

東海法学

No.60

中島秀二教授 退職記念論文集

祝辞

中島秀二先生の思い出

..... 山田清志

中島秀二教授 経歴と業績

論説

事務管理における「他人のためにする意思」要件の意義 (3)

..... 塩原真理子

判例研究

競争法による医薬品の高価格設定規制に関する英国控訴裁判所判決

..... 鞠山尚子

判例研究

タトゥー彫り師に対する医師法裁判最高裁決定に関する一考察

..... 山中純子

判例研究

公開買付け後の株式売渡請求と売買価格の決定

—東京高決平成31年2月27日金判1564号14頁—

..... 小林史治

論説

個人情報削除を求める権利の日米欧における法制度と忘れられる権利

..... 中島美香

2021

東海大学法学部

東海法学 No.60

中島 秀二 教授

退職記念論文集

2021
東海大学法学部



中島 秀二 教授
2018 年春ロンドンにて

中島秀二先生の思い出

東海大学学長・法学部学部長 山田清志

中島先生の今般のご定年に際して、長年の東海大学法学部に対する多大なご貢献に加え、民法学の発展に寄与されましたことに、心からの敬意と感謝を申し上げます。中島先生とは東海大学法学部が開設した1986年に最初におめにかかりました。当時私は法学部設立に際して、助手として下働きをしておりました。設立時は、東北大学から多くの先生がお越しになりましたが、その中で一番若い先生が中島先生であったように記憶しております。

その後、私はデンマーク・コペンハーゲンにある東海大学ヨーロッパ学術センターの勤務を命じられ、1989年の帰国後は教養学部生活経済学課程（当時）に所属したため、中島先生と日々の活動で一緒に過ごす機会は多くありませんでした。

そうした中で一番の思い出は、1993年に日本経済新聞社と全日空の後援を得て行ったヨーロッパでの日本法のセミナーにご一緒したことです。SETTING UP YOUR BUSINESS IN JAPANというタイトルで行われたもので、民法・商法・会社法・労働法・民事訴訟法・経済法の東海大学の教員で構成されたチームにより、日本でビジネスを立ち上げる際の法律的な解説を試みたものでした（次頁の当時の英文パンフレット参照）。

東海大学のヨーロッパにおける拠点は、デンマーク・コペンハーゲンとオーストリア・ウィーンでしたので、その二都市で開催し、主に実務家の弁護士の方々に参加して頂きました。非常に関心は高く、中島先生にはPurchasing and Leasing Office Spaces in Japanというセッションをご担当頂きました。

セミナーは勿論充実したものでありましたが、建学祭の期間を利用して渡欧いたしましたので、秋のヨーロッパを満喫いたしました。中島先生もロンドンでの留学ご経験がおりになるので、その楽しみ方を十分に熟知されており、私もお供をして堪能を致した次第でした。

法学部開設時からのメンバーは中島先生が最後であられると思います。その意味では、2022年度からの大きな改革の中で、法学部も新たな展開を実行していく時にあると思います。中島先生には今後も名誉教授として、引き続き大所高所からのご指導を賜ればと存じます。

改めまして心よりの感謝を申し上げますとともに、中島先生のこれからの益々のご活躍をお祈り申し上げます。

TES TOKAI UNIVERSITY EDUCATIONAL SYSTEM

TES started in 1942 as an educational organization and opened in the following year the Aerial Science College in Shinazuka, which grew into the present Tokai University. Half a century after its initiation TES has expanded into a comprehensive educational institution which today encompasses three universities, i.e. Tokai University, Kyushu Tokai University and Hokkaido Tokai University. Furthermore a number of affiliated schools and research institutes in Japan and abroad including junior colleges, secondary education schools, elementary schools and kindergartens all over Japan.

Especially Tokai University is the centre of TES and comprises ten graduate schools, eleven undergraduate schools and five research institutes. In 1992 the academic staff amounted to 1,432 and the number of students at graduate and undergraduate levels reached 30,294.



Tokai University Shonan Campus

SETTING UP YOUR BUSINESS IN JAPAN



SEMINAR ON JAPANESE BUSINESS LAW IN EUROPE 1993

SUPPORTED BY

NIKKEI

ANA
All Nippon Airways

ORGANIZED BY

TOKAI UNIVERSITY

FOR FURTHER INFORMATION

Tokai University European Center
Vedhæk Strandvej 476
DK-2950 Vedhæk
Denmark
Tel.: (+ 45) 42 89 08 09
Fax.: (+ 45) 42 89 11 18

Tokai University Matsumae Budo
Center
Guthell Schoder Gasse 9
A-1100 Wien
Austria
Tel.: (+ 43) (0)1 66 106 1621
Fax.: (+ 43) (0)1 66 106 1613

SETTING UP YOUR BUSINESS IN JAPAN

Starting a business in Japan has been said to be a difficult process primarily because of the lack of clear guidance for foreigners. These seminars organized and presented by teachers of Tokai University aim to provide the information necessary for a deeper understanding of Japan.

These seminars have been designed particularly for European businessmen and lawyers wishing to establish a business in Japan or for companies already established in Japan. The seminars will mainly concentrate on the legal rules of the Japanese corporate culture and the legal rules governing the working of the market.

The topics include the different types of companies, their registration, the rule of the Fair Trade Commission, renting premises, employment practices, and the settlement of disputes in court. The seminars will be held in English. The price for each seminar is US\$ 200. Please note that we have only space for a limited number of participants.

PROGRAMME

08:30 Registration
09:00 Opening and Welcome
09:05 Session 1 by Mr. Yamada
10:00 Session 2.1 by Mr. Nuno
11:00 Coffee/Tea break
11:15 Session 2.2 by Mr. Kaneko
12:30 Lunch
13:30 Session 3 by Mr. Nakajima
14:30 Session 4 by Mr. Nakashima
15:30 Coffee/Tea break
15:45 Session 5 by Mr. Yoshino
17:00 Closing



Dr. Tatsuhiro Matsumae
Chairman of the Board
of Trustees and
President of the Tokai
University Educational
System

On behalf of the Tokai University Educational System (TES) I welcome you all to this series of seminars on Japanese law.

It is flattering to see so many people taking an interest in our country, and it is our sincere hope that you will benefit from your participation in these seminars. The seminars have been organized under the very generous auspices of the Tokai University.

Tatsuhiro Matsumae

CONTENTS OF SEMINARS

Session 1: Foreign Exchange Control and Competition Rules as Applied to Foreign Enterprises in Japan.
Session 2: Formation and Management of Foreign Affiliates in Japan.
Session 3: Employment Law in Japan.
Session 4: Purchasing and Leasing Office Space in Japan.
Session 5: Settling Civil Disputes in Japan.

VENUE AND DATES

01.11.93
Tokai Center Vedhæk, Denmark

04.11.93
Hotel Basvi Vienna, Austria

LECTURERS

Shigeo Nakajima
Professor, School of Law
LL.D. University of Tokyo
Labour Law/Social Security Law

Shozaburo Yoshino
Professor, School of Law
LL.D. Freiburg University
Civil Procedure/Bankruptcy Law/EC Law

Isoo Kaneko
Professor, Research Institute of Civilization
LL.M. Waseda University
Company Law/Market and Consumer Law

Shuji Nakashima
Associate Professor, School of Law
LL.M. Tohoku University
Civil Law/Law of Torts

Chihito Nuno
Associate Professor, School of Law
LL.M. Hitotsubashi University
Commercial Law/Company Law

Kiyoshi Yamada
Assistant Professor, School of Humanities and Culture
LL.B. Waseda University
Anti-monopoly Law/Law of International Transactions

東海法学 60号 2021 目次

中島秀二先生の思い出…………… 東海大学学長・法学部学部長 山田清志 i

中島秀二教授 経歴と業績…………… 1

論説

事務管理における「他人のためにする意思」要件の意義 (3)
…………… 塩原真理子 5

判例研究

競争法による医薬品の高価格設定規制に関する英国控訴裁判所判決
…………… 鞠山尚子 39

判例研究

タトゥー彫り師に対する医師法裁判最高裁決定に関する一考察
…………… 山中純子 49

判例研究

公開買付け後の株式売渡請求と売買価格の決定
— 東京高決平成31年2月27日金判1564号14頁 —
…………… 小林史治 73

論説

個人情報削除を求める権利の日米欧における法制度と忘れられる権利
…………… 中島美香 83

中島秀二教授 経歴と業績

〔略歴〕（主な職歴を含む）

- 1953 年 6 月 石川県金沢市に生まれる
- 1977 年 3 月 金沢大学法文学部法学科卒業
- 1977 年 4 月 東北大学大学院法学研究科博士課程前期私法学専攻入学
- 1978 年 10 月 ロンドン大学ロンドン・スクール・オブ・エコノミクス・アンド・ポリティカル・サイエンス校 (London School of Economics and Political Science) 留学（文部省給付奨学生）【1979 年 9 月まで】
- 1981 年 3 月 東北大学大学院法学研究科博士課程前期私法学専攻修了（法学修士）
- 1981 年 4 月 東北大学大学院法学研究科博士課程後期私法学専攻入学
- 1983 年 3 月 東北大学大学院法学研究科博士課程後期私法学専攻中退
- 1983 年 4 月 東北大学法学部助手【1986 年 3 月退職】
- 1986 年 4 月 東海大学法学部講師（民法）
- 1988 年 4 月 国学院大学法学部非常勤講師【1991 年 3 月まで】
- 1989 年 4 月 東海大学法学部助教授（民法）
- 1991 年 8 月 オックスフォード大学法社会学研究所 (Oxford Centre for Socio-Legal Studies) 客員研究員【1992 年 7 月まで】
- 1993 年 4 月 神奈川大学法学部非常勤講師【1996 年 3 月まで】
- 1998 年 4 月 東海大学法学部教授（民法）
- 2000 年 4 月 東海大学学長室次長・大学評価室長兼務【2003 年 3 月まで】
- 2003 年 4 月 東海大学法学部法律学科主任教授【2007 年 3 月まで】
- 2004 年 7 月 弁護士登録（東京弁護士会）【現在に至る】
- 2019 年 3 月 東海大学法学部教授定年退職
- 2019 年 4 月 東海大学名誉教授

〔学会及び社会における活動〕

- 1977 年 10 月 日本私法学会会員【現在に至る】
- 1982 年 SELDEN SOCIETY（英国法制史学会）【退会】
- 2000 年 4 月 東海大学医学部付属病院群治験審査委員会委員【2019 年 3 月まで】
- 2004 年 4 月 日本私立大学連盟教員研修運営委員会委員【2006 年 3 月まで】

- 2006 年 4 月 大学基準協会大学評価委員会法学系専門評価分科会委員
[2008 年 3 月まで]
- 2006 年 10 月 神奈川県秦野市職員研修講師（～11 月）[同年以降 2010 年を除いて毎年、現在に至る]
- 2011 年 7 月 神奈川県平塚市個人情報保護運営審議会委員[現在に至る]
- 2015 年 6 月 医療健康資源開発研究所 人を対象とする医学系研究に関する倫理審査委員会委員[現在に至る]

〔研究業績〕

・共著書

- 「新借地の法律相談」鈴木禄弥・高島良一・佐藤繁・山崎敏彦編（有斐閣 1991 年 2 月）
- 「現代青林講義 債権総論」川井健・鎌田薫編（青林書院 1999 年 10 月）
- 「民法〈4〉債権各論（新判例マニュアル）」川井健・山本豊・鎌田薫編（三省堂 2000 年 4 月）
- 「民法判例ブラクティス I 総則・物権」松本恒雄・潮見佳男編（信山社 2010 年 3 月）

・論文

- 「《継起的複合原因》と損害賠償—コモン・ローに観る《仮定的因果関係論》」
（修士論文）東北大学 1981 年
- 「《継起的複合原因》と損害賠償—コモン・ローに観る《仮定的因果関係論》」
東北法学 6 号 29～75 頁（東北大学大学院法学研究科院生会 1982 年 3 月）
- 「身体的機能の一部喪失と労働能力喪失を理由とする財産上の損害の有無（最三判昭和 56 年 12 月 22 日）」法学 47 巻 3 号 407～413 頁（東北大学 1983 年 8 月）
- 「司法手続上の言説に関する<絶対的特権>の法理—コモン・ロー名誉毀損法の研究—（一）」法学 49 巻 3 号 425～449 頁（東北大学 1985 年 8 月）
- 「司法手続上の言説に関する<絶対的特権>の法理—コモン・ロー名誉毀損法の研究—（二）」法学 49 巻 5 号 799～820 頁（東北大学 1985 年 12 月）
- 「司法手続上の言説に関する<絶対的特権>の法理—コモン・ロー名誉毀損法の研究—（三）」東海法学 2 号 187～210 頁（東海大学 1988 年 3 月）
- 「保険危機と不法行為法改革— Smith v.Department of Insurance,507 So.2d 1080 (Fla.1987) —」アメリカ法 1990-1 号 113～118 頁（日米法学会 1990 年）

- 「民法のキーワード「人」」法学セミナー438号（36巻6号）38頁（日本評論社1991年6月）
- 「濫用代理論批判」幾代通先生献呈論集「財産法の新展開」（鈴木禄弥・徳本伸一編）77～103頁（有斐閣1993年1月）
- 「弁論による名誉侵害（東京地判平5年7月8日）」判例タイムズ841号49～64頁（判例タイムズ社1994年6月）
- 「濫用代理論批判」私法57号203～209頁（日本私法学会1995年）
- “Purchasing and Leasing Office Space in Japan” 東海法学16号398～383頁（東海大学1996年8月）
- 「過失ある相手方と無権代理人の責任（最三判昭62年7月7日）」民法判例百選（第4版）80～81頁（有斐閣1996年2月）
- 「金融破綻と民法上の責任」東海大学法学部創立10周年記念誌（東海大学1998年9月）
- ・口頭発表・講演等
- 「交通事故と損害賠償」秦野市市民大学（1987年9月）
- “Setting Up Your Business in Japan: Purchasing and Leasing Office Space in Japan” Seminars on Japanese Business Law in Europe 1993 東海大学ヨーロッパ学術センター（コペンハーゲン）、東海大学松前武道センター（ウィーン）（1993年11月）
- 「濫用代理論批判」日本私法学会個別報告（1996年10月）
- 「金融破綻と民法上の責任」東海大学法学部創立10周年記念講演会（1998年9月）

【論説】

事務管理における 「他人のためにする意思」要件の意義 (3)

塩原 真理子

[目次]

はじめに

第 1 章 DCFR の事務管理法提案とその後の反応

第 2 章 「他人のため (für einen anderen)」の解釈に関するドイツの学説 (以上東海法学 56 号)

第 3 章 わが国の裁判例

- 1 他人の義務の履行
- 2 保存行為・改良行為
- 3 相続財産の管理行為
- 4 マンションの管理行為
- 5 権利取得行為 (以上 57 号)
- 6 Auch-fremden Geschäft

第 4 章 検討

- 1 事務管理と他の求償制度との異同, 各事案類型における中心要件
- 2 「他人のためにする意思」の内容

結び

6 Auch-fremden Geschäft

他人の事務でもある事務 (auch-fremden Geschäft) に該当する事案として, (1)義務又は権限に基づく行為, (2)契約不成立 (契約交渉の挫折), (3)契約当事者間の契約の範囲外の行為, (4)無効な契約, 解除された契約に基づく行為の順に, 「他人のためにする意思」の認定方法とこの要件の果たしている役割に

ついて概観する。

(1) 義務又は権限に基づく行為

事務処理者が本人に対する権限又は義務に基づいて行為する場合には、「義務なく」の要件を充たさず、事務管理は成立しない。以下で取り上げるのは、第三者に対する契約上の義務、公法上の義務に基づく行為、職務上の行為である。

(ア) 第三者に対する契約上の義務に基づく行為

⑤⁴東京地判昭和 53 年 8 月 28 日 LEX/DB 27404936

〔事実〕 売主である土地所有者のために仲介活動に従事していた X が、買主 Y に対して事務管理に基づく商法 512 条により報酬請求した。

〔判旨〕 X の本件土地に関する一連の仲介活動は主として売主たる土地所有者側のためのものであると解すべきであるが、例えば取付道路用地の物色、確保の如き本来 Y のなすべき事務も認められるところ、〈証拠〉によれば、X も Y のためにする意思で右事務を処理したことが窺える。従って、右の一部の事務については、X の Y のためにする事務管理と解するのが相当である。しかし、X の Y に対する事務管理に基づく報酬請求権はすでに放棄されていた。

⑤⁵名古屋地判平成 19 年 7 月 5 日 LEX/DB28140226

〔事実〕 X が A の訴訟代理人として B 証券会社に対して B の債務不履行による損害賠償を求めるとともに、A が B に預託していた株券の引渡し及び配当金の返還を求める訴えを提起し、一部認容判決を得た。同判決によって認容された請求債権は B の A に対する反訴請求債権と相殺されたが、A が B から引渡しを受ける株券は、認容債権に含まれていた X の弁護士費用分だけ増加した。そこで X は A の一般債権者である Y の配当金額が増加したとして不当利得返還請求し、X は A のために訴訟追行行為を行うと同時に、一般責任財産の保全という結果を実現するための行為であったともいいうるとして、Y に対し事務管理に基づき費用の償還を請求した。

〔判旨〕 A が無資力状態のもとで、A の債権者が、弁護士費用未払いの段階で弁護士費用増加給付分からも配当を受けることは、X が訴訟追行に要した労務及び費用の提供の対価となる利益をなんらの対価も負担することなしに享受したといえるのであって、X らに対する関係で、不当利得になるというべきである。X らによる訴訟追行は、Y のために行った事務ということではできない。

⑤⁶東京地判平成 24 年 3 月 9 日 LEX/DB2549324

〔事実〕 Y は、A から別荘地内の分譲地を購入した X の父が、A との間で別荘地

内の私道の管理業務の委託契約を締結し、A の地位が Y に移転した、又は、XY 間で委託契約を黙示に締結した、予備的に、X は Y による本件管理業務によって管理費相当額の利益を得たと主張し、事務管理又は不当利得に基づき管理費相当額の支払いを求めた。

〔判旨〕本件土地には、建物が建てられたことがなく、草木が生い茂っている状態である上、X が本件別荘地を訪れたのもわずか数回にとどまるというのであるから、Y が X のために有益な費用を支出したとも、X が Y の行ってきた本件管理業務によって現に利益を得たともいい難く、事務管理又は不当利得に基づく請求は理由がない。

⑤⑦ 東京地判平成 24 年 4 月 10 日 LEX/DB25493764

〔事実〕X は、別荘地の開発、分譲及び管理業務を行っていた A から管理業務を引き継いだと主張し、A から別荘地内の土地を購入した Y らに対し、共益設備管理委託契約に基づき、予備的に事務管理に基づき別荘地内の管理費用を請求した。

〔判旨〕X は別荘地内の所有者の一部との間で、共益設備管理委託契約を締結しているもので、別荘地管理業務を契約に基づく義務として行っているもので、義務なく Y のために始めた事務の管理であるとは認められない。また、X は、Y に対し、共益設備管理委託契約を締結するよう求めたが、Y はこれに応じなかったものであり、X の行ってきた別荘地内の管理業務は Y の意思に反するものであるといえる。事務管理が本人の意思に反してされたときは、管理者は、本人に対し、本人が現に利益を受けている限度においてのみ、有益費の償還請求をすることができる。X の管理業務によって Y が具体的な利益を得たとは認められないから、この点においても、X の主張する有益費償還請求権の存在は認められない。

⑤⑧ 東京地判平成 24 年 5 月 9 日 LEX/DB 25494207

〔事実〕Y は自らが事務局となって制作する映画について A と企画開発契約を締結した。映画の製作プロダクションである X は A の依頼を受けて企画開発業務の一部と制作準備行為を実施した。しかし、A の信用悪化により YA 間の映画の製作契約は締結されず、X は A から製作準備行為等に要した費用の支払を受けられなかったため、Y に事務管理に基づき費用償還請求した。

〔判旨〕X の行為は AX 間の請負契約に基づくもので、将来、XY 間に製作委託契約が締結されることを見込んで、義務なく本件映画の製作準備行為等を行ったものではないとして、事務管理は成立しないとした。

⑤⑨ 東京地判平成 24 年 9 月 12 日 LEX/DB25498298

[事実] X の子会社 A が Y にブライダル施設の工事を発注し、A はこれを B に賃貸した。その後、X は A の全株式を C に譲渡し、C に対し、ブライダル施設に関し瑕疵がないとの表明保証責任を負った。X は Y の工事に多数の不具合があり瑕疵修補費用を支払ったから、事務管理に基づく費用償還請求権又は不当利得返還請求権を有するとして、請負代金債務との相殺を主張した。

[判旨] X は表明保証条項にしたがって、上記施設の利用者による使用に何らかの支障をきたすような瑕疵については修補する義務を負う立場にあつて、C あるいは B らの求めに応じて、自己の名で支払を行っていることから、これをもっぱら Y のためにする意思で行ったとみることは困難である。第一回、二回の工事費用の支出は、X と Y との間の合意によるもので、X が自己の事務をこえて「Y のために」した事務とみる余地はない。第三回の工事（本件訴訟提起後に実施）については、Y の C に対する費用負担の申し出などの事実から X が自身の事務を超えて Y のために支払った部分が一部存するものとみる余地があるものの、X が本件訴訟を提起した後は、Y において補修費用を一切負担しないとの意思が明示されていたから、X が工事費用を支払ったことが、「本人」たる Y の明示の意思に反すること、意思に反することを「管理者」たる X が認識していたことは明らかであり、事務管理は成立しない。仮に Y の工事に瑕疵があったとしても、瑕疵担保責任は除斥期間にかかり、Y に利得はない。

⑥⑩ 東京地判平成 25 年 7 月 17 日 LEX/DB25513938

[事実] X が Y 社を含む 7 社との間で本件地区の再開発に伴う企画、コンサルティング業務を受託する内容の業務委託契約を締結したとして、予備的に、X による企画、コンサルティング業務により、Y 所有地の価値が上昇したとして事務管理又は不当利得に基づき報酬相当額を請求した。

[判旨] 業務委託契約に基づく報酬請求権、商法 512 条に基づく報酬請求権は時効消滅した。X が第三者との業務委託契約に基づいて行った行為が、同時に Y に対する事務管理にも当たり、その報酬請求権が発生することがあるとしても、地区計画の変更のために費やした X の労力に対する代償は第三者との業務委託契約により支払われているものといえ、X に損失が生じていることを認めるに足る証拠はない。

⑥⑪ 東京地判平成 26 年 11 月 10 日 LEX/DB25522510

[事実] X が X の顧客 A に対する売掛債権につき譲渡担保権の設定を受けた Y らに対し、X が当該債権回収のために必要な作業を行い、そのための費用を支出したことを理由に、Y に対し、事務管理による費用償還請求、商法 512 条に

による報酬請求をした。

[判旨] X がこのような作業を行ったことは、X が売主として A らに対して負う目的物引渡義務の履行にほかならず、X がこのような作業を行ったことをもって、義務なく Y のために事務の管理を行ったということはできないし、Y のために行為をしたということもできない。

㉔のような不動産仲介行為の非委託者に対する報酬請求事案については、裁判例の集積があるので、裁判例全般の傾向の中で㉔を見てみることにしたい。

「他人のためにする意思」を利他的動機として捉えると、第三者に対する義務を実施するという目的又は動機が存在するために、通常は「他人のためにする意思」を認めることができない。この意思が認められるのは、第三者の委任がなくとも事務を処理していた事案や、客観的には存在する義務の存在について錯誤していた事案など、ごく稀な場合ということになる¹。したがって、第三者との契約による仲介に事務管理に基づく商法 512 条の適用を認めているこの類型の裁判例を利他的動機で説明することはできない。もっとも、仲介行為による売買契約の成立のみで「他人のためにする意思」を認めているわけでもない。最判昭和 50 年 12 月 26 日民集 29 卷 11 号 1890 頁は、非委託者に対する商法 512 条に基づく不動産仲介手数料請求事件で、仲介行為による売買契約の成立でもたらされる非委託者の利益は反射的利益であるとした。反射的利益が帰属しても客観的他人の事務ではない。これに対して、㉔判決を見ると、「他人のためにする意思」を認定する際に引用された〈証拠〉は不明であるが、取付道路用地の物色、確保を本来 Y のなすべき事務としているので、これらを客観的他人の事務として「他人のためにする意思」を推定したと捉えることができる。反射的利益か否かの判断基準が問題となる。

利益擁護意思説の立場では、仲介者が非委託者の利益を行為の指針にしていた場合に「他人のためにする意思」を認めることとなる。したがって、第三者に対する義務が本人の利益を擁護することにあるなら、この意思を否定する必要はない²。事務処理者によって行為の指針とされていない利益を反射的利益と呼ぶこともでき、その場合、この基準は判例を補完することになる。仲介行為の内容は多様であり³、取引条件交渉では、第三者と本人の利益は必然的に対立し、本人の利益を指針として行為することはできない。これに対して、重要事項説明書の交付、売買契約締結への立会い、登記移転手続きのための司法書士の手配等では、委託者と非委託者の利益の衝突はない。これらの行為については、委託者から受取る手数料によって労務の代償が支払われたといえない場合、償還が問題になる余地がある。㉔事案でも、すべての行為は、所詮、委託者のために契約を成立させるための手段にすぎないとするのでなければ、取付道路

用地の確保行為自体は非委託者の利益に調整して行われる行為であるため、「他人のためにする意思」を認め得たと説明することが可能である。

利益擁護意思説は⑤⑥を含む仲介行為の裁判例における「他人のためにする意思」の認否の説明を可能にするが、取引条件交渉行為で仲介者が非委託者の利益を行為の指針にしていたとの認定は実際には容易ではない。上記最高裁昭和50年判決は、商法512条に基づく報酬請求権の発生には「客観的にみて他人のためにする意思」をもって仲介行為をしたものと認められることが必要であるとした。そして、その後の下級審裁判例は、仲介行為が双方の立場を尊重して行われたこと、あるいは非委託者の要望が実現されたこと等をもってその要件を充たすとしてきた⁴。しかし、非委託者の要望の実現によって、非委託者のためにする意思を認定することに対しては疑問が示されている。仲介者が非委託者の要望に応じて委託者から譲歩を引き出したとしても、委託者にとって譲歩してでも契約を成立させることが利益になると判断した結果にすぎず、非委託者のためとはいえないというものである⁵。この指摘は当を得ている。結果として、非委託者はそれだけでは当該行為が自己のためにする意思で行われたと認識することもできないため、報酬の支払いを覚悟すべきともいえないであろう。また、「客観的にみて他人のためにする意思」があれば報酬請求を認めるという判断は、委託関係を明確にして不動産仲介報酬をめぐる紛争を防止するという宅建業法34条の2の趣旨に反するとも指摘されている⁶。したがって、取引条件交渉の事案では、利益擁護意思という意味での「他人のためにする意思」の有無が償還請求の中心要件として機能しているものの、利益擁護意思の判断方法の点で償還請求を正当化できているとは言い難い。

⑤⑥判決は、結論としては、一般債権者の対価的負担のない利得を要件として不当利得による返還請求(転用物訴権と同旨)を認容した。⑤⑥の請求の可否を最終的に決するのは、契約相手方の無資力リスクを契約外の者に負担させられるかという契約関係自律性の問題である。契約相手方の無資力のリスクを契約外の者に転嫁する際には関係当事者の利益の比較衡量を必要とする。⑤⑥での、第三者の委任を受けた訴訟活動が、第三者の一般債権者Yのための事務管理ということはできないという認定は、客観的他人の事務からの推認、動機説、利益擁護意思説のいずれによっても説明可能であるから問題がない。しかし、損失を被る者と対価なく利益を受ける者の利益衡量により、請求を棄却すべきという結論に至った場合に、第三者に対する義務の存在を理由に、「義務なく」や「他人のためにする意思」を否定して請求を棄却するならば、実態を見えにくくするであろう。

⑤6、⑤7は同じ別荘地の管理に関わる事件である。⑤6判決では、「義務なく」と「他人のため」の要件がまとめて否定された。このように第三者に対する義務を理由に「義務なく」の要件を否定すると、「他人のためにする意思」を否定する場合と同じく一律の事務管理否定になる。しかし、⑥0では第三者との契約に基づく行為は同時に他人の事務管理にも当たり得ることを認めている。そして、⑤8、⑥1も「義務なく」の要件で事務管理を否定しているが、不成立の実質的な理由は同じではない。したがって、第三者に対する義務の存在を事務管理否定に直ちに結びつけることはできない。⑤7での事務管理不成立の根拠は、むしろ、管理行為が本人の意思に反するものであり、本人には利益がないというもう一つの理由にあったと見る方がよいであろう。⑤7は、第三者に対する義務に基づく行為の事案であるとともに、他人の物の保管・改良行為の事案であり、本来、本人の自由な決定に委ねられている領域への介入であるから、利益を押付けないという考慮が求められる。⑤6事件の方では第三者との契約関係は表に出ておらず、本人によって放置されていた別荘地の管理費用は、本人のための有益な費用ではないとして事務管理と不当利得を否定している。⑤7では管理行為によって抽象的な利益を受けたとしつつも、土地の経済的価値が管理業務によって支出した金額分だけ上昇したことの具体的主張がないとして不当利得返還請求も否定された。事務管理、不当利得ともに本人の主観に合致した利益若しくは現実化し得る利益が生じていたことを要件とすることにより利得の押付け防止を図り、請求の認否を決定している。

「他人のためにする意思」の要件だけを見れば、別荘の所有者の公衆用道路の維持管理や別荘地管理業務は委託者のみならずすべての所有者の利益にも調整されているといえ、利益擁護意思説からは非委託者である別荘地所有者のためにする意思を認めることも可能であったと思われる。管理しないことにより別荘地全体の荒廃を招き、治安が悪化する等本人の意思を尊重すべきではない事情があれば、事務管理が成立する可能性はある。そのような場合に、土地の価値の上昇という具体的な利益の証明を求めることなく、費用償還請求を認めるには事務管理が都合がよいということは考えられる。

⑤8も「義務なく」行ったものではないことを事務管理否定の理由とする。⑤5で見たとおり、第三者に対する義務でもって事務管理を否定する場合の実質的理由の一つは、契約関係自律性原則である。しかし、上記のとおり、⑥0は第三者との契約に基づく行為も同時に事務管理にも当たり得ることを認めただうで、事務処理者の労力に対する代償が第三者によって既に支払われていたという認定を経て事務管理を否定している。⑤8は事務処理者が契約相手方から報酬を受け取っていない事案であり、⑤5判決も引用する転用物訴権の判例⁷⁾に照らすと、

本人に利益が帰属しているといえるならば、「義務なく」ではないという理由で請求を棄却することは拙速に思われる。

⑤⑧の事務処理者 X は本人 Y に不当利得返還請求をしていない。⑤⑧の X 自身、Y に現存利益があるという認識はなかったかもしれない。しかし、映画製作の準備行為に対しては、Y は報酬を支払ってはならず、Y の映画の企画が不成立となったために、利得が消滅したと見るのでなければ、不当利得の可能性もある。他方、事務処理者の映画製作行為は、注文者である Y に合わせられていたはずであるから、利益擁護意思説では「他人のためにする意思」は否定されない。「義務なく他人のためにする意思」のレベルで事務管理を否定しなければ、事務管理の場合、有益な費用は行為時を基準に判断されるので、その後の事情により利得が消滅したとしても費用の償還請求が可能になる。不当利得では現存利益なしとなるならば、事務管理には独自の存在意義が認められる。

⑥は、売掛債権の譲受人が債権を行使することができるよう、譲渡人が、自らの売主としての義務を果たしたという事案であり、これは譲受人（本人）の債権行使を可能にするための譲渡人の譲受人に対する義務といえるから、いずれにしても「義務なく」の要件を充たさず、事務管理成立の余地がない事案であった。

(イ) 公法上の義務に基づく行為

⑥② 東京地判平成 24 年 8 月 7 日 LEX/DB25496370

[事実] 医療法人 X が Y1 の診療を行い、Y1 に対し、診療契約に基づき、予備的に事務管理に基づき治療費等の支払いを求めた。また、Y1 の妻である Y2 に対して診療契約に基づき、治療費等の支払いを求めた。

[判旨] Y1 は意思能力があったと認められない。医師法上、X の医師には Y1 に対する診療義務があるので、「義務なく」の要件を充たさず、事務管理は成立しない。X と Y2 との間で診療契約が成立する。

⑥②では、診療が医師法上の義務であるために「義務なく」の要件が否定され、事務管理不成立となった。法律上の義務に基づく行為をした事案で、「義務なく」の要件は、義務を発生させる法規範を事務管理に優先させる機能を果たす。しかし、医師法 19 条 1 項の定める診療（応召）義務は、患者の生命・身体・健康の保護を目的とし⁸、診療後の費用支払義務の有無という医師（病院）と患者の私法上の関係を既定しているわけではない。したがって、医師法の趣旨から事務管理の成立を妨げる必要はない。

「義務なく」が未充足とされた結果、⑥②では「他人のためにする意思」要件

には触れられていない。利他的行為の促進を目的とする動機説では、義務付けられていれば当該行為へのそれ以上の誘因は不要であるために、「他人のためにする意思」を否定するという考えもある。しかし、DCFR は、事務管理によって利他的行為に誘因を与えるという目的志向を持ちながら、公共の利益となる救助給付の場合には公法上の義務であっても「他人のためにする意思」を否定せず、報酬請求権の付与という効果も加えて利他的行為への誘因を付与するという選択をしている⁹。当該行為が積極的に促進すべき内容であるか否かという判断を「他人のためにする意思」の要件に託すことはこの要件にとっては過重な負担である¹⁰。

利益擁護意思説にとっては、上記の医師法の目的が重要である。生命・身体・健康の保護が目的であれば、Y1 のためにする意思が問題なく認められるであろう。ただ、治療を受ければ成果に関わらず利得が認められるため、「他人のためにする意思」という加重要件が充たされなくても治療費の請求は可能である。⁽⁶²⁾では、妻との診療契約を成立させることにより報酬請求が可能であったから、事務管理を成立させる必要もなかった¹¹。

(ウ) 職務上の行為

公的機関の職務上の行為としては、次の⁽⁶³⁾の他に、自治体による産業廃棄物処理の事案 (⁽²¹⁾名古屋地判平成 20 年 1 月 17 日, ⁽²²⁾名古屋高判平成 20 年 6 月 4 日, ⁽²³⁾福井地裁平成 29 年 9 月 27 日) があった。

⁽⁶³⁾東京地判平成元年 7 月 26 日 LEX/DB 22004173

〔事実〕 税務署職員が行う税務相談は納税者に対する関係で事務管理となるものであり、納税者の意思に従って税務相談に当たることを要するところ、X は税務相談での誤った教示に基づき法人税の確定申告を行ったとし、申告の誤りを修正するためにされた更生請求につき理由がないとする旨の通知処分 of 取消しを求めた。

〔判旨〕 税務相談は納税者から依頼を受けて行われるものであり、また、相談に応じることが納税者の事務を処理することになるとはいいい難いことからすると、税務署職員が税務相談に応じることが納税者に対する関係で事務管理になるとはいえない。しかしながら、申告納税制度を適正なものにするための補完機能として、税務署職員が税務相談事務に従事していることは公知の事実であり、右事務は税務担当職員の職務行為の一つと考えられるものであるから、公正かつ適正に処理すべき義務があるものと解するのが相当である。税務相談事務はあくまで相談に応じるという行為であるから、税務調査とは異なり、原則として相談者から提示された事実関係に基づき相談事項を検討すれば足りるものと

いうべきである。本件においては、税務相談事務上要求される職務義務に反したものとはいえない。

動機を考えれば、公的機関の職務上の行為では「他人のためにする意思」を認め得ないが、自治体による廃棄物処理の②①、②②、②③とともに、⑥③でもその点は問題にしていない。税務相談は納税者から依頼を受けて行われるものであることと、相談に応じることが納税者の事務の処理ではないということが事務管理否定理由にあげられている。しかし、後記(2)の契約不成立の事案類型では、相手方の依頼を受けて行ったから事務管理ではないという立場はとられていない。また、コンサルタント業務は他人の事務たることを否定されていない(⑥④)から、相談、助言を行うことが他人の事務の処理にあたらないとする見解も一般化できるわけではない。

相談者の依頼を受けて行われる場合、利益擁護意思説によれば「他人のためにする意思」が推測されるが、税務相談の目的は、②①、②②、②③同様、公共の利益の実現にあるという点で、本人の利益擁護意思があったとは認めがたい。

X は税務相談を事務管理とすることによって、Y の本人の意思に従って税務相談にあたる義務を生ぜしめ、X の直接の相談内容にとどまらず、X の事情を探索し、より踏み込んだ助言をする義務を導こうとしているようである。しかし、申告納税制度を適正なものにするための補完機能を果たすという税務相談の目的に照らして、具体的事情の下でどの程度までの調査を行うべきかが問われればよい。

(2) 契約不成立(契約交渉の挫折)

⑥④ 福岡高判平成2年3月28日判時1363号143頁

〔事実〕 医師であるY1・Y2親子が病院の建築計画を立て、Y1が設計管理業務を目的とする有限会社Xに設計を頼んだが、農用地であった敷地につき宅地転用許可を得られず、敷地の売買契約成立に至らず、建築計画を断念した。Xは建築主であるY2に対し、Y1を代理人として設計管理契約を締結したとして、予備的に商法512条に基づき報酬の支払いを請求した。

〔判旨〕 商法512条は、商人がその営業の範囲内で他人のために行為をしたときは、費用の償還請求の他、相当の報酬請求権を有することを定める。右行為には事務管理としての行為も含まれる。Xが行った建築設計行為は、委託ないし契約に基づくものではないとしても、他人であるY2の病院建築のために行ったことは明白であり且つXの営業行為に属することも明らかである。事務管理の要件としての「他人のためというのは実質的には他人の利益のためということであるが、しかし、その行為が結果として現実に他人の利益になったか否かは問題ではない」。Xの建設設計が無為に帰し、結果としてYらの利益に帰す

ることがなかったとしても、X が Y らの意思に反し又はそれらに不利なことが明らかであったのに、敢えてした行為でない限り、X の事務管理の成立が否定されるものではない。本件においては、Y2 からすべてを一任されていた Y1 が設計を依頼するような発言をし、交渉は 9 か月間続けられたこと、Y1 は過去 3 回の病院建築経験から、転用は可能であると考えて設計作業が行われることを容認していたと推測されること、また X が設計図書の作成に着手していたであろうことも当然知っていたと推測されるにも拘らず、反対の意思を表明したり中止を申し出るような行動に出なかったことなどに照らせば、本件設計行為が Y らの意思に則って、その利益のためになされたことは明らかであり、事務管理については商法 512 条による報酬請求権の発生は否定しがたい。

⑥⑤ 東京地判平成 21 年 5 月 13 日 LEX/DB25462822

〔事実〕 X が、世界フィギュアスケート選手権大会の開催について、Y（日本スケート連盟）から、東京都及び東京都議会との交渉、調整業務、東京体育館の借上げ料値下げ交渉等の業務の委託を受け、委託業務を遂行したと主張して、主的に本件業務委託契約に基づき、予備的に商法 512 条に基づき、相当報酬額の支払を求めた。

〔判旨〕 商法 512 条にいう「他人のために行為をした」とは事務管理であってもよいが、事務管理の成立には「本人の意思に反し、本人に不利であることが明らかでないこと」を要する。X が政治献金を活動の手段として用いたことは、Y の意思に反することが明らかであり、商法 512 条の適用の余地はない。

加えて、X の活動が Y のために成果を上げたことを認めるに足りる証拠がない。X はもともとオリンピック招致活動に参加するために東京都の招致本部と交流をしていたのであり、このような経緯から X が行った活動は、オリンピック招致活動を進める東京都（ないしは X 自身）のための活動と言っても、Y のための活動といえるのかは必ずしも判然としない。

⑥⑥ 東京地判平成 22 年 10 月 6 日 LEX/DB25472843

〔事実〕 X1 建築設計事務所は、自らが宮古島にリゾートホテルを誘致する事業の総合プロデュース並びにホテルの設計監理業務及びコンサルティングを行い、投資家が出資し、ホテル建物および土地を所有し、X2 がホテルを経営し、A がホテルを運営するというスキームを考案した。X1 は、Y に投資家として事業に参加するよう提案し、X1 の仲介により Y が土地を取得したところ、Y が土地を取得したときは X らにホテルの設計監理等を委託する旨の合意が存在したにも拘らず、Y が委託契約の締結を拒否したとして、債務不履行に基づく損害賠償を求め、予備的に、商法 512 条に基づき、X1 が実施したホテルの基本設計等に

係る報酬の支払いを求め、更に契約締結上の過失の法理に基づく損害賠償を求めた。

[判旨] 本件スキームは、X1 が、将来、投資家との間で事業コンサル及び設計監理委託契約を締結し、相当額の報酬を取得することを目的として策定したものであり、本件事業計画書等も、顧客たる投資家を獲得するための資料として作成されたものというべきであるから、X1 が自己のために行ったものというべきであり、商法 512 条に基づく報酬請求は理由がない。ただし、Y は、X1 が本件スキームへの参画を前提として本件土地の売買を仲介していることを認識しており、かつ、本件スキームに参画する意思（少なくとも確定的な意思）を有していなかったにも拘らず、X1 に設計管理等を行わせられると思われるような態度を取っており、X1 はこれらの行為（不作為も含む。）によって、Y が本件スキームに参画し、X1 との間でホテルの設計管理契約等を締結するという信頼を与えられた結果、仲介契約を遂行し、同売買契約を成立させている。同契約を成立させることは、X1 として、本件スキームによって得られる履行利益を失う危険をはらむものであったことからすれば、Y の行為は、X1 との交渉を事実上拒否して X1 の上記危険を現実のものとしたことと相まって、信義誠実の原則にもとる行為というべきである。しかし、本件スキームの遂行によって得られる履行利益獲得のための先行投資費用は賠償すべき信頼利益ではなく、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求は理由がない。

⑥7 東京地判平成 27 年 1 月 19 日 LEX/DB25524620

[事実] X が A らとの業務委託契約に基づき、A らと顧客との間の請負契約を成立させたことにより A らに対する報酬請求権を有していたにも拘らず、Y が A らと共謀して、上記顧客をして上記請負契約を解約又は不成立にさせた上で、Y が別途請負契約を成立させることにより、A の報酬請求権を喪失させたとして、Y に対し、不法行為に基づく損害賠償金を請求し、予備的に、Y 及び A らとの業務委託契約に基づき、又は Y のための事務管理により顧客との間の請負契約を成立させたとして、Y に対し、商法 512 条又は信義則に基づく報酬の支払いを求めた。

[判旨] X と A らとの間において黙示の業務委託契約が締結されたとする余地があるとしても、Y が A らと資本、役員構成及び業務内容において共通するなど密接な関連性を有する会社であるからといって、黙示の業務委託契約が締結されたと解することはできない。また、X は本件顧客との間で営業活動を行っていた当時、A らのために営業活動を行っていたとはいえるものの、X が Y の存在を認識していたにも拘らず、Y のために営業活動を行っていたと認められる客観的状況があったことを認めるに足る証拠がないことからすれば、X が Y あ

るいはYを含めた形でグループ会社のために営業活動を行っていたと認めることはできない。もとより、Yが本件顧客との間で本件各請負契約を成立させたことから、Xの営業活動の結果をYが享受したと評価する余地があるとしても、そのことから直ちに、Xの営業活動がYのために行われたものであるとか、Yのための事務管理が成立すると言うことはできない。

㊟東京地判平成 28 年 6 月 1 日 LEX/DB25536288

〔事実〕Xは、Yの運営するテーマパークのイベントの企画立案の依頼を受け、企画を立案し提供したとして、Yに対し、主位的に業務委託契約、予備的に商法 512 条に基づき報酬の支払いを求めた。

〔判旨〕Xが最初にYから依頼を受けて行った13の企画の立案については、Yにとって実現可能性のある企画が提案されるか否か明らかでないことにも照らすと、Xが自己の営業活動として行っていると認めるのが相当である。これに対し、Xが立案した企画のうち、本件企画については、Yが肯定的に評価し、様々な依頼をXに行い、立案作業を進めることを認めているといえる。そして、本件企画が実現することとなれば、Yにとって大きな利益となることが予想される。これらの事実を照らし、当初の13企画の立案作業の範囲を超えて、その後に行われた作業については、Xが自己の営業活動としてすると共に、客観的に見て、Yのためにする意思で行ったと認めるのが相当である。本件企画が実現に至らなかったことからYにとって無益であったとしても事務管理が成立することが妨げられるものではない。

㊟東京地裁平成 29 年 9 月 7 日 LEX/DB25539113

〔事実〕不動産の売買、交換、賃借及びその仲介を目的とする株式会社Xが、不動産の売買・仲介・賃貸借及び管理等を目的とする株式会社Yに対し、Xの媒介によりYが区分所有建物及びその敷地権を購入することができたにも拘らず、媒介報酬を支払わないと主張して、媒介契約又は商法 512 条に基づき、売買代金額の3%に相当する金額の支払を求めた。

〔判旨〕本件不動産の売却情報はEを介してXの代表取締役Aから提供されたものであり、Aの依頼を受けてV社のDが本件不動産の売り主O社のCと交渉をしたことにより、Yが希望する代金額で調整ができたものであるうえ、Aは、物件の内見をしたり、本件契約書や重要事項説明書の草案を作成するなどの契約締結に向けた準備を行い、重要事項説明と契約締結の場及び残代金の決済等の場にも立ち会い、本件売買契約の成立に尽力したと認められる。以上の点、取り分けYの希望する金額で本件売買契約が成立した点に照らすと、客観的にみて、XがYのためにする意思をもって媒介行為をしたものと認めるのが相当

である。したがって、本件売買契約の成立に尽力した X の行為は、Y のための事務管理と認めることができる。

第三者に対する義務で取り上げた⁽⁵⁶⁾、⁽⁵⁷⁾、⁽⁶⁰⁾でも主位的には契約関係が主張されている。契約関係が明確にされないままに実施された労務提供に、事務管理が適用されることは少なくない。利他的動機の優越を必要とするならば事務管理は成立しない事案類型であるが、わが国の裁判例は、契約締結意図があるという理由では「他人のためにする意思」を否定していない。⁽⁶⁴⁾での他人の家の設計は、他人から依頼されて初めて他人の家の設計、つまり他人の事務になるので、むしろ、契約締結に向けられた依頼があったことこそが「他人のためにする意思」の根拠になる。また、当事者間での契約が主張される事案では、事務処理者は行為を相手方の利益に合わせる義務を負っているはずであるから、規範的に利益擁護意思を判断すれば「他人のためにする意思」が認められる。少なくとも、利益擁護意思を推測させる事実となる。ただし、⁽⁶⁵⁾、⁽⁶⁷⁾、⁽⁶⁹⁾のように仲介や交渉が契約内容として主張されている場合には、当然に利益擁護意思を推測することはできない。

わが国における契約交渉挫折の事案を横断して見ると、以下のような特徴と検討すべき問題があげられる。

(a) 契約相手を勧誘するための先行投資費用については、償還請求が認められていない。「自己のため」の行為であるとして事務管理を不成立とする(⁽⁶⁶⁾、⁽⁶⁸⁾)にしても、信頼利益ではないとして契約締結上の過失に基づく損害賠償を否定する(⁽⁶⁶⁾)にしても同じである。契約締結前に行われた行為であっても、契約の締結後には、契約の履行行為に吸収される行為に要した費用でなければ、償還請求の対象とならない。区別は容易ではないが、⁽⁶⁹⁾の建築設計契約の場合、企画設計や概略設計か、通常有償契約の目的とされている詳細精密な設計かが重要である。本人にとって実現可能性がある企画の提案の前後で区別する⁽⁶⁸⁾も参考になる。

(b) 契約不成立の事案類型では、最終的に契約成立に至らず、結果としてそれまでに提供された事務処理が本人にとって無益となったことが、費用償還請求に対する抗弁として主張されることがある。無益となったから、法律構成として事務管理が選択されたとも考えられる。⁽⁶⁴⁾ ⁽⁶⁸⁾判決は、本人にとって利益になったことが事務管理の要件とはならないことを念押しして、事務管理を成立させている。不当利得との違いが意識されているのかは不明であるが、事務管理でなければ請求が認められないのであれば事務管理固有の適用領域ということになる。⁽⁶⁴⁾や⁽⁶⁸⁾では不当利得は成立するであろうか。建物設計契約の法的性質については委任契約説、請負契約説があるが、⁽⁶⁴⁾事案では、それ自体が有償契約の目的とされる設計図書が作成されていたのであるから、建設に至らなかつ

たからといって成果がないわけではない。また、病院の新築が断念されたことにより利得が消滅したと見ることもできるが、利得の消滅であるとしても、契約不成立の結果である。本人が設計を依頼した時点では、本人の意思に合致していたはずの支出が、契約の不成立が確定した時点では本人の意思に合致しなくなったという事態をどのように扱うべきかが問われる。

(c) 契約不成立事案への事務管理の適用が争われたドイツの相続人搜索の事案¹²で、BGH 判決は、契約の無効・取消事案と契約不成立事案を分け、前者では本人の意思と利益への適合要件を充たすのに対し、契約不成立となった後者ではこの要件が充たされていないために事務管理が成立しないとの理由付けを述べた。この区別に倣うと、事務処理者の行為が本人の依頼の下に進められているわが国の契約不成立事案では、事務処理開始時点での意思と利益への適合要件を充たさないとはいえない。しかし、契約交渉当事者間で契約が不成立になった場合に、常に事務管理者の行為時に焦点を当てて請求の可否を決定すれば硬直的な帰結を招くことになる。結局、本人の意思に合致しなくなったことにより行為が無益になるという変化をどのように扱うべきかという問題に収斂される。

(d) ドイツの相続人搜索事案では、当事者間の接触以前に事務処理が実施されており、私的自治に由来するリスク配分の観点からも事務管理は不成立とされた。わが国の裁判例の事案においても事務管理を認めるに際しては私的自治との関係が問題になるが、上記裁判例においては、当事者間に契約締結に向けた交渉関係が存在しているため、契約締結上の過失に基づく責任と契約自由の原則との関係をめぐる議論を借用して、事務管理を正当化できる可能性がある。事務管理と契約締結上の過失の効果を比較すると、事務管理では商法 512 条の適用により報酬請求が可能となるケースがあるのに対し、契約締結上の過失によれば、信頼利益の賠償請求に止まる。双方の法律構成で請求した⁽⁶⁶⁾では、前者で 2 億 8255 万円余、後者では 1 億 3567 万円余の請求をしている。この問題に対して事態適合的な解決方法が選択されなければならない。

(e) ドイツ学説では、無効な契約の処理に事務管理を適用することに対しては批判的見解が有力である¹³。その理由の一つは、不当利得による場合の非償弁済の規定が潜脱されるというものである。そのため、契約が成立しているとの誤解があったという事案では、債務不存在を知りつつ弁済したという非償弁済の要件を充たさず、不当利得でも返還請求が認容されるので、事務管理の適用により非償弁済の規定を潜脱するとの批判はあたらないとして、事務管理の適用に肯定的な学説が見られた¹⁴。しかし、わが国の上記裁判例を見る限り、契約に基づく請求をしてはいるものの、契約の成立を誤解していたといえる事案ばかりではない。ただし、債務の不存在を知りつつ弁済したとしても、不当利得の

類型論の成果を踏まえると、非債弁済の規定の適用は一方的給付に限定すべきであり¹⁵、いずれにしても、非債弁済規定が適用されることはないと思われる。

(3) 契約範囲外の実行

⑦⑩東京地判平成 24 年 7 月 31 日 LEX/DB25495589

〔事実〕X は、A から本社兼店舗の内装・設備工事を請け負い、本工事及び追加変更工事を完成し A に引き渡したとして、約定の請負代金及び追加変更工事代金の支払を求める訴訟を提起した。その訴訟継続中に A が破産手続開始決定を受け、その破産管財人 Y が X の届出債権に異議を述べたことから、X は、Y に対し破産債権を有していることの確定を求めた。

〔判旨〕X と A との間に追加変更工事の合意があったとは認められない工事については、事務管理の要件を満たしていると認められないから、X が Y に対し商法 512 条に基づく報酬請求権を有しているとは認められない。

⑦⑪東京地判平成 27 年 2 月 24 日 LEX/DB25523662

〔事実〕Y からマンションの新築工事を請け負った X が、Y との間で追加変更工事の合意をし、これを完成させたとして、商法 512 条あるいは不当利得返還請求権に基づき、追加変更工事にかかる請負代金の支払を求めた。

〔判旨〕Y の了承を得ずに行った工事を Y のための事務管理と認めることは困難である。一部不当利得に該当するものがあるとしても、Y は悪意の受益者とは認められないから、その利得の存する限度で返還する義務を負うところ、Y が販売予定価格を大きく下回る額で本件マンションを転売していること等に照らせば、利得が Y に現存することを認めるに足りない。

⑦⑫東京地判平成 27 年 7 月 31 日 LEX/DB25531274

〔事実〕Y らとの間で建物の新築工事に係る請負契約を締結した X が、同契約に係る工事に関し追加変更工事を行ったとして、Y に対し、請負契約又は商法 512 条に基づき、追加変更工事に係る報酬の支払を求めた。

〔判旨〕Y と請負契約を結んだ X が行った請負工事に含まれない工事について、必要不可欠であったことが客観的に明らかとは言えない。よって、X が商法 512 条により報酬請求権を取得したとはいえない。

⑦⑬東京地判平成 27 年 8 月 28 日 LEX/DB25532670

〔事実〕Y からビルの内装改修工事を請け負った X が、工事が途中で終了したとして、請負契約又は商法 512 法条に基づき、本工事及び追加変更工事に係る請負代金（出来高）等の支払を求めた。

〔判旨〕 契約範囲外の工事につき、本件建物を使用、収益するに当たり必要不可欠な工事は Y の事務であり、Y のために行うことが客観的に認められる。

いずれも契約で合意されていない追加工事が行われた事案である。契約関係が存在している以上、本人の意思を確認することが可能であるから、契約範囲外の工事を行う際には相手方の承諾を得なければならず、承諾を得ずに行った工事について、通常は報酬請求を認めることはできない。しかし、契約締結の合意はないものの、明確に拒絶されることもなく進められた工事が争いになる。請求の可否を決しているのは、契約目的を達成するうえで必要不可欠な工事であるか否かである。契約目的を達成する上での必要不可欠性が「他人のためにする意思」要件も、本人の意思と利益への適合あるいは介入の合理性も充足させる。契約目的を達成する上で必要不可欠な工事は、契約の解釈によって契約の範囲内に組み入れることも可能である。

(4) 無効な契約、解除された契約に基づく行為

㉦熊本地裁平成 24 年 7 月 18 日 LEX/DB25482504

〔事実〕土木工事の請負を業とする X が Y (相良村) との間で、村道廻谷線道路改良工事の請負契約を締結し、その後、工事内容を変更する旨合意をしたとして、本件変更契約及び本件代金増額合意に基づき代金を請求し、予備的に、商法 512 条に基づき、本件各変更工事の相当な報酬額として、また、Y は法律上の原因なく、本件各変更工事の完成という利益を受けたとして、不当利得返還請求権に基づき、同額を請求した。

〔判旨〕(工事請負変更契約に基づく請負代金請求) 本件各変更契約及び本件代金増額合意は、Y 議会の議決(地方自治法 96 条 1 項 5 号、相良村議会の議決に付すべき契約及び財産の取得又は処分に関する条例 2 条によるもの)が得られたときに効力を生ずるとの条件が付されていたとの抗弁が認められる。(商法 512 条に基づく報酬請求) 本件各変更工事の施工は、Y の意思に反しないものとは認められず、また、法律上承認しなければならないものとも認められない。そうすると、仮に、本件各変更工事の施工が X により事務管理として行われたものと認められるとしても、X に対し、商法 512 条に基づく報酬請求権を認めることは困難である。加えて、Y のような公法人が事務管理における「他人」となり得るのは、公法人の自由裁量の余地のない法律上の義務に属する事務に関してのみであると解されるところ、本件各変更工事の施工はこのような事務に当たるとはいい難いから、事務管理として行われたものと認められるのかどうかについても疑問がある。(不当利得返還請求) Y は本件各変更工事費用と同額の利益を受けた。したがって、不当利得返還請求権に基づく支払い請求には

理由がある。

㉞東京地裁平成 25 年 11 月 20 日

[事実] 賃貸マンションの経営を業とする X は、Y に対し、マンション管理業務委託契約を解除したことによる賃料敷金の返還、Y が入居者退室時の点検義務を怠ったことによる損害賠償を請求した。これに対し、Y は、本件契約の締結と同時に締結された学生マンション募集広告委託契約が X と Y の合意で遡及的に解除され、Y の入居者募集業務は、本件募集契約上の義務ではないことになったが、X のために本件マンションの入居者募集を行っていたことは事務管理に該当するとして、費用償還請求権との相殺を主張した。

[判旨] 本件募集契約は、合意によって遡及的に解除されているから、その間、Y が X のために有益な費用を支出したときは、X に対して事務管理に基づきその償還を請求することができる。

公法上の義務に基づく行為の事案類型で取り上げた㉞が契約の無効、㉟が効力不発生、㊱が解除の事案である。契約の無効の場合には、契約上の義務を履行する動機・目的で事務処理が行われているが、㉞、㉟では、「他人のためにする意思」とは別の要件で事務管理が否定され、この要件への言及がない。しかし、契約不成立の事案類型や解除の㊱判決から判断して、「他人のためにする意思」が否定されるわけではないであろう。解除の㊱においても、事務処理者による契約解除前に入居者募集は、主観的に契約上の義務を履行する意思で行われているが、「義務なく」も「他人のためにする意思」も妨げられず、事務管理の成立に至っている。

㊱事案では、本人の意思に反する等として事務管理は不成立とされたが、結論としては、本件各工事費用が利益であるとして、費用と同額の不当利得返還が認められている。そうすると、当事者間で合意した効力発生要件の未充足にもかかわらず、契約と同等の効力が発生し、合意に反する結果を生じる。㊱で争われた変更工事と 1200 万円余りの代金増額合意は、地方自治法 96 条 1 項 5 号によって議会の議決を要する契約には該当しない（地方自治法施行法 121 条の 2 別表 3）。が、これとは異なり、議決を要する契約につき議決を得ていない場合には、契約は私法上無効となる可能性がある。その場合、費用の返還によって法律の趣旨を潜脱することにならないかという問題が生じる。

㊱では、事務処理が本人の意思に反しないものとは認められないとされながら、本人の利得が認められている。これに対し、契約当事者間で合意のない追加工事が実行された㊱㊱㊱を見ると、㊱では現存利益が否定され、㊱㊱では不当利得による請求はなされていない。不当利得においては、工事の客観的市

場価値が当然に利得となるわけではなく、⑭では、道路という有形物が残り、利益が現実化されていたという事情が重要であったと考えられる。

第4章 検討

以下では、まず、わが国の裁判例を素材として、事務管理以外の制度では求償できず、事務管理でのみ償還請求可能であるという事案、事務管理の適用が独自の解決をもたらす領域を確認する。いずれの法律構成であっても同じ結論が得られるという場合には、その求償の可否を決定している実質的な要件を抽出する。続いて、ドイツ学説も参考にしつつ、わが国において事務管理が固有の解決をもたらす事案類型における「他人のためにする意思」の内容と判断基準を検討する。

1 事務管理と他の求償制度との異同、各事案類型における中心要件

(1) 他人の義務の履行（求償利得）

金銭債務の弁済の事案では、弁済が債務者の意思に反せず、あるいは債務者の意思に反することを債権者が知らず、第三者弁済が有効となる場合、弁済者に「他人のためにする意思」があれば事務管理が成立する。「他人のためにする意思」がなくとも、求償利得による返還請求権が発生する。金銭債務の弁済のための支出と債務者の利得額は通常一致する。「他人のためにする意思」は重視されず、本人の債務の存在と事務処理者の支払いによる債権者からの解放が請求権の成否にとって決定的である。共同相続人の一人がした被相続人の債務の弁済や、相続財産の管理費用の立替払い等比較的多く現れた事案がここに属する。不法行為被害者の親族や雇用主が治療費や休業中の給料を支払った場合にも、それによって加害者が不法行為による治療費や休業損害の支払義務を免れれば、求償利得で支払った費用を加害者に請求できる（⑰⑱⑲）。親族等が被害者の治療費等を肩代わりしても、加害者の賠償債務に影響しない場合には、加害者の事務を処理したとはいえず、加害者に利得もなく、事務管理も不当利得も成立しない。夫婦間、親子間の金銭債務の履行で事務管理が否定されるのは、本人の債務を履行すること自体が事務処理者の扶養義務に含まれ（④⑨⑩）、あるいは贈与の即時履行として「義務なく」でない（⑤）からであり、この場合、求償利得も成立しない。

金銭債務以外の契約上の義務の履行の場合も、求償利得として返還請求することができる。しかし、金銭債務以外の場合には、事務処理者の支出と本人の利益は必ずしも一致しない。事務管理と不当利得の請求内容の異同に関しては、次の（2）（イ）で検討する。

(2) 他人の物の保存・改良行為 (費用利得)

他人の物の保存・改良による利益は通常は物の所有者に帰属するので、利得が現存している限り、費用利得として返還請求することが可能である。また、当事者間に占有者所有者関係(196条)、賃貸借関係(608条)があれば固有の費用償還規定が用意されている。

(ア) 事務管理と不当利得の成立要件の異同

事務管理は不当利得とは異なり、成果非依存で成立する。しかし、利得を利得移動したものの客観的市場価値と捉えたと、成果非依存で報酬が支払われる行為については、成果に拘らず報酬に相当する利得が認められる。契約上成果依存の行為で成果がなかった場合には利得が認められず、事務管理のみが成立するが、事務管理のために事業者と契約を締結した事務管理者は、事業者には報酬を支払う必要がないため、償還請求すべき費用は発生しない。また、事業者が事務管理を行った場合も成果がなければ報酬請求をすることはできない。したがって、事務管理に固有の意義があるのは、費用償還請求についていえば、成果依存行為に成果がなく、実費の償還請求をする場面ということになる。

他方で、他人の物に対する出捐ではないが、事務管理の成立を成果に依存させているように読める裁判例もある。成果を事務管理の成立根拠とするもの(52)、成果がないことを事務管理の否定根拠にし、成果があれば事務管理の成立もあり得るというニュアンスを示すもの(49)(50)(55)がある。このうち49)(50)(52)には、事務処理者の行為が裁判所に対する申立て、訴えに属するという共通点がある¹⁶。52)では、事務管理者によるマンション管理者の解任請求が認容され、管理者の不正行為の存在、訴訟提起による管理組合の利益が確認されているが故に、「他人のためにする意思」の認定につながったといえる。また、相続人の一人が自らの遺留分減殺請求権を行使する目的で被相続人の後見開始申立てを行い、他の相続人に対する費用償還請求を行った47)でも、申立てが却下されていれば、「他人のためにする意思」を認めることはできなかったのではない。ここでは、「他人のためにする意思」よりも、成果の存在若しくは成果によって確認された行為の合理性が実質的要件のように思われる。

成果を実質的要件として事務管理を認定する場合、不当利得も成立する。効果の異同については、(イ)で扱うが、47)(52)についていえば、不正行為を行う管理者の解任や後見人の選任により、本人の財産が保全されたとしても、不当利得で請求できるのは損失者の損失の限度であるから、事務管理と不当利得で請求内容に変わりはない。

(イ) 有益費と利得

事務処理者が支払いを求めることができる有益費と利得に違いが生じるかについては、利得の捉え方、現存利益の意味にかかる。利得移動したものの客観

的価値を利得とする見解では、市場価値が返還される。事務管理の有益費は、事務処理者の支出時を基準として客観的利益に適合する出捐額であるから、この見解では、事務管理と不当利得での償還額には変わりがないといつてよい¹⁷。利得を経済的な差額で捉える見解（差額説）では、物の価値の増価額が利得となり、出費の節約として支出額が差額と捉えられる場合以外は、支出額とは一致しない。しかし、占有者の有益費の償還を定める 196 条 2 項でも、所有者の選択に従い、支出額または増価額の請求が認められていることから、物の価格の増加が現存し、支出額が増価額を上回らない限りは、支出額の請求が認められるであろう。

そうすると、利得が現存している場合、利得移動したものの客観的価値を利得とする見解では、あえて「他人のためにする意思」を要求して事務管理を成立させる必要はない。ただ、労務による利得とは何かについて実務上揺れがある中では、差額ではなく支出額で請求ができる事務管理を主張することには実用性が認められる。もっとも、不当利得の成否についても判断した裁判例を見ると、事務管理が否定された⑥、⑦では、増価の立証がないとして、不当利得返還請求も否定されたのに対し、美化された壁や建設された道路が現存し、かつ、本人にとっての利益の現実化を認めうる⑧、⑨では費用と同額の利得返還が認められている。これらの裁判例からは、利得が現存し、利益が現実化されている限りで、実務上、不当利得でも費用を利得として償還請求できると読むことができる。

加えて、事務管理が成立した場合にのみ、本人から管理者に対する義務が発生するという違いはある。

（ウ） 利得の消滅

不当利得は、利益の存する限度においてのみ成立するため、利得が消滅した場合には事務管理と異なる結論に至りうる。しかし、ドイツの学説においては、ヤンゼンが、本人の意思と利益に合致した事務処理であれば出費の節約となり、利得は消滅しないとして、事務管理と不当利得の同期を主張していた。これに対し、本人不在中の事務管理では、事務処理者による事務管理がなくても本人が支出していたとはいえないため、出費の節約は認められないとの異議が唱えられた¹⁸。想定されているのは、台風の接近前に不在の隣家の屋根を修理したが、屋根が台風で吹き飛んでしまったというような事案である¹⁹。本人が不在でなければ屋根を修理していたであろうことをもって本人に不利益を負担させる評価については見解が分かれると思われるが、出費の節約は、当該支出の本人の仮定的意思への合致のみを根拠に支出を本人の負担とするものではなく、差額説の論理にしたがって、事務処理者による支出がなければ本人が行っていた支出を本人に負担させるものである。それ故、実際には支出し得なかった本人

に、無駄になった費用を負担させる根拠を出費の節約で説明することは困難であると思われる。もっとも、出費の節約の認定にあたり、本人の具体的事情が捨象されることがないわけではない。ドイツの Flugreise 事件²⁰では、航空機に無賃搭乗した未成年者が自ら支出して搭乗していたとはいえないものの、出費の節約がないと主張することは許されないと考えられている。しかし、当該未成年者の利得は侵害利得であり、利得の押付けとなる費用利得の場合の評価は異なる。そうすると、物理的に利得が消滅した場合には、不当利得とは異なり、事務管理でのみ費用の返還が認められるという事態は存在するであろう。

続いて、費用利得では、利得を客観的価値で捉えることによって利得の押付けになる可能性があるため、利得が物理的に消滅した場合のみならず、利得が本人の財産計画に合わないものであった場合にも利得の消滅と扱うことで利得の押付けを回避しようとしている。いったん生じた利得が消滅するのではなく、はじめから利得が消滅しているという点で、利得の消滅の特殊な場合にあたる²¹。②のような土地の開墾を例にとれば、本人が開墾するつもりがなかった土地が開墾されても、本人が物の価値の増加から利益を現実化していなければ利得の消滅と扱われる²²。また、利得を客観的価値ではなく、主観的価値で捉える見解が費用利得でもたらす結果も同じである。利得についていずれの見解に立っても、当該支出が利得者の財産計画に合致した場合にのみ、返還請求を認めるという結論に至る²³。

事務管理において利得の押付け回避は、まず、本人の意思又は利益に反することが明らかでないという成立要件で図られる。意思に反することが明らかでなかったが、意思に反していた場合には「現に利益を受けている限度」での償還請求となる。この際、本人の財産計画に反する場合に利得の消滅と扱われるならば、不当利得と同じである。仮に、702 条では、増価があれば財産計画に合わず、現実化されていない利益であっても償還されると解する場合には、「他人のためにする意思」にはそのような効果を正当化する意味が込められなければならない。

対象裁判例において現存利益なしとされたのは契約交渉挫折の事案であり、本人の財産計画に合わなくなったことを原因とする利得の消滅といってよい。この類型の事案では、当初から事務処理が本人の意思に適合しなかったわけではなく、当初は本人の意思に適っていたが、後に合わなくなったという点に特徴を有する。(3)で考察する。

(3) 契約不成立

契約不成立の事案は、商法 512 条の適用の前提として事務管理が主張されていることもあって、事務管理の成否が争われる一事案類型を形成している。こ

の事案類型において、契約が成立しなくとも、本人に現実化できる利益を残せば不当利得返還請求が可能である。この類型では、当初、本人の意思と利益に適っていた事務処理が、本人の主観に合致しなくなったことにより行為が無益になるという変化をどのように扱うべきかが課題であった。これは、事務管理では、行為時に本人の意思と利益に合致していた行為が、その後合致しなくなった場合にも有益な費用といえるか、不当利得では、当初は本人の財産計画に適っていた事務処理が契約不成立によって無益になった場合、利得の消滅と扱われるかという問題になる。しかし、上記のとおり「利得の消滅」概念は利得の押付けを回避する観点から柔軟に解されており、返還を認めるべきか否かの評価が先行しているといえる。契約が最終的に成立しなかったことによる損失の負担のあり方について、事務管理と不当利得で評価が異なることはないであろう。事務管理では、行為時に本人の主観でテストするために常に費用償還が認められ、不当利得では契約不成立時の現存利益で判断するため、常に返還請求が認められないという画一的な処理は、個別事案の妥当な解決に資するとも思われない。

この問題に対処するための理論として展開してきたのが、契約締結上の過失理論である。契約締結上の過失責任は、通説・判例においては、相手方に対する信頼の惹起と信頼の裏切りにより根拠づけられる²⁴。事務管理と信義則によって根拠づけられる契約締結上の過失責任とは適用領域を異にし、事務管理は契約成立の信頼を惹起したか否かに拘らず適用される。他方、積み重ねられた合意の効果として契約締結上の過失責任を根拠づける契約の熟度論²⁵は、本人の依頼の下に事務処理が進められ契約不成立に至った事案において、契約不成立にも拘らず、事務管理の適用により契約類似の効果を発生させることの正当化にも寄与する。

事務管理と契約締結上の過失理論の効果面での違いを比較すると、事務管理を前提として商法 512 条による報酬請求が認められれば、契約締結上の過失に基づく信頼利益の賠償よりも請求者には有利になる。もっとも、事務管理の要件を充足するにすぎない行為に商法 512 条を適用することには疑問がある²⁶。少なくとも、報酬が認められるためには、被請求者が報酬請求を覚悟すべき立場にあるという加重要件の充足を必要とする²⁷。費用に限ってみると、事務処理者が善管注意義務を尽くして有益と判断した費用と契約締結に対する正当な信頼により支払った費用は同等であろう。事務処理者の義務にしても、契約交渉関係がある場合には、信義則上の義務で対処することができるため、契約交渉関係にない事案と比べても、事務管理を成立させる必要性は薄い。

熟度論の発想で契約類似の効果を得心することについてどのように考えるべきかが問題である。積み重ねられた合意を法的効果の発生の根拠とすることは、意

思理論との連続性を保っているという点で受け入れやすさがある。仲介、建築設計など契約関係を明確にしないままに事務処理が開始される契約実態がある場合に、契約不成立リスクを一律に事務処理者に負担させることは妥当でなく、事務管理は、信義則違反以上に柔軟な解決に道を開く可能性がある。しかし、主位的請求である契約を否定して事務管理を認める不動産仲介交渉事案群では、委託関係を明確にして不動産仲介報酬をめぐる紛争を防止するという宅建業法の趣旨に適った解決が目指されるべきである。また、不動産仲介交渉以外で事務管理を認めた⁶⁴、⁶⁸は信義則違反を認め得る事案であった。上記裁判例の限りでは、各自が契約不成立のリスクを負担するという原則から出発したうえで、帰責性に基づいて損失を移転する余地を残す契約締結上の過失理論による処理が妥当であると考ええる。

(4) 第三者に対する義務に基づく行為

事務管理否定例の中には、第三者に対する義務から即「義務なく」や「他人のためにする意思」を否定するものがあるが、このような説明が成り立たない事案もある。第三者に対する義務に基づく行為の事案の内容はさまざまであるが、事務処理者の行為が第三者に対する義務であることの特色といえるのは次の点である。

(ア) 第三者の利益と本人の利益の衝突

事務処理者は第三者と本人双方の利益に合わせて事務処理を行うことができないという理由で、事務管理から除外されうる。「他人のため」といえるためには、最低限、事務処理を本人の利益に合わせて実施する意思が必要であるということは、「他人のためにする意思」を利益擁護意思と捉える説はもちろん、利他的動機と捉える説にとっても共通認識となっているといっていよい²⁸。第三者と本人双方の利益に合わせて事務処理を行うことができないという典型例は、仲介行為、交渉行為である。対象裁判例の中で⁵⁵、⁵⁹、⁶⁰、⁶¹では契約外にいる本人の利益は行為基準とはなっていない。これらの事案では、利益擁護意思の不存在をもって事務管理から除外することができる。

しかし、第三者との契約があっても本人の利益を行為基準とすることが可能な場合もある。⁵⁴、⁵⁶、⁵⁷、⁵⁸では、双方の利益に合わせて行為する意思を認め得る。⁵⁶、⁵⁷は別荘地内道路の管理行為であるから、事務処理者は契約の締結を目論んでいたすべての別荘所有者の利益を行為基準としていたと考えられる。事務管理が否定される理由は、利益の押付けの有無である。⁵⁸の原告である映画の制作プロダクションXは、本人Yの利益のために映画製作準備行為を実施しているAの下請けとして動いていたのであるから、Yの利益擁護はXの義務である。このような事案では、第三者に対する義務の履行であるという

だけで利益擁護意思を否定する必要はない。第三者との契約に基づいて行われた事務処理行為が本人にとって支出利得に当たるなら、後記 3 で検討するところと同じになる。

(イ) 契約関係自律性の原則

この事案類型のもう一つの特色は、事務管理を適用することによって、契約の相手方無資力のリスクを他人に転嫁すべきではないという契約関係自律性の原則²⁹⁾に抵触する場合があるということである。これも、すべての事案に当てはまるわけではない。別荘地内道路の管理行為^{⑤⑥}、^{⑤⑦}では、事務処理者は管理契約の締結に応じた報酬を第三者から得られなかったわけではなく、本人の割当て分に対応する報酬の請求をしたと思われる。その場合、無資力リスク転嫁の批判は当たらない。^{⑥⑧}では、第三者からの支払いによって、事務処理者の労力に対する代償は尽くされていたと認定されている。上記裁判例の中では^{⑤⑤}と^{⑤⑧}のみがこの原則にかかわる。^{⑤⑤}では利益擁護意思を認め得ないため、上記(ア)の点ですでに事務管理ではない。第三者との契約の存在を理由として「義務なく」の要件を否定し、事務管理を否定した^{⑤⑨}は、契約関係自律性の原則を適用した事案とみられる。しかし、第三者との契約関係が存在する他の事案に及ぼす影響を考慮すれば、「義務なく」や「他人のためにする意思」の否定で請求を否定することは拙速である。

第三者との契約関係のみをもって事務管理を否定しないとすると、^{⑤⑨}の X は、第三者との契約上の義務に基づき本人のための事務処理をしているので、利他的動機はないものの利益擁護意思を認め得る。ベルクマンは、この問題に対して、まず、事務処理者が第三者の履行補助者であるか独立した事務処理者であるかを区別し、前者であれば現実に行っていた事務処理者に第三者から独立した地位を認めず、事務管理者になる余地はないとした。後者では、事務処理者が排他的に第三者から報酬を受けるという合意がある場合に、事務処理者の本人に対する贈与意思が認められ、費用償還請求が封じられるとする。無資力リスクの正当な配分の問題は、贈与意思の有無を規範的に判断するという手法で組み込まれる³⁰⁾。

このような事案における無資力リスクの正当な配分にかかる評価を、わが国の判例から掘り出すならば、下請負人が建物建設工事を途中まで施行したが、元請負人が倒産し、下請負人が注文者に建前の所有権を失ったことによる償金請求をした事案で、下請負人は、注文者との関係では、元請負人のいわば履行補助者的立場に立ち、元請負人と異なる権利関係を主張し得ないとした最判平成 5 年 10 月 19 日民集 47 卷 8 号 5061 頁がある。^{⑤⑩}の X の請求内容は異なるが、X は A の下請業者と位置づけられているので、A が Y に報酬請求権を有しない場合に、X が Y に対して A の頭越しに報酬を請求することはできないとい

うことになる。AのYに対する請求については、(3)で検討した内容が当てはまる。AとYの間で映画製作契約が締結される予定であり、Aが先行して準備行為を実施していることをYは認識していたが、結局契約が締結されず、Yにとっては無益な行為となった。当初はYの意思と利益に合致していたが、後にそうではなくなった事情を考慮しなければならない。当該事案ではAの信用悪化によってAが映画の製作業からはずれることになったという事情から、Yの信義則違反は認められず、AからYへの請求は認められなかったものと思われる。AからYへの請求が認められる場合、Xによる代位行使が可能であるが、それができない以上、Xも請求することはできないとするのが妥当であろう。ただ、最高裁平成5年の事案では、注文者が建物の代金を元請負人と建物を完成させた別の建設業者に支払っており、下請負人の請求を認めれば、注文者が二重払いを強いられることとなった。この点は、⑤⑧の注文者とは利益状況が異なる。

契約相手方の無資力リスクの配分にかかわるもう一つの判例が、⑤⑤で引用された最判平成7年9月19日民集49巻8号2805頁である。修理業者がビルの賃借人との間でビルの改修契約を結んだが、賃借人が無資力となったために請負代金債権を回収できず、ビルの所有者に不当利得返還請求した事案で、最高裁は、所有者が対価なしに利益を得たという要件で不当利得返還請求を認めた。⑤⑤でYに二重払いの負担がなく、対価のない利益が認められるならば不当利得返還請求の余地がある。しかし、最高裁平成7年判決の事案では、ビルの改修工事によるビルの価値の増加があり、ビルの賃貸人である所有者にとってその利得が現実化されていたといえるのに対し、⑤⑧のYは、映画の製作準備行為に対しては出捐を行っていないものの、AとY間の企画は不成立となっており、Yにとっては無益な行為となっていた。このような場合に、AとYの契約、AとXの下請契約を無いものとして³¹、XとYを向き合わせ利得を考えるならば、Yの利得は支出利得であるから、Yにとって利益が現実化されていないかぎり、Xの不当利得返還請求を認めることはできないとの結果になるのではないだろうか。

ベルクマンは無資力リスクの正当な配分を事務処理者の贈与意思の判断の中で行うことで、私的自治の思想による過度に制度化された処理、つまり契約関係自律性の原則による一律の事務管理の排除を避け、事案に適した解決が得られるとする。しかし、「義務なく」「他人のためにする意思」の中に無資力リスクの正当な配分を埋め込むことと同様、贈与意思要件の中に規範的評価を詰め込むことも、実態を見えにくくする。わが国の判例上、本人に対する請求には、少なくとも本人の対価なき利得が要件とされているため、本人からの償還を求めるには、事務管理よりも不当利得構成が適する。

(5) 契約の無効・取消し（給付利得）

契約の無効・取消しの場合にも、他人に利益を帰属させる意思と利益擁護意思は否定されない。しかし、無効原因があったにも拘らず、契約締結時の本人の意思への合致をもって事務管理を成立させ、有効な契約と同等の結果を招来させることに對し批判があった。とはいえ、不当利得による場合も、事務処理契約では労務自体の返還は不可能であり、有益費用に相当する労務の客観的価値が返還されることとなれば、契約が成立した場合とほぼ同じ結果となる。この場合も、事務管理の場合と同様の批判を受けることになる。したがって、「他人のためにする意思」要件を利他的な動機に限定することで事務管理を否定し、費用償還請求を否定しても問題は解消しない³²。さらに、無効の趣旨が潜脱されるという問題が生じるのは、事務処理契約に限ったことでもない。売主の詐欺によって締結された売買契約が取り消されたが、目的物が買主の下で滅失していたという状況でも、買主が目的物の市場価値の価額賠償をしなければならないとすると、やはり、市場価格で売買契約したのと同じ結果になる。無効の規定の趣旨の潜脱は、価値賠償しかできない労務提供契約で先鋭的に表れるものの、無効な契約に共通の検討課題である。平成 29 年の民法改正で、契約の無効・取消しの効果として原状回復義務を規定する 121 条の 2 第 1 項が新設され、利得消滅の抗弁が排除されることが明らかとなった。今後は、この規定の解釈として検討されるべきこととなる。

2 「他人のためにする意思」の内容

上記判決中、事務処理者が事務処理を行った動機や目的への言及があるものは少なく、肯定事案は①③④④⑦、否定事案は②⑤②⑨③③⑥⑤である。このうち第三者に対する義務、契約不成立、契約無効の事案類型に入るのは契約不成立の⑥のみであり、これらの事案では利他的動機を云々することは困難である。この分野でも事務管理を成立させるわが国の裁判実務を利他的動機で説明することはできない。しかし、これらの事案については、上記の法律構成でふさわしい解決を得られるとすれば、「他人のためにする意思」を利他的動機に限定するという選択も可能になる。以下では、1、2 で確認してきた事務管理固有の意義を踏まえて、求償利得、費用利得に相当する事案類型での「他人のためにする意思」要件の内容を検討する。

(1) 利益が現存する場合

(ア) 他人の義務の履行（求償利得）

金銭債務の弁済による求償利得では、本人の義務の消滅が費用＝利益の償還を基礎づけるため、動機の優越を求める必要がない。また、①事件の事務処理者のように、自らの得意先に債権の満足を得させることにより取引先を確保し

たいという動機があったとしても、実施方法には影響しないため、利益擁護の意思の有無は問題にななくてよい。これに対し、金銭債務以外の義務の弁済の場合、本人の義務の履行方法はさまざまであるため、履行方法において本人の意思と利益に従う意思が認められなくてよいかが問題となる。しかし、実施方法を本人の利益に合わせる意思がないために、本人にとって利益にならない場合には効果で調整される。賃借人が賃貸人の義務を履行した⑪では、管理行為の出捐額が本人の意思又は利益に反するとして702条3項を適用したが、有益な費用を限定することでも同じ結果となる。したがって、この類型では、他人の義務であることを認識して義務を履行していれば、「他人のためにする意思」を推定してよい。

(イ) 他人の物の保存・改良行為（費用利得）

本人に現存利益があっても、事務処理者が自己の物と主張していた場合には「他人のためにする意思」を認め得ない(⑫, ⑬)。事務管理の成立要件の充足をめぐり、本人側からは、実施方法が本人の意思又は利益に適合していないという反論が提出されるが、労務の客観的価値を利得とする見解に立てば、請求時点で利得が現存し、本人にとって利益が現実化されている限り、費用での不当利得返還請求が可能であり、事務管理を成立させても不当な結果となるわけではない。利他的動機の優越や利益擁護意思を現実に認定できなくてもかまわない。

ところで、事務処理費用と事務処理行為の客観的価値が近似するのは、事務管理者が事務処理を専門業者に委ねた場合や、事業者である事務管理者が報酬の償還を求める場合である。これに対し、事務管理に要する実費は、当該労務の客観的価値よりも低額であることが多い。そうすると、事務処理者が客観的価値で不当利得返還請求をするのに対し、本人が、ロヤールのいう「本人は、費用の賠償の代わりに出捐を保持してよい」という事務処理者の目的決定を「他人のためにする意思」として主張立証することにより、償還の範囲を支出額に留めることは可能であろう。

以上の記述は、費用償還の効果についてである。相続人の一人による相続不動産の管理の場合も、共同相続人の義務であり、成果がないという事態がほとんどないため、事務管理を否定しない裁判例が不当ということはない。しかし、共同相続人らの利益は管理の実施方法に関して必然的に一致しているわけではなく、不動産の管理を行った相続人が回収した賃料を自己使用せず、預金していたとしても、他の相続人の意思を確認する努力をすることなく、不当利得返還請求訴訟を起こされるに至っているという状況の下では、利益擁護意思があったとは推測できない³³。このような場合も、成果依存で管理者の管理費用償還請求権を成立させるとしても、本人に帰属する受領物の保持を正当化する効

果まで発生させる根拠はなく、本人は事務処理者を悪意の受益者として賃料の利息を請求してよいと考える。

(2) 現存利益がない場合

成果依存の事務処理に成果がない場合、利得が消滅した場合には、事務管理と不当利得の効果は異なる。したがって、「他人のためにする意思」は、現存利益がない場合の費用償還請求を根拠づけるための一内容である必要がある。事務管理の引受けが優越する利他的動機に基づく場合に、事務管理の引受けの本人の意思への合致という要件を加えて、現存利益の有無に拘らず、費用償還請求を認めるというのは事務管理の典型であり、DCFR で採用された立場でもある。利他的動機の優越を判定できる限り、この評価は受け入れられているといえるが、わが国の上記裁判例において動機の優劣を判断したものはない。

事務処理を本人の利益に合わせて実施する意思が事務管理の必要条件であることは、利他的動機説によっても共有されていた。とはいえ、自己あるいは第三者の利益を図ることを動機とする引受けであるが、実施にあたっては本人の利益を基準としていたという場合に同じ効果を継ぐことができるかは問題である。上記裁判例においては、契約不成立の場合を除いて、このような効果を認める必要性を示す事例はなく、評価は困難であるが、次のように考えたい。

他人の物に対する出捐に基づく費用償還にかかる規律としては、196 条がある。占有者所有者間の費用償還では、通常、占有者は優越する利他的動機も、利益擁護意思も有していない。このような占有者に対しても、しかも、悪意であっても、必要費については支出額の償還が認められることから、必要の事務管理の場合には、事務処理者に自己（又は第三者）の利益を本人の利益に劣後させる意思があることは、現存利益なしの不利益を本人に負担させる拠所になりうる。他人の利益に自身の利益を劣後させる意思が認められることは、優越する利他的動機があることの徴表といえることも、DCFR、わが国の裁判例が、動機の優劣の判断基準を提示できていない中では、利益擁護意思説を支持する一つの理由になる。利益擁護意思を「他人のためにする意思」とすることで、契約不成立、契約無効の事案類型でも「他人のためにする意思」が認められ、不適切な結果をもたらすことが批判されるが、これらには契約制度を補完する契約締結上の過失、給付不当利得を優先して適用することで妥当な解決が得られる。以上の点から、利益擁護意思が現実存在することが認定されるならば、成果に拘らず、費用償還請求を根拠づけられると考える。

利益擁護意思も内心の意思であるから、間接事実から推測するほかない。本人への通知や本人の指図を得る努力がなされていなければ、利益擁護意思を認めがたい。自己や第三者の利益が事務処理を引き受ける動機であっても、それ

らの利益が実施方法の基準とはならない利益である場合には、事務の性質上本人に利益が帰属することをもって利益擁護の意思が推測できる。立法者が事務管理の例としてあげた、債権者が債務者の不在中、債務者の財産を管理したという例³⁴も、利他的動機の優越は不明であるが、債務者からの債権回収という債権者の利益は債権者が行為を合わせる基準ではなく、債権者の利益擁護意思を認め得る事例といえる。

他方、有益費については、196 条 2 項も増価を前提とした償還しか認めていない。出費の節約によっても不当利得では認められない費用の償還を、利益擁護意思と推知しうる本人の意思で正当化することは困難と思われる。

(3) 本人の公法上の義務の履行

他人のためにする意思を利益擁護の意思とすると、本人の公法上の義務を公的機関が実施した事案 (㉑㉒㉓) で費用の償還を認めた結論は妥当であったものの、「他人のためにする意思」は認められない。行為基準は当該法律で据えられた目的にあり、本人の利益ではないからである。このような事案で成果非依存での費用償還請求を認める場合には、本人の義務の履行の緊急性、必要性を要件とすべきである。DCFR は、本人の私法上の義務についてであるが、本人の義務を履行する行為について、履行期が到来し、履行が優越する公共の利益に関する事項であるために緊急を要するという要件で、「他人のためにする意思」を要件としない事務管理を認める³⁵。このような請求権を事務管理の中に含めるか否かは、本人の事務処理者に対する権利を認める必要性にもかかるが、公法上の義務の不履行事案については少なくとも必要ないと思われる。

(4) 事務処理者の義務の要件

上記裁判例には、わずかであるが、事務処理者の義務を争点とするものもあった。698 条の事務管理者の義務の発生要件としての「他人のためにする意思」はどのように理解すればよいであろうか。

ロヤールは、BGB677 条の義務は損害賠償責任を根拠づける義務であり、完全性利益の保護を目的とする点で不法行為責任と変わりがないから、義務の発生要件としての「他人のためにする意思」は費用償還請求の要件と同じである必要はないとし、準事務管理と区別するために、本人の優遇を目的としていれば十分であるとしていた。このように解する理由として、同規定による責任追及は不法行為責任と異なり絶対権侵害に制限されず、過責の立証責任が転換されているという点で被害者 (本人) にとって有利であるということの他、BGB687 条 2 項が、自らには権限がないことを認識しつつ他人の事務を自己の事務として処理する場合にも、本人に BGB677 条に基づく請求権を主張させることがあ

げられている³⁶。

ベルクマンにとっては、BGB677 条も事務管理の従属的性格を反映する効果であるから、従属的性格を体现する利益擁護意思という意味での「他人のため」の要件を必須のものとする³⁷。事務処理の基準は、原則として、本人の推知しうる意思であるという立場に立つが、事務処理の引受けが本人の推知しうる意思に適合していれば、実用性の観点から、事務処理者には実施に必要な程度の裁量が認められるとする。したがって、事務処理の引受けが本人の推知しうる意思に適合しており、実施に当たり義務に適った注意を払っていれば、BGB677 条に反することにはならない。しかし、事務管理の従属的性格に由来する従属義務や指図遵守義務が緩和されるわけではないので、事務処理者は本人の指示を得る努力をし、指示があれば従わなければならない。この努力を怠り、あるいは本人の指示に従わずに損害が発生すれば損害賠償責任を負う。

わが国の 698 条と BGB677 条の規定ぶりは違っているが、事務管理の実施方法の基準として本人の意思と利益があげられている点は変わりがない。わが国の立法者は、ベルクマンの BGB677 条の解釈と同様、事務管理の実施方法の第一の基準は本人の意思であるが、意思を知りえない場合には本人の利益に適すべき方法によるとしている³⁸。わが国において、「他人のためにする意思」要件を緩和して本人の救済を図る必要があるかと言えば、ドイツと異なり不法行為責任は絶対権侵害に限定されていない。しかし、697 条の義務違反としての債務不履行責任を問う際には注意義務の内容が具体的であるのに対して、不法行為責任では一般的な善管注意義務があるというにとどまるため、前者の方が本人の保護になるという指摘はなされていた³⁹。実施方法が本人の意思に適合していなかった場合に、本人の指示を得る努力をする義務、指示があれば従う義務の違反で責任を問えることは本人にとっての利点である。とはいえ、典型例として想定される事務管理では本人に意思確認できる状況にないため、本人の客観的利益を基準とした注意義務に従うということになり、その限りでは、不法行為の場合と変わりがない。また、不法行為責任においても、個別具体的な事情が注意義務の認定に当たり考慮されるため、他人の権利領域への介入を認識していた者にはそのような者としての注意義務が課されるのであるから、可能ならば意思を調査し、それに従う義務も発生する。事務処理者の義務が争点となった²⁶の事実関係では、本人が車両をガソリンスタンドに置いて立ち去った後、従業員が車両の鍵を外して事務所に車両を保管した時点で事務管理を開始したとされているから、本人と連絡を取ることが不可能な事務処理者に本人の指示に従う義務を課することはできない。本人の客観的利益を基準とした善管注意義務が課される。本人の連絡先を知っていたのであれば、不法行為責任であっても、本人の意思を確認しなかったという点で義務違反を問えたであら

う。この事案で、「他人のためにする意思」を認めるにあたり認定したのは、「他人の所有物と認識しながら保管した」ということだけである。本人の利益を優先する意思を認め得る事実はない。しかし、この事案も含め、たいていの事案では、他人の権利領域へ介入の認識があれば事務処理者の義務を発生させて問題はないと思われる⁴⁰。

しかしながら、本人の権利領域で行為していることを認識していても、自己の利益に合わせて行為する意思をもつ者に、本人の意思と利益に合わせて行為する義務が生じるというのは矛盾である⁴¹。また、損害賠償責任発生的前提としての保護義務にすぎないとしても、本人の公法上の義務を実施している②③のように、他人の権利領域で行為していることの認識に拘らず、本人の意思と利益を実施方法の基準とすべきとはいえない場合もある。これらの場合には、「他人のためにする意思」を認めて、他人の意思と利益に従う義務を発生させる必要はない。実施方法の基準を本人の意思と利益とする義務の発生要件としての「他人のためにする意思」も、費用償還請求の場合と同様、利益擁護意思であると解する。

結び

事務管理の費用償還請求権は、成果と利得の現存を問わないところに特徴を有するが、事務管理が認容されている事案では利益が生じているため、「他人のためにする意思」の要件は重視されていない。しかし、個別の事案で不当利得と異なる効果が生じないかは仔細に確認されなければならない。異なる効果が生じる場合には、本人の利益を行為の基準とする意思という意味での利益擁護意思が現実存在することが認定されなければならない。「他人の事務」から「他人のためにする意思」を推定し、現実の内心の意思に立ち入らずに済ますことができるのは、本人への請求時に利得が現存し、事務処理が本人の財産計画に合致していたか、利益が現実化されていることが確認される場合のみである。「他人のためにする意思」を利益擁護意思と理解することによって、契約不成立や契約無効の事案類型でも「他人のためにする意思」が肯定されることになるが、これらについては、契約を背景とした解決を図るべきである。

取り上げた裁判例のほとんどを占める事務処理費用の償還請求においては、上記のとおり、利得が現存し、利益が現実化されていることが実質的な要件となっている。したがって、これらの事案で安定した解決を図るためには、利得の消滅、押付けられた利得の概念を明確にする必要がある。今後の検討課題としたい。

註

¹ 本稿(1)東海法学 56 号 116 頁, 98 (39) 頁。

² Bergmann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, (2010), S. 160ff.

³ 売却仲介であれば, 物件調査, 価格査定, 広告, 買受仲介であれば, 物件の探索, 現地案内, 物件調査が行われる。その後, 取引条件交渉, 重要事項説明書の交付, 売買契約の締結, 契約の履行等多様な事務が行われる。

⁴ 後掲^⑨も, 第三者との契約関係は不明だが, 非委託者の希望する金額での売買契約成立を「他人のためにする意思」の認定に当たり重視している。

⁵ 岡本正治「詳解不動産仲介契約」(第 2 版)(2012 年) 1278 頁以下。

⁶ 岡本・前掲註(5) 1278 頁以下。

⁷ 最判平成 7 年 9 月 19 日民集 49 巻 8 号 2805 頁。

⁸ 樋口範雄「医療と法を考える」(2007 年) 68 頁以下。

⁹ Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Benevolent Intervention in Another's Affairs, Prepared by Christian von Bar, (2006), Chapter 1, Article 1:101, Comments, C, 23 (S. 110)

¹⁰ 本稿(1) 113 (24) 頁。Heinz, Die echte Geschäftsführung ohne Auftrag, (2013), S. 136. 143.

¹¹ 窪田充見編「新注釈民法(15)」(2017 年) 30 頁〔平田健治〕参照。

¹² BGH, Urt. v. 23. 9. 1999 NJW 2000, 72. 相続人の搜索を営業として行う者が, 法定相続人を確認し, 遺産に関する情報の提供に対し報酬を支払う契約の締結を求めた事案。

¹³ Medicus, Bürgerliches Recht, 24Aufl. (2013) § 17 Rd. 412.

¹⁴ Hader, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei Gescheiterten Verträgen, (2006), S. 237.

¹⁵ 藤原正則「不当利得法」(2002 年) 61 頁。

¹⁶ ⑤で成果が要求された理由については, 交渉という事務の性格によるものと思われる。本稿第 4 章 1 (4) (ア) 参照。

¹⁷ 前掲注(11) 56 頁〔平田〕は, 有益な費用か否かの判断は, 支出利得における利得判断と連続し, 共通するという。

¹⁸ 本稿(1) 95 (42) 頁。Loyal, Die entgeltliche Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 31f.

¹⁹ 裁判例中に現存利益なしとされた事案はある(⑩)が, 利得が物理的に消滅したという事案はみられない。

²⁰ BGH, Urt. v. 07. 01. 1971, BGHZ 55, 128.

²¹ 藤原・前掲註(15) 307 頁。

²² 前掲註(11)「新注釈民法(15)」88 頁〔藤原正則〕。ドイツでは, BGB 818 条 3 項の利得の消滅の規定が適用される。Wieling, Bereicherungsrecht, 4. Aufl. (2007), S. 74.

-
- ²³ 藤原・前掲註(15)302頁以下, 305頁以下を参照。
- ²⁴ 池田清治「契約交渉の破棄とその責任」(1997年)329頁以下参照。
- ²⁵ 鎌田薫「不動産売買契約の成否」判タ484号21頁。
- ²⁶ 拙稿「有益な事務管理に基づく報酬請求権」東海法学53号88(1)頁, 42(47)頁以下。
- ²⁷ 牧山市治「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和50年度662, 669頁以下。
- ²⁸ 本稿(1)98(39)頁。Sippel, Geschäftsführung ohne Auftrag und die Abwicklung fehlgeschlagener Vertragsbeziehungen mit Geschäftsbesorgungsscharakter(2005), S. 245.
- ²⁹ 四宮和夫「給付利得の当事者決定基準—三者不当利得の場合」『四宮和夫民法論集』(1990年)143, 173, 229頁以下。
- ³⁰ 本稿(1)111(26)頁以下。Bergmann, a. a. o. (2), S. 165ff. 396ff.
- ³¹ 実際, 映画製作契約についてはAY間に契約は成立していない。
- ³² 清算の場面で, 無効・取消し規範の目的をいかに考慮するかという問題については, 川村泰啓「無効・取消と不当利得」契約法大系Ⅶ(1965年)154頁, 加藤雅信「不当利得論」加藤雅信著作集第3巻(2016年)396頁以下, 四宮和夫「事務管理・不当利得・不法行為(上)」現代法律学全集10-i(1981年)100頁, 磯村保「契約の無効・取消の清算」私法48号(1986年)49頁, 藤原・前掲註(15)161頁以下, 平田健治「不当利得法理の探求」(2019年)335頁以下等がある。
- ³³ Heinz, a. a. O. (10), S. 212. は, 事務処理の引受けの際に, 誰の利益を優先するのかについて特に考えずに管理を始めるという場合も, 利益擁護意思は認められないとする。
- ³⁴ 日本近代立法資料叢書5「法定調査会民事議事速記録五」(1984年)111頁の穂積発言参照。
- ³⁵ PEL/von Bar, a. a. O. (9), Chapter1, Article1: 102
- ³⁶ 本稿(1)103(35)頁, 96(41)頁参照。Loyal, a. a. O. (18), S. 252.
- ³⁷ 本稿(1)96(41)頁参照。Bergmann, a. a. O. (2), S. 222ff.
- ³⁸ 前掲註(34)111頁の穂積発言参照。
- ³⁹ 谷口知平・甲斐道太郎編「新版注釈民法(18)」(復刊版 2010年)138頁〔高木多喜男〕
- ⁴⁰ ハルケは, 不法行為との限界づけのために「処理された事務が他人の財産に属することを認識していること」を要件とする。本稿(1)100(37)頁。
- ⁴¹ 前掲註(34)111頁の穂積発言参照。「自分ノ爲メニ他人ノ事務ヲ管理シタノガ本條ニ規定スル如キ義務ガ生ジテハ不都合デアリマス」

しおはら まりこ (本学法学部准教授)

【判例研究】

競争法による医薬品の高価格設定規制に関する 英国控訴裁判所判決

The Competition and Markets Authority v Flynn Pharma Ltd & Anor [2020] EWCA Civ 339 (10 March 2020)

鞠山尚子

[目次]

概要

1. はじめに
2. 事実の概要
3. 高価格設定に関する EU 競争法判例
4. 判決要旨
5. 検討

概要

本件は、高価格設定に関する EU 競争法の重要判例の解釈を示した判決として注目される。EU 競争法において高価格設定は、United Brands 判決を先例とし、そこで示された二段階テストの基準をみたすかどうかで評価されてきた。二段階テストは、価格が高すぎるという高価格基準、加えて、価格が「それ自体として」あるいは「競争品と比較して」不公正であるという不公正基準からなる。高価格基準について、本件の前審となる競争審判所 (CAT) が、十分に競争があった場合の価格を基準価格として高価格であるかを評価すべきとしたのに対し、本件控訴裁判所は、高価格であるかどうかを評価する基準は競争当局が選ぶことができるとした。また、不公正基準について、本件裁判所は、「それ自体として」と「競争品と比較して」とは、「あるいは」で結ばれているものの、必ずしも一方のみを立証すればよいものではないとする。それ自体として不公正と立証したとしても、競争品と比較して公正であるとするもっともらしい証拠が提出されたならば、これも考慮しなければならないとした。

本件は、CMA (英国競争当局) に差し戻され、再検討されている。そこでこの検討も含め、今後の課題として考えられるのは、競争品の価格が不公正に高

価格である場合に、競争品と比較して不公正という基準をどのように評価するのかという問題である。

1. はじめに

これまで長年にわたり販売していた薬の価格を突然 20 倍に引き上げることは、競争法に違反するのであろうか¹。EU およびその（前）加盟国においては、高価格設定が競争法の規制対象となる。EU 機能条約 (TFEU) 102 条は、支配的な地位にある事業者が不公正な価格を設定することを支配的地位の濫用にあたるとする。英国競争法において TFEU102 条に準じる規定である 1998 年競争法第 18 条（「第 2 章禁止」とよばれる。）でも同様の行為を支配的地位の濫用とする。

近年、高価格設定の中でも特に問題となっているのが、医薬品の高価格設定である。医薬品の高価格設定は、我が国においても、大きな問題となったが、本件を含め、各国²で問題となっている事例は、わが国で近年問題となったオプジーボやキムリアのような新規医薬品の高価格設定ではない³。何十年も前に特許保護期間が満了した医薬品の価格を突然大幅に引き上げるような行為である。

高価格は、そもそも自由競争市場においては、市場の自動調節機能により調整されるはずである。そのため、通常、競争当局による介入は、不必要と考えられる。また、たとえ市場の機能が適切に機能しない場合であっても、競争当

¹ 高価格規制のない米国においては、特許期限の満了した医薬品を買収し、その価格を 5000 倍に引き上げた事件が 2010 年代後半に英米のメディアで大きく取り上げられていた。これについて、2020 年に入り、FTC と NY 州は、価格引き上げとともに、実施された参入阻止スキームが問題であるとして、反トラスト法を適用するとした (<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/01/ftc-ny-attorney-general-charge-vyera-pharmaceuticals-martin>, last visited 13 Jan 2021.)。

² 前掲 1) のアメリカのほか、EU (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1347, last visited 13 Jan 2021.)、イタリア ([https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)106/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)106/en/pdf), last visited 13 Jan 2021.)、デンマーク ([https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)104/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)104/en/pdf), last visited 13 Jan 2021.)、ほかで問題になっている。

³ オランダ競争当局の局員らが書いたワーキングペーパーでは、特許期間中の医薬品の高価格設定に対する競争法適用の可能性が示唆されている。Chris Fontein, Ilan Akker and Wolf Sauter, *Reconciling competition and IP law: the case of patented pharmaceuticals and dominance abuse*, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-03/acm-working-paper-reconciling-competition-and-ip-law-2018-03-07.pdf>, last visited 13 Jan 2021.

局ではなく、当該産業の状況に詳しいその産業の規制当局が規制する方が望ましいとされる。しかし、市場の自動調節機能が働かず、規制当局による規制も十分ではない場合には、競争法による規制が必要となる。

本件は、高価格設定に関する EU 競争法の解釈を示した判決の一つとして大きな注目を集める事件である。

2. 事実の概要

本件は、医薬品の高価格設定について競争法違反とした CMA (英国競争・市場庁) の決定を取り消した 2018 年 6 月 7 日の CAT (英国競争審判所) の判決⁴を、当事者 (CMA と医薬品メーカー) が、英国控訴裁判所に上訴したものである。

本件で問題となった 2016 年 12 月 7 日の CMA 決定によれば、医薬品の販売会社であるフリンと世界的な医薬品製造販売会社であるファイザーは、抗てんかん薬であるフェニトインナトリウムカプセルの価格を大幅に引き上げた。CMA はこのような行為を不正な価格設定であり、EU 競争法 102 条とイギリス競争法第二章禁止にいう支配的地位の濫用にあたるとし、両社にあわせて約 9000 万ポンドの制裁金を課するとともに、価格を引き下げるよう指示する決定を出した。この決定を不服とした 2 社は、CAT に上訴した。CAT は、CMA の決定について、2 社が支配的地位にあることに関しては決定を是認したが、その地位を濫用したことに関しては決定が正しい基準を適用していない等として、CAT 判決の示す基準にしたがって判断しなおすよう CMA に事件を差し戻した。

本件で問題となったファイザーの製造するフェニトインナトリウムカプセルはイギリスでは 1938 年に発売され、特許期間もデータ保護期間もずいぶん前に満了している。この薬は、ファイザーにとって、儲からないものであったところ、ファイザーは、この薬のイギリスでの販売権をフリンに譲渡した (以下、ファイザーが製造し、フリンが販売するフェニトインナトリウムカプセルを「PF カプセル」という。)。イギリスで医薬品の価格は価格規制を受けるが、この譲渡により、この薬は価格規制をうけず、価格を引き上げることができるようになった⁵。フリンは、価格規制のもとで、84×100 mg で £ 2.83 であった PF カプ

⁴ CAT判決については、拙稿「英国における医薬品の高価格設定と支配的地位の濫用 Flynn Pharma v CMA and Pfizer v CMA [2018] CAT 11」(東海法学58号35頁(2020)) (https://www.utokai.ac.jp/academics/undergraduate/law/kiyou/pdf/2020_58.pdf) 参照。

⁵ イギリスの医薬品の価格は、先発医薬品メーカー、後発医薬品メーカーごとに規制を受ける。フリンもファイザーも後発医薬品メーカーでなく、PFカプセルは、ファイザーからフリンに売却されたことで先発医薬品の扱いも受けなくなった。いずれの規制も受け

セルの価格を£67.5まで引き上げた。

PF カプセルのイギリスでの需要は減少傾向にあり、今後増加の見込みもない。この薬を有効とし、この薬で安定している患者がイギリス国内に 48,000 人いる。臨床ガイドラインによれば、特定メーカーのフェニトインナトリウムで安定している患者の薬を他のメーカーのものへ変更すると、副作用と発作をコントロールできなくなるリスクがあるとして、変更すべきではないとされている。

他のフェニトインナトリウムとしては、並行輸入されるファイザー製フェニトインナトリウムカプセルと、ジェネリック医薬品として、テバが製造するフェニトインナトリウムタブレットがある。テバはこのタブレットの価格を 2005 年 4 月から 2007 年 10 月までの間に、28×100 mg のバックで£1.7 から£113.62 まで引き上げた。しかし、その後、英国保健省との話し合いにより、同製品の価格を£30 まで引き下げた。それでも、このテバの価格は、価格が引き上げられた後の PF カプセルよりも高価であった⁶。

3. 高価格設定に関する EU 競争法判例

高価格設定について、EU で必ず参照される重要判決は、欧州司法裁判所（以下、「CJEU」という。）の United Brands 事件判決⁷である。特に、この判決で示された二段階テストが重要である。このテストでは、第一に、(支配的事業者が)実際に負担した費用と実際に課した価格との差が大きすぎるか（以下、「高価格基準」という。）、その答えが是であるなら、第二に、課せられた価格がそれ自体として不公正あるいは競争品と比較して不公正か（以下、「不公正基準」という。）を評価する⁸。高価格設定が TFEU102 条にいう濫用に該当するためには、この高価格基準と不公正基準の双方をみたさなければならない。

United Brands 事件 CJEU 判決では、以下のようにも判示されている。すなわち、支配的事業者が通常の十分に効率的な競争があれば得られないような取引上の利益を得るように支配的地位を利用しているかどうかを確かめることが賢明である⁹。供給する製品の経済的価値と何らの合理的な関係がないような高す

ないという規制の間隙を利用して PF カプセルの価格は引き上げられた。ここで利用された規制の間隙は、その後、法改正により利用できなくなった。

⁶ P/F カプセルが 84×100mg で£67.5 なので、28×100mg で£30 のテバの量を PF カプセルと同量にして計算すると£90 となり、PF カプセルより、テバのタブレットの方が、高価格となる。

⁷ Case C-27/76 United Brands v Commission, EU:C:1978:22.

⁸ *Id.* para 252.

⁹ *Id.* para 249.

ざる価格を課していることは、濫用となる¹⁰。(価格が) 高すぎることは、当該製品の販売価格と製造費用とを比較して算定することにより、特に、客観的に判断できる¹¹。

これら United Brands 事件の二段階テストとその他の判示は、高価格設定の事件で引用され、適用されてきた。本件においても、この事件で示された判示が重要であることについて争いはない。本件では、その基準をいかに適用するか、またいかに解釈するかが争われた。

4. 判決要旨

4-1 United Brands 事件の不公平基準にいう「それ自体として不公平あるいは競争品と比較して不公平」はどちらかを立証すればよいのか。

United Brands 事件の二段階テストの不公平基準は、「課せられた価格がそれ自体として不公平あるいは競争品として不公平である」ことをその基準としている。これについて CMA は、「それ自体として不公平」と「競争品と比較して不公平」が「あるいは」で結ばれていることから、両者のうちのいずれかを立証すればよいと主張した。

しかし、本件裁判所は、この CMA の解釈を厳格にすぎ、「あるいは」という言葉に頼りすぎているとして以下のように判示した。すなわち、「それ自体として不公平」と「競争品と比較して不公平」は、「厳格に代替的なもの」ではない。基本的には、どちらかで不公平と立証すればよいが、どちらか一方で価格が「不公平」と立証したとしても、もう一方について、事業者が一見したところ価格が「公正」であるように思える証拠を提出した場合、競争当局は、それを適正に評価する必要がある。

濫用を立証するのに、必ずいくつかの方法を組み合わせなければならないというわけではないが、一つの方法を用いて濫用が示されたからといって、原告が提出する他の証拠を無視してもよいわけではない。

4-2 仮定的基準価格を競争当局は利用しなければならないのか。

United Brands 事件の二段階テストの一つ目の基準は、価格が高すぎることである。この基準について、CAT は、「通常の十分に有効な競争条件下で維持される価格」を仮定的基準価格とし、この基準価格と実際に課せられた価格とを比較して価格が高すぎるかどうかを評価する必要があるとした。これは、ラト

¹⁰ *Id.* para 250.

¹¹ *Id.* para 251.

ピア著作権法事件の法務官意見¹²に依拠したものであった。CMA は CAT のこの判示を誤りであると主張する。

これについて裁判所は、CMA の主張を認め、以下のように判示した。仮定的基準価格の使用を CMA に強いるのは、判例法の誤った理解である。濫用をいうために、何らかの基準が必要であるが、その基準は競争当局が選択する。競争当局は、課せられる価格が「高すぎる」ことや「不公平」であることを十分に示しうる基準価格を選ぶことができるとした。

4-3 経済的価値

CAT は、問題の価格が、供給する製品の経済的価値と何らの合理的な関係がないというために、製品の経済的価値を、United Brands 事件の二段階テストとは別に追加的に評価しなければならない基準とした。

しかし、裁判所は、これを誤りとした。すなわち、経済的価値は、濫用を示す二段階テストを適切に適用することで評価できる。経済的価値はどこかで適正に評価されねばならないが、どこで評価するかは、競争当局が判断することであるとした。

5. 検討

5-1 本件の検討

本件は、CMA に差し戻され、再び CMA によって本件高価格設定が支配的地位の濫用として競争法に違反するかが審査されている。

CMA は、本判決を歓迎するとしている¹³。本件の前審にあたる CAT の判決は、高価格設定が支配的地位の「濫用」にあたるかどうかを評価する際の基準を示し、その基準に従い、事件を再考するよう CMA に求めた。これに対し、CMA と本件に訴訟参加した欧州委員会は、CAT が示した基準に異議を唱えた。本件判決は、おおむね CMA らの意見を受け入れ、CMA に事件を差し戻した。したがって、CMA は、本件裁判所の示した基準に従い、本件を再検討することとなった。

本件で示された高価格設定の評価の基準は以下の通りである。すなわち、第一に、これまでの判例に従い、高価格設定が支配的地位の濫用に該当するかど

¹² OPINION OF ADVOCATE GENERAL WAHL delivered on 6 April 2017 Case C -177/16 Biedrība ‘Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība’ v Konkurences padome.

¹³ CMA Press release, *CMA welcomes Court of Appeal judgement in Phenytoin case*, 10 March 2020, available at <https://www.gov.uk/government/news/cma-welcomes-court-of-appeal-judgment-in-phenytoin-case> (last visited 13 Jan 2021).

うかは、United Brands 事件で示された二段階テストによって評価される。これに関連し、United Brands 事件で示された「製品の経済的価値と何らの合理的な関係のない高すぎる価格」を設定することが濫用となるという場合の「製品の経済的価値」は、二段階テストの中で考慮されるもので、新たな法的基準として評価される必要はないとされた。

第二に、二段階テストのいう（１）価格が高すぎること、（２）価格が不公平であることは、何らかの基準と比較して評価される。しかし、あらゆる事件に対応できる基準というものはない。したがって、各事件で、どの基準を採用するか、１つあるいは複数の基準を組み合わせるかは、競争当局が判断する。CAT は、この評価において、通常の十分に競争的な条件下での価格という仮定的基準価格との比較を必須とした。この基準を必須とすることは、この基準を提唱した法務官意見¹⁴を受けた CJEU 判決¹⁵を含め、過去のどの事件でも採用されたことのない独自の見解であった。本判決もこのような仮定的基準価格との比較は必須ではないとした。

第三に、二段階テストの不公平基準にいう、価格が①それ自体として不公平、あるいは、②競争品と比較して不公平という基準に関連して、裁判所は、①と②は基本的には、いずれかを立証すればよいものではあるが、①または②のいずれか一方で不公平であると立証されたとしても、もう一方で一見したところ明らかに価格が公正である証拠が提出された場合、それを適正に評価する義務が競争当局にはあるとした。

したがって、CMA は、CAT が述べた仮定的基準価格ではなく、CMA が適当と考える基準を用い、経済的価値も考慮に入れて、United Brands 事件の二段階テストに従い、本件が高価格設定として競争法に違反するかを考慮することになるが、今後、問題となるのは、以下の点であろう。

まず、高価格設定かどうかを判断する基準は何かということである。CAT は、通常の十分に有効な競争条件下での仮定的基準価格を基準として採用すべきとして、CMA が採用したコストプラス（費用に適正な利益を足したもの）を基準として価格が高すぎるとした評価を十分でないとした。しかし、本件裁判所は、高価格設定かどうかを判断する基準は、競争当局の裁量で決められるものとした。そもそも、United Brands 事件判決でも、価格が高すぎることは、販売価

¹⁴ 前掲注12.

¹⁵ Case C-177/16 Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome, ECLI:EU:C:2017:689.

格と製造費用との比較により客観的に判断できるとされている¹⁶。そうすると、当初 CMA が採用したコストプラスによって高価格設定を認定できるといえそうではある。

第二に、二段階テストの「不公正基準」にいう「競争品と比較して不公正」という基準に関する問題である。不公正基準は、価格が「それ自体として不公正」あるいは「競争品と比較して不公正」であることを要件としている。CMA は「それ自体として不公正」を立証したことで不公正基準をみたしたと主張した。しかし、本件裁判所は、これを認めず、2 つのうち一方を立証したとしても、もう一方について一見したところ明らかに価格が公正である証拠が提出されたなら、これを適正に評価しなければならないとした。当事者は、テバのタブレットを競争品とし、これと比較して本件価格が不公正かどうかを評価すべきと主張していることから、今後、CMA はテバの製品についてより詳細に検討することが求められる。

ここで問題となるのが、第一に、テバのタブレットが競争品となるかである。CMA は、その決定において「それ自体として不公正」であることを立証したことで、不公正基準をみたしたとしながらも、「念のため」として、比較すべき競争品を検討したが、競争品はないとした。つまり、タブレットは競争品ではないとした。これに対し、CAT の判決では、事業者の提出したタブレットに関する証拠について、CMA が十分に考慮していないことが問題となった。テバのタブレットは、支配的地位を立証する市場画定においては、臨床ガイドラインにしたがい PF カプセルとの代替性がないとされ、競争品ではないとされた。今後の不公正基準の評価においては、タブレットが競争品として考慮されるべきであるかどうかが一つの問題となる。

もしタブレットが競争品であるとする、次に問題となるのは、タブレットと比較した時に価格が不公正といえるかということである。タブレットの価格は、PF カプセルより高額で、英国保健省との協議によって決まったものである。これをいかに評価するかが問題となる。一つの考え方は、PF カプセルの価格は、保健省が認めたタブレットの価格より低いから不公正ではないというものである。他方、タブレットの価格は公的に認められたものであるが、PF カプセルの価格は規制の間隙をついて大幅に引き上げられたものであるため、不公正であるとも考えることもできる（現在ではこのような価格引き上げができないように法改正されている。）。

加えて、競争品と比較して不公正という要件自体の問題もある。競争品の価格も不公正に引き上げられた価格である場合には、どう考えるべきかという問

¹⁶ United Brands v Commission, *supra* note 7, para 251.

題である¹⁷。タブレットの価格も、保健省との協議で決められたとはいえ、そもそも保健省はこのような値上げに難色を示していた。1.7£から 30£まで引き上げられたタブレットの価格は、そもそも不公正に高価格と考えることもできる。そのように考えるとき、この要件をどう考えるべきかという問題が生じてくる。

5-2 わが国での規制の可能性

わが国の現行の独占禁止法で言えば、高価格設定は、優越的地位の濫用として規制されると考えられる。独占禁止法 2 条 9 項 5 号ハは、「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」、「取引の相手方に対して」「取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定」することを不公正な取引方法（優越的地位の濫用）に当たるとする。

また、優越的地位のガイドラインにおいても、高価格設定が優越的地位の濫用に該当しうることが示されている。「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」第 4 の 3 (5) は、「取引上の地位が相手方に優越している事業者が、取引の相手方に対し、」一方的に、「著しく高い対価での取引を要請する場合であって、当該取引の相手方が、今後の取引に与える影響等を懸念して当該要請を受け入れざるを得ない場合には、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとなり、優越的地位の濫用として問題となる」としている。

ガイドラインは続けて、「この判断に当たっては、対価の決定に当たり取引の相手方と十分な協議が行われたかどうか等の対価の決定方法のほか、他の取引の相手方の対価と比べて差別的であるかどうか、」「通常の…販売価格との乖離の状況、取引の対象となる商品又は役務の需給関係等を勘案して総合的に判断する。」「他方、①要請のあった対価で取引を行おうとする同業者が他に存在すること等を理由として、・・・高い対価で取引するように要請することが、対価に係る交渉の一環として行われるものであって、その額が需給関係を反映したものであると認められる場合、②「取引条件の違いを正当に反映したものであると認められる場合には、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることとならず、優越的地位の濫用の問題とはならない」とする。

EU/イギリスとわが国の高価格設定の規制を比較すると、EU/イギリスで高価格設定は、支配的事業者による搾取的濫用行為の一類型と考えられるため、行

¹⁷ Grant Stirling, *The elusive test for unfair excessive pricing under EU law: revisiting United Brands in the light of Competition and Markets Authority v Flynn Pharma Ltd.* 16: 2-3 European Competition Journal 368, 383 (2020). available at <https://doi.org/10.1080/17441056.2020.1771007>.

為者が支配的地位になれば規制対象とならない。一方、わが国では、優越的地位の濫用による規制が考えられるため、行為者の市場における地位でなく、取引の相手との関係性が問題となる。いずれのシステムにおいても、需給関係、同業者（競争者）の対価を考慮する点では共通点が見られる。

競争者の価格に関しては、本件でも今後、問題になりうると指摘したが、わが国においても、競争者も高い価格を設定しているときにどのように考えるべきなのか。この点も含め、わが国での高価格規制についての詳細な検討は今後の課題として、別稿で論じたい。

本稿は、JSP 科研費 17H00959 と公益財団法人全国銀行学術研究振興財団の助成を受けた研究成果の一部である。

まりやま なおこ（法学部准教授）

【判例研究】

タトゥー彫り師に対する医師法裁判 最高裁決定に関する一考察

山中 純子

[目次]

概要

1. はじめに
2. タトゥー彫り師に対する医師法裁判の概要及び決定要旨
 - 2-1 事案の概要
 - 2-2 決定要旨
3. 医行為概念と医行為該当性の判断
 - 3-1 争点及び判断枠組み
 - 3-2 医行為概念
 - 3-3 目的論的解釈
 - 3-4 明確性の原則
 - 3-5 医行為該当性の判断
4. タトゥー施術をめぐる刑事処罰
 - 4-1 LRA の基準と刑法の謙抑性の原則
 - 4-2 傷害罪による処罰の可能性
5. ドイツにおけるタトゥー施術に関連する規制
 - 5-1 タトゥー施術に関連する規制
 - 5-2 傷害罪による処罰が問題となった裁判例
6. おわりに

概要

本稿は、タトゥー彫り師のタトゥー施術行為が医師法 17 条違反（無免許医業罪）に問われた刑事裁判の最高裁令和 2 年 9 月 16 日決定について考察するものである。まず、第一審（有罪）から最高裁決定（無罪）に至るまでの事案の概要及び決定要旨を紹介し、本決定が医師法 17 条における医行為概念をどのような論理でどのように解釈したのかを分析する。本決定は、医行為概念につき、「保健衛生上の危害のおそれ」があるだけでは足りず、争点となっていた「医療関連性」の要件についても必要であるとした。本稿では、医師法 17 条の保護法益とその法益に対する危険の観点から改めて目的論的解釈によって、タトゥー施術行為が医行為に該当しないことを論じる。また、本決定のように医行為を解釈することが、罪刑法定主義の要請する明確性の原則にも適うことを確認する。その上で、本決定の示した医行為該当性の判断方法に沿って、アートメイクや美容整形手術等も比較対象としながら、タトゥー施術行為の方法、目的、実情、社会の受け止め方等の様々な事情を総合考慮し、本件行為が医行為に該当しないことを確認する。

さらに、本稿では、タトゥー施術行為が傷害罪で処罰される可能性についても論じる。希望していたデザインや色とは異なるタトゥーを施された場合など、同意した内容に錯誤がある場合、同意が無効となり、傷害罪として処罰されることがあるのかなどについて、法益関係の錯誤説の立場から検討する。

最後に、ドイツにおけるタトゥー施術をめぐる規制状況及び裁判例を紹介する。ドイツでは、刑務所内におけるタトゥー施術について、被施術者の同意があっても善良な風俗に反して違法性阻却が否定されるため、傷害罪が成立するのではないかが問題となった事例があり、善良な風俗違反を認めず傷害罪の成立を否定した同事例は、日本におけるタトゥー施術の傷害罪による処罰に対して示唆を与えるものである。

1. はじめに

現代の日本社会において、タトゥーを身体に入れることについて、入れ墨をした暴力団員が多いという漠然としたイメージで「悪」あるいは「反社会的」とみなす風潮がある中、令和 2 年 9 月 16 日のタトゥー彫り師に対する医師法裁判最高裁決定には、安堵を覚えた。タトゥー彫り師が医師免許を有していなかったがために刑事罰を科されるということは、一般人には予測困難なことであると思われるのであるが、本件の第一審判決は、医師法違反でタトゥー彫り師を有罪とした。刑法は、国民にとっての行動規範であり、どのような行為が行われたとき、どのような刑罰が科されるかをあらかじめ明示している。また、

刑法は、罪刑法定主義の下、国民に処罰されるか否かの予測可能性を与え、刑罰から自由に行動する権利を保障している。医師法も、行政刑法として、国民や医師に対し、どのような行為が行われたとき、どのような刑罰が科されるかを明示しているのである。では、本件で被告人となった彫り師は、タトゥーを彫ることによって医師法違反で処罰され得ることを予測することができたのだろうか。本稿では、争点となった医師法 17 条の医行為概念を中心に考察するものであるが、今一度、刑法における罪刑法定主義、明確性の原則、刑法の補充性、謙抑性の原則といった基本原理に立ち返り、医師法 17 条の解釈適用、タトゥー施術行為に対する刑事処罰の可能性について論じる。また、海外のタトゥーをめぐる法制度として、ドイツにおける規制状況及び裁判例を紹介する。

2. タトゥー彫り師に対する医師法裁判の概要及び決定要旨

2-1 事案の概要

被告人は、医師でないのに、業として、タトゥーショップで、4 回にわたり 3 名の客に対し、針を取り付けた施術用具を用いて皮膚に色素を注入するタトゥー施術（以下「本件行為」という。）を行い、もって医師法 17 条にいう「医業」をなしたとして、同条違反で罰金 30 万円の略式命令を受けたが、これに対して正式裁判の請求を行った。第一審¹⁾は、「医業」の内容である医行為とは、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為をいうと解し、本件行為に伴う危険性を認定し、本件行為を医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある医行為に当たるとした。憲法違反の点については、憲法 31 条（罪刑法定主義）、憲法 22 条 1 項（職業の自由）、憲法 21 条 1 項（表現の自由）、憲法 13 条（自己決定権）のいずれにも違反しないとし、その他の弁護人の主張も全て退けたが、衛生管理に努めていたことなどを考慮し、罰金 15 万円とした。

控訴審²⁾は、医業の概念について、「保健衛生上の危険性要件」が必要であることに加え、「医療及び保健指導に属する行為」すなわち「医療関連性」という要件が別途必要であると判断した。その理由については、「医師法は、『医療及び保健指導』という職分を医師に担わせ、医師が業務としてそのような職分を十分に果たすことにより、…国民の健康な生活を確保することを目的としているのである」から、医師法 17 条が医師以外の者の医業を禁止するのは、「医師が行い得る医療及び保健指導に属する行為を無資格者が行うことによって生ず

¹ 大阪地判平成 29 年 9 月 27 日判時 2384 号 129 頁。

² 大阪高判平成 30 年 11 月 14 日高刑集 71 巻 3 号 1 頁。

る国民の生命・健康への危険に着目し、その発生を防止しようとするものである」。したがって、「保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為であっても、医療及び保健指導と関連性を有しない行為は、そもそも医師法による規制、処罰の対象の外に位置付けられる」と述べた。その上で、本件行為は保健衛生上の危険性要件を満たすものの、そもそも医行為における医療関連性の要件を欠いているとし、本件行為は医師法 17 条が禁止している医行為には該当しないと判示した。これに対し、検察官が上告した。

2-2 決定要旨

最高裁決定³（以下、「本決定」という。）は、上告趣意についていずれの主張も上告理由に当たらないとした上で、職権で、争点となった医行為該当性について、次のように述べた。「医師法の各規定に鑑みると、同法 17 条は、医師の職分である医療及び保健指導を、医師ではない無資格者が行うことによって生ずる保健衛生上の危険を防止しようとする規定であると解される。したがって、医行為とは、医療及び保健指導に属する行為のうち、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為をいう」。「ある行為が医行為に当たるか否かについては、当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断するのが相当である。」

「被告人の行為は、彫り師である被告人が相手方の依頼に基づいて行ったタトゥー施術行為であるところ、タトゥー施術行為は、装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義がある社会的な風俗として受け止められてきたものであって、…医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であって、医師免許取得過程等でこれらの知識及び技能を習得することは予定されておらず、歴史的にも、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきた実情があり、医師が独占して行う事態は想定し難い。このような事情の下では、被告人の行為は、社会通念に照らして、医療及び保健指導に属する行為であるとは認め難く、医行為には当たらないというべきである。タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険については、医師に独占的に行わせること以外の方法により防止するほかない。」

裁判官草野耕一の補足意見は、本件タトゥー施術行為に対して医療関連性を要件としない解釈を適用した場合に生ずる妥当とはいえない難い帰結につき、以下のように述べた。「医療関連性を要件としない解釈をとれば、我が国においてタトゥー施術行為を業として行う者は消失する可能性が高い。…もとよりこれを

³ 最決令和 2 年 9 月 16 日裁判所時報 1752 号 3 頁。

反道徳的な自傷行為と考える者もあり、同時に、一部の反社会的勢力が自らの存在を誇示するための手段としてタトゥーを利用してきたことも事実である。しかしながら、他方において、タトゥーに美術的価値や一定の信条ない情念を象徴する意義を認める者もあり、さらに、昨今では、海外のスポーツ選手等の中にタトゥーを好む者がいることなどに触発されて新たにタトゥーの施術を求める者も少なくない。このような状況を踏まえて考えると、…タトゥーの施術に対する需要そのものを否定すべき理由はない。以上の点に鑑みれば、医療関連性を要件としない解釈はタトゥー施術行為に対する需要が満たされることのない社会を強制的に作出しもって国民が享受し得る福利の最大化を妨げるものであるといわざるを得ない。タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険を防止するため合理的な法規制を加えることが相当であるとするならば、新たな立法によってこれを行うべきである。」「タトゥー施術行為は、被施術者の身体を傷つける行為であるから、施術の内容や方法等によっては傷害罪が成立し得る。」

3. 医行為概念と医行為該当性の判断

3-1 争点及び判断枠組み

本決定は、職権で、争点であるタトゥー施術行為の医行為該当性について判断した。本決定はまず、医行為とは、「医療及び保健指導に属する行為のうち、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれがある行為をいう」と解して医療関連性を要件とした。そして、医行為該当性の判断方法について、「当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断する」方法を示した。その上で、本件行為に関する具体的な事情を考慮した結果、タトゥー施術行為は、医療及び保健指導に属する行為であるとは認め難く、医行為には当たらないとして、本件行為の医師法 17 条違反を否定した。以下では、本決定の判断枠組みに沿って、本決定が解釈を示した医行為概念とは何か、その解釈をどのように導き出したのかを確認した上で (3-2)、医師法 17 条の保護法益とその法益に対する危険の観点から改めて目的論的解釈によって、タトゥー施術行為が医行為に該当しないことを論じる (3-3)。次に、本決定のように医行為を解釈することが、罪刑法定主義の要請する明確性の原則に反しないことを確認する (3-4)。その上で、本決定の提示した医行為該当性の判断方法に従ってタトゥー施術行為に関する様々な事情を総合考慮して、本件行為が医行為に該当しないことを論じる。また、美容整形手術等の医行為該当性についても検討することで、本決定の示した医行為該当性の判断方法の妥当性を確認する (3-5)。

3-2 医行為概念

医師法 17 条は、「医師でなければ、医業をしてはならない。」と規定し、これに違反した者には同法 31 条 1 項 1 号で 3 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金に処し、又はこれを併科することを規定している。ここでいう「医業」の内容は、医学・医術の進歩にともなって流動的であり、多岐にわたっていて、一般的抽象的にその定義を法文上明示することが困難かつ妥当でないと考えられており、個々の具体的行為についての判断は、判例、医事関係法令や通達類の中に求められてきた⁴。一般には、医業とは、医行為を業として行うことであると解されている⁵。業として行うとは、医行為を反復継続する意思をもって行うことである⁶。本件では、被告人がタトゥーショップにおいて、本決定理由から分かる限りにおいて約 8 か月の間に 4 回にわたり他人に対してタトゥーを施術していたのであるから、反復継続の意思をもってタトゥー施術行為を行っていたと認定することができ、問題なく業務性が認められる。争点となったのは、タトゥー施術行為が「医行為」に該当するかであった。「医行為」については、広義の医行為と狭義の医行為に分けられ、医師法 17 条にいう狭義の医行為とは「医師の医学的判断をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、または危険を及ぼす恐れのある行為」とする見解が有力とされてきた⁷。判例法理が展開される中で⁸、厚生労働省医政局長通知⁹においても「医師の医学的判断・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」されており、この解釈が定着していた。しかし、控訴審は、医師法の目的から、医行為には医療関連性が必要であるとし、タトゥー施術行為は

⁴ 磯崎辰五郎=高島學司『医事・衛生法 [新版]』（1979 年）185 頁、平野龍一ほか編『注解特別刑法 第 5・I 卷 [第 2 版]』（1992 年）39 頁 [小松進]。

⁵ 平沼直人『医師法 逐条解説と判例・通達』（2019 年）101 頁、加藤良夫『実務 医事法 [第 2 版]』（2014 年）515 頁、山口悟『実践医療法 医療の法システム』（2012 年）135 頁。

⁶ 大判大正 5 年 2 月 5 日刑録 22 輯 109 頁、最決昭和 28 年 11 月 20 日刑集 7 卷 11 号 2249 頁等。

⁷ 大谷實「医師法一七条にいう『医業』の意義」福田平=大塚仁古稀『刑事法学の総合的検討（上）』（1993 年）452 頁、山中敬一『医事刑法概説 I（序論・医療過誤）』（2014 年）83 頁、加藤前掲 516 頁。

⁸ 天田悠「医師法 17 条にいう『医業』の内容をなす医行為の意義—タトゥー事件控訴審判決」刑事法ジャーナル 60 号（2019 年）179 頁以下。

⁹ 「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、各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知）。

https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00tb2895&dataType=1&pageNo=1（最終閲覧 2021 年 1 月 15 日）。

医療及び保健指導に属する行為ではないから、医行為に当たらないと判断した¹⁰。

本決定は、控訴審と同様に、医行為に医療関連性を求める医行為の範囲を従来よりも限定する解釈を示した。本決定は、まず医師法が、医療及び保健指導を医師の職分として定め、医師がこの職分を果たすことにより、公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保することを目的としていること（医師法 1 条）を示し、その立法目的を達成するため、高度の医学的知識及び技能を具有した医師により医療及び保健指導が実施されることを担保する（同法 2 条、6 条及び 9 条等）とともに、無資格者による医業を禁止している（同法 17 条）という医師法の体系・構造を示した。そして、このような医師法の趣旨・目的に照らせば、医師法 17 条の規制対象は、「医師の職分である医療及び保健指導」であることを前提としているとして、医療関連性を必要とする医行為概念を導き出した。本決定では、医師法の目的から医療関連性の要件を必要とする解釈に至る詳細な論理は展開されていないが、控訴審が、医師の職分、その職分を果たすことで国民の健康を保護するという医師法の目的、この目的を達成するために医師の免許制度、医業独占があることを順に論じ、医師法 17 条について「医師が行い得る医療及び保健指導に属する行為を無資格者が行うことによって生ずる国民の生命・健康への危険に着目し、その発生を防止しようとするものである」という解釈を「素直な解釈」として示したのと同じ論理をたどっていると言える。また、医業における免許制度の趣旨から、医行為概念が「医療・保健指導（医療関連性）」と「保健衛生上の危害のおそれ」という二段階の枠組みによって構成される¹¹ことについては、弁護士が主張していたところであり、弁護士立証の意見書を作成した学者の論文¹²において、詳細に説得的に述べられている。そこで、次に、保護法益に即した目的論的解釈から医行為概念について改めて考察する。

3-3 目的論的解釈

医師法 17 条は、無免許者による医業を禁止するものであり、刑事罰を伴う禁止規定である。タトゥー施術行為が無免許医業の規制対象となる医行為に該当するかを判断するには、当該行為が無免許医業罪（医師法 31 条 1 項 3 号、17 条）の保護法益を危殆化するかどうかという観点から検討する必要があるた

¹⁰ 従来の判例との整合性を問題にする評釈として、尾形健「タトゥー施術業医師法違反事件控訴審判決」令和元年度重要判例解説（臨増ジュリスト 1544 号）23 頁、天田前掲 182 頁参照。

¹¹ 控訴審は、「医療関連性の要件は、従来の学説が狭義の医行為について『広義の医行為の中で』という枠組みを設定していたのと同趣旨に帰着する」としている。

¹² 辰井聡子「医行為概念の検討—タトゥーを彫る行為は医行為か—」立教法学第 97 号（2018 年）261 頁以下。

め、同罪の保護法益に即した目的論的解釈を試みる。無免許医業罪の規制目的、すなわち刑法における保護法益は何であるか。まず、医師法 17 条が直接保護の対象としているのは、個別の医行為による健康被害という個人的法益ではなく¹³、公衆衛生及び国民の健康という社会的法益である¹⁴。それは、医師法 1 条において、医師が医療及び保健指導の業務を行うことによって、憲法の是認する公衆衛生の向上及び増進に寄与し、国民の健康な生活を確保するという公共的な任務を有することを宣明している¹⁵ことからうかがえる。このような公共的な任務を課せられた医師に医業を独占させることによって保護される法益は、公衆衛生や国民の健康という社会的法益である。そして、医師免許制度自体が、無資格者や質の悪い医師がサービスを提供することによって生まれる健康被害という抽象的危険を防止するものであると解されていることから¹⁶、医師免許を持たない者による医行為を禁止している無免許医業罪についても、無免許医業によって健康被害をもたらすおそれがあるときに成立する抽象的危険犯である¹⁷。そこで、無免許医業罪の保護法益である公衆衛生及び国民の健康に対する抽象的危険について、具体的にどういう危険が想定されるのかを検討すると、積極的な危険と消極的な危険に分けられる¹⁸。積極的な危険は、無免許医業によって、不適切なサービスが提供され、公衆衛生・国民の健康に危険をもたらされることであり、消極的な危険は、それ自体は無害な行為であっても、それによって本来受けられたはずの適切な医療や保健指導の機会を失うことをいうと解される¹⁹。

では、タトゥー施術行為は、このような積極的又は消極的な危険を生じさせる医行為なのであろうか。タトゥー施術行為は、たしかに原審も認めるように、

¹³ 医行為に伴う公衆衛生上の危険が現実化し人身被害が生じたときは、個人法益に対する罪である殺人罪（刑法 199 条）、傷害罪（刑法 204 条）、傷害致死罪（刑法 205 条）、過失致死傷罪（刑法 209 条、210 条）が成立し得るにとどまることにつき、松宮孝明「タトゥー事件大阪高裁判決に対する刑事法学からの検討」季刊刑事弁護 99 号（2019 年）90 頁参照。

¹⁴ 高山前掲 142 頁。

¹⁵ 前掲『注解特別刑法 第 5・I 卷 [第 2 版]』7 頁。

¹⁶ 高山佳奈子「タトゥー医師法裁判と罪刑法定主義」文明と哲学第 11 号（2019 年）137 頁。

¹⁷ 前掲『注解特別刑法 第 5・I 卷 [第 2 版]』37 頁。

¹⁸ 武藤眞朗「医師にのみ許される行為—タトゥー施術事件控訴審判決を契機として—」東洋法学第 63 巻第 3 号（2020 年）173 頁以下、高山前掲 142 頁以下。

¹⁹ 佐藤雄一郎「タトゥー事件大阪高裁判決に対する医事法学からの検討」季刊刑事弁護 99 号（2019 年）95 頁以降、高山前掲 143 頁。なお、山中前掲『医事刑法概論 I（序論・医療過誤）』88 頁は、直接的危険行為、間接的危険行為、消極的危険誘発行為といった「行為」に着目した分析をしているが、人体に直接的に及ぼされる積極的な危険と、その行為によって適切な治療を受ける機会が奪われ、存在する危険を防止することができないといった消極的な危険について述べていると解することができる。

被施術者が様々な皮膚障害等を引き起こす危険性を有し、アレルギー反応が生じる可能性もあり、また、施術者自身や他の被施術者等が何らかの病原菌やウイルスに感染する危険性があるのであり、積極的な危険をはらんでいそうである。しかし、このような危険があるとしても、医師法 17 条は「無免許」医業の禁止であるから、免許制度の目的に照らし、この危険は医師免許を有していれば防止することができるが、医師免許を有していないがゆえに惹起される危険である必要がある²⁰。タトゥー施術をめぐる積極的な危険は、タトゥー彫り師への研修・教育や保健衛生への自主的取組み等により防ぐことが可能であり、現実的にタトゥー施術による健康被害が頻発しているわけではないことに照らせば²¹、医師免許を有さないことに起因する固有の危険ではない。したがって、タトゥー施術行為は、積極的な危険を生じさせるおそれがあっても、無免許で行われるがために法益が危殆化されるわけではなく、無免許医業罪の規制対象にはならないと解される。

また、消極的な危険については、それ自体医療と結び付かないタトゥー施術を受けることによって、医師による医療や保健指導を受けなくなることは考えられない。タトゥー施術に関する知識と技術を持つ者はタトゥー彫り師であるから、タトゥー施術に関することで医療や保健指導を受ける機会を失うことは想定できないことに加え、仮に皮膚障害が発生したり、タトゥー除去のためのレーザー治療を受けたりする場合には、別途医師や保健指導を受ける機会はある。したがって、タトゥー施術行為には、消極的な危険は見出せない。

結局、タトゥー施術行為には無免許医業罪の保護法益に対する積極的危険も消極的危険も存在しないことになり、タトゥー施術行為は医師法 17 条の規制

²⁰ なお、無免許者に固有の危険とは何かに着目することで、医行為に医療関連性の要件を求める解釈も導き出すことができると考える。医師免許を有している者は、「医療及び保健指導を掌る」ことによって公衆衛生に寄与し、国民の健康を確保する任務を負うのであるが（医師法 1 条）、無免許者は「医療及び保健指導を掌る」ことができないために、公衆衛生や国民の健康に危険をもたらすのである。したがって、規制対象となる医行為は、単に健康被害の危険のある行為というだけでなく、医師免許を有する者が担うべき「医療及び保健指導に属する行為」であって、医師であれば危険を防止することができるが、無免許者には危険を防止できない行為であると解することで、医療関連性の要件を必要とすることができる。

²¹ 高山前掲 143 頁は、NOON 事件最高裁決定（最決平成 28 年 6 月 7 日 LEX/DB 文献番号 25543348）でも維持された判断枠組みである、「刑事規制の対象たりうるのは、保護法益を行うおそれが、『観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるもの』に限られる」との解釈から、タトゥー施術行為では、「技術的ミスや不衛生な方法による施術が健康被害を惹起することが想定可能であるが、少なくとも日本では、そのような被害が社会問題化したことがなく、『民間レベルで技術や衛生環境が保たれてきた』ことから、保護法益を損なうおそれは『『観念的なもの』』としては想定可能であっても、『現実的に起こり得るものとして実質的に認められるもの』ではない」として、タトゥー行為を規制対象とすることを否定する。

の対象外である。

3-4 明確性の原則

本決定が示した医師法 17 条の対象となる医行為概念については、前記 3-2 のとおり、医師法の体系・構造、趣旨・目的に照らして合理的に導かれたものであるが、同法 17 条が「医師でなければ、医業をしてはならない。」としか規定していないことから、タトゥー施術行為の医行為該当性が問題となった際、医行為を、保健衛生上の危険性のある行為のうち医療関連性のある行為に限定して解釈することが、通常的判断能力を有する一般人にとっても可能かどうかを念のため検討する²²。本決定では、タトゥー施術行為が医行為に該当しないとして医師法 17 条の規制の対象外とされたため、結果的に「法律なければ刑罰なし」との罪刑法定主義に反する処罰は問題にならなかったが、罪刑法定主義は、国民に対し、処罰される行為はどのような行為であることを予告することにより、国民に萎縮効果を生じさせないようにすることを目的としているから、刑罰法規を読んで禁止の内容が明確に理解できなければならないという明確性の原則を要請している²³。刑罰法規の内容が不明確で漠然としており、一般人からして客観的に理解できない場合には、国民は萎縮してしまうことから、明確性の原則に反し、憲法 31 条の適正手続に違反するのである。

そこで、医師法 17 条の規定が明確かどうかを徳島市公安条例事件判例²⁴が示した「通常的判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうか」という基準に従って検討する。ここでは、本決定が示した、タトゥー施術行為が医師法 17 条の適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめる基準、すなわち医行為概念のうち、保健衛生上の危害の要件のみならず、医療関連性要件を通常的判断能力を有する一般人の理解において読み取れるかどうかの問題となる。一般人にとっては、「医」行為とは、その字義からして、医師によって行われる行為であり、医師が行うのは医療や保健指導であるということは容易に理解できるだろう²⁵。したがって、ある行為が無免許医業で規

²² 大谷前掲 453 頁以下参照。なお、第一審においては、弁護人が、医療関連性を有しないあらゆる保健衛生上の危険性がある行為を規制しようとすることは、一般人の理解を超えた範囲を禁止の対象とするものであり、刑罰法規としてあいまい不明確であるがゆえに憲法 31 条の規定する罪刑法定主義に違反するとの主張をしたところ、判決は、医師法 17 条の趣旨から合理的に導かれ、通常的判断能力を有する一般人にとっても判断可能であるとした。

²³ 山中敬一『刑法概説 I [総論]』39 頁。

²⁴ 最大判昭和 50 年 9 月 10 日刑集 29 卷 8 号 489 頁。

²⁵ 城水信成「タトゥー施術は『医行為』ではない」季刊刑事弁護 99 号（2019 年）82 頁参照。

制対象となるかを判断する際には、その行為が医療や保健指導に該当する医療関連行為であるかという基準も自然に導き出されるものと思われる。「保健衛生上の危害を生じさせる行為」というだけでは、理容師や鍼灸師・あん摩マッサージ指圧師の業務、身体のぶつかり合うスポーツ、食品衛生上の危害の大きい食材や刃物を取り扱う調理などあらゆる活動が規制対象になってしまうのであり²⁶、人々は自然とそのような日常の活動を医師法の規制対象から除外して理解している。その除外の過程において、一般人は、医行為概念に医療関連性を自然と読み込んでいるのである。また、医師法が免許制を規定することで医師に独占的に担わせる行為は、医療及び保健指導に関する行為であるとの理解は一般人にとって何ら困難なものではない。医療及び保健指導とは無関係な行為を専門外の医師に独占させることを一般人が期待し、望んでいるとは通常考えられない。医師に対しては、医療関連行為においてその職分を全うすることを期待しており、タトゥー施術をすることは期待していないはずであるから、医療関連行為でないタトゥー施術は医師に独占させるべき医行為ではないとの理解は自ずから受け入れられるだろう。よって、通常的判断能力を有する一般人の理解において、医療関連性の要件を読み取ることは可能であり、医師法 17 条は明確性の原則の要請を満たしている。

3-5 医行為該当性の判断

本決定は、医行為に医療関連性を要求した上で、医行為性の判断に際して考慮すべき事項を種々掲げた。これらの考慮事項については、「方法や作用が同じ行為でも、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況等によって、医療及び保健指導に属する行為か否か」などが「異なり得る」ことが指摘されている。これは、「針先に色素を付けながら、皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為」であるアートメイクが、医師が行うのでなければ保健衛生上危害の生ずるおそれのある行為であり、医師法 17 条違反であることが通知されている²⁷ことを念頭に、タトゥーとアートメイクの施術方法や作用が同様であることを踏まえて、それでもタトゥーについては医行為に該当しないと解することが可能であることを示したものと推察される。

本決定の各考慮事項についての認定をみると、まずタトゥーの目的や社会に

²⁶ 辰井前掲 259 頁、高山前掲 140 頁以下参照。

²⁷ 「医師免許を有しない者による脱毛行為等の取扱いについて」（平成 13 年 11 月 8 日医政医発第 105 号各都道府県衛生主管部（局）あて厚生労働省医政局医事課長通知）、https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00ta6731&dataType=1&pageNo=1（最終閲覧 2021 年 1 月 15 日）、「アートメイクの危害」（平成 23 年 10 月 27 日独立行政法人国民生活センター）、http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20111027_1.pdf（最終閲覧 2021 年 1 月 15 日）参照。

おける受け止め方については、タトゥーに装飾的ないし象徴的な要素を認め、美術的な意義がある社会的な風俗として受け止められてきたものであって、医療及び保健指導に属する行為とは考えられてこなかったことを述べている。他方で、アートメイクについては、控訴審において、「美容目的やあざ・しみ・やけど等を目立ちづらくする目的」で行われるとされ、「健康的ないし身体的な美しさに憧れ、美しくありたいという願いとか醜さに対する憂いといった、人々の情緒的な劣等感や不満を解消することも消極的な医療の目的として認められる」美容整形の概念に包括し得るとされていた。本決定は、タトゥーに歴史的・民俗的な背景があること、芸術としての側面があることを踏まえ、美容整形の範疇におさまるアートメイクとは異なることを強調していると言えよう²⁸。

次に、タトゥー施術行為が行われる際の具体的な状況、実情については、医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であって、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきたこと、そのため医師が独占して行う事態は想定し難いことが述べられている。無免許医業罪の沿革に照らしても、医師でない者が医行為を行うことを禁止するには、医療を行う基礎となる医学が医師を専門的科学的な知識・技能の所有者として医師でない者から区別し得る程度に発達していることが前提となる²⁹。医師は、医師免許取得にあたってタトゥー施術についての知識や技術を習得するわけではないから、タトゥー施術を医師に独占させるべき前提を欠いている。控訴審においても、「社会通念に照らし、入れ墨（タトゥー）の施術が医師によって行われるものというのは、常識的にも考え難いことであると言わざるを得ない」³⁰と述べられているとおり、現状、医師がタトゥー施術を行うような実態はなく、タトゥーを入れた人は医師ではなくタトゥーショップに行って彫り師に施術を依頼するのである。

以上のような事情を考慮した上で、社会通念に照らして判断すれば³¹、タトゥー施術行為は医療及び保健指導に属する行為であるとは認め難く、医行為には当たらないと判断された³²。

²⁸ なお、アートメイクの医行為性を認めた事案として、東京地判平成2年3月9日判時1370号159頁。

²⁹ 前掲『注解特別刑法 第5・1巻[第2版]』34頁。

³⁰ なお、控訴審が「社会通念」、「常識」に依拠して医療関連性を判断していることにつき、その判断の境界が不明確であると批判するものとして、神馬幸一「入れ墨（タトゥー）の施術と医師法17条にいう『医業』の内容となる医行為」令和元年度重要判例解説（臨増ジュリスト1544号）155頁参照。

³¹ 本決定の判断枠組みにつき、一応の合理性を認めるものとして、河嶋春菜「業としてのタトゥー施術行為が医師法17条違反に当たらないとされた事例」新・判例解説 Watsch Web 版(2020年)文献番号 z18817009-00-011801967 参照。

³² 前田雅英「最新刑事判例研究第56回 入れ墨の施術と医師法17条にいう『医業』の内容となる医行為」22頁は、「社会通念に照らし、入れ墨（タトゥー）の施術が医師によ

なお、本決定では、美容整形外科手術等について言及していないが、第一審は、医療関連性を必要とする解釈をした場合について、美容整形外科手術等のように、医療及び保健指導に属する行為ではないが、医師が行うのでなければ保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為を医師以外の者が行うことが可能となると述べた³³。控訴審は、美容整形外科手術に医療関連性を認め、第一審の考えを否定したものであるが、念のため、本決定の示した医行為該当性の判断方法に従って美容整形外科手術の医行為該当性を検討する。美容整形の方法や作用は、医師が医学的な専門知識と技術をもって身体上の改善、矯正を行うことであり、その目的は、外見に対する不満など人々の精神的な情緒的な劣等感や不満を解消するといった消極的な医療目的である³⁴。また、医学部でも美容整形外科に関する教育が行われ、専門分野として確立していること、さらに、美容整形外科クリニック等の専門病院も存在し、人々が美容整形手術を受けるにあたっては、病院で医師が医学的な専門知識に基づいて判断し、医師によって手術されることを想定し、またそれを望むのが通常である。したがって、美容整形外科手術の実情や社会における受け止め方等も含め、社会通念に照らして判断すると、美容整形外科手術に医療関連性を認めて医行為該当性を肯定することができる。本決定が示した判断手法は、保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為であるが、医療関連性が一見不明な行為の医行為該当性を判断する際にも、利用することができる。

で行われるものというのは、常識的にも考え難いことである」ということは「実質的な理由」であり、タトゥー施術行為が「医師法 17 条に該当するものであり、刑罰の対象となりうると解することとは、全く別」であると控訴審を批判するが、本決定は、タトゥー施術を医師が行っていないという現状から直ちに医療及び保健指導に属する行為とは認められないという結論を導き出しているわけではなく、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきたという歴史的な経緯も踏まえた実情及びタトゥー施術の目的などを総合して、社会通念に照らして医療関連性を否定しており、妥当である。むしろ、控訴審で業界による自主規制、行政による指導の制度、立法上の措置という他の手段が示唆されているにもかかわらず、現状ではそのような規制がないことをもって「野放し」と批判するのは、タトゥー施術行為を禁止することを実質的な目的としているからのように思われてならない。

³³ これに対し、美容整形外科手術は、「現在では社会医学的な適応性を肯定され、これが医療行為に属することは裁判例及び学説によって認められており、医療法施行規則 20 条 2 号・7 号も『診療科名』に『美容外科』を掲げている」ことから、この判示に疑問を呈するものとして、城下裕二「入れ墨の施術行為に医師法 17 条違反の罪の成立を認めた事例」新・判例解説 Watch 23 号 (2018 年) 177 頁参照。

³⁴ 本決定の控訴審判決 (大阪高裁平成 30 年 11 月 14 日高刑集 71 卷 3 号 1 頁)、秋吉仁美編「医療訴訟」(2009 年) [坂田大吾] 383 頁参照。なお、消極的な医療目的を医療関連性の一つの判断要素とするのならば、タトゥーにも消極的な医療目的が含まれるのではないかという懸念を示すものとして、浅田和茂「入れ墨(タトゥー)施術が医師法 17 条違反の罪に当たらないとされた事例」新・判例解説 Watch 26 号(2020 年)185 頁、松宮前掲 91 頁、天田前掲 181 頁以下参照。

以上より、本決定が示した判断方法は、医療関連性の判断として、本件行為の方法や作用といった形式面のみならず、多様な考慮要素を加えた判断枠組みであり、本決定ではタトゥー施術の背景も踏まえた多角的・現実的な検討がなされた結果、タトゥー施術行為は医師法 17 条が対象とする医行為に該当しないとされた。本決定は、タトゥー施術に関する事例判断であるが、アートメイクや美容整形手術等の身体への侵襲を伴うもののアートや美容の要素が強い行為についても適用することのできる判断方法を示したものと言える。

4. タトゥー施術をめぐる刑事処罰

4-1 LRA の基準と刑法の謙抑性の原則

本決定の補足意見では、「医療関連性を要件としない解釈をとった場合、医師でない者がタトゥー施術行為を業として行うことは原則として医師法上の禁止行為」となり、「我が国においてタトゥー施術行為を業として行う者は消失する可能性が高い」ことが述べられている³⁵。本決定の多数意見では論じられていないが、控訴審においては、第一審では否定された憲法 22 条 1 項違反の点³⁶に関し、仮に医療関連性という要件を不要とした場合には憲法が保障する職業選択の自由との関連で疑義が生じ得るとして、医師法 17 条でタトゥー施術行為を禁止することを職業選択の自由に関する違憲審査基準に当てはめて審査し、医療関連性を欠くためにタトゥー施術の医行為性を肯定することができないという解釈適用の妥当性を説示している。そこで、違憲審査基準と刑法の関係についても、簡潔に述べる。

職業は、「分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するもの」である³⁷。個人の人格的価値とも不可分の関連を有するタトゥー彫り師という職業を選択することは、元来、個人の人格的自己決定に委ねるべきものである。しかし、職業は、「社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し」、「社会的相互関連性が大きいもの」である。この社会的相互関連性が大きいがゆえに、公権

³⁵ 補足意見の意義につき、新井誠「タトゥー施術に関する医師法違反事件最高裁決定」、WLJ 判例コラム 214 号(2020WLJCC026)参照。

³⁶ なお、第一審の行ったタトゥー施術に医師免許を要請することに関する職業選択の自由をめぐる憲法審査に対する批判につき、新井誠「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題—大阪地裁平成二九年九月二七日判決を契機として—」広島法学 42 巻 3 号（2019 年）29 頁以下、高田倫子「入れ墨の施術者に医師免許を求めることが合憲とされた事例」新・判例解説 Watsch 23 号(2018 年)21 頁参照。

³⁷ 最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 巻 4 号 572 頁。

力による規制の要請も強くなり、職業選択の自由に対する規制が正当化されることとなる³⁸。一般に許可制は、「職業の自由に対する強力な制限」であるから、「原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であること」を要する。タトゥー施術の場合、保健衛生上の危険の防止という消極的、警察的目的のための規制であるから、「職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制」によっては、「目的を十分に達成することができないと認められることを要する」。そこで、タトゥー施術に医師免許を要求することについて、よりゆるやかな制限では目的を十分に達成することができないのかを検討する必要がある³⁹。控訴審判決では、「彫り師に対して一定の教育・研修を行い、場合によっては届出制や登録制等、医師免許よりは簡易な資格制度等を設ける」などの事前規制のほか、「タトゥー施術業における設備、器具等の衛生管理や被施術者に対する施術前後の説明を含む手順等に関する基準ないし指針を策定することなど」の職業活動の内容及び態様に対する規制の可能性が示されている。また、「業界による自主規制、行政による指導、立法上の措置等の規制手段」を検討することも言及されている。これを受けて、一般社会法人日本タトゥーイスト協会⁴⁰では、医師の監修のもと、衛生管理に関するガイドライン⁴¹を設け、講習を主催し、これを受講して能力を身につけた彫り師にライセンスを付与することで安全面を確保しようとする取り組みが現になされている⁴²。最高裁決定の補足意見においても新たな立法によって規制を行う可能性が示されているとおり、これらの多種多様なよりゆるやかな規制の可能性があるのであれば、職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によって、保健衛生上の危険の防止とい

³⁸ 職業の自由とその規制に関する解説として、石川健治「薬事法違憲判決」憲法判例百選Ⅰ第7版199頁参照。

³⁹ なお、タトゥー施術に医師免許を求めることに関する審査基準として、LRAの基準を採用したことの妥当性を含め、憲法の観点からの考察については、憲法学者の判例評釈に譲る。濱口晶子「タトゥー施術行為と職業選択の自由」法学セミナー763号(2018年)120頁、堀口悟郎「タトゥー医師法事件控訴審判決」法学セミナー771号(2019年)128頁、榎透「入れ墨の施術者に医師免許を求めることと憲法22条1項」新・判例Watch24号(2019年)37頁、山崎皓介「医師法17条に基づくタトゥー施術規制と職業選択の自由」北大法学論集70巻6号175頁、笹田栄司『「医業独占」(医師法17条)とタトゥー施術業』法学教室462号152頁参照。

⁴⁰ 一般社会法人日本タトゥーイスト協会、<https://tattooist.or.jp/> (最終閲覧2021年1月15日)。

⁴¹ 「タトゥースタジオにおける衛生管理に関するガイドライン」、<https://tattooist.or.jp/wp-content/uploads/2020/06/eisei2019.pdf> (最終閲覧2021年1月15日)。

⁴² 小山剛=新井誠編『イレズミと法—大阪タトゥー裁判から考える』(2020年)261頁〔弁護団寄稿〕。

う目的を十分に達成することができる。

しかし、仮にタトゥー施術行為に医師免許を必要とした場合、我が国においてタトゥー施術行為を業として行う者が消失してしまうことになり、その結果、「タトゥー施術行為に対する需要が満たされることのない社会を強制的に作出しもって国民が享受し得る福利の最大化を妨げる」ことになる。これでは、「分業社会」において、「自己のもつ個性を全う」することによって「社会の存続と発展に寄与する」ことはできず、医師免許制によるタトゥー施術行為の規制は、必要かつ合理的な措置とは到底言えない。したがって、タトゥー施術に医師免許制を強いるのは妥当でない。

このように、よりゆるやかな規制手段がないかを判断するいわゆる LRA の基準によって審査すれば、タトゥー施術行為に医師免許を必要とし、無免許でタトゥー施術行為をした者に刑事罰を科すことは、よりゆるやかな規制手段によって目的を十分に達成することができるのにもかかわらず極めて強力な制限を課すものであり、必要性も合理性も見出せない。刑事罰を科してまで医師免許を要求することができるのは、よりゆるやかな規制手段によって目的を十分に達成することができない場合の最後の手段としてのみである。規制手段について審査する際、刑法は、その他の手段の背後に控える補充的な手段であるべきであり、刑法の補充性が要請される⁴³。タトゥー彫り師に対する医師法裁判は、その背景に、タトゥー彫り師の職業の自由やタトゥー施術自体に対する規制のあり方をめぐる問題があり、その中で、刑法の謙抑性の原則(ultima-ratio-Prinzip)を再確認することのできる事案でもある⁴⁴。

4-2 傷害罪による処罰の可能性

本決定の補足意見は、「タトゥー施術行為は、被施術者の身体を傷つける行為であるから、施術の内容や方法等によっては傷害罪が成立し得る」ことに言及している。前記4-1で述べた刑法の謙抑性の観点から、医師法違反による規制をしないにしても、具体的な健康被害が生じた場合には、刑法の処罰対象となる可能性がある⁴⁵。本決定は、「タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険については、医師に独占的に行わせること以外の方法により防止するほかない」と述べており、タトゥー施術行為によって保健衛生上の危険が伴うことは争いがない。控訴審においては、タトゥー施術により細菌やウイルス等が侵入しやす

⁴³ 山中敬一『刑法総論 [第3版]』54頁参照。

⁴⁴ 高山前掲148頁は、「刑事罰以外の規制方法があるとして、実質的に『より制限的でない他の選ぶうる手段の基準』が無罪の理由の一つとされたことは画期的である」と評している。

⁴⁵ 松宮前掲90頁参照。

くなって被施術者が様々な皮膚障害等を引き起こす危険性や、入れ墨が色素を真皮内に注入するものであることからアレルギー反応が生じる可能性、被施術者がなんらかの病原菌やウイルスを保有していた場合に施術者自身や他の被施術者等が感染する危険性等が示されており、本決定もこれらの危険があることを前提にしていると思われる。

そこで、傷害罪の適用可能性を検討すると、施術方法に起因する健康被害に関しては、衛生管理を怠った状況での施術、例えば不衛生な針の使い回しによる施術により感染症を招いた場合や必要なアレルギーテストを怠ったためにアレルギー反応を引き起こした場合等であれば、傷害罪（刑法 204 条）又は業務上過失傷害罪（刑法 211 条）を適用することができるだろう⁴⁶。

次に、施術内容に関連する被害については、希望していたデザインや色とは異なるタトゥーを施された場合や希望していた身体の部位とは異なる箇所にはタトゥーを施された場合等が考えられる。これらの場合、タトゥーを施術すること、すなわち身体を傷つける傷害自体には同意していると思われることから、可罰性が否定されるのではないかが問題となる。同意傷害の可罰性の有無・要件については諸説あるが⁴⁷、タトゥー施術に有効な同意があれば、基本的に違法性が阻却され、不可罰となるだろう。問題は、錯誤に基づいて同意した場合など、同意に瑕疵がある場合である。例えば、自らの信条ないし情念を表す象徴的な意味をもつそのデザイン・絵柄だから承諾したのに別のデザインにされた場合、息子の名前をレタリングタトゥーとして彫ることを依頼したがスペルを間違えて彫られた場合等に有効な同意があると言えるかが問題となり、同意が無効と解される場合には、傷害罪や業務上過失傷害罪による処罰対象となる可能性がある。同意の有効性を判断する考え方には本質的錯誤説等もあるが、タトゥー施術の場合、医師が行うのでなければ直接生命の危険が生じるような美容整形手術（例えば、判例で問題となった豊胸手術⁴⁸）とは異なり、保健衛生上の危害が生ずるに過ぎないので、基本的に身体を傷つけるという法益侵害に同意している点を重視するべきであり、法益関係の錯誤説から判断するのが相当である。すると、タトゥー施術については、身体への傷害自体は同意していることから、多少のデザイン変更や色味の違いなどは法益関係的な錯誤でないとして同意は有効となり、刑事罰を科すのではなく、債務不履行に基づく損害賠償請求や不法行為による損害賠償請求といった民事上の解決を図ることになるだろう。しかし、意図的に被施術者が希望しない絵柄を彫った場合、明らか

⁴⁶ 高山前掲 136 頁参照。

⁴⁷ 公序良俗説、重大傷害説、不可罰説等の諸説につき、山口厚『刑法総論 [第 3 版]』

174 頁以下、同『クローズアップ刑法各論』6 頁以下参照。

⁴⁸ 東京高判平成 9 年 8 月 4 日高刑集 50 巻 2 号 130 頁。

に失敗作を彫ってしまった場合などは、そのように身体を傷つけることには同意していなかったとすることができ、法益侵害の内容、範囲、程度に関する錯誤である。タトゥー施術の場合、被施術者が、錯誤による結果ゆえにそのタトゥーすなわち法益侵害を取り除くことを望んだとしても、一度彫られたタトゥーを除去するには、レーザー治療を受ける必要があるなど、困難が伴う。このような実態に照らせば、法益侵害の内容、範囲、程度についての錯誤は、法益関係的な要素についての錯誤であると解され、同意は無効であり、傷害罪又は業務上過失傷害罪に該当する余地がある。

ところで、同意傷害の事案につき判例は、「被害者が身体傷害を承諾したばあいには傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合わせて決すべきものである」としている⁴⁹。このように同意を違法性阻却判断の一要素であるとしてその意義を相対化する判例の考え方⁵⁰によれば、タトゥー施術に同意があっても公序良俗に反するとして違法性阻却が否定されることも考え得る。これまでタトゥーの彫り師の医師法違反による摘発については、彫り師自身が暴力団組員ないし幹部、あるいは主に暴力団組員を顧客とする彫り師であり、暴力団対策の一環として行われていたとも指摘されており⁵¹、入れ墨を契機として暴力団を取り締まろうとする可能性は否定できない。暴力団に関連する同意傷害の事例として、やくざの指つめが公序良俗に反するものとして違法性阻却を否定された例が思い当たるが⁵²、暴力団組員が入れ墨を入れるためにした承諾について、公序良俗に反するものとして違法性阻却を否定するような解釈はすべきでない。たとえ、タトゥーを反社会的勢力がその存在を誇示するためにするものであるとか、反道徳的な自傷行為であるとか考える者がいるとしても、承諾があればそれ自体は処罰の対象とならないものを、反社会的勢力が入れ墨を入れる行為の社会的不相当性を根拠として、承諾を無効として傷害罪で処罰すれば、結局はタトゥー施術行為の処罰を実質的に肯定することになり、妥当でない。反社会的勢力に対する取締りを目的に、刑法を恣意的に適用するようなことは断じて許されない。

5. ドイツにおけるタトゥー施術に関連する規制

⁴⁹ 最決昭和 55 年 11 月 13 日刑集 34 卷 6 号 396 頁。

⁵⁰ 山口厚『刑法総論 [第 3 版]』174 頁、同『クローズアップ刑法各論』5 頁参照。

⁵¹ 小山剛=新井誠編『イレズミと法—大阪タトゥー裁判から考える』（2020 年）244 頁 [弁護団寄稿]。

⁵² 仙台地石巻支部昭和 62 年 2 月 18 日判事 1249 号 145 頁。

5-1 タトゥー施術に関連する規制

ドイツでは、タトゥー施術者に対して職業上の資格を要求する法令はない。アートメイクの施術にハイルプラクティカー（医療師）の資格が必要かどうか⁵³が争われた事案におけるミュンヘン行政裁判所の決定⁵⁴では、唇と眉に対するアートメイク施術によってわずかに健康上の危険が生じる程度では、ハイルプラクティカーの資格を要しないとしたのであるが、その判決文の中で、アートメイク施術がタトゥー施術に類似していることを示した上で、行政実務上、タトゥー施術がハイルプラクティカー法 1 条の資格義務に服するとされたことはない旨述べられている⁵⁴。

また、タトゥー施術そのものではないが、タトゥーを除去するためのレーザー治療につき、2020 年 12 月 31 日より、人体に対する使用における非電離放射線の有害作用から保護するための命令⁵⁵が施行され、同法 5 条 2 項において、教育・研修を受けて許可された医師でなければ、タトゥー除去のためのレーザー治療を実施してはならないことが規定された。この規定が新設されたことから、医師による施術が要請されないタトゥー施術と、教育・研修を受けて許可された医師によらなければならないタトゥー除去治療が明確に区別されていることが明らかである。

その他のタトゥーに関連する規制としては、感染予防法 36 条 2 項⁵⁶により、人体に対して血液を介して病原体を感染させる可能性のある施設や事業所について、保健所による感染衛生に関する監督を受け得ることが規定されていることから、タトゥースタジオに対しても保健所の監督が可能であること、タトゥー染料命令⁵⁷により、タトゥー施術に使用することが禁止される色素などが規定されていることが挙げられる。

⁵³ VG München, Beschluss vom 19.4.2002, M 16 S 02.306, Juris.

⁵⁴ 前掲 VG München, Rn.53, 小山剛=新井誠編『イレズミと法—大阪タトゥー裁判から考える』(2020 年)233 頁以下〔栗島智明〕参照。

⁵⁵ Verordnung zum Schutz vor schädlichen Wirkungen nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSV), Verordnung zur weiteren Modernisierung des Strahlenschutzrechts vom 29. November 2018, Artikel 4 (BGBl. 2018, Teil I Nr. 41, S. 2187), http://www.bgb.de/xaver/bgb/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB&jumpTo=hgb1118s2034.pdf (最終閲覧 2021 年 1 月 15 日)。

⁵⁶ Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz-IfSG), <http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/index.html#BJNR104510000BJNE003202310> (最終閲覧 2021 年 1 月 15 日)。

⁵⁷ Verordnung über Mittel zum Tätowieren einschließlich bestimmter vergleichbarer Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen (Tätowiermittel-Verordnung), https://www.gesetze-im-internet.de/t_tov/BjNR221500008.html (最終閲覧 2021 年 1 月 15 日)。

なお、現在、タトゥーを身体に彫ること自体を禁止する法律は存在しないが、ナチスの絶命収容所の建築物をモチーフにしたタトゥーや強制収容所の門に刻まれた文字のタトゥーを広く背中に入れていた軍人を、公共の場でそのタトゥーを見せたことにより民衆煽動罪（ドイツ刑法 130 条 3 項）に処す決定⁵⁸が出るなどし、ドイツの警察官と軍人がタトゥーを身体に入れることを禁止する法律を制定しようとする動きが報じられている⁵⁹。

5-2 傷害罪による処罰が問題となった裁判例

タトゥー施術行為が刑事事件として争われた事例として、刑務所において、受刑者が他の受刑者に対し、決められたタトゥー施術器具を使用せず、然るべき教育を受けずに行ったタトゥー施術が、被施術者の同意があるとしても、善良な風俗に反することから可罰的な重傷害罪⁶⁰に当たるかどうか争われたものがある⁶¹。ドイツ刑法 228 条は、被害者の同意を得て傷害した者は、被害者の同意があるとしても、その行為が善良な風俗（良俗）に反している場合には違法になると規定している。ローゼンハイム簡易裁判所は、同意のあるタトゥー施術行為は可罰的でないとして本審理を却下したが⁶²、検察官は、タトゥーについての同房者の同意が善良な風俗に反することから傷害罪として処罰されるべきであるとして抗告した。抗告審であるトラウンシュタイン地方裁判所決定は、連邦裁判所の判例⁶³を引用し、ドイツ刑法 228 条の善良な風俗（良俗）違反について、「一般的に妥当する、合理的に疑いを容れることのできない倫理規範に基づいて、明白な良俗違反という瑕疵がある場合にのみ、認めることができる。この意味で、被害者の同意があるにもかかわらず傷害が良俗違反になるのは、それがあらゆる正当で公正な考えをする人の礼儀心に反する場合である。したがって、個々の社会的グループ又は事件を取り扱う刑事裁判所の価値観に反するだけでは不十分である。」「ある行為が善良な風俗に反するかどうか

⁵⁸ Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 12.4.2017, (1) 53 Ss 17/17 (13/17), juris.

⁵⁹ „Tattoo-Verbot für Polizei und Soldaten!“, <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/tattoo-verbot-fuer-polizei-und-soldaten-wenn-amtliche-funktion-leidet-74488456.bild.html> (最終閲覧 2020 年 1 月 15 日)。なお、一般のドイツ国民には広くタトゥーが広がっているとされており、筆者は、2016 年 8 月にドイツの司法修習生と共にドイツ・ベルリンのテーゲル刑務所に見学に行った際、一人の女性修習生が新しく腕に入れたばかりのタトゥーを見せてくれ、他の修習生や引率の検事がそのタトゥーを誉めていたことが強く印象に残っている。

⁶⁰ ドイツ刑法 224 条は、危険な道具を使用した場合（同条 1 項 2 号）の傷害を重傷害罪として、傷害罪（ドイツ刑法 223 条）よりも重く処罰している。

⁶¹ LG Traunstein, Beschluss vom 11.12.2008, 1 Qs 140/08, juris.

⁶² AG Rosenheim, Beschluss vom 17.10.2008, 7 Ds 201 Js 18444/08, juris.

⁶³ BGH, 3. Strafsenat, Urteil vom 11.12.2003, 3 StR 120/03).

を判断する際には、各構成要件の法益侵害の重大さ、すなわち被害者に与えた身体的虐待又は健康被害の大きさ、それに伴うさらなる身体又は生命の危険の程度が善良な風俗と相容れないと認められるかを常に考慮しなければならない。」と述べた上で、タトゥー施術行為について、「今日一般に承認されている疑念のない価値観に照らして、一般的に今なお善良な風俗と相容れないと判断されると認定することはできない」と判示した。同決定は、刑事施設内におけるタトゥー施術が、刑執行法 103 条⁶⁴の意味において、重大な違反行為に当たるとを詳細に述べているが⁶⁵、そのことは善良な風俗違反の判断に影響を与えないとした。

トラウンシュタイン地裁決定が引用した善良な風俗違反の基準は、「各構成要件の法益侵害の重大さ、すなわち被害者に与えた身体的虐待又は健康被害の大きさ、それに伴うさらなる身体又は生命の危険の程度が善良な風俗と相容れないと認められるか」であり、着目すべき点は、あくまで傷害罪の法益侵害との関係で同意が善良な風俗に反さずに有効かどうかを判断していることである。原決定によれば、検察官は、狭い居室内の受刑者の共同生活においては、高い感染リスクがあること、受刑者間で、汚染された針を介して簡単に伝染する可能性のある肝炎が広がるかもしれないこと、当該受刑者らが刑事施設内のパン工場において職業訓練を修了する予定であったため、刑事施設内の食品安全に具体的危険をもたらすおそれがあったことを主張していた。検察官による善良な風俗違反の主張は退けられたものの、これらの良俗違反を基礎付けるものとして挙げられた考慮事項は、全て、当該受刑者らや他の受刑者への感染リスクに関する事情であり、身体の不可侵性というドイツにおける傷害罪の法益侵害⁶⁶をもたらすおそれのある事情である。また、トラウンシュタイン地裁決定は、

⁶⁴ Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz – StVollzG), <https://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/> (最終閲覧 2021 年 1 月 15 日)。

⁶⁵ トラウンシュタイン地裁決定は、「刑事施設における秩序ある共同生活に相当程度危険を及ぼすことから、許可されていないタトゥー施術行為は刑執行法 4 条 2 項の意味において重大な規則違反である。素人が殺菌されていないタトゥー施術器具を使用することによって惹き起こされる、とりわけ肝炎、破傷風、エイズといった病気への感染リスクは、刑執行法 56 条 1 項により施設に課された受刑者の健康に配慮しなければならないという義務に違反する。同房者が身体への不可侵性への侵害に同意していたこと又はむしろ本人の自発的な希望により結果発生がもたらされたという事情があったとしても、規則違反が正当化されることはなく、受刑者は、刑執行法 56 条 2 項によって刑事施設における一般的な衛生及び健康についての規則を遵守し、これに従うことが義務付けられており、この規則に従って一般的自己決定権が制限されることもあり得る」と説明している。

⁶⁶ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, §223, Rn. 1, Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2020, §223, Rn. 2.

「タトゥー施術行為が、施設の規則や受刑者の健康に配慮しなければならないという施設における義務に違反したのみでは、善良な風俗に違反したものとみなすことはできない」と結論付けたが、最後に、どの器具でタトゥー施術がなされたかも明らかでない状況で被告人の行為の抽象的危険があるのみでは、「あらゆる正当で公正な考えをする人の礼儀心」に反するというには十分でないと述べた。どの器具でタトゥー施術がなされたかの特定は、感染リスクの危険が具体的にどの程度あったのかを明らかにすることに資するものであり、傷害罪の法益侵害との関係において、善良な風俗違反の有無の判断をしていることが読み取れる。ドイツ刑法 228 条は善良な風俗違反の場合に同意による違法性阻却を否定するが、それは善良な風俗違反に可罰性を認めるのではなく、あくまでたとえ同意があったとしても傷害罪の法益侵害があることに不法を認め、傷害罪によって処罰するのである。

日本で今後、タトゥー施術に関する事案について傷害罪等の刑法犯の成否が問題になる場合においても、保護されるべき法益が何であるかという基本に立ち返って判断することが重要である。保護法益は、医師法 17 条違反であれば、公衆衛生や国民の健康であり、傷害罪であれば、人の身体の安全であり、具体的には身体の生理機能ないし完全性である。タトゥーに不快感や嫌悪感を示す人がいるからタトゥーを彫るべきではないといった価値観や反社会的勢力にその存在を誇示するための入れ墨を入れさせないといった暴力団対策など、その犯罪によって考慮すべきでない事情が考慮されることがないように、改めて罪刑法定主義及び刑法の謙抑性の観点から法を解釈・適用することが望まれる。

6. おわりに

本決定は、医師法の目的に適った医行為該当性の解釈が示されたこと、タトゥー彫り師の職業の自由が守られたことに意義があり、タトゥー彫り師や様々な個人的な動機でタトゥーを入りたい者に希望を与える決定となった。しかし、本決定後も、社会では依然としてタトゥーをめぐる論争⁶⁷がある。本決定の示した解釈についても、そもそもタトゥーを許容するか否かが、肯定的に捉えるか否定的に捉えるかに影響しているように思われる。タトゥーに対する考え方にかかわらず、罪刑法定主義、刑法の謙抑性といった刑法の基本原則から、タ

⁶⁷ 一般財団法人日本ボクシングコミッションルール 86 条 2 号

(https://www.jbc.or.jp/info/jbc_rulebook2016.pdf (最終閲覧 2021 年 1 月 15 日))において、ボクサーが試合に出場することができない欠格事由として「入れ墨など観客に不快の念を与える風体の者」との事由が規定されているところ、井岡一翔選手が 2020 年 12 月 31 日の試合中にタトゥーを露呈させたことについて、賛否両論が巻き起こった。

トウーをめぐる取締りや刑事司法のあり方を今一度考え直す必要がある。

* * *

やまなか　じゅんこ（本学法学部講師）

【判例研究】

公開買付け後の株式売渡請求における 売買価格の決定

—東京高決平成 31 年 2 月 27 日金判 1564 号 14 頁—

小林 史治

1. 事案の概要
2. 決定の要旨
3. 研究
 - 3.1. 本決定の意義
 - 3.2. 検討

1. 事案の概要

本件は、生命保険業を主たる目的とする Z（利害関係参加人）が、Y（三井住友生命株式会社）を子会社化する一環として、Y の発行済株式の全部（ただし、Y が保有する自己株式は含まない）の公開買付け（以下「本件公開買付け」という）に引き続き実施した会社法179条1項に基づく特別支配株主による株式売渡請求（以下「本件売渡請求」という）に対し、売渡株主である申立人が、会社法179条の8第1項に基づき、自己が保有する Y の普通株式の売買価格の決定を求めた事案である。

Y は、生命保険業を主たる目的とし、昭和22年8月1日に相互会社として成立し、平成16年4月1日に株式会社に組織変更した資本金の額を1672億8001万円とする株式会社である。Y は、非上場会社であるが、株式会社に組織変更した後、株主が多数となったことから、有価証券報告書の提出義務を負っていた。Y の平成27年3月末日時点における発行済株式数2億9749万1200株（A 種株式108万4000株、B 種株式60万株、普通株式2億9580万7200株及び株主数は2914名（A 種株式3名、B 種株式6名、普通株式2905名）であったが、Z は、本件公開買付けまで、Y の普通株式、A 種株式及びB 種株式のいずれも有していなか

った。

Zは、生命保険業を主たる目的とし、昭和22年5月2日に成立した基金の総額を1兆3000億円とする相互会社である。Yは、平成27年3月、Zから打診を受け、両社の経営統合（以下「本件経営統合」という）に向けた協議を開始した。ZとYは、平成27年9月11日、Zが、Yの発行済株式の全部を対象とする本件公開買付けを実施するなどして経営統合をする旨の基本合意（以下「本件基本合意」という）を締結して、その旨を公表した。本件基本合意においては、公開買付けの買付価格を普通株式1株当たり560円（以下「本件買付価格」という）、A種株式1株当たり11万2000円（本件買付価格にA種株式1株が普通株式に転換された場合の普通株式数（200株）を乗じた価格）、B種株式1株当たり12万7273円（本件買付価格にB種株式1株が普通株式に転換された場合の普通株式数（当初払込金額10万円を調整価額440円で除して算出される端数を切り捨てない数）を乗じた価格）とし、本件公開買付けを実施した後に、本件公開買付けに応募しなかった少数株主を本件買付価格と同額でキャッシュアウトする手続を実施し、その後、三井グループに属する会社がYの株式の合計15%程度を取得する旨が、本件経営統合の方法として盛り込まれていた。

ZとYは、平成27年11月6日、以下の各事項を主な内容とする経営統合契約（以下「本件経営統合契約」という）を締結し、同日、その旨を公表した。同公表においては、Zが、Yの発行済みの普通株式、A種株式及びB種株式の全部を対象とする公開買付け（本件公開買付け）を前述の買付価格によって実施し、公開買付けが成立した後、速やかに、株式等売渡請求、株式併合その他会社法に基づくキャッシュアウト手続を実施すること、Zは、キャッシュアウト手続の完了後、速やかに、5社（以下「本件再取得株主」という）に対し、本件買付価格と同等の価格で、Yの普通株式を譲渡すること（以下「本件再取得」という）などを公表した。

Zは、平成27年11月9日、関東財務局長に対し、買付代金を3344億7352万9920円として本件公開買付けを行う旨の公開買付届出書を提出し、Yも、同日、同財務局長に対し、本件公開買付けに賛同意見を表明し、Yの株主に対して本件公開買付けへの応募を推奨する旨の決議をした旨の意見表明報告書を提出し、同年12月21日、本件公開買付けが成立して、Zは、Yの総株主の議決権の96.34%を保有するに至った。

Zは、Yの総株主の議決権の10分の9以上を取得したことから、キャッシュアウト手続として、平成27年1月27日、Yの取締役会における承認決議を経て、本件公開買付けに応募しなかったYの株主に対し、会社法179条1項に基づき、同年3月11日を取得日として、その有するYの普通株式の全部を1株当たり560円で売り渡すことを請求した。

これに対し、申立人は、平成28年3月8日、本件株式の売買価格の決定を求める申立てをした。

原決定（東京地決平成30年1月29日金判1537号30頁）は、売渡株式の売買価格を560円と決定したため、Xが抗告した。

2. 決定の要旨

抗告棄却。

(1) 「Zは、本件経営統合ないし本件公開買付けに至るまで、Yの株式を一切保有しておらず、Yとの間に何らの資本関係がなかったことが認められる。相互に特別の資本関係がない会社間において、一方の会社が他方の会社と経営統合するための手続として株式の公開買付けを行い、その後に当該会社の株式について会社法179条1項に基づく特別支配株主による株式売渡請求をして、当該会社の株式の全部を取得する場合においては、いわゆる独立当事者間において企業間取引がされた場合と同様に、それぞれの会社において忠実義務を負う取締役が当該会社及びその株主の利益にかなう契約内容や買付価格を決定することが期待できるというべきである。そして、公開買付けに応募しなかった株主の保有する株式も公開買付けに係る買付け等の価格と同額で取得する旨が明示されているなど、一般に公正と認められる手続により経営統合の手段たる公開買付けが行われ、その後に公開買付けに係る買付価格と同額で株式売渡請求がされた場合には、株主が公開買付けに応じるか否かを適切に判断することが期待できる以上、上記の手続において基礎となった事情に予期しない変動が生じたなどの特段の事情がない限り、裁判所は、株式売渡請求に係る株式の売買価格を公開買付けに係る買付価格と同額とするのが相当である」（以下「要旨1」という）。

(2) この株式売渡請求に係る株式の売買価格を公開買付けに係る買付価格と同額とするのが相当であるとする考え方は、「公開買付けの対象となる株式が非上場株式である場合にも、いわゆる独立当事者間における取引については等しく当てはまると考えるべきことは、…原判決説示のとおりである。株式価格の形成には多元的な要因が関わることから、種々の価格決定方法が存し、そのため、株式価格の算定の公正さを確保するための手続等が講じられた場合にも、将来的な価格変動の見通し、組織再編等に伴う増加価値等の評価を考慮した株式価格について一義的な結論を得ることは困難であり、一定の選択の幅の中で関係当事者、株主の経済取引的な判断に委ねられる面が存するといわざるを得ず、独立当事者間の取引の場合には各当事者がそれぞれ経済合理性を追求することから、合理的な価格が形成されるのが通常であり、このことは、上場株式

に限らず、非上場株式の場合も同様である」（以下「要旨2」という）。

(3) 「本件再取得株主は、本件再取得によって保有することになる株式について、一般株主と異なり、Xが主張するシナジー等の利益を享受する可能性があることは否定されないが、本件再取得は、Yの営業職員を始めとする従業員のモチベーションやロイヤリティを維持するため、…本件再取得株主に対してYの一般株主とは異なる特別の利益を与える目的で実施されたと認めることは困難である。また、シナジー等の利益は種々の要因が複合的、相乗的に影響することにより生じるものであって、これを取引前に具体的に算定することは困難であり、したがって、検討対象となっている買付価格と妥当と考えられる価格との差額をシナジー等の利益で補うことができるかを判断することもまた困難である。そして、本件再取得株主は、Yの38.65%の株式を有していたところ、本件公開買付けに応募することにより、…それぞれ大幅に減らすことになり、本件再取得が本件買付価格と同額で行われたことからすると、本件再取得株主は、実質的には、Zに対し、保有するYの株式の大半を本件買付価格で売却しているに等しいことになるのであるから、本件再取得株主は、保有するYの株式の多くについて、買付価格が低下すれば損失が拡大するという意味で、一般株主と同様の利害を有するといえる」。「したがって、本件再取得が予定されていたことをもって、Yの一般株主と本件再取得株主との間に、MBO類似の構造的な利益相反関係があったということとはできない」（以下「要旨3」という）。

(4) 「本件公開買付けは、YとZとの間で、Yの一般株主にも配慮した買付価格の模索も含め、実質的な交渉が行われて実施されるに至ったものであり、本件公開買付けに当たっては、Yの株主が本件公開買付けに応じるか否かの判断に必要な情報が適時かつ適切に開示され、また、当該判断に必要な期間も十分に確保されていたということができ、本件公開買付け及びその後の本件スクイーズアウト手続は、一般に公正と認められる手続により行われたとすることができる」。「そして、Xが原審において主張した手続の公正性を担保するための各措置、すなわち、独立した第三者委員会の設置、財務アドバイザーからのフェアネス・オピニオンの取得、マジョリティ・オブ・マイノリティの設定、一般株主と利益相反関係にない取締役会による財務アドバイザーの選任、財務アドバイザーに対する成功報酬に関する情報の開示、オークションプロセスの実施といった措置がとられていないこと、Yが自ら公表した[貸借対照表等から計算される修正純資産と保有契約から生じる将来利益の現在価値である保有契約価値を合計した金額をいい、将来の利益貢献が新契約獲得時に認識されるため、生命保険会社の企業価値を評価する指標の一つとされている]EVを大幅に下回る金額を基準として買付代金（本件買付価格）が決められたこと等があるとしても、原決定説示のとおり、手続の公正さが失われるものとまではい

えない」(以下「要旨4」という)。

3. 研究

3.1. 本決定の意義

本決定は、会社法179条に基づく特別支配株主の売渡請求(以下「売渡請求」という)がなされた場合の売買価格の決定の申立てに関する事案であり、静岡地沼津支決平成28年10月7日LEX/DB25544091(東京高決平成29年1月30日LEX/DB25544950で抗告棄却)、さいたま地決平成29年1月25日LEX/DB25549406(東京高決平成29年6月19日LEX/DB25549405で抗告棄却)に続くものである¹。

売渡請求の制度は、平成26年会社法改正によって導入されたものであるが、当該法改正のテーマの1つがキャッシュアウト法制の整備であり、実務上キャッシュアウトの手法として用いられてきた全部取得条項付種類株式の取得や株式併合も改正の対象となっていたことから、売渡請求以外のキャッシュアウトの手法全般についても、本件に先例としての意義があるとの指摘もある²。

キャッシュアウトの手法として全部取得条項付種類株式の取得が用いられ、会社法172条1項の申立てに基づく取得価格決定がなされた先例として、レックスホールディングス事件(最決平成21年5月29日金判1326号35頁)、ジュビターテレコム事件(最決平成28年7月1日金判1497号8頁)がある。

本決定では、要旨1で「一般に公正と認められる手続により経営統合の手段たる公開買付けが行われ、その後、公開買付けに係る買付価格と同額で株式売渡請求がされた場合には、株主が公開買付けに応じるか否かを適切に判断することが期待できる以上、上記の手続において基礎となつた事情に予期しない変動が生じたなどの特段の事情がない限り、裁判所は、株式売渡請求に係る株式の売買価格を公開買付けに係る買付価格と同額とするのが相当である」(傍点筆者)としているが、「一般に公正と認められる手続により上記公開買付けが

¹ これらの裁判例のほか、売渡請求に関しては、価格決定の申立てが認められる株主の範囲が論点となったマツヤ事件(最決平成29年8月30日民集71巻6号1000頁)がある。

² 椋川泰史「判批」私法判例リマックス60号78頁、79頁(2020)。また、桑原聡子ほか「ジュビターテレコム事件最高裁決定の検討—二段階取引による非公開化に係る価格決定手続における公正な価格—」商事法務2114号16頁、24頁(2016)参照。

行われ、その後、当該株式会社が上記買付け等の価格と同額で全部取得条項付種類株式を取得した場合には、上記取引の基礎となった事情に予期しない変動が生じたと認めるに足りる特段の事情がない限り、裁判所は、上記株式の取得価格を上記公開買付けにおける買付け等の価格と同額とするのが相当である」（傍点筆者）と判示したジュピターテレコム事件最決を多少なりとも意識したものと考えられる³。

他方で、キャッシュアウトではないものの、本件と同様に特別の資本関係がない会社間における株式移転の事案で、反対株主による買取請求にかかる株式買取価格決定の申立てをしたテクモ事件（最決平成24年2月29日民集66巻3号1784頁）において、最高裁は、「相互に特別の資本関係がない会社間において、株主の判断の基礎となる情報が適切に開示された上で適法に株主総会で承認されるなど一般に公正と認められる手続により株式移転の効力が発生した場合には、当該株主総会における株主の合理的な判断が妨げられたと認めるに足りる特段の事情がない限り、当該株式移転における株式移転比率は公正なものとみるのが相当である」（傍点筆者）と判示している。後述のとおり、本決定に対しては、ジュピターテレコム事件最決ではなく、テクモ事件最決を基礎としているとの指摘もある⁴。

3.2. 検討

(1) 本件においては、①Yの株式を一切保有していないZが、②非上場会社であるYに対し、③公開買付けを実施した後、売渡請求を行ってキャッシュアウトするという二段階買取を行っている。また、④公開買付け及び売渡請求後、Yがもともと所属していたグループの関係会社が、Yの株式を再取得することを予定していた点に特徴を有する⁵。

これに対し、テクモ事件最決においては、株式移転の事案であるところ（③と対比）、相互に特別の資本関係はなく（①と対比）、Yは上場会社であった（②と対比）。また、ジュピターテレコム事件最決においては、公開買付け後に全部

³ 弥永真生「判批」ジュリスト1534号2頁、3頁（2019）参照。また、原決定につき、柳明昌「原決定判批」法学研究（慶応義塾大学）92巻7号103頁（2019）参照。

⁴ 寺前慎太郎「原決定判批」金判1570号2頁、4頁（2019）。また、椋川・前掲注（2）80頁参照。

⁵ 本文で述べた特徴の分類（①ないし④）については、寺前・前掲注（4）4頁、伊藤吉洋「判批」ジュリスト1544号99頁（2020）参照。

取得条項付種類株式を用いたキャッシュアウトの手法がとられたところ (③と対比)、買収者とYとの間に資本関係 (議決権の70%以上を直接または間接に有していた) があり (①と対比)、Yは上場会社であった (②と対比)。なお、テクモ事件最決もジュピターテレコム事件最決も④本件再取得株主の予定といった特徴は特段認められない。

そうすると、②上場会社であるか否か⁶といったことや、④本件再取得株主の予定といった特徴からは、本決定と2つの最高裁決定との関係性を導き出すことは難しいといえる。そのため、以下では、①特別の資本関係の有無と③手続の相違について検討する。

(2) まず、①特別の資本関係の有無に関しては、ジュピターテレコム事件最決との前提事実の相違から、ジュピターテレコム事件最決の判示部分の採用が難しかったため、相互に特別の資本関係のない会社間の例であるテクモ事件最決の論理を採用したのではないかとする指摘⁷や、本決定とテクモ事件最決の判示事項の相関性から、テクモ事件最決を基礎としているとする考え方⁸がある。そ

⁶ 本決定は、要旨2において、「上場株式に限らず、非上場株式の場合も同様である」としており、高橋英治「原決定判批」法学教室455号142頁(2018)は、原決定について、ジュピターテレコム事件最決の考え方を、Yが非上場会社である場合に対しても及ぼすものとしている。また、弥永・前掲注(3)3頁は、Yが非上場会社である場合にテクモ事件最決における理由付けが当てはまらないと考えるべき十分な理由はないとし、寺島・前掲注(4)5頁は、テクモ事件最決やジュピターテレコム事件最決の射程が価格算定の対象となる株式を上場株式に限定されているわけではないため、そのことが大きく影響しているとしている。なお、桑原ほか・前掲注(2)24頁も参照。

⁷ 椋川・前掲注(2)80頁。

⁸ 寺前・前掲注(4)4頁～5頁が指摘するのは、テクモ事件最決における「一般に、相互に特別の資本関係がない会社間において株式移転計画が作成された場合には、それぞれの会社において忠実義務を負う取締役が当該会社及びその株主の利益にかなう計画を作成することが期待できる」という判示事項が、本決定の要旨1における「相互に特別の資本関係がない会社間において、一方の会社が他方の会社と経営統合するための手続として株式の公開買付けを行い、その後に当該会社の株式について会社法179条1項に基づく特別支配株主による株式売渡請求をして、当該会社の株式の全部を取得する場合においては、いわゆる独立当事者間において企業間取引がされた場合と同様に、それぞれの会社において忠実義務を負う取締役が当該会社及びその株主の利益にかなう契約内容や買付価格を決定することが期待できるというべきである」に相当し、テクモ事件最決の「株主は、株式移転完全子会社の株主としての自らの利益が株式移転によりどのように変化するかなどを考慮した上で、株式移転比率が公正であると判断した場合に株主

して、この後者の考え方は、本決定において、ジュピターテレコム事件最決と同じ表現が見られるのが、前提となる買収方法を反映させるために過ぎないとしている⁹。これに対し、本件では、ZとYは構造的な利益相反が生じるおそれのない相互に独立した会社であったということができるところを理由に、ジュピターテレコム事件最決の射程は本件にも及ぶとする見解¹⁰や、ジュピターテレコムの考え方が、独立当事者間の取引を含むキャッシュアウト一般に適用されるとする理解¹¹など、本決定をジュピターテレコム事件最決の射程内とする指摘もある。

ジュピターテレコム事件最決に対しては、組織再編との比較において、組織再編では「それぞれの会社において忠実義務を負う取締役が当該会社及びその株主の利益にかなう計画を作成することが期待できる」（テクモ事件最決）のに対し、キャッシュアウトの場合に、会社と株主の利益が一致しないため、どこまで株主の利益が守られると期待してよいかははっきりしないと指摘¹²されており、また、ジュピターテレコム事件最決の反対解釈として、公開買付開始時点において公開買付けを実行する側が相当数の株式を保有しておらず、またMBOでない限り、利益相反排除措置が講じられていなくても、一般に公正と認められる手続によって公開買付けが行われれば、裁判所が公開買付価格を尊重すべきとあってよいかについてはなお検討が必要であるとの指摘¹³があった。この点、本決定においては、「相互に特別の資本関係がない会社間において、一方の会社が他方の会社と経営統合するための手続として株式の公開買付けを行い、その後に...特別支配株主による株式売渡請求をして、当該会社の株式の全部を取得する場合においては、いわゆる独立当事者間において企業間取引がされた場合と同様に、それぞれの会社において忠実義務を負う取締役が当該会社及びその株主の利益にかなう契約内容や買付価格を決定することが期待できる

総会において当該株式移転に賛成するといえる」が、本決定の要旨1における「一般に公正と認められる手続により経営統合の手段たる公開買付けが行われ、その後に公開買付けに係る買付価格と同額で株式売渡請求がされた場合には、株主が公開買付けに応じるか否かを適切に判断することが期待できる」に相当するとしている。

⁹ 寺前・前掲注（4）5頁。

¹⁰ 弥永・前掲注（3）3頁。

¹¹ 高橋・前掲注（6）142頁。なお、柳明昌「『公正な価格』の判断枠組みとマーケット・チェックの意義・射程」商事法務2207号32頁，33頁（2019）も参照。

¹² 藤田友敬「公開買付前前置型キャッシュアウトと株式の取得価格」論究ジュリスト20号87頁，93頁（2017）。

¹³ 藤田・前掲注（12）93頁。

というべきである」(要旨 1)とした上で、「本件公開買付けは、YとZとの間で、Yの一般株主にも配慮した買付価格の模索も含め、実質的な交渉が行われて実施されるに至ったもの」(要旨 4)として、株主の利益を確保する措置が講じられていたとする。一方で、「MBO 類似の構造的な利益相反関係があったということとはできない」(要旨 3)として¹⁴、「独立した第三者委員会の設置、財務アドバイザーからのフェアネス・オピニオンの取得、マジョリティ・オブ・マイノリティの設定、一般株主と利益相反関係にない取締役会による財務アドバイザーの選任、財務アドバイザーに対する成功報酬に関する情報の開示、オークションプロセスの実施といった措置がとられていない」(要旨 4)ことなどをもってしても、手続の公正さが失われるとまではいえないとしており、典型的な利益相反排除措置が必要とまではいえないことを示している。

したがって、本決定は、構造的な利益相反関係がない場合には、典型的な利益相反排除措置までの必要はないものの、(友好的買収であり)買付価格を含む取引条件が公開買付者とYとの間で交渉されることを前提に、株主の利益にかなう買付価格などを決定することが期待できる場合¹⁵、一般に公正と認められる手続により公開買付けが行われていれば、裁判所が公開買付価格を尊重すべきことを示したものと考えられる。

そう考えると、本決定の位置付けについて、テクモ事件最決を基礎とする見解¹⁶と整合的であると考えられる一方、公開買付けについて、特別の資本関係の有無、利益相反関係の有無等といった事情にかかわらず、一般に公正と認められる手続により公開買付けが行われた場合には、公開買付価格がそのまま公正な価格と認めるものであり、公開買付前置型のキャッシュアウトの事案では、裁判所の判断枠組みが収斂化していると考えられることでもできそうである¹⁷。すな

¹⁴ 本決定では、本件再取得株主の持株比率が大幅に減らすことになるため、対象会社の一般株主と本件再取得株主との間に、MBO類似の構造的な利益相反関係があったということとはできないとしているが、本件再取得株主を実質的には買主として評価すべきであったのではないかとといった疑問が呈されている。柳・前掲注 (3) 111頁～112頁。また、寺島・前掲注 (4) 6頁参照。

¹⁵ 本件では、実際にYが、買付価格を含む取引条件の交渉をし、財務アドバイザーや財務アドバイザーの助言を受けてシナジーやコントロール・プレミアム等をも考慮した価格の引上げを求め、その結果、本件買付価格への引上げを成功しているため、「それぞれの会社において忠実義務を負う取締役が当該会社及びその株主の利益にかなう契約内容や買付価格を決定することが期待できる」と認めやすかった事案と思われる。

¹⁶ 寺前・前掲注 (4) 4頁。

¹⁷ 柳・前掲注 (11) 33頁。

わち、先行したジュピターテレコム事件最決では、特別の資本関係があったため、利益相反排除措置が必要としたが、本決定では、特別の資本関係が認定されていないため、利益相反排除措置ではなく、株主の利益にかなう買付価格などを決定することが期待できるか否かが問われたと考える余地もある。

(3) 次に、③手続の相違に関しては、特別の資本関係がある当事者間の組織再編がテクモ事件最決の射程外であることを前提に、そのような組織再編であっても、利益相反排除措置が講じられ、情報が開示されて株主総会で適法に承認される場合には、組織再編条件が公正なものであるとする考え方¹⁸が示されており、この考え方を敷衍すると、手続の相違を問わず、一定の要件を満たすことを条件に、特別の資本関係がある場合には、テクモ事件最決の射程となり、特別の資本関係がない場合には、ジュピターテレコム事件最決の射程となると考えることもできそうである¹⁹。そうすると、当該枠組みは、前述した本決定がテクモ事件最決を基礎とする見解と整合的であるように思われる。

他方で、独立当事者間取引であっても、金銭対価の場合には、株式対価の場合よりも厳格な手続を経るべきであるとするならば²⁰、株主が手続に関与しない公開買付けの場合と株式対価の組織再編の場合とでは、何らかの差異が生じることと考えられるが、本決定では、特に両者を分けていないようである。本決定では、本件公開買付けにつき、「それぞれの会社において忠実義務を負う取締役が当該会社及びその株主の利益にかなう契約内容や買付価格を決定することが期待できるというべきである」とし、本件ではこの期待が一定程度実現していることから²¹、それ以上に、金銭対価の場合と株式対価の場合との違いを論じる必要がなかったことがその理由として考えられる。

こばやし ふみはる（本学法学部准教授）

¹⁸ 藤田・前掲注（12）93頁。

¹⁹ 藤田・前掲注（12）93頁では、特別の資本関係がある当事者間の組織再編が、テクモ事件最決の射程外としているため、ジュピターテレコム事件最決の射程になるのが自然であろう。

²⁰ 柳・前掲注（3）109頁。また、藤田・前掲注（12）91頁，93頁参照。

²¹ 前掲注（15）参照。

【論説】

個人情報削除を求める権利の 日米欧における法制度と忘れられる権利

中島美香

[目次]

1. 問題意識
2. 日米欧の法制度
3. わが国の課題（若干の検討）

1. 問題意識

情報技術の進展により、情報はデジタル化され、容易に複製、保存、共有することが可能となった。しかも、デジタル化された情報は、記録媒体の摩耗・朽廃の危険から解放され、基本的に自然消失することがない。そのため、個人のプライバシーに関わる情報がひとたびインターネット上に公表されてしまうと、公表時に被害を生み出すだけでなく、デジタル化されたマイナス情報がネット空間に残り続けることによる新たな問題が生じている。

もっとも、インターネット上に時を超えて保存された情報であっても、検索されなければ、その情報へのアクセスは限定的となり、いずれ膨大なインターネットの大海の中に沈潜するかもしれない。しかし、高度な検索エンジンを提供する検索サービスの出現により、インターネット上に散在するあらゆる情報への容易かつ即時のアクセスが可能となったことによって、状況は一変した。インターネット上の情報は、新古を問わず検索される。データ削除請求が検索事業者に向けられる特別の意味はここにあるのであって、「忘れられる権利」とも称されるゆえんである。

近年、欧米において、個人情報の削除を求める権利を含む個人情報保護法制の立法が相次いでいる。欧州連合（以下、「EU」という。）では、「個人データの処理にかかる自然人の保護及び当該情報の自由な移動に関する欧州議会及び理事会の規則（EU 一般データ保護規則）¹⁾」（以下、「GDPR」という。）が採択されている。米国カリフォルニア州では、米国初の包括的な個人情報保護法制とすべき「カリフォルニア州消費者プライバシー法」（California Consumer Privacy Act of 2018²⁾）（以下、「CCPA」という。）が制定されている。日本では、個人情報の保護に関する法律（平成 15 年法律第 57 号）（以下、「個人情報保護法」という。）の改正が行われている。本稿は、個人情報の削除について定める日米欧における法制度を概観して、それぞれの法制度下で、とくに検索事業者に対する削除請求権（いわゆる「忘れられる権利」）が包含されるか否かを検討する。そのうえで、わが国における法制度の現状と課題を整理することとした。

なお、データの抹消を意味する用語として、GDPR は、「消去」(erasure)、CCPA は「削除」(deletion)、わが国の個人情報保護法は、保有個人データの内容の訂正等を意味するものとして「削除」、及び、保有個人データの利用停止等を意味するものとして「消去」の語を用いている。本稿は、基本的には、「削除」の語を用いるが、GDPR が「消去」(erasure) の語を用いている場合、CCPA が「削除」(deletion) の語を用いている場合、及び、個人情報保護法が「削除」ないし「消去」の語を用いている場合には、それぞれの用語に従う。また、個人に関する情報を意味する用語として、GDPR は「個人データ」(personal data)、CCPA は「個人情報」(personal information)、個人情報保護法は、個人に関する情報を意味するものとして「個人情報」、及び、個人情報データベースに記録されるものとして「個人データ」の語を用いている。本稿は、基本的には、「個人情報」の語を用いるが、GDPR が「個人データ」(personal data) の語を用いている場

1 REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>

2 TITLE 1.81.5. California Consumer Privacy Act of 2018 [1798.100 - 1798.199.100], http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CIV&division=3.&title=1.81.5.&part=4.&chapter=&article=

なお、2020年11月3日、カリフォルニア州では、同法の修正に関する住民投票が行われている。

合、CCPA が「個人情報」(personal information) の語を用いている場合、及び、個人情報保護法が「個人情報」ないし「個人データ」の語を用いている場合には、それぞれの用語に従う。

2. 日米欧の法制度

2-1. EU

EU は、個人情報保護法制として、2016 年 4 月 27 日に、GDPR を採択し、2018 年 5 月 25 日から加盟国への適用を開始した。2000 年に調印された欧州連合基本権憲章第 7 条が「私生活及び家族生活の尊重」、第 8 条が「個人データの保護」を定めている。GDPR はその前文で、同憲章に基づき、自然人の基本的人権として個人データ保護の権利を尊重することを宣言している。なお、GDPR は、1995 年に採択された「個人データ処理にかかる個人の保護及び当該データの自由な移動に関する欧州議会及び理事会の指令(EU 個人データ保護指令)³」を全面的に改正したものである。

GDPR は、データ主体の権利のひとつとして、第 17 条に「消去権(忘れられる権利)」(Right to erasure ('Right to be forgotten')) を定めている。同条第 1 項は、個人データが収集・処理目的との関係で必要ではなくなった場合、個人データの処理に対する同意を撤回した場合、処理への異議を申し立てた場合、個人データが違法に処理された場合など、一定の要件に該当する場合には、データ主体は、管理者に対して個人データの消去を請求する権利を有し、管理者は個人データを消去する義務を負う旨を定めている。同条第 2 項は、第 1 項の消去義務を負うべき管理者が個人データを公開していた場合、その個人データを処理している他の管理者に対して、そのデータ主体が個人データへのリンク等の消去請求を行ったことを通知するための合理的な手段を講じなければならない旨を定めている。そして、同条第 3 項は、表現の自由の権利を行使するため、法的義務を遵守するため、公益的な目的を果たすため、科学的、歴史的研究又は統計的目的を達成するためなどの、同条第 1 項及び第 2 項が適用されない例外的な場合について定めている。

2014 年 5 月 13 日、EU 司法裁判所は、EU 個人データ保護指令に基づき、個

3 DIRECTIVE 95/46/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=en>

人が検索事業者に対して、氏名検索に基づく検索結果の削除請求を認める先決裁定を行った⁴。同先決裁定は「忘れられる権利」を認めるものとして広く認知されたが、2016年採択のGDPRは、同先決裁定を踏まえて立案された（GDPR第17条のタイトルに「忘れられる権利」が含まれた）ことに鑑みれば、GDPR第17条の「消去権（忘れられる権利）」における管理者が検索事業者を含むことを予定しているものと考えられるが⁵、同条は消去権を一般的に定めるものであり、条文上、検索サービスが明示的に挙げられているわけではない。また、GDPRの前文における「忘れられる権利」の該当箇所を確認すると、消去権の主眼は、むしろ、データ主体が子ども時代に利用していたインターネットサービス（例えばSNSなど）に投稿した情報（いわゆる「デジタル・タトゥー」）の削除を求めるような場合を挙げている⁶。もっとも、EU各加盟国の監督当局の代表者及び欧州データ保護監督機関からなる欧州データ保護会議（European Data Protection Board：EDPB）が、GDPRに基づき検索サービスに関して忘れられる権利が認められるための基準となるガイドラインを公表していることに鑑みれば、実務上、GDPR第17条は検索サービスに適用されるものとして運用されている⁷。

GDPRは、EU個人データ保護指令に比しても、巨額に及ぶ行政上の制裁金を定めている（第83条）。消去権（忘れられる権利）違反の場合には、2,000万ユーロ以下の制裁金、又は、直前の会計年度における世界全体における売上総額

4 Case 131/12, Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos and Mario Costeja González (2014), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&form=EN>

事案等の詳細については、中島美香「検索サービスと忘れられる権利—Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González事件EU司法裁判所先行判決（2014年5月13日）を題材に—」『情報ネットワークの法律実務』第一法規4781頁（2016）参照。

5 Paul Lambert, *The Right to be forgotten*, Bloomsbury Professional, p.137 (2019)は、同先決裁定がデータ保護指令に基づくものであり、GDPRに基づくものではないことを指摘したうえで、GDPRはおそらく削除請求または「忘れられる権利」の請求を拡大する、と述べる。

6 前掲注1 前文の段落番号65及び66。

7 EDPB, *Guidelines 5/2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR (part 1)*, Version 2.0, Adopted on 7 July 2020, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_201905_rtbsearchengines_afterpublicconsultation_en.pdf.

の 4%以下の金額の制裁金のいずれか大きい額が科せられる可能性がある。また、それとは別に GDPR は、データ主体が GDPR 違反の結果として損害を被った場合には、管理者等に対して損害賠償請求権を行使しうる旨を定めている(第 82 条)。

2-2. 米国カリフォルニア州

米国のプライバシー・個人情報保護に関する連邦法は、金融、医療、通信等の分野ごとに個別の法律が存在するが、民間部門においては自主規制を基本とし、包括的な個人情報保護法制を有していない⁸。

米国カリフォルニア州は、米国初の包括的な個人情報保護法制というべき CCPA を制定し、同法は 2020 年 1 月 1 日に施行された。同州は、IT 産業の世界的な集積地のひとつを抱える一方、州憲法がプライバシー権の保障を宣言しており、プライバシーを保護するための具体的な取り組みとして、いくつかのプライバシー関連法を制定してきた。たとえば、2013 年には世界に先駆けて、未成年者に SNS 等における自らの投稿の削除請求権を認める、通称「消しゴム法」(Online Eraser Law) を制定している。CCPA もそのような具体的な取り組みのひとつである。CCPA は、州民法第 3 部門第 4 部に「第 1.81.5 編 (第 1798.100 条-第 1798.199 条)」を追加する形となっている。CCPA の影響は同州のみにとどまるものではない。同州の経済規模及び IT 産業の集積地としての重要性から、世界中のグローバル企業が、CCPA の施行を受けて、GDPR への対応のみならず GDPR と CCPA との差分への対応にも迫られている。

CCPA は、消費者の権利として、第 1798.105 条に「個人情報の削除を求める権利」を定めている。同条は、消費者が個人情報の削除を求める権利を有する旨を定めるとともに、事業者に、消費者が個人情報の削除を求める権利を有することを開示するよう義務づけている。そして、消費者から請求があった場合には、事業者が個人情報を削除するか、「サービス提供者 (service provider) ⁹

8 他方で、米国の連邦取引委員会 (Federal Trade Commission :FTC) は、消費者保護の立場から FTC 法に基づく執行権限を有している (石井夏生利『新版 個人情報保護法の現在と未来 世界的潮流と日本の将来像』勁草書房 408 頁 (2017))。

9 第 1798.140 条第(v)項は、「サービス提供者」の定義について、以下のように定めている。「事業者に代わって情報を処理し、かつ、事業目的のために書面の契約により事業者から消費者の個人情報を開示される、株主またはその他の所有者の利益と金銭的便益のために組織され、又は、運営される個人事業体、パートナーシップ、有限責任会社、法人、団体、その他の法的主体を意味する。ただし、事業者との契約により、

に個人情報を削除するように指示する旨を定めている。他方で、同条は広範な例外規定も設けており、事業者又はサービス提供者が、たとえば、契約を履行するために必要な場合、セキュリティ事故を探知するために必要な場合、エラーを修復するために必要な場合、自由な言論を行使するために必要な場合、カリフォルニア電子通信プライバシー法の遵守のために必要な場合、科学、歴史又は統計上の研究に従事するために必要な場合、内部利用のために必要な場合、法的義務を遵守するために必要な場合、その他一定の必要性が認められる場合には、事業者又はサービス提供者は個人情報の削除に応じなくてよい旨を定めている。

CCPA には、GDPR を意識し、いわば範型としたと目される規定が見られる。たとえば、GDPR 第 20 条「データポータビリティ権」(Right to data portability) 第 1 項は、データ主体は、管理者から「個人データを、構造化され、一般的に利用され機械可読性のある形式で受け取る権利」を有すると規定している。他方、CCPA 第 1798.100 条(d)は、消費者に対する事業者の個人情報の開示・提供義務を定める中で、「電子的に提供される場合その情報はポータブルであるものとし、…他の主体 (entity) に送信できる容易に利用可能なフォーマットとする」旨を定めている。GDPR 第 20 条と CCPA 第 1798.100 条(d)はいずれも、データ主体が望むならば、異なる事業者間での個人データの移転をスムーズに行うことを可能とするものであり、その近似性を指摘することは容易である。あるいは、CCPA 第 1798.105 条に目を転ずれば、「(a)消費者は、事業者が消費者から収集した当該消費者についてのいかなる個人情報も削除 (delete) するように求める権利を有する。」「(c)本条第(a)項に基づき、消費者から個人情報の削除請求を受けた事業者は、その請求が検証可能である場合には、その記録から消費者の個人情報を削除し、サービス提供者にその記録から消費者の個人情報を削除するよう指示しなければならない。」と定めているが、ここでも GDPR 第 17 条との近似性を指摘することは容易である。もっとも、CCPA の同規定が、どのような場合を想定しているのかは明確でなく、さらに、同規定が、検索事業者による削除を想定しているかどうか不明でない¹⁰。

個人情報を受領する法的主体が、当該契約で特定されたサービスを行う特定の目的、又は、その他本編で認められたもの以外の目的のために、個人情報を保持し、使用し又は開示すること（事業者との契約によって特定されたサービス提供以外の商業的な目的のために個人情報を保持し、使用し又は開示することを含む。）を禁止する場合を前提とする」。

10 米国では、現在のところ、検索エンジンに対する削除請求権としての「忘れられる権利」を認める判例は存在しないようである。かえって、米国の裁判所では、検索事業

CCPA は、カリフォルニア州民法の一部をなすものであり、違反に対する救済方法として、個人訴訟又は集団訴訟に基づく法定損害賠償制度を設けている（第 1798.150 条）。さらに、CCPA は、カリフォルニア州司法長官による民事罰制度も設けている（第 1798.155 条）。被害者は、法定損害賠償制度としては、違反 1 件について消費者一人当たり 100 ドル以上 750 ドル以下、又は、実損害のいずれか大きい額の損害を回収するため、民事訴訟を提起することが可能である（ただし、法定損害賠償制度の枠組みとしては、基本的に、情報漏洩のケースを想定しているようにみえる）。民事罰制度としては、違反 1 件について 2,500 ドルを超えない額、又は、故意の違反 1 件について 7,500 ドルを超えない額の民事上の罰金を支払う義務が課せられる可能性がある。

2-3. 日本

わが国における個人情報保護の法的枠組みは、個人情報保護法と民法によるプライバシー保護である。個人情報保護法は、個人情報の適正な取り扱いに関するルールを定めた行政法規である。同法に基づき、内閣府の外局として個人情報保護委員会が設置されており、同委員会がその執行権限を有する。同法は、個人の権利・利益に対する侵害発生の予防機能を果たすものではあるが、個人

者は、通信品位法（The Communications Decency Act (CDA)）第230条における「双方向コンピューター・サービス」のプロバイダに該当するとして、検索事業者と同法の広い免責規定の適用を認める傾向がみられることが指摘されている（検索結果の削除請求に対して、同法に基づき検索事業者の免責を認めた一例として、*Parker v. Google, Inc.*, 422 F. Supp. 2d 492 (2006)）。CDA第230条(c)項(1)は、第三者が提供した情報を公開する双方向コンピューター・サービスの提供者と利用者に対して、不法行為責任の免除を規定している。*Rustad and Koenig, Rebooting Cybertort Law*, *Washington Law Review*, Vol. 80, p. 371 (2005) は、裁判所は、ウェブホスト、ウェブサイト、検索エンジン、コンテンツ作成者を免責するために、「双方向コンピューター・サービス」の意味を拡大してきたと述べているが、検索エンジンの判例は引用されていない。米国における議論状況の詳細については、小向太郎「『忘れられる権利』と米国通信品違法」情報処理学会研究報告, Vol.2015-EIP-69 No.15 (2015) https://ipsj.ixsq.nii.ac.jp/ej/?action=repository_uri&item_id=144945&file_id=1&file_no=1, 成原慧「『忘れられる権利』をめぐる日米欧の議論状況」行政&情報システム51巻6号54頁（2015）、宮下紘「忘れられる権利と検索エンジンの法的責任」比較法雑誌50巻1号35頁（2016）参照。

の私的権利・利益を直接規律するものではない¹¹。一方、プライバシーは、民法第709条の「権利」（2004年民法改正後は、「権利又は法律上保護される利益」）のひとつとして、1964年の東京地裁『宴のあと』事件判決¹²以来、判例法によって形成されてきた私法上の請求権である。また、1994年の最高裁『逆転』事件判決¹³は、「前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有する」と述べ、その法的利益が優越するとされる場合には、その公表によって被った損害賠償を請求することができると考えられている。なお、同条は、効果として侵害者の損害賠償責任を規定するのみであるが、プライバシー侵害の予防的効果として差止請求が認められることは、判例上確立している¹⁴。

個人情報保護法は、2003年5月30日に公布され、2005年4月1日に施行された。2015年には、パーソナル・データ¹⁵を含むビッグデータの適正な利活用

11 岡村久道『個人情報保護法 第3版』商事法務3頁（2017）。同趣旨の説明として、宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説 -- 個人情報保護法・行政機関個人情報保護法・独立行政法人等個人情報保護法 第6版』有斐閣32-33頁（2018）、園部逸夫・藤原静雄編『個人情報保護法の解説《第二次改訂版》』ぎょうせい53-55頁（2018）。

「行政機関の保有する電子計算処理に係る個人情報の保護に関する法律」（昭和63年法律第95号、平成15年改正前）に関する当時の総務庁の解説（総務庁行政管理局監修『逐条解説個人情報保護法 新訂版』第一法規出版42頁（1991））をみると、同法が「プライバシー権」を明記しなかった理由について、同法の保護法制はプライバシー全般を法律上の具体的権利として設定しようとするものではないこと、プライバシーのなかには実社会における「のぞき見」など個人情報の電子計算機処理とは無関係なものもあり、それは民法上の不法行為等の別途の法制度の問題であること、プライバシーの対象は多様かつ相対的で統一的な定義づけが困難であり、かつ、抽象的かつ多義的な概念であることから、そのすべてをひとつの法律で保護しようとすることは、理論上も実際上も極めて困難であること（仮に、これを法律で一律に法的保護を与えようとしても、それは極めて抽象的、一般的な規定とならざるをえず、結局は、個別具体的な権利利益あるいは規制によってその内容が定まることになる）、個人情報の取扱いに伴う個人の権利利益を保護するにあたり、このような抽象的、一般的な権利を設定することは必要ではないこと、が挙げられている。

12 東京地判昭39・9・28判例時報385号12頁。

13 最判平6・2・8民集48巻2号149頁。

14 『石に泳ぐ魚』事件最判平14・9・24判例時報1802号60頁。

15 パーソナルデータとは、「個人情報」に限定されない、個人の行動・状態に関するデータのことをいう。

ができる環境の整備の必要性、事業活動のグローバル化への対応等を見据えた改正法が公布され、2017 年 5 月 30 日に施行された。さらに、同改正法の「いわゆる 3 年ごと見直し」規定（附則第 12 条）に基づき、個人情報の保護に関する法律等の一部を改正する法律案（令和 2 年法律第 44 号）が 2020 年 6 月 5 日に成立し、同年 6 月 12 日に公布された。以下は、2020 年改正法（執筆時、未施行）に基づく。

個人情報保護法は、個人情報取扱事業者に対して、自己情報の開示（第 28 条）、訂正等（第 29 条）及び利用停止等（第 30 条）の本人による請求を定めており、一定の場合に事業者が保有する個人データに関して本人の介入を認める制度が設けられている。個人データの削除に関しては、第 19 条が不要となった個人データの消去を事業者の努力義務として定めているほか、第 29 条は、本人が識別される保有個人データの内容が事実でない場合に、当該保有個人データの内容の訂正、追加又は削除（以下、「訂正等」という。）を請求することができると定めている。同規定は、「当該本人が識別される保有個人データの内容が事実でないときは」、当該保有個人データの内容の訂正等を請求しうとするものであって、「削除」といっても個人情報取扱事業者が保有する個人データの全消去を求めるといった性質のものではなく、あくまでも事実と反している場合の「訂正」方法の一つとして削除を求めることができるにすぎない¹⁶。第 30 条は、本人が識別される保有個人データの内容が利用目的制限に違反して取り扱われているとき（第 16 条）、または、適正利用及び適正取得義務に違反して利用・取得されたとき（第 16 条の 2 及び第 17 条）に加えて（以上、第 30 条第 1 項）、本人が識別される保有個人データを個人情報取扱事業者が利用する必要がなくなった場合、本人が識別される個人データの漏えいの事態が生じた場合、その他「本人の権利又は正当な利益が害されるおそれがある場合」にも、当該保有個人データの利用停止または消去（以下、「利用停止等」という。）を請求することができるとする条項を新設した（第 30 条第 5 項）。改正前、利用停止等は、個人情報の目的外利用または不適正取得の場合に限定された救済方法に過ぎなかったが¹⁷、本改正で「本人の権利又は正当な利益が害されるおそれがある場合」にまで拡張されたことが、個人データの消去請求の要件を緩和するものと

16 前掲注11宇賀214-218頁（2018）、前掲注11岡村312-316頁（2017）、前掲注11園部・藤原238-244頁（2018）。

17 石井夏生利「いわゆる『忘れられる権利』の法制化—個人情報保護法改正へむけた中間整理の概要」ビジネス法務19巻8号82頁（2019）。

して注目される¹⁸。

利用停止等の請求に服する「個人情報取扱事業者」は、同法では、「個人情報データベース等」（第2条第4項）を事業の用に供している者をいうと定義されており（第2条第5項）、したがって、同法に基づいて、個人データの消去を含む請求が検索事業者に対して可能かどうかは、検索事業者のデータベースが第2条第4項のいう「個人情報データベース等」に該当するか否かにかかることになる。法案の審議において、政府側の意見としては、検索事業者のデータベースは「個人情報データベース等」に該当しないとの見解が述べられている¹⁹。

個人情報保護法は、違反事業者等に対して刑事罰を定めている。現行法は、利用停止等に関する個人情報保護法の命令に違反したときの罰則（間接罰）としては、6月以下の懲役または30万円以下の罰金を定めているにすぎない（第84条）。しかし、2020年改正法は、委員会の命令に対する違反、委員会に対する虚偽報告等の法定刑を引き上げており、委員会の命令に対する違反については、「6月以下の懲役又は30万円以下の罰金」から「1年以下の懲役又は100万円以下の罰金」へと引き上げている（第83条）。虚偽報告等については、「30万円以下の罰金」から「50万円以下の罰金」へと引き上げている（第85条）。また、データベース等不正提供罪、委員会の命令に対する違反の罰金については、法人と個人の資力格差等を勘案して、法人に対しては行為者よりも罰金刑の最高額を引き上げており、従来は個人と同額の罰金（50万円又は30万円以下の罰金）であったところ、1億円以下の罰金へと引き上げている（第87条）。

前述のEU司法裁判所先決裁定を契機として、日本でも検索結果の削除等を求める仮処分事件または本案事件が提起されるようになり、非公表事件を含めると相当数の下級審裁判例の存在が知られている²⁰。2017年1月31日、検索結果の削除仮処分命令特別抗告事件において、最高裁は、大要、以下のように

18 個人情報保護委員会「個人情報保護法 いわゆる3年ごと見直し 制度改正大綱」（2019年12月13日） <https://www.ppc.go.jp/files/pdf/seidokaiseitaiko.pdf>

19 参議院「個人情報の保護に関する特別委員会」議事録2003年5月13日（第3号）藤井昭夫・政府参考人答弁 <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/156/0071/15605130071003.pdf>, 衆議院「個人情報の保護に関する特別委員会」議事録2003年4月18日（第6号）細田博之 国務大臣 答弁 <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/156/0017/15604180017006.pdf>

20 石井夏生利「グーグル検索結果削除請求事件最高裁決定」判例時報2353号148頁（2018）。

判示した²¹。

「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益」は、(民法第709条による) 法的保護の対象となる。検索プログラムは検索事業者の方針に沿った結果を得られるように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の「表現行為」である。そのうえで検索結果の提供は、現代社会でインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしていることから、その削除を命ずることは、表現行為の制約となるとともに、その役割に対する制約ともなる。したがって、検索結果の削除命令は、当該事実を公表されない法的利益が優越することが「明らか」な場合に限られる。そして、それを判断するにあたっては、当該事実の性質や内容、情報の伝達範囲と被検索者が被る具体的被害の程度、その者の社会的地位や影響力、検索結果に表示される記事の目的や意義、記事が掲載されたときの社会的状況とその後の変化、記事に事実を掲載する必要性などの諸事情が比較衡量される。

同事件では、申立人が、児童買春容疑での逮捕事実を表示する検索結果の削除を求める仮処分を申し立てた。さいたま地裁は相手方のグーグル・インク社に対して削除を命じる仮処分決定を行い、同社からの保全異議に対して、「忘れられる権利」に言及して原決定を認可した。わが国で初めて忘れられる権利を認めた司法判断として報道され、注目されることとなったが、東京高裁は、原決定を取り消して申し立てを却下した。その際、忘れられる権利の主張については、わが国では法律上の根拠がないとして退けている。最高裁決定は、「忘れられる権利」に言及しなかったが、原決定を支持して特別抗告を棄却する結論だったので、最高裁としてはことさらに言及する必要がなく、従来の枠組みの中で判断すれば足りたといえる。しかし、原決定は、「忘れられる権利」が認められないことを明示的に述べており、最高裁が原決定の判旨を引用することも可能であった。最高裁が当面の態度表明を差し控えたと評することもできよう。

21 最高裁決定平成29年1月31日、平成28年(許)第45号、投稿記事削除仮処分決定・抗告棄却、民集71巻1号63頁、判例時報2328号10頁、判例タイムズ1434号48頁。当該事件の詳細については、中島美香「検索結果の削除と忘れられる権利: 最決平29・1・31を契機とした学説の議論状況について」東海法学56号117頁(2019) https://www.u-tokai.ac.jp/academics/undergraduate/law/kiyou/pdf/2019_56/07.pdf 参照。

3. わが国の課題（若干の検討）

GDPR が、基本的人権に基づき「個人データ保護の権利」に強力な保護を与えて消去権（忘れられる権利）を保障し、CCPA が、憲法上の「プライバシー権」に基づいて消費者の権利として個人情報の削除を求める権利を保障しているのに対して、個人情報保護法は、「本人の権利又は正当な利益が害されるおそれがある場合には」（第30条第5項）、本人による利用停止等の請求権も認めているものの、限定的な範囲で本人による関与を認めているにすぎない²²。GDPR や CCPA がデータ主体或いは消費者の損害賠償請求権についても規定を用意しているのに対して、個人情報保護法は、命令違反に対するサンクションとして間接罰を定めるにとどまる。

GDPR 第17条の定める消去権（忘れられる権利）は、検索サービスに適用されることを前提とした運用が当局によってなされている²³。しかし、その先例となる EU 司法裁判所先決裁定は、私人の過去の債務情報という私人のネガティブな情報に対して削除請求を認めたものであり²⁴、公人に関する情報や過去の犯罪歴に関する情報などに比べれば、その情報の性質上、検索結果から削除しても表現の自由等の問題になりにくい事案であった。そして、同先決裁定は、検索結果の削除が認められるためには、元サイトで権利侵害がある必要がなく、さらには、検索結果それ自体においても権利侵害がある必要がないとする²⁵。も

22 個人情報保護法第30条第5項は、「本人の権利又は正当な利益が害されるおそれがある場合」としており、ここでも行政法規として個人の権利・利益に対する侵害発生の予防機能を果たすべきことが想定されているのではないかと考えられる。

23 前掲注7。

24 当該事案の申立ては、申立人の名前をグーグル検索すると、申立人の未払い社会保険料徴収のために差押・不動産競売手続が行われるとの公告を載せた、スペインの有力紙の1998年当時の記事が検索結果に表示されるというものであった。

25 EU司法裁判所は、その先決裁定の中で、「検索事業者は、一定の状況においては、人名の検索に続いて表示される検索結果のリストから、第三者によって公表された、当該個人に関する情報を含むウェブページへのリンクを削除する義務を負う。氏名または情報が当該ウェブページから事前あるいは同時に消去されないような事案においても、さらに、事案によっては、当該ウェブページにおける公表それ自体は適法な場合であってすら、削除の義務を負う」と述べている。そして、「事案をめぐる一切の事情を勘案して、データが処理された際の目的との関係、及び、これまでに経過した時間に照らして、当該データが『不十分となり、不適切であるかもしくは（当初の）適切性を喪失していたり、あるいは、過度となっている』場合、当初は適法に行われ

し「忘れられる権利」が従来のプライバシー権から帰結されない固有の意味を持つとすれば、表示される事実や内容それ自体の当否（権利又は保護法益侵害性）の問題としてではなく、単に情報の経年性（古さ）ないし陳腐化を理由として、検索結果の削除が請求されるような場合であると考えられる²⁶。このような意味において、GDPR における「忘れられる権利」の射程範囲は、これまでのプライバシー概念の枠組みを超えて新たな地平に踏み入る可能性を秘めている。

一方、CCPA の削除権は、検索サービスに適用されるかは不明である²⁷。現時点において、CCPA の削除権が検索サービスに適用されるとする見解は見当たらないように思われる。

個人情報保護法は、行政法規として個人の権利・利益に対する侵害発生の予防機能を果たすものではあるが、個人の権利・利益を直接規律するものではない。しかし、2020 年改正個人情報保護法の第 30 条第 5 項は、「本人の権利又は正当な利益が害されるおそれがある場合には」、本人は、当該保有個人データの

た正確なデータ処理であっても、時の経過とともに、EUデータ保護指令に抵触することになることもある。そのような権利を認めるために、検索結果のリストの中に当該情報を含むことが、データ主体に侵害 (prejudice) を生ずることは必ずしも必要ではない、ということも指摘されるべきである」、とも述べている（前掲注4中島4781の4頁（2016））。

26 同先決裁定は、EUデータ保護指令第6条第1項第 (c) 号が「データ内容に関する基本原則」のひとつとして定める「データが収集され、かつ/または、それに続いて取り扱われる目的に照らして、適切であり、関連性があり、かつ過度でないこと」との文言に照らして、本件では、事案をめぐる一切の事情を勘案して、データが処理された際の目的との関係、及び、これまでに経過した時間に照らして、当該データが「不適切となり、無関係であるかもしくは（当初の）関連性を喪失している、あるいは、過度となっている」場合、当初は適法に行われた正確なデータ処理であっても、時の経過とともに、EUデータ保護指令に抵触することになることもある、と判示した。同指令第6条第1項第 (c) 号の同文言は、GDPR第5条第1項第 (c) 号の「個人データの取扱いと関連する基本原則」のひとつとして、「その個人データが取扱われる目的との関係において、適切であり、関連性があり、かつ、必要のあるものに限定されなければならない」との規定へ継承されているように読める。

27 カリフォルニア州のウェブサイトでも、この点に関する説明はない (Attorney General, California Consumer Privacy Act (CCPA), E. REQUESTS TO DELETE PERSONAL INFORMATION (RIGHT TO DELETE), <https://oag.ca.gov/privacy/ccpa#sectione>)。

利用停止または消去を請求することができると定めた。検索事業者が、同法の「個人情報取扱事業者」（第2条第5項）に該当するならば、同改正法が施行されるとき、新設された同規定は、検索結果の削除請求の根拠規定となる可能性がある。

前述のとおり、法案審議時の政府側意見は、検索事業者のデータベースは「個人情報データベース等」に該らないとしていた。今日でも、学説は否定説が通説である²⁸。否定説は、検索事業者のデータベースには個人情報以外の情報が混在していること、地名その他個人情報以外の情報も検索可能であること、個人情報としての索引が付されていないことを主たる根拠とする。これに対しては、個人情報以外の情報も検索可能であることは、「特定の個人情報を電子計算機器を用いて検索することができるように体系的に構成したもの」（第2条第4項第1号）との「個人情報データベース等」の定義に該当することの妨げにはならないこと、検索サービスで特定個人の氏名をキーワード検索する場合、検索事業者が作成しているインデックスに基づき、現に多くの個人情報が検索されることを指摘する反対説も主張されている²⁹。同法案が国会審議に付された2003年当時は、検索サービスが今日ほど広く普及しておらずいわば黎明期であった³⁰。しかし、今日、インターネット環境と検索サービスをめぐる状況は大きく異なっており³¹、ネット上の情報へのアクセスは、直接そのURLを入力したり既存のリンクをクリックしたりするより、検索サービスを利用して得られる検索結果を利用することの方が多という状況である。実際、個人を検索する場合でも、有名無名を問わず、あらゆる人の様々な情報をキーワードの入力とクリックひとつで瞬時・簡便に検索できる状況がある。こうした今日の状況の中で検索事業者の法的性質をどのように考えるべきかは、改めて検討を行う必要があると考えられる。

2019年12月13日、個人情報保護委員会が、個人情報保護法の3年ごと見直

28 前掲注11字賀72頁（2018）、前掲注11園部・藤原79-80頁（2018）。

29 前掲注11岡村312-316頁（2017）。

30 グーグル・インク社の検索サービス「Google」が登場したのが1998年頃、日本語版が登場したのが2000年頃であった。

31 日本におけるインターネット普及期に検索サービスの主要事業者であったヤフー株式会社は、2010年7月以降、「Yahoo! JAPAN」のバック・エンジンとしてグーグル・インク社の検索エンジンを採用する。日本における検索エンジンの市場シェアについては、以下を参照。StatCounter GlobalStats, Search Engine Market Share Japan (Jan 2009 - Nov 2019), <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/japan/#monthly-200901-201911>

しにかかる制度改正大綱を公表した。同大綱は、「保有個人データに関する本人の関与を強化する観点から、個人の権利利益の侵害がある場合を念頭に、保有個人データの利用停止・消去の請求、第三者提供の停止の請求に係る要件を緩和し、個人の権利の範囲を広げることとする。」として、「消去」にかかる要件の緩和を掲げているが、検索事業者を対象とした消去権、削除権ないし「忘れられる権利」に関してどのような議論がなされているかは明らかでない³²。同法が、行政法規として事業者に与える影響が大きなものであることを考えれば、検索事業をこれに含めるかどうかは、「個人情報取扱事業者」の解釈の変更とともに慎重な検討を要する問題である。同法の改正に関する付帯決議第 5 号は、「利用停止・消去権等の個人の権利の拡充に伴い、その目的と実効性を確保するため、消費者及び事業者等に分かりやすく、その趣旨等をガイドライン等で具体的に示すなど、必要な措置を講ずること。³³」としている。「消去」又は「本人の権利又は正当な利益が害されるおそれがある場合」に関し、ガイドラインにどのような記載がなされるかが注目される³⁴。

プライバシー権の一種として、検索事業者に対する削除請求権が認められるか否かについて、前述の最高裁特別抗告事件決定は、当該事実を公表されない法的利益が優越することが「明らか」な場合には、削除請求が認められると判

32 前掲堀18個人情報保護委員会 (2019)、個人情報保護委員会「個人情報保護法 いわゆる3年ごと見直しに係る検討の中間整理」(2019年4月25日) https://www.ppc.go.jp/files/pdf/press_betten1.pdf。なお、EU司法裁判所先決裁定が下されたのちに総務省下の研究会がまとめた報告書によると、検索事業者による検索結果削除の問題は、基本的に事業者の自主規制に委ねつつ、従来のプライバシー権に関する法的枠組みの中で検討が行われることを前提としている(総務省「インターネット上の個人情報・利用者情報等の流通への対応について ICTサービス安心・安全研究会報告書」(2015年7月) http://www.soumu.go.jp/main_content/000369245.pdf)。

33 衆議院内閣委員会「個人情報の保護に関する法律等の一部を改正する法律案に対する附帯決議」(2020年5月27日)、参議院内閣委員会「個人情報の保護に関する法律等の一部を改正する法律案に対する附帯決議」(2020年6月4日)

34 個人情報保護委員会「個人情報の保護に関する法律等の一部を改正する法律の成立を受けた個人情報保護委員会の今後の取組(案)について」(2020年6月15日) https://www.ppc.go.jp/files/pdf/200615_shiryout1.pdf、個人情報保護委員会「改正個人情報保護法 政令・規則・ガイドライン等の整備に当たっての基本的な考え方について」(2020年7月22日) https://www.ppc.go.jp/files/pdf/200722_shiryout-1.pdf。

示した。今後の課題は、「明らか」要件の解明である³⁵。その際には、検索事業者の特性—検索事業者は検索結果のリストを提供するに過ぎないこと、検索事業者は検索結果に表示されるリンクの先にある元サイトの情報について詳細を知りえないこと（特に元サイトに掲載された情報の真実性について検証できる立場にないこと）、氏名検索に基づく検索結果の表示によって過去のプライバシー情報がアクティブに表示され続けること等—を踏まえて、検索事業者という新しいメディアの責任のあり方をどのように考えるべきかを、併せて検討する必要がある。

最高裁決定に関する評釈をみると、EU 司法裁判所先決裁定ないし GDPR に見られるような広範な削除請求権をわが国にも導入することについては、総じて慎重な意見が優勢ないしは多数であるように思える。そして、本決定が、本件事案の下で被保全権利を「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益」と定義して、もっぱらプライバシーの観点から論を展開することも肯定的に捉えられている³⁶。本決定が、わが国の判例が認めてきた人格権ないし人格的利益の—内容としてのプライバシー権を前提としていることに鑑みれば、それとは別個に「忘れられる権利」を認める必要性は乏しいとの指摘もある³⁷。しかし、もし「忘れられる権利」が固有の意味を持つとすれば、表示される事実や内容それ自体の当否（権利又は保護法益侵害性）の問題としてではなく、単に情報の経年性（古さ）ないし陳腐化を理由として、検索結果の削除が請求されるような場合であると考えられる。わが国においても、リンク元の記事の公表それ自体は適法であり、削除が認められない場合であってもなお、一定の期間が経過した後に氏名に基づく検索結果の削除を認めるべき場合がな

35 最高裁決定以前の国内の動向をまとめたものとして、前掲注20石井148頁（2018）。最高裁決定以後の国内の動向をまとめたものとして、成原慧「検索エンジンをめぐる表現の自由と人格権——平成 29 年最高裁決定及び同決定以降の検索結果削除に関する裁判例の検討——」情報法制研究7号47頁（2020）。成原57頁（2020）は、最高裁決定以後の国内の裁判例を概観し、多くの裁判例は、検索エンジン及び検索結果削除の特性を根拠に（又は差止めであることを理由に）、「明らか」要件を適用していると指摘する。また、本案訴訟も含め多くの裁判例が「明らか」要件を適用することにより、検索結果の削除は認められにくくなっている、とする。

36 前掲注20石井（2018）、宇賀克也「情報公開・個人情報保護実務セミナー44 検索サービス事業者の削除義務—最決平成29・1・31民集71巻 1 号63頁を契機に」季報情報公開・個人情報保護2017年66巻25頁（2017）、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1号45頁（2017）など。

37 前掲注35成原57頁（2020）。

いかどうか、検索サービスという新しいメディアの特質に照らした慎重な検討が必要である³⁸。

以上、EU 及びカリフォルニア州の法状況を概観した上で、わが国の進むべき途を考えるならば、検索結果削除の判断は、一律に定められるものではなく、プライバシーと表現の自由のバランスという高度な法的価値判断が必要となる場面であり、事案ごとの司法判断にゆだねることが適切と考える³⁹。個人情報保護法の中で、検索サービスによる検索結果の削除を求める権利を（さらなる法改正によってであれ、或いは、同法の解釈を通じてであれ）承認することは、同法の立法趣旨ないし理念に馴染まない、異質な衡量を持ち込むおそれなしとしない。検索結果の削除を求める権利の法的枠組として、現状では、私法上の救済方法に依拠するほかないが、しかし、検索サービスが提起する新たな課題の法発展の場として、それはより適切であるとも思われる。

38 中島美香「『忘れられる権利』のフォローアップ～EUデータ保護規則案における規律と日本における議論状況～」InfoComニューズレター（2015）<https://www.icr.co.jp/newsletter/law20150911-nakashima.html>

39 個別の判断基準を提示するものとして、欧州委員会のEUデータ保護指令第29条作業部会のガイドライン、米グーグル社の有識者会議報告書及びヤフー株式会社の有識者会議報告書などがある（ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *GUIDELINES ON THE IMPLEMENTATION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION JUDGMENT ON "GOOGLE SPAIN AND INC V. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD) AND MARIO COSTEJA GONZÁLEZ"* C-131/12, Adopted on 26 November 2014, The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, 6 February 2015, ヤフー株式会社 検索結果とプライバシーに関する有識者会議「検索結果とプライバシーに関する有識者会議 報告書」（2015年3月30日）、ヤフー株式会社「検索結果の非表示措置の申告を受けた場合のヤフー株式会社の対応方針について」（2015年3月30日）。

参考文献

1. 石井夏生利『『忘れられる権利』をめぐる論議の意義』情報管理 58 卷 4 号 271 頁(2015)
https://www.jstage.jst.go.jp/article/johokanri/58/4/58_271/_pdf/-char/ja
2. 石井夏生利『新版 個人情報保護法の現在と未来 世界的潮流と日本の将来像』勁草書房（2017）
3. 石井夏生利「グーグル検索結果削除請求事件最高裁決定」判例時報 2353 号 148 頁（2018）
4. 石井夏生利「いわゆる『忘れられる権利』の法制化—個人情報保護法改正へむけた中間整理の概要」ビジネス法務 19 卷 8 号 82 頁（2019）
5. 石井夏生利『EU データ保護法』勁草書房（2020）
6. 宇賀克也「情報公開・個人情報保護実務セミナー44 検索サービス事業者の削除義務—最決平成 29・1・31 民集 71 卷 1 号 63 頁を契機に」季報情報公開・個人情報保護 2017 年 66 卷 25 頁（2017）
7. 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説 — 個人情報保護法・行政機関個人情報保護法・独立行政法人等個人情報保護法 第 6 版』有斐閣（2018）
8. 右崎正博, 多賀谷一照, 田島泰彦, 三宅弘（編）『情報公開法・個人情報保護法・公文書管理法』別冊法学セミナー224 号（2013）
9. 岡村久道『個人情報保護法 第 3 版』商事法務（2017）
10. 奥田喜道（編）『ネット社会と忘れられる権利 個人データ削除の裁判例とその法理』現代人分社（2015）
11. 個人情報保護委員会「個人情報保護法 いわゆる 3 年ごと見直し 制度改正大綱」（2019 年 12 月 13 日）
<https://www.ppc.go.jp/files/pdf/seidokaiseitaiko.pdf>
12. 小向太郎『『忘れられる権利』と米国通信品違法』情報処理学会研究報告, Vol.2015-EIP-69 No.15 (2015) https://ipsj.ixsq.nii.ac.jp/ej/?action=repository_uri&item_id=144945&file_id=1&file_no=1
13. 小向太郎・石井夏生利『概説 GDPR』NTT 出版（2019）
14. 参議院「個人情報の保護に関する特別委員会」議事録 2003 年 5 月 13 日（第 3 号）
<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/156/0071/15605130071003.pdf>
15. 穴戸常寿「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 1 号 45 頁（2017）
16. 衆議院「個人情報の保護に関する特別委員会」議事録 2003 年 4 月 18 日（第 6 号）
<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/156/0017/15604180017006.pdf>
17. 総務省「インターネット上の個人情報・利用者情報等の流通への対応について ICT サービス安心・安全研究会報告書」（2015 年 7 月）http://www.soumu.go.jp/main_content/000369245.pdf

18. 総務庁行政管理局監修『逐条解説個人情報保護法 新訂版』第一法規出版 (1991)
19. 園部逸夫・藤原静雄編『個人情報保護法の解説《第二次改訂版》』ぎょうせい (2018)
20. 寺田麻佑「情報化社会における『忘れられる権利』と『知る権利』」憲法研究 6 号 93 頁 (2020)
21. 中島美香「『忘れられる権利』のフォローアップ ～EU データ保護規則案における規律と日本における議論状況～」InfoCom ニュースレター (2015) <https://www.icr.co.jp/newsletter/law20150911-nakashima.html>
22. 中島美香「検索サービスと忘れられる権利—Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González 事件 EU 司法裁判所先行判決 (2014 年 5 月 13 日) を題材に—」『情報ネットワークの法律実務』第一法規 4781 頁 (2016)
23. 中島美香「検索結果の削除と忘れられる権利：最決平 29・1・31 を契機とした学説の議論状況について」東海法学 56 号 117 頁 (2019) https://www.u-tokai.ac.jp/academics/undergraduate/law/kiyou/pdf/2019_56/07.pdf
24. 成原慧「『忘れられる権利』をめぐる日米欧の議論状況」行政&情報システム 51 巻 6 号 54 頁 (2015)
25. 成原慧「検索エンジンをめぐる表現の自由と人格権——平成 29 年最高裁決定及び同決定以降の検索結果削除に関する裁判例の検討——」情報法制研究 7 号 47 頁 (2020)
26. 別所直哉(編)『ICT・AI 時代の個人情報保護』一般社団法人金融財政事情研究会 (2020)
27. 松本絢子・河合優子(編)『いますぐわかる CCPA カリフォルニア州消費者プライバシー法の実務対応』中央経済社 (2020)
28. 宮下紘「プライバシー権の復権 —自由と尊厳の衝突—」中央大学出版部 (2015)
29. 宮下紘「忘れられる権利と検索エンジンの法的責任」比較法雑誌 50 巻 1 号 35 頁 (2016)
30. 宮下紘『EU 一般データ保護規則』勁草書房 (2018)
31. Paul Lambert, *The Right to be forgotten*, Bloomsbury Professional (2019).
32. Paul Voigt and Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide*, Springer (2017)
33. Rustad and Koenig, *Rebooting Cybertort Law*, Washington Law Review, Vol. 80, p. 355 (2005).

* * *

なかしま みか (中央大学国際情報学部准教授)

東海大学法学部教員一覧（○印は編集委員）

石田 清彦
内田 剛
内山 安夫
押久保 倫夫
北村 隆憲
柑本 美和
小林 史治
塩原 真理子
鈴木 貴博
鈴木 宏昌
高田 映
高橋 奈々
富高 彩
内藤 悟
永山 茂樹
橋本 聡
服部 篤美
藤中 敏弘
鞠山 尚子
山田 清志
山中 純子
(法学部長)

東海法学 第六十号

発行日 二〇二一年三月二五日

出版・発行 東海大学法学部

神奈川県平塚市北金目四一

Tokai Law Review

No. 60

Commemorative issue for Professor NAKASHIMA Shuji

●Contents

• Congratulatory Message

..... YAMADA Kiyoshi

• Biography and Work of Professor NAKASHIMA Shuji

[Article]

Der Inhalt der Tatbestandsvoraussetzung „für einen anderen“ der Geschäftsführung ohne Auftrag.

..... SHIOHARA Mariko

[Case]

Excessive Pricing in EU and UK Competition Law : the court of appeal judgment in Pfizer/Flynn : The Competition and Markets Authority v Flynn Pharma Ltd & Anor [2020] EWCA Civ 339 (10 March 2020)

..... MARIYAMA Naoko

[Case]

Anmerkung zum Beschluss des Obersten Gerichtshofs zur Anwendung des Ärztegesetzes auf einen Tätowierer

..... YAMANAKA Junko

[Case]

Determination of Sale Price of Shares for Demand following Tender Offer

..... KOBAYASHI Fumiharu

[Article]

The Right to Request the Deletion of Personal Data in the EU, the U.S. and Japan and the Right to Be Forgotten

..... NAKASHIMA Mika

2021

SCHOOL OF LAW, TOKAI UNIVERSITY

4-1-1 Kitakaname Hiratsuka Kanagawa, 259-1292 JAPAN