

# CHUO SOGO LAW OFFICE NEWS

弁護士法人  
中央総合法律事務所

大阪事務所 〒530-0047 大阪市北区西天満2丁目10番2号 幸田ビル11階  
電話 06-6365-8111(代表) / ファクシミリ 06-6365-8289  
東京事務所 〒100-0011 東京都千代田区内幸町1丁目1番7号 NBF日比谷ビル11階  
電話 03-3539-1877(代表) / ファクシミリ 03-3539-1878  
京都事務所 〒600-8008 京都市下京区四条通烏丸東入ル長刀鉾町8番 京都三井ビル3階  
電話 075-257-7411(代表) / ファクシミリ 075-257-7433

2011 秋号

2011年10月発行 第64号



## 森本滋先生をお迎えして

酷暑の夏が終わり、空高く、実りの季節を迎えました。常日頃にご厚誼を賜り有り難うございます。

さて、この度、京都弁護士会に弁護士登録された京都大学名誉教授、同志社大学大学院司法研究科(ロー・スクール)教授の森本滋先生を、弁護士(オブカウンセル)として弊事務所の京都事務所にお迎えすることになりました。

ご高承のとおり、森本先生は高名な商法学者であられ、法曹教育に力を注がれる一方、国の立法政策等にも関われるなど企業法務の第一人者としてご活躍されていますが、弊事務所において弁護士としてもご活動されることになりました。

森本先生を迎え、皆様にはより一層高度なリーガルサービスをご提供させていただくことができるものと所員一同張り切っております。

森本先生のご挨拶、プロフィール等については1頁に詳しく掲載しております。何卒よろしくお願い申し上げます。

皆様にご好評をいただいている知的財産権セミナーを、本年は平成23年11月14日(月)リーガロイヤルホテル大阪にて開催させていただくことになりました。関西経済連合会のご後援をいただき、前回に続き、特許業務法人三枝国際特許事務所、米国シカゴに本拠地をおく知的財産専門ローファームLeydig, Voit & Mayerとの共催となります。実務に役立つ実践的な内容を、模擬尋問など趣向を凝らしてご提供いたします。詳細は6頁にご案内しておりますので、ご一読いただきこの機会に是非ご参加いただきたくお願い申し上げます。

## ご挨拶

弁護士 森本 滋



弁護士  
森本 滋  
(もりもと・しげる)

私は、42年にわたり在職した京都大学大学院法学研究科を、平成21年(2009年)3月、定年退職しました。その後、同年4月より、同志社大学大学院司法研究科(ロー・スクール)において、将来の良き法曹を育てるための教育に力を注いでいます。このたび、本事務所代表社員の中務嗣治郎先生のお勧めもあり、本年10月に弁護士登録をし、本事務所京都事務所に参加させていただくこととしました。大学教授と弁護士を兼務することとなります。実務に直接携わることによってロー・スクールの授業をより効果的に行なうことを期待しています。また、同志社大学に再就職してから2年半が経過し少し余裕が出てきたこともあり、学生時代の夢であった弁護士としても実質的に活躍したいと考えています。

京都大学在職中は、企業法研究に従事してまいりました。専門分野として、会社法と金融商品取引法、それに、企業取引法(商行為法・手形法小切手法)をあげることができますが、特に、企業結合とコーポレート・ガバナンス、さらに、企業金融にかかる法的問題について研究を進めてまいりました。また、企業金融や手形法との関連において、金融取引法についても関心を持ってまいりました。

立法作業との関連においては、法制審議会の会社法関連部会の幹事および委員として、昭和58年(1983年)から平成17年(2005年)まで会社法改正にかかわってまいりました。このほか、(旧)証取審の委員会委員として証取法の立法作業にかかわり、さらに、公正取引委員会の独占禁止懇話会会員として独禁政策にもかかわってまいりました。

今後、弁護士として、これまでの研究や審議会等における活動により得た知見を基礎に、具体的事案を前提とした実務上の問題について多面的に検討し、本事務所に貢献したいと考えています。もともと、弁護士としては、文字通り、「65歳の手習い」となります。諸先輩同僚弁護士のお教えを受けながら、学生時代の初心に戻り、研鑽を積む所存です。

また、これまでと同様、研究にも従事してまいります。弁護士を兼業するメリットを生かして、たとえば、実務家を中心に、理論と実務を架橋する研究会等を組織し、関西在住の研究者の協力を得ながら、企業法務に関する共同研究を進め、公正かつ円滑な企業法務の一層の確立のため、ささやかな貢献をすることができればと考えています。このような活動にご関心ある方々のご協力をいただくことができれば幸いです。

企業法務に関する法律や命令(省令や府令)は膨大なものですが、さらに、毎年のように重要な実質的改正がなされており、最近の企業法関連立法の動きに目を離すことができません。金融商品取引法は、一部の特別の専門家にしか分からない法分野となっており、何人がその全体像を把握しているのかといった状況です。会社法についても、省令は毎年のように改正され、会社法自体も近く改正されるようです。私も、将来、老眼鏡では間に合わないとして、拡大鏡を操作しながら、苦勞して法規定を確認しなければならないこととなるでしょう。しかし、法の理念は、いつの時代にあっても、正義・衡平を実現することです。企業法関係については、私的自治・自己責任原則を基本に、「信義誠実の原則」と「権利濫用の禁止」の一般法理をベースに、経済的合理性と円滑な企業活動に配慮しつつ、正義・衡平の理念を実現する必要があります。技術的に複雑で細かな規制に目を奪われて、このような基本的視点をおろそかにすることがあってはなりません。これが約40年間の研究活動により得られた私の基本的考えです。弁護士業務において、一人で関係法令の全体像を把握することは不可能であり、組織的プレーが必要となります。その際、メンバーがこの基本的視点を忘れることなく、お互い協力して、公正妥当な解決策を導く努力をしなければなりません。

私は、このような基本的視点を基礎に、柔軟な法的構成・解釈論を提示することができる弁護士となるよう精進してまいりたいと考えています。皆様方のご支援とご鞭撻をお願いいたします。

### 略歴

昭和44年 3月 京都大学法学部卒業(昭和43年9月司法試験第二次試験合格)  
昭和44年 4月 京都大学法学部助手  
昭和46年 8月 京都大学法学部助教授  
昭和58年 6月 京都大学法学部教授  
平成 4年 4月 京都大学大学院法学研究科教授(法学部教授兼任)  
平成21年 3月 京都大学退職(4月-京都大学名誉教授)  
平成21年 4月 同志社大学大学院司法研究科教授(現在に至る)

昭和63年10月 日本私法学会理事(平成13年10月まで)  
平成 3年10月 金融法学会理事(平成23年10月まで)  
平成21年 6月 大阪証券取引所社外取締役(現在に至る)

### 主要著書

会社法・商行為法手形法【第二版】(成文堂、平成23年10月-予定)  
会社法【第二版】(有信堂、平成7年)  
E C会社法の形成と展開(商事法務研究会、昭和59年)

### 主要編著書

企業結合法の総合的研究(商事法務研究会、平成21年)  
比較会社法研究(商事法務研究会、平成15年)

### 主要論文

株主代表訴訟における「取締役の責任を追及する訴え」(商事法務1932号、平成23年)  
会社分割制度と債権者保護(金融法務事情1923号、平成23年)  
株主平等原則の理念的意義と現実的機能—株主の平等取扱いと公正取扱い(民商法雑誌141巻3号、平成21年)

### コンメンタール執筆

会社法3条—5条(逐条解説 会社法第一巻、中央経済社、平成20年)  
会社法108条(逐条解説 会社法第二巻、中央経済社、平成20年)  
会社法366条—373条、390条—395条(会社法コンメンタール第8巻、商事法務研究会、平成21年)  
会社法第5編前注(会社法コンメンタール第17巻、商事法務研究会、平成22年)

## 錦天城法律事務所との業務提携について

弁護士 安 保 智 勇

当事務所で中国法外国法研究員として勤務してきました顧曉律師がこのたび地元の上海に帰国することとなり、本年6月から上海の錦天城法律事務所引き続き勤務するようになりましたので、ご報告申し上げます。また、これを機会に当事務所は、錦天城法律事務所を中国法の法律顧問として業務提携をすることとなりました。

同法律事務所は、1999年に設立された上海における最大規模のパートナーシップ式渉外法律事務所の一つです。中国のWTO加盟による法律業務の急増、特に外国投資、対外貿易などの増大に伴う諸法務の増加に備え、上海市司法局の指導の下、錦聯法律事務所、天和法律事務所、長城法律事務所上海分所という証券、貿易、企業法務、訴訟などの分野にそれぞれ特長を持つ三つの法律事務所が合併し、新設された総合法律事務所であります。

同法律事務所は、中国への直接投資、会社の業務運営、企業再編、知的財産および技術移転、銀行、証券、信託、保険、税務、不動産、労働関係、訴訟及び仲裁などの業務分野において専門性を有しており、顧曉律師を始め、日本語ができるスタッフを擁して日本の顧客層に対するサービスにも努めております。

今後とも、錦天城法律事務所とともに中国業務にも一層力を入れていきたいと思っておりますのでどうぞよろしくお願い申し上げます。

錦天城法律事務所 律師 顧 曉

中央総合法律事務所から上海錦天城法律事務所への1年半の派遣期間中、おかげさまで現地の多数の日系企業からご信頼いただくことができました。クライアントの皆様に対するサービス提供のため、中央総合法律事務所のご理解のもと、引き続き上海錦天城法律事務所勤務することとなりました。これからも中央総合法律事務所との緊密な業務提携のもとに、現地での経験を生かし、従前よりも一層良質なリーガルサービスを提供していきたいと考えております。クライアントの皆様からご信頼いただくことは最大の心の支えでありますので、引き続きよろしくお申し上げいたします。

また、この場を借りまして、少し上海の話しをさせていただきますと、上海に進出する日系企業は現在7600件まで急スピードで増えています。その中でも、ドラッグストアの「セガミ」、雑貨の「フランフラン」、「無印良品」、「くくる」のたこ焼き、タイ焼き、レストランの東京食尚などの小売業が目立っています。「セガミ」は豊富な品ぞろいで店内がいつも賑わっていますし、「フランフラン」と「無印良品」が隣接し、カラフルさ、シンプルさ、エコへの取り組みなど、顧客にアピールし、互いに競争している光景も見られます。たこ焼きやタイ焼きは万博でアピールしていたせいか、長蛇の列ができています。このように中国では、雑貨から飲食まで、日本のものが好まれています。また金融センター構想の中で日本の都市銀行から始め地方銀行も上海に拠点を設置しています。信託会社、保険会社、リース、消費者金融、株式投資ファンドなどの金融業も中国に次々と進出しています。大きなメーカーや商社が再投資を行い、事業拡大を図っている動向も見られるところです。

現地状況では、不動産価格の高騰を抑えるために、国が「限購令」（購入を制限する規制）政策を出し、上海では一家庭で二軒までしか不動産の登記ができません。デベロッパーは苦戦しており、値下げが見られます。一方商業物件は「限購令」の対象とされおらず、投資対象として注目されています。また、国が保障住宅の開発を進めていますが、その所有権の40%を国が有するなど問題が山積みです。そんな中でCPI指数も増加し、収入の不均衡をもたらす消費の不均衡、社会保障、所得税、高齢社会などなど中国政府は多くの難問をかかえています。

これからも中国では、日本の経験や技術などの多くを必要としています。私も法律家としての立場から日中の懸け橋として頑張っ参りたいと存じますので、何卒宜しくお願い致します。



弁護士  
米国ニューヨーク州弁護士  
**中務 正裕**  
(なかつかさ・まさひろ)

〈出身大学〉  
京都大学法学部  
米国ノースウェスタン大学  
ロースクール (LL.M)

〈経歴〉  
1994年4月  
最高裁判所司法研修所修了  
(46期)  
大阪弁護士会登録  
中央総合法律事務所入所  
2005年5月  
米国ノースウェスタン大学  
ロースクール卒業  
2005年8月～2006年7月  
米国カーランド・エリス  
LLP法律事務所勤務  
2006年4月  
ニューヨーク州弁護士登録  
2007年6月  
国家検定金融窓口サービス  
技能検定委員  
2008年10月  
京都大学法科大学院  
非常勤講師  
2010年6月  
貝塚市公平委員  
2011年6月  
アジア国際法学会 日本協会  
理事

〈取扱業務〉  
国内外M&A  
ファイナンス・金融法務  
会社法務 等

## ABLの留意点と動産・債権譲渡特例法

弁護士 中務 正裕

### 1 はじめに

平成23年8月3日、日本弁護士連合会・近畿弁護士連合会共催の平成23年度弁護士夏期研修において、弁護士会会員を対象とし、『最近の動産、債権担保の実務上の留意点』～動産・債権譲渡特例法からABLの現状と問題点まで～と題して講演する機会を得ました。本稿では、講演内容を踏まえ、ABLのポイントをご紹介します。

原材料・商品、売掛債権といった企業の有する動産や債権は、担保としての管理や処分方法が不確定とされ、従来、不動産担保の「添え担保」としての位置付けしか与えられて来ませんでした。

しかし、平成10年「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」が制定され、債権について債権譲渡登記制度が新設されたのに続き、平成17年には、対象に動産が加わり、「動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」(動産・債権譲渡特例法)が施行され、動産譲渡担保の公示性が大幅に高まりました。

これを契機に、在庫や売掛金など企業の事業活動に直結する流動資産を担保にとる貸付について、アセット・ベースド・レンディング(ABL)と呼ばれるようになり、平成20年3月にはABLのガイドラインも公表されました。ABLと言った場合、単に動産・債権の単体を担保として取得するというだけでなく、企業の商流のライフサイクルすべてについて担保の引当とする考え方に近くなります。例えば、在庫製品に対する動産担保は出荷されれば担保から外れますが、その代わりに売掛債権が担保に入ってカバーされるということです。

我が国の貸金は、グラフでも分かるように、信用部分を除くと不動産担保や個人保証に大きく依存している点が特徴です。しかし、不動産担保では、長く続く地価下落傾向では、事業とは直接関係のない不動産価格が下がることにより企業の事業資金の調達が困難となりますし、不動産のない新興企業には資金が回りにくくなります。また、最近改正された中小・地域金融機関向けの総合的な監督指針においても、原則として経営者以外の第三者連帯保証人を求めないよう明記されるなど、保証による担保が困難となってきました。そのような中、ABLは、不動産担保や個人保証に過度に依存しない貸付方法として改めて見直されてきており、今年7月に日銀も中小企業向けABL融資の呼び水として5000億円の新貸出枠を設定しました。

米国のABLの割合は、米国の企業の総借入残高(非金融部門)の約20%と言われており、この30年間で市場規模は40倍にもなったと言われています。2割といえば、国内銀行の担保内訳グラフで言えば、不動産担保借入を上回るものですし、日本でもこれを当てはまると80兆円規模の市場があるという試算もされているようです(現在の日本の市場は4千億程度で、銀行貸出し全体に占める割合は0.1%程度にとどまっています)。そのため、今後、ABLによる貸付方法が、ますます広まってくることが予想されます。

### 2 ABLの実務と留意点

一言でABLと言っても、その担保の対象は様々で、ちゃんぽん麺や牛、卵、テレビなどの動産から売掛債権、貸付債権に至るまで種々色々ですが、手続の流れはおおよそ同じもので、融資の実行から期中管理については、以下のような流れで進んでいきます。特徴的なのは、通常の貸付よりも、より密接な貸手側と借手側の関係が築かれるという点です。

- (1) ABLを利用した融資の申込
- ↓
- (2) 担保提供する在庫、売掛債権等の調査及び評価(デュー・デiligence・担保評価)
- ↓
- (3) 融資契約・担保提供契約の締結(融資実行)
- ↓
- (4) モニタリング

(1) ABL融資については、中小企業向けに行われる主として信用保証協会の制度保証による場合(保証限度額2億円)と、融資額が数億～数十億レベルの中堅・大企業向けに大別されます。中堅・大型案件の場合、一行取引ではなく、シンジケートローンも組成する場合があります。

(2)の担保評価については、不動産担保のように一般的な評価手法が確立されているわけで

はないため、特に動産についてはその評価が困難です。しかし、逆にいえば、今後、動産評価のマーケットが広がっていく可能性があります。筆者は、講演にあたり、外部の評価業者3社(NPO法人日本動産鑑定、ゴードンブラザーズ・ジャパン、トゥルーバグループホールディングス)からヒアリングしましたが、出口であるマーケットでの処分ルートを事前に把握しておくことが適確な価値評価に直結するようです。なお、保証協会の流動資産担保融資制度(ABL保証)では、動産の担保の掛目は、簿価の30%が原則となりますが、外部業者の評価を得た場合には70%を上限として掛目を引き上げることができます。

また、貸付にあたってのデュー・デiligenceも大切です。例えば、動産譲渡担保であれば、①取引先の把握、商流の把握、②譲渡登記できる動産か、処分の容易なものか(半製品や生ものは処分しにくい)、③所有権留保はないか、リース物件ではないか、④先行する譲渡や担保設定はないか、⑤現場の管理体制はきっちりされているか、⑥処分ルートはあるか、処分に業規制はないか、などをチェックすることになります。後述のとおり、動産・債権譲渡特例法による動産登記を経たとしても、所有権留保物件には及びませんし、隠れた占有改定を覆すことはできませんので、しっかりと借手からヒアリングするとともに、契約段階において表明・保証を入れてもらうことが必要になってきます。また、在庫管理がきっちりされているかどうか、というのは実務的にはもっとも重視されており、同じ在庫であっても管理がきっちりなされているかどうかで評価は全く変わってくるようになります。

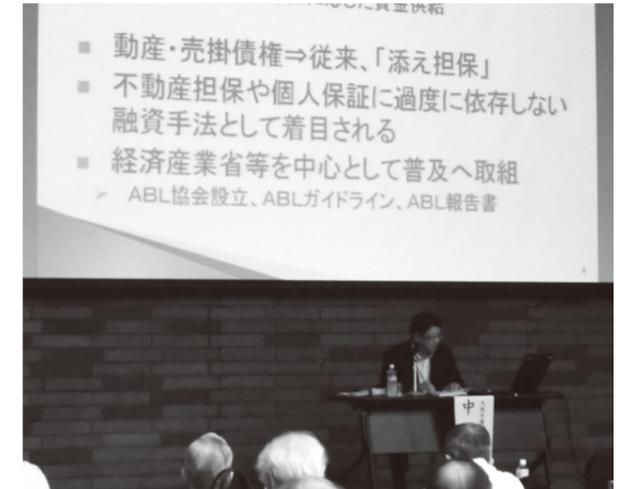
そして、(3)融資契約では、借手からの表明保証条項とともに、事業及び財務状況についての報告義務、一定の売上高や在庫を維持すること誓約するコベナンツ条項が定められることとなります。この点、商工中金では、連帯保証債務の発生を一定のコベナンツ違反の場合に限定、経営者として誠実に事業を遂行しておれば、結果的に財務状況が悪化しても連帯保証責任を追及しない方式をオプションとして採用しており、ABL促進の一つの試みとして着目されています。

(4)のモニタリングでは、定期報告と事由発生時の随時報告があります。定期報告では、月1回程度、在庫数量、売却代金の入金状況、月次のBS/PLの試算表、売掛金の残高などを報告すべきこととなります。このようなモニタリングにより、経営状況の傾向や在庫の変動について、借手と貸手が共通認識を持つようになります。また、動産譲渡担保の場合、保管場所の特定により集合動産を特定していることから、物理的に隣の倉庫に動産が移動すれば、譲渡担保の効力が及ばないことになり、実際の現地調査も大切となります。このようなモニタリングの手間を省くため、倉庫に保管されているABL対象の動産の数量をオンラインで貸付人に報告し、一定の数量を下回った場合にはアラートのメールがなされるなど、ABL在庫管理システムの運用も始まってきています。

最後に、担保処分の場面では、倒産手続との関係が問題となります。登記を経た動産・債権譲渡担保は、破産や民事再生では別除権となり、会社更生では更生担保権となります。ここでは、集合動産の固定化という問題がありますが、在庫の利用ができなくなれば、直ちに事業は行き詰まることになることは明らかであり、実務においては別除権協定を締結するなどして柔軟な解決が図られています。

### 3 動産・債権譲渡特例法の概要

最後に動産・債権譲渡登記について規定する動産・債権譲



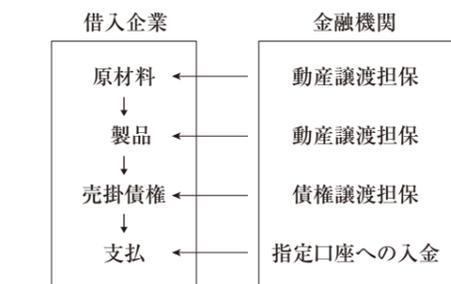
渡特例法に触れておきます。

民法上、動産譲渡の対抗要件は、「引渡し」(民法178条)、債権譲渡の対抗要件は、①債務者対抗要件が、債務者に対する通知又は承諾(民法476条1項)、②第三者対抗要件が、第三者に対する確定日付ある通知又は承諾(同条2項)であることはご存じの通りです。

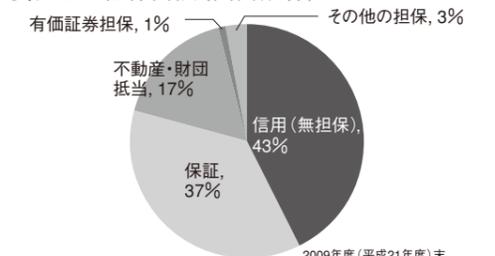
動産・債権譲渡特例法は、動産譲渡の場合は「引渡し」に、債権譲渡の場合は第三者対抗要件に、「譲渡登記」付け加えたものと理解してもらえばよいと思います。但し、登記といっても、不動産登記のように権利の存在を公示するものではなく、対抗要件具備の手段にしか過ぎませんので、登記を経たからといって権利が確実に保全される訳ではありません。以下に動産・債権譲渡登記の留意点をまとめてみました。

- ① 登記制度の利用対象は、法人に限定。存続期間に制限がある(動産・債権の債務者不特定の場合は原則10年、債務者特定の場合は50年内)。
- ② 個別動産・個別債権だけでなく、集合動産・集合債権にも対応し、担保目的だけでなく、真正譲渡も対象となる。
- ③ 権利の競合の場合の優先順位は受付時順。登記以外の対抗要件の場合は、登記時と他の対抗要件具備との先後関係による。
- ④ 第三者対抗要件の具備であり、動産・債権の存在や、譲渡の有効性を証明するものではない。そのため、所有権留保された動産や、債権譲渡禁止特約のついた債権はそもそも対象から外れる(登記されていたとしても無効)。
- ⑤ 動産譲渡登記については、先行の譲渡担保(隠れた占有改定)を覆せず、後行の即時取得を妨げられない。従い、登記を経たとしても、占有改定に劣後する可能性は残る。
- ⑥ 債権譲渡登記は第三者対抗要件であり、債務者対抗要件具備のためには、債務者へのアクション(登記内容を証する登記事項証明書の交付による通知又は債務者の承諾)が必要。

このように、動産・債権譲渡特例法による登記制度は、現状、担保保全として完全なものではありませんが、大幅に公示性を高めたことは事実であり、今後、ABLの利用と軌を一にして、より使いやすい制度へと種々議論が深められていく予定です。



貸出金の担保内訳(国内銀行)





弁護士  
古川 純平  
(ふるかわ・じゅんぺい)

〈出身大学〉  
北海道大学法学部

〈経歴〉  
2007年9月  
最高裁判所司法研修所修了  
(60期)  
大阪弁護士会登録  
中央総合法律事務所入所

〈取扱業務〉  
民事法務、商事法務、  
会社法務、家事相続法務



弁護士  
下西 祥平  
(しもにし・しょうへい)

〈出身大学〉  
京都大学法学部  
神戸大学法科大学院

〈経歴〉  
2010年12月  
最高裁判所司法研修所修了  
(新63期)  
大阪弁護士会登録  
弁護士法人中央総合法律  
事務所入所

〈取扱業務〉  
民事法務、商事法務、  
会社法務、家事相続法務

## 「プロバイダ責任制限法と発信者情報開示請求」

弁護士 古川 純平  
弁護士 下西 祥平

### 1 はじめに

プロバイダ責任制限法(正式名称は「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」といいます。)は、平成14年5月27日に施行されており、すでに施行から10年を迎えようとしておりますが、その運用において未だ課題が累積しております。また、法律の条文自体が抽象的であるため、具体的事案における法律の適用及び手続関係は、ガイドライン及び実務の運用に委ねられている部分が多々あります。近時、当事務所におきましても、インターネット上の掲示板、ブログ等における名誉棄損投稿等の削除又は投稿者の情報開示について相談を受けることが少なくありませんので、プロバイダ事業者や掲示板管理者(以下「プロバイダ等」といいます。)に対して、投稿者の情報開示を求める手続について整理したいと思います(紙面の関係上、情報削除請求については割愛させていただきます。)

### 2 インターネットでの情報流通

前提として、インターネット上で情報を閲覧するまでの過程を簡単にご説明いたします。すなわち、①まず、情報発信者(投稿者)が自分のコンピュータからプロバイダ(経由プロバイダ)を通じて掲示板の管理者等のサーバーへ情報を送信し、サーバーに情報を保存します。そして、②情報閲覧者が、当該情報の保存されたサーバーへアクセスして、そこに保存されているデータを受信して自分のコンピュータ上に表示します。

上記において、掲示板の管理者等は、自ら管理するサーバーコンピュータ上に記録された情報を生成・追加・変更・抹消することが可能ですし、また情報の伝達を媒介するコンピュータ上には、情報発信者の特定に資するIPアドレス<sup>1</sup>とアクセス時間が保存されます。

つまり、サーバコンピュータ等の設備を提供して当該情報流通を媒介する者(プロバイダ責任制限法では、「特定電気通信役務提供者」<sup>2</sup>と定義しています。)は、他人の権利を侵害する情報が流通した場合、当該情報の送信を防止する措置(削除措置)をとることが可能であるばかりか、当該情報の発信者の特定に資する情報(以下「発信者情報」といいます。)を保有しているため、法に抵触しない限り、技術的にはこれを被害者に開示することができるのです。したがって、権利を侵害されたと主張する者は、プロバイダ責任制限法に基づき、プロバイダ等に対して、当該情報の削除及び当該情報を発信した者の情報開示を求めることになります。

### 3 開示請求

仮に、インターネット上の掲示板等で名誉・プライバシーを侵害する書き込みがなされた場合、権利を侵害された者は、誰が書き込みをしたのかわからない場合には、投稿者に対して削除を要請することも、権利侵害の差止めや損害賠償を求めることもできません。そこで、プロバイダ責任制限法では、①権利侵害が明らかであり、②損害賠償請求権の行使のために必要である場合その他開示を受けるべき正当な理由がある場合には、権利を侵害されたと主張する者は、プロバイダ等に対して、発信者の情報を開示することを求めることができると定められています(第4条第1項)。なお、掲示板やウェブサイト上で権利侵害情報が書き込まれた場合、掲示板等の管理者に対する開示手続きだけでは、発信者を特定することはできません。前項でご説明しましたように、掲示板等の管理者のところに保存される情報は、発信者のIPアドレスとそのアクセス時間のみです。このIPアドレスから、発信情報を特定し、その発信情報と発信者を結び付けて管理しているのは、経由プロバイダなので、改めて経由プロバイダに対して発信者情報の開示手続きをとらなければなりません。

#### (1) 任意の開示手続き

掲示板等で自身の名誉・プライバシー等の権利が侵害された場合、権利を侵害された者は、プロバイダ等に対して、文書により発信者情報の開示を求めることが可能です。しかしながら、プロバイダ等は、開示請求を受けた場合、開示するか否かについて当該発信者の意見を聴かなければなりません(プロバイダ責任制限法第4条第2項)。そのため、当該発信者が開示に同意しない場合には、原則としてプロバイダ等は開示に応じることができないのが実情です。

ちなみに、任意の開示手続きには、発信者に対して照会をかけるので、当該発信者が自己に対して責任追及の手が近づいていることを知ることになり、現在継続中の誹謗中傷発言を抑止させるという事実上の効果を期待できる場合があります。しかし、逆に発信者情報開示要請をしていることを悟られて、さらに掲示板等で被害者に対する誹謗中傷が過熱するおそれもあります。

#### (2) 裁判所による開示命令・判決

仮に、プロバイダ等が任意の情報開示に応じない場合には、プロバイダ等を相手方として、発信者情報開示請求訴訟を提起することができます。ただし、プロバイダ責任制限法では、各プロバイダ等に対して、通信記録(アクセスログ、以下単に「ログ」といいます。)の保存義務を課

していないため、発信者情報開示請求訴訟係属中に、ログの保存期間を経過してしまい、発信者を突き止めることができなくなるおそれがあります。そこで、実務的には、発信者情報開示請求権を被保全権利として仮処分の申立てを行うことが多いです。

ちなみに、ログの一般的な保存期間は3~6カ月<sup>3</sup>といわれています。そこで、経由プロバイダが明らかになった時点で、少なくとも発信者情報の保存を任意で要請する、もしくはこれを拒否する場合には、発信者情報の保存を目的とする仮処分の申立てを行う必要があります。したがって、掲示板等への書き込みが相当以前のもので、上記のログ保存期間を経過している事案では、ログがすでに保存されていないために仮処分命令をとっても発信者を特定できないリスクがあることに留意が必要です。

また、外国に所在する各プロバイダやサーバーが介在する場合には、発信者情報の開示を受けられる可能性が低くなります。なぜなら、準拠法は日本法になったとしても、国際裁判管轄は当該プロバイダ又はサーバーの所在地となるとされています(総務省電気通信利用環境整備室著・社団法人テレコムサービス協会編著「プロバイダ責任制限法-逐条解説とガイドライン-」73頁)、当該プロバイダ又はサーバー管理者が任意に開示に応じない場合、法的手続によって開示を求めることは困難となるのです。ただし、当該プロバイ

ダ又はサーバーを管理している者が日本に営業所等を有する場合、又は日本における代表者又は主たる業務担当者が日本に住所を有する場合には、日本で裁判手続きを行うことは可能となります(民事訴訟法第4条第4項)。

### 4 おわりに

権利侵害情報がどこに記載されたか、サーバーを管理しているのは誰か、どのような手続きを選択すべきか等について個別具体的事情に応じた法的助言が必要ですので、ネット上での権利侵害についてお気軽にお問い合わせいただければ幸いです。

〈参考文献・参考ウェブサイト〉(本文中引用したものを除く)  
・静岡県弁護士会編「新版 情報化時代の名誉棄損・プライバシー侵害をめぐる法律と実務」(ぎょうせい、平成22年)  
・http://www.isplaw.jp/(プロバイダ責任制限法関連情報Webサイト)  
・プロバイダ責任制限法-逐条解説-(平成14年5月、総務省)  
・プロバイダ責任制限法-名誉棄損・プライバシー関係ガイドライン-(改訂版:平成16年10月、プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討評議会)  
・プロバイダ責任制限法-発信者情報開示関係ガイドライン-(平成19年2月、プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討評議会)

- 1 インターネットに接続された個々の電気通信設備を識別するために経由プロバイダが割り当てる番号のことです。
- 2 典型的には、プロバイダ・サーバーの管理・運営者等が対象となります。
- 3 各プロバイダによってログの保存期間はまちまちであり、必ずしも3か月は保管されているとはいえません。

## 秋の知的財産権セミナーを開催します!

知的財産グループ

### ～最新情報のご提供とエンターテイメント～

皆様にご好評いただいている秋の知的財産権セミナーを今年も開催いたします。前回に続き、特許業務法人三枝国際特許事務所、米国シカゴに本拠地をおく知的財産専門ローファームLeydig, Voit & Mayerとの3事務所の共催となります。

今回のセミナーでは、まず、劇団中央総合との異名を取った中央総合知的財産グループの所属弁護士、John Kilyk弁護士その他による、米国特許侵害訴訟の一場面を切り出したモックテストimoniー(模擬尋問)を予定しています。ある法的な争点に焦点をあて、これを生の事実をもってして体験していただき、また米国のディスカバリー(証拠開示手続)における落とし穴などを、模擬尋問を通じ楽しんでいただける形でお伝えできたらと思います。

また、当事務所の中務尚子弁護士による「知的財産権にからむ契約実務」の解説、三枝国際特許事務所の北野善基弁護士による「用途発明の権利化の留意点」の解説、Leydig, Voit & MayerのJohn Kilyk弁護士による「拒絶理由通知受領後の日米手続比較及び米国最新重要判例のご紹介」を予定しております。いずれも解説のみにとどまらない、極めて実践的な内容となっておりますので、ぜひこの機会にご参加ください。

正式なご案内は、追ってお送りいたします。ご予約いただければ幸いです。

【日 時】 平成23年11月14日(月) 13:00~17:00  
【場 所】 リーガロイヤルホテル大阪  
【参加費】 無料

知的財産グループ:

弁護士加藤幸江、弁護士中務尚子、弁護士松本久美子、弁護士赤崎雄作、弁護士角野佑子、弁護士中村健三、弁護士大槻幸弘





弁護士

**赤崎 雄作**  
(あかさき・ゆうさく)

〈出身大学〉  
東京大学法学部  
京都大学法科大学院

〈経歴〉  
2008年12月  
最高裁判所司法研修所修了  
(新61期)  
大阪弁護士会登録  
弁護士法人中央総合法律事務所  
事務所入所

〈取扱業務〉  
民事法務、商事法務  
会社法務、家事相続法務



弁護士

**角野 佑子**  
(つの・ゆうこ)

〈出身大学〉  
関西学院大学法学部

〈経歴〉  
2008年12月  
最高裁判所司法研修所修了  
(新61期)  
愛知県弁護士会登録  
2009年8月  
大阪弁護士会登録  
中央総合法律事務所入所

〈取扱業務〉  
民事法務、商事法務、  
会社法務、家事相続法務

## 特許法改正（～平成23年改正のポイント～）

弁護士 赤崎 雄作  
弁護士 角野 佑子

### 1 はじめに

近年、会社同士での共同開発や社外技術を利用した研究開発等により革新的な商品やビジネスモデルを生み出し利益を得るというオープンイノベーションが行われるようになってきました。

このような社会情勢にともない、特許法等の一部を改正する法律が平成23年6月8日に公布されました。

施行は公布の日から1年を超えない範囲内において政令で定める日とされています。

### 2 改正のポイント

今回の改正は

- ① 通常実施権の対抗制度を見直し、ライセンス契約の保護の強化を図る
- ② 冒認出願等に係る救済措置を整備し、共同研究等の成果に関する発明者の適切な保護を図る
- ③ 特許料の見直し等、ユーザーの利便性向上を図る
- ④ 紛争の迅速効率的な解決のための審判制度の見直しを図る

というものが主な内容です。

以下で、①～④について詳細をみていきたいと思います。

### 3 通常実施権のライセンス契約の保護強化

現行法では、通常実施権のライセンスを受けた者が第三者に対抗するためには、ライセンスを特許庁に登録することが対抗要件とされています。

つまり、ライセンシーは登録をしておかなければ、ライセンサーが特許権を譲渡してしまった場合、譲受人に対抗できないことになります。

しかしながら現状では、登録手続の手間・コスト等から通常実施権の登録率が0%または1%未満の企業などが約90%を占めています。

通常実施権のライセンスは企業経営にとって事業遂行に不可欠であるといってもよいくらい重要なものであるにもかかわらず、登録手続の手間・コスト等から登録率が極めて低い現状を踏まえ、登録がなくても通常実施権を第三者に対抗できるよう改正がされることになりました。本改正施行後の通常実施権の権利変動についての対抗要件は、民法上の指名債権一般の規定に従い規律されることとなります。

### 4 共同開発・共同研究の成果における発明者の適切な保護

現在、冒頭でも述べましたように、複数の企業や大学が共同して技術開発・製品開発をすることが多くなってきています。

そのような中、共同で出願すべき発明を単独で出願されてしまい問題になることが多々あります。

現行法では裁判実務上、特許権の設定登録前であれば発明者に実質的に返還請求を認めるという取扱いがされていましたが、設定登録後については返還請求が認められず、発明者を保護するための手段としては特許権が無効であることを立証できた場合等に限定されています。また無効にしたとしても、発明者が特許権を取得できるわけではないので、発明者の真の保護を図ることはできず、発明者の保護が適切になされていませんでした。

そこで、本改正において、発明者を保護するため、共同発明者の一部によって特許が取得されてしまった場合、設定登録の前後を問わず、発明者等が特許権等を自らに持分の移転請求をできる制度が盛り込まれることになりました。

### 5 ユーザーの利便性向上

#### (1) 特許料金等の見直し

中小企業等の知的財産を活かすため、知的財産制度の利便性向上することが検討され、特許料金・手続面の負担軽減が図られることとなりました。

現行法では中小企業に対する特許料減免期間は3年となっていますが、本改正において3年を10年に延長し、また11年目以降の意匠登録料を半減することとしました。さらに中小企業等の海外進出を支援するため、国際調査手数料等を20%～30%引き下げすることとしました。

#### (2) 発明の新規性喪失の例外規定の見直し

現行法では、学会等で発明者自身が発明を公表した場合でも、6ヶ月は新規性・進歩性を喪失しないとされていますが、公表態様も限定されており、この例外にあたらなければ特許権の取得が認められなくなることがあります。

本改正では、発明者が自ら公表した場合であれば、内外国特許公報などに掲載されたことにより公となったものを除き、その公表態様を問わず、

発明が公になった後も特許権を取得しうるよう制度を整備しています。

#### (3) 商標権消滅後1年間の登録排除規定の廃止

現行法では、「商標権が消滅しても1年間は他人による登録を排除する」という規定があります。この規定があるため新たに商標権を取得しようとする者がいても、1年間は登録することができず、確実な権利取得までには時間がかかるという現状がありました。

そこで権利の早期取得を実現化するため、現行法の「商標権が消滅しても1年間は他人による登録を排除する」との規定を廃止し、無効審判や権利の放棄等によって商標権が消滅した場合、直ちに他人が登録をうけることができることとなりました。

#### (4) 出願人・特許権者の手続面での救済制度の見直し

現行法では、出願書類の翻訳文提出について期間を徒過した場合の救済手続がありませんでした。また、特許料等の納付の期間徒過についても徒過した場合の救済手続は厳格なものとなっていました。

そこでユーザーの利便性の観点から、本改正では、翻訳文の提出については「提出期間の徒過に正当な理由があるときは、一定の期間は翻訳文を提出することができるものとする」としてその要件を緩和するとともに、特許料等の追納についても、「正当な理由があるときは追納をすることができるものとする」と規定し、救済規定をおくこととしました。

「正当な理由」にあたるか否かの具体例については「ガイドライン」で周知される予定となっています。

### 6 無効審判制度等の見直しによる紛争処理の迅速化

#### (1) 審決取消訴訟後の訂正審判請求の禁止

現行法では、無効審判が特許庁に係属している間は訂正審判の請求ができず、審決取消訴訟提起後90日以内であれば、訂正審判を請求することができることとされているため、審決取消訴訟中に訂正審判の請求が行われ、認容審決が出れば、事件が特許庁に差し戻されることとなります。

そして訂正審判において訂正認容審決が出た場合、無効審決は取り消されることになるため、訂正後の特許内容で再び無効審判の審理が行われることとなります。

そのため、審決取消訴訟は訂正審判が終了するまで審理がとまってしまう、迅速な紛争解決ができないという事態が生じていました。

このような非効率化をさけるため、本改正では無効審判の中で審決予告を行い、訂正の機会を設けることにより、訴訟提起後は訂正審判の請求を禁止することとしました。

本改正にともない、特許権侵害訴訟と並行して訂正審判を行うような場合には、訂正クレームの検討の機会を的確な時期にするよう注意が必要となります。

#### (2) 再審の訴え等における主張制限

特許侵害訴訟等の当事者であった者は、当該特許権侵害訴訟等の判決確定後に特許を無効にすべき審決や訂正すべき旨の審決等が確定したとしても、このことを再審の訴え等において主張できないと規定し（民事訴訟法338条1項8号参照）、再審における主張を制限し、紛争の蒸し返しを防ぐよう規定が整備されることとなりました。

#### (3) 審決の確定の範囲等にかかる規定の整備

権利内容の迅速な確定のため、特許権の有効性の判断等を特許権の請求項ごとに行うことができるよう規定を整備するとの規定がおかれることになりました。

#### (4) 無効審判の確定判決の第三者効の廃止

現行法では、無効審判の確定判決登録後は、審判請求人以外の者でも同一の事実および証拠に基づく無効審判の請求が認められませんでした。手続保障を重視し、審判請求人以外の者による審判請求を認める等の見直しが行われることになりました。

### 7 まとめ

以上、特許法等改正についてみてきましたが、今回の特許法等改正は企業における知的財産保護を促進する内容となっており、企業活動においても大変重要な改正であるとともに、審判手続・訴訟手続制度も大きく見直しがされていますので、今後の実務にとっても大変重要な改正となっています。

実務における具体的影響等は今後フォローしてまいります。

本特許法改正に関しては、特許庁のホームページや経済産業省のホームページに掲載がありますので、ご参照下さい。

[http://www.jpo.go.jp/torikumi/kaisei/kaisei2/tokkyohoutou\\_kaiei\\_230608.htm](http://www.jpo.go.jp/torikumi/kaisei/kaisei2/tokkyohoutou_kaiei_230608.htm)

<http://www.meti.go.jp/press/20110311005/20110311005.html>

### 8 参考文献

- ・Law&Technology No52 148～149頁  
(特許庁総務部総務課制度改正審議室著)
- ・ビジネス法務2011.9 70頁～74頁  
(弁護士市橋智峰氏、弁護士小林英了氏著)



弁護士

赤崎 雄作  
(あかさき・ゆうさく)

〈出身大学〉  
東京大学法学部  
京都大学法科大学院

〈経歴〉  
2008年12月  
最高裁判所司法研修所修了  
(新61期)  
大阪弁護士会登録  
弁護士法人中央総合法律事務  
事務所入所

〈取扱業務〉  
民事法務、商事法務  
会社法務、家事相続法務

## シンジケート・ローンにおけるアレンジャーの責任を肯定した裁判例

—名古屋高裁平成23年4月14日判決—

弁護士 赤崎 雄作

### 1 はじめに

平成23年4月14日、シンジケート・ローンにおけるアレンジャーの責任を肯定する判決が出されました。本判決が金融実務に与えたインパクトは非常に大きなものですので、その内容をご紹介しますと思います。

### 2 事案の概要

アレンジャーであるY銀行からシンジケート・ローン(以下、シ・ローンという。)の招聘を受けて融資を実行した金融機関X1信用金庫、X2信用金庫、X3銀行が、融資実行後約6カ月で、借受人が民事再生手続を申立て、融資金の回収が困難となったため、アレンジャーであるY銀行に対し、債務不履行及び不法行為に基づいて、各貸付金から参加手数料、支払済みの利息、民事再生手続における配当金を差し引いた金額の損害賠償を求めた事案です。なお、借受人のメインバンクは、本訴訟の当事者ではないA銀行でした。

原審判決(名古屋地裁 平成22年3月26日判決)は、「特定の情報を提供しないことが取引通念上容認し得ないというためには、少なくとも、①当該情報が、招聘を受けた金融機関の参加の可否の意思決定に影響を及ぼす重大な情報であり、かつ正確性・真実性のある情報であること、②アレンジャーにおいて、そのような性質の情報であることについて、特段の調査を要することなく容易に判断しうることを要するというべきである。」と判示して、Yの具体的行為に注意義務違反はないとして、Xらの請求を棄却しており、Xらがこれを不服として控訴してりました。

### 3 判旨

(1) アレンジャーは、信義則上、重要情報を参加金融機関に提供すべき義務があるというべきであり、アレンジャーがこれを故意に怠った場合、あるいは故意に匹敵するような重大な過失により参加金融機関の判断を誤らせた場合には、アレンジャーは、信義則上参加金融機関に対して当該情報を提供すべき義務に違反し、不法行為責任を負うべきである。

(2) 本件において、Y銀行が、借受人の決算に不適切な処理がなされている可能性がある旨の情報を、Xらに開示しなかったことは、アレンジャーとしての情報提供義務違反がある、T銀行担当者

と借受人代表者との間の会話のやり取りに関し、

安易に借受人に粉飾決算はないと判断し、Xらに開示しなかったことには、情報提供義務違反がある。

とした上で、Yの不法行為に基づく損害賠償責任を認めました。

### 4 判決の具体的内容

#### (1) 情報提供義務の根拠

##### ア 契約上の根拠

アレンジャーは、シ・ローンに参加する金融機関に参加を働きかけるものの、参加金融機関との間に契約その他何らかの法的関係を合意することはなく、そのような証拠もないから、アレンジャーが参加金融機関に対して契約上の債務として情報提供義務を負うことはない。

##### イ 不法行為上の注意義務の根拠

アレンジャーは、一般に参加金融機関に対する招聘活動の中で、慣習上、借受人の財務状況等について記載したインフォメーション・メモランダム及び契約条件を記載したシートを参加金融機関に交付し、その記載事項について参加金融機関からの質問に答えることとされ、反対に参加金融機関は、アレンジャーに上記の質問をすることはできるが、借受人に対して直接質問することはできないとされ、現に本件ではそれに沿った取扱いがされている。

したがって、招聘を受けた金融機関は、借受人に関する公開情報は独自に取得できるものの、非公開情報については、上記の質問をすること以外には取得方法がなく、そのような制約の中で、自己の権限と責任において融資をするかどうかを決定する地位にある。

他方、アレンジャーは、参加金融機関にとって取得するのが困難でありながら、参加するかどうかを決定する上では重要な情報を、借受人との従前からの金融取引等によって了知・取得していることもある。

アレンジャーは、信義則上、重要情報を参加金融機関に提供すべき義務があるというべきであり、アレンジャーがこれを故意に怠った場合、あるいは故意に匹敵するような重大な過失により参加金融機関の判断を誤らせた場合には、アレンジャーは、信義則上参加金融機関に対して当該情報を提供すべき義務に違反し、不法行為責任を負うべきである。

#### (2) 注意義務の程度

上記のとおり、注意義務違反となるのは、故意又は重過失の場合に限定しておりますが、その理由として、「参加金融機関は専門家であるから、本来可能な限り自ら取得した情報を基礎にして融資をするかどうかを決定すべきである上、アレンジャーが故意か重過失により参加金融機関の判断を誤らせた場合にはアレンジャーとしての情報提供義務違反を問われてもやむを得ないが、単なる過失により参加金融機関の判断を誤らせた場合にも上記注意義務違反を問われるということでは、アレンジャーと参加金融機関との間の均衡を欠き、シ・ローンの組成が事実上相当に困難となるからである。」と判示しています。

#### (3) 本件における具体的な注意義務違反について

①アレンジャーは借受人が他社からの受取手形を割引に使用していたことの一部は知っていたが、これだけでは参加金融機関が参加するかどうかを決定するのに不可欠な重要な情報とはいえない。決算書に計上漏れがあることをアレンジャーが実際に知っていたとの事実は認められないし、予測しなかったことに重大な過失もない。

②アレンジャーの担当者が借受人の平成19年3月期の決算書に不適切な処理がある旨の疑念をメインバンクが有していること、及び本件書面(借受人の平成19年3月期決算書において一部不適切な処理が記載されている可能性があるため専門家に決算書の精査を依頼する予定ある旨が記載)の存在と記載内容とをメインバンクから指摘されたところ、それらは参加金融機関にとって本件シ・ローンに参加するかどうかを判断するうえで極めて重要である。参加金融機関はそれらの情報を知らない上、公開情報としてこれを取得する可能性もないのであるから、アレンジャーはこれらの情報を検討する機会を付与すべきであった。

③アレンジャーの担当者は借受人に粉飾決算等の疑念はないと判断したその判断は客観的には誤りであったわけで、重大な過失がある。

④本件シ・ローンによる融資金の使途のうち、2億円の使途につき、アレンジャーは真実は借受人の関連会社に対する自行の既存貸付金2億円の回収に充てられることを予定していたのに、これを他の1億円と併せて同じくアレンジャーの借受人への既存貸付金の回収にあてられる予定であると不正確な説明をした。参加金融機関において前渡金と既存借受金との違いや規模等につき、的確な知見を得たとしても、それだけでは参加金融機関が本件シ・ローンに参加することを取りやめるに至ったかについては疑問もあり、情報提供義務違反があったとまではいえない。

### 5 検討

本判決に対しては、様々な観点から批評がなされておりますが、本稿では、アレンジャーが借受人に対して負担する守秘義務との関係で若干の指摘をしたいと思います。

本件では異なりますが、一般的にアレンジャーとなる金融機関は、通常借受人のメインバンクであることが多いと思われ、その場合、アレンジャーは、参加金融機関が有しない情報を多数有していることが想定されます。アレンジャーが、シ・ローンとは別の融資の関係で取得した借受人の情報については、当然、借受人との契約上の守秘義務が課せられており、他方、本判決の示した情報提供義務が課せられるとすると、アレンジャーとしては、対応に窮することとなります。

そこで、例えば、シ・ローンの招聘を借受人から受託する際、アレンジャーが情報提供義務を負う情報については、予めアレンジャーが参加金融機関に提供することに関して、守秘義務を解除する内容の合意をすることが考えられます。他方、参加金融機関が参加の可否を判断するのに必要と思われる情報のうち、アレンジャーが情報提供義務を負わない情報については、借受人が自らの責任で参加金融機関に情報提供をすることとする、という仕組みが考えられます。

この点、本判決は、借受人も、シ・ローンの組成を依頼する際に、アレンジャーによる参加金融機関への情報提供は黙示的にあるいは慣習上容認しているというべきである、と述べていますが、疑問があります。例えば、借受人が明示的に開示を拒絶した場合には、上記論理は妥当しません。

### 6 最後に

本判決の事案は、アレンジャーの担当者が把握した借受人に関する情報について、当然に参加金融機関に伝えるべきであったものと考えられ、法的構成はどうあれ、アレンジャーの責任が認められてしかるべき案件であったと考えられます。

しかしながら、不法行為が成立する場合の判断基準に関しては、検討の余地があるものと思われ、今後、アレンジャーとなる金融機関にとって予見可能性がある判断基準が確立されることが望ましいといえます。

# 農協に対する要請検査の実施

弁護士 中村 健三



弁護士  
中村 健三  
(なかむら・けんぞう)

〈出身大学〉  
東京大学法学部  
大阪大学法科大学院

〈経歴〉  
2009年12月  
最高裁判所司法研修所修了  
(新62期)  
大阪弁護士会登録  
弁護士法人中央総合法律  
事務所入所  
2011年8月  
第一東京弁護士会登録

〈取扱業務〉  
金融法務、知的財産権法務、  
労働法務、会社法務、  
商事法務、民事法務等

## 1 はじめに

農業系統の金融機関のうち、農林中央金庫と都道府県単位の信用農業協同組合連合会(信連)は、農林水産省と金融庁が共同で検査をしていますが、その下部組織であった各地の農業協同組合(農協、JA)の検査権限は都道府県にあります。

そして、農業協同組合法(以下「農協法」)はJAの検査についても、農林水産省と金融庁に要請できると定めていますが、これまでは農林水産省検査が年間40件程度実施されていたのに対し、金融庁による検査の実績はありませんでした。

そのような中、農協法の理念に実態を合わせるべく、平成22年6月に、両省庁と都道府県の3者が連携することで検査の実効性を高める「規制・制度改革に係る対処方針」が閣議決定され、平成23年5月13日、金融庁及び農林水産省より、信用事業を行う農協に対して、都道府県と連携して検査を行うための基準・指針が公表されました。

そこでは、今後、金融庁が、都道府県及び農林水産省と連携して「3者要請検査」として農協の信用事業の健全な運営を図ることを目的として実施されることとなります。3者要請検査の実施対象となる農協は、以下のとおりであり、検査の範囲は、信用事業に関する業務又は会計の状況に限られています。

- ①都道府県知事が以下の項目に該当するか等を勘案し、地域の金融システムや地域経済に与える影響が大きいと考える農協
  - ・貯金量の規模が1,000億円以上の農協
  - ・貯金量の規模が、当該農協が属する都道府県域に所在する農協の貯金量の平均以上の農協
- ②不正・不祥事の再発が認められる農協

地方で信用事業を行う総合農協は700以上ありますが、そのうち約半数ほどが上記①にあてはまり、3者要請検査の対象になります。

金融庁の検査にあたっては、従来の検査とは異なり、金融機関として検査を受けるという姿勢で受検し、それに備えた態勢を整備して臨む必要があると考えられます。<sup>1</sup>

## 2 金融検査における原則

金融検査に関する基本指針の中では、**利用者視点の原則**(検査の第一の目的は預金者等の一般の利用者や国民経済における利益の保護であるという考え方)や**補強性の原則**(自己責任原則に基づいて、金融機関自身の内部管理や会計監査人等により厳正な外部監査を前提として、金融検査はそれを補強するものであるという考え

方)、**プロセスチェックの原則**(事故やミスの結果だけでなく、原因の究明に重点をおいた考え方)が重視されています。

金融検査の準備や受検にあたっては、これらの原則を理解した上で、金融検査が何を目的としているかを理解しておくことが前提となります。

## 3 金融検査における留意点

金融庁による検査についての手法としては、経営陣との対話、ヒアリングを通じて、経営全般に関する問題の所在を見出すことが重視されています。特に農協経営陣との対話の中では、経営リスク等の重要なテーマの認識及び理解、テーマ実現のための組織整備等の対応策の有無、問題に対する経営陣の判断能力や解決能力等が確認されることが想定されています。

農協の経営者においては、経営について事前に充分理解しておくことはもちろん、その内容について自らの言葉で説明できるようにしておくことが求められていると言えます。

これに加えて、経営者からの指示が現場に適切に浸透しているかどうかについて、幹部職員へのヒアリングで確認することも想定されています。

## 4 検査上重視されるべき項目

金融検査を受検するにあたって、特に重要と考えられる項目として、経営管理、法令等遵守(コンプライアンス)、利用者保護が挙げられます。

経営管理においては、代表理事、理事、理事会による経営管理態勢、内部監査体制、外部監査体制などの基本的要素の確認を前提に、経営陣がいかなる見識をもって組織を適切に運営しているか、についてチェックされると考えられます。また、法令等遵守や利用者保護においては、横領や員外貸付等の不祥事に対する対応(原因究明)、防止策等が重視されるものと考えられます。

## 5 受検に臨む姿勢

検査官との対話においては、当然ながら互いの信頼関係が基礎になります。特に検査忌避や検査妨害などを行った場合には、刑事罰の対象にもなり、重大な問題に発展します。したがって、受検に際しては、経営陣は真摯な態度をもって、金融検査に全面的に協力するという姿勢で臨むべきであり、また、その姿勢を組織内に浸透させておく必要があります。

<sup>1</sup> 金融検査を受検するにあたって参考となる資料としては、上記基準・指針の他、「金融検査に関する基本指針」(金融庁 平成17年7月1日)、「系統金融機関向けの総合的な監督指針」(金融庁、農水省 平成22年6月)、「系統金融検査マニュアル」(農水省 平成23年3月31日)、「金融検査マニュアル」(金融庁 平成22年9月)が挙げられます。

# 個人連帯保証に関する監督指針改正について

弁護士 大平 修司



弁護士  
大平 修司  
(おおひら・しゅうじ)

〈出身大学〉  
大阪市立大学法学部  
大阪大学法科大学院

〈経歴〉  
2010年12月  
最高裁判所司法研修所修了  
(新63期)  
大阪弁護士会登録  
弁護士法人中央総合法律事務所入所  
2011年8月  
第一東京弁護士会登録

〈取扱業務〉  
民事法務、商事法務、  
会社法務、家事相続法務、  
労働法務

## 1 はじめに

平成23年7月14日、金融庁の「主要行等向けの総合的な監督指針」及び「中小・地域金融機関向けの総合的な監督指針」(以下、両者をあわせて「監督指針」といいます。)が一部改正・施行され、経営者以外の第三者の個人連帯保証が原則禁止されるなど、個人連帯保証について、従来とは異なる取扱がされることになりました(以下、これらの改正を「本改正」といいます。)<sup>1</sup>。本稿では、上記の改正により、監督指針がどのように変わったのかについて述べたいと思います。

## 2 改正の経緯

従来より、保証人が保証契約時に想定していた以上の重い保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるケースが少なくなかったことから、保証人の保護をいかに図るかが問題となっていました。

このような中で、平成22年6月18日に閣議決定された「新成長戦略 ～「元気な日本」復活のシナリオ～」及び同年12月24日に金融庁により公表された「金融資本市場及び金融産業の活性化等のためのアクションプラン」において、「経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行を確立し、また、保証履行時における保証人の資産・収入を踏まえた対応を促進する」という施策が掲げられました。本改正は、かかる施策を実施するためになされたものです。

なお、信用保証協会については、既に平成18年3月31日に公表された「信用保証協会における第三者保証人徴求の原則禁止について」により、平成18年度に入ってから保証協会に対して保証申込を行った案件については、経営者本人以外の第三者を保証人として求めることが原則禁止とされています<sup>2</sup>。

## 3 改正の趣旨・概要

一般に、個人事業主を含む多くの中小企業においては、家計と経営が未分離であることや、財務諸表の信頼性が必ずしも十分でないなどの指摘があります。そのため、こうした中小企業に対する融資においては、企業の信用補完や経営に対する規律付けの観点から、経営者に対する個人保証を求める場合があります。このような経営

者の個人保証についてまで一律に制限することは、当事者間の自由かつ公正な契約を阻害するものであり、かえって円滑な金融の支障となる可能性が高いことから、好ましいことではないと考えられます。

一方、経営者以外の第三者の個人保証については、副次的な信用補完や経営者のモラル確保といった機能があるものの、直接的な経営責任がない第三者に債務者と同等の保証債務を負わせることが適当なのかという指摘もなされています。本改正は、このような観点から、「経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行の確立」を趣旨の一つとしています。

また、本改正は、保証履行時における保証人に対する対応如何によっては、経営者としての再起を図るチャンスを失わせたり、社会生活を営む基盤すら失わせるという問題を生じさせているのではないかの指摘があることに鑑み、金融機関には、保証履行時において、保証人の資産・収入を踏まえたきめ細かな対応が必要であるとの観点から、「保証履行時における保証人の履行能力等を踏まえた対応の促進」もその趣旨としています。

さらに、本改正は、上記の趣旨を盛り込んだことに対応し、保証契約締結時の説明体勢の整備・強化を図っています。

以下では、これらを踏まえた本改正の概要について説明します。

### (1) 経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行の確立

本改正では、監督上の着眼点として、「個人連帯保証契約については、経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする方針を定めているか。また、方針を定める際や例外的に経営者以外の第三者との間で個人連帯保証契約を締結する際には、必要に応じ、「信用保証協会における第三者保証人徴求の原則禁止について」における考え方を踏まえているか。特に、経営者以外の第三者が、経営に実質的に関与していないにもかかわらず、例外的に個人連帯保証契約を締結する場合には、当該契約は契約者本人による自発的な意思に基づく申し出によるものであって、金融機関から要求されたものではないことが確保されているか。」との規定が新設されました。

これにより、第三者の個人連帯保証人を求めないことが原則とされました<sup>3</sup>。

なお、金融庁発表のパブリックコメントに対する回答である「提出されたコメントの概要及びそれに対する金融庁の考え方」(以下、「パブリックコメント回答」といいます。)からは、円滑な金融を確保する観点から個人保証の一律な制限に消極的な金融庁の姿勢が読み取れます。よって、第三者の個人連帯保証を求められることができる例外的場合に該当するかどうかについても、一律な判断基準はなく、個々の金融機関が、監督指針を踏まえ保証契約者本人の経営への関与の度合いなどの実態に即し、個別具体的に判断することが必要となります。

**(2) 保証履行時における保証人の履行能力等を踏まえた対応の促進**

本改正ではさらに、監督上の着眼点として、「保証人(個人事業主たる主債務者を含む。)に保証債務(当該主債務者の債務を含む。)の履行を求める場合には、…保証債務弁済の履行状況及び保証債務を負うに至った経緯などその責任の度合いに留意し、保証人の生活実態を十分に踏まえて判断される各保証人の履行能力に応じた合理的な負担方法とするなど、きめ細かな対応を行う態勢となっているか」との規定が新設されました。ここでは、対象が第三者の個人連帯保証人に限定されておらず、経営者たる保証人や個人事業主たる主債務者も含めて保証等債務履行時のきめ細かな対応が必要とされます。

なお、パブリックコメント回答によると、元本の全部もしくは一部免除といった保証履行金額への配慮のみならず、保証人の責任の度合いに留意しつつ保証人の資産・収入等を十分に踏まえ、弁済方法等についてもきめ細かな対応をすることが求められます。

### (3) 説明体勢の整備・強化について

まず、経営者以外の第三者との間で個人連帯保証契約を締結する場合には、契約者本人の経営への関与の度合いに留意し、原則として、経営に実質的に関与していない場合であっても保証債務を履行せざるを得ない事態に至る可能性があることについての特段の説明を行うことと、保証人から説明を受けた旨の確認を行うことが必要となります。

なお、契約者本人が経営に実質的に関与していないにもかかわらず、自発的に連帯保証契約の申し出を行った場合には、金融機関から特段の説明を受けた上で契約者本人が自発的な意思に基づき申し出を行った旨が記載され、自署・押印された書面の提出を受けるなどにより、当該契約について金融機関から要求されたものではないことを確認することが要求されます。

また、金融機関は、①経営者以外の第三者との間で個人連帯保証契約を締結する場合には、「経営者以外の第三者の

個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行を確立」するとの観点に照らし、必要に応じ、「信用保証協会における第三者保証人徴求の原則禁止について」における考え方にも留意しつつ当該第三者と保証契約を締結する客観的合理的理由を説明すべき体勢を整備することが求められています。

また、②経営者等に保証を求める場合には、家計と経営が未分離であることや、財務諸表の信頼性に問題があるような中小企業の場合、経営者の個人保証に企業の信用補完・経営に対する規律付けという機能が認められるとされる一方、代表者であることをもって一律に保証を求めることについて様々な批判があることを踏まえ、当該経営者と保証契約を締結する客観的合理的理由を説明すべき体勢を整備することが求められています。

## 4 おわりに

本改正は、経営者以外の第三者による個人連帯保証等の慣行を見直すことで、保証人の保護と金融の円滑化の調和を図ろうとするものです。

一方、現在進行中の民法(債権法)の改正の動きの中では、保証人の保護に焦点を当てた保証制度の改正の議論もなされています。

今後、本改正によって生じる第三者による個人保証の慣行の変化が、保証制度に関する法改正の議論にどのような影響を与えるのか、議論の行方を注視していきたいと思えます。

- 1 これらと同時に、「金融検査マニュアル」も改正されています。
- 2 なお、「信用保証協会における第三者保証人徴求の原則禁止について」は、以下の場合には例外的に経営者本人以外の第三者を保証人として求めることを認めています。
  1. 実質的な経営権を有している者、営業許可名義人又は経営者本人の配偶者(当該経営者本人と共に当該事業に従事する配偶者に限る。)が連帯保証人となる場合
  2. 経営者本人の健康上の理由のため、事業承継予定者が連帯保証人となる場合
  3. 財務内容その他の経営の状況を総合的に判断して、通常考えられる保証のリスク許容額を超える保証依頼がある場合であって、当該事業の協力者や支援者から積極的に連帯保証の申し出があった場合(ただし、協力者等が自発的に連帯保証の申し出を行ったことが客観的に認められる場合に限る。)
- 3 例外については、脚注2(「信用保証協会における第三者保証人徴求の原則禁止について」における例外規定)参照

## 「事業承継 空白の期間」

弁護士 岩 城 本 臣 弁護士 加 藤 幸 江  
 弁護士 村 上 創 弁護士 小 林 章 博  
 税理士 岡 山 栄 雄

## 1 はじめに

(1) 創業者の多くは、“亡くなる直前まで経営権を手にしておきたい。相続税対策から持ち株数を少なくしておきたい、株価の評価は低くしておきたい。しかし会社経営のキャスティングボードは自分で握っておきたい。”との思いを持たれることが少なくありません。

しかし、高齢化時代を迎えた今、創業者には元気な人が多いとはいえ、年齢からくる衰えは多くの高齢者と異なることなく、状況によっては認知症になり、現実には経営判断ができないだけでなく、株主権の行使もできなくなるため、描いていた事業承継の計画もうまくいかない場合があります。まさに株主権の行使権者がいなくなるわけです。ここに、予期していなかった相続時までの会社経営における空白期間が生まれるのです。

(2) このような事態において家庭裁判所に後見人選任の申立をした場合、後見人として身内等近い人が裁判所の判断で決められることが一般的ですが、場合によってはこれら以外の人が選任されることも多くなってきました。

そのため、後見人が大株主としての権利行使をする株主総会の役員選任決議で、思いがけない人が経営者になり、事業承継はもとより会社経営も危うくなりうる場合も考えられないことはありません。

「任意後見契約」を締結することも一方法なので、この制度についてご説明します。

## 2 「任意後見契約制度」

## (1) 任意後見制度の位置づけ

任意後見制度は制度的に次の二つに位置づけられています。

①「民法」上の後見制度(法定後見)… ㊦未成年後見 ㊧成年後見・保佐・補助

②「任意後見契約に関する法律」に基づく任意後見制度

## (2) 成年後見・法定後見・任意後見の意味の違い

平成12年4月1日から、介護保険制度とともに、新しく「成年後見制度」がスタートしました。

成年後見という言葉は、未成年後見(未成年者の両親が亡くなるとその保護のために親権者に代わる後見人が選ばれる)に対する言葉で、成年者ではあるが判断能力の不十分な人について、後見人等を選任してその人を保護しようとする制度です。法定後見は、判断能力が既に失われたか、又は不十分な状態になり自分で後見人等を選ぶことが困難になった場合に利用されるものであり、任意後見は、まだ判断能力が正常である人、又は衰えたとしてもその程度が軽く自分で後見人を選ぶ能力を持っている人が利用する制度です。

## (3) 「任意後見契約」とは

年をとってくると、自分で自分に関することが処理できない、という事態が起き得ます。自分の判断能力が低下した場合に備えて、あらかじめ自分がもしそういう状態になったときに自分に代わって財産を管理してもらったり必要な契約締結等を代理でしてもらうこと等を自分の信頼できる人に頼んでおけば、すべてその人(「任意後見人」といいます)にしてもらえらるわけで、安心して老後を迎えることができます。これを「任意後見契約」といいます。

## (4) 「任意後見契約」締結の方法

「任意後見契約に関する法律」により、「任意後見契約」は公正証書で締結しなければなりません。本人の意思をしっかりと確認しなければなりませんし、また、契約の内容が法律に従ったきちんとしたものになるようにしなければならぬので、知識と経験を持つ公証人(多くは元裁判官・検事です)が作成する公正証書によらなければならぬと定められています。

## (5) 任意後見人の基本的な仕事

任意後見人の仕事は、一つは、本人の「財産の管理」です。自宅等の不動産や預貯金等の管理、年金の管理、税金や公共料金の支払い等々です。もう一つが、「介護や生活面の手配」です。

「任意後見契約」は契約ですから、法律の趣旨に反しない限り、具体的には当事者双方の合意により自由にその内容を決めることができます。

## (6) 任意後見人の仕事開始の時期

「任意後見契約」は本人の判断能力が衰えた場合に備えてあらかじめ結ばれるものですから、任意後見人の仕事は、本人がそういう状態になってから始まることになります。

具体的には、任意後見人になることを引き受けた人(「任意後見受任者」といいます)や親族等が、家庭裁判所に対し“本人の判断能力が衰え任意後見事務を開始する必要があるが生じたので「任意後見監督人」を選任して欲しい”旨の申立てをします。そして、家庭裁判所が任意後見人を監督すべき任意後見監督人を選任すると、そのときから任意後見受任者は任意後見人として契約に定められた仕事を開始することになります。

### 3 委任事項(代理権の範囲)

任意後見人の代理権の範囲については、“代理権の範囲は、嘱託書の別紙として、「代理権目録」に記載する。”(後見登記法第5条第4号)とされており、この代理権目録としてよく利用される書式は下記の通りです。

#### 代理権目録

- 1.不動産、動産等すべての財産の管理・保存・処分等に関する一切の事項
- 2.金融機関、証券会社、保険会社とのすべての取引に関する一切の事項(貸金庫取引を含む)
- 3.定期的な収入の受領、定期的な支出を要する費用の支払いに関する一切の事項
- 4.生活に必要な送金、物品の購入、代金の支払いに関する一切の事項
- 5.医療契約、介護契約その他の福祉サービス利用契約(有料老人ホームの入居契約等を含む)に関する一切の事項
- 6.要介護認定の申請及び認定に関する承認または異議の申し立てに関する一切の事項
- 7.遺産分割又は相続の承認、放棄に関する一切の事項
- 8.贈与もしくは遺贈の拒絶または負担付の贈与、もしくは遺贈の受託に関する一切の事項
- 9.登記済権利証、預貯金通帳、株券等有価証券又はその預り証、印鑑、印鑑登録カード、各種カード、貴重な契約書類の保管及び各事項処理に必要な範囲内の使用に関する一切の事項
- 10.以上の各事項に関して生ずる紛争の処理に関する一切の事項(民事訴訟法第55条1、2項の訴訟行為、弁護士に対する上記訴訟行為の授權、公正証書の作成嘱託を含む。)
- 11.上記各項に関連する登記、供託の申請、税務申告、各種証明書の請求に関する一切の事項
- 12.復代理人の選任、事務代行者の指定
- 13.以上の各事項の処理に必要な費用の支払い

### 4 高齢化時代を迎えたなかでの事業承継における新たな視点

今までの事業承継対策は全て、事理弁識能力が正常の状態、相続に至るまで会社経営に関与しうる中での対策でありました。

しかし、「任意後見契約に関する法律」が平成12年4月1日から施行されたように、まさに相続開始時までの間に、経営判断ができない・株主権の行使ができない空白、所謂エアポケットの期間が生じることは十分にあり得ます。このための対策等についての意識が必ずしも十分ではなく、せっかくのスキームが、創業者の思いが、具体化・実現しない場合がありうることを十分に意識して、任意後見契約を有効に利用する意識を強めていただきたいと思います。

## 京都事務所だより 6

### 琵琶湖周航

弁護士 小林 章博



弁護士

小林 章博

(こばやし・あきひろ)

♪ われは湖(うみ)の子 さすらいの 旅にしあれば しみじみと  
昇る狭霧(さぎり)や さざなみの 志賀の都よ いざさらば・・・♪

琵琶湖周航の歌。冒頭に記載したのは1番の歌詞です。実際には6番まであり、琵琶湖一周の風景が歌われています。昭和46年頃、加藤登紀子が歌ったレコードがヒットしたのでご存じの方も多いかもかもしれません。

現在の私(の体型?)をご存じの方は驚かれる方も多いと思いますが、実は大学時代、「神陵ヨットクラブ」というヨットサークルに所属し、ヨットに明け暮れる日々を過ごしていました。この神陵ヨットクラブにとって一番ともいえるイベントが夏の「琵琶湖周航」でした。

私が学生の当時は8日間かけてヨットで琵琶湖を一周しました。ただし、全員が一周するのではなく、1回生、2回生は前半組、後半組に分かれて琵琶湖を「半周」、3回生になってようやく琵琶湖「一周」の榮に浴します。

8日の間、ヨットに乗りっぱなしというわけではなく、夜は湖岸にある水泳場やキャンプ場の上陸し、そこで夕食を食べ(すべて自炊)、毎晩いろいろなイベントを行い、時には共に「琵琶湖周航の歌」を歌い、満天の星を眺めながら眠ります(停泊地にもよりますが、テントも張らずにゴザの上にごろ寝していました。)。翌朝、太陽が昇るとともに目を覚まし、その日の朝飯と昼のお弁当(飯ごうで炊いたご飯を缶詰のおかずで食べるというレベルです。)をやはり自炊、朝飯を食べ終えて準備が整うと出航する、そんな毎日でした。

ヨットは風がなければ進みません。夏場の琵琶湖は風が弱い日も多いので、予定した距離が進めそうになくなると、最後は自作のパドルで水をかき分け、なんとか目的地を目指します。夕立ちなど天候が悪いときは、避雷のために陸に避難することもありました。連日の乗艇のため船が傷むことが多く、陸につくとほぼ毎日リペアも行いました。

今考えてみると、意外に「過酷な」琵琶湖周航の日々であったような気もしますが、琵琶湖周航を共にした仲間達との絆は今も深く、私にとって大切な財産です。

私たちが活動の拠点にしていたのが大津市にある艇庫。掲載の写真は私がクラブで活動していた1991年3月頃のものです。屋根の部分に大きな桜のマークがありますが、これは旧制三高の校章。実は、私たち神陵ヨットクラブは旧三高ヨット部のOBが活動を維持するために京大の学生を招き入れ1959年に活動をスタートしたのが発足の由来で、このため今でも艇庫には旧制三高の校章が掲げられているのです。

この艇庫は2009年3月に出版された『湖国のモダン建築』(石田潤一郎ら著、京都新聞出版センター)に取り上げられています。これにより、この艇庫は長い歴史を有した大変貴重な建物であることがわかります(以下要点を抜粋)。

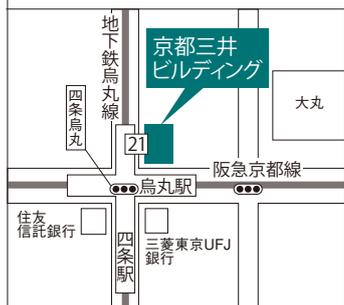
- ・建造は1912年(大正元年)
- ・艇庫は一般に水際にあるために傷みやすく戦前にまでさかのぼるものは当建築の他には2例が知られるだけで、それらと比べても最も古く実に貴重な建物。
- ・1917年(大正6年)6月、ここから琵琶湖一周の挙に向出した学生たちによって生み出されたのが「琵琶湖周航の歌」

この艇庫は来年、創建100年という節目の年を迎えます。但し、残念なことに、神陵ヨットクラブは最近部員が減少し、クラブ自体の存続や艇庫の存続が困難な状況に陥っていることを耳にしました。ここ数年、多くのOBの方々も尽力されているものの、未だ結論は行方定めぬ波枕(なみまくら)。私は、100年もの間、ここに集い、共にボートやヨットを楽しんだ部員達にとつての「心のふるさと」とも言うべき艇庫が失われるような事態になることは残念でなりません。

残された時間はあまりないようですが、京都事務所です仕事をしているという地の利も活かして、何とか艇庫の存続に向けた取り組みを行いたいと考えています。



1991年3月頃の艇庫の写真



#### 京都事務所へのアクセス

【所在地】〒600-8008 京都市下京区四条通烏丸東入ル長刀鉾町8番 京都三井ビル3階  
TEL (075)-257-7411 (代表) FAX (075)-257-7433

【交通】阪急京都線「烏丸」駅・地下鉄烏丸線「四条」駅 下車 20番出口・21番出口直結

## ブログの話題から

弁護士 安保 智 勇



弁護士

安保 智 勇

(あほ・ちゆう)

〈出身大学〉  
中央大学法学部

〈経歴〉  
1986年4月  
最高裁判所司法研修所修了  
(38期)  
大阪弁護士会登録  
中央総合法律事務所入所

〈1990年〉  
ニューヨーク州弁護士登録  
ミシガン州弁護士登録、  
米国デッキンソン・ライト  
法律事務所勤務

〈1992年〉  
中央総合法律事務所復帰

〈取扱業務〉  
国際取引、金融法務、貿易  
法務、会社法務、商事法務、  
民事法務、知的所有権、  
独占禁止法務、税務法務

独身男性が男性の費用負担を前提に、高級フレンチレストランでの合コンを企画しました。相手方女性の数人の中に、ひととき魅力的な女性が一人。男性陣は張り切ってアラカルの予定を急ぎよコースに切り替え、高級シャンパン、ワインのボトルを開けて女性陣を歓待しました。

さて、男性陣がそれぞれかなり痛い出費をして勘定を支払った後、女性陣を二次会に誘いました。全ての男性のお目当ては件の女性。ところがこの女性、「私。余り遅くなると夫に怒られるから。今日は楽しかったわ。ごちそうさま」と先に帰ってしまいました。「なんで合コンに既婚女性を連れてくるんだ。少なくとも彼女の分は返せよ。」と詰め寄った男性陣に対し、女性陣の幹事の答えは、「人数が足りなくなったから、ほかに誰もいなかったのに来てもらったの。最初から気付いていると思ったのに。彼女。左手の薬指に指輪していたでしょう。でも皆さんも楽しまれたでしょう。」

月刊会社法務A2Zの「Law Lゆいの法務ライフ-英文契約書編」の第6回では品質保証条項における免責条項について取り上げました。記事では、黙示の保証とは、合コンに参加する女性が、彼氏募集中と言わなくても彼氏募集中であると推定されるということと同じであり、保証契約における免責条項とは、左手の薬指に指輪をしている女性のようなものと説明をしました。

しかし、この状況下での左手の薬指の指輪は果たして免責条項として、有効なものだったでしょうか。男性諸氏の言い分を聞いてみましょう。

A氏： 左手の薬指に指輪をしているなんて全然気付かなかったよ。結婚しているなら、していると先に言ってくれればよかったのに。結婚しながら合コンに参加するなんて詐欺だ。

B氏： 勿論、指輪をしていることは気付いていたよ。でも女性の場合左手の薬指の指輪は既婚を意味するとは限らないからね。合コンに参加する位だから、彼氏とうまくいっていないと思っていたよ。結婚しながら合コンに参加するなんて詐欺だ。

C氏： 勿論、指輪をしていることは気付いていたよ。結婚しているかなとも思っていたよ。でも、話の中で家庭のことも何もいわなかったから新しい出会いを求めていると思っていたよ。最初から可能性がないのならはっきり言うべきだ。詐欺だ。

男性陣のうち、A氏は免責条項を見ていないと主張しています。B氏は免責条項は見ているものの、条項の趣旨が明確なものではないと主張し、免責条項の無効性を指摘しています。C氏の主張はB氏の主張に加えて、免責条項と矛盾するような言動があり、誤解を招くものであったという主張をしています。これらは、裁判で免責条項の適用を排除しようとする当事者が行う典型的な主張といえるでしょう。

女性との合コンで左手の薬指の指輪に気付かなかったというA氏の主張は、にわかに信じがたいことですが、残念ながら、国際取引で契約書の規定をよく読まずに契約をしてしまい、問題が起きた時点で免責条項に気付いてあとの祭りという例がないわけではありません。免責条項に気付かなかった点については、消費者契約ではともかく、ビジネス社会ではその正当性を主張するのは難しいように思われます。

他方、B氏、C氏の主張は、若干A氏の主張より、取り上げる余地があるかも知れません。確かに、件の女性が家庭円満な既婚者であったことがわかっていたら、男性諸君は、合コンへの参加は拒絶しないまでも、女性陣に対してコース料理やワインやシャンパンのボトルを開けて大盤振る舞いはなかったかも知れません。恐らく出費はかなり少なくてすんだはずですが、円満な家庭がありながら「数合わせ」とはいえ、合コンに参加して男性諸君を感させたこの女性の言動にも全く問題はなかったといえるでしょうか。

片や、女性側の「左手の薬指に指輪をしているのだから、当然既婚者かどうか気付くべきだったでしょう。」という主張はどうでしょうか。左手の薬指の指輪の意味するところは常識的には明らかであり、女性に何らかの期待があれば、既婚者であっても指輪を外して来るのではないのでしょうか(男性である私には複雑なる女心は計り知れないところがありますが)。単なる数合わせで参加したのではないかという事実確認は容易だったようにも思われます。そうすると、「期待に胸を膨らませて」大きな出費をした男性陣はいずれも大きな過失がありそうです。重過失があるといえるかも知れません。

出会いを求めているのは虚々実々の駆け引きをしているのは、何も男女の関係だけではありません。ビジネス社会では左手の薬指の指輪をしながら、合コンに参加してくることに類することなどは枚挙にいとまがありません。一方で免責条項を契約書に入れながら、これと相反するような期待を相手方に持たせた場合に、裁判所が法律上の責任を認めるかどうかは、必ずしも明らかではありません。免責条項が契約書に入っていれば大丈夫と太鼓判を押すことはできないことは確かです。

\* \* \*

気がついて見ると、あっという間に今年で50歳、弁護士生活も25年を超えました。これを記念してというわけではありませんが、今年に入ってから、「東京事務所長ブログGoing My Way」なる題名でブログを始めました。この雑文もブログにアップしたものです。今は、月刊会社法務A2Zの「Law Lゆいの法務ライフ-英文契約書編」の連載をしていることから、英文契約関係の話題が多いですが、そのほかにも弁護士生活の中で経験したこと、感じたことなども綴っています。是非事務所のホームページのトップ(<http://www.clo.jp/>)からアクセスしてみてください。

## 裁判エッセイ 39 ● まず遊ぶ

弁護士 川口 富男  
(元 高松高等裁判所長官)

裁判官になって数年目に、先輩裁判官から「まず遊ぶ」ということを教わりました。裁判官の仕事は忙しく、事件のどの一つを取り上げても個性があって難しい。一所懸命にさえやっておればいつかは仕事が終わるというものではない。仕事が終わってから遊ぶなどと思っていると、いつまでたっても遊べない。それではいつも仕事だけをしていることになって、肉体や精神が枯渇してしまふ。だから仕事を成し遂げてから遊ぶという考えを捨てて、「まず遊ぶ」と考えることが大切なのだ、というのです。

その先輩裁判官はというと、人一倍仕事をこなしておられる上に、いつも快活で、エネルギーに溢れておられ、仕事以外でも法律関係の立派な論文をいくつも書いておられるし、語学でも、聞く、話す面を含めて堪能です。それでいて、室内でも室外でも実によく遊ばれるのです。その秘訣が「まず遊ぶ」にあるもののように思いました。

裁判は、人の生命、財産、運命に直接かかわる影響の大きなものです。頭と神経を使いますし、体力と精神力がなければ長続きしません。裁判官の数は戦前と比べてもそんなに増えていないのに、事件は多くなる一方ですし、国際化も含めて社会や法律が変化する度合いが激しく、ますます複雑になっていきます。権利意識の高まりもあって解決の困難な事件が多くなっています。必然的に自宅に仕事をもち帰り、夜も休日もなく書面に向かうことが常態になるおそれがあります。また新規の複雑な問題を見通し正しく捌くためには広い視野が必要ですから、日頃から教養を深めておかなければなりません。裁判官には「知らない」「分からない」「できない」が許されませんから、裁判官の仕事の難しさと忙しさはいつの時代にも変わりがないのでしょう。

私が裁判所に入った昭和34年頃には、大都市の裁判所には宅調日というものがあって、裁判所に出るのが月水金なら、火木土は自宅で仕事をします(この反対のサイクルの裁判官が同数います)。出勤日が法廷を開く日になります(この態勢ですと法廷と執務室が半分ですむことになります)。昭和42年頃に勤務した東京高裁では、法廷が足りないため開廷日は水曜日と土曜日だけということがありました。土曜日も終日法廷を開くのです。すると自宅には週のうち5日もいることになり、記録を車で運んでもらって(宅送と言っていました)、ひたすら記録を読み、また判決起案をします。

土曜日の午後は、大きな建物の中に私の部署以外は誰もいないのですから、廊下などで何か鬼気せまる雰囲気を感じたものです(今ではこういう執務環境は改善されています)。

このような執務の常態からすると、直接仕事に捧げない時間を効率的、規則的に作り出す工夫を続けないと、肉体的、精神的レベルを望ましい状態に保つことができなくなるおそれがあります。

その頃開業直後の地下鉄日比谷線の霞ヶ関駅を利用して出勤していましたが、この駅のプラットホームは上下線共用なのに幅が狭く、ラッシュ時には人があふれているところにすぐに後続

の電車が入ってきます。ですから、降客をすばやくホームの外に出すことがこの駅の至上命令で、駅員が「エスカレーターでは前を明けないで詰めて乗ってください」と叫びづめでした。一人明けて乗ると詰めて乗るとでは、それだけで単位時間内の輸送量が二倍違います。これは実に簡単な計算なのですが、今でも見ていると、どんなにエスカレーターの手前が込んでいても、自分が乗る番になると一段明けて、時には二段明けて乗る人の多いことに驚ろかされます(実は詰めて乗るためには、前の人も後続の人が詰めて乗れるように配慮して乗る必要があります)。

詰めて乗るという心掛けは簡単なことなのですが、簡単な心掛けで二倍、とまではいかななくても能率のより高い仕事ができる方策があるのではないかと気づきました。

仕事で「詰める」ことは、そのつもりになれば簡単です。仕事の着手にぐずぐずしない。自宅であれば朝8時には机に座ってすぐに仕事にとりかかる。文章起案の途中で中断せざるをえないときには、中断時に頭に在った起案プランや続きの文章(必ずあるはずです)の要点をメモしておく(続行するときには中断時の頭の状態を思い出さなければなりませんから、続行を開始してペースを上げるのにある程度時間がかかるものですが、このメモがあると頭が中断時の状態にすぐに戻り、いきなりダッシュできます)。その他もろもろの「詰め」を心掛けるのです。おのずから根気を詰めることになり精神もハイになりますから能率が上がりますが、夕刻ともなると頭が疲労してしまいます。その時はさっと仕事をやめて読書や運動等の「遊び」をするのです。いつもこういう「詰め」をしていると、夜や休日はかなりの確率で自分の時間になるはずで

私は「まず遊ぶ」を文字どおりには実行できませんでしたが、こうやって捻出した時間を「遊ぶ」ことも、次の仕事には先行しますから「まず遊ぶ」という範疇に入るのではないかと感じてきました。そして大きく見ると、仕事と遊びがリズム立つことになります。「人間はリズムによって生きています。リズムは速度を生み、質量をともなった生活習慣をつくります」(外山滋比古「忘却の力」みすず書房65頁)。このように質量を伴う動きがあると、慣性の法則が働いて速度を維持するエネルギーはそれほど要らなくなる筋合いです。つまり、一旦リズムをつくり上げると、あとは労せずして仕事にも遊びにも集中できるのです。件の先輩裁判官を始め優れた法曹には、そのたたずまいや言動にリズムがあり、ある重いものが、特に力をかけずに慣性のもとに動いているように感じられるのはその現れではないでしょうか。

若い人たちこそ余暇を作り出して読書を含む「遊び」をしてほしいのですが、異口同音に返ってくるのは「忙しくてその時間がない」という答です。しかし、「忙」という字は「心」偏に「亡」と書くことから明らかなように、心の無い状態という、おそろしい状態であることに気付いてほしいと思います。よく読書をする人は例外なく、忙しい時ほどよく読めると言います。多々益々弁ず、ということでしょうか。



税理士 岡山 栄雄 (おかやま・えいお)

〈出身学校〉 高知学芸高等学校 関西学院大学経済学部

〈出身地〉 高知県四万十市

〈主な経歴〉 大阪国税局 総務部 企画課長 大阪国税局 査察部 管理課長 大阪国税局 査察部 次長 国税不服審判所 審理部 副審判官 福知山税務署 署長 南 税 務 署 署長

〈現職〉 近畿税理士会 理事 (社)北納税協会 監事

〈中央総合会計事務所〉 大阪市北区西天満2丁目10番2号 幸田ビル6階603号 TEL 06-6363-2063 FAX 06-6363-2067

# 「組織とシビリアン・コントロール」

中央総合会計事務所 税理士 岡山 栄雄

## 1 シビリアン・コントロール

シビリアン・コントロールとは、政府の長は文民(シビリアン)でなければならず、軍隊は文民の指揮の下に置くという原則です。このコントロールが重要なのは、専門性と終身制があるため、共同化しやすい組織を制御するために、外部の人間を共同体の上に置くという点です。

共同化した組織は、外部からの介入を極端に嫌うものです。シビリアン・コントロールは、それを逆手にとって、外部から介入することによって、組織が共同化することを防止する制度です。実際、アメリカなどの組織では、何十年に一度、外部からの激しい組織変革を受けて、旧態依然とした年功序列人事や部内情報の秘匿が防がれています。

## 2 査察部におけるコントロール

国税局の査察部は、軍隊ではありませんが、階級制度の厳しい専門家集団です。査察部は、実戦部隊の上に、管理職として次長、部長がいます。特に、部長とその上の局長は、査察経験のない人が、財務省や国税庁から1,2年ごとに赴任してきます。私は、部長、局長こそが、査察部におけるシビリアン・コントロールだと思っています。

査察部の組織は、選抜された集団で士気も高く、責任感の旺盛な職員が多数配属されています。したがって、査察共同体として仲間意識が強く一致団結していますが、外部からの干渉を排除する傾向にあります。このような組織を、大所高所から統制して、共同化することを防止するのが部長と局長の役目なのです。

## 3 企業におけるコントロール

シビリアン・コントロールは、軍隊以外の組織にも応用ができます。企業の外部から就

任する社外取締役もその一つです。企業が社員共同体に陥るのを防ぐためには、実権もあり情熱もある、うるさ型の社外重役を何人か加えるべきです。また、会社法で半数以上の人が社外からと定められた社外監査役や新設の会計参与も同様の役割があります。

コントロールする方法としては、人事制度を活用した他部門との交流による人事異動を実施する方法、予算制度を利用して保有資金を流動的に配分する方法、また、単なる伝聞情報ではない真に裏づけのある部内情報を収集して制御する方法などがあります。

## 4 コントロールのあり方

現代社会においても、官僚に対する政治家の関係はもとより、原子力発電所の事故、金融機関のシステム障害など、外部からコントロールすることが必要な事例が数多く存在しています。専門性と終身制があるために密室化する組織を、外部から長期的な考えと大局的な判断によって制御することが大切です。

ところが、組織の最前線である現場は、専門家や職人の世界です。戦術的な細かいコントロールをすると混乱する場合があります。バス会社で、経営方針やバス路線を統制することは許されても、運転手の操縦技術にまで口出することは慎むべきです。現場には当事者意識としてのプライドを持たせて自己満足させることが大切です。プライドを奪うと事なかれ主義となり、困難な仕事を避けて責任逃れをするようになります。

コントロールには、大局観と総合判断力を持って戦略的に行なうべきですが、この場合、現場との兼ね合いが大切で、相互にバランス感覚を保持することが必要となります。東洋における中庸、西洋における止揚の考え方です。尤も、最終的には、組織のトップに位置する人の能力や人間性など、人的な面が大きく作用することに留意すべきです。



弁護士法人

中央総合法律事務所 <http://www.clo.jp>



■京都事務所 〒600-8008 京都市下京区四条通丸屋東入ル 長刀鉾町8番 京都三井ビル3階 TEL.075-257-7411(代表) FAX.075-257-7433



■大阪事務所 〒530-0047 大阪市北区西天満2丁目10番2号 幸田ビル11階(受付5階) TEL.06-6365-8111(代表) FAX.06-6365-8289



■東京事務所 〒100-0011 東京都千代田区内幸町1丁目1番7号 NBF日比谷ビル11階 TEL.03-3539-1877(代表) FAX.03-3539-1878

### ●所属弁護士等

- |            |           |            |           |            |           |                               |
|------------|-----------|------------|-----------|------------|-----------|-------------------------------|
| 弁護士 中務 嗣治郎 | 弁護士 岩城 本臣 | 弁護士 森 真二   | 弁護士 加藤 幸江 | 弁護士 村野 讓二  | 弁護士 安保 智勇 | 弁護士 中光 弘                      |
| 弁護士 中務 正裕  | 弁護士 中務 尚子 | 弁護士 村上 創   | 弁護士 小林 章博 | 弁護士 錦野 裕宗  | 弁護士 鈴木 秋夫 | 弁護士 藤井 康弘                     |
| 弁護士 國吉 雅男  | 弁護士 瀧川 佳昌 | 弁護士 金澤 浩志  | 弁護士 中野 清登 | 弁護士 久保田 千春 | 弁護士 吉田 伸哉 | 弁護士 田口 健司                     |
| 弁護士 平山 浩一郎 | 弁護士 古川 純平 | 弁護士 松本 久美子 | 弁護士 稲田 行祐 | 弁護士 柿平 宏明  | 弁護士 赤崎 雄作 | 弁護士 角野 佑子                     |
| 弁護士 太田 浩之  | 弁護士 中村 健三 | 弁護士 大槻 幸弘  | 弁護士 大平 修司 | 弁護士 鍛冶 雄一  | 弁護士 山下 祥平 | 弁護士 アダム・ニューハウス<br>(アメリカ合衆国出身) |
| 弁護士 川口 富男  | 弁護士 森本 滋  | 委員弁護士 岡村 亘 |           | 法務部長 寺本 栄  | 法務部長 角口 猛 | 法務部長 野草 弘嗣                    |