



わだち

WADACHI

梅ヶ枝中央法律事務所
わだち **第24号**
2012年 新春号

▶ 謹賀新年 変化と普遍を求めて	山田 庸男	2
▶ 東京事務所だより	林 友宏	3
▶ 帰任のご挨拶	梁 栄文	4
▶ 留学先から	河合 順子	5
▶ 新人弁護士のご紹介		6
▶ 法テラススタッフ弁護士 退任挨拶	篠崎 元貴	6
▶ 新スタッフ弁護士のご紹介		6
▶ お酒の話	西條合資会社	6
▶ 税務のコーナー	東 圭一	7
▶ 退職後の同業他社への就業について	二宮 誠行	8
▶ 日本人と外国人が離婚する場合	三好 吉安	10
▶ 不貞行為と婚姻関係破綻の時期	増田 広充	11
▶ 企業の再生 ～弁護士ができること	西原 和彦	12
▶ 知財コーナー	中世古裕之	14
▶ 暴力団排除条例・暴排条項について	中村 和洋	16
▶ 近時の注目判例	氏家真紀子	19
▶ 健康一口メモ	橋本 聰一	20



謹賀新年

変化と普遍を求めて

弁護士 山田庸男



皆様におかれましては健やかに新年を迎えることとお慶び申し上げます。

昨年3月11日に北関東・東北地方を襲った東日本大震災は、東北三県を中心に未曾有の甚大な被害をもたらし、未だに復旧、復興の道筋さえ見えず、日本経済に深刻な影響を与えています。また、福島原発被害もその実態すら未だに見えず深刻な人体被害が憂慮される中で収束の見通しすら立たない状況で正に国家的危機に瀕しています。

国際社会に目を転じますと、ユーロ圏ではギリシャの金融危機に適切に対応できないばかりか、イタリア、スペインなどにも危機が飛び火する勢いで、未だに金融不安が世界規模で生じています。

超大国アメリカでも、依然として景気が低迷し失業率が増加し雇用を求める人達が町に溢れている状況で、昨秋頃にウォール街を発端とするデモが拡大し、アメリカ各地に拡がりました。

某新聞のコラムによれば、日本の「ニンジャ(NINJA)」という単語は海外でもよく知られた日本語の一つですが、欧米では破綻したサブプライムローンに関連し、ノウインカム、ノウジョブ・アソッド・アセット(No Income, No Job and Asset)の頭文字をつなげた言葉として、「収入も

仕事も資産もない状況」を指して「ニンジャ」と呼んでいるそうです。

アメリカの貧困の解消や格差の是正を主張しているインターネットによるデモの呼びかけは、実体があかぬところも正に「忍者」を連想させます。日本の経済も、アメリカと同様の状況にあるだけに対岸の出来事と座視できないように思います。

ネットによる民主化への呼びかけで中東を中心に国民が蜂起しエジプト、チュニジアそしてリビアと相次いで独裁政権が崩壊し、「中東の嵐」と呼ばれる政変も記憶に新しいところです。

振り返りますと、正に、昨年は地球規模で21世紀に対する多くの課題を突きつけられた年でした。しかしながら、とても人類に英知でこれらの課題に克服する道筋を付けたと言える状況ではなく、多くの課題を持ち越した1年でありました。

国民の間からは、現在の政治家や官僚にはもはや期待できないという声も聞かれます。

しかし批判するだけでは何も生まれません。批判するだけで終わるのではなく、個々人それぞれが建設的に問題意識を共有して知恵を出し、気概をもって国造りに取り組むべきであろうと思います。

本年は、正に人類の英知を試される年のスタートでその正念場を迎えつつあるように思っています。

今年は、本年を国内外のこれらの閉塞感を打ち破る年とするために、政治・経済・教育などの多方面の大きな変化を求めたいと思います。

他方では、戦後脈々と培われながら、バブル経済の象徴ともいべき拝金主義の中で失われた「共生の精神」や「思いやりの和の心」の精神を大切にして、社会の仕組みとしてこれらをどのように再構築し、貧困の解消や格差の是正を図りながらセーフティネットを充実させるのかを考えたいと思います。普遍の原理は、個人の尊厳の尊重にあると思います。

さて、当事務所は、昨年3月に林弁護士を所長として東京事務所を開設しました。種を蒔かない限りは芽を出さないと判断し、事務所の将来像を議論する中で決断しました。

未だとても芽を出したとは言えない状況ですが、事務所の将来を考えると貴重な一石になると考えており、大阪に軸足を置きつつ、情報や経済が東京に一局集中している時代の流れにも対応をしていきたいと考えています。

私は、大阪・東京を頻りに往復する日々で、年甲斐もなくと笑われそうですが、新鮮な気分を味わいつつ、志を高く持つて、しばらくは先頭を走り続けたいと密かに思っています。

本年1月から新たに犬飼、岩田、渡邊の新人弁護士が3名加入し、仲間が増えることになりました。昨年10月からは梁弁護士が韓国留学を終え執務に復帰しています。河合順子弁護士もアメリカ・中国での留学を終え、今秋には帰国予定です。事務所もお陰様で徐々に体勢が整いつつあります。私の頭の中では仕事があるから人を増やすのではなく、仕事を増やすために人を増やすという経営戦略の発想で、新しい仲間を輪を拡げる挑戦を続けています。保守的と言われる法曹の世界でも、確実に変化への対応が求められているという半ば危機感からの発想です。

地球規模においても、また、我々のような小さな職場においても、種々の危機感を感じますが、この中でこそ知恵と戦略が生まれてくると思います。チャレンジの年にしたいと決意を新たにしています。

皆様方におかれましても、多難な年ではありますが、笑顔が生まれる1年となりますように祈念致しております。

東京 事務所 だより



弁護士 林 友宏

2011年3月に当弁護士法人の東京事務所が開設されて、早くも1年弱が経過しました。

私はもともと広島県出身で、大学入学から東京事務所が開設されるまでの間は大阪で生活していましたので、東京で生活するようになって1年弱が経過したことになりました。

私が東京に来た当初、東京での生活が初めてだったので、周りに知り合いがほとんどいない状況でした。東京で充実した生活を送っていくためには、少しでも知り合いが多いことに越したことはありません。

そこで、東京に来てすぐの私が始めたことは、知り合いを増やすことでした。定期的に開催されている勉強会、セミナー、交流会等に積極的に参加して、いろいろな方と知り合う機会を作りました。参加した勉強会等の出席者との間で名刺を交換し、公私にわたる話をしていく中で、次第にこちらでも知り合いが増えていきました。なかでも、士業の方々と知り合うことができたことは私にとって大きな財産になっています。

士業とは、弁護士、税理士、司法書士、社会保険労務士などのように「〇〇士」と

いう資格を持って仕事をしている人たちのことです。とりわけ独立している士業の方々の多くは野心に溢れており、独立後すぐに自分で営業活動を行い、依頼者から仕事の依頼を受けていました。

私が東京に来た時期に独立された士業の方が、少しずつ顧問先や依頼者を増やしていく姿を間近で見ているのですが、身近な目標としてとても刺激になっています。東京は士業の人数も多く、待つだけで仕事を獲得できるという環境ではありません。そのような中で、士業の方々が積極的に依頼者のもとに向いて行つて、仕事につながるような活動している姿は、見習うべきところが多いです。このような士業の方々とこれから良い刺激を受けながらともに成長できたらと思います。

私が、東京で初めて個人的にご依頼いただいた案件も、まさにこのような士業の方からのご紹介によるものでした。ある日、士業の方からお電話をいただき、ある相談に応じて欲しいとのことでした。そこで、ご本人と法律相談を行い、最終的に仕事のご依頼を受けるに至りました。

このときの感激は、今でも忘れません。何もなかったところからスタートし、人脈を

広げていき、初めて個人的にご依頼いただいたという経験は、何物にも代えがたいものでした。東京事務所の開設に最初から携わったからこそ得られた貴重な経験です。この経験はこれからもずっと大切にしたいと思っています。

その他にも、少しずつですが、東京事務所でご相談やご依頼をいただけるようになっていきます。例えば、ある会社からは、新規の取引をする際に、相手方と締結する契約書の内容を事前に確認してほしいというご依頼をいただきました。

契約書は、相互の権利や義務を決めるものですから、後日紛争が起きないように内容をしっかりと確認しておく必要があるのです。そこで、その会社の立場を踏まえ、契約書の上でどのようなリスクがあるのかを分析していくことが重要になってくるのです。また、他にも、会社の日常的な業務において、取引先や顧客に対する対応のご相談を受けることがあります。

取引先や顧客との対応していく中で、どこまでが法的な義務として要求されているのかという点については、個別具体的な事実を前提に判断されるので、詳しい状況を聞き取りながら、最善の解決策を提案でき

るようにしています。

また、個人の依頼者の方からのご依頼も増えてきました。個人の依頼者の方については、士業の方からご紹介いただくことが多いです。具体的には、債務整理、離婚、相続、交通事故等のご依頼を受けています。東京事務所から少し遠い場所にお住まいの依頼者の方で東京事務所にお越しただくことが難しい場合は、私が直接依頼者の方のお住まいまで訪問するようにしています。

個人の依頼者の方の場合、周りに相談できる人がいないため、問題を抱え込んでしまい、どのように解決したら良いのか分からないという状況にあることが少なくありません。そのような依頼者の方のそばに寄り添って、少しでも問題を解決できるようにできればと思いながらご依頼に取り組みようにしています。

以上のように、東京事務所が開設されてから1年弱ですが、少しずつ依頼者の方からのご相談やご依頼が増えてきています。これまでの活動を振り返ってみると、当事務所として初めて東京事務所を開設したのですが、東京事務所と私の存在も少しずつ認識されつつあるのではないかと実感を持っています。

今後は、これまで以上に行動範囲を広げていき、東京事務所と私の認知度をもっともつと上げていきたいと考えています。東京事務所の近くにいらつしやる方々に、これから当事務所や私のことをより知っていただき、何かあったときに頼りになる事務所・弁護士になつていきたいと思っています。今後ともよろしくお願いいたします。

帰任のご挨拶



弁護士 梁 栄文

1年3か月間の韓国・ソウルでの留学生活を終え、平成23年10月3日より勤務を再開しました。

当初は1年間の予定で留学生活をスタートしましたが、その後3か月間延長し、9月末日に留学を終え、10月1日に大阪に戻ってまいりました。

留学期間中は、ソウルにて顧問先様から韓国案件のご相談をお受けすることも少なからずあり、充実した留学となりました。これも皆様のお力添えの賜です。心より御礼申し上げます。

終えてみればあつという間の留学生活で、勤務を再開して従前の生活に戻ると、留学そのものが夢のことであつたかのように感じます。他方で、留学前は不自由であつた韓国語が、韓国ドラマを見ていてもその内容を理解できるようになったことや、留学生活を通じて得た人脈や知識が仕事面で役立つたときには、留学に行つたのだなと実感するところです。

留学生活で強く感じたのは、韓国では、まだまだハングリー精神に満ちている人が多いということです。

日本と異なり、韓国ではアルバイトだけで生活して行くのは厳しく、また、就職事情も日本よりもはるかに厳しい状況にあ

ります。そして韓国の圧倒的多くの産業が、内需だけでは到底やっていけないことから、日本と比べ、外国との交流に対する意識のレベルが非常に高いように思われます。

これらの諸要因が80%を優に超える大学進学率、早期留学などに繋がっています。それはそれで深刻な副作用も生じさせているのですが、韓国に進出した日系企業から見れば、優秀な人材を採用し易いというメリットがあり、これは今後も日系企業による韓国進出を後押しするものと思われま

す。また、このような人材が豊富にいることが韓国経済の持続的成長を可能とするとするであろうと思われま

す。話は変わりますが、韓国は、韓国籍である私にとって母国ですが、大阪で生まれ育ち、言葉が通じず、親戚もいない私にとっては異国も同然でした。

留学当初は言葉もろくに通じず、ストレスが溜まる毎日で、韓国語の勉強に明け暮れていました。それが半年を経たあたりから、少しずつ韓国語でコミュニケーションを取れるようになるにつれ、人脈も広がり、留学生活が段々と充実したものになっていきました。

これは、研修先であつた韓国法務法人忠正の方々、留学仲間であつた在日韓国人の

弁護士の方々、懇意にして下さった日系企業駐在員の方々のお陰であり、また日本に戻ったいまも何かとお世話になっています。ことをこの場をお借りして深く御礼申し上げます。

ところで、ソウルでの生活で一番悩ましかったのはやはり食べ物です。

ソウルにいくと、どうしても日本食が恋しくなります(逆に、出張等で、日本に1週間程度いると韓国食が恋しくなりました)。留学して2、3週間くらい経つたところで、韓国料理に飽きて日本食が恋しくなつたとき、そこそこ美味しい豚カツ屋さんを見付けて久しぶりに豚カツを食べたときは、思わず目頭が熱くなりました。

また、酒文化も日本と少し異なり、少々悩ませるところがありました。韓国人は総じてお酒に強い人が多く、また飲み方も、バクダン酒(ウイスキーをビールで割つたもの)やソメ(焼酎をビールで割つたもの)を好んで飲みます。ただ、韓国では、ウイスキーは高級酒であり(日本の20年くらい前と同じく関税が高いでしょう)、バクダン酒みたいに馬鹿な飲み方をするのは弁護士くらいだと言う方もいます。

ソウルでは、日本食の人氣が高く、日本の大手飲食店も少なからず進出しています。

ただ、総じて日本食は、居酒屋を含めて料金がやや高い店が多いことが日系企業のソウル駐在員を悩ませていると思います。例えば、日本の焼酎をボトルで頼むと、日本の市価の5倍くらいは簡単に取られます。

日本で、飲食の面でも韓流人氣が続き、韓国でも、日本食、日本のお酒の人氣が高い中、今後、日韓の交流がさらに活発化し、仮にFTAの締結などに至れば、食文化の面でもさらに関係が深まり、相互に名実とも真に最も近い国となる日に向けた歩みとなるでしょう。

日韓関係は、ここ十数年で様変わりしていると思います。その傾向は今後も続くでしょう。

それを見越して、例えば、韓国本国に生活の根拠を置く韓国人が日本の新司法試験に合格して日本の法曹資格を得、または近い将来に得るであろうというケースが、2、3名の範囲ですが、生じてきております。

日韓には、歴史問題のわだかまり等が残っていますが、これを超えて真に近い国となることは相互にとって有益であり、必要不可欠なことであろうと思います。

私としては、この留学経験を活かし、あらゆる面で、両国の架け橋となる役割を果たしたいと思っている次第です。

まだまだ若輩者ですが、勤務を再開するに際しまして、従前にも増して誠心誠意皆様のご期待にお応えできるよう努力する所存でございます。

皆様方におかれましては、どうか今後ともよろしくお願い申し上げます。



中国の株主代表訴訟

私は2011年9月から北京大学法科大学院の修士課程で中国法の研究をしています。長引く不況の中で何かと注目を集める中国ビジネス、そのビジネスの基本を支える法律を学ぶべく北京大学で学ぶ機会を頂きました。北京大学で中国法の勉強をするかたわら、中国法務の実務についても学んで帰りたいと思っています。

1. 中国・米国・日本の概要と貿易

中国・米国・日本の基本的な2010年度のデータを比較してみたいと思います。中国の人口は日本の10倍以上、国土面積は約26倍、実質GDP成長率、消費者物価上昇指数の伸び率は日本と比較にならないほど大きく、失業率は日本とくらべ低くなっています(図表1参照)。

日本の対中国貿易の実態1をみると、2007年に対中国の輸出入を合わせた貿易額は278,745億円(17.7%)で、対米国の貿易額の252,449億円(16.1%)を上回って以降、対中国貿易は右肩上がりに膨らみ、2010年度は、対中国の貿易額が日本の貿易額の1位の264,985億円(20.7%)、対米国は162,854億円(12.7%)となっています。

これらのデータや全世界的な不況の中で成長する中国経済と対中貿易の割合からも分かります。中国は日本にとって非常に重要な市場となっています。今回は中国会社法に基づき設立された株式会社の株主代表訴訟における当事者適格(原告・被告)について紹介したいと思います。

2. 中国会社法の株主代表訴訟

(1) 概要

1993年、最初の中国の会社法(中華人民共和国公司法)が制定されました。会社の機関としては、株主総会、取締役会、監査役会、執行役が設置されましたが、会社のコーポレート・ガバナンスに重要な役割を果たす株主代表訴訟に関する規定は存在しませんでした。

会社法制定による国有企業の会社法人化の促進は、会社の所有と経営の分離も目的としていましたが、支配株主による会社利益の侵害という問題は大きなものでした。そこで中小株主の権利保護を目的として、2005年の会社法改正で株主代表訴訟制度が規定されました。

改正会社法150条では取締役、監査役及び高級管理職2が職務執行にあたり法規や定款に違反して会社に損害を与えた場合に会社に対して損害賠償を負うことを規定しており、152条は株主代表訴訟を提起するための要件とその対象について規定しています。

(2) 原告・被告

原告となれる株主は180日以上連続で、単独

又は合計で会社の株式の1%以上の株式を所有している株主です。この1%以上の株式保有要件というのは現実的には厳しいものであると言われています。まず株主は、会社の訴訟の提起を監査役会及び取締役会に請求することができ、書面受領後に監査役会又は取締役会が訴訟を提起しない場合又は緊急の場合は、自己の名前で直接訴訟提起できます。この点、改正会社法では、取締役の違法行為の責任を問う場合は違法行為時に株式を所有している必要があるのか、または、訴訟継続中にもその持株数を維持する必要があるのかについての規定はありません。

次に被告となるのは、取締役、監査役及び高級管理職の他に、会社の適法な權益を侵害した「他人」も含まれると規定し、第三者も被告とすることができます。この点については日本の会社法下の株主代表訴訟と異なります。

(3) 会社の適法な權益を侵害した「他人」

「他人」については、法律上でその範囲について規定するものがないことから、会社と第三者との間になんらかの債権債務関係が存在すればその者を含むことができると広く解する見解、会社の支配株主等に限定して解釈すべきとする見解、これまでの判例の分析から会社の支配株主、会社の業務について意見をした不動産鑑定士、会計士等の専門機関、違法な行政行為によって会社に損害をあたえた行政機関を含むとする見解があります。ここで、会社法217条2号は、支配株主とはその保有する株式が株式会社の株式資本総額の50%以上を占める、又は、保有株式の比率が50%未満であってもその保有株式により有する議決権が株主総会又は株主総会の議決権に重大な影響を与える場合に支配株主と認められると規定しています。

3. 終わりに

日本の会社法に基づく株主代表訴訟と非常に似た構造をもつ中国の株主代表訴訟ですが、大きな違いは、株主が原告となるには1%の持株数要件があること、そして、株主は「他人」を被告としても訴訟提起できることです。この2点については2005年の会社法制定から判例の蓄積が未だ少ないこと、法解釈についての学説も分かれることから今後の動向を確認する必要があります。(図表1)

(図表1)

	日 本	米 国	中華人民共和国
人口	12,805万人	31,168万人	133,972万人
国土面積	377,947km ²	9,826,675km ²	9,600,000km ²
実質GDP成長率(%)	2.4	3.0	10.3
消費者物価上昇指数	-0.7	1.6	3.3
失業率	5.1	9.6	4.1

(日本貿易振興機構等の資料より作成)

不思議な感じの

「みなし贈与」



税理士法人 関西合同事務所
税理士 東 圭一

一 贈与を受けると納税義務

税法では「贈与」の定義の定めはなく、民法が定めている定義を借用しています。民法でいう「贈与」とは、当事者の一方が自己の財産を無償で与える意思表示を行い、相手方が受託することによって成立する契約です。

贈与契約により、金銭や物（動産、不動産）を贈与すると贈与税の納税義務が生じます。贈与で財産を取得した者が、1年間に取得した財産の価格が基礎控除額を超え、贈与税額が算定されると、翌年2月1日から3月15日までに贈与税の申告書を所轄税務署長に提出し納税を行うことが必要となります。

ここでいう財産の価格は、贈与により取得した時の価額を原則（相続税法22条）としていますが、課税実務上は財産評価基本通達で評価された金額となります（財産評価基本通達1）。

たとえば時価1億円（財産評価基本通達で定める評価方法により算定された金額）の土地を贈与により取得すると、1億円から基礎控除（110万円）。相続税法21条の5では60万円ですが、相続特別措置法で修正されています（差し引いた9,890万円に贈与税率を乗じて算出された贈与税を納税することになります）。

このように、贈与によって財産を無償で取得すると、財産を取得した者（受贈者）に贈与税の納税義務が成立します。財産の移動がある贈与契約であれば一般の人も理解しやすいと思います。

二 財産が移転しない場合の課税

しかし、相続税法は、贈与契約によって財産を取得した者以外にも贈与があったとする以下のような、みなし贈与の規定を置き、贈与税課税を行うことにしています。

1. 著しい低い価格の対価で財産を譲り受けた場合においては、財産の譲渡があった時において、その財産を譲渡した者から贈与があったものとみなし、贈与税課税を行う。（低額譲受 相続税法7条）
2. 対価を支払わないで又は著しく低い対価で債務の免除、引受、債務の弁済（以下債務の免除等）による利益を受けた場合には、その債務の免除等があった時においてその債務の免除、引受、債務の弁済をした者から贈与があったものとみなし、贈与税課税を行う。（債務免除等 相続税法8条）
3. 対価を支払わないで又は著しく低い価格の対価で経済的利益を受けた場合においては、その利益を受けた時において、その利益を受けさせた者から贈与があったものとみなし、贈与税課税を行う。（その

他の利益の享受 相続税法9条）これらの規定は、民法上の贈与に該当しない場合であっても、これらの事実が実質的に贈与による利益移転と同様であり、これを放置すると課税の公平を害するという趣旨から、贈与により取得したものとみなして課税するというものです。

低額譲受、債務免除等は、比較的理解がしやすいと思いますが、『その他の利益の享受』は、なかなか理解が困難だと思います。

そこで、相続税法では基本通達に『その他の利益の享受』の具体的な例示を置いています。

- ① 同族会社に対する財産の無償提供・債務免除、著しく低い価額での現物出資・財産譲渡（相続税法基本通達9-2）
- ② 同族会社が新株引受権を株主の親族その他特別の関係のある者に付与した場合（相続税法基本通達9-4）
- ③ 同族会社で株式割当権者の失権株が発生した場合（相続税法基本通達9-7）
- ④ 婚姻の取消又は離婚により、財産の取得があった場合（相続税法基本通達9-8但書）などです。

前記②について簡単に説明します。

新株引受権（会社法202条では募集株式引受権）は、株主に付与することが出来ると定められており、反対解釈により株主以外の者にも付与できます。

通常、同族会社の株主は少数で、特定の同族グループが支配していることが少なくありません。そのため、既存の株主以外の者に對し、特に有利な発行価格で新株を発行することが比較的容易で、新株発行に関する差止請求が行われる可能性もほぼありません。

このような同族会社の特徴を考えると、既存の株主以外の者（特に株主以外の親族）に、新株

を時価より低い価額で引き受けさせる方法で財産的な価値を移転させることが可能となります。

そこで、同族会社が時価より低い価額で新株を発行する場合、新株発行後、旧株主から新株主へ価値の移転が生じたと考え、新株引受権者に贈与税課税を図ることにしています。

また前記④については、婚姻の取消又は離婚によって財産分与を受けたとしても、直ちに贈与があったとみなされるわけではありません。婚姻の取消又は離婚があった場合には、夫婦の一方は、相手方に対する財産分与の請求を当然にすることが出来るためです。

しかし、婚姻期間中の夫婦の協力によって得た財産の価額その他一切の事情を考慮しても過分な財産分与であると認められると、離婚を手段とする贈与税又は相続税のほ脱を防ぐという観点から贈与課税が行われることがあります。

なお、財産分与として譲渡所得の基因となる資産を給付した場合には、別途譲渡所得税の課税関係も発生しますので注意が必要です。

三 課税の観点からの検討を

贈与税は、贈与契約により生じる財産の取得代金を課税対象としているわけではなく、実際の贈与契約によらなくても経済的利益を得た場合には、贈与があつとして『みなし贈与』を規定し課税の対象としています。

これは、将来発生する相続税の課税回避を防止し、課税の公平を図る趣旨で設けられた制度ですが、見落としやすい内容といえます。

贈与の意思決定をする際には、『税』の観点からの検討を必ず行うことをお勧め致します。

退職後の同業他社への 就業について



弁護士 二宮 誠行

第1 はじめに

従業員が勤め先を退職し、独立して同種の事業を興したり、同業他社に入社するということはよくあります。しかし、元の勤め先の会社等（以下「会社等」といいます）にとつてみれば、有能な従業員を失うことになるうえに、自社の企業秘密を知り得るライバル会社が出現するという二重の痛手を被ることになるため、できるだけ避けたいというのが正直なところだと思います。

そのため、会社によつては、従業員に対し、退職後同業他社に入社したり、自ら同種事業を興したりすることを禁じている場合があります。これを競合禁止義務といいます。

しかしながら、他方で、従業員のこのよ

第2 競業禁止義務の根拠

うな選択は、職業選択の自由（憲法22条、退職の自由（民法627条）に関わるものであるため、会社にとつて不都合だといだけの理由で一方的に排除することはできません。

そこで、従業員は勤め先に対してどのような場合に競業禁止義務を負うのかということが問題になります。

現行法では、退職した従業員に対して競業禁止義務を負わせる旨の規定はありません。従つて、従業員は、勤め先を退職した場合、当然に競業禁止義務を負うことにはなりません。

そのため、会社等が従業員に対して労働

契約終了後も競業禁止義務を負わせたいと考えるのであれば、就業規則や個別の合意書において、競業禁止義務を明記しておく必要があります。

逆に、従業員側が、退職後に同種事業への参入を予定しているのであれば、就業規則を排除することは難しいとしても、退職時にそのような内容の書面の差し入れを要求された場合は、きっぱりと拒絶するべきです。

第3 明記されている場合

就業規則や個別の合意書に競業禁止義務が明記されていたとしても、その内容が無条件に有効となるわけではありません。

競業禁止義務が、憲法の保障する職業選択の自由を制限するものである以上、その内容は合理的なものでなくてはならず、例えば、退職後に、時期、場所、事業内容を全く限定せず一切の協業行為を禁止するといような内容の約定は、裁判になった場合無効と判断される可能性が高いこととなります。

この点に関して、次のような裁判例があります。

参考判例1

（東京高裁判平成22年4月27日判決）

【事案の概要】

X社は、空調制御機器等の計装工事、保守、空調設備の販売、設計等を行う株式会社であり、Yはその従業員であった。

X社の就業規則では、従業員は、退職後1年の間、会社の承認がない限り、原則とし

て、会社と競合する事業を行うこと及び競業他社に就職することが禁じられており、これに違反した場合、会社は、退職金の不支給等または支給した退職金の返還請求等の措置を講じることがある旨規定されていた。

Yは、X社を退職した翌日、同業のA社に入社したが、このことをX社に告げることなく、同社より退職金約400万円の支給を受けた。なお、A社は、同社の元役員が設立した会社であり、X社を辞めた元従業員が十数人入社している会社である。

そこで、X社は、Yに対し、退職直後に競業他社に就職したことが退職金不支給（返還）事由に該当するとして、既にYに支給していた退職金の返還を求めた。

【二審判決】

一審の東京地裁平成21年11月9日判決は、①競業禁止の期間が1年に限定されていること、②X社の承認によつて競業が認められる余地があること、③X社のノウハウを習得した元従業員が10名以上もA社に入社していること、④従来X社が受注していた業務をA社が受注している例があることなどを指摘して、競業禁止義務条項を設ける一定の合理性があることは認めつつ、X社が、A社以外の競業他社への転職に対しては退職金の不支給措置を講じていないことに照らせば、競業禁止等条項によつて保護されるノウハウの要保護性がそれほど高いとはいえないこと、競業禁止の対象行為・区域が広範・無限定であること、代償措置がなら講じられていないことなどを理由に、本件競業禁止義務条項は従業員の職業選択の自由に対する過度な制約であつて合理性をもたず、公序に反し無効（民法90条）

であるとして、X社の請求を棄却した。

X社はこの判決を不服として、東京高裁に控訴した。

【東京高裁判決】

東京高裁は、競業禁止義務が従業員の職業選択の自由に広範かつ重大な制約を加えるものであるにもかかわらず、本件ではその適用を受ける従業員に対し何らの代償措置も講じられていないことから、本件規定によって禁止される競業行為は、それによって会社の営業機密を開示、漏洩し、あるいはこれを第三者のために使用するに至るような態様のものに限定されるものと解すべきであると解釈した。そのうえで、Yの有する作業ノウハウはその性質上控訴人の営業機密に当たると認め難いことから、YがX社を退職した後競業他社に転職することにより、X社の営業機密を開示、漏洩し、あるいはこれを第三者のために使用することとなるとの事情は認められないとして、YのA社への転職は本件競業禁止規定の禁止するところではないと判示し、X社の控訴を棄却した。

この裁判例を参考にすると、競業禁止義務を定めた就業規則や合意書等が有効か無効かを判断するためには、以下のような要素を考慮することになります。

- ・ 競業禁止の期間・対象行為・対象区域に制限があるか
- ・ 競業を禁止することによる代償措置が講じられているか
- ・ 競業禁止の効果は絶対的か
- ・ 特定の同業他社から従業員の引き抜きが繰り返されているなど、競業禁止義務

務の設定を必要とする理由が存在するか

- ・ 競業禁止によって他社への流出を阻止しようとしている営業機密の要保護性の程度

第4 明記されていない場合

一方、就業規則や個別の合意書に競業禁止義務が明記されていない場合であっても、従業員側の競業行為の態様によっては、不法行為が成立する場合があると考えられています。

この点に関して以下の裁判例を紹介いたします。これは、退職後の競業禁止義務に関する約定がない場合に、退職した従業員による競業行為が発覚したという問題について、最高裁判所が初めて判断したケースです。

参考判例2

（最高裁判平成22年3月25日判決）

【事案の概要】

X社は、産業用ロボットや金属工作機械部分品の製造等を業とする従業員10名程度の株式会社であり、Yは同社の従業員であった。なお、同社とYとの間で退職後の競業禁止義務に関する特約等は定められていなかった。

Yは、Xを退職し、工作機械部品製作等に係るXと同種の事業を開始した。

Yは、退職にあたり、X社勤務時に担当していた取引先等（以下「本件取引先等」という。）に退職のあいさつをするともに、退職後X社と同種の事業を営むので受注を希望する旨を伝えた。

その後、Yは、本件取引先等から仕事を受注するようになった。

しかし、Yは、X社に対して、競業行為を行うことを告げていなかった。

X社は、Y退職後、本件取引先等以外の取引先から受注した仕事をこなすのに忙しく、従来のように本件取引先等に営業に出向くことは出来なくなり、本件取引先等からの受注額が激減し、Y退職後は従前の5分の1程度に減少した。

そこで、X社は、Yに対し、競業行為によって損害を被ったとして不法行為等に基づく損害賠償を請求した。

【原審判決】

原審の名古屋高裁判平成21年3月5日判決は、①Yは、本件取引先等を主たる取引先として事業を運営していくことを企図して本件競業行為を開始し、②競業行為をX社に気付かれないような隠ぺい工作等をしたが、③Yと本件取引先等との従前の営業上のつながり、すなわち顧客情報を利用してX社から本件取引先を奪い、④売上げのほぼすべて（8〜9割）を本件取引先等から得るようになる一方で、これによりX社に大きな損害を与えたことなどを理由に、X社の請求を認め、Yに対して損害の賠償を命じた。

Yは原審の判決を不服として最高裁判所に上告した。

【最高裁判所の判断】

最高裁は、まず、元従業員（この事案では「Y」）による競業行為が不法行為に該当するのは、『元従業員等の競業行為が、社会通念上自由競争の範囲を逸脱した違法な態様で元雇用者の顧客を奪取したとみら

れるような場合』であるとの基準を示した。そのうえで、本判決は①退職のあいさつの際などに取引先の一部に対して独立後の受注希望を伝える程度のことはしているものの、本件取引先等の営業担当であったことに基づく人的関係等を利用することを超えて、X社の営業秘密に係る情報を用いたり、X社の信用をおとしめたりするなどの不当な方法で営業活動を行ったことは認められないこと、②Yの退職直後にX社の営業が弱体化した状況を殊更利用したとも言えないこと、③退職者は競業行為を行うことについて元の勤務先に開示する義務を当然に負うものではないこと等を認め、Yらによる本件競業行為は、社会通念上自由競争の範囲を逸脱した違法なものということはできず、X社に対する不法行為には当たらないと判断して、X社による損害賠償の請求を棄却した。

この最高裁の判示からすると、就業規則や個別の合意書が存在しない場合、退職した従業員は、在職中の取引先との人的関係を退職後別会社で利用して受注するなどしても、原則として不法行為は成立しないことになります。

ただし、退職した従業員が、単に在職中の人間関係を使用したというにとどまらず、元の会社の営業秘密に係る情報を利用したり、元の会社の信用を既存するなどの不当な方法で営業活動を行うなど、社会通念上自由競争の範囲を逸脱するような対応で競業行為を行ったと認められる場合には、不法行為が成立することになります。

日本人と 外国人が 離婚 する場合



弁護士 三好 吉安

日本人と外国人の離婚手続で注意しなければならぬのは、「準拠法」と「国際裁判管轄」です。

準拠法は、離婚の可否をどの国の法律に従って定めるかという問題であり、日本では、「法の適用に関する通則法」で定められています。

これによると、日本人と外国人との離婚は、夫婦の常居所地法によるのが原則（第27条）とされており、外国で同居していた夫婦はその外国の法、日本で同居していた夫婦は日本法によることとなります。

もともと「法の適用に関する通則法」は、なるべく日本法で解決できるように、「夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人であるとき」は、日本法によると規定しています（第27条）。従って、外国で同居していたけれども、今は日本人側が帰国して日本に住んでいるという場合は、日本法で離婚できます。

国際裁判管轄とは、協議による離婚ができない場合に、どの国の裁判所で離婚の判断をしようという問題です。

国際裁判管轄については、法令上明文がないものの、昭和39年3月25日の最高裁判決は、「被告の住所がわが国にあることを原則とすべきことは、訴訟手続上の正義の要求にも合致し、また、いわゆる跛行婚（一方の国では婚姻が成立しているが、他方の国では婚姻が成立していないこと）筆者注の発生を避けることにもなり、相当の理由のあることではある」として、離婚を求められる側が居住する国の裁判所で訴えを起すことが原則であるとの立場を明らかに

しました。

しかし、例えば、夫婦が日本で同居していたけれども、相手方が勝手に本国で不倫相手を作って帰国した場合にまで、相手方の本国で離婚の裁判を起すことを求めるべきではありません。

そこで、同判決は同時に、「原告が遺棄された場合、被告が行方不明である場合その他これに準ずる場合においても、いたずらにこの原則に膠着し（中略）、なお、わが国に離婚の国際的裁判管轄権が認められないとするのは（中略）、国際私法生活における正義公平の理念にもとる結果を招来することとなる」として、仮に相手方が国外にいても、相手方に遺棄されたり相手方が行方不明だった場合など、日本に住所を有する日本人を法的に救済すべき事情があれば、正義公平の観点から、日本で離婚裁判を提起できることを明らかにしました。

なお、離婚訴訟は調停前置主義が採られる（家事審判法18条1項）、訴訟提起の前に調停を申し立てなければならないのが原則ですが、相手方が行方不明である場合には、調停成立の可能性がないので、「調停に付するのを適当でない」場合として（同法18条2項ただし書き）、調停を経ずに、訴え提起することが認められるのが通常です。

次に、例えば、日本国籍をとりたい外国人と偽装結婚したような場合（基本的には犯罪です）、そもそも婚姻意思の合致がなかったとして、婚姻無効の訴えを提起することになりますが、婚姻無効確認の訴えの国際裁判管轄についても、離婚の訴えに準ずるという考え方が一般的のようです。しかし、同居の事実が長く存在しない場合に、

既にある婚姻状態を認めた上で、新たな法律関係を形成する離婚の訴えが比較的受け入れられやすいのに比べ、婚姻状態の有効性自体を否定する婚姻無効確認の訴えは、相手方の防御の機会をより保障する必要があるため、相手方が日本にいない場合には、なお日本で国際裁判管轄を認めてもらうことはハードルが高いと言えるでしょう。

婚姻については、「法の適用に関する通則法」24条2項によれば、婚姻の方式は婚姻挙行地の法によると規定されているので、相手方の国で入籍をした場合、日本でも婚姻状態となり、日本では婚姻証明書を役所に提出して「報告的届出」をすることになります。

このような婚姻でも、日本で生活していた夫婦は、日本で有効に離婚できますし、上記の国際裁判管轄が日本で認められる場合にも、日本法で離婚の訴えを提起できます。もともと、これはあくまでも日本では離婚状態になるというだけで、婚姻挙行地の国が、日本での離婚状態を承認してくれるかどうかは別問題です。例えば韓国など協議離婚を認めていない国も多いので、婚姻挙行国でも離婚したことにするためには、そのための手続を別途考えておかねばなりません。

なお、日本人と外国人との離婚に関しては、昨年、日本政府が、国際的な子の奪取の民事面に関する条約（ハーグ条約）への加盟方針を打ち出しており、同条約では、基本的に、結婚先の国から相手の同意なく子を連れて帰ってきたときに、子を返還しなければならなくなることから、今後の動向が注目されています。

ご存知の方もおられるかもしれませんが、昨年「中国嫁日記」なる漫画がはやったようです（井上純一著、株式会社エンターブレイン発行）。自称オタクの日本人男性が12歳年下の中国人女性との結婚生活を4コマ漫画にしたものです。中では、中国人妻が焼きたてのアジの開きにドレッシングをかけたなど、数々のカルチャーショックがおもしろおかしく描かれています。とても微笑ましいので、興味のある方は一度手に取ってみてください。

このように成功している国際結婚も多いのですが、一方で、離婚を選択しなければならぬ夫婦がいるのも事実です。

不貞行為と婚姻関係破綻の時期



弁護士 増田 広 充

1 夫婦関係破綻後の不貞

離婚の原因として、少なからず散見されるものとして不貞行為があります。

俗に、浮気、不倫などともいわれる行為です。

夫婦の一方が第三者との間で不貞行為をした場合、不貞行為をされた方から離婚の請求をすることが可能となります。さらに不貞行為は、不貞行為をされた側からみれば民法上の不法行為（加害行為）にあたりますので、不貞行為をした側とその不貞相手は共に損害賠償請求を受けることになります。

不貞行為が原因で離婚に至った場合、不貞行為をした側は離婚に伴い慰謝料を支払うことになります。

しかしその不貞行為が、すでに夫婦関係が破綻していた後に行われた場合は、慰謝料の支払い義務が発生しません。最高裁判所は、夫婦の一方にとって、不貞行為は「婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益を侵害する行為」であるとして、夫婦関係がすでに破綻していた場合は、原則としてこのような権利または法的保護に値する利益があるとはいえないと判断して慰謝料請求義務の発生を否定しています（平成8年3月26日判決）。

2 破綻を認めた事例

このため、不貞行為に対する損害賠償請求に対し、請求された側は「夫婦関係が破綻した後の不貞なので、不法行為にはならない」という反論をすることが少なくありません。

しかし、夫婦関係が破綻していたとしても、それがいつの時点以降と判断すべきかについては、まさにケースバイケースです。

前記最高裁判例の事案は、夫の不貞行為が婚姻関係破綻後のものと評価すべきかどうかが問題となりました。この夫婦はもともと関係が悪かったのですが、夫の事業に関して夫婦の意見が対立し、夫が妻の反対を押し切って自宅不動産に抵当権を設定して融資を受けたことに妻が激高しました。妻は夫に財産分与を要求したり、包丁をちらつかせる等したため、夫は別居を目的として夫婦関係調整の調停を申し立てました。しかし妻が調停に応じず、調停は決裂しました。その後夫は癌のため入院し、退院後、別居を始めました。夫は別居開始後に知り合った女性と不貞関係になりました。

このような事情において、最高裁は、この夫婦の婚姻関係は夫の不貞行為の前に破綻していたと判断しました。

東京地方裁判所平成16年4月15日判決は、妻の不貞行為でした。この夫婦では、妻は常々夫に対して不満を持っており、夫の暴力や言いがかりに嫌悪感を強めて離婚の意思を持ち、その都度夫に実家へ帰りたいと訴えていました。妻はその後、数百万円の預貯金等と実印を持ち出し、子供たちを連れて実家に帰りました。夫と妻はメール等で話し合いをしましたが、妻はその後も夫の元に戻ることなく、アパートを借りて子供たちとともに生活するようになり、完全に別居するに至りました。

この後も夫が妻の両親等に謝罪し、やり直したいと申し入れまし

たが妻から前向きな反応を得られませんでした。

このような事情を受けて裁判所は、遅くとも妻がアパートを借りて完全に別居した時期に婚姻関係は破綻したものと判断しました。

3 破綻を認めなかった事例

東京地方裁判所平成19年3月19日判決の事件は、夫の不貞行為が問題となった事案でした。この夫婦の妻は、夫からの暴力を理由に別居し、警察署に被害届を出すとともに、離婚請求に言及するメールを送信したりしていました。しかし判決は、この時点では、まだ夫側が申し立てた夫婦関係調整調停事件で夫婦間の話し合いが継続している段階で、離婚が決まっていたわけではないとして、夫婦関係が破綻しているとは認めませんでした。ただ、この事件では婚姻関係の破綻原因を夫側が作っていたという点も考慮されたように思われます。

また東京地方裁判所平成10年7月31日は、妻の不貞行為が問題となり、夫が妻の不貞相手を訴えました。

この夫婦は、妻が22歳の時に懐妊して以後、妻が病弱であるという理由により夫の意向で性関係が10年以上にありませんでした。妻は夫との生活に不満を抱き、深夜までカラオケをするなど家庭から逃避するような生活が続け、夫はそれを知りながら、自分の仕事を重視して放置していました。

そのような中で妻が別居を始め、不貞行為に至りますが、その時点では夫も妻に対する愛情がすっかり喪失していたと見受けられる状況でした。

裁判所は、夫が妻と性関係を持たなかったことについて妻に同情的な考えを示しましたが、夫婦関係の破綻は妻の不貞行為によって決定的になったとして、不貞行為の時点ではまだ夫側に法的保護に値する権利が残っていたと判断し、夫を勝訴させました。

4 終わりに

婚姻関係の破綻の認定については、上記のように具体的な事情により判断されます。

もともと円満な夫婦において、夫婦の一方に不貞行為があったとしても、それが慰謝料請求や離婚騒ぎに至るということは少ないのではないのでしょうか。

不貞行為が紛争化するのには、その不貞行為があった時点で夫婦関係が相当悪化している場合が大半と思われます。そのため、その不貞行為が婚姻関係破綻の一因になったのか、その不貞行為以前に既に婚姻関係が破綻していたのかという判断は、極めて難しくなるのは当然ともいえます。

ただ個人的な感想として、過去の裁判例を見ると、婚姻関係が破綻していたということが認められるためには相当厳しい要件を満たす必要があるように思います。

最後に、このような拙稿が皆様のお役に立つことの無いように祈念する次第です。

企業の再生

～弁護士ができること



弁護士・ニューヨーク州弁護士 西原和彦

1. ある中小企業の場合

経理部長 「売上が伸びず銀行からの借入れが返済できません。債務超過で新たな借入れも難しく、このままでは資金繰りが回らなくなります！」

社長 「そうか、7年前の設備投資の時に大きな借入をしたからな。最近、金融円滑化法で銀行も話に乗ってくれると聞いたら、銀行に頼みこんでくるよ」

会社と共に歩んできた社長が、最後まで会社を自力で守り通そうと考えるのは当然です。社長や社員の必死の頑張りで会社が立ち直ることもあります。また、最近は何による中小企業向けの支援策があり、さらに金融円滑化法により銀行の対応も柔軟で、一時的な返済計画の見直しは以前ほど難しくありません。しかし、今の制度がいつまで続くか分かりません。さらに、一時的な延命だけでは企業再生はできません。

「弁護士に相談に行く＝会社の清算」と思い込まれている方も多いようですが、実は、決してそうではありません。取引先に迷惑をかけることなく私的整理により企業を再生させること

も、弁護士の業務の一つです。

経理部長 「最近は何弁護士も会社の自力再生を手伝ってくれると聞きました。銀行に行く前に相談に行きませんか？」

社長 「そうか。一度相談だけでも行ってみるか」

2. 法律事務所での相談

社長 「設備投資時の借入が経営を圧迫して資金ショートの大危険もありますが、自力で再建がしたいのです」

弁護士 「最近、取引先には全く影響を与えず、金融債務のみを対象とする私的整理の方法が生まれています。御社の経営状況によっては、私的整理による自力再建の可能性はあります」

社長 「そうですね。ホッとしました」

弁護士 「昨年の売上は2億円で借入は銀行3社から1億5000万円ですか。このうち約3000万円は会社の不動産で担保されていますね。資本金は1000万円で、従業員は21名、経常利益が150万円ですか。資金繰りも厳しいですね」

経理部長 「資金繰りは正直厳しいです。早晚、銀行への返済を止めないと回らない状況です」

弁護士 「一番大事なのは事業の見通しですが、どうですか」

社長 「わが社の商品には自信があります。うまく宣伝して努力をすれば販路が広がると思うのです」

弁護士 「売上は控えめに見る必要があります。ところで、商品ごとの売上と原価の状況はどうですか？」

企業再生の方法には、法的手続きである民事再生・会社更生のほかに、特定調停、私的整理ガイドライン、整理回収機構、事業再生ADR、企業再生支援機構、中小企業再生支援協議会、純粋な私的整理等、様々な方法があります。それぞれの私的整理手続きの申立要件は少しずつ異なりますが、おおよそ①過剰債務を主因として経営困難に陥って自力再建が困難であること（過剰債務と自力再建の困難性）、②事業自体は黒字もしくは黒字化することが明らかであること（事業価値の存在）、③最終的に金融機関からの協力が得られること、が必要です。

この会社であれば、弁護士と会社が協力して再生計画を立案し銀行と交渉を行うことになりますが、必要に応じて中小企業再生支援協議会の機能を利用することもあるでしょう。

弁護士 「最近、大きな借入れをしたり、特定の銀行に既存債務のための担保設定をしたり、繰上げ返済をしたりしていませんか？」

社長 「いえ、特にはありません」

私的整理では債権者の同意こそがオールマイティで、債権者のうち一社でも反対する場合、私的整理が難しくなります。債権者間の公平を害するような偏った行為は信頼を失う原因となりますので、事前に把握と対応が必要となります。

3. 再生の可否の見極め

社長 「昨日、経理部長と返済計画を考えたのですが、銀行借入の全額返済は極めて困難です。1ヶ月後には資金ショートをする可能性もあります。やはり銀行に一部債務免除をしてもらわなければ」

弁護士 「銀行も簡単には債務免除をしてくれません。つい返済計画の見直しや債務免除に目が行ってしまいがちですが、重要なのは経営困難に陥った原因を分析し、会社の収益力を上げる抜本的な再生計画を立てることです。これがないと銀行の説得はできません。一緒に考えましょう」

負債の処理には、返済計画の見直し（リスケ）、債権放棄、第一会社方式（会社分割、事業譲渡等）、DES（債務の資本化）、DDS（債権の劣後化）等があります。しかし、肝心の抜本的な事業再生計画なしに会社は再生できません。根拠のない売上アップを前提とする事業計画で

は説得力がありません。経営悪化の原因をしつかりと見直し、どの費用をどれだけ減少させるか、赤字部門をどう処理するか、弁護士や専門家と何度も検討することが必要となります。

弁護士「主力商品の一つの限界利益がマイナスになっています。これを止めれば売上は落ちても利益は増えませんか」

社長「様々な細かい経費削減を徹底し、役員報酬は50%カットし、労務費を20%カットさせてもらえば、年間1000万円の経費がカットできます」

弁護士「そうすれば10年で1億5000万円は返済できますね。再生は十分できそうです。債務免除益のことを考え、事業譲渡による第二会社方式を使って、新会社に事業とそれに見合う債務を引き継がせて旧会社は特別清算しましょう。新会社は後継者である息子さんに設立してもらいましょう」

4. 中小企業再生支援機構

弁護士「第二会社方式だと、中小企業再生支援協議会を利用すると税金面でメリットがあるので利用しましょう。私も申請に同行します」

中小企業再生支援協議会では、窓口相談（第一次対応）で事業再生が可能と判断されると再生計画策定支援（第二次対応）に進み、メインバンクからの意向聴取後、専門家で組織される個別支援チームによる財務および事業のデューデリジェンスを経て、再生計画案の作成支援を受けることが可能です。専門家費用の一部補助・税務上のメリットの他、協議会版資本的借入金（DDS）の利用も可能になります。

また、事業譲渡時の税金や新規資金調達に有利となる中小企業承継事業再生計画の認定

を受けるためにも、中小企業再生支援協議会の利用が考えられます。

なお、中小企業再生支援協議会を利用する場合で、平成17年度税制改正による不動産の評価損の計上や期限切れの繰越欠損金の債務免除益への充当などが必要な場合は、「中小企業再生支援協議会の支援による再生計画の策定手順」に従って、原則として金融機関への返済猶予の申出（一時停止）が必要となります。ところで、会社の再生には社長と代理人弁護士の信頼関係が必須です。社長として、その弁護士の人となりを見てください。見かけは違っても、企業再生に賭ける熱い気持ちを持っているという弁護士も大勢います。

5. 再生計画の作成

弁護士「今回は債務免除益の処理を考えて、新設分割で新会社に事業価値分の債務を引き受けさせる第二会社方式を考えています」

協議会「それで大丈夫だと思えますので、その方向で抜本的な再生計画作成の支援をします」

協議会を利用する場合の再生計画には、①企業の概要、②財務状況の推移、③実態貸借対照表、④経営が困難になった原因、⑤事業再構築計画の具体的内容、⑥今後の事業見通し、⑦財務状況の今後の見通し、⑧資金繰り計画、⑨債務弁済計画、⑩金融支援（リスキ・追加融資・債権放棄等）を要請する場合はその内容を含む必要があります。

また、①実質的に債務超過である場合は、原則として、3～5年以内をめどに実質的な債務超過を解消し、②経常利益が赤字である場合には、原則として、概ね3年を目処に黒字に

転換する必要があります。さらに、③再生計画の終了年度（原則債務超過解消年度）における有利子負債の対キャッシュフローが概ね10倍以下となる必要があります。その他、金融支援を要請する場合には経営者責任の明確化、債権放棄等を要請する場合は株主責任の明確化も盛り込む必要があります。

なお、弁済計画はつい甘くなりがちですが、必ず達成できる堅実な内容にするべきです。実績が予測を上回れば繰り上げ返済をするようにすべきでしょう。実現性の高い黒字化計画が作れるかどうかが最も重要となります。

6. 銀行との交渉（債権者会議の開催）

社長「今日はいよいよ債権者会議の日ですね」

弁護士「この会社は絶対に再生させるべきです。法的手段をとると、納入先の連鎖倒産も引き起こしかねませんし、事業価値も毀損されます。銀行にとってもこの会社が私的整理で再生した方がメリットのあることは、実態貸借対照表を見ても明らかです。協議会も協力してくれるはず」

協議会を利用する場合でも、メインバンクをはじめとする銀行には、普段からしっかりと説明義務を果たしておく必要があります。特に、銀行に債権放棄等を要請する場合には、法的整理をすると企業の信用力が低下して事業価値が著しく毀損される危険性や、私的整理の方が法的整理よりも多くの弁済が可能であること（経済的合理性）をしっかりと説明し、覚悟を決めて作成した再生計画に基づいて理解を得ることが必要です。

なお、債権の一部放棄につきメイン銀行からどうしても協力を得られない場合、協議会版資

本的借入金（DDS）の交渉を行うこともあります。

7. 経営の継続と保証債務

幸いなことに、この会社の再生計画案については全銀行から同意を得ることができました。

社長「私の個人保証はどうなりますか。家族も破産しないといけませんか」

弁護士「まず、会社から不正な資金が流れていない限り、奥さまや新社長の資産に保証債務はおよびません。社長については、財産目録を専門家が調査のうえ作成して銀行に開示しており、その財産を処分して保証債務を履行する必要があります。銀行が納得してくれば、個人破産には及ばないかもしれません」

私的整理では、経営者が私財を開示・提供して保証を履行し、残額については個人保証が免除される可能性もあり、また適切な後継者がいない場合で企業価値維持に必要な場合には、経営者が続投することもあり得ます。

8. 最後に

この会社の場合、比較的余裕のあるときに相談にいられたため、余裕を持って抜本的な再生計画を作成でき、金融機関から同意を得て私的整理による再生が成功しました。しかし、中小企業再生支援協議会の利用には数百万円程度の費用を要する場合もあります。

資金繰りの時間的余裕がない場合には、民事再生や破産といった法的手段を取らざるを得ません。出来るだけ早めにご相談頂けたらと思います。



著作権法における 「日本版フェアユース」導入を巡って

弁護士・弁理士 中世古裕之

1 はじめに 〜こんなときは？

N弁護士は、娘の誕生日に、娘が大好きな漫画『ワンピース』の登場人物「なみ」のキャラクターぬいぐるみを買ってプレゼントしました。娘の誕生日パーティで写真を撮りましたが、可愛い写真だったのでN弁護士はその写真を自分のブログに掲載しました。

しかし、テブールの隅に飾った「なみ」のぬいぐるみが写真に写っていることに気が付きました。「これは漫画『ワンピース』の著作権を侵害しているのではないかと？」。

漫画・アニメや、音楽、小説、写真、映画・テレビ番組等は著作物であり、著作権法による保護を受けます。著作者（創作）には、その著作物について複製権や公衆送信権といった著作権が認められており、著作者の許諾のない複製行為等は著作権侵害となります。

他方で著作物は文化的創作物

であり、多くの日々、企業がその利用を日常的に行います。また、今日では、デジタル社会化、ネット社会化と相まって、多くの企業が著作物を利用した複合ビジネスを展開しようとしています。

そこで、このような著作物の円滑でより発展的な利用のためには、著作権者の有する著作権との調整が必要となり、一定の範囲でその著作権を制限しなければならぬ場合があります。

2 著作権の制限規定の状況 〜日本とアメリカ

日本の著作権法では、例えば、私的利用、図書館における複製、学校教育における複製等の規定があり、2010年には、検索エンジンのためのネット上のホームページの保存行為（複製）に関する権利制限規定が制定されています。

このような新たな権利制限が求められている利用形態については、その都度、その必要性等につ

いて政府で審議を重ね、ヒアリング等を通じて関係者間の合意が得られれば、個別的に制限規定を改正・創設するという方法が採用されてきました。しかも、それらの制限は基本的に限定列挙と解釈されてきました。

しかし、それでは個別具体的な権利制限規定には厳密には該当しないような著作権利用行為（例えば、冒頭のような事例や2010年以前の検索サービスの行為）については、原則的に著作権侵害の可能性が発生することから、これらの現象が非常に問題視されることとなります。

この点、アメリカでは、著作権法107条において「批評、解説、ニュース報道、教授、研究又は調査等を目的とする著作権のある著作物の公正な利用（フェアユース）」は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェアユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。①使用の目的及び性質、②著作権のある著作物の性質、③

著作物全体との関連における使用された部分の量及び実質性、④著作物の潜在的市場又は価値に対する使用の影響」（抄訳）という「フェアユース」規定が置かれています。これは、1841年以降のアメリカの裁判例の集積を踏まえて1976年に定められたものとされています。

そこで、日本でも、著作権についての一般的な権利制限（包括的な考慮要件や要素を定め、権利制限に該当するか否かは事後的に裁判所の判断に委ねるやり方）の必要性が以前から指摘されてきました。

また、これまで日本の裁判例においても、何度か「フェアユース」の主張がなされてきたのですが、その都度、裁判所は、フェアユースの必要性については理解を示しつつも、著作権制限には明文規定での明確な要件が必要であるとして、具体的な実定法（著作権法その他の規定）の根拠のないままに「フェアユース」といった権利制限の根拠を認めること

は相当ではないこと等を理由に、日本において「フェアユース」の主張を認めることはできない、としてきました。

3 一般的制限規定 制定の動き

しかし、近年のデジタルコンテンツの普及により、誰もが簡単にデジタル著作物の作成や複製を行うことができ、また、ネットというインフラの普及によりそのような著作物を自由に送信したりすることができ、結果、国際的な競争時代が到来しています。そのような中で、例えば、新しいクラウドコンピューターやネット番組配信等、イノベーションや技術の急速な進歩等に伴い生じる新たな著作物の利用形態に対して、個別的な著作権制限規定で対応しているのでは立法措置に時間がかかる上に、そのような個別規定では対応しきれない場面も生じており、それらが、イノベーション阻害要因や、企業やビジネス上

の国際競争力の低下を招いているとの批判がなされていきました。

そこで政府の文化審議会著作権分科会法制問題小委員会が中心となって、2009年9月に「日本版フェアユース」のような一般規定に関するワーキングチームを設置して審議とヒアリングを行ってききましたが、2011年1月、文化審議会著作権分科会にその報告書（案）が正式に提出されました。そこでは、著作権制限の一般規定を導入する必要性が指摘されるとともに導入した場合の検討課題にも触れつつ、日本版フェアユースを導入するという方向性が示されました。当初は、2011年の法改正によって一般的制限規定を導入することが予定されていたようですが、その後東北震災等の対応等により、国会審議の状況等により、少し先になりそうな状況です。

4 報告書における一般的な権利制限規定の必要性とその内容

報告書によると、ヒアリングの結果、権利制限規定の導入に賛成の意見として、①著作物の通常の利用を妨げず権利者の利益を不当に害しない利用であつても、形式的に権利侵害となる利用について、利用者に対する萎縮効果

がある、②そのような利用であつても、個別規定の対象でなければ権利が働いたため、新規ビジネスへの萎縮効果がある等の指摘が寄せられ、導入反対の意見としては、①権利制限の一般規定の導入により居直り侵害行為がまん延する、②権利行使に係る訴訟コストの負担を権利者側が負担することとなり実質的公平性を欠く、といった指摘があつたようです。

報告では、このような状況を踏まえ、権利者の利益を不当に害さず、社会通念上、権利者も権利侵害を主張しないと考えられるような著作物の利用であつても、法令順守が強く求められている現代社会では利用者が権利侵害となる可能性を認識して利用を躊躇する場合もあると考えられるところ、権利制限規定の導入によりこのような萎縮効果が一定程度解消されることが期待できるため、権利制限の一般規定の要件や趣旨を明確にすることや十分な周知を図ること等により消極的見解に配慮しつつ、権利制限の一般規定を導入する意義が認められるという報告がなされています。

当であるとされています。

A 著作物の付随的な利用

その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生じる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの

例）写真や映像の撮影に伴ういわゆる「写り込み」

B 適法利用の過程における著作物の利用

適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要であると認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であるもの

例）漫画のキャラクターの商品化を企画し、著作者に承諾を得るにあたって必要となる社内用企画書に当該漫画の複製を掲載

C 著作物の表現を享受しない利用

著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び対応に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受（見る、聞く等）するための利用としては評価されない利用

例）ネットワーク上で複製等を不可避的に伴う情報ネットワーク産業のサービス開発・提供行為

なお、上記報告書には、AからCの類型の利用行為であつても、

権利者の利益を不当に害する可能性が否定できないため、社会通念上著作物の利益を不当に害しない利用であることを追加の要件とする等の方策を講じることが必要という留保意見も出されています。

5 今後の課題

冒頭の事例を上記の類型に当てはめた場合、N弁護士が撮影してブログに掲載した写真の主目的は娘の誕生日とパーティの様子であり、そこに「なみ」のキャラクターが写っているのはあくまで誕生日プレゼントが付随的に写し込まれたにすぎず、著作物の利用を目的としているわけではなく、さらにその写された量もわずかなので、A類型に該当して上記の権利制限の一般規定により適法な利用ということになると考えることができます。

しかし、これが、例えば「なみ」のぬいぐるみを娘が中央に抱いた写真を撮った場合はどうなるのか？その場合、「なみ」のキャラクター写真も主目的、意図的であるし、量も少ないとはいえないのではないかとといった次の疑問も出てきます。

一般規定の適用を考える場合には、より具体的な事例における当てはめが難しいという問題が生

じてきます。

また、一般規定の要件解釈自体の問題性とは別に、上記の権利制限の一般規定の導入については、対象となる具体的な権利（著作権）や著作物の種類をどうするか、著作物人格権との関係はどうなるのか、強行法規性はあつたのか、上記A、B、Cの類型に該当しないような利用形態（公益目的、パロディ等）の場合の権利制限の可否と要件等はどうなるか等、他にも解決すべき今後の課題は多数あるとされています。

とはいえ、これまで個別具体的な制限規定の範囲でしか認められなかった著作物の利用が、上記報告書の一般的制限規定が導入されることにより、より広く制限が認められることになるかと考えられます。

著作物の利用に関する様々な問題、紛争関係や許諾に関連する契約等、ご不明な点がありましたら、お気軽にご相談下さい。

企業活動における刑事リスクについて

暴力団排除条例・ 暴排条項について



弁護士 中村和洋

1 はじめに

最近、人気タレントの島田紳助氏が、暴力団幹部との密接な交友を理由として、芸能界を突如引退したという印象的な出来事がありました。

平成22年以降、全国で暴力団排除条例制定の動きが広まっており、大阪府でも、平成23年4月1日から、大阪府暴力団排除条例が施行されています。

そこで今回は、大阪府暴力団排除条例の解説を中心として、企業のコンプライアンスの観点から、反社会的勢力に対し、どのように対応すべきかという点について説明いたします。

2 大阪府暴力団排除条例について

大阪府暴力団排除条例では、主として、以下のようなことが定められています。

(1) 暴力団員等に利益の供与をすることの禁止
これは、企業にとって非常に重要な規定です。

ア 事業者は、その事業に関して、暴力団員等又は暴力団員等が指定した者に対し、次に掲げる行為をしてはならないこととされています(14条)。

① 暴力団の威力を利用する目的による、又は暴力団の威力を利用したことに關する利益の供与

② 暴力団の活動を助長し、又は暴力団の運営に資することになる相当の対償のない利益の供与

③ その他暴力団の活動を助長し、又は暴力団の運営に資することとなる利益の供与

イ 具体的な例は次の通りです。

前記①について、事業者が、暴力団員にトラブルの解決を依頼して、その謝礼を渡すような行為。

前記②について、暴力団員に対して、自動車等の商品を安く売ったり、あるいは、おしぼりや備品類を不当に高額に仕入れるような行為。

前記③について、暴力団から依頼されて組関係の通知(破門状等)を印刷したり、あるいは、出所祝いのための宴会場を貸すような行為。

これらのような行為をした場合には、以下のような不利益な処分が事業者に科されます。

まず、大阪府公安委員会は、事業者に対して、上記規定の実施に必要な限度において、説明又は資料の提出を求めることができます(21条1項)。

また、上記のうち、①、②に違反した場合には、公安委員会は、その違反をした者に対して必要な勧告をすることができるとされており(22条3項)、③に違反した場合には、同じく必要な指導をすることができ、その指導に従わないときには、勧告をすることができるとされています(22条4項、5項)。

勧告の内容については、上記のような行為の中止等が考えられます。

その上で、資料の提出に応じなかったり、公安委員会の勧告に従わない事業者は、その旨「公表」されることになります。いわば、当該事業者は、暴力団と関係のある企業であるということが公になつてしまうことになり、そのダメージは図りしれません。

(2) 不動産の譲渡等をしようとする者の責務
この規定も、企業活動をするに当たって、気を付けなければならない重要なものです。

条例では、何人も、自己が譲渡等をしようとする不動産が暴力団事務所の用に供されることになることを知って、当該譲渡等に係る契約をしてはならないこととされています(19条1項)。

そして、不動産の譲渡等をしようとする者は、当該譲渡等に係る契約の締結の前に、当該不動産を暴力団事務所の用に供するものではないことを確認するよう努めるものとされています(19条2項)。

さらに、不動産の譲渡等をしようとする者は、当該譲渡等に係る契約において、当該不動産を暴力団事務所の用に供してはならないこと及び当該不動産が暴力事務所の用に供されることが判明したときは、催告をすることなく当該契約を解除し、又は当該不動産を買い戻すことができることを定めるように努めるとともに、当該不動産が暴力団事務所の用に供されることが判明した場合においては、速やかに当該譲渡等に係る契約を解除し、又は当該不動産を買い戻すよう努めることとされています(19条3項、4項)。

これらの規定は努力規定とされており、違反に対して勧告や公表などの措置までは予定されていません。

しかし、条例上、明文で定められていることですので、この規定の趣旨に反して、十分な調査を行わず、安易に暴力団事務所等を利用されることを知りながら不動産の譲渡等を行った人に対しては、強い社会的非難がなされるでしょうし、場合によっては、付近住民等から不法行為による損害賠償責任追及がなされることもあり得るので、注意をしなければなりません。

(3) 不動産の譲渡等の代理又は媒介をする者の措置等

不動産の譲渡等の代理又は媒介をする者は、当該譲渡等に係り契約の当事者に対し、前記「不動産の譲渡等をしよとする者の責務」に記載された事項の遵守に関し、助言その他の必要な措置を講ずるとともに、当該代理人又は媒介に係る不動産が暴力団事務所の用に供されることとなることを知って、代理又は媒介をしてはならないこととされています(20条)。

これに該当すれば、事実確認のための書面の提出や場合によっては、勧告、事実の公表が行われますので(22条2項、23条2項)、やはり企業としての信用が失墜しかねません。

(4) その他

その他 条例では、①公共工事や、府の事務・事業からの暴力団排除、②青少年の対する指導等のための措置、③暴力団事務所開設及び運営の禁止(学校、図書館等の施設の周囲200メートルの区域内における暴力団事務所の開設又は運営の禁止。違反には刑事罰が適用)が規定されています。

3 暴力団排除条項について

以上のように、企業活動を行うにあたっては、そもそも暴力団と取引をしないようにすることが重要です。

また、暴力団対策法の施行以来、近年では、暴力団が堂々と看板を掲げて活動を行うことが比較的少なくなり、エセ右翼、エセ同和、暴力団フロント企業等の反社会的勢力として活動を行うことが多くなりました。

そこで、企業のコンプライアンスの観点からは、広くこのような反社会的勢力一般との取引を排除しなければなりません。具体的には、各種契約書に、いわゆる暴力団排除条項(暴排条項)を設けるべきです。

暴排条項の例を以下に参考として掲げておきます。なお、これはほんの一例で、実際には、具体的な契約内容等に応じて、規定の内容、表現等を工夫する必要があります。

1 反社会的勢力の定義

甲及び乙は、相手方に対し、現在及び将来において、次の各号の一つにも該当しないことを表明し、保証する

①暴力団、暴力団員、暴力団関係企業・団体、総会屋、社会運動・政治活動標榜ゴロ、特殊知能暴力集団等、その他反社会的勢力(以下併せて「反社会的勢力」という。)

②反社会的勢力でなくなった日から5年を経過しないもの(以下「元反社会的勢力」という。)

③甲または乙が法人の場合、その株主・役員その他実質的に法人の全部又は一部を支配する者が反社会的勢力ないしは元反社会的勢力であるもの

④自ら、または第三者を利用して、相手方に対し、暴力的行為、詐術・脅迫的行為、業務妨害行為、その他の違法行為を行うもの

⑤反社会的勢力又は元反社会的勢力を、従業員ないしはこれに準じるものとして業務に従事させているもの

もの

⑥反社会的勢力又は元反社会的勢力が、その名目を問わず資金提供や出資を行い、又は、事業を実質的に援助しているもの

⑦暴力団員による不当な要求行為の防止等に関する法律(平成3年法律第77号)第2条1項に規定する暴力的不法行為等、又は同9条各号に定めるいわゆる暴力的要求行為を行っているもの

2 情報提供・報告義務

甲及び乙は、互いに、相手方による反社会的勢力及び元反社会的勢力との関係の有無に関する調査に協力し、相手方から求められた事項については、客観的・合理的な範囲のものである限り、これに応じ報告するものとする。

3 甲又は乙は、相手方が、上記1の一にでも該当することが判明し、又は上記2による報告の求めに対して、合理的期間内に報告を行わなかったときは、何らの催告をせず、本契約を解除することができる。

4 反社会的勢力の調査方法について

取引をしようとする相手方、あるいは、既に取引関係にある相手方について、暴力団等、反社会的勢力に該当するかどうかを調査するにはどうすればよいでしょうか。まず、そもそも取引をするに当たって、

企業として、事前に暴力団排除条項を設けていることを明らかにして、反社会的勢力に該当しないことを相手方に確認してもらう必要があります。

これを確約しない相手方は、非常に怪しい相手方ということになりますので、取引をすべきではありません。仮に相手方が嘘を言って取引をした場合には、その相手方は詐欺罪に該当します。

その他には、インターネットを活用したり、大手新聞社の有料の記事検索サイトを利用して、広く情報を集めることも可能です。

さらには、所轄の警察署、暴力団追放センター、都道府県の警察本部を通じて情報を収集することができると場合があります。

ただし、警察等の公的機関は、暴力団情報については厳格に管理しているため、無条件に情報を提供してくれるわけではありません。

普段から、企業として暴力団排除の取り組みを積極的に行い、これら公的機関と連携しておくことが必要です。また、民事介入暴力団事件の経験を有する弁護士を通じて、ことが有益な場合もあります。

5 まとめ

以上のように、暴力団等、反社会的勢力と関係しないための取り組みは、企業活動にとって、ますます重要なこととなっています。

我々弁護士は、そのような企業の取り組みに対して積極的にサポートさせていただいており、どうぞお気軽にご相談ください。

「相続させる」旨の遺言に関する裁判例

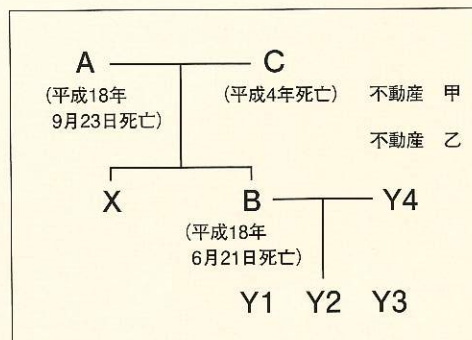
(最高裁 平成 23 年 2 月 22 日判決)

弁護士 氏 家 真紀子



◆事案の概要

- 1 AとCの夫婦には、XとBの二人の子供がいました。
Cは平成4年に死亡しました。Cの相続人は、A、X及びBであり、Cの遺産として不動産甲及び乙がありましたが、遺産分割協議は成立しておらず、法定相続分に従えば、不動産甲及び乙について、Aが2分の1、XとBが各4分の1の持分を有している状況にありました。
- 2 Aは、平成5年2月17日、「A所有の財産全てをBに相続させる」という内容の公正証書遺言をしました(以下、「本件遺言」といいます)。
- 3 Bは、平成18年6月21日に死亡しました。Bには妻であるY4との間に、Y1、Y2、Y3の3人の子供(以下、Y1～Y3の3名をあわせて「Yら」といいます)がいました。
Bの相続人であるY4及びYらは、未だ分割されていないCの遺産に対するBの共有持ち分を承継しました。
- 4 その後、Aが同年9月23日に死亡しました。
Xは、不動産甲及び乙について、Cの相続により持分各4分の1を、Aの相続により持分各4分の1を承継したので、合計各2分の1の共有持ち分権を有すると主張して、Xが2分の1の共有持分を有することの確認を求める訴えを提起しました。



◆争点

「相続させる」旨の遺言により遺産を相続させるものとされた推定相続人が遺言者の死亡以前に死亡した場合における当該遺言の効力

◆判決要旨

遺産を特定の推定相続人に単独で相続させるという文言が記載された、遺産分割の方法を指定する「相続させる」旨の遺言は、その遺言により遺産を相続させるものとされた推定相続人が、遺言者の死亡以前に死亡した場合には、その「相続させる」という文言の記載されている条項と、遺言書の他の記載との関係、遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などから、遺言者が、上記の場合には、その推定相続人の代襲者その他の者に遺産を相続させる旨の意思を有していたと見るべき特段の事情のない限り、その効力は生じない。

第1 はじめに

自分の遺産を、ある特定の者に「相続させる」という内容の遺言は多く見受けられます。公正証書遺言の実務においても、登記手続きが簡便になる等の理由で「特定の遺産を、特定の相続人に、相続させる」という表現による遺言が奨励されてきた経緯があります。

このような「相続させる」という文言が記載された遺言の性質については、遺産分割方法の指定と見るべきか、遺贈とみるべきかといった議論がなされてきました。

遺贈は、贈与の一種です。遺贈とみるべきという結論になると、「相続させる」とされた相続財産は、遺産分割の対象となる相続財産から除かれ、その人に対して特別に贈与されたものという解釈になります。その結果、遺贈を受けた法定相続人は、遺贈された財産分だけ、他の法定相続人よりも多くの相続財産を受け取れることになるのです。

しかしながら最高裁は平成3年4月19日判決で、「相続させる」という遺言は、①遺言書の記載から、その趣旨が遺贈である

ことが明らかであるか又は遺贈とみることができる特別の事情がない限り、遺贈として扱うべきではないこと、②「相続させる」旨の遺言は、民法908条にいう遺産分割の方法について定めた遺言であり、何らの行為も必要とすることなく、被相続人の死亡の時(遺言の効力の生じた時)に直ちに特定の遺産が特定の相続人に相続により承継されるものであること、という判断を示しました。

つまり、「相続させる」という遺言の意味は、その相続財産の相続人を指定しただけであり、その相続人に対して特別の贈与をしたと解釈するべきではないということです。

「相続させる」という遺言の性質が遺贈であれば、その遺言において相続させると指定された者(「受遺者」といいます)が、被相続人の死亡以前に死亡してしまった場合には、民法994条1項により、その遺言は効力が生じないこととなります。

しかし、その遺言が遺産分割方法の指定である場合に、指定を受けた推定相続人が被相続人の死亡以前に死亡したときの遺言の効力については法律の規定がありません。

そのため、「相続させる」という遺言がなされた場合に、被相続人の死亡以前に「相続させる」との指定を受けた推定相続人が死亡したとき、遺贈の場合と同様にその遺言が効力を生じないものになるのか、指定された推定相続人の子らが代襲相続することになるのか、学説や下級審裁判例においては結論が分かれています。

本判決は最高裁がこの点について初めて判断したものであり、実務に与える影響も大きいと思います。

第2 裁判所の判断

1 一審

第一審は、代襲相続の制度が、相続人の死亡等といった順当を欠く事態において、相続制度上の衡平を図り、相続人が受けるはずであった権利について、その子らに承継させる制度であることからすると、AがBに対して相続により承継させる対象とした遺産については、原則として代襲相続するものとするのが相当であり、Aの意思にも適うと判断しました。

その結果、本件ではY1～Y3が本件各不動産のAの持分を代襲相続するので、Aの相続においてXが本件各不動産を取得することはなく、Xに各2分の1の持分を認めることはできないと判断しました。

2 二審

第二審(原審)は、遺言は遺言者の死亡時からその効力を生ずるのであるから、遺言者の死亡時に遺言により財産を承継するとされた者が生存していることが必要であって、遺言者が遺言によって相続人の相続分の指定や遺産分割方法の指定をしても、その対象となった相続人が、遺言者の死亡以前に死亡していた場合には、その遺言は効力を生じないこととなるとしました。

ただ、そのような場合であっても、遺言の解釈として、遺言による指定を受けた相続人が既に死亡していた場合には、その相続人の代襲相続人に効力を及ぼすという内容を定めていると読み取ることが可能なものもあるものの、民法994条1項において、受遺者が遺言者の死亡以前に死亡していた場合には遺贈が効力を生じないものとされていることや、「相続させる」と指定した者が、遺言者より先に死亡した場合には代襲相続人に相続させたいと考えるのであれば、その遺言において、その内容を補充的に記載しておくことができること、また、指定にされた相続人が死亡した後、遺言者が新たに遺言をすることも可能であるため、「相続させる」という内容であることだけで、その遺言には、遺言者の死亡以前に指定された相続人が死亡した場合にはその代襲相続人に相続させるという趣旨が含まれていると解釈することは相当でないと示しました。

そして、本件においては、BがAよりも先に死亡していた場合には、Bの子らに代襲相続させるというような趣旨を読み取ることが出来ず、本件遺言はBがAよりも先に死亡したことによって効力を生じないこととなったとしました。その結果、本件各不動産の持分をXが相続により取得するとして、X第一審判決を取り消し、Xの請求を認めました。

3 本判決

(1)「相続させる」旨の遺言の効力について

遺言をする者は、一般に、遺言をする者と各推定相続人との身分関係及び生活関係、各推定相続人の現在及び将来の生活状況及び資産その他の経済力、特定の不動産その他の遺産についての特定の推定相続人の関わり合いの有無、程度等、諸般の事情を考慮して遺言をするものであって、「相続させる」という遺言をした者は、通常、遺言時における特定の推定相続人にその遺産を取得させる意思を有するにとどまるものと解されると思いました。

その上で、『「相続させる」旨の遺言は、当該遺言により遺産を相続させるものとされた推定相続人が遺言者の死亡以前に死亡した場合には、当該「相続させる」旨の遺言に係る条項と遺言書の他の記載との関係、遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などから、遺言者が、上記の場合には、当該推定相続人の代襲者その他の者に遺産を相続させる旨の意思を有していたとみるべき特段の事情のない限り、その効力を生ずることはない」と解するのが相当である』と示しました。

(2)あてはめ

本件遺言には、Aの遺産全部をBに相続させると記載した条項と、遺言執行者の指定に係る条項の2条しかなく、BがAの死亡以前に死亡した場合に、Bが承継すべきであった遺産をB以外の者に承継させる意思を推知させる条項はない上、本件遺言作成当時、Aが、自身より先にBが死亡した場合に遺産を承継する者についての考慮をしていないとの事情が認められることから、Yらに代襲相続をさせる意思を有していたとみるべき特段の事情があるとは言えず、本件遺言はその効力を生ずることはない、すなわちYらに本件各不動産は代襲相続されないとなりました。

第3 まとめ

一般に、遺言書の作成者は、各推定相続人との関係について諸般の事情を考慮して遺言をします。「相続させる」という遺言をした遺言者が、特定の推定相続人にその遺産を取得させる意思があるという解釈はできても、それを超えて、その推定相続人が遺言者より先に死亡した場合についての意思までを推し量ることは、一般的に困難と言えます。

したがって、遺言者の意思として、遺言書を作成した時点で、推定相続人が自分より先に死んだ場合も、遺言者はその推定相続人の子供ら(代襲相続人)に相続させることを当然に考えていたと考えることはできず、そうである以上、遺言の効力発生時に「相続させる」と指定された相続人が存在しなければ、その遺言は効力を生じないと解するのが無理のない考え方であると思われます。

もっとも、遺言の解釈によりこのような場合の遺言者の意思が認定できるような「特段の事情」が認められるときには、その意思に基づいた効力が認められることは当然のことであり、遺言書に明示の補充規定がない場合であっても、「特段の事情」が認められるべき事案も存在すると考えられます。

いずれにしても、無用の紛争を避けるためには、今後、「相続させる」旨の遺言をする場合には、「相続させる」と指定した推定相続人が遺言者より先に死亡する事態を想定した補充規定を置くことが望ましいといえるでしょう。

アルツハイマー型認知症

認知症。この病気は脳の老化によって起こります。

ベータアミロイドというタンパクが脳に蓄積されて脳の神経細胞の間の連絡を悪くしたり、死滅させたりするのが原因だという説が有力ですが、はっきりした原因は不明です。本人、家族からの状態の聞き取りや、CTやMRIの画像診断での客観的な検査によって診断されます。

治療に対しては最近4種類の薬が相次いで許可されました。それでも日常生活での家族の協力が欠かせません。理解力、記憶力、等が病的に衰えるものの感情が比較的保たれるのがアルツハイマー型認知症の特徴です。

年を取ってからの転職、退職、転居が契機になってアルツハイマー認知症が顕在化することが少なくないので、転居や自宅の改築には注意が必要です。

早期発見の主な手がかり

1. 昔の事は比較的覚えているが新しい事を覚えられない。
2. 今の時間やここはどこか等、時間や場所の見当がつかなくなる。
3. 物や人の名前が出てこない。
4. 物を置き忘れたり、しまった場所を忘れる。
5. 同じことを何度も尋ねる。
6. 一度に2つ以上の事が考えられずに、些細な事で混乱する。
7. 頑固になったり自己中心的になったりして、人柄が以前と少し変化する。
8. 不安感などでよく眠れないと訴える。
9. 家事や仕事の段取りが悪くなる。
10. 良く知っている道で迷う。

発病に関する危険因子には7つの予防可能な因子がある。

1. 喫煙
2. 低身体活動
3. 低教育水準
4. 中年期高血圧症
5. 糖尿病
6. 中年期肥満症
7. うつ病

当事務所では顧問先様を対象に、メールでの法律相談を受け付けております。
ぜひ、お気軽にご相談ください。メールをお待ちしております。

◆ 顧問先様用Eメール相談

consul@umegae.gr.jp

弁護士法人

梅ヶ枝中央法律事務所

□ 〒530-0047 大阪市北区西天満4丁目3番25号
梅田プラザビル4階
TEL 06 (6364) 2764
FAX 06 (6311) 1074

□ 〒105-0003 東京都港区西新橋3丁目6番10号
マストライフ西新橋ビル3階
TEL 03 (5408) 6737
FAX 03 (5408) 6738

e-mail : office@umegae.gr.jp

山田 庸男
t-yamada@umegae.gr.jp
中世古裕之
nakaseko@umegae.gr.jp
中村 和洋
nakamura@umegae.gr.jp
増田 広充
masuda@umegae.gr.jp
三好 吉安
miyoshi@umegae.gr.jp
河合 順子
kawai@umegae.gr.jp
松尾 友寛
matsuo@umegae.gr.jp
林 友宏
hayashi@umegae.gr.jp
小野 俊介
ono@umegae.gr.jp
氏家真紀子
ujiie@umegae.gr.jp

平山 芳明
yoshiaki@umegae.gr.jp
二宮 誠行
ninomiya@umegae.gr.jp
西村 勇作
nisimura@umegae.gr.jp
西原 和彦
nisihara@umegae.gr.jp
大森 剛
omori@umegae.gr.jp
梁 栄文
ryo@umegae.gr.jp
松嶋 依子
matsushima@umegae.gr.jp
野口 タ子
noguchi@umegae.gr.jp
舞弓 和宏
mayumi@umegae.gr.jp
篠崎 元貴
shinozaki@umegae.gr.jp

当事務所では個人情報保護法の趣旨に則り、皆様の個人情報の適正な管理・保護に努めております。今後、本誌の配送を希望されない場合には、お手数ですが当事務所までご連絡をお願い致します。速やかに対応をさせていただきます。宜しく願い申し上げます。