

法律実務研究

東京弁護士会法律研究部

第33号 2018年3月

- 美容医療の施術における医師の注意義務違反に関する
一考察
..... 医療過誤法部
- 裁判所による譲渡制限株式の売買価格の決定と財源規制
..... 会社法部
- 有価証券報告書等に虚偽記載があった上場会社の
破産事件の処理について
..... 倒産法部
- 高度技術者の移籍制限に関する独占禁止法上の考察
..... 独占禁止法部
- 賃貸借契約における目的物返還義務と原状回復義務の
微妙な関係に関する実務的考察
..... 不動産法部
- 企業実務におけるインターネットの法的課題
～企業の炎上対応・AIビジネスの法的保護に関する
諸論点～
..... インターネット法律研究部
- 信託法逐条解説概論（第1条～第184条）
..... 遺言信託研究部
- 食品関係法令の整理と実務における諸法の適用関係
～食品表示責任と異物混入事件を題材に～
..... 食品安全関係法研究部
- 白熱!著作権法ゼミ 形態模倣・応用美術を論ずる
—「スティック型加湿器事件」を題材として—
..... 知的財産権法部

東京弁護士会

- ▷発刊にあたって 渚上 玲子 1
- ▷はしがき 奥 国範 3
- 美容医療の施術における医師の注意義務違反に関する一考察
医療過誤法部/島田 佳子... 5
- 裁判所による譲渡制限株式の売買価格の決定と財源規制
会社法部/高村 隆司... 35
- 有価証券報告書等に虚偽記載があった上場会社の
破産事件の処理について
倒産法部/縣 俊介、鈴木 規央、小田切 豪、松尾幸太郎... 53
- 高度技術者の移籍制限に関する独占禁止法上の考察
独占禁止法部/神谷宗之介...123
- 賃貸借契約における目的物返還義務と原状回復義務の
微妙な関係に関する実務的考察
不動産法部/小田 勇一...147
- 企業実務におけるインターネットの法的課題
～企業の炎上対応・A I ビジネスの法的保護に関する諸論点～
インターネット法律研究部/斎藤 悠貴、野田 陽一...175
- 信託法逐条解説概論（第1条～第184条）
遺言信託研究部/清水 晃、野俣 智裕、前田 昌代、荒舩 航輔、
田中 康敦、岩田 賢、山口 正徳...235
- 食品関係法令の整理と実務における諸法の適用関係
～食品表示責任と異物混入事件を題材に～
食品安全関係法研究部/八掛 順子、岩月 泰頼、中山代志子...293
- 白熱！著作権法ゼミ
形態模倣・応用美術を論ずる
—「スティック型加湿器事件」を題材として—
知的財産権法部/伊藤 真、高田沙代子、丸田 憲和...335

【活動報告】

医療過誤法部、会社法部、家族法部、金融取引法部、刑事弁護部、
国際取引法部、相続・遺言部、倒産法部、独占禁止法部、不動産法部、
知的財産権法部、インターネット法律研究部、行政法研究部、自治体等
法務研究部、遺言信託研究部、不法行為法研究部、食品安全関係法研
究部、LGBT 法務研究部、子ども法部、弁護士業務部.....389

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、20の専門分野についての法律研究部が活動し、継続的に活発な研究活動を行い、その成果にもとづき、当会の開催する各種の研修においても、その専門的知見に基づき講演や講義を担当しています。

本書「法律実務研究」は、昭和61年に各法律研究部の研究成果を発表する研究報告集として創刊され、それ以来毎年発刊を継続し、この度、平成29年度の研究成果をまとめた第33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。

平成30年3月

東京弁護士会会長 瀧 上 玲 子

は し が き

弁護士が法律実務家として事件処理を行うためには、法的知識の正確な習得とその実践経験を積み重ねていくことが必要です。東京弁護士会では、弁護士の能力を高めるための日々の研鑽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て各分野の法律実務の研究と研修に取り組んでおり、現在は20の部会が活動を続けています。

本書「法律実務研究」は、法律研究部の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、今般第33号を迎えるに至りました。本書の内容は、医療過誤法部、会社法部、倒産法部、独占禁止法部、不動産法部、インターネット法律研究部、遺言信託研究部、食品安全関係法研究部及び知的財産権法部の各部が各々の法律分野で現在最も重要で関心の高い課題について鋭意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、これら研究成果を十分に活用されることを切に期待いたします。

終わりに、本号に寄稿されまし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。

平成30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 奥 国 範

美容医療の施術における医師の注意義務違反に関する一考察

医療過誤法部

〔医療過誤法部〕

* 目 次

一	はじめに	6	(一)	PRP に b-FGF を添加した過失について	13
二	本判決について	6	(二)	本件施術の医療水準適合性について	18
1	事案の概要	6	(三)	b-FGF の使用量が多すぎた過失があったか	20
2	診療経過	7	4	争点⑤ (本件施術に当たり Y2 に説明義務違反があったか) について	21
3	本件に関連する医学的知見	8	(一)	通常の医療における医師の説明義務について	21
4	主な争点	9	(二)	美容医療に関する医師の説明義務について	22
三	争点の検討	9	(三)	当裁判所の判断	28
1	争点①及び② (X 主張症状が生じているか、本件施術と X 主張症状発生との間に因果関係があるか) について	9	(四)	説明方法についての注意点	30
2	争点③ (本件施術の目的不達成により Y2 の過失が推定されるか) について	10	四	むすび	31
(一)	通常の医療について	10			
(二)	美容医療の医療行為該当性	11			
(三)	美容医療の特異性	12			
(四)	当裁判所の判断	13			
3	争点④ (本件施術において PRP に b-FGF を添加した過失及びその用量が多すぎた過失があったか) について	13			

一 はじめに

昨今の世間一般の美容意識の高まりを背景に、美容医療サービスを受ける人が増加し、それとともに、美容医療に関するトラブルの相談件数も増加している。PIO-NET（全国消費生活情報ネットワークシステム）（注1）によれば、美容医療サービスに関する相談件数は、近年、年間2000件以上の高止まりとなっており、美容医療に関する法的紛争も増加傾向にある。

このように、美容医療に関するトラブルについては社会的な関心が高いことが窺われるが、美容医療には通常の医療と異なる特性があり、美容医療訴訟における裁判所の判断においても通常の医療の場合と異なる配慮がなされることが多い。

そこで、本稿では、美容医療の施術に関する医師の注意義務違反が否定された大阪地方裁判所平成28年3月15日判決（以下「本判決」という。判例タイムズ第1424号218頁、医療判例解説 vol.67.p.54）を題材に、美容医療の施術における医師の注意義務違反について検討を試みたい。

二 本判決について

1 事案の概要

当事者は、原告が施術当時42歳の女性 X、被告が医療法人 Y1 会、医師 Y2 である。X は、A クリニック（Y1 会において開設・運営）において、Y2 により目の下のしわの改善を目的とする施術を受けたところ、Y2 に注意義務違反があったために X の両下眼瞼から両頬にかけての部位に凸凹状の隆起やしこり（以下「X 主張症状」という）が生じ、また Y2 に説明義務違反があったと主張して、Y2 に対しては不法行為による損害賠償請求権に基づき、Y1 会に対しては不法行為又は債務不履行による損害

賠償請求権に基づき、770万円（慰謝料700万円及び弁護士費用70万円）及びこれに対する不法行為の日である平成23年1月7日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の連帯支払を請求した。なお、上記施術は、患者自身の血漿に薬剤（褥瘡・潰瘍治療薬）を添加した溶液を皮下に注射するものであるが、それは上記薬剤の適応外使用（添付文書記載の「効能・効果」と異なる効能・効果を得る目的で使用すること）に当たるものであった。

2 診療経過

- ・平成23年1月7日、XがAクリニックを受診。Y2が、Xの目の下のしわの改善を目的として、PRP（自己多血小板血漿）にフィブラストスプレーの溶液等を添加した液をXの両下眼瞼、両頬の通称「ゴルゴライン」、両ほうれい線、眉間の合計7か所の皮下に注入（以下「本件施術」という）。
- ・平成24年6月1日、XがAクリニックを受診し、Y2に対し、平成23年8月頃から、両下眼瞼から両頬にかけての部位（以下「本件部位」という）に凸部分が目立ってきたと述べた。
- ・平成24年6月2日、Y2は、本件部位にケナコルトを注入。同年7月6日、サーマクールを実施。
- ・平成24年8月8日及び同年10月22日、Xは、京都市のB1病院を受診。両日ともに、B2医師が本件部位にケナコルトを注入。
- ・平成24年11月30日、平成25年1月4日、同年2月16日及び同年4月16日、Xは、C美容外科大阪院を受診。各日とも本件部位にケナコルトを注入。
- ・平成25年10月17日、XがD1医科大学附属D2病院を受診し、Xを診察したD3医師が、診療録に「眼窩の脂肪より足側、骨、筋上にやや

硬くはりつくようなしこり」と記載。

- ・平成25年11月2日、XはMRI検査を受け、同検査による画像（以下「本件MRI画像」という）を読影した医師は、検査報告書（MRI）に「両頬部皮下腫瘍」、「両側頬部皮下脂肪織はSTIR冠状断にて不均一に索状の信号上昇を認める」、「頬部皮下脂肪織に信号変化、炎症性腫瘍疑う」と記載。
- ・平成25年11月21日、D3医師がXを診察し、診療録に「両側頬部脂肪層に索状物おそらく癬痕化」と記載。

3 本件に関連する医学的知見

- ・PRP (platelet-rich plasma)

血液を遠心分離して得られる血小板が高濃度な血漿分画。加齢による皮膚変化の改善のため、患者自身のPRPを皮下に注入する療法は、PRP注入療法又はACR (autologous cell rejuvenation) 療法(自己多血小板血漿注入療法)と呼ばれる。

- ・フィブラストスプレー

褥瘡・皮膚潰瘍治療剤として厚生労働大臣の承認を受け、凍結乾燥品と添付溶解液からなるものである。その添付文書には、効能又は効果として、褥瘡、皮膚潰瘍(熱傷潰瘍、下腿潰瘍)と記載され、用法として、凍結乾燥品を添付溶解液で溶解し、本剤専用の噴霧器を用い、潰瘍面から約5cm離して噴霧する旨が記載されている。

- ・b-FGF (basic fibroblast growth factor)

創傷治癒に関わる増殖因子である塩基性線維芽細胞増殖因子である。PRPに、フィブラストスプレーの溶液を添加することにより、b-FGFを添加したことになる。本件施術当時、被告クリニックのほか、一定数の美容外科において、ACR療法の際に注入するPRPに

b-FGF を添加する療法（以下「本件療法」という）が実施されていた。

・ケナコルト

合成副腎皮質ホルモン剤として厚生労働大臣の承認を受けているものである。ケナコルト（皮内用）の添付文書には、効能又は効果として、局所皮内注射につき湿疹・皮膚炎群、痒疹群、乾癬及び類症のうち尋常性乾癬、扁平苔癬、限局性強皮症、早期ケロイド及びケロイド防止が記載され、副作用として、皮内投与時に局所組織の萎縮による陥没が現れることがある旨が記載されている。

4 主な争点

本件の主な争点は、次のとおりである。

- ① X 主張症状が生じているか
- ② 本件施術と X 主張症状発生との間に因果関係があるか
- ③ 本件施術の目的不達成により Y 2 の過失が推定されるか
- ④ 本件施術において PRP に b-FGF を添加した過失及びその用量が多すぎた過失があったか
- ⑤ 本件施術に当たり Y 2 に説明義務違反があったか

三 争点の検討

- 1 争点①及び②（X 主張症状が生じているか、本件施術と X 主張症状発生との間に因果関係があるか）について

裁判所は、施術前後の写真の比較、平成24年8月以降のケナコルトの注入、D3 医師が記載した診療録には「やや硬くはりつくようなしこり」という記載があること、本件 MRI 画像では、両側頬部脂肪層に索状物があることが確認でき、医師が X に対し、この索状物はおそらく癒痕化したものと思われる旨を述べたこと、という認定事実から、「遅く

とも同年8月頃には、本件部位に軽度の膨らみ及びしこり（以下「本件症状」という）が生じ、これが現在も存在するものと認められる。そして、上記(2)の医学的知見（筆者注：本件療法には、過剰な膨らみ、しこり、硬結、凹凸等の副作用を生じさせる危険がある）を踏まえれば、本件症状は、本件療法によって生じ得るとされる副作用の内容と整合して矛盾せず、その発症時期は本件施術から約7か月後であり、他に発症原因があることをうかがわせる的確な証拠もないことからすれば、本件症状は本件療法によって生じたものとして、両者の間には因果関係があると認められる。」と判示した。

本争点に関し、Y1及びY2は、本件症状が生じていることを否定し、また、本件症状及び本件MRI画像で確認された索状物がケナコルト注入の副作用によるものである旨主張していた。しかし、本件症状がb-FGFに起因するものであるとすると、一般的には副作用は数か月後に生じることが多いため、施術から7か月後に本件症状が生じたことと矛盾せず、また、ケナコルトは長期持続型のステロイドであり、炎症や瘢痕化を抑える作用があることからすれば、本件症状や本件MRI画像で確認された索状物は、ケナコルトの注入によるものではないとの医師の見解もある（注2）。したがって、写真やMRI画像という客観的な証拠や医学的知見を踏まえた上で、本件施術と本件症状の間に因果関係を認めた本判決の判断は、妥当であると評価してよいであろう。

2 争点③(本件施術の目的不達成によりY2の過失が推定されるか)について

(一) 通常の医療について

医療（診療）契約の法的性質については、準委任契約説、請負契約説、無名契約説などがあるが、裁判例及び多数説は準委任契約説に

立つとされる（東京地判昭和46年4月14日下民集22巻3・4号372頁等）。これは、医療においては、生体反応の個人差や多様性が前提とされており、治療による避けがたい合併症や副作用を生じるおそれも否定しがたいことなどから、医師としては、患者の治癒（仕事の結果）を約束することは通常不可能で、それゆえ、医師は、その高度な医学的専門知識を活かし、いわゆる医療水準に基づいた適切な診療を行うことが求められているためといわれている（注3）。

このように、医療契約の法的性質を準委任契約とすると、医師が患者の疾病の治療などで通常行う診療・治療行為において負う義務は、臨床医学の実践における医療水準にしたがった適切な診療・治療を実施する義務（手段債務）であって、患者の疾病の治癒や患者の身体の安全などの一定の効果や結果の発生または一定の悪しき結果発生の回避を目的としてなされるというよりは、医師として最善を尽くすという性格を強く持つことになる（札幌地判昭和52年4月27日判タ362号310頁、山形地判昭和60年11月11日判タ586号76頁等）。

（二）美容医療の医療行為該当性

美容医療は、通常の医療と異なり、患者に疾病が存在せず、患者の「美しくなりたい」という主観的な願望を満足させるために行われるという特徴がある。そこで、そもそも美容医療は「医療行為」に該当するのかが議論されてきた（注4）。医療行為については、これを直接規定する法律の条文はない。しかし、医師法第17条は「医師でなければ、医業をなしてはならない。」と規定し、この「医業」とは、「当該行為を行うに当たり、医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為（医行為）を、反復継続する意思をもって行うこと」とされており（注

5)、この「医行為」と医療行為は同義であると解されている。したがって、美容医療においても、医師が手術など患者の身体への侵襲行為を行い、人体に危害を及ぼすおそれがある以上、美容医療が医行為（医療行為）に該当すると解することに問題はないであろう。

(三) 美容医療の特異性

美容医療が医療行為に該当するとしても、美容医療においては患者の疾病が存在せず、患者は正常な健康体であるにもかかわらず、より美しくなりたいという主観的願望を満足させるために専ら美容を目的として行われることから、美容医療は通常の医療に対して、①医学的適応性（必要性）が乏しいこと、②緊急性が乏しいこと、③専ら手術を受ける者の主観的願望を満足させるための一定の効果や結果の発生が期待されていること、という特異性を有している（注6）。この美容医療の特異性や、医師の側で一定の効果や結果の達成を宣伝文句として積極的に掲げて患者の来院を誘引し、患者も quality of life の趣旨から一定の効果や結果が生じることを意図して受診をしていることが多いという美容医療契約締結の経緯及び同契約締結の際の医師と患者の意思から、美容医療は、手段債務というよりは、結果債務としての側面を強く持っているとし、訴訟の場面においては、患者側が意図した結果が実現しなかったことを主張立証すれば、医師の債務不履行（不完全履行）が事実上推定されるとする有力な見解がある（注7）。しかし、美容医療においても、通常の医療と程度差があり得るとしても、身体に対する侵襲行為が不可欠であること、生体反応の個人差や多様性があること、合併症ないし副作用の危険があることなどは通常の医療と異ならない。したがって、美容医療においても、医師の負う債務は基本的には手段債務であり、通常の医

療と同様、当該施術が医療水準を満たしたものであるかが問題となると解するのが妥当であろう。このように、美容医療において医師の負う債務を手段債務とする場合には、意図した結果が実現しなかったという一事をもって医師の過失を推定することはできず、医療水準に照らし、当該具体的な事情の下で医師の注意義務違反が認められるかを検討することになる。

(四) 当裁判所の判断

裁判所は、「美容外科の施術に係る診療契約を締結した医師は、患者の美容上の目的を達成するため、患者の主観的願望の満足に向けて細心の注意を払って適切に施術すべき注意義務を負うものと解されるが、人間の生体反応には個人差や多様性があるために、期待された結果が実現されず、予期しない悪しき結果が生じることが避けられない場合があるといえるから、悪しき結果が生じたことから直ちに手技上の過失等があったと推定されると解するのは相当ではない。美容外科の施術等に関する過失の有無も、一般の医療行為と同じく、適応判断や手技等が医療水準に適ったものであるか否かに基づいて判断するのが相当である。医療水準に適った医療行為が行われたものの、避け難い合併症が発生したときは、それについて過失があるとはいえず、説明義務違反が問題となるに止まるものと解される。」と判示し、美容整形の医療に関しても、医師の債務の性質は手段債務であるとして、目的不達成による過失の推定を否定した。

3 争点④(本件施術においてPRPにb-FGFを添加した過失及びその用量が多すぎた過失があったか)について

(一) PRPにb-FGFを添加した過失について

(1) 添付文書との関係

Y2は、本件施術に際し、フィブラストスプレーを適応外使用し、また添付文書に記載された用法（潰瘍面への噴霧）と異なる用法（皮下への注入）で使用した。

ところで、医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律（薬機法）第52条1項の規定により、医薬品は、これに添付する文書又はその容器若しくは被包に、当該医薬品に関する最新の論文その他により得られた知見に基づき用法、用量その他使用及び取扱い上の必要な注意等が記載されていなければならないとされているが、この医薬品に添付される文書が一般に添付文書又は能書と呼ばれるものであり、添付文書は、いわば医薬品の説明書といえることができる。また、厚生労働大臣の許可を受けた医薬品の製造販売業者は、個々の医薬品を製造販売することについても、厚生労働大臣の審査、承認を受けなければならないが（同法14条1項）、その審査は、医薬品の成分、分量、用法、用量、効能、効果、副作用その他の品質、有効性及び安全性に関する事項について行われ（同条2項）、承認を受けようとする製造販売業者は、臨床試験の試験成績に関する資料等を添付して申請しなければならない（同条3項）。そして、この臨床試験の過程でみられた副作用等が使用上の注意として、添付文書に記載されることとなる。したがって、添付文書は、副作用等に関する最新の知見に基づいた使用上の注意が記載されているものとして位置づけることが可能である（注8）。

なお、医薬品の添付文書の記載内容について、薬機法52条自体には詳細な規定が置かれておらず、具体的な記載要領等については、厚生労働省の通知によっている（注9）。

この添付文書の記載に従わなかったことと医師の過失との関係が問題となった判例としては、最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁（以下「平成8年判例」という）があるが、本件のように医薬品を適用外使用する場合にも、平成8年判例の射程が及び、医師の過失が推定されるかが問題となる。

(2) 平成8年判例の判旨

平成8年判例は、添付文書の記載に従わなかった医師の過失について、「医薬品の添付文書（能書）の記載事項は、当該医薬品の危険性（副作用等）につき最も高度な情報を有している製造業者又は輸入販売業者が、投与を受ける患者の安全を確保するために、これを使用する医師等に対して必要な情報を提供する目的で記載するものであるから、医師が医薬品を使用するに当たって右文章に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定されるものというべきである。」と判示した。

(3) 当裁判所の判断

裁判所は、「平成8年判例の趣旨につき検討するに、医薬品の製造販売をしようとする者（以下「製造業者等」という）は、その製造販売についての厚生労働大臣の承認を受けなければならないところ（医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律14条1項）、その承認時の主な審査事項として、当該医薬品がその申請に係る効能又は効果を有するかどうかが挙げられる（同条2項3号イ）。上記申請を受けようとする者は、申請書に臨床試験の試験成績に関する資料等を添付しなければならない（同条

3項)。製造業者等は、医薬品の添付文書に、当該医薬品に関する最新の論文その他により得られた知見に基づき、用法、用量、使用及び取扱い上の注意等を記載し、これを厚生労働大臣に届け出なければならない（同法52条1項1号、52条の2第1項）。上記「その他により得られた知見」の主なものとして、承認申請時の臨床試験の試験成績に関する資料により得られた知見等が挙げられるといえる。

以上の規定等によれば、医薬品の製造業者等は、当該医薬品について、その承認時の審査対象となった効能又は効果を得るために使用する場合（以下「適応内使用」という）を前提に、実施した臨床試験の試験成績や収集した論文等に基づき検証した結果として、用法、用量、使用及び取扱い上の注意等を添付文書に記載するものといえる。

平成8年判例は、医薬品の危険性については、製造業者等が前記検証の過程で最も高度な情報を有するに至っているといえることから、その製造業者等が添付文書に記載した使用上の注意に、医師が特段の合理的な理由がないのに従わなかったときは、当該医師の過失が推定されるとしたものと解されるどころ、前記検証は医薬品を適応内使用した場合を前提に行われたものといえる。

そうすると、医薬品を適応外使用する場合については、製造業者等が、前記検証をしているとはいえ、添付文書においてその場合の用法等に言及しているともいえないから、平成8年判例の趣旨は及ばないものと解すべきである。したがって、医師が医薬品を適応外使用したことや、その場合に添付文書に記載された用法等に従わなかったことをもって、当該医師の過失が推定される

とはいえない。

もっとも、医薬品を適応外使用する場合、その安全性については、製造業者等による前記検証がされていないのであるから、当該医薬品を適応内使用する場合よりも慎重に検討しなければならないものといえる。その意味で、医薬品を適応外使用したことは、医師の過失の有無をより慎重に判断すべき事情の1つになり得るものの、前記ウ（筆者注：上記「そうすると」以下の段落）のとおり、それにより医師の過失が推定されるとはいえない。」と判示した。

(4) 本判決と同旨の裁判例

本判決と同旨の裁判例としては、東京地方裁判所平成16年4月27日判タ第1211号214頁がある。同裁判例は、ドルミカムを添付文書の「用法」に記載されていない、せん妄患者に適応外使用することが許されるかという争点について、「添付文書は、医薬品の副作用等につき最も高度な情報を有している製造業者等によって患者の安全を確保するために記載されるものといえることができる。そうすると、医師は、添付文書に記載された使用上の注意事項に十分留意し、原則として、これを守らなければならないことは当然であるといえるべきである。

もっとも、特定の患者の特定の疾患、症状及び状態に対する医薬品の選択は、医師の専門的知見及び経験に裏付けられて行われるものであり、医薬品の使用を含め、医師が行う治療の内容は、その性質上医師の合理的裁量にゆだねられているといえるべきである。

そして、医学の進歩等により、医薬品に対する評価は変わることがあり得るし、投与を受ける患者の個体差、病態の程度等は千差万別であるから、添付文書に記載された使用上の注意とは異なっ

た取扱いをすることに十分な合理的理由がある場合もあり得ると考えられる。また、具体的な医療環境、医療条件の下で患者の生命を守るためにあえて危険を冒して治療行為を行うことも、合理的処置として是認される場合もあり得ると考えられる。そうすると、医薬品の添付文書に記載された事項は、原則として、これを遵守しなければならないが、しかし、このことは、その記載事項のすべてについて、必ずしも絶対的な要請であるとまでいうことはできない。

このように考えると、例えば添付文書において併用禁止が明示されているときなどのように、当該使用方法が、添付文書による指示に明示的に違反する場合はともかく、適応外使用であるという一事のみをもって、直ちに当該使用を注意義務違反と断ずることはできないというべきである。」と判示した。

同裁判例に対しては、広い意味では添付文書の指示に反したといえなくもないが、少なくとも明示的な指示に反しているわけではなく、他の医学的知見等を参照しながら、医師の具体的な注意義務を決していくことが適当な事案と思われると評する見解があるが(注10)、この見解も本判決と同じ立場に立つものであるといえるであろう。

(二) 本件施術の医療水準適合性について

(1) 美容医療の医療水準

一般に、医療水準(医学的知見)を認定するための資料としては、医学雑誌や各種ガイドラインなどがあげられる。しかし、美容医療は比較的歴史が浅く、日本美容外科学会(注11)の会誌等で各種の論文が発表されたり、学会が開かれるなどして議論が交わされ

たり、成書において各美容整形施術の方法がまとめられるなどして、あるべき施術の方向性が共有されているようではあるが、専門家が集って議論し、各医療の有効性や安全性を検討した上でまとめられるガイドラインは存在しないようである。裁判例においても、成書や医学雑誌、問題となる美容整形を施した病院の前医や後医に対する尋問等によって医学的知見を獲得しているようであるが、美容医療における医療水準の認定は、しばしば困難な問題となり得るとされる（注12）。

(2) 当裁判所の判断

本件でも、裁判所は、施術前後の日本美容外科学会の会報をはじめとする多数の文献や美容クリニックのウェブサイト上の情報を具体的に検討し、「本件施術前には、学会で複数の医師により本件療法が推奨されていた一方で、本件療法の実施自体を否定する確たる知見が公表されていたとはいえ、本件施術後には、本件療法が広く実施され、学会で複数の医師により本療法が推奨されているものといえる。

そして、Y2は、大学時代に自ら行っていたb-FGFの研究、本件療法を実施していた他の美容外科医師からの情報、自ら身内や知り合いに本件療法を試行した結果等を踏まえて、b-FGFの使用量等につき試行錯誤をしながら、本件療法を約100例実施した後に、本件施術を行っている。

これらによれば、Y2による本件施術については、フィブラストスプレーを適応外使用する場合であるから、それを適用内使用する場合と比べて慎重に適応や副作用の有無を検討したうえで実施すべきであるとの前記(1)エの事情（筆者注：二3（一）(3)で引用する

判決文の「もっとも」以下の段落)を考慮しても、当時の医療水準に適合した本件療法を実施したものというべき」と判示した。

(3) 本判決の問題点

過失は、行為当時の医学的知見等に基づき判断されるべきであるから、原則として、当該診療行為より後に公表された資料を医療水準の認定に用いることはできないとされている。しかし、本判決においては、文献やウェブサイト上の情報等は、本件施術日を基準にしてその前後に分類された上で、それぞれにおいて検討を加えられている。そして、本判決は、本件施術より後に公表された文献やウェブサイト上の情報等のうち、本件施術に否定的なものについては、医師の過失を裏付けるために用いることはできないとしたが、本件施術に肯定的なものについては、医師の過失を否定するための資料として採用している。この点については、議論のあり得るところであり、私見としても、過失の有無が将来の知見に左右されることに疑問を持たないではないが、のちに正しいとされた診療を先取りしていたという意味で、そのような資料を過失の否定方向に用いることはできるとしたものと考えられるとの指摘がある(注13)。

(三) b-FGFの使用量が多すぎた過失があったか

(1) 当裁判所の判断

裁判所は、美容外科医師向け雑誌や学会のプログラム・抄録集によるb-FGFの使用量の検討に加え、「①Y2が、本件施術前に本件療法を述べ100例くらい実施した経験を有していたこと、②本件療法を開始した頃から身内や知り合いへの試行等を通じてb-FGFの使用量等につき試行錯誤を繰り返してこれを定めていったこと、

③本件施術の際には、部位ごとに皮膚の厚さ等を考慮して、注入する深さや注入する本件溶液の量を調整していたこと、④本件施術の直後に施術部位をマッサージし、Xに帰宅後も自らマッサージをするよう指導していたことが認められる。

以上によれば、本件施術における b-FGF の使用量が過剰であったとはいえ、また本件施術における Y2 の施術方法に不適切な点があったともいえない。」と判示した。

(2) 本判決の問題点

裁判所が採用した美容外科医師向け雑誌や学会のプログラム・抄録集は、本件施術日以降に公表されたものであったことから、ここでもまた資料の妥当性が問題となり得る。また、約100例という Y2 の本件療法の実施数が、治験の場合と比較して少なすぎるという指摘もある。

4 争点⑤(本件施術に当たり Y2 に説明義務違反があったか) について

(一) 通常の医療における医師の説明義務について

医師が患者に対して説明義務を負うことについて、判例・学説とも異論は見られない。医師の説明義務についての判例には、次のようなものがあるが、これらによれば、医師の説明義務の内容は、①病名と病状、②治療方法・内容、③その治療に付随する危険性、④他に選択可能な治療がある場合はその内容と利害得失、⑤予後等ということになる。

①最判昭和56年6月19日 集民第133号145頁(頭蓋骨陥没骨折の傷害を受けた患者の開頭手術を行う医師といわゆる説明義務の範囲)

「原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては、頭蓋骨陥

没骨折の傷害を受けた患者の開頭手術を行う医師には、右手術の内容及びこれに伴う危険性を患者又はその法定代理人に対して説明する義務があるが、そのほかに、患者の現症状とその原因、手術による改善の程度、手術をしない場合の具体的予後内容、危険性について不確定要素がある場合にはその基礎となる症状把握の程度、その要素が発現した場合の対処の準備状況等についてまで説明する義務はないものとした原審の判断は、正当として是認することができる。」

- ②最判平成13年11月27日 民集55巻6号1154頁（乳がんの手術に当たり当時医療水準として未確立であった乳房温存療法について医師の知る範囲で説明すべき診療契約上の義務があるとされた事例）

「医師は、患者の疾患の治療のために手術を実施するに当たっては、診療契約に基づき、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断（病名と病状）、実施予定の手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明すべき義務があると解される。」

（二）美容医療に関する医師の説明義務について

医学的適応性（必要性）や緊急性に乏しく、違法性を阻却するのに依頼者本人の主観を拠る所とする美容整形では、依頼者の自己決定に必要なかつ十分な判断材料を提供し、その承諾を有効なものとするため医師に課される説明義務の内容・程度が加重されるのはむしろ当然といえとされる（注14）。裁判例においても、美容医療の特異性や、通常は施術前に時間的な余裕が十分にあること等から、美容

整形医療に関する医師の説明義務について、通常の説明よりも詳しい説明を求めるものが多く、過去の裁判例もその多くは認容例となっている。しかも、単に美容整形の特異性を強調するだけでなく、あるべき説明義務の態様をより具体的に示すもの(①)や、括弧書きとはいえ、手術を諦めるよう患者を説得することも検討すべきとするもの(④)などがある。また、詳細な説明を行うため、ただ書面を交付しただけでは足りないとするものもある(②)。

- ①広島地判平成6年3月30日 判タ877号261頁(鼻の段差をなくす美容整形手術を実施した医師に説明義務違反による損害賠償責任を認めた事例)

「一般に治療行為は患者の身体に対する侵襲行為であるところ、美容整形は、その医学的必要性・緊急性が他の医療行為に比して乏しく、また、その目的がより美しくありたいという患者の主観的願望を満足させるところにあるから、美容整形外科手術を行なおうとする医師は、手術前に治療の方法・効果・副作用の有無等を説明し、患者の自己決定に必要かつ十分な判断材料を提供すべき義務があるというべきである。そして、実際に外科手術を行うについては、患者において右のように判断材料を十分に検討・吟味したうえで手術を受けるかどうかの判断をさせるように慎重に対処すべきであって、それは場合によっては説明と手術を日を変えて行なうという位の慎重さが要求されて然るべきである。

殊に、本件においては、原告の希望は鼻の段を取りたいというやや特殊なものであり、しかも原告は、当初は段になっている部分の骨を削って段を除去したいという具体的な希望を表明し

たものであり、これに対して被告は骨を削るという方法を勧めずに鼻根骨の上下に真皮を挿入するという方法を提案したものであるが、真皮を挿入するという方法自体、他の医師は余りやっていない特殊なやり方であり、しかも程度はともあれ左腰背部に傷痕を残すことになるのであるから、特にその点については詳しく説明をするべきであったというべきである。また、鼻の段をとりたいが、鼻を高くしたり大きくしたりすることは困るという原告の希望が表明されているのであるから、この点についても被告がしようとしている手術がどのようなもので、これによって原告の希望が満たされるかどうかの点について十分に説明をし、しかるのちに原告が手術をするかどうか、するとしてどのような方法を選択するか等の決定させるべきであった。

しかるに、被告は前記認定のとおり、とるべき真皮の大きさについても述べず、傷痕についてはなるべく小さく切るから残りはするが、四、五年も経てばきれいになると述べ、また手術の効果についても明確・具体的には示さず、「可愛くしてあげる」等の極めて主観的な表で（筆者注：原文のまま）示したものであるから、酬（筆者注：原文のまま）は不十分、不正確であり、義務を尽くしたとは認めがたいところである。

そうすると、被告は過失により右説明義務を怠ったものというべきである。」

- ②東京地判平成9年11月11日判タ986号271頁（重験術の修整手術の結果、施術の効を奏せず、睫毛の外反が生じた場合において、手術の危険性等についての医師の患者に対する説明義務違反の過失が認められた事例）

「生命、健康の保持等を目的とするのでなく、単に、より美しくなりたいという施術依頼者の願望に基づいて実施される美容整形手術においては、身体に対する侵襲を伴う施術を実施し得る根拠は、専ら施術依頼者の意思にあり、したがって、当該施術を行うかどうかの決定は、ひとえに依頼者自身の判断に委ねられるべきものである。

したがって、美容整形手術の依頼者に対し、医師は、医学的に判断した本人の現在の状態、手術の難易度、その成功の可能性、手術の結果の客観的見通し、あり得べき合併症や後遺症等について十分な説明をした上で、その承諾を得る義務があるといわなければならない。

もとより、右説明は、必ず口頭でされなければならないものではなく、必要な説明が記載された書面を依頼者に閲読させることによっても不可能ではないが、専門的知識を有しない通常の施術依頼者に対しては、説明を要する事項について十分な理解が得られるように、率直、かつ分かり易い説明を工夫すべきものであり、単に注意事項を列挙した書面を交付するだけで事足りりとすることはできない。」

- ③東京地判平成15年4月22日判タ1155号257頁（陰茎（男性器）の美容形成手術を受けた後、著しい瘢痕に悩み、勃起不全や不眠などを訴えて約8か月後に自殺した男性につき、手術ミスを否定し、医師の説明義務違反を認めたが、自殺との相当因果関係は否定した事例）

「手術は、個人の身体に対する侵襲であるから、手術をするか否かを決定するにあたっては、原則として、その者の意思が尊

重されるべきである。とりわけ、美容形成手術の場合には、その目的は極めて個人的な美醜の判断や好みを前提として、その主観的な願望を満足させるところにあり、これを施行する医学的必要性や緊急性のない場合がほとんどであるから、美容形成手術を受けるか否かを自己の任意の意思に従って決定するにあたっては、その前提として、当該美容形成手術に関する正しい情報、すなわち、手術の具体的な内容、成功の見通し、手術後患部が治癒するまでに要する時間、その間に通常生じる患部の状況の変化、術後の管理の方法、発生が合理的に予想される危険性や副作用等について適切な情報が必要であることは多言を要しないところであるから、美容形成手術を他人に勧めたり、その手術を担当しようとする医師は、その手術を受けさせる前に、その手術を受けようとする者に対して、できる限り多くの上記情報を提供して説明すべき義務（以下「説明義務」という。）を負っているというべきである。

しかも、美容形成手術を受けようとする者は、Aがそうであったように、雑誌やインターネット等で美容形成手術の広告記事を読み、その手術に危険性はなく、簡単かつ短期間で満足が得られると考えて、手術を受けようと決意することが多いのではないと思われるが、このような者は、手術を受けようとする身体の部位について、一般の人よりも強いコンプレックスとこだわりを抱いているからこそ、そのような美容形成手術を受けようとしているものと思われる。したがって、仮に、手術によって主観的に期待しているような効果が得られないときには、手術の本来の目的とは逆に、より一層強いコンプレックスを抱いて

しまう危険性があることも容易に推測しうるところであるから、これらの手術を施行しようとする美容形成外科の医師は、これらの特殊事情にも配慮した上で、上記のような当該手術の利害得失を個々の患者の希望や特性に即して丁寧かつ具体的に説明すべき法的義務があるというべきである。」

- ④東京地判平成17年1月20日判タ1185号235頁（4回目の豊胸手術を実施しても効果が期待できず、危険性も非常に高いということについて担当医師に説明義務違反があり、損害との間に因果関係があるとされた事例）

「豊胸手術のような美容整形手術は、疾病や外傷に対する治療と異なって緊急性や必要性が低い手術であり、患者が有する一定の美容目的を達成するために実施するものであるから、医師としては、患者に対し、当該手術を受けるか否かの判断に必要な情報を十分提供する必要がある、実施しようとする手術の概要とともに、その利点のみならず、生じうる合併症についても十分な説明をすべき義務がある。」

「本件第4回手術を乳腺下インプラント挿入術の方法で実施するのは、効果が期待できないだけでなく、危険性も非常に高いものであったと認められるから、B医師としては、原告に対し、乳腺下インプラント挿入術の概要や乳腺下インプラント挿入術を実施する場合に通常予想される合併症や危険性のみならず、本件第4回手術を乳腺下インプラント挿入術の方法で実施しても効果が期待できず、危険性も非常に高いということを説明すべき義務を負っていたというべきである（場合によっては、原告に対し、これ以上の手術をあきらめ、インプラントを抜去することを

説得することも検討すべきであった。)」

「ところが、B医師は、食塩水バッグを入れる位置が従来とは異なり乳腺の直下で大胸筋の上になること、前回の手術に比べて特別な危険は生じないこと、大胸筋下インプラント挿入術と比較して特にメリットはないが、現在大胸筋の下は固くなった被膜が存在するので、新しい部分に入れることで成功率が高いことなどを説明したと供述し、手技を図示した記載などが診療録に存在するが、本件第4回手術を実施しても効果が期待できず、危険性も非常に高いということについては一切説明しておらず、この点に説明義務違反があるというべきである。」

(三) 当裁判所の判断

裁判所は、以下の事実を認定事実とした。

ア Xは、平成23年1月7日、Aクリニックを受診し、Y2に対し、両目の下の小じわに悩んでいる旨を相談した。

イ Y2は、その改善のための方策として、ヒアルロン酸の注入と本件施術を対比しながら次の(ア)、(イ)のように説明した。その際、XとY2はテーブルに向かって並んで座っており、Y2が診療録に記載をしながら説明し、Xからはその記載が見える状態であった。

(ア) ヒアルロン酸の効果は3～6か月程度持続する。一方、本件施術の効果は1年程度持続する。本件施術の後、施術部位に凹凸が出ることがあるため、それを予防するため、注入後に施術部位をマッサージする。また、何度も注射をすることなどから、痛いというデメリットもある。本件施術では、自分の血小板を含むPRPにb-FGFを添加する。それにより血管

新生が促され、しわが目立たなくなる効果が増強される。

(イ) Y2は、上記(ア)の説明をしながら、診療録に、①「凹凸
でることがある」、②「注入後マッサージ」、③「FGF」、④「血
管新生」と記載し、上記①に下線を引き、上記③に二重下線を
引いてその周囲を7回程度丸で囲み、上記④の周囲を1回丸
で囲んだ。

ウ Xは上記イの説明を聞いた上で本件施術を受けることに同意
し、本件施術を受けた。

そのうえで、裁判所は、「認定事実によれば、Y2は、本件施
術に先立ち、本件施術の内容、方法、効果に加え、本件施術を
した場合に施術部位に凹凸が出るなどの副作用のリスクがあるこ
とについて、診療録に記載して下線を引くなどして相当程度強
調しながら説明したところ、Xは、それらの説明を理解し、そ
の上で本件施術を受けることに同意したものと認められるから、
Y2は、本件施術に関する説明義務を履行したものと解される。

これに対し、Xは、本件施術は、①フィブラスプレーを適
応外使用するものであり、②研究途中の治療であり、③治療効
果が未確定であり、④副作用のリスクを伴うことが指摘されてお
り、⑤長期にわたる安全性が未確認であり、⑥確実な副作用対
策が確立されていなかったのであるから、Y2は、それらのこと
を説明すべきであったと主張する。

しかし、本件施術当時、学会で複数の医師により本件療法が
推奨されていた一方、本件療法の実施自体を否定する確たる知
見が公表されておらず、本件療法が当時の医療水準に適合する
ものであったと解されることは、前記認定判断のとおりである

から、上記①、②、③及び⑤の各事項を説明する義務があったとは解されない。また、Y2がXに対し、上記④の点を説明したと認められることは前記(2)イ(イ)のとおりであり、その説明には上記⑥の内容を含むものと解されるから、この点について説明義務違反があったとはいえない。」と判示した。

(四) 説明方法についての注意点

- (1) 医師の患者に対する説明方法については、「診療情報の提供等に関する指針の策定について（平成15年9月12日医政発第0912001号厚生労働省医政局長通知）」により、大きく変わり、その後「美容医療サービス等の自由診療におけるインフォームド・コンセントの取扱い等について（平成25年9月27日医政発0927第1号厚生労働省医政局長通知）」（以下「平成25年通知」という）において、美容医療サービスにおけるインフォームド・コンセントに関して特に留意すべき事項が定められた。もっとも、これらの通知においても、いわゆる「説明・同意書」の取り交わしが義務付けられているわけではないが、美容外科を受診する患者の場合、施術後の期待が大きく、医師がリスクを説明しても耳に入らないことがあるため、口頭での説明では不十分なことがある。したがって、のちに説明義務違反を問われないためにも、説明した内容を文章化した「説明・同意書」を作成し、患者と同じものを共有するなどすることが重要である。「説明・同意書」により、診療記録等の改ざんの疑念を晴らすことができたり、患者もいったん「説明・同意書」を持ち帰って冷静な頭で読み返し、最終判断ができるといった利点もあるといわれている（注15）。

- (2) 平成25年通知においては、「即日施術の必要性が医学上認められ

ない場合には、即日施術を強要すること等の行為は厳に慎まれるべきであること。やむを得ず即日施術を受けることを希望する者については、十分に当該即日施術の説明を行うとともに、当該即日施術を受けるかどうか熟慮するために十分な時間を設けた上で、当該即日施術を実施しなければならないこと。」が定められている。したがって、この点からも、美容医療においては、通常の医師の説明義務よりも慎重な対応が求められていることになる。

- (3) また、「手術を受けようとする患者が、手術を受けるか否かという意思決定を適切に行うためには、キャンセル料が発生するよりも相当期間前に、必要とされる術前説明が尽くされていなければならないというべきであって、手術実施当日になって、実施予定の手術について適切な説明が行われたとしても、説明義務の履行としては、不十分なものと言わざるを得ない。」と判示する裁判例もある。(注16)

美容医療に関する医師の説明義務は、その内容及び方法について、通常の医療の場合より加重されていることに注意しなければならない。

四 むすび

美容医療には、これまでみてきたように、①医学的適応性(必要性)が乏しいこと、②緊急性が乏しいこと、③専ら手術を受ける者の主観的願望を満足させるための一定の効果や結果の発生が期待されていること、という大きな特異性がある。そのため、過去の裁判例においても、施術を行う医師の説明義務違反に対して厳しい態度で臨む傾向がある等、通常の医療とは異なった特徴がある。

しかし、美容医療も、医師が手術など患者の身体への侵襲行為を行い、人体に危害を及ぼすおそれがあることについては、通常の医療と何ら変わりがない。むしろ、美容医療においてはガイドラインが存在せず、医療水準の認定が困難であることや、自由診療のため治療費が高額なことが多いことからすれば、通常の医療の場合以上に、患者の生命・身体・財産や自己決定権に対する侵害が懸念されるということもできる。

本判決では、医師の注意義務違反及び説明義務違反が否定されたが、美容医療の上記①から③の特性からは、美容医療においては患者の重要な法益を侵害することのないよう、医師に対し様々な面で慎重な対応が求められているといえよう。

(島田佳子)

(注1) 国民生活センターと全国の消費生活センターをネットワークで結び、消費者から消費生活センターに寄せられる消費生活に関する苦情相談情報(消費生活相談情報)の収集を行っているシステムのこと <http://www.kokusen.go.jp/pionet/>

(注2) 医療判例解説 vol.67.p.63

(注3) 上田元和「美容整形医療を巡る諸問題」福田剛久ほか編『最新裁判実務大系2 医療訴訟』(青林書院、2014) 565頁

(注4) 廣瀬美佳「美容整形の医療過誤」太田幸夫編『新・裁判実務体系1 医療過誤訴訟法』(2000年、青林書院) 362頁

(注5) 「医師法第17条、歯科医師法第17条及び保健師助産師看護師法第31条の解釈について(通知)」(平成17年7月26日医政発第0726005号) 参照

(注6) 西田幸典「美容整形術についての術前説明義務(1)」甲斐克則ほか編著『医事法判例百選 第2版』(2014年、有斐閣) 73頁他

(注7) 中村哲「医療訴訟の実務的課題-患者と医師のあるべき姿を求めて-」(2001年、判例タイムズ社) 114頁

- (注8) 菅野雅之・樺山倫尚「添付文書」前掲『最新裁判実務大系2』327頁
- (注9) 平成9年4月25日薬発第606号厚生省薬務局長通知「医療用医薬品添付文書の記載要領について」及び同第607号厚生省薬務局長通知「医療用医薬品の使用上の注意記載要領について」（以下、二つを合わせて「旧局長通知」という）によれば、医薬品の添付文書に記載される主要な内容は、①警告②禁忌③組成・性状④効能又は効果⑤用法及び用量⑥使用上の注意⑦薬物動態⑧臨床成績⑨薬効薬理であった。なお、旧局長通知は、平成29年6月8日薬生発第1号厚生労働省医薬・生活衛生局長通知「医療用医薬品の添付文書等の記載要領について」により廃止され、同通知の内容をもって代えられることとなった（平成31年4月1日施行予定）。
- (注10) 菅野・樺山・前掲336頁
- (注11) 2017年11月現在、「日本美容外科学会」という名称の学会は、「一般社団法人日本美容外科学会(JSAPS)」と「日本美容外科学会(JSAS)」の二つがある。
- (注12) 上田・前掲575頁
- (注13) 判例タイムズ第1424号219頁
- (注14) 廣瀬・前掲370頁
- (注15) 医療判例解説 vol.67.p.64
- (注16) 東京地判平成25年2月7日判タ1392号210頁

裁判所による譲渡制限株式の売買価格の決定 と財源規制

会社法部

〔会社法部〕

* 目 次

一 結論	36	5. 具体例	39
二 学説	36	6. 財源規制に服するとする 学説	40
1	36	7. 財源規制に服しないとする 学説	41
2	36	8. 財源規制に服しないとした場 合に発生する問題	43
3	36	四 要約	46
三 財源規制に服しないとする見解 に対する反論	37	1	46
1	37	2	46
2	37	3	47
3	38		
4	38		

一 結論

裁判所による譲渡制限株式の売買価格の決定に関する会社法144条3項にも、財源規制の制約（会社法461条）があると解する。

なお、本稿は、東京弁護士会会社法部としての見解ではなく、筆者の個人的見解である。

二 学説

この問題について正面からコメントした文献は少ない。

1. 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社非訟』75頁「第7章 株式売買価格決定申立事件」（以下〔類型別会社非訟〕という）、大阪商事研究会著『実務ガイド 新・会社非訟 会社非訟事件の実務と展望【増補改訂版】』223頁「第5章 株式売買価格決定申立事件」、池田浩一郎・田伏岳人・深山徹・本井克樹著『会社非訟申立ての実務＋申立書式集』190頁などは、会社法461条の適用が無いとしている（以下「不適用説」という）。
2. 前田庸著『会社法入門 第12版』173頁および弥永真生著『リーガルマインド会社法〔第12版〕』64頁は、財源規制が及ぶとするが、144条3項に関しても財源規制が及ぶとするものか否かは、明らかではない。
3. 財源規制が及ぶと明言する文献は、筆者の調査した範囲では見つからない。

三 財源規制に服しないとする見解に対する反論

1. 財源規制に服しないとする見解である〔類型別会社非訟〕85頁(ウ)は、「株式売買価格決定手続において、対象株式の評価の総額が取得財源の規制に違反する売買価格となることが見込まれる場合に、売買価格をどのように決定すべきかが問題となる。この点、財源規制が導入された平成6年改正商法(204条ノ4第6項)について、財源規制は資本充実の観点から設けられたものであり、客観的な事情に基づいて算定した売買価格が財源規制枠を超過するからといって、その枠内におさまる額の売買価格を決定することは許されないと解されていたところであり(法務省民事局参事官室編『一問一答 平成6年改正商法』〔商事法務研究会、1994〕154頁)、会社法の解釈としても同様であろう。」と、主張する。
2. 確かに、商法に関する法務省民事局参事官室編『一問一答 平成6年改正商法』〔商事法務研究会、1994〕(以下〔一問一答〕という)154頁の「Q116 新商法204条ノ4第6項の規定は、裁判所が株式の売買価格を決定する際の判断要因となりますか。」という質問に対して、「A 裁判所が、商法204条ノ4第1項の請求により株式の売買価格を決定するについては、買受人が売渡請求をした時(商204ノ3I)における会社の資産状態その他一切の事情を斟酌することを要することとなっています(商204ノ4II)。この売買価格は、買受人が株式の売渡請求をした時における株式の客観的な交換価格であるため、売買価格の決定の際に斟酌される事情も、客観的に妥当な株式の評価をすることができるものに限られます。新商法204条ノ4第6項は、会社の資本充実の観点から設けられた規定で、株式の客観的な評価を左右

するような性質を持つものではありません。したがって、裁判所は、株式の売買価格を決定する際に、客観的な事情に基づいて算定した売買価格が法定の財源規制枠を超過することとなる場合、そのような決定を下すと、売買契約が無効となり、それまでの手続が無駄になるというような配慮をして、その規制枠内におさまる額の売買価格を決定することは許されないこととなります。」と回答がなされている。

3. なるほど、会社法144条3項は「裁判所は、前項の決定をするには、譲渡等承認請求の時における株式会社の資産状態その他一切の事情を考慮しなければならない。」となっているところ、商法204の4第2項は「前項ノ決定ヲ為スニ付テハ裁判所ハ第二百四条ノ三第一項ノ請求ノ時ニ於ケル会社ノ資産状態其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌スルコトヲ要ス」となっており、文言上はほとんど同じである。

4. しかし、以下に述べるとおり商法と会社法とは規定の仕方が大きく違うので、商法204条の4第6項の解釈を会社法に持込むのには、問題が存する。

(一) すなわち、商法には、①裁判所の決定額が財源規制に違反することがあり得ることを前提とした、財源規制に違反する売買価格が裁判所により決定されれば売買は成立しなかったものとみなされる旨の条文（商法204条の4第6項）と、②上記①の場合には株式の譲渡につき取締役会の承認があったものとみなされる旨の条文（商法204条の4第7項）が存在する。

(二) その結果、商法では、上記及び後述の5（一）のように財源規制に違反する売買価格が裁判所により決定されたとしても、発行会社が財源規制枠に違反した売買価格を株主に支払うことはあり得ない。

- (三) それに対して、会社法では上記(一)①②の趣旨の条文がないので、〔類型別会社非訟〕の解釈によれば、発行会社が株主に対し財源規制に違反する売買価格を支払うことがあり得る。そのような解釈は、資本の充実を損なうものと言わざるを得ない。
- (四) なぜ上記のように改正されたかについて、立案担当者が執筆した文献(相澤哲ほか著『論点解説 新・会社法』、相澤哲編著『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』、相澤哲編著『別冊商事法務 No.295 立案担当者による 新・会社法の解説』)にも記載が存しない。

5. 具体例

- (一) まず、商法では、次のようになる。
- (1) 甲が自己の有する A 株式会社(以下「A 社」という)の株式を、乙に売却しようと思い、A 社に対し株式譲渡承認請求(商法204条の2第1項)をし、その際、「乙への譲渡を A 社が承認しない場合、『譲渡の相手方』を指定すること」を甲が A 社に請求し、それに対して、A 社が譲渡承認をせず、A 社を「譲渡の相手方」として指定したとする(商法204条の2第5項)。
- (2) 売買価格につき協議が調わず、A 社または甲が売買価格の決定を裁判所に請求したとする(商法204条の4第1項)。そのときの A 社株式の分配可能額を100、買取請求の対象となる株式の客観的時価を300とする。商法は裁判所の決定する売買価格が分配可能額(商法204条の3の2第5項)を超えることを認めているので、裁判所が300と評価することは許される(商法204条の4第6項、〔一問一答〕154頁)。その場合は A 社・甲間の売買が成立しないものとみなされ(商法204条の4第6項)、甲・乙間の株式譲渡承認がされたものとみなされる(商法204条の4第7項)。

(3) したがって、甲は A 社に対して裁判所が決定した売買代金300を請求することはできない。端的に言うと、商法下では A 社が甲に対して分配可能額を超えた売買代金を支払うことはあり得ない。

(二) 会社法では、次のようになるとと思われる。

(1) 甲が自己の有する A 株式会社（以下「A 社」という）の株式を、乙に売却しようと思い、A 社に対し株式譲渡等承認請求（会社法136条）をしたとする。その際、「乙への譲渡を A 社が認めない場合、『譲渡の相手方』を指定すること」を、甲が A 社に対して請求し（会社法138条1号）、それに対して、A 社が承認をせず、A 社を「譲渡の相手方」として指定したとする（会社法140条1項）。

(2) A 社または甲が裁判所に売買価格の決定の申立てを請求したとする（会社法144条2項）。そのときの分配可能額が100、買取請求の対象となる株式の客観的時価が300だとする。

この場合に裁判所が300という価格決定をするのか、100という価格決定をするのが問題となる。それが、本稿の課題である。

(3) [類型別会社非訟]によれば、300になる。筆者は、以下で述べるように100が正しいと考える。

6. 財源規制に服するとする学説

上記5.の設例の場合、A 社と甲が協議により売買価格を決める場合には分配可能額に関する会社法461条462条の適用があるのにもかかわらず、裁判所が後見的に売買価格を定める場合に同条の適用がない、というのは常識に反し、合理的ではない。

また、商法の場合には、204条の4第6項第7項のような規定があるが、会社法にはそのような条文がないので、以下述べるように会社法461条の適用があると解するべきである。

7. 財源規制に服しないとする学説

- (一) (1) 会社法461条の適用がないとした場合には、上記5. の具体例(二)において300という結論になり、資本充実の原則に反する結果となることを懸念してか、〔類型別会社非訟〕86頁は「取得財源の規制に違反すると見込まれる株式売買価格が決定された場合、譲渡等承認請求者が、株式会社との間の対象株式に係る売買契約を解除できると解すると、解除により、株式会社が譲渡を承認する旨の決定をしたものとみなされることになる(会145条3号、会施規26条3号)」としている。
- (2) しかし、〔類型別会社非訟〕は、「株式会社との間の対象株式に係る売買契約を解除できると解すると、」としながら、「解除できる」法的根拠を明らかにしていない。〔類型別会社非訟〕は、A社の債務不履行を原因とする譲渡等承認請求者の民法541条による解除を想定しているのであろうか。
- (3) 小出一郎弁護士は、江頭憲治郎、中村直人編著『論点体系 会社法1 総則、株式会社I』491頁において「株式会社は、裁判所の決定に基づく株式取得だったとしても財源規制を遵守しなくてよいことにはならないから、結局、財源規制違反となることが見込まれる売買価格であれば履行できず、債務不履行となって、譲渡等承認請求者から売買契約を解除されることとなる。その結果、当初の譲渡承認請求が承認されたものとみなされる(145条3号、会社則26条3号)」と述べている。
- (4) A社が債務不履行をすれば、甲は民法541条による解除をすることができる。甲がA社との間の売買契約を解除すれば、株式会社が譲渡を承認する旨の決定をしたものとみなされることになる(会

社法145条3号、会社法施行規則26条3号) (弥永真生著『コンメンタール 会社法施行規則・電子公告規則〔第2版〕』182~183頁)。

(5) しかし、甲がA社の債務不履行を理由とする解除権を行使するとは限らない。

すなわち、裁判所が300と決定したのでその額を支払う義務がある(会社法144条4項)と業務執行者が考え、300を譲渡等承認請求者に支払うかもしれない。この場合には、債務不履行はない。

また、仮に譲渡等承認請求者に解除権があるという無理な解釈をしたとしても、譲渡等承認請求者が何等かの理由により解除権の行使をしないかもしれない。

(二) 会社法145条3号、会社法施行規則26条3号の類推適用

上記(一)に関して「会社が買い取る場合には、買取額は分配可能額を超えてはならない(461 I ①)。分配可能額を超える買取り(自己株式取得行為)は全部無効であり、この場合には145条3号、会社法施行規則26条3号を類推適用して取得を承認する旨の会社の決定が擬制される、と解すべきであろう。この点につき、平成17年改正前商法は、裁判所が決定した売買価格が配当可能利益を超えるときには、売買は成立しなかったものとみなし(同法204ノ4 VI)、取締役会の承認決議を擬制していた(同条VII)。(山下友信編『会社法コンメンタール3-株式(1)』416頁〔山本為三郎著〕)という学説がある。

会社法145条3号、会社法施行規則26条3号を類推適用するというが、それらは会社に債務不履行があり、株主が会社との間の売買契約を解除した場合に「譲渡承認したものとみなされる」というものである。ところが、会社に債務不履行がないのに、これを類推適用して「取得を承認する旨の会社の決定が擬制される」とするのは、類推解釈の限

界を超えるものと言えよう。

8. 財源規制に服しないとした場合に発生する問題

不適用説をとると、後述の(二)のような難しい問題が発生する。その観点からも、不適用説には問題がある。

後述(二)で裁判所が財源規制を超えた売買価格の決定をしたケースについて論じるが、その前に、譲渡等承認請求者と会社の代表取締役が協議(会社法144条1項)により財源規制を超えた売買価格を決定した(一)のケースについて検討する。

(一) 株式の客観的時価が300、分配可能額が100だった場合、譲渡等承認請求者と会社の代表取締役が協議して売買価格を300と定めたケース

(1) 会社が譲渡等承認請求者に300を支払った場合

この場合、譲渡等承認請求者は会社に対して300支払う義務がある(会社法462条1項、461条1項1号)。ちなみに会社法462条により、譲渡等承認請求者が返還義務を負うのは、会社法464条465条とは違い、「超過額」ではなく「交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭」である。

業務執行者は、300支払う義務が存するが、無過失であることを立証すれば免責される(会社法462条2項)。非上場会社の株式の客観的時価がいくらであるかを判断するのは容易ではないが、分配可能額が100であることは容易に計算できるので、それにもかかわらず300支払った場合に業務執行者が無過失を立証するのは、困難だと思われる。その結果、業務執行者も支払う義務を負う可能性が高い。支払った業務執行者は、譲渡等承認請求者が分配可能額を超えたことを知っていた場合は、譲渡等承認請求者に対して求償できる(会社法463条1項)。

(2) 会社が譲渡等承認請求者に300を支払っていない状態の場合

譲渡等承認請求者が会社に対して300を支払うことを請求したところ、会社が支払わないために譲渡等承認請求者が会社を被告として300支払えという訴えを提起した場合、受訴裁判所はどのような判決を下すべきであろうか。

次の三つが考えられる。

第1は、300支払うと約束したのだから、300支払えという判決にすべきという考え方である。ちなみに、取得財源規制に違反する自己株式取得に関して無効説と有効説とが存するところ、無効説は、有効説をとれば、上記結論になることを前提に有効説を批判している（江頭憲治郎著『株式会社法 第7版』259頁）。

第2は、300が時価であるが分配可能額が100であるところ、300を支払えと判決することは会社法461条の強行法規に違反するので、分配可能額である100を支払えという判決にすべきという考え方である。

第3は、仮に300支払った場合には会社法462条1項により譲渡等承認請求者に300の支払義務が発生し、手元に何も残らないので、それとのバランス上、0すなわち請求棄却という判決にすべきという考え方である。

仮に、上記第1の考え方により300支払えという判決が下されたので、会社の業務執行者がそれに従って300を任意に支払った場合についても、業務執行者は分配可能額が100であることを容易に知り得るので、会社法462条の支払義務が存する可能性が高いものと思われる。業務執行者はそれを免れるためには、譲渡等承認請求者の強制執行に任せ、自分に関与しないほかはないものと思われる。

上記第2、第3の立場をとった場合には、判決が下された後に会社法462条の問題は生じず、不都合は存しない。

(二) 次に、本稿の課題である、裁判所が売買価格を300と決定したケースについて検討する。

(1) 会社が300を支払った場合

裁判所が300と決定した場合、上記(一)(1)で述べた譲渡等承認請求者と会社の代表取締役が協議して定めた場合と違いはあるのであろうか。

商法では300と決定した場合、4.(一)で述べたように譲渡等承認請求者と会社との間の株式売買契約が無効となり(商法204条の4第6項)、譲渡承認の効果が発生するが(商法204条の4第7項)、会社法にはそのような規定がないので、あまり違わないと解される。

そう解すれば、(一)(1)と同様、300の支払を受けた譲渡等承認請求者と業務執行者には300の支払い義務(会社法462条1項、461条1項1号)が存することになる。「裁判所が売買価格を決定した場合は会社法461条と462条の適用がないとする条文」は存しないほか、上記義務が存しないと解する法的根拠が存しないからである。ちなみに、裁判所が売買価格を定めた決定には即時抗告(会社法872条5号)をすることはできるが、確定しても既判力は存しない。

そうであれば、〔類型別会社非訟〕が述べるように裁判所が売買価格を時価の300と決定しても、結局譲渡等承認請求者は何の支払も受けないのと同様の結果になるので、300だと裁判所が決定する意味がないと思われる。

(2) 裁判所は300と決定したが、会社がそれを未だ支払っていない場合
上記決定には既判力等の拘束力がないので、(一)(2)と同様に

結論が分れるものと思われる。すなわち、譲渡等承認請求者が会社を被告として300支払えという訴えを提起した場合、第1には300支払えという判決になるとする説、第2には100支払えという判決になるとする説、第3には請求棄却になるとする説が考えられる。

ただ、第1の300支払えという判決になるとする説、については、(一) (2) の第1について述べた理由のほか、会社法144条4項に「第一項の規定にかかわらず、第二項の期間内に同項の申立てがあったときは、当該申立てにより裁判所が定めた額をもって第四百四条第一項第二号の対象株式の売買価格とする。」と定められていることも追加の理由としてあげられるかもしれない。

四 要約

1. [類型別会社非訟] は、[一問一答] を根拠として、裁判所による譲渡制限株式の売買価格の決定に関する会社法144条3項について、会社法461条1項の適用がないとしている。しかし、商法と会社法とは、条文の構成が違うので、会社法461条1項の適用がないとすれば、3.8.で述べたように、妥当でない結論になったり、解釈が難しい点が多々存する。
2. 一方、会社法144条3項の「株式会社の資産状態その他一切の事情」の中に会社法461条1項も入ると解すれば、妥当な結論となる。すなわち、裁判所は分配可能額の100と決定する。その額を譲渡等承認請求者が受領すれば、譲渡等承認請求者に会社法461条462条の支払義務は存しない。また会社が支払わない場合に譲渡等承認請求者が会社を被告として訴えを提起すれば、100の認容判決となる。

3. ただ、譲渡等承認請求者としては時価が分配可能額を大幅に超える場合、安い値段で株式を買取られることになる。しかし、自己株式取得についても財源規制が及ぶと法に定められている以上、やむを得ないものと言える。

ちなみに、自己株式の取得については、①取得条項付株式、取得請求権付株式のように財源規制に違反すると自己株式取得自体が無効となるもの、②会社法461条462条の適用があるもの、③譲渡等承認請求者には支払義務はなく、過失のある業務執行者にもみ支払義務があるもの（会社法464条）、④合併の反対株主の買取請求等、財源規制の及ばないもの、があり、本稿の対象は②である。

譲渡承認を求めるときに会社法138条1号ハの買取請求をした場合、会社が会社以外の買取人を指定すれば時価で買取ってもらえるが、会社が買取る場合は分配可能額の限界がある。したがって、分配可能額が時価より大幅に低い場合、譲渡等承認請求者としては、現金化はできないけれども、会社法138条1号ハの買取請求をしないことも選択肢の一つとなろう。

以上

〔高村隆司〕

〔参照条文〕

商法第二〇四条の二【株式の譲渡制限】

①株式ノ譲渡ニ付取締役会ノ承認ヲ要スル場合ニ於テハ株式ヲ譲渡サントスル株主ハ会社ニ対シ譲渡ノ相手方並ニ譲渡サントスル株式ノ種類及数ヲ記載シタル書面ヲ以テ譲渡ヲ承認スベキコト又ハ之ヲ承認セザルトキハ他ニ譲渡ノ相手方ヲ指定スベキコトヲ請求スルコトヲ得

②株主ハ前項ニ規定スル書面ヲ以テ為ス請求ニ代ヘテ政令ニ定ムル所ニ依リ会社ノ承諾ヲ得テ其ノ書面ニ記載スベキ情報ヲ電磁的方法ニ依リ提供スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ其ノ株主ハ同項ノ規定ニ依ル請求ヲ為シタルモノト看做ス（平成一三法一二八本項追加）

③前項ノ株主ガ第二百三十二条第二項ノ承諾ヲ為シタル者ナル場合ニ於テハ会社ハ其ノ承諾ニ係ル株主總會ノ会日ノ属スル營業年度ノ決算期ニ関スル定時總會ノ終結ニ至ル迄ノ間ハ正當ノ事由アルニ非ザレバ前項ノ承諾ヲ為スコトヲ拒ムコトヲ得ズ（平成一三法一二八本項追加）

④第一項ノ承認ノ請求アリタル場合ニ於テ讓渡ヲ承認セザルトキハ会社ハ其ノ旨ヲ其ノ請求ノ日ヨリ二週間内ニ同項ノ株主ニ対シ書面ヲ以テ通知スルコトヲ要ス（平成二法六四本項追加）

⑤第一項ノ指定ノ請求アリタル場合ニ於テ讓渡ヲ承認セザルトキハ取締役会ハ他ニ讓渡ノ相手方ヲ指定スルコトヲ要ス此ノ場合ニ於テハ其ノ旨ヲ其ノ請求ノ日ヨリ二週間内ニ第一項ノ株主ニ対シ書面ヲ以テ通知スルコトヲ要ス

⑥会社ハ第四項又ハ前項ニ規定スル書面ヲ以テ為ス通知ニ代ヘテ政令ニ定ムル所ニ依リ株主ノ承諾ヲ得テ此等ノ書面ニ記載スベキ情報ヲ電磁的方法ニ依リ提供スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ其ノ会社ハ第四項又ハ前項ノ規定ニ依ル通知ヲ為シタルモノト看做ス（平成一三法一二八本項追加）

⑦第四項ノ期間内ニ同項ノ通知ガ為サレザルトキハ第一項ノ株式ノ讓渡ニ付取締役会ノ承認アリタルモノト看做ス第五項ノ期間内ニ同項ノ通知ガ為サレザルトキ亦同ジ（昭和一法八三本条追加、平成二法六四本条改正）

商法第二〇四条ノ三【指定された者の先買権】

①前条第五項ノ規定ニ依リ指定セラレタル者ハ同項ノ通知ノ日ヨリ十日内

ニ同条第一項ノ株主ニ対シ書面ヲ以テ同項ノ株式ヲ自己ニ売渡スベキ旨ヲ請求スルコトヲ得（平成二法六四本項改正）

②前条第二項ノ規定ハ前項ニ規定スル書面ヲ以テ為ス請求ニ之ヲ準用ス（平成一三法一二八本項追加）

③第一項ノ請求ヲ為スニハ最終ノ貸借対照表ニ依リ会社ニ現存スル純資産額ヲ発行済株式ノ総数ヲ以テ除シタル額ニ前条第一項ノ株式ノ数ヲ乗ジタル額ヲ会社ノ本店ノ所在地ノ供託所ニ供託シ且之ヲ証スル書面ヲ第一項ノ書面ニ添付スルコトヲ要ス

④第二項ノ場合ニ於テハ前項ニ規定スル供託ヲ証スル書面ハ第二項ニ於テ準用スル前条第二項ノ電磁的方法ニ依ル情報ノ提供ニ際シ之ヲ提出スルコトヲ要ス（平成一三法一二八本項追加）

⑤前条第七項ノ規定ハ第一項ノ請求ガ同項ノ期間内ニ為サレザル場合ニ之ヲ準用ス（平成二法六四本項改正）

⑥第一項ノ請求アリタルトキハ株主ハ一週間内ニ第三項ノ供託所ニ株券ヲ供託スルコトヲ要ス此ノ場合ニ於テハ遅滞ナク第一項ノ請求ヲ為シタル者ニ供託ノ通知ヲ為スコトヲ要ス

⑦前項ノ供託ガ同項ノ期間内ニ為サレザルトキハ第一項ノ請求ヲ為シタル者ハ売買ノ解除ヲ為スコトヲ得（昭和四一法八三本条追加）

商法第二〇四条ノ三ノ二【会社が譲渡の相手方に指定された場合】

①第二百四条ノ二第五項ノ規定ニ依リ取締役会ガ会社ヲ譲渡ノ相手方ニ指定シタル場合ニ於テハ会社ガ前条第一項ノ請求ヲ為スニハ第三百四十三条ニ定ムル決議ニ依ルコトヲ要ス

②前項ノ決議ハ第二百四条ノ二第五項ノ通知ノ日より三十日内ニ之ヲ為スコトヲ要ス

- ③第一項ノ決議ニ付テハ第二百四条ノ二第一項ノ株主ハ議決権ヲ行使スルコトヲ得ズ
- ④第一項ノ決議ニ付テハ前項ノ規定ニ依リテ行使スルコトヲ得ザル議決権ノ数ハ出席シタル株主ノ議決権ノ数ニ之ヲ算入セス
- ⑤第一項ノ会社ガ前条第一項ノ請求ヲ為スニハ同条第三項ノ規定ニ依リ供託スベキ額ガ最終ノ貸借対照表上ノ純資産額ヨリ第二百九十三条ノ五第三項第一号乃至第四号ノ金額及同条第一項ノ規定ニ依リ分配シタル金銭ノ額ノ合計額ヲ控除シタル残額ニ同条第三項第五号乃至第七号ノ金額ヲ加算シタル額ヲ超エザルコトヲ要ス（平成一五法一三二本項改正）
- ⑥第一項ニ規定スル場合ニ於テハ前条第一項ノ期間ハ第一項ノ決議ノ日ヨリ之ヲ起算ス
- ⑦第一項ノ会社ガ前条第一項ノ請求ヲ為シタル場合ニ於テハ売買価格ハ第五項ノ規定ニ依リ算定シタル額ヲ超ユルコトヲ得ズ（平成一三法七九本項改正）
- ⑧第二百四条ノ二第七項（承認があつたとみなされる場合）ノ規定ハ第二項ノ期間内ニ第一項ノ決議ナカリシ場合ニ之ヲ準用ス（平成六法六六本条追加）

商法第二〇四条ノ四【売買価格ノ決定】

- ①第二百四条ノ三第一項ノ請求アリタル場合ニ於テ売買価格ニ付協議調ハザルトキハ当事者ハ同項ノ請求ノ日ヨリ二十日内ニ裁判所ニ対シ売買価格ノ決定ヲ請求スルコトヲ得
- ②前項ノ決定ヲ為スニ付テハ裁判所ハ第二百四条ノ三第一項ノ請求ノ時ニ於ケル会社ノ資産状態其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌スルコトヲ要ス
- ③第一項ノ期間内ニ同項ノ決定ノ請求ナキトキハ第二百四条ノ三第三項ノ

規定ニ依リ供託シタル額ヲ以テ売買価格トス

- ④株式ノ移転ハ代金ノ支払ノ時ニ其ノ効力ヲ生ズ
- ⑤株式ノ売買価格ガ第二百四条ノ三第三項ノ規定ニ依リ供託シタル額ヲ超エザルトキハ売買価格ガ確定シタル時ニ代金ノ支払アリタルモノト看做ス
売買価格ガ供託シタル額ヲ超ユル場合ニ於テ代金中供託シタル額ニ相当スル部分ニ付亦同ジ
- ⑥前条第一項ノ会社ヨリ第二百四条ノ三第一項ノ請求アリタル場合ニ於テ裁判所ノ決定スル売買価格ガ前条第五項ノ規定ニ依リ算定シタル額ヲ超ユルトキハ売買ハ成立セザリシモノト看做ス（平成六法六六本項追加）
- ⑦第二百四条ノ二第七項（取締役会ノ承認があつたとみなされる場合）ノ規定ハ売買価格ト供託シタル額トノ差額ニ相当スル金額ノ支払ナキ為株主ガ売買ノ解除ヲ為シタル場合及前項ノ規定ニ依リ売買ガ成立セザリシモノト看做サレタル場合ニ之ヲ準用ス（平成二法六四、平成六法六六本項改正）

高度技術者の移籍制限に関する 独占禁止法上の考察

独占禁止法部

* 目 次

一	はじめに	124	(四)	米国司法省及び裁判所の 見解	131
二	引き抜き防止協定の実態	125	2	不正な取引方法	133
	1 引き抜き防止協定の意義	125	(一)	共同の取引拒絶	133
	2 各業界における引き抜き防 止協定の実態	125	(二)	優越的地位の濫用	134
	(一) プロ野球における引き抜き 防止協定	125	四	各業界での引き抜き防止協定制 限に関する法的考察	135
	(二) 芸能界における引き抜き防 止協定	126	1	プロ野球における引き抜き 防止協定についての法的分析	135
	(三) IT 業界における引き抜き 防止協定	127	(一)	形式的分析	135
三	引き抜き防止協定について法的 分析	128	(二)	実質的分析	135
	1 不当な取引制限	128	2	芸能界における引き抜き防止 協定についての法的分析	137
	(一) 典型的なカルテルと購買カ ルテルの違い	128	(一)	形式的分析	137
	(二) 購買カルテルに対する公取 委の姿勢	129	(二)	実質的分析	138
	(三) 購買カルテルと適法なカルテ ルとの区別に関する学説	130	3	IT 業界における引き抜き防 止協定についての法的分析	140
			(一)	形式的分析	140
			(二)	実質的分析	140
			五	まとめ	141

一 はじめに

公正取引委員会（以下「公取委」という）事務総局競争政策研究センターは平成29年7月に人材と競争政策に関する検討を行うため、「人材と競争政策に関する検討会」を開催することを発表した。企業と雇用契約を結ばずに働くフリーのプロフェッショナルな人材らの労働環境改善に向け、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独禁法」という）の適用可能性を検討するようである。力関係の差を背景に企業が転職制限をかけたたり引き抜き防止協定を結んだりして人材を囲い込む恐れがあるためだ。生産性の高いプロ人材が働きやすい環境を整備することは日本の国際競争力強化にも欠かせない。すでにアメリカにおいては Adobe Systems Inc. らに対する件や eBay Inc. らに対する件において、司法省がライバル企業同士の引き抜きに関する制限協定を違法とする旨の判決が出ているほか、引き抜き防止協定の締結など一定の行為が反トラスト法に違反する旨のガイドラインが公表されている（司法省等）。

そこで、本稿では、国内のプロフェッショナル人材の引き抜き防止協定の実態につき調査したうえで、同協定に関し独禁法の適用可能性を理論面から検証し、過去の審決例・ガイドライン・海外の裁判例とガイドラインを紹介しつつ、それぞれの職域における引き抜き防止協定の独禁法上の問題点につき当職の考えを示したいと思う。なお、本稿は、当職の拙稿原案に東京弁護士会独占禁止法部の部員からご意見いただいた内容を反映させたものであるものの、同部の意見としてではなく、当職の個人的意見を申し上げたものに過ぎないことを付言させていただく。

二 引き抜き防止協定の実態

1 引き抜き防止協定の意義

引き抜き防止協定に正確かつ一般的な定義はないものの、独禁法上の観点からあえて定義づけるならば、ある職域における技術者の採用市場において、事業者が他の事業者との間で、技術者の報酬・報酬上限・契約条件等を合意すること（いわゆる報酬固定協定“wage-fixing agreement”）、及び、他の事業者との間で、それぞれ他の事業者に在籍する技術者と契約を結ぶことを控え、もしくは、当該技術者に対し自社と契約を締結するよう唆すことを控えることを合意すること（いわゆる非勧誘協定“no poaching agreement”）を意味する。

米国司法省が発表したガイドラインによれば、報酬固定協定及び非勧誘協定は事業者間で直接締結するか否か、第三者を通じて締結するか否かを問わず、当然違法となる旨が説明されており、例外的に施設を共同で使用しているようなジョイントベンチャー等については、当然違法原則を適用しない旨が案内されている。

それでは、日本国内においては上記のような引き抜き防止協定は存在するのであろうか。現在又は過去に締結された引き抜き防止協定を概観する。

2 各業界における引き抜き防止協定の実態

(一) プロ野球における引き抜き防止協定

日本国内において最も明確・広範・厳格に引き抜き防止協定を結んでいるのはプロ野球であると考えられる。すなわち、日本国内において唯一のプロ野球事業は所属する12球団が全て拘束を受ける日本プロフェッショナル野球協約（2016）に基づき運営されているところ、

同協約第73条1項は「全保留選手（注1）が、他の球団から契約に関する交渉を受け、又は契約を締結し、そのために保留球団との公式交渉を拒否する疑いのある場合、保留球団は他の球団及びその選手を相手とし、コミッショナーへ提訴することができる。」と定め、同条2項において違反球団に対する制裁が定められているほか、選手自身に対しても68条1項で「全保留選手は、外国のいかなるプロフェッショナル野球組織の球団をも含め、他の球団と選手契約に関する交渉を行い、又は他の球団のために試合あるいは合同練習等、全ての野球活動をする事は禁止される。」と拘束をかけている。加えて、プロ野球12球団は、新人選手の契約金の最高標準額は1億円と出来高5000万円と申し合わされているので、日本プロ野球においては形式的には報酬固定協定と非勧誘協定の両方がなされていると言える。

（二）芸能界における引き抜き防止協定

芸能界における引き抜き防止協定は古くは松竹株式会社ほか4社が俳優の出演料対策や新出映画製作会社への防衛策として、5社間で俳優の引き抜きを禁じる五社協定が締結された事件を上げることができる（注2）。また、「独占禁止法をめぐる芸能界の諸問題」（星野陽平氏）によれば、近年では「大手芸能事務所が加盟する業界団体でタレントの引き抜きを禁じていると言われている。」「独立したタレントを起用しようとするテレビ局などに対し、タレントの引き揚げや共演拒否等をチラつかせながら、業界を挙げて圧力をかけ、出演させないようにする。」「大手芸能事務所とマスメディアが一体化し、タレントが独立すると、マスメディアが一斉にバッシング報道を浴びせる。」等の指摘がなされている（注3）。また、裁判例（東京地判平成28年1月28日、判タ1438号231頁）では、複数芸能事務所間での引き抜き

防止協定ではないものの、芸能人が他の芸能事務所に移籍する際は、移籍前の事務所に移籍料を支払わなければならない旨の契約条件が合意されていた契約書が紹介されている。このような契約条件が芸能界での一般的な条件となっているならば、移籍先の芸能事務所は移籍料の負担を回避するため、芸能人の引き抜きをお互いに控えることになるのかもしれない。移籍禁止と移籍料（違約金）支払条項が芸能界の常識となっているならば、明確な合意はなくとも、黙示の引き抜き防止協定が存在していると認定することも不可能ではないものと思われる。

（三）IT 業界における引き抜き防止協定

IT 業界において表だって引き抜き防止協定を企業間で締結したという裁判例や事件報道は今のところなされていない。アメリカにおいては既に紹介した通り、eBay 等の IT 企業が引き抜き防止協定を締結したことにつき、司法省がシャーマン法違反を理由に提訴する事態となっている。日本の IT 業界においても、IT 企業同士の業務委託（下請）契約内で引抜防止の特約を見かけることもあり、優秀な技術者の確保のため引き抜き防止協定が締結されたとしても不思議ではないが、むしろ優秀なフリーランスは企業に所属せず、仕事をも自由に選択できる状況にあるのではないか。現状においては、むしろ引き抜いた企業が引き抜かれた企業に対し不法行為責任を負うかといった議論や競業避止義務（退職後の競業避止義務を含む）の有効性などが論点になっているように感じられる。

三 引き抜き防止協定について法的分析

1 不当な取引制限

(一) 典型的なカルテルと購買カルテルの違い

独禁法第2条6項は不当な取引制限を「事業者が、契約、協定その他何らの名義を持ってするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」と定義づけ、同法第3条でこれを禁止している。不当な取引制限として摘発の対象になる行為はカルテルや入札談合といった、商流上は川下での競争制限行為が多い。

上述の報酬固定協定や非勧誘協定といった引き抜き防止協定は通常の製造業等に置き換えて考えると資材の調達競争の制限にあたるので、購買カルテルに分類されるものと思われる。ここに購買カルテルとは、一般に、原料や資材を仕入れる際の購入価格や購入条件を事業者間で取り決めることを意味する。通常のカルテルが商品の価格や工事の代金を高値安定させる目的で、事業者等が自分達の提供する商品やサービスの価格や条件を取り決めるものに対し、購買カルテルは調達コストを低く抑えることを目的としている点に特徴がある。すなわち、各事業者は本来であれば技術者に対し他の事業者よりも良い条件の報酬を示し合うことにより、最も良い条件を示した事業者が他社よりも良い技術を確保することになるのが正常な競争であると言えるが、引き抜き防止協定が存在することにより協定参加者は協定が存在しない時よりも少ないコストで技術者を確保で

きる一方で、技術者はより良い条件を求める機会を不当に奪われることになる点で、競争が歪められる結果となる。ただ、カルテルや入札談合といった典型的な取引制限と異なり、末端消費者への競争制限による被害は及びにくいのが、間接的なものにとどまり、競争制限の直接的効果は技術者個人の損害に帰結してしまうことが多いのが特徴といえる。また、大量購入・共同購入により価格を引き下げることがは実務上よく見られることであり、かえって購買量を拡大することにもつながるので、常に競争制限的と解釈されているわけではないと思われる。

(二) 購買カルテルに対する公取委の姿勢

公取委においても、購買カルテルに対しては謙抑的な姿勢を持っているものと思われ、過去に購買カルテルが摘発された事案は少ない(牛乳価格共同交渉事件・勧告審決昭49・5・22、羊蹄山麓アスパラガス振興会事件・勧告審決昭40・6・23)。近年の事例としては、和歌山県の梅干し加工業者が農家から梅の購入価格を抑えるために購入価格のカルテルを結んでいたことに対して、公取委がこのような購買カルテルをやめるよう警告を行った事例や、地方自治体が売却する溶融メタル等の購入代金のカルテルが結ばれた事案で、排除措置命令に加え課徴金納付命令も出された事例を上げることができる(溶解メタル購入カルテル事件(排除措置命令・課徴金納付命令平20・10・17))。

なお、購買カルテルが共同事業としてとらえることができる場合、公取委の「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針(事業者団体ガイドライン)」は参考になるものと思われる。すなわち、同ガイドラインは「共同事業には、単独では大企業に対抗できない中小企業者による法律に基づく協同組合が有効な競争単位を形成するために行

う共同経済事業や事業者団体が構成事業者の本来の事業内容ではない社会文化活動等について行う共同事業等、競争促進的な効果を持つもの又は競争と直ちに関係のないものも多い」とする一方、「共同事業は、その事業内容の範囲において事業者団体が単一の事業主体となつて行う事業として市場における競争に影響を与えうるところであり、また、参加する個々の事業者の事業活動の制限につながるおそれもあるところであつて、その内容、態様等によっては、」独占禁止法上問題になる余地があるとしている。そして、独占禁止法上問題となりうるか否かについては、共同事業の内容、共同事業参加事業者の市場シェアの合計等、共同事業の態様を総合的に勘案するとしている。この共同事業の内容の中で、共同購入は共同販売や共同生産と同様、「その対象となる商品又は役務の価格、数量や取引先等の重要な競争手段について決定されることとなるため、他の種類の共同事業に比べて独占禁止法上問題となる可能性が高い」とされている。また、原則として違法とならない共同事業の類型として、参加事業者の市場シェアの合計が低い共同事業、顧客の利便等のための共同事業、競争への影響の乏しい共同事業が例示されている。

(三) 購買カルテルと適法なカルテルとの区別に関する学説

ところで、違法な購買カルテルとそうではない共同購入との区別は困難と言わざるを得ないが、学説によれば「商品・役務の購入市場においても、購入者が互いの間での競争を停止し、購入価格や購入数量を一定水準に決定する場合には市場支配力が発生しうる。これを、ここでは買い手市場支配力と称することとする。買い手市場支配力が行使されると、競争が保たれている状態よりも低い価格で、より少ない数量でしか取引は成立し得ないから、死重損失（競争制限のた

めに実現しなかった取引に係る資源配分上の非効率性、または厚生上の損失)が発生する。」と指摘され、違法な購買カルテルの指標として「第1に、当事者が買い手市場支配力を行使しうるほどの地位を当該購買市場において占めているかどうかが挙げられる。ここでは、当事者が購買市場に占める合計市場占拠率、買い手市場支配力行使に対してインプット供給者が代替的販売先をどれだけ確保できるか、あるいは、インプット供給からの撤退がどれだけ容易か、購入市場における競争者が買い手市場支配力の行使に乗じてどれだけ購入量を拡大しうるかといった諸点に関わってくる。第2の指標は、共同購入事業の参加者が代替的な購入ルートをどれだけ許容されているかである。ここでも共同販売の場合と同様に、純粋に大量・一括購入による効率性の実現のみが共同購入のねらいであるのならば、(一定の購入量さえ確保できていれば)あえて他の購入ルートの利用を妨げる合理的理由は見出しにくい。代替的購入ルートを禁止しなければ利益を上げられないような共同購入の場合には、買い手市場支配力の行使が狙いである可能性が高まる。これらの指標は必ずしも絶対的なものではなく、一応の目安にすぎない。本質的に重要なのは、購入量の拡大を志向する仕組みとなっているかどうかである。」と指摘されている(注4)。

(四) 米国司法省及び裁判所の見解

米国においては、IT技術者につき、大手IT企業による技術者の引き抜き防止協定が2010年頃(平成22年頃)から問題となり、実際にアドビシステムズ(Adobe Systems Inc.) (注5)やイーベイ(eBay Inc.) (注6)等に対し、司法省が提訴し、いずれも裁判所により引き抜き防止協定を禁じる旨の同意判決(Consent Judgment)が下

されているほか、2016年（平成28年）10月にはプロフェッショナル人材に関する独占禁止法ガイダンス（Antitrust Guidance for Human Resource Professionals、以下「米国ガイダンス」という）が発表され、引き抜き防止協定は原則として違法とされている。

米国ガイダンスにおいては、自由で開かれた市場は経済の活性化に不可欠のものであるとし、開かれた市場における事業者間の競争が消費者に低価格で質の良い商品・サービス、幅広い選択肢と技術革新をもたらすのと同じように、事業者による競争は現在及び将来の従業員に高額報酬、より良い福利厚生をもたらすものであるとしている。更に、より競争的な労働力（労働環境）はより良い商品とサービスを生み出すことになるとして、消費者にも競争による利益がもたらされることを理由に、引き抜き防止協定を原則として違法としている。

具体的には、下記の二つの行為はシャーマン法に違反する可能性が高いと指摘している。

記

- ・ 事業者が、他の事業者との間で、従業員の報酬・報酬上限・契約条件等を合意すること（いわゆる報酬固定協定“wage-fixing agreement”）
- ・ 事業者が、他の事業者との間で、それぞれ他の事業者に在籍する従業員と契約を結ぶことを控え、もしくは、当該従業員に対し自社と契約を締結するよう唆すことを控えることを合意すること（いわゆる非勧誘協定“no poaching agreement”）

そして、報酬固定協定及び非勧誘協定は事業者間で直接締結するか否か、第三者を通じて締結するか否かを問わず、当然違法（注7）

となる旨が説明されており、例外的に施設を共同で使用しているようなジョイントベンチャー等（注8）については、当然違法原則を適用しないとされている（おそらく、このような協定については競争制限効果と競争促進効果を検証する合理の原則（注9）を用いて、違法性を判断するものと思われる）。

さらに、米国ガイドラインではある市場の特定の職種に関する未公表の現在及び将来の報酬（報酬予測）に関する情報の交換も違法になる可能性がある指摘する。なお、比較的古い雇用条件等に関し、情報源が特定できない形で、かつ、事業者が個人の雇用条件を判別できないほどに十分なデータを集めた上で、中立な第三者が情報交換を管理する形での情報交換は例外的に適法となる余地があるとしている。

2 不公正な取引方法

上記の通り、基本的に引き抜き防止協定は不当な取引制限の内、購買カルテルと類似の法律構成と分類できるものと思われるが、構成要件的には類似する共同の取引拒絶や優越的地位の濫用と構成する余地もあるものと思われる。

（一）共同の取引拒絶

共同の取引拒絶とは「正当な理由がないのに、競争者と共同して、次のいずれかに該当する行為をすること。1 ある事業者に対し、供給を拒絶し、又は供給に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限すること。2 他の事業者に、ある事業者に対する供給を拒絶させ、又は供給に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限させること。」と定義されており（独禁法2条9項1号）、不公正な取引方法の一類型となるため、効果要件として公正競争阻害性が必

要となる。ただし、「正当な理由がないのに」との規定は、一般的には共同取引拒絶の行為要件を満たす行為が行われた場合、特段の事情がない限りは、公正競争阻害性があると解釈される。不当な取引制限はより高度の競争制限、つまり「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」まで必要なのに比べ、共同の取引拒絶の場合には正当な理由がなく特定の事業者との取引を共同で拒絶することにより成立する余地があり、一定の取引分野という不特定の事業者が複数含まれる市場にまで競争制限の効果が及ばなくてもよい点が特徴と言える。

引き抜き防止協定は、競争関係にある複数の事業者が、包括的にある職種の技術者からの役務の提供を拒絶させ、又は、他の事業者にそのような役務の提供を拒絶させることを合意内容とするものであるので、共同の取引拒絶の行為類型と捉える余地もあると考えられる。

(二) 優越的地位の濫用

優越的地位の濫用とは、「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次のいずれかに該当する行為をすること。イ 継続して取引する相手方（新たに継続して取引しようとする相手方を含む。ロにおいて同じ。）に対して、当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務を購入させること。ロ 継続して取引する相手方に対して、自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること。ハ 取引の相手方からの取引に係る商品の受領を拒み、取引の相手方から取引に係る商品を受領した後当該商品を当該取引の相手方に引き取らせ、取引の相手方に対して取引の対価の支払を遅らせ、若しくはその額を減じ、

その他取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定し、若しくは変更し、又は取引を実施すること。」と定義づけられている（独占禁法2条9項5号）。

引き抜き防止協定では、技術者に対し、ある事業者を退職後も技術者に競業避止義務を負わせるケースが多いものと思われ、このような場合には事業者がその優越性を利用して不当に技術者に不利益な取引の条件を設定したと構成する余地もあるかもしれない（注10）。なお、プロ野球選手に関しては裁判例において事業者性が肯定されているものの（注11）、芸能人やIT系のフリーランスの事業者性が肯定されるかは慎重な検討が必要かと思われる。

四 各業界での引き抜き防止協定制限に関する法的考察

以上では、引き抜き防止協定一般に関する法的分析を試みたが、以下では各業界における引き抜き防止協定につき、個別に法的考察を行う。

1 プロ野球における引き抜き防止協定についての法的分析

（一）形式的分析

既に紹介したとおり、プロ野球においてはある保留選手の移籍は制限されており、球団が他球団の保留選手と契約してはならない旨が明確に合意されているうえ、新人選手に対する契約金は1億円を上限とする申し合わせが存在しており、形式的にみると報酬固定協定と非勧誘協定のいずれをも満たしており、これだけで当然違法と言えそうである。同様に、保留制度は共同の取引拒絶の行為要件も満たしているものと言えよう。

（二）実質的分析

しかしながら、プロスポーツ業界、特にリーグ制を採用する業界に

においては、各球団はスポーツという意味では競争関係にあるものの、各球団の存在なくしてはリーグそのものが成り立たない関係にあり、リーグ存続のためにも競争制限が不可欠な業界であると言え、その実態はジョイントベンチャーと言いうる。米国ガイダンスにおいても、施設を共同で使用しているようなジョイントベンチャーにおいては当然違法原則を採用しないとしていることから、報酬固定協定と非勧誘協定が存在するからと言って、日本のプロ野球における保留制度が当然違法となることについては違和感があると言わざるを得ない。

また、米国の裁判例においても、労働組合が会社に対し団体交渉や争議権の行使を通じ、圧力をかけることにより労使間のバランスの取れた妥協点が見いだせる状況にあるときは独占禁止法の適用を控える法解釈（立法に基づかない独禁法の適用除外“non-statutory labor law exemption”（注12））が確立しており、この理がプロスポーツリーグにも当てはまる旨が判示されている（注13）。日本の独禁法において、立法に基づかない独禁法の適用除外を正面から議論した判審決及び学説はないものと思われる。しかし、形式上は不当な取引制限に該当する事案につき、極めて例外的な場合に、違法性阻却事由を認めることがあるとする最高裁判例（注14）や独禁法違反に対する正当化理由を正面から議論する学説（注15）も存在しており、日本においても、形式上独禁法に抵触する行為につき、労務政策との調和の観点から独禁法の適用を回避する（違法性を阻却する）との解釈も十分可能であると思われる。

他方、前述の学説に当てはめて考えると、日本のプロ野球選手の購買市場に占めるプロ野球12球団の市場占拠率は100%であり、保留制度という買い手市場支配力行使に対し、選手はフリーエージェント選

手(注16)を除き、代替的販売先としてのプロ野球球団を確保することはできず、またプロ野球12球団の各球団はドラフトを通じた選手獲得、フリーエージェント選手、外国人選手との交渉以外には、保留選手に変わる選手の代替的購入ルートを許容されておらず、その目的は買い手市場支配力の行使が狙いであると言わざるを得ず、保留制度及び契約金上限は過去に違法とされてきた購買カルテルと構成要件的には同一に分類できるようにも思える。しかし、近年は日本プロ野球選手会との交渉力も強まると共に、実力のある選手はポスティング制度(注17)などを通じて海外移籍が可能となっており、買い手市場支配力は弱まりつつあるものと思われる。

以上、日本のプロ野球に関しては形式的には不当な取引制限又は共同の取引拒絶に当たる明確な協定が結ばれているものの、実質的なアプローチからすると競争を実質的に制限しているとも、公正競争阻害性があるとも言いきれないと思われ、筆者としては適法と解釈できるものと考えている。

2 芸能界における引き抜き防止協定についての法的分析

(一) 形式的分析

芸能界における引き抜き防止協定はプロ野球のように明確かつ広範に存在しているわけではない。噂の域を出ないものであるが、大手芸能事務所を独立したり、移籍すると、当該大手芸能事務所がテレビ局や広告代理店に圧力をかけ、独立・移籍した芸能人を使用しないよう働きかけることがあるとのことである。前掲の松竹ほか5名に対する件も、各映画製作会社に専属する監督と俳優の引き抜き禁止を合意するものであった。仮に大手芸能事務所が引き抜き禁止を合意しているのであれば形式的には非勧誘協定を締結していることに

なるので、不当な取引制限および共同の取引拒絶の行為要件は充足することになろう。ちなみに、松竹株式会社ほか5名に対する件で(昭和38年3月20日不問決定)では、公取委は松竹らの引き抜き防止協定を共同の取引拒絶(独禁法第19条(一般指定の1))として捉えていたようである。また、単独で芸能事務所への移籍や独立を禁止していれば当該競争避止義務は無効になる可能性が高いとともに(注18)、優越的地位の濫用、単独の取引拒絶、拘束条件付取引などに該当する可能性もある。

(二) 実質的分析

では、芸能界におけるこのような引き抜き防止協定は実質的にも違法と言いうるだけの競争制限効果があるのであろうか。

芸能界においても、プロ野球において球団が長年の投資と時間をかけて選手を育てるのと同様に、芸能事務所が芸能人に対し、相応の投資と時間をかけているものと思われ、そのような投資を回収する機会を失うことは芸能事務所にとって大きな損失となるであろう。芸能事務所が引き抜き防止協定を結ぶ動機には理解できる面がある。

しかしながら、プロ野球と異なり、芸能界にはこのような競争制限的行為に対し、これを抑止し、もしくは芸能事務所と芸能人との不均衡な関係を是正するだけの仕組みが存在していない。第一に、芸能人には芸能人組合が存在しておらず、労使交渉を通じ、適正な関係に落ち着かせるための装置が存在していない。第二に、大手芸能事務所に所属する芸能人にはプロ野球選手のようにフリーエージェントによる移籍やポストティングシステムによる移籍のような代替手段を持っていない。第三にプロ野球は他の事業と異なり、各球団が法人として独立しているものの、12球団を経済的に排斥する関係にはない

ジョイントベンチャーに近いものであるのに対し、芸能界では芸能事務所同士が一体とならなければ成り立たない関係にはなく、共同で芸能人の移籍を制限する合理的理由が皆無に近い。従って、プロ野球と同一に考えることは適切ではないだろう。

学説に当てはめて考えてみると、違法になるか否かは芸能事務所の市場シェアにかかわってくるものと思われる。すなわち、購買カルテルの違法性に関する学説では基本的には、①買い手市場支配力を行使しうるほどの地位を当該購買市場において占めているかどうかと、②共同購入事業の参加者が代替的な購入ルートをどれだけ許容されているかによるとされているが、芸能人の芸能は極めて個性的なものであり、代替芸能人というものは観念しにくく、引き抜き防止協定に参加する芸能事務所に代替的な芸能人調達ルートはないというべきである。そうすると問題は買手市場支配力という問題になるが、芸能事務所の提供する役務に関する市場分析は非常に難しい。芸能事務所は上場している企業が少なく（注19）、情報の開示が十分でないことが多く、また、男性・女性アイドル、男性・女性俳優、舞台、アナウンサー、お笑い芸人等、職種が多岐に分かれており、市場の確定は困難かと思われる。従って、学説的なアプローチで見ると買手市場支配力次第ということになると思われる。

筆者としては、仮に芸能界において引き抜き防止協定が存在しているのであれば、不当な取引制限または共同の取引拒絶に該当するのではないかと思う。引き抜き防止協定の存在理由は芸能事務所の投下資本の回収に主眼があるところ、プロ野球のように一定期間同一球団に在籍すれば移籍が自由になるような仕組みや労働組合を通じて労使交渉が行われ契約状況が改善する仕組み、すなわち、より制

限的でない手段が存在していない状況下では、芸能人が半永久的に移籍することができず、他方で芸能事務所間の競争も減退することになるので、かかる競争制限は合理的とは言い難いためである。

3 IT 業界における引き抜き防止協定についての法的分析

(一) 形式的分析

IT 業界においては、各企業間で引き抜き防止協定を明確に合意しているとの報道などはなされていない。むしろ、ランサーズ(注20)といったフリーランス専用の登録サイトでは、大手企業とフリーランスとのマッチングサイト等も存在しており、職業だけでなく、仕事の選択も自由になされている印象がある。また、実務的には、単独で退職後の競業避止義務を科すことの方が多いのではないかと思われる。仮にIT 企業間で引き抜き禁止を合意しているのであれば形式的には非勧誘協定を締結していることになるので、不当な取引制限および共同の取引拒絶の行為要件は充足することになるろう。

(二) 実質的分析

上述の通り、IT 業界のフリーランスが職業選択につき困難をきたしたり、仕事の選択が自由にできない状況は存在していないか、そのような事例は少ないように思われ、競争は活発になされているものと思われる。仮に引き抜き防止協定が存在していたとしても、協定参加者もフリーランスも代替選択肢は複数存在するものと思われ、競争制限効果は低いように思われる。

また、芸能界においては芸能人の労働組合設立への希望はあっても、フリーランスの間で労働組合が必要だといった希望は少ないように見え、フリーランスが企業に対し労働条件の改善を求める状況にはないものと思われる。

従って、一般論かつ仮定の話ではあるものの、現在のIT業界でフリーランスの引き抜き防止協定が存在していたとしても、その競争制限効果は限定的で、不当な取引制限も共同の取引拒絶も成立しないのではないかとと思われる。

五 まとめ

上述の通り、人材と競争政策に関しては、各業界の市場動向、各業界の人材が企業に対し有する交渉力（代替手段の有無）、引き抜き制限が置かれる理由、及び、引き抜き制限による競争制限効果と競争促進効果等を総合的に考慮したうえ、独禁法の適用を判断していくことになると思われる。ジョイントベンチャー事業の一部として行われる引き抜き制限協定は合理の原則により判断されるべきものと思われるが、そのような共同事業が存在しない業界における引き抜き制限協定は当然違法の判断がなされてもおかしくはないし、少なくともその合理性を立証することは難しいように思う。

以上
(神谷宗之介)

(注1) 日本プロフェッショナル野球協約2016第66条1項によれば、保留選手とは次のように定義されている。「球団は毎年11月30日以前に、コミッショナーへその年度の支配下選手のうち次年度選手契約締結の権利を保留する選手（以下、「契約保留選手」という。）、任意引退選手、制限選手、資格停止選手、失格選手を全保留選手とし、全保留選手名簿を提出するものとする。

(注2) 松竹株式会社ほか5名に対する件（昭和38年3月20日不問決定）

松竹株式会社、東宝株式会社、大映株式会社、東映株式会社、株式会社

新東宝および日活株式会社の6社（以下「6社」という。）は、いずれも映画の製作、配給および興行を営む者である。6社のうち日活株式会社を除く5社は、昭和28年9月、5社以外の映画製作者が5社と雇傭または出演契約をした芸術家または技術家を出演させて製作した映画を5社の系統上映館に配給しない旨の条項を含む協定を行ったが、昭和32年7月18日、この協定にさらに日活株式会社が参加して前記5社の協定と同趣旨の協定を締結した。この協定にもとづき、6社は、独立映画株式会社が東映株式会社と雇傭契約をしていた芸術家を出演させて製作した映画を、同年7月下旬、6社の系統館に配給することを拒否した。以上の事実によれば、6社は、それぞれ、6社以外の製作者が6社と契約している芸術家または技術家を使用して製作した映画を、不当に6社の系統館に配給しないことにしているものであって、法第19条（一般指定の1該当）に違反する疑いがあった。しかしながら、株式会社新東宝がこの協定から脱退したのを機として、5社は、昭和38年2月11日、前記協定中違反の疑いのある条項を削除し、その後このような行為を繰り返しておらず、違反被疑行為は消滅したと認められたので、本件は不問に付した（出典：公正取引委員会年次報告（昭和37年度）、124頁）。

（注3） <http://www.jftc.go.jp/cprc/katsudo/bbl.files/213th-bbl.pdf>

（注4） 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編著「独占禁止法第5版」（弘文堂平成27年3月出版）107頁乃至110頁。

（注5） United States v. Adobe Sys., 2011 U.S. Dist. LEXIS 83756

（注6） United States v eBay Inc., 2014 U.S. Dist. LEXIS 133777

（注7） 競争業者間における水平的制限の内、価格協定、市場分割協定、ボイコットは、判例法上、当然違法（illegal per se）とされてきた。当然違法の意味は、競争業者間においてそのような共謀の存在が立証されれば、これに対する反証（目的や効果の正当性）は許されず、シャーマン法1条違反が成立することを意味する。

（注8） ジョイントベンチャーは一般には複数の企業が互いに出資し、新しい会社を立ち上げて事業を行うことを意味するが、米国ガイドラインにおけるジョイントベンチャーはより広義の意義、すなわち、出資を伴わない共同事業をも広く含むものと解釈される。

(注9) 形式的に価格協定に該当するような事案であっても、「価格協定によらなければ達成できない高度の経済効率を実現しそうな場合」や「価格協定が、競争制限が不可欠な業界において形成された場合に」は合理的の原則に従い、シャーマン法1条違反の有無が検討される。

(注10) ア 引き抜き防止協定とはだいたい想定される事案が異なるものの、フランチャイズ契約における加盟店の契約終了後の競業避止義務につき、公取委は(「フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について」)「本部が加盟者に対して、特定地域で成立している本部の商権の維持、本部が加盟者に対して供与したノウハウの保護等に必要なる範囲を超えるような地域、期間又は内容の競業禁止義務を課すこと。

イ 上記アのように個別の契約条項や本部の行為が独占禁止法第二条第九項第五号(優越的地位の濫用)に該当する場合があるほか、フランチャイズ契約全体としてみて本部の取引方法が同項に該当すると認められる場合がある。フランチャイズ契約全体としてみて本部の取引方法が独占禁止法第二条第九項第五号(優越的地位の濫用)に該当するかどうかは、個別具体的なフランチャイズ契約ごとに判断されるが、上記アに例示した事項のほか、例えば、次のようなことを総合勘案して判断される。

- [1] 取扱商品の制限、販売方法の制限については、本部の統一ブランド・イメージを維持するために必要な範囲を超えて、一律に(細部に至るまで)統制を加えていないか。
- [2] 一定の売上高の達成については、それが義務的であり、市場の実情を無視して過大なものになっていないか、また、その代金を一方的に徴収していないか。
- [3] 加盟者に契約の解約権を与えず、又は解約の場合高額の違約金を課していないか。
- [4] 契約期間については、加盟者が投資を回収するに足る期間を著しく超えたものになっていないか。あるいは、投資を回収するに足る期間を著しく下回っていないか。」としている。

(注11) 東京地判平成18年8月1日(判タ1265号212頁)、東京高判平成20年2月25日(著作権判例百選<第4版>(別冊ジュリスト198)184~185頁)の両判決でプロ野球選手の「事業者」性が認められ、最高裁第三小法廷は

東京高裁の判決を支持（上告棄却）している。

(注12) United Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965) 同事件で、最高裁は、交渉によって労使紛争を解決するという我が国の労働政策と調和を図るためにも、法に基づかない独占禁止法の適用除外が必要であると判示した。

(注13) Brown v. Pro Football, Inc. 518 U.S. 231 (1996) 連邦最高裁は、本件サラリーキャップは労使間の団体協議事項であって、選手達は組合を通じて自己の主張を行うべきであり、個々の選手達による独占禁止法違反の主張は認められないと判示した。

(注14) 最高裁調査官木谷明氏は「独禁法二条六項にいう「公共の利益に反して」の意義に関する学説の対立は、かなり複雑であって、これを図式化することは容易でないが、これを大別すると、次の二説、すなわち、(1) 自由競争を基盤とする経済秩序そのものに反することと理解する立場 (2) 自由競争秩序に反することに止まらず、より高次の段階における国民一般の利益に反すること等、この文言に何らかの積極的意義を持たせようとする立場に分類することができよう。(1) の立場は、学説上の多数説及び公取委の審決例の見解で、これによれば、競争を実質的に制限することが、すなわち「公共の利益」に反することとなるから、この文言は、構成要件上何らの積極的意義を有しないことになる。(2) の立場は、財界や通産官僚及び一部の学説のとるものであるが、右文書にどのような実質的意義を持たせるかについて、見解は、さらに区々に分かれている。(ア) 財界及び通産官僚の見解は、自由競争秩序に反しても、国民経済的利益（すなわち、国民経済の均衡的発展、一般消費者の利益）に反しないときは、「公共の利益」に反しないとするのに対し、学説は、経済的な弱者保護の思想をより強く打ち出し、(イ) 自由競争秩序に反しても、経済的従属の権利・利益の侵害に連ならない場合はこれを容認する趣旨であるとか、(ウ) あらゆる競争制限を一応原則として禁止するが、トラストやカルテルに対する正当な自己防衛の手段として認められる限度では、競争制限の違法性が阻却される趣旨であるなどとする。その上で、(1) 説を独占禁止法の本来の趣旨に最も忠実な解釈としながら、「しかし、独占禁止政策を厳格に貫くことが、常に必ず消費者の利益に合致し国民経

済の健全な発展に寄与する」というのは、一つの仮説であって、右仮説は必ずしも実証されているとはいえない。独禁法については、昭和二八年の大改正により、同法二四条の二ないし四という、同法の立法当初の趣旨とは明らかに矛盾・抵触すると思われる多くの適用除外規定が置かれるに至ったが、このことは、消費者の利益や国民経済の健全な発展という究極の目的を達成するためには、場合によっては、独占禁止政策に反する事態の容認されることのありうることを、独禁法自体が認めたものというべきであろう。従って「独占禁止政策の貫徹のみを金科玉条として、「公共の利益に反して」の意義を、前記(1)説のように、独占禁止政策に反することと同意義に解することは、少なくとも、現在の独禁法と相容れない解釈であろうと思われる。しかし、他方、財界等の主張する国民経済的利益は、その概念がはなはだあいまいであるために、安易にその主張を採用すると、独占禁止政策の根底が揺るがされることにもなりかねない。そこで、本判決は、判旨のとおり、公共の利益に反してとは、原則として「自由競争経済秩序に反することを指す」旨明言するとともに、形式的に右に該当する場合であっても、法益の比較衡量により、例外的に独禁法の適用の除外される余地を残すという方法により、両者のバランスを取り、(1)説と(2)(ア)説の間を、法益の比較衡量という(2)ウ説(違法性阻却事由説)の手法を借りることによって実現しようとしたものと理解するのが相当であろう。」と解説している。木谷明「最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和五九年度」法曹界、一二六頁～一二九*頁、一九八八年。

(注15) 白石忠志「独禁法講義第7版」(有斐閣、平成26年4月)48頁。

(注16) 日本プロフェッショナル野球協約2016はフリーエージェント規約を別に設けており、同第2条(資格取得条件)によれば、「1 選手は、入団して初めて出場選手登録された後、その日数がセントラル野球連盟及びパシフィック野球連盟の同じ年度連盟選手権試合期間中(以下「シーズン」という。)に145日を満たし、これが8シーズンに達したときに、国内FAとなる資格(以下「国内FA資格」という。)を取得する。ただし、2007年以降に行われた新人選手選択会議により選択されて入団した選手のうち、選択された当時、大学野球連盟又は日本野球連盟に所属していた選手については、上記の8シーズンを7シーズンと読み替えるものとする。

2選手、入団して初めて出場選手登録された後、その日数がセントラル野球連盟及びパシフィック野球連盟の同じシーズン中に145日を満たし、これが9シーズンに達したときに(ただし、それ以前に国内FAの権利を行使していた場合を除く)、海外FAとなる資格(以下「海外FA資格」という。国内FA資格及び海外FA資格の双方を「FA資格」と総称する。)を取得する。)としている。

(注17) アメリカの大リーグ球団が、移籍を希望する日本のプロ野球選手との独占交渉権を獲得するために行う入札制度。落札した球団は、選手が所属する球団へ落札額(移籍金)を支払う。1998年に日米間選手契約協定に盛り込まれた。

(注18) 経済産業省が発表した「競業避止義務の有効性について」と題する資料では、「判例上、競業避止義務契約の有効性を判断する際にポイントとなるのは、①守るべき企業の利益があるかどうか、①を踏まえつつ、競業避止義務契約の内容が目的に照らして合理的な範囲に留まっているかという観点から、②従業員の地位、③地域的な限定があるか、④競業避止義務の存続期間や⑤禁止される競業行為の範囲について必要な制限が掛けられているか、⑥代償措置が講じられているか、といった項目である。」と整理されている。<http://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/sankoushiryou6.pdf#search=%27%E7%B5%8C%E6%B8%88%E7%94%A3%E6%A5%AD%E7%9C%81+%E7%AB%B6%E6%A5%AD%E9%81%BF%E6%AD%A2%E7%BE%A9%E5%8B%99%27>

(注19) エイベックスは上場、ホリプロ・吉本興業は上場から上場廃止、ワタナベエンターテイメント、ジャニーズ、オスカー、スターダスト等は上場したことはない。

(注20) ランサーズは、IT関連業務を発注する企業と登録フリーランスとの契約を仲介するマッチングサイトである。<https://www.lancers.jp/> 同ホームページの説明によれば「実績とスキルのあるフリーランスに仕事を発注できる仕事依頼サイトです。専門業者と比較するとクラウドソーシングは、対応可能な人がすぐ見つかります。登録・依頼・見積もりすべてが無料ですので、この機会にぜひ、日本初・日本最大級のクラウドソーシング「ランサーズ」をお試しください。」と記載されている。

賃貸借契約における目的物返還義務と 原状回復義務の微妙な関係に関する実務的考察

不動産法部

* 目 次

第一	はじめに	148	(二)	占有の移転に必要な行為と しての付属物等の取去	161
第二	賃貸借契約における目的物返 還義務及び原状回復義務の内容 並びに両者の関係	150	(三)	小括	162
一	目的物返還義務の内容	150	3	まとめ	163
二	原状回復義務の内容	152	第三	建物賃貸借契約における目的 物返還をめぐる実務対応	164
三	目的物返還義務と原状回復 義務の関係	155	1	はじめに	164
1	従前の議論の整理	155	2	明渡し条項等の作成	164
2	裁判例の分析・検討	158	3	明渡し時の実務対応	167
(一)	目的物返還義務=目的物の 事実的支配(占有)の移転	158	(一)	鍵の受取り	167
			(二)	原状回復工事の範囲に争 いがある場合	167
			第四	終わりに	168

第一 はじめに

賃借人が賃貸借契約終了後に賃貸人に対し原状回復未了の賃借物を返還した場合、それは通常賃借人の原状回復義務の不履行を構成する。では、原状回復未了の賃借物を返還したことは、同時に賃借人の目的物返還義務の不履行となるのであろうか。賃貸借契約における目的物返還義務と原状回復義務の関係が問題となる。

この問題は、実務上、例えば次のような形で顕在化している。賃貸人は、原状回復未了の賃貸目的物の返還では賃借人の目的物返還義務が履行されたとは認められないと主張し、賃貸借契約の終了に基づき、原状に復した賃貸目的物の明渡しを求めるとともに、契約終了後から明渡し完了までの賃料相当損害金（賃貸借契約書において、賃料相当損害金の倍額が違約金として定められている場合も多い。）の支払いを請求することがある¹。それに対し賃借人は、賃借物の事実的支配（占有）を賃貸人に対し移転したことをもって、賃借物の返還義務は履行済みであるから、賃料相当損害金は発生しないと反論する。賃料相当損害金は時間の経過に伴い相当高額になり得るため、明渡しの有無をめぐる賃貸人と賃借人間の争いは深刻化する。また、賃借人の賃貸人に対する敷金返還請求訴訟にお

-
- 1 東京地判平成28年2月19日（LEX/DB 文献番号25533994）（別紙番号1）、東京地判平成26年12月15日（LEX/DB 文献番号25523248）（別紙番号3）、東京地判平成24年12月17日（LEX/DB 文献番号25498958）（別紙番号5）、東京地判平成24年10月24日判例集未登載（平成24年（レ）766号）（Westlaw Japan 文献番号 /2012WLJPCA10248006）（別紙番号6）、東京地判平成23年7月6日判例集未登載（平成22年（ワ）35212号）（Westlaw Japan 文献番号 /2011WLJPCA07068015）（別紙番号7）、東京地判平成22年7月30日判例集未登載（平成21年（ワ）12607号・平成21年（ワ）16273号）（Westlaw Japan 文献番号 /2010WLJPCA07308018）（別紙番号9）。

いて、同様の議論が繰り広げられることがある²。賃貸人は、原状回復未了の賃貸目的物の返還では敷金返還請求権の発生に必要な賃貸目的物の明渡しが認められないと主張し、敷金の返還を拒み、賃借人は、当該賃貸目的物の占有を賃貸人に移転したことをもって明渡しは完了していると反論する。

この問題に対する回答は、そう簡単ではない。土地賃貸借契約では、建物を取去して土地を返還すべき義務という1個の目的物返還義務を賃借人が負うと解されており³、目的物返還義務は原状回復義務（特に取去義務）を包摂しているようにも思われるが、建物賃貸借契約では、後述するとおり、下級審レベルにおいて、賃借人の目的物返還義務とは賃借物の占有を賃貸人に対し移転することに尽き、目的物返還義務と原状回復義務は別個の義務であるとする裁判例が有力であると思われる。この問題を明示的に論じた文献は僅かであり⁴、これまで必ずしも意識的に議論されていない。

-
- 2 東京地判平成26年12月26日（LEX/DB 文献番号25523497）（別紙番号2）、前掲注1）の別紙番号3の裁判例、東京地判平成22年11月30日判例集未登載（平成21年（ワ）37354号）（Westlaw Japan 文献番号/2010WLJPCA11308005）（別紙番号8）、前掲注1）の別紙番号9の裁判例、東京地判平成21年8月31日判例集未登載（平成18年（ワ）8846号）（Westlaw Japan 文献番号/2009WLJPCA08318006）（別紙番号10）、東京地判平成21年1月16日（LEX/DB 文献番号25462680）（別紙番号11）、東京地判平成20年9月18日判例集未登載（平成19年（ワ）15686号・平成19年（ワ）28969号）（Westlaw Japan 文献番号/2008WLJPCA09188008）（別紙番号12）、東京地判平成20年3月10日判例集未登載（平成17年（ワ）22396号・平成18年（ワ）8069号）（Westlaw Japan 文献番号/2008WLJPCA03108002）（別紙番号13）。
 - 3 最判昭和29年1月21日裁判集民12号159頁等。
 - 4 山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』443頁（有斐閣、2005）、島田佳子「建物賃貸借契約終了時における賃借人の原状回復義務」判タ1217号56、61頁（2006）等。

そこで、本稿では、まず、賃貸借契約における目的物返還義務、原状回復義務及び両者の関係に関する従前の議論を整理したうえで、両者の関係が争点となった平成20年以降の裁判例（別紙の裁判例）等を参考に、賃貸借契約における目的物返還義務と原状回復義務の関係を分析・検討することとする。その際、できる限り平成29年6月2日公布の「民法の一部を改正する法律」（法律第44号）（以下、改正法について本文において「改正民法」、括弧内の条文引用において「新」とし、それと対比する形で現行の民法を「民法」、括弧内の条文引用において「民」とする。）の影響にも触れる。最後に、これらの考察を踏まえ、建物賃貸借契約を対象に、その契約書における明渡し条項等の作成における留意点、賃借建物の返還をめぐる実務対応について若干の考察を行う⁵。

第二 賃貸借契約における目的物返還義務及び原状回復義務の内容並びに両者の関係

一 目的物返還義務の内容

賃借人は、賃貸借契約の終了時、賃借物を返還しなければならない（民法601条、民616条、民597条1項）。

民法は、使用貸借に関する民法597条1項を準用する形で、賃貸借契約に

- 5 なお、消費者契約法11条の適用が問題となる賃貸借契約（例えば、消費者と事業者間で締結する住居用不動産の賃貸借契約）については、当該賃貸借契約の明渡し条項等が「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」条項に該当する否かが問題となり得るが、この点に関する考察は本稿の対象外とした。

における賃借人の目的物返還義務を規定する。この目的物返還義務は、賃貸借契約上賃借人が負う基本的な義務の一つとして理解されている⁶。改正民法601条は、そのことを踏まえ、冒頭規定において、「賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うこと及び引渡しを受けた物を契約が終了したときに返還することを約することによって、その効力を生ずる」（下線は筆者による。）と規定し、賃貸借契約終了時における賃借人の目的物返還義務が賃借人の基本的義務であることを明示している。これは、賃借人の目的物返還義務に関する従前の理解が明文化されたものであり、変更は加えられていない⁷。

この目的物返還義務として、賃借人が貸借人に対し賃借物を引渡し、つまりその占有を移転する必要がある。その方法は、現実の引渡しの形態を採る場合が多いであろうが、それに限られるものではない⁸。

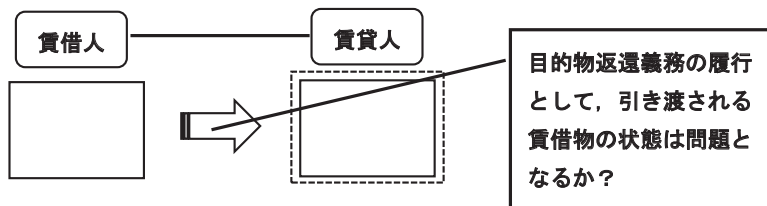
それでは、目的物返還義務の履行に当たり、引渡しの対象となる賃借物の状態は問題となるのであろうか。具体的には、目的物返還義務の履行として、賃貸借契約終了時の状態で賃借物をそのまま引き渡せば足りるか、それとも賃借物を原状に復して引き渡す必要があるか。この点は、

6 我妻榮『債権各論 中巻一』466頁（有斐閣、1957）、中田裕康『契約法』403頁（有斐閣、2017）等参照。

7 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年7月4日補訂）448頁。なお、立法過程では、「賃貸借契約の終了に関する規律として、取去義務や原状回復義務などと並んで目的物返還義務の規定を設ける」という案も出されているが（部会資料45〔39頁〕）、結局、冒頭規定で明記された。

8 奥田昌道編『新版注釈民法（10-1）』183頁〔金山正信・直樹〕（有斐閣、2003）、東京地判平成23年7月6日判例集未登載（平成21年（ワ）37354号）（Westlaw Japan 文献番号 /2012WLJPCA07068015）（別紙番号8）。

賃借人の原状回復義務との関係が問題となり得ることから、まずは原状回復義務の内容を概観し、その後に論じる。



二 原状回復義務の内容

賃借人は、賃貸借契約終了時、目的物を原状に復する義務を負う⁹。

民法において賃貸借契約における原状回復義務を直接定めた規定はないが、原状回復義務は、①賃借物に付属せしめた物（付属物）を収去する義務のほか、②賃借人の義務¹⁰違反による損傷部分を補修する義務から構成されていると解されている¹¹。改正民法は、①及び②を分けて明文化し、規律内容の明確化を図っている（新622条・新599条が①、新621条が②に対応している）。

①の収去義務については、賃貸借終了時の賃借人の義務とは切り離し、付合の理論（民242条、民243条）に基づき付属物の所有権の問題として整理する考え方もある。その立場からは、付属物の所有権が賃借人に帰属する場合（具体的には、付属物が賃借物に付合していない場合等）、賃借人は収去義務を負うとする¹²。しかし、一般的には、賃借人は賃貸借契約

9 最判平成17年12月16日民集21巻8号1239頁等。

10 保存義務（民400条、新400条）、用法遵守義務（民616条・民594条1項、新616条・新594条1項）等。保存義務と用法遵守義務の関係については、中田・前掲注6）398～399頁参照。

11 島田・前掲注4）58頁以下が詳しい。

12 司法研修所編『民事訴訟における要件事実 第二巻』122頁以下（法曹会、

における原状回復義務として賃借物の付属物を取去する義務を負うと解されている（民616条・民598条）¹³。改正民法では、付属物の所有権の帰属にかかわらず、賃借人が賃借物の引渡しを受けた後に賃借物に付属させた物については、賃借人は原則として取去義務を負うとされた（新622条・新599条）。これは、上記理解が明文化され、規律内容の明確化が図られたものと解される¹⁴。

（改正民法622条が準用する599条）

599条 借主は、借用物を受け取った後にこれに附属させた物がある場合において、使用貸借が終了したときは、その附属させた物を取去する義務を負う。ただし、借用物から分離することができない物又は分離するのに過分の費用を要する物については、この限りでない。

2項 借主は、借用物を受け取った後にこれに附属させた物を取去することができる。

3項 （省略）

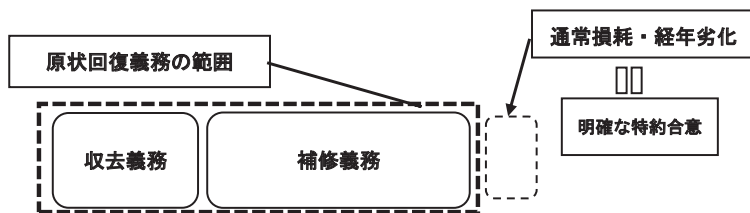
次に、②の補修義務については、その対象となる「損傷」とは賃借人の

1992)。そのほか、山本・前掲注4) 439頁脚注3の引用文献を参照されたい。

- 13 最判昭和29年1月21日裁判集民12号159頁、我妻・前掲注6) 466頁、幾代通＝広中敏夫『新版注釈民法(15)』302頁〔石外克喜〕（有斐閣、1989）、山本・前掲注4) 440頁、民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年7月4日補訂）464頁、法制審議会民法（債権関係）部会資料69Aの「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(4)」62頁等。
- 14 立法経緯については、法制審議会民法（債権関係）部会資料45の「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(17)」39頁、民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年7月4日補訂）464頁、同部会資料69Aの「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(4)」62頁等参照。

義務違反によるものであり¹⁵、通常損耗及び経年劣化に伴う毀損は原則として含まれない。通常損耗及び経年劣化について賃借人に上記補修義務を負わせるには、賃貸借契約締結時にその旨の特約を明確に合意する必要がある（最判平成17年12月16日民集21巻8号1239頁）。改正民法は、この判例法理を明文化し、「賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷（通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年変化を除く。以下この条において同じ。）がある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負う。ただし、その損傷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、この限りでない。」とした（新621条）¹⁶。

以上で述べたことを整理しよう。その内容は以下の図のとおりである。



なお、原状回復義務について、改正民法は、従前の一般的な理解を明文化し、規律内容を明確化するとどまり、その内容・範囲を変更する

- 15 付属物が賃借物から分離できない場合又は分離に過大な費用を要する場合には、賃借人は収去義務を負わないが、それが賃借人の用法遵守義務違反に当たる場合には、原状回復義務としての補修義務を負う（中田・前掲注6）405頁、民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年7月4日補訂）465頁）。
- 16 立法経緯については、法制審議会民法（債権関係）部会資料45の「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（17）」40～41頁、民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年7月4日補訂）465頁、同部会資料69Aの「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（4）」62～63頁等参照。

ものではない。ただし、収去義務と補修義務を明確に区分し、後者を指して「賃借人の原状回復義務」（新621条）と呼称しており、その限りで形式的な変更が生じている。

三 目的物返還義務と原状回復義務の関係

1 従前の議論の整理

目的物返還義務と原状回復義務はどのような関係に立つか。この問題については、賃借人は、賃貸借契約に基づく義務として、契約終了時貸借物を原状に復した上で賃貸人に引き渡すという1個の目的物返還義務を負うか、それとも目的物返還義務と原状回復義務は相互に別個の義務か、という問題として整理されている。

原状回復義務のうち収去義務との関係では、1個の義務として理解する立場が有力であるように思われる¹⁷。土地賃貸借契約においては、最判昭和29年1月21日裁判集民12号159頁が「土地の賃貸借が終了した場合においては、特段の規定又は契約の存しない限り、用法に従つて使用収益した結果生ずる変動を除く外、その土地を賃貸借開始当時の原状に回復して返還すべき義務を有するものと解すべきであるから、賃貸借後に附属せしめた家屋を収去する義務を負う」と判示し、目的物返還義務が収去義務を包摂する内容を持つ義務として位置付けられている。また、我妻榮教授は、「目的物の通常の使用収益を妨げるものが附着しているときには（例えば、宅地に基礎工事の残りがあるときなど）には、返還義務の内容として、これを収去して原状に回復しなければならない（つぎに述べる598条の準用はこのことをも意味している）。」

17 前掲注4記載の文献参照。

とし、より一般的に、付属物が目的物の通常の使用収益を妨げる場合（土地上の家屋はその典型例であろう。）には目的物返還義務が収去義務を包摂するものと解している。さらに進んで、司法研修所編『民事訴訟における要件事実 第二巻』122頁（法曹会、1992）は、「右付属物の収去は、目的物を引渡し時の物理的、客観的状态に戻す原状修復（原状回復）の一環をなすものであるが、右の引渡しと原状修復との関係については、賃貸借契約に基づく義務として、賃借人は、賃貸借契約終了により、目的物を原状に修復した上賃貸人に引き渡すという一つの義務（返還義務）を負い、付属物の収去義務は、この義務に包摂されるものであると解される。」としている。この見解は、少なくとも文面上、我妻説と異なり、目的物返還義務が収去義務を包摂する場合を「付属物が目的物の通常の使用収益を妨げる場合」に限定していない点が注目される¹⁸。

他方、原状回復義務のうち補修義務と目的物返還義務との関係については、これまでほとんど議論がなされていないように思われる。この点、最判平成17年12月16日民集21巻8号1239頁は、「賃貸借契約が終了した場合には、賃借物件を原状に回復して賃貸人に返還する義務がある」とした上で（下線は筆者による。）、その「原状に回復して」の範囲に通常損耗が含まれるためにはその旨の特約が明確に合意される必要があるとした。当該判示部分を文字通り解釈すると、賃借人は賃借物の損傷を修復して賃借物を引き渡すという1個の目的物返還義務を負うという立場に立ちつつ、その損傷の範囲には原則として通常損耗が含まれな

18 司法研修所編『紛争類型別の要件事実』89頁（法曹会、1999）も同様の立場を採りつつ、その根拠として我妻教授の見解を引用しているところが興味深い。

いことを明らかにした判例であるとも理解できる¹⁹。しかし、当該判例自体の争点は、賃借物件の通常損耗について賃借人が原状回復義務を負うか否かであり、賃貸借契約における目的物返還義務と原状回復義務の関係が直接の争点となっていない。それゆえ、この問題との関係で、当該判例にどの程度先例的価値が認められるかは評価の分かれるところであると思われる²⁰。少なくとも、以下で検討する下級審レベルの裁判例において上記判例を引用するものはない。また、東京高判昭和60年7月25日（LEX/DB 文献番号27800925）は、「本件建物のような営業用建物の賃貸借契約の実情に照らして判断すれば、その趣旨とするところは、賃貸借契約の終了に伴う目的物の返還義務と原状回復義務とは本来必ずしも一致するものではないけれども、賃貸人が新たな賃貸借契約を締結するのに妨げとなるような重大な原状回復義務の違背が賃借人にある場合には、これを目的物返還義務（明渡義務）の不履行と同視して、賃借人は賃貸借契約終了後一六日日から右のような原状回復義務履行済みに至るまで賃料相当額の損害金を賃貸人に支払わなければ

19 最判平成17年12月16日判タ1200号128頁の解説には、「賃借人は、賃貸借契約が終了した場合には、賃借物件を原状に回復して賃貸人に返還する義務がある（民616条、597条、598条）。原状に回復するとは、賃借物件が社会通念上通常の方法により使用収益をしていればそうなるであろう状態であれば、使用開始当時の状態よりも悪くなっていたとしても、そのまま返還すればよいということである」との記載があるが、この記載は、賃借人の責めに帰すべき事由に基づく毀損がある場合つまり賃借人の補修義務が認められる場合には賃借物件を「そのまま返還する」だけでは足りず、賃借物件を原状に復して賃貸人に返還する必要があるという理解を示唆しているようにも読める。

20 島田・前掲注4）61頁は、当該判例は「『賃借物件を原状に回復して賃貸人に返還する義務』と表現しており、1個説を前提としているようにも読めるが、この点は争点になっておらず、明らかではない」とする。

ならないとするにあるものと解するのが相当である。」と判示しており、営業用建物の賃貸借契約において目的物返還義務と原状回復義務（補修義務を含む）は別個の義務であると解している。

このように、これまでの議論において、目的物返還義務と原状回復義務の関係を必ずしも明らかではなかった。

2 裁判例の分析・検討

それでは、目的物返還義務と原状回復義務の関係が実際にどう判断されているかについて、その点が争点となった平成20年以降の裁判例を中心に検討する。

別紙の裁判例は、目的物返還義務と原状回復義務の関係が争点となった建物賃貸借契約に関する平成20年以降の裁判例であり、当該賃貸借契約の対象建物は、別紙番号1（住居用建物）を除き、事業用建物である。

（一）目的物返還義務＝目的物の事実的支配（占有）の移転

別紙の裁判例では、建物賃貸借契約書の明渡し条項等に、①賃借建物を原状に復して賃貸人に明け渡す旨（別紙番号1、2、5、7、9、10、11、13）、又は②明渡しに際し賃借建物を原状に復す旨が定められている（別紙番号2、4、6、8、12）²¹。

①及び②の条項が定められた建物賃貸借契約において、上記裁判例は、建物賃貸借契約における目的物返還義務とは賃借建物の占有を賃貸人に移転することであり、その内容には原則として目的物を原状に復することは含まれるものではないと理解していると評価できる。

例えば、番号1の裁判例では、賃借人が自ら設置したエアコンを残

21 別紙番号3の裁判例については、賃貸借契約の明渡し条項の存否・内容が不明である。

置したまま居室の鍵を管理会社に渡し退去した事案において、本件居室の鍵の返却及び退去の事実から本件居室の「事実的支配を原告（賃貸人）に移転した」（括弧内筆者加筆）ことをもって賃貸借契約上の「明渡し義務の履行は終了したと解すべきである」とされた。その際、同裁判例では、本件居室を「原状に復して賃貸人に返還する」旨等の条項が存在するにもかかわらず、「本件居室の明渡しにつき『原状回復をした上で明け渡すこと』を指す旨合意したことを認めるに足る証拠はない」と判示されている。

番号2の裁判例においも、本件建物の明渡しが認められるためには原状回復が必要であるという賃貸人（敷金返還請求訴訟における被告）の主張に対し、東京地方裁判所は、民法616条、民法597条1項の「賃借物の返還義務としての不動産の明渡しとは、当該不動産の占有者が立ち退くとともに、不動産内にあった動産を取り除いて賃貸人に直接的な支配を移すことである。他方、原状回復義務は、賃借人が賃貸人に対し、特約等に基づいて、契約締結当時の目的物の原状に目的物を復せしめる義務をいうから、両者は全く異なる内容の義務である。そうすると、当事者間で、目的物の返還に先立って原状回復義務の履行をしなければ、同返還義務を果たしたことはならないとする旨の合意がされるなど特段の事情があれば格別、そうでない場合には、原状回復義務の未履行をもって明渡し義務の不履行があったということとはできない」と判示し、2つの賃貸借契約における①及び②の各条項についていずれも「原状回復をしなければ明渡しをしたことにならない旨の合意がされているとまで認めることはできない」と結論付けている。

番号5の裁判例は、賃借人が鍵の返却及び残置物件の所有権放棄を

し、原状回復未了のまま退去した事案において、東京地方裁判所は、「被告会社が、本件建物1ないし4の鍵を引き渡した後、念のための原告の要請に応じて、残置物件の所有権を放棄したのであるから、同放棄によって本件建物1ないし4に対する占有を原告に引き渡したと認められる」と判示し、占有移転をもって本件建物の明渡しを認めている。番号6の裁判例も、賃借建物の明渡しの有無の判断に当たり、残置動産の存在を指摘しつつ、賃借建物の占有移転の有無を検討している。

また、番号7の裁判例では、「賃貸借契約における賃借物の明渡義務とは賃借人が賃借物の占有を賃貸人に移転することをいうのに対し、原状回復義務とは賃借物を契約時の原状と同じ状態に戻す義務をいい、両者は別個のものである」、番号8の裁判例では「特定物の引渡しは、代替性がなく、その物件の引渡しが大切なのであって、目的物件の毀損・汚損とは直接関係がないから、目的物件が毀損・汚損していたとしても、賃借人がそのままの状態でも明渡しせば、建物明渡という債務の履行については債務者としてなすべき義務を果たしたといえることができる」とそれぞれ判示されている。

以上に対し、番号9、11、12及び13の裁判例については、①又は②の明渡しに関する条項に基づき、目的物返還義務として賃借建物を原状に復したうえで返還する必要があると解している。この点は、番号1及び2の裁判例が、①又は②の明渡しに関する条項をもって賃借建物を原状に復した上で明渡し旨の合意が成立しているとまでは認定できないと判示したことと対照的である。しかし、番号9、11、12及び13の裁判例も、①又は②の明渡しに関する条項がない場合についてまで、目的物返還義務の内容として賃借物の原状回復、とりわ

け貸借物の損傷の補修が必要になると判示するものではなく、むしろ、その判決内容からすると、そのような条項がない場合には、目的物返還義務と原状回復義務は別個の義務であり、賃借人の目的物返還義務について目的物の占有を移転する義務として理解しているように思われる。

(二) 占有の移転に必要な行為としての付属物等の取去

上記のとおり、別紙の裁判例において、建物賃貸借契約における目的物返還義務が目的物の占有を賃借人に移転することと理解されているとすると、目的物返還義務の履行としては賃借建物を返還すれば足り、当該建物内に付属物が残置されていたとしても、目的物返還義務の不履行にはならないようにも思える。実際、番号1の裁判例では、賃借建物の室内に残置された賃借人のエアコンを撤去しなかったことは、原状回復義務の不履行の問題であり、目的物明渡義務の不履行には当たらないとした。

しかし、付属物の内容・大きさ、退去の経緯等によっては、賃借人の付属物が取去されなければ、賃借建物の事実上の支配（占有）も賃借人から賃貸人に移転しないと評価できる場合もあろう。番号3の裁判例ではそば屋の什器備品等が、番号6の裁判例では蒲鉾製造用の機械、什器及び備品等がそれぞれ賃借物件内に残置されたままであり（判決文自体からは、そば屋の什器、蒲鉾製造用の機械・什器が賃借建物に付属していたか否かは明らかでないが、業務用の設備機器は何らかの形で賃借建物と物理的に取り付けられるのが通常であると思われる）、その残置された付属物の存在が賃借建物の占有の移転を否定する事情として考慮されている。他方、番号1の裁判例は、確かに居室内に賃借人が備え付けたエアコンが残置されているが、家庭

用エアコンが小型で、比較的取り外しも容易であること、退去の経緯等からすれば、当該エアコンが取去されていないからといって本件居室の占有の移転が妨げられるものではないと評価できると思われる。

以上を踏まえると、賃借建物の占有を賃貸人に対し移転するという目的物明渡義務の履行に伴い付属物の取去が必要になる場合もあり、その限りで建物賃貸借契約における目的物返還義務は原状回復義務の一部（付属物の取去義務）を包摂すると整理できよう。

(三) 小括

以上をまとめると、下級審レベルの裁判例においては、①建物賃貸借契約における目的物返還義務の内容は、特段の合意がない限り、賃借人が賃借建物の占有を賃貸人に移転することであり、賃借建物を原状に復することまでは含まれない、②ただし、賃借建物の占有移転に必要な行為として付属物の取去が必要になる場合があり、その限りで建物賃貸借契約における目的物返還義務は原状回復義務の一部（付属物の取去義務）を包摂する、③原状に復して賃貸人に明け渡す旨の条項や明渡しに際し「原状に復しなければならない」旨の条項が上記特段の合意に該当するか否かについては、裁判例による評価が分かれている、と一応分析できる。

なお、前掲・東京高判昭和60年7月25日（LEX/DB 文献番号 27800925）は、営業用建物の賃貸借契約においては目的物返還義務と原状回復義務は別個の義務であると解している点で上記裁判例の理解と通じるものがある。確かに、同裁判例は「賃貸人が新たな賃貸借契約を締結するのに妨げとなるような重大な原状回復義務の違背が賃借人にある場合」（大きな付属物の取去が必要な場合がこれに当たるのであろう。）であっても、原状回復義務の不履行が目的物返還義

務の不履行と同視できるとし、目的物返還義務自体の不履行としたものではないが、議論の方向性は同様であると評価できよう。

3 まとめ

1及び2の検討を踏まえると、次のとおり議論を整理できる。まず、(A) 原状回復義務のうち取去義務と目的物返還義務の関係については、目的物返還義務として付属物の取去が必要とされる場合があり、その限度で目的物返還義務は原状回復義務の一部を包摂しているといえそうである。この点、我妻榮教授が、付属物が目的物の通常の使用収益を妨げる場合には目的物返還義務が取去義務を包摂するものと解している点は上記と同様の理解を示しているように思われる。他方、(B) 原状回復義務のうち補修義務と目的物返還義務との関係については、最判平成17年12月16日民集21巻8号1239頁は、賃借人は「賃借物件を原状に回復して賃貸人に返還する義務」を負っていると解しているという理解もできなくはないが、少なくとも下級審レベルでは、目的物返還義務は原則として目的物の損傷を修補する義務を包摂しないという理解が示されている。

ところで、改正民法では、「この物」を引き渡せば引渡義務は履行されるという特定物のドグマと呼ばれる考え方が否定され、契約内容に適合した物を引き渡すことが特定物の引渡義務の内容となった(新483条)²²。賃貸借契約における賃借人の目的物返還義務も特定物の引渡義務であるところ²³、改正民法483条の下、同目的物返還義務は賃貸借「契約内容に適合した物を引き渡す」ことが必要になると考えられる。これに

22 潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』182頁(一般社団法人金融財務事情研究会、2017)、潮見佳男『新債権総論I』190頁(信山社、2017)等。

23 奥田昌道編『新版注釈民法(10-1)』163頁〔金山正信・直樹〕(有斐閣、2003)

より、上記の議論に影響が生じるであろうか。この点、別紙番号8の裁判例は「特定物の引渡しは、代替性がなく、その物件の引渡しが大切なのであって、目的物件の毀損・汚損とは直接関係がない」と判示しており、特定物のドグマという考え方を基礎にしたものと思われる。この裁判例と同様に、他の別紙裁判例も、特定物のドグマの影響を受け、目的物返還義務の内容について目的物の占有を賃借人が賃貸人に移転することと理解し、その物の状態は原則問題にならないと考えていたとすれば、特定物のドグマという考え方が否定された改正民法の下では、目的物返還義務の解釈について異なった判断が出てきても不思議ではない。改正民法の施行後²⁴、建物賃貸借契約の内容等を踏まえ、目的物返還義務として賃借人が目的物を原状に復した上で賃貸人に引き渡すことが必要であるという裁判例が増えてくる可能性はあるように思われる。

第三 建物賃貸借契約における目的物返還をめぐる実務対応

1 はじめに

第二での検討を踏まえ、建物賃貸借契約における明渡し条項の作成及び明渡し時の対応において、実務上どのような点に留意すべきかについて若干の検討を加える。

2 明渡し条項等の作成

(一) 下級審レベルでは、建物賃貸借契約における目的物返還義務と原状回復義務が基本的に別個の義務であると解される傾向になることからすると、賃借建物の原状を回復した上で賃貸人に明け渡すことを約する場合には、建物賃貸借契約書においてその合意の成立を明

24 施行日は、一部の例外を除いて、公布の日（平成29年6月2日）から3年を超えない範囲で政令で定めることとされている（附則1条本文）。

確に定めておく必要がある。

実務上、建物賃貸借契約書の明渡し条項において、「賃借人は、賃借人の費用で新設・付加した諸造作・設備等を賃借人の費用で取去し、賃貸人所有の諸造作・設備等を賃借人の費用で修復し、貸室を原状に復して賃貸人に明け渡す。」の規定又はこれに類似した規定をしばしば目にする。かかる条項について賃借人は賃借建物の原状を回復した上で賃貸人に明け渡す義務を負うことを約した規定と解する裁判例（別紙番号9、11及び13の裁判例）もあるが、他方で、「原状に復して賃貸人に明け渡す」旨の文言はその合意の成立を証するには不十分であるとする裁判例もある（別紙番号1、7の裁判例）。また、賃借人は賃貸借契約が終了した場合に直ちに賃借建物を賃貸人に明け渡す旨の明渡し条項を定めたうえで、明渡しの方法として「賃借建物を原状に復しななければならない」旨が規定されることがある。かかる条項も、賃借人は賃借建物の原状を回復した上で賃貸人に明け渡す義務を負うことを約した規定と解する裁判例（別紙番号12の裁判例）もあるが、反対に、上記合意の成立を証するには不十分であるとする裁判例もある（別紙番号2、4の裁判例）。

このように、いずれの条項も評価が分かれ得ることからすれば、より明確に、原状回復をしなければ明渡ししたことにはならない旨を賃貸借契約書に規定することが実務的には重要になる。その上で、賃借人が速やかに賃借建物を原状に復して明け渡すことを促すため、明渡しの遅延に伴う違約金条項を定める場合、そこでの明渡しとは賃借建物を原状に復した上での明渡しであることを再度明記することが望ましいと思われる²⁵。

25 ただし、原状回復の程度が不十分であったとしても、それが軽微なものに止まる場合には、賃料相当損害金の発生が否定される場合もあろう（東

もつとも、建物賃貸借契約において、賃貸人に原状回復工事の業者指定権が付与され、賃貸人側で業者を選定し、原状回復工事を行い、それに要した費用を敷金等から回収する方法が採られる場合には、別途の考慮を要する。この場合、賃借人が賃借建物の占有を賃貸人に移転し、その後賃貸人側で原状回復工事を行うことが予定されていることから、たとえ原状回復をしなければ明渡ししたことにはならない旨を規定したとしても、賃貸人側の事情で原状回復工事が遅延した場合等についてまで、工事完了まで賃借人の明渡しを認めずに、賃借人側にその間の賃料相当損害金全てを負担させることは酷であろう。別紙番号11の裁判例では、賃借建物を原状に復して明け渡す旨の条項について、賃貸人側に業者指定権があること等を踏まえ、「本件契約終了後、賃借人が本件ビル内に設置した動産類を撤去しない場合等、その原状回復義務を履行しない場合には、賃貸人は、返還義務の未履行として賃借人に対してその撤去等の原状回復を請求することができるが、いったん賃貸人が賃借人から賃貸借終了に基づく返還義務の履行として本件ビルの明渡しを受けた後は、賃借人の費用負担で賃貸人が自ら原状回復工事や残置された動産類の処分を行うことができる旨を規定したものと解される。」と判示されたように、賃借人の責任を軽減する方向で明渡し条項や違約金条項が制限的に解釈される場合があり得よう。

- (二) 他方、明渡し条項と原状回復条項を完全に切り離し、それぞれにつき不履行に伴う違約金条項を設けることにより、賃借人に対し賃借建物の明渡しのみならず原状回復の早期実施を促す方法も考えら

京高判昭和60年7月25日 (LEX/DB 文献番号27800925) 参照)。また、賃貸人が負担すべき工事を賃借人が実施していたこと等を理由に、原状回復工事が完了し賃借物件を明け渡すまでの期間の一部につき賃料相当損害金の発生を否定した事案として、別紙番号13の裁判例参照。

れる。

この建付けの下では、賃借人が原状回復未了のまま賃借建物を明け渡した場合、賃借人の目的物返還義務の履行が認められ、他方、原状回復義務の履行が認められないことになるが、原状回復義務の不履行に伴う違約金条項によって、賃借人に対し原状回復義務の履行を促すことができる。もっとも、その違約金が賃料相当損害金又はそれ以上の水準に設定された場合等には、原状回復義務の不履行の程度、原状回復工事の内容、敷金の有無・額等を踏まえ、違約金は、原状回復義務の不履行との相当因果関係にある範囲に限定される場合がある（別紙番号8、11、13の裁判例参照）。

3 明渡し時の実務対応

(一) 鍵の受取り

賃貸借契約において賃借建物を原状に復した上で明け渡すことが約された場合であっても、鍵の受取りをもって占有の移転が認められ、賃借建物の明渡しに認められ得る（別紙番号1、5の裁判例参照）。そのため、賃貸人として、明渡しの遅延に伴う違約金条項を背景に、賃借人自らによる原状回復工事の実施を促したい場合には、鍵の受取りに際し異議を留めておく必要がある。どのように異議を留めるかについては事案に即した検討が必要であるが、例えば、建物管理上の理由から鍵を受け取る場合であっても、鍵の受取りをもって明渡しとは認めないこと、原状回復工事の実施に必要な場合は鍵を賃借人に交付すること等を書面に記載し、それを賃借人に対し送付しておくことが考えられよう。

(二) 原状回復工事の範囲に争いがある場合

原状回復工事の範囲について賃貸人と賃借人との間で争いがあり、

原状回復工事の着手に至らないケースがある。賃貸借契約において賃借建物を原状に復した上で明け渡すことが約されるとともに、明渡しの遅延に伴う違約金条項が定められている場合、原状回復工事の着手が遅れば遅れるほど、賃借物の明渡時期が遅くなり、その分賃料相当損害金等の違約金が発生することになる。

それを防ぐには、賃借人としては、自らが適当と考える原状回復工事を実施するほかない。事後的に、裁判所においてその原状回復工事の範囲が賃貸借契約の約定に照らし狭いと判断されることはもちろん考えられるが、そのリスクは原状回復工事を実施しない理由にはならない。齟齬の程度が軽微である場合等には、賃料相当損害金等の違約金の発生が否定される場合もあり得よう²⁶。さらに、賃貸人が鍵を取り換えるなどし、当該工事の実行が事実上困難になった場合には、賃借人の責めに帰すべからざる目的物返還義務の不履行として不履行に伴う責任を免れることになる(別紙番号12、10の裁判例参照)。

第四 終わりに

本稿は、目的物返還義務と原状回復義務という2つの義務の接点への関心から、それを整理しようという試みに基づくものであった。しかし、理論的にはこの問題を十分に整理するものでは到底なく、現状の議論と近時のいくつかの裁判例を一応整理したというものに止まるものであり、更なる検討が必要である。このように、不十分な論稿ではあるが、少しでも実務上参考になれば幸いである。

(小田 勇一)

26 東京高判昭和60年7月25日前掲注25) 参照。

	裁判所 (判決日)	当事者 / 主な請求	要旨 (関連部分の抜粋、一部加工)
1	東京地裁 (H28.2.19)	原告：賃貸人 被告：賃借人等 賃料相当損害金 等請求	被告Y1は、平成26年2月10日、管理会社に対し、本件居室の鍵を返却して本件居室を退室し、その事実的支配を原告に移転したことが認められるところ、これをもって、本件更新契約16条所定の被告Y1の原告に対する明渡義務の履行は終了したと解すべきである。原告は、被告らが本件賃貸借契約終了後、原告が費用を支出して本件居室の修理を完了させるまでの間、原状回復費用の支払を一切行わなかったことにより本件居室の原状回復はなされなかったことや、被告Y1が本件居室に設置したエアコンを撤去していないことを指摘して、その明渡しは完了していない旨を主張する。しかし、本件賃貸借契約及び本件更新契約において、本件居室の明渡しにつき「原状回復をした上で明け渡すこと」を指す旨合意したことを認めるに足りる証拠はない。
2	東京地裁 (H26.12.26)	原告：賃借人 被告：賃貸人 敷金返還請求	賃借人は、賃貸人に対し、賃貸借契約の終了により、賃借物の返還義務を負い(民616条、597条1項)、この賃借物の返還義務としての不動産の明渡しとは、当該不動産の占有者が立ち退くとともに、不動産内にあった動産を取り除いて賃貸人に直接的な支配を移すことである。他方、原状回復義務は、賃借人が賃貸人に対し、特約等に基づいて、契約締結当時の目的物の原状に目的物を復せしめる義務をいうから、両者は全く異なる内容の義務である。そうすると、当事者間で、目的物の返還に先立って原状回復義務の履行をしなければ、同返還義務を果たしたことはならないとする旨の合意がされるなど特段の事情があれば格別、そうでない場合には、原状回復義務の未履行をもって明渡義務の不履行があったということはできない。
3	東京地裁 (H26.12.15)	原告(反诉被告)： 賃借人 被告(反訴原告)： 賃貸人 本訴：敷金返還 請求、反訴：建 物明渡等請求	本件建物部分1には、現在においても本件そぼ屋の什器備品等が残置されたままであることから、明渡しが完了したとは認められない。これに対し、原告らは、原状回復と明渡しは別の概念であるから、本件建物部分1の鍵が被告に返還され、支配権が移転したことをもって、明渡しが完了したと主張する。しかし、一般に、建物内の賃借人の所有物を撤去することは、原状回復よりも建物明渡しの範ちゅうに属する事項といえることからすると、本件そぼ屋の什器備品等が残置されている以上、上記鍵の返還のみをもって本件建物部分1の明渡しが完了したことにはならないというべきである。
4	東京地裁 (H26.2.24)	原告(反诉被告)： 賃借人 被告(反訴原告)： 賃貸人 本訴：保証金返 還等請求 反訴：原状回復 費用等請求	本件賃貸借契約においては、原告の被告に対する明渡義務と原告の原状回復義務とを別の条項で定め、各義務が別個の義務であることを前提に定めているといえ、また、義務の性質としても、本件建物3階部分の明渡義務が履行された場合には論理必然に原状回復義務の履行がされているなど、一方の義務の履行という事実状態をもって他方の義務の有無やその得失を判断することができる関係にはなく、そうすると、本件合意書における明渡義務の完了について、原告の被告に対する本件建物3階部分の店舗に設置した内装や造作の撤去、解体といった原状回復義務を免除するか否かについて明確に定めているものとはいえない。

5	東京地裁 (H24.12.17)	原告：賃貸人 被告：賃借人 建物明渡等請求	被告会社が原告に対し平成24年6月4日に本件建物1ないし4の鍵を引き渡したことは、原告と被告会社の間で争いがなく、証拠(省略)によれば、原告と被告会社は、本件賃貸借契約において、同契約が終了したときの明渡しについて、被告会社が自己の負担において借室及びその付属設備、造作の破汚損箇所を修理すると共に入居時又はその後において、被告会社がなした造作、改造等は自己の費用をもってこれを原状に復し、直ちに原告に明け渡すものとする(24条1項)、被告会社が賃貸借室内の物件を原告指定の期間内に搬出しないときは、その所有権を放棄したものと看做し、原告は任意に処分することができること(同条4項)を合意したこと、原告は、被告会社に対し、平成24年6月12日付け文書をもって、本件建物1ないし4に被告会社が残置した物件について所有権放棄書の提出を検討するよう通知し、同放棄書の案文を添付した「ご連絡」と題する書面を送信し、被告会社は、原告に対し、同月13日付け回答書をもって、同添付に係る放棄書の案文に記名押印して、上記物件の所有権を放棄する意思表示をし、同意思表示はそのころ原告に到達したと認められる。以上によれば、本件賃貸借契約においては原告指定の期間内に搬出しないときは、被告会社は本件建物1ないし4内に残置した物件の所有権を放棄したものと看做し、原告が任意に処分できる旨の定めがあるが、被告会社が、本件建物1ないし4の鍵を引き渡した後念のための原告の要請に応じて、残置物件の所有権を放棄したのであるから、同放棄によって本件建物1ないし4に対する占有を原告に引き渡したと認められる。よって、被告会社は、原告に対し、平成24年6月13日、本件建物1ないし4を引き渡した。
6	東京地裁 (H24.10.24)	原告(控訴人)： 賃貸人 被告(被控訴人)： 賃借人 建物明渡等請求	そもそも、本件規定(「店舗又は造作の模様替えの必要を生じた場合にはあらかじめ賃貸人の許可を得て行い、明渡しの際は自費をもって原形に復すかあるいは無償にて残置するものとする」)は、本件賃貸借契約の終了後に、本件建物内に残置物が存在する場合において、賃貸人が廃棄等の処分を行うことについて賃借人が異議を述べないという趣旨であって、残置物の所有権が賃貸人に移転するとか、賃借人の原状回復義務を当然に免除するなどという趣旨を含むものとは解されない。したがって、本件規定によって、本件建物内の本件動産の所有権が控訴人に移転するとか、被控訴人の原状回復義務が免除されたなどとはいえない。そうすると、本件建物内に本件動産が残置されている(争いのない事実)以上、この点からみても、被控訴人は本件建物を引き続き占有しているというべきである。

7	東京地裁 (H23.7.6)	原告：貸貸人 被告：賃借人等 建物明渡等請求	原告は、被告は本件契約に基づく本件倉庫の原状回復義務の一つとして本件中2階設備を被告の費用で撤去する義務を負っており、この義務を履行した上で本件倉庫を明け渡す義務を負っているのに、被告は本件契約終了後も本件中2階設備を継続して使用しており上記原状回復義務を履行していないから、本件倉庫を明け渡したとしても、それだけでは明渡義務を履行したことにならないと主張する。しかし、賃貸借契約における賃借物の明渡義務とは賃借人が賃借物の占有を賃貸人に移転することをいうのに対し、原状回復義務とは賃借物を契約時の原状と同じ状態に戻す義務をいい、両者は別個のものである。そうすると、被告が原状回復義務の一つである本件中2階設備の撤去義務を履行していないとしても、原状回復義務違反の問題が生ずるのは格別、原告の明渡義務が不履行とされるものではない。むしろ、本件において、被告は平成22年8月14日に原告に対し本件倉庫の鍵を返還して本件倉庫を明け渡したことは前示のとおりであり、これにより被告の明渡義務は履行されている。
8	東京地裁 (H22.11.30)	原告：賃借人 被告：賃貸人 保証金返還請求	特定物の引渡しは、代替性がなく、その物件の引渡しが大切なのであって、目的物件の毀損・汚損とは直接関係がないから、目的物件が毀損・汚損していたとしても、賃借人がそのままの状態で明け渡せば、建物明渡しという債務の履行については債務者としてなすべき義務を果たしたといえることができるので、賃貸人は建物の明渡しを拒んで引き続き賃料の支払を求めることはできない。しかしながら、目的物件やその付属設備に毀損・汚損が存する場合に、賃貸人が目的物件の回復・補修を求めることができるか否かについては、明渡義務の履行の有無とは別個の法律関係によって律せられるべきことであるから、目的物件の毀損・汚損につき賃借人に帰責性がある場合には、債務不履行あるいは不法行為の成立要件を満たす限り、賃貸人は賃借人の原状回復義務の不履行を理由として原状回復費用につき損害賠償請求をすることができるのは当然のことであり、加えて、目的物件の補修に日時を要する場合には、社会通念上妥当と認められる範囲内において、目的物件の補修によりこれを第三者に賃貸することができない日数分の賃料相当損害金についても、原状回復義務の不履行と相当因果関係のある損害として、これを賃借人に対し請求することができるかと解するのが相当である。
9	東京地裁 (H22.7.30)	原告(反訴被告)：賃貸人 被告(反訴原告)：賃借人 本訴：建物明渡等請求 反訴：保証金返還請求	本件契約上、契約終了に伴う明渡しに際しては、原状回復を行った上で返還すべき義務を定めている(17条)から、原状回復を行わないままの明渡しを原告が許容して引渡を受けた場合は格別、被告は原状回復を行った上で本件建物の明渡しをする必要があるところ、被告が原状回復作業を終えて鍵を原告代理人に送付したのは平成21年6月3日なのであるから、同日をもって明渡しがあったものというべきである。

10	東京地裁 (H21.8.31)	原告：賃借人 被告：賃貸人 敷金返還請求	原告は、平成17年10月21日、本件建物における営業を終了し、翌22日、本件建物内の什器備品類の撤去を完了し、D設計士は、同日、被告指定の4業者を呼んで本件建物の調査を行い、これら業者は、同年10月27日から11月4日までに見積書を提出した。D建築士は、同年11月5日ころ、原告に、上記4業者の見積書、D設計士作成の総合査定、見積りの比較査定表及び解体工事の工事工程表を郵送したが、原告は、この査定表に示された金額は、原告の取得した見積金額と対比しても高額であった上、工事の範囲についても了解できなかったため、本件建物の仲介にあたった業者を通じて、被告に協議を申し入れ、同年11月11日、18日、25日と待機したが、協議は実現しなかった。しかし、被告は、この間、同年11月初めころ、見積りを提出した業者に工事の発注をし、同月7日以降、原告に連絡することなく、本件建物に入って工事を開始し、その後、本件建物の入口扉、鍵を交換し、D建築士は、同年12月19日、被告代表者に、本件建物の入口扉の鍵を渡した。この間、被告は、原告側に対し、同年11月28日、本件賃貸借契約を解除する、本件建物の原状回復工事等を被告が行う、その費用は原告が負担するなど記載した「申入書」と題する書面を渡し、受取書に署名を求めたが、原告側は、受取を拒否した。上記工事は、平成17年12月19日までに完了せず、その後も行われた。上記認定事実によれば、本件建物の占有は、平性17年12月19日までに被告に移転したと認められ、原告は、同日までに被告に本件建物を明け渡したものと認められる。
11	東京地裁 (H21.1.16)	原告：賃借人の 破産管財人 被告：賃貸人 敷金返還請求	被告は、本件契約書23条1項1号を根拠として、本件ビルの原状回復義務が履行されるまでその明渡義務は未了であるから、原状回復工事完了までの相当期間の賃料又は賃料相当損害金は原告の負担である旨主張する。よって検討するに、本件契約書23条1項1号では、本件契約が終了したときには、賃借人は本件ビルを原状回復をした上で明け渡すこととされているが、他方、同項2号では、原状回復工事は、被告又は被告の指定する者が実施し、その費用は賃借人が負担すべきものとされ、同項3号では、本件契約終了時に残置されている賃借人の所有物はこれを放棄したものとみなし、被告の処分任せ、その処分費用は賃借人の負担とすることとされている。以上の規定を総合して合理的に解釈すれば、本件契約終了後、賃借人が本件ビル内に設置した動産類を撤去しない場合等、その原状回復義務を履行しない場合には、賃借人は、返還義務の未履行として賃借人に対してその撤去等の原状回復を請求することができるが、いったん賃借人が賃借人から賃貸借終了に基づく返還義務の履行として本件ビルの明渡しを受けた後は、賃借人の費用負担で賃借人が自ら原状回復工事や残置された動産類の処分を行うことができる旨を規定したものと解される。そうすると、本件契約書23条1項1号は、上記明渡しを受けた後について、賃料又は賃料相当損害金の負担について何ら規定するものではないと解するのが相当であり、これをもって原状回復工事完了のために相当な期間の賃料又は賃料相当損害金を賃借人が負担すべきことを規定したものであると認めることはできない。上記被告の主張を採用することはできない。

12	東京地裁 (H20.9.18)	A 事件 原告：賃借人 被告：貸貸人 敷金返還請求 B 事件 原告：賃借人 被告：賃借人・ 転借人 建物明渡等請求	A 事件原告が本件建物部分の明渡しを完了したといえるかどうかにつき検討する。A 事件原告らは、A 事件被告に対して、平成18年4月18日までは本件建物部分の鍵を返還しているが、本件契約書第9条の規定からすれば、本件建物部分の明渡しに際しては、A 事件原告には原状回復をする義務があると認められるので、A 事件原告は、原状回復をしない限り明渡しを完了したとはいえないものといえる。(省略)上記各事実を総合すれば、A 事件原告が、原状回復工事義務を履行するには、A 事件被告が本件建物部分を開扉したり、その鍵を交付する等の協力を得るが不可欠であり、A 事件原告が A 事件被告に対して、原状回復義務の履行として一応十分と認められる履行の提供をして A 事件被告の協力を要請したにも関わらず、A 事件被告は、その履行の受け入れ及び協力を拒絶した認めることができるので、このような場合は、A 事件被告が予定通り原状回復工事に着手できていれば工事が完成していたであろう平成18年9月18日(同年8月28日から3週間後)には、原状回復義務の不履行及びこれによる本件建物明渡義務の不履行による責めを免れ(省略)、A 事件被告としては、本件建物部分の明渡しが完了していないとの主張はできないものと解する。そして、このような場合は、A 事件原告は、平成18年9月18日には本件建物部分の明渡しを完了したものととして、本件敷金の返還を求めることができるものと解する。
13	東京地裁 (H20.3.10)	本訴原告(反訴被告)：賃借人 本訴被告(反訴原告)：貸貸人 本訴：敷金返還請求 反訴：賃料相当損害金等請求	本件賃貸借契約によれば、原告は、本件建物のうち原告において修理、改造、模様替えなどをした箇所については原告の負担で原状に回復した上で本件建物を被告に明け渡すとされているが(第11条)、そうではない箇所については修理、清掃して原状に回復するとだけあり(第14条)、このような一般の原状回復工事と明渡時期との先後関係については、特に明示の約定は存在していないことが認められる。ただし、上記のような本件賃貸借契約における各条項の先後関係や内容の趣旨を考慮すれば、本件においては、原告が負担すべき原状回復工事については、これを実施した後に被告に本件建物を明け渡す趣旨の契約であると考えのが相当である。したがって、本件賃貸借契約においては、原告は、原告が実施すべき原状回復工事を完了して本件建物を引き渡すまでは、本件建物の明渡しがあったものとはいえないというべきである。そうすると、一般的には、原告は、原状回復工事が完了した平成17年5月20日までの間については、明渡義務の履行遅滞にあったと考えることができるはずである。しかし、本件では、この間に被告も被告が負担すべき部分の原状回復工事を実施していたことや、実際の作業の便宜のために原告のなすべき工事に先立って被告の工事をしたために原告において手待ちになっていた部分も少なくないことが認められるから、そのような本件における特殊な事情を考慮するならば、原告、被告の双方によって原状回復工事がなされていた平成17年2月1日から同年5月20日までの期間について、原告の一方的な明渡義務の遅滞として賃料等相当損害金2077万7419円の支払義務を肯認するのは、当事者間の公平に反し相当ではないというべきである。

企業実務におけるインターネットの法的課題 ～企業の炎上対応・AIビジネスの法的保護 に関する諸論点～

インターネット法律研究部

* 目 次

第1部 企業におけるネット炎上対応	選択	195
の注意点	(六) 早期対応の要否	196
一 問題の所在	2 企業が行うべき炎上対応	197
二 炎上とは何か	(一) 炎上の際の対応の分類	197
1 「炎上」の定義	(二) ネットに対する反論	197
2 炎上参加者の特徴	(三) 謝罪対応の注意点	199
(一) 炎上参加者の人物像	五 炎上を起こさないために	201
(二) 炎上参加者数	1 社内規程の整備	201
三 炎上事例を知る	2 社内体制の整備	202
1 炎上の分類	3 その他	203
2 過去の炎上事例	六 終わりに	203
(一) 「アイスケース」事件	第2部 AIビジネスは法に守られるか	
(二) 「ウェスティンホテル東京」	～基本的な知識の整理と事例に	
事件	即した一考察～	207
(三) 「サントリー PR 動画」事件	一 はじめに	207
	二 本稿の対象となるAIビジネス	208
(四) 企業の抱える炎上リスク	1 人工知能 (AI) とは	208
	2 AIビジネスの全体像	209
四 炎上が発生したら	(一) 学習用データ	210
1 法的対応の種類と分析	(二) AIプログラム	210
(一) 投稿記事の削除請求	(三) 学習済みモデル	210
(二) 発信者情報開示請求	3 AIビジネスの具体的な	
(三) 検索結果の削除	事例	211
(四) サジェスト	(一) 学習用データの取得	212
(五) 法的手続を行わないという		

(二) AIプログラムの選定·····	212	3 学習済みモデルの法的	
(三) 学習済みモデルの完成·····	212	保護·····	219
(四) 製品事故の発生·····	213	4 学習済みモデルの利用に	
三 考察·····	213	より生じた事故に対する	
1 学習用データの法的保護·····	213	民事責任·····	222
2 AIプログラムの法的保護·····	217	四 おわりに·····	227

第1部 企業におけるネット炎上対応の注意点

一 問題の所在

近年、インターネットが普及し、誰でも手軽に情報発信ができるブログやSNSなどが発達してきた。これにより、個人にとっても企業にとっても、インターネット上の書き込みによる影響を無視できない状況になってきている。

インターネット上に企業の悪い評価が書き込まれれば、企業のイメージは低下し、企業のサービスや商品を利用しようと考えている潜在的な顧客減少のリスクが生じる。採用の場面でも、ネット上に書き込まれたマイナスの情報を見つけた者による内定辞退や、そもそも面接に来なくなるという影響も考えられる。これらは、優秀な人材を確保し継続的に企業を発展させていくという観点から看過できない影響である。

そして、企業活動の中では、従業員の不適切な投稿による炎上、企業広告による炎上、個人情報流出による炎上など様々なケースにおいてインターネット上で世間の批判を受けることが少なくない。しかも、炎上するケースの中には、企業の法令違反など企業に明らかな落ち度があるケースもあれば、炎上参加者の誤解に基づくもので企業に全く落ち度がないケースもあるなど企業が非難されるべき程度は様々である。企業の経営者や危機管理担当者は、その非難の程度等に応じて具体的な対応策を検討しなければならない。一律の対応をしていたのではかえって炎上が大きくなってしまうおそれもあるなど、ネット炎上特有の難しさにも注意していかなければならない。企業には、ネット炎上についてよく知り、適切な対応をしていくための準備・対策が求められるのである。

本稿は、近年の炎上事例を紹介するとともに、炎上してしまった時に企業はどのように対応するべきか、炎上を起こさないために何ができるのかという点について若干の検討を加えるものである。

二 炎上とは何か

1 「炎上」の定義

ひとことにネット炎上といっても、その意味はことばを使用する人によって様々である。特に決まった定義があるわけではない。炎上の定義の一例として、「ある人物や企業が発信した内容や行った行為について、ソーシャルメディアに批判的なコメントが殺到する現象」(注1)とするものなどがある。しかしながら、炎上というのは、必ずしもソーシャルメディアだけに留まるものではないと考えられる。何より、「ソーシャルメディア」ということば自体が、多くの人々が共通認識を持つことができることばではないように思われる。

そこでより分かりやすく、炎上の定義を、「ウェブ上の特定の対象に対して批判が殺到し、収まりがつかないような状態」(注2)であるとして、本稿では検討を行うこととする。

2 炎上参加者の特徴

次に、炎上対策を考えるにあたっては、どのような人物が炎上に参加しているのかという点についても検討を加えておく必要がある。炎上参加者の人物像、特に、その人物が何に注目し、何をすると批判的な投稿が増えるのかをある程度把握できなければ、適切な炎上対策を選択することは難しい。

(一) 炎上参加者の人物像

では、炎上参加者には、性別、職業、家族構成などの人物像に特

徴があるのだろうか。

この点について、アンケート調査データを用いて実証分析をした例がある。そこでは、炎上に積極的に参加している人の人物像について、「年収が多く、ラジオやソーシャルメディアなどをよく利用し、掲示板に書き込む、インターネット上でいやな思いをしたことがあり、非難し合っても良いと考えている、若い子持ちの男性」(注3)と整理されている。一方で、発信者情報開示請求を行っている実務者の立場からは、「実際には、男女比でいえば男性の方が若干多いものの、女性も相当数の投稿をしていること、定職に就いていないなど年収が高いとも安定しているともいえない人が多い」、「『時間をもてあましていてる人が、自宅にひきこもって、インターネット上で誹謗中傷を繰り返している』のが実務における実感」(注4)との指摘もある。

これらは、どちらも間違いではないだろう。炎上参加者がどのような人物像かというのは、誰が批判を受けているか、どのような分野の問題に関する批判か、世間全体に関わる問題かどうかなどによって左右されるものであって、一律に定義できるものではない。結局、炎上の事前対策という観点からは、上記の指摘を踏まえながら対策を立てていくべきと考えられるが、炎上発生後の対応という観点からは、上記の指摘を参考にしつつも事案ごとに判断するほかないのである。

(二) 炎上参加者数

実際に炎上の被害にあってしまうと、被害にあった企業はどれだけの数の人物が自社を批判しているのか正確に把握することは困難である。それは、ネットの匿名性に起因するものであるが、同一人物が複数回の投稿を繰り返したり、同一人物が複数人を装って投稿

を行ったりすることも珍しくないからである。とはいえ、炎上にどれだけの人が参加しているのかを予測することは、対応を検討していく上で重要である。

なお、炎上参加者といっても、直接対象に対して批判的な投稿をする者もいれば、批判に対して感想を述べるだけの者、批判的な投稿を拡散するだけの者など様々である。

この点について、「炎上事件に伴って何かを書き込む人はインターネットユーザの0.5%程度」であり、「1つの炎上事件当たり数千人程度」であるとする研究結果がある。そこでは、「このうち9割以上が一言感想を述べる程度」であって、「複数回書き込みをしていて、直接攻撃の予備軍と考えられる人はこの中の数%であり、人数にすれば数十人～数百人程度」、さらにそのうち「直接攻撃者の数は数人～数十人程度となる」（注5）と分析されている。

直接攻撃者がネット利用者の多くの割合を占めているのであれば、炎上に参加する理由や参加者の属性も多種多様である可能性があり、対応が難しくなるだろう。他方、直接攻撃者の割合が小さいのであれば、炎上が起こってしまった場合であっても適切に対応することで被害を最小限に食い止められる可能性が高くなる。すなわち、「直接攻撃者の数は数人～数十人程度」という上記の分析結果からすれば、これまでにどのような炎上事例があるのかを知り、その対策を検討していけば、炎上予防、炎上対応のために効果を発揮すると考えられるのである。

三 炎上事例を知る

炎上対策を検討していく上で、どのような種類の炎上があり、これま

でどのような炎上事例が発生してきたのかを知ることが重要である。企業の中には、炎上リスクを認識した上で一定の対応ができているところもあれば、自社は炎上しないだろうと考えて実際に炎上が発生してから対応を検討するところもある。どちらかといえば、後者の方が多いのではないだろうか。とはいえ、自社にどのような炎上リスクがあるのか、同業他社ではどのような炎上が発生したことがあるのかを知っておくことは、リスク管理の観点からも重要である。特に、経営者がネットのリスクについて軽視しているという不安を持つ従業員の立場からすれば、経営者に対する説得材料として、過去の炎上事例を把握し、自社にどのようなリスクがあるのかを説明できるようにしておくことは重要であろう。

1 炎上の分類

炎上については、多くの文献で分類の試みがなされている。例えば、何をしたかという観点から「Ⅰ：反社会的行為や規則・規範に反した行為（の告白・予告）」、「Ⅱ：何かを批判する、あるいは暴言を吐く（政治・宗教・ネット等に対して）。デリカシーのない発言をする。特定の層を不快にさせるような発言・行為をする。」、「Ⅲ：自作自演、ステルスマーケティング、捏造の露呈。」、「Ⅳ：ファンを刺激（恋愛スキャンダル・特権の利用。）」、「Ⅴ：他社と誤解される。」という5つに分類するものや（注6）、炎上の広がる経過に着目し、「①マスメディア発」、「②ソーシャルメディア発」と分類した上で、さらに「②ソーシャルメディア発」を「1 ネット告発型（不祥事・不満等をきっかけとするもの）」、「2 失言・不適切型」、「3 悪ノリ型（違法行為の自慢、社会的非難を受ける行動をきっかけとするもの）」、「4 デマ型」と分類するものなどがある（注7）。また、企業に関する炎上のパターンを、「①商品・サービス」、「②顧客対応」、「③従業員の暴露・常識外れの行動」、「④広報対応」、「⑤

不祥事」、「⑥まったくの言いがかり」、「⑦意見・解釈の違い」と原因別に簡潔に分類したものもある（注8）。

このように炎上事例は、様々な要因により分類することが可能である。もっとも、企業が上記のいずれかの分類を用いてそれぞれの対策を検討すればよいという単純なものでもない。どのような炎上が起こり得るかというのは、企業の規模、業種、業務内容などによって様々であり、上記の分類を参考にしながら、自社ではどのような炎上が起こり得るのか、それぞれの企業に合わせた分類を行って対応を検討していくことが必要となる。

2 過去の炎上事例

日本国内で発生した炎上事例といっても、様々な種類のものがあり、被害の大きさも様々である。その中でも、多くの企業で起こり得るのであって、私が押さえておくべきと考えるいくつかの炎上事例をご紹介します。

（一）「アイスケース」事件

（1）事案の概要

平成25年6月、高知市内の「ローソン」のフランチャイズ店において、男性アルバイト店員が、売り場のアイスクリームを販売するケースの中に入って横になった様子を友人に撮影させ、写真をインターネット交流サイトの「Facebook」で公開した。この写真がネット掲示板などの様々な場所に転載され、店舗の情報や男性の個人情報を書き込まれて炎上した（注9）。

（2）発生後の経過

ローソンは同店とのフランチャイズ契約の解約を決め、同店を休業にした。ローソンは、「加盟店従業員の不適切な行為についての

お詫びとお知らせ」というタイトルで、「お客さまには大変不安・不快な思いをさせてしまいましたことを心より深くお詫び申し上げます。食品を取り扱うものとしてあってはならない行為だと反省しております。二度とこのようなことが起きぬよう、全社員・加盟店一丸となって信頼回復に努めてまいります」などと記載した謝罪文を掲載するに至った。発覚後、ケースとアイスクリームは撤去されている（注9）。

(3) 事案の分析

このニュースは、日経新聞電子版でも報道されるに至り注目を集めた（注10）。この事件の報道をひとつのきっかけとして、「アルバイト従業員の暴走が次々と明るみになり、『バイトテロ』『バカッター』という言葉が定着」（注11）したようである。「バイトテロ」とは、「飲食店や小売店にアルバイトの形態で雇用されている店員が店の商品（特に食品）や什器を使用して悪ふざけを行う様子をスマートフォンなどで撮影し、ソーシャル・ネットワーキング・サービス（SNS）に投稿して炎上する現象を指す日本の造語」（注12）である。「バカッター」とは、「日本のインターネットにおいて誕生した、Twitter利用者による行為の様相を表すインターネットスラング」（注13）である。

この事件のように、不衛生な投稿による影響は極めて大きいと考えられる。実際に、都内のそば屋においてアルバイトが洗浄機に横たわった画像などをTwitterで投稿したケースでは、炎上の影響もあり、閉店、破産に追い込まれている（注14）。

飲食店のほか、食品を扱う店舗では、同様の事件が起こる可能性があり、決して他人事ではない。社内の管理体制の整備や従業

員教育によって、そのリスクをできるだけ小さくしていかなければならないと考えられる。

(二) 「ウェスティンホテル東京」事件

(1) 事案の概要

ウェスティンホテル東京のアルバイト従業員が、ホテル内のレストランに来店したスポーツ選手とモデルの情報を Twitter に投稿し、顧客のプライバシー暴露であるとネット上で批判を浴び、炎上した(注15)。

(2) 発生後の経過

同ホテルでは、公式ホームページに謝罪文を掲載し、今後の対応について、「当該従業員には厳しい処分を下すと共に、全従業員へのお客様情報の守秘義務等に関する教育を再度徹底し、再発防止に全力を挙げて取り組んでまいります。」と述べている(注16)

(3) 事案の分析

総支配人による謝罪文によれば、ウェスティンホテル東京では、社員・アルバイトにかかわらず全ての従業員に、入社時にお客様情報の守秘義務等に関する研修を行った上、誓約書への署名もさせているとのことであった(注16)。

この問題の難しさは、従業員教育等を行っていたとしても、必ずしも同様の被害を防ぐことができないという点である。もっとも、従業員教育等を行っている実績があれば、今回のように謝罪文にそれを記載することができ、信用の低下を一定程度抑える効果が期待できるだろう。

同様の事件はホテルに限らず、地方銀行の従業員の家族が芸能人の来店情報を Twitter に投稿した例もある(注17)。ホテル、銀行、

飲食店など、客が来店する形態の企業であれば、同様のリスクを抱えているといえる。

(三) 「サントリー PR 動画」事件

(1) 事案の概要

2017年7月、サントリービール株式会社が公開した新商品ビールのPR動画に対し、「男性にとって都合がいい女性像を性的に表現している」など、性差別的な見せ方を批判する意見が多数寄せられ、炎上した(注18)。

(2) 発生後の経過

批判が殺到したことにより、公開された動画は翌日に削除された。同社の広報は、「ご当地グルメや方言で魅力を伝えたかった。一部の方々のご気分を害されたことはおわびしたい」と述べていたとのことである(注19)。

(3) 事案の分析

今回の件のように、「記事やテレビ番組、CMでの男女の描かれ方が批判を浴び、作品や表現の撤回に追い込まれる例が珍しくなく」なっている(注19)。このようなケースでは、わざと炎上させようとしているのではないかと受け取られてしまうリスクもある。企業においては、企業内外において様々なチェック体制を構築するなどして、炎上を未然に防ぐための努力が必要となってくる。

(四) 企業の抱える炎上リスク

(一)～(三)の事案は、比較的どの企業でも起こり得る事案ではないだろうか。企業の商品、サービスがインターネット上で評価され、企業からインターネット上の発信を行うことも増えてきている現代においては、企業にとって炎上リスクは決して無視することができるも

のではない。過去の炎上事例を知り、自社にどのような炎上リスクがあるのかを正確に把握した上で、企業ごとに炎上リスクを減らすための対策を行っていく必要がある。

四 炎上が起きてしまったら

それでは、実際に炎上が起きてしまったら、どう対応していけば良いのだろうか。対応策としては、法的な手段から対外的な広報など様々なものが考えられるが、ここでは、代表的な法的な対応策とそのリスクについて分析するとともに、企業が行うべき炎上対応について検討していく。

1 法的対応の種類と分析

(一) 投稿記事の削除請求

自社がネット炎上してしまった場合にまず思い浮かぶのは、自社に批判的な投稿記事を削除できないかということであろう。任意の交渉の手段としては、オンラインフォームやメールによる削除依頼、プロバイダなどの事業者を会員とする一般社団法人テレコムサービス協会（テレサ協）の書式を利用した削除依頼などが考えられる。テレコムサービス協会の書式は、「プロバイダ責任制限法関連情報 Web サイト」（注20）に公開されている。任意の請求で削除されない場合には、サイト管理者等を相手方とする削除仮処分を検討することになる。

しかし、この削除請求という手段は、必ずしも炎上を鎮静化させる方向に進むとは限らない。そこには、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（以下「プロバイダ責任制限法」という。）の規定によるリスクやインターネットならではの難しさがある。

まず、プロバイダ責任制限法3条2項には、次のように規定されてい

る（下線は執筆者による）。

プロバイダ責任制限法3条2項

特定電気通信役務提供者は、特定電気通信による情報の送信を防止する措置を講じた場合において、当該措置により送信を防止された情報の発信者に生じた損害については、当該措置が当該情報の不特定の者に対する送信を防止するために必要な限度において行われたものである場合であって、次の各号のいずれかに該当するときは、賠償の責めに任じない。

- 一 当該特定電気通信役務提供者が当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由があったとき。
- 二 特定電気通信による情報の流通によって自己の権利を侵害されたとする者から、当該権利を侵害したとする情報（以下この号及び第四条において「侵害情報」という。）、侵害されたとする権利及び権利が侵害されたとする理由（以下この号において「侵害情報等」という。）を示して当該特定電気通信役務提供者に対し侵害情報の送信を防止する措置（以下この号において「送信防止措置」という。）を講ずるよう申出があった場合に、当該特定電気通信役務提供者が、当該侵害情報の発信者に対し当該侵害情報等を示して当該送信防止措置を講ずることに同意するかどうかを照会した場合において、当該発信者が当該照会を受けた日から七日を経過しても当該発信者から当該送信防止措置を講ずることに同意しない旨の申出がなかったとき。

すなわち、プロバイダ責任制限法3条第2項柱書は、特定電気通信役

務提供者が送信防止措置を講じた場合の損害賠償責任の制限の規定として、「当該措置により送信を防止された情報の発信者に生じた損害については、当該措置が当該情報の不特定の者に対する送信を防止するために必要な限度において行われたものである場合であって、次の各号のいずれかに該当するときは、賠償の責めに任じない。」と定めている。そして、同項2号において、「当該侵害情報の発信者に対し当該侵害情報等を示して当該送信防止措置を講ずることに同意するかどうかを照会した場合において、当該発信者が当該照会を受けた日から七日を経過しても当該発信者から当該送信防止措置を講ずることに同意しない旨の申出がなかったとき」と定め、発信者に意見照会をすることを損害賠償責任が制限される要件としているのである。

この規定は、「発信者の表現行為を過度に制約することとならないよう、権利を侵害されたとする者からの申出により発信者に対して照会をし、意見表明の機会を与えたにもかかわらず、発信者から一定の期間を経過しても何らの申出もない場合」（注21）に削除したことによる損害賠償責任を否定するものである。

発信者に意見照会をすることは表現の自由との関係では重要なことであると考えられるが、炎上状態を想定した場合は、削除請求をされた投稿の発信者が削除請求されたことに腹を立て、さらなる批判を繰り返すリスクを併せ持つ。

それだけではない。意見照会をされた発信者が、意見照会の際に送付された書面をそのままインターネット上に公開する可能性も否定できないのである。このことを考えたとき、削除請求をするかどうかを考えるにあたって、意見照会の際に送付された書面が公開され

た場合に更なる炎上を招くかどうかという視点も必要になる。それを判断する際には、炎上したことについて自社に非があるかどうかが一いつの基準になるであろう。意見照会の際に送付された書面を公開される可能性を考慮すれば、書面に記載する個人情報や表現の内容についても特に慎重な検討を要する。

また、削除請求の場面ではないが、炎上のもととなった自身の投稿を削除することについて、面白い指摘がある。それは、「騒ぎの元になった投稿（オリジナル）が消されれば」、「スクショ（コピー）に価値が生まれ」、「コピーが一気に拡がり、炎上を拡大」させていく（注22）というものである。確かに、一度炎上が起きてしまえば、元になった投稿や画像はスクリーンショットとして保存されるほか、画像自体を保存されたり、カメラで撮影されたり、様々な方法で記録に残されていくことが考えられる。批判されるべき投稿をしたことによって炎上を巻き起こした張本人が、その原因となった投稿等を消したがつっていると分かれば、削除された投稿や画像を再度インターネット上に公開しようとする人物がいることは明らかである。この問題に対しては、「自分の愚行を素直に詫び、誤解されている部分があれば訂正や補足をし」、削除はせず、「投稿の記述を修正する場合には、上書き修正ではなく『取り消し線』で消し」、「どう修正したのかわかるようにする」ことが良いとされている（注23）。これは、主に個人が不適切な投稿を行った場合の対処法として紹介されているものであるが、削除せず、元の投稿等が分かる形で修正をしてお詫びをするという視点は、企業における対応としても参考になるものである。

（二）発信者情報開示請求

投稿記事を削除しても損害が回復されない場合や投稿記事を削除

しても投稿が繰り返される場合において、発信者に対して損害賠償請求等を行おうとしても、インターネット上の投稿に関しては匿名でなされていることが少なくなく、裁判手続のために発信者の住所・氏名を特定する必要があることがある。

その場合、発信者の住所氏名を開示させるための根拠となるのが、プロバイダ責任制限法4条1項である。

プロバイダ責任制限法4条1項

特定電気通信による情報の流通によって自己の権利を侵害されたとする者は、次の各号のいずれにも該当するときに限り、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者（以下「開示関係役務提供者」という。）に対し、当該開示関係役務提供者が保有する当該権利の侵害に係る発信者情報（氏名、住所その他の侵害情報の発信者の特定に資する情報であって総務省令で定めるものをいう。以下同じ。）の開示を請求することができる。

- 一 侵害情報の流通によって当該開示の請求をする者の権利が侵害されたことが明らかであるとき。
- 二 当該発信者情報が当該開示の請求をする者の損害賠償請求権の行使のために必要である場合その他発信者情報の開示を受けべき正当な理由があるとき。

任意の交渉の手段としては、削除請求と同じく、オンラインフォームやメールによる発信者情報開示請求、プロバイダなどの事業者を会員とする一般社団法人テレコムサービス協会（テレサ協）の書式を利用した発信者情報開示請求などが考えられる。これについても、テレ

コムサービス協会の書式が「プロバイダ責任制限法関連情報 Web サイト」(注20)に公開されている。もっとも、発信者情報開示請求が発信者の住所氏名といった個人情報を開示するものであることから、任意による開示請求で発信者情報が開示されることは少ないと考えられる。

その場合には、サイト管理者等を相手方とする発信者情報開示の仮処分等を検討することになる。発信者情報開示請求においては、削除請求の場合と異なり、2段階の手続が必要となることが多い。すなわち、Twitterでの名誉毀損の投稿を例に挙げると、Twitterを運営するTwitter,Incは発信者の住所氏名の情報を保有しておらず、Twitter,Incに開示を求めることができるのは、発信者がログインした際のIPアドレスとタイムスタンプである。それらが開示されると、IPアドレスから発信者が利用しているプロバイダを特定し、プロバイダに対して発信者の住所氏名の開示を求める発信者情報開示請求訴訟の提起等を行うことになる。

ここで注意すべきは、発信者情報開示請求を行うことが請求者にとってメリットばかりではないということである。

まず、費用をかけて手続を行ったとしても、発信者を特定できないこともある。発信者情報開示請求に関して相談を受けた弁護士は、発信者を特定できないリスクについて相談者に説明をした上で、依頼をするかどうかの検討を求めなければならない。発信者情報開示請求を依頼する誹謗中傷等を受けた当事者としても、上記のリスクを踏まえた上で、費用をかけて手続をする必要があるかという点について検討していく必要がある。

次に、削除請求の場合と同じく、そのような手続を進めているこ

とを発信者に知られてしまうというリスクがある。プロバイダ責任制限法4条2項には、次のように規定されている（下線は執筆者による）。

プロバイダ責任制限法4条2項

開示関係役務提供者は、前項の規定による開示の請求を受けたときは、当該開示の請求に係る侵害情報の発信者と連絡することができない場合その他特別の事情がある場合を除き、開示するかどうかについて当該発信者の意見を聴かなければならない。

このように、プロバイダ等が発信者情報について「開示の請求を受けたとき」は、「開示するかどうかについて当該発信者の意見を聴かなければならない」とされている。この義務は、「民事上の義務であって、行政罰等によって担保されているものではないが、開示関係役務提供者が本項に定める手続を適切に行わず、そのために発信者に損害が生じた場合には、不法行為等の責任を追及されることになる」（注24）という性質のものである。そのため、発信者情報開示請求を行う場合、発信者の住所氏名が特定されるより前に、基本的には、発信者に対して発信者情報開示請求を行っていることを把握されるものと考えなければならない。

したがって、この場合も、意見照会をされた発信者が、意見照会の際に送付された書面をそのままインターネット上に公開するリスクがあることになる。実際に、発信者情報開示請求書が公開された例もあり、発信者情報開示請求をするかどうかを考えるにあたって、意見照会の際に送付された書面が公開された場合に更なる炎上を招くかどうかという視点も必要になる。この場合にも、炎上したことについて自社に非があるかどうかが一つの基準となり、また、書

面に記載する個人情報や表現の内容について特に慎重な検討が必要となる。

(三) 検索結果の削除

投稿記事そのものを削除できない場合でも、Google や Yahoo の検索結果の上位に誹謗中傷等が表示されなければ、企業活動への影響は小さいと考えられる。そこで、「削除請求の相手方とコンタクトが取れない場合」や「削除対象のサイト、URL が膨大で、全てを個別サイト削除の料金で受任すると着手金が高額となってしまう」(注25) 場合などは、検索結果の削除を検討することになる。

それでは、そもそも検索結果の削除が可能なのであろうか。この点について、最高裁は、「検索事業者は、インターネット上のウェブサイトに掲載されている情報を網羅的に収集してその複製を保存し、同複製を基にした索引を作成するなどして情報を整理し、利用者から示された一定の条件に対応する情報を同索引に基づいて検索結果として提供するものであるが、この情報の収集、整理及び提供はプログラムにより自動的に行われるものの、同プログラムは検索結果の提供に関する検索事業者の方針に沿った結果を得ることができるよう作成されたものであるから、検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有する」として、検索事業者に対して検索結果の削除が求められる場合があるとの判断を示した(注26)。この最高裁決定に対しては、「検索結果の提供が『検索事業者自身による表現行為』であると判断して、検索事業者が媒介者に過ぎず削除の責任を負うことはないとの…立場を否定した」(注27) との評価がなされている。

ただし、検索結果を削除することは、投稿記事自体を削除する場

合とは違った難しさがある。例えば、検索結果の削除では、「URL並びに当該ウェブサイトの表題及び抜粋」という検索結果それ自体をもって、名誉毀損又はプライバシー侵害等に該当するといえなければならない。したがって、投稿記事自体の削除請求をするか検索結果の削除請求をするかを検討するにあたっては、検索結果自体による権利侵害の認定の困難性も判断要素となるのである。

なお、検索結果の削除は、投稿記事そのものを削除するわけではないため、高い確率で発信者に対する意見照会が行われる投稿記事の削除請求や発信者情報開示請求と比較して、手続の途中で個々の投稿記事の発信者に手続を行っていることを知られるリスクは小さいと考えられる。

(四) サジェスト

ネット炎上してしまった場合には、サジェストの削除を請求するという方法も考えられる。サジェストとは、「特定の検索キーワードを検索サイトで入力した際、自動的に別のキーワードが追加されたり、自動入力されたり、検索キーワードの候補がリストに表示されたりする機能」(注28)をいう。Google 検索のオートコンプリート機能も同様である。

もっとも、サジェストの削除請求については、削除を否定する東京高裁の判決が複数出ているとのことであり、勝訴可能性等の観点から、裁判手続ではなく「検索サイトが用意している任意削除請求ウェブフォームを利用する」(注28)ことが推奨されている。

自社名を検索した際に、検索結果の1ページ目または2ページ目にマイナスの情報が表示されない場合、自社名に特定のワードを組み合わせることで検索しなければ、誹謗中傷等の投稿にたどり着けないような

場合には、サジェストの削除請求を行うことも有効な選択肢であると
考えられる。

(五) 法的手続を行わないという選択

これまで述べたとおり、ネット上で炎上した際、特に削除請求や
発信者情報開示請求の法的手続を行うことで被害が広まってしまう
リスクがある。他方、放置したとしても被害が広がり続けてしまうこ
ともあり、法的手続を行うかどうかの判断は難しいものがある。

ここで、法的手続を行うことによって被害が広まるリスクが大き
いかどうかを客観的に判断できれば、より適切な判断が可能となると
考えられる。そこで、法的手続を行うかどうか判断する際に考慮要
素とすべきものについて紹介しておく。

法的手続を行うことにより炎上が拡大するきっかけとして、意見
照会により法的手続を行っていることを発信者が知り、それをイン
ターネット上で明らかにする場合、法的請求を受けたサイト管理者等
が請求を受けたことをインターネット上で明らかにする場合などが考
えられる。これらの場合には、発信者の属性、サイト管理者等の属性、
炎上の対象となっている企業の属性を検討することによりある程度、
法的手続を行うことによるリスクの大きさを把握できるものと考えら
れる。

具体的には、発信者の属性として、発信者が今回の炎上に関して
行っている投稿の内容、発信者が普段行っている投稿の内容、発信
者が投稿を行っているサイトの内容のほか、発信者の性別、年齢、職
業などを把握できる範囲で確認し、意見照会がなされたときにどの
ような対応をするのかを推測する。サイト管理者等の属性としては、
サイト等の内容、サイト等の書き込みが対立する意見の片方だけに

偏っているかどうか、管理者がサイトの他の投稿者と交流をしているかどうか、意見照会が届いた際にサイト内の他の投稿者に意見を求めるかどうかなどを考慮し、サイト管理者等が意見照会が届いた事実を公開するかどうかを推測する。企業の属性、これは弁護士から見たときには依頼者の属性ということになるが、炎上している事実の内容、炎上している事実以外にまだ公になっていない攻撃されるおそれのある事実があるかどうか、これまでにインターネット上の攻撃の対象となったことがあるかなど考慮し、企業が削除請求や発信者情報開示請求をしたこと自体が攻撃対象にならないかを検討する。

上記の事実に加え、炎上による投稿数、炎上の広がり、炎上による企業への影響といった事情を踏まえて、法的対応により炎上の状況がどのように変わる可能性があるかを検討し、対応を決定することが適切であろう。

(六) 早期対応の要否

炎上の程度にもよるものの、炎上が広がりを見せている状況においては、請求を行うこと自体の当否にかかわらず、削除請求や発信者情報開示請求を行うこと自体が炎上の燃料になってしまうことも考えられる。そのため、いずれにせよ、炎上が一段落するまでは削除や発信者情報開示は控えた方が良いという判断もあり得る。

もっとも、発信者情報開示請求については、アクセスログの保存期間の問題もある。これは、住所氏名を特定するために必要なプロバイダが保有するアクセスログ（IP アドレス・タイムスタンプ）の保存期間が経過してしまうことにより、発信者の特定ができなくなるという問題である。プロバイダのアクセスログの保存期間は、「2週間ないし3週間とする文献もあるが、実際にはおおむね3か月程度であることが

多い」(注29)との指摘がある。したがって、炎上やそのひとつひとつの投稿の内容から見て、匿名の発信者を特定する必要がある事案については、このアクセスログの保存期間を考慮し、早期対応が必要となる場合も多いと思われる。

2 企業が行うべき炎上対応

これまでは、ネット炎上の際に考えられる法的手続について検討してきたが、以下では、法的手続以外の企業が行うべき対応についても若干の検討を加える。

(一) 炎上の際の対応の分類

企業が炎上した場合の対応の代表的な分類は、「①無視する(放置する)、②反論する、③謝罪するという三つ」(注30)の分類ではないかと考えられる。

自社がインターネット上で炎上しているときに何もせず被害が広がっていくことを見ていくことはなかなか難しいものである。そうすると、基本的には、炎上の内容となっていることが間違っている場合などは②の反論を選択し、自社に非がある場合には③の謝罪を選択することになると考えられる。もっとも、インターネットの世界においては、そのような選択が必ずしも効果を発揮するとは言いえないこともあり、また、対応を間違えれば被害が無限に拡大していくリスクもある。

(二) ネットに対する反論

炎上については、「ろくな議論もなくただひたすらに誹謗中傷が繰り返される例も少なくない。炎上に書き込もうと思った人は、議論の末に書き込みに至るというよりも、叩ける格好の題材が見つかったことや、まとめサイトで炎上の事実を知ったということから、す

ぐに書き込んでいるのではないだろうか」(注31)という指摘がある。実際に自社に起きた炎上が上記のようなタイプのものであれば、そもそも反論によって事態を収束させようというのが間違いであることが多いだろう。特に、一方的に自社が攻撃されているサイトやSNS上で反論することにより事態を収束させようとした場合には、それが功を奏するとはおよそ考えられない。

では、炎上のもととなっている内容が誤っている場合には、どのように対応するのが適切だろうか。この場合は、炎上のもととなっている内容が誤りであることを公式ページなどで発信していくことが必要となるが、全くの誤解に基づいて炎上する場合は少なく、企業に何らかの落ち度がある場合がほとんどであると考えられるため、安易な発信をしないよう注意が必要である。

また、悪意を持った第三者によって誤った情報が流されている場合には、炎上の規模を踏まえ何もしないという選択をすべき場合もあると考えている。すなわち、自社がネット上で炎上していると考え対応を検討する場合であっても、特定のサイトだけで批判が殺到している場合や、ごく少数の人物が多数人であることを装って繰り返し批判の投稿を行っているにすぎないケースもある。これらの場合、批判を受けている当事者である企業にとっては企業活動に重大な影響を及ぼす事態が発生していると考えていても、世間一般には知られておらず、実際の被害がそこまで大きくないということもある。そのような状況において、被害を受けていることを積極的に発信することは、自社がそのような悪意を持った第三者から攻撃を受けている企業であることをアピールすることになり、マイナスの評価が生じる場合もある。この意味でも、積極的な発信をすることにつ

いては慎重な検討が必要といえる。

もちろん、反論したことにより、事態が収束した例がないわけではない。例えば、2013年3月の、「無印良品：フカヒレスープの販売を中止してください！」というキャンペーンがそれである。これは、署名募集サイト「change.org」において、「ある動物愛護系団体が、良品計画が販売する『ごはんにかけるふかひれスープ』について、『フカヒレスープのために殺害されるサメの数は年間1億匹』『材料に使用しているヨシキリザメは国際自然保護連合（IUCN）が準絶滅危惧種に指定している』として、販売中止を求めて署名運動を繰り返した」というものである（注32）。これに対し、良品計画は、具体的な根拠を示した反論のリリースを配信した。すると、「根拠を示して毅然と反論した本社には支持を表明する声が多数上がり、関連ツイートは5000件を超え、「同社は消費者を味方に付け、ふかひれ商品は結果として一躍人気商品となった」という（注33）。この事例は、反論が功を奏した数少ないケースと考えられるが、同時に、炎上の具体的な状況によっては、反論することが適切なケースもあることを示している。

この良品計画の事案で反論が功を奏した理由を分析すると、根拠を示して具体的に反論していること、その反論が炎上参加者を説得可能な内容であったこと、世論を味方に付けることができたことが挙げられる。そのため、反論をするかどうかについては、これらの要素を考慮して決定するのが良いのではないだろうか。

（三）謝罪対応の注意点

企業がネット上で炎上している場合は、企業に何らかの落ち度があることが多いことから、基本的には、「謝罪」が炎上を収束させるために有効な手段であることが多い。もっとも、炎上している状況

においては、うまく謝罪ができなければ、さらなる炎上を招いてしまう。謝罪の内容、方法等については慎重に検討していく必要がある。

まず、謝罪をする前提として、関係者から聞き取りを行い、事実関係を正確に把握することが必要となる。このとき、特に不祥事から炎上が発生した場合には、関係者は自己の非を隠すため嘘をついてしまうことが少なくないと考えられることから、関係者の発言を鵜呑みにするのではなく、客観的に明らかな事実との整合性も考慮して、間違いがなく外部に発表しても問題がない事実は何かという観点からの検討も必要である。炎上した後に何らかの発信をする場合、企業の発信した事実と誤りがあることが後に発覚すれば、炎上をさらに加速させてしまうこともある。

謝罪自体について見ると、「良い謝罪」となるためには、「自責の念の表出(悔恨)」、「責任の自覚(責任)」、「補償の申し出(解決策の具体的な提案、補償)」が核となるといわれている(注34)。炎上の原因となった不祥事が企業の特定の人物によるものだった場合には、その人物に対する処分とその公表も謝罪対応の際に必要な重要な要素となるだろう。それ以外にも、「良い謝罪」となるには、「そのような行為をするに到った理由の説明(説明)」、「今後は適切に振る舞うことの約束(改善の誓い)」、「被害者を傷つけたり不快にさせたことの認識(被害者への労り)」、「自分の行為が不適切であったことの認識(不適切な行動の認識)」、「赦しを請う(容赦の懇願)」が付加的な要素として重要だといわれている(注34)。

もっとも、上記の挙げた要素がすべて含まれていれば、必ず良い謝罪となるわけではなく、表現次第では、それがさらなる炎上を招いてしまうこともある。例えば、「誤解を招いた」といった表現は、

自社は悪くない、情報を受け取った側の解釈に問題があったと受け取られるおそれがあり、さらなる炎上を招く危険性が高い。このほか、謝罪の際に避けた方が良い表現として、「遺憾に思う」、「結果として」、「不快にさせたなら謝る」などがあるとされている（注35）。また、炎上の対象となった企業が「不祥事の加害者であると同時に被害者でもあるケース」においては、「被害者意識の強調」が「心証を悪くする結果を招いている」（注36）との指摘もあり、この観点からの注意も必要である。

謝罪の一般論としても、「不快な行動や失言を正当化する（正当化）」、「被害者を非難する（逆ギレ）」、「弁解をする（弁解）」、「事態の最小化をはかる（矮小化：たとえば、「ほんの冗談だった」と言うなど）」が悪い謝罪の4つの要素だと言われており（注37）、これらの要素を含まない謝罪を心がけなければならない。

特に、今まさに炎上している状況においては、上記に挙げたマイナスの要素を含まないよう慎重に検討した上で謝罪対応を行うべきと考えられる。

五 炎上を起こさないために

これまでは、炎上起きたときの対応について詳しく述べてきたが、炎上しないことに越したことはない。そこで、最後に、炎上しないための事前対策について、社内規程の整備と社内体制の整備の観点から述べていく。もっとも、紙幅の関係から、対応策の概要を述べるにとどめる。

1 社内規程の整備

インターネット上の発信の手段も多様化している。その中でも、規程の整備による炎上への対応が必要なものとして、企業の公式アカウント

や個々の従業員による SNS 等による発信が考えられる。これらについては、公式アカウントポリシーや SNS ポリシーを作成することによって、投稿のミスや安易な投稿を減少させることにつながるであろう。

その他にも、従業員が入社する際に守秘義務契約書や誓約書を作成することや、就業規則に昨今のインターネット上の問題を踏まえた具体的な規定を導入することも一定の効果があると考えられる。

社内規程等に関し、SNS ポリシーや公式アカウントポリシーなどの具体例は、「ソーシャル・ネットワーキング・サービス (SNS) ポリシー・ガイドラインの策定と企業の実務対応について」(注38)、「企業を守るネット炎上対応の実務」(注39) 等が詳しく、それらを参照するのが良いだろう。

2 社内体制の整備

炎上を予防するための体制としては、企業の発信について第三者の目によるチェック体制を作ることが重要である。これは、企業の PR 広告などによる炎上を防ぐ効果がある。また、炎上に至る前の火種の時点で問題を把握することも重要である。そのためには、企業が受けるクレームなどを精査し、炎上に発展しそうな問題を早期に解決しておくことや、自社のインターネット上の評価をチェックする体制を整備しておくことが手段として考えられる。自社のインターネット上の評価をチェックする体制を整備することに人員を割けない場合には、登録したキーワードに関する情報をメールで通知する Google アラート (注40) などの機能を利用することも有効である。

炎上後の対応のための体制としては、炎上時にどの部署が対応し、誰が判断し、どこから情報発信をするのかをあらかじめ決めておくことが重要であろう。

3 その他

上記の社内規程や社内体制については、ただ作れば良いものではなく、社内規程等についてはそれを周知するために、社内体制についてはそれを運用できるようにするために従業員教育をしていくことが重要である。従業員研修により、過去の炎上事例や対応策を共有していくことも必要であろう。従業員研修の際には、炎上しやすい話題を共有しておくことも意味があると考えられる。炎上しそうな話題と言われているのは、「政治」、「外交」、「宗教」、「民族」、「教育・学校」、「性別（ジェンダー）」、「地域」、「差別問題」、「環境問題」、「原発・放射能関連」、「喫煙」、「アイドル関係」、「スポーツ関係」、「オタクネタ（アニメ・ゲーム等）」などである（注41）。これらに関する発言に注意するだけでも、一定の炎上予防効果が期待できる。

こうしたひとつひとつの対策も重要であるが、企業が、経営者が、自社もインターネット上で炎上する可能性があることを認識することが、炎上対策の第一歩であると考えられる。

六 終わりに

これまで述べてきたとおり、ネット炎上の問題はどの企業でも起こり得る問題である。インターネットが発達し、誰でも気軽に情報発信ができ、誰でも簡単にその情報を入手することができる現代においては、ネット炎上は企業活動に内在するリスクとして捉えていかなければならないのではないだろうか。

もちろん、企業の規模等によって、そのリスクへの対応にかけられる時間や労力には差異がある。とはいえ、企業の経営者、危機管理担当者、企

業の顧問弁護士などにとっては、過去の炎上事例を知り、ネット炎上の際にどのような対応があり、どのような点に注意すべきかを知っておくことくらいは、最低限求められてくるであろう。いざ炎上した時に、慌てて対応を間違えてしまい取り返しのつかないダメージを負うことだけは避けなければならない。

本稿が、企業のネット炎上による被害が拡大しないための一助となれば幸いである。

以上

(斎藤悠貴)

(注1) 田中辰雄・山口真一「ネット炎上の研究」[初版] 勁草書房(2016) 5頁

(注2) 尾上チキ「ウェブ炎上—ネット群衆の暴走と可能性」筑摩書房(2007) 7頁

(注3) 前掲・田中山口112頁

(注4) 清水陽平「企業を守るネット炎上対応の実務」[初版] 学陽書房(2017) 25頁

(注5) 前掲・田中山口137頁

(注6) 前掲・田中山口23頁

(注7) 前掲・清水14頁

(注8) 早川明伸「最新の炎上事例から考察する炎上の類型別対処法」
BUSINESS LAW JOURNAL No.115、レクシスネクシス・ジャパン(2017) 27頁

(注9) ITmediaNEWS 2013年7月15日付(2017年12月1日確認)
<http://www.itmedia.co.jp/news/articles/1307/15/news009.html>

(注10) 日本経済新聞電子版 2013年7月16日付(2017年12月1日確認)
http://www.nikkei.com/article/DGXNASDGI501K_V10C13A7CC1000/

(注11) 小林直樹「ネット炎上対策の教科書」[初版] 日経BP社(2015) 203頁

(注12) ウィキペディア(2017年12月1日確認)
<https://ja.wikipedia.org/wiki/%E3%83%90%E3%82%A4%E3%83%88%E3%83%86%E3%83%AD>

(注13) ウィキペディア(2017年12月1日確認)

- <https://ja.wikipedia.org/wiki/%E3%83%90%E3%82%AB%E3%83%83%E3%82%BF%E3%83%BC>
- (注14) 日経ビジネス ONLINE 2013年12月16日付 (2017年12月1日確認)
<http://business.nikkeibp.co.jp/article/opinion/20131213/257028/>
- (注15) 日本経済新聞電子版 2011年1月27日付 (2017年12月1日確認)
https://www.nikkei.com/article/DGXNASFK2400X_U1A120C100000/
- (注16) ITmediaNEWS 2011年1月12日付 (2017年12月1日確認)
<http://www.itmedia.co.jp/news/articles/1101/12/news105.html>
- (注17) ITmediaNEWS 2015年6月9日付 (2017年12月1日確認)
<http://www.itmedia.co.jp/news/articles/1506/09/news054.html>
- (注18) ハフントンポスト 2017年7月8日付 (2017年12月1日確認)
http://www.huffingtonpost.jp/2017/07/08/suntory_n_17436494.html
- (注19) 朝日新聞デジタル 2017年7月17日付 (2017年12月1日確認)
<http://www.asahi.com/articles/ASK7D7KGDK7DULBJ010.html>
- (注20) プロバイダ責任制限法関連情報 Web サイト <http://www.isplaw.jp/>
- (注21) 総務省総合通信基盤局消費者行政課「プロバイダ責任制限法」[改訂増補版] 第一法規 (2014) 37頁
- (注22) 小木曾健「11歳からの正しく怖がるインターネット——大人もネットで失敗しなくなる本」[初版] 晶文社 (2017) 51頁
- (注23) 前掲・小木曾51～53頁
- (注24) 前掲・総務省総合通信基盤局消費者行政課70頁
- (注25) 清水陽平・神田知宏・中澤佑一「ケース・スタディ ネット権利侵害対応の実務—発信者情報開示請求と削除請求—」[初版] 新日本法規 (2017) 14頁
- (注26) 最高裁平成29年1月31日決定・裁時1669号1頁
- (注27) 宍戸常寿「検索結果の削除をめぐる裁判例と今後の課題」情報法制研究第1号、情報法制学会 (2017) 51頁
- (注28) 前掲・清水神田中澤17頁
- (注29) 八木一洋・関述之編「民事保全の実務」[第3版増補版] (上) 金融財務事情研究会 (2015) 358頁

- (注30) 前掲・清水41頁
- (注31) 前掲・田中山口13頁
- (注32) 前掲・小林130頁
- (注33) 前掲・小林132頁
- (注34) 川合伸幸「科学の知恵 怒りを鎮める うまく謝る」講談社 (2017) 98
～ 101頁
- (注35) 前掲・清水49～51頁
- (注36) 前掲・小林143頁
- (注37) 前掲・川合97～98頁
- (注38) 藤田晶子「ソーシャル・ネットワーキング・サービス (SNS) ポリシー・
ガイドラインの策定と企業の実務対応について」法律実務研究第28号、東
京弁護士会 (2013) 78～116頁
- (注39) 前掲・清水139～172頁
- (注40) Google アラート <https://www.google.co.jp/alerts>
- (注41) 前掲・田中山口89頁

第2部 AIビジネスは法に守られるか

～基本的な知識の整理と事例に即した一考察～

一 はじめに

近年、人工知能（AI：Artificial Intelligence）という言葉が耳にする機会が多くなった。新聞を読んでいても、人工知能に関連する記事を頻繁に目にするようになった（注1）。その多くは、人工知能を活用した新たな製品の開発やサービスの提供に関するものであり、AI製品・サービスの実用化が急速に進んでいるようである。

このような社会の状況に鑑みると、今後人工知能を活用した製品やサービスの提供に関する法律問題が発生することは不可避であり、弁護士としても相応の備えをする必要があるように思われる。本稿執筆時点においても、人工知能を活用した製品やサービスの提供に関する法律問題に言及した論文や書籍は出版されていたが、人工知能にまつわる法律問題を具体的な事例に即して検討したものは見当たらなかった。

そこで、本稿は、AIビジネスを行う企業の研究員の方にもご協力いただき、人工知能にまつわる法律問題を検討するために必要な基本的な知識を整理するとともに、人工知能を活用した製品の開発、製造及び販売から製品事故の発生までを包含した事例を設け、可能な限り具体的な論述をすることで、AIビジネスに対する法的保護についての整理を試みたものである。

なお、人工知能にまつわる法律問題は、一般に、人工知能技術を利用する際に関連する法律や契約の問題と人工知能技術のもたらす結果に対する責任とに整理されているところ（注2）、本稿では、前者については学習用データセット、AIプログラム及び学習済みモデルの知的財産法

制による保護を、後者については人口知能を活用した製品の利用により生じた事故の製造物責任を論述の対象とする。

二 本稿の対象となるAIビジネス

1 人工知能(AI)とは

「人工知能」「AI」という言葉は日常的に耳にするようになったが、その定義ないしレベル分けは一義的でない。

人工知能に対する専門家の定義は様々であり、「人工的につくられた知能を持つ実体。あるいはそれをつくろうとすることによって知能自体を研究する分野」、「『知能をもつメカ』ないしは『心を持つメカ』」、「人工的につくられた人間のような知能、ないしはそれをつくる技術」などの定義があるほか、「知能の定義が明確でないので、人工知能を明確に定義できない」「もともと何百、何千種類のAIがある、それぞれ定義すればよい」などと人工知能を定義すること自体に消極的な見解もある(注3)。

また、人工知能は、入力と出力の関係から一定のレベル分けがなされることがある。例えば、レベルの低い順に、①単純な制御プログラムが搭載されただけのもの(主に洗濯機などの家電製品)、②極めて多数の入出力の組み合わせ(知識)が入れられているもの、③サンプルとなるデータをもとに、ルールや知識を自ら学習(機械学習)するもの、④機械学習をする際のデータを表すために使われる特徴自体を自ら学習するもの、の4つにレベル分けをする考え方がある(注4)。

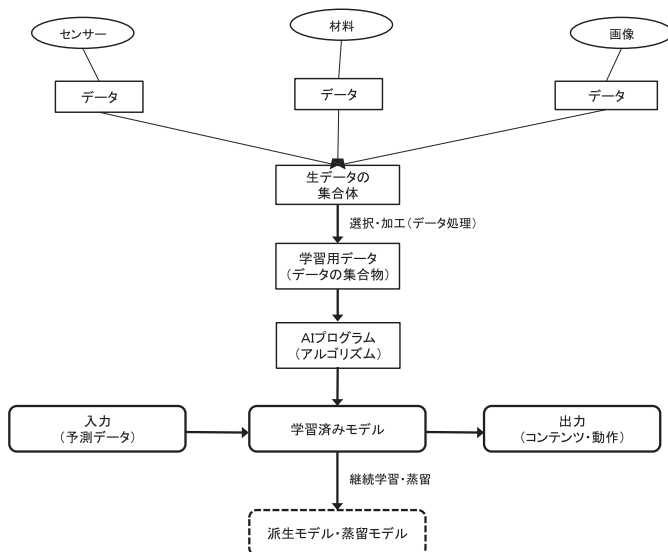
このレベル分けを前提にした場合、上記①②と上記③④との間には大きな差異がある。すなわち、上記①②は、ある入力からそれに対応する出力を得るために、必ず人間が条件式を与えなければならない。こ

れに対して、上記③④は、学習するための材料と学習するための考え方を与えさえすれば、コンピューターが自動的に条件式を学習するのである(注5)。近年注目され、製品・サービスに活用されている人工知能は、上記③④に相当するものようである(注6)。

以上のような理解を前提に、本稿では、広く「人工的に作られた人間のような知能」を指して人工知能又はA Iという単語を用いつつ、考察の対象とするA Iビジネスは、学習するための材料と学習するための考え方を与えることで、コンピューターが条件式を自動的に学習するという機械学習を活用して製品を開発、製造及び販売するケースを想定するものとする。

2 AIビジネスの全体像

一般に、法律問題を検討する前提となるA Iビジネスの全体像は以下のとおり図示されている(注7)。



(一) 学習用データ

学習用データとは、A I プログラムに入力されるデータの集合体である。学習用データを構成する生データの種類は多様であり、画像、楽曲、音源はもちろん、位置情報や行動パターンなども対象となり得る。生データの集合体があるまま学習用データとなることもあれば、生データを選別・加工したものが学習用データとなることもある。

(二) A I プログラム

A I プログラムとは、学習用データを入力して学習し、当該学習結果に基づいて予測・判別・分析などを行う場合の当該学習の考え方である。アルゴリズムとも呼称され、数式、自然言語、フローチャート、プログラミング言語などで表現される。

A I プログラムは多数存在するが、古典的な代表例は、最近傍法 (Nearest neighbor。一番近いデータのカテゴリに当てはめようとする考え方。)、ナイーブベイズ法 (Naive Bayes。確立に関する有名な定理である「ベイズの定理」を使って分ける考え方であり、データの特徴ごとにどのカテゴリに当てはまるのかを足し合せていく考え方。)、決定木 (Decision Tree。ある属性がある値に入っているかどうかで線引きをする考え方。)、サポートベクターマシン (Support Vector Machine。マージン(余白)を最大にするように分ける考え方。)、ニューラルネットワーク (Neural network。人間の脳神経回路を真似することによって分けようという考え方。) などである (注8)。近年しばしば耳にするようになったディープラーニング (Deep learning) は、ニューラルネットワークの一つの形である (注9)。

(三) 学習済みモデル

学習済みモデルとは、A I プログラムが入力された学習用データセッ

トを学習した状態であり、AIプログラムとパラメータ（係数）とで表現されるものである。

イメージしにくい概念であるが、料理に例えた説明として次のようなものがある。大変わかりやすいので、少し長いが引用させていただきたい。すなわち、「あるレシピに調理の材料名と手順しか記載されていなかった場合に（アルゴリズム）、各材料に対して様々な分量で調理した後、試食してもらったアンケート結果を学習することで（データセット）、各材料についてどの程度の分量で調理すれば良いかが記載されたレシピ（学習済みモデル）が出来上がると考えるとイメージしやすいであろう。このイメージから分かる通り、学習済みモデルが保持する学習後のパラメーターは、アルゴリズムにとってのいわば『秘伝のタレ』ともいえる重要な要素となる。学習済みモデルは、このパラメーターを活用することで、新たに入力されたデータに対して、過去に学習したデータの内容を反映した出力を返すことが可能となる。上記の料理の例に照らして言えば、材料ごとの分量が指示された場合に、その分量で美味しそうな料理ができあがりそうかどうかを予測することも可能である。」（注10）。

3 AIビジネスの具体的な事例

本稿では、具体的なイメージをもって考察を進めるため、以下の事例（以下「本件事例」という。）を取り上げる（注11）。

AIビジネスを行うY会社は、農業を営むX社から、次の依頼を受けた。すなわち、X社は、きゅうりの生産及び販売を行っているところ、形状、色つや及び傷の有無を総合的に判断して、品質の良いものからA級品、B級品又はC級品に選別して、それぞれ異なる顧客に出荷している。X社は、この選別作業をベテラン従業員2名に任せていたが、

今般2人とも1年以内に退職することになってしまった。X社には上記2名の他に上記選別作業を行うことができる従業員がおらず、また、選別作業の熟練には数年の期間を要するため今から教育しても退職までに間に合わない。そこで、きゅうりを自動で選別できる機械を開発できないか。

Y社はAIプログラムを活用して自動選別システムを開発することができるのではないかと考え、X社との間で業務委託契約を締結の上、以下のとおり作業を進めた。

(一) 学習用データの取得

Y社は、X社のベテラン従業員2名が選別したA級品、B級品及びC級品のきゅうりそれぞれ500枚を写真撮影し、きゅうりの画像データ合計1500枚を取得した。

(二) AIプログラムの選定

Y会社は、収集した上記(一)の画像データの学習に適するAIプログラムについて検討し、X社と相談した結果、オープン・ソース・ソフトウェア(OSS)として公開されているAIプログラムではなく、Y社が独自に開発したAIプログラム「Yラーニング」を使用して自動選別システムを開発することにした。

なお、「Yラーニング」は、リアルタイム学習(追加学習)が可能であり、かつ、オープン・ソース・ソフトウェアとして公開されているAIプログラムに比して、パラメータ調整が容易という特長がある。

(三) 学習済みモデルの完成

収集した上記(一)のきゅうりの画像データを、上記(二)のAIプログラムで学習させた結果(それぞれの画像データに、A級品、B級品又はC級品であるとの正解を教えて入力した結果)、きゅうりを

自動でA級品、B級品又はC級品に仕分けるシステムが完成した。Y社はこの自動選別システムを搭載した自動選別機（パソコン、カメラ、ベルトコンベアなどを含む機械一式）を製作し、X社に納品した。

（四）製品事故の発生

Y社から納品された上記（三）の自動選別機により、X社は、ベテラン従業員2名の退職後も問題なく事業を継続していた。上記（二）のとおり、Y社が開発したAIプログラム「Yラーニング」はリアルタイム学習（追加学習）が可能な仕様であったため、Y社従業員は、明らかに分類が誤っているきゅうりがあることに気が付くと、当該きゅうりを写真撮影し、上記（三）の自動選別システムに正しい分類の追加学習をさせ、精度を高めていった。

ところが、X社は、A級品を継続的に納めていた高級料亭から、納品されたきゅうりにC級品が混入していたことを理由に取引を打ち切られ、多額の損害を被った。

三 考察

1 学習用データの法的保護

学習用データは、通常膨大な数の生データの集合体又はこれを加工したものである。

生データの収集自体や収集された生データを学習用に加工する作業には、一定のコストを要するのが通常である。

本件事例では、Y社は、X社のベテラン従業員2名が選別したA級品、B級品及びC級品のきゅうりをそれぞれ500枚ずつ、合計1500枚の写真を撮影するという労力を費やしている。写真撮影をY社自らが行うのではなく、カメラマンに外注して撮影料を支払うこともあるかもしれな

い。

そこで、一定のコストをかけて収集したデータに対する法的保護が問題となる(注12)。

法的保護の根拠としては、著作権法、特許法及び不正競争防止法が考えられる。

まず、著作権法による保護について、学習用データが検索のために「体系的に構成したもの」(著作権法第2条第1項第10号の3)であり、その「情報の選択又は体系的な構成」に創作性が認められる場合には、「データベースの著作物」に該当する(著作権法第12条の2第1項)。本件事例では、学習用データは合計1500枚のきゅうりの画像データであり、A級品、B級品及びC級品各500枚ずつの画像データで構成されているものであるが、これらは単なる画像データの集合体に過ぎず、情報の選択又は体系的構成に創作性を認めるのは困難であると考えられる(注13)。もっとも、学習用データが「データベースの著作物」に該当しない場合でも、個々のデータが著作物に該当すれば著作権法による保護を受けることができる。本件事例では、きゅうりの画像データが「写真の著作物」(著作権法第10条第1項第8号)に該当するかが問題となる。この点、写真は被写体をカメラで撮影し、その機械的科学的作用に依存するところが大きい。被写体の選択、構図の組立て方、被写体となる人物にどのようなポーズや表情をとらせるか、光量の調整、シャッター速度の捉え方などに創作性が認められるため、著作物性が認められる。もっとも、単に美術作品を忠実に撮影した場合、証明写真、カタログ写真など、写真が複製を目的に使用されている場合には、その写真は著作物性を欠くとされている(注14)。そうすると、本件事例のきゅうりの画像データは、被写体を忠実に撮影し、学習用データとして使

用する目的で撮影されたものであるから、著作物性を欠くと判断されるおそれも否定できない（注15）。

なお、データベースの著作物に該当する場合と、個々のデータが著作物に該当するに過ぎない場合では、情報解析のための複製等の例外規定（著作権法第47条の7）が適用されるか否かという大きな違いがある点に留意が必要である。個々のデータが著作物に該当するに過ぎない場合には、情報解析、すなわち「多数の著作物その他の大量の情報から、当該情報を構成する言語、音、影像その他の要素に係る情報を抽出し、比較、分類その他の統計的な解析を行うこと」のために複製等を行うことが可能であり、AIプログラムによる学習は「統計的な解析」（比較や分類）に該当するものと考えられる。そのため、個々のデータが著作物に該当するとしても著作権法による保護は必ずしも十分とは言えず、その具体的な例として「宮崎駿監督のジブリ映画の特徴を解析して、同監督のスタイルで新しい映画を生成するAIを開発するために、同監督の映画すべてをコンピュータに入力したとする。これは他人の著作物を無断で複製したということになるが、この規定によって適法となる。また、鳥山明氏の画風を解析して、同氏のスタイルで新しい漫画を生成するAIを開発するために、同氏の漫画作品すべてをコンピュータに入力することも、この規定により適法となるのだ。」との指摘がある（注16）。

では、特許法による保護はどうか。そもそも、個々のデータが、「電子計算機による処理の用に供する情報であってプログラムに準ずるもの」として「プログラム等」（特許法第2条第4項）に該当するかという問題があり（注17）、これに該当しない場合も少なくないと考えられる。仮に、「プログラム等」に該当するとしても、情報の単なる提示が存す

る状態については技術的思想と評価し得ないため、個々のデータは「発明」に該当せず、特許法による保護を受けないと解される（注18）。本件事例のきゅうりの画像データは「プログラム等」に該当するとは考え難く、少なくとも「発明」に該当しないと考えられる。

したがって、本件事例においては、学習用データを著作権法又は特許法で保護することは容易でなく、「営業秘密」として扱った不正競争防止法により保護することになると考えられる（不正競争防止法第2条第1項第4～9号、同条第6項）。もっとも、「営業秘密」の要件の1つである秘密管理性に関しては、従来、秘密であることの明示とアクセス制限の2点が求められると解されてきたが、特に後者が厳格に求められることで営業秘密該当性のハードルが必要以上に上がってしまったのではないかと指摘もあり、経済産業省が公表している「営業秘密管理指針」では、ある情報を秘密として管理しようとする意思が、具体的状況に応じた経済合理的な秘密管理措置によって当該情報に触れる者に明確に示され、秘密管理意思に対するそれらの者の認識可能性が確保されていれば秘密管理性はあるという解釈が示され、具体的には、秘密管理の対象となる情報とそうでない情報を合理的に区別した上で、秘密であることを明示したり、アクセス制限を行ったり、秘密保持契約を締結したりするなどの秘密管理措置が必要とされている（注19）。本件事例においても、Y社がきゅうりの画像データに「営業秘密」としての保護を与えたいのであれば、上記指針を参考にするなどして取り扱いに注意する必要がある（注20）。

ところで、AIビジネスの急展開が見込まれる現代においては、データ保有者のためのデータの保護だけでなく、人工知能研究・開発のため多数の者が効率的にデータを収集し、共有できるようにすること

が望ましいとも考えられる。この点、政府は、価値あるデータの保有者及び利用者が安心してデータを提供し、かつ、利用できる公正な競争秩序を確保するため、データの不正取得の禁止や暗号化など技術的な制限手段の保護強化などについて、2018年1月の法案提出を視野に、産業構造審議会知的財産部会での議論を加速させ、2017年度中に法制度上措置に関する具体的な結論を得て、必要な措置を講ずることを短期計画として掲げている（注21）。

なお、本件事例では、きゅうりの画像データという個人にかかわらないデータを検討の対象としたが、個人情報を含むデータや匿名加工されたデータを取り扱う事例では、個人情報保護法による規制に留意する必要がある（注22）。

2 AIプログラムの法的保護

AIプログラムについては、その多くがオープン・ソース・ソフトウェアとして利活用されている状況であるとされており、また、現行知財制度上「プログラムの著作物」及び「物（プログラム等）の発明」として、著作権法及び特許法によりそれぞれ保護されるとされている（注23）。

確かに、AIプログラムの多くはオープン・ソース・ソフトウェアとして公開されているようであるが（注24）、日本の企業にも独自にAIプログラムを開発又は改良し、製品化する動きはある（注25）。これらの製品は、独自の開発によりオープン・ソース・ソフトウェアとして公開されているAIプログラムにはない特長を有しているからこそ商品価値があるのであり、かかる経済的利益の保護について検討する必要がある。

本件事例でも、Y社が開発したAIプログラム「Yラーニング」は、追加学習が可能であり（注26）、また、オープン・ソース・ソフトウェ

アとして公開されているAIプログラムに比して、パラメータ調整が容易という特長がある(注27)。

法的保護の根拠としては、学習用データと同じく、著作権法、特許法及び不正競争防止法が考えられる。

まず、著作権法による保護については、AIプログラムは、それがある程度複雑な構造を持ったものであれば創作性が認められ、「電子計算機を機能させて一の結果を得ることができるようにこれに対する指令を組み合わせたものとして表現したもの」としてプログラムの著作物(著作権法第10条第1項第9号・同法第2条第1項第10号の2)に該当するものが多いと考えられる(注28)。したがって、本件事例における「Yラーニング」についても、著作権法により保護される可能性が高いものと考えられる。

では、特許法によっても保護されるであろうか。特許法第29条第2項は、「特許出願前にその発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者が前項各号に掲げる発明に基いて容易に発明をすることができたときは、その発明については、同項の規定にかかわらず、特許を受けることができない。」と定め、進歩性を要件としている。特許庁の審査基準によれば、進歩性は、引用発明に基づいて当業者が本願発明に容易に想達できたことの論理づけができるか否かをメルクマールとするが、ソフトウェア関連開発については特有の考え方が追加されている。すなわち、ソフトウェア関連発明の分野では、所定の目的を達成するためある特定分野に利用されている方法、手段等を組み合わせたり、他の特定分野に適用したりすることは、普通に試みられていることである。したがって、種々の特定分野に利用されている技術を組み合わせたり、他の特定分野に適用したりすることは当業者の通常の創

作活動の範囲内のものである。よって、組み合わせや適用に技術的な困難性（技術的な阻害要因）がない場合は、特段の事情（顕著な技術的効果等）がない限り、進歩性は否定される（注29）。そして、前記のとおり、AIプログラムの多くは、オープン・ソース・ソフトウェアとして公開され、更に開発が継続されている。したがって、開発したAIプログラムを特許法により保護しようとする場合、現在急速に研究が進み、公開されているAIプログラムの技術から容易に想達できないことが必要となると考えられる。本件事例における「Yラーニング」についても、追加学習が可能であり、パラメータ調整が容易という特長があるとされているが、その根拠となる技術がオープン・ソース・ソフトウェアとして公開されているAIプログラムに比して、容易に想達できないものと評価できるかが問題となる。

なお、AIプログラムが「営業秘密」に該当すれば、不正競争防止法により保護される。AIプログラムを利用して学習済みモデルを製作し、これを搭載した製品を販売するというAIビジネスのみを行っているのであれば、AIプログラムそのものが秘密管理性の要件を充たすことは必ずしも難しくはないと考えられる。しかし、Y社のように独自のAIプログラムを開発した場合には、AIプログラムそのものを製品として販売（ライセンス）をすることも想定され、そのような場合には秘密管理性の要件についてより慎重な検討が必要となる（注30）。

3 学習済みモデルの法的保護

学習済みモデル（AIプログラムとパラメータ（係数）との組み合わせ）は、学習自体にマンパワーと時間を要し、多大な投資と労力を投じることが必要であり、また、学習の手法により精度が変わるため、AIビジネスにおいては重要な知的財産と考えられる。

学習済みモデルの保護内容については、基本的にはA Iプログラムの保護と同様と考えられているようである(注31)。すなわち、著作権法については、学習済みモデルをA Iプログラムとパラメータ(係数)との組み合わせと考えるのであれば、それはパラメータを組み込んだプログラムとして、「プログラムの著作物」に該当すると考えられる。また、特許法による保護についても、「物(プログラム等)の発明」に該当し、進歩性があるなどの要件を充たすか否かを検討することになる。学習済みモデルが「営業秘密」に該当すれば、不正競争防止法により保護される(注32)。

しかし、著作権法による保護について、「プログラムの著作物」に該当すると解するためには、A Iプログラムとパラメータ(係数)が「有機的な結びつきの総体」ととらえられることが前提になると考えられる(注33)。また、特許法による保護については、学習済みモデルが「発明」に該当すると判断された事例を参照しても、要件該当性に対する予測可能性は高いものではないように思われる(注34)。このように、A Iプログラムとパラメータ(係数)との組み合わせが「プログラムの著作物」又は「物(プログラム等)の発明」として、著作権法又は特許法により保護されるかは明確でなく、本件事例におけるきゅうりの自動選別機についても、知的財産法制上の地位は極めて不安定なものである。

この点、政府は、2017年5月、学習済みモデルの保護について、A Iの技術の変化等を注視するとともに、まずは、契約による適切な保護の在り方について、具体的に検討を進めること及び学習済みモデルを特許化する際の具体的な要件や特許発明の保護される範囲について、検討を進めることを短期・中期計画として掲げている(注35)。

では、どのような場合に学習済みモデルが特許法その他の知的財産

法制により具体的に保護されるのか。知的財産法制により保護される場合とは、次のような場合であると説明されている(注36)。すなわち、原則として、ある客体に経済的価値があったり、作成に莫大な投資がなされたりしたというだけでは、知的財産法には守られない。なぜなら、自由競争(情報の利用や模倣の自由)が原則であり、独占による社会的不利益もあるからである。しかし、例外的に、社会的効用の増大という政策目標を達成するために知的財産法が介入する。例えば、創作を誘引する必要がある場合(特許法、著作権法等)や、公正な競争秩序を形成する必要がある場合(不正競争防止法等)である。創作を誘引する必要がある場合とは、他の誘引(市場先行の利益、補助金、社会的名誉等)では創作が過少となり、独占(情報の利用や模倣の制限)が創作の誘引として効果的な場合である。また、公正な競争秩序を形成する必要がある場合とは、一般不法行為法(通常の損害賠償請求)のみでは上記秩序が形成できず、差止め、刑事罰等の創設が上記秩序の形成に効果的な場合である。

以上の考え方を前提とすると、現時点において、学習済みモデル一般に上記例外的理由が存在するという説明は容易でなく、近年の法整備は現実的ではないように思われる。

加えて、学習済みモデルの法的保護については、いわゆる「派生モデル」や「蒸留モデル」が想定されるため、学習済みモデルだけを保護する法制度の構築では不十分であるという問題がある。すなわち、学習済みモデルに新たなデータを用いて更に学習させることで、パラメータが変化し、精度が高まるなどの異なる結果が生じる別の学習済みモデルを作成することができ(いわゆる派生モデル)、また、学習済みモデルにデータの入出力を繰り返すことで得られる結果を基に学習すれば、1から

学習済みモデルを作成するよりも効率的に同様のタスクを処理する別の学習済みモデルを作成することができる（いわゆる蒸留モデル）（注37）。本件事例でも、X社が実際に行っているように、AIプログラムによっては追加学習によって精度を上げ、Y社が製作したものと別の性能を有する自動選別機への派生させることが可能であり、また、Y社が製作した自動選別機は500枚×3の合計1500枚の写真データを用いたものであるが、この自動選別機を使用して得られる選別結果のデータをAIプログラムに入力することによって、より少ない労力（写真データ）で同等の選別機能をもった自動選別機を製作することができる可能性があるのである。これらの派生モデル、蒸留モデルについては、元の学習済みモデルとの同一性・関連性の立証が極めて困難であり、元の学習済みモデルの権利者は権利行使をできないという問題がある。

このように、学習済みモデルの法的保護については、いわゆる派生モデルや蒸留モデルが作成され得ることも視野に入れて、著作権法、特許法及び不正競争防止法により十分に保護されるか（想定しているビジネスが守られるか）について詳細な検討が必要となる。

なお、本件事例と異なり、自動で作詞、作曲などを行う人工知能を活用した製品の場合には、人工知能による生成物の知的財産権の帰属が大きな問題となる（注38）。

4 学習済みモデルの利用により生じた事故に対する民事責任

学習済みモデルが誤った出力をしたために事故が発生し損害が生じた場合、その賠償責任を誰が負うのか。開発者、製造販売者（本件事例ではいずれもY社）と利用者（本件事例ではX社）との責任分担が問題となる。

法的根拠については、民法上の責任（債務不履行責任、瑕疵担保責任、

不法行為など)に基づく損害賠償請求が考えられるものの、過失の立証の困難性などから、製品の欠陥に関しては製造物責任法第3条に基づく製造物責任を追及することが一般的であると考えられる。そこで、本稿ではY社の製造物責任について、本件事例に即して検討する。

まず、製造物責任法は、有体物たる製造物を製造物責任の対象としているため、無体物であるソフトウェアには適用されないと解される。したがって、Y社がX社に納品した自動選別システムがソフトウェアだけであれば、製造物責任法は問題とならない。この場合、X社はY社に民法上の責任を追及するほかない。しかしながら、ソフトウェアを組み込んだ製造物には製造物責任法が適用され、ソフトウェアの不具合はソフトウェアを組み込んだ製品の欠陥になり得ると解されている(注39)。本件事例では、Y社は自動選別システムを搭載した自動選別機(パソコン、カメラ、ベルトコンベアなどを含む機械一式)を製品としてX社に販売しているのであるから、製造物責任法が適用されることに問題はないと考えられる。

次に、製造物責任法が適用されるためには、製品に「欠陥」があることが必要である。欠陥とは、製造物の特性、その通常予見される使用形態、その製造業者等が当該製造物を引き渡した時期その他の当該製造物にかかる事情を考慮して、当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい(製造物責任法第2条第2項)、一般に、設計上の欠陥、製造上の欠陥及び指示・警告上の欠陥の3類型に分けて議論されている。欠陥の判断においては、日本の裁判例上、①有用性とリスクの比較、②危険に対する消費者の認識、③危険の質、④製造者側での危険の回避可能性及び難易度、⑤安全対策を取ることが有用性に与える影響、⑥消費者による危険回避可能性などが考慮されるとされ

る(注40)。人工知能を活用した製品独自の問題としては、AIプログラムの設計ミス、学習用データの不足や誤り、学習済みモデル搭載製品の組込上のミス、利用者に人工知能の性能の限界についての情報を適切に提供しなかった場合などが考えられる(注41)。

本件事例でも、Y社が独自に開発したAIプログラム「Yラーニング」の設計ミス(による誤作動)や、「Yラーニング」の性能に鑑みA級品、B級品及びC級品のきゅうりそれぞれ500枚という画像データの量ではきゅうりの分類を学習するに足りないことが判明した場合などには、他に因果関係を否定する特段の事情がない限り、Y社が賠償責任を負うことになると考えられる。しかし、どのような場合に設計ミスと評価できるかという点や、きゅうりの分類を学習するためにはどの程度の画像を読み込む必要があるかという点について立証することは極めて困難と考えられる。特に、設計ミスによる誤作動については、現在実用化が進められているAI製品・サービスの多くは、その答えが導き出された理由を専門家や開発者自身も説明できないいわゆるブラックボックス型の人工知能を活用していると考えられるため、誤作動と事故の因果関係を立証することには困難を伴うと考えられる。この点、欠陥の特定については、一般的には、製品のうち欠陥のあった部位・部品、欠陥の態様から事故の態様、損害の発生に至るメカニズムを特定して証明する必要はないとされており(注42)、実際に、製造物が複雑な構造を有することなどから被害者側の欠陥の存在についての主張、立証は、製造物を適正な使用方法で使用していたにもかかわらず、通常想定できない事故が発生したことで足り、それ以上に製造物の中の欠陥の部位やその態様などを特定した上で、事故が発生するに至った科学的機序まで主張、立証するべきものではない、とした裁判例も存在する(注

43)。したがって、製造物のブラックボックス化は、製造物責任の立証責任に関し、製造者（Y社）に不利に働き得る点にも留意する必要がある。

また、Y社がX社に人工知能の性能の限界についての情報を適切に提供していたかという点（指示・警告上の欠陥）にも難しい問題がある（注44）。一般に、AIプログラムの開発者、学習済みモデルを搭載した製品の製造者や販売者などは、未だ市場に十分に認知されていない自らの製品を売り込み普及させるため、人工知能の性能の高さを積極的にアピールすることが多いと考えられる。しかし、性能の高さに関する情報の伝達に注力し、性能の限界に関する情報を正確に伝達することを怠っていると、それは人口知能の利用者へ情報を適切に伝達できていなかったことになるから、「欠陥」に該当する蓋然性が高まることに注意する必要がある。本件事例においても、Y社は、特にX社から相談を受けた当初は、「当社であれば、きゅうりを自動で選別できる機械を作ることができる」という姿勢で商談を進めていたであろう。

ここで、AIビジネスを行うY社と農業を営むX社との間に、人工知能に対する認識の差がどの程度あったのかに留意する必要がある。Y社は100%正確に選別できる自動選別機など製作できないことを当然の前提としているが、X社は機械である以上人間よりも正確に選別できることを期待していたかもしれない。Y社としては、開発過程での調査結果に基づき、自動選別機がどの程度の性能を有するのかを正確に伝達する必要があるのである。なお、本件事例においては、X社は事故前に分類が誤っているきゅうりがあることに気が付いていたこと、そうであれば、少なくともA級品にC級品が混入していないことを確認することは不可能ではなかったとも考えられることが、Y社の責任を認めない立場からは注目されよう。

もちろん、X社・Y社間の業務委託契約に免責あるいは責任を制限する旨の規定を設けることは可能である。しかし、上記のとおり性能の高さをアピールしつつ、免責条項の追加を主張することは交渉上困難と考えられ、特に個人、中小・零細事業者などが契約書に免責条項を盛り込むことは実務上困難であろう。また、「欠陥」が認められても、「当該製造物をその製造業者等が引き渡した時における科学又は技術に関する知見によっては、当該製造物にその欠陥があることを認識することができなかった」場合には製造者は免責される（製造物責任法第4条第1号）。AI製品の開発・改良が急速に進んでいる状況下においては上記免責事由に該当する事例も存在し得ると考えられるが、これまで我が国において上記免責事由を認めた裁判例が1件も存在しないという実情に鑑みると、その立証のハードルは極めて高いと考えるべきであろう。

加えて、X社が追加学習を行った後に製品事故が発生していることをどのように考えるかについても検討が必要である（注45）。事故発生時においては、X社の自動分別機はY社から納品を受けた製品そのものではなく、X社による改良が施されている。したがって、納品後のX社の作業に起因して事故が発生した可能性も否定できない。しかし、学習済みモデルの動作状況はしばしばブラックボックス化されているところ、「Yラーニング」もブラックボックス型のAIプログラムであるとするれば、Y社が納品した製品のままであれば事故が発生しなかったこと、あるいは、X社の追加学習により事故が発生したことを検証することはおよそ不可能ということになる。

なお、ここまでは人工知能に関連した欠陥により事故が発生したことを前提に議論を展開したが、特にAIビジネスを行うY社の立場から

は、X社に自動選別機の整備不良があったことにより事故が発生した可能性も想定しつつ責任の所在を検討する必要がある。人工知能を活用した製品といえども、多数の部品の集合体である以上、人工知能と関係のない部品の不備により製品事故が発生することも当然にあり得る。本件事例でも、Y社が販売した自動選別システムを搭載した自動選別機は、パソコン、カメラ、ベルトコンベアなどを含む機械一式であるところ、そもそもY社が販売した機械の一部であるパソコンなどに欠陥があったのであればY社は当然に責任を負うが、X社のメンテナンス不足によりパソコンなどに不具合が生じ事故が発生したような場合には、Y社は責任を負わないということも考えられるのである(注46)。

このように、学習済みモデルの利用により生じた事故に対する民事責任の問題は、通常の製造物に係る紛争に人工知能独自の技術的要素が付加されることにより、極めて複雑な様相を呈する。この技術的要素について、裁判所がどの程度審理できるのかという点は、審理の期間、費用などを考慮すると、軽視できない問題であるように思われる。また、特に個人、中小・零細事業者などが学習済みモデルを搭載した製品の製造販売に関与する場合、当該製造販売者の立場からすれば、製品事故により賠償責任を負い、あるいは複雑な損害賠償請求訴訟に巻き込まれるリスクが大きい場合、学習済みモデルを搭載した製品の製造販売には消極的にならざるを得ないし、利用者(被害者)の立場からしても、企業の規模から万一のときに賠償されないという不安があれば、学習済みモデルを搭載した製品の利用には消極的となる。責任の分配の実効性を確保する手段として、AIシステムの利活用に伴う事故による損害の賠償に充てるための資財が乏しい個人、中小・零細事業者などによるAIシステムの開発及び利活用を支援するためのファンドの設立や保険の必要性

が指摘されるのも当然であり、議論の深化が期待される（注47）。

四 おわりに

本稿では、1つの事例を題材として、人工知能技術を活用する際に関連する法律や契約の問題と人工知能技術のもたらす結果に対する責任について考察を加えた。

本件事例は比較的単純な事例であるが、実際には、生データの保有者、学習用データの加工者、AIプログラムの開発者、学習済みモデル（ソフトウェア）の保有者、学習済みモデルを搭載した製品の製造者、学習済みモデルを搭載した製品の販売者（本件事例ではいずれもY社）がそれぞれ異なることが想定され、また、学習済みモデルを搭載した製品の利用者、被害者（本件ではいずれもX社）が同一とも限らない。

AIビジネスは今後の発展が見込まれる新しい経済活動であり、先例となる裁判例は皆無に等しい。そうであれば、我々弁護士が具体的な事例研究を重ね、法的安定性を確保していく必要があり、本稿はその端緒を目指したものである。

本稿が人工知能にまつわる法律紛争の予防又は解決の一助になれば幸いである。

以上

野田 陽一

（注1）例えば、期間を2017年9月16日から同月22日までの一週間、対象を日本経済新聞の朝刊に限定しても、仏ルノー・日産自動車連合が、AIを活用して、2022年までに人が運転に関与しない完全自動運転車を実用化するなどと発表したことを紹介した記事、保険商品の通販などを手掛ける会社が、AIを活用して、顧客の電話による問い合わせを瞬時に分析し、最適な情報を自動で選択してメール返信するサービスの提供を開始する

ことを紹介した記事、日立製作所が、AIを活用して、顧客企業の社員に関する適性試験や面談などの結果を分析し、「責任感が強い」「大局観を持つ」といった特性ごとの社内の人材の分布を把握させることで、人事をサポートする事業に参入することを紹介した記事などAIに関する記事が相当数掲載されていた。

- (注2) 総合科学技術・イノベーション会議『『人工知能と人間社会に関する懇談会』報告書』(2017年) 11頁参照。

http://www8.cao.go.jp/cstp/tyousakai/ai/summary/aisociety_jp.pdf

- (注3) 野村直之「人工知能が変える仕事の未来」(日本経済新聞出版社・2016年) 56～58頁

- (注4) 松尾豊「人工知能は人間を超えるか ディープラーニングの先にあるもの」(KADOKAWA・2015年) 49～53頁参照

- (注5) 本文中の①②に相当する「ルールベースの人工知能」と③④(機械学習を取り入れたもの)との違いを平易かつ簡潔に説明しているものとして、日経ビッグデータ「グーグルに学ぶディープラーニング」(日経B P社・2017年) 44～49頁。

- (注6) 機械学習の手法そのものは決して新しい技術ではない。近年注目されるようになった理由は、インターネットの普及により学習するための材料(データ)が大量に入手できるようになったこと及びそれを処理できる計算機を比較的容易に入手可能になったことにより、学習の精度が飛躍的に向上したためであると考えられる。この点につき、日経ビッグデータ前掲(注5) 14～15頁参照。

- (注7) 2017年東京弁護士会夏期合同研究「AIの発展とビジネスや市民生活への影響～法律家の視点から～」レジュメ別紙を参考に作成。

- (注8) AIプログラムの古典的な代表例の詳細及び具体例については、松尾豊前掲(注4) 118～127頁参照。

- (注9) 日経ビッグデータ前掲(注5) 55頁

- (注10) 福井健策・石山洗「AIネットワーク化の近未来予想と知的財産権」年報知的財産法2016-2017(2016年) 4頁

- (注11) 実際にディープラーニング(ニューラルネットワーク)を用いてきゅうりの自動選別機を開発した例については、以下のURLを参照。

http://aitc.jp/events/20170919-Seika/20170919_%E6%8B%9B%E5%BE

%85%E8%AC%9B%E6%BC%94_%E3%83%87%E3%82%A3%E3%83%BC%E3%83%97%E3%83%A9%E3%83%BC%E3%83%8B%E3%83%B3%E3%82%B0%E3%82%92%E7%94%A8%E3%81%84%E3%81%9F%20%E3%82%AD%E3%83%A5%E3%82%A6%E3%83%AA%E9%81%B8%E6%9E%9C%E6%A9%9F%E3%81%AE%E9%96%8B%E7%99%BA_AITC.pdf

(注12) 競争法の視点から同様の問題意識を論じるものとして、競争政策研究センター「データと競争政策に関する検討会 報告書」(2017年) 21頁参照。
<http://www.jftc.go.jp/cprc/conference/index.files/170606data01.pdf>

(注13) 情報の選択又は体系的な構成における創造性が問題になった裁判例としては、職業別電話帳データベースの著作物性を肯定した事案(東京地方裁判所平成12年3月17日中間判決・判例時報1714号128頁)や自動車データベースの著作物性を否定した事案(東京地方裁判所平成13年5月25日判決・判例時報1774号132頁)などがある。なお、上記平成13年5月25日判決は、データベースの著作物性を否定しつつ、他人のデータベースを複製し販売した行為が不法行為に当たると判断しているが、当該判断の先例性には疑問がある(最高裁判所第1小法廷平成23年12月8日判決・判例時報2142号79頁参照)。

(注14) 金井重彦・中谷裕子「著作権法コンメンタール」(レクシスネクシス・ジャパン・2013年) 314頁

(注15) 裁判例を見ると、原作品がどのようなものを紹介するために、できるだけ忠実に再現することを目的として撮影された版画全体の写真の著作物性が争われた事案(東京地方裁判所平成10年11月30日判決・判例時報1679号153頁)では著作物性が否定されている。一方で、一般住宅の販売に使用されるカタログに掲載された一般住宅の写真の著作物性が争われた事案(大阪地方裁判所平成15年10月30日判決・判例時報1861号110頁)や、自然の中に生息している野性のイルカを被写体として撮影した写真の著作物性が争われた事案(東京地方裁判所平成11年3月26日判決・判例時報1694号142頁)では著作物性が肯定されている。

(注16) 上野達弘「コラム：機械学習パラダイス」早稲田大学知的財産法制研究所 (2017年)。

<https://rclip.jp/2017/09/09/201708column/>

また、著作権法第47条の7については、上野達弘「人工知能と機械学

習をめぐる著作権法上の課題」Law&Technology 別冊 知的財産紛争の最前線 No. 3 (2017年) に詳しい。

なお、2018年1月、著作権法第47条の7を含む著作権法の一部を改正する法律案が文部科学省から提出されている。

http://www.mext.go.jp/b_menu/houan/an/detail/1401718.htm

(注17) 松下外「A I ビジネスと特許戦略」BUSINESS LAWYERS (2017年)

<https://business.bengo4.com/category5/article153>

(注18) 平嶋竜太「新・注解特許法〔第2版〕【上巻】」(青林書院・2017年) 29頁。

なお、一見すると情報の単なる提示に留まるように見える場合であっても、提示手法自体に特定の構成や技術的特徴を伴っている場合には、技術的思想と評価され得る(東京高等裁判所平成11年5月26日判決・判例時報1682号118頁参照)。

(注19) 奥邨弘司「人工知能における学習成果の営業秘密としての保護」知的財産法のモルゲンロート——土肥一史先生古稀記念論文集(2017年) 218頁

(注20) 人工知能法務研究会「A I ビジネスの法律実務」(日本加除出版・2017年) 143頁は、データの秘密管理性に関し、「A I に与えるデータを営業秘密として保護する場合には、提供する際には、営業秘密の範囲を特定し、当事者間で秘密保持契約を締結し、秘密管理性を保つ必要がある」とする。

(注21) 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2017」(2017年) 14頁。

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20170516.pdf>

なお、不正競争防止法に関する検討状況については、産業構造審議会知的財産分科会 営業秘密の保護・活用に関する小委員会「第四次産業革命を視野に入れた不正競争防止法に関する検討 中間とりまとめ」(2017年) が公表されている。

http://www.meti.go.jp/report/whitepaper/data/pdf/20170509001_1.pdf

また、2018年2月、「不正競争防止法等の一部を改正する法律案」が閣議決定されている。

<http://www.meti.go.jp/press/2017/02/20180227001/20180227001.html>

(注22) 人工知能法務研究会前掲(注20) 127～128頁

(注23) 知的財産戦略本部前掲(注21) 11頁

(注24) 代表例として、米 Google が公開しているディープラーニングなどを実行できる機械学習システム「TensorFlow」がある。

<https://www.tensorflow.org/>

- (注25) 例えば、株式会社エイシングのD B T (Deep Binary Tree) がある。
https://docs.wixstatic.com/ugd/add976_4f6edd6b31e54a07a8e24f0e0a078248.pdf
- (注26) 本稿の執筆にご協力いただいたA I ビジネスを行う企業の研究員の方によれば、例えば、決定木 (Decision Tree) は、ある機会に入力された全てのデータから帰納推論として結論を導くため、追加学習をさせることは困難であるとのことであった。
- (注27) 本稿の執筆にご協力いただいたA I ビジネスを行う企業の研究員の方によれば、例えば、ディープラーニング (Deep learning) は、特に画像認識などに関し高い精度を有する学習済みモデルを製作できるものの、A I プログラムの中でもパラメータ調整の難易度が高いとのことであった。
- (注28) 福井健策・石山洗前掲(注10) 8頁。なお、「ある程度複雑な構造」が要求されるのは、単なる「プログラム言語、規約及び解法」には著作権法による保護が及ばないからである(著作権法第10条第3項)。
- (注29) 特許・実用新案審査ハンドブック附属書B第1章コンピュータソフトウェア関連発明17頁
- (注30) 福井健策・石山洗前掲(注10) 8頁は、A I プログラムの秘密管理性について「そもそも秘密管理性には秘密の所在場所についての限定はないのであるから、暗号があって発信者の協力がなければ容易に内容を知りえないものは、秘密管理性を満たしていると考えて良いように思える」とする。
- (注31) 松下外前掲(注17)
- (注32) 開発場面、製造(量産)場面、販売場面など各場面における人工知能3点セットの営業秘密該当性について検討したものとして、奥邨弘司前掲(注19) 219～223頁参照。
- (注33) 福井健策・石山洗前掲(注10) 9頁参照。なお、奥邨弘司「講演録 著作権法>THE NEXT GENERATION～著作権の世界の特異点は近いか?～」(2016年) 10～11頁は、学習済みモデルの「プログラムの著作物」該当性について、いわゆるI B Fファイル事件(東京高等裁判所平成4年3月31日決定・知的財産権関係民事・行政裁判例集24巻1号218頁)や電車線設計プログラム事件(東京地方裁判所平成15年1月31日判決・判例時報1820号127頁)を踏まえると「一般論としては著作物性を認める余地があるのだが、具体的にみると、行列部分には、創作性がな

いとなるのではと思っています。」とし、また、学習済みモデルの著作物の定義要件該当性については「ありふれた表現や、マージした表現と判断される可能性は高く、多くの場合、著作物性は否定されるのではないかと思います。また、人口知能が自動的に行列中の数値を調整するわけですから、果たしてそれを人間の創作的表現といえる余地があるのか、という点も大いに疑問があります。」とする。

(注34) 特許・実用新案審査ハンドブック附属書B第1章コンピュータソフトウェア関連発明86～90頁

(注35) 知的財産戦略本部前掲(注21) 15頁

(注36) 2017年度日本知的財産仲裁センター関西支部セミナー「人工知能をめぐる知的財産と紛争解決～A I・IoT・ビッグデータの知財による保護を図る～」レジュメ24～26頁(島並良) 参照

(注37) 知的財産戦略本部 検証・評価・企画委員会 新たな情報財検討委員会「新たな情報財検討委員会報告書－データ・人工知能(A I)の利活用促進による産業競争力強化の基盤となる知財システムの構築に向けて－」(2017年) 31頁

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2017/johozai/houkokusho.pdf

(注38) 知的財産戦略本部前掲(注21) 12頁

(注39) 経済企画庁消費者行政第一課「逐条解説 製造物責任法」(商事法務研究会・1994年) 57～59頁、土庫澄子「逐条講義 製造物責任法」(勁草書房・2014年) 38頁など

(注40) 人工知能法務研究会前掲(注20) 66頁

(注41) 森田果「A Iの法整備をめぐる基本的な考え方」(2017年) 14頁参照

(注42) 升田純「詳解製造物責任法」(商事法務研究会・1997年) 716頁参照

(注43) 東京高等裁判所平成25年2月13日判決・判例時報2208号46頁

(注44) 森田果前掲(注41) 16～17頁参照

(注45) 自動運転車に関する議論として、松尾剛行「自動運転車・ロボットと法的責任」自由と正義Vol.68No.9(2017年) 55～63頁参照。

(注46) 利用者のメンテナンス義務に関し、佐藤典仁「自動運転における損害賠償責任に関する研究会の論点整理」N B L 1102号52頁(2017年)は、自動運転車の運行供用者責任(自動車損害賠償保障法第3条)の「自己及び

運転者が自動車の運行に関し注意を怠らなかったこと」との要件に関するものであるが、「自動車の運転に関する注意義務は負わなくなると考えられるが、自動車の点検整備に関する注意義務などは引き続き負うと考えられる。かかる点検整備に関する義務として、自動運転のシステムが故障しないように自動車の機能を維持する注意義務や、ソフトウェアや情報をアップデートする等の注意義務も考えられる」とする。

(注47) AI ネットワーク社会推進会議「報告書2017-AI ネットワーク化に関する国際的な議論の推進に向けて-」(2017年) 46頁参照
http://www.soumu.go.jp/main_content/000499624.pdf

信託法逐条解説概論 (第1条～第184条)

遺言信託研究部

〔遺言信託研究部〕

* 目 次

一	はじめに 本稿の趣旨……………	236	七	委託者(第145条～第148条)…	279
二	総則・信託財産等(第1条～第 25条)……………	236	八	信託の変更、併合及び分割(第 149条～第162条)……………	280
三	受託者前編(第26条～第47条)	244	九	信託の終了及び清算(第163条～ 第184条)……………	283
四	受託者後編(第48条～第87条)	254	十	最後に……………	292
五	受益者(第88条～第122条)…	265			
六	信託監督人等(第123条～第144 条)……………	266			

一 はじめに(本稿の趣旨)

本年は大手新聞でも信託に関する記事が数多く掲載されるようになる一方で、信託関連の訴訟や紛争も目に付き始めて来た。特に、親族や一般社団法人が受託者となる民事信託では、金融機関で信託口座を開設できる金融機関が少ないため受託者である口座名義人が死亡した場合に信託財産が相続手続の対象になりかねないなど、困難な法律問題の解決を迫られる時代に入りつつある。にもかかわらず、最も参考となる信託法に関する逐条解説が絶版で購入できない。

そこで、本稿では、必要最小限の範囲で、弁護士等法律家のための逐条解説の概論作成に挑戦してみた。今後、弁護士が信託案件に関わっていく際に参考としていただければ幸いである。

二 総則・信託財産等(第1条～第25条)

1 信託行為の種類(2条2項、3条、4条)

信託法2条1項によれば、信託とは、①信託契約、②遺言、③公正証書等によってする意思表示の方法のいずれかにより、特定の者が一定の目的に従い、財産の管理又は処分その他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきものとするをいう。そして、①信託契約又は②遺言の方法によるときは、当該特定の者に対して、財産の譲渡又は担保権の設定その他の財産の処分を要することになる。

(一) 信託契約

信託契約は、委託者と受託者との間の契約で行う信託行為の種類である。この場合、契約は、民法の一般原則に従い、委託者と受託者の意思表示の合致によって効力が発生することになるため、信託

法も、信託契約の締結によって効力が発生する（4条1項）と定めている。なお、信託契約に、停止条件又は始期を付すことも可能である（4条4項）

（二）信託遺言

信託遺言は、委託者が遺言によって行う信託行為の類型である。

遺言は、民法960条以降の規律に従うことになる。そして、信託遺言は、遺言の効力の発生によって、効力が発生する（4条2項）。信託遺言についても停止条件又は始期を付すことが可能である（4条4項）

（三）信託宣言

信託宣言（自己信託）は、信託を設定しようとする委託者自身が受託者となる特殊な類型である。信託宣言は、公正証書又は公証人の認証を受けた書面による場合、当該公正証書等の作成によって効力が生じる。また、公正証書等の書面以外による場合、受益者となるべき者として指定された第三者に対する確定日付ある証書による通知がされることによって効力が生じる（4条3項）。また、公正証書等又は確定日付ある証書には、信託の目的や信託財産の特定に必要な事項などを記載しなければならないこととされている（3条3号）

2 信託財産と信託財産責任負担債務（2条3項、2条9項、21条）

（一）信託財産

信託財産とは、受託者に属する財産であって、信託により管理又は処分をすべき一切の財産である（2条3項）。

この財産には、消極財産である債務は含まれない。したがって、債務を信託することはできない。

信託財産	
受託者に属する財産であって、信託により管理又は処分をすべき一切の財産	2条3項
信託財産に属する財産の管理、処分、滅失、損傷その他の事由により受託者が得た財産	16条1項
信託法の規定により信託財産に属することとなった財産	16条2項
財産の添付（付合、混和、加工）により信託財産に属することとなった財産	17条
信託財産と固有財産等の識別不能によって信託財産に属することとなった財産	18条
信託財産と固有財産等とに属する共有物の分割によって信託財産に属することとなった財産	19条
限定責任信託において226条3項又は228条3項の規定によって信託財産となった金銭	226条3項、228条3項
受益証券発行限定責任信託において254条2項の規定によって信託財産となった金銭その他の財産	254条2項

（二）信託財産責任負担債務（総論）

信託財産責任負担債務とは、受託者が信託財産に属する財産をもって履行する責任を負う債務である（2条9項）。

委託者の債務については、受託者が民法上の債務引受をすることによって信託財産責任負担債務とすることができる。その際、債権者の同意があれば、免責的債務引受とすることが可能であるが、債権者の同意がなければ重疊的債務引受となるにすぎない（逐条解説42頁）。

なお、信託財産責任負担債務については、信託財産に属する財産に加えて、受託者の固有財産も責任財産となる。信託財産に属する財産のみが責任財産となる信託財産責任負担債務を信託財産限定責

任負担債務という。信託財産限定責任負担債務に係る権利には、受益債権のほか、限定責任信託における信託債権（信託財産責任負担債務に係る債権であって、受益債権でないもの）、信託法の規定や信託債権を有する者との合意に基づき信託財産に属する財産のみをもって履行の責任を負うものとされる信託債権がある。（21条2項）

（三）信託財産責任負担債務（各論）

次に掲げる権利に係る債務は、信託財産責任負担債務となる（21条1項）。

1号	受益債権	
2号	信託財産に属する財産について信託前の原因によって生じた権利	
3号	信託前に生じた委託者に対する債権であって、当該債権に係る債務を信託財産責任負担債務とする旨の信託行為の定めがあるもの	
4号	信託の目的の変更等の場合の受益権取得請求権	
5号	信託財産のためにした行為であって受託者の権限に属するものによって生じた権利	
6号	イ	受託者の権限違反行為の取消しの規定により取り消すことができない行為
	ロ	受託者の権限違反行為の取消しの規定により取り消すことができる行為であって取り消されていないもの
7号	利益相反行為の制限に規定する処分その他の行為のうち、これらの規定により取り消すことができない行為又はこれらの規定により取り消すことができる行為であって取り消されていないものによって生じた権利	
8号	受託者が信託事務を処理するに於いてした不法行為によって生じた権利	
9号	第5号から前号までに掲げるもののほか、信託事務の処理について生じた権利	

1項2号に規定する「信託財産に属する財産について信託前の原因によって生じた権利」に係る債務とは、例えば、信託設定前に第三者

対抗要件を備えた賃貸借が存在する場合に賃貸人として負う債務のことである(道垣内「信託法」120頁)。

1項3号の「信託前に生じた委託者に対する債権であって、当該債権に係る債務を信託財産責任負担債務とする旨の信託行為の定めのあるもの」とは、委託者の負担する債務につき、信託の設定時における信託行為の定めにより受託者が信託財産責任負担債務として引き受けることとした場合の、当該債務にかかる債権のことである。

1項5号の「信託財産のためにした行為であって受託者の権限に属するものによって生じた債権」とは、例えば、受託者に対して借入権限を付与する信託行為の定めに基づき、受託者が信託財産のために借入れをした場合における当該借入れに係る貸金債権である(以上逐条解説84及び85頁)。

多くの場合、委託者の債務について、信託財産責任負担債務とする旨の信託行為の定めに加え、受託者が民法上の債務引受をすることによって、委託者の債務を信託財産責任負担債務とするとともに委託者が既存の債務から解放されることになる。

3 受益権と受益債権(2項7号)

信託行為に基づいて受託者が受益者に対し負う債務であって信託財産に属する財産の引渡しその他の信託財産に係る給付をすべきものに係る債権を受益債権といい、この受益債権及び受益債権を確保するためにこの法律の規定に基づいて受託者その他の者に対し一定の行為を求めることができる権利を受益権という。

4 遺言信託における受託者の選任(5条、6条)

遺言信託は、委託者の意思のみによってなされる信託行為であるため、受託者は、委託者の意思を知りえないこともありえる。そこで、信

託法は、遺言信託における受託者の選任について以下のように定めている。

まず、当該遺言に受託者となるべき者を指定する定めがあるときは、利害関係人は、受託者となるべき者として指定された者に対し、相当の期間を定めて、その期間内に信託の引受けをするかどうかを確答すべき旨を催告することができる。そして、この催告があった場合において、受託者となるべき者として指定された者は、相当の期間内に委託者の相続人に対し確答をしないときは、信託の引受けをしなかったものとみなされることになる。遺言によって受託者となるべき者として指定された者が信託を引き受けるか否かはその者の自由であるが、信託の引受けの有無が決まらないまま期間が経過することは信託財産の帰属先やその管理処分権を有する者がいつまでも確定せず、受益者等の地位が極めて不安定な状態におかれることになってしまうからである。

さらに、遺言に受託者の指定に関する定めがないとき、又は受託者となるべき者として指定された者が信託の引受けをせず、若しくはこれを行うことができないときは、裁判所は、利害関係人の申立てにより、受託者を選任することができることになっている。利害関係人による裁判所に対する受託者の選任申立権を認めたものである。「利害関係人」とは、遺言をした者の相続人、遺言執行者、遺言信託において受益者となるべき者として指定された者等が含まれる（逐条解説49頁）。

5 受託者の資格(7条)

未成年者、成年被後見人又は被保佐人は受託者になることができない。

なお、破産者であっても、受託者となることが可能である（受託者の任務の終了事由：56条1項参照）。

6 詐害行為信託(11条、12条)

委託者がその債権者を害することを知って信託をした場合には、受託者が債権者を害すべき事実を知っていたか否かにかかわらず、債権者は、受託者を被告として、民法424条1項の規定による取消しを裁判所に請求することができる。ただし、受益者が現に存する場合において、その受益者の全部又は一部が、受益者としての指定を受けたことを知った時又は受益権を譲り受けた時において債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。

これは、民法424条1項の特則を定めたものである。すなわち、民法424条を形式的に適用すれば、委託者から財産の処分を受ける受託者が善意であるか否かによって取消権行使の可否が決せられるべきものと解されかねないところ、受託者は信託財産について固有の利益を有しない者であるから、受益者が受益者としての指定を受けたことを知った時又は受益権を譲り受けた時において委託者の債権者を害する事実を知っていたときに限り、当該債権者は、その被保全債権の範囲内で信託の取消しを裁判所に請求できるとしたものである。

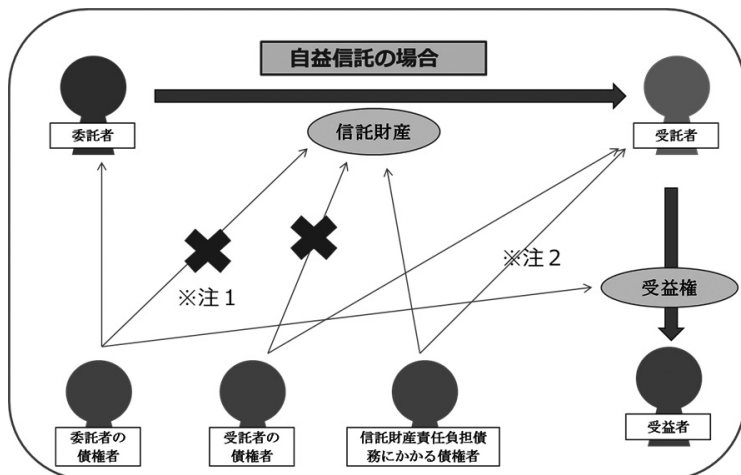
7 信託財産に属する財産の対抗要件(14条)

登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産については、信託の登記又は登録をしなければ、当該財産が信託財産に属することを第三者に対抗することができない。信託には、第三者に対する一定の法律効果が付与されていることから、取引の安全を図るため、信託を第三者に対抗するためには、登記又は登録すべき財産権については、その旨を公示することを要するとされたものと考えられる。

なお、信託法の改正に伴い、会社法においても、株式を信託財産とした場合における株主名簿への記載の制度が設けられた(会社法154条の2)。

8 信託財産に属する財産に対する強制執行等の制限等(23条)

(一) 信託財産に属する財産に対する強制執行等の制限等とは、いわゆる倒産隔離機能についての規定である。自益信託を例に挙げる。



(二) まず、委託者の固有の債権者は、委託者固有の財産について強制執行（強制執行、仮差押え、仮処分若しくは担保権の実行若しくは競売、以下「強制執行等」という。）をすることは問題ない。また、信託財産となった財産は、委託者の財産ではなくなるのであるから、委託者の固有の債権者は、信託財産について強制執行等をすることはできない。これは、広い意味での倒産隔離には入るかもしれないが、信託財産の所有者である受託者の倒産を前提とする「倒産隔離機能（狭義）」の問題ではない。

なお、本事例は、自益信託を想定しているが、委託者は、信託の組成によって、信託した財産と同価値の受益権を取得することになる。

そうすると、当該委託者の取得した受益権は委託者の固有の財産となり、委託者の固有の債権者は、当該委託者の取得した受益権に

対して強制執行等が可能になるという点については注意が必要である。

(三) 次に、受託者の固有の債権者は、受託者の固有財産に対して強制執行等を行うことは当然に可能である。

一方、受託者の固有の債権者は、信託財産に対しては強制執行等を行うことができない(23条1項)。信託財産の所有者は受託者であるが、それにもかかわらず、受託者の固有の債権者が信託財産を引き当てとすることができない。これが倒産隔離機能と呼ばれるものである。

(四) 信託財産責任負担債務にかかる債権者は、信託財産及び受託者の固有財産に対しても強制執行を行うことができる。ただし、受益債権、限定責任信託における信託債権等の信託財産限定責任負担債務にかかる債権者は、信託財産に属する財産に対してのみ強制執行を行うことができる(21条2項、注2)。

(五) なお、自己信託において、一定の場合は、詐害信託の取消しの訴えを提起することなく、直ちに信託財産に対して強制執行等を行うことができる(23条2項から4項、注1)。

三 受託者前編(第26条～第47条)

【受託者の権利と義務】

信託において、受託者は広範な権限と自由裁量を有する反面、受益者の利益を保護する必要があるため、法は様々な義務と責任を規定している。

受託者の権利義務に関する条文構造を概観すると次表の通りである。

	義務内容及び条文	関連事項・関連条文
受託者の権限	信託財産の管理・処分・その他の信託目的達成のために必要な行為(26条)	
受託者の義務	信託事務処理義務(29条1項)、善管注意義務(同条2項)	信託事務処理の第三者委託(28条)、選任監督義務(35条)、第三者委託の場合の責任(40条2項)
	忠実義務(30条～32条)	30条:一般的忠実義務(31条・32条で捕捉できないものを捕捉) 31条・32条:典型的な利益相反行為と競合行為について規定 違反の場合の受託者のてん補責任:40条 当該利益相反行為の効果を否定する方法も場合分けして規定されている:31条4～7項。 禁止される競合行為については介入権の規定あり:32条4項
	公平義務(33条)	受益者による差止め請求(44条2項)
	分別管理義務(34条)	倒産隔離機能(23条1項)の前提
	帳簿作成・報告義務(36条～39条)	強行規定の条文が多い

1 受託者の権限(第1節 第26条ないし第28条)

(一) 受託者の権限の範囲(26条)

受託者は信託財産の管理・処分その他目的達成のための必要な行為を履行することができ(法26条本文)、信託を機能させるための中心的な機関である。信託は受託者に対する信頼を基礎とした仕組み

であることから、受託者の権限はもとより広範である。

ただし、当事者の意思により、その権限に一定の制約を課すことが認められている（同条ただし書）。

（二）受託者の権限違反行為の取消し（27条）

- （1）受託者は一般に広範な権限を有するが、前条ただし書記載の通り、信託行為による受託者の権限の制限が可能である。また、信託行為における明示の制限がなくとも、信託目的達成の上で、合理的一般人の判断能力に照らして明らかに不要な行為については、受託者の権限の範囲外の行為であると解すべきである。

このような権限外の行為を受託者がした場合において、旧信託法の規律（債務がすべて固有財産に帰属するとの理解）とは異なり、現行法下では、行為が取り消されなければ、その債務は信託財産責任負担債務となる（21条1項6号口参照）。したがって、受益者は当該行為を取り消すことを検討する必要がある。

取引の相手方からすれば、一般に、当該取引行為が受託者の権限の範囲内なのか範囲外なのかは外からは明らかでないため、権限の範囲内の取引であると信頼した相手方保護を図る必要がある。法は、受益者が権限外の行為を取り消すことが出来る場合について、相手方保護との兼ね合いで要件を定めている。

基本形としては、以下の①②の双方ともに該当する場合にのみ取消しを認めている（27条1項各号）。

- ① 相手方が、行為当時、その行為が信託財産のためにされたものであると知っていたこと。

相手方が、行為当時、その行為が信託財産のためにされたものであると知らなければ、そもそも信託財産が引き当てになる

とは思っておらず、受託者の固有財産を当てにただけということになる。この場合、原則として、生じた権利をもって信託財産に対して強制執行等を行うことが出来ない(21条1項6号イかっこ書参照)ので、取消しもない。

- ② 相手方が、行為の当時、その行為が受託者の権限に属しないことを知っていたか、又は知らないことにつき重過失があること。

相手方が、権限外の行為であることにつき悪意又は重過失のある場合にまで、保護する必要性はないため、このような場合には取消しの対象となる。逆に取引の相手方に権限外であることを知らないことについて軽過失があったにとどまる場合には、受益者による行為取消しの対象とはならない。

- (2) また、取消し対象となる受託者の権限外の行為の対象が、登記または登録をすることが出来る信託財産についての権利設定移転である場合には、上記基本形の要件①が以下のように変更される。なお、要件②はそのまま要求される。

- ① 行為の当時、当該信託財産について、登記又は登録がされていたこと

登記又は登録がされていた場合、相手方において、当該行為が信託財産のためにされたものであることを知らなかったとの主張は出来ないこととしている。

- (三) 信託事務処理の第三者への委託(28条)

現代においては、専門分野の多様化とそれぞれの分野に専門家が存在するため、受託者に対して自己執行義務を課すことが必ずしも受益者の利益にかなうとはいえず、適切な専門家に事務委託する方が良い場合が想定される。

そこで、本条では、信託行為において、信託事務の処理を第三者に委託するよう定めうるし、信託行為に定めがなくとも、信託の目的に照らして相当であると認められる場合も委託可能であるとしている。

さらに、信託行為において、第三者への委託を禁止している場合でも、受託者の急病による入院など、信託の目的に照らしてやむを得ない場合には第三者への委託が認められる。

2 受託者の義務等(第2節 第29条ないし第39条)

(一) 受託者の注意義務 (29条)

原則として、自己の財産に対するのと同一の注意では足りず、より高度な善管注意義務を負うこととされている。

善管注意義務は、受託者の職業や地位（実際には能力がないにも関わらず、高い能力があるように表示した場合にはその表示されたレベル）に応じ、そのような職業や地位にある者（表示された能力のある者）として通常要求される程度の注意義務を意味する。

例えば、専門家に不動産の管理を委ねて受益者が賃貸収入を得る目的の信託と、親友の死後に障害者である子の生活を守るために素人が受託者となっている信託とでは要求される善管注意義務の水準が異なってくる。

義務違反の有無について客観的に判断しうることを念頭に置いており、民法上の債務不履行責任ないし不法行為責任を生じるレベルと認識してよいであろう。

なお、善管注意義務の規定は、（受益証券発行信託を除き）任意規定であり、信託行為において別段の定めを設けることが出来る。義務水準を軽減することも可能である。

(二) 忠実義務 (30条) と利益相反行為の制限 (31 ~ 32条)

- (1) 法30条では、受託者は、専ら受益者の利益のために行動すべきであるとの原則 (忠実義務) を定めている。

このことを前提として、いくつかの典型的な忠実義務違反行為を列挙している (31条1項各号・利益相反行為 (4類型) の禁止、32条1項・競合行為の禁止) が、31条1項各号、32条1項によって捕捉されない受託者の忠実義務違反行為を30条が一般規定としてカバーしている。

- (2) 31条1項1号は、信託財産に属する財産を固有財産に帰属させ、または固有財産に属する財産を信託財産に帰属させることを禁止している。

いわゆる「自己取引の禁止」である。

同項2号は、信託財産に属する財産を他の信託の信託財産に帰属させることを禁止している。

複数の信託における受託者になっている者について、双方代理類似の構図となる「信託財産間取引の禁止」を定めている。

同項3号は、第三者との間において信託財産のためにする行為であって、自己が当該第三者の代理人として行うものを禁止している。

これも、双方代理類似の構図であり、受託者が取引の相手方の代理人となって、信託財産との間で取引を行うことを禁止したものである。

同項4号は、信託財産に属する財産につき固有財産に属する財産のみをもって履行する責任を負う債務に係る債権を被担保債権とする担保権を設定することその他第三者との間において信託財

産のためにする行為であって受託者またはその利害関係人と受益者との利益が相反することとなるものを禁止している。

いわゆる「間接取引の禁止」について定めたものであり、例えば、受託者（または受託者の利害関係人）が固有財産で第三者に負う債務の担保に信託財産を差し出すようなことを禁止している。

- (3) なお、私的自治の尊重という観点から、信託行為の定めにより利益相反を許容することが出来る建前となっている（31条2項1号）が、この例外的な定めがあるといえるためには、単に「利益相反行為ができる」程度の曖昧な規定では足りず、例外として許容される行為が、「他の行為と客観的に識別可能な程度の具体性を以て定められ、かつ、当該行為についてこれを許容することが明示的に定められていなければならない」と解されている。

しかしながら、実際に実務において遭遇する契約書には、単に「利益相反行為ができる」程度の記載に留まる契約書が散見されるため、注意が必要である。

- (4) 32条は、受託者が受託者として信託事務の処理としてすることが出来る行為を固有財産（または受託者の利害関係人）の計算であることを禁ずるものであり、いわゆる「競合行為の制限」である。

ただし、受託者が有する権限は広範に及ぶことが想定されるため、信託事務としてできる行為を固有財産の計算であることが一切許されないとすると、受託者の取引の機会損失は大きい。

そこで、そのバランスを図り、①「受託者として有する権限に基づいて信託事務の処理としてすることが出来る行為…を固有財産又は受託者の利害関係人の計算で」することと、②「これをしないことが受益者の利益に反する」ことという2つの要件を満たす場合

に限定して禁止したものである。

(三) 公平義務 (33条)

受益者が2人以上ある信託では、公平に職務に当たらなければならないという準則を規定したものである。

ただし、信託行為において受益者間で異なる取り扱いをするよう定められている場合や、不利益を受ける恐れのある受益者が承諾しているような場合には公平義務違反とはならない。

違反している場合には受益者による差止め請求を受けうる(44条2項)し、違反した場合の効果として、当該受託者は損失てん補等(40条1項)の責任を負うことになる。

(四) 分別管理義務 (34条)

倒産隔離機能(23条1項)の前提となる義務である。

分別管理の方法について定めているが、信託行為により分別管理の方法に関して別段の定めを許容している。ただし、分別管理義務自体を免除するような定めは無効である。

信託の登記または登録をする義務については、信託行為によっても完全に免除することは出来ない(34条2項)。

ただし、信託行為で、登記又は登録をすべき財産について、登記又は登録する時期を後ろにずらし、一時的に猶予することについては2項によって禁止されるものではない。

(五) 信託事務の処理の委託における第三者の選任及び監督に関する義務 (35条)

28条の規定により信託事務の処理を第三者に委託する場合の選任監督上の義務等を規定している。

(六) 信託事務の処理の状況についての報告義務 (36条)

(七) 帳簿等の作成等、報告及び保存の義務 (37条)

受託者は、帳簿その他の書類又は電磁的記録を作成しなければならない(1項)とされている。

単純な管理型信託の場合には、「帳簿」と呼ぶべき書類を備えるまでの必要性がないことも考えられ、「帳簿」に限定されない趣旨を明らかにしている。

受託者は、毎年1回、一定の時期に、法務省令で定められるところにより、貸借対照表、損益計算書その他法務省令で定める書類又は電磁的記録を作成しなければならない(2項)とされている。

信託計算規則4条6項には、「信託帳簿又は財産状況開示資料の作成に当たっては、信託行為の趣旨をしん酌しなければならない」と定められており、具体的にどのような書類の作成が必要となるかは、信託の種類によって異なるものと考えられる。

信託帳簿その他の書類又は電磁的記録は10年間保存しなければならない(4項)。

本条は3項のみ任意規定にとどまり、その他は強行規定である。

(八) 帳簿等の閲覧等の請求 (38条)

受益者による受託者監督のための基本権であり、受益者にとって有利な定めを設けることは出来るが、不利な定めを設けることのできない片面的強行規定である。

3 受託者の責任等(第3節 第40条ないし第47条)

(一) 受託者の損失てん補責任等 (40条)

受託者が任務懈怠したことを以て責任の発生要件とした上で、受益者は、受託者に対して、信託財産に損失が生じた場合には金銭による当該損失のてん補を(第1項1号)、信託財産に変更が生じた場

合には原状の回復を（同項2号）請求できることとした。

受託者の任務懈怠について、受託者の故意または過失があることを要するのは、一般的な債務不履行に基づく損害賠償責任の場合と同様である。

忠実義務違反行為によって受託者又はその利害関係人が利益を得た場合には、その額を損失の額と推定する特則も定められている（3項）。

（二）法人である受託者の役員の変連帯責任（41条）

受託法人の業務執行の意思決定に関与する者が、法人の行った法令又は信託行為の定め違反する行為につき悪意又は重過失がある場合には、受託者である法人と連帯して損失てん補又は原状回復の責任を負うものと規定している。

理事等の悪意又は重過失の立証責任は受益者側に存する。

（三）損失てん補責任等の免除（42条）

受益者が事後的に免除することが出来るように規定したものである。

受益者が複数の場合には、すべての受益者の一致によってのみ免除することが可能となる（105条4項）。

（四）損失てん補責任等に係る債権の期間の制限（43条）

受託者の損失てん補責任または原状回復の責任については、債務不履行責任の一種と位置付け、消滅時効の起算点は民法166条1項に従い、「権利を行使することができる時」ということになり、基本的には受託者の任務違反行為により信託財産に損失又は変更が生じた時ということになるが、受益者がこの債権を有する場合については3項に特則がある。

消滅時効期間は民法に従うので、現状では原則10年間だが、営業信託から生じる債権の消滅時効期間については商行為によって生じた債務の不履行による損害賠償請求権に準じて5年間となる。

20年の除斥期間も定められている。

(五) 受益者による受託者の行為の差止め (44条)

信託財産に「著しい損害が生じるおそれがあるとき」に限定して、受益者に対して、受託者の行為の差止め請求権を認めた(1項)。

基本的には受託者を信頼して信託事務の処理をゆだねているのであるから、「軽微な損害が生じるおそれがあるとき」にまで差止め請求権の行使を認めては、信託事務の円滑な処理を阻害し、逆に信託目的達成を妨げる結果となりかねない(特に、受益者複数の信託の場合にこの問題は顕在化しやすいと思われる)ことから、このような規定となっている。

2項は公平義務違反行為に関する差止め請求権の規定である。

(六) 費用又は報酬の支弁等 (45条)

40条、41条、44条の規定による請求に係る訴えを提起して勝訴した受益者について、一定の費用又は報酬を信託財産から支弁することが出来ると規定し(1項)、また、敗訴した場合でも悪意でなかったならば損害賠償義務を免除することを規定した(2項)ものである。

四 受託者後編 (48条～ 87条)

1 受託者の費用等及び信託報酬等(第4節 48条～ 55条)

(一) 本節の規定の性質と民事信託における注意点

本節は受託者の費用等請求権について定めている。本節における強行規定は金銭による費用償還等(49条1項)、配当要求及び代位(49

条4項ないし7項、50条)、費用不足時の信託終了(52条)のみである。これらの強行規定も、信託行為に受託者の費用償還請求権を否定する定めがあれば適用されないことから、本節の規定は信託行為に定めがない場合の補充規定といえる。

民事信託においては、委託者や受益者の親族等が無報酬で受託者を引き受けた場合等、受託者に一時的にでも費用負担を負わせることが適切でないときもある。かかる場合、不動産等の流動性の低い財産を信託財産とするときは、併せて支払いに充てることのできる現金や預金を信託財産とすることが望ましい。

(二) 費用

(1) 費用等の償還が認められる場合

「費用」とは、租税、公課のほか、信託事務処理を行う上で必要又は有益と認められる借入金の支払費用などを含むものであり、当該費用の支出当時において必要又は有益と判断される費用であればよく、事後的にみれば不必要であったと認められるものも含む(信託法改正要綱試案補足説明77頁)。

受託者がその固有財産から費用を支出した場合、受託者は信託行為に別段の定めのない限り、信託財産から同費用及び利息の償還を受けることができる(48条1項)。

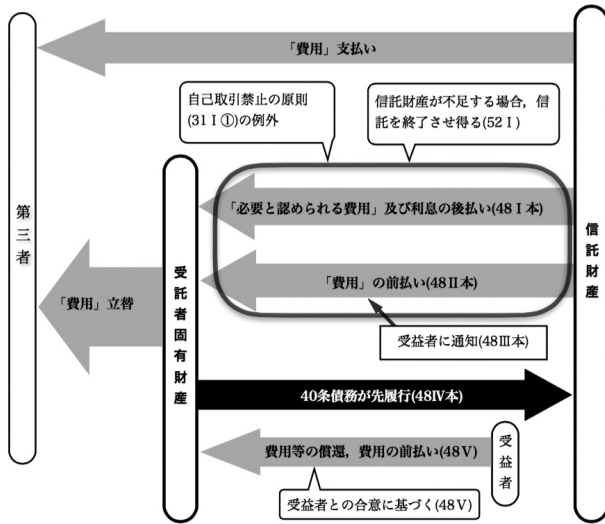
また、受託者は、信託行為に別段の定めのない限り、受益者に対し金額と算定根拠を通知した上で、信託財産から費用の前払いを受けることもできる(同条2項、3項)。

さらに、受益者との合意があるときは、受託者は受益者にも費用等を請求できる(48条5項)。この請求権は旧法では原則として認められていた。しかし、信託が投資商品に用いられた場合等、受

受益者に無限責任を負わせることが不相当なときがあるため、現行法では受益者に対する請求は原則として認めず、受益者との合意があるときのみ認めている。なお、実務では、銀行等が信託の受託者となる場合、あらかじめ受益者との合意を得るのが通常である。

(2) 償還方法

費用の償還等は、原則として金銭による（49条1項）。もっとも、信託財産の処分や代物弁済による補てんもなし得る（同条2項、3項）。さらに、費用等の弁済による受託者の代位も認められる（50条1項）。



信託財産について強制執行または担保権実行の手続が開始したときは、受託者は、上記請求権に基づき配当要求をすることができる（49条4項、5項）。かかる場合、一定の費用について優先権が認められる（同条6項、7項）。

(3) 信託財産の不足による信託の終了

信託財産が受託者の費用償還等に不足する場合、受託者は、委託者及び受益者に通知後、相当期間が経過しても費用償還等がない場合、信託を終了させることができる(52条1項)。

(三) 報酬・損害賠償

受託者は原則として無報酬とされるが、例外的に以下の場合には信託報酬を受けることができる。

- ① 商人がその営業の範囲内において他人のために行為をしたとき(商法512条)
- ② 信託行為に定めがあるとき(54条1項ないし3項)。

また、受託者は、信託事務を処理するため信託法53条1項1号または2号の損害を受けた場合、信託行為に別段の定めのない限り、賠償請求が認められる(53条1項)。

上記各請求の方法等については費用等の請求に関する規定がほぼ準用されているが、強制執行手続等における優先権は認められない(53条2項括弧書、54条4項括弧書、49条6項、7項)。

2 受託者の変更等(第5節 56条～78条)

(一) はじめに

第5節は受託者の任務終了時の手続等について定めている。

受託者の死亡等により受託者の任務は終了するため、受託者を複数としたり、新受託者を指定しあらかじめ承諾を得ておく等、受託者が不在とならないように事前に対策を取っておくことが望ましい。

(二) 受託者の任務の終了

(1) 受託者の任務が終了する場合

- ・ 受託者の死亡(56条1項1号)
- ・ 受託者の後見または保佐開始の審判(同項2号)

- ・ 受託者が破産し、かつ、信託行為に受託者破産の場合に受託者の任務が終了しない旨の定めがないとき（同項3号、同項柱書但書）
 - ・ 受託者である法人の合併以外の理由による解散（同項4号）
 - ・ 受託者の辞任（同項5号）
 - ・ 受託者の解任（同項6号）
 - ・ 信託行為の定めに基づく任務の終了（同項7号）
- (2) 受託者の任務が終了しない場合
- ・ 受託者法人の合併・分割（56条2項、3項）
 - ・ 受託者が破産し、かつ、信託行為に受託者破産の場合に受託者の任務が終了しない旨の定めがある場合（同条4項）
 - ・ 受託者の再生・更生（56条5項本文、同条7項）
- (三) 受託者の任務終了から新受託者への引継ぎまでの流れ
- (1) 解任、解散または信託行為の定めによる終了の場合
- ① 任務終了の通知
- 前受託者は、信託行為に別段の定めがない限り、その任務終了について受益者および他の受託者に対し通知しなければならない（59条1項、86条1項）。
- ② 受託者が2人以上いる場合
- 受託者が2人以上いる場合に受託者の一部が欠けたときは、信託行為に別段の定めのない限り、信託に関する権利義務は他の受託者が当然に承継する（86条4項）。
- ③ 保管等
- 解任等により全ての受託者の任務が終了した場合、前受託者は、新たな受託者または信託財産管理者が信託事務の処理をすることができるに至るまで、引き続き財産の保管をし、かつ、信

託事務の引継ぎに必要な行為をしなければならない(59条3項本文、86条1項)。

④ 新受託者の選任

ア 信託行為に新受託者となるべき者の指定があるとき

指定された者は、受託者就任をあらかじめ承諾していた場合または承諾をした場合、新受託者となる。

かかる承諾がない場合、利害関係人が指定された者に催告し、相当期間内に承諾の確答がないときは、就任を承諾しなかったものとみなされる(62条2項、3項)。

イ 新受託者指定の定めがないとき、または、指定された者の承諾がないとき

委託者および受益者の合意により新受託者を選任することができる(62条2項)。

また、利害関係人の申立てにより、裁判所は、必要と認めるときは新受託者を選任することができる(同条4項)。

ウ 信託財産管理者等の選任とその権限

裁判所は、必要と認めるときは信託財産管理者を選任し管理を命ずる処分をすることができる(63条1項、64条1項)。

また、受託者の職務を代行する者を選任する仮処分命令(民事保全法23条2項)により選任された者は、信託法66条が定める信託財産管理者と同様の権限を有する(73条)。

エ 受託者不在による信託の終了

受託者不在の状態が1年間継続したとき信託は終了する(163条3号)。

受託者の1人の任務が終了したときに他の受託者が権利義

務を承継しない旨の定めがあり、その任務が行われない状態が1年間継続したときも、信託は終了する（87条2項、86条4項但書、163条3号）。

⑤ 新受託者への権利義務承継

新受託者は、前受託者の任務が終了した時に、前受託者から権利義務を承継したとみなされる（75条1項）。

新受託者就任までに信託財産に属する財産に対して強制執行等が開始された場合、この手続は承継執行文を要することなく新受託者に対して続行することができる（75条8項、逐条解説230頁）。

⑥ 新受託者への引継ぎ

新受託者就任後、前受託者は遅滞なく、新受託者への引継ぎ等をしなければならない（77条1項）。

信託財産管理者が選任されている場合、新受託者への引継ぎ等は信託財産管理者が行う（72条、77条1項）。

⑦ 受託者変更の登記申請

信託財産に属する不動産に関する登記変更申請は、前受託者と新受託者が共同して行う（不動産登記法60条）。

⑧ 費用等償還

前受託者は、通知、保管、引継ぎ等にかかった費用等の償還を受けることができる（48条、49条）。同費用等について、前受託者は、新受託者または信託財産法人管理人に対しても、支払いを請求することができる（75条6項本文）。

同費用等に関する権利は、強制執行等において一定の優先権が認められる（同条7項、49条6項、7項）。

(2) その他の事由による受託者の任務終了の場合

その他の事由による受託者の任務終了の場合、上述と異なる主な点は以下のとおりである。

① 辞任による終了の場合

ア 保管等

辞任により全ての受託者の任務が終了した場合、前受託者は、信託行為に別段の定めがない限り、新たな受託者等が信託事務の処理をすることができるに至るまで、引き続き受託者としての権利義務を有する(59条4項、86条1項)。

イ 新受託者への権利義務承継

新受託者は、その就任時に、前受託者から権利義務を承継したとみなされる(75条2項)。

② 破産による終了の場合

ア 任務終了等の通知

受託者の破産により受託者の任務が終了した場合、前受託者は、受益者および他の受託者に通知する(59条1項、86条1項)と共に、破産管財人に対して、信託財産の内容等を通知しなければならない(59条2項)。

イ 保管等

受託者の破産により全ての受託者の任務が終了した場合、その破産管財人が信託財産の保管・引継ぎ等をしなければならない(60条4項、86条2項、78条、77条1項)。

③ 死亡による終了の場合

ア 任務終了の通知

前受託者の相続人(法定代理人が現に存する場合はその法定

代理人)は、前受託者の任務終了の事実を知ったときは、信託行為に別段の定めがない限り、知れている受益者および他の受託者に対しその旨を通知しなければならない(60条1項、86条1項)。

イ 信託財産の法人化

受託者の死亡により全ての受託者の任務が終了した場合、信託財産は法人とされる(74条1項、86条3項)。

裁判所は、利害関係人の申立てがある場合、必要があると認めるときは、信託財産法人管理人を選任し、管理を命ずる処分をすることができる(74条2項、6項、64条1項)。

ウ 保管等

受託者の死亡により全ての受託者の任務が終了した場合、前受託者の相続人(法定代理人が現に存する場合はその法定代理人)が信託財産の保管・引継ぎ等を行わなければならない(60条2項、86条2項、78条、77条1項)。

信託財産法人管理人が選任されている場合、新受託者への引継ぎ等は信託財産法人管理人が行う(74条6項、72条、77条1項)。

④ 後見・保佐開始による終了の場合

ア 任務終了の通知

前受託者の成年後見人または保佐人は、当該前受託者の任務終了の事実を知ったときは、信託行為に別段の定めがない限り、知れている受益者および他の受託者に対しその旨を通知しなければならない(60条1項、86条1項)。

イ 保管等

かかる場合に全ての受託者の任務が終了したときは、前受託者の成年後見人または保佐人が、財産の保管・引継ぎをしなければならない(60条2項、86条2項、78条、77条1項)。

⑤ 信託変更の登記申請

受託者の任務終了事由が、受託者の死亡、後見・保佐開始、破産、合併以外の法人の解散である場合、不動産に関する所有権移転登記の申請は、公的な証拠により証明が可能なため、新受託者が単独で所有権移転の登記をする(不動産登記法100条)。所有権移転の登記申請を受けた登記官は、職権で、信託の変更の登記(信託目録の記録変更)をする(不動産登記法101条)。

(3) 受益者による差止等

前受託者等の信託財産に属する財産の処分について、新受託者または信託財産管理者が信託事務の処理をすることができるに至るまで、受益者は、当該処分の差止・取消しを請求することができる(59条5項、60条3項、5項、75条4項、27条)。

前受託者の任務終了事由が辞任である場合は、上記請求は受託者に対してなしうる場合に限定される(44条1項、2項、33条、27条)。

3 受託者が2人以上ある信託の特例(第6節 79条～87条)

(一) 共同受託者による信託財産の所有形態

受託者が2人以上あり、相互に監視義務を負う信託においては、信託財産は合有となる(79条)。

すなわち、共同受託者は信託財産について潜在的にも持ち分を有さず、信託財産の分割請求や持分の譲渡はできない。また、共同受託者の一部が欠けたときは、信託財産は残りの受託者に当然に帰属する(逐条解説233頁)。

(二) 職務の分掌の定めがないとき

(1) 意思決定

受託者が2人以上ある信託においては、信託事務の処理に関する決定は、受託者の過半数をもって決するのが原則である(80条1項)。各受託者は、信託行為に別段の定めがある場合を除き、信託事務の処理についての決定を委託することができない(82条)。もっとも、常務に属する信託義務についての決定は委託することができる(同条括弧書)。また、保存行為は各受託者が単独で行うことができる(80条2項)。

(2) 執行等

上記決定に基づく信託事務の執行は、各受託者が行い得る(80条3項)。

信託事務の執行について、各受託者は、信託行為に別段の定めがない限り、他の受託者を代理する権限を有する(同条5項、6項)。かかる権限に基づく行為については、信託財産のみならず各受託者の固有財産も責任財産となる(逐条解説236頁)。もっとも、顕名を怠ったときは他の受託者の固有財産及び信託財産は責任財産とならない(逐条解説238頁)。

第三者から受託者に対する意思表示は、受託者の1人に対してすれば足りる(80条7項本文)。

受益者から受託者に対する意思表示については、信託行為に別段の定めがあればこれに従う(同条7項本文、但書)。

(3) 各受託者の責任

各受託者が信託事務処理にあたり第三者に対し債務を負担したときは、各受託者は連帯債務を負う(83条1項)。

2人以上の受託者が任務違背行為により信託法40条の責任を負うときは、当該行為をした各受託者は連帯債務を負う(85条1項)。

(4) 強制執行

信託債権者が信託財産に対して強制執行をするには、共同受託者全員に対する債務名義が必要となると考えられる(逐条解説239頁)。

(三) 職務の分掌の定めがあるとき

(1) 決定・執行

信託行為に職務分掌の定めがあるときは、信託事務処理に関する決定・執行はその定めに従う(80条4項)。

(2) 各受託者の責任

分掌する職務に関する信託事務処理において、他の受託者の第三者に対する責任は信託財産のみに限定される(83条2項本文)。かかる限定は、信託行為に職務分掌の定めがあることについて善意無過失の第三者に対抗できない(83条2項但書)。

(3) 強制執行等

各受託者は自己の分掌する職務に関し、他の受託者のために原告または被告となる(81条)。信託債権者が信託財産に対して強制執行をするには、原則として自己の取引の相手方となった受託者に対する債務名義があれば足りる。

五 受益者(第88条～第122条)

信託法第4章(受益者等 88条～122条)は、受益者及び受益権に関する規定である。ここでは、信託において利益を享受する主体である受益者の権限の内容や、受益権の性質に関する基本的なルールが定められている。

1 受益者の権利の取得及び行使(第1節 88条～92条)

(一) 受益権の取得(88条)

受益者になる者の受益権の取得及び通知義務に関する規定である。

(1) 第1項

一般的に、受益の意思表示をしない限り、契約によって当事者以外の第三者に対して利益を与えることも不利益を与えることもできないとされている(第三者のためにする契約、民法537条2項)。しかし、本条第1項は、受益者は別段の定めがない限り、受益の意思表示をすることなく当然に受益権を取得するものとし、民法の原則に対する例外を定めた。これにより、受益者が早期に受益権を取得することになり、委託者・受託者による受益権の内容の変更を防止し、受託者に対して各種の義務を課すことができる。

ただし、受益者は事後的に受益権を放棄する(99条)ことにより当初から受益権を有していなかったこととなるため、受益者自身が受益権の取得を望まないのであれば、信託から離脱することが可能である。

(2) 第2項

第2項は、受益者に指定された者が、指定されたことを常に知っているとは限らないことから、受託者に通知義務を課すことで受益者に権利行使の機会を確保することを意図した。

(二) 受益者指定権(89条)

(1) 総論

信託行為の定めにより、受益者を指定し、または変更する権利を有する者の定めのある信託に関する規定である。

これらの権利を有する者として、委託者のほか、受託者、第三

者を指定することもできる。例えば、信託できる特定の第三者に対して受益者を指定・変更する権利を付与し、これらを適切に行使してもらうことにより、委託者が自己の意思能力喪失後あるいは死亡後においても、状況の変化に応じた適切な財産の分配を実現する信託を組成することが可能である。

(2) 相続による不承継

同条第5項は、信託行為に定めがある場合を除き、受益者指定権等は相続により承継されないと規定している。

したがって、受益者指定権を有する者が、受益者を指定しないうちに死亡した場合には、当該信託については、原則として受益者が存しないことが確定し、「信託の目的を達成することができなくなったとき」(163条1項)に当たるものとして信託自体が終了する。

これに対し、受益者変更権を有する者が、受益者を変更しないうちに死亡した場合には、当該信託については、原則としてその時点の受益者に受益権が確定的に帰属し、信託自体はそのまま存続する。

(三) 委託者の死亡のときに受益権を取得する旨の定めのある信託等の特例(90条)

本条は、いわゆる「遺言代用の信託」に関する特例を定めたものである。

遺言代用の信託とは、典型的には、委託者となる者がその財産を信託して、委託者生存中の受益者を委託者自身とし、委託者死亡後の受益者を委託者の配偶者や子などに定めることによって、自己の死亡後における財産の分配を信託によって実現しようとするもので

あり、死因贈与と類似する機能を有する。

本条における第1項第1号と第2号の違いは、第1号の場合、受益者となるべき者として指定された者は委託者の死亡時までにはそもそも受益権を取得しない。一方、第2号の場合、受益者は委託者の死亡前から受益権を取得するものの、信託財産にかかる給付を受ける権利については、委託者の死亡時まで取得せず、委託者が死亡するまでは受益者としての権利も原則として有しない(第2項)、という点にある。

(四) 受益者の死亡により他の者が新たに受益権を取得する旨の定めのある信託の特例(第91条)

(1) 概要

いわゆる受益者連続型信託の定めである。受益者の死亡を契機にいったん受益権を消滅させ、あらかじめ指定した次順位の受益者が受益権を取得する。この形の信託は、信託契約書で受益権の帰属先をあらかじめ連続して定めておくことができる点に特色がある。通常、遺言では、自身の死亡後に財産の帰属先を定めておくこと(後継ぎ遺贈)は認められていないが、受益者連続型信託を用いれば、同様の効果を得られることで注目されている。

(2) 30年の期間制限

第91条によれば、受益者連続型信託は、信託がされた時から30年を経過した以後に受益権を取得した受益者が死亡した時点で終了する。つまり、信託設定後30年経過後に受益権が新しい受益者に移るのは1度限りということになる。

(五) 信託行為の定めによる受益者の権利行使の制限の禁止(92条)

受益者が有する信託に関する権利は、受益者の受託者に対する監

督にかかる権利と、受益者の意思決定にかかる権利とに大別できるが、本条は前者の権利を対象とするものである。

本条各号に列挙された権利については、信託行為の定めによる制限をすることができない。

2 受益権等(第2節 93条～122条)

(一) 受益権の譲渡(93条ないし95条)

受益権の譲渡性、対抗要件の規定は民法上の指名債権の譲渡の規定に準じたものとされている。一方で、受益者の譲渡における受託者の抗弁は、民法486条第1項と異なり、受託者による異議をとどめない承諾に抗弁切断の効力を付与しないものとして規定されている。これは、受益権の譲渡は、単なる指名債権ではなく、複数の権利を含む包括的な地位を移転する性質を有しているからである。

なお、民事信託の実務の中で、受託者と受益者の間で信託に関する事務処理上の費用について個別に契約が締結されるケースがある。このような契約を根拠とする受益者の費用償還債務は、受益権を譲渡したとしても新受益者に当然に承継されるものではないため、旧受益者が債務を負担することになる点に注意が必要である。

(二) 受益権の質入れ(96条ないし98条)

受益権の質入れに関し、信託法93条、ならびに株式の質入れに関する会社法151条及び154条の規定に準じた規定の整備がされている。

(三) 受益権の放棄(99条)

一般的に、権利の放棄は、第三者を害しない限り、権利者の自由であるところ、あえて受益権の放棄に関する規定を整備した趣旨は受益権を放棄できる受益者の範囲及び受益権の放棄の効果を明文で定めるためである。

受益権を放棄した場合、原則、当初から受益権を有していなかったものとみなされ、遡及効が認められる。ただし、その結果として、第三者の権利を害することはできない(99条2項)。この「第三者」は、受託者や他の受益者も含まれるか否か議論がある。「受託者や他の受益者も含まれる」との指摘がある。これに対し、「第三者」に受託者や他の受益者が含まれると他の受益者や受託者の利害が絡む限り受益者となるのを拒絶できないことになり、明らかに妥当ではないとの指摘(「信託法」道垣内弘人331頁)がある。

(四) 受益債権に係る受託者の責任(100条)

受益債権は、「信託行為に基づいて受託者が受益者に対し負う債務であって信託財産に属する財産の引渡しその他の信託財産に係る給付をすべきものに係る債権」であるところ、受益権は、受益債権と「これを確保するためにこの法律の規定に基づいて受託者その他の者に対し一定の行為を求めることができる権利」を合わせた権利である(2条7号)。

本条において、受益債権に係る債務については、信託財産に属する財産のみが責任財産となり、受託者の固有財産は責任を負わないことが文言上明らかにされている。

(五) 受益債権と信託債権との関係(101条)

本条において、受益債権が信託債権に劣後することが明らかにされている。

(六) 受益債権の期間の制限(102条)

本条において、受益債権の消滅時効及び除斥期間について定められている。まず、消滅時効は「債権の消滅時効の例による」ことになっている。ただし、消滅時効を援用する上で一定の手続要件を要求し

ている。すなわち、受託者は、「消滅時効の期間経過後、遅滞なく、受益者に対し受益債権の存否及びその内容を相当の期間を定めて通知し、かつ、受益者からその期間内に履行の請求を受けなかったとき」(102条3項1号)に時効の援用を認めている。

これは、受託者の利益相反について配慮した規定である。受益債権が消滅した場合、受益権は、その基本的な要素を失うことになり、あわせて消滅する可能性がある。受益権が消滅することにより、他の受益者や受託者が利益を得ることになる可能性があり、利益相反関係が生じる側面があり、受託者による消滅時効の援用を抑制すべき要請が働く。その一方で、利益相反行為の禁止は一定の例外が認められているところであり、本条は、一定の手続要件を定めた上で、双方からの要請を調整している。

なお、除斥期間については、受益債権を行使できるときから20年を経過したときに消滅する。

(七) 受益権取得請求 (103条)

- (1) 本条は、受益者の利益に重大な影響を及ぼすおそれある信託変更・併合・分割については、その意思に反し、あるいは損害を受けおそれのある受益者に対して、受益権を譲渡することができるというだけでなく、当該受益者の有する受益権につき合理的な対価を得て当該信託から離脱する機会を付与することが、受益者保護の観点から必要かつ相当な措置であるとみる一方、他方で、受益権取得請求に係る原資は原則として信託財産であり(104条12項・13項参照)、その行使を広く認めると信託財産が減少し、信託の安定を害することから、相反する利害の調整を図るべく、単独受益者権(92条18号)である受益者取得請求権の内容及び行使方法等を

新設した規定である。

- (2) 4項ないし8項は、主として、反対株主の株式買取請求に関する会社法の規定を参考に、重要な信託の変更等の意思決定がされてから受益権取得請求に係る一連の手続について規定している。

(八) 受益権の価格の決定等 (104条)

- (1) 本条は、主として、反対株主の株式買取請求に関する会社法の規定を参考に、受益権取得請求に基づく受益権の価格決定方法その他の受益権の取得に係る一連の手続きを規定している。
- (2) 3項ないし6項は、裁判所における受益権の価格の決定手続に関する規定であり、反対株主の株式買取請求に関する非訟事件手続きを定めた会社法の規定を参考としている。
- (3) 12項および13項は、受益権取得請求に係る債務について、受託者は、原則として、信託財産に属する財産のみをもって履行する責任を負うこと (100条)、そして、受託者が信託財産に属する財産をもって取得した受益権は、原則として、消滅することを規定している。

したがって、受託者が、すべての受益者からの受益権取得請求に応じて、当該受益権を当該信託の信託財産をもって取得した場合には、すべての受益権が消滅するとともに、信託財産も存在しなくなるため、特段の事情のない限り、信託の目的の達成が不能となって、当該信託は終了することになるものと解される (163条1号参照)。

六 信託監督人等（第123条～第144条）

1 概要

信託法第123条から第144条までは、受益者の利益を保護し受託者の信託事務の処理を監督すべき地位にあるものとして、信託管理人（123条～130条）、信託監督人（131条～137条）及び受益者代理人（138条～144条）の3つの類型を設けている。以下、各制度について説明する。

2 信託管理人、信託監督人及び受益者代理人（以下、「信託管理人等」という。）

（一）信託管理人

受益者が現に存しない場合に、信託行為において、信託管理人となるべきものを指定する定めを設けることができる（123条1項）。この場合、受益者に代わって受託者を監督し、信託に関する意思決定をすべき者が必要になることがあるために信託管理人の制度が設けられた。

（二）信託監督人

信託行為においては、受益者が現に存する場合に信託監督人となるべき者を指定する定めを設けることができる（131条1項）。信託監督人は、受益者が高齢者や未成年者である場合等、受託者を監視、監督することが困難な場合に備え、受益者保護のため、改正信託法において新たに導入された制度である。

（三）受益者代理人

信託行為においては、その代理する受益者を定めて、受益者代理人となるべき者を指定する定めを設けることができる（138条）。受益者が短期間に入れ替わる場合や受益者が特定していても多数であ

る場合には、受益者の権利行使が困難となること、あるいは権利行使やこれを通じての受託者の監督について関心を有していないことが考えられるため、受益者保護と信託事務の円滑な処理の観点から、受益者代理人の制度が導入された。もっとも、受益者が現に存する場合である限り、受益者代理人を選任することのできる信託の類型に制限はない。

3 選任

(一) 信託管理人は信託行為によって選任されるのが原則であるが（123条1項）、利害関係人の申立てにより裁判所が信託管理人を選任する余地を認めている（123条4項）。

信託監督人は信託行為によって選任される（131条1項）。また、信託管理人と同様に利害関係人の申立てに基づき裁判所が信託監督人を選任する余地を認めているが、受益者が受託者の監督を適切に行うことができない「特別の事情」がある場合に限定される（131条4項）。

これに対し、受益者代理人の選任は信託行為の定めによる方法のみに限定され（138条1項）、裁判所による選任の規定は設けられていない。これは、信託行為以外の方法による受益者代理人の選任を認めた場合、後述のとおり代理される受益者の権利行使が制限されるため受益者の利益を害するおそれがあり、受益者代理人を選任しなかった委託者の意思に反するおそれがあるためである。

(二) 信託行為に信託管理人となるべき者を指定する定めがある場合、利害関係人は相当の期間を定めて就任の諾否につき確答すべき旨を催告ことができ（123条2項）、その指定された者が期間内に確答をしないときは、就任の承諾をしなかったものとみなされる（123条3項）。信託監督人及び受益者代理人についても同趣旨の規定が設け

られている（131条2項及び3項、138条2項及び3項）

- (三) ①未成年者又は成年被後見人若しくは被保佐人、②当該信託の受託者は信託管理人になることができない（124条）。信託監督人及び受益者代理人についても本条が準用されている（137条、144条）。

4 権限

- (一) 信託管理人は、受益者のために自己の名をもって受益者の権利に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有するが、信託行為に別段の定めがある場合はそれによる（125条1項）。信託管理人がある場合、信託法の規定により受益者に対してすべき通知は信託管理人に対してしなければならない（125条3項）。
- (二) 信託監督人は、受益者のために自己の名をもって92条各号（17号、18号、21号及び23号を除く。）に掲げる権利に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する。但し、信託行為に別段の定めがある場合はそれによる（132条1項）。
- (三) 受益者代理人は、当該受益者の権利（第42条の規定による責任の免除に係るものを除く。）に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する。但し、信託行為に別段の定めがある場合はそれによる（139条1項）。なお、権限行使においてはその代理する受益者の範囲を示せば足りる（139条2項）。

受益者代理人が選任された場合は受益者自身による権利行使と受益者代理人による権利行使との競合の問題が生じるところ、信託法は、受益者代理人がある場合、92条各号に掲げる権利及び信託行為において定めた権利を除き、当該受益者代理人に代理される受益者の権利行使を制限している（139条4項）。

これは、受託者の監督に係る権利については、各受益者が単独で

行使することのできる権利と位置付けられているのであって、これを受益者と受益者代理人とが重疊的行使できることとしても、信託事務の円滑な処理を妨げることにはならないと考えられる。対して、信託に関する意思決定に係る権利については、信託行為において受益者代理人によって代理される受益者も行使できることを定めておかない限り、受益者代理人のみが行使することができ、本人に当たる受益者は行使できなくなるという点において、一般の代理の場合とは異なる。これは、信託に関する意思決定に係る権利についてまで、受益者と受益者代理人とが重疊的に行使できることとすれば、信託事務の円滑な処理を阻害するおそれがあるからであり、委託者において、特に受益者が行使できるものとしておくことが相当と考えた権利についてのみ、信託行為の定めをもって受益者に留保することができることとしたものである。

5 義務

信託管理人、信託監督人及び受益者代理人（以下、「信託管理人等」という。）は、いずれも受益者のために善管注意義務及び誠実公平義務を負う（126条、133条、140条）。

6 費用等及び報酬

（一）信託管理人は、その事務を処理するのに必要な費用等（127条1項）及び一定の損害賠償（127条2項）を受託者に請求することができる。一方、信託管理人は、商法第512条の規定の適用がある場合のほか、信託行為の定めに従い、受託者に報酬を請求することができる（127条3項及び5項）。また、裁判所が信託管理人を選任した場合は、信託管理人の報酬を定めることができ（127条6項及び7項）。受託者は、上記各債務について信託財産に属する財産のみをもってこれを履行

する責任を負う（127条4項→21条2項3号の信託財産限定責任負担債務）。

(二) 信託監督人に関する費用等及び報酬に関しては127条1項ないし7項が準用される（137条）。一方、受益者代理人の選任は信託行為に限定されるから、これに関する費用等及び報酬に関しては、127条1項ないし5項が準用され、同条6項及び7項は準用されない（144条）。

7 信託管理人等の任務の終了と新任の信託管理人等の選任

(一) 信託管理人等の任務の終了については受託者の任務の終了に関する56条が、辞任については受託者の辞任に関する57条が、解任については受託者の解任に関する58条の規定が、それぞれ準用されている（128条、134条、141条）。

(二) 信託管理人等の任務が終了した場合における新信託管理人の選任については、新受託者の選任に関する62条が準用される（129条1項、135条1項、142条1項）。信託管理人等であった者は、新任の信託管理人等がその事務の処理を行うのに必要な事務の引継ぎをする義務を負う（129条2項、135条2項、142条2項）。さらに、信託管理人・受益者代理人であった者は受益者に対しても報告義務を負う（129条3項、142条2項）。

8 信託管理人等の事務の処理の終了等

(一) 信託管理人による事務の処理は、①受益者が存するに至った場合、②委託者の信託管理人に対する意思表示（但し、信託行為に別段の定めがある場合はそれによる。）、③信託行為で定めた事由が発生した場合に終了する（130条1項）。この場合、信託管理人であった者は、知りたる受益者に対し報告義務を負う（130条2項）。

(二) 信託監督人による事務の処理は、①委託者及び受益者の合意（但し、

信託行為に別段の定めがある場合はそれにより、委託者が現に存しない場合は除く(136条3項。)、②信託行為で定めた事由が発生した場合に終了する(136条1項)。この場合、信託監督人であった者は受益者に対し報告義務を負う(136条2項)。

(三) 受益者代理人による事務の処理は、①委託者及び受益者代理人に代理される受益者の合意(但し、信託行為に別段の定めがある場合はそれにより、委託者が現に存しない場合は除く(143条3項。))、②信託行為で定めた事由が発生した場合に終了する(143条1項)。この場合、受益者代理人であった者はその代理した受益者に対し報告義務を負う(143条2項)。

9 まとめ

以上の通り、信託管理人、信託監督人及び受益者代理人の各制度について説明してきた。冒頭に述べた通り、各制度は受益者の利益を保護し受託者の信託事務の処理を監督するために設けられたものであるが、各制度を比較すると、下表のとおり、①受益者の有無(受益者が現に存することを前提とするか否か)、②選任方法、③権限の範囲及び④権利行使の名義で違いがある。実際の事案において信託管理人、信託監督人及び受益者代理人の各制度を利用するにあたっては、この違いを踏まえ、当該事案においてどの制度を利用するのが適切なのかを十分に検討する必要がある。

◎信託管理人等の各制度(123条～144条)の比較

	信託管理人	信託監督人	受益者代理人
受益者の有無	<u>現に存しない</u>	現に存する	現に存する
選任	信託行為の定めまたは裁判所の決定	信託行為の定めまたは裁判所の決定	<u>信託行為の定め</u>

権限の範囲	原則として、受益者が有する信託法上の一切の権利	原則として、受益者が有する <u>受託者の監督のための権利</u>	原則として、受益者が有する信託法上の一切の権利
権利行使の名義	自己（信託管理人）	自己（信託監督人）	<u>受益者</u>

七 委託者（第145条～第148条）

1 委託者の権利等

- (一) 信託行為においては、委託者がこの法律の規定によるその権利の全部又は一部を有しない旨を定めることができる（145条1項）
- (二) 一方、信託行為においては、委託者も145条2項第1号ないし15号に列挙された権利の全部又は一部を有する旨定めることができる。
- (三) また、信託行為においては、信託法の規定により受託者が受益者（信託管理人が現に存する場合は信託管理人。以下同じ。）に対し負っている①通知義務、②報告義務及び③計算の承認を求める義務を、委託者に対しても負う旨を定めることができる（145条4項）。

2 委託者の地位の移転

委託者の地位は、受託者及び受益者の同意を得て、又は信託行為において定めた方法に従い、第三者に移転することができる（146条1項）。なお、委託者が2人以上ある信託において委託者の地位を移転する場合、受託者及び受益者のほかに他の委託者の同意が必要である（146条2項）。

3 遺言信託における委託者の相続人

遺言信託（第3条第2号に掲げる方法）によって信託がされた場合には、委託者の相続人は、委託者の地位を相続により承継しない。

但し、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる（147

条)。

委託者の地位が相続の対象となることを前提として、遺言信託の場合における委託者の通常の合理的意思を原則としつつ、明示的な反対の意思表示により遺言信託においても委託者の地位が相続により承継される余地を認めたものである。

4 遺言代用信託における委託者の権利等に関する特例

遺言代用信託(第90条第1項各号に掲げる信託)では、委託者が死亡するまでの間、受益者としての権利を有する者が誰も存在しないことがあり得るが、この場合においても受託者に対する監督的権利を行使できる者が存在することが望ましい。そこで、この場合には委託者に監督的権利を付与することを原則とした(148条)。

八 信託の変更、併合及び分割(第149条～第162条)

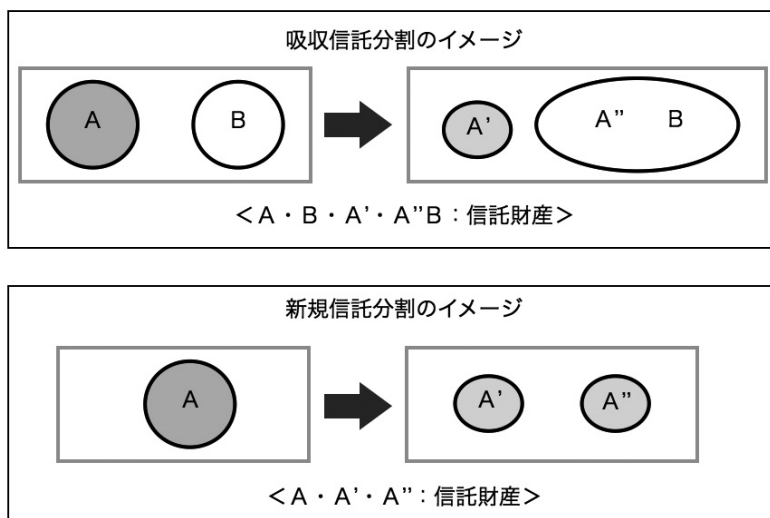
1 定義・概説

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。なお、第2条(定義)において、信託の変更は定義されてない。

「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(第2条第10項)。

信託の分割とは、「吸収信託分割」と「新規信託分割」の双方を含む概念であり、「吸収信託分割」とは、ある信託の信託財産の一部を受託者を同一とする他の信託の信託財産として移転することをいい、「新規信託分割」とは、ある信託の信託財産の一部を受託者を同一とする新たな信託の信託財産として移転することをいう(第2条第11項)。

信託の併合及び信託分割は、広義には信託の変更に該当するものと考えられるから、信託の変更の要件・手続に関する第149条第1項ないし第5項の規定のうち、同条第3項を除くその余の部分と同じ趣旨の条項が規定されている。なお、信託の併合及び信託分割において第3項に対応する規定が設けられてないのは、信託財産に関する管理処分権を有する受託者の関与なく信託財産が変わってしまうのは適当とはいえないと考えられるからである。



2 第149条(関係当事者の合意)の概略

信託の変更の原則的な方法は、委託者、受託者および受益者の合意による(第1項)。しかし、関係当事者の利害に配慮しつつも、より柔軟な信託の変更を可能とするため、変更する信託行為の内容が関係当事者のうちの特定の者の利益を害しないことが明らかである場合には、その者の関与なくして、信託の変更ができるものとされてる。

(一) 委託者の意思である信託の目的に反しないことが明らかであると

きには、委託者との合意は不要とされ、受託者と受益者の合意によって信託を変更することができる（第2項第1号）。

(二) 信託の目的に反しないことおよび受益者の利益に適合することが明らかであるときは、委託者・受益者との合意は不要とされ、受託者のみの書面等による意思表示によって信託を変更することができる（第2項第2号）。

(三) 受託者の利益を害しないことが明らかであるときは、受託者との合意は不要とされ、委託者と受益者の受託者に対する意思表示によって信託を変更することができる（第3項第1号）。

(四) 信託の目的に反しないことおよび受託者の利益を害しないことが明らかであるときは、委託者・受託者との合意は不要とされ、受益者の受託者に対する意思表示によって信託を変更することができる（第3項第2号）。

(五) なお、信託の変更について信託行為に別段の定めがあるときは、その定めによる（第4項）。したがって、信託行為の別段の定めによって、上記(1)～(4)とは異なる信託の変更方法を採用したり、信託の変更権を特定の第三者に委ねることもできる。また、新規信託分割の方法につき、自由に定めることができる（ただ、受益権買取請求権が生じうることとの関係上、分割方法、内容につき、事実上制限されると考えられる。）。

例えば、「本信託において委託者が存在する場合には、委託者及び受託者が協議し、両名の合意により、信託の変更をすることができる。」との条項により、受託者及び受益者（第2項第1号）や委託者及び受益者（第3項第1号）ではなく、委託者及び受託者の合意による信託の変更を可能にできる。

3 受益権取得請求権

信託の変更、信託の併合、信託の分割がされた場合において、その内容が受益者の利害に重大な影響を及ぼすおそれのある場合、受益者には自己の有する受益権を公正な価格で取得することを受託者に対して請求できる権利（受益権取得請求権 第103条）が認められている。

九 信託の終了及び清算（第163条～第184条）

信託法は、信託の終了事由の発生をもって「信託の終了」と定め（旧法で用いていた「解除」という用語を廃止した。）、信託の終了を開始原因として信託債権に係る弁済等を行い残余財産の給付をもって結了するに至る一連の手続を「信託の清算」と定めている。

1 第163条（信託の終了事由）

（一）第1号は、旧信託法第56条後段の信託の目的の達成又は達成不能と同じものである。

目的達成の例としては、特定の不動産処分を目的とする信託において、当該不動産の処分が完了した場合等が挙げられる。

信託目的の達成不能例としては、信託財産が不可抗力によって消滅した場合等が挙げられる（コンメンタール信託法442頁）。

（二）第2号は、第8条において受託者が単独受益者として信託の利益を享受することが許容されていることを前提とした上で、このように、受託者が受益権の全部を固有財産で保有するという状態が生じている場合には、信託におけるもっとも重要な関係である受託者と受益者との間の信託関係ないし監督関係を観念することができず、受託者が他人のために信託財産を管理・処分するという信託の構造が認められないため、このような信託を長期間存続させておく意義に

乏しいと考えられることから、解消にむけた猶予期間として1年間という期間を定めている。なお、「1年間」という期間を信託行為の定めによって延長することは、信託の本質的な構造に反し、あるいは受益者の利益を害することになるから、許されないと解される。

(三) 以下に、道垣内教授の見解を紹介する。

もっぱら受託者の利益を図る目的でなされる信託は、有効に成立しない（第2条第1項）。信託とは、信託財産の独立性を、その中核とするものであり、それは、ある財産の権利帰属者である受託者が、自分の利益以外のためにそれを保有している点に求められる。権利帰属者である受託者の利益をもっぱら図る目的であれば、信託財産の独立性は正当化されないのである。

受託者が単独受益者であっても、それだけでは「専らその者の利益を図る目的」のものとは評価されない。第163条第2号は、信託の終了原因として規定しているが、これを裏からいえば、1年間は受託者が唯一の受益者でもよく、1年以内であれば「専ら」ではないということになるからである（なお、信託設定当初は、受託者が単独受益者となることは認められないとする見解もある。）。しかし、あくまで1年以内での解消が予定されていることが必要であり、また、受益権の譲渡は予定されておらず、信託の存続期間が1年に限られるけれども、その全期間にわたって受託者自身の利益を図るための信託となっていれば、それは、「専らその者の利益を図る目的」のものと評価される。受託者を単独の受益者とする信託の期間を1年ごとに更新する仕組みになっていても同様である。

また、いくら第三者が受益者と指定されていても、それが形式的な存在にすぎず、実際には受託者自身が利益を得るという仕組みに

なっているとき、あるいは、99%の受益権が受託者によって保有され、1%だけが第三者に帰属しているといった場合も、同様に考えられる。

つまり、「専らその者の利益を図る目的」のものであるか否かは、その信託によって、当事者が達成しようとした実質的な経済的效果に照らして判断されるべきなのであり、ここでの「目的」は「実現しよう、到達しようとして目指す事柄という意味なのである。

「専らその者の利益を図る目的」の信託は、第2条第1項により、そもそも成立しない(第163条第2号の脱法行為として無効とする見解もある)。これに対し、設定後に、当該信託がもっぱら受託者の利益を図る目的のものとなったときは、第8条(受託者の利益享受の禁止)に反するため、その目的は達成すべき目的とは観念されず、第163条第1号の信託目的の達成不能に該当し、当該信託は即時に終了する(道垣内46頁～47頁)。

(四) 第9号は、信託行為によって終了事由を定めることを認めている。

例えば、後見制度支援信託では、被後見人＝委託者＝受益者の死亡が終了事由とされている。また、5年間など、特定の信託期間の満了が終了事由とされることも多い。

2 第164条(委託者及び受益者の合意等による信託の終了)

(一) 旧信託法(旧法第57条前段)は、委託者が信託利益の全部を享受する場合には、委託者はいつでも信託を解除することができる」と規定していたが、これは、信託の設定者であるとともに信託利益の享受者が信託の終了を望むのであれば、これを妨げる理由はないからである。とすれば、委託者と受益者が別人の場合であっても、両者が合意すれば、いつでも信託を終了させることができると解される。

そこで、第1項は、上記の通説的な解釈を明文化するとともに、第

2項において、一定の場合には受託者に生じた損害を賠償すべきものとした。

なお、旧法と同じく、委託者と受益者とが同一人である場合には、その意思によって何時でも信託を終了させることができる。

(二) 第3項は、信託行為で別段の定めを設けることができるものとした。

この別段の定め例としては、信託が存続することによる受託者の利益(例えば信託報酬)を考慮して第1項による信託の終了権限を制限または排除することが考えられる。例えば、信託の終了には受託者の同意を要すると定めることである。

また、第2項にもとづく受託者に対する損害賠償義務を免除することのほか、委託者、受託者、受益者やその他第三者に信託の終了権限を付与すること等が考えられる。

(三) 第4項は、委託者が現に存在しない場合には、受益者のみをもって第1項の規定に基づく信託の終了をすることはできず、したがって、第2項の適用もないことを明らかにした。

それゆえ、委託者が現に存在しない場合に受益者が信託の終了を望む場合には、第163条第1号(目的の達成・達成不可能)に該当することを理由として信託の終了を主張するか、または第165条に基づく信託の終了を命じる裁判を申し立てることになる。あるいは、信託行為において、委託者が存在しない場合における受託者と受益者の合意による終了、または、受益者の受託者に対する意思表示による終了といった別段の定めを設けておく必要がある。

3 第176条(信託の存続の擬制)

本条は、信託が終了した場合においても、清算が結了するまでは、清算の目的の範囲内において当該信託が存続するものとみなすことを規

定している。すなわち、信託の終了事由が生じることにより、受託者の職務内容は清算段階職務に変化するものの、新たな信託が生じるわけではなく、終了前と同一の信託が延長して存続するものとした。したがって、終了時に受託者が存在していれば、その者が清算受託者（清算段階の職務を行う受託者）となるのであって、終了前の受託者とは別に清算受託者を選任する必要はない（この点で、会社の清算人とは異なる。）。それゆえ、信託行為においても、受託者とは別に清算受託者を指定する条項を設ける必要はないように思われる。

なお、旧信託法下では、新たに委託者又はその相続人が帰属権利者となる復帰信託が生じるという見解が存在した。

4 第177条(清算受託者の職務)

本条は、清算受託者の職務内容を定めたものであり、法人の清算人の職務内容とほぼ同様である。

(一) 信託の終了により、受託者（＝清算受託者）には、信託の目的を遂行するための信託事務の処理を中止し、速やかに清算手続きを行って、残余財産を帰属権利者等に給付すべき義務が生じる。

清算受託者は、信託の清算段階に入った後の受託者を指す言葉であり、会社の清算における取締役と清算人のように別の機関として位置づけられているものではなく、受託者であることに変わりはない（コンメンタール信託法468頁）。

(二) 清算事務の執行は、必ずしも各号に列挙した順序によることを要しないが、受益債権は信託債権に劣後する（第101条）ことから、信託債権に係る債務の弁済（第2号）と受益債権（残余財産の給付を内容とするものを除く。）に係る債務の弁済（第3号）とを分けて規定し、前者を後者に優先して行うべきことになる。

「受益権」とは「受益債権」（＝信託行為に基づいて受託者が受益者に対し負う債務であって信託財産に属する財産の引渡しその他の信託財産に係る給付をすべきものに係る債権）及びこれ（＝受益債権）を確保するためにこの法律の規定に基づいて受託者その他の者に対し一定の行為を求めることができる権利（監督権限等）をいう（第2条第7項）。

(三) なお、例えば、不動産流動化のための信託では、信託の終了に当たって、清算手続きを経ることなく、信託財産である不動産を、これに関する全ての契約関係、債権債務とともに現状のままで帰属権利者に引き渡すと定めることが多いが、この点については、信託スキームの関係当事者全員が合意しているのであれば、本条や第181条（債務の弁済前における残余財産の給付の制限）とは異なる処理の仕方も認められるものと解される。

ただし、受託者の債務である信託財産責任負担債務は、信託財産ではなく、「残余財産」ではないから、これを残余財産受益者・帰属権利者の債務とするためには、別途、債務引受けを行う必要がある。

また、受益者の死亡によって信託が終了して、受益者の相続人が残余財産受益者・帰属権利者として残余財産を取得し、かつ、信託財産責任負担債務が清算段階で弁済されずに存続する場合に、相続税の申告において当該信託財産責任負担債務を債務控除（相続税法第13条）できるのか否かについては、信託を利用しない場合との公平性からは債務控除を認めるべきものと考えられるが、そもそも信託財産責任負担債務が被相続人（＝受益者）の債務ではなく、少なくとも法形式上は相続債務とは言えない点から、理論上は難しい点を含んでおり、実務上、重要な検討課題となっている。

5 第181条(債務の弁済前における残余財産の給付の制限)

本条は、残余財産受益者または帰属権利者に対する残余財産の給付の時期を、原則として、信託債権に係る債務および受益債権(残余財産の給付を内容とするものを除く。)に係る債務の弁済後と定めるものである。これらの債務を弁済した後でなければ残余財産は確定しないし、また、弁済前に残余財産を給付することはこれらの債務の債権者を害する結果となるからである。

6 第182条(残余財産の帰属)

本条は、残余財産の帰属主体について定めたものである。なお、帰属主体への権利移転時期についての規定はなく、解釈に委ねられている。

(一) 第一順位は、第1項に規定されており、①信託行為において残余財産の給付を内容とする受益債権に係る受益者(残余財産受益者)となるべき者として指定された者、または、②信託行為において残余財産の帰属すべき者(帰属権利者)となるべき者として指定された者である。

第二順位は、第2項に規定されており、委託者またはその相続人その他の一般承継人である。

「その他の一般承継人」としては、包括遺贈の受遺者や委託者が会社であるときの合併後の会社が挙げられる。

第三順位は、第3項に規定されており、清算受託者(清算時の受託者)である

(二) 旧信託法(第61条：・・・信託が解除セラレタルトキハ信託財産ハ受益者に帰属ス 第62条：信託終了ノ場合ニ於テ信託行為ニ定メタル信託財産ノ帰属権利者ナキトキハ其ノ信託財産ハ委託者又は其ノ相続人ニ帰属ス)では、旧法第62条の「帰属権利者」が信託の終了前に受益

者としての権利の行使が認められるか否かについて見解が対立していた。

そこで、第1項は、残余財産の帰属主体として、信託行為の定め方次第により、残余財産受益者と帰属権利者との2類型を認めることとしている。

残余財産受益者は、受益債権の内容が残余財産の給付であることを除けば、通常の受益者と異なるところはなく、信託の終了前から受益者としての権利を有する者である。

対して、帰属権利者は、信託の終了後、その清算中においてのみ受益者としての権利を有する者である。

(三) 3項で定める「残余財産の帰属が定まらないとき」とは、具体的には、本条1項、2項で定める者が有する残余財産分配請求権が時効消滅するなどして残余財産が帰属する者が存しないこととなった場合や残余財産受益者等が死亡し、その相続人が存しない場合などが考えられる(コンメンタール信託法476頁)。

とすれば、受益権の譲渡性が認められている(第93条)以上、残余財産受益者として指定を受けた者が死亡し、その相続人が存在する場合には、残余財産受益者の地位が相続されるものと解される。

では、帰属権利者でも同じだろうか?

この点は、一方で、残余財産受益者と帰属権利者とを、信託終了前における受益権の有無という点から明確に区別している信託法の法形式に照らし、信託終了後の相続は認めるが、信託終了前の相続は認められないという見解が考えられる。しかしながら、他方で、残余財産の取得という点において両者は異ならないし、信託行為に基づく法的地位という相続の対象を認めうるのだから、信託終了前の

相続も認められるという見解も可能なように思われる。今後の議論の集積が待たれる重要課題の一つである。

7 第183条(帰属権利者) 第6項

帰属権利者は、残余財産受益者と異なり、信託の終了前は受益者としての権利を有さず、信託の終了後にはじめて受益者としての権利を有する。すなわち、信託は、終了後も清算終了までの間は存続するものとみなされ(第176条)、残余財産の給付をすべき債務に係る債権を有する帰属権利者は、信託の清算中は、存続しているとみなされている信託の受益者とみなされるのである。

では、帰属権利者について、受益者に関する条項の類推適用は不可能なのだろうか?例えば、第90条は遺言代用信託における委託者の受益者変更権を認め、第89条第2項は遺言による受益者指定権等(受益者変更権を含む)の行使を認めているが、当該遺言代用信託が残余財産の取得に関して残余財産受益者ではなく、帰属権利者を指定していた場合、委託者は遺言によって帰属権利者を変更できるのだろうか?

この点は、一方で、残余財産受益者と帰属権利者とを、信託終了前における受益権の有無という点から明確に区別している信託法の法形式に照らし、信託終了後の適用は認めるが、信託終了前の類推適用は認められないという見解が考えられる。しかしながら、他方で、残余財産の取得という点において両者は異ならず、両者を区別する実益は監督権限や意思決定権限にあるのだから、残余財産の取得に関する条項については類推適用が許される(したがって、第89条第2項・第90条の類推適用によって、遺言代用信託の委託者は帰属権利者を遺言によって変更することができる。)という見解も可能なように思われる。これも、今後の議論の集積が待たれる重要課題の一つである。

十 最後に

本稿における信託法の逐条解説概論は以上であるが、実は解説すべき規定を数多く残している。また、帰属権利者に対する残余財産関連の規定の類推適用の可否?など議論が成熟していない論点も多い。特に、信託の終了場面については、債務引受や相続税法上の債務控除など、実務上の必要性が高いにもかかわらず手探りの状態が続いている重要論点が不分明のまま残されている。

このような状況において、信託の組成段階のみならず、信託の継続中、や信託の終了段階の諸問題を検討する際に、本稿が少しでも参考になれば幸いである。

(以上の原稿は、平成29年度遺言信託研究部の清水晃、野俣智裕、前田昌代、荒初航輔、田中康敦、岩田賢、及び山口正徳が分担して執筆し、山口正徳及び野俣智裕が監修してまとめたものであり、文責は山口正徳にある。)

参考文献

「逐条解説 新しい信託法(補訂版)」寺本昌弘 株式会社商事法務

「コンメンタール信託法」新井誠監修 ぎょうせい

「信託法からみた民事信託の実務と信託契約書例」ひまわり信託研究会
伊庭潔編著 日本加除出版

「信託法(初版)」道垣内弘人 有斐閣

「信託法(第4版)」新井誠 有斐閣

食品関係法令の整理と実務における諸法の 適用関係

～食品表示責任と異物混入事件を題材に～

食品安全関係法研究部

* 目 次

はじめに	295	第2章 食品表示の法と食品表示を 行うことの責任	308
第1章 食品関連法令の概観	296	序節 食品表示責任と法	308
1 食品及び食品に関する事件 の特殊性	296	第1節 食品表示法	309
(1) 食品の特殊性	296	1 食品表示法の成立経緯とそ の目的	309
(2) 食品に関する事件の特徴	296	2 食品表示法、食品表示基準、 及び Q&A の関係と位置づけ	309
(3) 食品分野における弁護士 の役割	298	3 食品表示基準の概要	311
2 食に関する諸法令を理解す る視点	299	(1) 食品区分と事業者区分・ 販売先区分による分類と 共通項	311
3 食に関する諸法令	299	(2) 一括表示	313
(1) 食品安全基本法(所管：消 費者庁・食品安全委員会)	300	(3) 経過期間	314
(2) 主として安全確保に着目 する法律	300	4 遵守義務を負う者と義務の 内容	314
(3) 主として表示規制による 信頼確保に着目する法律	302	(1) 食品関連事業者等	314
(4) トレーサビリティに着 目した法	305	(2) 表示責任者	315
(5) その他の政策目的のため の表示規制法	306	(3) 小括	318
4 個別事例における適用関係	307	5 食品表示法違反と民事上の 責任の関係	319
		第2節 景品表示法	321
		1 食品と景表法	321
		(1) 公正取引委員会時代から の取組み	321

(2) ホテル・メニュー表示事件 ……………	322	第2節 問題となる関係法令…………	327
2 景表法における表示者の責任 ……………	323	1 関係法令の概観…………	327
(1) 食品表示法との関係 ……	323	2 食品衛生法…………	328
(2) 表示者の責任 ……	324	3 製造物責任法（PL法）…	329
第3節 小括…………	325	4 債務不履行責任・瑕疵担保 責任…………	331
第3章 諸法の適用関係－異物混入 を例として－…………	325	第3節 小括…………	332
第1節 はじめに…………	325	終章 食品関係法令の今後の動向 ……………	333

はじめに

食品関係のトラブルは、枚挙に暇がない。注目されたトラブルとしては、①食中毒（雪印乳業食中毒事件（平成12（2000）年）、ユッケ食中毒事件（平成23（2011）年）等）、②異物混入（マクドナルド事件・ペヤング事件（いずれも平成26（2014）年）等）がある。また、表示に関する事件も多い。③消費期限・賞味期限等の表示の改ざん（「白い恋人」事件・「赤福」事件（いずれも平成19（2007）年）等）、④産地偽装・誤表示事件（船場吉兆事件（平成19（2007）年）、阪急阪神ホテルズ（平成25（2013）年）等のメニュー産地偽装事件など）がある。最近では、⑤いわゆる健康食品（機能的表示食品）に関わるトラブル（比較的新しいものとして葛の花事件（平成29（2017）年）等）などもある。その他、特に個別の事件を挙げることはしないが、アレルギー物質（アレルゲン）の誤混入やアレルゲン表示のミス等、アレルギーに関わるトラブルも跡を絶たない。

弁護士としては、消費者の代理人となる場合はもちろん、事業者側の顧問や代理人として食品トラブルを解決に導き、更にはトラブルを未然に防止するため、社内体制構築等の助言を行うことが期待され、その際、食品関連法令についての十分な知識を有することが求められる。しかし、食品関連法令は、いまだ法分野として体系化されているとはいえない。弁護士の専門分野としても確立していない¹というのが実情である。その理由の一つとして、関連する法令が多岐にわたり所管官庁も複数にわたるため、法令間の関係が複雑で全体像を把握しにくいことがあると思われる。そこで本稿は、関連法令の全体像をつかむことを目的とする。

1 弁護士による食品関係法の解説も数えるほどである。なお本稿の著者らを含むメンバーによる論考として、「食品表示に関する法－最近の改正法を中心に－」『LIBRA』2016年4月号（東京弁護士会、2016年）がある。

食品に関する法令の大きな2つの柱は、食の安全を確保する法令と、表示を通じて安心を担保する法令である。まず第1章では、食品業界の特殊性について考察した上で、この2つの柱を軸に食品に関する諸法令を概観し、第2章では最近法制度に大きな変更があった食品表示分野の法令について概観し、食品表示に伴う責任の法的意味を分析する。そして第3章では、食品事故の典型例である異物混入を例に、食の安全を担保する法律関係を概観する。

第1章 食品関連法令の概観

1 食品及び食品に関する事件の特殊性

「食品」及び「食品に関する事件」には次のような特殊性があるため、食品に関する法律問題を扱う弁護士は、かかる特徴を熟知した上で事件処理に臨む必要がある。

(1) 食品の特殊性

まず、食品²は、他の多くの製品やサービスに比べ、より消費者の生命・健康に直結する。そのため何らかのミス（異物や食中毒原因菌の混入、アレルギー物質の表示ミスなど）が深刻な被害を招きかねないという特色がある。同時に、食品は生活に密接に関わり、誰でも摂取する身近なものであるため、これに関わるニュースは社会的な注目を集めやすいということも特徴として挙げられよう。

(2) 食品に関する事件の特徴

上記のような特徴があるゆえに、近年のネット社会の発達も相俟っ

-
- 2 「食品」の定義として、食品衛生法では「食品とは、全ての飲食物をいう。ただし、医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律に規定する医薬品、医薬部外品及び再生医療等製品は、これを含まない」と規定されている（食品衛生法4条1項）。

て、一度食品に関する事件が発生すると、瞬く間にその情報が拡散し、社会全体を巻きこんだ騒動に発展しかねない。

そのため、食品関連事業者がなんらかの食品関連事件を引き起こした場合、当該事業者はその直接の被害回復のためのコストを負担する必要があるだけでなく、企業の信用やイメージの低下にさらされるおそれがある（いわゆるレピュテーションリスク。特に食品の場合、市場における代替性が高いため、企業イメージ低下による客離れをくい止めるのは非常に困難である）。場合によっては企業自体の存続を危うくすることもある。実際、「はじめに」で紹介した事件の当事者のうち、雪印乳業はその後グループ会社が起こした牛肉産地偽装事件の影響もあって会社解散・再編を余儀なくされたし、「ユッケ食中毒事件」における株式会社フーズ・フォーラス（焼肉店運営会社）及び船場吉兆はいずれも廃業に追い込まれた³。

もちろんこのような事業者の中には「自業自得」の者も存在すると思われるが、誤解や悪意に基づく不合理なバッシングや、自称「被害者」による悪質なクレームや金銭請求等予想外の不利益を被る者も多いと考えられる⁴。

また、前記のように食品トラブルは社会的な影響が大きいため、いったん事件が起これると、事業者は早く事態を収束させることを最優先させ、過剰な反応をしてしまうこともある。具体的には、必要な範囲を超えた商品回収や販売自粛、場合によっては「被害者」の言うままの金銭解決等である。

このように、食品分野における事故は、いったん発生してしまう

-
- 3 正確には、株式会社フーズ・フォーラスは特別清算、船場吉兆は民事再生法適用の上、廃業届を提出した。
 - 4 実際のところ食中毒原因菌や異物の混入経路の特定は非常に難しい。

とその影響が極めて大きく、本来事業者が負うべき法的責任だけでなく、これを超えた多大な負担を負わせてしまうリスクがある点に大きな特色がある。

(3) 食品分野における弁護士の役割

それでは、弁護士が食品関係法令を理解することにより、食品分野、特に事業者との関係において具体的に何ができるか。

一つには、法令違反を未然に防止し、またそのための体制構築といったコンプライアンスの分野への貢献が挙げられる。

また、個々のトラブルの法的解決、とりわけ、法令違反を指摘されているが実際には法令違反に当たらないという事案（①食中毒や異物混入等の原因が当該事業者にはない等、そもそも違反に当たる事実が存在しないケースと、②法令の要件（例えば景品表示法上の優良誤認行為）に当たらない等、法令の適用が誤っているケースが考えられる）においては、弁護士が食品関連法令を正確に理解することで、法令違反に当たる事実がないことを証拠により明らかにしたり⁵、正しい法解釈を示したりすることにより、行政による不利益処分や消費者または取引先からの民事上の責任追及に適切に対応できる。さらに、食品トラブルの特殊性を熟知した活動により第三者による無責任なバッシングや悪質クレームなどの営業妨害行為への適切な対処も可能であろう。

-
- 5 例えば食品衛生法の改正による義務化が進められている衛生管理の手法である“HACCP”（脚注57参照）では、食品製造過程における異物混入等の危害が発生しやすいポイントを重要管理点（CCP）として管理・記録する。HACCPを導入している事業者が異物混入を疑われた場合、CCPを適切に管理したという記録が保管されていれば、その記録は「製造過程で異物が混入した蓋然性は極めて低い」ことを示す有力な証拠となる。

つまり、弁護士が食品関連法令に関わるということは、正しい事実認定・法解釈・法適用によりまじめな食品事業者を守るということに他ならない。

2 食に関する諸法令を理解する視点

食品に関する法令は多岐に亘るため、一言でその体系を説明することは難しいが、これらの法令を理解するための視点として、ここでは「安全と安心」を挙げておく。つまり、「安全」すなわち「国民の生命・健康を守る」ことを目的とした法令あるいは条項か（代表的なものとして食品衛生法における有毒・有害物質を含む食品の流通禁止がある）、「安心」言い換えれば「食品の品質に対する信頼を保護する」ことを目的とした法令なのか（代表的なものとしては食品表示法をはじめとする表示に関する法がある）という視点である。

もちろん全ての法令が上記のうちいずれかの目的しか有さないというわけではなく、例えば食品表示法はアレルギー表示や消費期限、保存方法についても定めているが、これは「安全」を目的とした規定である。他方、牛トレサビリティー法は、病原体に汚染されていない「安全」な牛肉の提供を目指すと同時に、流通過程を追跡（トレース）可能とすることによる信頼確保、すなわち「安心」を目的としている。表示に関する法令は、消費者に正しい情報を提供し、取捨選択の自由を確保するという目的も有するが、これも突き詰めれば消費活動の安心につながるという整理も可能であろう。

3 食に関する諸法令

本項では、前項に示した視点も考慮しながら、主要な食品関係の法令を、所管官庁とともに紹介する。また、下記には法律のみを紹介するが、実際の執行は地方自治体に権限委任されているケースも多く、条例も

重要な法源として参照する必要がある⁶。

(1) 食品安全基本法（所管：消費者庁・食品安全委員会）

食品の安全性の確保に関する基本理念や、国、地方公共団体及び食品関連事業者の責務、施策の策定に係る基本的な方針等を定めた法律である。内閣府の食品安全委員会を設置する根拠法令でもある。

リスク分析手法⁷を取り入れているのが特徴であり、食品安全委員会が、食品摂取による健康への影響を化学的に評価し（リスク評価）し、内閣総理大臣を通じて関係機関の長に通知・勧告する仕組みとなっている。

(2) 主として安全確保に着目する法律

(a) 食品衛生法（所管：厚生労働省・消費者庁）

食品の安全性の確保のために公衆衛生の見地から必要な規則その他の措置を講じることにより、飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、もって国民の健康の保護を図ることを目的とした法律である。

食品及び添加物について、人の健康を損なうおそれのあるもの（①腐敗・変敗・未熟、②有毒・有害物質が含まれ、若しくは付着し、

-
- 6 食品衛生法は保健所設置地方公共団体にその運用が委ねられており、各自治体は施行条例のほか、法律に定められた要許可業種に加えて許可・届け出を要する事業を設定するなど、地方独自の施策を行っている。
- 7 リスク分析とは、食品を通じてハザード（危害要因）を接触することによって健康に悪影響を及ぼす可能性がある場合、その発生を防止または抑制するための全ての過程、すなわちリスクの評価から低減のための管理過程のすべてをいう。リスク評価（科学ベース）、リスク管理（政策ベース）、リスクコミュニケーション（リスクに関する情報及び意見の相互交換）の3つの要素からなる。このうちリスク評価を担うのが食品安全委員会である。

又はこれらの疑い、③病原性微生物により汚染され、又はその疑い、④不潔、異物混入又は添加等)の販売等を禁止する(第6条)ほか、販売の用に供する食品及び添加物の規格基準(第11条)、器具及び容器包装の規格基準(第16条)、営業許可(第52条)等を定めている。食品及び添加物に関する表示規制は、食品表示法へ移管された(第2章参照)。

- (b) 医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律(以下「薬機法」という。)(所管：厚生労働省・消費者庁・都道府県庁)⁸

医薬と食品はいずれも経口摂取し健康、生命に関わるものとして密接に関連している。具体的に医薬品と境界を接する食品として、特定保健用食品(いわゆるトクホ)、機能性食品などがある。また、添加物も、身体への直接的作用が想定できる化学物質という点で、医薬品と境界を接する。これらの食品は、医薬品とは区別されるものであるが、健康維持増強という意味では、共通性を有する。

医薬品と食品の判別については、厚労省の通知「医薬品の範囲に関する基準」⁹があり、また、その別添として「専ら医薬品として使用される成分本質(原材料)」がリストされている。食品は、医薬品でなければ含むことができない成分を含んではならず、また、医薬品でないにも拘らず医薬品的効能を標榜してはならない¹⁰。

-
- 8 旧薬事法(平成25(2013)年に一部改正の上名称変更)。
9 昭和46(1971)年6月1日付け薬発第476号薬務局長通知「無承認無許可医薬品の指導取締りについて」の別紙として添付された「医薬品の範囲に関する基準」。最終改正は平成28(2016)年。
10 薬機法66条は、医薬品等の名称、製造方法、効能等に関して、虚偽・誇大な広告等の表示を禁止している。この禁止規定の対象者は「何人も」で

(c) 製造物責任法（以下「PL法」という。）（所管：法務省）

不法行為法の特別法であり、行政規制として直接的に安全確保を目指す法ではないが、製造物の欠陥（第2条2項）により人の生命、身体又は財産に係る被害について製造者等に損害賠償請求する際に、立証責任を転換することにより（第3条）、損害賠償請求をしやすくし、間接的に食の安全確保に資する法律といえる。食品における「欠陥」とは食品自体に危険性がある場合（形状や大きさ、食中毒原因菌や異物の混入）だけでなく、表示に関するものも含まれる。

(3) 主として表示規制による信頼確保に着目する法律

(a) 食品表示法（所管：消費者庁）

従来の食品衛生法、農林物資の規格化等に関する法律¹¹（JAS法）及び健康増進法の3つの法律のうち、表示に関する規定を統合して新たに制定された法律であり、平成25（2013）年に制定、平成27（2015）年4月1日に施行された。このうち、食品衛生法から食品表示法へ引継がれた表示規制として、アレルギーに関する表示規制、消費期限、使用方法の表示規制があり、これらは安全確保を主目的とする表示規制である。これらの表示規制に違反した食品を販売した者に対しては、是正命令などの行政処分を待つことなく罰

あり、食品事業者も対象者である。例えば東京都は、医薬品の効能を標榜する場合には、医薬品であると判断し、医薬品に必要な承認等を経ることなく販売等しているものとして取締まるという立場をとっている（東京都福祉保健局ホームページにおいて、「病気の治療や予防に役立つことを説明したりほめかしたりする表示や広告を行っている製品は、「医薬品」と判断します」と記載している。

11 平成27（2015）年3月31日までの名称は「農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律」。

則の適用がある¹²ことからみても、食品表示規制のなかでも身体・生命の安全確保を目的とする規制が重要なものとして位置づけられていることがわかる。

食品表示法の目的規定には(1条)、「食品に関する表示が食品を摂取する際の安全性の確保及び自主的かつ合理的な食品の選択の機会の確保に関し重要な役割を果たしていることに鑑み」とある(傍線筆者)。食の安全確保とともに、同法のもう一つの柱は、消費者が食品を購入する際に必要・適正な情報を提供し、取捨選択の自由を確保するとことである。これは次項のJAS法の目的を引き継いでいる。旧JAS法において、平成21(2009)年に産地偽装について直罰化する改正がなされた。この内容は、食品表示法に引き継がれており、表示違反の中でも、産地の偽装については、厳しい態度がとられている。

- (b) 農林物資の規格化等に関する法律(以下「JAS法」という。)(所管:農林水産省・消費者庁)

飲食物品が一定の品質や特別の生産方法で作られていることを保証する「JAS規格制度」について定める法律である。食品表示法施行前のJAS法第1条の目的は以下のように規定していた。「農林物資の品質に関する適正な表示を行なわせることによつて一般消費者の選択に資し、もつて公共の福祉の増進に寄与することを目的とする」。食品表示法の施行後は、「食品表示法による措置と相まって」の語が追加されているが、基本的には、農林水産物の品質を適正に表示させ、消費者の選択に資することを主目的とする。かつ

12 その他の違反については、まず指示がなされ、それに従わない場合に命令が出され、それにも従わない場合に罰則が適用される。

ては飲食料品の品質表示について、詳細な基準があったが、食品表示法に移管された(第2章参照)。

(c) 健康増進法(所管：厚生労働省・消費者庁)

栄養に関する措置を講じ、国民の健康の向上を図ることを目的とする法令である。その意味では食の安全と安心のいずれとも接点を有する法令である。特別用途食品¹³(病者、えん下困難者、妊産婦、乳児向け等の食品)の表示基準、健康保持増進の効果等についての虚偽や誇大広告の禁止等を内容とする。

かつては栄養成分表示につき、任意表示として本法に規定されていたが、食品表示法に移管の上義務化された(第2章参照)。

(d) 不当景品類及び不当表示防止法(以下「景品表示法」あるいは「景表法」という。)(所管：消費者庁)

景品表示法は、独禁法の特例として公正な競争を確保し、もって一般消費者の利益を保護することを目的として制定された法律である¹⁴が、その後、消費者庁へ移管されるとともに、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のある行為の制限及び禁止について定めることにより、一般消費者の利益を保護することを目的とする法律へ改定された。2013年のホテル・メニュー

13 特別の用途に適する旨の表示を行う際は、健康増進法に基づく厚労省の許可を得ることが必要である(いわゆる「トクホ」)。

14 平成21(2009)年改正前1条に「商品及び役務の取引に関連する不当な景品類及び表示による顧客の誘引を防止するため、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の特例を定めることにより、公正な競争を確保し、もって一般消費者の利益を保護することを目的とする」と定められていた。

事件¹⁵をきっかけに、詳細なガイドラインが発出されるなど、食品表示において大きな役割を果たすに至っている。後述のとおり、公正競争規約の根拠法でもある。(第2章参照)。

(e) 不正競争防止法 (所管：経済産業省・消費者庁)

商品・サービスの品質・内容等について誤認を生じさせるような表示を行う行為等(品質等誤認惹起行為)が不正競争の一類型として禁止される(2条14号)。刑事罰が重いことと、立証の便宜のため、表示偽装の刑事事件において多用される。

(4) トレーサビリティに着目した法

下記トレーサビリティ法は、それぞれ異なる背景のもとに、事件発生時の事案解明に資するために追跡可能性を確保しようとした立法であるが、結果として、米と牛肉は、偽装しにくい品目として、消費者の信頼確保にもつながっている。

(a) 牛の個体識別のための情報の管理及び伝達に関する特別措置法(以下「牛トレーサビリティ法」という。)(所管：農林水産省)

平成13(2001)年の牛海綿状脳症(BSE)国内発生を契機として、安心安全の確保のため、原料肉の出所情報を追跡可能とし、問題が生じた際の原因究明や迅速な回収可能性の確保と、安全に対する信頼確保を目的として導入された。国内で生産されている牛と生体で輸入されるすべての牛に10桁の個体識別番号をつけ、生産から流通、消費に至るまでのすべての段階で個体識別番号、ロット番号が帳簿に記録・保存され、消費者によっても確認できるよ

15 平成25(2013)年10月、阪急阪神ホテルが、メニューの表示と実際の使用食材に齟齬があったことなどを発表したことを皮切りに多くの有名ホテル・レストランにおいて同様の表示の不備があったことを発表し、社会的な問題となった。

うにされている。

- (b) 米穀等の取引等に関する情報の記録及び産地情報の伝達に関する法律（以下「米トレーサビリティ法」という。）（所管：農林水産省・消費者庁）

平成20（2008）年の事故米不正転売事件を契機に制定された。立法の背景には、事故米（汚染米）の流通経路を調査しようにも、伝票の保存がない、回答しない、などの非協力によって事件の全容を把握できなかつたという問題があった。その意味では、食の安全・信頼確保を目的としているともいえる。米穀等を販売等する事業者は、食品表示法に定める表示義務がない場合にも、消費者に対して産地情報を伝達する義務がある¹⁶。

用途限定米穀について用途を示す表示、他の米穀との区分管理及び記録が義務づけられているほか、①記録・保存義務、②産地情報伝達義務を主要な内容とする。

- (5) その他の政策目的のための表示規制法

下記法令は、直接的に消費者保護という目的を掲げているわけではないが、表示内容の正確・適正さの担保を通じて消費者の選択に資する情報を提供し、かつ食品への信頼を確保しているとみることもできる。

- (a) 計量法（所管：経済産業省・消費者庁）

計量法の目的は「適正な計量の実施を確保し、もって経済の発展

16 同法8条。食品表示法上産地の表示義務がない対面販売などの場合にも、伝達義務はある。伝達方法は、ウェブサイトや電話も可能である。米穀等とは、米穀、米穀を原材料とする飲食料品で政令指定されたものを指し、対象事業者は、米穀等を販売、輸入、加工、製造又は提供の事業を行う者とされる（同法2条）。

及び文化の向上に寄与する」ことが目的とされており、国際基準に沿った計量方法を確保することに主眼が置かれている。消費者が食料品を購入する際、表示されている量目が正確に行われるように計量の基準が定められている。

- (b) 酒税法、酒税の保全及び酒類業組合法（酒類業組合法）（所管：国税庁）

酒類も加工食品にあたるため、酒類の表示にあたっては当然食品表示法（食品表示基準）の規制を受けるが、その他にも酒税法及び酒類業組合法に基づく表示が必要である。酒税法は酒税の確保という経済政策目的のために制定されている。酒税法で定められた酒類に関して、酒類業組合法により、酒類製造業者・販売業者には、酒類の品目その他の事項の表示義務がある（酒類業組合法86条の5）。

4 個別事例における適用関係

前述の解説からもおわかりのことと思うが、食品に関しては、同一の分野（例えば「表示」の規制）において異なる所管による複数の法律が存在するため、一つの事案に対して複数の法令が適用されることも多い。

例えば、「牛肉の産地偽装（「神戸牛」「松阪牛」等のいわゆるブランド牛である旨の虚偽の表示をする）」の事案では、産地についての正確な表示をしていないという点では食品表示法、一般的な牛肉に比べて優良であると誤認させる点で景品表示法・公正競争規約、同じく一般的な牛肉に比べて品質がよいと誤認させる点で不正競争防止法に抵触する。

複数の法令の関係についてのより具体的な適用関係は、さらに第3章で検討する。

第2章 食品表示の法と食品表示を行うことの責任

序節 食品表示責任と法

本章では、食品表示に関する法律のうち、食品表示法と景表法を概観することを通じ、食品表示者の法的責任について考察する。食品表示に関しては、平成27（2015）年4月1日に食品表示法が施行され、従前、食品衛生法、JAS法、健康増進法の三法に分属していた表示義務が統合された。とりわけ、いわゆる一括表示（後述する）に関して食品衛生法とJAS法の間の不整合を解消した点は進展といえよう¹⁷。とはいえ、諸法がそれぞれの目的をもって表示義務を定めているため、すべての表示に関する法令を統合することには無理がある。そのため食品表示法施行後の現在も、様々な目的や施策に応じ、表示に関する規定を持つ法令が混在している¹⁸。その意味で、今後も、様々な局面で様々な法令による表示責任を複合的に検討する必要がある。そうした実情のもと、諸法を通じて、食品に表示する責任の意味を分析することには、意義がある。

以下第1節では、食品表示法、第2節では景品表示法について、それぞれ表示による責任の概要を検討する¹⁹。

17 もっとも、垣田達哉『一冊でわかる食品表示』12頁（商業界、2015年）のように、かえって統合されて見づらくなったとの指摘もある。

18 たとえば計量法、景品表示法、不正競争防止法、酒税法など様々な法令があり、そのいずれも食品表示について重要な規定がある。

19 表示に関する法律として、不正競争防止法も重要であり、とりわけ刑事責任追及の場面で効果的に利用されている。しかし、本稿では、行政規制法に焦点を絞ることとし、検討対象から除外した。

第1節 食品表示法

本節では、食品表示法の内容を概観したうえで、同法における食品表示者となることの法的意味について考察する。

1 食品表示法の成立経緯とその目的

食品表示法（以下、本節において「法」という。）は、食品事業者が日常的に取扱う商品に対し付すべき表示方法を詳細に定めている。従前、一括表示といわれる、包装食品の表面に一括記載される表示（後述）に関しては、食品衛生法とJAS法がそれぞれに表示方法を定めており、意味が異なるものも多く、複雑でわかりにくいと言われていた²⁰。そこで、2002年から、農水省と厚労省が「食品の表示に関する共同会議」を開催し、食品衛生法とJAS法における表示基準の統一について審議していた。そして、2009年の消費者庁の発足に伴い、2010年3月の消費者基本計画において、食品表示に関する法令の統一が決定された。2011年には食品表示一元化検討会が設置され、2012年8月に「食品表示一元化検討会報告書」が取りまとめられた。この報告書に沿って制定されたのが食品表示法である。

2 食品表示法、食品表示基準、及びQ&Aの関係と位置づけ

食品表示法自体は、わずか23条の短い法律である。具体的な表示義務の内容は、同法4条に基づく内閣府令である食品表示基準（以下「表示基準」という。）に定められている。この基準は、旧JAS法に基づき農水省が設定した（2009年9月1日からは消費者庁が所管）52本の品質表

20 例えば食品衛生法における「製造者」とJAS法における「加工者」の意味が同じであった。

示基準、食品衛生法に基づき厚労省が設定した5つの基準²¹、健康増進法に基づく栄養表示基準の計58本の基準を統合したものである。法の委任に基づく内閣府令であるから、法規としての性質を持ち、その文言は、直接国民の権利義務に作用し、拘束する法的効力がある²²。

食品表示基準は大部だけでなく詳細を極めており、その文言の解釈や相互の関係、読み方について、疑義を生じる。そこで、基準の解釈について、消費者庁は通達により具体的な基準を示している。その主要なものの一つは、消食表第139号平成27（2015）年3月30日「食品表示基準について」と題する、消費者庁から国税庁、農水省、都道府県知事、保健所設置市長、特別区長に宛てた通達に添付された基準であり、もう一つは、平成27（2015）年3月30日付け消食表第140号消費者庁食品法事企画課長通知「食品表示基準 Q&A について」により国税庁、農水省、都道府県・保健所設置市・特別区長、都道府県 JAS 担当部長に宛てて発出された「食品表示基準 Q&A」（以下「Q&A」という。）である。この2つの基準は、関係行政機関の間で解釈上の疑義を解消する解釈基準²³である。その法的性質は、直接国民の権利義務に作用しないとされるいわゆる行政規則であるが、内容は同時にホームページにも公表されており、実務指針の役割を果たしている²⁴。

21 食品衛生法19条1項に基づく内閣府令、食品衛生法19条1項に基づく乳及び乳製品並びにこれらを主要原料とする食品の表示の基準に関する内閣府令、乳を原材料とする加工食品に係る表示の基準、栄養機能食品の表示に関する基準、容器包装の面積により表示を省略することができる食品の5つ。

22 旧 JAS 法における品質表示基準は告示の法形式をとっていた。法律の委任を受けた告示であれば府令と法効果上の相違はない。

23 行政内部で法令解釈の統一を図るための基準であり、法的位置付けとしては、それ自体が直接裁判所や国民を拘束するものではない。

24 森田満樹『食品表示法ガイドブック』32頁（ぎょうせい、2016年）。

3 食品表示基準の概要

(1) 食品区分と事業者区分・販売先区分による分類と共通項

食品表示基準は、加工食品、生鮮食品、添加物の3つの食品区分により、それぞれ、①すべての品目に横断的に適用される表示義務、②個別品目ごとに定められた表示義務、③推奨・任意表示の記載をする場合の表示方法、④表示方式、⑤表示禁止事項が定められている。また、流通形態による区分として、食品関連事業者にかかる表示基準とそれ以外の販売者にかかる表示基準に分かれており、前者はさらに、販売先の性質により一般用食品と業務用食品に分類されている。また、表示基準は条文の後に別表を伴う(下記「食品表示基準一覧表」参照)。

(参考) 食品表示基準一覧表

第1章 総則			
	1条 適用範囲〔食品関連事業者等が加工食品・生鮮食品・添加物を販売；設備を設けて飲食させる場合は40条のみ〕		
	2条 用語の定義(別表1～3、16)		
第2章 加工食品			
	食品関連事業者		食品関連事業者 以外の販売者
	(一般用食品)	(業務用食品)	
横断的義務 表示	3条1項〔容器に入れられた加工食品：名称、保存方法、消費・賞味期限、原材料名、添加物、内容量等、栄養成分、表示責任者の名称住所 ²⁵ 、製造者等〕 2項〔一定の食品：アレルゲン、L-フェニルアラニン化合物、特保、遺伝子組換え食品、乳児用規格適用食品、原料原産地、原産国名〕 (別表4～7,9,10,14,15,17,18)	10条〔3条、4条に従い表示〕	15条〔3条、4条に従い表示〕
個別的義務 表示	4条〔食肉・乳製品等〕(別表19)	10条2項	
特例	5条〔酒類・現地販売〕(別表19)	11条〔酒類〕	
推奨表示	6条〔不飽和脂肪酸、食物繊維〕		

25 食品関連事業者のうち「表示内容に責任を有する者」すなわち表示責任者の表示である。

任意表示	7条〔特色ある原材料、3条で表示義務のない栄養成分、栄養強調表示等〕 (別表9,11,12,13)	12条〔特色ある原材料、栄養成分表示〕(別表9)	
表示方式	8条〔様式、サイズ、場所〕 (別表20; 様式1-3)	13条〔容器包装・送り状〕 (別表23)	16条〔8条に従い表示〕
禁止事項	9条〔優良誤認表示、矛盾表示等〕 (別表11,17,21,22)	14条〔9条準用〕	17条〔9条準用〕
第3章 生鮮食品			
義務表示	横断的義務表示 18条〔名称、原産地〕〔照射食品、特保、機能性表示食品、遺伝子組換え農産物等〕(別表10, 18) 個別的義務表示 19条〔現地販売を除く〕(別表24)	24条〔18,19条に従い表示〕(別表24)	29条〔18,19条に従い表示〕
特例	20条〔現地販売等の表示事項〕(別表24)	25条(別表24)	
任意表示	21条〔栄養成分表示等〕(別表11)	26条	
表示方式	22条〔表示媒体、サイズ〕(様式2-4)	27条(別表25)	30条〔22条に準ずる〕
禁止事項	23条〔優良誤認、遺伝子組換えでない表示等〕(別表11)	28条〔23条準用〕	31条〔23条準用〕
第4章 添加物			
義務表示	32条〔名称、添加物である旨、保存方法、消費・賞味期限、内容量、栄養成分、表示責任者、製造者〕〔アレルギー、使用方法等〕(別表8)		37条〔容器包装に入れられた添加物；32条に準ずる〕
特例	33条〔販売でない譲渡の場合〕		
任意表示	34条〔32条以外の栄養成分等〕(別表9)		
表示方式	35条(様式2,3)		38条〔35条に準ずる〕
禁止事項	36条〔優良誤認、矛盾表示等〕		39条〔36条準用〕
第5章 雑則			
40条〔生食用牛肉の注意喚起〕			
41条〔努力義務：義務表示以外の表示に関し3,4条による努力、表示に関する記録保存の努力〕			

(東京都福祉保健局「食品表示法ができました」6頁(平成28(2016)年)「食品表示基準の条文一覧」を参照して作成)

食品表示を作成するには、まず、①当該食品がどの区分・定義に該当するかを別表1-3で確認し、どの条文が該当するか確認する、②生鮮食品の場合は別表24の個別的義務表示を確認する、③加工食品の場合は一般用・業務用により表示項目が異なるため販売先（一般用か業務用）を確認し、④一般用加工食品の場合は、個別品目の義務表示が当てはまるかどうか、別表4の表示事項、表示方法を確認する、⑤別表4の規定が適用される場合は、別表5の名称規制を確認し、別表19該当性を確認し、該当する場合は個別義務に従う、⑥別表20に該当するか否かを確認し、該当する場合はこれに従う、⑦特色ある原材料、栄養成分表示など（7条）、表示方式（8条）、表示禁止事項（9条）への適合性を検討しながら表示項目を作成する²⁶。

容器に入れられた一般用加工食品には、もっとも詳細かつ厳格な規定が適用され、それ以外の食品（業務用食品や、生鮮食品）に対する義務表示は、比較的緩やかである。その意味で、容器に入れられた加工食品であるか否か、生鮮食品であるか否か、の区別など、規制の分岐点となる分類が重要であるが、その具体的な区別は必ずしも明確ではない。

（2）一括表示

いわゆる「一括表示」といわれる表示部分がある。法上定義された語ではない。旧法下では、食品衛生法・JAS法による様々な表示義務事項を、重複する部分はまとめて、一括して四角い記載欄に記載していたものである。現行の食品表示基準においては、基準8条、22条、35条に基づく別記様式1から3とされる部分である（この様式に従う場合のほか、同程度にわかりやすく一括して表示することも許される

26 森田・前掲注24) 29頁。

とされている)²⁷。

容器に入れられた一般用加工食品の一括表示欄に、以下の表示がなされる。

①名称、②保存方法、③消費期限・賞味期限、④原材料名、⑤添加物、⑥内容量又は固形量及び内容総量、⑦栄養成分の量及び熱量、⑧食品関連事業者の氏名又は名称及び住所（表示内容に責任を持つ者）、⑨製造所又は加工所の所在地及び製造者又は加工者の氏名又は名称等

(3) 経過期間

食品表示法は、平成32（2020）年3月31日に完全施行される。施行までの経過期間は以下の通りとなっており、その間は、旧法のもとの基準に基づく表示も可能とされている（ただし、新旧両方が混在する表示は認められない）。そのため、現在もなお、旧JAS法に基づく品質表示基準は通用している。

業務用生鮮食品	経過期間なし(平成27(2015)年4月1日から新基準)
一般用生鮮食品	平成28(2016)年9月30日までに販売されるものは旧基準も適用可能。
一般用・業務用添加物	平成32(2020)年3月31日までに製造・加工・輸入(一般用)、又は販売(業務用)されるものは、旧基準も適用可能。
一般用・業務用加工食品	平成32(2020)年3月31日までに製造・加工・輸入(一般用)、又は販売(業務用)されるものは、旧基準も適用可能。

4 遵守義務を負う者と義務の内容

(1) 食品関連事業者等

食品表示基準に従った表示がなされていない食品の販売をしては

27 ここで使用される「一括」の語の他に、たとえば様々な添加物を併せて使用する場合に「香料」などと一括して表示する場合にも「一括」の語が用いられる。

ならないとの義務を負うのは、食品関連事業者等である（法5条）。食品関連事業者等は、以下の二種から成り、いずれも、食品の販売をする者である（法2条3項2号）。

- ①食品関連事業者：食品の製造、加工（調整及び選別を含む。）若しくは輸入を業とする者（当該食品の販売をしない者を除く。）又は食品の販売を業とする者
- ②食品の販売をする者：販売をする者には、事業としてではなく販売を行う者を含む（ただし次項に述べる表示責任者は、事業者のみが想定されている）。

表示義務を負う者が表示基準に従った表示をしていない食品を販売すると、法6条による指示、法7条による命令の対象となるほか、罰則（6章）がある。表示内容により、直接罰則が適用される場合と、命令違反により罰則が適用される場合がある。

ア）表示基準違反により、直接罰則が適用される場合とは、①アレルギー表示、消費期限等、食品の安全な摂取に関する事項として定められた表示の違反（旧食品衛生法から引き継いだ表示義務）と、②原産地表示義務の違反である²⁸。

イ）その他の表示については、違反を是正する指示があり、これに従わない場合は命令が発され、命令に従わない場合に、罰則が適用される²⁹。

（2）表示責任者

食品表示基準によれば、食品表示に当たっては、「食品関連事業者のうち表示内容に責任を有する者」の氏名、名称、住所、電話番号を

28 食品表示法18条、6条8項、19条。

29 食品表示法20条、6条5項。直罰規定の違反の場合であっても、罰則適用の前には是正命令がなされることもある（同法6条8項、17条）。

記載することが義務付けられている³⁰。前述の一括表示欄における「食品関連事業者の氏名又は名称及び住所の記載」がこれに当たる。この表示責任者の責任内容について、直接規定した条項はない。

食品表示基準そのものには、規定はないものの、食品表示基準 Q&A には、以下のように、表示責任者に関する記述が散見される。そこで、これらの記述から、責任内容を推測することとする。

(a) 表示責任者と期限の設定

Q&A 加工 -16は、消費期限・賞味期限の設定について、科学的、合理的に行う必要があるため³¹、その食品を一番よく知っている者が責任をもって期限を設定表示するものとした上で、製造業者だけでなく加工業者、販売業者が期限を設定することもあることを示唆している。そして、表示責任者は、「設定する期限について自ら責任を持っていることを認識する必要がある」と述べる。Q&A 加工 -17は、表示責任者は当該食品に関する知見や情報を有していることから、期限の設定を行うことになる旨述べる。輸入品については輸入業者が期限の設定責任を有するとされる (Q&A 加工 -21、30)。

(b) 表示責任者は国内事業者である

そもそも表示責任者となるべき食品関連事業者は、国内事業者

30 表示基準3条、19条別表24、24条別表24、32条。

31 消費期限・賞味期限の設定に関しては、食品衛生法11条の規格基準が定められている品目については、食品衛生法に基づき当該基準に従うことが求められている。規格基準がない品目については、「食品表示基準について」(最終改正平成29(2017)年9月1日消食表第407号。以下「食品表示基準について」という。)4頁、加工食品1(3)により、食品の特性等を十分に考慮した上で、客観的な試験・検査を行い、科学的・合理的に設定することとされている。

が想定されていると思われる。Q&A 加工 -265が、外国事業者を国内販売に際しての表示責任者とすることはできない旨述べるのも、注意的な記載と考えられる。

(c) 表示責任者は一者である

この責任者は、一者（一社）を特定して記載すべき、というのが、消費者庁の見解である³²。なぜ一者に特定されるべきなのかについて、消費者庁の見解は示されていない。消費者または監督官庁の側から見れば、問合せ先が一か所に集中していることによる便宜が考えられる。食品衛生法に表示義務が規定されていた時代から、製造所等の記載が義務付けられており、その趣旨は、危害が発生したときの対応の便宜のためとされる³³。同様に表示に関しても、一か所に情報を集中させ、問題発生時の対応の便宜を図ったものと推測される。

(d) 温度帯変更者

Q&A 加工 -41は、冷凍された商品を解凍するなど保存温度変更を行った場合には、保存温度変更者の表示をすることが「望ましい」としており、Q&A 加工 -113の5には、「温度帯変更など部分的に表示の変更を行う場合には、その表示事項について、変更した者

32 表示基準 Q&A 加工 -113の5では「表示責任者は一者となります」とある。Q&A 加工 -112によれば、製造業者、加工業者、輸入業者との合意によって、販売業者が表示責任者となることも可能とされる。また、加工 -114、加工 -253では、販売業者が表示責任者となる場合に製造業者も併せて表示することは可能だが、表示責任者が販売者であることを合意しておく必要があるとともに、販売業者が表示に責任を持つことを明示するよう指示している。

33 森田・前掲注24) 61頁。

が責任を負うこととなります。」とある。ここでいう「責任」の内容は、表示基準により義務付けられている表示責任者の責任以上に不明確であるが、表示責任者からの類推で考えると、温度帯変更に伴う保存義務・方法の変更などの表示に関しては、表示責任者に準ずる責任を負うといえそうである。

(e) 表示責任者以外の食品関連事業者の責任

表示責任者以外の食品関連事業者も、法5条の義務を負う者である点で法律上の位置づけにかわりはないので、表示が誤っている場合は同様にその責任を問われうる³⁴。

(3) 小括

結局、表示基準を通覧しても、表示責任者の「責任」の内容は明らかとはいえない。ただし、Q&A 加工-111、Q&A 固有番号-13によれば、製造所固有番号の問合せに対する応答義務は「基本的には、表示責任者が応答義務を負う」とされること、前述のようにQ&A 加工-23は、表示責任者以外の食品関連事業者も表示に関する責任を負う旨述べていることからすれば、表示に関する最終責任を単独で負うという趣旨ではなく、表示に関与した事業者のなかで、行政とのやり取りにおいて、事実上、情報の中心となって対応すべき者といった意味合いのものではないかと推測される³⁵。

誰がそのような役割を負うか、については、関係者間の協議にゆだねられているところ、表示の内容は、製品の内容についてよく知る者でなければ定めることは困難である。そこで、通常は、表示責

34 表示基準 Q&A 加工-23。

35 法規でない基準により新たな義務を創設することはできないということからも、そのように推測される。

任者は製造者、輸入者となることが多いと思われるが、販売業者が表示責任者となることも、想定されている³⁶。

結局、表示責任者となったことによる食品表示法上の法的意味は、上記の通り、一種の事務担当者的な役割を負うにとどまると考えられるが、表示責任者であることが、民事責任追及の場面において影響を及ぼすことはないのだろうか。次項ではこの点を中心に検討する。

5 食品表示法違反と民事上の責任の関係

PL法3条によれば、(i) 製造業者等は、(ii) 引き渡された製造物の、(iii) 欠陥により、(iv) 他人の生命、身体又は財産を侵害したときは、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずるとされる。ここでの「責め」すなわち責任の内容は、民法709条の不法行為責任であって、行政による規制法である食品表示法上、当該製造者等が所管官庁からの処分を受けうるという責任や、食品表示法違反による刑事罰を受けうるという責任とは、別個のものであることはいうまでもない。Q&A加工-47は、製造物責任と消費期限・賞味期限表示の関係について、製造物責任法との直接の関係がないと述べる。Q&A牛肉-30でも、表示基準の遵守によって責任が軽減されることはないと述べる。

ただし、PL法における「欠陥」には、指示・警告上の欠陥もある。すなわち、表示による指示・警告が、被害の可能性に照らして不十分であったり不正確な場合には、表示（またはその不足）自体が「欠陥」とされる可能性がある。Q&A加工-48も、適正な消費期限・賞味期限の表示を行っていた場合に、被害者の摂食が期限の前か後かということは「営業者の民事上の責任を判断する上で、一つの考慮事項になる」と

36 Q&A加工-114は、販売者が表示責任者となる場合の例としてプライベート・ブランド商品の場合を挙げている。

述べており、表示により事業者の帰責性が左右される可能性を示唆する。

また、製造者として氏名等を表示した者「又は当該製造物に製造業者と誤認させるような氏名等の表示をした者」も責任主体に含まれる（PL法2条2号）。同号の責任の根拠は、表示により製造物の安全性に対する信頼を与えたことによる信頼責任の考え方を採用したものとされており³⁷、このことからすると、表示に不備があってそれが欠陥とみなされた場合に、表示責任者として表記されたことにより、当該欠陥にかかる製造業者等とみなされる可能性は否定できない³⁸。

以上によれば、食品表示法上の表示責任者となることにより、PL法上も、表示の欠陥について、製造業者等として責任主体となることが示唆される。そうした責任を回避するために、たとえば、アレルギー発生可能性の高いものとして指定されている特定原材料等が「入っているかもしれません」といった可能性表示をしておくことが、想起される。しかし、そのような表示は、食品表示法上は、「認められない」とされている³⁹。その趣旨として、Q&A H-1は、PL法対策としての企業防衛、負担回避のために安易に可能性表示を行うことにより、患者の商品選択の幅を狭めることになるから、と説明されている。

37 日弁連消費者問題対策委員会『実践PL法〔第2版〕』52頁（有斐閣、2015年）。

38 大阪地判平成22（2010）年11月17日判時2146号80頁では、製品上に商標を付した者が製造業者等に該当するとされた。

39 「食品表示基準について」4頁、第1、3（6）②。これも、Q&A同様、法的効力のない規範であり、一種の指導と捉えるべきである。

第2節 景品表示法

1 食品と景表法

(1) 公正取引委員会時代からの取組み

景品表示法と食品表示の関わりは古く、同法の所管が公正取引委員会にあった時代から数々の事例があった。たとえば、昭和42（1967）年に合成レモン飲料を天然レモンジュースのように表示をしていたテレビ広告事件がある。昭和48（1973）年には、5%未満の果実含有量のジュースを無果汁と表示しない場合を不当表示とする旨の告示が発出されている。

また、食品に限らず、産地の表示については、古くから社会の関心が高かった。昭和43（1968）年頃から原産国表示についての不正が相次ぎ⁴⁰、警告や排除命令が発出されている。

健康食品の表示に関しても景表法の関わりは古く、昭和59（1984）年には「いわゆる健康食品等の効能効果に関する不当景品類及び不当表示防止法違反事件関係事務処理細則」が通知され、昭和60（1985）年には厚労省と共同で「瘦身効果等を標ぼうするいわゆる健康食品の広告等の注意点（チェックポイント）」が通知されるなどしていた。

その後、平成21（2009）年の消費者庁への移管とともに、景表法の位置づけは競争政策の一環から、消費者保護法へと変更された⁴¹。消

40 当時は、日本産のものを欧米産すなわち優良なものとして偽装するケースが一般的だった。昭和48（1973）年10月発出の「商品の原産国に関する不当な表示」（昭和48年公取委告示第34号）参照。

41 もっとも、新たに掲げられた「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のある行為の制限及び禁止について定めることにより、一般消費者の利益を保護する」という目的は、旧目的である、公

消費者庁に移管された後は、消費者庁表示対策課に食品表示対策室が設置され（平成25（2013）年7月）、健康増進法、JAS法、食品衛生法、米トレーサビリティー法等の法執行を一元的に行う体制整備が志向されている。一方で、従来どおり公正取引委員会（地方事務所）も、景品表示法の執行権限は保持しており、調査権限を行使している。

（2）ホテル・メニュー表示事件

2013年にホテルのメニュー表示が事実と異なっていたことが社会問題化し、これを契機に消費者庁は、以下のような対応を行った。

まず個別の企業に対して、措置命令や行政指導を行った⁴²。

次に、「メニュー・料理等の食品表示にかかる景品表示法上の考え方について」と題するガイドラインを発出した（平成26（2014）年3月28日）。このガイドラインは、個別の案件における解釈基準を示すものであって法的拘束力はないが、事業者にとって法令の一部のような効果をもって受け止められており、これに従うことが事実上義務付けられているとあってよい。

執行体制としては、JAS法、米トレーサビリティー法に豊富な経験のある人員を活用するべく、食品表示Gメン⁴³、米穀流通監視官等を消費者庁併任とする発令がなされた⁴⁴。

正な競争を確保するとともに・・・消費者の自主的合理的な商品・役務の選択を行うための意思決定環境の創出・確保を図る目的とは、表裏一体の関係であるとの指摘がある（大元慎二編著『景品表示法〔第5版〕』27頁（商事法務、2017年））。実際、実体規制に実質的な変更はない。

42 2013年12月に4件の措置命令を行ったほか、2013年から2014年にかけて170件の行政指導が行われた（大元・前掲注41）34頁）。

43 2008年から食品表示の摘発に特に精通した係官として農水省、地方農政局に設置されている、食品表示・規格特別調査官。

44 なお、この命令は、すでに失効している。

2 景表法における表示者の責任

(1) 食品表示法との関係

ホテル・メニュー事件においては、そもそもメニュー表示を行う担当者が、表示内容について注意しなければならないとの認識を欠いていたことが指摘されている⁴⁵。食品表示法には、前述のように詳細な表示義務が規定されており、この規制に日々取組んでいる事業者は、表示内容に対して敏感にならざるを得ない。しかし、食品表示法の規制は、設備を設けて飲食させる場合には適用されない⁴⁶。このためレストランは、食品表示法による詳細な規制を一般的に受けていない事業者が多い。このことから、表示に対して無頓着になっていた可能性はある。

これに対して、景品表示法は、およそ事業者が不当な表示を行う場合一般を対象としているため、飲食店も含め、広く網がかけられている。

前述のように、景品表示法の食品との関わりは深い⁴⁷が、その規制対象たる表示内容も、食品表示法とは異なる。すなわち、景品表示

-
- 45 平成26(2014)年1月31日付「阪急阪神ホテルズにおけるメニュー表示の適正化に関する第三者委員会調査報告書」56頁。
- 46 表示基準1条により40条を除き適用除外となっているほか、一般用加工食品(表示基準3条、4条)、業務用加工食品(10条)、生鮮食品(18条、19条、21条、24条)等個別の規定でも除外されている。
- 47 消費者庁の発表する2016年11月1日から2017年10月31日までの措置命令事案38件中13件が食品に関するものであり、課徴金命令4件のうち2件が食品に関するものであった。特に健康食品の事例が目立っている。(http://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/fair_labeling_171122_0001.pdf 2017年12月8日最終閲覧)

法が禁止している不当表示には、大別して、①有利誤認、②優良誤認、③その他指定告示による不当表示の3類型があり、内容の優良性につき虚偽の表示をする場合ばかりでなく、有利であるとの誤認を生じさせる場合、その他の行為も規制の対象である⁴⁸。

(2) 表示者の責任

景表法は、食品表示法とは別個に、一般的に事業者の行う商品表示を対象とする表示規制であることから、当該商品のみではなく、店内表示やウェブサイト等も含め、すべての表示が対象となる。その際に法の条文は抽象的であるため、Q&Aなどのガイドラインや、公正競争規約⁴⁹を参照して、適正表示を探ることになる⁵⁰。

違反に対しては、課徴金納付命令、措置命令などの行政処分のほか、行政処分に従わない場合に罰則がある⁵¹。

景表法上、表示に関して責任を負う者は、「自己の供給する商品又は役務について……表示を」する者一般である（景表法5条）。これは、

48 例えば平成28（2016）年12月21日に措置命令2件が発出された牛肉の販売に関する事例では、神戸牛の販売において、商品の仕入れをしていなかったにもかかわらず広告した行為が、告示指定により禁止される「おとり広告」に該当するとされた。

49 景表法31条では、事業者または事業者団体が、公取委員会の認定を受けて、表示の方法等について協定、規約を設定できることとされる（公正競争規約）。規約に定められたルールに従った表示をすることの法的効果としては、独禁法上の排除措置命令、告発等を免れることとされている（景表法31条5項）に過ぎない。しかし、規約に基づく表示が一般化することにより、規約に反することが有利・優良誤認を惹起する可能性があるとの指摘もあるように、規約の内容を遵守することには、事実上、景表法違反との疑いを排除する効果があると思われる。

50 これらの基準は法規ではないが、事実上の指針として参照されている。

51 景表法36条。

食品表示法の表示責任者と関係なく、たとえば店頭の商品の広告なども含め、当該表示を作出した者が責任主体となりうる。

第3節 小括

以上より、食品表示法上の表示責任者と表示することに伴う責任には、法律上の責任というよりも、窓口対応を求められるなどの事実上の責任であることがわかった。また、食品表示法上の表示責任者となったとしても、景表法上も、直接的に責任が加重されるものでもない。ただし、PL法上は、製造業者等として責任を負う可能性が高まるといえる。食品表示法上の表示責任者となる場合には、製造物としての食品の安全性に対し、第一次責任を負うとの認識をもって臨むことが必要といえよう。

第3章 諸法の適用関係—異物混入を例として—

本章では、食品事故の典型例の一つである異物混入事例をもとに、様々な食品関係諸法がどのように適用されるのか、その関係について考察する。

第1節 はじめに

東京都福祉保健局が発表した平成26（2014）年度の苦情処理状況⁵²をみると、消費者から寄せられた苦情全件数のうち17.7%を異物混入が占めており、食品事業者としては見過ごせない主要苦情の一つとなっている。

「異物」と言っても、その内容には様々な物があり、平成29（2017）年

52 http://www.fukushihoken.metro.tokyo.jp/shokuhin/foods_archives/violationComplaints/complaint/complaint_h26/index.html（2017年12月1日最終閲覧）。

に入ってから、財団法人食品産業センターの食品事故情報⁵³によれば、製造設備の一部が破損し金属繊維がドレッシングに混入した事例、製造ライン配管中に残存したフルーツ果汁の調合液が牛乳に混入した事例、チョコレートにカビのような異物が混入した事例、缶詰に虫が混入した事例など様々な異物混入事例が報道・公表されている。

食品中の異物 (Extraneous Materials) には、付着物、混入物、変質物、析出物⁵⁴などが挙げられるが、場合によっては、原材料の混練が適当でなく分散不良が生じる場合や焦げ残る場合など、原材料自体が異物となることもある。

こういった異物混入の原因は、仕入れ・製造・保管・流通過程での不適切な環境管理・取扱方法・製造方法などが挙げられ、様々な混入原因が考えられる。なお、異物混入のクレームの中には、消費者自身が原因となることも少なくなく、例えば、ハンバーガーに自身の歯科充填剤が混入した場合、嚥下できずに口腔内に残っていた錠剤が食べ物に混入した場合などあり、異物混入が発覚した経緯を十分に検討することが必要である。

本稿では、このように異物が混入した食品を消費者が購入した場合、又は購入した消費者が当該食品を食べて健康被害が生じた場合に、関係者にどのような法的責任が生じるかについて検討する。

異物混入の事例では、その他、行政対応、レピュテーションリスク (SNS、マスコミなど)、消費者団体対応、証拠保全の方法 (異物混入を発見した経緯、速やかな異物の確保と保存、異物の分析方法)、消費者への感謝の

53 <http://www.shokusan-kokuchi.jp/RecentList/> (2017年12月1日最終閲覧)。

54 固体以外の状態にある物質が固体として表れた物質。

措置などの重要な課題⁵⁵が挙げられるが、これらについては別の機会に譲りたい。

第2節 問題となる関係法令

1 関係法令の概観

食品を製造・販売した場合の流通は、様々ではあるものの、一般的には、以下のとおりとなる。



消費者が購入した食品から異物が発見された場合、各業者間で様々な法的問題が生じるどころ、製造業者を取り巻く主要な法律関係は以下のとおりとなる。

まず、製造業者と行政（保健所）との関係では、厚生労働省の所管である食品衛生法6条が主に問題となる。

次に、製造業者と消費者との関係では、不法行為（民法709条）、特に製造物責任法（PL法）による賠償責任が直接的に問題となる。

また、製造業者と直接の売買契約を締結する卸業者との関係では、売買契約における債務不履行責任に基づく損害賠償（民法415条）及び契約上の瑕疵担保責任に基づく損害賠償などが問題となる。

なお、消費者が小売業者に対して損害賠償請求をしてくる場合にも、上記の不法行為責任及び債務不履行責任が同様に問題となる。

55 その他、髪の毛、加熱された虫などの客観的に安全な異物が混入した場合（いわゆる不快物の混入の場合）にも、法的問題が生じ、その対処は重要な課題となっている。

2 食品衛生法

食品衛生法第6条のうち、異物混入に係る部分は以下のとおりである。

「第6条 次に掲げる食品又は添加物は、これを販売し…又は販売の用に供するために、採取し、製造し、輸入し、加工し、使用し、調理し、貯蔵し、若しくは陳列してはならない。

一～三 (略)

四 不潔、異物の混入又は添加その他の事由により、人の健康を損なうおそれがあるもの。」

この点、食品衛生上の「異物」とは、「食品又は添加物以外のすべての物質」を指すと解釈されており、あらゆる異物ではなく、「人の健康を損なうおそれのあるもの」に限って販売等が禁止されている。

「人の健康を損なうおそれのある」か否かは、客観的に判断されることになるが、「おそれのある」かどうかの判断が難しい場合も少なくなく、実務上は、どの程度の健康被害の発生リスクまで含まれるのか法的解釈が問題となる。

そして、違反行為に対しては、食品衛生法54条に基づいて①廃棄命令及び②危害除去のための必要な処置(回収命令・改善命令など)が、同法55条に基づいて③営業禁停止が、同法56条に基づいて、許可業者等について、④許可取消、⑤改善命令、⑥営業禁停止が行政処分として実施される場合がある。

3 製造物責任法(PL法)

PL法3条は、以下のように規定している(議論を絞るため、氏名等を表示した製造業者等は省略しているので留意されたい)。

「第3条 製造業者等は、その製造、加工…した製造物であって、その引き渡したものの欠陥により他人の生命、身体又は財産を侵害したときには、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる。」

本条の賠償責任は、無過失責任を定めたものであるので、故意又は過失の立証がなくても、その他の要件を満たせば製造業者等は責任を負うことになる。

この点、「欠陥」とは、「当該製造物の特性、その通常予見される使用形態、その製造業者等が当該製造物を引き渡した時期その他の当該製造物に係る事情を考慮して、当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていること」をいう（PL法2条）。

製造物の欠陥は、講学上、①設計上の欠陥（設計段階から安全面で構造的な問題がある場合）、②製造上の欠陥、③指示・警告上の欠陥の3種類に分けられる。特に食品では、②製造上の欠陥が問題となることが多い。例えば、製造過程において異物検査を潜り抜け、食品に鋭利な金属片が混入してしまい、これを食べた消費者が口内に怪我をした事故の場合、この「製造上の欠陥」があるとして賠償責任が生じることになる。包丁や製造機器の摩耗・経年劣化により金属片が混入する事故は、異物混入事故の中でもかなり多い類型となっている。

また、今後、食品業界では、③指示・警告上の欠陥も問題とされる事例が増えることが予想される。製造業者が安全確保上、必要な事項を表示・警告書に書き漏らした場合、これは③指示・警告上の欠陥に該当することとなり、賠償責任を負う可能性がある。

最近では、平成26（2014）年10月29日東京高判が、「製造物責任法第2条2項にいう「欠陥」には、設計上の欠陥及び製造上の欠陥のみならず、

製造物の危険性の内容・程度及び被害発生を防止するための適切な運搬、保管方法等の取扱上の注意事項を適切に表示し、かつ警告することを怠る場合（表示・警告の欠陥）も含むといえることができる」と判断している。

もっとも、そもそも製造上の欠陥がある製造物である場合に、いかなる表示や警告書を付したとしても、その欠陥がなくなるわけではないので、この点は留意が必要である。

この点、上記②③が問題とされた事案として、平成24（2012）年11月30日東京地判がある。これは、牛肉入りサイコロステーキに混入したO-157による食中毒事件について、これを顧客に提供したステーキ店のフランチャイザーからサイコロステーキの製造会社に対する製造物責任法第3条に基づく損害賠償請求が棄却された事案であった。

この事案では、「牛肉の結着肉にO-157が混入していたとしても、加熱用食材として通常有すべき安全性を欠くものということとはできず、製造物に製造上の欠陥があると認めることはできない」として上記②製造上の欠陥を否定した上、フランチャイザーは結着肉の危険性を把握しておくべき食肉に関する専門業者であり、「中心まで十分過熱してください」と記載された商品規格保証書が送付されていることから、上記③指示・警告上の欠陥もないと判断しているので、参考となる。

また、同種判例として東京地判平成26（2014）年3月20日があり、これは、消費者が薬局で購入した化粧品により顔に皮膚障害が生じたとして、製造元の製造物責任を求めて提訴した事件で、裁判所は、「化粧品のような医薬部外品や化粧品は、本来的にアレルギー反応を引き起こす危険性を内在したものである以上、当該製品を使用した消費者のなかにアレルギー反応による皮膚障害を発生する者がいたとしても、そ

れだけでその製品が通常有すべき安全性を欠いているということではできない。」旨判示し、さらに、表示上の欠陥についても、「本件化粧品の新添付文書には、使用法や使用量、その他使用及び取扱上の必要な注意の記載がなされているうえ、皮膚障害を起こす可能性やその場合の対処法も示されていることから、薬事法に違反しているとは認められず、表示上の欠陥も認められない」旨判示し、製造物責任を否定した。

その他、表示義務が課されている特定原材料（小麦・卵などの7品目）によるコンタミネーション（原材料でないものが意図せずして混入すること）が生じた食品で、当該表示又はコンタミネーションの可能性の表示をしていなかった場合あるいは表示をしていた場合に、製造業者に製造物責任が生じるかという論点についても、同様の問題が生じる。

4 債務不履行責任・瑕疵担保責任

債務不履行における賠償責任（民法415条）は、当事者間での契約責任であるので、製造業者との関係では、直接の契約関係にない消費者との関係では問題とならず、直接取引をしている卸業者等との関係で問題となる（もちろん、消費者と直接契約している場合には債務不履行責任も問題となる。）。

製造業者が、故意又は過失により、卸業者に異物が混入した食品を供給することは、一般的には「債務の本旨に従った履行をしないとき」（民法415条）に該当すると考えられ、債務不履行となることから、卸業者としては、製造業者に対し、瑕疵のない食品の供給のほかに損害賠償等の請求ができることになる（民法415条）。

また、卸業者と製造業者との間の契約では瑕疵担保条項を定めることが通例であり、卸売業者は、製造業者に対し、異物が混入した食品には「瑕疵」があるとして瑕疵担保責任に基づき、損害賠償等の請求も

なしえることになる。

この点、中国食品工場で製造された殺虫剤入り冷凍餃子により消費者が中毒被害を受けた事件において、同じ工場内で製造された冷凍食品（殺虫剤の混入はない）を転売していた業者が回収を余儀なくされたとして売主に損害賠償を請求した事件では、裁判所は、「食品は高度の安全性が要求され、例え殺虫剤の混入がなくとも、中毒事件公表後には、消費者は有毒物質の混入を疑い購入する者は皆無であったのだから、取引観念上、商品価値を有していなかった」旨判示し、瑕疵担保責任の「瑕疵」を認め、賠償責任を肯定した（東京地判平成22（2010）年12月22日・大阪地判平成22（2010）年7月1日）。これは「瑕疵」概念に、客観的安全性だけでなく「安心」の観念も取り入れた重要な判例といえる。なお、同東京地判では、上記「瑕疵」はあるものの、客観的危険性がなく「欠陥」はないとして製造物責任を否定している点も留意が必要である。

瑕疵担保責任による損害賠償では一般的に得べかりし利益（瑕疵のない物であったのであれば得られたであろう転売益など）まで請求できないことから、訴訟では、主位的に債務不履行責任を追及することが多いものの、債務不履行責任の追及には相手方の故意・過失の立証が不可欠であることから、当該立証の必要のない瑕疵担保責任を予備的に請求することになる。

第3節 小括

本稿では、健康被害を生じうる異物混入の事案を想定し、製造物責任を中心に論じた。

食品は、人が生命を維持する上で欠かせないものである一方、無防備な体内に取り込まざるを得ないことから、人は、食品の「安全」を強く求

める傾向にある。特に、子どもの食べる食品ではそれが顕著に表われるのも当然といえる。

自分の食べ物を自分で採り、料理し、食べていた時代では、その安全を自分で確保できていたが、現代のような、大量生産・大量消費の時代にあっては、いかに食の「安全」を確保すればいいのか、人々の大きな関心事となっている。

だからこそ、現代では、人々は、食の「安全」だけでなく、食の「安心」まで強く求めざるを得ない。

ただし、客観的合理的ではない過剰な「安心」の追及は、製造業者の大きな負担となって経営を圧迫し、また社会問題となっている食品ロスに拍車を掛けかねず、冷静な議論も必要である。このような、食の「安全」と「安心」のバランスについては、食品事故などにおける法律問題においても考慮しなければならない重要な視点のひとつといえる。

終章 食品関係法令の今後の動向

以上、食品に関する諸法令を概観するとともに、その適用関係について考察した。

食品表示法に関しても、大きな変更が多々行われている⁵⁶が、近々注目すべき改正として、食品衛生法改正懇談会において2017年11月、食

56 食品表示基準が改正され、一部の食品のみに義務付けられていた原料原産地表示が、原則として全ての加工食品に義務付けられることとなった（平成29（2017）年9月1日施行。施行日から平成34（2022）年3月31日に製造加工される加工食品、同日までに販売される業務用生鮮食品・加工食品は改正前表示のままでよい）。遺伝子組換え表示制度についても検討会報告書（案）がとりまとめられた（2018年3月）。

品衛生法に関する報告書がとりまとめられた。具体的な改正点として、HACCP⁵⁷の義務化、器具及び容器包装のポジティブリスト化⁵⁸、営業許可制度の見直し及び営業届出制度の創設、自主回収届出制度の創設、並びに輸入食品の安全性確保・食品輸出体制整備等が提案されている。

食中毒の化学的メカニズム等、食品に関する業務での必須の知識についても、法令との関係において理解を深めておく必要があるだろう。今後、研究会の活動として、これらの問題についても検討していきたい。

〔八掛 順子（第1章）、岩月 泰頼（第3章）、中山 代志子（第2章）〕

-
- 57 Hazard Analysis and Critical Control Point の略。食品の製造・加工工程のあらゆる段階で発生するおそれのある微生物汚染等の危害をあらかじめ分析 (Hazard Analysis) し、その結果に基づいて、製造工程のどの段階でどのような対策を講じればより安全な製品を得ることができるかという重要管理点 (Critical Control Point) を定め、これを連続的に監視することにより製品の安全を確保する、国際的に採用されている衛生管理の手法である (厚生労働省HP参照)。
- 58 個別の規格基準を定めた物質についてのみ使用の制限を行うことを「ネガティブリスト」制度といい、他方、使用を認められた物質以外は使用を原則禁止することを「ポジティブリスト」制度という。食品衛生法において、器具・容器包装については従来ネガティブリストによる規制がなされていたが、今回の改正によりポジティブリスト化することが検討されている。なお、食品添加物と残留農薬については、すでにポジティブリスト化されている。

白熱！著作権法ゼミ

形態模倣・応用美術を論ずる

—「スティック型加湿器事件」を題材として—

知的財産権法部

* 目 次

第1 はじめに	337	エ「最初に販売された日」の 意義について	347
第2 事件の概要	338	三 学説及び裁判例	347
一 本件原告(控訴人) Xら及び本 件被告(被控訴人) Y	338	1 「最初に販売された日」の意義 についての学説	348
二 X 加湿器	338	2 商品形態の模倣に対する保護 期間の終期の起算点に関する 裁判例	348
1 X 加湿器 1	338	(1) ハートカップ(ハート型包装 容器) 仮処分申立事件決定	348
2 X 加湿器 2	339	(2) ハートカップ(ハート型包装 容器) 本案事件判決	349
3 X 加湿器 3	340	(3) ショルダーバッグ・アドベン チャートラベル事件	349
三 Y 商品	340	3 商品形態の保護期間の終期の 起算点のまとめ	349
四 X らの Y に対する請求	341	4 商品形態の保護期間の始期	350
第3 形態模倣	342	四 本件の検討	352
一 主な争点	342	1 「最初に販売された日」の趣旨	352
二 裁判所の判断	342	2 商品形態の保護期間の終期の 起算点	353
1 原審の判断	342	3 商品形態の保護の始期	355
2 控訴審の判断	343		
(1) 「他人の商品」該当性	343		
ア 「他人の商品」の意義	343		
イ 控訴人(一審原告) の X 加 湿器について	345		
(2) 保護期間の終了	345		
ア 保護期間の終期を定める 規定の趣旨	345		
イ 保護期間の始期	346		
ウ X 加湿器1及び2の保護期 間の始期	346		

第4 討論—形態模倣	356	4 最近の裁判例の傾向	375
一 「図面」だけの展示、「デザイン」		四 私見	375
だけの掲載	356	第6 討論—応用美術	376
二 「保護期間の始期」と「最初に販		一 第一審判決と控訴審判決との枠	
売を開始した日」との関係	359	組みの違い	376
三 「販売」の意義	360	二 「非区別説」は「ニーチェア」の	
第5 応用美術	364	著作物性を認めるか	377
一 原審及び控訴審判決	364	三 「美感」と「美術鑑賞の対象とな	
1 原審の判決	364	るような美的特性」との違い	380
2 控訴審判決	365	四 「美術鑑賞の対象となる美的特	
二 応用美術の著作物性についての		性」の判断の主体及び基準時	
議論の状況	367		382
三 裁判例の状況	369	五 クリエーターの保護	384
1 従来の裁判例	369	六 伊藤私見	386
2 「TRIPP TRAPP 事件」の控		第7 最後—to 発表者から	387
訴審判決—非区別説	372		
3 ファッションショー事件の控訴			
審判決—分離可能性説	374		

第1 はじめに

司会（東京弁護士会知的財産権法部長 川田 篤） 本日の発表者は、当部部員の弁護士の伊藤真先生、高田沙代子先生及び丸田憲和先生の3名になります。

伊藤真先生は、著作権法の第一人者と申し上げても、過言ではありません¹。横浜国大法科大学院で著作権法を教えられており、高田沙代子先生は、その教え子に当たります。丸田先生は、伊藤先生の事務所で日々薫陶を受けておられます。

どこかの予備校の講座と誤解されそうですが、今日は「白熱！著作権法ゼミ」と題して、伊藤先生をゼミの指導者として進めていただきます。皆さんもゼミ生の気分で臨んでください。それでは、伊藤先生、よろしく願いいたします。

伊藤 よろしく願います。部長の川田先生から無茶ぶりされた感もありましたが、喜んでお請けしました。高田先生も丸田先生もよく存じていますので、楽しく準備させていただきました。私の方がなかなか対応できませんでしたが、お二人がまとめてくれましたので、助かりました。本日の問題はいろいろな考えがあり得ますので、判決を紹介しながら、皆さんの御意見を伺い、深めて行きたいと思えます。

高田先生がまず事案の説明をし、丸田先生が不正競争防止法の形態模倣の論点について、その後、再び高田先生が著作権の応用美術

1 法曹関係者で「伊藤真」といえば、①民事訴訟法の研究者、②予備校の経営者、③著作権法専門の実務家の3人の先生が著名です。本稿の伊藤真先生は③の著作権法専門の実務家として知られています。

の論点について、それぞれ報告いたします。それでは、高田先生から事案の説明をお願いします。

第2 事件の概要

一 本件原告（控訴人）Xら及び本件被告（被控訴人）Y

高田 本件「スティック型加湿器事件」²の原告（控訴人）「X1」及び「X2」は、総合家電メーカーのプロダクトデザイナーの傍らフリーとしても活動しています。

被告（被控訴人）「Y」及び「Y'」のうち、「Y」はインテリア・デザイン家電、生活雑貨等の企画、生産及び輸入卸を業とする株式会社です。また、「Y'」は、雑貨店を経営する株式会社です。ただし、「Y'」は、控訴審係属中、Xらと和解しましたので、控訴審判決時の被控訴人は「Y」のみとなりました。

二 X加湿器

1 X加湿器1

Xらは、遅くとも平成23年10月末までに、次の画像³にあるような、やや黒っぽい色の「X加湿器1」を開発し、平成23年11月1日から6日までの間に東京で開催されたデザインやアートの国際展示会に、X加湿器1を出展し、むき出しの導線ながら、電気が供給され、蒸気も噴出していました。

2 第一審は、東京地判（46部）平成28年1月14日（平成27年（ワ）第7033号）判時2307号111頁、控訴審は、知財高判（2部）平成28年11月30日（平成28年（ワ）第10018号）判時2307号111頁。

3 裁判所ウェブサイト掲載の控訴審判決別紙3控訴人加湿器目録1。



X加湿器1

2 X加湿器2

次に、Xらは、遅くとも平成24年6月5日までに、次の画像⁴にあるような、カラフルな三通りの色の「X加湿器2」を開発しました。「X加湿器1」とは、全長がやや短く、円筒が僅かに太い点が異なる程度です。



X加湿器2

Xらは、平成24年6月6日から8日までの間に東京で開催されたインテリアやデザインの国際見本市に「X加湿器2」を出展しています。

4 裁判所ウェブサイト掲載の控訴審判決別紙3控訴人加湿器目録2。

しかし、X加湿器1又は2を国際見本市などに出展した頃、Xは、X加湿器を実際に商品として製造・販売する具体的な予定はありませんでした。

3 X加湿器3

実際に、XらがX加湿器を商品として販売を開始したのは、出展から2年余りが経過した平成27年1月5日頃からのことであり、次の画像⁵にあるような赤っぽい色の「X加湿器3」の販売の申出をXらのウェブサイトにおいて開始しています。



X加湿器3

三 Y商品

これに対し、Yは、平成25年9月頃、次の画像⁶にあるようなX加湿器と似たところのある「Y商品」を中国から輸入し、Y'を含めた取引先へ販売しました。

5 裁判所ウェブサイト掲載の控訴審判決別紙3控訴人加湿器目録3。

6 裁判所ウェブサイト掲載の控訴審判決別紙1被控訴人商品目録。



Y 商品

Y' は、平成25年10月頃から、自己が経営する雑貨店において「Y 商品」を販売していました。

四 X らの Y に対する請求

X らは、平成26年2月5日、Y に対し、「Y 商品」が X らのウェブサイトで紹介されている「X 加湿器2」の形態を模倣するものであるとして、Y 商品の輸入及び販売を中止するように警告しています。しかし、Y らは、その後も商品の輸入及び販売を継続しました。

そこで、X らは、Y らに対して、「Y 商品」は「X 加湿器1」又は「X 加湿器2」の形態を模倣したものであり、「Y 商品」の輸入及び販売は、不正競争防止法2条1項3号の不正競争に当たるとして、その輸入及び販売の差止め等を求めました。

また、X らは、「X 加湿器1」及び「X 加湿器2」は「美術の著作物」（著作権法10条1項4号）に当たり著作権（譲渡権又は二次的著作物の譲渡権）を有し、「Y 商品」の輸入及び販売は X らの著作権を侵害するものであるとして、その輸入及び販売等の差止めを求めました。

不正競争防止法違反又は著作権侵害による不法行為に基づいて、Y 及び Y' に対し、それぞれ120万円の損害賠償を請求しました。

本件の事案は、以上です。

第3 形態模倣

一 主な争点

丸田 それでは、不正競争の争点について、説明させていただきます。

本件の主な争点は次の4点になります。

- ① 「他人の商品」該当性（不正競争防止法2条1項3号）
- ② 「模倣」の有無（不正競争防止法2条5項）【本報告では略】
- ③ 保護期間終了の成否（不正競争防止法19条1項5号イ）
- ④ 善意無重過失の有無（不正競争防止法19条1項5号ロ）【本報告では略】

これらの争点のうち②の他人の商品の形態の模倣に該当するかという点と、④のYらがY商品を譲り受けた時に善意無重過失であったかという点については、本報告では省略させていただきます。

二 裁判所の判断

丸田 それでは、裁判所の判断について紹介します。

1 原審の判断

原判決は、不正競争防止法2条1項3号が「他人の『商品』の形態の模倣に係る不正競争を規定した趣旨は、市場において商品化するために資金、労力等を投下した当該他人を保護することにある」と解しており、また、「事業者間の公正な競争を確保するという同法の目的（…）にあることに照らせば、…〔同法2条1項3号の〕『商品』に当たるというため

には、市場における流通の対象となる物（現に流通し、又は少なくとも流通の準備段階にある物）をいうと解する」と判示しています。

そして、原告のX加湿器1及び2については、平成23年11月及び平成24年6月の「各展示会の当時の構成では、〔電源は銅線で接続する形態になっており、〕一般の家庭等において容易に使用し得ないものであって、開発途中の試作品というべきものであり、被告製品の輸入及び販売が開始された平成25年秋頃の時点でも、原告らにおいて原告加湿器1及び2のような形態の加湿器を製品化して販売する具体的な予定はなかった」と認定して、これらの点から、「原告加湿器1及び2は、市場における流通の対象となる物とは認められないから、不正競争防止法2条1項3号にいう『商品』には当たらない」と判示しました。

2 控訴審の判断

一方、控訴審判決は、2条1項3号の「他人の商品」該当性について、次のように判示しています。

(1) 「他人の商品」該当性

ア 「他人の商品」の意義

控訴審判決は、不正競争防止法2条1項3号の「他人の商品」の意義を定めるに当たり、同号の形態模倣の不正競争についての保護期間を定める不正競争防止法19条1項5号イの趣旨を参照しています。

すなわち、「『日本国内において最初に販売された日から起算して3年を経過した商品』については、当該商品を譲渡等する行為に形態模倣の規定は適用しないと定めるが(…)、この規定における『最初に販売された日』が、『他人の商品』の保護期間の終期を定めるための起算日にすぎない」ことは、条文の文言及び立法者意思から明らかとしています。言い換えれば、同号イは、保護期間の「始

期」を定めた規定ではない旨を示唆しています。

そして、「不正競争防止法2条1項3号において、『他人の商品』とは、取引の対象となり得る物品でなければならないが、現に当該物品が販売されていることを要するとする規定はなく、そのほか、同法には、『他人の商品』の保護期間の始期を定める明示的な規定は見当たらない。したがって、同法は、取引の対象となり得る物品が現に販売されていることを『他人の商品』であることの要件として求めているとはいえない。」として、「他人の商品」を広く解し、現に販売されていることは必要ではないとしています。

その上で、形態模倣禁止の趣旨に鑑みて「他人の商品」の意義については、「資金又は労力を投下して取引の対象となし得ること、すなわち、『商品化』を完了した物品であると解することが相当であり、当該物品が販売されているまでの必要はない」としています。「商品化」というキーワードを立てて、その内容として「資金又は労力を投下して取引の対象となし得る」物品をいうと定義しています。

そして、「取引の対象となし得る」といえるためには、「不正競争防止法は、事業者間の公正な競争を確保することによって事業者の営業上の利益を保護するものであるから（同法3条、4条参照）、取引の対象とし得る商品化は、客観的に確認できるものであって、かつ、販売に向けたものであるべきであり、量産品製造又は量産態勢の整備をする段階に至っているまでの必要はないとしても、商品としての本来の機能が発揮できるなど販売を可能とする段階に至っており、かつ、それが外見的に明らかになっている必要がある」と判示しています。

イ 控訴人（一審原告）の X 加湿器について

控訴審判決は、「他人の商品」の意義について判示した上で、X 加湿器1が平成23年11月に商品展示会に出展されたことを踏まえて、「商品展示会は、商品を陳列して、商品の宣伝、紹介を行い、商品の販売又は商品取引の相手を探す機会を提供する場なのであるから、商品展示会に出展された商品は、特段の事情のない限り、開発、商品化を完了し、販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになったものと認めるのが相当である」と述べています。つまり、商品展示会に出展するような段階に至れば、特段の事情のない限り、商品化を完了したことが外見的にも明らかになるものとしています。

そして、控訴審判決は、X 加湿器1が展示会の写真から蒸気を噴き出している様子が分かり、加湿器としての本来の機能を発揮していたと認定した上で、展示会では被覆されていない銅線で電源を供給している点も、量産化などのために被覆されたコード線に置き換えるようなことは極めて容易な通常なされる改変にすぎないので、販売可能な段階に至っていないような事情と見ることはできないとして、X 加湿器1は「他人の商品」に該当すると判示しました。

同様に、X 加湿器2についても「他人の商品」に該当するとしました。

(2) 保護期間の終了

次に、二つめの論点、保護期間終了の成否について報告します。

ア 保護期間の終期を定める規定の趣旨

控訴審判決は、「日本国内において最初に販売された日から起算して3年を経過した商品」を譲渡等する行為は形態模倣に当たらな

いとす適用除外の規定（同法19条1項5号イ）は、「『他人の商品』の保護期間の終期を定める」ものであるとしています。

その上で、当該規定の趣旨については、「形態模倣が、先行開発者に投下資本の回収の機会を提供するものである一方、形態模倣が、商品形態の創作的価値の有無を問うことなく模倣商品の譲渡等を禁止していることから、禁止期間が長期にわたった場合には、知的創作に関する知的財産法が厳格な保護要件を設けている趣旨を没却しかねず、また、後行開発者の同種商品の開発意欲を過度に抑制してしまうことから、両者のバランスをとって、先行開発者が投下資本の回収を終了し通常期待し得る利益を上げられる期間として定められた」としています。

イ 保護期間の始期

控訴審判決は、このような「保護期間の終期」が定められた趣旨を踏まえ、「保護期間の始期」については、「開発、商品化を完了し、販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになった時である」としています。その理由としては、「この時から、先行開発者は、投下資本回収を開始することができ得るからである」としています。

ウ X加湿器1及び2の保護期間の始期

そして、「また、『他人の商品』とは、保護を求める商品形態を具備した最初の商品の意味するものであり、このような商品形態を具備しつつ、若干の変更を加えた後続商品を意味するものではない」と。

控訴審判決は、ここでまた「他人の商品」の意義に触れ、「『他人の商品』とは、保護を求める商品形態を具備した最初の商品の意味

するものであり、このような商品形態を具備しつつ、若干の変更を加えた後続商品を意味するものではない。」とし、X加湿器2は、X加湿器1と実質的に同一の商品であるから、保護期間は、X加湿器1を基準として算定すべきであるとしています。そして、「保護期間の始期」は、X加湿器1の販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになった商品展示会への出展時である「平成23年11月1日」であるとし、控訴審の口頭弁論終結日より前の「平成26年11月1日」の経過により終了したとしました。

エ 「最初に販売された日」の意義について

控訴審判決は、保護期間の終期を定める規定の「最初に販売された日」とは、商品展示会への出展時ではなく、実際に「商品として市場に出された日」（平成27年1月）をいうべきであるとするXらの主張について、次のように判示しています。

すなわち、「最初に販売された日」には、（特に争いがないと思われる）「実際に商品として販売された場合」のほか「見本市に出す等の宣伝広告活動を開始した時」、すなわち、「商品の販売が可能となった状態が外見的に明らかとなった時」が含まれると解しています。その理由としては、「商品の販売が可能になったもの実際の販売開始が遅れると、開発、商品化を行った者は、実質的に3年を超える保護期間を享受できることになってしまう」ことは「保護期間を3年に限定した形態模倣の趣旨に合致しない」からであるとします。

三 学説及び裁判例

丸田 次に、「他人の商品」の論点について、学説及び裁判例を御紹介し

ます。

1 「最初に販売された日」の意義についての学説

「最初に販売された日」の意義については、以下の二つの説があります。

A 説 「最初に販売された日」は、商品形態の保護期間の終期の起算点を示すと同時に、商品形態の保護の始期をも示す⁷。

B 説 「最初に販売された日」は、商品形態の保護期間の終期の起算点を示すにすぎない⁸。

このように、いずれの説によるとしても「保護期間の終期の起算点を示す」点については争いありませんが、保護期間の始期も示しているかどうかについては争いがあり、見解が分かれています。

2 商品形態の模倣に対する保護期間の終期の起算点に関する裁判例

次に、商品形態の保護期間の終期の起算点（19条1項5号イの「最初に販売された日」）に関する3件の裁判例を御紹介します。

(1) ハートカップ（ハート型包装容器）仮処分申立事件決定⁹

1件目の平成6年のハートカップ事件では、「最初に販売された日」の解釈として、「商品の形態が確認できる状態での販売のための広告活動や営業活動を開始した日」という基準を採りました。

具体的な事案については、取引先にハート型包装容器の形態を図

7 小野昌延ほか2名編『不正競争の法律相談Ⅰ』（青林書院、2016年）335～340頁〔伊藤真〕は、「日本国内において最初に販売された日から起算して3年間に限り保護されます。」とする。

8 小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説〔第2版〕』（青林書院、2015年）310頁。小野昌延編著『新・注解不正競争防止法第3版下巻』（青林書院、2012年）1304頁〔泉克幸〕。なお、産業構造審議会知的財産政策部会「不正競争防止法の見直しの方向性について」（平成17年2月）49頁は、「保護期間の開始時期は明確には規定されていない。」とする。

9 神戸地決平成6年12月8日（平成6年（ヨ）第487号）知的裁集26巻3号1323頁。

面により提示した時点を「最初に販売された日」に当たるとしました。

(2) ハートカップ (ハート型包装容器) 本案事件判決¹⁰

2件目は、1件目と同じハートカップ事件の本案事件ですが、ここでは、仮処分命令申立事件とは異なる解釈及び判断がされました。

すなわち、「市場での投下資金、労力の回収活動が外見的に明らかになった時点、即ち、商品を初めて市場に出荷した時点と解すべきである」としました。

その上で、具体的な事案では、取引先に設計図面を見せて受注した後、取引先に「製品3500個をいわゆるサンプル出荷」した日を「市場での投資活動が外見的に明らかになったという点では、本格的出荷と何ら異なる点はない」として「最初に販売した日」と認定しました。

(3) ショルダーバッグ・アドベンチャートラベル事件¹¹

3件目は、ショルダーバッグ・アドベンチャートラベル事件です。詳細な判示はしておりませんが、裁判所は、「最初に販売した日」を商品が「発売され若しくは発売可能な状態」にあった時点としています。

3 商品形態の保護期間の終期の起算点のまとめ

「最初に販売した日」が商品形態の保護期間の終期の起算点になると自体については争いはありませんが、「最初に販売した日」の解釈が分かれていますので、具体的な起算点も異なることとなります。この点についての各裁判例における起算点を次の「表」にまとめました。

10 名古屋地判平成9年6月20日（平成7年（ワ）第1295号）日本知的財産協会判例集（平成9年）2083頁。

11 東京地判（46部）平成13年12月27（平成12年（ワ）第20801号）。

表 商品形態の保護期間の終期の起算点（最初に販売された日）
及び保護期間の始期のまとめ

①	〔始期〕 開発、商品化を完了し、販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになった時（本件控訴審判決）
①	〔終期の起算点〕 商品の販売が可能となった状態が外見的に明らかとなった時を含む（本件控訴審判決）
①	〔終期の起算点〕 商品の形態が確認できる状態での販売のための広告活動や営業活動を開始した日（取引先への図面の提示時）（ハート型包装容器仮処分事件決定）
②	〔終期の起算点〕 市場での投下資金、労力の回収活動が外見的に明らかになった時点 = 商品を初めて市場に出荷した時点（サンプル出荷時。ハート型包装容器本案事件判決）
③	〔終期の起算点〕 商品が発売され若しくは発売可能な状態にあった時点（シオルダーバッグ・アドベンチャートラベル事件判決）

このように、本件控訴審判決を含めて、御報告した裁判例に示された5つの規範を大きく①と②に分類した上で、保護期間の始期の時点又は終期の起算点が早くなると思われる順に並べてあります。もっとも、①と②のそれぞれの中では、順番が入れ替わることもあると思います。大きく①と②の分類で見ただけであればと思います。

4 商品形態の保護期間の始期

「最初に販売された日」の意義についてB説は、あくまで「3年」の起算点を示すにすぎないと考えます。B説の見解に立つと、それとは別に、不正競争防止法2条1項3号による商品形態の模倣に対する保護期間の「始期」をどのように考えるのかという問題が出てきます。この保護期間の「始期」については、二通りの考え方がありのように思われます。

1つ目の考え方は、「他人の商品」の該当性という文言解釈の形を取るものです。つまり、「他人の商品」に該当するのであれば、2条1項3号の保護が開始するという考え方です。

2つ目の考え方は、そのような文言解釈とは離れて、商品形態の保護の始期はいつかを論じるものです。

B説の中でも、保護の始期をいつに取るのかということは、様々な考え方が出てくるわけです。具体的に言えば、「最初に販売された日」よりも早める方向で考えますので、どこまで早めるかというところで、さまざまな解釈があるようです。

この点について、京都教育大の比良准教授は、以下の4つの見解に分類しています¹²。

① 成果冒用違法説¹³

商品の設計図が出来上がった段階で模倣する行為も保護する。

② 「模倣」可能時点説¹⁴

模倣者から見て「模倣」が可能となったと認められる時から保護する。

③ 「商品」化時点説¹⁵

デッドコピーし得る「商品化」がなされた時から保護する。

④ 「営業上の利益」説¹⁶

12 比良友佳理「不正競争防止法2条1項3号の保護の開始時期—スティック加湿器事件—」知的財産法政策学研究49号(2017年)359頁以下。

13 渋谷達紀『不正競争防止法』(発明推進協会、2014年)144頁は、「他人の商品の設計図を複製して、これに基づいて生産した商品を販売する行為は、他人の商品の発売日前であっても、形態模倣商品の頒布に当たる」とする。

14 松村信夫『新・不正競争訴訟の法律と実務』(民事法研究会、2014年)413頁は、海外で販売がされたり、インターネット上に公開されれば、国内において模倣が可能になったといえるとする。

15 田村善之『不正競争防止法概説〔第2版〕』(有斐閣、2003年)312頁は、「商品化の時点で保護に値する労力、費用の投下は終了している」からであるとする。これに賛意を示すものとして、小野昌延編著『新・注解 不正競争防止法〔第3版〕(下巻)』(青林書院、2012年)1304頁〔泉克幸〕がある。

16 金井重彦ほか2名編著『不正競争防止法コンメンタール(改訂版)』(レクシスネクシス・ジャパン、2014年)438頁〔町田健一〕。

「営業上の利益」があるといえる時、すなわち、商品化が完了しており、かつ、客観的にその商品の販売に向けた準備に着手した時から保護する。

おおむね①から④の順に、時期が遅くなっていくといえるのではないかと思います。

四 本件の検討

丸田 それでは、本件について検討いたします。

1 「最初に販売された日」の趣旨

本件控訴審判決は、「最初に販売された日」を『「他人の商品」の保護期間の終期を定めるための起算日にすぎない』としています。その上で、保護期間の開始時点を、「開発、商品化を完了し、販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになった時」としています。本件において、その時点は商品展示会に X 加湿器1を出展した時であると認定し、その時から3年の経過により保護期間が終了するとしています。

その上で、「最初に販売された日」について、「実際に商品として販売された場合のみならず、見本市に出す等の宣伝広告活動を開始した時を含むことは、立法者意思から明らかであるから、商品の販売が可能となった状態が外見的に明らかとなった時をも含む」として、保護期間の始期である「商品の販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになった時」をも「含む」としています。「一致」させるとまではしていませんが、「含む」としていますので、「保護期間の終期の起算点」と「保護期間の始期」とをリンクさせているといえます。このように、「保護期間の終期の起算点」と「保護期間の始期」とをリンクさせていることから、結論としては、A 説を採っているものと理解されます。

また、控訴審判決は、「最初に販売された日」の判断基準について、保護期間の始期のメルクマールを「包む」としていますが、2条1項3号の保護が開始しないのに保護期間のカウントダウンが始まるというような解釈は、さすがに採り得ないと思いますので、「包む」という結論自体には特段の意味はなく、「販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明らかになった時」に保護期間も開始することとイコールと考えていいのではないかと思います。

B説を採りますと、事案にもよりますが、理論上、保護期間が19条の定める3年を大幅に上回るという事態が生じ得ることになり、先行者に過大な保護を与えかねません。先行者に過大な保護を与えるべきでないという意味でも、A説を採ったと見られる判決は妥当ではないかと考えます。

2 商品形態の保護期間の終期の起算点

次に、「商品形態の保護期間の終期の起算点」について、判決は「最初に販売された日」について、「実際に商品として販売された場合のみならず、見本市に出す等の宣伝広告活動を開始した時をも含む」とした上で、「商品の販売が可能となった状態が外見的に明らかとなった時をも含む」という言い方をしていますが、本件においては、商品展示会にX加湿器1を出展した時が該当するとしています。これは、ハートカップ仮処分事件の判断に近いと考えます。

2条1項3号の趣旨について、「先行開発者に投下資本の回収の機会を提供する」ことにもあると考えますと、発売前でも、保護に値する利益が生じている場合があります。しかし、そうだとした場合、「最初に販売された日」を早い時期に認めると、保護期間である3年も早く満了することになるので、必ずしも先行開発者の利益ばかりにはなりません。

本件で言いますと、商品展示会の出展時には、X加湿器1及び2のような形態の加湿器の具体的な販売予定は当初はなかったと認定されていますが、それにもかかわらず保護期間の3年が開始するということとなりますと、先行者の投下資本の回収が十分に図れないおそれが生じます。

先行開発者としては、量産化に先立ち、製造業者等への委託や展示会に出展する必要があるという状況も十分あり得るところですので、早い段階で保護期間が開始してしまうとすると、先行開発者にとっても困る事態が生じ得ます。

しかし、そうは言っても、先行開発者は、自ら商品の宣伝・紹介等、具体的には展示会等への出展などをいついかなるタイミングで行うのかを自由に決定できます。

今回、控訴人は、商品展示会に出展したにもかかわらず、その後、しばらくの間、具体的な製品化・販売を行うことができずにいました。なぜそのような事態になったのかは、判決文からは読み取れません。しかし、先行開発者は出展などの時期を自ら決定する自由があります。そうだとすれば、例えば、展示会への出展をした段階で、A説の下で保護期間の3年が開始すると考えても、あながち酷とはいえないと考えます。本件のスティック型加湿器は、展示会に出展すれば他者による模倣が可能になってしまいますので、その時点で保護を開始すると解しても、タイミングとしては適切だと考えます。したがって、判決は、結論としては妥当だと考えます。

ただ、「最初に販売された日」について、判決は、以下の2つの時点について、これに当たると言っています。

1点目は、「実際に商品として販売された時」。これは問題ないと思います。

2点目は、「見本市に出す等の宣伝広報活動を開始した時」、すなわち、「商品の販売が可能となった状態が外見的に明らかになった時」をも含むとしています。

この2点目の「見本市に出す等の宣伝広告活動を開始した時」までも含むということが、「最初に販売された日」の文言解釈として果たして取りうるところなのかという点は、疑問に思っています。「宣伝広告活動を開始した時」ですから、実際の機能を有していないモックアップを展示会に出しただけでも、宣伝広告活動に入ってしまうのではないでしょうか。判決の趣旨としては、「商品の販売が可能になった状態」であることを前提にしているとも思われるのですが、そのような事情はこの「見本市に出す等の宣伝広告活動を開始した時」に必ずしも入っておりませんので、これは広きに失するのではないかと考えます。その点で、本件控訴審判決は、少し言い過ぎているのではないかと感じています。

3 商品形態の保護の始期

最後に「商品形態の保護の始期」ですが、控訴審判決は「他人の商品」を「資金又は労力を投下して取引の対象となし得ること、すなわち『商品化』を完了した物品である」としています。そして、取引の対象とし得る商品化は、「商品としての本来の機能が発揮できるなど販売を可能とする段階に至っており、かつ、それが外見的に明らかになっている必要がある」とし、その上で、X加湿器1について、展示会では、電源はむき出しの銅線ながら、蒸気を噴き出しており、加湿器としての本来の機能を発揮していたので、電源を被覆されたコード線に置き換えて量産化するようなことは極めて容易であるとして「他人の商品」に該当するとしています。その上で、「保護期間の始期」について、「開発、商品化を完了し、販売を可能とする段階に至ったことが外見的に明ら

かになった時をも包む」と判示しています。

このように、本件判決では、「保護期間の始期」と「最初に販売された日」を別個に論じた上で、「保護期間の終期の起算点」には「保護期間の始期」が包まれるとしているのですが、なぜこのような論じ方をしたのか、読んでいてもその理由がよく分かりません。既に申し上げたとおり、包含関係にすることに実質的な意味がないのであれば、「保護期間の終期の起算点」と「保護期間の始期」とを分けて論ずる必要はないと考えます。「保護期間の始期」は、例えば「最初に販売された日」の解釈問題として論ずれば足りるでしょう。私としては、A説を採るのであれば、「最初に販売された日」の文言解釈の問題として論じて、その段階から保護が開始するのだといえ、すっきりしたのではないかと考えます。

第4 討論—形態模倣

一 「図面」だけの展示、「デザイン」だけの掲載

伊藤 ありがとうございます。まとめますと、まず、不正競争防止法2条1項3号の形態模倣の保護は、「他人の商品」の形態を模倣したことを前提としていますので、保護の対象は「商品」でなければいけません。また、19条1項5号イの「最初に販売された日」の意義ですが、保護期間の起算点のみならず、その始期も定めているとするA説と、起算点のみを定めているとするB説とに分かれています。B説の中でも、保護期間の「始期」について①から④まで四つぐらい説が分かれています。「他人の商品」の形態の模倣に対する保護ですので、例えば、「設計図」の段階で「商品」にはまだなっていないものを模倣したときも「商品」の模倣になるのかが問題になります。19条の「日本国内において最初に販売が開始された時から3年間」の期間との関係

では、「最初に販売が開始された時」がいつかという点も問題になります。

そして、3年間の保護期間が開始した時が「最初に販売を開始した日」でもあるという A 説の考え方と、そこは分けて考える B 説のうち、控訴審判決は、B 説を採るかのようにも見えます。しかし、保護期間が長くなるおそれがあるとして、「他人の商品」と認められる時期を保護期間の始期とすると同時に「最初に販売を開始した日」に当たると捉え、その時から3年間の経過で保護を打ち切るとしています。

丸田先生に質問しますが、控訴審判決の考え方では、形態模倣に対する保護がされるためには「商品化」を完了していなければならないこととなりますが、商品化の前の「図面」だけが展示されたり、商品の「デザイン」だけが雑誌に掲載されたり、商品化には全く至っていないときは、先行開発者の保護はどうなるのでしょうか。誰かがその「図面」や「デザイン」を模倣した商品を売り出したときは、3号の商品形態の模倣は及ばないのでしょうか。

丸田 仮に B 説の①の成果冒用違反説を採るときは、形態模倣に対する保護がされることとなります。

伊藤 その説は、丸田先生は採らないのですね。

丸田 はい。

伊藤 採らないとすると、模倣し放題ということでしょうか。

丸田 「設計図」や「デザイン」の段階で表に出さざるを得ないとか、あるいは「モックアップ」を展示したとしても、意匠出願などをすれば、一定の保護は可能ではないかと考えます。

伊藤 意匠出願もしないで公表したら、模倣されても仕方がないということですか。

丸田 はい。

伊藤 なるほど。ところで、丸田先生が「これは早すぎるだろう」と言っていた「見本市に出す等の宣伝広告活動を開始した時」ですが、控訴審の判決文を見ると、「規定の趣旨からみて、実際に商品として販売された場合のみならず、見本市に出す等の宣伝広告活動を開始した時を含むことは立法者意思から明らかであるから、商品の販売が可能となった状態が外見的に明らかとなった時をも含むと解するのが相当である」という言い方をしていますので、「販売が可能となっていない」のようなものを見本市に出している場合は、控訴審判決は想定していないのではないですか。

丸田 はい。

伊藤 皆さんから質問や御意見をいただけますでしょうか。

司会 例えば、「設計図」のみが示されたときでも、その形態を模倣して商品化することが「可能」なのであれば、保護の期間は「設計図」を公開した時点で開始するとしてもよさそうですね。必ずしも模倣し放題にはならないのではないですか。

伊藤 その場合であれば、「販売が可能となった状態」と認められて保護が認められる可能性は十分あるでしょうね。それでは、例えば、デザイナーが「こんな形の加湿器があったらいいな」と想像図をデザインとして雑誌に載せたとしたら、それはいかがですか。

司会 単に想像図にすぎないのであれば、実際の商品として販売が可能ない状態にまでは至っていませんから、デザイナーを保護する必要はないと思います。

伊藤 そうすると、誰かがその雑誌を買って、「かっこいい。俺、作っちゃおう」といって作っても構わないということでしょうか。

司会 アイデアに刺激か示唆を受けて、「よし、これを商品にしてやろう」と思った人が、「最初」に「商品化」をした人になると思いますが。

伊藤 そうすると、「意匠登録もしないで勝手にデザインを載せた貴方が、うかつだったんだよね」ということでよいということですかね。

司会 著作権法により保護されるのであれば、別論だとは思いますが、少なくとも形態模倣による保護は受けられなくなるように思います。

伊藤 当然、営業秘密として企業内で検討していたデザインを流出させたり、勝手に商品化したりすれば、別途、保護されるわけですね¹⁷。

司会 はい。ただ、発明でも特許出願をしないで公然実施すれば、それで権利を失うわけですから、アイデアをデザイン集に載せた人が、それを商品化しないときは、保護する必要性はないと思います。

伊藤 それでよいのでしょうか。丸田先生も、自分が見本市にいつ出展するかをきちんと考えて、そのタイミングを考えればよいし、その前に意匠出願するなりして、自分でプロテクトしてから出展すればよく、脇を甘くしたまま展示したときは、保護されなくとも仕方ないのかもしれない¹⁸。司会の先生がいわれましたが、発明を得意気に論文で公開しながら、他人が実施したとき、「俺のアイデアを盗んだ」と憤っても、特許出願していない方が悪いという話と同じように考えればよいかもしれません。

二 「保護期間の始期」と「最初に販売を開始した日」との関係

伊藤 「最初に販売を開始した日」を保護期間の終期の起算点としつつ、保護期間の始期を外見的に販売が可能とされた時として、一緒にすれ

17 不正競争防止法上の営業秘密の保護（同法2条1項4号から10号まで）。

18 意匠の新規性の喪失の例外（意匠法4条2項）により、公知に至った月から6月以内であれば出願は可能である。

ば、3年間の保護しか得られないことになります。一緒にしないときは、外見的に販売が可能とされながら、実際に発売はしないで、ブラッシュアップを重ねて、更に4年経過してから商品の販売を開始すれば、結局7年間保護されることになります。どちらがあるべき姿かについては意見が分かれそうです。皆様の御意見はいかがでしょうか。

松本直樹弁護士 条文の文言だけにこだわると、そのような規定のようにも読めますが、余り有力な考え方ではないというお話は、意外に思いながら、伺っていました。

伊藤 裁判例として明確にしているものはないと思います。

丸田 「最初に販売された日」の趣旨について、B説の方が有力なようにも思っていました。本件控訴審判決について、比良先生はB説を採ったのではないかと理解されていますが¹⁹、判決文を素直に読むとA説を採っているように思います²⁰。

松本 私は十分検討していませんが、今まで伺ったお話からすると、比良先生という方は判決の論旨はB説と理解しているけれども、判決は現実的な解決として、保護期間を3年とするために無理に合わせているという話になりますね。それを、実質的にはA説ではないかと、丸田先生は考えておられるものと理解しました。そのようなお話です。

丸田 はい。

三 「販売」の意義

深井俊至弁護士 少し次元の違う話なのですが、条文で、最初に「販売」

19 比良・前掲注(12)374頁。

20 泉克幸「判例研究・スティック形状加湿器事件」L&T75号(2017年)73頁(82頁)は、本件控訴審判決はA説を採用した旨を指摘する。

された日から、となっているのですが、「販売」という文言そのものについて、議論はないのですか。普通に考えれば、「販売」は有償譲渡と思いますが、2条1項3号で禁止される方は、譲渡・貸渡し・展示など全て入っているのですね。

伊藤　そうです。

深井　そこについて、これは立法の過誤なのか。禁止が譲渡・貸渡しうんぬんなのだから、「譲渡、貸渡し、展示」などされた日からとやれば素直なのですが、保護期間の場合は譲渡・貸渡しなどで、禁止が保護なわけだから、そこもずれていると思うので、どのように考えたらいいのでしょうか。輸出している、貸渡しをしているのであれば、絶対に「販売」になるということでもないわけです。ですから、A説もB説も、販売するか、あるいは「販売に向けた行為」と言って、「展示をしたら」と言っていますが、展示しても販売は絶対にしないという人もいると思うので、これはどのように考えるのでしょうか。

丸田　事前検討の際、19条1項5号イでも、「最初に販売された日から」の後に「譲渡若しくは貸渡しのために展示し」と規定されているので、展示会への出品・展示も「展示」と考えた方が素直ではないか、「販売」は有償譲渡と考えた方が素直ではないかという議論をしました。御指摘いただいた点は、解釈論として全くおっしゃるとおりだと思います。しかし、現状の「最初に販売された日」についての解釈論では、非常に緩やかに捉えています。理屈としては、この規定を設けた趣旨から広く解するのだという言い方しかされていないのですが、私自身は、この点につき非常に疑問というか、違和感を感じます。

伊藤　そうですね。「販売」という文言から離れて、文言解釈をするとどうにもならなくなるところが、この解釈論にはあるような気はしま

す。多分、A 説的なことを前提に置く一方で、受注を受けるような段階になった時、先回りして模倣した商品売り出した者は許されるはずはないだろうという思いはあるので、そこは、「販売」が開始されていなくても守ってあげなければいけない。守ってあげてしまうと、3年よりも余り長い期間を保護することになってしまうと、おかしくなってしまう。「じゃあ、仕方がない」というような感じがあるのかなと私は思っていて、2条1項3号のところは、突っ込みどころはあると思っています。

阿久津匡美弁護士 私は不正競争防止法を所管する官庁に勤務していた経験がありますが、これはあくまで私見ですが、この点は、立法の過誤ではなくて、「事業者間の公正な競争を害するか」ということがまず不正競争防止法の大前提としてあるので、真正品の販売により形成された市場に模倣品を「販売」して利益をむさぼったのであれ、すべからく無償譲渡であれ、競争を害した以上規制すべきであるという趣旨だと思います。19条1項5号イが真正品の「販売」を起算点としつつも、2条1項3号において模倣品の「貸渡」行為や「展示」行為も禁止している点がずれていると言われれば確かにずれているのですが、法制度の建て付けとしては間違っているわけではないことを御理解いただければと思います。真正品の「販売」の開始により形成された市場を害したかどうかということです。公正な競争を害したかどうかということが、出発点です。

伊藤 出発点ですね。その意味で、法の趣旨からすれば、その前のところからアウトになる。不正競争行為だと言わなければいけないところがあって、それも十分理解できる。ただ、現実の文言からすると、少しずれざるを得ない。「販売」という言葉を、拡張解釈せざるを得

なくなっている。現実に裁判例でも販売を緩やかに解しているものがある。

阿久津 市場が形成された時が「販売」時といえるかどうかというところだと思います。

伊藤 ありがとうございます。ちなみに、差し支えなければ、商品形態の保護期間の終了時点の起算点と商品形態の保護の始期との関係に関する A 説、B 説については、どのように理解されていますか。不正競争防止法2条1項3号の「保護」は、それ以上の部分については意匠法や2条1項1号などで保護されるから、3年なのだということが立法当時言われていましたが、B 説のような形で、販売の準備ができて受注を受け付けているが、まだ実販売にならないためにずるずるなっている時は、長くなってもよいと考えるのか、やはり3年で切ってしまうと考えるのか、そのあたりは何かございますか。

阿久津 当該官庁においては、行政措置を執らないので、基本的には、司法判断に任せるというスタンスなのですが、一番考える原点は、競争を害したかどうか全て解釈の根幹にあるかなというところだと思います。

伊藤 ありがとうございます。個人的にこの部分は、平成17年改正で「日本国内において」と規定されたのですが、では、フランスで日本語のホームページがあって、日本からでもクレジットで買えていれば、日本国内において販売したことになるのかなど、未解明な問題がたくさんある。あるいは、日本国内で販売されていたのだが、正規業者ではなくて並行輸入業者が、「このブローチかっこいいから」といって、国内の間屋や小売店から少量輸入して売っていた。それが、「日本国内において販売を開始した時」に認められるのか。認められるとすれ

ば、正規業者は知らないところでストップウォッチが始まってしまうのだが、それでいいのか。他方、少量の並行輸入か否かなどは第三者にはわかり得ないなど、いろいろな未解明な問題があって、判決が早く出てほしいと思うのですが、全然判決が出ないというところが問題なのだと思っています。

第5 応用美術

伊藤 ここで、応用美術の話に移らせていただきます。高田先生、お願いします。

一 原審及び控訴審判決

高田 それでは、著作権の方に入らせていただきます。主な争点は、X加湿器1（「第2-1」の写真）及びX加湿器2（「第2-2」の写真）の著作物性になります。

1 原審の判決

これについて、原審の判決は、著作権侵害に基づく請求について、X加湿器1及び2は応用美術の領域に属するものとの認識を前提に、著作物性の判断をしました。著作権法が文化の発展に寄与することを目的にすることや、工業上利用できる意匠については、所定の要件のもとで意匠法による保護が受けられることを理由に、「純粋な美術ではなく、応用美術の領域に属するもの、すなわち、実用に供され、産業上利用される製品のデザイン等は、実用的な機能を離れて見た場合に、それが美的鑑賞の対象となり得るような創作性を備えている場合を除き、著作権法の著作物に含まれない」という一般論を示しました。その上で、

本件に当てはめをし、X加湿器1及び2は「美的鑑賞の対象となり得るような創作性を備えているとは認めることはできない」とし、著作物には当たらないと判断しました。応用美術に著作物性を認めることに消極的な従来の判決の流れに沿った枠組みを採用したものと思います。ただ、従来の判決の中には「高度な」という言葉を使っているものもありましたが、この原審では使われていません。

2 控訴審判決

控訴審判決は、まず、応用美術が問題になるかということについて、「Xらは、X加湿器1及びX加湿器2が、加湿という実用に供されることを目的とするものであることを前提として、その著作物性を主張するから、本件は、いわゆる応用美術の著作物性が問題となる」としており、原審同様、応用美術の問題になるとしています。

次に、応用美術かどうかについての基準については、「著作権法は、建築、地図、学術的な性質を有する図形、プログラム、データベースなどの専ら実用に供されるものを著作物になり得るものとして明示的に掲げているのであるから、実用に供されているということ自体と著作物性の存否との間に直接の関連性があるとはいえない。したがって、専ら、応用美術に実用性があることゆえに応用美術を別異に取り扱うべき合理的理由は見出し難い」とし、「また、応用美術には、様々なものがあり得、その表現態様も多様であるから、作成者の個性の発揮のされ方も個別具体的なものと考えられる」。その上で、「応用美術は、『美術の著作物』に属するものであるか否かが問題となる以上、著作物性を肯定するためには、それ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えなければならないとしても、高度の美術的鑑賞性の保有などの高い創作性の有無の判断基準を一律に設定することは相当とはいえず、著作

権法2条1項1号所定の著作物性の要件を充たすものについては、著作物として保護されるものと解すべきである」と判示しました。

「TRIPP TRAPP 事件」の控訴審判決（裁判例²⁹）と同じように、「高い創作性」の基準は設けないとし、「著作権法2条1項1号所定の著作物性の要件を充たすもの」は著作物として保護されるとしています。ただし、「それ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えなければならない」という言い方は、「TRIPP TRAPP 事件」ではしていませんので、ここが言い方としては違うように思いました。

それから、本件の控訴審判決は、「高い創作性」の基準を設けないことによる弊害の有無について、「応用美術は、実用に供され、あるいは産業上の利用を目的とするものであるから、美術的特性を備えるとともに、当該実用目的又は産業上の利用目的にかなう一定の機能を実現する必要があり、その表現については、同機能を発揮し得る範囲のものでなければならない。応用美術の表現については、このような制約が課されることから、作成者の個性が発揮される選択の幅が限定され、したがって、応用美術は、通常、創作性を備えているものとして著作物性を認められる余地が、上記制約を課されない他の表現物に比して狭く、また、著作物性が認められても、その著作権保護の範囲は、比較的狭いものにとどまることが想定される。そうすると、応用美術について、美術の著作物として著作物性を肯定するために、高い創作性の有無の判断基準を設定しないからといって、他の知的財産制の趣旨が没却されたり、あるいは、社会生活について過度な制約が課せられたりする結果を生じるとは解し難い」と論じています。

「TRIPP TRAPP 事件」の控訴審判決も、応用美術に広く著作物性を認めても、その保護範囲は比較的狭くなることが想定されることから

弊害が生じ難いことを詳しく論じています。本件控訴審判決も、この点は同様です。ただし、「TRIPP TRAPP 事件」の控訴審判決とは少し表現が異なる部分があります。「TRIPP TRAPP 事件」の方は「意匠法」による保護との重複について述べていますが、本件判決は「他の知的財産制の趣旨」という述べており、意匠に限らず他の知的財産も意識したような表現がされています。

そして、本件の X 加湿器への当てはめですが、「著作権法は、表現を保護するものであって、アイデアを保護するものではないから、その表現に個性が顕れなければ、著作物とは認められない。」と述べた上で、「加湿器をビーカーに入れた試験管から蒸気が噴き出す様子を擬したものにしようとすることは、アイデアにすぎず、それ自体は、仮に独創的であるとしても、著作権法が保護するものではない。」とし、X 加湿器1の「具体的形状…は、通常の試験管が有する形態を模したものであって、従前から知られていた試験管同様に、ありふれた形態であり、…個性が発揮されたものとはいえない。」とし、「著作権法における個性の発揮を認めることはできない」として、著作物性を否定しました。

このように、個性の発揮がない点において結論を出していますので、「それ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性」を備えているかという基準については一切当てはめがされないまま、「美的特性を備えるか否かを検討するまでもなく、著作物であるとは認められない。」と結論づけています。

二 応用美術の著作物性についての議論の状況

高田 ここで、応用美術の著作物性についての議論の状況を説明させていただきます。

従前から諸説がありますが、大きく分けると、「区別説」と「非区別説」に分けられているように思います²¹。「区別説」は、応用美術について独自の基準を純粋美術とは区別して設ける考え方です。「非区別説」は、応用美術について特に純粋美術とは区別した独自の基準を設けないという考え方になります。

「区別説」の中でも、著作権法2条2項の「この法律にいう『美術の著作物』には、美術工芸品を含むものとする。」という規定についてどのように考えるかにより「厳格説」と「緩和説」に分けられるとされています²²。「厳格説」は、著作権法2条2項は応用美術の中でも「美術工芸品」について特に例外的に著作物性を認めたものと解し、例外を限定的に捉えています²³。これに対し、「緩和説」は、この規定を「美術工芸品」について単に例示したものであり、確認的に規定したにすぎないものと考えます²⁴。

「緩和説」の中でも、著作物性が認められるものが「美術工芸品」に限定されないとしても、応用美術をどの範囲で、どのような基準で保護すべきかという点が問題となります。この点に関しても諸説あります。例えば、「段階理論」といわれているものは、著作物性が認

21 上野達弘「応用美術の著作権保護―『段階理論』を越えて―」別冊パテント11号(2014年)96頁(109頁)。

22 設樂隆一「応用美術についての一考察―知財高裁ファッションショー事件を契機として」中山信弘編集代表『知的財産とコンピュータと法 野村豊弘先生古希記念論文集』(商事法務、2014年)275頁(281頁以下)。

23 加戸守行『著作権法逐条講義 六訂新版』(著作権情報センター、2013年)68頁以下。

24 横山久芳「著作権法における応用美術の保護のあり方」小泉直樹・田村善之編『中山信弘先生古希記念論文集 はたばき―21世紀の知的財産法』(弘文堂、2015年)563頁(564頁)。

められるためには「高度な創作性」を必要とするという考え方になります。また、後でも述べますが、「分離可能性説」という著作物を物品から分離することができるかどうかにより著作物性を判断する考え方も、「緩和説」の一つと考えられます。

三 裁判例の状況

高田 ここで、応用美術の著作物性に関する従来の裁判例35件を取り上げ、まとめてみました(別紙「応用美術の著作物性に関する裁判例」①から⑳まで)。全てを網羅はしていませんが、主なものはほぼ掲げています。上級審判決もある事件の前審の判決には網掛けをしました。

本日紹介している「スティック型加湿器事件」も第一審判決(裁判例㉑)と控訴審判決(裁判例㉒)と、両方、挙げています。

裁判例は、応用美術についての判断基準として、いろいろな表現を用いています。そこで、例えば、「高度」、「純粹美術」、「美的鑑賞」というような表現を用いているかどうかを調べ、「○」か「×」を付けてみました。「実用から離れて」、「構成から分離」という表現についても「○」か「×」を付けています。

1 従来の裁判例

従来の裁判例の判断枠組みですが、著作権法2条2項を確認的規定と捉え、意匠法との制度調整等を理由として、純粹美術と同視し得るような高度な美的鑑賞性を有する必要があるというような基準を設け、そのようなものを「美術の著作物」として保護するという考え方が大きな流れとしてあったと思います。主なものとして、裁判例を4件ほど挙げました(裁判例②、③、⑨、⑮)。いずれも「区別説」になると思います。

これらの4件のうち「博多人形赤とんぼ事件」(裁判例②)は、量産品

応用美術の著作物性に関する裁判例

		高度	純粋美術	美的鑑賞	実用性等から離れて	構成から分離	結論	裁判例が示した基準
①	天正菱大判事件 (大阪地判昭和45年12月21日) 無体裁集2巻2号654頁	○	×	×	×	×	×	高度の芸術性を備えているとき… 【旧法下】
②	博多人形赤とんぼ事件 (長崎地佐世保支判昭和48年2月7日) 無体裁集5巻1号18頁	×	× *1	×	×	×	○	美術工芸的価値としての美術性も備わっている…「美術工芸品」の概念を広げた。
③	仏壇彫刻事件 (神戸地姫路支判昭和54年7月9日) 無体裁集11巻2号371頁	○	○	×	×	×	○	純粋美術に該当すると認めうる高度の美的表現を具備しているとき
④	アメリカTシャツ事件 (東京地判昭和56年4月20日) 無体裁集13巻1号432頁	×	○	×	×	×	○	純粋美術と同視しうる
⑤	商業広告事件 (大阪地判昭和60年3月29日) 無体裁集17巻1号132頁	×	○	×	×	×	○	同時に純粋美術としての絵画、彫刻等に該当するもの
⑥	佐賀錦袋帯事件 (京都地判平成元年6月15日) 判時1327号123頁＝判タ715号233頁	×	×	○	○	×	×	実用性の面を離れてもお一つの完結した美術作品として美的鑑賞の対象となりうるほどのもの
⑦	ニーチェア事件 (大阪高判平成2年2月14日)	×	×	○	○	×	×	実用面及び機能面を離れて完結した美術作品として専ら美的鑑賞の対象とされるもの
⑧	ニーチェア事件 (最高判平成3年3月28日) 判時1381号115頁＝判タ755号267頁	—	—	—	—	—	×	(上告棄却)
⑨	木目化粧紙事件 (東京高判平成3年12月17日) 知的裁集23巻3号808頁	○	○	×	×	×	×	高度の芸術性(すなわち、思想又は感情の高度に創作的な表現)を有し、純粋美術としての性質をも肯認するのが社会通念に沿うもの
⑩	漁網用の結節事件 (名古屋高判平成9年12月25日)	○	○	○	×	×	×	純粋美術と基本的には差異のない高度の美的表現と創造性を有し、それ自体が美的鑑賞の対象となり得るものであること
⑪	装飾窓格子事件 (東京高判平成4年9月30日) 知的裁集24巻3号777頁	×	○	×	×	×	×	純粋美術の本質的特徴を合わせ有する美的創作物
⑫	磁気テープ事件 (東京地判平成12年3月31日)	×	×	×	×	×	×	空間や物の形状、模様又は色彩のすべて又は一部を創出し又は利用することによる人の視覚を通じた美的価値を表現したもの
⑬	装飾街路灯事件 (大阪高判平成13年1月23日)	○	×	○	○	×	×	「思想又は感情の高度の創作的表現」実用品の産業上の利用を離れて、独自に美的鑑賞の対象となり得るもの
⑭	トントゥ人形事件 (東京地判平成14年1月31日) 判時1818号165頁	×	×	×	×	×	○	美術工芸品のな美術性も備えている
⑮	ファービー人形事件 (仙台高判平成14年7月9日) 判時1813号150頁	×	○	×	×	×	×	純粋美術と等しく美術鑑賞の対象となりうる程度の審美性を備えていること
⑯	レーターセット事件 (東京地判平成15年7月11日)	×	×	○	×	×	○	独立して美的鑑賞の対象となり得る程度の美的創作性を備えている場合
⑰	グルニエ・ダイン事件 (大阪高判平成16年9月29日) 判時1861号110頁	×	○	×	○	×	×	「実用性や機能性とは別に、独立し「純粋美術と同視し得る美的創作性(審美的創作性)」を具備していると認められる場合」

⑱	海洋堂フィギア事件(チョコエッグ事件) (大阪高判平成17年7月28日) 判時1928号116頁	×	○	×	○	×	動物× 妖怪○ アリス×	純粋美術と同視し得る程度の美的創作性を具備していると評価される場合
⑲	仙臺四郎事件 (仙台地判平成19年10月2日) 判時2029号153頁	×	○	×	×	×	×	純粋美術と同視できる程度に美術鑑賞の対象となりうる程度の美的特性を備えている場合
⑳	プチホルダー事件 (東京地判平成20年7月4日)	×	○	×	×	×	×	純粋美術や美術工芸品と同視することができるような美術性
㉑	サントリー黒烏龍茶事件 (東京地判平成20年12月26日) 判時2032号11頁	×	○	×	×	×	×	純粋美術と同視し得る場合
㉒	TRIPP TRAPP 事件地判 (東京地判平成22年11月18日)	×	○	×	×	×	×	純粋美術や美術工芸品と同視し得るような美術性を備えている
㉓	スペースチューブ事件 (知財高判平成24年2月22日) 判時2149号119頁=判タ1404号 287頁	×	○	×	×	×	×	純粋美術や美術工芸品と同視することができるような美的特性を備えている場合
㉔	鍋の握り部事件 (知財高判平成24年3月22日)	×	×	×	×	×	×	美術工芸品と同視できるような美的な効果を有する限り
㉕	カスタマイズドール事件 (東京地判平成24年11月29日)	×	△	△	×	×	×	あてはめのみ(「純粋美術」又はこれと同視しうる程度の美的創作性を具備する「応用美術」に該当しない)
㉖	シャトー勝沼事件 (知財高判平成25年12月17日)	×	○	○	×	×	×	客観的外形的に観察して見る者の審美的要素に働きかける創作性があり、純粋美術と同視し得る程度のもの
㉗	TRIPP TRAPP 事件 (東京地判平成26年4月17日)	×	×	○	○	×	×	実用的な機能を離れて見た場合に、それが美的鑑賞の対象となり得るような美的創作性を備えていること
㉘	ファッションショー事件 (知財高判平成26年8月28日) 判時2238号91頁	×	×	○	×	○	×	実用目的に必要な構成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握できるもの
㉙	TRIPP TRAPP 事件 (知財高判平成27年4月14日) 判時2267号91頁	×	×	×	×	×	○	【非区別説】(「美術の著作物」であること前提)
㉚	ピクトグラム事件 (大阪地判平成27年9月24日) 判時2348号62頁	×	×	○	○	×	○	それ自体が実用的機能を離れて美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えている場合
㉛	スティック型加湿器事件 (東京地判平成28年1月14日) 判時2307号111頁	×	×	○	○	×	×	実用的な機能を離れて見た場合に、美的鑑賞の対象となり得るような創作性を備えている場合
㉜	エジソンのお箸事件 (知財高判平成28年10月13日) 判時2320号113頁=判タ1432号 126頁	×	×	○	×	×	×	美的鑑賞の対象となり得るような特性を備えていること
㉝	スティック型加湿器事件 (知財高判平成28年11月30日) 判時2338号96頁	×	×	(※○)	×	×	×	【非区別説】(「美術の著作物」として「それ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えなければならない」)
㉞	ゴルフシャフト事件 (知財高判平成28年12月21日) 判時2340号88頁	×	×	(※○)	×	×	×	【非区別説】(「美術の著作物」として「それ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えなければならない」)
㉟	シャミー事件 (大阪地判平成29年1月19日)	×	×	○	○	×	×	実用的な機能を離れて見た場合に、それが美的鑑賞の対象となり得るような創作性を備えている場合

*1 美術工芸的価値

*2 美的価値

*3 美術工芸品的

*4 美術工芸品と同視

についても著作物性を認めた最初の判例として知られています。しかし、「区別説」のうちの「厳格説」と捉えることもできると思います。

他方、それ以外の3件の「仏壇彫刻事件」（裁判例③）、「木目化粧紙事件」（裁判例⑨）、「ファービー事件」（裁判例⑮）などは、「緩和説」と思われます。

旧法²⁵における事件ですが、「天正菱大判事件」（裁判例①）は、応用美術の著作物性に関して「高度の美術性を備えているとき」という「区別説」的な基準を既に示しています。

先ほど触れた「博多人形赤とんぼ事件」は、「高度」や「純粹美術」という表現は使わずに、「美術工芸品」に当たるかどうかの判断に「美術工芸的価値」という用語を基準として「美術工芸的価値」の概念を広げて「著作物性」を認めていますので、「厳格説」的であり、少し傾向が違います。ただし、現行法下で応用美術について著作物性を認めた「はしり」として知られていると思います。

「区別説」かつ「緩和説」の「従来の枠組み」の裁判例は、「TRIPP TRAPP 事件」、「スティック型加湿器事件」、「ゴルフシャフト事件」、「ファッションショー事件」の知財高裁各判決（裁判例⑲、⑳、㉑、㉒）を除いた別紙のほとんどの裁判例になります。

「高度」という表現を用いているものが意外と少なく、「従来の枠組み」の裁判例の中でも初期のものに限られます（裁判例⑨、⑬）。

その後は、「純粹美術に該当すると認めうる」（裁判例③）とか「純粹美術と同視し得る」（裁判例④、⑰、⑱、⑲、㉑、㉒）、「純粹美術に等しく」（裁判例⑮）など、「純粹美術」という用語を挙げているものが多く見られました。

特に最近「純粹美術」という代わりに「美的鑑賞」という用語を用

25 著作権法（明治32年法律第39号）。

いた裁判例（裁判例⑥、⑦、⑩、⑬、⑯、⑳、㉑、㉒、㉓、㉔）が多いように思います。

2 「TRIPP TRAPP 事件」の控訴審判決—非区別説

「従来の枠組み」とは考え方が違うものとしては「TRIPP TRAPP 事件」の控訴審判決（裁判例㉑）の判断枠組みがあります（次の写真²⁶を参照）。



TRIPP・TRAPP

ここでは、著作権法2条2項は例示規定とされ、「同法2条1項1号所定の著作物性の要件を充たすもの」については、「美術の著作物」として同法上保護されるとし、応用美術について特に一律に高い創作性の基準を設けない判断枠組みを示しています。これは「非区別説」に分類されると思います。

同じような枠組みの裁判例として、「TRIPP TRAPP 事件」の控訴審判決（裁判例㉑）後、本件の「スティック型加湿器事件」及び「ゴルフシャフト事件」の控訴審判決（裁判例㉓、㉔）が挙げられます。いずれも同じ裁判長の知財高裁第2部の判断になります。

ただし、本件の控訴審判決は、「TRIPP TRAPP 事件」判決では述べられていない「それ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えていなければならない」という表現を用いています。このような表現は、「ゴルフシャフト事件」判決でもされています。

26 ストック社のウェブサイト「https://www.stokke.com/JPN/ja-jp/ハイチェア/トリップ-トラップ/2528.html#popup_0」より引用した。

「応用美術の著作物性に関する裁判例」の「表」（別紙）では、「スティック型加湿器事件」と「ゴルフシャフト事件」の「美的鑑賞」の欄には「※○」として「※」印を「○」に付しました。これは、「非区別説」の枠組みで「美術の著作物」は「美的特性」が必要であるとしていますので、同じ表現を用いている「区別説」の枠組みにおける従来の枠組みの裁判例とは少し意味合いが違うかもしれないということで、注意を喚起するために「※」印を付しました。

3 ファッションショー事件の控訴審判決—分離可能性説

知財高裁の判決で、今、御紹介した「非区別説」の3件の知財高裁判決（裁判例②⑨、③③、③④）とも、従来の裁判例とも少し違う判断枠組みを示しているものとして「ファッションショー事件」の控訴審判決（裁判例②⑧）がありますので、御紹介します。

この判決は、「実用目的の応用美術であっても、実用目的に必要な構成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握できるもの」は、「『思想又は感情を創作的に表現した（純粹）美術の著作物』と客観的に同一なものとみることができる」として、当該部分を「美術の著作物として保護すべきである」としています。言い換えれば、「著作物性」が認められるためには、実用目的に必要な構成から「分離」することができる必要があることとなります。

このような枠組みは、従来の裁判例の枠組みとも、TRIPP TRAPP事件など3件の高裁判決の枠組みとも異なり、いわゆる「分離可能性説」と呼ばれるものに当たるのではないかともいわれています²⁷。

なお、「TRIPP TRAPP事件」の控訴審判決は、「実用品自体が応用美術である場合、当該表現物につき、実用的な機能に係る部分とそれ以外の部分とを分けることは、相当に困難を伴うことが多い」とし「両

27 設樂・前掲注(22) 288頁以下。

部分を区別できないものについては、常に著作物性を認めないと考えることは、実用品自体が応用美術であるものの大半について著作物性を否定することにつながる可能性があり、相当とはいえない。」と判示し、「分離可能性説」を採用し難い旨を判示しています。

4 最近の裁判例の傾向

「TRIPP TRAPP 事件」以降の裁判例が、従来の枠組みと異なる枠組みを採用しているかということ、そのようなことはなく、従来の枠組みといえる裁判例が少なからず見られます。例えば、本件の第一審判決(裁判例③①)、「エジソンのお箸事件」の控訴審判決(裁判例③②)、「ピクトグラム事件」及び「シャミー事件」の大阪地裁の判決(裁判例③③、③⑤)が挙げられます。「エジソンのお箸事件」の控訴審判決は、何らかの形で「美的鑑賞の対象となり得るような特性を備えていること」が必要であるとしています。

四 私見

いろいろな説があり、議論も錯綜していますが、本件の知財高裁判決を踏まえて、私見を述べますと、(純粹美術と)応用美術とを実用品か否かということで区別することは結構難しいと思いますし、特に「高い」創作性の基準を独自に設ける必要も(理由も)ないようにも考えています。したがって、本件の控訴審判決の判断枠組みを支持したいと思います。

ただし、「TRIPP TRAPP 事件」の高裁判決はともかく、本件の「スティック型加湿器事件」の高裁判決も、「ゴルフシャフト事件」の高裁判決も、『美術の著作物』である以上はそれ自体が美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えなければならない」という表現を用いており、「美術の著作物」といえるためには、そのような考え方は自然であると思います。そうすると、

従来の裁判例の枠組みと結論として大きく変わるのかという点は少し疑問に思っています。結論としては相対的な（挙げている基準の解釈によっては結論に大差がなくなる）ものになるのではないかと思っています。なぜなら、「純粋美術に該当すると認めうる高度の美的表現」（裁判例④）とは一体何か、「美術鑑賞の対象となりうる程度の美的特性」（裁判例⑳）とは一体何かという点をどのように捉えるかにより結論が決まると思うからです。

ただ、裁判例の一覧表に示したように、「高度な」、「純粋美術」、「美的鑑賞」など、いろいろな用語が出てきますが、「高度な」や「純粋美術」という用語と、「美的鑑賞」という用語とは、大分、意味合いが異なるように思います。「高度な」や「純粋美術と同視」という枠組みよりは、本件の高裁判決が示したような「美的特性」を備えるかどうかという判断枠組みの方が、著作物性が認められる範囲は広がる傾向になるのではないかと思います。

第6 討論—応用美術

一 第一審判決と控訴審判決との枠組みの違い

伊藤 高田先生、ありがとうございました。この一覧表に掲載した35件の裁判例で応用美術の裁判例はほぼ網羅されていると思います。高田先生も指摘していたように、最近の裁判例は「高度な」という用語を使うことを控えているようです。ただ、「純粋美術と等しく」とか「純粋美術と同視し得る」という表現を用いると、やはり「高度な」ものであることが必要になりそうですが、表現として「高度な」という用語を使わない傾向になってきているということは、非常に参考に

なります。

一覧表の各裁判例の示したキーフレーズを見れば、裁判例の変遷がよく分かると思います。

高田先生は、従来の裁判例と本件控訴審判決とは判断枠組みが似てきているといわれていていましたが、本件の地裁判決と高裁判決とは、判断枠組みが違うのでしょうか。

高田 表現としては同じですが、地裁判決は、従前の裁判例と同様、「創作性の要件」として必要だという前提として述べているのだと思います。他方、高裁判決は、創作性の要件としてではなく、「美術の著作物」として必要な性質として挙げているので、構成が少し違います。

伊藤 言葉は同じだが、少し意味合いが違っているということですか。

高田 はい。どの要件について述べているかが異なるように思います。

二 「非区別説」は「ニーチェア」の著作物性を認めるか

伊藤 ところで、本件と同じように椅子の著作物性が問題となった事件として「ニーチェア」事件がありますね。「ニーチェア」という椅子(次の写真²⁸を参照)はニューヨーク近代美術館の永久所蔵品にもなっていますが、地裁高裁とも著作物性は認められず、最高裁も具体的な審理に至らずに上告棄却になっています。この椅子は、現時の「TRIPP TRAPP 事件」や、今回の「スティック型加湿器」の知財高裁の判決に照らしたとき、結論として著作物性が認められるのでしょうか。

28 ニーチェアの写真は、ニーチェアの販売用のウェブサイトである「http://shop.nychairx.jp/shopdetail/000000000003/?_ga=2.89810524.632320476.1500366432-675743193.1500366432」より引用した。



ニーチェア

高田 これは悩ましいですが、認めてもよいのかなと思います。他の椅子よりも少し形状を変えている点など。

伊藤 多分、当時は、非常に斬新だったとは思いますが。しかし、「TRIPP TRAPP 事件」の椅子よりも更にシンプルですので、このようなアイデアを実現しようとすれば必然的な形状なのではないかという余地もありそうです。

高田 機能的にこうなるのかなと考えると悩ましい面もあります。

伊藤 機能的な必然性が高くとすれば、スティック型加湿器と同じように、アイデアの実現だからという形で。

高田 機能性が高まれば個性が低くなる傾向になるようにも思いますが、「ニーチェア」については、ありふれているともいえないし、機能からこの形がそのまま出てくるかという、そのようなことはないと思います。本当に主観になりますが、「TRIPP TRAPP 事件」の椅子よりも「ニーチェア」の方が美しく見えるようにも個人的には感じます。

伊藤 「美的」といえますか。

高田 そう思います。

司会 「ゴルフシャフト事件」(裁判例③④)に関与された弓倉先生がおられますが、弓倉先生は「ニーチェア」をどのように思いますか。

弓倉京平弁護士 「ニーチェア」は写真しか見ていませんが、実物を見ないと分からないようにも思います。私が代理人をしました事件の「ゴルフシャフト」も、実物を見ていただければ、非常に格好よく、個性があふれていることを理解いただけると確信しています。

伊藤 写真のみになりますが、「ニーチェア」に美的特性を感じますか。

弓倉 写真からでは分からないので、実物を見たいと思いますが、この写真だけを見ると、アウトドアの椅子などで折り畳んだりできそうなものは幾らでもありそうな気がします。ただ、そのようなものとは折り畳む向きも違うかなと思いながら拝見していました。素材は何なのでしょう。

伊藤 見た感じ、スチールと布ですね。

司会 著作物性が「素材」により変わるのでしょうか。

弓倉 美しいかどうかは、やはり素材感などでも変わるのではないかという気はします。やはり実物を見たいと思います。

司会 ニューヨーク州美術館に永久保存されているようですが。

弓倉 そうですね。やはり個性があり素敵なもので、見れば「美しい」と感じるから、美術館にも収蔵されているのでしょうか、有名なデザイナーがデザインしたから著作物というのも、少しおかしな気がします。

司会 夏休みにでもニューヨークに行かれて、是非、実物を御覧になってください。

弓倉 見に行きたいと思います。

伊藤 「ニーチェア事件」が非常に特殊な点は、本人訴訟を続けられた結

果、判決の深まりがないようにも感じます。同じ「椅子」の事件ですが、現在、「ニーチェア事件」が判断されるとすれば、答えは難しいと思います。

三 「美感」と「美術鑑賞の対象となるような美的特性」との違い

司会 「ニーチェア事件」は平成2年の判決ですが、「ニーチェア事件」の基準と最近の「シャミー事件」の基準と、一見すると似ていませんか。

伊藤 「機能面を離れて」という点は全く同じです。

司会 ただ「専ら」美的鑑賞の対象である必要があるかどうか少し違って、
「ニーチェア事件」の基準であると「専ら美的鑑賞の対象」とされるものでないと保護されないようですので、単なる置き物のようなものは、この基準では保護されないように見えます。

伊藤 確かに「ニーチェア事件」の判決は「専ら」要件を課し、平成2年当時は厳しかったが、次第に緩やかにはなっています。しかし、本当は「シンプル・イズ・ビューティフル」であったり、無印良品のデザインも美しいデザインかもしれませんが、それでも、なかなか「美的」鑑賞の対象とは認めてくれない傾向があります。「ニーチェア」も、そのような意味ではそぎ落とした美しさというものがあるので、「美感」は生じるのですが、「美術鑑賞の対象となるような美的特性」があるのかとか、機能的なものは除外されることになると、著作物と認められるのは、なかなか難しいのかなと思っています。

ちなみに、「美感を起こさせる」という表現や、意匠法の「美感を生じさせるもの」という表現は、「美的特性」とは同じことになるのでしょうか。

高田 もしかしたら質的に違うのかなという気はしていますが、それを

言葉で表すのは難しいです。

伊藤 ポルシェの自動車のデザインも美しいですよね。この「美感を生じさせる」という話と、「美術鑑賞の対象となる美的特性」とは、レベル感が違うようにも思っています。

飯塚卓也弁護士 質問というよりは意見ですが、私は、著作物性が認められるためには高度な美的鑑賞性というものがやはり求められるべきではないかと思っています。やはり保護期間の問題が非常に大きい問題だと思います。著作物性が認められてしまうと、意匠と比べて保護期間が長い。また、もしニーチェアが著作物であるとすれば、パワーポイントに複製すること自体が著作権侵害となってしまう。それだけの過大な保護を実用品に与えるためには、それなりのプラスアルファといえますか、そこまで保護しなければいけない理由が、何かなければいけないのではないかと思います。そう考えると、何故に清水部長がこのような判断にこだわられるのか？と、私は思っています。

伊藤 今の御意見を踏まえて、「社会生活について過度な制約が課されたりする結果を生じるとは解し難い」と判決で言及していますが、何十年も経ってから「ニーチェア」と同じものを誰かが販売したとき、意匠権が仮に登録されていたとしても存続期間が切れているのに、著作権でばっさり切られてしまっているのかという疑問があります。

ここで、皆さんにオリンピックの新国立競技場の幻のデザイン案で有名なザハ・ハディドさんがデザインした椅子（次の写真²⁹を参照）を見てください。

29 ザハ・ハディド氏のウェブサイト「<http://www.zaha-hadid.com/design/unique-circle-yachts/#>」から引用した。



ザハ・ハテイド氏がデザインした
ヨット内のインテリア

このつぶれたような形状全体が椅子です。ザハ氏は、つぶれたような曲面的な形状が大好きな方なので。

司会 これは量産品なんですか。

伊藤 ちょっとよくわかりません。飯塚先生は、これはどのようにお考えですか。

飯塚 (少し考えた後)「高度な鑑賞性あり」でいいのではないですか。

伊藤 これは、「高度」という話なのでしょう。どこで線を引くかは悩ましい問題です。「高度な」という段階説を採り、「高度な」にこれは入れるとしても、では「TRIPP TRAPP」は外れるのでしょうか。さらに、より機能的な形状のシンプルな「ニーチェア」はどうなるのか、どのような基準で、どこで切るのかが問題になるのだと思います。

四 「美術鑑賞の対象となる美的特性」の判断の主体及び基準時

深井 工業所有権法的な質問なのですが、「美術的」などの判断の基準時は、創作時でよろしいのですか。それから、誰を判断権者にするの

ですか。一般消費者なのか、応用美術の使用人なのでしょう。

高田 判断権者は、やはり一般消費者というような客観的なものにせざるを得ないと思います。

深井 創作時の一般消費者に自分がいることを考えて、そのときに「美術的だ」と考えればいいのですか。例えば、二十年後であればありふれているが、昔々に「美術的だ」と当時の人が思うと考えるのであれば、保護されることになるということでしょうか。

高田 基本的には「創作時」になると思います。ですから、ニーチェアは今でこそよくありそうな形であるように私も思いますが、当時は非常に画期的だったのかもしれない。判断の時点も影響するのかなとも思います。

深井 それから、もう一つなのですが、技術的なものを当時創っても、後々分析すれば「そういう使い方をしようと思ったら、こうなる」というものであれば、幾らそれが斬新だろうが、アイデアということではいいですね。

高田 そうだと思います。

深井 どのように畳むか分からないが、将来的に「こう畳むんだったら、こう」というものであれば、当時は第1号の作品でも、もしかしたらアイデアかもしれないということですね。

伊藤 私も、そのように思います。実物を私も見てはいませんが、当時、特許権や意匠権を取ろうと思えば取れたような話かもしれません。そうだとすると、技術的な実現性の問題は創作的表現の対象から除かれ、今回の「試験管を加湿器にするんだ」ということはアイデアにすぎないという話と、同じ話になると、背もたれのちょっとした曲がり具合の美しさというような話だけが残りで、その部分だけでは著作

物性がないという話になるのかなと。

判断の基準時ですが、創作後にありふれてきたからといって急に著作物でなくなるということはないはずですから、やはり創作時になるでしょう。そして、「鑑賞の対象となる美的特性」の有無の判断は、客観的なのと言うか、需用者又は当事者が観念するという話ではなく、「社会的に」というような表現にならざるを得ないのかなと思います。

五 クリエーターの保護

弓倉 先ほどの補足になるのですが、「著作物」というには、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属する」必要があるだろうと思いますので、やはり「美術性」というものがどうしても必要になってくるのだろうと思うのですが、「美術性」とは何かというと、美的な観点から優劣の評価の対象になるものは、既に「美術性」を帯びているのではないかと私は考えています。そのような意味では、これも恐らく美的観点から優劣の評価がされているでしょうから、「美術性」を帯びているのではないかと思います。例えば、「学術」でいうと、学術的観点から優劣の評価の対象になるかどうかということで、「著作物」かという判断もできるのではないかと、私は考えています。

それから、写真で載った時に、それが著作物の複製になってしまうという話についてなのですが、この椅子が美しいかどうかということも含めて、著作物性というものは、立体になって初めて有形的に複製されているものだろうと私は考えていますので、写真で撮ったからといって、直ちに実用品の著作物が複製されていると考える必要はないのではないかと考えています。そのような意味では、写真に撮ったらすぐに著作権侵害になるということは考えなくてもいい

いような気がしています。

もう一つは、ほかの知的財産権、例えば、意匠権などで保護できるのではないかという点についてですが、私が関与しました事件のゴルフシャフトは、外注先の個々のデザイナーがデザインしたものでしたが、デザイナーが個人で意匠登録していくことは、事実上、困難だと思います。1件10万円ほどの報酬でデザインしたものについて10万円かけて意匠登録出願をして、意匠権を登録することは無理があります。個人のクリエイターが意匠権による保護を受けようとすることは、不可能ではないとしても難しく、やはり著作権による保護もしてほしいと思います。

伊藤 ありがとうございます。清水判事を裁判長とする判決は段々進化しており、「TRIPP TRAPP 事件」（裁判例²⁹）があり、この「スティック型加湿器事件」（裁判例³³）があり、その後に弓倉先生が関与された「ゴルフシャフト事件」（裁判例³⁴）がありますが、判例研究などで批判がされるたびに補足がされています。先ほど、高田先生の説明にもありましたが、意匠権を念頭においていたものが、加湿器の事件では不正競争防止法2条1項3号が問題となり、立法趣旨として木目化粧板などを保護するために3号を制定したことを踏まえて、知的財産権全体の話になっています。その後、「著作物性を認めたら写真撮影しただけで侵害になって困るじゃないか」という指摘がされると、「ゴルフシャフト事件」の時は、そのような問題は他の方法によって解決されるべきだというような言い訳のような補足がされています。

弓倉 [写真撮影の点は著作権の] 制限規定により解決されるべきだとされました。

伊藤 制限規定ということになると、立法的解決を待つことになります。

それでは時間がかかりますので、「今、写真を撮りたい人は、どうすればよいのですか」ということになりかねません。

ところで、弓倉先生は、応用美術を写真撮影しても立体である応用美術を複製したことにはならないとお考えのようですが、彫刻を写真に撮れば複製権侵害になると考えるのが一般的であることとの関係はどのようにお考えですか。

弓倉 写真で写しても個性やオリジナリティーは表れないのではないのでしょうか。

伊藤 彫刻の写真でも個性が表れないということですか。

弓倉 立体の彫刻の写真ということですか。

伊藤 はい。

弓倉 写真に個性が表れているかどうかで判断することになるかもしれません。

伊藤 ありがとうございます。

六 伊藤私見

伊藤 折角の機会ですので、応用美術について私自身の意見を少しだけ述べさせていただきます。私は、どちらかというところ「厳格説」的な古い段階理論でよいと考えています。

「応用美術」とは何かですが、昭和45年の立法に当たり、本来、実用性のないものを「美術の著作物」とするはずでした。ところが、「一品製作の絵皿のようなものはどうなるのか」というような指摘もあり、著作権法2条2項にあるように「美術工芸品を含む」と例外的に入れることになり、さらに議論を進めようとしたところ紛糾し、結論を留保したまま立法がされました。

その後現れた博多人形の事件は量産品の事案になりますが、美術の彫刻を一品制作した後、たくさん作れば、美術の彫刻の複製品の複製品ということで保護されるのに、初めから量産品として製作すると保護されないのではおかしいのではないかとということで、博多人形の事件においても「美術の著作物」に当たるとの判断が示されました（裁判例②）。

一品制作の「実用性を持たない」もののみが「美術の著作物」であるとし、量産品は「美術の著作物」に入れないことは、データベースや設計図などでも「著作物」として認められていることと対比すると均衡がとれない感じがします。そこで、実用性を持つものは、本来、「美術の著作物」に当たらないとしつつ、その中で「美的鑑賞の対象となり得るような」というキーワードで例外を広げてきたのだらうと思っています。ドイツが段階理論を変更したから日本も変わるべきだというような話はどのようなものかと思います。

第7 最後に一発表者から

伊藤 それでは、最後に丸田先生、高田先生、一言コメントをお願いします。

丸田 先ほど、阿久津先生に御指摘いただいた点ですが、不競法の判断として「事業者間の公正な競争を害するか」という視点は非常によく理解できます。しかし、不正競争防止法2条1項3号又は19条1項5号イの文言解釈として、納得の行く説明がまだ自分自身の中で見つかることができないでいます。この報告後も皆さんの御意見をお聞かせいただきたいと思います。今日は、このような機会をいただき、ありがとうございました。

高田 私は、最初にロースクールで応用美術を学んだとき、「高度な」という言葉だけが頭に残り、それだけ覚えておけばよいという感じで勉強していました。学生の頃、応用美術を深く考えるというようなことはありませんでした。今回、このような機会をいただき、非常に議論が錯綜していることを実感しました。裁判例をまとめても、裁判例自体も錯綜していると強く思いました。

ただ、デザイナーの人も零細な方も少なくないとなれば、かなりこだわりをもってデザインを創作した時、意匠法では保護が難しいこともあるとなれば、著作権法による保護を広く認めてもよいようにも思いました。今回、検討しながら思い出したのですが、小学生位の頃に文房具のデザイナーになりたいと思ったことがあるのですが、そのときの気持ちを思い出すと、個人的にも、やはり著作権法による保護を広く認めていただきたいようにも思いました。

椅子については今回いろいろと考えましたが、自分の中ですっかりしない部分もまだまだありますので、今後も裁判例などを注目していきたいと思っています。ありがとうございました。

伊藤 丸田先生、高田先生、どうもありがとうございました。

司会 それでは、時間となりました。伊藤真先生、白熱ゼミを、ありがとうございました。

(拍手)

(報告者)

弁護士 伊藤 真

弁護士 高田 沙代子

弁護士 丸田 憲和

活 動 報 告 (平成29年度)

〔医療過誤法部〕

1 定例活動

医療過誤法部では、本年も毎月1回、下記のとおり研究会を開催して、担当報告者の報告を基に医療事件について検討・議論し、研究活動をした。

記

- 平成29年1月25日 (水) 午後6時30分
 - ①報告者：柿原 達哉 弁護士
 - ②テーマ：「相当程度の可能性」について
 - ③対象判例：最高裁判所平成12年9月22日第2小法廷判決（民集54巻7号2574頁、判例タイムズ1044号75頁）等

- 平成29年2月23日 (木) 午後6時30分
 - ①報告者：高梨 滋雄 弁護士
 - ②テーマ：術後の患者の呼吸抑制について
 - ③対 象：術後の患者の呼吸抑制はなぜ起きるのか、呼吸抑制が起きた場合に医療従事者はどう対応すべきなのか等について議論した。

- 平成29年3月17日 (金) 午後6時30分
 - ①報告者：鶴澤 亜紀子 弁護士
 - ②テーマ：子宮脱の治療のため、仙棘靱帯子宮頸部固定術等の手術を受けた原告が、手術から2日後に肺血栓塞栓症による低血圧

ショック及び意識障害を発症し、遷延性意識障害が残った
ことにつき、医師の注意義務違反が認められた事例

③対象判例：東京地裁平23年12月9日判決（判例タイムズ1412号241頁）

• 平成29年4月17日（月）午後6時30分

①報告者：猪瀬 秀美 弁護士

②テーマ：妊娠高血圧症候群の管理目的で入院した患者が、HELLP 症候群及び子癇を発症して死亡したことについて、血液検査及び降圧剤投与の点で帝王切開後の管理が不十分であったとして過失が認められた事例

③対象判例：名古屋地裁平成21年12月16日判決（判例タイムズ1323号229頁）

• 平成29年5月16日（火）午後6時30分

①報告者：福原 正和 弁護士

②テーマ：介護施設における医療事故の現状

③対象：介護施設における医療事故の現状についての分析と臨床医による検討を基に議論した。

• 平成29年6月21日（水）午後6時30分

①報告者：永島 賢也 弁護士

②テーマ：「事実の確率と心証の程度の混同」
－大動脈解離の事案を基礎にして－

③対象判例：札幌地裁平成24年9月5日判決

• 平成29年7月20日（木）午後6時30分

①報告者：島田 佳子 弁護士

②テーマ：目の下のしわの改善を目的とする美容整形の施術を受けた

患者の施術部位に膨らみ等の副作用が生じた事案において、
医師の注意義務違反及び説明義務違反が否定された事例

③対象判例：大阪地裁平成28年3月15日判決（判例タイムズ1424号218頁、
医療判例解説 vol.067）

• 平成29年9月15日（木）午後6時30分

①報告者：高梨 滋雄 弁護士

②テーマ：頭部外傷による脳損傷のメカニズム・これに関する医師の注
意義務及び結果回避の可能性

③対 象：転倒等の強さや二次性損傷等に着目しながら、医師の注意義
務や結果回避可能性について議論した。

• 平成29年10月13日（金）午後6時30分

①報告者：笠間 哲史 弁護士

②テーマ：全身麻酔下での手術後に発症した低酸素脳症について、主治
医兼麻酔科医の術後管理に過失を認めた事例

③対象判例：宮崎地判平成26年7月2日（判時2238号79頁）

• 平成29年11月21日（火）午後6時30分

①報告者：上拾石 哲郎 弁護士

小林 豊 弁護士

②テーマ：医療過誤訴訟における鑑定－再論－

③対象判例：最判平成9年2月25日（判例タイム部936号182頁）、最判平
成11年3月23日判例時報1677号54頁、最判平成18年1月27
日（最高裁判例データベース）、最判平成18年11月14日（判
例時報1956号77頁）等

2 定例外活動

当会主催の新70期選択型実務修習プログラムのうち10月27日に実施された下記の「医療過誤」講座2コマ合計6時間について当部会員が講師を担当し講義した。なお、例年1日1コマ合計2日間にて行っていたが、本年より1日間2コマとなった。

- 平成29年10月27日（金）午前10時から午後1時まで

- (1) 講義内容 医療訴訟の要件事実

- (2) 講 師 高梨滋雄弁護士

- 同日午後3時から6時まで

- (1) 講義内容 医療訴訟の実例（歯科インプラントにおける法的諸問題）

- (2) 講 師 別部尚司歯科医師・柿原達哉弁護士

以 上

部 長 鵜澤亜紀子

事務局長 猪瀬 秀美

〔会社法部〕

1 部会の構成

全部員で構成される全体部会及び定例会にて研究活動を行った。

2 部会の活動内容

(1) 全体部会

会社法部全体の人事・活動方針等を討議し決定するため適宜開催している。

(2) 定例会

定例会の開催日、テーマ及び発表者は以下のとおりである。本年度は、原則として毎月第2木曜日午後6時から8時に定例会を開催し、研究発表及び討議を行っている（担当：戸井川岩夫副部長）。

① 4月「会社法研究会報告書について」 法務省民事局付 邊英基弁護士

② 5月「『株主総会公開講座』（5月31日実施）の準備会」

河和哲雄顧問、深山徹副部長、根本智人部員

③ 6月「本年度株主総会の情報交換会」 服部秀一副部長

④ 7月「株主総会資料の電子提供」 松井智部員

⑤ 9月「株主提案権の濫用的な行使の制限をめぐる議論状況」 遠藤啓之部員

⑥ 10月「コーポレート・ガバナンス・システムに関する実務指針（CGSガイドライン）と社外取締役に関する諸問題」 石川美津子部員

⑦ 11月「取締役会の決議事項」 関口慶太部員

⑧ 12月「取締役の報酬に関する法改正の議論の概況」 長谷川佳英部員
「譲渡制限株式の売買価格の決定に関する会社法144条3項について会社法461条の適用があるか」 高村隆司部員

⑨ 1月「役員の責任—会社補償・D&O 保険」 奈良橋美香部員

⑩ 2月「社債—新たな社債管理制度・社債権者集会」 西川文彬部員

⑪ 3月「責任追及等の訴え」 秋山健人部員

(本稿執筆時現在、⑨⑩⑪のテーマは仮)

3 講演・研究成果の発表

(1) 株主総会公開講座

平成29年5月31日、弁護士会館2階(クレオ)にて株主総会公開講座を以下のとおり開催した(担当:服部秀一副部長)。

- ①データで読む最近の株主総会の状況 根本智人部員
- ②コーポレート・ガバナンスの実質化と株主への説明対応 深山徹副部長
- ③株主総会をめぐる今年の環境と当日対応 河和哲雄顧問

(2) 「法律実務研究」への掲載論文執筆

「法律実務研究」第33号掲載用として、高村隆司部員が「譲渡制限株式の売買価格の決定に関する会社法144条3項について会社法461条の適用があるか」を執筆した(担当:内藤良祐副部長)。

4 弁護士会関係

(1) 司法修習生のための選択型実務修習プログラムの提供

2日間(平成29年10月12日～13日)にわたり70期司法修習生のための選択型実務修習のプログラムを以下のとおり提供した(担当:深山徹副部長)。

①平成29年10月12日

・講義

「会社法部の紹介とガイダンス」 荻安高明事務局長

「司法修習生へのメッセージ」 蜂須優二部長

「弁護士と会社法について」 蜂須優二部長

・企業法務部見学

「日本生命保険相互会社 法務部 社内見学」 深山徹副部長

・定例会の聴講

「コーポレート・ガバナンス・システムに関する実務指針(CGS

ガイドライン)と社外取締役に関する諸問題」 石川美津子部員

②平成29年10月13日

・ 講義

「MBOに関連する会社法上の手続と論点」 大澤康泰部員

・ 講義

「中小企業に関する法律問題」石川美津子部員、佐藤未央部員、
稗田さやか部員

・ 懇親会

(2) 東京弁護士会民事司法改革実現本部に平田和夫部員を、中小企業法律支援センター協議会に内藤良祐副部長及び本井克樹部員を委員として選出した。

(文責) 部 長 蜂須 優二
事務局長 苅安 高明

〔家族法部〕

第1 家族法部では、昨年設立20周年を迎えた。原則として毎月16日を定例会と定め、家族法に関する研究を行っている。今年度も家族法に関する実務研究や講演等を行い、定例会への出席状況は常時15名前後である。

第2 平成29年1月から12月までの活動状況

1 1月16日（新年会）

2 2月16日（定例会・研究会）

テーマ 「離縁原因」

報告書 宮田 百枝 部員

3 3月16日（定例会・研究会）

テーマ 「特別な配慮を要する当事者への対応について」

報告者 細田 隆 先生（元家裁調査官）

4 4月17日（定例会・研究会）

テーマ 「面会交流における親教育について（ロールプレイ付）」

報告者 山口 恵美子 先生

（元家裁調査官・公益社団法人家庭問題情報センター）

5 5月16日（定例会・研究会）

テーマ 「任意後見契約公正証書の作成をめぐる諸問題」

報告者 富永 忠祐 部員

6 6月16日（定例会・研究会）

テーマ 「祖父母と孫の養子縁組における課題について」

報告者 香川 美里 部員

7 7月19日（定例会・研究会）

テーマ 「『家族法（婚姻法）改正』について－その提案と議論の内容とは－」

報告者 犬伏 由子 先生（慶応大学法学部教授）

8 10月16日（定例会・研究会）

テーマ 「清算的財産分与をめぐる考え方」

報告者 松本 明子 部員

9 12月19日（定例会・研究会）

テーマ 「近時の涉外家事事件について」

講師 橘高 真佐美 部員

事務局長 香川 美里

〔金融取引法部〕

1 平成29年の活動状況

- (1) 会員及び外部講師による報告及び講義並びに質疑応答等を実施
- (2) 原則毎月第3木曜日 18時30分から定例会

2 会員による報告及び講義

- (1) 2月16日 上場株式担保による債権回収と TOB への応募に関する論点
佐藤 幸寿 部員
- (2) 3月16日 改正個人情報保護法の概要と金融実務に与える影響
～個人情報保護委員会ガイドライン及び Q&A も踏まえて～
永井 利幸 部員
- (3) 6月22日 近時の金融重要判例を読み解く
小林 明彦 部員
- (4) 7月20日 銀行における海外進出企業の支援体制の整備
～外国銀行代理制度からみる実務上の留意点～
國分 吾郎 部員
- (5) 9月21日 ICO を巡る法的論点
河合 健 部員
- (6) 10月20日 債権法改正のポイントと実務上の留意点
田中 貴一 部員
- (7) 11月16日 銀行のコンプライアンスオフィサーとは
鈴木 康之 部員

3 外部講師による報告及び講義

- 4月19日 信託会社の取り扱う信託商品とその法的論点
株式会社山田エスクロー信託
代表取締役 篠笛 弘一 様

4 その他の活動

部 長 片岡 義広
事務局長 田中 貴一

〔刑事弁護部〕

- 1月12日例会 「DNA 鑑定の基本知識について」 講師 宮崎大輔弁護士
- 2月14日例会 「DNA 鑑定の見方（最近の判例より）」
講師 虫本良和弁護士（千葉県弁護士会）
- 3月9日例会 「刑事裁判「原判決の事実認定の根拠は、間接事実の評価
や証拠の証明力を誤った不合理なものだとして、控訴審
で有罪判決が破棄された事例」の検討」
講師 大澤廣弁護士
- 4月20日例会 「最近の刑事弁護の問題点とその対策」 講師 大谷恭子弁
護士
- 5月11日例会 「最近の裁判員裁判事件（国選）の刑事弁護の経験から」
報告者 合田信一弁護士
- 6月8日例会 「煙石博氏の冤罪被告事件の最高裁判決の検討」
講師 加地修弁護士
- 9月14日例会 「最近の再審事件の傾向について」
講師 泉澤章弁護士
- 11月14日例会 「接見時写真撮影は許可なく可能か」
講師 竹内明美弁護士
- 12月14日例会 「『「被害者問題」からみた死刑』について」
講師 菊田幸一弁護士

部長 荒木和男、事務局長 合田勝義

〔国際取引法部〕

平成29年度における国際取引法部の活動概要は次のとおりである。

①第1回

日 時 平成28年4月27日（木） 18時半～20時

テーマ 「ロシアの仲裁機関による仲裁判断について我が国で執行決定がされた後に、仲裁判断の無効や相殺による債権の消滅などを理由として提起された請求異議の訴えに係る請求が棄却された事例」（判時2320号64頁）」

報告者 服部謙太郎（当部部員）

②第2回

日 時 5月18日（木） 18時半～20時

テーマ 「最近の米国留学事情と日系企業が米国でビジネスをする際の法的留意点」

報告者 町野静（第一東京弁護士会）

③第3回

日 時 6月15日（木） 18時半～20時

テーマ 「米国におけるファッションロー紹介」

報告者 服部謙太郎（当部部員）

④第4回

日 時 7月13日（木） 18時半から20時

テーマ 「国際仲裁における Third Party Funding の実務と留意点」

報告者 Nicholas Lingard 外国法事務弁護士

⑤第5回

日 時 9月14日(木) 18時半から20時

テーマ 「SICC 判事としての経験」

報告者 谷口安平(東京弁護士会・京都大学名誉教授)

⑥第6回

日 時 10月5日(木) 18時半から20時

テーマ 「海外の仲裁機関から見た日本」

報告者 小原淳見(第一東京弁護士会 ICC 国際仲裁裁判所 Vice President)

⑦第7回

日 時 11月9日(木) 18時半から20時

テーマ 「国際契約書の紛争解決条項の交渉に際しての留意点」

報告者 Kiran SANGHERA (香港国際仲裁センター (HKIAC) Business Development Deputy Director)、Kevin NASH (シンガポール国際仲裁センター (SIAC) Deputy Registrar & Centre Director)

⑧第8回

日 時 12月7日(木) 18時半から20時

テーマ 「今年4月のインドのニューデリーの High Court 判決(原告:NTT ドコモ、被告:Tata Sons Limited)について」

報告者 加藤照雄(当部部員)

※1月は休会

⑨第9回

日 時 2月22日（木） 18時半から20時（予定）

テーマ 「京都国際調停センターについて」

報告者 岡田春夫（大阪弁護士会、日本仲裁人協会、京都国際調停センター
設立準備委員会委員長）、高杉直（同志社大学法学部教授、同副
委員長）、土屋智恵子（東京弁護士会、同事務局次長）

⑧第10回

日 時 3月22日（木） 18時半から20時（予定）

テーマ 「シンガポール国内商事紛争における Mediation の利用状況」

報告者 LOONG Seng Onn (Singapore Mediation Centre Executive
Director)

〔相続・遺言研究部〕

1 全体部会の研究活動（平成29年1月～12月）

平成29年1月より、相続関係訴訟に関して判例を中心とする研究を行った。

- ① 1月10日午後6時～8時（出席者16名）
「相続人の範囲に関する訴訟」
- ② 2月13日午後6時～8時（出席者19名）
「遺産の範囲に関する訴訟」
- ③ 3月7日午後6時～8時（出席者19名）
「遺産の範囲に関する訴訟」
- ④ 4月4日午後6時～8時（出席者21名）
「遺言に関する訴訟」
- ⑤ 5月2日午後6時～8時（出席者15名）
「遺産分割協議に関する訴訟」
- ⑥ 6月6日午後6時～8時（出席者17名）
「遺留分減殺請求に関する訴訟」
- ⑦ 7月4日午後6時～8時（出席者14名）
「価額弁償に関する訴訟」
- ⑧ 9月5日午後6時～8時（出席者17名）
「相続権の存否に関する訴訟」
- ⑨ 10月4日午後6時～8時（出席者15名）
「相続人の範囲に関する訴訟」
- ⑩ 11月7日午後6時～8時（出席者21名）
「遺産の範囲に関する訴訟」
- ⑪ 12月13日午後6時～8時（出席者18名）
「取引経過開示請求に関する訴訟」

2 部会役員（平成29年度）

部	長	野々山 哲郎
副	部 長	手塚 正 枝
事務局長兼会計		仲 隆
事務局次長		浦岡 由美子
紀要編集委員		仲 隆
研修委員会委員		長濱 晶子

（仲 隆）

〔倒産法部〕

平成29年度は、従前の当部の活動を承継しつつ、①倒産法部の豊富な人材を広くいかし、更なる活性化を図ること、②法的手続と私的整理の双方に目配りすること、③国際倒産に対して開かれた視野をもつこと、の3つを基本テーマとして活動しております。本年度の倒産法部の具体的活動実績は、以下のとおりです。

1 全体会（場所はいずれも弁護士会館2階 クレオ）

倒産法や倒産実務に携わる弁護士、裁判官の方を講師として、次のとおり講演会を開催しました。

① 第1回

日 時 平成29年5月16日 午後6時～8時

講 師 弁護士 坂井秀行氏

テーマ わが国の法的事業再生手続の特質～その再活性化のために～

② 第2回

日 時 平成29年9月27日 午後6時～8時

講 師 法務省訟務局長（元東京地裁破産再生部総括判事） 館内
比佐志裁判官

テーマ 東京地裁破産再生部の破産・再生事件の運用状況

③ 第3回

日 時 平成29年9月27日 午後6時～8時

講 師 日本大学准教授 杉本純子氏

テーマ 裁判手続のIT化と倒産手続

④ 第4回

日 時 平成29年11月16日 午後6時～8時

講 師 弁護士 福岡真之介氏（第二東京弁護士会）

テーマ 国際倒産事件における実務上の論点と『これだけは知って

おきたい』基本事項

⑤ 第5回

日 時 平成30年3月19日 午後6時～8時

講 師 東京地裁民事8部部総括判事 大竹昭彦裁判官

テーマ 東京地裁商事部の会社更生事件等の運用状況

2 特別部会『寺子屋』（場所は私的整理第1回を除き、いずれも弁護士会館2階、クレオ）

特別部会『寺子屋』は、若手弁護士を対象とした連続講座です。今年度は、例年行っている破産手続、昨年度から実施してきた民事再生手続の研修に加え、両手続を結ぶ牽連破産、さらには、私的整理手続の研修も行うこととして、総回数も1回増やして講座を実施しました。

(1) 法的整理

① 破産・第1回

日 時 平成29年6月6日 午後6時～8時

講 師 弁護士 吉田勉氏 師範代 弁護士 上石奈緒氏、
ご意見番 弁護士 松田耕治氏

テーマ 申立てから開始直後の初動実務

② 再生・第1回

日 時 平成29年6月20日 午後6時～8時

講 師 弁護士 谷津朋美氏 師範代 弁護士 藤田浩司氏

テーマ 資金繰り・税務

③ 破産・再生

日 時 平成29年10月11日 午後6時～8時（クレオ）

講 師 弁護士 小島伸夫氏 師範代 弁護士 縣俊介氏
ご意見番 弁護士 加々美博久氏

テーマ 牽連破産

④ 再生・第2回

日 時 平成30年1月18日 午後6時～8時

講 師 弁護士 浅沼雅人氏 師範代 弁護士 南賢一氏

テーマ スポンサー選定

⑤ 破産・第2回

日 時 平成30年2月20日 午後6時～8時

講 師 弁護士 小田切豪氏 師範代 弁護士 田中省二氏

ご意見番 弁護士 長島良成氏

テーマ 破産会社の資産換価の勘所（財団形成のポイント）

(2) 私的整理

① 第1回

日 時 平成29年4月26日 午後6時～8時（3階会議室）

講 師 弁護士 綾克己氏

テーマ 私的整理の理論と実務（純粹私的整理）

② 第2回

日 時 平成29年7月24日 午後6時～8時

講 師 弁護士 大石健太郎氏

テーマ 再生支援協議会の実務①～支援協議会の手続の理解を深め、もって適切な弁護士関与のあり方を模索するために～

③ 第3回

日 時 平成29年9月5日 午後6時～8時

講 師 弁護士 高井章光氏（第二東京弁護士会） 弁護士 渡

邊敦子氏 弁護士 堂野達之氏 弁護士 宮原一東氏

テーマ 特定調停・経営者保証ガイドライン

④ 第4回

日 時 平成29年10月23日 午後6時～8時

講 師 弁護士 大石健太郎氏

テーマ 再生支援協議会の実務②～事例にみる弁護士関与のあり方等～

3 四会シンポの開催（予定）

従前、毎年開催してきた東京三弁護士会倒産法部会共催シンポジウムの共催に大阪弁護士会倒産法実務研究会を加え、本年度より、「四会シンポ」とし、大阪弁護士会2階ホールにて、シンポジウムを開催する予定です。

日 時 平成30年3月23日 午後1時～5時

テーマ 債権法改正と倒産手続

4 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。

5 その他

東京弁護士会に配属された司法修習生に対する選択型実務修習プログラムの提供や、事業再生研究機構のシンポジウム、全国倒産弁護士ネットワーク全国大会の後援など、倒産法分野に関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。

6 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：清水祐介 副 部 長：鶴巻暁

事務局長：田川淳一 事務局次長：井出ゆり

企画次長：川畑和彦・高橋優 広 報：杓野弘樹 会 計：中川淳司

（文責：本年度事務局長 田川淳一）

〔独占禁止法部〕

今年度は、様々なテーマをもとに講師を招き、隔月で例会を行いました。

- 2月16日（木） 独占禁止法部2月例会
講師：神谷宗之介部員「独禁法24条に基づく差止請求事件について」
- 4月6日（木） 独占禁止法部4月例会
講師：磯野真宇部員「競争事業者間の共同行為について」
- 6月8日（木） 独占禁止法部6月例会
講師：高木 加奈子部員
「土佐あき農業協同組合に対する排除措置命令（平成29年3月29日）について—農業協同組合と独占禁止法—」
- 7月25日（火） 独占禁止法部7月例会
講師：第一東京弁護士会 向 宣明先生
「平成29年4月25日公表の独占禁止法研究会報告書について」
- 9月20日（水） 独占禁止法部9月例会
講師：公正取引委員会事務総局官房参事官
佐久間 正哉氏
「流通・取引慣行ガイドライン改正について」
- 11月27日（月） 独占禁止法部11月例会
講師：神谷宗之介部員
「人材と競争政策について」

平成29年度独占禁止法部
部長 鈴木 正 貢
事務局長 神 谷 宗之介

〔不動産法部〕

平成29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。

【平成29年度のテーマ】

- ①「債権法改正と賃貸借契約」、②「賃貸借契約における目的物返還義務と原状回復義務の微妙な関係に関する実務的考察」の二つを中心に研究を行いました。

【例会】

8月を除き毎月一回催しています。

以 上

部 長 西村 康正
事務局長 吉永 英男

〔知的財産権法部〕

平成29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。

当部では、原則として、毎月第2火曜日を定例部会とし、知的財産権法に関する最新の判決例の紹介や法改正の動向などについて、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、出席した部員などで議論をし、理解を深めている。

本年度は、部員のほか、東京地裁、文化庁、法科大学院などからも講師をお招きし、大変興味深い報告と、活発な議論が行われた。

1 定例部会

① 平成29年4月11日（火）午後6時～8時

講師 当部部員 市橋 智峰 弁護士

論題 技術移転－中国ビジネスを中心として

② 平成29年5月9日（火）午後6時～8時

講師 前判事・前公証人・当部部員 川島 貴志郎 弁護士

論題 公証制度及び知的財産と公証実務

③ 平成29年6月13日（火）午後6時～8時

講師 文化庁 著作物流通推進室長 俵 幸嗣 氏

著作権調査官・当部部員 小林 左和 氏

論題 拡大集中許諾制度について・リーチサイトへの対応について

④ 平成29年7月19日（水）午後6時～8時

講師 当部部員 伊藤 真 弁護士 丸田 憲和 弁護士

高田 沙代子 弁護士

論題 応用美術と形態模倣～スティック型加湿器事件～

⑤ 平成29年9月12日（火）午後6時～8時

講師 北海道大学教授 田村 善之 先生

論題 著作権の保護範囲

- ⑥ 平成29年10月10日（火）午後6時～8時
講師 東京地方裁判所 民事第29部 部総括 嶋末 和秀 判事
論題 知的財産関係訴訟における主張立証活動
- ⑦ 平成29年11月2日（木）午後3時～6時
日本知的財産協会特許第2委員会とのコラボ検討会
- ⑧ 平成29年12月12日（火）午後6時～7時30分
講師 末吉 互 弁護士
論題 知財教育について思う、若者に贈る言葉
一法科大学院、知財ネットの経験等を踏まえて
(忘 年 会)
- ⑨ 平成30年2月13日（火）午後6時～8時
(前 半)
報告 当部部員 磯田 直也 弁護士 西川 喜裕 弁護士
論題 平成29年意匠・商標・不正競争関係事件の判決の概観
(後 半)
報告 当部部員 岡本 健太郎 弁護士
論題 平成29年著作権関係裁判例紹介
- ⑩ 平成30年3月13日（火）午後6時～8時
(前 半)
報告 当部部員 牧野 知彦 弁護士 加治 祥子 弁護士
論題 平成29年特許権侵害訴訟・裁判例紹介
(後 半)
報告 当部部員 今井 優仁 弁護士 奥村 直樹 弁護士
論題 平成29年における特許審決取消訴訟の概況

2 選択型実務修習の開催

当部は、司法修習（第70期）における東弁、一弁及び二弁が同時開催する選択型実務修習「知的財産関係の実務」を担当した。同修習は、平成29年10月23日（月）から27日（金）までの日程で実施された。その間、当部が担当した著作権法演習のほか知財各法の演習、特許庁無効審判口頭審理・知財高裁弁論準備手続（技術説明会）の期日傍聴、日本マイクロソフト（株）・J A S R A C訪問などの多様なプログラムが提供された。

3 日本知的財産協会特許第2委員会全体委員会への参加

平成29年度のコラボ検討会の参加者において、平成30年3月16日（金）に北海道札幌市において開催された日本知的財産協会の特許第2委員会全体委員会に参加した。

〔インターネット法律部〕

1 定例活動

(1) 部の構成

部長 藤田晶子

副部長 高木篤夫、小早川真行、植草美穂、西川達也

事務局長 藤崎太郎

事務次長 関口慶太

(2) 具体的な活動状況

ア 部員による研究発表

原則として毎月第三月曜日または第三金曜日に定例会を開催して、部員からの研究発表と質疑応答・意見交換を行った。

本年度も、特段の研究テーマを設けずに、発表を担当する部員が関心を持ったインターネット上の新しいサービス、新しい法律問題を以下のとおり発表した。

- ① 4月17日 田村有加吏部員
「リベンジポルノの現状と対応」
- ② 5月15日 斎藤悠貴部員
「中小企業におけるインターネットトラブル対策～炎上問題対策を中心に」
- ③ 6月12日 金子晋輔部員
「VR・ARの広がりと法的課題」
- ④ 9月22日 野田陽一部員
「AIビジネスと知的財産法制の現状と課題～AIビジネスは法で守られるか～」
- ⑤ 10月30日 水野秀一部員
「仮想価値取引きの法的問題点の検討～VALU、タイムバンクを例にして」

- ⑥ 11月17日 樋口 歩部員
「ICO を巡る法律問題」
- ⑦ 12月18日 山田信二部員
「PC 乗っ取り被害とその防衛」
- ⑧ 3月16日 関口慶太郎部員
「インターネットを利用した広告の景品表示法上・
著作権法上の留意点」

イ 外部講師による講演会

本年度は、3回（7月、1月、2月）外部講師による講演会を開催した。

- ① 7月24日
北海道大学大学院法学研究科教授の町村泰貴先生に、2016年下半期から2017年上半期におけるインターネット分野における判例の動向について講演いただいた。
- ② 1月15日
東弁子どもの人権委員会の委員の義務研修として、子どもとネット・トラブルの研修会として一般財団法人インターネット協会研究員の島田敦子氏と弁護士竹内留美先生（消費者問題特別委員会教育部会担当副委員長）に子どものインターネットトラブルに関する問題について講演いただいた。
- ③ 2月15日
北海道大学大学院法学研究科教授の町村泰貴先生に、諸外国と我が国における司法のIT化の現状と今後の展望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。

(2) 法律実務研究への論文の投稿

野田陽一部員、斎藤悠貴部員の2名による寄稿がなされる予定である。

(文責) 副部長 植草美穂

〔行政法部〕

毎月1回のペースで定例会を開催し、下記の各テーマに関する発表を踏まえて、討論を行った。また、例年どおり、夏期合同研究において分科会を担当した。

記

第117回 平成29年1月18日

(検討) 平成29年の年間テーマと夏期合同研究に向けた準備作業について

第118回 平成29年2月15日

(発表者) 水野泰孝部員

(テーマ) 改正行政不服審査法施行後の不服審査の動向等(総論)

第119回 平成29年3月15日

(発表者) 岩田整部員、奥村浩子部員、加藤由利子部員

(テーマ) 「行政不服審査裁決・答申検索データベース」に掲載の裁決事例の分析(生活保護法をめぐる事案を中心に)

第120回 平成29年4月26日

(発表者) 石田智也部員

(テーマ) 特定行政書士制度と行政不服審査法

(発表者) 渡邊正昭部長

(テーマ) 改正行政不服審査法に係る裁決事例の分析

第121回 平成29年5月17日

(発表者) 藤崎太郎部員

(テーマ) 改正行政不服審査法に係る裁決事例の分析

夏期合同研究分科会 平成29年7月12日

(発表者) 奥村浩子部員、加藤由利子部員、水野泰孝部員

(テーマ) 改正行審法の成果とその分析

第122回 平成29年7月19日

（検討）夏期合同研究の総括と行政不服審査法をめぐる今後の活動について

第123回 平成29年9月20日

（発表者）水野泰孝部員

（テーマ）行政訴訟における立証手法について

第124回 平成29年10月18日

（発表者）水野泰孝部員

（テーマ）行政調査と弁護士の関与の可能性

第125回 平成29年11月15日

（発表者）渡邊正昭部長

（テーマ）納骨堂に対する固定資産税賦課処分取消請求事件（東京地判平成28年5月24日）の残したもの

以 上

（文責）部長：渡邊正昭、事務局長：水野泰孝

〔自治体等法務研究部〕

第1 定例活動

1 部の構成・設立趣旨

当部は、自治体法務の研究及び自治体への関与を通じて適正な法執行に寄与することを目的に、平成19年4月、従前の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。

2 定例活動の具体的内容

(1) 定例会などの日常的な活動

月1回の定例会を開催し、最新判例や自治体法務実務の報告、研究課題の検討、各種企画の準備を行っている。このほか、地方自治関連判例の検討会、自治体職員向けメール法律相談を行っている。

(2) 研究成果の還元

自治体職員向け研修、各種図書の出版依頼の受託、弁護士紹介センターを経由した事件受任等を行っている。

研修については、講師担当者が作成したレジュメの検討会を実施し、講師による研修内容のばらつきをなくす努力をしている。定例会等における研究課題の検討結果は、雑誌に寄稿するなどの方法で発表している。

3 研究部の開催日時

① 平成29年4月11日 定例会

本年度執行部等人事、各種企画準備、最新判例研究（東京高裁平成28年3月24日 懲戒処分取消等請求控訴事件・東京都（教育委員会）等

② 平成29年5月9日 定例会

講演会に向けた検討、最新判例研究（東京地裁平成28年9月13日

判決 生活保護開始申請却下処分取消等請求事件) 等

- ③ 平成29年6月13日 定例会
講演会に向けた検討、自治体連携センター報告等
- ④ 平成29年7月19日 定例会
講演会に向けた検討、自治体連携センター報告、最新判例研究（青森地裁平成29年1月27日判決 条例廃止処分取消請求事件（青森県十和田市））等
- ⑤ 平成29年9月12日 定例会
講演会に向けた検討、自治体連携センター報告、最新判例研究（横浜地方裁判所平成28年1月27日判決 建築確認申請に対する不作為違法確認請求事件（鎌倉市））等
- ⑥ 平成29年10月10日 定例会
講演会に向けた検討、自治体連携センター報告等
- ⑦ 平成29年11月15日 定例会
自治体連携センター報告、最新判例研究（最判平成29年9月15日 求償権行使懈怠違法確認等請求及び共同訴訟参加事件）等
- ⑧ 平成29年12月12日 定例会
自治体連携センター報告、最新判例研究（鹿児島地裁平成27年12月15日判決 行政文書不開示決定取消等請求事件）等
- ⑨ 平成30年1月9日 定例会（予定）
次年度活動方針、部員名簿更新、最新判例研究等
- ⑩ 平成30年2月13日 定例会（予定）
メール相談事例研究、部員名簿更新、次年度活動方針等
- ⑪ 平成30年3月13日 定例会（予定）

第2 定例外活動

1 定例外活動の概要

年1回開催する講演会には、市川市議会事務局議事課 野村憲一氏を講師に招聘し、「地方議会に求められる法務能力と支援の可能性」と題してご講演いただいた。

また、東京弁護士会弁護士活動領域拡大推進本部内の自治体連携センターや日弁連法律サービス展開本部自治体等連携センターの各部会にも当部部員が複数名所属し、自治体法務に関する活動を積極的におこなった。

2 活動実績

① 平成29年10月10日 講演会

講師：野村憲一氏

テーマ：地方議会に求められる法務能力と支援の可能性

② 書籍出版

当研究部の有志が執筆した「自治体が原告となる訴訟の手引き 福祉教育債権編」（日本加除出版社）が出版された。

③ 平成29年7月21日、24日 自治体職員研修

特別区職員研修所主催「自治体債権の管理・回収（基礎）」に講師を派遣

④ 平成29年12月6日 自治体職員研修

特別区職員研修所主催「自治体債権の管理・回収（演習）」に講師を派遣

⑤ その他

出版企画「自治体が原告となる訴訟」をテーマとする続編書籍の出版に向けた研究・執筆を継続したほか、部員有志らによる判例勉強会、上記に記載した以外の自治体職員研修講師の派遣など

(文責) 部長 = 西尾政行、事務局長 = 加藤卓也

〔遺言信託研究部〕

平成29年度も、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）の定例会において民事信託を中心に信託法ないし信託制度の研究を行っています。

本年度は、現在は絶版となっている逐条解説新しい信託法（寺本昌弘）に基づき、下記のとおり、信託法をいくつかに分けて重要な法文に関する研究発表を行ったうえで、その成果を法律実務研究に結実させました。

第1回 4月14日 「信託契約書の作成について」（山口部員）

第2回 5月15日 「総則・信託財産等」（清水部員）

第3回 6月15日 「受託者（前半）」（野俣部員）

第4回 7月14日 「受託者（後半）」（前田部員）

第5回 9月15日 「受益者」（荒初委員）

「信託の変更など」（山口部員）

第6回 10月17日 「信託管理人等」（岩田部員）

第7回 11月15日 「信託の終了・清算」（山口部員）

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 野俣 智裕

〔不法行為法研究部〕

福島第一原子力発電所の事故をめぐる損害賠償事案など、現代型の不法行為法についての研究を深め、いずれ俎上にあがる不法行為法の改正にも備えるため、不法行為法のあるべき姿を具体的実務をとおして検討・研究することを目的とする研究会である。

今年度は、福島第一原子力発電所の事故に関し、前橋地方裁判所、千葉地方裁判所、福島地方裁判所などで重要判決があった。不法行為法研究会でもこれらの判決例を研究した。その他、グーグル検索履歴の事案、大川小学校国賠事件、ファールボール事案などの現代型の不法行為の研究を行った。また、改正債権法は、平成32（2020）年4月1日に施行されることとなったが、不法行為法分野でも、時効、遅延損害金、中間利息控除などで変更がある。施行に備え、改正内容の確認も行った。研究発表テーマと担当者は次のとおりである。

第1回 平成29年4月13日

テーマ 避難関連死における素因減額の判断についての考察

担当 高梨滋雄 会員

第2回 平成29年5月11日

テーマ 原発賠償における営業利益の損益相殺

担当 本間博子 会員

第3回 平成29年6月8日

テーマ グーグル事案について

担当 小林哲也 会員

第4回 平成29年7月13日

テーマ 大川小学校事案について

担当 小林芳夫 会員

第5回 平成29年9月14日

テーマ ファウルボール事案

担当 志賀 晃 会員

第6回 平成29年10月12日

テーマ 広野町事案

担当 小松達成 会員

第7回 平成29年11月9日

テーマ 福島第一原発前橋地裁判決

担当 小松達成 会員 伊豆隆義会員

第8回 平成29年12月14日

テーマ 福島第一原発千葉地裁判決

担当 神村大輔 会員

第9回 平成30年1月11日

テーマ 債権法改正の不法行為法実務への影響

担当 稲村晃伸 会員

第10回 平成30年2月15日

テーマ 間接損害について

担当 高梨滋雄 会員

第11回 平成30年3月8日

研究報告会打ち合わせ

研究報告会 平成30年3月22日

今年度は、設立3年目となった。研究テーマ等については、原子力損害賠償に関連するものが多かったが、今後この分野に限らず、広く現代型の不法行為事案について、研究活動を続けていく予定である。次年度も、さらに不法行為法の研究を進めていきたい。

(文責) 事務局長 伊豆隆義

〔食品安全関係法法律研究部〕

当部では、原則として毎月第3水曜日を定例部会とし、食品安全関係法に関する法律や制度の整理及び事例分析について、部内外の報告者から報告して頂き、研究部内で議論をして研究を深めた。また、食品問題一般に関する整理・研究について法律実務研究に寄稿を行った。部会の内容は以下のとおりである。

定例部会（いずれも午後3時～午後5時）

前年度

第11回 12月21日

報告者 堤弁護士ほか1名「機能性表示食品の届出撤回に係る事例」、
「食品表示に関する事例」

今年度

第1回 1月18日

議題 後期弁護士研修「食品業界の法律実務」の検討

第2回 2月15日

報告者 山口陽子弁護士「消費者団体から販売停止を要請された場合
の対応策」

報告者 的場弁護士「アサヒビール工場見学」

第3回 3月15日

報告者 中山弁護士「2017年集団食中毒事件」

報告者 石田弁護士「加工食品の原料原産地表示について」

第4回 4月19日

報告者 中山弁護士「原料原産地表示について」

第5回 5月17日

報告者 大矢氏「刻みのり事件」

報告者 八掛弁護士「ケーシング会社の概要」

第6回 6月22日

報告者 山口大輔弁護士「指示・警告上の欠陥（PL法）とアレルギー表示」

第7回 7月19日

報告者 青木弁護士「異物混入事例に基づく商品回収・公表の方法」

第8回 9月20日

報告者 福崎弁護士「加工食品の原料原産地表示について」

報告者 大塚弁護士「産業廃棄物処理法について」

第9回 10月18日

報告者 中山弁護士、塚田弁護士「日本食品衛生協会講演会『食品衛生法改正に向けた検討状況について』の報告」

第10回 11月15日

報告者 岸本弁護士「農業生産工程管理（GAP）について」

報告者 坂本弁護士「HACCPについて」

平成30年度では、事例研究、法規・制度の整理、書籍化及び食品工場見学などを進めていくほか、食品関連団体での講演会なども企画していく予定である。

〔LGBT 法務研究部〕

第1 部会

1 開催日

以下の日に定例会を実施した。

平成29年

1月、4月18日、5月16日、6月20日、7月20日、9月19日、10月17日、
11月21日、12月19日

平成30年

1月23日、2月20日、3月23日

2 活動内容

LGBT の問題に係る裁判例研究、「LGBT 法律相談対応ガイド」の編集作業（2月発刊）のほか、第2に記載する準備を含めた調査研究活動を実施した。

第2 定例外活動

1 渋谷区アイリス訪問

平成29年4月10日に渋谷区男女平等ダイバシティーセンター（アイリス）を訪問して、条例制定と運用を中心に、意見交換等を実施した。

2 東京レインボーパレード「渋谷区ブース」相談担当

平成29年5月7日の東京レインボーパレードにおける渋谷区ブースにおいて、部員が相談担当者となり、パートナーシップ証明を中心とした法律相談を受けた。

3 平成29年6月28日に世田谷区担当者との間で、世田谷区パートナーシップ宣誓の取組みを中心に、意見交換等を実施した。

4 司法研修所民弁教官室課外講義の実施

平成29年8月25日、同年10月12日の2回にわたり、司法研修所民弁教官室課外講義を担当した。

5 日本航空株式会社（JAL）訪問

平成29年11月8日、日本航空株式会社（JAL）を訪問して、同社の取組みを中心に、意見交換等を実施した。

6 第一生命保険株式会社訪問

平成29年12月7日、第一生命保険株式会社を訪問して、同社の取組みを中心に、意見交換等を実施した。

7 アライマークの作成

法曹関係者を対象とするアライマークの利用を企画して、アライマークの作成をした。

以上

（文責） 五島丈裕

〔子ども法部〕

1 目的と構成

当部は、平成27年に設立された法律研究部であり、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法律の解釈適用、制度の運用、弁護士活動のあり方を研究対象とし、弁護士が子どもの人権・権利保障のために活動する上での能力向上を目的としている。

現在、20名以上の部員で構成されており、部員以外のオブザーバー参加もある。平成29年度の役員は以下のとおり。

部長 川村百合

事務局長 村中貴之

2 活動状況

当部では、原則として毎月5日を定例会開催日とし、部員または部外から報告者を決めて子どもに関する事件や問題について報告を行ってもらい、それをもとにして部員で議論している。平成29年度は、以下の内容で定例会を開催した。

また、7月5日の2017年度第12回前期弁護士研修講座において、当部の企画により、家庭裁判所調査官及び川村百合部長を講師とした研修講座を開催した。この研修講座は、「近時の家裁調査の運用を踏まえた家裁調査官と弁護士の協働～家事事件・少年事件における子どもの最善の利益を中心として～」というテーマで、家事、少年の両側面において、子どもの最善の利益や権利実現のための家裁調査官と弁護士との協働のあり方を、具体的なケースに即して論じた内容であり、受講者から好評を博した。

- 第1回 4月5日 テーマ 傷害致死否認逆送裁判員裁判の報告
報告者 村中貴之、牧田 史 部員
- 第2回 5月12日 テーマ 少年法適用年齢と成長発達権
報告者 村中貴之 部員
- 第3回 6月5日 テーマ A I Dで生まれた子どもの立場から
報告者 石塚幸子 氏 (非配偶者間人工授精で生まれた人の自助グループ)
- 第4回 7月5日 2017年度第12回前期弁護士研修講座の開催 (前述)
- 第5回 9月5日 テーマ 未成年後見ケース・一時保護ケースの報告
報告者 岡崎槇子 部員
- 第6回 10月4日 テーマ 法医学の観点から見た児童虐待及び学校事故
報告者 南部さおり 氏 (日本体育大学准教授)
- 第7回 11月2日 テーマ 軽度知的障がいのある少年についての他機関連携
報告者 樋口裕子 部員
- 第8回 12月5日 テーマ 児童福祉・女性福祉・少年司法・更生保護の狭間にいる女子に対する弁護士支援のあり方についてケース報告
報告者 川村百合 部長
- 第9回 1月9日 テーマ 子ども食堂の活動 (仮題)
報告者 伊藤由子 部員、子ども食堂運営スタッフの方
- 第10回 2月9日 テーマ 少年の死刑事件 (永山事件について)
報告者 大谷恭子 氏 (弁護士)

第11回 3月2日 テーマ 逆送の可能性のある殺人未遂の少年事
件の報告

報告者 川村 百合 部長

以上

(文責) 事務局長 村中貴之

〔弁護士業務部〕

平成29年度の弁護士業務部の活動状況は、次のとおりである。

1 定例会

当部は、月1回の定例会を開催している。本年度は、原則として毎月第2火曜日に開催した。

① 第1回

日 時：平成29年4月11日（火）

場 所：太陽コスモ法律事務所

テーマ：労働法（主に解雇）に関する事例の検討

② 第2回

日 時：平成29年5月16日（火）

場 所：太陽コスモ法律事務所

テーマ：興行団体に関する法律関係の研究発表（将棋）

③ 第3回

日 時：平成29年6月13日（火）

場 所：太陽コスモ法律事務所

テーマ：興行団体に関する法律関係の研究発表（プロバスケットボールリーグ）

④ 第4回

日 時：平成29年7月11日（火）

場 所：太陽コスモ法律事務所

テーマ：興行団体に関する法律関係の研究発表（囲碁）

⑤ 第5回

日 時：平成29年9月12日（火）

場 所：太陽コスモ法律事務所

テーマ：興行団体に関する法律関係の研究発表（サッカー）

- ⑥ 第6回
日 時：平成29年10月11日（火）
場 所：太陽コスモ法律事務所
テーマ：興行団体に関する法律関係の研究発表（プロ野球）
- ⑦ 第7回
日 時：平成29年11月14日（火）
場 所：未定
テーマ：興行団体に関する法律関係の研究発表（卓球）
- ⑨ 第8回
日 時：平成29年12月12日（火）
場 所：未定
テーマ：興行団体に関する法律関係の研究発表（相撲）
- ⑩ 第9回
日 時：平成30年1月
場 所：未定
テーマ：未定
- ⑪ 第11回
日 時：平成30年2月
場 所：未定
テーマ：未定
- ⑧ 第12回
日 時：平成30年3月
場 所：未定
テーマ：未定

（文責）本年度事務局長 今野 勝之

法律実務研究 第33号

2018年3月31日発行

編集兼
発行者

東京弁護士会

〒100-0013 東京都千代田区霞が関1-1-3
電話 03(3581)2201(代)

印刷所

株式会社キリシマ印刷
