

ISSN 0287-4601

日本法學

第八十卷 第三号 2015年1月

山川一陽教授古稀記念号

現代私法学における課題と展開

日本大学法学会

日本法学 第八十巻第一号 目次

論 説

キケロ『カエキーナ弁護論』における争点に関する一考察……吉原達也
金融機関の融資局面における情報提供義務に関する一考察……鬼頭俊泰

翻 訳

国際法のドイツ環境法への影響……………フィリップ・クーニヒ
甲斐素直 訳

英米法におけるダイシー理論とその周辺……………A・V・ダイシー 著
………加藤紘捷 訳

——「英国法は大学で教えることが可能か？」——
菊池肇哉 訳

研究ノート

戦争と連邦最高裁判所……………甲斐素直

——ストーン第二代長官及びウィンソン第三代長官の時代——

訴因の特定と訴因変更の要否……………三 明 翔

——平成一三年決定と訴因の機能——

判例研究

民法九〇〇条四号但書前段と憲法一四条一項をめぐる……………百 地 章

非嫡出子の法定相続分問題……………小 関 康 平

——最大平成二五年九月四日金融事情一九七号三頁(平成二四年)第九四号………
第九五号邊界裁判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件——

日本法学 第八十巻第二号 目次

日本大学法学部

創設百二十五周年記念号



山川一陽教授近影

献呈の辞

山川一陽先生がご壮健のうちに古稀を迎えられましたことを心よりお慶び申し上げますとともに、古稀を寿ぐ本論文集に、法学部長として一言ご挨拶申し上げます。

ここで山川一陽先生のご経歴をごくかいつまんで申し上げますと、山川先生は、昭和四三年に日本大学法学部を卒業後、司法修習を経て、同四六年に検察官として任官し、実務の世界でご活躍されました。捜査、公判という通常の検事としての仕事のみならず、法務省民事局付検事として、民法相続編の改正、仮登記担保法の立案といった立法作業にも広く携わりました。同五八年に、請われて母校である本学法学部に民法講座担当の助教授としてお戻りになってからは、平成二年に教授に昇格され、学外においては、日本私法学会理事、厚生労働省薬事・食品衛生審議会委員等、学内においては、法学部次長をはじめとする数々の要職を歴任されました。

これまでの山川先生のご研究をみますと、山川先生は大変多くのご業績をお持ちでして、それらは民法の全領域にまたがっています。その中でも、とくに「山川民法学」というものを挙げるとするならば、山川先生のご研究は、(1)．担保法制に関するもの、(2)．戸籍制度に関するもの、(3)．賠償制度に関するものの三つに分けられましよう。前二者には、前述の民事局付検事としての知見が、後一者には、検事としてのご経験が、それぞれ色濃く反映されているものでして、それらを通覧いたしますと、「秩序の維持」というものに対します山川先生の強い思いがご研

究の通奏低音となつてゐることが理解できます。とりわけ、最後の(3)に属する山川先生のご研究のうち、交通法学会におけるご主張が(「交通事故と医療過誤」『交通法研究』二八号(平成二二年)に所収)、平成一三年三月一三日の判決(民集五五卷二号三二八頁)において、最高裁判所に受け入れられたことは、実務に対し学説が与えた影響として特筆されるべきものと思われまゝす。

このような山川先生の長年にわたるご研究は、学界において高く評価され、前記(2)に関するご研究をまとめられたご著書『戸籍実務の理論と家族法』(日本大学法学部叢書)により、日本大学から「博士(法学)」の学位を取得されました。

山川先生の日本大学に対するご貢献を語る場合、教育の分野に関するものを欠かすことはできません。山川先生は、その講義が平易で分かりやすいところから、学生の間で評判であります。ただ、それだけでなく、『民法総則講義』『物権法講義』『担保物権法』『債権各論講義』『親族法・相続法講義』等、民法全般にわたり分かりやすい教科書を書かれてゐることも著名であります。これらのご著書は、いずれも民法の「基本書」として、学生の間で読み継がれ、版を重ねております。加之、山川先生は法曹養成教育にも情熱を注がれ、山川先生の熱心な指導で開眼した学生は数えることができません。こうした学生の多くは、裁判官、検察官、弁護士等、道は違えども、実務法曹として巣立ってまいりました。このように山川先生の一端を書き記すだけでも、山川先生がまさに「司法の日大」を体現する人物であつたことは、一目瞭然であります。

このような先生のご経歴、ご業績に鑑み、日頃先生の聲咳に接する学内外の民事法関係者が集まり、本論文集『現代私法学における課題と展開』を刊行することとなりました。民法(債権関係)改正を目前に控えたこの時期に、こ

のような形で論文集を刊行することは、学術的にも意義深く、まさに山川先生の古稀を寿ぐものとして適切であるといえましょう。

末筆ながら、山川先生の益々のご活躍と、本論文集が学界に対して裨益するところ大なるものがあることを祈念し、献呈の辞といたします。

平成二七年一月吉日

日本大学法学部長
杉 本 稔

目 次

献呈の辞

〈民事法の部〉

譲渡無能力者による弁済 ——譲渡無能力者への弁済も含んで——	北居 功	三
委任における任意解除権の規範的性質	長谷川 貞之	三九
明治二六年の敷金慣習調査について ——「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」の紹介をかねて——	岡 孝	二七
ファイナンス・リースと民法（債権関係）改正	高橋 めぐみ	三九
産業廃棄物の不適正処理と行政代執行 ——環境法と民法の交錯を中心に——	小賀野 晶一	一六
医薬品副作用被害救済制度が医療事故補償制度の構想に与える示唆について	山口 斉昭	二〇三

診療過誤と組織責任の法理

——米国の法状況を参考にして

…… 峯川 浩子 …… 二四五

担保化された金銭の担保法的考察

——敷金関係を中心に

…… 清水 恵介 …… 三〇三

中国における契約締結上の過失責任について

…… 胡 光輝 …… 三三九

〈商事法の部〉

原子力災害に関する法制についての一考察

——「原子力災害」に関するハード・ロー、ソフト・ロー、ケース・ローの交錯を中心に——

…… 松嶋 隆弘 …… 三六一

会社法下における株主総会等の決議の取消しの訴え

…… 酒巻 俊之 …… 四〇一

忠実義務と非業務執行取締役の考察

——米国の忠実義務の規範化概念と英国会社法の一般的義務、英国スチュワードシップ・コードとApproved Persons制度等の接点——

…… 藤川 信夫 …… 四一九

イギリス上場会社における非業務執行取締役の独立性と監督機能

…… 大久保 拓也 …… 四九三

航空由来カーボンの排出削減と国際社会	工藤聡一	五五

〈私法一般・訴訟法の部〉

判例における「法意」の意義	藤村和夫	五九
金銭債権の一部請求についての一考察	松本幸一	五九
各種社会保障制度と損益相殺	金光寛之	六七

山川一陽教授 略歴	山川一陽教授	六九
山川一陽教授 主要業績	山川一陽教授	六七

山川一陽教授古稀記念号

譲渡無能力者による弁済

—— 譲渡無能力者への弁済も含んで ——

北
居

功

- 一. はじめに
- 二. フランス民法典
 - (1) 弁済者の譲渡無能力
 - (2) 債権者の受領無能力
- 三. 旧民法
- 四. 現行民法
- 五. ドイツ民法典
 - (1) 部分草案
 - (2) ドイツ民法典

六．おわりに

一．はじめに

弁済が無効なために債務者が二度目の弁済提供を行う場面として、別稿は他人物による弁済を扱うが、本稿は、譲渡能力のない者による弁済の場面を検討する。わが国の民法は、第四七六条および第四七七条で制限行為能力者である債務者による弁済の効力を規定するが、極めて不自然なことには、それに対応すべき制限行為能力者である債権者に対する弁済の効力を扱う規定がない。なぜ、このような事態が生じたのであろうか。

さらに、今般の民法改正では、第四七六条の削除（第四七七条は第四七五条の場合にだけ適用）が提案されている。^②当該規定の適用場面が代物弁済に限られること、債権者の返還義務と制限行為能力者の履行義務とが同時履行とされるべきことが理由とされている。このような理由に基づく当該規定の削除は正当と評価できるのであろうか。

以下では、第四七六条および第四七七条が由来するフランス民法典および旧民法の規定内容を検討する一方で、それらに対応する規定を置かなかったドイツ民法典の制定経緯も分析することを通じて、それらの規定の今日的な意義を検証しよう。

二・ フランス民法典

(1) 弁済者の譲渡無能力

フランス民法典第一二三八条は、次のように定めている。

第一二三八条 ① 有効に弁済するには、弁済として与えられる物の所有者であり、それを譲渡する能力を持たねばならない。

② しかしながら、金銭または利用によって消費されるその他の物の弁済は、その弁済が所有者ではない者またはそれを譲渡する能力のない者によって為されたとしても、善意でそれを消費した債権者に対して、返還請求され得ない。

第一二三八条の文言から明らかとおり、弁済の有効要件の一つとして、弁済者が弁済される物の所有者であること、および、それを譲渡する能力者であることが必要とされている。そもそも、譲渡無能力者による弁済が無効とされるのは、もっぱら弁済する不利益から債務者を保護するためである。したがって、ここでの無効は相対無効であり、他人物による弁済の場合には、債権者はもちろん、多数説によれば債務者も弁済の無効を主張できるが、譲渡無能力者による弁済の場合には、譲渡無能力者である債務者側にしか無効請求は認められない^③。譲渡能力のない債務者が弁済した場合には、その弁済の無効を主張して、別の有効な弁済を提供することで、弁済された物の返還を請求できる^④。もちろん、譲渡無能力者は行為無能力者であるから^⑤（第一二二四条参照）、その者が締結した契約自体を取り消し得ることは疑いない^⑥（第一二二五条参照）。そのような取り消し得る契約に基づく債務を譲渡無能力者自身が弁済をしても、

それによつて有効な追認がされたとは認められない(第一三三八条第二項参照)⁽⁷⁾。有効に追認されるには、行為能力が回復されている必要があるためである⁽⁸⁾。したがつて、たとえば、法定代理人の同意を得て有効に締結された債務が譲渡能力のない本人によつて履行される場合には、はじめに当該規定の適用が問題となる。もちろん、その場合でも、すでに合意によつて所有権が移転されている場合には、引渡しによつて所有権が移転されるわけではないため、譲渡無能力者でも有効に弁済をすることができる⁽⁹⁾。結局、有効な債務の存在を前提にして、弁済によつて所有権が移転する場合をはじめ、譲渡無能力に基づく弁済の無効が問題となる。

もつとも、特定物の所有権が特約に基づいて弁済によつて移転される場合には、譲渡能力がない者による弁済は無効であるはずではあつても、なお有効な弁済が認められている⁽¹⁰⁾。仮に、第一三三八条が規定するとおりに、当該弁済が無効であるとすれば、債務者は弁済の無効を請求して当該物の返還を受けることができるが、債務者は改めて当該物を有効に弁済する義務を負っているのであるから、当該物を引き渡さなければならぬことに変わりがない。結局、同じ物の履行請求と返還請求とがぶつかり合つて、互いに相殺されるという構成は異常であるとしても、返還請求⁽¹¹⁾に対して債務の履行が抗弁として対抗されることになる⁽¹²⁾。したがつて、債務者にとつて当該弁済の無効を請求する意味がない。もつとも、当該債務に抗弁がある場合には、譲渡無能力者の弁済を有効とすることで当該抗弁の放棄を強要することはできないため、なお弁済は無効として扱われる⁽¹³⁾。

そうすると、第一二三八条のもつとも典型的な適用場面とされる種類債務の場合であつても、この論理は一般的に妥当しよう。たとえ譲渡無能力者であつても、有効に債務を履行する義務を負担している以上、債務者側がいったん期限に為された弁済が無能力を理由に無効であると主張しても、結局は、同じ種類の物を有効に弁済しなければなら

ないことに変わりない。したがって、譲渡無能力者が弁済の無効を請求する利益がある場面は、極めて限られている。すなわち、期限付き債務における期限前の弁済であり、弁済の無効によって債務者はなお期限の利益を享受できる地位を回復できる⁽¹⁴⁾。また、種類債務では、債務者は中等の品質の物を給付すれば足りるところ（第二二四六条参照）、譲渡無能力者がより高い品質の種類物を弁済した場合には、その弁済の無効を請求して中等の品質の種類物を改めて弁済する利益がある⁽¹⁵⁾。さらに、選択債務の場合にも、選択されて良い対象の中で最も高い価値のある物を譲渡無能力者が弁済した場合には、その弁済の無効に基づいて、より価値の低い物を改めて弁済することができる⁽¹⁶⁾。最後に、任意債務の場合にも、債務者にとってより不利な弁済対象をより有利な弁済対象と取り替える利益がある⁽¹⁷⁾。いずれにせよ、無能力債務者が弁済の無効を主張できる場面は極めて限られており、「この主題は純理ではない」⁽¹⁸⁾、あるいは、この弁済無効は「純粋な抽象性にしか専念していない」⁽²⁰⁾と評される。

譲渡無能力者によって弁済された物が偶然事によって滅失した場合、その危険は誰が負担するのか。他人物による弁済の場合には、偶然事によって目的物が滅失しても、なお債権者が弁済の無効を請求することによって二度目の弁済を請求できるため、危険は債務者が負担することになる。これに対して、譲渡無能力者による弁済の場合には、目的物が偶然事によって滅失しても、債務者は弁済の無効を請求できるが、あえて弁済の無効を主張して危険を自ら引き受けることはないはずである。したがって、偶然事による目的物滅失の危険は、債権者が負担することになる⁽²¹⁾。

他人物による弁済と同じく、譲渡無能力者による弁済の場合にも、債権者が目的物を善意で消費した場合には、もはや債務者は返還請求できない（第二三八条第二項）。債権者が悪意で消費した場合には、目的物自体はすでに消費されているため、債務者は、それ自体の返還ではなく、その賠償を求めることになる⁽²²⁾。もちろん、ここで弁済が無効

とされるのは、本来、譲渡無能力者を保護するためであるが、債権者が無効な弁済対象を善意で消費することによって、むしろ債権者が利益を得ることがかえって保護を受けることもあり得る。たとえば、種類に属する一〇〇〇フランの馬に代えて一五〇〇フランの馬一頭を引き渡した譲渡無能力債務者は、債権者が善意でその馬を一五〇〇フランで転売していた場合に、差額五〇〇フランの返還を請求できるのか。第一二三八条が善意の消費によって債務者の返還請求権を遮断するため、たとえ衡平に映らなくとも差額五〇〇フランの返還を否定する見解がある⁽²³⁾。しかし、「債権者に無能力債務者の出費で利益を与えるいかなる理由もない」以上、単に消費の事実だけでなく、債権者の利得に帰したところまで、債務者側からの返還請求が認められるべきとする見解もある⁽²⁴⁾。要するに、他人物弁済の場合と同じに扱うことで、本来保護を受けるべき譲渡無能力の債務者の利益が等閑とされているのである⁽²⁵⁾。より良い立法であれば、債務者は自身の出費で債権者が得た利益の返還を請求できるとするはずであるとの批判が向けられている⁽²⁶⁾。

(2) 債権者の受領無能力

弁済は、債権者または有効に弁済を受領できる権限を債権者から与えられた者に対して為されなければならない。しかし、たとえ債権者に対して弁済される場合であっても、弁済が有効に為されるためには、債権者に弁済を受領する能力がなければならない。これを定めるのが、フランス民法典第一二四一条である。

第一二四一条 債権者に為される弁済は、彼がそれを受け取る能力を持たなければ、有効ではない、ただし、債務者が、弁済された物が債権者の利益に転じたことを証明する場合は、この限りでない。

この条文の基礎となったポチエの説明は、次のとおりである。⁽²⁷⁾

債権者本人またはその権利を持つ者に為された弁済が有効であるためには、その者が彼の財産を管理する能力を持つことが必要である。／それが、債権者が、たとえば、未成年者、禁治産者または夫の権限下にある女性であった場合、彼らに為される弁済は有効ではなく、債務者に解放をもたらさない理由である。／しかしながら、その債権者、またはその後見人、またはそのための管理人が、その弁済の無効を主張して、二度目に支払われるべきことを求め、債務者が、その債権者が彼に弁済された金銭から利益を得て、その利益がなお請求時点で存続していることを証明すれば、つまり、彼の債務がそれによって履行され、彼の建物がそれで修補されたなら、債権者が彼の請求を棄却されるのは、何らの利得も許さず、他人の出費で利得することを許さない信義則に反するものとみなされるからである。何人も、他人の損害によって利得しないことが衡平に適う (*Neminem aequum est cum alterius damno locupletari*)。

以下を見てみよ、金銭が、彼に必要な物を彼が購入するのに用いられた場合、その物が、その後請求前に偶然時によって滅失したとはいえ、彼は請求時点でその物から利益を得たとみなされたままではない。というのも、物が彼にとって必要であると仮定すれば、彼が自身に弁済された金銭をそれを購入するために用いなかったとすれば、彼は他の金銭を利用しなければならなかったはずであるが、その金銭を彼は弁済を受けた金銭の代わりに手元にとどめたからである。無能力者がより貧しくならなかったという事実によって、彼は利得している (*Hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est*) 学説彙纂第四六卷第三章第四七法文第一節。／金銭がその債権者にとって必要ではない物を購入するために用いられた場合、その物がもはや存在していなければ、彼は、彼の請求を認容される。それが存在していれば、彼は、債務者にそれを委ねることを申し出ること、その請求を認容される。学説彙纂第四六卷第三章第四七法文前節、同第四四卷第一章第四法文。⁽²⁸⁾

ポチエが述べるとおり、弁済を受領する能力もまた行為能力に等しいとされている。本条は、行為無能力者が受け

取った物を浪費するという危険から債権者自身を保護する趣旨であるから、弁済の無効を主張するのは、もっぱら無能力者である債権者側ということになる。⁽²⁹⁾

したがって、債権者が無能力を理由に弁済の無効を主張して、債務者に対して二度目の弁済を請求する場合、債務者は、債権者がその物から利益を得たことを証明することで、二度目の弁済を免れることができる。⁽³⁰⁾ 問題は、「物が債権者の利益に転じた」とは、何を意味するのかにある。すでに上述したとおり、ポチエによれば、無能力債権者が受け取った物を必要な出費に利用した場合には、その利益が弁済の無効を主張する時点で存在すれば、債務者は二度目の弁済を免れることができるが、必要な出費以外に利用した場合には、もはや債務者はその返還を受けられなくても、二度目の弁済に応じなければならない。ポチエは、債権者が受け取った物を必要な出費に利用したのか、それとも有益な出費に利用したのかで区別し、他方で、その必要な出費で得た利益が弁済無効の主張時点でお存在しているかどうかで区別する。

学説には、ポチエとその学理が依拠するローマ法以来の伝統に沿って、必要な出費がされたときには、弁済されたものの自体は消費されるが、その分だけ債権者の別の財産の出捐が控えられ、債権者はその分だけ利得したことになるため、債権者はその分の弁済無効をもちや請求できないとする見解がある。しかし、その利益がその後消滅した場合には、債権者にはもはや利益がないのであるから、債権者は弁済の無効を主張できる、つまり、利益がなお弁済無効の請求時点に存在していなければならないとする。⁽³¹⁾

これに対して、債権者が必要な出費をした場合はもちろん、有用な出費をした場合であっても、無能力債権者がそれを利用して自身の利益に転じたと評価できる限り、たとえ弁済無効が請求される前にその利益が消滅しても、債権

者はもはや弁済の無効を請求できないとする見解もある。たとえば、無能力債権者が弁済として受け取った金銭を必要な建物の修繕に費やした後、その建物が不可抗力で滅失しても、もはや弁済は無効とはならないことになる。⁽³²⁾ 修繕した後の偶然時の滅失リスクを債権者と債務者のどちらが負担するのかという問題に帰するが、ポチエらの見解は、その危険を無能力債権者に弁済した債務者のフォートに帰すことになる。しかし、これは債務者に厳格にすぎる。というのも、第一二四一条が弁済の無効を認めるのは無能力者を浪費の危険から保護するためであるから、「債権者が、慎重で能力のある人が為すように行為するなら、つまり、彼が思慮深い利用をするなら、法律の目的は達成される」からである。⁽³³⁾

したがって、無能力債権者が、弁済として受け取った物を贅沢な物の取得や趣味快楽のために無用に出費した場合には、なお債権者は弁済の無効を請求できる。第一二四一条は、無能力債権者を浪費の危険から保護する趣旨であるが、このような場合には、まさに債権者が浪費をしているからである。⁽³⁴⁾ 債権者は弁済の無効を主張して改めて弁済を請求することができるが、手許に残っている物を債務者に提供しなければならぬ。⁽³⁵⁾ 要するに、①受領された現物が残っていればその返還が認められるが（現物返還）、②それが不必要し有益に消費された場合には有効な弁済として扱われ返還が認められず（出費節約）、③浪費される場合には返還されずに二度目の弁済が求められることになる（利得浪費）。

このような債権者の保護の反面、債務者は無能力債権者に弁済することによって、その後まったく身を守ることはできないのであろうか。確かに、第一二四一条の趣旨からすれば、弁済の無効はその保護を受けるべき債権者しか請求できない。しかも、そのような状況に身を置いたのは債務者自身であるから、やむを得ないとの判断もある。⁽³⁶⁾ しか

し、それでは、みすみす弁済された物が無能力債権者によつて浪費されることで、債務者は二度目の弁済を余儀なくされることになる。そこで、学説には、債務者は弁済の無効を請求できないとしても、無能力債権者の法定代理人に弁済の追認を請求する権利を認めるべきとし、⁽³⁷⁾さらに進んで、追認だけではなく、目的物の返還さえも請求できるとする見解もある。⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾

三・旧民法

無能力債務者による弁済について、旧民法財産編第四五五条(草案第四七六条)は、次のように規定する。

旧民法財産編第四五五条

① 義務法定量物ノ所有權ノ移轉ヲ目的トスルトキハ其物ノ所有者ニシテ且之ヲ讓渡スノ能力アル者

ニ非サレハ引渡其他ノ方法ヲ以テ弁済ヲ為スコトヲ得ス

② 他人ノ物ヲ引渡シタルトキハ当事者各自ニ其弁済ノ無効ヲ主張スルコトヲ得

③ 讓渡スノ能力ナキ所有者カ物ヲ引渡シタルトキハ其所有者ノミ弁済ノ無効ヲ請求スルコトヲ得

④ 右孰レノ場合ニ於テモ債務者ハ更ニ有効ナル弁済ヲ為スニ非サレハ引渡シタル物ヲ取戻スコトヲ得ス

⑤ 債権者カ弁済トシテ受ケタル動産物ヲ善意ニテ消費シ又ハ讓渡シタルトキハ債務者ハ其取戻ヲ為スコトヲ得ス

⑥ 又債権者ハ他人ノ物ヲ以テセル弁済ヲ認諾スルコトヲ得但眞ノ所有者ヨリ回復ヲ訴ヘタルトキハ債務者ニ対スル担保ノ訴權

ヲ妨ケス

フランス民法典第一二三八条と同じように、旧民法財産編第四五五条も、他人物による弁済と讓渡無能力者による

弁済とともに無効とする。もつとも、すでに種類債務の弁済に本条の適用範囲を限定している点で（第一項）、フランス民法典との大きな相違があるように映るものの、フランス註釈学派が解釈で限定していた適用範囲を明確化する趣旨である。⁽⁴⁰⁾ ボワソナードは、草案理由書で、当該規定の適用範囲を明確にする。すなわち、本来有効に締結された為す債務または為さざる債務が無能力者によつて弁済されても、それは無能力者に認められる管理行為とみなされることで、その取消しは認められない。また、もともと無能力を理由に取り消すことができる合意に基づく債務の履行でも、合意自体の取消しが問題となるため、弁済の無効は問題とならない。⁽⁴¹⁾ もつとも、フランス註釈学派の間では、期限前の弁済や選択債務・任意債務の弁済の場合にも無能力者による弁済が無効となることが想定されていたが、ボワソナードがむしろ積極的に種類債務の弁済に限定するのは、註釈学派と比べて狭隘と映る。

さらに、他人物弁済の場合には両当事者が無効を主張できるのに対して（第二項）、譲渡無能力者による弁済の場合には、債務者にしか無効主張を認めていない（第三項）。しかし、すでに見たとおり、この無効主張権者の相違はフランス註釈学派がほぼ一致して認めていた点であり、ボワソナードはこの成果に依拠したということができる。すなわち、「譲渡する無能力に基づく無効は、もはや絶対的ではなく、相対的でしかない」ため、保護を受けるべき譲渡能力の欠ける債務者だけが無効を主張できるにすぎない。⁽⁴²⁾ また、二度目の有効な提供と引き換えでの返還請求（第四項）も、すでにフランスの学説で広く認められていたことの明文文化である。⁽⁴³⁾ ただし、文言から見ると、二度目の弁済がされてはじめて返還請求できるようにも読めるが、フランス註釈学派以来、同時の履行が想定されている。

債権者が弁済として引き渡された物を善意で消費した場合に、債務者がもはや返還請求できないこと（第五項）は、フランス民法典第一二三八条第二項と同じである。もつとも、フランス註釈学派の間では、債務者に不利な弁済目的

物の選択が、債権者の消費によつてもはや返還請求できなくなることに對する異論が提起されていた。しかし、ボワソナードは、そのような異論を、条文に反映させることもなければ、草案理由書でも一切顧みていない。

他方で、無能力債権者に対する弁済について、旧民法財産編第四五八条(草案第四七九条)は、次のように定めている。

旧民法財産編第四五八条 領受ノ能力ナキ債権者又ハ債権占有者ニ為シタル弁済ハ其債権者又ハ債権占有者ノ請求ニ因リテ之ヲ取消スコトヲ得但其利得シタル部分ニ付テハ此限ニ在ラス

ボワソナードによれば、債権者に能力がなければ、弁済として受け取ったとりわけ金銭を濫費・喪失することが容易に想定されるため、そのような債権者を保護するために、債権者から弁済の取消しを請求できるとするのが本条の趣旨であり、⁽⁴⁴⁾先に見たとおり、フランス民法典第一二四一条と同趣旨の規定である。そこで問題となるのは、弁済の取消請求が遮断される債権者の利得の判断である。

ボワソナードは、ポチエ以来の伝統に沿つて、弁済取消しの請求時点を基準に、債権者の利得を判断する。債権者がいつ弁済として受け取った物から利得を得るのかは偶然に左右され、もつぱら債権者側に帰するこの利得による不利益が債務者に降りかかるのを不当とする。したがつて、債権者が必要ないしは有用な支出で利得を得て、それが弁済取消しの請求時点まで存続している限りで、債権者の弁済取消しの請求は遮断される。⁽⁴⁵⁾

もつとも、債権者が弁済として受け取った物で純粋な嗜好品を入手する場合には、もはや債権者の利得とは判断さ

れず、債権者が弁済を取り消すことで、債務者は二度目の弁済を強いられる。フランスの註釈学派は、まさにこのことを不当と批判してきた。ボワソナードも同様に、「債務者が債権者の不確実さと自由とに際限なく委ねられることは、不当であろう」とする⁽⁴⁶⁾。そこで、ボワソナードは、債務者が債権者側に弁済を承認するか、あるいは、債権者が利益を得た部分を控除して、弁済の無効を主張するように求めることができるとする⁽⁴⁷⁾。ボワソナードも、フランス註釈学派の有力な主張を汲んでいるとはいえ、そのことは、少なくとも条文からは明らかとはならない。

四・現行民法

現行民法第四七六条は、法典調査会で第四八四条として提案された。

第四八四条 讓渡ノ能力ナキ所有者カ弁済トシテ物ノ引渡ヲ為シタルトキハ其所有者ノミ其弁済ヲ取消スコトヲ得但其所有者ハ更ニ有効ナル弁済ヲ為スニ非サレハ其引渡シタル物を取戻スコトヲ得ス

この提案された第四八四条が、旧民法財産編第四五三条第三項および第四項からなる条文案であることは、一目瞭然である。事実、穂積陳重起草委員は、その旨を説明したうえで、旧民法上は弁済が無効とされていたが、ここでは行為無能力者の行為が問題となるため取消しに改めたとする⁽⁴⁸⁾。

この条文審議の前に、すでに他人物弁済に関する現行民法第四七五条の審議の中で、一つの重要な議論が提示されている。まず、箕作麟祥委員が、旧民法では他人物弁済と讓渡無能力者弁済での無効の請求権者が明示されていたに

もかわらず、他人物弁済に関する提案第四八三条ではその旨を明言せずに、提案第四八四条で無能力者だけが取り消すことができる」と明言する根拠を問う。そこで穂積起草委員は、弁済は法律行為であり、無能力者は弁済を取り消すことができるが、相手方も取り消せるとする疑義を排除する趣旨であると答える。⁽⁴⁹⁾ それに対して、長谷川喬委員は、譲渡無能力者が弁済行為を取り消すことができるのは、すでに民法総則の行為無能力制度およびその取消権者を定める現行民法第一二〇条に対応する規定から明らかとなるため、本条を削除すべきとする意見を提出する。それに答える富井政章起草委員は、弁済が法律行為であるとしても、それが取消対象となる行為かどうかを明示する必要があるとする。⁽⁵⁰⁾ つまり、すでに総則の規定によつて、譲渡無能力者による弁済取消しはカバーされるのではないかとの疑義である。

今ひとつの重要な議論では、土方寧委員が、そもそも法律行為が無能力を理由に取り消せる場合も想定されている条文なのかと問うのに対して、穂積起草委員は、ここで問題とするのはすでに債権債務が有効に成立していて、弁済だけを取り消す場面であると答える。⁽⁵¹⁾ これに対して、再び土方委員は、債権債務が有効に成立しているのであれば、もはや法律行為自体を取り消すことができないことが想定されているのであるから、後は弁済されるだけであるなら、もはや弁済の目的物は債権者のものとみても良いくらいであるから、それを取り消すことができるというのは「実二可笑シイコトト思フ」とする。⁽⁵²⁾ これに対して、富井起草委員は、むしろ総則規定で足りるとする先の長谷川委員の意見に「暗二同意シタ位デアリマシテ本条ガナクテモ或ハ宜イカト思フ位デアル」としつつも、債務負担と所有権移転としての弁済を別の法律行為と考えるべきことを説明する。⁽⁵³⁾ 現行民法第四七六条の適用の前提として、有効な債務の存在が明言されていると同時に、再び総則規定との関係が暗示されている。

さらに、法典調査会では、提案第四八八条として、次の条文が提案されている。

第四八八条 弁済受領ノ能力ヲ有セサル債権者ニ為シタル弁済ハ其債権者ノミ之ヲ取消スコトヲ得但債権者カ之ニ因リテ利益ヲ

受ケタル部分ニ付テハ此限りニ在ラス

第二項省略

この規定が旧民法財産編第四五八条の規定の字句を改めただけであることは明らかである。穂積起草委員は、そのうえで、現行民法第一二一条ただし書きに対応する現存利益は償還すべき範囲を指すのに対して、ここでの「利益ヲ受ケタル限度」とは債権者が消費して弁済として通用する範囲を指すため、同じ字句とならなくても良いとする。⁵⁴これに対して、長谷川委員は、無能力者保護の観点からすれば債権者が消費した部分は償還する必要があるというのは同一ではないかと疑義を提示するが、穂積起草委員は、そうすると債権者が消費した部分は弁済とならないため、債務者が二度目の弁済をすることで債権者が二重に利得できることになってしまふとの疑問を提示する。⁵⁵現存利益（①現物返還）に含まれない消失した利益のうちに、すでに有効に弁済と評価される部分（②出費節約）と弁済と評価されない部分（③利得浪費）があることが示唆されている議論と見られよう。

法典調査会の民法整理会では、上記提案第四八八条第一項の削除が承認される。穂積起草委員が削除を提案した理由は、そもそも弁済が法律行為かどうかという疑義があるため当該条文の必要が感じられていたが、法律行為を広く権利の発生・変更・消滅を目的とする行為とすれば弁済も法律行為であるため、債権者が無能力で弁済を受けた場合

には、債権者がその弁済を取り消し、現存利益を償還する義務を負うという総則規定と重複することになるという。⁽⁵⁶⁾

この提案に対して、長谷川委員は、譲渡無能力者による弁済に関する提案第四八四条も総則と重複しないのかという疑義を提示したため、翌日まで再考されることになる。ところが、翌日の審議で提示された条文案をめぐって、総則との重複問題には言及されず、単に条文の本文とただし書きを書き換える修正にとどまった。⁽⁵⁷⁾これが、現行民法第四七六条となった。

民法制定後、第四七六条について、その適用範囲が問題とされる。他人物による弁済と同様に、特定物ではその物しか給付対象とならないため、引き換えの有効な弁済が想定され得ない以上、種類債務にしか適用がないとする見解が主流である。⁽⁵⁸⁾もっとも、特定物についても債務者は取り戻すことができるとする見解もあるが、⁽⁵⁹⁾結局は、債務者が取り消して債権者が受け取った物を返還をしても、同じ物の履行を求めることになるのであるから、債務者に取消しを認める実益はないであろうし、⁽⁶⁰⁾このことは実質的には通常の種類債務にも妥当するはずである。したがって、本条の適用は、種類債務において債務者にとって不利となるような「過当ノ物」が給付された場合に適用されるにとどまり、⁽⁶¹⁾その適用は「稀な場合」でしかなく、⁽⁶²⁾「実際に適用を見ることはあまり考えられない」こととなろう。⁽⁶³⁾この稀な場合に、無能力の債務者が弁済を取り消して、物の返還を不当利得に基づいて請求するとき、債権者は有効な弁済と引き換えで返還に応じれば良いのである。⁽⁶⁴⁾

五．ドイツ民法典

(1) 部分草案

フランス民法典が、讓渡能力のない債務者による弁済および讓渡能力のない債権者に対する弁済の効力に関する規定を置いているのに対して、ドイツ民法典はそれらに対応する規定を設けていない。その立法経緯を眺めてみよう。

フォン・キューベルは、債務法に関する部分草案第二七号「履行」で、以下の規定を提案する。⁽⁶⁵⁾

第三条 行為能力を制限されている債務者が、為されるべき給付を自身の責任の履行のために実現した場合、給付されたものは、責任が有効で満期であれば、返還請求され得ない。

第四条 行為能力を制限されている債権者に履行のために給付された場合、債権者が利得する限りで、債務者は給付されたものを債権者の債権と相殺できる。

第三条に関して、フォン・キューベルは、提案理由を以下のように説明する。すなわち、普通法では、制限行為能力者が有効な債務を弁済した場合には、債務者が無能力に基づいて弁済を取り消して弁済されたものの返還を請求できるとしても、債権者は債務者に対して悪意の抗弁を主張できるとされていた。⁽⁶⁶⁾ しかし、近代立法は、むしろ無能力者による弁済によっても債務を消滅したものと扱って、債務者の返還請求権を遮断する（プロイセン一般ラント法第一部第一六章第四一条、オーストリア一般民法典第一四二条、ザクセン民法典第六八九条、ヘッセン草案第二八〇条第三項、バイ

エルン草案第一六六条第二項、ドレスデン草案第三四六条⁽⁶⁷⁾。要するに、無能力者による弁済であっても、もはや債務者側はその返還を請求できないことで諸見解は一致しているが、残る問題は、その旨の明文規定を要するか否かである。総則で決議されたところでは、制限行為能力者が法定代理人の同意なく行う法律行為は原則として無効ないし取り消され、責任の履行のために行われる所有権譲渡の場合も、原則として債務者側はその行為を取り消して、所有権に基づいてあるいは不当利得として返還請求できる。しかし、有効で満期となっている債務が履行された場合には、債権者が債務的法律行為に基づく抗弁を対抗できるため、結局、債務者からの返還請求は認められない。このことは、第三条の規定内容と一致するため、第三条の採用は単に「目的適合的考慮」に帰着する。弁済が有効なのではないが、その返還が否定されることは、この履行の箇所で規定されるのがもつとも目的適合的であるという⁽⁶⁸⁾。

続いて、第四条に関して、フォン・キューベルの提案理由は、以下のとおりである。すなわち、制限行為能力者が債務の履行を受領しても、債務関係を消滅させる履行の効果が生じないことは、普通法学説および各種の立法・立法草案に明らかである(プロイセン一般ラント法第一部第一章第三六条、オーストリア一般民法典第一四二四条、ザクセン民法典第六九三条、フランス民法典第一二四一条、ヘッセン草案第二八三条、バイエルン草案第一六八条二項、ドレスデン草案第三四九条⁽⁶⁹⁾)。しかしながら、このことは、すでに総則規定から自明であるため、ことさら規定の必要はない。残るのは、履行が効力を生じていないため、債権者がもう一度履行を求める場合に、債権者が受領したものによって、単に受領しただけでなく利得している限り(出費節約)、債務者は抗弁を対抗できることである。債権者が受領したものから利得している限り、債務者に不当利得に基づく返還請求権が生じているためである。各種の立法および立法草案もそのことを定めるが、とりわけヘッセン草案が債務者が給付したものを新たな債権と相殺できるとするのは、給付さ

れたものが債権者の財産で利用され、債権者が請求をする時点でお利得していることを債務者が証明できる場合であり、本条もそれに倣う。したがって、債務者は履行によって解放されるのではなく、不当利得に基づく返還請求権と本来の履行義務とを相殺することで解放されるとする。⁽⁷²⁾

(2) ドイツ民法典

これらの提案を受けた第一委員会は、最終的に、これら両条の削除を承認する。その理由は、次のとおりである。

まず、部分草案第三条に関して、制限行為能力者による履行の効果について一律に定めることは、行為能力の制限の程度、債務の内容および履行行為の多様性から見て困難である。「特別な規定が回避されるべきではないのは、それが、法的取引にとって害のある予見されるべき紛争問題を回避するための法的安定性の利益、あるいは、一般的な基本原則の適用によつては期待されない重要な実際の目的の達成のために必要として明らかとなる場合である」という。後者の関連で、第三条は、明瞭で単純な法をもたらす利益を期待させない。しかも、「それに関して定めらるべき諸事例は、ほとんどわずかな実際の意義しか持たず、稀にしか紛争に至り得ないであろう」。制限行為能力者が有効な債務のために弁済する場合には、「その案件は通常は処理されたものとみなされるであろう」から、「結局、特別な規定への要請は否定されるべきである」という。⁽⁷³⁾

次に、部分草案第四条に関して、「行為能力を制限された債権者に履行のために為された給付が履行として作用するのは、制限行為債権者の法定代理人がそれをそれ自体として承認する場合である。／総則総括第四二条の規定が、その際に準用される」との規定に置き換えるべき旨の提案は、それがすでに総則の制限行為能力に関する規定から明

らかであるとして否決された。⁽⁷⁴⁾ さらに、第四条とそれをめぐる各種修正提案について、「第四条の採用にとつては、第三条の採用に比べてはるかにわずかな必要性しか存在しない、というのも、第四条が含むことは正当として疑う余地はないが、他方で、それが相殺の抗弁に制限する点で、誤った帰結に誘導しがちとならないかどうか問題となる」ためである。⁽⁷⁵⁾

ドイツ民法典の第一草案理由書は、讓渡無能力者によるあるいは讓渡無能力者に対する弁済の効力が定められたなかつた理由を、次のように説明する。すなわち、制限行為能力者による弁済は、債権者が取得すべきものを手に入れる限りで、すでに処理されたものとみなされ、制限行為能力者への弁済は、それを規定する実的な需要にはるかに欠けている。一般原則によれば、債権者が有効な弁済を請求する際には、債務者が債権者に対して、債権者が利得していた限りで抗弁を主張できるからであつて、この抗弁を相殺の抗弁に制限することは、誤解を招きかねないとする。⁽⁷⁶⁾ 以上からわかるとおり、ドイツ民法典が最終的に讓渡無能力者をめぐる弁済の効力問題を規定しなかつたのは、それを特別に規定する「実的な必要性」が認められなかつたことに帰着すると評することができであろう。もちろん、この「実的な必要性」とは、それらの事例が稀であるというだけでなく、特別な規定がなくても一般原則によつて処理できるという意味と解されよう。

六. おわりに

有効に成立した所有権を移転する債務について、讓渡能力のない債務者による弁済および讓渡能力のない債権者に対する弁済は、制限行為能力制度との関係で有効ではあつても、制限行為能力者の側でその弁済を取り消すことがで

きる（第二二〇条）。このことが起点である。したがって、弁済が取り消された場合、債権者は債務者に対して本来の債務に基づいて有効な弁済を求めることができる。

もつとも、譲渡能力のない債務者による弁済の場合には、弁済を取り消すことができるのは債務者側であるから、債務者は弁済として引き渡された物との引き換えで、二度目の弁済に応じる義務を負う（第四七六条）。しかし、譲渡能力のない債務者が弁済をした後にその弁済を取り消しても、なお債務者は同じ（種類の）物を給付しなければならぬ。したがって、ドイツ法はその場合に債務者側の取消しの利益を否定していた。フランス法もこのことを認めたうえで、なお極めて限られた事例でのみ債務者に取消しの利益を認めて、債務者が二度目の弁済をする余地を残す。わが国の民法第四七六条も同様の前提に立つはずであり、ここで求められるのは債権者の返還義務と債務者の履行義務との同時の履行関係である。さらに、その場合であっても、債権者が善意で弁済として受け取った物を消費する場合に弁済を有効とするのが、第四七七条である。

極めて限られた事例ではあっても、制限行為能力者に取消しの利益が認められる場合には、制限行為能力に基づいて弁済を取り消す債務者が、二度目の弁済の提供をして一度目の弁済目的物の返還を求めても、債権者はその消費を理由に返還請求を拒絶できる。しかし、フランス註釈学派は、譲渡無能力者の弁済場面で、債権者の消費による返還請求権の拒絶が、本来保護を受けるべき債務者ではなく、むしろ債権者の利益に転換されることに疑義を差し挟んでいた⁽⁷⁷⁾。そのため、無能力者が原因行為自体を取り消すことによつて返還請求する場合には、第四七七条の適用が回避されることで、無能力者の保護に欠けないとの反論が提起された⁽⁷⁸⁾。しかし、このように解するともはや本条にほとんど意味はなくなるため、たとえ無能力者が原因行為自体を取り消して目的物の返還を主張する場合であっても、第

四七七条の適用を認めて取引の安全を図るべきとの見解もある⁷⁹。もはや、四七七条の適用にどのような意味を見いだすのかという問題に帰着するが、債務者に弁済を取り消す利益が認められる場合には、債権者が受け取った現物を返還すべきであり、債権者がすでに受け取っていた物を消費していたとしても、その価格賠償に応じて、一回目の弁済の利益を債務者に返還すべき解決も想定されよう。

したがって、問題となるのは、四四七六条の適用場面で、四四七七条をそのまま適用して良いのかどうかという解釈問題である。そして、その先にあるのは、極めて稀にしか想定され得ない事例に対応する四四七六条を、なお維持する利益があるのかどうかという立法問題である⁸⁰。ドイツ法の立法経緯や法典調査会での議論が示唆するとおり、総則に基づく制限行為能力者の弁済取消しを認めたくて、不当利得に基づく返還原則に従うことが、簡明でしかもフランス法が示唆した公平な帰結へと至るであろう。四四六七条は、代物弁済事例に限定されるわけではないし、返還義務と履行義務との同時履行を本来意味していることが確認されるため、その理由付けには疑念があるとしても、四四七六条の削除提案は結論として正当と評価できよう。

他方で、譲渡能力のない債権者に対する弁済は、現行民法の起草者の見解によれば、総則の制限行為能力制度によつて解決がすでに図られていることになる。事実、この問題に言及する学説も、総則の制限行為能力制度の適用によつて、無能力者側による行為の取消しを認めている⁸¹。したがって、制限行為能力者である債権者側は、弁済を取り消して、改めて債務者に弁済を請求することができるが、債権者が負うべき返還義務の範囲は「現存利益」に限られる（二二一条ただし書き）。

しかし、仮に、債権者の全面的な返還義務を認めるとしても、債務者は一度目の弁済目的物の返還債権と二度目の

弁済債務のうち、債権者が利得した部分について債務者の抗弁が対抗できるとするのがドイツ法が示唆する解決であった。譲渡能力のない債権者に弁済として引き渡された物が、①債権者の手許に残る場合に現存利益として返還対象となり、②債権者が必要ないし有益に消費した利得部分は出費を免れた利得として有効な弁済とされるか抗弁が対抗され、③債権者によって浪費された部分は返還の義務はなく、債務者はその部分に対応する履行義務を免れないことになる。今日、「現存利益」は、債権者による浪費部分を除いた債権者の利得と解されるため、譲渡能力のない債権者は、受け取った物のうち浪費していない現存利益の返還義務を負うことになる（上記①および②）。しかし、出費節約部分につき、債権者と債務者ともに原状回復の一般原則に従って返還義務を負うとする単純な解決か、あるいは、債権者の返還請求を信義則によって制限する解決もあり得よう。

以上より、すでに譲渡能力のない債権者への弁済問題は総則規定に委ねられており、また民法の改正を機に第四七六条が削除されるとすれば、譲渡能力のない債務者による弁済問題も総則規定に委ねられることになる。弁済規定からの制限行為能力問題の排除は、それらの問題を総則の制限行為能力制度に委ねることを意味する結果、「共通項を括弧の前に括り出す」いわゆるパンデクテンの構成の洗練を意味することになる。⁽⁸²⁾

(1) 拙稿「他人物による弁済」法学研究第八八巻第一号（二〇一五年）参照。

(2) 法務省民事局参事官室『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』（平成二五年二月二六日決定）<http://www.moj.go.jp/content/000109163.pdf>。一〇二頁によれば、「同条の具体的な適用場面は制限行為能力者が代物弁済をした場合に限られる一方で、その適用場面においても、再度の債務の履行と引き渡した物の取戻しとの間に同時履行の関係が認められないのは、

売買等の他の有償契約の取消しの場合との均衡を欠き、不合理であると指摘されている」ためである。第四七六条の削除方針は、その後も維持されている。法制審議会民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案』（平成二六年八月二六日決定）三八頁 <http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf>.

- (c) Charles AUBRY/ Charles RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t.4, 4^{ème} éd., Paris, 1871, § 316, p.152; Charles DEMOLOMBE, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t.4, Paris, 1872, n° 123, p.113; Édouard COLMET DE SANTERRE, Cours analytique de droit civil, t.5, 2^{ème} éd., Paris, 1883, n° 177 bis XV, p.316; Victor-Napoléon MARCADE, Explication théorique et pratique du code civil, 7^{ème} éd., t.4, Paris, 1873, n° 683, p.554; François LAURENT, Principes de droit civil Français, t.17, 3^{ème} éd., Bruxelles/ Paris, 1878, n° 506, p.499; Théophile HUC, Commentaire théorique & pratique du code civil, t.8, Paris, 1895, n° 17, pp.28-29; Gabriel BAUDRY-LACANTINIERE/ Louis Joseph BARDE, Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations, t.2, 2^{ème} éd., Paris, 1902, n° 1426, p.488.

- (4) Frédéric MOURLON, Répétitions écrites sur le code civil, t.2, Paris, 1881, n° 1327, p.726. 他人物売買の文脈では広く論じられている。詳細は、拙稿「他人物による弁済」前出注(1)参照。

- (5) 譲渡無能力者、すなわち行為無能力者は、一九二八年以前には、未成年者、禁治産者および妻であった。LAURENT, op. cit., n° 506, pp.499-500; BAUDRY-LACANTINIERE/ BARDE, op. cit., n° 1425, p.488.

- (6) Léobon LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des obligations ou commentaire, t.3, Paris, 1857, Art.1238, n° 15, p.85.; LAURENT, op. cit., n° 510, p.502.

(7) フランス民法典第一三三八条第二項

同意または追認がない場合、債務が有効に同意または追認され得る時点以後に、債務が任意に履行されれば足りる。

- (8) AUBRY/ RAU, op. cit., § 316, p.151, note 15.; DEMOLOMBE, op. cit., n° 127, p.116; LAURENT, op. cit., n° 510, p.502; BAUDRY-LACANTINIERE/ BARDE, op. cit., n° 1430, p.490.

- (9) Alexandre DURANTON, Cours de droit français suivant le code civil, t.12, 3^{ème} éd., Paris, 1834, n° 27, pp.37-38; LAROMBIÈRE,

op. cit., Art.1238, n° 13, p.83; DEMOLOMBE, op. cit., n° 126, pp.114-115; LAURENT, op. cit., n° 510, p.502.

- (01) AUBRY/ RAU, op. cit., § 316, p.151.
- (11) DURANTON, op. cit., n° 27, pp.37-38.
- (21) Charles-Bonaventure-Maire TOULLIER, *Le droit civil français*, t.7, 5^{ème} éd., Paris, 1842, n° 7, p.15.
- (31) AUBRY/ RAU, op. cit., § 316, p.151.
- (41) LAROMBIÈRE, op. cit., Art.1238, n° 13, p.84; LAURENT, op. cit., n° 508, p.501; MOURLON, op. cit., n° 1327, p.727; HUC, op. cit., n° 17, p.29; BAUDRY-LACANTINERIE/ BARDE, op. cit., n° 1428, p.489.
- (51) DEMOLOMBE, op. cit., n° 130, p.118; MARCADÉ, op. cit., n° 683, p.554; LAURENT, op. cit., n° 508, p.501; MOURLON, op. cit., n° 1327, p.727; HUC, op. cit., n° 17, p.29; BAUDRY-LACANTINERIE/ BARDE, op. cit., n° 1428, p.489.
- (91) LAROMBIÈRE, op. cit., Art.1238, n° 13, p.84; DEMOLOMBE, op. cit., n° 130, p.118; MARCADÉ, op. cit., n° 683, p.554; LAURENT, op. cit., n° 508, p.501; MOURLON, op. cit., n° 1327, p.727; HUC, op. cit., n° 17, p.29; BAUDRY-LACANTINERIE/ BARDE, op. cit., n° 1428, p.489.
- (17) LAROMBIÈRE, op. cit., Art.1238, n° 13, p.84; HUC, op. cit., n° 17, p.29; BAUDRY-LACANTINERIE/ BARDE, op. cit., n° 1428, pp.488-489.
- (81) HUC, op. cit., n° 17, p.29.
- (61) LAURENT, op. cit., n° 508, p.501.
- (20) DURANTON, op. cit., n° 27, p.38.
- (21) DEMOLOMBE, op. cit., n° 124, pp.113-114; COLMET DE SANTERRE, op. cit., n° 177 bis XVI, p.316; MARCADÉ, op. cit., n° 684, pp.554-555; LAURENT, op. cit., n° 507, p.500; HUC, op. cit., n° 17, p.29; BAUDRY-LACANTINERIE/ BARDE, op. cit., n° 1427, p.489.
- (22) MARCADÉ, op. cit., n° 683, p.554; MOURLON, op. cit., n° 1329, p.727.
- (23) DEMOLOMBE, op. cit., n° 131, p.118 et suiv.

- (24) BAUDRY-LACANTINERIE/ BARDE, op. cit., n° 1431, p.490-491.
- (25) LAURENT, op. cit., n° 509, pp.501-502. 同旨, DURANTON, op. cit., n° 29, pp.42 et suiv.
- (26) MOURLON, op. cit., n° 1328, p.727.
- (27) Robert-Joseph POTHIER, Traité des obligations, in Jean Joseph BUGNET, Œuvres de Pothier, t.2, Paris, 1848, n° 504, p.276. ビゴIIプレアムヌは、第一二四一条の根拠を、次のように説明する。すなわち、「債務者が、その年齢またはその他の理由で受け取る能力を持たない者に弁済をした場合には、彼にはフォートがある。その債務者の唯一の方策は、弁済された物が債権者の利益に転じたことを証明することであろう。法律がその債権者に認める保護は、彼にとって、他人の出費で利得する手段とはなり得ないはずである」」。Pierre-Antoine FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. XIII, Réimpression de l'édition 1827, Osnabrück, 1968, pp.265 et 266; Jean LOCKÉ, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. XII, Paris, 1828, n° 119, p.366.
- (28) 学説彙纂第四六卷第三章第四七法文前節

弁済がその後見人の同意なく被後見人に為された場合に、いつの時点で彼が利得したのかという問題が提起されるなら、訴訟の時点が注目されるべきである。同様に、訴訟の時点は、彼に対して提起される悪意の抗弁にとって注目される。

学説彙纂第四四卷第一章第四法文

自身に帰属する金銭がその後見人の同意なく弁済された被後見人の場合に、問われるのは、彼は悪意の抗弁に対抗されるべきかどうか、次に注目されるべき問題は、彼が彼の請求を提起する時点で、彼がなお金銭を持っているのか、それとも、それでは何かを取得していたのかである。

- (29) COLMET DE SANTERRE, op. cit., n° 180 bis I, p.320; LAURENT, op. cit., n° 541, p.527; BAUDRY-LACANTINERIE/ BARDE, op. cit., n° 1433, p.492.
- (30) いれを悪意の抗弁と説明するのは, Claude-Étienne DELVINCOURT, Cours de droit civil, t.2, Paris, 1819, p.755.
- (31) DELVINCOURT, op. cit., p.755; DURANTON op. cit., n° 45, pp.63-64; Léobon LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des obligations

ou commentaire, t.4, Paris, 1857, Art.1312, n° 8, pp.159-160.

- (32) TOULLIER, op. cit., n° 14, p.20; AUBRY/ RAU, op. cit., § 317, p.155, note 18; DEMOLOMBE, op. cit., n° 196, p.163 et suiv.; MARCADÉ, op. cit., n° 687, p.556; LAURENT, op. cit., n° 541, pp.528-529; HUC, op. cit., n° 26, p.41; BAUDRY-LACANTINERIE/ BARDE, op. cit., n° 1434, pp.492-493.
- (33) COLMET DE SANTERRE, op. cit., n° 180 bis IV, p.322. ^[註] MOURLON, op. cit., n° 1330, p.728.
- (34) TOULLIER, op. cit., n° 14, p.20; DEMOLOMBE, op. cit., n° 197, p.166; COLMET DE SANTERRE, op. cit., n° 177 bis V, p.323; BAUDRY-LACANTINERIE/ BARDE, op. cit., n° 1434, p.493.
- (35) DEMOLOMBE, op. cit., n° 197, p.166.
- (36) LAURENT, op. cit., n° 542, pp.528-529; HUC, op. cit., n° 26, p.41.
- (37) MARCADÉ, op. cit., n° 688, p.557.
- (38) DEMOLOMBE, op. cit., n° 199, p.166 et suiv.; COLMET DE SANTERRE, op. cit., n° 177 bis VI, pp.323-324; MOURLON, op. cit., n° 1332, p.728; BAUDRY-LACANTINERIE/ BARDE, op. cit., n° 1435, pp.493-494.
- (39) なお、ドゥモロンブは、仮に債務者が債権者の無能力を知らずに弁済した場合にも、その弁済を有効とすべきと論じている。たとえば、契約をした時点では能力者であったが、その後に無能力となった債権者にそれを知らずに債務者が弁済する場合には、弁済を有効とするので、なお債務者を保護することを認めるのである。DEMOLOMBE, op. cit., n° 201, p.169 et suiv. ポチエも、債権者が死亡して受任者の権限がなくなったり、債権者が無能力となったことを知らずに、債務者が弁済した場合には、なお弁済は有効であるとする。POTHIER, op. cit., n° 511, pp.277-278.
- (40) この点については、拙稿「他人物による弁済」前出注(一)参照。
- (41) Gustave BOISSONADE, *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2^{ème} éd., Des droits personnels ou obligations, Tokio, 1883, n° 459, p.501.
- (42) BOISSONADE, op. cit., n° 458, p.499. ^フ ^ラ ^ン ^ス ^民 ^法 ^典 ^第 ^一 ^一 ^二 ^五 ^条 ^に ^対 ^応 ^す ^る ^草 ^案 ^財 ^産 ^編 ^第

三四〇条(旧民法財産編第三一九条)の無能力者側だけが主張できる取消しに関する規定を参照させる。

(43) この点については、他人物による弁済での言及が多い。拙稿「他人物による弁済」前出注(1)参照。

(44) BOISSONADE, op. cit., n° 465, p.508.

(45) BOISSONADE, op. cit., n° 465, pp.508-509.

(46) BOISSONADE, op. cit., n° 465, p.509.

(47) BOISSONADE, op. cit., n° 465, p.509.

(48) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録三』(商事法務研究会・一九八四年)二五六頁。以下、前

田達明監修〔平田健治〕『史料債権総論』(成文堂・二〇一〇年)四八六頁以下も参照。

(49) 『法典調査会民法議事速記録三』前出注(48)二五三頁。

(50) 『法典調査会民法議事速記録三』前出注(48)二五三―二五四頁。磯村哲編〔奥田昌道〕『註釈民法(12)』(有斐閣・

一九七〇年)七〇頁参照。

(51) 『法典調査会民法議事速記録三』前出注(48)二五四頁。

(52) 『法典調査会民法議事速記録三』前出注(48)二五六頁。

(53) 『法典調査会民法議事速記録三』前出注(48)二五七頁。

(54) 『法典調査会民法議事速記録三』前出注(48)二六七頁。

(55) 『法典調査会民法議事速記録三』前出注(48)二六七頁。

(56) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法整理会議事速記録』(商事法務研究会・一九八八年)二五九頁。

(57) 『法典調査会民法整理会議事速記録』前出注(56)二六九―二七〇頁。

(58) 横田秀雄『債権総論(第九版)』(日本大学・清水書店・一九九二年)八二九頁、石坂音四郎『日本民法第三編債権』(有

斐閣書房・一九一五年)一三九二頁、鳩山秀夫『日本債権法総論』(岩波書店・一九二五年)四〇七頁、田島順Ⅱ柚木馨Ⅱ伊

達秋雄Ⅱ近藤英吉『註釈日本民法(債権編総則)下巻』(巖松堂書店・一九三六年)四四―四五頁、三瀧信三『債権法提要総

論下冊』(有斐閣・一九三六年)五一六―五一七頁、勝本正晃『債權法概論(総論)』(有斐閣・一九四九年)四六一頁、我妻榮『新訂債權総論』(岩波書店・一九六四年)二二〇頁、奥田昌道『債權総論(増補版)』(悠々社・一九九二年)五一四頁。

(59) 石坂・前出注(58)一三九四頁註2。なお、代物弁済への適用を指摘するのは、内田貴『民法Ⅲ〔第三版〕』(東京大学出版会・二〇〇五年)三五―三六頁、中田裕康『債權総論〔第三版〕』(岩波書店・二〇一三年)三二三頁。

(60) 横田・前出注(58)八二九頁、磯村〔奥田〕前出注(50)七三頁。

(61) 梅謙次郎『民法要義卷之三債權編』(和仏法律学校・明法堂・一八九七年)一三七頁。同旨、横田・前出注(58)八三〇頁。なお、未成年者の母親が親族会の同意を得ないで未成年者の動産を代物弁済として引き渡した後にそれを取り消した事案で本条が適用されたが(名古屋地判年月日不詳・新聞五三四号一三頁)、未成年者の母親が親族会の同意を得ないで株券を債權担保として引き渡して後に取り消した事案では、弁済ではなく担保として交付されたことを理由に、本条の適用が否定された(東京控判大正二四年六月四日評論一四卷民七三八頁)。

(62) 我妻・前出注(58)二二〇頁。

(63) 奥田・前出注(58)五一四頁。

(64) 無能力者が取消権を行使することで債權者の利益を害するおそれがあるため、債權者は有効な弁済との引き換えを主張できる。梅・前出注(61)二三七頁、岡松参太郎『註釈民法理由第七版』(有斐閣書房・一八九九年)二五六頁、田島Ⅱ柚木Ⅱ伊達Ⅱ近藤・前出注(58)四二―四三頁。これも債權者に認められる「一種ノ留置権」とされる。石坂・前出注(58)一三九一頁。この「留置権」によって債權者の保護を図るのが、第四七六条の趣旨とされる。平井宜雄『債權総論〔第二版〕』(弘文堂・二〇〇四年)一八〇頁。

(65) Werner SCHUBERT (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil, Verfasser: Franz Philipp von KÜBEL, Berlin/New York, 1980, S.1003.

(66) グルヒョトはその弁済論で、弁済は意思行為であるため意思能力を必要とし、無能力者が弁済をした場合には、返還請求

権が認められるものの、それに対して悪意の抗弁が対抗される結果、弁済は維持されることになるとして、学説彙纂第五〇巻第一七章第一七三法文第三節「自身が返還すべきものを請求する者は悪意によつて行為する」を参照させる。Julius Albert GRUCHOT, *Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Rechte*, Berlin, 1871, S.15f. ファンゲロウは後見の一環として、被後見人は有効に譲渡できないため、後見人の同意なくいかなる弁済もできず、債務者側は所有権または不当利得に基づいて返還請求が可能であるが、その返還請求権は債権者による悪意の抗弁に対抗されるとする。Karl Adolph von VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd.1, 7. Aufl., Marburg/ Leipzig, 1863, § 279, Anm.1, p.516. ファンテンシャイトは、不当利得の一環として、誤つて自身のものとみなす他人物を債権者が消費したり、他に引き渡してしまった場合には、もはや債務者は不当利得に基づく返還請求権を持たないとする。Bernhard WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd.2, 7. Aufl., Frankfurt am Main, 1891, § 426, S.549, Anm.12. シンテニスは、弁済要件で譲渡能力の必要性を論じつつ、行為無能力の項目を参照させ、そこで債務者の不当利得返還請求権の消滅を説く。Carl Friedrich Ferdinand SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, Bd.1, 3. Aufl., Leipzig, 1868, § 17 S.141, Note 27; ders., *Das praktische gemeine Civilrecht*, Bd.2, 3. Aufl., Leipzig, 1868, § 103, S.412.; 行為能力の一環に位置づけるのは Josef UNGER, *System des österreichischen Privatrechts*, Bd.2, Leipzig, 1859, S.29 Note 25.

一九世紀の当初には、フランス法と同じように、ドイツ普通法も、無能力者をめぐる弁済問題は、弁済の要件として論じていた。たとえば、ティボーは、「債権者が自らを法律関係から解放する能力がなければ、彼の後見人に行われることも弁済に入る」とし、「債務者が自身の財産を自由に処分してはならないときには、その後見人が弁済できる」として、弁済の要件に譲渡能力を挙げている。Anton Friedrich Justus THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, Bd.1, Jena, 1805, § 70, § 72, S.65f. 同旨 Ferdinand MACKELEY, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, Bd.1, 10. Aufl., Giessen, 1833, § 487, S.342. ホルンシューハーは、無能力者の弁済であっても、債権者が受け取った物を消費した場合には、債務者はもはや返還請求できないとする。Rudolf Freiherrn von HOLZSCHUHER, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, Bd.3, 2. Aufl., Leipzig, 1858, S.176, zu 16. しかし、その後の普通法学は、あるいは行為無能力制度、あるいは、不当利得制度の中で譲渡無能力者をめぐる弁済問

題を論じることになる。おそらく、パンデクテン体系の整備の途上で、無能力者をめぐる弁済の問題がより上位の包摂ルールへと取り込まれていくプロセスを眺めていることとなろう。最終的に、譲渡無能力者をめぐる弁済問題は、総則として昇華された行為無能力に関する上位ルールに委ねられることになる。

(67) プロイセン一般ラント法第一部第一六章第四一条

むしろ、無能力者によって給付された各支払は、彼がそれによって責任から解放された限りで、支払者のために有効である。オーストリア一般民法典第一四二一条

そうでなければ自身の財産を管理する能力のない者も、正当で満期の債務を適法に支払うことができ、自身の責任を処理できる。しかし、その者が、いまだ不確定または満期でない債務を支払った場合には、その後見人または財産管理人は、支払われたものの返還を請求する権利を有する。

ザクセン民法典第六八九条

自身の財産を自由に処分してはならない者が責任を履行する場合、彼の法定代理人が給付されたものの返還を請求できるのは、債権者が、時期と対象によって、彼が請求する権利を持つ以上に取得しなかった限りにおいてである。

ヘッセン草案第二八〇条第三項

しかしながら、必要な譲渡権限の欠缺は、その支払によって承認された満期となった責任だけが履行された場合に、支払債務者ないしはその必要な代理人に、返還請求の権利を与えない。

バイエルン草案第一六六条

責任の履行が譲渡行為からなる場合、それが法的に有効なのは、履行者が履行の時点で、自身の財産について自由な処分権限と譲渡権限を有するときだけである。

しかしながら、必要な譲渡権限の欠缺が、履行する債務者にも、その法定代理人にも、返還請求を認めないのは、有効に存在し満期となった責任が履行された場合である。

ドレスデン草案第三四六条

本人の無能力に基づいて自身の財産を自由に処分することができない者が、支払を給付した場合、その法定代理人は、履行された責任が根拠のある満期の責任である限り、給付されたものの返還を請求できない。

(68) SCHUBERT, a.a.O., S.1025f.

(69) プロイセン一般ラント法第一部第一章第三六条

各人が自身の財産の管理につき、法律または裁判官の判決によって制限を受ける限り、彼に対していかなる有効な支払も給付され得ない。

オーストリア一般民法典第一四二四条

債務額は、債権者、受領に相当な彼の権限者または裁判所が債権の所有者として認めた者に対して給付されなければならない。各人がその財産を自身で管理してはならない者に対して支払った場合、支払われたものが実際に存在しないか、または、受領者の利用に供されていた限りで、彼は再び支払う責任を負う。

ザクセン民法典第六九三条

履行が、自身の財産を自由に処分してはならない権利者に対して行われる場合、それは無効である、ただし、給付されたものが法定代理人の手にはいるか、または、権利者が利得するか、または、給付されたものが彼の許になお存在する場合は別である。

ヘッセン草案第二八三条第一項

支払は、債権者が自身の財産を自由に処分できる場合にしか、債権者自身に対して有効に給付され得ない。

バイエルン草案第一六八条

責任の履行が物または権利の移転からなる場合、それは、債権者が自身の財産について自由な処分権を有するときにか、債権者または彼に任命された代理人に対して有効に行われ得ない。

債権者に処分権限が欠ける場合、彼の法定代理人または裁判官に任命された代理人に対してしか有効に行われ得ない。

ドレスデン草案第三四九条

債務者が、本人の無能力に基づいて、自身の財産を自由に処分できない債権者に支払った場合、彼が自身の責任から解放されるのは、給付されたものが債権者の法定代理人の手にはいるか、または、訴えの通知の時点で債権者の許になお存在するか、または債権者がその時点でなお利得していた限りにおいてだけである。

- (70) グルヒョトは、弁済の受領にも債務者を解放する効果を持つ法律行為のための能力が必要であるが、無能力者への弁済も、支払われたものがなお存在するか、または受領者がそれによって利得する限りで、効力を持つとする。GRUCHOT, a.a.O., S.49ff. 債権者に受領能力が必要であることは、一般的に承認されていた。Ludwig ARNDT, Lehrbuch der Pandecten, München, 1852, § 261, S.401. 前出注(66) 参照。

(71) ヘッセン草案第二八四条

支払の受領能力のない債権者(第二八三条)に対して給付された支払を、債務者が債権と相殺できるのは、給付されたものが債権者の財産に利用され、債権者がそれによって訴えの時点でなお利得していることを、債務者が証明する限りにおいてだけである。

理由は、「何人も他人を害して、つまり、受領能力のない債権者は、彼の債務者を害して、自身利得すべきではない」ためである。説明する。Werner SCHUBERT (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen, Entwürfe und Motive (1842-1853), Frankfurt am Main, 1986, S.149.

- (72) SCHUBERT, a.a.O., FN.65, S.1026f.

- (73) Horst Heinrich JAKOBS/ Werner SCHUBERT (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse I, Berlin/ New York, S.623f.

- (74) 総則決議第四二条は、七歳に満たない未成年者が行為能力を制限されるが、そのような未成年者も、単に権利を得または責任を免れるだけの法律行為を行う能力があり、さらに法定代理人の同意に関する事項を規定する。さらに、総則決議第四三条は、行為無能力者に対して行われる法律行為は無効であるが、未成年者に対する行為は、未成年者が単に権利を得または責

任を免れるだけの場合に有効である⁷⁶などを定める。Horst Heinrich JAKOBS/ Werner SCHUBERT (Hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 1. Teilband*, Berlin/ New York, 1985, S.535, S.540.

(75) JAKOBS/ SCHUBERT, a.a.O., S.624f.

(76) Benno MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd.2, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899, Neudruck, Darmstadt, 1979, S.45.

(77) 債権者の善意の消費・譲渡によって債権者の利益は確保されるが、無能力債務者は不利益を被り得るため、フランス学説は批判を向けていた。この批判は、わが国の第四七七条に対しても向けられ得る。石坂・前出注(58)一三九四頁註3。

(78) 鳩山・前出注(58)四〇八頁。

(79) 三瀧・前出注(58)五一九頁。

(80) 第四七六条を代物弁済に限定する解釈は極論である。種類債務や選択債務にも適用余地はあるし、そもそも、制限行為能力者による弁済が所有権移転効果をもたらさないことから、その給付行為の取り消しを認めること自体が起点である。したがって、制限行為能力者による期限前弁済の取消しも認められるべきなのであるが、ただその場合には、正当な履行行為との同時履行関係は存在しないため、第四七六条の適用がないだけである。

(81) 石坂・前出注(58)一四一三—一四一四頁、田島・柚木・伊達・近藤・前出注(58)四五頁、三瀧・前出注(58)五〇七頁。ただし、弁済が法律行為でないとすれば、行為能力を制限された債権者であっても弁済を受領する能力が認められるが、弁済を受領することによって受け取った物を浪費するなどの不利益を回避する必要があるため、無能力者側に取消権が認められると説かれる。弁済と給付行為とを区別したうえで、弁済の法的性質を非法律行為と把握する学説の傾向が看取されよう。この問題は、弁済の法的性質論として、別途考察の必要がある。なお、民法改正研究会(代表加藤雅信)『民法改正と世界の民法典』(信山社・二〇〇九年)五九八頁は、物権行為の独自性を否定することによってそれと調和しない第四七六条の削除を提言している。しかし、物権行為の独自性を否定するとしても、弁済時の給付行為によって物の所有権が移転することを合意することは可能なのであるから、ただちに第四七六条の意義が失われることにはならないはずであろう。

(82) 前出注(66)参照。パンデクテンの意義については、拙稿「民法改正と契約法…民法の体系」法セミ七一〇号(二〇一四年) 八〇頁以下を参照。

委任における任意解除権の規範的性質

長谷川 貞 之

- 一 はじめに
- 二 継続的債務関係と解除
- 三 解約告知に関する民法典の規定と委任の「解除」
- 四 委任の解除に関する民法六五一条の立法的沿革
- 五 民法六五一条の指導形像と規範的性質
- 六 今後の課題と展望——まとめに代えて

一 はじめに

継続的債務関係を早期に将来に向かって終了させる契約当事者の一方的意思表示は、「解約告知」(Kündigung)といわれる。⁽¹⁾ 解約告知は、契約を過去に遡及して解消させる「解除」(Rücktritt)とは本質的に異なり、継続的債務契約におけるきわだった特色の一つと認められてきた。継続的債務契約と解約告知との関係を明らかにしたのは、一九世紀から二〇世紀において活躍したドイツのゲルマニステンの代表者ギールケ (Otto von Gierke) である。⁽²⁾ 継続的な給付をなすことを内容とする継続的債務契約にあつては、継続的に支分債権・個別債権を定期的または反復的に発生させるが、これを発生させる基本債権は、契約存続の全期間を通して存在し、支分債権・個別債権の履行によつて消滅することはない。このような継続的債務関係の特色は、ギールケによれば、その終了の形態にあり、一時的債務関係が履行によつて消滅するのに対し、継続的債務関係については、通常、期間の経過によつて終了するほか、解約告知により継続的債務関係が消滅するという点にある。⁽³⁾

わが民法は、ドイツ民法と同様、債権契約について継続的契約と一時的契約とを区別することがないのみならず、契約の解除についても解除と解約告知とを用語の上で区別することなく、一律に解除として規定している。しかし、賃貸借 (民法六二〇条)、雇用 (同六三〇条)、委任 (同六五二条)、組合 (同六八四条) などの規定にいう「解除」は、ギールケのいう継続的債権契約に特有の契約の終了原因としての解約告知であり、一般の契約解除とは区別して理解すべきものと考えられている。⁽⁴⁾

継続的債権契約の一つである委任についてみれば、わが民法は、各当事者に自由な委任契約の「解除」を認めつつ

（民法六五一条一項）、「相手方の不利な時期」における契約の解除から生じた損害について賠償義務があることを定め（同条二項本文）、ただ、「やむを得ない事由」があるときは損害賠償義務を排除するものとしている（同条二項ただし書）。この民法六五一条にいう「解除」が、民法六五一条の規定と相まって、解約告知の性質を有することは、多くの論者が認めるところである。^⑤しかし、解約告知というその性質から、委任における「解除」について、どのような解釈が妥当とされ、また、導かれるのかは、これまで十分な検討がなされていないように思われる。

委任といえば、従来、入口の議論に重点を置き、受任者の善管注意義務（六四四条）を中心とした統一的な事務処理に関する受任者の権利義務に焦点が置かれ、善管注意義務や忠实義務に関する議論がその中心とされてきた。^⑥本稿では、継続的債権契約における終了の重要性に鑑み、解約告知の観点から、民法六五一条にいう委任の「解除」と契約終了の問題を取り上げ、これを検討することにしたい。この検討を通して、民法六五一条の出来るまでを民法典編纂の流れを追いながら、同条の立法趣旨がどこにあったのか、また、委任関係からの離脱を「解除」という用語で一したことの意味とそれが後の学説や判例に及ぼした影響について明らかにしたいと考える。

現在、民法典を取り巻く環境は、混沌としており、かつ、複雑な様相を呈している。民法典の原理が急速に進行している社会の変化にどのように対応するのか、民法典の規範体系から論理の手法を用いて、社会の生み出す諸種の問題を法的に解決することが可能かどうかが問われている。これを明らかにするには、まず、民法典の置かれている状況を把握し、正確な位置づけを行うことが何よりも求められる。そのためには、出発点となるべき民法典の編纂過程をあらためて振り返ってみることは必要であると思われる。

二 継続的債務関係と解除

1 ギールケの継続的債務関係論

委任の任意解除権を定めた民法六五一条は、委任における各当事者が自由に何時でも委任契約を「解除」できると規定する(民法六五一条一項)。これは、各国の法制が認めるところであり(ドイツ民法六七一条、フランス民法二〇〇四条、二〇〇七条など)、旧民法(財産取得編二五一条以下、とくに二五二条、二五六条)も同様の規定を設けていた^⑦。一般に、契約の解除には遡及効があり、原状回復義務を生じさせるが(民法五四一条一項本文)、委任のような継続的債務関係を生じさせる継続的債務契約については、このような一般原則を適用すると、複雑な計算関係を生じさせるのみならず、時には原状回復が不可能とみられる場合もありうる。そこで、委任が解除された場合の効果については、継続的債務関係を生じさせる賃貸借や雇用の場合と同様(民法六二〇条、六三〇条による六二〇条の準用)、将来に向かってのみ契約の効果を消滅させることにした(民法六五二条による六二〇条の準用)。このような遡及効のない解除は、前述したように、学術上、「解約告知」と呼ばれ、継続的債務契約における特有の終了原因として理解されている。

継続的債権契約と解約告知との関係を明らかにしたのは、前述のギールケである。ギールケが継続的債務関係論で説くところは、次の三点に要約される^⑧。すなわち、①一時的債務関係と継続的債務関係との概念上の区別は、債務の内容を形成する給付がある時点においてなされるか、ある期間中においてなされるかの点に存する。債務がある時点に集中している給付に向けられている場合は一時的債務関係であるが、ある時間的経過にわたる給付義務が債務の内容を構成している場合には継続的債務関係となる^⑨。②継続的債務関係においては、その継続中に個々に発生する個別

的請求権とその源泉としての統一的な総合的請求権とが区別される。⁽¹⁰⁾ ③継続的債務関係の特色は、その終了の形態にあり、一時的債務関係が履行によって消滅するのに対し、継続的債務関係については、通常、期間の経過によって終了するほか、解約告知により継続的債務関係が消滅する。⁽¹¹⁾

ギールケは、以上のメルクマールに従って、継続的債務関係として、賃貸借、雇用契約、請負契約、委任、寄託契約、出版契約、組合契約、使用貸借、使用貸借、保証、損害担保契約、保険契約、終身定期金契約、競業排除契約、交互計算契約、継続的供給契約、および、団体とその構成員間の法律関係を取り上げ、⁽¹²⁾ 継続的債務関係の観点から分析を試みている。⁽¹³⁾ もともと、ギールケによれば、どの種類の契約が継続的債務関係に属するかを厳密に探究するには一冊の本を必要とするところであり、ここでは簡単な概要 (eine kurze Übersicht) にとどめられるとして、⁽¹⁴⁾ 必ずしも個々の契約について深い分析をしているわけではない。⁽¹⁵⁾

2 解約告知制度の史的発展の沿革

ギールケが継続的債務関係論で取り上げた解約告知の概念については、イムバーマール (Walter Immerwahr)⁽¹⁶⁾ やモリター (Erich Molitor)⁽¹⁷⁾ の先行研究がある。彼らによると、解約告知の概念はゲルマン古法の時代より発生し、中世のドイツにおける消費貸借 (Darlehn) や担保付貸付行為 (Pfandleihgeschäft) に初めて広い実体法的意義を獲得するに至ったものである。⁽¹⁸⁾ それ以前の法制においても、継続的な法律状態を消滅しうる手段として、解約告知とその本質を同じくするものがまったく存在しなかったわけではないが、これらの法制においては、当初、物の返還をもって法律関係の終了が観念され、法制の表面に出ることはなかった。とりわけ、古代のローマ法では、賃約 (location-

conduction) や消費貸借 (mutuum) などの法律関係において、債権契約に基づく借主の法的地位は弱く、物の所有者である貸主は何時でも所有権に基づいてその返還請求が認められていたという⁽¹⁹⁾。しかし、後に、ローマ法においても、当事者間で、法律関係を経済上不利な時期に終了させないために一定の告知期限が約定され、あるいは、従来の法律関係を突然に消滅させることなく、あらかじめ相手方に終了時期を知らしめるために一定の告知期間が約定されるに至ると、解約告知はもはや物の返還請求をもって蔽われることなく、法制的表面にまで浮かび出るに至ったといわれている⁽²⁰⁾。

解約告知制度の史的発展の足跡を辿ってみると、解約告知には、通常、期間が付され、その期間を具体的に定めることが必要とされた。解約告知は、継続的債務関係において将来に対する期間の設定という意味をもち、期間の定めのない継続的債務関係の存続期間にはつきりとした限界を付け、また、期間の定めのある継続的債務関係であっても、特別な事情がある場合には、その継続的債務関係を終了させ、あるいは、一定の期間の経過後に終了の効力を生じさせる手段となりうるものであったといえる。換言すれば、継続的債務関係における終了原因は、期間の定めのあるものには期間の経過、期間の定めのないものについては解約告知が基本であるということになる。委任との関係でいえば、期間の定めのある委任からの離脱は期間の満了が原則である。このことは、後述するように、ボワソナード民法草案および旧民法の理由書においても、常に説かれていたところである。

このように、解約告知の概念は、継続的債務関係と密接かつ不可分に結びついているといえよう。この点、民法六五一条の委任における任意解除権に関する従前の議論においては、民法六五一条が規定する「解除」の法的性質を踏まえた検討が必ずしも十分に行われることなく、継続的債権契約における期間の定めの意味が等閑視されてきたよ

うに思われる。⁽²¹⁾この点は、後の五で詳しく取り上げることにはしたい。

3 わが国における継続的債権契約に関する議論と「解除」（解約告知）

ギールケの説いた継続的債務関係論は、債権法の構造に新しい光をもたらしたものと高く評価され、わが国では平野義太郎によつて好意的に紹介されて以来、⁽²³⁾他の学説にも受け入れられるに至った。しかし、その受け入れられる方は論者によつて一様ではなく、戒能通孝⁽²⁴⁾のように積極的な立場もあれば、石田文次郎⁽²⁵⁾のように否定する立場もある。また、田中實⁽²⁶⁾のように消極的に単なる定型概念としてのみ認めるという中間的な立場もあり、必ずしも見解が一致しているわけではない。⁽²⁷⁾

平野義太郎は、継続的債務関係に関するギールケの所説に触れて、債権契約が継続的契約関係を生ぜしめるか、単に一時的な履行によつて完了されるかによつて、両者の間に横たわる区別を指摘したうえ、継続的契約の特異な性質に考察を向けることは比較的怠られたと述べ、この両者の間に横たわる本質的な根本差異を認識することは現今の急務であると説いた。⁽²⁸⁾この点につき、戒能通孝は、現行法上の全体的機構は、一般に交換型契約関係を中心として構成されていることはいふまでもないことであるから、機構的に継続的債務関係の通則的原理を別に構成して行かなければならない。⁽²⁹⁾賃貸借や雇用を典型とする継続的債務関係においては、継続的債権契約の基礎たる信賴関係の破壊がある場合に即時告知権を認めるべく、それぞれの解約原因の探求が必要であるから、解約告知権の発生原因として民法五四一条の適用を認めるべきではないと説いて、継続的債務関係を定型化する必要性を提唱している。⁽³¹⁾

これに対し、石田文次郎は、ギールケの説く継続的債務関係論を批判し、債権契約の二大型として「支配的機能」

を有する債権契約と「管理的機能」を有する債権契約の分類を提示する。石田(文)の批判は、ギールケが概念的な対照として挙げる一時的債務関係と継続的債務関係との区別は相対的であり、確定した限界線を引くことができないこと(例えば、委任は継続的債務関係であり、売買は一時的債務関係であるというが、単に登記申請のみを委任する契約と割賦払い不動産売買契約とをみると、両者の区別は根本的な基準とはなりえない)⁽³²⁾、債務関係が目的に対する手段的法鎖であり、目的の達成(履行)を無視して債務関係の消滅を観念できない以上、継続的債務関係においても履行と期間の経過とが同時に実現することによってその債務関係は消滅するといわねばならないこと⁽³³⁾、ギールケが継続的債務関係に属するとしている契約には解約告知が成立しないもの(例えば、保証)もあること⁽³⁴⁾、法典上の典型的な債務契約において、契約自由の原則により、一時的な性質を有する契約と継続的な性質を有する契約とが成立しうることから、一時的か継続的かは契約の典型上の差異ではなくして個々の具体的契約の内容上の差異であることを指摘する⁽³⁵⁾。このような批判の上に立って、石田(文)は、債権契約を「支配的機能」を有する債権契約(消費貸借、使用貸借、雇用)と「管理的機能」を有する債権契約(売買、請負、交換、和解、有償委任、寄託など)の二つに分類し、前者をさらに二分して、消費貸借などの「物を支配する債権関係」と雇用などの「人を支配する債権契約」に区分されるとする⁽³⁶⁾。

一方、田中實は、継続的債務関係なるものは、単なる概念的定型たるにとどまるべきものであり、それ以上の実質的な意義を有すべきものではないと結論しつつも、個々の継続的債務関係の分析を通じて、継続的債務関係における二つの性質、すなわち、委任・寄託・使用貸借などの当事者間の信頼関係そのものを基礎とする契約において、当事者間の内面的な相互信頼性が高度化し、その信頼喪失の可能性が出てくるために要求されるところの「弾力性」と、他方、賃貸借・雇用・組合などの財産または労務の利用に対してその維持ないし保全を図ることを内容とする契約に

において、当事者間の債務関係が次第に一種の状態債務に転化し、外面的な結合が強固となることから現われるところの「固定性」を抽出し、前者においては解約の自由の保障が強く要求されるのに対し、後者では解約の半強制的な維持がみられるとする⁽³⁷⁾。

今日のわが国には、これらの先行研究があるものの、継続的債権契約の概念とその意義について定説というものが存在せず、学説上も大いに争われている⁽³⁸⁾。しかし、その概念のもとで炙り出された解約告知という概念は、ほとんどの論者が継続的債務契約における特有の終了原因として認めている。解約告知は、前述のギールケによれば、継続的債務関係における特質の一つであり、とくにその終了の形態において重要な役割を果たしているといわれる。ギールケ以降の学説によって体系化された継続的債務関係論は、解約告知の要件と効果に集約される。継続的債権契約においては、長期間の経過から当事者間に信頼関係の存在がみられ、それゆえ、単なる債務不履行はかかる契約の解消原因とはならず、信頼関係を破壊する程度の重大な事由が必要とされる。継続的債権契約が解消される場合の効果については、一時的債務関係において機能する遡及効のある「解除」ではなく、遡及効が排除され、将来に向かってのみ効力をするにすぎない「解約告知」が重要な役割を果たすことになる。しかし、その場合、継続的債務関係において解約告知が機能するというのはいかなる意味においてであるのか。この問題については、いまだ明確な解答をみつけられないでいる。以下では、この問題を、わが民法典の「解除」（解約告知）に関する民法六五一条の規定との関連において明らかにすることにした。

三 解約告知に関する民法典の規定と委任の「解除」

1 解約告知制度と民法典

わが民法典が債権の消滅について規定しているところを一瞥すると、債権総則には、一時的債務関係についての消滅原因となりうる弁済（民法四七四条以下。供託、代物弁済を含む）と相殺（同法五〇五条以下）があり、また、継続的債務関係についても消滅原因となりうるが、その果たす機能はきわめて小さい更改（同法五一三条以下）、免除（同法五一九条）、および混同（同法五二〇条）が定められているのみで、継続的債務関係に特有の消滅原因である解約告知について規定するところがない。契約に関する総則においては、解除（民法五四〇条以下）が規定されているが、これは前述したように、遡及的に契約関係を消滅させるものであって、解約告知とは本質的には異なるものである。解約告知に関するわが民法典の態度は、解除と解約告知の概念をはっきり区別することなく、継続的債務関係が問題となる個々の典型的な契約類型において例外的に規定するとともに、それに種々の表現を用いて規定しているところにある。すなわち、解約告知に相当する規定を、ある場合には「解除」（民法五九四条三項、六〇七条、六一〇条、六一一条二項、六二二条二項、六二〇条、六二五条三項、六二六条、六二八条、六三五条、六四一条、六四二条、六五一条、六六三条、六七八条）、「解約」（民法六一八条）、またある場合には「解約の申入れ」（同法六一七条、六一九条、六二七条、六二九条一項、六三二条）と表現している。前述したように、解約告知制度の史的発展の過程を辿るとき、解約告知は契約の消滅が物の返還請求と同一視されていた時期があり、そのような観点からすれば、物の「返還」または「返還の催告（または請求）」に関する規定（民法五九一条、五九七条二項・三項、六六二条、六六三条、六六六条）もまた、解約告知の性

質を有する規定と評価することができる。

これらの規定のうち、民法典は、一定の告知期間を経た後に継続的債務関係を消滅させるものと即時に継続的債務関係を消滅させるものとを区別し、後者につき「契約の解除」といい（前述の各規定。例外は、民法六二〇条、六二六条二項）、前者の「解約の申入れ」（前述の各規定）とは異なる用語を用いているようにも見受けられる。また、わが民法典が、継続的債務関係の消滅原因としての解約告知が問題となる個々の典型的な契約類型において「解除」という場合、これは、ドイツ民法第一草案が「将来に向かっての解除」（Rücktritt für die Zukunft）と称していたのを参考に、これに倣ったものである。⁽³⁹⁾ 後に、この「将来に向かっての解除」という表現はドイツ民法第二草案において「解約告知」（Kündigung）と表現し直されたが、その点にとくに反対はなかったといわれている。⁽⁴⁰⁾ 当時、わが国の民法典編纂にあたり、このドイツ民法第二草案はわが国の民法典の起草者にもある程度参照されていたようである。⁽⁴¹⁾ わが民法の起草者は、委任の任意解除権を定めた民法六五一条の趣旨説明において、同条の「解除」はドイツ民法第一草案（三九七条、三九八条）が委任者には「撤回」（Widerruf）、受任者には「解約告知」（Kündigung）と定めていたのを、「其民法上ノ性質ハ、何レモ契約ノ解除ニ外ナラザルヲ以テ：特別ナル用語ヲ用ヒザルコト」であるから、そのような語を用いたと説明している。⁽⁴²⁾

2 委任以外の役務提供契約における解除と各規定の対比——横断的考察

前述の民法典における「解除」（解約告知）の規範構造を踏まえ、以下では、役務提供型契約に属し、委任と比較検討されることの多い雇用、請負、寄託について、横断的な検討を加えておきたい。⁽⁴³⁾ これらの役務提供型契約において

特徴的なことは、とくに「やむを得ない事由」に基づく解約告知権が与えられているという点にある。(民法六二八条、六五一条二項、六六三条二項)。これは、柚木馨によると、「偏に事情変更の原則の一表現にすぎない」から、その他の継続的債権契約においてもその継続関係を期待し難い重大な事由があるときは、それがいずれかの当事者の責に帰すべき事由に基づくと否とを問わず、従ってまた、債務不履行の有無を問うことなくして、契約を解約告知すべき権利を与えるべきであるとされ、信賴関係の破壊がこれに該当することもあると説いている。⁽⁴⁴⁾

まず、雇用においては、当事者が雇用の期間を定めなかった場合、各当事者は何時でも「解約の申入れ」(通常の解約告知)をなしうる(民法六二七条一項本文)。この場合、告知期間を必要とし、賃金の測定方法に依じて、二週間(同法六二七条一項ただし書)、次期以降(同法六二七条二項)、三か月(同法六二七条三項)が定められている。一方、雇用期間の定めがある場合には、その間、通常の解約告知は許されず、期間の満了とともに雇用関係は終了するのが原則である。ただ、民法は、雇用期間が長期にわたり、当事者を長く束縛することになると、経済的効率性に反する結果となりうることを考慮して、⁽⁴⁵⁾雇用期間が五年を超え、または、雇用が当事者の一方もしくは第三者の終身間継続すべきときは、五年を経過した後、当事者の一方が契約の「解除」(通常の解約告知)をなしうるとしている(同法六二六条一項本文)。この場合、必要とされる告知期間は、一律に三か月である(同法六二六条二項)。

また、当事者が雇用の期間を定めた場合であっても、「やむを得ない事由」があるときは、各当事者は直ちに契約の「解除」(特別の解約告知)をなしうる(民法六二八条前段)。この規定もまた、民法起草者穂積陳重の説明によれば、経済的合理性が根拠とされている。⁽⁴⁶⁾「やむを得ない事由」の存否はいわゆる事実問題であるが、一般に、労働者の疾病、不誠実、信用違背、不服従、職務懈怠、不品行などが、これに当たると解されている。⁽⁴⁷⁾なお、この「やむを得な

い事由」は当事者の一方の過失によって生じたものである必要はないが、過失ある当事者の一方は相手方に対して損害の賠償をしなければならない（同法六二八条後段）。

さらに、雇用においては、雇用期間が満了した後、労働者が引き続きその労働に従事する場合、使用者がこれを知りながら異議を述べないときは、従前の効用と同一の条件で雇用をしたものと推定される（民法六二九条一項前段）。この場合にも、各当事者は何時でも「解約の申入れ」をすることが可能である（同法六二六条二項）。

以上のように、雇用の終了に関する民法典の規定は、告知期間の点も含めて考えるならば、いずれも期間の経過による雇用の終了が基本原則とされ、期間の長さの意味があるものとされている。また、期間を定めた雇用の解除に関する民法六二六条および六二八条において、当事者が雇用の期間を定めた場合にまで、その一方的な意思表示により契約の「解除」を認めることについては、契約の基本原則に反するといえなくもないが、民法六二八条に限っていえば、同条が規定する「やむを得ない事由」は、契約の「解除」そのものを認める要件である。この点で、同じ「やむを得ない事由」の言葉が用いられていても、委任の場合は、損害賠償の制限事由であるにすぎない。

次に、請負においては、請負人が仕事を完成しない間、注文者は何時でも損害を賠償して契約を「解除」（通常の解約告知）することができ（民法六四一条）。注文者に任意解除権が認められるのは、民法起草者によれば、注文者の欲しない仕事の完成を回避することにより費用と労力の徒費を阻止し、もって国家の経済上の利益に資するためである。⁽⁴⁸⁾ 請負契約を「解除」しようとする注文者は、請負人の損害を賠償しなければならない（民法六四一条）。この解除の意味につき、学説には、民法六四一条の解除を解約告知と構成して、遡及効を否定する提案を述べるものがあるが、⁽⁴⁹⁾ 学説の支持はえられていない。⁽⁵⁰⁾ というのも、請負人は、それまでの仕事の報酬債権と同額を損害賠償名目でえられる

こと、また、原状回復を義務づけられても、その費用もまた損害賠償として請求できることから、解除に遡及効を認めても、とくに不利益を生じさせることはないからである。⁽⁵¹⁾ すなわち、通説的見解によれば、民法六四一条の解除も一般の契約解除と変わらず、遡及的解除を定めた規定と考えられている。

一方、寄託においては、当事者間の合意により寄託物の返還時期を定めた場合であっても、期間の満了を待つことなく、寄託者はその一方的な意思表示によって何時でも寄託物の返還を請求することができる(民法六六二条)。寄託に存続期間の定めがない場合には、寄託者は何時でも寄託物の返還を請求しうることはいうまでもない。寄託はもっぱら寄託者の利益のためになされるものであり、保管を委託しておく必要のなくなった物を強いて寄託させておく必要はないからである。諸外国の法制の多くは、民法六六二条と同趣旨の規定を設けている(フランス民法一九四四条、ドイツ民法六九五条、スイス債務法四七五条一項など)。民法六六二条の法文には、契約関係の終了をもたらす意味の「解除」とか「解約の申入れ」という文言は用いられていないが、⁽⁵²⁾ 寄託者は、まず解除によって契約関係を終了させ、その結果として、寄託物の返還の請求をなしうるとものと解されるから、⁽⁵³⁾ 法文にいう「返還を請求する」とは解約告知を意味するものといえる。換言すれば、寄託物の返還を請求する寄託者の意思表示には、当然に解約告知の意思表示が含まれているものと理解されることになる。

寄託では、寄託者が相手方の不利な時期に返還請求(解約告知)した場合の相手方に対する損害賠償義務については、何も規定されていない。しかし、この場合でも、信義則の適用は受けるものと考えられるから、寄託者が信義に反するような不相当な時期に返還の請求をし、受寄者がこれに応じなかったとしても、履行遅滞は生じないというべきである。また、受寄者が返還をなすのに必要とされる時間の猶予は、信義則からいつて当然に認めなければならな

いであろう。⁽⁵⁴⁾

報酬との関係では、寄託者が寄託物の報酬請求をした場合、民法六六五条により準用される委任に関する民法六四八条三項の規定により、受寄者はそれまでにした保管の割合に応じて報酬を請求することができる。また、保管に要した費用で、あらかじめ約束された存続期間を顧慮して支出されたものについては、同様に委任における民法六五〇条の準用により、その全部を請求することができる。これ以外のものについては、請負の場合とは異なり、明記されていない。無償を原則とする民法上の寄託では、寄託者において損害賠償の必要はないというべきであろうか。しかし、その取扱いは、規定上、不明である。

以上に対し、当事者が寄託物の返還時期を定めなかったときは、受寄者は何時でもその返還をすることができる（同法六六三条一項）。しかし、返還時期の定めがある場合、受寄者は、「やむを得ない事由」がなければ、期限前の返還をすることができない（同法六六三条二項）。受寄者による任意解除権の行使については、「やむを得ない事由」が要件とされている。受寄者においても、一定の時期に至るまでは返還しないことにつき利益を有することもある。

3 委任における「解除」の意味

以上の役務提供契約における解除に対し、委任における解除はどのように理解されるであろうか。委任は、今日、当事者双方の特別な人的信頼関係を基礎とする契約といわれる。そのような委任において、自己の信頼できない受任者にその事務を処理せしめ、また、自己の信頼できない委任者のために事務を処理することは、委託者または受任者の双方に耐えがたい事態となる。このような事態を回避するため、委任においては委任者・受任者のいずれからでも

自由に委任契約の解除が認められる必要があり、それゆえ、民法六五一条が設けられたと考えられている。⁽⁵⁵⁾ このような考え方は、すでに法典調査会における原案六五八条(現行民法六五一条)の審議においても述べられている。同条の起草担当者である富井政章は、法典調査会において提出された原案六五八条の⁽⁵⁶⁾質疑に対する応答の中で、「委任ハ其双方ノ信用ト云フモノヲ土台トシテ委任者モ相手方ガアノ人デアルカラ委任ヲスル受任者モ相手方ガアノ人ダカラ引受ケテ其仕事ヲスルト云フ斯ウ云フニ為ツテ居ルノデアリマスカラ其信用少シデモ頽レタラバデス委任ト云フモノノ効力ハ消エル夫レデ終了ノ原因ガ多イノデアリマス殊ニ契約ノ原則ニ反シテ一方ニ解除権ガアル夫レモ理由ナシノ解除権ガアル夫レハ委任ト云フモノノ特質カラ来テ居ルコトデアル」と述べ、⁽⁵⁷⁾任意解除権を設けた規定の趣旨が委任の人的信頼関係という特質に由来することを説いている。ただし、この部分は、後に指摘するように、当初から説かれていたわけではなく、注意が必要である。その点に留意しながらも、委任における解除(民法六五一条)の問題を考へる場合、委任に特有な当事者間の人的信頼関係という、今日、雇用や請負とは異なり、また、寄託とも区別される特徴が一つの重要な手掛りを与えてくれるように思われる。

委任を当事者の一方から任意に「解除」しうるとすることは、前述したように、ローマ法以来の伝統であり、各国の法制が概ね認めるところである。⁽⁵⁸⁾ これらの法制の多くは、委任者が委任契約を解除する場合と受任者が委任契約を解除する場合とを用語のうえで区別し、前者では委任者のなす「撤回(Widerruf)」(ドイツ民法六七一条)または委任者による受任者の「解除(révocation)」(フランス民法二〇〇三条—二〇〇六条)といい、後者では受任者の「解約告知(Kündigung)」(ドイツ民法六七一条)または受任者による委任の「放棄(renonciation)」(フランス民法二〇〇七条)と呼んでいる。⁽⁵⁹⁾ また、旧民法は、フランス民法の規定に倣い、委任者の解除を「廃罷」(財産取得編二五一条、二五二—二三五

条)、受任者の解除を「拋棄」(同編二五一条、二三六条)と呼んでいた。⁽⁶⁰⁾ このような区別は、現行の民法五六一条にはみられない。それは、何故であろうか。起草担当者の富井政章らは、旧民法の規定を現行民法のように変更することのもつ意味について十分理解をせず、単なる表現の簡素化と考えていた節があるように思われる。

そこで、以下では、民法六五一条の出来るまでを民法典編纂の流れを沿いながら明らかにし、同条の立法趣旨がどこにあったのか、また、委任関係からの離脱を「解除」という用語で統一したことの意味について、検討を加えることにしたい。

四 委任の解除に関する民法六五一条の立法的沿革

1 明治初期の民法典編纂と委任(名代)の解除

冒頭で述べたように、委任における任意解除権(民法六五一条、六五二条)について、立法の沿革を遡り、そこから現行法に至るまでの経過を明らかにすることは、本稿の目的との関係で無視することのできない重要な課題である。ここでは、以下に概略的ながら、その流れを示しておくことにしたい。⁽⁶¹⁾

明治初期のわが国においては、『全国民事慣例類集』などに名代という言葉が出てくるものの、いまだ代理権という概念は認められず、委任と代理は混同して理解されていた。⁽⁶²⁾ このような理解の仕方は、委任と代理とを同一視するフランス民法の影響も少なくないと思われるが、下記に示すように、『皇国民法仮規則』、『明治十一年民法草案』を経て、『(旧)民法典』の制定に至るまで続いている。

まず、わが国では、明治初期の法典編纂事業が始まる時期⁽⁶⁴⁾において、すでにフランスと深い関係にあったことが知

られている。⁽⁶⁵⁾ 箕作麟祥が翻訳した『仏蘭西法律書 民法』(明治四年)には、第三編「財産所有權ヲ得ル種々ノ方法」第一三卷「名代ノ証書」第四章「名代ノ任ノ終ル方法」として、委任(代理)の解除に関する次のような規定がみられる。⁽⁶⁶⁾

箕作麟祥翻訳本『仏蘭西法律書 民法』(明治四年)

第二千三條 名代ノ任ハ左ノ諸件ニ因リ終ル可シ

名代人ヲ退クル事

名代人自カラ其任ヲ退ク事

本人又ハ名代人ノ死去、准死、治産ノ禁、家資分散

第二千四條 本人ハ己レノ意ニ随ヒ其名代人ヲ退クルコトヲ得可シ但シ私ノ証書ヲ以テ其名代人ヲ任シ之ヲ名代人

ニ渡シ置キタル時ハ其証書ヲ還サシメ又公正ノ証書ヲ以テ名代人ヲ任シ其証書ノ正本ヲ名代人ニ渡シ置キタル時

ハ其正本ヲ還サシメ又其正本ヲ本人ノ方ニ保チ置キタル時ハ其副本ヲ還サシムルコトヲ得可シ

第二千五條 本人ヨリ名代人ニ其任ヲ退クル旨ヲ告知シタルトキト雖トモ他人其旨ヲ知ラスシテ名代人ト契約ヲ結

ヒタル時ハ本人其契約ノ執行ヲ担保ス可シ但シ本人ハ此事ニ付キ名代人ニ対シテ訴訟ヲ為スコトヲ得可シ

第二千六條 從來ノ名代人ニ委任セシ事務ニ付キ更ニ他ノ名代人ヲ任シタル時ハ從來ノ名代人ニ其旨ヲ告知シタル

日ヨリ從來ノ名代人ヲ退ケタルト看做ス可シ

第二千七條 名代人ハ其任ヲ退カント欲スルコトヲ本人ニ告知シテ其任ヲ退クコトヲ得可シ然トモ名代人其任ヲ退

クニ因リ本人ノ為ニ損失ヲ生スル時ハ其名代ノ任ヲ繼續シテ行フニ於テハ本人ノ受クル損失ヨリモ更ニ夥多ノ損

失ヲ己レニ受ク可キ場合ハ格別ナリトス

2 旧民法典の編纂に至るまでの経緯

民法典の編纂は、その後、明治以降におけるわが国最初の民法草案といわれる制度局『民法決議第一』『民法決議』『民法決議第二』（明治三～四年頃）の形となって現われ、以後、城井国綱本『御国民法』（明治四～五年）、明法寮『改冊未定本民法』（明治五年）、司法省『民法第一人事編』（明治五年）・『民法仮法則（身分証書）』（明治六年）と続いている。財産法に関する民法草案が編纂されたのは、司法省『皇国民法仮規則』（明治五年）が最初である。⁶⁷

この『皇国民法仮規則』は、司法省明法寮で行われた民法会議で編纂されたもので、全九巻より成り、明治初期の民法編纂史において重要な地位を占めるものである。⁶⁸ 委任における任意解除権については、第八巻契約篇五の第一〇一三条以下に、次のような規定が置かれている。⁶⁹ 内容的には、前述の箕作麟祥翻訳『仏蘭西法律書 民法』（明治四年）と大きく変わるところがなく、字句が整理されているにすぎない。

司法省『皇国民法仮規則』（明治五年）

第一千十三條 名代ノ任ハ左ノ諸件ニ因リ終ルヘシ

名代人ヲ退クル事

名代人自カラ其任ヲ退ク事

本人又ハ名代人ノ死去終身懲役治産ノ禁家資分散

第一千十四條 本人ハ己レノ意ニ随ヒ其名代人ヲ退クルコトヲ得可シ但シ渡シ置キタル証書ハ之ヲ取還スヘシ

委任における任意解除権の規範的性質（長谷川）

第一千十五條 本人ヨリ名代人ニ其任ヲ退クル旨ヲ告知シタルトキト雖トモ他人其旨ヲ知ラスシテ名代人ト契約ヲ結ビタルトキハ本人其契約ノ執行ヲ擔當ス可シ但シ本人ハ此事ニ付キ名代人ニ對シテ訴訟ヲ為スコトヲ得可シ

第一千十六條 従来ノ名代人ニ委任セシ事務ニ付キ更ニ他ノ名代人ヲ任シタル時ハ従来ノ名代人ニ其旨ヲ告知シタル日ヨリ従来ノ名代人ヲ退ケタルト看做ス可シ

第一千十七條 名代人ハ其任ヲ退カント欲スルコトヲ本人ニ告知シテ其任ヲ退クコトヲ得ヘシ然トモ名代人其任ヲ退クニ因リ本人ノ為メニ損失ヲ生スル時ハ名代人其損失ヲ償フ可シ

（以下、第一千十八條―第一千二十條―略）

この後、民法典の編纂作業は、親族・相続關係を中心に、左院の『民法草案（家督相続並贈遺規則草案、養子法草案、後見人規則草案、後見人規則草案〔確定案〕、婚姻法草案）』（明治五―六年）、法制局『乙號布告案』（明治九年）と引き継がれ、明治一一年四月には、民法全般にわたる草案として、司法省『明治一一年民法草案』（明治一一年）が完成している。しかし、この『明治一一年民法草案』は、その内容が「仏民法と径庭なし」といわれるようにフランス民法の直訳に近いものであつて、日本の慣習をほとんど顧慮しなかったことから、明治一三年の民法編纂會議において、結局、不採用となつた。

『明治一一年民法草案』には、委任における任意解除権の規定が、第三編第四章「名代ノ任ノ終ル方法」の第一五八五条以下に、次のような形で規定が置かれている。^①内容的には、前述の箕作麟祥翻訳『仏蘭西法律書 民法』（明治四年）および司法省『皇国民法仮規則』（明治五年）と大きく変わるところがないが、第一五八九条ただし書で「名代人ノ其任ヲ退クニ付キ至當ノ原由アル時ハ此限ニ非ス」という文言が新たに付加された点は、留意すべき点で

あるといえる。

司法省『明治一一年民法草案』（明治一一年）

第千五百八十五條 名代ノ任ハ左ノ諸件ニ因リ終ル可シ

名代人ヲ罷ムル事

名代人自カラ其任ヲ退ク事

本人又ハ名代人ノ死去、治産ノ禁、家資分散

第千五百八十六條 本人ハ己レノ意ニ随ヒ其名代人ヲ罷メ其渡シ置キタル名代委任ノ證書ヲ還サシムルコトヲ得可シ

第千五百八十七條 本人ヨリ名代人ニ其任ヲ罷ムル旨ヲ告知シタルトキト雖モ他人其旨ヲ知ラスシテ名代人ト契約

ヲ結ヒタル時ハ本人其契約ノ義務ヲ擔任ス可シ但シ本人ハ名代人ニ對シテ損害ノ償ヲ求ムルコトヲ得可シ

第千五百八十八條 従前ノ名代人ニ委任セシ事務ニ付キ更ニ他ノ名代人ヲ任シタル時ハ従前ノ名代人ニ其旨ヲ告知

シタル日ヨリ其名代人ヲ罷メタルト看做ス可シ

第千五百八十九條 名代人ハ其任ヲ退カント欲スルコトヲ本人ニ告知シテ其任ヲ退クコトヲ得可シ然レトモ名代人

其任ヲ退クニ因リ本人ノ為ニ損失ヲ生スル時ハ名代人其損失ヲ償フ可シ但シ名代人ノ其任ヲ退クニ付キ至當ノ原

由アル時ハ此限ニ非ス

（以下、第千五百九十條～第千五百九十一條―略）

3 旧民法典の編纂と委任の解除

前述のように、明治一三年一月、民法編纂会議において『明治一一年民法草案』が不採用となった結果、当時の司法卿大木喬任は、あらためて民法草案の編纂をやり直すことになった。この時から、明治六年一月に來日し司法省明法寮などで民法の講義を行っていたG. ボワソナード (Gustave von Emile Boissonade) をして民法典の編纂に参画させることが決まった。⁽⁷²⁾ 明治一三年六月、司法省の内部に「民法編纂局」が設けられ、明治一九年三月まで、ボワソナードを中心として民法草案の起草作業が続けられることになった。

委任の解除に関する規定は、ボワソナードが起草する民法草案では、『民法草案註釈』(一八八九年) 第三編「財産取得」第一部「特定名義ノ取得法」の第二〇章「委任」の中の第四款「委任の終了」第九四七条以下にみられるのが最初である。⁽⁷³⁾ 同編九四七条によると、委任は、委任事務の履行、その履行不能、当事者の設けた履行のための期限の到来もしくは未必条件の成就により終了するほか、委任に特有の終了原因として、「委任者ノ為ス委任ノ廃止」(a revocation qu'en fait le mandant) (九四七条一号) と「代理人ノ為ス代理ノ拋棄 (la renonciation) (同条二号) が挙げられている。⁽⁷⁴⁾ これを受けて、同編九四八条以下の規定が続いている。

『ボワソナード氏起草 民法草案註釈』財産取得編 (明治一九年)

第九百四十七條 代理ハ其履行、其履行ノ出来難キコト及ヒ之ニ設ケアル期限若ハ未必条件ノ到着ニ因リ終了スル

ノ外尚ホ左ノ諸件ニ依リテ終了ス

第一 委任者ノ為ス委任ノ廃止

第二 代理人ノ為ス代理ノ拋棄

第三 委任者又ハ代理人ノ死去、商事破産、身代限若クハ禁治産

第四 委任者若シクハ代理人ノ身ニ於ケル委任シ又ハ受任シタル資格ノ止息

第九百四十八條 単ニ委任者ノ利益ニ設定シタル代理ノ廃止ハ縦令ヒ右ニ付報酬金ヲ約シ置キタル時ト雖トモ委任者ニ於テ何時ニテモ随意ニ之ヲ為スコトヲ得可シ

第九百四十九條 代理ノ廃止ハ将来ニ止マルモノニシテ此廃棄ノ時迄代理人ノ為シタル事務ノ効力ヲ妨ケサルモノトス

第九百五十條 数人ノ委任者アルトキハ其一人ニ於テ為シタル廃止ハ他ノ委任者ノ委任ヲ終了セシメサルモノトス
第九百五十一條 代理ノ廃止ハ暗黙ニ出テ委任者同一事務ヲ更ラニ他人ニ委任シ若クハ委任者自ラ其事務ノ管理ヲ取リタルノ事実ヨリ生スルコトアル可シ

第九百五十二條 代理人ノ為ス代理ノ拋棄ニ因リ委任者ニ損害ヲ及ホス可キ時ハ委任者ノ為メ代理人其賠償ヲ為ス可シ但シ其拋棄正當若クハ必要ノ原由ニ出タル場合ハ格別ナリトス

代理ノ拋棄モ亦暗黙ナルコトアル可シ

(以下、第九百五十三條〜第九百五十五條―略)

ボワソナードは、「委任ノ廃止」について、まず、おおよそ契約は当事者の合意によつて締結されるものであるから、その一方的な意思表示によつてできないのが原則であるとしながらも、これには例外があるとし、寄託と使用貸借の例を挙げて、寄託者はいつでも寄託物を取り戻すことが可能であり、また、使用借人も何時でも借用物を返還することができると同様に、委任者が自己の利益のために設定された契約の利益を自ら放棄することは実に当然である

と説く。また、委任者の利益のために締結された契約においては、委任者が自ら委任事務を管理し、あるいは、信用の置ける別の代理人(受任者)を選任するために、前の受任者を廃止し、すでに付与した代理人(受任者)の権利を剥奪するのは実に当然のことであり、委任の廃止につき別に理由を説明する義務はないと説いている。⁽⁷⁵⁾これに対し、受任者の利益を目的とする委任の場合(例えば、共有物や会社の持寄りとした物に関する委任契約)には、直接規定するところはないが、財産取得編九四八条から間接的に(反対解釈をすれば)、代理人(受任者)は委任者からの無理由解除を拒絶することができるとしている。⁽⁷⁶⁾

次に、ボワソナードは、「代理ノ拋棄」に言及し、有償委任の場合と異なり、無償委任における代理人(受任者)については代理(委任)事務の履行を義務として強要することはできないとの理由から、代理人(受任者)は何時でも随意に代理(委任)を拋棄し、代理(委任)事務を履行する義務を免れることができる⁽⁷⁷⁾と説く。これは、代理(委任)の目的が、好意、注意、知識を要する異別の継続事件に関するときであつても、また同様であると述べている。⁽⁷⁷⁾そして、財産取得編九五二条との関連に触れて、「代理ノ拋棄」により委任者に損害を及ぼすべきときは、代理人(受任者)において委任者に損害の賠償を要するが、「正當ノ原由」があればそれも要しないとして、居所の変更により管理地と遠隔になったこと、代理人(受任者)の重病、委任者との絶交を具体例として挙げている。⁽⁷⁸⁾

これ以後の推移をみると、明治一九年三月、民法編纂局が終局に際して内閣に提出し、内閣が同年六月五日、当時の立法機関である元老院に下付した「民法草案」(民法編纂局上申案・元老院下付案)には、財産取得編一四四九条以下に、前述の『民法草案』財産取得編九四七条以下とほぼ同様の規定が、若干の字句の整理・修正を伴うものの、内容の實質を変更することなく置かれている。⁽⁸⁰⁾この「民法草案」は、明治二〇年一二月、外務省から司法省へと移管され

た法律取調委員会において民法審議が開始され、議了した草案が内閣に提出されたものの、内閣の通牒により返上され、後に元老院に再下付されることになったが、法律取調委員会作成の草案と差替える形で再び返上されるという経緯を辿った。⁽⁸¹⁾この間の条文の変遷を辿ると、「法律取調委員会上伸案」財産取得編二五七条以下⁽⁸²⁾、「元老院再下付案」財産取得編二五七条以下となる。⁽⁸³⁾前述の「民法草案」(民法編纂局上申案・元老院下付案)一四四九条との違いは、条数が編ごと独立して付され、若干の字句の整理・修正がみられる点にあるが、とくに「法律取調委員会上伸案」財産取得編二五七条以下において、従前の「委任ノ廃棄」、「報獎金」、「正當若ハ必要ノ原由」という文言から、「廃罷」(同編二五七条一号)、「謝金」(同編二五八条)、「正當又ハ已ムヲ得ナイ原由」(同編二六二条)に修正されているほかには、留意すべき点は見当らない。

元老院は、この再下付案を明治三二年七月二九日の大体可否会において可決し、上奏の運びとなった。上奏された元老院決議案は、その後半年の間に、政府側によってさらに修正が加えられた後、翌明治三三年一月二八日、枢密院に諮詢された。この過程において、「元老院再下付案」財産取得編二五七条以下には、かなりの字句の修正が施される(書込み)とともに、条数が整理されて、「元老院上奏案」財産取得編二五一条以下⁽⁸⁴⁾となったが、内容に実質的な変更はみられない。枢密院は、右の議案につき、同年三月一日および一五日の二回の本会議、および、その間の枢密院総委員会での審議を経て、三月二五日、議案を可決した。「元老院上奏案」財産取得編二五一条以下については、ここでの変更はみられない。枢密院を可決した議案は、二日後の三月二七日、天皇の裁可を受けた。以上のような手続を経て制定されたのが『(旧)民法典』である。

御名御璽の入った「御署名原本」(明治三三年法律第二八号)には、財産取得編第二五一条以下に、前述の「元老院

上奏案」財産取得編二五一条以下と同様の規定が置かれている。⁽⁸⁵⁾ 両者の間には、変更ないし修正の点はみられない。天皇の裁可を得た「御署名原本」は、その後、約一カ月の間、官報に掲載されないまま留め置かれ、「最後修正本」という形で更なる修正を受けることになるが、財産取得編二五一条以下に直接関わるものではない。⁽⁸⁶⁾ そして、これが天皇の裁可から約一か月後の明治二三年四月二日、法典として官報(二三〇九号)に掲載された。⁽⁸⁷⁾ この官報の記載に關しては、その後、二度にわたって「正誤表」が掲載されているが(二〇四七号「明治二三年四月二〇日」、二〇九〇号「明治二三年六月一九日」)⁽⁸⁸⁾、前述の財産取得編二五一条以下に直接関わるものではない。

旧民法典においては、「代理ハ当事者ノ一方カ其名ヲ以テ其利益ノ為メ或ル事ヲ行フコトヲ他ノ一方ニ委任スル契約ナリ」(旧民法財産編二二九条一項)と規定されており、⁽⁸⁹⁾ 委任は代理契約と同じであった。委任の解除については、財産取得編二五一条以下に、次のように規定されている。

『(旧) 民法典』財産取得編(明治二三年)

第二百五十一條 代理ノ履行又ハ其履行ノ不能及ヒ代理ニ付シタル期限ノ到来又ハ條件ノ成就ノ外尚ホ代理ハ左ノ諸件ニ因リテ終了ス

第一 委任者ノ為シタル廢罷

第二 代理人ノ為シタル拋棄

第三 委任者又ハ代理人ノ死亡、破産、無資力若クハ禁治産

第四 委任者カ代理ヲ委任シ又ハ代理人カ之ヲ受諾セシ原因タル資格ノ絶止

第二百五十二條 委任者ノミノ利益ノ為メニ委任セシ代理ノ廢罷ハ謝金ヲ諾約シタルトキト雖モ委任者ハ何時ニテ

モ随意ニ之ヲ為スコトヲ得

第二百五十三條 廢罷ハ将来ニ向ヒテノミ有効ナリ且其廢罷前ニ有効ニ為シタル事柄ヲ害セス

第二百五十四條 数人ノ委任者アルトキハ其中ノ一人ノ為シタル廢罷ハ他ノ人ノ代理ヲ終了セシメス

第二百五十五條 代理ノ廢罷ハ默示タルコトヲ得默示ノ廢罷ハ同一ノ事件ニ付キ新代理人ノ選任又ハ委任者ノ管理ノ回復其他ノ事情ヨリ生スルモノナリ

第二百五十六條 代理ノ拋棄カ委任者ニ損害ヲ生セシメタルトキハ代理人ハ其賠償ノ責ニ任ス但正當又ハ已ムヲ得サル原因ニ基キタルトキハ此限ニ在ラス

『(旧) 民法典』は、その制定過程から明らかなように、ボワソナードが仏語で起草した草案を出発点とし、民法編纂局・法律取調委員会における一〇年の継続的審議の結果、元老院・枢密院の議を経て、ようやく完成したものである。その中の財産取得編二五一条以下は、前述のボワソナードによる『民法草案註釈 財産取得編』九四八条以下と内容の面では実質的に同じであるが、字句の変更・修正をもつて条文の内容を練り上げているのが分かる。以下、『(旧) 民法典』財産取得編二五一条以下の規定について、起草過程からみて留意すべき点をいくつか挙げて置くことにしよう。⁽⁹⁰⁾

まず、委任は委任者の利益のために設定され、無償の場合が多く、このような委任にあつては委任者が自ら一方的に委任を解除(廢罷)することは何時でも随意になしうること、また、受任者においても委任事務の履行を強要される義務はないことから、何時でも随意に委任の解除(拋棄)をなしうることが説かれている。起草者は、委任が当事者間の信賴關係に基づいていることを無理由解除の根拠としているわけではなく、むしろ、当事者の合意に基づいて

締結された契約は履行されることが原則であることを説いている。

次に、委任が受任者の利益のためでもある場合には、委任者による委任の無理由解除はできないが、当事者間に報酬の約定があるというだけでは、その解除を阻止する理由とはならないことを説いている。報酬は、委任が解除されると、報酬を得る権利も消滅するのであって、受任者の「真ノ利益ト称スヘキモノニ非スシテ其労働ノ予定ノ賠償」にすぎないというのが、その理由である。

また、受任者からの委任の解除にあたつては、受任者は委任者に生じた損害を賠償しなければならないが、管理地の遠隔、受任者の病気、委任者との絶交など、受任者に「正當ノ原由」があれば賠償義務を免れるとするものの、「已ムヲ得ナイ原由」はそれほど強調されていない。むしろ、起草過程をみると、ボワソナードによる起草の当初は「正當若ハ必要ノ原由」という文言が当てられ、これが後に法律取調委員会の審議の段階で「正當又ハ已ムヲ得ナイ原由」に修正されたのであり、やむを得ない事由はそれほど重視されていたのではないことを指摘できる。

『(旧) 民法典』は、周知のように、制定公布されたものの、後にいわゆる法典論争の影響を受けて、施行されないで終わった。⁽⁹¹⁾しかし、今日の我々がみても、実に示唆に富む法典である。『(旧) 旧民法典』は、技術的な正確さが特徴であり、定義規定や原則規定が非常に多く、教科書的な法典という特徴をもっている。これは、起草者であるボワソナードが学者であること、また、法律の後進国である日本にボワソナード自身が民法という法律とはどのようなものであるかを明示するためには教科書的な丁寧さが必要であると考えられたことなどに由来する。⁽⁹²⁾このような事情や背景もあって、委任の解除についても体系的に論理的な思考方法をもつて規定されていることが分かる。

『(旧) 民法典』の『理由書』によれば、本来、契約は当事者の合意により締結されるものであるから、当事者の一

方的な意思表により解消することはできない。しかし、寄託者による寄託物の取戻しや使用借主による借用物の返還のように、契約上の利益が単に一方の当事者にのみあるにすぎないときは、当事者の一方はその便宜に従い当該契約を消滅させることができる。委任を目的とする代理も、利益状況は同じである。通常、委任者のみが利益を有し、代理人（受任者）はその事務を管理するにすぎないから、謝金の諾約があつても、委任者は自由に代理の廃罷（旧民法財産編二五一条、二五二条）が可能であると説明されている。⁹³

一方、代理人（受任者）については、『旧 民法典』の『理由書』によれば、委任者のために事務の管理をするものであつて、委任者がその意思に反して義務の履行を強要することは許されないから、自由に代理（委任）の拋棄（旧民法財産編二五一条、二五五条本文）が認められると説明する。⁹⁴ただ、この場合、「正當又ハ已ムヲコトヲ得サル原因」のない限り、代理人（受任者）は委任者に生じた損害の賠償をしなければならないとし、同編二五五条但書を挙げてゐる。

旧民法下の代表的な民法学説をみると、例えば、磯部四郎⁹⁶、岸本辰雄⁹⁷、井上操⁹⁸、堀三友ら⁹⁹においては、前述の民法理由書が具体的に引用されているわけではないが、委任者の廃罷または代理人の拋棄については、ほぼ同様の説明が加えられている。¹⁰⁰堀三友らの著書は、このような説明に続けて、代理人（受任者）ないし第三者の利益に言及し、「若シ代理契約カ委任者代理人双方ノ利益ノ為メ或ハ委任者ト第三者ノ利益ノ為ニ設ケラレタル場合ニ於テハ当事者双方カ承諾ヲ與フルニアラサレハ其代理ヲ廃止スルコトヲ得サルモノタルヤ明カナリ」と述べ¹⁰¹、今日の民法六五一条におけるのと同様の議論の立て方をしている。

4 民法六五一条の制定と立法理由

(一) 法典調査会における原案

『(旧) 民法典』は、前述したように、制定公布されたものの、いわゆる法典論争の結果、施行されずに終わった。しかし、その後、新たに民法典編纂のための機関として法典調査会が設けられ、穂積陳重、富井政章、および梅謙次郎の三人が起草委員に任命されて、彼ら三人を中心に民法典編纂のための準備が進められることになった。⁽¹⁰³⁾

法典調査会においては、明治二八年七月八日、「民法第一議案」(原案)の甲第四〇號として、委任の解除に関する民法条文(六五八条)が事前に配付されている。⁽¹⁰⁵⁾ 委任と代理を同一視する考え方は、法典調査会における民法典編纂作業の過程で議論され、修正されることになった。⁽¹⁰⁶⁾ 原案六五八条は、平成一六年に現代語化されている点を除けば、現行民法六五一条とまったく同じ規定振りとなっている。⁽¹⁰⁷⁾

「民法第一議案」甲第四〇號(明治二八年)第六五八條

「委任ハ各当事者ニ於テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得」(二項)、「当事者ノ一方カ相手方ノ為ニ不利ナル時期ニ委任ヲ解除シタルトキハ其損害ヲ賠償スルコトヲ要ス但已ムコトヲ得ナイ事由アリタルトキハ此限ニ在ラス」(二項)(第六五九條)

「第六百二十五條ノ規定ハ委任ニ之ヲ準用ス」

原案六五八条についての審議は、明治二八年七月一六日、第一〇三回の法典調査会で行われている。⁽¹⁰⁸⁾ 起草委員の富井政章(本条の担当者)は、前述の『(旧) 民法典』財産取得編二五一条以下の規定を原案六五八条のように修正する理由について、「既成法典始メ何処ノ国ノ法律ニモ委任ニ付テハ委任者ガ委任契約ヲ解除スルト受任者ガ解除スルト

ニ依テ違ウ言葉ヲ用キテアリマス：併シ民法ノ委任ノ規則トシテハ矢張り『解除』ニ違ヒナイ、デ是迄ノ例ニ依リテ此処丈ケ違ウ言葉ヲ用キルト云フノハ面白クアリマセヌカラ『解除』トイタシマシタ文章モ短クテ済ンデ便利デアラウト考ヘマシタ」と述べている¹⁰⁹。

そして、これに続けて、富井政章は、本条一項のように、「双方俱ニ何時デモ其委任契約ヲ解除スルコトガ出来ルト云フ規定ハ何処ノ国ノ法律モ皆斯ウ為ツテ居リマス」と指摘したうえで、瑞西債務法、モンテネグロ財産法、獨逸民法第一草案を挙げ、これらの法律では、委任者が解除権放棄の特約を結んでも、その特約の効力はないとしているが、そこまでする必要はなく、解除権放棄の特約は「公益ニ害ノアルト云フモノデモナイ」から有効であると説く。そして、そのような見地から、「本條第一項ノ規定ハ委任者ニ付テモ此末條ヲ以テ別段ノ定ヲ許スコトニ致シマシタ」と述べている¹¹⁰。

また、富井政章は、本条二項の立法趣旨に言及し、「本條二項ハ受任者ガ為ス解除ニ付テハ既成法典ノ通りデアリマス：併シ委任者ガ為ス解除ニ付テハ斯ウ云フ制限ヲ設ケテ居ル例ハ少ナイ」として瑞西債務法を挙げ、この場合、「相手方ノ為メニ特ニ不利益ノ時期ニ於テ委任ヲ解除シタルトキニハ矢張り其損害賠償ヲシナケレバナラヌト云フコトニシテ置イタ方ガ穩カデアラウト思ヒマス：契約ハ誠実ニ履行ヲシナケレバナラヌト云フ方カラ見レバ双方ヲ対等ノ地位ニ立タシメルノガ宜カラウト云フトコロカラ斯ウ云フ風ニ定メマシタ」と説明している¹¹¹。

以上の説明から分かるように、原案六五八条は、前述の『旧』民法典『財産取得編二五一条以下との対比でみると、同編二五一条一号〜四号を分断し、同編二五一条一号（委任者ノ為シタル廢罷）・二号（代理人ノ為シタル拋棄）が同編二五二条後段（「委任者ハ何時ニテモ随意ニ之ヲ為スコトヲ得」）と合体し、原案六五八条一項（「委任ハ各当事者ニ於

テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得」となっている。また、同じく財産取得編二五六条一項(代理ノ拋棄カ委任者ニ損害ヲ生セシメタルトキハ代理人ハ其賠償ノ責ニ任ス但正當又ハ已ムヲ得サル原因ニ基キタルトキハ此限ニアラス)が委任者による解除の場合にまで拡張されて、原案六五八条二項(当事者ノ一方カ相手方ノ為メニ不利ナル時期ニ於テ委任ヲ解除シタルトキハ其損害ヲ賠償スルコトヲ要ス但已ムコトヲ得サル事由アリタルトキハ此限ニ在ラス)となっている。ここで初めて、受任者にも委任を解除する権利が、財産取得編二五二条から間接的に(反対解釈により)導かれるのではなく、条文上正面から規定されるとともに、損害賠償の場面において「相手方ノ為メニ不利ナル時期」という言葉が置かれることになった。これが、起草過程における提案理由からみた原案六五八条の構造である。これ以外には、解除の非遡及を定めた原案五八九条(賃貸借が解除された場合の非遡及効を定めた原案六二五条を準用)があるのみで、『(旧)民法典』財産取得編二五一条以下で詳しく規定されていた委任の解除に関するその他の規定(二五二条前段、二五四条、二五五条、二五六条二項)は悉く削除されている。

原案六五八条の起草担当者である富井政章の趣旨説明を受けて、法典調査会の議論では、長谷川喬委員および土方寧委員より原案六五八条について疑義が提出されている¹²⁾。長谷川喬委員がいうには、本条の場合、次の原案六五九条により六二五条が準用され、同条ただし書をとくに排除しているわけではないので、契約の消滅という解除の効果は将来に向かってのみ効力を生じ、既往の法律関係には影響を与えないが(原案六二五条本文、当事者の一方に過失があるときは、相手方に生じた損害の賠償請求が認められることも考えられる(同条ただし書)¹³⁾。しかし、このような取扱いは、原案六五八条二項ただし書と矛盾ないし抵触するおそれがあるという。また、土方寧委員は、当事者の一方に「已ムコトヲ得サル事由」があり、相手方からの損害賠償請求が排除されるのは無償委任の場合に限られるとし、

有償委任の場合にあつては、相手方の不利な時期に委任を解除することにより損害を与えたならば、その損害を賠償する必要があると指摘する。¹¹⁴

これに対し、富井政章は、上記の両委員の質疑に答えて、「委任ト云フモノノ特質カラ：矢張り原則ハ何処マデモ各当事者一方ニ解除権ガアル然ウシナイト少ナクモ民法ノ規則トシテ委任ノ性質ヲ貫カヌト思ヒマス」。ただ、その場合でも、「特ニ相手方ノ為メニ不利ナ時期デアツタナラバ賠償ヲサスト云フコトガ必要デアル」が、「正当ノ事由ガアツタナラバ：其場合ニハ責任ガナイトシタ方ガ宜カラウト思ツテ斯ウシタノデアリマス」と述べ、原案六五八条二項の趣旨を説明する。¹¹⁵ そのうえで、原案六二五条ただし書は、原案六五八条があるため、「自ラ其適用ガナイコトニ為ラウト思ヒマス」と述べている。¹¹⁶

以上のほか、民法施行後の学説が委任における任意解除権を定めた民法六五一条の根拠として挙げる委任者・受益者間の人的信頼関係は、原案六五八条に関する富井政章の説明において、最初から触れられていたわけではない。先にも指摘したところであるが、富井政章が当事者間の信頼に言及するのは、前述の長谷川喬委員からの原案六五九条の準用による原案六二五条の適用範囲に関する質疑に答えての時である。富井政章は、「委任ハ其双方ノ信用ト云フモノヲ土台トシテ委任者モ相手方ガアノ人デアルカラ委任ヲスル受任者モ相手方ガアノ人ダカラ引受ケテ其仕事ヲスルト云フ斯ウ云フニ為ツテ居ルノデアリマスカラ其信用ガ少シデモ頹レタラバデス委任ト云フモノノ効力ハ消エル夫レデ終了ノ原因ガ多イノデアリマス殊ニ契約ノ原則ニ反シテ一方ニ解除権ガアル夫レモ理由ナシノ解除権ガアル夫レハ委任ト云フモノノ特質カラ来テ居ルコトデアル：然ウシナイト少ナクトモ民法ノ規則トシテハ委任ノ性質ヲ貫カヌト思ヒマス」と述べている。¹¹⁷

(二) 帝国議会における審議

法典調査会の審議を経て確定された民法修正案(前三編)は、明治二九年一月、政府より第九回帝国議会に提出された。¹¹⁸ まず、衆議院に上程され、同年二月二六日、政府委員(末松謙澄)が提案理由を説明した後、民法修正案特別委員会の調査議案に付された。起草委員三名(穂積陳重、梅謙次郎、富井政章)は、同年二月二八日より三月一四日まで一四回にわたって開催された修正委員会に政府委員として出席し、編纂の方針、法典の構造および指導理念、草案各條の立法理由などを詳細に報告あるいは答弁をし、原案の通過に努力している。¹¹⁹ 修正委員会では、民法修正案のうち、前三篇(総則、物権、債権)の各條文について二〇数か所で用語ないし文言の加除・挿入追加が行われ、新たに流質契約禁止に関する三四九條が追加された結果、全七二四條となった。¹²⁰ その結果、委任における解除に関する規定もまた条数が一つ繰り下がり、当初の六五〇条から六五一条となったが、内容の点については何も修正はない。この後、民法修正案第三編は、修正委員会による整理を経て、衆議院本会議での審議のうえ可決し、¹²¹ 貴族院に回付された。貴族院でも同様に、提案理由や衆議院での修正理由点などが説明され、修正委員会に付託された。¹²² そして、修正委員会でも慎重に調査のうえ、民法修正案(前三編)は、同年三月二三日、貴族院本会議で可決され、成立した。¹²³ 貴族院の審議においても、委任における任意解除権の規定については、何ら修正はみあたらない。¹²⁴

法典調査会が提出した民法修正案においては、委任者・受任者の双方による任意解除権の規定が、第三編債権の第一〇節委任の箇所、次のように記されていた。¹²⁵

(第六五〇條)

「委任ハ各当事者ニ於テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得」(第一項)

「当事者ノ一方カ相手方ノ為ニ不利ナル時期ニ委任ヲ解除シタルトキハ其損害ヲ賠償スルコトヲ要ス但已ムコトヲ得ナイ事由アリタルトキハ此限ニ在ラス」(第二項)

(第六五一条)

「第十一條第六百十九條ノ規定ハ委任ニ之ヲ準用ス」

提出法案六五〇条(現六五一条)は、前述の旧民法財産取得編二五一条以下の規定と比べると、大きな修正が加えられている。同条の立法趣旨は、前述のように、法典調査会における起草担当者(富井政章)の趣旨説明とそれに対する質疑応答ならびに審議資料などの分析から明らかとなったと思われるが、帝国議會に提出された『民法修正案理由書』には、その点が次のような要旨で示されている。¹²⁶⁾

(民法修正案六五〇條「現六五一条」)

「本條以下ハ委任ノ終了ニ関スル規定トス從來ノ立法例ニ於テハ委任者カ解除ヲ為スノ場合ト受任者カ解除ヲ為ス場合トニ付キ各々異ナル文字ヲ用ヒタチ即委任者ノ為ス解除ハ通常之ヲ廢罷又ハ取消(解任)ト称シ受任者ノ為ス解除ハ通常之ヲ拋棄(辞任)ト称セリ今此ノ如ク名称ニ付キ區別ヲ為スハ實際ニ於テ便利ナル場合ナキニ非ス故ニ法律ヲ以テ毫モ其慣用ヲ妨ケスト雖モ其民法上ノ性質ハ何レモ契約ノ解除ニ外ナラサルヲ以テ本條ニ於テハ特別ナル語ヲ用ヒサルコトニセリ」

「本條第一項ハ当事者双方カ解除権ヲ有スル事ヲ規定シタルモノニシテ諸外国ノ法典皆如此ナラサルハナシ加之瑞士債務法及ヒ獨乙民法第一讀会草案ニ於テハ委任者カ豫メ取消ヲ為ササル旨ヲ約スルモ其効ナキモトセリ然レトモ公益ニ害ナキニ斯ク契約ノ自由ヲ制限シテ委任者ノ解除権ヲ強クスルノ必要ヲ見ス或場合ニハ其ノ特約ヲ為

スノ便利ナルコトアルヘキヲ以テ之ヲ任意的規定トセリ」

「取得編第二百五十二條ハ本條第一項ノ規定アルカ為メ之ヲ削レリ又同條第二百五十四條ノ規定ハ一切ノ場合ニモ之ヲ適用スルコトナヲ得ス蓋シ委任事項ハ其性質ニ依テ或ハ可分ナルコトアリ或ハ不可分ナルコトアリ果シテ然ラハ当事者ノ意思及ヒ不可分債務ニ関スル規定ノ適用ニ放任スルヲ可トス特ニ原文ノ如キ規定ヲ置クノ必要ナキナリ同二百五十五條ノ規定ハ佛民法及其他ノ法典ニ於テ見ル所ナリト雖モ法文トシテ之ヲ設クルハ其當ヲ得ス事實論ニ一任シテ可ナリ加之同條ノ推定ハ往々事實ニ反スルモノト謂フ可キナリ」

「第二項ノ規定中受任者カ為ス解除ニ付テハ取得編第二百五十六條ト其主意ヲ異ニセス而シテ委任者ヲシテ不適當ナル時期ニ為シタル解除ハ損害ヲ賠償セシムル例ハ獨リ瑞士債務法アルノミ其他ノ法典ニ於テハ委任者ハ何時ニテモ取消ヲ為スコトヲ得ヘキモノトシ其取消ヨリ直チニ生スル損害ヲ賠償セシムルコトナク唯他ノ事情ニ因リテ受任者ノ蒙リタル損害ヲ賠償セシムルノミ然レトモ契約当事者ヲ平等ニ保護スルノ主義ヲ採ル以上ハ本條ノ如キ規定ヲ設クルヲ至當トス而シテ但書ノ規定アルカ為メ實際ニ於テハ決シテ不便ヲ感スルコトナカルヘシ」

（民法修正案六五一条〔現六五二条〕）

「本條ノ規定ハ取得編第二百五十三條ノ規定ヲ採用シタルモノナリ外国ノ法典ニ於テハ此ノ如キ規定アルヲ見スト雖モ是レ一ハ明文ヲ俟タサルモノト見タルト又一ハ本案ニ於ケル如ク既往に遡リテ効力ヲ生スヘキ解除ナル文字ヲ用ヒサルカ故ニ過キサルナリ」

現行の民法六五一条の制定過程および立法趣旨は、以上に述べた通りである。同条は、平成一六年の民法の現代語化により、「委任は、各当事者がいつでもその解除をすることができる。」（民法六五一条一項）、「当事者の一方が相手

方に不利な時期に委任の解除をしたときは、その一方の当事者は相手方の損害を賠償しなければならない。ただし、やむを得ない事由があったときは、この限りでない。」（同法六五一条二項）となり、また、民法六五二条は、「民法六二〇条の規定は、委任について準用する。」となった。現代語化以後の民法六五一条・六五二条には、表現のうえで若干の字句の整理はあるものの、内容の点では実質的な修正は加えられていない。

5 小 括

委任における任意解除権を定めた民法六五一条は、明治初期の民法典編纂に現われた各種の民法草案、『(旧) 民法典』および、法典調査会における民法原案を辿ってみると、『(旧) 民法典』の制定に至るまでのフランス民法を基礎にボワソナードが起草した民法草案に由来する部分と、諸外国の法制を参考に『(旧) 民法典』の規定を修正して起草した民法原案に基礎を置く部分とが融合し、字句を整理・修正したうえで、一条にまとめられたものということができる。それだけに、一見して明瞭にみえる条文の構造とは裏腹に、規定の意味するところは分かりづらいものとなっている。

委任をして、委任者・受任者間の人的信頼関係に基づき、受任者に委任事務の処理を行わせるものであると捉え、それが委任の本質であるとする、当事者相互の人的信頼が失われ、委任者が自己の信頼できない者に委任事務の処理をさせることは堪え難いものとなる。そこに、委任の解除を認める必要が生じる。このことは、委任が当事者相互の人的信頼を基礎とし、高度の倫理観によつて支えられているとみることができ、

委任の解除は、委任者よりいえば、受任者を解除することであり、受任者よりみれば、自ら辞任することである。

委任者による委任の解除は、委任の本質に基づくものと考えられており、諸外国の法制がほぼ一致して認めるところである（フランス民法二〇〇三条、二一〇〇四条、ドイツ民法六七一条、スイス債務法四〇四条一項など）。『(旧) 民法典』においても、代理の廃罷として、委任者による委任の解除が認められていた（旧民法財産取得編二五一条、二五二条）。これに対し、受任者による委任の解除は、委任の本質に基づくものというよりも、実際上の必要性に應ずるために認められたにすぎない。すなわち、委任において受任者の辞任は自由であり、受任者による委任の解除を禁止することに別段の利益なく、これを認めないことがかえって委任者に不利益を生じさせる恐れがあることから、諸外国の法制においては多くがこれを認めている（フランス民法二〇〇七条、ドイツ民法六七一条二項など）。『(旧) 民法典』でも、「代理ノ拋棄」として、受任者による委任の解除が認められていた（旧民法財産取得編二五一条）。

このような委任の解除に関する存在理由の違いもあって、受任者による委任の解除に関する規定の仕方は、諸外国の法制により若干異なる。『(旧) 民法典』のように、受任者は委任者に不利な時期であっても解除をなしうるが、委任者に生じた損害は、それが正当またはやむを得ない事由によるものでない限り、受任者において賠償する義務があるとする立場（旧民法財産取得編二五六条）もあれば、フランス民法のように、受任者において委任者の不利な時期における解除を認めるが、受任者自ら莫大な損害を受けることなくして委任契約を継続することができない事情のある場合を除いて、受任者は委任者に生じた損害の賠償を要するという立場（フランス民法二〇〇七条）もある。また、ドイツ民法のように、重大な事由のある場合のほかは、委任者が委任事務を処理することができるよう受任者は解除することを要し、そうでなければ、解除の効力は生ずるものの、委任者に生じた損害の賠償を要するという立場（ドイツ民法六七一条）もある。ただ、いずれにせよ、これらの法制においては、受任者が委任者の不利な時期における解

除により損害を生じさせたときは、やむを得ない事由のない限り、受任者において賠償を要するという点では共通している。⁽¹²⁷⁾

相手方の不利な時期とは、委任者においては、旅行で不在中や大病で床に臥せっている時など、他人をして委任事務を処理できない場合がこれにあたる。受任者においては、自らその地位を辞任すれば足りるので、これが問題となることは少なく、ただ、委任が委任者のみならず受任者の利益でもある場合に問題となるにすぎない。委任の解除によつて受任者が将来受け取るべき報酬を失うことがあつても、解除は将来に向かつて効力を生ずるのみで、既存の報酬請求権に何ら影響を与えるものではないから、不利な時期による解除ではない。従つて、この場合には、損害賠償の対象ともならない。

なお、現行民法のもとでは、代理は新たに設けられた民法総則の中に移され、委任は債権各論の中に置かれることになった。現行民法の代理に関する規定の中には、「特定の法律行為をすることを委託する」(民法一〇一条二項)や「委任による代理人」(民法一〇四条)という表現にみられるように、委任が法律行為を目的として成立すると考えられており、受任者は第三者との関係では代理人として行為することになるから、委任と代理とを同一視する考え方に実質的な変更はないとみることもできる。ただ、法典調査会の審議の過程で、法律行為でない事務の委託についても委任の規定が準用されることになったことから(民法六五六条)、委任と代理とが必然的に結びつくものではないことは明らかである。⁽¹²⁸⁾ 委任における解除も、代理との関係や準委任の成立を踏まえて検討する必要があるといえよう。

法律行為でない事務の委託である準委任には、意思表示の委託と事実行為の委託とがある。前者の場合は、法律行為の委託に準じて、委任のすべての規定が準用されると解することができる。これに対し、後者の場合は、委託され

る事実行為の内容も多様であり、その内容に応じて、委任の規定あるいは雇用・請負などの規定が準用ないし類推適用されることになる。すなわち、他人のために行為をする契約であっても、それが労務そのものの給付であれば雇用とされ、仕事の完成が目的とされていれば請負ということになるが、他人のために法律行為を行えば委任による代理となる。委任の解除といっても、準委任における解除は、それぞれの事情を考慮して判断しなければならないといえるのではなからうか。

五 民法六五一条の指導形像と規範的性質

1 民法六五一条の指導形像

これまでの検討から明らかなように、⁽¹²⁹⁾『旧』民法典』の制定に至るまでは、そもそも契約は当事者の合意により締結されるものであり、当事者の一方より勝手に破棄することはできないのが原則であるという前提のもとに、委任はもっぱら委任者の利益のために設定され、かつ、無償としたことが多かったことから、委任者は何時でも自由に委任を解除（廃罷）することができるのは当然と考えられた。委任者が自己の利益を放棄するのに制限はなく、委任の本質からして当然になしうるといふ発想である。一方、そのような委任であれば、受任者といえどもその義務の履行を強要されることなく、受任者もまた委任の解除（拋棄）を自由になしうると考えられた。そして、このような委任の本質を前提に、受任者により委任の解除が行われ、委任者に損害が生じた場合には、受任者は委任者に生じた損害を賠償する義務があり、それが「正当又ハ已ムコトヲ得サル原因」でない限り、賠償責任を免れることはできないとされた。

ところが、委任における任意解除権を定めた原案六五八条（現行民法六五一条）を起草した担当者（富井政章）は、当事者双方の平等主義という見地から、委任者による委任の解除の場合であっても、受任者に生ずる損害の賠償を認める表現に修正した。その際、「相手方ノ不利ナル時期」という要件（現行民法六五一条二項本文）が付加された。一方、損害賠償責任の免責については、受任者に課された「正當又ハ已ムコトヲ得サル原因」（旧民法財産取得編二五六条一項但書）から当事者共通の免責事由である「已ムコトヲ得サル事由」（現行民法六五一条二項ただし書）という表現に改められ、「正當ノ原因」という文言が削除されることになった。

このような立法の経緯をみると、委任が委任者・受益者間の人的信賴關係に基づいているとしても、それが無理由の自由な解除の根拠づけとされていたわけではないことに注意が必要である。事実、起草担当者である富井政章は、委任の任意解除権を定めた原案六五八条（現行民法六五一条）の趣旨説明において当初から委任者・受益者間の人的信賴關係に言及していたわけではない。富井がこの点に言及するのは、解除の非遡及効を定めた原案六五九条（現行民法六五一条）の準用による原案六二二五条（現行民法六二〇条）の適用範囲に関する長谷川喬委員からの質疑に答える時である。そのため、民法施行直後の学説の中には、この点の理解に食い違いがみられる。¹³⁰今日の通説は、委任が当事者間の特別な信賴關係を基礎とする契約であるという理解のもとに、民法六五一条が設けられたと解しているが、異説も存在する。¹³¹

委任の解除が委任の無償性に結びつきやすいものであるとすると、有償の委任においては各当事者の解除権が認められないのではいかとの疑問が生じる。しかし、他方、委任は、わが国の場合、前述したように、法律行為の委任に限らず、法律行為以外の事務の委託についても準委任として委任の規定が適用されるとし、広範囲にその成立が

認められている。このような委任の多様性に鑑みると、いかなる委任の解除もすべて民法六五一条が適用されるというのは、どこか無理があるように思われる。この点は、後にもう一度取り上げて詳論することにした。

また、受任者または第三者のために委任契約が締結された場合、受任者が委任者からの無理由解除を拒むことができるかどうかは、旧民法財産取得編二五一条以下の規定でも、また現行民法六五一条の規定でも、直接言及するところはない。この点、ボワソナードの説くところでは否定的に解され、委任者による委任の無理由解除はできないと考えられている。¹³²ただ、当事者間に報酬の約定があるというだけでは、その解除を阻止する理由とはならないことに注意が必要である。報酬は、受任者の「真ノ利益ト称スヘキモノニ非スシテ其労働ノ予定ノ賠償」にすぎないからである。

このほか、委任における任意解除権を定めた現行民法六五一条は、起草担当者（富井政章）の説明では、強行法規ではなく、従って、当事者間で解除権放棄の特約をしても公益に反するものではないと考えられている。ここでは、解除権放棄の特約が問題なのであって、損害賠償の有無を問題としてしているわけではないが、両者は混同されることが多く、注意を要する。前者は、解除権放棄の特約を有効とした場合でも、やむを得ない事由があるときは、委任者はそれでもなお委任の解除ができるかどうかという問題である。¹³³これに対し、後者は、委任の解除を認めるが、やむを得ない事由があるときでも、受任者は委任者に対して損害賠償を求めることができるかどうかという問題であり、損害賠償の有無が争点となる。両者は密接に関わるが、本質的には異なる問題であることに注意が必要である。

2 民法六五一条の規範的性質と解釈指針

(一) 解除できない委任——解除権放棄特約と受任者の利益をも目的とする委任

委任における解除は、民法六五一条によれば、委任者のみならず、受任者においても何時でも自由に行うことができる（同条二項）。もつとも、それが、「相手方の不利な時期」である場合、例えば、訴訟の委任を受けた者がその訴訟の中途において突然その委任を辞し、依頼者がそれにより損害を被ったような場合には、相手方に生じた損害を賠償しなければならぬ（同条二項本文）。しかし、その場合でも、「やむを得ない事由」によつて解除したとき、例えば、受任者が第一審の判決を甘受する方が利益であるのに、委任者はどうしても控訴するといつて聞かないので、その委任を辞したようなときは、損害賠償を負担することはない（同条二項ただし書）。

前述の民法六五一条に関する立法過程の検討からも明らかのように、この民法六五一条、とりわけその第一項は、元来、委任が無償を前提とし、もつぱら委任者の利益のために締結されたという事情から、当該契約関係からの離脱について、当初、旧民法が規定していた委任者の行う「廃罷」（同財産取得編二五一条一号）、受任者の行う「拋棄」（同編二五一条二号）を、法典調査会における起草の段階で「解除」という用語に統一し、現行六五一条一項の文言のよ

うに改めたものである。しかし、その一方で、民法六五一条は公益規定ではないので、当事者間で解除権放棄の特約を合意することも可能とされた。民法典の施行後は、解除権放棄特約の効力をめぐつて争われることが多い。⁽¹³⁵⁾

判例の事案に現れる解除権放棄特約の事例は、当初、委任者が解除権を放棄するという特約の効力をめぐる問題が中心であった。⁽¹³⁶⁾ 例えば、金地勲章年金受領者が債権者に年金の受取りを委任し、かつ、その解除権を放棄するような場合、判例は、「受任者モ亦事務ノ処理ニ付キ正当ナル利害関係ヲ有スル」場合には解除権放棄の特約も有効である

が、受任者には「正当ナル利害関係」はないとした。⁽¹³⁷⁾ また、判例は、受任者の利益をも目的とし、解除権放棄の特約がある受任契約であっても、法の禁ずる恩給担保と実質的に同じである場合には、かかる特約を強要することはできず、無効としている。⁽¹³⁸⁾ 明示の解除権放棄特約のない委任契約の事案では、判例は、事務処理の利益が誰にあるかを問題とし、事務の処理が委任者のためだけでなく、受任者の利益をも目的とするときは、委任者は民法六五一条により委任契約を解除することができないとしている。⁽¹³⁹⁾ このような解除を認められるならば、受任者の利益は著しく害されるというのが、判例の論拠である。

判例が説く、「受任者の利益をも目的とする委任は、委任者が民法六五一条一項によつて解除しえない」との法理は、その後の同種ないし類似の事案において判例を支配することになる。⁽¹⁴⁰⁾ 判例によれば、「受任者の利益をも目的とする委任」とは、単に報酬を支払う旨の特約があるというだけでは、これに当たらない。⁽¹⁴¹⁾ 受任者の利益をも目的とする委任において委任者が当該契約を解除できるのは、「受任者が著しく不誠実な行動に出た等やむをえない事情」がある場合である。⁽¹⁴²⁾ また、受任者の利益のためにもなされた委任の場合であっても、「委任者が委任契約の解除権自体を放棄したものとは解されない事情」があるときは、やむを得ない事情がなくなるとも解除できるとされている。⁽¹⁴³⁾ 後者の場合、委任者の意思に反して事務処理を継続させることは、委任者の利益を阻止し、委任契約の本旨に反することになるというのが、その理由である。

さらに、受任者および第三者の利益を目的とする委任においても、解除権の行使が認められない場合がある。判例には、不動産の売却契約において、売主と買主の双方から登記手続の委託を受けた司法書士が、当該手続の完了前に売主から書類の返還を求められ、これに応じたことから、買主が移転登記を得られず、当該不動産が他に売却された

という事案で、売主からの解除の申入れを否定したものがある⁽¹⁴⁴⁾。右の両契約は相互に関連性を有するから、契約の性質上、民法六五一条一項の規定にもかかわらず、買主の同意など特段の事情のない限り、売主は司法書士との登記委任契約を解除できないのであって、これに応じた司法書士の債務不履行責任を認めている。また、古い判例には、委任における委任者・受益者・第三者の利益の結合状態を考慮し、受任者からの解除権の行使を否定したものがある。米穀輸入業者甲から米穀を購入した乙が、これを担保に丙銀行から購入代金を融通してもらい、丙銀行は、乙から一定額の弁済を受けるごとに担保米の一部を乙に渡し、弁済金の一部を甲への代金残額に当てるために甲に渡すという契約において、丙銀行の解除が問題となった。判例は、甲から丙銀行への残代金取立事務の依頼は、三当事者間の一種特別の契約であるから、受任者である丙銀行は任意に「解除」することはできないとしている⁽¹⁴⁵⁾。

解除権放棄特約については、現行民法のどこにもこれに関する規定は設けられていないが、判例は、前述したように、解除権放棄特約の効力を原則として有効と認めている。民法六五一条は公益規定ではないから、受任者についてのみならず、委任者についても解除しないと特約することに妨げはないという理解である。ただし、この種の特約は、しばしば脱法行為の手段として利用されることも多く、その場合には、解除権放棄の特約は無効とされる。また、判例は、受任者の利益をも目的とする委任については、委任者が民法六五一条一項により解除することはできないとするが、その場合でも、著しい不誠実な受任者の行動など「やむを得ない事情」があれば、民法六五一条により解除が認められるとしている。ただ、そうになると、解除権放棄特約の存在を問題とする必要はあるのかという疑問が生じる⁽¹⁴⁶⁾。そもそも、解除権放棄特約の存否を問題とする必要のある場合とそうでない場合とは、どのように区別されるのかである⁽¹⁴⁷⁾。また、解除権放棄特約が有効であるとしても、委任者が理由もなく解除したとき、それは、文字通り解除の効

力が生じないのか、それとも解除の効力は生ずるが、受任者にそれによって生じた損害を賠償する責任を免れないというのかは、さらに検討を要する点である。

委任は、受任者が委任者のために委任事務を処理することを目的とする契約であつて、直接の利害関係を有するのは委任者であるとの考え方によれば、委任者が受任者による委任事務の処理を望まないにもかかわらず、これを継続させることは、委任の本質に反する。そうであるとすれば、委任者が受任者との間で解除権を事前に放棄する特約を合意していたとしても、委任者はこれに拘束されることはない。ドイツ民法第一草案は、このような考え方から、委任の解除に関する規定を公益規定と解し、解除権放棄に関する特約を無効としていた。¹⁴⁸しかし、その後の審議を経て成立した現行のドイツ民法には、解除権放棄特約に関する規定はどこにも置かれなかった。ただ、受任者において重大な理由のあるときは、受任者は解除権を放棄したときといえども、なお委任を解除なしうることを定めるのみである(ドイツ民法六七一条三項)。このため、学説には、とくに委任者による解除権放棄特約の効力をめぐって肯定・否定の両説が対立しているが、¹⁴⁹受任者の場合におけると同様に解されている。¹⁵⁰

思うに、委任者においては、受任者に不利な時期である与否とを問わず、あるいは、存続期間に定めがあり、いまだ委任事務の処理が終了しないときでも、解除が認められている(民法六五一条)。このような委任者の権利を当事者の合意ないし特約で制限することは、委任の本質からして公序良俗に反し、認められないというべきであろう。これに対し、受任者の解除権は実際上の必要性から認められたもので、委任の本質とは関係がなく、受任者が委任者との合意により事前に解除権放棄の特約をすることは一般に有効と解してもよいように思われる。当事者の合意を重視するならば、解除権放棄特約は、それが公序良俗に違反しない限り、やむを得ない事由があつても、受任者による委任

の解除はできないということになる。

(二) 有償委任における解除

次に、有償委任における解除をどのように考えるか、換言すれば、民法六五一条は有償委任を解除する場合にも当然に適用されるかどうかである。民法六五一条は、この点に直接触れるところはない。旧民法財産取得編二五二条は、「委任者ノミノ利益ノ為ニ委任セシ代理ノ廃罷ハ謝金ヲ諾約シタルトキト雖モ委任者ハ何時ニテモ随意ニ之ヲ為スコトヲ得」と規定しており、有償委任と解除との関係はある程度意識されていたといえる。この点、単に有償であるということ、すなわち、委任事務を履行すれば受任者として報酬が得られるということは、その委任が主として委任者のための委任であることと必ずしも矛盾するものではない。受任者の責に帰すべからざる事由により委任がその履行の途中で終了した場合、受任者はすでになした履行の割合に応じて報酬を請求することができるから（民法六四八条三項）、有償ということだけでは民法六五一条の適用を排除することにはならない。⁽¹⁵⁾

これに関連して、委任において当事者の合意で有効期間が定められている場合、その期間中であっても、各当事者は民法六五一条に基づいて自由な解除ができるかどうかである。有効期間を定めるのは、多くは有償委任の場合である。この問題については、雇用に関する民法六二八条および六二八条のような規定の構造との対比で、民法六五一条が期間の有無に言及するところがなく、むしろ当然のことと考えられてきたように思われる。継続的債務関係の通常終了は、「時の経過」である。時の長さは、当初より期限または期間として確定されるか、将来の期限の到来に依存せしめられるか、または、不確定なものとされるか、のいずれかである。当初定められた期間は当事者の合意または一定の行為により延長が可能であるとともに、他方、その期間は当事者の合意のほか、単独の一方的な意思表示に

より短縮されることもありうる。後者の最後にいう一方的意思表示が、いわゆる「解約告知」である。元来、解約告知は、その史的発展の沿革からみると、期間の定めのある契約との関係で議論されてきたといえる。学説の中には、有償委任では、「やむを得ない事由」などの信賴關係を破壊する事由がなくても、委任の性質上、有効期間中の解除は自由になしうるとの見解がある。¹⁵²⁾ かりに肯定説に立つとした場合、「相手方の不利な時期」における「解除」については、解除権を行使する側に損害賠償の責任が生ずることになるが(民法六五一条二項本文、損害賠償が認められるから、契約期間の配慮は必要ないといえるかどうかである。この点の検討は無視されるべきではなからう。

(三) 「相手方の不利な時期」の解除と損害賠償

民法五六一条二項本文にいう「相手方の不利な時期」の解除による損害賠償については、当初、受任者による委任の解除によって委任者に生じた損害の賠償責任を定めたにすぎず(旧民法財産取得編二五六条一項本文)、「相手方の不利な時期」という限定はなかった。これは、法典調査会における起草の段階で、当事者双方の平等主義という見地から、委任者による委任の解除の場合にも、受任者に生じた損害を委任者は賠償しなければならないものとし、現行六五一条二項本文のような表現に改められた。このような限定を加えるのは、外国の法制の中では、ドイツ民法(六七一条二項)とスイス債務法(現行四〇四条二項)だけに存在するものである。

解除が「相手方の不利な時期」になされたというのは、不適當な時期に委任の解除をし、もし適當な時期に解除したとすれば相手方において被ることのなかった損害を発生せしめた場合を意味する。委任者による解除によって受任者が将来に向かつての報酬を失っても、それが直ちに受任者の「不利な時期」になされたものとはいえない。受任者が報酬の請求権を失うのは解除の時期いかに関わらないことなので、それを不適當な時期において委任が解除され

た結果生ずる損害とみなすことはできないからである。

この点につき、判例には、第三者に対する家屋明渡請求訴訟が裁判所に係属中、その家屋の売却を依頼された仲介人が、委託者の提起した訴訟に協力しつつ、売却が可能となるのを待っていたところ、その訴訟が当事者の和解によつて終了し、第三者が間もなくその家屋から立退くことが明らかになった時期に、委託者が仲介人との仲介委託契約を解除したという事案で、かかる解除は仲介人にとつて不利な時期になされたものと判示したものが¹⁵³ある。また、判例は、不動産売却の仲介委託契約において、売主が売却委任状を仲介業者に交付し、委託期間が定められたという事案で、委託者は約定期間内であっても仲介委託契約を解除することができる¹⁵⁴としている。「相手方の不利な時期」という限定は、解除の自由を認めただうえで、損害賠償の可否と判断に関わるものであるはずのところ、解除の成否の判断に用いられていることは、民法六五一条の規範構造から考えても、問題なしとはいえない。

3 委任の解除に関する類型的処理

わが国の場合、委任は、法律行為の委任に限らず、法律行為以外の事務の委託も準委任として委任の規定が適用され、広範囲にその成立が認められている（民法六五六条）。そのような委任の多様性に鑑みると、いかなる種類の委任の解除もすべて民法六五一条が適用されるというのは、正しい法解釈といえるのかどうかである。¹⁵⁵

学説には、委任における解除は、無償を原則とする委任というきわめて弱い契約関係であることが基礎となつて、いることを指摘したうえで、請負型委任については民法六四一条、雇用型委任については民法六二六条ないし六二八条が適用され、また、不動産に関する委任事務の処理と受任者の当該不動産の利用とが対価的に結びついているような

ものについては賃貸借の解除に関する判例の準則を用い、信託関係の破壊が認められるときにのみ「解除」が認められるとする見解がある¹⁵⁶。これは、継続的債権契約では、契約の解除一般に関する規定は完全に排除され、継続的債権契約に関する民法六二八条、六六三条二項、六七八条二項などの趣旨を類推し、個々の契約に内在する信託の程度に応じて解除が認められると考えるものである¹⁵⁷。

また、学説には、継続的債務関係を基礎づける継続的債権契約について、組合型の団体契約、委任型の純粹に相信関係に基づく契約、および、賃貸借・雇用型の物・賃料ないし労働力の保全関係に基づく契約の三種に分類し、それぞれの契約類型に即して解約原因を求めることを提唱する見解も有力である¹⁵⁸。

これらは、どちらも卓越した見解ではある。しかし、これまでの検討からも明らかなように、民法六五一条の規定が委任の有償・無償を区別していない以上、起草時の立法理由を斟酌するにしても、同条の適用から有償委任の場合をことさら排除することはできない。また、事案の中には、上記の有力説が掲げる類型のいずれにも属さないものも考えられ、これをもつてすべての事案を処理することには無理があるようにも思われる。

民法六五一条の規範の構造からみる限り、同条の解釈としては、有償委任の場合も含めて、各当事者による解除の自由を広く認めたうえで（民法六五一条一項）、解除権放棄特約の効力、および、委任が委任者の利益のみならず受任者の利益をも目的としているかを検討することになる。そして、当事者の一方の解除から相手方に生じる損害の賠償責任といった利害の対立については、「相手方の不利な時期」（同条二項本文）の解釈を通じて、損害賠償責任の有無と額でもって調整するとともに、「やむを得ない事由」があれば、相手方に対する損害賠償義務を免除することになる。「相手方の不利な時期」は、法典調査会における起草の段階で新たに挿入されたものであり、「やむを得ない事

由」は、当初、ボワソナードによる民法草案を基礎に起草された旧民法財産取得では「正當又ハ已ムコトヲ得サル原因」となっていたのが、法典調査会における起草の段階で単に「已ムコトヲ得サル事由」と改められ、平成一六年の民法現代語化により現在の表現になったものである。このような立法の沿革を無視することはできない。

委任の本質という点からみると、「相手方の不利な時期」の概念は調整的なものにすぎず、これに委任の解除に関する解釈の重点を置くことはできない。むしろ、委任における解除の可否は、「やむを得ない事由」および起草過程で無造作に削除された「正当事由」の存否にあり、その解釈を通じて判断される必要があるように思われる。これは、当事者間の人的信頼関係を基礎とする委任・寄託などのように弾力性が強く現われるものと、雇用・組合などのように組織的結合関係が重視されて固定性が強く現われるものとの違いとみることもできる。条文上も、「やむを得ない事由」などの重大な理由があれば解除を認める民法六二八条、六六三条二項、六七八条二項などの規定とは異なり、民法六五一条一項は何時でも自由な解除を認める規定となっているのは、そのような委任の特質を反映したものであるといえることができる。

4 解約告知としての委任の「解除」が果たす機能

委任における契約の解除が問題となる場合、契約の解除一般に関する民法五四一条以下の規定が委任の解除を定めた民法六五一条・六五二条により修正されるとしても、完全に排除されるわけではなく、個々の契約に内在する信頼の程度に応じて、民法五四一条以下の規定の適用の有無を検討する必要は残されている。¹⁵⁹⁾

例えば、当事者が期間を定めずして契約を締結した場合、後に至って当事者が当該契約関係からの離脱を好都合と

考え、あるいは、期間を定めた場合であっても、長い年月の経過の間には事情が変更することもあり得る。このような場合、一定の告知期間を経て、当事者が自由に当該契約関係から離脱しうる途を講じておくことは否定されるべきではない。その限りにおいて、契約の解除一般に関する民法五四一条の規定を補助的に適用する余地があり、そのように考えることには相当の理由があるように思われる。¹⁶⁰ また、「やむを得ない事由」には該当しないが、債務者に債務の不履行や債務者の責に帰すべき事由による履行不能があるとき、一定の告知期間を経ることを要求しながら、これを原因として継続的債務関係を将来に向かって消滅させる場合もありえよう。¹⁶¹ このような場合の解除は、契約の解除一般に関する民法五四一条を根拠とするものであるが、非遡及という法律上の効果を伴うものであり、いわゆる民法五四一条の補助的利用というべきものである。¹⁶²

従来の通説的見解は、民法五四一条以下の規定が契約の解除一般を定めたものであり、民法典が解約告知と解除を明確に区別していないこと、継続的債権契約の解除（解約告知）に関する前述の諸規定が必ずしも解除の一般規定を排除しうるほど網羅的でないことなどを理由に、当事者の一方に債務不履行がある場合には、民法五四一条以下の規定が適用されるとしている。¹⁶³ そうであれば、前述の例の場合、民法五四一条以下の補助的利用は否定されるべきではなかろう。すなわち、当事者が期間を定めずして契約を締結した場合、あるいは、期間を定めた場合であっても、長い年月の経過の間に事情が変更し、当事者が当該契約関係からの離脱を好都合と考えるときは、当事者の一方は相当の期間を定めて相手方に対して告知をし、その期間の経過を待つて解除を認めるとするものである。この場合、解除の効果については、継続的債務関係を将来に向かってのみ消滅させるのであり、解除の効果一般に関する規定（民法五四五条）は適用されないことになる。解除に遡及効を付することによる実際上の不便は、相手方の債務不履行によ

る解除の場合にも異なるところはないとすれば、この場合にも民法六五二条が適用されると解するのを妥当としよう。¹⁶⁴ 債務不履行による解除と無理由解除とは、その成立の根拠を異にするのみならず、相手方の債務不履行による解除の場合には、債権者の相手方に対する損害賠償の請求を伴うのに対し、委任の無理由解除の場合には、却って解除をなした者の損害賠償の責任を生ずるものであつて、その効力においても異なるところがある。

六 今後の課題と展望——まとめに代えて

本稿は、継続的債権契約における「解除」（解約告知）の観点から、解約告知の史的発展の沿革にも触れつつ、民法六五一条という委任の「解除」（解約告知）と契約終了の問題を取り上げ、これらを検討したものである。繰り返していえば、委任における任意解除権は、民法六五一条の制定に至るまでの民法典編纂に現われた各種の民法草案、『（旧）民法典』、および、法典調査会における民法原案を辿ってみると、『（旧）民法典』の制定に至るまでのフランス民法を基礎にボワソナードが起草した民法草案に由来する部分と、諸外国の法制を参考に『（旧）民法典』の規定を修正して起草した民法原案に基礎を置く部分とが融合し、字句を整理・修正したうえで、一条にまとめられたものである。それだけに、一見して明瞭にみえる条文の構造とは裏腹に、規定の意味するところは分かりづらいものとなっている。

民法六五一条の制定過程を通じて共通に説かれていることは、委任は、元来、無償のものが多く、もっぱら委任者の利益が目的とされているという前提のもとに、委任者については、委任事務の主体たる委任者の自由意思の尊重を、また、受任者については、受任者の欲しない委任事務の遂行を強制されるべきではないことが示され、それが委任に

おける解除の自由、すなわち、委任者の「廃罷」および受任者の「拋棄」を認める理由とされてきた。これが、委任の解除を定める民法六五一条の元々の立法趣旨である。⁽¹⁶⁵⁾そして、この民法六五一条にいう解除が、解除の非遡及効を定めた民法六五二条の規定と相まって、委任における解除を作り上げてきたといえる。

しかし、本来の民法六五一条が意味した以外の部分、例えば、解除できない委任として、解除権放棄特約の効力や受任者の利益のみを目的とする委任は、本来想定していなかったのではないのか。また、法典調査会における民法草案の起草の過程で条文に盛り込まれた「相手方の不利な時期」の解除とそれから生じる損害の賠償責任、「正當又ハ」の文言を落として単に「やむを得ない事由」に統一されてしまった規定をみると、民法六五一条は別の規定をもって処遇すべきはずのものを抱え込んでしまったかのような印象を感じる。

さらに、民法六五一条の規範構造という点では、同条にいう解除が解約告知を意味することは認めるものの、単に効果の側面から非遡及効にあることのみが強調され、契約の解除一般との関係（いわゆる民法五四一条の補助的利用）や、解約告知が本来もっていた契約の終了原因としての告知の機能や期間の意味がまったく疎外された構造となっている。これは、他の役務提供契約との解除に関するより詳細な横断的検討を行ったうえで初めていえることではあるが、本稿では、解約告知の観点から、当事者が期間を定めずして契約を締結した場合、あるいは、期間を定めた場合であっても、長い年月の経過の間に事情が変更し、当事者が当該契約関係からの離脱を好都合と考えるときは、当事者の一方は相当の期間を定めて相手方に対して告知をし、その期間の経過を待つて解除を認める必要があることを説いた。いわゆる民法五四一条以下の補助的利用である。

委任などの継続的債権契約から生ずる債務関係の特色は、とくにその終了の態様にみられるのであって、継続的債

務関係の通常の終了は、「時の経過」である。前述したところではあるが、継続的債務関係における時の長さは、当初より期限または期間として確定されるか、将来の期限の到来に依存せしめられるか、または、不確定なものとされるか、のいずれかである。当初定められた期間は当事者の合意または一定の行為により延長が可能であるとともに、他方、その期間は当事者の合意のほか、単独の一方的な意思表示により短縮されることもありうる。後者の最後のものが、いわゆる解約告知である。民法六五一条二項ただし書にいう「やむを得ない事由」には該当しないが、しかし、債務者に債務の不履行や債務者の責に帰すべき事由による履行不能があるとき、一定の告知期間を経ることを要求しながら、これを原因として継続的債務関係を将来に向かって消滅させる場合も考えられよう。期間の意味と解約告知と関係は、今後、さらに検討が必要であるように思われる。この点、来栖三郎の次の記述は、請負に関するものであるが、示唆に富んでいるので、以下に引用しておくことにしよう。¹⁶⁷「請負の終了原因には、雇用の場合に通常の終了原因である期間の満了とか解約の申入とかはない。もちろん、請負の場合にも、普通の売買交換と異なり仕事の着手から完成までには必然的に時間の経過はあるが、時間の経過それ自体は意味をもたず、その限りにおいて請負は雇用のような継続的債権関係ではないからである」。また、「請負人又は注文者に債務の不履行があつた場合には、特別の規定のある場合の外は（六五三条）、五四〇条以下の契約解除の一般的規定によつて解除することができ、その解除は、雇用と違つて（六三〇条）、遡及効があるとされている」。委任における解除は、雇用と請負の中間に位置するのであるうか。本稿でも簡単にふれたが、根源的な検討を踏まえたうえで、横断的考察の重要性は高いといわねばならない。

現在、法制審議会民法（債権関係）部会において、債権法改正の作業が進行中である。本稿は、これを直接に取り上げるものではないが、委任における解除に関する部分について、若干言及しておきたい。平成二六年八月、同部会

は、事務局を通じて、債権法改正に係る『要綱仮案』⁽¹⁶⁸⁾を公表した。この『要綱仮案』は、改正項目の第二六「委任」の三において「委任における任意解除権」(民法六五一条関係)に関する改正点を挙げている。それによれば、契約の終了に関する委任の任意解除権については、基本的に『中間試案』の【第四二—五】⁽¹⁶⁹⁾に沿いながら、委任者に任意解除権を認めるが、①当事者の一方が相手方に不利な時期に委任を解除したとき、または、②委任者が受任者の利益(専ら報酬を得ることによるものを除く)⁽¹⁷⁰⁾をも目的とする委任を解除したときは、「やむを得ない事由」がない限り、損害賠償をしなければならないとしている。同部会の立場は、判例理論の展開を踏まえて、その効果の点から類型化を図り、要件の整序を行うもので、現行民法の規定を大きく変更するものではない。しかし、本稿の検討を踏まえてみると、問題点は少なからず残されており、さらなる検討が必要であるように思われる。改正法案の検討は別の機会に譲るが、より良い方向での立法的解決を望みたい。

(1) 後藤清「解約告知の研究(二)〜(三・完)——雇用関係を中心として——」内外研究三卷三号二七一頁以下、四号四四九頁以下、四卷一号一〇四頁以下(一九三〇年・一九三二年)、同「解約告知制度の発展概観」内外研究五卷四号(一九三二年)六六七頁以下、飯島紀明「継続的債権契約と告知について(二)〜(三・完)——告知理論の体系化のための序論——」成蹊法学一五号一頁以下、一六号三七頁以下、一八号二五頁以下(一九八〇年・一九八一年)など。

(2) Otto von Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 64, 1914, S. 355 ff. ギールケの以前にも、例えば、ドイツ民法典の成立に非常に大きな影響を与えたヴィントシャイトは、債権の概念において履行に一時的なものと継続的なものがありうるとし、その例として使用賃貸人(Vermieter)の履行を挙げている(Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., 1906, S. 10)。また、サヴィニーにおいても、同様

の記述がみられる (Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1851, S. 302 f.)。しかし、ヴィントシャイトやサヴィニーの説く債務関係の区別は履行の点にとどまっており、ギールケが説くように、期間の経過や解約告知をも考慮の対象とし、継続的債務関係の機能を検討するものではない。

(3) Gierke, a.a.O., S. 378.

(4) 通常、一般の教科書や注釈書などで説かれるところである。例えば、我妻栄『債権各論上巻 (民法講義V一)』(岩波書店、一九五四年)、一四六―一四七頁、谷口知平編『註釈民法⁽¹³⁾』(有斐閣、一九六六年)二〇頁「谷口知平」。解約告知の概念がいつ頃からわが国に定着したのかは興味あるところであるが、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論 (上巻)』(岩波書店、一九三二年)二〇三頁は、「之ヲ告知ト称スルハ名称未ダ熟セズ」と述べている。継続的債権契約およびその解除については、ギールケ以来、ドイツやわが国において多くの議論がなされているが、未開発の分野といえる。この点の指摘につき、後藤徳司「継続的契約 (債権関係) の解除と遡及効」判タ七七九号 (一九九二年) 二六頁以下参照。

(5) 詳細は、幾代通Ⅱ広中俊雄『新版注釈民法⁽¹⁶⁾』(有斐閣、一九八九年)二七八頁以下、二九〇頁以下「明石三郎」。

(6) 例えば、長谷川貞之「信託関係と忠実義務―信託型契約の創設を構想する立場からの提言」円谷峻編著『社会の変容と民法典』(成文堂、二〇一〇年)三二〇頁以下。

(7) 一九世紀に編纂される民法典の多くは、委任者の任意解除権について規定し、それについて制限を設けないのが一般的であった(フランス民法二〇〇四条「一八〇四年」、オーストリア一般民法二〇二〇条「一八二一年」、イタリア旧民法一七五八条「一八六五年」など)。詳細は、大島俊之『《解除できない委任》とは、どういうものか』椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第五巻 (契約の一般的課題)』(日本評論社、一九九〇年)二五三頁以下。

(8) ギールケの説く継続的債務関係論の紹介として、石田文次郎「債権契約の二大型」(同『契約の基礎理論』(有斐閣、第四版・一九四二年)所収)九―一二頁、土屋真千枝「ドイツにおける継続的債務関係の理論―賃貸借の「解除」における信頼関係考察の前提として―」九大法学五号 (一九五九年) 六七頁以下、七八―八一頁、五十嵐清「継続的契約とその特色」判例時報編集部編『民法基本問題150講Ⅱ債権』(一粒社、一九六九年)二五九頁以下、飯島紀昭「継続的供給契約の『解除』の性質

—継続的債権関係との関係において—」東京都立大学法学会雑誌一五卷一号 (一九七四年) 一〇一頁以下、一〇四—一〇五頁、森孝三「一時的債権契約と継続的債権契約」〈松坂佐一ほか先生還暦記念〉『契約法大系Ⅰ (契約総論)』 (有斐閣、一九六二年) 八八頁以下など。

- (9) Gierke, a.a.O., S. 357 ff.
- (10) Gierke, a.a.O., S. 367 ff.
- (11) Gierke, a.a.O., S. 378 ff.
- (12) このほかにも、ギールケは、継続的債務関係に属すると思われるものとして、不法行為の領域では、殺害や身体の侵害に基づく被害者と加害者間の金銭定期金 (Geldrente)、家族法の領域では、婚姻や親族関係に基づいて生ずる扶養義務 (Unterhaltspflichten)、物権法の領域では、用益権者と所有権者間の法的債務関係 (Legalschuldverhältnis)、土地債務や不動産抵当などの担保占有から生じる物上債務関係 (dingliche Schuldverhältnis) を挙げている。Gierke, a.a.O., S. 404-405. 継続的債務関係において信賴関係が基礎となっていることは、当事者の人的信賴関係のみならず、それが担保の提供によって補強された形で存在することも意味するといえよう。

- (13) Gierke, a.a.O., S. 394-405.
- (14) Gierke, a.a.O., S. 394.
- (15) ギールケは、この後『Deutsches Privatrecht』の債務法の巻を一九一七年に完成させ、その理論を一層明確にすることに努めている。
- (16) Walter Immerwahr, Die Kündigung: historisch und sytematisch, 1989, S. 19-71.
- (17) Erich Molitor, Zur Entwicklung des Kündigungsrechts, in Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr.62: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. I, 1931, S. 349 ff, 355-364.
- (18) 解約告知制度の根源がゲルマン法の訴訟手続にあるかどうかは、争いのあるところであるが、ゲルマン法における解約告知制度の発展の足跡を辿るとき、この制度が消費貸借 (Darlehen) や担保的貸付行為 (Pfandleihegeschäft) において発達したこと

とは、モリターも認めるところである (Molitor, a.a.O., S. 357 ff.)。中世初期のドイツにおいては、賃貸借や雇用といった継続的契約において、一定の期間を定めずして継続的法律関係を取り結び、解約告知によってこれを消滅させるといったことは行われず、一定の期間を定めてのみ契約が締結された。これは、農耕地の賃貸借の場合、長期間不動的に土地を耕作する賃借人の需要に基づくものである。しかし、一三世紀頃になると、農耕地の賃貸借において、解約告知によることを認めつつ、一定の期間を定めずして締結された賃貸借の例が現われ、また、都市における住宅の賃貸借についても、期間を定めずして契約を締結し、解約告知によって当該契約を解消するに至った例が存在した。雇用契約についても、この頃、一定の期間を定めずに締結され、解約告知による契約解消の途が存在したという (Molitor, a.a.O., S. 360)。これに対し、中世のフランスでは、ドイツの場合と異なり、土地の賃貸借や雇用は一定の期間を定めてのみ行われ、この状態は一八世紀に至るまで継続し、ただ例外的に、異常な事情が従前の法律関係の満期前の解消を余儀なくした場合にのみ、解約告知が行われたにすぎないといわれている (Molitor, a.a.O., S. 358 ff.)。

(19) イムマーバルによれば、ローマ法では、解約告知制度の一般的発達はみられず、約婚 (sponsalia)、婚姻 (matrimonium)、委任 (Mandat)、および組合 (Societas) については、例外的に解約告知 (renuntiare) が認められていたにすぎない (Immerwahr, a.a.O., S. 7-16)。これ以外には、例えば、継続的契約の代表とされる賃約 (location-conduction) や消費貸借 (mutuum) などについては、法律関係の明瞭という目的のために一定の期間を限って締結されたことから、とくに解約告知の制度は発達をみなかったという (Immerwahr, a.a.O., S. 16 ff.)。これに対し、モリターは、約婚、婚姻、委任、組合以外の領域において絶対的に解約告知の制度が発達をみなかったというわけではなく、継続的契約の解消原因として表面に現われることがなかったにすぎないという。モリターによれば、ローマ法では、継続的契約関係の消滅原因 (解約告知) とその効果 (返還請求) が時を同じくして行われ、後者が前者を蔽って法制の表面にまで現われ出でることを妨げたにすぎないとの理解を示している (Molitor, a.a.O., S. 353 Anm. 14)。これらの点については、併せて、後藤清「解約告知制度の発展概観」内外研究五巻四号 (昭和七年) 六六七頁以下参照。

(20) Immerwahr, a.a.O., S. 34, 37 ff., Molitor, a.a.O., S. 353 ff.

- (21) 中田裕康『継続的売買の解消』(有斐閣、一九九四年) 一七三頁以下参照。
- (22) Alfred Schultze, Otto von Gierke als Dogmatiker des bürgerlichen Rechts, Jherings Jahrb. Bd. 73, 1923, S. XLI. 山田晟「ドイツの歴史法学」尾高朝雄ほか編『法哲学講座四巻』(有斐閣、一九五七年) 六八頁は、これを理論化としてのギールケの代表的論文と評価している。
- (23) 平野義太郎「継続的債務関と賃貸借及び雇用」同『民法に於けるゲルマン思想とローマ思想』(有斐閣、一九二四年) 三一一頁以下。
- (24) 戒能通孝『債権各論』(巖松堂書店、一九四六年) 三二三頁以下。戒能は、継続的債務関係を基礎づける継続的債権契約を、組合型の団体契約、委任型の純粋に相信関係に基づく契約、および、賃貸借・雇用型の物・賃料ないし労働力の保全関係に基づく契約の三種に分類し、それぞれについて解約原因を求めるべきであると説く(同書三三三頁以下)。
- (25) 石田文次郎「債権契約の二大类型」同『契約の基礎理論』(有斐閣、第四版・一九四二年) 一頁以下(初出: 一九三三年東北帝国大学法文学部一〇周年記念「法学論集」)。
- (26) 田中實「いわゆる継続的債権(契約) 関係の一考察——とくに解約の問題を中心として——」法学研究二六卷一二号(一九五三年) 一頁以下。
- (27) ギールケ以後の学説の展開につき、前掲注(1)および(8)で引用の各文献のほか、橋本恭宏『長期間契約の研究』(信山社、二〇〇〇年) 四頁以下、田中整爾「継続的法律関係とその特殊性」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第一巻現代契約の法理』(有斐閣、一九八三年) 一七六頁以下に詳しい。
- (28) 平野(義)・前掲注(23)三二二頁。
- (29) 戒能(通)・前掲注(24)三三二—三三三頁。
- (30) 戒能(通)・前掲注(24)三三三頁。
- (31) 戒能(通)・前掲注(24)三三三頁以下は、継続的債務関係を基礎づける継続的債権契約を、組合型の団体契約、委任型の純粋に相信関係に基づく契約、および、賃貸借・雇用型の物・賃料ないし労働力の保全関係に基づく契約の三種に分類し、それ

それぞれについて解約原因を求めるべきであるとする。

- (32) 石田(文)・前掲注(25)二二―一四頁。
- (33) 石田(文)・前掲注(25)一五頁。
- (34) 石田(文)・前掲注(25)一五―一七頁。
- (35) 石田(文)・前掲注(25)一七―一九頁。
- (36) 石田(文)・前掲注(25)四〇頁以下。
- (37) 田中(實)・前掲注(26)一八頁以下。
- (38) 前掲注(27)で引用の各文献、および、椿寿夫「取引法における二極分化的な思考と志向」法時六〇巻二号(一九八八年)二頁以下を参照。
- (39) 石坂音四郎「解約申入ノ性質」同『民法研究三卷』(有斐閣書房、一九一七年)三五〇頁以下。
- (40) 飯島・前掲注(8)一三一―一三三頁。もともと、飯島は、第二草案の段階でも解除と解約告知が明確に区別されていたかは問題であるとして、第二草案議事録(Protokolle)の中に「解除ないし解約告知の権利」(Recht zum Rücktritt bz. Zur Kündigung)というあいまいな表現が用いられていることを指摘する(同二八〇頁注(97))。
- (41) 起草者の梅謙次郎は、次のように述べている。「独逸民法第一読会草案ノ方ニハ明カニ将来ニ向テ解除ヲ為スト云フコトガアツテ即チ本案ト同意味デアツタノデスニ読会草案ニハ解約ト云フ文字ガ使フテアルけんりーぐんぐー、解約ト訳スルヨリ外ハナイ其解約ハ無論将来ニ向テノ解約デ解約申入ト云フトキハ何時モ其意味デアルト云フコトハ疑ヒハナイ独逸民法デハ全ク疑ヒヲ容レナイけんりーぐんぐート云フコトハ将来、之カラハ借りナイゾ、之カラハ貸サナイト云フコトヲ通知スルト云フ意味デアラウト思ヒマス然ウスルトニ読会モ一読会モ此点ハ意味ハ同ジデ詰リ将来ニ向テノミ解除スル斯ウ云フコトデアラウト思ヒマス」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書四』法典調査会民法議事速記録四)(商事法務研究会、一九八四年)四四四頁)。なお、この点につき、飯島・前掲注(8)一八〇頁注(97)参照。
- (42) 広中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣、一九八七年)五六二頁「六五〇条関係」。『このような立法の

委任における任意解除権の規範的性質(長谷川)

経緯からみると、民法六五一条の規定は、解約告知を意味する「解除」の語をドイツ民法第一草案よりも広く用いているといえよう。この点につき、森・前掲注(8)一〇一頁注(2)参照。

- (43) 山口幹雄「役務提供契約の法的規律に関する一考察」〈加賀山茂先生還暦記念〉『市民法の新たな挑戦』(信山社、二〇一三年)四六一頁、四六六頁以下。横断的考察といっても、それは夫々の役務提供契約の分析を前提としていえることである。この点の検討は他日を期すことにしたい。現行民法典の起草者は、労務の提供を内容とする契約について、ある基準によりいくつかの典型契約に大別するとの方針をとっているが、委任と雇用につき形式は個別の典型契約としての体裁を維持したものの、実質的考慮に促されてその相違が不分明となる条文の挿入を余儀なくされ、当初の方針を大幅に断念せざるをえなかった。この点につき、坂本武憲「役務提供契約」法時八一欸一〇号(二〇〇九年)六二頁以下を参照。

- (44) 柚木馨『債権各論』(青林書院、一九五六年)二八一頁。

- (45) 帝国議会に提出された『民法修正案理由書』では、民法六二六条が任意解除権を認めた理由を、「主トシテ社会経済上ノ必要ニ出ツルモノ」であり、「長期ノ雇用期間中ニハ労務ノ価値モ屢變動シ勞務者其者ノ状況モ始終變更スルニ拘ハラス一時ノ承諾ニ因リテ十数年間モ同一ノ雇用關係ニ拘束セラレサルヘカラサルトキハ労務ノ利用ヲ妨ケ一般經濟上少カラサル不利益ヲ生ス」という点に求めている。広中編著・前掲注(42)五九九―六〇〇頁。この点につき、併せて、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)四七三頁以下を参照。梅謙次郎は、その著書『民法要義卷之三債権編』(有斐閣、一九一二年版復刻／一九八四年)六九〇頁以下で、「雇用ハ通常契約ヲ以テ定メタル期間ノ満了ニ因リテ終了スヘキモノトス唯此期間力長キニ失スルトキハ当事者ノ自由ヲ拘束シ人ノ品位上及ヒ經濟上ノ理由ニ因リ公益ニ反スルモノト認メサルヲ得ス」、「此ノ如キ束縛ヲ受ケタル者ノ労務ハ其自由ナル場合ニ為シ得ル労務ヨリモ劣等ナルヘク又雇主ニ於テモ束縛ヲ受ケテ人ヲ使用スル場合ニ於テハ是ヲシテ充分ノ労務ヲ為サシムルコトヲ得ス」と述べ、公益の維持とともに経済的合理性が民法六二六条の根拠であることを説いている。近時の議論の状況については、土田道夫編『債権法改正と労働法』(商事法務、二〇一二年)六一頁以下「奥田香子・篠原信平」。

- (46) 梅・前掲注(45)六九六頁によれば、民法六二八条の「解除」(特別の解約告知)に関する規定は、「一方ニ於テハ勞務者ノ

自由ヲ重シ其品位ヲ保タシメ之ヲシテ經濟上最モ利益アル勞務ヲ為サシメンコトヲカメ他ノ一方ニ於テハ使用者ヲシテ尤モ有益ニ勞務者ノ勞務ヲ利用セシメンコトヲカメタ」ものである。なお、併せて、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(39)四七三頁以下、広中編著・前掲注(40)六〇三頁以下を参照。近時の議論の状況については、土田編・前掲注(45)九四頁以下「根本到・石田信平」に詳しい。

(47) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)四八四頁以下、梅・前掲注(45)六九六頁以下。

(48) 梅・前掲注(45)七二一―七二三頁は、本文で挙げた理由を、「請負ノ目的タル仕事ノ完成ハ専ラ注文者ノ利益ノ為メニ之ヲ為スヘキモノナルカ故ニ若シ注文者ニシテ之ヲ欲セサルトキハ請負人カ莫大ノ費用ト勞力トヲ加ヘテ之ヲ完成スルモ注文者ノ為ニハ何等ノ効用ヲ為ササルカ又ハ：注文者カ初ニ予期シタル目的ヲ達成スルコト能ハサルヘシ：此場合ニ於テ其仕事ヲ完成セシムルハ国家ノ經濟上頗ル不利益ナリ故ニ寧ロ其仕事ヲ中止シテ将来ニ於ケル費用ト勞力トヲ徒費セシメサルヲ可ナリ」と説いている。

(49) 津曲藏之丞「請負契約と解除」法学一八卷三号（一九五二年）二八四頁。

(50) 詳細は、平野裕之「請負契約における債務の一部履行と契約解除」慶應法学二五号（二〇一三年）一二二頁以下、一二八頁、幾代通Ⅱ広中俊雄編『新版註釈民法』(16)（有斐閣、一九八九年）一一五頁「打田峻一・生熊長幸」。

(51) もつとも、注文者が負担する損害賠償の額は、民法典には何らの基準も示されておらず、解釈に委ねられている。この点、民法の起草者は、「請負人ハ損害ノ賠償ヲ得レハ敢テ損失ヲ被ムルコトアラサルヘキヲ以テ本条ノ規定ハ必スシモ注文者ヲ偏愛スルモノト為スヘカラス」と述べている（梅・前掲注(45)七二三頁）。これによれば、請負人が請求可能な損害の賠償額は、契約が完全に履行された場合に請負人が得るはずであつた利益に相当する額、または、請負人がそれまでに支出した費用に相当する額のうち、いずれか高い方を認めることが合理的と考えられる。

(52) こうした取扱いは、消費貸借の解約告知に関する民法五九一条および使用貸借の解約告知に関する五九七条二項・三項と同様である。

(53) 我妻栄『債権各論（民法講義）中巻Ⅱ』（岩波書店、一九六二年）七二四頁、末川博『債権各論第二部』（岩波書店、

委任における任意解除権の規範的性質（長谷川）

一九四一年）三四六頁など。詳細は、内田Ⅱ中馬・前掲注(50)三四三―三四四頁、三四八頁。

(54) 内田Ⅱ中馬・前掲注(50)三四九頁。

(55) 明石・前掲注(5)二一八―二一八頁。

(56) 民法第一議案第六五八条「委任ハ各当事者ニ於テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得」(第一項)、「当事者ノ一方カ相手方ノ為メニ不利ナル時期ニ於テ委任ヲ解除シタルトキハ其損害ヲ賠償スルコトヲ要ス但己ムコトヲ得サル事由アリタルトキハ此限ニ在ラス」(第二項)。法務大臣官房司法法制調査部監修・『日本近代立法資料叢書一三』民法第一議案』(商事法務研究会、一九八八年)二五四頁。

(57) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六二頁以下、六六五―六六六頁。

(58) 大島・前掲注(7)二六三頁以下の「外国法の状況」参照。

(59) 現行民法六五一条の起草にあたり参照された外国の法制については、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六二頁。岡松参太郎『註釈民法理由書下巻』(有斐閣書房、第九版・一八九九年)二九三頁には、参照した外国の法制を挙げるとともに、簡単な説明がある。なお、ドイツ民法については、神戸大学外国法研究会編・柚木馨『独逸民法「Ⅱ」債務法』(有斐閣、復刻版・一九五五年)六一八―六二〇頁、フランス民法については、同編・川上太郎ほか『仏蘭西民法「Ⅴ」財産取得法(4)』(有斐閣、復刻版・一九五六年)一〇四―一二二頁を参照。最近の動向は、鳥谷部茂「ドイツにおける撤回できない代理―権利担保論の一環として」筑波四号(二九八一年)七五頁以下、力丸祥子「フランスにおける『共同の利益を有する委任契約の理論』とその展開(二)(二・完)」法学新報一〇一卷七号八七頁以下、八号一〇七頁以下(一九九五年)などを参照されたい。

(60) 仁井田益太郎編著『舊民法』(日本評論社、一九四三年)一四八―一四九頁。

(61) 下記の注で引用する文献のほか、石井良助『民法典の編纂』(創文社、一九七九年)三頁以下、一七七頁以下、有地享「旧民法の編纂過程にあらわれた諸草案―旧民法とフランス民法との比較検討の準備作業として―」法制研究三九卷二―四号(一九七三年)一二七頁以下、川島武便Ⅱ利谷信義「民法(上)〈法体制準備期〉」鵜飼信成ほか編『日本近代法発達史五』(勁

草書房、一九五八年）一頁以下、小早川欣吾『続明治法制叢考』（山口書店、一九四二年）二〇八頁などを参照。

(62) 長尾治助『表見代理論序説』（成文堂、一九七一年）一五七頁以下、平山也寸志「任意代理権発生原因論の民法学史的検討序説―ボアソナード来朝前までを中心に―」下関市立大学論集五二巻一―二合併号（二〇〇八年）一頁以下。民事においては、代理は「名代」と呼ばれるのが慣習であったが、頻繁には行われず、代理の効力が生ずるためには、代理をする者とされる者との「口約」（意思的要素）などが必要とされたほか、一般に委任状の手続が要求され、とくに重要な名代は契約証書を作成し、名主の許への届出を必要とした。手代番頭頭、支配人などによる商事代理の場合には、口約などのほかに、とくに委任状の手続をとる必要はなかったが、相手方との関係で、委任状を代理人に渡す慣習があった。

(63) フランス民法一九八四条は、「委任又ハ委任状トハ人ガ他人ニ対シ委任者ノ為ニ且委任者ノ名ニ於テ或事ヲ為スノ権原ヲ付与スル行為ヲ謂フ。」（一項）、「委任契約ハ委任者ノ承諾ニ因リテ成立ス」（二項）と規定する。条文の翻訳については、神戸大学外国法研究会編『佛蘭西民法「V」財産取得法（4）『覆刻版』（有斐閣、一九五六年）七四頁に依拠した。なお、併せて北村一郎編『フランス民法の二〇〇年』（有斐閣、二〇〇六年）五一九頁以下の「フランス民法改正年表」を参照。

(64) 法典編纂の背景と動機については、石井・前掲注(61)三頁以下のほか、星野通『明治民法編纂史研究』（ダイヤモンド社、一九四三年）五頁以下、中村菊男『新版近代日本の法的形成―条約改正と法典編纂―』（有信堂、一九六三年）一一頁以下、川島Ⅱ利谷・前掲注(61)四頁以下などを参照。

(65) 小早川・前掲注(61)二四八頁以下、二五〇頁、三〇二―三〇三頁、川島Ⅱ利谷・前掲注(61)四―五頁、野田良之「明治初年におけるフランス法の研究」日仏法学一号（一九六一年）三頁以下、同「フランス法」伊藤正己編『岩波講座・現代法14』外国法と日本法』（岩波書店、一九六六年）一八四頁以下など。なお、坂本慶一『民法編纂と明治維新』（悠々社、二〇〇四年）七六頁以下は、フランス民法が天保時代の日本に知られていた事実として、時の老中水野越前からオランダの政治法律関係の本の翻訳を命じられた蘭学の翻訳方である杉田立卿がその息子杉田成卿に命じて、天保一四年（一八四三年）、フランス民法の一部を翻訳させたことがあると記している。坂本慶一によれば、「成卿のこの翻訳の現物は残されていないが、このエピソードは、日本民法編纂史の前々史ともいえるべきものである」（同書七七頁）が、この点は、その真偽を含めて、今後の研

究を待たなければならない。

(66) 前田達明編『史料民法典』(成文堂、二〇〇四年) 四頁以下、一八八—一八九頁。箕作隣祥と民法典編纂の関わりにつき、石井・前掲注(61)八頁以下、小早川・前掲注(61)二二〇頁以下。箕作隣祥の経歴・人間像については、七戸克彦「箕作隣祥」法セミ六七号(二〇〇九年) 七二頁およびそこで引用の文献を参照。

(67) 『皇国民法仮規則』の編纂については、利谷信義編『日本近代法史研究資料集第一巻 皇国民法仮規則』(東京大学社会学研究所、一九七〇年) 二頁以下のほか、前田(達) 編・前掲注(66)三六二—三六三頁、石井・前掲注(61)二六頁、一八八頁以下。利谷信義によれば、この仮規則の内容は、ほぼ後の左院の民法草案に引き継がれ、更に、旧民法および現行民法という形で発展して行く民法典の骨格を示しているという。

(68) 『皇国民法仮規則』の内容は、第一巻人事篇(第一―第一四〇条)、第二巻・第三巻財産編(第一四一条―第三八六条)、第四巻―第九巻契約篇(第三八七条―二〇八五条) となっているが、条文の数字は第九三二条より第九三四条へ、また、第一〇九九条より第二〇〇〇条へ飛んでいるから、実際の条数は一〇八四か条である。前田(達)・前掲注(66)三六三頁。同仮規則に至るまでのより詳細な解説は、東京大学社会科学研究所『皇国民法仮規則―附、解題・明治民法編纂史関係主要文献目録―』(日本近代法史研究史料集第二)(一九七〇年) 一一―一一頁。

(69) 前田(達) 編・前掲注(64)四三四頁。

(70) 『明治一二年民法草案』の編纂につき、星野(通)・前掲注(64)二六頁以下、前田(達) 編・前掲注(66)四八一頁、石井・前掲注(61)二〇二頁以下。同草案の起草過程を組織的な側面から検討するものとして、岩村等「明治一二年民法草案の歴史的背景と起草組織について」創立二〇周年記念論文集発刊部会編『法学の諸問題』(大阪経済法科大学出版部、一九九二年) 二〇三頁以下がある。同草案の規定の内容は、一字一句同じではないが、フランス民法と大きく異なるものではない。同草案の考証検討を行った星野(通)・前掲注(64)二八頁以下は、「全編をあげてフランス民法の翻訳法典、しかも一三年翻訳局訳述印書局印行の仏蘭西法律書の訳文に比してさへ一段と劣る稚拙な(語訳とさへ含むと思われる)翻訳法典であつて、…これまたまさしく大木の志図を裏切った実施など思いもよらない恐るべき不完全翻訳法典だったのである。勿論日本色などどこにも

発見できなかった」と述べている。

(71) 前田(達) 編・前掲注(66)五八六―五八七頁。

(72) 石井・前掲注(61)二二二頁以下、小早川・前掲注(61)二二八頁以下、二五三頁以下。ボワソナードの人物像と民法典編纂については、大久保泰甫『ボワソナード…日本近代法の父』(岩波新書)(岩波書店、一九七七年)一頁以下、同「ボワソナード」潮見俊隆Ⅱ利谷信義編著『日本の法学者』(日本評論社、一九七四年)三六頁以下、クリストフ・ジャマン、訳・大久保泰甫「ボワソナードとその時代」西村重雄Ⅱ児玉寛編『日本民法典と西欧倣伝統―日本民法典百年記念国際シンポジウム―』(九州大学出版会、二〇〇〇年)三頁以下、〈特集〉「ボワソナード民法典とは何か」法時七〇巻九号(一九九八年)六頁以下などに詳しい。ボワソナードがわが国に根付かせようとした法思想については、星野英一「日本民法典及び日本民法学説におけるG. ボアソナードの遺産」(加藤一郎先生古稀記念)『現代社会と民法額の動向』(有斐閣、一九九二年)五七頁以下の研究がある。

(73) M. Gve Boissonade, *Projet de Code Civil Pour l'Empire du Japon*, 1889, pp. 368 et seq. 『ボワソナード氏起稿 民法草案 註釈 財産取得編』(ボワソナード民法典資料集成 前期Ⅰ)(雄松堂出版、二〇〇〇年)一三六頁以下。周知のように、ボアソナード民法草案には、それが完成するに至るまでの間に、様々な草案や註釈書が刊行されている。ボアソナード起草の仏文案案 (*Projet de Code Civil: Pour l'Empire du Japon par G. Boissonade*) のうち、註釈が付され、かつ、活版で印刷されたものには、①一八八〇年―一八八二年刊行の三冊本(『プロジェ初版』)、②一八八二年―一八八九年刊行の五冊本(『プロジェ第二版』。ただし、①の第二版に当たるのは、その第一巻・第二巻のみ)、および、③一八九〇年―一八九一年刊行の四冊本(『プロジェ新版』)の三種が知られている。そして、これに対応する形で、仏文案案の翻訳(邦文案案)が刊行されている(『ボワソナード氏起稿 註釈民法草案』、『ボワソナード氏起稿 再閲民法草案』とこれに続く『ボワソナード氏起稿 民法草案 財産取得編』、および、『ボワソナード氏起稿 再閲修正民法草案註釈』。財産取得編部分は初版であるため、表題は『民法草案註釈』)。なお、右の『再閲修正民法草案註釈』では、条数が五〇〇条ずれて、一四四七条以下に規定されている(『ボワソナード氏起稿 財産取得編再閲修正民法草案註釈』(ボワソナード民法典資料集成 後期Ⅰ―Ⅱ)(雄松堂出版、二〇〇〇年)三四二頁以下)。

委任における任意解除権の規範的性質(長谷川)

下)、『民法草案 財産取得編』と『再閣修正民法草案註釈』で条数が異なるのは、第二編「財産」の前に、第一編として本邦人の起草による「人事」編を置き、これに第一条から第五〇〇条までを当てる予定であったことから、第二編が五〇一条から始まり、第二編財産第一部物権(第五〇一条〜第八二三条)となり、以下、第二部人権(第八二四条〜第一一〇〇条)、第三編財産獲得方法第一部特定名義ノ獲得法(第一一〇一条〜第一五〇二条)との配列によるものと思われる。ただ、『再閣修正民法草案註釈』については、刊行年と底本も含めて、不透明な点が多く、ここでは『民法草案 財産取得編』を典拠として用いる。以上の点につき、池田真朗・七戸克彦『再閣修正民法草案註釈』について(『ボワソナード民法典資料集成 後期Ⅰ—Ⅱ』(雄松堂出版、二〇〇〇年) vii項以下を参照されたい。

(74) Boissonade, op. cit., pp.368-369. のほか、『民法草案 財産取得編』九四七条は、三号で「委任者又ハ代理人ノ死去、商事破産、身代限若クハ禁治産」、四号で「委任者若クハ代理人ノ身ニ於ケル委任シ又ハ受任シタル資格ノ止息」を挙げている。

(75) 『ボワソナード氏起稿 民法草案註釈 財産取得編』(『ボワソナード民法典資料集成 前期Ⅰ』(雄松堂出版、二〇〇〇年) 一四六—一四八頁。

(76) 前掲注(73)『民法草案註釈 財産取得編』一五七—一五八頁。

(77) 前掲注(73)『民法草案註釈 財産取得編』一四九—一五〇頁。

(78) 前掲注(73)『民法草案註釈 財産取得編』一五〇頁、一六四—一六六頁。

(79) 大久保泰保「序文」ボワソナード民法典研究會編『ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 前期Ⅰ—Ⅱ』(雄松堂書店、二〇〇一年) 一頁以下の「復刻資料の内訳」参照。

(80) 『公文類聚第十四編(明治二十三年) 卷之八十一』(『ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 前期Ⅰ—Ⅱ』(雄松堂出版、二〇〇一年) 七五七—七六一頁。この「民法草案」に若干の字句修正、誤植補正を施したのが、『ボアソナード氏起稿 民法草案修正文(自第五百一條至千五百二條)』、および、その改訂版である『ボアソナード氏起稿 民法草案修正文(自第五百一條至千五百二條)』である。前者は、別途、司法省が執務資料として各地の裁判所に配布している。後者には、右の「民法草案」財産取得編一四四九条とほぼ同趣旨の規定が一四四七条以下に置かれている。若干の字句の整理などが施されているものの、内容に実

質的な変更はない。『ボワソナード氏起稿 民法草案修正文 自第五百一條至第千五百條』（ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 前期Ⅰ―Ⅱ）（雄松堂出版、二〇〇一年）七五八頁以下。

(81) 司法省法律取調委員会は、明治二〇年二月より草案審議を開始し、翌明治二一年二月二八日、議了した草案を内閣に提出し、内閣は翌明治二二年一月二四日、これを元老院に下付した。元老院は、同年三月二七日に審査委員を選出し、この審査員会から提出された意見に基づき、法律取調委員会がさらに議案を修正し、この修正案が同年七月二四日に元老院に再下付されている。

(82) 『公文類聚第十四編（明治二十三年）卷之八十二』（ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 後期Ⅰ―Ⅱ）（雄松堂出版、二〇〇二年）七五七頁以下。

(83) 『会議部議案下付・返上（明治二十二年）民法草案財産取得編』（ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 後期Ⅰ―Ⅱ）（雄松堂出版、二〇〇二年）四四〇頁以下。

(84) 『公文類聚第十四編（明治二十三年）卷之八十四』（民法草案財産取得編）（ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 前期Ⅰ―Ⅱ）（雄松堂出版、二〇〇一年）四二四頁以下。

(85) 『御名名原本』『民法財産取得編』（ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 後期Ⅲ―Ⅳ）（雄松堂出版、二〇〇三年）七八六頁以下。

(86) 『公文類聚第十四編（明治二十三年）卷之八十五』（民法財産取得編）（ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 後期Ⅲ―Ⅳ）（雄松堂出版、二〇〇三年）四一五頁以下。なお、併せて、『解題／参考資料』『枢密院決議案・枢密院内閣提出案（最後修正本）・箕作文庫五四四における文字訂正の貼込箇所一覽』『枢密院決議案・枢密院内閣提出案（最後修正本）・箕作文庫五四四・御署名原本の書込相違箇所比較表』（ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 前期Ⅲ―Ⅳ）（雄松堂出版、二〇〇一年）二三一―二三五頁参照。

(87) 『解題／参考資料』（ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 前期Ⅰ―Ⅱ）（雄松堂出版、二〇〇一年）二七一頁以下、二三九頁「二五一条―二五九条」には、官報二三〇九号の写しが掲載されている。

(88) 正誤表につき、前掲注(87)『解題／参考資料』二三六―二四二頁、三五六―三五九頁。

- (89) 仁井田・前掲注(60)一四八頁。
- (90) 岡孝「民法六五一条(委任の解除)」広中俊雄Ⅱ星野英一編『民法典の百年Ⅲ 個別的觀察(2)債権編』(有斐閣、一九九八年)四四〇―四四二頁、四三九頁以下。
- (91) 多数の文献があるが、差し当たり、星野(通)・前掲注(64)一一七頁以下、三四四頁以下、中村・前掲注(64)一二五頁以下、および、これらが引用する参考文献などを参照。
- (92) 前田(達)編・前掲注(66)九四三―九四四頁、星野(通)・前掲注(64)一〇八頁以下。
- (93) 城数馬ほか「民法理由書(第三卷財産取得編)」ボワソナード民法研究会編『ボワソナード民法典資料集成第Ⅱ期』(雄松堂、二〇〇一年)八八二頁以下、八八七―八八八頁。
- (94) 城ほか・前掲注(93)八八八―八八九頁。
- (95) 「正当の理由」または「やむを得ない事由」(財産取得編二五五条ただし書)とは、『民法理由書』によれば、管理すべき財産・利益が代理人の住所地と非常な遠隔地にあること、代理人の重病、委任者との絶交などである。城ほか・前掲注(93)八九七頁。
- (96) 磯部四郎『大日本新典民法釈義・財産取得編(中)』(長島書房、一八九一年/復刻版・信山社、平成九年)八一―八一九頁。磯部四郎については、近時、その経歴や人間像、思想などが明らかにされつつある。詳細は、谷口貴都「磯部四郎とその法律学(一)」「(四・未完)」高岡法科大学紀要一四号(二〇〇三年)九三頁、一五号(二〇〇四年)四九頁、一六号(二〇〇五年)六三頁、一九号(二〇〇八年)一四五頁、高岡法科大学シンポジウム「富山が生んだ法曹界の巨人 磯部四郎」高岡法学一七卷一―二合併号(二〇〇六年)一一四頁以下、村上一博編『日本近代法学の巨擘・磯部四郎論文選集』(信山社、二〇〇五年)、平井一雄・村上一博編『磯部四郎研究 日本近代法学の巨擘』(信山社、二〇〇七年)など。なお、簡単な磯部の紹介記事として、七戸克彦「磯部四郎」法学セミナー六七三号(二〇一一年)五五頁。
- (97) 岸本辰雄『民法正義財産取得編卷之貳』(新法註釈会出版、一八九〇年/復刻版・信山社、平成七年)二九〇―二九一頁。岸本辰雄の経歴・人間像につき、七戸克彦「岸本辰雄」法セミナー六六五号(二〇一〇年)五六頁およびそこで引用の文献参照。

(98) 井上操『民法詳解』（実文館、一八九〇年／復刻版・信山社、二〇〇二年）七八〇―七八二頁。

(99) 堀三友ほか（共同著述）『民法疏義取得編』（出版社不明、一八九一年／復刻版・信山社）七五四―七五七頁。

(100) なお、城数馬Ⅱ森順正Ⅱ寺尾学『日本民法議解』（金蘭社、一八九〇年）については、該当部分が未完成で、参照できなかった。

(101) 堀ほか・前掲注(99)七四六頁。

(102) 法典調査会の設置と起草方針などにつき、星野（通）・前掲注(64)一五二頁以下。

(103) 民法起草者三人の思想・法律観は、必ずしも一致しているわけではない。詳細は、星野英一「日本民法学の出発点―民法の起草者たち―」（東京大学公開講座二六）『明治・大正の学者たち』（東京大学出版会、一九七八年）一八一頁以下、瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北傲四一卷五・六合併号（一九九一年）三九三頁以下、〈特集〉「民法一〇〇年と梅謙次郎」法時七〇巻七号（一九九八年）六頁以下、岡孝Ⅱ田村耀郎Ⅱ野島幹郎「いま、なぜ梅謙次郎か」法セミ四三五号（一九九一年）七四頁以下。起草者三人の人間像については、七戸克彦「起草委員―穂積陳重・富井政章・梅謙次郎」法セミ六五五号（二〇〇九年）六四頁以下およびそこで引用の文献を参照。

(104) 起草の分担と分担方法については、福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』（信山社、一九八九年）所収の民法成立過程研究会「明治民法の制定と穂積文書―「法典調査会 穂積陳重博士関係文書」の開設・目録および資料―」一頁以下、二二頁、二三頁、五二―五七頁、および、星野（通）・前掲注(64)一七七頁以下。

(105) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(56)二五四頁。甲號議案の意義につき、民法成立過程研究会・前掲注(104)二二頁以下参照。

(106) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書一 法典調査会民法議事速記録二』（商事法務研究会、一九八三年）一一六頁、広中編著・前掲注(42)一六二頁以下。補助委員であった仁井田益太郎は、当時を述懐して、「如何に単独行為で代理権を授与したところで、本人が代理権を行使しなければなんにもならない。だから代理行為を為すことを承諾する委任契約が成立して居らなければなんにもならない。つまり実際問題としては、委任に依って代理権を与えるのだと言った方が勝

ちを占めて居るのではないかと思いますけれども…」と述べている。「仁井田博士に民法編纂事情を聞く座談会」法時一〇巻七号（一九三八年）六五四頁。

(107) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六二頁。

(108) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六二頁以下。

(109) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六二―六六三頁。

(110) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六三頁。富井政章が原案六五八条の趣旨説明で引用していた獨逸民法第一草案（五九七条二項）については、司法省『獨逸民法草案第二編理由書』（明治三十二年二月刊）四三〇頁以下を参照。岡孝によれば、獨逸民法第一草案（五九七条二項）は、原案六五八条の起草段階では、同（暫定）第二草案によりすでに削除されており、そのことを当時の文献で知り得た富井政章などの起草委員が、受任者の利益をも目的とした委任の場合には、解除権放棄特約により受任者を保護することができると考えていた節がある。岡・前掲注(90)四四二―四四三頁、および、四四五頁注(7)、四四六頁注(8)。

(111) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六四頁。

(112) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六四頁以下。

(113) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六五頁、六六八頁。

(114) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六四―六六五頁、六六六―六六八頁。

(115) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六六頁。

(116) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六八頁。

(117) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(41)六六五―六六六頁。

(118) 星野（通）・前掲注(64)一九一頁以下、広中俊雄編著『第九回帝国儀蟹の民法審議』（有斐閣、一九八六年）四六頁以下、広中編著・前掲注(42)三頁以下、六二二―六二三頁。

(119) 詳細は、星野（通）・前掲注(64)一九一―一九三頁、広中編著・前掲注(118)五四頁以下、八七頁以下。

(120) 具体的な加除・追加挿入の箇所については、星野(通)・前掲注(64)一九一—一九二頁。

(121) 広中編著・前掲注(118)二三八—二四〇頁。若干の質問が出されたが、原案のまま可決された。

(122) 広中編著・前掲注(118)七四頁以下。

(123) 民法修正案(前三編)は明治二九年四月二七日法律第八九号として公布された。提出から公布に至るまでの経緯については、星野(通)・前掲注(64)一九三—一九四頁に詳しい。同時期に法典調査会が起草した諸法典とその起草委員ならびに起草委員補助については、七戸克彦「現行民法典を創った人びと」[30・完]法セミ六八二号(二〇一一年)五〇頁を参照。

(124) 広中編著・前掲注(118)三五七頁以下「対照表」、三六九頁「民法六五一条関係」。

(125) 星野(通)・前掲注(64)二九七頁。

(126) 広中編著・前掲注(42)六二二—六二四頁。

(127) 相手方の不利な時期による解除については、異なる二つの立場が考えられる。一つは、相手方が委任事務を処理することができる状態に至るまでは解除を認めないとする立場であり、もう一つは、解除を認めるものの、相手方に生じた損害の賠償を要するという立場である。諸外国の法制の多くは、後者の立場を採っている。前者では、委任者が相当な時期に行った解除であっても、受任者がこれを不相当な時期に行ったものと誤認することにより、別段の手当てをすることもなく損害を受けるような事態が懸念され、實際上不都合な結果を招来するおそれがあることから、後者が採用されたと考えられている。吾孫子勝『委任契約論』(巖松堂、大正六年)九九頁。

(128) 現在の民法学説の多くは、代理権は委任からのみ生ずるものではないと考える点では一致するが、それをどのように説明するかにより、融合契約説(森島昭夫)、無名契約説(我妻栄など)、単独行為説(高橋三知雄)などに分かれる。一方、民法学説には、少数説であるが、独立した代理権授与行為を否定し、委任を代理権授与行為とみる見解(三宅正男など)も有力である。これまでの議論と学説の変遷については、柳勝司『委任による代理』(成文堂、二〇一二年)一一七頁、六五—九四頁、九五—一一七頁に詳しい。併せて、平山・前掲注(62)一頁以下参照。

(129) 岡・前掲注(90)四三九頁以下参照。

(130) 例えば、松波仁一郎『仁保亀松』仁井田益太郎『帝国民法正解 第六卷債権』（日本法律学校、一八九七年／復刻版・一九九七年、信山社）一二六二頁、梅・前掲注(45)七五一頁は、民法六五一条を解説するにあたり、委任契約においては委任者の受任者に対する信用が基礎となっていることを強調する。これに対し、岡松参太郎『註釈民法理由下巻』（有斐閣書房、第九版・一八九九年）二九三―二九四頁は、当事者間の信賴に何ら言及するところはなく、民法六五一条の規定は諸外国の法制に倣ったものであること、受任者の解除権は実際上の弊害を除去するために認められたもので、委任の本質と直接に係るものではないことを説いている。松波・仁保・仁井田の三名は起草委員補助として、起草委員に材料を提供するとか、起草委員らの意見を聴いて理由書を作成するなどの仕事に従事していた者である。彼らの経歴・人間像については、七戸・前掲注(123)五〇頁以下およびそこで引用の文献を参照。

(131) 明石三郎・前掲注(5)二七八―二七九頁。

(132) 前掲注(73)『民法草案註釈 財産取得編』一五七―一五八頁。

(133) なお、岡・前掲注(90)四四五頁参照。

(134) 詳細は、一木孝之「委任の無償性―その史的系譜（二）（四・完）―」早稲田大学大学院法研論集八九号二九頁以下、九〇号五一頁以下、九一号二九頁以下、九二号三二頁以下（一九九九年）。

(135) 村上恭一「委任に関する諸問題」法学新報五九卷六号（一九五二年）一頁以下、二六―二七頁、中村萬吉「委任撤回の可否(1)」法学志林二二卷五号（一九三四年）四〇頁以下、鳥谷部・前掲注(59)五五頁以下、大島・前掲注(7)二五三頁以下など。

(136) 判例の整理につき、中田裕康「民法六五一条による委任の解除」法教一二九号（一九九一年）三七頁以下、大島俊之「性質上解約できない委任契約―判例による民法六五一条一項の制限」大阪府立大学経済研究二七卷一号（一九八一年）六九頁以下、柳・前掲注(128)二三〇頁以下など。フランス民法における最近の議論については、柳・前掲注(128)一二頁以下、力丸・前掲注(59)(1)八七頁以下、同(2)一〇七頁以下に詳しい。

(137) 大判大正四年五月一二日民録二二輯六八七頁。

(138) 大判昭和七年三月二五日民集一一卷四六四頁。同旨、大判明治三六年一月二三日民録九輯五三頁。

(139) 大判大正九年四月二四日民録二六輯五六二頁。

(140) 例えば、下級審裁判例であるが、東京地判昭和三〇年八月二五日ジュリ九六号六一頁「登記義務履行のための委任」、東京高判昭和三二年九月一二日東高民七卷九号一九四頁「債務弁済手段としての不動産売却の委任」など。

(141) 最判昭和四三年九月三日集民九二号一六九頁。なお、最判昭和五八年九月二〇日判時一一〇〇号五五頁は、税理士顧問契約において報酬支払につき特有の事情があつても、かかる契約は受任者の利益をも目的とする委任には該当しないと、委任者は解除にあたつて受任者にその理由を告知することを要しないとしている。

(142) 最判昭和四〇年一月一七日集民八一号五六一頁。同旨、最判昭和四三年九月二〇日判時五三六号五一頁。下級審裁判例として、大阪地判昭和三六年一月三〇日判時三〇六号一二頁（妾に建物を使用させて旅館業を営ませる契約―「不信行為によつて信頼関係が裏切られた」）、東京地判例昭和三九年三月三〇日下民集一五卷三三六号八四頁（代理受領―「正当な事由」）、東京地判昭和四一年一月二一日判時四七〇号二二頁（日本棋院と所属棋士との契約―「契約の存続を期し難いほどの背信行為」）など。

(143) 最判昭和五六年一月一九日民集三五卷一号一頁。

(144) 最判昭和五三年七月一〇日民集三二卷五号八六八頁。同旨の下級審裁判例に、浦和地判昭和四三年五月九日判時五五四号五九頁、名古屋地判昭和五七年二月一〇日金商六四三三号四二頁、大阪地堺支部判昭和六三年三月七日判時一一六六号一二三頁がある。併せて、鈴木重信「登記手続と司法書士の損害賠償責任（続）」登記研究三三四号（一九七四年）二頁以下参照。

(145) 大判大正六年一月二〇日民録二三輯六八頁。

(146) 来栖三郎『契約法』（有斐閣、一九七四年）五四八頁。

(147) 来栖・前掲注(146)五五四頁によれば、明示の解除権放棄特約がなくても、委任者のためのみならず、受任者の利益をも目的とし、委任者において解除することができない委任とは、委任者に委任事務処理の費用を償還する義務がなく、その報酬が成功報酬の形をとっているような委任、あるいは、任期の定めのある委任である。

(148) ドイツ民法第一草案五九七条二項。Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche

Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung. Im Austrage des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins dargestellt und aus den Protokollen der zweiten Lesung erläutert von Dr. Reatz; Bd. 1, 1894. S. 309. 立法の経緯に「き」 Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin; Leipzig: J. Guttentag, 1888, S. 545; Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben und bearbeitet/ Benno Mugdan, Bd. 2, Aalen: Scientia, 1979, S.304 f.; Horst Heinrich Jakobs/ Werner Schubert (HRS), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 652-853, 1983, 79-84. HKK/ Siebert Lammel, §§ 662-675b Rn. 42-45. なお「ドイツ民法典編纂に関する資料の概要につき」児玉寛「大中有信」『ドイツ民法典編纂資料一覧』石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、一九九九年)(V)頁以下参照。

(149) 出典の引用はないが、学説の整理につき、吾孫子・前掲注(127)一〇三頁。

(150) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 4, 6. Auflage, 2012, §§ 611-704, S. 2407 [Dr.Hans Hermann Seiler], Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, 2013, § 671 Rn 2.

(151) 受任者に対して報酬を支払う旨の特約があるだけでは、受任者の利益をも目的とする委任とはいえない。これは、今日の判例理論であるとともに、旧民法典財産取得編二五二条でも明記されていたところである。今日の判例も、このような考え方を認めている。前掲最判昭和五八年九月二〇日。

(152) 明石・前掲注(5)二八七頁。

(153) 東京地判昭和三〇年五月一七日下午民集六卷五号九八四頁。

(154) 東京地判昭和五一年一月一九日判時一〇七五号一三二頁。

(155) 古くから議論されている問題である。岩田新「委任及ヒ順委任ノ觀念を論ス」法協三五卷五号(一九一七年)一五二頁。学説の整理として、柳・前掲注(128)六五頁以下、九五頁以下。

(156) 広中俊雄「委任契約の『解除』」同『契約法の研究』(有斐閣、一九五八年)二二八頁以下、同「委任契約の『解除』」(広中俊雄著作集二)『契約法の理論と解釈』(創文社、一九九二年)二四〇頁以下、同『債権各論講義「第五版」』(有斐閣、

一九七九年）二六三頁。広中俊雄の構想は、委任の解除（民法六五一条）に関する判例の分析に基づき、委任には民法六五一条の適用されない類型のものとあるとの立場から、委任における解除の類型的処理を導くものである。

(157) 広中俊雄「貸借における『信賴關係』の破壊と『解除』」同『契約法の研究』（有斐閣、一九五八年）一二三頁以下。

(158) 戒能（通）・前掲注（24）二三頁以下。

(159) 谷口知平編『註釈民法（13）』（有斐閣、一九六六年）三六九頁「遠田新一」。

(160) Gierke, a.a.O., S. 387-389. は、個別具体的な検討を必要とするとしても、例外的に解除権一般の規定が適用される余地があることを説いている。

(161) Gierke, a.a.O., S. 380 ff.

(162) 敷衍していえば、特別の解約告知を行うべき場合であっても、告知権者が寛容なる態度に出て、告知期間を付してこれをなすことも妨げない。また、特別の解約告知が認められるからといって、通常の解約告知が否定される理由にはならない。

(163) 鳩山・前掲注（4）二〇四頁以下、我妻・前掲注（4）四五一頁、末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、第五版・大正九年）二七三頁以下（改説前）末川博『契約法上（総論）』（岩波書店、一九五八年）一三八頁、山中康雄「解除の効果」総合判例研究叢書民法（10）（一粒社、一九八四年）四頁以下など。

(164) 石坂・前掲注（39）三三八頁以下、三五二―三五五頁など。

(165) 委任の本質が何であるかの本格的な議論は、残念ながら、法典調査会における起草段階ではなされていない。なお、最近の議論として、石川裕康「『契約の趣旨』と『本旨』」法時八六卷一号（二〇一四年）一二二頁以下、とくに二五―二八頁参照。

(166) 例えば、松本恒雄「継続的契約の維持と解消」池田真朗ほか『マルチテラル民法』（有斐閣、二〇〇二年）三二三頁以下、後藤（徳）・前掲注（4）三六頁以下など。併せて、中田裕康ほか〈座談会〉「継続的契約とその解消」判タ一〇五八号（二〇〇一年）四頁以下参照。

(167) 来栖・前掲注（146）四八三―四八四頁。

(168) 平成二六年八月二六日法制審議会民法（債権関係）部会決定、同年九月八日公表（法務省HP参照）。

委任における任意解除権の規範的性質（長谷川）

(169) 『中間試案』第四一委任／五 委任の終了に関する規定／(1) 委任契約の任意解除権（民法第六五一条関係）…民法第六五一条の規律を維持した上で、次のように付け加えるものとする。「委任が受任者の利益をも目的とするものである場合（その利益が専ら報酬を得ることによるものである場合を除く。）において、委任者が同条第一項による委任の解除をしたときは、委任者は、受任者の損害を賠償しなければならないものとする。ただし、やむを得ない事由があったときはこの限りでないものとする。」。商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、二〇一三年）四九六頁。『中間試案』に至るまでの議論の流れについては、長谷川貞之「役務提供契約―請負・委任を中心に」二〇一三年度明治大学法科大学院寄付講座『民法（債権法）改正の動向』（明治大学法科大学院、二〇一四年）三七二頁以下、三九五―三九七頁を参照。

(170) 『要綱仮案』第三六の三（法務省HP参照）。『要綱仮案』の原案および第二次案では、報酬を得られなくなったことが損害に含まれないことを明らかにするため、「相手方の損害」に「受任者が報酬を受けることができなかったことによるものを除く」という文言が括弧書きで付け加えられた。しかし、その後、得ることができなくなった報酬が損害と認められる場合もありうるという解釈を封ずるべきではないとの指摘を踏まえ、『要綱仮案』の（案）の段階で括弧書きを削除し、現行の民法六五一条二項と同様に「損害」とのみ記載することになった。【部会資料八三―二】「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）の補充説明」四九頁。『要綱仮案』は、（案）の考え方を維持するものである。

なお、本稿の校正段階で、『要綱案』の原案に接した。『要綱案』の原案でも、委任の解除に関する規定は第三六―三に置かれているが、『要綱仮案』と比べて、字句の整理がなされているものの、内容の点において実質的な変更はない。修正点を挙げれば、本文の文言が「民法第六五一条第一項の規定により委任の解除をした者は、次に掲げる場合には、…」となり、また、同条一号の「当事者の一方が」の文言が削除されている程度である。【部会資料八四―二】「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その一）」六〇頁。

明治二六年の敷金慣習調査について

——「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」の紹介をかねて——

岡 孝

一 はじめに——いくつかの慣習調査報告

明治三三年（一八九〇年）^①に公布された旧民法について、法典論争が起きた。公布の前後から批判が起こった。内容に問題があるから修正のため施行を延期せよという延期派と予定通り明治二六年から施行せよという断行派との間の論争である。後述する梅謙次郎は断行派の中心人物として活躍した。延期派はもっぱら旧民法が日本の慣習に依拠していないことを激しく批判した。明治二五年五月と六月に帝国議会で延期派が圧勝した。その後松方内閣が倒れ、第二次内閣を組閣した伊藤博文は、民法商法施行取調委員会を設置した。延期派、断行派の主だったものが各六名選

任され、西園寺公望議長のもとで改めて施行の是非を議論し、最終的に延期と決まった。そして、同年十一月二四日に民法商法施行延期法律が公布された。第四回帝国議会が始まる前日のことであった。

欧米との不平等条約(治外法権、関税自主権がないなど)の撤廃を悲願とした明治政府は明治二六年三月に法典調査会を設置し、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎を起草委員に任命して、旧民法の修正作業を行わせた。法典調査会は二年三か月の審議の末、総則・物権・債権について明治二八年一二月末に審議が終了した。この旧民法修正案は翌年第九回帝国議会で審議・可決され、「明治二十九年法律第八十九号」として公布された。また、残りの親族・相続も明治三十一年六月に帝国議会の議を経て「明治三十一年法律第九号」として公布され、全五編が同年七月一六日に施行された。

法典調査会は、明治二六年の設置当初は主査会と委員総会の二元構成になっていた(翌年法典調査会に一本化する)。そのうち主査会の審議の冒頭で、延期派の批判に應えるためであろう、修正作業に際しては慣習尊重の点を確認している(乙号議案第一号四、五参照)。法典調査会での修正作業には時間的制約があったが、その限られた時間内でも、「民事慣例類集」などの文献による調査も当然として、さらには行政組織を利用して各地の慣習を調査している。

後に述べる法政大学図書館所蔵の「梅文書」には、四つの慣習調査報告(照会に対する回答)がある。^②①「入会権ニ関スル報告」(明治二七年六月付末松謙澄による民法三起草委員宛報告書。『法政大学図書館所蔵梅謙次郎文書目録』〔法政大学ポアソナード記念現代法研究所、二〇〇〇年〕の番号等を引用しておく、「八 民法起草材料二」八番「目録四一頁」。以下では「目録」と略称する。調査項目は一二ある。これについては、民法成立過程研究会編『明治民法と穂積文書』(一九五六年)四四頁以下「のちに福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』〔信山社、一九八九年〕所収」参照)、および、そのうちの三つの項

目に関する各府県からの回答の写し（三件。同五番～七番「目録四〇頁～四二頁」）、②「山林貸貸借ニ関スル取調書」^③（明治二八年八月から十一月にかけて各地から出された農商務省宛回答の写し。（三六件。「二〇 民法起草材料四」一番と二番「目録四五頁～四八頁」）、③「相隣地所有者ノ権利ニ関スル慣習」の取調べ回答の写し^④（二三件。「二〇 民法起草材料四」三番「目録四八頁～五一頁」）、④「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」（四七府県からの回答の写し。「二三 土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」という独立の冊子となっている）一番「目録七六頁～八一頁」）である。

さて、現行民法には、第三編債権第七節貸貸借において黙示の更新の箇所、前貸貸借で設定されていた担保は消滅するものの敷金は（更新後の契約に）引き継がれるという条文がある（六一九条二項^⑤）。しかし、敷金についてはこれだけが規定されるにとどまり^⑥（そのほか動産先取特権についての三一六条参照）、その性質はどのようなものなのか、その返還債務の発生時期はいつなのか（賃借物の明け渡しをしなければ賃借人は返還請求ができないのか）、契約終了段階で賃借人が賃料支払いを遅滞したり、義務違反により賃貸人に損害を与えたりして賃借人が賃貸人に対して負う金銭債務の額は敷金から当然に控除されるのか（控除後に剰余金が出たときには賃借人に返還するのか）といったことなどについては、なんら規定がない。

ところで、近年債権法改正の議論が起き^⑦、法務省内の法制審議会で数年の議論を経て平成二六年（二〇一四年）八月末に「債権法改正要綱仮案」が公表された。この要綱仮案の「第三三賃貸借・七敷金」^⑧では、上記の問題などについて明文の規定を置くとしている。^⑨。そもそも明治民法起草過程において、起草者らは敷金についての慣習などをどのような資料に基づいて検討したのであろうか。おそらくはその重要な資料の一つが上記④であろう。そこで、本稿ではこの④について紹介したがた若干の検討を試みることにする。

その前に、民法起草者の一人である梅謙次郎について簡単な略歴をまとめておこう。

二 梅謙次郎の略歴

梅謙次郎^⑩は、万延元年六月七日（一八六〇年七月二四日）、松江藩（島根県松江市）の藩医の二男として生まれた。藩校で学んだ後、明治七年（一八七四年）秋、両親とともに新天地を求めて上京した。「士族の商法」で一家はどんだの生活を送ることになる。明治八年東京外国語学校仏語科に入学、一三年二月に首席で卒業。同月司法省法学校第二期生の中途募集に応じ、入学した。この法学校二期生は明治九年に募集があり、一度梅は受験している。筆記試験には合格したが、健康な体格でないとして最終的には不合格とされてしまったのである。

さて、司法省法学校は八年制教育で、最初の四年間はフランス語を教え（普通課程）、次の四年間でフランス法を教えた（専門課程）。梅はフランス語の勉強は終えており、法学校の仲間と同じスタートラインについてフランス法教育を受けた。

明治一七年（一八八四年）七月、梅は一番で卒業した。平素拔群の成績を収めながら、実は司法省法学校の卒業試験は腸チフスにかかり受験できなかった。おそらくは担任のアペールの強い指導・助言があったのだろうが、受験していないにもかかわらず、従来の試験・態度などを総合勘案して首席卒業となったと思われる^⑪。そして、このことが梅の人生、さらにはその後の日本の民法制定に大きな影響を与えることになったのである。すなわち、法学校は梅を直ちに教員に採用した。この頃の日本の政治体制はいまだ定まらず、たびたび改革を余儀なくされた。司法省法学校の管轄も司法省から文部省に変わっていった。それに伴い、梅も文部省御用掛となっていくのである。法学校二期生

の二番以下の卒業生の多くは司法省勤務となり、その後判事、検事となっていく。私立法律学校の非常勤講師を勤めることはあっても、それは公務外の余暇を使つての片手間なことであつた。梅だけが母校に残り、教育者・研究者の道を歩むことが許されたのである。司法省法学校は東京法学校（これは官立であり、法政大学の前身の東京法学校とは全く関係がない）と名称を変え、明治一八年一〇月に東京大学に吸収されていった。梅の身分もそれに應じて東京大学法学部教員となつた。一人梅のみが幸運であつた。というのも、法学校ではフランス法が教育されたのに、司法省に勤務し始めた梅の同級生たちは、改めて（司法省内部で主流になりつつあつた）ドイツ語を学び直し、ドイツに留学していくのである。梅だけが学校教育の中で学んだフランス語・フランス法を生かすことができた。

梅は、明治一八年一二月文部省留学生としてフランス・リヨン大学に留学した。三年半の研鑽後、明治三二年七月首席で博士号⁽¹²⁾を取得した。ここでも梅は強運の持ち主であつた。ちょうどこの前後にリヨン市では、優秀な博士論文に対してヴェルメイユ賞を授与していた（一八八五年～一八九〇年）。梅はこれを受賞している（この年はフランス人学生も首席で、同時に受賞している⁽¹³⁾）。リヨン大学にとつても忘れがたい学生であつたのであろう。当時の法学部の公式記録にも梅の名前が出てくる。この博士論文は非常な評判を呼び、ドイツの書評誌にも紹介⁽¹⁴⁾されたほどであつた。

それからベルリン大学に移つて、約七ヶ月間ドイツ法の講義を聴講する⁽¹⁵⁾。明治三三年（一八九〇年）夏に帰国し、直ちに帝国大学法科大学教授となる。そのかたわら私立の和仏法律学校（現在の法政大学）でも教鞭をとり、後に校長、明治三六年和仏法律学校法政大学となつた時の初代総理（現在の総長）として活躍する（東大教授と兼任）。

さて、梅謙次郎は、民法起草者の中であつた一人商法起草者にもなり、岡野敬次郎、田部芳とともに旧商法の修正作業を行った。そして、明治三二年三月九日に新商法（明治三二年商法）が公布された（六月一六日施行。ただし、この新

商法には破産編はなく、旧商法中第三編破産が「明治二六年に修正されたもの」が施行された。

梅謙次郎は、学者として以上のような法典編纂に関与するだけでなく、法制局長官兼内閣恩給局長、文部省総務長官などの行政職も歴任した。明治三九年からは東大教授のかたわら、韓国の法整備事業に従事した。その志半ばの明治四三年八月二五日ソウルで病死した。享年五〇歳であった。

三 「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」について

（一）梅文書とは

法政大学図書館には、梅謙次郎の司法省法学校時代、リヨン・ベルリン留学時代の講義ノート、リヨン大学に提出した博士論文の原稿ノートの合計四二冊のほか、民法・商法の起草材料、著書・論文の原稿などが和綴じされた七〇冊の冊子体がある。この七〇冊の冊子体に収められているものを「梅文書」と称する。梅の没後、同僚、弟子たちが中心となって募金活動を行い、それで遺族から梅の蔵書・資料等を譲り受けた。その後、これらの蔵書などは東京帝國大学、法政大学、松江図書館（現在は島根県立図書館に引き継がれている）に寄附された。遺族から東大に寄贈された法典起草に関する資料は、穂積陳重、重遠父子が九八冊二七帙に製本・整理して法科大学列品室に保管したとなっている。これは、「梅博士遺事録（第十四回）」法律新聞八五四号（大正二年）二〇頁に掲載された写真で全体像がみられる。しかし、東大のこれらの資料・蔵書は関東大震災で焼失してしまった、といわれている。¹⁶

関東大震災、戦災という二度の災禍をくぐり抜けて生き延びた法政大学所蔵の梅文書は、もともと梅自身が分類したのではなく、梅の没後、身近で書類の整理にたけた者がまとめたものと思われる。法律家の助言を受けず、また

時間的な制約があったためか、各冊子の題簽に書かれた表題がその冊子の内容を的確に表していないものが多くある。

梅文書については正式な目録がなかったので、筆者は東北大学名誉教授広中俊雄氏の指導・助言を受けつつ、中村哲也氏（新潟大学名誉教授）、山川次郎氏（元法政大学図書館職員）とともに目録を作成し、二〇〇〇年三月に梅文書研究会編『法政大学図書館所蔵梅謙次郎文書目録』（法政大学ボアソナード記念現代法研究所）を刊行した。¹⁷

（2）「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」の紹介

さて、この梅文書には（目録二三番。七六頁以下）、「土地建物貸借ノ敷金ニ関スル慣例取調書」の冊子がある。各地の道府県（四七箇所）からの回答の分と、裁判例（二八判決）の写しの分に分かれている。前者について簡単に説明しておく、明治二六年六月二九日付甲第五号により内務大臣から各府県に土地建物貸借の敷金についての慣習調査を依頼した。ここでの貸借とは賃貸借のことである。その調査結果（取調書の写し）がまず同年九月一六日付で内務大臣から法典調査会総裁宛に送付された（東京をはじめとする四二府県分。ちなみに奈良県はいずれの慣例もないというわけではない回答をしている）。次に一〇月一日付で内務書記官から法典調査会宛に四件の回答の写し（長野県、島根県、香川県、広島県）が送られ、さらに一〇月二八日付で一件の回答の写し（北海道の分）が送られている。調査項目は六点到わたっている（目録八四頁参照）。一問ごとに回答を整理する。本来ならば、四七道府県の回答を逐一検討して全体像を示すべきであるが、崩し字で判読できない表現が多く（若干のものについては日本近世史専攻の大学院生の助力を得たが、筆者の能力不足のために肝心の箇所が読み取れない回答箇所があった）、詳細な全体像の解明は今回は断念した。以下では、各問ごとに都市部の代表として東京、大阪、京都の回答を取り上げ、その他の地域は特色がある場合に言及するにと

どめる。

第一問 不動産ノ貸借ニ借主ヨリ貸主ニ敷金ヲ入レルノ慣例アリヤ

まず東京では、市内では家屋の貸借については慣例があるが、土地貸借については特殊のもの（具体的な例示はない）を除いてはない。町村部では慣例はないが、商業地などではまれに家屋の場合に敷金を入れることがある、という。大阪では、大阪市、それに近接する西成郡、東成郡の町村、堺市の一部に（大阪の回答はこの地域に限定されている。以下の問につき同じ）、不動産一般について敷金を入れる慣習があるという。岩手県では、（慣例とはいわずに）主として貸主の意思に基づき契約によって借主が支払うのだという。

熊本県では、主として家屋賃貸借の場合に敷金を入れるが、借主に信用があれば敷金を徴さないことがあるという。京都の郡部の中には敷金を差し入れる慣例がない地域がある。

北海道は新開地のため、不動産の貸借は頻繁ではない。敷金差し入れの慣例も近時始まったばかりだが、主に札幌、空知、厚田、函館、宗谷、根室、浦河、岩内、室蘭、紗那の十郡で行われているという。

出雲国（島根県）飯石郡の一部では、A所有の土地建物をBが借り受け、これをCに「書入れ」る場合には（賃借している土地建物を「書入れ」という趣旨にしか読めないが、一種の権利質と理解すべきか）、BがAに若干の金を差し入れるという（この差入れ金は「場置金」と称する）。また、同郡の別のところでは、BがCから無抵当で金穀を借り、Aが保証人となるときは、Bは金銭を差し入れたり、あるいは土地建物を「書入れ」て、Aの損害を予防する慣例があるという。

広島県御調郡三原町では、敷金の慣例はないものの、俗に「前年貢」「前家賃」と称して、前年の一年分の小作料ならびに借地料（家賃とか賃料という表現ではなく、明確に「借地料」と書かれていて、「前家賃」という表現に対応していない）を借主が貸主に支払う慣例があるという。さらに、耕作地においては、他人が借りているのを解約させて同じ土地を借りる場合には、俗に「棄金」と称して、前の借主に対して後の借主が金銭を支払う慣例がある。そして、両者でいったん金銭の授受が行われた後は、「如何ナル事故アルトモ」旧借主は新借主に返還することはないという。借主が新旧交代した場合に貸主がそれを認めるかどうかなどの貸主との関係には言及がない。右の回答中いかなる事由があろうともという表現からは、地主の承諾を得られないために、新借主が土地を利用できなくなることを想定しているようにも読める。

なお、青森県の回答では、地方によって特約を書面に記載する慣例があるとして、貸借の特約の例が挙がっている。興味深い内容であり、以下に紹介しておく。

- ・貸人は借人が支払った敷金から生ずる利子金で宅地建物の収利金（修理費用の意味であろう）とする。
- ・貸人が敷金を受領した以上は、契約期間中いかなる事由があっても途中で契約を変更することはない。
- ・貸人は宅地に関する地租金などを負担する。
- ・貸人は建物・屋根まわりの修繕、宅地境塀・生垣の手入れの費用を負担する。
- ・借受人は、建屋にかかる賦課金、宅地内掃除、悪水溝掃除費、当村慣習の「夜番金」、その他公に付加される金銭を負担する。

・借受人の都合で建家模様替えをしたり、造作をする場合には貸人の承諾を受けてから着手する。模様替え・造作料

は借受人の負担とする。

- ・借受人が模様替え・造作をする場合でも、契約満期終了で建物を返却するときは、そのまま貸人に引き渡す。
- ・建家が他から類焼したときは、その損失は貸主の負担とする。この場合には、貸人は敷金を借受人に返却する。
- ・建家が借受人の「怪火ノ為メ」焼失したときは、敷金を建築金に充てる。貸借の権利義務は消滅し、この契約は「反古トスルモノトス」る。

・この契約は、借受人の都合で期間満了前に出ていく場合には、敷金の二割を「年限違約金」として没収し、残額を借受人に返却する。

以上の特約は中津軽郡の例である。これらと異なる例もある（その場所は明示されていない）。すなわち、

- ・借主の都合で家屋の構造を適宜変更したり、または増築するなど自由だが、期間満了時には、当初の原状に戻す。
- ・家屋貸借の期間中に「水火風震」などの災害によって建物がなくなってしまった場合でも、契約期間満了までは敷金を返還しない。

第二問 敷金ハ家屋貸借ノ場合ニ限ルモノナルヤ耕作地建築地等ノ貸借ニモ敷金ヲ入レルノ慣例アリヤ

東京は第一問で回答済みとしている。つまり、東京では市内も町村部も土地については原則として敷金を差し入れる慣例はない。京都市では、多くは建築地の賃貸借の場合に敷金を入れるが、郡部の中には、耕作地、建築地ともに敷金を入れる慣例が多い地区がある。大阪では、家屋賃貸借に限るという。

岩手県では、家屋が主であるが、まれには川岸地、停車場、温泉場で、さらには、家屋・倉庫・納屋など建築のた

めの敷地の貸借の場合も敷金を差し入れる例があるという。さらに、山岳地帯で耕地面積の少ない郡では耕地貸借にも敷金の例があるという。

北海道では、多くは家屋貸借の場合だが、耕作地・建築地にも差し入れる慣例はある。札幌郡では耕作地に、岩内郡では建築地にその例がある。厚田、岩内、紗那では、漁場・海産干場で敷金の例がある。

愛媛県野間郡波止浜村では、ただ塩田貸借の場合に限るという。

さて、愛媛県宇摩郡金生村では興味深い回答が出されている（家屋貸借の場合には敷金を差し入れる慣例はないとしている）。耕地・宅地ともに借主が後に借りる意味がなくなつたために、あるいは便宜の上から第三者に貸借権を譲渡することが多々あるという（貸借権の譲渡）。この場合、当初借主が差し入れた金額とは関係なく、貸借権の譲渡当事者の協議によつて、相当の金額を譲受人が譲渡人に支払う慣例があるという。これを「掛替金」という。そして、このように貸借権が転々譲渡されるときは、みなこの慣例に従っているという。地主に対しては、ただ借受人（賃借人）の変更を申し出て、「名義ノ代替」を請うだけだという。ちなみに、地主との関係で、貸借権の譲渡が当然に対抗できるのか、それとも地主の承諾を前提とするのかについての言及はない。最終的に貸借が終了した場合には、借主は地主に対して敷金の返還を請求するのか、それとも掛替金の返還を前貸借権の譲渡人に請求するのか。この点についての回答や説明はない。

なお、北海道の回答の末尾には地所借用証書（借地）と借用証書（借家）のひな型が添付されている。まず借地契約で注目すべきは、借地権の譲渡、土地の譲渡の場合についての特約がなされていることである。第四条では、契約期間中に借地人の事由で土地から去る場合とか地上家屋を他に譲渡する場合には、その月から一か月間の地代を添え

て土地を返還するとなっている。このうち後者の場合、家屋の譲受人は地主との関係でどのような地位に立つのかは不明である。改めて地主と借地契約を結ぶことが前提になっているのだろうか。第六条は借地権の無断転貸はできない旨の規定になっている。第五条では、地主が土地を他に譲渡する場合には、借地期間にかかわらずその譲渡時が土地の明け渡し期限とし、遅くとも二〇日以内に土地の返却をしなければならないとなっている。この場合に、借地人本人が旅行などで不在のときには保証人が（土地の返却の）責任を負うという。地上建物は撤去するのかどうかはつきりしない。第七条では、土地返却の際無償で地主に引き渡すものとして借地人が自ら設置した堰縁その他石垣等を挙げているところからすると、建物自体は取り壊して撤去することが前提だとも読める。さらに、第八条では、火災による建物の焼失等の場合には、契約期間内であっても土地の返還をすることになっている。そして、最後に、九ヶ条の契約条項の末尾に借地料に関する約束違反の場合にはただちに保証人の責任となることを明示している（要するにこの保証人は連帯保証人だという趣旨である）。

さらに、借家契約書で（「借用証書」となっているが）注目すべきは、無断転貸借禁止のほか、家主が家屋を売却した場合には借主は速やかに家屋を明け渡さなければならないが、家主は二〇日前にその旨通知をすることとなっていることである。

第三問 敷金ノ預リ主ハ其利子ヲ払フノ慣例アリヤ

東京、京都ではその慣例はない。大阪でも利子は支払わないが、預かり主（賃貸人）は、貸借満期の際に敷金の一部ないし三割を控除して預け主（賃借人）に返還する慣習があるという。

岩手県でも利子は支払わないが、利子の割合に応じて家賃を減額したり、あるいは、その利子を家賃に替える慣例があるという。北海道の回答では（利子の支払いの有無は契約によるが、おおむね利子は支払わない慣例になっているという）具体例が挙げられている。すなわち普通の家賃が月一〇円で、五〇円の敷金を支払う場合には、家賃は月八円五〇銭などとするというのである。さらに、岩手県の中には、敷金の全部または一部を家賃にあてる例もある。これを方言で「クサリ」という。例えば、敷金が五〇円で一〇年間家賃を借り入れたとする。「クサリ」契約を結んだ場合、満期にその金額の一部の返済を受ける場合もあれば、全く返済されない場合もあるという。耕地についてはこのような例はない。

青森県西津軽郡では、多額の敷金の場合だけ、利子を支払う慣例があるという。

福井県坂井郡三国町では、土地・建物貸借においては貸借年月の間利子を払うのが当然で（足羽郡も同様）、三年あるいは五年を限度とする（この期間は土地・建物貸借の期間を意味するのであろう）。しかし、「利子ト貸賃ト適当ナルトキハ」利子を付するかどうかは当事者の契約いかんによる。利子を払うときは相当の賃料を定め、利子を支払わないときは賃料の五パーセントないし六パーセントを減ずる。それ以外の慣例はないという。遠敷郡では、利子は原則として払わないが、契約の際、利子を見込んで賃料を減額する場合があるという。さらに多額の敷金を差し入れる場合には、利子をもつて賃料に替え、別途賃料はとらないという慣例がある。

沖縄県では利子を払うのが慣例だが、特約で支払わないとすることもあるという。

第四問 敷金ヲ入ルル目的如何

東京では、敷金は賃料不払いの場合の補償の目的だという。それ以外の賃借人の義務違反の場合の貸主に対する損失の保全ということには触れていないが、例えば福岡県（県内の多くの地域）では損失保全という目的にも言及している。さらに、福岡県の回答で注目されるのは、「賃借期間濫リニ変約セサル為メ之ヲ確保スルノ目的ニ出テタルモノナリ」という点である。京都では、不払いを防ぎ、契約を履行させるための保証のようなものだという。大阪では、賃料不払いの場合の担保のほか、造作物の損害（通常損害を除く）の補償に充てるといふ。

福島県では、福岡県と同様だが、さらに貸主側では営業などの資本として利用でき（北海道でもこのような利用のしかたがあるとしながらも、それは小資本の貸主に限るといふコメントが添えられている）、借主側では「賃料ノ低廉ヲ」欲するなどが考えられるという。

福井県坂井郡三国町では、賃料不払いに対処することのほかに、賃料を多少減額する目的もあるとしている。

兵庫県津名郡の佐野村・仁井村では、耕作地の貸借の場合、地主に小作替えをさせないために借主の希望により五年ないし一〇年間敷金を入れることもあるとしている。

愛媛県宇摩郡金生村では、耕作地・宅地を借り受けたという希望者が多く、敷金を差し入れなければ容易に借受ができないために、敷金の慣例が生じたのだという。この金生村の回答は、続けてこういう。これは「確乎不拔ノ法」とはいえない。結局敷金の授受は一片の契約証の授受である。徳義上約束を履行するものにすぎない。例えば、三〇年前にAがBに土地を貸しておきながら（Bは依然として使用している）、当該土地を売却し、転々流通して今はCが所有者となつているとしよう（回答ではAが借主のように書かれているが、それでは意味が通じない）。この場合、Cは敷

金を手にしてないことを理由に、「不徳義ニモ」敷金を返還しないばかりか、土地の返還を要求することもありえる。Bは迷惑をこうむり、敷金の返還を請求したいが、「権力微弱ニシテ能ハス」。このようなことが行われているのが現実だ、というのである。

島根県の島根・秋鹿・意宇の三郡内のある村では、賃貸借期間中借主が約束違反をしたときには敷金は借主の損失に帰し、貸主の違約のときには敷金の二倍を返還する慣例があるという。これは手付を連想させる。二倍の敷金を返還するのはいつか（契約終了時か）などの言及はない。

福井県三方郡では、貸主違約の場合、敷金額をいくぶん増額することによって、いわゆる「違約保証金」の役割を担っており、貸主借主相互の契約を確実にする目的があるとしている。

滋賀県はかなり詳細な回答をしている。敷金の目的は、①契約を確実にすること、②公費不納の場合に代納に充てること、③「家税又ハ地料不払ノ場合」に充てることなどであり、さらに④「契約期限」を違えた場合に違約金として没収し、返還をしないこともあるとしている。そして、ある町村では、③の場合、敷金が尽きてしまった場合には契約期間中であつても貸借は当然に消滅したとする例もあるという。

第五問 貸主ハ敷金若クハ其利子ヲ以テ借貸ノ不払其他損失ノ補償等ニ当ツルコトヲ得ルヤ

東京では、賃料不払いの場合の補償に充てるのが普通だが、特約により、その他の損失の補償とすることもあったという。京都では、賃料不払い、損失等の補償に充てるといふ。大阪、福岡なども同じである。大分県の中には補償に当てる契約をするというところもある（日田郡）。同じ大分でも、不払い等に当てることはないというところもある

（西国東郡玉津村）。長野県の回答としては、不払いの場合に充当するのが慣例だが、其の他の損失補償に当てるのは契約によるという。

北海道は、賃料延滞の場合には借主は敷金からの減殺を承認せざるをえないとしたうえで、借主の不注意により生ずる損害に対して敷金で補償するという慣例になっていると回答している。

福井県足羽郡では、月々借主に利子の清算をする。賃料支払いの遅滞があれば、この利子で補償するという。

第六問 貸借満期ニ至リ借主未タ其義務ノ弁済ヲ了ヘサルモ貸主ハ敷金ヲ返還スルノ例ナルヤ

東京では、賃借人が義務を履行しなければ、敷金を返還しないのが慣例だという。大阪では、賃借人が義務を履行しなければ賃貸人は敷金を返還しない（北海道、佐賀県、沖縄県も同じ）。福岡県では、義務の履行がなされなければ敷金を返還しない慣例があるが、他方で、貸主が差し引き計算をして未払いの賃料等に充当し（大分県西国東郡河内村も同じ。ただし、残金がある場合の処理については回答なし）、残額があればそれを借主に返却することになっているとして（大分県玖珠郡も同じ）、東京などの回答よりは明確になっている。鹿児島県では、原則として返還しないが、借主が義務の弁済を終えれば貸主が敷金を返還する慣例あるという。ただし、いつまでに義務の履行をすればいいのかという点については言及がない。

兵庫県でも大阪のような扱いになっているところが多いが、神戸市のほか美囊郡別所村などいくつかの村では、差し引いて剰余金があればこれを返還する慣例があるという。差し引いて不足となった場合はどうするのか。これに応えているのは静岡県で、借主に追徴するという。

なお、岐阜県の回答には家屋貸借の場合の「敷金預り証書」のひな型が添付されている。敷金の返済については、証書の末尾に「付テハ約定ノ通り家賃納済満期ノ上ハ該金速ニ御返戻可申候」と書かれているが、返還時期（家屋明け渡しと同時に否か）について明確にはなっていない。岩手県の回答では、「敷金返還授受ヲ期トシテ立去ルハ一般ノ例ニシテ」とあり、あたかも敷金返還と明渡しは同時履行の関係にあるかのような書きぶりである（一方で、借主が義務を履行しない限り敷金返還の例はないとしている）。青森県（西津軽郡）の家屋賃貸借契約のひな型では、より明確に、「敷金ハ明治何年何月何日満期ニ至リ返還シ同時ニ家屋受渡ノ事」となっている。

四 まとめ

三で、梅文書中の敷金の慣習調査結果のいくつかを整理した。この調査は、法典調査会での逐条審議がなされる三か月前、しかも賃貸借の審議が始まる二年前の明治二六年六月末に、内務省から各道府県に対して依頼されている。山林賃貸借の調査（前記②）の依頼は賃貸借の審議が終った（第九八回法典調査会「明治二八年六月二八日」冒頭で賃貸借の審議は終了した）後になされている（明治二八年七月八日付。目録四五頁一番備考参照。ここでは敷金は調査項目に入っていない。目録五三頁の「参考1 農商務省からの取調べ依頼の質問項目」参照）。この敷金調査は梅文書の慣習調査の中でも一番早く行われているが、その理由ははっきりしない。財産法の分野で慣習といえは敷金が一番明確に意識されたからなのだろうか。

さて、多くの県では、少なくとも借家の場合に敷金の授受はあったようである。また、敷金の利息は支払わないとするのが多数派である。その授受の目的は、最小限度賃料不払いに対処すること（担保）である。それ以外に賃借人

の義務違反による損害賠償にも充てる場合もあるが、それは契約に基づいて充当するとしている回答が目立っている。さらに、期間満了時に賃借人が賃料不払いなどのように義務を履行していないときには、敷金を返還しない場合と当然に敷金で充当するという二つのタイプがある。

土地・建物賃貸借においては、賃借人の交代（賃借権の譲渡）、賃貸人の交代の際に敷金返還請求権者なり返還義務者が誰になるかが一つの論点になるが、そのような事態を明言して慣習調査を依頼していないので、回答の多くはこのような事態を想定していない。その中でも若干の回答例の中にはそのような場合の処理について、明確ではないものの示唆を与えるような回答（第一問についての島根県飯石郡、第二問についての愛媛県宇摩郡金生村の「掛替金」など）もあったのが注目される。

本稿で紹介した敷金の慣習調査結果が民法起草にどの程度反映されたかの検証までは、今回はできなかった。さらに、法典調査会における（旧民法）修正原案の逐条審議に先立って、いち早く敷金について慣習調査がなされた理由の解明も必要であろう。これらは今後の課題としたい。

- （１） 本稿では元号を使うこととし、必要に応じて西暦年を付け加えることにする。
- （２） なお、梅謙次郎の慣習に対する考え方については、岡「民法典論争と梅謙次郎」松山大学法学部松大GP推進委員会編『シンポジウム「民法典論争資料集」（復刻増補版）の現代的意義』（松山大学、二〇一三年）五六頁以下参照。
- （３） 調査項目は、山林賃貸借の期間、借賃支払の時期、譲渡・転賃の可能性、期間の定めのない場合の解約申入れの可否など一三点にわたっている。目録五三頁参照。
- （４） 法典調査会で相隣関係の規定の審議において、乙第一七号「他人ノ所有地ニ対スル觀望及ヒ明取窓ニ関スル規定ハ之ヲ設

ケサルコト」が提案された（明治二七年六月八日第一九回法典調査会）。梅謙次郎は、従来の日本にはこれについて慣習はなかったと思うし、外国の例でも、ザクセン民法、チューリヒ民法、ドイツ民法草案などドイツ法系のものには規定がないと説明している。日本に慣習はないという点について、議長の西園寺などから反論が出され、結局規定を設けることになった。梅は、慣習調査の余裕はなかったと弁明したうえで、「東京トカ其他少シ大キナ所ノ都会ノ県庁ヘデモ問合セテ調」べようと述べた。これに関する調査結果が本文の③である。これは、明治二七年一月六日付の照会に対して東京府の区・郡役所から提出されたものである。この回答書には日付のあるものが少ないが、明治二七年一月八日付と一月一四日付のものが各一件ある。調査対象は相隣関係全般にわたり、四二項目にのぼっている。この質問項目については目録五三頁～五四頁に掲載している。明かり窓は第三五問である。

この慣習調査について少々疑問なのは、その調査の時期である。法典調査会での相隣関係の審議は第二〇回（明治二七年六月一二日）から第二六回（同年七月六日）になされており、調査結果が起草なり法典調査会での審議に直接反映されたわけではなく、そうだとすると、規定が確定してから四カ月後になぜ調査したのだろうか。後に慣習調査結果を基にして再考したり、整理会で再度検討することなどを予想して、そのための資料となるように慣習調査をさせたのかもしれない。このように考えるのは、手付の審議に関連してヒントがあるからである。簡単に説明しておこう。起草者は手付の性質について各地の慣習を調べる必要を感じ、各商業会議所に照会している。第八二回法典調査会（明治二八年四月三〇日）で手付に関する原案（現行法と同じ五五七条）を梅が出す一か月前になされている。その時は栃木県からだけ回答が来たが、法典調査会で、梅は内容を検討する余裕がないと述べた。法典調査会では、多数の商業会議所の回答がこれと異なればまた別に検討を要することを前提に、現行法どおりの内容が仮議決された。その後第一一九回法典調査会で（明治二八年一〇月二日）、第五章不法行為の審議の前に、他の商業会議所からの回答は仮議決された通りの内容であった旨の書面に基づいて議長が説明した。その時の書面と思われる「手付ニ関スル報告」（コンニャク版）が梅文書にはある（「三〇 民法中修正案」一九番。目録一二三頁参照）。

（5） もともと起草者らの原案には現行六一九条（法典調査会に提出された修正原案では六二四条）二項ただし書はなく、法典調査会（明治二八年六月二五日の第九七回）における長谷川喬委員の指摘で、梅がそれを取り込んで原案とした。

(6) 第九七回法典調査会に出された原案では、賃借権の第三者効(現行六〇五条)の規定には「但敷金又ハ借賃ノ前払ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ス」があつたが、議論の末削除された。さらに、適法な転貸借(現行六一三条一項後段。法典調査会に出された原案では六一六条)の場合に賃料の前払いは對抗できないとなつていて敷金には言及がないが、それでいいかと議長(箕作麟祥)が尋ねたところ、梅は、性質上転借人は對抗できないと答えている(明治二八年六月二日の第九六回法典調査会)。

(7) ちなみに、筆者は現在でもこの改正事業には反対である。今大幅な改正をする必要性も改正の理念もないと思うからである。これについては岡「近時の民法(債権法)改正事業の問題点」『債権法の近未来像』(下森定先生傘寿記念論文集、酒井書店、二〇一〇年)二五九頁以下参照。

(8) 要綱仮案では、敷金の定義規定を置く(最近の立法例を踏襲)ことにしている。「いかなる名義をもつてするかを問わず、賃料債務その他の賃貸借に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に対する金銭債務を担保する目的で、賃借人が賃貸人に交付する金銭」のことだという。

(9) 平成二五年の「民法(債権)の改正に関する中間試案」では、契約終了段階で賃料債務など未払いの債務があれば、敷金は当該債務の弁済に当然充当されるとなつていた(剰余金の場合の処理については明示的な言及はない)。要綱仮案では「敷金の額から賃貸借に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭債務の額を控除した残額を返還しなければならない」とされるに至っている。

(10) 梅謙次郎については、東川徳治『博士梅謙次郎』(法政大学／有斐閣、一九一七年)、「梅博士遺事録(第一回)」(第三十三回)「法律新聞八三六号(一九一三年)」(九一六号(一九一四年)参照。梅研究の集大成の一つとして、『梅謙次郎著作品集CD版』(五枚セット、丸善、二〇〇三年)を編集・刊行した。この中には、江戸恵子氏作成の年譜と「目次」の形をとった著作目録も収録されている。また、梅に関する近時の論文としては、岡「民法典編纂についての梅謙次郎の考え」法律時報八二卷一〇号(二〇一〇年)四二頁以下参照。

(11) 大久保泰甫「岐路となつた若き日の二つのでき事」法律時報七〇卷七号(一九九八年)四五頁以下参照。

- (12) 博士論文は『和解論』(De la Transaction, comparé avec le code civil italien et le projet de code civil japonais, 1889) である。
- (13) これについては、岡「梅謙次郎―和仏法律学校の支柱」法政大学大学史資料委員会編『法律学の夜明けと法政大学』(法政大学、一九九三年) 三二八頁以下参照。同三一九頁には、ヴェルメイユ賞受賞の新聞記事の写真が掲載されている。
- (14) Vgl. Burkhard, Centralblatt für Rechtswissenschaft, Bd.10 (1891), Heft 6, S.207f. これについては、岡「明治民法と梅謙次郎」法学志林八八巻四号(一九九一年) 三四頁注(8) 参照。
- (15) 聴講した科目等については、岡・前注(14) 四六頁注(122) 参照。
- (16) ただし、蔵書の一部は現在も東大法学部研究室図書室に残っている。岡「日本民法典の編纂」法曹時報五一巻四号(一九九九年) 四頁参照。
- (17) 目録作成の経緯、目録編成方針と梅文書の範囲、法政大学が梅文書を所蔵するに至った経緯については、同書冒頭の岡「解題」v 頁以下参照。

ファイナンス・リースと民法（債権関係）改正

高 橋 めぐみ

はじめに

リース取引は、昭和三〇年代後半にアメリカから導入され、税制・会計制度上のメリットを背景に急速に普及した取引である。その経済的実質と法形式の乖離、また、物件に関してリース会社がリスクを負わないよう設計された契約内容により、当初はさまざまな点について法的紛争が生じたが、判例によるルールの集積、契約内容に対する理解の深化等により、事業者間リースについては、論点の多くが一定の解決をみた状況になっている。

現在までの間に、リース取引やこれを取りまく状況には大きな変化があった。まず、当初の急成長の背景にあった税制・会計制度は、経済的実質を反映しないそのあり方が問題となり、大きく二度にわたり制度の変更がなされ、その恩典の大部分は失われることとなった。その結果、一九九一年度の八兆八〇〇〇億円、一九九六年度の八兆

二八六七億円あたりをピークとしていた取扱高は、二〇一〇年度には四兆五五三億円まで落ち込んだ。また、民間設備投資額に対するリース比率は、最盛期の二〇〇二年度に一〇・二五%だったのが以後おおむね減少を続け、二〇一一年度は六・四八%であった。

また、制度上のメリットの喪失等を背景に、リース取引のサービス内容も多様化し、もともと一口にリースという概念でくることが困難であった状況は、さらに複雑化した。さらに、消費者契約法の立法により、民法の任意規定が、消費者保護の要否のひとつの明確な基準となる構造の変化も生じた。

このような取引のうち、その中心的なものであるファイナンス・リース契約について、今般の民法（債権法）改正の議論の出発点では、新種の典型契約として規定を新設することが提案され、典型契約化する場合に置かれる規定の内容についても詳細な提案があった。しかし、これに対しては、リース業界側、消費者側双方を含む各方面から反対意見が多く出され、途中で賃貸借契約の規定の適用を否定する条文を特則の形で賃貸借の節の最後に設ける形に方向転換したが、結局、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」策定の過程において、検討すべき論点からはずされることが明言され、二〇一四年八月に決定された「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」においても、その姿はみられない。

本稿では、法制審議会におけるファイナンス・リース契約をめぐる議論を振り返り、典型契約化の見送りという結論の当否、また典型契約化の要否ないし可否を決定づけた要因は何であったのかを探りたい。

1 ファイナンス・リース取引のしくみと種類

(1) 取引のしくみ

ファイナンス・リース取引は、一般に次のような取引であると理解されている⁽¹⁾。まず、ユーザーが導入を希望する設備を、サプライヤーからリース会社が取得し、ユーザーにこれを「賃貸」する。ユーザーは、リース会社に対して月々リース料を支払う。法形式としては「賃貸借」の形がとられるが、中途解約ができず、リース会社が瑕疵担保責任や修補義務を負わない等の点が通常の賃貸借と異なる。また、ユーザーが支払うリース料は物件使用の対価ではなく、期間中に支払われるリース料の総額が物件取得に必要な諸費用をカバーするようになっている。このような特色から、賃貸借という法形式にもかかわらず、その経済的実質は物件の購入資金の融資といった信用取引であると評価されることもある。

(2) リースの種類

一口にリースといっても、様々な種類のものがある。右で説明したファイナンス・リースの他に、その経済的実質が譲渡担保に等しいセール・アンド・リースバック、リース会社が物件の修補義務等を負うメンテナンス・リース、中途解約が可能なオペレーティング・リース等、さまざまなものがある⁽²⁾。

また、近時では、リース会社がさまざまなサービス（自動車税の支払い等）を行うパッケージ・リースなどもある。

(3) 法的性質

法形式とその経済的実質との間に齟齬があることから、ファイナンス・リースの法的性質をめぐっては、さまざまな見解が主張されてきた。おもな考え方として、実質金融説、特殊な賃貸借説、金銭消費貸借説、所有権担保付消費貸借説、三当事者契約説、所有権留保付割賦販売説、使用権設定説等がある。⁽³⁾

一方、判例は、賃貸借と実質金融の両方の側面を有するものと評価している。⁽⁴⁾

2 税務・会計上の取扱いと制度変更

(1) 導入当初の取扱い

ファイナンス・リースについては、当初はとくに明確な根拠のないままに、税制・会計制度上、賃貸借として処理されていた。すなわち、リース料を賃料として損金処理し、かつ、リース期間を短いものとする⁽⁵⁾ことで、税制上は、早期償却効果、租税の支払繰延効果が得られ、会計制度上は、物件が資産計上されないことでオフバランス効果が得られていた。

(2) 税制上の取扱いの変更

(a) 昭和五三年通達

右に述べたような処理は、その経済的実質が正確に反映されていないとして批判の対象となり、まず、税制上の制度変更が行われた。その最初のものが昭和五三年七月二〇日の国税庁通達「リース取引に係る法人税及び所得税の取

扱いについて」である。

ここでは、賃貸借同様の損金処理を正面から認めるかわりに、その範囲を限定するものとされた。すなわち、賃貸借処理が認められるリース契約の期間は、耐用年数の七〇%（六〇%）以上であるものとされた。

(b) 昭和六三年通達

通常のファイナンス・リースについては、この昭和五三年通達によって、税制上の恩典が一定の範囲に縮減されることとなったが、その後、レバレッジ・リースを利用した節税が問題視されるようになった。これは、耐用年数より長期のリース期間を設定して所有物件を貸し出すことにより、貸主に赤字を発生させる節税の手法である。これに対しては、昭和六三年三月三〇日に国税庁通達「リース期間が法定耐用年数よりも長いリース取引に対する税務上の取扱いについて」が出され、賃貸借処理が認められるリースは、リース期間が耐用年数の一二〇%までのものとされた。

(3) 会計基準の変更

(a) 平成五年にリース会計基準の変更が行われ、ファイナンス・リース契約は売買処理されることになったが、他方で、例外的な賃貸借処理が認められた。すなわち、売買処理してオンバランス化することが原則であるが、それと同程度の注記を行えば、賃貸借処理して例外的にオフバランス化することが可能であった。多くの企業がこの例外的な処理を行い、原則と例外とが逆転しているという不正常な状態が継続していた。

(b) このような状況を変えるべく、平成一九年三月三〇日に会計基準の改正が行われ（企業会計基準第一三号「リース取引に関する会計基準」、企業会計基準適用指針第一六号「リース取引に関する会計基準の適用指針」、ファイナンス・リース契約については売買処理をすべきであるとの原則が厳格化された。従前の例外的な賃貸借処理を行うことができるのは、三〇〇万円以下の物件またはリース期間一年の少額リース等についてと、中小企業に限定されることとなった（「中小企業の会計に関する指針」）。

(4) 税制上の再度の取扱いの変更

会計基準の変更と同時期に、税制上の取扱いも議論になった。平成一九年一月一九日に「平成一九年度税制改正の要綱」が公表され、平成二〇年四月一日以降に締結される所有権移転外ファイナンス・リースは、わずかな例外をのぞいて、次のように売買取引として処理されることになった。すなわち、売買取引とみなしたうえで（法人税法六四条の二第一項）、リース資産の償却は、リース期間定額法（リース資産の取得価額をリース期間の月数で除した金額に当該事業年度におけるリース期間の月数を乗じて計算した金額を各事業年度の償却限度額とする方法）で行う（法人税法施行令四八条の二第二項第六号）。このため、リース料全額を損金算入することはできなくなり、早期償却Ⅱ租税の支払繰延効果が失われてしまった。

(5) 制度変更の影響

このような制度変更は、ユーザーの設備投資行動にどのような影響を与えたのであろうか。

(a) 契約金額等の変化

まず、一九九一年度の八兆八〇〇〇億円、一九九六年度の八兆二八六七億円あたりをピークとしていた取扱高は、二〇一〇年度には四兆五五三億円まで落ち込んだ（その後若干持ち直し、二〇一三年度には五兆二三九〇億円となっている）。また、民間設備投資額に対するリース比率は、最盛期の二〇〇二年度に一〇・二五%だったのが以後おおむね減少を続け、二〇一一年度は六・四八%であった（二〇一三年度は七・三%）⁽⁵⁾。

(b) ユーザーのインセンティブ

制度変更がユーザーの行動を変えたことは、ユーザーのインセンティブの変化によっても裏付けられている。リース会計税制変更に伴う所有権移転外ファイナンス・リースの利用意向の変化について二〇一〇年五月から六月にかけて行われた調査では、制度変更により、上場会社の二一・七%でファイナンス・リースの利用を減らしたと回答した（利用を中止した七・五%と合わせると、上場会社の三〇%近くがメリットの低下により設備投資の方法を変更している）⁽⁶⁾。未上場会社で利用を減らしたのは八・九%にすぎないが、未上場会社であっても、大会社についてみると、その二四・三%が利用を減らしたと回答している⁽⁷⁾。

上場会社でファイナンス・リースの利用意向に変化はないと回答したのが六一・四%にとどまるのに対し、未上場会社では、七八・六%が変化なしと回答している。未上場会社のうち大会社で変化なしとしたのは五九・五%だが、中小企業では八二・九%が変化なしと回答している⁽⁸⁾。

(c) これらの調査結果からは、制度変更が顧客の設備投資方法に変化を与えていることが明確に読み取れるが、その変化の程度には、企業規模により差があることもわかる。短期・少額の契約、中小企業が締結する契約について、

【表 ファイナンス・リース契約に関する法制審議会議論の経過】

第18回会議（H22.11.9）	第1読会（16）	検討事項（13）
第24回会議（H23.2.22）	論点整理（4）	中間論点整理たたき台（4）
第26回会議（H23.4.12）	論点整理（6）	中間論点整理案
	中間論点整理	新種の契約
第27回会議（H23.6.7）	ヒアリング	
第28回会議（H24.6.21）		
第29回会議（H24.6.28）		
第59回会議（H24.10.16）	第2読会（30）	論点の検討（40）
第68回会議（H25.2.5）	中間試案（5）	中間試案たたき台（5）
第71回会議（H25.2.26）	中間試案（8）	中間試案案
	中間試案	賃貸借に類似する契約
第79回会議（H25.10.29）	第3読会（6）	要綱案たたき第（4） 論点からはずれる
要綱仮案（H26.8.26決定）		

例外的に賃貸借的处理の継続が認められていることが、この差異をもたらしているものと推測される。

3 法制審議会における議論とファイナンス・リース

(1) 検討の経過

法制審議会においてファイナンス・リース契約が検討対象となった会議は【表】に示した通りである。以下、時系列的に議論の状況を概観する。

(a) 第一八回会議（平成三年一月九日開催）

法制審議会において、ファイナンス・リース契約が初めて議論の対象となったのは、第一八回会議^⑨であった。ここでは、「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（13）」（以下、「検討事項（13）」とする^⑩）をもとに、主として典型契約化の要否ないし可否について議論がなされた。「検討事項（13）」の基盤となったのは、民法（債権法）改正検討委員会の「債権法改正の基本方針」（以下、「基本方針」とする^⑪）である。「検

討事項(13)」では、新種の契約としてファイナンス・リース契約を典型契約化すること、および、典型契約化された場合の具体的規定が提案されている。⁽¹²⁾ その規定ぶりは、規定の配列等に若干の変更がある他は、ほぼ「基本方針」と同様であった。

(b) 第二四回会議(平成二十三年二月二日開催)

続く第二四回会議⁽¹³⁾では、「民法(債権関係)の関係に関する中間的な論点整理のたたき台(4)」⁽¹⁴⁾にもとづき、引き続き、典型契約化の要否とその具体的内容について議論がされた。

(c) 第二六回会議(平成二十三年四月二日)

第二六回会議は、当初三月二十九日に予定されていたが、三月一日の東日本大震災の発災により開催の見通しが立たなくなったことからいったん中止となった。四月一二日にあらためて開催された第二六回会議⁽¹⁵⁾においては、第一回目的のパブリック・コメントに付すための「民法(債権関係)の関係に関する中間的な論点整理案」⁽¹⁶⁾が検討・決定され、「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」(以下、「中間論点整理」とする)⁽¹⁷⁾としてパブリック・コメントの手続きに付された。

(d) 「中間論点整理」

「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」においては、ファイナンス・リース契約の典型契約化の要否について意見の対立があることが紹介され、「ファイナンス・リースを、新たな典型契約として規定することの要否や、仮に典型契約とする場合におけるその規定内容……について、更に検討してはどうか。」との文言のもと、ファイナンス・リースを新種の契約として検討対象にする提案がなされた。⁽¹⁸⁾

なお、この「中間論点整理」についてのパブリック・コメントの手続きに関して、大震災の発生から間もない時期に短い期間しか与えられないことについて、七つの単位弁護士会、司法書士連合会、「民法（債権法）改正を考える会」から、手続きの延期ないし凍結を求める声明等が出された。⁽¹⁹⁾ にもかかわらず、平成二十三年五月二〇日に、パブリック・コメントの実施期間が平成二十三年六月一日から同年八月一日までと決定された旨が公表された。

(e) ヒアリング

「中間論点整理」公表後の第二七回会議（平成二十三年六月七日開催⁽²⁰⁾）、第二八回会議（同年六月二一日開催⁽²¹⁾）、第二九回会議（同年六月二八日⁽²²⁾）に係団体からのヒアリングが行われた。第二七回会議に「京都消費者契約ネットワーク」が、第二八回会議に「公益社団法人リース事業協会」が、それぞれ出席し、参考人として意見を述べ、第二九回会議において、事務局が「日本自動車リース連合協議会」に対して行ったヒアリングの結果が紹介された。

(f) 第五九回会議（平成二十四年一〇月一六日開催）

「中間論点整理」に対するパブリック・コメント手続きがいまだ続いている平成二十三年七月二六日（第三〇回会議）から第二読会が開始されたが（パブリック・コメントの結果は、第三五回会議（平成二十三年十一月一五日開催）の席上で配布）、ファイナンス・リース契約について検討が行われたのは、第五九回会議⁽²³⁾においてである。検討の基盤となったのは、「民法（債権法）の改正に関する論点の検討（20）」⁽²⁴⁾で、ここでは、ファイナンス・リースを賃貸借に類似する契約として、賃貸借の特則として規定化する考えが示された。

(g) 第六八回会議（平成二十五年二月五日開催）

平成二十五年二月に開催された第六八回会議⁽²⁵⁾においては、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台

(4) (5)⁽²⁶⁾」をもとに議論が行われた。賃貸借の特則として位置づけられたファイナンス・リース契約には賃貸借契約の規定のうちの一定の規定の適用が除外されることが提案された。

この方向性に対しては、異論が強く、議論の内容は、これまでの典型契約化の要否から規定化の可否に転じた。

(h) 第七一回会議(平成二五年二月二六日開催)

第七一回会議⁽²⁷⁾においては、引き続き「民法(債権関係)の改正に関する中間試案(案)⁽²⁸⁾」の検討が行われた。

(i) 中間試案

第六八回、第七一回会議を経て公表された「民法(債権関係)の改正に関する中間試案⁽²⁹⁾」は、(f)に示したとおり、ファイナンス・リースを「賃貸借に類似する契約」として位置づけ、ファイナンス・リース契約には民法の賃貸借の規定のうち、第六〇六条第一項(賃貸人の修繕義務)、第六〇八条第一項(賃借人の費用償還請求権)、売主の瑕疵担保責任の規定が準用されないこと、他方で、リース会社がサプライヤーに対して有する売主の瑕疵担保責任にもとづく権利を取得することを示す各規定を、賃貸借の節に置くことを提案するものであった。

これについて、二度目のパブリック・コメントが実施されたが、よせられた意見のほとんどは、ファイナンス・リース契約の典型契約化は不要ないし不可であるとするものであった。⁽³⁰⁾

(j) 第七九回会議(平成二五年一〇月二九日開催)

第七九回会議⁽³¹⁾において、(i)でふれたファイナンス・リースの規定化およびその内容に関するパブリック・コメントの速報版が資料として提示され、また、「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(4)」(以下、「要綱案たたき台(4)」⁽³²⁾とする)において、ファイナンス・リース契約の規定化が提案されないことが明言された。「取り上げな

かった論点」⁽³²⁾として次のような記載がある。

すなわち、「パブリック・コメントの手續において、多くの反対意見が寄せられており、その理由としては、①主に事業者間で行われる取引である上、税制や会計制度の動向によって利用状況が左右される取引類型であり民法の典型契約とする必要がないこと、②実質的には金融取引であり賃貸借の規定を準用することが妥当でないこと、③ユーザーの保護に欠けることなど、様々なことが挙げられている。」「以上を踏まえ、これらの論点については取り上げないこととした。⁽³³⁾」

(k) 要綱仮案

ファイナンス・リースについては、以後この状況が維持され、平成二六年八月二六日に決定された要綱仮案においても、この問題についての項目は存在しない。

(2) 第一読会における議論

以下では、典型契約化の要否ないし可否についてどのような議論がなされ、それに応じて、提案がどう変化していったのかをみていきたい。この点についてもっとも詳細に議論がなされたのが、第一読会である第一八回会議であった。

最初の議論のたたき台となった「検討事項（13）⁽³⁴⁾」は、すでに述べたとおり、基本的に民法改正委員会の「基本方針⁽³⁵⁾」とほぼ同じ内容である。違いは、各論の条文の配列である。

(a) 典型契約のはたす機能

議論の出発点となる「検討事項（13）」は、典型契約を「法的な分析を行うための法概念を提供するとともに、標準的な契約内容を任意規定として提示することにより、当事者が契約交渉をする際の出発点になったり、当事者間で紛争が生じた場合の解決の基準を示したりする」などの重要な機能を果たすものと位置づける。このような機能を有する典型契約について、「民法制定以来の変化に対応するための総合的な見直しを行い、現在の一三類型で過不足がないかどうか、不足があるとするとな新たに設けるべき契約類型はどのようなものか等の検討をする必要がある」とする。³⁶

(b) 典型契約化の要件

「検討事項（13）」は、ある契約が典型契約とされる要件として、①現代社会における重要性と、②既存の単一の典型契約には解消できない独自性を有することを挙げる。³⁷ この見解に対して、会議においても賛意を示す見解もみられたが、審議の過程では、他の見解も示された。

まず、立場の互換性を重視する見解である。この見解をとる論者は、個人間の契約締結が想定できず、特定の事業者と締結される契約を規律するルールを民法に置く必要があるのかとの疑問を提示している。そしてそのようなものは業法等で規律すればよいのではないかとの見解も示されている。³⁸

これに対しては、たとえば一方当事者が事業者であったとしても、「従前の法理に十分還元できないもの」は民法の中に取り込んでおく必要があるのではないかとの見解も示された。³⁹

また、「現在の社会・経済の基本的な仕組みを把握するために必要な契約類型は、民法に定めておくべき」として、独自性があるものであれば規定をおいてよいとして検討事項の立場にたちつつ、⁽⁴⁰⁾それ以外にも社会的ニーズがあつて、「ある程度一般性を持つ契約類型」、「民法に規定するに足りる程度に確立している」についても、典型契約化して民法に規定をおいてもよいのではないかとする見解も示された。⁽⁴¹⁾

(c) ファイナンス・リースの典型契約化の要否ないし可否

それでは、ファイナンス・リース契約は、具体的にこれらの要件を満たすといえるのであろうか。審議の過程では、(ア)ファイナンス・リース契約の典型契約化を積極的にとらえようとする見解、(イ)典型契約化は不要、ないし、(ウ)いくつかの観点からかえつてのぞましくないとする見解、(エ)他の規定とセットであれば典型契約化をする意味はあるとする見解などがみられた。

(ア) 典型契約化を積極的にとらえようとする見解

積極的にとらえようとする見解にもいくつかの立場の違いが見られる。

まず、「検討事項 (13)」の立場と同様、ファイナンス・リース契約には、①社会的重要性、②契約としての独自性があり、典型契約化するべきであるとする見解である。⁽⁴²⁾ただし、このような重要制・独自性に対しては、ファイナンス・リース契約が利用される頻度が大きく減少していることを理由に、疑問も呈された。⁽⁴³⁾

また、消費者政策との関連で、①「社会実態に照らしてルールを明確化していく」こと自体はのぞましい、②「消

費者契約法の適用関係を明らかにする」点でメリットがあるとする見解もあつた。⁽⁴⁴⁾

さらに、一般的には立法事実はないとしながらも、今後、かりに廃棄物コストの負担等で取引のメリットが大きくなることがあれば、立法事実が発生する可能性はあるかもしれないとする発言もみられた。⁽⁴⁵⁾

また、倒産法の立場から典型契約化を積極的に評価する見解がある。この見解は、倒産法に特定の取引の取扱いについての明文規定をおくには、実体法の規定があるのがのぞましいとする⁽⁴⁶⁾（ただし、取引が減少するのであれば倒産の場面でも問題とはならないであろうが、とする）。ただし、この見解に対しては、第二四回会議において、ファイナンス・リース契約の法性決定に踏み込むことは、物権法的な側面に議論が及ぶ可能性につながり、部会の諮問範囲との関係に留意する必要があるのではないかとの指摘もなされた。⁽⁴⁷⁾

(イ) 消極論

これとは逆に、典型契約化は不必要であるとする見解が示された。これはおもに、リース事業者の立場から展開される見解である。すなわち、ファイナンス・リースは通常は事業者間取引であり、標準契約にもとづいて詳細な取り決めがなされており、あえて典型契約として規定する必要はないとする考え方である。⁽⁴⁸⁾

(ウ) 反対論

消極論にとどまらず、ファイナンス・リース契約の典型契約化に対して積極的に反対の立場を示す見解もあつた。

① 一般論として

税務・会計上の仕組みが前提となっている取引であるが、これらの仕組みが今後変わっていく場合に、民法の規定は対応しきれないとする見解や、⁽⁴⁹⁾外部の制度が変わった途端に使われなくなるような契約は、典型契約に相應しい普遍性や安定性を有すると言えるのかとの疑問を呈する見解も主張された。後者は、税務会計上の制度変更でインセンティブが失われたとたんに減少するようなものを典型契約化するのは「枯れ木を固定しようとするようで、大変不思議」であるとも述べる。⁽⁵⁰⁾

また、複合的なリース契約が増加し、取引形態が多様化していることに、「純化したファイナンス・リースについてだけの典型契約化で本当にうまく規律できるのか」疑問を呈する見解もあつた。⁽⁵¹⁾

こういった見解に対しては、ファイナンス・リースを細かく分類してその一部を規定するよりも、「もう少し一般的な規定を置くことが考えられる」とする。具体的には、「フルペイアウトに限らない、あるいは現在の会計、税務で規定されたものに限らない、もう少し抽象的なレベルで規定する」方法が提示されているが、⁽⁵²⁾果たしてそのような規定を置くことができるのか疑問である。

② リース事業者の立場から

定義規定との関連から、リースの対象が「物」に限定されていることの弊害を指摘する論者もあつた。ソフトウェアやシステムをリースの対象とする契約、メンテナンスを含んだリースが除外されることを理由に、取引の円滑化を妨げるのではないかと懸念が表明されている。⁽⁵³⁾

さらに、「ファイナンス・リース契約を賃貸借と異なる典型契約として位置付けることによって、現在わずかに認

められている中小企業向けの処理に影響が及ぶと、業界としての発展が困難になる」とする発言もあった。⁽⁵⁴⁾

③ 消費者保護の観点から

消費者リース、提携リースにおいて紛争が多発していることを念頭におき、消費者や零細事業者の保護の観点から典型契約化に反対する立場もある。

リース取引に関わる消費者トラブルが多発し、中途解約ができないことが紛争解決を困難にしているとの見解⁽⁵⁵⁾、消費者センターには小企業からの相談も多くあるが、事業者間の標準契約を規定化しても、小企業の被害は救済されない。現在は経産省通達で救済をはかうとしているが、より根本的な手当が必要であるとする発言⁽⁵⁶⁾とともに、消費者リースは、割賦販売法の抗弁の対抗規定の適用回避をねらう脱法行為であること、そもそも消費者は、税務会計上のメリットは享受できないこと等も述べられた。⁽⁵⁷⁾

なお、立法態度として、そもそも消費者・零細事業者の被害が多発していることへの目配りがないことが問題視されていることも紹介された。⁽⁵⁸⁾

(エ) 消費者保護、ユーザー保護のための規定をおくこととセットにして典型契約化を認める立場

ファイナンス・リースを典型契約化するにあたっては、ユーザーの権利、サプライヤーの責任を明記する必要性があり、また、ファイナンス・リース契約の典型契約化の問題とは別に、割賦販売法の適用回避を許さないような一般的な規定が必要であるとの見解⁽⁵⁹⁾が示された。

また、強行規定の被害者救済規定とセットでなければ典型契約化には反対であるとする立場もあった。すなわち、

真つ当な事業者関係役を純粹か抽象化する規定を消費者リース・提携リースに適用すると問題が発生するため、例外的に瑕疵修補請求、中途解約等ができる場合があることを典型契約の中に書き込む必要性があるとするものである。⁽⁶⁰⁾このような、被害者救済規定を民法の中に書き込む考え方は、ファイナンス・リース契約の典型契約化に積極的な姿勢を示す論者によつても言及されている。⁽⁶¹⁾

(オ) その他

このほか、ファイナンス・リース契約の典型契約化の要否・可否という二者択一の問題設定を離れ、賃貸借の法形式をとりつつ、支払われる金銭が物件使用の対価ではない取引は、他にもある(譲渡担保、所有権留保など)ことを理由に、こういったタイプの合意があることを正面から認めるような規定を置くべきかどうかという視点もあるとの見解も示された。⁽⁶²⁾

ただし、このような発想に立った場合には、倒産法の立場から典型契約化に積極的な意義を認める立場に対して言及された、諮問内容との抵触に留意することが必要であろう。

(3) 「中間論点整理」およびパブリック・コメント

「中間論点整理」では、第一読会の議論を紹介したうえで、ファイナンス・リース契約の典型契約化の要否と、典型契約化した場合の具体的な規定内容についてさらに検討してはどうかとの提案がなされた。⁽⁶³⁾

これに対しては、典型契約化不要論、慎重論が多く見られた。⁽⁶⁴⁾その根拠は、外在的要因により利用されてきた取引であり典型契約化が柔軟性を損なうおそれがあること、既存の典型契約と同程度の普遍性があるかどうかには疑問が

あること、他の典型契約との整合性がつくか疑問であること、当事者の立場に互換性がないこと、契約形態が多様で典型契約化になじまないこと、消費者リース等への悪影響が懸念されること、契約書の作成される事業者間取引であり典型契約の必要性がないこと、かりに典型契約化すれば実務に混乱を招くおそれがあること、消費者リースに関して生じる問題に対しては特別法・業法での手当のほうが実践的であること等であった。

なお、問いのたてかたが「検討してはどうか」であったことを受けて、「（典型契約化に積極的な見解はもたないが）検討すること自体は別段構わない」との意見がみられたことには留意しておく必要がある。

このほか、ソフトウェアやシステムのリースがあり、対象物件が有体物に限定するような規定の仕方に異論を呈する見解もみられた。また、審議会における議論と異なる点は、かりに規定を整備するとして、ファイナンス・リースの性質が金融取引であること、賃貸借とは異なることをふまえてこれにあたるべきであるとの見解が散見された点である。

(4) 第二読会における議論

(a) 「論点の検討（20）」の内容

第二読会では、リースの目的物にソフトウェア等を含むうる「財産」との文言を使用する可能性を示す修正を行うつつ、「賃貸借の側面を有する特殊な契約として、例えば民法の賃貸借の節に……規定を設けるという考え方」をどのように考えるか、また、具体的に、賃貸借の規定のうち、ファイナンス・リースの性質に反する規定（修繕義務、瑕疵担保責任）の準用を除外する規定や、リース会社がサプライヤーに対して有する瑕疵担保責任にもとづく権利を

ユーザーが取得する旨の規定を設けることをどのように考えるかとの提案がなされた。⁽⁶⁵⁾

賃貸借の特則的な規定の置き方にした根拠については、企業会計基準一三号の変更後も、リース資産に重要性がない場合（少額または短期間）またはユーザーが中小企業である場合は、ファイナンス・リース契約を賃貸借的に取扱うことができるとする例外的な措置にあるとの説明がなされている。⁽⁶⁶⁾ 民法上、賃貸借と異なる典型契約として位置づけられると、会計・税務上のこのような取扱いに影響を与えかねないとの指摘があるとしている。

また、消費者保護の観点からも、ファイナンス・リース契約を賃貸借と異なる典型契約として規定してしまうと、たとえば、悪質な事業者に対して中途解約を認めてユーザーを救済すべき事案にあつても、事業者が民法の規定を根拠に中途解約を認めないといったトラブルが生じうるとしている。

(b) 典型契約化の要否ないし可否

右の提案を前提にした典型契約化の要否ないし可否について述べられた見解は、ほぼ全部が否定的なものであった。五九回会議では、ファイナンス・リース以外にも多様な形態のあるリース契約のうち、ファイナンス・リース契約のみを典型契約化する明確な理由が必要であるとの発言がなされた。⁽⁶⁷⁾ また、賃貸借の特則としての規定について、ファイナンス・リースの多様性、倒産時のリース債権の帰趨、リース会社の物件「引渡義務」は実体と乖離しているという三つの理由から、業界からの反対があることが紹介された。⁽⁶⁸⁾

小口のリース契約との関連では、消費者保護の観点が欠落したまま賃貸借に類型づけると中小零細起業者の救済に結びつかないのではないかとの懸念が示された。⁽⁶⁹⁾

このように、否定的な見解ばかりが述べられたこともあり、そもそも、ファイナンス・リース契約を典型契約化して提案のような規定をおくことに、そもそも積極的に賛同する見解があるのかどうかとの発言もあった。⁷⁰ しかしながら、これに対して、賃貸借の特則としての位置づけについて、「賃貸借の規定がどこまで準用可能なものであるかを明らかにするという限度で規定を置いてはどうかという提案をしている」、新しい契約類型を打ち出す発想ではなく、既存の典型契約の規定の中で準用可能なものがどの辺りにあるのかを明らかにする限りでの位置づけである、裁判所による法形成の前提、契約類型認知の道具として位置づけることにより、法形成がされやすくなるという面もある、規定を「何も置かないということになると、……契約としての位置づけの作業を、正に無の状態から裁判所が毎回、毎回紛争の都度苦勞して繰り返すことにな」る等の説明がなされた。⁷¹

中間試案作成に向けた第六八回会議においても、このような形で規定を置くことへの反対は示されつつも、⁷² 中間試案の段階で完全に削除してしまうことには違和感が示され、反対意見も併記した上でパブリック・コメントに付す方向で議論が進んだ。

(5) 「中間試案」とパブリック・コメント

「中間試案」においては、右の「論点の検討(20)」と同じ内容の提案がなされ、これがパブリック・コメントの手続きに付された。

パブリック・コメント手続きでよせられた意見は、「規律を明確化するもので妥当である」としてわずかに賛同するものがあつた他は、規定そのものを設けないとする考え方が圧倒的多数を占めた。⁷³

(6) 「要綱案たたき台（４）」における論点からの除外

このような状況を受けて、第七九回会議の議論の基盤となった「要綱案たたき台（４）」において、ファイナンス・リース契約が論点から削除される旨が示された。

その理由は、「①主に事業者間で行われる取引である上、税制や会計制度の動向によって利用状況が左右される取引類型であり民法の典型契約とする必要がないこと、②実質的には金融取引であり賃貸借の規定を準用することが妥当でないこと、③ユーザーの保護に欠けることなど、さまざまなことが挙げられている」と説明されている。⁷⁴

これによって、ファイナンス・リース契約の典型契約化は、民法（債権法）改正の議論の対象とはされないことになった。

4 議論の検討

以上、概観してきたように、当初は、新たな契約類型として、具体的な当事者の権利義務を定めた規定とともに議論の対象とすることを提案されてきたファイナンス・リース契約であったが、最終的に典型契約化は見送られることとなった。以下では、この見送りという結論の当否と、この結論を決定づけた、言い方を変えれば、典型契約化の妨げとなった要因について検討してみたい。

今回の審議の過程でファイナンス・リース契約の典型契約化ないし規定化が見送られたことは適切であったと思われる。

まず、事業者間のファイナンス・リース契約は、リース事業協会の標準契約をもとにした、当事者の権利義務等が

詳細かつ明確に規定された契約書を使用して締結されている。したがって、当事者が特段の意思表示をしなかった場合に補充的に適用される典型契約を任意規定の集積と考えるのであれば、事業者間リースでは、典型契約が適用される場面はまずないことになる。したがって、事業者間リースを想定した場合には、典型契約化は不要であるということになる。

また、消費者リースを念頭においた場合には、典型契約化は不要であるというよりは、有害なものとなる。審議会の議論でもたびたび指摘されていたとおり、消費者はファイナンス・リース契約を締結しても、税務・会計上のメリットを享受することはない。たんに割賦販売法の抗弁の接続規定の適用回避としてファイナンス・リース契約が利用されているのが実情である。消費者契約法一〇条の不当条項規制は、民法その他の法律に規定される任意規定がひとつの目安となるが、消費者保護規定を伴わない典型契約化は、消費者や消費者的零細事業者がこれまで受けていた保護のレベルを低下させるおそれがある。したがって、今回のような形で典型契約化は見送られるべきであろう。

かりに典型契約化をするとして、今回のような賃貸借の特則としての位置づけは、学説や判例によって提示されてきた、ファイナンス・リース契約の信用供与的、金融的な側面を矮小化させることにつながる。典型契約化するのであれば、とくにユーザーの権利や利益（たとえば判例により確立した清算義務）等の、ファイナンス・リースの担保的側面についての規定が必置となる。同時に、このような規定を置くのであれば、所有権の所在が担保の機能を果たす各種の非典型担保、さらに当事者の約定と意思表示により担保的機能を実現する取引等との整合性についても配慮する必要がある、であるとする、債権法を対象とした改正の議論の範囲を超えることとなる。

以上の理由から、ファイナンス・リース契約の典型契約化が見送られたことは適切であったと考える。

なお、審議の過程を概観して、気になった点をいくつか指摘しておきたい。

ファイナンス・リース契約の典型契約化は、結局は立法事実の欠如が原因となって実現しなかったわけであるが、検討自体が不要であったわけではなからう。ファイナンス・リースを賃貸借的な側面と信用供与的な側面の両方を備えた取引として位置づけ、必要な規定を検討することには特に問題はないものと思われた。しかし、二点について問題があったと思われる。

ひとつは、リース業界のニーズに配慮しつつ規定を残すことにこだわるあまり、賃貸借の特則として規定を置こうとしたことである。賃貸借の特則として位置づける根拠が、リース会計基準の改正後もごく例外的に賃貸借的处理が認められていることであるとの説明は、まったく説得力をもたない。なぜ、原則的な売買処理ではなく例外的な賃貸借的处理に引きずられるのか、合理的な説明はできないであろう。

もう一点、賃貸借の特則として規定をおく理由として理解困難な部分がある。中途解約のできない、賃貸借とは異なる典型契約として規定すると、悪質な事業者との間で契約を締結した消費者の被害救済の支障となるとする点である。これは、賃貸借と位置づけるか、賃貸借的要素もあるがそれとは異なる契約類型として位置づけるかということとは無関係であろう。

おわりに

以上のように、ファイナンス・リース契約については、典型契約化は見送られることとなったが、審議の過程で、他の非典型担保取引との総合的検討という視点もみられた。ファイナンス・リース契約の性質について引き続き検討

することは、所有と賃貸の中間的形態をどのように法的に位置づけるかについて、有益な示唆を与えるものと思われる。この点については今後の課題としたい。

(1) リース契約の特徴については、安藤次男「リース取引の実態」私法三八号一八頁（一九七六年）、広中俊雄「リース契約の法的性質」私法三八号三四頁（一九七六年）、神崎克郎「リース」『現代契約法体系 第五卷』二六九頁（有斐閣、一九八四年）、加藤一郎「リース取引の特色」加藤一郎・椿寿夫編『リース取引法講座（上）』二頁（金融財政事情研究会、一九八七年）等を参照。

(2) 伊藤進「ファイナンス・リース契約の性質」『リース・貸借契約論』四頁（信山社、一九九六年）〔初出一九八七年〕。

(3) 伊藤・前掲注(2)九頁。

(4) 最判昭和五七年一〇月一九日民集三六卷一〇号二二三〇頁、最判平成七年四月一四日金法一四二五号六頁。

(5) 公益社団法人リース事業協会「リース統計（二〇一三年度）」<https://www.leasing.or.jp/press/toukei/14/04.PDF>（二〇一四年一〇月二日閲覧）。

(6) 『リース需要動向調査報告書』（リース事業協会、二〇一〇年）三三三頁。

(7) 前掲注(6)三三三頁。

(8) 前掲注(6)三三三頁。

(9) 『民法（債権関係）部会資料集第一集（第五卷）第一八回～第二〇回会議 議事録と部会資料』（商事法務、二〇一二年）三頁以下。

(10) 前掲注(9)二八三頁以下

(11) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針（別冊NBL一二六号）』（商事法務、二〇〇九年）頁。

(12) 前掲注(9)三二九頁以下。

(13) 『民法（債権関係）部会資料集第一集（第六卷）第二二回～第二六回会議 議事録と部会資料』（商事法務、二〇一二年）二〇九頁以下。

(14) 前掲注(13)五一頁以下。

(15) 前掲注(13)三三五頁以下。

(16) 前掲注(13)六六三頁以下。

(17) 『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務、二〇一一年）二〇九頁以下。

(18) 前掲注(17)四六八頁。

(19) この間の状況については、鈴木仁志『民法改正の真実―自壊する日本の法と社会』（講談社、二〇一三年）頁以下参照。

(20) 『民法（債権関係）部会資料集第二集（第一巻）第二七回～第二九回会議 議事録と部会資料』（商事法務、二〇一二年）三頁以下。

(21) 前掲注(20)六五頁以下。

(22) 前掲注(20)一三九頁以下。

(23) 『民法（債権関係）部会資料集第二集（第八巻）第五五回～第五九回会議 議事録と部会資料』（商事法務、二〇一四年）一三五頁以下。

(24) 前掲注(23)六二七頁以下。

(25) <http://www.moj.go.jp/content/000113298.pdf>（二〇一四年九月一〇日閲覧）。

(26) <http://www.moj.go.jp/content/000107196.pdf>（二〇一四年九月一〇日閲覧）。

(27) <http://www.moj.go.jp/content/000114937.pdf>（二〇一四年九月一〇日閲覧）。

(28) <http://www.moj.go.jp/content/000108218.pdf>（二〇一四年九月一〇日閲覧）。

(29) 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」<http://www.moj.go.jp/content/000112244.pdf>（二〇一四年九月一〇日閲覧）。

- (30) 『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要（各論）【速報版（六）】<http://www.moj.go.jp/content/000119884.pdf>（二〇一四年九月一〇日閲覧）。ファイナンス・リース契約に関するコメントは、九四頁以下。
- (31) <http://www.moj.go.jp/content/000119880.pdf>（二〇一四年九月一〇日閲覧）。
- (32) <http://www.moj.go.jp/content/000119882.pdf>（二〇一四年九月一〇日閲覧）。
- (33) 前掲注(32)六四頁、六五頁。
- (34) 前掲注(9)参照。
- (35) 前掲注(11)参照。
- (36) 前掲注(9)三二八頁。
- (37) 前掲注(9)三二九頁。
- (38) 前掲注(9)五四頁〔中井康之委員発言〕。
- (39) 前掲注(9)五三頁〔松本恒雄委員発言〕。
- (40) 前掲注(9)頁五五頁〔山本敬三委員発言〕。
- (41) 前掲注(9)頁五六頁〔山本発言〕、同六五頁〔潮見佳男幹事発言〕。
- (42) 前掲注(9)六二頁〔中田発言〕。
- (43) 前掲注(9)六四頁、六五頁〔鹿野菜穂子幹事発言〕。
- (44) 前掲注(9)五八頁〔加納克利関係官発言〕。
- (45) 前掲注(9)六一頁〔松本恒雄委員発言〕。
- (46) 前掲注(9)六一頁〔山本和彦幹事発言〕、六二頁〔中田発言〕。
- (47) 前掲注(9)二四七頁、二四八頁〔佐成実委員発言〕。
- (48) 前掲注(9)五九頁〔リース事業協会の意見を紹介する奈須野太関係官発言〕。
- (49) 前掲注(9)六〇頁〔奈須野発言〕。

- (50) 前掲注(9)六一頁、六三頁〔松本発言〕。
- (51) 前掲注(9)六六頁〔岡正晶委員発言〕。
- (52) 前掲注(9)六二頁〔中田発言〕。
- (53) 前掲注(9)五八頁〔大島博委員発言〕。
- (54) 前掲注(9)五九頁〔奈須野発言〕。
- (55) 前掲注(9)五八頁〔加納発言〕。
- (56) 前掲注(9)六〇頁、六一頁〔岡田発言〕。
- (57) 前掲注(9)六一頁〔松本発言〕。
- (58) 前掲注(9)六六頁〔岡発言〕。
- (59) 前掲注(9)六五頁〔鹿野発言〕。
- (60) 前掲注(9)六六頁、六九頁〔岡発言〕。
- (61) 前掲注(9)六二頁〔中田発言〕。
- (62) 前掲注(9)六六頁、六七頁〔道垣内弘人幹事発言〕。
- (63) 前掲注(17)四六八頁。
- (64) 『民法（債権関係）部会資料集第二集（第三卷（下））第三五回會議 議事録と部会資料』（商事法務、二〇一三年）九四九頁以下。
- (65) 前掲注(23)六四四頁。
- (66) 前掲注(23)頁六四五頁。
- (67) 前掲注(23)二八七頁〔大島発言〕。
- (68) 前掲注(23)二八七頁〔三浦聡関係官発言〕。
- (69) 前掲注(23)二九一頁、二九二頁〔高須発言〕。

- (70) 前掲注(23)二九二頁〔大村発言〕。
- (71) 前掲注(23)二九五頁〔内田貴委員発言〕。
- (72) 第六八回一四頁〔三浦発言〕 <http://www.moj.go.jp/content/000113298.pdf> (二〇一四年九月一〇日閲覧)。
- (73) 前掲注(30)参照。
- (74) 「要綱案たたき台(4)」六四頁、六五頁。 <http://www.moj.go.jp/content/000119882.pdf> (二〇一四年九月一〇日閲覧)。

産業廃棄物の不適正処理と行政代執行

——環境法と民法の交錯を中心に——

小賀野 晶 一

目次

- I はじめに
- II 前提としての問題
- III 行政代執行と私権との関係が問われる具体的問題
- IV 土地所有権、私的契約と環境配慮義務
- V まとめと展望

I はじめに

近年、わが国では産業廃棄物の不適正処理が横行し、国や地方公共団体はその後始末や未然防止の対応に追われてきた。産業廃棄物の不適正処理をはじめとする廃棄物問題に対して、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（一九七〇年。以下「廃掃法」という。）は改正を重ねることによって事業及び事業者に対する規制の強化等に努めてきたが、事業者による不祥事はなくならない。その理由として次の問題があるのではないだろうか。

第一は、規制する側の問題であり、規制方法としての法制度の運用、あるいは法の解釈及び適用に関わる問題である。第二は、規制を受ける側の問題である。不適正処理に関与した事業者のなかには自力では原状回復の作業をすることができない者や、なかには当初より原状回復の意図を有しないと思われる者さえいる。このような事業者に対して行政庁が措置命令を発出しても、結果として徒労に終わることも少なくない。以上の二点について、法制度のあり方及び法規範のあり方を明らかにすることが必要である。

産業廃棄物の不適正処理の状況をそのまま放置することは、周辺住民の生命・身体・健康や環境保全において問題がある。ここに行政執行の実効性を確保するという行政代執行の目的と必要性がある。問題は、行政庁が行政代執行を実施しようとするとき、あるいは行政代執行開始後において、対象となる事業者その他の関係者が有する財産権、その他の権利・利益（私権）との衝突が起り得ることである。ここに衝突とは、制度・規定の解釈・適用における理解の違いや、代執行に対する物理的な抵抗などがある。これをどのように調整すればよいか。ここでの法的問題は環境法（及び行政法）と民法が交錯しており、民法の制度の運用、関係規定の解釈論において環境問題の特徴を考慮

することが必要であろう。なお、ここに環境問題は広義に捉え、公害問題から地球環境問題までを含む。本稿ではこのような認識に基づき、産業廃棄物の不適正処理に係る行政代執行をとりあげ、原状回復に伴う法的問題を中心に検討する。なお、不法投棄は不適正処理の典型例ともいえる。本稿では不適正処理の概念を広義に捉え、不法投棄を含むものとする（Ⅱでとりあげるように環境省資料では、不法投棄は不適正処理とは別に整理されている）。

Ⅱ 前提としての問題

1 環境問題

前提問題の第一は、産業廃棄物に係る環境問題であり、前述したように不適正処理が横行し、問題が深刻であることを指摘しなければならない。なお、本稿では扱わないが、産業廃棄物に係る行政事件訴訟も起きている。

不適正処理の状況を環境省資料によって概観しよう。^①環境省は毎年度、産業廃棄物の不法投棄及び不適正処理（環境省資料では「不法投棄等」として整理する。）事案について、新たに判明した不法投棄等事案の状況、並びに年度末時点の不法投棄等事案の残存量等を調査し、公表している。平成二四年度に係る調査結果の概要は以下の通りである。

平成二四年度に不適正処理が行われたと都道府県から報告のあった不適正処理事案の件数は一二二件（前年度九九件）、不適正処理量は五・三万トン（前年度一三・〇万トン）であった。なお、平成二四年度より前から不適正処理が行われており今回初めて報告のあった事案を含めた件数は一七九件（前年度一八三件）、不適正処理量は一一・三万トン（同二〇・九万トン）であった。第二に、平成二四年度末における不法投棄等の残存件数として都道府県等から報告のあったものは二、五六七件（前年度二、六一〇件）、残存量の合計は一、七七七・三万トン（同、八六二・二万トン）であった。

以上、統計数値をみたが、解決しなければならない環境問題があること、必ずしも法規制が十分に実効性を上げているとはいえないことを確認することができる。

不法投棄等の原状回復については、都道府県等が実施する不法投棄等の残存事案に係る支障の除去等の措置として、次のように財政支援制度が設けられている。²⁾すなわち、まず、平成一〇年六月一六日以前に不法投棄等の行為のあった事案については、特定産業廃棄物に起因する支障の除去等に関する特別措置法（産廃特措法）に基づき、都道府県等が行う代執行に対して国からの補助等の支援が行われている（環境大臣が実施計画に同意した一八事案を対象）。なお、上記支援に関して、行政対応の状況、再発防止のための施策等について第三者による検証（行政対応検証）が行われ、検証結果は実施計画策定の基礎になるものとして参考にされた。次に、平成一〇年六月一七日以降に不法投棄等の行為のあった事案については、廃掃法一三条の一二以下に基づく産業廃棄物適正処理推進センター制度を創設し、産業廃棄物適正処理推進基金により、都道府県等の代執行費用の支援が行われている（平成二四年度末までに延べ七六事案を対象）。後者は経験に学んだ成果といえる。

不適正処理に係る行政代執行事案の原状回復は、これらの支援制度によって支えられている。

2 行政代執行と私権

前提問題の第二は、行政代執行の実施に伴う私権との調整問題である。行政代執行は行政上の強制執行手段として位置づけられ、法規制の実効性を確保するための要となるものである。行政代執行の実施にあたっては、行政代執行法あるいは廃掃法に基づく行政代執行制度の趣旨を考慮することが必要である。行政代執行と私権が衝突する場合に、

民法制度はどのように関与すべきかが問われる。

(1) 行政代執行法に基づく行政代執行

一般法である行政代執行法（一九四八年）によると、行政代執行は義務者が履行しない場合に、「他の手段によってはその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反する」と認められる場合に実施することができ、その費用を義務者から徴収（強制徴収）することができるという制度である（行政代執行法二条）。

行政代執行は、第三者によって代替可能な作為義務に係る命令違反について実施される。不作為義務や非代替的作為義務については、行為の性質上、行政代執行をすることはできない。

しばしば指摘されるように、行政代執行法における代執行の要件は厳格で使い勝手が悪い⁽³⁾ため、本法に基づく代執行は従来の実務ではほとんど活用されなかった。制度が利用されないことを吟味し、一般法としての規律が必要かどうかを含め本法に基づく行政代執行のあり方について制度論的検討をすることも必要であろう。

(2) 廃掃法に基づく行政代執行

廃掃法に基づく行政代執行（一九九七年の八に基づく措置）は、一九九七年廃掃法改正によって導入された。廃掃法は、廃棄物の処理基準等に違反して不適正な処理をした者に対して行政が支障の除去（原状回復）を命ずる（措置命令）必要がある場合について、①一九九七年の五命令、一九九七年の六命令の処分者等が「当該命令に係る期限までにその命令に係

る措置を講じないとき、講じても十分でないとき、又は講ずる見込みがないとき」、②一九条の五命令につき、行政が「過失がなくて当該支障の除去等の措置を命ずべき処分者等を確知することができないとき」、③一九条の五命令、一九条の六命令につき、「緊急に支障の除去等の措置を講ずる必要がある場合において、支障の除去等の措置を講ずべきことを命ずるいとまがないとき」に、行政庁は自ら支障の除去等の措置を講ずることができる⁽⁴⁾。

以上のように、廃掃法に基づく行政代執行の実体的要件は、行政代執行法のそれよりも広げられており、要件が充足し易くなっている。また、手続的にも、原則として戒告手続が不要であり（戒告は、義務の履行期限を明示してあらかじめ文書で行う。行政代執行法三条一項）、かつ代執行命令書の通知（代執行時期・執行責任者・費用概算を通知する。同条二項）が不要であることから（ただし、廃掃法上の代執行において相手方が確知できない場合は、公告が必要である。）、簡易代執行（略式代執行）と称される。

不適正処理に係る行政代執行の目的は、生活環境保全上の支障又は支障のおそれを除去するため、事業者に課した代替的作為義務を行政庁がその事業者に代わって実現することにある。ここに「生活環境」とは、環境基本法二条三項に規定する生活環境と同義であり、社会通念に従って一般的に理解される生活環境に加え、人の生活に密接な関係のある財産又は人の生活に密接な関係のある動植物若しくはその生育環境が含まれ、「生活環境の保全」には当然に人の健康の保護も含まれる⁽⁵⁾。

措置命令の内容は不適正処理の状況によって変わり得るが、いずれにせよ書面には事業者がなすべき措置の内容が記載される。例えば、廃棄物の飛散を防止するために必要な措置を講ずること、廃棄物の法面について廃棄物による崩落等の危険がない状態にするために必要な措置を講ずること、などがある。ちなみに、改善命令は、保管基準に適

合しない保管又は処理基準に適合しない産業廃棄物の収集、運搬若しくは処分が行われた場合に、再び違法な保管、収集、運搬又は処分が行われないようにするため、基準に適合するように保管、収集又は処分の方法の変更その他の措置を講ずるように命ずるものであり、本稿テーマである不適正処理について、生活環境保全上の支障が生じ、又はそのおそれがあるときは措置命令によるべきこととされている^⑥。

不適正処理に係る行政代執行は実際には、生活環境保全上の支障が生じるおそれを除去するために、地下水等の汚染防止対策、廃棄物崩落・飛散防止対策を行うものが多い。これらの対策は、代替可能な作為義務に関するものであり、廃棄物処理等に関する専門的技術を必要とする。また、この事業は高度の公益性を有すること、対策等に緊急性があること、概して長期、継続的な対策を講じなければならないことなどに特徴がある。これに対して、行政代執行法が予定している行政代執行の態様は通常、不法占拠された土地等の明渡しなど、一回から数回でその目的が達成できるものであり（このことは当該業務が容易であることを意味するものではない）、ここでの行政代執行と不適正処理に係る行政代執行とは問題の性質や状況がかなり違っている^⑦。

（３）調整の視点

不適正処理地の利用関係を踏まえて、代執行と財産権等の私権との衝突を適正に調整することが必要である。不適正処理地の権利関係等をみると、原因者が当該土地を自ら所有しているケースや、汚染原因者である事業者が複数の土地所有者との間で締結した土地賃貸借契約に基づいて使用しているケースがあり、また、事業者が破産又は倒産状態にあり、あるいは許可された業を稼働していないケースがある。なお、ここでの土地賃貸借は通常、建物所有を目

的とするものではないので、借地借家法の適用はない（借地借家法一条参照）。問題解明にあたり、対象地の権利関係等を踏まえ、土地所有権や土地賃借権の適正なあり方を求めることが必要である。Ⅲで検討するように、民法における財産権が問題となり、物権法と債権法の解釈論が問われる。

Ⅲ 行政代執行と私権との関係が問われる具体的問題

行政代執行は対象地における土地所有権等の私権と衝突することがあり得るが、これをどのように調整すべきか。近代法は土地所有権を含む所有権の絶対性の原則、契約自由の原則、過失責任の原則を保障したが、この問題については現代的土地所有権のあり方、さらに現代契約法のあり方を明かにすることが必要である。過失責任主義についても、現代不法行為法のあり方として検討課題になり得るが、本稿では割愛する。

以下の具体的問題1～7は、行政庁が行政代執行を実施するにあたり現実に起こり得る事例を想定したものである。民法の所有権制度、契約制度をとりあげ、制度のあり方や関係規定について検討する。主として扱う対象は、(1)自治体及管理する土地において産業廃棄物の不適正処理を行った者（不適正処理に関与した者も含む。）であり、行政代執行の対象となった事業者（以下「A社」という。）、及び(2)不適正処理地に関してA社と土地利用契約を締結している土地所有者（一人又は複数）である。行政代執行を実施する行政庁は都道府県等であるが、以下では「自治体」と称する。

1 行政代執行の対象地の管理（自治体）と土地利用及び妨害排除請求（土地所有者、賃借権者）

自治体が代執行の対象地を管理していること（管理しようとすること）に対して、土地所有者が当該土地を利用し、

あるいは妨害排除請求（妨害予防請求権）をすることがあり得るが、どのように考えればよいか。対象地について土地賃貸借契約が締結されている場合には、代執行に対する土地賃借人による妨害排除・妨害予防請求も問題になる（賃借権は民法では債権に位置付けられるが、土地賃貸借権は物権化しており、本テーマについて物権的権利として捉えることができるかどうかは論点になり得る）。この問題は以下、具体的問題2～7の基礎となる。行政代執行の実施に関して自治体が不適正処理地を管理していることについて、代執行と私権との関係をどのように考えるかが問われている。不適正処理に係る行政代執行の目的を明確にし、当該管理行為等がその目的の範囲内にあるか、土地利用に対する制限が合理的かどうかについて、物権の一つである土地所有権のあり方を明らかにすることが望まれる。ここでは土地賃借権は土地所有権に準じて考えることができる。

物権は物を直接、排他的に支配する権利であるところ、そこでの支配が妨害され、あるいは奪取されると物権の効果として妨害排除、妨害予防、奪取の回復（返還請求等）が認められるのである（占有権については占有の訴え（占有訴権）に関する民法一九七条～二〇二条の明示規定が置かれている）。土地所有者は当該土地を自由に使用、収益、処分することができる（民法二〇六条）が、公共の福祉に反する場合にはそれらの全部又は一部が制限される。行政代執行に対する妨害排除請求は物権的請求権の一つとして、所有権又は占有権に基づく。確かに、近代法原則である所有権の絶対性がそのまま通用する場合には、妨害排除の主張を受け容れる余地もある。しかし今日、所有権絶対の原則は修正され、私権に対する制限、すなわち私権制限は普通に行われており、私権制限を行う多くの立法が制定されている。また、公益のために土地所有権の機能は縮減されなければならないとする考え方が有力である。不適正処理に係る行政代執行は、住民の生命、身体、健康の維持に密接に関連し高度の公益性を有することから、その目的の範囲内では

土地所有權に優先すると考えるべきである。換言すれば、物權的請求權は物權の享受が適正なものであることを前提にしている。代執行が適切に実施されている場合にはかかる妨害排除請求は合理的根拠がないと考えるべきであろう(物權的請求權の性質・内容につき行為請求權説、忍容請求權説、責任説等のいずれによっても結論は変わらない)。

以上をまとめると、土地所有權に基づく妨害排除請求權については、妨害排除請求の要件を充たさないか、權利濫用(民法一条三項)となるであろう(宇奈月温泉事件大審院昭和一〇年一〇月五日判決民集一四卷一九六五頁参照)。また、行政代執行を実施する場合において、土地所有者から施設(覆土、揚水井戸、擁壁)の設置を阻止され、あるいはその撤去を求められた場合、代執行という公益上の理由からこれを拒否できる。

權利・義務に関する規範論について補足すると、右の場合に土地所有權が制限されることがあっても、土地所有者は当然に受忍しなければならないと考えるべきである。このような土地所有權の制限・土地所有者の受忍義務は、理論的には土地所有權に内在するものと捉えることができる⁽⁸⁾。そして、本テーマについては、土地所有權に内在する義務として環境配慮義務の存在を確認しなければならない(環境配慮義務についてはIVでとりあげる)。

なお、不適正処理地の土地所有者の土地利用制限はいつまでかが問題になるが、行政代執行の期間の問題として後に検討する(具体的問題5)。

2 土地所有者に対する私權制限による補償の要否(損失補償を中心に)

行政代執行において、安全上の理由や支障の再発防止等を理由に、土地所有者の所有地利用を制限することがあり得る。そこで、財産權の制限を受ける土地所有者に対して、憲法二九条三項の規定による正当な補償が必要か。これ

は損失補償の問題である。

憲法二九条三項は「私有財産は公共のために用いることができる」とし、この場合に、正当な補償をなすべきであるとする。⁽⁹⁾これは適法行為による損失について、損失補償を認めるものである。ここに「公共のために」は広く、「公共の利益のために」と解されている。ちなみに、公共と公益のそれぞれの概念は必ずしも同義に使用されていないが、公共の利益は公益と捉えることができるであろう。憲法二九条三項の補償の要否に関して、伝統的には、消極目的・警察目的による規制（消極規制・警察制限）については、財産権者により受忍すべきものとされ、補償は不要と解されてきた（他方、積極規制・公用制限については補償が必要であると解される）。近時は、より複雑な事案も出現してきたこともあって伝統的二元論では新しい事案に対応することが困難である。行政法学では特別の犠牲を課したかどうかを個別具体的に検討する見解も有力であり（特別の犠牲基準説）、補償の基準として特定の人が特別の財産的制限を受けるという著しい損失を蒙るかどうかが判断要素とする（他方、一般の人が広く受ける制限については、補償は不要である）。いずれの考え方によっても、不適正処理に係る行政代執行は土地の正常な使用・収益・処分を制限するものではなく、土地を奪うものでもない。また、当該土地は汚染を伴っていることもあり、代執行が実施されなければ土地の通常の使用をすることができないものである。当該土地の放置は周辺住民等との紛争の原因にもなる。これらを考慮すると、原則として補償は不要と解すべきであろう。

3 A社が設置した工作物の所有権の帰属、管理責任及び撤去責任

(1) 責任論の考え方

工作物に係る民事責任を検討する場合、当該事案において工作物を誰が支配していたかが重要であり、工作物の所有権の帰属が基本になる。ここに民事責任は物権に関する責任と債権に関する責任がある。物権的請求権に係るものは前者、損害賠償請求権に係るものは後者である。

自治体による代執行の着手前に、廃棄物処理等に関してA社が設置した工作物があれば、当該工作物の所有権は原則としてA社に帰属し、A社は工作物の所有権者あるいは占有権者として管理責任を負担するほか(以下(2)参照)、撤去責任を負担する(以下(3)参照)。事案によっては、管理責任・撤去責任の根拠を契約(土地賃貸借契約)に求めることもできるであろう。なお、理論的には、当該工作物が土地に付合(附合とも表記される)すれば、工作物の所有権は土地所有者に帰属し、当該工作物に起因する損害が発生した場合には土地所有者の責任になり得る(A社と共同不法行為責任(民法七一九条)が成立する可能性もある)。自治体が設置した工作物に係る責任関係、及び主としてそこで問題になり得る付合については、以下具体的問題4で検討する。

(2) 工作物の管理責任について

A社が設置した工作物に関して、A社から自治体に提出された産業廃棄物処理施設設置届出書等に工作物が記載されている場合、当該工作物の管理責任は廃掃法上の維持管理義務を負うA社が負担する(廃掃法一五条の二の三)。

ところで、自治体は、代執行の目的の範囲内においてA社が設置した工作物の使用権限を有し、工作物を使用する

ことができる。代執行期間中、自治体が代執行としてこれらの工作物を使用していた場合、その管理責任はどうか。第一に、自治体は国家賠償法二条に基づく営造物責任を負うかが問題になる。営造物責任における「公の営造物」とは、国又は公共団体により直接に公の目的のために供用されている有体物（いわゆる公物概念と同義）をいい、国又は公共団体の管理する有体物であっても公の目的に供用されていない物、例えば普通財産（国有財産法三条三項、地方自治法三三八条三項参照）は原則として公の営造物ではない。自治体が代執行において設置した工作物は、当該不適正処理地における対策として用いるものであり、例えば道路が公の目的に供用され不特定多数の者が利用できる物であることと基本的に異なるものといえる。当該工作物は公益に資するものであるが、公の目的に供用されていると解することにはやや無理がある。

第二に、民法の土地工作物責任（七一七条）はどうか。工作物は土地に接着して人工的に作られた設備ということができ、民法七一七条にいう「土地の工作物」に該当する。自治体が当該工作物を使用している場合、自治体は工作物を事実上支配し、占有している。自治体の占有は所有の意思（自己のためにする意思）がないので、自主占有ではなく、他主占有となる（そのため例えば自治体による時効取得はあり得ない）。A社は当該工作物の所有者として占有権を失っており、事実上の占有についてみると、自治体とA社は重層的な占有関係を有する。かかる場合に、当該工作物に起因して損害が発生した場合、工作物の所有者あるいは占有者の土地工作物責任が生じる。結果に対する関与の度合いによつては、A社とともに自治体に共同不法行為責任（民法七一九条）が生じる可能性がある。A社の行為と自治体の行為に共同不法行為責任の要件である関連共同性が認められるかどうかが要点となる。

第三に、仮に当該事故について自治体の公務員に違法行為が認められれば、国家賠償法一条に基づく自治体の責任

が問題になり得る。すなわち、自治体の職員が故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、自治体（法文上は国又は公共団体）はこれによる損害について賠償責任を負わなければならない（国家賠償法一条一項）。国家賠償法に基づく国又は公共団体の責任の構造は、立法の経緯等を考慮して公務員の不法行為についての代位責任であると捉えられており、公務員は被害者から責任を追及される立場にない（内部的には、当該公務員に故意又は重過失があったときは国又は公共団体はその公務員に対して求償権を有する。同二項）。なお、学説のなかには自己責任説（今村成和説）もあり、藤田説が共感する¹⁰。国家賠償法一条に関して公務員に要求されるべき規範を徹底するために、公務員の責任のあり方を立法論として検討することも有用である。

（3）工作物の撤去責任について

代執行において自治体がA社の設置した工作物を使用していた場合には、代執行が終了したと認められる時に自治体はその使用権限を喪失し、当該工作物の使用権限を含む支配は当然に自治体からA社に移転する。このように考えると、代執行終了後は当該工作物の撤去責任はA社にある。換言すれば、A社は当該工作物について土地所有者からの妨害排除請求に応じなければならない。

A社が当初、土地所有者と土地賃貸借契約を締結して当該土地において事業を行っていたが、不適正処理の問題が発覚した後も契約が継続していた場合には、賃借地返還の際に工作物を撤去する等の原状回復義務がある。（賃借人は付属させたものを収去する義務を負うことにつき、大判明治四四年三月三日民録一七輯七九頁参照）。なお、賃貸借終了時における借主の借用物返還義務を定めた民法六一六条・五九七条の規定を参考にすることができる。

以上について、仮にA社が既に倒産状態にあり、土地賃貸借契約についても解除されているか又は賃料の支払いが滞っている場合には、土地所有者は契約を解除することができる。かかる状況において、自治体がA社の設置した工作物を使用して代執行を行い、代執行が終了した場合、自治体は当該工作物を撤去する責任はないか。また、A社が倒産状態にあり工作物の撤去が困難であることが認められる場合、最終的には土地所有者に工作物を撤去する責任があると考えてよいかが問題になり得る。

理論的には前述のように、自治体の当該工作物に対する支配は不適正処理に対する代執行の終了とともに当然に、工作物の設置者に移転し、撤去責任は第一次的にはA社が負担すべきである。したがって、その後に、仮に工作物に起因する損害が発生した場合には、土地工作物責任（民法七一七条）が問題になり得る。上記問いについては、A社は占有者として、土地所有者は所有者として、それぞれ損害賠償責任を負担しなければならないと考える。

4 行政代執行により自治体が設置した工作物の所有権の帰属、管理責任及び撤去責任

（1）工作物の所有権について

① 覆土の所有権

ここでの検討の順序として初めに、覆土の所有権の帰属について検討する。自治体が代執行により不適正処理地に覆土（例えば、厚さ五〇センチメートル）をした場合に、これを工作物と看做してよいか。覆土とは、廃棄物の飛散や雨水の地下浸透を排除するために廃棄物の表面を覆う土のことをいう。覆土は不適正処理地の原状回復に有用な方法の一つである。覆土は不適正処理に係る行政代執行の目的を実現するために設置された工作物といえる。そして、当

該覆土はそのようなものとして、物理的、機能的に対象地及び周辺住民の安全のために不可欠であり、土地と一体となつていと評価される。したがって、当該覆土は土地に付合し、その所有権は土地所有者が原始的に取得する。付合した動産（本例では覆土）の所有権は消滅するため、当該動産の所有者はこれを取得した不動産所有者に対して、償金を請求することができる。付合の場合、法律上の原因はあるが、当事者間の衡平を図るため不当利得法理（民法七〇三条、七〇四条）によつて処理されるのである（民法二四八条）。

付合について補足しよう。¹¹ 民法は所有権取得の原因として添付（添附とも表記される）の制度を導入し、付合、混和、加工の三つの態様を認める。添付は所有権の帰属を決し、その物に対する支配が誰に及ぶかを確定する重要な制度であり、添付の規定は強行規定とされている。

行政代執行で問題になるのは不動産の付合であり、動産である工作物の所有権の帰趨が問題になる。民法は、不動産の所有者は、その不動産に従として付合した物の所有権を取得する。ただし、権原によつてその物を附属させた他人の権利を妨げないと定めている（二四二条）。付合により、それまで独立して所有権の対象となつていた物が不動産に付着したためにその独立性を失い、付合した物が不動産と一体となる。不動産の付合では、付合する物は動産に限られる（通説）。

付合が認められるのは、結合した物を分離することが社会経済上不利益（経済的損失）になるからである（通説）。この考え方は、当該不動産に付合する動産が有する機能（物理的不能・構造的不能）という観点から補足することができる。学説には、取引上あるいは利用上の観点から、取引通念上の独立性の有無（取引的不能・利用的不能）を掲げるものもある。土地への付合は、通常は、土盛りされた他人の土砂などが典型例とされ、実務上は土に蒔かれた種子、

植栽された樹木等の植物、土地・建物に据え付けられた石垣、建物に施設された水道管などが挙げられる。これらの物はいずれも当該不動産（土地又は建物）と一体となることによってその機能を発揮するものであり、いずれも当該不動産の構成部分となっており、土地又は建物に付合する。付合が認められた上記事例を参考にすると、覆土もここに位置づけることができる。これに対して、例えば庭（土地）に配置される庭石、石灯籠、仮植中の樹木などは、それぞれ独立の物であり、土地に付合することではなく、主物たる土地の従物に該当する。なお、母屋と茶室も主物・従物の例である。従物は、付合物と異なり、その所有権は消滅しない。付合物は、抵当権の効力の及ぶ範囲である付加物（三七〇条）とは類似するが異なる概念である。

民法二四二条ただし書の権原としては、地上権、永小作権、土地賃借権、その他の契約に基づく権原が考えられるが、いずれも私権（財産権）であり、私的な利用権原を前提にしている。他方、不適正処理に係る行政代執行は自治体が廃掃法に基づいて実施されており、行政法上の権原に基づく。行政法上の権原も広義の権原に属するが、民法二四二条ただし書の権原といえるかどうかは一つの問題である。付合は私的な権利関係を調整する制度であることを考慮すると、不適正処理に係る行政代執行については民法二四二条のただし書の権原と捉えず、本文が適用されるべきである。

② 工作物の所有権

自治体が代執行により不適正処理地に設置した工作物（代執行の目的を達成するために設置された擁壁、揚水井戸等）の所有権は自治体にあるか、それとも土地所有者にあるか。

当該工作物も覆土と同様、当該土地に設置されることによってその機能を發揮することができるものであり、例えば前述した石垣と同様に考えることができる。当該工作物は土地と一体となっており、土地からの物理的独立性を認めることができないから、土地（主物）の従物に当たらない。以上の見解に対しては、工作物を建物等の構造物と同視し、石垣と同視することはできないとして、工作物の所有権は設置者にあるとの解釈もあり得る。しかし、当該工作物の物理的独立性の有無は、その機能と一体的に捉えられるべきであると考えたと、当該工作物が生活環境保全に資するのであれば付合により工作物の所有権は土地所有権に吸収されることになる。なお、工作物が完成途上にある場合には代執行を行っている自治体にその「物」の支配があるといえるであろう。この場合の当該「物」の所有権の帰属は、自治体と土地所有者間の問題ではなく、請負契約の当事者である自治体と請負業者との間の問題となり、民法の請負契約における議論が参考になる。

以上のように、工作物の付合に関する解釈論は分かれ得る。以下③～⑤では本稿とは別の考え方に立ち、工作物の所有権が自治体にあることを前提にし、そこでの問題の所在を検討する。以下の検討から窺えるように、工作物が土地に付合せず一時的にせよ自治体に所有権が帰属するとの構成をとると、その後の問題処理がより複雑になる。民法の解釈論も分かれ得るが、解釈論の視点として前述した土地所有権に内在する環境配慮義務、さらには契約当事者に求められるべき環境配慮義務を明らかにすることが必要である。環境配慮義務を重視すると、当該工作物が果たしている生活環境保全機能を考慮することになる。

以上、自治体が代執行により新たに設置した工作物の所有権が自治体に帰属するか、それとも土地所有者に帰属するかは、自治体の責任の有無及び範囲に関わってくる。そこで、政策的あるいは予防法学的には、問題となるそれぞ

れの事案の特徴を考慮し、当該工作物が土地に付合することが望ましいと考えられる場合には機能的、物理的に土地と一体となるように設計、施工することが望まれる。

③（工作物の所有権が自治体にあることを前提に）工作物のA社への移転

自治体が設置した工作物の所有権が自治体に帰属すると認められる場合に、その所有権がA社に移転するのはどのような場合か。所有権が移転するために何らかの手続が必要か。

一般に、売買における所有権の移転は、原則として売買契約の合意が成立した時に移転する。これを動産についてみると、原則として合意の時に所有権は移転するが、例えば（動産の対抗要件である）引渡し時に移転するとの特約があればそれによる（不動産取引実務では登記完了時あるいは代金支払時に所有権が移転する旨の特約がなされることが多い）。

上記問いについても、所有権が移転するためには自治体とA社の間で所有権移転を目的とする何らかの合意が必要である。この点、付合のような原始取得では合意は不要である。承継取得、すなわち売買、その他の財産権移転を目的とする契約による場合には、当事者の意思が問われる。この場合、A社は汚染原因者であり、汚染に係る原状回復の第一次的責任を負うべき者として、当該工作物を取得すべき義務を負っていると解し、当該工作物が不適正処理地の原状回復のために一定の役割を果たしている場合にはA社はその取得を拒否することは許されないと解したい。その根拠として、取引に要求される信義則（民法一条二項）を挙げることができる。実質的には、工作物の有する生活環境保全機能を考慮し、環境配慮義務の一環としてA社に対し取得義務を求めることができまいだろうか。当事者の意思ということでは、これを主観的にではなく、客観的に認定することになる。もつとも、A社に工作物取得義務

を認めるという考え方については、伝統的な民法解釈論からは異論のあり得るところである。

④ (工作物の所有権が自治体にあることを前提に) 工作物の土地所有者への移転

自治体が設置した工作物の所有権が土地所有者に移転するのは、どのような場合か。所有権移転にはどのような手続が必要か。

汚染原因者はA社であり土地所有者ではないが、土地所有者は汚染された土地・土壌の現在の所有権者として汚染を除去すべき立場にあるということができ、当該工作物を取得すべき義務を有するといえないであろうか。¹² 繰り返し述べるように、土地所有権に内在する環境配慮義務の存在を明確にすべきである。土地賃貸借契約の一方当事者が汚染原因者であるA社であるということも、取得義務の根拠になり得る。土地所有者には契約当事者として環境配慮義務を負っていると解したい。ちなみに、土地所有者が工作物の引き取りを拒否しその間に損害が発生した場合には、土地所有者として、さらに土地賃借人であるA社の不適正処理に(契約当事者として)関係した者として、土地所有者はA社とともに責任(共同不法行為責任)を負うべき対象になり得る。

⑤ (工作物の所有権が自治体にあることを前提に) その工作物が付合した場合

自治体が設置した工作物が土地の付合物であれば、土地所有者が原始的に当該工作物の所有権を取得する。原始取得であるため法律上は、工作物の引渡しのお知らせなど所有権取得のための手続をすることは不要である。

(2) 工作物の管理責任について

当該工作物の管理責任の有無は原則として、工作物の所有権の帰属によって決せられる(1) 参照)。ただし、自治体が代執行として当該工作物を使用していた場合、当該使用に伴う管理責任は自治体が負うべきであろう。

運用上は、自治体は代執行が終了した場合にはその旨をA社に通知する等により、A社が代執行の終了及び管理責任の負担を了知できるようにすることが望まれる。

(3) 工作物の撤去責任について

当該工作物の撤去責任の有無は原則として、当該工作物の所有権の帰属によって決せられる(1) 参照)。例えば、A社が当初、土地所有者と土地賃貸借契約を締結して当該土地において事業を行っていたが、その後倒産状態となり、契約が解除されているか賃料の支払が滞っている場合には、土地所有者は賃貸借契約を解除することができる。この場合、自治体が設置した工作物について、その所有権がA社又は土地所有者に移転していない場合には撤去責任は誰にあるかが問題になる。

自治体のとるべき対応を考えると、工作物の撤去責任は工作物の管理責任の一環又はその延長で捉えることができる。前述のように、自治体が当該工作物を使用している場合には、使用(あるいは占有)に伴う責任が生じ得る。そして、当該工作物が生活環境保全に有用と認められる場合には、自治体はこれを撤去する必要はないし、撤去すべきでない。これに対して、工作物が生活環境保全に無用と認められる場合には、自治体はこれを撤去すべきである。ただし、工作物の撤去が土地所有権に対する制限を伴う場合に、代替方法が可能であればそれが優先されるべきである。

う。自治体が当該工作物を撤去しあるいは代替方法を用いた場合には、代執行費用としてそこで要した費用を義務者（A社又は土地所有者）に請求することができる。

5 行政代執行の期間

不適正処理に係る行政代執行がいつ終了するか。終期が明示されている場合には、形式的には当該終期が終了時期となるが、実質的にはそれぞれの事案の性質や状況、代執行の目的、代執行に係る技術的手法等を考慮して判断されるべきである。代執行は必ずしも措置命令の内容をそのまま実施するものではないため、措置命令の内容が直ちに代執行期間の判断の資料になるものではない。措置命令が発出された事案において代執行をどのように実施するかは、不適正処理された産業廃棄物の種類、数量、これに起因する生活環境の保全上の支障の程度、その発生の危険性等の客観的事情を総合考慮して決定される¹³⁾。

代執行の目的が不法占拠者の排除などのように、その方法や内容が明確な場合には、それに要する期間も明確になる。他方、不適正処理に係る代執行の期間については、どの時点で終期とするかを明確にし難い場合もあるが、周辺住民の生活環境への影響を考慮し、必要かつ相当な期間（合理的期間）が終期となろう。代執行が長期に及ぶ場合には、その間も代執行費用が必要になる。住民の生活の安全・安心を確保するという代執行の意義・目的を考慮すると、ここで費用便益の視点を持ち出すことは適切でない。問われるべきは、代執行の必要性・相当性と代執行期間の合理性である。

代執行の期間を、不適正処理地の土地利用・妨害排除請求の問題（具体的問題1）に即して述べると、土地利用の

制限は代執行により生活環境保全上の支障の除去が完了するまでと考える。不適正処理に係る行政代執行が行われている間に土地所有者による土地利用が行われると、代執行の遂行に支障が生じ、あるいは不測の事態が生じる可能性がある。そこで自治体は代執行が行われている間は原則として、土地所有者の土地利用を制限することができるとすべきである。これは代執行が有する公益上の理由に基づくものである。ここでいう「不測の事態が生じる可能性」は、社会通念上、その土地利用によって、当該生活環境保全上の支障が生じる可能性があると一般的に認識できる程度のものでよい。代執行が有する公益性を考慮すると、「不測の事態が生じる可能性」は住民の生命・身体・健康、財産に及ぶ損害発生の可能性を考慮して広く解すべきである。

代執行の期間経過後は、土地所有者は土地の所有者として当然に果たすべき責任や負担を引き受けなければならぬ。住民の生命、身体、健康への安全が確保され、生活環境保全において土地所有者として通常期待されるべき行為等が要求される段階を目安にして、それ以降についてはもはや自治体の守備範囲ではなく、土地所有者の守備範囲になるべきである。

6 行政代執行による土地の価値増加と事務管理、不当利得、先取特権

(1) 行政代執行による廃棄物の撤去や覆土の設置による利益(例、土地の価値の増加)は、どのような利益と捉えることができるか。

代執行の実施によって対象地の汚染が除去され、安全性が回復すると、その利用可能性も回復し、あるいは利用可能性が広がることが考えられる。これによって、土地の財産的価値の上昇が予想されるが、かかる価値上昇分に相当

する利益は対象地の土地所有者らの利益として評価することができる。かかる利益をどのように捉え、配分するかについては、廃掃法や行政代執行法に特に規定がなく、以下のように民法の制度・規定を参考にすることができる。

ここでの債権関係としてまず、民法の事務管理の制度(民法六九七条以下)はどうか。事務管理では、管理者が支出した有益費用の償還請求権が認められるが(同七〇二条)、利益の償還(返還)請求が認められるかどうかは議論が分かれる。不適正処理に係る行政代執行は、法律上の権限に基づくものであり、「義務なく」他人のためにその事務処理を行うという民法の事務管理とは事情が異なる。もともと、事務管理の趣旨は一定の事務の管理が行われた場合の管理費用等に関する民事的处理を行うことにありと捉えれば、事務上の管理が行われ有益費用が支出されている場合には、民法の事務管理の規定を類推適用し、あるいは参考にして、有益費用の償還請求を認めることは可能であろう(「自己のためにする事務管理」に係る準事務管理論における議論も参考になる)。

次に、不当利得の制度(民法七〇三条以下)はどうか。行政代執行は住民のために実施される業務であるが、これによつて土地所有者個人に生じた利益を民・民間の問題として捉え、利益を得た住民はこれを自治体に還元すべきではないかという問題である。民法の不当利得の成立要件は、他人の財産又は労務によつて利益を受けたこと、他人に損失を与えたこと、受益と損失との間に因果関係があること、受益に法律の原因がないことである。不当利得の効果は、「給付したもの」の現物返還が原則である、現物返還が不能な場合は、金銭による返還(価格返還)になる。労務や物の使用も後者になる。利得返還の範囲は、善意の受益者は現存利益(民法七〇三条)、悪意の受益者は損失額の全部填補(同七〇四条)である。廃掃法に基づく行政代執行が実施されている場合には、不当利得の要件である法律の原因がないと直ちにいうことはできない。また、行政代執行は行政法の手続として行われるものであり、不当利得が対象

とする利益と損失との調整に関する民・民のレベルの問題とは別の問題といえる。しかし、代執行の対象地は、不適正処理に係る行政代執行が実施されなければ何らの使用をすることもできないか、使用価値が低いものであった。そこで、一方、客観的にみると土地所有者に受益が認められ、他方、公金の投入は損失（別に用いることができた財源の喪失）が認められるとして、民法七〇二条以下を参考に不当利得的処理を行うことは合理的であろう。

（２）（１）の場合に物権関係として、担保法の問題も生じ得る。自治体は、土地の保存行為について費用を要しており、不動産の保存について利益を得る者がいた場合、Ａ社・土地所有者（自治体と土地所有者の間に、直接、債権債務の関係はない）に対して、民法三二六条に基づく不動産保存の先取特権が生じていると考えてよい。

不適正処理に係る行政代執行によって土地の価値が上昇して土地所有者に利益が生じた場合、不動産保存に要した費用につき自治体の土地所有者に対する償還請求権（債権）が発生する。自治体は、かかる償還請求権について当該土地に係る不動産保存の先取特権を有する（民法三二六条）。

不動産保存の先取特権の手続によれば、自治体は、不動産保存行為が完了した後、直ちに登記をしなければならぬ（民法三三七条）。登記をすると、抵当権に優先する（民法三三九条）。なお、解釈問題として、学説上、この登記が効力要件か対抗要件かという問題があるが、不動産登記の対抗要件主義を採用する日本物権法の考え方に従い、対抗要件と解されている（通説）。ただし、民法三三七条の「効力を保存する」の文言を重視し、効力要件と解する見解も有力である。いずれの見解によっても結論に実質的違いは生じない。¹⁴

(3) 先取特権を根拠にした土地利用の制限

自治体は、不動産保存の先取特権を根拠に、A社あるいは土地所有者に対して土地の利用制限を行うことは可能か。自治体が廃棄物の崩落や飛散、地下水汚染の拡散を防止するため、代執行により、不適正処理地内に揚水井戸や擁壁、覆土の設置を行っていた場合、自治体が設置したこれらの施設は、前述のように土地との分離が困難な「土地の付合物」と考えることができる。そして、これらの施設(土地の付合物)の維持管理については、自治体が代執行という形式で不適正処理地内の土地の保存行為を行っていると捉えることもできる。

先取特権は特定の債権を保護するために、その債権を法定し債権者に優先弁済権が認められた法定担保物権である。先取特権はその性質上、目的物の占有を予定するものではないから、優先弁済権はあるが債務者の土地利用を支配することはできない。もともと、担保物権法の原則として、債務者(あるいは物上保証人)は担保価値を毀損してはならない義務を負う。また、不動産先取特権は、競売の他に、担保不動産収益執行(民事執行法一八〇条二号)の方法により不動産の収益から優先弁済を受けることができる。担保不動産収益執行については、債権者は目的物である不動産を支配することができ(同法九六条一項参照)、債権者としてその目的の範囲内において不法占有、あるいは占有妨害に対してこれを排除することもできる。

担保不動産収益執行における実際上の関心事は、対象地が収益をあげることができるかどうかであろう(賃貸マンションの賃料などが収益の典型例である)。事業としてどこまで採算が取れるかは専門家の判断を必要とするが、例えば不動産に太陽光パネルを設置して発電しこれを売却(売電)することによって収益をあげることなどが考えられる(売電については電力会社の理解、再生可能エネルギーに関する国・自治体の政策的支援が必要になる)。行政一般における課

題にもなるが、行政が抱える優秀な人材、豊富な情報力、高度のノウハウ等を活用し、収益をあげるためのアイデア・提案を積極的に求めることは重要である。本稿の目的からは外れるが、関連する問題である。

7 行政代執行を妨害する者に対する対抗手段（妨害排除行為）

（1）自治体が代執行により不適正処理地の全部又は一部を管理することとなった場合に、自治体は安全確保あるいは支障の再発防止を目的に、代執行に対する妨害行為者に対して何らかの対抗手段をとる必要がある。自治体は妨害行為者に対する対抗手段として、代執行が義務内容の強制執行手段であることを考慮し、その実効性の確保のために最小限度の妨害排除行為を行うことが認められるか。

以上の問題を自力救済の問題として検討する。行政代執行に伴う自力救済は、自治体の正当業務性の問題でもある。近代法のもとでは、法秩序を維持するために自力救済は原則として否定され、容認される場合でも極めて限定的に捉えられている。民法七二〇条の規定する正当防衛、緊急避難の解釈についても同様の姿勢がとられる。このような考え方は、裁判制度等が完備した今日では一般的になっている。確かに、現行法のもとでは自力救済は認められないという考え方は、法秩序が維持されている今日の状況を考慮するものであり適切な対応である。しかし、事案によっては弾力性を欠き、かえって法の正義を実現することができなくなる。例えば、法に依拠して行政代執行が行われている場合において、代執行に対する妨害行為（あるいは妨害状態）の内容によっては、それに対する実力行使しても法の秩序維持に支障がない場合があり得る。法秩序の維持に支障がないことを前提にして、必要かつ相当な範囲で実力行使をすることができると解すべきではないか。

問題処理の法的構成としては、不適正処理に係る代執行として行われる行為は、代執行の目的に沿うものであれば代執行に伴う機能と捉えることができる。妨害行為の排除にあたり実力行使を伴った場合に、それが適法か、あるいは違法かどうかは、当該妨害排除行為が必要かつ相当であるかどうか判断要素となる。ここでは、当該行為における正当業務性の判断、あるいは自力救済や正当防衛・緊急避難の法理が参考になる。正当業務性について補足すると、行政代執行は法律（廃掃法又は行政代執行法）にその根拠を有しており、代執行のもとで実施されている行為は、その目的に照らして当然に予定されている行為と認められるべきである。ここに当然に予定されている行為とは、その行為が必要かつ相当であるかが目安になる。自力救済、正当防衛あるいは緊急避難の吟味は、かかる正当業務性の判断と一体的に行われることもあろう。

（２）行政機関に求められる準備としてはどのようなものがあるか。

行政代執行に対する妨害者への対抗手段は上記のように考えるが、具体的にどこまでの行為ができるかは微妙な場合もある。⁽¹⁵⁾そこで、住民の権利・利益を正當に保護するために、自治体担当者としてどこまでの行為をすることができるとについてマニュアルを策定することが有益であろう。そして、妨害者と自治体職員との間でトラブルが発生した場合には、当該職員・当該部局のみが対応するのではなく、庁舎・部局が一丸となって対応することが必要である。代執行の対象者等との間にトラブルが生じた場合に、現場の最前線で苦勞してきた職員の行為を形式的、觀念的に捉え、そこにおける問題点を非難するようでは問題の根本的解決は図れない。

警察や企業の危機管理方法に学ぶことも有益であろう。自らの職員を守ることができない行政機関に住民を守るこ

となどできないのであり、とりわけ廃棄物行政を担う自治体には職員を守り住民を守るための一層強固な責任体制を整備することが期待される。

(3) 刑事責任

自治体の対抗手段に関連して、事業者等の刑事責任に言及する。産業廃棄物の不適正処理は刑事罰の対象になっており（廃掃法二五条など）、行政代執行に対する妨害行為は民事責任の対象になるとともに、刑法上の犯罪にもなり得る。本テーマについては、民事介入問題として捉えることが必要である。警察の関与は、行政法及び廃棄物行政の実効性を確保するために不可欠であり、自治体のなかには警察との連携を強化し、警察OBを雇用するケースも珍しくない⁽¹⁶⁾。民事介入暴力に対しては、かつて唱えられた警察の「民事不介入の原則」の考え方を修正し、国民・住民の安全を確保するために警察の積極的関与が期待されている。ここでは民法、とりわけ民事責任に係る法律問題も刑事責任に関する理解が必要であり、その逆も同様である。すなわち現代法秩序に関する総合的な理解が必要となる。⁽¹⁷⁾

IV 土地所有権、私的契約と環境配慮義務

Ⅲでは行政代執行に伴い、土地所有権、その他の財産権（本稿では土地賃貸借契約に基づく賃借権）との関係において想定される具体的問題について検討したが、ここでは行政代執行の目的である環境保全の利益（価値）を重視した。法の伝統的分類をみると、公法（廃掃法又は行政代執行法）と私法（民法）との関係が問われる。筆者は環境問題解決の基礎を環境配慮義務に求めたいと考えている。⁽¹⁸⁾

環境問題については多種多様な規範が形成されているが、そのうち環境保全のための義務的規範を総称して環境配慮義務といえることができる。環境問題を解決し、快適な地域環境を維持、形成するために、国、地方公共団体、事業者、国民など、あらゆる主体において環境配慮義務が要請されるべきであり、現に種々の法令に基づく環境配慮義務が各所で要請されている。

環境配慮義務には具体的環境配慮義務と一般的環境配慮義務がある。具体的環境配慮義務とは法令・判例・法理論から直接導かれる具体的義務をいい、一般的環境配慮義務とは具体的環境配慮義務といえない一般的義務をいう。環境配慮義務に関する規範を基礎として環境法秩序が形成、維持される。環境問題に対する一般的環境配慮義務が成熟すると、責任の構造に関する考え方も変わってくる。一般的環境配慮義務は、行為規範としてのみならず、裁判規範（解釈論）としての機能を有する。本稿Ⅲで試みたように、利益衡量において生命・身体・健康・環境の価値を重視することは解釈論の透明性を高め、また現行制度に問題がある場合には制度論に示唆を与えることができる。

環境権と環境配慮義務については相互に環境保全における関係や機能の分担が問題になり得るが、権利・利益の実現は環境配慮義務の機能を示すものである。法理論上は、環境配慮義務に関する個々の義務は受忍限度論における利益衡量の判断要素として位置づけられており、民事裁判に受け容れられている。²⁰

環境法規範のあり方を求めることは、環境保全を実効的に進め、複雑な問題を説得的に解決するうえで有益である。環境配慮義務が関与すべき範囲は、法規範レベル（環境法）、政策レベル（環境政策）、教育レベル（環境学習、環境教育）など広範囲に広がり得る。地方政府については自治体法務、企業については企業法務の基礎になり得るものであり、危機管理の要として機能することができる。

V ままとめと展望

二一世紀の環境問題の一つとして、廃棄物問題の解決、循環型社会の構築を挙げることができる。環境問題は人々の生活関係に起因し、都市化によって生じる都市問題でもある。この点、都市生活法の対象になるものである。⁽²¹⁾ 本稿でとりあげた産業廃棄物に係る具体的問題は今日、日本の各地で問題になり得る問題として想定されるものである。具体的問題の個々の論点については従来、行政法や、民法の物権法、債権法において検討されてきたが、行政代執行に関して具体的に検討されることはなかったように思われる。

本稿では、行政代執行と私権との衝突に関する解釈論上の問題について、環境法の視点を導入した。すなわち、産業廃棄物の不適正処理に係る行政代執行と私権との調整にあたり、民法の物権法及び債権法、あるいは国家賠償法の関係規定の解釈論が必要になるが、とりわけ土地所有者の義務（土地所有権に内在する義務）あるいは契約当事者の義務として環境配慮義務を考慮した。これは民法解釈の利益衡量における根本的要素として環境配慮義務を位置づけようとするものである。⁽²²⁾ ここでは解釈論において環境問題の実態を重視する。もちろん伝統的民法解釈論においても当該事案における問題解決を図ってきたが、問題解決志向を徹底する。本稿テーマについてみると、民法現代化に伴う私的規範の濃密化を図り、自治体の行う代執行が住民の生活環境保全に資することをめざしている。もともと、本稿は産業廃棄物の不適正処理地に対する行政代執行に関する問題を概観するにとどまっており、また本稿において想定しなかった別の具体的問題も生じ得る。行政が主導する土地区画整理事業や、近時問題になっている空き家問題、ごみ屋敷問題など、より総合的に、行政の関与と私権が衝突するその他の事案も検討対象に含めることができる。以上

のような研究が深まり、都市における廃棄物行政、その他の自治体行政がより円滑に執行されることになれば幸いである。

- (1) 「産業廃棄物の不法投棄等の状況(平成二四年度)について(お知らせ)」(環境省 web サイト) 参照。不適正処理の実態など廃棄物問題を述べるものとして、北村喜宣教授による『環境法雑誌』(一九九九年)など環境新聞社発行の一連の文献のほか、石渡正佳『産廃コネクション—産廃Gメンが告発!不法投棄ビジネスの真相』(WAVE出版、二〇〇二年)、梶山正三『「全訂増補版」廃棄物紛争の上手な対処法—紛争の原因から解決の指針まで』(民事法研究会、二〇〇四年)、佐藤泉『廃棄物処理法重点整理』(オフィスTM、二〇一二年)を参照。
- (2) 前掲・環境省 web サイト参照。
- (3) 行政代執行が機能不全に陥っていることにつき、大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論(二版)』三〇二頁—三〇三頁以下(有斐閣、二〇一三年)、宇賀克也『行政法』一二五頁—一二六頁(有斐閣、二〇一二年)参照。
- (4) 大塚直『環境法(三版)』二一九頁以下(有斐閣、二〇一〇年)、同『環境法BASIC』二二六—二二七頁、二六七頁以下(有斐閣、二〇一三年)、北村喜宣『自治体環境行政法(六版)』二四〇頁以下(第一法規、二〇一二年)、同『環境法(二版)』五〇一頁以下(弘文堂、二〇一三年)、同『ブレップ環境法(二版)』七三頁以下(弘文堂、二〇一一年)参照。
- (5) 環境省大臣官房廃棄物・リサイクル対策部産業廃棄物課長「行政処分の指針について(通知)」(二〇一三年三月二九日)。
- (6) 前掲「行政処分の指針について(通知)」参照。
- (7) 行政代執行法に基づく行政代執行の違法性が問われた事案として大阪地判平二一・三・二五(違法性を否定)参照。
- (8) 川島武宜・川井健編『新版注釈民法(七) 物権(二)』三二四頁以下(野村好弘・小賀野晶)(有斐閣、二〇〇七年)、拙稿「不動産所有権のあり方について」日本不動産学会誌一八巻二号(日本不動産学会設立二〇周年特集)三五頁以下(二〇〇五年)。土地と物権については山川一陽『物権法講義(三版)』六頁以下(日本評論社、二〇一二年)参照。

(9) 西埜章『国家賠償法コンメンタール(二版)』一〇六五頁(勁草書房、二〇一二年)、畠山武道・下井康史編『はじめての行政法(二版)』一九五頁以下(三省堂、二〇一二年)、塩野宏『行政法Ⅱ(五版補訂版)』三七〇頁以下、三七五頁以下(有斐閣、二〇一三年)、拙稿「事業損失の法的性格とその位置づけ」月刊用地二七卷三四号六頁以下(一九九四年)〔月刊用地〕は廃刊) 参照。

(10) 藤田宙靖『行政法総論』五二二頁―五二七頁(青林書院、二〇一三年)、西埜・前掲書『国家賠償法コンメンタール(二版)』七九頁以下、八一八頁以下参照。

(11) 我妻栄(有泉亨補訂)『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』三〇四頁以下(岩波書店、一九八三年)、丸山英気『物権法入門』二二〇頁以下(有斐閣、一九九七年)、近江幸治『民法講義 物権法(三版)』二三五頁以下(成文堂、二〇〇六年)、鎌田薫『民法ノート物権法①(三版)』二〇一頁以下(日本評論社、二〇〇七年)、佐久間毅『民法の基礎Ⅱ 物権(補訂二版)』一七三頁以下(有斐閣、二〇一〇年)、山野目章夫『物権法(五版)』一五六頁以下(日本評論社、二〇一二年)、河上正二『物権法講義』二八三頁(日本評論社、二〇一二年) 参照。

(12) 環境責任の背景として状態責任に言及する松村弓彦『環境法(二版)』二三九頁(成文堂、二〇〇四年) も参照。

(13) 前掲「行政処分の指針について(通知)」参照。

(14) 近江幸治『民法講義 担保物権(二版補訂)』四〇頁以下(成文堂、二〇〇七年)、道垣内弘人『担保物権法(三版)』五八頁以下(有斐閣、二〇〇八年)、田山輝明『担保物権法(三版)』五六―五七頁(成文堂、二〇一三年)、角紀代恵『はじめての担保物権法』二五頁以下(有斐閣、二〇一三年) 参照。

(15) 広岡隆『行政代執行法(新版)』一七五頁(有斐閣、一九八一年) 参照。

(16) 北村喜宣『行政法の実効性確保』(有斐閣、二〇〇八年)、同・前掲書『プレップ環境法(二版)』七九頁、八二―八三頁 参照。

(17) 山川一陽『新警察民法』(立花書房、二〇〇一年)、同『犯罪と民法』(立花書房、二〇〇三年) 参照。

(18) 拙稿「私的契約と環境配慮」野村好弘編『環境と金融―その法的側面』一九六頁以下(成文堂、一九九七年)、同「環境

配慮義務論—環境法論の基礎的研究」千葉大学法学論集一七卷三号二二頁以下（二〇〇二年）、同「環境配慮義務の法的位置づけ」環境法研究三二号六一頁以下（二〇〇六年）、同「環境配慮義務論」松村弓彦編著『環境ビジネスリスク 環境法からのアプローチ』九九頁以下（産業環境管理協会、二〇〇九年）参照。公法からのアプローチを行うものとして、北村喜宣『現代環境法の諸相』四三頁—四四頁、八三頁（放送大学教育振興会、二〇〇九年）参照。

（19）大塚・前掲書『環境法（三版）』六三頁は住民の参加権という観点から環境権構成の適切性を指摘する。

（20）環境裁判例が採用した受忍限度論の分析により、このことは実証されている。野村好弘『現代の社会問題と法—環境問題』一頁以下（筑摩書房、一九七八年）参照。

（21）都市生活法の素描については拙著『民法と成年後見法—人間の尊厳を求めて』二二九頁以下（成文堂、二〇一二年）。

（22）拙稿「瑕疵担保責任の瑕疵とは何か」千葉大学法学論集二八卷一・二号六三頁以下（二〇一三年）は同様の視点からの試みである。

医薬品副作用被害救済制度が医療事故補償制度の 構想に与える示唆について

山 口 齊 昭

I はじめに

医薬品副作用被害救済制度は、医薬品を適正に使用したにもかかわらず、副作用による健康被害が生じた場合に、医療費等の給付を行い、これにより被害者の救済を図る制度である。本制度は、我が国において一九八〇年に医薬品副作用被害救済基金法に基づいて成立し、二〇〇二年以降は、独立行政法人医薬品医療機器総合機構法により運営されている。すでに三〇年を超える実績を持った、法律に基づく制度であり、いわゆる無過失補償制度の一つであるとされる。

本稿は、この制度においてなされている判定の制度を、そこで行われている判定の手法なども含めてやや立ち入って紹介することにより、これまでも盛んに議論がなされてきた医療事故一般の補償制度について、目指されるべき一つの方向性、モデルを示唆しようとするものである。なぜこのような議論が必要であるかについて、あらかじめ若干のポイントを示すと以下のとおりである。

すなわち、医療事故被害の補償制度に関する議論は、これまでも長らく検討がなされ、その結果、産科医療に関しては二〇〇九年に産科医療補償制度という形で、無過失補償の制度が成立した。しかし、医療事故全般についての補償制度に関する議論は、ある時期より、むしろ、医療事故の届け出をどのように行うか、医療事故の原因調査をどうするか、といった点に議論の重点がシフトし、その結果、二〇一四年六月に「地域における医療及び介護の総合的な確保を推進するための関係法律の整備等に関する法律」が成立する。この中で、医療事故死に関しては、一応の医療事故調査の仕組みが我が国でもできることになり、一定の成果を得たのであるが、それが医療事故被害者の補償との関係でどのように生かされるかについては、まだ方向性が見えない。

このため、これまでの医療事故被害の補償に関する議論においては、諸外国の医療事故補償・賠償に関する仕組みを紹介する試みも、積極的に行われてきており、それにより学ぶべきモデルにもいくつかの種類があることが知られている。たとえば、同じ「無過失補償」の中にも、過失の有無を問わずに補償するという制度と、無過失の場合に補償を行うという制度があること、また、一方で、あえて無過失補償の制度をとらずに、過失責任の原則を維持しながらも、調停が行われ易くする制度や、医療訴訟に特化した鑑定制度を整備することにより、医療事故被害者がより容易に救済されることを実現しようとする制度もあることなどである。しかし、それらはそれぞれに長所や短所を

持っており、また、各国に特有の医療制度や社会保障の仕組みに基づいた違い等側面もあるため、どれが最も優れているかという点についても、一致した答えは、ほとんど存在しない。要するに、以上のことからしても、医療事故の被害者を、どのような思想のもと、どのような仕組みで補償するかについての議論は、いまだまったく不十分といえるのである。

そのような議論の経過の間、筆者は、上記医薬品副作用被害救済制度の判定委員として、判定作業に携わってきた。そして、そこで無過失補償である一つの被害救済の制度に関わり、救済の仕組みやそこでの救済の精神などに触れてきたのであるが、その中で、この仕組みは上記のような国内・国外の主な議論の中にも（少なくとも十分には）表れていない、きわめて重要な示唆を与えるものであるということを感じてきた。つまり、本制度は先に述べたように、医薬品を適正に使用したにもかかわらず、健康被害が生じた際に給付を行い、被害者を救済する制度であり、それだけの説明では、単純に過失責任の裏返しとしての無過失補償制度をとっているようにも見えるのであるが、それにはとどまらない付随的な考え方（判定実務）が採られることにより、関連する全ての当事者を救う制度となっており、それはきわめて人間的（あるいは日本的）な優れた制度となっていると感じる。このため、その判定に含まれる思想や精神を明らかにすることにより、他の、医薬品にかかわらない医療事故の補償においても、同様の考え方がヒントとなりうるのではないかということを主張したいと考えたのである。

実は、この医薬品副作用被害救済制度の判定委員は、筆者の前に同委員を務められていた山川先生が、規定の年限を務められ、辞任される際に、後任として筆者をご推薦くださり、これを引き継いだものである。山川先生は、その

外見のままに、きわめて温厚で紳士的であり、もとより学問的にも我々に多くのものを与えてくださったが、それと同時に、たいへんな「親分肌」でもあり、具体的な「職」や「仕事」を我々に与えられることを、常に意識されておられた。しかもその対象は、直系のいわゆる弟子筋に限るものではなく、あらゆる経歴や出身の若手研究者や実務家を、家族のように、いわば「養い育て」てくださった。私自身、現在の大学教員としての立場は、山川先生なくしてはありえなかったものであるが、同委員を引き継がせていただき、職務を通じて考えたことも、やはり山川先生なくしてあり得なかったものである。拙いものではあるが、同委員の経験を通じて得られた考えを本稿で示すことにより、少しでも山川先生のご恩へ報いることができればと考えている。

以下、本稿では、まず、従来の我が国における、医療事故補償に関連する議論の流れを概観することにより、これまで得られた成果と今後検討されるべき点を明らかにし（Ⅱ）、次に、諸外国の医療事故補償制度の大まかな仕組みを確認することによって、医療事故被害者の補償のあり方としてどのような考え方、アプローチがありうるかを整理する（Ⅲ）。

そして、医療事故補償制度を考えるにあたって検討すべき点を整理し（Ⅳ）、それを踏まえて、この論点に関連する制度としての医薬品副作用救済制度を紹介することによってその優れた点を明らかにし、ここで採用されている考え方が一般の医療事故補償制度を考える際にもヒントとなりうることを示す（Ⅴ）。その上で、最後に、補償制度と、これまでの我が国で議論されてきた医療安全との関係について触れ、目指されるべき方向性と課題についてまとめる（Ⅵ）。

Ⅱ 医療事故補償制度の必要性とこれまでの議論

1 医療事故補償制度の必要性

医療事故に特化した補償制度の必要性は、これまで盛んに主張されてきた。その理由については、既に多くのところで述べられてきたところであるが、議論の整理のため、再度まとめておくと、以下のようになる^①。

まず、現在、我が国において医療事故一般を補償することを目的とする制度は存在せず、このため、過失が明らかで、直ちに和解がなされる場合などを除き、ほとんどが裁判によらなければならない。しかし、そうした場合、裁判による救済は、被害者救済にとって、明らかに十分でないことが指摘される。

その理由は、第一には、裁判の場合、救済までに多大なコストが要されるということである。すなわち、仮にこれで賠償が認められたとしても、それまでには時間もかかるだけでなく、証拠保全、弁護士費用、鑑定（意見書）の費用等、金銭的コストもかかる。裁判にかかわるということによって、家族や親類・友人関係に亀裂が入ることもありえ、そのような精神的コストやリスクも多大である。

第二には、訴訟においては、請求者である被害者側が医療機関側の過失や、それと損害の間の因果関係など、請求が認められるための要件となる事実を立証してゆかなければならない。しかし、これが被害者側にとってはきわめて大きな負担ないし壁になる。医療行為は高度に専門的な内容にかかわることが多いだけでなく、診療の場において発生するものであるため、それに関する過失を被害者の側で証明するのは困難である場合が多い。また、医療におけるイベントは、多様な状態にある個々の患者に生じているものでもあるため再現が不能であり、被害者はほとんどの場

合疾病や傷害を有しているがゆえに受診をしているため、死亡や障害などの損害が生じた場合でも、それが医療行為によるものか、もともと有していた疾病や傷害によるものかの判断がつきにくく、このため因果関係の立証も困難である。損害も、病気や傷害を有していたという場合、何をもつて損害というかの判断はつきにくい。

第三に、そもそも医療に起因する損害であっても、訴訟による救済は、通常の訴訟と同様、過失責任主義による賠償を実現するに過ぎない。このため、そもそも医療機関側の「誰か」に過失があり、それと損害との因果関係がない限り、それを補償し、救済するということはできない。したがって、一方で、きわめて気の毒な被害者であっても補償がなされないという場合が多数存在するだけでなく、他方で、場合により、被害者の救済のために、医療者にとっては過酷と思われる注意義務が課されてその義務違反により賠償が認められたり、本質的ではない些細な問題点をとらえてそれを過失とし、賠償を認めるということもある。さらには、過失と損害との間の因果関係は常に必要であるため、当該過失の根本の原因は他にあるのに、その原因となる体制やシステムへの問題点は指摘せずに、その結果としての直近の過失のみをとらえて損害賠償を認めるという場合も裁判においてはありうる。その結果、そのような過失認定は、医療安全の観点からは何の役に立たないという側面なども指摘されてきたのである⁽²⁾。

このため、裁判とは別の制度により、医療事故被害を迅速容易に、また、訴訟による立証の負担なく補償する制度につき、従来より議論がなされてきた。そして、その制度は、医療者の過失がなくとも、被害に対する補償が認められる制度、医療安全に資するべき制度であるべきとされてきた。

2 我が国におけるこれまでの議論

そこで、この点に関する我が国でのこれまでの議論や動きを以下に見ておく。

(1) 初期の議論Ⅱ無過失補償に関する議論

まず、この議論は当初、医療において生じる被害を無過失で救済すべきという形で現れた。この議論は、実は比較的以前より存在している。たとえば、いわゆる東大輸血梅毒事件の評釈の多くに見られた議論もそうである。東大輸血梅毒事件は、潜伏期にあった梅毒感染者からの輸血により患者が梅毒に感染したという事件において、当時の医療慣行に従って血液幹旋所の診断書を有していた給血者への十分な問診をしなかった医師を、医業従事者には「実験上必要とされる最善の注意義務」があるとして、過失ありとしたもので、無過失責任や無過失補償の問題点を明らかに認識させる事件であった。⁽³⁾このため、当時の多くの評釈においても、被告が国であり、被害者救済の観点から、実質上無過失による責任を認めたものであるとし、制度的には、無過失で医療被害を補償する「保険の制度」が構築されるべきと主張していた。⁽⁴⁾

もともと、その議論においても明示的に必要性が述べられているのは輸血に関してであり、制度の対象はある程度絞られるべきとの意識があったとの推測も可能であろう。制度的にも、既に一九四九年において、予防接種法に基づく予防接種健康被害救済制度が無過失の補償制度として成立していたが、これは文字通り予防接種（法定のもの）による健康被害に限ったものであった。そして、その後、いくつかの薬害事件の経験を踏まえ、一九八〇年に、本稿で後に取り上げる医薬品副作用救済制度が発足するが、これも医薬品による健康被害に限られている。

学説上は、一九八九年に、加藤雅信が、ニュージーランドやオーストラリアの立法動向を踏まえた上で、医療事故に限らず、包括的に人身損害を補償する「総合救済システム」を提案したことが目を引く。⁽⁵⁾しかし、医療事故について、おそらく最初に、制度的提案もふくめて具体的な無過失補償の構想を示したのは、加藤良夫らを中心とする、名

古屋の医療事故情報センターにかかわる弁護士らにより提示された「医療被害防止・救済センター」構想であった。⁽⁶⁾これは、保証システムの必要性の主張だけでなく、その仕組み、判定方法、財源等についても具体的な提案がなされ、議論の出発点として評価されるべきものであったといつてよい。

(2) その後の議論Ⅱ医療安全の議論へのシフト

しかし、その後、医療事故の補償制度に関する議論は、むしろこれと関連する医療事故の届け出をどのように行うかに関する議論へと重点がシフトしていった。その唯一ではないが、きわめて大きな要因となったのが、一九九九年の一月と二月に相次いで生じ、社会の注目を浴びた二つの医療事故である。まず同年一月一日に生じたのが、横浜市立病院の患者取り違い事故である。これは看護婦の搬送ミスを直接の原因とし、肺手術と心臓手術の患者を取り違えて手術が開始され、切開後に取り違いに気付いたという事件である。二月には都立広尾病院消毒剤点滴事件が起る。これは、同病院にて患者の女性に、血液凝固阻止剤を注入する予定であったが、誤って消毒液を点滴し、その結果、同患者が死亡するという事件であった。これに対しては、いずれの事故も著名な病院における信じられないような単純ミスにより、患者に重大な結果をもたらした事故として、批判が高まり、これ以降、補償に関してよりも、いかに医療事故を防ぐかという、医療安全に関する議論がより盛んになってゆく。

(3) 医師法二一条との関係で論じられた医療事故届け出制度

そして、その議論の中でも特にクローズアップされたのは医療事故の届け出をどのようにするかという点であった。これはもとより、生じてしまった医療事故を調査・分析し、それを教訓として、今後医療事故が起らないようにするためには、その前提として医療事故の届け出が必須となるからであるが、それに加えて、次のような事情もあった。

すなわち、従来、わが国においては、そもそも、医療事故を念頭に作られた、すべての医療者や医療機関に関わる、事故情報の報告を義務づける制度や法律は、存在しなかった。しかし、唯一これに関連する可能性がある法律が、医師法二二条であった。同条は、「医師は、死体又は妊娠四月以上の死産児を検案して異状があると認めたときは、二十四時間以内に所轄警察署に届け出なければならない。」と定めるものであつて、元来は殺人等の犯罪に関わる死亡などを念頭にした条文であつたと解されている。このため、一九九四年に日本法医学会が、主に臓器移植法における異常死体からの臓器移植を念頭に、診療関連死をも医師法二二条の対象に含めるべきとのガイドラインを策定したが、医療事故による死亡一般に対して、広く同条が適用されるべきとの考え方は、当時一般に支持されるものではなく、このため、医療事故の報告を義務づける制度は存在しない状況であつた。

しかし、一九九九年二月、上記の都立広尾病院において、病院は医療事故の隠蔽を図つたとされ、このことから遭族側は医師法二二条に基づく警察への届け出を病院に求めるとともに、同法違反をも理由として病院を告訴した。この事件をきっかけに、医療に関連する死亡事故の報告義務づけの根拠として、医師法二二条がクローズアップされることになる。

この問題を受け、当時の厚生省も、二〇〇〇年には、「リスクマネジメントマニュアル作成指針」において、「医療過誤によつて死亡又は傷害が発生した場合又はその疑いがある場合には、施設長は、速やかに所轄警察署に届出を行う。」との指示を行った。また、医師法二二条により医療事故の当事者である医師らが届け出を行わなければならないとすることには、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」とする憲法三八条に違反するのではないかとの議論もあつたが、最高裁は二〇〇四年四月に「犯罪行為を構成する事項の供述までも強制されるものではない」と

して、同条による、事故の届け出義務を合憲であるとして、同条による警察への届け出を支持した。⁽⁷⁾これらにより、わが国においては、唯一報告義務の根拠となりうる医師法二一条に基づいて、患者が医療事故により死亡した際には、これを警察に報告するという制度が確立する。

(4) 「警察へ医療事故を届ける制度」の問題点とその後の議論

しかし、いうまでもなく警察は医療事故についての十分な調査能力を有しているわけではない。また、そもそも警察の捜査は、医療安全や事故防止のためではなく、犯罪の捜査のために行われるものである。このため、当初よりこのようなシステムの問題点が指摘された。

そして、この問題点が改めて大きくクローズアップされたのが、二〇〇六年二月に生じた、福島県立大野病院の医師逮捕事件である。本件では、明らかに過失があったとはいえない医療事故による妊婦の死亡事故において、医師が逮捕され、業務上過失致死を理由に起訴された。また、本件で医師は医師法二一条に基づく警察への届け出も行っていなかったことから、同法違反の容疑も問題とされた。結果的には医師の無罪が確定したが、この間、医療界やマスコミ、世論は警察や検察の対応を批判した。医師らは自らが逮捕されるかもしれないことを恐れ、また、それにもかかわらず事故を警察に届け出なければならない現在の制度に対する疑問や不満を改めて表明するようになった。

このため、我が国ではその後、医療事故の調査・分析をどのようにするかというのと並び、医療事故の届け出をどうするかという点が、常に医師法二一条との関連を意識しつつ議論された。特に、二〇〇八年には、厚生労働省である「医療安全調査委員会設置法案（仮称）大綱案」（厚労省案）を示し、医療事故死についてのみ、これを公的な第三者機関である「医療安全調査委員会」へ届け、これをこれまでの医師法二一条に基づく警察への届け出の代わり

とし、そのうえで同委員会が、医学的見地から調査を行うという仕組みを提示した。しかし、この仕組みにおいては、同委員会が、例外的に刑事責任に問われるべき悪質な事例であると判断した場合には、捜査機関（警察）への通知がなされる⁽⁸⁾として、警察への通知の余地を認めていたため、支持を集めることができなかった。

(5) 「医療の質の向上に資する無過失補償制度等のあり方に関する検討会」以降の議論と医療事故死に関する調査制度の成立

その後、上記県立大野病院事件において医師のリスクが注目を集め、医師不足も顕著化していた産科医療に限っては、二〇〇九年に無過失補償を実現するものである、いわゆる産科医療補償制度が成立した。しかし、医療事故全体については医療被害者の補償の問題は、引き続き医療事故の届け出・事故調査と関連付けて議論されることになる。そこで、二〇一一年には「医療の質の向上に資する無過失補償制度等のあり方に関する検討会」が立ち上げられて複数回の議論がなされるものの、無過失補償の部分については必ずしも十分に議論は進まなかった。このため、検討会での議論を受け、部会を設けて再度、事故調査委員会に関する議論を独立に行うこととされ、二〇一二年二月には、「医療事故に係る調査の仕組み等の在り方に関する検討部会」が組織された。同部会は議論の末、二〇一三年五月に、『医療事故に係る調査の仕組み等に関する基本的なあり方』について⁽⁹⁾をとりまとめ、ここでの基本的な考え方は、二〇一四年六月に成立した「地域における医療及び介護の総合的な確保を推進するための関係法律の整備等に関する法律」の中の事故調査の部分に反映されることとなる（同法は二〇一五年一〇月に施行予定）。これにより我が国においても、医療事故死に関しては、事故調査制度に関する大きな一歩が踏み出されることになった。

(6) まとめ

このように、我が国でも医療被害の補償制度に関しての議論の積み重ねは、確かに一定程度存在する。しかし、特に二〇〇〇年度以降は、むしろ医療事故の届け出の議論が中心となり、しかもそれが医師法二一条との関係で論じられ、医療事故被害補償の制度構築は、常に意識されつつも、結局後回しにされてしまったということが出来る。結果として、医療事故調査の制度はようやく一步を踏み出したものの、事故補償の制度はまだその方向性が見えず、事故調査と被害者補償が車の両輪として進むべきとの点についてはある程度合意があつたにせよ、両者がどのように関連するかについての具体的な議論はまだこれからである。このため、この部分は引き続き検討されなければならない。

Ⅲ 医療事故補償制度の複数のアプローチについて…欧州各国の制度を参考に

1 欧州各国の制度…フランス二〇〇二年法提案理由書付属資料から

そこで以下、この問題を考えるために、後に述べる、フランスで二〇〇二年に医療事故の無過失補償制度が作られた際に参考とされた、ヨーロッパの各国の医療事故補償に関するまとめ（二〇〇二年法の提案理由書に付された付属資料）を参照してみたい。^⑩これは二〇〇二年の段階で、フランスが参考にしたものであるため、資料としてはもはや相当古いものになってしまっており、各国の最新状況の紹介という意味での価値は、いまではほとんど存在しない。したがって、かかる資料を参照するということは、とりもなおさず筆者の最新情報に関する研究が進んでいないことを明らかにすることに他ならず、甚だお恥ずかしいものではあるが、しかし、それでもなお、ここでこれを参照するのは、医療事故補償制度の現実の構築方法として、ここにまとめられたような複数のアプローチが存在することを確認でき

るからである。また、フランスが、このようないくつかのアプローチを検討したうえで最終的に二〇〇二年に後で紹介するような制度を成立させたという意味で、その視点を確認するという点でも、何らかの意味があるとも考えている。

以下、この資料に基づき、各国の補償制度のアプローチを確認するが、あくまでもいくつかのアプローチを整理するためのものであるため、制度の細かい点は捨象し、考え方の大きな違いのみを浮き上がらせるようにする。また、繰り返しになるが、下記の各国の仕組みは、本資料が作成された二〇〇〇年から二〇〇一年の段階でのものであり、現在とは異なっている可能性があることもお断りしておく。

2 四つのアプローチについて

上記資料がそれぞれの医療被害救済の仕組みを参照している国は、ヨーロッパの六つの国（イタリア、英国、スイス、ドイツ、デンマーク、スウェーデン）である。そして、これを大きく四つのパターンに分ける。すなわち、(1)裁判による救済に委ねるもの、(2)裁判の救済を原則とするが、迅速な解決のための示談交渉促進手続きが存在するもの、(3)鑑定および調停手続きが整備され、裁判外での解決が通常であるもの、(4)過失の有無にかかわらず医療事故の被害を救済する制度である。

(1) 裁判による救済

上記資料によれば、まず、このうち(1)に該当するとされるのがイタリアである。すなわち、イタリアにおいては、医療事故を対象とした補償のための特別な規定は、当時存在しておらず、このため、医療事故においても、被害者は普通法規範に基づき、訴えを起こさなければならず、それは通常の裁判所によって解決される。同資料はそのことを

紹介し、それ以上に詳しくこの制度を紹介することはしていないため、フランスで二〇〇二年の新制度を構築の際、特別に参考にしたわけではないであろうということが見て取れる。

(2) 裁判を原則とするも示談交渉促進手続きを備えるもの

次に、(2)に該当するのが、英国とスイスである。これらの国でも、普通法規範により、通常裁判所で医療責任が評価される。医療被害者も、示談で問題が解決する場合を除き、原則として裁判を通じなければ補償を受けえないという点で、イタリアと同じである。しかし、これらの国がイタリアと異なるのは、示談交渉を促進するための手続きが存在するという点である。すなわち、英国では、一九九九年四月に、医療紛争解決のための裁判前プロトコルを導入した民事手続き改革が施行されて、示談交渉が促進されるようになった。一方、スイスは、一九八二年に、スイス医師連盟が、裁判外の鑑定事務局を設立し、これにより当事者が、医師の民事責任が存在するか否かを調査する鑑定人ネットワークを利用しうることになった。

(3) 鑑定および調停手続きが整備され、裁判外での解決が通常であるもの

一方、(3)に該当するのがドイツである。これも、仕組みだけを比較すると、(2)との違いが分かりにくいのが、大きな違いが、医療事故についてはほとんどの事件を裁判外で解決しており、むしろそれが原則になっているということである。しかも、それは立法上の手続きによるものではない。一九七五年以降、医師会が調停機関を設立し、その調停機関を通じて和解による解決が行われている。

もつとも、ドイツは連邦制であるため、州によって仕組みは異なり、タイプとしては大きく分けて、二つがあるという。一つは「鑑定委員会」というものであり、これは医療ミスの存否について意見を述べるのみの委員会であって、

医師と被害者との間の金銭的解決を提案するものではない。このため、示談交渉自体は当事者間で行われることになる。もう一つは、「調停事務局」であり、保険会社との合意の下設立され、事故の原因を説明するとともに被害者が被った損害の算定をも行うというものである。

ドイツの制度について、同資料はイタリア、イギリス、スイスのそれと違い、その仕組みを紹介するだけでなく、調停手続きが九ヶ月から一三ヶ月かかるということや、それが無料のものであるということ、ミスの疑われるケースのうちおよそ九〇%が、この手続きへ申立て、調停が委ねられた事件のうち、九〇%が本手続きで最終解決しているといった運用実態についても紹介している。また、手続きに患者の関与が認められておらず、鑑定人として誰が加わっているかが公表されていないといったことや、鑑定人の中立性が欠如しているのではないかといった、同制度に対しての批判をも紹介しており、制度設計を考えるうえで一定程度の興味を持って参考としたことがうかがわれる。

(4) 過失の有無にかかわらず医療事故の被害を救済する制度

しかし、それ以上にスペースを割いており、そのことから、制度設計の際により関心を持って参考としていたであろうと推測されるのが、(4)の、過失の有無にかかわらず、医療事故の被害を救済する仕組みである。そして、これに該当するのがデンマークとスウェーデンである。

まず、デンマークは、一九九一年「患者の保険（保障）に関する法律」で、一定の範囲での無過失補償を定めたとされる。当初は公立病院やそれに準ずるものだけだったが、その後開業医等へも一定の範囲で適用されることになった。

補償の要件は、一〇、〇〇〇クローネを超える損害であり、①その分野の熟練医であれば違った処置をし、その損

害が避けられたであろうこと、②損害が使用された施設内での瑕疵に基づくものであること、③他の方法または他の技法によれば損害を避けえたであろうこと、④患者の一般的状态から考えて、生じた症状が極めて稀であり、または合理的に予測されうるよりもはるかに重いものであることである。

その仕組みと手続きは、以下のようなものである。すなわち、保健省の認可を得た保険会社が組織する「患者保険(保障)協会」が運営し、患者保険協会には法律家と医師が配置される。患者保険協会の財源は保険会社、国・地方公共団体により賄われる。

患者は上記要件のうち、一つに該当することのみの蓋然性を示して申請し、患者保険協会が書類審査により補償の可否を判断する。審査にかかる期間は平均一五〇日〜二〇〇日である。

患者・保険会社が協会の決定に不服の場合、三ヶ月以内に「患者に生じた損害についての控訴委員会」への再申立が可能である。さらに控訴委員会の決定に不服な場合は、六ヶ月以内に、普通裁判所への訴えも可能とされる。

一方のスウェーデンは、一九七五年に、任意の「医療事故補償制度」によって、ヨーロッパで初めて、医療責任と賠償の権利を切り離し、過失の有無にかかわらず被害者が補償される制度を導入した国として紹介されている。そして、一九九六年には「患者損害法」により同制度が強制加入となり、全ての医療被害者が補償されることになった。

補償の要件は、損害が以下により生じた高度の可能性が存在する場合とされる。

①検査、診療、治療その他これに類するすべての行為であって、その損害が、選択された手法を別のやり方で行っていたら、または行いうる他の手法をとっていたら避け得たであろう場合で、後の専門医が、その行いうる他の手法につき、健康へのリスクがより少ない方法という要求を満たすと判断する場合、②検査、診療、治療その他これに類

するすべての行為のために用いた、専門器具または医療用具の瑕疵、またはこれら器具または用具の誤使用、③誤った診断、④検査、診療、治療その他これに類するすべての行為の結果として生じた、細菌による感染（通常受忍すべきであるような状況は除く）、⑤検査、診療、治療その他これに類するすべての行為の枠内で生じた事故、患者の搬送や火事、その他あらゆる医療施設の使用または診療の場で生じた損害、⑥指示または指導に反した薬品の処方または交付。

そして、その仕組みは、地方公共団体（ランスティング）が損害への責任を引き受け、責任をランスティング保険相互会社（ランステイ）に付保して、医師の過失を要件とせずに被害者への補償を行うというものである。被害者は、上記保険相互会社への保険請求し、保険相互会社での書類による審査により補償の可否・補償額が決定される。請求の手続きは無料である。また、不服の場合は患者保険協会の患者損害委員会への不服申し立てが可能であり、訴訟提起も許される。そして、大部分は一年以内に決定するとされている。

このように、同資料においては、デンマークとスウェーデンの補償制度を、仕組みの概要だけでなく、補償の具体的な要件や手続き、手続きに要する期間、不服申し立ての手続き等にまで立ち入って紹介している。フランスでの制度構築にあたり、この仕組みに対して大きな興味を持たれていたであろうことがここに見て取れるであろう。

3 過失による賠償と無過失補償を組み合わせⅡフランス

(1) 五つめのアプローチ

では、上記のような各国の制度を参考にしたフランスがどのような制度を構築したかを見ておきたい。これは、上記四つのアプローチのいずれでもなく、いわば「いいとこ取り」をしたということなのかもしれない。すなわち、フ

ランスの制度は過失による賠償と無過失の補償を組み合わせた制度を構築した。具体的には次のとおりである。⁽¹¹⁾

(2) 過失責任主義の維持

まず、フランスでは基本原則として、医療機関、医業者については従来通りの過失責任主義を確認した。しかし、過失により責任がある場合の賠償は確保するために、賠償責任保険は強制し、違反の場合は罰金と業務停止の制裁が課せられるとした。そして、その過失判定は、C R C I (Commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux // 地方医療事故損害賠償・調停委員会) が行い、紛争解決を容易にする。C R C I は、長(行政官または司法官)、患者側代表者、医業専門職、医療機関代表、O N I A M 代表、保険会社代表によつて構成され、審査の際における鑑定人の任命も鑑定人リストから C R C I が行う。審査と調停の概要は、申立に基づき C R C I が損害の状況、原因、性質、範囲等につき意見を述べ、それを受け入れる場合には保険会社が賠償額を提示し、被害者が賠償額を受け入れれば支払いがなされるというものである。むろん、保険会社が C R C I の意見を受け入れず賠償額の提示をしないことも可能であり、その場合は後記の O N I A M が補償を行い、後に保険会社に求償の訴えを起す。また、被害者も賠償の提示を受け入れず、訴訟を起すこともできる。C R C I の運営費用・管理は O N I A M が負担するが、医療者に責任ありとされた場合の鑑定費用は責任保険会社の負担である。

(3) 無過失の場合における国民連帯による補償

そして、フランスで、過失責任主義の維持と同時に新たに導入されたのが、無過失の場合における「国民連帯」による補償である。

上記 C R C I の判定により、医療者に過失がないとされた場合は、O N I A M (Office national d'indemnisation des

accidents médicaux Ⅱ国立医療事故補償公社)によって、補償がなされうる。補償の対象は、予防・診断・治療行為に直接に起因する損害であり、予見される病状の進展の見地から見て異常な結果がもたらされたものであって、機能喪失等の観点から見て重大な内容のものである。ONIAMは、国の代表(半数)、患者等代表、医療専門家及び医療機関の代表者、疾病保険機構の代表者、ONIAM職員によつて構成され、運営費用は、疾病保険金庫等からの一般交付金、国の交付金、鑑定費用の償還金、賠償がなされなかった場合等の賠償責任者・保険会社への制裁金等によつて賄われる。

手続きの概要はやはりCRCIの判定に基づき、こちらではONIAMが補償額の提示を行い、それを被害者が受け入れれば支払いがなされる。被害者がこれを受け入れない場合、訴訟を起こすことができるというのも同様である。なお、補償がなされた後でも、ONIAMが、賠償責任者がいると判断した場合、その者に対して求償訴訟を行うことも可能である。

ONIAMは、CRCIが医療側に過失ありとの判断をし、本来保険会社からの賠償がなされなければならないにもかかわらず賠償がなされない場合にも保険会社に代わつてこれを行い(その場合求償訴訟を行うことができることは先の通り)、これにより、被害者が現実には救済されえないということがないようにしている。

(4) フランスの制度の特徴

フランスの医療補償の仕組みは、各国の制度の「いいとこどり」をしたとの表現を用いた。これはもとより、ドイツのように、過失責任主義をとりつつ裁判外の調停制度を用いて多くの紛争を解決している仕組みと、デンマークやスウェーデンにみられる「無過失の補償」の仕組みのよいところを取り入れたとの意味である。

しかし、実は、前者（過失責任主義）のよいところは、（厚生や主体・手続きが違ったとしても）仕組みⅡ原理として基本的な違いはないとしても、後者（無過失補償）の部分は、仕組みⅡ原理からして大きな違いがある。なぜなら、デンマークやスウェーデンの無過失補償は、医療責任と切り離され、医療者側の過失の有無にかかわらず、被害者が補償されるというものであるのに対し、フランスのそれは「過失責任」を組み合わせるため、必然的に無過失補償の部分は「過失が無い」ことが要件とされているからである。

CRCIが医療者の過失を認めたが医療者がそれを認めず、過失の有無に争いがあるという場合でも、被害者はONIAMからの補償またはONIAMが責任者に代わって行う賠償を受けることができるため、被害者が「過失の有無にかかわらず」補償を受けることができるという点ではデンマークやスウェーデンと同じといえるかもしれない。しかし、その場合、医療者はONIAMから求償訴訟を受けることになる。また、CRCIが無過失としてONIAMによる賠償がなされた場合でもONIAMが過失ありと考える場合は求償訴訟を起こす可能性は残されている。また、被害者がこの手続きに納得しない場合の訴訟の道も確保している。要するに、過失ありの判断を自ら認めた場合や、明らかに過失がない場合を除き、医療者は司法の手による過失無過失の判断からは逃れられないのである。

印象ではあるが、フランスの補償制度は、かなり丁寧に訴訟手続との関係を整理し、最終的には司法による過失判断がなされることを保証することによって、最終手段としての司法判断への信頼のもと、この制度を構築しているようにも見られる。そして、そのことは、（運用上どのようなものかともかく）少なくとも原理上は、「過失の有無にかかわらず」補償を行う、というデンマークやスウェーデンの方式とは一線を画し、過失と無過失を明確に分けて、「過失責任」と「無過失補償」の二つの原則の棲み分けを図ろうとしているようにも見える。そして、そのことはフ

ランスの補償制度の、フランスらしい論理的明確さにもなっているように思われる。

IV まとめと考察

以上をもとに、若干のまとめと考察を行っておく。

1 医療事故補償制度の必要性、我が国の議論の特殊性

まず、我が国ではまだ全国レベルで完成していないものの、医療被害者を、裁判外で迅速に補償するための仕組みはやはり必要であることは、再度認識されるべきであろう。これは海外各国の潮流からしても確認できることである。

先に見たように、我が国では補償に関する議論は何度も繰り返されてはいるものの、（産科医療の部分を除き）具体的にはそれが進まず、むしろ、先に具体化したのは、医療事故死の届け出とそれについての調査であった。これは、やはり我が国で医療事故の届け出を警察に行うという、ややいびつな制度が先に出来上がってしまったため、その手当が何より必要であったことからやむを得ないことではあるのだが、もとより、事故調査の必要性は死亡の場合に限られたものではなく、また、補償制度の必要性が否定されたわけではない。このため、今般、医療事故死に関する調査の制度はその一步を踏み出したものの、引き続き補償制度の構築へ向けての議論は必要であると思われる。

ただ、補償とは別に事故調査の議論がなされ、医療安全につなげるべきとの議論の方向性が出されている点は、我が国特有のものではあるものの間違った方向のものではない。このため、補償制度を考えるにあたり、この点を合わせて考えようとする主張は、今後も支持されるべきである。

2 医療被害補償制度Ⅱ無過失補償制度なのか。

では、裁判外の医療事故の補償制度を考える場合、それは無過失の補償制度でなければならないのだろうか。この点、我が国では二〇一一年から設置された検討会の名称が「医療の質の向上に資する無過失補償制度等のあり方に関する検討会」であったように、無過失の補償制度が目指されるべき姿であると、最初から結論ありきとも思える議論が多くなされている。

しかし、先に紹介したフランスが参考にしたヨーロッパ各国の制度も、必ずしも無過失補償に限られているわけではない。英国、スイスは、裁判を前提としながらも、迅速な解決のための示談交渉促進手続きをその前に置くというものであるから、過失賠償を原則とするものであり、鑑定および調停手続きを整備し、裁判外での解決が通常であるドイツも、賠償の原則自体は過失責任によるものである。フランスも、無過失補償は取り入れているものの、過失責任主義は厳に維持しており、過失賠償の部分の制度も同時に整備している。

我が国においても、交通事故、PL事故等、他の領域にはADRが存在するが、その多くは裁判外における迅速な紛争解決を目的にし、訴訟において認められる以上の補償を認めるものではない。このため、まずは、医療で立証が困難な部分にサポートを与えることにより、これらと同様のADRを構築するという議論も十分にありうるが、我が国ではその部分の議論がやや等閑視されている感が否めず、違和感がないわけではない。

3 「過失の有無に拘わらず補償する制度」か「無過失の事故のみを補償する制度」か

そして、以上の部分と大きく関わっていると思われるのがこの点である。ヨーロッパ各国の制度の紹介から明らかのように、「無過失補償制度」といっても、それにはデンマーク・スウェーデンのように、過失のある場合とない場

合をとともに補償する制度と、フランスのように、無過失の事故であることを理由に、そのみを補償する制度とが存在し、その立場・思想は大きく異なる。しかし、我が国の議論においては、その部分を詰めることなく、「無過失補償」という言葉の上だけでの一致のもと議論が進められる傾向があるように思われ、実は議論がかみ合っていない可能性がある。

この点、医療者側から比較的多く主張される典型的な議論は、前者であろう。我が国の議論の経緯を見ればわかるように、医療事故補償から医療事故調へと至るこれまでの議論でも、医療者個人の過失が問われることに対しての恐れは根強い。しかも、我が国の裁判は、最初にも述べたように、被害の直接の原因となった医療者個人の直近のミスをとらえて過失責任を問い、そのような医療者のミスの根本的な原因となっている医療機関の体制等は問題としない顕著な傾向がある。さらに、我が国の勤務医療者はたいてい過重労働であるため、いつ自分がそのようなミスを行わないかという恐れをみな持っており、このような恐れが無過失補償の議論を後押ししているともいえる。これに対し、患者側弁護士らは無過失補償を主張しても、医療側が著しく不誠実な場合などには求償を認めるべきとし、無過失補償の重点は、医療側に過失がなく、賠償責任がない場合でも被害者が救済されるべきという点に重点を置く。

4 「過失を問わない補償制度」の問題点

では、「過失を問わない無過失補償制度」は可能なのか。この点、そのことの意味が、仮に医療行為の是非を全く問わないというものであるとするならば、その場合直ちに危惧されるのは、やはりモラルリスクであろう。むしろ、具体的には我が国の医療者はきわめてモラルの高い職業集団であり、また、補償制度があるかどうかにかかわらず、最善の医療を行っているため、これにより医療の質が下がったり、医療全体のモラルが低下したりすることは現実には

は考えられない。しかし、問題は、抽象的にでもその恐れがあるような制度となった場合、制度を支える側の理解も得られず、制度が成り立たない恐れがあるということである（実際、保険的仕組みを作る際にも、通常、故意や重過失は免責であり、それをもカバーするような無過失補償制度はありえない）。また、重大な被害が生じたというだけで、すべて補償がなされるとすると、コスト計算の点からも、実現可能性が危ぶまれる可能性がある。

実際、過失の有無にかかわらず補償をするデンマークやスウェーデンの制度も、被害が生じたというだけで直ちに補償を認めるという、単純な制度が採られているわけではなく、補償の要件は細かく定め、その中には、司法判断に基づけば過失があるかみなされるような場合も含まれている（それと並んで過失がない場合の要件も認められているに過ぎない^⑫）。このため、司法判断によれば過失ありと求められるような行為についても、そのことは明らかにすることが前提とされていると思われるだけでなく、そうでない場合でも、他の手段や熟練した医師であれば当該被害を避けえたかという形での判断などにより、原因となった行為の、結果としての当否は判断される。

このことが必要なのは、このような点を明らかにしておくことが、どこまでの被害を救うかを確定するために当然必要であるとともに、当該制度を誰が支えるかということにも関わるからであると思われるが、いずれにせよ、以上のことからすると、「過失や行為の妥当性を一切問わない」制度の構築は難しく、医療行為の妥当性については制度の中で、やはり何らかの形で問題とされなければならないと思われるのである。

5 過失賠償と無過失補償の組み合わせについて

このように、「無過失補償」といっても、「過失の有無を一切問わずに補償する」という制度は、実際には考えにくい。ありうるのは、「過失のある場合」と「過失のない場合」をともに補償する制度か、過失のある場合は賠償の制

度に任せ、過失のない場合のみを補償する制度である。無過失補償を作ったからと言って、明白な過失についてまで医療者が何ら責任を問われず、その是非があいまいにされるような制度ならば、それはむしろ作るべきではない（故意や重過失の場合は言うまでもない）。目指されるべきは、また、現実的でもあるのは、過失賠償と無過失（の場合のみ）の補償を組み合わせた制度であろうと、筆者は考えている。

ただ、そこで問題となるのは、やはり過失の認定の方法である。最初にも触れたが、我が国においては、基本的に裁判による過失賠償の方法しかなかったことから、被害者救済のためには医療側の過失を認めるしかない。そして、我が国の損害賠償法は、かなり古くから、「損害の公平な分担」という思想のもと、気の毒な被害者をできるだけ救済しようとするための論理が、多くの分野で発達してきた。

このことは、医療事故の分野でも同様であり、医療責任に関する判例理論の発展の一部は、被害者救済のための理論の発展であったといつてよい。しかし、それは医療者側にとっては、過酷な注意義務が課されることにも、ある程度直結していたのであり、その結果、これまでも医療と司法は、その間に深刻な対立を生じさせた経験も有している⁽¹³⁾。とりわけ組織のシステムとしての過失を認定し、それと損害との直接の因果関係を認めるといった手法を持たない我が国では、組織の責任を認める際にも、まず個人の過失を認定したうえで使用者責任を認めるという手法をとることがほとんどである。このため、医療者個人の過失が前面に押し出され、医療者にとつての反発も大きかった。これは、過失賠償と無過失補償を組み合わせた場合でも、過失賠償が原則で、その可能性を先に審査する場合には、依然生じうる問題である。

6 無過失（のみの）補償原則を先行させた場合について

ところが、仮に両者を組み合わせる、あるいは併存させるとしても、無過失補償の場合にのみ補償するという原則を中心にし、こちらの審査から行うとしたらどうかであろうか。この場合は、おそらくであるが、上記判例理論が重視していた同じ思想である「損害の公平な分担」、「被害者救済」という観点から、気の毒な被害者を救済するため、できるだけ無過失を認定してゆこうとの力が働くと思われる。実は、この推測は、筆者が医薬品副作用被害救済制度の判定委員を務める中で感じてきたことであり、この制度が我が国で無過失補償制度を考える際の、一つの大きなヒントになるのではないかと考えたのも、そこでの経験による。そこで、以下、医薬品副作用被害救済制度につき見てゆきたい。

V 私見…医薬品副作用被害救済制度とそれをモデルとした医療被害補償制度

1 医薬品副作用被害救済制度とは⁽¹⁵⁾

(1) 概要と仕組み

最初に触れたように、医薬品副作用被害救済制度は、医薬品を適正に使用したにもかかわらず、副作用による健康被害が生じた場合に、医療費等の給付を行い、これにより被害者の救済を図る制度である。サリドマイド、スモンの薬害問題を契機として一九八〇年に創設された。

これは、医薬品は副作用のリスクを完全になくすることができないため、このことを真正面から認めたうえで、リスク実現による被害者の迅速な救済を図ることを目的として、救済給付を行うこととしたものである。医薬品医療機器

総合機構（PMDA）が支給機関であり、判定は厚生労働省の副作用判定部会が行う。現実には医薬品医療機器総合機構が資料を検討し、事務局案として出されたものを判定委員が検討するが、判定委員も担当の事案につき資料をすべてくまなく精査し、事務局案を慎重に検討し、会議において審議をしたうえで判断を行う。当然のことながら審議の結果事務局案と異なる結果になることもあり、慎重な判断のために追加資料を求めるなどして審議が継続することもあるが、審査期間については八か月以内に処理できたものの割合は七〇％を超えており、迅速な審査が実現されている。ただ、そのために委員の負担は決して軽いものではなく、分科会が二つに分かれているにもかかわらず、二月に一回開かれる判定部会はきわめて長時間にわたる。

本制度の財源の主なもの、製薬企業の拠出金であるが、厚生労働省からも事務費の二分の一の補助がなされている。給付内容は、疾病給付、障害給付、死亡給付に分かれており、その額はあらかじめ定められているが、たとえば遺族年金二二三万円余、遺族一時金七〇一万円余等であり（平成二六年四月現在）、交通事故等の賠償基準には遠く及ばないが、必ずしも低いというわけではないと思われる。

本制度の特徴としては、製薬企業の社会的責任に基づく迅速な救済を図るものであるとし、すべての製薬企業に拠出金を出させるとともに、副作用事故が生じた際の付加拠出金も義務付けており、強制保険的な性格を持つ。

(2) 給付の対象

給付対象、すなわち、補償の要件は以下である。

第一に、民事責任の追及が困難であるということであり、関係する当事者に明らかな責任がないことである。

第二に、医薬品を「適正」に使用していることが必要である。このため、適正な目的のために適正な使用法で使わ

れていることが要される。

第三に、「副作用」や「感染」に直接由来する健康被害であるということが必要である。すなわち、因果関係の存在が必要であるということであり、被害が生じていても、医薬品以外の現認により発生したものは補償の対象ではない。第四に、重度の健康被害であることが必要であり、疾病の場合は入院相当程度以上であること、障害の場合は政令により定められた一定程度の障害であること（一、二級がある）、または死亡である。

第五に、危険を引き受けたと考えられない健康被害であることが必要である。すなわち、副作用リスクが高いが救命のためにやむを得ず使用するような医薬品は、その副作用被害もあらかじめ受忍していると考えられるため、救済の対象ではない。抗がん剤等、いくつかの医薬品は除外指定医薬品とされ、申請された場合、審査はされ、因果関係や適正使用の判断はなされるものの、受忍すべき健康被害として、補償は認められない。

2 医薬品副作用被害者制度の特徴・優れた点⁽¹⁶⁾

(1) 本制度の「曖昧さ」

本制度は、実はその位置づけ、性質がかなり曖昧であるという側面を多く持っている。

すなわち、本制度は、関係する当事者に明らかな責任がないことを前提としており、賠償責任に代わる補償を行うものではない。しかし、その財源は医薬品会社からの拠出金によって成り立っており、その理由は製薬企業の「社会的責任」に基づく迅速な救済を図るというものである。給付金も見舞金的性格を持つとしているが、純粹に見舞金としてみるならば、その給付金額はかなり高額である。

このため、一部では本制度を、訴訟になった場合に相手方とされる製薬会社に、無理やり事前に責任を取らせる制

度であるとか、逆に、お金をさせることによりその責任を曖昧にする制度といった、ネガティブな評価もよく耳にする。

(2) 通常の制度における「犯人捜し」

筆者も、その意味するところは十分に理解できるが、同制度にかかわってきた経験からは、むしろそのような曖昧さも含めて、本制度は、きわめてよくできた、世界にも誇るべき制度と考えている。その理由は、本制度は、「薬」を仲立ちとして挟むことにより、これに関連する「すべての人を救う」制度となっているからである。

これは、次のような意味である。すなわち、事故や事件が起こり、それにより人に不幸な出来事が生じた場合、通常、人はその原因を知りたいと考え、原因となる「物」が存在しない場合には、原因となる人、すなわち犯人を捜し、その人への責任追及を行う。裁判の仕組みもそのようなものであり、医療事故訴訟もこれが当てはまる。医療事故により被害が生じ、患者や遺族が納得できずに訴訟等に至った場合、そこでは、医師に過失があったか否か、すなわち悪かったかどうか、そしてそのことが原因となって不幸な出来事が生じたのかを明らかにする。訴訟においては、過失があったか否かが原告より厳しく追及され、また、被害者を救うためには、医師に過失があったとしなければならないので、裁判官も当然にそのような厳しい目でこれを判断する。そして、仮に医師の過失が認められ、被害者が金銭的な賠償を受けても、それにかかわる当事者は「救われる」わけではない。まず、医師は民事上のものであるが、「犯人」とされ、救われるどころか、傷つくことになる。一方、被害者も、金銭的な賠償は受けうるが、そのことにより精神的にも「救われた」といえるのかは微妙なところであろう。「犯人」がいる以上、その出来事は避け得たものであったということになり、その「犯人」である医師にかかったことの後悔や、恨みなどの感情は、その後も残り

うるからである。

また、医師の責任が認められない場合であっても、単に過失が立証できなかった、因果関係が認められなかったなどの場合、医師としては、適正な治療であったとまでの判断がされているわけではないので、「救われない」可能性がある。むしろ、その場合の被害者が救われないことは言うまでもない。

(3) 「誰も悪くない」ことを理由に補償をする制度

これに対し、医薬品副作用救済制度は、全く逆の発想が取られる。それは、「誰も悪くない」ことを前提とし、「誰も悪くないからこそ補償をする」という仕組みである。本制度においては、「誰かが悪い」と判断されると、被害者は救済されない。それゆえ、適正使用等の判断も、どちらかというと緩やかに行うのが通常である。たとえば、広義の適正使用のうちの「適正目的」について、承認された効能からは認められないものであっても、「使用実態があった」ことをも理由として、医学的・薬学的に不適正目的とまでは言えないとし、「どちらかといえば適正目的である」との判断を行うことがある。しかし、このような判断は法的責任の判断方法とは明らかに異なる。判例理論によれば、添付文書に従わずに医療事故が生じた場合、従わなかったことについての特段の合理的理由がない限り、医師の過失は推定される。使用実態があったというような事情も、それだけでは特段の合理的理由にならないらず、そのような事情は、慣習として過失の軽重等につき斟酌される事情であったとしても、そのことのゆえに医師が注意義務を果たしていたということにならないというのは判例理論の明言するところである。¹⁷⁾しかし、本制度では、そのような場合であっても、医学的・薬学的に説明がつけば、適正使用を認めることがある。その理由は、そのように適正か不適正かが微妙な事案においては、むしろ適正と判断するほうが、被害者を救済することになるからである。

(4) 関連するすべての当事者を救う制度

このように、法的責任判断の際には、「誰かが悪かった」ことが被害者救済の前提となるのに対し、本制度では「誰も悪くない」ことが被害者救済の前提となる。そして被害者が救済されるためには、医薬品製造業者等にも、明らかな責任がないことが要件となるため、これら当事者も少なくとも当面は救われることになる。また、本制度で救済の対象となった後の医薬品について、これまでいわゆる薬害訴訟がほとんど生じていないことを考慮すると、その後も業者等は、ほぼ「救われ」ていると考えてよい。一方、被害者も、経済的な側面からだけでなく、心理的にも救われうるという点も指摘されるべきである。誰かが悪く、避け得た出来事ではなかったこと、すなわち薬のリスクの発現という、避け得なかった事態であるとの評価を、経済的な援助とともに与えられれば、その結果を受け入れることは、被害者にとってより楽になると考えられるからである。

なお、このように、「誰も悪くない」からこそ補償をするという考え方は、一見、フランスにおける無過失補償Ⅱ過失がない場合にのみ補償するという考え方と同じように見え、論理的には確かに同じともいえよう。しかし、そのよって立つ精神は全く異なるものと筆者は考えている。すなわち、フランスの無過失補償制度は、最初に過失賠償と無過失補償とを振り分けているため、上記の文脈に即して言えば、やはり「犯人探し」をし、そのうえで犯人がいな
いときのみ補償をするというものである。しかし、本制度は、そもそも「犯人はいない」ことを通常の状態と考えており、この点が大きく異なるのである。

(5) 「犯人探し」をしなくて良い理由Ⅱ「薬」の存在

ではなぜそれが可能なのか。これには、以下の二つの理由があると考えられる。

第一に、そしてこれが非常に大きいと思われるのが、本制度では「薬」が存在しているところであろう。すなわち、本制度の仕組みにおいては、犯人がいなくとも、薬があつて、それが原因で事故が生じたと考えることが可能だから、誰も悪くないのに補償するという発想が容易なのである。むろん、その場合、あえて犯人捜しをすれば、その原因である薬を製造した業者が悪いと考えることも可能であり、それゆえ本制度のように拠出金を出させるということはできる。しかし、そもそも薬にリスクがあるということが前提となっている以上、製造業者も、直接の責任があるわけではなく、犯人とはみなされないであろう。薬というものがもともとそのようなものであり、良いこともするけれども、たまに悪さもするので、それに出くわしてしまったと、被害者も当事者も、みながそう考え、だからそれを補償しようと考えることができると、本制度では、薬を媒介とすることにより、犯人捜しをやめることができるのである。

(6) 譲歩や妥協を事前に取り込んだ制度

もつとも、このように述べると、医薬品副作用救済制度は、「薬」に全ての責任を負わせ、当事者がみな責任を逃れるための仕組みではないかとの疑問も、生じうるであろう。筆者も、判定委員として判定に携わりながら、このようなことを述べるのは適切でないかもしれないが、正直、そのような側面は、実際にあると考えている。しかしなお、まさにそうであるからこそ、本制度は極めてよくできた制度と、筆者は考えている。

実際、あらゆる裁判外の救済制度・紛争処理制度においては、当事者の譲歩や一定程度の妥協がなければ、紛争がやむことはない。事件や事故に関わった当事者の責任を明確に詰めていこうとすると、どうしてもおさまりがつかず、むしろ責任をある程度曖昧にして譲り合うことで、丸く収まるということは、むしろ普通のことである。本制度は、

「薬」を媒介にして、譲歩や妥協という要素を、最初から取り込んでいる。つまり薬という「物」に責任を負わせ、人に対する責任の所在はそれほど厳格に突き詰めず、そのことによって、皆が納得する解決を導き出しているのである。この仕組みにおいては、人は基本的には悪さをしない、という性善説的立場からの判定を可能にする。そして、そのような判断が、被害者を救うだけでなく、当事者全員をも救っている。そのような本制度は、非常に人間的であり、ある意味日本的でもあり、それゆえ、極めてよく考えられた制度であると考えてるのである。

(7) 一般においての事前のリスクの受け入れ

第二は、第一の理由とも重なる点であり、むしろその前提となる点であるが、医薬品事故においては、副作用の存在がよく知られ、他の領域よりも医薬品の「リスク」がより受け入れられていることが挙げられると思われる。実際、医薬品にはもともとリスクがあるということが知られておらず、そのリスクが一般に受け入れられていなければ、そのリスクの実現により生じた被害も受け入れることはできず、薬を超えての「犯人捜し」は容易に生じうるであろう。この点、薬がそのリスクをよく知られ、受け入れられているのは、薬という原因とその効果およびリスクとの関係が、比較的に見えやすいという点がありうると思われる。しかし、それと同時に、あるいはそれ以上の要因として挙げられるのは、薬については、そのリスクを補償する制度としての本制度が存在しているという点でなからうか。

(8) 再発防止の機能の側面

なお、本制度においては、判定結果の通知の際、副作用の原因となった原因医薬品も特定し、被害者にもこれを伝えていく。原因医薬品を特定するのは、それを特定しなければ適正使用も因果関係も判定ができず、また、原因医薬品の製造業者に付加拠出金を課すという制度的意義もあるが、被害者にとっては、これを示すことにより、以降の服

用に際し注意を促すという重要な意義があり、今後の事故予防にも役立つている。また、制度的に確立しているわけではないが、同様の不適正な使用が頻発した場合、それを製薬企業に伝えるなどして再発防止のための通知を促すなどの措置はこれまでも実際に何度かとられてきた。医薬品副作用被害救済制度は、あくまでも補償のための制度であり、事故の再発防止・医療安全に役立つ制度ではないという理解は、成立時の制度目的からするとその通りであるかもしれないが、医療安全に寄与する側面が全くないと断言するならば、明らかに誤りといえよう。

3 医薬品副作用被害救済制度をモデルとした医療被害補償制度

(1) 医薬品副作用被害救済制度と同様の無過失補償制度の可能性

さて、筆者がここで医薬品副作用被害救済を紹介し、その仕組みや判定方法、そこにみられる思想を検討したのは、これと同様の考え方・思想を一般の医療被害補償制度の構築の際に参考にできないか、あるいは参考にしたいと考えるからである。

先に検討したように、我が国の医療事故補償制度の議論においては、無過失補償制度の導入という方向性が、ほぼ一致した方針かのように論じられているが、被害が生じただけで「過失の有無を一切問わず」補償する制度を構築するということは難しい。また、過失責任と無過失補償を組み合わせる制度を考えると、過失責任の部分に、被害者救済のために高度の注意義務を課して過失を認めるといふ、従来の手段が採られるならば、これもほぼ受け入れられないであろう。

このため、医療事故においては、過失賠償よりもむしろ無過失補償（無過失の場合のみ補償するという意味のものである）を原則とし、まずは医療が適正・妥当に行われていたかを判断し、医療は適正に行われており、「誰も悪くない」

と判断された場合には補償をしてゆくという仕組みを作り、その判断を先行させるべきではないか。そして、その判断において医療行為が明らかに適正とは言えず、無過失の補償ができないとされた場合に、過失賠償を検討するという仕組みを作るべきでないか。そして、その場合の適正・妥当な医療の判断は被害者救済のためにも、比較的緩やかに、性善説的にその判断を行うことができないかと考えるのである。

(2) 同制度をモデルとする際の障害について

もつとも、このような判断方法をとるためには、一つ大きなハードルがあることは、先の医薬品副作用被害救済の分析からも明らかであろう。すなわち、医薬品副作用被害救済においては、「薬」があるために、それを媒介として、「誰も悪くない」との判断をすることが容易となるというのが先の分析であった。しかし、全ての医療において、そのような媒介があるわけではない。多くの場合は、被害の直接の原因となった、人間の行為自体が評価の対象となるため、事故の原因を明らかにした段階で、医療者が実際に行った行為の妥当性が問題となりえ、事故の原因究明が、人的な過失判断の発想に容易に結び付く可能性がやはり否定できないのである。

(3) 障害克服のヒントⅡ原因究明制度との関係

ただ、先に、医薬品においても、これにリスクがあるということが受け入れられているのは、まさに医薬品副作用被害救済制度が存在しているからという側面があるのではないかとこのことを指摘した。医療被害全般についても、同様の制度ができた場合、むしろその制度が定着することによって、医療者の行う医療行為にももともとリスク（＝誰も悪くない不幸な結果）があるということを受け入れる素地が出てくる可能性は十分にありうるであろう。

また、我が国で展開された無過失補償から事故調査に至る議論の中でも、常に主張されてきたことは、医療行為の

レビューは、犯人探しではなく、原因究明と今後の事故予防を目的に行われるべきというものであった。このため、かかる観点からは、「事故の根本的な原因は体制・システム自体にあり、問題のある体制の中で、個人の医療者が（被害と直接に結び付く）ミスを犯したことはある程度やむを得ない」との判断も、ある程度可能となるであろう。そのような場合には、医薬品副作用被害救済制度において「誰も悪くないが薬が悪い」として補償をするのと同様、「誰も悪くないがシステムが悪い」（その中には改善しうるシステムもあれば、もともとリスクが内在するというシステムもありうるであろう）として、補償をするということを考えうる。

そして、その場合、医薬品副作用被害救済制度において製薬会社が直接の賠償責任を負わないが、拠出金を課せられるというのと同様、システムを管理する医療機関や、さらには国が、社会的責任として拠出金を支払うという仕組みを考えることも可能ではないかと思われる。

VI おわりに…医療被害救済の基本としての無過失補償と医療安全

最後に、本稿の基本的な視座をまとめておく。

1 伝統的「過失責任主義」からの脱却と医療安全

(1) 医療にはもともとリスクが内在していることの認識

まず、医療はそもそもリスクがあるため、これを前提として制度構築がなされなければならない。この点は、「医療事故における無過失補償」が論じられる際には、ほとんどすべての論者が認識している点であろう。

(2) 「無過失補償」の意味

しかし、そこでの「無過失補償」が過失の有無を「問わず」に、被害が生じただけで補償をするというものであるならば、それには問題が多く、非現実的でもあり、支持できない。医療者に明らかな過失がある場合には、やはりその責任は問われるべきであり、賠償責任の原則で解決されるべきであろう。もとより、その場合の迅速な解決は必要であり、争いがある場合に補償の体制がこれに代わって給付を行い、争いの部分を肩代わりするなどの仕組みは考えられてよいが、それもあくまでも賠償責任の枠組みの中で行われるべきものである。したがって、無過失補償は「過失がない」誰が悪くないから補償をする制度と認識されるべきというのが、本稿の主張である。そして、医療事故被害において、無過失補償制度が導入されるべきという場合は、このような意味での無過失補償が問題とされるべきであろう。

(3) 「無過失」の判断手法

次に、そのような意味での「無過失」の判断がなされる際には、これまで過失責任主義のもとで行われてきた法的判断の過失判断と同様の判断を、そのまま持ち込むことは適切ではない。むしろ、医療者の立場から、当該状況において当該判断や行為がやむを得なかったか否かという、医学的（この言葉も多義であるが、ここでは医療者の視点での判断を示す）判断がなされるべきであろう。そして、その際の医療のレビューは、むしろ原因を究明しなければならないとしても、人に対する帰責性（犯人）を明らかとするということではなく、むしろ、将来の事故防止につながる、システム等の問題点（人ではない何か）を明らかにするという姿勢で取り組むべきである。

(4) 「無過失補償」が原則とされるべき理由…医療リスクの公示的側面

さらに、上記の通り、過失責任の原則の部分は今後に残るとしても、医療被害救済の手続きの中では、無過失補償の判断を先行させ、これを原則とすべきである。これには、もとより、そのようにすることが被害者を迅速に救済することができるとともに、こちらのシステムで被害者が救済された場合、医療者も含め関連する当事者をすべて救うことができるという実際的理由があるが、「医療にはそもそもリスクがある」という認識をより広め、医療事故の中にはやむを得ないものも含まれているという点が一般に受け入れられるようになるためには、その理屈に基づく制度を原則とし、その根幹に据えなければならないからでもある。

2 医薬品副作用被害救済制度のモデルとしての有用性とその発展可能性

(1) 医薬品副作用被害救済制度のモデルとしての有用性

そして、そのような制度を構築しようとする際に、きわめてよくできた制度として参考としうるのが、医薬品副作用被害救済制度である。繰り返すように、同制度は、「誰も悪くないから補償をする」制度であり、そこでの適正使用・因果関係等の判断も、「医学・薬学的判断」であって、法的判断とは区別がされている。そこでの判断は、被害者救済を念頭に置きながら、性善説的になされそのような判断が被害者の救済にもつながる（特にそのような原則が明文化されているわけではないが、「疑わしきは救済」という言葉は判定会の中でもよく使われ、基本的に委員はそのような認識を共有していると思われる）。そして、この制度の存在自体が、医薬品にはそもそもリスクがあるということの認識を広めている側面があると思われるのである。

(2) 同制度の発展可能性について

もつとも、先にも触れたが、現在の医薬品副作用救済制度も、基本は被害者救済を主眼に置いた制度設計であり、副作用事故防止・予防のための仕組みとしては、申請者本人に対して原因医薬品を示すということの他は、制度としては組み入れられておらず、不適正使用の事例が多く申請されてきた場合の現場への還元は、事実的にしか行われていない。しかし、これを副作用事故予防のための制度として組み直し、現在事実的にしか行われていない副作用事故情報のフィードバックを制度化するならば、モデルとしてはさらに完成されたものとなるであろう。すなわち、救済というインセンティブのもと、副作用等の情報をできるだけ多く集め、その情報を、医薬品の安全な使用につなげるという仕組みである。

3 医療事故一般の調査制度と補償制度の接合可能性について

(1) 補償をインセンティブとした事故事例収集の仕組み

このような発想は、医療事故一般にもあてはめが可能なはずである。すなわち、医療事故の補償制度を導入するとともに、その補償Ⅱ救済というインセンティブのもと医療事故の情報をできるだけ多く集め、その分析・教訓を現場に生かすという仕組みである。もとより、先に見た無過失補償から医療事故調査制度に至る、我が国の議論も、そのことを当然に目指しているものではあるが、その観点からも医薬品副作用被害救済制度（を上記のようにさらに発展させた制度）はモデルとして参考になりうるのではないかというのが、ここでの指摘である。

我が国では、医療事故被害補償制度の議論は、むろんこれまでも積み重ねられてきたが、医師法二二条との関連での医療事故届け出の議論に重点が奪われたために、補償に関してはいまだその実現がなされていない。しかし、被害

者補償と医療安全がこれほどまでに密接に「車の両輪として」議論されている例は珍しいと思われ、これが実現するのであるなら、世界的にもきわめて特徴的な制度となると思われる。

(2) 世界に冠たる制度を目指して

もともと、我が国には、共助の精神に基づいた、世界に冠たる制度が存在する。自賠責保険の制度、それを基礎においた（任意保険も含めた）自動車保険制度などは、その例としてよく指摘されるところであるが、医薬品副作用被害救済制度もその一つであると考えられることは、本稿で指摘した。そして、それをモデルにするなどして、医療事故一般について、被害補償と事故防止・医療安全を同時に実現するための制度ができるのであるならば、我が国にはまた一つ、世界に冠たる制度を持つことになる。そのためにも、今後も粘り強く、建設的で具体的な議論と行動を続けなければならないであろう。

- (1) 拙稿「医療事故被害者救済制度について」賠償科学三〇号五三頁など参照。
- (2) 我が国の裁判におけるこのような問題点については、峯川准教授による一連の研究が有用である。峯川浩子「診療過誤と組織責任の法理」日法八〇巻三二四四五頁。
- (3) 最一判昭和三六年二月一六日民集一五巻二二四四頁。
- (4) 四宮和夫「判批」ジュリ一二〇号二八頁、北村良一「判批」ジュリ二三三二四頁、千種達夫「判批」二五四号六頁、村重慶一「判批」民研四九号三七頁、我妻栄「判批」民研五〇号六頁等。
- (5) 加藤雅信『損害賠償から社会保障へ——人身被害の救済のために』（三省堂・一九八九年）。
- (6) 「医療被害防止・救済システムの実現をめざす会」（仮称）準備室ウェブサイト参照。〈<http://homepage2.nifty.com/pcm/v/>〉

(7) 最三判平成一六年四月一三日刑集五八卷四号二四七頁。

(8) これに対しては、当時野党の民主党が、対案として「医療に係る情報の提供、相談支援及び紛争の適正な解決の促進並びに医療事故等の再発防止のための医療法等の一部を改正する法律（仮称）案骨子試案」（通称患者支援法案）及び「医療事故等による死亡等（高度障害等を含む）の原因究明制度（案）」を発表し、院内調査を軸とする事故調査制度を提案した。その中で、医師法二一条は廃止し、医療事故に関する刑事捜査は患者家族等の告訴に基づき行われるものとするとの提案もなされている。

(9) 「医療の質の向上に資する無過失補償制度等のあり方に関する検討会」において、構成員の加藤良夫は「事故事例をまずしっかり集めて分析して、再発防止等に活かしていくというシステムがあります。一体的に車の両輪のように機能していて、初めて無過失補償制度というものが命を得るのだろう」と発言している（同検討会議事録参照）。

(10) 後に見るように、フランスでは二〇〇二年に医療事故の無過失補償を実現する「患者の権利及び保健衛生システムの質に関する法律」が成立しており、ここで参照する資料は、その立法案の提出の際に元老院で作成された理由書の付属資料である。
〈<http://www.senat.fr/rap/100-277/100-27710.html>〉なお、各国の状況については、シンポジウム「医療事故による損害の賠償」比較七二号二頁も参照。

(11) 詳細は、拙稿「『患者の権利及び保健衛生システムの質に関する法律』による医療事故等被害者救済システムの創設とその修正」年報医事法学一八号、拙稿前掲注（1）五八頁参照。

(12) 器具等の瑕疵、誤使用、誤った診断、指示または指導に反した薬品の処方等、法的にも明らかに責任があるとされるものも含まれ、また、他の手法をとっていれば避け得たであろう場合であるとか、その分野の熟練医であれば違った処置をし、その損害が避けられたであろうことなど、医師に高度な注意義務を課せば過失とみなしうるものも含まれる。補償のためにそれに該当することを示すという場合は、結局、当該医師の過失等を示すということになる。

(13) 先に見た輸血梅毒事件や、未熟児網膜症訴訟における日赤高山病院事件の第一審判決（最判昭和四九年三月二五日判時七三八号三九頁）などがその例として挙げられよう。この点につき拙稿「『医療水準論』の形成過程とその未来」早稲田法学

会誌四七卷（一九九七年）三六一頁参照。

- (14) このような手法が全くあり得ないというわけではないが、現状では困難であるということである。一方、米国ではこのように組織の過失を認定し、それと結果との間の因果関係も認めて責任を認める手法が確立しているとの点につき、峯川・前掲注(2)参照。

- (15) 医薬品副作用被害救済制度の内容については、医薬品医療機器総合機構のウェブサイトの該当箇所<<http://www.pmda.go.jp/kenkouhigai/help.html>>のほか、厚生省薬務局編『医薬品副作用被害救済制度の解説』（中央法規・一九八二年）、山川一陽「医薬品副作用被害救済制度と民事責任」日法六五巻四号（二〇〇〇年）四五頁、福田弥夫「医薬品副作用被害救済制度」伊藤文夫・押田茂實編『医療事故紛争の予防・対応の実務』（二〇〇五年・新日本法規）三九三頁参照。

- (16) 以下の記述は、筆者が、「抗がん剤等による健康被害の救済に関する検討会」に構成員として参加していた際に、第一〇回の検討会で提出した意見メモの一部をもとにしている。また、筆者が担当する、早稲田大学大学院法学研究科の授業の二〇一一年度参加者である佐藤大介（現大分大学教授）、梶谷康久（現早稲田大学大学院博士後期課程）両氏との議論、および二〇一二年に早稲田大学で開催された、日本医事法学会第四二回大会のワークショップの際の議論をもとり入れている。

- (17) 最三判平成八年一月二三日民集五〇巻一号一頁。

診療過誤と組織責任の法理

——米国の法状況を参考にして

峯
川
浩
子

- I. はじめに
- II. 日本法の現状——裁判例の分析
- III. 米国における病院責任と制度的枠組
- IV. 組織責任の法理
- V. 検討
- VI. 結びにかえて

I. はじめに

今日、医学や医療は大きな進歩をとげ、医療技術や医療機器は高度化し、医療の専門分化が進んでいる。このため、診療所で提供できる医療には限界があり、専門的高度医療の中心は、診療所から病院へ移行している。そこにおける医療は医師のみならず、看護師や薬剤師、検査技師といった複数の医療従事者が共同で治療にあたる組織医療（チーム医療）が通常となっている。つまり「今日の医療は、個々の医師のみによって提供されるのではなく、様々な職種からなる『人』、医薬品・医療用具をはじめとする『物』、医療機関という『組織』といった各要素と、組織を運用する『ソフト』等を含めたシステムによって提供されており、このいずれが不適切であつても医療サービスは適切に提供されない。例えば、多種多様なチームによって医療を提供する際、チーム内のルールが不十分であつたり、十分な意思疎通がないために医療事故に発展している事案も少なくない⁽¹⁾。そこで病院を運営する病院組織には、水準に適った医療を提供するために、施設内の物的・人的組織体制を整備し、医療提供にあつてのチーム内のルールを整備することが求められる。

このような医療の変化を背景にして、医療過誤訴訟においても、「個人の医師对患者」の関係を、「病院組織对患者」との関係に捉え直したうえで、責任の在り方、因果関係の認定の仕方を考える必要がある。けれども、これまでのところ、その課題の検討はごく少数の研究者や実務家にとどま⁽²⁾っており、「病院組織と患者」の関係に焦点をあてた分析、法理論の検討がなされてきたとはいひ難い。かつて、民法学の観点から医事法を研究された唄孝一教授は、一九七四年当時の課題として「現代医療における病院責任とその法的構成」を挙げられたが、これまでほとんど議論⁽³⁾

なされていないことからしても、かのようにいうことができよう。

本稿では、上記のような問題意識に基づき、「医療施設（病院）の組織責任」をテーマとして取りあげる。病院の組織責任（自己責任）が認められる場面としては、病院の物的設備や人的管理体制に不備があつて損害が発生した場合と、診療行為あるいはそれに関連して発生した事故の二つに大別されるが、本稿では特に後者の場面について検討を加えることとしたい。

病院自体の責任を問う根拠としては、工作物や営造物の設置管理に対する責任を別とすれば、民法七一五条に基づく不法行為責任、四一五条による契約責任といった構成が考えられるが、公害事件・薬害事件についての議論が盛んであつた一九七〇年代から一九八〇年代にかけて、医師等個人の過失を媒介とせずに組織体自身の責任を直接追及する七〇九条構成によつてその責任を追求することが提言されるに至り、これが学説の支持を最も得ている。⁽⁴⁾ 本構成の特徴は、七一五条構成が組織体を構成し、かつ被用者とされる個人の行為を問題にするのに対し、組織体を実質的に把握したうえで、法人自体の故意・過失を認定する点にある。その時点での学説の見解は、人的・物的管理体制については勿論のこと、医師に委ねられる診療行為についても、有機的組織体として医療施設の機能が發揮されるべき場合には、七〇九条の下で組織体自体の過失を認めるべきであるということであつた。⁽⁵⁾ しかし、個人が企業の指示に従う組織体とは異なり、診療行為等においては病院等医療施設が指示するというよりも、むしろ医師の個人的裁量や技術に委ねられる部分が多いことから、病院の自己責任に関する裁判例の集積を待つ必要があるとして、結局のところ問題提起のままに終わった。

医療施設の組織責任をめぐる議論は、それ以降今日にまでほとんどなされておらず、裁判例をみても、診療行為に

関連した事故につき、組織体として医療施設自体が負う注意義務の内容を抽出できるほどに七〇九条構成の下での判例は蓄積されていない^⑥。但し近時では、医療事故の場合は、契約関係にない当事者間の間で偶発的に生じた事故や災害などとは異なり、事故前から医療契約という法律関係を有していたのであるから、医療施設の組織責任を追求するにあたっては、不法行為構成よりも、むしろ四一五条に基づく債務不履行構成で問うべきであるという見解がある^⑦。

債務不履行構成の場合は、医師等個人の責任を媒介とした契約違反を追及するか、そうでなければ、組織編成上の義務に違反したとして、病院側の責任を直接追及することになる。判例・通説は、病院の組織体を契約当事者たる病院開設者と解していることから、七〇九条に基づく不法行為構成よりも四一五条に基づく債務不履行構成のほうがむしろ自然であるといえるかもしれない。

病院の組織責任を考えるにあたっては、医師の裁量の問題が大きくかわってくるほか、不法行為規範と契約規範が交錯することから複雑な様相を呈する。組織責任という概念の定立を認め、かかる責任の根拠を契約違反に求めようとする場合には、その責任の根拠は、安全配慮義務とその違反に求めることになるう。

安全配慮義務とは、「ある法律関係に基づいて特別な社会的接触関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務」であり、昭和五〇年二月二五日判決民集二九卷二号一四三頁の最高裁判決が、この表現を用いて以降、医療過誤訴訟においても、施設の人的・物的瑕疵を追及する手法としてしばしば用いられている。下級審判決では、精神科領域における自傷・他害事故^⑧、遊戯中の乳幼児の窒息事故^⑨、転倒や転落の事故等^⑩において、安全配慮義務違反に基づく使用者（組織体）の責任を認める例がある。

組織責任における安全配慮義務違反という構成の場合は、使用者が負う義務は独立的注意義務（善管注意義務）で

あつて、被用者個人の具体的な注意義務とは異なることになるから、当違反に基づいて医療施設に損害賠償を請求する場合には、七〇九条構成の場合と同様、事故を起こした末端の被用者の故意・過失をたとえ立証できなくとも、ある危険な事象に対し、予見可能性・結果回避可能性があれば医療施設（組織体）の責任を追及することが可能である（どの範囲の被用者にその義務が委託されていたかによるが）。^⑪但し、診療契約に基づいてなされる診療（医療行為）は付随義務ではなく、本来的給付義務であると学説は解しており、また、医師には「診療独立原則」が認められ裁量権がある故に、個々の医師の裁量に委ねられている医療行為につき、どの範囲で病院開設者の安全配慮義務を問うことができるかは、七〇九条構成の場合と同様検討を要する。

ところで、医療施設の組織責任という問題を考えるにあたっては、アメリカ法における「組織責任の法理（doctrine of corporate liability）」が参考になると思われる。本法理については、これまでほとんど紹介がないが、病院が患者の安全、医療の質の確保を怠った場合には組織体が直接責任を負うという法理であり、本法理の発展により、合衆国では物的・人的体制の不備のみならず、医療行為から生じた事故についても病院の自己責任を認めるに至っている。本法理は概念的には日本の安全配慮義務に相当するものである。しかし不法行為規範であり、通常、不法行為構成によつて責任追及されるといった特徴がある。

本稿がアメリカ法の「組織責任の法理」に着目する理由は次の二点である。第一に、合衆国においても、患者に対する診療については医師個人の裁量や技術に委ねられるのであり、診療における病院の組織責任を問うにあたって、どのような場合に、どの範囲で、何を基準として組織体が直接責任を負うべきかについての視点を得られると思われる点。^⑫そして第二に、従来から学説が指摘しているように、使用者が負う安全配慮義務ないし安全保護義務は、生

命・身体・財産的利益等の完全性利益を侵害しないとする義務であつて、保護法益という点では、不法行為責任の場合とほぼ同じである。契約関係があるからといって、契約法理（安全配慮義務ないし安全保護義務）によつて組織体の責任を追及しなければならないだけの実益があるのか。またこれとの関係で、債務不履行で構成した場合と不法行為で構成した場合とは、病院が患者に負う義務内容や保護範囲に違いが生じるものなのか等、今後の議論に参考になると思われるからである。こうしたことから、本稿はこのアメリカ法の「組織責任の法理」から示唆を得ることにより、日本における病院の組織責任について検討してみようと思う。

本稿の叙述の順序はつぎの通りである。まず、日本の医療過誤訴訟について紹介し、病院の自己責任の必要性を説く。そして、アメリカの組織責任論について検討を加える。そこから得た示唆をもとに、どのような場合に病院等医療施設が組織体としてその機能を発揮すべきものとして自己責任を負担すべきなのか、そしてどの法規範あるいはどのような法律構成によつてこれを具体化すべきなのか、考えてみたい。

Ⅱ．日本法の現状―裁判例の分析

上述したように、一九七〇年代を中心にして展開された病院の組織責任に関する学説の議論は、その後格別の議論の展開もないまま経過したが、二〇〇〇年代に至り、大学病院等の高度に組織化された医療施設において、チーム内のルールが不十分であつたり、十分な意思疎通がないために医療事故に発展していると思われる裁判例が多々見受けられるようになった（組織医療における医療事故については、本稿末尾表参照）。

診療行為に関連して目立つ事故類型は、(1)薬剤の取り違い等による事故や手術・検査等による事故、(2)連携態勢の

不備により患者の病状の変化に適切に対応できずに生じた事故である。(1)は複数の職種が多数関与していることが少なくなく、医療従事者個人の責任が追及されることも少なくない。たとえば以下のような裁判例がある。

1、薬剤の取り違いや手術・検査等の事故

【1】 17事件・東京地判平成二三年二月一〇日判タ一三四四号九〇頁

医師が投与量の処方間違い、薬物が三日間連続で常用量の五倍投与された結果、Aが死亡した。Aの相続人Xらは投与量を間違ったY2医師、調剤を行ったY3薬剤師、監査を行ったY4薬剤師、Y5薬剤師については共同不法行為に基づき、また開設者たるY1については使用者責任に基づき損害賠償を求めた。裁判所は、薬剤師は、用法・用量等を含む処方せんの内容について確認し、疑義がある場合は、処方医に照会する疑義照会義務を負っており、それに違反したとした。被告病院では医薬品の用量や医薬品の相互作用等のチェックを行う薬剤師のオーダリングシステムが採用されており、薬剤師らはこれを信頼していた旨主張したが、裁判所は、病院の設定方法や周知体制に大きな問題があったとはいえ、設定者や被告病院の責任者等から明確な説明を受けているなど合理的な根拠に基づくものではなく、薬剤師らが病院のオーダリングシステムを信頼していたことにつき、合理的な根拠がない以上責任は軽減されないとして、薬物の量を誤って処方した医師とこれを調剤・監査した薬剤師四名の共同不法行為責任および病院の使用責任を認めた。

【2】 15事件・東京地裁平成一六年一月三〇日判タ一一九四号二四三頁

B看護婦がAの点滴終了後に注入する薬液について注射器を取り違えて準備し、C看護婦がこの注射器に張り付けられたメモを確認しないまま患者の点滴液に誤って準備された注射器の薬液を注入したために患者が死亡した。Aの

相続人Xらは、B、Cの過失を主張すると共に、Y1が開設するY病院においては、薬剤容器への記入方法が統一されていなかったことや、注射器にメモ紙を貼り付ける慣習により、間違った薬剤を表示してしまう危険があったこと、また薬液の計量に外形上からは内容物の区別が付かない同形状の注射器を計量器として使用するなどの事故を生じかねない状況があった等の事実から（事故後態勢が変更されている）、Y1の組織態勢が本件事故発生の危険を高めたとして、不法行為もしくは債務不履行に基づき、組織編成上の過失を主張しY1を訴えた。

裁判所は、原告が主張するような一定の措置を講じることによって、本件医療事故のような医療事故が生じる可能性をできるだけ低くすることができるとしても患者の死亡という結果は、病院やY1の看護及び投薬のシステムに何らかの問題があったからこそ生じたものではなく、専らB、Cの個人的注意義務の懈怠によって生じたものというべきものであるとして、両名の過失を認めたが、病院の組織編成上の義務違反の主張については棄却した。

【3】 14事件・京都地判平成一八年一月一日裁判所ウェブサイト（平成一三年（ワ）第二八二〇号）

病状が最終期にあるAに対し継続して人工呼吸器が使用されており、加湿のために滅菌精製水が用いられていた。L看護師は、Aの使用する人工呼吸器の吸気の加湿に用いられている滅菌精製水を交換する際に誤ってエタノールタンクをAの病室に持ち込み、注射器で吸い上げて、チャンバーに注入してAに吸引させた。その後、K看護師がタンクの取り違えに気付くまでの約五三時間・七勤務帯の間に、LとKのほか看護師H、I、Jが、タンクの中身は滅菌精製水だと思いチャンバーにエタノールを補充していた（補充した分量は各人異なる）。Aは、薬剤の取り違えが判明した翌日死亡した。そこで、Aの相続人Xらは、エタノールを病室に持ち込んだLをはじめ、チャンバーにエタノールを補充した看護師五名の注意義務違反を主張し、加えて類似した容器の医薬品を区別のつきにくい状況で同一の保管

場所で保管し、またエタノールタンクに付属のノズルを精製水タンクにも流用する等取り違えの危険性をさらに高める状況を容認していた等主張して、病棟における医薬品の保管・管理・使用に責任を負っていた看護師長F、副看護師長Gの管理上の過失を主張して訴えた。

裁判所は、被告看護師各人には注意義務違反があるとし、看護師らのエタノールの誤注入とAの死亡との因果関係の立証が不十分であるとしても、看護師らそれぞれの勤務形態などからすれば、同各看護師間においてはいわゆる強い関連共同体が認められるため、被告看護師らの同各行為について共同不法行為（民法七一九条）が成立し、もし被告看護師らの同各行為について弱い関連共同体しかないと判断される場合であっても、同各行為とAの死との間の因果関係は法律上推定される、として看護師五名の共同不法行為責任を認めた。しかし、看護管理者の過失については、医薬品の確認義務は看護師として最も基本的な注意義務であったことからすると、本件事故は被告L看護師及び被告看護師らが少なくとも本件エタノールタンクのラベルを確認すれば、同事故が起きなかったことが明らかであり、薬品を識別するための措置やそれに対する注意喚起まですべき法的注意義務があったとまではいえないとした。

【4】表18事件・京都地判平成一七年七月一二日判時一九〇七号一一二頁

尋麻疹の治療のためにY1が開設する病院の医師の診察を受けたX1は、准看護師が医師の指示を誤解して誤った薬剤を静脈注射をしたために、急性心肺停止による低酸素脳症を発症して不可逆的な後遺障害を負った。そこで、X1とその両親X2・X3が、注射を指示したY2医師の過失、注射を実施したY3准看護師の過失、およびY3准看護師から薬剤のことについて質問を受け回答したY4薬剤師の過失、およびY1は本件病院において投与される薬剤の効能・効果についての最新の情報や同病院に常備されている薬剤の種類について、医師・薬剤師・看護師等に周知

させる等組織的な事故防止策を怠っていた旨主張して、Y2とY3兩名に対しては共同不法行為に基づき、Y1に対しては債務不履行ないし不法行為に基づいて損害賠償を請求した。裁判所は、Y2とY3には過失があることは明らかであるとし、兩名の各不法行為の成立とY1の使用者責任を認めた。他方Y1の組織的な事故防止策の義務違反、および薬剤師の注意義務違反については、七一五条の責任が成立している以上検討する必要はないとして判断しなかった。

【5】 表22事件・青森地判平成六年一二月二〇日判時一五五二号一〇七頁

AはY病院で急性虫垂炎の手術を受けた。手術には執刀医、補助医、外回りの看護師、器械出しの看護師、Aの容態を観察する看護師の五名があたった。執刀に先立ってネオペルカミン剤の脊椎麻酔が注入されたが手術中にAは呼吸停止及び心停止を来し死亡した。裁判所は、腰椎麻酔においては心電図モニターの着用が保険診療の対象とならず、かつ臨床場においても一般的に使用されているものでもなかったので酷ともいえるが、被告病院には心電図モニターがあつたのだから、麻酔事故が発生しないように心電図モニターをあらかじめ装着して患者の状態を厳重に監視すべき注意義務があつたとした。また心電図がつけられていなかったのに、患者の容態を看る看護師が、血圧や脈拍に異常がないことを確認後、出血量の確認等のために患児のそばを離れたことは、その時間がほんの数分間のわずかな時間であつたとしても、監視義務に違反したといわざるを得ないとして、開設者の使用者責任を認めた。

2、医師と看護師との連携

組織医療における重要な機能のひとつとして、入院中における患者の病状の変化への迅速かつ適切な対応が挙げられる。ここにおいては、患者のケアに携わる医療従事者が、患者の症状を的確に把握しているか、症状に対して適切

な対応を採っているかが問題となる。特に、夜間を含めて担当医が帰宅した場合などは、主治医・担当医、当直医、看護師の連携が重要であり、組織としては、適切な人員を配置し報告体制を整えることが重要といえる。この類型の事故については医師による患者の病状の把握の前提として、看護師の報告義務違反が問題とされることが多いが、大部分の事案においては、患者の病状の変化に対応できなかったことの過失は、看護師に対して指示権限を有する医師の過失として処置される場合が多い。同時に、そのような体制を構築できなかったことについても医師の過失とし、それを根拠に病院の責任が肯定されることが少なくない。

【6】 表31事件・松山地判平成二四年六月二六日判例集未登載（平成一八年(ワ)第四一九号）

Aは意識障害を伴う重篤な糖尿病により、Y病院に入院し、B医師がその主治医を務めた。入院の翌日、看護師がAの容態を確認したところ、右下肢の痛みの訴えと右下肢の循環障害の存在を認めた。看護師から報告を受けたB医師は大腿骨骨折を疑い、レントゲンやCT検査を実施した。そして、検査結果の画像を確認したが、明らかな骨折の所見を認めることができず、また、同日午後が公休であったため、看護師に対し、C医師にAの診察を依頼するよう指示し、併せて、その旨のC宛の連絡文をカルテに記載した後、病院を出て自宅に向かった。午後二時、看護師は、Aの右足の足背動脈が触知しないことを確認したが、医師に連絡することはしなかった。午後五時頃、外来診察を終えたCがAを診察し、右の大腿動脈が閉塞していると診断した。そして、Cからその旨の連絡を受けたBは病院に戻り、Aを血管外科の専門病院へ転送したが、既に右下腿が壊死していたため右下腿切断となった。Aの相続人Xらは、被告の経営する病院の担当医師が、Aの右下肢の循環障害の症状を看過して誤診するなどした結果、高次の医療機関への転送が遅れ、右下肢切断を余儀なくなされたとして、Yに対し、四一五条に基づき損害賠償を求めた。

裁判所は、主治医は、診療行為を協同にする他の医療従事者（看護師その他）を統括する者として、自らが病院を不在にする場合には、患者の症状の変化に速やかに適応できる態勢を構築する役割を果たすべきものであるとして、Bとしては、午後の公休を取得するに当たり、看護師に対し、引き続き、循環障害ないし虚血症状の悪化に備えて、症状の変化の有無を経時的に観察し、症状の変化が認められた場合には、直ちにCに診察依頼の連絡をすることを説明しておく必要があったものと認められる。しかし、そうした措置を講じた形跡はなく、連絡態勢を構築できなかったBには注意義務違反があるとして、病院の債務不履行責任を認めた。

【7】 表26事件・富山地判平一三年二月二八日判時一七六一号一〇七頁

Aは咽喉炎の他に、肺炎及び気管支喘息が強く疑われてY病院に入院した。外来で診療にあたったY2は種々の薬剤の投与を看護師に指示した。Y病院では医師の勤務時間は午後五時までとなっており、主治医制は採られておらず、夜間については宿直医とは別に輪番制で担当医が決められ、特に問題が生じた場合には連絡がいくようになっていた。事故当日の宿直医はL、担当医はMであり、Y2は帰宅の途につく前、Mに対しAの経過や検査結果等を伝えたが、綿密な打合せまではしなかった。Y2の帰宅後、Aには高熱、多呼吸、陥没呼吸、喘鳴等の症状がみられたが、準夜帯を担当したN看護師も深夜帯を担当したO看護師もいずれの医師にも報告しなかった。午前七時頃に呼吸状態が悪化したためOは酸素マスクで酸素吸入の処置をとったものの午前七時三〇分頃にAの呼吸が停止したため、Mに電話連絡した。しかし、Lの電話番号がわからなかったことからポケットベルを鳴らしたがすぐには連絡がこなかった。その後、蘇生措置などがとられたがAは死亡した。Xらは、Aの死亡は医師や看護婦らが適切な処置を怠った結果であるとして、Y病院を設置するY1に対して使用者責任及び債務不履行を追及すると共に、外来診療にあたったY2

を被告として不法行為責任を追及した。

裁判所は、主にY2の責任問題について断じ、Y2は外来診療にあたっただから、他の医師に比し格段の差をもってAの病態を把握していたことになり、Aの治療について第一に責任を負うべきものである。このことは、Y病院で主治医制が採られていなかったことを考慮しても変わりはない。また、夜間は担当医が輪番制で決められ、当日はMがそれに当たっていたとはいえ、中発作ないし大発作の程度から次第に大発作へと悪化しつつあったAの容態に鑑みれば、夜間においてもY2はAの治療について第一に責任を負い、自らAの症状を観察しあるいは看護師に報告を指示するか、少なくとも夜間の担当医であったLとの間で事前に綿密に打合せを行い、以降の治療に遺漏のないようにしておくべきであったとして、Y2の不法行為責任とY1の使用者責任を認めた。

3、考察

以上紹介した裁判例は、組織における態勢の不備が損害の発生に寄与した、あるいはそれが原因だったと考えられるものの一部であり、末尾に示した裁判例も併せて考察すると以下のような特徴を指摘することができる。

第一に、診療過誤の場合は、七一条構成によって責任を肯定される場合が多い。

第二に、診療（医療行為）に関連して生じた事故につき、患者側あるいは医療者側から、組織態勢の不備について主張されても、それが医療行為に関連しかつ医療従事者の過失を肯定しうる場合には、組織上の過失を認めないか検討しない傾向にある。

第三に、病院の安全管理態勢について欠陥があるからこそ、医師等その業務を統括する者は二重にチェックをしなければならぬというふうにして、被用者の注意義務の強化（注意義務の高度化）に病院の管理の落度を取り上げられ

ている。⁽¹³⁾

けれども、医療サービスという病院の活動に関し、各部門間・各専門職者の連携のルールや伝達システムを総合的な視点から決定し、管理・監督できるのは個別の部署、またはそこに属する個人ではなく病院（法人）であり、その不備によって損害発生メカニズムを創出しているのであれば、被用者の行為を媒介とすることなく病院自身の過失として扱うのが現実的である。

学説の中には、「故意・過失は自由意思を持つ自然人についてだけ語ることができ、法人についてはその意味での行為は存在しない、したがって医療事故について、病院の管理・監視体制が問われている事例では、医療法人自体の過失ではなく、病院管理者の注意義務を問題にすべきである」という見解がある。⁽¹⁴⁾ しかし、過失の重点が行為者の内心といった主観的なものから客観的な注意義務に置き換えられる傾向にある現在、病院としての取るべき行為義務とその違反としての過失を論ずることは可能である。また、病院の組織構造の観点からも、「病院は、マトリクス型組織が見事に機能しており、病院長の介入がなければ成り立たないものでもなければタフなミドルマネージャーも存在しない。医療機関は、マトリクス組織が極めて自然な状態で機能している珍しい事業であると考えられ」る、との指摘がある。⁽¹⁵⁾ 病院がその組織構造をもとに、自然人と同様の行為主体性を備えているのであれば、その責任を直に問うことが現実的であり、それができないとはいえないであろう。

Ⅲ．米国における病院責任と制度的枠組

以上、日本の法状況について述べてきたが、以下では、まず日本と米国の法制度や医療制度の相違点を明らかにし

た上で、アメリカ法の組織責任論について検討する。

1、履行補助者法理の不存在

日本では、損害賠償責任を追求する場合には、債務不履行責任と不法行為責任による責任追求の二つの形式があり、債務不履行における場合には、債務の履行の過程で用いた履行補助者の過失については、債務者が責任を負うといった法理が存在する。しかし、アメリカ法には「履行補助者」の法理の概念がないとされてきた。すなわち、コモン・ローにおいては、契約違反は厳格責任とされており、契約上の債務は、当事者の責めに帰することができない後発的履行不能を理由としてもその責任を免れることができない。したがって、契約責任では、契約の履行を妨げる事由が補助者の行為であっても、債務者が債務不履行責任を負うのは当然であって、契約上の責任について他人の行為による責任原則を特別に発展させる必要がなかった。そこで他人の行為による責任は、専ら不法行為責任における使用者原則として発達することになった。かくして、英米法は「履行補助者」という概念を知らず、他人の行為の本人への帰責問題は、契約責任、不法行為責任を問わず、全て一元的に使用者責任法理によって解決されるという法的構成が形成されている。⁽¹⁶⁾

2、使用者責任 (respondeat superior)

アメリカ法において使用者責任 (respondeat superior) は我が国と同様、自己責任を負う当事者との関係において代償的な責任を負う立場にある者が、過失がなくとも負う厳格責任 (代位責任) であり、「雇用、サービス、代理の過程および範囲で生じた被用者、使用人、代理人の過失ある行為に対しては、使用者、主人、本人が責任を負う」という代理法 (agency law) の基本原則である。⁽¹⁷⁾ ただし我が国におけるとは異なり、代理法が、取引的不法行為のみならず事

実上の不法行為もカバーしており、被用者の有責な加害行為が「雇用の範囲」にあるのであれば使用者は代位責任を負う。免責立証は認められない。

いかなる者が被用者とされるかを決定する基準は、その者を支配する権限・支配できる能力を有していたか、すなわち指揮監督ができるかどうかである。使用者に指揮監督権があればその者は被用者であって、使用者が使用者責任の下で責任を負う。コモン・ローの下では、使用者の支配の及ばない「雇用の範囲を越える行為」や使用者がその行為を支配しえないと考えられる「独立契約者 (independent contractor)」の行為、そして、その使用者の被用者が第二の使用者や代理人の支配に实际的に服していると考えられる「借用された使用人 (borrowed servant)」の行為には使用者責任は適用されないというのが原則である。

医療のコンテキストでは、医師は「独立契約者」と考えられており、看護師を含めた医師以外の専門職者は「被用者」と考えられている。したがって、病院は、独立契約者として考えられている医師の過失に対しては責任を負わないというのが一般原則である。⁽¹⁸⁾ また看護師に「借用された使用人法理 (borrowed servant doctrine)」⁽¹⁹⁾ が適用された場合は、病院は看護師の過失に対しても責任を負わないことになる。

そこで、使用者責任の下では、原告がつぎの三つの事項を証明できた場合に病院は責任を負うことになる。①不法行為が生じ、②その不法行為を犯した行為者が使用者の被用者ないし代理人であり、③その不法行為がその被用者の雇用の範囲で行っている被用者や代理人によってなされたこと、である。

3、医療制度上の相違⁽²⁰⁾

もつとも、医師が独立契約者であるという評価には、医師の有する専門性が、使用者によって支配できない程に高

度であるということだけでなく、日本とは異なる医療制度の特殊性を考慮する必要がある。すなわち、アメリカにおいては一九世紀に発展したアテンディング・ドクター・システム（いわゆるオープン・システム）がそのまま維持されており、多くの医師は病院の組織に帰属することなく、医療サービスを行っている。すなわち、病院からその業務を委任された管理者たる医師や研修医を除いて、病院で仕事をしている大部分の医師は、診療部門の医師スタッフ委員会によって、病院の人的・物的設備を使用するスタッフ特権が認められた者であつて、病院と医師との間に雇用契約はなく、病院施設に関する利用契約が単に締結されているにすぎない。診療部門からスタッフ特権が認められた医師は病院の管理者の介入なくして、自己のオフィス等で診ている患者を自由に入院させ、治療を行い、個人の事業主として、自らが行ったサービースにつき患者や保険会社に対して直接技術料を請求する。他方病院は、医師とは別に、例えば薬物や臨床検査、宿泊や食事、看護といった患者に提供した医療サービスの費用を患者や保険会社に請求する。スタッフ特権を与えるか否か、そしてスタッフ特権を中止したり、停止したりするかどうかは、医師スタッフ委員会の専権事項である。しかし、スタッフ医師の選択について過失があつた場合は伝統的に病院が責任を負っており、この責任は後述する組織責任において病院が患者に直接負う義務の一つである。

IV. 組織責任の法理 (doctrine of corporate liability/ corporate liability theory/ institutional liability)

1、企業責任 (enterprise liability) との相違

組織責任の法理とは、「病院が患者の安全・医療の質の確保を怠つた場合には組織体が直接的に責任を負うという

法理であり、病院に滞在する間の、患者の安全と福祉を保障するものである⁽²¹⁾と定義されている。つまりそれは、病院組織を医療従事者の実在として扱い、管理上・運営上の病院の義務の中心に据えるものである。

裁判所は従来病院組織の義務を、医師や看護師の選択と保持、建物や土地の管理、備品の管理といった「人的・物的な管理」の領域に制限していた。しかし、イリノイ州で一九六五年に判決されたDarling事件⁽²²⁾が、診断や治療といった医療の専門的領域において病院の自己責任を認めて以降、多くの州がこれを採用し、病院の組織責任の法理が発展することとなった。

本項では病院の組織責任について説明を加えるが、その前にしばしば混同されやすい「企業責任」つまり「enterprise liability」について説明しておきたい。

企業責任とは、組織体そのものがその活動から生じた人身損害に対し企業が責任を負うというものである。その意味で組織責任と同一ではあるが、病院の組織責任は後述するように「譲渡できない義務」に根拠があり、「患者の安全と福祉」を目的した直接責任であるのに対し、企業責任は報償責任・危険責任の原理に立脚した「責任の公平な分担」を主たる目的としたものである。

すなわち、企業責任は、①責めを負うべき活動から生じた事故の費用は、内部化されるべきであり、②事故の費用は、その活動に係り、利益を得る者の間で分散・分配されるのが公平であるという理念に基づいた厳格責任(代位責任)⁽²³⁾である。危険な活動を行う企業の責任や製造物責任が企業責任の典型であり、日本において一九七〇年代から一九八〇年代にかけて盛んに議論された七〇九条構成によって法人の責任を問う「企業責任」とほぼ同じ概念である。企業責任の下では、その企業の活動から生じた事故につき、被害者は被用者や理事等個人の過失を特定しなくとも

賠償を得ることができる。例えば製薬会社で働く医師が、薬品を開発する過程で過失を侵したとしても、消費者は医師個人の過失を特定することなく、製薬会社そのものを加害者たる被告として訴え賠償を得ることができる。⁽²⁴⁾

企業責任は、企業にその責任が集中することができることから事故を防止させるインセンティブを企業に与えることができ、また被用者個人の責任追及や求償が通常ないことから、責任保険の効率化という点でも利点がある。こうした理由で、クリントン政権の下で損害賠償責任保険危機が問題となったときに病院の企業責任を立法化することが提案された。⁽²⁵⁾ けれども国民や医師等医療従事者の猛烈な反対にあって実現しなかった。反対の最大の理由は、その内容が医療専門職者個人への責任追及を全面的に廃止し、病院に責任を集中させるものだったからである。病院の企業責任の強制は、国民の訴訟における選択を制限し、医師―患者間の専門家責任を前提とした黙示的な取り決めや、当事者として病院に責任があるかどうかの実質的判断をも締め出すことになる。⁽²⁶⁾ 組織責任については、アメリカ不法行為法が損害の填補とならんで強調する「事故の抑止」にどれだけ効果があるのか、と疑問視する見解もあるが、⁽²⁷⁾ 大部分の学説や判例は過失責任たる組織責任を支持している。⁽²⁸⁾

2、Darling 事件

一九六〇年半ば頃まで、裁判所は一般に、病院組織の義務を「人的・物的管理」の領域に制限していた。これを、診断・治療といった診療の領域にまで発展させたのは、一九六五年にイリノイ州最高裁判所で判決された Darling 事件である。⁽²⁹⁾

原告 Darling は、フットボール・ゲームの最中に右足を骨折し、被告病院の救急室で、整形外科医と病院の看護師によって、ギプス包帯を巻かれた。ギプスをあてがわれてすぐから、原告は多大な痛みを感じ、ギプスから出ている

踵は腫脹し、変色し、知覚が消失していった。その治療を行った医師は、翌日つま先附近のギプスを一部切り取ったが症状は悪化し続けたため、その二日後にはギプスが除去された。しかし、この時には既に Darling の下肢は壊死しており、血液と浸出液と悪臭が観察された。暫くして Darling は、他病院に移ったが時は既に遅く、Darling の足は膝から下を切断せざるを得なかった。Darling は、医師の専門家過失と使用者責任、病院の組織上の過失を主張して訴訟を提起した。訴訟放棄の医師との契約書の存在によって、医師に対する訴訟は事実審以前に却下され、病院のみを被告として争うことになった。事実審において原告を支持する判決が下され、病院が控訴したが棄却された。上告審における法律問題のひとつは、原告が証拠として提出した、規則、基準、内規 (by-laws) を病院の組織責任を問うための注意義務水準として用いることの適否にあった。

最高裁判所がまとめた原告の申立ての趣旨は次の通りである。第一に、被告病院がこの整形外科医に仕事をさせておいたことがネグリジェントであった。また、整形外科医の行っている治療を、医療スタッフを介して調査し、改善するように指導しなかったことがネグリジェントであった。第二に、JCAHO (Joint Commission Accreditation of Healthcare Organization)⁽³⁰⁾ の基準に則って被告病院が採択した病院の内規には、本件のように患者の病状が悪化している場合に看護師は、一〇～二〇分毎に血液の循環の状態を観察しなければならない義務があったにもかかわらず、一日に数回しかなされなかったという注意義務違反がある。看護師がそれらを行っているかどうかを確認することが病院管理スタッフの義務であり、そして看護師が症状の悪化を管理者に報告していないことによって、原告は、医師スタッフの注意を喚起されることがないまま放置された、あるいは、医師スタッフが何の行為も取らなかったことはいずれかにネグリジェンスがあった。さらに原告は、免許規則、JCAHO の基準、被告病院の内規は、病院の義務を

定義しており、それらに対する違反行為の結果として生じた侵害に対しては責任が課せられることを主張した。⁽³¹⁾これに対して、被告病院は従来の責任理論に従って次のように反論した。「適切な教育を受け、免許を持った個人だけが医業を実施できるのであり、法人ができるのではない。したがって、病院は法の下で、専門的実務を行う医師や外科医に対して、如何なる行為も禁じたり、要求する権限を持っていない。病院は、患者の状態に要求されるような合理的な注意をなす義務と、そのコミュニティにおける一般的な病院によってなされる程度の注意と技術と慮深さを行使する義務を患者に負う。証拠は、病院が基準的な業務に従っていたことを示しており、原告はこれに対して反証がないことを明らかにしている。看護師が、もしそのような指示を実施すれば患者に対して多大な侵害が生じることを、如何なる合理人にも予期できるほどに明らかにネグリジェントであるのでなければ、看護師が医師の指示を単に実施したに過ぎない場合には、その看護師が行った不法行為に対して、病院には責任はない。医師によってなされるような専門的性質の医療ケアに対する病院の義務範囲は、医師の選択において合理的な注意を払うことである。スタッフの選択においてそのような注意がなされ、そのようにして選択された医師の能力がない、あるいは、そのような無力さが発見されるべきであったことを示すものが何もないとき、それ以上のことを病院の管理に期待することはできない」⁽³¹⁾。

本件において、病院が整形外科医の行った診療を調査し、協議しなかったという事実について争いはなかった。Schaefer 裁判官は、JCAHO の病院認定基準や州免許規則、被告病院の内規は、病院が患者のケアに対して責任を負うことが望ましく、そして、適正であることを明らかにしているとして、「JCAHO の基準、免許規則、内規」を病院の注意義務水準を証明するための証拠として用いることを認めた。

結論として、裁判所は、病院の責任において、全てのときに、全ての患者に対するベッドケアのために、そして、この患者の右足の進行的壊死状態を改善するために、病院の管理者と医療スタッフに対して、そのことを通告する能力のある、訓練された十分な数の看護師を有していなかったこと、および、整形外科医によって患者になされている治療を調査し、必要により上級医師に関与を求めなかったことに関して、二つの点で被告病院にはネグリジェンスがあつたと判示した。⁽³²⁾

本判決以前における、診療に対する病院組織としての義務は、医師や看護師の選択において合理的な注意を払うことであるとされてきた。本判決は、それを医療の専門的業務の領域にまで高めて、スタッフ特権を持つ医師の行う医学的ケアの質の監督と、その医師がなした治療を調査する病院の義務を承認し、組織責任の法理の下で、病院自身が患者に対し直接的責任を負うことを認めた。このことは、それまでの独立契約者に対する病院の責任の免責を制限し、患者に対する病院の責任が医療ケアをなす医師の責任と共存することを明らかにした点で重要である。原告が提示した病院免許法の下での州公衆衛生省によって規定されている準則およびJCAHOが要求する病院の組織運営のあり方としての基準、病院組織が定めている内規といった、これらの諸規定は、裁判所が認めたように、病院組織を運営する統治機構が、患者が病院において最善の医療を受けられるように、責任を持つて病院組織の確立と運営にあたることを明らかにしている。公共の利益を意図した制定法や行政法規への違反は、当然違法ネグリジェンス (negligence ⁽³³⁾ per se) あるいはネグリジェンスの証拠のいずれかであることは、既に一般的な法となっていた。しかし、第三者機関たる病院の認定組織であるJCAHOの基準や病院の内規が証拠として認められたのは、本件がはじめてであつた。

Darling 事件判決を契機にして、多くの州が病院の組織責任を採択していった。本法理が採択される理由はほぼ一

致しており、「病院はもはや医師がその仕事をなすための単なる施設ではなく、様々な専門職者や、様々な部門が関わり合って包括的な医療サービスを提供する医療の担い手と把握できること、そして国民は、病院医療においてはある特定の個人の医療専門職者ではなく、病院が治療をなし、治してくれると信じていること、こうした病院への国民の信頼が、組織責任を課す主要な理由である」と説明されている。³⁴⁾

3、組織責任の内容、責任の性質

一九九一年にペンシルベニア州最高裁判所で判決されたThompson事件³⁵⁾の裁判所は、同州で初めて組織責任の法理を採択した。本裁判所は全州における病院の組織責任に関する判例を包括的に調査した後、組織責任を採択している法域において、裁判所が認めている病院の義務は、主に次の四つに分類されることを明らかにした。

- (i) 安全と適切な設備・備品の保持において合理的な注意を行使する義務
- (ii) 能力ある医師を選択し、保持する義務
- (iii) 患者のケアに関して病院の中で、医療を行う全ての人を監督する義務
- (iv) 患者に適切なケアを保障するための、適切なルールおよび手続きを案出し、採択し、執行する義務³⁶⁾

また、他の裁判所や学説がしばしば指摘するように、本法理は患者に対し、病院が直接的に負う「譲渡できない義務 (non-delegable duty)」を創設すると述べた。そして、組織上の過失を代理法の原理から区別する中で、裁判所は、患者に対して直接的に責任を課するためには、損害が生じた構造上の欠陥や手続きに対し、知っていたあるいは知るべきであったという、事実認識 (actual knowledge)・擬制認識 (constructive knowledge)³⁷⁾がなければならなかった。この要求は、組織過失は、矯正が可能であった組織構造上の欠陥や手続きに対してのみ、病院は責任を負うということ

である。つまり、組織責任は、病院が損害を避けることが可能であったかどうかとは無関係に、施設の中で生じたあらゆる過失に対して、容易に責任を課す厳格責任、すなわち、「代理法第二次リステイトメント二一四条」に規定されている伝統的な「譲渡できない義務 (non-delegable duty)」そのものではない。それ故に、原告が病院の組織責任を追及するためには、①病院が適切な注意義務水準から逸脱したこと、②病院は、矯正が可能であった構造上の欠陥や手続きに対して、事実認識あるいは擬制認識があつたこと、③病院のネグリジェンスが、権利侵害を受けた当事者に対して、損害をもたらす実質的要因 (substantial factor)⁽³⁸⁾であつたことを証明しなければならない。加えて、病院のネグリジェンスが明らかでない場合には、第一の義務違反と第三の近因を証明するために、専門家証人による証言が求められる。⁽³⁹⁾ 裁判所は、病院に対し、病院の患者に対する直接的責任を課すためには、この要求は適えなければならないとした。

以上みてきたようにThompson 事件判決は、組織責任において病院が患者に負う義務を四つに類型化し、この責任は「譲渡できない義務」であると述べる一方で、病院自身の過失に基づく直接責任であることを強調した。ところで、「譲渡できない義務」とはどのようなものなのか、説明を加えよう。

4、譲渡できない義務 (non-delegable duty)

譲渡できない義務とは、「第三者を保護する義務を負う本人(使用者)は、その義務の履行に際し用いた行為者が被用者であるか独立契約者であるかを問わず、その作為・不作為によつて義務が履行されなかった場合には、たとえ本人(使用者)に過失がなくとも厳格責任(代位責任)を負う⁽⁴⁰⁾というものである。代理法第二次リステイトメント二一四条⁽⁴¹⁾は、「譲渡できない義務」の履行に対する本人の責任について、つぎのように説明している。

「他者や他者の財産を護るために保護を与えたり、注意を用いる義務を有し、かつ、使用人やその他の者に対してそのような義務の遂行を体系化 (codify) する使用者やその他の本人は、その義務の遂行に対し、そうした代理人の失敗によって他者や他者の財産に与えた損害に対して責任を負う」。右のような責任が使用者 (本人) に対して課される理由として、本項のコメント (a) は、次のように説明する。「人は、特定の不法な行為や結果を指示したり、過失があつたりしたのでなければ、雇用の範囲内で行為した代理人や使用人の行為を除き、他者の行為について通常責任を負わない。しかし、人は契約によって、あるいは他者とある関係に入ることによって、雇用の範囲にない代理人や被用者の行為によって引き起こされた損害に対して責任を負う可能性がある。この責任の範囲は引き受けている義務による。また、ある者が達成されるべき結果を契約し、起り得る損害が生じた場合には、彼の代理人でも使用人でもない者の行為に対しても責任を負うことになる。譲渡できない義務は、そうした義務の一つであり、他者を保護するために適切な注意が用いられることを保障する義務 (duty to see) である。他者にその義務の履行を委任して注意行使することでは満たされず、保護の仕事を委任された人物が注意深く保護を与えた場合、そして、その場合にのみ満たされる義務である」。

このようにして、第三者を保護する譲渡できない義務を負う使用者は、使用者責任の一般原則とは離れて雇用の範囲内だけでなく、雇用の範囲にない被用者や代理人の過失ある行為に対しても責任を負うことになる。

この義務は、契約⁽⁴²⁾、制定法、チャーター (charter)、フランチャイズ (franchise)、コモン・ローのいずれかによって生じるが、コモン・ローから生じる譲渡できない義務は、本人と第三者とが契約上の関係ないし、ある特別な関係に入つた場合に生じるとされており、概念的には我が国の安全配慮義務 (保護義務) と同じである。⁽⁴⁴⁾

譲渡できない義務は、一般に以下のような状況において適用されている。

請負人を使用して自己の財産を修理する家主は、修理が適切になされたか否かを確認する譲渡できない義務を負い、不適切な修理が原因となつて生じた侵害に対して代位責任を負う。⁽⁴⁵⁾ 一般運送業者は積荷したものを適切に運送し、安全を保障する譲渡できない義務を有し、不安全な運送に因つて生じた侵害に対して代位責任を負う。⁽⁴⁶⁾ 同様に、乗客輸送において、合理的な注意を行使することが公的あるいは私的運輸会社の譲渡できない義務である。⁽⁴⁷⁾ 地方自治体は安全な道路を提供する譲渡できない義務があり、たとえ州の国土省によつてその維持が引き受けられていたとしても、瑕疵ある修理によつて引き起こされた侵害に対して代位責任を負う。⁽⁴⁸⁾ また、公道や公共施設を修理するという市の義務は、譲渡できない義務であり、使用した業者の過失が原因となつて市民を侵害した場合には代位責任を負う。⁽⁴⁹⁾

右に挙げたように、譲渡できない義務は様々な状況で適用されているが、全てに共通するのは、譲渡できない義務を課せられる被告は、生命や身体・財産の保護を原告から委ねられた者であり、逆に原告は、その扱いについて被告に信頼を寄せなければならない者や無防備な者ということである。

医療過誤訴訟の領域では、この法理の活用は救急医療に限定されている。本法理を初めて採択したのは、一九八七年アラスカ州最高裁判所で判決された Jackson 事件⁽⁵⁰⁾ であり、「一般救急施設として免許を付与されている病院は、救急室のケアに対し、医師を提供する譲渡できない義務を負う」と判示して同法理を採択した。その他フロリダ州、ニューヨーク州においても救急医療の領域で同法理が採択されたが、他の法域は採用していないとされている。⁽⁵¹⁾

McWilliams v Russell は、組織責任は嚴格責任ではなく直接責任であるにもかかわらず、判例や学説が繰り返し「譲渡できない義務」であると説明することについて、「病院に対する国民の信頼と、患者の運命に対して責任を持つ

べき当事者として行動すべきであるとの公共政策を反映している」と説明する⁽⁵²⁾。つまり、厳格責任か、過失責任かという相違はあるが、病院は、生命や身体の安全・財産の保護を患者から委ねられた者であり、逆に患者は、病院に信頼を寄せなければならない者という関係が認知しうるのであり、その意味で組織責任は、譲渡できない義務の一形態として捉えても良いということであろう。

5、組織責任における義務範囲と内容

先述したように病院の組織責任は大きく四つの義務に類型化されているが、本項では各々どのような義務内容であるのか、説明を加える。

(1) 安全と適切な設備・備品の保持において合理的な注意を行使する義務

不法行為法理によって確立している伝統的な義務であり、法人は人々に提供する、施設や設備を合理的に保持することが要求されている。たとえば、

【1】Fisher v. Barnert Memorial Hospital 事件⁽⁵³⁾は、病院の壊れたストレッチャーから患者が転落し、頭蓋骨骨折を負った事案であった。ストレッチャーを適切に維持していなかったことが原因であるとして、病院の組織責任が認められた。

なお、この義務のカテゴリーには以下の義務も含まれるとされている⁽⁵⁴⁾。

- (a) 適切な医学機器、薬物、食物を提供するために合理的な注意を行使する義務
- (b) 患者と被用者に対して、安全な構内、環境を提供するために合理的な注意を行使する義務
- (c) 病院の来訪者を保護するために、建物・土地の保持において合理的な注意を行使する義務

- (d) 患者の貴重品を保護する義務
- (e) 効果的な感染防止を図る義務
- (f) 患者の看護と治療において合理的で適切な診断機器、安全な装置を提供する義務
- (g) 薬物の取り扱いにおいて効果的なシステムを確立する義務
- (2) 能力ある医師を選択し、保持する義務

病院は、病院のスタッフ医師としての特権を付与する前やその更新の際に、その医師の能力、資格、履歴を調査しなければならぬ。スタッフ医師の申請書の評価、任用を考慮するにあたって、病院が知っていたあるいは知るべきであった関連する情報に対し責任を有し、審査の過程に落ち度があれば、たとえ数年後にそれが発覚しても、病院は患者に対し責任を負うことになる。たとえば次のような事案がある。

【2】Johnson v. Misericordia Community Hospital⁽⁵⁵⁾事件

Y1医師は、Y病院で、単独で整形外科医療を行うことのできるスタッフ特権を与えられた医師であった。Y1は、Xの腰の手術において不必要にピンの破片を取り除こうとしたことから、Xの右大腿の神経を損傷し、筋肉に不可逆的な麻痺を生じさせた。Xは、Y1の専門家過失とYがY1の能力を調査せずに、病院のスタッフメンバーとして軽率かつ不注意に選択し、また当該手術をする能力がないのに、病院内で整形外科手術を行うことを許可したことに組織上の過失があつたとして、Y1とYを被告として訴えた。

事実審において、Xは、Y1がYの整形外科医療スタッフを申請するにあたり、申請書を提出したが、それには専門医の資格と経歴が不実記載されていたにもかかわらず、スタッフ特権を認めたとYの過失を主張した。Yは、ス

スタッフ特権を認めるにあたり、Y自体が申請書を調査しなかったことを認めたが、スタッフ医師の資格の審査は医師で構成される委員会が行っており、一般的な実務に適ったものであったと主張した。陪審は、Y1には二〇%の過失があり、Yには八〇%の過失があると評決した。二審もこれを支持したため、Yが上告した。

最高裁判所は、病院は、医師をスタッフ医師として任用し、また特権を付与するにあたり、類似した事情の下で、平均的な病院によってなされる程度の、注意、技術、判断が求められる、と通常のネグリジェンス訴訟で用いられる注意義務水準を定立したうえで、元来能力のない医師は患者に対する危険を創出する可能性が高い、病院が適切な注意を行使したかどうかの問題は、YがY1の資質について事実認識・擬制認識があつたかによって、つぎのように述べ、原審の判断を支持した。

「Y病院においては、Y1医師を採用するにあたり、何ら調査がなされていなかったために、Y1医師の能力に関して事実認識はないが、当事者が調査をなすことによってある特定の事実が得られうる場合には、擬制認識があつたと認められる。事実審の専門家証人は、平均的な病院は、医師から提出された申請書の正確性について注意を行使すると証言している。もしY病院が、Y1の申請書に記載されている病院とコンタクトをとったならば、Y1のスタッフ特権は二つの病院で剥奪されており、一つの病院で特権を認められなかったという事実や、顧問医特権を有していないこと、また整形外科手術において専門的手術を行うための資格を有しておらず、同僚医師の大半が、彼は整形外科医として能力がないと認知していた事実がわかつたはずである。さらに、Yが巡回裁判所のファイルをチェックしたならば、Y1には七回民事訴訟が提起されていたことも知り得たはずである。病院が適切な調査を実施したならばこうした情報を得ることができたのであり、Y1のスタッフ特権を認めた時点で、これらの事実全ての情報を得るこ

とができた病院には責任がある⁽⁵⁶⁾」と判示した。

(3) 患者のケアに関して、病院の内で医療を行う全ての人を監督する義務⁽⁵⁷⁾

Darling 事件以降に、新たに課せられるようになった病院の義務が、本類型とこれに関連した(iv)の義務であり、(ii)とは異なり、施設の中で業務を行う医師と看護師等病院の被用者によってなされる医療全てを監督する義務である。

「建物の中で、医療を行う全ての人を監督する義務」という表現は、一見して、医師がなした医学的決定に関して、病院が介入することを許容するようにも思えるが、患者の治療内容の決定は専ら治療する医師の裁量に属する事項である。また、免許ある医師は、医業を行うための同様の免許を得ていない者から、診断や治療に関連する特定の指揮・監督を受けることはできない。免許を有しない者にそれをなすことを許容することは、非合法的な医業の実施を招くことになる。Darling 事件はこの類型に分類されているが、病院組織に課せられる義務は、診断や治療上の手続きに関するガイドラインを執行するための合理的な手段を取ること、すなわち、管理者として、病院が設定しているガイドライン (基準) に従ったケアや手技がなされるように管理することであり、その範囲にとどまる⁽⁵⁸⁾。

先に Darling 事件判決を紹介したが、他にもつぎのようなケースがある。

【c】 Whittington v. Episcopal Hospital 事件⁽⁵⁹⁾

患者は、妊娠中毒症との診断を受けていた。これにより、出産時に成人呼吸窮迫症候群に陥り、産後肺塞栓症によって死亡した。遺族は Y1 医師と Y 病院に対し損害賠償を請求した。原告の専門家証人は、治療の遅れが妊娠中毒症を憎悪させ、それにより産後に肺塞栓症という合併症を引き起こした要因だったと証言した。そして患者が病院で診察を受けた一二月一五日、一二日及び入院した二三日から二四日にかけて、また分娩後の治療において、病院の被

用者や代理人である看護師と研修医、および被用者でも代理人でもない主治医Y1によって、繰り返し注意義務水準からの逸脱があり、その逸脱と患者の死亡との間には実質的要因（Ⅱ因果関係）が認められると証言した。

陪審は、Y1医師には七五%の責任、病院は組織責任に基づいて一五%、及び使用者責任に基づいて一〇%の責任があると評決した。Yは、組織責任の認容の部分につき、法や証拠に基づいていないとして控訴した。Yの使用者責任・組織責任の主要な内容は、以下の二点である。

第一に、妊娠中毒症はよく知られている合併症であり、看護師はこれについての教育・訓練を受けている。一五日の検診のときに、患者の血圧が異常に上昇しているにもかかわらず、Y1ないし研修医の指示にしたがって、患者を帰宅させたことは、患者の状態を不十分に評価しているということであり、産科看護の注意義務水準から逸脱している。このような場合には患者の血圧を数時間に渡って観察することが看護師の注意義務水準であり、それが医師らの指示によって実施できない場合には、なされるべき看護と患者を帰宅させることの矛盾を解決するために、通常は“chain of command”が用いられており、ここでも用いられるべきだった。“chain of command”は、その部署のトップや看護管理者に、問題に関する情報がいく。この点について間違いがあり、これらの注意義務水準の逸脱が患者の死亡に寄与した。一五日の検診のときに、患者の血圧は上昇しており、尿蛋白も二プラスであり、浮腫もあった。患者は分娩期にあり、この時点で入院させ、血圧のコントロールやその他の処置がなされれば、病気の進行を妨げることができ、患者が死に至ることはなかった。また、二三日の検診においては、劇的な妊娠中毒症の悪化がみられており、患者を至急入院させ、分娩を誘発し胎児を娩出すべきであったのに、同様に帰宅させた。

第二に、患者は誘発分娩を受けるために、計画通り二三日に入院した。被告病院のプロトコールによれば、妊娠中

毒症に罹患している患者の場合は入院後即座に分娩室に入室させ、一時間毎の容態チェックが定められている。それにもかかわらず、一四時間もの間患者を待機室で待たせ、バイタルサインの測定はたった一回しかなされていない。被告病院の医療スタッフは患者が二四日に誘発分娩が始まるまで、原告に対し誰も何ら対応していない。これらの事実は、被告病院自身が定めたプロトコルが執行されていないということであり、この点につき義務違反がある。またこれは当該患者に対する病院の情報管理、文書の欠如によるものでもある。結果として、患者は非常に悪い身体状況の下で分娩に臨むこととなり、死亡という結果に寄与した。

控訴裁判所が事実審の判断を支持したため、Y病院は、本件で問題となっている病院の義務違反は(ii) (iv)の類型のいずれにも法的根拠がないと主張して上告したが、最高裁判所は、本件は病院が負う一つ以上の義務に重層的に違反したケースであり、被告病院における多数の義務違反は、(iii)の義務の下での証拠としてまとめて認容できるとし、病院にはこれらについての擬制認識が認められ、注意義務水準に従わなかった病院の行為は、患者に対する危険を増大させたとして、上告を棄却した。

【4】Thompson v. Nason Hosp. 事件⁶⁰⁾

交通事故によって傷害を受け、被告病院で頭部と脚治療を受けたXとその夫が、Y病院を被告として訴えた。Xは、スタッフ特権を有するY1医師により治療を受けたが、医師は脳内の大きな血腫を見落とした。また、Xは心臓病で以前から抗凝固治療を受けていたが、Y1はその治療法を知らず、これに対する治療を行わなかった。Xは当初救急室で治療を受けていたが、集中治療室で治療を受けることになった。他の医師がXを診察した結果、彼女には左半身に麻痺があることが判明した。これを受けてY1がXを診察し、麻痺が進行している明らかな徴候があることを認

知したにもかかわらず、外科的な治療を行わなかった。入院から四日後、Xの左半身は完全に麻痺した。Y1は、神経系に問題があると判断し、Xを他の病院に転送したところ、大脳内に大きな血腫があることが明らかになった。外科治療の遅れの結果としてXは、左半身が麻痺するという後遺症を負った。Xらは、特定の行為者の過失を特定することなく、Xの傷害は、被告病院のネグリジェンスにより、直接的あるいは近接的に生じた。彼らは、治療の間、彼女の状態について協議し、監視するということを定めた病院のルールに従わなかった。特にXは、協議を通じて、適切な医学的注意を患者が受けることを、医師スタッフが確実にしていないのに、Yは、医師スタッフを統治する準則・規則を無視した、と主張してYの組織責任を追及した。

最高裁判所は、「医師スタッフを統治する病院の準則・規則は、病院スタッフのメンバーや被用者が、患者の治療や状態についての異常を認知し、報告する義務があることを明らかにしている。院内開業医が、そのような異常を通じて知られた後に行わない場合には、病院のメンバーや被用者は、適切な行為がとられるように病院当局に報告する義務がある。患者の状態の変化や医学的実務の水準に従っていない医師の指示に疑問を持たず、結果として患者が侵害された場合には、病院は責任を負う⁶¹」と判示して、病院の組織上の過失を認めた。

以上みてきたように、病院の組織的な義務を示す証拠として、病院の内規や準則・規則・JCAHOの認可基準といった文書が、審理における証拠として用いられている。もし、病院がこれらに記載されたルールや水準に違反したことが、患者の損害を引き起こした近因であれば、文書を与えた事実が期待されるべき注意義務水準の証拠として、病院の責任を推定させる。しかし、それが直ちにネグリジェンスを構成することにはならない。というのは、裁判官や陪審は、これらのガイドラインに示された事項を注意義務水準の証拠として拒否することは自由だからである。⁶²

(4) 患者に適切なケアを保障するための、適切なルールおよび手続きを案出し、採択し、執行する義務

この義務はしばしば(iii)の義務と重なり合い区別できないことも少なくないが、病院が、適所に、適切なガイドラインやマニュアル等の文書を持つべきであったのに、それを保持していなかった場合や、採択しても実施していない場合、あるいは採択したルールが不適切であった場合に義務違反が生じる。

【5】 Keen v. Methodist Hospital 事件⁽⁶³⁾

喧嘩で右目に傷害を負った患者が、被告病院の救急室で院内開業医の診察を受けた。医師はレントゲンを撮影した後、治療をしないまま患者を帰宅させた。翌朝、たまたま患者のレントゲン写真を見た放射線医Aが、頭蓋骨折の可能性があることに気づき、再度のレントゲン写真の撮影を推奨する意見を病院のレコーダーに記録した。しかし、その日が休日だったことから、彼の意見は休日明けまで誰にも聞かれることはなかった。他方、録音がなされた日の午後、患者は自宅において突然意識を消失し、被告病院に搬送されたが、頭蓋骨折と頭蓋内出血のために死亡した。救急室で診察した医師が頭蓋骨折を見落としたことが死亡の近因であった。裁判所は、「病院は、医業を行うことができないゆえに医師の行為に対して責任を負うことはできないが、施設として病院の運営に関し管理上の責任がある。病院は、雇用契約に基づき放射線医Bを放射線部門の管理者として置いており、同部門におけるサービスの方法について文書化している。放射線医Aの意見が、治療を行っている医師、または、その医師がいない場合には病院の管理者に伝わるような手続きをルールとして採択していなかったことにつき、病院にネグリジェンスがある⁽⁶⁴⁾」と判示して、病院の組織責任を認めた。

【9】Edwards v. Brandywine Hospital 事件⁽⁶⁵⁾

Xは、腰痛のためにY病院の救急室に行き入院した。入院後すぐに、看護師がヘパリン・ロック（複数の点滴薬液の注入を可能にするために静脈カテーテルに専用の器具を付けたもの）をXの左手に挿入したが、入院中、Xの静脈カテーテルは入院後の三日目に一回しか交換されなかった。退院後左手が発赤・腫脹したため、Xは再度Y病院の救急室を受診し検査を受けたところ、ブドウ球菌による感染であることが明らかとなり、Xは再度Y病院で約一か月間入院治療を受けた。

XはY病院に対して、保健省の規則（regulation）は感染を防止するために静脈カテーテルの留置期間を四八時間とし、その後留置場所を変更することを規定しているが、Y病院はそれを遵守していないとして、組織上の過失を主張して、訴訟を提起した。他方、Y病院は、保健省の規則で用いられている、アメリカ病院協会の“Infection Control in the Hospital (1979)”は時代遅れのものであり、四八時間の基準は“Centers for Disease Control”によつて七十二時間に変更されている、という抗弁を提出した。

事実審は、保健省の規則を重視し、被告病院のルールでは静脈カテーテルは七十二時間で交換することになっており、保健省の規則に反して静脈カテーテルを取り除かなかったことは「当然違法ネグリジェンス（negligence per se）」であり、病院の注意義務違反を構成するとしたが、因果関係が証明されていない、として、指示評決を言い渡した。他方、控訴審は、保健省の規則の文言は、四八時間ルールを強制しておらず、その基準からの逸脱は「当然違法ネグリジェンス」を構成しない、として原審の判断を覆した。

最高裁判所は原審の判断を支持したうえで、「病院自身が（公式な感染コントロール委員会を通して）、静脈カテーテル

の交換に関する標準以下のルールを採択したのであれば、病院は組織の能力に関し責任がある。病院のルールに従った看護師をとがめることはできないが、病院がその静脈カテーテルのルールが不適切であることを知っていた、あるいは知るべきであった場合には、病院に過失があつたといふことができる⁽⁶⁶⁾とした。そのうえで、「保健省の規則 (regulation) は、四八時間のルールに絶対的に従うことを要求しておらず、七二時間というルールを採択することを禁じていない。カテーテルの位置を頻繁に変えることが感染に対する危険を増大させる可能性もある。病院が四八時間後にヘパリン・ロックの場所を変えなかったという事実は、当然違法ネグリジェンスを構成しない⁽⁶⁷⁾」として控訴審の判断を支持し、再審理を命じた。

6、組織責任論に対する評価

多くの法域で新たに採択されている組織責任の形態は、Darling 事件判決が採択した(iii)の類型とこれに関連した(iv)の類型である。これらの新たな組織責任を支持する裁判所や学説はその根拠を、「病院はもはや医師がその仕事をなすための単なる施設ではなく、様々な専門職者や、様々な部門が関わり合つて包括的な医療サービスを提供する医療の担い手であること」、そして、「国民は、包括的な医療サービスを提供する病院を頼っており、増大する国民の信頼が、組織責任を課す主要な理由である」としている。

しかし、この新たな組織責任論の発展が、普遍的に受け入れられているわけではない。例えば、Thompson 事件で反対意見述べたFlaherty 裁判官は、裁判所が誤った経済政策の創出を導くことになるとして、次のように批判している。「この新たな責任理論の採択において、多数意見は、当州の法に対し途方もない、無分別な変更をなしている。被用者ですらない人物の行為に対し、病院に財政的責任を置くという変更は、deep pocket の責任理論に反映される。

同時に、病院費用は、驚異的に上昇している。これは、既に国民にとって多大な負担となっている医療費をさらに押し上げる。上級者責任のような伝統的責任理論が、不法行為に対する組織の責任を確認するのに適切である⁽⁶⁸⁾。

7、小括

以上述べてきたように、アメリカの病院は、物的・人的体制の瑕疵のみならず、医師や看護師が行う医療行為に関しても直接的義務を負うようになっていく。この考え方の根底にあるのが「組織責任の法理」である。組織責任は、予見可能性、結果回避可能性を前提とした過失責任であること、雇用関係にない医師の加害行為に対しても責任を負うこと、使用者の義務と被用者が患者に対して負う義務は異なるものとして区別していることから、概念的には日本の安全配慮（保護）義務に相当し、同時に使用者の不作为が不法行為の一類型として捉えることができるものと思われる。今日、病院が患者に対し直接負う義務の内容は、(i)安全と適切な設備・備品の保持において合理的な注意を行使する義務、(ii)能力ある医師を選択し、保持する義務、(iii)患者のケアに関して、病院の内で医療を行う全ての人を監督する義務、(iv)患者に適切なケアを保障するための適切なルールおよび手続を案出し、採択し、執行する義務、の四つの類型に大別される。このうち、(iii)(iv)が診療行為に関連して新たに発展してきた病院の義務である。

病院の組織責任を問うためには、損害が生じた組織構造上の欠陥や手続に対し予見可能性が必要であり、その義務違反を証明するにあたっては、行政法規やJCAHOの組織運営に関する基準、病院が定めた内部規則（病院で作成されたマニュアルやガイドラインも含む）等が、その証拠として用いられる。けれども患者の診療に対し裁量権を有する医師の業務に違法に干渉することにもならない。なぜなら、これらによって病院の日常業務をスムーズに稼働させ、また患者に対する適切なケアを保障するものとして、医師もその活用に同意していると考えられるからである⁽⁶⁹⁾。

このようにして、組織責任の法理の発展により病院は、独立契約者たる医師が行う専門的医療行為や医師の指示に基づいて医療行為を行う看護師らの専門的行為についても、患者に対しその質を保障する義務を負うようになった。

ところでコモン・ローにおいて、組織責任を基礎づける患者に対する保護義務（作為義務）は、何を根拠に生じるかであるが、組織責任を採択する裁判所は第二次不法行為リステイトメント第三二三条を挙げるか、あるいはこれに類似した自州のコモン・ローをその根拠として挙げている。⁽⁷⁰⁾ 第二次不法行為リステイトメント第三二三条はつぎのよう規定している。

三二三条「サービス提供の引受けのネグリジェントな行為」

「他者の身体・財産の保護が必要であると認めうるサービスの提供を無償ないし約因によって引き受ける者は、(a)注意を払うことの懈怠が損害に対する危険を増大させたり、あるいは、(b)他者がその引受けに信頼をおいたために損害を蒙った場合には、引受けを履行するために合理的な注意を懈怠したことから生じた人身損害に対して責任を負う」⁽⁷¹⁾。そうして、不法行為責任において、当事者間で保護義務が生じるか否かを判断するにあたり、裁判所は、以下のようなファクターを考慮して、片方当事者に行為義務が生じるか否かを判断しているとされる。⁽⁷²⁾

すなわち、(i) 当事者の関係、⁽⁷³⁾ (ii) その行為者の行為の有用性、(iii) 危険の性質および生じた損害に対する予見可能性、(iv) 行為者に義務を課した場合の結果、(iv) 提唱されている解決策における (in the proposed solution) 社会全体の利益である。

V. 検討

以下では、アメリカ法から得た示唆をもとに、日本法の下での、「安全配慮（保護）義務」すなわち「病院の組織責任」について考えてみたい。

まず最初に、なぜアメリカ法においては安全配慮（保護）義務が、不法行為法によって統治されるのかを明らかにしておかなければならない。

先述したリステイトメント第三二三条における、「約因」⁽⁷⁴⁾によって引き受ける場合とは「明示の契約（express contract）」の場合であり、「無償」によって引き受ける場合とは、約因がない場合、すなわち、「黙示の契約（implied contract）」⁽⁷⁵⁾の場合である。

明示の契約とは、口頭もしくは文書による当事者間の明確な意思表示と合意によって生じる契約であり、黙示の契約（implied contract）とは、当事者間において明確な意思表示（約因）がなくとも、当事者の行為やある状況から合意があったものと法が推定するものである。患者が病院と明確な取り決めをしないで、病院に委ねて医療サービスを受ける場合には、契約の本質的要素たる約因を欠くために黙示の契約をしたことになり、人身損害が生じても不法行為に基づく訴えができるのみである。裁判所は原告が申し立てている義務違反が、病院との特別な合意から生じたものか、黙示の契約によって生じたものか、を判断することによって訴因を確定し、損害賠償額を算定する。このようにして、アメリカでは「黙示の契約」は契約法では統治されないことから不法行為訴訟となるし、また病院が患者に対して負う義務は、当事者の合意によって生じた義務ではなく、当事者間の関係を前提に法が創出した義務であるから、

契約におけるように当事者間の交渉によって義務内容を変更することはできない（例えば免責約款等）。

他方、日本法の下では、「黙示の契約」も契約法によって統治されるが、安全配慮（保護）義務は、当事者間の「合意」ではなく、その「関係」によって「信義則上」生じる義務である。最高裁は債務不履行構成を採用したが、日本民法は「信義則」を民法典の冒頭に置き、民法全体、すなわち、物権や家族法全体および債権債務関係が生じる以前の社会的接触関係全般に通じる一般原則として規定されていることから、債務不履行構成、不法行為構成のいずれであっても、義務者に対し作為義務を觀念し得る場合には、その責任を追及することができるものと解される（ただし、請求権の問題は残る）。

では日本の病院に対し患者との関係を前提としてアメリカの病院に課せられているような作為義務を課することができるのか。検討すべきは現行の行政規制である。

高度化した医療施設において医療事故が多発するなかで、厚生労働省の医療安全対策会議は、平成一四年に医療安全対策を医療政策の最重要課題のひとつと位置づけ、今後の中長期の国家の医療安全対策の基本方針についてとりまとめた報告書である「医療安全推進総合対策」を公表した。現在、同報告書に基づいて様々な医療安全対策が実施されている。⁽⁷⁶⁾ また、平成一八年の医療法改正では、第三章において「医療の安全の確保」を掲げ、第六条の一〇において、病院、診療所又は助産所の管理者に対し、医療の安全を確保するための指針の策定、従業者に対する研修の実施、その他の医療の安全を確保するための措置を義務付け、また第六条の九において、国、都道府県、市や特別区に対し、医療の安全の確保に必要な措置を講ずる努力義務を定めている。さらに、医療法施行規則は特定機能病院に対し、安全管理および院内感染対策の専従者の設置、安全管理部門の設置を義務付けるほか（九条の二三）、各医療施設に対

し、輸液ライン誤接続防止の基準や、医薬品・医療用具等に関連した基準等の整備といった多くのことを義務づけている。

これらは公法上の義務であり、それに反したからといってただちに、個別の患者に対する義務違反とまでは評価できないが、まさに国家が患者の生命・身体を保護するために必要とされる一般的安全措置を講じることを意図したものであることには違いなく、実際のところ病院は厚生労働省の指導の下で、内部規則や一定の医療行為に関する手順書（マニュアル）やガイドライン等の文書等を多数作成し執行している。下級審においても近時、医療従事者の過失と並んで医療施設の組織編成上の義務違反が主張されており、病院自身の責任を問うための証拠として病院の臨床部門が作成したガイドラインや病棟が作成したマニュアルが病院の過失を証明するものとして持ち出され、それに基づいて過失判断する事例が見られている（表13・19・37事件）。

こうした日本法の現況に鑑みると、アメリカ法の下で発展した病院が患者に直接負う(iii)、(iv)の義務は、日本法の下でも病院に作為義務を課す根拠として観念することができると思われ、患者の安全が害されたと考えられる場合には、設置者の自己責任を認めることも可能ではないかと考える。

問題は、いずれの規範によってこれを具体化すべきかである。診療行為の過誤に関しては、病院の組織上の過失と被用者の専門的過失が競合した場合が前提となるから、被用者個人を訴えることができず被用者個人たる履行補助者の負担する義務が病院の債務内容の一部または全部と一致すれば使用者の責任を問いうる四一五条構成、そして、「人的・物的な環境に起因しない侵害」をその適用範囲外とする安全配慮義務構成は、ひとまずここでは除外する。したがって、七一五条構成か、七〇九条構成のいずれかということになろう。

七一五条構成は、被用者の故意・過失を前提とすることから使用者の責任を認める必要上、被用者に高度の注意義務を課すことになりかねない。病院の管理体制の不備が加害行為の原因ないし加担したと考えられる点において、使用者にも独立した責任が認められるのに、加害被用者に責任を収斂させることになりかねず、使用者の無責任化を招来させる結果（適切な行為規範を創設しない）となつて、正しい解決とは思えない。他方七〇九条構成は、病院の責任を直接追求することができ、かつ全ての国民に対して医療の安全という権利の実現・保障を可能にしよう。

したがって、病院が一つの組織体的機能として診療機能を果たし得ない場合は、七〇九条により病院が自己責任を負担すべきであると考えるのが適切であろう。しかし、医療過誤訴訟においては、企業責任を前提に提唱された七〇九条構成とは異なつた理論的検討が必要であると考ええる。以下では、これに対する私見を示し、結びにかきたい。

VI. 結びにかえて

一九七〇年代に神田孝夫教授によつて提唱された七〇九条構成は、報償責任・危険責任を前提として、①代位責任として理解された七一五条では被用者個人としての責任が成立すること、②行為者たる被用者を特定しその者に過失があつたことを立証するのは被害者にとつて容易ではないこと、また、③企業から被用者に対する求償が問題となるため企業への責任の集中が実現できないことの三つの問題を克服するために提唱されたものである。⁽⁷⁸⁾しかし、②についていえば、医療事故の場合は、病院に独立した責任主体性を認めたとしても、患者は通常医師や看護師等加害者を比較的容易に特定ないし限定できるのが通常であり、病院が損害賠償責任を負う場合に過失ある被用者が共に共同被告として訴えられることも少なくないものと思われる。病院で発生した医療事故を理由とする従来の損害賠償請求訴

訟の形式は、まず医師等の診療上の過失を主張し、当該医師等については七〇九条の不法行為責任を問うのと同時に、その使用者である病院（開設者）に対して七一五条の責任の適用を主張し、両者の不真正連帯債務であるとして損害賠償請求を追及するものであったが、使用者が独立の不法行為性を備えることによって、使用者と被用者との共同不法行為の成立の可能性を示唆するものである。七一九条が適用される場合、各人の独立の不法行為責任の成立と関連共同性が必要であるから、被用者の加害行為とこれに加担した使用者の行為は、独立して不法行為の成立要件を満たすとともに、関連共同性ありと認められることになる。七一九条はその効果として、共同不法行為責任が成立すると、共同行為者は全員でその責任を全部負担することになり、対被害者との関係では免責されず、内部関係においても負担部分が指定されこれを超えた賠償金を支払った場合のみ、他の共同不法行為者に超過部分の求償を求めることができる。しかし、順次あるいは連鎖的に不法行為が生じた場合で、損害に対する寄与度が異なり連帯責任を課すには酷な事案がある。また監督的立場にある医師と看護師といった主従の関係にある職種や、個人で責任保険をかけている職種とそうでない職種がこのラインに加わる場合がある。これに病院を責任主体として加えた場合に、果たして七一九条による処理が良いのか、それとも競合的不法行為とすべきなのか、事故を類型化して、それに応じた適切な処理を検討することが必要となつてこよう。

また、③についていえば、医療の分野では医師等被用者個人が損害賠償責任をかけている場合も少なくなく、求償の制限が必要かという問題がある。病院の自己責任を認めるということは、それだけ従来被用者が病院に代わって負担していた責任が減少し均衡がとれた状態となるともいえるが、他方で個人は病院の自己責任の陰に隠れて専門的責任から逃れかねないともいえる。医療事故の場合は、一度事故を起こせば法益性の高い患者の身体・生命を害するこ

と、また医療事故被害者は真相解明や再発防止といったものを求めていること、さらに国家が患者の生命・身体を保護するために必要とされる一般的安全措置を積極的に講じていることに鑑みると、わたくしは被用者に過失がある場合は、求償は制限すべきではないと考える。むしろ、医療過誤訴訟では、今後の医療事故を防止するために、外部で被害者に対する補償を確実にしつつ内部関係において、求償によって制裁を図り、事故を抑止していくべきだと考えるからである。

以上、本稿はアメリカの法状況を参考に、医療施設の組織責任について検討を加えてきた。診療の領域における組織責任の成立の可能性を検討するにあたっては、因果関係の問題や契約法理に基づく安全配慮義務と不法行為法理に基づく不作為不法行為との関連についても検討が必要であった。今後の課題としたい。

事故類型	NO	裁判所・判決年月日・出典	被告	事案・原告の主張等	判決
管理上の過失	1	横浜地判昭和58年 5 月20日判タ506号167頁	医療法人	ナースコールブザーの説明や設置に問題があった事例	709
	2	東京地判平成14年 1 月31日判時1790号119頁（一審）、東京高判平成21年 4 月28日判時2086号25頁（控訴審）	県厚生農業協同組合連合会	母親が持参し、同病院の看護婦が与えたコップ用の玩具で遊んでいたところ、窒息した事例	415
	3	千葉地判平成23年10月14日裁判所ウエブサイト（平成21年(ワ)1651号）	医療法人	院長が患者の入浴について、入浴に関する看護基準を設定・指示し、病院内の安全管理態勢を確保すべき義務があったにもかかわらず、これを怠ったとして争われた事案	715
	4	東京地判平成10年 3 月23日判時1657号72頁（一審）、東京高判平成13年10月17日東京高等裁判所判決時報52巻 1～12号16頁（控訴審）	大学法人	死因としてうつぶせ寝による窒息か、未然型乳幼児突然死症候群（SIDS）かが争われた事案	715
	5	広島高判松江支判平成24年 5 月16日（TKC文献番号25481766）	国立大学法人	パルスオキシメータの警報音を聞き漏らした過失、保守点検等病院の医療体制等における過失が争われた事例	715
	6	東京地裁平成17年11月22日判時1935号76頁（一審）、東京高判平成21年 4 月28日判時2086号25頁（控訴審）	地方公共団体	アラームが直ちに聞こえるようなナースステーションを設置する措置を採っていないことが争われた事例	715（一審）、取消、棄却（控訴審）
	7	神戸地判平成23年 9 月27日判タ1373号209頁	医療法人	心拍数モニターに係るアラームに気付かなかった看護師に過失があったとされた事例	715
	8	名古屋地判平成21年 6 月24日判時2069号84頁、判タ1320号211頁	医療法人	スピーカーから聞こえる胎児心音の異常に気付くのが遅れた看護師の過失が認められた事例	715
	9	東京高判平成11年 9 月16日判タ1038号238頁	医療法人	両下肢大腿切断をした長期入院患者がベッドから転落したことによって死亡した事故	415
	10	東京地判平成14年 6 月28日判タ1139号148頁	大学法人	リハビリ中に転倒して頭部を打撲し、患者が死亡した事例	415

医師の 診療行為	11	大分地裁平成24年11月1日裁判所ウエブサイト (平成23年(ワ)第899号)	地方公共団体	①能書に記載された注意事項に従うような体制を構築しなかった注意義務違反、②能書に記載された注意事項に従うように適切に指導・監督しなかった注意義務違反、③医療過誤の発生を予防できるシステムを構築しなかった注意義務違反を主張した事例	請求棄却
	12	東京地判平成16年3月24日判時1879号96頁(一審)、東京高判平成17年1月27日、平成16年(ホ)第2477号(控訴審)	学校法人ほか 医師4名	抗がん剤の過剰投与による患者の死亡	医師4名 は709、 設置者は 715
医師の 共同診療	13	東京地判平成22年9月27日判タ1377号151頁	学校法人、病院長 ほか医師3名	医局で作成されたＣＶカテーテルマニュアルが問題となった事例	請求棄却
	14	京都地判平成18年11月1日裁判所ウエブサイト (平成13年(ワ)2820号)	国立大学法人、 看護師5名、 管理者2名、 医師2名	滅菌精製水とエタノールを取り違えた事例	看護師 5名は 719 I、 設置者 は715
看護師の 共同	15	東京地裁平成16年1月30日判タ1194号243頁	地方公共団体、病 院長、医師2名	点滴薬剤の取り違い、看護師による誤注射	715
	16	【刑事】横浜市立代患者取り違い事件 (民事訴訟なし) 最判刑集61巻2号149頁	看護師2名、 医師5名	手術における患者の取り違い	医師、看 護師全員 罰金刑
	17	東京地判平成23年2月10日判タ1344号90頁	共済組合連合会、 担当医ほか医師2 名、薬剤師3名	薬剤の過剰投与による患者の死亡	719 I 前段、 715
	18	京都地判平成17年7月12日判時1907号112頁	医療法人、医師、 准看護師	准看護師による誤注射	709, 715

医師と他の
専門職者の
共同

19	新潟地判平成15年12月26日裁判所ウエブサイト (平成12年(ワ)384号)	地方公共団体	腹部造影検査後の止血処置の過誤	715
20	福島地判平成20年 5 月20日判時2019号69頁、判タ1289号211頁	公立大学法人	緊急帝王切開後の新生児仮死	715
21	大阪地判平成11年 3 月 8 日判タ1034号222頁	教団病院、病院管理者、主治医、看護師	麻酔薬によるショック死	709,715
22	青森地判平成 6 年12月20日判時1552号107頁	地方公共団体	ネオペルカミン剤の脊椎麻酔がかけられたところ、右患者が手術中に呼吸停止及び心停止を来し死亡した事故	715
23	大阪地判平成23年 7 月25日判例タイムズ1354号192頁	財団法人	出産後に羊水塞栓症を原因とするＤＩＣに陥り、転送先で患者が死亡。	715
24	東京高判昭和58年10月27日判時1093号83頁、判タ516号143頁	国、当直医	常位胎盤早期剥離による胎児の死亡事故	715
25	名古屋地判平成19年 1 月31日判時1992号101頁、判タ1277号386頁	医療法人	頸椎骨切除手術を受けた患者の死亡	715,415
26	仙台地判平成13年 4 月26日判時1773号113頁、判タ1181号307頁	地方公共団体	骨折した小学生にフォルクマン拘縮が生じ、後遺障害が残った事案	715,415
27	富山地判平13年 2 月28日判時1761号107頁	県厚生農業協同組合連合会、外来で診療にあたった医師	患者の死亡は医師や看護婦らが適切な処置を怠った結果であるとして、担当医と法人が訴えられた事例	709,715
28	大阪地判平成11年 2 月25日判タ1038号242頁	医療法人、院長兼主治医	腸閉塞の手術を受けた患者が術後縫合不全による腹膜炎を併発し、死亡した事案	415
29	大阪地判平成16年 1 月21日判時1907号85頁、判タ1174号264頁	医療法人、地方公共団体	気道確保の処置を受けた際、呼吸停止及び心停止となり、いわゆる植物状態に陥った事案	719
30	前橋地判平成22年 4 月30日判時2083号122頁	医師会	A鎖骨骨折、肋骨骨折等の傷害を負い、翌朝窒息死した事例	715,415

	31	松山地判平成24年6月26日判例集未登載 (平成18年(ワ)第419号)	医療法人	医師が患者の症状の変化に速やかに適応できる連携態勢を適切に構築できなかったとされた事例	415
	32	神戸地姫路支判平成14年2月25日裁判所 ウエブサイト (平成9年(ワ)第684号)	病院事務組合	原告が、ガス壊疽を発症し、左足の膝関節下切断を余儀なくされた事例	715,415
院内感染	33	熊本地判平成17年3月24日判タ1285号240頁	国立大学法人 地方公共団体	M R S A敗血症による死亡。感染対策予防措置の不充分	715,415
自殺	34	東京地判平成21年9月15日判タ1328号196頁	国立大学法人	患者が病室から失踪し、敷地内に併設された看護師宿舎の屋上から転落して死亡した事例	請求棄却
	35	名古屋地判平成19年4月25日判時1994号80 頁、判タ1269号246頁	医療法人	自殺未遂に気づいた看護師が他の看護師の応援を要請するために病室を離れた間に、患者が自殺をした事案	請求棄却
	36	東京高判平成13年7月19日判時1777号51頁、 判タ1107号266頁	医療法人	患者が自殺したのは、以前通院していた病院の担当医師が診断を誤り、必要な治療、措置をとらなかったためであるとして訴えた事例	415
	37	福岡高判平成3年3月5日判時1387号72頁	医療法人	加害患者が無断外出し果物ナイフを買って持ち帰り、程なくして被害患者が殺害された事案	415,709
精神科	38	大津地判平成12年10月16日判タ1107号277頁	医療法人	精神分裂病を発症して同室に入院していた患者が暴行を加え、甲を死亡させたことに関し、病院に対し損害賠償を求めた事案	415
	39	福岡地小倉支判平成11年11月2日判タ1069 号232頁	医療法人	患者が首をつり自殺したため、昼夜病室を巡回するなどの自殺防止措置をとることを怠った等主張して争った事案	415
	40	大阪地判平成10年3月20日判タ984号208頁	医療法人	精神病院に入院した患者が同室者の暴行を受けて、内科を専門とする他院に救急搬送されたが、M R S A感染により死亡した事例。	415,709

- (1) 医療安全総合対策会議「医療安全推進総合対策―医療事故を防止するために」三頁（二〇〇四年四月一七日）。
- (2) 後掲注(3)、注(5)に掲げた文献のほか、潮見佳男「責任要件としての「加害者の過失」の現代的変容」私法五五号一七頁（一九九三年）、橋口賢一「ドイツにおける診療過誤と組織過失論」同志社法学五四卷五号一二九頁以下（二〇〇三年）がある。
- (3) 唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」唄孝一・有泉享編『現代損害賠償講座四・医療事故・製造物責任』（日本評論社、一九七四年）。
- (4) 後掲注(5)に掲げた文献を参照されたい。
- (5) 唄教授は、病院管理に関するミスを問題とする下級審判決を参照されたうえで、「そのほとんどがいまだ民法七一条の構成におおわれているものの、社会的、実質的には病院自体の有责性そのものが問責の対象とされていることを判文上にも感じさせる事例がある」と指摘し、「遅かれ早かれ、七一条という構成に満足しえず七〇九条の内包を拡大してそこには組織自体の不法行為責任をはらましめるに至ることは、もはや当然のなりゆき」とされた。唄・前掲注(3)二五頁。同様の見解をとるものとして、林良平ほか「医療行為とは何か―組織医療を含めて」ジュリ六一九号五三頁〔錦織成史〕（一九七六年）、金川琢磨「医療事故における病院の自己責任」法社会学三二卷一四一頁（一九七九年）、筋立明・中井義雄編『医療過誤法』一七三頁以下〔川村フク子〕（青林書院、一九九四年）、大野真義編『現代医療と医師法制』八〇頁以下〔野田寛〕（世界思想社、一九九五年）、國井和郎「使用者責任とその周辺問題―他人を使用する者への帰責をめぐる法的構成」法律時報四八卷一二号四四頁（一九七六年）等がある。
- (6) 七〇九条の下で処理されたケースとして、横浜地判昭和五八・五・二〇判タ五〇六号一六七頁（表1事件）があるが、それ以外はみあたらない。
- (7) 西口元、島田佳子「医師の制度疲労責任―個人責任から組織責任へ」判タ一一三三号一四頁（二〇〇三年）参照。
- (8) 例えば、大津地判平成二二年一〇月一六日判タ二〇七号二七七頁（表38事件）がある。精神科の領域の裁判例については、手嶋豊「判批」判時一四〇九号一五五頁（一九九二年）、長谷川義仁「判批」別ジュリ二一九号二一六頁（二〇一四年）を参照。

照されたい。

- (9) 東京地判平成一四年一月三二日判時一七九〇号一一九頁(表2事件)。
- (10) 例えば、東京高判平成一一年九月一六日判タ一〇三八号二三八頁(表9事件)。
- (11) 高橋眞『続・安全配慮義務の研究』一〇頁(成文堂、二〇一三年)、近江幸治『民法講義V契約法(第三版)』三四二頁(成文堂、一九九八年)等。
- (12) 平野裕之「安全配慮義務の観念は、これからどの方向に進むべきか」椿寿夫編『講座 現代契約と現代債権の展望二・債権総論(二)』三三三頁以下(日本評論社、一九九一年)、新見育文『「安全配慮義務」の存在意義』ジュリ八二三号九九頁以下(一九八四年)、同『「安全配慮義務の存在意義」再論』法律論叢六〇巻四・五合併号六〇八頁以下(一九九一年)。
- (13) これについては、医療従事者がひとたび事故を起こせば人命を危険に曝すおそれのある者であることに照らして、医師に對して極めて高度の注意義務を課した東大輸血梅毒事件(最判昭和三六年二月一六日民集一五巻二号二四四頁)が前提となっているものと思われる。
- (14) 平井宣雄『債権各論Ⅱ不法行為』七一頁(弘文堂、一九九二年)。
- (15) 赤瀬朋秀ほか八名「平成一七年度学術委員会第五小委員会報告・病院組織における薬剤部門の位置づけに関する調査研究」一一〇八頁(二〇〇七年)。
- (16) 落合誠一「補助者の行為による運送人の責任(二)」法学協会雑誌九五巻一号一三頁(一九七九年)。
- (17) Lynn D. Lisk, A Physician's Respondent Superior Liability For the Negligent Acts of Other Medical Professionals-When the Captain Goes Down Without the Ship, 13 UALR L. J. 183, 184 (1991).
- (18) Milliron v. Francke, 243 Mont.200, 793 P2d 824 (Mont.1990) 事件の裁判所は、「この一般原則は、医師の知識やサービスは非常に専門的であり、医師は素人によって支配することができない者である、という裁判所の確信を反映している」と述べるが、医師が独立契約者とされる最大の理由は、病院が行使できる「支配の不足」にその根拠がある。
- (19) 借用された使用人法理とは、その状況を支配し、その仕事を委任している者に責任を課す法理であり、特別な使用者の支

配が及んでいる。あるいは権限がある場合にだけ、一時的に特別な使用者に対し、通常の使用者の責任を移転するものである。組織責任の発展により病院における「借用された使用人法理」は衰退しているため本稿では論じないが、本法理は、しばしば医師の指示に基づいて医療行為を行う看護師に適用されてきた。本法理が適用された場合には、医師が特別な使用者として看護師の過失に対して使用者責任を負うことになる。この点は日本法においても、看護師が過誤を侵した場合、医師の指示監督責任が必ずといていいように問題となるのと同じである。詳細は、峯川浩子「アメリカ合衆国における看護婦のネグリジェンス責任（一）」立教大学大学院法学研究第二二号八七頁以下（一九九九年）参照。

(20) 合衆国の病院制度の詳細については、See RAND ROSENBLATT ET AL., LAW AND THE AMERICAN HEALTH CARE SYSTEM (1997) が詳し。

(21) Thompson v. Nason Hosp., 527 Pa.330, 591 A.2d 703, 707 (Pa.1991).

(22) Darling v. Charleston Community Hospital, 311 Ill. 2d 326, 211 N.E.2d 253 (Ill. 1965).

(23) Gregory Keating, Tort: Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents, 72 Fordham L.Rev. 1857, 1886 (2004).

(24) Lori Andrews, Symposium Starting the Medical malpractice System: Article: Studying Medical Error in Situ: Implications for Malpractice Law and Policy, 54 DeP. & L. Rev. 357, 383 (2005).

(25) William Sage, Enterprise Liability and the Emerging Managed Health Care System, 60 Law and Contemporary Problems 159, 162-69 (1997).

(26) See, e.g., Andrews, *supra* note 24, at 387; Clark Havighurst, Making Health Plans Accountable for the Quality of Care, 31 Gal.Rev. 587, 605-06 (1997); Mark Hall, Institutional Control of Physicians Behavior: Legal Barriers to Health Care Cost Containment, 137 U.Pa.L.Rev. 431 (1988).

(27) Paul Weiner, The Case for No-Fault Medical Liability, 52 Mb.L.Rev. 908 (1993).

(28) See, e.g., Daniel Shuman, The Standard of Care in Medical Malpractice Claims, Clinical Practice Guidelines, and Managed Care: Towards a Therapeutic Harmony?, 34 California Western Law Rev. 525, 572 (1988); Gary Schwarz, Corporate

Tort Liability Symposium: Article: The Hidden and Fundamental Issues of Employer Vicarious Liability, 69 S.Cal.L.Rev. 1739, 1748-49 (1996); Randall Bovbjerg, Medical Malpractice on Trial: Quality of Care is the Important Standard, 49 Law & Contemp. Probs. 321, 325 (1986).

(29) See supra note 22 Darling 311 Ill. 2d 326, 211 N.E.2d 253 (Ill. 1965).

(30) JCAHOとは、患者のケアを包括的に改善し、病院が従わなければならない最低の水準を創ることを目的として、アメリカ内科医学会・アメリカ外科学会・アメリカ歯科医師会・アメリカ病院協会・アメリカ医師会によって設立されたシカゴに本拠地を持つ私営の非利益団体である。JCAHOは、JCAHOの認定を受ける病院のために、認可基準を公表しているが、この病院認可マニュアルが實際上全米における病院運営の一般的ガイドラインとなっている。日本における公益財団法人「日本医療機能評価機構」はJCAHOをモデルとして創設されているものと思われる。

(31) Darling, 211 N.E. 2d, at 256.

(32) Id at 257-58.

(33) 当然違法ネグリジェンスとは、ある制定法への違反が、ある事情の下では、当然過失となるものである。制定法への違反は、全て不法行為上の過失を導くものではないが、ある者がその制定法が保護しようとしている範囲にあり、被った損害が立法者が防止することを意図していた種類のものであった場合には、当然違法ネグリジェンスの主張を台頭させることになる。当然違法ネグリジェンスに関する邦語の説明として、樋口範雄『アメリカ不法行為法』(弘文堂、二〇一一年)一〇三頁以下がある。

(34) See, e.g., Strubhart v. Perry Memorial Hospital Trust Auth., 903 P. 2d 263 (Ok. 1995); Pedroza v. Bryant, 101 Wash, 2d 226, P. 2d 166 (Wash. 1984); Arthur Southwick, Hospital Liability: Two Theorie Have Been Merged, 4 Journal of Legal Medicine 1, 18-23 (1983).

(35) Thompson v. Nason Hosp., 527 Pa.330, 591 A.2d 703 (Pa.1991).

(36) Martin McWilliams & Hamilton Russell, Hospital Liability for Torts of Independent Contractor physicians, 47 S.C.L.Rev.

431, 468-69 (1996).

(37) 擬制認識とは、現実に認識していなくとも、合理的な注意を払えば認識していたであろう事実について、認識 (knowledge) があると見なされることである。田中英夫『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九五年) 一八九頁より引用。

(38) 歴史的にコモン・ロー裁判所は、ある者の行為と損害との事実的因果関係があるかどうかを判断するために、二つのテストを用いてきた。一つは、「あれなければこれなしテスト ("but for" test)」であり、他の一つは「実質的要因テスト ("substantial factor" test)」である。「"but for" テスト」は二つ以上の原因が競合して一つの侵害をもたらした場合や、いずれか一つの原因だけでも同一の侵害をもたらすことができた場合には不合理な結果が生じる可能性がある。すなわち、こうした状況においては、不法行為者は、自分自身のネグリジェンスにもかかわらず、同一の侵害が生じたはずであると主張することができからである。医療過誤訴訟では、先在する患者の状態も含めて、実質的要因テストが適用される場合が少なくない。「実質的要因テスト」の下では、複数の加害行為が競合する場合に、問題の加害行為以外の要因が被害発生 of 支配的要因であれば、当該加害行為は当該被害の原因ではないことになる。実質的要因の分析においてまず検討されるべき問題は、合理的な医学的蓋然性の枠内で、証拠があるかどうかである。すなわち、先在する患者の容態を前提として、ネグリジェントな行為が危険を増大させたかどうかである。つぎに陪審は、その危険の増大が最終的な損害を引き起こした実質的要因であったかどうかを決定しなければならない。これら二つが充たされた場合には、損害を適切に配分することになる。損害額は、終局的な結果が、被告のネグリジェンスなくして生じた範囲や、先在した患者の容態が生じさせた範囲を反映させて調整されることとなる。See also, RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 431, 432 (1965).

(39) See *Welsh v. Bulger*, 548 Pa. 504, 698 A.2d 581, 585 (Pa.1997). なお「事案が非常に容易であり、かつ技術の不足や注意の欠如が非常に明らかであるような場合、非専門家たる一般人にとって通常の経験と理解の範囲にある場合には、専門家証人はいらないとされている。そのような場合は、過失推定則 (*res ipsa loquitur*) が適用される。See *Toogood v. Rogal*, 573 Pa. 245, 824 A.2d 1140, 1146-47 (E.D. Pa. 2003).

(40) See RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 214. 「譲渡できない義務」の責任の性質は、アメリカ法では伝統的に

「他人の行為に対する代位責任（厳格責任）」であると解されている。この点において、イギリスにおける「譲渡できない義務」の責任の性質とは異なる。イギリスにおいては自己責任であると紹介されている。田上富一「独立契約者の不法行為に対する責任―イギリスにおける non-delegable duty 法理が示唆するもの―」法と政治四七巻一号一八二頁（一九九六年）、落合誠一『運送責任の基礎理論』（弘文堂、一九七九年）四七頁参照。

(41) 二〇〇六年に代理法第三次リステイトメントが発刊されており、二二四条は §7.06 として規定され直されている。第二次リステイトメントの方が詳細な解説があること、及び時代背景も考慮して、本稿では二二四条を引用している。代理法第三次リステイトメント §7.06 については、樋口範雄「代理関係と不法行為」樋口範雄、佐久間毅編『現代の代理法―アメリカと日本』二二五頁以下（弘文堂、二〇一四年）を参照されたい。

(42) 例えば、当事者は契約を締結するにあたり、義務の履行に際し独立契約者を使用することがあるが、その場合であっても、相手方当事者あるいはその他の第三者の身体・生命の安全や財産を絶対的に保障するということを明示することも可能である。See, RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 214, Comment (a); Edwards v. Petrone, 160 Wis. 2d 255, 258, 465 N.W.2d 847, 848 (Ct.App.1990); Majowicz V. Allied Mutual Ins. Co. 212 Wis.2d 513, 526, 569 N.W.2d 472, 476 (Ct.App.Wis.1977). 当事者の意図が不確かな場合は裁判所が改めて契約の内容を解釈することにより、その義務が譲渡できない義務であるかを決定することになる。

- (43) W. P. KEETON et al. PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS § 71 at 511-12 (1984).
- (44) Comment (a), RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 214.
- (45) Jackson v. Powe, 241 S.C.35, 39, 126 S.E.2d 841, 842-43 (S.C. 1962).
- (46) Lenkins v. E.L. Long Mortor Lines, Inc., 233 S.C.87, 95-96, 103 S.E.2d 523, 527-29 (S.C. 1958).
- (47) Dixie Stage Lines v. Anderson, 222 Ala. 673, 134 So. 23 (Ala. 1931).
- (48) Dolan v. City of Canadian, 326 S.C.543, 550, 485 S.E.2d 126, 130 (Ct.App.1997).
- (49) Prowell v. City of Waterloo, 144 Iowa 689, 123 N.W.346 (Iowa. 1909).

- (50) Jackson v. Power, 743 P.2d 1376 (Alas. 1987).
- (51) Simmons v. Tuomey Regional et al., 341 S.C. 32, 533 S.E.2d 312, 318 (Cal. 2000).
- (52) Martin McWilliams & Hamilton Russell, *supra* note 36 at 470-71.
- (53) I. Zarin, *Negligent Failure to maintain hospital stretcher*. New Jersey Verdict Review & Analysis, 15 (17), at 20-1 (1994).
- (54) MARÉSA CRONIE-RETIFF, *THE LEGAL LIABILITY OF HOSPITALS*, 358 (2000).
- (55) 99 Wis.2d 708, 301 N.W.2d 156 (1981).
- (56) *Id.* at 172-74.
- (57) この義務のカテゴリーには以下の義務も含まれるとされる。(a)患者やその遺族に対して、傷害や死を招いた注意義務水準からの逸脱について説明する義務、(b)適切な診療録を保持する義務。See CRONIE-RETIFF, *supra* note 54 at 364.
- (58) Mark A. Hall, *Institutional Control of Physicians Behavior: Legal Barriers to Health Care Cost Containment*, 137 P.A. L. Rev. 431, 451; Mitchell J. Nathanson, *Corporate Negligence: Enforcing The Hospital's Role of Administrator*, 28 Tort & Ins. L. J. 575 (1993). Nathanson は、次のように述べている。「病院は、患者のケアを調整することを企図したガイドラインの執行に對して合理的な手段をとる義務がある。しかし、この義務を遂行したならば、患者のケアを監督する義務は終わる。なぜならば、さらなる病院による関与は、非合法的な医業の実施となるからである」。同様に、Johnson v. St. Bernard Hospital, 399 N.E.2d 198, 200-01 (Ill.App. 1979). は、病院の適切な役割を議論する中で、病院の内規 (bylaw) は、医師らを補助するため合理的な努力をなすことを病院に義務づけていると述べた。この義務は、非合法的な医業の遂行とはならない。というのは、医学的な専門性が要求されているわけではなく、スムーズに病院の日常業務を稼動し、そして、適切な患者のケアを保障するために病院によって採択され、そして医師が運営に同意している規則や規定を執行する管理上の専門性が要求されているからである。
- (59) 768 A.2d 1144 (Pa. 2000).
- (60) See *supra* note 35 Thompson 591 A.2d 703 (Pa. 1991).

- (61) *Id.* at 708.
- (62) 例え⁶⁶ *Burks v. Christ Hospital*, 44 N.C.App 638, 262 S.E. 2d 391 (N.C.1980) は提出された病院のガイドラインに示された事項を注意義務水準の証拠として採用することを拒否した。
- (63) 324 F. Supp.233 (N.D. Ind. 1971).
- (64) *Id.* at 234-35.
- (65) 438 Pa. Super. 673, 652 A.2d 1382 (Pa. Super. 1995).
- (66) *Id.* at 686.
- (67) *Id.* at 687.
- (68) *Thompson*, 591 P.2d at 709.
- (69) See *Nathanson, Johnson*, *supra* note 58.
- (70) See, e.g., *Scampone v. Highland Park*, 57 A.2d 582 (Pa. 2012).
- (71) 同条(b)は契約法第一次リステイトメント第九〇条に規定された「約束的禁反言 (promissory estoppel)」、すなわち、約束の相手方が約束を信頼し、それによって何らかの不利益を被ったこと、そしてそれを約束者も十分予期していた場合に、約因がなくともその約束に法的拘束力を認めるものである。See also, *RESTATEMENT FIRST OF CONTRACTS* § 90. 約束的禁反言については、木村義和「英米における信頼に基づく契約責任と約束的禁反言(一、二(完))」法と政治四九卷二・三号二五九頁、同四号四八九頁(一九九八年)、樋口範雄『アメリカ契約法』(弘文堂、一九九九年)八二頁以下参照。
- (72) See, e.g. *Altus v. Cohen*, 756 A.2d 1166 (Pa. 2000).
- (73) アメリカのネグリジェンス法は、契約法の原理をその構造の中に取り込んでおり、被告に対してどのような義務が課せられるかを決定するにあたり、侵害が生じる前に形成された当事者間の関係を問題とする。詳細は、峯川浩子「注意義務論と医療慣行」甲斐克則編『医事法講座第三巻・医療事故と医事法』一二七頁以下(信山社、二〇一二年)。
- (74) 「約因」とは、簡単に言うところ「約束の対価となるもの」、たとえば現金の支払い、ある行為を行うこと、またはある作為を

行わないことといった明確な約束のことである。

(75) 黙示の契約には、「黙示の事実による契約 (implied-in-fact contract)」と「黙示の法による契約 (implied-in-law contract = quasi contract)」との二つがある。前者は、当事者があることを十分に意図していたが、形式上そのような意図が表示されていない場合をいう。この類型は裁判所によって明示の契約とされる場合があり、その場合は契約違反に基づく損害賠償が認められることになる。他方で「黙示の法による契約」の場合は、不法行為に基づく損害賠償ができるのみである。黙示の契約については、See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT Ch. 9 (on the scope of contractual obligations and interpreting contract terms); see also LON FULLER & MEVIN EISENBERG, BASIC CONTRACT LAW 486 (1996).

(76) 医療事故防止マニュアルの作成および周知徹底、特定機能病院の安全管理体制の義務化、輸液ライン誤接続防止の基準、医薬品・医療用具等に関連した基準等の整備、医療機関の管理者及びリスクマネージャーに対する研修、過誤を導く原因を特定するための、ヒヤリ・ハット情報の報告の義務づけ、収集・分析等が実施されている。また、平成一四年八月三〇日の医療法施行規則改正により、病床を有する全ての医療機関に対し、①医療にかかる安全管理のための指針の整備、②医療にかかる安全管理のための委員会の設置、③医療にかかる安全管理のための職員研修の実施、④医療機関内における事故報告等の医療に係る安全の確保を目的とした改善のための報告を講じること、が義務づけられた。また、特定機能病院については、①専任の安全管理者の配置、②報告書を集めて原因分析を行う「リスクマネジメント委員会」の設置、③医療機関内に患者からの相談に適切に応じる体制（患者相談窓口）の確保が義務づけられた。そして、「安全管理者」及び「安全管理部門」は、①事故報告制度、②報告書を集めて原因分析を行う「リスクマネジメント委員会」の設置、③医療事故防止マニュアルの整備、④医療事故防止のための教育研修を行うことになっている。医療安全に関する施策の詳細については、新木一弘「我が国の医療安全対策について」保健医療科学第五一卷三号一一四頁以下。今中雄一『「病院」の教科書』八三頁以下（医学書院、二〇一〇年）参照。

(77) 学説から批判はあるが、判例は、安全配慮義務は、「(被告が) 支配管理する人的・物的な環境から生ずべき危険の防止」を内容とし、「人的・物的な環境に起因しない侵害（例えば、被害従業員の同僚の運転ミス…最判昭和五八年五月二七日民集

三七卷四号四七七頁)に直結しない侵害行為はカバーしないという立場を採っている。検討する必要は十分あるが、判例の立場を前提とする限りは、医療行為に関連して生じた侵害は安全配慮義務の問題ではなく、使用者責任の不作为不法行為の問題になると思われる。本稿が影響を受けたものとして、瀬川信久「『事業執行性』の展開と使用者責任の多源性」『民法学における古典と革新』五六九頁以下(成文堂、二〇一一年)がある。瀬川信久教授は、使用者の不作为不法行為に関する判例、下級審判例を詳細に分析されたうえで、「不作为の不法行為が拡大する中で、契約の付随義務という観念が不法行為法上の義務に浸潤しているが、使用者責任でも、被用者の加害行為に着目する伝統的な不法行為帰責構造の中に、被害者との関係に基づく契約責任的な帰責構造が部分的に入り込みつつある」とし、不作为の使用上責任と安全配慮義務の責任とどのような関係に立つのか、使用者と在学関係・雇用関係などにある者に対する不作为の使用上責任は、使用者責任のなかで独立の存在を持つべきか、この問題は、不作为による使用者責任と安全配慮義務や職場環境配慮義務に基づく責任との違いから考えなければならないことを指摘される。

(78) 神田孝夫『不法行為責任の研究』一一四二頁(一粒社、一九八八年)。

(79) 加藤良夫「救済システムが事故防止に機能する」『年報医事法学第一八号九六七頁(二〇〇三年)』。同「医療の安全につながる制度とするために―患者弁護士との立場から」『年報医事法学第二八号一〇七頁以下(二〇一三年)』。また、「(仮称)医療被害防止・救済システムの実現を目指す会」作成のパンフレット、および、同会のホームページ(<http://homepage2.nifty.com/pcmv/001kyusai.htm>)参照。この報告は、アメリカにおける研究データとも一致する。患者側は医療側に対し、主として、①情報開示、②真相の究明、③謝罪(誠意)、④再発防止の取組を求めており、金銭取得を目的として訴訟を提起するのは、一二%であった(複数回答方式による)。和田仁孝・前田正一『医療紛争―メディカル・コンフリクト・マネジメントの提案』(医学書院、二〇〇一年)一〇二―一〇四頁。同様に、オーストラリアにおいても、治療によって悪い結果が生じた患者は賠償を求めるというよりも、「治療中に何が起こったのかわからない」、「情報が隠されているという信念」、「医療事故の再発防止がなされていない」といった理由で訴訟を提起していることが明らかになっている。See Review of Professional Indemnity Arrangement for Health Care Professionals, Compensation and Professional Indemnity in Health Care: Final Report 46, 65 (1995).

担保化された金銭の担保法的考察

——敷金関係を中心に

清水 恵 介

第一 序 論

物的担保に関する法体系の中で、担保目的物としての金銭は、いかに処遇されるべきであろうか。この単純な問いは、意外なことに、少なくとも日本法の下では、明確な解答が与えられてこなかったように思われる。

このことは、金銭を担保化する実例の不存在を意味しない。不動産賃貸借実務における敷金の慣行がその適例であろう。⁽¹⁾ 敷金の交付は、紛れもなく金銭による債権担保の一手段である。また、敷金をめぐっては幾多の実践的・理論的問題点があり、判例等を通じて一定の法的処理が施されてきたのも周知の事実である。

担保化された金銭の担保法的考察（清水）

二〇三（一〇三三）

ところが、敷金の問題についていえば、それはあくまで、債権法各論・契約法・賃貸借法における問題の一つとして扱われ、担保法における考察対象としては扱われてこなかった。^③しかし、このことから、担保法的考察の余地及び実益は一切ないといつてよいのであろうか。

これが本稿の問題意識である。そこで、本稿では、この点を検討するにあたり、フランス法に示唆を求めることとした。なぜなら、フランスの民法、特に担保法の体系書上、多かれ少なかれ金銭上の担保権についての記述がみられ、正面からの担保法的考察が試みられているからである。また、フランスでは、二〇〇六年における担保法の大改正及び二〇〇九年における担保信託法の導入を通じて、金銭上の担保権の法的取扱いをめぐる議論に一定の変化もみられる。

以下、敷金関係を念頭に置きつつ、金銭の担保化に対する担保法的考察の理論的可能性(第二)を確認した上で、ついで、担保的考察の具体的実益(第三)にも言及を試みたい。

第二 担保法的考察の理論的可能性

一 担保目的物としての金銭の特殊性

これまで日本法において、担保目的物としての金銭に対する担保法的考察が加えられてこなかったのは、問題局面が敷金にほぼ限定されていて実践例の多様性に乏しかったという現実的理由だけでなく、むしろそれ以上に、担保目的物としての金銭の特殊性に由来する理論的理由こそが重要であろう。具体的には、以下の三点を指摘することができる。

(1) 種類物担保の否定観

まず第一に、究極の種類物としての金銭に限らず、種類物一般に対する担保権設定というものが否定的に捉えられてきた点を指摘できよう。とりわけ、物権の一般理論として、物権の対象である物の特定性が説かれることから、物権の一種である担保物権にも同様に目的物の特定性が要求されるものと理解するときには、種類物の上に担保権を設定すること自体不可能であるとの理解に達することとなる。とりわけ、登記による不動産ごとの公示を必須の要素とする抵当権等の不動産担保権については、目的物の特定性が公示の前提とされ、その結果、種類物担保は否定されることとなる。

もつとも、他方で、動産上の担保権に目を転ずるならば、近時、飛躍的發展を遂げている集合動産（ないしは流動動産）を対象とする譲渡担保の実務慣行こそが、見方を変えれば、種類物を対象とする担保権設定であることに気づかされる。本来、分離・引渡し等を通じた「特定」（民法四〇一条二項）によつてはじめて所有権が移転するはずの種類物が、集合動産譲渡担保においては、目的物の場所的・種類の範囲のみを特定した段階で既に物的担保の設定による優先弁済権の確保が可能とされているのである。平成一六年に制定された動産譲渡登記制度は、そのような前提での公示を可能にするため、動産の所在で特定する方法による登記を可能にしたが（動産・債権譲渡特例法七条二項五号、動産・債権譲渡登記規則八条二項二号）、そもそも、種類物所有権の移転が不可能であるのに担保権の設定は可能であるという逆説的な結論を、物権法上いかに正当化するか、それ自体が一つの大きな問題となるように思われる。ただ、ここでは、集合動産譲渡担保における種類物担保が、種類物売買と法的構造を異にするとの点を確認しておきたい。しかしながら、集合動産譲渡担保から離れてみたとき、担保権設定の対象として、種類物が一般に許容されている

かは疑わしい。例えば、目的物の引渡しを必須の要素とする動産質権において、特定されないままの種類物を担保の目的とすることは、今日認められていないように思われる。ましてや、金銭を担保目的物とする動産質権の設定は、およそ想定すらされていないであろう。

(2) 占有Ⅱ所有構造による質権設定の不可能性

第二に、金銭においては、「占有あるところ所有あり」といった占有Ⅱ所有説が通説・判例となっていること⁽⁴⁾から、所有権を設定者にとどめたまま占有だけを移転させる質権の設定はそもそも不可能であると一般に認識されている点を指摘できよう。現に、敷金関係の法的構成は、この占有Ⅱ所有説を前提とした「停止条件付返還債務を伴う金銭所有権の移転説」⁽⁵⁾が一般に説かれている。金銭は、他の有体物とは異なり、所有権から派生した制限物権を生ずる余地がなく、制限物権の一種である担保物権、特に質権が成立する余地もないとの前提があるといえる。

したがって、敷金関係をあえて担保法的に構成するならば、所有権移転型担保の一種である譲渡担保として構成するよりほかにないこととなるが、そのような構成を説く見解すらみられないのが現状である。

(3) 弁済充当との類似性

第三に、被担保債権の一般的形態である金銭債権を想定した場合、敷金契約に基づく貸貸人への金銭の交付は、客観的には、弁済期到来前における当該被担保債権への弁済行為、いわゆる前払いと区別することができない。結局のところ、金銭交付者の主観的意図が債権担保にある場合には、当該被担保債権の即時の消滅をきたさない別枠の金銭

交付として扱われるというのが金銭の担保化の特質といえよう。そうであるならば、敷金の交付をもって、不動産担保の領域における仮登記担保のような一種の停止条件付代物弁済^⑦として捉えることも不可能ではないところであるが、これまたそうように説く見解がみられないのが現状である。

さらに、担保権実行の場面を想定してみても、金銭の場合は、通常の財産の場合とは異なり、債権者が一般の被担保債権である金銭債権を回収したときと、担保物としての金銭を実行により債権者に帰属させたときとで、その結果としての財産状況に違いがないことから、とりわけ、当事者間の契約関係が終了して被担保債権がこれ以上追加されない状況に達したにもかかわらず、担保権の実行時期をなおも債権者の自由な選択に委ねることに、果たしてどれほどの意義があるかが問題となり得る。むしろ債務者の立場からは、いち早く相殺ないしは弁済充当による清算を行って被担保債権を早期に縮減させることには、特に債権者の倒産の場面において実益が存するのであって、そこからは任意の担保権実行の論理とは本来相容れない当然充当の論理を生ずることとなる。現に、敷金関係に関する近時の判例^⑧は、「目的物の返還時に残存する賃料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅する」と説いて、この論理を容認している。

二 フランス法における取扱い——いわゆる金銭質について

このような日本法の取扱いとは対照的に、フランス法においては、金銭の担保化に対して正面から担保法的考察を加えているのが特徴である。すなわち、具体的には、担保法の体系書上、「質権の設定要件」の項目の中で、種類物が質権設定の対象となり得ることの延長上の問題として、^⑨あるいは、「特殊な質権」の項目の中で、^⑩この問題、いわ

ゆる金銭質 *gage-espèces* の問題が扱われている。⁽¹¹⁾

もつとも、金銭質といつても、動産質としての性質決定がなされるとは限らず、その法的構成には争いがある。なぜなら、フランス法の下でも、金銭が債権者に交付されたならば、原則として、その所有権は当該債権者に移転することとなるため、動産質としての性質決定はできず、あくまで信託的譲渡としての構成、いわゆる担保信託としてしか構成できないとの見解が有力となっているからである。⁽¹²⁾

しかし、そうではあつても、動産質と担保信託との間でいずれかの性質決定がなされるにすぎず、いずれも担保法の枠内で考察されていることに変わりはない。しかも、この点は、二〇〇六年の担保法改正により、いわゆる種類物質権⁽¹³⁾に関する明文規定が置かれるようになったことから、その法的取扱いはいつそう明確になった。

すなわち、フランス民法典二三四一条は、一項前段において、「質権が代替物を対象とする場合には、債権者は、自己に属する同じ性質の物と分離してその物を保管しなければならない」との規定を置き、いわゆる担保権者側の分別管理義務を定める。また、この義務に違反した場合の制裁として、同項後段は、設定者が、損害賠償とは別に、質物の返還を請求することができる旨の規定を置く。更に、同条二項では、分別管理義務を合意により免除することができ、その場合には、「債権者は、質に供された物の所有権を取得し、同等の物の同量を返還することを義務づけられる」との規定を置くことで、担保権者が代替物の所有者となる旨を明文化するに至った。

この点、同条にいう「代替物」に金銭が含まれるかが条文上は明確でないものの、フランス法上、この点に疑問の目を向ける見解はみられない。現に、「民法典二三三八条にかかる、又は非占有質権の公示に関する二〇〇六年二月二三日のデクレ二〇〇六—一八〇四号二条六号に規定されたリストについての二〇〇七年二月一日のアレテ」一条

一〇号には、担保権の設定される財産のカテゴリーの一つとして、金銭を含む「通貨 monnaies」⁽¹⁴⁾が他の動産類とともに列挙されている。

そのため、少なくとも二三四一条一項が適用される場面では、金銭質はあくまで種類物を対象とする動産質の一種として扱われることとなる。確かに、義務に従って分別管理がなされている限りでは担保権者固有の資産に当該金銭が混入せず、担保目的物の特定性が維持されるために、所有と占有の帰属を一致させる必要がなく、それゆえ、当該金銭の所有権は設定者にとどめ、占有者である債権者には質権を付与するといった理論構成が可能になるものといえよう。

したがって、問題は、同条二項が適用される場面である。債権者が目的物の所有権を取得することは、一見、質権の設定とは相容れず、その場合は担保信託としての扱いへと移行するようにも思われるが、同条項があくまで動産質に関する規定中に存在することのほか、目的物の所有権移転が認められてもなお、質権設定としての性質決定は維持されるとの見解も存するところであり、いまだ議論は流動的である。

なお、二〇〇六年改正担保法は、登記による公示を予定した非占有型の質権（民法典三三七条一項・三三八条）を新たに導入したため、上記に述べた種類物質権は、従来型の占有質のみならず、この非占有質にも妥当する。すなわち、非占有型の種類物質権もまた許容されており、これは、日本法でいうところの集合動産譲渡担保を質権の制度枠組みの中で実現する立法措置となっている。つまりは、フランス法上、集合動産を対象とする担保権は、より広範な射程をもつ種類物（ないしは代替物）質権に包含されるものとして理解されている。

第三 担保法的考察の実益

以上のとおり、金銭についても、他の財産におけるのと同様、その担保化に対しては、正面からの担保法的考察が理論上は十分に可能である。フランス法はこの点に関して大きな示唆を与えるものといえよう。しかし、そうであったとしても、実際に、かかる考察を加えることには、いかなる実益があるのだろうか。そこで、つぎに、フランスにおける金銭質の具体的な法的規律内容を参照しておきたい。

一 フランス法における考察の実益

先にみたように、フランス法における金銭質は、有力学説に従うならば、分別管理義務の有無によって動産質として扱われる場合と担保信託として扱われる場合とが存する。では、それらの扱いによつて、具体的にいかなる規律が施されることとなるのであろうか。以下、順次みていきたい。

(1) 動産質として扱われる場合

この場合は、金銭質が動産質の一種であるとされる以上、本来、動産質の一般法である現行民法典二三三三条（二三五〇条が適用されることになる）

その結果、とりわけ、質権の設定にあつて一定内容の文書作成が要求されるとの点（民法典三三六条）⁽¹⁶⁾が、同規定の適用による顕著な所産の一つとなっている。現に、フランス破毀院の判例は、債権の担保に当てられた金銭の特

別口座上の登録方法で行われた質権設定につき、二〇〇六年改正前の民法典二〇七四条を適用して、確定日付付きの文書が存在しない場合の第三者対抗力を否定した。しかし、比較的設定内容が単純である金銭質においても、かかる文書作成をなお要求すべきかについては疑問を差し挟む余地があるといえよう。

他方、質権の実行の場面に関しては、いわゆる流質条項を禁止していた旧民法典二〇七八条二項が二〇〇六年法により改められ、一般に許容されること（現行民法典三四八条）となったことから、問題は回避された。なぜなら、旧法下での破毀院判例は、二〇〇六年改正前の民法典二〇七八条が、金銭質に関しては流質条項を禁止するものではない旨判示しており、いわば特例的な扱いを認めるような形となっていたからである。もつとも、新法の下でも要求されている鑑定人による財産価値の決定（民法典三四八条二項）が不要とされるであろう点においては、特例的な扱いはなお残されているといえる。また、明示の契約条項がない場合には、債権者は、裁判官の許可なくして担保として引き渡された金銭を自己に帰属させることができないものとも解されており、その限りでは、動産質に関する従来の実行方法が妥当することになるが、その場合に裁判官の許可をあえて要求すべき理由は乏しいように思われる。

加えて、分別管理義務が課されたにもかかわらず、同義務に違反して分別管理を怠った場合の制裁のあり方も問題となり得る。この点、新法は、前述のとおり、違反の効果として、損害賠償とは別に、質物の返還を請求することができる旨を明記するものの（民法典二三四一条一項・二三四四一条一項）、質物が金銭の場合は、当該金銭の返還請求権と通常の被担保債権である金銭債権との間で相殺されることとなるため、結局のところ、当該金銭額の分だけ被担保債権が強制的に回収されたに等しい効果を生ずるにすぎず、実効性に乏しいとの指摘が可能である。⁽²¹⁾

なお、フランス法における金銭質を理解する上で、預金化された金銭、いわゆる預金通貨 *monnaie scripturale* を対⁽²²⁾

象とする質権の存在にも言及しておく必要がある。なぜなら、フランス法上、かかる預金通貨質もまた、金銭質の一種として理解されているからである。実際、二〇〇六年改正法の前段階で公表された担保法改正予備草案には、預金通貨質に関する明文規定(二三五七条―二三六四条)の創設が提案されていた。結局、同提案は新法に採用されなかったものの、新法上は、前記の種類物質権に含まれるものとして、動産質の枠組みで処理される金銭質の一種として扱えばよいものと理解されているようである。というのも、新法で債権者に課されることとなった分別管理義務の具体的履行方法として、預金取扱機関における凍結口座 *compte bloqué*⁽²³⁾ を利用した金銭の預入れといったものが想定されているからである。すなわち、凍結口座を利用した場合には、預金取扱機関側はもちろんのこと、預金者側においても当該口座からの払戻しが禁じられるため、これにより分別管理が実現されることになる。

これは、一見すると、預金債権を対象とする質権設定のように思えるが、設定者自身が保有する預金口座に担保権を設定する場合のみならず、債権者の保有する凍結口座に設定者が金銭を振り込んだ場合や、債権者が設定者から交付された金銭を分別管理義務に則して自己の保有する凍結口座に預け入れた場合をも含めてよく、つまりは、預金口座がもつ分別管理機能を利用しての金銭の担保化を広く取り込んだものが、ここでの預金通貨質の本質であるといえる。そして、この意味での預金通貨質は、広義の金銭質に関する実務の大半を占め、しかも、現金による決済と同視し得るとの点において、むしろ現金を対象とする金銭質と同等の法的処理が志向されているのである。

したがって、フランス法上、金銭質は、動産質の一種であると同時に、無体財産を対象とする債権質とも連続性をもつ概念として構成されざるを得ないが、果たして、このことが、有体物を対象とする質権と無体物を対象とする質権とに峻別して規定を配置した新法の体系と整合するものであろうか。

(2) 担保信託として扱われる場合

つぎに、分別管理義務が合意により免除されるという法文上の例外的場面において、しかも、所有権を債権者に譲渡する類型の質権設定はあり得ないとの立場に与するならば、金銭質は、名称の如何にかかわらず、いわゆる担保信託 *fiducie-sûreté* の一種である⁽²⁴⁾と性質決定されることとなる。これは、日本法でいうところの譲渡担保に相当する所有権移転型の担保手段である。

ただ、このフランス法における担保信託の扱いは、判例を中心に古くから法形成が進められてきた譲渡担保をめぐる日本法の状況とは明らかに相違している。それは、フランス法が、担保信託の一般的承認を長らく拒絶してきたことに由来する。職業的債権の譲渡における担保信託の例外的承認として位置づけられるところのいわゆるダイイ *daily* 譲渡⁽²⁵⁾について、あるいは、過去にも信託立法の試みが存在していた事実・経緯⁽²⁶⁾については、先行業績が既に詳らかにしており、ここで繰り返すことは避けたいが、ここで指摘すべき重要な点は、金銭質もまた、担保信託の例外的承認の一例として位置づけられていたということである。

そのため、近時、「信託を制度化する二〇〇七年二月一九日の法律第二〇〇七―二二一号」が信託の一般法を民法典中に導入し、更には、「信託に関していくつかの改正を施す二〇〇九年一月三〇日のオルドナンス第二〇〇九―一一二号」が担保信託固有の規定を導入するなどの一連の立法、とりわけ後者の立法に踏み切った⁽²⁷⁾ことが、金銭質の扱いにいかなる影響を及ぼすのが問題となる。

この点、例えば、担保信託としての金銭質に、信託の一般法（民法典二〇一一条―二〇三〇条）が等しく適用されるとした場合には、とりわけ受託者である担保権者の資格制限（同二〇一五条）や有効要件としての登録手続（同

二〇一九条）が制限的に作用することとなる。フランスの信託法は、その歴史的経緯から、極めて慎重かつ謙抑的に立法されており、そのため、簡便な処理が求められるはずの金銭質に対しては、信託法の厳格性が、これまでの判例上の処理と比べてみても、かえってマイナスに働くように思われるのである。

したがって、この点を懸念するならば、目的物が金銭の場合には、特殊な担保信託として、従前の判例にみられる法的処理が新法下においても変わらず妥当するものと解したいところであるが、他方で、二〇〇九年オールドナンスが担保信託に関して創設した二三七―三条三項は、譲渡された財産価値の鑑定人による決定を、目的財産が金銭である場合には不要である旨明記しているため、担保信託としての金銭質にも、信託の一般法が適用されるというのがおそらく自然な解釈となるであろう（民法典二三七―一条一項参照）。

(3) 小 括

フランス法における金銭質の法的処理については、多くの不確定的要素が介在しており、その帰趨を見定めるにはいまだ時期尚早であるかもしれない。しかし、あえて以上を総じて評するならば、金銭質に適合的な法的構成を求めつつも、新立法の影響などにより、一般法の規律からいまだにうまく脱却し切れていないのがフランス法の現状であるように思われる。

したがって、結果論でしかないが、この点に関する限り、敷金関係を直視しながらその法的構成を模索してきた日本の方がむしろ優れていたとも評し得るであろう。しかし、このことは、担保法的考察の必要性を減ずるものとして理解すべきではない。なぜなら、フランス法とは異なる日本の担保法体系の下では、金銭の担保化に対する担保法

的考察に一定の実益を見出す余地がなお残されているかもしれないからである。

二 日本法の下での考察

(1) 敷金関係の金銭譲渡担保構成

日本法の現状の下で、金銭の担保化を担保法的に捉えんとするならば、譲渡担保としての構成がもつとも現実的であろう。フランス法におけるような担保信託としての構成も考えられるが、日本の信託法はいわゆる管理信託に特化しており、その中に担保信託との共通法をあえて見出すよりも、判例を通じて形成されてきた譲渡担保法の中に担保信託としての実質を見出す方がむしろ合理的であるといえるからである。

もちろん、占有Ⅱ所有説自体を批判的にみる近時の見解に従い、金銭上に質権が成立するものとして構成する余地もないではない。しかし、フランス法のように、金銭を交付された債権者の側に原則として分別管理義務を課すといった法的取扱いが承認されない限り、当該金銭の所有権は債権者に移転するものとみて、差し当たりは譲渡担保としての構成を志向するのが妥当であろう。⁽²⁸⁾ 譲渡担保としてであれば、設定時に目的物が具体的に特定されない（流動性のある）集合物を対象とすることがもとより認められているゆえに、金銭のような代替物を担保化する場合にも適格的であるといえる。一般の譲渡担保とは異なり、占有が債権者側に帰属している点も、譲渡担保としての構成の妨げとはならないはずである。⁽²⁹⁾

しかも、この譲渡担保構成によるならば、敷金の法的処理に関して従前説かれてきたものを担保法理論の中で説明することが可能となるように思われる。例えば、敷金契約が賃貸借契約に付随する契約であることも、担保権の付従

性に鑑みれば当然の結論となるし、敷金返還請求権が賃貸目的物の返還時においてなお残額があることを条件に発生するとの結論も、同請求権が譲渡担保にいうところの清算金請求権に相当するものとして理解するならば、やはり当然といえる。

したがって、こうした法的構成は、従来の学説・判例が、敷金返還請求権を中心に敷金関係を説明してきたのとは一線を画し、視点の転換を迫るものとなる。敷金の返還はあくまで譲渡担保における清算法理の発現にすぎず、敷金関係の本体は、担保権者としての貸貸人が保有する敷金そのものである。貸貸人は敷金返還請求権における義務者というよりは、金銭上の譲渡担保権を有する権利者であるとの見方こそが、担保法的考察を推し進める上でむしろ正当といえよう。すなわち、敷金返還義務構成から金銭譲渡担保権構成への転換である。

(2) 金銭上の担保権の特性による譲渡担保法理の修正

もともと、他方で、金銭上の担保権の特性が一般の譲渡担保法理に修正を迫る場面も出てくるように思われる。例えば、金銭の場合は、売却を通じたいわゆる処分清算が意味を成さないため、清算方式は事実上、いわゆる帰属清算に限られることとなる。また、フランス法上既に認められているように、通常の担保目的物の清算において前提となる当該目的物の価額の評価が不要である点も金銭の特性に由来するものといえよう。

加えて、先に述べた最高裁判例³⁰⁾が、いわば弁済充当の構成を採用し、賃料債権の相殺による消滅の構成(相殺構成)をあえて採用しなかった点なども、金銭上の譲渡担保権の実行による帰属清算として理解するならば、本来の相殺事例との間で整合的に説明することができるよう思われる。更に、当然充当とすることで担保権実行の自由を認めて

いないことについても、先に述べたように、金銭の場合は、債権者が一般の被担保債権である金銭債権を回収したときと、担保物としての金銭を実行により債権者に帰属させたときとで、その結果的な財産状況に違いがない点に鑑みるならば、実行時期の選択を債権者の自由に委ねず、債権の回収をいたずらに引き延ばすような対応を認めないことにも一理あるといえよう。

(3) 賃貸借契約当事者の交替に伴う敷金関係の承継

ところで、敷金関係の担保法的考察にあたって問題となり得るのは、賃貸借契約当事者（賃貸人又は賃借人）の交替に伴う敷金関係の承継である。判例上確立しているこれらの法的解決を譲渡担保法理論から導くことができるか、あるいは、導くことができないとすれば、それは敷金関係をめぐる判例理論と譲渡担保法理論のいずれに問題があるのかを検討する必要がある。

(a) 賃貸人たる地位の承継

そこで、まず、賃貸人たる地位の承継の場面からみていきたい。判例理論によれば、この場合、賃貸人たる地位の承継に際して、いったん旧賃貸人との間で敷金の清算が行われ、残額について新賃貸人に敷金関係が承継されることとなる。⁽³¹⁾

この点は、一見すると、賃貸人たる地位の承継に伴って譲渡された被担保債権とのいわゆる随伴性により説明できるように思われるが、随伴性理論のみでは、旧賃貸人との間でいったん敷金の清算が行われる点の説明が困難であ

るように思われる。また、敷金をもって債権者自らの占有による譲渡担保権と捉える本稿の立場では、単に賃貸人たる地位が承継されれば当該譲渡担保権も当然に随伴するものとして扱われるとは限らない。なぜなら、動産質権（民法三五二条参照）と同様に、新賃貸人が当該敷金に対応する金銭⁽³²⁾を占有することではじめて、第三者対抗力を備えた完全な金銭上の譲渡担保権を得るに至るものと解されるからである。したがって、賃貸人たる地位が承継されたものの、新賃貸人が敷金の占有をいまだ取得していないような場合には、少なくとも賃借人との関係では敷金関係の承継を対抗することができず、その結果、旧賃貸人の下にとどまらざるを得なくなった敷金関係は、旧賃貸人に被担保債権が残存していればこれに敷金を充当させ、もはや残存していなければ、いわゆる付従性により消滅するものとして、その後は清算関係たる敷金返還請求の問題へと移行する運命をたどることとなる。

もつとも、実際には、新賃貸人が敷金の占有を現実を取得した場合はもちろんのこと、現実を取得した場合でなくとも、賃貸目的物の新賃貸人への譲渡に際し、敷金額を考慮してその代金額が定められたような場合は、実質的には旧賃貸人の敷金交付義務と新賃貸人の代金支払義務とが対当額で相殺されたに等しく、つまりは、当該敷金の所有権と当該代金の所有権とが相互に移転し合って交換されたかのような法律関係として処理すべきものであるから、結局のところ、新賃貸人が敷金の占有を取得したものとして、敷金関係の承継を賃借人に対抗することができるものと解すべきである⁽³³⁾。

そして、これらの承継の場面において、旧賃貸人としては、自己に被担保債権額が残存する限り、いったん金銭上の譲渡担保権を実行した上で残額の敷金関係につき、これを新賃貸人に承継させたいと考えるのが通常の意味と考えられるがゆえに、特段の事情がない限りは、判例の立場と同様の処理でよいものと解される。

(b) 賃借権の譲渡

他方、賃借人たる地位の承継（ないしは賃借権の譲渡）の場合については、反対に、賃貸人が賃借権の譲渡を承諾したとの前提の下で、特段の事情のない限り、敷金関係は新賃借人に承継されないと解するのが判例⁽³⁴⁾の立場である。

この点を担保法的に考察するならば、賃借人側のいわゆる債務引受によって、被担保債権に付従していた担保権が存続するのか、それとも消滅するのかの問題として捉え直すことができる。そして、この観点からは、上記判例は、原則として、担保権たる敷金関係は終了するとの立場を示したことになる。

そこで、こうした結論を、この問題に対する日本法上の解釈論と整合させる必要がある。すなわち、この点に関しては、債務引受の解釈論を整合させるか、あるいは敷金関係の判例の立場を整合させる必要がある⁽³⁵⁾。

(4) 凍結口座を利用した金銭の担保化の法的処理

なお、フランス法においてみられるように、凍結口座 *compte bloqué* を利用した金銭の担保化の法的処理についても、ここで併せて考察しておきたい⁽³⁶⁾。この点、フランス法上広く承認されている預金通貨 *monnaie scripturale* の概念自体が日本法にまだ浸透していない現状では、これを現金の担保化と同視して処理することは困難であるように思われる。したがって、少なくとも設定者自身が保有する預金口座に担保権を設定したような場合には、これを、預金債権を対象とする債権譲渡担保又は債権質として構成すべきであろう。

問題は、これに対して、債権者の保有する凍結口座に設定者が金銭を振り込んだ場合や、債権者が設定者から交付

された金銭を分別管理義務に則して自己の保有する凍結口座に預け入れた場合をどのように構成するかである。すなわち、現金を対象とする譲渡担保として構成し、凍結口座の利用はあくまで現金の管理方法にすぎないとみるか、あるいは、債権譲渡担保又は債権質に類するものとして構成するかの問題である。この点は、ひとまず問題点の指摘にとどめたい。

(5) 賃貸人の倒産における敷金関係の取扱い

つぎに、賃貸人の倒産時における敷金関係の取扱いについて考察したい。この点は、平成一一年制定の民事再生法、平成一四年制定の会社更生法及び平成一六年制定の破産法において、それぞれ敷金返還請求権に関する新たな規律が設けられたことから、その担保法的考察が特に問題になるものと思われる。

その取扱いは、清算型の破産法と再生型の民事再生法・会社更生法とで大きく二分化される。すなわち、前者において、敷金返還請求権を有する者は、破産者（賃貸人）に対する債務を弁済する場合に、その請求額の限度において弁済額の寄託を請求することができるものとされる（破産法七〇条後段）。これに対し、後者においては、再生・更生債権者が再生・更生手続開始当時、再生・更生債務者に対して負担する債務が賃料債務である場合には、再生・更生債権者は、再生・更生手続開始後にその弁済期が到来すべき賃料債務について、再生・更生手続開始後その弁済期に弁済をしたときは、再生・更生債権者が有する敷金返還請求権は、再生・更生手続開始の時における賃料の六か月分に相当する額の範囲内におけるその弁済額を限度として、共益債権になるものとされる（民事再生法九二条三項、会社更生法四八条三項）。

これらはいずれも、敷金返還請求権を優遇することで、倒産手続開始後における賃料債務の弁済を促進する意図をもつ。このことは、裏を返せば、倒産手続開始後においては、賃料債務の弁済が停止されがちになることを意味する。なぜなら、賃借人にとって、将来行使し得る敷金返還請求権の確実な回収手段は、賃料債務の弁済を停止することで、その未払債務の弁済に当該敷金を充当させるよう賃貸人を仕向けることであるところ、賃貸人の倒産時には敷金の正常な回収がいつそう困難になるため、そうした傾向が強まるものといえるからである。

そこで、かかる優遇措置を担保法上も正当化し得るかについて検討してみたい。この点、前述のとおり、敷金返還請求権が譲渡担保法上の清算金請求権に相当するものであるとすれば、この清算金請求権に対する倒産法上の取扱いを確認することで、その対比から、当該措置の担保法的正当化を試みることができよう。具体的には、譲渡担保権者が倒産した場合における設定者の清算金請求権の処遇について確認すべきこととなる。

もともと、現在の判例・学説上、この点は必ずしも明確とはいえない。現在では、旧破産法八八条⁽³⁷⁾が削除されたことから問題は単純化され、被担保債権を完済すれば担保目的物につき設定者は取戻権を有するとされるまではよいが、倒産者側が担保権を実行した結果発生する清算金請求権については、果たして財団債権（破産法一四八条一項四号参照）あるいは共益債権（民事再生法一九条五号参照）として処遇してよいものであろうか。もしよいとするならば、敷金返還請求権につき、民事再生法・会社更生法がこれを共益債権としていること自体は清算金請求権と同等の取扱いとみられるが、同法が共益債権化を賃料の六か月相当額の範囲に制限していることはいかに説明することとなるのか。あるいはまた、これらはあくまで、倒産法独自の論理に由来するものにすぎず、例えば倒産手続開始前に既に発生していた清算金請求権については、一般の債権者と同じ処遇にとどまるとみてよいものであろうか。

これらの問題の検討は、結局のところ、清算金請求権の実体法的処遇を定めることで、譲渡担保法上、その位置付けを明らかにするとの作業に帰着するようと思われる。清算金は譲渡担保権に対する余剰価値の顕現であるから、清算金請求権を倒産法上優遇することは、結果的に、同請求権を担保化し得る立場にある後順位担保権者の優遇につながる³⁸。また、逆にこれを優遇しないことは、複数担保の設定を許容する抵当権などとは異なり、ひとり譲渡担保権者の優先弁済権だけを確保するのが譲渡担保の担保権としての特性であるとの理解につながる。つまりは、譲渡担保の将来を、典型担保との同化の文脈で描くか、あるいは典型担保との複線化の文脈で描くかの相違であり、譲渡担保法を流れる二つの川の分水嶺を成すものともいえよう。

更に、ひとたび見方を変えてみると、敷金返還請求権においては、敷金そのものが担保目的物であることから、倒産法上、むしろ担保目的物に対する取戻権と同等に処遇されるべきであるとの見解もあり得るようと思われる。場合によつては、貸借人側の誠実な履行により、最後まで弁済充当されることなく全額の敷金が返還されることもあり得る点に鑑みるならば、敷金返還請求権を、債務不履行に基づく担保権の実行を前提とした清算金請求権と同列に扱うことはできないのではないかと疑問も生じよう。

第四 結 語

敷金の仕組みは、相殺（民法五〇五条以下）の仕組みが担保的機能をもつなどと表現される³⁹とは違って、担保制度そのものである。そのため、敷金関係から生起する様々な問題⁴⁰については、これを正面から担保法の枠内で考察することこそが肝要である。この点において、敷金返還請求権を中心に据えた従来の理論構成は反省の余地がある。これ

までは金銭の特性から困難と思われてきたものの、前述のとおり、金銭上の譲渡担保権として構成することが可能であり、なおかつ分析軸として有用であることから、今後は、担保権者である貸貸人側の権利を敷金関係の中に見出す視点を加えることで、担保法全体との整合性・均衡のとれた法理論を構築していくべきものと考ええる。

- (1) 民法六二九条二項ただし書が想定する雇用契約上の身元保証金や、各種サービス利用時に要求される、いわゆるデポジット(保証金)なども、金銭の担保化の一例といえよう。
- (2) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案」(二〇一四年)第三三の七は、あくまで貸借法の改正提案として、敷金規定の明文化を掲げる。
- (3) 保証金の担保法的性質を比較的詳細に論じるものとしては、神戸寅次郎「権利質論」『神戸寅次郎著作集(下)』一六七頁以下(慶應義塾大学法学研究会、一九七〇年)〔初出、「不規則質ニ付テ」法学志林一三卷四・五号(一九一一年)〕がある。
- (4) 判例につき、最判昭和二年一月五日刑集八卷一〇号一六七五頁、最判昭和九年一月二四日判時三六五号二六頁、学説につき、田高寛貴「金銭の特殊性」内田貴ほか編『民法の争点』一六四頁(有斐閣、二〇〇七年)、同「金銭論」『財の多様化と民法学』六四八頁(商事法務、二〇一四年)参照。
- (5) 大判大正一五年七月一二日民集五卷九号六一六頁、大判昭和一〇年二月一二日民集一四卷三号二〇四頁以来の通説・判例とされる(幾代通「敷金」『総合判例研究叢書民法(1)』一五二頁以下(有斐閣、一九五六年)参照)。
- (6) もっとも、留置権については、競売による換価金の留置を認めるほか、商事留置権の目的物である取立委任に係る約束手形の取立金の留置を認めるのが判例である(最判平成二三年一月二五日日民集六五卷九号三五一一頁)。これは、「金銭の所有と占有の例外的不一致が認められる『特段の事情』がある場合に当たる」(田中秀幸「最判解」曹時六五卷一〇号二九三九頁)ものとして説明される。

- (7) 実際には、金銭債権者に対して金銭を給付することとなるのであるから、代物弁済ではなく、本来の弁済であるとの見方も可能であろう。
- (8) 最一小判平成一四年三月二八日民集五六卷三二号六八九頁。
- (9) Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *Traité de Droit civil – Droit spécial des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1996, n° 797, p. 216
- (10) H., L. et J. Mazeaud par Y. Picod, *Leçons de droit civil, t.3, 1er vol., Sûretés et publicité foncière*, 7^e éd., 1999, n° 91-4, p. 172
- (11) フランスの金銭質につき以下の文献がある。本稿は、これらの文献等に依拠して執筆したものである。Sarah Bros, *Gages sur sommes d'argent*, Lamy droit des sûretés, n° 268 ; Sarah Torck, *Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007*, RD bancaire et fin. 2008, étude 2 ; Didier-R. Martin, *Le gage-espèces*, D. 2007, p. 2556 ; D. Legeais, *Le gage-espèces après la réforme des sûretés*, Dr. & patr. 2007, n° 162, p. 70 ; Dominique Bureau, *Le gage-espèces, une sûreté atteignant sa maturité ?*, Dr. et patrimoine 1999, n° 77, p. 22 ; Gilles Cuniberti, *Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire)*, LPA 5 nov. 1999, p. 4 ; M. Cabrillac, *Les sûretés conventionnelles sur l'argent*, in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à Jean Derrupé, Joly-Litec, 1991, p. 333
- (12) Laurent Aynès et Pierre Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, 9^e éd., Defrénois, 2014, n° 505
- (13) 後述する条文訳を尊重するならば、むしろ「代替物質権」と呼ぶべきところであるが、フランス法上「代替物」と「種類物」とを同視するのが一般的な見解であるため、実際には、「種類物質権」と称しても、その実質は異なることがない。
- (14) フランス法上の「通貨 monnaie」概念には、本稿にいう「金銭」に相当する信用通貨 monnaie fiduciaire のほか、預金口座を通じて決済される預金通貨 monnaie scripturale (後掲第三の「(1) 参照」が含まれている。
- (15) しかし、分別管理、義務が課されるにすぎず、実際に分別管理がなされとは限らない点に鑑みるならば、同義務を

怠った結果として事実上生じた債権者の固有資産への混入に対してなお、質権の付与を維持できるかは定かでない。

(16) 当該文書には、被担保債務、質物の量及び質物の種類又は性質の表示が含まれていなければならないものとされている。

(17) 二〇〇三年四月二三日破毀院商事部判決 (JCP. 2003, II, 10140)。

(18) 一九九六年四月九日破毀院商事部判決 (D. 1996, jur., p. 399) 一〇〇一年五月九日破毀院商事部判決 (JCP. G. 2001, I, 356, n. 16)。

(19) 旧法下につき、一九八九年六月一三日破毀院商事部判決 (Lexilaser cassation, n. 886)。

(20) 二〇〇五年一月一五日破毀院第一民事部判決 (Bull. Civ. IV, n. 415, p. 347)。金銭質の場合は売却による実行(処分清算)が無意味であるため、問題となるのは流質による実行(帰属清算)の方法のみとなる。

(21) 他方、金銭以外の種類質物を返還すべき場合には、相殺による処理は一般に認められないため、当該質物のみが返還されて、債権者は被担保債権全額につき無担保の一般債権者となってしまう。

(22) 預金通貨の概念につき、牧瀬義博「フランス法による我民商法理論の再構成(4)預金通貨と法律」判タ三三四号五三頁以下(一九七六年)及び森田宏樹「電子マネーの法的構成(3)」NB L六一九号三二頁以下(一九九七年)参照。

(23) 預金取扱機関と預金者との間の担保に関する合意や、預金者の債権者による口座の差押え等によって預金の払戻しが凍結された場合の口座をいう。

(24) L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n. 774 et s.

(25) 企業信用を容易にする一九八一年一月二日の法律第一号によるもの。池田真朗「フランス民法における指名債権譲渡法理の展開」『債権譲渡の研究(増補2版)』二六九頁以下(弘文堂、二〇〇四年)、山田誠一「金融機関を当事者とする債権の譲渡および質入れ—フランスにおける最近の動向」金融法研究七号五八頁(一九九一年)、同資料編六号五〇頁(一九九〇年)、池田真朗「債権流動化と債権譲渡の対抗要件」『債権譲渡法理の展開』(弘文堂、二〇〇一年)、同「ダイイ法の展開」『債権譲渡と電子化・国際化(債権譲渡の研究第4巻)』二九七頁以下(二〇一〇年)、白石大「フランスにおける将来債権譲渡と譲渡人の倒産手続との関係」比較法学四三巻二号六九頁(二〇〇九年)など参照。

(26) 大島俊之「フランスの信託法草案」信託一六四号三〇〇四二頁(一九九〇年)、山田誠一「海外金融法の動向・フランス」金融法研究八号一〇五頁(一九九二年)、角紀代恵「フランスにおける信託の動向―信託法制定を中心として」信託法研究一八号五三〇七四頁(一九九四年)、西澤宗英「フランスにおけるfiducie(信託)立法の試み」青山法学論集三八卷三〇四号六二四〇五九七頁(一九九七年)、金子敬明「大陸法における信託の可能性?―フランスにおける信託(fiducie)の動向」新井誠編『高齢社会における信託と遺産承継』(日本評論社、二〇〇六年)など。

(27) 小梁吉章『フランス信託法』(信山社、二〇一一年)、中原太郎「フランス民法典における『信託』について」水野紀子編著『信託の理論と現代的展開』二五三頁(商事法務、二〇一四年)など参照。

(28) かかる譲渡担保構成を示唆するものとして既に、安永正昭「判批」金法一六八四号四〇頁(二〇〇三年)がある。

(29) この点、敷金契約をもって担保目的の消費寄託契約と解する近時の見解(荒木新五「賃貸借契約における敷金」野村豊弘先生還暦記念『21世紀判例契約法の最前線』一五一頁(判例タイムズ社、二〇〇六年))が注目されるものの、「担保目的」であることを重視するのであれば、更に歩を進めて、消費物を対象とする譲渡担保契約であった方が、法的構成としてより直接的であるというのが本稿の立場である。

(30) 前掲注(8)最判平成一四年三月二八日。

(31) 最一小判昭和四四年七月一七日民集二三卷八号一六一〇頁など。

(32) 種類物としての金銭については、賃借人から受領した敷金そのものを新賃貸人に交付しなければならないわけではなく、敷金額に相当する金銭を新たな敷金として新賃貸人に交付すれば足りるものと解される。

(33) このように、相殺の一効果として、金銭所有権の相互移転を認めるという考えはこれまでにないものと思われるが、それは、相互移転に具体的実益が見出せなかったからにすぎず、賃貸人たる地位の承継に伴う敷金の所有権移転が問題となったように、その実益を見出し得る場面においては本稿の如き立論もおお可能といえよう。

(34) 最一小判昭和五三年一月二二日民集三三卷九号一七六八頁。

(35) この点、前掲注(2)要綱仮案第二一の四(1)によれば、免責的債務引受による担保権の移転には、担保を設定した債務者の

承諾を要することとなる。概ね判例と整合しよう。

(36) 日本の預金取扱金融機関において、この凍結口座に対応する実務が存在するかは定かでないものの、理論上は可能であることから、ひとまず法理論的な検討を加えておくこととする。

(37) 同条は、「破産宣告前破産者ニ財産ヲ譲渡シタル者ハ担保ノ目的ヲ以テシタルコトヲ理由トシテ其ノ財産ヲ取戻スルコトヲ得ス」と定め、立法論的批判を受けていた(米倉明「譲渡担保と破産法八八条」『譲渡担保』一一二頁(弘文堂、一九七八年)参照)。

(38) この点では、担保信託に信託の一般法を適用することで、担保権者の倒産に対しても一定の倒産隔離機能が発揮されるフランス法の立場に示唆を求めることも可能と思われる。

(39) 最大判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号五八七頁、最判平成二四年五月二八日民集六六卷七号三二二三頁など参照。

(40) その他、税法における敷金関係の取扱いについても言及すべきであったかもしれない。

(なお、本論文は、公益財団法人全国銀行学術研究振興財団の研究助成金に基づく研究成果の一部である。)

中国における契約締結上の過失責任について

胡 光 輝

I はじめに

「契約締結上の過失責任」(culpa in contrahendo、以下では「c.i.c責任」と略す)という概念は、ドイツの学者イエーリングによって提唱された理論であり、ドイツでは不法行為責任の要件が嚴格であるため、その欠陥を補うために形成・展開されてきたものである。⁽¹⁾ そもそもどういう概念なのか。たとえば、Aが自らの火の不始末により所有する別荘が焼失してしまったことに気付かず、当該別荘を買いたいと申し出たBと売買契約を締結してしまったような場合⁽²⁾ である。別荘はすでに焼失してしまったため、最初から引渡せないことになっており、いわばAの過失により原始的不能な契約を締結してしまったのである。このような場合、債権は成立せず、履行の請求権を認めることは現実的でなく、理論的に不可能である。⁽³⁾ それでは、買主Bは当該別荘の売買契約のために費やした費用の賠償を請求すること

ができるかが、問題となる。そこで、無過失の買主Bを保護する観点から、c i c 責任理論が提唱され、Aの損害賠償義務を認めることにしたのである。⁽⁴⁾

日本民法では、契約の成立について、申込み⇄承諾による規定しか設けておらず、契約締結過程に関する規律を置いていない。その理由は、「民法にとって契約上の権利義務は契約の成立によつてはじめて生ずるもので、単なる事実上の状態に過ぎず、契約法的には何もない状態に等しいと考えられていたから」⁽⁵⁾であるという。この概念について日本では、ドイツの議論に触発されて、学説の継受の結果として導入され、裁判例にも多大な影響を与えた。⁽⁶⁾しかし、この場合におけるAの損害賠償責任は一体どのような性質を有するのか、をめぐって古くから学説の対立がある。現在行われている債権法改正における議論においても、学説の対立が反映されており、契約締結上の過失の類型のうち、「契約交渉の不当破棄」と「契約締結過程における情報提供義務」⁽⁷⁾を明文化するように試案が作られているが、明文化に消極的な考えや反対意見が多く存在し、立法化を断念した。⁽⁸⁾

この理論は、一九九〇年代になってようやく中国大陆に導入され、議論されるようになった。当初の議論は、主に台湾の学者の研究を通してドイツの理論を紹介するに留まっており、学説も裁判例も積極的にこの問題を追及していなかったといえる。⁽¹⁰⁾しかし、一九九九年契約法の制定をきっかけにこの問題に関する議論が活発に行われるようになり、近年(二〇一〇年以後)、下級裁判所を中心に多くの裁判例が出されている。

本稿では、以上の問題意識を踏まえて、中国におけるc i c 責任についての学説・判例の展開を紹介し、若干の考察を試みることにしたい。

Ⅱ 立法——一九八六年の民法通則・一九九九年契約法

1. 一九八六年の民法通則六一条一項

中国では、すでに、民法通則六一条一項及び經濟契約法一六条一項において、契約が無効、取り消された場合における *c i c* 責任について定めており、その適用範囲については、契約不成立に及ぶとの指摘もある。⁽¹¹⁾ 当該条文は、「民事行為が無効と確認され、又は取り消された後、当事者が当該行為によって取得した財産は、損失を被った当事者一方に返還しなければならない。故意・過失のある当事者の一方が相手方の被った損失を賠償しなければならない、双方に故意・過失がある場合、各自で相應の責任を負わなければならない」と定めるが、はたして *c i c* 責任に関する規定か否かについて、見解が大きく分かれている。⁽¹²⁾

2. 一九九九年統一契約法における *c i c* 責任規定

その後、ユニドロワ国際商事契約原則第二・一五条、第二・一六条⁽¹³⁾を参考にして、一九九九年の統一契約法(四二条、四三条)⁽¹⁴⁾は明文を設けることにした。⁽¹⁵⁾

つまり、当事者が契約締結の過程において、「①契約締結の名を借りて、不誠実な態度をもって交渉を行う場合、②契約締結に関連する重要な事実を故意に隠したり、虚偽な情報を提供したりする場合、③その他の誠実信用の原則に違反する行為があった場合」(四二条)⁽¹⁶⁾のいずれかに該当し、相手方に損害をもたらした場合、損害賠償の責任を負わなければならない。また、契約締結の過程で知った相手当事者の営業秘密について、契約が有効に成立するか否

かに関係なく、当該営業秘密を漏えいするか、不正な使用により相手方に損害をもたらした場合、損害賠償の責任を負わなければならない（四三条）。

3. 小結

一九九九年契約法における c i c 責任制度は、中国の債権法制度の体系を補完しただけでなく、取引のルールを補完したと評価されている¹⁷⁾。また、契約法は外国の立法及び我が国の司法実務を踏まえて、はじめて前契約義務について定め、契約締結行為を規範化し、誠実信用の原則の貫徹を促進し、経済社会における契約締結環境を健全化することになったとの評価がある¹⁸⁾。しかし、中国では、立法は経済発展という至上命題に依じて、ほとんどの場合は、理論の蓄積もなく、実社会に対する調査も十分に行わず、急ピッチで進められてきたきらいがある。c i c 責任に関していえば、当該制度の生成・発展、類型、制度価値及び理論上の意義について、十分に認識できておらず、台湾の学者のいくつかの論文に基づいて当該制度の研究を行い、誤解もあった状況下で、制度化したのであるから、世界的に見ても最も急進的な立法の一つであると、契約法（における当該法理の）立法について厳しく指摘したものもある¹⁹⁾。

このように、中国の契約法は、間接的であるが、c i c 責任に関するドイツの民法理論を継受し、かかる責任範疇を肯定して、規定化したのである。しかしこの理論について、今日でも学会や裁判実務において、論争があり、見解の一致が見られない。

Ⅲ 裁判例²⁰⁾

1. 告知義務を果たさなかったとしてc i c責任が認められた事件

【裁判例1】²¹⁾

事実の概要 一九九八年五月五日、X（原告、北京中銳文化伝播有限責任公司）は、Y（被告、北京零点市場調査与分析公司）に対してDVDやビデオなどの動画関連のレンタル市場における都会の家族の消費者行動パターン調査を委託し、契約書において調査結果や調査過程における商業関係の資料内容について守秘義務を負うことを約定した。しかし、Yが調査結果について、メディアを通じて公表した。Xがこれによって生じた損害を求め、訴えを提起した。

判決要旨 Yは、契約を締結するときに、誠実・信用の原則に基づき、相手方当事者に当該業界の慣例について告知する義務を有するが、Yがこの告知義務を果たしていなかったため、c i c責任を負わなければならない。²²⁾

2. 銀行が融資における注意義務違反としてc i c責任が認められた事件

【裁判例2】²³⁾

事実の概要 二〇〇一年一〇月二日、重慶市城口県扶貧開発弁公室は、X（原告、上诉人、重慶市城口県嵐天郷種植養殖場）に対して、城扶発（二〇〇二）六七号通知を発し、Xが行っているあるプロジェクトを貧困扶助開発の対象とし、三〇万円の融資及びY（被告、被上诉人、中国農業銀行城口県支店）に融資申請手続きを行うよう指示した。翌日、XがYに対して右の融資申請を行い、プロジェクト関連のビニルハウスを修繕及び建てるために直ちに融資が必要で

あることも伝え、疑問があれば直ちにXに通知するよう求めた。同年二月六日、Yは上記六七号通知を受け取り、関連事項について調査を行うようにした。……二〇〇二年一月八日になってようやく調査報告をまとめ、同年二月上旬に融資しない決定をした。

判決要旨 融資契約締結過程において、当事者双方は、互いに協力・通知し合うなどの誠実・信用の原則による注意義務を負う。YはXの融資の緊急性を知り、Xに対して直ちに審査・結果の回答をする前契約義務を負っていたにもかかわらず、二〇〇二年二月上旬にようやく融資しない決定通知を発し、明らかに義務に違反している。結局、Xが融資を受けられず、ビニルハウスを建てられなかったため、栽培植物が凍死してしまった。Yの誠実信用の原則に反した不作為と本件の損害との間に過失及び因果関係を有するとして、相応の民事責任を負わなければならない。Xは企業としてリスク防止の重要性を理解しておく必要があるとして、Xにも比較的大きな責任を負う必要がある。

3. 最高人民法院がc i c責任を認めなかった最初の事件

【裁判例3】

事実の概要（略）⁽²⁴⁾

判決要旨 最高人民法院は、c i c責任について、契約締結過程における当事者の一方が前契約義務違反によって、相手方の信賴利益に損害をもたらした場合に、負うべき賠償責任である。本件Yには故意に契約締結に係る重要な事実を隠し、虚偽の情報を提供したことを認めず、Yの交渉は、……通常の合理的な交渉行為に属する。Xの品質認定契約で定めたサンプルについての高い価格を、正式な供給契約の大量生産の価格とすることを堅持する交渉

行為こそ、市場規律を無視し、公平の原則に反する。……Yに不誠実な交渉行為があったとは言えない。

4. 競争入札におけるc i c責任が問われる事件

【裁判⁽²⁵⁾4】

事実の概要 二〇〇二年一月七日、Y（被告、被上訴人、玉環県国土資源局）は、玉環新聞に「玉環県国土資源局国有地使用权に関する期間付き競売公告」（「掛牌出讓公告」）を掲載した。つまり、玉環県人民政府の許可を経て、Yは、二〇〇二年一月二一日八時から同年二月四日一五日までの間に、玉環県土地取引窓口において看板を掲げ、玉環県珠港鎮坎門漁港花礁岩填海開發プロジェクト区域にある国有地の使用权の払い下げを行うとし、受付時間や入札者による受付の際に保証金（二〇〇〇万元）の支払い、および入札期間を明記して競争入札の募集を行う内容であった。

二〇〇二年一月二〇日、Yは、X（原告、上訴人、時間不動産建設集団有限公司）の「期間付き競売申込書」及び保証金二〇〇〇万元を受け取った。翌日、XはYに競売の入札価格五、〇〇〇万円を伝えた。同日、浙江省国土資源庁が、Yの上記期間付き競売について不正行為があるとの通報を受け、調べたところ、当該土地の競争入札について許可を受けていないことが判明し、Yに対して中止するよう指示した。同年一月二三日、Xに中止の経緯を説明する通知を発した。その後、Xは浙江省高級人民法院に提起した。

一審の浙江省高級人民法院は、①Yの期間付き競売行為は浙江省人民政府の許可を得ておらず、無効であり、Xの入札金額について承諾していなかったため、双方の契約関係が成立していないとして、……Xの請求を退けた。Xが

これを不服として最高人民法院に上訴した。

判決要旨（請求棄却） 当該国有地の使用権払下げは許可を得ていないため、Xが期待していた当該国有土地使用権の払下げ契約の締結という目的が実現不能となってしまった。これに対してYに故意・過失があり、相応の*c i c*責任を負うべきである。契約締結段階における信賴利益の損失は、独立した賠償請求により保護を与える必要がある。本件上訴審期間、Yは契約締結上の過失に基づく損害賠償責任を負うことに同意していたが、Xは審理終結まで一貫してYに契約の継続履行または保証金の二倍返還の責任を負うよう主張し、Yの契約締結上の過失による損失に関する賠償を主張しなかったとして、当事者の訴訟請求及び上訴審事件の審理範囲にしたがい、この問題について、最高人民法院は審理しないとした。

【裁判例5】²⁶

事実の概要 二〇一三年四月、X（原告、河南省新恒建設監理有限公司）は、Y（被告、河南省煙草公司洛陽市公司）が公表したオフィスの建設に関する競争入札に応募し、同年五月二〇日に入札保証金二〇、〇〇〇元を支払い、七月二四日、Yから入札成立の通知を受け取り、当該通知を受け取ってから三〇日以内に通知書に示されている内容と条件により、Yと建設工事請負契約を結ぶように求められた。

同年七月一四日、「中央弁公庁 國務院弁公庁の党・行政機関がオフィスビル・礼堂・招待所・展示館などの新規建設の停止及びオフィス用建物の整理に関する通知」²⁷が出され、八月一九日に、河南省煙草專売局は本件Yを含む各直轄単位に対して当該通知を転送した。同年九月一〇日にYは、Xに本件入札関連建設の中止を知らせた。

判決要旨

契約法によると、当事者が契約書をもって契約を締結する場合、当事者双方が署名又は押印をしたこ

とによって契約が成立する。したがって、本件の発注者Yが施工契約を拒否したことは*c i c*責任に当たると認めながら、X Y間の契約が締結できない原因は、政府行為によってもたらされた不可抗力によるものであり、Yに*c i c*責任及び誠実信用の原則に反する行為があると認めないとした。裁判所は、民法通則一五七条及び公平原則により、YにXに対して一定の補償の支払いを命じた。

【裁判例6】⁽²⁸⁾

X（原告、江蘇方正安装工程有限公司）が、Y（被告、中国石油化工股份有限公司江蘇泰州積有分公司）に対して*c i c*責任に基づく損害賠償請求事件では、裁判所は、Yに自己の利益のため、契約締結に関連する事実を故意に隠し、又は嘘の情報を提供したという過失が存在し、付随義務又は前契約義務に反するようなことがあったと認めないとして、*c i c*責任を否定した。

【裁判例7】⁽²⁹⁾

土地の請負経営権の移転に関する公開競争入札の発注者Y（被告、被上訴人、義烏市赤岸鎮山盆村民委員会）と応募人X（原告、上訴人、朱虎）との土地請負経営権の移転契約がすでに成立しているため、XのYに対する*c i c*責任に基づく請求を認めない。

【裁判例8】⁽³⁰⁾

事実の概要 二〇一一年九月、X（原告、河南中州工程管理有限公司）は、Y（被告、河南金堂不動産開発有限公司）の街開発プロジェクトの監理についての競争入札に応募しようとしたところ、Yから第三者のA社（すでに本社により二〇一一年八月一二日に登記が抹消された）のところで受付を行うよう指示され、受付の費用及び代理の費用

二〇、〇〇〇元をAに支払った。……その後連絡がなく、競争入札に参加できなかった。支払った費用も返却してもらえなかった。

判決要旨 本件XがYの申込みを受け、Yの要求に基づき、契約の相応の義務を履行したが、Yと第三者の間の問題により、XY間の契約の履行ができなくなったものであり、Yが故意・過失を有することは明らかであり、法律によりc i c責任を負わなければならない。

【裁判例9】⁽³¹⁾

X（原告、熊発坤）がYら（被告、安徽省佳博拍賣招標有限公司、中国農業銀行宣城市宣州支行、李凌華）のオークション公告にしたがい、競争入札の登録手続きを済ませ、保証金九万元を支払った。したがって、XYら契約締結上の関係が生まれ、よって信賴利益関係が形成され、すなわちYらがXに対して誠実・信用の原則に基づく前契約義務を負うことになる。しかし、結局Yらの責任でオークションを行わなかっただけでなく、Xに保証金を返還しなかった。明らかに義務違反をしている。

5. 分譲住宅の売買予約c i c責任が問われる事件

【裁判例10】⁽³²⁾

事実の概要 二〇〇六年四月二八日、X（嘉祥県人民法院、一審原告、被上訴人、被申立人（再審））とY（済寧工騰不動産開發有限責任公司、一審被告、上訴人、申立人（再審））は、「分譲住宅団体購入意向書」（以下「意向書」という）を結んだ。

二〇〇六年五月九日、上記意向書の補充協議書を交わし、その他の問題について約定を行ったと同時にXがYに対して五〇万元を支払った。その後、Yが開発を取りやめ、土地使用権を第三者に譲渡した。Xが訴訟を提起した。

一審済寧市中級人民法院は、Yが分譲マンション予約販売の許可などの手続きを得ていなかったため、当該契約が無効であると言わなければならないとした。Yが予約販売許可証を得ていないにもかかわらず、Xと予約販売契約を結び、明らかに故意・過失があるとして、主な責任（七割）を負わなければならないとした。一方、Xは司法機関として、Yの右許可証を得ていない事実及びそれによって生じた法的結果を知るべき立場にあり、一定の故意・過失（三割の責任）も存在すると判示した。Yがこれを不服として、山東省高級人民法院に上訴したが、請求棄却。Yが最高人民法院に再審申立てを行った。

最高人民法院の判断　一審、原審の判断を追認したが、c i c 責任について、…Xが自身の過失により、慎重・合理的な注意義務を果たさず、相応の故意・過失責任を負わなければならないとした。Xの損失は主に第三者との締約機会の喪失により生じたものであり、後に別の不動産開発業者から分譲マンションを購入したとはいえ平方メートルごとに二四〇元が増加し、……当該損失はc i c 責任に対する信賴利益の損害賠償の範囲に属する、と判示した。

6. 著作権に関するc i c 責任が認められた事件

【裁判例11】⁽³³⁾

事実の概要　Y（被告、北京京華図書發行有限公司）は、二〇〇六年三月二八日にX（原告、南京の作家朱秀君）に対して、書面で六冊の本の原稿を依頼し、二〇〇八年三月、Xが本の前稿を持参してY社に相談しに行ったが、合意に

達しなかった。

判決要旨 本件におけるYの原稿依頼は、出版契約のための合意にすぎないが、この申込みはXの合理的な信頼をもたらすには十分である。また、Yが図書の出版発行を業としており、Xに原稿を依頼するという申込を行うとき、Xの原稿料について明確に約定すべきだったにもかかわらず、そうしなかったことは、契約締結上の過失があると言わなければならない。

【裁判例12】⁽³⁴⁾

事実の概要 二〇〇五年十一月三〇日、Y（被告、臨沂金氏瑪帝奧商貿有限公司）は、賃貸オフィスの内装と外装の公開入札説明を公表し受付を開始した。X（原告、臨沂一鳴裝飾有限公司）が完成予想図一二枚と入札参加申込書類を提出した。その後、Xは右の完成予想図がYに無断で戸外広告に使われていることに気づき、二〇〇六年十二月一日に著作権侵害を理由に臨沂中級人民法院に訴えを提起した。

判決要旨 Xの一二枚の完成予想図は著作権法三条設計図に該当し、競争入札の重要な部分であり、Xの営業秘密に当たる。YがXの許可を得ずにXの完成予想図を公開してしまうことは、明らかに契約法四三条及び「招標投標法」（入札法）二二条に違反している。Yは自らの立場を利用してXの知的財産を商業広告に用いて、利益を得ているだけでなく、Xの競争力の喪失をもたらし、著作権者としての財産的権利・利益を侵害したことになる。Yの行為がc i c 責任、営業秘密侵害責任及び著作権侵害責任の競合を引き起こしている。⁽³⁵⁾

7. 賃貸借 c i c 責任が認められた事件

【裁判例13】⁽³⁶⁾

事件の概要 二〇一二年五月、Y（被告、上訴人、南京仁恒軸承有限公司）は、X（原告、被上訴人、南京亜太船舶配件製造有限公司）所有の工場建物甲をすでにA社に賃貸した事実を知りながら、Xに対して、甲を賃借したい意向を伝え、交渉を行なった。そこで、XはA社に対して剰余賃金の返還及び賠償などをし、賃貸借契約の解除を行ったが、X A間の賃貸借契約解除後、Yは契約を拒絶した。

判決要旨 c i c 責任は、当事者が契約締結過程において、誠実・信用の原則に反するような行為があり、相手方当事者に損害をもたらした場合に被害者の損害を負担する法律効果を指す。……本件Xの損害はYの契約締結上过失に基づく損害賠償責任を負わなければならない。

【裁判例14】⁽³⁷⁾

X（原告、郭卷其）がY（被告、伊川鼎百貨公司）との約定に基づき、二〇万元の賃金を支払い、Yが建設中の建物完成した後に賃借して使用することにしたが、Yは建物完成後にXに使用させなかった。

裁判所は、上記約定は、有効な賃貸借契約のための信賴約定であるとした。Xがこの種の信賴に基づき、誠実に前契約義務を履行したが、Yが履行しなければならない付随義務に違反したため、賃貸借契約の締結ができなくなったとして、c i c 責任を負わなければならないと判示した。

【裁判例15】⁽³⁸⁾

XらがYのある建物の一階の店舗用二部屋を賃借したが、期間満了時にYから自ら持っている一階にある店舗用九

部屋を一括して譲渡する意向の話を受けた。Yも人員を派遣して融資などの準備に協力した。しかし、その後、Yが売却を取りやめたため、契約に至らなかった。

裁判所は、Yが前契約義務に違反し、主観上の過失により、Xに信賴利益の損害をもたらし、かつYの行為とXの損害との間に因果関係が存在するため、Yはc i c責任に基づく損害賠償を負わなければならない、と判示した。

8. 土地の譲渡c i c責任が認められた事件

【裁判例16】

Xら（原告、唐厚才等）とYら（被告、申桂徳等）とのc i c責任に関する再審事件³⁹では、Xらが土地使用権譲渡契約を締結するために、Yらに手付金を支払ったにもかかわらず本契約の締結を拒絶したため、Yらがc i c責任を負わなければならない。

【裁判例17】⁴⁰

二〇一〇年七月一日、Yら（被告、上訴人、呉淑珍等）は、国有地になった請負土地をXら（上告、被上訴人、王忠等）に譲渡し契約を締結するときに、契約の締結に関連する重要事実を隠し、Xらに一八一、〇〇〇元を支払わせたにもかかわらず、Xが土地の請負経営権を取得できなかったとして、契約法四二条二項により、損害賠償の責任を負わなければならないと判示した。

【裁判例18】⁴¹

X（原告、被上訴人、陳某）がY（被告、上訴人、郝某）と土地譲渡契約を締結する過程において、Yが誠実信用の原

則に違反したことにより契約締結に至らなかったとして、Yの*c i c*責任が認容された。

9. 開発*c i c*責任が認められた事件

【裁判例19】⁽⁴²⁾

事実の概要 二〇〇五年二月二日、X（原告、被上訴人、成都中銀信投資有限公司）がY（被告、上訴人、成都市成华区人民政府青竜街道弁事処）の街の建設プロジェクトの協力対象に選ばれ、二〇〇五年二月三〇日までに投資・建設の手続きを完了するとの通知をYから受け取った。……同年二月三一日、YからXに対して当該建設方案が政策の変化により、国土資源部の許可を得なければならなかったとの知らせがあった。

判決要旨 本件は、*c i c*責任をめぐる紛争であるが、Xは、Yの前契約義務の不履行による損害賠償を求めており、……「過錯」は、故意及び過失の両方を含む。「過錯」があれば、責任を負わなければならない。*c i c*責任に基づく損害賠償とは、当事者の一方又は双方が故意または過失により誠実信用の原則に基づく前契約義務を負い、契約未成立、無効又は取り消された場合、法律により賠償責任を負わなければならない。

10. 保険*c i c*責任が認められた事件

【裁判例20】⁽⁴³⁾

裁判所は、X（原告、張安全）がY（被告、中国人寿股份有限公司汝南支公司）に保険費用を支払ったが、正式な保険契約に至らなかったことは、Yの*c i c*責任によるものであると判示した。

【裁判例21】⁽⁴⁴⁾

Y（被告、中国人寿保險公司淮安市淮陰支公司）がX（原告、劉錦龍）に対して、契約締結過程における説明義務を果たしていなかったため、前契約義務及び誠実信用の原則に反し、故意・過失があつたため、Yの*c i c*責任が認容された。

11. 水工場の経営権譲渡*c i c*責任が認めた事件

【裁判例22】⁽⁴⁵⁾

Y（被告、山東唐王御泉飲品有限公司）の会社の営業許可証が取り消されたにもかかわらず、X（原告、尤友清）と工場の経営権譲渡契約を締結するための交渉等を行い、強制法規に反したため、無効であるとして、Yの*c i c*責任を認めたと同時に、XがYの水製造工場はすでに長い間にわたって生産停止をしており、それを調査せず契約締結するための様々な手続きを行ったとして、一定の過失を有するとして、過失相殺を適用した。

IV 学説

*c i c*責任は、「契約法と不法行為法の接点ないし交差場面の問題」⁽⁴⁶⁾であるといえる。その定義について、中国では、当事者が契約を締結するために接触して交渉を行う過程において、当事者の一方が誠実信用の原則上要求される義務に違反して、相手方に損害（信賴利益）をもたらした場合に負わなければならない責任であるとしており、また、契約が不成立、無効、取り消されあるいは追認されない場合は、当事者の一方がこれによって損害を受け、相手方当事者に故意・過失があるとき、相手方当事者が賠償しなければならぬ責任である等と解されている。⁽⁴⁸⁾

1. c i c 責任の性質

c i c 責任は、違約責任範疇にも不法行為責任範疇にも属さず、違約責任と不法行為責任を補充する独自の責任類型⁽⁴⁹⁾であると思われ、多数説であると思われる⁽⁵⁰⁾。当該責任法理は、契約法及び不法行為法の範疇を超えており、誠実信用の原則⁽⁵¹⁾によって調整する必要があり、法律の一般条項に依拠し、裁判官の自由裁量権を与えることによって実現するものである⁽⁵²⁾。また、c i c 責任法理は、誠実・信用の原則の契約自由の原則に対する介入の結果であり、当事者に対して契約自由の原則を行使するとき、相手方の合法的な権利・利益を損害してはならないことを求めている⁽⁵³⁾という。

その性質について、違約責任及び不法行為責任との違い⁽⁵⁴⁾をもつて説明されており、学説の最大公約数的な部分を取り出してまとめると、次のようになろう。

(1) 違約責任との違いについて

① 契約関係が成立しているかどうかは、違約責任と c i c 責任を区別する基準の一つであり⁽⁵⁵⁾、違約責任について約定することができるが、c i c 責任は、法定責任である。

② 契約締結上の過失の責任形式は、損害賠償しなく、賠償範囲は信賴利益の損害に限る。違約責任の場合は、期待利益の損害を賠償の対象とする。

(2) 不法行為責任との違いについて

① c i c 責任の発生は、一つは契約を締結する当事者双方が、すでに接触または交渉の関係にあり、もう一つはこの種の接触関係により特別な信賴関係が生じているという二つの前提条件を要し、② 誠実信用の原則に基づく契約成

立前の義務違反に属するが、不法行為責任の場合は、他人の財産及び人身を侵害してはならない一般的義務への違反であり、③ c i c 責任は、信賴利益の損害を賠償範囲とするが、不法行為責任は物権や人格権などの絶対権を保護対象としている。

2. c i c 責任の類型と成立要件

日本では、明治時代から学説上すでにこの問題を論じていたし、後に類型別に体系的に整理した学説は、裁判にも一定の影響を及ぼすようになった⁵⁶⁾。これに対して中国では、前述したように、一九九九年契約法が制定されるまで、学説も裁判例もこの問題を積極的に追及していなかった。近年、学説ではこの問題を類型別に論じるようになったが、基本的に契約法の規定に沿って、論じているのである。それでは、「契約締結上の過失」概念が、紛争解決において、実際に規範意義が認められてきた場面は一体どのようなものなのか。

前述の契約法四二条及び四三条に即して次のように類型論が展開されている。⁵⁷⁾

類型① 契約締結の名を借りて、不誠実な態度（「悪意」）をもって交渉を行う場合

上記【裁判例 8、17、22】。ここでいう「不誠実な態度」とは、①交渉する意思がなく、②故意に交渉相手に損害を与えようとする主観的な目的・動機、及び③被害者に損害が生じていることを含むと解されて⁵⁸⁾おり、多数説の立場であろう。しかし、一九九八年八月二〇日の契約法（草案）四二条一項は、「不誠実な態度（「悪意」）をもって交渉」について、「相手方の利益を害することを目的」としていたが、現行法四二条一項では、この「目的」が削除されたので、「相手方と契約を締結する意思がない」と解すべきであるとの見解もある⁵⁹⁾。

また、王利明教授は、交渉過程においても契約自由の原則により、当事者がいつでも交渉を打ち切ることができるとし、相手方に対して何等かの承諾を行い、相手方もこれに対して一定の信頼を寄せていたのでなければ、相手方に合理的な理由を与える必要がないと述べている⁶⁰。しかし、承諾しただけでなく、交渉に際し、相手方の誤信を誘発しながら、それを訂正せず一方的に契約交渉を打ち切った場合なども考えられる。このような場合における契約自由の原則とのかかわりについてどう理解するのか、今後の課題になろう。

類型② 契約締結に関する重要な事実を故意に隠したり、虚偽な情報を提供したりした場合

【裁判例3、6】（なお両事件ともに、契約締結に関する重要な事実を故意に隠したり、虚偽な情報を提供したことを認めず、*c i c* 責任を否定した）。この場合は、契約締結上の詐欺行為に属し、成立要件として、①詐欺の故意を有し、②欺罔行為があり、③相手方が錯誤に陥り、④その錯誤によって意思表示をすることを含むと解されている⁶¹。つまり、この類型は、詐欺や錯誤などの諸制度と交錯しているものである。確かに、理論上は詐欺による不法行為に基づく損害賠償を求めることができるが、この理論構成では「立証の困難性や黙示の欺罔」といったテクニカルな性質から望ましくないといえる⁶²。

類型③ 営業秘密「商業秘密」を漏えいするか、不正な使用により相手方に損害をもたらした場合

【裁判例1、12】。中国の不正競争防止法第一〇条によると、営業秘密とは、公衆に知られておらず、権利者に経済的利益をもたらすことができ、実用性を有し、かつ権利者が秘密保持措置を講じている技術情報及び経営情報をいう（同条三項）。しかしながら、この営業秘密を漏洩し、不正に使用することは、不法行為を構成するのか、契約締結上の過失責任を構成するのかについては意見が分かれている。当事者の選択に委ねるべきだとの主張もある⁶³。

類型④ その他の誠実・信用の原則に反する行為があった場合、である。

この類型に関する裁判例が最も多く、【裁判例2、5、7、9、10、11、13―16、18、20、21】はそれに当たる。誠実・信用の原則に反し、他人の信賴利益に損害をもたらしした契約締結上の過失行為である。実務において、主に①最初の協議あるいは許諾に反し、②有効な申込みの誘引に反し、③申込人が有効な申込みに反し、④契約が無効あるいは取り消されたとき、⑤契約法三八条や二八九条に規定する強制契約締結義務に反した場合、⑥無権代理、を含む⁶⁵契約締結における誠実・信用の原則は、それぞれの状況に応じた行動が求められ、相手方への協力、配慮、保護などが要求される。それは、誠実・信用の原則による前契約義務に基づくことになるといえる。

なお、c i c 責任の成立要件について、四要件説を主張する論者が多く、多数説・裁判例の立場である。すなわち、①前契約義務の違反があること（この種の義務は、誠実信用義務・情報提供義務及び秘密保持義務などを含む）、②相手当事者に損害が生じていること、③義務違反と損害との間に因果関係を有すること、④義務違反に故意・過失が存在すること、である⁶⁶。

V 裁判例の検討

【裁判例1】は、一九九九年契約法が施行される前の裁判例であるが、不正競争行為に関連する典型事例とされており、委託調査契約に基づく守秘義務により損害賠償が認容されると同時に、誠実信用の原則により契約締結過程における告知義務の違反があったとして、c i c 責任が認容された事例である。

【裁判例2】は、契約制定後の事件であり、商業銀行が融資を行う際、誠実・信用の原則に基づく注意義務を果た

しているかどうかについての判断である。c i c 責任を認めた事件として一定の意義を有する。また、本件及び【裁判例10】【裁判例22】は、c i c 責任の成立を認めた上で、被害者側の事情を過失相殺で斟酌した裁判例である。

【裁判例3】は、Yに不誠実な交渉行為があったとは言えないとしたが、最高裁判所の判決として、はじめて契約締結上の過失責任の定義や要件に言及した。また、c i c 責任の成否について最高裁判所が審理した最初の事例として注目される。

【裁判例4】～【裁判例9】は、競争入札に関連する事例であるが、【裁判例7】は土地請負経営権の譲渡契約がすでに成立していたため、c i c 責任を否定した事例を除き、いずれも本契約に至らなかった事例である。【裁判例4】は、入札行為自体が無効であった。【裁判例5】は、契約が締結できない原因は、政府行為という不可抗力によるものであり、Yにc i c の責任を認めないとしながら、公平の原則により、一定の補償を支払うよう命じた。

【裁判例11】【裁判例12】は著作権に関するc i c 責任が認められた事件であるが、後者は、「Yの行為がc i c 責任、営業秘密侵害責任及び著作権侵害責任の競合を引き起こしている」と判示した。

【裁判例13】～【裁判例15】は、賃貸借c i c 責任が認められた事件、【裁判例16】～【裁判例18】は、土地の譲渡c i c 責任が認められた事件である。【裁判例19】は開発関連、【裁判例20】及び【裁判例21】は、保険契約関連事件であるが、前者は、保険金を支払ったが、契約に至らなかった。後者は、説明義務を果たさなかったため、c i c 責任が認容された。

これらの裁判例のうち、【裁判例4】以外のすべてはc i c 責任の成否が焦点となった事件であり、裁判所が正面からこの問題を論じたものである。【裁判例4】は当事者がc i c 責任について主張していなかったにもかかわらず、

最高人民法院がYに*c i c*責任があることに言及し、判然としない。

ほとんどの判決は、*c i c*責任について、締結交渉過程における当事者間の誠実・信用の原則に根拠を求めており、信賴利益賠償を説いている。通説の考えと一致しているといえる。しかし、【裁判例10】は、第三者との締約機会の喪失をもたらしたとして、*c i c*責任を認容した。予約契約による合意通りにマンションを購入できなかったことにより生じた（後に別の不動産の分譲マンションを購入したが、一㎡あたり二四〇元高くなった）履行利益と思われる価格差を信賴利益とした。なお、実務では、*c i c*責任は、信賴利益を賠償の基本範囲としなければならず、信賴利益の損害は、主に直接損害、契約を締結するために支出した交通費、鑑定費用、専門家などへの相談費用及びその利息の損害等を指すとしている⁶⁷。

また、【裁判例8】代理関係のある第三者により契約締結に至らず、悪意である本人に責任があるとした。代理人が行った行為の効果は、本人のみに帰属するという代理法理から考えると、当然のように見える。しかし、本人が無資力な場合とか、本人より代理人への信賴があつたときとか、代理人の個人の経済的利益があつた場合とか、あるいは履行補助者の過失理論に関連する比較検討の必要が感じられる。

VI 結びにかえて

本稿では、中国における*c i c*責任をめぐる学説、裁判例の展開を概観し若干の考察を行った。中国における*c i c*責任法理は、上述したように、最初台湾などの学者を通じてドイツの学説を継受して導入されたものであり、立法も同様、実務上の要請に基づくものではない。近年、学説も裁判例も数こそ蓄積されつつあるが、研究成果あるいは解

釈技術について十分な成果を挙げてきたとはいえない。この数年間、裁判例の数は増えてきており、できれば類型的に法律関係を分析する必要がある。また、契約締結過程における交渉の中断と契約自由の関係、そのバランスについてどう理解すべきか、などの問題についてさらなる検討が必要と思われる。

前述した判例から見ても分かるように、ほとんどの場合は契約締結段階における当事者一方の合理的な信頼が裏切られ、原因なく継続交渉を打ち切り、形式上の契約締結行為も存在しないケースである。これらの裁判例は、通説と同様、契約成立前の段階における問題しかこの法理が適用されず、契約の履行によつて生じた利益の問題が発生しないので、履行利益の賠償を認める余地はないという⁶⁹。

こう考えてくると、契約締結上の過失責任の性質について、裁判例は不法行為責任でもなく契約責任でもない、いわゆる中間的な独自の責任とする立場をとっていると言えよう。しかし、裁判例はその法的性質について正面から全く論じていない。ちなみに、日本の裁判例における当該責任の法的性質については、学説と同様にばらつきがあり一致した見解がみられない。およそ傾向としては、不法行為責任を採用する裁判例の数が多い。契約責任を採用するものもあるが、信義則上当該過失責任を負うとしながら、その性質を明らかにしないケースも多く存在する⁷⁰。

商取引における契約交渉のことを考えると、すべての契約類型において決して一・二回の意思疎通でできるものではなく、むしろ様々な要素を考慮しながら、交渉を重ね、双方とも利得を享受できる Win-Win な関係になった場合はじめて合意に至るであろう。本来契約が無効あるいは不成立の場合には、論理的には「契約」法をもつて当事者間の関係を規律することはできない。しかしながら、「契約の成立およびその有効性に対する当事者の期待はこれを全く法的保護の外に放置しておくことは正当ではない⁷¹」といえる。この場合の規範は、契約法と不法行為法のいずれか

に求めるか、という問題が残る。⁽⁷²⁾そこで、この契約締結過程を規律する行為規範の定立が求められている。

中国でも、近年当該概念の射程が広がりつつある。裁判例では誠実・信用の原則に基づく前契約義務に違反するという表現を用いて、積極的にその責任を肯定しているようにみえる。もともと、契約締結に向けて交渉段階に入ったが、接触始まったところで交渉が断られた場合、契約責任として問うことはできないと思われる。契約締結交渉が進んだ場合は、当事者間に近い協働関係があり、誠実・信義の原則が働くことになるので、契約類似の信頼関係に基づく責任が問われることになる。また、純粹に不法行為責任として構成するよりも、契約的關係ないし信義・誠実の原則の支配領域として理解することが実体に則しているといえよう。⁽⁷³⁾

(本稿は、北陸大学特別研究教育助成金にもとづく研究成果の一部である。)

- (1) 北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣 一九六三年) 一九六頁、円谷峻「契約締結上の過失」『現代民法学の基本問題(中)』(第一法規 一九八三年) 一八五頁、本田純一「『契約締結上の過失』理論について」『現代契約法大系・第一卷』(有斐閣 一九八三年) 一九五頁など参照。
- (2) 詳しくは、椿寿夫・中舎寛樹編著『解説新・条文にない民法』(日本評論社二〇一〇年) 二二九頁以下(滝沢昌彦執筆)、三〇六頁以下(後藤卷則執筆)を参照されたい。
- (3) 我妻栄『債権各論』(上巻)(岩波書店 一九五四年) 三六、八〇頁参照。「原始的不能論については起草委員は旧民法の規定を当然視し損害賠償を不法行為から肯定していたが、これが表面に出るのはドイツ民法の影響による。不法行為説が今日でもみられるが、附随義務の導入は契約責任への傾斜を速めよう。……今日でも原始的不能給付の債権成立は論理的に不可能とみるのが圧倒的であるが、この点も(……)必ずしもそう解する必要はない」(北川善太郎・前掲注(1)・三四六)

三四七頁。また、渡辺達徳『ウィーン売買条約』(CISG)における契約違反の構造」(商学討究四一卷四号(一九九一年)一〇九～一五五頁)なども参照されたい。

(4) 本田純一・前掲注(1)・一九三頁以下、内田『民法Ⅱ 債権各論』(第三版)(東京大学出版会 二〇一一年)二四～二五頁など参照。

(5) 内田貴『民法改正のいま 中間試案ガイド』(商事法務 二〇一三年)一〇〇頁。

(6) 北川善太郎・前掲注(1)・三三九頁、本田純一・前掲注(1)・一九三～一九四頁。

(7) 『民法改正中間試案の補足説明〔確定全文＋概要＋補足説明〕』(信山社 二〇一三年)三三六～三四六頁参照。

(8) 「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の概要(各論二)」<http://www.moj.go.jp/content/00081236.pdf>「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(9)」同(11)」<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900204.html>などを参照されたい。

(9) 「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案」<http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf>山城一真「契約交渉段階の法的責任」瀬川信久編著『債権法改正の論点とこれからの検討課題』別冊NBL一四七号(二〇一四年)一三九頁以下などを参照されたい。なお、保証人保護の方策として、「契約締結時の情報提供義務」を設けている(同二九～三〇頁)。この点について、二〇一四年八月一九日に中国清華大学にて松岡久和教授からご教示いただいた。

(10) たとえば、尹魯先「締約上過失責任初探」法学研究一九九〇年第一期、崔建遠「締約上過失責任論」吉林大学社会科学学报一九九二年三期、二三頁以下、王利明『違約責任』(中国政法大学出版社 一九九六年)五九四頁以下、鄭立・王作堂主編『民法学(第二版)』(北京大学出版社 一九九六年)などは、台湾の王澤鑑や劉得寬などを参考にしている。とりわけ王澤鑑『民法学説与判例研究』(第一冊)は(なお、大陸において、一九九八年に中国政法大学出版社によって出版)、大陸の学者に多大な影響を与えている。李中原「締約過失責任之独立性質疑」法学二〇〇八年七期一三三頁(注釈一〇)も言及。

(11) 崔建遠・前掲注(10)・二四頁。

(12) 一九八六年の民法通則六一条一項は、c i c 責任に関する規定であると解されている(楊立新『民法案例実訓講義』(中

中国における契約締結上の過失責任について(胡)

中国人民大学出版社 二〇一一年) 一七〇頁、鐘奇江『合同法責任問題研究』(經濟管理出版社 二〇〇六年) 一五六頁など参照されたい。すでに廃止された一九八一年の經濟契約法一六条一項及び一九八五年の涉外經濟契約法一条もc.i.c責任に関する規定であるとも言われている。異なる見解について、尹魯先・前掲注(10)・七〇頁を参照されたい。

(13) 日本語訳は、「廣瀬久和(訳)」「ユニドロワ国際商事契約原則(全訳)」ジュリスト一一三一号(一九九八年) 八一頁以下などを参照されたい。

(14) 契約法五八条もc.i.c責任であるとの主張がある(崔建遠「新合同法若干制度及規則的解釈与適用」法律科学二〇〇一年三期、一二一頁、焦富民「論我国締約過失責任制度的發展与完善」法学論壇一七卷六期(二〇〇二年) 四五頁など)。

(15) 当該法理について、契約法の草案作成段階においてすでに盛り込まれていた。たとえば、一九九五年一月、梁慧星教授を中心とするチームが作った建議案二九条(梁慧星(久田眞吾・金光旭訳)「中国統一契約法の起草」(上) 国際商事法務二六卷一号(一九九八年) 六三頁を参照されたい)。その後、一九九六年の建議案三〇条、一九九八年草案四〇条、四一条においても、当該理論に関する一般規定が維持されていた。

(16) 契約法四二条のc.i.c責任は、実質上不法行為責任であり、独立した民事責任類型ではないとの指摘がある(于瑩『証券法中的民事責任』(中国法制出版社 二〇〇四年) 四〇～四一頁。同条の関連条文として、最高人民法院の契約法を適用するうえでの若干問題に関する解釈(2)(二〇〇九年四月二四日法釈(二〇〇九) 五号) 第八条がある。

(17) 王利明・房紹坤・王軼『合同学』(第四版)(中国人民大学出版社 二〇一三年) 五四頁。

(18) 焦富民「論誠実信用原則与我国現代合同法的重塑」河北法学二〇卷四期(二〇〇二年) 三八頁。

(19) 王洪亮「締約上過失制度研究」中国政法大学二〇〇一年博士学位論文、一頁、一二四頁。焦富民・前掲注(14) 四六～四七頁においても当該制度の欠陥を指摘している。

(20) 以下紹介する裁判例は、掲載誌を示していないものは、すべて北京大学法律情報網のデータベース(<http://www.chinalawinfo.com/>) によるものである(二〇一四年八月一四日アクセス)。

(21) 北京市第二中级人民法院民事判決書(一九九八)二中知初字第八六号「北京中銳文化傳播有限責任公司訴北京零点市場調

査与分析公司不正当競争糾紛案」(最高人民法院公報一九九九年三期)。

(22) Xは、文化関連の会社として、三八、五四〇元の委託料金では、Yのような有名な調査会社のある領域における調査権のすべてを買取ることが到底できないことを理解しなければならない。c i c 責任は、Yにあるのではなく、Xにあるはずだと主張し、裁判所こそ、業界の特殊性を理解すべきである、と批判する評釈がある(龔江輝「対『零点公司案件』判決的質疑——兼論調査業界特徴及び商業道德」法学一九九九年一期、六五～六六頁)。

(23) 重慶市高級人民法院民事判決書(二〇〇四)渝高法民終字第五七号、一審…重慶市第二中級人民法院(二〇〇三)渝二中法民初字第四号。また、金融機関に関連するものとして、上海第一中級人民法院「呉衛明が上海シティバンクに対して貯蓄契約をめぐって訴えた事件」(最高人民法院公報二〇〇五年第九期)がある。

(24) 最高人民法院「二〇〇八」民二終字第八号、一審…陝西省高級人民法院「二〇〇六」陝民二初字第一六号(呉慶宝編『權威点評最高法院合同法指導案例』(中国法制出版社 二〇一一年)二七一七頁、本件の評釈として、胡光輝「契約締結上の過失責任事例」比較法学(早稲田大学比較法研究所)四八巻二号、一六八～一八二頁を参照されたい)。

(25) 最高人民法院(二〇〇三)民一終字第八二号民事判決書『中華人民共和國最高人民法院公報』二〇〇五年五期二一頁、江必新・何東林等著『最高人民法院指導性案例裁判規則理解与適用 合同卷二』(中国法制出版社 二〇一二年)一一頁。

(26) 洛陽市洛龍区人民法院民事判決書(二〇一四)洛龍民初字第九一三号。

(27) 「中央弁公庁 國務院弁公庁關於党政機関停止新建樓堂館所和清理弁公用房的通知」(中弁発【二〇一三】一七号)。

(28) 泰州市海陵区人民法院民事判決書(二〇一三)泰海商初字第一〇四九号。

(29) 浙江省金華市中級人民法院民事判決書(二〇一三)浙金民終字第一一一八号。

(30) 澠池县人民法院民事判決書(二〇一二)澠民一初字第七五八号。

(31) 安徽省宣城市宣州区人民法院民事判決書(二〇〇八)宣民二初字第一六号。

(32) 呉慶宝編・前掲注(24)・二五頁。

(33) 北京市西城区人民法院民事判決書(二〇〇八)西民初字第五三九三号(法律出版社法規センター編『中華人民共和國合

同法注釈全書』(法律出版社 二〇一二年) 一三〇頁)。

(34) 山東省臨沂市中級人民法院民事判決書 (二〇〇六) 臨民三初字第一六号 (同上・一三三頁)。

(35) なお、同じく契約法四三条の営業秘密侵害をめぐる事件 (湖北省武漢市中級人民法院民事判決書 (二〇〇三) 武知初字第七〇号) (同上・一三七頁) は、X馮某がY微軟 (中国) 有限公司に対して営業秘密侵害を理由に訴えた事件では、Xの営業秘密の成立を認容しなかった。

(36) 江蘇省南京市中級人民法院民事判決書 (二〇一三) 寧民終字第三六三五号)。なお、一審 (南京溧水区人民法院民事判決書 (二〇一三) 溧洪民初字第四号)。

(37) 河南省伊川县人民法院民事判決書 (二〇一三) 伊三民初字第五〇六号)。

(38) 湖南省郴州市蘇仙区人民法院民事判決書 (二〇一三) 郴蘇民初字第一四六号)。

(39) 広西壮族自治区高級人民法院民事裁定書 (二〇一三) 桂民申字第四八八号)。上訴審：広西壮族自治区桂林市中級人民法院民事裁定書 (二〇一三) 桂市民一終字第七号、広西壮族自治区興安县人民法院民事裁定書 (二〇一三) 興民初字第三八〇号)。

(40) 海南省第二中級人民法院民事判決書 (二〇一三) 海南二中民二終字第八三三号)。一審：海南省東方市人民法院民事判決書 (二〇一三) 東民二初字第一四九号)。

(41) 北京市第一中級人民法院判決書 (二〇一三) 一中民終字第六八三三二号。一審：北京市昌平区人民法院判決 (二〇一三) 昌民初字第二八二号。また、徐偉明が黃尚平に対してc i c責任を理由に訴えた事件 (広西壮族自治区平果县人民法院民事判決書 (二〇一三) 平民二初字第二八四号) がある。

(42) 四川省成都市中級人民法院民事判決書 (二〇一三) 成民終字第一一五九号)。一審：成都市成華区人民法院民事判決書 (二〇一三) 成華民初字第一六七号)。

(43) 河南省汝南县人民法院民事判決書 (二〇一三) 汝民初字第〇〇八八三三号)。

(44) 淮安市淮陰区人民法院判決書 (二〇一三) 淮經初字第二五三三号

(45) 濟南市歷城区人民法院民事判決書 (二〇一三) 歷城民初字第七一三三号)。

(46) 奥田昌道「契約法と不法行為法の接点——契約責任と不法行為責任の關係及び両義務の性質を中心に——」『於保不二雄先生還暦記念 民法学の基礎的課題(中)』(有斐閣 一九七四年)二二四頁。

(47) 王利明『合同法新問題研究』(修訂版)(中国社会科学出版社 二〇一一年)一七二—一七三頁、韓世遠『合同法』(高等教育出版社 二〇一〇年)七〇頁。

(48) 崔建遠編『合同法』(法律出版社 二〇〇三年)八六頁。

(49) 李中原・前掲注(10)・一三二頁以下は、独自の責任類型という主張に十分な説得力を持っていない。一般不法行為責任に帰属させることは可能であると、不法行為責任説を主張する。

(50) 崔建遠編・前掲注(48)・八六頁。韓世遠・前掲注(47)・七〇頁、王利明・前掲注(47)・二〇一—二〇六頁、鐘奇江・前掲注(12)・一六五—一六七頁などを参照されたい。この法理について、大陸の学者に多大な影響を与えている王澤鑑教授もこの立場に立っている。日本では、森泉章「契約締結上の過失」に関する一考察(三三・完)民事研修二九〇号(一九八一年)三頁以下、宮本健蔵「契約締結上の過失責任法理と付随義務」『明治学院大学法学部20周年記念論文集 法と政治の現代的課題』(第一法規出版 一九八七年)七六頁以下なども同じ立場である。王洪亮・前掲注(19)は、「契約締結上の過失は、ロジック上契約責任に属すべきである」(二五頁)としながら、「契約締結上の過失は、不法行為法及び契約法の欠陥の上に成り立っているものであり、……もし法律体系に欠陥がなければ、あるいは不法行為法に定めがある場合、(この法理)を検討する余地がない」(二一九頁)と述べている。

(51) 誠実・信用の原則は、契約法の最も重要な基本原則であり、その適用範囲は、市場經濟の發展に伴って拡張され、一九八六年四条は、諸外国の立法を参考し、折衷的な考えを取り、つまり誠実信用の原則の内容を具体化しつつ、公平、等価有償の原則を設けたのである(焦富民・前掲注(18)・三七頁)。

(52) 錢学林「締約過失責任与誠信原則的適用」法律科学一九九九年第四期、六五頁参照。

(53) 陳吉生「論締約過失責任的歸責原則」武漢大学学报(哲学社会科学版)六五卷五期(二〇一二年)八六頁。

(54) 崔建遠編・前掲注(48)・八六頁、韓世遠・前掲注(47)・七〇頁、王利明・前掲注(47)・二〇一—二〇六頁、鐘奇江・前掲

注(12)・一六五頁、胡光輝・前掲注(24)・一七六頁などを参照されたい。

(55) この点については、学説上の争いがある。韓世遠・前掲注(47)・七二頁は、契約が成立した場合における締結上の過失責任について、否定する学説が多いが、契約法四二条二項はすでに契約が成立した場合における締結上の過失責任理論のために一定の空間を与えていると述べる。韓成軍「締約過失責任の理論邏輯与実証注解」河北法学二〇一一年第七期は、c i c 責任の発生は、必ずしも契約が有効に成立することを前提とするわけではないと述べる(北京大学法律情報網、二〇一四年六月二三日アクセス、http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=69674#18)。

(56) 谷口知平・五十嵐清編『新版 注釈民法(13) 債権(4)』(有斐閣 一九九六年) 九六頁(潮見佳男執筆)。

(57) 王利明・前掲注(47)・一八七頁以下、江必新・何東林等著・前掲注(25)・三九―四五頁など参照。韓世遠教授は、①契約未成立型、②契約成立型、③契約無効型、④契約有効型、の四つに分けている(前掲注(47)・七〇―七三頁)。

(58) 王利明・前掲注(47)・一八八頁。

(59) 呉慶宝編・前掲注(24)・一九頁(王闔執筆) 筆者は、この立場に立って、「悪意」を「不誠実な態度」と訳することになっている。

(60) 王利明・前掲注(47)・一八八―一八九頁。

(61) 王利明・前掲注(47)・一八九―一九一頁。

(62) 本田純一・前掲注(1)・二〇五頁参照。最高人民法院「中華人民共和國民法通則を貫徹執行するうえでの若干の問題に関する意見(試行)」(一九九八年) 六八条は、「当事者の一方が相手方当事者に対して故意に虚偽な情報を提供し、又は故意に事実を隠し、相手方が誤った意思表示をするよう誘導した場合は、詐欺行為と認定することができる」と定めている。

(63) 王利明・前掲注(47)・一九四―一九五頁、江必新・何東林等著・前掲注(25)・四一頁。

(64) いわゆる信賴利益の損害とは、相手方当事者の契約締結上の過失により契約が不成立または無効になった場合に、その契約の成立を信賴して支出した費用その他の損害のことを指す(王利明前掲注(47)・一七六頁)。

(65) 王利明・前掲注(47) 一九五―一九九頁、江必新・何東林等著・前掲注(25)・四一―四五頁。

(66) 崔建遠・前掲注(48)・八七頁、韓世遠・前掲注(47)・七五～七六頁、『中華人民共和國合同法 注釈本』(法律出版社二〇〇六年)一五頁。

(67) 法律出版社法規センター編・前掲注(33)・一三三頁。

(68) 北京大学法律情報サイト(二〇一四年九月七日アクセス)によると、裁判例のタイトルとして「締約過失責任糾紛」を明記する判決書は、一六二件あり、うち二〇一四年に審理・終了したものは五四件、二〇一三年六五件、二〇一二年三四件、二〇一一年一三件、二〇一〇年以前のものはわずか六件にすぎない。なお、「締約過失責任」という文言を用いる民事事件判決は一、四七二件あり、ほとんどすべては二〇一〇年以後のものである。

(69) 崔建遠・前掲注(10)・二八頁。「この点について、ドイツの判例は、契約調整という形で填補されるべき損害の範囲は、契約締結上の過失責任一般におけるのと同様に、信賴利益に留まるという立場をとる。……信賴利益の賠償として認められた損害賠償が額において履行利益と同額であったり、あるいはそれを超えるということが起こりうる」(上田誠一郎『契約解釈の限界と不明確条項解釈基準』(日本評論社 二〇〇三年)二二〇～二二二頁)。

(70) 山川一陽『債権法各論講義』(立花書房 二〇〇四年)三六頁、加藤新太郎編『契約締結上の過失(改訂版)』(新日本法規 二〇一二年)一一頁参照。「法的性質については、……圧倒的に多いのは単に『信義則上の』とするものであり、「基本的に判例はかような性質論には無関心である」(山口齊昭「契約交渉段階当事者の権利・義務——『対話』アプローチからの覚書」早稲田法学会誌四六卷(一九九六年)一四八頁)。

(71) 奥田昌道・前掲注(46)・二二二頁参照。

(72) 奥田昌道・前掲注(46)・二三二頁参照、内田貴・前掲注(4)・二四～二五頁、河上正二「『契約の成立』をめぐる——現代契約法論への一考察」判例タイムズ六五五号一一頁、六五七号一四頁(二九八八年)参照。

(73) 近江幸治『民法講義V 契約法(第三版)』(成文堂 二〇〇六年)三一頁参照。

原子力災害に関する法制についての一考察

——「原子力災害」に関するハード・ロー、ソフト・ロー、ケース・ローの交錯を中心に——

松 嶋 隆 弘

一．はじめに

原子力は、それがもたらす有用性の一方で、ひとたび原子力災害が起これると被害が甚大かつ広範囲にわたり、巨額な賠償責任が発生する。原子力損害の賠償に関する法律（昭和三十六年六月一七日法律第一四七号：「原賠法」）は、このことから、被害者保護の実効と原子力事業の健全な発達との調和を図ろうとするものである（原賠法一条）。このたびわが国が経験した大変不幸な事故（東日本大震災に伴って東京電力株式会社が設置する福島第一原子力発電所から広範囲にわたって放射性物質が大気中に放出される事故：「本件原発事故」）は、前記原賠法を補充すべく、「東京電力株式会社福島第

一、第二原子力発電事故による原子力損害の範囲の判定等に関する中間指針」(平成二三年八月五日決定:「中間指針」に代表される種々のソフト・ローを産み出すに至り、結果としてわが国の原賠に係る制度は、ハード・ローとソフト・ローが複雑にからみあったものとなっている。将来的には、これに裁判例の集積からなるケース・ローが加わっていくことになる。

本稿では、かかるわが国における原子力災害に関する法制(原賠法制)のうち、「原子力損害」の範囲に焦点を絞り、前記ハード・ローとソフト・ロー及びケース・ローの交錯する状況を整理し、問題点を指摘することにした⁽¹⁾⁽²⁾。具体的には、まず、現行原賠法制の特徴を鳥瞰した後、原賠法が定める原子力損害概念をソフト・ロー、ケース・ローがどのように具体化しつつあるかを眺め、若干の提言を行うものである。

二. 現行原賠法制の特徴

1. 原賠法の特徴

まず原賠制度に関わるハード・ローである原賠法を確認しておきたい。⁽³⁾ 原賠法三条は、①. 「原子炉の運転等」(原賠法二条一項)により、②. 「原子力損害」を与えた場合に、③. 「原子力事業者」⁽⁴⁾が損害賠償責任を負う旨定める。

賠償法制としての原賠法の特徴は、(1). 責任集中、(2). 無過失責任、(3). 損害賠償措置と賠償額の限度、(4). 国の関与の四点にまとめることができる。順次説明しよう。

(1). 責任集中

原賠法四条一項は、「損害を賠償する責めに任ずべき原子力事業者以外の者は、その損害を賠償する責めに任じな

い」と規定し、原賠法に基づく賠償責任の主体を原子力事業者（本件原発事故の場合は東京電力）のみとし、責任を集中させることとし、これを責任集中という。複数の者に責任が分散されると、賠償の請求先や対象が不明確となり、かかる不明確が、事業者の新規参入を阻害するのみならず、被害者にとって実効的な賠償を果たし得なくなる。原賠法は、その目的に鑑み（原賠法一条）、原子力事業者に責任を集中させることで、被害者の救済と原子力産業の育成とを両立させようとしたのである。かかる責任集中は、多くの諸国において認められている。^⑥

(2) 無過失責任

原賠法三条一項は、一般不法行為（民法七〇九条）等のように故意過失といった帰責事由を要求しておらず、原賠法上の責任が、無過失責任であることを明確にしている。高度かつ複雑な技術を用いる原子力事業において、被害者が加害者である原子力事業者の故意・過失を立証するのは困難である。無過失責任としたことにより、被害者の救済の実効が増すこととなる。^⑦かかる無過失責任は、多くの諸国において認められている。^⑧

ただ、無過失責任を採用する多くの諸国においては、併せて、一定の場合（もはや一民間企業では責任を賄えないような極限的な事態）において、加害者の免責を認めることが多い。わが国の原賠法も同様であり、原賠法四条一項但書は、①・異常に巨大な天災地変、②・社会的動乱によって損害が生じたときを免責事由と規定する。ただ、何を免責事由とするかについては、国ごとにヴァリエーションがある。①・を免責事由とすることは、ほとんどの国において認められているが、^⑨②については、免責事由としない国も存在する。

本件原発事故の賠償にあたっては、司法判断が下されたわけではないが、後述のとおり、免責事由に該当しないことを前提として、各種ソフト・ローが設けられた。そのことの当否については、後で検討することにした。

(3) 損害賠償措置と賠償額の限度

原賠法制を有する多くの国においては、①. 賠償の実効を測るための一定の措置（損害賠償措置）と、②. 賠償限度額を定める。⁽¹⁰⁾ ①. につき、わが国の原賠法は、損害賠償措置を講じることを原子炉の運転等をするこの前提条件とした上で（原賠法六条）、その額を一二〇〇億円以内の政令で定める金額とする（原賠法七条一項、原賠法施行令二条）⁽¹¹⁾。具体的な措置として、(i). 原子力損害賠償責任保険契約（原賠法八条一項）、⁽¹²⁾ (ii). 原子力損害賠償補償契約の締結（原賠法一〇条一項）、⁽¹³⁾ (iii). 供託（原賠法一二条）、(iv). 文部科学大臣の承認を受けた措置を掲げる（原賠法七条一項）。ただ、実際に (iv). が行われた例はなく、(iii). も本件原発事故後にはじめて行われたにすぎない。損害賠償措置のメインは、(i). 及び (ii). といつてよい。

次いで、②. につき、わが国は、ドイツ、スイスと同様に、賠償限度額の上限を設定せず、損害賠償措置を超える賠償額をも許容している（いわゆる「青天井」）。比較法的にみると、賠償限度額の上限を設定する国の方が多く、この点はわが国の原賠法の特徴となっている。⁽¹⁴⁾

(4) 国の関与

多くの国においては、原賠法制において何らかの国の関与につき規定している。⁽¹⁵⁾ ①. わが国のように賠償額が青天井の国においては、損害賠償措置を超える場合には、被害者救済の実効という観点から、国の関与が必要になるわけであり（原賠法一六条一項）、本件原発事故を機に、新たに、国の援助の一環として、原子力損害賠償支援機構法が制定された。⁽¹⁶⁾

損害賠償措置の枠内であつても、②. 免責事由に該当する場合には、事業者が責任を負わないので、国が前面に出

てこざるをえない（原賠法一七条）。そもそも原子力自体「国家マター」であるので、その後始末である原賠法制において国の関与が求められるのは当然であり、(4)は、国と民間との役割分担の線引き問題ということができよう。

(5) 小括

以上を図示すると下記のとおりとなる。灰色網掛け部分が国の関与する部分である。

損害賠償措置の範囲内	
当該事業者の賠償責任（責任集中、無過失責任、上限なし）	
損害賠償措置	
① 原子力損害賠償責任保険契約	↓ 国（原賠法一六条一項）
② 原子力損害賠償補償契約	
免責事由に該当	
↓ ↓ 国（原賠法一七条）	

2. 原子力損害賠償紛争審査会及び原子力損害賠償紛争解決センター

後述のとおり、原賠法は、原子力損害につき、包括的な定義を置くのみであるので、何が原子力損害にあたるかを具体的に判定するのは容易ではない。最終的には、司法的判断の積み重ねにより具体化されていかざるをえないわけだが、だからといって、被害者の救済を遅らせるわけにはいかない。また、原子力損害の賠償は、広範な地域にわたる多数の被害者に対し、迅速・公平に実施する必要がある。これらの事情を考慮し、原賠法は、文部科学省に、原子

力損害の賠償に関して紛争が生じた場合における和解の仲介及び当該紛争の当事者による自主的な解決に資する一般的な指針の策定に係る事務を行わせるため、政令の定めるところにより、「原子力損害賠償紛争審査会」(紛争審査会)を置くことができる旨規定をする(原賠法一八条一項)。平成二三年四月一日に、同項に基づき、紛争審査会が設置され、同年八月一日には、紛争審査会の下に、「原子力損害賠償紛争解決センター」(紛争解決センター)が設置された。紛争審査会は、中間指針をはじめとする一連の指針を策定し、和解の仲介(原賠ADR)は、かかる指針に基づき、もっぱら紛争解決センターにより行われている。そして、和解仲介の申立件数の増加に伴い、共通の論点が多いことが認識されるに至り、紛争解決センターにより、「総括基準」が公表されるに至った。総括基準は、中間指針を踏まえ、個別の和解仲介事件に具体的に適用し、もって一貫性ある和解案を策定し、申立人間の公平性を確保することを目的とするものである。これらについては、四、で後述する。

3. 消滅時効への配慮

(1) 原賠ADR時効中断特例法

原賠法は、民法の不法行為の特則であるところ、消滅時効につき特段の規定を置いていない。そして、民法上、不法行為に基づく損害賠償請求権は、①、損害及び加害者を知った時から三年間、又は②、不法行為の時から二〇年で消滅するところ(民法七二四条)¹⁷、紛争解決センターへの和解仲介の申立てには、時効中断の効力はない(民法一四七条参照)。時効期間経過を恐れるあまり、被害者が和解仲介手続の利用を躊躇する可能性があるとして、新たに「東日本大震災に係る原子力損害賠償紛争についての原子力損害賠償紛争審査会による和解仲介手続の利用に係る時効の中

断の特例に関する法律」(原賠ADR時効中断特例法)が制定された。同法は、原子力損害賠償紛争審査会が和解の仲介を打ち切った場合⁽¹⁸⁾において、当該和解の仲介の申立てをした者がその旨の通知を受けた日から一月以内に当該和解の仲介の目的となつた請求について訴えを提起したときは、時効の中断に関しては、当該和解の仲介の申立ての時に、訴えの提起があつたものとみなすこととしている(同法二条)。

(2) **原賠時効特例法**

ただ、原賠ＡＤＲを利用していない被害者は、原賠ＡＤＲ時効中断特例法の対象でなく、その恩恵を受けることができない。そして、被害者の中には、不自由な生活を余儀なくされ、証拠収集や賠償請求に時間を要する者が多く存在する。そこで、「東日本大震災における原子力発電所の事故により生じた原子力損害に係る早期かつ確実な賠償を実現するための措置及び当該原子力損害に係る賠償請求権の消滅時効等の特例に関する法律」（原賠時効特例法）が制定された。同法二条は、民法七二四条を下記の表のとおり読み替える旨規定する。

①・短期	損害及び加害者を知った時から	民法	原賠時効特例法 による読み替え	一〇年間	時から二〇年
②・長期	不法行為の				

4. その他の法令

その他、平成二三年原子力事故による被害に係る緊急措置に関する法律により、仮払制度が設けられる等、種々の

特例が新設されている。

三、「原子力損害」に関するハード・ロー…原賠法における「原子力損害」概念

1. 包括的定義

「原子力損害」の意義につき、原賠法二条二項本文は、「核燃料物質の原子核分裂の過程の作用又は核燃料物質等の放射線の作用若しくは毒性的作用（これらを摂取し、又は吸入することにより人体に中毒及びその続発症を及ぼすものをいう。）により生じた損害」と定義する。原賠法は、人身損害と財産損害とを区別せず、経済損害、環境損害、損害防止措置費用等損害項目を個別に列挙することもしていない。従って、これらの「作用」と「損害」との間に相当因果関係があれば、「原子力損害」として賠償の対象になることになる。このように原子力損害を包括的に定義するのが我が国の原賠法制の特色である。²⁰ 比較法的にはやや異例であるとともに、原子力損害賠償に関する条約の定めとも異なっている。これは、相当因果関係の判断を工夫することで、風評被害等様々な損害を原賠法の賠償対象に取り込むことを可能にし、被害者救済に資する反面、他方で、条約への加盟の際には障害となりうる。

2. 諸外国及び条約との対比

(1) 「原子力損害」に関する諸外国の法制

「原子力損害」に関する諸外国の法制を簡単にスケッチすると、下表のとおりである。²¹ わが国のように包括的に定義する立法は、少数派であることが分かる。

新規導入国				原子力既発国								近隣諸国・地域		
インドネシア	マレーシア	ポーランド	ベトナム	イギリス	スイス	アメリカ	ドイツ	フランス	ロシア	インド	台湾	中国	韓国	
○	○	○	○	○	○	○	○ (逸失利益)	○	○	○	○	○	○	身体・財産
○	○	○	○	○	措置費用のみ明記	○	○	○	(包括的に規定した上で、人命・健康のみ明記)	○	○	○	包括的に規定するとともに、環境損害、防止措置も明記	経済損害
○	○	○	○	○		○	○	○		○	○	○		環境損害
○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	防止措置

(2) 条約

他方、条約についても、一覧すれば次のとおりである。いずれもわが国の原賠法二条二項と異なり、個別に列挙する方式を採用している。²²⁾

パリ条約 (一九八二年採択の改定議定書)	○	死亡又は 身体の障害	財産の滅失 又は既存	その他
改正パリ条約 (二〇〇四年改正議定書)	○	○	○	×
ウィーン条約 (一九六三年採択)	○	○	○	管轄裁判所の法が規定するその他の滅失・毀損
改正ウィーン条約 (一九九七年採択の改正議定書)	○	○	○	管轄裁判所の法が決する限りに於いて次のもの ・ 経済的損失 ・ 環境損害の原状回復措置費用 ・ 環境損害に基づく収入の喪失 ・ 防止措置の費用及びその措置により生じた損失・損害 ・ 環境汚染によって生じたものではない経済的損失であつて民 事責任に関する一般法で認められているもの
原子力損害の補完的補償に関する条約 (CSC…一九九七年採択)	○	○	○	管轄裁判所の法が決する限りに於いて次のもの ・ 経済的損失 ・ 環境損害の原状回復措置費用 ・ 環境損害に基づく収入の喪失 ・ 防止措置の費用及びその措置により生じた損失・損害 ・ 環境汚染によって生じたものではない経済的損失であつて民 事責任に関する一般法で認められているもの

わが国は、このうちCSC加盟を目指し検討を始めているが、その際には、「原子力損害」の定義に関し、原賠法の改正が必要になってこよう。⁽²³⁾

四．「原子力損害」に関するソフト・ロー…「中間指針」等による具体化

1. 「中間指針」

(1) はじめに

「中間指針」の意義については、二・二で前述した。ここでは、「中間指針」の損害項目につきみていきたい。「中間指針」は、下記の項目につき、対象区域、対象者、対象、損害項目等を具体的に指摘する。

1.	政府による避難等の指示等に係る損害
2.	政府による航行危険区域等及び飛行禁止区域の設定に係る損害
3.	政府等による農林水産物等の出荷制限指示等に係る損害
4.	その他の政府指示等に係る損害
5.	いわゆる風評被害 ⁽²⁴⁾
6.	いわゆる間接被害 ⁽²⁵⁾
7.	放射線被曝による損害
8.	その他

(2) 政府による避難等の指示等に係る損害について

① 対象区域

政府による避難等の指示等があった対象区域は、以下のとおりである。

1. 避難区域 政府が原子力災害対策特別措置法（原 災法）に基づいて各地方公共団体の長 に対して住民の避難を指示した区域	・ 東京電力株式会社福島第一原子力発電所から半径二〇k m 圏内（平成二十三年 四月二二日には、原則立入り禁止となる警戒区域に設定。） ・ 東京電力株式会社福島第二原子力発電所から半径一〇k m 圏内（同年四月 二一日には、半径八k m 圏内に縮小。）
2. 屋内退避区域 政府が原災法に基づいて各地方公共団 体の長に対して住民の屋内退避を指示 した区域	東京電力株式会社福島第一原子力発電所から半径二〇k m 以上三〇k m 圏内
3. 計画的避難区域 政府が原災法に基づいて各地方公共団 体の長に対して計画的な避難を指示し た区域	東京電力株式会社福島第一原子力発電所から半径二〇k m 以遠の周辺地域のう ち、本件事故発生から一年の期間内に積算線量が二〇ミリシーベルトに達する おそれのある区域であり、概ね一か月程度の間に、同区域外に計画的に避難す ることが求められる区域
4. 緊急時避難準備区域 政府が原災法に基づいて各地方公共団 体の長に対して緊急時の避難又は屋内 退避が可能な準備を指示した区域	東京電力株式会社福島第一原子力発電所から半径二〇k m 以上三〇k m 圏内の 区域から「計画的避難区域」を除いた区域のうち、常に緊急時に避難のための 立退き又は屋内への退避が可能な準備をすることが求められる、引き続き自主避 難をすること及び特に子供、妊婦、要介護者、入院患者等は立ち入らないこと 等が求められる区域

5.	特定避難勧奨地点 政府が、住居単位で設定し、その住民に対して注意喚起、自主避難の支援・促進を行う地点	計画的避難区域及び警戒区域以外の場所であつて、地域的な広がりが見られない本件事故発生から一年間の積算線量が二〇ミリシーベルトを超えると推定される空間線量率が続いている地点であり、政府が住居単位で設定した上、そこに居住する住民に対する注意喚起、自主避難の支援・促進を行うことを表明した地点
6.	地方公共団体が住民に一時避難を要請した区域 南相馬市が、独自の判断に基づき、住民に対して一時避難を要請した区域（前記1.、4.の区域を除く。）	南相馬市は同市内に居住する住民に対して一時避難を要請したが、このうち同市全域から上記1.、4.の区域を除いた区域

②. 避難等対象者の範囲

避難等対象者の範囲は、避難指示等により避難等を余儀なくされた者として、以下のとおりとする。

1.	本件事故が発生した後に対象区域内から同区域外へ避難のための立退き（以下「避難」という。）及びこれに引き続き同区域外滞在（以下「対象区域外滞在」という。）を余儀なくされた者（但し、平成二十三年六月二〇日以降に緊急時避難準備区域（特定避難勧奨地点を除く。）から同区域外に避難を開始した者のうち、子供、妊婦、要介護者、入院患者等以外の者を除く。）
2.	本件事故発生時に対象区域外に居り、同区域内に生活の本拠としての住居があるものの引き続き対象区域外滞在を余儀なくされた者
3.	屋内退避区域内で屋内への退避を余儀なくされた者

③. 損害項目

1.	検査費用（人） 本件事故の発生以降、避難等対象者のうち避難若しくは屋内退避をした者、又は対象区域内滞在者が、放射線への曝露の有無又はそれが健康に及ぼす影響を確認する目的で必要かつ合理的な範囲で検査を受けた場合には、これらの者が負担した検査費用（検査のための交通費等の付随費用を含む）。 ・ 本件事故の発生により、少なくとも避難等対象者のうち、対象区域内から対象区域外に避難し、若しくは同区域内で屋内退避をした者又は対象区域内滞在者が、自らの身体が放射線に曝露したのではないかとの不安感を抱き、この不安感を払拭するために検査を受けること ・ 無料の検査を受けた場合の検査費用には、賠償すべき損害とは認められない。 ・ 政府による避難指示等の前に本件事故により生じた検査費用があれば、本件事故の発生により合理的な判断に基づいて実施されたものと推認					
2.	避難費用・避難等対象者が必要かつ合理的な範囲で負担した以下の費用 <table><tr><td>① 交通費、家財道具の移動費用</td><td rowspan="2">・ 実損額が賠償の対象だが、領収証等による損害額の立証が困難な場合には、平均的な費用を推計することも可</td></tr><tr><td>② 宿泊費等</td></tr><tr><td>③ 増加費用（避難等対象者が、避難等によって生活費が増加した部分）</td><td>避難費用のうち生活費の増加費用については、原則として、6の「精神的損害」額に加算</td></tr></table>	① 交通費、家財道具の移動費用	・ 実損額が賠償の対象だが、領収証等による損害額の立証が困難な場合には、平均的な費用を推計することも可	② 宿泊費等	③ 増加費用（避難等対象者が、避難等によって生活費が増加した部分）	避難費用のうち生活費の増加費用については、原則として、6の「精神的損害」額に加算
① 交通費、家財道具の移動費用	・ 実損額が賠償の対象だが、領収証等による損害額の立証が困難な場合には、平均的な費用を推計することも可					
② 宿泊費等						
③ 増加費用（避難等対象者が、避難等によって生活費が増加した部分）	避難費用のうち生活費の増加費用については、原則として、6の「精神的損害」額に加算					
3.	一時立入費用 ・ 避難指示等の解除等から相当期間経過後に生じた避難費用は、特段の事情がある場合を除き、賠償の対象とはならない。					
4.	帰宅費用					
5.	生命・身体的損害 ・ 本件事故により避難等を余儀なくされたため、傷害を負い、治療を要する程度に健康状態が悪化（精神的障害を含む。）し、疾病にかかり、あるいは死亡したことにより生じた逸失利益、治療費、薬代、精神的損害等（「生命・身体的損害を伴う精神的損害」の額は、6の場合とは異なり、生命・身体への損害の程度等に従って個別に算定） ・ 避難等を余儀なくされ、これによる治療を要する程度の健康状態の悪化等を防止するため、負担が増加した診断費、治療費、薬代等					

6.	7.												
精神的損害（「生命・身体的損害」を伴わないもの） ・その年齢や世帯の人数等にかかわらず、避難等対象者個々人が賠償の対象 <table border="1"> <tr> <td data-bbox="1142 383 1238 1155">① 自宅以外での生活を長期間余儀なくされ、正常な日常生活の維持・継続が長期間にわたり著しく阻害されたために生じた精神的苦痛</td><td data-bbox="1142 1155 1238 1980">一人月額一〇万円（避難所等において避難生活をした期間は、一人月額一二万円）</td></tr> <tr> <td data-bbox="1046 383 1142 1155">第一期…本件事故発生から六ヶ月間（長期間の避難生活のための基盤が形成されるまで）</td><td data-bbox="1046 1155 1142 1980">一人月額一〇万円</td></tr> <tr> <td data-bbox="951 383 1046 1155">第二期…第一期終了から六ヶ月間（避難生活の不便さなどの要素も縮減）</td><td data-bbox="951 1155 1046 1980">一人月額五万円</td></tr> <tr> <td data-bbox="887 383 951 1155">第三期…終期までの期間</td><td data-bbox="887 1155 951 1980">改めて損害額の算定方法を検討</td></tr> <tr> <td data-bbox="751 383 887 1155"> ・始期は、原則として、平成二十三年三月一日 ・終期につき、避難指示等の解除等から相当期間経過後に生じた精神的損害は、特段の事情がある場合を除き、賠償の対象とならず </td><td data-bbox="751 1155 887 1980"></td></tr> <tr> <td data-bbox="560 383 751 1155">② 行動の自由の制限等を余儀なくされ、正常な日常生活の維持・継続が長期間にわたり著しく阻害されたために生じた精神的苦痛</td><td data-bbox="560 1155 751 1980"> 屋内退避区域の指定が解除されるまでの間、同区域において屋内退避をしていた者（緊急時避難準備区域から平成二十三年六月一日までに避難を開始した者及び計画的避難区域から避難した者を除く。）につき、一人一〇万円を目安 </td></tr> </table>	① 自宅以外での生活を長期間余儀なくされ、正常な日常生活の維持・継続が長期間にわたり著しく阻害されたために生じた精神的苦痛	一人月額一〇万円（避難所等において避難生活をした期間は、一人月額一二万円）	第一期…本件事故発生から六ヶ月間（長期間の避難生活のための基盤が形成されるまで）	一人月額一〇万円	第二期…第一期終了から六ヶ月間（避難生活の不便さなどの要素も縮減）	一人月額五万円	第三期…終期までの期間	改めて損害額の算定方法を検討	・始期は、原則として、平成二十三年三月一日 ・終期につき、避難指示等の解除等から相当期間経過後に生じた精神的損害は、特段の事情がある場合を除き、賠償の対象とならず		② 行動の自由の制限等を余儀なくされ、正常な日常生活の維持・継続が長期間にわたり著しく阻害されたために生じた精神的苦痛	屋内退避区域の指定が解除されるまでの間、同区域において屋内退避をしていた者（緊急時避難準備区域から平成二十三年六月一日までに避難を開始した者及び計画的避難区域から避難した者を除く。）につき、一人一〇万円を目安	営業損害 減収分（対象区域内で事業の全部又は一部を営んでいた者又は現に営んでいる者において、事業に支障が生じたため、現実に減収があった場合における、その減収分） 減収分は逸失利益（本件事故がなければ得られたであろう収益と実際に得られた収益との差額から、本件事故がなければ負担していたであろう費用と実際に負担した費用との差額を控除した額）
① 自宅以外での生活を長期間余儀なくされ、正常な日常生活の維持・継続が長期間にわたり著しく阻害されたために生じた精神的苦痛	一人月額一〇万円（避難所等において避難生活をした期間は、一人月額一二万円）												
第一期…本件事故発生から六ヶ月間（長期間の避難生活のための基盤が形成されるまで）	一人月額一〇万円												
第二期…第一期終了から六ヶ月間（避難生活の不便さなどの要素も縮減）	一人月額五万円												
第三期…終期までの期間	改めて損害額の算定方法を検討												
・始期は、原則として、平成二十三年三月一日 ・終期につき、避難指示等の解除等から相当期間経過後に生じた精神的損害は、特段の事情がある場合を除き、賠償の対象とならず													
② 行動の自由の制限等を余儀なくされ、正常な日常生活の維持・継続が長期間にわたり著しく阻害されたために生じた精神的苦痛	屋内退避区域の指定が解除されるまでの間、同区域において屋内退避をしていた者（緊急時避難準備区域から平成二十三年六月一日までに避難を開始した者及び計画的避難区域から避難した者を除く。）につき、一人一〇万円を目安												

		・事業に支障が生じたために負担した追加的費用（従業員に係る追加的な経費、商品や営業資産の廃棄費用、除染費用等） ・事業への支障を避けるため又は事業を変更したために生じた追加的費用（事業拠点の移転費用、営業資産の移動・保管費用等） ・避難指示等解除後における減収分 ・事業の全部又は一部の再開のために生じた追加的費用（機械等設備の復旧費用、除染費用等）
8.	就労不能等に伴う損害	
9.	検査費用（物）	
10.	財物価値の喪失又は減少等	

(3) 政府による航行危険区域等及び飛行禁止区域の設定に係る損害について

① 対象区域

航行危険区域及び飛行禁止区域

航行危険区域	福島第一原子力発電所を中心とする半径三〇kmの円内海域
飛行禁止区域	福島第一原子力発電所を中心とする半径三〇kmの円内空域

② 損害項目

1. 営業損害	航行危険区域等の設定に伴う下記の減収分、追加的費用 ・漁業者による対象区域内での操業又は航行の断念 ・内航海運業若しくは旅客船事業を営んでいる者等による同区域の迂回航行 飛行禁止区域に伴う、航空運送事業を営んでいる者の、同区域を迂回して飛行により生じた追加的費用

2.	就労不能等に 伴う損害	航行危険区域及び飛行禁止区域等の設定に伴い、漁業者、内航海運業者、旅客船事業者、航空運送事業者等の経営状態が悪化し、勤労者に生じた給与等の減収分、追加的費用

(4) 政府等による農林水産物等の出荷制限指示等に係る損害について

①. 対象

農林水産物（加工品を含む）及び食品の出荷、作付けその他の生産・製造及び流通に関する制限又は農林水産物及び食品に関する検査について、政府が本件事故に関し行う指示等に伴う損害

②. 損害項目

1.	営業損害	減収分及び追加的費用
2.	就労不能等に伴う損害	
3.	検査費用（物）	

(5) その他の政府指示等に係る損害について

①. 対象

上記政府指示等のほか、事業活動に関する制限又は検査について、政府が本件事故に関し行う指示等に伴う損害

②. 損害項目

1.	営業損害	減収分及び追加的費用
2.	就労不能等に伴う損害	
3.	検査費用（物）	

(6) いわゆる風評被害について

中間指針は、風評被害につき、下記の業種に類型化して、本件被害と相当因果関係がある損害（損害項目は、営業損害、就労不能等に伴う損害、検査費用（物））につきとりまとめる。

①	1. 農林漁業・食品産業の風評被害		福島、茨城、栃木、群馬、千葉及び埼玉
	農林産物（茶及び畜産物を除き、食用に限る。）		
	茶		福島、茨城、栃木、群馬、千葉、埼玉、神奈川及び静岡
	畜産物（食用に限る。）		福島、茨城及び栃木
	花き		福島、茨城及び栃木
	水産物（食用及び餌料用に限る。）		福島、茨城、栃木、群馬及び千葉
	その他の農林水産物		福島県
②	牛肉、牛肉を主な原材料とする加工品及び食用に供される牛に係るもの	北海道、青森、岩手、宮城、秋田、山形、福島、茨城、栃木、群馬、埼玉、千葉、新潟、岐阜、静岡、三重、島根	
③	農林水産物の加工業及び食品製造業	加工又は製造した事業者の主たる事務所又は工場が福島県に所在するもの	
④	農林水産物・食品の流通業	主たる原材料が風評被害の対象となるもの	風評被害の対象となる物品等を継続的に取り扱っていた事業者が仕入れた当該産品等に係るもの
2. 観光業の風評被害 （東日本大震災による影響をふまえて合理的な範囲で損害額を確認）			
①	福島県、茨城県、栃木県及び群馬県に営業の拠点がある観光業		

②	外国人観光客	我が国に営業の拠点がある観光業について、本件事故の前に予約が既に入っていた場合であって、少なくとも平成二三年五月末までに通常の解約率を上回る解約が行われたことにより発生した減収等
3.	製造業、サービス業等の風評被害 (損害額の算定に当たっては、東日本大震災による影響の検討も必要)	
①	福島県に所在する拠点で製造、販売を行う物品又は提供するサービス等に関し	当該拠点において発生したもの
②	サービス等を提供する事業者が来訪を拒否することによって発生した、本件事故発生県である福島県に所在する拠点における当該サービス等に係るもの	
③	放射性物質が検出された上下水処理等副次産物の取扱いに関する政府による指導等に関し	対象事業者が、当該副次産物の引き取りを忌避されたこと等によって発生したものの 当該副次産物を原材料として製品を製造していた事業者の当該製品に係るもの
④	水の放射性物質検査の指導を行っている都県において、事業者が本件事故以降に取引先の要求等によって実施を余儀なくされた検査に係るもの	
4.	輸出に係る風評被害	
①	輸出品並びにその輸送に用いられる船舶及びコンテナ等について	本件事故以降に輸出先国の要求によって現実に生じた必要かつ合理的な範囲の検査費用 各種証明書発行費用等
②	本件事故以降に輸出先国の輸入拒否がされた時点において、既に当該輸出先国向けに輸出され又は生産・製造されたもの	輸入拒否によって現実に廃棄、転売又は生産・製造の断念を余儀なくされたため生じた減収分及び必要かつ合理的な範囲の追加的費用

(7) いわゆる間接被害について

中間指針は、間接被害につき、間接被害者の事業等の性格上、第一次被害者との取引に代替性がない場合には、本件事故と相当因果関係のある損害と認められるとする。具体的には、下記の類型を掲げ、それらについて、営業損害、就労不能等に伴う損害を損害項目としてあげる。

①	事業の性質上、販売先が地域的に限られている事業者の被害であつて、販売先である第一次被害者の避難、事業休止等に伴って必然的に生じたもの
②	事業の性質上、調達先が地域的に限られている事業者の被害であつて、調達先である第一次被害者の避難、事業休止等に伴って必然的に生じたもの
③	原材料やサービスの性質上、その調達先が限られている事業者の被害であつて、調達先である第一次被害者の避難、事業休止等に伴って必然的に生じたもの

(8) 放射線被曝による損害について

中間指針は、本件事故の復旧作業等に従事した者が、本件事故に係る放射線被曝による急性又は晩発性の放射線障害により、傷害を負い、治療を要する程度に健康状態が悪化し、疾病にかかり、あるいは死亡したことにより生じた逸失利益、治療費、薬代、精神的損害等は賠償すべき損害と認められるとする。

(9) その他

その他に、中間指針は、被害者への各種給付金等と損害賠償金との調整、地方公共団体等の財産的損害等につき、指針を定めている。

2. 「中間指針」公表後のソフト・ローの発展

(1) 「中間指針」の追補の公表

前記中間指針の公表後、下記の追補が公表されており、原子力損害の範囲のよりいっそうの具体化が図られている。

① 東京電力株式会社福島第一、第二原子力発電所事故による原子力損害の範囲の判定等に関する中間指針追補
(自主的避難等に係る損害について) (平成二十三年二月六日決定・公表)

② 東京電力株式会社福島第一、第二原子力発電所事故による原子力損害の範囲の判定等に関する中間指針第二次追補
(政府による避難区域等の見直し等に係る損害について) (平成二十四年三月一六日決定・公表)

③ 東京電力株式会社福島第一、第二原子力発電所事故による原子力損害の範囲の判定等に関する中間指針第三次追補
(農林水産業・食品産業の風評被害に係る損害について) (平成二十五年一月三〇日決定・公表)

④ 東京電力株式会社福島第一、第二原子力発電所事故による原子力損害の範囲の判定等に関する中間指針第四次追補
(避難指示の長期化等に係る損害について) (平成二十五年二月二六日決定・公表)

(2) 総括基準の策定・公表

前述のとおり、「中間指針」の公表後、「中間指針」に基づく和解の仲介がなされていく中で、共通の問題点が抽出され、「総括基準」として、とりまとめられ、仲介委員が行う和解の仲介にあたつて参照されるものとされた。ソフト・ローたる「中間指針」から派生的に産み出されたソフト・ローといつてよい。

「総括基準」は、避難者の第二期の慰謝料、精神的損害の増額事由等、自主的避難を実行した者がいる場合の細目、避難等対象区域内の財物損害の賠償時期の四項目につき、下記のとおり定める。

①. 避難者の第二期の慰謝料について

2. 避難による慰謝料	1. 今後の生活の見通し への不安に対する慰謝料	
	(1). 対象期間	(2). 金額
	第二期（本件原発事故発生後七ヶ月目から六ヶ月間）	一人月額五万円を目安とする。
自宅以外での避難生活を長期間余儀なくされ、正常な日常生活の維持・継続が長期間にわたり著しく阻害されたことによる第二期（本件原発事故発生後七ヶ月目から六ヶ月間）の慰謝料については、「中間指針」において目安とされる一人月額五万円から二万円程度増額した額を、賠償すべき損害とする。		

②. 精神的損害の増額事由等について

1. 「日常生活阻害慰謝料」の増額事由	
「日常生活阻害慰謝料」 ⁽²⁶⁾ については、下記の事由があり、かつ、通常の避難者と比べてその精神的苦痛が大きい場合には、中間指針において目安とされた額よりも増額することができる。	
(1).	要介護状態にあること
(2).	身体または精神の障害があること
(3).	重度または中程度の持病があること
(4).	上記の者の介護を恒常的に行ったこと
(5).	懐妊中であること
(6).	乳幼児の世話を恒常的に行ったこと
(7).	家族の別離、二重生活等が生じたこと

2.	「日常生活阻害慰謝料」の増額の方法		
3.	日常生活阻害慰謝料以外に、		
		(8).	避難所の移動回数が多かったこと
		(9).	避難生活に適応が困難な客観的事情であって、上記の事情と同程度以上の困難さがあるものがあつたこと
		上記の増額事由がある月について目安とされた月額よりも増額すること、目安とされた月額とは別に一時金として適切な金額を賠償額に加算することなどが考えられる。具体的な増額の方法及び金額については、各パネルの合理的な裁量に委ねられる。	
		本件原発事故と相当因果関係のある精神的苦痛が発生した場合にも、別途賠償の対象とすることが可能	

③. 自主的避難を実行した者がいる場合の細目

2. 賠償の対象となるべき実費等の損害	1. 自主的避難対象者が自己又は家族の自主的避難の実行に伴い支出した実費等の損害の積算額が中間指針追補記載の自主的避難対象者に対する損害額の目安となる金額（四〇万円又は八万円）を上回る場合において、当該実費等の損害が賠償すべき損害に当たるかどうかを判断	下記の要素を総合的に考慮する			
		(1). 自主的避難を実行したグループに子供又は妊婦が含まれていたかどうか	(2). 自主的避難の実行を開始した時期及び継続した時期	(3). 当該各時期における放射線量に関する情報の有無及び情報があつた場合にはその内容	(4). 当該実費等の損害の具体的内容、額及び発生時期などの要素
		(1). 避難費用及び帰宅費用（交通費、宿泊費、家財道具移動費用、生活費増加分）			
		(2). 一時帰宅費用、分離された家族内における相互の訪問費用			

6.	5.	4.	3.			
				(5).	(4).	(3).
本件原発事故発生時に避難指示等対象区域及び自主的避難等対象区域のいずれにも属さない場所に住居があった者が自主的避難を実行した場合において、当該住居の所在場所が、発電所からの距離、避難指示等対象区域との近接性、放射線量に関する情報、当該住居の属する市町村の自主的避難の状況などの要素を総合的に考慮して、自主的避難等対象区域と同等の状況にあると評価されるときには、中間指針追補及び前記1.から5.までの基準を準用する。	(2).	実際の和解案の作成に当たっては、家族等のグループに属する複数の者（滞在者を含む。）に生じた実費等の損害を合算したり、これらの者に係る中間指針追補記載の上記金額を合算したりするなど、グループ単位での計算をすることを妨げない。	上記各場合においては、当該実費等の損害のほかに、中間指針追補記載の上記金額（四〇万円又は八万円）のうち精神的苦痛に対する慰謝料に相当する額を賠償するものとする。この場合において、賠償の総額には、中間指針追補記載の上記金額（四〇万円又は八万円）が含まれているものと扱う。	その他自主的避難の実行と相当因果関係のある支出等の損害	財物価値の喪失、減少（自主的避難の実行による管理不能等起因するもの）	営業損害、就労不能損害（自主的避難の実行による減収及び追加的費用）
	(1).					

④・避難等対象区域内の財物損害の賠償時期

次に掲げる損害は、現地への立ち入りができない等の理由により被害物の現状等が確認できない場合であっても、速やかに賠償すべき損害と認められる

2.	1.		
	動産（製造業の機械・機具などの生産設備、卸小売業・サービス業などその他の事業者の事業用設備、住宅の家財等）であつて、避難等対象区域内に存在するものについての、下記の損害		
	(1).	(2).	(3).
	避難等を余儀なくされたことに伴い管理が不能等となつたため、価値の全部又は一部が失われた場合における価値の喪失又は減少分及びこれらに伴う必要かつ合理的な範囲の追加的費用	その価値を喪失又は減少させる程度の量の放射性物質に曝露した場合における価値の喪失又は減少分及びこれらに伴う必要かつ合理的な範囲の追加的費用	財物の種類、性質及び取引態様等から、平均的・一般的な人の認識を基準として、本件事故により当該財物の価値の全部又は一部が失われた場合における価値の喪失又は減少分及びこれらに伴う必要かつ合理的な範囲の追加的費用

3. 小括：ソフト・ローにおける「原子力損害」の特徴

「中間指針」以降の一連の指針は、あくまでも原賠法の規定を補充・具体化するものである。ただ、広範な地域の多数の被害者に対し、迅速・公平に実施するという原子力災害固有の事情を反映し、一般の不法行為とは、やや異なる項目・範囲をもって損害が認定されることとされている。結果として、日本法においては、原子力損害の範囲につ

き、ハード・ローとやや異なったソフト・ローが形成されつつあるといっても過言ではない。おおよその特徴を掲げておけば、次のとおりである。

(1) 直接的な因果関係を持たない経済損害（風評被害や間接被害）についても損害と認定

「中間指針」は、風評被害を「報道等により広く知らされた事実によつて、商品又はサービスに関する放射性物質による汚染の危険性を懸念した消費者又は取引先により当該商品又はサービスの買い控え、取引停止等をされたために生じた被害」を、間接被害を、「第一次被害が生じたことにより、第一次被害者と一定の関係にあつた第三者に生じた被害」を、それぞれ意味するものとし、それらを損害項目として正面から位置づける。これらの損害は、報道機関、消費者、取引先等といった「第三者」の意思・判断・行動等が介在する点に特徴があるところ、かかる特殊な類型の損害の位置づけは、一般不法行為法上必ずしも明確になっていないとはいえない。「中間指針」は、かかる損害も、放射性物質による汚染という、必ずしも明確ではない危険を回避するための市場の拒絶反応によるものと位置づけ、かかる回避行動が合理的といえる場合には、因果関係があるとし、具体的に特定すべく、産品・地域を示すこととしている。

(2) 生命・身体的損害を伴わない精神的損害

生命・身体的損害を伴わない精神的損害は、一般不法行為においては、名誉毀損の場合を除くと、ほぼ認められていないようである。これに対し「中間指針」は、これを損害として認め、具体的に対象者を示すとともに、損害額を定型化している。

(3) 政府指示に基づかない自主的な避難による損害

「中間指針」は、政府指示に基づかない自主的な避難による損害も賠償すべき損害としてこれを認め、自主的避難を行った者の生活費増加費用等と自主的避難を行わず滞在し続けた者の精神的苦痛等の損害を同額としている。

(4) 営業損害の算定方法

「中間指針」は、営業損害の算定方法として、合理的な複数の算定方法があることを認め、いずれを選択したとしても合理的と推認する。

(5) 営業及び就業における中間収入の不控除

「中間指針」は、政府指示による避難者が、営業損害や就労不能損害の算定期間中に、避難先における営業・就労によつて得た利益、給与等について、特段の事情がない限り、営業損害・就労不能損害の損害額から控除しないものとしている。被災の現状に鑑みると、かかる状況下での営業・就労は容易なものでなく、多くはアルバイト的なものであると考えたことによるものである。

(6) 被災者の生活再建のための十分な金額の確保

「中間指針」は、帰還を希望する場合も、移住を希望する場合も賠償上の取り扱いを同額とし、財物、精神的損害、営業損害、就労不能損害等幅広い項目について、賠償金の一括支払いを可能としている。これにより、被災者の生活再建のための十分な金額が確保されるようにとの配慮からである。

五．「原子力損害」に関するケース・ロー

1. はじめに

次いで、原子力損害に関する裁判例について、紹介する。紙幅の都合上、本件原発事故に関するものに限る。

2. 東京地判平成二十四年一月二六日（平二三（ワ）三二七六五号、文献番号 2012WLJPCA11268001）

本件は、福島県いわき市に存在する本件土地を所有するXが、本件原発事故によつて本件土地が汚染された旨主張し、Y（東京電力）に対し、所有権に基づく妨害排除請求権に基づき、本件土地付近に存在する放射性物質の量を毎時〇・〇四六μSvとなるまで除去するよう求めた事案である。裁判所は、①．本件土地の時価は、さほど高額であつたとは考えられないこと、②．本件土地の空間放射線量率は、本件土地付近よりも人口密度の高い福島市役所付近と比較して低いこと、③．本件土地は、現時点において、日常生活や経済活動の場として使用されておらず、今後の使用方針についても明らかではないこと、④．Xが本件土地取得後長期間にわたつて本件土地を事実上使用していなかったことからすると、「少なくとも現時点において、Xにおいて、本件土地を使用しなければならぬ差し迫つた必要性があるとは認めがたい」一方、本件土地の除染の費用が一七億円以上の費用にも及び、「本件請求の認容に伴うYの負担は、Xが受けうる利益と比較して、圧倒的に大きいものとならざるを得ず、あまりに不均衡である」とした。そのうえで、「必ずしも優先順位が高い土地であるとは認められない本件土地に係る本件請求を認容した場合には、優先度の高い箇所の除染作業に遅れを生じさせたり、除染後の残土…を処理する場所が確保できずに二次汚染

の危険を生じさせたりするなど、公共の利益を害」するし、かかる請求によらずとも、「Xの損害は、実質的に填補されうるものと考えられ、本件請求を認めなかったとしても、本件土地に関するXの所有権の侵害について回復の手段が閉ざされることにはなら」ず、Xの請求は権利の濫用として認められないとしてこれを棄却した。

3. 東京地判平成二五年二月二二日 (平二三(ワ) 三三七七号、文献番号 2013WLJPCA02228007)

本件は、千葉県所在の土木建築工事の設計、請負等を目的とする有限会社a社の代表取締役であったXが、Y(東京電力) 本件原発事故により、また、Yらが本件原発事故後、正確な情報を公開し、本件原発事故を適切に処理せず、適切な損害賠償を行わなかったことにより、Xがa社名義で請け負っていた福島県双葉郡b村の屋根修理工事を実施できなくなったなどと主張して、原賠法三条一項及び不法行為(民法七〇九条)に基づく損害賠償を求めた事案である(本件訴訟において、XはYの他に、国に対する国家賠償請求も行っている)。

裁判所は、「b村が、本件原発事故により、原則として立入禁止区域となっていることは、本件各請負工事契約締結時、Xにおいて十分に認識し得た事情であるから、本件各請負工事が実施できなかったことにより、a社ことXが何らかの損害を受けたとしても、これは、Xにおいて、本件各請負工事ができない状況が明らかであったのに殊更に本件各請負工事を請け負ったことによるものであり、そうすると、Xの主張する損害は、慰謝料も含め、本件原発事故と相当因果関係のある損害とは直ちには認められない」旨判示して、請求を棄却している。

また本件においてXは、Yに「本件原発事故処理の工程表を遵守する義務」の懈怠があった旨主張しているが、裁判所は、「仮に、Yにおいて、X主張のような「本件原発事故処理の工程表を遵守する義務」があるとしても、X主

張の損害は、慰謝料を含め、それを遵守しなかったがために生じた損害（相当因果関係にある損害）とは直ちには認めがたいし、X主張のYの義務違反のうち、「本件原発事故の損害賠償金の原資を明らかにする義務」については、Yにおいて、一般的に原子力損害の損害賠償の原資を明らかにしたことによって、上記Xの損害が生じないという関係があるわけではないから、その義務の有無を判断するまでもなく、上記義務違反と原告の上記損害との間には因果関係はない」として、これを一蹴している。

4. 東京地判平成二五年一〇月二五日（平二四（ワ）二一六九九号、文献番号 2013WLJPCA10258009）

本件は、東京都練馬区に居住する原告が、本件原発事故により自主避難の費用負担を余儀なくされたほか、人格権侵害や精神的損害を受けたと主張して、原賠法三条一項本文及び不法行為（民法七〇九条、七一〇条）に基づき、Y（東京電力）に対し、財産的損害合計五万円（一部請求）、慰謝料五〇五円の支払（一部請求）等を求めた事案である。

裁判所は、「東京都特別区内においても、平成二三年三月一五日以降、本件事故によって一定程度の放射能汚染が生じたといえる」としつつも、Xの「被ばくの程度は、自然被ばくをわずかに上回る程度」であり、「受忍限度を超える法益侵害があったと認めるには足りない」と判示した。また自主避難等についても、裁判所は、「本件事故発生当初の時期における本件事故及び放射性物質の拡散状況に関する情報内容からすると、事故直後の情報の混乱や錯綜を考慮しても、東京都練馬区に在住する成人男性が、放射性被ばくにより健康被害が生じたり、所有する財産の価値が低下する危険性や不安が、受忍限度を超える程度に大きかったとはいえない」ものとの判断を加えている。

5. 東京地判平成二五年十二月二三日（平二四（ワ）一六七七一号、文献番号 2013WLJPCA12138012）

本件は、本件原発事故が原因で、別荘地（土地及び建物）の販売契約が解除され損害（逸失利益三三三〇万二六六八円及び弁護士費用一七五万三六四〇円）が発生したとするXが、Y（東京電力）に対し、前記損害が「原子力損害」に該当し本件原発事故と相当因果関係があるとして、その損害の賠償を求めた事案である。

裁判所は、証拠に照らし、そもそも損害の前提となる売買契約の成立及び履行を認定できないとして、Xの請求を棄却した。

6. 東京地判平成二六年四月九日（平二五（ワ）二七五五六号、文献番号 2014WLJPCA04096001）

本件は、食肉製品の製造及び販売等を目的とするXが、Y（東京電力）との間で、平成二三年一月二五日、福島第一原子力発電所の事故の風評被害により被った同年九月分から同年十一月分までの営業損害について、Yが一六四万六九六円の賠償金を支払う旨の合意をしたと主張して、Yに対し、同合意に基づき、同金額の支払を求める事案である（Yは、平成二三年三月一日から同年八月三一日までを対象期間とする風評被害によるXの営業損害の賠償として、七七六万四六四円を支払っている）。本件の争点は、Yが、平成二三年一月二五日、Xとの間で、本件事故の風評被害による原告の同年九月分から同年十一月分までの営業損害の賠償金として一六四万六九六円を支払う旨の合意をしたか否かであり、裁判所は合意の存在を認められないと判断した。

7. 千葉地判平成二六年四月一七日（平二五（ワ）一三八五号、文献番号 2014WLJPCA04176002）

本件は、茨城県ひたちなか市の設置する「aホテル」の指定管理者であるXが、東日本大震災に伴って福島原発事故が起きたことにより、風評被害に係る損害を被った旨主張して、Y（東京電力）に対し、原賠法三条一項に基づき、損害賠償金及びこれに対する平成二四年四月一日から支払済みまで年五分の割合による遅延損害金の支払を求める事案である。

Xは、平成二四年七月、Yに対し、同年四月～六月の風評被害に係る補償金として二〇一一万五七五〇円を請求したところ、Yは、同年八月一五日、Xが指定管理者に係る協定を市と締結したのは同年三月三日であり本件事故発生時に本件施設の管理・運営を行っていないため、本件事故との因果関係を認めることは困難であるとして、Xに補償金を支払うことができない旨の通知をした。

Xは、同年一二月七日、紛争解決センターに対し、Yを相手方として、同年四月～一〇月の風評被害に係る損害について和解仲介手続の申立てをしたが、Yが上記拒絶通知と同様の理由でXの申立てを争ったため、平成二五年四月一五日、上記申立てを取り下げた。

裁判所は、原賠法の規定、「中間指針」をふまえつつも、指定管理者にかかる協定が締結に至った経緯を丁寧に認定した上、「Xは、本件事故の風評被害により本件施設の売上げが減少し、これが継続する可能性があることを認識・了知して、他に応募者がいない中、あえて本件申請をし、本件協定を締結したものと認められ、本件協定締結後の事情により更に風評被害が拡大したとの事情もうかがわれないのであるから、本件事故の風評被害により本件施設の売上げが減少しているとしても、これをもってXに本件事故と相当因果関係のある損害が発生したものと認めることは

できない」と判断した。

8. 震災後にうつ病を患っていた被災者の自殺について（新聞報道）

その他、新聞報道によると、福島県や関東から九州に自主避難した一〇世帯三一人が九日、精神的な苦痛を受けたなどとして東電と国を相手取り、慰謝料など総額一億七〇五〇万円（二人あたり五五〇万円）の損害賠償を求め、福岡地裁に提訴しており、福島地方裁判所は、平成二六年八月二六日、震災後にうつ病を患っていた女性の自殺に対し、東京電力は責任があるとし、遺族らに合計四九〇〇万円の賠償を支払うよう命じる判決している（福島地判平成二六年八月二六日判時二三三七号七八頁）。この判決に対し、平成二六年九月五日、東京電力は控訴をしない旨公表している。

六. 問題点の指摘と提言

1. 原子力損害の概念の具体化と見直しについて

以上を踏まえて、原賠法制に関して若干の問題点の指摘を行いたい。まず、本稿で主として検討してきた原子力損害の概念についてだが、原賠法の包括定義を前提として、それを具体化するものとして、中間指針（その後の追補を含む）が公表され、中間指針に基づく運用を前提として総括基準が公表され、この総括基準をもとにしてさらに紛争解決の事例が積み重ねられつつある。いわばソフト・ローの世界におけるケース・ローといってもよからう。そして、これまでの裁判例（前記2から7までのもの）は、いずれもかかるソフト・ローの現状を前提とした判断であるといつてよい。すなわち2～7までの各判決は、いずれも、前記ソフト・ローを覆す損害に関する判断ではなく、むしろ前

記ソフト・ローを踏まえ、そのラインに沿って相当因果関係の判断をしているとみることができる。いずれも事案をみる限り、全体の公平な救済という観点に照らし、別異の取り扱いをすべき事案とも思われず、いずれも妥当な判断と思われる。

これに対し、自殺の事例に関する8.の判断は、これらとは異なり、むしろ判決でなければできない判断のように思われる。前述のとおり、中長期的な課題としては、条約加盟を見据え、原子力損害に関する原賠法の包括的定義の改正も必要とされる(原賠法制が保険を前提とし、かつその保険が必ず再保険に付される現実に鑑みれば、条約加盟の是非はさておいたとしても、原子力損害の概念の統一化は不可欠のように思われる)。それまで(ハード・ロー化)の間に、8.のような司法判断ならではの解決例が、どのようにソフト・ローの世界にフィード・バックされ、判決の判断を踏まえソフト・ローがどう発展・変容していくかが今後の注目点である。

2. その他の検討課題

(1) 消滅時効について

本稿の主たる課題ではないが、関連して消滅時効、免責事由についてもとりあげておく。まず前者についてだが、原賠時効特例法は、「今回」の原子力災害に関する特例であるが、いささか泥縄式の立法とのそしりは免れがたい。制度設計としては性悪説に立ち、今後も同様な災害が発生しうると仮定すべきであり、そのときに備え、原賠時効特例法の恒久化が必要になるように思われる。同様な読み替え措置は、すでに知的財産権法関係の諸法例にすでに存在する(例えば、特許法六五条六項、商標法一三条ノ二第五項、半導体集積回路の回路配置に関する法律二七条等)。これらを参

考に、時効についての読み替え規定を置くということも検討されてよい。もっとも、基本法である民法（債権法）改正の動向にも大きく影響されることではあり、ここでは問題点の指摘にとどめたい。

(2) 免責事由について

最後に免責事由につき一言する。本稿で紹介した一連の制度は、本件原発事故について免責事由に該当しないという前提のもとに設計されている。学説をみても、免責事由該当説はきわめて少数で²⁸⁾、圧倒的多数説は免責事由に該当しないとしている。

筆者は、かかる判断は「結果ありき」でいささか安易なのではないかという思いから、別稿で²⁹⁾そのことに関連して疑問を提起したことがある。前述のとおり、免責事由に該当しようがしまいが、結局のところ、何らかの形で国家の関与がなされるわけである以上、本件原発事故を教訓として、「国と民間との役割分担の線引き問題」について、冷静な議論が必要のように思われる。

七．結びに代えて

本稿では、紙幅の制約上、制度の概説と原子力損害に絞った検討にとどまった。上記の一連のソフト・ローは、多数の被害者を迅速に救済するために発展してきたものであるところ、原賠法制を通覧するに、かかる救済システムは、制度が精緻になればなるほど倒産法制などの破たん処理システムに近似的なものとなってくるように見受けられる。東京電力の破たん処理の是非については、世間を賑わせたところであり、筆者も電気事業者の破たん処理という観点からごく簡単な検討を加えたことがある³⁰⁾。今回の検討を踏まえたさらなる考察を今後の課題としたい。

(平成二六年九月一五脱稿)

- (1) 本稿は、「脱原発」の是非に関する議論については、取り扱わない。
- (2) 鳥谷部茂「福島原発事故における放射能汚染の法的責任」廣島法學三五卷三号 (平成二四年) 一九四頁
- (3) 小島延夫「福島第一原子力発電所事故による被害とその法律問題」法律時報八三卷九・一〇号 (平成二三年) 五五頁、山崎栄一「東日本大震災を踏まえた被災者救済の課題」法律時報八三卷一二号 (平成二三年) 五六頁、松井勝二岡将人「福島原子力発電所事故損害賠償金仮払仮処分と営業損害額の算定・被災者救済の観点から」NBL九六七号 (平成二三年) 一二三頁、日本弁護士連合会編『原発事故・損害賠償マニュアル』(平成二三年)、豊永晋輔『原子力損害賠償法』(平成二六年)
- (4) 原賠法二条四項の原子力事業者の定義は、核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律(規制法)と照らし合わせることを要求する複雑な規定であるが、要は、左記の者(又は左記の者であった者)を意味する。

一号	原子炉設置の許可を受けた者
二号	外国原子力船に設置した原子炉に係る許可を受けた者
三号	発電用原子炉設置の許可を受けた者
四号	加工事業の許可を受けた者
五号	使用済み燃料の貯蔵の事業の許可を受けた者
六号	再処理の事業の許可を受けた者
七号	廃棄の事業の許可を受けた者
八号	核燃料物質の使用の許可を受けた者

(5) 原子力損害賠償法のグラント・デザインについては、野村豊弘「原子力事故による損害賠償の仕組みと福島第一原発事故」ジュリスト一四二七号 (平成二三年) 一一八頁、星野英一「原子力損害賠償に関する二つの条約案―日本法と関連させつ

つ―(1)(2)「法学協会雑誌七九卷一号(昭和三十七年)三八頁、同三号(昭和三十七年)五二頁

- (6) 一般社団法人日本原子力産業協会人材育成部(大西一之「富野克彦」編『あなたに知ってもらいたい原賠制度二〇一三年度版』(平成二六年三月)一二四頁に一覧表としてまとめられている(以下、「日本原子力産業協会編・前掲書」として引用)。アメリカ法上、不法行為に関する責任は、州法に基づいて判断されるため、連邦法である原子力法(プライス・アンダーソン法: Price-Anderson Nuclear Industries Indemnity Act)に責任集中の規定は置かれていない。しかしながら、その代わり、原子力事業に関する許認可の際に、事業者が政府と結ぶ補償契約において、事業者の抗弁権の放棄、経済的な責任の集中、賠償責任の免除の放棄等を条件とすることにより、実質的に無過失責任・責任集中と同様の仕組みが作られている(経済的責任集中)。同書二〇頁以下も参照。

- (7) 森嶋昭夫「原子力事故の被害者救済―損害賠償と補償(1)」時の法令一八八二号(平成二三年)四五頁

- (8) 日本原子力産業協会編・前掲書一二四頁

- (9) ドイツ、スイスをのぞく。日本原子力産業協会編・前掲書一二九頁

- (10) 日本原子力産業協会編・前掲書一三〇頁

- (11) 平成二二年四月の原賠法改正により、平成二二年一月一日施行以降六〇〇億円から一二〇〇億円に引き上げられた。

- (12) 原子力保険については、日本原子力保険プール「原子力保険のあらまし」(刊行年不明)が詳しい。

- (13) 原子力損害賠償補償契約とは、原子力事業者の原子力損害の賠償の責任が発生した場合において、責任保険契約その他の原子力損害を賠償するための措置によつてはうめることができない原子力損害を原子力事業者が賠償することにより生ずる損失を政府が補償することを約し、原子力事業者が補償料を納付することを約する契約であり(原賠法一〇条一項)、詳細は、原子力損害賠償補償契約に関する法律において定められる(原賠法一〇条二項)。

- (14) 日本原子力産業協会編・前掲書一三三頁

- (15) 日本原子力産業協会編・前掲書一三三頁

- (16) 同法を根拠法令とする原子力損害賠償支援機構は、賠償措置額を超える原子力損害が生じた場合において、当該原子力事

業者が損害を賠償するために必要な資金の交付その他の業務を行うものとされる（同法一条）。有林浩二「原子力損害賠償支援機構法の制定と概要」ジュリスト一四三三号（平成二三年）三三頁

(17) ②については、消滅時効でなく除斥期間であると解するのが従来の判例（最判平成元年二月二日民集四三卷一二号二二〇九頁）・通説であるが、わが国の裁判実務が採用している、「除斥期間」概念は、必ずしも画一的なものではなく、救済の必要性と言った事案の特殊性に応じ、信義則等により「修正」がなされる余地がある「柔軟な」ものであり、一定の期間の経過をもって権利主張をおよそ封じてしまうといった「硬直的」なものではない（最判平成一〇年六月二日民集五二卷四号一〇八七頁、最判平成二一年四月二八日民集六三卷四号八五三頁）。このことから、民法七二四条後段を消滅時効であると解する見解も近時有力である。

(18) ただし、当該打ち切りが政令で定める理由により行われた場合に限る。

(19) 大塚友美子「平成二三年原発事故被害者への国による仮払金の支払等について」時の法令一八九七号（平成二四年）三〇頁

(20) 原子力施設賠償責任保険普通保険約款は、第一条において、「損害」を「保険証券記載の施設において保険期間中に発生した事故により原子力災害または一般災害が生じたことを理由として、被保険者が法律上の損害賠償責任を負担することによつて被る損害」とした上で、第二条において「原子力災害」を、①・原賠法二条二項に定める原子力損害、②・身体の障害または財物の損壊であつて、核燃料物質等の放射性、爆発性その他の有害な特性によつて生じたもの（①・以外のもの）のいずれかと規定する。

(21) 日本原子力産業協会編・前掲書二二九頁をもとにし、若干の加筆を行った。

(22) 日本原子力産業協会編・前掲書三二二頁の該当部分を転記した。なお、各条約の概要については下記サイトで分かりやすくまとめられている。

http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chousa/kaihatu/007/shiryo/08081105/004.htm

(23) 佐藤一明「日本の原子力補完的補償」〔CSC〕条約加盟についての検討〕日本経大論集四三巻一号（平成二四年）四五頁

(24) 「中間指針」は、風評被害を「報道等により広く知らされた事実によって、商品又はサービスに関する放射性物質による

汚染の危険性を懸念した消費者又は取引先により当該商品又はサービスの買い控え、取引停止等をされたために生じた被害」と定義する。

(25) 「中間指針」は、間接被害を、「第一次被害が生じたことにより、第一次被害者と一定の關係にあつた第三者に生じた被害」と定義する。

(26) 「中間指針」において「生命・身体的損害」を伴わない精神的損害とされているもの

(27) 原子力損害賠償群馬弁護団のサイトより引用。

<http://gunmagenpatsu.bengodan.jp/>

(28) 森嶋・前掲四五頁

(29) 松嶋隆弘「原発事故の被害者救済システムについての一考察―企業法の観点から―」法政論叢四九卷一号（平成二四年）五九頁

(30) 松嶋隆弘「再生可能エネルギーによる事故発生に関する被害者救済システム―私法学の観点から―」日本法学七八卷一号（平成二四年）一四五頁

会社法下における株主総会等の決議の取消しの訴え

酒 卷 俊 之

1 本稿の目的

本稿は、会社法下の「株主総会等の決議の取消しの訴え」について、その制度設立までの沿革、制度趣旨、問題点の検討を行ったものである。紙面の関係において、平成二六年会社法改正において解決された問題、会社法下でもまだ解決されていない問題、近時特に一層の混迷を深めたと思われる問題を複数選択して、その指摘・検討を行っている。

2 「株主総会等の決議の取消しの訴え」に至る沿革

(1) 明治三三年商法による「決議無効の宣告を求める訴え」の新設

瑕疵がある株主総会決議の効力について、ロエスレル草案や明治三三年の旧商法には何らの規定も設けられなかつ

会社法下における株主総会等の決議の取消しの訴え（酒卷）

た。瑕疵がある株主総会決議に対する最初の規定は、新商法制定時（明治三十二年法律第四八号）における「決議無効の宣告を求める訴え」（商法一六三条）であり、これは、「総会招集ノ手續又ハ其決議ノ方法法令又ハ定款ニ反スルトキハ株主ハ其決議ノ無効ノ宣告ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」（一項）と規定するものである。この規定は、瑕疵ある決議は全て無効であるという原則の上に立って、会社の事務の渋滞を防ぐためのものであり、特に手続上の瑕疵に限って決議の効力を攻撃できるものとする性質であつたとされている。⁽¹⁾ そのため、提訴期間が決議の日より一ヶ月以内とされ（二項）、又、取締役や監査役ではない株主が訴訟を提起する場合には、株券を供託し、かつ、会社の請求により相当の担保を供することが求められた（三項）。しかも、この規定では、「無効の宣告」によって初めて決議が無効とされる創設的效果を持つものなのか（形成訴訟）、決議は当然に無効であり、抗弁等で争うこともできるが、提訴期間経過後は、無効を主張することができなくなるという性質のもの（確認訴訟）なのか、はつきりしないという問題があつた。⁽²⁾ この時期の多くの判例は前者の立場をとっていたようである。⁽³⁾

なお、株主総会における特別利害関係人の規定（商法一六一項四項）も同時に設けられ、「総会ノ決議ニ付キ特別ノ利害関係ヲ有スル者ハ其議決権ヲ行フコトヲ得ス」と規定された。このような条文を設けた立法趣旨は、一般に議決権は株主の自由な判断によって行使されうるが、正当な「株主としての利益追求のため」という限界があり、会社制度は株主が会社の営業活動を通じて他の株主とともにその経済的利得を獲得せんとするものである以上、株主はその議決権を行使するにあたっては、「株主としてでない利益」のために、株主としての利益に反し、また他の株主の株主としての利益を犠牲にして、これを行使することは許されないと、株主が総会の決議につき株主たる資格と関係ない純個人的利益を有する場合には、これを度外視して「株主としての利益」に基づいた議決権行使を期待するこ

とは困難であると考えられることから、このような株主の議決権を事前に排除することにしたとされている。⁽⁴⁾

(2) 明治四四年商法による「決議無効の訴え」

明治四四年（法律第七三号）改正により、商法一六三条は全部改正され「決議無効の訴え」とされるときに、「総会招集ノ手續又ハ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スルトキハ株主、取締役又ハ監査役ハ訴ヲ以テノミ其決議ノ無効ヲ主張スルコトヲ得」（二項）、「株主ハ總會ニ於テ決議ニ対シ異議ヲ述ヘタルトキ又ハ正当ノ理由ナクシテ總會ニ出席スルコトヲ拒マレタルトキニ限り又株主カ總會ニ出席セサル場合ニ於テハ自己ニ対スル總會招集ノ手續カ法令又ハ定款ニ反スルコトヲ理由トスルトキニ限り前項ノ訴ヲ提起スルコトヲ得」（二項）と規定された。これにより手続上の瑕疵を訴え以外の方法で争えないことを明示するとともに、専属管轄・訴えの併合に関する手続規定・決議無効判決の効力が当事者以外の株主に及ぶこと、悪意又は重大な過失により敗訴した原告株主の会社に対する連帯賠償の規定も設けられた（三項）。これに伴い提訴期間・口頭弁論開始・公告は商法一六三条ノ二に、担保提供は商法一六三条ノ三に規定されることとなり、同時に文言等の変更もなされた（この改正により株券の供託の規定は削除されている）。また、商法一六三条ノ四により決議無効の判決が確定した場合の登記の規定が設けられた。しかし、この明治四四年法は「決議無効の訴え」という文言を採用したため、無効の宣告により初めて決議が無効とされる形成訴訟なのか、無効を確認する確認訴訟なのかという争いは解決せず、学説の多くは母法であるドイツ法上の取消しの訴え（Anfechtungsklage）に由来することから形成訴訟と解したが、判例では確認訴訟ととれるものも多く見られた。⁽⁵⁾

(3) 昭和一三年商法による「決議取消しの訴え」と「決議無効確認の訴え」の分化

昭和一三年（法律七二号）改正は、「決議取消しの訴え」（商法二四七条ノ二五一条）と「決議無効確認の訴え」（商法

二五二条)の分化を行った。また、「不当決議の取消しまたは変更の訴え」の規定を新たに設けた(商法二五三条)。これにより「決議取消しの訴え」及び「不当決議の取消しまたは変更の訴え」は形成訴訟、「決議無効確認の訴え」は確認訴訟として解釈の争いを解決した。

また、「決議取消しの訴え」においては、「総会招集ノ手續又ハ其ノ決議ノ方法ガ法令若ハ定款ニ違反シ又ハ著シク不公正ナルトキハ株主、取締役又ハ監査役ハ訴ヲ以テ決議ノ取消ヲ請求スルコトヲ得決議ガ第三百四十三条ノ規定ニ違反シテ為サレタルトキ亦同ジ」(一項)と規定し、大きな制度変更をしている。すなわち、明治四四年法が、提訴資格のある株主を、①総会で決議に異議を述べた株主、②正当な理由なく総会への出席を拒まれた株主、③自己に対する総会招集手續が法令又は定款に違反し総会に出席しなかつた株主に限定していたのに対し、こうした制限を撤廃し、単に株主としている。さらに決議取消し判決の効力が会社外の第三者にまで及ぶこととし対世効を認めた。提訴期間(商法二四八条)、担保提供(商法二四九条)、決議取消し判決の登記(商法二五〇条)は条数の変更とともに多少の文言の変更が行われた。さらに裁判所による裁量棄却(商法二五一条)の規定が新たに設けられた^⑥。

一方、「決議無効確認の訴え」が法定される以前にも、決議の内容が法令又は定款に違反するときは、その決議は当然無効であり、必要であれば「決議無効の訴え」によらず決議無効確認の訴えを提起できるとする学説・判例があつたが、これは一般の確認訴訟にすぎず対世効がないため、法律関係の混乱を招くおそれがあるとして、新たに「決議無効確認の訴え」(商法二五二条)が設けられ、「第八十八条、第二百五条第三項第四項、第二百零九条、第二百四十九条及第二百五十条ノ規定ハ総会ノ決議ノ内容ガ法令又ハ定款ニ違反スルコトヲ理由トシテ決議ノ無効ノ確認ヲ請求スル訴ニ之ヲ準用ス」と規定された。

さらに「不当決議の取消しまたは変更の訴え」（商法二五三条）が設けられ「株主が第二百三十九条第四項ノ規定ニ依リ議決権ヲ行使スルコトヲ得ザリシ場合ニ於テ決議ガ著シク不当ニシテ其ノ株主ガ議決権ヲ行使シタルトキハ之ヲ阻止スルコトヲ得ベカリシモノニ於テハ其ノ株主ハ訴ヲ以テ決議ノ取消又ハ変更ヲ請求スルコトヲ得」（二項）と規定された。この規定は、昭和五六年商法改正までは、前述のように株主総会においても特別利害関係人が議決権を行使することを全面的に禁止されていたことに由来する。その株主総会における特別利害関係人の規定は、商法二三九条四項に変更されたが、「其」という文字が議決権の代理行使に疑問を抱かせるとの懸念等から削除されたものの、昭和一三年改正前商法一六一条四項を引き継ぐ「總會ノ決議ニ付特別ノ利害関係ヲ有スル者ハ議決権ヲ行使スルコトヲ得ズ」との規定になっている。

（4）昭和二五年・二六年の商法改正

昭和二五年（法律第一六七号）改正においては、株式会社における必要機関として取締役会が法定される等の大改正が行われた。そのため株主の権利の確保・充実を図る制度の一環として「決議取消しの訴え」（商法二四七条）の提訴期間が三ヶ月に延長された（商法二四八条⁸）。

なお、昭和二五年法では、裁判所による裁量棄却の規定の削除、監査役の業務監査権限がなくなったことによる提訴権者からの監査役の削除（商法二四七条）、担保提供の制度の削除が行われたが、これらは後の改正により会社法施行以前に全て復活している。また、特別利害関係人の規定である商法二三九条四項は、新項目追加の関係で、内容の変更がないまま商法二三九条五項に移動されている。

昭和二五年商法改正で削除された担保提供の制度は、昭和二六年（法律第二〇九号）改正によりわずか一年で復活し

た(商法二四九条)。

(5) 昭和四九年の改正及び商法特例法の制定(監査役の業務監査権限の復活)

昭和二五年商法改正において削除された監査役の提訴権限は、昭和四九年(法律第二二号)改正で、監査役の業務監査権限の復活に伴い復活している(商法二四七条)。しかし、同年(法律第三号)制定の「株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律」(タイトル及び以下、商法特例法とする。会社法の施行に伴い廃止)において規定された小会社の監査役には、業務監査権限がないため「決議取消しの訴え」の提訴権限は認められていない。こうした規制は会社法制定まで続いた(なお、後の平成一四年[法律第四四号]の商法特例法改正により第二条第二号によるみなし大会社となつた資本金一億円以上の会社の監査役には小会社であっても業務監査権限が認められることとなつた⁽⁹⁾)。

(6) 昭和五六年商法改正(会社法に至るスタンスの確立)

昭和五六年(法律第七四号)改正では、商法二四七条一項は「左の場合ニ於テハ株主、取締役又ハ監査役ハ訴ヲ以テ總會ノ決議ノ取消ヲ請求スルコトヲ得 一 招集ノ手續又ハ決議ノ方法ガ法令若ハ定款ニ違反シ又ハ著シク不正ナルトキ 二 決議ノ内容ガ定款ニ違反スルトキ 三 決議ニ付特別ノ利害關係ヲ有スル株主ガ議決権ヲ行使シタルコトニ因リテ著シク不当ナル決議ガ為サレタルトキ」との規定に改正され、株主總會決議取消訴訟の対象について拡張を行っている。

まず、昭和一三年の商法二五二条(決議無効確認の訴え)においては決議無効原因として規定されていた決議内容の定款違反を決議取消原因に変更した(商法二四七条一項二号)。定款は会社内部の規律であるため、株主、取締役、監査役等の内部者に限つて攻撃を認め、出訴期間も限定することにより法律関係が安定するとの理由による⁽¹⁰⁾。

第二は、特別利害関係人の議決権行使により著しく不当な決議がなされた場合を取消原因に追加した（商法二四七条一項三号）。これは、昭和五六年改正前商法二二九条五項が、①理論的根拠が明白でない、②資本多数決原理と矛盾する、③少数派株主保護は多数決濫用の法理によって図るべきである等の批判等を受け削除されたことに由来する。^①それに伴い昭和一三年に設けられた商法二五三条が削除された。

また、昭和二五年改正で削除された裁判所による裁量棄却の規定（商法二五一条）が復活している。

一方、商法二五二条は、「決議不存在・無効確認の訴え」となり「第八十八条、第一百五条第三項第四項、第一百九条、第二百四十九条及第二百五十条ノ規定ハ總會ノ決議ノ存セザルコトノ確認ヲ請求スル訴及總會ノ決議ノ内容ガ法令ニ違反スルコトヲ理由トシテ決議ノ無効ノ確認ヲ請求スル訴ニ之ヲ準用ス」と規定されることとなった。決議不存在の訴えについては、従前は規定がなかったが、總會開催の事実が全くないか決議が事実上存在しないとか、一応總會らしきものの開催や決議がなされたと主張されるものの著しい瑕疵があり總會の体をなしていない場合等には、決議の絶対無効又は不存在の確認を提起できるとする学説・判例があつた。^⑫ただこの判決には対世効があるのか、昭和五六年改正前商法二五二条を決議不存在の訴えにも類推適用できるのか等の問題があり、昭和五六年の改正から決議無効の確認と並んで決議不存在の訴えが規定されることとなった。^⑬

（7）平成一六年商法改正

平成一六年（法律第八七号）改正では、商法二四七条二項の準用対象から商法一〇五条四項の規定が削除された。また、商法二五二条の規定から商法一〇五条四項が削除された。商法一〇五条四項は、「訴ノ提起アリタルトキハ会社ハ遅滞ナク其ノ旨ヲ公告スルコトヲ要ス」とする公告に関する条文であつたが、その意義が乏しいとして商法

一〇五条四項自体が削除されたことに対応するものである(会社法においてもこの制度は採用されていない)。

3 会社法下における株主総会等の決議の取消しの訴え(会社法八三一条)

(1) 株主総会等の決議の取消しの訴え(会社法八三一条)と株主総会等の決議の不存在又は無効の確認の訴(会社法八三〇条)の関係

株主総会等(株主総会・種類株主総会・創立総会・種類創立総会)における会社の意思決定は、株主等の議決権行使が多数決によってなされることから、意思決定の存否・効力・適法性についての問題を生ずることが多い。決議に何らかの瑕疵が存在する場合でも、その効力の否定は、多数の利害関係人に影響を及ぼし、かつ、決議による意思決定を前提として各種の法律関係が進展している場合に、その瑕疵の主張・攻撃方法・効果を無制限に認めることは、たとえ決議の有効性についての正義を実現するためといえども他の法律関係についての法的安定性・確実性を犠牲とせざるを得ない。そこで、株主等の利害関係人の利益保護と他の法律関係の法的安定性との間で調整を図る必要が出てくる。そのため法は、瑕疵ある株主総会等の決議に対する攻撃・主張方法等につき種々の法的制約を加えた^⑭。

前述のように昭和五六年改正法以前は、株主総会の決議の瑕疵につき決議の成立過程の瑕疵は決議取消しの問題に過ぎず、決議の内容の瑕疵は無効原因とする形式主義が基本的立場であった。しかし、形式主義を採ることに ついては、決議の無効・取消しの境界が明瞭であるとの長所の反面、別に「不当決議取消しまたは変更の訴え」を認めたことにおいて制度自体の動揺を示すとともに、実質的理由が明瞭でなく、無効と取消しとの本質的な相違は、瑕疵主張についてのイニシアティブが特定の者に留保されているか否かにあり、会社内部における意思決定という決議

の性質ならびに会社関係における法的安定・確立の要請から考えて、本来、社団構成員の意思決定にあたっての瑕疵は、原則として、瑕疵主張のイニシアティブを社団構成員に留保すべく、取消しの訴えを原則とし、定款違反の決議についてさえ、株式会社の本質的要請や公序良俗違反のものでない限り、取消しの訴えの事由とすることが、立法論としては妥当であるとの主張が展開されてきた。¹⁵「決議の無効」と「決議の取消し」の区別を内容と手続の瑕疵によつて分けるという形式的区別から、株式会社の本質的な要請や公的利益の要請に基づく規定に違反しない瑕疵の場合には単に決議取消事由とするという実質的区別への方針転換がなされたのは、この立法論がある程度結実した結果であるとされており、このスタンスは現行の会社法にも引継がれている。¹⁶

すなわち平成一七年（法律第八六号）に成立した現行会社法による会社法八三一条「株主総会等の決議の取消しの訴え」は、「次の各号に掲げる場合には、株主等（当該各号の株主総会等が創立総会又は種類創立総会である場合にあっては、株主等、設立時株主、設立時取締役又は設立時監査役）は、株主総会等の決議の日から三箇月以内に、訴えをもつて当該決議の取消しを請求することができる。当該決議の取消しにより取締役、監査役又は清算人（当該決議が株主総会又は種類株主総会の決議である場合にあっては第三百四十六条第一項（第四百七十九条第四項において準用する場合を含む。）の規定により取締役、監査役又は清算人としての権利義務を有する者を含む、当該決議が創立総会又は種類創立総会の決議である場合にあっては設立時取締役又は設立時監査役を含む。）となる者も、同様とする。一 株主総会等の招集の手続又は決議の方法が法令若しくは定款に違反し、又は著しく不公正なとき。二 株主総会等の決議の内容が定款に違反するとき。三 株主総会等の決議について特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによつて、著しく不当な決議がなされたとき。」（一項）と規定する。

同条一項は、平成二六年（法律第九〇号）によって、「次の各号に掲げる場合には、株主等（当該各号の株主総会等が創立総会又は種類創立総会である場合にあっては、株主等、設立時株主、設立時取締役又は設立時監査役）は、株主総会等の決議の日から三箇月以内に、訴えをもって当該決議の取消しを請求することができる。当該決議の取消しにより株主（当該決議が創立総会の決議である場合にあっては、設立時株主）又は取締役（監査等委員会設置会社にあつては、監査等委員である取締役又はそれ以外の取締役。以下、この項において同じ。）、監査役若しくは清算人（当該決議が株主総会又は種類株主総会の決議である場合にあっては第三百四十六条第一項（第四百七十九条第四項において準用する場合を含む。）の規定により取締役、監査役又は清算人としての権利義務を有する者を含み、当該決議が創立総会又は種類創立総会の決議である場合にあっては設立時取締役（設立しようとする株式会社）が監査等委員会設置会社である場合にあっては、設立時監査等委員である設立時取締役又はそれ以外の設立時取締役）又は設立時監査役を含む。」となる者も、同様とする。一―三（略）」（二項）と改正されている。

なお、本条のターゲットは法律上株主総会等の決議と認め得るべきものが存在した場合において、①決議の成立過程（招集手続・決議方法）に瑕疵（法令または定款違反）が存在する場合またはその内容が著しく不公正な場合、②決議内容が定款に違反する場合、③特別利害関係人の議決権行使により多数決の濫用と認められるべき著しく不当な決議が成立した場合であり、その効力を争うには訴えをもつてのみ、その決議を取消すことができる。その性質は、判決があるまで一応有効な決議を、その決議の時に遡って無効とすることを目的とする形成の訴えである。¹⁷ なお、本訴と別に株主総会決議禁止等の仮処分命令を求めることもできる。¹⁸

また、会社法第八三一条二項は、「前項の訴えの提起があつた場合において、株主総会等の招集の手続又は決議の方法が法令又は定款に違反するときであっても、裁判所は、その違反する事実が重大でなく、かつ、決議に影響を及

ばさないものであると認めるときは、同項の規定による請求を棄却することができる。」と規定する裁判所の裁量棄却の規定である。この制度は、手続上の瑕疵が軽微であり、新たに株主総会をやり直して決議しても同様の結果となることがあきらかな場合にまで決議を取消す実益がないとの理由による。⁽¹⁹⁾ もつとも、瑕疵が決議をやり直しても結果に影響を及ぼさないと認められるときであっても、株主総会招集の手続またはその決議方法に重大な瑕疵がある場合には、裁判所は裁量棄却せず株主総会決議取消しの請求が認容される傾向にある。⁽²⁰⁾

一方、決議の成立過程からみて特に法令違反が著しく、法律上の意味において株主総会等それ自体またはその決議の成立を認め得ない場合については、何の制約もなしに何人も一般原則に従い決議不存在を主張し、または決議不存在確認の訴えを提起し得る（会社八三〇条一項）。法律上株主総会等の決議と認め得るべきものが存在した場合において、その決議内容が強行法規に違反する場合には、決議は当然に無効であるが、訴えによってのみその確認を請求し得るものとする（会社八三〇条二項）⁽²¹⁾。

（2）裁判管轄の問題

いずれの裁判にも共通することとして、裁判管轄は本店の所在地を管轄する地方裁判所の専属管轄に服する（会社法八三五条）。対世効を与える関係で同一の理由に基づく複数の訴訟の弁論・併合をするためである。⁽²²⁾ この本店の所在地は、実質的意味における本店の所在地か、定款で定め登記した形式的な本店の所在地のどちらを指すかという問題がある。決議取消しの訴えは形成訴訟であり、例え定款変更の本店移転決議に対する株主総会決議取消しの訴えであっても、決議は取消判決の確定によって無効になるまで一応有効であるため、形式的な定款・登記所定の本店の所在地と単純に解することができる。⁽²³⁾ 一方、「決議無効確認の訴え（昭和一三年法）」下の東京地判昭和三七・一一・

一三判タ一三九号一一八頁は、本店移転に関する定款決議自体が存在ないので、本店所在地は登記簿上の本店所在地ではなく旧本店所在地にあるとした。また、「決議不存在・無効確認の訴え（昭和五十六年法）」下の東京高決平成一〇・九・一一判タ一〇四七号二九二頁は、そもそも株主総会決議不存在決議の管轄は登記簿の記載にかかわらず、実態的に営業の本拠地となっている本店の所在地とした上で、現在、不存在決議の確認が争われている定款記載の本店の所在地こそ、実質的な本店所在地であるとして、審理を尽くさせるため、原審に差戻している。さらに、東京高決平成一一・三・二四判タ一〇四七号二八九頁は、裁判管轄は、形式的な定款・登記所定の本店の所在地と解するが、本案では、原告は当該決議が存在しないとして争っており、本案についての審理を経ておらず、当該決議が存在するものとして扱うことはできないから、本店所在地は旧所在地にあるとして扱うしかないとしている。

しかし、「株主総会等の決議の取消しの訴え」と「株主総会等の決議の不存在又は無効の確認の訴え」の境界は、昭和五十六年商法改正による実質的区別への転換以前から必ずしも明確ではなく、「株主総会等の決議の不存在又は無効の確認の訴え」として提起された訴訟が、後に「株主総会等の決議の取消しの訴え」に変更された場合に、提訴期間の制限がない前者の訴訟提起²⁴が後者の提訴期間内に行われていた場合には、提訴期間内に訴訟提起されたものとみなした判決等²⁵から形式的な本店の所在地に提訴するという実務が一般である²⁶。

ただし、前掲の本店移転の定款変更決議の不存在が争われている場合には、判例同様に旧本店の所在地と解することにも一定の合理性がある。また、数個の訴えが同時に係属する場合、弁論・裁判の併合（会社法八三七号）²⁷が行われるが、会社法施行以前のように提訴期間経過後に口頭弁論を開始するということは行われないため、原告・被告双方にとって利益の大きい場所を選択することも考慮する必要がある。不存在確認の訴訟係属中に更なる定款変更決議が

なされ、その旨の登記がなされた場合、その決議についても無効・不存在確認訴訟等の争いがおきたときには、形式的な本店所在地とすると前の訴訟と後の訴訟の管轄が異なることになるという弊害も指摘されている。⁽²⁸⁾

(3) 提訴権者の問題

株主総会・種類株主総会の決議取消しの訴えを提起し得る者は、株主及び取締役（代表権の有無は関係なく、監査等委員会設置会社においても監査等委員に限られない。清算中の会社にあつては清算人）・監査役設置会社の監査役であるが、指名委員会設置会社の執行役も⁽²⁹⁾解釈によつて含まれる余地があり、創立総会においては、設立時株主及び設立時取締役・設立時監査役（業務監査権限のある監査役）であるが、⁽³⁰⁾解釈により設立時執行役も含まれる余地がある。種類創立総会においては、原則として当該種類株主総会の構成員たる設立時株主及び設立時取締役・設立時監査役（業務監査権限のある監査役）であるが、⁽³¹⁾解釈により設立時執行役も含まれる余地がある。これらの権利義務者も含まれ、当該株主総会等の取消しによりこれらの提訴権者としての地位を回復する者についても会社法は明文でこれを認める（会社法八三一条一項）。

決議取消しという性格から、株主の中にはその株主総会や種類株主総会における構成員でない株主や議決権のない株主は含まれないとする説もあるが、もつと広く解する余地がある。⁽³¹⁾決議の当時に株主であつたか否か、総会で決議に賛成したか否かを問わず訴えの利益があれば提訴権を有するとされ、⁽³²⁾必ずしも同一株式を保有しなければならぬわけではないが、提訴時から当該訴訟の判決確定に至るまで継続して株主たる資格を維持することを要し、⁽³³⁾提訴後に本人の意思により株主資格を失うときは、取消権もまた消滅する。なお、「株式会社における責任追及等の訴え」の場合には、会社法制定時に株主でなくなった者の責任追及の条文（会社法八五一条）が設けられたが、「株主総会等の

決議の取消しの訴え」についてはこれにあたる規定が設けられなかった。合併・会社分割・株式交換・株式移転については無効判決の範疇となるが、⁽³⁴⁾他の本人の意思によらない当該会社の株主資格の喪失の場合に取消訴権を失わないと解することができるかは解釈に委ねられ、学説・判例も分かれていた。⁽³⁵⁾そこで、平成二六年会社法改正により、明文で株主が追加された。⁽³⁶⁾

株主は自己の利益の見地からこの訴権を行使し得るものであって、会社自体の利益のためにだけこの権利を行使することを要求されるものではないが、権利の濫用は許されない。⁽³⁷⁾自己にとつての瑕疵だけでなく、他の株主にとつての瑕疵を理由にしても訴えを提起し得うる。この制度は株主総会等の決議取消しという会社意思の正当な形成についての瑕疵主張を全ての株主に認めたものであると解されるからである。⁽³⁸⁾

これに対して、会社の側から手続上の瑕疵がない場合においても同一内容の決議が成立したであろうことを立証し得たときは、決議の取消しを免れうるかについても、積極的に解される場合が多い。決議の成立手続に瑕疵がないとしても同一決議が成立したことが明らかな場合にまで、同一内容の決議を繰り返させることは無意味であり、法もそのことを要求するものではないと解されるからである。⁽³⁹⁾

提訴した株主から全株式を譲り受けた者は、株式に含まれている決議取消請求権は取得するが、当該訴えを当然に承継しうるものではなく、請求は棄却される。これに対し、訴訟中に原告たる株主の死亡・合併により訴訟手続に中断を生じた場合には、原則として相続人等包括承継人において訴訟を受継するものと解される。⁽⁴⁰⁾

(4) 招集手続の瑕疵の問題

株主総会招集は、原則として法定の機関の決定により株式会社筆頭代表者名で招集通知がなされるのが、一般であ

る。^{④①} ①こうした手続に瑕疵がある場合には決議が取消される場合がある。^{④②} ②代表取締役職務代行者が会社法三五二条の規定に定められた権限を超えて株主総会を招集した場合、^{④③} ③招集通知の欠缺や口頭での招集通知の場合、^{④④} ④一部の株主に対する招集通知の欠缺があった場合、^{④⑤} ⑤株主の住所又は指定場所以外に宛てて招集通知を発した場合、^{④⑥} ⑥法定期間内に招集通知が発せられなかった場合、^{④⑦} ⑦招集通知の記載等の欠落・不備、^{④⑧} ⑧株主の出席困難な日時・場所への招集通知がなされたこと、^{④⑨} ⑨貸借対照表・損益計算書などの計算書類、事業報告等の不備等を決議取消事由とした判例がある。

(5) 議決権行使の問題

株式会社が議決権のある株主の議決権行使を不当に制限したような場合には、当該決議には決議方法の法令違反があることになり、^{⑤①} 決議取消事由があることになる。具体的には、①株主またはその正当な権利者でない者（共有の場合の権利行使者でない者）もしくは正当な代理人でない者が参加して決議がなされた場合、^{⑤②} ②実質的な株主の議決権行使を制限した場合、^{⑤③} ③賛否認定の誤りや投票を行わなかった株主の議決権を賛成票に算入して議長が可決承認された旨を宣言した場合、^{⑤④} ④特別利害関係人が議決権行使に参加した場合（会社法下では、会社法一四〇条三項・一六〇条四項・一七五条二項に定める議決権事前排除の場合に限られる。後述）、^{⑤⑤} ⑤決議が定足数を欠く場合、^{⑤⑥} ⑥議決権の不統一行使を違法に認めた場合、^{⑤⑦} ⑦総会が取締役の出席を不当に拒否し、または取締役が出席不能の状況で開かれた総会の場合、^{⑤⑧} ⑧定款上議長となる者以外の者が正当事由なくして総会議長となつて議事に関与した場合、^{⑤⑨} ⑨取締役会設置会社における株主総会招集通知に記載または記録がない重大な事項の決議の場合、^{⑤⑩} ⑩議長が不当に株主の発言を制限したり修正動議を無視したりして強引に議事を進め議決を成立させた場合や質疑応答の時間を与えなかったり説明を省略した

りして決議を急いだ場合⁽⁵⁹⁾、⑪議決権行使を条件とする金員の供与があった場合⁽⁶⁰⁾、⑩累積投票請求権行使の妨害などである。もつとも、議決権行使が制限された議決権数が少ない場合には裁量棄却される可能性が高く、逆に議決権行使が制限された株式数が多い場合には、決議不存在とされることもあり得る。

(6) 招集の手續又は決議の方法が著しく不公正な場合

①やむを得ない事情もなく、株主総会開催場所を当日に変更した場合⁽⁶²⁾、②株主を警察に告訴し身柄を拘束させて総会に出席できないようにした場合⁽⁶³⁾、③暴行・脅迫をもつて株主の発言・議決権行使を妨げた場合⁽⁶⁴⁾、④議長が株主の発言無視・議題の説明なしで株主に質疑討論の機会を与えないまま横暴な議事進行を行い、賛否に拍手を求めるといふ不完全な表決方法を採った場合⁽⁶⁵⁾、⑤株主の修正動議を無視した場合⁽⁶⁶⁾、⑥殊更、株主の出席困難な時間・場所に株主総会を招集した場合⁽⁶⁷⁾、等は判例・学説上、招集の手續又は決議の方法が著しく不公正な場合にあたるとされている。

(7) 決議内容の定款違反の解釈

決議の内容が定款に違反することも決議取消事由とされている(会社八三一条一項二号)が、決議内容の単なる定款違反は、株式会社内部の自治規則の違反にすぎないため、株主・取締役らの会社関係者がその瑕疵を主張した場合に限っては決議を取消せば足りると思われる⁽⁶⁸⁾。この場合には、裁量棄却は認められない(会社八三二条二項)。一方、石井教授の唱えられた立法論⁽⁶⁹⁾や昭和五六年改正に係る「株式会社の機関に関する改正試案」(昭和五三年二月二五日法務省民事局参事官室)⁽⁷⁰⁾で見られた、株主の固有権の侵害や平等原則の違反など株主の利益のみに関する内容上の瑕疵などの場合を取消事由にし、または定款違反の場合の類推により決議取消事由と解することは昭和五六年の商法改正で取り入れられなかったため⁽⁷¹⁾、それを引継いだ会社法下でも難しいと解される。なお、決議内容が単に定款に違反す

るだけでなく、同時に法令にも違反する場合には、決議無効事由にもなる。⁽⁷²⁾

4 会社法下における株主総会等における特別利害関係人の議決権行使

前述のように昭和五六年改正により商法二三九条五項の株主総会における特別利害関係人の議決権行使禁止規定は削除された（その結果、商法二三九条五項は、六項の規定が繰り上がることとなった）。その後は、商法二四七条一項三号およびそれを引き継いだ会社法八三一条一項三号により「株主総会等の決議について特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによつて、著しく不当な決議がされたとき。」を株主総会決議取消しの訴えの取消原因とした。

一方、取締役会における特別利害関係人の議決権行使禁止規定は、取締役会が法定された昭和二五年（法律第一六七号）による商法二六〇条ノ二第二項として新設され、昭和五六年改正前商法二三九条五項を準用する内容であったが、昭和五六年改正により商法二三九条五項の株主総会における特別利害関係人の議決権行使禁止規定が削除されてしまったため、新たに規定する必要が生じた。株主総会と違い取締役会に対しては、取締役は株主総会より委任を受けて会社の経営にあたる存在であるため、自己の利益を図ることは許容されるべきではないとして、議決権排除の規定は残され、「前項ノ決議ニ付特別ノ利害関係ヲ有スル取締役ハ決議ニ参加スルコトヲ得ズ」とする規定になった。これにより、学説・判例では、決議に参加すること、決議に参加して意見を述べることを、議長として取締役会を仕切ることも問題視されるようになった。⁽⁷³⁾ この規定は現代語化され、会社法三六九条二項に引き継がれている。⁽⁷⁴⁾

なお、昭和五六年改正により株主総会における特別利害関係人の議決権の事前排除を全面的に廃止したことについては当時から行き過ぎてはなかったかとの批判もあり、平成六年（法律第六六号）商法二〇四条ノ三ノ二第三項（譲渡

制限株式の譲渡の相手方として当該会社が指定された場合の株式の譲渡承認を求めた株主）・二一〇条ノ二第五項（使用人に譲渡するための自己株式の取得における株式取得対象株主）・二一〇条ノ三第三項（譲渡制限株式の株主の相続人からの自己株式取得における対象株主）・二一二条ノ二第四項（定時株主総会の決議による自己株式消却の場合の株式取得対象株主）、平成九年（法律第五六号）において平成六年二一〇条ノ二第五項を改正した二一〇条ノ二第七項（取締役・使用人に譲渡するための自己株式の取得における株式取得対象株主）において議決権行使禁止規定を復活させている。自己株式取得関係（商法二一〇条ノ二・二一〇条ノ三・二一二条ノ二）の規定は平成一三年（法律第七九号）により自己株式取得の目的制限がなくなつたため削除されたが、その際、二一〇条二項二号及び五号に引き継がれた。

会社法においては、会社法一四〇条三項で譲渡制限株式（譲渡制限付種類株式を含む）の譲渡承認者は、この者以外の株主全部が議決権行使をできない場合を除いて株主総会の議決権行使を禁止され、会社法一六〇条四項で特定の株主からの自己株式についての取得対象者たる特定の株主は、この者以外の株主全部が議決権行使をできない場合を除いて株主総会の議決権行使を禁止され、会社法一七五条二項で譲渡制限株式の株主の相続人等からの自己株式取得における対象株主は、この者以外の株主全部が議決権行使をできない場合を除いて株主総会の議決権行使を禁止されるという規定が採用されている。

しかし、このうち譲渡制限株式の株主の相続人等からの自己株式取得は、制度自体に多くの問題を抱えている。⁽⁷⁶⁾ 例えば、この者以外の株主全部が議決権行使をできない場合には、対象相続人等は議決権を行使できるが、被相続人の死亡後は一旦相続等対象株式が複数の相続人の準共有状態になることが通常であり、複数の相続人による頭数による決議が認められない以上、分割協議を待たなければ株主総会決議が行えない（また、遺留分減殺請求や後の相続人の出現

により一旦行われた分割協議が相当の時間経過後に覆ることもあり得る。

もともとのこの制度の趣旨は、相続等の一般承継による株式の移転は株式譲渡制限の対象にならないことから経済界の要請により円滑な事業承継等のために譲渡制限会社（会社法下では公開会社でない会社）⁽⁷⁷⁾に対して導入された制度であるが、その目的が会社運営に適さない相続人等から相続株式の全部又は一部を取上げることにある⁽⁷⁸⁾。金銭的補償はあるものの財源規制（会社法四六一条一項）があるため、一部のみの売渡請求も許されており、こうした場合に売渡請求されなかった残存株式の価値は極めて低くなるという問題もあり、財産権の侵害となっている。今後、財源がある場合の相続等株主からの会社に対する残存株式買受請求の制度等も検討されるべきだろう。

また、相続人以外の株主の持つ株式の持分比率が極めて低い場合にも、相続人以外の株主だけで株主総会が行えるため、これらの者の恣意的な決議が行われることもあり得る。また、現経営陣に一部の相続人がいる場合や既に売渡対象とならない株式を高い割合で保有している相続人がいる場合には⁽⁷⁹⁾、当然に他の株主に大きな影響力を持つことが考えられる。また、会社法下で公開会社でない会社に認められた取締役会非設置会社における各自代表権を持つ取締役には特別利害関係人の規定がないため、こうした取締役である相続人は株主総会における議題提案や売渡対象株主の選定等に公然と関与することができる。結果として権利掌握につながるか自らの失脚につながるかはわからないが、円滑な事業承継等とのツールというよりは権力闘争のツールとなっている。

また、会社にとって、誰が株式を相続するか、その者の持分割合がどれくらいになるかは大きな問題である。当然、対象者や持分の割合によつては売渡請求をしないからである。しかし、分割協議終了を待っていたために売渡請求期間である一年が経過してしまい売渡請求ができなくなってしまった判例がある。東京地決平成一八・一二・一九（資

料版商事法務二八五号一五四頁)は、会社法一七六条一項に基づき、当該株式の売渡請求をしたX会社が、裁判所にその売買価格決定の申立て(会社法一七七条二項)をした事例であるが、決定では「相続その他の一般承継があったことを知った日」から一年以上経過した後になされたものであり、不適法であるとして申立てを却下している。当然、X会社は即時抗告したが、東京高決平成一九・八・一六(資料版商事法務二八五号一四六頁)も、同様の理由で申立てを却下した。この件における最大の争点は、会社法一七六条一項ただし書き所定の「相続その他の一般承継があったことを知った日」の解釈であるが、X社が「相続人が誰であるか確定的に知った日」と主張したのに対し、判決では「相続開始原因(死亡等)があつた日」と解している。その理由は、この売渡請求制度は、譲渡制限株式の特殊性に鑑み相続その他の一般承継による株式移転を制限しようとする例外的な制度であること、そのため、売渡請求期間を一年に制限することにより被請求人との利益の調整を図って株式帰属の変動を早期に確定させようとしているのが法の趣旨であるとする。裁判所もその制度の特殊性に言及している⁸⁰⁾。

その後に行われた共和証券株主総会決議取消請求事件(東京地判平成二四・九・一〇資料版商事法務三五六号三四頁・東京高判平成二四・一一・二八資料版商事法務三五六号三〇頁・最決平成二五・一〇・一〇資料版商事法務三五六号三〇頁)における会社法一七四条ないし一七六条一項に基づく相続人に対する自己株式の売渡請求は、持分割合が不特定である段階での準共有者の一部の者に対して行われている。売渡請求を受けた相続人(原告・控訴人・上告人兼上告受理申立人)は、持分割合が不特定である段階での準共有者の一部の者に対する売渡請求は、会社法一七五条一項一号及び一七六条二項が規定する売渡請求をする株式の数を決めることができないし、会社法一七七条二項に基づく裁判所に対する売買価格決定の申立てもできないから認められないとして主張して株主総会取消しの訴えを提起したが、第一審判決は、

株主死亡後に会社法一七四条の定款の定めを設けることを認め、また制度目的や期間制限（会社法一七六条一項ただし書き）に言及した上、会社の対応を適法と認め、原告の請求を棄却した。続く控訴審判決も第一審判決を全面的に引用した上、売渡請求をする場合の株式の数は、最終的に確定した持分割合の限度で定めることができるとし、また、売買価格の決定は一株当たりの価格を定めれば足りるとして控訴を棄却した（最決平成二五・一〇・一〇において上告及び上告受理申立が斥けられ確定⁸¹）。この判例により、ある程度の実務は認知されてきた。

しかし、この制度は、功罪併せ持つことは前述のとおりであるし、一〇年以内に相続開始を知らなかった相続人が現れ遺留分減殺をする場合（民法一〇四二条）や共同相続人以外の包括遺贈者が現れた場合等の対応については十分な検討がされていないといつて良い。

5 会社法下における株主総会等の決議の取消しの訴えの射程

（1）否決決議は株主総会決議取消しの訴えの対象となり得るか

否決決議に対しては、決議が否決されたのであるからそもそも取消し・無効確認・不存在確認の訴えの対象が存在せず訴えの適法性（訴えの利益）を否定するという近時の判例と決議が成立しなかっただけで、否決という決議の存在を認めるという前提条件において訴えの利益を認めるか認めないのかの判断を行った会社法施行前の判例で対応が分かれる。

山形地判平成元年・四・一八（判タ七〇一号二三二頁）は、議長の議事進行・採決方法・採決手続の瑕疵を理由に株主総会決議不存在確認・取消しの訴えが提起された事例において、①決議が著しく不公正な手続によりなされたため

不存在であると確認する判決がなされた場合、②議案を否決する総会決議が取消される判決がなされた場合、どちらの場合も会社は、改めて総会を招集して議案を審議すべき義務を負うのであるから、株主総会における議案を否決した決議についても不存在確認・取消しを求める訴えの利益はであると判示した（ただし、本件においては取消原因となる瑕疵はないとして請求棄却）。

また、東京地判平成一四・二・二二（判時一七八九号一五七頁）は、会社提案による可決決議と、株主提案による役員等の報酬等を個別開示するための定款の一部変更に関する否決決議の双方について、賛否の数を集計して明示しなかったことは法令違反または著しく不公正であるとして株主総会決議取消しの訴えを提起した事例であるが、被告会社から否決決議の訴えの利益を争う本案前の抗弁が提出されていないためか、否決決議の訴えの利益を明示していないものの、可決決議・否決決議双方の検討により本案判決が出されているため、否決決議の訴えの利益を認めた判例として解することができる（結果として各決議は有効に成立したとして請求棄却）。

東京地判平成一八・九・二五（判タ一二二二号二八九頁）は、再任決議が取消された取締役には、商法二五八条（現・会社法三四六条一項、取締役の権利義務者）の適用がないことを前提に株主総会決議取消しの訴えが提起された事例につき、取締役選任の株主総会決議が取消された場合には、例え従前は取締役であったとしても商法二五八条一項（現・会社法三四六条一項）の適用がないとする考え方も成り立つ余地がないとはいえないとして訴えの利益を認めた（結果として、原告の株主総会取消請求も、被告が法律的根拠を欠く訴訟を提起したことが不法行為にあたるとして原告側弁護士に對し求めた損害賠償請求の双方とも棄却している〔確定判決〕）。

こうした会社法施行前の流れに對し、会社法下の判例である東京地判平成二一・一一・一五（West Law JAPAN 文

献番号 WLJPCA12158004) は、一般にある議案を否決することによって新たな決議が法律関係を形成されることはなく、当該決議を取消すことにより新たな法律関係が生じるものではないから、特段の事情がない限り、否決の決議の取消しを求める訴えは訴えの利益はないとしている。

また、否決決議が取消されることにより、株主総会において今後三年以内に同一の理由で再提案することが可能になる(会社法三〇四条ただし書き参照)ことを訴えの利益として否決決議の取消しの訴えを提起したいいわゆる H O Y A 事件の第一審判決・東京地判平成二三・四・一四(資料版商事法務三三八号六四頁)においては、株主総会決議取消しの訴えの対象となる株主総会決議とは、当該取消しの訴えを会社法上の訴えとして設けた趣旨に鑑みて、あくまで「成立した決議」をいうべきであり、否決決議の取消しを求める訴えは、定型的に訴えの利益を欠いているとして請求の一部を却下する判決が出された。控訴審である東京高判平成二三・九・二七(資料版商事法務三三三号三九頁)は、「株主総会等の決議の取消しの訴えに係る請求を認容する確定判決は第三者に対してもその効力を有するのであり(会社法八三八条)、それゆえに会社法八三一条から八三八条までに前記訴えに関する所要の規定を置いているのであって、これらによれば、前記訴えの対象となる株主総会等の決議とは、第三者に対してもその効力を有するものを指すと解するのが相当である。株主総会等の決議が第三者に対してもその効力を有するには、形成力を生ずる事項を内容とする議案が株主総会等において所定の手続を踏んで可決することを要するのであり、そのような内容の議案であつてもこれが否決された場合には、当該議案が第三者に対してその効力を有する余地はないから、本件各否決は、会社法八三一条所定の株主総会決議には当たらないものである。」と判示して訴えの適法性(訴えの利益)を否定している。また、「仮に否決に至る過程に手続上の瑕疵があり、それゆえに株主総会において総株主の議決権の一〇分の

一以上の賛成を得られなかったことを証明できる場合には、会社法三〇四条ただし書き所定の期間制限はないと解するのが相当である。」とも判示している。

ただし、こうした会社法施行後の否決決議に対する判例の流れは、会社法施行前と施行後の規定内容に大きな変更はないことから、条文の規定内容が大きく影響しているとは考えにくい。⁽⁸²⁾

こうした一連の立場には、会社側が株主提案の要領を他の株主に通知することを怠ったり、株主総会で株主提案の説明をしなかったりした結果、惜しくも可決に至らなかったという場合にも訴えの利益がないとすることは、会社が一〇〇万円以下の過料（会社法九七六条九号）や取締役に対する民事責任の追及（会社法四二三条・四二九条・民法七〇九条）さえ覚悟すれば、株主提案の可決を妨げ株主提案をないがしろにすることができると、抑止力を失うことから反対する説⁽⁸³⁾、会社経営の適法性の確保、さらに理論的には形成の訴えは法定要件が満たされる限り、当然に訴えの利益が認められるべきと解しないと文言上も無理があるとし、反対する説がある⁽⁸⁴⁾。

なお、法令・定款に基づかない決議の場合、確認の利益や訴えの利益が認められるのかという問題がある。「係争中の土地の利用権に関し、顧問弁護士〇〇の出した意見書を相当と認める。」という事例をあげ、その決議からは何ら法的な効果を生じさせない決議であり、登記簿にも定款にも記載されないような場合には、確認の利益・訴えの利益がないとする見解がある⁽⁸⁵⁾。一方、こうした法令・定款に基づかない決議でも、敵対的買収防衛策導入の際に利用されることが多いとして、その場合には決議した事実及びその決議の背景事情（圧倒的多数の賛成で承認された等）が将来の法的紛争において何らかの法的意味を持つという考え方が多いとして、確認の利益を認められる余地を指摘する見解もある⁽⁸⁶⁾。こうした事例に対する株主総会等決議の無効確認・不存在確認の訴え、株主総会等決議取消しの訴

えの判例はまだ見受けられないので、判例の蓄積が待たれるところである。

(2) 会社法下における種類株式と「株主総会等の決議取消しの訴え」との関係

東京地判平成二六・四・一七は記憶に新しいが、会社法下では、今後もこうした種類株式や種類株主総会との関係で通常の株主総会決議の効力が否定されるケースの増加が考えられる。⁽⁸⁷⁾ ①種類株式の株主に不利益が生ずるおそれがある当該株主の保護を目的とする種類株主総会の決議の結果やその瑕疵による取消しの結果、②無議決権株式・議決権制限付種類株式・他の種類株式の株主に議決権がない決議事項に対し議決権行使をさせたという瑕疵の結果、③逆にこれらの種類株式の株主が無配等の条件の成就や他の状況により議決権が発生していたのに招集通知漏れを来たし決議に参加できなかった結果や議決権を行使できなかった結果等が考えられるが、ここでは、種類株式の権利内容を実現させるための種類株式及び種類株主総会について特に言及したい。

例えば、取締役選任権付種類株式や監査役選任権付株式を発行している場合に、これらを保有する株主が通常の株主総会においては既に少数派となっている場合には、いくら通常の株主総会で取締役や監査役を選任しても、会社法三四七条による三三九条の読み替えにより、種類株主総会が取締役・監査役の解任権を有することになり、⁽⁸⁸⁾ 無限ループに陥る危険性がある。解任に関しては、解任の訴えを用いた一定の解決策も示されているが、⁽⁸⁹⁾ これで全てのケースに対応できるわけではない。⁽⁹⁰⁾

また、拒否権付種類株式の拒否権の行使に関しても十分な検討がなされているとはいえない。本来、拒否権付種類株式の拒否権の対象とされている事項については、決定権限を有する機関の決定に加えて、拒否権付種類株式の株主を構成員とする種類株主総会がなければ効力を生じない（会社法三三三条本文）。もつとも拒否権付種類株式の株主を

構成員とする種類株主総会が一人株主であり、その意思決定ということも十分にあり得る。国益に関わる企業の拒否権付種類株式を主務大臣が保有する場合等である。⁽⁹¹⁾ 国益に関する企業の防衛に関しては前向きに捉えられることが多いだろうが、単なる買収防衛の場合はどうか。既に発行していた拒否権付種類株式が自己株式であった場合や相互保有株式であったために発生していない場合に譲渡等により慌てて議決権を発生させ拒否権行使をさせたというようなケースも考えられる。いずれにせよ買収等をこれにより阻止された株主が取り得る対抗策は拒否権付種類株式の株主を対象とする訴訟や種類株主総会取消しの訴えの提起であるが、これらはハードルが高いため、当該会社や役員に対する損害賠償請求などが中心となると思われる。現在は、上場会社では証券取引所の上場規定により拒否権付種類株式が採用されているケースは国益に関する企業に限られているが、今後、拒否権付種類株式が多くの人に普及すると数々の問題を引き起こす可能性がある。

6 結びに代えて

いままで見てきたように「株主総会等の決議の取消しの訴え」に関する議論は、昭和五六年の商法改正により一定の解釈の決着が見られた。しかし、その後の新制度の誕生により会社法下では別の多くの問題を抱えるようになった。平成二六年会社法改正で解決された部分もあるが（前述）、一応、株主総会等の決議らしきものを経た場合の会社の組織に関する無効の訴え（会社法八二八条）及び新株発行等の不存在の確認の訴え（会社法八二九条）との重複する部分の關係は必ずしも整理されていない。⁽⁹²⁾ また、株主総会の省略を認める略式事業譲渡・略式吸収合併等に加え、平成二六年会社法で採用された特別支配株主の株式等売渡請求は完全に「株主総会等の決議の取消しの訴え」の射程外で

ある。勿論、それがこれらの制度の魅力であり、また、売渡株式等の取得の無効の訴え（会社法八四六条の二）の制度も新設されたが、今回検討した従来の制度と検討しなかった無効・不存在の制度の双方でもカバーできない事例が現れることは容易に想像できる。紙面の関係でこれらについては今後の検討課題としたい。

（おわり）

- （１） (Karl Friedrich Hermann Rösler) ロエスレル氏起稿 商法草案上・下 復刻版（平成七年・司法省）には、瑕疵がある株主総会決議の効力についての規定は見られない。また、明治三年の旧商法にも同様の規定は見られない。明治三年の新商法における規定は、一八八四年ドイツ商法を始めフランス、イタリア等各国法を参考に規定されたとされる。岩原伸作・新版注釈会社法（５）編集代表上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫（昭和六一年・有斐閣） 三二一頁。
- （２） 岩原・前掲（注一）三二二頁。
- （３） 大判明治三四・五・二二法律新聞四三号七頁、大判明治三五・七・四民録八輯七卷一九頁、大判明治三六・四・六民録九輯三八三頁、大判明治四〇・一・二四民録一三輯一〇頁。〔反対〕大判明治三七・四・二九民録一〇輯五七六頁。
- （４） 菱田政弘・注釈会社法（４）〔増補版〕編集代表大森忠夫・矢沢惇・上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫・谷川久（昭和五五年・有斐閣）七九・八〇頁。
- （５） 大判大正一〇・七・一八民録二七輯一三四六頁、大決大正一〇・一〇・二七民録二七輯一八三〇頁、大判昭和六・六・五民集一〇巻六九八頁、岩原・前掲（注一）三二三頁は、裁判所は形成の訴えが遡及的効力を持つことに違和感を抱いていたのではないかと分析する。
- （６） この改正により、明治四四年改正のドイツ法的原則から乖離したとされる。岩原・前掲（注一）三二三頁。
- （７） 小島孝・新版注釈会社法（５）編集代表上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫（昭和六一年・有斐閣）三八三頁、大判大正二・

六・二八民録一九輯五三〇頁、大判昭和二・一〇・七法律新聞二七七一号一二頁。

(8) 岩原・前掲（注一）三五六頁。

(9) 現行会社法では、商法特例法の廃止に伴い小会社という区分は廃止されているが、通常の大会社等もとより監査役の業務監査権限を奪えない会計監査人を置く会社を除く（したがって、特例有限会社は除く）、公開会社でない会社においては、定款で監査役の権限を会計監査に限定することを認めており（会社法三八九条一項）、この場合には、監査役には「株主総会等の決議の取消しの訴え」（会社法八三二条）の提訴権限がないことになる。平成一四年（法律第四四号）による商法特例法改正で設けられた委員会等設置会社（会社法下では、委員会設置会社、平成二六年法律第九〇号改正法施行後は指名委員会等設置会社に名称変更・会社法二条十二号）には、業務監査権限のある監査委員（取締役）が置かれ、平成二六年（法律第九〇号）改正により設けられた監査等委員会設置会社（会社法二条十一の二号）には、業務監査権限がある監査等委員〔取締役〕が置かれており、もとより監査役は置くことができない。なお、監査委員及び監査等委員は、資本規模・公開・非公開の別により監査等の権限に制約は受けない。

(10) 岩原・前掲（注一）三三四頁、稲葉威雄・改正会社法（昭和五七・金融財政事情研究会）一七六頁。

(11) 龍田節「株主の議決権の排除」法学論叢六四卷三三四頁、安井威興「特別利害関係株主の議決権行使と不当決議」法学研究六〇卷一二号二〇八頁、等。

(12) 小島・前掲（注七）三八三・三八四頁、大判大正一〇・九・二八民録二七輯一六四六頁、大判昭和七・二・一二民集一一卷二〇七頁、最判昭和三三・一〇・三民集一二卷一四号三〇五三頁、最判昭和三八・八・八民集一七卷六号八二三頁、最判昭和四五・七・九民集二四卷七号七五五頁。

(13) 小島・前掲（注七）三八四頁。

(14) 鈴木竹雄・会社法（第五版）（平成六年・有斐閣）一七七頁、森本滋・会社法（第二版）（平成七年・有信堂）二二三頁、龍田節・会社法大要（平成一九年・有斐閣）一八八・一八九頁、等。

(15) 石井照久・株主総会の研究（昭和三三年、有斐閣）七五頁以下・二二九頁以下、参照。

(16) 岩原・前掲書(注一)三三四頁。

(17) 大江忠・要件事実会社法(3)(平成二五年・商事法務)一〇〇八頁、真鍋美穂子「株主総会決議取消しの訴え」会社法体系「組織再編・会社訴訟・会社非訟・解散・清算」江頭憲治郎Ⅱ門口正人編集代表(平成六年・青林書院)三三四頁、等。

(18) 甲府地判昭和三五・六・二八判時二三七号三〇頁、高知地決平成一六・六・一資料版商事法務二五一号二一六頁、東京地決平成一九・六・二八民集六一卷五号二二四三頁〔ブルドックソースVSスティール・パートナーズ〕、等。

(19) 真鍋・前掲(注一七)三三四頁、最判昭和三〇・一〇・二〇民集九卷一十一号一六五七頁、名古屋高判昭和三五・七・一五判タ一〇七号五五頁、最判昭和四二・九・二八民集二二卷七号一九七〇頁、東京地判昭和六〇・三・二六金判七三二号二六頁、東京高判平成三・三・六金判八七四号二三頁、高松高判平成四・六・一九判タ七九八号二四四頁、東京高判平成八・一一・一〇判タ九六五号二三五頁、等。昭和一三年商法第二五一条及び昭和五六年商法第二五一条の規定が引継がれたものであり、平成二六年会社法改正での変更はない。条文上は削除されていた昭和二五年商法改正から昭和五六年改正前商法下でも裁量棄却判決は行われていた。

(20) 甲府地判昭和三五・四・五下民集一一卷四号七五九頁、最判昭和四六・三・一八民集二五卷二号一八三頁、京都地判平成元・四・二〇判タ七〇一号二二六頁、福岡高宮崎支判平成一三・三・二判タ一〇九三号一九七頁、等。

(21) 大阪高判平成三・九・二〇判タ七六七号二二四頁、最判平成一一・三・二五民集五三卷三号五八〇頁、等。平成二六年会社法改正での変更はない。

(22) 菊池伸・株主総会ハンドブック〔第2版〕商事法務編(平成二四年・商事法務)六五六頁。

(23) 東京地方裁判所商事研究会編著・類型別会社訴訟Ⅰ〔第三版〕(平成二三年・判例タイムズ社)三五六・三五七頁。

(24) ただし、東京地判平成二三・五・二六判タ一三六八号二三八頁は、株主総会から約一八年を経過してから行われた株主総会決議無効確認請求が、訴権の濫用にあたるとして、訴えを却下しており、いくら提訴期間の制限の規定がなくとも特段の事情がない場合には相当の期間内に提訴が行われなければならないと解される。

(25) 最判昭和五四・一一・一六民集三三卷七号七〇九頁。

- (26) 菊池・前掲書(注二二) 六五六頁、東京地方裁判所商事研究会編著・前掲書(注二三) 三五七・三五八頁。
- (27) 菊池・前掲書(注二二) 六五七頁。
- (28) 東京地方裁判所商事研究会編著・前掲書(注二三) 三五八頁。
- (29) 会社法八三一条一項の条文上明確ではないが、東京地方裁判所商事研究会編著・前掲書(注二三) 三五八頁・三五九頁は、執行役を提訴権者に含めるとともに、業務監査権限のない監査役の提訴権限を否定する。
- (30) なお、東京地判平成一八・九・二五判タ一二二二号二八九頁は、再選決議が取消された取締役は権利義務者とならないとする(後述)。
- (31) 北沢正啓・会社法〔第六版〕(平成一三年・青林書院) 一八一頁、等は、議決権のある株主に限られるとするが、これは、必ずしも議決権の有無の見地ではなく、訴えの利益の有無の見地で判断されるべきものであると考えられ、議決権のない株主も、決議内容の瑕疵に関しては、訴えの提起をし得ると考えられる。岩原・前掲(注一) 三三〇頁、弥永真生・リーガルマインド会社法〔第一三版〕(平成二四年・有斐閣) 一三〇・一二二頁、等。したがって、江頭憲治郎・株式会社法〔第四版〕(平成三三年・有斐閣) 三四七頁は、種類株主総会の決議取消しの訴えを他の株主ができるとする。
- (32) 東京地方裁判所商事研究会編著・前掲書(注二三) 三六〇頁。
- (33) 東京地判昭和三七・三・六判タ一二八号一二六頁、福岡地判平成三・五・一四判タ七六九号二一六頁。
- (34) 会社法八二八条(会社の組織に関する行為の無効の訴え)
- (35) 会社法施行以前は、原告適格を失うとする判決が多かった。大判昭和八・一〇・二六民集一二卷二六二六頁、前掲東京地判昭和三七・三・六(注三三)、前掲福岡地判平成三・五・一四(注三三)、等。民事再生手続に伴い一〇〇%減資の民事再生計画が認可され株主としての地位を喪失した場合は原告適格も失うとした判例として、東京地判平成一六・一〇・一四判タ一二二二号二九四頁がある。こうした事例に対し、岩原・前掲書(注一) 三二八頁は、減資決議取消訴訟提起中に当該減資の結果株主資格を失った場合は、当該決議取消しにより回復されるべき潜在的株主資格を有しているとして、原告適格を失わないと説いていた。会社法下の判例である、東京地判平成二一・一〇・二三金判一三四七号二七頁(日本高速物流株主総会決議

取消請求事件一審）も原告適格を否定する立場を採ったが、その控訴審である東京高判平成二二・七・七金判一三四七号二七頁は、一転して原告適格を認めた（提訴期間経過により請求自体は棄却）。大阪地判平成二四・六・二九金判一三九九号五二頁も、原告適格を認めており（提訴期間経過により請求自体は棄却）、東京地方裁判所商事研究会編著・前掲書（注二三）三五八頁もこの立場を採る。全部取得条項付種類株式や株式の併合により本人の意思によらず株主の地位を奪われる事例が増えたためであろう。

(36) この項目は執筆当時、条文の不備を指摘する内容であつたが、平成二六年六月二七日に改正法が制定されたため、急遽、解決を報告する内容となった。

(37) 大分地判昭和二七・一二・二〇下民集三卷一二号一八〇六頁、等。

(38) 前掲最判昭和四二・九・二八（注一九）、岩原・前掲書（注二）三三二頁、東京地方裁判所商事研究会編著・前掲書（注二三）三六〇・三六一頁。

(39) 訴訟係属中に同一の結果となった後の株主総会決議が適法に成立したり、第二決議により先の決議の取消しが確定した場合も同一の結果となる決議が適法に行われたりした場合、役員等の選任決議取消しの訴えの係属中に対象役員等が全て任期満了となった場合等には、訴えの利益がなくなるとした判例として、名古屋高判昭和四二・一一・二〇高民集二〇巻六号五三二頁、最判昭和四五・四・二民集二四巻四号二三三頁、東京高判昭和五七・一〇・一四判タ四八七号一五九頁、最判平成四・一〇・二九民集四六巻七号二五八〇頁、福岡地判平成一六・四・二七金判一一九八号三六頁、等がある。一方、違法が決議の結果に影響する可能性が存する限りは決議の取消を免れえず、総会招集手続につき瑕疵のあった株式数を除外しても多数決の要件を充たし得たこと、決議に参加した無権利者の数が僅かであつて数的に決議成立要件に影響しなかったことをのみを立証しただけでは取消しを免れることにはならないとされる判例がある。それは通知欠缺により出席し得なかった株主の出席・意見陳述により、または出席無権利者の出席・討議参加により、他の株主の議決権行使に与えた影響は明確にし得ないからである。前掲京都地判平成元・四・二〇（注二〇）。

(40) ただし、相続人であつても訴訟終了時までには株主名簿の書換えをすることを要する。なお、特定承継については否定的に

解されている。東京地方裁判所商事研究会編著・前掲書（注二三）三六四・三六五頁。名古屋高判昭和四二・九・二九高民集二〇巻四号四二九頁、最判昭和四五・七・一五民集二四巻七号八〇四頁、等。一方、株主の決議取消権が一身専属的なものであるとして、相続人による承継を否定する仙台高秋田支判昭和三一・四・三〇高民集九巻四号二四〇頁もあるが、地位回復自体は一身専属的でもその地位に伴う報酬等は相続等の対象となるため、訴えの利益との関係で判断すべきであろう。株主が当初訴えの利益を有しても、その後の事情の変化により、または取消しの対象となっている決議の内容の性質上、訴えの利益を欠くこととなる場合があり、その場合には請求棄却となる。

（41） 少数株主による株主総会招集請求権行使の場合において会社法二九七条四項の規定により株主自身が招集する場合を除き、取締役会非設置会社では唯一の取締役の決定または複数取締役の過半数の同意により、取締役会設置会社においては取締役会決議により、取締役社長・代表取締役社長・代表執行役社長等の会社代表筆頭者名で招集通知を発するのが一般である（会社法二九八条・二九九条）。

（42） 具体的には、適法な総会招集決議等がないまま一応招集権者と認められる者に株主総会が招集された場合（東京地判昭和二七・三・二八下民集三巻三号四二〇頁、東京高判昭和三〇・七・一九下民集六巻七号一四八八頁、佐賀地判昭和三四・二・一九下民集一〇巻二号三三三頁、名古屋地判昭和五〇・六・一〇金判五二九号二二九頁、大阪地判昭和五二・二・二金判五三九号五四頁、前掲最判昭和四六・三・一八（注二〇）、神戸地尼崎支判平成一〇・八・二一金判一〇六五号一一頁、高知地判平成一六・一二・二四資料版商事法務二五一号二〇八頁、等。（「不当目的であり第三者の保護を考慮する必要もない状態のため不存在とされた事例」前掲大阪高判平成三・九・二〇（注二二）、〔反対、取消原因としないとする判決〕東京地判昭和二九・七・二下民集五巻七号一〇〇九頁、東京地判昭和三〇・六・一三下民集六巻六号一一〇五頁、等。（「一定の事情があるときは取消事由とならないとする判決」大阪高判昭和四六・一一・三〇下民集三二巻一一・一二号一一六三頁、高松地判昭和五五・四・二四判タ四一四号五三頁、等。なお、取締役会の決議を経ることなしに招集権者以外の取締役が招集した株主総会の決議は不存在となる。大判昭和七・一二・一七民集一一巻三三四九頁、最判昭和四五・八・二〇判時六〇七号七九頁、前掲最判平成一一・三・二五（注二二）、等。

(43) 最判昭和三九・五・二一民集一八卷四号六〇八頁。最判昭和五〇・六・二七民集二九卷六号八七九頁、等。なお、裁判所の許可を得れば良い東京地判昭二九・五・七下民集五卷五号六三三頁参照。

(44) 大阪地判昭和二七・一一・一〇下民集三卷一十一号一五九〇頁、東京地判昭和二九・五・二八判タ四〇号六五頁、横浜地判昭和四〇・一〇・二五下民集一六卷一〇号一五八八頁、東京地判平成三・九・二六金判八九七号三〇頁。もつとも、会社法下では取締役会非設置会社においては、定款で書面または電磁的方法によることを定めなかり口頭でも招集通知が認められている（会社二九九条二項・三項）。また、従前から判例では、一人会社においては招集手続を省略してもその一人株主が出席すれば総会は有効に成立し（京都地判昭和六一・八・二七金判七八七号四八頁）、また全員出席総会においては招集手続の瑕疵が治癒されると解しており（大阪地判昭和三七・五・二三判時三一六号二四頁、最判昭和六〇・一二・二〇民集三九卷八号一八六九頁）、会社法下では書面決議または電磁的方法による決議を採用していない限り、明文でこれを認めている（会社法三〇〇条）。

(45) 大判明治四二・五・二八民録一五輯五二四頁、大判明治四四・三・二三民録一七輯一五一頁、前掲最判昭和四二・九・二八（注一九）、等。通知欠缺が著しい場合には不存在となる。岩原・前掲（注二）三三八頁。

(46) 大判昭和一二・三・一二法学六卷九一八頁、東京控判大正六・五・二五法律新聞一二七三号二二頁、東京控判昭和一一・八・三一法律新聞四〇五八号一四頁、等。

(47) 株主総会の招集は、公開会社および書面決議・電磁的方法による決議の採用会社においては会日より二週間前、公開会社でない会社で取締役会設置会社の場合には一週間前、取締役会非設置会社の場合にはこれをさらに定款で短縮することができるが（会社法二九九条一項）、株式会社がその期限を守らないことは決議取消事由になると解されている。大判昭和一〇・七・一五民集一四卷一四〇一頁、最判昭和四四・一二・一八裁判集民九七号七九九頁、前掲最判昭和四六・三・一八（注二〇）、東京地判昭和五四・七・二三判タ四〇一号一五八頁、等。前述（注四四）のように一人会社や全員出席総会の場合は招集通知を省略できる。

(48) 大判明治三七・五・二民録一〇輯五八九頁、大判昭和五・四・三〇法律新聞三二二三号八頁、最判昭和三一・一一・一五

民集一〇卷一十一号一四二三頁、等。ただし、会社法が株主総会の目的である事項を記載または記録することを求めているのは、株主が株主総会においてどのような議題を扱うのか知り、それに対する準備をするためであるから、招集通知の記載または記録は、議題の輪郭がわかる程度の記載または記録、決議事項が何であるかを知り得る程度の記載または記録が必要であるが(最判平成一〇・一一・二六金判一〇六六号一八頁)、詳細な内容までは要求されていないと解されている。一方、通知事項と無関係な事項の決議がなされた場合に決議無効とした判例として東京地判大正一〇・七・二二法律学説判例評論全集一〇巻商法二八九頁がある。また、近時のいわゆるアムスク株主総会決議取消請求事件(東京地判平成二六・四・一七金判一四四四号四四頁)は、種類株主総会について議決権行使に関する基準日設定公告をしなかったことが、会社法一二四条に違反するとして、被告会社の種類株主総会における全部取得条項付種類株式制度を利用したスクイズアウトの件(全部取得条項の付加に係る定款一部変更)を可決する旨の決議が取消された。

(49) 大阪高判昭和三〇・二・二四下民集六卷二号三三三頁、東京地判昭和三〇・七・八下民集六卷七号一三八二頁、定款に違反する招集地で臨時株主総会が開催された事例として、最判平成五・九・九判タ八三三三号一四九頁などがある。

(50) 取締役会設置会社においては、定時株主総会の招集通知の際、会社は株主に対し、貸借対照表・損益計算書などの計算書類、事業報告等を送付する必要がある(会社法四三七条)。これらの書類の送付に不備があるときも、通知が不適法であるとして、決議取消事由になることがある(大阪地界支判昭和六三・九・二八判時一二九五号一三七頁)。取締役が定時総会前に計算書類および監査報告書を本店にきちんと備え置かなかったとき(東京高判昭和四八・一〇・三〇金判三九八号二頁、宮崎地判平成一二・七・二二判タ一〇六三号一八〇頁、前掲福岡高宮崎支判平成一三・三・二(注二〇)、宮崎地判平成一三・八・三〇判タ一〇九三号一九二頁)、または総会において監査役が計算書類についての意見を報告しなかったときになされた計算書類承認の決議につき、少なくとも、取締役の書類備置義務違反の場合には決議取消原因となる(なお、監査役の報告懈怠・拒否の場合に、その者による訴えは決議の効力に影響を及ぼさない。東京地判昭和六〇・三・二六金判七三二二号二六頁)。また、大会社が計算書類について会計監査人の監査を受けていないことは、重大な手続違背とされ決議取消原因となる(東京地判平成元・八・二二金判八四四号一六頁、東京高判平成二・四・二六金判八五二二号三三二頁(椎原國隆))。

(51) 議決権の代理行使の勧誘に関する内閣府令はこの法令に入らないとした判例として、東京地判平成一七・七・七判時一九一五号一五〇頁がある。

(52) 名古屋高決昭和三〇・九・一四下民集六卷九号二〇一二頁、東京地判昭和五六・一一・二四判タ四六二号一六一頁、大阪地判昭和六一・五・七判時一二四三号一二三頁。

(53) 前掲甲府地判昭和三五・四・五（注二〇）、名古屋高判昭和三五・七・一五高民集一三卷四号四一七頁、東京地判昭和四六・八・一六判タ二六九号二二七頁、大阪高決昭和六〇・四・一六判タ五六一号一五九頁〔会社に対する株式信託契約を無効とした事例〕、東京地判昭和六一・三・三一判タ六〇二号九三頁〔株主である会社がその従業員を代理人とした事例〕、前掲京都地判平成元・四・二〇（注二〇）、東京地判平成元・六・二七金判八四〇号三三三頁、東京高判平成四・一一・一六金法一三八六号七六頁、ただし、仮名で株主として特定出来ない者は除かれる。東京地判昭和六三・一・二八金判七九九号一六頁、東京高判昭和六三・六・二八金法一二〇六号三三三頁。

(54) 大阪地判平成一六・二・四金判一一九一号三八頁、東京地判平成一九・一二・六判タ一二五八号六九頁。

(55) 大判昭和五・一〇・一〇民集九卷一〇三八頁、最判昭和三五・三・一五判時二一八号二八頁、最判昭和四七・一一・八民集二六卷九号一四八九頁、等。

(56) 東京控判昭和五・一・二四法律新聞三〇八七号六頁、大判昭和六・九・二九法律新聞三三二〇号一五頁、東京地決昭和二八・九・二判タ三三三三号三五頁。

(57) 前掲大判昭和六・九・二九（注五六）、東京地判平成二五・一二・二六判タ一二〇八号一九八頁。

(58) 大判昭和七・一二・二三法律新聞三五一一号一六頁、前掲東京地判昭和二七・三・二八（注四二）、名古屋高判昭和二九・五・二六下民集五卷五号七三八頁、前掲最判昭和三一・一一・一五（注四八）、名古屋地判昭和四六・一二・二七判タ二七四号二一二頁、最判平成七・三・九判タ八七七号一七六頁。なお、前掲（注四八）参照。

(59) 大阪高判昭和四二・九・二六高民集二〇卷四号四一一頁、大阪地判昭和四九・三・二八民集三七卷五号五七五頁、大阪高判昭和五四・九・二七判タ三九九号四五頁、最判昭和五八・六・七民集三七卷五号五一七頁、東京地判昭和六三・一・二八民

集四六卷七号二五九二頁〔ただし、控訴審東京高判昭和六三・一二・一四民集四六卷七号二六一五頁及び上告審最判平成四・一〇・二九民集四六卷七号二五八〇頁で裁量棄却〕、奈良地判平成一一・三・二九判タ一〇二九号二九九頁。

(60) 会社法下では、東京地判平成一九・一二・六判タ一二五八号六九頁。

(61) 大阪高判昭和三八・六・二〇高民集一六卷四号二七〇頁。

(62) 大阪地判昭和二七・七・一下民集三卷七号九〇九頁。

(63) 前掲大阪地判昭和二七・七・一(注六二)。

(64) 大決昭和四・一二・一六法律新聞三〇八二号九頁。

(65) 大阪高判昭和四二・九・二六高民集二〇卷四号四一一頁、大阪高判昭和五四・九・二七民集三七卷五号五九七頁。

(66) 最判昭和五八・六・七民集三七卷五号五一七頁。

(67) 岩原・前掲書(注一)三三二頁参照。

(68) 江頭・前掲書(注三一)三四六頁。

(69) 石井・前掲書(注一五)一七六頁以下。

(70) 別冊商事法務五一号三三一頁以下参照。

(71) 岩原・前掲書(注一)三一五頁参照。

(72) 前掲大阪高判昭和四二・九・二六(注六五)〔報酬の決定を完全に取締役会に一任〕、東京地判昭和三三・一・一三判タ七八号八二頁〔役員等の選任を議長に一任〕、今井宏・株主総会の理論(昭和六二年・有斐閣)一六三頁、等参照。

(73) 北沢正啓・前掲書(注三一)二九一頁、(反対、永井和之・会社法〔第三版〕(平成一三年・有斐閣)一七七頁)、福岡地判平成五・九・三〇判時一五〇三号一四二頁、東京地判平成七・九・二〇判タ九二四号二七一頁。

(74) 委員会設置会社(平成二六年法律第九〇号改正法施行後は指名委員会等設置会社に名称変更)の指名委員会・監査委員会・報酬委員会については会社法四一二条二項に、平成二六年法律第九〇号改正により設けられた監査等委員会の監査等委員会については会社法三九九条の十第二項に同様の規定がある。

(75) 出口正義「株主の議決権制限の法理」上智法学論集一九卷一号一四四頁、福岡博之「議長等・特別利害関係」金判五七二号四六頁、岩原・前掲(注一)三二六・三二七頁。

(76) 株主が死亡した場合、その保有株式は当該株主の一身専属権ではないため、相続人がいるときは、相続放棄が行われな限り、当該株式が相続人に一般承継される(民法八九六条)。株式が包括遺贈される場合も一般承継されと考えられている(民法九九〇条、中川善之助Ⅱ泉久雄・相続法〔第三版〕〔昭和六三年・有斐閣〕五四七頁)。また、合併会社の公開会社でない会社である合併当事者の一方が他社に吸収合併される等して、当該会社(吸収合併消滅会社)が保有する譲渡制限株式が吸収合併存続会社に一般承継されるケースもあり得る。高橋利昌・ジョイント・ベンチャー契約の実務と理論 ジョイント・ベンチャー研究会編著(平成一八年・判例タイムズ社)一一五頁。

(77) 大野正道「株式・持分の相続と企業承継法」竹内昭夫編 特別講義商法(平成七年・有斐閣)四五頁〜四七頁、相澤哲Ⅱ豊田祐子「株式(株式会社)による自己株式の取得」別冊商事法務NO.295 立法担当者による新・会社法の解説(平成八年・商事法務)四〇頁。

(78) 中村信男「譲渡制限株式の売渡請求制度と判例に見る問題点等の検討」早稲田商学四三八号二八四頁。

(79) 取締役会及び相続対象でない株式についても株主総会議で議決権を認められているわけではない。

(80) 石山卓磨・受川環大・酒巻俊之・中村信男「商法」判例回顧と展望2007(法律時報6月臨時増刊)一〇四頁。拙稿「譲渡制限株式売渡請求に係る売買価格決定の申立て」商事法研究(平成二〇年・ミロク情報サービス)六四号一九頁以下、来住野実「譲渡制限株式の相続人に対する会社の株式売渡請求権の行使期間の起算点」法学研究八二巻一〇号八七頁以下、参照。

(81) 詳細については、拙稿「共和証券株主総会決議取消請求事件」Monthly Report No. 63 (MJS税経システム研究所)一頁以下参照。

(82) 吉川信将「東京地判平成二一・一二・一五判批」法学研究八四巻一一号六三・六四頁は、判決前に東京地方裁判所民事第八部による東京地方裁判所商事研究会編著・類型別会社訴訟Ⅰ〔第二版〕(平成二〇年・判例タイムズ社)(注二三の前掲書の

会社法下における株主総会等の決議の取消しの訴え(酒巻)

旧版) 三八三頁、第三版(注二三)では三七八頁参照、においてのQ & Aの回答内容と合致し、同じ東京地方裁判所民事第八部による判決であるため、同書に則った解釈の判決となったと分析している。

(83) 吉川・前掲(注八二) 六五・六六頁。

(84) 大塚和成「第一審東京地判平成二三・四・一四判批」銀行法務21 No. 七三四 六五頁。

(85) 東京地方裁判所商事研究会・前掲書(注二三) 三七九頁。

(86) 菊池・前掲書(注二二) 六五九頁。

(87) 前掲(注四八) 参照。判例研究として、和田宗久「全部取得条項付種類株式制度を用いたスクイズアウトと株主総会決議の取消事由」Monthly Report No. 69 (MJS税経システム研究所) 二三頁以下がある。

(88) 山田和彦・株主総会ハンドブック〔第2版〕商事法務編(平成二四年・商事法務) 六一五頁。

(89) 前田雅弘発言・「新会社法の検討」別冊商事法務NO. 298(平成一八年・商事法務) 三九頁。

(90) ただこれらの種類株式は公開会社・委員会設置会社(平成二六年法律第九〇号改正法施行後は指名委員会等設置会社に名称変更)・平成二六年法律第九〇号改正により設けられた監査等委員会設置会社では発行できないので、比較的小規模な公開会社でない会社を対象とするため、解散する等の方策が取り易い。

(91) 国際石油開発帝石の拒否権条項付株式を経済産業大臣が取得している。ウィキペディア国際石油開発帝石(<http://ja.wikipedia.org/wiki/%E5%9B%BD%E9%9A%9B%E7%9F%B3%E6%B2%B9%E9%96%8B%E7%99%BA%E5%B8%9D%E7%9F%B3>)

(92) 前掲東京高判平成二二・七・七(注三五)、前掲大阪地判平成二四・六・二九(注三五)、等。

忠実義務と非業務執行取締役の考察

——米国の忠実義務の規範化概念と英国会社法の一般的義務、英国スチュワードシップ・コードとApproved Persons 制度等の接点——

藤 川 信 夫

はじめに

二〇一四年二月日本版スチュワードシップ・コードが再生・成長戦略の一環として導入された。また改正会社法が成立し、監査等委員会制度や社外取締役の要件等ガバナンスに関わる論点⁽¹⁾が中心を占める。今後はこの両輪でガバナンス改革は進められる。更にコーポレート・ガバナンス・コード策定も検討が進められ、非業務執行取締役の機能、義務・責任の検討が重要となる。共にコモンローである英国、米国においてコードの意識、信認義務の中核たる注意

義務・忠実義務の扱い等に関して異同点が伺える。我が国のコード策定に向けた課題と展望を問題意識の発端として、業務執行取締役の役割等の視点から米国忠実義務の規範化概念、英国会社法の一般的義務ならびに Approved Persons 制度などの統一的理解を図り、専門性ならびに積極的妥当性等に関して一定の試論を述べたい。

第一章 英国スチュワードシップ・コードと会社法改正

— Approved Persons 制度、非業務執行取締役と国際経営法の新展開 —

1. スチュワードシップ・コードと会社法改正ならびに非業務執行取締役

コーポレート・ガバナンス改革において、企業の経営陣に対して二〇一四年六月二〇日に会社法の一部を改正する法律案が成立し、また株主に対しては二〇一四年二月政府の成長戦略の一環として英国スチュワードシップ・コードを範とする日本版スチュワードシップ・コード⁽²⁾が導入され、機関投資家の責任として企業価値向上、持続的成長促進を通じた投資リターン拡大を求め、経営陣との建設的目的を持った対話(エンゲージメント)を促している。会社法改正の柱は監査等委員会設置会社などコーポレート・ガバナンス改革の対応であり、非業務執行取締役を柱とする英国型ガバナンスモデルと相似する面がある。

2. 英国スチュワードシップ・コードと Approved Persons 制度

こうした中で、英国に進出する我が国企業の関連子会社について、Approved Persons 制度が適用され、金融機関現地法人などにおいて問題となっている。二〇〇九年ウオーカー報告書では Consultation paper は発出されたが法的強制力を持たず、精神的な枠組みに止まり、内容面の補完から行為規制において CEO (Chief Executive Officer 最高業

務執行責任者)‘Chairman など key person は FCA の個別承認を受ける必要があるものとされた (Approved Persons)。⁽³⁾ 個人的資質を問われ、形式面でなく実質的な内容を求められる。本社の論行行賞によるローテーション人事・派遣では承認されない状況となっている。⁽⁴⁾ Approved Persons 制度は、二〇〇〇年発効の FSMA2000 (Financial Services & Market Act 2000) の section59 を根拠法令 (条項) として、現状では FSA (FCA/PR A) Handbook において詳細な規定がされる。⁽³⁾ ウォーカー報告書において Chairman や非業務執行取締役 (Non Executive Directors NED) の責任と役割強化、Risk Committee 設置などリスク管理態勢強化が提言されたが、当時の FSA は提言に基づき、コーポレート・ガバナンス・コード改訂の中で Approved Persons 制度の一部変更を進めてきた。リスク・マトリックスが問題となった公表事案として、我が国の損害保険大手の現地法人 Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) (8 May 2012) 事件がある。⁽⁴⁾

第二章 英国のコーポレート・ガバナンス・コードと非業務執行取締役

1. 英国のコーポレート・ガバナンスと非業務執行取締役、Approved Persons の交錯

米国型のガバナンス・モデルと異なり、我が国の改革とも親和性を有する英国のガバナンス改革における非業務執行取締役の役割をみていきたい。コーポレート・ガバナンス構造について英国会社法では会社機関は株主総会 (meeting)、取締役 (directors) とされる。⁽⁵⁾ Partnership 法理に基づく株主間契約的結合として、契約自由の原則により機関構成を弾力的に認める。⁽⁵⁾ 業務執行取締役 (Executive Directors ED)、監督を担う非業務執行取締役 (NED) に区別され、単層制取締役会制度 (unitary board) と称される。自己監査的構造を有し、監督機能が弱まる危険性がある。

また非業務執行取締役は実務上の概念に止まる。

単層制の欠点を克服すべく一九九〇年代に一連の報告書が公表され、監督機能強化、非業務執行取締役の明確化が進められた。かかる流れの中で Approved Persons 制度が徐々に形成されることとなる。統合コード (Combined Code) では監督機能、非業務執行取締役の独立性ともに不十分で、二〇〇三年ヒッグス報告書⁽⁷⁾が出され、米国連邦法のような政府介入でなく、自主規制を前提に検討を行った⁽⁸⁾。二〇〇三年統合コード改正により過半数は非業務執行取締役とした具体的基準が規定され、独立性が明確化された (改正統合コード A.3.1)。取締役の専門性につき研修規定は置かれたが、能力要件は設けられなかった。

2. 統合コード改正と UK Corporate Governance Code 2010・2012

——非業務執行取締役意義と Approved Persons 接点——

コード改正の契機は金融危機後の二〇〇九年一月ウォーカー報告書 (A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities final recommendations) である。具体的に非業務執行取締役の役割、要件を提案し、業務面でリスクを含め十分な知識と理解を備え (recommendation 1)、外部調査も含め正確な情報に基づき監督を行なうものとし、取締役会議長、非業務取締役に対する研修が必要となる。内部統制を含めリスク委員会 (the board risk committee) 設置が提案された (recommendation 23)。金融危機の原因が金融機関のリスク管理と内部統制の不足にあるとし、非業務執行取締役は個々の情報を理解する必要がある。監督機能向上のため、取締役に對し会社に関する知識や理解を求めており、独立性のみを求めた従前の考え方に加え、取締役の専門性を要求している。Approved

Persons 制度との整合性が意識される部分である。

二〇一〇年五月 UK Corporate Governance Code⁽⁹⁾に名称変更されたが、上場規則として強制力も統合コードと同等である。ウォーカー報告書を参考に規定の変更を行ない、五項目 (Section) に分け、リーダーシップ (leadership)、効率性 (effectiveness)、説明責任 (accountability)、報酬 (remuneration)、株主との関係 (relation with shareholders) とする。取締役会議長と非業務執行取締役の規定を分け、監督機能向上、責任の明確化を図る。構成員の過半数は独立・非業務執行取締役とされ、主要原則 (Main Principle A.4) により綿密に監督し、財務面と内部統制の適正の責任を負う。監督のための必要時間の確保が求められる⁽¹⁰⁾。取締役は必要なスキルと知識を備えなければならない。委員会委員である非業務執行取締役も一定程度の専門性や能力を備えるべき規定が追加され (main principle B.1)、監督に必要な能力、リスクに関する情報、知識の具備が要求される。研修の必要性、取締役会議長が取締役のスキルや知識を担保する規定も置かれ、財務報告評議会 (Financial Reporting Council FRC) 報告書では専門取締役 (Professional Director) とされる。単なる独立者でなく監督を行なう上で適切な能力を有する必要がある、Approved Persons 制度の接点といえよう。年次報告書で会社のビジネスモデルを開示し、取締役はビジネスモデルの説明義務を負う (C.1.2)。直近ではFRCから二〇一二年九月改訂版コードが発出され⁽¹¹⁾、Boardの強化、リスクマネジメントなどについて更に強化されている。

第三章 米国における法の拡張と柔軟性——責任制限、忠実義務などにおける規範化概念——

1. 法の拡張、効果的エンフォースメントと柔軟性維持——法と社会規範の相互作用——

米国はルールベースであり、コードは存在しないが、判例形成などにより忠実義務などで規範化概念の構築が進められる。英国コード、非業務執行取締役や Approved Persons 制度と交錯する領域でもある。英米法における法の拡張 (juridification) の相違⁽¹²⁾、効果的なエンフォースメントと柔軟性の維持の衝突を考える上で、社会規範の役割、法と社会規範の相互作用、規範の維持に法が役立つ場合などが検討される。

2. 英国・米国における法の拡張、効果的なエンフォースメント達成と柔軟性の維持

(1) 米国における法の拡張、社会規範と法の相互作用

米国ではエンロン事件等から自主的ガバナンスに対する信頼が揺るぎ、自由度の高い州会社法を補完するべくサーベンス・オクスリー法 (SOX法) 等が連邦証券諸法 (一九三三年証券法、一九三四年証券取引所法等) に加わった。英国は非制定法上の文書を維持せんとし、エンフォースメントを重視する立場と、エンフォースメント不足を柔軟性確保の代償とする立場の対立となる⁽¹³⁾。実効性の面では両国に実効性に相違があると一概にはいえない⁽¹⁴⁾。効果的なエンフォースメントと柔軟性の維持の衝突を考える上で、社会規範等の法以外の要素が無視できない⁽¹⁵⁾。社会規範と法は相互に作用する側面が認められる。

(2) 信認義務の役割、忠実義務の規範化概念と注意義務の境界、法の強制と裁判規範

米国における取締役の信認義務の法と社会規範の関わりについて、取締役の注意義務には責任の対象とならない広

範な会社行為の領域が存在する（注意義務のミステリー）。注意義務に関し、受認者の行為規範の水準と司法審査の審査基準（責任基準）の乖離が存在すること起因する。取締役の注意義務には緩やかな司法審査の基準が望ましいことを正当化する理由があるとする場合、行為規範自体が緩やかな司法審査の基準に合わせられないのが考察対象となる。¹⁶ また近時、loyalty および care という道德規範的語彙で表される信認義務において、社会規範の再発見とも呼ぶべき学問的探求が示されている。¹⁷

司法審査基準よりも厳格な取締役の行為規範が置かれる意味として、注意義務は法規範の典型というよりも、経営判断原則を伴い、法に依拠しない実現ルール・社会規範として把握できる見解もある。¹⁸ 取締役の責任免除規定を対象とし、忠実義務の再検討が試みられる。¹⁹ 会社法が loyalty、care など道德的語彙を引き継いでおり、社会規範と法の相互作用などの検討がされる。立法論としてデラウェア一般会社法一〇二条(b)(7)の忠実義務の責任免除の例外につき、取締役が直接または間接に違反から利益を獲得する場合、取締役が故意または思慮分別を欠いて (recklessly) 不当な行為をなした場合に限定するべく修正し、Lyman Johnson 教授は適正な忠実性 (due loyalty) の概念による絞りをかける。私見であるが、米国では法による作用が及ぶ部分が英国に比し多くなるとはいえ、信認義務を通じてコードの機能を実質的に果たしているのではないか、と思料される。

3. 責任免除規定の適用除外事由と注意義務ならびに忠実義務

(1) 責任免除規定の具体的な適用除外事由と信認義務

米国の信認義務の考察において、責任免除規定の適用除外事由との関連で注意義務と忠実義務の規範的側面の検討を進める。米国でも規範による規律づけが別の形で機能・発展したことを示し、忠実義務の概念と実際の扱いが鍵と

なる。従前は注意義務の概念を広くとり、重大な過失概念により緩やかな適用関係とし、反面忠実義務は狭くとり、厳格適用関係としたと理解されるが、忠実義務適用面でも規範的要素が窺え、拡張には適正な忠実性の概念を用いて歯止めをかけていると思料される。⁽²⁰⁾

責任免除規定の具体的な適用除外事由について、責任制限制度創設の契機は Smith v. Van Gorkom 事件 (Trans Union 事件)⁽²¹⁾ 判決であり、デラウェア州最高裁判所は取締役が十分な情報を得た上での判断 (an informed business judgment) をしなかったこと、合併承認手続きで株主の判断のために重要かつ十分な情報を開示しなかったと認定し、重過失 (gross negligence) による信託義務違反とした。D & O 保険危機と共に取締役救済制度の喪失として就任拒否が起こり、社外取締役確保が困難となった。⁽²²⁾ インディアナ州、デラウェア州などは責任制限制度を導入し、各州の会社法改正競争に繋がっている。

責任制限制度について、デラウェア法などは定款による減免として賠償責任額軽減 (limit) または全額免責 (eliminate) 規定を置く方式が多い。適用除外は、①会社または株主への忠実義務 (duty of loyalty) 違反の責任、②善意 (good faith) でないか意識的な違反行為 (intentional misconduct) もしくは悪意の法違反 (knowing violation of law) を伴う行わないし不作為の責任、③違法配当、違法な株式買受などの責任、④取締役が不当な個人的利益を得た取引に関する責任の四つである。重過失 (gross negligence) は除外事由に該当せず、責任制限の適用がある。デラウェア判例法では注意義務違反の責任を認定し、経営判断原則が適用されないのは重過失、重い違反のみで、通常過失は責任を問わない (重過失基準)⁽²³⁾。上記判決が重過失の賠償責任を認定したため、重過失違反の責任も制限することとした。しかしデラウェア法も重過失の明確な定義はなく、過失と変わりが無い。過失責任には過失の程度を問わず責任制限

が適用され、無謀あるいは故意の義務違反には責任制限の適用が除外される。デラウェア最高裁 Aronson v. Lewis⁽²⁴⁾ 判決において、経営判断の原則の適用がない場合を表す重過失の文言との統一的理解が困難となる。同判決の重過失の意味は理性的でなく取締役の裁量範囲を逸脱する場合であり、適用除外事由の②に該当する。その後も Aronson 判決を踏襲するものがみられるが、重過失基準によるとしつつ、通常過失により責任を認定した最高裁判例もある。

責任制限の対象は取締役のみで執行役には適用されない⁽²⁵⁾。金銭賠償のみに適用され、エクイティー（衡平法）上の救済たる差止命令（injunction）、無効・取消処分（rescission）は制限されず、株主の取締役解任権も影響しない。対会社・株主責任であり対第三者責任には適用されない。経済的損失の会社・取締役間の配分は株主・会社が決定でき、制定法・自動執行型でない定款方式の意義が存在する。定款による免責、制定法による責任消滅の場合、除外事由に該当しない限り訴は却下される。適用除外事由非該当の証明責任はデラウェア判例は affirmative defense（積極的抗弁事項）⁽²⁶⁾ として被告取締役に負わせる。制限条項に基づく防御は訴訟が長引き、無益で濫訴誘発に繋がりがかねないとの批判がある。

責任制限制度の評価について、注意義務基準の実質的消滅が窺える。責任制限の定款規定を採用しない会社は社外取締役が確保できず監視機能を弱め、全面的免責を選択すれば違反抑止力を失いかねない⁽²⁷⁾。理論的妥当性（rationale）として責任の公平性、注意義務基準の活性化と無益訴訟等の排除、D & O 保険の適正化が挙げられる。忠実義務違反の注意義務違反へのすり替えがなくなり、忠実義務違反への D & O 保険の不適用が徹底する⁽²⁸⁾。注意義務基準の損害補償、違反抑止機能の低下はあるが期待すべきでない⁽²⁹⁾。

(2) 忠実義務ならびに責任限定制度と監査等委員会

(イ) 責任限定制度と我が国の監査等委員会制度の敷衍

責任限定について改正会社法では、業務執行取締役等を除く取締役または監査役は社外取締役・監査役でないものも責任限定契約を締結できる(四二七条一項³⁰)。業務執行取締役等を除く取締役に係る最低責任限度額の算定に際して職務執行の対価の財産上の利益の額に乗すべき数は一とする(四二五条一項二号ロ・ハ)。社内取締役も非業務執行役員は責任限定の対象となり得るため、上記考察は規範形成において有用性を持つといえよう。

監査等委員会制度を採用する場合、利益相反処理における非業務執行役員と株主の役割分担が考察され、非業務執行役員拡充の法制整備が提案されている。私見であるが、米国型経営機構と異なり、改正会社法における非業務執行取締役を中核とする監査等委員会制度導入の意義付けにも繋がる。非業務執行役員の義務は注意義務もさることながら、忠実義務に力点を置くことが想定でき、規範的要素の整合性などが検討される。本来的に内包する規範的要素に力点を置けば非業務執行役員の責任追及の場面が増えるが、金銭的損害賠償は狭めて解釈し、厳格な無過失責任とする。更に非業務執行役員の役割を重視した改革を進め役割分担のあり方を設計する場合、抽象的に過ぎることを忌避するため適正な忠実性(due loyalty)なごうの概念を用いることになる。屋上屋を重ねることになり、抽象的文言によつて限定が実効性を持ちうるかは疑問無しとしないが、判例などの蓄積を待つ必要がある。

(ロ) 注意義務と忠実義務の境界の不明

会社法の忠実義務の理解において loyalty、care なごう道德規範が用いられ、社会規範としての取り扱い、法ルールの積極的意味が意識されている。利害衝突の存在を忠実義務と注意義務の区別の標識とする見解もあるが³¹。忠実義務

の充足と区別にも十分ではないことが判例法で示される⁽³²⁾。忠実義務の概念は明確なはずのところ、柔軟な規範的要素を含むが、損害賠償に関しては狭くして解釈する。デラウェア州一般会社法一〇二条(b)(7)の忠実義務の責任免除の例外として取締役責任を追及する場合、不当な行為などにより限定することで衡平法上の救済または限定された損害賠償を基礎づけ、他方裁判官は損害賠償を離れてloyaltyの規範意識により実務の改善に導くことが可能となる⁽³³⁾。

(ハ) 忠実義務と支配権争奪および自主規律

二つの義務につき、取締役の利害対立が標識(Flag)とはなるが十分でなく、忠実義務は厳格性よりも開かれた規範的構造として不分明さを内包する。個人的利益の対立の回避のみでは忠実義務を果たすには十分でなく、監督・開示についても注意義務から容易に遮断されない。取締役の開示義務は信認義務の誠実義務を含む義務の結合から生じる。

私見であるが、今後の我が国において、行動規範としてスチュワードシップ・コード、コーポレート・ガバナンス・コードの果たすべき機能・役割とも整合するものといえる。スチュワードシップ・コード導入の局面では、機関投資家の受託者義務が特に意識され、予測可能性、確実性の点から規範意識と合わせて客観性、具体性の要求の充足が必要と考えられ、上記議論とも共通する面が多い。忠実義務は広く把握され、他の義務との衝突、不分明な領域も発現する。それが具体化された経営の実際局面において、機能的に忠実義務の適用を図るには一定の規範概念による柔軟な仲介項が必要となる。それが規範意識であり、裁判官も取締役の説得を試み、また取締役側の自己規律付け、コンプライアンスなどの事前予防効果の発揮に繋がる。多様性を内包する忠実義務であればこそ、二〇一一年Southern Peru事件(デラウェア州衡平法裁判所)⁽³⁴⁾など支配権争奪に関わる判例における株主間差別化の動向とも整合

性ある機能を發揮でき、規範意識がメルクマールたり得るものと思料する。⁽³⁵⁾

(3) 責任限定制度と我が国法制的比較考察―執行役への適用、経営判断原則との異同―

米国の責任限定制度が我が国法制に与える示唆について考察したい。対会社責任に関する補償制度として、各州法は取締役等の勝訴の場合の裁判費用を補償するが、敗訴時の費用・賠償金等は補償しない。D & O保険の填補額は上限があり、責任認定判決が増加すれば保険料高騰などから救済制度の機能を發揮できない。事前の責任制限制度の必要性があり、全州の会社法が注意義務違反の金銭賠償責任制限を認める。責任制限論は米国法律協会⁽³⁶⁾ (American Law Institute ALI) が学説を継承しモデル制度を完成させた。通常過失の責任は事実上消滅し、注意義務基準は実質的に廃止された。米国における責任制限制度は除外事由に該当する場合を除き取締役金銭的賠償責任を全額負わせない一方、執行役に適用がなく責任の公平な負担、適切なリスクテイクを促す政策趣旨を反映していない。

我が国の責任制限制度導入に関して実用面で疑問が残る。米国では重過失による責任も制限の適用対象となる。重過失概念は各州において過失、過失の領域を超えた不誠実な行為、意図的なあるいは無謀な義務違反など悪性の高い反公序の態様として、適用除外となる行為態様の中間とされる。このため適用除外事由が重要となる。米国法は、制定法の不備をコモンロー(原則、裁判準則)、public policy(公的政策、公序)が充足し、判例により合理的結論が得られるが、事実認定により妥当でない結論を生じる可能性はある。

また経営判断原則については判例上形成されたが、ALI、模範事業会社法(Model Business Corporation Act)により条文化も試みられる。責任制限制度同様、過失による注意義務違反の救済機能を有する。経営判断原則適用がない事由として、ALIは誠実でない場合、忠実義務(公正取引義務)違反、判断が理性的(rational)でない、裁量権を逸

脱している場合とする。理性的でない、の用語は適用除外事由の義務の認識ある無視（無謀性）、会社に対する義務の放棄と同じともみられるが、デラウェア法の重過失には責任制限適用はあるが経営判断原則適用はなく、経営判断原則の統一的理解の曖昧さが指摘される⁽³⁷⁾。また経営判断原則は法令違反（コンプライアンス）には適用されない。責任制限は悪意でも、非難可能性の低い法違反であれば適用される点で経営判断原則と異なり、責任追及には経営判断原則よりも緩く働く。経営判断原則は事後的で判例準則のため適用にばらつきが生じやすく、監視義務違反に適用がないことが欠点となる⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾。ここに注義務違反に関する事前の制度である責任制限制度の意義が存在する。

第四章 米国における取締役の信認義務―グッドフェイスと新二分説など―

1. 信認義務における注意義務と忠実義務の序列関係ならびに問題意識

取締役の職務執行に際して、適切な動機・認識の意義をグッドフェイス（good faith）として考察する研究が進められ、信認義務の中の忠実義務（loyalty）、注意義務、グロス・ネグリジェンス（重過失）、権限濫用などの相互関係が検討される⁽⁴⁰⁾。定款の責任制限規定をもつても信認義務違反に基づく取締役の損害賠償責任を免除し得ないグッドフェイスを欠く行為の具体的意義について議論がなされる。

忠実義務は利益相反禁止義務に限定されず、会社利益の積極的増進に専念すべきことを取締役に求め、積極的作為義務（自主開示の義務など）を含むことが学説、判例で確認されている。他方、注意義務は積極的利益増進の動機を持つ取締役が動機実現のために注意、技能を尽くし、慎重に行動すべき義務を意味する。忠実義務の充足後に注意義務が成立する序列関係が認められるが、両者は渾然として司法審査される場面が存在する。利益相反関係は経済上の利

益相反に限定されないこと、個人的感情など金銭上の利害のない要因が動機となるときも忠実義務またはグッドフェイスの欠如に基づく忠実義務違反が問われる可能性があること、著しく拙劣な経営判断は取締役において会社の利益増進以外の動機の存在、自己の職責に対する無視・無関心の事実がグッドフェイスの欠如と評価され得ること、経営判断の質が司法審査の対象から除外されているといい切れないことも示される。

私見であるが、これらは米国において、グッドフェイスという誠実義務を忠実義務の下位的要求とする近時の米国⁽⁴¹⁾ Disney 事件判決の検討も含め、信認義務の考察に大きな影響をもたらすものといえる。我が国においても、参考となるであろう。主観的な規範領域を問題とし、注意義務と忠実義務の境界が不分明となり、忠実義務が柔軟性を有することで適用領域が拡大する反面、従前の注意義務のミステリー状態が本来厳格な忠実義務に及ぼす影響も検討が必要となる。他方、経営判断領域として経営陣の不可侵とされた戦略面の判断にも司法判断が及び、取締役の責任が問われることが想定される。その場合の本来的な監視責任の担い手はどうなるか、両方の義務が渾然化する中で注意義務のミステリーの解消に向かう側面があるのではないかなど論点を抱えている。コードの趣旨、英国会社法の取締役の一般的義務規定などと整合性を持ったコーポレート・ガバナンスのコンバージェンス（収斂）の中で顕現化した論点といえよう。

忠実義務の問題点として、⁽⁴²⁾ ①米国では総株主の利益の増進の観点から解して既存株主の利益を害する取引、株主間の差別的取扱いが忠実義務違反になり得ると解され、差止請求等の救済が認められること、我が国で会社損害を要件としない取締役に対する一般的違法行為差止請求を認めるべきとの議論に繋がること、⁽⁴³⁾ ②取締役が特に少数派株主に對して信認義務を負うとする根拠と内容の考察が行われていないこと、③グッドフェイスの欠如の状況として監視義

務懈怠があるが、判例・学説の整理が行われていないこと、法令遵守体制整備義務の検討が不十分なこと、④代表訴訟提起において、原告株主の事前の提訴請求の免除要件 (demand futility) に関するデラウェア州判例⁽⁴⁴⁾につき十分な考察がされないこと、⑤忠実義務に含まれる競業避止義務についての説明がないこと、⑥信認義務規範に関し契約論者の見解が検討されることが指摘される⁽⁴⁵⁾。

2. 取締役のグッドフェイスに関する考察

(1) 取締役のグッドフェイス

グッドフェイスは会社の正当な利益増進のためという認識・心理状態 (state of mind) を取締役が有すること⁽⁴⁶⁾、その欠如は認識を欠くこと、正当な利益増進のためではないと認識していることである。一九九六年デラウェア州衡平法裁判所で示されたものである⁽⁴⁷⁾。忠実性の欠如とは相似性があり、忠実義務違反を経済的な利益相反に限定しない議論から、質的相違の意味合いが失われつつある⁽⁴⁸⁾。

(2) 経営判断原則の保護が及ばない場合の公正性の立証とグッドフェイス

取締役の責任追及、違法行為の差止等を求める原告から経営判断原則の五類型の該当事実のいずれかを欠く行為であるとの一応の (prima facie) 証明がされれば経営判断原則の保護は及ばない⁽⁴⁹⁾。原告請求に一応の理由があるとして正式事実審理 (trial) に入る。利害関係を有する、またはグッドフェイスの欠如の事実⁽⁵⁰⁾は忠実義務違反の根拠事由となり、注意義務違反を構成すると考えられるものに比べ重視される。被告取締役側から積極的抗弁 (affirmative defense) による訴え却下の申立てが行われると、本案審理前に被告申立てを認容する判決⁽⁵¹⁾が出される。経営判断原則の保護が及ばない場合、公正性の立証義務が取締役に課される⁽⁵¹⁾。完全な公正性 (entire fairness) として要求水準は高

い。グッドフェイス (good faith) 遵守義務とは次元が異なり、峻別すべきものとなる。

(3) 忠実義務とグッドフェイス

忠実義務と類似概念の同質性が問題となる。忠実義務違反の主張がされ、グッドフェイスの欠如、または利益相反の疑いが原告により一応立証され経営判断原則の保護が及ばない場合、注意義務違反同様に取締役は客観的または本質的公正性に関する厳しい挙証責任が課せられる。忠実義務違反行為の是正・救済として、取消し、取締役の報酬請求権の否定、取締役が得た財産にかかる擬制信託 (constructive trust) の設定が挙げられる。⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾

(4) 忠実義務違反行為の類型

注意義務と忠実義務は性質上異なるが、⁽⁵⁴⁾境界は明瞭でなく、監視懈怠など同一行為が両方の義務違反に該当すると判例もある。⁽⁵⁵⁾ 忠実義務違反の定義・基準はなく、会社に対する詐欺行為、バッドフェイスの行為、自己取引・利益相反取引、収賄行為などの例示的な判断基準があるに過ぎない。会社の最善の利益の実現という動機に基づかない行為が忠実義務違反行為となる⁽⁵⁶⁾ところ、曖昧であり、会社利益の積極的または消極的侵害行為を忠実義務違反として認定する傾向がみられる。⁽⁵⁶⁾ 利益相反取引のほか、損害発生⁽⁵⁶⁾の懸念を知りつつ開示しなかった不作為も含まれる。私見であるが、この点は我が国法制度において消極的妥当性にかかる領域であり、米国判例法における Red Flag の機能する接点となり得る。忠実義務と法令遵守体制、即ち消極的妥当性の経営判断であつても、経営判断原則が機能し得ない部分となり、健全性・コンプライアンスと同様に取り扱う境界線となろう。

支配権争奪の介入につき、取締役の地位保全を主目的とする行為は忠実義務違反となる。⁽⁵⁷⁾ 利益相反回避という狭義では把握されない。⁽⁵⁸⁾ 敵対的買収防衛における取締役の対応は第一段階の忠実義務、第二段階の注意義務の二つを含む

(ユノカル事件)⁽⁵⁹⁾。私見であるが、米国法に関して、権限分配論に基づく知見であり、この場合は取締役における主観的な要件でなく、客観的な要因で判断していることになる。グッドフェイスの面からは問題なくとも、忠実義務の点で取締役の責任を追求することとなるが、三分論に近接した論拠となろうか。Southern Peru 事件にしても同様の類推が及ぶことが考えられる。忠実義務は対象領域を広くして把握ができるが、なおグッドフェイスとは異なる存在ということになる。

(5) 忠実義務違反に対する完全な公正性の立証責任

忠実義務違反の主張に対し損害賠償責任を免れ、差止請求等を回避するためには取締役は完全な公正性を立証する必要がある⁽⁶⁰⁾。独立取締役で構成される特別委員会から情報提供を受け承認が行われた事実を主張すれば、立証責任は原告に転換される⁽⁶¹⁾。私見であるが、この点からも今後の我が国法制において、非業務執行取締役に係る忠実義務に関しては、正しい経営判断を行うことが可能となる情報入手の確保、権限内容が規定されることが重要となる。差止請求権に関して、非業務執行取締役が担う差止請求権と忠実義務違反における外部株主などからの差止請求権の両面から検討することとなる。非業務執行取締役は業務執行を行わないが戦略面では参画するとみられ、忠実義務は経営判断の前提として位置付ける限り、非業務執行取締役も差止請求権の対象となり得よう。積極的な業務展開にかかる戦略策定の決定場面で止めることができなかった点に企業価値向上を図るべき非業務執行取締役の忠実義務違反を観念する。英国スチュワードシップ・コードに関わる近時の Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) (2012) 事件、HBOS (Halifax Bank of Scotland) 事件⁽⁶²⁾などは取締役の忠実義務違反として検討する余地もあろう。

3. 取締役のグッドフェイスと信認義務三分説

(1) 運営のプロセス化と取締役の義務

社外取締役が多数を占めると公開企業では忠実義務違反による損害賠償責任が認められる事例が減少した⁽⁶³⁾。法令遵守・内部統制体制整備が進められ、二〇〇二年SOX法(米国企業改革法)により内部統制監査・報告書作成がフォーラム提出会社に義務づけられた。客観的検証可能性から業務執行過程をプロセス・透明化する傾向が高まり、利害関係のない取締役が業務執行プロセスに従っていることで注意義務履行の客観的裏付けの事実となる。反面、プロセスとして具体化されないが取締役に期待されている行動は何かという疑念が残る⁽⁶⁴⁾。グッドフェイスの議論はプロセス化された経営環境における義務規範、信認義務の統一的理解において有用となる⁽⁶⁵⁾。私見であるが、今後の我が国法制において、忠実義務の規範化に関してはグッドフェイス概念が中核をなし、エンロン事件、サブプライム金融危機などの不祥事がモニタリング型機構を徹底しても防止できなかったという病巣を根治するものとなる。鍵となるのは機関投資家・株主、経営陣双方における企業価値最大化に向けた規範の向上であり、米国ではコードが根付かないのであれば判例形成による規範化概念導入が実際となる。グッドフェイスにかかる議論が参考となるが、グッドフェイスのみでこと足りるのか、戦略的リスクマネジメント(ERM)の要素を充足させるための今後の検討が必要となる⁽⁶⁶⁾。

(2) 不適切な経営判断に対する責任追及とグッドフェイス

原告の責任追及において忠実義務違反、定款による責任減免の対象外ということが明白でない限り、実質的な責任減免の対象外行為としてグッドフェイスの欠如を主張する。請求原因の選択となる忠実義務違反(利益相反)、注意義

務違反（経営判断プロセスの過誤）以外にグッドフェイスが注視される所以となる。定款の免責もなく帰責性が高く、忠実義務違反との境界領域に位置する。グッドフェイスを欠く注意義務違反行為は、取締役が免責されず、保護の適用対象外である点から忠実義務違反に近接するが、利益相反がないという点では狭義の忠実義務違反とはいえない。免責されない点では注意義務違反ともいえない。独立義務として信認義務の第三類型とする見解が成り立ち得る。他方、忠実義務の本来的意義は利益相反禁止よりも積極的利益増進にかかる取締役の動機の保持であるとすれば、グッドフェイスを欠く作為・不作為は忠実義務違反の範疇に観念される。⁶⁶

(3) 信認義務三分説とグッドフェイス

一九九三年デラウェア州最高裁判所判決は信認義務を忠実義務と注意義務、グッドフェイスの義務の一体（triad）としてとらえる。⁶⁷ 他方二〇〇一年二月衡平法裁判所判決は伝統的信認義務二分論から忠実義務の一部と明示した。⁶⁸ アイゼンバーグは独立の義務として次の通り観念する。⁶⁹ ①会社に法令違反行為をさせない、②自主開示、③恣意的手続を通じて機関決定を受けない、④金銭が絡まなくとも不正な動機を持たない、⑤自己の職責を事実上無視する態度をとらない義務である。私見であるが、今後の我が国法制において、責任規範もさることながら行為規範としての機能に着目した点で名宛人こそ違えどスチュワードシップ・コードと共通性があり、健全性のみならず、効率性の是非の判断を含めることで経営判断領域に踏み込むという特色を有する考え方である。消極的妥当性か、企業価値最大化のための積極的妥当性も対象領域とするか検討が進められよう。我が国のコーポレート・ガバナンス・コード策定にかかる領域の対象となろう。これらの内容は我が国において忠実義務あるいはグッドフェイス義務の規範化概念としてコードあるいはガイドブックを実際に策定する場合の参考となる。グッドフェイスはコーポレート・ガバナンスの観

点でいえば、妥当性ないし効率性の面で積極的妥当性、消極的妥当性の分水嶺となるといえよう。

(4) 新二分論とグッドフェイス

信認義務三分説と二分論の議論は二〇〇六年デラウェア州最高裁判所が新二分論の立場をとり、一応の収束をみた。グッドフェイスは忠実性の副次的要件に過ぎないとして三分説を否定する見解は、伝統的二分論と異なり、忠実義務ないし忠実性を広義に解し(新二分論)、会社の最善の利益を増進する積極的な行動を求める義務として構成され、会社の利益を侵害してはならないという要請が内包される。⁽⁷¹⁾グッドフェイスの機能は、グッドフェイスを欠く作為・不作為について定款の免責を認めないデラウェア州会社法一〇二条(b)(7)が各州法で設けられ、経営の不手際のある取締役の責任追及として原告株主が利用せんとすることにある。⁽⁷²⁾信認義務三分説、新二分論とも、業務執行面のグッドフェイスの意義を会社利益実現に貢献すると認識する点で大きな相違はない。新二分論は、忠実義務を利益相反禁止のみならず、広義の義務として把握する。⁽⁷³⁾

私見であるが、我が国において従前は上場・公開企業における社外取締役の数が少なかったところ、近時徐々に増加しつつあり、社外取締役を含めた取締役全体の義務を考察する場合、不作為のみならず、上場・公開企業の実際としても倫理・規範的観点からの義務概念を導入する必要性が高まりつつある。スチュワードシップ・コードが企業価値最大化の観点から機関投資家が採用すれば、経営者にも同様の規律づけが以前にも増して必要となる。コーポレート・ガバナンス・コードの策定と共に、⁽⁷⁴⁾米国型の法制度を基礎とする我が国とすれば、法規範・裁判規範の面でも平仄を合わせた検討が必要となろう。コードが事後的裁判規範として機能するかどうか、判例形成を待つのか、その間の規律づけとエンフォースメントなど整理すべき課題は多い。

4. Red Flag とグッドフェイス義務の接点

私見であるが、今後我が国において、行為規範 (code of conduct) としてコーポレート・ガバナンス・コードを策定する場合、行為規範と責任規範の境界をいかに認識するか、米国判例法上の Red Flag (危険な徴候) が示された場合に関する経営陣の責任が考察されるが、⁽⁷⁵⁾ さらに故意または未必の故意を持ち無視する場合に両説のいかなる立場に立つにせよ、信認義務違反を生じる可能性があることとなる。Red Flag とグッドフェイス義務の接点といえる。Red Flag は消極的妥当性の局面においてコンプライアンスとの境界線を形成し、経営判断原則の適用を受けない場面が想定される。グッドフェイスの義務の場合、積極的妥当性をも対象領域とする規範概念であるため両者は完全に重複するものでなく、重なる領域が存在する。Red Flag は、積極的妥当性、消極的妥当性のうち、消極的妥当性において機能しうるものでコンプライアンスとの接点となる。経営陣が Red Flag を看過する場合、コンプライアンス違反に近似し、経営判断原則は適用されない。取締役の責任追求において、範囲が狭められ、明確さを伴うものといえる。この点が責任追及側としては利点となろう。

他方、グッドフェイスの義務は作為・不作为も含むが、欠如した場合、直ちに信認義務違反とならず、忠実義務・注意義務違反の責任追及の前提要件となる。Red Flag と Red Flag 違反義務は観念されず、この点で同一であるが、グッドフェイスの義務は概念自体が広範であり、これ自体行為規範となる。従ってコーポレート・ガバナンス・コード策定の対象の一つとなる。責任追及のため経営判断原則適用を排除するには、別途故意要件などが必要となる。これにより法規範性を備えることになる。責任追及の方策たり得る点では同一であるが、Red Flag との相違点は規範として、元来内心面の主観的、抽象的な概念という点である。他方 Red Flag 自体は具体的な徴候として把握され、

客観的要素が強い。Red Flag は主観的要素を補完することで容易に裁判規範たり得るが、グッドフェイスの義務は単独では信認義務違反に結びつくとはいえない。会社利益の向上という積極面を存在根拠とする点で Red Flag と相違がある。両者の関係は重複し近接もするが、独自の作用領域を有する。グッドフェイスの義務は今後の判例形成など絞り込みが求められよう。

第五章 英国における取締役の注意義務ならびに一般的義務の考察

1. 英国における取締役の注意義務と非業務執行取締役

英国では取締役の注意義務について、①主観的基準から客観的基準を加えた二重基準へと判例法が変更されていること、②小規模会社において取締役の注意義務基準を客観的基準により引き上げる効果をもたらすこと、③上場会社など大規模公開会社では、統合規範の影響などから、非業務執行取締役を含めて取締役の専門性が高まり、注意義務基準が主観的基準により引き上げられていることが指摘される(注)。私見であるが、③は Approved Persons 導入と軌を一にする動きであり、規範意識としての主観的要素が重視されつつあることを示している。監督当局による恣意性の入り込む余地の拡大を示唆しているようが、我が国では総じて経営陣の主観的な規範意識は英国、米国よりも高いという素地がある。我が国ではスチュワードシップ・コードが出された現在、寧ろ、客観的なガイドラインなどを含めたコーポレート・ガバナンス・コードの発出が待たれる所以となろう。

英国では非業務執行取締役の注意義務基準は通常よりも高度とされ、統合規範は裁判官の判断指針として機能し、我が国の有益な示唆となる(川島いづみ教授⁷⁶)。非業務執行取締役の役割が高まり、義務の高度化、法規定整備、解釈

の進展が進められる。二〇〇三年改正統合規範はヒックス報告書を取り入れ、全ての会社は会社の成功に全体として責任を負う効率的取締役会によって指揮されること、健全な内部統制の維持、取締役会と業務執行者の責任の区別、取締役会議長と最高業務執行責任者（CEO）の兼任と横滑り人事の原則禁止を規定する（第一条A.4.2）。非業務執行取締役は戦略的提案の建設的意見、経営者の業績評価、業績報告の監視、財務情報の健全性、財務統制・リスク管理の健全性と正当性（robust and defensible）を確信しなければならない。業務執行取締役の適度な報酬水準決定、選解任、後継者決定プランに役割が期待される。「非業務執行取締役の責任に関するガイダンス」注意、技量および勤勉」附則Bでは業務時間の少なさを考慮し、研修、説明・専門家助言等が規定される（A.5.1, A.5.2）。業務知識、経験の不十分さはい訳にはできない。私見であるが、このような英国コードにおける横滑り人事の原則禁止の方針は、親子会社関係における本社のローテーション人事を認めない Approved Persons 制度と同趣旨のものといえよう。

2. 注意義務と一九八六年倒産法二二四条、一九八六年取締役資格剥奪法

二〇〇六年会社法は第一〇編第二章一七〇―一八一条「取締役の一般的な義務」（general duties of directors）が規定された^{②7}。主目的はコモローたる判例法の成文化化である。①取締役が会社利益より自己または第三者の利益を優先する可能性に対する義務、②取締役が任務を懈怠する（be negligent）可能性に向けられた義務とされ、異質説の唱える忠実義務、善管注意義務に対応する。信認義務違反同様、責任追及の根拠となる（二七八条一項二号）。第一七四条は善管注意義務に相当する内容で、①取締役は合理的な注意、技量および勤勉と（reasonable care, skill, and diligence）を備える義務を負う。②合理的注意力のある者により行使される注意と技量を意味する。その程度は取締役と同様の役割を果たす者に合意的に期待される一般的な知識、技量、経験、ならびに当該取締役が現実には有する一般的な知識、

技量、経験である。裁判所は当該取締役に対して合理的に期待される技量以上に高い水準を要求しなかった(主観的基準)が、コモンローは倒産法 (Insolvency Act 1986) 一一一四条を反映し、⁽⁷⁸⁾ 注意義務に客観的基準を含める方向にある(二重の基準 dual objective)。一方、代表訴訟規定は少数派株主への詐欺的行為について明確化され、継続許可制度により濫訴の歯止めをかける。取締役資格剥奪法 (the Company Directors Disqualifications Act 1986) は、倒産手続き過程で清算人等の申立により経営関与が不適任と判断されると裁判所が一定期間取締役の資格剥奪命令を発する。⁽⁷⁹⁾ 同様に厳格化の方向にある。

3. 英国会社法一七二条の一般的義務(会社の成功を促進すべき義務)

(1) 英国会社法の一般的義務

英国二〇〇六年会社法第二章では信認義務と注意義務を含め、会社の成功を促すべき義務(一七二条)として一般的義務を規定する。⁽⁸⁰⁾ 単なる株主企業ではないとの株式会社観が背景にある。影の取締役 (shadow director) も負う(一七〇条五項)。一九九八年法律委員会、スコットランド法律委員会の共同報告書で受託者の義務 (fiduciary duties) に関して制定法化が勧告された。第一七〇条は取締役の一般的義務(一七一条—一七七条)が会社に対する義務であり(二項)、利益相反回避義務と第三者からの利益取得禁止の義務(一七五条、一七六条)が取締役退任後も適用されるところ、一般的義務が由来する判例法上の義務について規定する(一二四項)。具体的に、定款を遵守し権限の範囲内において行わすべき義務(一七一条)、会社の成功を促進すべき義務(一七二条)、独立した判断を行うべき義務(一七三条)、合理的な注意・技倆・勤勉さを用いる義務(一七四条)、利益相反回避義務(一七五条)、第三者からの利益受領の禁止義務(一七六条)、会社との取引に対する利害関係の開示義務(一七七条)の七つが定められる。会社の成功を促進す

べき義務が注視され、義務の履行において株主以外の従業員、取引先、地域社会等の利害関係者 (stakeholder) の利益を考慮する必要がある⁽⁸¹⁾。信認義務のうち規範的とされる注意義務について概念を一般化するためには、前提として今後プリンシプルベースの基礎の確立あるいは詳細なルールブックの策定が必要となり、二〇〇六年改正後の英国の金融危機を踏まえた今後の動向が注視されよう。

(2) 一般的義務の内容

第一七二条の会社の成功を促進すべき義務 (Duty to promote the success of the company) の内容は、取締役は社員全体の利益のために会社の成功を促進する可能性が最も大きいと誠実に考えるところに従い行為しなければならない。考慮すべき事項として、(a) 一切の意思決定により長期的に生じる可能性のある結果 (長期的意思決定の結果) (the likely consequences of any decision in the long term)、(b) 会社従業員の利益、(c) 供給業者、顧客その他の者と会社の事業上の関係の発展を促す必要性、(d) 会社事業のもたらす地域社会および環境の影響、(e) 会社が事業活動の水準の高さに係る評判を維持することの有用性、(f) 会社の社員相互間の取扱いにおいて公正に行為する必要性 (一項) を掲げる。

4. 英国の一般的義務と米国の忠実義務の比較考察ならびに我が国の俯瞰

英国における取締役の一般的義務規定は、株主価値から企業価値の観点への転換を図るものであり、企業の所有者が株主であるという伝統的なコーポレート・ガバナンス理論から脱却し、顧客、従業員、地域社会などを含むステイクホルダーの利益を考慮した新たなガバナンスモデルへの転換を図るものといえる。企業の社会的責任 (CSR) の議論にも繋がる。予てから企業経営論では唱えられていたところであるが、会社法において取り込んだところに意義がある。社外取締役の要件強化にしても、独立性強化、また実質的な効用を高めんとしてもルールベースの文言面の

修正に終始してきた感があり、エンロン事件後の米国SOX法も然りであろう。プリンシプルベースの規範を法制化した規定として、従来のガバナンス関連規定とは発想が全く異なる。米国ではコード概念は受容されなかったため、忠実義務などの一般的規定に関して、判例法の面から規範化が進められるが、会社が誰の利益のために経営されるべきかを企業社会の観点から明示すること、利益相反に関するルールの厳格すぎる取扱いの見直しを図ることという視点は英国と同様であろう。今後の問題点は、同じく一般的規定である米国の注意義務が経営判断原則適用により事実上骨抜きにされてきたことを鑑みて、米国の忠実義務あるいは英国の一般的義務が適用において緩和され過ぎないか、懸念が残ること、そもそもエンフォースメント面の対応が不明であること、Approved Personsのようにコンプライアンス強化の観点から事実上のエンフォースメントを強めるようになれば詳細なHand Bookによるルール化の揺り戻しにならないか、少なくとも企業側の事前の防衛 (lines of defense) としつつはHand Bookは最低限、企業が処分を受けないための要件を定めたルールとならざるを得ず、コードの主旨を没却させることになりかねないことが掲げられる。⁸²⁾

一般的義務について、ソフトロー主体の英国におけるハードロー内の調整・揺り戻しといえる。懸念材料はあるものの、一般的義務の内容は我が国の場合、主として日本版コーポレート・ガバナンス・コードにおいて柔軟に調整を図り、ソフトローの接点ともいえる金商法、上場規則等で補完することになろう。コモンローといいつつ、内容の相違する英国、米国の法制度の狭間にあって二つの日本版コードは米国型モニタリングモデルとしてのシェアホルダー・タイプ、ドイツ型ステークホルダー・タイプ等のいずれとも異なる日本型経営に親和する独自の企業価値モデルを指向する試金石となる。ガバナンスの実質的なコンバージェンスの流れを促進させるものともなろう。

5. 非業務執行取締役の注意義務の高度化と二重基準、今後の展望

英国ではコモローと判例法上、非業務執行取締役の特有の義務はなく法的に未発達である⁽⁸³⁾。非業務執行取締役に専門性と能力を要求する規定は取締役の責任に影響を与える可能性がある。the Secretary of State v. Swan and North 事件、Commonwealth Oil and Gas Co. Ltd. v Baxter 事件など非業務執行取締役に係る判決を経て、監督義務違反など注意義務 (duty of care and skill and diligence) 違反につき主観的基準 (subjective standard) に依拠した判例が転換するのは一九九一年 Norman v. Theodore Goddard 事件⁽⁸⁴⁾、一九九三年 Re D'Jan of London Ltd 事件判決⁽⁸⁵⁾である。客観的基準を適切として専門性を求め、取締役の責任を加重した。二重基準に対しては責任を厳格化し、取締役の確保が困難になる懸念が示される⁽⁸⁶⁾。また取締役資格剥奪制度は不誠実 (dishonest)、事業倫理 (commercial morality) に反する行為、著しく無能な場合に対して不適任と判断するものであるが、注意、技量および勤勉の義務について厳格化の方向にある⁽⁸⁷⁾。非業務執行取締役の適用として一九九六年 Continental Assurance Co. Ltd of London plc 事件判決⁽⁸⁸⁾は銀行家など (a banker and corporate financier) の経験に基づき高水準の行為基準の充足を求めている。

上記の通り、英国では二〇〇六年会社法改正によって専門的知見を備えたものは高レベルの主観的基準が適用される。統合コードの要求もあり、再び主観的基準は引き上げの機能を果たすこととなる。客観的基準も小規模会社に比して高度となり、公衆・市場の期待を反映する。大規模公開会社で業務執行取締役の業務執行の信頼性も問題となり、客観的指針、柔軟な解釈の可能な規範が求められよう。統合コードでは独立・非業務執行取締役は最低一人は財務上の経験を求められ、注意義務基準は高度となり、裁判官の判断指針として機能する。私見であるが、今後我が国において、非執行業務取締役を中心に、具体的な事案毎に柔軟な対応が求められることとなるだけに米国の忠実義務の規

範化概念、英国の一般的義務、注意実義務の考察は重要となる。米国では注意義務が経営判断原則などによって骨抜きとされ、忠実義務において厳格な適用がされる中、グッドフェイスの義務という注意義務や忠実義務の違反を問う場合の前提ともいえる規範的意識の扱いが焦点となってきた。米国ではコード概念を受け付けまいとされ、規範概念を内包しうる注意義務、忠実義務において問題意識が先鋭化したものであろう。対して英国ではコモンローにより判例掲載がされ、コードによる規律づけがされたが、金融危機などを経て柔軟な対応よりも厳格適用のための法制度整備がなされてきた。二〇〇六年改正による注意義務の規定導入もその一環であらう。並行して、会社機関に対する規律と共に、機関投資家に対するスチュワードシップ・コード策定により、長期的企業価値に関する投資家・株主の意識の改革が並行して進められている。一般的義務は、個々の取締役でなく全体としての取締役会の果たすべき会社の成功に向けた責任・義務となるが、前提として個々の経営陣においても事前の就任段階において、従前からの注意義務に関する判例によって形成された行為基準の達成を求めるべく、コードにより対象を拡大して Approved Persons 制度を強化しつつあるものと思料される。英国では、総合的な施策の集合をもって企業価値向上と健全性の維持を目指しているといえよう。金融危機は発生していない我が国として、法制度でなく、米国のように規範化概念による柔軟な適用を図るべく、コードによる規範を受け付けまい米国とも異なるものとして、コーポレート・ガバナンス・コード策定に落とし込むことが想定されよう。

第六章 二重基準と非業務執行取締役、Approved Persons

1. ガバナンス・コードの影響と二重基準ならびに非業務執行取締役と Approved Persons

英国における注意義務に係る二重基準について、近時のガバナンス・コード改正が基準に影響を及ぼすことが考えられる。従前は主観的基準の補完のため客観的基準が有用とされたが、抽象的に把握されてきた取締役の専門性、能力の内容が具体的に示され、取締役の認識を基準に判断することで主観的基準により判断基準の実質的引き上げが図られる可能性がある⁸⁹。私見であるが、英国では主として注意義務の領域において判例・議論が多いが、信認義務を頂点とする米国と異なり、我が国では善管注意義務の概念が最上位にあることとパラレルに理解できよう。米国では注意義務に加えて忠実義務のグッドフェイスの義務の境界あるいは異同に関する議論・判例が多く出されるが、英国ではこうした領域の規範はコード概念において示され、上場企業に対する縛りとなり、更に二〇〇六年会社法改正による一般的義務の関連として明確にされ、包摂されてきていると理解されよう。

the Secretary of State v. Swan and North 事件判決⁹⁰は取締役会副議長、監査委員会委員長を兼ねた非業務執行取締役に対して知見があり財務担当取締役の情報を信用するのみでは足りず、自ら適切に監督する必要があること、十分に監督しない場合責任を負うことを判示した。客観的基準の補完のための主観的基準へ機能的変化がみられる。監督機能の高度化と共に非業務執行取締役の注意義務は変容し、最低基準としての客観的基準、主観的基準は(a)専門家、(b)ガバナンス・コードにより一定の知識や能力を要求される取締役に対する上乗せ基準となる。構成員の質の面から適切な監督機能を求めることになる。

私見であるが、(b)の部分が、Approved Persons に係る領域であるが、英国において、その適用対象は経営陣に加えて拡大傾向がみられる。即ち取締役を対象とする制度に止まらず、独自の制度・基準としてスチュワードシップ・コード、コーポレート・ガバナンス・コードの多重・重畳適用の可能性と共に適用領域を拡大しつつあるといえよう。海外金融資本の英国現地法人に対する適用など上場企業に限定した適用に止まらない。また Approved Persons に対する要求事項は専門性に止まらず、誠実さなどの規範概念も含んでいる。米国ではコードが存在せず、判例による忠実義務などの概念化で柔軟に取り込んできたとみられる。英国における注意義務の検討過程での二重基準を枠を超えてきた問題といえ、米国では忠実義務あるいはグッドフェイスの義務として理解されてきた部分であり、英国ではコードが担う領域といえる。英国では会社法規定、取締役の注意義務に関する判例形成、コード規範等との整合性をいかに保ちつつガバナンス規律を保っていくか、注視されることとなる。

コード改正により取締役会は独立性のほか、専門性や能力を課す規定も整備される。独立性の追求のみでは業務監督は困難であり、独立性と相反する面も指摘される。非業務執行取締役の注意義務に専門性や能力を求められ、その場合主観的基準により責任が厳格化されるため、候補者減少、D & O 保険が問題となる。取締役責任免除制度も検討される。⁽⁹¹⁾

我が国判例では経営判断原則適用においていかなる取締役が具体的に想定されているか、明らかではない。主観的基準を含む二重基準の採用が提唱される。⁽⁹²⁾ 我が国においてコード、上場規則などソフトローにより専門性や能力を課す規定を置くことも考慮される。責任制限など事後的段階でなく、監査役を含む非業務執行役員監査役、更に社内非業務執行取締役について、各々注意義務違反の判断レベルに合わせた検討が望まれよう。

2. Approved Persons と二〇〇六年改正会社法一七二条の符合

(1) Approved Persons に求められる資質と行動規範

Approved Persons に求められる資質について掲示しておきたい。FSA Handbook における Threshold Conditions Code (CON D) が策定され、Approved Persons の内容を規定し、対象企業を拘束する。第一に Principles として、integrity、説明可能な機能としての skill、care and diligence、市場規範の遵守、FCA・PRA など規制機関との open、co-operative な deal、情報の適切な開示、説明可能で重要な影響を及ぼす機能 (accountable significant influence function) を実践する Approved Persons が効率的統制に向けた合理的段階を踏んでいることなどが求められる。当局主導かつ通常監督が重視される。

(2) Approved Persons と二〇〇六年会社法一七二条の符合

第一七二条の内容について、七つの一般的義務の中で独立した判断を下す義務により、休眠取締役 (sleeping directors)、影の取締役に影響があらう。取締役に期待される注意、技能および努力 (care, skill and diligence) の程度は、合理的に期待してよい一般的な知識、と当該取締役に有する一般的な知識、能力および経験を合わせる。合理的な注意、能力、努力を行使する義務は Approved Persons に対する Principles and Code の内容と符合する。Approved Persons の要求水準もまた主観的・客観的の両面から構築されているのか。

3. 社内・非業務執行取締役の機能発揮、監督機能と監査機能の一元化

監査等委員会設置会社制度導入により経営機構の選択肢が増加し、企業側は企業価値向上、持続的成長に向けて説明責任が高まった。取締役は社内外の区別なく付議事項には一律の責任を負うとする裁判例が増加しているが、監査

等委員会設置会社の選択により対処可能となる。⁽⁹³⁾ 社外取締役における業務情報収集・調査権限の不備是正が求められる。⁽⁹⁴⁾

また監督機能と監査機能の一元化が提言される。⁽⁹⁵⁾ 監査等委員会設置会社では監督機関は監査等委員会を含む取締役会であり、監査機能は監督 (supervisory) 機能の一部となる。監査等委員は職務執行の監査・監査報告書作成、会計監査人の選解任・不再任に関する議案内容決定を行う。調査権限は監査等委員会に一元化され、情報収集権限と監督権限の一体化によりリスクマネジメント、内部統制部門の連携も進展する。健全性・コンプライアンス維持など事前予防の観点から、独任制を前提とする監査役機能である違法行為差止請求権も監査等委員会設置会社は確保される。監査役・監査委員会の監査は広義の監督 (supervisory) 機能として理解でき、⁽⁹⁶⁾ 実際にも主要機能は情報収集、業務執行監視、提言、監査法人の利益相反調整である。私見であるが、我が国の今後の法制度を検討するに当たり、監督機能と監査機能の一元化に伴い、監督機能が拡大し、忠実義務の規範化概念の導入など柔軟な対応が必要となろう。

私見であるが、利益相反問題は人事、報酬関連も含めた広義のものであり、改正会社法における監査等委員会の非業務執行取締役は実質的に指名、報酬委員会としての権限を付与されていることと符合・親和する。人事事項の中に、本社などの役員選任以外の例えば海外現地法人に関する役員派遣も包含されよう。現地法人に関する人事が広義でみれば英国 FRC などの拒絶などを通じて、本社の企業価値を損ねることもあり得る。お手盛りのローテーション人事は、一種の利益相反 (社内的主流派と反主流派の経営陣間の対立などが引き起こす企業価値毀損) ともとらえることができる。どうか。かかる海外現地法人関連人事の決定の仕方については、具体的な方式は非業務執行取締役 (NED) による決定、非業務執行取締役プラス業務執行取締役 (ED) の決定、ED の決定プラス NED の同意権、NED の意見陳

述を前提とするEDによる決定の各パターンが示される（武井一浩弁護士）。

社内非業務執行役員（監査役も含む）の果たす機能が改めて重視される。非業務執行役員の意思決定に合理性が認められる事項として、総会議案の決定、業務執行取締役の選定・解職、経営基本方針、内部統制システムの骨子（マインスの防止）、計算書類確定、株主分配、競業取引・利益相反取引承認など法的責任の判定事項（監査等委員会承認で免責効）が提示され、情報入手・共有において社内非業務執行取締役が潤滑油として機能する。独立性要件は非業務執行取締役の職責面では消極要件に止まる。会社法上、監査役において常勤監査役が必要とされるが、常勤性は非業務執行取締役には積極要件と代置できる。監査等委員会設置会社、改正後の指名委員会設置会社ともに常勤性は義務付けられておらず、定款自治などソフトローにより自主的に対処すべき事項であろう。ソニーなどは委員会設置会社の形態の中で自発的に常勤監査委員を設置し、実践例と史料される。常勤役員と社外性の併存が時間の経過と共に継続可能か、一種のジレンマともなろう。

積極的に事業戦略拡大を図れば、社内の他部署の間でプラスの利益相反が生じる可能性があるが、監査等委員会設置会社では社内非業務執行取締役が社内事情を熟知し妥当な調整を図り得る。非業務執行取締役の利益相反事項の関与は非強制制であり、コード、規範概念などソフトローの規律が有効となろう。他方、委員会設置会社は米国型モニタリング・モデルであり、取締役会はコンプライアンス重視でマイナスの防止に主眼があり、監督と執行の分離により摩擦を起こし、ガバナンス機能を発揮させる⁹⁷。根本的な制度設計の相違が監査等委員会、指名委員会設置会社の間にある。前者の要諦は常勤性を伴った非業務執行取締役の存在、その機能と責任の考察にある。長期的視点からの持続的成長を促し、コードと親和・一体化した積極的な意義を有する制度として自発的活用が期待される。

第七章 非業務執行取締役の Approved Persons

英国の Approved Persons に関する Principles and Code は、本邦の英国進出現地法人も規制対象となり、金融機関等におけるローテーション、論功行賞人事の見直しも余儀なくされる。グローバル企業は全社的コーポレート・ガバナンスあるいは内部統制・コンプライアンス、リスクマネジメント体制を敷いており、子会社を巡る動向を通じて本社の人事制度・規範の改革に向けた影響を及ぼすこととなる。Approved Persons 制度導入は監査委員会等設置会社における非業務執行取締役による改革にも通じる。改正では社外取締役の社外要件も厳しくなるが、法文に書き込まれる形式面主体の厳格化と合わせて、非業務執行取締役中心のガバナンス改革を進める上で実質面からの必要條件にもなり得る。

同じくコモンローとはいっても英国と米国では相違もあり、米国ではエンロン事件以降、社外・独立性要件の強化を図ってきたが、リーマン金融危機で再びガバナンスの欠陥も指摘された。我が国では経済不況に見舞われたものの、金融危機自体に関しては大規模な金融機関の破綻は発生していない。長期的雇用と昇進、教育・研修を前提とする我が国のガバナンス・システムの利点も生かしつつ、英国コードの精神を取り込むことが提案される。

HBO S 事案にみる通り、Approved Persons の趣旨を最も体现するものが非業務執行取締役であり、監査等委員会委員となろう。戦略面のリスクコントロール機能の担い手であり、また利益相反局面における忠実義務⁽⁹⁸⁾が問われる。英国では株主たる機関投資家はスチュワードシップ・コードの適用を受け、また経営陣である取締役は会社法により、忠実義務を含む一般的義務を担う⁽⁹⁹⁾。共に長期的観点から企業価値最大化が求められ、エンゲージメントによる

協調行動を採る。米国では忠実義務に関する規範概念の導入が進められるが、他方で株主の会社に対する忠実義務が判例法理で近時肯定されつつある。米国におけるスチュワードシップ・コードの機能を代替的に担うものといえよう。Approved Persons 制度は、英国のコードの展開において形成された非業務執行取締役の概念形成の系譜にあるといえ、親和性・共通性があるが、非業務執行取締役に止まらず、対象を経営層、更に直近では従業員層にまで拡大せんとしている点で従来の非業務執行取締役に関わる議論とは異なる面もある¹⁰⁰。内容面でも不定形さを増すなど裁量の余地が増えて変質化しつつあり、規制当局における適用面の恣意性は増大することとなる。

最終章 まとめと試論ならびに今後の展望

1. 米国の信認義務における注意義務、忠実義務と社外取締役

米国における会社法上の信認義務における注意義務、忠実義務の扱いについて概念が明確でなく、二分論、三分論がある。特にグッドフェイス義務を含めて、内容と境界などが議論されてきた。注意義務に関して経営判断原則適用による事実上の免責が図られるなど（注意義務のミステリー）、緩やかな運用がなされてきたが、Smith v. Van Gorkom 事件判決以降、D & O 保険の保険料高騰、社外取締役の不足などの現象が起こり、デラウェア州法において免責規定が規定されるに至り、その適用除外規定に関する議論がなされてきた。

忠実義務については厳格責任のはずが、適用範囲の拡大に伴い、規範化概念について柔軟な扱いに変化してきている。注意義務との境界が不分明となってきた。主観的側面の判断が入り込むと共に、第一義的には企業における自主的な法令遵守体制（内部統制）に係る部分として非業務執行取締役が主に職責を担うべきであろう。Red Flag

(危険な徴候)と異なり、消極的妥当性に該当する領域にみならず、戦略面などの積極的妥当性に係る判断事項も対象として扱うものである。戦略面に関連するものとしてERMの領域となろう。積極的経営判断事項についてグッドフェイス義務との接点ともなり、The Walt Disney 事件判決⁽¹⁰¹⁾などが参照され、社外取締役と機関権限配分論の議論にも繋がる。

社外取締役は株主利益の代弁者として考えられてきたが、スチュワードシップ・コードでも示される長期的企業価値の体现者であるべきで、CEOなどの経営陣と緊張関係に立つのでなく、企業価値向上に向け共通のベクトルを有する機能を担う。株主総会、更には取締役会において選任あるいは監督権限を付与された非業務執行取締役として機関権限のあり方を構成することが望まれる。英国におけるコーポレート・ガバナンス、監査等委員会制度のあり方が検討される。前提として株主自身が会社に対する忠実義務を果たし、スチュワードシップ・コードにより自主的な規律、コントロールを図る必要性がある。客観的な組織体制のあり方もさることながら、経営トップ率先による統制環境、コンプライアンス・プログラム整備など主観的な組織規範の確立が求められる。

2. 積極的妥当性に関する差止請求権

企業経営の実際の観点から、考察を進める。差止請求権に関しては、主として忠実義務に関して消極的妥当性に関する局面が前提であろうが、注意義務については積極的妥当性にも係るものとなろう。企業の戦略面などについて、積極的妥当性をも対象とした差止請求権の行使が考察されることとなる(注)。差止請求権の諸問題については、松嶋隆弘教授・弁護士は、いち早く、会社法全般の観点から差止請求権に論及・詳説されている。⁽¹⁰²⁾

対個人でなく、対会社の機関決定に対する差止請求権であり、機関決定がされる前の段階で、取締役会議中に少数

意見の状態において行使が考えられないか。積極的妥当性に関する部分は、忠実義務の管掌領域として規範化現象がみられる部分であり、企業価値向上に向けた真の実効性確保の観点から、柔軟且つ適宜な取扱いが求められる。

英国の Approved Persons 違反として我が国の損害保険会社の現地子会社が近時において行政処分を受けているが、積極的経営判断としての EU 領域内の企業展開も背景にあり、私訴として非業務執行取締役の忠実義務違反が追及される場合、非業務執行取締役の防御としては非業務執行取締役主体の米国型訴訟委員会において、積極的妥当性に関するプロセスチェック機能を付与していくことが想定できよう。CEO など個人に対する代表訴訟における防弾チョッキ (bullet proof) と同様の発想である。また差止請求権について、行使したことによる免責要件化をダイレクに規定することも考えられるが、積極的経営に関する事項であり、法文などに盛り込むことは困難となろう。定款自治や業界団体レベルのソフトローに盛り込むことも一案となる。定款自治による場合、内部統制・内部監査の社内機能において、やはりプロセスチェック型の要件の下に請求権発動を定めていくことになろうか。正規の法文規定ではなく、あくまで任意に機構構築を図っていくことになるが、権限をどの機関に付与するか、社内におけるエンフォースメントも課題となる。また、本来の消極的妥当性に関する差止請求権の弱体化に跳ね返っては本末転倒でもある。

積極的妥当性に関する差止請求権の発動となれば、当該企業の経営内容、戦略に知悉することが必要であり、非業務執行取締役の中でも社内取締役が重要となる。反面、消極的妥当性の局面であれば、CEO 等からの独立性の高い独立社外取締役に担わせることが望ましいこととなり、本来的な訴訟委員会などの対処領域となろう。積極的妥当性に関するチェック機能を訴訟委員会に付与することで、非業務執行取締役の忠実義務違反に対する防弾チョッキとす

ることが提示されるが、本来的な訴訟委員会の機能ではない。

積極的妥当性、企業価値最大化ならびにスチュワードシップ・コードに関する考察を嚆矢に、株主が会社に対して担うべき忠実義務の議論から派生して、株主による対会社の差止請求権を積極的義務として観念できないか、検討がされよう。現状の会社法体系を前提とする限り、米国、我が国において直截的に構築することは法体系としては無理がある。この点は、消極的妥当性を含めた法令遵守体制、Red Flagの議論とは相違する点であるが、例えば明らかに当該事業戦略拡大・進出計画が妥当性を欠く場合、積極的義務として非業務執行取締役が忠実義務の一環として差止請求権などストップを事前にかけていくことは、限られた経営資源を有効に活用し、企業価値最大化を目指す上で、重要な課題となる。スチュワードシップ・コードを背景に機関投資家など株主がこうしたチェック機能を担い、対する経営陣もまたコーポレート・ガバナンス・コード、社内定款などにより、あくまで自主的なルールとして機関構成を図ることの意義は大きいと思料する。

3. グッド・フェイス義務、忠実義務の規範化概念とスチュワードシップ・コード

米国のグッド・フェイス義務の議論はこうした積極的義務に関連したもので、検討を行ってきた。米国では忠実義務、注意義務の二分論から三分論または新二分論に至る議論の過程で、企業価値最大化に係る取締役の義務を観念する。注意義務は経営判断原則などにより適用が緩和され、忠実義務もまた規範化概念導入などにより柔軟に適用されつつある結果、緩和される懸念も一方で存在する。判例法などによる形成が待たれる。

英国では二〇〇六年会社法改正において一般的義務の中に企業価値最大化に係る義務である旨が明記された。積極的義務の側面を担うともいえよう。忠実義務、注意義務についても相互補完的な形で規定される。法による強制の傾

向を強めているが、具体的な内容としての規範的要素はFRCによるコードで発出され、その延長でスチュワードシップ・コードの域外適用なども議論となる。企業価値最大化指向が背景にあらう。英国では元来がコード主体でモンローの伝統があり、会社法規定に関して企業の実際における意味合い、エンフォースメントなどの論点も検討されよう。規範化概念などに関して、英国では一般的義務あるいは注意義務を通じて考察を進めた。法文・コードの存在などもあり、忠実義務・注意義務に関する突合・比較法的考察は困難な面もある。今後の研究課題としたい。

我が国会社法は基本的に米国法を継受した経緯があるが、日本版スチュワードシップ・コードに続いてコーポレート・ガバナンス・コード策定となると、コードを受け入れない米国法体系からやや離れ、英国形式に接近することとなる。コード策定の動機は、安部晋三内閣の成長戦略の一環であり、不祥事などを契機とする英国との相違もあるが、OECD、英国などEU諸国のコードを念頭に検討を進めてきている。我が国では米国における忠実義務の規範化概念などに関する判例法の形成は未達であるが、日本版コーポレート・ガバナンス・コードにより補っていくことが想定される。我が国においてはスチュワードシップ・コード以上にコーポレート・ガバナンス・コード策定の意義は大きい。判例法形成など理論的な精緻化が進んでいない現在、お題目・道義的な項目の羅列に終始する様では十分といえない。我が国では、米国の信託義務が占める上位概念としては善管注意義務があるとされ、米国と同様の議論はこれまでではなされていないことになる。銀行取締役の有する高度の善管注意義務の問題なども然りであらう。¹⁰³ 我が国独自の動機付け・領域、検討課題の中で議論すべきであり、単にEU諸国などにおいて策定済みのコードの引き写し作業に終始しては本末転倒である。寧ろ、我が国における会社法、金商法などの独自の事例の蓄積にこそ、耳目を傾けるべきである。

4. Approved Persons と二重の基準

(1) Approved Persons と二重の基準

Approved Persons についてみれば非業務執行取締役も含め、取締役全般の義務・責任に係る考察が前提となるが、特に非業務執行取締役との関連が想定されるだけに利益相反など忠実義務の論点の検討は重要となる。米国の規範化概念、グッドフェイス義務等の考察を進めてきたところである。Approved Persons と二重の基準に関しては、主観的基準により更に高度なレベルの義務・責任などを規制当局は念頭に置くこととなろう。あるいは、画一的な要求基準を研修などで充足させるのか（英国弁護士事務所などはニューディール化状態となる）、業界毎の要求水準の相違はあるのか等の疑問が残る。今後の検討課題としたい。我が国の同質説を前提に、英国では注意義務の議論に包摂されることも考えられる。二〇〇六年改正会社法を窺うと利益相反・競業避止義務などが注意義務の関連に置かれ、忠実義務については概念的規定に止まる感もある。米国グッドフェイス義務は正しくコードの法規範化といえようが、一般的義務に相当するものと一応の理解をしておきたい。

(2) Approved Persons と積極的義務

Approved Persons の上記の要求事項は、FCA当局との実際の面談が予定されるとおり、二重の基準のうち、主観的基準に相当する面であろう。また integrity、diligence 等の部分は、米国における忠実義務、あるいはグッドフェイス義務に符合する要因である。従って二重の基準、FRCコードを合わせて、客観的専門性（弁護士、財務経験年数など）に加えた各取締役個人の実際の資質・経験に亘る高度な上乘せ基準として機能しようか。注意義務に関しては司法判断の蓄積があるが、Approved Persons に関してはコードを基準とするにせよ、具体的な争訟手続きは今ひと

つ明確でない。エンフォースメントと刑事訴追の分断 (separation of prosecutor from enforcer)、両罰規定と刑事・民事罰、差止請求権の根拠・主体など適切な手続き面 (due process concerns) の制度設計、域外適用等が検討課題となろう。二つのFRCコード、会社法規定、判例法等と一体による規律づけが求められる。

我が国においては、二重の基準にしても、現在の会社法規定を前提とする限りは法文形式をとることには整合性の面などで問題もある。コードなどのソフトロー形式により、まずは企業の自主的な対応に委ねつつ、導入の実践を図ることになろう。他方、責任減免規定については、我が国においても責任追及の訴えが増加しつつあるとはいえ、現行の責任軽減規定以上に、デラウェア州の減免規定のような規範化概念を取り込んだ内容の法制度を導入する喫緊の必要性は相対的に高いといえない面もある。

我が国の上場企業の経営陣の主観的意識、モラルについては、近時の不祥事の増加はあっても、まだ欧米に比して健全なものがあるが、従前の会社慣行として人事ローテーションなど、長期的雇用の一環として根付いていた手法が英国においてコードのApproved Persons 規定に抵触したこともあり、今後はグローバル・スタンダードとして、我が国においても何らかの客観的な基準化を図ることが必要となろう。忠実義務、あるいはグッドフェイス義務などの主観的な内心の事柄を含む要因に関して、形式的な可視化を図り、一定程度の明確さ、分かり易さをもってコーポレート・ガバナンス・コード、行為基準 (Code of conduct) などの形式による客観化が望まれる。機関投資家に対するスチュワードシップ・コードについては、自主的、柔軟な機関投資家の対応が求められ、例えば証券業協会などによるひな型策定に監督当局は否定的な感があるが、コーポレート・ガバナンス・コードに関しては具体的な内容明記が求められることになろう。我が国において米国の規範化概念、英国のコード、あるいは注意義務に係る判例法に相

当する部分のソフトロー化として、コーポレート・ガバナンス・コード導入の意義は大きいものがある。

非業務執行取締役は利益相反に限らず、企業価値最大化に向けた積極的義務を担い、厳格な主観的基準の適用が想定される。忠実義務の規範化概念等を含む行動規範、ガバナンス・コードを定め、多様な業務内容、担当職種・職域に応じ柔軟に対処することとなるが、主観的基準を厳格適用せんとするだけに客観的基準に比し現実の責任追求には不明確さも残り、判例形成が待たれる。非業務執行取締役に求められる資質としては監督面から独立性強化もさることながら、従前の社外取締役以上に専門性、資質、単なる経験年数でなく具体的業務内容を熟知した即応性の高さが挙げられる。戦略面の評価能力の点からも、実務の理解・精通が求められる。Approved Personsとも連関する部分である。専門性の深化、具体性付与に伴う独立性との相克も問題となろう。監督機能に重点を置いた米国型モニタリング・システムにおける独立社外取締役との論点の相違である。

更に Approved Persons に関しては CEO、COO (Chief Operating Officer) など業務執行者も包含した概念であり、また対象概念が業務執行取締役 (Executive Directors) 以外にも拡大しつつあることから、資格要件、CEO 経験年数、性別等の形式的な多様性でなく、戦略立案・遂行能力、Leadership なども含め、具体的な当該業界や企業に関する実際の経営ノウハウ、知見の具備が一層問題となる。いかにして当該企業の企業価値を向上させることができるのか、その説明を現実規制当局や機関投資家に対話を持って説明する能力が求められる。現在の株主のみならず、将来にわたり長期的資金供給を受けられるように金融市場に発信できる人物であることが望まれる。その意味では成長資金調達など将来的観点から Approved Persons に係る議論がなされることとなる。よりきめ細かい業務と義務・責任などをコードの内容として定めることとなろう。

株主総会において反対票を投じるなどのアクティビスト等について議決権行使基準、あるいは委任状勧誘などプロキシ・ファイトが企業側の株主対策として俎上に上るが、これらはスチュワードシップ・コードあるいはApproved Personsの検討とはベクトルを異にする。スチュワードシップ・コードにより、中長期的な企業価値の向上の観点から、議決権行使を図る機関投資家も今後は経営陣と敵対・対峙するのではなく、共通目標に向かって知恵を絞り、行動することになる。社外取締役の役割も、従来は株主の受託者として経営陣の監視・監督、せいぜい戦略面の寄与としても他業界、多国籍、性別などの多様性 (diversity) を発揮することが求められるに止まってきた。そのため独立性、形式的資格面等の専門性が厳格に要求され、担保のために法制度や規則の整備がされてきたといえる。今般の我が国の会社法改正にしても、社外取締役の形式的独立性の厳格化に終始しているともいえる。ここでは独立社外取締役の機能に特化した米国型モニタリング・システム一辺倒からの脱却を図ることの重要性を指摘しておきたい。米国では二〇〇一年エンロン事件、二〇〇八年リーマン金融危機など不祥事が相次ぎ、その都度SOX法 (米国企業改革法)、ドッド・フランク法 (米国金融改革法) などの法制度強化が進められてきたが、根本的解決には至っていないといわざるを得ない。取締役会関連主体の改革に終始したのでは真のガバナンス改革はおぼつかない。プリンスプル・ベースに依拠するのであれば、我が国が範とすべきは、コード概念を受け入れない米国法制のみではなく、欧州市民社会ルールに基づく英国制度の取り込みであろう。¹⁰⁴ またグローバル展開を図る企業の経営は、会社法規律の範囲外である中下部経営層に負う部分が実際には大きい。¹⁰⁵ 企業価値向上の重要な担い手といえる。英国 Approved Persons 制度も、直近において対象を取締役・CEOから下部経営層に拡大しつつある。¹⁰⁶ 今後は、いかに当該企業に具体的に貢献でき、企業価値向上を果たせるのか、積極的義務達成の観点から社外取締役を含む取締役、あるいは Approved

Persons の資質を実質的に検討し、機関投資家などに向け、開示していくことが必要となる。また社内的にこうして機能を自主的に評価・担保する職責は、忠実義務などの領域として非業務執行取締役が担っていくこととなろう。会社法改正に引き続き、柔軟な規範概念を盛り込んだ行動規範として、日本版コーポレート・ガバナンス・コードの策定が急がれるところである。

- (1) 拙稿「英国スチュワードシップ・コードと Approved Persons 制度―域外適用と金融機関のリスクガバナンスならびに監査等委員会制度などの接点―」日本法学第八〇巻二号 (二〇一四年九月) 四一五―四六七頁。
- (2) 金融庁・日本版スチュワードシップ・コードに関する有識者検討会 (二〇一四年二月二六日)。統合報告につき、伊藤嘉昭・安井肇「日本版スチュワードシップ・コード制定と統合報告」日本証券アナリスト協会 (二〇一四年八月二九日)。
- (3) <http://www.fsa.gov.uk/doing/regulated/approved/persons>.
- (4) Financial Services Authority, FINAL NOTICE To:Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) Ltd, Date :8 May 2012.
- (5) 林孝宗「イギリスにおけるコーポレート・ガバナンスの展開―非業務執行取締役の役割と注意義務を中心に―」社学研論集 Vol. 17 (二〇一一年三月) 一四七―一六三頁。谷口友一「コーポレート・ガバナンス規制における補完性と柔軟性…イギリスにおける『遵守又は説明』規定の生成と展開」法と政治六〇巻三号 (二〇〇九年) 五一―一一〇頁。
- (6) 酒巻俊雄「株式会社の本質観と会社法理―イギリス法とアメリカ法―」星川長七先生還暦記念論集『英米会社法の論理と課題』日本評論社 (一九七二年) 一頁以下。
- (7) 一ノ澤直人「英国における社外取締役の規整の展開―ヒッグス報告による影響の検討を中心として―」山口経済学雑誌 五二巻三号 (二〇〇三年) 一六七頁以下。
- (8) 中村信男・上田亮子「イギリスのコーポレート・ガバナンスに関する改正統合規範 (二〇〇三年七月)」比較法学三八巻

二号（二〇〇五年）二〇九頁以下。

- (9) Financial Reporting Council, the UK Corporate Governance Code, (2010).
- (10) 林孝宗・前掲注(5)二五三―二五六頁。コードによる兼任規制が議論される。報酬面に関して、大久保拓也「イギリス法における取締役の報酬規制―イギリス通商産業省の諮問文書「失敗に対する報酬」の検討―」比較法制研究（国士舘大学）第二十六号（二〇〇三年）九三―一二三頁参照。
- (11) The UK Corporate Governance Code, September 2012.
- (12) 野田博「コーポレート・ガバナンスにおける法と社会規範についての一考察」COESOFTLAW（二〇〇四年九月）一一二〇頁参照。
- (13) メルビン・A・アイゼンハーグ（川口恭弘訳）「アメリカにおける会社法制の改革」民商一二〇巻三号（二〇〇四）三八九頁以下。
- (14) See Karolina Eriksson, Corporate Governance in the European Union: Post-Enron, 15 Bond L. Rev. 158, 168 (2003).
- (15) 大杉謙一「アメリカのコーポレート・ガバナンス論・再論（下 その一）―および『日本の経営』の法と経済学―」都法四四卷二号（二〇〇四年）一四五頁、一九二頁。Melvin A. Eisenberg, Corporate Law and Social Norms, 99 Colum. L. Rev. 1253 (1999). 伊藤靖史「会社法における社会規範の役割」〔二〇〇一―〕アメリカ法（日米法学会）一七九―一八四頁。
- (16) 仮屋広郷「取締役の注意義務と経営判断原則―人間観と法の役割―」一橋法学三卷二号（二〇〇四年）一〇七、一二二頁以下。Winiam T Allen, The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule under U.S. Corporate Law, in Comparative Corporate Governance: The State of the Art and Emerging Research 307, 330 (Hoptet al.eds.1998)
- (17) 野田博「法規範と社会規範の相互作用についての一考察―取締役の信認義務との関係を中心として―」ソフトロー理論研究会（東京大学）（二〇〇四年九月二四日）参照。
- (18) Edward B. Rock & Michael L. Wachter, Island of Conscious Power: Law, Norms, and the Self-Governing Corporation. 149 U. Penn. L. Rev. 1619. 1676 (2001).

- (19) Johnson, Lyman, After Enron: Remembering Loyalty Discourse in Corporate Law. *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 28, No. 1, pp. 27-73, 2003.
- (20) 上田谷恒久「取締役の対会社責任の制限」筑波大学学位論文 (二〇〇四年) 一一一九四頁参照。
- (21) Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del. 1985).
- (22) Note (by Craig W. Hammond): Limiting Directors' Duty Of Care Liability: An Analysis Of Delaware's Charter Amendment Approach, 20 U. Mich. J.L.Ref. 543, 546 (1987).
- (23) E. Norman Veasey and William E. Manning, Codified Standard-Safe Harbor or Uncharted Reef? An Analysis of the Model Act Standard of Care Compared with Delaware Law, 35 Bus. Law. 919, 928 (1980).
- (24) Aronson v. Lewis 473 A 2d 805 (Del 1984).
- (25) Arnold v. Society For Sav. Bancorp., 650 A.2d 1270, 1288 (Del. 1994).
- (26) Rothenberg v. Santa Fe Pacific Corp, 18 Del. J. Corp. L. 743, 751~53 (Del. Ch. 1993). William T. Allen, Jack B. Jacobs and Leo E. Strine, Jr., Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and Its Progeny As A Standard of Review Problem, 96 Nw. U. L. Rev. 449, 452 n13 (2002).
- (27) 上田谷恒久・前掲注(20)ハ〇頁以下。R. Franklin Balotti and Mark J. Gentile, Commentary From the Bar: Elimination or Limitation of Director Liability for Delaware Corporations, 12 Del. J. Corp. 5, 13 (1987). 取締役会の代表訴訟却下権限が行使されない場合、事前に取締役を注意義務違反の責任から保護すべき。
- (28) Frank H. Easterbrook, Managers' Discretion And Investors' Welfare: Theories And Evidence. 9 Del. J. Corp. L. 540 (1985). 市場の力による規律説の立場からデラウェア法が支持され、株主利益の寄与の観点からエージェンシー・コストを測り、新制度が圧倒的に低いとする。
- (29) ALI Principles § 7.19 Reporter's Note 5, Vol.2, at 258-59.
- (30) 武井一浩「日本経済活性化に向けた企業法政改革―平成二六年会社法改正を踏まえた今後の論点―」『日本経済の活性化

に向けたコーポレート・ガバナンス』東京大学第四六回比較法政シンポジウム（二〇一四年二月）。日本版訴訟委員会制度の整備として、非業務執行役員が六〇日間で訴えなければ自動的に一人の株主でも提訴できるものとする。

(31) Rodman Ward, Ir et al, Folk on the Delaware Corporation Law § 141.2. at GCL IV -20 (4th ed., 2000-2 Supp.

(32) See *In re Santa Fe Pac. Corp. S'holders Litig.*, 669A. 2d 59, 67 (Del.1995), *State of Wis. Inv. Bd.*, 2000 Del. Ch. LEXIS 170.

(33) 注意義務を手続き面で慎重に (with care) 行動すべきものとし、忠実義務を広く把握しても損害賠償で狭く解釈すれば結局忠実義務を狭く理解することになる。現実性付与のための適正な忠実性 (due loyalty) による限定の主張に辿り着く。忠実義務違反の不当行為を具体性付与により認める可能性を示している。野田博・前掲注(17)一五頁以下。

(34) *In re Southern Peru Copper Corp. Shareholder Derivative Litigation*, C.A. No. 961-CS (Del. Ch. Oct. 14, 2011)

(35) 拙稿「米国金融規制改革法など国際金融法制における新たなリスク・ガバナンス—規制強化とコンバージェンスならびに忠実義務などを通じた株主間差別化に向けて—」政経研究第四九卷第三号（二〇一三年一月）。忠実義務の域外適用、信認義務・忠実義務と経済政策の衝突に関して、拙稿「国際取引における域外適用ルール統一ならびに秩序形成に向けて」日本法学第七九卷第一号（二〇一三年六月）二五—二六頁、三四—三五頁。

(36) 近藤光男『会社経営者の過失』弘文堂（一九八九年）三七頁以下、竹内昭夫「取締役の責任と保険」『会社法の理論Ⅱ』有斐閣（一九八四年）七七頁。

(37) 上田谷恒久・前掲注(20)一一五—一一八頁。

(38) 近藤光男「取締役の責任とその救済（二）」法協九九卷七号（一九八二年）一〇六〇頁以下。

(39) ALIの責任制限は経営判断原則の免責と異なり、全賠賠償を消滅させることはない。

(40) 酒井太郎「米国会社法学における取締役の信認義務規範（一）」『米国会社法学における取締役の信認義務規範（二・完）』一橋法学第一一巻第三号（二〇一二年）四九—一六六頁、第二二巻第一号（二〇一三年）八九—一二三〇頁参照、以下同。包括的な先行研究であり、参照した。

- (41) 日米のフィデューシャリー義務の比較検討につき、正木義久・野崎竜一「日米のフィデューシャリー義務の変容と比較」商事法務一八〇四号(二〇〇七年七月)三〇—四二頁参照。
- (42) 酒井太郎・前掲注(40)(二〇一二年)五二—五三頁。
- (43) 太田洋・矢野正紘「對抗的買収提案への対応に際しての取締役の行動準則」〔上〕〔中〕〔下〕—わが国でレブロン「義務」は認められるか—」商事一八八四号(二〇〇九年)一五頁・一八八五号(二〇〇九年)三八頁・一八八九号(二〇一〇年)。
- (44) 近藤光男・志谷匡史編『新・アメリカ商事判例研究』〔伊勢田道仁〕商事法務(二〇〇七年)一二頁。
- (45) Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984); Rales v. Blasband, 634 A.2d 927 (Del. 1993). 片山信弘「取締役の忠実義務—仮定的契約としての会社法観を契機として」岡山商科大学法学論叢一一号(二〇〇三年)一二頁。
- (46) William T. Allen, Reinier Kraakman & Guhan Subramanian, COMMENTARIES AND CASES ON THE LAW OF BUSINESS ORGANIZATION 256 (2d ed., Aspen Publishers 2007); Knepper & Bailey, *supra* note 34, § 2.08, at 2-29; 40 West 67th St. Corp. v. Pullman, 100 N.Y.2d 147, 156 (N.Y. 2003).
- (47) Gagliardi v. TriFoods International Inc., 683 A.2d 1049 (Del. Ch. 1996).
- (48) 酒井太郎・前掲注(40)(二〇一二年)九八頁・注(8)。
- (49) Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp., 569 A.2d 53, 64 (Del. 1989); Moore Corp. v. Wallace Computer Services, Inc., 907 F. Supp. 1545, 1554 (D. Del. 1995), citing Unitrin, Inc. v. American General Corp., 651 A.2d 1361, 1374 (Del. 1995).
- (50) 略式判決 (summary judgment) 指示評決 (directed verdict) についての書証に基づく終局判決もある。
- (51) Koos v. Central Ohio Cellular, 641 N.E.2d 265, 273 (Ohio Ct. App. 1994), citing Granada Investments, Inc. v. DWG Corp., 823 F. Supp. 448, 456 (N.D. Ohio 1993); Grobow v. Perot, 539 A.2d 180, 187 (Del. 1988); Unitrin, Inc. v. American General Corp., 651 A.2d 1361, 1371 n. 7 (Del. 1995).
- (52) See Levin v. Levin, 405 A.2d 770, 777 (Md. Ct. Spec. App. 1979); Anderson v. Bellino, 658 N.W.2d 645, 658-59 (Neb. 2003).

- (53) 信託型契約の観点からの参照すべき文献として、長谷川貞之教授・弁護士「信認関係と忠実義務―信認型契約の創設を構想する立場からの提言―」円谷峻編『社会の変容と民法典』成文堂（二〇一〇年）三二〇―三二八頁。
- (54) *In re Lukens, Inc. Shareholders Litigation*, 757 A.2d 720, 731-32 (Del. Ch. 1999).
- (55) *See Mills Acquisition Co. v. MacMillan, Inc.*, 559 A.2d 1261, 1284 n. 32 (Del. 1989).
- (56) *Solash v. Telex Corp., C.A. Nos. 9518, 9528 & 9525*, 1988 Del. Ch. LEXIS 7, at 20-21 (Del. Ch. Jan. 19, 1988).
- (57) *See, Heineman v. Datapoint Corp., C.A. No. 7956*, 1990 Del. Ch. LEXIS 162 (Del. Ch. Oct. 9, 1990).
- (58) *Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp.*, 564 A.2d 651 (Del. Ch. 1988). *Williams v. Geier*, 671 A.2d 1368, 1376 (Del. 1996). *Blasius* 基準は厳格に過ぎ適用はまれである。
- (59) *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1995).
- (60) *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701, 710 (Del. 1983); *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.*, 663 A.2d 1156, 1163 (Del. 1995).
- (61) *Gottlieb v. Heyden Chemical Corp.*, 91 A.2d 57, 58 (Del. 1952); *Weiss v. Kay Jewelry Stores, Inc.*, 470 F.2d 1259, 1271-72 (D.C. Cir. 1972); *Kahn v. Tremont Corp.*, 694 A.2d 422, 428 (Del. 1997).
- (62) FSA issues ban and fine of \$500,000 against former HBOS executive, *Peter Cummings*, FSA/PN/087/2012, 12 Sep 2012. (拡大戦略における不十分なリスクコントロール事案)
- (63) 武井一浩「米国型取締役会の実態と日本への導入上の問題（Ⅰ）（Ⅱ）（Ⅲ）（Ⅳ）（Ⅴ）」商事法務一五〇五・一五〇六・一五〇八・一五〇九・一五一一号（一九九八年）。
- (64) 太田洋・佐藤丈文「米企業改革法とNYSE・NASDAQ新規則案の概要（上）（中）（下）」商事法務一六三九号（二〇〇二年）一九頁・一六四〇号三七頁・一六四一号八八頁、酒井太郎「法令遵守体制の整備とコーポレート・ガバナンス（下）―ニューヨーク証券取引所新上場基準―」監査四六四号（二〇〇二年）一二頁。
- (65) 酒井太郎・前掲注(40)（二〇一三年）九二頁。

- (66) Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp., C. A. No. 6085, 1988 Del. Ch. LEXIS 67 (Del. Ch., May 19, 1988).
- (67) Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993).
- (68) Emerald Partners v. Berlin, C. A. No. 9700, 2001 Del. Ch. LEXIS 20 (Del. Ch. Feb. 7, 2001).
- (69) Melvin A. Eisenberg, The Duty of Good Faith in Corporate Law, 31 DEL. J. CORP. L.1, 5-6 (2006).
- (70) Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del. 2006).
- (71) Leo E. Strine Jr., Lawrence A. Hamermesh, R. Franklin Balotti & Jeffrey M. Gorris, Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law, 98 GEO. L. J. 629 (2010).
- (72) 酒井太郎・前掲注(40) (二〇一三年) 二〇七—二二三頁。
- (73) 片山信弘「デラウェア会社法における取締役の忠実義務」阪学三七卷二号 (二〇一一年) 一四九—一七九頁、同「アメリカ会社法における取締役の誠実義務」阪学三三卷一・二号 (二〇〇七年) 七九頁。Strine et al., Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporate Law, 98 Geo.L.J. (2010).
- (74) 金融庁・第一回「コーポレートガバナンス・コードの策定に関する有識者会議」資料 (二〇一四年八月七日)。自民党・日本経済再生本部「日本再生ビジョン」(二〇一四年五月二三日) にも「会社法上の規定のない執行役員の地位およびその忠実義務の明確化」、「取締役には経験や独立性、知識といった観点からのバランスを求め」ている。
- (75) 米国の Red Flag に関する論稿として、南健悟「企業不祥事と取締役の民事責任 (五・完) —法令遵守体制構築義務を中心に—」北大法学論集第六二巻第四号 (二〇一一年) 七四七—八一頁。
- (76) 川島いづみ「イギリス会社法における取締役の注意義務」比較法学四一卷一号 (二〇〇七年) 三三—三五頁参照。
- (77) 川島いづみ「イギリス会社法における株主代表訴訟の展開」奥島孝康教授還暦記念『比較会社法研究』成文堂 (一九九九年) 四七頁以下参照。
- (78) 松嶋隆弘「イギリス法におけるデット・エクイティ・スワップ—日本法との比較を中心に—」日本大学民事法・商事法合同研究会 (二〇一四年五月) 一一—一八頁。同「イギリス法におけるデット・エクイティ・スワップ (上) —日本法との比較

を中心に―」企業会計六六巻一一号（二〇一四年）七三―八〇頁。松嶋隆弘教授・弁護士は、英国では二〇〇二年企業法における Administrative Receivership 廃止、Administration への一本化後も依然として債権者指向の倒産法制といつてよいと述べられる。

(79) 中村康江「英国における取締役の資格剥奪（一）（二）」立命館法学二七三号（二〇〇〇年）四一六頁以下、二七七号（二〇〇一年）二四〇頁以下。A. Walters & M.Davis-White, Directors' Disqualifications & Bankruptcy Restrictions (2005). 対象に影の取締役も含まれる。

(80) 川島いづみ・中村信男「イギリス二〇〇六年会社法（一）―（一五完）」比較法学第四一卷第二号―第四六巻第二号。川島いづみ・前掲注(76)一四頁。須磨美月「イギリス会社法における取締役の一般的義務二〇〇六年会社法」法と経済のジャーナル（二〇一三年三月）、二〇一二年 Mcillen v Misland (Cyprus) Investments Ltd and others ([2012] EWHC 2343 (Ch)).

(81) 川島いづみ・中村信男・前掲「イギリス二〇〇六年会社法（二）」比較法学四一卷三号一九二頁。エンフォースメントの権利は基本的に会社が有するとされ、実効性の疑問も呈される。

(82) 二〇〇六年改正後に二〇〇八年リーマン金融危機が勃発しているだけに二〇〇六年英国会社法改正は十分な内容たり得たか、検証の必要があろう。

(83) 川島いづみ・前掲注(76)一九頁。

(84) Norman v Theodore Goddard [1991] BCLC 1028.

(85) Re D'Jan of London Limited [1993] BCLC 646.

(86) C. A. Riley, the company director's duty of care and skill: the case for an onerous but subjective standard, (1999) 162 Modern Law Review, at p.709.

(87) A. Walters, Directors' duties: the Impact of company Directors Disqualifications Act 1986, 21 Co.Law (2001) 110, at P.116.

(88) In Re Continental Assurance Co of London Plc [1997] 1 BCLC 48. 川島いづみ・前掲注(76)二五頁以下参照。

- (89) 川島いづみ・前掲注(76)三四頁(注34)。Andrew Hicks, directors' liability for management errors, (1994) 110 Law Quarterly Review, at p.392.
- (90) Secretary of State for Trade & Industry v Swan & Ors [2005] EWHC 603.
- (91) 吉本健一「イギリス会社法における取締役の義務違反行為の承認と責任免除」酒巻俊雄先生古希記念論集『二一世紀の企業法制』商事法務(二〇〇三年) 八六九頁以下。
- (92) 石山卓磨『現代会社法講義 第2版』成文堂(二〇〇八年) 二一九頁、林孝宗・前掲注(5)二五八―二六〇頁。
- (93) 武井一浩「監査等委員会設置会社と今後のガバナンス法制上の課題」神作裕之編『企業法制の将来展望―資本市場制度の改革への提言―二〇一四年度版』財経詳報社(二〇一三年) 三三五―三七一頁。非業務執行役員において、十分な情報もなく動かざるを得ないジレンマといえようか。
- (94) 弥永真生「社外取締役と情報収集等」商事法務二〇二八号(二〇一四年三月) 四―一六頁。
- (95) 武井一浩・前掲注(93)三五〇頁以下。会社法改正により監査役会設置会社も会計監査人の選解任議案の決定権を付与された。マイナスを防ぐ局面で組織形態選択により実質的差異が生じることはおかしい。
- (96) 前田雅弘「監査役会と三委員会と監査・監督委員会」江頭憲治郎『株式会社法体系』有斐閣(二〇一三年) 二五五頁。
- (97) 多様性などを重視して戦略面の策定にも力を入れている事例もあるが、基本的にはモニタリング・モデルを基礎としている。みずほフィナンシャルグループが企業不祥事後、二〇一四年委員会設置会社に転換したことが典型事例である。私見であるが、我が国において、NEDの機能を活用することで、内部統制と経営判断原則適用などにおける実務と法制度の齟齬、不一致の解消も一定程度は図ることが可能となろう。
- (98) 星川長七「取締役の忠実義務と責任についての一考察」早稲田法学第三八卷三一四号(一九六三年) 一一七頁。
- (99) 英国の忠実義務は事実上はコード・Handbookに依拠してきた要素が強い。米国の忠実義務の規範化と方向性は同じといえよう。
- (100) Parliamentary Commission on Banking Standards (PCBS)がSenior Persons Regimeという新制度を提言し、二〇一五

年導入の方向で準備を進める。拙稿・前掲注(1)参照。

(101) In re The Walt Disney Company Derivative Litigation, 906 A.2d 27 (2006).

(102) 松嶋隆弘「商法上の差止仮処分の「実効性」について(一)〜(三・完)」日本法学六二卷三号(一九九六年)五一三―五三五頁、六三卷二号(一九九七年)二七七―三〇一頁、六四卷一号(一九九八年)一一九―一四二頁。体系的かつ詳細な内容であり、参照されたい。

(103) 拙稿「銀行取締役の追加融資責任に関する考察―東和銀行損害賠償請求等訴訟事件と関連事案の検討ならびに米国の比較法的研究を通じて―」法学紀要第五四号(二〇一四年三月)五五―一六二頁。

(104) 上村達教授は予てより欧州市民社会ルールの重要性を指摘される。上村達男「市民社会からみた資本市場法制構築の視点」、犬飼重仁「欧州に学ぶ「市場法制システムのプリンスプルとイノベーション」」上村達男・神田秀樹・犬飼重仁編著『金融サービス市場法制のグランドデザイン』東洋経済新報社(二〇〇七年一月)一一八―一四七頁、一八四―二二五頁。

(105) 齋藤憲道(同志社大学教授・前パナソニック法務部長)「会社の法律業務」日本大学法学部講演(二〇一四年一月七日)。また江頭憲治郎教授は、会社制度(Corporate Governance)の問題は会社法改正によつては解決しない旨を述べられる。江頭憲治郎「改正会社法の解釈上および実務上の諸問題」日本大学法科大学院特別講演会(二〇一四年六月一六日)。株主の行動、労働慣行、裁判所の姿勢などを掲げられる。

(106) Parliamentary Commission on Banking Standards (PCBS) の46 Senior Persons Regime は二〇一五年導入を目指している。

〔本稿は、財団法人民事紛争処理基金の研究助成金を利用した研究成果の一部である〕

イギリス上場会社における非業務執行取締役の独立性と監督機能

大久保 拓 也

△目次▽

- 一 はじめに
- 二 二〇〇六年会社法と模範定款による取締役の監督体制に関する規律
- 三 イギリス上場会社における非業務執行取締役に関する規制
- 四 イギリス上場会社における非業務執行取締役設置の現状と改定
- 五 おわりに

一 はじめに

上場会社のように株主数が増加すると所有と経営の分離が生じ、株主が会社事業の運営や統制のすべてを行うことは不可能である。会社の日常的な経営は取締役が行うこととなるが、取締役の業務執行を監督する仕組みが必要となる。それには会社内外からのチェック体制の構築が考えられる。前者には複数の取締役からなる取締役会内部の監督機構の構築が、後者には株主に対する情報開示 (Disclosure) の充実が求められよう。⁽¹⁾ また、前者についても、会社の外部者の視点を取り入れることが望まれるところである。

それをいかに構築するかについて、イギリスでは上場会社を対象に非業務執行取締役 (Non-Executive Director) の独立性や役割等について定めた「UKコーポレート・ガバナンス規程」⁽²⁾ (The UK Corporate Governance Code) (以下、「CGC」という) が公表されている。その特徴は、それに定める条項を遵守しなけばならず、それを遵守していない場合にはそのことについて説明しなければならないというアプローチ (‘comply or explain’ 「遵守せよさもなければ説明せよ」) をとることである。これは、法律に定める最低限の事項を守ればよいのではなく、遵守できない事項があればそれを会社が株主に対して説明させることを要請することで会社の体制をよりよいものへと高めようとするものであり (CGC ‘Comply or Explain’ 6)、イギリスにおけるコーポレート・ガバナンスのトレードマークとなっている (CGC ‘Comply or Explain’ 1)。

CGCは、非業務執行取締役の独立性や役割等について定める原則 (主要原則 (Main Principles)) と補助原則 (Supporting Principles) がある) と規範条項 (Code Provisions) を内容としている。上場規則は、上場会社に対して、主要原則を適

用することおよび会社がそれについてどのように対応したかを株主に報告することを義務付ける (CGC 'Comply or Explain' 2)。

このアプローチはEUにおいても採用されており、⁽³⁾ また日本においても導入することとされている (五で後述すること) ことから規制の仕組みとして重要である。

CGCの中の中心的な規律の一つが非業務執行取締役に関するものである。非業務執行取締役に期待される役割を果たすためには、その独立性の要件や監査体制を整備する必要がある。⁽⁴⁾ そこで本稿は、まずイギリスの会社法や上場会社における非業務執行取締役に關する規律を概説し、規制がどのように遵守されているかを分析する。さらに、非業務執行取締役の独立制や監督体制を向上させるための仕組みについて考察することとしたい。

二 二〇〇六年会社法と模範定款による取締役の監督体制に関する規律

はじめに、イギリスの二〇〇六年会社法⁽⁵⁾ (The Companies Act 2006) における取締役の選任に関する規制を外観する。業務執行取締役や非業務執行取締役に關して法律で選任の要件や監督体制等を厳格に規制していれば、それ以上の規制を設ける必要性は乏しいとも考えられるからである。

1 二〇〇六年会社法における取締役の選任に関する規律

まず、二〇〇六年会社法における取締役の設置に關する規制について述べる。

取締役の設置義務は会社形態によって異なる。私会社 (private company) は一人以上の取締役に設置しなければな

らない(二〇〇六年会社法一五四条一項)のに対し、公開会社(public company)は二人以上の取締役を設置しなければならない(同条二項)と定める。その取締役の資格であるが、会社は、一人以上の自然人である取締役を設置しなければならず(同法一五五条一項)、また、取締役の年齢の下限を一六歳と定め、原則として、それに反して選任されても無効であるとする(同法一五七条一項・四項)⁶⁾。

取締役の任用期間について、二〇〇六年会社法は最長二年と定める⁷⁾。すなわち、二〇〇六年会社法一八八条は、その者が取締役である会社との(または当該会社またはその従属会社からなるグループ内の支配会社の取締役である場合の)取締役の雇用に関する保証期間が二年を超えまたは超えうる条項について、会社は、それが(a)会社の社員の決議によつて、および、(b)持株会社の取締役の場合には当該会社の社員の決議によつて承認されていない限り、同意することはできないと規定し(同条一項、二項)、これに違反する条項は、その違反する範囲で無効とされ、長期任用契約は、合理的な解任通告を行うことによつて何時でも終了させる権限を会社に与える文言を含むものとみなされる(同法一八九条)。

このような取締役の選任や任期の規制のほか、取締役の解任や義務等については二〇〇六年会社法に定めるが、厳格な取締役の資格要件や、取締役会による監督制度等の実体的な規律については多くの法規制を設けていない。その理由として考えられるのは、それらについては会社の定款自治に委ね、会社形態に応じて定款で柔軟な規律を設けることが望ましいと考えられているからである。

2 模範定款に定める取締役の監督体制とその問題点

会社形態に応じた規律を設けるために、取締役会の運営や権限等については、模範定款に委ねられている。⁽⁹⁾ すなわち、模範定款に従って、取締役 (the directors) は、彼らが当該会社の権限すべてを行使する目的である、会社事業の経営に責任を負う (模範定款公開会社用三条) ことになる。この規定は、取締役会 (board of directors) に広範な権限が委ねられていることを意味する。⁽¹⁰⁾ 取締役は、当該定款のもとで彼らに授与されたいかなる権限も、特定の取締役や委員会に委任することができる (同五条) ため、法律上株主総会の専決事項となっている事項等一定の事項を除いて、取締役会が、取締役会の権限であるか、業務執行取締役 (executive director) の権限であるかを定める権限をもつことになる。

また、模範定款は、株主が、特別決議 (二〇〇六年会社法二八三条) により、取締役に、特定の行為を行いまたはそれを行わないよう命ずることができると規定しており (模範定款公開会社用四条一項)、株主が事前に模範定款に必要事項を定めたり、それを改正することを認めている。このように、模範定款は、主として株主と取締役会の権限の分配を直接的に規律するものといえる。⁽¹¹⁾

もともと、こうした授權関係から株主による経営のコントロールはあまり強く機能しない上に、上場会社のように株主数が増えれば、株主による経営者に対する統制は働かなくなる。⁽¹²⁾ そのため、取締役会が業務執行取締役に對する監督機能をもつことが求められる。しかし、業務執行取締役も取締役会の構成員であることから、ヨーロッパ大陸系の二元制 (二層式: two-tier system) 機関構造とは異なり自己監督の構造を有することになる。そこで、上場会社のよ⁽¹³⁾うに会社の規模が大きく、利害関係者の多い会社については、非業務執行取締役を通じた監視機能が重要となる。こ

れを扱うのが、コーポレート・ガバナンスに関する一連の議論であるから、次にそれについて述べることとしたい。

三 イギリス上場会社における非業務執行取締役に関する規制

1 上場基準に基づく規制の概要

イギリスにおいては、一九八〇年代後半から頻発した会社不祥事に対処するため、一九九〇年代に入ってコーポレート・ガバナンスに関する議論が展開された。その成果として、一九九二年一二月に「コーポレート・ガバナンスの企業財務的側面に関する委員会報告書」(Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance : キャドバリー委員会報告書 (Cadbury Committee Report))¹³、一九九五年七月に「取締役の報酬」(Directors' Remuneration - Report of a Study Group chaired by Sir Richard Greenbury : グリーンベリー委員会報告書 (Greenbury Committee Report))¹⁴、一九九八年一月に「コーポレート・ガバナンス委員会—最終報告書—」(Committee on Corporate Governance -Final Report : ハンペル委員会報告書 (Hampel Committee Report))¹⁵が公表されている。これらの報告書は、それぞれ模範実務規程 (Code of Best Practice) を作成しており、一九九八年六月には、それを取りまとめた統合規程 (Combined Code) が発表されている。¹⁵この統合規程は、上場継続義務となっており、一九九八年十二月三十一日以降に到来する会計期間において、会社によって発表される年次報告書 (annual report) および年次計算書類に対して適用されている (上場規則 (Listing Rules) 9.8.6R 条(6)項)。上場規則違反には、二〇〇〇年金融サービスおよび市場法 (Financial Services and Market Act 2000) による制裁がある (同法九一条)。

その後、統合規程については改訂作業が進み、二〇一〇年六月に名称を「UKコーポレート・ガバナンス規程」¹⁶

(CGC)とし、現在は二〇一四年改正版が出されている。⁽¹⁶⁾

2 「遵守せよさもなければ説明せよ」アプローチ

CGCは、非業務執行取締役の独立性や役割等について定める原則（主要原則（Main Principles）および補助原則（Supporting Principles）がある）並びに規範条項（Code Provisions）を内容としている。上場規則は、上場会社に対して、主要原則を適用することおよび会社がそれについてどのように対応したかを株主に報告することを義務付ける（CGC ‘Comply or Explain’ 2）。このような規制は、会社の業務執行の適正化が特に求められる上場会社に規範条項の遵守状況を説明させ、その当否を株主等の評価に委ねようとするものである。イギリスでは、会社の自主性を尊重して各会社の実情に合ったルールを定められるから、法規制のような会社の実情を問わない一律の規制を課すよりも望ましいと考えられている。⁽¹⁷⁾

CGCは、その規律の内容を五つの節に分けて規律する。（A節）リーダーシップ、（B節）効率性、（C節）説明責任、（D節）報酬、（E節）株主との関係である。本稿ではこのうち、非業務執行取締役に関する部分を取り上げる。⁽¹⁸⁾

3 上場会社の取締役会と非業務執行取締役による監督体制に関する規程

（1）取締役会の監督体制

まず、CGCにおける監督体制に関する規律について述べる。

二二で述べたように、取締役会が会社の業務執行の意思決定を行う中心的機関である。そのため、すべての会社は、

その会社の長期的成功のために共同して責任を負う、実効的な取締役会によって率いられるものとされる (CGC A. 一主要原則)。そこで、取締役はその義務を効果的に果たすために十分な頻度で定期的に開催することが求められる (CGC A. 一. 一)、年次報告書 (annual report) において、取締役会や委員会の開催数、取締役については個々人の出席率を記載するものとされる (CGC A. 一. 二)。このように、CGCの規制の対象である上場会社における取締役会の運営の実態が明らかになるようにするための規律を設ける。

取締役会は特定の取締役によって専断的に運営されてはならない。そこで、取締役会の運営と、会社事業の経営に対する業務執行者の責任との間について、会社の首脳部の責任を明確に分離すべきものとし、いかなる個人も無制限の決定権限を有することはできないものとする (CGC A. 二主要原則)。そのために、会長 (取締役会議長) (Chairman) と最高業務執行取締役 (Chief Executive Director) の役割は、同一の者によって行使されないことを求めるが (CGC A. 二. 一)、例外的に、会長が最高業務執行取締役となることを取締役会が決めた場合には、取締役会は事前に主要株主に意見を聞くものとし、選任時においておよび次年度の年次報告書において株主にその理由を詳述するものとされる (CGC A. 三. 一)。

このようにCGCは、取締役会を通じた監督機能について、①業務執行者の専断を避けるために、権限を分離するとともに、②取締役会の定期的な会議や株主への情報開示を行うことを求めることによって、実効性を高めようとしている。

(2) 非業務執行取締役を通じた監督体制

(一) 取締役会と非業務執行取締役

(1) で述べたようにCGCは、最高業務執行者の権限を分配させ、取締役会の運営を適切に行わせることとする。もつとも、同じ会社内部の取締役（業務執行者）が業務の執行と監督を担うとすれば、監督機能が十分に働くかは疑問が残る。そこで、取締役会が監督機能を発揮できるようにするために、非業務執行取締役の選任を求めることとしている。非業務執行取締役による監督体制を確立するため、CGCは、次の規制を設けることとしている。

すなわち、一元制取締役会（unitary board）の構成員としての役割の一部として、非業務執行取締役は、戦略に関する提案に対して建設的に意見を述べ、その発展を助長するものとされる（CGC A. 四主要原則）。

そのために、非業務執行取締役は、会議で合意された諸目標および諸目的について経営者の業績を精査し、業績の報告を監視するものとする（CGC A. 四の補助原則）。具体的には、①非業務執行取締役は、財務情報の正確性、並びに、リスク管理のための財務統制および財務システムが堅牢で防御されていることを確保すること、さらには、②業務執行取締役の適切な報酬水準を定めることに責任を負い、業務執行取締役を選任すること、必要であれば解任すること、および後継者について計画することに主要な役割を演じることが求められる¹⁹。

取締役会や取締役会内部の委員会は、それらにそれぞれの義務と責任を実効的に果たすことを可能とするために、会社に関する技能、経験、独立性および知識の適切なバランスをもつべきものとする（CGC B. 一主要原則）。そのため、取締役会は、いかなる個人も、個人からなる小グループも取締役会の決定を支配することができないように、業務執行取締役と非業務執行取締役（特に独立非業務執行取締役）の適切な組み合わせをはかるものとする（CGC

B. 一補助原則)。

これらの規制から、CGCは単なる人数の比率だけではなく、業務執行取締役と非業務執行取締役との適切なバランスを重視しているといえよう。

さらに、取締役会は、取締役会自体の業績、その委員会および個々の取締役の業績に関する正式かつ厳格な年次評価をする義務を負うものとする(CGC B. 六主要原則)ため、上級独立取締役によつて指揮される、非業務執行取締役は、業務執行取締役の意見を考慮に入れて、会長の業績の評価に責任を負うものとする(CGC B. 六・三)。したがつて、CGCは、①非業務執行取締役に、取締役会において財務や報酬のチェックを主たる任務とし、取締役会における監視機能を強化することを期待されているとともに、②非業務執行取締役の意見が株主に対する開示書類に示されることにして、取締役会の監督体制の強化を図っている。

(二) 監査委員会による監督体制

もつとも、取締役会を通じた監督体制だけでは、フルタイムで業務を行う業務執行取締役よりも、会社の情報入手することが困難な態勢であるとすれば非業務執行取締役が十分な監督機能を発揮することは難しいと考えられる。また、非業務執行取締役の報酬の水準はその役割のために要した時間と責任に応じるものとされ、その報酬(Remuneration)には株式オプションや業績連動型要素を含めないことが求められる(CGC D. 一・三)ため、単に取締役に出席して監督機能の発揮を期待するインセンティブに乏しいとも考えられる。⁽²⁰⁾

そこで、非業務執行取締役が権限を行使するための場として、CGCは委員会制度の設置を求める。すなわち、

C G Cは、指名委員会⁽²¹⁾、監査委員会、報酬委員会⁽²²⁾の設置を定める。以下に述べるように非業務執行取締役がその中心となるが、委員会の議長や構成員以外の者は誰でも、指名委員会、監査委員会、または報酬委員会の会合に出席する権限を有するが、その他の者は、これらの委員会の招聘で出席することができるにとどまる（C G C B. 一の補助原則）。

取締役会は、有効なリスク管理と内部統制システムを維持するものとする（C G C C. 二主要原則）。そして、取締役会は、会社の報告とリスク管理と内部統制に関する諸原則にどのように適用するものとするかを検討するため、および、会社の会計監査役（Auditor）との適切な関係を維持するために、正式かつ透明な仕組みを置くものとする（C. 三主要原則）。

監査委員会の主たる任務には、会社の内部統制やリスク管理をレビューすること、会社の内部監査機能の実効性を監視し、レビューすること、外部会計監査役（External Auditor）の選任、再任、解任に関して取締役会に勧告すること、外部会計監査役の独立性と客観性、並びに、監査手続の効率性をレビューし、監視すること等がある（C G C C. 三. 一）。

さらに委員会の権限を行使しやすくするためには、業務執行者に対して意見を言える立場の者であることが望まれる。このために、取締役会は、三名以上の独立非業務執行取締役⁽²³⁾（Independent Non-Executive Director）からなる監査委員会を置くものとする。小規模会社においては、会社の会長は、この者が会長（取締役会議長）として選任されるに際して独立性があると考えられる場合には、独立非業務執行取締役に加えて、委員会の構成員であることはできるが、議長であることはできない。取締役会は、監査委員会の構成員の一人以上が関連する財務経験を最近において

有することを満たすものとする（C G C C. 三. 一）ことを求める。

このように、C G Cは、監査委員会のメンバーという固有の権限を与えることとともに、そのメンバーには独立性があることを求めることで、非業務執行取締役による監督体制の強化に期待しているといえるであろう。

4 非業務執行取締役の独立性に関する規程

（1）非業務執行取締役の選任・再任

ところで、非業務執行取締役が、同じ会社の非業務執行取締役として長期間任用され続けると、会社の情報に詳しくなるという点でメリットがあるが、反面、会社ひいては取締役相互間で馴れ合いが生じて、疑問があっても発言しにくくするというデメリットがあると考えられる。そこで、非業務執行取締役の選任や再任について、C G Cは次の規制を設けている。

すなわち、非業務執行取締役は、再任および取締役の解任に関する明文の条項を提示した特定の期間について選任されるべきものとされ、非業務執行取締役として六年を越える期間があるときは、特に厳格な審査に服するものとし、取締役会を順次に更新するために必要な説明をすべきものとする（C G C B. 二. 三）。

さらに、再任の規制に服するものとしている。すなわち、すべての取締役は、継続して満足のゆく業績があるという条件で、一定の間隔において再選手続に服するものとする（C G C B. 七主要原則）。F T S E三五〇社のすべての取締役は、株主による年次選任に服するものとする。すべての他の取締役は、その選任後最初の年次株主総会において株主による選任に服するものとし、その後三年を越えない間隔で再選に服するものとする。九年以上長期で任用

された非業務執行取締役は、年一度の再選に服するものとする。選任または再選を受ける取締役の氏名は、株主がその選任において情報に基づく決定ができるような、十分な履歴の詳細その他の関連情報を伴うものとする（CGC B. 七. 一）。

選任の手続であるが、取締役会は、株主に対して、非業務執行取締役の選任決議に付加する書面において、取締役会がその者が選任されるべきであるとする理由を、詳しく述べるものとする（CGC B. 七. 一二）。そして、非業務執行取締役の選任に関する任期と条件は、閲覧可能なものとされるものであることが求められる。また、非業務執行取締役は、彼らに期待されたものに答えるだけの十分な時間をもつことを確約するものとする。非業務執行取締役の他の重要な任務は、それに関わる時間について大まかに記したものとともにと取締役会に選任の前に開示されるものとし、取締役会は、その後の変更について情報を提供されるべきものとする（CGC B. 三. 一二）。ただし、取締役会は、常勤の業務執行取締役が、FTSE一〇〇社における一つ以上の非業務執行取締役職に就くことにも、そのような会社の会長職につくことにも、同意しないものとする（CGC B. 三. 三）。

このように、CGCは、業務執行職と非業務執行取締役を分けて選任することを求めるほか、非業務執行取締役があまり長期間同一の会社で選任され続けないよう配慮することを求めて独立性を高めるものとしている²⁴。

（２） 非業務執行取締役の独立性の要素

3で述べた監督体制を整えた上で、取締役会で非業務執行取締役が機能できる場を整えるためには、業務執行者に対して意見を述べる体制を整える必要がある。そのため、取締役会は、会長に対して意見を述べる者として任命し、

必要な時には他の取締役との媒介に奉仕するように、独立非業務執行取締役 (Independent Non-executive Director) の一人を、上級独立取締役として、指名するものとする (CGC A. 四. 二)。この上級独立取締役は、株主にとって、彼らが会長、最高経営取締役その他の業務執行取締役の通常のルートを通じたコンタクトで解決できず、そのようなコンタクトが不適切であることに関心をもつならば、有益なものであるものと考えられている。

これについて、取締役会は、年次報告において、取締役会が独立性があると思料する、非業務執行取締役それぞれの身元を明らかにするものとする (CGC B. 一. 一)。すなわち、取締役会は、当該取締役が性格および判断において独立しているか否か、および、当該取締役の判断に影響しそうであるか、影響するものと思われる関係または状況があるか否かを決定するものとされており、そのような関係または状況があるかにかかわらず、当該取締役が独立性をもつと定めるならば、取締役会は、その理由を述べる必要がある。

この独立取締役の要素としてCGCが掲げているのは次のものである。①過去五年の間、当該会社またはグループの従業員であった場合、②過去五年の間、会社と直接または、会社とそのような関係のある団体のパートナー、株主、取締役、または上級従業員と、関係のある重要な事業に就きまたは就いていた場合、③取締役の実費 (Fee) 以外に会社から付加的な報酬を受け、または受けている、会社の株式オプション (share option)、業績連動支給計画に参加し、会社の年金計画のメンバーである場合、④会社のアドバイザー、取締役または上級従業員と近親関係をもつ場合、⑤交差的取締役制をとり、または、他の会社または団体との関係を通じて他の取締役と重要な関係をもつ場合、⑥主要株主を代表する場合、または、⑦最初の選任の日から九年以上取締役会に任用されている場合である。

このように、CGCは独立取締役の要素を示しているが、どの要素を重視してどの程度遵守するかは各会社の状況

によって異なることになる。その趣旨から、CGCは、規制によって画一的に独立性があるとはどのような者かを定めるのではなく、独立制にかかわるある程度の指標を示し、それに合致しているかどうかは取締役会が株主に説明するという規律を設けて当該会社の重視する独立性をもつ非業務執行取締役を選任できるようにしている。

四 イギリス上場会社における非業務執行取締役設置の現状と改定

1 非業務執行取締役の現状

(1) CGCの規制による非業務執行取締役の役割

三では、非業務執行取締役に関するCGCの規制の概要について述べた。それを簡単にまとめると、次のようにいえるであろう。

すなわち、イギリスの上場会社では、CGCの規制を遵守することが必要となる。そこで、三で述べたように、取締役会を通じた監督機能を強化するために、業務執行取締役と非業務執行取締役の権限を分離し、非業務執行取締役に監督権限を委ね、その旨を株主に情報開示することが求められる。また、監督機能を強化するために、両者の取締役会内部におけるバランスを考慮し、非業務執行取締役の独立性の要件を明示し、非業務執行取締役が監督権限を行使しやすくするために、監査委員会等の委員会制度を設けて委員会を通じた監査体制を作ることが求めている。

イギリス上場会社における非業務執行取締役の役割は、①取締役会の会議において経営業績を精査し、業績の報告を監視し、財務情報の正確性を確保すること、②業務執行取締役の選任・解任をすることや、③業務執行取締役の報酬を適正なレベルのものに定めることであると考えられている。²⁵ それぞれ①が監査委員会、②が指名委員会、③が報

酬委員会を通じた職務ということになり、非業務執行取締役はこのような委員会制度を通じて任務を果たすことが求められている。

(2) CGC規制の実際の遵守状況と評価

非業務執行取締役の規制を含め、CGCの規制がどの程度遵守されているのか、遵守されていない場合にはどのような説明がされているのかをみておくことが有益である。そこで、二〇一三年におけるCGCの遵守状況に関する報告書を取り上げることとする。

イギリスの国際的会計事務所であるグラント・ソントン (Grant Thornton) は、二〇一三年に示した「コーポレート・ガバナンス論評二〇一三―『ガバナンスはギアを上げる』―」(Corporate Governance Review 2013 - 'Governance steps up a gear') (以下、ガバナンス論評という) を報告した。⁽²⁶⁾ これは、二〇一二年六月から二〇一三年四月までの間を事業年度とするイギリスのFTSE三五〇のうち二九八社の年次報告書をカバーし、CGCの要件に関する遵守状況⁽²⁷⁾を評価するものである。ここでは、この報告書に基づいてイギリス上場会社における非業務執行取締役制度の現状を分析することとしたい。

(1) CGCの遵守状況の概要

まず、CGCの遵守状況の概要を取り上げる。⁽²⁸⁾ ガバナンス論評によれば、二〇一〇年以降は「遵守している」が五〇%を越えるようになり、二〇一三年は五七%である。そして遵守していない項目について会社は説明しなければ

ならないが、遵守できていない項目は一つか二つにとどまるのがほとんどであるという。その遵守されていない項目は、取締役会が独立性があると思料する非業務執行取締役の身元を明らかにすること（CGC B. 一・一）や独立取締役の人数を半数以上（小規模会社では二名以上）とすること（CGC B. 一・二）等である。

遵守していないことの説明について、ガバナンス論評は、①八二%の会社は、遵守していないのは時限的なものであると記載してCGCの要求を満たそうとはしていないうえ、②五八%の会社は、CGCの条項を遵守していないことについて合理的な説明をせず、または大雑把なコメントを示しているにすぎない、と分析している。これを読む限り、多くの会社でCGCの条項が遵守されているが、遵守していない会社では、当該会社の現状から遵守するために体制を変更する必要性が無いという説明にとどまっているようである。

（二） 非業務執行取締役の条項に関する遵守状況

次に、非業務執行取締役に関する条項の遵守状況についてみてゆきたい。

独立性があると思料する非業務執行取締役の人数（半数以上）が求められている（CGC B. 一・一）ので、取締役会の構成についてみてみたい。ガバナンス論評によれば、FTSE三五〇の取締役会の平均的な構成は、一名が会長、三名の業務執行取締役、五・六名の非業務執行取締役であるとのことである。⁽²⁹⁾ CGCが求める半数以上の非業務執行役を選任する会社が多いとはいえ、それに満たない会社は一四・一%あるとのことである。

三・四（二）で述べたように非業務執行取締役が独立性をもつか否かの要素をCGCはいくつか挙げているが、従業員から非業務執行取締役になったばかりの者や非業務執行取締役として九年以上になる者がいること等の要件で独立

性の要件に合致しない会社があると分析されている。これについては、会社側でそれを選任する理由を説明しているところであり、その説明が株主にとって納得の行くものであるかが問われることとなる。

さらに、非業務執行取締役の年齢についても調べている。それによれば、FTSE三五〇の平均は五九・七歳と二〇一二年より高齢化しているとのことである。⁽³⁰⁾ また、経験という点は在任期間の長さとも関係することになるが、平均では四・八年ということであり、業務執行取締役(七・〇年)や会長(八・一年)よりも短期間である。長期になると会社に対する十分な監視ができにくくなることから、この点について実務では、CGCの定める独立性の規律を遵守して、人選をしているものといえよう。

(三) 非業務執行取締役と監査委員会の構成

非業務執行取締役による監督機能については、監査委員会を通じて行われるものが重要であるので、これについてみておきたい。

監査委員会は、三名以上の独立非業務執行取締役からなるとされている(CGC C. 三. 一)。これについてガバナンス論評によれば、遵守状況は九四%が完全に独立性のある非業務執行取締役から構成されており、二〇一二年の九〇%よりも改善しているとのことである。⁽³¹⁾

この委員会がどのような機能を果たしているかについては、監査委員会報告書(Audit Committee Report)に記載して株主等の開示されることとなる。これについて、監査委員会の議長が当該事業年度の監査について個人的な見解をまとめているが、ガバナンス論評は、二〇一二年と比べて二〇一三年はボリュームは厚くなっているものの、報酬委

員会報告書の四分の三程度の分量にとどまり、内容もまだ薄いものであると分析している。

したがって、C G Cが遵守を求め、遵守がされないときは説明を求めることにされているが、その説明についてはまだ改善の余地があるということになる。監査委員会の職務には、リスク管理や内部統制システムの構築も含まれるため、この点に関する記述の充実が、今後は求められることになる。

2 イギリス上場会社における株主の関与と非業務執行取締役の規制

(1) ‘Comply or Explain’の限界

1 (2) で述べたC G Cの遵守状況をみると、調査対象会社のほとんどが、一応C G Cの項目を遵守しているときれている。遵守していない項目については説明することが必要であるが、ガバナンス論評を読むと、必ずしも株主に対して十分な理由をもって説明しているわけではないようである。それは、①なぜ会社が遵守しないかを説明することを委ねられた会社の声明がしばしば非常に短く、十分な情報を有していないことのほか、②‘Comply or Explain’の原則に関心を持つ株主の欠如であることが指摘されている。⁽³²⁾ すなわち、イギリスの上場会社では、株主は取締役からの説明について関心をもって取締役を監視すべきであり、取締役は、C G Cの遵守がされていない項目があれば十分な説明をすることが求められている。しかし、現実には取締役から提供される情報が少なく、また株主も感心が乏しいため無機能化していることから、株主も取締役の監視を十分に行うことができないことになる。これは、‘Comply or Explain’の仕組みを通じた株主による取締役の監視体制には限界があることを示すものともいえる。

そうなると上場会社に規程の遵守を求めても会社が遵守しない場合に、会社に説明させるというだけでは取締役会

に対する会社の監督体制は十分機能しないという問題があることになるのであり、その対応策も考えておくべきである、ということになる。

（２） スチュワードシップ^{コード}規程

そこでイギリスでは、機関投資家（Institutional Shareholders）に対して「スチュワードシップ^{コード}規程」（The UK Stewardship Code 2012）^{（33）}の遵守を求めている。これは、統合規程（Combined Code）の改訂により、二〇一〇年六月に、会社に対する部分が「UKコーポレート・ガバナンス規程^{コード}」（CGC）となり、二〇一〇年七月に機関投資家に関する規定が独立して出されたのが、「スチュワードシップ^{コード}規程^{コード}」である。これはその後二〇一二年九月に改訂されている。「スチュワードシップ^{コード}規程^{コード}」は、最終受益者に与えられる価値を保護し、増大するために、機関投資家に次の七つの原則を示している。

すなわち、①機関投資家は、スチュワードシップ責任をどのように果たすかに関する自らの方針を公に開示すべきである、②機関投資家は、公に開示する者とされるスチュワードシップに関する利益相反の管理に関する確固たる方針を定めるべきである、③機関投資家は、投資先企業を監視すべきである、④機関投資家は、スチュワードシップ活動をいつ・どのように高めるかについて明確なガイドラインを確立すべきである、⑤機関投資家は、適切な場合には他の取締役と進んで協働すべきである、⑥機関投資家は、議決権行使および議決権行使行動の開示に関する明確な政策をもつべきである、⑦機関投資家は、スチュワードシップおよび議決権行使行動に関する定期的な報告をすべきである、というものである。

スチュワードシップとは、預託を受けた資産を長期的に積極的かつ責任をもって管理運用することの意義で用いられ、機関投資家の受託者責任 (fiduciary duty) に親和的な概念であると説明されている。⁽³⁴⁾「スチュワードシップ規程」では、CGCの原則を一つでも遵守しないことを選択した署名者は、読者にスチュワードシップのアプローチを理解することができるよう「意味のある説明 (meaningful explanations)」を提供することが求められている (スチュワードシップ規程^{コード} Comply or Explain³) と定める。これは、(1) で述べたようにCGCでは十分な情報が提供されてこなかったことから、スチュワードシップ規程^{コード}の二〇一二年の改正でしつかりした説明をさせることを求めることとしたものである。⁽³⁵⁾

このような規制は、CGCの遵守せよさもなければ説明せよという仕組みの限界に対処するための方法として大株主であって専門的知識のある機関投資家の行動を通じて遵守状況の改善を柔軟に図ろうとするものである。今後イギリスの上場会社は、遵守しない場合には、機関投資家から、中身のある説明を求められることになるとともに、それが機関投資家の投資行動に影響を及ぼすことになるから、より一層CGCの項目やスチュワードシップ規程^{コード}を遵守してゆくことが求められることになる。非業務執行取締役の独立性や取締役会の監督機能の向上についても、これら外部の視点が入ることさらに改善されることが期待されよう。

五 おわりに

1 以上、イギリス上場会社における非業務執行取締役の独立性と監査機能を中心に、それに関する規制を検討してきた。イギリスでは自主規制で規律する伝統が強く、法規制よりも柔軟に各会社の実情に合った監査体制がとれると

いわれている。その内容はC G Cでかなり詳細な規定を設けていることになるが、それを「遵守」するか、遵守しない場合には「説明」することが求められる。もともと、四1で述べたように「説明」については十分な説明がなされていない事例もみられるようである。そこで、スチュワードシップ^{コード}規程により、さらに強く規制の遵守を求める方向性が求められることになるが、会社事業の運営や統制について今後は会社内部のみならず外部からの監視の目がより厳しくなることが想定されよう。

2 また、日本法への示唆を簡単に検討して本稿を締めくくることとする。‘Comply or Explain’は、一で述べたようにEUにおいても採用されているほか、日本法にも影響するためである。

第一に、会社法の改正との関係である。「会社法の一部を改正する法律」（以下、「改正会社法」という）が、平成二六年六月二七日に公布された（法律第九〇号）。社外取締役による株式会社の経営に対する監査・監督の強化や企業グループが適切に経営を行うことができるよう企業統治のあり方を見直すこと等が改正の柱の一つである。

改正会社法は、社外取締役および社外監査役の要件を改正し、その会社の自然人である親会社等や親会社等の取締役等でないこと、その会社の兄弟会社の業務執行取締役等でないこと、その会社の取締役等や自然人である親会社等の配偶者または二親等内の親族でないこと、等を定めて要件を厳格化した（改正会社法二条一五号、一六号）。そして、金融商品取引法の規定により有価証券報告書の提出義務のある監査役会設置会社（公開会社かつ大会社に限る）が、事業年度の末日において社外取締役を置いていない場合には、取締役は、当該事業年度に関する定時株主総会において、社外取締役を置くことが「相当でない理由」を説明しなければならず（改正会社法三二七条の二）、その理由は事業報

告の内容とすることが求められる（「会社法制の見直しに関する要綱」第一部第二（前注））。この説明義務は、取締役が、株主からの質問を待たずに、積極的に口頭で社外取締役を置くことが相当でない理由を説明しなければならないものであり、それを毎年の定時株主総会でしなければならなくなることから、同条の趣旨は、社外取締役の選任に向けた動きを促進しようとするものと考えられる⁽³⁶⁾。このような規律は、株主総会の議案と関係のない事項の説明を義務づける点で従来の日本の制度と比べて異例であり、⁽³⁷⁾「Comply or Explain」のルールを日本法に導入するものと考えられる⁽³⁸⁾。このように日本法に「Comply or Explain」の原則が限定的ではあるが導入されたとすると、法律で厳密な要件を設定するよりもその会社にあった制度の導入を求めるイギリスのソフト・ロー的アプローチが導入されてゆく可能性もあろう。これによる監督機能の向上がどう進展するかについては今後検討すべき余地があると思われる。

第二に、「日本版」スチュワードシップ規程^{コード}の導入についてである。社外取締役の遵守を求める規制のほか、「日本版」スチュワードシップ規程^{コード}の導入も検討されている⁽³⁹⁾。これが導入されると投資先企業に対してリターンを求める投資家株主と企業との間の対話を通じて、企業経営の効率性が向上することが期待されることになる。機関投資家は国境を超えた投資行動をしているのであって、国際的基準に適合する監督制度の構築が、日本法にも求められてくることになる。イギリス法上の規制が、日本法にどのような影響を及ぼすかについて、その動向についても注目してゆく必要がある。

第三に、このような新たな規制が日本の他の監査制度にどのように影響するかである。監査制度は会社に特有のものではなく、例えば公的団体についても監査は必要となる。本稿では監査に関する議論の進んでいる私企業について比較法的に検討を行ったが、この検討を参考に今後は公的団体の監査等の他の制度についても検討することとしたい。⁽⁴⁰⁾

- (1) 開示義務は、会社事業を公開で透明な方向へと導くことを確保するコーポレート・ガバナンスの重要な内容である、と考えられている (Brenda Hannigan, *Company Law*, 3rd ed. (2012) p. 105)。
- (2) 「UKコーポレート・ガバナンス規程^{コープ}」は、現在、二〇一四年九月に改定版 (FRC, *The UK Corporate Governance Code*, Sep. 2014 (<https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/UK-Corporate-Governance-Code-2014.pdf>)) が出版されているので、本稿ではそれを扱うこととする。
- (3) 例えば、ペーター・オー・ミューベルト (神作裕之訳) 「ドイツ株式法における『遵守せよ、さもなくば説明せよ』の準則とEUの背景—株式法一六一条とドイツ・コーポレート・ガバナンス・コード—」ソフトロー研究二三号 (二〇一四年) 一頁。
- (4) イギリス法における非業務執行取締役規制の変遷とコーポレート・ガバナンスの動向に関する近時の研究として、一ノ澤直人「イギリスにおける非業務執行取締役の検討(一)(二・完)」山口経済学雑誌四六巻五号 (一九九八年) 九一頁、四九巻三号 (二〇〇一年) 九三頁、同「英国における社外取締役の規整の展開—ヒックス報告による影響の検討を中心として—」山口経済学雑誌五二巻三号 (二〇〇四年) 一六七頁、同「英国における非業務執行取締役の『独立性』の再考—金融危機以後の議論の経緯を踏まえて—」西南学院大学法学論集四五巻三・四合併号 (二〇一三年) 三七頁、谷口友一「コーポレート・ガバナンス規制における補完性と柔軟性—イギリスにおける『遵守又は説明』規定の生成と展開—」法と政治六〇巻三号 (二〇〇九年) 五二頁、林孝宗「イギリスにおけるコーポレート・ガバナンスの展開—非業務執行取締役の役割と注意義務を中心に—」法学研論集一七号 (二〇一一年) 二四七頁、北村雅史「コーポレート・ガバナンスと会社法改正の動向—グローバル化の観点から—」藤田勝利先生古稀記念論文集『グローバル化の中の会社法改正』(二〇一四年) 三頁。
- (5) 二〇〇六年会社法の翻訳については、イギリス会社法制研究会 (代表者 川島いづみ) 「イギリス二〇〇六年会社法(二)(二五・完)」比較法学四一巻二号 (二〇〇八年) 三六一頁〜四六巻二号 (二〇一二年) 二七七頁を参考にした。
- (6) ただし、国務大臣は、一六歳に達していない者を取締役として選任することができる場合について規則で定めることができる (二〇〇六年会社法一五八条) という例外がある。

なお、一九八五年会社法 (Companies Act 1985) では、公開会社を対象として、選任時に七〇歳に達した者については、取締役として選任することができないとする年齢制限があったが (同法一九三条二項。Company Law Review, Developing the Framework (2000) para 3.108; Completing the Structure (2000) para 4.43) 、二〇〇六年会社法は、年齢の上限規制を廃止した。

(7) 会社は、会社と取締役との間でいかなる合意をしていたとしても、株主総会の普通決議により任期の満了前に取締役を解任することができるが、その場合には、解任された取締役には地位喪失に対する支払いをしなければならない (二〇〇六年会社法一六八条一項、五項)。そうであれば、取締役の在任期間が長ければそれだけ地位喪失に対する支払い額が大きくなる。したがって、その支払いと業績連動とが連動しているか否か議論の余地がある。

そこで、取締役の任用期間は一九八五年会社法では最長五年であったが、二〇〇六年会社法は二年に短縮した (これについては、拙稿「イギリス二〇〇六年会社法における取締役の報酬規制」石山卓磨先生Ⅱ上村達男先生還暦記念『比較企業法の現在―その理論と課題―』(二〇一一年) 四三―四四頁)。会社法改正の審議の過程では五年から三年に短縮するという意見であったが、国会において二年へとさらに短縮されたことである (Brenda Hannigan, 'Directors and Conflicts of Interest' in Hannigan and Prentice, *The Companies Act 2006 - a Commentary*, 2nd ed. (2009) pp. 59-61)。

その開示について、同法は、すべての会社は、任用契約の写し (copy) を、会社の登録事務所等に保持し、会社の社員の閲覧に供し続けなければならない、と定めている (二〇〇六年会社法二二八条、二二九条)。これに違反するときには、懈怠した当該会社のすべての役員は、罰金を課される (同法二二九条三項)。

(8) 例えば、川島いづみ「イギリス会社法における取締役の注意義務」比較法学四一卷一号 (二〇〇七年) 一頁、大塚章男「イギリス二〇〇六年会社法における取締役の責任―会社の成功促進義務を中心として―」国際商事法務四二巻三号 (二〇一四年) 三五九頁参照。

(9) 会社は当該会社について定める (通常) 定款 (articles of association) を定めなければならない (二〇〇六年会社法一八条一項)。これについてイギリス会社法では模範定款 (model articles) が用意されており、会社は模範定款の諸規定の全部または一部を採用することができる (同法一九条三項)。会社の設立時に、定款が登記されていないかまたは定款が「会社の種

類と」密接関連性をもつ模範定款を排除しもしくは変更しない限り、密接関連性をもつ模範定款が（それが適用しうる限りにおいて）、模範定款形態の定款が適切に登録されたのと同じ仕方および同じ範囲で、会社の定款を構成する（同法二〇条一項）。つまり、会社独自の定款を定めていない場合や模範定款を排除または変更しない場合には、模範定款が当該会社の定款となる。

二〇〇六年会社法は、小さいものを第一に考える（Think Small First）の理念のもとに（Modernising Company Law, July 2002 (Cm 5553-1) p. 8）、異なる模範定款が異なる種類の会社について定められるものとして（二〇〇六年会社法一九条二項）、①私会社（（１）株式有限責任私会社（private companies limited by shares）用と（２）保証有限責任私会社（private companies limited by guarantee）用がある）および②公開会社（public companies）用の模範定款を用意する（The Companies (Model Articles) Regulations 2008 (SI 2008/3229)）。私会社用の模範定款は公開会社用と比べて簡易である。この模範定款は、二〇〇九年一〇月一以降に設立される会社に適用され（The Companies Act 2006 (Commencement No. 8, Transitional Provisions and Savings) Order 2008 (SI 2008/2860 (C.126)) 二条（c）号）、それ以前に設立された会社については適用されない（同法第二附則（Schedule 2）一条）。それ以前の模範定款の適用については、拙稿「イギリス法における取締役の報酬規制」日本大学大学院法学研究年報二九号（一九九九年）一八六―一八八頁参照。

(10) Paul Davies, 'Corporate Boards in the United Kingdom' in Paul Davies, Klaus J. Hopt, Richard Nowak & Gerard Van Solinge (eds.), *Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe* (2013) p. 724.

(11) Ibid., p. 725; Paul L. Davies & Sarah Worthington (eds.), *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 9th ed. (2012) p. 384. イギリスでは、会社を、厳密には純然たる法人ではなく、株主間の契約的結合に法人的属性が付与された存在である契約上の所産と捉え、このことから契約自由の原則により当事者間の大幅な自由を許容し、機関構成は広く弾力的に認められるが、株主から定款に委任された取締役の権限は取締役の全体ひいては取締役会の会議を通じて行われると分析されている（酒巻俊雄「株式会社の本質観と会社法理―イギリス法とアメリカ法―」星川長七先生還暦記念論文集『英米会社法の論理と課題』（一九七二年）一頁以下）。

(12) Hannigan, *supra* note (1) p. 105.

- (13) ヨーロッパ大陸の二元制とイギリスの一元制との対比の概要については、Stephen W. Mayson, Derek French & Christopher L. Ryan, *French & Ryan on Company Law: 2013-2014 ed., 30th ed.* (2013) p. 431.
- (14) 三つの委員会報告書については、拙稿・前掲註(9)一九〇～二〇三頁および二二六～二二二頁参照。これらの報告書の翻訳は、日本コーポレート・ガバナンス・フォーラム編『コーポレート・ガバナンス―英国の企業改革―』(二〇〇一年)二五七～四一三頁。
- (15) 二〇〇三年にはその内容を拡充した「コーポレート・ガバナンスにもとづく統合規程」(FRC, *The Combined Code on Corporate Governance, July 2003*) が制定されており(その翻訳は、中村信男・上田亮子訳「イギリスのコーポレート・ガバナンスに関する改正統合規程(二〇〇三年七月)」比較法学二八巻二号(二〇〇五年)二〇九頁以下)、その後二〇〇六年六月、二〇〇八年六月に改正された。
- (16) 統合規程からさらに改正が行われ、二〇一〇年六月に名称を「UKコーポレート・ガバナンス規程」(FRC, *The UK Corporate Governance Code*) と改正し、二〇一二年九月、二〇一四年九月にも改正版が刊行されている (<https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/UK-Corporate-Governance-Code-2014.pdf>)。
- (17) イギリスにおいて、法規制ではなく、自主規制による遵守を求めることの利点については、関孝哉「英国コーポレート・ガバナンスの展開(上)―エイドリアン・キャドバリー卿に聞く―」取締役の法務七五号(二〇〇〇年)四〇頁、同「コーポレート・ガバナンス規範に対する英国企業の対応とディスクロージャー」商事法務一五七〇号(二〇〇〇年)二〇頁。もっとも、イギリスにおける自主規制については、限界がないわけではない(拙稿「イギリスの上場会社における取締役の報酬規制と実務の対応」中村一彦先生古稀記念『現代企業法の理論と課題』(二〇〇二年)四八九～五〇四頁参照)。
- (18) この点の分析については、尾崎安央「非業務執行役員の役割」ジュリスト一四五二号(二〇一三年)二〇頁、野田博「社外取締役についての規律と『遵守するか、または説明せよ』原則―コーポレート・ガバナンスにおける規制の一断面―」青竹正一先生古稀記念(出口正義ほか編)『企業法の現在』(二〇一四年)三三四頁等を参照。
- (19) 取締役会の監督体制に関する原則を満たすための細則として、CGCは次のことを定める。まず、会長との対話である。

すなわち、会長は、業務執行者を出席させずに、非業務執行取締役と会合をもつものとし、上級独立取締役に主導されて、非業務執行取締役は、年一回以上、また、適切であると認めるときはその他の場合においても、会長の業績を評価するために、会長を出席させずに会議を開くものとする (CGC A. 四. 一)。また逆に、取締役が、会社の経営や提案された行為について解決することができないという懸念がある場合には、非業務執行取締役は、その懸念が取締役会議事録に記録されるように確保するものとするとともに、辞任については、もし非業務執行取締役がそのような懸念をもつならば、取締役会に流布させるために、取締役会会長に書面による陳述書を提供するものとする (CGC A. 四. 三)。このように、CGCは、対話の機会を確保することで、業務執行者は取締役会議長に適切な意見を述べる事が可能となる。

(20) Hannigan, *supra* note (1) p. 122. イギリスにおける報酬規制の概要については、伊藤靖史『経営者の報酬の法的規律』(二〇一三年) 一四二頁、拙稿・前掲註(7)三七頁参照。

(21) 非業務執行取締役に独立制があるか否かは選任時に判断されることになる。そのため取締役候補者の選定が重要であって、この職務を担うのが、指名委員会である。CGCは、新しい取締役を取締役に選任するために、正式な、厳格な、透明な手続を置くことを求める (CGC B. 二主要原則)。そのために、取締役会選任手続を主導し、取締役会に勧告すべきものとされる指名委員会が存在するものとする。指名委員会の構成員の過半数は、独立非業務執行取締役であるものとされる (CGC B. 二. 一)。指名委員会は、取締役会において技能、経験、独立および知識のバランスを評価するものとし、この評価の観点で、特定の地位に要求される役割と能力に関する説明書を用意するものとする (CGC B. 二. 一)。

(22) 報酬に関して会社と取締役とのあいだに存在する利益相反関係を回避するために、取締役会は、三名以上の独立非業務執行取締役 (小規模会社 (smaller company) では二名以上である) によって構成される報酬委員会 (remuneration committee) を設置することが求められる (CGC D. 二. 一)。その権限は、取締役会の授権にもとづいて、年金受給権と一切の補償支給額を含む業務執行取締役全員および会長の報酬を定めることに責任を委ねられるものとし、上級業務執行者の報酬の水準および構成について勧告および監視するものとする (CGC D. 二. 一)。業務執行取締役の報酬は、会社の長期的成功を促進するために設定されるものとし、業績関連という要件は、透明性、伸縮性、厳格性をもって適用されるものとする

(CGC D. 一主要原則)。そのため、報酬委員会は、他社との関係で自社がどのような状態にあるかを判断し、相応の業績の向上がないままに報酬水準を押し上げることがないように注意しなければならない (CGC D. 一補助原則)。

こうした点に配慮し報酬方針を定めた上、業績連動型報酬、株式オプション等、報酬全体を決定しなければならない。

- (23) 小規模会社 (Smaller Company) では二名以上である。小規模会社 (Smaller Company) とは、報告年度の直近の年度を通じてFTSE三五〇以下である会社であり、この会社の場合でも独立非業務執行取締役を二人以上は必要とされる (CGC B. 一・一二)。

- (24) もともと、非業務執行取締役が短い期間で入れ替わると、十分な監査能力を身につけることが難しい場合もあろう。そこで、取締役会は、取締役、特に非業務執行取締役が、彼らが取締役としてその責任を果たすために必要と判断する場合に、会社の費用で、独立性のある専門的なアドバイスにアクセスすることができることを確保するものとする (CGC B. 五・一)と規定されている。

- (25) Hannigan, *supra* note (1) p. 119.

- (26) Grant Thornton, 'Corporate Governance Review 2013 - "Governance steps up a gear" (2013) (<http://www.grant-thornton.co.uk/Documents/FTSE-350-Corporate-Governance-Review-2013.pdf>).

- (27) この報告書は、CGCに加えて、二〇〇六年会社法四一七条に定める取締役報告書 (business review) の遵守状況も評価している。後者については、山口幸代「英国会社法における企業統治の基本理念」藤田勝利先生古稀記念論文集『グローバル化の中の会社法改正』(二〇一四年)二六二頁以下参照。

- (28) Grant Thornton, *supra* note (26) pp. 8-10.

- (29) *Ibid.*, pp. 16-17.

- (30) *Ibid.*, p. 19. 取締役全体の平均年齢については、四〇歳以下や七五歳以上はほとんどおらず (一・〇%程度)、中心は五〇〜五四歳 (二〇・一%)、五五〜五九歳 (二二・〇%)、六〇〜六四歳 (二〇・三%) である。

- (31) *Ibid.*, p. 22.

- (32) Andrew Keay, 'Comply or explain in corporate governance codes: in need of greater regulatory oversight?' (2014) Vol. 34 No. 2 Legal Studies p. 303. 別の実証分析によれば、① 遵守の有無は必ずしも客観的な事項ということとはできないため、会社と外部者との間で遵守状況についての見方が異なること、また、② 機関投資家は不遵守の事例の詳細な吟味や評価を行うよりも「遵守せよさもなければ成果を挙げよ」という尺度で意見を述べているとのことである（これに関する分析は、野田博「『遵守せよ、さもなければ説明せよ』原則の考え方と現実との乖離をめぐる一考察—英国の『コーポレート・ガバナンスについての統合規範』を主な対象として—」ソフトウェア研究八号（二〇〇七年）一四頁）。
- (33) FRC, The UK Stewardship Code 2012 (<https://www.frc.org.uk/getattachment/e2db042e-120b-4e4e-bdc7-d540923533a6/UK-Stewardship-Code-September-2012.aspx>).
- (34) 神作裕之「コーポレートガバナンス向上に向けた内外の動向—スチュワードシップ・コードを中心として—」商事法務二〇三〇号（二〇一四年）一二頁。
- (35) 神作・前掲註(34)一五頁。
- (36) 「相当でない理由」の説明とは、取締役が、単に社外取締役を「置かない」理由を説明するだけでは足りず、社外取締役を置くことがかえってその会社にマイナスの影響を及ぼすというような事情を説明しなければならないものと解されている（坂本三郎ほか「平成二六年改正会社法の解説（Ⅰ）」商事法務二〇四〇号（二〇一四年）三六頁）。また、会社法改正の動向を踏まえて、東京証券取引所は、上場規則を改正し、上場会社は、取締役である独立役員を少なくとも一名以上確保するよう務めなければならない旨の規定を設け（東京証券取引所「有価証券上場規程」四四五条の四）、平成二六年二月一〇日から施行している。同有価証券上場規程に定める独立役員とは、一般株主と利益相反が生じるおそれのない社外取締役（会社法二条一五号）または社外監査役（会社法二条一六号）をいうものとされている（有価証券上場規程四三六条の二）。
- (37) 江頭憲治郎『株式会社法（第五版）』（二〇一四年）三八四頁（註6）。
- (38) 坂本ほか・前掲註(36)三五頁。

(39) 田中亘「日本版スチュワードシップ・コードの検討―機関投資家の役割についてのアンヴィバレントな見方―」監査役
六二九号（二〇一四年）六六頁。

(40) 例えば、白井光明「英国自治体監査の動向」石川正先生古稀記念論文集『経済社会と法の役割』（二〇一三年）七九頁。

※本研究は科学研究費補助金（二六三八〇一三一）の助成を受けたものである。

航空由来カーボンの排出削減と国際社会

工藤 聡 一

目次

- I 序説
- II EU-ETSとEU航空排出権指令
- III 航空排出権指令に対する国際的批判
 - 1 航空排出権紛争の勃発
 - 2 国際環境法的論点
 - 3 国際航空法的論点
- IV 航空排出権指令の本質
 - 1 米系航空事業者による提訴とECJ判決
 - 2 国際環境法的論点

3 国際航空法的論点

V 航空排出権指令をめぐる政治的解決

1 ICAOと航空由来カーボンの削減

2 ICAO第三八回総会における歴史的成果

VI 結語

I 序説

大気中の温室効果ガスである二酸化炭素（CO₂以下、「カーボン」という）が年々増加しており、そのための気候変動（climate change）が、山火事、干ばつ、集中豪雨、洪水などの異常気象の頻発を招いていると考えられている。⁽²⁾ この問題を重く受け止めた国際社会は、一九九二年、地球環境の保護のための新たな国際的取り決めとして、気候変動枠組条約⁽³⁾（United Nations Framework Convention on Climate Change: UNFCCC）を採択した。同条約の下で毎年行われる締約国会議（Conference of the Parties: COP）において、継続的な議論が行われてきている。⁽⁴⁾ カーボンの具体的な排出削減数値目標を定めた一九九七年の京都議定書⁽⁵⁾は、その最大の成果といえる。一方、世界各国も低炭素社会に向けた取り組みに高い関心を示してきており、中でもEU（欧州連合）は極めて積極的である。⁽⁶⁾ 京都議定書に基づく削減数値目標を達成するために、欧州排出権取引制度（European Union Emissions Trading System: EU-ETS）⁽⁷⁾を創設して、事業者に炭素効率を向上させるインセンティブを与え成果を生んでいるのである。

ところで、このEU-ETSに関連して国際的な議論が巻き起こり、国際紛争の様相までを呈するに至っているこ

とは注目されてよい。すなわちEUは、二〇〇八年、京都議定書における削減義務からは除外されている国際航空由来カーボンについて、新たにEU-ETSに基づく排出権取引を強制することを内容とした、EU加盟国宛の指令^⑧「航空排出権指令 (Aviation Emissions Directive)」^⑨を採択した。同指令は、EU内の空港に発着する航空機について、その国籍を問わず、かつ当該国籍国の合意を得ずに施行され、全飛行区間 (EU領空のみならず、通過する第三国領空、公海上の空間、相手国の領空を含む) に及ぶカーボン排出量を規制対象とする。この指令に対し、国際社会は猛反発した。相手国の合意なく一方的に強制されるという手法、そして規制範囲がEU領域外 (とりわけ公海上の空間、相手国領空) に及ぶという効果、更には京都議定書が国連の専門機関たる国際民間航空機関 (International Civil Aviation Organization: ICAO) の主導下での航空由来カーボン削減を謳っていることに鑑み、規制主体の不適切さを捉えて、EUに対して一斉に批判を加え始めたのである^⑩。

航空由来カーボンは産業全体の排出量からみれば僅か三%に止まるのであって、世界を敵に回してまでEUが指令の施行にこだわる理由は乏しいように思われる。ところがEUは、司法機関への提訴、対抗的立法・貿易措置の発動といった厳しい国際的批判を受けながらも、二〇一二年一月、航空排出権指令を予定どおりに施行させた。以下本稿は、環境法と航空法とが国際的に複雑にからみあうこの問題の理論的な構造を解き明かし、その先に、EUの真意を探ろうとするものである。続くⅡ章では、議論の基礎となる国際環境法制を概観する。Ⅲ章では、航空排出権指令の適用をめぐって発生した国際紛争の状況を整理したうえ、そこでの批判的主張の内容を確認する。Ⅳ章では、EUの防御的主張の説得力を検証する。Ⅴ章では、以上を踏まえ、指令を強行的に施行したEUの真意を推し量り、結びと

II EU-ETSとEU航空排出権指令

京都議定書は、具体的なカーボン削減数値目標を先進国に課し、同時に削減努力の促進と削減の実効確保のための手法を規定する。⁽¹¹⁾ 国際排出権取引 (International Emissions Trading) がその代表である。すなわち、産業施設等から排出されるカーボンは大気に混合され地球全体をめぐるものであり、いかなる場所で削減されたとしても、その意味は同じである。しかも炭素効率、技術水準、産業成熟度等によって各国、各産業でまちまちであるため、炭素効率が既に高い国、産業において無理をして削減せずとも、炭素効率が低く削減余地の大きい国、産業において削減努力をする方が、より効果的といえる。排出権取引はこの点に着目し、「排出権」を介在させて余剰と不足とを交換できる取引を行うことで、国際的な規模のカーボン削減を可能性にするものに他ならない。前述のEU-ETSは、この排出権取引の市場システムとしてEUにおいて整備されたものであり、発電、製鉄などの炭素排出量の大きい産業を中心に、国・産業毎に排出量を割り当て、事業者がそれを下回る場合には余剰排出権を譲渡することを認め、他方事業者がそれを上回る場合には超過分に見合う不足排出権の購入を義務付けて (キャップ&トレード方式)、EU加盟国の国別削減目標の達成に貢献してきた。⁽¹²⁾

EU-ETSは、第一段階として二〇〇五年から二〇〇七年までが実行されたが、産業に偏りがあり排出権が過剰になる点を指摘され、二〇〇八年からの第二段階では適用産業の範囲がされる措置がとられた。⁽¹³⁾ ここで指摘すべきは、二〇一二年からは航空産業にも対象が拡大され施行されている点である。⁽¹⁴⁾ 航空由来のカーボンは、全産業からみると三%程度にとどまる。⁽¹⁵⁾ しかし、地上における工業施設由来のそれとは異なり、高度上空で排出されるカーボンは

名目以上の温室効果を生ずるといわれる。¹⁶ また、EUでは低価格航空会社LCCの台頭の影響もあって近年航空運輸が飛躍的に増加しており、¹⁷ それに伴い航空由来カーボンの増大はもはや看過できないものとなったのである。当該措置を定める航空排出権指令は、二〇〇四年から二〇〇六年の間の年平均総排出量を基準とし、二〇一二年はその九七%、二〇一三年以降は九五%に抑える数値目標を定める。¹⁸ また同指令は、EU域内空港における離発着という域内発生事象を規制の根拠とする域内ルールと位置付けられ、そのため外交関係を定める条約等の文書と異なり、相手国であるEU乗入れ航空事業者の国籍国の合意を得ずに、EUの措置によって一方的に強制できる。¹⁹

ところでEU-ETSは、EUの政策目標の達成手段であるから、その原則的な適用範囲はEU域内であるはずである。しかしながら指令は、その地理的適用範囲をEU領空内に限定せず、EU域内空港への離発着を条件としつつ、EU加盟国と相手国との間の全区間を対象とする。²⁰ 従ってこれには、上空を通過する第三国の領空、公海上の空間、及び相手国の領空もが、含まれることになる。EUがかかる規律を定めた理由であるが、第一には、実効的なカーボン削減のためにはより広範囲をカバーする必要があったこと、が挙げられる。たとえばロンドン・ニューヨーク間の路線でいえば、EU領空の区間は全体の三〇%に過ぎない。グローバルな適用範囲を設定すべき所以である。第二には、EUの航空産業保護の要請、が挙げられる。航空産業は拡大の著しい産業であり、基準年以降の成長分を加味すると、事業者には排出権購入義務が発生する場合が多いと考えられる。その前提で仮にEU領空だけを規制範囲にすると、域内航空のポリウムがより大きいEU系事業者の負担が膨らみ、EU域外航空事業者との間の競争を歪めると考えられるのである。²¹ もっとも上記第一の理由は、カーボンの削減に積極的なEUの立場からの論理の押しつけであるし、第二の理由は、身内の権益を守るための、いわばEU側の都合である。航空排出権指令は、こうして国際社

会から全包囲的な批判にさらされることとなった。⁽²²⁾

Ⅲ 航空排出権指令に対する国際的批判

本章では、航空排出権指令を施行するEUとその一方的強制に反対する諸国との間に生じた軋轢の状況を確認した後、批判の中核である、同指令が国際環境法、国際航空法という法的枠組みと整合的でないとする根拠を検討する。

1 航空排出権紛争の勃発

前述のとおり、航空排出権指令によって、EU-ETSはEU域内を離発着する、外国籍機を含む原則としてすべての航空機に適用されることとなった。これに対する批判の急先鋒は米国である。同国の航空事業者とその事業者団体は、航空排出権指令を国内立法措置した英国政府に対し、領空主権を謳うシカゴ条約違反、ICAOによる削減努力を定める京都議定書違反等を主張して、訴訟を提起した。⁽²³⁾ 二〇〇九年一二月のことである。EUもこれを受けて立つことにより、航空排出権紛争というべき事態が生まれたのである。

本案はその後、加盟国一国に止まらない影響を有することが認識され、先決裁定のため欧州司法裁判所(E CJ)に移送されることとなり、最終的に、二〇一一年一二月に至って、国際法規範に照らして指令は適法である、との判決が下された。無論この結論をEU、環境NGO等が評価しないわけはなかったが、一旦振り上げた拳を米国がおさめることもなかった。二〇一二年七月、米国上院商業・科学・交通委員会(Commerce, Science and Transportation Committee of the United States Senate)は、米国運輸当局が自国航空事業者にEU-ETSに服しないよう命じること

を、許可したのである。⁽²⁵⁾ 同年一二月には、米国上下両院が「EU排出権取引指令禁止法 (European Union Emissions Trading Scheme Prohibition Act of 2011)」⁽²⁶⁾ を採択し、オバマ大統領もこれに署名して、前述の禁止措置に直接の法的根拠を与えることとなった。

EU指令の批判は他国からも噴出した。たとえば中国は、自国航空事業者がEU-ETSに服することを禁じる通達を発遣したし、⁽²⁷⁾ 欧州製大型航空機の購入を停止するなどの実効手段にも訴えた。⁽²⁸⁾ 二〇一二年二月には、中国のほか、ロシア、インド、日本を含む計二三か国が参加して、EU指令の不当性を訴える国際宣言も行われた (Moscow Declaration)。⁽²⁹⁾

このように、EU-ETSの適用範囲の拡大に対する先進国、新興国あるいは途上国をも含めた国際社会による極めて強い反対表明は、京都議定書に基づく排出削減努力が米国、中国といった主要排出国の加盟を得られずに事実上失敗に終わったこと、そして「ポスト京都」の議論にも一向に光明がみられないことを想起するとき、ある意味で当然の反応のように思える。排出権取引の強制は航空産業のコスト構造に少なからず影響を与えるうえに、他産業への波及効果も考え合わせると、カーボン削減に消極的な立場からは受け入れがたいのである。問題は、その主張の法的正当性である。航空排出権紛争は、地球温暖化の原因となるカーボンの削減という文脈 (国際環境法的論点) と、航空機の国際的な運航条件の設定 (国際航空法的論点) という文脈との交点において生じている。以下、これらについて検討する。

2 国際環境法的論点

はじめに、議論の前提となる、温暖化対策の国際的取組みの内容を確認しておく。

一九八〇年代、科学者たちが地球気温の急激な上昇に警鐘を鳴らし始めると、国際社会は問題の深刻さを認識するとともに対策に乗り出した。気候変動に関する政府間パネル (IPCC) による国際的な気候変動に対する研究報告がなされた後、一九九二年、国連会議において、温室効果ガスの排出を抑制し地球温暖化の進行を防ぐための国際的合意として国連気候変動枠組条約 (UNFCCC) が採択された。同条約は「気候系に対して危険な人為的干渉を及ぼすこととならない水準において、大気中の温室効果ガスの濃度を安定化させること」を最終目標とし、先進国と発展途上国とが「共通だが差異ある責任 (Common But Differentiated Responsibility)」原則の下、気候系を保護することを規定した。⁽³⁰⁾ ただし UNFCCC は、カーボンの環境負荷を抑制することについて、単に抽象的な合意を行ったに過ぎない。よって各国の具体的な義務を規定した法的拘束力ある国際合意文書で補う必要があった。一九九七年に採択された京都議定書が、それである。ここに、たとえば EU は一九九〇年比八%減、日本は同六%減といった、具体的な削減義務を課されることとなった。⁽³¹⁾

実は京都議定書は、航空機の運航に由来するカーボンの削減に言及した一箇条を有している。⁽³²⁾ ただし、同議定書の規制対象としての排出源からこれを除外する、という意味においてである。すなわち京都議定書は、カーボン排出源たる発電所や重工業施設が締約国の領域内に固定されていることを前提に、削減目標を国毎に定めている。⁽³³⁾ これに対して国際航空運送に従事する航空機は、接地点だけをとっても最低二国間 (寄航地がある場合は三国以上) を結ぶのであり、排出量をいずれの国の削減義務に含めるのかは議論となり得る。仮に飛行区間を領空の範囲で個々に区切って

関係国に削減義務を割り当てるにしても、公海上の区間の帰属は宙にうく。そしてより困難なのは、今日、共同運航 (Joint Operation)、コードシェア (Code-Sharing) といった、一種の相乗り運航が一般化していることである。³⁴⁾ 京都議定書の国別削減目標の考え方をそのまま適用し、航空機の国籍や、就航国あるいは下位国といった基準で排出量を単純に割り当てることはできないわけである。こうした事情に鑑み、同議定書は、国際航空由来カーボンについては、従来から国際航空を技術的に監督してきた I C A O の主導によってこれを適切に削減することとし、航空機を京都議定書下の一般排出源とは区別することとしたのである (二条二項)。

航空排出権指令は、この国際環境法の法的枠組みとの関係でいえば、規制主体、効果、手法の各面で、齟齬または問題があるようにみえる。つまり、京都議定書は「国又は地域共同体の主導によって」削減を追求するとは規定していない。また、E U 発着便について全飛行区間を規制対象とするとはいっても、E U 領域への乗り入れを条件とする規制は、地球全体規模での削減努力を志向してきた従前の U N F C C C や京都議定書に比べて効果の面で限定的とならざるを得ない。更にいえば、対象国家の合意を調達しないで一方的に強制される排出権取引は、京都議定書に基づく排出権取引とは手法的に似て非なるものである。「共通だが差異ある責任」原則との抵触も疑われる。指令によれば、先進国、途上国の区別なく、一律に排出権取引が課されるからである。京都議定書においては削減義務を課されない途上国が、元々京都議定書の削減目標を達成する手段に過ぎない排出権取引を強制されて潜在的な削減義務を負うことになる。彼らが指令を容易に受け入れられないのは、このレジーム・チェンジという部分が大きいに違いない。

3 国際航空法的論点

今日、国際的な航空運送事業は、一九四四年シカゴ条約（国際民間航空条約）⁽³⁵⁾を礎とする国際協調の枠組みのなかで、安定的に実施されている。同条約は、締約国間の（主として技術面での）協力関係を促進する目的でICAOを設置しており、加えて「機会均等主義（Principle of Equal Opportunity）」に基づき、各国の利害の公平な調整に意を砕いている。国際航空由来のカーボンを削減しようとするEUの航空排出権指令は、もう一方でこの国際航空法の体系とも整合的でなければならない。

航空排出権指令と抵触し得る具体的な課題としては、（A）各国が施行する運航条件規則（航路の設定や環境基準など）が入り乱れないように、かつ特定国が空を勝手に支配しないようにするための公海上の「運航規則」に関する条約ルールとの整合性、（B）各国が課税（tax）又は課金（charge）を相互に強制することにより、国際航空の円滑な実施や効率的な運用が害されないようするための「課税・課金」に関する条約ルールとの整合性、そして（C）民間航空機を安定的に運航する権利を尊重しつつ、各国がその領空に排他的な主権を有することを定める領空主権に関する条約ルールとの整合性である（これは、航空排出権指令の性質論として、他国の主権の一部である立法管轄権を制限しつつ、自国の規範の効果を他国の領域内に及ぼす「域外適用（extraterritorial application）」を構成するか、という問題に変換される。）。結果からいえば、指令はこのいずれの点についても、以下のとおり鋭い批判を受けている。

（A）運航規則

航空排出権指令は、公海上で排出されるカーボンをも規制対象に含める。この点、シカゴ条約は「公海の上部空間

については、シカゴ条約によって定立された規律のみが強制力を有する」(二二条)としている。指令が同条約に基づく規律でないことは自明である。また、シカゴ条約は、就航当事国による二国間航空協定によって補完され運用されているところ、米欧間の二国間協定である米欧オープンスカイ協定⁽³⁶⁾は、お互いに運航規則を一方的に強制しない旨合意しており、これに抵触する疑いも指摘される⁽³⁷⁾。

(B) 課税・課金

シカゴ条約は燃油の相互課税免除 (reciprocal tax exemption) を規定している (二四条)。航空機は往來を繰り返すため、その都度課税を行うと徒に煩雑となり、航空の円滑な実施が阻害される。自国機に一旦課税されて逆に相手国機に課税し返すのなら、最初から互いに課税しない方が合理的だと考えられたわけである。この点、カーボンが航空燃料の燃焼により形を変えて大氣中に放出されるものであることに着目すると、排出権取引は航空燃料の消費に対する、燃油課税に通ずる性質をもつことになる⁽³⁸⁾。加えて、課税が相互免除にどころか、EU側からのみ一方的に行われていることも問題とされるのである。

またシカゴ条約は、空港等施設使用料のような課金 (charge) に関しても規定を置く。すなわち、「空港の使用料金その他の使用料金は、すべての締結国の航空機に対して自国機と同様に均等の条件の下にこれを課すこと、及び、いずれの締結国も他の締結国の航空機又はその航空機上の人若しくは財産が自国の領域上空の通過、同領域への入国又はそこからの出国をする権利のみに関しては、手数料、使用料その他の課金を行わないこと」を定める (二五条)。排出権取引を、燃油の消費又はその結果排出されるカーボンに対する課金とみるならば、これは少なくとも航空施設の

利用やサービスの提供の対価ではないのであって、単に出入国を基準として課されるとみることができる。本条約上許容されていない課金といえるわけである。⁽³⁹⁾

(C) 域外適用

シカゴ条約は、「各国がその領域上の空間において完全且つ排他的な主権を有することを承認する」(二条)として、いわゆる領空主権 (Sovereignty of the Air) を確認している。この点航空排出権指令は、相手国の合意を調達せずに一方的な措置として行われるうえに、EU就航路線上の全旅程を規制対象とすることから、相手国領空にあつてその立法管轄権を侵害するおそれが否定できない。⁽⁴⁰⁾

確かに今日、領空主権は、完全に排他的なものとしてはもはや存在していない。国法の域外適用が、効果主義 (effect theory) 等の理論に基づき、国際社会において一定の範囲で承認されてきているためである。⁽⁴¹⁾ たとえば、域外で行われる域外企業同士の合併であつても、その合併による競争制限の効果が域内の市場に及ぶ場合、国家はそのような域外の合併に対して国法たる独占禁止法を適用してこれを規制できる。⁽⁴²⁾ あるいは、環境汚染物質の排出が域外の地点で行われたとしても、その影響を域内において受ける国家は、国法たる環境法を適用して排出主体を規制できる。⁽⁴³⁾ しかしながら、カーボンとは本来的な汚染物質ではなく、その域内への影響も直接的かつ具体的には計れない。EUが、効果主義に基づきEU域内への効果を立証し、相手国域内への規制の拡張を許容されるべき域外適用と主張することは、現実的には厳しいのである。⁽⁴⁴⁾

IV 航空排出権指令の本質

1 米系航空事業者による提訴とECJ判決

航空排出権指令に対する批判には、上述のとおりにならざるの根拠があるように思われる。そして実際に、米系航空事業者とその事業者団体は、指令の国際環境法適合性、国際航空法適合性を争って、英国の行政裁判所に提訴したのであった。⁽⁴⁵⁾しかし、その後本案がECJに移送され、そこで彼らに示された判決はいかなるものであったか。判決理由の冒頭を次に引用しよう。

「航空事業をEU－ETSに包摂する当該指令は合法である（“The directive including aviation activities in the EU’s emissions trading scheme is valid.”）。その司法判断は、米国や中国を含む国際社会の期待に反し、EU指令の国際環境法適合性及び国際航空法適合性を、全面的に支持し確認するものであった。

考えてみればEUとしても、最初から勝算なくしてこのように挑戦的で、ある意味紛争誘発的な措置を発動することがあったであろうか。答えは否である。EUは周到な理論武装によって、指令の合法性を確信していたとみるのが正しい。ECJ判決は、彼らからしたら当然の結果であったのである。続いては、国際環境法、国際航空法の各論点について、EUの防御的主張の内容を検証する。

2 国際環境法的論点

京都議定書は、航空由来カーボンの削減がICAOを通じてなされるべきことを規定していると、理解されている。

ここで、該当する条約二条二項の条文を参照してみる。「締約国は、国際民間航空機関及び国際海事機関を通じて作業を行い、航空機燃料及びバンカー油から排出される温室効果ガス⁴⁶の抑制又は削減を追求する。」

確かに指令に基づく排出権取引は、国際民間航空機関（ICAO）が制度設計にも制度運用にも直接関与しておらず、したがって京都議定書の右規定に抵触するように見える。しかしながら文理構造を直裁に評価するとき、京都議定書が航空由来カーボンの抑制又は削減について、（専門機関としての従来の蓄積と今後の更なる研究成果に期待し）ICAOを通じた何等かの作業の遂行を求めていることは明らかであるが、主文自体は、あくまで加盟国が主体として抑制又は削減の努力をすべきことを規定していることがわかる。⁴⁶ EUはICAOとIPCCとの協働によつて示された航空由来カーボンの排出抑制に関する報告結果を踏まえ今回のアクションを起こしており、ICAOによる作業の成果に負っているといえる。また、それ以前に、ここでは以外の主体が排出抑制・削減を行うことも否定されていない。仮に国際航空由来カーボンにも京都議定書が適用されると前提すれば、EUは、京都議定書に加盟する唯一の地域共同体として当事者適格もある点で、適法な措置ということになる。本規則はEU加盟国の立法措置を要する「指令」であり、京都議定書の当事国であるEU加盟国は、EU条約と京都議定書についての正当な当事者適格に基づき削減努力をしているとも評価できる。

「共通だが差異ある責任」についても、抗弁が可能である。まず、京都議定書が規定していない排出源としての航空機を規制するのが航空排出権指令であること、また批判の先頭に立つ米中が京都議定書の加盟国でないことを考えれば、適用規範として基本的参照すべきは、UNFCCCということになろう。同条約はいう、「締約国は、衡平の原則に基づき、かつ、それぞれ共通に有しているが差異のある責任及び各国の能力に従い、人類の現在及び将来の

世代のために気候系を保護すべきである」と（三条一項）。ここにはいわゆる「共通だが差異ある責任」「原則」が謳われていると、理解されている。しかし文理を注意深く分析すると、まずもって準拠すべきと命令しているのは「衡平（equity）」であることに気づかされる。「共通だが差異ある責任」という『原則』は、実際は真の原則あるいは上位の原則と位置付けられる衡平の要請に劣後する、機能概念とみるのが正しい。⁴⁷すなわち、途上国といえども、各能力に応じた気候系保護のための抽象的義務は負うのであり、その能力の判定と義務の負荷に関して、経済発展段階の差異を考慮し、今後の産業成長を阻害しない配慮を要することを確認するに止まるのである。この点航空産業は、先進国においてのみ効率性が高いわけでも、途上国であるから当然に効率が悪いわけでもなく、国の一般的経済発展段階に則して機械的に排出義務の有無を分けるのは、むしろ「衡平」に反する。したがって、「共通だが差異ある責任」における「差異」の態様を現実には考慮するかたちで、今回の航空排出権指令のように国際的に産業横断的な、一律の規制が求められたわけである。そしてこれは、国際航空法における衡平の原理というべき「機会均等主義」とも合致する。

3 国際航空法的論点

（A）運航規則

航空排出権指令は、シカゴ条約に基づかない公海上の運航規則（同条約一二条）に当たるとの批判があつた。これについては、公海上の運航規則をシカゴ条約に委ねる趣旨からの演繹的な反論が可能である。すなわち本規定は、公海上は各国の航空機が交差する空間であるから、各国が独自の規則をここに持ち込んで他国の航空機にまで適用する

となれば収集がつかなくなることを回避する趣旨に出たものである⁽⁴⁸⁾。これを反対解釈すれば、公海上の無関係な他国機に干渉しない範囲で、各国が自国内における規制の延長線上で公海に規制を及ぼすことまでは禁止していないというものである。

実際、例えば米国国籍機はそれで、そして日本国籍機はそれで、それぞれの国の刑事法、行政法等の適用を公海上の空間においても引き続き受けている。旗国主義といわれるものである。この考え方の基礎には、シカゴ条約に基づかないルールである国法が、他と交差しない排他的ルールとして相手国までの区間における機内で連続的に効力を持ち続ける暗黙の前提がある。もとより航空排出権指令は旗国主義に立つものではないが、やはりこの場合でも、域内への離発着を基準として適用されたEUの運航ルールが、当該航空機上で旅程の全区間を通じ、他機に干渉することなく目的地まで効力を有し続けると評価すべきなのである。これをシカゴ条約に基づかない、として排除する理由はないといわなければならない。

米欧オープンスカイ協定に反する一方的強制である、との批判についてはどうか。同協定は環境問題について特則を定めている点が重要である⁽⁴⁹⁾。すなわち、「∴協定当事国は、∴航空運輸サービスに影響を与えるいずれかの環境保護手段を適用することができるものとする」(二五条三項)とし、参照先の同二条は「協定の各当事国は、当事国双方の航空運送事業者が、本協定によって規律される国際航空運送を提供するための、公正で機会均等な機会を与えるよう確認する」。なおかつ、「いずれの当事国も、運輸のポリューム、サービスの頻度もしくは間隔、航空機の型式を一方的に制限され、又は運航予定の届出強制、不定期航空のプログラム化もしくは運航計画の提出を要求されることはない。ただし、関税もしくは技術的な理由、又はオペレーション的もしくは環境保護の理由による場合はこの限りで

ない」(三条四項)ともする。したがって、原則として米欧の航空事業者は自由な航空機の往来を保証されるが、環境保護の要請に基づく場合は一方的な規制に服することがあり得ると、外交的に事前合意されていたことになる。

(B) 課税・課金

航空排出権指令は、課税免除の慣行に反する課税であり(シカゴ条約二四条)、または出入国のみを捉えた根拠のない課金である(同一五条)との批判があった。この両者については、排出権取引がもつ性質からの反論が可能である。

まず、排出権取引は課税とも課金とも異なる、第三の経済的規制方式である。課税課金は徴収されて国庫公庫等に入るが、排出権取引におけるオークション対価は取引の当事者が取得する。また、課税課金は一定の基準に従い納付義務のみを生ずるが、キャップ&トレード方式による排出権取引では、余剰排出権の売却による利益が生じ得る。このように、カーボン削減手段としては炭素税(carbon tax)と排出権取引とは、厳密に区別されるべきものである。前者は排出主体の削減努力とは無関係に課される非インセンティブ型手法で、税収を外部的に削減対策へと再投下するものであるが、後者は、排出主体の削減努力によって負担が軽減されたり、または利益を生んだりする、インセンティブ型手法と位置付けられ、内部的に削減対策を生み出すものである。シカゴ条約に規定される課税・課金に、排出権取引を含めて考えることには無理があるといわなければならない。⁵⁰⁾ 課税・課金への該当性を前提とする課税免除規定は、従って適用がないのである。

ついで、EU-ETSの強制について、被乗り入れ国としてのEUが正当に行使できる運航規則と評価できるか否かの問題であるが、排出権取引は、騒音やエンジン排出物質に対する規制と同じ環境規制であり、カーボンの環境負

荷を科学的根拠にし、環境の保全を保護法益にしている。通行税のような短絡的な税収増加策とは一線を画するのであって、被乗り入れ国が正当に行行使し得る規制と考えるのが相当である。

（C）域外適用

航空排出権指令に対しては、領空主権を確立するシカゴ条約（同条約一条）に反する、許容されない域外適用であるとの批判があった。これについては、排出権取引の規制手法の特殊性からの反論が可能である。

排出権取引は、大氣中に放出されるカーボンを直接的物理的に減少させるものではない。また、特定国の領域にある対象物、取引を直接的物理的に規制するものでもない。通常、域外適用というのは、規範と規制対象とのこうした連関の存在を捉えているものである。先述の企業合併、環境汚染行為に対する域外適用を想起されたい。では排出権取引とは何か。これは、EU加盟国内に設置される帳簿である「国別登録簿」に記録されたカーボンの計算上の数値に対して、名目上行われる措置である。⁵¹カーボンが環境に与える影響は局地的なものではないので、排出されたカーボンそのものがどこにあるかは、そもそも問題とならない。現実にはいまそのとき排出されているものでさえない。過去の一定期間の排出量を基準にして、これに現在の運航計画において届け出られた路線と運航便数とを人工的に掛け合わせた、数値の技術的处理に過ぎないのである。

この仕組みの適用が域外適用と呼べるかについて、国内企業が海外での取引において稼得した所得に対して国内課税される場面と対比して、考えてみたい。この場合も、排出権取引における国別登録簿と同じく、課税の根拠となる計算書類は国内の本店所在地に存在する。また、数字を掛け合わせるという意味においても、排出権取引と共通する。

結論からいうと、そのような所得課税について、相手国も被課税企業も、域外適用を主張して課税の不当性を争ったりはしない。海外における事業活動と、そこでの現実の金銭獲得の事実があつて、それに対して数字上の処理を行ったとしても、域外適用とは評価されないのである。⁽⁵²⁾ だとすれば、数字の処理という前提部分がより観念的な排出権取引を逆に域外適用というとしたら、比例的正義に反するというべきであろう。

このような分析の正当性を裏付ける、近時の国際法の展開がある。船舶由来汚染物質に対する寄港国管轄権 (port-state jurisdiction) の承認である。⁽⁵³⁾ 海洋秩序についての基本条約である国連海洋法条約 (United Nations Convention on the Law of the Sea: LOSC) は、旗国管轄権 (flag-state jurisdiction) を基調とするが、船舶の運航又は事故による環境汚染の管理を目的とした主要な国際条約である、「運航船舶由来環境汚染の防止のための国際条約」 (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships of 1973, as modified by the Protocol of 1978: MARPOL 73/78) ⁽⁵⁴⁾ は、これを補完するものとして寄港国管轄権を定める。同条約はまた、船舶由来の大気汚染を明示的に規制しており、予防的アプローチ (precautionary approach) に基づく問題対処を確認していることとあいまつて、⁽⁵⁶⁾ カarbon規制もその射程に含まれると⁽⁵⁷⁾ 考えられる。そして、寄港国管轄権は従来領水内及び排他的経済水域について肯定されてきたが、その範囲は公海を含むその先の海域へと漸次拡張されてきている。⁽⁵⁸⁾ 海洋汚染について旗国が有効な監督規制を行えない場合に、寄港を条件として寄港国がその領域を超えて汚染源たる船舶を規制するという考え方は、航空排出権指令と本質を共有するものである。

V 航空排出権指令をめぐる政治的解決

このように、国際環境法、国際航空法の両面的に、航空排出権指令は合法性を十分に論証できる制度として構築されていると評価してよい。そしてECJ判決もこれに法的拘束力を与えた。しかし、国際社会の反発は同判決後も収まるどころか、エスカレートさえしていった。制度の合法性いかにかわらず、一方的なルール強制という強引な手法、表向き相手国の主権を脅かすような好戦的な地理的適用範囲といった諸要素は、国際政治の世界に波紋を投げかけるのに十分であった。ただ、航空由来のカーボンは産業部門全体からみれば、極めて限定的なものに過ぎないのである。そうすると、このような危険を冒す意味がEUからしてどこにあったのか、最期に疑問として湧いてくる。結論を先取りするならば、EUにはICAO主導による世界的規模でかつ実効的な排出削減を望む本心があり、確信犯としてあえてこの挑戦的な制度をもってICAO内部での意思決定を後押ししようとしたのである。ICAOの合意形成メカニズムに影を落とす南北問題の存在から、その答えを紐解いてみよう。

1 ICAOと航空由来カーボンの削減

UNFCCC及び京都議定書には、「共通だが差異ある責任」という「原則」がある。附属書I国と呼ばれる先進国（経済移行国を含む）が、率先してカーボンの削減に取り組む、という考え方である。一方で、環境保護というグローバルな政策課題は、本来人類が一致して対応すべき問題であり、先進国はもちろん発展途上国にも共通の責任があるといえる。しかし他方で、地球環境悪化は産業革命以後の人為的活動の蓄積の結果であり、その主体であった先

進国が主として責任を負うべきである、との主張もなり立つ。「共通だが差異ある責任」は、後者の見解を強力に主張する途上国に譲歩するかたちで、先進国が呑んだ条件である。

カーボンの削減は、現実問題多額のコストを伴う。先進国は、なぜこのような条件を呑まざるを得なかったのか。そこには、国連における合意形成に内在する民主主義の限界がある。UNFCCCの附属書I国は三五か国に地域共同体たるEUを加えた三六である。これに対してUNFCCCの締約国は一九五を数える。つまり先進国が前者の見解を主張したとしても、国際的合意形成にあたっては結局、後者の見解すなわち途上国側の数には勝てず、後者の見解に歩み寄るしかなくなるのである。同様の論理は国際環境法と国際航空法とが重なる、航空由来カーボンの削減問題にも当てはまる。

国際航空の法的枠組みを定めるシカゴ条約は、「締約国の権利が充分に尊重されること及びすべての締約国が国際航空企業を運営する公正な機会をもつことを確保する」(四四条)として、「機会均等主義」を掲げている。国際航空が円滑に実施されるためには、万国で遍く共通な安全規制が敷かれるべきであるし、その基礎のうえでは先進国、途上国問わずに平等の事業機会が保証されるべきなのである。しかし、近年重要度を増してきた地球環境問題、とりわけ航空排出権問題について解決を模索するときに、京都議定書が示唆するとおり、シカゴ条約に基づき設置される国連の航空専門機関であるICAOでこれを行おうとすると、三五対一九五という南北問題の力学に直面する。つまり、シカゴ条約は機会均等主義を標榜するにもかかわらず、ICAOにおける合意形成は途上国側の利害を色濃く反映することとなつて、「共通だが差異ある責任」的な結論を導きやすい。本問題に当てはめれば、航空由来カーボンを産業横断的に一律に削減するという意思決定を先送りにしやすいということである。京都議定書においてICAOを通

じた削減追求が規定されてから実に一五年以上も、ICAOにおいて議論が進展しなかったのは、まさにこのためである。言い方を変えれば、ICAOは途上国の意図を反映して、この間あえてカーボン削減を主導してこなかったのである。

2 ICAO第三八回総会における歴史的成果

このような状況が、二〇一三年一〇月に一変した。ICAOの第三八回総会において、航空由来カーボンの削減手段として、ICAO自身が二〇一六年までにETSを開発し、二〇二〇年にはこれを国際的に統一して施行することが、ついに決議されたのである。⁵⁹ 二〇一〇年の同第三七回総会段階では、二〇五〇年までの間世界平均で二%の炭素効率改善を目指す、としていたに過ぎなかったことを考えれば、前述のICAOにおける国際的合意形成上の制約にもかかわらず、三年間で劇的な変化が起きたことになる。この時期にこのような進展がみられたのはなぜか。

ICAOにおいて新たに世界共通の航空排出権取引（ICAO-ETS）が構築されると、指令に基づくEU-ETSの航空由来カーボンへの適用は役目を終えることになる。それだけみると、EUはICAOに低炭素航空に向けた国際的リーダーの地位を開け渡すかにみえる。しかし、地球温暖化阻止のためには、カーボン削減をより広い産業領域をカバーし世界的規模で進める必要があり、EU-ETSの航空分野への適用はそのための一手段に過ぎなかった。もつといえ、どれだけ地理的適用範囲を拡張していったとしても、結局はEU就航路線という限られた部分しかカバーできないEU-ETSは、地球規模の温暖化対策という目的に照らして最初から不完全なものであった。ただし、ICAOに全世界をカバーする削減努力を促す意味では、航空排出権指令は、不可欠なステップであった。

と評価できる。先述のとおり、今回のEU指令に対して、感情的な反発冷めやらない国際社会も、二〇一一年末のECJ判決の後、次なる法的手段に訴えてこれを覆すことはできていない。たとえば、国際司法裁判所（ICJ）が、国際的な紛争解決のために設置されているが、これは「国家間」の紛争に適用されるのであって、EUが指令を通じて加盟国に国内立法措置を採らせ、その規制対象として私人たる航空事業者を間接的に捕捉する航空排出権指令については、相手国はICJに提訴する適格を欠く⁶¹。また、域外適用が競争制限にあたる場合、一般的には国際貿易機関（WTO）の紛争処理機関に付託することができるが、WTOのルールは、一つは環境保護のための措置について、いま一つは国際航空運送について、政策的見地から適用除外（exemption）を規定しており、相手国はこれに訴えることもできない⁶²。そして、ICAOの理事会は国際航空紛争の解決機能を有しているが、本件では京都議定書に基づくICAO主導のカーボン削減努力の芳しくない進捗状況との兼ね合いが問題となるために、その管轄権が肯定される可能性も低い。

このような状況下で二〇一二年一月にEU航空排出権指令が施行されたが、二〇一二年中の実績に基づき排出権の購入義務、あるいは指令不遵守の場合の制裁措置が実際に発動されるという意味で、二〇一三年四月が交渉の現実的なりミットであった。これとの関係でいえば、二〇一〇年の第三七回総会が成果を生むべき最後の機会だったのであるが、ICAOはここで何らの具体的な合意も示し得なかった。ここでEUは、二〇一二年十二月、航空排出権指令のEU域外での施行を暫定的に停止する「Stop the Clock宣言」を行った⁶⁴。問題を無期限先送りになっていたICAOに向けた、翌年の第三八回総会でのリアクションを促すための譲歩のメッセージである。すなわち、ICAO総会における多数派である途上国からすれば、直接に影響力行使できないEUのイニシアティブによって削減義務を負わ

されることになるくらいなら、数の利のあるICAOでのスキームとして受け入れた方がまだましである。とくに、「ポスト京都」と呼ばれる京都議定書後のカーボン削減のための新たな国際的枠組みが、航空分野における議論の延長線上で、途上国に一般的な削減義務を負わせる方向で具体化することになれば、かえって影響が甚大となる。そこで、排出権取引の導入を受け入れる一方、「ここでの締約国間合意は、ポスト京都に関する議論に、いかなる意味においても影響することはない」⁽⁶⁵⁾との一文を挿入して影響を航空分野に局限化したうえで、前述の第三八回総会決議を行ったのである。これは實際上、ICAOが、EUによって周到に用意されたシナリオに基づき、地理的適用範囲を全世界に広げつつ、EU-ETSの原理をほぼそのまま採用したことに他ならない。換言すれば、指令の合法性を駆け引きの材料として、EUはICAOの譲歩を引き出したのである。右時系列にあてはめて考えれば、この時期にICAO内での議論が急展開したことも首肯できる。

VI 結 語

以上のとおり、航空排出権指令は、国際環境法や国際航空法の諸論点について違法性を疑われ他国から批判を浴びたが、それらは何も偶然の結果ではなく、EUがそのような内容と手法を自ら指令に含めたことによる、予想の範囲内の反応であつたはずである。そこにEU特有の事情と、彼らの真意が認められる。

EUは、一九九七年に域内航空自由化を達成し、二〇〇七年の米欧オープンスカイ協定の発効もあり、世界で最も航空運輸の自由化が進んだエリアとなっている。⁽⁶⁶⁾その結果、多国籍航空企業が誕生し、戦略的航空提携 (alliance) が進行し、格安航空会社 (low cost carrier) が台頭して、航空輸送量が目覚ましく増加している。このため、京都議定

書では除外されている国際航空分野で生み出されるカーボンが、他の産業分野で生み出されるその削減努力を大きく相殺する事態に陥っている。

EUには、気候変動を食い止めたい切実な事情もある。気候変動は、地球温暖化と同義に語られることが多いが、実は部分的に寒冷化をも進行させる。⁶⁷ 実際EUでは、気候変動による偏西風の蛇行などが原因で近年寒波が入りやすくなっており、数百人規模の死者を出す大寒波に毎年のようにおそわれるなどの、事態の深刻化がみられる。一層の寒冷化が進むと農作物被害が生じ、食料安全保障上も問題が大きい。

以上のとおりEUは、京都議定書が付託するICAOでの炭素効率向上という成果を、他のどの国よりも強く欲していたことがわかる。しかしながら、ICAOにおける合意形成過程を考慮すれば、おそらく外圧によってでなければ成果を生まないのは明らかであった。EUはあえて合法か違法かの検証を要する限界のラインで航空排出権指令を提示することで、国際的な議論を呼び起こし、ICAOに早急な対応を行うように促したと考えても違和感はない。そしてその狙いが的を射るか否かは、二〇一六年に開催されるICAO第三九回総会が、政治的な妥協の場に陥ることなく、ICAO-ETSについて実効的な成果を生み出せるにかかっている。

〔本稿は、平成二十一年度日本大学学術研究助成金「EU排出権指令の域外航空運送事業者への適用上の問題」に基づく研究成果の一部である。〕

- (1) 地球温暖化 (global warming) についての科学的な研究の収集・分析を行っている気候変動に関する政府間パネル (Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC) の第五次評価報告書 (二〇一三年) は、二〇世紀半ば以降に観測された温暖化は人類の活動の結果である可能性が極めて高いとの見解を示している (http://www.climatechange2013.org/images/report/WG1AR5_Chapter01_FINAL.pdf (last visited Oct. 2, 2014).)。
- (2) National Oceanic and Atmospheric Administration, US Department of Commerce, New analyses find evidence of human-caused climate change in half of the 12 extreme weather and climate events analyzed from 2012 (Sep. 5, 2013), available at <http://www.noaa.gov/stories/2013/20130905-extremeweatherandclimateevents.html> (last visited Oct. 2, 2014).
- (3) UN Framework Convention on Climate Change (hereinafter “UNFCCC”), May 29, 1992, 31 I.L.M. 849.
- (4) Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 10, 1997, 37 I.L.M. 22.
- (5) 締約国会議 (COP) は、UNFCCCの最高意思決定機関である (Id., art. 13; <http://unfccc.int/bodies/body/6383.php> (last visited Oct. 2, 2014).)。
- (6) Paul G. Harris, The European Union and Environmental Change: Sharing the Burdens of Global Warming, 17 Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y 309 (2006).
- (7) 過去のデータから産業別の標準排出量を定め、それを下回った事業者には余剰の「排出権 (emission allowances)」を他者に譲渡することを認める一方、標準を上回った事業者はその分の排出量に見合った排出権を購入しなければならないとする、キャップ＆トレード (Cap & Trade) といわれる仕組みである。削減努力をした事業者は経済的に報われ、逆に、努力を怠った事業者はコスト増に苦しめられる。この仕組み自体は、燃料効率を上げたり炭素を吸着除去したりといった、削減手段として直接的なものではない。むしろこうした炭素削減努力に経済的なインセンティブを与える間接的手段、換言すれば、直接的削減手段を積極的に採用させるブースターとしての意味をもつ (David M. Driesen, Putting a Price on Carbon: the Metaphor, 44 Envtl. L. 695 (2014).)。排出削減のための各種手法について、Kaylin Gaal, “Soaring” Gas Prices: Policy Considerations for the European Union Emissions Trading System and Aviation, 38 Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev. 221 et seq. (2013) 参照。

(8) EUが域内の法統一を行う手法には、主として規則 (regulation) と指令 (directive) の二種類がある。前者は、EUの法規が直接に加盟国の国内関係に適用される直接的なルール、後者は、EUの法規が加盟国の国内立法措置を要求するという間接的なルールである。なお、特定の加盟国、企業、個人を対象を限定し、限定された対象に対しては直接に効力を有する決定 (decision) と呼ばれる手法もある (http://ec.europa.eu/legislation/index_en.htm (last visited Oct. 2, 2014).)。

(9) Council Directive 2008/101/EC, 2009 O.J. (L 8) (EU) (hereinafter “Aviation Emissions Directive”). See Katelyn E. Ciolino, Note, Up in the Air: the Conflict Surrounding the European Union’s Aviation Directive and the Implications of a Judicial Resolution, 38 Brooklyn J. Int’l L. 1151 (2013).

(10) Jane A. Leggett, Bart Elias & Daniel T. Shedd, Aviation and the European Union’s Emission Trading Scheme, CRS Report for Congress R42392 at 21 (2012), available at <http://fas.org/sgp/crs/row/R42392.pdf> (last visited Oct. 2, 2013); Rüdiger Wurzel, Anthony R. Zito & A. J. Jordan, Environmental Governance in Europe: A Comparative Analysis of the Use of New Environmental Policy Instruments 175 (2013).

(11) カーボンの削減は、目標が設定された自国内の努力において達成するのが原則である。しかし、既に高い炭素効率を実現している先進国ではその取組みにも限界があるため、排出削減を費用対効果のより高い方法で行うために、排出削減努力を国際的に融通する仕組みを定めるのである。このように、京都議定書で先進国が義務付けられた排出削減目標を、他国と融通しあって効率よく進めるメカニズムを、京都メカニズムと呼ぶ。これには三種ある。

①クリーン開発メカニズム (CDM) は、先進国の主体が、途上国での排出削減・吸収プロジェクトに投資や技術提供を行うことにより、そこでの排出削減分 (又は吸収増加分) の一部を自国に移転させる仕組みである。②共同実施 (JI) は、排出削減目標をもつ先進国同士で排出削減・吸収プロジェクトを行い、そこからの排出削減分 (又は吸収増加分) の一部を分配する仕組みである。③国際排出権取引 (IET) は、京都議定書のもとで排出削減目標を負う先進国同士が、余剰又は不足排出権の取引をする仕組みである (Anastasia Telesetsky, *International Law: Treaties the Kyoto Protocol*, 26 Ecology L.Q. 797, 805-810 (1999).)。

- (12) Susan J. Kurkowski, *Distributing the Right to Pollute in the European Union: Efficiency, Equity, and the Environment*, 14 N.Y.U. Envtl. L.J. 698 (2006).
- (13) Giuseppe Dari-Mattiacci & Josephine van Zeben, *Legal and Market Uncertainty in Market-Based Instruments: the Case of the EU ETS*, 19 N.Y.U. Envtl. L.J. 415 (2012).
- (14) Aviation Emissions Directive, *supra* note 9, at art. 3a. See A. Anger-Kraavi & J. Köhler, *Aviation and the EU Emissions Trading System*, L. Budd et al eds., *Sustainable Aviation Futures* 116 (2013).
- (15) 国際エネルギー機関 International Energy Agency, CO₂ Emissions from Fuel Combustion Highlights 2013 at 10, fig. 7, available at <http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/co2emissionsfromfuelcombustionhighlights2013.pdf> (last visited Oct. 31, 2014).
- (16) Daniel B. Reagan, Note, *Putting International Aviation Into the European Union Emissions Trading Scheme: Can Europe Do It Flying Solo?*, 35 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 349 (2008).
- (17) European Commission Annual Analyses of the EU Air Transport Market 2012—Executive Summary, Figure: Mapping out the industry commitments to achieving emissions reductions at 20 (2013), available at http://ec.europa.eu/transport/modes/air/internal_market/observatory_market/doc/annual-2012-summary.pdf (last visited Oct. 3, 2014).
- (18) Aviation Emissions Directive, *supra* note 9, at 3c.
- (19) Id., final provisions, art. 4.
- (20) Id., Annex I, 6.
- (21) Tate L. Hemmingson, Comment, *Why Airlines Should Be Afraid: the Potential Impact of Cap and Trade and Other Carbon Emissions Reduction Proposals on the Airline Industry*, 75 J. Air L. & Com. 741 (2010).
- (22) Leggett, Elias & Shedd, *supra* note 10, at 21.
- (23) Case C-366/10, *Air Transp. Ass'n of Am v. Sec'y of State for Energy and Climate Change*, 2011 Eur-Lex 62010CJ0366

- (Dec. 21, 2011). See Patrick Secor, *Case Comment, EU Emissions Standards May Be Applied To Third-State Airlines Departing From Member States: Case C-366/10, Air Transp. Ass'n of Am. v. Sec'y of State for Energy & Climate Change*, 49(3) C.M.L.R. 1113 (2011); Tomasz Koziel, *Extraterritorial Application of EU Environmental Law: Implications of the ECJ's Judgment in Air Transport Association of America*, 19 Colum. J. Eur. L. Online 2 (2012); Lauren E. Mullen, Note, *The European Union Overstepping Its Bounds and Borders: the Extraterritorial Effect of the Emissions Trading System and Its Call for Multilateral Action*, 74 U. Pitt. L. Rev. 783 (2013).
- (24) <http://greenaironline.bondware.com/news.php?viewStory=1273> (last visited Oct. 2, 2014).
- (25) Suzanne Goldenberg, *Congress vote on EU carbon scheme may block US airlines from paying*, The Guardian, 31 July 2012, available at <http://www.theguardian.com/world/2012/jul/31/congress-attacks-eu-carbon-tax> (last visited Oct. 2, 2014).
- (26) Pub. L. No.112-200, 126 Stat. 1477, 1478 (2012). See Rachel F. Rosenfeld, Note, *The European Union Aviation Directive and U.S. Resistance: A Deadlock on Aviation Emissions Control*, 25 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 589 (2013).
- (27) Chris Buckley, *China bans airlines from joining EU emissions scheme*, Reuters, Feb. 6, 2012, available at <http://www.reuters.com/article/2012/02/06/us-china-eu-emissions-idUSTRE81500V20120206> (last visited Oct. 2, 2014).
- (28) Robert Hahn & Peter Passell, *Trade War Looms as China Objects to European Union Carbon Fees*, USA Today, March 28, 2012, available at <http://www.usnews.com/opinion/blogs/economic-intelligence/2012/03/28/trade-war-looms-as-china-objects-to-european-union-carbon-fees> (last visited Oct. 2, 2014).
- (29) <http://www.ruaviation.com/docs/1/2012/2/22/50/> (last visited Oct. 2, 2014). See <http://www.nytimes.com/2012/02/23/business/global/opponents-to-european-airline-emissions-law-prepare-their-countermeasures.html> (last visited Oct. 2, 2014).
- (30) UNEFCCC, *supra* note 3, at art. 4.
- (31) Kyoto Protocol, *supra* note 4, Annex B.
- (32) *Id.*, at 2 (2).

- (33) *Id.*, at art. 3.
- (34) Alexander T. Wells & John G. Wensveen, *Air Transportation* 559 (2011).
- (35) Convention of International Civil Aviation, art. 1, 61 stat. 1180 15 U.N.T.S. 185 (1944) (hereinafter “Chicago Convention”).
- (36) *Air Transport Agreement*, Apr. 30, 2007, Between the European Community and its Member States, on the one Hand, and the United States of America, on the Other Hand. O.J. 2007 L134/4 (hereinafter “Open Skies Agreement”).
- (37) Heather L. Miller, *Civil Aircraft Emissions and International Treaty Law*, 63 J. Air L. & Com. 697, 705 (1988).
- (38) *Id.*, at 712.
- (39) Martin Bartlik, *The Extension of the European Union’s Emissions Trading Scheme to Aviation Activities*, 34 Ann. A & Sp. L. 151 (2009).
- (40) Mark Bisset & Georgina Crowhurst, *Is the EU’s Application of Its Emissions Trading Scheme to Aviation illegal?*, 23 A. & Sp. Law. 1, 16 (2011).
- (41) Austin L. Parrish, *Evading Legislative Jurisdiction*, 87 Notre Dame L. Rev. 1673, 1680 (2012).
- (42) *Id.*, at 1682.
- (43) *Id.*, at 1692.
- (44) Jason N. Glennon, *Directive 2008/101 and Air Transport—A Regulatory Scheme Beyond the Limits of the Effects Doctrine*, 78 J. Air L. & Com. 479 (2013); Michael L. Buenger, *The EU’s ETS and Global Aviation: Why “Local Rules” Still Matter and May Matter Even More in the Future*, 41 Denv. J. Int’l L. & Pol’y 417 (2013); Joanne Scott, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, 62 Am. J. Comp. L. 87 (2014).
- (45) Case C-366/10, *supra* note 23. See Koen Lenaerts, *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, 36 Fordham Int’l L.J. 1302 (2013).
- (46) M. Vittoria Giugi Carminati, *Clean Air & Stormy Skies: the EU-ETS Imposing Carbon Credit Purchases on United*

- States Airlines, 37 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 127 (2010); Jon M. Truby, *Maritime Emissions Taxation: An Alternative to the EU Emissions Trading Scheme?*, 31 *Pace Envtl. L. Rev.* 310 (2014).
- (47) Christine Batruch, "Hot Air" as Precedent for Developing Countries? Equity Considerations, 17 *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y* 45 (1998).
- (48) Brian F. Havel & Gabriel S. Sanchez, *Toward an International Aviation Emissions Agreement*, 36 *Harv. Envtl. L. Rev.* 351 (2012).
- (49) See Steven Truxal & Siri Harris, *Airfreight: Regulatory Environment Encourages or Imposes Price Coordination?*, 78 *J. Air L. & Com.* 541 (2013).
- (50) Kathryn Kisska-Schulze & Gregory P. Tapis, *Projections for Reducing Aircraft Emissions*, 77 *J. Air L. & Com.* 701, 733 (2012).
- (51) *Aviation Emissions Directive*, *supra* note 9, at 18b (b). その後の改正により、現在はEU加盟国の横断的な登録簿である統合登録簿 (union Registry) によって運用されている。
- (52) Stephanie Switzer, *Aviation and Emissions Trading in the European Union: Pie in the Sky or Compatible with International Law?*, 39 *Ecology L. Currents* 1 (2012).
- (53) 本論の主題であるカーボンの排出削減に向けた情勢としては、国際海運も国際航空に近いものがある。産業全体に対する現在のポリシームは約三%であるが、成長産業でありその増加が著しい。国際海事機関 (International Maritime Organization: IMO) が国際的削減努力についての研究を進めているが (Marc D. Davidson & Jasper Faber, *Market Based Instruments to Reduce Greenhouse Gas Emissions from Ships*, in Regina Asariotis & Hassiba Benamara, eds., *Maritime Transport and the Climate Change 148-154* (2012).) その成果が具体的に生まれていない。現在、EU港への寄港を条件として、EUは外国航路の域外区間にも規制を及ぼそうとしているのである (Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the monitoring, reporting and verification of carbon dioxide emissions from maritime

- transport and amending Regulation (EU) No 525/2013, COM (2013) 480 final, 2013/0224 (COD), Brussels, 28.6.2013 available at http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/shipping/docs/com_2013_480_en.pdf (last visited Oct. 3, 2014).⁹⁰
- (⁹¹) The United Nations Convention on the Law of the Sea, 21 I.L.M. 1261, 10 Dec. 1982.
- (⁹²) Annex VI of the Protocol of 1997 to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships of 1973, as modified by the Protocol of 1978: MARPOL 73/78, S.T. Doc. 108-7, p.103 (1997).
- (⁹³) Id., Annex VI and Regulation 3(b) (i).
- (⁹⁴) Richard Hildreth & Alison Torbitt, International Treaties and U.S. Laws as Tools to Regulate the Greenhouse Gas Emissions from Ships and Ports, 25 Int'l J. Marine & Coastal L. 347, 353 (2010).
- (⁹⁵) Tama Zwinge, Duties of Flag States to Implement and Enforce International Standards and Regulations—and Measures to Counter Their Failure to Do So, 10 J. Int'l Bus. & L. 297, 312 (2011); Bevan Marten, Port State Jurisdiction and the Regulation of International Merchant Shipping 46-54 (2014).
- (⁹⁶) Karen Walker, ICAO Assembly reaches aviation emissions accord, Air Transport World, Oct 4, 2013, available at <http://atwonline.com/eco-aviation/icao-assembly-reaches-aviation-emissions-accord> (last visited Oct. 2, 2014).
- (⁹⁷) European Federation for Transport and Environment, Grounded: How ICAO failed to tackle aviation and climate change and what should happen (2010), available at http://www.transportenvironment.org/sites/te/files/media/2010_09_icao-grounded.pdf (last visited Oct. 2, 2014).
- (⁹⁸) Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, June 26, 1945, art. 34.
- (⁹⁹) Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes art. 1, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1869 U.N.T.S. 401.
- (¹⁰⁰) Chicago Convention, sec. 54 (n) & 84. Ludwig Weber, International Civil Aviation Organization 54 (2012). ¹⁰¹ *日本航空の準司法的機能 (quasi-judicial function) について*。シカゴ条約五四条(四)の「古畑真美」国際民間航空機関 (ICAO) の紛

争解決機能」一橋論叢一三四巻一号（二〇〇五）四一頁以下参照。

- (4) See Brian Handwerk, Cooler Climate May Hit N. America, Europe Next Decade, National Geographic News, April 30, 2008, available at <http://news.nationalgeographic.com/news/2008/04/080430-global-cooling.html> (last visited Oct. 3, 2014).
- (5) http://www.icao.int/environmental-protection/Documents/STATEMENTS/SBSTA39_ICAO_submission.pdf (last visited Oct. 2, 2014).
- (6) Paul Stephen Dempsey, Competition in the Air: European Union Regulation of Commercial Aviation, 66 J. Air L. & Com. 979 (2001); Antigoni Lykotrafti, Consolidation and Rationalization in the Transatlantic Air Transport Market — Prospects and Challenges for Competition and Consumer Welfare, 76 J. Air L. & Com. 661 (2011).
- (7) Alan Carlin, Global Climate Change Control: Is There a Better Strategy Than Reducing Greenhouse Gas Emissions?, 155 U. Pa. L. Rev. 1401 (2007).

判例における「法意」の意義

藤 村 和 夫

I はじめに

私的紛争の解決を委ねられた裁判所は、何であれ最終的に一定の解決を導くことになるが、その際には当然のことながら、そのような解決を導くための法的根拠が求められる。ここでの法的根拠は、具体的な紛争事案の解決として導かれる結論を支えるものであるから、紛争当事者にとつては勿論、およそ当該判例に接する者にとつても説得力を伴うものでなければならない。

裁判所は、その法的根拠をいずれかの法源に求めることになるが、それが成文法である場合には、当該法（明文規定）の具体的解釈という作業を必然的に伴う。その解釈手法にも種々のものがあるということは夙に知られており、^{（1）}裁判所は、そのうちのいずれかの手法に基づき、あるいはそれらを重複させるといふ手法を用いる等の解釈を通じて

具体的紛争の解決を図り、結論を導くことになる。

しかしながら、判例は、その判決理由において、ときに、それら従来の典型的な解釈手法に拠ることなく法的根拠を示すことがある。その中に「法意」があり、「〇条の法意に照らし」ないし「〇条の法意により」あるいは「〇条の法意に鑑み」等の表現が用いられる。

しかし、「法意」という表現で表されるものの内実が何であるかは曖昧であり、その表現に接した者の受け取り方（理解）も一様ではなからう。

そこで、判例が「法意」を法的根拠とする意図―はたして、そこには特別な意味が込められているのか、あるいは従来から行われている典型的な解釈手法に拠ることができたものを、特に深い意味もなくこれが用いられたものであるのか等―を探ることが、「法意」の意義のみならず、判例の論理・思考過程の理解に資することになるものと思われる。

判決理由において「法意」という表現を用いる判例は頻出しているというわけではないが、特にそのような判例を探してみるという姿勢をとらなくても散見されるものである。ここでは、それらすべての判例を対象にして検討することは叶わないので、民法（および不動産登記法）が関わる興味深い二、三の判例を対象として若干の検討を試みたい。

Ⅱ 「法意」を用いて結論を導いた判例

一 最判平成九年六月五日（民集五一卷五号二〇五三頁）

本判決は、譲渡禁止特約の付されている債権の悪意者（または重大な過失により同禁止特約の存在を知らない者）に対する譲渡の後に、債務者が同譲渡を承諾した場合における、その承諾の効力を判断するに際し、「民法一一六条の法意に照らし」と表現されるものを根拠として示したものである。

1 事実の概要

本件は、三つの事件が併合審理されたものであるが、若干整理した上で概要を述べれば以下のようである。

昭和六二年一月九日当時、Aは、Bに対し、譲渡禁止特約を付した売掛代金債権（甲債権）を有していたところ、Xは、同債権に譲渡禁止特約が付されていることを知っていたか、そうでないとしても同特約の存在を知らないことにつき重大な過失があった。

Aは、Bに対し、同月一〇日に到達した内容証明郵便により、甲債権をXに譲渡した旨の通知をした（同譲渡は、代物弁済としてなされたものであった）。

その後、同月一日、Y（国…C社会保険事務所長）は、甲債権に対し滞納処分による差押えをなした。

同月二日、D（Aの一般債権者）の申立により、甲債権に対する仮差押えの執行がなされた。

同月二日、Y（国…E税務署長）は、甲債権（の一部）に対し滞納処分による差押えをなした。

昭和六三年一月一日、Xの申立により、甲債権に対して強制執行による差押えがなされた。

そこで、昭和六三年一月二十九日、Bは、真の債権者を確知することができず、かつ、滞納処分による差押えと強制執行による差押等が競合したことを理由として、いわゆる混合供託（民法四九四条および滞納処分と強制執行等との手続の調整に関する法律〔滞調法〕二〇条の六第一項を根拠法条とする）をすると同時に、AからXへの甲債権譲渡を承諾した（これは、原審において、上記「供託書」には、本件譲渡禁止の特約に違反することの記載がなく、本件売掛代金債権の譲渡自体についてはこれを認めたうえで、真の債権者を確知できないとして供託していることが認められるから、）Bは、同供託の際、AからXへの甲債権の譲渡を承諾した「ものというべきである」とされたものである。

このような状況において、Xは、Yらを被告として、Xが供託金還付請求権を有することの確認を求める訴を提起し、他方Yも、Xらを被告として（甲債権に譲渡禁止特約が付されていたことを理由として）Yに供託金還付請求権の取立権があることの確認を求める反訴を提起した。

一審はXの請求を全面的に認容したが、原審は、最判昭和五二年三月一七日（民集三一巻二号三〇八頁）（以下、「五二年判決」という）を引用して、債務者Bが譲渡につき承諾を与えることによつて甲債権譲渡は譲渡の時に遡つて有効になるとしつつ、その対抗力は譲渡の時まで遡及するものではなく、承諾の時まで遡及するにとどまるものと解すべきであるから、Xは、その（承諾の）前に対抗要件を具備したYに対抗することができないとして（AからXへの甲債権譲渡が証拠上認められるかどうかを判断するまでもなくYの差押えが優先するとして）、Yの反訴請求を認容した。X上告。

2 本判決の内容

(1) 判旨

「譲渡禁止の特約のある指名債権について、譲受人が右特約の存在を知り、又は重大な過失により右特約の存在を知らないでこれを譲り受けた場合でも、その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡の時にさかのぼって有効となるが、民法一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできないと解するのが相当である」とした上で、甲債権の譲渡当時、同債権の譲渡禁止特約の存在を知り、または重大な過失によりこれを知らなかったXは、同譲渡によって甲債権を「直ちに取得したということはできない」ところ、Bの承諾により同債権譲渡が譲渡の時に遡って有効になるとしても、その承諾の前に滞納処分による差押えをしたYに対しては「債権譲渡の効力を主張することができない」とした（ここでは、最判昭和四八・七・一九民集二七巻七号八二三頁と五二年判決とが引用されている）。

(2) 五二年判決との関係

債権譲渡禁止特約の効力をどのように解するかについては、よく知られているように、物権的效果説と債権的效果説とが存するが、通説・判例は前者によっている⁽²⁾。

本判決も、債務者の承諾に遡及効を認めているところから物権的效果説に立っているものといえる。

本判決が引用する五二年判決も、「譲渡禁止の特約のある指名債権をその譲受人が右特約の存在を知って譲り受けた場合でも、その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡の時にさかのぼって有

効となり、譲渡に際し、債権者から債務者に対して確定日付のある譲渡通知がされている限り、債務者は、右承諾以後において債権を差し押え転付命令を受けた第三者に対しても、右債権譲渡が有効であることをもって対抗することができるものと解するのが相当であり、右承諾に際し改めて確定日付のある証書をもつてする債権者からの譲渡通知又は債務者の承諾を要しないというべきである」として、やはり物権的効果説に立ったものであったが、譲渡禁止特約の付された債権の悪意者への譲渡が、債務者の承諾によつて「譲渡の時にさかのぼつて」有効となることの法的根拠を何ら示していなかった(五二年判決は、参照条文として民法一一九条、四六六条、四六七条を挙げているが、そのうち一一九条は遡及効を明示的に否定するものであつて、五二年判決の判示内容とは整合しないといわなければならない)。

この五二年判決は、債権譲渡→債務者の承諾→差押え転付命令の順で事態が推移したものであるところ、承諾に遡及効を認め、かつ、譲渡時の対抗要件具備により、承諾後に現れる第三者に対しても、債権譲渡が有効であることを対抗し得ると解したものであり、承諾(および対抗要件具備による対抗力)に遡及効を認めることのみによつて事案の解決を図ることができるものではあつた。

これに対して本判決は、債権譲渡→差押え→債務者の承諾という順で推移したものであるところ、その承諾前に現れた差押債権者(第三者)に対する承諾の効力を判断する必要があつたものであり、債務者の承諾に遡及効が認められること、しかし、その遡及効によつても(承諾前に現れた)第三者の権利を害することができないとしつつ、その根拠として一一六条を挙げ、その際、「一一六条の法意に照らし」という表現を採つたものである。

しかし、債務者の承諾に遡及効を認めることについても当然に一一六条に依拠しているものと考えざるを得ないから、本判決は、「…その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡の時に遡つて有

効となるが、民法一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできないと解する…」と述べているものの、本来は、「…その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、民法一一六条の法意に照らし、右債権譲渡は譲渡の時に遡って有効となるが、第三者の権利を害することはできないと解する…」と述べるべきであつたと思われる。

3 「法意」の意義

本判決は、譲渡禁止特約が付されている債権の（悪意者への）譲渡が債務者の承諾によつて譲渡の時に遡って有効になるが、その遡及効によつても第三者の権利を害することができないとする根拠として、初めて「民法一一六条の法意に照らし」という表現を用いたものである。「法意に照らし」という表現を採った意図が奈辺にあるかはさておき、一一六条に依拠する姿勢をみせていることにより、本判決は、このように判断する前提として、譲渡禁止特約の付された債権の譲渡を未確定無効と理解しているものといえる。もちろん、このことは五二年判決にも共通していることである（そして、この判断は後掲一〇年判決に由来するものである）。

ここでは、まず譲渡禁止特約の付されている債権の譲渡につき、その「法意に照らし」という言葉を付してはいるものの、なぜ無権代理行為の追認に関する規定である一一六条が引用されているのが問われてよいであろう。これを明らかにすることを起点として、本判決が一一六条の類推適用ではなく、「一一六条の法意」を根拠にして結論を導いたことの理解に繋がる。

(1) 「法意」の意義への言及

この「法意」の意義をどのように理解するかについては、これまで意識的に論じられたことはなかったようであるが、^③本判決の評釈等において若干の言及がみられる。その主なものを紹介しよう。

① 「法意に照らし」という表現の意味は、類推適用よりも更に事実と規定の距離が大きい場合を意味すると理解するもの、^④

② 物権的效果説に立つて債務者の承諾に遡及効を認めるとしても、その承諾によつて第三者の権利を害することができないことになることの根拠を何処に求めるかと自ら問いかけ、「一種の非権利者である無権代理人の法律行為と譲渡禁止特約のある債権の譲渡人の債権譲渡との間にまったく類推適用の基盤がないとはいえないにもかかわらず、本判決が同条の類推適用ではなくその法意によつた趣旨は必ずしも明らかでないが、あるいは本件の権利者の追完の対第三者効を非権利者の無効な処分行為の場合にとどまらず未確定行為全体の視野のなかで解したことになるのであろうか」として、「一一六条の類推適用」としても差支えなかったと思われるにも拘わらず「一一六条の法意」とした趣旨が必ずしも明らかではないとするもの、^⑤

③ 無権利者による処分行為は、それが代理の形式をとっていない場合であっても、実質的には(無権)代理とみることもできるのであり、したがつて、権利者による追認は、本人による無権代理行為の追認に擬しやすく一一六条の類推適用といいやすいのに対し、譲渡禁止特約付債権の譲渡においては、債権者による譲渡行為は、あくまで権利者による処分行為であつて行為の効力が生じない理由が権利の不帰属にあるわけではないことから、根拠条文を

明記しにくかったところ、何らかの条文に基礎を求めることのできない「無効行為の追完」法理を積極的に認めたといえるのであり、譲渡の実体的効力も對抗要件の具備の時期も遡及することの根拠として最高裁が採ったのが、「一一六条の法意に照らし」であつたとするもの^⑥、

④ 「一一六条が適用される場面にあつては、一種の非権利者である無権代理人による処分を、権利者である本人が追認するという状況にあるのに対して、譲渡禁止債権の譲渡の場合には、譲渡人である債権者は非権利者ではないという点で、「類推適用」というには両者の状況は共通性がやや弱いという考えによるものと思われる」としつつ、「従来の最高裁判決には、類推適用と同様の趣旨で『法意に照らし』という表現を用いているものもあり、本判決が、『法意に照らし』と判示している点についても、必ずしも『類推適用』とは別の何らかの意味があるわけではないと解することも可能であろう」とするもの^⑦、

⑤ 「一一六条が対象としている状況と「債権者による譲渡に対する債務者の承諾との間に類推適用の基盤が脆弱であるためであろうか」としつつ、譲渡禁止特約が付された債権を債権者が譲渡することは、一種の非権利者による処分といえないこともないので一一六条を類推適用する基盤はあるといえようとし、結局、本判決が一一六条の法意によつた趣旨は、「譲渡禁止特約のある債権の譲渡を、非権利者による処分という文脈にとどまることなく、広く、無効行為の追完という文脈でとらえていることに起因すると解することもできよう」とし、「このように解した場合には、債務者の承諾を譲渡の効力要件としてとらえていることになろうか」とするもの^⑧、

⑥ 「一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできない」としたことの趣旨は、「譲渡禁止特約付債権の譲渡に対する譲渡後の債務者の承諾により、譲渡が遡及的に有効となることによつて害されるべきではない理由

を有する第三者を保護する、ということに限定すべきである」と解するもの等である。⁽⁹⁾

ここに現れた各見解は、なるほどと思われるものもあるものの、若干疑義を抱かざるを得ないものもあり、「法意」ないし「法意に照らし」の意義を明らかにするものとしては心許ない。

まず、①の理解は、「類推適用」と「法意」とを比較した場合の素直な受け止め方ではないかとの印象を受けるが、②の「権利者の追完の対第三者効を非権利者の無効な処分行為の場合にとどまらず未確定行為全体の視野の中で解したことになるものであろうか」とする理解については、これで何を言わんとしているのか明確でないといわざるを得ない。

また、「未確定行為全体の視野の中で」とするが、未確定行為には、未確定有効行為と未確定無効行為とがあるのであって、本件のような事案においては前者は含まれるべきではないであろうから、「未確定行為」という用語を用いるのは適切とは思われない。

③においては、債権者による譲渡行為は、権利者による処分行為であって行為の効力が生じない理由が権利の不帰属にあるわけではないとされているが、この点も疑問である。

譲渡禁止特約の付されている債権の債権者は、たしかに債権者ではあるが、譲渡禁止特約が付されていることによつて当該債権の処分権（債権譲渡権限）を失っていると解すべきものであり、したがつて、債権者による譲渡行為は、権利者による処分行為とはいえないといわなければならない。③の論者は、ここでの権利者の意義を取り違えているのではなかろうか。

同様のことは④についてもいえる。ここでも「譲渡人である債権者は非権利者ではない」としているのであるが、③について述べたところと全く同様のことがいえよう。

その意味で、この部分については、「譲渡禁止特約が付された債権を債権者が譲渡することは、一種の非権利者による処分といえないこともない」とする⑤の理解が適切であろう。

そして、⑤が、本判決が一一六条の法意に拠った趣旨を、「譲渡禁止特約のある債権の譲渡を…広く無効行為の追完という文脈でとらえていることに起因すると解することもできよう」とするところは、未確定無効行為の追完という意味ではその通りだといえよう。しかし、それに続いて「このように解した場合には、債務者の承諾を譲渡の効力要件としてとらえていることになろうか」とする部分、つまり、債務者の承諾を、譲渡禁止特約のある債権の譲渡の効力要件とするということが、一一六条の法意とどのように関わることになるのか定かではない。とりわけ、債務者の承諾により譲渡が遡及的に有効になるとしても、第三者の権利を害することはできないということを、債務者の承諾を効力要件と捉えていると解することによってどのように説明できるのか理解が容易でない。

また、⑥については、「一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできない」としたことの趣旨は、「債務者の承諾により、譲渡が遡及的に有効となることによって害されるべきではない理由を有する第三者を保護する、ということに限定すべきである」とするが、一一六条の本文とただし書きの双方に目を向ければ、そこには「追認の遡及効」と「第三者の権利を害し得ない」という二つの内容が盛り込まれているのであって、そうであれば、「一一六条の法意に照らし」としたことの趣旨を「譲渡が遡及的に有効となることによって害されるべきではない理由を有する第三者の保護」のみに限定したものと解することには無理であろう。

以上のように、本判決が、「二一六条の法意に照らし」という表現を用いて結論を導いた趣旨については種々の推測がなされてきてはいるものの、いずれも明晰性を欠くものといえようか。それゆえ、「法意」の意義についても明らかにされたとはいいい難い状況であった。そこで、改めてその意義を問うてみよう。

(2) 検討

本件事案における債務者の承諾に遡及効を認めるかどうかについて検討する際には、最判昭和三十七年八月一〇日(民集一六卷八号一七〇〇頁)(以下、「三十七年判決」という)に遡る必要がある。本判決が、この三十七年判決を引用しているわけではないが、三十七年判決は、無権利者がなした処分につき、真実の権利者がこれを追認したときは、その無権利者の処分の時に遡って同処分が効力を生ずるとするに際し一一六条を類推適用しているものであり、ここで一一六条と結びつくことになる。そして、三十七年判決が一一六条を類推適用したのは、その原審判決(東京高判昭和三四・三・二三民集一六卷八号一七〇九頁)が大判昭和一〇年九月一〇日(民集一四卷一九号一七一七頁)(以下、「一〇年判決」という)を引用したのを受けてのことであり、したがって、さらに一〇年判決にまで遡ることが要請される。そして、ここまで遡ってみることによって、本判決が「二一六条の法意」という表現を採った理由に近づけるであろうし、それがまた、「法意」の意義を明らかにすることにも資するものと思われる。

この一〇年判決も三十七年判決も他人の権利の処分とその追認に関するものである。どのような事案においてどのような判断がなされたのか、まずは一〇年判決が登場するに至る経緯を瞥見した後、両判決の概要をみていこう。

① 一〇年判決

(ア) 一〇年判決登場の経緯

今日においては、非権利者の処分行為の追認をめぐる議論が盛んであるが、かつては殆ど論じられていなかったものである。

すなわち、非権利者が何らかの処分行為をなしたとしても、それが何の効力も生じないことは当然であり、また無権代理行為でもないから、非権利者の処分行為の無効は、無権代理行為のような未確定無効ではなく、単なる無効と観念すべきものと考えられていた。

しかし、その後、これも未確定無効と解すべきであると考えられるようになったものである。

無効な行為といえども、その効力を生じさせる余地が全くないわけではない。一一九条の存在がそれを可能にする。無効な行為を単に追認しただけでは未だその効力を生ずるものではないが、当事者がその無効であることを知り、かつ、無効原因がなくなった後に追認したときは、同じ内容の行為をしたものとみなされるのである。

この一一九条によるときは、無効であった行為そのものが有効になるのではなく、無効行為と同一の内容を有する他の行為が有効に成立することになる。したがって、その追認の時から将来に向かってのみ効果が生ずる（ただし、当事者間において、遡及して行為の時から有効だったような取り扱いをすることは妨げられない）。

ところで、無効な行為という場合の無効とは、常に絶対的・確定的無効のみを意味するものではなく、後にある事由が付加されることによつて有効となり得る場合も存する。このような無効を一般に未確定無効と呼ぶのであるが、無権代理行為の無効が、この未確定無効の場合だとされている。

非権利者の処分行為が未確定無効の場合であるか否かについては、民法典に明文規定は存しない。これに対し、BGBは、一一九条ただし書と同趣旨の規定(二四一条)のほかに、同意、追認に関する一般的制度を設けており、そのうちの一八五条は以下のような内容である。

一項「非権利者が目的物につきなした処分は、権利者の同意を得てなされたときは有効である。」

二項「権利者が処分を追認したとき、処分者が目的物を取得したとき、または権利者が処分者を相続し、かつ、遺産債務につき無限責任を負うときは、その処分は有効なものとなる。後二者の場合において、目的物について互いに相容れない数個の処分がなされたときは、最初の処分のみ有効となる。」

いわゆる追完法理と呼ばれるものであるが、このドイツ民法の影響を受けて、我が国にも、非権利者の処分行為が未確定無効である旨を肯定する学説が出現し、^⑩その直後ともいえる時期に一〇年判決が登場することになった。そして、そこで、追完法理に関する一般規定を持たない日本民法において、その(追完法理の)現れであると解されている一一六条(を明確に引用しているわけではないものの、その考え方が借用されたのである)。

(イ) 一〇年判決の事実の概要

時系列に従って要約すれば以下のような事実が認められる。

大正一二年一〇月一三日、A、Y₁、Y₂らは、その共有山林(甲山林)を協議により分割し、Aがこれを単独所有す

ることになったが、持分登記は従前のままであった。

昭和四年二月一〇日、Xは、Aから甲山林を譲受け、持分取得の登記をした。

同年八月二四日、Bが何ら権限を有しないにも拘わらず、自己の名において甲山林の毛上（樹木等）をCに譲渡した。昭和七年六月頃より、Y₁、Y₂は甲山林の立木を伐採して製炭事業を開始した。

同年一〇月四日、Xが、BC間の譲渡を追認した。

同年一〇月、Xは、Y₁、Y₂を相手に伐採等を禁ずる仮処分をなし、その後、本訴を提起して立木伐採等の侵害行為禁止および損害賠償を請求したというものである。

（ウ）判決の内容

「…凡ソ他人ノ権利ヲ自己ノ名ニ於テ処分シタル場合ニ本人カ後日其ノ処分ヲ追認シタルトキハ右ノ処分ハ本人ノ為メニ効力ヲ生スルコト夫ノ無権代理ノ追認ト扱フトコロ無シ蓋追認ハ代理行為ノ場合ニノミ限局セサル可カラスト云フカ如キハ寧ロ偏狭ニ失スルコトアルモ何等取引ノ円滑ニ資スルトコロ無ケレハナリ而シテ此理ハ他人ノ権利ヲ自己ノソレトシテ自己ノ名ニ於テ処分シタル場合ニマテ拡張スルヲ得ヘシ…」と述べて原判決を破棄し、一審裁判所に差戻した。

Xの追認によりBC間の譲渡の効力がXのために生ずることは、（たとえ顕名がなされていないとしても）無権代理の場合と何ら異なるものではないから、Yらの不法伐採は、BC間の譲渡（処分）行為以降は、Xに対しては不法行為を構成するものではないとして、Xの請求を斥けた。すなわち、何ら権利を有しない者（非権利者）が他人の権利を

自己の名で処分した場合に、権利者（本人）がその処分を追認したときは、その処分が本人のために効力を生ずることとは無権代理の場合と同様であつて、追認は代理行為の場合にのみ限定されると解するのは解釈として狭きに失するとし、非権利者Bの譲渡（処分）行為を権利者（所有者）Xが追認したときは、無権代理行為の追認の場合と同じく、BC間での処分の時点に遡つて有効な物権変動があつたものと認めることとしたのである。

このように、本判決は、他人の権利の処分とその追認の遡及効に関するものといえるが、その前提的理解として、非権利者の処分行為は未確定無効であるとしたのであり、ここで前記の学説の主張が採り入れられたものである。

② 三七年判決

一〇年判決は学説一般の支持を得たが、その後、最高裁も三七年判決において一一六条の類推適用という形でこの法理を踏襲した。^⑫

（ア）事実の概要

昭和二八年六月六日、X所有の不動産（甲不動産）につき、XからA（Xの子）への（同年五月二五日の）贈与（これは、Aが、Xに無断でその印鑑を持ち出して贈与契約書を偽造した上でなされたものである）を原因とする所有権移転登記がなされた。

同年七月三十一日、Aが、YのBに対する債権を担保するために甲不動産に根抵当権を設定し、その旨の登記も備えた。

同三〇年六月頃、Xが、上記所有権移転登記と同根抵当権設定の事実を知った。

同年一二月、Xが、Yに対し、根抵当権は当初から有効に存続することを承認し、根抵当権設定登記を追認した（なお、原審は、Xが、右贈与契約を追認したことを認めるには証拠が十分ではないとしている）。

ここにおいて、Xは、本件贈与契約およびそれに基づく所有権移転登記は、右のような経緯でなされたものであって、甲不動産の所有権はAに移転することなく依然としてXに属しているから、全くの無権利者であるAと根抵当権設定契約を結んだYが根抵当権を取得するいわれはないとして、Yを相手に、Yを債権者、Bを債務者、Aを所有者として甲不動産に設定された根抵当権は存在しないことの確認を求め、同根抵当権設定登記の抹消手続をなすべきことを求めて訴を提起した。一審はX勝訴。原審はY勝訴。

（イ）判決の内容

「或る物件につき、なんら権利を有しない者が、これを自己の権利に属するものとして処分した場合において真実の権利者が後日これを追認したときは、無権代理行為の追認に関する民法一一六条の類推適用により、処分の時に遡って効力を生ずるものと解するのを相当とする」として一〇年判決を引用した上で、原審が、Xは、昭和三〇年六月頃に至り、Aが甲不動産につき無断で所有権移転登記手続および本件根抵当権設定をしている事実を知ったところ、同年一二月中、Yに対し、同根抵当権は当初から有効に存続するものとすることを承認し、Aのなした本件根抵当権設定を追認したことを認めて同根抵当権の設定はXのために効力を生じたものと判断したのは正当であるとした（なお、原審が、Xは同根抵当権が当初から有効に存続することを承認し、同根抵当権の設定を追認したと認めた理由は定かではない）。

③ 非権利者の処分とその追認への一一六条の類推適用

非権利者の処分行為とその追認をめぐる議論に関しては、今日、学説、判例の姿勢はほぼ固まっているといふことができるのであるが、本判決に至るまでには、次のような経緯を辿ってきたとみることができる。

すなわち、まず、学説^⑩が非権利者の処分行為を未確定無効と捉え、一〇年判決がこれを前提としてその追認に遡及効を認め、三七年判決がそれに一一六条の類推適用という法的根拠を用意し、そして、五二年判決を経て本判決が登場したのである。

したがって、本判決における「一一六条の法意に照らし」の意義を明らかにしようとする場合には、五二年判決も含めての考察が有用であることは改めて述べるまでもないであろう。

本判決に先立つ五二年判決は、譲渡禁止特約の付された債権の（悪意者への）譲渡を（債務者が）承諾したことにつき、その承諾の遡及効を認めたものであるところ、そこでは何らの法的根拠も示されなかった。しかし、五二年判決が、この学説、判例の流れに乗ってその判断を導いたであろうことは容易に推測し得る。すなわち、五二年判決は、譲渡禁止特約に反して譲渡した債権者Aを無権代理人のように考えて、そのAの処分行為により不利益を受ける債務者B（債権譲渡禁止特約は専ら債務者の利益を慮って約定される）を本人と考え、その承諾（追認）により、債権譲渡は遡及的に有効となると解したものだといえよう（なお、この五二年判決は、譲渡禁止特約違反の債権譲渡の効力を第三者に対抗し得る時期は、確定日付ある証書による譲渡通知の日からであって、Bの承諾の際、改めて確定日付ある証書で債権者からの譲渡通知または債務者の承諾を要しないとしてもしていた）。

本判決が「一一六条の法意に照らし」という表現を採るに至ったこの経緯を、当事者の法的地位に着目しながら検

討を加えてみよう。

右一〇年判決のB、三七年判決のAは、いずれも何ら権利を有しないにも拘わらず他人の権利を自己の名において処分した者であり、それゆえ、両名のなした行為は非権利者の処分行為と捉えられるが、その際、非権利者が、たとえ顕名をしていない場合であっても、その非権利者の処分行為は、実質的に無権代理人の行為と同視することができ、したがって、その非権利者の処分行為が権利者によって追認されたときは、無権代理人の行為が本人によって追認された場合と同様に考えてⅡ一一六条本文に基づいて当該処分行為がなされた時に遡って効力を生ずることになる、右両判決はこのように考えたのである。

すなわち、一〇年判決は、根拠条文を明確にすることはなかったものの、非権利者であるBを無権代理人に擬し、権利者であるXを本人に擬してその結論を導いたものであった。

同様に、三七年判決は、やはり非権利者Aを無権代理人に擬し、真実の権利者Xを本人に擬した上で、一〇年判決とは違い一一六条の類推適用に拠ることを明確にしたのである。

一〇年判決の説示にみられるように、顕名していない非権利者は無権代理人となるものではないが、その非権利者の処分行為は、実質的には無権代理人の行為と同視することができるものであるから、非権利者の処分行為を権利者が追認した事案に一一六条を類推適用する基盤は十分に調っていたといえる。したがって、三七年判決の姿勢は容易に肯んじることができるものであった。

④ 譲渡禁止特約の付された債権の譲渡を債務者が（事後に）承諾した場合と一一六条

一〇年判決・三十七年判決と五十二年判決・本判決とを比較するに際して着目しなければならない相違は、

(ア) これまで繰り返しみてきたように、前二者は非権利者の処分行為が(権利者によって)追認された場合の効力のみが問題となっているものであるが、後二者は譲渡禁止特約の付された債権の(債権者による)譲渡を(債務者が)承諾した場合の同譲渡の効力とそれに伴う対第三者効とが問題となっているという点と、

(イ) 一〇年判決のB・三十七年判決のAと五十二年判決の債権者・本判決のAおよび一〇年判決・三十七年判決の各Xと五十二年判決の債務者・本判決のBとの法的地位を同視することはできないという点である。

一一六条との関係をみると、(ア)につき、前二判決は一一六条本文と後二判決は一一六条本文および同ただし書きとが関わるものとなり、(イ)は同条を類推適用するか否かということと関わることになる。

本稿の目的との関係では、(イ)を中心にみていけばよいと思われるところ、前記四判決を並記していくことは若干煩瑣でもあり、特に理解を助けることにもならないと思われるところから、以後は、三十七年判決と本判決とを対象としてみていくこととし、一〇年判決と五十二年判決は必要に応じて参照することとする。

さて、三十七年判決が、非権利者Aを無権代理人に、権利者Xを本人にそれぞれ擬して一一六条を類推適用したことは既にみてきたとおりであるが、本判決のAを無権代理人に、同Bを本人にそれぞれ擬することはできるであろうか。これが当然の如く受け容れられるのであれば、本判決も一一六条の類推適用という手法で結論を導くことができたはずである。しかし、本判決が、そうはせずに「一一六条の法意」を根拠としたことには、それなりの理由がある。以下のように解すべきであろう。

本判決において、その効力が問題となる処分行為は、Aのなした債権譲渡である。Aは債権者自身であり、その意

味で無権代理人に擬し得るものではないが、同債権に譲渡禁止特約が付されていることから、同債権を処分する権限（債権譲渡権）を有する者ではない点に着目し、その意味でAを非権利者と捉え、Aのなした債権譲渡は非権利者による処分行為であるから権利者の追認により遡及的に有効になると解することも強ち不可能ではない。そうであれば、三七年判決と同様、非権利者Aを無権代理人に擬して一一六条の類推適用で処理できたのではないか。それにも拘わらず、本判決がそうしなかったのは、まさに前記（イ）と関わる。まずは、Aの「非権利者」性である。

三七年判決のAは、X所有の甲不動産を自己所有のものとして根抵当権を設定したのであるから、当初より全くの無権利者（非権利者）である。これに対して、本判決のAは、債権譲渡という処分行為に限ってみても、元来、その譲渡権を有するものであるところ、譲渡禁止特約という当事者間の約定によってその譲渡権を奪われたものであって、同じ非権利者と捉えるとしても、三七年判決のAとは様相を異にするといわなければならない。それゆえ、本判決のAを無権代理人に擬して一一六条を類推適用することは、できないことではないであろうが、それを三七年判決の場合のようにはば違和感なく受け容れることができるものということではできない。

他方、無権代理人との関係で本人に当たる者についても問題にしなければならない。

無権代理行為においては、その無権代理行為を本人が追認すると、無権代理行為の効果は本人に帰属することになるのであるから、当然のことながら、本人の権利関係に影響を及ぼすことになる。三七年判決におけるXは、甲不動産上の根抵当権が当初から有効に存続することを承認し、根抵当権設定登記を追認したことによって根抵当権設定者としての地位につかなければならなくなる。つまり、Xは、「甲不動産」の所有権者からYの「抵当権が付着した甲不動産」の所有権者となるということである。¹³⁾

これに対して本判決の場合はどうか。本判決における債務者Bは、そもそも無権代理行為における本人に擬せられるといえようか。Bは、Aの行った債権譲渡を承諾したものであるが、その承諾により債権譲渡が遡及的に有効になるからといって、Bの権利関係に何らかの影響が生ずるものではなく、それゆえ、本判決のBを無権代理行為における本人に擬することはできない。そもそも、無権代理の場合は、追認するか否かによって、本人の権利関係に差異が生ずるが、譲渡禁止特約の解除の場合は、解除する債務者の債務の内容には影響はない等として、一一六条ただし書が適用される場合はないとする見解もある¹⁴。

それでは、このBは三七年判決の権利者Xと同視し得るであろうか。

Bの承諾によって（債権譲渡権を有さず、その意味で非権利者といえる）Aの行った債権譲渡は遡及的に有効になるのであるが、では、Bは、Aの行った債権譲渡を有効にする権利を有しているといえるのであろうか。たしかに、Bの承諾によりAの行った債権譲渡は遡及的に有効になるものではあるが、それは、もともとBがそのような権利を有していたからではなく、（物権的效果説に立った上で）（五二年判決および）本判決が、Bの承諾によってAの行った債権譲渡が遡及的に有効になるとの解釈を施したからに他ならない。すなわち、本判決のBを三七年判決のXと同視して権利者とみることができない。

このように、本判決におけるA、Bの法的地位に鑑みれば、これらを三七年判決のA、Xと同視し得るものではないところから、三七年判決のように一一六条を類推適用して事案の解決を導くことは叶わなかったのである。

しかし、ここにおいて本判決は、債権譲渡権を有しない（非権利者）Aを三七年判決の非権利者Aに擬し、その承諾により結果的に債権譲渡を有効にするという効果をもたらすBを三七年判決の権利者Xに擬することを通して三七

年判決を類推するという考え方を採ったのである。そして、その際、対第三者との関係も適切に処理するために一一六条本文のみならず、同条ただし書の力も借りることとし、「一一六条の法意に照らし」という表現を以てその法的根拠とすることとしたものである。すなわち、一一六条を類推適用して結論を導いた三七年判決をさらに類推して結論を導いたものといえる。

このようにみてくると、本判決は、事案の解決に際し、一一六条に基づいてこそ導き得る結論に至ったのであるが、その結論を導く法的根拠として一一六条を適用することはもちろん、同条を類推適用することも叶わなかったところ、一一六条を類推適用した三七年判決をさらに類推するという手法を採り、そこで「一一六条の法意」に拠ることとしたと解するのが素直な見方ではないかと思われる。

二 最判昭和三七年九月一日（民集一六卷九号一九三五頁）

本判決は、明確な通謀虚偽表示によらない土地所有権の移転とそれに伴う登記がなされた後に現れた第三者との関係を処理するに際し、「九四条二項の法意」に拠ったものである。

1 事実の概要

原判決の認定したところによれば、以下の事実が認められる。

X（原告、被告人）は、訴外A所有の甲土地を買受けることとし、その交渉をC（Xの姉の夫、司法書士、Y₁の先代）に任せ、昭和九年六月上旬頃、CがXの代理人となってAとの間で甲土地の売買契約を締結し、Xはその代金四〇〇

円をCに交付し、これをCがAに支払ったが、Aが同月一四日頃急死したため、同売買につき争いが生じ、任意の所有権移転登記の履行を求めることができなくなった。

他方、Xは、Cから売渡証書を取り寄せてみたところ、買受人の名義がCにしてあったので、Cに不法を責めると共に、訴訟費用はXの負担として、C名義でAの家督相続人、Aを被告として甲土地の所有権移転登記手続請求の訴を提起させ、昭和十一年四月三〇日にC勝訴判決があり、これが確定し、Cは、同判決に基づいて自己に対する所有権移転登記をしたが、Xの屢々の要求にも拘わらずXに対する所有権移転登記を怠っていた。

その後、Y₁は、甲土地につき、昭和二十七年三月二二日にC死亡による所有権移転登記を受け、次いで同日、Y₁、Y₂間の売買により、Y₂がその所有権移転登記を、さらに同月二五日、Y₂、Y₃間の売買により、Y₃がその所有権移転登記を受けた。

ここにおいてXは、Y₁らに対し、甲土地がX所有であることの確認、Y₂、Y₃に対し、各所有権移転登記の抹消、Y₁に対し、Xへの所有権移転登記をそれぞれ求めた。

これに対し、Y₁らは、Xが訴外Aより甲土地を買受けた事実を否認した上、仮にXが甲土地を買受けたものであるとしても、その所有名義をCとしたのは、XとCとの合意に基づくものであつて、同合意はX、Cが通謀してなした虚偽の意思表示によるものであるから、Xは、その無効を善意の第三者であるY₂、Y₃に対抗し得ないとの抗弁をなした。

原判決は、上記認定に基づき、XがCに前記訴を提起させるために甲土地の譲渡を仮装した事実認められないとして、Y₁らの抗弁を排斥し、Xの請求を認めた。Y₁ら上告。

2 判決の内容

本判決は、原審の認定した事実に基づき、AからCに対する所有権移転登記は、XがC名義で出訴させた上確定した判決に基づいてC名義で登記することを許したものであるから、それは畢竟Xの意思に基づきC名義に所有権移転登記をなさしめたものであつて、実質的には、恰もXが、Cと通謀してC名義に虚偽仮装の所有権移転登記をなした場合と選ぶところはなく、九四条二項の法意に照らし、Xは、Cが甲土地の所有権を取得しなかったことを以て善意の第三者に対抗し得ないと解するのが相当であるとした。

3 「法意」の意義

周知のように、本来の意味における通謀虚偽表示が存するわけではないが、何らかの契機に基づいて不実の外観（その多くは虚偽登記）が存する場合に、その外観を信じて取引関係に入った者（第三者）を保護するために、そのような虚偽登記の作出（存在）に対して何らかの関与をなした真実の権利者に帰責性を認め、この真実の権利者は、善意の第三者に対して自己の権利を主張することができないと解するものが、いわゆる九四条二項の類推適用である。

その九四条二項の類推適用に係るリーディングケースとされる判例は最判昭和二十九年八月二〇日（民集八巻八号一五〇五頁）であるところ、时期的にみて、本判決の時点において九四条二項類推適用論が完全に定着していたという状況にあったとまでは、なおいえないかもしれない。しかし、真実の権利者の関与という点に着目すれば、本件のようなケースについて九四条二項を類推適用することについてはさほど抵抗はなかったと思われる。したがって、本

判決において「九四条二項の類推適用により、Xは、Cが甲土地の所有権を取得しなかったことを以て善意の第三者に対抗し得ない」としても一向に差支えなかったものである。

このようにみてくると、本判決は、敢えて「九四条二項の法意に照らし」という表現を採ってはいるものの、その「法意」という表現に特別な意味が込められているとは解し難く、素直に九四条二項の類推適用という範疇で捉えることができるものといえよう。

三 東京高判昭和五三年六月二八日（判時三七〇号八五頁）

下級審裁判例にも目を向けておくことにしよう。

本判決は、土地売買に伴う所有権移転登記手続を委任された者を相続した者が、登記の欠缺を主張することができかどうかを判断するに際し、「不動産登記法五条の法意に鑑み」としたものである。

1 事実の概要

Aは、甲の代理人として甲所有の土地五〇坪をXに売却し、Xは、その所有権移転登記手続をAに委任したところ、Aは、そのうちの四〇坪についてのみ（分筆して）X名義に所有権移転登記手続をなした。その後、Aは、甲から、右五〇坪の土地の一部を含む一四九・九一㎡をY（Aの子）のために買受け、Y名義で所有権移転登記をなした。さらにその後、Aが死亡し、YがAの地位を相続した。

ここにおいて、Xが、Yに対し、右買受けた土地五〇坪のうち、X名義で所有権移転登記されていない一〇坪分に

ついて、所有権移転登記手続をするよう求めたものである。

2 判決の内容

「亡Aは、…甲の代理人として、本件土地をXに売却し、同人よりその所有権移転登記手続を委任されながらこれを怠り、一方で右売買契約成立後に本件土地を自らあるいは実子であるYの代理人として甲から買受けているものであるから、不動産登記法五条の法意に鑑み、Yは、Xに対し本件土地の所有権移転登記の欠缺を主張することができないものというべきである。」

3 「法意」の意義

民法一七七条にいわゆる第三者は、当事者もしくはその包括承継人以外の者であつて、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者と解されている（大連判明治四一・一二・一五民録一四輯二二七六頁）ところ、その「登記の欠缺を主張する正当な利益を有しない者」の典型の一つが不動産登記法五条二項の定める、他人のために登記を申請する義務を負う（にも拘わらず、その義務を履行していない）者である。

したがって、Xから、同人が買受けた甲土地五〇坪につき所有権移転登記手続を委任されたAが、その五〇坪のうち四〇坪についてのみ所有権移転登記手続をし、所有権移転登記手続を怠った一〇坪について、その登記の欠缺を主張する正当な利益を有しない者であることは明らかである。そして、そのAを相続したYは、当然のことながら、Aの所有権移転登記申請義務をも相続しているのであり、Y自身も不動産登記法五条二項の適用対象となる。

そうであれば、Yが、Xに対し、右一〇坪についての所有権移転登記の欠缺を主張することができない者に当たると述べるに際し、不動産登記法五条二項をストレートに適用して然るべきであったということができよう。あるいは、Yが同登記申請義務者となるについては、Y自身が当初より義務者であったのではなく、Aからその義務を相続したという事情があることに、敢えて意味を持たせるとしても、同条の類推適用ということで処理することに何ら問題はなかったであろう。

すなわち、本判決が「法意に鑑み」という表現を採ったことについては、そこに特段の意味はない、あるいは、せいぜい類推適用と同様の意味を見出し得るに過ぎないといえる。

Ⅲ 判例における「法意」の意義

Ⅱでは、僅か二件の判例と一件の裁判例を対象にしてではあるが、若干の検討を試みた。とりわけ、Ⅱ一の最判平成九年六月五日につき、関連判例に遡って同判決が登場することになった経緯を辿り、同判決が、なぜ「一一六条の法意に照らし」という表現を採ることになったのか、一応の結論に達することができたといえる。

すなわち、判決理由において明言しているわけではないものの、一一六条を類推適用した判例（三七年判決）をさらに類推することによって一一六条によってもたらされる効果を導こうとしたがゆえに、単に「一一六条を類推適用して」とすることを避け、「一一六条の法意に照らし」という表現を採るに至ったものと理解することができる。

これに対して、Ⅱ二の最判昭和三七年九月一四日は、九四条二項の類推適用という手法によって結論を導くことができた紛争事案につき「九四条二項の法意に照らし」としたものであって、ここでの「法意」は「類推適用」と同義

であると理解することができる。

さらに、Ⅱ三の東京高判昭和五年六月二八日の「法意」には特段の意味はない、ないしは、せいぜい前掲最判昭和三十七年九月一四日と同じく「類推適用」と同義であるとの理解が妥当しよう。

また、本稿では事案等について詳細に紹介する余裕がないが、「九四条二項、一一〇条の法意に照らし」て外觀尊重と取引保護の要請に応じようとする判例が散見される（最判昭和四三・一〇・一七民集二三卷一〇号二一八八頁、最判四五・六・二民集二四卷六号四六五頁、最判昭和四七・一一・二八民集二六卷九号一七一五頁）。

これらは、九四条二項・一一〇条兩規定の趣旨を総合して初めて得ることができる（外觀尊重と取引保護の双方の要請に応ずる）法理に基づいて処理するに際し「九四条二項、一一〇条の法意に照らし」という表現を採ったものと理解できよう。

これら以外にも、「六五三条の法意」によった最判平成四年九月二二日（金法一三五八号五五頁：入院加療中であつた委任者が、かねて面倒を見てもらっていた受任者に対し、入院中の支払、葬式費用、入院中に世話になった家政婦・友人等に対する謝礼金の支払いを依頼する委任契約は、当然に、委任者の死亡によっても同契約を終了させない旨の合意を包含する趣旨のものというべきであつて、六五三条の法意はかかる合意の効力を否定するものではないとした）、「一五八条の法意」に照らし、七二四条後段の効果は生じないとした最判平成一〇年六月二二日（民集五二卷四号一〇八七頁：不法行為被害者が、不法行為時から二〇年経過する前六ヶ月以内において、その不法行為を原因として心神喪失の常況にあるにも拘わらず法定代理人を有しなかつた場合において、その後、禁治産宣告を受け、後見人に就任した者が、その時から六ヶ月内に不法行為に基づく損害賠償請求権を行使した等の特段の事情があるときは、一五八条の法意に照らし、七二四条後段の効果は生じないと解するのが相当であ

るとした)、等があり、判例が用いる「法意」の意義を理解するためにはさらなる検討が要請されよう。

IV おわりに

判例が、具体的な事案の解決を導く際の法的根拠として「〇条の法意」を示すとき、その「法意」の意義は決して一義的ではなく、そこには、いくつかの思考回路が存すると推測することができる。従来の解釈手法、とりわけ類推適用によって解決を図ることができると思われるにも拘わらず(敢えていえば安易に)「法意」を持出したものもあれば、その従来の解釈手法をストレートに用いたのでは(適切な)解決を導くことが容易ではない場面においてこれを持出したものもあって、その理解と評価は慎重になされるべきものであるろう。そして、この「法意」なるものが新たな解釈手法として、解釈論の一隅をしめることができるものとなるのか、興味が惹かれるところでもある。

注

- (1) たとえば、藤村和夫「民法を学ぼう ようこそ民法ワールドへ」(法学書院、二〇〇八年)二五〇頁以下参照。
- (2) 大判大正四年四月一日(民録二二輯四二三頁)、大判昭和六年八月七日(民集一〇巻七八三頁)、我妻栄「新訂債権総論」(岩波書店、一九六四年)五二四頁、柚木馨Ⅱ高木多喜男「判例債権法総論(補訂版)」(有斐閣、一九七一年)四〇〇頁等、最判昭和五二年三月一七日(民集三一巻二号三〇八頁)等。ちなみに、債権的效果説を支持するのは、前田達明「口述 債権総論(第三版)」(成文堂、一九九三年)四〇〇頁等。
- (3) 本判決につき「『二一六条但書の法意に照らし』とするが、自明のことといつてよい」とするものがある(我妻栄等「我妻・有泉 コンメンタール民法 総則・物権・債権(第三版)」[日本評論社、二〇一三年]八六二頁)程度で、教科書等にお

いては、たとえば本判決を、「民法一一六条の法意に照らし」て結論を導いたと紹介するのみであって、「法意」という表現を採ったことが如何なる意図に基づくものであるかを追究しようとする姿勢を見せるものは見出せない。

(4) 大島和夫「譲渡禁止の特約のある指名債権の譲渡後になされた債務者の譲渡についての承諾と債権譲渡の第三者に対する効力」法学教室二〇六号（一九九七年）一〇〇頁。

(5) 並木茂「譲渡禁止の特約のある指名債権が譲渡された後に債務者が譲渡につき承諾を与えた場合と譲渡後承諾前に差押えをした第三者に対する債権譲渡の効力」金法一五〇四号三四頁（一九九八年）（四一頁）。

(6) 道垣内弘人「譲渡後に債務者が譲渡を承諾した譲渡禁止の特約のある指名債権の譲渡の対第三者効」金法一五二四号二六頁（一九九八年）（二八頁）。

(7) 三村量一「譲渡禁止の特約のある指名債権の譲渡後にされた債務者の譲渡についての承諾と債権譲渡の第三者に対する効力」曹時五一卷一〇号（一九九九年）二四九頁（二五一頁以下）。

(8) 角紀代恵「譲渡禁止の特約のある指名債権の譲渡後にされた債務者の譲渡についての承諾と債権譲渡の第三者に対する効力」民商一一八卷一号（一九九八年）一〇六頁（一一一頁以下）。

(9) 四ッ谷有喜「民事判例研究 譲渡禁止の特約のある指名債権について、譲受人が右特約の存在を知り、又は重大な過失により右特約の存在を知らないでこれを譲り受けた場合でも、その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権は譲渡の時にさかのぼって有効となるが、民法一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできないと解するのが相当であるとされた事例」北大法学論集四九卷四号（一九九八年）九九五頁（一〇〇二頁、一〇〇六頁）。

(10) 田島順「非権利者の処分と其追完」論叢三三卷二号（一九三五年）四三一頁、於保不二雄「追完 (Konvaleszenz)」に就て」論叢三三卷一号（一九三五年）四五頁。

(11) 末川博「他人の権利の処分と其の他人の追認」民商三三卷四号（一九三六年）七一八頁、川島武宜「自己の名に於いてする他人の権利の処分とその追認の遡及効」法協五四卷三号（一九三六年）五七三頁。

(12) 三七年判決を支持するのは、宮田信夫「他人の権利の処分と追認」曹時一四卷一〇号（一九六二年）一七二八頁等。

(13) 一一六条（本文）が類推適用されることによって、甲不動産の所有権もXからAに移っていると解すべきかは一個の問題である。三七年判決の原審が、わざわざ、Xが、X A間の贈与契約を追認したと認める十分な証拠はないとしているのは、このことを意識しているものと思われる。すなわち、Xの追認が、Aの処分行為を全面的に認めるという趣旨であるならば、Aが甲不動産を取得していることになるが、Aの処分行為によって相手方Yが取得した権利（根抵当権）の存立を否認する権利を放棄するにとどまる趣旨であるならば、甲不動産の所有権は依然としてXに帰属していると考えて差支えなく、このように解してもYは何ら不利益を被るものでもない。三七年判決の原審には、このことを明確にしておく意図が存したものと考えられる。

(14) 秦光昭「譲渡後に譲渡禁止特約が解除された場合の第三者対抗要件の効力発生時期」金法一三六八号（一九九三年）二三頁（二七頁）。

金銭債権の一部請求についての一考察

松 本 幸 一

はじめに

- 一 金銭債権の明示的一部請求と請求の特定
 - 二 金銭債権の一部請求をめぐる判例の展開と動向
 - 三 金銭債権の一部請求をめぐる判例の総括的検討
 - 四 金銭債権の一部請求をめぐる学説の動向
 - 五 訴訟物理論と一部請求をめぐる学説の分析
 - (1) 訴訟物と既判力
 - (2) 訴訟物と既判力と時効中断の相関関係
 - 六 新たな見解の提示
 - 七 債権法改正に向けた対応
- おわりに

はじめに

一般に、債権者が債務者に対して金銭債権を有する旨を主張している場合に、どのような請求形態を選択するかは債権者の意思に委ねられる。債権者は、当初から債権額全額につき請求するかそのうちの一部につき請求する訴訟形態を採用するかは種々の事情が介在する複合的な価値判断に関わる問題である。それは同時に実体法と訴訟法が交錯する問題でもある。そこで、この問題については、かねてから実体法上及び手続法上種々の議論がある。そもそも、金銭債権のように数量的に分割することが可能な権利関係では、その金銭債権の一部を裁判上請求することが認められるのかという出発点において見解の対立がみられる。そうした請求が可能であるとしても、その時効中断の効力はその範囲につき生じるのか、さらに既判力など判決の効力をめぐって、当初請求した残額につき請求する再訴を提起することは可能かなどにつき、多くの議論がみられる。こうして問題の所在を指摘しただけでも明らかのように、実体法と手続法の両面に関係し、両者が交錯する複雑な性質を有する問題である。この問題については、古く筆者の恩師染野義信教授が強い関心を持たれ、優れた論文を発表されて、^①学界に問題提起したという経緯がある。この一部請求で後訴が許されるか否かは、一部請求であることが明示的であるかないかということから、訴訟物、既判力、信義則、時効中断などに係る論点を含む、いわば実体法と訴訟法が交錯する難解な問題であるといえる。

この間、判例は、種々の展開をし、個別具体的事案の特徴を正面から受け止め、その都度具体的妥当性のある紛争処理に努め、学界および実務界から多くの関心を集め、議論を呼んできた。

筆者は、そもそもなぜ債権者は債権額全額を当初から訴求しないで、そのうちの一部である旨を断ることにより請

求するという一見すると変則的とも思える訴訟戦略を採るのであるかという疑問が拭えない⁽²⁾。かりに、そうした戦術を採った場合に、当事者の主張する請求につき再訴の手續によつて残額請求することは先行する訴訟の判決が確定することにより遮断されてしまうのか。それは当事者の権利の実現を、その実現過程であるべき手続法で不当に妨げることの意味するのではなからうか、といった疑問を抱くに至った。

そこで、本稿では、現在に至るまでの判例の展開を概観し、それらの代表的な判例を通じて、一部請求の抱える先に述べた問題点について、分析し、その上で学説の動向を批判的に検討することとする。その際に、筆者の基本的視座は「裁判の正当化」Ⅱ内容的な手続保障という点に設定し、問題の解明に努めることとする。それによつて、本稿は、金銭債権の（明示の）一部請求をめぐる新たな考察を試みるものである。それをもつて本号の「日本法学」が献呈される山川一陽教授を送別するにふさわしいものであると認識する。

一 金銭債権の明示の一部請求と請求の特定

債権者が債務者に対して金銭債権を有する旨を主張している場合に、どのような請求形態を選択するかは処分権主義により債権者の意思に委ねられている。債権者が、当初から債権額全額につき請求しないで、そのうちの一部につき請求する訴訟形態を採用する場合に、請求の対象が特定されているといえるかが問題になる。⁽³⁾訴え提起に際し、請求を定立することは債権者である原告の権限に委ねられる。そうした視点からみると、金銭債権の全額を請求するか、そのうちの一部を請求するかは債権者である原告の権限に属する事項である。

さらに進んで、その請求は特定されていることを要する。それは、被告が攻撃防御を展開するに際し、その対象が

定まらないのでは訴訟活動を著しく阻害することになる。見方を変えれば、被告の手續保障を侵害することにもなる。また、審判機関である裁判所の視点からみると、審理の対象が定まらず、審理を進めるのに支障をきたすおそれがある。それでは、原告が当初から被告に対して存在する旨を主張する債権額の全額を明らかにした上で、請求額を特定しないで、裁判所が相当と認める金額の支払いを求めるという請求形態を選択することは適法であろうか。⁽⁴⁾このような請求形態は請求を定立するという局面では、対象とする請求権を特定しているものの、審判の対象をすべて裁判所の判断に委ねてしまっている。それは、一見すると、裁判所にとってはきわめて好都合のようである。しかし、審判の対象が特定しているとはいえない。そのみならず、被告にとっては、攻撃防御を展開すべき対象が定まらないという致命的な欠陥がある。このように見てくると、請求額を特定しないで、裁判所の相当とする金額の支払いを求めるという請求形態は不適法であると解するのが相当である。⁽⁵⁾

そこで、本稿の主題とする事項が前面に浮上し、局面は、金銭債権の全額を示しつつ、そのうちの一部である旨を明示して、金銭債権支払請求訴訟を提起するのは、請求の対象が特定しているといえるかという問題に帰着する。その点については、後に「三 金銭債権の一部請求をめぐる学説の動向」の項において、検討することとする。

二 金銭債権の一部請求をめぐる判例の展開と動向

はじめに、金銭債権の一部請求については、大審院時代から問題となっていた事項の一つである。判例は、古く大審院の時代から最上級裁判所を中心に展開し、いずれもそのときどき実体法学者であると訴訟法学者であるとを問わず、学界から強い関心を集めてきている。そこで、まずこれらの判例がどのように展開してきたか、その動向を概観

し、そこから民事裁判実務における問題の所在を抽出することとする。さらに、この問題は実体法と手続法が交錯する性格を包含することに鑑み、広い視点から多角的に検討し分析することが必要であると認識するので、最上級裁判所の判例を間接的にしる一部請求に係ると見られる範囲にまで一步拡げて抽出することとする。

〔判例二〕大審院 第二民事部 昭和四年三月一九日判決民集八卷一九九頁

〔事実〕炭鉱事故により死亡した子の両親が、子の死亡した翌月から訴え提起の前月までの財産上損害と慰謝料の損害賠償請求訴訟を提起したところ、訴訟係属後に請求を拡張し、子の死亡時から将来の全財産上の損害につきホフマン式計算によつて算出して賠償請求した。これに対し、被告が請求拡張時には、消滅時効が完成している旨を主張した事案。

〔判旨〕「請求による時効の中断は、裁判上の請求たると裁判外の請求たるとを問わず、その請求ありたる範囲に於いてのみ時効の中断を来すものなるを以て、一部の請求は残部の請求に対する時効中断の効力を生ずることなし。従つて債権者が裁判上一部の請求を為したる後其の訴の申立を拡張して残部の請求を為したる場合に於いても、其の申立拡張の時に始めて残部の請求に対して時効中断の効力を生ずるものと解せざるべからず。」

〔検討〕本件において、大審院は、裁判上の請求としての時効中断効は当該請求部分についてののみ生じ、残部部分には及ばないとし、右訴訟の係属中に請求を拡張しても、請求の拡張時に、裁判上の請求としての時効中断効は生じないと判断したものである。本判決は、訴え提起時までの財産上の損害とその後の将来取得すべき全財産上の損害の関係を一部と残部と位置付け、前者の請求により後者については時効中断の効力を生じないとしている点に特徴がある。本判決に対し、民法の立場から我妻榮博士は真つ向から反対し、判旨に賛成できないと批判した。⁽⁶⁾すなわち、訴え

の提起によって債権全額が存在が明示又は黙示に主張され争われている場合にはたとえ請求は一部であっても、訴え提起によって全額が一応中断される。従って、民事訴訟法上適法に申立てが拡張される場合には、たとえこのときに時効期間が満了していても、時効の効力は生じない。これに対し、原告が適法に申立てを拡張せず、あるいは一部の申立てを拡張するに止まって、判決が確定するときは、判決主文に現れた部分についてのみ確定的に時効中断の効力を生じ、残部については訴え提起によって中断しないこととなる。判旨が、本件を一部請求の事案と捉えていることについては特別言及していない。また、ここでは、判例評釈という性格から、民法一四七条一号の請求の意味をどのように捉えているか明らかでなく、さらに催告ということの意味内容についても深く掘り下げた検討はなされていない。しかし、明示の一部請求の既判力については、まったく言及することなしに、申立ての拡張というその訴訟の局面の枠組みの範囲内で検討の舞台を設定して問題解決に努めていることが特徴的である。とりわけ、債権全額が存在が明示的に又は黙示的に主張され、さらに争われている場合を前提として立論されている。そこに、債権者である原告の意思の表れを見出しているものと見られなくもない。しかし、ここでは、問題の所在を指摘するにとどめ、我妻説に対する掘り下げた分析と検討は、後に学説の検討において集約的に行うことが他の見解との違いも明確に浮き出てくるので妥当であると考ええる。付言すると、本判例評釈の三年後には、我妻博士による裁判上の催告の理論を打ち出した「確認訴訟と時効中断」法学協会雑誌五〇巻六号・七号（昭和七年）が登場するのである。今から言えば、本判例評釈はその論文の布石であったといえるのであり、その点で極めて意義深いものがある。

〔判例二〕 最高裁二小 昭和三二年六月七日判決 民集一一卷六号九四八頁

〔事実〕 Xは、Yらに帶留めの販売を委託したが、売却がうまくいかなかったので委託販売は合意解除された。Xは、Yらを共同被告として四五万円の賠償請求訴訟を提起し、全部認容判決が確定した。ところが、XはY₂から二二万五〇〇〇円の支払を受けたのみで、残る二二万五〇〇〇円は支払われなかった。そこで、XはYらに対し連帯して残額二二万五〇〇〇円の支払を求める本件訴えを提起した。

〔判旨〕「債権者が数人の債務者に対して金銭債務の履行を訴求するにあたり、これを連帯債務と主張しなかったため分割債務として確定判決をえたときは、その後別訴において右債権を連帯債務である旨主張することは、前訴判決の既判力に抵触し、許されないものと解すべきである。」

「Xは、前訴において分割債務たる四五万円の債権を主張し、Y₁Y₂に対し各自二二万五千円の支払を求めたのであって、連帯債務たる四五万円の債権を主張してその内の二二万五千円の部分（連帯債務）につき履行を求めたものでないことは疑いがなから、前訴請求をもって本訴の訴訟物たる四五万円の連帯債務の一部請求と解することはできない。」

〔検討〕 本件は、数人の債務者に対して単純に金銭支払請求訴訟を提起し、請求認容判決を取得した後で、前訴において請求したのは、連帯債務であり、その一部を請求したに止まるので、残額債権の支払いを請求すると主張して再訴を提起したところ、前訴の既判力に抵触し許されないとされたものである。数人の債務者に対して債権者が債権支払請求する場合に、その債務の性質につき特に連帯債務であると主張しなければ、裁判所はこれを分割債務であるとして処理することになる。しかし、そうであるとしても、その事件が終結した後になって、後訴を提起し、先に請

求したのは連帯債務であると主張して残額三万五〇〇〇円の支払い請求をすることは一部請求の蒸し返しの事案と位置付けるのには、疑問がある。従来、本判決については、いったん訴訟が終結した後になって改めて訴えを提起し、実は前訴は一部請求であつたので、その残額を請求するというのは許されないとする判例と理解されてきている。前訴は請求の対象が特定性を欠いていたわけではないが、請求形態がきわめて稚拙であつたとみるのが相当であろう。前訴は、連帯債務の一部請求をした事案ではないことに留意すべきである。^⑦ 前訴の裁判所が本来釈明権を行使し、当事者の請求の意図を正確に把握すべきであつたというべきであろう。しかし、いまになってその点を問題にしても解決の手がかりにはならない。さらに、前訴は本人訴訟であつたのか、それとも弁護士が訴訟代理人として担当していたにもかかわらず、そのようなことになってしまったのかは、判例集からうかがい知ることができない。そうであれば、本件訴えは前訴の口頭弁論終結時までに主張しようと思えば主張することが可能であつた攻撃防御方法を蒸し返して主張するものであり、その点で前訴の既判力に抵触し許されないといえは足りるものと判断する。そして、本判決はするように位置づけられるべきものである。

〔判例三〕 最高裁二小 昭和三四年二月二〇日判決 民集一三卷二号二〇九頁

〔事実〕 X等（二名）はY電力会社の高圧線の接触発火が原因の火災でX等の住宅等を焼失させたと主張して、Y電力会社に対して損害賠償請求の訴えを提起した。その際、損害の全額ではなく、全損害額を具体的に明示した上、その中から各自の損害の一割に相当する金額である旨を明示して、その支払を請求する本件訴えを提起した。その後、第一審係属中に請求金額を拡張したところ、Yはその拡張部分についてすでに三年の消滅時効が完成していると主張

して消滅時効の抗弁を提出したが、一、二審ともYの主張を斥けた。これを不当としてYから上告した。

「判旨」破棄差戻。「債権の一部についてのみ判決を求める旨明示した訴の提起があった場合、訴提起による消滅時効中断の効力は、その一部の範囲においてのみ生じ、その後時効完成前残部につき請求を拡張すれば、残部についての時効は、拡張の書面を裁判所に提出したとき中断するものと解すべきである。(旧)民訴三三五条参照」若し、これに反し、かかる場合訴提起と共に債権全部につき時効の中断を生ずるとの見解をとるときは、訴提起当時原告自身裁判上請求しない旨明示している残部についてまで訴提起当時時効が中断したと認めることになるのであって、このような不合理な結果は到底是認し得ない。本訴が本件不法行為により各自の蒙った損害の全額を明らかにした上そのうち一割に相当する各金額についてのみ権利を行使する旨明示して提起されたものであることは原判示のとおりであるから、右訴の提起による消滅時効中断の効力は右当初請求の金額の範囲に限って生ずべく、その後請求の拡張により訴訟物となった残額には及ばないものと解すべきところ、原判決がこれを右残額に及ぶものと解し、右残額に関する上告人の時効の抗弁をたやすく排斥し去ったのは、法令の解釈を誤り審理不尽の違法に陥ったものであって、論旨は理由がある。」

(藤田八郎裁判官の少数意見)「本件のごとき当初から特定の損害賠償債権そのものは訴訟物とされ、その請求の一部につき判決が訴求されている状態であつて、権利者は訴訟の係属中は、なんどきでも、請求の拡張という方法によって残部の請求全部につき容易に判決を求めることができる状態におかれているのである。(請求の潜在的訴訟係属)これをもし民法の『裁判上の請求』若しくは前記大審院連合部判決のいわゆる『裁判上の請求に準すべきもの』と看做すことは民法時効中断の制度の趣旨に何の背反するところもないのではないか。」「自分は民法が消滅時効中断を認め

た制度の趣旨から理解して、本件のごとき場合において、時効中断の効力は、後に請求の趣旨拡張によって拡張された請求の部分についても訴提起のときに生ずる、そして、右中断の効力は訴訟の係属中は持続するのであるから、本件のごとく、訴提起の時から請求の趣旨拡張までの間に時効期間を経過した事実があるとしても、これにもって消滅時効が完成したと解すべきものでないと思料する。」

〔検討〕 本件は、最高裁になって初めて明示の一部請求と残額部分に対する時効中断の効力の有無につき、直接判示したものであり、同時に最高裁が大審院の前記〔判例一〕の立場を踏襲することを明らかにしたものとして重要な意義がある。この問題は民事訴訟法に止まらず、民法にも深く関わる性質を有するものであり、実体法と手続法とが交錯する一局面として象徴的な性格を有している。それと同時に、藤田八郎裁判官の鋭い少数意見には、問題に秘められた深刻な背景を見事に映し出している姿を垣間見ることができよう。とりわけ、同裁判官が残額債権につき「潜在的訴訟係属」という法的性質決定を施すことにより、具体的妥当性のある結論を導くことにそれまで見られなかった新たな工夫を加えられていることは意義深いものがあると認識する。しかし、残額債権につき「潜在的訴訟係属」という法的性質決定をもって対応することは妥当であろうか。そこには、裁判上の請求としての時効中断の効力を是認するには、訴訟係属していることが必要不可欠であるという認識の前提に立っていて、訴訟係属ということに拘泥する姿勢が見受けられる。しかし、残額債権に裁判上の請求として消滅時効の中断を認めるかはしばらく置くとして、当該部分につき訴訟係属していると認められるかが、時効中断の成否を左右する判断の分水嶺になるのではなく、被害者である原告による加害者である被告に対する賠償金請求の意思が明確に現われているか否かにこそ、問題解決の決め手があるのではないか。⁽⁸⁾ 訴訟係属は、直接裁判所による審判の対象になっている点にこそ、本質的特徴がある。

そうであれば、「潜在的訴訟係属」という理論構成は、概念矛盾の誹りをまぬかれない。その点で、藤田裁判官の少数意見が多数意見を覆すまでには至らなかった要因があると考ええる。もっとも、残額債権につき「潜在的訴訟係属」という法的性質決定を施すことによってまでして、被害者である原告の法的保護を図ることに現行法の枠組みの中で腐心する姿勢は識者に問題の重要性を深く認識させ、後年裁判上の催告の理論を採用する貴重な礎を築いたと位置づけることが、同裁判官の意図を最も的確に体现しているのではあるまいか。今から半世紀前にすでに時効中断の抱える問題の深刻さを伺い知ることができるといえる。⁹⁾

〔判例四〕 最高裁二小 昭和三七年八月一〇日判決 民集一六卷八号一七二〇頁

〔事実〕 Xは譲渡担保として床板を取得した。それを倉庫業者のYがXの代理権を確認せずにAに引渡し、Aはこれを他に売却したため、Xは寄託物の返還を受けられなくなった。XはYに三〇万円の損害のうち一〇万円の賠償請求したところ、八万円が認容された。その後、Xはさらに残りの二〇万円について賠償請求した。第一審では前訴判決の既判力に抵触するので許されないとしXの訴えは却下されたが、控訴審で前訴判決の既判力は残額請求には及ばないとし、第一審判決を取消し、差戻した。これにYが上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

上告理由について、「一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合は、訴訟物となるのは右債権の一部の存否のみであって、全部の存否ではなく、従って右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求に及ばないと解するのが相当である」とし、「同趣旨の原判決の判断は正当である」とした。

〔検討〕 一個の債権の数量的な一部請求に対しての既判力が残部請求に及ぶか否かが争われた事案である。本件では、一部請求への既判力は残部請求には及ばないと判示している。その理由は、訴訟物となるのは、債権の一部の存否のみであり、全部の存否ではないというに止まっている。金銭債権の明示的一部請求による裁判上の請求としての時効中断の効力が及ぶ範囲に関するこれまでの判例〔判例一〕〔判例三〕の推移に照らし、本判旨は容易に予想できたことではある。しかし、それではたして妥当な法理論であるかとなると、裁判上の請求としての時効中断の効力が及ぶ範囲の問題と合わせて、ただちに肯定することにはなお躊躇を覚える問題である。金銭債権の全額を明らかにした上で、そのうちの一部である旨を明示して金銭債権支払請求訴訟を提起した場合に、訴訟物は金銭債権の全額ではなく、原告がその中の一部であると明らかにした明示部分である。そうであれば、既判力は訴訟物につき生じるのであるから、当該訴訟の判決の既判力は当初の明示的一部請求部分に止まるのは自然の理である。したがって、当初の訴訟においては請求対象としていなかった残額債権につき再び訴えを提起することは前訴の既判力になんら抵触するものではないのである。最高裁は、このことを具体的事案を通じて明らかにしたものであり、法理論として極めて無理のない構成をしているものと評価することができる。¹⁰⁾したがって、一部の学説の反対はみられるものの、多くの学説も当然の法理を最上級裁判所が明らかにしたものとして積極的に評価したのも、まことに首肯できることといえる。それは、明示的一部請求における裁判上の請求としての時効中断に関する〔判例三〕とあわせて考えると、最高裁判例は、訴訟物と既判力とさらに裁判上の請求としての時効中断の範囲を等しくとらえ、一体のものとしていることがここに明確になったのである。少なくとも、訴訟物と既判力と裁判上の請求としての時効中断の効力の相関関係については、昭和三〇年代の最高裁判例の姿勢はここに明確に確立されたといえることができる。

〔判例五〕 最高裁一小 昭和四三年六月二七日判決 訟務月報一四卷九号一〇〇三頁

〔事実〕 Xは、不動産仲介業者の斡旋により土地を買い受けて所有権移転登記も完了し、建物を建設したところ、その所有者とされた者が実は真実所有者ではなく、その結果として、土地所有権を取得することができず、さらにそこに建設した建物についても、明け渡し請求訴訟を提起され、敗訴したため、建物を取り壊し、土地を明け渡すことになった。そこで、登記官が偽造書類を看過して登記を行ったため、本件土地所有権を取得しないで代金等支払ったことによる損害を受けたと主張して、国Yに対し国家賠償請求訴訟を提起した。さらに、原審係属中に請求額を拡張し、建物建築費、畳、建具等の費用から建物取り壊し費用を控除した金額につき損害賠償請求したところ、その時点ではこれらの損害項目についてはすでに消滅時効が完成していたとして拡張分につき請求が棄却されたので、上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

「一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴を提起した場合、訴提起による消滅時効中断の効力は、その一部の範囲においてのみ生じ残部に及ばないと解すべきことは当裁判所の判例とするところであつて（〔判例三〕 昭和三四年二月二〇日第二小法廷判決民集一三卷二号二〇九頁参照）、今なおこれを変更すべき必要をみない。ことに、不法行為に基づく損害賠償請求において、被害者自身が訴を提起するに当たり、全損害の数量的部分を請求するのではなく、一定の種類の損害に限り裁判上の請求をなすことを明らかにし、その他の種類の損害については、これを知りながらあえて裁判上の請求をしない場合には、右の理は一そう明らかである。もしその請求のなかった部分についても訴提起の時に時効が中断したとするならば、その結果として被告たる加害者の地位を不当に長期に不安定にするおそれがあり、法が不法行為について特に短期間の時効期間を定めた趣旨にも反するものといわなければならない

らない。」

〔検討〕 本判旨は、その引用する〔判例三〕を踏襲するものであり、判例の流れとしては別段不自然なものではない。その理由を子細に検討すると、訴え提起の時には、賠償請求の対象項目を特定していたが、控訴審において他の費用項目に係る損害にまで賠償請求を拡張したところ、それらについて消滅時効の完成の有無が争いになった点に特徴がある。登記官が偽造書類による登記申請手続を看過したことにより、それらの損害をすべて被ったという点では、全体として一個の事実関係から生じた損害と見ることもできる。しかし、判旨は、それぞれ別個の損害と捉える前提に立つて、当初の訴えの対象項目以外については、いまだ時効中断の効力を生じていないとして、請求の拡張による賠償請求を排斥している。登記官が偽造書類を看過したとはいえ、もともとの原因を生じさせたのは土地取引に関わった者らにあるので、それらの間の責任分担という観点を斟酌すると、一個の事実関係から生じた複数の保護法益とする考え方もできないわけではない。そこに、事案の具体的妥当性ある処理という考慮が働いたと見られなくもない。しかし、最上級裁判所の判断であるので、先例的意義は無視できないものがある。^⑪

〔判例六〕 最高裁二小 昭和四五年六月一九日判決 民集二四卷六号五六〇頁

〔事実〕 Xは、Yに対し、本件第一審において、昭和三五年九月二二日自動車事故で受傷したことにより、不法行為に基づく損害のうち、慰謝料五〇万円及び遅延損害金を請求し、そのうち二〇万円が認容され、その余は棄却されたので、控訴し、慰謝料として第一審で認容された二〇万円を含む二〇〇万円、弁護士費用として三〇万円合計二二〇万円の損害の存在を主張し、右金員及びこれに対する本件事故発生当日以降の遅延損害金の支払いを請求した。

その請求拡張の経過として、控訴審で弁護士費用として慰謝料五〇万円の一割五分に相当する七万五〇〇〇円を賠償請求し、ついで従前主張していた慰謝料五〇万円に一五〇万円を追加して合計二〇〇万円とし、これに伴い弁護士費用を三〇万円と主張して請求したものである。

〔判旨〕 上告棄却。

「Xが、弁護士に本訴の提起を委任し、…成功報酬に関する契約を締結した場合には、右契約の時をもって、Xが、民法七二四条にいわゆる損害を知った時に当たるものと解するについて、妨げはないというべきである。」と判示し、原審において請求を拡張したときには時効により消滅したとして、上告を棄却した。

〔検討〕 本判決は、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟に係る弁護士費用の賠償請求権の消滅時効の起算点を、弁護士との報酬契約締結の時とした点で、極めて注目される。果たして本判決の先例的意義はどのように捉えるべきかについては、極めて難しい問題である。もともと、原告の訴訟戦略には、疑問を抱く点が少なくない。通常、不法行為に基づく損害賠償請求に係る弁護士報酬は、相当因果関係が認められる範囲において認容されることはすでに判例として確立されていた。それにもかかわらず、訴え提起の当初から弁護士報酬について訴訟係属後に請求を拡張したことは、本来の財産的損害そのものの請求額につき、方針が固まらないままに訴え提起に及んだ節が伺われる⁽¹²⁾。

〔判例七〕 最高裁一小 昭和四八年四月五日判決 民集二七卷二号四一九頁

〔事実〕 交通事故の被害者が、療養費、逸失利益、慰謝料の全損害額を示すとともに、そのうちの一部である旨を明示して賠償請求訴訟を提起したところ、原審は、療養費および慰謝料につき、請求額から減額したものの、請求総

額の範囲内で、逸失利益を請求額を超えて認容した。また、過失相殺は、一部請求についてではなく、認定した全損害額につき行った。

〔判旨〕 上告棄却。「(一) 同一事故により生じた同一の身体傷害を理由とする財産上の損害と精神上の損害とは、原因事実および被侵害利益を共通にするものであるから、その賠償の請求権は一個であり、その両者の賠償を訴訟上あわせて請求する場合にも、訴訟物は一個であると解すべきである。」とし、第一審判決および原審判決が当事者の申し立てない事項について判決したものではないとした。さらに、

「(二) 一個の損害賠償請求権のうちの一部が訴訟上請求されている場合に、過失相殺をするにあたっては、損害の全額から過失割合による減額をし、その残額が請求額をこえないときは右残額を認容し、残額が請求額をこえるときは請求の全額を認容することができると解すべきである。このように解することが一部請求をする当事者の通常の意味にもそうものというべきであつて、所論のように、請求額を基礎とし、これから過失割合による減額をした残額のみを認容すべきものと解するのは、相当でない。」と、判示した。

〔検討〕 本判決の判旨は、二点あり、(一) は、傷害による財産上および精神上の損害の賠償請求における請求権および訴訟物の個数であり、(二) は、不法行為による損害賠償の一部請求と過失相殺の対象範囲が問題となった事件である。

最高裁は、(二) について、原因事実および被侵害利益を共通にするものであることを理由に、訴訟物は一個であると判示した。この点は、従来の民事裁判実務における伝統的な立場が実体法上の根拠毎に訴訟物を構成するとしていたことからすると、衝撃を与えるに十分な斬新的立場を最高裁が打ち出したものであった。他方、学界は、むしろ

積極的に評価する方向にあったと見られる。とりわけ、被害者の立場から交通事故損害賠償請求訴訟に強い関心をもっていた研究者や弁護士からは、ようやく本判例によつて訴訟戦略を立てる上で重要な意義があるものとする受け止め方をしていたようである。しかし、このことが明示的一部請求の訴訟物論に論理必然的に連動するかととなると、そこにはなお検討すべき課題が残されている。本件事案は、一個の交通事故から生じる同一の身体傷害につき、財産上の損害と精神上の損害である。これに対し、金銭債権の明示的一部請求は、一個の同質の金銭債権につき、債権者である原告がそのうちから一部であることを明示して抽出し、訴求する形態である。そうすると、本判例の立場が金銭債権の明示的一部請求の理論構成に積極的機能を営むのか、あるいは消極的機能を営むことになるかについては、にわかに断定し難い。ここでは、問題の所在を指摘するに止めることとする。

つぎに、(二)について、最高裁は、いわゆる外側説を採用することを明らかにしたものである。その理由として、「一部請求をする当事者の通常の意味」を根拠としている点が注目される。この問題は、昭和三〇年代後半からはじまる交通事故に関する民事訴訟の急激な増加の中で最も重要な論点の一つである。その点につき、最高裁が終止符を打ったことは民事裁判実務に及ぼす影響は多大なるものがある¹³。しかし、最高裁のこの判旨が妥当であるかについては、なお検討を要する。過失相殺は、被害者と加害者間におけるリスク配分の公平性を図る観点から、両者の損害発生に対する原因形成に寄与した度合いを割合的に捉えることによつて、個別具体的妥当性のある紛争処理を図る趣旨にある。そうであれば、「一部請求をする当事者の通常の意味」という一方当事者の意思に問題解決の拠り所を求めることは、はじめから両者の一方にだけ軸足を置くことにより、問題の解決を図る発想ではあるまいか。そうすると、判旨の妥当性については議論があろう。さらに、この考え方が一部請求に対し、相殺の抗弁が主張された場合につい

でも踏襲されるのだろうかという問題が控えている。最高裁として、そこまで視野に入れた判断であったのかは定かでない。その点は、本判決から二〇年後に直面することになる。それがつぎの「判例八」である。

〔判例八〕 最高裁三小 平成六年一月二三日判決 民集四八卷七号一三五五頁

〔事実〕 Xは、Yに対し請負契約の解除による損害の発生を主張し、全損害額を明らかにするとともに、そのうちの一部である旨を明示して損害賠償請求の訴えを提起したところ、Yが相殺の抗弁を主張した事案である。¹⁴

〔判旨〕 上告棄却。「特定の金銭債権の一部を請求する訴訟において相殺の抗弁が理由がある場合には、当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額を算定した上、請求額が残存額の範囲内であるときは請求の全額を、残存額を超えるときは残存額の限度でこれを認容すべきである。

特定の金銭債権の一部を請求する訴訟において相殺のため主張された自働債権の存否の判断は、右金銭債権の総額から一部請求の額を控除した残額部分に対応する範囲については既判力を生じない。」

〔検討〕 金銭債権の一部請求訴訟において被告が相殺の抗弁を主張した事案で、最上級裁判所の判断が示されたのは本件が初めてである。本件事案は、被告が、反訴を提起するのではなく、相殺の抗弁という攻撃防御を選択して原告の一部請求に対抗した点に特徴がある。反訴であれば、原告の訴求債権と被告が主張する反対債権とが正面から対立構造を構成するのであるが、相殺の抗弁であるため、それを受ける原告の受働債権は一部請求部分に限られるのか、それとも残額債権を含む全債権が対象になるのかが問題になる。反訴の提起の場合には、その点につき裁判手数料の納付を要するが、相殺の抗弁であれば、攻撃防御方法であるので、裁判手数料の納付は要しない違いがある。しかも、

相殺の抗弁によって残額債権を含む全債権を対象にすることができるならば、裁判手数料を支払うことなく、受働債権につき自働債権と対当額で消滅させる機能を発揮することができるというメリットがある。さらに、既判力についても、同様の範囲で確定させることが可能である。

これに対し、判旨は、相殺の抗弁につき、「判例七」における過失相殺と同様に捉え、債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額を算定した上、請求額が残存額の範囲内であるときは請求の全額を、残存額を超えるときは残存額の限度でこれを認容すべきであるとしたものである。その理由として、一部請求は、特定の金銭債権について、その数量的な一部を少なくともその範囲においては現存するものとして請求するものであるので、請求債権の総額が何らかの理由で減少している場合に、請求債権の総額からではなく、一部請求の額から減少額の全部又は債権総額に対する一部請求の額の割合で案分した額を控除して認容額を決することは、一部請求を認めた趣旨に反するとする。しかし、一部請求につき、この理由とする前段のように理解すると、そこから後段のように論理必然的に推論できるかについては疑問がある。⁽¹⁵⁾ また、相殺のため主張された自働債権の存否の判断の既判力については、一部請求の残額債権部分については審判の対象ではないため、既判力の対象にはならないことを明言したものである。この点は、これまでの最高裁判例の立場からすると、当然のことであろう。

〔判例九〕 最高裁二小 平成一〇年六月一二日判決 民集五二巻四号二二四七頁

〔事実〕 XはYとの間の業務委託契約につき債務不履行を理由に解除し、一二億円の報酬請求権を取得したと主張し、そのうちの一億円の支払いを求める訴えを提起したところ、全部棄却され確定した。そこで、Xは、主位的には

報酬請求権のうち前訴で請求した一億円を除く残額が二億九八三〇万円であると主張するとともに、予備的請求の一として、商法五一二条により残額報酬請求権二億九八三〇万円の支払いと、予備的請求の二として、Yは本件業務委託契約の解除により報酬請求権を失ったが、Xは本件土地の交換価値の増加という利益を得たと主張し、不当利得返還請求権に基づいて報酬相当額二億六七三〇万円の支払を求め、本件訴えを提起した。

第一審は本件各訴えを前訴の蒸し返しで信義則に反するとして訴えを却下したが、原審は、それぞれ信義則に反する特段の事情は認められないとして取消し、差戻した。これにYが上告した。

〔判旨〕破棄自判（控訴棄却）「(一) 一個の金銭債権の数量的一部請求は、当該債権が存在しその額は一定額を下回らないことを主張して右額の限度でこれを請求するものであり、債権の特定の一部を請求するものではないから、このような請求の当否を判断するためには、おのずから債権の全部について審理判断することが必要になる。すなわち、裁判所は、当該債権の全部について当事者の主張する発生、消滅の原因事実の存否を判断し、債権の一部の消滅が認められるときは債権の総額からこれを控除して口頭弁論終結時における債権の現存額を確定し（判例八）最高裁平成二年（オ）第二一四六号、同六年二月二二日第三小法廷判決・民集四八卷七号一三五五頁参照）、現存額が一部請求の額以上であるときは右請求を認容し、現存額が請求額に満たないときは現存額の限度でこれを認容し、債権が全く現存しないときは右請求を棄却するのであって、当事者双方の主張立証の範囲、程度も、通常は債権の全部が請求されている場合と変わるところはない。数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、このように債権の全部について行われた審理の結果に基づいて、当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって、言い換えれば、後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものに

ほかならない。したがって、右判決が確定した後原告が残部請求の訴えを提起することは、実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返すものであり、前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものというべきである。以上の点に照らすと、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されないと解するのが相当である。

これを本件についてみると、被告原告の主位的請求及び予備的請求の一は、前訴で数量的一部を請求して棄却判決を受けた各報酬請求権につき、その残部を請求するものであり、特段の事情の認められない本件においては、右各請求に係る訴えの提起は、訴訟上の信義則に反して許されず、したがって、右各訴えを不適法として却下すべきである。

(二) 予備的請求の二は、不当利得返還請求であり、前訴の各請求及び本訴の主位的請求・予備的請求の一とは、訴訟物を異にするものの、上告人に対して本件業務委託契約に基づく報酬請求権を有することを前提として報酬相当額の金員の支払を求める点において変わりはなく、報酬請求権の発生原因として主張する事実関係はほぼ同一であった、前訴及び本訴の訴訟経過に照らすと、主位的請求及び予備的請求の一同様、実質的には敗訴に終わった前訴の請求及び主張の蒸し返しに当たることが明らかである。したがって、予備的請求の二に係る訴えの提起も信義則に反して許されないものというべきであり、右訴えを不適法として却下すべきである。」

〔検討〕 本件は、前訴で全債権額の一部である旨を明示して支払請求訴訟を提起して敗訴したところ、敗訴したので、再訴を提起し、前訴で前提とした全債権額を大幅に減額した上で、さらに前訴で請求した分を減額し、その残額につき支払請求した事案である。そうすると、単なる一部請求敗訴後の残額請求という構図とは異なっている。むしろ

ろ、前訴で分割債務であることを前提として訴えを提起しながら、その後において、実は連帯債務であった主張して再訴を提起した事案である〔判例二〕と酷似するともいえる。とりわけ、Xが準備書面において、前訴における一二億円の請求をし、敗訴したのは請求額が高額すぎたためではないかと反省し、本件訴えに及んだことをみずから認めている（民集一二六四頁）。そうであれば、残額請求というよりは、請求金額を下げただけの前訴と同一の訴訟ではないかとするYの主張にむしろ説得力が認められる。他方、〔判例二〕は前訴の債権の法的性質につき、再訴においてはこれと異なる連帯債務である旨を主張したのに対し、本件では、前訴と再訴とは全債権額自体につき異なる主張をしている点に特徴がある。したがって、最高裁は既判力を持ち出すことにより再訴を排斥することは躊躇したと見受けられる¹⁶⁾。そうであれば、本件は、一部請求訴訟の敗訴判決確定後における残額債権の支払い請求の可否として一般抽象化するのとは、不適切な事例であるともみるべきである。本判決をもって一部請求後の残額請求につき初めて信義則を理由に否定説を採用した判例として先例的意義を見出すことは、最上級裁判所の判決につき、判例としての正当な評価であるとはいえないと考える。その点で、本判決をめぐる学説の受け止め方には疑問をいだく点が少なくない。

〔判例一〇〕 最高裁二小 平成一〇年六月三〇日判決 民集五二巻四号二二二五頁

〔事実〕 Xは、Yの申請した違法な仮処分により二億五二六〇万円の損害を受けたと主張し、そのうちの一部であることを明示して、Yに対し四〇〇〇万円の支払いを求める別件訴訟を提起した。一方、YはXが支払うべき租税等を立替えて支払ったと主張して、Xに対し一二九六万円余りの不当利得返還を求める本件訴訟を提起した。

本件訴訟の第一審において上告人Xは、不当利得返還義務の存在を争うとともに、予備的に前記違法仮処分による

損害賠償請求権のうち別訴で請求している四〇〇〇万円を超える残額債権部分を自働債権とする相殺の抗弁を主張した。

〔判旨〕破棄差戻し。「一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合において、当該債権の残部を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、債権の分割行使をすることが訴訟上の権利の濫用に当たするなど特段の事情の存しない限り許されるものと解するのが相当である。」

〔検討〕一個の債権の一部である旨を明示して訴えを提起している場合において、当該請求分を別訴において相殺の抗弁に供することは、二重起訴禁止原則に抵触し許されないことは、すでに判例の認めるところである（最判平成三年二月一七日民集四五卷九号一四三五頁）。それでは、別訴において訴訟物を構成していない残額債権を他の訴訟において相殺の抗弁に供することは許されるかが本件の争点である。この点は、右判例と異なり、残額債権は別訴において訴訟係属していないので、もはや二重起訴禁止原則を問題にする余地はない。¹⁷

ところで、Xが提起した別件訴訟は、本判決の言い渡し日と同日に最高裁で請求棄却判決が確定している（園部逸夫裁判官の補足意見・民集二二三三頁）。同裁判官は、このような訴訟は第一審段階から同一裁判所の同一裁判部で審理されるべきであり、それによって審理の重複と事実上の判断の抵触が生じたり、訴訟経済に反する事態を防止することができると指摘しているのは、示唆に富む。なお、この判決では、一部請求と残部請求を区別して、一部請求の既判力が残部請求に及ばないとする〔判例四〕を踏襲している。

〔判例二一〕最高裁一小 平成二〇年七月一〇日判決 裁判集民事二二八号四六三頁、判時二〇二〇号七一頁

〔事実〕Xらの所有する土地上に植栽された樹木について、Yの申立てに基づき仮差押命令が発令され、その執行

がなされたところ、Xらは、当該仮差押命令の申立てを違法であり、その執行により、鹿児島県による買収が予定されていた前記土地を更地にすることができず、そのために上記土地に対する県からの買収金が本来支払うべき時期よりも遅れて支払われることとなったとして、不法行為に基づき、Yに対し、本件買収金に対する仮差押命令送達時から約二年半分の遅延損害金相当額の損害賠償を求める本件訴えを提起した。これに先立ち、Yは、本件仮差押命令の本案請求として、Xらは、X所有の土地賃貸借契約の無効を主張して、Yに対し、当該土地上の植栽された樹木の撤去及び本件土地の明け渡し請求訴訟を提起したところ、樹木は土地に付合し、Xの所有に帰属したとして樹木の撤去請求は棄却され、土地明渡請求は認容する判決がなされ、確定した。他方、Yは、上記付合によつて損失を受けたとして、民法二四八条による償還請求権を被保全請求権として、本件樹木について、Xらを債務者として仮差押命令の申立てをし、それが認められて執行された。その後、Xらは、本件仮差押命令につき、本案の起訴命令を申立て、Yに対し、本案の起訴命令が発せられた。Yは、起訴命令を受けて、本件償金請求権に基づき、Xらに対し、約四万本の本件樹木に係る各償金の支払いを求める訴えを提起した（前事件本訴）。これに対し、Xらは、本件償金請求権の存在を争うとともに、本件仮差押命令の申立ては違法であると主張し、それぞれ不法行為に基づく損害賠償として、本案の起訴命令の申立て及び前事件本訴の応訴に要した弁護士費用相当額二五〇万円及びこれに対する遅延損害金の支払いを求める反訴を提起した。

〔判旨〕 破棄差戻し。

判旨は、Xらが本件訴訟で行使している本件仮差押執行のために本件買収金の支払いが遅れたことによる遅延損害金相当の損害についての賠償請求権と、Xらが前事件反訴において行使した本案の起訴命令の申立て及び前事件反訴

に要した弁護士費用相当額の損害についての賠償請求権とは、いずれも本件仮差押命令の申立てが違法であることを理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権という一個の債権の一部を構成すべきものであるとした上で、つぎのよう判示した。

「前事件反訴においては、本件仮差押命令の申立ての違法を理由とする損害賠償請求権の一部である本件弁護士費用損害についての賠償請求権についてののみ判決を求める旨が明示されていたものと解すべきであり、本件遅延金損害について賠償を請求する本件訴訟には前事件の確定判決の既判力は及ばないものと解すべきである（判例四）最高裁昭和三五年（オ）第三五九号同三七年八月一〇日第二小法廷判決・民集一六卷八号一七二〇頁参照。」

〔検討〕 本判決は、前訴において一個の債権の一部についてののみ判決を求める旨が明示されていたとして、前訴の確定判決の既判力が当該債権の他の部分を請求する後訴に及ばないとされた事例と評価されている。しかし、本件は、前訴において全損害額を明らかにすると共に、そのうちの一部について請求する旨を明示して支払請求訴訟を提起していたものではない。後訴裁判所が事案の内容を分析した上で、前訴と本件訴えの関係を一部請求と残部請求と捉えた点に特徴がある。さらに、前訴は、本件訴訟の原告Xが進んで提起したのではなく、本件被告による本訴請求に対する反訴として提起した点にも、他の事件にはこれまで見られなかった特徴がある。本件判旨は、最終的には、前記〔判例四〕〔判例一〇〕に続いて、判例が一貫して明示の一部請求の既判力は残部請求に及ばないことを明確にしたものであるが、上記事実関係を踏まえた上で先例としての意義を理解する必要がある。

〔判例一二〕 最高裁一小 平成二五年六月六日判決 民集六七卷五号二二〇八頁

〔事実〕 Yは、平成二二年六月二四日、亡Aの遺言執行者Xに対し、本件未収金債権に係る債務を承認した。この未収金債権は、商行為によって生じた債権であり、同日から五年の経過により消滅時効が完成する。Xは、平成一七年四月一六日到達の内容証明郵便をもって、Yに対し、本件未収金債権の催告をし、同年一〇月一四日本件未収金債権の総額は約三億九七六一万円余りと主張し、そのうちの一部である五二九三万余円の支払いを求める別件訴訟を提起した。これに対し、Yは、右総額債権には相殺により処理した分が含まれていると主張した。裁判所は、平成二二年四月二四日Yの相殺の主張を認め、現存する未収金債権は七五二八万余円と認定し、その範囲内であるXの請求を全部認容する判決をし、同年九月一八日確定した。そこで、Xは、右別件訴訟の係属中の平成二二年六月三〇日右裁判所認定の未収金債権から前訴における認容額を差し引いた残額債権二三五万円の支払いを請求する本件訴訟を提起した。これに対し、Yは、消滅時効の完成を主張した。

〔判旨〕 上告棄却。（一）ア 数量的に可分な債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合、当該訴えの提起による裁判上の請求としての消滅時効の中断の効力は、その一部についてのみ生ずるのであって、当該訴えの提起は、残部について、裁判上の請求に準ずるものとして消滅時効の中断の効力を生ずるものではない（〔判例三〕 最高裁昭和三二年（オ）第三八八号同三四年二月一〇日第二小法廷判決・民集二三卷二号二〇九頁参照）。そして、この理は、上記訴え（以下「明示的一部請求の訴え」という。）に係る訴訟において、弁済、相殺等により債権の一部が消滅している旨の抗弁が提出され、これに理由があると判断されたため、判決において上記債権の総額の認定がされたとしても、異なるものではないというべきである。なぜなら、当該認定は判決理由中の判断にすぎないのであって、

残部のうち消滅していないと判断された部分については、その存在が確定していないのはもちろん、確定したのと同視することができるともいえないからである。

イ したがって、明示的一部請求の訴えである別件訴えの提起が、請求の対象となっていなかった本件残部についても、裁判上の請求に準ずるものとして消滅時効の中断の効力を生ずるということとはできない。

(2) ア 明示的一部請求の訴えにおいて請求された部分と請求されていない残部とは、請求原因事実を基本的に同じくすること、明示的一部請求の訴えを提起する債権者としては、将来にわたって残部をおよそ請求しないという意思の下に請求を一部にとどめているわけではないのが通常であると解されることに鑑みると、明示的一部請求の訴えに係る訴訟の係属中は、原則として、残部についても権利行使の意思が継続的に表示されているものとみることができる。したがって、明示的一部請求の訴えが提起された場合、債権者が将来にわたって残部をおよそ請求しない旨の意思を明らかにしているなど、残部につき権利行使の意思が継続的に表示されているとはいえない特段の事情のない限り、当該訴えの提起は、残部について、裁判上の催告として消滅時効の中断の効力を生ずるというべきであり、債権者は、当該訴えに係る訴訟の終了後六箇月以内に民法一五三条所定の措置を講ずることにより、残部について消滅時効を確定的に中断することができると解するのが相当である。

イ もつとも、催告は、六箇月以内に民法一五三条所定の措置を講じなければ、時効の中断の効力を生じないのであって、催告から六箇月以内に再び催告をしたにすぎない場合にも時効の完成が阻止されることとなれば、催告が繰り返された場合にはいつまでも時効が完成しないことになりかねず、時効期間が定められた趣旨に反し、相当ではない。したがって、消滅時効期間が経過した後、その経過前にした催告から六箇月以内に再び催告をしても、第一の催

告から六箇月以内に民法一五三条所定の措置を講じなかった以上は、第一の催告から六箇月を経過することにより、消滅時効が完成するというべきである。この理は、第二の催告が明示的一部請求の訴えの提起による裁判上の催告であつても異なるものではない。

ウ これを本件についてみると、上告人は、本件催告から六箇月以内に、別件訴えを提起したにすぎず、本件残部について民法一五三条所定の措置を講じなかったのであるから、本件残部について消滅時効が完成していることは明らかである。

〔検討〕 本件では、現在まで学説で争いとなっていた、明示的一部請求により残部につき、裁判上の請求としての消滅時効の中断の効力が生ずるか否かについて否定的に処理すべきであると判示した。しかし、時効中断の範囲につき、訴訟物と既判力の範囲と時効中断の範囲を三位一体として処理した場合に、時効中断については、当事者の保護に欠ける点があることに留意し、いわゆる裁判上の催告の理論により救済を図ることを許容する旨を判示し、実体法と手続法が交錯する局面における当事者の手続保障を考えて、その救済のために大きな一歩を踏み出したものであり、きわめて重要な意義がある。⁽¹⁸⁾〔判例三〕において、藤田八郎裁判官が「潜在的訴訟係属」という法的性質決定を施すことによるべしとした点につき、学界においても実体法及び訴訟法において認知されている裁判上の催告の理論によつて理由づけを行った点に特徴を見出すことができる。

ところで、本件事案を子細に考察すると、Xは、訴え提起に先立ち、債務者Yから債務の存在を承認させ、さらに、Yに対し、未收債権全額につき催告を行っている。いわゆる明示的一部請求の訴えを提起した場合であっても、通常まず催告が行われ、その後に訴え提起に及ぶという手順を経るという経過を辿ることになる。はじめから、いきなり

訴え提起に及ぶことは極めて不自然であり、一般的にはありえないことである。それは、金銭債権の種類が貸金債権であれ、売買代金債権であれ異なることはない。しかも、たとえ後日、明示的一部請求訴訟を提起する場合であっても、催告は債権の存在を明らかにするとともに、債権全額につき行われるのであり、決して明示の一部につき催告するわけではない。Xがそうした最も正道を歩む手順を採っていることは、裁判所に対して好感をもつて受け容れられたと見込まれる。それが、裁判所の琴線を動かし、裁判上の催告の理論を判旨として導き出す引き金になったと見るのが妥当であろう。この点は、本件事案において見落としてはならない事実であり、このような債権回収の経過に留意することは、債権回収行為が点から線に、そして面を形成することを明確に反映していることが容易に理解できるのである。

このように、最上級裁判所の判例の動きを辿つてくると、判例の動向は明確に確立されてきていることが判明する。その中で、具体的妥当性のある落着きを踏まえた事案の解決に腐心している状況が浮かび上がってきている。訴え提起する当事者も、自己の権利の保護を図るのに、もとより可能であれば、全額回収することに努めるべきであるし、そうした手段を採るべきであるものの、相手方の資力に対する不安が最終的には障害になっていると見られる。その一方で、訴訟代理人が具体的事案に直面したときに、問題解決の道筋を読み間違い、訴訟戦術を旧態依然とする稚拙なものであったために、挫折したのではないかと想定される事案も見られる。このように見えてくると、訴訟代理人である弁護士的事案に対する大局的な視点からの展望ある訴訟活動がいかに重要であるかということを我々に教えてくれていると見ることはできるのではないだろうか。

それでは、こうした判例の動向を検討してきたところを踏まえて、学説がこの問題につき、どのように理論的構築に努めてきたかを見ることが出来る。

三 金銭債権の一部請求をめぐる判例の総括的検討

本稿前記二において、標記の事項に係る最上級裁判所の判例の動向を縦覧するとともに、個々の判例につき、そのつど「検討」の項を設けることによって個別的に検討を加えてきた。そこで、項を改めここで、これらの判例につき総括的に検討することとする。それにより、判例の動向に対する学説はどのように対応してきたかにつき、次項における学説の動向を概観し、分析する作業に連動させることとする。ここにいたる判例を概観すると、いくつかの特徴がみられる。

第一に、当初は明示の一部請求により裁判上の請求としての時効中断の効力はどの範囲に及ぶか（「判例一」・「判例三」・「判例五」）、既判力はどうか（「判例四」）、時効の起算点はどうか（「判例六」）という単純な問題が争点となっていた事案につき、裁判所が対応するに止まっていた。しかし、現在の状況からみると、確かに単純な問題といえるにしても、当時は、訴訟物及び既判力との相関関係を視野に入れると、個別具体的妥当性のある処理に相当な苦心の跡が見受けられる。その背景には、当時訴訟物はもとより旧訴訟物理論以外に考える余地はなく、所与のものとする前提の下に、訴訟物を具体化した請求の趣旨に対する判決主文に包含するものに限り既判力を生じるとする民事訴訟法の規定を忠実に当てはめることにより、処理することに終始していた。そのため、裁判上の時効中断の効力は訴訟物につき生じるのであり、明示の一部請求をするからには、当然それによってもたらされるところの不利益は原告みずか

らが甘受すべきであるという暗黙の認識が浸透していたものと見受けられる。さらに、もう一步踏み込んで見ると、明示的一部請求は、その根底には試験訴訟のきらいがあるという受け止め方が裁判所にも学界にも存在していたことが伺われる。⁽¹⁹⁾

しかし、債権者である原告が債権全額の存在を認識していながら、それにもかかわらずあえてそのうちの一部であることを明示することにより一部請求をすることに踏み切る背景には、なんらかの事情があるのではないかという洞察力を働かせる裁判官や研究者がまったく存在しなかったわけではない。このことは、個々の判例の検討を加えることにより、研究者による判例評釈の中に見られていた。また、最高裁判所の時代になってから登場した少数意見を開示する制度によって（裁判所法二一条）、最高裁における評議の状況を知ることのできない第三者にも、斬新な視点から発せられた反対意見の考え方が存在することを知る機会が得られることになった。さらに、その詳細な内容までも知ることが可能になったのである。したがって、最高裁判例を批評する者も、研究者であると、法曹実務家であるとを問わず、反対意見や補足意見についても、真摯に対応する姿勢が求められる。

第二に、明示的一部請求に係る事案が、時が経過するとともに、複雑になってきていることである。当初は、先に第一の項において述べたように明示的一部請求訴訟を提起した後に、請求を拡張したところ、請求部分についての時効中断の成否が争点になっていて、当初の裁判上の請求としての時効中断の効力は当該請求部分に止まるのか、残額債権にも及ぶのかという単純な事案であった。その後、過失相殺（判例七）、相殺の抗弁（判例八）等が加わり、損害賠償請求の訴訟物論、相殺の抗弁と二重起訴禁止原則等の問題が交錯し、複合的な争点を形成する事案が顕著になってきた。そのため、それらの関係事項についての新たな判断をも前提問題として迫られるようになってきた。

第三に、明示の一部請求が、他の訴訟行為と関係して事案に登場するようになり、それらの訴訟行為に係る訴訟法上の問題との関係が問われるという複合的要素を秘めるようになってきていることである。過失相殺や相殺の抗弁の対象範囲、相殺の抗弁と二重起訴の成否の問題が、それである。

(1) 過失相殺・相殺の抗弁の対象範囲

過失相殺も相殺の抗弁も、もとより訴訟物ではなく、いずれも攻撃防御方法である点では共通する。しかし、過失相殺は、公平の原則及び信義則の現れであり、裁判所は職権ですることも可能である。これに対し、相殺の抗弁は、簡易決裁機能及び当事者間の公平の現れであり、後者は担保的機能によるとされ、しかも当事者の意思表示によるので、訴訟上においても抗弁として主張されることを要し、裁判所が職権でできるわけではない。しかし、判例は、金銭債権の一部請求との関係について見ると、一部請求訴訟を提起する当事者の意思がどこにあるかという視点から捉え、過失相殺や相殺の抗弁を主張する側の意思は後退してしまうという特徴がある。それは、同時に見解の対立を生じる要因にもなっている。

(2) 相殺の抗弁と二重起訴

すでに訴訟係属中の債権をもって別訴において相殺の抗弁に供すること、あるいは係属中の訴訟において相殺の抗弁に供する債権を同時に別訴をもって請求することは、二重起訴禁止原則(民事訴訟法一四二条)に抵触するかは、争いがあったところである。判例は、前者につき、最判平成三年一二月一七日民集四五卷九号一四三五頁が、二重起訴禁止原則に抵触する旨を判示し、後者につき、同様に、東京高判平成八年四月八日判例タイムズ九三七号二六二頁が、

違法とした。そこで、前者に係る最判平成三年二月一七日を前提とすると、明示的一部請求している残部債権は訴訟係属していないのであるから、別訴において、相殺の抗弁に供することも差し支えないとする〔判例一〇〕が導かれることになるのである。その点で、〔判例一〇〕は先行する最高裁判例とも平仄が保たれているといえる。

第四に、訴訟物理論と時効中断の関係を統一的に捉えることが困難な事態に直面するようになってきたことである。それが、明示的一部請求の残額債権に対する消滅時効中断の可否の問題と、手形金請求訴訟による原因債権に対する消滅時効中断の問題とで、統一的な判断基準を構築することが破綻したことである。

明示的一部請求による残額債権に対する時効中断について、判例は訴訟物の対象外であることを決め手としている。訴訟物、既判力および裁判上の請求としての時効中断を三位一体として位置付けている。ところが、手形金債権の支払請求訴訟につき、既判力は訴訟物である手形金債権に止めつつ、裁判上の請求としての時効中断の効力は、原因債権にまで及ぶことを導く必要性から、経済的利益の同一性という別個の基準を持ち出している。そうであれば、明示の一部請求においても、同一債権の一部と残部という相関関係に着目すると、経済的利益の同一性という判断基準を採用しても、著しく不合理であるともいえないが、そうした論法は採用していない。この違いについての理由付けは、いずれの判旨にも見出すことはできない。

第五に、訴訟物を観念することができない事案につき判例がこれまで採ってきている見解と、前記各判例との整合性を検証する必要性がある。とりわけ、催告としての時効中断の効力を認めた事例と被告の主張に裁判上の請求としての時効中断の効力を認めた事例との関係である。

(1) 催告としての時効中断の効力を認めたものとして、

① 被担保債権の債務者が原告である訴訟において、被告が留置権の抗弁を提出した場合には、当該債権につき消滅時効中断の効力があるとする（最判（大）昭和三八年一〇月三〇日民集一七卷九号一二五二頁）。

② 相手方がその選択により本人又は代理人のいずれかに対して債務を負担することを主張することができる場合において、本人が相手方に対し右債務の履行を求める訴えを提起し、その訴訟の係属中に相手方が債権者として代理人を選択したときは、本人の請求は、右訴訟が係属している間代理人の債権につき催告に準じた時効中断の効力を及ぼすとする（最判昭和四八年一〇月三〇日民集二七卷九号一二五八頁）。

（2） 被告の主張に裁判上の請求としての時効中断の効力を認めたものとして、

③ 所有権に基づく登記手続請求訴訟において、被告が自己の所有権を主張して請求棄却判決を求め、その主張が容れられて請求棄却判決が下された場合には、その所有権の主張は、裁判上の請求に準ずるものとして、原告のため取得時効中断の効力を有するとする（最判（大）昭和四三年一月一三日民集二三卷二二号二五一〇頁）。

④ 債務負担の事実がないことを理由として根抵当権設定登記及び移転登記抹消請求訴訟において、被告が請求棄却を求め、債権の存在を主張したときは、その主張は裁判上の請求に準じて、債権につき消滅時効中断の効力を生ずるとする（最判昭和四四年一月二七日民集二三卷一一号二三五一頁）。

前記判例は、明示の一部請求において残部債権についての催告の意思が表示されていると見られるか否かにつき検討するに際し、前記①および②における催告の成否を問うのと比較して、どのような違いがあるのかあるいはどのような共通点を見出すことができるかまでは、検討した様子が見られない。

さらに、本稿前記各判例は明示的一部請求における訴訟物はどの範囲であるかに着目し、そこから既判力を導き出すのは当然のことではある。同様に、訴訟物の範囲という切り分けを境界線にして、裁判上の請求としての時効中断の成否を検討するという作業工程をたどってきている。その上で、訴訟物から外れる範囲につき、催告という法的手段を用いることによって時効中断の範囲を設定することにより、債権者の保護を図ることに努めている。

しかし、前記③および④は、抗弁としての主張に裁判上の請求としての時効中断の効力を認めている。反訴による請求であれば、本訴と同様に捉えるのはもつともであるが、抗弁としての主張に容易く裁判上の請求に準じた法的効果を導くには、局面が大きく異なるのではないか。抗弁は、先に相殺の抗弁につき二重起訴との関係で述べたように、相殺の抗弁は既判力を生じるので（民事訴訟法一一四条二項）、たとえ抗弁であつても、相殺の抗弁に供する債権については、訴訟係属という法的位置付けをすることも可能である。それ以外の抗弁については、既判力を生じる余地はないので、抗弁をもって主張する請求権につき、訴訟係属という法的性質を認めることはできない。そうしてみると、前記③・④のように裁判所の請求としての時効中断の効力を認める法的根拠を見出すことは困難である。

これらの点は、判例法において、時効をめぐる問題についての整合性ある検討が後退し、個別的事案の処理に終始しているくらいが見受けられる。²⁰近年、「判例一二」をみることができが、時効をめぐる判例法の形成は、それでもなお途上にあるといえるのではないだろうか。

四 金銭債権の一部請求をめぐる学説の動向

金銭債権の一部請求をめぐり、学界はどのような対応をしてきたのか、つぎに概観することとする。

（1）兼子一博士と三ヶ月章教授の牽引

金銭債権の一部請求とその残額債権の請求につき、民事訴訟法学の立場から最初に問題提起をしたのは、七四年前の昭和一五年に、兼子一博士が、論文「確定判決後の残額請求」を発表したときに遡る。⁽²¹⁾ 兼子博士は、そこにおいて、金銭債権につきたとえその一部である旨を明示したとしても、そもそも請求が特定されているとはいえず、全部請求として印紙の貼用を命じ、全部請求として取り扱うべしとし、その判決確定後はもはや裁判所の審理の対象からはずれた残額債権は存在しないことになるので、許されないとした。旧訴訟物理論の中心的地位を形成した兼子博士がこのような見解を打ち出したのは、きわめて衝撃的な事態であった。この問題につき、本格的に議論されるようになったのは、戦後になってからである。

戦後になって、この立場は三ヶ月章教授に引き継がれた。図らずも、訴訟物理論につき正反対の立場にある両者がこの問題について共存することとなったのは、訴訟物理論では割り切れない訴訟理念ともいうべきところまで立ち返らなければならない性格を秘めた問題であるとするべきである。三ヶ月章教授は、同一事実関係から生じた紛争は一回限りで解決を図るべきであるという理念に立ち、金銭債権の一部請求はたとえ明示的であっても、訴訟制度をもてあそぶものであり、許容されるべきではないという考え方である。⁽²²⁾

このように、結論において一致する両教授も、兼子博士は、分割された請求を常に全部とみて、残額請求は既判力により遮断されるところのに対し、三ヶ月章教授は、分割された請求を給付判決の最上限を画しているに止まると見る点で異なっている。

(2) 村松俊夫判事の慧眼

それでは、両教授のこうした個性的な考え方に対し、実務家法曹はどのような反応を示したであろうか。その最も代表的な論者が村松俊夫判事である。実務の質量共に豊かな経験を踏まえて、金銭債権の一部請求をする背景をつぶさに分析し、裁判外で一部請求することが許されるのに、訴訟において一部請求されることにつき、これほどまでに批判されるいわれはないのではないかという疑問を提起された²³。とりわけ、全額を請求するだけの訴訟を提起する資力がない者にとっては、一部請求せざるをえないのではないか。仮に、一〇〇万円を一万円ずつ一〇〇回に分けて訴訟を提起するような者については、訴権の濫用として処理すれば足りるとする。そして、一部請求につきどのように考えるかは、理論の問題というよりも政策の問題であり、裁判所の手数と国民の権利の保護のどちらに重点を置くべきかの問題になるとし、それ以外に公益上の理由は考えられず、そのことをもって一部請求を否定すべしとすることはできないとしている。すでに半世紀以上前に、現職裁判官として要職にある者が、ここまで問題の所在を言い切っていることに敬服する。そして、この村松判事の論説は、その後の一部請求の処理に多大なる影響を与えとともに、勇気を与えていると認識する。

とりわけ、新旧訴訟物理論のそれぞれを代表する立場にある両教授がここでは一致することは不思議なことに受け取るべきか、あるいはその根底にある訴訟観は、国民の権利保護よりも公益性を重視することにあるという隠された意図をあからさまにさらけ出したものとみるべきかということに帰着するのではないだろうか。村松判事は、その点をいち早く見抜いていた慧眼に深く敬服するものである。

(3) 小山昇教授と新堂幸司教授の立場

これに対し、学説の趨勢は必ずしも兼子一、三ヶ月章両教授の見解を支持するわけではない。訴訟物理論において、三ヶ月教授と比較して一層際立っているように見られる小山昇教授が、一部請求については、見解を異にするのが注目される。すなわち、貸金一〇〇万円のうちの一〇万円という主張は、一〇万円を含む一〇〇万円が単個の事実関係を原因として求められる場合には、一〇〇万円ということは、その事実関係を特定する一要素として、その事実関係の一内容としての意味を持つとする⁽²⁴⁾。そして、残額請求は、請求を特定するものとしては意味を有しないが、既判の請求と重複しないものとして示す意味があるとして、残額請求の後訴を既判力に抵触しないとする。

他方、新堂幸司教授は、実は三ヶ月教授と同時期に、兼子教授の見解に全面的に賛成する旨を表明している⁽²⁵⁾。このように、新訴訟物理論の中でも、論者の一部請求に対する姿勢は混沌としていることが判る。

(4) 染野義信教授による政策論から理論への誘導

染野義信教授は、一部請求をめぐる論争は、解釈論と政策論とが不可分に論ぜられてきていると指摘しつつ、現在の訴訟法理論から見て、一部請求肯定論と比較して、否定論は多くの問題を抱えていると指摘している⁽²⁶⁾。その上で、紛争解決の一回性の要請は、現在の訴訟制度において最前面に押し出さなければならぬ要請であろうかと疑問を投じている。その上で、染野教授は、政策論から理論的側面への回帰を主張しつつ、一部請求に係る個別的諸問題に対する見解までは、論文として公表されたわけではないことは大変惜しまれる。

現在では、特定の事実関係から生じた債権であることが明らかにされていて、かつその全債権額のうちの一部であ

ることを明示することをもって、請求の特定性は十分に満たしているといえるという点では、ほぼ一致しているとみられる。しかしながら、それを分離して請求し、敗訴判決を受けた後で再訴を提起できるかについては議論がある。

(5) 中野貞一郎教授の視座

中野貞一郎教授は、染野教授の古稀記念論文集に「一部請求論について」と題する玉稿を寄稿され、一部請求論をめぐる議論のあり方を整理されている。⁽²⁷⁾ その骨子は、数量的に可分な債権の一部請求の訴えは、権利濫用と目すべき細分請求の場合を除き、原則として適法であり、その勝訴敗訴の如何にかかわらず、残額請求は既判力に抵触しないとする。とりわけ、訴訟物概念に訴訟手続上生じる諸問題を統一的に解決する判断基準を求める試みは挫折しているとし、一部請求の議論は訴訟物論から切り離すべきことを強調していることが注目される。

(6) 近時の動向

それでは、近時の学説は、この問題にどのように対応しているのだろうか。大別すると、民事訴訟法は制度として一部請求を否定する根拠を設けてないとして、基本的にこれまでの判例の路線を踏襲し、肯定的に捉える立場がある。梅本吉彦⁽²⁸⁾、松本博之教授等⁽²⁹⁾である。伊藤眞教授は、常に債権全部が訴訟物であり、既判力もそれを基準として決定されるとする。その上で、一部であることが明示されていたか否かにより、残部に対する効果が決まるとし、明示の一部請求後に残部請求するには、それを正当化する訴えの利益を主張しなければならないとする。⁽³⁰⁾ これに対し、全面的に否定すべきであるとするのが、高橋宏志⁽³¹⁾、山本和彦教授⁽³²⁾である。さらに、三木浩一教授は、一部請求を典型的

にとらえ、類型に応じた考察方法を提唱する。⁽³³⁾

このように学説の動きを辿つてくると、一部請求を巡る諸問題に対する学説の展開は、同時に民事訴訟法学の理論的發展の流れでもあることが判るのである。

五 訴訟物理論と一部請求をめぐる学説の分析

(1) 訴訟物と既判力

金銭債権の一部請求をめぐる学説の論争は、実は一つの特徴が見られる。

戦後のわが国における民事訴訟法学の特徴の一つに訴訟物論争がある。⁽³⁴⁾ いわゆる旧訴訟物理論と新訴訟物理論の対立である。両者は、確認訴訟の訴訟物について、実体法上の請求権毎に単独の訴訟物を構成するという点では、異論がなく、一致している。⁽³⁵⁾ 両者が、最も際立った特徴を見せるのは、請求権の競合の場合である。

旧訴訟物理論は、確認訴訟の訴訟物論を、給付訴訟及び形成訴訟にも当てはめ、訴訟類型を通じて統一的な訴訟物理論を形成すべきであるという点に特徴がある。この立場においては、一個の事実関係から債務不履行に基づく損害賠償請求権（民法四一五条）と不法行為に基づく損害賠償請求権（同法七〇九条）が成立する場合に、両者は実体法上の根拠が異なるので、別個の訴訟物を構成する。したがって、原告が債務不履行に基づく損害賠償請求権だけを主張し、裁判所がその主張は理由がないが、不法行為に基づく損害賠償請求権であれば、理由があると判断したとしても、不法行為に基づく損害賠償請求権を根拠に請求認容判決をすることは、当事者が申し立てない事項につき裁判することになり、処分権主義に抵触し不適法になる（民訴法二四六条）。しかし、債務不履行に基づく損害賠償請求権だけを

主張し、敗訴判決が下されて確定したとしても、債務不履行に基づく損害賠償請求権の不存在が既判力によって確定されるに止まるので、原告は、不法行為に基づく損害賠償請求権を主張して再訴を提起することは既判力には抵触しないことになる。

これに対し、新訴訟物理論は、確認訴訟の訴訟物については、旧訴訟物理論と同一の立場によりつつ、給付訴訟及び形成訴訟の訴訟物については、それぞれの訴訟類型の機能に即した訴訟物理論を構成するのが相当であり、それによつてはじめて、それらの各訴訟類型の特徴が反映されることになるとする。そして、給付訴訟については、実体法上の請求権概念から遮断された「一個の給付を求める法的地位」⁽³⁶⁾、あるいはこれを「一個の受給権」と表現することにより、⁽³⁷⁾訴訟物を構成するとする。

この立場においては、一個の事実関係から債務不履行に基づく損害賠償請求権（民法四一五条）と不法行為に基づく損害賠償請求権（同法七〇九条）が成立する場合に、両者は実体法上の根拠が異なるとはいえ、その訴訟物は「一個の給付を求める法的地位」あるいはこれを「一個の受給権」である。したがって、債務不履行に基づく不法行為に基づくかは、攻撃防御方法の違いに過ぎないので、原告がいずれを法的根拠として訴えを提起したとしても、裁判所はそれに拘束されることなく、いずれを根拠に請求認容判決をすることも処分権主義に抵触する余地はないのである。その反面、この立場においては、原告が敗訴すると、もはや再訴を提起することは既判力に抵触し、許されないことになる。この点から明らかなように、新訴訟物理論は、同一事実関係から生じた紛争は一個の訴訟によつて集約的解決を図るべしとする理念に裏付けられている特徴がある。

もつとも、旧訴訟物理論の立場によつても、債務不履行に基づく損害賠償請求権（民法四一五条）と不法行為に基

づく損害賠償請求権(同法七〇九条)という実体法上の根拠が異なる二つの請求権につき、選択的併合を用いることにより、紛争の一回解決性を図ることは可能である。これは、あくまでも、当事者の意思を重視し、紛争の一回解決性を実現させる選択肢を残している点に特徴がある。

このように見てくると、金銭債権の一部請求の問題を旧訴訟物理論の立場からみると、当事者の意思を重視する点に特徴があることに着目すると、請求対象の特定性が適えられているとするならば、残額請求の再訴を提起することは差し支えない方向に傾斜するように見受けられる。これに対し、新訴訟物理論の立場からみると、紛争の一回解決性を重視するので、たとえ請求対象の特定性が適えられているとしたとしても、残額請求の再訴を提起することは既判力に抵触し、許されない方向に傾斜するように見受けられる。

ところが、先に紹介してきたように、旧訴訟物理論の中心的地位にある兼子一博士は、すでに昭和一五年にこれを厳しく抑制する見解を表明している。他方、新訴訟物理論の立場にあり、しかも最も徹底していると見られる小山昇博士は、一部請求については、当事者の意思を重視する姿勢を前面に押し出し、許容する見解を採っている。⁽³⁸⁾ そうしてみると、一部請求をめぐる問題については、訴訟物理論とは異なる判断基準が働いているように見られるのである。

(2) 訴訟物と既判力と時効中断の相関関係

金銭債権の一部請求に係る実体法上の事項として、裁判上の請求としての時効中断の範囲の問題がある。金銭債権の一部であることを明示して訴えを提起した場合に、その時効中断の効力はどの範囲につき生じるかということである。この問題は、深刻な事態を生じることがある。

旧訴訟物理論の立場によると、残額債権につき再訴を提起することは既判力に抵触しないとする見解を支持したとしても、残額債権につき再訴を提起した際に、すでにその残額部分につき消滅時効が成立しているという事態もあり得ないわけではない。また、新訴訟物理論の立場でも、原告が一部請求訴訟を提起し、全部認容判決が下され、それに対し、被告が控訴した場合に、原告は附帯控訴を提起し、残額部分につき請求を拡張することが考えられる。ところが、その残額部分につき、消滅時効が成立してしまっていることもあり得る。こうした事態をやむを得ないこととして放置すべしとする考え方もあろう。しかし、前者については、既判力には抵触しないが、消滅時効が成立しているから実体的判断をする余地がないというのは法的処理として均衡を失っている。また、判決確定前でありながら、附帯控訴が消滅時効の成立を理由として斥けられるというのにも、疑問の余地がある。

こうした状況を生じさせる要因につき考えると、実は新旧いずれの訴訟物理論においても、訴訟物と既判力と裁判上の請求としての時効中断の範囲につき、三位一体のものとして捉え、同一範囲であるとしている。そのさらなる要因を掘り下げると、裁判上の請求としての時効中断の効力は、請求が認容されたならば、既判力によって確定されることを前提として付与されるものであるという発想に裏付けられていると見られる。そのため、新旧訴訟物理論とも、このような考え方に落ち着いてしまうのである。

しかし、こうした考え方には疑問がある。³⁹ 裁判上の請求としての時効中断の効力は、判決が確定するまで、差し当たりその請求につき消滅時効の成立を猶予しようということにある。消滅時効の制度の趣旨を、権利の上に眠るものは法的保護の対象から除外することにあるという説にしろ、権利の存在を証明する証拠方法が消滅してしまうおそれに対する措置という説に与するにしろ、裁判上の請求としての時効中断の効力は、このように理解するのが相当であ

る。そのみならず、訴訟物と既判力と裁判上の請求としての時効中断の範囲につき、三位一体と捉えると、対処できない問題に直面する。それが、手形金請求訴訟である。

手形金請求訴訟の訴訟物は、旧訴訟物理論においては、もとより手形金債権であり、その既判力は手形金債権にのみ生じる。裁判上の請求としての時効中断の効力は手形金債権にのみ生じ、原因債権にまでは及ばないことになる。ところが、手形金請求訴訟の訴訟係属中に原因債権につき消滅時効が成立すると、手形を直接授受した当事者間では人的抗弁として原因債権の消滅を主張し、手形金請求につき請求棄却を主張することができ⁴⁰。こうした事態をあらかじめ回避するには、手形金債権と原因債権を選択的併合により請求すべしとする批判も予想される。しかし、そうすると、手形訴訟という簡易訴訟制度（民訴法三五〇条ないし三八一条）をせっかく設けているにもかかわらず、これを利用することができなくなる。そこで、翻って考えてみると、手形金請求訴訟における裁判上の請求としての時効中断の効力を、当然のように手形金債権に限定して捉えている考え方がはたして妥当であるかという疑問が生じてくる。

他方、この点については、新訴訟物理論において考え方が一致せず、手形金債権と原因債権を包括した一個の受給権とする考え⁴¹方から、手形債権の無因性に鑑み、手形金債権と原因債権をいっしょに請求するか分離して手形金債権に限定して請求するかは、当事者の意思に委ねるべしとする考え⁴²方まで拡散されていて統一されていない。

こうした状況の下にあって、最高裁は、債務の支払のために手形の交付を受けた債権者が債務者に対して手形金請求訴訟を提起したときは、原因債権についても消滅時効を中断する効力を有する⁴³とした。その理由として、手形授受の当事者間においては、手形債権は原因債権と法律上別個の債権ではあっても、経済的には同一の給付を目的とし、原因債権の支払の手段として機能しこれと併存するものにすぎず、債権者の手形金請求の訴えは原因債権の履行請求

に先立ちその手段として提起されるのが通例であることに求めている。こうした判例の立場であるからといって、判例が手形金請求訴訟の訴訟物を一個の受給権と解することに踏み切ったものとは言えますまい。すなわち、例外的ではあるが、訴訟対象と既判力対象の不一致を許容せざるをえなかったとみるのが相当であろう。⁽⁴⁴⁾

そこで、こうした判例の動向を視野に入れて金銭債権の一部請求の時効中断に立ち返って考えると、全債権額のうち差し当たり請求した一部を除いた残額債権につき、時効中断の効力を生じさせる法的構成を検討すべき課題に直面するのである。

この点については、実体法の観点から対処しようとするいわゆる裁判上の催告の理論による考え方と、手続法の観点から対処しようとする訴訟対象と既判力対象の分離の理論による考え方とがある。それらは、これまで概観してきた判例の中にも見ることができる。そして、「判例一二」において、最高裁として裁判上の催告の理論をはじめて認めるに至った。これ自体は、長年にわたる課題がようやく一つの解決をみることができたという点で高く評価することができる。その一方で、これまでの、訴訟物Ⅱ既判力Ⅱ裁判上の請求としての時効中断という図式に、手形金請求訴訟における「経済的利益の同一性」と「裁判上の催告の理論」という図式が加わるということになった。しかし、こうした事態は、当事者の手続保障という最も重要な理念に合致するものであるかという検証課題に直面するのである。

六 新たな見解の提示

一般に、前訴につき確定判決が存在し、後訴が提起され、前訴と異なる主張がなされた場合に、後訴における主張につき信義誠実の原則に違反するとの理由に基づき、訴えを却下することはあり得ることである。しかし、この理を

金銭債権の明示的一部請求に当てはめて、前訴で留保した残額債権の支払請求につき、容易に信義誠実の原則に違反するとの理由に基づき、訴えを却下することは果たして妥当な処理であるかについては、筆者はかねてから強い疑問を抱いている。

筆者は、民事訴訟手続の原点として、「裁判の正当化」Ⅱ緻密な手続保障の具体化により裁判法上の問題を解決できると考え、その基本的理念から一部請求と既判力の問題を解決するのが最も妥当であると考え。

実務上、裁判の当事者にとっては、一部請求は金銭的に負担の軽減になる。金銭債権の明示的一部請求をするのは、個別事案ごとに様々な背景がある。金銭債権の明示的一部請求につき、判決が確定した後に、残額債権につき再訴を提起した場合に、その再訴を提起した部分については、いまだ裁判所の判断を受けていないのであり、さらにはそもそも裁判所の判断を受ける機会が存在しなかったのである。もともと、原告が被告に対して有する旨を主張する全債権のうちから自己の意思により一部に限定して請求する前訴を提起したのであるから、裁判所の判断を受ける機会をみずから放棄したのではないかという批判も予想される。しかし、それは、金銭債権の実体法上有する可分性と民事訴訟手続における当事者主義に基づく原告固有の権限を正当に行行使したことによるのであり、その批判は理由がない。

さらに、時効中断の効力につき、後述する最近の債権法改正作業におけるのと同様に、裁判上の催告という考え方に依存することには、疑問が残る。むしろ、率直に既判力対象と訴訟対象の分離の可能性を正面から許容することにより、明示的一部請求によって残部にまで、裁判上の請求としての時効中断の効力が及ぶとすることが妥当であると考え。それによって、先に述べた手形債権と原因債権の関係におけると同様に統一的な対応を図ることが可能にな

るし、それは、けっして無理な理論構成であるともいえないのではなからうか。

これまで、学界においては、金銭債権の一部請求の可否という視点で論じられてきており、本稿もまさしくそれを主題として検討を重ねてきた。ところが、近年、所有権確認請求訴訟を提起し、その判決確定後に相続による共有持分権の確認請求することは既判力によって遮断されるかという問題提起がなされ、金銭債権の一部請求との類似性が指摘されている。金銭債権の一部請求の可否という問題が一般化され、当事者は、通常の訴訟物の範囲を明示的または黙示的に縮減することができるか、という問題提起がなされるに至っている。⁽⁴⁵⁾このような一連の思考回路とその非凡な発想は従来まったく想定されていなかった新たな局面の訪れである。そのようなようにみえてくると、一部請求をめぐる理論的説明は、民事訴訟法学の理論的発展の足跡そのものであるとともに、すぐれて実践的な広がりのある問題であるともいえる。

我々は、これを先達から学界に投げかけられた重い課題として受け止めるべきであろう。本稿の趣旨とはかなり外れてくるので、ここでは、問題の所在を指摘するに止める。

七 債権法改正に向けた対応

現在、法制審議会民法（債権関係）部会では、時効法制についても審議をしている。平成二五年二月に決定された同部会の中間試案では、裁判上の請求は時効の停止事由とされ、「時効の停止の効力は、債権の一部について訴えが提起された場合であっても、その債権の全部に及ぶものとする」ことが提案されていた（「中間試案」第七消滅時効7（1）ア、（2）参照）。この提案によれば、時効の停止の効力は、確定判決による権利の確定がない場合には、その停止事由の

終了から六か月以内に裁判上の請求等の措置を尽くさないと時効の停止の効力を有しないものとされている。このような中間試案の提案は、実質的に見ると、明示的一部請求訴訟が提訴された場合には、残債権についても「裁判上の催告」の効果として暫定的に時効の中断効が生じ、明示的一部請求訴訟の終了から六か月以内に残債権について裁判上の請求をすれば時効中断効は確定するという結果を導くことになるのではないか。しかし、この提案は疑問が残る。その後、平成二六年八月二六日の同部会第九六回会議に付された「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」では、中間試案後に最判平成二五年が下されたことから、催告を重ねるのみで時効の完成が永続的に阻止されることを防ぐため、催告によって時効の完成が阻止されている間に行われた再度の催告は時効停止の効力を有しないことのみが採用されており、明示の一部請求によって残債権にまで、何故、時効停止の効力が及ぶのかの手続法上の視点からは疑問が残る。

明示の一部請求訴訟では、その部分が審理の対象となっており、消滅時効も同様の部分につき中断されるに止まり、残部請求には、一部請求に生じた消滅時効の効力は及ばない。一部請求も残部債権も同一の債権ではあるが、裁判上の請求としての時効中断の効力は及ばないのである。しかしながら、わが国民法典に採用され前述のように現在進行中の民法の改正案で「現行民法一五三条の催告」の提案をさらに訴訟手続の局面に持ち込み、消滅時効の効力を中断ないし時効停止とする「裁判上の催告」として機能させることは理論的に欠くきらいがあり、しいては裁判における当事者の具体的な手続保障が確保されないという結果を導くことが懸念されるのである。

おわりに

新民事訴訟法が平成一〇年一月一日をもって施行されてから本年末で満一六年が経過する。民事訴訟法学は、学説と実務とが交錯する性格を有する点に特徴がある。それと同時に、民法、商法等の実体法と民事訴訟法という手続法は、民事訴訟の局面においては、車の両輪のごとく機能する。したがって、民事訴訟法学では、これら両方の側面に対する複線的思考をもつて考察することが必要不可欠である。

筆者は、かつて、恩師染野義信博士に師事し、これらの学問の環境基盤につき多くのかつ貴重な指導を受けてきた。拙稿は、現在本法学部の民事訴訟法を預かる立場から、博士が約半世紀前に学界に問うた問題を取り上げて、その後の学説・判例の目覚ましい発展を踏まえつつ、再検討を試みたものである。

本法学部は、今年度創設一二五周年の記念すべき年を迎えた。この節目の年に伝統ある「日本法学」に染野博士の民事訴訟法学を継承する責任ある者として拙稿を寄稿するものである。今後も微力を傾注することとし、ここに筆を置くことにする。

(1) 染野義信「一部請求論の新しい段階について」佐々木良吉博士古稀記念論文集『近代法律と政治の諸問題』（日本大学法学会・昭和四一年）三四五頁。

(2) 本稿の標題とする問題を取り上げるには、実体法と手続法の両面からの考察を必要とする。実体法の側面としては、特に時効について多くの研究業績が蓄積されているので、本来それらを検証する作業を経なければならないところであるが、ここ

では、先行業績を引用することによって、それに代えることとする。代表的なものとして、星野英一「時効に関する覚書―その存在理由を中心として―」法学協会雑誌八六卷六号（昭和四四年）・八号、八九卷一号、九〇卷六号（昭和四九年）〔同『民法論集・第四卷』（有斐閣・昭和五三年）一六七頁以下〕。また、手続法の側面としては、金銭債権の一部請求の背景について、学界はその点についてすでに先行業績を共有している。梅本吉彦『民事訴訟法・第四版第三刷』（信山社・平成二五年）二四一頁注一参照。

（3） 染野教授は、一部請求の適法性は、請求対象の特定性の成否が問題の出発点であることを当初から指摘していた。染野・前掲注（1）三五七頁。

（4） その適法性をはじめて提言したものとして、民事訴訟法の立場から、小山昇「金額請求について」民事訴訟雑誌六号（昭和三五年）〔同『小山昇著作集一卷・訴訟物の研究』（信山社・平成六年）一五〇頁〕、五十部豊久「損害賠償額算定における訴訟上の特殊性―慰藉料額算定における裁判所の自由裁量を中心として―」法学協会雑誌七九卷六号（昭和三八年）七三一頁。民法の立場から、平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・昭和四六年）四九一頁、潮見佳男『不法行為法』（信山社・平成一一年）二二二頁。

（5） 民事訴訟法の立場から不適法とするものとして、梅本吉彦「紛争処理における損害の概念と賠償範囲―損害賠償請求と賠償請求額の特定について―」加藤一郎・木宮高彦編『自動車事故の損害賠償と保険』（有斐閣・平成三年）七頁。判例も、不法行為に基づく損害賠償請求につき、金額を明示しない請求を不適法として訴えを却下する。最高裁一小昭和二七年二月二五日判決民集六卷一二号一二八二頁。三ヶ月章教授は、本判旨に賛成し、訴訟物が金銭債権である場合には、金額と原因の二面から特定することを要し、その点では、確認の訴えと給付の訴えであるとを問わないとする（法学協会雑誌七三卷四号四九一頁）。その後、消費貸借に基づく貸金返還請求と損害賠償請求では、その金額の認定につき、裁判所の主導権に差があってもよく、前者と比較して後者の方が自由裁量が広があると改説している。三ヶ月『判例民事訴訟法』一九七頁〔補説〕、同「訴訟事件の非訟化とその限界」『実務民事訴訟講座第七卷』（日本評論社・昭和四四年）〔同『民事訴訟法研究・第五卷』（有斐閣・昭和四七年）七五頁〕参照。

(6) 我妻榮「判例評釈」判例民事法昭和四年度一八事件。我妻教授は、その理由として、訴え提起によって債権が行使されるときは、時効中断の実質的理由である消滅時効の基礎が破壊される。したがって、訴えによって債権全額が主張される場合には、たとえその一部が請求されるにすぎないときにも、なお全部につき時効中断の価値ある債権の行使があるとなすべきであるとする。そして、損害賠償請求権においては、全額はむしろ訴えの結果明瞭になるのであって、債権の同一性は常に原因たる事実によって決定される。本判例評釈は、後述する兼子一博士の論文のはるか一一年前に発表されていることが注目される。

(7) 井上正三教授は、本判決の意義はこの点にこそあると指摘するとともに、訴訟当事者双方の利益を適度に妥協せしめ、これを保護する点で正当なものであると評価する。井上正三「判例解説」続判例百選一四五頁。その後、井上教授は、本判決によつて示された残部請求の制限方法を支持した上で、さらに一部請求で敗訴した後の残部請求を遮断することが妥当かつ可能であるとするに至っている。井上「一部請求と残部請求（二）」立命館法学六一号（昭和四〇年）二七三頁。また、原告の主張を容れることは、被告にとつて不意打ちになるという理由から、判旨に賛成するものとして、上村明広「判例解説」続民事訴訟法判例百選一八三頁。しかし、「不意打ち」という表現は、弁論主義との関係で用いるのであり、判決効との関係で用いることには違和感がある。

(8) 中田淳一教授は、不法行為に基づく損害賠償債権のように、証拠調べの結果をまたなければ損害の全額が明らかにならず、しかもその行使につき短期の時効期間が定められているような事案では、被害者の公平を図る趣旨から、判旨は妥当性を欠くとして少数意見を支持している。中田淳一「判例評釈」民事訴訟法判例百選・同『民事訴訟判例研究』（有斐閣・昭和四七年）二九八頁。

(9) 本判決につき、内池慶四郎教授は、当初の訴えにより主張された一部は民法のいわゆる裁判上の請求として時効中断効があり、残部については訴えにより生じた一応の中断効が請求の拡張により確定したものと解すべきであるとする。内池慶四郎「判例評釈」法学研究三三卷一一号（同『消滅時効法の原理と歴史的課題』（成文堂・平成五年）一三八頁）。しかし、そうした考え方に立つと、当該訴訟においては請求を拡張することなく確定し、後訴を提起し、残額請求した場合には、問題解決の手がかりが得られず、どのように対応するのか疑問が残る。平井一雄「裁判上の請求と時効の中断」『法律学の争点シリーズ

3—1 民法の争点Ⅰ』九二頁(有斐閣 初版・昭和六〇年)は、裁判上の催告は、「催告」という形式をとるものの、その実質は「裁判上の請求」の外延的拡張として、時効中断が生じる範囲を拡張する機能を果たしてきたとする。民法専攻の立場からの指摘として示唆に富む。

(10) 上村明広教授は、紛争の集中的一回解決性を重視する立場から、一部請求に否定的である。上村・前掲注(7)一八三頁。
(11) 本判決は、最上級裁判所によるものであるにもかかわらず、掲載誌が訟務月報であるためか、これまでほとんど言及されていないようである。しかし、賛否は別として、看過できないものがある。

(12) 岡本坦教授は、弁護士費用の賠償請求権一般の時効起算点について、先例的意義を持たないだけでなく、本件のような事案に関する解決方法としても適切でないと厳しく批判する。岡本坦「判例評釈」民法雑誌六四卷四号六二九頁。極めて妥当な指摘であると考ええる。その一方で、岡本教授は、明示的一部請求による裁判上の請求としての時効中断については、前記「判例三」を支持している。岡本坦「裁判上の請求による時効中断の客観的範囲」『民法学の現代的課題—川島武宜教授還暦記念Ⅱ—』(岩波書店・昭和四七年)二七六頁。なお、不法行為による損害賠償請求の時効の起算点については、内池慶四郎『不法行為責任の消滅時効—民法第七二四条論—』(成文堂・平成五年)。もともと、個性的な色彩が濃く現れているので、評価は分かれているようである。

(13) 基本的に判旨に賛成する立場から、詳細に分析するものとして、三木浩一「一部請求論の展開」慶應義塾大学法学部編『慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 慶應の法律学〈民事手続法〉』(慶應義塾大学出版会・平成二〇年)〔同『民事訴訟における手続運営の理論』(有斐閣・平成二五年)一三三頁〕。

(14) 本件事案の背景には特別の事情が存在するようである。なお、この間の事情につき、第一審の訴訟記録を調査するとともに、原告訴訟代理人に直接面会して調査した麻田恭子氏(当時・立教大学大学院博士前期課程)は、「本件は提訴段階では三七六万三〇〇〇円が債権の全部であるとして請求されていた。しかし、審理遅延による時間経過のために、第二回準備書面提出の段階において、提訴時点に比して賃料相当損害金の総額が増加し、また、解体工事費用に関する再度の鑑定結果が当初

の見積より高額となったため、X主張の債権総額は提訴段階を大幅に超えた九五九万五一〇〇円であると、算定された。そこで、Xは請求の拡張をしようと考えたが、仮に全額請求して全面勝訴したとしても、Yの経済状態を考慮すると債権の全額を回収することは不可能であろうと判断したため、提訴段階で全部として請求した訴訟物の価額を変更せずに、右価額をその後生じた損害分を含めた全損害額の一部であるとの法律構成にして請求するという方法をとったのである。」と、述べている(麻田恭子「判例研究」立教大学大学院法学研究一六号七四頁参照)。事案の特殊性を伺わせる極めて貴重な記録であり、判例研究の新たなあり方を示すものとして、貴重な意義があると評価する。

(15) この点につき、判旨に賛成する見解と、反対する見解の鋭い対立がある。前者の立場として、中野貞一郎・民商法雑誌一一三巻六号九二二頁、三木・前掲注(13)一三五頁。後者の立場として、梅本吉彦「金銭債権の一部請求と相殺の抗弁」ジュリスト一〇六八号(平成六年)一二二頁以下、木川統一郎・北川友子・判例タイムズ八九〇号二二二頁がある。

(16) 本判決は、従来の視点と異なり、裁判所の審理の方式という観点から検討を迫るものがある。それを反映したものとして、新堂幸司「審理方式からみた一部請求論の展開―最高裁平成一〇年六月一二日判決の分析と展望―」佐々木吉男先生追悼論集『民事紛争の解決と手続』(信山社・平成一二年)(同『権利実行法の基礎』(有斐閣・平成一三年)二七七頁)。

(17) 厳密に考えると、相殺の抗弁と二重起訴の関係をめぐるこれらの判例相互間で一貫性があるかについては、疑問を差し挟む見方もあり得る。松本博之「相殺の抗弁と重複起訴」福永有利先生古稀祝賀『企業紛争と民事手続法理論』(商事法務・平成一七年)(同『訴訟における相殺』(商事法務・平成二〇年)一一五頁以下)。

(18) 坂田宏「判例評釈」私法リマックス四八号一一〇頁は、本判決の問題点を余すことなく論じていて示唆に富む。また、山中稚菜「判例研究」同志社法学三六九号三三九頁は、多角的視点から、坂田宏教授の判例評釈を含め、これまでの判例・学説につき、掘り下げた考察を行って有益である。

(19) 例えば、民事訴訟法学者として、後掲注(21)兼子博士、注(22)三ヶ月教授の理解が代表的であり、民法学者としては、前掲注(12)岡本教授の理解が、代表的である。

(20) 星野英一教授も、時効中断に関する判例の傾向には、必ずしも一貫しているとはいえないものがあり、問題であると、民

法の立場から指摘していることが注目される。星野・前掲注(2)三〇八頁参照。

- (21) 兼子一「確定判決後の残額請求——既判力の客観的範囲に関する一問題——」『法学新報五〇周年記念論文集第二部』(昭和十五年)〔同『民事法研究・第一巻』(酒井書店・昭和十五年)三九二頁〕。

- (22) 三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣・昭和三四年)一〇七頁において、兼子博士の見解を支持する旨を表明し、その四年後には詳細な論攷を発表し、その立場を一層鮮明にした。三ヶ月「一部請求判決の既判力論争——訴訟理論における解釈論と政策論の分解について——」判例タイムズ一五〇号記念論文集(昭和三八年)〔同『民事訴訟法研究 第三巻』(有斐閣・昭和四一年)一六五頁以下〕。その背景には、訴権論の議論において、これを否定し、国民が裁判所に訴えを提起することができるのは、国家の統治権に服していることの恩恵にすぎないとする訴訟観に一脈相通じるものが垣間見える。なお、三ヶ月教授の訴権否認論に対する厳しい批判として、梅本吉彦「訴権論の構造と展開——学説の体系性と整合性——」ジュリスト一四二五号(平成二三年)四一頁参照。

- (23) 村松俊夫「金銭債権の一部請求」法律時報二九巻四号(昭和三二年)四六頁〔同『民訴雑考』(日本評論社・昭和三四年)七八頁〕。とりわけ、同判事が、既判力は再訴の禁止ではなく、前の判決の既判力に矛盾抵触する判決をすることはできないとの効力なので、当事者に権利保護の利益があれば、同一内容の判決をしても差し支えないと指摘した上で、残額債権につき前訴において裁判所はなんの判断もしていないのに既判力を及ぼすことは不可能であると指摘している。このことは、実務家法曹の考え方を代表しているといえよう(同『民訴雑考』八一頁)。まさしく事実が理論を生み、さらに育むのであり、理論が事実を生むわけではないことを実証しているといえるのではないだろうか。

- (24) 小山昇「訴訟物論」北大法学会論集一一巻三号(昭和三六年)〔同『小山昇著作集・第一巻』(信山社・平成六年)六一頁〕。その後も、この基本的立場に変更は見られない。小山昇『民事訴訟法〔五訂版〕』(青林書院・平成元年)一六三頁。

- (25) 新堂幸司「『訴訟物』の再構成(二)——給付の訴と確認の訴を手がかりとして——」法学協会雑誌七五巻二号(昭和三三年)〔同『訴訟物と争点効(上)』(有斐閣・昭和六三年)八〇頁注5〕。もともと、その後、新堂教授は、明示的一部請求に対する裁判所の審理の方式に問題関心を移行させてきている点が注目される。新堂・前掲注(16)二七七頁。

- (26) 染野・前掲注(1)三四五頁・三五八頁・三六一頁注9。
- (27) 中野貞一郎「一部請求論について」染野義信博士古稀記念論文集『民事訴訟法の現代的構築』(勁草書房・平成元年)〔同『民事手続の現在課題』(判例タイムズ社・平成元年)八五頁〕。
- (28) 梅本・前掲注(2)二三九頁・二八八頁・九〇一頁。
- (29) 松本博之「一部請求訴訟後の残部請求訴訟と既判力・信義則」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣・平成一三年)〔同『既判力理論の再検討』(信山社・平成一八年)二〇一頁以下〕。
- (30) 伊藤眞『民事訴訟法「第四版補訂版」』(有斐閣・平成二六年)二二四頁。
- (31) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法・上・第二版補訂版』(有斐閣・平成二五年)一〇七頁。
- (32) 山本和彦「一部請求」判例タイムズ九七四号(平成一〇年)〔同『民事訴訟法の基本問題』(判例タイムズ社・平成一四年)一〇三頁〕。
- (33) 三木浩一・前掲注(13)一三二頁。
- (34) 訴訟物論争の概要については、高橋・前掲注(31)二五頁以下参照。
- (35) 例えば、三ヶ月章『民事訴訟法』(法律学全集)(有斐閣・昭和三四年)一一〇頁。
- (36) 三ヶ月章「請求権の競合」私法一九号(昭和三三年)〔同『民事訴訟法研究・一卷』八八頁〕、同「訴訟物理論の連続と不連続」法曹時報一四卷一一号(昭和三七年)・一二号〔同『民事訴訟法研究・三卷』六七頁〕
- (37) 新堂幸司『「訴訟物」の再構成(一)」法学協会雑誌七五卷一号(昭和三三年)〔同『訴訟物と争点効(上)』(有斐閣・昭和六三年)四頁、六〇頁以下〕。同『新民事訴訟法 第五版』(弘文堂・平成二三年)三三七頁は、一部請求後の残額請求を否定している。
- (38) 小山昇「請求について」岩松裁判官還暦記念『訴訟と裁判』(有斐閣・昭和三二年)〔同『小山昇著作集・一卷』(信山社・平成六年)六一頁〕。
- (39) 梅本吉彦「手形金請求訴訟と時効中断」民事訴訟雑誌二七号(昭和五六年)八五頁以下参照。

(40) 最判昭和四二年一月一六日判例時報五二〇号五頁、最判昭和四三年二月一二日判例時報五四五号七八頁。学説は争いがある。判例に賛成するものとして、服部栄三『改訂手形・小切手法』(商事法務研究会・昭和四六年) 一二七頁、大隅健一郎・河本一郎『注釈手形小切手法』(有斐閣・昭和五二年) 一九〇頁。反対するものとして、木内宜彦『手形の原因関係と手形抗弁(本論一)』法学新報八〇巻一二号(昭和四八年) 一一頁以下。菊井維大・村松俊夫『全訂 民事訴訟法Ⅰ〔追補版〕』(日本評論社・昭和六四年) は、明示の一部請求についての判例・学説の否定説を多数説とする。しかし、判例は、「原告は一部請求か、全部請求かを明示すべきであり、一部請求であることを明示して訴えを提起した場合には、その残部については既判力が及ばない」(大判昭和一八・五・三法学一二巻九九九頁、最判三七・八・一〇民集一六巻八号一七二一頁)と解している。

(41) 新堂幸司『訴訟物』の再構成(二)『法学協会雑誌七五巻二号(昭和三三年)』〔同『訴訟物と争点効(上)』(有斐閣・昭和六三年) 七六頁以下〕。

(42) 三ヶ月・前掲注(22)『民事訴訟法』一〇九頁。

(43) 最判昭和六二年一〇月一六日民集四一巻七号一四九七頁。

(44) 最初にこの点を指摘したのは、小室直人『訴訟対象と既判力対象』法学雑誌九巻三・四合併号(昭和三八年) 三六〇頁〔同『訴訟物と既判力』(信山社・平成一年) 一六頁〕である。もっとも、ドイツにおける新理論が、これと同様の立場にあることは、それまでも紹介されている。井上正三『既判力の対象と裁判所の選択権(二)——『請求』論争への一視点——』立命館法学三三号(昭和三五年) 二九頁。

(45) 新堂教授が一部請求との類似性をはじめて指摘し、さらに金銭債権の一部請求については既判力による残額債権の遮断を主張するのと異なり(前掲注(41))、ここでは所有権確認請求訴訟によって共有持分権確認請求は遮断されないという方向性で捉えている。このことは、極めて注目されることであり、問題が難解な性質を包含していることを示していると見ることができる。新堂幸司『既判力と訴訟物再論』原井龍一郎先生古稀祝賀『改革期の民事手続法』(法律文化社・平成二年)〔同『権利実行法の基礎』(有斐閣・平成一三年) 二六〇頁・二七〇頁〕参照。

各種社会保障制度と損益相殺

金光寛之

目次

はじめに

一 普通恩給・退職年金受給権等の逸失利益性

1 従来の最高裁判例

2 普通恩給・退職年金受給権等の逸失利益性に関連する過去の裁判例の比較検討

二 損益相殺の客観的範囲と主観的範囲

1 損益相殺の客観的範囲

2 損益相殺の主観的範囲

三 各種社会制度と代位規定

四 損益相殺の時間的範囲

1 控除説と非控除説、そして現在確定分控除説

2 時間的範囲に関する最高裁判決のなかれ

3 最高裁判例の検討

4 最高裁判平成二十一年十二月十七日判決

5 最高裁判平成二十一年十二月十七日判決と最高裁判平成五年三月二十四日判決の比較検討

おわりに

はじめに

不法行為の被害者が、その同じ不法行為によって利益を受けた場合に、その利益を控除して損害額を算定することを損益相殺という。民法に規定が存するわけではないが、当然に予定されているものであり、民法七〇九条に規定されている「損害」とは、損益相殺後の損害をいうと考えられる。^①

損益相殺が当然のこととはいえ、不法行為によって被害者に生ずる利益にはいろいろなものがあり（とくに交通事故被害者は、各種の金銭給付を受けることがある）、それが控除されるべきものかどうかが問題となる。一般的には、当該交通事故等の不法行為と相当因果関係にあるもの（利益）が控除されると解されているが、何が相当因果関係にあるものかの判断はそれほど容易ではない。

また、特に不法行為による損害賠償実務において実務家を悩ませてきたと思われる困難な問題は、被害者が社会補償法などに基づく各種年金の受給権者ないし将来受給し得るであろう受給利益権保有者であった場合、その受給権・受給利益の喪失をもって逸失利益とみるべきか（年金受給権の喪失の逸失利益性）、また相続人に対し、遺族年金等の給

付決定がなされている場合、将来の年金給付額の現価を損害賠償債権から控除すべきか否か（遺族年金の損害填補性とその範囲）の点にあった。⁽²⁾

このことについては、損益相殺と同様に損害の重複填補を防ぐ目的のための概念として、「代位」という概念がある。「代位」とは、第三者から被害者に何らかの給付がなされた場合に、被害者の権利を第三者に移転させることにより第三者に加害者に対する請求権を取得する方法である。この請求権は、一般的には求償権と呼ばれている。これは、給付を支払ったことによつて損失を被つた第三者、給付を支払ったことによつて損失を被つた第三者、給付を得たことによつて損害賠償の二重の利益が問題となる被害者及び加害者の三者の利益を一度に調整する趣旨で設けられた制度である。賠償者の代位（民法四二二条）、保険代位（保険法二五条）、各種社会保険給付等に関する法定代位、保険約款に基づく代位はすべてこの制度である。⁽³⁾

そして、損害賠償請求権が移転した結果において被害者はその金額の限度内で損害賠償請求権を失うこととなり、損益相殺と同様の効果が生ずることとなる。⁽⁴⁾

そこで本稿では、まず第一に普通恩給・退職年金受給権等の逸失利益性について第二に損益相殺の客観的範囲と主観的範囲、第三に各種社会制度の代位の規定と年金受給権の喪失の逸失利益性と損益相殺の範囲、とくに時間的範囲について過去の最高裁判決を中心に論じてみたい。

一 普通恩給・退職年金受給権等の逸失利益性

1 従来の最高裁判例

地方公務員等共済組合法、国家公務員共済組合法に基づく退職年金制度は恩給法における恩給に代わるものであるが、普通恩給に関して①最高裁昭和四十一年四月七日判決（民集二〇巻四号四九九頁）は、「恩給権者に対し、損失補償ないし生活保障を与えることを目的とし、かつ同人の収入に生計を依存する家族との関係でも同一機能を営む」ため、受給権喪失損害は財産的損害賠償債権として相続により承継されるとした。

また逸失利益そのものが争点となった②最高裁昭和五十九年十月九日判決（判時一一四〇号七十八頁）は、相続により取得される旨を積極的に判示した。

同様に地方公務員等共済組合法に基づく退職年金に関しても③最高裁昭和五十年十月二十一日判決（判時七九九号三十九頁）は「生活保障のみならず損失補償の性格を有する」として相続による取得を認めた原判決を是認した。これに引き続き国家公務員共済組合法の退職年金について④最高裁昭和五十年十月二十四日判決（民集二十九巻九号一三七九頁）も当該公務員が退職年金給付等の損害賠償債権を取得し「その相続人が相続分に応じて相続する」として、賠償性・相続制を認めている。

そして⑤最高裁平成五年三月二十四日判決（民集四十七巻四号三〇三九頁）は、次のような事実に対して以下のような判断をくだした。すなわち車にはねられて死亡したAの相続人Xらは、Yに対してAが平均寿命まで生存していれば支給されたとであろう退職共済年金（昭和六十年改正前の地方公務員等共済組合法の規定に基づくもの）の現在価値額等の

賠償を求めた。最高裁平成五年三月二十四日判決の争点は、①退職年金受給者が死亡した場合の被害者の相続人の賠償範囲と②被害者または相続人が取得した債権につき損益相殺的な調整が許される範囲であったが、①について最高裁はなんら実質的な論拠は示していないが、地方公務員等共済組合法の退職年金の喪失を逸失利益として認めている。

2 普通恩給・退職年金受給権等の逸失利益性に関連する過去の裁判例の比較検討

元来恩給の本質に関して、公務員の退職または死亡後、本人または遺族に対しその生計を維持・扶助（保障）するための給付と解する立場（生活保障説）では、死亡により本人の生活保障の必要性は失われ支給目的は終了する（遺族には別途扶助料がある）から、逸失利益性・相続性は否定される。

他方、恩給をもつて公務員の勤務の特殊性に基づく能力の減損、あるいは相当年月の勤務・公務上の傷病で喪失した経済上の取得能力の填補を目的とすると解する説（損失保障説）にあたっては、受給権喪失は財産的損害として逸失性、相続性が肯定される^{（5）}。

最高裁平成五年判決以前の最高裁判決は、いずれも普通恩給・退職年金等につき右両性格の折衷説的ないし併有説的見解に立つて損失保障的要素の混在に着目したため、受給権喪失の財産制・相続性を承認し得たと考えられ、その論拠ゆえに下級審への指針的役割を果たしてきたと思われる。

しかしながら、最高裁平成五年判決では、損失保障性に関する説明が消え、かえって退職年金・遺族年金は「本人及びその退職又は死亡の当時のその者が直接扶養する者のその後における適当な生活の維持を図ることを目的とする地方公務員法所定の退職年金に関する制度に基づく給付」である点を指摘した。これを率直に読めば、退職年金は「一定の生活水準を維持し得るために給付される生活保障と理解すべきもの（藤島昭裁判官反対意見）」になりそうであ

る。ところが、最高裁平成五年判決（法廷意見）の右制度論は、地方公務員法四十三条三項の文言そのままの、しかも退職年金と遺族年金の同質性指摘のための引用にすぎず、従来からの最高裁判決の同条項下で損失補償的性格を肯定していたため、最高裁平成五年判決が従前の最高裁判決の理解を変更したとは速断したとはできないと考えられる⁽⁶⁾。以上のことから各最高裁判決は、普通恩給・退職年金等の受給権喪失の財産制・相続性を承認し得たと考えられ、その論拠は下級審への指針的役割を果たして得て来たと思われる、このことについて異論はない。

二 損益相殺の客観的範囲と主観的範囲

1 損益相殺の客観的範囲

被害者が受けた給付を損害額から控除できるのは、利益と損害との間に「同質性」が存在する場合であるから、被害者と不法行為と同一の原因により給付を受けた場合にも、その給付の性質・目的によって控除すべき損害の項目が制限されることになる。

具体的に言えば労災保険の休業（補償）給付・障害（補償）給付は慰謝料から控除できず、さらに、休業損害や逸失利益といった消極損害（狭義の逸失利益）から控除することができるとのみで、積極損害からは控除できない⁽⁸⁾。厚生年金保険における障害年金についても同様である。

他方、休業損害と逸失利益については、消極損害（広義の逸失利益）としてこれを同一の損害項目とみることができ、休業（補償）給付や障害年金は、いずれからも控除することができるとしている⁽⁹⁾。また、遺族年金についても年金逸失利益のみから控除されるのではなく、稼働収入の逸失利益も含めた逸失利益全体から控除できる⁽¹⁰⁾。

これに対して積極損害の扱いに関しては、いまだ実務の扱いは統一されていない。たとえば、健康保険による療養給付・療養費についてはこれを治療費から控除できるか、さらには通院交通費等から控除できるかという点については判例でも結論がわかれている。^⑪

2 損益相殺の主観的範囲

被害者が事故により死亡して、相続人が複数（たとえば妻と父母等）いるような場合、相続人の一部のみが損益相殺の対象となる給付を受けた場合（たとえば遺族年金の給付を受けた場合）、控除が損害賠償全額からなされるのか、それとも給付を受けた者の取得した損害額のみ控除されるのか、という問題も存する。

判例は、遺族年金について、受給権者の損害額からのみ控除を認めており、^⑫ 実務では他の給付についても同様に控除の対象者（主観的範囲）は限定的にとらえられている。^⑬

三 各種社会制度と代位規定

損害賠償の算定において、一般的にどのような利益が損益相殺として損害から控除されるべきかについては、伝統的には因果関係のある範囲の利益とされており、さらに「公平」の理念から判断せざるを得ないとか、給付型の場合には、実質的に「損害のてん補」としての性質を有するか否かで判断する。すなわち損害と給付の同質性ともいわれる。また社会保険給付のうち、代位の規定が置かれているものについては、損害額から控除されるのは当然であるとされている。^⑭

たとえば、代位の規定に基づき控除を認めているものとして以下の制度がある。すなわち、①自賠責保険会社によ

る損害賠償額の支払は、被害者請求が責任保険であり、運行供用者の他、運転者も保険契約とされているため、特別な場合を除き、自賠責保険からそれらの者に対する求償は規定されておらず、損益相殺に当たる。政府保障は、無保険者に対しての求償を認める規定(自賠法七六条一項)であり、代位の規定である。②労働者災害補償保険法による遺族(補償)年金、¹⁵遺族(補償)一時金、遺族(補償)年金前払一時金については、そして第三者行為災害に関する保険給付の場合は、労働者災害補償保険法一二条の四に基づく代位であり、使用者行為災害に関する保険給付の場合は、労働基準法八四条二項の類推適用、労働災害補償保険法六四条による調整である。¹⁶③厚生年金保険法による遺族厚生年金に関して、第三者行為災害については代位(厚生年金保険法四〇条)であり、使用者行為災害については損益相殺である。

しかしながら、代位の規定がなくても、あるいは代位の規定が適用されなくても、逸失利益の構成如何によって、損害のてん補とするのが衡平とされている社会保険給付もある。¹⁷国民年金法による遺族基礎年金、厚生年金保険法による遺族厚生年金については、受給者が死亡した場合、遺族に対しては遺族年金が支払われても、加害者に対する代位・求償は行われないが、支給分もついてもは控除が認められている。

社会保障の制度は、主に拠出制の社会保険方式で運営されているものが多い。日本では、労働保険(労災保険・雇用保険)や年金保険(国民年金・厚生年金・共済年金)及び医療保険(健康保険・国民健康保険)が、いずれも拠出制の社会保険であるとされている。また、拠出制のものとして生活保護の制度がある。

第三者行為事故(災害・交通事故等)により各種社会保険給付を行った保険者(政府、組合など)は、給付の限度で被害者に代位して第三者(加害者)に損害賠償請求が可能である(法的性質は、求償権請求権である)旨がそれぞれの立法

で規定され、損害賠償との調整がなされている。⁽¹⁸⁾

これらの規定は、保険給付を損害の填補とみて、代位（求償）制による調整を採用したものである。したがって保険給付分については、被害者の損害から控除すべきことになる。これに対して非拠出制の生活保護法と雇用保険法には、代位の規定がなく、控除しないものとされている。⁽¹⁹⁾ 上記の通り前記法律による社会保険給付のうち代位の規定が置かれているものについては、損害額から控除されるのは当然とされている。⁽²⁰⁾

四 損益相殺の時間的範囲

前述のように、被害者が受給していた社会保障的な年金の逸失利益性を認めた場合に損益相殺として控除すべき範囲は、①代位の規定の文言から既払分のみとなるか②将来分も対象となるかが問題となる。⁽²¹⁾ 損益相殺の時間範囲の問題である。

1 控除説と非控除説、そして現在確定分控除説

控除説は、将来受けるべき年金給付（未給付分）を確実なものとして、全額損害賠償額から控除する。この場合、年金を現在価格に引きなおして算定する。

これに対して非控除説は、既に給付された年金分については控除するが、また給付されていない年金分については、たとえ将来の給付が確定的なものであっても、不確実なものとして控除しない。

この結果、控除説によれば、加害者は支払額が減るので、不当に利得をし、非控除説によれば被害者は、二重に受け取ることになるのでやはり不当に利得することになる。もっとも、控除説は求償（代位制）を行うことにより、ま

た非控除説は年金の支給を停止することにより、それぞれ不当な結果を回避することができる。⁽²²⁾

ところで現在の制度上、これらの回避措置が実際に機能しているかどうかもう一つの重要な課題である。

まず求償措置であるが、現行の各種社会保険は代位（求償）規定を持つ。しかしながら、給付の度に求償していたのではその手間が膨大なものとなり、コストの面で完全な実施は不可能であろう。このため、労災の実務では、消滅時効の関係もあつて事故発生後、三年間しか求償は行われない。⁽²³⁾ また厚生年金の実務では、その困難性のゆえまったく実施されていないようである。⁽²⁴⁾

次に、支給停止（免責）の措置であるが、これも現行制度上、代位の規定と並んで規定されている。⁽²⁵⁾ しかしながら、労災の実務では停止期間が最長三年間とされ、また厚生年金の実務では、三年間（最長）の支給停止にとどめられている。以後は自動的に給付が再開され、二重利得を容認した格好である。⁽²⁶⁾

さらに遺族年金調整の時間的範囲は、「現実履行分のほかに、これと同視し得る程度に存続・履行が確実ということができる場合」にまで拡張され、かつこれらに限られるとした（現在確定分控除説）。「履行」は給付義務者（が誰か）により、「存続」は受給権者の事情（死亡・婚姻など受給権喪失事由の存否）により、「確実性」の判断はおのずと定まるため、給付義務者が政府や共済組合で受給権者に喪失事由がなければ、当該時点で当月分までの受給が確定する。

2 時間的範囲に関する最高裁判決のなぐれ

調整規定をめぐって将来給付分に関する控除説と非控除説が対立し、最高裁は労災保険、厚生年金に関して非控除説を採ってきた。

まず労災保険の休業補償費に関して①最高裁昭和四十六年十二月二日判決（判時六五六号九〇頁）は、原審である福

岡高裁昭和四十六年六月二十一日判決（判時六五三号一一頁）における次の解釈判断により非控除説を正当とした。すなわち、「労災保険法十二条の四は損害賠償責任と労災補償責任との相互の補完関係、同一事由による損害の二重填補排除の趣旨であり、したがって現実に保険金給付して損害填補した時にのみ代位取得される」。

次いで労災保険の長期傷病補償金、厚生年金の障害年金に関して②最高裁昭和五十二年五月二十七日判決（民集三二巻二四二七頁）も相互補完関係を前提に、「損害賠償請求権が国に移転し受給権者がこれを失うのは、政府が現実に保険金を給付して損害を填補しときに限られる」として積極的に非控除説を採用した。

さらに同補償金・障害年金に関して最高裁昭和五十二年十月二十五日判決（民集三二巻六号八三六頁）は使用者行為災害事案について、また最高裁昭和五十二年十二月二十二日判決（民集一二三二号五五九頁）は被害者死亡事案について、それぞれ初の最高裁判決として同様の判断を示した。

そして遺族救済年金を賠償額から控除できるか、できるとしたらその範囲は既受領分のみか将来分に及ぶかが争点あった最高裁平成五年三月二十四日判決（民集四十七巻四号三〇三九頁）は、「被害者側が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受けた場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益額を被害者が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図る必要がある」が履行の不確実性を伴うことを理由として「不法行為と同一の原因によって被害者又はその相続人が第三者に對する債権を取得した場合には、当該債権を取得したということだけから右の損益相殺的な調整をすることは原則として許されない」、「被害者又はその相続人が取得した債権につき、損益相殺的な調整を図ることが許されるのは、当該債権が現実に履行された場合又はこれと同視し得る程度のその存続および履行が確実である場合に限られる」とし

た。

その後の最高裁平成十一年十月二十二日判決（民集五十三卷七号一二二一頁）においては「遺族年金をもって損益相殺的な調整を図ることのできる損害は、財産的損害のうち逸失利益に限られるものであって、支給を受けることが確定した遺族年金の額がこれを上回る場合であっても、当該超過分を他の財産的損害や精神的損害との関係でこれを控除することができない」とした。

さらに最高裁平成十六年十二月二十日判決（判タ一一七三号一五五頁）においては、「不法行為により死亡した被害者の相続人が、その死亡を原因として遺族厚生年金の受給権を死亡したときは、被害者が支給を受けるべき障害基礎年金用に係る逸失利益だけでなく、給与収入等を含めた逸失利益全般との関係で、支給を受けることが確定した遺族厚生年金を控除すべきものと解するのが相当である」と判示した。そして最高裁平成二十二年九月十三日判決は前述の最高裁平成五年判決を引用した上で支給を受けることが確定した遺族年金を控除するものとした。

3 最高裁判例の検討

健康保険法、国民健康保険法、国会公務員共済組合法、厚生年金保険法、国民年金法、労働者災害補償保険法等から第三者行為災害ないし、その遺族に、休業補償、遺族年金補償等の保険給付が行われた場合に代位の規定が適用される時は、この給付が填補にあたるとみないと、加害者は代位者と被害者に双方から二重に請求されることになる²⁷⁾ので、損害の填補にあたり、控除がなされることになる。

しかし、代位の規定がない場合にも、逸失利益構成のいかんによって損害を填補とするのが衡平と考えられる場合がある。すでに大審院昭和三年三月十日判決（民集七卷一五二頁）が死亡した被害者の妻が受給する遺族年金を損益相

殺による控除を必要とし、その後、最高裁昭和四十一年四月七日判決（民集二〇巻四号四九九頁）も遺族年金恩給受給権者の相続人が受給した遺族扶助料は、恩給受益利益の喪失による損害賠償請求権を相続したとして、遺族が行った損害賠償請求について衡平の理念から控除が必要と認めている。

保険給付が年金方式の場合、将来給付分につき逸失利益との間に調整を要するかが問題になる。調整しないときは「累積制」として給付と賠償の重複填補容認となり、調整するときは、賠償責任額から将来給付分を差し引く「控除制」か、賠償請求権が給付者（給付義務者）に移転する「償還性（代位性）」になる。

地方公務員等共済組合法五〇条一項は給付先行の場合その限度で給付者が損害賠償請求権を取得し、同二項は賠償先行の場合給付義務者に支給停止の裁量権（裁量免責）⁽²⁸⁾を認める。

上記の調整規定をめぐって将来給付分に関する控除節・非控除節が対立し、前述の通り最高裁判決は労災保険、厚生年金に関しては非控除説をとってきた。

最高裁昭和五十二年五月二十七日判決までは、受給したことにより給付が損害の填補と認められるものについては控除すべきとして、控除は「受領した」給付に限るとされてきた。⁽²⁹⁾しかしながら、最高裁平成五年判決において地方公務員等共済組合法に基づく退職年金の受給者（夫）が不法行為により死亡し、その相続人（妻）が遺族年金を受給した事案で多数意見は、「遺族年金の支給を受けるべき者につき、支給を受けることが確定した遺族年金の額の限度で、その者が加害者に対して求め得る損害額からこれを控除すべきものであるが、いまだ支給を受けることが確定していない遺族年金の額についてまで損害額から控除することを要しないと解するのが相当である」として、原審口頭弁論終結の月の支給決定額まで控除した。

その理由として①損益相殺的な調整は、被害者またはその相続人の受ける利益によって被害者に生じた損害が現実
に填補されたということができる範囲に限られるべきこと、②不法行為と同一の原因によって被害者またはその相続
人が第三者に対する債権を取得しても、その存続自体について不確実性を伴うものであるような場合には、当該債権
を取得したというだけで被害者に生じた損害が現実には補填されたものということができないこと、③従って損益相殺
的調整を図ることが許されるのは、当該債権が現実に履行された場合またはこれと同視しうる程度にその存続が確定
であるということができる場合に限り、本件で共済組合の履行の不確実性を問題とする余地はないが、遺族
年金を受給しても、その者の婚姻あるいは死亡によって受給権の喪失が予定されているので、支給が確定していない
遺族年金は、右にいう程度に存続が確定であるということとはできないものである。

これに対して対局的に立つ反対意見がある。①藤島裁判官の反対意見は、退職年金の逸失利益性を否定し、被害者
に稼働能力が存すると認められる場合には賃金センサスを等を用いて算定すべきであるとするものである。多数意見
は、退職年金と遺族年金の「同質性」を認めたが、藤島裁判官の意見は退職年金と遺族年金の生活保障的機能から、
遺族年金が退職年金の代替的な役割を果たすものとみる。特に遺族年金が退職年金の四分の三（本件当時は二分の一）
であることから、遺族の保護にかけるものでないとする。②園部、佐藤、木崎の三裁判官は、退職年金の逸失性を肯
定するだけでなく、退職年金は退職者の最低限の稼働能力を表象するにすぎないことから、既支給遺族年金分も控除
すべきでないとの見解であり、③味村裁判官は、退職年金の逸失利益性が肯定するが、被害者の平均余命年数の間に
相続人が受ける遺族年金を控除すべきとするもの、従って将来分も控除すべきであるとの見解である。

以上のような反対意見があったが、最高裁平成五年判決より最高裁は現在確定控除説の立場をとった。この時より

最高裁平成五年判決の射程は、年金給付の不確実性を理由に政府保障事業にも及ぶものと解されていた。しかしながら、次にあげる最高裁平成二十一年十二月十七日判決が最高裁平成五年判決と異なる結論くだした。

4 最高裁平成二十一年十二月十七日判決

最高裁平成二十一年十二月十七日判決（以下平成二十一年判決と略称する）は、被害者が国に対して自賠法七十三条一項前段に基づく損害の填補を請求した事案である。最高裁は、「自賠法その他の関係法令には年金の将来の給付分が二重に支給されることを防止するための調整が設けられていない」と述べた上で、「被害者が他法令給付に当たる年金の受給権を有する場合において、政府が自賠法七十二条一項により填補する損害額は支給を受けることが確定した年金の額を控除するのではなく、当該受給権に基づき被害者が支給を受けることになる将来の給付分も含めた年金の額を控除してこれを算定すべきである」と判示した。

5 最高裁平成二十一年十二月十七日判決と最高裁平成五年三月二十四日判決の比較検討

最高裁平成五年判決は、共済組合制度の退職年金相当額の損害賠償から遺族年金の将来分の控除が認められるかが問題となった事案であり、その法廷意見は支給を受けることが確定した年金額を除いてその控除を認めなかった。平成二十一年判決の第一審および原審は明示的には最高裁平成五年判決には触れないものの、結論では同判決に沿った判断をしていたように思われる。また学説の中にも年金給付の不確実性を理由に、その射程は政府補償事業にも及ぶと解するものも存在していた。³⁰このような展開の中で平成二十一年判決は、最高裁平成五年は平成二十一年判決の先例ではなく、射程外であることを示した。

最高裁平成五年判決は、退職年金と遺族年金が目的および機能において同質性を有することを前提に遺族年金の履

行の不確実性は問題とすべき余地はないが、存続については婚姻や死亡などによる遺族年金の受給権の喪失が予定されているのであるから、確実であるということはできないとした。年金支給に関して最高裁平成五年判決が「確実である」ということはできない」とするのに対して平成二十一年判決は「ほぼ確実である」としており、対照的である。

まず平成二十一年判決の判旨が述べる「ほぼ確実」とは、履行の確実性ではなく、存続の確実性を指していると思われる。最高裁平成五年判決は、履行が確実の確実性を根拠づける理由に共済組合が債務者であることを挙げており、履行の確実性を債務者が誰かに関わる問題として捉えているところ、平成二十一年判決は政府が労災保険の保険者である旨を定めた労災保険法二条を引用していないからである。

判旨は、こうした意味での存続の確実性につき支給が行われなくなる例として、補償が必要なくなる場合と、再発のため同額の傷病年金が代わりに支給される場合とを列挙する。前者の場合は、補償の必要性の消滅以降は損害が生じておらず、後者の場合にはほぼ同額の傷病年金によって損害が填補されると言い得る。判旨は支給が行われなくなる例として「政府補償事業による損害の填補が不要な場面」を列挙したわけである。

これに対して最高裁平成五年判決は、存続の確実性に関して受給権の喪失事由である婚姻や死亡の場合を列挙する。婚姻は遺族年金固有の受給消滅事由である（厚生年金保険法六十三条一項二号、国民年金法四十条一項二号）ため、障害年金が問題である本件とは無関係である。しかし、死亡は障害年金の受給権消滅事由でもある（厚生年金保険法五十三条一項、国民年金法三十五条一項等）。それにもかかわらず平成二十一年判決は、明示的にはこのことをとりあげていない。平成二十一年判決は、最高裁平成五年判決との関係を問題視するものの、同判決が債権の存続の確実性を判断する要素として列挙した「死亡」について、明示的な検討をせずに債権の存続の確実性を認めたのである。⁽³¹⁾

結局のところ平成五年判決と平成二十一年判決は、いずれも交通事故にあった被害者（側）からの金員の請求に対して、将来の年金分を控除できるか否かという問題を扱っているため、似たような事例であると考えられる。しかしながら、平成五年判決と平成二十一年判決とでは被害者（側）が依拠する請求権の法的根拠が異なる。このことが平成五年判決と平成二十一年判決との大きな違いである。すなわち、平成五年判決は、不法行為に基づく損害賠償請求権であるのに対して、平成二十一年判決は、自賠法に基づく政府保障事業請求権である。損害賠償請求権の場合は、損害と利益の同質性が認められれば損益相殺ないし損益相殺的調整の法理が働き得るが、政府保障事業請求権の場合は、損害賠償請求権ではないので損害との同一性の問題とならないため、同法理は働かない。

おわりに

ここでは簡単に論点を整理して結びとしたい。

1 各種社会制度において、代位の規定があるものについては、代位の規定に基づき控除が行われる。損益相殺と代位は、その考え方においては異なるものであるが、両者を厳密に区別することは必ずしも容易ではなく、実務上は、「損益相殺的調整」として論じられることが多い。⁽³²⁾

この損益相殺的な調整は、前述の最高裁平成五年判決において「被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受ける場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額を被害者が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図る必要がある」と述べている。

裁判例では損益相殺的な調整という言葉を用いるケースが見受けられるが、実質的には損益相殺と相違はないと思われる。

そこで代位と損益相殺（損益相殺的な調整）の関係について考えてみると、前述の通り代位の規定が存在するものについては代位の規定に基づいて控除が行われることについては全く問題はないと思われる。代位の規定がない場合にいかなる対応するかが問題であるが、この点については最高裁平成五年判決と最高裁平成二十一年判決において一応の結論は出たように思われる。ただし平成二十一年判決における政府保障事業請求権の場合は損害賠償請求件ではないので損害の同一性の問題でとらないため、損益相殺の法理は働かないという判断には疑問が残る。たしかに政府保障事業請求権の場合は損害賠償請求権ではないので損益相殺の問題ではないかもしれない。ところが、実質的には損益相殺の問題と扱ってよいのではないかと思われる。この問題について最高裁判決により一応の指針がはっきりとされ、さらなる判例の集積を待ちたいとの意見も存在するが、各社会給付に応じてその対応が異なるのではないわゆる法的安定性に欠けると考えられる。また判例の集積には相当の時間が必要であると考えられるので各社会給付についての法律に代位等に関する規定を設けるようにすべきであると思われる。そうすることにより代位の規定に基づき「公平の見地」から控除が行われると思われる。

2 賠償すべき金額が決定されるに当たって過失相殺がなされる場合に、これと弁済や損益相殺による控除のいずれを先に行うべきかも問題である。いずれを先に行うかによって認容額が異なってくるからである。この点について弁済や自賠償制度における損害賠償額の支払（自賠法十六条）に関しては、過失相殺がなされた後の金額から弁済等を控除する。すなわち過失相殺が優先される。

これに対して各種社会保険給付に関しては過失相殺と損益相殺のいずれを先に行うかについては議論のあるところである。保険金の支払と代位に関しては、単に先後関係という問題に止まらないと思われ、大きな問題である。⁽³³⁾ このことについては稿をあらためることにする。

註

- (1) 平野裕之著『民法総合六 不法行為法〔第三版〕』（信山社二〇一三年）四一三頁、澤井裕「損益相殺」関西大学法学論集八卷三号三八一頁、北河隆之「損益相殺に関する現代的課題」損害保険研究五六卷四号七〇頁等
- (2) 藤田良昭「遺族年金控除の要否とその範囲」判タ八二五号五九頁
- (3) 水野有子「損害賠償における第三者からの給付を原因とする控除」判タ八六五号五頁
- (4) 損益相殺と代位は、その考え方においては異なるものであるが、両者を厳密に区別することは必ずしも容易ではなく、実務上は、代位が生ずる場合も含めて「損益相殺的調整」問題として論じられることが多い。
（水津正臣・藤村和夫・堀切忠和編著『実務家のための交通事故の責任と損害賠償』（三協法規出版二〇一一年）二三三頁・水野・前掲五頁）
- (5) 永田典雄「各種年金等の受給権喪失と逸失利益」判タ七四四号三六頁
- (6) 藤田・前掲六〇頁
- (7) 最高裁昭和五十八年四月十九日判決・民集三七卷三号三二一頁
- (8) 最高裁昭和六十二年七月一〇日判決・民集四卷五号一二〇二頁
- (9) 水津他・前掲書二四一頁
- (10) 最高裁平成十六年十二月二〇日判決・判タ一一七三号一五五頁
- (11) 水津他・前掲書二四一頁

(12) 最高裁昭和五〇年十月二四日判決・民集二九卷九号一三七九頁、最高裁平成十六年十二月二〇日判決・判タ一一七三号一五五頁

(13) 水津他・前掲書二四一頁

(14) 北河隆之「損益相殺に関する現代的諸問題」損害保険研究五六卷四号八七頁

(15) 最高裁平成十六年十二月二〇日判決・判タ一一七三号一五五頁

(16) 最高裁昭和五十二年十月二五日判決・民集三十一卷六号八三六頁

(17) 遺族年金については大審院昭和三年三月一〇日判決・民集七卷三号一五二頁において、遺族年金恩給受給権のある相続人が受給した遺族扶助料については最高裁昭和四十一年四月七日判決・民集二〇卷四号四九九頁においてそのような判断がくだされた。

(18) 労働者災害保険法一二条の四、国民年金法二二条、厚生年金保険法四〇条等

(19) 代位の規定の有無だけで控除の有無が決まるのでなく、あくまで、当該給付が実質的な「損害の填補」に当たるかかどうかである。非拠出制のものであっても理論的には、控除という考え方もとりうる。

(20) 北河・前掲八七頁

(21) 将来分の控除を認めた事案の多くは、被害者があらかじめ将来分を控除した差額のみを請求し、裁判所の判断で将来分の控除を判断したものではない。

(22) このように「代位制」では被害者が必要な損害の填補を受けるとともに加害者は本来の賠償額を支払うべきこととなり、どちらにしても不当利益が生じないので最も合理的だと考えられている。

(吉川吉衛「重複てん補調整の根拠と範囲」損害保険研究四二卷二二号八二頁)

(23) 昭和四十一年六月一七日基発六一〇号労働省労働基準局長通達

(24) 森茂雄・加藤厚「各種年金と損益相殺の実務」(『交通事故賠償の法理と紛争処理—交通事故処理センター創立二〇周年記念論文集(上)』(ぎょうせい一九九四年)二〇五頁)

- (25) 労災保険法一二条の四、国民年金法二二条等
- (26) 前掲通達昭和四十一年六月一七日、また厚生年金の実務では、最長二年間の支給停止にとどめられている。
- (27) 損害賠償算定基準研究会編『注解交通損害賠償算定基準改訂版・実務上の争点と理論(上) (改訂版)』(ぎょうせい 一九九四年) 二七八頁
- (28) 同旨、地方公務員等共済組合法四八条、厚生年金法四〇条等
- (29) 最高裁昭和五十二年五月二七日判決によって非控除説に固まっていたのではなく、適切な事案がなかったため最高裁平成五年三月二四日判決に至るまで残された検討課題であったとされている。
- (30) 伊藤文夫「政府の自動車損害賠償保障事業」塩崎勤・園部秀穂編『新・裁判実務大系(五) 交通損害訴訟法』(青林書院 二〇〇三年) 三五二頁
- (31) 島村曉代「自動車損害賠償保障法上の政府保障事業による損害のてん補と労災保険の年金給付との調整」季刊社会保障研究四六卷二号一八二頁
- (32) 損益相殺としての根拠を「損益相殺」「衡平の理念」「損益相殺的調整」というのは、いずれも同趣旨であると思われる。
(滝澤孝臣「最高裁判所判例解説民事編平成五年度四七八頁参照」)
- (33) 八木一洋・佐久間邦夫編『交通損害関係訴訟【補訂版】五』(青林書院二〇一四年) 一〇四頁。

追記 本稿は、平成二十一年度高崎経済大学特別研究助成金の助成を受けた研究の一部である。

山川一陽教授
略歴

山川一陽教授 略歴

生年月日

一九四四（昭和一九）年十二月二日

【学歴及び職歴】

一九六三（昭和三八）年	四月	日本大学法学部法律学科入学
一九六八（昭和四三）年	三月	日本大学法学部法律学科卒業
一九六八（昭和四三）年	一〇月	司法試験第二次試験合格
一九六九（昭和四四）年	四月	最高裁判所司法研修所入所
一九七一（昭和四六）年	三月	最高裁判所司法研修所修了
一九七一（昭和四六）年	四月	東京地方検察庁検事（一九七二（昭和四七）年二月まで）
一九七二（昭和四七）年	三月	広島地方検察庁検事（一九七五（昭和五〇）年二月まで）
一九七五（昭和五〇）年	三月	東京地方検察庁検事（一九八三（昭和五八）年三月まで）
一九七七（昭和五二）年	三月	法務事務官（法務省民事局付）（併任）（一九七八（昭和五三）年十二月まで）

- 一九七七（昭和五二年） 四月 法制審議会幹事（併任）（一九八一（昭和五六年）年四月まで）
- 一九八一（昭和五六年） 四月 東京地方検察庁検事（一九八三（昭和五八年）年三月まで）
- 一九八三（昭和五八年） 四月 日本大学法学部助教授（一九九〇（平成二年）二月まで）
- 一九九〇（平成二年） 二月 日本大学法学部教授（現在に至る）
- 一九九一（平成三年） 六月 米国の不動産制度及び夫婦財産制度研究のためヘイスティングススクールに出張（一九九一（平成三年）二月まで）
- 一九九三（平成五年） 四月 税務大学校東京研修所講師（現在に至る）
- 二〇〇〇（平成十二年） 三月 オーストラリアの不動産制度及び夫婦財産制度研究のため同国ニューサウスウェールズ大学ロースクールに出張（二〇〇〇（平成十二年）四月まで）
- 二〇〇三（平成一五年） 七月 日本大学法学部法学研究所所長（二〇〇四（平成一六年）六月まで）
- 二〇〇四（平成一六年） 四月 日本大学法務研究科教授（併任）（二〇一一（平成二三年）三月まで）
- 二〇〇五（平成一七年） 一〇月 日本大学法学部次長（第一部担当）（二〇〇六（平成一八年）六月まで）
- 二〇〇七（平成一九年） 四月 日本大学大学院法務研究科教育支援委員会委員長（二〇〇八（平成二〇年）三月まで）
- 二〇〇七（平成一九年） 五月 放送大学非常勤講師（二〇〇七（平成一九年）七月まで）
- 二〇〇八（平成二〇年） 四月 日本大学大学院法務研究科学生生活委員会委員長（二〇〇九（平成二二年）三月まで）
- 二〇〇八（平成二〇年） 四月 東京理科大学専門職大学院非常勤講師（二〇〇九（平成二二年）三月まで）
- 二〇〇九（平成二二年） 四月 日本大学大学院法務研究科教育支援委員会委員長（二〇一〇（平成二二年）三月まで）

二〇一一（平成二三）年 四月 白鷗大学法学部非常勤講師（二〇一三（平成二五）年三月まで）
二〇一四（平成二六）年 七月 博士（法学）（日本大学）

【社会活動】

一九八六（昭和六一）年 八月 横浜防衛施設地方審議会委員（横浜防衛施設局）（一九九六（平成八）年一〇月まで）
一九九〇（平成二二）年 四月 日本私法学会運営委員会委員（一九九三（平成五）年三月まで）
一九九五（平成七）年 一月 中央薬事審議会臨時委員（厚生省）（一九九七（平成九）年一〇月まで）
一九九六（平成八）年 一月 防衛施設中央審議会委員（防衛省）（一九九八（平成一〇）年一〇月まで）
一九九八（平成一〇）年 八月（財）防衛施設周辺整備協会評議員（財）防衛施設周辺整備協会（二〇〇〇（平成一二）年八月まで）

一九九八（平成一〇）年 一月 防衛施設中央審議会委員（防衛省）（二〇〇三（平成一五）年一〇月まで）
一九九九（平成一一）年 一月 中央薬事審議会臨時委員（厚生省）（二〇〇一（平成一三）年一〇月まで）
一九九九（平成一二）年 一月 副作用被害判定部会委員（厚生省）（二〇〇〇（平成一二）年一〇月まで）
二〇〇一（平成二三）年 一月 薬事・食品衛生審議会臨時委員（厚生労働省）（二〇〇七（平成一九）年一月まで）
二〇〇一（平成二三）年 一月 副作用被害判定部会委員（厚生労働省）（二〇〇二（平成一四）年一二月まで）
二〇〇二（平成一四）年 八月（財）防衛施設周辺整備協会評議員（財）防衛施設周辺整備協会（二〇〇四（平成一六）年八月まで）

二〇〇三（平成一五）年 四月 日本私法学会理事（二〇〇五（平成一七）年三月まで）

二〇〇四（平成一六）年 九月 安全で安心な献血の在り方に関する懇談会委員（厚生労働省）（二〇〇五（平成一七）年一二月まで）

二〇〇五（平成一七）年 一〇月 第五五回麻薬取締職員研修への講師派遣（厚生労働省）

（二〇一四（平成二六）年一二月二〇日現在）

山川一陽教授 主要業績

山川一陽教授 主要業績

I 著書

単著

- 『法律家の散歩道―検事生活あれこれ』一九八六（昭和六一）年八月、法学書院
- 『債権法講話』一九八七（昭和六二）年一二月、有信堂
- 『アウトライン物権法』一九八九（平成元）年一月、東京法経学院出版
- 『わかりやすい家族法・問答式』一九八九（平成元）年一月、日本加除出版
- 『逐条民法Ⅱ 債権・親族・相続』一九八九（平成元）年七月、東京法経学院出版
- 『民法のはなし―初めて民法を学ぶ人へ』一九八九（平成元）年一〇月、国際書院
- 『改訂 問答式わかりやすい家族法』一九九〇（平成二）年七月、日本加除出版
- 『要説民法総則・物権法』一九九一（平成三）年五月、法研出版
- 『民法総則・物権法』一九九一（平成三）年五月、日本大学通信教育部
- 『こんなアメリカ知っていますか…法律家が見たアメリカ社会』一九九二（平成四）年一二月、国際書院
- 『債権法講話（新版）』一九九三（平成五）年四月、有信堂

- 『民法総則講義』一九九四（平成六）年一月、中央経済社
- 『物権法講義』一九九四（平成六）年四月、日本評論社
- 『親族法・相続法講義』一九九四（平成六）年四月、日本加除出版
- 『財産法を学ぶ』一九九六（平成八）年四月、法学書院
- 『民法総則講義〈第二版〉』一九九六（平成八）年二月、中央経済社
- 『担保物権法（基本法学叢書）』一九九七（平成九）年二月、弘文堂
- 『親族法・相続法講義〈第二版〉』一九九八（平成一〇）年三月、日本加除出版
- 『民法V』二〇〇〇（平成一二）年三月、日本大学通信教育部
- 『親族法・相続法講義〈第三版〉』二〇〇〇（平成一二）年四月、日本加除出版
- 『財産法を学ぶ〈第二版〉』二〇〇〇（平成一二）年四月、法学書院
- 『民法総則講義〈第三版〉』二〇〇〇（平成一二）年八月、中央経済社
- 『新警察民法』二〇〇一（平成一三）年四月、立花書房
- 『新民法のはなし』二〇〇一（平成一三）年四月、国際書院
- 『よくわかる家族法—Q & Aわかるわかる！』二〇〇一（平成一三）年七月、日本加除出版
- 『犯罪と民法』二〇〇三（平成一五）年三月、現代法律出版
- 『じつは身近な債権法』二〇〇四（平成一六）年四月、日本加除出版
- 『債権各論講義』二〇〇四（平成一六）年五月、立花書房

『担保物権法〈第二版〉』二〇〇四（平成一六）年五月、弘文堂

『親族法・相続法講義〈第三版補訂〉』二〇〇五（平成一七）年四月、日本加除出版

『財産法を学ぶ〈第三版〉』二〇〇五（平成一七）年五月、法学書院

『じつは身近な債権法〈第二版〉』二〇〇六（平成一八）年四月、日本加除出版

『よくわかる家族法―Q&Aわかるわかる！〈第二版〉』二〇〇六（平成一八）年四月、日本加除出版

『物権法講義〈第二版〉』二〇〇六（平成一八）年五月、日本評論社

『債権各論講義〈改訂版〉』二〇〇八（平成二〇）年五月、立花書房

『親族法・相続法講義〈第四版〉』二〇〇九（平成二一）年三月、日本加除出版

『民法Ⅰ』二〇〇九（平成二一）年四月、日本大学通信教育部

『民法総則講義〈第四版〉』二〇〇九（平成二一）年四月、中央経済社

『これだけは知っておきたいQ&A民法―具体例でみる民法総則・物権・担保物権・債権総論・債権各論』二〇一〇（平成二二）年八月、日本加除出版

『担保物権法〈第三版〉（基本法学叢書）』二〇一一（平成二三）年一月、弘文堂

『親族法・相続法講義〈第五版〉』二〇一一（平成二三）年三月、日本加除出版

『新民法のはなし〈改訂版〉』二〇一二（平成二四）年三月、国際書院

『物権法講義〈第三版〉』二〇一二（平成二四）年四月、日本評論社

『戸籍実務の理論と家族法（日本大学法学部叢書三三）』二〇一三（平成二五）年三月、日本加除出版

『親族法・相続法講義 (第六版)』二〇一四 (平成二六) 年三月、日本加除出版
『民法総則講義 (第五版)』二〇一四 (平成二六) 年四月、中央経済社

共著・編著 (分担執筆を含む)

『契約の基礎』共著、一九七九 (昭和五四) 年九月、青林書院
『捜査官のための民法』共著、一九八一 (昭和五六) 年一月、東京法令出版
『民法Ⅰ (総則・物権法)』共著、一九八六 (昭和六一) 年二月、法学書院
『物権法』共著、一九八六 (昭和六一) 年二月、法律文化社
『債権各論』共著、一九八六 (昭和六一) 年四月、青林書院
『親族法・相続法』共編、一九八七 (昭和六二) 年四月、南窓社
『逐条判例民法』共著、一九八八 (昭和六三) 年一〇月、法学書院
『争点ノート民法 (二) — 総則・物権法・家族法』共著、一九八九 (平成元) 年六月、法学書院
『争点ノート民法 (二) — 債権総論・各論』共著、一九八九 (平成元) 年一月、法学書院
『基本問題セミナー民法 (三) — 親族・相続法』共著、一九九〇 (平成二) 年四月、一粒社
『親族・相続法要説』共著、一九九一 (平成三) 年四月、青林書院
『民法総則／物権法』編著、一九九一 (平成三) 年六月、学陽書房
『新・判例コンメンタール民法 3』共著、一九九一 (平成三) 年一二月、三省堂

- 『調停関係者のための法律学入門』共著、一九九一（平成三）年一二月、法研出版
- 『債権各論〈改訂版〉』共著、一九九三（平成五）年二月、青林書院
- 『親族法・相続法』共著、一九九三（平成五）年四月、青林書院
- 『親族法・相続法講義』共著、一九九四（平成六）年三月、青林書院
- 『民法のはなし―初めて民法を学ぶ人へ〈改訂版〉』共著、一九九四（平成六）年五月、国際書院
- 『専門家責任の理論と実際―法律・会計専門家の責任と保険』共編、一九九四（平成六）年八月、新日本法規出版
- 『離婚の裁判例（生活紛争判例シリーズ）』共著、一九九四（平成六）年二月、有斐閣
- 『法学入門』共著、一九九五（平成七）年三月、弘文堂
- 『事典家族』共著、一九九六（平成八）年二月、弘文堂
- 『新・現代損害賠償法講座（五）―交通事故』共著、一九九七（平成九）年九月、日本評論社
- 『税理士のための民法・商法』共著、一九九八（平成一〇）年二月、中央経済社
- 『物権法 第二版』共著、一九九八（平成一〇）年六月、法律文化社
- 『新借地借家法講座（三）借家編』共著、一九九九（平成一一）年三月、日本評論社
- 『新編不動産登記法』共著、一九九九（平成一一）年一月、三省堂
- 『法学入門〈第二版〉』共著、二〇〇〇（平成一二）年四月、弘文堂
- 『新貸金三法Q&A―改正貸金業・出資・利息制限法の解説』編著、二〇〇〇（平成一二）年七月、弘文堂
- 『税理士のための民法・商法〈第二版〉』共著、二〇〇二（平成一四）年二月、中央経済社

『Q & A改正担保・執行法の要点』共著、二〇〇三(平成一五)年九月、新日本法規出版

『図解雑学 よくわかる相続・贈与』共著、二〇〇三(平成一五)年九月、ナツメ社

『改正担保法・執行法のすべて』編著、二〇〇三(平成一五)年一〇月、中央経済社

『入門ビジネス法務』編著、二〇〇三(平成一五)年一二月、弘文堂

『Q & A担保・執行法の要点―平成一六年四月一日施行〈新版〉』共編著、二〇〇四(平成一六)年四月、新日本法規出版

『新法学入門』共著、二〇〇四(平成一六)年四月、弘文堂

『Q & A貸金三法ハンドブック』共編著、二〇〇五(平成一七)年四月、弘文堂

『要説民法総則・物権法〈新訂版〉』共著、二〇〇五(平成一七)年六月、法研出版

『ビジネス法務の基礎知識』編著、二〇〇六(平成一八)年九月、弘文堂

『税理士のための民法・会社法〔「税理士のための民法・商法」の改題改訂』』共著、二〇〇九(平成二一)年三月、中央経済社

『財産法入門』編著、二〇一〇(平成二二)年四月、学陽書房

『要説民法総則・物権法〈三訂版〉』共著、二〇一一(平成二三)年四月、法研出版

『ビジネス法務の基礎知識〈第二版〉』共編著、二〇一二(平成二四)年三月、弘文堂

『新法学入門〈第二版〉』共編著、二〇一二(平成二四)年三月、弘文堂

『口語民法〈新補訂版〉(口語六法全書)』共著、二〇一二(平成二四)年四月、自由国民社

『同族会社相続の法務と税務』 共編、二〇一四（平成二六）年一〇月、学陽書房

Ⅱ 論文

一九七〇（昭和四五）年

「権利濫用理論の適用とその後の法律関係」新地主からの建物収去・土地明渡請求が権利の濫用となる事例に即して」単著、『日本大学法学部創立八十年記念論文集』（一九七〇（昭和四五）年二月、日本大学法学研究所）所収

一九七六（昭和五一）年

「いわゆる管理売春を中心に（上）売春管理論」単著、『捜査研究』二五卷一〇号

「いわゆる管理売春を中心に（中）売春管理論」単著、『捜査研究』二五卷一二号

一九七七（昭和五二）年

「警察官の肩書入り名刺を偽造して行使した事案について公印偽造等の成立を認めた事案について」単著、『捜査研究』二六卷一号

「いわゆる管理売春を中心に（下）売春管理論」単著、『捜査研究』二六卷二号

「刑事法と交錯ないし関連する民法の基礎的知識」単著、『捜査研究』二六卷六号

「謀虚偽表示をめぐる問題」単著、『捜査研究』二六卷七号

「死亡・失踪」単著、『捜査研究』二六卷九号

「約定担保等をめぐる最近の判例の動向」単著、『税理』二〇卷一四号

「虚偽の出生届と養子縁組をめぐる」单著、『捜査研究』二六卷一一号

一九七八（昭和五三）年

「失火の責任と履行補助者の過失」单著、『捜査研究』二七卷一号

「仮登記担保法案要綱の背景とその概要」单著、『銀行実務研修』八卷四号

「仮登記担保契約に関する法律案とその背景〔含 仮登記担保契約に関する法律案〕」单著、『法律のひろば』三一卷五号

「詐欺・強迫」单著、『捜査研究』二七卷六号

「婦人の地位と三下り半」单著、『戸籍』三九七卷

「表見代理制度」单著、『捜査研究』二七卷八号

「『仮登記担保契約に関する法律』の解説（一）」单著、『旬刊経理情報』一八〇号

「『仮登記担保契約に関する法律』の解説（二）」单著、『旬刊経理情報』一八二号

「『仮登記担保契約に関する法律』の解説（完）」单著、『旬刊経理情報』一八四号

「子の名に用いる漢字の取り扱いについて（上）」单著、『法律のひろば』三二卷一〇号

「子の名に用いる漢字の取り扱いについて（下）」单著、『法律のひろば』三二卷一一号

一九七九（昭和五四）年

「古今における「七出三不去」制度と女性の出産能力」单著、『戸籍』四〇五卷

「債務不履行責任（その一）」单著、『捜査研究』二八卷八号

「債務不履行責任（その二）」単著、『捜査研究』二八卷九号

一九八〇（昭和五五）年

「『名』の意義とその機能」単著、『戸籍』四一七卷、『民事月報』三四卷二二号

「民法の一部改正について」単著、『捜査研究』二九卷四号

「相続法の改正について―妻の相続分の引上げなど（上）」単著、『捜査研究』二九卷七号

「相続法の改正について―妻の相続分の引上げなど（下）」単著、『捜査研究』二九卷八号

一九八一（昭和五六）年

「戸籍の記載嘱託に関する家事審判法及び家事審判規則等の一部改正について」共著、『戸籍』四三一卷

「国際結婚に伴う氏の変動について」昭和五五年八月二七日民二第五二二七号回答、同日民二第五二一八号通達を通して」単著、『家庭裁判所月報』三三卷五号

「内鮮間の認知と国籍の確定」単著、『民事研修』二九三号

一九八二（昭和五七）年

「少年犯罪と捜査」単著、『捜査研究』三一卷一二号

一九八三（昭和五八）年

「民法ってなんだ」単著、『月刊警察』一卷一号

「婚姻・離婚に伴う戸籍と氏」単著、『月刊警察』一卷二号

一九八四（昭和五九）年

- 「保証人・連帯保証人の責任」単著、『月刊警察』二卷一号
- 「借家の権利はどんな権利なのか」単著、『月刊警察』二卷二号、一九八四年二月
- 「不動産の二重譲渡と登記」単著、『月刊警察』二卷三号
- 「通謀虚偽表示の効力」単著、『月刊警察』二卷四号
- 「債権の消滅時効」単著、『月刊警察』二卷五号
- 「戸籍筆頭者、世帯主、戸籍の附票」単著、『月刊警察』二卷六号
- 「表見代理責任——代理権消滅後の表見代理」単著、『月刊警察』二卷七号
- 「民法つまづきの石」単著、『不動産法律セミナー』一五卷七号
- 「相続人・相続分・遺産分割」単著、『月刊警察』二卷八号
- 「民法つまづきの石（二）」単著、『不動産法律セミナー』一五卷八号
- 「権利者らしい外観を有する者への弁済」単著、『月刊警察』二卷九号
- 「民法つまづきの石（三）」単著、『不動産法律セミナー』一五卷九号
- 「抵当権とは何か」単著、『月刊警察』二卷一〇号
- 「民法つまづきの石（四）」単著、『不動産法律セミナー』一五卷一〇号
- 「婚約を考える」単著、『月刊警察』二卷一一号
- 「民法つまづきの石（五）」単著、『不動産法律セミナー』一五卷一一号

「仮登記とは何だ」単著、『月刊警察』二卷一二号

「民法つまづきの石（六）」単著、『不動産法律セミナー』一五卷一二号

一九八五（昭和六〇）年

「抵当権と短期貸借」単著、『月刊警察』三卷一号

「欠陥のある婚姻」単著、『月刊警察』三卷二号

「自動車・航空機・建設機械抵当」単著、『担保法大系（三）実体法・手続法・実務の交錯』（一九八五（昭和六〇）年三月、金融財政事情研究会）所収

「氏名の変更などの問題」単著、『月刊警察』三卷三号

「欠格・廃除・代襲相続」単著、『月刊警察』三卷四号

「借地権の存続期間」単著、『月刊警察』三卷五号

「不法行為責任・動物占有者責任」単著、『月刊警察』三卷六号

「借地権の対抗力」単著、『月刊警察』三卷七号

「婚姻の要件・効果等の問題」単著、『月刊警察』三卷八号

「遺言とは何か」単著、『月刊警察』三卷九号

「代理制度の二、三の問題」単著、『月刊警察』三卷一〇号

「契約と公正証書」単著、『月刊警察』三卷一一号

「相隣関係の諸問題」単著、『月刊警察』三卷一二号

一九八六（昭和六二）年

「非嫡出子とは何か」単著、『月刊警察』四卷一号

「責任無能力者の不法行為と監督義務者の責任」単著、『月刊警察』四卷二号

「親権をめぐる諸問題（一）」単著、『月刊警察』四卷二号

「親権をめぐる諸問題（二）」単著、『月刊警察』四卷四号

「重婚に関する諸問題」単著、『月刊警察』四卷五号

「改正割賦販売法と割賦購入あっせん」単著、『月刊警察』四卷六号

「契約の成立要件と履行不能の責任」単著、『月刊警察』四卷七号

「危険負担とは何か」単著、『月刊警察』四卷八号

「家族法と男女平等（日・韓・中三か国会議リポート）——婚姻・離婚における男女の平等」単著、『戸籍時報』

三四一号

「無主物先占・遺失物拾得・埋蔵物発見」単著、『月刊警察』四卷九号

「不動産登記簿の見方とその仕組み」単著、『月刊警察』四卷一〇号

「離婚の際に称していた氏を称した妻と氏の変更——戸籍実務の立場を中心として」単著、『家族法と戸籍』（一九八六

（昭和六一）年一〇月、テイハン）所収

「戸籍簿の見方とその仕組み」単著、『月刊警察』四卷一一号

「抵当権の基本的な考え方」単著、『月刊警察』四卷一二号

一九八七（昭和六二）年

「逃げた動物と捕獲者」単著、『月刊警察』五卷一号

「有責配偶者からする離婚請求」単著、『月刊警察』五卷二号

「抵当証券とは何か」単著、『月刊警察』五卷三号

「未成年者のした契約の効力」単著、『月刊警察』五卷四号

「クレジットカードの法律問題」単著、『月刊警察』五卷五号

「民法はどう変わるか（一）——特別養子制度とは何か」単著、『月刊警察』五卷六号

「親子関係における弱者保護（一）」単著、『戸籍時報』三五一号

「民法はどう変わるか（二）——養子縁組の要件」単著、『月刊警察』五卷七号

「親子関係における弱者保護（二）」単著、『戸籍時報』三五二号

「民法はどう変わるか（三）——死後離縁と離縁復氏」単著、『月刊警察』五卷八号

「外国人との法律問題」単著、『月刊警察』五卷九号

「扶養をめぐる問題点（一）」単著、『月刊警察』五卷一〇号

「扶養をめぐる問題点（二）」単著、『月刊警察』五卷一一号

「改正建物区分所有法について」単著、『月刊警察』五卷一二号

「現行養子制度の改正と意義（特集民法等の一部改正について——特別養子制度の成立）」単著、『法律のひろば』

四〇卷一二号

一九八八（昭和六三）年

「贈与の取消と書面による贈与」単著、『月刊警察』六卷一号

「不法原因給付をめぐる諸問題」単著、『月刊警察』六卷二号

「就籍について」単著、『法学紀要』三〇巻

「不動産取引と手付」単著、『月刊警察』六卷三号

「現行養子法に関連する改正」単著、『民法等の改正と特別養子制度』（一九八八（昭和六三）年三月、日本加除出版）所収

「相続人の不存在と特別縁故者についての問題点」単著、『月刊警察』六卷四号

「胎児の法律的な地位について」単著、『月刊警察』六卷五号

「『錯誤』の基本的な考え方」単著、『月刊警察』六卷六号

「不在者と失踪宣告」単著、『月刊警察』六卷七号

「詐欺により締結された契約」単著、『月刊警察』六卷八号

「債権譲渡について」単著、『月刊警察』六卷九号

「棄児と戸籍」単著、『民事研修』三七七号

「棄児の発見」単著、『月刊警察』六卷一〇号

「遺留分と遺留分減殺」単著、『月刊警察』六卷一一号

「相殺という制度について（一）」単著、『月刊警察』六卷一二号

「自動車抵当と即時取得」単著、『新訂版先例・判例銀行取引法』（一九八八（昭和六三）年十二月、金融財政事情研究会）所収

一九八九（昭和六三／平成元）年

「相殺という制度について（二）」単著、『月刊警察』七卷一号

「建築請負契約の問題点」単著、『月刊警察』七卷二号

「大深度地下利用に関する最近の問題」単著、『月刊警察』七卷二号

「養子制度についての改正について」単著、『司法研究所紀要』一卷

「無権代理人の責任」単著、『月刊警察』七卷四号

「留置権の成立要件に関連して」単著、『月刊警察』七卷五号

「故意・過失と違法性―違法性と過失」単著、『現代民事裁判の課題（七）―損害賠償』（一九八九（平成元）年六月、

新日本法規出版）所収

「夫婦別氏への最近の議論について」単著、『月刊警察』七卷六号

「根抵当権とは何か」単著、『月刊警察』七卷七号

「日本における非嫡出子の法律上の問題」単著、『新しい家族』一九八九年七月号

「自筆証書遺言と拇印―最近の判例から」単著、『月刊警察』七卷八号

「和解や示談はどのような契約か」単著、『月刊警察』七卷九号

「抵当権の実行と建物の運命―法定地上権を中心に」単著、『月刊警察』七卷一〇号

「共有物の管理について」単著、『月刊警察』七卷一―号

「法例の改正」単著、『月刊警察』七卷一―号、一九八九年一―月

一九九〇（平成二）年

「過失を考える（上）」単著、『月刊警察』八卷一―号

「人名に用いることができる漢字について」単著、『月刊警察』八卷三―号

「相続における実質的公平について」単著、『戸籍時報』三八四号

「非嫡出子をめぐる諸問題」単著、『司法研究所紀要』二卷

「樹木の取引と明認方法」単著、『月刊警察』八卷四号

「財産分離・相続の放棄と承認」単著、『不動産法律セミナー』二―卷四号

「熟慮期間の起算点」単著、『月刊警察』八卷五号

「遺言と遺留分について」単著、『不動産法律セミナー』二―卷五号

「不法行為の被害者の近親者からする慰謝料請求権など」単著、『月刊警察』八卷六号

「外国人との身分関係（上）」単著、『月刊警察』八卷七号

「外国人との身分関係（下）」単著、『月刊警察』八卷八号

「皇族の婚姻」単著、『月刊警察』八卷九号

「所有権という権利（上）」単著、『月刊警察』八卷一〇号

「わが国における協議離婚と意思確認（一）」単著、『戸籍時報』三九一―号

「所有権という権利（下）」単著、『月刊警察』八卷一一号

「わが国における協議離婚と意思確認（二）」単著、『戸籍時報』三九二号

「共有持分と特別縁故者への分与」単著、『民事研修』四〇四号

「占有権という権利（上）」単著、『月刊警察』八卷一二号

「わが国における協議離婚と意思確認（三）」単著、『戸籍時報』三九三号

一九九一（平成三）年

「占有権という権利（下）」単著、『月刊警察』九卷一号

「わが国における協議離婚と意思確認（四完）」単著、『戸籍時報』三九四号

「共有持分と特別縁故者への財産分与（上）」単著、『月刊警察』九卷二号

「共有持分と特別縁故者への財産分与（下）」単著、『月刊警察』九卷三号

「世界大会柔道選手権大会の代表選手選考会における参加資格の制限と主催者の裁量権を逸脱したとする慰謝料請求」共著、『司法研究所紀要』三三三

「無効登記の流用についての諸問題」単著、『司法研究所紀要』三三三

「呼称上の氏と戸籍（研究報告）」単著、『私法』五三三

「待婚期間と憲法違反」単著、『月刊警察』九卷四号

「借地法の改正と定期借地権」単著、『月刊警察』九卷五号

「日本の協議離婚について」単著、『戸籍時報』三九八号

「製造物責任」単著、『月刊警察』九卷六号

「要件と効果（特集 民法〔財産法〕のキーワード―これであなただも教科書が読める）」単著、『法学セミナー』三二八卷六号

「不動産取引と詐欺」単著、『刑事裁判実務大系』八卷（一九九一（平成三）年六月、青林書院）所収
「非嫡出子と差別」単著、『月刊警察』九卷七号

一九九一（平成四）年

「捜査に役立つ民法講義ノート（二）」単著、『捜査研究』四一卷六号

「アメリカの養子縁組事情」単著、『戸籍時報』四一二号

「捜査に役立つ民法講義ノート（二）」単著、『捜査研究』四一卷七号

「アメリカの離婚事情」単著、『戸籍時報』四一四号

「捜査に役立つ民法講義ノート（三）」単著、『捜査研究』四一卷八号

「捜査に役立つ民法講義ノート（四）」単著、『捜査研究』四一卷九号

「人工的な親子関係―いわゆる「代理母」をめぐる問題」単著、『戸籍時報』四一六号

「捜査に役立つ民法ノート（五）」単著、『捜査研究』四一卷一〇号

「家庭内暴力―アメリカの家庭における病巣」単著、『戸籍時報』四一七号

「捜査に役立つ民法講義ノート（六）」単著、『捜査研究』四一卷一一号

「不当利得と不法原因給付」単著、『捜査研究』四一卷一二号

一九九三（平成五）年

「イギリス時効法の概略（特集 金融取引と時効―その実務と理論）」共著、『手形研究』三七卷二号

「表見代理制度」単著、『捜査研究』四二卷一号

「短期貸借の保護と詐欺的短期貸借」単著、『捜査研究』四二卷二号

「不動産取引と不動産仲介業者の責任―調査・告知義務違反をめぐる判例を中心として（第一部民法の諸問題）」単著、『民法と著作権法の諸問題』（一九九三（平成五）年二月、法学書院）所収

「不動産取引と不動産仲介業者の責任―調査・告知義務違反をめぐる判例を中心として」単著、『民法と著作権法の諸問題／半田正夫先生還暦記念論文集』（一九九三（平成五）年二月、法学書院）所収

「氏の変更」単著、『戸籍時報』四二二号

「仮登記の機能について」単著、『捜査研究』四二卷三号

「契約締結上の過失と危険負担」単著、『捜査研究』四九六号

「法改正と解釈の確定について」単著、『続現代民法学の基本問題／石川利夫・内山尚三・黒木三郎先生古希記念論文集』（一九九三（平成五）年四月、第一法規）所収

「所有権の取得時効をめぐる問題点」単著、『捜査研究』四九七号

「開講にあたって」単著、『月刊警察』一一卷六号

「内縁と婚姻の成立」単著、『捜査研究』四二卷六号

「法と道德との関係」単著、『月刊警察』一一卷七号

「無権代理人の責任」単著、『捜査研究』四九九号

「法の諸分類」単著、『月刊警察』一一卷八号

「非嫡出子と相続問題」単著、『捜査研究』四二卷八号

「法の一般原則とその適用、解釈」単著、『月刊警察』一一卷九号

「保証と連帯保証を考える」単著、『捜査研究』四二卷九号

「不動産取引と手付の役割」単著、『捜査研究』四二卷一〇号

「法解釈―その具体的な方法」単著、『月刊警察』一一卷一〇号

「動産の即時取得」単著、『捜査研究』四二卷一一号

「法解釈―その具体的な方法（続）」単著、『月刊警察』一一卷一一号

「法源論―成文法の発展とその類型」単著、『捜査研究』四三卷一号

「不在者と失踪宣告」単著、『捜査研究』四二卷一二号

「認知の取り消しについて」単著、『民法基本論集（第Ⅶ卷家族）』（一九九三（平成五）年一二月、法学書院）所収

「夫婦の氏・親子の氏」単著、『家族法改正の課題／日本加除出版五〇周年記念論文集』（一九九三年一二月、日本

加除出版）所収

一九九四（平成六）年

「離婚原因」単著、『戸籍時報』四三一号

「債務の弁済の問題点」単著、『捜査研究』四三卷一号

- 「協議上の離婚における『離婚意思の問題』について」単著、『戸籍時報』四三一号外号（特集号）
- 「法源論―不文法の特徴とその類型」単著、『月刊警察』一二卷一号
- 「抵当権と法定地上権」単著、『捜査研究』四三卷二号
- 「委任と解除―その判例の動向と分析を中心として」単著、『日本法学』五九卷四号
- 「法と法学の歴史」単著、『月刊警察』一二卷二号
- 「相続と相続人となれない者―相続・相続分・相続欠格・廃除」単著、『捜査研究』四三卷三号
- 「法と法学の歴史（続）」単著、『月刊警察』一二卷四号
- 「借地権と新しい借地借家法」単著、『捜査研究』四三卷四号
- 「日本の法と法学の発展（一）」単著、『月刊警察』一二卷五号
- 「履行遅滞責任について」単著、『捜査研究』四三卷五号
- 「日本の法と法学の発展（二）」単著、『月刊警察』一二卷六号
- 「通謀虚偽表示による行為の効力」単著、『捜査研究』四三卷六号
- 「仮登記担保契約に関する法律」単著、『捜査研究』四三卷七号
- 「日本の現行法制度」単著、『月刊警察』一二卷八号
- 「特別養子制度」単著、『捜査研究』四三卷八号
- 「日本国憲法の基本原理」単著、『月刊警察』一二卷九号
- 「建物建築請負契約の問題点」単著、『捜査研究』四三卷九号

「基本的人権（二）」单著、『月刊警察』一二卷一〇号

「遺言と遺留分」单著、『捜査研究』四三卷一〇号

「基本的人権（二）」单著、『月刊警察』一二卷一一号

「不法行為の被害者の近親者からする慰謝料請求権など」单著、『捜査研究』四三卷一一号

「基本的人権（三）」单著、『月刊警察』一二卷一二号

一九九五（平成七）年

「民法の基本原則（五）——相続制度について」单著、『月刊警察』一三卷一〇号

「共有制度をめぐる諸問題」单著、『捜査研究』四四卷一〇号

「統治の機構とその機能（二）」单著、『月刊警察』一三卷一号

「子の氏に関する諸問題（民法改正への視点一）」单著、『月刊民事法情報』一〇〇号

「債権者代位権と債権者取消権（二）——債務者による消極的妨害に対する救済」单著、『捜査研究』四四卷一号

「家族法の改正と社会との関係」单著、『戸籍時報〈特別増刊号〉』四四四号

「統治の機構とその機能（二）」单著、『月刊警察』一三卷二号

「債権者代位権と債権者取消権（二）」单著、『捜査研究』四四卷一号

「統治の機構とその機能（三）」单著、『月刊警察』一三卷二号

「代襲相続の諸問題」单著、『捜査研究』四四卷二号

「民事裁判制度（二）」单著、『月刊警察』一三卷四号

- 「非典型担保としての譲渡担保（二）——譲渡担保契約の諸問題」単著、『捜査研究』四四卷四号
- 「民事裁判制度（二）」単著、『月刊警察』一三卷四号
- 「民法の基本原則（二）」単著、『月刊警察』一三卷六号
- 「非典型担保としての譲渡担保（二）」単著、『捜査研究』四四卷六号
- 「相続人の不存在と財産分与請求権」単著、『捜査研究』四四卷七号
- 「民法の基本原則（二）——民法総則の機能と内容」単著、『月刊警察』一三卷七号
- 「民法の基本原則（三）——財産法と家族法の構造」単著、『月刊警察』一三卷八号
- 「同時死亡の推定と相続」単著、『捜査研究』四四卷八号
- 「民法の基本原則（四）——財産法と家族法の構造」単著、『月刊警察』一三卷九号
- 「相続回復請求権」単著、『捜査研究』四四卷九号
- 「共有制度をめぐる諸問題」単著、『捜査研究』四四卷一〇号
- 「農業共同組合の役員の義務と責任（二）——農業共同組合の変化とその期間及び役員の地位」単著、『JA金融法務』二七六号
- 「商法の基本原則（二）」単著、『月刊警察』一三卷一一号
- 「行為能力と無能力者制度」単著、『捜査研究』四四卷一一号
- 「商法の基本原則（二）」単著、『月刊警察』一三卷一二号
- 「行為能力と無能力者制度（二）」単著、『捜査研究』四四卷一二号

一九九六(平成八)年

「手形と不当利得」単著、『捜査研究』四五卷一号

「商法の基本原理 (三)」単著、『月刊警察』一四卷一号

「社会法の生成と発展 (一)」—社会法の理論的基礎と労働法」単著、『月刊警察』一四卷二号

「留置権—その意義と成立 (二)」単著、『捜査研究』四五卷二号

「留置権 (二)」—留置権の効力とその証明」単著、『捜査研究』四五卷三号

「社会法の生成と発展 (二)」—個別的労働関係法」単著、『月刊警察』一四卷四号

「相続の平等と寄与分」単著、『捜査研究』四五卷四号

「社会法の生成と発展 (三)」—集团的労働関係法と雇用保障法」単著、『月刊警察』一四卷五号

「新しい借地借家法と供託」単著、『捜査研究』四五卷五号

「社会法の生成と発展 (四)」—社会保障法と社会福祉法」単著、『月刊警察』一四卷六号

「共同不法行為に関連する問題—交通事故と医療過誤の競合」単著、『捜査研究』四五卷六号

「社会法の生成と発展 (五)」—経済法」単著、『月刊警察』一四卷七号

「抵当権とその効力—抵当権実行に伴う効力」単著、『捜査研究』四五卷七号

「建築途中の建物の法的性格」単著、『捜査研究』四五卷八号

「犯罪捜査と刑事裁判」単著、『月刊警察』一四卷九号

「権利能力なき社団とその法律関係」単著、『捜査研究』四五卷九号

「手形と不当利得」単著、『捜査研究』四五卷一〇号

「民事訴訟法の改正概要」単著、『月刊警察ヴァリアント』一四卷一〇号

「移転登記未了の段階の相続」単著、『月刊警察ヴァリアント』一四卷二一号

「中間省略登記」単著、『二二世紀の民法―小野幸二教授還暦記念論集』（一九九六（平成八）年二月、法学書院）所収

「離婚の同意をしていないのに離婚届出をされそうな場合の措置」単著、『月刊警察ヴァリアント』一四卷二二号

「集合物と譲渡担保―先取特権と集合物譲渡担保」単著、『捜査研究』四五卷一二号

一九九七（平成九）年

「不動産取引と手付」単著、『月刊警察ヴァリアント』一五卷一号

「各種の特殊不法行為」単著、『捜査研究』四六卷一号

「火災による損害賠償」単著、『月刊警察ヴァリアント』一五卷二号

「任意代理と法定代理―復代理人との関係」単著、『捜査研究』四六卷二号

「履行遅滞による契約解除」単著、『月刊警察ヴァリアント』一五卷三号

「担保・保証」単著、『捜査研究』四六卷二号

「非債弁済」単著、『月刊警察ヴァリアント』一五卷四号

「税理士の損害賠償責任とその対策（一）〈特集〉」単著、『税務弘報』四五卷五号

「不動産の二重処分と犯罪の成否―二重譲渡者の責任（一）」単著、『捜査研究』四六卷四号

「双務契約と危険負担論」単著、『月刊警察ヴァリアント』一五卷五号

「不動産の二重処分と犯罪の成否——二重譲渡者の責任（二）」単著、『捜査研究』四六卷五号

「非債弁済」単著、『捜査研究』四六卷五号

「婚姻なき同棲の保護」単著、『月刊警察ヴァリアント』一五卷六号

「不動産の二重処分と犯罪の成否——二重譲渡者の責任（三）」単著、『捜査研究』四六卷六号

「定期借地権とその利用」単著、『月刊警察ヴァリアント』一五卷七号

「公正証書原本不実記載罪——中間省略登記（二）」単著、『捜査研究』四六卷七号

「戸籍と公正証書原本不実記載罪——実親子関係の種類と分類（二）」単著、『捜査研究』四六卷八号

「相続と寄与分」単著、『月刊警察ヴァリアント』一五卷九号

「重婚——戸籍と届出」単著、『捜査研究』四六卷九号

「交通事故と医療過誤の競合」単著、『新・現代損害賠償講座五』（一九九七（平成九）年九月、日本評論社）所収

「相続回復請求権」単著、『月刊警察ヴァリアント』一五卷一〇号

「不動産登記と犯罪——権利証と保証証による登記」単著、『捜査研究』四六卷一〇号

「約束手形と口座開設に関する犯罪」単著、『捜査研究』四六卷一一号

「代理受領」単著、『月刊警察ヴァリアント』一五卷一二号

「融通手形と詐欺罪」単著、『捜査研究』四六卷一二号

一九九八（平成一〇）年

- 「代襲相続」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷一号
- 「変形担保と犯罪―代理受領と犯罪」単著、『捜査研究』四七卷二号
- 「贈与契約―無償契約の典型」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷二号
- 「変形担保と犯罪―譲渡担保と犯罪」単著、『捜査研究』四七卷二号
- 「詐欺による不動産取引と善意の第三者」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷二号
- 「不当利得と不法原因給付（一）」単著、『捜査研究』四七卷四号
- 「数人が関与する不法行為（いわゆる共同不法行為）」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷四号
- 「死亡直前の婚姻の成立」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷五号
- 「不当利得と不法原因給付（二）」単著、『捜査研究』四七卷五号
- 「員外貸付と犯罪―農協等の員外貸付の効力との関係」単著、『捜査研究』四七卷六号
- 「抵当権の実行と賃借権」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷六号
- 「無能力者による契約の取消しとその効果」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷七号
- 「自力救済と犯罪（一）」単著、『捜査研究』四七卷七号
- 「委任と自由解約権」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷八号
- 「小切手と犯罪―小切手の過振と犯罪」単著、『捜査研究』四七卷八号
- 「戸籍とその記載」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷九号

「自力救済と犯罪―（二）民事不介入との関連」単著、『捜査研究』四七卷九号

「譲渡担保権はなぜできたのか」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷一〇号

「保証書による登記と犯罪」単著、『捜査研究』四七卷一〇号

「予告登記」単著、『新・不動産登記講座（三）―総論（三）』（一九九八（平成一〇）年一月、日本評論社）所収

「相続回復請求権について」単著、『新世紀へ向かう家族法―中川淳先生古稀祝賀論集』（一九九八（平成一〇）年

一月、日本加除出版）所収

「氏名の変更」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷一一号

「偽造登記と犯罪」単著、『捜査研究』四七卷一一号

「相続財産の遺留分」単著、『月刊警察ヴァリアント』一六卷一二号

「失火をめぐる民事・刑事の問題点」単著、『捜査研究』四七卷一二号

一九九九（平成一二）年

「正当防衛と緊急避難」単著、『捜査研究』四八卷一号

「不動産の取得時効と登記」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷一号

「保証債務と連帯保証」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷二号

「消費貸借（融資）と犯罪―いわゆる「浮き貸し」の問題」単著、『捜査研究』四八卷二号

「内縁と相続」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷三号

「臓器移植と法―「臓器移植に関する法律」をテーマとして」単著、『捜査研究』四八卷三号

- 「欠格と廃除（二）―欠格とは何か」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷四号
- 「導入預金と犯罪」単著、『捜査研究』四八巻四号
- 「欠格と廃除（二）―廃除とは何か」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷五号
- 「『預金者の確定』と『準占有者に対する弁済』―犯罪に関連して」単著、『捜査研究』四八巻五号
- 「契約の解除と手付の返還」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷六号
- 「責任無能力者の行為とその責任負担」単著、『捜査研究』四八巻六号
- 「婚姻の意思と仮装婚姻」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷七号
- 「共同不法行為と同時傷害」単著、『捜査研究』四八巻七号
- 「離婚意思と仮装離婚」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷八号
- 「権利能力なき社団」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷九号
- 「通謀虚偽表示と犯罪（二）」単著、『捜査研究』四八巻九号
- 「民法上の氏と呼称上の氏―呼称上の氏の形成と発展」単著、『現行戸籍制度五〇年の歩みと展望―戸籍法五〇周年記念論文集』（一九九九（平成一一）年一〇月、日本加除出版）所収
- 「和解契約」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷一〇号
- 「通謀虚偽表示と犯罪（二）―公正証書原本不実記載罪と強制執行不正免脱の罪」単著、『捜査研究』四八巻一〇号
- 「相続の際の考慮期間―自己のために相続の開始があつたことを知った時」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷一一号

「犯罪の成立と親族関係」単著、『捜査研究』四八卷一一号

「讓渡担保と横領罪―債務者による讓渡担保目的物の処分を巡って」単著、『法学紀要／石川才顕教授追悼論文集』

第四〇卷別卷

「中間省略登記」単著、『月刊警察ヴァリアント』一七卷一二号

二〇〇〇（平成一二）年

「姻族関係の終了と氏」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷一号

「交通事故と医療過誤〈報告二〉」単著、『交通法研究』二八号（交通事故における責任の競合と分担）

「特別受益者の相続分」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷二号

「医薬品副作用被害救済制度と民事責任」単著、『日本法学』六五卷四号

「通謀虚偽表示（一）」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷二号

「金銭の所有権と財産犯罪」単著、『捜査研究』四九卷三号

「日本における戸籍制度の特色について」単著、『司法研究所紀要』一一卷

「通謀虚偽表示（二）」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷四号

「財産犯と民法」単著、『現代刑事法』二卷四号

「日本における身分登録制度について―戸籍制度を中心として〈第一三回アジア家族法三か国会議報告〉」単著、『戸籍時報』五一三卷

『戸籍時報』五一三卷

「民法改正と成年後見制度」単著、『捜査研究』四九卷四号

- 「民法改正と成年後見制度」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷六号
- 「準正嫡出子と相続分」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷六号
- 「遡及的法律関係と第三者」単著、『月刊民事法情報』一六五号
- 「刑事時効と民事時効」単著、『捜査研究』四九卷六号
- 「一度した遺言をやめにするか―遺言の撤回について」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷七号
- 「条件とその妨害」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷八号
- 「動産の即時取得と盗品等」単著、『捜査研究』四九卷八号
- 「契約の締結費用と債務の弁済費用」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷九号
- 「戸籍と犯罪捜査」単著、『捜査研究』四九卷九号
- 「代理権の濫用」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷一〇号
- 「代理と顕名と代理権濫用」単著、『月刊民事法情報』一六九号
- 「名誉毀損と民法・刑法」単著、『捜査研究』四九卷一〇号
- 「建物賃貸借における権利金と敷金」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷一一号
- 「抵当権の効力と土地と建物」単著、『月刊民事法情報』一七〇号
- 「懲戒権の行使と犯罪」単著、『捜査研究』四九卷一一号
- 「代襲相続制度」単著、『月刊警察ヴァリアント』一八卷一二号

二〇〇一（平成一三）年

- 「外国人との婚姻に際しての氏」単著、『月刊警察ヴァリアント』一九卷一号
- 「抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲——設定後の従物を中心として」単著、『月刊民事法情報』一七二号
- 「日常家事債務と夫婦の責任」単著、『月刊警察ヴァリアント』一九卷二号
- 「自己契約の効力」単著、『月刊警察ヴァリアント』一九卷四号
- 「紛争と和解」単著、『月刊警察ヴァリアント』一九卷五号
- 「死亡退職金と相続」単著、『月刊警察ヴァリアント』一九卷六号
- 「夫婦の財産関係について」単著、『月刊警察ヴァリアント』一九卷七号
- 「日常家事債務と表見代理責任」単著、『月刊民事法情報』一七八号
- 「人工授精と代理母」単著、『月刊警察ヴァリアント』一九卷一〇号
- 「転用物訴権と不当利得」単著、『月刊民事法情報』一八一号
- 「土地取引と面積の過不足——いわゆる縄伸び・縄縮み」単著、『月刊警察ヴァリアント』一九卷一一号
- 「債務不履行と不法行為」単著、『月刊警察ヴァリアント』一九卷一二号

二〇〇二（平成一四）年

- 「動産の即時取得の問題点」単著、『月刊民事法情報』一八四号
- 「民法における『過失』の概念」単著、『月刊警察ヴァリアント』二〇卷二号
- 「共有物はどのように取り扱うのか」単著、『月刊警察ヴァリアント』二〇卷三号

「賃借権の解除と転貸借」単著、『月刊警察ヴァリアント』二〇卷五号
「無効行為の転換と判例」単著、『月刊警察ヴァリアント』二〇卷六号
「婚姻届出がされていないと夫婦としての保護は受けられないのか」単著、『月刊警察ヴァリアント』二〇卷七号
「登記請求権と中間省略登記請求」単著、『月刊民事法情報』一九〇号
「中間省略登記の効果」単著、『月刊警察ヴァリアント』二〇卷八号
「請負契約と委任契約」単著、『月刊警察ヴァリアント』二〇卷九号
「失火責任法による損害賠償の限定と特殊不法行為責任などとの関係」単著、『月刊民事法情報』一九二卷
「失火と特殊不法行為」単著、『月刊警察ヴァリアント』二〇卷一〇号
「相続に際しての問題——法定単純承認と相続債務」単著、『月刊警察ヴァリアント』二〇卷一一号
「遺言が発見されたら——遺言と検認」単著、『月刊警察ヴァリアント』二〇卷一二号

二〇〇三（平成一五）年

「先順位抵当権と後順位抵当権」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷一号
「不安の抗弁権」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷二号
「遺留分と遺留分の放棄」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷三号
「書面による贈与」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷五号
「売買契約と果実の帰趨」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷六号
「特定物と保管義務」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷七号

「契約締結上の過失の理論とその発展」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷八号

「一括競売権の改正」単著、『月刊民事法情報』二〇三号

「履行遅滞後に生じた履行不能はどのような責任を生じるか」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷九号

「保証と連帯保証―保証の補充性と連帯保証の非補充性」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷一〇号

「担保法はどう変わったか―抵当権の実行妨害行為の抑制に向けた法整備の概要」単著、『月刊警察ヴァリアント』

一一卷一一号

「債権者代位権の転用形態」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷一一号

「主物と従物との相互関係を考える」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷一二号

二〇〇四（平成一六）年

「留置権は認められるか―物と債権の牽連性」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷一号

「相続人の廃除とはどのようなものか―親子の縁を切ることは困難」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷二号

「和解契約とその効力」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷三号

「いわゆる転用物訴権をめぐる判例等の変遷―ブルドーザー事件からビル改修工事事件」単著、『月刊民事法情報』

一一〇号

「抵当権と収益管理」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷四号

「同時死亡推定規定と相続問題」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷四号

「『真正なる登記名義の回復』という登記原因について」単著、『月刊民事法情報』一九九号

- 「契約と公正証書」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷五号
- 「同時履行の抗弁権と紛争解決の一回性」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷六号
- 「借地期間の満了と賃貸借―借地借家法と借地権」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷七号
- 「信賴利益と履行利益―信賴利益による損害賠償が問題となる場合を中心として」単著、『月刊民事法情報』二二四号
- 「法人の不法行為」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷八号
- 「背信的悪意者からの取得」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷九号
- 「相殺についての諸問題（一）」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷一〇号
- 「相殺についての諸問題（二）」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷一一号
- 「名付けと名付け制限」単著、『月刊民事法情報』二二八号
- 「準正嫡出子とはどのようなものか」単著、『月刊警察ヴァリアント』二二卷一二号

二〇〇五（平成一七）年

- 「両親が同意を撤回した場合における特別養子縁組」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷一号
- 「不動産の附合と所有権」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷二号
- 「遺失物の取得と報労金」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷三号
- 「遺留分と遺留分の放棄」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷四号
- 「建築請負契約と目的物の所有権の帰属をめぐる」単著、『月刊民事法情報』二三三三号
- 「名付けと名付け制限」単著、『日本法学』七一卷一号

- 「抵当権者の同意による賃貸借権の優先制度について」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷五号
- 「不動産登記法改正―権利証がなくなり保証書による登記が廃止された」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷六号
- 「同時履行の抗弁権と当事者間の公平性」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷七号
- 「抵当権実行と後順位抵当権者」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷八号
- 「表見代理と狭義の無権代理」単著、『月刊民事法情報』二二七号
- 「狭義の無権代理と表見代理」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷九号
- 「産業廃棄物処理施設の建設・操業の差止めについて〈研究ノート〉」単著、『日本法学』七一卷二号
- 「取得時効の成立要件―時効要件としての「所有の意思」について」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷一〇号
- 「履行遅滞と履行期の到来」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷一一号
- 「委任契約の意義と委任契約の終了」単著、『月刊民事法情報』二三〇号
- 「動機の錯誤について」単著、『月刊警察ヴァリアント』二三卷一二号

二〇〇六（平成一八）年

- 「無権利者からの動産の取得」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷一号
- 「胎児の相続上の権利について」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷二号
- 「譲渡担保はなぜ生まれてきた制度か」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷三号
- 「凍結精子による妊娠出産と父子関係」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷四号
- 「人工的な親子関係―最近の判例から新しい問題を考える」単著、『月刊民事法情報』二三五号

- 「預金者保護法と債権の準占有者弁済」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷五号
- 「盗品の即時取得と利用利益の帰属」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷六号
- 「抵当権に関する法改正と抵当権の効力」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷七号
- 「不法行為による損害賠償請求権の消滅」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷八号
- 「不動産収益執行と物上代位と果実」単著、『月刊民事法情報』二三九号
- 「過失相殺と被害者」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷九号
- 「身内の死亡事故による慰謝料の請求」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷一〇号
- 「留置権の成立要件としての「牽連性」」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷一一号
- 「第三者が錯誤無効を主張できる場合」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷一二号
- 「取得時効と自主占有―相続は新権限か」単著、『月刊民事法情報』二四三号

二〇〇七（平成一九）年

- 「表見代理規定の競合適用について」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷一号
- 「無償契約としての贈与」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷二号
- 「戸籍制度の特色と個人情報」単著、『二一世紀の家族と法―小野幸二教授古稀記念論集』（二〇〇七年三月、法学書院）所収
- 「権利の行使と自力救済」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷三号
- 「同時履行の抗弁権と不安の抗弁」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷四号

「事務管理概念といわゆる準事務管理について」単著、『月刊民事法情報』二四七号

「事務管理の意義と性質」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷五号

「特定物と善管注意義務」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷六号

「同時死亡の推定規定と相続」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷七号

「時効の完成と完成後の債務の承認」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷八号

「日本における不動産制度の構造と土地利用権保護（二）——法定地上権との関係」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷九号

「日本における不動産制度の構造と土地利用権保護（二）——一括競売権などとの関係」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷一〇号

「抵当権による物上代位と保険金請求権をめぐる問題」単著、『月刊民事法情報』二五三三号

「時効と占有規定」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷一一号

「親子の氏—子の氏変更の問題を中心として」単著、『月刊警察ヴァリアント』二五卷一二号

二〇〇八（平成二〇）年

「扶養の必要性と法—私的扶養の優先」単著、『月刊警察ヴァリアント』二六卷一号

「期限とその到来—特に期限付の金銭消費貸借契約を考えながら」単著、『月刊警察ヴァリアント』二六卷二号

「不法原因給付という制度とその運用」単著、『月刊警察』二六卷三号

「第三者による債権侵害」単著、『月刊民事法情報』二五九号

「不法行為における過失相殺と被害者側の範囲」単著、『月刊警察』二六卷六号
「代理という制度の機能と代理行為の方式」単著、『月刊警察』二六卷七号
「詐欺による契約の効力」単著、『月刊警察』二六卷八号
「物権法の基本ルールとしての物権法定主義」単著、『月刊警察』二六卷一一号
「不動産貸借権に認められた物権並の効力」単著、『月刊警察』二六卷一二号
「消費者団体訴訟制度の改正について」単著、『月刊税務事例』四〇卷一二号
「人為的な親子関係」単著、『現代日本の法と政治―粕谷進先生古稀記念』（二〇〇八年二月、信山社）所収

二〇〇九（平成二一）年

「取消し・解除と登記」単著、『月刊警察』二七卷一号
「復代理人行為とその責任」単著、『月刊警察』二七卷二号
「失踪宣告とは何か（一）―失踪宣告とその効力」単著、『月刊警察』二七卷四号
「危険負担債権者主義の適用について」単著、『月刊民事法情報』二七二号
「失踪宣告とは何か（二）―失踪宣告が間違っていたら」単著、『月刊警察』二七卷七号
「動産取引と占有改定」単著、『月刊民事法情報』二七四号
「企業責任」単著、『月刊民事法情報』二七八号

二〇一〇（平成二二）年

「二重譲渡者の責任」単著、『警察学論集』六三卷四号

「二重譲受人の責任」単著、『警察学論集』六三卷五号

「譲渡担保と犯罪」単著、『警察学論集』六三卷六号

「金銭所有権と犯罪」単著、『警察学論集』六三卷七号

「通謀虚偽表示と犯罪」単著、『警察学論集』六三卷八号

「不法原因給付と横領」単著、『警察学論集』六三卷九号

「自力救済（自救行為）と犯罪」単著、『警察学論集』六三卷一〇号

「動産の即時取得と盗品等に関する罪」単著、『警察学論集』六三卷一一号

「責任能力をめぐって」単著、『警察学論集』六三卷一二号

二〇一一（平成二三）年

「消費貸借（融資）と犯罪——いわゆる「浮き貸し」の問題」単著、『警察学論集』六四卷一号

「失火責任をめぐって——民事過失と刑事過失」単著、『警察学論集』六四卷三号

「金銭所有権という概念と犯罪——民法と刑法との関係」単著、『日本法学』七六卷四号

「誤振込みによる預金債権の成否と犯罪」単著、『警察学論集』六四卷二号

「戸籍と犯罪」単著、『警察学論集』六四卷四号

「犯罪の成立と親族関係」単著、『警察学論集』六四卷六号

二〇一四（平成二六）年

「税理士の顧問契約上の義務の範囲と債務不履行の成否」共著、『法律のひろば』六七卷一号

Ⅲ 判例評釈・解説

「精神障害者の行為と両親の責任（昭和五八・二・二四最高一小判）（民法研究会二五）」単著、『ジュリスト』八一〇号、一九八四（昭和五九）年四月

「身元保証に関する法律五条に基づいて定められた賠償額を弁済した身元保証人から他の身元保証人に対してする求償請求を認容すべき限度（昭和六〇・五・二三最高一小判）（判例研究）」単著、『日本法学』五一巻二号、一九八五（昭和六〇）年八月

「仮登記担保権が設定された不動産の第三取得者と当該仮登記担保権の被担保債権の消滅時効の援用（昭和六〇・一一・二六最高一小判）（判例研究）」共著、『日本法学』五二巻三号、一九八七（昭和六二）年二月

「過失相殺率（二）——右折車と直進車との事故（昭和五一・一二・一二東京高判）」単著、『新交通事故判例百選』別冊ジュリスト九四号、一九八七（昭和六二）年九月

「マンション管理者からした建物区分所有法六〇条の規定に基づく暴力団組長に対する占有部分の明渡請求が認められた事例（昭和六二・七・一七最高一小判）」単著、『法律のひろば』四〇巻一〇号、一九八七（昭和六二）年一〇月

「マンション管理者からした建物区分所有法六〇条の規定に基づく暴力団組長に対する占有部分の明渡請求が求められた事例（昭和六二・七・一七最高一小判）」単著、『日本法学』五三巻一号、一九八八（昭和六三）年二月
「登録を受けている自動車と民法一九二条の適用の有無（昭和六二・四・二四最高一小判）（判例研究）」単著、『日本法学』五三巻二号、一九八八（昭和六三）年三月

「離婚後に婚氏の継続使用を選択した者が婚姻前の氏への氏変更を求めた事案において戸籍法一〇七条一項の規定にいう「やむを得ない事由」を緩和して適用した事例（昭和六二・一・一九広島高決）」単著、『日本法学』五四卷一号、一九八八（昭和六三）年六月

「期間の定めがある税理士顧問契約と民法六五一条一項の適用の有無（昭和六三・五・三一東京高判）」単著、『ジュリスト』九二三号、一九八八（昭和六三）年二月

「支払い拒否と銀行の責任」単著、『判例研究 取引と損害賠償―不法行為責任を中心として』（一九八九（平成元）年七月、商事法務研究会）所収

「公売委と法定地上権（昭和三七・九・四最高三小判）」単著、『担保法の判例』ジュリスト増刊一卷、一九九四（平成六）年四月

「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否（昭和五〇・四・八最高三小判）」単著、『家族法判例百選〈第五版〉』別冊ジュリスト一三三号、一九九五（平成七）年一月

「リボ払式カードの不正使用と保証人の責任（平成二・一一・一五仙台簡判）」単著、『消費者取引判例百選』別冊ジュリスト一三五号、一九九五（平成七）年二月

「詐害行為と詐害の意思（昭和四八・一一・三〇最高二小判）」単著、『民法判例百選（二）―債権〈第四版〉』別冊ジュリスト一三七号、一九九六（平成八）年三月

「詐害行為と価格賠償額算定の基準時（昭和五〇・一二・一最高二小判）」単著、『民法判例百選（二）―債権〈第四版〉』別冊ジュリスト一三七号、一九九六（平成八）年三月

- 「現代のビジネス・ロー単独名義での相続登記をなした者からの不動産の譲渡を受けた者の相続回復請求権の消滅時効の援用権（最高裁判決平成七・一二・五）」単著、『旬刊経理情報』八八八号、一九九七（平成九）年五月
- 「統一協会信者による献金勧誘行為と不法行為責任―平成九年四月一六日奈良地裁判決〈裁判例分析〉」単著、『月刊民事法情報』一三三三号、一九九七（平成九）年九月
- 「意思能力が不存在のままされた連帯保証契約が無効とされた事例（平成九・六・一一福岡地判）〈裁判例分析〉」単著、『月刊民事法情報』一三六号、一九九八（平成一〇）年一月
- 「遺産分割の合意解除と再分割協議の可否（平成二・九・二七最高一小判）」単著、『現代判例民法学の理論と展望―森泉章先生古稀祝賀論集』（一九九八（平成一〇）年九月、法学書院）所収
- 「取り壊された旧建物の残存部分であるプレハブ製の構築物が、旧建物の取壊しによって不動産登記法上の建物としての性質を失ったとされた事例（平成一〇・九・二八東京高判）」単著、『月刊民事法情報』一五一号、一九九九（平成一一）年四月
- 「在日韓国人夫の通称への氏の変更を許可した事例（東京高裁平成九・三・二八決定、大阪高裁平成九・五・一決定、横浜家裁小田原支部審判平成九・一二・二五横浜家小田原支審）」単著、『民商法雑誌』一二〇巻一号、一九九九（平成一一）年四月
- 「通行地役権の承役地の譲受人がする地役権設定登記の欠缺の主張と譲受人に対する地役権設定登記の請求事例（最判二小平成一〇・一二・一八最高一小判）」単著、『月刊民事法情報』一五三三号、一九九九（平成一一）年六月
- 「再婚前の氏への復氏者に生来の氏への変更を許可した例（平成一一・一二・六千葉家審判）」単著、『民商法雑誌』

一二四卷六号、二〇〇一（平成二三）年九月

「詐害行為と価格賠償額算定の基準時（昭和五〇・一二・一最高二小判）」単著、『民法判例百選（二）——債権（第五版）』別冊ジュリスト一六〇号、二〇〇一（平成二三）年一〇月

「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否（昭和五〇・四・八最高三小判）」単著、『家族法判例百選（第六版）』別冊ジュリスト一六二号、二〇〇二（平成一四）年五月

「虚偽出生届出による戸籍記載及び代諾縁組の戸籍訂正（平成一三・六・一一横浜家審判）」単著、『民商法雑誌』一二八卷六号、二〇〇三（平成一五）年九月

「【一】戸籍法施行規則六〇条に定める文字以外の文字を用いて子の名を記載したことを理由とする市町村長の出生届の不受理処分に対する不服申立て事件において家庭裁判所が該当文字が常用平易であることを理由に当該出生届の受理を命ずることの可否 【二】戸籍法施行規則六〇条に定める文字以外の文字である「曾」の字を子の名に用いることの可否（平成一五・二・二五最高三小決）」単著、『民商法雑誌』一二三卷一号、二〇〇四（平成一六）年一〇月

「詐害行為と価格賠償額算定の基準時（昭和五〇・一二・一最高二小判）」単著、『民法判例百選（二）——債権（第五版 新法対応補正版）』別冊ジュリスト一七六号、二〇〇五（平成一七）年四月

「婚氏統称者が再々離婚後に生来の氏への変更を求めた例（平成一五・八・八東京高決）」単著、『民商法雑誌』一二三卷四・五号、二〇〇五（平成一七）年八月

「一緒に飲酒した同僚の危険運転行為を止めなかったことを理由に損害賠償を認めた判例（平成一八・七・二八東

「京地判」単著、『月刊警察ヴァリアント』二四卷一〇号、二〇〇六（平成一八）年一〇月

「子の名に用いうる常用平易な文字ではないとした事例（平成一八・七・二六仙台高決）」単著、『民商法雑誌』一三七卷二号、二〇〇七（平成一九）年一〇月

「特別永住者の外国人登録上の名の変更を許可した事例（平成一九・五・二九東京高決）〈家事裁判例紹介〉」単著、『民商法雑誌』一三九卷一号、二〇〇八（平成二〇）年一〇月

「民法一七八条の引渡し―占有改定（昭和三〇・六・二最高一小判）」単著、『民法判例百選（二）―総則・物権（第六版）』別冊ジュリスト一九五号、二〇〇九（平成二一）年五月

執筆者紹介（掲載順）

北居 功	慶應義塾大学大学院法務研究科教授	藤村 和夫	日本大学教授
長谷川 貞之	日本大学教授	松本 幸一	日本大学教授
岡 孝	学習院大学法学部教授	金光 寛之	高崎経済大学地域政策学部准教授
高橋 めぐみ	日本大学准教授（商学部）		
小賀野 晶一	千葉大学法政経学部教授		
山口 斉昭	早稲田大学法学学術院教授		
峯川 浩子	常葉大学法学部准教授		
清水 恵介	日本大学教授		
胡 光輝	北陸大学未来創造学部准教授		
松嶋 隆弘	日本大学教授		
酒巻 俊之	日本大学教授（経済学部）		
藤川 信夫	日本大学教授		
大久保 拓也	日本大学教授		
工藤 聡一	日本大学教授		

Contemporary Issues and Perspectives in Modern Private Law

CONTENTS

Dedication

Isao Kitai, *Zur Erfüllung vom Veräußerungsunfähigen*

Sadayuki Hasegawa, *On the Normative Character of the Right to Voluntary Revocation in a Delegation*

Takashi Oka, *Analyse der Antworten der 47 Präfekturen auf die Anfrage des Innenministeriums im Juni 1893 bezüglich der üblichen Regeln der Mietkaution*

Megumi Takahashi, *Financial Leasing Transactions and the Revision of the Civil Code*

Shoichi Ogano, *Improper Dumping of Industrial Wastes and Administrative Subrogation*
—Focusing on the Mixture of Environmental Law and Civil Law—

Nariaki Yamaguchi, *Guidance which the Adverse Drug Reaction Suffering Relief System Gives to the Design of the Compensation System for Medical Injuries*

Hiroko Minekawa, *Professional Negligence and Corporate Liability in the USA*

Keisuke Shimizu, *Réflexion dans le droit des sûretés sur l'utilisation de l'argent à titre de sûreté*

Guanghui Hu, *Culpa in Contrahendo under Chinese Contract Law*

Takahiro Matsushima, *A Study concerning Regulations for Nuclear Damage*
—Focused upon the Complications between Hard Law, Soft Law and Case Law—

Toshiyuki Sakamaki, *Shareholders General Assembly Resolution
Revocation under Company Law*

Nobuo Fujikawa, *A Consideration of the Duty of Loyalty and
Non-Executive Directors
—The Code Concept of the Duty of Loyalty in the
U.S. and the Concept of General Duty of Directors
in the U.K., Point of contact with the British
Stewardship Code and Approved Persons
System—*

Takuya Ohkubo, *Independency and Supervisory Functions of
Non-Executive Directors in English Listed
Companies*

Soichi Kudo, *The International Community Facing the Demand
for the Reduction of Aviation Carbon Emissions*

Kazuo Fujimura, *Die Bedeutung des „法意“ in die Entscheidungen*

Koichi Matsumoto, *Mit Überlegung der offenen Teilklage*

Hiroyuki Kanemitsu, *Various Social Security Systems and
Profit-Loss Offset*

Career and Main Works of Professor Kazuhiro Yamakawa

○ 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

- ① 日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)
- ② CiNii (<http://ci.nii.ac.jp/>)

○ 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等が御座いましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1
(T E L) 03-5275-8510
(F A X) 03-5275-8537
(E-mail) kenjimu@law.nihon-u.ac.jp

委員長
副委員長
委員

// // // // //

東京都千代田区猿樂町二二一四 A&Xビル
印刷所 株式会社 メディオ
電話〇三二(三三九六) 八〇八八番

電話〇三（三二九六）八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 80 No. 3 January 2 0 1 5

Contemporary Issues and Perspectives
in Modern Private Law

Special Edition in Honour of
Professor Kazuhiro Yamakawa's 70th Birthday