受託者＝監護親、受益者＝未成年の子（支払義務者と監護親の子）とする仕組み

受託者が、監護親であり、受益者の養育費受取口座の法定代理人となっている点で受託者＝受益者の代理人となることで利益相反となる点に難がある。この場合、信託法上の受益者代理人を別に定めることが適当である。一、で提案した仕組みであっても受益者である監護親が、受け取った養育費を子のために使わないことも考えられるが、そうしたことの解決は、養育費支払確保とは別の観点で、監護親（通常は親権者）が適当か、監護者権の指定、という問題で別に家庭裁判所で争われるべき問題となる（民法835条

管理権喪失の審判、等による）。受益者を子とするか、監護親とするかは、上記のように一長一短がある。本稿では、受託者＝信託銀行等とのプロ受託者、受益者＝監護親、を前提として説明するが、受託者＝監護親、受益者＝子、受益者代理人＝弁護士としても、委託者＝支払義務者の支払を如何に確実なものとしていくか、という観点では機能面では大差はない（もっとも受託者、受益者が異なるので信託契約の書きぶりは大きく異なることになる。）

(二) 支払義務者＝委託者の給与債権を直接信託財産に組み入れる仕組み

労働基準法24条⁵⁾は、賃金債権の譲渡自体は有効であるが、雇用主が譲受人に支払うことは直接払いの原則に反することになるの

5 (賃金の支払)

第二十四条 賃金は、通貨で、直接労働者に、その全額を支払わなければならない。ただし、(略)、また、法令に別段の定めがある場合又は当該事業場の労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者との書面による協定がある場合においては、賃金の一部を控除して支払うことができる。

で、違法かつ無効として、譲受人は雇用主に支払いを求めることはできないとの判例がある（電電公社小倉電話局事件 最判昭和43年3月12日〈国家公務員の退職手当の例〉、住友化学工業事件 最判昭和43年5月28日〈民間会社の退職金の例〉）。退職手当のみならず、賃金直接払いの原則は、月払いの給料や年俸、日給においても「賃金」である限り適用になる。債権譲渡という形ではなく、労働者が賃金から自分の債務の弁済として、第三者に対しての支払いを、雇用主に委任した場合（債務弁済委任）でも、直接労働者に支払うことにはならないので、直接払の原則に違反すると解されており、これも取り得ない。もっとも給与債権や退職金給付債権の債権譲渡や債務弁済委任に基づく第三者への支払いは、労働者の過半数を組織する組合又は過半数を代表する者との労使協定において賃金の一部として明示されれば、全額払の原則の例外として、協定に基づく控除の一種として、適法と認めるべきであるとするのが労働法の通説とされ⁶、実務では、社宅費用や親睦会費など労働者の福利厚生に役立つ趣旨での天引きは認められている。もっとも、労働者の福利厚生と一般的に関係がない養育費の天引きは労使協定に馴染みにくいと考える。また、冒頭述べた法務省の報告書にもあるように支払義務者の勤務先やその労働組合まで巻き込んで合意形成することを支払義務者が望まないことが多いと考えられ、実務では採用は困難と考える。もっとも法令で定められた税金、社会保険料は給与から天引きすることが認められていることから、民法改正または特別法により、養育費の給与からの天引きを上限額も法定する条件を付したうえで認めることは、立法

6 「労働法」（菅野和夫、第十二版、弘文堂、2019年）P451

論としてはあり得る⁷。

(三) 委託者 = 受益者 = 子、受託者 = 監護親又は信託会社又は信託銀行、
契約解除同意者 = 親でない親 = 支払義務者と、する仕組み

養育料の支払義務者が養育費支払総額相当額の金銭を子名義の普通預金に一括支払い、監護親が、子を委託者兼受益者とし、受託者を自ら、または信託会社や信託銀行とする信託契約を結び、支払義務者を契約解除同意者とする。監護親が受託者となる場合には、親権者であるため、受益者である子との利益相反が生じることは(一)と同じ。信託銀行が受託者となる場合にはこの問題は回避されるが、離婚のときに養育費支払総額相当額の金銭を一括支払うことは常に可能ではない。また受益権が当初に養育費支払総額全額について生じる場合には、受益者が贈与税を免れるか否かは必ずしも明らかではない(この点は、三. で詳細に検討する)。

(四) 委託者 = 受益者 = 監護親でない親 = 支払義務者、受託者 = 信託会社又は信託銀行

支払義務者を委託者兼受益者として、養育費支払総額を一括して信託会社や信託銀行などを受託者として信託契約を行い、毎月委託者の指示により、当該月に支払う信託財産を分割し、分割した信託の受益者を監護親に変更して、養育費を給付して、その信託は終了する仕組み(暦年贈与信託と同じ構成)も考えうる。この場合には、贈与税の観点からは受益者は常に存在し、委託者 = 受

7 米国では、連邦消費者信用保護法(Federal Consumer Credit Protection Act)により、労働者の給与債権からの天引きが認められている。天引きには上限があり、非監護親に再婚家族がある場合は給与の50%まで、再婚家族がなければ60%までとされている。ただし、12週以上の滞納があれば、それぞれ55%、65%まで引き上げられる。

益者であるため贈与税は発生しない一方で、監護親は、信託契約の維持や変更当初および期中に何らの口をはさめないという点で難がある。暦年贈与や教育資金贈与信託と異なり、受益者は一方的に恩恵を受けるのではなく、離婚合意に基づき給付を受ける権利が毎月発生するという法的関係に鑑みれば、こうした構成は、実態と異なることになる。

三. 贈与税の扱い

1. 養育費の贈与税の扱い

相続税法第9条の2⁸により信託契約をした場合には、委託者から受益者に贈与があったものとみなし受益者に受益権の評価額（同条第6項により「信託財産に属する資産」と「負債」（信託財産責任負担債務（信託法21条））を受益者丙が取得承継したものととして贈与税の額を計算する）で受益者に贈与税が課税される。例外として相続税法21条の3第1項2号⁹は、扶養義務者相互間において生活費又は教育費

-
- 8 相続税法（贈与又は遺贈により取得したものとみなす信託に関する権利）
 第九条の二 信託（退職年金の支給を目的とする信託その他の信託で政令で定めるものを除く。以下同じ。）の効力が生じた場合において、適正な対価を負担せずに当該信託の受益者等（受益者としての権利を現に有する者及び特定委託者をいう。以下この節において同じ。）となる者があるときは、当該信託の効力が生じた時において、当該信託の受益者等となる者は、当該信託に関する権利を当該信託の委託者から贈与（当該委託者の死亡に基因して当該信託の効力が生じた場合には、遺贈）により取得したものとみなす。
- 9 相続税法（贈与税の非課税財産）
 第二十一条の三 次に掲げる財産の価額は、贈与税の課税価格に算入しない。
 一 法人からの贈与により取得した財産
 二 扶養義務者相互間において生活費又は教育費に充てるためにした贈与により取得した財産のうち通常必要と認められるもの（以下略）

に充てるために贈与により取得した財産のうち「通常必要と認められるもの」は非課税とする。この「通常必要と認められるもの」として、昭和57年6月30日直審5-5「離婚に伴い養育料が一括して支払われる場合の贈与税の課税の取扱いについて」は、以下の場合を非課税としている。養育費の総額を信託する方法がとられることがあるが、次の場合には、「養育料の金額が、その支払いを受ける子の年齢その他一切の事情を考慮して相当な範囲内のものである限り、贈与税は課税されない。ただし、毎年支払いを受ける信託の分配金のうち収益からなる部分については、所得税の課税の対象となります。」と回答されている。

- (1) 養育料の支払義務者が養育費支払い年数分の金銭を子ども名義の普通預金に支払い、監護親は、子どもが委託者兼受益者とし、支払義務者を契約解除同意者とする均等割給付金の受給を前提とした金銭信託契約を信託銀行との間に締結し運用する。
- (2) 支払義務者を委託者、受益者を子とし、養育費総額を信託し、監護親を信託契約解除同意者とする均等割給付金の受給を前提とした金銭信託契約を信託銀行との間で締結して、監護親において運用させる。

(1)の場合は、支払原資は一旦、親権者(監護親)が管理する子名義の普通預金に移転している。そのうえで、子が委託者兼受益者となる自益信託を監護親が設定し、金銭信託契約を信託銀行との間に締結する。通達上からは、受託者を監護親として、監護親が別に金銭信託契約を信託銀行と締結するのか、受託者を最初から信託銀行とするのか、は必ずしも明らかではない(監護親を受託者とする場合には、親権者であるため受益者との間の利益相反

が生じる可能性については上述の通り)。もっともいずれの場合でも、信託契約において毎月の均等支払が合意されていることから、完全に財産が支払義務者から受益者に移転したとは言えず、支払義務者が、養育費支払総額相当額を全額子に移転したとは経済的に評価できないと解して、贈与税の非課税としたものと解される。しかしながら、受益債権の取得時期の定め方次第では、信託財産として養育費支払総額に対する請求権が一旦受益者に移転し、期限未到来の将来給付債権が発生していると解釈され、将来給付を受けるという意味での経済的利益は移転していると解される余地がないとは言い切れないと考えられる。また、養育費支払総額相当額を最初に支払義務者が子に移転することから、資力が十分でない場合には使えない点に留意する必要がある。

(2) の場合は、支払義務者を委託者、子が受益者、監護親を信託契約解除同意者としているため、信託銀行を受託者として読む。この場合でも、(1) と同様に信託契約において毎月の均等支払が合意されていることから、完全に財産が支払義務者から受益者に移転したとは言えず、支払義務者が、養育費支払総額相当額を全額子に移転したとは経済的に評価できないと解して、贈与税の非課税としたものと解される。しかしながら、(1) と同様に受益権の取得時期の定め方次第では、信託財産として養育費支払総額の全額が一旦受益者に移転し、期限未到来の将来給付債権が発生していると解され、将来給付を受けるという意味での経済的利益は移転していると解される余地がないとは言い切れないと考えられる。また、養育費支払総額相当額を最初に支払義務者が子に移転することから、資力が十分でない場合には使えない点も

(1)と同様である。

上記の通り、税務では、受益債権の発生時期はともかく、支払義務者が信託契約において毎月の支払に同意することで、子が、移転した財産全体を信託契約当初から受益することができないことを持って、経済的な子への利益の移転は毎月の養育費支払の都度と解して、「養育料の金額が、その支払いを受ける子の年齢その他一切の事情を考慮して相当な範囲内のものである」との条件の下では、非課税としたものと解される。

2. 二. の提案の場合の扱い

二. で提案した仕組みによれば、受益者である監護親の受益権およびその内容である受益債権は、毎月の養育費支払日に個別に発生することを信託契約に明記することで、受益権は当初から受益者が取得するとしても、その経済的利益である具体的な受益債権は、毎月発生するのであって、期限付きの給付債権を信託契約時に一括して受け取るのではないことが明確化される。このような手当を信託契約においてすることにより、上記の通達の考え方によればもちろん、「その支払いを受ける子の年齢その他一切の事情を考慮して相当な範囲内のものである」との条件さえ満たせば、より明確な形で、養育費支払総額が、委託者の資産から受益者へ直接移転する場合には課税される受益者への贈与税課税を回避できると考えられる。このようにした場合でも、子が成年に達したり、子が死亡したり、監護親が死亡して、支払義務者である委託者が監護親となった場合に委託者を残余財産受益者または帰属者とすることで、養育費の支払いの確保という目的以上に委託者の財産を減らして、委託者財産からの相続税額を減らしてはいないと考えられる。

次に、通達では、「毎年支払いを受ける信託の分配金のうち収益からなる部分については、所得税の課税の対象となります。」とされていることから、二. の仕組みでは、支払義務者の資産から、子が成年に達するまでの養育費支払総額以下の支払義務者の生活に差し支えない範囲の金額（信託時の現在価値とする、これにより運用利息は全額受益者に対する支払に充当）および信託報酬額総額の合計額を信託期間の最初に受託者に移転する、としていることとの関係が問題になる。仕組みは、毎月発生する受益債権の割引現在価値の合計額を当初一括して信託財産として委託者が受託者に移転することで、信託財産を信託口座に預けることによる期間収益である利息は、発生の都度、信託口座に加算され、信託財産に追加され、受益者に対して支払に充当することで、養育費支払総額を前払いした支払義務者に離婚合意以上の金銭の支給を求めないことを考えたものである。一方で税務では、信託財産の収益分は受益者の所得税とするとしている。しかしながら、二. の仕組みによれば、利息分は、養育費支払総額相当額の一部にすぎず、信託財産運用による追加の利益を受益者が受け取るという経済的意義は存在しない。よって、二. の仕組みによる場合には、通達に記載されている部分は所得税の対象にならないと考える。もちろんこれは信託財産の運用を信託口座の預金金利以上に積極的に運用し（例えば株式投資など）、その果実を積極的に離婚合意に当初決めた養育費支払総額に加算することまで離婚合意で合意して、それを信託契約に書き込むことが妨げられるわけではなく、こうした場合には、当該果実は、通達記載の通り、受益者の所得税課税の対象になると考える。

3. 受益債権が養育費支払日の都度発生すると構成した場合の受益者

不在の信託財産への課税

仮に受益債権のみならず受益権が養育費支払日の都度発生することを信託法88条但書に基づき信託契約で定めた場合には、信託財産総額が、養育費支払日における支払額以上に存する場合には、受益権がない信託財産が存すると解される余地がある。この場合には法人税法第4条の6で、上述のように受託者に受益者不在分について贈与税が課税される可能性がある。このため、信託契約では、信託法88条の通り、受益権は当然に当初から発生し、受益権者が取得することを前提に、「受益者は、離婚合意に基づく委託者の毎月の養育費支払日にその都度、離婚合意で定めた養育費相当額の金銭を信託財産から給付を受けることを内容とする受益債権を取得する。」と書くことで、受益権と受益債権を区別して書くことが考えられる。

この点を設例で説明すると以下の通り。

【設例】養育費を毎月25万円、年間300万円とし、支払義務が10年間あるとする。金利0と置くと、養育費支払総額は $25 \times 12 \times 10 = 3000$ 万円。その割引現在価値も3000万円となる。支払義務者＝委託者は、離婚時に600万円の金銭を信託財産とし受託者に移転し、その後、毎月の給料から20万円を信託財産に追加することを信託契約に明記した。今後、監護親＝受益者は、信託財産から毎月25万円を受け取る。25万円は「支払いを受ける子の年齢その他一切の事情を考慮して相当な範囲内のもの」とする。

【モデル契約における法的構成】

1. 信託の追加＝別の信託の設定＋元の信託と当該別の信託との併合
当事者（委託者＝支払義務者、受託者＝信託銀行その他第三者、受益者＝監護親）、信託目的、信託財産以外のその他条項は、すべ

ての信託契約において同じ。

P：当初の信託契約の信託財産：600万円の金銭

Q：1月目に設定される信託契約の信託財産：20万円

R：信託の併合後の信託財産：620万円

(S：受益者の受け取り後の信託財産：620—25 = 595万円)

以後毎月上記を繰り返す。

2. 受益権と受益債権の発生。

受益者の受益権は、Pでは600万円、Qでは20万円、Rでは620万円

受益債権の発生は、Pでは0円、Qでも0円、Rでも0円、Sで
25万円

四. 養育費支払確保のための信託契約の例

上記の検討を踏まえたモデル信託契約は以下の通り（まだまだ改善の余地があると考えており、読者諸兄姉ほか関係者のご意見を賜りたく）。

(信託目的)

第1条 本信託の目的は、委託者Xの第2条記載の財産を信託財産として管理運用及び処分、その他本信託目的の達成のために必要な行為を行い、もって、以下の①の目的を達成し、その目的の達成に必要な限りで②を図ることを目的とする。

① 令和〇年〇月〇日付離婚合意（OR調停合意OR審判）（当事者は、委託者および受益者Y、以下「離婚合意」という。）に基づく委託者と受益者の子である契約外W（以下、単に「子」という。）にかかる委託者の養育費支払をWが成年に達するまで確実に履行し、子の監護親である受益者が子の養育監護に財産面からの支障を来たすことなく、子の安定した生活と福祉を確保するとともに、子が高等な教育を受けることの支援を行うこと

② 信託財産が、①の離婚合意に基づく毎月の養育費支払に十分でないと見込まれる場合には、委託者は信託財産を十分となるよう追加するほか、受託者Zは委託者の一切の収入および資産に対する裁判内または裁判外の手続をもって、養育費支払のために十分な信託財産の維持すること

(信託財産、信託財産責任負担債務、信託給付の内容)

第2条 本契約における信託財産の管理運用(活用)及び処分は、次のとおりとする。以下、管理運用(活用)および処分にかかる事務を「信託事務」という。

(1) 金銭は、受託者が、A 金融機関〇〇支店に受託者の固有財産と倒産隔離される信託口座を開設し、当該口座に預金することにより管理する。信託口座の残高に付される利息は信託財産とする。

(2) 受託者は、第1条の離婚合意に基づき養育費の支払日に(1)の信託口座から受益者の予め指定する金融機関の口座に、当月分の養育費を送金する。

(3) 委託者は、信託財産が(2)の送金が確実に履行できるよう、信託財産を追加する義務を負い、受託者は追加することに同意する。(当該追加は、別紙の通り、委託者の〇〇金融機関〇〇支店の口座から、(1)の信託口座に、毎月の養育費支払額の相当額(X円)を養育費支払日以前に自動送金する方法による。委託者が信託財産に追加した金銭と既存の信託財産をもって次条に定める通り信託を併合することにより(2)の送金に必要な信託財産を維持する。

(4) 受託者は、(3)にもかかわらず、信託財産が(2)の送金に十分でないと判断するときは、本信託契約の強制執行認諾文言に基づき、裁判内または裁判外の手続により委託者の給与債権その他の収入または資産を差押え、換価して、金銭を取得し、当該金銭を信託財産に追加し、追加した金銭と既存の信託財産をもって次条に定める通り信託を併合することにより、(2)の送金に必要な信託財産を維持する。

(5) 受託者は、(3)または(4)の方法では、養育費支払日に信託財産が(2)の送金に十分な金額を確保できないと見込まれるときは、不足分を金融機関その他から借入れ、信託財産限定責任負担債務とする。受託者は借入れた金銭を信託財産に追加し、追加した金銭と既存の信託財産をもって次条に定める通り信託を併合することにより、(2)の送金に必要な信託財産を維持する。

(信託の併合)

第3条 前条第2項(3)乃至(5)による信託財産の追加による信託の併合について、委託者、受託者は以下の通り合意する。

①信託併合後、受益権の内容を含む本信託契約の他の条項は変更なく、維持されること

②信託の併合は、追加する金銭が、前条第2項(1)に定める信託口座に入金された時点で効力が発生すること

③信託の併合の理由は、受益者に対する養育費支払の原資となる信託財産を確実に確保することにより、信託目的を達するためであること

④本契約(信託契約)に基づく既存の信託財産に追加される金銭

にかかる信託行為の当事者は委託者および受託者であり、信託財産に委託者が金銭を追加したとき、委託者と受託者が、本信託契約の信託目的その他の信託行為にかかる内容と同一の別の信託契約を締結したとみなし（民法第527条）、信託法第151条第3項に基づき、追加された金銭と既存の信託財産の混同をもって本信託契約と当該別の信託契約とが信託の併合されたとみなすこと

（受託者）

第4条 本信託の当初受託者は、〇〇〇〇株式会社（信託銀行または信託会社、住所）（または争いがない場合には親族やNPO）とする。

2 信託法第56条第1項各号に掲げる事由により当初受託者の任務が終了したときは、当初受託者が書面により指定した者を後継受託者とする（＜受託者が親族やNPOの場合＞信託監督人が書面により指定した者を後継受託者とする）。

（委託者）

第5条 本信託の委託者は、X（住所、生年月日）とする。

2 委託者の死亡により、第2条第2項（3）に定める養育費支払総額に相当する金銭を信託財産に追加する義務は、委託者の死亡時の未払分に限り相続の対象とする。その他の信託法上の委託者の権利は消滅し、相続人に承継されない。

（受益者）

第6条 本信託の当初受益者は、次の者とする。

① 住所 氏名 Y 生年月日

2 上記受益者が死亡したとき、または受益者が子の親権を喪失したとき（民法834条）、停止されたとき（民法834条の2）、もしくは法定代理人としての管理権を喪失したとき（民法835条）は、監護親でない親である委託者が、監護親となる場合には信託は終了する。委託者以外に別に監護者が決まる場合（祖父母等の親族など）には、その者を第二次受益者とし、当初受益者の受益権は消滅し、第二次受益者が新たに同内容の受益権を取得する。

3 第二次受益者が死亡したときは、監護親でない親である委託者が、監護親となる場合には信託は終了する。委託者以外に別に監護者が決まる場合（祖父母等の親族など）には、その者を第三次受益者とし、第二次受益者の受益権は消滅し、第三次受益者が新たに同内容の受益権を取得する。

（受益債権の発生、取得時期）

第7条 受益者は、離婚合意に基づく委託者の毎月の養育費支払日にその都度、離婚合意で定めた養育費相当額の金銭を信託財産から給付を受けることを内容とする受益債権を取得する。

（受益権の移転、相続）

第8条 本信託の受益権は、受託者との合意がない限り、第三者に譲渡し、または質入れその他担保設定等することはできないものとする。

2 本信託の受益権（残余財産受益権を除く）は、当該受益者の死亡により消滅する。

(信託の終了事由)

第9条 本信託は、本信託契約と同時に効力が生じ、次の事由によって終了する。

- (1) 子が成年に達したとき(ただし、未払養育費がない場合に限る)
- (2) 子が死亡したとき
- (3) 委託者が子の監護権者となったとき

(金銭の引渡し等)

第10条 委託者は、受託者に対し、本信託の効力発生後すみやかに後記「信託財産目録」記載の金銭を引き渡す。

(受益者代理人及び信託監督人)

第11条 本信託の受益者が判断能力を欠き意思表示できないときまたは受託者が信託事務処理上必要と認めたときは、次の者を受益者代理人に選任する(OR受託者は親族もしくは専門的知識を有する者から受益者代理人を選任する)。

住 所 氏 名 生年月日

2 受託者は、信託事務処理上必要と認めたときまたは受益者等信託関係人から要請があったときには、受益者と協議のうえ、専門的知識を有する者から信託監督人を選任する(＜受託者が親族やNPOの場合＞)。

(善管注意義務等)

第12条 受託者は、信託事務を処理するにあたっては、本信託の目的に従い、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。

2 受託者は、信託事務遂行上、必要と認めた場合、第三者にその任務を行わせることができるものとし、その選任については、受託者に一任する。

(管理に必要な事項)

第13条 本信託の管理に必要な事項は、次のとおりとする。

(1) 本信託にかかる計算期間は、毎年1月1日から同年12月31日とし、計算期間の末日を計算期日とする。ただし、最初の計算期間は、本信託の効力発生日からその年の12月31日までとし、最終の計算期間は、直前の計算期間に係る計算期日の翌日から信託終了日までとする。

(2) 受託者は、本信託開始と同時に、①信託帳簿 ②財産状況開示資料 ③事務引継があった場合の関係書類を作成し、受益者及び受益者代理人に対して以後年1回各計算期日から2か月以内に書面にて報告する。

(3) 受託者は、受益者もしくは受益者代理人から報告を求められたときは、すみやかに求められた事項をその者に報告する。

(4) 受託者は、信託事務に必要な諸費用を立て替え払いしたときは、これを本信託財産から償還を受けることができる。

(5) 本信託が終了したときは、受託者は、本条(2)記載の書面を作成して信託財産及び関係書類等について後記清算受託者に引き渡し、事務引継ぎを行うものとする。

(信託の変更等)

第14条 受託者は、委託者および受益者（または受益者代理人）との合意により、または本信託の目的に反しない場合には、受益者（または受益者代理人）との合意により本信託の内容を変更し、またはいつでも本信託の一部を解除し、または本信託を終了させることができる。

（清算事務）

第15条 清算受託者は、本信託終了時の受託者が指定する。

（残余財産の権利帰属者等）

第16条 本信託が終了した場合の信託費用および信託報酬を差し引いた残余の信託財産は、

（1）第9条第1号により終了した場合には、信託契約日以降の受益者に対する支払合計額が養育費支払義務総額に満たないときは、その差額分の残余財産は子を残余財産の受益者として給付し、なお残る金銭は、委託者に帰属する。上記支払合計額が養育費支払義務総額以上の場合には、残る金銭は、委託者に帰属する。

（2）第9条第2号または第3号により終了した場合には、残る金銭は、委託者に帰属する。

（信託報酬）

第17条 受託者は、信託報酬として、第2条に定める信託口座から引落す方法により、毎月○日に○○円を受け取ることができる。

（管轄裁判所）

第18条

本契約にかかる紛争を裁判で解決する場合には、〇〇地方裁判所を専属的合意管轄を有する裁判所とする。

【信託財産目録】

金銭〇〇〇〇円（または、金融機関 〇〇銀行〇〇支店 普通預金 口座番号〇〇〇〇の払戻時の預金残高相当額の金銭）

別紙

第2条第2項（3）に定める信託財産の委託者による追加の方法

支払義務者は、〇〇金融機関との間で、その勤務先の給与入金口座である〇〇金融機関〇〇支店 普通預金（口座番号〇〇〇〇）から、第2条第2項（1）に定める信託口座に、毎月の給与支払日（毎月の養育費支払日以前とする、以下「送金日」という。）に、X円を自動送金する旨の契約を締結し、実際に毎月送金する。

当該自動送金する旨の契約には、送金日に自動送金する残高がない場合には、〇〇金融機関から普通預金への貸越（融資）契約を含むものとする。

※信託契約を記載した公正証書の末尾に「債務者は、本証書記載の債務を履行しないときは直ちに強制執行に服する旨陳述した」との一文を公証人に記入してもらう。ただし、強制執行認諾文言は、上記の送金額（X円）と送金時期（毎月25日）が特定できていないと、強制執行の対象とならず有効でないと考えられる。

第三 部内での意見

以下のとおり、当部部員から出た意見を紹介する。

一. 契約当事者について

1. 信託契約において委託者、受託者、受益者の3者で契約するということが、問題はないのでしょうか。民法上は支障がないと思いますが、信託法3条1号では、「委託者」と「受託者」が信託契約を締結すると規定されているからです。
2. 信託契約は、あくまで委託者と受託者の間の契約となっているので（信託法4条1項）、受益者を契約の当事者とすることはできないと思います。信託法4条1項は、別段の定めを許していません。仮に、受益者を当事者とした場合、解除の当事者をどうするのかとか、錯誤の意思表示があった場合どうするのかなど問題が複雑になると思います。

なお、信託法48条5項の合意は、受託者と受益者の合意となっているので、受益者が関与することは意味があると思います。

3. 養育費信託の場合には、支払義務者である委託者と受託者の信託財産、受託者の義務について、監護親である受益者は、細かい部分まで了解する必要があり、委託者と受託者の決めた内容の受益権を享受するだけでなく、信託契約の当事者としてでなくても、委託者と受託者の信託契約の内容に同意することが有益だと存じます。支払義務者と監護親との離婚合意で、支払義務者と受託者の信託契約についても合意を盛り込むこともできますが、離婚合意と別に、監護親が、受益者として、信託契約に同意する旨の記名押印をすることで、契約行為の段階で信託契約の内容に関与して、受託者への規

律付けに、信託行為後ではなく、信託行為の準備段階から関与することが便宜ではないかと存じます（これは法律論でなく、政策論です）。

4. 3. の意見のように、委託者・受託者間の信託契約に受益者が同意の意思を表示することは可能だと思います。

また、受益者が契約当事者として署名したとしても、それ故に委託者・受託者間の信託契約の効力が否定されるものではなく、受益権を放棄しないことを確定させる意思表示として意思解釈されるのではないかと考えられます。

二. 追加信託は新たな信託設定+信託の併合か？

1. 信託財産への毎月の送金による追加とは、信託の併合にならないのではないかと考えております。といいますのは、「信託の併合」というのは、受託者を同一とする2以上の信託、例えば、委託者甲、受託者乙、受益者丙、信託財産Aという信託（以下、「信託①」と言います）と、委託者甲、受託者乙、受益者丁、信託財産Bという信託（以下、「信託②」と言います）が存在するときに、AとBを新しい信託（以下、「信託③」と言います）の信託財産とすることです（信託法第2条10項）。本件では信託は信託①しか存在せず、信託②は存在しないと思われるからです。また、「新たな信託の設定」というのは難しいのではないのでしょうか。結論として、私は信託の変更（信託法第149条以下）に当るのではないかと思います。

2. 信託法第2条10号に「10 この法律において「信託の併合」とは、受託者を同一とする二以上の信託の信託財産の全部を一の新たな信託の信託財産とすることをいう。」と信託の併合には定義があります。一方「信託の変更」は、信託法の中に定義がありません。しかし、信託の併合の定義を設け、併合について変更と別の節を設けて第151条

以下に信託の併合の節を設けていますので、法は 変更の中に併合は入らないと解していると解釈できます。ご指摘のように併合は、2つの信託行為が前提になっていると解されます。そこで併合の定義にかかる問題は、委託者、受託者、受益者の主体が同一で、信託財産が異なる2つの信託行為を1つの信託にまとめることは、変更か併合かが論点と存じます。この点、文言からは決め手がないのですが、本稿で問題にしている例は、まさに同一当事者（三者か二者契約は、ご指摘のように議論あるところと存じます）が、信託財産を異にする信託契約を結ぶ方式（当初と毎月）なので、信託契約が2つあり、それを1つにまとめている、即ち併合と解せると存じます。

この点、「逐条解説 新しい信託法」（寺本昌広、商事法務、2007年7月）でも、「信託の変更とは、信託行為に定められた信託の目的、信託財産の管理方法、受益者に対する信託財産の給付内容その他の事項について、事後的に変更を行うものである」（P339）と書かれている一方、「信託の併合は、例えば、・・・、複数の信託財産を統合する場合等において有用であると考えられる」（P345）と書かれていますので、以上のような認識に立っているのではないかと考えます。

3. 追加信託を新たな信託設定+信託の併合とする見解は、道垣内先生が『信託法』（脚注2参照）398頁で支持されています。もちろん、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追加信託の法的性質に関しては、他にも信託の変更とする見解や委託者の出資義務を時期的・量的に分割したものとする見解もあります。
4. そこで問題は、モデル契約のように、元の信託契約と別に、将来の信託財産の追加を念頭に、委託者から、信託口座に対して、信託

財産の追加のための送金があったことをもって、委託者と受託者の間で、元の信託行為と同一目的その他の条件が同一で信託財産だけが別の信託行為があったとみなして（第一段階の別の信託契約成立のみなし）、2つの信託行為が出来、それらを信託法第151条第3項の信託の併合の別段の定めとして、信託の併合があったとみなすこと（第二段階が信託の併合のみなし）が、法的に有効か、という論点です。このうち第二段階については、信託法第151条第3項はこれを認めていると解されます。第一段階の別の信託の成立については、信託法第3条第1号は、送金の都度の委託者と受託者の合意を求めているようにも読めます。しかしながら、民法第527条（申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する。）によれば、信託合意を信託財産への金銭の追加（ここでは送金）という行為を持って成立させることまで、信託法第3条が禁じているとは認めないのではないかと考えます。

第四 最後に

本稿で提案されたスキーム・契約書案は、いまだ粗削りなものかもしれないが、大変に示唆に富むものである。今後も様々な議論を経たうえで多くのご意見によって成熟させ、実務的に実践できるスキーム・契約書案に成長させていければ幸いである。

（以上の原稿は、令和3年度信託法研究部の長野聡の執筆した原稿に、当部部員が意見を寄せ、山口正徳及び清水晃一が監修したものであり、文責は山口正徳にある。）

以 上

公営住宅の一部滅失等による賃料減額事案への対応準備

自治体等法務研究部

〔自治体等法務研究部〕

* 目 次

第1	はじめに	244	2	公益財団法人日本賃貸住宅管理協会「貸室・設備等の不具合による賃料減額ガイドライン」について	256
1	改正民法611条1項	244	3	小括	258
2	公営住宅に及ぼす影響	244	第4	公営住宅管理への導入方法	261
3	当研究部における従前の研究状況	245	1	公営住宅関係法規の構造	261
4	民間賃貸住宅を想定した先行研究等の存在	246	2	公営住宅賃貸借契約の規律方法	262
5	本稿における検討の範囲	247	3	公営住宅に係る賃貸借契約の特殊性	263
第2	改正民法611条の要件	247	4	条例等の改正によるべきか、要綱の新設によるべきか	265
1	「使用及び収益をすることができなくなった場合」とは	247	第5	今後の課題	268
2	「賃借人の責めに帰することができない事由」とは	248			
第3	民間賃貸住宅における研究・実務例に対する考察	248			
1	賃貸借トラブルに係る相談対応研究会編「民間賃貸住宅に関する相談対応事例集～賃借物の一部使用不能による賃料の減額等について～」について	248			

第1 はじめに

1 改正民法611条1項

- (1) 「民法の一部を改正する法律」(平成29年法律第44号)の施行前の民法(以下「従前民法」という。)611条においては、賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失したときは、賃借人は、その滅失した部分の割合に応じて、賃料の減額を請求することができると規定されていた。
- (2) ところが、令和2年4月1日の上記施行後の民法(以下「改正民法」という。)では、賃貸借の目的とされた建物が一部滅失その他の事由により使用及び収益をすることができなくなった場合において、それが賃借人の責めに帰することができない事由によるものであるときは、賃料は、その使用及び収益をすることができなくなった部分の割合に応じて減額されることとなった。
- (3) すなわち、従前民法においては、賃借人に減額請求を認めるにとどまっていたものが、改正民法ではその請求を待たずに当然に減額が生じることと改められた。

2 公営住宅への影響

- (1) 一の普通地方公共団体(以下、単に「自治体」という。)が設置・管理する公営住宅は、それが複数に及ぶ場合であっても、基本的に当該行政区域内というある程度限定された範囲内に所在するという場所的共通性を有する。

そのため、台風、地震等の災害発生時においては、これらが一斉に被災し、多数の住宅において同時に前記同条所定の減額事由が発生する事態も優に想定されるところである。

他方で、一部減失等の程度（減額割合）については、各住宅の配置、構造、階層、方角等による個性が生じうるものと見込まれる。

- (2) この点、従前民法下においては、賃借人たる入居者に減額請求権が生じるのみであり、賃貸人たる自治体としては、その請求があった場合に個別に対応すれば足りたものと、そして、現実問題として減額請求を試みる入居者は極めて少数であったのではないかと推察される。

しかし、前述のとおり、改正民法により、減額の法律効果が請求を待たず当然に生じるものとなったことからすると、入居者の請求があって初めて対応をするというのはいかにも後手であるし、上記従前の対応を続けることは多数の入居者間の公平を損なうおそれもある。

- (3) こうしたことから、当該減額対応に関する公営住宅条例やその施行規則等の改正の要否、減額事由の有無の認定や減額割合の算定に際しての業務手順に関する要綱等の整備、減額が反映されないまま徴収した住宅使用料（減額幅相当額が不当利得になるものと思われる。）の処理などを平時のうちに検討しておく必要があるのではないかと考えるに至った。

3 当研究部における従前の研究状況

- (1) この点、当研究部が執筆した『自治体が原告となる訴訟の手引き 民法改正編・貸付金編』（2020年、日本加除出版）においても、自治体実務への影響として、「当然減額になること、当然減額事由の範囲が広がったことから、例えば自然災害などで被害が発生した場合、公営住宅の使用収益状況を確認する必要があるため、自治体実務に与える影響は大きい。条例等で一定の基準を定め、公平に適用され

るようにすることが望ましい。」と指摘したところである。

もっとも、同書の性質上、上記を超えて踏み込んだ研究には至っていない。

- (2) また、その後に同シリーズとして刊行された『自治体が原告となる訴訟の手引き 公営住宅編』（2021年、日本加除出版）においても改正民法611条1項への対応は取り上げていない。
- (3) そこで、上記両書からの発展形の一つとして、改正民法611条1項と公営住宅管理との関係を本稿で取り上げることとしたい。

4 民間賃貸住宅を想定した先行研究等の存在

- (1) ところで、改正民法611条1項の影響については、民間賃貸住宅を想定した先行研究・実務例が存在する。本稿では、そのうち次の2つを紹介しつつ、公営住宅との共通点・相違点、公営住宅管理に向けた転用の可否やその際の修正の要否について検討を加えることとする。
- (2) まず一つは、国土交通省の「重層的住宅セーフティネット構築支援事業」において2018年3月に作成された「民間賃貸住宅に関する相談対応事例集～賃借物の一部使用不能による賃料の減額等について～」である。

こちらは、「一部減失の程度や減額割合については、判例等の蓄積による明確な基準がないことから、紛争防止の観点からも、一部減失があった場合は、借主が貸主に通知し、賃料について協議し、適正な減額割合や減額期間、減額の方法（賃料設定は変えずに一定の期間一部免除とするのか、賃料設定そのものの変更とするのか）等を合意の上、決定することが望ましいと考えられる。」とし、裁判例や関係業界の取組例を紹介している。

- (3) そしてもう一つは、公益財団法人日本賃貸住宅管理協会（日管協）が2020年3月19日に一般公開した「貸室・設備等の不具合による賃料減額ガイドライン」である。

こちらは、当然減額への法改正にもかかわらず、賃料が減額される程度についての明確な基準がないという問題意識の下、適切な対処をするために、減額事由と減額割合の目安を定めることを期したものと見える。

5 本稿における検討の範囲

以上を踏まえ、本稿の構成は、次のとおりとする。

まず、改正民法611条1項の要件を確認し、続いて、前記民間賃貸住宅における研究・実務例に対する考察を加える。

その上で、公営住宅管理に向けた導入方法を検討し、最後に、本稿では論じきれなかった今後の課題を概観したい。

なお、本稿において示す見解は、あくまで本稿執筆者ら自身のものであり、当研究部その他本稿執筆者の所属する組織・団体等のものではない。

第2 改正民法611条の要件

1 「使用及び収益をすることができなくなった場合」とは

従前民法において、賃料減額請求ができる場面としては、「(一部の)滅失」のみが規定されていたが、改正民法により「滅失その他の事由により使用及び収益をすることができなくなった場合」と拡大された。

ここにいう「滅失」とは、賃借目的物についての物理的な不利益状態を指すが、あくまで賃借目的物の利用価値の減損が問題なのであるから、そのほかの物の滅失によって賃借目的物の効能が間接的に減少す

る場合も含むとされる（松岡久和、中田邦弘編『新・コンメンタール民法（財産法）』2020年、日本評論社、1038頁）。

この点、従前民法の時分においても、「滅失」とは「使用不能」ということだと解されていた（幾代通、広中俊雄編『注釈民法（15）債権（6）』1966年、有斐閣、204頁）。そして、裁判例においては、物理的なものとは単純に評しがたい、機能面での使用不能に対しても同条項を類推適用して減額請求を認めるものが見受けられた（東京地判昭和45年5月18日判時608号151頁、名古屋地判昭和62年1月30日判時1252号83頁等）。

改正民法は、そうした観点から「その他の事由」を明文で加えたものと解される。もっとも、「滅失」以外の「その他の事由」に具体的にどのような事由が含まれるかについては、解釈に委ねられている（日本弁護士連合会編『実務解説改正債権法』2017年、弘文堂、439頁）。

以下、本項においては、「滅失」と「その他の事由」を合わせて「一部使用不能」又は「一部滅失等」と称して論じる。

2 「賃借人の責めに帰することができない事由によるものであるとき」とは

従前民法において「賃借人の過失によらないで」とされていた文言は、標記のように改められた。この点は、実質的な改正ではなく、帰責事由がないことについて賃借人に立証責任があることも従前民法から変わらなると解される（前掲、440頁）。

第3 民間賃貸住宅における賃料減額事案

- 1 賃貸借トラブルに係る相談対応研究会編「民間賃貸住宅に関する相談対応事例集～賃借物の一部使用不能による賃料の減額等について～」について

(1) 作成の目的

「民間賃貸住宅に関する相談対応事例集～賃借物の一部使用不能による賃料の減額等について～」(以下「相談対応事例集」という。)は、平成30年3月に、国土交通省が実施した「重層的住宅セーフティネット構築支援事業(賃貸住宅関連・連携円滑化支援事業)」として作成された。

物件の一部使用不能による賃料の減額等に関する明確な基準や判断にあたって参考となる事例の蓄積等がなく、民間賃貸住宅の貸主と借主が安心して貸し借りできるような環境を整備する必要があったとの問題意識に基づき、物件の一部使用不能による賃料の減額等について、近時の裁判例や実務の動向等を取りまとめたものである。

(2) 相談対応事例集の構成

相談対応事例集は全4章で構成されている。

第1章では、改正民法611条1項等の趣旨及び相談対応事例集における同条の基本的な考え方を示している。

第2章では、賃借物の一部使用不能が発生した場合の協議までの流れ及び賃料減額等の協議にあたっての考慮事項を整理している。

第3章では、相談対応にあたっての留意点等をまとめている。

第4章では、賃料減額等に係る判例を掲載している。

最後に、参考資料として関連業界の取組みや実務の傾向に係るアンケート調査の結果を掲載している。

以下、簡単に内容を説明する。

(3) 改正民法611条1項等の趣旨及び同条の基本的な考え方(第1章)について

相談対応事例集は、民法611条1項における「賃借物の一部が滅失

その他の事由により使用及び収益をすることができなくなった場合」を、「物件の物理的な破損だけではなく、設備の機能的な不具合等による場合も含めて、物件の一部が使用できず、その一部使用不能の程度が、社会通念上の受忍限度を超えており、通常の居住ができなくなった場合」と解釈している。

そして、「実務では、貸主と借主の協議によって、賃料の減額に代えて、それに相当する代替手段や代替品の提供等の対応がとられることも多い」ことが紹介されている。

その上で、「円満な賃貸借関係を継続する観点からも、貸主と借主双方が誠意をもって協議し、解決することが、望ましい基本的な対応になるものと考えられる。」としている。

借主側の注意点として、民法611条に基づく賃料減額は、借主に帰責事由がないことが要件となっているが、通常、貸主は、住戸内の設備の不具合等を知り得ないため、「借主は、入居時の物件状況等の確認リストや写真等を活用して、一部使用不能の原因を説明できるよう努めることに留意する必要がある」としている。

(4) 賃借物の一部使用不能が発生した場合の協議までの流れ及び賃料減額等の協議にあたっての考慮事項(第2章)について

ア 賃借物の一部使用不能が発生した場合の協議までの流れは、①借主による通知、②貸主の現場確認、③貸主・借主間での協議・決定としている。

トラブルとなる主な原因として、「一部使用不能の程度が通常の居住ができない状態に達していること」や「一部使用不能の原因が借主の帰責事由によるものでないこと」についての「判断が困難であること」が考えられるので、「借主は、遅滞なくその旨を貸主に

通知することが必要であり、通知を受けた貸主にも、速やかに破損や不具合等の状況やその原因を確認することが求められる」としている。

- イ 協議にあたっての留意点として、「物件が老朽化している場合、その分家賃が低く設定されていることがある。借主もそのことを承知の上で賃貸借契約を締結しているのであれば、さらに賃料を減額することで、貸主の負担が過大となるおそれがあることを考慮すべきである。」としている。また、貸主は、物件の修繕にある程度の時間を要するため、修繕のスケジュールを借主に説明を行うべきであるとしている。

そして、賃料減額の対象とはならないと考えられる項目として、「照明器具の故障等設備の利用に不便が生じている状態や居住を妨げない程度の建具の不具合や隙間風を生じない程度の壁や窓の破損等」を挙げている。

- ウ 協議にあたっての考慮事項としては、賃料減額等の協議・決定にあたっては「使用不能な期間」、「使用不能の程度」、「使用不能な面積」、「代替手段・代替品の提供」を考慮し、総合的に判断するとしている。

(5) 相談対応にあたっての留意点等(第3章)について

- ア 賃料減額等の実態として、改正民法611条1項の内容については、管理業者にもあまり知られておらず、借主もさらに知らない状況であるとしている。

判例の傾向として、事例が蓄積されていないこと、賃料減額が認められるか否かについては、一部使用不能が通常の居住を不可能にするほどの状態であるかを判断している傾向があること、賃

料減額の程度については、雨漏りの事例で面積按分による考え方、カビが問題となった事例で借主が被害を防止することができたかどうかという考え方を示しており、減額金額を決定するための客観的な判断基準は示されてはいない状況であることが紹介されている。

実務の動向として、物件の一部使用不能が発生した場合には貸主（又は管理会社等）と借主との話し合いによる解決が一般的であること、修繕が完了するまでの期間が長い場合に賃料の減額が行われていることが多い傾向であること、物件の一部使用不能の際の貸主の対応方法としては、賃料の減額（修繕が完了するまでにかかった日数分程度の家賃の日割金額）のほか、相当額の金銭や代替品を提供するといった対応がとられていることが紹介されている。

イ 相談対応にあたって、第一に、貸主からの相談に対する留意点として、賃料減額に応じる必要があるのか、悪質な借主による執拗な請求に応じる必要があるのか、といった相談が想定されるので、①借主から修繕を求める通知を受けたときは速やかに現場確認を行うこと、②貸主は借主に対し修繕義務を負っていること、③借主に帰責事由がなく、一部使用不能の状態が一般社会生活上受忍すべき程度を超えているのであれば、賃料が減額されることが基本であること、その際に、賃料減額に代えて、別の対応について協議する場合においても、誠意をもって交渉すること、④借主に修繕の完了に向けたスケジュールや状況等の具体的な説明をすることが挙げられている。

第二に、借主からの相談に対する留意点として、貸主が賃料減額に応じないとか、貸主との交渉方法、訴訟となった場合の見通

しの相談が想定されるので、①まずは貸主や管理会社等と丁寧に交渉すること、②交渉にあたっては、事前に一部使用不能に至った経緯や修繕を希望する箇所の様子、交渉の際の日時・やり取りの内容を文書や写真で記録しておくこと、③賃料が当然に減額されることを理由とする一方的な賃料の支払拒否は、貸主から契約を解除され、建物明渡訴訟を提起されるリスクがあること、④訴訟に敗訴すれば物件からの退去及び未払賃料（支払わなかった期間の遅延損害金を含む。）や損害賠償金の支払義務が発生する可能性があること、⑤当初予定されていた程度以上のものを求めて、借主が一部使用不能として修繕や賃料減額等を要求できるわけではないことが挙げられている。

第三に、貸主及び借主双方からの相談に対する共通の留意点としては、法的な判断が必要になる場合には法律専門家に相談することが挙げられている。

ウ 相談対応にあたっての確認事項として、①契約書の内容、②一部使用不能の態様、③借主の帰責事由、④借主に帰責事由がないことを証明する証拠の有無、⑤借主と貸主（又は管理会社等）との交渉状況について挙げられている。

(6) 賃料減額等に係る判例（第4章）について

判例の争点として、①使用不能等の内容がどれほどの程度である場合に賃料減額が認められるのか、②賃料減額が認められる場合、その金額はどのように定められているのか、③借主が賃料の支払いを拒絶し又は一部の支払いをするにとどまる場合に、貸主からの賃貸借契約の解除が認められるかの3点が挙げられている。

①については、判例では「賃貸借契約の目的を達成することができ

ないほどに使用収益ができなくなっているか否かについて判断」し、雨漏り、漏水やカビ、排水管の閉塞、窓の破損、換気扇の不具合や便器の故障による汚水の漏れ等の事例において賃料の減額が認められているとしている。

②については、「雨漏りにより使用不能となった面積分の按分を考慮し減額幅を決めた判例」や「カビによる被害などは、賃借人においてもっと防止に努力すれば、より軽減された可能性のあること」といった被害防止可能性を考慮に入れた判例等減額金額決定の一要因を示す判例も存在するが、多くの判例においては事案ごとの個別判断が行われており、客観的な判断基準は示されていないとしている。

③については、判例は貸主の修繕義務不履行の態様や借主の賃料不払いにある程度の根拠が認められるか否かといった点を考慮して信頼関係破壊の有無を判断しているように思われるとしている。

(7) 公営住宅への当てはめ可能性について

ア 相談対応事例集は、民間賃貸住宅を念頭に作成されたものである。一方、公営住宅は、地方公共団体が、建設、買取り又は借上げを行い、低額所得者に賃貸し、又は転貸するための住宅及びその附帯施設で、公営住宅法の規定による国の補助に係るもの（公営住宅法2条2号参照）であることから、民間賃貸住宅とは異なる特性を有するため、相談対応事例集記載の内容が公営住宅において一部使用不能が発生した場合にそのまま当てはめ可能であるとは限らない。

しかし、次の3点は、公営住宅においても民間賃貸住宅と同様に当てはまる余地があるものと考えられる。

- ① 実務においては、貸主と借主の協議によって、賃料の減額に代えて、それに相当する代替手段や代替品の提供等の対応がとられることも多いこと。
- ② 物件が老朽化している場合、その分家賃が低く設定されていることがあり、借主もそのことを承知の上で賃貸借契約を締結しているときは、さらに賃料を減額することによって貸主の負担が過大となるおそれがあることを考慮すべきであること。

付言すれば、公営住宅の場合、応能応益家賃制度が採用されている点にも留意しなければならない。すなわち、毎月の家賃は、当該入居者の収入及び当該公営住宅の立地条件、規模、建設時からの経過年数その他の事項に応じ、かつ、近傍同種の住宅の家賃以下で、政令で定めるところにより、事業主体が定めるとされている（公営住宅法16条1項）。つまり、公営住宅の家賃を決定するには、物件の老朽化に加え、入居者の収入も加味されるため、民間賃貸住宅よりも低額となるのが通常である。そのため、賃料減額による貸主の負担が過大となるおそれは十分にあり得る。

- ③ 判例において見受けられる利益衡量の在り方一般
- イ 他方で、次の4点は、公営住宅には当てはまりにくいと考えられる。
- ① 借主は、入居時の物件状況等の確認リストや写真等を活用して、一部使用不能の原因を説明できるよう努めること。
 - ② 一部使用不能が発生した場合、まず借主は、遅滞なくその旨を貸主に通知すること。

上記2点に関しては、公営住宅の利用者の属性に鑑みた修正

を要するようと思われる。すなわち、公営住宅には、高齢者世帯向住宅や心身障害者世帯向住宅があることからしても、その使用者の中には、何らかの援助が必要な者が一定数含まれていると推察される。そのため、標準的なリテラシーを備えた消費者を想定して、入居時の物件状況等の確認リストや写真を用意することや、一部使用不能の発生を遅滞なく貸主に通知することを期待することが難しい場合もあることを念頭に置く必要がある。

③ 貸主・借主間での協議・決定

公営住宅の場合でも協議をして決定することになる。もっとも、相談対応事例集では減額の基準が定められていない。そのため、何らの基準もなく個別の話し合いにより減額を決定しようとする、両当事者の交渉力の程度が結論に影響したり、自治体側担当者の裁量判断にばらつきが生じたりする余地が増え、公営住宅ゆえに要請される行政の公平性に欠けることとなるおそれがある。

④ 判例では、借主が賃料の支払いを拒絶し又は一部の支払いをするにとどまる場合に、貸主からの賃貸借契約の解除が認められるかについて、信頼関係破壊の有無を基準としていること。

公営住宅の設置目的は、国及び地方公共団体が協力して、健康で文化的な生活を営むに足りる住宅を整備し、これを住宅に困窮する低額所得者に対して低廉な家賃で賃貸し、又は転貸することにより、国民生活の安定と社会福祉の増進に寄与するという点にある（公営住宅法1条参照）。してみると、信頼関係破壊の有無が基準とされること自体に異論はないとしても、上記設置目的に照らし、信頼関係が破壊されたとはいえない特段の

事情があることの判断は、より幅広に捉える必要があるのではないか。

2 公益財団法人日本賃貸住宅管理協会「貸室・設備等の不具合による賃料減額ガイドライン」について

(1) 作成の目的

公益財団法人日本賃貸住宅管理協会は、改正民法611条1項が、賃貸住宅の一部使用不能の場合に賃料が「その使用及び収益をすることができなくなった部分の割合に応じて、減額される」としたものの、どの程度賃料が減額されるかについて、改正民法は明確な基準を定めていないことから、減額割合の目安となる「貸室・設備等の不具合による賃料減額ガイドライン」(以下「賃料減額ガイドライン」という。)を作成した。

(2) 賃料減額ガイドラインの内容

賃料減額ガイドラインは、状況別に免責日数と賃料減額割合を定めている。

免責日数とは、「物理的に代替物の準備や業務の準備にかかる時間を一般的に算出し、賃料減額割合の計算日数に含まない日数」と説明されている。

賃料減額割合は、貸室・設備に不具合が発生した状況に応じて、賃料から減額する割合である。生活に大きな支障が出る場合には減額割合が大きく定められている。

例えば、ガスが6日間使えなかった場合、月額使用料を5万円として計算すると、次に示すとおり、使用料の減額は500円となる。

月額使用料5万円×賃料減額割合10%×(6日－免責日数3日)／30日＝500円

(3) 公営住宅への当てはめ可能性について

まず、免責日数を設ける点については、改正民法611条1項の趣旨に鑑みれば、同条項が任意規定であることを踏まえたとしても、少なくとも公営住宅についてそのまま当てはめることは不適当と考える。

すなわち、改正民法611条1項が「賃借人の責めに帰することができない事由によるものであるとき」に当然減額としていることからすると、代替物や業務の準備にかかる時間に相当するものとして免責日数を設けることは、同条が想定していない賃貸人側の都合を参酌することで減額開始の始期を遅らせてその範囲を縮減するものとして、同条項の趣旨に反するように思われる。

例えば、前記(2)記載の事例においては、免責日数の処理をした結果、500円という過小な額となる。また、賃料減額ガイドラインでは、雨漏りについて免責日数が7日とされているが、実際の修繕は7日の免責日数内で完了する可能性がある。そうすると最長7日の雨漏りがあったにもかかわらず減額が全くされないという結論となるが、こうした処理が法の趣旨に合致しているとは考えにくい。

なお、同条項が任意規定であることに関しては、公営住宅の賃貸借関係において、自治体側が消費者契約法上の事業者、入居者側が消費者と解される点にも留意すべき点を付言しておく。

他方、賃料減額割合について事前に基準を設けることについては、公営住宅においても望まれるものであり、さらに、賃料減額ガイドラインが民間の当事者間において事実上広く受け入れられる場合には、公営住宅がその家賃設定において近傍同種の住宅を指標としてそれ以下となるように定めている点に鑑み、賃料減額割合についても「近

傍同種」との評価の下に流用し得る余地も大きいものと思われる。

この点、賃料減額割合は、事案ごとに減額の程度を認定しなければならない煩瑣を回避するという利益のために設けられた一種の抑制であるというそもそもの性格に加え、当該減額割合が算出された根拠が明らかにされていない点を見ると、客観的な根拠に欠ける部分もある（住宅使用者側からこうした異議が述べられることも予想されないではない）。

もっとも、事案ごとに緻密な認定をすることが実際上は難しいと思われる点は公営住宅においても共通し、一定の基準を事前に設けておくことがこの課題への現実的な対処方法であるし、その運用を継続することによって当該基準の標準化にも繋がっていくことが期待される。

さらに、減額について一定の基準を設けることは、行政としての公平性が要請される公営住宅管理にとっては、民間の当事者間における以上に有益性が認められる側面も有すると考えられる。

3 小括

- (1) 公営住宅の賃料減額を検討するに際し、相談対応事例集及び賃料減額ガイドライン記載の内容を参考にすると、次のことが考えられる。
- (2) 改正民法611条1項の規定の周知について

現状、自治体側においては、改正民法611条1項の規定を踏まえた運用の準備はこれからとなるところも少なくなく、一方、公営住宅使用者については、そもそも同条項の改正が各自に影響し得ること自体を知らないことの方が多いためとそれぞれ推察されることから、双方への周知をする必要がある。

まず、自治体側は、所管課に対し、一部使用不能の状態が一般社

会生活上受忍すべき程度を超える場合には賃料が減額されることが基本であることの理解と、対処方法を検討する必要性の認識を促すところが端緒となろう。

次に、公営住宅使用者には、自治体から周知することが望まれる。公営住宅使用者は、減額の対象となる一部使用不能の程度が使用に不便があるという程度を超えるものであること、手続上の問題として、減額の利益を受けるには一部使用不能が発生した旨を自分から自治体側に通知すべきこと、使用者の故意又は過失での一部利用不能の場合には減額の対象にならないことなど、法の要件を理解しておく必要がある。もっともこれらの要件は、誤解を招きやすい。例えば、改正民法611条1項は「賃料は…減額される」と規定されているので、賃借人すなわち公営住宅使用者が請求しなくても自動的に減額となると誤解される可能性がある。そこで、周知方法は、要件の内容を理解しやすいように工夫する必要がある。

(3) 一部使用不能の発生時の対応について

一部使用不能が発生した場合、まず公営住宅使用者は、遅滞なくその旨を自治体に通知することが必要であり、通知を受けた自治体にも、速やかに破損や不具合等の状況やその原因を確認することが求められる。

通知が遅れたことにより自治体側に損害が発生した場合、自治体側は公営住宅使用者に対し損害賠償請求権を行使できる。また、通知がされるまでの間、本来は減額となるにもかかわらず自治体側が減額せずに通常の額の使用料を徴収した場合、減額すべき額については自治体側の不当利得になると解されるため、公営住宅使用者に返還する必要が生じる。

入居者の報告遅滞により損害が拡大したような場合は目的物保存の善管注意義務違反の点で過失相殺的な考え方はあり得る。

しかし、そのような事態が発生しないに越したことはない。そのためには、改正民法611条1項の要件等を公営住宅使用者に分かりやすく周知する必要がある。場合によっては、自治体側が積極的に公営住宅使用者を援助する必要もあろう。当然減額という法律効果、入居者間の公平の観点から、個別の事態に応じて申告のなかった入居者に対しても申告を促すような周知作業をすることも考えられる。

(4) 減額について

賃料減額ガイドラインでは免責日数が定められているが、公営住宅において免責日数の考え方を導入することの問題点については前述のとおりである。

他方、同じく前述のとおり、減額の程度に関してある一定の基準を設けることは、単に事務処理の煩瑣を回避するにとどまらず、公営住宅の管理における行政の公平性を期す観点からも特に有益である。

また、不具合の場所によっては減額ではなく代替措置での対応が可能であるかについても検討の余地がある。

すなわち、例えば、

- ① 風呂が使えない場合は、使えるようになるまでの日数について、世帯の人数分の銭湯無料券を交付する
- ② ガスコンロが使えない場合は、使えるようになるまでの日数について、世帯の人数分の弁当代相当分の自治体内利用可能な商品券を交付する

というような基準を設けることはあり得る。

公営住宅使用者側が、一部使用不能を理由として使用料の支払いを拒絶したり、一部の支払いに止まったりした場合に、自治体側において使用許可取消し（賃貸借契約の解除）ができるかについては、公営住宅の性質上慎重にならざるを得ない。また、特に一部の支払いにとどまる場合においては、当然減額という法律効果との関係で、それが債務不履行となるのか自体も問題となり得る。そのような事態を可及的に予防するため、一部使用不能が発生した場合、自治体側は速やかに現地を調査して、早期に修繕を終了させることが重要である。

第4 公営住宅管理への導入方法

1 公営住宅関係法規の構造

- (1) 公営住宅とは、地方公共団体が、建設、買取り又は借上げを行い、低額所得者に賃貸し、又は転貸するための住宅及びその附帯施設で、この法律の規定による国の補助に係るものをいう（公営住宅法2条2号）。

自治体は、常にその区域内の住宅事情に留意し、低額所得者の住宅不足を緩和するため必要があると認めるときは、公営住宅の供給を行わなければならないものとされている（公営住宅法3条）。

また、自治体は、公営住宅及び共同施設の管理について必要な事項を条例で定めなければならないものとされている（公営住宅法48条）。

- (2) このように、自治体においては、低額所得者に対して賃貸等するために公営住宅を供給する義務があり、公営住宅の管理については、公営住宅法のほか、各自治体が制定する条例、施行規則によって必

要な事項を定めることとされている。そのため、各自治体において、家賃の決定、入居者資格等について、公営住宅法令に加えて条例や施行規則において規定されている。

2 公営住宅の使用関係の規律

- (1) このように、公営住宅については、公営住宅法のほか、各自治体において制定された条例及び施行規則の適用があるが、他方、公営住宅は低額所得者に賃貸又は転貸するための住宅等である（公営住宅法2条2号）ことから、公営住宅の使用関係については、民法や借地借家法が適用されるのではないかと考えられる。

公営住宅に関する自治体と入居者の関係について、公営住宅法やこれに基づく条例が直接適用されるのか、あるいは、民法や借地借家法が適用されるのか、公営住宅の使用関係の法的性質を公法上の使用関係と捉えるのか、私法上の賃貸借関係と捉えるのが問題となる。

- (2) この点について参考となる最高裁判例（最判昭和59年12月13日民集38巻12号1411頁）は、公営住宅法が、住宅困窮者に対して低廉な家賃で公営住宅を賃貸し、社会福祉の増進に寄与すること等を目的とし、家賃の決定、入居者の募集方法、入居者資格等を規定していること等から、公営住宅の使用関係には公の営造物の利用関係として公法的な一面があることは否定し得ないとしつつ、他方、入居者が使用許可を受けて事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、事業主体と入居者との間の法律関係は、基本的には私人間の家屋賃貸借関係と異なるところはないとし、公営住宅法及びこれに基づく条例が特別法として民法及び借家法に優先して適用されるが、法及び条例に特別の定めがない限り、原則とし

て一般法である民法及び借家法の適用があると判示した。

- (3) そのため、公営住宅の使用に関する自治体と入居者との関係は、基本的には賃貸借契約関係であると解され、かかる公営住宅の使用関係は、賃貸借契約により設定されるものと解される（なお、賃貸借契約締結の前提として、使用許可により入居者の選定がされる側面がある。また、公営住宅の使用許可を行政処分と捉える考え方もあるが、本稿では割愛する。この点についての詳細は、東京弁護士会自治体等法務研究部公営住宅班著『自治体が原告となる訴訟の手引き 公営住宅編』（2021年、日本加除出版）を参照されたい。）

3 公営住宅にかかる賃貸借契約の特殊性

- (1) 公営住宅の使用関係については、賃貸借契約関係であると解されるところ、契約は、申込みと承諾によって成立することになる。

もっとも、実際の公営住宅行政においては、民間における賃貸借契約書の取交しのような手続がされていることが少なく、使用許可書と請け書などの書面のやり取りがされていることが多い。そして、かかる書面において、賃貸借契約における具体的内容が条項として漏れなく記載されていることは少なく、公営住宅に関する条例に従う旨の記載がされているにとどまる場合あるいはその一文もないという場合が少なくない。

このような現実の運用及び事業者と入居者の合理的意思解釈からすると、公営住宅に関する条例及び施行規則に規定されている内容を賃貸借契約の内容とする旨の合意がされているものと解される。

- (2) この点、契約内容とする取り込み方として、公営住宅の賃貸借契約が定型取引（民法548条の2第1項）にあたり、公営住宅に関する条例及び施行規則が定型約款（同条項）にあたるものとして、定型約

款に関する規律（民法548条の2～4）に従って、契約内容とされる
とする考え方がある（貸付金条例・規則が定型約款に該当する可能性
があるとする点につき、東京弁護士会自治体等法務研究部民法改正
班・貸付金班著『自治体が原告となる訴訟の手引き 民法改正編・貸
付金編－債権法改正が自治体実務に与える影響－』2020年、日本加
除出版、125頁及び176頁）。

公営住宅については、収入等による入居要件が定められているも
の、その基準自体は公営住宅管理条例等において規定されており、
要件該当性判断は画一的に行われるといえることから、公営住宅事
業は、自治体が住宅困窮者のために、多数の住宅を供給するもので
あり、不特定多数の者を相手に、画一的に行うことが合理的である
取引であるとする、定型約款にあたるものと解される。

なお、この場合、条例及び施行規則が変更されたときは、民法548
条の4の規定に従うことで、契約内容の変更がされることになる。

- (3)ア 他方、公営住宅に関する条例及び施行規則が定型約款にあたら
ないものとする考え方もある。公営住宅の入居においては、入居者
の収入や家族構成という個性に着目しているという点を捉え、画一
的に行うことが合理的な取引とはいえないとすると、定型約款にあ
たらぬものと解される（全国町村会総務部法務支援室『民法（債権
関係）の改正による自治体業務に対する影響について〈令和2年3月
更新版〉』PDFファイル104頁、ただし、異なる見解もある旨の記載
もある）。

<https://www.zck.or.jp/uploaded/attachment/3536.pdf>）。

この場合は、公営住宅の賃貸借契約に際して、条例及び施行規則
を契約内容とするという合意が個別になされているものとして、契

約内容とされるものと考えられる。

イ なお、契約締結後に条例又は施行規則が変更された場合に、変更後の条例又は施行規則が直ちに反映されて契約内容の変更がされるかについては、契約時において、後の条例又は施行規則の変更まで反映されることについての合意がされていたと見ることができるか否かによるものと考えられる。

(ア) この点、「入居者又は同居者が暴力団員であることが判明したとき」という明渡事由を追加した改正条例について、「市長が住宅の管理上必要があると認めたとき」とする明渡事由をより具体的に定めたものにすぎないともいえるなどとし、入居後に改正された市営住宅管理条例が当然に適用されるとした裁判例がある（広島高判平成21年5月29日ウエストロー・ジャパン登載）。

(イ) 他方、条例又は施行規則の変更反映についてまでの合意はされていなかったものと判断されると、条例又は施行規則の変更がされた場合は、新たに個別に変更合意を取り付けられたときに限り、変更後の条例又は施行規則が契約内容になるものとされ得るものと考えられる。

公営住宅の賃貸に際しては、入居者側から提出される請書等の書面に、「条例及び施行規則を遵守する」旨の不動文字が記載されていることが多いものと思われるが、自治体側としては、上記定型約款にあたらぬものと判断される場合に備え、「条例又は施行規則が改正されたときは改正後の条例及び施行規則についても遵守する」旨の記載にしておくこと、この点の不確定要素を減らせることになるものと考えられる。

4 条例等の改正によるべきか、要綱の新設によるべきか

(1) 公営住宅に関する条例及び施行規則を改正して減額基準を追加する方法

これまで見てきたとおり、公営住宅の使用関係を規律するのが自治体と入居者との間で締結される賃貸借契約であり、公営住宅に関する条例及び施行規則が改正民法上の定型約款として、あるいは、個別の合意によりその賃貸借契約の内容となり得ることからすると、改正民法611条1項を契約関係に反映させる方法としてまず思い当たるのは、当該条例及び施行規則の改正である。

この点、公営住宅の一部滅失等による賃料減額が問題となる場面では、どのような場合にどの程度減額をするのかについての基準部分（例えば、風呂場の使用不能の場合に、1日あたり何円の減額とするという基準部分。）と、実際に生じた一部滅失等が当該基準のいずれに該当するのかというあてはめの部分（例えば、実際に風呂場が使用不能になったといえるか、あるいは、風呂場が何日間使用不能となり何円の減額となるという当該事案における認定部分。）とが問題になる。

そして、前記第3において検討した基準等を各自治体において公営住宅管理へ導入する方法としては、まず、条例及び施行規則を改正して、公営住宅の一部滅失等による賃料減額基準を追加しておく方法が考えられる。

公営住宅の使用関係において、条例及び施行規則は契約内容となると解されることから、この方法によることで、賃料減額場面の基準部分とあてはめ部分の問題のうち、基準部分については入居者から個別に承諾を取る必要がなくなることになる。

(2) 要綱に減額基準を追加する方法

また、条例及び施行規則の改正ではなく、自治体内部の運用方針である要綱に追加しておくという方法も考えられる。

要綱は、あくまでも自治体内部の運用方針にとどまり、そもそも住民に対して直接効力を生じるものではなく、公営住宅にかかる賃貸借契約においても、契約内容にはならないものと解される。

(3) 前記の2つの方法の比較

条例及び施行規則を改正して減額基準を追加する方法の場合は、賃料減額場面の基準部分とあてはめ部分の問題のうち、基準部分については、契約の内容とされることから、入居者から個別に承諾を取る必要がなくなることになるという利点がある。

ただし、入居者の利益を一方的に害するようなものであると判断されると消費者契約法10条により無効とされることになる。

他方、要綱に減額基準を追加する方法の場合は、要綱があくまでも自治体内部の運用方針にとどまることから、これによっても減額基準が契約内容になることにはならない。そのため、賃料減額場面の基準部分とあてはめ部分の問題の双方について、入居者から個別に承諾を取る必要が生じることになる。なお、自治体行政における公平性の観点から、合理的理由なく、入居者間の公平を害するような取扱いはすべきではなく、その点も踏まえて個別承諾の取付けに努めなければならないことになるものと思われる。

もっとも、要綱での取扱いを入居者に事前に周知しておくなどにより、事実上、円滑に承諾を取り付けられることになるものと思われる。規則改正の手続をとらずに対応ができるという点のメリットがあるため、この方法によることも十分検討の余地があるものと思料される。

第5 今後の課題

- 1 本稿で内容検討の対象とした「相談対応事例集」及び「賃料減額ガイドライン」は、いずれも示唆に富むものであり、こうした先行研究の努力に対して深く敬意を表したい。

その一方で、公営住宅管理においては、公営住宅の設置目的への適合性、行政の一環としての側面から要請される公平性といった特有の事情により、必ずしもこれらの先行研究をそのまま転用し得るわけではない点を確認することができた。

- 2 この点を踏まえ、それでは公営住宅管理において相応しい賃料減額のルールとはどのようなものかを検討し、いわば「自治体版賃料減額ガイドライン」の叩き台として具現化することがこの先の課題として明らかになった。

加えて、研究の手法としては、自治体における改正民法611条1項への対応状況がどのようなものであるか、あるいは、従前民法下において一部滅失等の事案に対処した例があったかといった現場の実勢について見聞を広めることを期して、自治体に対してアンケート調査を行い、自治体の規模や管理する住宅の戸数等の属性に照らした分析を行うことも有益ではないか。

- 3 さらに、「自治体版減額ガイドライン」の叩き台作成の先には、自治体において実際に導入し、運用するための工夫としていかなるものが求められるかについて、正に実務に即した研究が必要となるように思われる。

この段階に進むことができた際は、自治体側関係者との共同作業の機会を持つことができれば当研究部の部員として幸いである。

以上

(加藤 卓也、小池 知子、鈴木 誠太郎(五十音順))

数値限定発明に関する諸問題

知的財産権法部

〔知的財産権法部〕

* 目 次

第一	はじめに	274	4	東京地裁平成21年10月8日判決(平成19年(ワ)第3493号)裁判所ウェブサイト(経口投与用吸着剤事件)	281
第二	対象製品の一部分が数値範囲に含まれる場合の充足性等の判断	275	(一)	事案概要	281
			(二)	判決内容	283
一	はじめに	275	5	考察	283
二	構成要件充足性が問題となった事例	275	三	差止請求の要否が問題となった事例	285
1	東京地裁平成27年6月25日判決(平成26年(ワ)第17797号)裁判所ウェブサイト(草質材圧着物事件)	275	1	東京地裁平成27年1月22日判決(平成24年(ワ)第15621号)裁判所ウェブサイト(Cu-Ni-Si系合金事件)	285
(一)	事案概要	276	(一)	事案概要	285
(二)	判決内容	276	(二)	判決内容	286
2	東京地裁平成14年7月19日判決(平成12年(ワ)第22926号)裁判所ウェブサイト(顆粒状ウイスキーおよびその製造方法事件)	277	2	考察	287
(一)	事案概要	277	四	損害賠償請求に関する検討	288
(二)	判決内容	278	第三	測定方法が定まっていない場合の充足性の立証(明確性要件との関係も含めて)	291
3	東京地裁令和2年1月17日判決(平成29年(ワ)第28189号)裁判所ウェブサイト(シート状物の積層体事件)	279	一	はじめに	291
(一)	事案概要	279	二	充足性が問題となった事案	291
(二)	判決内容	281	1	裁判所の判断の傾向	291

2	東京地裁平成15年6月17日 判決(平成14年(ワ)4251 号)、同控訴審東京高裁平 成16年2月10日判決(平成 15年(ネ)3746号)―「マルチ トール含蜜結晶」事件―	292	事件―	299	
	(一) 事案の概要	292	(一) 事案の概要	299	
	(二) 判決内容	293	(二) 判決内容	299	
	(三) 検討	293	(三) 検討	299	
3	東京地裁平成25年3月15日 判決(平成23年(ワ)第6868 号)―「シリカ質ファイラ」事 件―	294	4	知財高裁平成29年8月30日 判決(平成28年(行ケ)第 10187号)―「水性インキ組 成物」事件―	300
	(一) 事案の概要	294		(一) 事案の概要	300
	(二) 判決内容	295		(二) 判決内容	300
	(三) 検討	295		(三) 検討	300
4	知財高裁平成28年9月28 日判決(平成27年(ネ)第 10016号)―「ティッシュペー パー」事件―	296	四	小括	300
	(一) 事案の概要	296	第四	上限又は下限が定められてい ない数値限定発明においてサ ポート要件違反と判断された事 例	302
	(二) 判決内容	296	一	サポート要件の判断枠組み	302
	(三) 検討	296	二	サポート要件違反ありと判断 された事案	303
三	明確性が問題となった事案	297	1	知財高判平成25年2月20日 [高強度高延性容器用鋼 板](注3)	303
1	裁判所の判断の傾向	297	2	東京地判平成26年10月9日 [疲労特性に優れたCu-Ni- Si系合金部材](注4)	305
2	知財高裁平成26年3月26日 判決(平成25年(行ケ)第 10172号)―「渋味のマスク ング方法」事件―	297	3	東京地判平成30年12月27日 [磁気記録媒体](注5)	306
	(一) 事案の概要	297	4	知財高判令和1年11月14日 [セレコキシブ組成物](注 6)	307
	(二) 判決内容	297	5	知財高判令和2年12月1日 [アンテナ装置](注8)	309
	(三) 検討	298	三	検討	310
3	知財高裁平成24年12月25 日判決(平成23年(行ケ)第 10418号)―「防眩フィルム」		第五	上限又は下限が規定されてい ない数値限定発明について、サ	

ポート要件が肯定された裁判例	311	成28年(行ケ)第10269号[高純 度羅漢果配糖体を含有する甘 味料組成物事件].....	314
一 知財高判平成21年3月31日 平成20年(行ケ)第10065号[経 口投与用吸着剤事件].....	311	1 事案.....	314
1 事案.....	311	2 判旨.....	315
2 判旨.....	311	四 知財高判平成30年10月25日 平成29年(行ケ)第10113号[ア ルコール含有量の高い発泡性 組成物事件].....	316
二 知財高判平成25年9月19日 平成24年(行ケ)第10387号[安 定化された臭化アルカン溶媒事 件].....	312	1 事案.....	316
1 事案.....	312	2 判旨.....	316
2 判旨.....	313	五 知財高判令和2年2月19日平 成31年(行ケ)第10025号[気体 溶解装置事件].....	317
(一) 本件発明9及び10について	313	1 事案.....	317
(二) 本件発明5及び8について	313	2 判旨.....	318
三 知財高判平成29年8月8日平 成28年(行ケ)第10269号[高純 度羅漢果配糖体を含有する甘 味料組成物事件].....	311	六 各判例を通じてのコメント	319

第一 はじめに

数値限定発明とは、発明を特定する事項（密度、含有量など）を数値範囲により限定した発明であり、技術分野にもよるが、実務上しばしば用いられている。

数値限定発明は、権利範囲を数値で特定するものであるから、これに特有の問題が存在する。例えば、同じ型番の被疑侵害製品につき数値範囲に含まれる製品と含まれない製品が存在することが判明した場合や、測定方法によっては数値範囲に含まれないケースが生じた場合に、充足性をどのように判断するかが問題となる。

また、数値範囲の上限または下限が規定されていない場合に、記載要件(特にサポート要件)を満たすかどうか問題となる。この点については、事例判断によるところもあるが、サポート要件を肯定する裁判例と否定する裁判例が複数存在しており、両者の判断過程を検討することは有意義であると思われる。

そこで、上記の観点から、数値限定発明に特有の問題について検討を行った。

(高橋 元弘、岡田 健太郎、小林 英了、西脇 怜史)

第二 対象製品の一部が数値範囲に含まれる場合の充足性等の判断

一 はじめに

数値限定発明を巡る特許権侵害訴訟において、対象製品の一部がその数値範囲に含まれ、その一部が数値範囲に含まれないという場合がある。このような場合には、一つの対象製品において数値範囲に含まれない構成が存在する場合と、ある対象製品においては数値範囲に含まれるが、他の対象製品においては数値範囲に含まれないという場合を含む。また、①原告と被告の行った測定結果においていずれも信用性のあるものである場合などに、測定方法は同様でありながら、その一部が数値範囲に含まれるに過ぎない場合と、②数値の測定方法が特許請求の範囲や明細書で一義的に特定されないために、ある測定方法では数値範囲に含まれるが、他の測定方法では数値範囲に含まれないという場合がある。②については、第三において検討することとし、本項（第二）では、①について検討する。

前記①のような場合には、（ア）そもそも技術的範囲に属するののかという構成要件充足性の問題、（イ）充足性が肯定された場合に差止を認めるのかという問題、更には（ウ）充足性が肯定された場合にどのように損害額を算定するのかという問題、がある。

以下では、（ア）及び（イ）の場合について判断した裁判例を紹介し、検討を加えるとともに、（ウ）について考えられる判断方法について検討を行う。

二 構成要件充足性が問題となった事例

- 1 東京地裁平成27年6月25日判決（平成26年（ワ）第17797号） 裁判

所ウェブサイト（草質材圧着物事件）

（一）事案概要

本件は、発明の名称を「草質材圧着物」とする特許権の準共有者の一人である原告が、トウモロコシの芯（コーンコブ）の粉碎物であるコーンコブミールを配合したきのこ栽培用の配合培地（被告製品）の製造、販売、又は販売の申出をする被告に対し、これらの行為が上記特許権を侵害する旨主張して、不法行為による損害賠償請求権を求めた事案である。

上記特許権に係る特許請求の範囲の請求項1を分説すると以下のとおりとなり、このうち被告製品が構成要件Dのほか構成要件Bを充足するかが争点となった。

- A きこの栽培の培地材料として使用される
- B かさ比重0.15～0.25以下に調整したりゲニンに富む草質材の粉碎物を
- C かさ比重0.3～0.7に圧縮、結着して圧着物とし、
- D 次いで圧着をほぐしてなる解着物。

（二）判決内容

東京地裁は、被告製品について構成要件Dの「次いで圧着をほぐしてなる解着物。」を充足しないとした上で、念のためとして、構成要件Bの充足性について判断している。

まず、「かさ比重0.15～0.25以下に調整したりゲニンに富む草質材の粉碎物を」という構成要件Bの解釈として、明細書において草質材の粉碎物の一部についてのかさ比重が上記数値範囲を外れることがあるといった記載は見当たらないことから、被告製品が構成要件Bを充足するというためには、少なくとも被告製品における

粉碎物のカサ比重の調整が、安定的に上記範囲内においてされていることが必要というべきであって、被告製品における粉碎物のカサ比重が安定せず、粉碎物のうち上記範囲を外れるものが相当量存在するという状況であれば、粉碎物のカサ比重を上記範囲に調整したということはできないから、構成要件Bを充足するとは認められないとした。

そして、原告の実験によれば、得られた粉碎物のカサ比重が構成要件Bの数値範囲内にある(0.22ないし0.23)一方、被告の実験によれば、得られた粉碎物のカサ比重が構成要件Bの数値範囲外となっている(0.29ないし0.32)ところ、いずれの実験についても特段その信用性を否定すべき事情は見当たらないことから、被告製品における粉碎物のカサ比重の調整が、安定的に上記範囲内においてされていると認めることはできないとして構成要件Bの充足性を否定した。

なお、控訴審の知財高裁平成27年11月18日判決(平成27年(ネ)10100号)裁判所ウェブサイトでは、特に構成要件Bの解釈を示すことなく、被告製品(被控訴人製品)が構成要件Bの数値範囲に入ると認めることはできないと判断している。

- 2 東京地裁平成14年7月19日判決(平成12年(ワ)第22926号)裁判所ウェブサイト(顆粒状ウイスキーおよびその製造方法事件)

(一) 事案概要

本件は、発明の名称を「顆粒状ウイスキーおよびその製造方法」とする特許権である原告が、5種の顆粒状チタン酸カリウムウイスキー(被告製品)の製造、販売及びその製造方法が上記特許権を侵害する旨主張して、差止及び損害賠償を求めた事案である。

本件では、物の発明である請求項1及び製造方法の発明である請求項2の技術的範囲への属否が問題となったが、このうち、請求項1を分説すると以下のとおりである。

- A (1) 繊維径0.1～10 μ m、繊維長5～200 μ mのチタン酸カリウムウイスカー、炭化ケイ素ウイスカー及び窒化ケイ素ウイスカーから選ばれたウイスカーのみ、又は
- (2) 該ウイスカーと加水分解により無機物表面に付着する有機金属とのみから成り、
- B (1) 顆粒の直径が0.1～10mmで
- (2) 嵩比重0.2～1.0kg/lであり
- (3) 材料へ混合したとき元の繊維状になり材料中に分散する分散性を有することを特徴とする
- C ほぼ球形の顆粒状ウイスカー。

一つの被告製品は、直径が0.1mm未満となる顆粒が一定程度存在していることから、構成要件B (1)の充足性が争点となった。原告は、被告製品を篩分けしたところ、0.1mm未満の大きさの粒子は、重量パーセントで極めてわずかであるから、被告製品は構成要件B (1)を充足すると主張した。

(二) 判決内容

東京地裁は、①構成要件B (1)の数値範囲は、本件発明の効果の1つである、空中に舞いやすく扱にくい粉状ウイスカーを顆粒にして、粉塵が舞い上がらないようにするためには、ある程度の大きさの顆粒が必要であるので、顆粒の直径の下限値を設定したものであること、②明細書の実施例において得られた顆粒を篩分けしたと思われる重量パーセントによる粒度分布では、粒子径0.149mm

未満のものは重量比で0.04%しか含まれていないこと、③本件特許の無効審判手続において、引用例が直径の上下限を示す第1発明とは異なること、及び、本件発明は、特定の数值範囲の顆粒直径を有する顆粒ウイスキーであることを主張していることから、顆粒の直径が0.1mmを下回るものが含まれている場合は、原則として本件発明の構成要件B〈1〉を充足しないとした。但し、前記明細書の実施例では粒子径0.149mm未満のものが重量比で0.04%存在したことが記載されているから、この中には、顆粒の直径が0.1mm未満のものが含まれている可能性があり、このことからすると、顆粒の直径が0.1mm未満のものが、ごくわずか(実施例と同程度)含まれている場合には、顆粒の直径が0.1mm未満のものが含まれているとしても、構成要件B〈1〉を充足する余地があるとした。

その上で、被告製品においては、原告が示したデータを元にしても、被告製品は実施例より粒径の直径が0.1mm未満のものがはるかに多いということができるとして、構成要件B〈1〉を充足しないとした。

なお、東京地裁の判断は、その控訴審である東京高裁平成15年7月15日判決(平成14年(ネ)第4293号)裁判所ウェブサイトでも是認されている。

3 東京地裁令和2年1月17日判決(平成29年(ワ)第28189号)裁判所ウェブサイト(シール状物の積層体事件)

(一) 事案概要

本件は、発明の名称を「シール状物の積層体」とする特許権を有する原告が、被告らが各ウエットティッシュ(被告各製品)を販売するなどして原告の特許権を侵害していると主張して、差止及び

損害賠償等を求めた事案である。

上記特許権に係る特許請求の範囲の請求項1を分説すると以下のとおりとなり、このうち被告各製品が、構成要件Cを充足するかが争点となった。

- A 折り畳まれた複数枚のシート状物が連続して取り出せるように積層されたシート状物の積層体において、
- B 上記シート状物の各々は、所望とする積層体の幅寸法と略同じ長さに形成された第1の中間片と、
- C 上記シート状物の一辺と平行な折れ線で積層方向下側に折られ、上記第1の中間片の略1/2の幅に、上記第1の中間片に隣接して形成された第2の中間片と、
- D 上記第2の中間片から積層方向下側に折り返され上記第2の中間片と略同じ幅に形成された第1の折片と、
- E 上記第1の中間片から積層方向上側に折り返され上記第1の中間片の幅が所望とする積層体の幅寸法となるように調整するとともに、上記第1の中間片の幅の1/2以下となる第2の折片とを有するように折り畳まれ、
- F 積層される上記シート状物の偶数番目の上記シート状物と奇数番目の上記シート状物とは、左右対称となるように折り畳まれた状態で積層され、
- G 各偶数番目(奇数番目)の上記シート状物の上記第1の中間片及び上記第2の中間片によってできる谷部に、上記シート状物の次に積層される各奇数番目(偶数番目)の上記シート状物の上記第1の中間片及び上記第2の折片によってできる山部を重ね合わせることを特徴とするシート状物の積層体。

被告各製品は、原告の測定によっても、その平均値が、例えば、第1の中間片98mmに対して、第2の中間片41mmであったところ、原告は、構成要件Cの「略1/2」の語は、1/2を超える場合は含まないが、1/2より短いものは、第1の中間片の幅を約100mmとすると第2の中間片は50～34mmの範囲であれば、本件発明の課題、解決手段及び効果に鑑みて、「略1/2」の範囲に含まれると主張していた。

(二) 判決内容

東京地裁は、「略」という語の通常の意味及び構成要件Cにおいて第2の中間片の幅寸法が規定されている技術的意義に照らして、「同構成要件にいう「略1/2」とは、正確に2分の1であることは要しないとしても、可能な限りこれに近似する数値とすることが想定されているものというべきであり、各種誤差、シート状物の伸縮性等を考慮しても、第1の中間片の2分の1との乖離の幅が1割程度の範囲内でない場合は「略1/2」に該当しないと解するのが相当であるとした上で、被告各製品については、全体における第1の中間片の幅の2分の1に対する第2の中間片の幅の平均比率が90～100%の範囲内でないこと、第1の中間片の幅の2分の1に対する第2の中間片の幅の比率が90～100%の範囲内にあるシートの割合が一部にとどまることなどから、被告各製品の第2の中間片が構成要件Cの「第1の中間片の略1/2の幅」との要件を充足しないと判断した。

4 東京地裁平成21年10月8日判決(平成19年(ワ)第3493号)裁判所ウェブサイト(経口投与用吸着剤事件)

(一) 事案概要

本件は、経口投与用吸着剤並びに腎疾患治療又は予防剤及び肝疾患治療又は予防剤についての特許権を有する原告が、被告において仕様変更前及び仕様変更後の慢性腎不全の治療薬（被告製品）を製造、販売する行為は上記特許権を侵害する行為であると主張して、被告に対し、差止及び損害賠償等を求めた事案である。

上記特許権に係る特許請求の範囲の請求項1を分説すると以下のとおりとなり、このうち仕様変更後の被告製品が、構成要件Dを充足するかが争点となった。

- A フェノール樹脂又はイオン交換樹脂を炭素源として製造され、
- B 直径が0.01～1 mmであり、
- C ラングミュアの吸着式により求められる比表面積が1000m²/g以上であり、そして
- D 細孔直径7.5～15000 nmの細孔容積が0.25mL/g未満である
- E 球状活性炭からなるが、
- F 但し、式(1)：

$$R = (I_{15} - I_{35}) / (I_{24} - I_{35}) \quad (1)$$

[式中、 I_{15} は、X線回折法による回折角(2θ)が 15° における回折強度であり、 I_{35} は、X線回折法による回折角(2θ)が 35° における回折強度であり、 I_{24} は、X線回折法による回折角(2θ)が 24° における回折強度である]

で求められる回折強度比(R値)が1.4以上である球状活性炭を除く、ことを特徴とする、

- G 経口投与用吸着剤を有効成分とする、
- H 腎疾患治療又は予防剤

原告従業員の行った仕様変更後の被告製品の測定結果では、構

成要件Dの細孔容積が $0.25\text{mL} / \text{g}$ 未満となったのは、ロット番号毎に、3分の2、3分の1、5分の3であった。また、原告が依頼した第三者機関による測定では、1つのロット番号を試料とした6つの測定結果のうち1つのみ $0.2428\text{mL} / \text{g}$ であったが、そのほかは $0.25\text{mL} / \text{g}$ 以上であった。

原告は、原告従業員の行った上記測定結果を根拠として、仕様変更後被告製品の一部は、構成要件Dを充足する旨主張していた。

(二) 判決内容

東京地裁は、原告従業員の行った測定は、被告製品からどのように試料を採取したか不明であり、試料の採取過程において偏りが生じたことが否定できないとして、これを根拠とする原告の主張は採用できないとした。

また第三者機関が行った測定については、1つの結果が「0.2428」と $0.25\text{mL} / \text{g}$ をわずかに下回っているが、この数値が出た試料は、「0.2587」と測定された試料と同じ試料から採取されたものであり、かつ、試料重量もほぼ同一であり、当該試料の測定結果としては $0.25\text{mL} / \text{g}$ 以上と見ることもできることから、上記「0.2428」は測定誤差の範囲内であるとした。その結果、仕様変更後被告製品において、その細孔直径 $7.5 \sim 15000\text{nm}$ の細孔容積が $0.25\text{mL} / \text{g}$ 未満であることについては、これを認めるに足りる証拠がなく、構成要件Dを充足しないとした。

5 考察

以上4つの裁判例は、いずれも一つの対象製品において数値範囲に含まれない構成が存在する場合について充足性の判断を示した事例である。

前記4の東京地裁平成21年10月8日判決は、数値範囲に含まれる結果が測定誤差であるとして、立証の問題としてこれを解決した事例である。このように構成要件を充足する結果について誤差であるとして構成要件の充足性を否定した事案としては、数値限定発明に関する事件ではないが、東京地裁平成29年4月27日判決（平成27年（ワ）第11434号）裁判所ウェブサイトがある。

これに対して、前記1ないし3の事案は、信用性の肯定された測定結果によって数値範囲に含まれる結果が示されており、また、これらを測定誤差であると認定することが難しい事案である。そのため、これらの事例では、各発明において一つの対象製品に数値範囲に含まれない構成を包含することが許容されているのかという構成要件解釈が問題となると考えられる。

前記1の東京地裁平成27年6月25日判決では、「カサ比重0.15～0.25以下に調整」との構成要件について、明細書に粉砕物の一部について範囲を外れることがあるという記載がないことのみを理由として、①安定的に上記範囲において調整されることが必要というべき、②相当量外れるものが存在する状況であれば、安定的に上記範囲に調整されたといえないという解釈をしている。ただし、数値範囲を外れるものであってもよいというような明細書の記載がなければ同様に考えてよいのかについては検討の余地があり、前記2の発明の作用効果という観点も本来は考慮要素になるものと考えられる。

前記2の東京地裁平成14年7月19日判決では、「顆粒の直径が0.1～10mm」との構成要件について、発明の効果、実施例の記載、及び出願経過（無効審判手続における特許権者の主張）を参酌して、原則として顆粒の直径が0.1mmを下回るものが含まれている場合は、原則

として本件発明の構成要件B〈1〉を充足しないとした上で、実施例において顆粒の直径が0.1mm未満のものが含まれている可能性があるものが存在していることから、これと同程度数値範囲に含まれない顆粒が含まれる場合には構成要件を充足する余地があると判断している。この判決は、実施例に数値範囲に含まれない構成を含むものが開示されていれば、そのような場合でも充足性を肯定できるとしているものではなく、あくまで実施例によってそのような解釈をされる余地があるということを示したに過ぎないとみられる^(注1)。

前記3の東京地裁令和2年1月17日判決は、平均値が数値範囲にないことや、数値範囲にある割合が一部であることから、構成要件の充足性を否定しており、結論において妥当であると思われるが、どの程度数値範囲に入らない構成が存在することが許容されるかという点についての判断はされない。この事案でも、本来は、構成要件の解釈として、どの程度が許容されるのかということを明細書等から解釈すべきであるように思われる。

三 差止請求の要否が問題となった事例

1 東京地裁平成27年1月22日判決（平成24年（ワ）第15621号）裁判所ウェブサイト（Cu-Ni-Si系合金事件）

（一）事案概要

本件は、発明の名称を「強度と曲げ加工性に優れたCu-Ni-Si系合金」とする特許権を有する原告が、被告に対し、被告の製造、販売する配線器具やコネクタなどの用途に用いる各合金（被告各製品）が原告の特許権の特許発明の技術的範囲に属すると主張して、被告各製品の生産、使用、譲渡及び譲渡の申出の差止めを求めた事案である。

上記特許権に係る特許請求の範囲の請求項 1（訂正後のもの）を分説すると以下のとおりとなり、このうち被告各製品が構成要件 D を充足するかが争点となった。

- A 1.0～4.5質量%のNiと
- B 0.25～1.5質量%のSiを含有し、
- C 残部が銅および不可避免的不純物からなり、
- D {111} 正極点図において、以下の(1)～(2)の範囲のX線ランダム強度比の極大値が6.5以上10.0以下であることを特徴とする集合組織を有する

(1) $\alpha = 20 \pm 10^\circ$ 、 $\beta = 90 \pm 10^\circ$

(2) $\alpha = 20 \pm 10^\circ$ 、 $\beta = 270 \pm 10^\circ$

(但し、 α ：シュルツ法に規定する回折用ゴニオメータの回転軸に垂直な軸、 β ：前記回転軸に平行な軸)

- E 強度と曲げ加工性に優れたCu-Ni-Si系合金。

また、構成要件 D の充足性との関係で、原告は、被告製品の特定において、製品名に加え、「{111} 正極点図において、以下の(1)～(2)の範囲のX線ランダム強度比の極大値が6.5以上であるもの」等の限定を加えている。

(二) 判決内容

まず構成要件 D の充足性について、3種の被告各製品の合計14のサンプルを測定した結果において、2つのサンプルのみ構成要件 D の数値範囲に含まれていることから、その2つのサンプルについてのみ構成要件 D の充足性を認め、また、他の構成要件の充足性も肯定して、この2つのサンプルについて技術的範囲に属するとしている。

その上で、差止めの必要性について、①被告の製品において、たまたま構成要件Dを充足するX線ランダム強度比の極大値が測定されたとして、当該製品全体の製造、販売等を差し止めると、構成要件を充足しない部分まで差し止めてしまうことになるおそれがあることなどから、本件で、原告が特定した被告各製品について差止めを認めると、過剰な差止めとなるおそれを内包するものといわざるを得ないこと、及び、②原告が特定した被告各製品を差し止めると、被告が製造した製品毎にX線ランダム強度比の極大値の測定をしなければならないことになり多大な負担を強いるものであるところ、こうした被告の負担は、本件発明の内容や本件における原告による被告各製品の特定方法等に起因するものというべきであるから、被告にこのような負担を負わせることは、衡平を欠くこと、の2点を理由として、原告が特定した被告各製品の差止めを認めることはできないとした。

2 考察

前記東京地裁平成27年1月22日判決は、複数の被告製品のうち一部が特許の技術的範囲に属するとされた事例である。差止め請求を認めなかった理由の一つは、過剰差止めとなるおそれを内包していることであり、過剰差止めとなる場合に差止めを否定しうることは一般的に認められているといえる（著作権の事件について那覇地裁平成20年9月24日判決（平成19年（ワ）第347号）判時2042号95頁（写真で見る首里城事件）があり、また、廃棄請求を否定した事例として東京地裁令和2年12月18日判決（平成29年（ワ）第18010号）裁判所ウェブサイト（インテリジェントホームシステム事件）がある。）。

ただし、前記東京地裁平成27年1月22日判決では、被告製品の特定

において、製品名に加え、「{111} 正極点図において、以下の(1)～(2)の範囲のX線ランダム強度比の極大値が6.5以上であるもの」等の限定を加えていることから、当該数値を測定できれば過剰差止めとはならない。この事件の特殊性は、被告製品の特定自体に問題があり、過剰差止めの恐れがあったという点と、被告が製品ごとに測定を強いられることは過大な負担であるという点にある^(注2)。

そのため、このような特殊事情がない場合において、複数の被告製品のうち一部が特許の技術的範囲に属するという事案で差止め請求を認めるべきかについては、解決していないといえる^(注3)。

四 損害賠償請求に関する検討

数値限定発明において、被告製品の一部が数値範囲に含まれる場合において損害賠償請求の成否及び額を判断した事例はない。そこでこの場合、いかなる要素を考慮することになるかについて、若干の検討をする。

特許法102条2項の推定の覆滅が認められるかという点に関しては、一つの対象製品において数値範囲に含まれない構成が存在する場合においては、そのことのみでは推定覆滅は認められないものと考えられる。知財高裁令和元年6月7日大合議判決(平成30年(ネ)第10063号)判時2430号34頁において、特許発明が侵害品の部分のみに実施されていることから直ちに推定の覆滅が認められるのではなく、特許発明が実施されている部分の侵害品中における位置付け、当該特許発明の顧客誘引力等の事情を総合的に考慮してこれを決するとされているためである。他方で、数値範囲に含まれない構成の割合が大きい場合には、特許発明以外の特徴によって侵害者が利益を得ていたと判断される可能性が高く(前記大合議判決が掲げる横領要素の一つである「侵害品の

性能)], その場合には、推定の全部覆滅又は大幅な一部覆滅が認められる可能性があるものと考えられる。

ある対象製品においては数値範囲に含まれるが、他の対象製品においては数値範囲に含まれないという前記東京地裁平成27年1月22日判決のような事例では、特許法102条2項の損害額たる限界利益の額は、当該数値範囲に含まれる割合を乗じて算出されることになろう。更に、数値範囲に含まれる割合が小さい場合には、前期と同様推定の全部覆滅又は大幅な一部覆滅が認められる可能性がある。

特許法102条3項に基づく損害額については、特に数値範囲に含まれる割合が小さい場合には、損害不発生の抗弁を主張することが検討できる。商標権の事件であるが、最高裁平成9年3月11日判決(平成6年(オ)第1102号)民集51巻3号1055頁(小僧寿し事件)では、商標権者からの商標法38条3項に基づく損害賠償請求に対して、侵害者は損害の発生があり得ないことを抗弁として主張立証して損害賠償の責めを免れることができるとして損害不発生の抗弁を認めており、特許法102条3項でも同様に損害不発生の抗弁が認められるかについては学説の対立がある。損害不発生の抗弁が認められないとしても、数値範囲に含まれる割合が小さい場合には、特許発明を製品に用いた場合の売上げ及び利益への貢献が小さいと考えられ、その結果、特許法103条3項に基づく損害額を算定するに当たって、侵害品の売上に乗ずる実施に対し受けるべき料率も自ずと低率になるものと考えられる^(注4)。

(注1) 高石秀樹「通史限定発明の充足論、明確性要件(複数の測定条件が存在する場合、その他の類型について)」パテント71巻6号25頁では、同事件について、「同事案では許容される非充足要素の割合を解釈す

るための手懸りが実施例のみであったが、明細書中に課題解決（作用効果）のメカニズムを説明した上で、許容される非充足要素の割合を一般的に記載しておけば、クレーム解釈の問題として考慮されるであろう。」と述べている。

(注2) 本事件に関する評釈として、岡田徹「複数の被告製品の一部のみが原告特許の技術的範囲に属する場合の蹴る差止請求の成否」知財管理66巻2号189頁、新藤圭介「複数の被告製品の一部が数値限定発明の技術的範囲に属する場合に差止めの必要性を否定した事例」知的財産法政策学研究53巻253頁がある。

(注3) 名古屋高裁平成9年12月25日判決（平成5年（ネ）第535号）判タ981号263頁（漁網の結節構造事件）では、侵害部分が0.5%に過ぎないことから特許権を実施したものと評価数 r ことは相当ではないと判断している。

(注4) 前掲東京地裁平成27年1月22日判決において損害賠償請求がされた場合を検討したものとして、前掲注2・岡田徹・知財管理66巻2号197頁がある。

（高橋 元弘）

第三 測定方法が定まっていない場合の充足性の立証（明確性要件との関係も含めて）

一 はじめに

侵害訴訟において数値限定発明に基づく権利行使が行われる場合、侵害の立証のために、被告製品を分析して問題となる数値を測定し、被告製品が構成要件で定められた数値の範囲内であることを立証する必要がある。数値の測定方法が特許請求の範囲や明細書で一義的に特定されている場合には、その特定された測定方法で測定されることになるが、数値の測定方法が特許請求の範囲や明細書に記載されておらず、技術常識からしても複数の測定方法が考えられる場合には、原告の用いる測定方法と被告の用いる測定方法が異なり、原告の測定方法によれば数値の範囲内になるのに対し、被告の測定方法によれば数値の範囲外になるということがある。

本項では、このような事例における充足性の判断について、いくつかの裁判例を挙げて検討する。また、数値の測定方法が特許請求の範囲や明細書で一義的に特定されず、測定方法によって権利範囲に入ったり、入らなかったりするような場合には、明確性違反の無効理由（特許法36条6項2号）が存在する場合もあると考えられる。そこで、明確性違反が問題となったケースも合わせて検討することとする。

二 充足性が問題となった事案

1 裁判所の判断の傾向

数値限定発明において、数値の測定方法が特許請求の範囲や明細書に記載されておらず、技術常識からしても複数の測定方法が考えられ、なおかつ、測定方法によって測定結果に有意な差が生じる場合、

裁判所は、いずれの測定方法によっても構成要件に規定された数値を充足する場合でない限り特許権侵害にはならないと判断することが多い。裁判所がそのような判断をするのは、当業者にとってある測定方法で測定した結果、構成要件を充足しなかったにもかかわらず、別の方法で測定すれば構成要件を充足するとして特許権を侵害するとすれば、当業者に不測の事態を生じさせることになるからである。

以下、具体的な裁判例について、簡潔に検討する。

- 2 東京地裁平成15年6月17日判決（平成14年（ワ）4251号）、同控訴審東京高裁平成16年2月10日判決（平成15年（ネ）3746号）－「マルチトール含蜜結晶」事件－

（一）事案の概要

本件発明（甲発明）は、マルチトールという糖アルコールの結晶についての発明であり、特許請求の範囲においてマルチトール含蜜結晶粉末の見掛け比重が「0.650～0.750」という数値限定がされている。

明細書には、「なお、比重の測定は、従来より知られた方法で行うことができる。」（段落【0033】）との記載があるが、それ以外に、比重の測定方法についての記載は存在しない。

控訴人（原告）は、我が国において唯一マルチトール含蜜結晶を工業的に生産し、商業的に販売していた控訴人がJ I S K6721法を用いてきたので、当業者は「従来より知られた方法」とはJ I S K6721法であると理解する、と主張し、被告製品のマルチトール含蜜結晶の見掛け比重をJ I S K6721法で測定した結果、構成要件に規定された数値（「0.650～0.750」）の範囲内になったとして、構

成要件を充足すると主張した。

これに対し、被控訴人(被告)は、原告の測定方法とは異なる方法(パウダーテスター法)により被告製品を測定し、0.750を超える値であるとして、構成要件の非充足を主張した。

(二) 判決内容

東京地裁は、「従来より知られた方法」という場合に、それが J I S K6721のみを指すということとはできず、パウダーテスター法もまた、「従来より知られた方法」の一つということができる。そして、粉末マルチツールの見掛け比重の測定方法として、当業者が通常パウダーテスター法ではなく、J I S K6721の方法を用いることが明らかであると認めるに足りる証拠はない。」としたうえで、「従来より知られたいずれの方法によって測定しても、特許請求の範囲の記載の数値を充足する場合でない限り、特許権侵害にはならない」と判断し、パウダーテスター法で測定した場合に数値の範囲外になることを理由として構成要件の充足性を否定した。また、東京高裁も東京地裁の判断を是認した。

(三) 検討

本判決では、従来より知られたいずれの方法によって測定しても、特許請求の範囲の記載の数値を充足する場合でない限り、特許権侵害にならないと判示し、原告の主張する測定方法を用いることが「明らかであると認めるに足りる証拠はない」という理由で、原告の主張する測定方法に特定されないと判示している。本判決の判示内容からすれば、原告の主張する特定の測定方法にのみ依拠するためには、原告の主張する測定方法が一般的であるというだけでは足りず、原告の主張する測定方法以外の測定方法は当業

者は採用しないであろうと判断されるような場合であることが必要になると思われる。

なお、本件では無効論は争点にならなかったが、地裁判決において、「従来より知られた方法が複数あって、通常いずれの方法を用いるかが当業者に明らかとはいえず、しかも測定方法によって数値に有意の差が生じるときには、数値限定の意味がなくなる結果となりかねず、このような明細書の記載は、十分なものとはいえない。」と判示していることからすれば、裁判所も明細書の記載に不備があると考えているようである。

3 東京地裁平成25年3月15日判決（平成23年（ワ）第6868号）－「シリカ質フィラー」事件－

（一）事案の概要

本件発明は、半導体チップを封止する物質であるシリカ質フィラーについての発明であり、特許請求の範囲に粒子の真円度が数値範囲として規定されている発明である。

明細書には、真円度は、走査型電子顕微鏡及び画像解析装置を用いて測定するとされており、それぞれ代表的な機器のメーカー名も記載されているが（段落【0007】）、真円度の測定対象試料（粒子）の状態及びその調整方法に関する記載はない。

粒子の真円度を測定する場合、そのままの状態の試料（乾式試料）を用いる方法と、試料に液体を加えて分散させる前処理（湿式処理）を行う方法とがある。

原告は、ユーザがシリカ母粒子の表面にヒューム粒子が付着したままの状態の製品を使用していることなどから、シリカ母粒子の表面にヒューム粒子が付着したままの状態、すなわち、乾式の試料

で真円度を測定すべきであると主張し、乾式の試料で測定した結果、特許請求の範囲に規定された数値の範囲内であったと主張した。

これに対し、被告は、本件発明における平均粒度（粒度分布）の測定には湿式処理をした試料が用いられているから、真円度の測定においても湿式処理をした試料が用いられるべきであると主張し、湿式処理をした試料で測定した結果、特許請求の範囲に規定された数値の範囲外であったと主張した。

（二）判決内容

東京地裁は、構成要件に記載する粒子の状態及びその真円度の測定に当たっての調整方法を限定する趣旨の記載は存在しないから、真円度の測定がされる粒子は、本件出願時に通常行われていた試料の調整方法によって調整されたものであれば、その調整方法は特に限定されるものではないとして、湿式処理をした試料で真円度を測定した場合に数値範囲外になることを理由として、構成要件を充足しないと判断した。

（三）検討

本件においても、乾式の試料と湿式処理をした試料のいずれにおいても数値範囲内になる場合でなければ充足性が否定されるという判断がされている。

本件では、被告が明確性要件違反の無効の主張もしていたが、裁判所は、無効論について判断することなく、非充足であることを理由に原告の請求を棄却した。特許を無効にすれば特許権者に対する影響力も大きいため、権利範囲を狭く解釈して非充足の結論を導けるのであればそのほうが良いと判断して、非充足の判断をしたものと考えられる。

4 知財高裁平成28年9月28日判決（平成27年（ネ）第10016号）－「ティッシュペーパー」事件－

（一）事案の概要

本件発明はティッシュペーパーの発明であり、ティッシュペーパーの静摩擦係数を特許請求の範囲に「0.50～0.65」と規定するとともに、静摩擦係数の測定方法を特許請求の範囲に規定している。特許請求の範囲に規定された静摩擦係数の測定方法は、J I S規格に準じた方法であり、明細書にも静摩擦係数をJ I S規格に準じた方法で測定する旨が記載されている。

（二）判決内容

知財高裁は、明細書に静摩擦係数をJ I S規格に準じた方法で測定する旨が記載されていることを理由に、静摩擦係数の測定方法に関し、特許請求の範囲及び明細書のいずれにも記載されていない場合には、原則としてJ I S規格に準じて測定すべきであると判示した。また、知財高裁は、J I S規格にも記載されていない事項については、技術常識を参酌し、異なる測定方法が複数あり得る場合には、いずれの方法を採用した場合であっても構成要件の数値範囲にあるときでなければ、構成要件を充足するとはいえない、と判示した。

（三）検討

この事案では、J I S規格に準じて測定することが特許請求の範囲や明細書の記載から認定されているが、J I S規格にも記載されていない具体的な事項について、技術常識から取り得る複数の方法については、いずれの方法を採用した場合であっても構成要件の数値範囲にあることが必要であるという解釈を採っている。

この事案においても、明確性違反の無効理由が争点の一つになっていたが、裁判所は非充足の判断のみで請求棄却の結論を出している。

三 明確性が問題となった事案

1 裁判所の判断の傾向

前述のとおり、数値限定発明による侵害訴訟において測定方法が特定されていない場合には、無効論が争点になっていた場合であっても、充足性を否定することで請求棄却の結論を出し、無効論について判断されないケースが多い。他方、これから紹介する無効論の判断がされたケースは、いずれも審決取消訴訟であり、無効論について正面から問題となって裁判所の判断が下されたケースである。

2 知財高裁平成26年3月26日判決（平成25年（行ケ）第10172号）－「渋味のマスクング方法」事件－

（一）事案の概要

本件発明は、渋味を呈する飲料に渋味のマスクングをする方法の発明であり、スクラロースを「飲料の0.0012～0.003重量%の範囲であって、甘味を呈さない量」用いることを特徴としている。本件では、「甘味を呈さない」の判断として甘味閾値の測定方法が問題となった。

審決は、甘味閾値は、極限法により求められるものであるとして、明細書に具体的測定方法が定義されていなくとも、不明確であるとはいえないと判断した。

（二）判決内容

知財高裁は、「極限法」は閾値の測定方法として広く一般的に用いられるものと認められるとしつつ、閾値の測定法としては、極限法だけでなく、調整法、恒常刺激法等の複数の一般的な方法が存

在していることが認められるとして、甘味閾値は、他の方法ではなく極限法により測定するものであることが自明であるという技術常識が存在していたとまではいえないと判示した。そのうえで、知財高裁は、極限法は人の感覚による官能検査であるから、測定方法等により閾値が異なる蓋然性が高いことを考量すれば、「甘味を呈さない量」とは、0.0012～0.003重量%との関係でどの範囲の量を意味するのか不明確であるなどとして、明確性違反があると判示した。

(三) 検討

知財高裁は、「極限法」が閾値の測定方法として広く一般的に用いられていることを認めつつ、他の一般的な方法も存在しており「極限法」によることが自明であるとはまではいえない、という理由で、測定方法を「極限法」に特定することはできないと判断している。測定方法が明細書に明示されていない場合に、特定の測定方法で測定するとの解釈をとるためには、その特定の測定方法が広く一般的に用いられているだけでは足りず、他の方法は現実的ではなく特定の測定方法によることが自明であるという程度に明らかになっていなければならないという判断を前提としていると考えられる。

また、本判決は、明確性違反で無効という結論を出すにあたり、甘味閾値という測定方法によって数値が異なる蓋然性が高い構成要件が問題となったことや、スクラロースの重量%の数値との関係が不明確であることを根拠として挙げており、測定方法が特定されていないことのみで明確性違反の結論を出しているわけではない点に注意が必要である。

3 知財高裁平成24年12月25日判決（平成23年（行ケ）第10418号）－「防眩フィルム」事件－

（一）事案の概要

本件発明は、防眩フィルムに関する発明であり、対象物の曇り具合（対象物に入った光が散乱する程度）を表す「ヘイズ値」について、対象物の表面凹凸における表面ヘイズ値と、対象物の内部拡散による内部ヘイズ値とをそれぞれ数値範囲として限定した発明である。

（二）判決内容

知財高裁は、特許請求の範囲が明確であるためには、少なくとも、「表面ヘイズ値 h_s 」と「内部ヘイズ値 h_i 」の数値の測定方法（求め方）が一義的に確定されることが必須である、と述べたうえで、本件発明で特定される防眩層の内部ヘイズ値を測定する方法は、発明の詳細な説明の記載、及び本件特許の出願当時の技術常識によって、明らかであるとはいえず、内部ヘイズ値が一義的に定まらない以上、総ヘイズ値から内部ヘイズ値を減じた値である表面ヘイズ値も一義的に定まることはない、として、本件発明には明確性違反があると判示した。

（三）検討

本件発明は、防眩フィルムの構造等ではなく、表面ヘイズ値及び内部ヘイズ値の数値範囲によって特定される発明であり、その意味においても表面ヘイズ値及び内部ヘイズ値の測定方法が非常に重要であった事例であるといえる。また、内部ヘイズ値の求め方として、試料表面の凹凸を除去した状態でヘイズを測定する方法があるとされていたが、本件では、本件発明が「屈折率の異なる透光性拡散剤を含有する」という構成を取っていることから、単純に上記の方法

では内部ヘイズ値は求められないという事情もあったと考えられる。

4 知財高裁平成29年8月30日判決(平成28年(行ケ)第10187号) - 「水性インキ組成物」事件 -

(一) 事案の概要

本件発明は、水性インキの筆記具の発明であり、可逆熱変色性マイクロカプセル顔料の平均粒子径を「 $0.5 \sim 2.0 \mu\text{m}$ 」の範囲とする発明である。

(二) 判決内容

知財高裁は、本件発明には非円形断面形状のマイクロカプセル顔料も含まれるとしたうえで、本件特許請求の範囲及び本件明細書には、粒子径の定義に関する明示の記載はなく、粒子径について、等体積球相当径又はそれ以外の特定の定義によることが技術常識になっていたとは認められないとし、本件発明の内容は不明確であるとして無効理由があると述べた

(三) 検討

本件では、非円形断面形状の顔料が含まれることから、粒子径の測定方法につき複数の方法が考えられた事案であるといえる。

四 小括

以上の裁判例の検討から、数値限定発明においては、少なくとも明細書の中で測定方法を記載しておいたほうが良いことは確かであるといえる。測定方法を発明の特定事項として記載するのか、それとも実施例として記載するのかについては、意見の分かれるところであると考えられるが、少なくとも実施例として記載しておけばその後に訂正によって測定方法を限定する方法も採り得る。

前述した例のとおり、測定方法を明細書等で記載したケースであっ

でも、その前提となる前処理や記載されていない具体的な事項について、複数の方法が採り得ると認定される場合もあるので、そのような判断がされる可能性があることも踏まえて、明細書における測定方法の記載方法には工夫が必要であるといえる。

(岡田 健太郎)

第四 上限又は下限が定められていない数値限定発明において サポート要件違反と判断された事例

一 サポート要件の判断枠組み

サポート要件に関しては、知財高判平成17年11月11日〔偏光フィルム〕^(注1)にて、知財高裁大合議による次の判断基準が示されている。以後の殆どの裁判例では、数値限定発明であるか否かによらず、この基準に従ってサポート要件の有無を判断している。

「特許請求の範囲の記載が、明細書のサポート要件に適合するか否かは、特許請求の範囲の記載と発明の詳細な説明の記載とを対比し、特許請求の範囲に記載された発明が、発明の詳細な説明に記載された発明で、発明の詳細な説明の記載により当業者が当該発明の課題を解決できると認識できる範囲のものであるか否か、また、その記載や示唆がなくとも当業者が出願時の技術常識に照らし当該発明の課題を解決できると認識できる範囲のものであるか否かを検討して判断すべき」

この判断基準によれば、発明の詳細な説明に記載されていることに加え、発明の課題を解決できると認識できる範囲内であることが要求される。そうすると、例えば、特定の被疑侵害品を特許クレームに含めるために分割出願を行うような場合において、出願当初に想定していた課題に対応していないとしてサポート要件違反が問題となり得る。

ここで、「課題」をどのように認定するかについては、例えば知財高判平成30年5月24日〔ライスミルク〕^(注2)で以下の通り述べられており、明細書の記載に基づき認定されることになる。外国出願に基づく特許出願において、明細書に課題が記載されていない場合もしばしば見ら

れ、そのような場合には、出願時の技術水準を示した上で課題を認定することもあり得る。

「発明の詳細な説明に、課題に関する記載が全くないといった例外的な事情がある場合においては、技術水準から課題を認定するなどしてこれを補うことも全く許されないではないと考えられる。しかしながら、記載要件の適否は、特許請求の範囲と発明の詳細な説明の記載に関する問題であるから、その判断は、第一次的にはこれらの記載に基づいてなされるべきであり、課題の認定、抽出に関しても、上記のような例外的な事情がある場合でない限りは同様であるといえる。」

二 サポート要件違反ありと判断された事案

上限または下限の規定がないことを理由に、サポート要件に違反すると判断された事案としては、以下が挙げられる。いずれの事案でも、偏光フィルム大合議判決で挙げられた基準を適用し、当業者において課題を解決できるとは認識できないと判断されている。

1 知財高判平成25年2月20日〔高強度高延性容器用鋼板〕^(注3)

飲料缶などの容器用鋼板に関する特許について、サポート要件を充足すると判断した特許庁の審決に対する取消訴訟である。容器用鋼板のような薄手材では、焼鈍時には目的の板厚より厚い鋼板を通板し、その後2CR（再冷延）を施して目的となる板厚を得る方法が実用化されていたところ、フランジ成型（缶胴端部の径を広げる加工）における加工性劣化（割れ）の問題を回避した、高い2CRを施した場合にも良好な延性を持った鋼板を提供する発明に関する。

特許請求の範囲では「全伸びが15%以下で、10%の冷間圧延前後のJIS5号試験片による引張試験における0.2%耐力の差が120MPa以下

で、引張強度と0.2%耐力の差が20MPa以上である」と規定されていたところ、全伸びの下限が定められていないことから、サポート要件の有無が争点となった。

審決では、「全伸び」が10%を下回るものについては、発明の詳細な説明に記載されていないものの、高延性の評価基準（要件）は「10%の冷間圧延前後のJIS5号試験片による引張試験における0.2%耐力の差が120MPa以下で、引張強度と0.2%耐力の差が20MPa以上である」ことにあり、鋼材の全伸びが15%以下であってもフランジ成形性が良好な容器用鋼板を得られるものと容易に理解できるとして、サポート要件を満たすと判断されたが、裁判所はこれを否定して、審決を取り消した。

裁判所は、「一般に、鋼板の延性が低いほど加工性が劣ることは、当業者にとって自明の事項であるから、全伸びが相当程度小さい場合には、フランジ成形性は相当程度劣る」と認定した上で、発明の詳細な説明には、鋼板の全伸びが10%未満の場合に上記の要件（「引張強度と0.2%耐力の差が20MPa以上」、「鋼板に10%の冷間圧延を施した場合の0.2%耐力の上昇量を120MPa以下」）を満たし、フランジ成形性が良好である実施例は開示されていないと認定した。

これを踏まえ、裁判所は、「鋼板の全伸びが10%未満でも、上記の各要件を満たすことによりフランジ成形性が良好となるか否かは」発明の詳細な説明の記載からは不明であり、本件特許出願時の技術常識を考慮しても当業者がそのようなことを理解できるともいえない」として、サポート要件を満たさないと結論付けた。

特許明細書には、全伸びが10～15%の範囲内でフランジ成形性が良好である実施例が開示されており、出願当時の技術常識を証拠で

示すことで、「全伸びが相当程度小さい場合には、フランジ成形性は相当程度劣る」との認定を覆す必要があった（そうでなければ、下限を10%として限定する必要があった）と思われる。

2 東京地判平成26年10月9日〔疲労特性に優れたCu-Ni-Si系合金部材〕^(注4)

特許侵害訴訟においてサポート要件の充足性が争点となった事案である。

Cuからなるマトリックス中に、NiとSiの金属間化合物からなる析出物を微細に析出させることにより、導電率の低下を抑えつつ強度を大幅に向上させた合金に関する発明に関する。ここで、直径4 μm を超える粗大な析出物、晶出物等の介在物は強度に寄与しないばかりか、大きさが10 μm を超える粗大なものは曲げ加工性、エッチング性、めっき性を著しく低下させ、クラックの伝播を促進させる原因と考えられ、疲労寿命が低下するため、介在物の個数を調整する必要がある。

特許請求の範囲には、「圧延方向に平行な断面を鏡面研磨後に、47°ボームの塩化第二鉄溶液で2分間エッチング後、観察面において観察される直径4 μm 以上の介在物が86個/mm²以下である」と規定されていたところ、明細書には、介在物が25個/mm²の実施例の開示があるが、より少ない介在物（特に介在物が0個）の例は開示されていなかった。

裁判所は、「溶解時の溶湯内での反応により生じる酸化物、硫化物等については、本件明細書の発明の詳細な説明に、直径4 μm 以上の介在物個数を低減させる方法の開示は全くない。」「本件明細書の記載内容及び弁論の全趣旨からすれば、原告が本件特許出願時におい

て直径4 μm 以上の全ての介在物個数を0個/ mm^2 とするCu-Ni-Si系合金部材を製造することができたと認めるに足りず、技術的な説明がなくても、当事業者が出願時の技術常識に基づいてその物を製造できたと認めることもできない。」と認定し、サポート要件及び実施可能要件に違反しているとして、原告の請求を棄却した。

本事件では、判決が指摘するように、直径4 μm 以上の介在物個数を低減させる方法の開示が明細書に全くなかったことが問題であったと思われる。数値範囲の下限を設けないクレームで権利化するにあたっては、この点を留意する必要がある。

なお、本件では、被告製品では直径4 μm 以上の介在物個数が0個/ mm^2 であったことから、下限値を定める訂正ができないという事情があったと思われる。ただ、介在物個数が0個となる実例があるのであれば、介在物の個数を減らすことが出願当時の技術常識であったという主張もあり得るかと思われる（ただし、証拠の収集は容易ではないと思われる）。

3 東京地判平成30年12月27日〔磁気記録媒体〕^(注5)

高密度型の磁気記録媒体に関する発明において、特許請求の範囲には、「保磁力 H_c 〔kA/m〕と、SFD（スイッチング・フィールド・ディストリビューション）が、下記式（1）の関係を有し」「保磁力 H_c 〔kA/m〕が、210以上、221以下であり」と規定があり、式（1）として、「 $230 \leq H_c \times (1 + 0.5 \times SFD)$ 」と規定されていた。また、特許明細書には、「磁性層の保磁力 H_c とSFDが、上記式（1）の関係を満たすようにしたことにより、記録電流 v_s 再生出力特性カーブ、いわゆる記録電流カーブにおいて、良好なオーバーカレント特性が得られた」との記載があった。

裁判所は、式(1)の関係を満たすことで、課題(良好なオーバーカレント特性が得られ、記録電流値の裕度を確保する)が解決できるかを検討した。

そして、裁判所は、「特許明細書には式(1)の技術的意義に関する記載がない」、「式(1)には上限値は定められていない」、「下限値である230以上の数値の全てにわたり式(1)を満たすことになるにもかかわらず、本件明細書記載の実施例において課題を解決できることが裏付けられる $H_c \times (1 + 0.5 \times SFD)$ の数値(範囲)は、245.8(又は245.8～247.5)に限られることになる。そして、本件明細書にはこの数値(範囲)よりも大きい数値の磁気録媒体の記録電流値の裕度を確保することができることに関する記載はない。」と認定し、式(1)が満たされる場合において当業者が課題を解決できるとは認識できないとして、サポート要件に違反すると判断した。

本事件では、明細書において上限が定められていなくても課題を解決できることを示す記載がなく、技術常識でも示すことができなかったため、サポート要件に違反すると判断された。前掲[疲労特性に優れたCu-Ni-Si系合金部材]の事案と同様に、数値範囲の上限を設けないクレームで権利化するにあたっては、課題を解決できるかという点を留意して、明細書の記載を充実させておく必要がある。

なお、判決文によれば、被告製品の式(1)の数値は270～298.3となっており、明細書の実施例を超えていたため、上限値を定めることが困難であったという点を補足しておく。

4 知財高判令和1年11月14日〔セレコキシブ組成物〕^(注6)

シクロオキシゲナーゼ-2の阻害剤であるセレコキシブに関する特許について、サポート要件を充足すると判断した特許庁の審決に対す

る取消訴訟である。

セレコキシブは水溶性媒体には異常なほど溶解せず、未調合のセレコキシブがカプセル状態で経口投与された場合、胃腸管で急速に吸収されるために容易には溶解せず分解もしない等の問題があったため、生物学的利用能などが改善された経口運搬可能なセレコキシブの調合の必要性が存在していた。

特許請求の範囲のうち、「粒子の最大長において、セレコキシブ粒子のD90^(注7)が200 μ m未満である粒子サイズの分布を有する」との構成要件につき、下限値が規定されていないことが、サポート要件違反との関係で争点となった。

裁判所は、「粒子径を小さくすると凝集が起りやすくなり、有効表面積が小さくなる結果、溶解速度が遅くなることが出願時の技術常識であったことに照らすと、難溶性薬物であるセレコキシブについて、『セレコキシブのD90粒子サイズが約200 μ m以下』の構成とすることにより、セレコキシブの生物学的利用能が改善されることを直ちに理解することはできない。」「本件明細書の記載を全体としてみても、粒子の最大長におけるセレコキシブ粒子のD90の値を用いて粒子サイズの分布を規定することの技術的意義やD90の値と生物学的利用能との関係について具体的に説明した記載はない。」と認定して、「セレコキシブのD90粒子サイズが約200 μ m以下」とした場合には、その数値範囲全体にわたり、セレコキシブの生物学的利用能が改善されると認識することはできず、サポート要件に違反すると判示した。

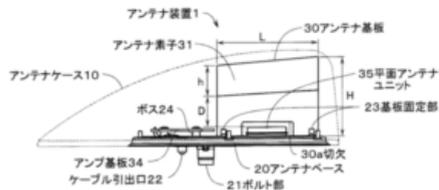
この事件でも、数値範囲の下限を定めなくとも課題解決できることが明細書に記載されていない場合には、出願時の技術常識を考慮して、クレームの数値範囲全体にわたって課題解決できるかどうかを

検討することになり、技術常識をどのように立証できるかが問題となり得る。

5 知財高判令和2年12月1日〔アンテナ装置〕^(注8)

この事案では、特許クレームは数値限定発明として規定されていなかったものの、明細書の記載を踏まえると、数値を限定しない限り発明の課題が解決できないとして、サポート要件に違反すると判示された。

特許明細書の実施例には、いずれも、アンテナ素子の下に平面アンテナユニットを配置し、アンテナ素子の下縁と平面アンテナ



アンテナユニットの上面の間隔(右図の「D」)を約 0.25λ 以上とすることで、アンテナ素子と平面アンテナユニットについて、相互に影響を及ぼすことが低減されることが開示されている。

裁判所は、「アンテナ素子の下縁と平面アンテナユニットの上面との間隔を約 0.25λ 未満とするならば、発明の詳細な説明に記載された課題を解決することはできない。そのため、請求項1に記載された発明は、この点においても当業者が発明の詳細な説明に記載された解決手段によって課題を解決できると認識できない発明を含むものであり、当業者が課題を解決できると認識できる範囲を超えたものである。」と判示して、サポート要件に違反するとして、原告の請求を棄却した。

この事件では、発明の解決すべき課題との関係から、本来的には数値限定(アンテナ素子の下縁と平面アンテナユニットの上面との間

隔が0.25λ以上)が必要であったと判断された。クレームドラフティングにあたっては、課題解決との関係を意識して、必要であれば数値限定を行う必要があることを示す一事例として参考になる。

三 検討

上述した裁判例でも述べられているとおり、数値限定発明では、数値範囲の全てにわたって課題が解決できると認識できる程度に開示がある(あるいは技術常識を立証できる)必要がある。そして、数値範囲の上限または下限を定めない場合には、定めなくても課題が解決できる理由を、明細書に十分に開示しておく必要があるといえる。この点、明細書に記載がない場合には、出願当時の技術常識を立証できればサポート要件違反を回避することは可能であるが、争われた場合に出願当時の証拠を収集する必要が生じるため、やはり明細書に十分に記載しておくことが好ましい。

(注1) 知財高裁平成17年11月11日判決(平成17年(行ケ)第10042号)

(注2) 知財高裁平成30年5月24日判決(平成29年(行ケ)第10129号)

(注3) 知財高裁平成25年2月20日判決(平成24年(行ケ)第10151号)

(注4) 東京地裁平成26年10月9日判決(平成24年(ワ)第15612号)

(注5) 東京地裁平成30年12月27日判決(平成28年(ワ)第25956号他)

(注6) 知財高裁令和1年11月14日判決(平成30年(行ケ)第10110号)

(注7) 「D90」は、粒子の累積個数が90%に達したときの粒子径の値をいう。

(注8) 知財高裁令和2年12月1日判決(令和2年(ネ)第10039号)

(小林 英了)

第五 上限又は下限が規定されていない数値限定発明について、サポート要件が肯定された裁判例

一 知財高判平成21年3月31日 平成20年(行ケ) 第10065号[経口投与用吸着剤事件]

1 事案

本件は、発明の名称を「経口投与用吸着剤、並びに腎疾患治療又は予防剤、及び肝疾患治療又は予防剤」とする特許に関する特許無効審判不成立審決に対する審決取消訴訟で請求棄却となった事案である。

本件特許の請求項1は細孔容積を「0.25mL/g未満」と規定しており、下限については記載がない。

本件特許明細書には、「細孔容積が0.25mL/g未満であり、0.2mL/g以下であることが好ましい。」という記載と、「0.04mL/g」又は「0.06mL/g」に関する実施例の記載がある。

本件特許発明の課題解決手段は、有益成分の吸着を少なく、毒性物質を多く吸着する有益な選択吸着性を提供することである。

2 判旨

「本件特許明細書には、炭素源に係る発明特定事項以外の発明特定事項について当業者が適宜の設定をすることが可能であることを示唆する記載があり、しかも、選択吸着能は（細孔容積が極小の場合を除き）その減少に応じて漸次発現する特性がある旨の知見が公知であることを併せ考慮すれば、当業者は、本件特許発明の規定する細孔容積の条件について、それ自体厳密な意味における臨界的な意義を有するというよりも、選択吸着率を優れたものとするために孔径の大きな細孔を少なくすべきことを表現し、そのための一つの目安と

して「0.25mL/g」との数値を規定したものとして理解することができるから、明細書の記載上、殊更に上記数値の意義が明らかにされていないとしても、当業者において本件特許発明の課題を解決できることについて認識できないということとはできない。」（下線は執筆者によるもの。以下「第五」の章において同じ。）。

「細孔容積が小さすぎると毒性物質の吸着能に支障があることは当業者において公知である以上、一般に吸着能を奏し得ない程度に極小の細孔容積のものが実質的に本件特許発明に含まれるものでないことは当業者において明らかというべきである」

「細孔容積の数値が極小であることに関して特段の記載がないとしても、これにより当業者において本件特許発明の課題を解決できることについて認識できないということとはでき」ないと判断した。

二 知財高判平成25年9月19日平成24年(行ケ)第10387号[安定化された臭化アルカン溶媒事件]

1 事案

本件は、発明の名称を「安定化された臭化アルカン溶媒」とする本件特許の無効審判請求についての無効審決の取消請求訴訟であり、原告の請求を棄却した事案である。

本件特許の請求項1は、溶媒部分と安定剤系部分を含む溶媒組成物である。溶媒部分は、臭化n-プロピルを「少なくとも90重量%含有」するものとされ、上限の規定はない。安定剤系部分は、ニトアルカン、1,2-ブチレンオキサイドおよび1,3-ジオキサランの3つの安定剤を含むこととされている。物品を洗浄する方法に関する請求項9,10は、安定化された溶媒組成物との発明特定事項を含んでいない。なお、従属項である請求項5,8には臭化n-プロピ

ルを「94から98重量%含有する」との記載があり、上限と下限は設定されている。

2 判旨

裁判所は、本件発明5、8～10がサポート要件に違反するとした審決の判断は誤りであると判断した。

(一) 本件発明9及び10について

「本件発明は、臭化n-プロピル溶媒とその安定剤系の最良の組合せを調査することにより、使用者及び環境に優しく、かつ、より高い温度で使用した場合に金属が腐食されないという安定化効果を示す脱グリース及び洗浄用溶媒を提供するという課題を解決しようとする発明であることから、発明の詳細な説明に開示された課題を解決するために使用する臭化n-プロピルの安定剤にかかる化学物質が、過不足なく特許請求の範囲に記載されていれば、サポート要件を満たす」

「本件発明は、臭化n-プロピルを安定化する臭化n-プロピルと安定剤の最良の組合せを見出すことを発明の課題とするものであって、臭化n-プロピルと安定剤の配合比の最適化を発明の課題とするものではないので、特許請求の範囲に、安定剤系として選択される物質の配合量の下限值が特定された記載がなされていないことを根拠に、本件発明9及び10がサポート要件を満たさないとすることはできない。」

(二) 本件発明5及び8について

「本件発明は、臭化n-プロピルとその安定剤系の組合せを特徴とする発明であり、臭化n-プロピルの組成物中の配合量を特徴とする発明ではない。しかも、本件明細書中には、…（中略）…ニト

ロアルカン、1、2-ブチレンオキシド、1、3-ジオキソランの使用量の下限の記載があり、3つの安定剤の重量%を足した場合の残余が溶媒である臭化n-プロピルの上限値になるのは明細書中に計算方法の記載がなくとも自明というべきであって、その場合は臭化n-プロピルの上限値は99.81重量%となり、一方、その下限値は請求項1に記載のとおり90重量%である。そうしてみると、この範囲は請求項5、8に記載された「94～98重量%」の数値範囲を含むことになるし、実施例において使用された臭化n-プロピルは96.5重量%であるところ、この数値を拡張できない根拠を審決は示していない。そうすると、本件明細書の発明の詳細な説明中に臭化n-プロピルの含有量について「94～98重量%」という数値範囲の具体的な記載がないことを根拠に、本件発明5及び8がサポート要件を満たさないとすることはできない。」^(注1)。

三 知財高判平成29年8月8日平成28年(行ケ)第10269号[高純度羅漢果配糖体を含有する甘味料組成物事件]

1 事案

本件は、発明の名称を「高純度羅漢果配糖体を含有する甘味料組成物」とする特許無効審判請求に対する一部無効・一部不成立審決のうち一部不成立部分の取消訴訟で請求棄却となった事案である。

本件特許の請求項2に記載の発明は「甘味料組成物を調製するための羅漢果エキスであって、モグロサイドV、モグロサイドIV、11-オキソ-モグロサイドVおよびシアメノサイドIの合計含有量が、35重量%以上である、羅漢果エキス。」であり、4成分合計含有量について上限値が定められていないところ、原告は35重量%以上の全範囲にわたって発明の課題を解決できることは、発明の詳細な説明

に裏付けられていないと主張した。

本件特許の課題は、ショ糖に代わる甘味料、特にショ糖より低エネルギーで、摂取後に血液中の血糖値及びインスリン濃度に影響を及ぼさない、ショ糖にきわめて近い甘味質を有し、高品質で十分な甘味強度を示し、安全性が高い甘味料の提供することである。

2 判旨

「本件明細書に接した当業者は、上記開示事項から、本件4成分の高純度品（モグロサイドVは純度97.3%、11-オキソ-モグロサイドVは純度99.3%、モグロサイドI Vは純度95.5%、シアメノサイドIは純度97.4%。）は、いずれも、ショ糖に比して非常に甘味強度が強いこと（ショ糖よりも少量で、ショ糖と同等の甘味強度を得ることができること）に加え、甘味質としても、本件味覚9要素のいずれの要素についても、ショ糖との乖離の程度は小さく、ショ糖と類似した優れた甘味質を有すること、したがって、本件4成分は、いずれも、ショ糖に比して甘味強度が強く、本件味覚9要素のいずれにおいてもショ糖との乖離の程度は小さく、ショ糖と類似した優れた甘味質を有することを理解することができる。」

「本件明細書には、4成分合計含有量が35.10重量%～60.80重量%であるサンプルH～Jが、ショ糖の甘味質と類似した優れた甘味質を示す水溶液であることが開示されている上、4成分合計含有量が60.80重量%を超える範囲においては、本件4成分のいずれかを増加させることになるどころ、…（中略）…、本件4成分は、いずれも、本件味覚9要素のいずれにおいてもショ糖との乖離の程度は小さく、ショ糖と類似した優れた甘味質を有することが開示されているから、本件明細書に接した当業者は、4成分合計含有量が35重量%以上の

羅漢果エキスは、シヨ糖よりも少量で、シヨ糖と同等の甘味強度を得ることができ、シヨ糖と類似した優れた甘味質を示すものと理解することができる。」

四 知財高判平成30年10月25日平成29年(行ケ) 第10113号[アルコール含有量の高い発泡性組成物事件]

1 事案

本件は、発明の名称を「シリコーン・ベースの界面活性剤を含むアルコール含有量の高い発泡性組成物」とする特許無効審判請求不成立審決の取消訴訟で請求棄却となった事案である。

本件特許の請求項にはC 1 - 4 アルコール又はその混合物について「全組成物の少なくとも40% v/v の量で存在する」との記載があり、上限は規定されていない。そこで原告は、低級アルコールの濃度が99.99重量%又はそれに近い値である場合に、安定な泡の形成が可能な発泡性組成物を提供するという課題を解決できないと主張した。

2 判旨

「本件発明1においては、bis-PEG-[10-20] ジメチコーン又は bis-PEG-[10-20] ジメチコーンの混合物の含有量につき、0.01 ~ 10.0重量% と上限値及び下限値がいずれも明示されているところ、アルコールの濃度は下限値が40v/v% であることのみが明示されており、水は全組成物を100重量% とする量と特定されている。そして、当業者が、アルコールの濃度が高いとの理由により、組成物が発泡しなかったり、良好な泡の性質が得られなかった場合、本件明細書の記載内容に基づき、bis-PEG-[10-20] ジメチコーン又は bis-PEG-[10-20] ジメチコーンの混合物の含有量を増やしたり、フッ素化界面活性剤等の第二の界面活性剤、泡安定剤を追加したりすることによって、発泡性や泡

質を改善できると理解し得ることは上記4において説示したとおりである。

そうすると、本件特許に係る特許請求の範囲の記載と本件明細書の発明の詳細な説明の記載を併せて考慮すると、本件発明1における組成の範囲において、高い蓋然性をもって発泡性の組成物が得られる、すなわち、発明の課題を解決し得ると認識できると認めるのが相当である。」

「本件発明1は、アルコール、bis-PEG-[10-20]ジメチコーン又はbis-PEG-[10-20]ジメチコーンの混合物及び水のほかに、第二の界面活性剤や泡安定剤を含有し得るものである。そうすると、本件発明1においては、bis-PEG-[10-20]ジメチコーン又はbis-PEG-[10-20]ジメチコーンの混合物と水の各含有量のほか、追加される第二の界面活性剤、泡安定剤の含有量によって、アルコールの濃度に事実上の上限値が想定されているというべきである。」

五 知財高判令和2年2月19日平成31年(行ケ)第10025号[気体溶解装置事件]

1 事案

本件は、発明の名称を「気体溶解装置及び気体溶解方法」とする特許無効審決に対する審決取消訴訟であり、サポート要件に違反しないとして、請求が認容された事案である。なお、同特許については、東京地判令和元年7月31日平成29年(ワ)第13797号においてサポート要件違反と認定されていた。

本件特許発明には、降圧移送手段としての管状路である細管について「細管(但し、0.8m以下の長さのものを除く)」との記載があり、細管の長さについては上限値の記載がないものであった。そして、

0.8m～1.4mについては明細書に記載がなかった。

本件特許発明の気体溶解装置は、「加圧型気体溶解手段」により水素を「過飽和の状態」で液体に溶解させて水素水を生成し、この水素水が「降圧移送手段」である管状路内で層流状態を維持して流れることで降圧され、「過飽和の状態」を維持して水素水吐出口に移送する構成を採用し、これにより「気体を過飽和の状態に液体へ溶解させ、かかる過飽和の状態を安定に維持」という本件特許発明の課題を解決できることの開示があるものである。

2 判旨

本判決は、細管の内径及び長さ、加圧型気体溶解手段の圧力の変数に関する技術常識を認定し、本件明細書の実施例及び比較例を一覧表にまとめ検討し、次の通り判断した。

「当業者は、本件明細書の発明の詳細な説明の記載及び技術常識から、本件特許発明1の気体溶解装置は、水に水素を溶解させて水素水を生成し、取出口から吐出させる装置であって、気体を発生させる気体発生手段と、この気体を加圧して液体に溶解させる加圧型気体溶解手段と、気体を溶解している液体を導いて溶存及び貯留する溶存槽と、この液体が細管からなる管状路を流れることで降圧する降圧移送手段とを備え、降圧移送手段により取出口からの水素水の吐出動作による管状路内の圧力変動を防止し、管状路内に層流を形成させることに特徴がある装置であり、一方、必ずしも厳密な数値的な制御を行うことに特徴があるものではないと理解し、例えば、細管の内径(X)が1.0mmより大きく3.0mm以下で、かつ、細管の長さ(L)の値が0.8mより大きく1.4mより小さい数値範囲のときであっても、「細管の内径X及び水素水の流量の各値が同じである場合に水素

濃度の値を高めるには、加圧型気体溶解手段の圧力Yの値を大きくすればよく、この場合に加圧型気体溶解手段の圧力Y及び細管の長さLの値をいずれも大きくして、水素濃度の値を高めるには、加圧型気体溶解手段の圧力Yの値の増加割合が細管の長さLの値の増加割合よりも大きくなるように各値を選択すればよいこと」（前記イ）を勘案し、細管からなる管状路内の水素水に層流を形成させるようX、Y及びLの値を選択することにより、「気体を過飽和の状態に液体へ溶解させ、かかる過飽和の状態を安定に維持」するという本件特許発明1の課題を解決できると認識できるものと認められる。」

「本件特許発明1において細管の長さの値が0.8mより大きく1.4mより小さい場合においても、本件明細書の発明の詳細な説明の記載及び技術常識に基づいて、当業者が、本件特許発明1の課題を解決できると認識できる」

六 各判例を通じてのコメント

上記5つの判例を検討した限りでは、発明の特徴的部分（課題と解決手段）について数値限定が関わっていないのであれば、上限・下限が決められていないクレームであってもサポート要件違反にはならない^(註2)。とはいえ、数値限定が特徴的部分と関わっていないとの主張が必ずしも認められるとは限らない。したがって、発明の特徴的部分（課題と解決手段）について数値限定が関わっていないのであれば、争点となることを回避すべく、数値限定をクレームに記載しないことが好ましいといえよう。

一方、発明の特徴的部分（課題と解決手段）に数値限定が関わっている場合、明細書に記載した上限・下限をクレームに記載することが、サポート要件違反を回避するためには適切である。

ところで、特許査定さえ得られれば、サポート要件に瑕疵があると思われる特許であっても、他社は特許権に基づく差止請求を回避するために警戒するものと思われる。このような他社への牽制効果を期待し、あえて上限・下限を記載しないクレームを作成し、そのまま特許査定となることを狙うこともあろう。その場合でも、後日訂正ができるよう、明細書作成に当たっては、実施例レベルで上限や下限の根拠となる記載をしておくことが好ましい。

なお、アルコール含有量の高い発泡性組成物事件では、上限又は下限が記載されていない場合に、明細書の記載や技術常識から事実上の上限を認定した^(注3)。したがって、発明の特徴的部分(課題と解決手段)に数値限定が関わっている場合に上限や下限を明記していなくても、サポート要件違反とならないことはある。もっとも、裁判所において上限又は下限を認定する場合は、当然ながら技術的範囲も限定的に解釈されることになろう。被疑侵害者の立場に立てば、当該クレームが限定解釈されることにより自社の実施態様が特許請求の範囲に含まれないと思われる場合には、過度に警戒しなくてもよいかもしれない。

(注1)「本件発明の請求項5、8において、臭化n-プロピルの配合量の数値範囲を特定したことに特徴があるにもかかわらず、「臭化n-プロピルとその安定剤系の組合せを特徴とする発明」と認定し、配合比の最適化ではないとした本件判決が妥当であったかどうかについては疑問が残ります。」とした評釈がある(生田哲郎=佐野辰巳・発明111巻1号37頁-39頁)。確かに、本件発明の請求項1で「少なくとも90重量%含有する」と規定された臭化n-プロピルの配合量をより限定して特定した発明が本件発明の請求項5及び8であるから、執筆者も本評釈に賛成する。

(注2)「パラメータ発明のサポート要件」(高石秀樹 パテント2021 Vol.74 No.5 30頁-31頁)では、パラメータを含む発明において、当該パラメー

タが発明の本質的部分（課題解決手段）であるか否かが争点となり、当該パラメータが発明の本質的部分（課題解決手段）でないと判断した裁判例は、全ての事案でサポート要件は充足すると判断されているとして、経口投与用吸着剤事件、安定化された臭化アルカン溶媒事件を含む12の判例が紹介されている。

(注3) 前掲(注2)32頁では、クレーム文言に形式的に含まれる範囲全体に亘って課題が解決されるように記載されている必要がある裁判例を列挙しており、サポート要件を充足するとした事例としてアルコール含有量の高い発泡性組成物事件を含む4件、サポート要件違反とした判例として気体溶解装置侵害訴訟事件地裁判決を含む11件が挙げられている。

(西脇 怜史)

私的整理から更生手続に至った T 製紙の更生事件 ～「将来」債権譲渡を含む ABL の処理を中心に

倒産法部

* 目 次

一	はじめに	324	1	集合物動産譲渡担保の取り扱い	332
二	純粹私的整理における事業再生計画の成立	325	2	将来債権譲渡担保(手形、電子記録債権を含む。)の取り扱い	334
	1 私的整理に至る経過	325		(一) 将来債権(売掛金)	334
	2 事業再生計画策定に至る経過	326		(二) 手形	341
三	手続移行及び手続選択	327		(三) 電子記録債権	343
	1 手続移行	327	3	担保権協定の締結	345
	2 手続選択	328	六	更生手続開始後	345
	(一) 更生手続の選択	328	1	事業再生支援に関する合意書の締結	345
	(二) DIP 型更生手続の選択	329	2	財産評定	346
四	更生手続開始申立及び保全処分の内容	330	3	ABL に関する更生担保権評価	347
	1 更生手続開始の申立て	330		(一) 動産	347
	2 保全処分の内容	330		(二) 将来債権(手形、電子記録債権を含む。)	348
	(一) ABL に対応するために必要となる保全処分	330	七	更生計画認可決定から更生手続終結へ	351
	(二) 商事留置権に基づく担保権による手形取立の禁止	331	八	結語	352
五	保全段階における対応	332			

一 はじめに

T 製紙は、静岡県に本店を置く製紙事業等を営む株式会社である。

同社は、令和3年1月15日に東京地方裁判所に更生手続開始の申立てを行った。申立時の負債総額は約140億円、債権者数は310名であった。同申立てにおいては、いわゆる DIP 型更生手続により手続を進行することとし、監督委員兼調査委員の調査報告を受けて、令和3年2月15日に更生手続開始決定がなされ、同社の代表取締役会長、及び、申立代理人の綾克己弁護士が管財人に選任された。

当職は、同事件において、申立代理人、及び、管財人代理として関与したものである。T 製紙は、種々の調整を経て、上場会社である R 社をスポンサーとして選任し、いわゆる100%減増資方式により、R 社の子会社となった上、同社からの借入等により更生債権等を一括弁済する旨の更生計画案を策定した。同計画案は書面決議により更生債権者等のほぼ全員の賛成を得て、令和3年6月30日に更生計画認可決定を受けた。その後、管財人は、更生計画を遂行し、令和3年9月30日には更生手続終結決定を受け、現在、T 製紙は R 社の子会社として再建の道を歩んでいる。

T 製紙の更生事件については、申立後、約8か月半という短期間で更生手続の終結に至ることができた。しかし、T 製紙は、私的整理における事業再生計画が成立した後、当該計画の遂行が困難となったことから、更生手続開始申立てに至ったものであり、当初は、更生担保権者との調整には困難が予想された。もっとも、実際は、優良なスポンサーを選定できたことから、早期に更生担保権者との調整を図ることを企図し、これが奏功し、短期間で更生計画案の策定、提出に至ったものである。

以下では、手続の進行に併せて、主として、当職が担当した ABL

(Asset Based Lending) の処理に関する論点を中心として、法的論点を拾い、実際に提案した解決策等を述べる。もとより、かかる処理は、必ずしも一般化し得るものではなく、本件の特殊性を踏まえて、検討の上、早期解決を優先した部分もある。一つの事例研究としての題材を提供するのが、本論考の趣旨であり、検討不足等の指摘もあろうかと思われるが、ご容赦願いたい。

二 純粹私的整理における事業再生計画の成立

1 私的整理に至る経過

T 製紙は、昭和25年に設立され、その後、クラフト紙の製造などの製紙業を中心としながら、業容を拡大し、平成12年にはオーナー家が他の会社の経営に注力したいとの意向から、T 製紙の事業を第三者に承継することを企図して、その結果、某銀行系ファンドが同社の株式を取得した。その後、同ファンドの出口戦略として、事業承継先を探したが、結局、奏功せず、T 製紙の存続を望む地元取引先が中心となって、T 製紙の株式を取得した。

しかしながら、平成30年夏ごろから問題となった米中貿易摩擦により、中国向け取引が減少し、他方で、国内向けの未晒クラフト紙の需要が減退する中で、主要取引先は系列内で内製化などの方策を取り、T 製紙のシェアは下落した。このような売上げの状況下でも、製紙事業においては設備の維持のため工場稼働を一定程度維持しなければならず、T 製紙は、製品在庫、製造コストが増加し、平成30年3月期及び平成31年3月期と2期連続で営業赤字を計上した。

T 製紙の取引金融機関は、大部分が、地元地銀、及び、某メガバンクをエージェントとするシンジケートローンの参加行であったところ、シ

ンジケートローンの借り換えができず、令和元年10月末の返済資金を確保できなかった。

そのため、メインバンク2行を中心として協調体制を取って再建を図るべく、T製紙代理人名(当職ら)により、全取引金融機関に対し返済の一時停止を要請し、いわゆる純粹私的整理により事業再生計画の策定を目指した。

2 事業再生計画策定に至る経過

T製紙は、その後、令和2年3月までに事業再生計画案を策定すべく、財務DD(不動産鑑定を含む。)を実施したが、当該時点で、T製紙経営陣、メインバンクを含め、当該計画において債権放棄までを含む抜本的な事業再生計画案を策定する意思はなく、返済条件の変更を内容とするいわゆるリスケジュールを内容とした事業再生計画案が検討された。

しかしながら、令和2年1月末より、世界的に新型コロナウイルスの感染が拡大し、経済が混乱するなか、同年3月以降は国内においても感染拡大により緊急事態宣言が発令されるなど、経済活動は減退し、その回復も見通し難い状況となった。

そのため、やむを得ず、T製紙は、当面1年間のいわゆる暫定リスケジュール計画を策定し、令和2年3月に開催されたバンクミーティングにて、取引金融機関に提示した。かかる計画案は、リスケジュールを内容とするものであったため、不動産の評価自体が厳しい経済環境下における収益を前提とした収益還元価格を十分に織り込んだものとはなっていなかった。

暫定リスケジュール計画については、期限までに全取引金融機関の同意を得られなかったが、その後、同意を得られなかった金融機関を説得の上、令和2年6月に全取引金融機関からの同意を得て、成立した。

三 手続移行及び手続選択

1 手続移行

かかる暫定リスケジュール計画において令和2年夏ごろまでに終息するという前提を置いた新型コロナウイルスの影響は、その後も継続して終息の見通しも立たず、上記暫定リスケジュール計画は、計画未達の状態で推移していった。

このような状況下において、日本政策金融公庫及び商工組合中央金庫による新型コロナウイルス感染症に対する支援策であるセーフティネット融資やメインバンク2行によるDIPファイナンスにより、何とか資金繰りをつないできたものの、翌年度以降の事業計画の策定も困難を極め、また、売上げの低下に伴い、DIPファイナンスの担保に供している売掛債権も減少し、そのためDIPファイナンスの枠も縮小するなか、単独では翌期の事業計画の見通しも立たない状況となった。

そこで、スポンサー支援を前提とした債権放棄を伴う抜本的な事業再建を検討することとした。

しかし、新型コロナウイルスの影響が全世界的に広がる社会情勢及び業界における需要の縮小等の状況において、スポンサー支援を得るとしてもその事業価値評価は厳しいものとなると予想され、従前行った私的整理時の下位行の厳しい対応からして私的整理による抜本的な事業再生計画の成立は困難であり、成立するとしても、長期間を要することが想定されるため、かかる手続期間中の資金繰りを維持することは困難であった。

そのため、T製紙については、法的手続により事業の再建を図ることとした。

2 手続選択

(一) 更生手続の選択

T 製紙において、法的再建手続を行うとして、選択肢としては、再生手続と更生手続がある。

T 製紙については、更生手続を選択することとしたが、その理由は、主として、更生手続が担保権を手続内に取り込むものであることによる。

すなわち、T 製紙の工場については、工場財団が組成されており、当該工場財団上に複数の根抵当権が設定されている状況にあった。前述のとおり、暫定リスケジュール計画を策定するに際して実施した不動産鑑定評価は、厳しい見通しとなる収益を前提とした収益還元価格が十分に考慮されておらず、予想されるスポンサーの評価に比し、高額となっている恐れがあった。そのため、当該担保権評価についての争いが生じることが予想され、最終的には担保権の確定手続がある更生手続が望ましいものと考えられた。

また、T 製紙は、A 金融機関との間で、本論考の主たる論点となる ABL 契約を締結していた。ABL は、債務者の事業における一連の資産を担保化するものであり、T 製紙では、原材料、在庫、売掛金、手形、電子記録債権が A 金融機関の担保の目的物とされていた。仮に再生手続を取った場合、当該担保権の実行に制約がないため、A 金融機関と協議して別除権協定の締結を試みるにしても、直ちに担保権を実行されるリスクがあり、事業のサイクルが寸断され、また、資金繰りにも支障を来す可能性があった。さらに、ABL の担保評価についても、更生担保権の確定手続が用意されている更生手続によることが、担保権者との交渉上も肝要であると考えた。

なお、これに類似した問題として、B金融機関においては、特定の取引先の手形については、T製紙をして、全て同金融機関に取立委任をさせ、法的整理に至れば当該手形について商事留置権が成立するようにしていたものがあった。取立委任をしていた手形額面額は約2億円超あり、再生手続により手形が取り立てられ、商事留置権が実行されれば、手形の取立金を留置される。そうすると、法的手続後のT製紙の資金繰りに大きな影響を与える可能性があり、かかる観点からも担保権を制約する手続が必要と思料した。

(二) DIP型更生手続の選択

法的整理への移行に当たっては、取引先との取引サイトが短縮されることを想定した上、当面の資金繰りを維持することが必要であった。また、T製紙について更生手続を取ったとしても、工場等の設備も老朽化し、相当額の設備投資が必要であった。さらに、製紙業については、大手数社に系列化されており、独立した製紙会社として単独で事業を再建することは困難と思料されたことから、申立前より、メインバンクを含め内々にスポンサー候補先を検討していた。

そのような中、複数候補者を検討したところ、現実的に候補者となり得る先はR社のみであり、更生手続開始申立てに合わせて、同社と基本合意書を締結すべく、協議を進めていた。

このような状況下において、従前のR社との交渉経過を踏まえた継続的な交渉が必要であること、メインバンクとは更生手続開始申立てにおいて、DIPファイナンスの供与等も含めて相談をして、内諾を得ており、かかる金融機関との協議についても継続性が必要であること、T製紙の窮境要因は主として外部要因によるものであり、T製紙経営陣に経営責任を生じさせる事情等がなかったこと等から、経

営陣を管財人として選任するいわゆる DIP 型更生手続にて手続を進行することを企図した。

四 更生手続開始申立及び保全処分の内容

1 更生手続開始の申立て

上記の検討を踏まえ、T 製紙については、令和 3 年 1 月 15 日に東京地方裁判所に対して、DIP 型更生手続を利用する前提で、更生手続開始の申立てを行い、同日、弁済禁止等の保全処分及び監督命令兼調査命令を受けた。なお、R 社とは申立時点で支援に関する基本合意書を締結した。

2 保全処分の内容

(一) ABL に対応するために必要となる保全処分

上述のとおり、T 製紙については、DIP 型更生手続による進行を企図したことから、弁済禁止の保全処分が発令されたが、これに加えて、前述のとおり、A 金融機関との間で、ABL 契約が締結されており、T 製紙の原材料、在庫、売掛金、手形、電子記録債権を対象として、それぞれ担保権が設定されていることが、事前に明らかとなっていた。そのため、当該 ABL 契約に基づく担保実行を禁止する旨の保全処分について申立てを行った。具体的には、①譲渡した債権（化体する手形、電子記録債権を含む。）の取立て、譲渡、債権の支払金の弁済充当、債権譲渡の通知等の債務者対抗要件の具備等の禁止、②譲渡した動産の処分、搬出又は現実の引き渡しを受ける行為の禁止が必要となった。また、③商事留置権が成立する取立委任手形についても①と同様の取立ての禁止命令が必要であった。本件ではいずれについても保全命令が発令された。

この点、第三者に対する保全処分が認められるのかは、議論があるが、東京地方裁判所においてはこれを認める運用がなされているため、特段の問題は生じなかった^(注1)。

(二) 商事留置権に基づく担保権による手形取立の禁止

他方で、更生手続開始決定により取立委任契約に基づき商事留置権が成立する手形の取立てが禁止されるのか議論がある^(注2)が、裁判例はこれを肯定している（福岡高判平成12年6月30日、金融法務事情1593号71ページ）。かかる裁判例を前提として、更に、保全処分として、商事留置権が成立する手形について、取立てを禁止することが可能かが問題となり得る。この点、当職が申立てに関与した別件の会社更生事件において、更生裁判所が、担保権（商事留置権を含む。）が設定された手形の取立禁止を含む保全命令を発令したのに対し、即時抗告がなされた事案があった。かかる即時抗告は、手形の取立禁止により、手形の支払期限までに手形の呈示ができず、手形交換所での取立てができなくなる等により担保権者に不当な損害が発生することを理由としたものであった。

しかし、更生手続開始申立後、同開始決定前までの間に発令される保全命令は、更生手続開始決定による効果の先取りとしての趣旨を含むものであり^(注3)、更生手続開始決定により、担保権の行使として更生担保権者による手形の取立てが禁止されるとすれば、保全命令により手形の取立てを禁止できると解すべきである。呈示期間の経過により手形交換所での取立てができなくなるとしても、支払期限後でも当該手形の支払人に呈示して支払いを求めることはできるし、仮に手形交換所での取立てを行うのであれば、早期に更生会社（管理型においては保全管理人）との和解により取立ての再委任を行うな

どの方策を取ることはできるのであるから、担保権者が不当な損害を被るとは言えない。

T 製紙についても、裁判所と協議の上、上述の別件の会社更生事件において取立委任をした手形についての取立禁止を含む保全命令を受けた事案に基づき意見交換をした上、商事留置権が成立する手形の取立てを禁止する保全命令が発令された。

五 保全段階における対応

1 集合物動産譲渡担保の取り扱い

四二（一）記載の通り、ABL 契約については、保全命令により、動産を対象とする譲渡担保の実行が禁止された。

他方で、在庫、原材料を含む動産に関しては、平時であれば、いわゆる集合物理論により、特定された保管場所に現存し、あるいは将来搬入される動産について、集合物として担保権が及ぶこととなる。したがって、当該担保権の及ぶ集合物を構成する動産を利用して、事業を継続していくことが可能なのか、問題となる。

かかる点に関しては、更生手続における保全命令の発令又は更生手続開始決定により、担保の目的物が集合物から、個別の動産に特定されるのか、すなわち固定化が生じるのか、という議論がある。固定化が生じるとすれば、当該時点以降は、担保の目的物は特定の動産のみになり、固定化後、倉庫等に搬入される動産には、担保権の効力は及ばなくなる。

この点については、固定化を肯定する見解^(注4)と、否定する見解^(注5)とがある。

ABL 契約は、事業の一連の過程において生じる原材料、在庫、売

掛金等の目的物を循環させることに眼目があることからすれば、再建型の法的手続である再生手続、又は、更生手続の開始決定がなされたことをもって、固定化が生じるとすべきではないと思われる。各手続の開始後も、事業は継続され、原材料、在庫、売掛金等の一連の資産は循環していく。担保権者としては、事業が継続される限り、当該循環を維持した方が、担保価値を維持することができるのであり、他方、債務者も当然に資産を循環させて事業を継続することを望む。再建型法的手続を申立て、保全処分又は開始決定を受けたことのみをもって、固定化が生じるとするのは、当事者の合理的な意思にも反するように思われるため、当職は否定説を前提として、事件処理を行うこととした。

もっとも、固定化を否定するとしても、ABL契約上は、法的手続の申立てが期限の利益喪失事由に該当するとされ、当該期限の利益の喪失により、担保設定者は、担保目的物を通常の業務に利用することができなくなる旨規定されている。したがって、かかる契約条項との関係で、債務者が、担保目的物を通常の業務に利用することができるのかは、別途の問題として生じ得る。

本件のABL契約上も、期限の利益を喪失し、又は担保権者からの請求を受けるまでは、担保目的動産を通常の業務に使用して、第三者に相当の価格で売却し、または適切な加工等を行うことができるとされていたが、他方で、更生手続開始の申立ては、期限の利益喪失事由として定められていた。

この点については、最判昭和57年3月30日において、いわゆる倒産条項を更生手続の趣旨、目的を害するものであることから効力を有しないと判断していることを援用し、集合物を構成する目的物を通常の業務に使用することができなくなる結果、事業の更生は果たすことが

できないものであれば、期限の利益喪失事由に該当したとしても、更生会社は通常の業務の範囲内で当該目的物を使用することができると思解するべきであるとの見解があるため^(注6)、当該見解にしたがった処理をすることとした。

以上から、A金融機関との間のABL契約において集合物動産として動産譲渡担保が設定されていた原材料、及び、在庫についても、保全命令発令後もその利用を継続し、業務を継続することとした。

2 将来債権譲渡担保(手形、電子記録債権を含む。)の取り扱い

(一) 将来債権(売掛金)

ア 将来発生する債権に譲渡担保権の効力が及ぶか。

T製紙は、保全命令発令時点において、将来発生する売掛金を金融機関に担保目的で譲渡していた。かかる将来債権の譲渡担保については、更生手続における保全命令発令後、又は、更生手続開始決定後に発生する債権についても効力が及ぶのか争いがある。

平時の将来債権譲渡については、最判平成11年1月19日(民集53巻1号151ページ)が、原則として、その特定性が満たされている限り、将来の長期間にわたる債権の包括的譲渡の有効性を認めた。そして、当該譲渡の効力については、譲渡時に確定的に効力が生じるとされる。

問題は、当該譲渡の効力が、更生手続において管財人等の行為により発生した売掛金にも及ぶのかであるが、管財人の地位が更生会社と異なることを強調して、効力を否定する説がある^(注7)。他方で、実務上は、これを肯定する考え方が有力である^(注8)。

将来債権譲渡担保に関しては、契約が締結され、第三者対抗要件を具備しているとすれば、当該譲渡を管財人にも対抗できるこ

と、管財人の行為によるものだとしても更生会社に帰属する売掛金が発生するものであることからすると、管財人の地位を強調して、将来債権に対する譲渡の効力を否定することは困難と思われる。したがって、実務上の有力説にしたがい、将来債権譲渡担保については、保全命令発令後又は更生手続開始後に発生する債権にも効力が及ぶという前提で処理を行うこととした。

イ 将来債権譲渡担保と固定化の議論

また、将来債権譲渡担保について、集合動産譲渡担保と同様に、集合物を観念した上、更生手続開始により目的物が固定化するとすれば、当該固定化以降の債権には、担保権の効力が及ばないと解し得る。

しかし、将来債権については、上記のとおり、判例上、包括的譲渡が可能であり、その効力は譲渡時に生じるとされていること、動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律により第三者対抗要件具備も可能であることからすれば、将来債権譲渡担保については、集合物理論及び固定化の概念を差し挟む余地がない。

また、実質上、このような集合物理論、及び、固定化概念を前提に交渉することが、更生会社の事業にとってどのような影響をもたらすかを考える必要がある。すなわち、固定化が生じるとすれば、当該譲渡担保は、更生手続開始時にある売掛金にのみ効力が及ぶと解される。かかる売掛金にのみ効力が及ぶとすれば、担保権者は、利益保護の観点から、当該売掛金が回収されたとすれば、当該資金について預金として別管理した上、質権設定するなど担保変換等を行い、担保価値を維持することを求める可能性が高い。

このような処理をした場合、更生会社の資金のうち、譲渡担保が設定され、固定化された売掛金相当額を運転資金として用いることができなくなる。

他方で、将来債権譲渡担保について、保全命令発令時又は更生手続開始時において存在する売掛金にのみ及ぶのではなく、将来発生する売掛金についても及ぶとすれば、当該担保の目的物となる売掛金は、事業継続とともに、売掛金の回収、原材料の購入、製造、在庫として保管、在庫が販売され、売掛金が発生、という形で、常時回転していくこととなる。その場合、将来の売掛金は一定の金額を維持したまま、回転していくことになるので、担保権者にとっては、更生会社が当該資金を運転資金として利用したとしても、売掛金の新たな発生により、(長期的に売り上げが維持されることを前提とすれば)担保価値は維持されていると考えられる。このように考えると、担保権者との協議においては、将来債権についても譲渡担保の効力が及ぶことを前提に、従前の ABL 契約に基づき、通常の営業の範囲内では、売掛金の回収は更生会社に委ねるという方向により、交渉し、理解を得ることも可能と思われた。

このような思考に至るには、本件の特殊性を考慮した点もあった。

すなわち、保全命令発令時においては、売掛金の取立禁止等を保全命令として含めたものの、その後、担保権者との協議により、A 金融機関との間で締結された ABL 契約書は、更生会社において保管されていたものから、さらに更新されており、売掛金の発生期間の開始時が、更生手続申立後(さらに更生手続開始決定日後)の令和3年3月31日となっていることが明らかとなった。

かかる特殊事情等を踏まえると、集合物理論を前提に、保全命

令発令により目的物が固定化すると考えると、令和3年3月31日以後を発生原因とする売掛金は保全命令発令時点、又は、更生手続開始時には発生していないので、固定化により、A金融機関の売掛金譲渡担保はゼロ評価となるのかという疑問が生じる。仮にそうだとすると、債権調査において確定されるABLに関する更生担保権額が、A金融機関が想定している金額とは大きく乖離する可能性があり、A金融機関との対立は先鋭化し、結局、後述の手形、電子記録債権を含め、その回収金を運転資金として利用することができない状態が継続し、更生会社の事業維持に多大なる影響を与えるのではないかという懸念があった。

必ずしも最終的な結論を見据えることができない論点、すなわち、集合物理論を前提とした固定化の論点について固執すれば、結局、換価された資金を運転資金に用いることができず、運転資金に事欠く事態となることも想定された。その場合、DIPファイナンスによる資金調達額が増加することが想定されるが、DIPファイナンスの枠にも上限があるから、不測の事態により資金繰り破綻に至る可能性もあり、このような対応は得策とは思えなかった。

以上のような考慮から、A金融機関との協議においては、T製紙の申立代理人としては（DIP型により更生手続が開始された場合には更生管財人団としては）、将来債権についても譲渡担保の効力が及ぶことを前提として更生担保権を評価することを明言し、協議を行うこととした。

ウ 更生担保権の評価方法についての基本的な考え方

上記のように、当職において、A金融機関に対し、将来債権譲渡担保の効力は、更生手続開始決定後に発生する売掛金にも及ぶ

前提で更生担保権評価を行うことを明言した上で、次に問題となるのは、かかる将来債権の更生担保権評価をどのように行うかである。A金融機関からすれば、更生担保権の評価方法として、開始時残高限定説（後述する。）によるとすれば、結局、将来債権に対する更生担保権評価についてゼロになるリスクを懸念すると考えられたからである。

したがって、当職において、更生担保権評価について、債権調査手続に先立って、特殊事情を踏まえて、基本的な考え方を示す必要性が生じた。

将来債権譲渡担保に関する時価評価に関しては、①全体価値把握説、②費用控除後価値把握説、③開始時残高限定説があるとされている^(注9)。①全体価値把握説の論者は、譲渡担保権の効力が将来債権にも及ぶことから、担保権評価としては、かかる将来債権を含めた債権の現在価値であると考えようである^(注10)。しかし、将来債権は、更生手続開始決定時に更生会社の資産を構成する債権のみならず、在庫、設備、不動産等の有形資産、従業員その他無形の資産等を稼働させて、発生し得るものである。これを無視して、将来債権を累積的に評価するとすれば、現に存在する売掛金その他を多重評価しているという批判を招くし、さらに言えば、更生会社の事業を継続し、更生会社の有形無形の資産を稼働させる結果生じる売掛金が全て担保権評価に反映されるとすれば、事業価値の配分の観点から見ると、有形無形の無担保資産の将来価値を、有担保資産の価値に取り込む結果にもなりかねず、そのような考え方が結論において妥当性を有するとは思えない。

これに対し、②費用控除後価値把握説は、将来債権の部分につ

いては、債権を生み出すための必要経費を控除した残額に限って担保の対象とし、これを現在価値に割り戻して評価すべきであるとする考え方である^(注11)。しかしながら、かかる評価方法においても、更生手続開始決定時に存在する売掛金を一旦評価した上、その売掛金の回収金を使って生み出される将来債権について、費用を控除した上で評価するというものであるから二重評価であると言える。また、実務上は、将来債権を生み出す必要経費をどう設定するのが大きな論点となり得、その範囲、見込み額、割引率の設定によって、将来債権の評価額は大幅に増減する。結局、担保価値の評価は困難を極めるのではないかと思われ、限りある時間の中で会社の維持更生を図る更生手続の実務とは馴染み難い。

開始時残高限定説は、将来債権譲渡担保の担保価値については、更生手続開始決定時に現存する債権の残高を財産評定により評価した金額をもって、更生担保権評価とするものである。かかる見解は、更生手続は、更生手続開始決定時点における貸借対照表を基礎として、倒産債権者に対する権利の再分配を行うという仕組みを持つものであることを前提として、将来債権譲渡担保においても、その評価に関し、開始決定時に貸借対照表上評価され得ない将来債権を評価することはできないとする理由の他、前述のとおり、①全体価値把握説、②費用控除後価値把握説のいずれも開始決定時点の売掛金の経済価値を重複して評価していることを理由とするものである^(注12)。当職においては、前者の理由については、更生担保権の目的物は必ずしも開始時の貸借対照表に記載されているとは限らないから、貸借対照表にて評価されないから、更生担保権はゼロであるとするには疑義があるが、主として後者の

理由により、開始時残高限定説が相当であると思料した。

以上のとおり、T 製紙においても開始時残高限定説を前提として、将来債権譲渡担保の評価をすることとしたが、さらに、開始時の売掛金が A 金融機関の譲渡担保の範囲に含まれていないという本件の特殊事情をどう考えるのかという問題が残り、開始時残高限定説にしたがえば、結局、更生担保権評価としてはゼロなのか、という疑問が生じる。

上述のとおり、開始時残高限定説について、更生手続開始決定時に貸借対照表に計上されているもの以外は評価できないという理由であるとするれば、そのような結論にもなり得るようにも思えた。しかしながら、そもそも開始時残高限定説が相当性を有するのは、財産評定において更生手続開始決定時の貸借対照表上の財産が評価され、これを更生債権者等に分配するという仕組みにおいて、貸借対照表上の資産のみが評価されるべきであるという形式的理由によるものではないと考えられる。あくまで、全体価値把握説、費用控除後価値把握説のいずれにおいても、開始決定時の売掛債権の経済価値を多重評価することになるためである。結局、貸借対照表上に計上されない将来債権及び開始時現在の売掛金の価値を総体として評価するとしても、売掛金の多重評価を避けるためにはその評価額は開始決定時点の残高に基づく時価評価とすることが適切であると考えられるから、開始時残高限定説が相当性を有すると考えられるのである。かかる考え方からすると、更生手続開始時における売掛債権が譲渡担保に入っていないとしても、当該売掛債権を利用して将来発生する売掛金が譲渡担保に入っているとすれば、当該将来債権の価値を認めても、売掛金の

多重評価という問題は生じないのであるから、当該将来の一時点の売掛金の価値を更生担保権の時価として認めても良いものと思われた。

結局、当職としては、本件の特殊性を踏まえれば、開始決定時に近接する担保権設定期間の一時点の売掛金の残高を、更生手続開始決定時点において評価する、というのが、適切な評価であると考えた。

具体的には、A金融機関が将来債権譲渡担保に目的として担保設定している売掛先の債権に関する開始時に近接する残高を、更生手続開始決定時の現在価値に割り引いて算定することとした。

このような基本的な考え方について、A金融機関との協議において、各説に言及し、図示等もしながら、説明を行い、かかる考え方を前提として、更生担保権に関しては評価する旨を口頭にて明示して、担保権協定書においては、譲渡担保の対象となる将来債権を含めて、更生管財人においてこれを回収して利用することを認める形での案を提示することとした。

(二) 手形

T製紙においては、取立委任により金融機関に預託している手形、ABL契約に基づき担保目的で譲渡している手形の双方が存在していた。

当該手形については、保全命令により取立てが禁止されたが、当該手形自体は金融機関の手元にある状態にあったため、当該手形の処理について合意をする必要が生じた。

手形の譲渡担保については、そもそも担保権として、更生手続上、更生担保権となり得るのか、という議論があり、手形の支配権が被

裏書人にあるのか、あるいは、裏書人にあるのかという点を踏まえて、手形の譲渡担保については、手形自体の支配権が被裏書人にあることから、更生担保権とはならないという見解が有力である^(注13)。

本件においては、そもそも、契約上は、手形の譲渡担保の形式をとるものの、運用上は、当該特定の売掛先について回収した手形を担保権者に取立委任することにより、取立金については更生会社が利用できることとなっていた。したがって、当該手形については、譲渡担保権が成立するかはともかく、商事留置権が成立することは明らかであった。そのため、当該担保権の処理が問題となった。

かかる担保権の処理に関しては、新たな取立委任を行った上で、取立金の一部を更生会社が利用できることを条件に、残りを預金として質権設定をして、担保変換をするなどの和解をする事例があったが^(注14)、このような対応をすれば、更生手続開始決定時に商事留置権が成立する手形の取立金が預金として固定化してしまい、運転資金に利用できなくなる。そもそも、ABL契約は、更生会社の商流において、原材料、在庫、売掛金、手形及び電子記録債権を包括的に担保化した上、その一連の商流を含めて担保価値を把握することを目的とするものである。そして、上述のとおり、動産及び売掛金について、固定化しないことを前提に、将来取得するものも含めて担保権が及ぶと解しているのであるから、手形のみ開始決定時に預託している手形取立金を固定化するというのは、アンバランスである。在庫を売却した時点で、売掛金は発生し、当該売掛金について手形の交付を受けることにより、売掛金は手形債権に代わり、当該手形債権を取り立てて、取立金をもって仕入れて、再度、原材料に代わるという一連の流動性を確保することがABL契約の趣旨にも合致する

ものと考えた。

そこで、当職においては、保全命令発令時点において、A金融機関の利益にも配慮し、同金融機関が有する更生手続が開始されたとすれば更生担保権の対象となる手形の額面額に基づき、A金融機関の手元にある手形については、新たな取立委任契約を締結し、当該取立委任契約に基づき、A金融機関が取立てを行い、代わり金をT製紙名義の預金口座に入金し、T製紙が、新たに取引先から振り出され、取得した手形をA金融機関に預託し、当該預託した手形と交換に、代わり金のうち新たに預託した手形額面額に相当する金額を引き出すことができる、という内容により、担保権協定書において、和解的な合意をすることを提案した（なお、他に取立委任手形について商事留置権を有していたB金融機関についても、同内容により担保権協定書を締結し、手形の取立金を運転資金とした。）。

(三) 電子記録債権

T製紙は、一部取引先より、電子記録債権により支払いを受けていた。

電子記録債権は、その債権の発生又は譲渡について、電子記録を要件とする債権である（電子記録債権法2条1項）。当該電子記録債権に関しては、窓口金融機関を通して、電子記録債権記録機関において、その債権の発生、譲渡、支払等の記録を行うこととなる。電子記録債権の支払日には、債務者である取引先及びT製紙間において発生記録を行った電子記録債権について、取引先の窓口金融機関から、T製紙の窓口金融機関に対し、自動送金がなされ、当該資金をT製紙において引き出すことにより、資金を得ることが可能となる仕組みとなっていた。

当該電子記録債権の仕組みからすると、そもそも電子記録債権の取

立行為自体ないことから、保全処分による取立禁止に関わらず、電子記録債権は支払日に換金され、T 製紙名義の口座に入金されることとなる。

T 製紙としては、当該資金を引き出して、運転資金に利用したいと考えたが、他方で、A 金融機関は、当該電子記録債権自体が売掛金譲渡担保の対象であること、その代わり金にも担保の効力が及ぶなどの主張を行うものと想定された。

もっとも、上述のとおり、電子記録債権は、その譲渡にも記録が必要なのであるから、ABL 契約において担保目的で譲渡する旨の定めがあったとしても、譲渡記録がなされない限り、電子記録債権が譲渡されたとは言えない。このようなことも考慮して、A 金融機関としては、電子記録債権について商事留置権が成立するなどの主張も併せて行っていたが、物理的な「占有」が観念できない電子記録債権について、商事留置権が成立するかは議論のあるところである^(注15)。

以上のような法的な論点が、当初より想起されたことから、金融機関担当者との交渉においては、各法的論点があることを指摘した。しかしながら、更生手続開始申立後、保全命令が発令されたばかりの T 製紙にとっては、資金繰りの確保が最優先事項である。かかる法的論点について結論を得るまで議論をすること、あるいは裁判所に一定の見解を求めべく法的な手続を取ることが得策とは言えなかった。そこで、当職としては、電子記録債権については、暫定的に現状を維持する旨の和解内容を提案した。

すなわち、保全命令発令後においても、T 製紙は電子記録債権に関しては、当該金融機関を窓口金融機関として支払いを受けること、支払日後、換金された資金については、上記窓口金融機関としての

指定が行われている限り、従前どおり、更生会社の運転資金として利用することを認めること等を内容とする提案を行った。

かかる取扱いをすることにより、A 金融機関としては、万が一、T 製紙が破産に至った場合には、破産管財人に電子記録債権についての商事留置権を主張できる立場となる。他方で、T 製紙としては、A 金融機関を窓口金融機関とする限り、更生手続中も取立金を運転資金として利用することが可能となった。

3 担保権協定の締結

以上のような取り扱いについて、担保権協定書としてまとめて提案を行ったのに対し、A 金融機関においては、本部とも協議の上、その提案内容を了承し、更生手続開始決定後間もなく、更生裁判所の許可を得て、担保権協定を締結した。

六 更生手続開始後

1 事業再生支援に関する合意書の締結

T 製紙は、令和3年2月15日に更生手続開始決定を受けた。管財人には、T 製紙の代表取締役会長、及び、申立代理人の綾克己弁護士がそれぞれ選任された。同日、T 製紙の代表取締役の他、当職、及び、当職が所属する事務所の畠山洋二弁護士が管財人代理にそれぞれ選任された。

その後、速やかに財産評定及び債権調査等の手続を進めるとともに、更生手続開始申立てに当たって、基本合意書を締結していたR社との間で、正式なスポンサー契約を締結すべく、鋭意交渉を行った。

当該交渉に当たっては、財産評定書に基づく資産の時価及び更生債

権等について権利変更を受ける前提での純資産想定額を考慮するのに加えて、将来キャッシュフローをベースとした事業価値評価を実施し、当該事業価値評価も踏まえて、協議を行い、令和3年3月31日付にて、更生裁判所の許可を得て、管財人はR社との間で「事業再生支援に関する合意書」を締結した。

当該合意書においては、更生計画に基づいて、T製紙は100%減増資を実施し、R社に募集株式を発行して、同社の100%子会社となること、R社は出資及び貸付によりスポンサー拠出金を拠出し、更生管財人名義の預金口座にて管理の上、更生債権等の弁済原資とすること、当該スポンサー拠出金と別途、R社はT社に対して貸付を行い、大規模な設備投資を実行すること等を内容とするものであった。

余談であるが、「事業再生支援に関する合意書」という契約名称は、「スポンサー契約書」という一般的な名称による場合、対内的、対外的にR社がT製紙を買収するというイメージを抱かれやすいことを嫌い、あくまでR社の支援のもとT製紙自身が再生を果たすのだというイメージを重視したいというR社経営陣の意向によるものであり、R社におけるT社支援への熱意が感じられた。

2 財産評定

上記スポンサー契約交渉と並行して、管財人は、T製紙の財産評定を進めた。当該財産評定に当たって、最大の問題は、工場財団の評価であった。T製紙の工場財団にはメイン行である地銀及びメガバンクが根抵当権を設定しているほか、後順位では下位行の担保設定もあった。

当該工場財団の評価に関しては、スポンサーであるR社による鑑定評価額や、更生管財人が別途依頼した不動産鑑定士による鑑定評価額に基づいて、メインバンクとの事前協議を踏まえて、私的整理段階から

すれば、相当程度圧縮した金額により評価したが、コロナ禍における収益の見通し、その他を鋭意説明することにより、各更生担保権者から、評価額について内諾を得ることができた。

その他、工場には、リース契約、割賦契約等により導入された機械等が多数存在し、一部リース団には代理人弁護士も選任されるなどしたが、減価償却後の簿価を評価額として採用することにより、その評定額について大きな争いとなることはなかった。

また、ABL 契約による各担保目的資産についても、更生管財人が依頼した公認会計士により時価が査定され、当該時価評価に基づき評定をした。なお、この段階では、更生手続開始決定時の動産及び債権が時価評価されたのみであり、上述のとおり、懸案となっていた、集合物動産譲渡担保及び将来債権譲渡担保に関する更生担保権評価は、財産評定及びそれに基づく一応の債権認否を行った後、個別に検討することとした。

3 ABL に関する更生担保権評価

更生手続開始決定後、順調に手続を進める中で、いよいよ、A 金融機関の ABL 契約に基づく各担保目的物の評価をどうするか、という問題を解決することが必要となった。

(一) 動産

動産に関する集合物譲渡担保については、更生手続開始決定時に固定化は生じないことを前提としながらも、その評価額は、更生手続開始決定時の動産（在庫及び原材料）の時価として評価した。ただし、在庫及び原材料については流動性を有するものであり、当該在庫及び原材料を利用して、事業を行って、さらに原材料を購入して、在庫に至るといった経過を辿る以上、更生手続開始決定時における集

合物動産の評価は、更生手続開始決定時の動産の時価の評価に尽きると考えたからである。

この点については、当社の動産については、架空在庫等の問題もなく、また、もとより金融機関出身の取締役により適切に管理されていたことから、担保権者にも理解を得られやすく、特段の議論はなかった。

(二) 将来債権（手形、電子記録債権を含む。）

(1) 売掛金

次に問題になるのが、将来債権（売掛金）の評価である。かかる評価にあたっての基本的な考え方については、保全段階におけるA金融機関との交渉において明示していたところであって、開始時残高限定説を修正した上で、開始時に近接した時点における売掛金残高を開始時の現在価値により評価するということとしていた。

保全段階において、かかる方針について基本的理解を得られていたところであったが、問題は、では、いつの時点の残高を採用するのか、現在価値に割り引くとして、その適切な割引率は何パーセントなのかである。

この点、更生手続開始決定後、T製紙が保有する売掛金については、毎月、発生、消滅をしていくが、結局、すべての売掛金が、A金融機関が譲渡担保権を設定している令和3年3月31日以降になるのは、令和3年8月末時点であることが分かった。そのため、評価の出発点となる売掛金残高は、令和3年8月末のものとすることとした。

次に、開始決定時点の現在価値に割り引くとして、割引率をどう

考えるかである。TIBOR、法定利率等様々な考え方があると思われたが、公に定められている利率は、平時の会社を前提とした利率であって、更生手続開始に至り、相応のリスクプレミアムを考慮すべきT製紙において利用すべき割引率ではないと思われた。しかるに、リスクプレミアムをどう見るかも議論のあるところであるが、直近において、更生会社の破綻リスク等も加味して算定された利率としては、メインバンクが更生手続開始申立後に設定したDIPファイナンスも約定利率が存在しており、かかる利率を割引率として採用することとした。

(2) 手形

手形に関しては、更生手続開始決定時において、A金融機関に取立委任をし、預託していた手形額面額を更生担保権評価額とした。けだし、上述のとおり、手形に関しては譲渡担保権が成立するかはともかく、商事留置権は存していたからである。また、T製紙の取引先は優良先が多く、更生手続開始決定時に預託していた手形に関しては不渡りになったものもなく、取立てに至っていない手形も不渡りになる可能性があるとも思われなかった。

(3) 電子記録債権

最終的に、検討が必要なものとして残ったのは、電子記録債権である。

前述のとおり、A金融機関としては、更生手続開始決定時における電子記録債権については、譲渡担保権を主張するのではなく、商事留置権を主張していた。

この点、電子記録債権に関しては、その「占有」が観念できるかをめぐって、商事留置権の成否の判断が分かれ得るが、結局は、立

法による解決が待たれる分野であって、ただちに、その結論を得ることは困難であると思われた。

他方で、T 製紙が有する電子記録債権は、特定の取引先に対する売掛金であって、毎月、在庫を販売し、納品することにより発生する売掛金を累積して、月末に電子記録債権として発生記録をするという処理が行われていた。

このような実務を前提として、当職としては、①更生手続開始決定時における電子記録債権については、更生担保権としては評価しない、②令和3年8月末日時点における電子記録債権についても商事留置権は成立せず、また、本来、譲渡記録がなされなければ、譲渡担保の目的物とはならないと考えた。しかしながら、当該電子記録債権としての発生記録がなされるまでは、当該電子記録債権は売掛金として存在していたと考えられ、当該売掛金は、譲渡担保の目的物であり、第三者対抗要件も具備されているから、当該電子記録債権の残高を含め、令和3年8月末日の売掛金とする前提で、更生担保権評価額を提案した。

(4) 解決

以上のような提案は、更生計画の提出を見据え、短期間で A 金融機関との交渉を終えるべく、A 金融機関からの反論等も想定しながら、一発回答を求める趣旨で、提案を行ったものである。A 金融機関担当者には、当職としては、妥結点を最初の提案として行うものであり、交渉の余地はないことを伝え、更生計画案提出までに、機関決定を得て、結論を出すように、要請した。

A 金融機関は、メインバンク 2 行に次ぐ、第 3 順位の残高を有する金融機関であったため、更生担保権に関する評価額の争いが先

鋭化した場合、同金融機関の更生計画案への賛否は、更生計画案の決議にも少なからず影響するところであったが、最終的に当職の提案に応じる旨の回答を得ることができた。

七 更生計画認可決定から更生手続終結へ

T 製紙管財人は、令和3年5月20日に、更生裁判所に対し、更生計画案を提出した。当該更生計画案については、同月28日に付議決定を受け、書面投票の期間は、同年6月25日までとされた。

T 製紙管財人団は、更生計画案提出後、速やかに、手分けをして、法律家管財人団は取引金融機関に訪問し、更生計画案の説明を行った。事業家管財人、同代理、及び、同補佐は、取引先を回るなどして、更生計画案への同意を要請していった。そのほか、幹部従業員を中心として、すべての更生債権者等に電話連絡するなどして、集票活動を行った。

その結果、更生担保権者の組では100%、更生債権者の組では99.7%の同意を得て、更生計画案は可決された（なお、同意を得られなかったのは、手違いにより同意、不同意に○を付けずに郵送した更生債権者のみである。）。

更生計画案は、令和3年6月30日に認可され、認可決定は同年7月31日に確定した。同確定後、同年9月1日に、R社により更生計画に基づく減増資が実行され、同月10日までに更生債権等の弁済を完了した。

更生債権等の弁済後は、速やかに、更生裁判所に対し、更生手続終結の申立てを行い、令和3年9月30日に、T製紙について、更生手続終結決定がなされた。

八 結語

以上により、T製紙については、令和3年1月15日の更生手続開始申立てから同年9月30日の同手続終結まで、約8か月半で更生手続終結を迎えることができた。

上述のとおり、法的には、ABL契約の処理について、頭を悩ませつつも、早期に妥協点を見据えた交渉を行い、A金融機関との合意に至った。このような交渉経過を辿ったのは、R社という優良なスポンサー候補がおり、早期に同社の支援を受けることが、T製紙の再建を果たすためにも最良であるということが、債権者、管財人団を含め、利害関係人の共通認識となっていたことが大きいと思われる。

実際は、当初、更生手続開始申立前に、R社にスポンサー候補者として打診をした時点では、一旦は謝絶されるなど交渉は難航した。しかしながら、その後、無事に、基本合意書を締結して、更生手続開始申立てに至ることができ、また、事業再生支援に関する合意書の締結に至ったのは、管財人である綾克己弁護士とR社の専務取締役（現副社長）との個人的なつながりがあったことが大いに影響しているように思う。すなわち、R社は、令和3年10月5日に他界された、綾克己弁護士及び当職の師匠に当たる故松嶋英機先生が管財人をされた更生会社のスポンサーでもあった。綾克己弁護士は、同事件において管財人代理として関与し、R社専務とはその頃からの付き合いがあった。そのような関係性の下、R社専務とは、随時、相互連絡が可能な関係にあったことから、更生手続開始前から、終結に至るまで、適時に連絡を取り、T製紙支援を当初渋っていたR社を説得し、基本合意書の締結に至り、その後、同社の支援を前提として、相応の金額により事業再生支援に関する合意書を締結し、更生債権者等の利害関

係人との交渉も早期に進め、短期間で更生手続を終えることが可能となった。

T 製紙の事件処理も、故松嶋英機先生からつながるご縁の賜物である。残念ながら、松嶋英機先生は、T 製紙の更生手続終結後、間もなく他界されたが、改めて、故松嶋英機先生のご指導等に感謝を申し上げ、本稿を終えることとしたい。

(浅沼 雅人)

- (注1) 東京地裁会社更生実務研究会(編著)(平成26年)「会社更生の実務新版上」112ページ
- (注2) 松下純一、事業再生研究機構(編)(平成26年)「新・更生計画の実務と理論」291ページ
- (注3) 兼子一他(監修)(昭和48年)「条解会社更生法 上」356ページ
- (注4) 道垣内弘人(著)(平成29年「担保物権法 第4版」347ページ
- (注5) 伊藤眞(著)(令和2年)「会社更生法・特別清算法」226ページ
- (注6) 鹿子木康「東京地裁における会社更生事件の実情と課題」NBL800号139ページ、前掲(注1)320ページ参照
- (注7) 事業再生研究機構(編)平成16年「更生計画の実務と理論」125ページ
- (注8) 前掲(注1)320ページ参照
- (注9) 籠池信宏「将来債権譲渡担保と更生担保権評価(上)(下)」銀行法務21696号24ページ、同697号38ページ
- (注10) 井上聡「将来債権を担保に取るとはどういうことか」NBL854号19ページ
- (注11) 前掲(注6)鹿子木論文
- (注12) 籠池信宏「将来債権譲渡担保と更生担保権評価(下)」銀行法務21697号38ページ
- (注13) 前掲(注5)222ページ
- (注14) 前掲(注2)286ページ以下
- (注15) 加藤貴仁「電子記録債権と商事留置権 - 試論 - 」(https://www.zenginkyo.or.jp/fileAdmin/Res/ABsTRAcT/AffiLiATe/kinpo/kinpo2009_1_5.pdf)

同性婚訴訟についての一考察

LGBT法務研究部

〔LGBT法務研究部〕

* 目 次

第一	はじめに	356	1	当事者の主張	364
第二	本判決について	357	2	裁判所の判断	366
一	事案の概要	357	3	本判決の考察	369
二	問題となった民法及び戸籍法の 関連規定	357	六	本件規定が憲法14条1項に違 反するか否かについて(争点①)	370
三	主な争点	357	1	当事者の主張	371
四	本判決における認定事実	358	2	裁判所の判断	373
1	性的指向と性的指向別の人口	358	3	本判決の考察	381
2	同性愛に関する知見の変遷 と我が国の婚姻制度の成り 立ち	358	七	本件規定を改廃しないことが 国家賠償法1条1項の適用上 違法であるかについて(争点②)	383
3	諸外国及び地域における同 性婚等に関する状況	362	1	立法不作為の違憲性	383
4	我が国の状況	362	2	当事者の主張	384
5	婚姻・結婚に関する統計	363	3	裁判所の判断	386
6	同性婚の賛否等に関する意 識調査の統計	364	4	本判決の考察	388
五	本件規定が憲法24条又は13 条に違反するか否かについて (争点①)	364	八	結論	389
			第三	おわりに	390

第一 はじめに

我が国の現行法では、法律上の性別（戸籍や住民票に記載される性別のこと。以下同じ）が同性同士であるカップル（以下「同性カップル」という）の婚姻は認められていない。近年、同性カップルがパートナーであることを証明する制度（以下「登録パートナーシップ制度」という）を設ける地方自治体は増加しているものの、登録パートナーシップ制度は、条例や要綱に基づくものであって、あくまで当該地方自治体において同性カップルであることを証明したり、病院や事業者等に対し異性間の婚姻と同様の取扱いを求めるもの過ぎない。そのため、現行法の下では、同性カップルには、法律上の性別が異なるカップル（以下「異性カップル」という）において婚姻が成立した場合に当然発生することとなる同居・協力・扶助義務や法定相続権、遺留分、婚姻費用分担義務等は発生せず、同性カップルが、異性カップルが婚姻をしたのと同様の権利義務関係を形成することは困難である。

このような状況を踏まえ、2019年2月14日、同性カップルにおいても婚姻が認められるべく、日本初の同性婚集団訴訟（いわゆる「結婚の自由をすべての人に」訴訟）が札幌、東京、名古屋、大阪で一斉に提訴され、同年9月5日には福岡で、2021年3月26日に東京で新たな訴訟が提訴されている。これらの訴訟では、原告側より、同性カップルの婚姻を認めないことが婚姻の自由（憲法13条、24条1項）の侵害であり、平等原則（憲法14条1項）違反でもあることや、同性カップルの婚姻を認める立法を行わないこと（立法不作為）が国家賠償法上違法であることが主張されている。

2021年11月時点では、札幌で提起された訴訟（以下、「本訴訟」という）のみ第一審の判決が出ているため、本稿では、この札幌地方裁判所令和

3年3月17日判決（以下「本判決」という）を紹介するものである。

なお、本稿では、紙面の関係上、本判決の内容を紹介、引用するにあたり、要約等を含めた適宜の方法を用いていることをご了解いただきたい。

第二 本判決について

一 事案の概要

同性同士であることを理由に婚姻届を不受理とされた3組のカップルが、国に対し、同性同士の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定は、憲法13条、14条1項及び24条に反するにもかかわらず、国が必要な立法措置を講じていないことが、国家賠償法1条1項の適用上違法であると主張し、慰謝料各100万円及びこれらに対する遅延損害金の支払を求めた事案（以下「本事案」という）である。

二 問題となった民法及び戸籍法の関連規定

本事案で問題となっているのは民法及び戸籍法の関連規定である。すなわち、婚姻制度を定める民法及び戸籍法の諸規定は、全体として異性カップル間の婚姻（以下「異性婚」という）のみを認めており、同性カップル間の婚姻（以下「同性婚」という）を認める規定を設けていない。そこで、このように、異性婚しか認めていない民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定（以下、総称して「本件規定」という）が憲法違反であるかどうか問われている。

三 主な争点

本件の主な争点は、以下のとおりである。

- ① 本件規定は憲法13条、14条1項又は24条に違反するものであるか
- ② 本件規定を改廃しないことが国家賠償法1条1項の適用上違法

であるか

③ 原告らの損害額

四 本判決における認定事実

以下では、本判決にて認定された事実関係を紹介し、併せて、認定事実からわかる、我が国における同性愛、同性婚に関する知見と、我が国と社会の状況を紹介する。

1 性的指向と性的指向別の人口

本判決は、最初に、性的指向の意義を確認し、「性的指向とは、人が情緒的、感情的、性的な意味で、人に対して魅力を感じることであり、このような恋愛・性愛の対象が異性に対して向くことが異性愛、同性に対して向くことが同性愛である。…自己の意思や精神医学的な療法によっても性的指向が変わることはない」と判示し、「いわゆるLGBT（男性及び女性の各同性愛者、同性愛と異性愛の双方の性的指向を有する両性愛者及び心の性と体の性が一致していないトランスジェンダーの総称）に該当する人が、人口の7.6%とする調査、9%とする調査、8%とする調査などがある」と指摘した。

2 同性愛に関する知見の変遷と我が国の婚姻制度の成り立ち

現在、同性愛が精神疾患ではないことは医学的知見によって明らかになっているが、かつては精神疾患の一種であると考えられており、治療の対象ともされていた。現行の婚姻制度が、過去の誤った知見を前提として創設されているとすれば、本件規定の違憲性やこれを改廃しないことの違法性にも影響を与え得ると解される（「らい予防法」違憲国家賠償請求事件（熊本地方裁判所平成13年5月11日判決・判タ1070号151頁）参照）。

このような観点からか、以下のとおり、本判決は、各時代におけ

る同性愛に関する知見と我が国の婚姻制度の成り立ちについて詳細に言及している。

(一) 明治期における同性愛に関する知見と我が国の婚姻制度

本判決は、明治期における同性愛の知見に関し、「明治期においては、同性愛は、健康者と精神病者との中間にある変質狂の1つである色情感覚異常又は先天性の疾病であるとされていた」「このような色情感覚異常者に対する治療法として、催眠術を施すほか、臭素材を投与する、身体的労働をさせる、冷水浴をさせる、境遇を変化させるなどがおこなわれていた」と判示し、また、明治民法に関しては、「その起草過程においては、婚姻は当然に男女がするものであることが前提とされており、同性婚の許否について議論がされた形跡は見当たらない」「明治民法における婚姻は、終生の共同生活を目的とする、男女の、道徳上及び風俗上の要求に合致した結合関係であり、又は、異性間の結合によって定まった男女間の生存結合を法律によって公認したものであるとされた。したがって、婚姻が男女間におけるものであることはいうまでもないことであるとされ、よって、同性婚を禁じる規定は置かれていなかった」と判示している。

この判示から、同性愛が疾病の一種であると考えられていた明治期においては、治療をすれば同性愛者から異性愛者へと変わることができると考えられていたこともあり、婚姻は異性間であることが当然の前提であって、同性婚の許否を議論する土俵すらなかったことが分かる。

(二) 戦後初期(昭和20年頃)における同性愛に関する知見と我が国の婚姻制度

本判決は、当時の医学的、心理学的知見に関し「戦後初期においても、鶏姦（執筆者注：男性間の性的行為）や女子相姦は、変態性欲の1つとされ…病理とされた」「病的に同性愛が定着してしまった場合の心理療法として、自己暗示、自己観察、原因の探求などをおこなうものとされ、異性愛に対する障害を取り去ることが根本的対策であるともされていた」と判示しており、明治期に引き続き戦後初期においても、同性愛が疾病の一種であるという知見に変化はないことが分かる。

また、本判決は、当時の外国の知見に関し、米国精神医学会が刊行した精神障害のための診断と統計の手引き第1版（DSM-I、昭和27年刊行）及び同第2版（DSM-II、昭和43年刊行）においては「同性愛は、病理的セクシュアリティを伴う精神病質人格又は人格障害とされていた」と指摘し、また、世界保健機関から平成4年に国際疾病分類第10版（ICD-10）が公表される以前においては「同性愛は性的偏倚と性的障害の項目に位置付けられていた」と指摘しており、当時の外国の知見としても、やはり同性愛は疾病と考えられていたことが分かる。

現行民法の婚姻制度が創設された昭和22年の民法改正につき、本判決は、「明治民法のうち憲法に抵触する規定を中心に行われ、憲法に抵触しない規定については明治民法の規定を踏襲したものであり、この際に同性婚については議論された形跡はない」「昭和22年民法改正によっても、婚姻は引き続き男女の当事者のみができるものとされ、夫婦関係とは、社会で一般に夫婦関係と考えられているような、社会通念による夫婦関係を築く男女の精神的・肉体的結合であるとされていた」と判示し、更に、このような当時の

夫婦関係の考え方から「同性婚は…婚姻意思を全く欠くものとして否認されなければならないとされた」と判示している。

この判示から、この時代においては、日本のみならず外国においても、同性愛が疾病の一種であるという知見に変化はなく、そのため、現行民法の婚姻制度の創設に当たっても、婚姻は異性間でしか成立しない以上、同性婚の許否を議論されることはなかったことが分かる。

(三) 昭和48年頃以降における同性愛に関する知見

本判決は、昭和48年以降の外国における同性愛に関する知見の変化として、昭和48年に米国精神医学会が同性愛を同学会の精神障害のリストから取り除くとの決議を行い、米国心理学会も同決議を支持したことや、米国精神医学会が昭和62年に刊行した、精神障害のための診断と統計の手引き第3版の改訂版(D S M Ⅲ - R)では、同性愛は精神疾患とはされなくなったこと、また、平成4年には、世界保健機関が、同性愛を疾病分類から削除した国際疾病分類改訂第10版(I C D - 10)を発表し、併せて、同性愛はいかなる意味でも治療の対象とならない旨を宣明したことを指摘している。

また、我が国における同性愛に関する知見の変化として、昭和56年頃には、同性愛は、当事者が普通に社会生活を送っている限り精神医学的に問題にすべきものではなく、当事者が精神的苦痛を訴えるときにだけ治療の対象とすれば足りるとの知見が広まり、その後、我が国の精神医学上、精神疾患とはみなされなくなったと指摘している。

この判示から、昭和48年頃以降、少なくとも精神医学上は、同

性愛に関する知見が変化し始め、その後、我が国においても、治療の対象とされる精神疾患とみなされることがなくなってきたことが分かる。

3 諸外国及び地域における同性婚等に関する状況

本判決は、諸外国及び地域における同性婚に関する法制度等の状況を詳細に分析している。

すなわち、平成元年に、デンマークにおいて登録パートナーシップ制度が導入され、その後、ドイツ、フィンランド等が同様の制度を導入したこと、平成12年にオランダで初めて同性婚の制度が導入され、その後、ベルギーやスペイン、カナダ等の欧米諸国中心に、続々と同性婚が導入されたことを指摘し、また、近時の各国の同性婚に関する大きな動きとして、平成27年に米国連邦最高裁判所が同性婚を認めない州法の規定は合衆国憲法修正第14条に違反するとの判決を言い渡したことをはじめ、台湾、イタリア、ロシア、ベトナム、韓国の同性婚や同性愛に関する情勢にも言及している。

この判示から、平成12年以降は、諸外国及び地域における法制度等の状況にも大きな変化が表れ始めていることが分かる。

なお、2019年5月には、台湾にてアジア初の同性婚が実現しており、2020年5月時点で29の国と地域にて同性婚が認められている。

4 我が国の状況

本判決は、我が国の状況に関し、「平成27年10月に東京都渋谷区が、同年11月に東京都世田谷区が登録パートナーシップ制度を導入したのをはじめとして、登録パートナーシップ制度を導入する地方公共団体が増加し、現在では導入した地方公共団体数が約60となり、そのような地方公共団体に居住する人口は合計で約3700万人を超えた」「我

が国における、権利の尊重や差別の禁止などL G B Tに対する基本方針を策定している企業数の調査において、平成28年の調査結果では173社であったものが令和元年の調査結果では364社であった」と指摘している。

この判示から、諸外国でみられる同性婚に関する知見の変化に伴う同性カップルに関する制度の変化が、遅くとも平成27年以降には、我が国でも表れ始めていることが分かる。

なお、2021年10月時点で110以上の地方公共団体にて登録パートナーシップ制度が導入されており、これらの地方公共団体に居住する人口は日本全体の5割に近づいている。

5 婚姻・結婚に関する統計

本判決は、平成17年から平成27年にかけて我が国で実施された、内閣府、厚生労働省、国立社会保障・人口問題研究所による、各種の婚姻に関する意識調査の結果を引用している。

これによると、「独身のときに子どもができたなら結婚した方が良いか」との問いに対し、「そう思う」と回答した者は18歳～49歳のいずれの年齢層においても概ね60%であり、「いずれ結婚するつもりである」と回答した男女は90%を超えている。また、「結婚は必ずすべきだ」又は「結婚はした方がよい」との意見を持つ者は合計で64.5%と諸外国に比して高いこと、「結婚することに利点がある」と思う未婚者は男性で64.3%、女性で77.8%に上り、「男女が一緒に暮らすなら結婚すべきである」との質問に賛成と回答した者は男女ともに70%を超えていた。

また、本判決は、厚生労働書が実施した調査結果を引用し、平成28年の婚姻件数は約62万件、婚姻率は5%であり、諸外国に比して

高いこと、出生に占める嫡出でない子の出生割合は2.3%と諸外国に比してはるかに低いこと、児童のいる世帯の割合は、昭和61年には46.2%であったものが平成30年には22.1%に減少していたことを指摘している。

6 同性婚の賛否等に関する意識調査の統計

本判決は、平成27年から平成30年にかけて我が国で実施された、大学教授の研究グループや、毎日新聞、日本放送協会、朝日新聞が実施した、各種の同性婚の賛否等に関する意識調査の結果を引用している。

これによると、調査対象や方法によって結果に差があるが、男女別に回答を分けた調査では、同性婚に肯定的な意見を有する男性の割合は38%～44.8%、女性の割合は50%～56.7%であり、男女別に回答を分けていない調査では、肯定的な意見を有する者は概ね50%であった。また、年齢層で回答を分けた調査では、18歳～30代の層は70%以上が同性婚に肯定的な意見を有する一方で、60代では肯定否定のいずれも42%、70歳以上では63%が否定的であった。

また、平成30年に実施された調査では、同性カップルにも何らかの法的保障が認められることに肯定的な意見を有する者が75.1%、同性婚を法律で認めるべきかとの質問に対し、賛成又はどちらかと言えば賛成と回答した者は69.5%に上っている。

五 本件規定が憲法24条又は13条に違反するか否かについて(争点①)

本事案では、本件規定が憲法24条、13条に違反するか否かが争点となっている。

以下、当事者の主張及び裁判所の判断の要旨を紹介した上で、若干の考察を行う。

1 当事者の主張

(一) 原告らの主張

ア 憲法24条1項は、婚姻の自由を保障しているところ、かかる婚姻の自由の保障は、同性の者との間の婚姻にも及ぶ。婚姻の自由が保障されるのは、それが憲法の基本的価値である個人の尊重に不可欠だからであり、より具体的には、個人の自己実現の価値、民主制の基盤としての重要性、公正な社会基盤としての重要性を有するからである。

イ 憲法も、法律婚の存在を予定し(同法24条1項、2項)、民法は、当事者相互の協力義務(同法760条)、財産権の公平平等な実現のための制度(同法882条以下)及び財産分与(同法768条)など、親密な関係を基礎とする共同生活という婚姻の特質に応じて、様々な法的・経済的利益を集合的に付与しており、当事者の関係は、これらの利益と義務により強められている。

ウ 法律婚には、当事者の結び付きが法的・社会的に家族として承認され、そのことを通じて強められるという重要な役割がある。このような価値や重要性は、同性の者にも、異性の者と同様に当てはまるものである。また、憲法24条は、法律上同性の者との間の婚姻を禁止していない。

エ 同性婚を認めない本件規定は、婚姻の自由を不当に侵害するものであり、憲法24条1項及び2項並びに13条に違反する。

(二) 被告の主張

ア 我が国における婚姻制度は、明治時代から生殖と結び付けられ、男女間の結合を法的に公認する制度として発達し、現行憲法の成立後もそれを踏襲し、婚姻とは男女が子を産み育てる共同生活関係を保護するものとして創設されたものである。

イ 憲法24条1項は、「両性」、「夫婦」という文言を用いており、婚姻が男女間のものであることを前提としていることや、性別が同一の当事者間における婚姻を想定していないことは明らかであって、同項は、同性婚について、異性婚と同程度に保障しなければならないことを命じるものではないと解するべきである。

ウ 憲法13条が自己決定権を保障しているかどうかやその具体的内容は明らかでなく、仮に婚姻に関する何らかの自己決定権を観念できるとしても、現行の法律上の婚姻制度は、同法24条1項を前提とした、男女間の結合としての婚姻制度の構築を要請する同条2項の要請に従って構築されたものであって、その法制度の枠を超えた、同性の者を婚姻相手として選択できる新たな法制度の創設を求める権利が自己決定権に含まれないことは明らかである。

エ 本件規定による現行の婚姻制度は、憲法の要請に従って構築されたものであり、それを超えて新たな婚姻制度の創設を求める権利が同法13条によって保障されていると解することはできない。

オ よって、本件規定は、憲法24条1項及び2項並びに13条に違反しない。

2 裁判所の判断

(一) 憲法24条に関して

ア (最判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁のいわゆる再婚禁止期間違憲訴訟大法廷判決を引用して) 婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値す

るものと解することができる。

イ 憲法24条1項は「両性の合意」、「夫婦」という文言を、また、同条2項は「両性の本質的平等」という文言を用いているから、その文理解釈によれば、同条1項及び2項は、異性婚について規定しているものと解することができる。そこで、上記のような婚姻をするについての自由が、同性間にも及ぶのかについて検討しなければならない。

ウ 同性愛は、明治民法が制定された当時は精神疾患の一種とみなされ、異性愛となるよう治療すべきもの、禁止すべきものとされていた。明治民法においては、同性婚を禁じる規定は置かれていなかったものの、婚姻は異性間でされることが当然と解されていたためであり、同性婚は、明治民法に規定するまでもなく認められていなかった。また、同性愛は、戦後初期の頃においても変態性欲の1つなどとされ、同性愛者は精神異常者であるなどとされており、このことは外国においても同様であった。昭和22年5月3日に施行された憲法は、同性婚に触れるところはなく、昭和22年民法改正に当たっても同性婚について議論された形跡はないが、同性婚は当然に許されないものと解されていた。

エ 上記の事実経過に照らすと、まず、明治民法下においては、同性愛は精神疾患であることを理由として、同性婚は明文の規定を置くまでもなく認められていなかったものと解される。そして、昭和22年民法改正の際にも、同性愛を精神疾患とする知見には何ら変化がなく、明治民法下と同様の理解の下、同性婚は当然に許されないものと理解されていたことからすると、昭和

21年に公布された憲法においても、同性愛について同様の理解の下に同法24条1項及び2項並びに13条が規定されたものであり、そのために同法24条は同性婚について触れるところがないものと解することができる。

オ 以上のような、同条の制定経緯に加え、同条が「両性」、「夫婦」という異性同士である男女を想起させる文言を用いていることにも照らせば、同条は、異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではないと解するのが相当である。そうすると、同条1項の「婚姻」とは異性婚のことをいい、婚姻をするについての自由も、異性婚について及ぶものと解するのが相当であるから、本件規定が同性婚を認めていないことが、同項及び同条2項に違反すると解することはできない。

カ 憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね、同条1項はその裁量権の限界を画したものと解され、同条によって、婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解することはできない。

(二) 憲法13条に関して

ア 同性婚についてみても、これが婚姻及び家族に関する事項に当たることは明らかであり、婚姻及び家族に関する個別規定である同条の上記趣旨を踏まえて解釈するのであれば、包括的な人権規定である同法13条によって、同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解するのは困難である。

イ 実質的にも、婚姻とは、婚姻当事者及びその家族の身分関係

を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為であると解されるどころ、生殖を前提とした規定（民法733条以下）や実子に関する規定（同法772条以下）など、本件規定を前提とすると、同性婚の場合には、異性婚の場合とは異なる身分関係や法的地位を生じさせることを検討する必要がある部分もあると考えられ、同性婚という制度を、憲法13条の解釈のみによって直接導き出すことは困難である。

ウ したがって、同性婚を認めない本件規定が、憲法13条に違反すると認めることはできない。

3 本判決の考察

本判決は、憲法24条は異性婚について定めたものであり、婚姻の自由も異性婚について及ぶものと解するのが相当であるから、本件規定が同性婚を認めていないことが、同条1項及び2項に違反すると解することはできないとした。

また、本判決は、憲法24条によって婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解することはできないところ、同性婚が婚姻及び家族に関する事項に当たることは明らかであるから、包括的な人権規定である同法13条によって、同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解するのは困難であり、同性婚を認めない本件規定が憲法13条に違反すると認めることはできないとした。

本訴訟の過程で、原告らは提訴段階から詳細な主張、立証を行っており、以上の内容の判断がなされたことについて、原告らの訴訟

活動に特段の不足や不備があったとは考え難い。

例えば、訴状では、婚姻の自由が憲法上の権利であることや、婚姻の自由は同性カップルにも及ぶこと、憲法24条1項は同性カップルの婚姻を禁止していないことについて、同条の制定趣旨等から詳細に論じ、準備書面でも、以上のほか、婚姻の自由と自己決定権との関係や、婚姻の自由が近代的婚姻の本質的属性であること、性的指向・性自認に関する普遍的な共通認識等について、詳細に論じている。

また、原告らの提出証拠は400以上にも及び、その内容も、単に各種文献（書籍、新聞、論文、衆参両院の委員会等の会議録）や自治体・政党等のホームページの引用に留まらず、原告ら以外の多数のLGBTの当事者の陳述書を多数提出するなど、当事者の「生の声」をアピールすることも強く意識した様子が窺われる。

加えて、原告らは、「同性カップルを婚姻制度から排除する合理的な理由はなく、現行制度は憲法24条2項に適合しないことは明らかである」「憲法24条1項は、法律婚について異性カップルと同性カップルとを区別する理由にならない。現行法は、同項違反の評価を受ける」といった内容の大学教授の意見書も提出している。

このような、原告らの詳細な訴訟活動と比較すると、被告の反論と立証活動は淡泊であったようにも思われる。

それにもかかわらず、本判決において、本件規定が憲法24条1項及び2項並びに13条に違反しないと判断されたのは、従前の同性愛の位置付けを踏まえて現行憲法が制定されたという経緯等に鑑みると、違憲の判断を出し難かったためではないかと推察される。

六 本件規定が憲法14条1項に違反するか否かについて(争点①)

本事案では、本件規定が憲法14条1項に違反するか否かが争点となっ

たが、本判決は、結論として、本件規定が、同性愛者に対し、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないことは、立法府の裁量権の範囲を超えており、合理的根拠を欠く差別取扱いに当たるとして、憲法14条1項に違反すると判断した。

本判決では、この点に関して詳細な事実認定と判断を行っており、その全てを引用して紹介することは困難であるため、以下では、当事者の主張の要旨を紹介した上で、裁判所の判断の要旨を取りまとめて紹介する。

1 当事者の主張

(一) 原告らの主張

ア 性的指向は自らの意思でコントロールできるものではないから、性的指向によって婚姻できるか否かが異なるという別異取扱いは、憲法14条1項後段が規定する性別又は社会的身分による差別というべきであり、別異取扱いの合理性は厳格に審査されるべきである。また、そのような別異取扱いによって制約を受ける同性愛者の利益は、婚姻の自由という憲法上の権利であり、それが直接制約される場合である上、同性愛者は社会における圧倒的な少数者であり、民主制の過程で救済されないことから、その別異取扱いの合理性は厳格に審査されるべきである。

イ ①(憲法24条1項により保障される婚姻の自由が、同性愛者にも認められることを前提に)本件別異取扱いは、性的指向に基づき婚姻できるか否かに関する別異取扱いであること、②婚姻制度の主たる目的は、むしろ、当事者間の精神的な結合に基づく永続的な共同生活関係を公的に承認し、法的に規律し保護することと解されること、③同性カップルには、異性カップルであれ

ば享受できる婚姻に伴う社会的な承認、法令上の権利・利益や、パートナーの医療行為への同意等の事実上の利益も一切付与されていないこと、④憲法や本件規定の制定当初は、同性愛が精神疾患であり、倫理的にも許されないとする社会通念が存在したが、現在に至るまでの間に、同性愛の性的指向を有することは精神疾患ではなく、また、少なくとも個人の意思に基づいて決定されるものではないことが明らかにされていること、⑤諸外国で同性婚や登録パートナーシップ制度を法制化する国が次々と現れており、国内でも登録パートナーシップ制度を導入する地方公共団体が多数表れ、同性婚を認める意識が広く浸透してきたものといえること等の事情がある。

ウ 本件規定は、異性カップルであれば、(婚姻の)届出をすることによって公証され、それに伴い心理的・社会的利益、法的・経済的利益及び事実上の利益を与えるものとしているが、同性カップルには、そのような公証や利益を付与しないとするものであり、これに合理的根拠もないから、憲法14条1項に違反する。

(二) 被告の主張

ア 本件規定は、婚姻制度を利用できるか否かの基準を、当事者の性的指向に置くものではなく、同性愛者も異性との間で婚姻することができる以上、同性愛者を殊更に差別するものとはいえない。

イ 婚姻制度は、夫婦がその間の子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して法的保護を与えることが目的とされていたもので、現在においても、婚姻の当事者は男女であるとの理解に変化があったと認められるような状況にはない。

ウ 婚姻による法的効果に関する各規定は、このような婚姻制度の趣旨又は目的に沿って設けられており、本件規定が、子をつくることができる異性間の夫婦関係を保護していることも合理的である。

エ 婚姻した当事者において生じる各種の権利義務は、同性カップルでも、当事者間の契約によって発生させることはできる。

オ 以上から、本件規定は、同性カップルと異性カップルを不合理に区別取扱いするものではなく、憲法14条1項に違反しない。

2 裁判所の判断

(一) 区別取扱いの有無

(1) 立法府の裁量

本判決は、まず初めに、憲法14条1項は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別取扱いの禁止する趣旨のものであると解するべきである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁等）としたうえで、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものであるから、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねたものである」とし、憲法24条及び13条によって、同性婚をする自由や同性婚に係る具体的な制度の構築を求める権利が保障されているものではないことから、「立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量を有し

ていると解するのが相当である」と判示した。

(2) 婚姻によって生じる法的効果

次いで、本判決は、戸籍法は、婚姻は届出によってできるものとし(同法74条)、戸籍によって婚姻した男女や子の身分関係を公証していること(同法13条1号・6号、16条1項、18条等)、また、民法は、婚姻に関する規定を設け(同法731条以下)、婚姻当事者及びその家族に対し、その身分に応じた権利義務を伴う法的地位を付与していること(同法752条、890条等)を指摘したうえで、「婚姻とは、婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為と解することができる(以下、上記の法定効果を併せて「婚姻によって生じる法的効果」という)」と判示した。

(3) 区別取扱いの有無

本判決は、異性カップルは、婚姻するか否かで、婚姻によって生じる法的効果の享受の有無を選択することが可能であるが、同性カップルは、婚姻を欲したとしても婚姻ができず、婚姻によって生じる法的効果を享受することができないことを指摘し、「異性愛者と同性愛者との間には、上記の点で区別取扱いがあるということが出来る(以下「本件区別取扱い」という)」と判示し、立法府が、同性間の婚姻及び家族に関する事項について広範な立法裁量を有しているとしても、「本件区別取扱いが合理的根拠に基づくものであり、立法府の裁量権の範囲内のものであるかは検討されなければならない」と判示した。

(4) 被告の主張について

前述の通り、被告は、同性愛者も異性との間で婚姻することは可能なので、性的指向による区別取扱いはないと主張していた。

この点について、本判決は、性的指向の意義や、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことという婚姻の本質（最高裁判所昭和62年9月2日大法廷判決・民集41巻6号1423頁参照）に照らせば、同性愛者が異性と婚姻することができるとしても、「そのような婚姻が、当該同性愛者にとって婚姻の本質を伴ったものにはならない場合が多いと考えられ、そのような婚姻は、憲法24条や本件規定が予定している婚姻であるとは解し難い。さらに、婚姻意思（民法742条1号）とは、当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思であると解される（最高裁判所昭和42年（オ）第1108号同44年10月31日第二小法廷判決・民集23巻10号1894頁参照）ところ、同性愛者が、恋愛や性愛の対象とならない異性と婚姻したとしても、婚姻意思を伴っているとは認め難い場合があると考えられ、そのような婚姻が常に有効な婚姻となるのか、疑問を払拭できない」として、被告の主張を排斥した。

(二) 本件区別取扱いが合理的根拠に基づくものであるかの判断基準

本判決は、性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であるといえ、憲法14条1項の性別・人種などと同様のものということができるとして、「このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的

利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない。」と判示した。

(三) 考慮された具体的事情

本判決は、本件区別取扱いが合理的根拠を有するかを判断するに当たり、以下に述べるような諸事情を詳細に検討している。

(1) 制約される法的利益について

ア 婚姻によって生じる法的効果を楽しむことの法的権利性

現在においても法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているとみられることや（最高裁判所平成25年9月4日大法廷決定・民集67巻6号1320頁参照）、わが国では諸外国に比して婚姻率が高く、国民の意識調査でも婚姻に対して肯定的な意見が過半数を超える等の事情にふれて、「婚姻することにより、婚姻によって生じる法的効果を楽しむことは、法的利益であると解するのが相当である」とし、「異性愛者と同性愛者との差異は、性的指向が異なることのみであり、かつ、性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではないことに照らせば、異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享受し得るものと解するのが相当である。したがって、本件区別取扱いは、このように異性愛者であっても同性愛者であっても、等しく享有し得る重要な利益である婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益について、区別取扱いをするものとみることができる」とした。

イ 被告の主張について

被告は、同性カップルであっても、契約や遺言により婚姻と同様の法的効果を楽しむことができるから不利益はないと主張した。

これに対し、本判決では、「婚姻によって生じる法的効果の本質は、身分関係の創設・公証と、その身分関係に応じた法的地位を付与する点にあると言える」とし、「婚姻と契約や遺言は、その目的や法的効果が異なるものといえるから、契約や遺言によって個別の債権債務関係を発生させられることは、婚姻によって生じる法的効果の代替となり得るものとはいえず、被告の上記主張は、採用することができない」と判示して、被告の主張を排斥した。

(2) 立法事実

昭和22年民法改正当時までは、同性愛が精神疾患であるとの知見のもと、同性婚は、明文の規定を置かずとも、社会通念に照らして当然のこととして認められないと解されていたが、平成4年頃までには、外国及び我が国において、同性愛は精神疾患ではないとする知見が確立したものといえ、さらに、性的指向は、人の意思によって選択・変更できるものではなく、また、後天的に変更可能なものでもないことが明らかになったことからすると、同性愛が精神疾患であることを前提に同性婚を否定した科学的・医学的根拠は失われたといえることができるとした。

(3) 立法目的

本件規定は、夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることを重要な目的としているものの、「子の有無、子を作る意思・能力の有無にかかわらず、

夫婦の共同生活自体の保護も本件規定の重要な目的である」と判示したうえで、「このような本件規定の目的は正当であるが、そのことは、同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果の一切を享受し得ないものとする理由になるとは解されない」とし、また、本件規定や憲法24条が、「同性愛者が異性愛者と同様に上記婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に、これに対する一切の法的保護を否定する趣旨・目的まで有するものと解するのは相当ではない」とした。

(4) 国民感情を含めた社会状況における種々の要因

ア 国内の状況

我が国で、①平成27年以降、登録パートナーシップ制度を導入する地方公共団体が増加していること、②大学教授らのグループや報道機関等の調査では、同性婚を法的に認めることに肯定的な意見が増加し、また、同性愛者カップルに法的保障を認めることに肯定的な回答が75%に上ること、③権利の尊重や差別の禁止などLGBTに対する基本方針を策定している企業数が平成28年から平成30年まででほぼ倍増していることなどの事情を挙げて、「性的指向による区別取扱いを解消することを要請する国民意識が高まっていること、今後もそのような国民意識は高まり続けるだろうことを示している」といえ、これらは、本件区別取扱いの合理的根拠の有無の検討にあたり考慮されるべき事情であるとした。

イ 諸外国及び地域の状況

諸外国では、同性婚や同性間の登録パートナーシップ制度を導入する立法が多数行われていることや、同性婚を認めな

い法制は憲法に反するとする司法判断も示されていること等を挙げて、諸外国及び地域において、同性カップルと異性カップルとの間の区別取扱いを解消するという要請が高まっていることを示すものといえ、このことも、本件区別取扱いが合理的根拠の有無の検討にあたり考慮されるべき事情であるとした。

ウ 同性婚に否定的な意見・価値観を持つ国民の存在

立法府は、異性婚と同様の同性婚を認めるかについてその裁量権を行使するに当たり、同性婚に対する否定的な意見や価値観を持つ国民が少なからずいることを斟酌することができるとしつつ、「圧倒的多数派である異性愛者の理解・許容がなければ、同性カップルが重要な法的利益である婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の一部であってもこれを受け得ないとするのは、我が国の伝統的な家族間に多少なりとも変容をもたらすであろうことを考慮しても、ごく少数の同性愛者の保護にあまりにも欠ける」とし、同性婚に否定的な意見・価値観を持つ国民がいることは、同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部であってもこれを楽しむ法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの場面においては、限定的に斟酌されるべきものといわざるを得ない、とした。

(四) 憲法14条1項違反の検討

本判決は、上記(三)の諸事情を総合して、以下の通り、本件区別取扱いの合理的根拠の有無を判断し、本件規定が、下記の限度で憲法14条1項に違反すると認めるのが相当と判断した。

ア 本件区別取扱いは、人の意思によって選択・変更できない事

柄である性的指向に基づく区別取扱いであるから、これが合理的根拠を有するといえるかについては、慎重な検討を要する。

イ 婚姻によって生じる法的効果を受することは法的利益であって、同性愛者であっても異性愛者であっても、等しく享受し得る利益と解すべきであり、本件区別取扱いは、そのような性質の利益についての区別取扱いである。

ウ 本件規定の目的そのものは正当であるが、昭和22年民法改正当時は正しいと考えられていた同性愛を精神疾患として禁圧すべきものとする知見は、平成4年頃には完全に否定されたことに照らせば、同性婚について定めていない本件規定や憲法24条の存在が同性カップルに対する一切の法的保護を否定する理由となるものではない。

エ もっとも、同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではなく、同性間であるがゆえに必然的に異性間の婚姻や家族に関する制度と全く同じ制度とはならないこと、憲法から同性婚という具体的制度を解釈によって導き出すことはできないことから、立法府の裁量判断を待たなければならない。立法府が、同性間の婚姻や家族に関する事項を定めるについて有する広範な立法裁量の中で上記のような事情を考慮し、本件規定を同性間にも適用するには至らないのであれば、そのことが直ちに合意的根拠を欠くものと解することはできない。

オ しかしながら、異性愛者と同性愛者の違いは、人の意思によって選択・変更し得ない性的指向の差異でしかなく、いかなる性的指向を有する者であっても、享有し得る法的利益に差異はないといわなければならないが、本件規定の下にあっては、同性

愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段が提供されていない。

カ 我が国において、同性カップルに対する法的保護に肯定的な国民が増加し、同性愛者と異性愛者との区別を解消すべきという要請が高まりつつあり、諸外国においても性的指向による区別取扱いを解消する要請が高まっている状況があることは考慮すべき事情である一方、同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいることは…限定的に斟酌すべきものというべきである。

キ 以上のことからすれば、本件規定が、異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部すらも享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ず、本件規定は、上記の限度で憲法14条1項に違反すると認めるのが相当である。

3 本判決の考察

(一) 本判決は、性的指向は、憲法14条1項の性別、人種などと同様であり、性的指向による区別取扱いが合理的か否かの判断は、真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならないと判示する。

通説では、憲法14条違反の有無の判断にあたり、立法目的と立法目的を達成するための手段の2つの側面から合理性の有無を判

断するのが妥当とされる。

すなわち、精神的自由ないしそれと関連する問題について平等原則が争われる場合には、原則として、立法目的が必要不可欠なものであるかどうか、立法目的達成手段が是非とも必要な最小限度のものかどうかを検討し（厳格審査基準）、それ以外の問題、特に経済的自由の積極目的規制について平等原則違反が問題とされる場合には、国会に広い裁量が認められるので、立法目的が正当なものであること、目的と手段との間に合理的関連性が存することをもって足りるとする基準（合理的根拠の基準）でよいとされる。また、通説では、憲法14条1項後段の規定は例示列举であるとし、ただ、そこで列举された事由による差別は、民主主義の理念に照らし原則として不合理なものであるから、前記の厳格審査基準、または、立法目的が重要なものであり、規制手段が目的と実質的な関連性を有することを要求する基準（厳格な合理性の基準）を用いるべきとされる（以上、芦部信喜「憲法（新版補訂版）」125頁以下）。

本事案は、同性カップルが、婚姻することで生じる法的効果を享受できるかという、精神的自由に関連する問題であり、また、本人の意思によって選択・変更できない点で性別・人種などと同様といえる性的指向による区別取扱いが問題となっており、本判決で、本件区別取扱いの合憲性について「真にやむを得ない区別取扱いであるか否か」という判断基準を用いていることからすると、厳格審査基準を取っているようにも思われる。

しかし、他方で、本判決は、本件規定の目的については、その必要不可欠性を論じず、正当なものであるとのみ判断し、また、目的実現の手段たる本件規定の制定について、立法府に広範な裁量

を認め、立法府が、社会状況における種々の要因を考慮した結果、本件規定を同性愛者に適用を認めなかったのであれば、直ちに合理的根拠を欠くとはいえないとも判示している。

このことからすると、本判決は、厳格審査基準よりも緩やかな、合理的根拠の基準に近い判断基準を用いて判断しているように思われるが、結論としては、婚姻によって生じる法的効果の享受の重要性と、同性愛者にその一部すら享受する法的手段が提供されていないことを指摘し、憲法14条1項に反すると判断した。

(二) 本判決は、本件規定は憲法14条1項に違反する旨を判断したものであり、同性婚の法制化の可否についての重要な示唆を含むものと評価されよう。

なお、本判決は、同性間の婚姻や家族に関する制度は、同性間であるがゆえに必然的に異性間の婚姻や家族に関する制度とは全く同じ制度にはならない(できない)旨も判示しており、本判決の考え方によれば、同性婚を認める制度の創設によらなくとも、婚姻によって生じる法的効果を同性愛者に認める法制度の創設により、違憲状態が解消される余地があると解されるが、どの程度の法的効果の享受が認められれば足りるのかは、今後検討されるべき課題と言えよう。

七 本件規定を改廃しないことが国家賠償法1条1項の適用上違法であるかについて(争点②)

1 立法不作為の違憲性

本事案の第2の争点は、本件規定を改廃しないことが、国家賠償法1条1項の適用上違法であるか否か、という点である。

この点、立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるか

否かの判断基準については、原告ら及び被告の双方が、共に、在外邦人の選挙権制限の違法性が争われた訴訟の最高裁判決（最高裁判所平成17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁）の規範を引用し、また本判決も同判決の枠組に基づいて判断を行っている。

なお、同最高裁判決では、立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるか否かについて、次のように述べている。

「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら、立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」

2 当事者の主張

(一) 原告らの主張

- ア 婚姻制度に関わる立法に際して考慮されるべき種々の事柄や要因は時代とともに変遷するものであるから、(婚姻に関する) 定め合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味される必要がある。
- イ 本件規定が性的指向に基づく別異取扱いをもたらすものであることからすると、国会議員には、その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利・利益を十分に擁護することが要請されているというべきである。
- ウ 本件規定に関し、国会議員が個々の国民に対して負担する職務上の法的義務は、本件規定が違憲であるとする司法判断等を受けてからそれを踏まえた立法措置を講ずれば足りるという受動的なものにとどまるのではなく、本件規定の合理性に関わる種々の事柄等について自ら調査、検討することを通じて、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして、自ら主体的に本件規定の合理性を不断に検討し、吟味すべき能動的な義務を含むものと解すべきである。
- エ 原告らが婚姻届を提出した平成31年1月よりも相当以前の時点において、立法府の裁量権を考慮したとしても、本件規定についての合理的な根拠は失われていた。
- オ 本件規定は、原告らの婚姻をするについての自由を侵害し、また、原告ら同性カップルを婚姻に関して合理的理由なく差別的に取り扱うものであって、原告ら同性カップルが法律上の婚姻について異性カップルと平等な取扱いを受ける権利・利益を侵害する

ものであるから、憲法24条1項及び2項、13条、14条1項に違反するものである。

カ 以上のことから、本件規定の違憲性は、遅くとも原告らが婚姻の届出をする相当以前には国会にとって明白なものとなっていたというべきである。

(二) 被告の主張

被告は、本件規定は、憲法24条1項及び2項、13条、14条1項に違反するものではないとの前提に立ち、そもそも国家賠償法1条1項の適用上違法との評価を受ける余地はないと主張し、原告の上記主張に対する仮定的な反論も行っていない。

3 裁判所の判断

ア 国会議員の立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに同項の適用上違法の評価を受けるものではない。もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利・利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきであ

- る。
- イ 本件規定は、昭和22年民法改正当時における同性愛を精神疾患とする知見を前提とすれば、そのような同性愛者のカップルに対する法的保護を特に設けなかったとしても、合理性がないとすることはできない。
- ウ この点につき、そのような知見は、昭和55年頃には米国において否定され、平成4年頃には世界保健機関によっても否定されたものであり、その頃には、我が国においても、同性愛を精神疾患とする知見は否定されたものと認めることができる。
- エ しかしながら、科学的・医学的には同性愛を精神疾患とする知見は否定されたものの、諸外国において登録パートナーシップ制度又は同性婚制度を導入する国が広がりを見せ始めたのは、オランダが2000年（平成12年）に同性婚の制度を導入して以降といえ、我が国における地方公共団体による登録パートナーシップ制度の広がりにはさらに遅く、東京都渋谷区が平成27年10月に導入して以降といえる。
- オ また、近時の調査によっても、20代や30代など若年層においては、同性婚又は同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な意見が多数を占めるものの、60歳以上の比較的高い年齢層においては否定的な意見が多数を占めており、国民意識の多数が同性婚又は同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的になったのは、比較的近時のことと推認することができる。
- カ さらに、同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果を付与する法的手段は、多種多様に考えられるところであり、一義的に制度内容が明確であるとはいい難く、どのような

制度を採用するかは、…国会に与えられた合理的な立法裁量に委ねられている。ところが、本件証拠上確認できる、国会において初めて同性婚に言及された機会は、平成16年11月17日の参議院憲法調査会における参考人の答弁であるが、同調査会においては同性婚について議論がされた形跡はなく、国会における議論がされるようになったのは、平成27年に至ってからであると認められる。

キ 同性婚や同性愛者のカップルに対する法的保護に否定的な意見や価値観を有する国民は少なからず存在する。

ク これらのことに加えて、昭和22年民法改正以後、現在に至るまで、同性婚に関する制度がないことの合憲性についての司法判断が示されたことがなかったことにも照らせば、本件規定が憲法14条1項に反する状態に至っていたことについて、国会において直ちに認識することは容易ではなかったといわざるを得ない。

ケ そうすると、本件規定は、前記で説示した限度で憲法に違反するものとなっていたといえるものの、これを国家賠償法1条1項の適用の観点から見た場合には、憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない。

4 本判決の考察

以上の通り、本判決は、①同性愛をめぐる医学的知見の変遷、②諸外国における同性婚制度導入の時期、③日本におけるパートナー

シップ制の導入の時期、④日本における国民意識の推移、⑤同性婚に関する国会の議論状況、⑥同性愛、同性婚に対する否定的意見の存在、価値観の存在、⑦現在まで、同性婚制度がないことの合憲性に関する司法判断が示されたことがないことを詳細に分析したうえで、本規定の改廃等をしなかったこと（立法不作為）が憲法14条1項に違反しているとしても、その違憲状態を国会が容易に認識できたとは認められず、本件規定の改廃等をしなかったことが「憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白である」とまでは評価できないと判断したものである。

なお、被告に国家賠償法第1条1項の適用上の違法がないとされ、原告らの被告に対する慰謝料請求が認められなかったため、第3の争点であった原告らの損害額については本判決で言及されていない。

本訴訟は現在控訴中であり、今後の高裁判決、最高裁判決の結果によっては違憲判断が覆る可能性があるが、同性婚に関する立法不作為が、初めて違憲と司法判断された以上は、国会議員は、少なくとも現時点では、本件規定の改廃等をしないことが違憲状態となり得ることを認識したというべきであり、本判決以降は、同種事案において、上記⑦の事情のあてはめに影響を与えることが考えられる。

八 結論

以上のとおり、本件規定は、憲法14条1項に違反するものとなっていたといえるものの、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないため、原告らの請求は棄却された。

第三 おわりに

LGBT法務研究部では、定期的にLGBT関連の裁判例の検討会を実施しており、本判決も、本年度に最初に取り上げた裁判例であった。

本判決は、同性婚やそれに代わる何らの代替手段も存在していない現状をとらえて、憲法14条1項に反し違憲であると判断した点で非常に画期的な判決であったにもかかわらず、本判決を紹介する資料が少なく、また、性的マイノリティに関わりのない弁護士にとっては、敢えて読むことのない裁判例と思われた。

しかしながら、冒頭でも述べた通り、現在、同性婚集団訴訟が全国各地で続々と提訴されており、本判決は、それらの一連の訴訟における最初の第一審判決として非常に大きなインパクトを持っていると考えられる。また、同性婚に関して根強い反対意見がある一方で、日本国内の意識が急速に変化し、同性婚に肯定的な意見が急速に増えてきているという現状を反映する判決と言えることから、本判決を紹介することで、これまでの同性愛、同性婚に関する知見の変化と、それらを踏まえて裁判所がどのように認定、判断したのかという点を紹介したく、本稿の執筆に至ったものである。

なお、本稿執筆時点で、本判決の控訴審が係属中であり、今後の高裁判決や最高裁判決の結果によっては違憲判断が覆る可能性があること、また、全国各地の同種訴訟の地裁判決が今後続々と出される予定である。そのため、本判決の判断そのものの是非への評価は避け、判決内容の紹介を主として執筆していることをご了解いただきたい。

(石部享士、大畑敦子、加藤拓、吉原恵太郎)

活 動 報 告 (令和3年度)

〔医療過誤法部〕

1 定例活動

医療過誤法部では、毎月1回、下記のとおり研究会を開催して、担当報告者の報告をもとに、医療事件について検討・議論し、研究活動を行った。

記

- ・ 1月13日(水) 18時30分から
報 告 者：太田善大弁護士・藤実正太弁護士
テ ー マ：急性期脳梗塞の治療
対象判例：太田弁護士・藤実弁護士が実際に担当した事件（雑誌等未掲載）
- ・ 2月25日(木) 18時30分から
報 告 者：金崎浩之弁護士
テ ー マ：「相当程度の可能性」について
発表内容：法律実務研究掲載の論文をもとに議論を行った。
- ・ 3月29日(月) 18時30分から
報 告 者：上田圭介弁護士
テ ー マ：手技上の過失を肯定した裁判例の整理と自験事件の紹介
対象判例：水戸地内浦支判平成22年9月13日判例集未登載他
- ・ 4月19日(月) 18時30分から
報 告 者：金崎浩之弁護士
テ ー マ：「相当程度の可能性」について
発表内容：法律実務研究掲載の論文をもとに議論を行った。

- ・ 5月31日(月) 18時30分から
報告者：永島賢也弁護士
発表内容：「法的推論と医療ガイドライン」(争点整理と要件事実に関して)
- ・ 6月28日(月) 18時30分から
報告者：笠間哲史弁護士(神奈川県弁護士会)
テーマ：ICUでベットから転倒した事例の事例分析
対象判例：高知地判令和2年6月30日(D1-Law.com判例体系【判例ID】28282087)
- ・ 7月20日(火) 18時30分から
報告者：牧野絵里華弁護士
テーマ：救急搬送事例の判例分析
発表内容：(1)救急搬送(2)応招(召)義務+救急(3)救急+転送の検索ワードで裁判例をピックアップし、裁判例分析を行った。
対象判例：東京地判令和2年1月30日(Westlaw文献番号2020WLJPCA01309003、医療判例解説88号46頁)他
- ・ 9月24日(金) 18時30分から
報告者：関智文弁護士、島田佳子弁護士
テーマ：不作為型(見落とし)に関する過失および因果関係についての考察
～胆道系疾患(急性閉塞性化膿性胆管炎 AOSC →敗血症)を急性胃炎と誤診して適切な治療をしないまま、当日深夜に敗血症で亡くなった事案～
発表内容：担当している事案に関連して、不作為型(見落とし)の過失及び因果関係について
- ・ 10月22日(金) 18:30から
報告者：高梨滋雄弁護士

テ ー マ：①口腔底がんの術後の経過観察のあり方（体制も含む）
②窒息が生じた場合、いつまでに気道確保をすれば、患者は神経学的後遺症なしに回復することができるのかについての裁判例及び受任事案に基づく検討

・11月25日（木）18：30から

報 告 者：高橋旦長弁護士

テ ー マ：ベッカー型筋ジストロフィーの患者にセボフルランを使用し横紋筋融解（悪性高熱様）が生じ低酸素脳症による後遺症が残存した事例

発表内容：添付文書の慎重投与の意味
医療水準論の意味、射程

以上

部 長 松村 武志

事務局長 津久井見樹

〔インターネット法部〕

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ウェブ会議にて発表した。

① 4月28日

今後の活動方針や今後の研究テーマ等について自由討論した

② 5月21日 小早川真行部員

「改正プロバイダ責任制限法について」

③ 6月21日 光股知裕部員

「オンラインサービス利用規約の条項の明確性」

④ 7月20日 土方恭子部員

「裁判例からみるインターネット上の名誉毀損に関する動向」

⑤ 10月15日

9月15日に実施された「判例回顧」(下記イ)で取り上げられた判例について自由に討論した

⑥ 11月22日 小松恒之部員

「個人情報を含む証拠の訴訟上の提出と不法行為」

⑦12月20日 西川達也部員

「NFT（Non-Fungible Token）について」

⑧1月17日 小早川真行部員

「昨年のサイバー判例回顧から山本一郎 vs 川上量生（【80】原審を含む）、その他ブロックチェーン法制化をめぐるツイッター上の表現の名誉毀損該当性」について

⑨3月16日 小林茂美部員

「発信者情報開示の費用（弁護士費用含む）はどこまで損害と認められるか」

イ 外部講師による講演会

本年度は、2回外部講師による講演会を Zoom にて開催した。

①9月15日

消費者問題特別委員会と共催で成城大学法学教授の町村泰貴先生に、2020年下半年から2021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。

②2月10日

第二東京弁護士会所属の平野敬先生に、コインハイブ事件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 IT法研究部会」、及び第二東京弁護士会「電子情報・ネットワーク法研究会」の各執行部員を登録メンバーとするメーリングリストを構築し、他会から寄せられる講演会、研究会、セミナー等の開催情報等を

当部員へ展開した。

(2) 法律実務研究への論文の投稿

齋藤理央部員、阿部譲部員、光股知裕部員、土方恭子部員による寄稿がなされる予定である。

(3) 弁護士研修センター運営委員会、民事司法改革実現本部の委員に就任している。

以上

〔会社法部〕

1 部会の構成

定例会にて研究活動を行った。

2 部会の活動内容

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。なお、本年度は、コロナ禍につき、Web開催となった。

①4月 中止

②5月 「改訂CGCについて」 西川文彬部員

③6月 「株主総会当日における対応 ①設営に関する問題、②予想される想定問答」

蜂須優二部長

④7月 中止

⑤9月 休会

⑥10月 休会

⑦11月 「経営者保証ガイドライン」 諏訪智紀部員

⑧12月 「WEB株主総会（近時の実務と法的諸問題について）」

遠藤啓之部員

⑨1月 「会社法部と民事8部裁判官との総会検査役に関する研究会報告」

遠藤啓之部員

「総会検査役及び非上場会社の支配権獲得戦に関連する諸問題」

高村隆司部員

⑩ 2月 未定

⑪ 3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

(2) 「法律実務研究」への掲載論文執筆

「法律実務研究」第37号掲載用として、秋山健人部員が「バーチャル株主総会の諸論点と実務対応」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

本年度は不参加

(2) 東京弁護士会LIBRAへの寄稿(会社法部活動内容と参加募集)

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、原則として毎月16日を定例会と定め、家族法に関する研究を行っている。

今年度も家族法に関する実務研究や講演等を予定していたが、コロナ感染拡大等に伴い、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

1 令和2年12月から令和3年7月の定例会・研究会

定例会・研究会を予定していたが、コロナ感染拡大等を受け中止とした。

2 令和3年9月15日（定例会・研究会）

テーマ 「離婚した夫婦間において元夫から元妻に対する建物明渡請求権が認められた事例、養育費の請求が権利の濫用で却下された事例」

～講師 坂本 千花 弁護士

3 令和3年10月18日（定例会・研究会）

テーマ 「南アジアの某国人夫婦の離婚事件を通して～複数事件を経験して～」

～講師 青柳 恵美 部員（弁護士）

4 令和3年11月18日（定例会・研究会）

テーマ 「退職を理由とした婚姻費用分担額の変更について」

～講師 足立 文美恵 部員（宮崎大学地域資源創成学部教授）

事務局長 香川 美里

〔金融取引法部〕

1 2021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

- 3月18日 デジタル金融法務 Q&A
佐野 史明 部員
- 4月15日 担保法制の見直しに関する論点
田中 貴一 部員

3 外部講師による報告及び講義

- 1月21日 改正割賦販売法の概要と実務対応のポイント
大内 南人 弁護士(経済産業省 商務情報政策局 商務・
サービスグループ 商取引監督課 課長補佐)
- 5月20日 事業再生におけるファイナンス手法と近時の動向
高橋 太 氏(合同会社リンクアンドクリエーション
元日本政策投資銀行)
- 6月17日 改正資金決済法及び金融サービス提供法の概要と実務へ
の影響
守屋 貴之 氏(金融庁 企画市場局 総務課
決済・金融サービス仲介法制室長)
- 7月14日 令和3年民法・不動産登記法改正の要点と金融実務への
影響
荒井 達也 弁護士(荒井法律事務所)
- 9月21日 第4次対日相互審査の報告書の概要と金融実務への影響

- 10月20日 近藤 克樹 弁護士（片岡総合法律事務所）
令和2年改正個人情報保護法と金融実務への影響
小川 智史 弁護士（森・濱田松本法律事務所）
前 個人情報保護委員会事務局参事官補佐）
- 11月30日 SMS を利用した債権譲渡通知に関する実証
夏山 昌和 氏（株式会社リンクス）
赤星 仁美 氏（同上）
後藤 知志 氏（同上）

4 その他の活動

「金融機関からみた事業再生・企業倒産」（株式会社きんざい、2022年3月）の執筆

部 長	片岡 義広
事務局 長	田中 貴一
事務局次長	永井 利幸
事務局次長	藤武 寛之

〔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。

記

第155回 2021年1月19日

(発表者) 伊藤祥治部員

(テーマ) 消防法の違反是正命令について

第156回 2021年2月17日

(発表者) 水野泰孝部員

(テーマ) 「研究活動に係る不正行為」があった旨の「公表」をめぐる争いについて

第157回 2021年3月17日

(発表者) 伊藤祥治部員

(テーマ) 太陽光発電所開発に関する紛争について

第158回 2021年4月16日

(検討) 新年度の活動方針について

第159回 2021年5月21日

(発表者) 渡邊正昭部長

(テーマ) 時事問題について(ニシキヘビとコロナ入札)

第160回 2021年6月18日

(発表者) 伊藤祥治部員

(テーマ) 行政財産使用許可の撤回と損失補償について

第161回 2021年7月16日

(検討) 書籍の出版、論文の作成等について

第162回 2021年9月17日

（発表者）加藤由利子部員

（テーマ）自治体所有地の取得または権利設定等に係る交渉について

第163回 2021年10月8日

（発表者）高井健太郎部員

（テーマ）建築確認における敷地・道路の違法について

（検討）行政不服審査法改善の意見公募について

第164回 2021年11月19日

（発表者）藤川元部員

（テーマ）熱海で発生した土石流災害に関する問題について

第165回 2021年12月17日

（発表者）水野泰孝部員

（テーマ）コロナ特措法45条3項に基づく施設使用制限命令について

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3（2021）年は、コロナ感染症拡大のため、例会は全て中止しました。

（部長 荒木和男、事務局長 合田勝義）

〔国際取引法部〕

令和3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3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、平成27年に設立された法律研究部である。子どもの権利条約を中心に据え、少年法、児童福祉法、児童虐待防止法、教育基本法その他の教育法、いじめ防止対策推進法、子ども若者育成支援法、民法（家族法）、家事事件手続法、その他子どもに関するあらゆる法律の解釈適用、制度の運用、弁護士活動のあり方を研究対象とし、弁護士が子どもの人権・権利保障のために活動する上での能力向上を目的としている。

現在、20名以上の部員で構成されており、部員以外のオブザーバー参加もある。

2021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日頃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。

2021年度は、以下の内容で定例会を開催した。

4月～7月は休会

第1回 8月7日 テーマ 2021年「改正」少年法の解説

講師 村中 貴之 部員

第2回 9月6日 テーマ 面会交流についての近侍の家裁実務

報告者 部員と家庭裁判所調査官

第3回 10月6日 テーマ 故伊藤由紀夫さん（元家庭裁判所調査官）

の功績を偲ぶ

- | | | 報告者 | 参加者 |
|-----|--------|-----|-------------------------------|
| 第4回 | 11月10日 | テーマ | 揺さぶられっ子症候群（SBS）無罪判決とSBS 仮説の検証 |
| | | 講師 | 笹倉 香奈 教授（甲南大学法学部教授） |
| 第5回 | 12月9日 | テーマ | 子どもアドボカシーの現状と課題 |
| | | 講師 | 大久保真紀 さん（朝日新聞編集委員） |
| 第6回 | 1月12日 | テーマ | 虐待され一時保護—その先に待っていたものは— |
| | | 報告者 | 斎藤 幸芳 さん（元児童福祉司） |
| 第7回 | 3月7日 | テーマ | 江戸川区児相に来て感じたこと |
| | | 報告者 | 白田有香里 さん（児童福祉司） |
- （文責）部長 川村百合

〔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。毎回の定例部会では、各報告の他、書籍企画についての検討も進めている。

2021年

第1回定例部会 1月20日

報告者 岩田弁護士「雪印事件」

報告者 三神弁護士「食品事故と製造物責任」

第2回定例部会 2月17日

報告者 加藤弁護士「コロナによる食品業界への影響と法的問題点の整理」

第3回定例部会 3月17日

報告者 佐藤弁護士「食品産業とSDGs」

2020年度事業活動報告

2020年度の食品関連の話題の振り返り・2021年度の活動についての検討

第4回定例部会 4月21日

報告者 上田弁護士「消費税総額表示」

第5回定例部会 5月19日

報告者 福原弁護士「通信販売」

報告者 三神弁護士「食品事故と製造物責任」

- 第6回定例部会 6月16日
報告者 山口弁護士「健康食品と広告」
- 第7回定例部会 7月21日
報告者 多積弁護士「食品関係の独立行政法人の仕事」
- 第9回定例部会 9月15日
報告者 上田弁護士「消費税総額表示」
- 第10回定例部会 10月20日
報告者 八掛弁護士「種苗法改正」
- 見学 11月18日 独立行政法人農林水産消費安全技術センター見学・意見交換会
(第11回定例部会に代えて)
- 第11回定例部会 12月15日
報告者 石崎弁護士「独立行政法人農林水産消費安全技術センター見学・意見交換会の報告」

令和4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3年度も、コロナ禍のため、Zoomを利用したうえでの活動といたしました。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ので、本年度も、4月～11月に8月を除き計7回、90分のZoom部会を開催しました。部会の課題としては『信託法からみた民事信託の手引き』で扱われている問題を取り上げて、各回発表者を決めて、当該発表者が説明・深堀を行い、出席者間で忌憚のない議論を行いました。また、法律実務研究に関しては、当部部員が提案する離婚後の養育費の支払いに関する信託スキーム・信託契約書案を寄稿し、併せて部員の意見を紹介いたしました。

第1回 4月12日：Q 委託者が複数いる場合の信託契約の締結、など（山口部員）

第2回 5月17日：Q 借地権を信託財産とする場合の問題点、など（清水部員）

第3回 6月15日：Q 信託監督人・受益者代理人は、受託者の不正行為に対しどのように対処したらよいか、など（岩田部員）

第4回 7月21日：Q 指図権について、など（金森部員）」

第5回 9月13日：Q 弁護士と受託者、など（山口部員）

第6回 10月15日：Q 信託終了時の債務控除について、など（山口部員）

第7回 11月11日：「法律実務研究への寄稿について（出席部員全員）」

また、清水部員において、弁護士活動領域拡大推進本部（終活部会）から勉強会講師の依頼があり、令和3年7月27日午後6時から8時まで、ウェビナーによるオンライン勉強会を開催しました。

当研究部では、民事信託をいかにして実務に普及させていくかを意識し、今後も具体的な信託の実践を目指した研究発表を行っていく予定です。

あわせて、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、2007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、講演会の準備等を行っている。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、事件受任等を行っている。

研修については、講師担当者が作成したレジュメの検討会を実施し、講師による研修内容のばらつきをなくす努力をしている。定例会等における研究課題の検討結果は、書籍の出版などの方法で発表している。

3 本年の特色

出版企画「自治体が原告となる訴訟」をテーマとする続編書籍の出版に向けた研究・執筆を継続し、「公営住宅編」を令和3年7月に出版した。

年1回開催する講演会には、令和4年1月11日午後6時から午後8時まで、「公営住宅に関する法律関係」と題し、大杉麻美先生をお迎えしてZOOMを利用した講演会を開催する予定である。

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に行い、その活動内容について当研究部において報告を受けている。

第3 活動実績

1 令和3年4月13日 定例会

本年度の活動方針についての協議、紀要「法律実務研究」のテーマについての検討、スクールロイヤーに関する勉強会、出版企画、職域拡大に関する意見交換、最新判例研究、判例地方自治研究会の報告、出版「自治体が原告となる訴訟」公営住宅編の刊行についての報告、自治体連携センターの報告、新入部員挨拶など。

2 令和3年5月11日 定例会

紀要「法律実務研究」のテーマについての検討、スクールロイヤーに関する勉強会、出版企画、職域拡大に関する意見交換、最新判例研究、判例地方自治研究会の報告、出版「自治体が原告となる訴訟」公営住宅編の刊行についての報告、自治体連携センターの報告、新入部員挨拶など。

3 令和2年6月9日 定例会

紀要「法律実務研究」のテーマについての検討、メール相談事例検討、スクールロイヤーに関する勉強会、出版企画、職域拡大に関する意見交換、最新判例研究、判例地方自治研究会の報告、出版「自治体が原告となる訴訟」公営住宅編の刊行についての報告、自治体連携センターの報告、新入部員挨拶など。

4 令和3年7月21日 定例会

紀要「法律実務研究」のテーマについての検討、メール相談事例検討、スクールロイヤーに関する勉強会、出版企画、最新判例研究、判

例地方自治研究会の報告、出版「自治体が原告となる訴訟」公営住宅編の刊行についての報告、自治体連携センターの報告、新入部員挨拶など。

5 令和3年9月10日 定例会

紀要「法律実務研究」のテーマについての検討、メール相談事例検討、スクールロイヤーに関する勉強会、出版企画、最新判例研究、判例地方自治研究会の報告、出版「自治体が原告となる訴訟」公営住宅編の刊行についての報告、自治体連携センターの報告、新入部員挨拶など。

6 令和3年10月12日 定例会

紀要「法律実務研究」のテーマについての検討、メール相談事例検討、スクールロイヤーに関する勉強会、出版企画、最新判例研究、判例地方自治研究会の報告、自治体連携センターの報告、新入部員挨拶など。

7 令和3年11月8日 定例会

紀要「法律実務研究」のテーマについての検討、メール相談事例検討、スクールロイヤーに関する勉強会、出版企画、最新判例研究、判例地方自治研究会の報告、自治体連携センターの報告、新入部員挨拶など。

その他、月に一度の頻度で、部員有志らによる判例勉強会を開催している。

(部長＝中村英示、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2年12月～令和3年11月）

令和2年4月より社会情勢に鑑み休会としていたが、令和3年4月21日、民法等の一部を改正する法律が成立したことに伴い、同年5月より、ズーム会議方式により、定例部会の開催を始めた。

今般の民法等の改正の主眼は、所有者不明不動産や管理不全不動産についての管理、処分に関する政策の実現にあり、民法改正においても、従前の共有規定の整備を始め、上記政策に適う規定の新設があるので、当面、改正民法の研究を継続する予定である。

なお、出席者は7～10名程度である。

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（令和3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3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2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火曜日に定例部会を開催し、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、知的財産権分野の著名な大学教授及び東京地裁判事をお招きし、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2年12月8日(火) 午後6時～8時
講師 東京大学大学院法学政治学研究科 田村 善之 教授
論題 特許法の先使用権－事業の準備・発明の同一性・実施形式の変更等について－
- ② 令和3年2月9日(火) 午後6時～8時
講師 当部部員 木村 育代 弁護士
第一東京弁護士会 寺前 翔平 弁護士
論題 令和2年商標・意匠・不正競争判決の概観
- ③ 令和3年3月9日(火) 午後6時～午後8時
講師 第一東京弁護士会 小林 利明 弁護士
論題 令和2年著作権法関係裁判例紹介
- ④ 令和3年4月13日(火) 午後6時～午後8時
講師 当部部員 高橋 元弘 弁護士
論題 令和2年特許侵害訴訟の概況
- ⑤ 令和3年5月11日(火) 午後6時～午後8時

講師 当部部員 井上 義隆 弁護士 新藤 圭介 弁護士

論題 令和2年特許審決取消訴訟の概況

- ⑥ 令和3年6月8日（火）午後6時～午後8時

講師 一橋大学大学院法学研究科 井上 由里子 教授

論題 商標関係の立証手段としての需要者アンケートの技法

- ⑦ 令和3年7月14日（水）午後6時～午後8時

講師 立命館大学法学部法学研究科 宮脇 正晴 教授

論題 非伝統的商標の登録要件と保護範囲

- ⑧ 令和3年9月13日（水）午後6時～午後8時

講師 東京大学大学院法学政治学研究科 田村 善之 教授

論題 2019年改正意匠法の解説

- ⑨ 令和3年10月12日（火）午後6時～午後8時

講師 東京地方裁判所民事第47部 部総括 田中 孝一 判事

論題 均等と客観的外形的表示

- ⑩ 令和3年11月9日（火）午後3時～午後5時

一般社団法人日本知的財産協会特許第2委員会第2小委員会との
コラボ検討会

論題 数値限定発明 記載要件

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3年度は、従前の当部の活動を承継しつつ、①私的整理に重点を置いた企画立案、②各種行事の出欠確認方法の効率化、③IT化の検討・導入等の取り組みを行いました。

昨今、法的倒産手続が減少して私的整理が増えてきており、部員の関心が高いことを踏まえて、私的整理に重点を置いた企画立案を行いました。法的倒産手続に関しても、私的整理後に行われることが多いプレパッケージ型民事再生、破産手続による事業譲渡、特別清算等を取りあげるなど、多角的に私的整理への理解を深めることを目指しました。

また、新型コロナウイルス感染症問題の影響もあり、前年度執行部によって Web 会議方式での全体会及び寺子屋の開催、ファックスによる出欠確認から電子メールによる出欠確認への移行等が行われていましたが、これらのノウハウを継承しつつ、外部のクラウドサービスを利用して、出欠確認並びに出席登録者に対する Web 会議のアドレス及び配付資料の送付等を効率的に行える態勢を整えました。

さらに、新型コロナウイルス感染者数の減少に伴い、早期のリアル開催を目指す一方で、Web 会議方式によるメリットも活かすために、ハイブリッド方式による開催を試行し、外部のクラウドサービスを利用した行事日程の共有、情報共有、ファイル共有等 IT 化の検討・導入等の取り組みも行いました。

そして、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、リアル開催を目指していた合宿については、新型コロナウイルスの感染者数の推移を踏まえて Web 会議方式によって開催することになりましたが、忘年会については、部員の意見も踏まえて、徹底的な感染防止対策を行った上で開催しています。

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3年5月10日 午後6時～8時

講 師 弁護士 小林信明氏

テーマ あなたは、どのような倒産（再生）弁護士になりたいですか

②第2回

日 時 令和3年5月31日 午後6時～8時

講 師 小林信久氏（東京都中小企業再生支援協議会）、弁護士 武藤純人氏

テーマ 中小企業再生支援協議会の運用及び協議会手続における弁護士の役割

③第3回

日 時 令和3年7月5日 午後6時～8時

講 師 東京地裁破産再生部部総括判事 谷口安史裁判官

テーマ 東京地裁破産再生部の運用状況

④第4回

日 時 令和3年11月15日 午後6時～8時

講 師 北海道大学准教授 池田悠氏

テーマ 倒産労働法

⑤第5回

日 時 令和4年3月7日 午後6時～8時

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 会社更生事件をめぐる最近の状況及び展望等について

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、下記のとおり講座を実施しました。

①第1回

日 時 令和3年6月14日 午後6時～8時

講 師 弁護士 上田裕康氏、弁護士 大石健太郎氏、弁護士 阿部麻由美氏

テーマ プレパッケージ型（スポンサー型）民事再生

②第2回

日 時 令和3年7月20日 午後6時～8時

講 師 弁護士 高井章光氏、弁護士 清水靖博氏

テーマ 日弁連特定調停スキームの進め方

③第3回

日 時 令和3年9月6日 午後6時～8時

講 師 弁護士 志甫治宣氏、弁護士 木村昌則氏、弁護士 横山兼太郎氏

テーマ 破産手続と事業譲渡

④第4回

日 時 令和3年9月22日 午後6時～8時

講 師 弁護士 枡野弘樹氏、弁護士 大西雄太氏

弁護士 水原祥吾氏（東京都中小企業再生支援協議会）

テーマ 経営者保証ガイドラインの運用事例

⑤第5回

日 時 令和3年10月28日 午後6時～8時

講 師 弁護士 相羽利昭氏、弁護士 川畑和彦氏、弁護士 飯塚陽氏

弁護士 田子小百合氏

テーマ 海外資産の換価

⑥第6回

日 時 令和4年1月14日 午後6時～8時
講 師 弁護士 浅沼雅人氏、弁護士 岡本成道氏
テーマ 特別清算入門

⑦第7回

日 時 令和4年1月24日 午後6時～8時
講 師 弁護士 横倉仁氏、公認会計士 泉範行氏
テーマ 破産管財人の税務、事業価値評価

3 担保法改正に関する特別企画

「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会(担保法制研究会)」の報告書提出と法制審移行にあわせて、東弁倒産法部員有志を中心に組成された「担保法制研究会」におけるこれまでの検討・研究成果を倒産法部員の先生方にフィードバックすべく、緊急企画としてzoomにて講演会を開催しました。

日 時 令和3年4月19日 午後6時～8時
講 師 弁護士 田川淳一氏、弁護士 小島伸夫氏、弁護士 志甫治宣氏
(「担保法研究会」メンバー)
テーマ 担保法改正

4 四会シンポの開催

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、以下の日程で実施いたしました。

日 時 令和4年4月1日 午後1時30分～午後6時
テーマ 倒産手続のコロナ禍における展開とポストコロナへの展望

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執筆など、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：鶴巻暁 副部長：高田千早 事務局長：金山伸宏

事務局次長：宮原一東 事務局次長：小野塚格

事務局次長：鈴木規央 事務局次長：渡部香菜子

広報：岩下明弘 会計：大日方史野

（文責：本年度事務局長 金山伸宏）

〔独占禁止法部〕

令和3年度は、期初に、部員に限らず全会員向けに独占禁止法の基礎的な事項を中心とする合計4回の連続公開講座を主催し、9月以降は毎月の例会（原則として第2木曜日）で、部員による研究発表およびゲストスピーカーによる講演と、それに対する質疑応答・意見交換を行いました。

1. 連続公開講座 「これだけは知っておきたい独占禁止法」

日 程 2021年4月～7月月1回開催 合計4回講座

開催日 ①4月22日(木) ②5月13日(木) ③6月10日(木) ④7月8日(木)

時 間 18:30～20:00

テーマ ① 独占禁止法とはどんな法律か(概要、基礎概念)

② 共同行為(不当な取引制限)

③ 単独行為(私的独占・不公正な取引方法)その1

④ 単独行為(私的独占・不公正な取引方法)その2、企業結合

講 師 雨宮 慶 部長

実施方法 ZOOM 会議システムを使用して開催

2. 例会

9月30日(木) 9月例会

(発表者) 高木加奈子部員

(テーマ) 独占禁止法の執行(「令和2年度における独占禁止法違反事件の処理状況について」(令和3年5月26日公取委発表)をもとに)

10月14日(木) 10月例会

(発表者) 萩原浩太郎部員

(テーマ) 不公正な取引方法と農協問題

11月11日（木） 11月例会（ゲストスピーカーによる講演）

（講 師）公正取引委員会デジタル市場企画調査室長
寺西直子氏

（テーマ）公正取引委員会におけるデジタル分野の取組と
諸外国におけるデジタル関連の競争政策の動向

部 長 雨 宮 慶
事務局長 高木 加奈子

〔不法行為法研究部〕

現代型の不法行為法についての研究を深め、いずれ俎上にあがる不法行為法の改正にも備えるため、不法行為法のあるべき姿を具体的実務をとおして検討・研究することを目的とする研究会である。

今年度は、原子力賠償案件のテーマよりも、中間利息控除、土地工作物責任、消滅時効、逸失利益などの基礎的テーマを設定した。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、Zoomと会館でのハイブリット研究会とした。

第1回 4月16日

活動計画検討

第2回 5月13日

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 中間利息控除の基準時 伊豆隆義会員

第3回 6月10日

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

夏期合研テーマ(設問)検討

第4回 9月9日

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 土地工作物責任 高梨滋雄会員

第5回 10月4日

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 交通事故の被害者に人的損害及び物的損害が生じた場合における物的損害賠償請求権についての消滅時効の起算点 志賀晃会員

第6回 11月11日

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 建設アスベスト訴訟最高裁判決と共同不法行為 稲村晃伸会員

第7回 12月9日

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 逸失利益算定に関する若干の考察 神村大輔会員

第8回 1月20日予定

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 土地工作物責任(2) 高梨滋雄会員

第9回 2月10日(木) 予定

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 未定

第10回 3月10日(木) 予定

場 所 弁護士会506会議室 Zoom

テーマ 未定

定例研究会以外での活動

夏期合研(7月8日)

不法行為法の基礎 とのテーマで研修を実施。

講師 高梨滋雄会員 稲村晃伸会員 志賀晃会員 神村大輔会員

本年度はコロナ禍のなか、Zoomを併用して研究会を開催した。夏期合研での発表は、先駆的な内容というよりも、基礎的だが考えさせられる論点について、オブザーバーの花本教授から設問をいただき、検討会を経たうえで、研修を実施した。

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。

事務局長 伊豆隆義

〔不動産法部〕

2021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。

【2021年度のテーマ】

21年度はコロナのため会員が集合しての研究はできませんでした。次回の研究テーマとしては、自力救済条項による明渡の是非について検討する予定であります

【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 新しい紛争解決方式の活躍の余地を探ることを活動目的としまして、令和3年2月17日、3月31日、6月25日、7月26日、12月6日に、オンラインによるあっせん・仲裁手続きの模擬を実施しました。
- 2 新しい紛争解決方式とは、具体的に申しますと、あっせん手続きにおいて和解不成立の場合に、仲裁合意により仲裁手続きに移行、その手続きにおいて当事者双方に合理的と考える解決案を提示してもらい、そのいずれかの解決案を仲裁人が仲裁決定として採用するという紛争解決方式になります。模擬を実施して、そのメリット、デメリット、当事者の満足度等を探りました。
- 3 前記2月17日及び3月31日は知財事件（素材は東京地裁平成29年（ワ）第17070号）で、前記6月25日、7月26日は謝罪広告掲載等請求事件で、前記12月6日には未払賃金支払請求事件で、それぞれあっせん・仲裁の模擬を実施しました。

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場となってい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等も行っている。

2 令和3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

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（実際の判例・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を行ってきたところ、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した。

それに伴い、令和3年度は、分野を限定せずにマンション管理に係る近年の最新の判例及び裁判例をまずは網羅的に研究することとし、発表者がレジュメを作成した上で発表し、それに続いて部員で討議するという従前の形式は維持しながら、新型コロナウイルスの影響でZ o

omによる開催が続く中で活発な活動を行ってきた。

(2) マンション法律相談における頻出事例等についてのディスカッション及び部員が実際に担当したマンション関連訴訟の報告

令和3年10月の定例会より、部員が日々の業務の中で受けるマンション法律相談において、高い頻度で受ける類型の相談ないし回答に当たって特に留意を要する類型の相談について、造詣の深い部員によるレクチャーとそれに続く部員相互の討議を実施している。

また、部員が実際に代理人として受任したマンション関連訴訟の内容について、守秘義務に細心の注意を払ったうえで当該部員から報告を行い、それに続いて部員相互で討議をすることも行っている。

今年度の具体的な活動スケジュールは以下のとおりである。

- 第1回 令和3年4月27日
発表者 出口裕規部員 保高睦美部員 竹中千晶部員
- 第2回 令和3年5月20日
発表者 大塚康貴部員 土屋賢司部員 石川直紀部員
- 第3回 令和3年6月16日
発表者 湯山花苗部員 川坂明史部員
- 第4回 令和3年7月21日
発表者 荒木耕太郎部員 大門誉幸部員 香川希理部員
河野浩士部員
- 第5回 令和3年9月16日
※研究テーマ選定会議のため発表なし
- 第6回 令和3年10月19日
発表者 土屋賢司部員
- 第7回 令和3年11月17日

発表者 湯山花苗部員

第8回 令和3年12月14日

発表者 大門誉幸部員 伊藤祥治部員

第9回 令和4年1月25日

発表者 土屋賢司部員

第10回 令和4年2月22日

発表者 奥島健二部員

第11回 令和4年3月23日

発表者 中村涼部員

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、2021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いていたが、2021年は新型コロナウイルスの影響もあり、新たな外部からのスピーカーを招くことができず、定例会について開催はなかった。

他方で、外部団体である一般社団法人日本ディープラーニング協会との間で、AIに関する模擬裁判の企画中である。

(文責) 部長 後藤 大

〔LGBT法部〕

第1 部会

1 開催日

本日までに、以下の日に定例会を実施した(基本的にZOOMで実施)

1月19日、2月26日、3月16日、4月20日、6月15日、

7月20日、9月14日、10月19日、11月19日

(5月は中止)

2 活動内容

- ・ 概ね1か月ごとに、LGBTを巡る裁判例の検討を行った。

4月 札幌地裁令和3年3月17日判決

同性愛者に対して婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないことが憲法14条1項に違反するとされた事例。

6月 大阪地裁令和2年7月20日判決

トランスジェンダー女性の化粧を理由とする就労拒否の正当性が争点となった事例。

7月 東京高裁令和2年3月4日判決

女性同士の事実婚カップル(但し米国で婚姻)のうち的一方が、男性と性的関係を持ったため、事実婚の関係が破綻したとして、事実婚カップルのうちの他方が、共同不法行為に基づき婚姻関係の解消に伴う慰謝料等を請求した事例。

9月 東京高裁令和3年5月27日判決

トランスジェンダーの国家公務員職員(M to F)が人事院に対して、所属する経産省において女性用トイレの使用制

限（庁舎のうち一定の階の女性トイレの使用を認めなかった）を求めないこと等を内容とする勤務条件の行政措置要求を行ったところ、いずれも認められなかったことから、判定処分の取消請求のほか、経済産業省の X に対する処遇や職員の X に対する各発言等が違法であったとして、国家賠償請求を行った事例。

- ・ 3月までは出版に関する活動、10月以降は法律実務研究の執筆に関連するものが中心となった（後述）

第2 定例外活動

1 高月まな議員との意見交換会の実施（1月27日）

戸籍上の性別変更を行っている旨を公表し、新宿区の区議として活動している高月まな議員をお呼びし、オンラインで意見交換会を実施した。

2 出版改訂活動

当部部員で執筆した「LGBT 法律相談対応ガイド（第一法規）」の改訂版が、2月18日に発刊された。

3 法律実務研究での発表

判例検討の中で取り上げた、同性婚違憲訴訟を取り上げて、法律実務研究で紹介することとした。

以上

文責 大畑敦子

