

〔実務ノート〕

## 適正な民事手続と法の解釈

### —— 民事手続法の解釈を判示した事例

西 田 美 昭

- I 裁判官と手続法の解釈
- II 私の担当した事件で、民事手続法の解釈を判示した事例

#### I 裁判官と手続法の解釈

私は、前稿「結論の妥当性と実体法の解釈 実体法の解釈を判示した事例」(成蹊法学第 91 号 229 頁)で、自分の担当した事件で、判決中に実体法の解釈を示した事例を数例紹介した。

実体法の解釈でどのような考えを採用するかは、裁判の結論に直結することが多い。法律の明文や、確立した判例法の枠の中で考えていて、この事案にこれまでの枠をそのまま適用するのでは、妥当な結論にならないのではないかという感覚から、別の解釈の余地がないか考え始めることが多いから、結論に直結するのは当然である。新しい制度の下で、当事者がどのような法律関係にあるのかということから考えて判断枠組みを設定する解釈をし、その中で当事者の主張の当否を判断する必要があるような事件を担当することはめったにない。

手続法の解釈は、訴訟審理の中間段階での各種申立てや権限の行使について判断する必要があるが、それが訴訟の結論に影響することはあっても、結論に直結することはそう多くはない。

しかし、手続法の解釈でも、手続の開始や終了についての法令の解釈は、結論に直結する場合もある。

本稿は、私の裁判官在職の内、経験を積んだと言える後半の約 20 年余の間（昭和 63 年 4 月から平成 20 年 9 月まで）にした判決から、民事手続法についての解釈を示した事例数例を紹介し、その事例について、必ずしも判決書に表れない思考過程を含めてコメントとして記述するものである。

前記の期間の前半 10 年は知的財産権事件専門部（知的財産権部）で仕事をしたので、前稿と同様、実質的には後半の 10 年余の期間に担当した事件となる（本稿の「**事例 1**」だけが知的財産権部時代の事例である。）。

アクセス可能な判例データベースのうち、LLI 判例秘書アカデミック版（(株) LIC）、LEX/DB インターネット（(株) TKC）、DI-Law.com（第一法規（株））に搭載されている事例から選択したが、これらで民事手続法についての解釈を示した事例全部ではない。

## II 私の担当した事件で、民事手続法の解釈を判示した事例

**事例 1** 文書提出命令によって裁判所へ提出されたが、まだ訴訟記録となっていない文書の閲覧、謄写等の方法を、裁判所の訴訟指揮権に基づいて定めた事例。

東京地方裁判所平成 9 年 7 月 22 日決定（判例時報 1627 号 141 頁、判例タイムズ 961 号 277 頁）

### （事案の概要）

1 製薬会社 X は、新規化学物質の製造方法の発明について、昭和 57 年の特許登録から平成 5 年 1 月に存続期間が満了するまで特許権を有していた。X は、製薬業者 Y、A ほか 7 社がそれぞれ X の有する特許権を侵害したとして、平成 2 年、損害賠償請求の訴えを東京地裁に提起した（基本事件）。X は、当時の特許法 102 条 1 項（現在の 102 条 2 項）に基づいて、侵害行為により Y の得た利益の額が損害額と推定されると主張した。

審理の過程で権利侵害の成否が激しく争われたが、裁判所は、権利侵害と認定できるとの心証を得、審理の期日にその心証を開示し、損害額算定のための審理に入ることを指示した。X が、当時の特許法 105 条に基づき、損害の計算のための書類を具体的に特定して文書提出を命ずることを申立てていたので、裁判所は、平成 9 年 3 月、Y の権利侵害製品

についての平成 2 年 1 月から平成 5 年 1 月までの各種会計帳簿、伝票類、製造記録書等の提出を命ずる決定をした。

- 2 Y が即時抗告したが、東京高等裁判所は、既に提出された文書以外の文書を決定確定の日から 2 週間以内に原審裁判所へ提出することを命じた（東京高裁平成 9 年 5 月 20 日決定・判例時報 1601 号 143 頁）。

同決定は、Y の、提出を拒むことに正当な理由があるとの趣旨の主張に対し、「本件各文書に他の医薬品についての得意先、売上、経費率、利益率等営業秘密にあたる情報を含んでいたとしても、それが X において特許権侵害と主張する薬品の製造販売行為により Y が得た利益を計算するために必要な事項を記載した文書と一体をなしている以上、少なくとも X との関係においては営業秘密を理由に当該文書の提出命令を拒む正当な理由とはなり得ない。本件文書提出命令に基づいて本件各文書が提出された場合に営業秘密が不必要に開示されることを避けることは、訴訟当事者の申出との関連において原審裁判所において訴訟指揮等により適切に措置すべき事柄である。」との趣旨の判断を示した。

- 3 Y は、提出を命じられた文書として段ボール箱約 40 箱の文書を一審裁判所へ提出した。

### （裁判所の判断）

当裁判所が平成 9 年 3 月 19 日にした文書提出命令（抗告審によって一部変更されたもの）によって提出された文書（以下「本件文書」という。）中に含まれる営業秘密が不必要に開示されることを避けるために、本件文書の閲覧、謄写等の方法について、裁判所の訴訟指揮権に基づき、次のとおり決定する。

#### 主 文

- 一 1 本件文書の閲覧は、X 訴訟代理人に限り、通常の訴訟記録閲覧の手續に準ずる手續により認める。

輔佐人は、X 訴訟代理人と同時に閲覧する場合に限り閲覧することができる。

- 2 X 訴訟代理人が本件文書を閲覧する際には、補助者として、各閲覧の日毎に、予めその住所、氏名、その職業、雇用者を届け出た X 訴訟代理人又は輔佐人の常時雇用する者、X 訴訟代理人の委任した X の従業員でない公認会計士又はその常時雇用する者に限り立ち合い、補助

することができる。

- 3 X訴訟代理人は、本件文書の記載内容を理解し、又は本件訴訟の争点との関連性の有無等を知る上で必要があると認めるときは、予め特定して、その氏名、役職を届け出て、閲覧場所外で待機しているXの従業員2名（技術担当者及び経理担当者各1名）の内1名を閲覧場所に入室させ、本件文書の必要部分を示して、その意見を聞くことができる。
  - 4 本件文書の閲覧は、当部書記官の指定した場所で、指定した日時に行う。
  - 5 X訴訟代理人、輔佐人は、本件文書の閲覧に際し、メモ（1文字ずつ手で入力する電子的記録を含む。以下同じ。）をとることができる。  
2項の補助者は、X訴訟代理人のためにメモをとることができる。  
X訴訟代理人、輔佐人、2項の補助者は、右メモをX代表者、Xの役員、従業員その他Xの指揮監督を受ける立場にある者及び第三者に示したり、メモの写しを交付したり、メモの内容を伝達してはならない。
  - 6 X訴訟代理人、輔佐人、2項の補助者は、謄写の際の便宜、原本提示の際の便宜のため、本件文書を損傷することなく、取り外し可能な付箋（ポストイットなど）を、本件文書に貼付することができる。
  - 7 本件文書の部分を示された3項のX従業員は、示された本件文書の記載事項を、その場であると、後刻、後日であるとを問わず、また、文書であると、音声、電子的記録その他の方法であるとを問わず、記録してはならず、X代表者、Xの役員、従業員その他Xの指揮監督を受ける立場にある者及び第三者に伝達してはならない。
- 二1 X訴訟代理人は、財団法人司法協会に委任して、通常の訴訟記録謄写の手續に準ずる手續により、本件文書中で本件の立証に必要な記載があると思料するページについて、ページ単位で謄写をすることができる。
- 2 X訴訟代理人は、右謄写によって得た写し又は右写しの写しをX代表者、Xの役員、従業員その他Xの指揮監督を受ける立場にある者及び第三者に交付してはならない。
  - 3 X訴訟代理人は、右謄写によって得た写し又は右写しの写しを、その記載内容の理解、本件訴訟の争点との関連性の有無の判断、計数整

理のため、その常時雇用する者、輔佐人及びその常時雇用する者、又はX訴訟代理人の委任する公認会計士及びその常時雇用する者に示すことができる。

右示された者は、その内容をX代表者、Xの役員及び従業員その他Xの指揮監督を受ける立場にある者並びに第三者に伝達してはならない。

- 三 1 X訴訟代理人は、本件文書の閲覧及び謄写によって得た資料に基づいて、立証しようとする被告A及びYに対して請求する損害賠償金及び算定の根拠となる数額を具体的に主張する（請求が他の会社との共同不法行為を理由とする場合には、本件文書によって立証すべき事項とそうでない事項とを区別して主張すること）。
- 2 被告A又はYが本件文書の記載から認定できる損害賠償金算定の根拠となる数額（内訳を含む。）を全て認めた場合は、X訴訟代理人は、その被告の提出した本件文書を書証として提出しないものとする。
- 四 1 X訴訟代理人は、三2の場合を除き、右謄写によって得た写しのうち、本件の立証に必要な記載のあるページに限り、ページ単位で書証として提出することができる。
- 2 X訴訟代理人は、予め書証として提出予定の本件文書の部分の写しを被告訴訟代理人に交付する。各被告は、X訴訟代理人が証拠として提出するのであれば、本件文書による証明事項に関連のない部分として秘匿を希望する部分をマスク又は黒塗りした本件文書の写しを、右交付を受けた日から2週間以内にX訴訟代理人に交付する。但し、裁判所は、各被告の具体的理由を付した申し出により、右期間を延長することができる。
- 3 X訴訟代理人は、前項により秘匿を求める各被告の希望を尊重するものとするが、各被告の希望する箇所をそのまま秘匿すると被告らの争う事項を証明できないと思料する場合は、その旨文書により主張して、秘匿のない本件文書のページを書証とすることができる。
- 4 X訴訟代理人は、書証として提出した本件文書の部分の写し（被告が右2によりマスク又は黒塗りした本件文書の写しをX訴訟代理人に交付した場合は、右3によって秘匿のないページを書証としたときを除き、その秘匿した状態で）を本件訴訟遂行上必要な範囲のXの役員、従業員に提示、交付することができる。

- 5 X訴訟代理人は、謄写によって得た本本文書の部分の写しのうち、本件訴訟の終了までに書証として提出しなかったものは、その責任において、記載内容を認識できない状態にして破棄する。

(コメント)

- 1 私はこの基本事件の審理を前任の裁判長から引き継ぎ、権利侵害の心証の開示、文書提出命令の申立てについての判断、及び本決定を裁判長として担当した（陪席八木貴美子判事、沖中康人判事補）。基本事件については知的財産権部在任中に審理を終えることができず、後任者に引き継いだ。
- 2 この事件を審理した当時の手続法は、平成10年1月から施行された現在の民事訴訟法（現行民訴法）の前の民事訴訟法（旧民訴法）であった。当時の特許法105条（現在の特許法105条1項）は、民事訴訟法の定める文書提出命令の特則と考えられていた。現行民訴法219条でも当時の旧民訴法311条でも、条文上、文書提出命令の申立ては、書証（文書の内容を証拠とする証拠調べ）の申出の方法の1つとして規定されているが、実務では、当時も現在も異なる運用がされている。即ち、①文書の提出を命じられた相手方が訴訟の当事者で、文書が相手方にとっても有利である、枚数が少なく負担が少ない等の事情から、相手方が相手方の書証番号を付して証拠として提出する方法、②文書の提出を命じられた相手方が訴訟当事者でない場合は勿論、訴訟当事者であっても①の方法によらない場合に、文書を事実上裁判所に提出し、文書提出命令の申立人がその文書を閲覧、謄写して必要部分を選択し、申立人側の書証番号を付して証拠として提出する方法、のいずれかによっている。
- 3 本件では、Yは②の方法により、対象文書を事実上裁判所に提出した。②の方法によるため所持者から提出された文書は、一時的に裁判所が保管しているが、訴訟記録の一部ではないと解されている。したがって、旧民訴法151条（現行民訴法91条）各項による閲覧、謄写の対象ではない。しかし、通常は、文書提出命令を申立てた当事者が、訴訟記録の閲覧、謄写に準ずる手続で閲覧、謄写をして、必要部分を選択することで、大きな問題は生じなかった。

本件では、複数年にわたる特許権侵害によるXの損害額の推定の前提事実としてYの利益を認定する証拠として各種会計帳簿、伝票類、製造

記録が提出されたが、帳簿自体の信用性を判断するためには各帳簿相互の整合性、伝票と帳簿の一致の有無を検討する必要があり、帳簿全体の調査が必要であることはX代理人が強調しており、そのことは理解できた。しかし、帳簿類には特許権侵害が問題となっている製品以外の製品についての取引内容や原価等の秘密事項も記載されていることが予想され、XとYらは製薬業界の同業者であることから、権利侵害が問題とされている製品以外についての秘密が不必要にXに漏れることを避ける必要があることも理解することができた。その双方の要請を満足させるための手段は、当時の法令には用意されていなかった。

文書提出命令の決定をする段階から、文書が提出された後には、このように相反する要請を調整する方策が必要となることは予測できたので、対応策を検討した。

文書提出命令を受けて文書の所持者が前記②の方法に従って裁判所へ事実上提出した文書は、訴訟記録の一部ではないのでその閲覧、謄写について規定した法令はなく、訴訟記録の閲覧、謄写についての規定に準じて行われているが、合理的な理由があれば裁判所が必要な制約を含むルールを定めることができ良いのではないか。できなくては適切な手続進行ができず、裁判所としての職責を果たせないと考えた。先例や学説を調べてもそのようなルールを定めた例も、それができるとする学説も見当たらなかったが、そのようなことはできないとする学説も見当たらなかった。

また、そのようなルールを定める権限としては裁判所の訴訟指揮権が考えられた。訴訟指揮権をそのような場合に行使できると解釈した民事の先例は見当たらなかったが、刑事の分野で、一定の要件がある場合には、裁判所は訴訟指揮権に基づいて、検察官に対し、その所持する証拠を弁護人に閲覧させるよう命ずることができるとする最高裁の判例（最高裁昭和44年4月25日決定・刑集23巻4号248頁）があることに気が付いた。

民事事件と刑事事件の違いはあるが、裁判所の訴訟指揮権が法令に明文のない事項、また、一般に例として上げられている事項以外にも及ぶことを示すものとして大いに参考になった。

文書提出命令に対する即時抗告について東京高裁の決定がされ、記録が地裁へ帰ってきて、決定書の、「営業秘密が不必要に開示されること

を避けることは、・・・原審裁判所において訴訟指揮等により適切に措置すべき事柄である。」旨の判示を読んで、高裁も同様に考えていると知り、心強く感じた。

決定主文に記載した具体的な閲覧、謄写、その後の証拠としての使用の手続を定めたルールは、当事者双方及び提出された文書を管理する書記官が戸惑うことのないように、順を追って具体的に定めた。

- 4 決定後、連日のようにX訴訟代理人が書記官室へ来て提出された文書を閲覧する姿が見られた。ルールとしては、ある程度の数の補助者を使って手分けして閲覧することを想定していたが、Xの役員、社員を補助者から除外したこともあってか、代理人弁護士を中心とする少数で閲覧したようであった。

その後、同じ基本事件で、Xの申立てた別の被告に対する同様の文書提出命令が確定し、本件の対象文書とは別に大量の文書が提出された。その閲覧、謄写等について私の後任者を裁判長とする合議体が、訴訟指揮権に基づいてルールを定めた（東京地裁平成10年7月31日決定・判例時報1658号178頁）。そのルールでは、閲覧及び謄写後の分析の際にXの従業員10名を補助者として認め、それらの従業員に、文書の内容の他のXの役員、従業員等への伝達を禁止し、誓約書を提出させるものとされている。

- 5 基本事件で文書提出命令を決定したところから間もなく、知的財産権の侵害に対する救済のあり方の見直しの検討が始められ、最高裁事務総局から、裁判の現場から見直しの具体的提案があれば提出するように求められ、何点か提言した中で、計算鑑定制度の創設を求めた。

大量の会計帳簿類を点検して、その中から権利侵害が問題となる製品等についての製造・販売数量、販売額、原価等、損害額の推定の前提事実となる数額を調査すると共に、権利侵害と関係のない製品等についての製造・販売数量、販売額、原価等についての秘密の漏洩を防ぐためには、中立の立場の公認会計士等の専門家を鑑定人として選任して鑑定させることができ、当事者は鑑定人が必要とする事項を説明する義務を負うものとするという趣旨の提言であった。

工業所有権審議会での検討を経て、最終的には平成11年の特許法改正で現在の特許法105条の2（令和元年特許法改正後の105条の2の11）が制定された。同条は、損害の算定に必要な事項の鑑定も、民事訴



訟法 212 条以下の規定による鑑定であることを前提とし、当事者に、鑑定人に対する鑑定をするために必要な事項の説明義務を課したものである。

平成 12 年の同改正法の施行以後かなりの数の計算鑑定が実施されているようである（高部真規子「計算鑑定人制度活用の実情について」判例タイムズ 1225 号 51 頁）。**事例 1**として紹介したような裁判所による閲覧、謄写等のルールの制定も、ルールに従った訴訟代理人の閲覧、謄写等の苦勞も、昔話となっているのであろうか。

**事例 2** 民事訴訟法 17 条に所定の「その他の事情」には、その事件が処理に高度の専門知識を有する裁判所が処理するのが適切な種類の事件であり、移送先の裁判所がその種類の事件を処理する専門部を有していることも含まれると解釈した例

**東京高等裁判所平成 10 年 10 月 19 日決定**（判例時報 1674 号 78 頁、判例タイムズ 1039 号 268 頁）（確定）

#### （事案の概要）

製袋機の製造業者 X（本店長野県飯田市）は、同じく製袋機の製造業者である Y<sub>1</sub>（本店大阪市）、Y<sub>1</sub>から同社製造の製袋機を買い受けて使用している Y<sub>2</sub>（本店新潟県白根市）を被告として、Y<sub>1</sub>が製造、販売し Y<sub>2</sub>が使用している製袋機は X の有する製袋機に関するノウハウを不正に使用しているとして、不正競争防止法に基づき、製袋機の製造、使用等の差止請求及び損害賠償請求の訴えを長野地裁飯田支部へ提起した。

これに対し、Y<sub>1</sub>は民事訴訟法 17 条に基づき大阪地裁への移送を申し立て、同支部は事件を大阪地裁へ移送する旨の決定をした。

同決定に対し X が即時抗告した。

#### （裁判所の判断）

- 1 裁判所は、原決定は相当であると判断して即時抗告を棄却し、その理由として原決定の理由欄の記載を引用した上、X が抗告の理由とした主張を具体的に排斥する判断を示したほか、次のとおり判断した。
- 2 民事訴訟法 17 条は、「第一審裁判所は、訴訟がその管轄に属する場合においても、当事者及び尋問を受けるべき証人の住所、使用すべき検認物の所在地その他の事情を考慮して、訴訟の著しい遅滞を避け、又は当

事者間の衡平を図るため必要があると認めるときは、申立てにより又は職権で、訴訟の全部又は一部を他の管轄裁判所に移送することができる。」と規定するところ、ここにいう「その他の事情」には、当該事件がその処理に高度の専門的知識を有する裁判所が処理するのが適切な種類の事件であり、移送先とされる裁判所がその種類の事件を処理する専門部を有していることも含まれるものと解するのが相当である（そのことは移送申立ての可否を判断する要素の一つとして考慮されるのであり、その事情があれば必ず移送するというものでないことは当然である。）。

けだし、その処理に高度の専門的知識を有する裁判所が処理するのが適切な類の事件をその種類の事件を処理する専門部で処理することが、同条に具体的に挙げられた証拠調上の便宜と同様に、訴訟の著しい遅滞を避けるために必要な場合があるものと考えられるからである。

本件の本案事件は、製袋機の技術上の情報についての営業秘密の不正開示、不正取得を理由とする不正競争防止法に基づく差止等の請求事件であり、技術内容の理解、秘密性を含む営業秘密の要件の認定判断、前記1、2に挙げたような訴訟進行に関する指揮が的確に行われることが肝要であること等を考慮すれば、知的財産権事件の処理についての専門部で処理するのが適切な種類の事件と認められ、かつ、大阪地方裁判所には不正競争防止法に基づく請求を含む知的財産権事件処理の専門部が設けられていることは当裁判所に顕著である。

原決定の理由及びこれを布衍して前記1、2に判断したところに、右に認定した事情を併せて考慮すれば、本案訴訟の著しい遅滞を避けるために、大阪地方裁判所に移送することが相当であることは、一層明らかである。

## (コメント)

- 1 この事件の本案事件は知的財産に関する訴訟であるが、移送決定に対する即時抗告事件は、通常事件として東京高裁の民事通常部の私の所属していた部に係属し、私はこの事件を主任裁判官として担当した（裁判長矢崎秀一判事、相陪席後津順子判事）。
- 2 平成10年1月から施行された現行民事訴訟法の17条には、遅滞を避ける等のための移送の規定が置かれた。この規定は旧民事訴訟法31条

が移送を認める要件として「著シキ損害又ハ遅滞ヲ避クル為必要アリト認ムルトキ」を上げていたのに対し、「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため必要があると認めるとき」として、要件を緩和・修正したものと説明されていた。また、旧民訴法は、抽象的に上記の要件を規定するだけであったのに対し、現行民訴法は、上記の要件は「当事者及び尋問を受けるべき証人の住所、使用すべき検証物の所在地その他の事情を考慮して」判断することを明示した。

大阪地裁は、Y<sub>1</sub>の本店所在地として普通裁判籍のある大阪市を管轄する裁判所であり、Y<sub>2</sub>に対する請求の関係では現行民訴法7条によりY<sub>1</sub>に対する請求との併合請求として管轄を有する。したがって、現行民訴法17条の「他の管轄裁判所」にあたる。原裁判所は、本案事件で今後必要となることが予想される証拠調べ等を考慮して、移送の要件があると認定して、移送申立てを認容した。その理由の判示は正当であると考えられたが、本案事件が知的財産権についての訴訟であることを考慮すると、知的財産権事件処理の専門部がある大阪地裁への移送の正当性は一層明かであると思われた。

不正競争防止法による営業秘密の保護は平成2年の旧不正競争防止法の改正で規定され、その後平成5年の同法全面改正後も受け継がれたが、訴訟手続面での秘密保護の規定がなかったので、知的財産権事件の裁判関係者にとって、営業秘密の保護の必要性は理解できるが、営業秘密保護のための差止め訴訟は運用しにくいタイプの訴訟であった。そうであっても、知的財産権部ではそのタイプの訴訟が年々係属するので、試行錯誤を繰り返しながら、処理をしていたのが実情であった。当時私は、知的財産権部に10年在籍した後、高裁の通常部へ異動した直後であったが、もし知的財産権部に在籍中に身につけた知識、経験のない状態で、この本案訴訟を担当すれば、この訴訟以外の事件を多数処理すると並行して、不正競争防止法とりわけその中の営業秘密の保護についての法や裁判例の検討、技術的な証拠の理解、評価について時間を要することとなり、訴訟の著しい遅滞につながると考えた。

- 3 民訴法17条は「・・・その他の事情を考慮して、訴訟の著しい遅滞を避け・・・するため必要があると認めるとき」に移送を認める規定であるから、ここにいう「その他の事情」には、当該事件がその処理に高度の専門的知識を有する裁判所が処理するのが適切な種類の事件であり、移

送先とされる裁判所がその種類の事件を処理する専門部を有していることも含まれるものと解釈することに正当性があると思われた。

文献を調べると、山下孝之「訴訟の移送」三宅省三・塩崎勤・小林秀之編集代表『新民事訴訟法大系 理論と実務第1巻』148頁以下)が、同様の解釈を提示していた。

簡単な口頭の合議の後、決定案の起案に基づく合議を経て決定された。

- 4 施行当初の現行民法では、知的財産権のうち特許権、実用新案権、回路配置利用権、プログラムの著作物についての著作権の権利（特許権等に関する訴え）については、6条に特別の競合管轄が定められていたが、本案事件のような不正競争防止法に基づく請求を含むそれ以外の知的財産権についての特別の管轄を定める規定はなかった。平成15年の民事訴訟法改正で、前記の「特許権等に関する訴え」については東京地裁と大阪地裁との専属管轄とされ（6条）、それ以外の知的財産権の侵害にかかる訴えについては、4条、5条の規定する一般の管轄の外に東京地裁と大阪地裁の競合管轄を定める規定が置かれた（6条の2）。

したがって、現在では、「特許権等に関する訴え」以外の知的財産権侵害訴訟も、東京地裁又は大阪地裁へ訴えを提起しやすくなったが、原告が両裁判所以外の一般の管轄を有する裁判所（支部を含む）へ訴えを提起することは可能であるから、被告が東京地裁又は大阪地裁への移送を申し立てることはあり得る。その場合に、事例2で判示した解釈が意味を持つと考える。

**事例3** 協議離婚の際の未成年の子の親権者を定める協議における合意の不存在を主張する元夫婦の一方は、他方を被告として、親権者指定協議無効確認の訴えを提起することができると判断した例

東京高等裁判所平成15年6月26日判決（高等裁判所民事判例集56巻2号46頁、判例時報1855号109頁、判例タイムズ1149号218頁）

（確定）

#### （事案の概要）

協議離婚した元夫Xと元妻Yの間には未成年の子Aがいる。YがM市役所に提出した離婚届ではAの親権者をYと定める旨記載されていたので、戸籍にはX・Yの離婚とAの親権者がYと定められた旨の記載がさ

れた。

Xは、離婚は問題としなかったが、Aの親権者についてYと協議したことはなく、離婚届のうち、Yが書き入れたAの親権者をYと指定する部分は、Xの意思に反して作成されたと主張して、「M市長に対する届出によりされたXとY間の長男Aの親権者をYと指定する協議が無効であることを確認する」旨の訴えを提起した。

一審の東京地裁は、Aの親権者をYと定めて離婚する旨の離婚届がXの意思に反して作成されたものと認められない等として、Xの請求を棄却したので、Xが控訴した。

### (裁判所の判断)

- 1 本件は、協議離婚をした元夫婦の一方である控訴人が、離婚意思及び離婚届出意思の存在は認めつつ、すなわち、協議離婚の成立は認めながら、離婚届に記載された未成年の子の親権を行う者の記載に沿う、親権者を定める協議における合意の不存在を主張しているものである。
- 2 一般にこのような場合、親権者指定の合意の不存在あるいは無効を主張する元夫婦の一方は、戸籍法114条により、家庭裁判所の許可を得て、戸籍に協議離婚届に基づいて記載された親権者を父又は母と定める記載の訂正(抹消)をすると共に、改めて元の配偶者と親権者を定める協議を行うか、その協議が調わないものとして家庭裁判所へ親権者指定の審判を求める(民法819条5項、家事審判法9条1項乙類7号)ことが考えられる。この場合、戸籍法114条による戸籍訂正の許可を求める審判手続においても、親権者指定の審判手続においても、親権者を定める協議の不存在あるいは無効の主張の当否が判断の中心の1つとなるものと予測されるが、戸籍訂正の許可を求める審判手続では相手方配偶者は当事者ではないし、戸籍訂正の審判も親権者指定の審判も、親権者を定める協議の不存在あるいは無効について判断がされても、その判断に既判力はなく、紛争が蒸し返される可能性がある。

このようなことを考えると、協議離婚をした元夫婦の一方は、他方を被告として親権者指定協議無効確認の訴えを提起することも許されるものと解するのが相当である。

このような訴訟は、人事訴訟手続法に定められた人事訴訟の類型ではなく、また現在解釈上人事訴訟の類型として認められている訴えではな

いが、事案の性質に鑑み、離婚無効確認訴訟と同様に解釈上人事訴訟として、手続や効果を規律するのが相当である。

- 3 また、そうでないとしても、少なくとも、人事訴訟ではない通常訴訟として許されるものである（通常訴訟として考える場合、協議離婚届に記載された子の親権者を父あるいは母と定める記載に沿う協議の無効を確認する旨の請求の趣旨では、過去の法律関係の確認となるが、そのような請求について裁判することが、これを現在の法律関係の確認にひきなおして、「当事者間の子〇〇が当事者の共同親権に服することを確認する。」との請求について裁判するよりも、当事者間の紛争の焦点に既判力を生じさせ、紛争の根本的な解決を図ることができるところであるから、このような訴えは適法というべきである。）。したがって、本件訴えは適法である。

#### (コメント)

- 1 私はこの事件を裁判長として担当した（陪席森高重久判事、伊藤正晴判事）。

本案の請求については、一審の判断は適切であると判断された。

しかし、訴えの適法性については検討すべき問題があると考えられたが、記録上、一審では当事者も裁判所も問題にしていなかった。

この事件の一審での事件番号の符号は（ワ）であったから民事事件として受理され、審理されていたことがうかがわれた。（一審が受理された平成14年当時は、人事訴訟も地裁が管轄しており、事件番号の符号は（タ）であった。かつて東京地裁に設置されていた人事事件専門部は廃止され、人事訴訟も各民事通常部に配点されていた。）

本件のXのような立場にある者は、従前、**(裁判所の判断)** 2の最初の段落に認定されているような手続で戸籍に記載された親権者の指定を争ったが、同所にあるような問題点があり、親権者指定協議無効確認の訴えを認める必要があると考えられた。

- 2 一般民事事件としてみると、「M市長に対する届出によりされたXとY間の長男Aの親権者をYと指定する協議が無効であることを確認する」との請求の趣旨は、過去の法律関係の確認を求めるものと解され、確認の利益があるかが問題である。しかし、そのような請求について裁判することが、これを現在の法律関係の確認にひきなおした請求の趣旨につ

いて裁判するよりも、当事者間の紛争の焦点に既判力を生じさせ、紛争の根本的な解決を図ることができる場合には確認の利益があるとする最高裁昭和47年11月9日判決（民集26巻9号1513頁）の趣旨に従って、本件のような訴えは適法としてよいと考えられた。

しかし、そのような判決の効力は、X・Y間にのみ及ぶことになるがそれで問題はないか、親権者は未成年の子の法定代理人として、財産の処分等の法律行為を行う地位にあることを考えると、人事訴訟の手続により、判決に対世効を認める方が適切なのではないかと考えられた。

当時、人事訴訟については、廃止前の人事訴訟手続法が適用されたが、同法の適用される人事訴訟として同法及び民法の明文で認められたものは13類型しかなく、その他に準人事訴訟として判例が認めた訴訟が5類型あるとされていたが、親権者指定協議無効確認の訴えは、明文で認められた類型でもなく、判例で認められた類型でもなかった。本件を審理していた当時、国会に現在の人事訴訟法の法案が提出されて審議されていたが、その法案では、人事訴訟の定義として、人事訴訟手続法が明文で認めていた13類型と判例が準人事訴訟として認めていた5類型を挙げた上、「その他の身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴え」をも挙げていた。

本件の事案と類似している、夫婦の一方が相手方との協議に基づかないで離婚届を提出し未成年の子の親権者が指定されていると主張して相手方が提起する協議離婚無効確認の訴えも民法及び人事訴訟手続法の明文では認められておらず、判例が認めていたものである。同様に協議離婚の届出の際、夫婦の一方が親権者指定についての協議に基づかないで一方の親を親権者として届け出て受理されていると主張して提起する親権者指定協議無効確認の訴えも人事訴訟手続法の適用を受ける訴訟と解釈すべきではないかと考えた。

国会で審議中の人事訴訟法が成立すれば、このタイプの訴訟は「その他の身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴え」に含まれることになるだろうとも考えた。

- 3 上記のように判断したのであれば、**（裁判所の判断）**の2項までで判決としては十分なのではないか、3項は無用の判示ではないかと思われるかも知れない。しかし、この判決にXが不服で上訴した場合、最高裁判所が、親権者指定協議無効確認の訴えは人事訴訟手続法の適用を受ける

適正な民事手続と法の解釈

訴訟ではないと判断する可能性がないとは言えないので、一般民事訴訟として考えても確認の利益があると判断しておく意味があると考えて判示したものである。

**事例 4** 旧家事審判法のもとで、成年後見開始審判の申立ては、審判が確定する前に取り下げることができると解釈した例

東京高等裁判所平成 16 年 3 月 30 日決定（判例時報 1861 号 43 頁、金融・商事判例 1196 号 26 頁）（確定）

#### （事案の概要）

事件本人 A は、統合失調症のため平成 2 年 12 月以降継続して精神科病院に入院している。A の亡夫の弟 X は、平成 15 年 5 月、A が亡夫から相続した土地建物等の財産の適切な管理ができないこと等を理由として東京家庭裁判所に後見開始審判の申立てをした。

東京家裁は A の精神状況について鑑定をし、同年 7 月鑑定人から提出された鑑定書によれば、A は統合失調症の慢性期にあり、その程度は比較的重度で、自己の財産を自ら管理・処分することができず、回復の可能性はほとんどないとされていた。

X は、同年 10 月 29 日、本件申立ての取下書を提出した。東京家裁は、A は要保護状態にあり成年後見人を選任する必要性が認められるとして、取下げの効力を認めず、同年 12 月 1 日、A について後見を開始すると共に成年後見人として M 弁護士を選任する審判をした。

X が、これを不服として即時抗告した。

#### （裁判所の判断）

裁判所は、「原審判を取り消す。本件は、平成 15 年 10 月 29 日、X が申立てを取り下げたことにより終了した。」との決定をした。理由の要点は次のとおりである。

- 1 成年後見制度の適用を受けようとするか否かは、基本的には、本人のほか、配偶者等本人と一定の身分関係のある者又は未成年後見人等本人の利益を保護する職務上の地位にある者の判断に委ね、それらの者の請求（申立て）に基づいてのみ後見開始の審判がされるものとしている。

また、それらの者の請求を待つのみでは本人の保護を図ることができない場合に備えて、公益の代表者としての検察官もその申立てをするこ



とが認められ、一定の要件のある場合には、市町村長も申立てをすることができるものとされているが、成年後見制度を適用して本人を保護する必要があることが明らかであっても、以上のような法に定められた者からの申立てがないのに、家庭裁判所が職権により後見開始の審判をすることはできないものである。

このように本人について成年後見制度を適用するか否かを、法に定められた者の申立てを待って判断することとしている現在の制度の趣旨に照らせば、事件本人の保護のためにいったんは後見開始の審判の申立てがされた場合であっても、その後、同審判が確定する前に、申立人において同審判の必要性がないものとしてこの申立てを取り下げることは許されると解するのが相当である。

家庭裁判所がその申立てを取り下げた申立人の意に反して本人について後見開始の審判をすることができるのと解するのは、家庭裁判所が職権により同審判をすることができるようにすべきである旨の意見が検討されながら、これを採用しなかった現行の成年後見制度の立法過程（小林昭彦・原司共著「平成11年民法一部改正法等の解説」法曹会58頁参照）に照らしても、困難といわざるを得ない。家事審判法及び同法7条により準用される非訟事件手続法において、後見開始の審判の申立ての取下げについて何ら明文の規定がないことをもって、上記解釈を否定することはできない。

- 2 法に定められた者の申立てに基づく審理の結果、・・・本人に自己の財産を管理・処分する能力がないとする鑑定の結果が得られた後、あるいは後見開始の審判の要件が具備されているとして後見開始の審判がされた後、その確定前に、申立てが取り下げられるような場合に、家庭裁判所として、そのような本人に成年後見制度による保護をしないことは相当ではないと考えることも理解し得るところであり、実務において、上記のような段階に至って取下げがされるのは、家庭裁判所によって選任される予定、あるいは現実に審判で選任された成年後見人が、申立人が希望した者と異なり、申立人が思いのとおり本人の財産を管理することができなくなることが動機であると推認される場合が少なくないことを思うと、その感は一層深くなる。しかし、金融機関等に勧められて制度を十分理解しないまま申立てをしたが、後見開始の効果が重大なことを知ったから、費用負担ができないから、親族間で意見が合致しないか

ら、鑑定の結果要件を具備しないことが明らかになったから等の理由で取下げがされる場合も少なくないのであって、そのような場合にも一切取下げを認めないのも適切ではない。このように、取下げがされる理由、動機は種々多様であり、その理由、動機が的確に判明しないことも少なからずあることも当裁判所に顕著であるから、取下げの時期や理由、動機の如何によって個々の事件ごとに取下げを認める場合と認めない場合とを区別する解釈（権利濫用、信義則違反等の法理により例外的に取下げを認めないとする場合を含む。）は、現実には、裁判所にとってその判断を困難なものとし、当事者にとって手続が継続するかしまいかという根本的な点を予測し難いものとするばかりでなく、成年後見制度の運用を不安定とするおそれがある等の事情を考え合わせると、取下げの時期や理由、動機の如何により取下げを認める場合と認めない場合を区別する解釈は相当ではない。

- 3 成年後見制度により保護する必要があると認められる本人について、後見開始審判の申立てが取り下げられることにより保護ができない状態となるのを防ぐためには、検察官による申立てを活用するなど現行法の運用により対応することが考えられるほか、抜本的には、一定の時期（手続の段階）以後は取り下げることができないものとするなどの立法措置によるべきである。

### （コメント）

- 1 私はこの事件を裁判長として担当した（陪席森高重久判事、伊藤正晴判事）。
- 2 成年後見制度は、平成 11 年の民法改正によって、従前の禁治産制度に代わる制度として設けられた。この改正の前後を通じて、本件当時も手続法であった家事審判法には申立の取下げについての規定はなかった。

禁治産制度の時代にも禁治産宣告申立ての取下げが許されるか否かについては、実務の扱い、学説の見解が分かれていたが、昭和 50 年代の後半に 2 件の東京高裁の抗告審決定例（東京高裁昭和 56 年 12 月 3 日決定・判例時報 1035 号 57 頁及び東京高裁昭和 57 年 11 月 30 日決定・判例時報 1062 号 93 頁）が取下げを認める判断を示してからは、実務はその判断に従った運用が多かったと思われた。

成年後見制度となっても、成年後見開始審判は、一定の範囲の申立人

からの申立てによって開始され、家庭裁判所が職権で開始することはないという枠組みに変更がない以上、申立人が申立てを取り下げを認めるという考え方に変更はないと解釈するのが、実務の多数説と認識していた。しかし、申立人が成年後見人候補として推薦する者と家庭裁判所が成年後見人として選任する予定の者、あるいは現に選任された者とが異なる場合を典型として、合理的な理由がないのに、本人に自己の財産を管理・処分する能力がないとする鑑定の結果が得られた後、あるいは後見開始の審判がされた後その確定前に、申立てが取り下げられることは、実務において時に見られた。私は、東京高裁に着任する直前に家庭裁判所に勤務しており、そこで担当した何件かの成年後見開始申立ての中にも、様々な理由で取り下げられる事例があったが、取下げの合理的な理由が明確でないものもあった。

現に保護の必要が認められる本人の状況を目前にして、合理的でない理由から申立てが取り下げられるのを見過ごすのは妥当でないという感覚はよく理解できたし、そのような実務感覚を背景に申立ての取下げを許さないという考え方をとる審判例もあった。本件の原審判もその例と思われた。

- 3 東京高裁の民事通常部では、民事の抗告事件は各部に分配され処理されていたが、家事の抗告事件については、特定の数か部に分配し、その分一定の換算率で民事控訴事件の分配を減らす家事抗告集中部が設けられていた。私の部が家事抗告集中部の1つであったことから本件を担当した。主任裁判官から、数ヶ月前に他の家事抗告集中部が、別の事件で申立人の後見開始審判申立ての取下げを許さないで後見開始審判をした原審に対する即時抗告を棄却した例があるとの報告があり、その決定の写しも読んだ。(東京高裁平成15年6月6日決定。その理由の要旨は後日、判例タイムズ1165号67頁以下に紹介されている。)

しかし、申立権を有する者の申立によってのみ開始される後見開始審判申立事件において、申立人が申立を取り下げてもその効力を認めず、後見開始審判をするのは、手続の基本構造に反する上、個々の事件ごとに取下げを認める場合と認めない場合とを区別する解釈は、裁判所にとってその判断を困難なものとし、当事者にとって手続が継続するかしないかという根本的な点を予測し難いものとするばかりでなく、成年後見制度の運用を不安定とするおそれがある等の事情を考慮すると、妥当

でないと考えられた。

- 4 本決定については、東京家裁後見問題研究会名義で公表された記事は批判的であり（判例タイムズ 1165 号 65 頁以下）、当面は「取下げ権の濫用」のある場合に、取下げの効力を否定することを提案した。成年後見事件の第一線の実務を担当する裁判官の苦心が感じられた。他方、家裁での裁判実務の経験もある岡部喜代子教授（後に最高裁判事）は、過去の学説、裁判例を詳細に検討し、本決定を支持する判例評釈（判例時報 1882 号 184 頁（判例評論 554 号 22 頁））を公表された。
- 5 **（裁判所の判断）** 3 に判断したように、成年後見制度により保護する必要があると認められる本人について、後見開始審判の申立てが取り下げられることにより保護ができない状態となるのを防ぐためには、抜本的には、一定の時期（手続の段階）以後は取り下げることができないものとするなどの立法措置によるべきであると考え、その旨判示した。

平成 25 年 1 月から施行された家事事件手続法では、82 条 1 項に家事審判の申立ての取下げについての一般原則（特別の定めのある場合を除き、審判があるまで、その全部又は一部を取り下げることができる。）を規定すると共に、特別の定めの一つとして 121 条に後見開始等の申立てについては、審判がされる前であっても、家庭裁判所の許可を受けなければ、取り下げることができない旨の規定が置かれた。

**事例 5** 再生手続開始申立前にされた再生債権の一部譲渡により、譲渡前の状態では再生計画案の可決決議の頭数要件を具備しなかったものが頭数要件を具備するものとされたことが、民事再生法 174 条 2 項 3 号所定の「再生計画の決議が不正の方法によって成立するに至ったとき」に該当するとされ、かつ、債権額の 1 パーセントを一括弁済するとの再生計画の決議が、本件事案のもとでは同条 2 項 4 号所定の「再生債権者の一般の利益に反する」として、再生計画認可決定が取り消された事例

**東京高等裁判所平成 19 年 4 月 11 日決定**（判例時報 1969 号 59 頁、金融・商事判例 1269 号 44 頁、金融法務事情 1821 号 44 頁）（許可抗告申立て・許可）

#### **（事案の概要）**

- 1 X は不動産賃貸業等を営む株式会社であり、代表取締役 A 所有の土地を賃借し、その地上にビル（本件建物）を所有して Y<sub>2</sub>らに賃貸してい

たが、株式投資に失敗するなどして経営が破綻した。Xは、平成18年3月9日、東京地裁に再生手続開始の申立てをし、同月14日再生手続を開始する決定を受けた。同手続での届出再生債権者は7名であったが、その内4名はXの代表取締役A、Aの長男のB、次男のC（いずれもXの取締役）、Aの夫が設立した株式会社D（既に経営破綻しているが、Dの金融業者Nからの借入についてXが連帯保証している）であり（以上4名を「X関係者」という）、Y<sub>2</sub>とEの2名は本件建物の賃借人でそれぞれ建設保証金債権及び敷金債権を有し（賃借人債権者）、もう1人のY<sub>1</sub>（株式会社整理回収機構）は、M銀行がX所有の本件建物及びその敷地に設定を受けた根抵当権を担保としてXに貸し付けた貸金債権を根抵当権と共に譲渡された別除権者であったが別除権不足額があった。

上記のB及びCの再生債権は、NがDに貸し付けた債権（Xが連帯保証）が平成15年にNからPに債権譲渡され、平成18年1月31日にPからBに債権譲渡され、その一部が同年2月10日にBからCに債権譲渡されたことで取得した連帯保証債権であったが、主債務者Dからの債権回収の可能性は全くなかった。

- 2 Xは、スポンサー企業から融資を受けて別除権者及び再生債権者に早期一括弁済することを基本方針として、別除権者Y<sub>1</sub>には価額決定事件で確定した本件建物の評価額を支払い、別除権不足額の1%を再生計画認可決定確定後3か月以内に支払う、賃借人債権者2名につき約定賃料6か月分を共益債権として明渡完了後に支払い、その余の債権が更生債権とされ1%を再生計画認可決定確定後3か月以内に支払うこと、X関係者4名に対しては、個別の同意を得ることを条件に、再生債権につき弁済しないことを骨子とする再生計画案を裁判所へ提出した。

平成18年12月5日の債権者集会で、再生債権者7名中過半数であるX関係者4名の賛成（議決権総額の63.69%）により、他の3名が反対したけれども、再生計画案が可決され、同日、裁判所は再生計画には不認可事由がないとして、再生計画認可の決定をした。

- 3 Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>はそれぞれ即時抗告した。抗告理由として、Y<sub>1</sub>は民事再生法174条2項4号、3号、1号の、Y<sub>2</sub>は同条2項4号の、不認可事由の存在を主張した。

### (裁判所の判断)

裁判所は、本件再生計画には、民事再生法 174 条 2 項 3 号及び 4 号に該当する事由があるとして、原決定を取消し、再生計画を認可しない旨の決定をした。ここでは、同条 2 項 3 号に該当するとした理由の要点を紹介し、4 号に該当するとの部分は、長文で複雑であるので省略する。

- 1 民事再生法 172 条の 3 第 1 項が、再生計画案可決の要件として、いわゆる議決権数要件と共に頭数要件を定めた趣旨は、経済的窮境にある債務者について、その債権者の多数の同意を得、かつ、裁判所の認可を受けた再生計画を定めること等により、当該債務者とその債権者との間の民事上の権利関係を適切に調整し、もって当該債務者の事業又は経済生活の再生を図ることを目的とする（民事再生法 1 条）民事再生法の立法趣旨に照らし、議決権数要件のみでは議決に反映されない可能性のある少額債権者（必ずしも債権の絶対額が僅少であるわけではない。）の意向を議決に反映する要件を設けることにより、少額債権者を保護しようとするものである。

このような議決要件を定めておきながら、他方で再生債権を自分の息のかかった者に一部譲渡することにより頭数要件を具備することを許すのでは、再生計画可決の要件に頭数要件を定めた趣旨が狡猾な債権者によってないがしろにされる結果となることは明らかである。

民事再生法 174 条 2 項 3 号所定の「再生計画の決議が不正の方法によって成立するに至ったとき。」にいう「不正の方法」とは、詐欺、脅迫、贈賄及び再生債権者に対する特別な利益の供与に限られるものではなく、再生計画の決議の結果を左右する法が容認しない不公正な方法をいうものと解するのが相当であり、民事再生手続開始申立て後又は申立て直前の再生債権の一部譲渡により、譲渡前の状態では頭数要件を具備しなかったものを、頭数要件を具備するものとするのも、上記不正の方法に該当するものというべきである。

- 2 本件においては・・・1 番、2 番の根抵当権者で大口債権者である Y<sub>1</sub> と任意弁済についての協議が合意に至らないまま交渉が途絶えるや、平成 18 年 1 月 31 日、X の代表取締役の長男で取締役の B が、P から、X の連帯保証が付された D 社に対する回収見込みのない債権を連帯保証債権と共に譲り受け、同年 2 月 10 日、弟（二男）で取締役の C にその一部を債権譲渡し、その 1 か月後に本件再生手続開始申立てがされたもの

で、Cへの債権譲渡がなければ、債権者集会における再生計画案についての議決は、賛成3、反対3で過半数に達せず頭数要件を具備しなかったはずであるところ、Cへの債権譲渡がされたことで頭数要件を具備したものである。このようにして成立した議決は、不正の方法により成立するに至ったものに当たる。

### (コメント)

- 1 私はこの事件を裁判長として担当した（陪席犬飼眞二判事、窪木稔判事）。
- 2 事実の経過からすると、Xの再生手続開始申立の約1か月前にされた、Xの代表者Aの息子でXの取締役であるBとCの間での債権の一部譲渡は、そのままでは頭数要件を具備しない状態であるのを潜脱するため行われたものと考えられ、民事再生法172条の3第1項が、再生計画案可決の要件として、いわゆる議決権数要件（議決権の基礎となる更生債権額の過半数）とは別に頭数要件（出席した議決権者の過半数）をわざわざ定めた趣旨を考えると、民事再生法が許さない不公正な行為であると感じられた。

同法174条2項3号の「再生計画の決議が不正の方法によって成立するに至ったとき」の意味について注釈書や概説書を調べても、「再生債務者または第三者が、再生債権者に対して詐欺脅迫をし、または賄賂その他の再生計画の条件によらない特別の利益を与え、あるいは与える約束をするなどして、計画案に賛成させ、期日に欠席させ、または虚偽の債権を届出させること」とほとんど同趣旨の記述がされていた。それらの行為が「不正の方法」の典型であることは納得できたが、それ以外の行為、特に行為自体は刑事法では違法ではない行為が「不正の方法」に含まれる余地があるかないかについて明確に説明されていないことを物足りなく感じた。ただ、園尾隆司・小林秀之編「条解民事再生法」686頁（三木浩一執筆）が、「「不正の方法」とは、信義誠実に反するあらゆる行為を指す。」としていることを知った。

債権者の債権を多くの場合大幅に免除することで債務者の事業又は経済生活の再生を図る民事再生制度が、債権者や社会一般に受け入れられるためには、債務者自身はもとより債務者側の関係者に、不公正な行為があってはならないのであり、「不正の方法」にはそのような不公正な

行為も含まれると解して良いのではないかと考えた。法の「不正の方法」という文言の解釈としては、単なる信義誠実に反する行為よりも、脱法性の強い「法が容認しない不公正な方法」とするのが適切であると思われた。

また、民事再生法の成立後、同法についての研究会での議論が連載された雑誌記事（伊藤眞外・「研究会 民事再生法 立法・解釈・運用 第9回」ジュリスト1204号54頁以下、特に61頁以下。後にジュリスト増刊「民事再生法逐条研究 解釈と運用」193頁）で、立法担当者の深山卓也官房参事官（現最高裁判事）が、法制審議会で、和議法の時代に頭数要件を越えるために債権を分割譲渡するという一種の脱法的なやり方が行われたことがあったとの議論があった、民事再生法はスピーディーな運用がされているので、和議の時代には濫用的な事例があったのかもしれないが、現在はあまりそういうことを考えなくてもいいのかという感じであるとの趣旨の発言をしつつ、1人だけ大口の債権者がいてたくさんいる他の債権者たちと再生計画の内容についての意見が対立している場合に大口債権者が頭数を揃えたいことがあるかどうかだが、「頭数要件というのはまさにそういう時に、数が多くて小口の債権者たちの利益も保護しようということで入れているわけですからね。」と頭数要件を充足するための債権の分割譲渡を問題視する趣旨の発言をしているのを知った。

合議の上、**（裁判所の判断）**1、2のように判断がまとまった。

3 民事再生法174条2項4号の該当性についても、本件の場合4号に該当する事由があるとして、原決定を取消し、再生計画を認可しないとの結論に至った。

4 Xが申し立てた許可抗告を許可したところ、最高裁判所は平成20年3月13日、本件再生計画案可決の議決には民事再生法174条2項3号の不認可事由があったとして、抗告棄却の決定をした（民集62巻3号860頁、判例時報2002号112頁、判例タイムズ1267号180頁）。同条同項4号違反については判断するまでもないとして判断されなかった。

判断の骨子は次のとおりであった。

「（民事再生）法174条2項3号所定の「再生計画の決議が不正の方法によって成立するに至ったとき」には、議決権を行使した再生債権者が詐欺、強迫又は不正な利益の供与等を受けたことにより再生計画案が可



決された場合はもとより、再生計画案の可決が信義則に反する行為に基づいてされた場合も含まれるものと解するのが相当である（法 38 条 2 項参照。）

（事実関係を整理・確認したうえ）「そうすると、本件再生計画案は、議決権者の過半数の同意が見込まれない状況にあったにもかかわらず、X の取締役である B から同じく X の取締役である C へ回収可能性のない債権の一部が譲渡され、X の関係者 4 名が X に対する債権者となり議決権者の過半数を占めることによって可決されたものであって、本件再生計画の決議は、法 172 条の 3 第 1 項 1 号の少額債権者保護の趣旨を潜脱し、再生債務者である X らの信義則に反する行為によって成立するに至ったものといわざるを得ない。本件再生計画の決議は不正の方法によって成立したものであるべきであり、これと同旨をいう原審の判断は是認することができる。」

**事例 6** 抵当権者に対抗できない建物賃貸借の賃借人から使用貸借して建物を占有する転借人は、建物の売却以前に前所有者（抵当権設定者）が建物の明渡しを求めることができた場合には、民事執行法 83 条 1 項ただし書の「買受人に対抗することができる権原により占有していると認められる者」に該当するといえないと解釈した事例。

東京高等裁判所平成 20 年 4 月 25 日決定（判例時報 2032 号 50 頁、判例タイムズ 1279 号 333 頁、金融・商事判例 1299 号 52 頁）（確定）

**（事案の概要）**

1 A 及び B（A ら）は本件建物部分（共同住宅の一室）及びその敷地を所有し、昭和 63 年、それらの不動産について M の為 に抵当権を設定し抵当権設定登記をした。平成 18 年 5 月、A らは C に本件建物部分及び駐車スペース（本件土地部分、併せて本件不動産という）を賃貸して引き渡し、次いで同年 11 月、C が Y（C の妻の姻戚とされる）に本件建物部分を無償で貸与し、Y が居住占有している。

平成 19 年 3 月、本件建物部分と敷地について、抵当権に基づき競売申立てがされ、X が買受人となり、平成 20 年 1 月、代金を納付し所有権を取得した。

2 X は、Y を相手方として民事執行法 83 条 1 項に基づき本件不動産の引渡命令を申し立てた。東京地裁の民事執行専門部は、本件建物部分につ

いて、Cが民法395条1項により6か月の引渡しのお預を受けける者であり、Cから使用貸借したYはAらの承諾を受けていないとしても、Cの明渡お預期間中は引渡義務の履行を拒むことができるとし、本件土地部分については、Yの占有の事実が具体的に主張されていない等として、Yを審尋することなく、引渡命令の申立てを棄却した（東京地裁平成20年2月28日決定金融・商事判例1299号55頁）。

- 3 Xが、これを不服として執行抗告をした。

### （裁判所の判断）

- 1 裁判所は、本件土地部分については原決定を相当と認めて抗告を棄却したが、本件建物部分については、原決定を取り消して、Yを審尋（民事執行法83条3項）の上判断するため、原審に差し戻した。その取消しの理由について次のとおり判断した。
- 2 「民法395条1項の建物明渡お預制度は、短期貸借制度を廃止する一方、競売による建物の売却によって突然生活・営業の本拠から退去を求められることにより被る不利益を避けるため、抵当権者に対抗することができない貸借に基づき抵当建物を占有する者に対し、一律に一定期間の明渡しのお預を認めるものである。そうすると、建物の売却以前に前所有者（抵当権設定者）が建物の明渡しを求めることができない地位にあった転借人は、競売による売却によって突然退去を求められることになるため前所有者からの賃借人と同様に同条項の保護の対象とする必要があり、賃借人の賃借権を基礎とする占有者として同項の保護を受けることができるというべきであるが、前所有者が明渡しを求めることができた転借人については、常に明渡請求を覚悟しておかなければならない立場にあったのであるから、上記の趣旨に照らして同条項の保護の対象とはならないというべきである。前所有者が明渡しを求めることができた転借人についてまで同条項の保護の対象とすることは、同条項の改正以前にも保護されていなかった者に新たに明渡お預の利益を与えることになり、抵当物件の価値を低下させることになるので、同条項の改正の趣旨にも沿わない。」
- 3 「賃借人が貸借人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益をさせた場合には、「賃借人の当該行為が貸借人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情」がある場合でない限り、貸借人は、貸借契約を解

除することができるし（民法612条）、解除をしなくとも転借人に対して賃借物の返還を求めることができるとされている（最高裁昭和26年5月31日第一小法廷判決・民集5巻6号359頁参照）。すなわち、民法は、転借人について、賃貸人との関係では、賃借人の賃借権が保護されるからといってそれを基礎とする転借権も当然に保護されるとする立場を採っていないのである。」

- 4 本件について検討すると・・・当該転貸借にはAらに対する背信的行為と認めるに足りない特段の事情がある場合とは認められない。したがって、本件記録上、AらはYに対して本件建物部分の明渡しを求めることができたというべきである。

してみると、Yは、買受人であるXに対する関係で民事執行法83条1項ただし書の「買受人に対抗することができる権原により占有していると認められる者」に該当するということはできない。

#### （コメント）

- 1 私はこの事件を裁判長として担当した（陪席窪木稔判事、脇博人判事）。
- 2 抵当権を含む不動産担保権の実行に準用される（民事執行法188条）引渡命令を規定した同法83条1項は平成8年に改正され、「執行裁判所は、代金を納付した買受人の申立てにより、債務者又は不動産の占有者に対し、不動産を買受人に引き渡すべき旨を命ずることができる。ただし、事件の記録上買受人に対抗することができる権原により占有していると認められる者に対しては、この限りでない。」と規定している。

また、平成15年の民法改正により、従前、抵当権設定登記後に登記された短期賃借権が抵当権者に対抗できることを規定していた民法395条が改正され、短期賃借権保護制度が廃止され、これに代えて、抵当権者に対抗することができない賃貸借に基づく建物占有者の保護の観点から、建物の引渡しを買受人の買い受けの時から6か月猶予する制度が創設された（現行民法395条1項）。

この明渡猶予の要件を具備した賃借人は、引渡命令の対象者とならないことは明かであるが、その賃借人から転借して建物を使用収益している転借人が引渡命令の対象者になるか否かは、条文上必ずしも明かではない。本件は、転借が使用貸借であるが、転借人Yに対する引渡命令の

可否が問題となった。

- 3 原決定は、Yは、Cとの使用貸借に基づき本件建物部分を占有しており、その占有権原はCの賃借権を基礎としているものであるから、Cの明渡猶予期間中は、同様に、Xに対し、本件建物部分の引渡義務の履行を拒むことができると解されると判断した。この考え方は、建物明渡猶予制度の創設時以来の東京地裁民事執行専門部裁判官あるいは元同部勤務の裁判官の説（例えば、畑一郎「担保・執行法制の見直しと執行官事務」判例タイムズ1123号9頁、内田義厚「新担保・執行法制と民事執行実務」判例タイムズ1149号47頁、谷口園恵「短期賃貸借保護の廃止と建物明渡猶予による保護」新民事執行実務3号63頁、東京地方裁判所民事執行センター（池田知史執筆）「転借人と建物明渡猶予制度」金融法務事情1798号25頁等）を採用したものと考えられた。

しかし、同じく建物賃借人からの転借人といっても、賃貸人である前所有者との関係では、賃貸人の承諾のある転借人と賃貸人の承諾のない転借人では法的地位が異なるのではないか、その差異は買受人との関係でも考慮すべきなのではないか、と考えられた。直接そのことを論じた文献は見当たらなかった。

上記改正後の民法では抵当権設定登記後の短期賃貸借は買受人に対抗できず、明渡が猶予されているだけであるから、買受人が転借人から引渡命令により引渡しを受けた場合、賃借人が自分への引渡しを請求できないので、買受人が引渡命令を求める実益もあると考えた。

- 4 本決定の判断は、概ね研究者の賛同を得た（例えば、中野貞一郎＝下村正明「民事執行法」590頁注(5)、新版注釈民法(9)（改訂版）461頁（占部洋之執筆）、他本決定の判例評釈）。しかし、東京地裁民事執行専門部裁判官等は、原決定の考え方を維持している（東京地方裁判所民事執行センター実務研究会編著「民事執行の実務 不動産執行編（下）第4版」186頁、山下真「明渡猶予制度を巡る諸問題」（竹田光広編著『民事執行実務の論点』285頁）等）。専門部の裁判官の矜持とすべきであろう。

（2020年3月23日稿）