

ISSN 0287-4601

日本法學

第八十五卷 第二号 2019年9月

日本大学法学部

創設百三十周年記念号

日本大学法学会

日本法学 第八十四卷第四号 目次

論 說

裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする
控訴についての控訴審の審査のあり方 …… 柳 瀬 昇

—— 統々・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題 ——

ブレグジットとイギリス憲法 …… 加 藤 紘 捷

—— 二〇一六年国民投票における「国民のウェイトの意味するところ」 ——

裁判員裁判は民主化の進展に役立っているか …… 船 山 泰 範

翻 訳

期限付きの官任用は、法律上の通例として許容されるのか …… ウドー・フィンク
長谷川福造 訳

「ローマ法と法学教育」 …… ヴィンチエンザ・サチーニ
菊池 肇哉 訳

研究ノート

学校における信教の自由 …… 岡 田 俊 幸

—— 公立学校における祈禱の禁止に関するドイツの判例 ——

婚姻破綻時における日常家事に関する一考察 …… 大 杉 麻 美

資 料

宮崎道三郎博士講述『比較法制史』緒言及び …… 吉原 達也 編
第一部 羅馬法制史

論 說

租税法における解釈のあり方 …… 今 村 隆
—— 比較法的研究に基づく考察 ——

雑 報

日本法学 第八十四卷 索引

日本法学 第八十五卷第一号 目次

資 料

宮崎道三郎博士講述『比較法制史』 …… 吉原 達也 編
第二部 独逸法制史

論 說

会計年度の変遷と松方正義 …… 甲 斐 素 直

日本大学法学部

創設百三十周年記念号

刊行の辞

明治二二（一八八九）年一〇月四日、学祖山田顕義伯爵によって日本大学の原点である日本法律学校が創立されました。それ以来一三〇年の歳月を経て、令和元年（二〇一九）一〇月、日本大学法学部が創設一三〇周年という記念すべき年を迎えられましたことは、法学部教職員一同にとってこのうえない喜びであります。

今日、少子高齢化が進む中、一八歳人口の大幅な減少が予想され、また文部科学省による入学定員超過率及び定員充足率の引き下げとその管理の厳格化等により、本学のみならず私立大学を取り巻く環境は非常に厳しいものとなっております。そのような状況の下、我々法学部の教職員一同は、法学部の長い歴史と伝統を誇りに、一丸となって教育、研究及び学部運営に取り組んでいかなければなりません。長い歴史と伝統に安住することなく、法学部をさらに発展させるために「社会において魅力ある学部」「社会の注目を集める学部」を目指して精一杯努力していかなければなりません。

一三〇周年記念事業としては、令和元年一〇月四日に大学本部が主催する日本大学創立一三〇周年記念式典・祝賀会が開催されます。また、法学部では創設一三〇周年を記念して政経研究所主催のシンポジウム、法学部校友会の後援による日本大学管弦楽団の特別演奏会、法学部所蔵のコレクションの展示会等が開催されます。

大学にとって学生の教育は最も重要な職務であります。教育と研究は一体のものであり、研究活動も教員にとって重要な職務の一つです。そこで、この記念すべき年に、法学部では創設一三〇周年記念事業の一環として、教育と並んで大学の大きな使命である研究に関して、法学部の機関誌である『日本法学』『政経研究』そして『桜文論叢』

を法学部創設一三〇周年記念号として刊行することにしました。法学部創設一二〇周年の際には、記念事業として特別な『日本大学法学部創設百二十周年記念論文集』全三巻を刊行しましたが、今回は『記念論文集』という特別なものではなく、学部にも所属する専任教員の研究水準を端的に表している法学部機関誌を記念号という形式で刊行することにより、私たちの日常的な研究活動の一端を公表することにしました。日本大学法学部は、他の同僚大学の法学部とは異なり、法律学科に加えて政治経済学科、新聞学科、経営法学科、公共政策学科の五学科を擁しており、この五学科で展開されている専門科目を担当する専任教員の研究領域は多種多様です。それに加えて総合科目・外国語科目を担当する充実したスタッフにも恵まれています。この法学部創設一三〇周年記念号には、様々な分野の研究者を擁している法学部の誇るべき特質が反映されていると言えます。

この一三〇周年記念号の企画から刊行に至るまで、必ずしも十分な時間が確保されていた訳ではありません。そのような中で、この記念号に多数の多角的な研究論文をお寄せいただきました。玉稿をお寄せいただいた先生方に対し心よりお礼を申し上げます。また、窮屈な日程の中で、予定された期日通りに刊行して下さった機関誌編集委員会の委員の皆様のご努力に心より感謝の意を表します。さらに、決して潤沢とは言えない財政状態の中で、機関誌編集委員会を支えてくれた事務局の皆さんにも厚くお礼を申し上げます。

この記念号は、法学部創設一三〇周年を慶賀するのに相応しい論文集となりました。この一三〇周年記念号に寄せられた論稿が、それぞれの学界に裨益することを祈念して、刊行の辞といたします。

日本大学法学部長 小田 司

目 次

刊行の辞

宮崎道三郎博士の羅馬法講義について……………吉原達也……………一

商標法第三条第二項適用の要件

——特に、「出願に係る商標・商品」と「使用に係る商標・商品」との同一性について……………小川宗一……………三

委任における委任者の任意解除と「受任者の利益」

——債権法改正過程から見えたもの……………長谷川貞之……………七

民法一〇二条論

——法定代理人としての制限行為能力者をめぐる思索として……………清水恵介……………二九

私有地における集会の自由……………岡田俊幸……………一七五

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレート

ガバナンス・コード改訂、米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務……………藤川信夫……………二〇九

——株主主権の変容、買収防衛策の司法判断基準の接点——

組織内の個人過失における期待可能性 ——あずみの里事件を手がかりに——	……	船山泰範	……	二六九
船舶所有者の事業譲渡・会社分割と 海上労働契約の帰趨——船員法四三条の意義	……	南健悟	……	三七
原状回復における対価合意の意義 ——原物返還不能により償還すべき価額の算定をめぐって——	……	野中貴弘	……	三七
弁護士法制定と弁護士試験について ——議会での審議を中心に——	……	末澤国彦	……	四三
平等取扱原則と比例性	……	玉蟲由樹	……	四二
児童虐待防止に向けた警察関与の あり方について	……	尾田清貴	……	五三

宮崎道三郎博士の羅馬法講義について

吉原達也

はじめに

- 一 「羅馬法」講義の変遷
 - 二 宮崎博士の「羅馬法」講義
 - 三 「羅馬法律沿革論」―「羅馬法制史」との関係において―
- 小結―法律の沿革を研究する意義―

はじめに

宮崎道三郎博士^①は、「日本法制史研究の最初の専門家であると同時に、西洋に於ける近代的法制史研究法を輸入して、之を日本法制史研究に適用、実践した点に於ても最初の人である^②」と評されるが、明治二〇年代帝国大学法科大学において日本法制史を講ずるとともに、羅馬法及び比較法制史^③というかたちで西洋法制に関する講義も並行して行っていた時期があった。先に宮崎博士による講述『比較法制史^③』を手がかりに、博士の比較法制史方法論を中心に若干の検討を試みた^④が、本稿では、とくに宮崎博士がドイツ留学からの帰国した一八八八（明治二一）年以来数年間にわたって行ったと考えられる「羅馬法」講義に関心をもつものである。以下では、宮崎博士の「羅馬法」講義とはどのようなものであったか、そしていかなることをめざそうとしたか、その後の「比較法制史」講義といかなる関係にあるか三つの点について考察を進めることとしたい。

一 「羅馬法」講義の変遷

帝国大学草創期における「羅馬法」講義の変遷についてはこれまでも検討したことがある^⑤。ここでまず『東京帝国大学五十年史^⑥』からローマ法に関わる部分を再掲することにより、この間の事情をあらためて確認しておきたい。

一八八六（明治一九）年「法律学第一科（第二科） 第二年 羅馬法一年間毎週三時」、「羅馬法、法理学 穂積陳重」。

一八八七(明治二〇)年 「法律学科 英吉利部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時／佛蘭西部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時／独逸部 第一年 羅馬法 一年間毎週六時／第二年 羅馬法演習 一年間毎週三時」、
「羅馬法、法理学 穂積陳重／独乙法、羅馬法 ハイソリツヒ・ワイペルト」。

一八八八(明治二一年) 「明治二十一年十月法律学科及政治学科の学科課程を改正し、英吉利部、仏蘭西部及独逸部を改めて第一部第二部及第三部と為せり。」
「第一部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時／第二部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時／第三部 第一年 羅馬法 第一期、第二期 毎週六時、第三期 同四時／第一年 羅馬法演習 一年間毎週一時／第二年 羅馬法演習 一年間毎週三時」。

宮崎博士が、四年間に及ぶドイツ留学⁽⁷⁾から帰国したのは、一八八八(明治二一年)一〇月一九日のこと、同月二九日付で帝国大学教授に任用され、法科大学勤務となっている。⁽⁸⁾『五十年史』の記述から示されないのであるが、宮崎博士がこの年、「古代羅馬法」という科目を担当していたことは「法科大学教員受持学科表」(明治二十一年九月—明治二十二年七月)⁽⁹⁾によつて確認できる。⁽⁹⁾例年九月十一日に新学年の講義が始まるので、実際に講義を担当したのであれば、帰国との間に、二か月のほどのずれがあることになる。翌年の一八八九(明治二二年)には「法制沿革及び羅馬法」⁽¹⁰⁾を担当したが、この年は穂積博士及び外国人教師ヴァイペルトによる「羅馬法」が講じられていた最後の年にあたる。⁽¹¹⁾宮崎博士は、一八九〇(明治二三年)年も「法制沿革及び羅馬法」を担当するが、この年は穂積博士、ヴァイペルト講師も講義を担当せず、宮崎博士による「羅馬法」講義のみが行われたことになる。⁽¹²⁾一八九一(明治二四年)年、一八九二(明治二五年)年は「法制沿革、羅馬法並びに独乙法律史」の講義を担当した。⁽¹⁴⁾「独乙法制史」講義についての

最初の記事である。その後、一八九三(明治二六)年の講座制への移行に伴い、九月九日付で、羅馬法講座担任、法制史比較法制史講座兼任となり、翌一八九四(明治二七)年九月に戸水寛人博士教授任用・羅馬法講座担任に伴い、九月八日付で法制史比較法制史講座担任となった。¹⁶⁾

以上の『帝国大学五十年史』の記事からうかがえることは、先にも指摘したように、学科目編成が非常に複雑であり、一八八六—一八八七(明治一九—二〇)年には、「羅馬法」は、法律学科第一科、第二科共通で二年次配当になっている。当該の年度に実際穂積陳重博士による講義がどのように行われたのか、微妙な問題が残っているように思われる。さらに、一八八七—一八八八(明治二〇—二一)年を例にとれば、「羅馬法」は、英吉利部と仏蘭西部では第二年配当で毎週三時とされる一方、独逸部では第一年配当毎週六時とされ、少なくとも二つのローマ法講義が併行して行われた形になっている。しかも二年時には演習も科目になっており、これらの点をいかに調和させていたのか疑問の残るところである。一八八八(明治二一)年には、とくに第三部におけるローマ法の比重が大きくなっている。

この点に関して、近時デジタルアーカイブズとして公開されている『中央大学史資料集』、第三集「東京大学所蔵中央大学関係史料」資料番号二一八「法科大学教員受持学科表〔明治二十年九月—明治二十一年七月〕」¹⁷⁾はこの間の事情を今少し具体的に示してくるようと思われる。これによると、「羅馬法」は法律学科第一部第二年に配当され、第三年配当の法理学とともに穂積陳重博士の受持となっている。第二部には「羅馬法」は配当されていないが、第三部第一年の配当とされ、「ワイペルト」の受持となっていたことが確認できる(『文部省往復』明治二十二年報告と注記)。穂積博士はこのほかに、第二部一年の法学通論及び三年の法理学、政治学科一年の法学通論を受け持っていた。資料番号二一九「法科大学教授穂積陳重申報〔明治二十年九月—明治二十一年七月〕」¹⁸⁾は「明治廿年ヨリ明治廿一年ニ至ル

一学年中陳重ノ担当セシ学科左ノ如シ」として、「一 羅馬法に法律学科第一科第二年級」について、「羅馬法ニ於テハ学生ヲシテ欧州諸国ノ法律史ノ基礎ニ通セシメ併セテ沿革法理ノ大要ヲ知ラシムルヲ期セリ／法律学第一科第二年級ハ概シテ勤勉ナリ殊ニ学力拔群ナル者ハ犬塚勝太郎ナリシ」として、講義の成果について報告している。資料番号二五一「法科大学教員受持学科表（明治二十一年九月—明治二十二年七月）」¹⁹によれば、穂積博士は法律学科第一部第一年、第二年の「羅馬法」の第二年の刑法、第三年の法理学、第二部第二年の「羅馬法」を受け持っている。この年は、さらに第三部第一年、第二年の「羅馬法」を「ワイペルト」が受け持っているだけでなく、これと並行するかたちで独乙から帰国したばかりの宮崎博士が第三部第一年及び第二年に配当されている「古代羅馬法」の受持とされており、同じく第三部第一年配当の「ワイペルト」による「羅馬法」講義と並行して、宮崎博士による邦語講義も行われたという複雑な事情をうかがわせてくれる。²⁰

その一方で、一八九〇（明治二三）年になると、「明治二十三年に至り、……法典編纂の事業漸次進歩し、法典も逐次発布せられたれば、法律学科の授業は当然本邦法典を主とし、外国法は参考に資するに止むべきを以て同年九月法律学科及政治学科の科目に改正を加へ、法律学科を従来の如く三部に分けて組織する制を廃し、法律学科として毎年本邦法典其の他を授け、猶別に参考科として外国法を授くることとし、参考科を第一部第二部第三部と為せり。」²¹法典編纂事業の進展と共に、英法、仏法など外国法の授業が各部の参考科に位置づけられるようになり、相対的に比重が減じられていくのに対して、「羅馬法」は、「本邦法典」の講義と並んで、つねに中心的な科目としての位置を示し続けている。宮崎博士は、帰朝後、一八九四（明治二七）年に留学から帰国した戸水寛人博士が「羅馬法講座」担任となるまで、継続して「羅馬法」に関する講義を一貫して担当されてこられた。²²

二 宮崎博士の「羅馬法」講義

宮崎博士は、「比較法制史」の講義を担当される以前、先に見たように、一八九一（明治二四）年、一八九二（明治二五）年は「法制沿革、羅馬法並びに独乙法律史」の講義を担当されていた。このうち、「法制沿革」はのちの「法制史」ないし「日本法制史」に対応する科目と考えられるが、「羅馬法」と「独乙法律史」は、「比較法制史」と重なり合うところがある。当時の「羅馬法」講義の内容を伝える資料の²³一として、春木一郎博士²⁴による筆記ノートが京都大学法学部図書室に所蔵されている。春木博士は、一八九一（明治二四）年に帝国大学法科大学英法科に入学した第一年次に宮崎博士による「羅馬法」を受講した。書誌情報によると、「ROMAN LAW」というタイトル名で掲載され、別タイトルとして、「背表紙タイトル・宮崎先生東大羅馬法講義」とされている。注記として、「ペンにて書写したノートを製本したもの」「表紙裏に「東京帝國大學／法科大学明治廿四年／九月乃至同廿五年六月／（一週四時間）羅馬法／講義宮崎道三郎先生／法科大学英法一年生／春樹^{アツ}一郎筆記」と²⁵とされている。同資料は、本文最初の頁に「廿四年九月十四日」と記されている。末尾の頁には「明治廿五年六月九日終」と記されている。中間部分は、いくつかの区切りの日について日付が記載されており、これらを校合すると、月曜日と木曜日に二時間ずつ、合計週四時間の講義が行われたことが確認できる。分冊のノートが製本された間に綴じられた白紙部分に、次のような鉛筆書きが記されている。「明治廿四年乃至／廿五年乃講義／一週四時間／宮崎先生ハ精勤先生ノ一人トシテ譽ムベキモノニシテ缺勤全写筆中僅カニ一回ナリ又時間ノ開始モ他ノ先生ニ比スルニ早ク終ハ極メテ精確ニ時間通ナリ……」と。この春木博士のものと思われるメモ書きから、宮崎博士の講義が、一年を通じて休講は一度だけ、時間通り始まり終

わるというスタイルで貫かれていたことをうかがわせてくれる。

まず春木博士筆記による宮崎博士『羅馬法講義』の序にあたる部分を概観しておきたい。⁽²⁶⁾

「廿四年九月十四日」という日付から始まり、本文は、見開き右頁のみ一八頁と見開き一四頁に記載された全体で三〇頁ほどからなる。「Roman Lawの本論」に先だつて、講義の方針が語られる。「講義に種々の方法あり」として、「第一にR.I.「羅馬法、以下同じ」の沿革を申し、第二にR.I.の発達したる有様、Justinianの時のローマ法の概略を陳べん」と記され、全体が二部構成になることが予告される。本論では、前半冒頭に「羅馬法律沿革論」と標題が付けられているが、後半は「第二部」とのみ記されるだけで、特別な標題はなく、総則に始まり相続法に至るパンデクテン式編別によるローマ私法概説となっている。⁽²⁷⁾「今年はR.I.の時間多き故に詳細にせん」という言葉は、一八九一（明治二四）年は、前年までの週三時間から週四時間に変つた事情を示していると考えられるが、これに続いて「何故にHistoryに力を用ゆる事情を述べる」として、「法律の沿革を研究する必用」からローマ法を研究することの必要性が語られていく（春木筆記・一頁）。まずローマ法が「perfectなる」とされ、「R.I.の発達の模様の完美たる」ことは講義の中で次第に明らかにされることが予告される。「R.I.の発達の具備したるEuropeの学者が申す所では、Roman LawはGreeceのPhilosophyなり。Bothは古代に wonderful progressをなし、古代の双壁と謂ふべし」（春木筆記・二頁）として、ローマ法がギリシア哲学に匹敵する重要性をもつことが指摘される。

では、日本においてローマ法を研究することの意味はどのように考えられているか。このことは、「History」の問題と結びつけて語られてゆく。「何故此講義にHistoryに力を用ゆるか」（春木筆記・四頁）。「今日日本に於ては、Bolognaに於て盛んになつたと同じなり。」として、当時の日本に法学界の状況が、一二世紀にイタリアのボロー

ニヤで起こった法学の隆盛にたとえられているが、いかなる点が「同じ」とされるのか。「其同じ所以は」²⁸なる静止の State に注目」する点にある。日本の法を研究し、独、仏、英、ヨーロッパの法を研究するにしても、関心は「現今の」法に限られており、「少数が Historically に研究するにとどまっいる。フランスにおいては古代の沿革を研究する人はない。近世には法を「歴史的に」研究することが盛んであった時期もあつたが、その後は「歴史的を好まず」、法の沿革を研究する人はなく、ときに「うかつなり」と悪口をたたかれるほどである。まさにこのようなことが「日本の一新以来の社会の風習」となっており、「沿革を聞いて之を厭ふ」という当時の日本における法学の状況への懸念が語られる。「是れ深く考えざるの結果なり。然し学問上に於ては大欠点なり」(春木筆記・四―五頁)と記される。

こうした当時の日本の法学研究の風潮に対する宮崎博士の懸念は、ほぼ同じ時期にあたる一八九(明治二四)年五月に行われた講演にも現れている。²⁸その当時の法学研究の状況を、宮崎博士がどのように見ていたかを知る上で参考になる。

「日本に於いては、近来法学と申すものが実に盛大になりました、法律を教授する所の学校も沢山あれば、法学の法学をする書生の数も沢山あり、法学者と云へば、世間の需要も多くて、他の学者よりは、割合に好地位を得らる、¹であり、又書籍も著述や翻訳や雑誌や法律に關係あるものが夥しく、又諸学校にて教授する法律の科目も二三年前までは、西洋の法律が多かつたが、今日は諸法典を始め、盛に日本の法律を研究する¹になった。」「今日日本に於て法学と云ふものが此の如く盛大になり、独り日本の法律のみならず、海外の法律までも研究する¹になりましたは、学問上実に結構な¹であります、今日日本の法学が此の如く進歩したるに拘らず、世人の研究に怠つて居りまする

は、法律の沿革であります、是れは実に嘆息すべき一であると考えます。⁽²⁹⁾」

当時の欧洲においても法理の沿革に関心を有する学者として、メインの名前が挙げられているが、当時の比較法理学そのものについて、講義では簡単に触れられるにとどまる。一般向け講演の方ではこの点について、当時の状況を的確に紹介している。「法理学の面目を一新せんとする勢力がありますが、此の比較法律学と云ふものにして、益々盛大に至らば、亦世界の文明史上に一大影響を及ぼして来るで有うと思はれる。」⁽³⁰⁾として、その成果を将来に委ねられている。この当時の比較法理学ないし比較法学研究の動向について、宮崎博士は『比較法制史』の冒頭でも若干言及されるところであるが、ローマ法講義として対象が限定されていることもり、必ずしも積極的な関心は示されていないようにも見える。⁽³¹⁾むしろ宮崎博士においては日本法制史と外国法研究との架橋のため工夫が『比較法制史』⁽³²⁾はもとより羅馬法筆記録の随所に見受けられる。また筆記録には「ワイペル」⁽³⁴⁾「ト」⁽³⁴⁾「ルードルフ」⁽³⁵⁾の名前が挙げられ、外国人教師として来日した彼らが「日本の制度沿革」を勉強していたことに言及されている（春木筆記・五頁）。

ポローニヤの法学派は、ユスティニアヌス法典を「完美なる」ものとして、歴史的に研究することがなかった。「此法学者は時代の変遷について何の差異も知らず」、彼らはローマ法を「万古不易」「天下普通の法」と考えていた（春木筆記・六一七頁）。しかし、法律は国土時代などによって異なるのであるから、「羅馬法とても後世や他国には、其儘行るべきものでない」⁽³⁶⁾ことを知るがことが肝要であるとされる。「此の如き有様故法律は place と time に差異ある道理は見易き様にても見易からず」（春木筆記・八頁）、と。以下「序」においては、この「place と time」「国土と時代」、「場所と時」という言葉がキーワードのように繰り返されいる。法律は場所と時代に応じてさまざまに変化するものであるとされ、法律が「万古不易」でない所以を、法と地理の関係、法と商業の関係について「一一の fact」

を挙げて例示される。

まず法と地理との関係について。宮崎博士は、羅馬建国にまつわる二つの種族、ラテン人とサビニ人の地理的な関係を取り上げている。このテーマは、『羅馬法講義』では、本論における公法と私法の峻別の問題と結びつけられている。『比較法制史』のローマ法制史の冒頭でも、ラテン人とサビニ人の関係について詳細に触れられており、博士にとつてローマ法の起源を論じるための重要な論点の一つであった。公法と私法の峻別という西洋法の基本概念の起源は、ローマがこの二つの種族の共同によつて成立したことに由来するとされる。別表にも示したように、『ローマ法講義』本論「第一期 第一章 羅馬の建国」は、「第一節 Aryan 人種の移住及び其社会の有様 第二節 以太利亜太古の住民 第三節 Latin 部属及 Sabini 部属 第四節 Latin 人種及び Sabini 人種の合併」とラテン人とサビニ人の関係に大きな比重が置かれている。これを受けて、「第二章 羅馬太初的法律」では、第一節 公法 第二節 私法 第三節 Latin 法系の法則 Sabini 法系の法則の調和」として、公法と私法の峻別は、ローマが「私法的な」サビニ人と、「公法的な」ラテン人との合併によつて、ローマの起源に初めから組み込まれていたというのである。以下、この部分を要約してみると、次のようなことになる。本来アリア民族から出たこの二つの民族がイタリア半島に定住した場所の地理的な差異がそれぞれの民族の個性を作り出した。低地に定住したラテン人は身を守るために城壁を作り、その中で共同生活を営む中で次第に「団結の觀念」を生み出し、「公法的な」民族となり、急峻な山間部に定住したサビニ人は団結よりも個としての家族的関係を営んだ結果「私法的な」民族となった、とされている。もとより公法・私法峻別の起源をこうした考える妥当性についての評価はともかくとして、これが「時代」と「場所」によつて法が変遷するという事例として取り上げられている。ラテン人とサビニ人という共通の祖をもつ二つの

民族が「何故にItalyに入り其発達を異にせんと云ふに地理の差異によつてなり」とされる（春木筆記・八―九頁）。ローマ法が後世に与えた影響という点で重要なのは「財権」つまり財産権に関わる領域である。「種々の理由」の一つは、「都府のあつたる地勢」であり、地中海を通じて商業が盛んになり、ローマの都府は船舶の便があり、商人の往来も盛んとなり、そのために「商業取引を律する法律が必用」となり、「財産的の法律学」が発達した。ローマが地理的に占めた位置によつて法の特徴が生み出されたとされる（春木筆記・九―一〇頁）。古代日本で隋唐の法律が伝来して律令なるものが生じたのも、日本と中国との距離の近さにあつた（春木筆記・二二―二三頁）。

ローマ法が欧洲諸国に影響を及ぼしたことについても、すべての国が一樣であつたわけではなく、国、地方によつてローマ法の影響に深淺があつた。例えば、フランス南部と北部へのローマ法の影響の度合いの差が生じた一つの原因は、ローマとの距離の遠近という地理的な理由にあり、近時日本に西洋の法律が伝来したのも、船が「地理上の距離が縮めた」からである（春木筆記・一〇―一一頁）。日本の国の形が、南北に短く東西に長く、山もあり川もあり、紀貫之が土佐から京都へ行くのに五〇日を要したが、今日では一日の行程である。古代においては道も悪く、宿もなく、旅行は困難であつた。交通不便が中央集権という立派な制度を行うことを困難にした原因であつた。律令ができ、中央集権の制により、「按察使」、「鎮撫使」を遣わして「盜賊を捕縛」するようになったが、当時地方を中央政府より監督することは困難であつたのも、「日本の地理に依ること」であり、「法律の実施上地理大關係あり」とされる（春木筆記・一一―一三頁）。日本古代における律令制、中央集権制の限界について、諸種の例を示しながら、西洋法との比較がさまざまに展開される。

宮崎博士によれば、法律は、「物理法の如きものでなく、時代を追つて転々変遷し易きものである。」「今日の法律

とても、許多の変遷を経て始めて然るものである、さすれば、法律を研究するには、一代の法律に注目して、専ら法律の静止せる景状、即ち静状を観察する事も出来れば、又古来の法律を通覧して、専ら法律の活動せる景状、即ち動態を観察する事もできるのである。³⁸⁾とされる。『羅馬法』「序」でも「静状」と「動態」という見方は、『比較法制史』序論に示される、「内的歴史」「外的歴史」をめぐる比較法制史方法論の考え方も結びついており、³⁹⁾歴史認識における通時性と共時性の問題を先取りしたものとなっている。

三 「羅馬法律沿革論」——「羅馬法制史」との関係において——

次に、『羅馬法』と『比較法制史』はどのような関係にあるかについて検討する。『比較法制史』は前半の「羅馬法制史」と後半の「独逸法制史」の二部構成となっている。基本的には『羅馬法』本論前半の「羅馬法律沿革論」と『独逸法律史』⁴⁰⁾とを組み合わせたものと考えられるが、もちろん細部にはさまざまな違いが認められる。ここでは『羅馬法』前半の「羅馬法律沿革論」と『比較法制史』「羅馬法制史」の中から、「十二銅律」と「私法概説」に関する箇所についての対照を試みるにとどめたい。

別表として『羅馬法』と『比較法制史』の構成の対照表を記した。春木博士筆記の『羅馬法』には目次が附せられていない。両者の全体構成は、基本的に一致していると考えてよい。「羅馬法律沿革論」では、時代区分として「第一期」「第二期」「第三期」が採用され、「第一章」から「第三十四章」までの、連続した章がそれぞれの期に配列されている。「羅馬法制史」では、「第一期」「第二期」「第三期」が「第一章 王政時代の法制の有様」「第二章 共和

制時代に於ける法制の沿革」第三章 帝政時代の法制の沿革」とされ、『羅馬法』「羅馬法律沿革論」の各章が、節として再編成されている。これは後半の「独逸法制史」の構成とも合わせるための工夫であるとも考えられる。因みに『羅馬法』第二部の私法概説は、「第一巻 総則」「第二巻 財産権 第一篇 物権 第二篇 人権」「第三巻 家族法」「第四巻 相続法」というパンデクテン方式にならった「巻」のもとに、章以下の項目から編成されている。

まず「十二銅律」にかかわる部分を見てみると、「羅馬法律沿革論」第二期の「第九章」から「第十一章」は以下のように構成されている。「第九章 十二銅律 Twelve Tables 第一節 法律改正及び成文法の必用 第二節 十二銅律制定の手續 第三節 十二銅律の法源 第四節 十二銅律の要略 第一款 十二銅律の順序 第二款 十二銅律の規定 第三款「記載なし」 第四款「記載なし」 第五款 十二銅律の体裁 第六款 十二銅律の「価値」 第七款 十二銅律の散逸 第十章 法律解釈術の発達 第一節 十二銅律解釈の必用 第二節 十二銅律の解釈法 第十一章 十二銅律及び *patrici* と *plebes* を調和せんが為めに行なひたる法律上の改良」として、「十二銅律」に関してかなり詳細に論じられていることがうかがえる。このうち、「第三款」「第四款」項目名は本文中にとくに記載がなく、不明である。

『比較法制史』中の「羅馬法制史」では「第二章 共和制時代に於ける法制の沿革 第一節 Italy 諸国征服前の有様 第一款 十二銅律制定前の概況 第二款 十二銅律 第三款 十二銅律後に於ける法制の沿革」として、項目の編成としては簡潔な形に改められているが、詳細な内容は「十二銅律」に向けられた宮崎博士の関心の高さを物語っている。「十二銅律」は「文面は極めて簡単」であるが、後世の学者には「良く出来実に賞すべきものなる」、「ローマの未開の時なれば自ら野蛮時代の有様を有しローマの後世の法律と異なれども明文法としては古きものなるを以て

貴重なる材料にして法律の初めて発生せし時は如何なりしやを見るに参考たるへし。況んやローマ法は後世にては實際異なるれども12 tablesの解釈を加へ作りしものなり。」として「十二銅律」を研究する意義が展開されている。穂積陳重博士の『羅馬法講義』においても「十二銅律」が大きな比重を占めていたことは以前に検討したことがある。⁽⁴¹⁾ 穂積博士と宮崎博士がともに「十二銅律」に大きな関心を有していたことは注目される点である。宮崎博士にあつては、「古きものなるを以て貴重なる材料にして法律の初めて発生せし時は如何なりしやを見るに参考たるべし」という言葉に示されるように、法律沿革の原点として位置づけられている。穂積博士の『羅馬法講義』の「十二銅律」論が、主にOrtolanに依拠していたのに対して、宮崎博士は、当時刊行されたばかりのブルンス『古代ローマ法史料集』⁽⁴²⁾ Bruns, Fontes juris Romani antiquiによる再構成に依拠しつつ、各表の詳細な検討を試みている。二〇年後末松謙澄による「十二表法全文訳注」は『ウルピアヌス羅馬法範』改訂増補第三版の附録第二として収録されているが、その際にも宮崎博士が大きな貢献を果たしたことがその序文に記されている。⁽⁴³⁾

『羅馬法講義』では、「第十五章」として、共和政期の私法についてその概況が語られている。「第十五章 私法の概況 第一節 私法の概況 第二節 人格法 権利主体 第一款 cives 及び peregrini 第二款 paterfamilias 及び filiusfamilias 第三款 liberi 及び servi 自由人と奴隸 第三節 財産法 第一款 物の種類 第二款 所有権 第三款 jura in re aliena 第四款 合意より生ずる債権 第五款 不法行為より生ずる債権 第六款 義務の譲渡 第四節 相続法 第五節 結論」。この部分は、『比較法制史』『羅馬法制史』では「第二章 共和制時代に於ける法の沿革 第二節 Italy半島を征服したる后 Punic戦争前の有様」の中に「第四款」として「私法の有様」にあたる。後者では、前者に見られる節以下の項目編成は採用されていないが、全体の構成自体は維持されていると考えら

れる。

以下、「第十六章 Punic 戦争後に於けるローマの海外交際及び法律上に及ぼせる影響」は、「第一節 Punic Wars 第二節 praetor peregrinus の改良 第三節 jus gentium」として、ポエニ戦争以後のローマ法制の発展、外国人掛法務官の改良、万民法の問題が扱われる。「第十七章 per formulam agere 第一節 Lex Aebutia 第二節 差図書の体裁」はローマにおける方式書訴訟の展開が扱われる。とくに「第二節 差図書の体裁」では方式書の構造が詳細に分析されている。「第十八章 法律学の発達」「第十九章 praetoris edictum 及び jus praetorium」は、法務官告示法、所謂名誉法の論点を取り上げられているが、「羅馬法制史」では「第二章 第四節 Punic war 後の有様」の中に六つの款としてまとめられている。「第二十章 以太利亜の地方制度」「第二十一章 provincial, Italy 外の地方制度」はイタリア内外の地方制度、属州の問題が取り上げられ、「第二十二章 Rome の共和政治の衰微 decline of Roman republic」で共和政期が締めくくられる。

「第三期」の「第二十三章 羅馬帝政の創定」以下「第二十四章 Justinian 帝の法典編纂」までは、「羅馬法制史」の「第三章」の構成とほぼ一致したものとなっている。

「第二部」の私法概論の部分、『独逸法律史』と『比較法制史』「第二部 独逸法制史」との関係については、稿をあらためて検討することにした。

「序」末尾に「羅馬法」講義の参考文献の一覧が掲載されている。全体は(1) (3)に分けられ、英語、フランス語、ドイツ語の文献が列挙されている。(1)の英語文献としては、例えばシエルドン・エイモス(Sheldon Amos, 1835-1886)の『ローマ市民法の歴史と原理』The history and principles of the civil law of Rome: an aid to the study

of scientific and comparative jurisprudence が挙げられている。エイモスはイギリスの法律家で、University College of London の法理学教授などを務めた。日本でも当時『法律新論』〔阿摩斯(アモース)著〕村上要信、柴田正興譯述・博聞本社・一八七六年など、数冊の翻訳が刊行されていた。本書はメイン(Henry James Sumner Maine, 1822-1888)に献げられており、英米における当時のローマ法研究の再生がヘンリー・メインの功績に負うところが大きかったことを示す、次のような献辞が表紙裏に記されている。「ヘンリー・メイン卿に捧ぐ、卿の歴史的論稿と歴史的方法の普段の唱導によりローマ法は英国において陥っていた無視から救い出され、ヨーロッパと親縁関係にあるすべての法体系との関係が永遠に確立された。」と。一九世紀における英米圏におけるローマ法研究の再生という当時ほぼ同時進行していた時代を象徴する著作である。そのほかに、ハンター Hunter⁽⁴⁴⁾、マッケンジー Mackenzie⁽⁴⁵⁾、サンダース Sandars⁽⁴⁶⁾の名前が挙げられている。いずれも当時の日本において、周知されていた作品ということになる。

(2) のフランス語文献は、オルトラン (Joseph Louis Elzéar Ortolan, 1802-1873) の『ユステイニアヌス法学提要の歴史的解説』Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien が挙げられている。オルトランは、一八三六年からパリ大学で比較刑法の教授を務めた人物で、日本でも、井上正一訳『仏国刑法原論⁽⁴⁷⁾』で知られる「ナルオン」であり、本書は、一八二八年の初版以来、多くの版を重ねてきた。そのほかに、Maynz⁽⁴⁸⁾、Van Weter⁽⁴⁹⁾が挙げられているが、前者はドイツ出身でベルギーに亡命してその地で研究生生活を送った学者であり、後者もベルギーの出身であり、フランス本国で出版された文献でないことが注目されよう。

(3) のドイツ語文献では、プフタ (Georg Friedrich Puchta, 1798-1846)⁽⁵⁰⁾、ヴァルター (Ferdinand Walter, 1794-1879)⁽⁵¹⁾、クンツェ (Johannes Emil Kuntze, 1824-1894)⁽⁵²⁾、エスマルヒ (Karl Bernhard Hieronymus Esmarch, 1824-1887)⁽⁵³⁾、ゴットホルド

Julius Rudolph Sohm, 1841-1917)⁽⁵⁴⁾、ツィフラルシュ (Karl Ritter von Czychlarz, 1833-1914)⁽⁵⁵⁾、カルローヴァ (Carl Franz Otto Karlowa, 1836-1904)⁽⁵⁶⁾ が挙げられている。このうち、ゾーム、カルローヴァについては、宮崎博士はそれぞれ、ハイデルベルク、ライプツィヒにおいて受講した体験を有している⁽⁵⁷⁾。『羅馬法』第二篇の羅馬私法概説の構成は、ゾームの概説書が一定の役割を果たしていると考えられる。実際の講義の組み立てにこれらの参考文献がどのように用いられているかも今後の課題として残る。

小結―法律の沿革を研究する意義―

以上は、宮崎博士の『羅馬法講義』「羅馬法律沿革論」とのちの『比較法制史』「羅馬法制史」の対照の作業にとどまる。いずれも羅馬国初からユスティニアヌス帝による法典編纂に至るまでの概説であるが、とくに「十二銅律」に関する箇所などに博士の法律沿革論の構想の具体的な事例を見ることが出来るように思われる。「十二銅律」は法律がそこから流れ出す「公法と私法の泉」であったことはまさに宮崎博士の「羅馬法律沿革論」の中で大きな意味を占めている。そこで、博士が法律沿革論の構想とはいかなるものであったか、講義筆記録の意味と限界を含めて、簡単にまとめることで本稿のと結びとしたい。

宮崎博士によれば、法律の沿革を研究することは、現今の法則の基づくところが知られることである。法律は時代を追って、転々変遷するものであり、現今の法律も、時間と変遷を繰り返して、今日の有様になった。日本において「権利」「義務」などの法律語の意義を知ることも含めて、現今の法律を十分理解するには、法律の沿革を研究しな

ればならない。

法律の沿革を研究することによって、「法律の出来る原因」「此の国の法律は何故に斯あるか、又此の時代の法律は何故に斯くあるか」ということが理解される。『羅馬法講義』「序」でも、「原因」と「結果」あるいは「cause」と「effect」という言葉が繰り返し頻出する。法律が「場所」と「時代」により差異があるのは、それぞれに「原因」があるのであり、偶然のことではない「序」の中でも、「原因」が「地理」「商業」など、東西さまざまな具体的な比較事例を挙げながら変奏曲のように説明されていく。法律と地理との関係も一見すると関係が薄いように思われるが、しかし宮崎博士には、両者は「至大なるの關係」⁵⁸にある。「人智」と「法律」の關係というモチーフもまたそうである。『羅馬法講義』「序」のところで、この關係をめぐって、古代日本における貨幣の鑄造をめぐる例が示されている。筆記錄のこともあり、必ずしも記述に正確でないところもあるように思われるので、同じテーマを取り上げている「法制沿革ノ研究ニ就テ」によりながら少し敷衍してみると、宮崎博士の構想が今少し具体的に浮かび上がってくる。博士の事例は具体的な資料に裏打ちされたものであることがこの場合にもうかがえる。和銅の頃、鑄造が始まり、その使用が奨励されたが、当時の人々は、錢を用いたり蓄えたりすることがなかつたので、蓄錢を奨励のためにを、位を与えるという法律ができた。その後、桓武清和の時代になって今度は逆の蓄えることを禁じる法律が出された。博士の言葉を借りると、「何と人智の差異によりて、法令も黑白殊なるものが出来ることではありませんか」⁶⁰というこゝとである。時代、場所によって法律は変転する。「人智」という「原因」の変化によって、法律が正反對のことが「結果」することにもなる。宮崎博士によれば、法律は、そのみならず、「氣候」「人種」「言語」「學術」「宗教」「財産」など「諸般の事物と關係を有する」ものである。外国の法律を研究するには、「其法律の出来た所以を研究せ

なければならぬ、若し然らずして、唯外国法律を形式的に研究するのみでは、大なる間違を生ずることである」。法律沿革を研究することはまさにその間違いを避けることである。講義筆記録は、講義者の肉声を伝えられるものであるが、講義録だけでは、講義それ自体のすべてが明らかにできるわけではない。しかし草創期の「羅馬法」の講義が具体的にどのようになされたのか、春木博士による宮崎博士『羅馬法講義』筆記録はそれを探求するために大きな手掛かりを残してくれている。

- (1) 宮崎道三郎博士の事績については、中田薫「宮崎道三郎先生小傳」(中田薫編『宮崎先生法制史論集』(岩波書店、一九二九(昭和四)年所収。石井良助「日本法制史研究の発達」『東京帝国大学学術大観 法学部 経済学部』一九四二年、二七七―二九三頁、とくに二八〇―二八二頁。「日本法制史学八十八年―東京大学における」『国家学会雑誌』第八一卷第一・二号(一九六八年)、一〇九―一三七頁所収、宮崎博士についてはとくに、一一一―一四頁を参照。同『大化改新と鎌倉幕府の成立』創文社・一九七二年、三二七―三五九頁に収録、とくに三三〇―三三三頁を参照。瀧川政次郎「明治以後に於ける法制史学の発達」『日本法制史研究』有斐閣・一九四一年、宮崎博士関係：六二八―六三〇頁。なお、宮崎博士の東京大学在学中の答案内容についての言及がなされている、六二三―一六二四頁。武藤和夫「法制史学の開拓者 宮崎道三郎先生」『法経』第3号(三重大学法経学会、一九五四年)二一八頁。本文献については、『日本人物文献目録』平凡社・一九七四年、項目「宮崎道三郎」も参照。宮崎博士の略歴・著作目録については、吉原丈司・吉原達也編『宮崎道三郎博士略年譜・著作目録(八訂稿)』<https://home.hiroshima-u.ac.jp/tatyoshi/miyazaki001.pdf>を参照されたい(随時更新中)。
- (2) 石井良助・前掲「日本法制史研究の発達」二八〇頁。
- (3) 宮崎道三郎講述『比較法制史』上下、日本大学所蔵本、刊行年代は不明。同資料は、上巻の羅馬法制史と下巻の独乙法制史の二分冊からなる。第一分冊は、目次五丁、本文八一丁からなり、目次は、第一部、第二部を通観できる内容となっている。

「比較法制史目次／緒言／第一章 比較法制史の範囲／第二章 法制史編纂の来歴／第三章 法制史編纂の方法／第二部 羅馬法制史 第一章 羅馬法制史に対する緒言／第一条 羅馬法制史編纂の沿革／第二条 羅馬法律の参考書／本論／第一章 王政時代の法制の有様／第二章 共和政時代に於ける法制の沿革／第三章 帝政時代の法制の沿革」『第二部 独乙法制史／緒言／第一条 独乙法制史の来歴 第二条 参考書／本論／第一章 Germanische Zeit の法制沿革／第二章 Fränkische Zeit／第三章 中古紀／第四章 近世』。第二分冊は、「第二部 独乙法制史」のみの目次三丁と本文八四丁からなっている。なお、本資料の引用にあたっては、読みやすさを考慮して、平仮名おくりとして、原則として新字体に改め、濁点、句読点を補っている。同資料第一冊の翻刻として、吉原達也編「宮崎道三郎博士講述『比較法制史』緒論及び第一部 羅馬法制史」『日本法学』第八四巻四号（二〇一九年三月）三〇三頁（以下『比較法制史 上』として引用）。第二冊の翻刻として、吉原達也編「宮崎道三郎博士講述『比較法制史』 第二部 独逸法制史」『日本法学』第八五巻一号（二〇一九年）一頁所収。なお摂南大学所蔵本は、冒頭に「教授法学博士 宮崎道三郎口授 比較法制史 完 於東京法科大学 乃卅四年九月至卅五年五月」と手書されており、明治三四年乃至三五年にかけて筆記録であることが知られる。

(4) 宮崎博士の『比較法制史』について、差しあたり、吉原達也「宮崎道三郎博士の講述『比較法制史』について」『日本法学』第八四巻三号（二〇一八年）四二三頁以下を参照。

(5) 吉原達也「穂積陳重のローマ法講義について」『日本法学』第八十四巻一号（二〇一八年）一頁。ローマ法講義の変遷については、とくに、三七頁注二四を参照されたい。

(6) 『東京帝国大学五十年史 上冊』一一一七―一一四八頁を参照。岩野英夫「わが国における法史学の歩み（1873-1945）：法制史関連科目担任者の変遷」『同志社大学法学』第三九巻第一・二号（一九八七年）、一二五―一二二頁。

〈<https://doors.doshisha.ac.jp/duar/repository/ir/11524/Kj00000658370.pdf>〉

(7) 宮崎博士のドイツ留学時代の事績については、柏村哲博「設立者総代宮崎道三郎の生涯」『日本大学史紀要』創刊号二（一九九五年）一―一八頁、とくに四―九頁。宮崎誠・柏村哲博「宮崎道三郎のドイツ留学について」『日本大学史紀要』第五号（一九九八年）一五一―一七二頁、宮崎誠「宮崎道三郎のドイツ留学について（補遺）」『日本大学史紀要』第六号

(二九九九年) 一三二―一四六頁。このうち、「補遺」は、現地調査に基づくライプツィヒ、ゲッチンゲン大学における宮崎博士の学籍簿や住所記録などの貴重な報告記録となっている。

(8) 岩野・前掲・二六八頁注三九。『法学協会雑誌』第五六号(明治二十二年一月二〇日刊) 四一〇頁。

(9) 『中央大学史資料集』第3集 資料番号二五一「法科大学教員受持学科表(明治二十一年九月―明治二十二年七月)」
<https://www.chuo-u.ac.jp/uploads/2018/10/shiryoshu00030251.pdf?1559445055925>

(10) 岩野・前掲・二三八頁(明治二十二年の項)。

(11) ヴァイペルトについて、吉原達也「穂積陳重のローマ法講義」『日本法学』八四卷一号四頁、三九頁注二六、二七を参照。
ヴァイペルトの「羅馬法」講義の一端を窺えるものに、ワイペルト「羅馬法及法典編纂論」『法学協会雑誌』第五卷通号四一
号(一八八七(明治二〇)年) 一七―四一頁がある。「法科大学教師独乙法律博士 ワイペルト氏演述、法科大学助教 法学士 植村俊平通訳」とある。

(12) 『帝国大学五十年史 上冊』一一四五頁。「是の年五月を以て独逸人カール・ラートゲン、八月を以て独乙人ハインリッヒ・ワイペルト何れも満期解職となり、云々」。岩野・前掲・二三八頁(明治二十三年の項)を参照。

(13) 藤野奈津子「岡松参太郎とローマ法研究―『岡松参太郎文書』の草稿からみえてくるもの―」『千葉商大論叢』第四八巻
二号(二〇一一年)、五七頁以下、岡松博士と、宮崎博士のローマ法講義との関係について、とくに六四頁以下を参照。岡松
博士によるローマ法講義(明治二四(一八九一年) 受講ノートは岡松参太郎文書マイクロフィルム版・早稲田大学図書館・同
東アジア法研究所編(雄松堂)に収録されている。

(14) 岩野・前掲・二六八頁注四二。『帝国大学一覽 従明治二十三年至二十四年』(明治三三年二月出版) 七〇頁を参照。

(15) 『東京大学百年史・部局史一』一九八六年、六八頁。この年宮崎博士が羅馬法講座を担任した経緯について、三上参次
『明治時代の歴史学界 三上参次懷旧談』吉川弘文館・一九九二(平成三)年、一五一頁。藤田大誠「近代国学と日本法制史」
『國學院大學紀要』第五〇巻(二〇一二年)一〇五―一二二頁。

(16) 前掲『東京大学百年史・部局史一』七三頁。

宮崎道二郎博士の羅馬法講義について(吉原)

- (17) 『中央大学史資料集』第三集「東京大学所蔵 中央大学関係史料」資料番号二一八「法科大学教員受持学科表」(明治二十年九月—明治二十一年七月) <https://www.chuo-u.ac.jp/uploads/2018/10/shiryoshu00030218.pdf?1559445055924>
- (18) 『同』資料番号二一九「法科大学教授穂積陳重申報」(明治二十年九月—明治二十一年七月) <https://www.chuo-u.ac.jp/uploads/2018/10/shiryoshu00030219.pdf?1559445055924>
- (19) 同資料番号二五一「法科大学教員受持学科表」(明治二十一年九月—明治二十二年七月) <https://www.chuo-u.ac.jp/uploads/2018/10/shiryoshu00030251.pdf?1559445055925>
- (20) 『中央大学史資料集』第二集資料番号二五二「法科大学教授穂積陳重申報」(明治二十一年九月—明治二十二年七月) <https://www.chuo-u.ac.jp/uploads/2018/10/shiryoshu00030252.pdf?1559445055925>「羅馬法、英刑法、法理学教授穂積陳重申報」明治廿一年九月ヨリ一学年予カ受持タル法律学科第一部第一年第二年及第二部第二年ニハ羅馬法を……其教授時間ハ每週羅馬法ハ三時間……ナリ」。
- (21) 前掲『東京帝国大学五十年史』一一二四頁。
- (22) 一九〇五(明治三八)年八月、戸水事件の際に、休職の戸水寛人博士の羅馬法講座の後任として、宮崎博士が内定していたことが伝えられる。『読売新聞』一九〇五(明治三八)年八月二十日朝刊一〇一四三号、二頁。
- (23) 藤野奈津子「岡松参太郎とローマ法研究——岡松参太郎文書」の草稿からみえてくるもの——『千葉商大論叢』第四八巻第二号(二〇一一年)、五七—八四頁。 <https://ci.nii.ac.jp/els/contents110008439074.pdf?1559445055925> ART0009680816
- (24) 春木一郎博士については、吉原丈司・吉原達也編「春木一郎博士略年譜・著作目録」 <https://home.hiroshima-u.ac.jp/tatyoshi/haruki001.pdf> を参照されたい。一八七〇—一九四四年、一八九一(明治二四)年に帝国大学法科大学入学、同年の宮崎博士による「羅馬法」講義を聴講し、その際の筆記録であると考えられる。一八九四(明治二七年)七月に大学を卒業、留学を経て、一九〇一(明治三四)年に京都帝国大学教授、一九一〇(明治四三年)に東京帝国大学教授として、羅馬法講座を担当した。
- (25) 本筆記録については、藤野奈津子教授から多くの有益なご教示を賜った。京都大学法学部図書室所蔵『Roman Law 宮崎

先生東大羅馬法講義』春木一郎筆記は、製本された形状をなしている。表紙にあたる頁に、ペン字で「ROMAN LAW」とタ
イトルが大文字で記され、その下に「I will take the opportunity of breathing the invigorating the air of the early Roman
Republic『Decline and Fall of Gibbon』という、ギボン『ローマ帝国衰亡史』第四章「ローマ法学の成立」冒頭に近い一節
と思われる文章が引用されている。 Cf. Edward Gibbon, The History of the Decline and Fall of the Roman Empire, vol.V,
1821, p.318. 引用は少しアレンジが加えられているようで、原文では「I shall embrace the occasion to breathe the pure and
invigorating air of the republic.」の機会を捕らえて私は共和国時代の清純で爽快な空気を吸うことから始めよう」(ギボン・
中野好之訳『ローマ帝国衰亡史』第七卷・筑摩書房、筑摩文庫版・一九九六年、三五四頁を参照)。また表紙左下に、「法学博
士春木一郎旧蔵 愛久澤直紀寄贈」と記された青色のゴム印が捺されている。この印は、同じく法学部図書室に収蔵されてい
る春木博士筆記の宮崎博士『獨逸法律史』にも捺されている。書誌には「獨逸法律史／宮崎『道三郎』講義「春木一郎筆記」」
書き題簽の書名として別タイトル「宮崎先生帝大講義／獨逸法律史」とされ、和装本の一五二丁の墨書きで、「巻尾に「明治
廿七年二月十五日木曜日午前十時了」との墨書あり」とされている。この「獨逸法律史」の講義がいつの年次の筆記録である
かは確認できない。この年の七月に卒業する春木博士がこの時期に宮崎博士の「獨逸法律史」の筆記録を残した経緯は必ずし
も明らかではないが、明治二六年秋からの比較法制史の一環として「獨逸法律史」が講じられた記録である可能性は残る。愛
久澤直紀氏による春木博士旧蔵書寄贈の事情を知る手がかりが、春木博士から田中秀央博士に宛てた一九四〇年八月二八日書簡
に窺える。菅原憲二・飯塚一幸・西山伸偏『田中秀央 近代西洋学の黎明―『憶い出の記』を中心に』京都大学学術出版会・
二〇〇五年、三二〇頁所収。「封筒表」「京都市左京区／北白川上池田町一／田中秀央殿」「封筒裏」「春木一郎／八月廿八日
／東京西片七」「拜啓仕候、残暑之折カラ高堂御一統様益御機嫌克奉慶賀候、此度ハ時下見舞之御葉書ヲ給ハリ有り難ク御厚
礼申上候、御蔭ヲ以テ一同別段ノ異状モ御座無ク消光罷在候ニ付キ御放心ヲ乞上奉ル／先頃貴文科英文科在学ノ愛久沢直紀君
ヨリ貴大学ニ寄贈ニ相成リタル書籍ハ、同君ノ嚴祖父直哉氏ガ小生ニ対スル厚キ友情ニ因リ非常ニ高キ価ニテ買取ラレタルモ
ノト存セラレ候、本件ニ付テハ始終山田乙三博士ノ心配ヲ恭ナクシタル次第第二御座候、因ニ記シ候ガ愛久沢直哉氏ハ明治廿七
年東大政治科ノ卒業生(小生ト同年ノ卒業)ニシテ、事業方面ニ没頭シ遂ニ一大事業家トシテ本月十七日遠逝セラレタリ、氏

八実二明治年代立志篇中ノ人ト存ジ候御一統様ニ宜シク御伝言被下度候ノ又御序ニ田中周友教授ニ宜シク、敬具ノ八月廿八日ノ田中博士侍史。」なお、翻刻文中「山田乙三」は「山田正三」の誤植かと思われる。山田正三 (1882～1949) : <<https://kensaku.kual.archives.kyoto-u.ac.jp/rireki/>> <<https://kensaku.kual.archives.kyoto-u.ac.jp/rireki/?c=detail&id=000969>>

(26) 春木博士の筆記録は、頁が附されていないので、本文が始まる頁を一頁目として、以下文字記載のある頁に暫定的な頁数をあてて引用を示すこととする。あくまでも仮の数字であることをご了承ください。

(27) 藤野奈津子教授による報告「明治前期における西洋法史学の成立過程―宮崎道三郎『羅馬法講義』ノートを中心に―」(法制史学会東京部会第二七四回例会「テーマ：日本における法史研究の歴史」(二〇一九年四月一三日、於東京大学東洋文化研究所大会議室) は同資料についての本格的な研究報告であり、とくに第二篇について詳細な分析を試みられている。

(28) 宮崎道三郎「法律沿革ノ研究ニ就テ」明治二十四年五月三日大学通俗講談会ニ於テ『東洋学藝雑誌』八卷一七号二六九―二八一頁。大学通俗講談会及び『東洋学藝雑誌』については、『東京帝国大学百年史 通史篇2』東京大学出版会・一九八五年、一五四頁、とくに一五八頁以下を参照。一五九頁所載の第一表に明治二十四年の大学通俗講談会演題の一覧が掲げられている。

(29) 宮崎・前掲『東洋学藝雑誌』第八卷一一七号二六九―二七〇頁。

(30) 前掲・二七二―二七三頁。

(31) 宮崎・前掲『比較法制史 上』一丁以下、『日本法学』第八四卷四号三〇八―三〇九頁。

(32) 吉原・前掲「宮崎道三郎博士の比較法制史について」『日本法学』第八四卷三号四二八頁以下を参照。

(33) 宮崎・前掲『比較法制史 下』六六丁以下、『日本法学』第八五卷一号七二頁以下を参照。

(34) ヴァイペルトは、ドイツの比較法学者コーラーなども関係があり、日本やアジアに関するレポートや翻訳を行っていた。石部雅亮「穂積陳重と比較法学」『比較法学の課題と展望』(滝沢正編集代表・大木雅夫先生古稀記念) 信山社・二〇〇二(平成一四)年、一〇七頁、とくに一二二頁を参照。

(35) 吉原・前掲『日本法学』第八四卷一号三三三頁注一四、一五。小柳春一郎「裁判所更生法原案起草者オットー・ルードルフ

- について」『日本立法資料全集 94 裁判所構成法』信山社・二九七頁以下。
- (36) 宮崎・前掲『東洋学藝雑誌』第八卷一一七号二七一頁。
- (37) 宮崎『比較法制史 上』一五丁以下、『日本法学』八四卷四号三二二頁以下「第一章 王政時代の法制の有様 第一節 羅馬の建国」はラテン人とサビニ人の関係についての言及は大きな比重を占めている。
- (38) 宮崎・前掲『東洋学藝雑誌』第八卷一一七号二七〇頁。
- (39) 吉原・前掲「宮崎道三郎博士の講述『比較法制史』について」『日本法学』第八四卷二号四二二頁以下。
- (40) 例えば、京都大学法学部図書所蔵の宮崎「道三郎」講義・「春木一郎筆記」『獨逸法律史』。前注24を参照。
- (41) 吉原達也「穂積陳重のローマ法講義について」『日本法学』八四卷一号一一頁以下。
- (42) Bruns, *Fontes Juris Romani Antiqui*, editit Carolus Georgius Bruns, In Ibraria academica I.C.B. Mohrii, 1887, Editio 5 / cura Theodori Mommseni
- (43) 末松謙澄訳『ウルピアヌス羅馬法範』改訂増補第三版所載の「初版緒言要領」「再版緒言」を参照。
- (44) William Alexander Hunter, *Introduction to Roman Law*, W. Maxwell, 1880, 209p. ウィリアム・ハンター (William Alexander Hunter, 1844-1898) は、スコットランドの法律家・政治家、University College of London のローマ法(一八六九年)・法理学教授(一八七八-一八二二年)。本書はこの間に執筆されたローマ法教科書のスタンダードとして評判があった。
- (45) Lord Thomas Mackenzie, *Studies in Roman Law: With Comparative Views of the Laws of France, England, and Scotland*, W. Blackwood, 1862, 461p. トーマス・マッケンジー (Thomas Mackenzie, 1807-1889) はスコットランドの法律家、Senator of the College of Justiceであった。マッケンジー著、松野貞一郎、伊藤悌治訳『羅英佛蘇各國比較法理論』(日本立法資料全集別巻五四〇) 信山社出版・二〇〇九年は、本書の抄訳である。
- (46) Thomas Collett Sanders, *The Institutes of Justinian*, Longmans, Green, and Company, 1878, 603 p. トーマス・コレット・サンダース (Thomas Collett Sanders, 1825-1894) はイギリスのバリスタ、本書はユスティニアヌス『法学提要』の英語訳の定番として、国内の法律学校のテキストとしても用いられていた。

- (47) 日本立法資料全集別巻一三四—一三七・信山社出版・一九九九年。
- (48) Charles Gustave Maynz, Cours de droit romain: précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation romaine, vol. 2, Libr. Polytechnique d'A. Decq, 1870. トマンシ (Charles Gustave Maynz, 1812-1882) はドイツの法学者。ベルギーに命、リエージュ大学教授などを務めた。
- (49) Polynice Van Wetter, Cours élémentaire de droit romain contenant la législation de Justinien, avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain, vol. 1, H. Hoste, 1871, 583 p. トマン・ヴェッター (Polynice Alfred Henri Van Wetter, 1844-1925) はベルギーの法学者。Pandectes, contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien, 5 vols, 1909-など。
- (50) Georg Friedrich Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1, Breitkopf und Härtel, 1871. 宮崎博士は本書を必読の作品に触れることがあつた。
- (51) Ferdinand Walter, Geschichte des römischen rechts bis auf Justinian, 3. Aufl. 1 Theil, Das öffentliche recht, Eduard Weber, 1860; 2 Theil, Rechtsquellen und rechtswissenschaft. Privatrecht. Procedur. Strafrecht, Eduard Weber, 1861. ヴァルター (Ferdinand Walter, 1794-1879) はドイツの法学者。ボン大学教授。教会法、ゲルマン法の史料集などの著作で知られる。
- (52) Johannes Emil Kuntze, Cursus des römischen Rechts: Lehrbuch, der Institutionen sowie der Äusseren und inneren Rechtsgeschichte, 2. Aufl., J.C. Hinrich, 1879. ヴンツェ (Johannes Emil Kuntze, 1824-1894) はライプツィヒ大学教授。
- (53) Karl Esmarch, Römische Rechtsgeschichte, Wigand, 1888, 457 S. エスマルヒ (Karl Bernhard Hieronymus Esmarch, 1824-1887) はドイツの法学者。クラクフ、プラハ大学教授 (一八五七年) としてローマ法を講じた。
- (54) Rudolph Sohm, Institutionen des römischen Rechts, Duncker & Humblot, 1884. ゾーム (Gothold Julius Rudolph Sohm, 1841-1917) はドイツの法学者。法制史、教会法学。フランクフルト・イム・ブライスガウ、ストラスブルクを経てライプツィヒ大学 (一八八七—一九一七年)。宮崎博士はライプツィヒでゾームを受講しているが、宮崎誠氏の研究によれば、ゾームに関してはドイツ私法など、必ずしもローマ法自体を受講したことはなかったようである。ゾームの当該『ローマ法提要』は、宮崎博士の羅馬法講義の第二部私法概説の構成に影響があるように見られる。

- (55) Carl Ritter von Cзыhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes, F. Tempsky, 1889. ツィフルルンツ (Karl Cзыhlarz, 1833-1914) はボヘミア、オーストリアのローマ法学者であり、プラハ、ウィーン大学教授を歴任した。本書は、一八八九年の刊行で、当時の最新のローマ法教科書の一冊である。
- (56) Otto Karlowa, Römische Rechtsgeschichte Bd. 1, Staatsrecht und Rechtsquellen, Veit & Comp., 1885.; Bd.2, Privatrecht und Civilprozess, Strafrecht und Strafprozess, Veit & Comp., 1885. カルローヴァ (Carl Franz Otto Karlowa, 1836-1904) はドイツの法学者・ローマ法学者。グライフスヴァルト大学、ハイデルベルク大学教授 (一八七二—一九〇三年)、宮崎博士はドイツ留学中ハイデルベルクでカルローヴァを受講した。
- (57) 宮崎博士のドイツ留学時の学籍関係について、宮崎誠『宮崎道二郎のドイツ留学について (補遺)』『日本大学史紀要』第六号 (一九九九年) 一三一—一三九頁を参照。
- (58) 宮崎道二郎・前掲「法律ノ沿革ノ研究ニ就テ」『東洋学藝雑誌』八卷一一七号二七五頁。
- (59) 宮崎・前掲・二八〇頁。
- (60) 宮崎・前掲・二八〇頁。

追記 本稿脱稿後、二〇一九年六月八日、神戸学院大学ポर्टアイランドキャンパスにおいて開催された法制史学会第七一回総会〔ミニシンポジウム〕「日本における法史研究の歴史」のなかで、藤野奈津子教授による「明治前期における西洋法史学の誕生」と題する報告は、宮崎博士の羅馬法講義について詳細に扱われたものであり、本稿とも関連が深く、多くのことを学ばせていただいた。ここでは直接に触れることはできなかったので、あらためてご教示の場を得られればと考える次第である。

本稿は、科学研究費、助成金基盤研究 (B) 「法学提要 (Institutes) に対する比較法史的総合研究」研究課題番号 17H02442 (研究代表・葛西康德・東京大学教授) の研究成果の一部である。謹しんで感謝の意を表す。

【別表】宮崎道三郎博士『羅馬法』講義・『比較法制史』上対照表

<p>『羅馬法』講義 [1891 (明治24) 9月— 1892 (明治25) 年] 6月</p> <p>[緒言]</p> <p>本論 羅馬法律沿革論</p> <p>第一期</p> <p>第一章 羅馬の建国</p> <p>第一節 Aryan 人種の移住及び其社会の有様</p> <p>第二節 以太利亜太古の住民</p> <p>第三節 Latin 部属及 Sabini 部属</p> <p>第四節 Latin 人種及び Sabini 人種の合併</p> <p>第二章 羅馬太初の法律</p> <p>第一節 公法</p> <p>第二節 私法</p> <p>第三節 Latin 法系の法則 Sabini 法系の法則の調和</p> <p>第三章 pontifices 神務官</p> <p>第四章 Luceres</p> <p>第五章 plebs と patrici の軋轢及び法律上の影響</p> <p>第一節 plebs 及び patres</p> <p>第二節 Servius Tullius 王の改革</p> <p>第二期</p> <p>第六章 王者即ち rex の廢絶</p> <p>第七章 leges sacratae 神聖なる法律</p> <p>第八章 lex Publilia Voleronis</p> <p>第九章 十二銅律 Twelve Tables</p> <p>第一節 法律改正及び成文法の必用</p> <p>第二節 十二銅律制定の手續</p> <p>第三節 十二銅律の法源</p>	<p>『比較法制史』上</p> <p>緒言</p> <p>第一章 比較法制史の範圍</p> <p>第二章 法制史編纂の來歴</p> <p>第三章 法制史編纂の方法</p> <p>第一部 羅馬法制史</p> <p>第一章 羅馬法制史に対する緒言</p> <p>第一条 羅馬法制史編纂の沿革</p> <p>第二条 羅馬法律の参考書</p> <p>本論</p> <p>第一章 王政時代の法制の有様</p> <p>第一節 羅馬の建国</p> <p>第二節 羅馬国初に於ける法制の概略</p> <p>第一款 jus et fas. (lex humana et lex divina)</p> <p>第二款 公法 (刑法と訴訟法を除く)</p> <p>第一項 tribus, curia, gens</p> <p>第二項 Rex</p> <p>第三項 senatus</p> <p>第四項 comitia curiata</p> <p>第三款 私法 (private law or jus privatum)</p> <p>第四款 刑法</p> <p>第五款 訴訟法</p> <p>第三節 内部の軋轢及其影響</p> <p>第一款 clientes 及 plebeji</p> <p>第二款 羅馬諸王の改革則ち羅馬王は plebeji に改革す</p> <p>第二章 共和制時代に於ける法制の沿革</p> <p>第一節 Italy 諸国征服前の有様</p> <p>第一款 12 tables [十二銅律] 制定前の概況</p> <p>第二款 12 tables [十二銅律]</p>
--	--

<p>第四節 十二銅律の要略</p> <p>第一款 十二銅律の順序 <i>Bruno Fontes juris</i> 法源</p> <p>第二款 十二銅律の規定</p> <p>第三款 ? ?</p> <p>第四款 ? ?</p> <p>第五款 十二銅律の体裁</p> <p>第六款 十二銅律の価値</p> <p>第七款 十二銅律の散逸</p> <p>第十章 法律解釈術の発達</p> <p>第一節 十二銅律解釈の必用</p> <p>第二節 十二銅律の解釈法</p> <p>第十一章 十二銅律及び <i>patrici</i> と <i>plebes</i> を調和せんが為めに行なひたる法律上の改良</p> <p>第一節 公法上の改良</p> <p>第二節 私法上の改良 52 枚目あたりに「徳政」</p> <p>第十二章 <i>jus civile Flavianum</i> 及び <i>lex Ogulinia</i></p> <p>第十三章 Italy の征服及び其の法律上に及ぼせる影響</p> <p>第一節 <i>Conquest of Italy</i></p> <p>第二節 Italy 征服の法律上に及ぼせる影響の概略 要略</p> <p>第三節 Italy 諸国のローマに附属する</p> <p>第一 <i>municipia, municipes</i></p> <p>第二 <i>Lain municipia</i></p> <p>第三 <i>coloniae</i></p> <p>第四 <i>socii</i></p> <p>第四節 <i>recuperatio</i></p> <p>第五節 <i>legis actio per condictioem</i></p> <p>第一款 Rome の訴訟手続</p> <p>第二款 <i>legis acito per condictioem</i></p> <p>第十四章 以太利亜征服後 Punic 戦争前に於けるローマ</p> <p>第十五章 私法の概況</p> <p>第一節 私法の概況</p> <p>第二節 人格法 権利主体</p> <p>第一款 <i>cives</i> 及び <i>peregrini</i></p> <p>第二款 <i>paterfamilias</i> 及び <i>filiusfamilias</i></p> <p>第三款 <i>liberi</i> 及び <i>servi</i> 自由人と奴隷</p> <p>第三節 財産法</p> <p>第一款 物の種類</p> <p>第二款 所有権 廿四年十一月</p> <p>第三款 <i>jura in re aliena</i></p> <p>第四款 合意より生ずる債権</p> <p>第五款 不法行為より生ずる債権</p> <p>第六款 義務の譲渡 ?</p>	<p>第三款 十二銅律後に於ける法制の沿革</p> <p>第二節 Italy 半島を征服したる后 Punic 戦争前の有様</p> <p>第一款 Italy 諸国征服の概略</p> <p>第二款 <i>municipia, praefectura, civitates federates, colonia</i></p> <p>第三款 <i>recuperatio, legis actio per condictioem</i></p> <p>第四款 私法の有様</p>
---	---

<p>第四節 相統法</p> <p>第五節 総論 [?]</p> <p>第十六章 Punic 戦争後に於けるローマの海外交際及び法律上に及ぼせる影響</p> <p>第一節 Punic Wars</p> <p>第二節 praetor peregrinus の改良</p> <p>第三節 jus gentium</p> <p>第十七章 per formulam agere</p> <p>第一節 lex Aebutia</p> <p>第二節 差図書の体裁</p> <p>第十八章 法律学の発達</p> <p>第十九章 praetoris edictum 及び jus praetorium</p> <p>第二十章 以太利亜の地方制度</p> <p>第二十一章 provincial, Italy 外の地方制度</p> <p>第二十二章 Rome の共和政治の衰微 decline of Roman republic</p> <p>第三期</p> <p>第二十三章 羅馬帝政の創定 31B.C.-</p> <p>第二十四章 法律上の改革</p> <p>第二十五章 政治機関の概況</p> <p>第二十六章 sentatus consulta</p> <p>第二十七章 constitutions principium</p> <p>第二十八章 Hadrian 前に於ける法学の略概 概略、概況</p> <p>第二十九章 praetor, edicta</p> <p>第三十章 Hadrian 後に於ける Rome 法学の状況 ?</p> <p>第三十一章 Diocletian 及び Constantianus 時代に於ける国勢の変遷</p> <p>第三十二章 Diocletian 及び Constantianus 後に於ける羅馬法学</p> <p>第三十三章 Justinian 帝前に於ける法令集輯書</p> <p>第一節 Codex Gregorianus 及び Codex Hermogenianus</p> <p>第二節 Codex Theodosianus</p> <p>第三十四章 Justinian 帝の法典編纂</p> <p>第二部 [私法概説 略]</p>	<p>第四節 Punic war 後の有様</p> <p>第一款 Punic war</p> <p>第二款 praetor peregrinus</p> <p>第三款 jus gentium</p> <p>第四款 訴訟法上の改良</p> <p>第五款 jus praetorium (praetor の法律)</p> <p>第六款 法律学の沿革</p> <p>第七款 地方制度</p> <p>第一項 Italy 国内の地方制度</p> <p>第二項 Italy 国外の地方制度</p> <p>第三章 帝政時代の法制の沿革</p> <p>第一節 帝政開始の略史</p> <p>第二節 Octavian 時代に於ける制度の改良</p> <p>第三節 Octavian 帝の政治機関</p> <p>第一項 在来の政治機関</p> <p>第二項 Princeps</p> <p>第四節 senatus consultum</p> <p>第五節 constitutiones principium</p> <p>第六節 Hadrian 帝前に於ける法律の有様</p> <p>第七節 edicta praetorium</p> <p>第八節 Hadrian 帝後の法律学の有様</p> <p>第九節 Diocletian 及 Constantine 時代に於ける Roma 国政の変遷</p> <p>第十節 Diocletian 及 Constantine 後に於ける Roma 法律学の有様</p> <p>第十一節 Justinian 帝前に於ける法令の集録書</p> <p>第十二節 Justinian 法典編纂</p> <p>比較法制史上目次終</p>
--	---

商標法第三条第二項適用の要件

——特に、「出願に係る商標・商品」と「使用に係る商標・商品」との同一性について——

I はじめに

II 商標及び商品の同一性について

1. 三条二項の法意
2. 裁判例・学説
 - (1) 厳格な解釈をすべきとする考え方（同一説）
 - (2) 厳格な解釈を不要とする考え方（緩和説）
3. 審査基準の改正

III 考察

1. 三条二項の文理解釈

2. 識別力の広がりについて

3. 審査運用のあり方

IV おわりに

I はじめに

商標法三条二項は、「前項第三号から第五号までに該当する商標であつても、使用をされた結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるものについては、同項の規定にかかわらず、商標登録を受けることができる。」と規定している。

すなわち、同法三条一項三号（商品の産地、販売地、品質等の表示）、四号（ありふれた氏又は名称）、五号（極めて簡単でありふれた商標）に該当する自他商品（以下、引用を除き、「商品」という場合には、「役務」を含むものとする。）の識別力を有しない商標であつたとしても、商品の出所を識別する標識として使用をされた結果、査定時又は審決時に、その商標がその商品の需要者（取引者を含む）間で全国的に自他商品識別力を獲得するに至っていると判断される場合には、商標登録を受けることができる」とされているのである。いわゆる使用による識別力の獲得についての規定といわれているものである。

その判断の際の具体的な基準については、多くの裁判所が、「出願に係る商標と外観において同一と見られる商標が指定商品とされる商品に使用されたことを前提として、その使用開始時期、使用期間、使用地域、使用態様、当該

商品の販売数量又は売上高等、及び当該商品又はこれに類似した商品に関する当該商標に類似した他の商標の存否などの事情を総合考慮して判断されるべきである。」旨の考え方を示してきている。⁽¹⁾ すなわち、三条二項に基づく使用による識別力の獲得を認めるかどうかは、「出願商標と使用商標の同一性」及び「指定商品と使用商品の同一性」の要件を前提として、その商標の実際の使用実績や第三者の使用の有無等に係る事情を総合考慮して判断されることとなる。この考え方は、平面的商標の場合のみならず、立体商標の場合も原則として同様である。⁽²⁾

しかしながら、裁判所が上記に示した判断基準のうち、「出願商標と使用商標の同一性」及び「指定商品と使用商品の同一性」の要件の解釈に関しては、裁判例や学説においても見解が分かれている。この同一性について比較的緩やかに判断をした最近のいくつかの裁判例をもって、同一性を厳格に解釈する考え方は崩壊したという声も耳にするが、それらの裁判例にしても、事例判決であることが少なくなく、当事者の主張・立証如何に左右される弁論主義に基づくものであること等をも考慮すると決してそうではなく、今日においても考え方の対立がみられる。

本稿では、先ずは、三条二項の法意ないしは存在理由を確認し、次に、「商標及び商品の同一性」について、それぞれの立場に立つ主な裁判例・学説を掲げて、対立の状況を概観した上で、最近の特許庁の審査基準の改正動向にも触れつつ、この点について考察を加えるものである。なお、以下、単なる条項表示は、すべて「商標法」である。

Ⅱ 商標及び商品の同一性について

1. 三条二項の法意

旧商標法（大正一〇年法）時には、現行法（昭和三四年法）の三条一項に相当する明文の規定は設けられていなかった

た。すなわち、旧商標法一条二項は、商標登録を受けることができる商標について、「登録ヲ受クルコトヲ得ヘキ商標ハ文字、図形若ハ記号又ハ其ノ結合ニシテ特別顯著ナルモノナルコトヲ要ス」と規定しているのみで、「特別顯著」については、具体的に規定せずに解釈に委せた結果、特別顯著の意義について見解が分かれていたため（自他商品の識別力とする見解と商標を構成する文字、図形、記号又はその結合が明瞭であることとする見解、さらには、前者と解した場合に、それを構成要件とする見解と登録要件とする見解）、現行法では「特別顯著」という字句を使用せず、具体的内容を三条一項各号に列挙することにより、特別顯著とは商標の持つ自他商品の識別力であり、かつ商標登録の要件であることを法文に明記した⁽³⁾。

さらに、旧法時において、特別顯著を自他商品の識別力と解することにより、使用による特別顯著性の発生を認めるとする考え方（積極説）⁽⁴⁾、特に判例によって主唱され、運用上確立された考え方を踏襲し、これを明文化したのが三条二項である。すなわち、現行法の立案当局者は、三条一項各号に掲げる商標は自他商品の識別力がないものとされて商標登録を受けられないのであるが、三号から五号までのものは特定の者が長年その業務に係る商品について使用をした結果、その商標がその商品と密接に結びついて出所表示機能をもつに至ることが経験的に認められるので、このような場合には特別顯著性が発生したと考えて商標登録をしようとしたものと説明する⁽⁶⁾。

現行法立案時の審議会の答申は、「商標の使用により特別顯著性が発生することを認め、登録出願に係る商標が出願人の商品を表示するものとして取引者又は需要者の間に広く認識されるときは、登録に際しこれを斟酌することができ⁽⁷⁾。」としており、その説明書でも「運用上確立した原則を明文化したものである⁽⁸⁾。」としており、その使用に係る商標及び商品についてのみ認められることとしている。

旧法下での運用上確立した原則を明文化したとあるので、旧法時代の裁判例を見ると、例えば、ある東京高裁判決は、「商標はそれが永年の間継続して一定の商品に使用され一般取引上直ちにその商品の出処を認識せしめるに足るに至つた時その商品に限りそれについて特別顕著性を有するものと解すべき」として、本願商標は、その指定商品である「五八類 他類に属せざる木、竹、藤、木皮竹皮類の製品、その他漆塗品及び蒔絵品の類」の全部について永年使用されているわけではないとして、特別顕著なものとは言い難いとした。

また、旧法下の特許庁の審査基準も、「使用による特別顕著性」に関しては、「永年使用による特別顕著性は当該の商標及び指定商品に限り認め、類似の商標及び商品については認めない。」旨が明記されていた。¹⁰⁾

このように、裁判所や特許庁における、旧法時の運用として確立した原則を明文化したのが、現行法の三条二項であり、本項については、現行法の立案当局者（特許庁）の意思どおりに、当該官庁（特許庁）が審査実務を行うは当然のことである。

ちなみに、現行法施行当初の審査基準は、「使用による識別力を有する商標の登録は、原則として、その商標およびその商標を使用していた商品に限り認め、類似の商標および商品については、認めない。」と、旧法時の考え方・運用を踏襲したものとなっている。¹¹⁾

すなわち、現行法の三条二項は、旧法時の考え方・運用（使用による識別力は、使用に係る商標及び商品についてのみ認められる）に基づいた解釈をすべきというのが、法意（立法者の意思）ということである。

2. 裁判例・学説

使用による識別力の獲得を認めるに際しての、「商標の同一性」及び「商品の同一性」という要件に関しては、裁判例や学説において、厳格な解釈をすべきとする考え方（同一説）と厳格な解釈を不要とする考え方（緩和説）に二分されてきている。

(1) 厳格な解釈をすべきとする考え方（同一説）

① 裁判例

(i) 商標の同一性に関して厳格に解釈すべきとした主な裁判例

・三浦葉山牛事件（知財高判平成一八・六・一二判時一九四一号一二七頁）は、「商標法三条二項の要件を具備するためには、使用商標は、出願商標と同一であることを要し、出願商標と類似のもの（例えば、文字商標において書体が異なるもの）を含まないと解すべきである。なぜなら、同条項は、本来的には自他商品識別力がなく、特定人の独占にもなじまない商標について、特定の商品に使用された結果として自他商品識別力を有するに至ったことを理由に商標登録を認める例外的規定であり、実際に商品に使用された範囲を超えて商標登録を認めるのは妥当ではないからである。そして、登録により発生する権利が全国的に及ぶ更新可能な独占権であることをも考慮すると、同条項は、厳格に解釈し適用されるべきものである。」として、使用商標の多くは、本願商標（「三浦葉山牛」を筆書き風に縦書きしたもの）とは態様を異にするので、本願商標が自他商品識別力を有するものとするのはできないとした。

・SpeedCooking 事件（知財高判平成一九・四・一〇裁判所ウェブサイト）は、「同条二項の規定上、同項によって商標登録が認められるのは、使用されていた商標に限られることは明らかであるが、（略）同条一項三号等の規定に対する例外規定である同条二項の規定は、当該商標が、特定人によりその業務に係る商品（役務）の自他識別標識として使用されてきた事実に基づく、公益上の要請の後退及び自他商品（役務）識別力の取得という現象に基礎を置くものであって、当該「使用」の範囲に含まれない構成態様の商標には、同条二項により商標登録を受けることを許容する根拠が認められるわけではない（すなわち、当該「使用」の範囲に含まれない構成態様の商標が、なお同条一項三号等に当たする場合であれば、上記公益上の要請及び識別力の欠如という状態が存在する）のであるから、同条二項の適用において、登録出願に係る商標と使用されていた商標との同一性は、厳格に判断されるべきものと解する」として、本願商標は、「SpeedCooking スピードクッキング」を標準文字で表したものであるのに対して、使用商標は、この文字を三段や二段で表示し、書体も筆記体であるので、外観上相当程度に相違し、実質的に本願商標の使用に当たるといふことはできないとした。

・純事件（東京高判平成四・一二・二四判時一四七一号一四三頁）は、ハウスマークとの併用例という事案において、本願商標は「純」の文字からなるのに対し、使用商標は「純」の文字と「宝焼酎」の文字等とが結合して一体として使用されてきたものというべきであり、「純」の文字のみで独立して商品「焼酎」に使用されて自他商品識別機能を備えるに至ったといふことはできないとした。

・角瓶立体商標事件（東京高判平成一五・八・二九裁判所ウェブサイト）は、商品の包装容器の立体的形状からなる立体商標の例において、本願商標と使用に係る本件ウイスキー瓶とは、その立体的形状は同一と認められる範囲内

のものであると認められるものの、両者は、立体的形状よりも看者の注意をひく程度が著しく強く商品の自他商品識別力が強い平面標章部分の有無において異なっているから、全体的な構成を比較対照すると、同一性を有しないとした。

（ii）商品の同一性に関して厳格に解釈すべきとした主な裁判例

・GOLF事件（東京高判昭和四五・五・一四無体集二卷一号三一五頁）は、「商標が長年使用による特別顕著性を有するにいたつたことは、それが長年の間継続して一定の商品に使用され、一般取引上、取引者、需要者をして直ちにその商品の出所を識別させ得るようになったとき、その特定の商品に限り、はじめてこれを肯認することができるのであり、右特定の商品の範囲を越えて、他の類似商品にまでこれを及ぼすことはできないものと解すべきである。」として、本願の指定商品は「旧二六類被服その他本類に属する商品」であるのに対して、そのうち使用による顕著性が認められるのは、これに含まれるシャツ類等の一部のものに限られ、指定商品を包括的に定めて登録を求める限り、本願商標に使用による特別顕著性あることを肯認することはできないとした。

・GEORGIA事件（東京高判昭和五九・九・二六無体集一六卷三号六六〇頁）、及びダイジェステイブ事件（東京高判平成三・一・二九判時一三七九号一三〇頁）は、いずれもGOLF事件と同趣旨の一般論を述べた上で、「出願商標の指定商品中の一部に登録を受けることのできないものがあれば、出願の分割ないし手続補正により登録を受けることのできない指定商品が削除されない限り、その出願は全体として登録を受けることができないういわけなければならぬ」として、GEORGIA事件では、指定商品「紅茶、コーヒー、ココア、コーヒー飲料、コ

コア飲料」のうち、少なくとも「紅茶」について、ダイジェスティブ事件では、指定商品「菓子、パン」のうち、「ビスケット」以外の商品について、三条二項の要件を充足していないとして、それぞれ指定商品全部にわたり登録を受けることができないとした。

② 学説

(i) 「使用を前提として登録が認められる」とするのが三条二項の立法趣旨とする考え方

・江口俊夫氏は、「法律の建前からいっても、必ず使用している商品と同一の商品、使用している商標と同一の商標に限られ(る)。」とする⁽¹²⁾。

・田倉整氏は、「(永年使用による特別顕著性の取得については)特定の商標が永年使用によって、一般取引者及び需要者間に、広く特定企業の製造販売にかかる特定商品の商標として認識せられるに至ったものと説くのが判例の一致した見解である。(略)従って、永年使用によって登録適格性を認められるのは、特定の商品に限られ、それ以外の商品には及ばない。」とする⁽¹³⁾。

・三宅正雄氏は、「使用による特別顕著性は、その使用した商標と商品についてだけ認められるべきは、いうまでもない。使用しない商標(たとえ、使用したものとよく似ていても)や商品について使用による特別顕著性があるなどということは、それ自体矛盾だからである。類似の商標、類似の商品について、この問題を考える余地のないことも同様に、いうまでもないことである。したがって、使用による特別顕著性の立証(出願人のすべきものは、正確に、出願に係る商標と商品について指向されなければならない。その方向が少しでもずれていれば、登録要

件を欠くことにならざるをえない。」とする¹⁴。

・工藤莞司氏は、「出願商標と使用商標は同一で、指定商品・役務も使用商品・役務、すなわち、原則として単品を単位としてのみ認められる。使用を前提としその実績に従い登録が認められるのであるから、使用に係る商標及び商品・役務に限られる。」とする¹⁵。

・茶園成樹氏は、「使用を前提として登録が認められるのであるから、出願商標及び指定商品・役務と使用されている商標及び商品・役務が同一でなければならない。」とする¹⁶。

(ii) 商標権の効力や独占適応性の観点を考慮する必要性を説く考え方

・田村善之氏は、商標の同一性については、「出所識別力を獲得した商標と若干異なる態様の商標が出願されてきた場合、(略) 出願商標でもって需要者が出願人の業務に係る商品、役務であると現に認識しうるのであれば、その登録を認めてよい」とする一方で、商品の同一性については、「出所識別力を取得するに至った商品、役務以外の商品、役務が指定されている場合にも、三条二項の要件を満足しない。(略) 類似商品、役務に関して本人に商標登録を認めてしまうと、その指定商品、役務にさらに類似する範囲までもが保護範囲に含まれることになるが、その結果、未だに独占適応性を欠いている商品、役務に関してまで商標権の保護が及ぶ可能性を否定しえない」とする¹⁷。

・井上周一氏は、「使用商標と出願商標との同一性の判断においては、独占適応性の観点から比較的厳しく判断されることとなる。」とする¹⁸。

・足立勝氏は、「商標権は、指定商品・役務について登録商標を使用する権利を専有するという強力な権利を付与するものであることから（商標法二五条）、三条二項に基づき商標登録を受けることができるものは、使用により識別力を獲得した商品・役務に限定されるべきであろう。また、商標権は、指定商品・役務に類似する商品・役務における第三者の使用に対して禁止権を与えるものであることから（商標法三七条）、使用による識別力の獲得が証明されていない商品にまで登録を許すことは、禁止権の範囲について予測可能性を失わせることになり、適切ではないと考える。」とする¹⁹⁾。

(iii) サーチコスト理論に基づく考え方

・宮脇正晴氏は、三条二項は、サーチコスト削減効果の観点から要保護性が低いがゼロではない商標について、登録を認めるための要件を定めたものであるとし、このような観点からは、同項は厳格に理解すべきであり、出願商標が現実に獲得した信用保護のために必要十分な範囲でのみ登録を認めるのが適切であり、このことから、使用商品と指定商品とは同一でなければならず、商品の同一性は、取引態様が一致しているか否かで判断されるとする²⁰⁾。

(2) 厳格な解釈を不要とする考え方(緩和説)

① 裁判例

(i) 商標の同一性に関して厳格な解釈は不要とした主な裁判例

・角瓶事件(東京高判平成一四・一・三〇判時一七八二号一〇九頁)は、ハウスマークとの併用例という事案において、「使用商標が出願商標と同一であるかどうかの判断は、両商標の外観、称呼及び観念を総合的に比較検討し、全体的な考察の下に、商標としての同一性を損なわず、競業者や取引者、需要者等の第三者に不測の不利益を及ぼすおそれがないものと社会通念上認められるかどうかを考慮して行うべきものと解するのが相当である。」とした上で、本願商標(「角瓶」の文字を太字の活字体により横書きしたもの)と、厳密には書体が同一ではない文字、縦書きで書かれた文字及び「角」と「瓶」の字間が広い文字による表示に係る使用商標とは同一である場合に当たるとし、また、たとえばハウスマークである「サントリー」等の文字と「角瓶」の文字とが連続して表示されている状態のものであっても、ハウスマークと結合して一体化した「サントリー角瓶」等の構成よりなる商標が使用されているのではなく、「角瓶」の文字からなる本願商標自体が使用されていると認識され、自他商品識別機能を備えるに至ったものと認められるとした。

・「ジューシー事件」(東京高判昭和五九・一〇・三二判時一一五二号二五九頁)は、使用商標は、本願商標(「ジューシー」の片仮名文字を通常の活字体より心持ち縦に長く横に短い書体で横書きしたもの)とは「シ」の部分の終筆部が異なりや丸味を帯びた字体が用いられている点で若干の差異があることが認められるが、この字体も片仮名の字体として特に特異な字体ではないから全体としてなお本願商標と同一の範囲を出ないとした。

・「あずきバー事件」（知財高判平成二五・一・二四判時二二七七号一一四頁）は、三条二項の要件充足には、「出願に係る商標と外観において同一とみられる標章が指定商品とされる商品に使用されたことを前提とする」としつつも、使用商標（丸文字書体で「あずき」の文字を縦書きし、その「き」の文字の左下に四分の一の大きさの丸文字書体で「バー」の文字を縦書きしたもの）の獲得した知名度により、本願商標（「あずきバー」の文字を標準文字で表したもの）も取引書類等に使用されてきたことが推認されるとして、出所識別力の獲得を認めた。

・「コカ・コーラ容器立体商標事件」（知財高判平成二〇・五・二九判時二〇〇六号三六頁）は、商品の包装容器の立体的形状からなる立体商標の例において、「使用に係る商標ないし商品等の形状は、原則として、出願に係る商標と実質的に同一であり、指定商品に属する商品であることを要する。もつとも、商品等は、その製造、販売等を継続するに当たって、その出所たる企業等の名称や記号・文字等からなる標章などが付されるのが通常であり、また、技術の進展や社会環境、取引慣行の変化等に応じて、品質や機能を維持するために形状を変更することも通常であることに照らすならば、使用に係る商品等の立体的形状において、企業等の名称や記号・文字が付されたこと、又は、ごく僅かに形状変更がされたことのみによって、直ちに使用に係る商標が自他商品識別力を獲得し得ないとするのは妥当ではなく、使用に係る商標ないし商品等に当該名称・標章が付されていることやごく僅かな形状の相違が存在してもなお、立体的形状が需要者の目につき易く、強い印象を与えるものであったか等を総合勘案した上で、立体的形状が独立して自他商品識別力を獲得するに至っているか否かを判断すべきである。」として、リタール瓶の立体形状について蓄積された自他商品識別力は極めて強く、その使用商品に「Coca-Cola」等の表示がされている点や、商品の特徴的部分とはいえない瓶の口部の相違（王冠用とスクリューキャップ

用）が、本願商標に係る形状が自他商品識別機能を獲得していると認める上で障害にはならないとした。

(ii) 商品の同一性に関して厳格な解釈は不要とした主な裁判例

・「DB九事件」（知財高判平成一九・一〇・三二裁判所ウェブサイト）は、本願商標については指定商品中の「自動車」について使用による識別性の取得が認められるとする一方で、当該使用商品以外の自転車、オートバイ等の指定商品についても、取引者・需要者が類型的に重なる部分があるとし、また、これらの商品の修理等の指定役務についても、取引者・需要者が重なり、両者は密接に関連するものであることをもって、使用による識別性の獲得を認めた。

・「JEAN PAUL GAULTIER “CLASSIQUE” 立体商標事件」（知財高判平成二三・四・二二判時二二一四号九頁）は、香水をつけた商品の販売、香水とのセット販売がなされている等、「香水」と「それ以外の本願の指定商品（美容製品、せっけん、香料類及び化粧品）」とは極めて密接な関連を有し、取引者や需要者も共通しているとして、本願商標が「香水」について自他商品識別力を有するに至った結果、前記指定商品に本願商標が使用された場合にも、当該指定商品の取引者・需要者において、香水に係る本願商標を使用する者による商品であることを認識することができるとした。

・「KAWASAKI事件」（知財高判平成二四・九・一二判時二二六六号一三二頁）は、「当該商標が長年使用された商品と当該商標の指定商品が異なる場合に、当該商標が指定商品について使用されてもなお出所表示機能を有すると認められるときは、三条二項該当性は否定されない」とした上で、本願商標は長年にわたってバイク関係やそ

の他の多様な事業活動で使用した結果、本願商標は著名性を得て、バイク関係はもとより、それ以外の幅広い分野で使用された場合にも自他商品識別力を有するようになっており、子会社を通じて、本願商標を使用したアパレル関係の商品が長年販売されているので、本願商標をアパレル関係の指定商品に使用された場合にも自他商品識別力を有するとした。

・「あずきバー事件」（知財高判平成二五・一・二四判時二二七七号一一四頁）は、三条二項の要件充足には、「出願に係る商標と外観において同一とみられる標章が指定商品とされる商品に使用されたことを前提とする」としつつも、本願の指定商品は「あずきを加味してなる菓子」であるところ、使用商品「あずきを加味してなる棒状の氷菓子」はこれに包含され、「あずきを加味してなる菓子」であることに変わりはないとした。

② 学説

(i) 出願商標がその指定商品について、使用による識別力を獲得したかで実質的に判断されるべきとする考え方も、網野誠氏は、「ラジオ・テレビ等による宣伝により、称呼自体として識別力を取得したことが立証された場合にも、登録に当たっては厳格に文字・図形として使用されている態様そのままであれば登録しないという建前を厳守することは、実情に沿わない」とする²¹⁾。

・渋谷達紀氏は、「商標の同一性、商品の同一性の要件を過度に厳格に適用することは控えるべきであろう。実際に使用されてきた商標と出願商標とが極めて近似したものであるときや、商品が極めて近い関係にあるときは、識別力（セカンダリ・ミーニング）の転移が起りうる。」とする²²⁾。

・川瀬幹夫氏は、KAWASAKI事件判決に関して、本件商標にあっては、顕著性を認める商品の範囲が広すぎると指摘しつつも、「商標の同一性は必要としても、指定商品と使用商品の厳密な同一性は存在しなくても三条二項の要件を充足する場合がある」とする。⁽²³⁾

・外川英明氏は、三条二項は一項との関係では例外規定としつつも、そのことと使用商標と出願商標の同一性の判断を形式的に厳格にすべきこととは直結しないと、独占適応性や自他商品識別力獲得の有無を実質的に判断すべきとする。⁽²⁴⁾

・高部眞規子氏は、三条二項の適用においては、出願商標が使用により識別力を獲得したか否かが問われるべきであり、使用商標と出願商標とは、実質的に同一であれば足り、完全に同一であることを厳格に求める必要性はない。商品についても、出願商標が使用により指定商品について識別力を獲得したか否かが問われるべきであり、使用商品を含む包括表示による指定商品の表示について、取引者・需要者が同一人の出所を表示していることが認識できるのであれば、指定商品を包括表示として登録可能であるとする。⁽²⁵⁾

(ii) 三条二項の文理解釈を根拠として、使用商標と出願商標、使用商品と指定商品が不一致でも、同項の適用は可能とする考え方(KAWASAKI事件判決が示した文理解釈に基づく考え方(後述)を支持する見解)

・安原正義氏は、「三条二項は、使用商標と出願商標との同一性、あるいは使用商品・役務と指定商品・役務との同一性については、明確に規定しているわけではなく、(略)指定商品・役務に関する出願商標の自他商品識別性がどこまで及んでいるかの判断基準の一つ」であるとする。⁽²⁶⁾

・土肥一史氏は、「三条二項は、出願商標が指定商品または指定役務に使用された結果、需要者が何人かの業務に係る商品または役務であることを認識することができるようになった場合とまでは求めていない。三条二項の適用において究極に重要なことは、出願商標が識別力を獲得しているのかどうか、という点である。」とし、「出願商標が識別力を獲得しているのに、出願商標が使用されていることを立証しなければ、識別力の獲得を認めない」というのは本末転倒²⁷⁾であるとする。

・大西育子氏は、「本規定にいう「使用」は、本来的識別力を欠く商標が指定商品（役務）について登録を受けうる程度に識別力を発揮する状態に至る原因となる使用を意味するが、必ずしも、出願商標と完全に同一の商標の使用である必要も、指定商品（役務）についてのものではない²⁸⁾とする。

3. 審査基準の改正

特許庁は、近年、商標審査基準の全面的な見直しを行う中で、平成二八年三月に、三条二項についても、近時の裁判例を踏まえた改正（平成二八年四月一日以降の審査に適用）を行った。この改正は、産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会に設置された商標審査基準ワーキンググループ（以下「商標審査基準WG」という。）における公開による審議を経たものである。

その結果、同項に関する審査基準における「出願商標と使用商標の同一性」及び「指定商品と使用商品の同一性」の要件に関する基本的な考え方については、従前は、法意に即して、「本項を適用して登録が認められるのは、出願された商標及び指定商品又は指定役務と、使用されている商標及び商品又は役務とが同一の場合のみとする。」とさ

れてきたが、この点に関しては、主として次のように改正された。⁽²⁹⁾

『1. 商標の「使用」について

(1) 商標について

出願商標と使用商標とが外観において異なる場合は、出願商標を使用しているとは認めない。

ただし、出願商標と使用商標とが外観上厳密には一致しない場合であっても、外観上の差異の程度や指定商品又は指定役務における取引の実情を考慮して、商標としての同一性を損なわないものと認められるときは出願商標を使用しているものと認める。

(例1) 同一性が認められる場合（略）

(例2) 同一性が認められない場合（略）

(2) 商品又は役務について

出願商標の指定商品又は指定役務と使用商標の使用する商品又は役務とが異なる場合には、指定商品又は指定役務について出願商標を使用しているとは認めない。

ただし、指定商品又は指定役務と使用する商品又は役務とが厳密には一致しない場合であっても、取引の実情を考慮して、指定商品又は指定役務と使用する商品又は役務の同一性が損なわれないと認められるときは、指定商品又は指定役務について出願商標を使用しているものと認める。

2. 「需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるもの」について

(1) (3) 略

(4) 商標を他の商標と組み合わせている場合について

出願商標を他の商標と組み合わせて使用している場合は、出願商標部分のみで独立して識別力を有するに至っているかを判断する。

(5)～(6) 略

3.～7. 略』

本改正基準1.(1)は、「出願商標と使用商標の同一性」について、厳格に解釈すべきとする裁判例とそのような解釈を不要とする裁判例がある中で、三条二項が「使用をされた結果」とされているので、出願商標と使用商標が同一でなければならないという原則は維持した上で、両商標の厳密一致を求めめるのではなく、指定商品における取引の実情を考慮して同一性の範囲まで拡張される場合があることとしたものである⁽³⁰⁾。

なお、基準2.(4)は、実際の商標の使用態様において、出願商標を他の商標と組合わせて使用している場合(例…商品の立体的形状からなる出願商標に企業ロゴが付されている場合)⁽³¹⁾については、出願商標のみで識別力を獲得しているかを判断することとしたものである⁽³²⁾(この場合、出願商標と使用商標全体の外観構成は異なるが、「出願商標」と「使用商標の構成中の出願商標に相当する部分」の同一性は前提となる)。本基準は、例えば、商品の包装容器を立体商標として使用する場合には、ほとんどが文字商標等と併用されるところから、出願商標と使用商標の同一性について、当初は裁判所でも認められなかったのであるが、マグライト立体商標事件⁽³³⁾、コカ・コーラ容器立体商標事件以降の裁判所の柔軟な判断を反映したものである。

また、基準1.(2)は、「指定商品と使用商品との同一性」について、三条二項が「使用をされた結果」とされていることに加えて、たとえば出願商標が特定の商品において著名であったとしても、全く使用をしていない商品についてまで本項を適用してしまうと、識別力の獲得をいわば先取りする形で認めることになり適切ではないので、指定商品と同一の商品において使用されている必要があるという原則は維持した上で、指定商品と使用商品とが厳密に同一であることを求めるのではなく、指定商品における商品の取引の実情を考慮してその同一性を判断することとしたものである。³⁴⁾

本改正は、三条二項の「使用をされた結果」という文言に鑑みて、従前からの考え方「出願商標と使用商標は同一、指定商品と使用商品は同一」を基本としつつ（同規定の法意を尊重したものである）、第三者（取引者・需要者）に不測の不利を及ぼすことがないようにとの配慮の下に、商標や商品の同一性を損なわないと認められる範囲までは、同一性の範囲を緩和したものであり、バランスの取れた改正と評価しうるものである。³⁵⁾

なお、同一性の範囲が緩和されたとはいえ、その判断はケースバイケースということになるところ、今後の特許庁の審査において、これまで裁判所で三条二項の適用が認められた前掲事案のようなもの（事例判決と考えられるものも少なくない）がすべて認められるわけではないことは明らかであることに注意を要する。例えば、商標の外観の差異が明らかである場合や、³⁶⁾ 使用商品の一部に含んでいないものの広すぎる包括表示からなる指定商品である場合や、³⁷⁾ 全く使用もされていない商品などには本項の適用は認められることはないということである。³⁸⁾

Ⅲ 考察

1. 三条二項の文理解釈

本条項適用の条件を考えるに当たっては、その前提ないし背景となる本条項の法意ないし存在理由についての考察と同様に、本条項の文理解釈の考察も当然に必要となろう。法は、それ自体で客観的な意味のある実在であると考えられるからである。

前掲KAWASAKI事件判決は、傍論ではあるが、文理解釈等の観点から、次のように判示する。

「(三条二項は)『使用をされた結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるものについては、…商標登録を受けることができる。』と規定し、指定商品又は指定役務に使用された結果、自他商品識別力が獲得された商標であるべきことを定めていない。また、同項の趣旨は、同条一項三号から五号までの商標は、特定の者が長年その業務に係る商品又は役務について使用した結果、その商標がその商品又は役務と密接に結びついて出所表示機能をもつに至ることが経験的に認められるので、このような場合には特別顕著性が発生したと考え、商標登録をし得ることとしたものであるから、登録出願に係る商標が、特定の者の業務に係る商品又は役務について長年使用された結果、当該商標が、その者の業務に係る商品又は役務に関連して出所表示機能をもつに至った場合には、同条二項に該当すると解される。そして、上記の趣旨からすると、当該商標が長年使用された商品又は役務と当該商標の指定商品又は指定役務が異なる場合に、当該商標が指定商品又は指定役務について使用されてもなお出所表示機能を有すると認められるときは、同項該当性は否定されないと解すべきである。』」

KAWASAKI事件判決は、三条二項は、「指定商品に使用された結果、自他商品識別力が獲得された商標であるべきことが必要であるとは定められていない」とする文理解釈をもって、当該商標が長年使用された商品と当該商標の指定商品が異なっても、当該商標が指定商品について出所表示機能を有すると認められるときは、同項該当性は否定されないとしたものであるところ、三条二項について、このような解釈を示したものとしては、管見の限り、裁判例、学説を通じて一番最初のものである。

その後、このような文理解釈に基づく考え方を支持し、三条二項は、出願商標が指定商品について自他商品識別力を獲得するに際して、使用された商標、商品に関しては規定していないとして、指定商品と使用商品が一致しない場合だけでなく、出願商標と使用商標が不一致の場合であっても、出願商標が指定商品について識別力を獲得していると認められる場合には、同項該当性を肯定すべきとする考え方（学説）も、前述のとおり出てきている。

しかしながら、例えば、三条一項三号の「その商品の産地、販売地、品質…を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」とあるのは、「その（指定）商品の産地、販売地、品質…を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる（出願に係る）商標」と読み、さらに、同二項において「使用をされた結果」とあるのは、「（出願に係る商標をその指定商品に）使用をされた結果」と解釈されるべきであることは、前記した法意からすれば、明らかであつて多言を要しないというべきである。

書かなくても明らか（当然の前提）であるからこそ、そこまで条文には書き起こさなかつただけのことである。三条二項の文言は、一項との関係において、立法者の意思が簡潔明瞭に表現されていると考えられる。事実、少なくとも、KAWASAKI事件判決が出るまでは、長年そのような安定的な解釈がなされてきたのである。

KAWASAKI事件判決の「(三条二項は) 指定商品又は指定役務に使用された結果、自他商品識別力が獲得された商標であるべきことを定めていない。」とする判示は、法意を軽視しすぎた考え方なのではないだろうか。当該判決以外に、今日まで、このような考え方を示す判決は見当たらない。

ちなみに、法解釈が分かれる(複数の解釈が可能である)というのであれば、立法者の意思が有効にその解釈機能を果たしうるように思われる。³⁹⁾

三条二項の趣旨については、三浦葉山牛事件判決を引用して、「特定人が当該商標をその業務に係る商品の自他識別標識として他人に使用されることなく永年独占排他的に継続使用した実績を有する場合には、当該商標は例外的に自他商品識別力を獲得したものである」ということができる上に、当該商品の取引界において当該特定人の独占使用が事実上容認されている以上、他の事業者に対してその使用の機会を開放しておかなければならない公益上の要請は薄いとすることができるから、当該商標の登録を認めようというものである」という説明がよくされる。これは、三条一項三号に掲げる商標が商標登録要件を欠くとされている理由について、これらは自他商品識別力を欠如する表示であって公益的見地から特定人に独占させるべきではない表示であるからとする最高裁ワイキキ事件判決⁴⁰⁾が示した考え方にも整合させたものといえる。

このような他の事業者との関係で独占適応性をも考慮すべきとする三条二項の趣旨に関する一般論自体は、これまでの裁判例や特許庁の審査基準においても、基本的に大きく変わるところはない。

この三条二項の趣旨は、「出願商標と使用商標の同一性」「指定商品と使用商品の同一性」の要件の解釈にあっても、

十分に勘案される必要がある。

本来的に、三条二項は、識別力がないとされる商標であっても、特定の商品について使用された結果、実際に出所識別機能が発揮され(すなわち、識別力が発生し)、業務上の信用が形成されたような場合には、例外的に、実際にその業務上の信用を形成するに至った(出所識別機能(識別力)を獲得した)「現に使用されてきた商標・商品」そのものを保護しようとするものというべきであり、これが法意(立法者の意思)である。

2. 識別力の広がりについて

当該商標が周知・著名となり強い識別力が獲得されている場合には、その識別力が商標・商品にも一定の幅で広がりを見せること(いわゆる「転移」)は事実としてはありえよう。

しかしながら、そのことと、本項を適用する場合において、実際に使用されている商標と異なる態様の商標や、使用されていない商品にまで商標登録を認めることは別の話である。

法意に照らし、三条二項は、同条一項の原則に対する例外規定であることは明らかであり(同項の規定にかかわらず)の文言を持ち出すまでもなく、実際に使用されている商標・商品と実質的に同一(性)の範囲を超えて商標登録を認めるのは本来適切ではない。例外規定である以上、厳格に解釈され、適用されるべきは当然の理である。ここで「厳格」というのは、必要以上の厳しさを求めるというのではなく、法律上の適切な厳しさを求めるという意味である。

三条二項の適用により登録された場合でも、その商標権の効力(禁止権)は、通常の商標が登録された場合と同様、

同一の範囲（二五条）だけでなく、類似の範囲（三七条一号）の商標・商品に対しても及ぶこととなるものであって、かつ全国的に及ぶものであること、そして、その権利の保護期間は、何度でも更新可能な半永久的なものであるからである。⁽⁴³⁾

本来は識別力のない商標について保護の範囲を拡げすぎると、弊害が出てくるのは当然のことである。三条二項は例外規定であるとの趣旨を十分に留意し、出願人の保護だけでなく、商標権の効力により制約を受ける他の事業者等第三者の利益保護とのバランスを十分に考慮した上での慎重な判断が求められる。

三条二項を、使用をしていない商標・商品にまで拡大して適用することの適否を考える場合には、①拡大保護を認めないことによる出願人の不利益と、②拡大保護を認めることによる第三者の不利益の比較衡量もすべきである。

拡大保護を認めず、使用をしている商標・商品についてのみ登録を認めることとした場合でも、商標権の効力（禁止権）は当該商標・商品についてのみならず、それと類似範囲にまで及び第三者の使用を排除できるのであるから（三七条一号）、拡大保護を認めなくても不利益はない。他方、実際には使用がされていない商標・商品についてまで拡大保護を認めることとした場合には、さらに拡大する禁止権の効力が使用による識別力の獲得が不明な商品や未だ独占適応性の有無の不明な商品にまで及ぶこととなり、第三者による予測可能性を失わせることとなるので、拡大保護を認めることによる第三者の不利益が懸念される。実際に使用している商品以外の指定商品については、三条二項該当性を認める必要はないばかりか、認めると実務上の弊害が案じられるのである。

なお、これについて、実際の使用に係る商品の範囲を超えて登録を認めた場合、さらにこれと類似する商品（使用商品とは非類似の商品）の場合にも、禁止権を及ぼすべきかは悩ましいとしつつも、①三条二項該当を理由に登録され

た商標か否かは登録原簿に記載されるわけでもなく、同条一項非該当の商標と区別されてはいないこと、②被告の使用行為が二六条一項各号に該当して、商標権が及ばないとされるケースもあり得ることより、弊害があるとはまではいえないように思われるとするものもあるが、⁴⁴弊害はないと断じられてはならず、加えて、①については、実務上、商標公報にはその旨が記載されていること、②については、三条一項四号及び五号に該当する商標の使用には二六条の適用はないこと等も付言しておきたい。

ちなみに、工業所有権の保護に関するパリ条約六条の五C(1)には、商標の保護の適否の判断に当たっては、「すべての事情、特に、当該商標が使用されてきた期間を考慮しなければならない。」と規定されており、三条二項もこの条約上の規定を反映したものであると言われているところ、このパリ条約の規定が使用による識別力の獲得の判断の場面だけでなく、本来的識別力の有無の判断の場面にも当てはまることをもって、三条二項を三条一項の例外規定と解する考え方を疑問視するものもあるが、⁴⁵三条一項と同条二項は、立法上原則・例外の形をとってはいるが、いずれにしても、両者が相俟って、一定の条件の下で、識別力があると認められる商標は登録を受けることができるのではないと認められるものは登録を受けることができなしいとしてるのであって、何ら条約との関係でも問題とはならないばかりか、登録主義の下では、自然な考え方ではないかと思われる。

3. 審査運用のあり方

全く使用もされていない商品や使用実績がないわけではないが決して多いとはいえない商品についてまで、使用による識別力を認めることは、立法者の意思に反するばかりか、審査実務上も問題がある。

三条二項の適用においては、出願商標が識別力を獲得しているかどうかが重要であると主張する考え方があることは前述したとおりであるが、実際に使用している商品を超えて識別力を取得しているとして登録をしてもいい商品であると認めた前掲各裁判例は、いずれも当該商品について出願人による識別性獲得の立証に基づいて認められたのではなく、その商標の持つ「周知・著名性」や、さらには、「商品の密接関連性」や「取引者・需要者の共通性」等をもって、識別性ありと「推認」をしたものである。

そのような「推認」という認定手法を、職権主義の下で行われる特許庁の審査に求めるべきではない。使用もされていない商品についての識別性取得について、各審査官の自由な裁量、恣意的な解釈、推認による抽象的な認定・判断に委ねることは、審査官にとっても多大な負担が課されることとなり、さらには、審査官間の判断のバラツキも懸念されることである。

自他商品識別力を有しないとされる商標であっても、使用により識別力を獲得した場合には、例外的に一事業者が登録を受けることができ、排他的支配権を取得しうることとなるわけであるので、登録を受ける事業者のことだけでなく、排他的支配権の制約を受けることとなる他の事業者のことも勘案すれば、このような商標登録を認めるか否かの判断を行う現実の審査の場においては、法文上の形式的な字義に拘泥するよりも、衡平的、実際的、安定的な実務であることが望まれる。

ちなみに、仮にはあるが、出願商標が識別力を獲得しているかどうかの判断だけでよいとする立場に立ったとしても、指定商品について出願商標が識別力を獲得したことについての直接的な証拠も示さずに使用による識別力の獲

得を認めることは適切ではない。

三条二項該当性の立証責任は出願人であるという原則（ことの順序として、使用の実績に基づく自他商品識別力獲得の事実は、出願人側が主張立証しなければならない）に立ち戻る必要がある。

立証方法も決して不可能というわけではなく、需要者を対象とした出願商標の認識度調査（アンケート調査）は可能なのであり、証拠方法の一つとして採用されている例も少なくない⁴⁶。勿論、アンケート母集団の適切な設定、標本数の一定程度の確保、適切な質問事項・実施者・実施方法・アンケート対象者等、公平性、中立性に考慮し十分に客観性が担保される内容の調査であることが必要になり、この調査に要するコストも少なからずかかってくるが、例外的に排他的支配権を確保しようというのであれば、その手間暇やコストを惜しむべきではない⁴⁷。

なお、厳格解釈は不要（識別力を獲得していれば使用されていなくてもよい）との考え方を示す者の中にも、その識別力獲得の立証自体は必要とするものもある⁴⁸。

もともと、改正審査基準は、前述したように、使用していない商品については認めないとしているので、裁判所の運用はともかく、特許庁では安定的な審査が進められることとなる。

改正審査基準によれば、「出願商標と使用商標の同一性」及び「指定商品と使用商品の同一性」の要件については、法の趣旨に沿った考え方を基本としつつ、厳密な一致を求めるのではなく、実質的な同一性（商標としての同一性や商品の同一性が損なわれないと認められる範囲）でよいとしており、異論のないところである。

ちなみに、前述のとおり、改正審査基準では、「出願商標を他の商標と組み合わせで使用している場合は、出願商

標部分のみで独立して識別力を有するに至っているかを判断する。」（審査基準三条二項2.(4)）としているところ、これは、非伝統的商標（動き、ホログラム、色彩、音、位置の新しいタイプの商標）にも適用される基準である。なお、審査基準には、それぞれの非伝統的商標について、「使用商標中に、出願商標以外の標章が含まれているが、出願商標部分のみが独立して自他商品・役務の識別標識として認識されると認められる場合には、三条二項の適用が認められる」旨の基準も置かれている。（審査基準三条二項3.(1)、4.(1)、5.(1)、6.(2)、7.(1)）

非伝統的商標については、他の構成要素（文字、図形等）とともに使用されることが多くなると思われるところ、「商標の同一性」の要件を判断する場合には、その前提として、まずは、「出願商標部分のみで独立して自他商品・役務の識別標識として認識されているか」の判断が求められることになる。その判断は、個別事案ごとに、出願人による、出願商標の認識度調査（アンケート調査）等を利用した立証に基づくこととなる。これは、商品や商品の包装容器の立体的形状に係る立体商標の場合における識別力の認定方法と同様である。

また、使用商品との関係で、これと実質的な同一性の範囲として、指定商品の範囲をどこまで特定すべきかについては、いずれの判決においても、使用商品をどの程度まで上位概念化（包括概念化）できるかについて説示したものはないところ、以前に、これに関して、筆者は次のような意見を述べたことがある。

『指定商品又は指定役務』の内容及び範囲は、商標権の効力範囲を定め（二七条、二五条、三七条一号）、他人の登録の排除範囲を画する（同法四条一項二号）ことになるので、『指定商品又は指定役務』の表示は、その商品又は役務の内容及び範囲が明確に把握できるものでなければならず、そのような観点から、商標法施行規則（省令）はその別

表で、指定商品又は指定役務として採用できる適切な具体的商品・役務の例示を掲記している。したがって、実務上は、少なくともこの省令別表に掲載されている例示やこれと同程度のレベルのもの（単品）については、三条二項の適用を認める商品・役務の範囲として考慮するに値するものといえる。⁽⁴⁹⁾

三条二項により認められる指定商品は、原則として「単品」を単位としてのみ認められるとする見解があることも前述したが、⁽⁵⁰⁾これも同趣旨であると解される。この考え方に対しては、抽象的に過ぎる（事案によっては、商品としてあまりに細かすぎる場合があったり、その適用が困難な場合も出てくるように思われる）とする指摘もあるが、⁽⁵¹⁾この省令別表の例示商品は各業界の意見・要望を十分に反映して作成されており、この例示商品や同レベルの商品であれば、商標実務担当者には周知が図られており、予測可能性の観点からも概ね問題のない範囲として考えられる。⁽⁵²⁾

IV おわりに

三条二項に基づく使用による識別力の取得を認めるかどうかの判断にあたって、その前提となる「出願商標と使用商標の同一性」及び「指定商品と使用商品の同一性」の要件については、上述した本項の趣旨に鑑み、特定人に独占使用を認めることの是非（他の事業者によるその使用の機会を開放しておく必要性の有無）との関係、すなわち、このような商標を登録した後の効力との関係をも十分に考慮して考える必要がある。

その意味において、平成二八年の審査基準の改正は、法意を尊重した上で、これらの事情も考慮したものとなっていると考えられる。

すなわち、ある標章が三条二項の規定により商標登録されるかどうかは、出願に係る商標と実質的に同一性がある

と認められる標章が、指定商品と同一性が認められる範囲の商品に使用されたことを前提として、その商標の使用の態様・数量・期間及び地域、広告宣伝の方法・期間・地域及び規模、出願人以外の者による出願商標と同一又は類似する標章の使用の存否、商品の取引の実情、需要者の商標認識度調査結果等の事実を総合考慮して、何人かの出所識別標識として、その商品の需要者間で全国的に認識されているかどうかで判断するとされている。

筆者も、商標審査基準WGにおいて、この議論に委員として参加したが、改正基準は、厳密な同一は求めないこととし、法意に反しない範囲で、同一性まで緩和したものはあるが、少なくとも、識別性が推認しうるようなケースであったとしても、明らかに外観上の同一性が損なわれているような商標（標準文字商標のケースも含めて）や、使用もされていないような商品については、本項の適用を認めないとする内容となった。安定した審査実務、商標権の禁止権拡大に伴う第三者の予測可能性の観点から、一定の評価をし得るものである。

筆者の素朴な考察は、審査・審判実務の経験者として、法意に即して、より衡平的、実際の、安定的であるべきという立場に基づくものである。

今後、解釈・運用が分かれるようであれば、法意に合致させるよう、条文について確認的に明確化を図るという方向で改正するのも一案ではある。そのようにしても、商標権の排他的効力は類似範囲まで及ぶ（三七条一号）ので、基本的に出願人は困ることもないと思量する。

本稿が、本問題について今後の運用の在り方を考えていく上に、いささかでも役立ちうるものであることを、そして、この問題が、関係者の工夫と努力により、可及的速やかに収束されることを祈ってやまない。

以上

〔注〕

- (1) 黒糖ドーナツ棒事件 (知財高判平成二三・三・二四判時二二二二号一二七頁)、あずきバー事件 (知財高判平成二五・一・二四判時二二七七号一一四頁)、i 商標事件 (知財高判平成二七・一〇・二九裁判所ウェブサイト) 等。他にも多くの裁判例において同趣旨の一般論が示されてきている。
- (2) 「コカ・コーラ容器立体商標事件」(知財高判平成二〇・五・二九判時二〇〇六号三六頁)、「JEAN PAUL GAULTIER “CLASSIQUE” 立体商標事件」(知財高判平成二三・四・二二判時二一一四号九頁) 等。
- (3) 特許庁編「新工業所有権法逐条解説〔初版〕」五五七頁 (発明協会、昭和三四年八月発行)、特許庁編「工業所有権制度改正審議会答申説明書」七二・七三頁 (発明協会、昭和三二年二月発行)
- (4) 旧法時において、当初は特別顕著性を商標の構成が明瞭であることと解し、明瞭でないものを何回使用しても明瞭になるはずはないので、使用による特別顕著性を認めないとする考え方 (消極説) が唱えられていた。(江口俊夫「商標法解説(1)」八八頁、専工業所有権研究所出版部、一九七一年)
- (5) 大審院判決昭和三・四・一〇「パスター事件」(大審院民事判例集七卷一八五頁) は、「永年使用による特別顕著性の取得」という法理を初めて適用した判決であり、「普通名詞ヨリ成り且普通使用スル書體ニテ表示シタル文字商標ト雖長年月ノ間繼續シテ一定商品ニ使用セラレ来リタル結果其ノ商品トノ關係ニ於テ取引上右商標ニ於ケル普通名詞ハ固有名詞化セラレ該商品ニ其ノ商標ヲ添付スルトキハ之ニ依リ一般取引上直ニ商品ノ出處ヲ認識セラルルニ足ルトキハ特別顕著性ヲ有スルニ至リタルモノトシテ登録商標タル適格ヲ有スルモノト解セサルヘカラス蓋シ或ル商標カ自他ノ商品ヲ甄別スル標識トシテ特別顕著性ヲ有スルヤ否ハ商標自體ノ構造ノミニ依ルニアラスシテ一定ノ商品ニ對スル關係ニ於テ該商標カ一般取引上如何ナル印象ヲ与フルヤニ依リ之ヲ定ムヘキモノナレハナリ」として、商品の普通名詞「パスター」について使用による特別顕著性の取得を認めた。また、大審院判決昭和三・九・八「808 商標事件」(審決公報六八三号五頁) も同趣旨で、「808」の数字からなる商標を商品「骨牌」について使用による特別顕著な商標と認めた。
- (6) 前掲(3)特許庁編「逐条解説〔初版〕」五六〇頁、前掲(3)特許庁編「答申説明書」七三・七四頁

- (7) 昭和三一・一二「工業所有権制度改正審議会答申」商標部会関係第一(二)
- (8) 前掲(3)特許庁編「答申説明書」七三頁
- (9) 東京高判昭和三〇・二・二四行集六卷二号三三三頁〔㊦商標事件〕
- (10) 審査第一部商標課「商標審査取極」(昭和三三年六月)六頁
- (11) 特許庁「商標審査基準」(昭和三六年七月一日)九頁
- (12) 前掲(4)江口「商標法解説(1)」九〇頁
- (13) 田倉整「商標の永年使用による特別顕著性の取得」(「工業所有権の基本的課題(下)」八八三頁、有斐閣、一九七二年)
- (14) 三宅正雄「商標法雑感」八一頁(富山房、一九七三年)
- (15) 工藤莞司「商標法の解説と裁判例」(改訂版)九三頁(マスターリンク、二〇一五年)
- (16) 茶園成樹「商標法」(第2版)五四頁(有斐閣、二〇一八年)
- (17) 田村善之「商標法概説」(第2版)一九〇頁・一九一頁(弘文堂、二〇〇五年)
- (18) 井上周一「知的財産法最高裁判例評釈大系Ⅱ」三三六頁(青林書院、二〇〇九年)
- (19) 足立勝「ゴルチェ・クラシック香水瓶立体商標事件」(「最新判例からみる商標法の実務Ⅱ」一〇五頁、青林書院、二〇一二年)
- (20) 宮脇正晴「商標法3条2項により登録が認められる商品の範囲」(L&T六二号、四〇頁、民法法研究会、二〇一四年)
- (21) 網野誠「商標」(第6版)一一八九頁(有斐閣、二〇〇二年)
- (22) 渋谷達紀「知的財産法講義Ⅲ」(第2版)三四七頁(有斐閣、二〇〇八年)
- (23) 川瀬幹夫「商標法3条1項の本来的識別性と使用による顕著性」(知財管理Vol.63 No.5、七四二・七四三頁、二〇一三年)
- (24) 外川英明「あずきバー事件・判批」(判時二一九九号一六五頁、二〇一三年)
- (25) 高部真規子「使用による識別力を獲得した商標」(土肥一史先生古稀記念論文集「知的財産法のモルゲンロート」一四・一五頁、中央経済社、二〇一七年)

- (26) 安原正義「商標法3条2項により登録を受けた商標権に関する一考察」(知財管理Vol.63 No.5、六七七頁、二〇一三年)
- (27) 土肥一史「新商標の識別性と類似性」(中山信弘先生古稀記念論文集「はばたき—21世紀の知的財産法」七九三頁・七九四頁、弘文堂、二〇一五年)
- (28) 大西育子「商標の使用による識別力」(土肥一史先生古稀記念論文集「知的財産法のモルゲンロート」八七頁、中央経済社、二〇一七年)
- (29) 特許庁「商標審査基準〔改訂第12版〕」四五・四六頁(發明推進協会二〇一六年)、その後現在の〔改訂第14版〕(四四・四五頁、二〇一九年)までその内容に変更はない。
- (30) 第一三回商標審査基準WG(平成二十七年一月五日)「資料1」二頁(特許庁HP)
- (31) 前掲(30)に同じ。
- (32) 北岡弘章「商品等の立体的形状に関する商標法3条2項の適用とその要件」(小松陽一郎先生還暦記念論文集「最新判例知財法」三九九頁、青林書院、二〇〇八年)は、商品の立体的形状からなる商標の自他商品識別機能の認定の際には広告宣伝その他における文字商標の露出の仕方も問題とする以上、あえて出願商標と使用商標の同一性を要求する必要はなく、立体的形状の独立性を問題にした上で、考慮事情を明確化する方が好ましいとする。
- (33) 知財高判平成一九・六・二七判時一九八四号三頁
- (34) 前掲(30)に同じ。
- (35) 前掲(30)議事録九頁 木村一弘商標審査基準室長発言要旨「本改正は、現行の趣旨を大きく変えるものではなく、基本的な考え方は同じ。商品の同一性については、裁判例にもいろいろあり、拡大傾向にあるかどうかは必ずしも明確ではない。今回、原則は変えていないが、従前からの「表示の厳密な一致」という点に関しては、緩和している。」
- (36) 審査基準上、標準文字の扱いについての記述はないが、ユーザーからのニーズはともかく、使用商標が標準文字とは外観上明らかに別異の態様である場合には、標準文字からなる出願商標には本項の適用はない。(前掲(30)議事録一三・一四頁参照)

- (37) 包括表示による指定商品の表示についても、個々のケースによって事情が異なるので、取引の実情、実際の密接関連性等を考慮して、包括表示でも同一視できる商品の範囲かどうかで商品の同一性が判断される。(前掲(30)議事録七〇頁参照)
- (38) 前掲(30)議事録七頁 木村一弘商標審査基準室長発言
- (39) 小川宗一「知的財産権法の解釈と立法者の意思」(日本大学法学部知財ジャーナルVol.1 No.1、九〇頁、二〇〇八年)
- (40) 最高判昭和五四・四・一〇民集一二六号五〇七頁
- (41) 三条二項が例外規定とする裁判例は数多い(三浦葉山牛事件、SpeedCooking事件、ひよこ立体商標事件(知財高判平成一八・一一・二九判時一九五〇号三頁)等)。中村英夫「注解商標法〔初版〕」一四六頁(青林書院、一九九四年)は、「規定の沿革からみても、二六条などの商標権の効力に関する規定からみても例外規定であることは明らか」とする。
- (42) 前掲(4)江口「商標法解説(1)」九二・九三頁、前掲(21)網野「商標〔第6版〕」一八八頁、前掲(41)中村「注解商標法〔初版〕」一四五頁、平成二二年度商標委員会第三小委員会「商標法3条2項に基づく商標権の権利範囲」(パテントVol.64 No.11、三一頁、二〇一一年)、外川英明「商標の使用による識別力獲得の意義と役割」(パテントVol.70 No.11〔別冊一七〕一三〇頁、二〇一七年)。
- 他方で、出願商標と使用商標は同一である必要があり、その結果、登録を受けたため、登録商標の権利範囲はそれと同一または実質的に同一のものに限られ、書体の異なるものや異なる態様のものについては権利範囲外となるとするものや(井上周一「産地表示の商標法3条2項該当性」(小松陽一郎先生還暦記念論文集「最新判例知財法」四四三頁、青林書院、二〇〇八年)、多量使用の結果識別力が認められて登録された商標権の効力は、原則として、その識別力の発生した商標・商品のみにか及ばないとするもの(平尾正樹「商標法〔第二次改訂版〕」一四九頁、学陽書房、二〇一五年)もあるが、法的な根拠はない。
- (43) 第一一回商標審査基準WG(平成二七年七月九日)で、日本商標協会・本多敬子委員も、「裁判例は、取引の実情その他を考慮して、商品なども広げて専用権を認めているが、一旦登録を認めてしまうと、その後更新時等に何らのチェックもせずにもそのまま権利が認められる。一時の取引の実情を勘案して、そのような強大な権利を与えていいのかについては、協会内で

も議論がある」旨の発言をされている。（同議事録二六頁、特許庁HP）

(44) 前掲(25)高部「使用による識別力を獲得した商標」一六頁

(45) 大西育子「商標の本来的識別力と使用による識別力」（渋谷達紀教授追悼論文集「知的財産法研究の輪」三九五頁 発明推進協会二〇一六年）、安原正義「商標の同一乃至同一性について」（渋谷達紀教授追悼論文集「知的財産法研究の輪」三六三頁、発明推進協会、二〇一六年）も同趣旨。

(46) 「角瓶事件」、「コカ・コーラ容器立体商標事件」、「エピ・ライン事件」（東京高判平成二二・八・一〇判時一七三〇号一二八頁）、「第二次ヤクルト容器事件」（知財高判平成二二・一一・一六判時二二一三三号一三五頁）等

(47) 筆者は、第一一回商標審査基準WG（平成二七年七月九日）の場でも、そのような発言をした。（同議事録二九・三〇頁、特許庁HP）

(48) 前掲(27)土肥『はばたき—21世紀の知的財産法』七九四頁

(49) 小川宗一「あずきバー事件判批」（日本大学知財ジャーナルVol.7、八二頁、二〇一四年）

(50) 前掲(15)に同じ。

(51) 前掲(25)高部「使用による識別力を獲得した商標」一六頁・一七頁

(52) 前掲(30)議事録六・七頁 木村一弘商標審査基準室長も「商品としての同一性については）基本的な考えとしては、別表の一番下のレベルで書いてあるような商品の中での表示の一致というのを考えている」と発言されている。

委任における委任者の任意解除と「受任者の利益」

——債権法改正過程から見たもの——

長谷川 貞 之

(目次)

- 一 問題の所在
- 二 役務提供契約と債権法改正
 - 1 債権法改正の概要
 - 2 法制審議会民法部会における論点の整理と絞り込み
 - 3 法典編纂の基本的視座と役務提供契約に関する規律の在り方
- 三 債権法改正過程から見た委任の任意解除と「受任者の利益」
 - 1 債権法改正における委任の任意解除

委任における委任者の任意解除と「受任者の利益」(長谷川)

六七(二〇三)

- 2 民法改正検討委員会の基本方針と委任の任意解除
 - (1) 役務提供型契約に関する一般規定の創設
 - (2) 委任の任意解除に関する規律の定立
 - (3) 準委任に関する規定の見直し
- 3 法制審議会民法部会の立法提案と委任の任意解除
 - (1) 役務提供契約に関する審議と中間論点整理
 - (2) 中間試案と委任の任意解除
 - (3) 要綱仮案・要綱案と「受任者の利益」
 - (4) 改正法六五一条の制定公布と委任者の任意解除権
- 四 改正法六五一条と「受任者の利益」をも目的とする委任の任意解除
 - 1 改正法六五一条の意義
 - 2 改正法六五一条の法意と解除できない委任
 - (1) 従前の判例法理の命題
 - (2) 主要学説と「受任者の利益」概念
 - (3) 解除できない委任と「受任者の利益」
 - 3 「受任者の利益」と損害賠償の要否
- 五 残された課題と議論の方向性
 - 1 やむことを得ざる事由の考慮要素
 - 2 特定商取引法における中途解約、損害賠償額の上限規制との関係
 - 3 金銭的損害賠償と補償

六 結び

一 問題の所在

現代社会では、民法典制定時に想定されていなかった役務・サービスの提供を内容とする多種多様な契約があり、役務提供契約の重要性が高まっている。役務提供の主体・客体・提供される役務・サービスの内容は様々であつて、役務提供に属する契約には実に多種多様なものがある。役務提供契約とは、こうした役務・サービスを提供することを内容とする契約である。⁽¹⁾ このような多種多様な役務提供契約に対して、民法典の規律はこれらの一部を雇用・請負・委任・寄託といった抽象的概念でもつて規定するにすぎず、このいずれにも該当しないものも少なくない。それらの多くは準委任（民法六五六条）として処理され、伝統的には委任の規律に服するものとされてきた。⁽²⁾

しかし、これら広く役務提供契約とされるものについて、無造作に委任の規定が準用されるとすると、当事者の一方からの自由な解除権の行使が認められるとか（改正前民法六五一条一項、改正法六五一条一項）、当事者の一方に厳格な注意義務が課せられる（民法六四四条）など、必ずしも適切とはいえない法律関係を生じさせることになる。⁽³⁾ また、準委任にも分類されず、無名契約と扱われる役務提供契約については、そもそも適用される任意規定がないことになり、当事者間の法律関係は当該契約の解釈によつて導くしかないという事態も生じうる。⁽⁴⁾

このような役務・サービスを取り巻く状況に鑑み、近時の債権法改正においては、「新しい役務・サービスの給付を目的とする契約への対応の必要性」と「役務提供に関する既存の典型契約の機能分担の見直し」という観点から、役務提供に属する典型契約のあり方についてどのように考えるか、また、どのような点に留意して見直すべきかという検討課題が示されている。⁽⁵⁾

委任の任意解除を定めた改正前民法六五一条についていえば、従来、判例は、委任が「受任者の利益」をも目的とする場合において、委任者は原則として同条に基づき解除をすることができないが、「やむを得ない事由」がある場合^⑥、または、やむを得ない事情がなくとも、「委任者が解除権自体を放棄したものと解されない事情」がある場合^⑦には、同条に基づき解除をすることができるとしている。さらに、「信託関係を破壊する特段の事情」がある場合^⑧には、委任の解除が可能であるとしてきた^⑨。しかし、このような判例法理の解釈や評価をめぐっては様々な見解が主張されている^⑩。そのため、今次の債権法改正においては、その規律を明確にする必要があることから、委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けるかどうかなど、更に検討することが求められた^⑪。その結果、後述するように、今次の債権法改正において法制審議会の民法部会を中心に検討が加えられ、国会の審議を経て、新たに改正法六五一条が成立した。同法は、従来の判例法理を踏まえながらも、「受任者の利益」をも目的とする委任契約の解除について、解除権自体の存否ではなく、損害賠償の可否の問題として処理することを規定した(改正法六五一条二項二号)^⑫。これは、従前の判例法理との関係で一体どのような意味をもつのか、改正前民法六五一条の下に展開された判例法理はどのように生かされるのかなど問題点は多く、論点は多岐にわたる^⑬。

委任の解除をめぐっては、筆者はこれまで、その規範構造を民法典の編纂時に遡り検討し^⑭、また、判例法理の条文化と半強行法規性という観点から、改正法六五一条が判例・学説に与える影響につき検討を加えた^⑮。一方、強行法・任意法という観点から、法改正後の委任の任意解除権(改正法六五一条)を請負契約における契約不適合責任・解除とともに取り上げて検討を加えてきた^⑯。そして、契約の終了という観点から、委任契約の解除に対する制約原理を探求し、改正法六五一条の意義と契約解除の解除に関する通則を定めた改正法五四一条の補充的適用との関係を論じた^⑰。

本稿は、こうした筆者のこれまでの研究成果を踏まえ、委任の解除をめぐる問題のうち、改正法六五一条の出来上がるまでを、債権法改正に現われた部会資料や議事録などの各種資料を手掛かりにその痕跡を辿りながら、同条の立法趣旨（同条一項）を明らかにし、「受益者の利益」をも目的とする委任の任意解除（同条二項二号）の可否について考察するものである⁽¹⁸⁾。

本稿では、まず、今次の債権法改正において示される委任などの役務提供契約に関する問題点、および検討課題を取り上げる（一）。次に、今次の債権法改正により新たに制定公布された改正法六五一条について、債権法改正に現われた部会資料や議事録などの各種資料を手掛かりにその痕跡を辿りながら、同条の立法趣旨を明らかにする（三）。このような作業を経ることで、これまでの研究に対する資料的典拠が示され、論証が与えられることになる。そのうえで、「受任者の利益」をも目的とする委任の解除と改正法六五一条との関係につき、従前の判例法理、主要学説と「受任者の利益」概念などを検討し、同条の下でも解除できない委任が存在すること、および、受任者側における契約継続の利益の内容・程度に応じた検討の必要性を説き、そのための類型的考察の視点を提示する（四）。今日、委任が準委任を含み広範かつ多種多様な役務・サービスの給付を対象とすることを考えると、単に「受益者の利益」といっただけでは何ら問題の解決にはならないことは明らかである。そして、本稿は、最後に、改正法六五一条の適用範囲を考えるうえでこれまで判例・学説が漠然と理解してきた「受益者の利益」概念の解明が必要不可欠であり、これが重要な問題を提起するものであることを指摘し、残された課題と議論の方向性を明らかにする（五）。

二 役務提供契約と債権法改正

1 債権法改正の概要

本題に入る前に、今回の民法典における債権関係の改正の流れと経緯を、以下、簡単に振り返っておきたい。

今次の債権法改正に関する作業は、平成二十二年一月から五年以上にわたって開催された法制審議会民法（債権関係）部会（以下、「民法部会」という）における審議を中心に行われ、¹⁹改正項目も二〇〇を超える大規模なものであった。²⁰民法部会における審議は、これに先行して組織された学者中心の共同研究グループである民法（債権法）改正検討委員会（以下、「民法改正検討委員会」という）での議論を踏まえたもので、平成二十二年一月二十八日、法務大臣が法制審議会に対して行った諮問（第一八八号）から始まる。²²

法務大臣の諮問は、「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・経済の変化の対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動に関わりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」²³というものであった。

諮問された見直しの対象は、民法のうち契約を中心とする債権関係の規定である。「債権関係の規定」という文意で、第三編債権だけでなく第一編総則の法律行為や消滅時効等の検討対象に含まれることが示されており、また、「契約に関する規定を中心に」という文意で、第三編のうちでも不法行為等の法定債権は主たる検討対象ではないことが示されている。また、諮問では、見直しを行う観点として、社会・経済の変化の対応と国民一般への分かりやすさ、という二つが掲げられている。民法典の財産編が制定された明治二十九年から既に一一〇余年が経過しており、前

者は、この間の社会・経済の変化への対応を図ろうという趣旨である。後者は、民法制定以来一一〇年余りの間に条文の外に形成された判例法理を明文化するとか、不明確な規定の見直しを行うことが想定されるものであった。

この諮問を受けて、法制審議会は、平成二一年一月、新たな専門部会として債権法改正に関する民法部会を設置することを決定した。法制審議会総会において審議を終了するのは平成二七年二月であるが、民法部会の設置から審議終了までの間、民法部会では九九回の部会と一八回の分科会がそれぞれ開催されている。この間に、民法部会は、平成二三年四月一二日開催の第二六回会議において「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」という）を決定し、これをパブリック・コメントに付した。また、民法部会は、各界から寄せられた意見を踏まえ、引き続き審議をした結果、平成二五年二月二六日開催の第七一回会議において「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下、「中間試案」という）を決定し、これを二回目のパブリック・コメントに付した。そして、平成二六年八月二六日開催の第九六回会議において、民法部会は、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」（以下、「要綱仮案」という）を取りまとめ（ただし「定型約款」の箇所を留保した）、これを同年九月八日に公表し、さらに、平成二七年二月一〇日開催の第九九回会議で「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」（以下、「要綱案」という）を決定した。この要綱案が、同年二月二四日開催の法制審議会総会において、最後に遅れて策定された定款に関する条項とともに正式に「民法（債権関係）の改正に関する要綱」（以下、「要綱」という）として採択され、民法部会での審議は終了した。

この後、法務省は、法制審議会において採択された要綱に基づき「民法の一部を改正する法律案」（以下、「法律案」という）を作成し、これが内閣の閣議決定を経て、平成二七年三月三十一日、内閣より第一八九回通常国会に提出され

た。この法律案は、衆議院の先議に付され、衆議院における審査、衆参両院の実質的審議を経て、平成二九年五月二六日、第一九三回通常国会において可決成立し、²⁴同年六月二日に公布された（法律第四四号。以下、「改正法」という）。公布された改正法の施行日は、平成三二年（二〇二〇年）四月一日が予定されている。

2 法制審議会民法部会における論点の整理と絞り込み

委任などの役務提供契約に関する民法部会の審議は、平成二二年一〇月一九日開催の第一六回会議より始まる。²⁵この会議において、鎌田薫部会長の司会のもとに、法務省の笠井朋明関係官より部会資料に基づき説明が行われ、役務提供契約に関する問題点の指摘と検討課題が示された。²⁶部会資料によると、現代社会においては、サービスの給付を目的とする契約が量的に増大するとともに、新しいサービスを目的とする契約が現れるなど、役務の給付を目的とする契約の重要性が高まっているが、これら今日見られる新しい役務提供型契約には民法が想定していないものも多く、民法はこれらの契約に対して必ずしも適切な規律を提示することができていないこと、また、役務提供型に属する既存の典型契約についても、例えば、請負のうち仕事が物と結びついていない類型のものについては請負から切り離して委任または準委任と統合すべきであるなど、これらの契約相互間の機能分担を見直す必要があることが指摘された。これに続き、民法部会に対し、「新しい役務・サービスの給付を目的とする契約への対応の必要性」と「役務提供に関する既存の典型契約の機能分担の見直し」という観点から、役務提供型に属する典型契約のあり方についてどのように考えるか、また、どのような点に留意して見直すべきか、という検討課題が示された。²⁷

この問題提起と検討課題を出発点として、民法部会では役務提供に関する債権法改正の審議が始まった。しかし、

この後の民法部会における審議は、後述するように、役務提供契約に関する一般規定の創設が断念されるなど、いくつかの紆余曲折があり、当初の検討課題からはかなり後退したものとなった。

3 法典編纂の基本的視座と役務提供型契約に関する規律の在り方

今次の債権法改正において、委任などの役務提供契約に関する論点は実に多岐にわたり、民法部会の審議にも紆余曲折があった²⁸⁾。役務提供に関する審議状況を概観すると、民法部会では、①審議の当初から、通常の典型契約よりもやや抽象度の高い、しかし、双務契約や有償契約よりも具体的な、いわば中二階に位置する契約類型を設けるかどうかが俎上に挙げられ、役務提供型契約の一般的規定の創設が検討された（中間論点整理第四七）。また、準委任に代わる役務提供型契約の受け皿規定の定立も論点として掲げられた（中間論点整理第五〇）。しかし、中間試案の段階で、役務提供型契約に関する一般規定を置くことは断念され、準委任の規定（民法六五六条）の整備によるという提案がなされた（中間試案第四一六）。その提案も、中間試案の公表以降見送られ、結局、改正法に盛り込まれることはなかった。また、②準委任に代わる役務提供型契約の受け皿規定の定立についても、役務提供型契約に関する一般規定の創設が断念されたことにより、その後見送りとなった。③委任のサブ類型として、仲立契約や媒介契約などの個別具体的な新種の契約に関する規定を設けるかどうかについて、中間論点整理では検討課題とされたが（中間論点整理第四九一六）、中間試案の段階で検討対象から除外された²⁹⁾。④役務提供契約に関連して、継続的契約についても中間試案で立法提案が示されたが（中間試案第三四）、その後の審議において条文化は見送られている。結局、役務提供契約に関しては、寄託契約の中で混合契約および預貯金契約についての規定（改正法六六五条の二、六六六条の三）のみを新

設するにとどまった⁽³⁰⁾。

今日の委任は、事務処理の委託である準委任を含み、広範かつ多種多様な給付・サービスの給付を内容としている。そのため、他の役務提供契約との役割分担、規定相互間の機能的な適用を促すためにも、役務提供契約に関してある程度の類型化と規律の定立は必要であった。改正前の民法は、抽象的な要件から構成された原則志向型ルールを中心とする一方で、基本原則や事例志向型ルールを回避し、定義については原則としてこれを設けない方針をとつていた⁽³¹⁾。これにより、規律されるべき事案が、比較的少ない条文数で、かつ、幅広く補足されることが期待された。換言すれば、改正前民法は、規範の抽象性とそのような規範しか定めないという自制によつて、判例の展開を促してきたともいえる。

これに対し、今次の債権法改正においては、民法における法的カテゴリーに積極的評価を与えるのか、それとも民法の起草に際して採用された伝統的な考え（定義種別引例当ニ渉ルモノハ之ヲ柵除ス⁽³²⁾）を承継するのかという基本的対立があったとの指摘がある⁽³³⁾。このような法典編纂に関する基本方針の対立は、役務提供型契約に関する一般規定の定立や準委任の規定の見直しについても影響を与えないではおかない。各契約類型の特質を強調すると規定が硬直的または複雑になり、他方、平準化しすぎると各契約類型における具体的妥当性が低下する。また、規定や概念を抽象化すると射程は広くなるが、規定内容の明確性が低下する。逆に、具体化すれば、規定内容の明確性は高まるが、射程は狭くなるという問題が生じる。準委任を含み、広範かつ多種多様な役務・サービスを内容とする委任契約においては、民法で規定すべき規律の対象とは何か、規律や概念をどの程度、抽象的ないし一般的なものとするかという点が重要であるから、法典編纂の基本方針は大きな意味をもつといえる⁽³⁴⁾。

三 債権法改正過程から見た委任の任意解除と「受益者の利益」

1 債権法改正における委任の任意解除

委任の任意解除を定めた改正法六五一条の立法過程を振り返って見ると、先に指摘したように、今次の債権法改正においては中間試案の公表をもって一つの方向性ないし流れができたように思われる。そこで、以下では、債権法改正に現われた部会資料や議事録などの各種資料を手掛かりに、改正法六五一条の成立に至るまでを、検討項目ごとにかつ、時系列に即して見て行くことにしよう。

2 民法改正検討委員会の基本方針と委任の任意解除

(1) 役務提供型契約に関する一般規定の創設

法制審議会民法部会での審議に先行して組織された民法改正検討委員会は、平成二二年五月、「債権法改正の基本方針」(以下、「基本方針」という)を公表し、その中で、民法典に規定されている役務提供に関する既存の典型契約に加えて、新たに役務提供契約という契約類型の創設を提案した。³⁵⁾

基本方針は、まず、役務提供契約を、「当事者の一方(役務提供者)が相手方(役務受領者)から報酬を受けて、または、報酬を受けないで、役務を提供する義務を負う契約である」(3:28:01)と定義する。³⁶⁾ そのうえで、この役務提供契約に関する規定は、「この法律その他の法令に別段の定めがある場合を除き、請負、委任、寄託、雇用その他すべての役務提供契約に適用される」(3:28:03)とし、報酬請求、終了に関する詳細な規定を配置するものとした。³⁷⁾

委任における委任者の任意解除と「受任者の利益」(長谷川)

基本方針の企図するところは、役務提供型契約に関する一般規定を創設するとともに、請負および準委任の定義の整理により、役務提供に関する既存の典型契約に該当しない他の役務提供契約の受け皿として準委任を用いる現在の構成を否定し、新設される役務提供契約を役務提供契約の受け皿規定として活用するという斬新なものである⁽³⁸⁾。

基本方針によると、役務提供契約の規律に関しては、委任や請負などの役務提供型契約に関する一般規定の創設と既存の典型契約に該当しない役務提供型契約の受け皿規定の二つが構想され、立法化に向けた提案がなされた⁽³⁹⁾。また、請負および準委任の定義が整理され⁽⁴⁰⁾、成果物の引渡しを観念できない純粹な無形損害（例えば、運送契約）は請負に含まれず、役務提供契約の規定によって規律されること、法律行為でない事務の委託のうち、第三者との間での事務の委託以外のもの（例えば、在学契約や医療契約）は準委任に含まれず⁽⁴¹⁾、役務提供契約の規定が適用されることが示された。

役務提供契約の解除について見れば、役務受領者は、役務が完了する前であれば、何時でも契約を解除することができるとし、その場合、役務提供者は解除によって生じた損害の一定額を賠償請求することができる⁽⁴²⁾とされた（【3.2.8.10】）。役務提供者については、有償と無償との場合を区別し、有償の役務提供契約の場合には、役務提供者の任意解除権を否定する甲案と、やむを得ない事由があるときに解除を認める乙案とが、それぞれ併記して示された。無償の役務提供契約の場合には、役務提供者は一定の場合を除いて、何時でも契約を解除できるものとされた（【3.2.8.11】）。

○基本方針【3.2.8.10】（役務受領者の任意解除権）

〈1〉 役務提供者がその役務の提供を完成しない間は、役務受領者は、いつでも契約の解除をすることができる。

〈2〉 〈1〉の場合において、役務提供者は、解除によって生じた損害の賠償として、次の各号に掲げる額を請求することができる。

〈ア〉 成果完成型の役務提供契約においては、約定の報酬から解除によって支出を免れた費用「自己の債務を免れることによって得た利益」を控除した額

〈イ〉 履行割合型の役務提供契約においては、既に行った役務提供の履行の割合に応じた報酬およびその中に含まれていない費用

*上記〈2〉の〈イ〉については、役務提供が、役務受領者の利益のみならず、役務提供者の利益をも図るものである場合には、役務受領者が解除するにつき正当な事由がないときは、〈2〉〈イ〉で定める額を超える賠償が認められることがあるとの見解もある。

○基本方針【3.2.8.11】（役務提供者の任意解除権）

〈1〉 有償役務提供契約における任意解除権

〔甲案〕 有償役務提供契約については、役務提供者の任意解除権は定めない。

〔乙案〕 役務提供者が報酬を受ける場合であっても、役務提供者は、やむを得ない事由があるときは、直ちに契約を解除することができる。

〈2〉 無償役務提供契約における任意解除権

役務提供者は、いつでも契約の解除をすることができる。ただし、役務受領者に不利な時期に解除がなされ、かつ、その解除が当事者の信義に反すると認められるときは、役務提供者は、契約の解除によって役務受領者が被った損害を賠償しなければならない。

(2) 委任の任意解除に関する規律の定立

一方、委任契約の各当事者における任意解除権については、基本方針は、改正前民法六五一条の考え方を基本的に維持しつつ、従前の判例法理の展開を踏まえて、次のような提案を行っている。

まず、委任者および受益者のそれぞれに任意解除権が認められるとしたうえで〔3:210:15〕〈1〉、解除が相手方の不利な時期になされたときは、やむを得ない事由があるときを除き、それによって相手方が被った損害を賠償しなければならぬとした〔3:210:15〕〈2〉。また、委任の利益が受任者またはその相手方などの第三者にある場合には、やむを得ない事由があるときを除き、委任者は委任を解除することができないとした〔3:210:15〕〈3〉。そして、委任が、委任者の利益のみならず、受任者の利益をも図る場合において、委任者が委任の解除をしたときは、委任者に正当な事由がある場合を除いて、解除によって相手方が被った損害を賠償しなければならないとした〔3:210:15〕〈4〉。ここでは、受任者の利益をも目的とする委任契約の解除が解除権自体の存否ではなく、損害賠償の可否の問題として処理されるものとされている。基本方針は、効果の点から判例法理の類型化を図り、要件の整序を行ったと思われるが、受任者の利益は準委任を含めて考えるならば、広範かつ多種多様であり、受任者の利益を図る委任のす

べての場合に、これが妥当する規律であるのかどうかは、後述するように、さらに検討を要するといえよう。ただ、その点を一先ず置くとしても、今次の債権法改正において制定公布された改正法六五一条は、条文の規定振りを見る限り、基本方針で示された考え方を基本的に受け継いでおり、同条の規定の源流はこの基本方針にあったといえることができる。

○基本方針【3.2.110.15】（委任の任意解除権）

〈1〉 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。

〈2〉 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、その当事者の一方は、この解除によって相手方が被った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。

〈3〉 委任が、もっぱら受任者または第三者の利益を図るものである場合には、委任者は委任を解除することができない。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。

〈4〉 委任が、委任者の利益のみならず、受任者の利益をも図るものである場合において、委任者が委任の解除をしたときは、この解除によって相手方が被った損害を賠償しなければならない。ただし、委任者が解除するにつき正当の事由があったときは、この限りでない。

（3） 準委任に関する規定の見直し

準委任については、基本方針は、準委任を受任者が委任者に代わって対外的な事務（法律行為でないもの）を処理す

委任における委任者の任意解除と「受任者の利益」（長谷川）

ることを委託する場合に限定すべきであるとし、この場合には委任の規定が準用されるとした〔3.2.10.02〕。準委任についてこのような限定が入ると、法律行為でない事務の委託のうち、第三者との間での事務の委託以外のもの（例えば、在学契約や医療契約など）は準委任に含まれないことになる。この点、基本方針では、準委任の範囲から外れる契約について、別途、規定を設ける必要があったことから、前述の役務提供型契約の一般規定を用意し、これに対応すべきものとしたといえる。基本方針によると、準委任の見直しやその守備範囲の限定は、それ自体独立した論点ではなく、役務提供型契約の一般規定の創設と連携する形で構想されたものであることに、我々は留意する必要があるといえよう。

○基本方針〔3.2.10.02〕（準委任の定義）

本章の規定は、当事者の一方（委任者）がその相手方（受任者）に対し、第三者との間で法律行為でない事務を行うことを委託する場合についても準用する。

3 法制審議会民法部会の立法提案と委任の任意解除

(1) 役務提供契約に関する審議と中間論点整理

ア. 役務提供契約の一般規定（総論）に関する規律

(a) 役務提供型契約の一般的規定（総論）の創設

前述したように、役務提供契約に関する民法部会の審議は、平成三二年一〇月一九日開催の第一六回会議より始

まった。この会議において、笠井関係官より、役務提供型の典型契約の全体的な在り方、新しいサービスの給付を目的とする契約への対応の必要性などの問題提起と検討課題が示された。これに続いて、民法部会では、役務提供に関する既存の典型契約（雇用、請負、委任、寄託）に関する総論についての審議が行われた。

民法部会は、これまでの検討を踏まえて、平成二三年五月一〇日、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（中間論点整理）を公表し、これをパブリック・コメントの手に付した⁴²。この中間論点整理の中で、新たな典型契約の要否、役務提供型契約の規定の編成の在り方など、役務提供型契約に関する規定の全体的な在り方について、また、役務提供に関する既存の典型契約に該当しない役務提供契約について適用される規定群を新たに設けることの要否について、更に検討することの意見が求められた。

○中間論点整理 第四七「役務提供型の典型契約（雇用、請負、委任、寄託）総論」

「一方の当事者が他方の当事者に対して役務を提供することを内容とする典型契約には、民法上、雇用、請負、委任及び寄託があるとされている。しかし、今日の社会においては新しい役務・サービスの給付を目的とするものが現れており、役務提供型に属する既存の典型契約の規定によつてはこれらの契約に十分に対応できないのではないかとの問題も提起されている。このような問題に対応するため、役務提供型に属する新たな典型契約を設ける考え方や、役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設ける考え方が示されている（第五〇参照）ほか、このような考え方を採用する場合には、これに伴って既存の各典型契約に関する規定の適用範囲の見直しが必要になることもあり得る（第四八、一、第四九、五参照）。

役務提供型の典型契約全体に関して、事業者が消費者に対してサービスを提供する契約や、個人が自ら有償で役務を提供する契約など、当事者の属性等によっては当事者間の交渉力等が対等ではない場合があり、交渉力等において劣る方の当事者の利益を害することのないように配慮する必要があるとの問題意識や、いずれの典型契約に該当するかが不明瞭な契約があり、各典型契約の意義を分かりやすく明確にすべきであるとの問題意識が示されている。これらの問題意識なども踏まえ、各典型契約に関する後記第四八以下の論点との関連にも留意しつつ、新たな典型契約の要否、役務提供型の規定の編成の在り方など、役務提供型の典型契約の全体的な在り方について、更に検討してはどうか。」

○中間論点整理 第五〇、一「新たな受皿規定の要否」

「役務提供型に属する典型契約として、民法には、雇用、請負、委任及び寄託が規定されているが、現代社会における種々のサービスの給付を目的とする契約の中には、これらのいずれかに性質決定することが困難なものが多くとされている。これらについては、無名契約や混合契約などとして処理されるほか、準委任の規定（民法六五六条）が言わば受皿としての役割を果たしてきたとされているが、同条において準用される委任の規定内容は、種々の役務提供型契約に適用されるものとして必ずしも妥当でないとの指摘がある。また、既存の役務提供型の典型契約の中にも、適用範囲の見直しが提案されているものがある（第四八、一、第四九、五）。これらを踏まえ、既存の典型契約に該当しない役務提供型の契約について適用される規定群を新たに設けることの要否について、請負の規定が適用される範囲（第四八、一）や、準委任に関する規定が適用される範囲（第四九、五）との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。」

その場合の規定の内容として、例えば、後記二から七までのように、役務提供者及び役務受領者の義務の内容、役務提供者が報酬を請求するための要件、任意解除権の有無等が問題になると考えられるが、これらについて、取引の実態に対する影響や、役務受領者の立場が弱い場合と役務提供者の立場が弱い場合とを一律に扱うことは適当でないとの指摘などにも留意しながら、更に検討してはどうか。」

(b) 役務提供契約の解除に関する規律

新たに創設される役務提供契約の解除に関する規律に関しては、民法部会は、準委任に代わる役務提供型契約の新たな受け皿規定を設けるとした場合に、役務受領者および役務提供者による任意解除権を認めるかどうか、とりわけ役務受領者による任意解除権について、役務受領者を長期間にわたり役務提供型契約に拘束することの妥当性、任意解除権の理論的な根拠、役務提供者が不測の損害を受ける恐れ、役務提供者が弱い立場にある場合の役務受領者による優越的地位を利用した解除権の濫用などにも留意しながら、更に検討することの意見を求めた。ここでは、前述の民法改正検討委員会の基本方針が示す立法提案〔3.2.8.10〕、〔3.2.8.11〕との関連性はとくに示されていないが、これが当然の前提とされているような論点の立て方である。

○中間論点整理 第五〇、五「任意解除権に関する規律」

「準委任に代わる役務提供型の新たな受け皿規定を設けるとした場合に、役務受領者による任意解除権を認めるかどうかについて、役務受領者を長期間にわたり役務提供型契約に拘束することの妥当性、任意解除権の理論的な根

扱、役務提供者が不測の損害を受けるおそれ、役務提供者が弱い立場にある場合の役務受領者による優越的地位を利用した解除権濫用のおそれなどにも留意しながら、更に検討してはどうか。

また、役務提供者による任意解除権を認めるかどうかについても、役務提供者を長期間役務提供に拘束することの妥当性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

任意解除権を認める場合には、これを行使した者の損害賠償義務の存否及び範囲について、注文者による請負の任意解除(第四八、六)などとの整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。」

(c) 役務提供契約に関する規定の編成方針

民法部会における当初の審議では、役務提供型契約に関する規定の編成方針について特段の方向性といったものは示されていなかった。しかし、中間論点整理の段階で、民法部会は、準委任に代わる役務提供型契約の新たな受け皿規定を設けるとした場合に、①適用対象が限定された新たな典型契約として設ける方式、②より抽象度の高い独立の典型契約とする方式、または、③役務提供型の既存の典型契約を包摂する総則的規定を置き、これを既存の典型契約に該当しない役務提供型契約にも適用する方式があることを示し、この三方式について、既存の典型契約との関係、雇用類似の役務提供型契約の扱いなどに留意しながら、更に検討することの意見を求めた。

○中間論点整理 第五〇、八「役務提供型契約に関する規定の編成方式」

「雇用、請負、委任又は寄託に該当しない役務提供型の契約に適用されるものとして、準委任に代わる役務提供

型の新たな受皿規定を設ける場合には、その受皿規定を適用対象が限定された新たな典型契約として設ける方式や、より抽象度の高い独立の典型契約とする方式、役務提供型の既存の典型契約を包摂する総則的規定を置き、これを既存の典型契約に該当しない役務提供型契約にも適用する方式があり得るが、これらの編成の方式については、規定の具体的な内容、既存の典型契約との関係、雇用類似の役務提供型契約の扱いなどに留意しながら、更に検討してはどうか。」

イ. 委任の任意解除に関する規律、準委任の規定の見直し

以上のように、中間論点整理では、役務提供型契約に関して、すべての契約を対象とする一般規定の創設を企図するとともに、併せて準委任に代わる役務提供型契約の新たな受け皿規定を設ける場合とその編成の方式が議題として取り上げられたが、委任の任意解除、および準委任の規定の見直しについては、それと連携するような形で、論点整理が行われた。

まず、中間論点整理では、「受任者の利益」をも目的とする委任について、従前の判例法理の展開を踏まえ、その規律を明確にするために、委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けるかどうか、更に検討することの意見が求められた。その場合の具体的な規律の内容として、委任が受任者の利益をも目的とする場合には、委任者は契約を解除することができるが、解除によって受任者が被った損害を賠償しなければならないこととし、専ら受任者または第三者の利益を目的とする場合には、やむを得ない場合を除き、任意解除権を行使できないとする考え方が示された。また、有償委任においては、当事者が任意解除権を放棄したと認められる事情がある場合には、当該当事者は任意解

除権を行使することができないこととし、無償委任においては、解除権の放棄は書面をもってする必要があるとする考え方が示された。これらは、前述の民法改正検討委員会が基本方針で示した考え方〔3.2.8.10〕、〔3.2.8.11〕⁽⁴³⁾とほぼ同じであり、これを踏襲するものといつてよい。⁽⁴⁴⁾

次に、準委任については、中間論点整理では、準委任に代わる役務提供型契約の受け皿的な規定を設けることを前提に、準委任を第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするものに限定する考え方の当否につき、更に検討することの意見が求められた。

○中間論点整理 第四九、四(一) 委任契約の任意解除権 (民法六五一条)

「委任契約の任意解除権 (民法六五一条) 判例は、委任が受任者の利益をも目的とする場合には委任者は原則として民法第六五一条に基づく解除をすることができないが、やむを得ない事由がある場合及び委任者が解除権自体を放棄したものと解されない事情がある場合には、同条に基づく解除をすることができるとしている。しかし、このような判例法理の解釈や評価をめぐっては様々な見解が主張されていることから、規律を明確にするため、委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。その場合の具体的な規定内容として、①委任が委任者の利益だけでなく受任者の利益をも目的とする場合には、委任者は契約を解除することができるが、解除によって受任者が被った損害を賠償しなければならぬこととし、専ら受任者又は第三者の利益を目的とする場合にはやむを得ない場合を除き任意解除権を行使できないとする考え方、②有償委任においては、当事者が任意解除権を放棄したと認められる事情がある場合に

は、当該当事者は任意解除権を行使することができないこととし、無償委任においては、解除権の放棄は書面をもってする必要があるとする考え方があがるが、これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。」

○中間論点整理 第四九、五 準委任（民法六五六条）

「準委任には、種々の役務提供型契約が含まれるとされているが、その規定内容はこれらに適用されるものとして必ずしも妥当なものではなく、これらの役務提供型契約の全てを準委任に包摂するのは適当でないとの指摘もある。そこで、役務提供型契約の受皿的な規定（後記第五〇、一）等を設ける場合に、例えば、準委任の意義（適用範囲）を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とする考え方があがるが、このような考え方に対しては、その内容が明瞭でないとの指摘や、第三者にサービスを提供する契約と当事者にサービスを提供する契約とが異なる典型契約に該当するのは不均衡であるとの指摘もある。そこで、準委任を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とする考え方の当否について、準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定を設ける場合のその規定内容との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。また、準委任について準用すべき委任の規定の範囲についても、検討してはどうか。」

（2） 中間試案と委任の任意解除

ア．概要

民法部会における審議は、前述の中間論点整理とこれに対して寄せられた各界からの意見等を踏まえて、第二ステージの審議に入った。役務提供型契約については、平成二四年九月一八日開催の民法部会第五七回会議で審議された。⁴⁵⁾

同会議では、まず、【部会資料46】第三「役務提供型の典型契約（雇用、請負、委任、寄託）総論」に基づき、民法制定当時想定されていなかった新たなサービス内容を内容とする契約が増加していることなどを踏まえて、役務提供を目的とする契約については、雇用・請負・委任または寄託に該当しないものを対象とし、報酬に関する規定などを設けるという考え方が取り上げられている。また、これに続いて、【部会資料47】第一「準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定」に基づき、準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けた場合に、具体的にどのような規定を設けることが必要であるか検討を要するとして、役務提供者や役務受領者の義務に関する規律など七つの項目が挙げられた。⁴⁶⁾

民法部会における審議は、これらの資料を見る限り、新たな役務提供型契約の出現への対応として、既存の役務提供に関する典型契約以外に、新たな契約類型を設ける必要があるかどうか、また、役務提供型に属する既存の典型契約についても、例えば請負のうち仕事が物と結びついていない類型のものについては、請負から切り離して委任または準委任と結合すべきであるなど、これらの相互の機能分担を見直す必要があるかどうかを中心に、検討が加えられたことを窺い知ることができる。役務提供契約の解除については、前述の中間論点整理（第五〇、五）に沿いながら、役務提供受領者と役務提供者について任意解除権の規定を整理し、解除をした場合の損害賠償について規定を設けるというもので、よりきめ細やかな規定を設ける方向での議論が行われたといえる。⁴⁷⁾

○【部会資料47】 第一、四「役務提供契約の解除に関する規律」

(1) 役務受領者による解除

役務受領者による解除については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 役務受領者は、いつでも、契約の解除をすることができるものとする。

【乙案】 役務受領者による解除について、以下の規定を設けるものとする。

ア 役務受領者は、やむを得ない事由があるときは、契約を解除することができる。

イ 期間の定めのない役務提供契約においては、役務受領者は、いつでも契約を解除することができる。

(2) 役務提供者による解除

ア 役務提供者は、やむを得ない事由があるときは、契約を解除することができる旨の規定を設けるものとしてどうか。

イ 期間の定めのない役務提供契約においては、役務提供者は、いつでも契約を解除することができる旨の規定を設けるものとしてどうか。

ウ 無償の役務提供契約においては、役務提供者は、いつでも契約を解除することができる旨の規定を設けるものとしてどうか。

(3) 解除をした者の損害賠償

役務提供契約の当事者が上記(1)又は(2)に基づいて契約の解除をしたときは、相手方に対し、解除がされたことによって相手方に生じた損害を賠償する義務を負う旨の規定を設けるものとしてどうか。」

○【部会資料47】 第一、六「その他の規定の要否」

「役務提供契約の解除をした場合には、その解除は、将来に向かってのみその効力を生ずる旨の規定を設けると
いう考え方があり得るが、どのように考えるか。」

○【部会資料47】 第一、七「役務提供型契約に関する規定の編成方式」

「役務提供型の典型契約に関する規定の配置の方法については、次のような考え方があり得るが、どのように考
えるか。」

【甲案】 雇用、請負、委任、寄託及び役務提供契約に関する規定を並列して配置するものとする。

【乙案】 役務提供契約に関する規定を役務提供型の契約に共通して適用される規定と位置づけ、雇用、請負、
委任及び寄託に関する部分には、役務提供契約に関する規定を修正する規定や、役務提供契約に関する規定
が扱っていない事項に関する規定のみを置くものとする。

ところが、右の中間論点整理に対して寄せられた各界からの意見等は、役務提供型の既存の典型契約（雇用、請負、
委任、寄託）を包摂する一般的な総則規定を置き、これを既存の典型契約に該当しない役務提供型契約にも適用する
ことについて賛成する意見はごく僅かで、慎重な検討を求める意見や反対する意見が多数を占めた。⁴⁸ 役務提供の主
体、客体、提供する役務の内容などは多様であり、役務提供型の契約は様々であること、役務提供型契約とされるも
のには役務・サービスを提供する当事者間に情報や交渉力などの点で格差があることなどから、このような契約につ
いてその共通則を抽出し、これを一般的な総則規定をもって一律に規律することは極めて困難であるというのが、そ

の主たる理由であった。

このような事情もあつて、民法部会は、その後、役務提供型契約に共通する一般規定の創設を断念し、また、準委任に代わる役務提供契約の新たな受け皿規定についても定立を見送った⁴⁹。しかし、その一方で、民法部会は、次に述べるように、中間試案の段階において、これらの構想に代わり得るものとして準委任の規定を維持したうえで、これに役務提供型契約の解除に関する規律を新たに設け、既存の典型契約相互の振分けと受け皿規定としての役割を担わせる提案しており、以後、焦点は、この点を中心に審議が行われることになった⁵⁰。

イ. 中間試案の決定と委任の任意解除

民法部会は、各界から寄せられた意見等を踏まえ、引き続き検討を行った結果、平成二五年二月二六日開催の第七一回会議で中間試案を決定し、二回目のパブリック・コメントに付すことにした⁵¹。中間試案では、委任の解除や任意解除権に関する規律は、改正前民法五六一条の体裁と規律を基本的に維持するものとし、民法部会は同条一項の改正を見送った。また、無償と有償の区別がなされることもなかった。ただ、同条二項で、「受任者の利益」をも目的とする委任の場合であつても、委任者により任意解除されうることを明文で規定したうえで、損害賠償を要求しつつ、やむを得ない事由があれば賠償する必要がないとした⁵²。これは一見したところ、従前の判例法理を踏襲し、それを簡潔に明文化しようとするものであるが、基本的な考え方は前述の民法改正検討委員会が基本方針の中で示した立法提案【3.2.8.10】【3.2.8.11】に従うものである。ここでもまた、判例法理の命題は損害賠償の問題として処理されること
が明らかとなった。

○中間試案 第四一、五(一)

「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ぬものとする。ただし、やむを得ない事由があつたときはこの限りでないものとする。」

ウ・受け皿としての準委任の規定の見直し

前述したように、民法部会は、新種の契約を含む役務提供型契約に共通する一般規定の創設を断念し、準委任に代わる役務提供契約の新たな受け皿規定の定立を見送つたが、中間試案の段階において、これらの提案に代わり得るものとして準委任の規定を維持したうえで、これに役務提供契約の解除に関する規律を新たに設け、既存の典型契約相互の振分けと受け皿規定としての役割を担わせる提案を行った⁵³⁾。

○中間試案 第四一、六(一)(二) ア・イ・ウ 準委任(民法六五六条関係)

(一) 民法第六五六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。

法律行為でない事務の委託であつて、「受任者の選択に当たつて、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になつて」と認められるもの以外のもの」については、前記一(自己執行義務)、民法第六五一条、第六五三条(委任者が破産手続開始の決定を受けた場合に関する部分を除く。)を準用しないものとする。

(二) 上記(一)の準委任の終了について、次の規定を設けるものとする。

ア 当事者が準委任の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。
この場合において、準委任契約は、解約の申入れの日から「二週間」を経過することによって終了する。

イ 当事者が準委任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、直ちに契約の解除をすることができる。この場合において、その事由が当事者の一方の過失によって生じたものであるときは、相手方に対して損害賠償の責任を負う。

ウ 無償の準委任においては、受任者は、いつでも契約の解除をすることができる。

(注) 民法第六五六条の現状を維持するという考え方がある。

この中間試案において示された民法部会の立法提案は、これまで準委任と扱われていたもののうち、委任の規定をすべて準用するのが適切と考えられる類型については引き続きこれを維持する一方、委任の規定を全面的に準用するのが適当でないと考えられる類型を抽出し、これらについて一部の規律の準用を否定すべきであるとする方針を建て、そのうえで、委任の規定を全面的に準用するのが適当でないと考えられる類型を切り分ける基準、当該類型において準用が排除される規定、および、当該類型の契約の終了に関して規律するというものである。

立法提案に即して、以下、その内容を具体的に見ておこう。中間試案四一、六によれば、準委任は、①ブランケット条項の形を採りながら、「受任者の選択に当たって、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっていると認められるもの」と、②それ以外のものに区別され、①の解除については委任の規定（改正前民法六五一条による各当事者の任意解除権を認める）を準用する（四一、六（一））。②で有償の準委任の終了については雇用と

同じ規律（各当事者とも期間の定めのない場合は解約の申入れから二週間の経過により契約が終了し、やむを得ない事由がある場合には即時解除ができる。雇用に関する改正前民法六二七条一項、六二八条参照）を適用するものとした（四一、六（二）のAおよびイ）。また、無償の準委任については、受任者に対する契約の拘束力を緩和し、受任者はいつでも契約を解除することができるとする特則を設けるものとした（四一、六（二）ウ）。途中で終了した場合の具体的な報酬請求権の存否については、請負・委任・雇用・寄託の各契約において、履行割合型と成果完成型に分け、報酬請求権の規律を設けることが提案された。

この立法提案に対して寄せられた各界の意見等は、多種多様な役務提供契約を上記の基準で二分し規律することに ついて、反対する意見や懐疑的な意見が多数を占めた⁵⁴。その理由とするところは、中間試案のブラケットのような限定を加えることは概念の不明確さを招く結果となること、多種多様な準委任契約について信頼関係に基づくか否かの区別は非常に困難なこと、信頼関係を有するか否かといった契約類型ごとに分類することは、今後増加して行くであろう役務提供型の受け皿の役割を担い続けざるを得ない準委任に紛争類型別処理を持ち込み、厄介な問題を抱え込むことになる、などの点にあった。

中間試案の公表後、準委任に関する規定の見直しについては、民法部会で引き続き検討が行われたが、成案をみるまでには至らなかった⁵⁵。従ってまた、その余の論点についても、議論は十分深められることなく、終結することになった。その後まとめられた要綱仮案においては、次に見るように、準委任について改正前民法の規定（民法六五六条）をそのまま維持するものとし、⁵⁶これが改正法にも受け継がれる形となった。

(3) 要綱仮案・要綱案と「受任者の利益」

中間試案の公表後、民法部会の審議は最終段階に入った(いわゆる第三ステージ)。委任に関しては、さらに論点の絞り込みが行われた結果、要綱仮案でまとめられる段階では、三項目のみが取り上げられたにすぎなかった。⁵⁷⁾ 中間試案では六項目が検討事項として取り上げられていたから、半数にまで絞られたことになる。民法部会の審議では、受任者に自己執行義務を認めるかどうか、報酬に関する規律をどのように規律するか、そして、委任契約の任意解除権(改正前民法六五一条)を従前の判例法理に即して整理統合し、どのように分かりやすく規律するかということが議論された。この三項目以外に、委任者の死亡による委任の終了と委任事務の継続、受任者の忠実義務などは、重要な論点であり、本来検討すべき項目と思われたが、すべて見送られることになった。

委任の解除と任意解除権に関して見れば、中間試案が公表されて以降の立法提案の推移は、以下に示す通りである。まず、要綱仮案の立場を見ておこう。要綱仮案は、中間試案が示した立場に沿って、従前の判例法理を規律として明文化した。要綱仮案によると、報酬を得ることによる利益は「受任者の利益」に含まれないことを明記するとともに、受任者の利益をも目的とする委任契約であっても任意解除権の行使を認め、ただ、それにより生じる受任者の不利益は損害賠償で填補されることを明らかにした。

なお、民法部会は、要綱仮案の「取りまとめに向けた検討」から「たたき台」に至るまでは、委任を解除した者が相手方に対して賠償しななければならない損害の範囲を「相手方の損害」と規定していた。⁵⁸⁾ しかし、相手方に不利な時期に委任を解除した場合の損害は、解除の時期が不利であることから生ずる損害のみを指し、解除自体から生ずる損害を含まないと解されること、また、受任者の利益をも目的とする委任を解除した場合の損害は、委任契約が解除さ

れなければ受任者が得たと認められる利益（委任事務の処理によって受任者が得られる利益）から、受任者が債務を免れることによつて得た利益を控除したものになるとも考えられることから、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、要綱仮案の原案・二次案では、「相手方の損害」に「受任者が報酬を受けることができなかつ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。ところが、その後、得ることができなくなつた報酬が損害と認められる場合もあり得るといふ解釈を封ざるべきではないとの指摘があり、これを踏まえ、要綱仮案（案）の段階で括弧書きを削除し、改正前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。これが、要綱仮案としてまとめられた。

○民法部会第八一回会議における審議 【部会資料72A】 第二、三七・イ

民法第六五一条第一項の規定による委任の解除が次に掲げるいずれかの場合に該当するときは、その解除をした者は、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つたときは、この限りでない。

ア 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。

イ 委任が受任者の利益をも目的とするものである場合（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、委任者が委任の解除をしたとき。

○要綱仮案 第三六、三

民法第六五一条第一項の規定による委任の解除が次のいずれかに該当するときは、その解除をした者は、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つたときは、この限りでない。

(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。

(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。）をも目的とする委任を解除したとき。

次に、要綱案を見ておこう。要綱案では、要綱仮案における本文の文言が重複を避けて、二か所で整理された。すなわち、第一に、要綱仮案第三六、三の本文「・・・が次に掲げるいずれかの場合に該当するときは、その解除をした者は・・・」から「・・・をした者は、次に掲げる場合には・・・」に修正した。第二に、同三の(1)「当事者の一方が」を削除した。これ以外には、要綱仮案に修正・変更が加えられることはなかった。

そして、この要綱案が、平成二七年二月二四日開催の法制審議会総会において、正式に要綱として採択され、民法部会での審議は終了した。

○要綱案 第三六、三

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、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。

(1) 相手方に不利な時期に委任を解除したとき。

(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。）をも目的とする委任を解除したとき。

(4) 改正法六五一条の制定公布と委任者の任意解除権

前述したように、法務省は、法制審議会総会において採択された要綱に基づき法律案を作成し、これが内閣の閣議決定を経て、平成二七年三月三十一日、内閣より第一八九回通常国会に提出された。国会の審議に若干の時間を要したが、法律案は、平成二七年五月、賛成多数で可決成立した。

制定公布された改正法六五一条を見ると、同条二項二号は、同条一項と併せて読むならば、委任が「受益者の利益」をも目的とした場合であっても、委任者による自由な委任の解除（任意解除）を認めたとうえで、解除から生ずる問題を、解除権自体の存否ではなく、損害賠償の要否の問題として処理しようとしているように見える。しかし、「受任者の利益」といっても、委任は準委任を含む広範でかつ多種多様な役務・サービスの給付を内容としており、決して一様ではない。契約の中には、準委任を通じて委任の規定を準用することに、とりわけ委任者による任意解除権の行使について不適切なものがあるとの指摘があり、このような問題意識が今次の債権法改正の機運に乗って、準委任の規定の見直しや守備範囲の制限という立法提案へと展開して行った。

改正法六五一条の立法過程を振り返って見ると、中間試案の公表をもって一つの方向性ないし流れができたように思われるが、実は、民法部会の設置に先立ちて組織された民法改正検討委員会の基本方針が示した立法提案が、その後の動向を支配していたように思われる。民法部会の設置後、同部会において審議のため問題提起と検討課題が示されるものの、大筋での方向性はある程度すでに決まっていた感がある。ただ、民法部会で誤算であったと思われるのは、中間論点整理および中間試案に対して寄せられた各界からの意見等を受けて、新種の契約を含む役務提供型契約に共通する一般規定の創設と準委任に代わる役務提供契約の新たな受け皿規定の定立、そして、これと連動するよう

に行っていた準委任の規定の見直しがすべて断念され、方向性を失ったことから、委任の任意解除を定めた改正前民法六五一条の検討にすべてが託された印象を受ける。制定公布された改正法六五一条は、同条一項で改正前民法六五一条の体裁と規律を維持し、表面上は従前の判例法理を踏まえているかのように思われるが、同条二項、とりわけ同条二項二号は、「受任者の利益」をも目的とする委任の解除に関する従前の判例法理を大雑把にまとめるもの⁵⁹にすぎず、それが何を意味するか、これをあらためて検討することが求められるといえよう。

四 改正法六五一条の法意と「受任者の利益」をも目的とする委任の任意解除

1 改正法六五一条の意義

改正法六五一条は、委任契約の当事者が契約を何時でも解除することができる旨を明記するとともに、解除を原因として相手方に生じた損害の賠償責任と、やむを得ない事由がある場合の免責を定めた。すなわち、同条は、委任の各当事者に自由な委任の解除を認めるが（同条一項）、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（同条二項一号）、または、②委任者が受任者の利益（もっぱら報酬を得ることによるものを除く）をも目的とする委任を解除したときは（同条二項二号）、「やむを得ない事由」（同条二項ただし書）がない限り、損害賠償をしなければならなかった。改正前民法六五一条との違いは、今回の債権法改正にあたり、改正法六五一条に上記②を付加した点にある。②の解除の場合には、解除権行使の時期の当・不当に関わらず、委任者が賠償する義務を負うものである。上記①の解除の場合には、解除の時期が不当であることに起因する損害に限られるが、上記②の場合には、そのような限定はなく、契約が解除されなければ受任者が得たと認められる利益から受任者が債務を免れることによつて得た利

益を控除したものが損害となる。⁽⁶⁰⁾

2 改正法六五一条の法意と解除できない委任

(1) 従前の判例法理の命題

委任の任意解除をめぐっては、改正前民法六五一条が制定される際の法典調査会における審議の当初より、無償委任と有償委任とを区別すべきとの意見があり、同条一項は無償委任のみを対象とされるところと考えられてきた。⁽⁶¹⁾ 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、委任者はいつでも解除できると考えられ、任意解除を認めても無償の受任者に不利益を与えることはないと思われた。しかし、民法典施行の直後から、判例および学説は、解除権放棄特約を伴って行われる担保権設定や取立て委任に関する紛争事例を通して、受任者の利益をも目的とする場合があること知り、受益者の利益をも目的とする委任にあつては解除権の行使が禁止ないし制限される場合があることが広く認識されるに至った。⁽⁶²⁾

この点、判例は、改正前民法六五一条にいう委任の任意解除に関して、民法典施行後の早い段階から、一方で、委任の自由な解除を肯定しながら、他方で、これをそのまま適用するのは受任者の利益を著しく害することがあるとの理由で、一定の場合に委任の自由な解除（任意解除）が制限されるとしてきた。⁽⁶³⁾ その際、判例が判断基準として用いたのが「受任者の利益」である。⁽⁶⁴⁾ ただし、判例は、特殊な有償委任にあつては、受任者の利益をも目的とする委任であつても、受任者が著しく不誠実な行動に出たなど「やむを得ない事由」があれば、委任の解除を可能としている。⁽⁶⁵⁾ また、判例は、やむを得ない事由がない場合であつても、委任者が「委任契約の解除権自体を放棄したものと解さ

れない事情」があるときは、委任の任意解除を認めてきた。⁽⁶⁶⁾ さらに、判例の中には、委任者が「委任契約の解除権自体を放棄したものと解されない事情」があるときは、委任を解除することができるというものもある。⁽⁶⁷⁾

このような判例の展開を見ると、従前の判例は、受任者の利益を考慮すべきものとしながらも、それは委任解除の要件との関連でもつぱら解除権行使の存否にかからしめてきたのであって、委任者による任意解除を肯定したうえで、不利な時期の解除によつて損害を被る受任者の利益を損害賠償の可否という形で扱ってきたのではないといえることができる。

また、判例は、受任者の利益と報酬を厳格に区別し、報酬と区別されるべき受任者の利益を厳格に捉えている。例えば、顧問料支払特約が付され、通常は相当期間の契約継続が予定される税理士顧問契約において、判例は、依頼者から継続的、定期的に支払われる顧問料が税理士の事務所経営の安定に資するとしても、同契約は受任者の利益をも目的とする委任と位置づけられるわけではないとする。⁽⁶⁸⁾ 下級審裁判例には、同様の見地から、不動産取引仲介契約や販売委託契約における事務処理そのものは委任者の利益のためになされるのであり、仲介または委託手数料の約束をもつて受任者の利益とみることはできないとするものがある。⁽⁶⁹⁾ ただし、別荘地の所有者の一部が管理業者との委託業務契約を解除した事案では、受任者には任意解除権の制限を正当化するだけの利益があると解することは困難であるとしながらも、相互依存関係を認定し、このような関係がある場合には、信義則や権利濫用を根拠に委任者側の解除権が制約を受けるとするものがある。⁽⁷⁰⁾ また、約款などを根拠に、委任契約の解除権自体を放棄していたとは解されない事情があるときは、受任者が負担した費用の償還を認めながら解除を有効としたものがある。⁽⁷¹⁾

これらの裁判例は、いずれも改正前民法六五一条の下で争われた事案である。このような判例の展開を見て感ずる

ことは、判例は「受益者の利益」をもって委任の任意解除の制約原理としながらも、委任契約の目的の軽重のみで解除権行使の可否を判断しているわけではないことを指摘することができる。判例によれば、受任者が著しく不誠実な行動に出るなど「やむを得ない事由」があるときは、委任者において委任を解除することができるとする。ただ、この「やむを得ない事由」の判断基準がどこから出てくるのか、その論拠は必ずしも明確ではない。また、判例は、「委任者が委任契約の解除権自体を放棄したものは解されない事情」がある場合、「やむを得ない事由」がなくとも、なお契約の解除が可能であるとするが、この「事情」が何を指すかということについても不明瞭な部分が少なくない。

(2) 主要学説と「受任者の利益」概念

この問題に対する学説の見解を見ておこう。学説には、従前の判例法理の展開を踏まえ、準委任を含むすべての委任を対象に改正前民法六五一条一項が適用されることに對し、これを疑問視する者がいる。⁽⁷³⁾ 学説の見解は多岐にわたるが、受任者の受け取る報酬と受任者の利益とは区別されるべきであること、受任者の利益とは委任者と受任者の利益との間に債権の確保ないし担保関係のような密接な関係がある場合をいい、受任者の利益により同条の解除が制限されることがあるとしても、それは絶対的なものではないことなどを挙げ、受任者の利益とは何かを明確にしようとして試みている。

例えば、来栖三郎は、有償委任というだけで民法六五一条の適用がないとするのは適当ではないとし、委任を普通の委任と特殊な委任とに分け、普通の委任の場合、すなわち、報酬が成功報酬の形をとっているような委任者に事務

処理の費用を償還する義務がない場合、任期の定めがある場合、および、事業経営の委任のように何時でも解除しようとしたのでは受任者に苛酷であり、委任者が解除するには相当の予告期間をおくことを要する場合には、解除そのものが必ずしも制限されるわけではないとする。これに対し、特殊な委任の場合、すなわち、債権担保の目的をもつてする債権取立の委任の場合、受任者の権利の保全のために委任契約がなされる場合には、受任者には極めて大きな利益があり、不解除特約がなくても委任の解除はできず、たとえ解除がなされても、その効力は生じないとする。⁷⁴

末川博は、純粋な委任とそれ以外の委任とに分け、純粋な委任は常に委任者の利益となるのに対し、委任が有償であつて、受任者が事務処理に対する報酬を受ける場合には、受任者の利益のためでもあるとされる。受任者が利益を有する場合には、他の行為と結びつくかまたは事務処理とは違った別の内容を混合しているとして、委任に関する規定のみで規律することはできず、委任者が一方的に委任の解除をすることはできないという。⁷⁵

類型論を説くのは、広中俊雄と戒能通孝である。広中俊雄は、委任には民法六五一条の適用されない類型のものがあつて、これらの委任の解除は、請負型のものについては改正前民法六四一条、雇傭型のものについては改正前民法六二七条・六二八条（注意される類似規定として商法五〇条一項・二項）、また、不動産に関する委任事務の処理に受任者の当該不動産の利用が対価的に結びついていては賃貸借の解除に関する準則が、それぞれの準則として用いられるとする。⁷⁶ 戒能通孝は、委任を含む継続的契約を、組合型の団体契約、委任型の純粋に信託関係に基づく契約、および、賃貸借・雇傭型の物・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除原因を求めることを提唱する。⁷⁷

これらの学説を一瞥して感じることは、委任の中には改正法六五一条一項の適用されない類型のものがあるという

のが学説の共通した認識であるといえる。ただ、それが具体的にどのようなものであるかについては、学説にまだ定説といったものは見られない。

(3) 解除できない委任と「受益者の利益」

改正法六五一条は、条文上一見したところ、受任者の利益をも目的とする委任であっても、委任者は自由に契約を解除することが可能であり、後はすべからく損害賠償の要否の問題として処理されるかのように読める。しかし、前述したように、今日の委任は準委任を含み、広範かつ多種多様な役務・サービスの給付を内容とするから、受任者の利益は決して一様ではない。受任者の利益に着眼するとしても、すべてが損害賠償の問題に還元されることにはならない。委任契約の中には、もっぱら受任者またはその相手方など第三者の利益を目的とする委任ものもあれば、委任者の利益のみならず受任者の利益をも目的とする委任もあり、また、受任者の利益はごく僅かで、もっぱら委任者の利益を図る委任もある。委任者の任意解除もまた、受任者の利益の種類・性質によって、その取り扱いは大きく異なるといわざるを得ない。制定公布された改正法六五一条が、中間試案の提示した考え方に沿いながらも、従前の判例法理を踏まえ、これを成文化したものであるというのであれば、そして、条文上の体裁と規律が改正前民法六五一条一項のまま維持されたというのであるから、尚更のこと、同条一項のもとも、委任者による委任の任意解除の可否は引き続き解釈に委ねられたものというべきである。学説には、その点を指摘する者もいる。⁷⁸⁾ また、学説には、改正法六五一条二項二号は従前の判例法理を明文化したものであるから、実質的な変更はないと述べる者もいる。⁷⁹⁾

考え方の基本的な筋道を示すならば、委任の利益が受任者またはその相手方など第三者にある場合、委任者からの

一方的な解除の意思表示は受任者または第三者の利益を害することになるから、委任の任意解除を原則不可とし、ただ、やむを得ない事由があるときに限り解除が許されると考えられる。ここでは、解除権自体の成否が受任者側の利益と委任者側のやむを得ない事由の存否にかかっていると見えよう。これに対し、委任が受任者の利益をも図る場合においては、少なくとも委任の利益が委任者にある以上、委任の本質からして、委任者による解除を否定することはできない。この場合、委任の任意解除を原則可としたうえで、解除により受任者に生じた損害については、正当事由のない限り委任者は賠償責任を免れることはできないと考えられる。ここでは、解除権自体の成否ではなく、損害賠償責任の存否が問題なのであって、その判断にあたっては契約関係の清算という観点から当事者双方の利益が考慮されることになるといえよう。委任者と受任者の双方の利益その他を比較衡量した結果、委任者の利益が大きいと評価されるときは委任者に任意解除を認めたいうえで、改正法六五一条二項二号は不利益を被る受任者の損害を賠償すべきものとしたと解することになる。

右のように考え得るとすれば、改正法六五一条の解釈運用にあたっては、受任者の継続性の利益の内容・程度に応じて類型的な検討が必要となろう。すなわち、①解除を認めたいうえでの金銭的損害賠償の処理で十分な場合、②代替的利益ではなく解除の可否自体が慎重に判断される場合、および、③原則として解除が排除される場合を区別することが求められるというべきである。⁸⁰ その際の具体的な考慮要素としては、委任者および受益者の双方の利益のほか、報酬と利益の厳格な区別、委任の目的、解除権放棄特約の明示・黙示の有無、および、請負や雇用などの他の役務提供契約との比較などを中心に、これらが精査され、解除権自体の成否が判断されることになる。

従って、改正法六五一条二項二号の規定が明文化されたからといって、委任のいかなる場合にも委任者による自由

な任意解除が可能であると即断することは禁物である。同条一項と同条二項、とりわけ同条二項二号との間には、改正前民法六五一条の場合と同様、「解除ができない委任」という概念が存在しているといわなければならない⁽⁸¹⁾。このような委任を解消させようとするときは、契約関係の清算を伴うことから、金銭的損害賠償や補償などの代替措置が必要となる。この点は、後述の五で触れる。

3 「受任者の利益」と損害賠償の要否

新たに制定公布された改正法六五一条のもとでは、受任者の利益（もっぱら報酬を得ることによるものを除く）をも目的とする委任において、委任者が契約を任意解除した場合、委任者はやむを得ない事由がない限り、相手方に生じた損害の賠償をしなければならない（改正法六五一条二項二号）。この場合、受任者が得られるはずであった報酬が損害に含まれるかについては争いがあり、事案に応じて決せられるとの理由から、明文で規定することが見送られた⁽⁸²⁾。同条の立案段階では、当初、報酬が損害には含まれないことを明確にする案が提示されたが、これに対して疑問が示されたため、解釈に委ねられることになった⁽⁸³⁾。同二号の法文では、「受任者の利益」には受任者が受ける報酬は含まれないとされていることからすると（同二号の括弧書）、受任者の得べかりし報酬は原則として損害には含まれないということができよう⁽⁸⁵⁾。

改正前民法五六一条の前身である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」と規定し、有償委任と解除との関係を規律する規定を置いていた⁽⁸⁶⁾。委任が単に有償委任というだけでは委任者の任意解除権の行使を阻止することにはならな

いことは、すでに旧民法の当時から知られていたところである。

委任契約が解除されても、報酬は事務処理の対価であり、受任者がそれまで行つた事務処理に対して報酬は支払われるものであるから、得べかりし報酬を失つてもそれが直ちに損害となるというわけではない。ただ、「受任者の利益」という概念は、解除権自体の存否ではなく、損害賠償の要否を根拠づけるものとして規定されているから、従来、受任者の利益を認めなかつた事案でも、これを広く認定する最近の裁判例のもとでは、委任者と受任者との間の利害を調整するものとして機能することが予想されるところである。

また、仮に委任者による任意解除が許される場合であっても、やむを得ざる事由による損害賠償の要否が問われることになる。このような場合、委任などの継続的契約においては、当初の合意による関係継続が合理性を失つてリスクを生じさせることがあり、解除権の行使による契約関係の清算という段階では、そのリスクの分配が重要な問題とならざるを得ない⁽⁸⁷⁾。

五 残された課題と議論の方向性

1 やむことを得ざる事由の考慮要素

契約関係の解消には、契約書の中で更新拒絶に関する定めがあり、かかる規定を利用して継続的契約の解消を図ることがある。この場合、更新拒絶に同意しない相手方は、解消者による更新拒絶の意思表示の無効を争うこともできるが、更新拒絶ができない特段の事情を主張・立証する必要がある。特段の事情としては、被解消者が相応の投資を行つたことやその回収の必要性があること、営業努力をもつて販路拡大や利益増大に貢献してきたこと、当該契約に

は当事者間の信賴關係が基礎にあり、信賴關係は破壊されていないことなどが挙げられる。

これまでの裁判例でよく見られるのは、契約關係の解消を前提とした対応策の要否である。解消者は經濟の合理性に基づき契約の解消を望んでいるが、他方、相手方である被解消者における契約継続への期待を保護する必要もある。このような場合、契約に定められた要件に従うだけでは足りず、「やむを得ない事由」を必要とすると考えられてきた。⁸⁸ やむを得ない事由とは、契約を継続し難い重大な事由であり、相手方の背信行為や当事者双方の責に帰することのできない事情変更などもこれに含まれる。⁸⁹ やむを得ない事由を要求するのは、解消者が当該契約を恣意的に終了させ、それにより相手方である被解消者がこれまでの投資を回収できないなどの不利益を被るのを回避するためである。解消者の側でなお更新拒絶をなしうるやむを得ない事由を主張・立証すべきことになるが、やむを得ない事由の存否は被解消者側の事情のみならず、解消者側の事情も勘案して判断されることになる。やむを得ない事由の要件は、役務提供者側の恣意を許さず、受領者側の法的・經濟的地位を安定させるものとして、両当事者に共通するものであり、受領者側が契約關係から離脱を望む場合にも適用される。この点、学説には、やむを得ない事由の存否は法定解除や期間の定めのない契約の解除に特有のものであり、法定解除の指導理念は信賴關係の破壊であるとの見解や、事業者間の契約においては解約特約などの効力を認めつつ、契約の種類・内容、当事者の属性などの事情を考慮し、信義則、権利濫用などの法理を適用し、合理的な範囲で中途解約権の行使を制限することが相当であるとする見解も有力である。⁹¹

思うに、契約離脱の自由とこれに対する契約継続の利益の確保を判断するにあたっては、事業者間契約の場合であれば、解除権者側における契約離脱の事由として、収益改善のための事業内容の変更や取引相手方の変更、合理的な

予告期間の提供、金銭的補償等が必要とされる。一方、相手方における契約継続の利益としては、法的・経済的な地位の安定性、資本投下の状況、合理的な予告期間の有無、不測の損害等の発生の可能性とそれに対する補償等の要否等が求められる。これに対し、消費者を役員・サービスの受領者とする役員提供契約の場合には、契約関係からの離脱の容易さが求められることから、やむを得ない事由を必要とするとの考え方は却って離脱の自由を困難なものとすることになる。両当事者の合理的な利益調整を図ることも必要であるが、消費者が解除権者の場合には、離脱の容易さを求め、反対に、消費者が解除権者の相手方の場合には、やむを得ない事由の有無、および、解除権者側における離脱の自由についての正当性ないし道徳的理由の存在を必要とするというべきである。⁹²⁾ やむを得ない事由の法理は、元来、貸貸人の解除権を制限し、借借人保護のためであったのであり、継続的契約においてはできる限り契約の継続性を維持すべきであるとの考え方から出ているものである。そのような歴史的沿革ないし経緯を考えれば、消費者が解除権者の相手方となる場合には、解除権者の側にやむを得ない事由の有無を求めることは必ずしも不合理な取り扱いということとはできないであろう。

2 特定商取引法における中途解約、損害賠償額の上制限制との関係

現代社会では、取引の対象がモノから役員・サービスへ移行するに伴い、苦情相談も役員・サービスに関するものが増大している。継続的役員提供に関して中途解約を中心とする問題が議論されるようになったのは、平成三年に実施された消費者保護に関する行政監察がエステティックサロンや英会話教室の中途解約や前払いに係る苦情問題を取り上げて以降のことである。⁹³⁾ エステや外国語会話教室などの継続的役員は、その性質上、受けてみないと効果が

わからないものであり、実際に受けてみたところ効果が思わしくなくとか、中途解約を行ないたくなることが少なからずある。このような場合、消費者は債務不履行を立証することはもとより、満足できないものであるということ客観的に立証することもなかなか難しいことから、委任の任意解除を定めた改正前民法六五一条を適用して、事業者が信頼できないと思えば、事業者側に債務不履行がなくても、何時でも一方的に当該契約を解除（中途解約）することも考えられる。しかし、同条は任意規定であることを前提に、事業者側が契約書中に中途解約を禁止する条項や違約金条項などの特約を予め定めておくことにより、消費者は中途解約が認められないとか、高額な違約金を請求されるといったトラブルが多発し、これが苦情・相談の増加をもたらした。⁹⁴

このような問題状況を背景として、平成一二年四月、訪問販売法の改正により、特定継続的役務提供（内容・期間・契約金額が政令で指定された役務）について新たな一章が設けられ、エスティックサロン、外国語会話教室、学習塾、家庭教師派遣の指定四役務を対象に、書面交付義務、広告規制、禁止行為・指示対象行為などの行為規制とその違反に対する罰則、クーリング・オフ、中途解約権、損害賠償額の上限制制など、強い規制が加えられることになった。⁹⁵ 特定継続的役務とは、国民の日常生活に係る取引において有償で継続的に提供される役務であって、役務の性質上、役務受領者の身体の美化・知識・技能の向上その他の目的が実現するかどうかが確実にないものに該当する役務のうち、政令で指定された役務である。このうち注目されたのが、中途解約および損害賠償額の上限に関する規定である（改正訪問販売法一七条の一〇）。その後、訪問販売法は、平成一二年、特定商取引法と改称されたが、特定継続的役務提供の中途解約権、損害賠償額の上限に関する規定は特定商取引法にも受け継がれた（同法四九条）。そして、平成一五年、従来の指定四役務に「パソコン教室」と「結婚相手紹介サービス」が追加され、規制対象が六種類に拡大さ

れた。平成二八年には、特定継続的役務提供に関する規制対象に「美容医療」が追加された。この間、中途解約制度に関する規制については、実質的な変更はない。

特定商取引法が設ける中途解約制度は、指定四役務に適用範囲を限定しつつ、継続的役務提供の不確実性に伴うリスク配分の見地から、中途解約を権利として強行法的に保障するものである。伝統的な契約自由の原則や委任契約に關して形成されてきた判例法理から見ると、解除権放棄特約の効力を認めず、やむを得ない事由の有無にかかわらず解除できるとしたこと、損害賠償額の予定または違約金の定めがある場合にも一定額以上の請求ができないことと、および、中途解約に関する規定は強行規定として当事者の合意・特約によって排除できないことに、その意義がある。

今日の役務提供契約は、準委任を含み、広範かつ多種多様であり、消費者・事業者間に著しい不均衡が見られることから、特定商取引法がどのような役務提供契約を規制対象とするのか、委任の規定が適用される準委任の性質や信頼の崩壊にどの程度踏み込んで中途解約権を要件化すればよいのかなど、立法論的にも検討すべき課題は少なくない。また、解釈論においても、契約の拘束力の例外を認める以上、民法のみならず、特定商取引法や消費者契約法などの契約法全体の中での体系的整合性が求められる。この点、学説には、継続的役務提供契約の解除に関して、委任の任意解除とその例外であるやむを得ない事由のルールを持ち込むことについては、慎重な見解を述べるものが多い。慎重論が論拠とするのは、委任の任意解除は無償委任にのみ認められるべきであり、有償委任である継続的役務提供契約には改正前民法六五一条は適用されないとか、委任は個人的な信頼関係を基礎とすることから説明されるものであつて、継続的役務提供契約における消費者と事業者の関係は事業を中心とした信頼関係であり、本来の対人的信頼

関係とは異なる⁹⁷といった点である。実際の消費者トラブルを解決するためには、消費者保護の見地から、特定商取引法や消費者契約法などを用いて中途解約を行うと考えられるため、指定役務については改正法六五一条の規定を持ち出す必要性はそれほど高くはないが、慎重論を説く論者の見解はやや荒削りの感を否めず、委任に関する従来の民法理論や判例法理との整合性など、なお検討を要するといえよう⁹⁸。

3 金銭的損害賠償と補償

継続的契約の解消については、それを自由に認めないという解決、言い換えれば、やむを得ない事由がなければ契約の解消を認めないことによつて、契約当事者の保護が図られている⁹⁹。解消を認めても、履行利益の損害賠償請求ができるならば、被解消者の救済になる。また、継続的契約を一方当事者から中途解約する場合などを想定して、違約金などの名目を付した金銭支払条項が設けられることもある¹⁰⁰。

継続的契約の解消において損害賠償が求められる場合、その内容は、抽象的には、契約が継続していたら得られたであろう利益の賠償である。この問題を論じる代表的学説は、継続的契約の存続によつて当事者が得たであろう利益の喪失、継続的契約の解消によつてすでに投下した資本が無駄になったことによる損失（具体的には、当該契約のために発生・増加した人員、施設、備品の費用、販売広告費用、余った在庫、取引開始時に支払った営業権の対価など）¹⁰¹を挙げる。これらは、いわゆる履行利益の賠償といわれるものである。これに対し、学説には、信頼利益の賠償しか認めないとする見解も有力である¹⁰²。履行利益と信頼利益の概念に対しては、損害賠償の範囲を画する道具概念としての有用性に限界を指摘する見解が有力であり、学説の状況は混沌としている¹⁰³。

思うに、継続的契約における損害は、一般に、一定量の品物を発注したが、それを履行しなかった場合、その品物の価額が損害となり、それを転売できたときは、その転売利益が損害である。継続的契約では、契約期間内において投資をするとか、在庫を保有することは、ある程度想定されていたことであるから、契約が解消されるとこれらが失われた利益となり、契約期間を延長すればその分も評価されることになる。

継続的契約の解消において、解消者の側に契約解消につき相応の理由があり、他方、相手方による相応の投資やその回収の必要性、営業努力や利益増大への貢献といった理由がある場合には、損害賠償とは別に、あるいは、これと同時に、相手方に財産的な補償を与えることには合理性があるといわれる¹⁰⁴。ただ、この補償が、損害賠償と何が異なるかは、別途検討を要する問題である。継続的契約において補償が必要とされる場合、この補償は金銭的賠償に限らず、それ以外の代償措置を含み、かつ、契約解消の結果ではなく、要件として解消の可否を判断する重要な要素の一つとなり得るものである。この場合の補償は、細かな損害立証をせずとも認められるものであるとすれば、基本的には事後の賠償とは異なるものといえよう。

六 結 び

本稿は、これまでの研究成果を踏まえ、委任の解除をめぐる問題のうち、改正法六五一条の出来上がるまでを、債権法改正に現われた部会資料や議事録などの各種資料を手掛かりにその痕跡を辿りながら、同条の立法趣旨(同条一項)を明らかにし、受益者の利益をも目的とする委任の任意解除(同条二項二号)の可否および制約原理について考察したものである。改正法六五一条の規律によると、受任者の利益をも目的とする委任は同人の不誠実な行動といった

やむを得ない事情がある場合のみ委任者により解除されるといった判例法理の命題は、明文化されなかった。同条は、同条一項および同条二項二号を併せて読むと、条文上一見したところ、受任者の利益をも目的とする委任であつても任意解除が可能であり、後はすべからず損害賠償の要否の問題として処理されるように読める。しかし、そのように即断することは禁物である。委任は、委任者・受任者双方の信頼関係を基礎とし、その人であるから委任し、また引き受けるというもので、信頼が少しでも崩れたら効力が失われるから、理由なしの解除が認められるのも、このような委任の特質に由来するものと説明されてきた。しかし、今日の委任は準委任も含み、広範かつ多種多様な役務・サービスの給付を内容とするものであるから、受任者の利益をも目的とする委任の任意解除を一律に論ずることはできない。

本稿の検討によれば、改正法六五一条二項二号は、委任者と受任者の双方の利益その他を比較衡量した結果、委任者の利益が大きいと評価されるときは委任者に任意解除を認めようとして、不利益を被る受任者の損害を賠償すべきものとしたのであつて、受任者の利益をも目的とする委任のすべての場合に、委任者による委任の自由な任意解除を肯定しているわけではなく、委任者による委任の任意解除の可否は引き続き解釈に委ねられたものと考えられる。それゆえ、改正法六五一条の解釈運用にあつては、受任者側における契約継続の利益の内容・程度に応じた類型的な検討が必要であり、そのための基準が重要な鍵となる。

また、これに関連して、本稿では取り上げなかったが、委任契約の解除という問題を考える場合、個々の契約に内在する信頼の程度に応じて改正法六五一条の適用の可否を検討するだけでなく、債務不履行を理由とする委任契約の解除との対比も重要な論点となる。信頼関係の破壊とは別の理由で、あるいは、債務不履行による契約の解消という

場合には、契約解除の通則を定めた規定（改正前民法五四一条、改正法五四一条）の補充的適用も視野に入れる必要がある。解除については、今次の債権法改正において抜本的な改正が行われ、改正法五四一条は債務者の帰責事由を不要とするとともに、債務不履行にある契約当事者を当該契約の拘束力から解放する制度と位置づけられた。今次の債権法改正により、改正法六五一条と改正法五四一条は債権者を契約の拘束力から解放するという点では共通の基盤を与えられたことから、委任における任意解除という問題を考えるうえでは、改正法五四一条の補充的適用も視野に入れて検討することが必要となろう。¹⁰⁵⁾

今日、委任は、事務処理の委託（準委任）を含み、広範かつ多種多様な役務・サービスを内容とすることから、委任の任意解除の適法性が問われる場合に、単に「受益者の利益」といっただけでは何ら問題の解決にはならないことは明らかである。改正法六五一条は、様々な意見の間で論議と調整が重ねられて完成したものであるが、まったく異論の余地のないものであるわけではなく、これからの学説・判例・実務による法形成を予定するものである。改正されなかった規定を含めて規範の意味を明らかにすることが、今後求められているといえよう。本稿の研究が契機となり、更なる議論が期待されるところである。

- (1) 山本豊編『新注釈民法（14）債権（7）』（有斐閣、二〇一八年）二頁「山本豊」。役務提供契約がローマ法の *locatioconductio* から中世および近世のヨーロッパ法学を通じて典型契約となる過程につき、山本豊編・同書二一八頁「山本」。
- (2) 山本豊編・前掲注（1）三五〇頁以下「山本」。
- (3) 委任に関する裁判例として紹介されているのは、その大部分が「法律行為の委託」を目的とする委任ではなく、「法律行

為でない事務の委託」に関するもの(準委任)である。準委任に関する裁判例につき、詳しくは、山本編・前掲注(一)三五三頁、三五七頁以下「山本」。問題とされる契約が準委任とはされなかった事例としては、最判平成一八・一一・二七民集六〇卷九号三四三七頁(大学在学契約)などがある。

(4) 最近の論考として、都筑満雄「混合契約論を見る視点―各種契約の一般理論からの視座―」民事研修六八二号(二〇一四年)二頁以下。このほか、宮本健蔵「混合契約および複合契約と契約の解除」法学志林九九卷一号(二〇〇二年)三頁以下、湯浅道男「混合契約および非典型契約の解釈にあたっては、どういう点に留意すべきか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権法の展望 第五卷〈契約の一般的課題〉』(日本評論社、一九九〇年)三頁以下など。なお、混合契約に関する初期の学説については、山本豊編・前掲注(1)一一―一三頁「山本」参照。

(5) 法制審議会民法部会・第一六回会議事録PDF版二七頁以下。民法部会の議事録は、法務省のHP(省議・審議会記録/過去の審議会等)で閲覧可能である。以下、民法部会議事録につき同じ。役務提供契約に関する議論は今回の債権法改正において精力的に行われる以前から存在したが、議論が盛んになったのは一九八〇年代以降のことである。議論の推移と学説の整理につき、手嶋豊「役務提供契約」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅲ契約(2)』(商事法務、二〇一八年)二九九頁以下、つぐこ二二七―二二九頁。役務提供契約に関する諸外国の動向については、Reinhard Zimmermann (hrsg.), *Service Contracts*, Mohr Siebeck, 2010に所収の各論稿を参照。

(6) 最判昭和四〇・一二・一七集民八一号五六一頁。同旨、最判昭和四三・九・二〇判時五三八号五一頁。

(7) 最判昭和五六・一・一九民集三五卷一号一頁。

(8) 最判昭和五六・二・五判時九九六号六三頁。

(9) 従前の判例法理の形成と展開については、長谷川貞之「委任の解除に関する判例法理の条文化と半強行法規性」日本法學八四卷三号(二〇一八年)二五三頁以下。

(10) 本稿の三二(1)で取り上げる。

(11) 長谷川貞之「役務提供型の典型契約(雇用、請負、委任、寄託)総論」岡谷峻編『民法改正案の検討 第三卷』(成文堂、

二〇一三年）二五二頁以下。

(12) 長谷川貞之「新民法と強行法・任意法―請負・委任における契約不適合責任、解除を中心に―」近江幸治Ⅱ椿寿夫編『強行法・任意法の研究』（成文堂、二〇一八年）三二三頁以下。

(13) 長谷川・前掲注(9)二七三頁以下。

(14) 長谷川貞之「委任における任意解除権の規範構造」日本法学八〇巻三号（二〇一五年）三九頁以下。

(15) 長谷川・前掲注(9)二五三頁以下。

(16) 長谷川・前掲注(12)三二三頁以下。

(17) 長谷川貞之「委任契約の解消と任意解除権」NBL二二五号（二〇一九年）二頁以下。

(18) 本稿の内容は、二〇一一年～二〇一五年にわたり明治大学法科大学院で開講された寄付講座「民法（債権法）改正の動向」において筆者が「役務提供契約―請負・委任を中心に」と題して行った各年度の報告とそれをまとめた講義録が基礎となっている。各年度の報告と講義録については、明治大学法科大学院より刊行されている次の冊子体の該当箇所を参照されたい。『二〇一一年度民法（債権法）改正の動向』（二〇一二年）三三九頁以下、『二〇一二年度同』（二〇一三年）三三八頁以下、『二〇一三年度同』（二〇一四年）三七二頁以下、『二〇一四年度同』（二〇一五年）二〇九頁以下、『二〇一五年度同』（二〇一六年度）二七八頁以下。

(19) 筒井健夫Ⅱ村松秀樹『一問一答・民法（債権関係）改正』（商事法務、二〇一八年）一頁以下、筒井健夫「債権法改正の経緯と概要」ジュリ一五二一号（二〇一七年）一六頁以下。

(20) 今次の債権法改正における論点の変遷につき、小澤吉徳「改正のポイントと実務への影響（総論）―くらしの中の法律家『司法書士』の役割―」月報司法書士五五二号（二〇一八年）四頁以下。

(21) その成果物は、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二二六号）（商事法務、二〇〇九年）（以下、「基本方針」という）、同編『詳解債権法改正の基本方針V』（商事法務、二〇一〇年）（以下、「詳解V」という）として公表されている。

委任における委任者の任意解除と「受任者の利益」（長谷川）

一一九（二五五）

- (22) 法制審議会における民法部会の設置とその審議方法については、学説の一部に異論がある。加藤雅信『民法（債権法）改正―民法典はどこへ行くのか』（日本評論社、二〇一一年）など。
- (23) 筒井Ⅱ村松・前掲注(19)五頁、筒井・前掲注(19)一七頁。
- (24) 国会での審議経過につき、筒井Ⅱ村松・前掲注(19)八頁以下、筒井・前掲注(19)一八一―一九頁。
- (25) 長谷川・前掲注(12)三三三頁以下、三一七頁。
- (26) 法制審議会民法部会・第一六回会議事録PDF版二七頁以下。議事録は、法務省のHP（省議・審議会記録／過去の審議会等）で閲覧可能である。以下、民法部会議事録につき同じ。
- (27) 【部会資料17―2】一頁。部会資料は、法務省のHP（省議・審議会記録／過去の審議会等）で閲覧可能である。以下、部会資料につき同じ。
- (28) 詳しくは、長谷川・前掲注(12)三三〇頁以下、長谷川・前掲注(9)二七二頁以下。
- (29) 民法改正検討委員会では、特殊の委任として、媒介契約、仲立契約、取次契約などを民法典で規律する構想も立てられていた。民法改正検討員会編・前掲注(21)「詳解V」二二三頁以下、四八七頁以下。
- (30) 手嶋・前掲注(5)二九九頁以下。委任や信託などの契約に特徴的な要素である信頼を基礎とした契約（信認型契約）に関する規律については、今次の債権法改正ではまったく構想に入っていない。信認型契約の必要性については、長谷川貞之「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―」円谷峻編著『社会の変容と民法典』（成文堂、二〇一〇年）三二〇頁以下参照。
- (31) 法典編纂の基本方針は、「法典調査ノ方針」によると、規範については「原則変則及疑義ヲ生スヘキ事項ニ関スル規則」を掲げることとどめ、「細密ノ規定」は定めないこととし（二二条）、概念については「立法上特ニ定解ヲ要スルモノ」を除き「定義種別引例等」は削除することとされている（二三条）。この点につき、広中俊雄編著『日本民法典資料集成（1）』（信山社、二〇〇五年）八八四頁。併せて、金山直樹ほか「法典調査会に学ぶ（1）（2完）」ジュリ一三三二一号（二〇〇七年）八六頁以下、一三三三三号（二〇〇七年）七二頁以下参照。

- (32) 法典調査会総会で決定された「法典調査ノ方針」第一三条。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 一二〇』法典調査会民法総会議事速記録』（商事法務、一九八八年）三頁、一七七頁以下。
- (33) この点の指摘につき、中田裕康「民法（債権法）改正の対立軸」松久三四彦ほか編著『社会の変容と民法の課題「上巻」』（瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集）（成文堂、二〇一八年）三七一頁以下、三八二頁。
- (34) 立法で規律することは、規範内容を明確にし、安定性・透明性を高めるという意義がある。しかし、あまり具体的に規定すると、将来の時代の変化に対応できず硬直化する恐れがある。法律を常に機動的に改正できるとは限らない。一方、抽象的な規定にすると、明確性が低下するだけでなく、本来の目的とは異なる方向に行くこともある。そこで、規律の対象に応じて、立法による規律と判例による規律との役割分担が重要となる。民事立法学の重要性については、法律時報一二月臨時増刊号（一九八一年）『民事立法学』（日本評論社）に所収の各論稿を参照。
- (35) 民法改正検討委員会編・前掲注(21)「基本方針」三五七頁～三六三頁、同編・前掲注(21)「詳解V」三頁～四四頁。
- (36) 民法改正検討委員会編・前掲注(21)「詳解V」三頁。
- (37) 民法改正検討委員会編・前掲注(21)「詳解V」一五頁。
- (38) 長谷川・前掲注(9)二五三頁以下、二五五頁。
- (39) 民法改正検討委員会編・前掲注(21)「詳解V」九〇頁。
- (40) 民法改正検討委員会編・前掲注(21)「詳解V」四五頁（請負）、九〇頁（準委任）。基本方針によれば、請負は、「当事者の一方がある仕事を完成し、その目的物を引き渡す義務を負い、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払う義務を負う契約」と定義される（[3.2.9.01]）。一方、準委任は、「当事者の一方（委任者）がその相手方（受任者）に対し、第三者との間で法律行為でない事務を行うことを委託する場合」と定義されている（[3.2.10.02]）。
- (41) 長谷川・前掲注(9)二五六頁。
- (42) 中間論点整理は、法務省のHP（省議・審議会記録／過去の審議会等）で閲覧可能である。遅れて公表された「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」（二〇一一年五月二五日）では「議事の概況等」として民法部会での

委任における委任者の任意解除と「受任者の利益」（長谷川）

審議状況が記載されており、参考となる。この補足説明は、商事法務編『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）として出版されている。

(43) 民法改正検討委員会の「基本方針」（前掲注(21)）は、役務受領者は役務が完了する前であれば何時でも契約を解除することができるとし、その場合、役務提供者は解除によって生じた損害の一定額を賠償請求することができるとした（[3.2.8.10]）。役務提供者については、有償と無償との場合を区別し、有償の役務提供契約の場合、役務提供者の任意解除権を否定する甲案と、やむを得ない事由があるときに解除を認める乙案が、それぞれ併記して提示されている。無償の役務提供契約の場合には、役務提供者は一定の場合を除いて何時でも解除できるものとされている（[3.2.8.11]）。

(44) 商事法務編・前掲注(42)三八四―三八六頁。

(45) 【部会資料46】九二頁以下、【部会資料47】一頁以下。

(46) なお、受任者が受けた損害の賠償義務（改正前民法六五〇条三項）（【部会資料46】二、二（2）、委任事務の処理が途中で終了した場合の報酬請求権【部会資料46】二、三（4））および役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権（【部会資料47―1】三（4））については、分科会で補充的に審議されることとなった。

(47) 【部会資料47―1】四および【部会資料47―1】六。

(48) 中間論点整理に対して寄せられた各界の意見等については、第四七「役務提供型契約（雇用、請負、委任、寄託）総論」【部会資料33―7】一―二頁、第五〇の一「新たな受皿規定の要否」【部会資料33―7】二三四―三七頁、第五〇の八「役務提供型契約に関する規定の編成方針」【部会資料33―7】二七九―二八二頁など。これらの意見等は、金融財政事情研究会「編」『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』（金融財政事情研究会、二〇一二年）で一冊にまとめられおり、閲覧には便利である。

(49) 【部会資料57】三三三頁以下。

(50) 【部会資料41―6】（1）（2）ア・イ・ウ。

(51) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』（別冊NBL一四三号）（商事法務、二〇一三年）

一頁以下。

- (52) 【第41—5】(1)。この点につき、商事法務編・前掲注(41)一七八—一七九頁参照。
- (53) 【第41—6】(1)(2)。
- (54) 【部会資料71—6】一五四—一五七頁。
- (55) 【部会資料73B】六頁。なお、この点につき、山本豊編・前掲注(1)三六一頁「山本」参照。
- (56) 要綱仮案第二六の三。
- (57) 要綱仮案第二六、一—三。
- (58) 【部会資料72A—1】三。
- (59) 改正法六五一条の立法経緯に関しては、長谷川・前掲注(12)三三〇頁以下、長谷川・前掲注(9)二七二頁以下でも簡単な外観を行ったが、本稿で述べるような視点を踏まえたものではなかった。ここで、あらためて補足しておきたい。
- (60) 松尾憲博「委任」松尾憲博・山野目章『新債務法が重要判例に与える影響』(金融財政事情研究会、二〇一八年)一七六頁以下、一七七頁。なお、民法部会での議論につき、【部会資料73A】一七七頁参照。
- (61) 長谷川・前掲注(14)五二—五三頁、七一—七七頁、七八頁以下。
- (62) 長谷川・前掲注(9)二六二—二六八頁。
- (63) 改正前民法六五一条に関する裁判例の分析と整理につき、石堂典秀「委任契約における『受任者の利益』概念について(1)」CHUKYO LAWYER 一八卷(二〇一三年)一七頁以下。このほか、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(後に同『継続的取引の研究』(有斐閣、二〇〇〇年)三三〇頁以下所収)、柳勝司「委任者による委任契約の解除」名城法学四四卷三号(一九九五年)二四頁以下なども併せて参照。
- (64) 長谷川・前掲注(9)二六二—二六四頁。
- (65) 前掲注(6)最判昭和四〇・一二・一七、前掲注(6)最判昭和四三・九・二〇。
- (66) 前掲注(7)最判昭和五六・一・一九。

委任における委任者の任意解除と「受任者の利益」(長谷川)

- (77) 戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店、一九四六年）三三三頁以下。
- (78) 山本豊編・前掲注(1)三二七頁以下、三三六頁「一木孝之」。
- (79) 直井義典「注文者による請負契約の任意解除」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅲ契約(2)』（商事法務、二〇一八年）二六七頁以下、二九五頁。
- (80) 吉田邦彦『契約各論講義(契約法Ⅱ)』（信山社、二〇一六年）二〇六―二〇八頁。なお、類型論的考察につき、山本豊編・前掲注(1)三二二頁「一木」参照。
- (81) 本文にいう「解除できない委任」の概念については、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、同「《解除できない委任》とは、どのようなものか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第五卷〈契約の一般的課題〉』（日本評論社、一九九〇年）二五三頁、二六三頁以下に詳しい。
- (82) 【部会資料81―2】四九頁。
- (83) 法制審議会民法（債権関係）部会・第九一回議事録PDF版五七頁「道垣内弘人発言」。任期中で解任された取締役は残存期間中の報酬全額を請求することができるとする会社法三三九条二項との関係が問題視された。会社法三三九条二項に関する会社法上の解釈論につき、江頭憲治郎『株式会社法「第六版」』（有斐閣、二〇一五年）三九五頁。なお、中田・前掲注(81)五三五頁参照。
- (84) なお、本稿の三三(3)を参照。
- (85) 松尾（憲）・前掲注(59)一七八頁。
- (86) 旧民法と委任の任意解除権については、長谷川・前掲注(14)六四頁以下。
- (87) 中田裕康『契約法』（有斐閣、二〇一七年）一八五頁。なお、フランス法を素材とするものであるが、組織的契約と配分的正義に着眼してリスク配分に言及するものに、中原太郎「フランスにおける『組織型契約』論の動向」廣瀬久和先生古稀記念『人間の尊厳と法の役割…民法・消費者法を超えて』（信山社、二〇一八）七三頁以下。解除の効果として、委任契約の各

当事者間には原状回復義務を生じさせることになるが(改正前民法五四五条三項、改正法五四五条四項)、契約関係の清算という観点からは不当利得(民法七〇三条、七〇四条)との関係が問題となる。本稿でこの点に触れる余裕はないが、両者の関係につき、近江幸治「民法理論のいま(1)」——実務への架橋という課題(1)「判例時報」三三九六号(二〇一九年)一一六頁以下は示唆に富んだ問題提起をしている。

(88) 清水建成Ⅱ相澤麻美「企業間における継続的契約の解消に関する裁判例と判断枠組み」判タ一四〇六号(二〇一五年)二九頁以下、松井秀征「継続的契約の解消と補償措置」〈落合誠一先生古稀記念〉『商事法の新しい礎石』(有斐閣、二〇一四年)四三一頁以下など。

(89) 飯村佳夫「継続的取引の中止・解除をめぐる諸問題(上)」NBL二六〇号(一九八二年)四八頁以下、四九頁。

(90) 川越憲治『新版フランチャイズシステムの判例分析』〈別冊NBL五六号〉(商事法務、二〇〇〇年)二五二頁。

(91) 升田純『現代取引社会における継続的契約の法理と判例』(日本加除出版、二〇一三年)一四〇頁、同「契約自由の原則の下における継続的契約の実務」NBL九九三号(二〇一三年)四六頁以下、五四頁。

(92) 椿久美子「約定解除・解約と契約の終了」NBL一一四三号(二〇一九年)九四頁以下、一〇〇—一〇二頁。

(93) 丸山絵美子「業法中の民事ルールの意義と消費者契約法・民法―特定継続的役務規制を題材に」消費者法研究五号(二〇一八年)一三三頁以下、一三七頁。

(94) 中田裕康「継続的役務提供契約の問題点(上)(中)(下)」NBL五九九号八頁以下、六〇一号三〇頁以下、六〇二号三九頁以下(いずれも一九九六年)(後に同・前掲注(63)『継続的取引の研究』二八八頁以下所収)など。

(95) 本改正の立法担当者による解説として、加藤庸之Ⅱ小泉秀親「改正訪問販売法および改正割賦販売法の概要(1)」(4・完)「NBL六六六号一七頁以下、六六八号二四頁以下、六七二号四一頁以下(いずれも一九九九年)など。

(96) 丸山恵美子「継続的役務提供契約の解消に関する一考察(3)」法学六一巻五号(一九九七年)一三七頁以下、一八九頁、同「消費者契約としての継続的役務提供契約の解消―解約の要件・効果と正当化根拠」私法六三号(二〇〇一年)一七一頁以下、一七五頁など。

(97) 中田・前掲注(94)「NBL六〇二号」三九頁以下。

(98) 本文の指摘につき、中田裕康「特定継続的役務提供契約の解除について」クレジット研究二三号(二〇〇〇年)三八頁以下、四一頁(後に同・前掲注(63)『継続的取引の研究』二二八頁以下所収)。総論的考察として、執行秀幸「契約の終了における消費者契約と事業者間契約(上)」NBL一一三三五号(二〇一九年)六一頁以下、岡田希世子「継続的役務提供契約における解除をめぐる問題」宮崎産業大学・経営学論集二七巻四号(二〇一七年)五一頁以下、圓山茂夫「特商法による特定継続的役務提供の規制—中途解約の問題を中心に」法教三二七号(二〇〇七年)九八頁以下など。なお、松本恒雄「サービス契約の法理と課題」法教一八一号(一九九五年)六五頁以下、同「継続的役務取引と中途解約」法セミ四六二号(一九九三年)六頁以下参照。

(99) 難波讓治「継続的契約の解消と損害賠償」NBL一一三九号(二〇一九年)九四頁。

(100) 林紘司「企業間提携契約における違約金条項の意義について」判タ一四〇四号(二〇一四年)五六頁以下。

(101) 福永政彦「継続的取引契約の解除と損害賠償」判タ四九六号(一九八三年)三三頁以下、三六頁。特約店契約などにおいては、投資回収の利益、在庫残存によって損害を被らない利益、失われる顧客に対する利益が挙げられる。

(102) 荒木新五「継続的取引関係の態様とその解消(2)」債権管理二九号(一九九〇年)一五頁以下など。

(103) 石井教文「継続的取引の解消と損害賠償責任」法時六九巻三号(一九九七年)八三頁以下、八六頁

(104) 松井・前掲注(88)四五六頁以下、難波・前掲注(99)一〇〇頁。

(105) 長谷川・前掲注(9)二八一—二八五頁および長谷川・前掲注(17)七一八頁で簡単な検討を行ったが、改正法六五一条と改正法五四一条との関係を考えるうえでは、効果論、とりわけ契約関係の清算という観点から、原状回復義務の内容、損害賠償の可否との関係などに踏み込んで、更に検討を加える必要があるように思われる。この点は、今後の課題としておきたい。

民法一〇二条論

——法定代理人としての制限行為能力者をめぐる思索として——

清水 恵 介

- 一 序 論 — 債権法改正による成年後見法への限定的影響
- 二 民法一〇二条の制定段階 — 立法趣旨再考を含めて
 - (一) 法典調査会の審議
 - (二) 大審院判例の出現
 - (三) 立法趣旨再考 — 法定代理人としての制限行為能力者の非利益性と取消否定
- 三 成年後見制度の抜本改正 — パターンの増加による実質的影響
- 四 民法一〇二条の改正 — 取消しの可否をめぐる審議経過
 - (一) 民法（債権法）改正検討委員会案

(二) 民法改正研究会案

(三) 法制審議会民法（債権関係）部会の審議

(四) 小括

五 検討

(一) 序説 — 法定代理における取消肯定案の批判的考察

(二) 本文とただし書の峻別の当否

(三) 本人の不利益性の実質的検討

(四) 法定代理人の適格性と法定代理権の代行・消滅

(五) 任意代理と法定代理の質的相違

(六) 本稿の結論

六 結語

一 序論 — 債権法改正による成年後見法への限定的影響

今般のいわゆる債権法改正（平成一九年法律第四四号によるもの）^①は、契約に関する規定を中心に、「債権関係の規定」を見直すものとされたことから、民法第一編、民法総則の規定のうち、代理を含む法律行為の規定（第五章）は検討対象とされたものの、行為能力を含む人の規定（第二章）は検討対象とされなかつた。^②

しかし、このように、民法という一つの法律の中で、検討対象の人為的な線引きをすると、時として、その境界線上に位置づけられる規定の検討を鈍らせる要因となり得るのではないか。そうした規定の一例として、民法一〇二条

が挙げられる。すなわち、代理は検討対象の範囲内であり、行為能力は検討対象の範囲外であるという中で、代理人の行為能力を扱う民法一〇二条は、その境界線上の規定として位置づけられる。ところが、同条は、法律行為の章中の代理の節（民法九九条以下）に置かれていたがゆえに検討対象に含められ、しかも、数年にわたる審議の末に全面改正が加えられるものとされた。

さらに、本改正が創設した民法一〇二条ただし書は、「制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為」の取消しを認める旨の明文規定となっており、主に（保佐・補助を含めた広義の）成年後見の場面を念頭に置いてのことから、今般の改正の検討対象から明らかに外されたはずの成年後見関係規定に対して、限定的ながらも直接の影響を及ぼすものとなっている。

そこで、本稿は、改正後の民法一〇二条の立法論的当否を中心に検討を加えるものの^③、今般の改正論議を内在的に観察するにとどまらず、その論議の中では十分に検討されなかったと思われる、成年後見法ないしは法定代理法、あるいは代理法一般の視点からの同条の再評価を試み、同条をめぐる今般の議論を外在的に観察することとしたい。そして、その結果、同条については、積極的な意味において、改正を加えず現状維持にとどめるべきであったことを明らかにしたい。

以下、民法一〇二条（改正後の同条本文）の制定段階での審議を踏まえた立法趣旨の再考を試みた後（二）、制定後の主な法改正として、現行成年後見制度の制定による影響を考察し（三）、今般の債権法改正における議論を整理した上で（四）、分析の視点を明らかにしつつ、同条のあり方に関する上記の管見を提示すべく検討を進めることとする（五）。

二 民法一〇二条の制定段階 — 立法趣旨再考を含めて

(一) 法典調査会の審議

現行民法一〇二条(改正後の同条本文)の立法趣旨を考える上で、まず、法典調査会での審議を参照したい。なぜなら、同条は、旧民法財産取得編二三四条が、「代理ハ無能力者ニモ有効ニ之ヲ委任スルコトヲ得然レトモ其代理人ハ委任者ニ対シテハ無能力者ノ制限アル責任ノミヲ負担ス」として、いわゆる任意代理に限定した規定であったのを、法定代理も含めた代理共通の規定とする趣旨で、明治二七(一八九四)年四月六日に開催された第一回法典調査会において、「代理人ハ能力者タルコトヲ要セス但代理人ハ無能力者ナルトキハ其代理人ハ本人ニ対シテ無能力者ニ特別ナル責任ノミヲ負フ」との規定として提案されたものに由来し、したがって、ここにおいて初めて、法定代理を含めた民法一〇二条の妥当性が審議されることとなったからである。⁽⁴⁾

この審議では、提案者の富井政章より、冒頭において、今日の教科書にも継承されているような一般的な立法趣旨が説かれる。すなわち、(a)代理人という者は本人に代わって行為をなす者であり、その行為によって権利を得、義務を負う者は代理人でなく本人であるから、代理人に能力があるということは必要でないということと、(b)たとえ無能力者であっても自己を代理するのに適任であると思慮した以上はこれに代理を委任するのに何の差支えもないということが説明された。

その上で、富井は、法定代理(議事上は「法律上ノ代理」)については(b)の趣旨によることができなかつつも、「廣イ規定ニシテ置イタ方ガ實際便利デアラウト考ヘタ」とした。また、「若シ委任ニ限ル規定トシテ置ケバ法律上ノ

代理ニ付テハ一々反對ノ規定ヲ掲ゲネバナラヌ」ものの、その必要はないと述べ、その理由として、無能力の原因中において、まず禁治産者（現在の成年被後見人）は代理権消滅の原因となつてゐること（民法二二一条一項二号）、残る未成年者と準禁治産者（現在の被保佐人）も、法定代理の最も主な後見については旧民法人事編（二八〇条一号・二号）に特別規定があつて後見人は未成年者であることもできず、また準禁治産者であることもできないとなつており、たぶんその規定が採用になるであろうこと（制定当初の民法九〇八条一号・二号、平成一一年改正前民法八四六条一号・二号）、失踪（不在者財産管理人）の場合は実際、裁判所が未成年者又は準禁治産者を選任することは決してないであろうし、もし万が一あつたときはその未成年者といひ又は準禁治産者というものを裁判所が適任者とみたのであるから別段弊害はないであろうことを指摘した。

しかし、こうした理由付けは、当時の規定に照らしてもみても、やや粗かつたように思われる。すなわち、法定代理人と制限行為能力者（審議当時の無能力者）が同一人の属性として競合するに至る場面は、法定代理人を制限行為能力者の保護者（親権者と後見人〔未成年後見人・成年後見人〕に限つたとしても理論上一〇パターンあるところ、そのうち、富井が指摘したパターンは、親権者・後見人が禁治産者（成年被後見人）になる二つのパターンと未成年者・準禁治産者が後見人になる二つのパターンの計四パターン（後記表1の2・6・7・9）を指摘するにとどまり、その他のパターン、とりわけ、未成年者・禁治産者（成年被後見人）・準禁治産者（被保佐人）が親権者になるパターン（表1の1・3・5）や親権者・後見人が準禁治産者（被保佐人）になるパターン（表1の8・10）のように、反對の規定が必ずしもないようなものには何ら言及がなされず、むしろ上記のただし書（債権法改正後のただし書とは異なる「但代理人カ無能力者ナルトキハ其代理人ハ本人ニ対シテ無能力者ニ特別ナル責任ノミヲ負フ」とするもの）の削除説をめぐつて議論が

表1 現行民法制定時のパターン

	パターン	制定当時の帰結
1	未成年者が親権者になる	当該親権者の親権者・未成年後見人による親権代行の規定（制定当初の民法 895 条・934 条 2 項本文、現行民法 833 条・867 条 1 項）が用意されたものの、当該親権者の親権者・未成年後見人が不存在であるため、当該親権者自らが法定代理人となる場合があり得る。
2	未成年者が後見人になる	欠格事由（制定当初の民法 908 条 1 号、戦後改正後の 846 条 1 号、現行民法 847 条 1 号）に当たり、法定代理人とならない。
3	禁治産者が親権者になる	民法 102 条の射程範囲？
4	禁治産者が後見人になる	欠格事由（制定当初の民法 908 条 2 号、戦後改正後の 846 条 2 号、平成 11 年改正法により削除）に当たり、法定代理人とならない。
5	準禁治産者が親権者になる	民法 102 条の射程範囲？
6	準禁治産者が後見人になる	欠格事由（制定当初の民法 908 条 2 号、戦後改正後の 846 条 2 号、平成 11 年改正法により削除）に当たり、法定代理人とならない。
7	親権者が禁治産者になる	代理権消滅事由（民法 111 条 1 項 2 号）に当たり、法定代理人とはならない。親権行使を否定した大審院判例（大判明治 39 年 4 月 2 日民録 12 輯 553 頁）がある（後述）。
8	親権者が準禁治産者になる	民法 102 条の射程範囲？ただし、親権行使を否定した大審院判例（大判明治 39 年 4 月 2 日民録 12 輯 553 頁）がある（後述）。
9	後見人が禁治産者になる	代理権消滅事由（民法 111 条 1 項 2 号）に当たり、法定代理人とはならない。
10	後見人が準禁治産者になる	民法 102 条の射程範囲？ただし、親権行使を否定した大審院判例（大判明治 39 年 4 月 2 日民録 12 輯 553 頁）の射程範囲？

紛糾したため（その結果、賛成多数により、ただし書が削除された）、種々のパターンをめぐる議論が深められないまま、「代理人ハ能力者タルコトヲ要セス」との広汎な射程をもつ規定として制定されるとの経緯をたどることとなった。

この審議中に富井が、禁治産者（成年被後見人）は代理権消滅の原因であるから、初めから禁治産者は代理人となることはできないと当初述べていたのを間違いと認めて訂正し、初めから代理人となることができないというのと代理権が消滅するということは別のものであると述べるに至った点に鑑み⁵⁾ても、制限行為能力者が法定代理人になる場面と、法定代理人が制限行為能

力者になる場面とは区別して議論すべきであったものの、当該訂正の発言が同条の審議の最終盤になされたこともあり、この区別を踏まえた議論もついに展開されることはなかった。

(二) 大審院判例の出現

こうした法典調査会での審議の不完全さは、民法制定後一〇年も経たないうちに早くも露呈することとなる。大審院明治三九（一九〇六）年四月二日判決（民録一二輯五五三頁）は、「未成年者ノ父又ハ母カ禁治産者又ハ準禁治産者ナルトキハ又親權ヲ行フコトヲ得サルモノト解スルヲ當然トス」と判示し、つまりは、親権者が禁治産者・準禁治産者になるとのパターン（表1の七・八）について、民法一〇二条にはよらず、法定代理人としての地位を否定する立場を明らかにした。

その理由は比較的詳細であり、現代語で表記するならば以下のとおりとなる。

代理人が能力者であることを要しないのを原則とする理由は、代理行為は直接に本人に対してその効力を生じ、代理人にその効力を及ぼすことがないため、代理人となった無能力者の保護に欠けるところがないからであるが、無能力者のために設けた法定代理の規定は実に本人が無能力であるゆえにその本人を保護するために定めたものであり、もしこの場合にも代理人が能力者であることを要しないとの原則を適用し、無能力者をして他の無能力者を代理させることができるものとすれば、そのために代理人となった無能力者の保護に欠けることがないとしても、本人たる無能力者の保護はこれを全うすることができず、その本人保護の必要上設けた立法の目的を達することができないのは

明らかである。これは、前述した数個の法条（制定当時の民法八九五条・九三四条二項が定める親権代行と同九〇八条が定める後見人の欠格事由）において親権者又は後見人は能力者であることを要する趣旨を明らかにした理由であって、父又は母が禁治産者又は準禁治産者である場合については明文がないといえども特にこれを除外して親権を行うことを許したものと解することができない。もしその明文がないゆえに反対に解すべきとすれば、子を有するまでに成長した未成年者すらなお親権を行うことができないのに反し、心神喪失の常況にある禁治産者がかえって当該未成年者に代わって親権を行うことができるが如き奇観を呈し、また、法律は禁治産者又は準禁治産者の保護のみを厚くしてその子の保護は少しもこれを顧みないが如き不当な主義を採ったものとなるに至る。このようなことは到底これを是認することができない。

もつとも、禁治産者・準禁治産者となった父・母（親権者）の保護者（成年後見人・保佐人）の親権代行に関する規定が存在しないため、その未成年の子に対して親権を行う者がいないときに該当するものとして、未成年後見を開始すべきものとされた。

この判決は、準禁治産者（被保佐人）が親権者の名義でした借財を取り消すことができるかが争われた事案に関するものである。大審院は、民法一〇二条により取消しを否定した原判決を破毀して控訴院に差し戻した。

それゆえ、禁治産者に関する判示部分は傍論となる。実際上も、準禁治産者の場合とは異なり、法定代理人としての親権者が禁治産者となれば、当時の法律も現行法上も代理権は消滅するため（民法一一一条一項二号）、取消しの可否以前に無権代理となり、そもそも民法一〇二条の適用問題とはならない。また、このパターンは、前記法典調査会

の審議においても、同条が適用されない場合として指摘済みのものであった。

そうすると、この判決は、事案のとおり、親権者が準禁治産者となるパターン（表1の8）について民法一〇二条を適用せず、親権者・後見人が禁治産者となるパターン（表1の7・9）と同様の解決を準禁治産者にも拡張した点に意義がある。換言すれば、代理権共通の消滅事由を定める民法一一一条一項二号を、法定代理権については禁治産宣告（後見開始審判）だけでなく、準禁治産宣告（保佐開始審判）にも準用するに等しい解決をしたこととなる。

そして、この判決の趣旨は、後見人が準禁治産者になるパターン（表1の10）にも及ぼし得るため、行為能力制度上の法定代理における民法一〇二条の射程範囲は、禁治産者・準禁治産者が親権者となるパターン（表1の3・5）と、未成年者が親権者となり（表1の1）、かつ、当該未成年者に親権者・未成年後見人がいないために親権代行がなされないパターンに限られることとなる^⑥。しかし、これらのパターンはいずれも、前記法典調査会の審議には表れてこなかったものである。

（三） 立法趣旨再考 — 法定代理人としての制限行為能力者の非利益性と取消否定

前記法典調査会の審議において富井が説いた(a)(b)二つの立法趣旨は、今日、より洗練される方向で以下のように整理される。

すなわち、(a)については、「代理人が契約を結んでも、その効果は本人に帰属するから、代理人自身に不利益は及ばず、制限能力者保護の制度趣旨を妥当させる必要がない」と説かれ、(b)については、「あえて制限能力者を代理人に選んだ本人がリスクを負えばよいといえる」^⑦などと説かれる。これをさらに定式化すれば、(a)は、効果帰属を受け

ない代理人の非利益性を意味し、(b)は、自ら代理人を選任した本人の利益の甘受を意味する。

しかしながら、今日の基本書・教科書で繰り返し説かれるこれらの立法趣旨は、制限行為能力を理由とする取消しが否定されることの正当化根拠を示すものにすぎず、取消しを否定することにより達成すべき目的を語るものとはなっていない。民法一〇二条は、法律行為の一種である代理行為について、本来であれば制限行為能力を理由とする代理行為の取消しが認められるはずのところこれを否定する例外規定として位置づけられるものであるから、取消しを否定できる根拠よりも先に、まずは原則通り取消しが認められたならば生じるであろう不都合が語られるものでなければならぬはずである。すなわち、取消しが認められた場合の不都合とは、通常、制限行為能力者との間で代理行為をした取引の相手方の不都合を意味するであろう。その取消しを否定することで、いわば相手方の取引の安全が一定程度図られることとなる。これこそが民法一〇二条が達成すべき目的と捉えられよう。

この結論は、別の観点からも基礎づけることができる。

上記の立法趣旨(a)にいう代理人の非利益性は、確かに、代理の本来的效果（法律効果の本人への直接的帰属）からはその通りであるが、代理の付随的效果に鑑みれば、必ずしもそうとはいえない。

民法一一七条が定める無権代理人の責任は、本人ではなく代理人自身に損害賠償責任等の効果が帰属する例外事由である。この規定を通じて代理人になお不利益が及ぶ場合があり得ることとなる。この点、確かに、制限行為能力は同条の免責事由とされているため、これにより制限行為能力者たる代理人は不利益を免れる構造となっているもの、この規定があるからこそ、代理人の非利益性を語る事が可能となっているにすぎない。

しかも、制限行為能力者が法定代理人の同意を得て無権代理行為をした場合には、このような場合にまで第三者を

犠牲にして制限行為能力者を保護する必要性はないとの理由から、ドイツ民法一七九条三項ただし書が定めているのと同様に、能力者と同一の責任を負わせるべきと説かれている^⑧。この見解に従うならば、よりいつそう代理人の非利益性を語ることはできなくなるであろう。

そうであるならば、むしろ原則通り、制限行為能力を理由に代理行為を取り消せるとするならば、結果的に無権代理人の責任は遡及して消滅することとなるため、これにより制限行為能力者自身の保護は達成可能であり、免責規定は不要となる。すなわち、民法一一七条二項（債権法改正後の同条二項三号）が免責を認める趣旨として一般に説かれる制限行為能力者の保護は、直接的な免責規定を置くことのほかに、原則通り取消しを認めることによっても達成できるのである。

それゆえ、やはり、代理人の非利益性のみから取消否定を導くことはできないのであって、取消否定はあくまで相手方の取引安全の観点から基礎づけるべきものと思われる。すなわち、民法一〇二条は、代理取引における制限行為能力（による取消し）のリスクから相手方を解放する意義があるとみられる。相手方としては、本人との直接取引ではなく、代理人との取引である限り、当該代理人が制限行為能力者かどうかを逐一確かめずとも取引でき、その分だけ取引の安全が確保されることとなる。

代理取引についてのみこのように扱うことがなぜ正当化されるのかについては、代理制度の信頼維持の観点から基礎づけることとなる。表見代理（民法一〇九条・一一〇条・一一二条）のみならず、無権代理人の責任（同一一七条）、さらには催告権（同一一四条）・取消権（同一一五条）もまた、本人との直接取引にはみられない代理取引独自の相手方保護規定であり、これらはいずれも全体として代理制度の信頼維持に寄与している。代理取引は、本来、本人・代理

人間の代理関係と代理人・相手方間の代理行為が正常に連結して初めて有効性を確保できる取引であつて、本人・相手方間の直接取引と比べて元来リスクの高い取引形態であるため、これらの保護規定を用意することで制度の信頼性を高め、代理取引の活用を促し、取引全体の活発化を企図しているものとみられる。

民法一〇二条もまた、上記一連の保護規定と同様に、代理取引における制限行為能力リスクから相手方を解放することで、代理制度の信頼維持に寄与するものと捉えられる。これこそが同条の達成目的であり、前記(a)(b)の立法趣旨は、その達成手段としての取消否定を正当化するための根拠と位置づけられよう。

もちろん、前述のとおり、民法一一七条責任が免責されていることで、相手方にとっては、制限行為能力者との代理取引が無権代理となつた場合に責任追及が認められず、そのため、このリスクをも回避しようとするならば、結局のところ、代理取引であつても当該代理人が制限行為能力者か否かを確認せざるを得ないこととなるが、この場合のリスクはあくまで無権代理によるリスクの一部に過ぎず、制限行為能力を理由とする取消しのリスクとは一応区別できるものである。すなわち、相手方としては、かかる無権代理リスクを回避するために、基本的には、代理人が代理権を有するか否かに注意を向ければ足り、仮に無権代理となつても追認の余地があるほか、前述した催告権・取消権・表見代理による保護もあり得るため、民法一一七条責任のみが否定されることとなつても、制限行為能力者保護のためのやむを得ない制約と捉えられたのではないかと考えられる。⁹⁾

三 成年後見制度の抜本改正 ― パターンの増加による実質的影響

制定後、民法一〇二条に影響を及ぼす次の大きな契機となったのが、平成一一（一九九九）年改正民法により抜本的改正を受けた成年後見制度である。

この改正により、民法一〇二条の文言自体が変わったわけではないものの、以下の三つの改正点により実質的な影響が及ぶこととなった。

第一に、改正前には認められなかった保佐人の代理権付与が認められるようになった点である（民法八七六条の四）。この点から、常にはないものの、オプションとしての代理権付与審判によって、保佐人も一種の法定代理人となり得ることとなり、保佐人自身が保佐開始審判を受けて被保佐人となった場合のように、法定代理人と制限行為能力者の競合パターンがその分だけ増加することとなった（後記表2の3・7・11・23・24）。

第二に、補助類型を創設した点である（民法八七六条の六以下）。すなわち、事理弁識能力が「著しく」とまではいえないが「不十分」である者（被補助人）について開始される補助の類型を創設し、能力の程度に応じた後見・保佐・補助の三段階での弾力的運用を可能とする改正を施した。そして、保佐人に対するのと同様に、オプションとしての代理権付与審判を可能としたことから（民法八七六条の九）、補助人もまた一種の法定代理人となり得ることとなった。ここでは、制限行為能力者の新類型としての被補助人と、法定代理人の新類型としての補助人が同時に創設され、他の類型との組合せにより、いっそう多くの新たな競合パターンが生じることとなった（表2の4・8・12・16・19・22・25・28）。

第三に、成年被後見人（かつての禁治産者）と被保佐人（かつての準禁治産者）を後見人・保佐人の欠格事由から外した点である（民法八四七条・八七六条の二第二項参照）。これにより、かつては欠格事由規定の存在により、制限行為能力者が法定代理人となり得なかつたパターンが、少なくとも理論上は競合可能なパターンとして数えられることとなった（表2の6・7・10・11）。

こうして増加した競合パターン中、成年後見の分野で欠格事由として残された未成年者の場合（表2の2・3・4）と、引き続き法定代理権の消滅事由とされている後見開始審判の場合（表2の17・20・23・26）とを除いたとしても、なお残る二一のパターンについては競合可能と解され、これらにつき民法一〇二条を適用し、取消しが否定される余地があることとなった。これは、同条制定当初は三つのパターン（表1の1・3・5、表2の1・5・9に対応）にほぼ限られていたのと比べるならば、極めて大きな変化といえる。

しかも、制定時の法典調査会の審議において、「一々反対ノ規定ヲ掲ゲネバナラヌ」必要がない理由として挙げられたもののうち、欠格事由の点は、その範囲が未成年者のみに縮小されたことから、もはや理由として強固なものとはいえなくなっている。

加えて、現実的にも、成年後見制度を利用している知的障害者等に子が生まれ、親権者になるとの事例（表2の5・9・13）のほか、晩婚化等による親権者の高齢化、高齢化社会の進展に伴う後見人としての子の高齢化、さらには専門職後見人の高齢化により、親権者や後見人等が制限行為能力者になるとの事例（表2の18・19・21・22・24・25・27・28）を生じる可能性は、一〇〇年以上前の民法制定当初よりも明らかに増大しているであろう。

表2 現在のパターン

	パターン	帰結
1	未成年者が親権者になる	(表1の1) 親権代行者(民法833条・867条1項)の不存在により、当該親権者自らが法定代理人となる場合があり得る。
2	未成年者が後見人になる	(表1の2) 欠格事由(民法847条1号)に当たり、法定代理人とならない。
3	未成年者が保佐人になる	欠格事由(民法876条の2第2項・847条1号)に当たり、法定代理人とならない。
4	未成年者が補助人になる	欠格事由(民法876条の7第2項・847条1号)に当たり、法定代理人とならない。
5	成年被後見人が親権者になる	(表1の3)
6	成年被後見人が後見人になる	(表1の4) 平成11年改正法による欠格事由規定の削除
7	成年被後見人が保佐人になる	平成11年改正法による欠格事由規定の削除
8	成年被後見人が補助人になる	
9	被保佐人が親権者になる	(表1の5)
10	被保佐人が後見人になる	(表1の6) 平成11年改正法による欠格事由規定の削除
11	被保佐人が保佐人になる	平成11年改正法による欠格事由規定の削除
12	被保佐人が補助人になる	
13	被補助人が親権者になる	
14	被補助人が後見人になる	
15	被補助人が保佐人になる	
16	被補助人が補助人になる	
17	親権者が成年被後見人になる	(表1の7) 民法111条1項2号による代理権消滅
18	親権者が被保佐人になる	(表1の8) 親権行使否定の大審院判例(大判明治39年4月2日民録12輯553頁)
19	親権者が被補助人になる	
20	後見人が成年被後見人になる	(表1の9) 民法111条1項2号による代理権消滅
21	後見人が被保佐人になる	(表1の10) 親権行使否定の大審院判例(大判明治39年4月2日民録12輯553頁)の射程範囲?
22	後見人が被補助人になる	
23	保佐人が成年被後見人になる	民法111条1項2号による代理権消滅
24	保佐人が被保佐人になる	
25	保佐人が被補助人になる	
26	補助人が成年被後見人になる	民法111条1項2号による代理権消滅
27	補助人が被保佐人になる	
28	補助人が被補助人になる	

四 民法一〇二条の改正 ― 取消しの可否をめぐる審議経過

今般の債権法改正は、以上に述べた状況において、民法一〇二条を改正するとの立法判断を下した。具体的には、平成一六（二〇〇四）年改正により現代語化された当時の条文「代理人は、行為能力者であることを要しない」を全面的に見直し、「制限行為能力者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができない。ただし、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為については、この限りでない」との規定に改めた。

ここに至るまでの立法過程は数年間にわたり多段階で行われたため、以下、同条の実質審議が行われたいくつかの場面を取り上げて紹介し、とりわけ、その審議の中で、制限行為能力を理由とする法定代理行為の取消しをめぐり、いかなる利益衡量が行われたかを明らかにしたい。

（一）民法（債権法）改正検討委員会案

民法一〇二条の改正過程を理解する上で、法制審議会の部会が立ち上がる前身として組織された民法（債権法）改正検討委員会の策定にかかる「債権法改正の基本方針」にまで遡るのが有益である。

平成一八（二〇〇六）年一〇月に設立された同委員会は、同年一二月の第一回全体会議を皮切りに二年を超える検討を重ね、平成二二（二〇〇九）年五月、六四二項目に及ぶ「債権法改正の基本方針」をとりまとめた。

この中で、代理人の行為能力に関する方針は、【1. 5. 27】にある。以下にその内容を掲げる。

【1. 5. 27】（代理人の行為能力）

〈1〉代理人は、行為能力者であることを要しない。

〈2〉【1. 5. 24】に基づき本人に対して直接にその効力を生ずべき法律行為は、その代理人が制限行為能力者であることによってその効力を妨げられない。

*次のように定めるといふ考え方もありうる。

〈1〉本人は、制限行為能力者に代理権を与えることができる。この場合において、【1. 5. 24】に基づき本人に対して直接にその効力を生ずべき法律行為は、その代理人が制限行為能力者であることによってその効力を妨げられない。

〈2〉法令の規定によって代理権を有する者（以下「法定代理人」という。）が制限行為能力者であるときは、当該法定代理人が本人の名でした法律行為は、当該法定代理人が自己の名でしたのであれば取り消すことができる限りで、これを取り消すことができる。

民法九十九条に相当する上記【1. 5. 24】（代理の基本的要件）を前提に、現行法に対応する〈1〉に加えて、その法律効果面を明らかにする〈2〉を加えたものを本案としたものの、同時に、*以下の案を併記するものとなっている。とりわけ、*〈2〉の案は、法定代理人が制限行為能力者であるときは、「当該法定代理人が自己の名でしたのであれば取り消すことができた限りで、これを取り消すことができる」とし、前記の最終的な改正内容（改正後民法一〇二条ただし書）に近い案をすでにこの段階で提示していたことがうかがえる。

ここに至る議論の詳細までは明らかでないものの、具体的な立案は五つに分かれた準備会が担当し、その中で「代理」に関する方針の策定は、条件・期限を除く法律行為を担当した第二準備会の役割となっていた。¹⁰ この第二準備会は、全体会議と並行して三〇回の議事を重ね、この間、代理に関する検討を二巡させている。¹¹ その上で、平成二二（二〇〇九）年一月一日二四日開催の第一四回全体会議に「代理及び授權」に関する基本方針が提案され、翌二五日開催の第一五回全体会議で審議がなされた。

これによれば、全体会議への提案当時は、本案と*案は逆となっていたことがわかる。すなわち、法定代理人が制限行為能力者であるときの取消肯定の方針の方が本案とされていた。そして、これは、加藤雅信教授の提案を参考にしたものであることが明らかにされている。¹³ この加藤案によれば、「平成一一年改正後の民法では、制限行為能力者その者は保護されるが、制限行為能力者を法定代理人とする本人は、その制限行為能力者の判断能力の不十分さから生ずる危険をそのまま負担することになってしまう」ため、「平成一一年の改正により、行為無能力制度が制限行為能力制度へと変更されたことにともない、一〇二条の改正を検討する必要があった」として、かかる提案を行う。そして、「とくに、親権者が後発的に後見開始の審判を受けたときには本人保護がはかられるのに対し」、「子の出生当初から成年被後見人であったときには、その判断能力が不十分なことによる危険を子が負担するのは、明らかに保護のバランスを崩している」と批判する。

この批判は、前記（表2）で示すならば、パターン5（代理権付与）とパターン17（代理権消滅）のアンバランスを指摘するものとなっている。加藤教授が的確に指摘するように、「判断能力の不十分さが子の財産の管理の失当、危険を招いたときには、家庭裁判所は親権者の財産管理権の喪失を宣告でき」（民法八三五条）、しかも、その後の平成

二三(二〇一二)年改正により新設された親権停止審判(同八三四条の二)等による柔軟な対応が可能となっているとしても、審判前に「親権者としてなした行為は有効であり、本人である未成年者の利益が害されるおそれは、なお存在している」。

このような考え方を第二準備会は支持し、これを本案としたものと思われる。

ところが、この提案を審議した第一五回全体会議では、むしろ*案が二二名中一六名の支持により採択され、元の本案が*案となった。¹⁴⁾

そこでの議事内容は定かでないものの、最終的な提案文書によれば、以下の解説が付されている。¹⁵⁾

「法定代理に関する限り、現民法一〇二条および一一一条一項二号に相当する規定を見直すためには、親族法の改正を含めて検討せざるを得ない。しかし、本委員会の作業対象は債権法を中心としたものであり、親族法は当面の対象としていない。そのため、現民法一〇二条および一一一条一項二号についても、ここで親族法を含めた抜本的な改正を提案することはできず、全面的な見直しは将来の課題とするほかない。」

すなわち、積極的な意図において現行法を維持するとの意見ではなく、あくまで親族法を含めた検討を求める慎重な意見が多数を占めたことを意味する。

(二) 民法改正研究会案

当時、前記民法(債権法)改正検討委員会の活動と並行して、別の研究者グループによる民法全体の改正が検討さ

れていた。これが、前述した加藤雅信教授を代表とする民法改正研究会である。同研究会の発足自体は民法（債権法）改正検討委員会よりも一年早い平成一七（二〇〇五）年一〇月とされる。その後も、同委員会よりも先んじて、平成二〇（二〇〇八）年一〇月に『日本民法改正試案』（日本私法学会のシンポジウムに向けた第一次案¹⁶）を提示し、その後も、平成二一（二〇〇九）年一月の『日本民法典財産法改正試案』（第二次案¹⁷）、同年一〇月の『民法改正国民・法曹・学界有志案』（第三次案¹⁸）、さらには民法総則部分につき、平成二八（二〇一六）年六月の『日本民法典改正案Ⅰ』（第四次案¹⁹）と、数次にわたる改正案を公表してきた。

その後、明らかに明らかとされた第一次案前の条文案を含めると、民法一〇二条をめぐる同研究会の提案は以下のとおり推移した。

(a) 平成一九（二〇〇七）年二月一八日事務局案

N条…代理人は、行為能力者であることを要しない。ただし、法定代理人が制限行為能力者である場合には、その自らの行為を取り消すことができる範囲において、法定代理人または本人はその代理行為を取り消すことができる。

(b) 日本民法改正試案（二〇〇八年一〇月、第一次案）

六三条 代理人の行為能力等

六三条①…代理人は、行為能力者であることを要しない。ただし、次項及び第三項に規定する場合は、この限りでない。

六三条②…親権者、後見人、保佐人及び補助人は、その代理権の範囲内において、未成年者、成年被後見人、被保佐人及び被補助人に代わって、それらの者の親権に服する子の（新）第九条（未成年者の法律行為）、（新）第十三条（成年被後見人の法律行為）、（新）第十六条（被保佐人の法律行為）及び（新）第十九条（被補助人の法律行為）につき、その権限を行使する。

(c) 日本民法典財産法改正試案（二〇〇九年一月、第二次案）

六四条 代理人の行為能力等

六四条①…代理人は、行為能力者であることを要しない。ただし、次項に規定する場合は、この限りでない。

六四条②…親権者、後見人、保佐人及び補助人は、その代理権の範囲内において、未成年者、成年被後見人、被保佐人及び被補助人に代わって、それらの者の親権に服する子の（新）第九条（未成年者の法律行為）、（新）第十三条（成年被後見人の法律行為）、（新）第十六条（被保佐人の法律行為）及び（新）第十九条（被補助人の法律行為）に基づく同意権、代理権又は取消権を行使することができる。

(d) 民法改正国民・法曹・学界有志案（二〇〇九年一〇月、第三次案）

六五条 代理人の行為能力等

六五条①…任意代理人は、行為能力であることを要しない。

六五条②…制限行為能力者が、法定代理人となった場合においては、その代理権の範囲は、自らが単独でしうる行為に限られる。

六五条③…前項の場合において、その制限行為能力者の後見人、保佐人及び補助人は、それらの者が制限行為能力者に対して有する同意権、代理権又は取消権を本人のために行使することができる。

六五条④…未成年者の子が出生した場合において、その未成年者の子の親権の行使については、第八百三十三条（子に代わる親権の行使）又は第八百六十七条（未成年被後見人に代わる親権の行使）の定めるところによる。

(e) 日本民法典改正案Ⅰ（二〇一六年六月、第四次案）

（代理人の行為能力等）

第五十六条 任意代理人は、行為能力者であることを要しない。

2 家庭裁判所は、制限行為能力者を法定代理人に選任することができない。

3 制限行為能力者は、親権者となったときは、自らが単独ですることができる行為の範囲内においてのみ親権を

行使することができる。制限行為能力者が単独ですることができない行為については、その制限行為能力者の法定代理人又は同意権者が、その制限行為能力者の未成年の子のために、制限行為能力者に対して有する同意権、代理権又は取消権を行使することができる。

4 前項の規定にかかわらず、未成年の子が親権者となったときは、第八百三十三条（子に代わる親権の行使）又は第八百六十七条（未成年被後見人に代わる親権の行使）第一項の定めるところによる。

5 第八百三十九条（未成年後見人の指定）第一項又は第二項の規定により制限行為能力者が未成年後見人に指定されたときは、第三項の規定を準用する。

これら提案の推移からわかるのは、当初の(a)事務局案は、債権法改正の基本方針【1. 5. 27】*〈2〉の案と同じものであり、これは前述のとおり加藤雅信教授の見解に由来する案であったところ、同教授は民法改正研究会の代表者でもあるため、これを事務局案として提示したものと思われる。

ところが、この事務局案に対しては、同研究会で反対論が強かったとされる。とりわけ、磯村保教授は、次のように主張した。⁽²⁰⁾

行為能力の制限を受ける者が法定代理人となる可能性を認めることが必要ないし適当か。この可能性を認めたいうえで不利益を受ける本人の保護を考えるよりも、その可能性を排除する方がより直截ではないか。このような観点からは、事務局案のただし書を削除するべきである。

こうした議論の結果、(b)第一次案以降、法定代理における取消肯定案は姿を消すこととなったが、その後、(d)第三次案では、代理権行使の範囲を、法定代理人としての制限行為能力者が自ら単独でできる行為に限る旨の提案（六五条二項）が入れられ、さらに、(e)第四次案では、親権者や遺言で指定された未成年後見人を除き、そもそも家庭裁判所が制限行為能力者を法定代理人に選任できないとの提案に達した（五六条三項前段）。

このように、法定代理人としての制限行為能力者の規律のあり方をめぐっては、代理人となり得ることを前提とする取消否定案や取消肯定案のほか、代理権の範囲を限定したり、そもそも代理人として選任できないものとしたりする別案が考えられるところであり、同研究会の各種提案は、こうした案の多様性を示すとともに、そのいずれとも決し難い微妙な要素を含んでいることをうかがわせるものとなっている。

（三） 法制審議会民法（債権関係）部会の審議

つぎに、具体的な立法提案に結びついた法制審議会の民法（債権関係）部会における審議経過をみることにしたい。平成二一（二〇〇九）年一月から開始された同部会での審議は、前述した債権法改正の基本方針や民法改正研究会案のうち「民法改正国民・法曹・学界有志案」（第三次案）等を踏まえつつ、「中間的な論点整理」（平成二三（二〇一一）年五月）、「中間試案」（平成二五（二〇一三）年二月）、「要綱案」（平成二七（二〇一五）年二月）を段階的にとりまとめる形で三つのステージを経て行われた。ここでは、民法一〇二条に関する実質審議が行われた部分を適宜採り上げて紹介するにとどめる。

（a） 中間的な論点整理（第一ステージ）

まず、「中間的な論点整理」に向けた第一ステージでは、民法一〇二条につき、次のような検討事項が示された。⁽²¹⁾

民法第一〇二条は、代理人は行為能力者であることを要しないと定めている。

この規律に対しては、制限行為能力者を保護するための法定代理人として他の制限行為能力者が就任した場合には、本人の保護という法定代理制度の目的が達成されない可能性があるという問題が指摘されている。そこで、法定代理については、制限行為能力者であっても法定代理人に就任することは可能としつつ、本人保護のために、その代理権の範囲を自らが単独でできる行為に限定すべきであるなどの考え方が提示されている。もともと、このような考え方に対しては、法定代理人については、法定の欠格事由や公的機関による選任や解任の手續により、当該資格等にふさわしい判断能力が制度的に担保されていることなどから、現行法の規律を改正する必要はないという考え方も提示されている。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

この基本的内容は、最終的にとりまとめられた「中間的な論点整理」第33の1(3)においても、次のような形で概ね維持された。

民法第一〇二条は、代理人は行為能力者であることを要しないと規定するが、制限行為能力者の法定代理人に他の制限行為能力者が就任した場合には、本人の保護という法定代理制度の目的が達成されない可能性がある。これを踏まえ、法定代理については、制限行為能力者が法定代理人に就任すること自体は可能としつつ、本人保護のために、その代理権の範囲を自らが単独でできる行為に限定するなどの制限を新たに設けるかどうかについて、更

に検討してはどうか。

ここでは、前述の民法改正研究会の第三次案が採用した代理権の範囲を限定する考えが紹介され、検討の対象として明示された。⁽²²⁾

(b) 中間試案（第二ステージ）

しかし、「中間的な論点整理」後の第二ステージでは、以下のような形で、三つの考え方が併記されるに至る。⁽²³⁾

代理人は行為能力者であることを要しないと規定している民法第一〇二条については、法定代理（特に制限行為能力者の法定代理）に適用される場面に関して、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 制限行為能力者が法定代理人に就任すること自体は可能としつつ、その代理行為の効力について、法定代理人である制限行為能力者が自己を当事者としてしたのであれば取り消すことができる限度で、本人又は民法第一二〇条第一項の取消権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 制限行為能力者が法定代理人に就任すること自体は可能としつつ、その代理権の範囲について、法定代理人である制限行為能力者が自己を当事者としてするのであれば単独であることができる行為の範囲に制限する旨の規定を設けるものとする。

【丙案】 代理人は行為能力者であることを要しない旨の規定（民法第一〇二条）を維持し、甲案、乙案のような立法的措置を講じないものとする。

すなわち、甲案は「債権法改正の基本方針」の*案（加藤雅信提案）、乙案は民法改正研究会の第三次案、丙案は同「基本方針」の本案に近い現状維持案となっている。

そして、部会第三三回会議においては、さらに、岡正晶弁護士（第一東京弁護士会所属）より、「法定代理について行為能力者に限る」との案も検討すべきであるとの意見が弁護士会の議論で出てきたので紹介するとの話があり、²⁴つまりは、民法改正研究会の第四次案に近い案（いわば丁案）も提示されている。

このように、大きく異なる四つの考え方が並べられ、これらをもとに議論がなされた点において、この第三三回会議（議事録二一〜一五頁）と、その約一月後に開催された第一分科会第一回会議²⁵（議事録二八〜四三頁）での審議が、最終的な法律案の方向性を決したように思われる。

この議事の中では、山本敬三幹事が、丙案を支持される方が学者サイドでは多かったと述べつつも、同人が主査を務めた民法（債権法）改正検討委員会第二準備会での提案と同様、甲案を支持する立場を明らかにしたほか、弁護士（大阪弁護士会所属）の中井康之委員が、弁護士会では甲案の支持がなく、乙案と丙案が多いと述べつつも、自身の意見としては甲案を支持する。鹿野菜穂子幹事もまた、迷いもあるとしつつも、甲案の支持にまわり、²⁷中井委員は、さらに、本条に関する議事の最後、念押しするかのよう²⁶に、以下のとおりの丙案批判を展開する。

丙案の前提というのは、何も規定しない、すなわち行為能力者であることを要しないという規定を維持するから、法定代理人に制限行為能力者が選任されても、その行われた行為については取消しも代理権の範囲の制限もない、甲案でも乙案でもないという解釈を採るということだと理解をしているんですね。ですから結局、これは取引安全の保

護を結果的には図ることになり、その限りにおいて、本人の保護に欠けるのではないか。ということ、私自身は丙案は疑問だと思っています。

裁判所が取引の安全の保護について配慮すべきだという意見があるとすれば、他方で、本人の保護も一定のレベルで図るのが適切ではないか。そうすると、親族法の改正を待つというよりは、丁案がないのであれば、甲案か乙案で考えなければいけないのではないかという気がします。

その結果、同部会第六四回会議に出された「中間試案のたたき台(1)」(部会資料五三)以降は、甲案を主軸として「中間試案」をとりまとめるとの方向性が確定的となった。⁽²⁸⁾

第4の2 代理人の行為能力(民法第一〇二条関係)

民法第一〇二条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 制限行為能力者が代理人である場合において、その者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができないものとする。

(2) 上記(1)にかかわらず、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人である場合において、当該法定代理人が代理人としてした行為が当該法定代理人を当事者としてした行為であるとすれば取り消すことができるものであるときは、本人又は民法第一二〇条第一項に規定する者は、当該行為を取り消すことができるものとする。

(c) 要綱案(第三ステージ)

こうした流れは、第三ステージにも引き継がれ、部会第九〇回会議に出された「要綱仮案の原案(その1)」(部会資料七九一、七九二、七九三)の段階ですでに、改正後の民法一〇二条と同じものが提示されていた。

第3の3 代理人の行為能力(民法第一〇二条関係)

民法第一〇二条の規律を次のように改めるものとする。

制限行為能力者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができない。ただし、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為については、この限りでない。

(注1) 民法第一三条第一項に掲げる行為(被保佐人がその保佐人の同意を得なければならない行為)に次の行為を加えるものとする。

民法第一三条第一項に掲げる行為を制限行為能力者の法定代理人としてすること。

(注2) 民法第一二〇条第一項に次の規律を加えるものとする。

制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為は、当該他の制限行為能力者又はその承継人も、取り消すことができる。

その後、部会第九七回会議に出された「要綱案の原案(その1)」(部会資料八四一)において、改正後民法一〇二条ただし書に基づく取消しの取消権者につき、これを規律する同一二〇条一項の内容を、「行為能力の制限によって

取り消すことができる行為は、制限行為能力者（他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為にあっては、当該他の制限行為能力者を含む。）又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる」とする要綱案に改め²⁹、これが最終的な改正法となった。

(四) 小括

以上にみたように、民法一〇二条、とりわけ同条ただし書の改正をめぐる議論は、取消肯定を主張する加藤雅信案が、民法（債権法）改正検討委員会においても、民法改正研究会においても、いずれも出発点においては叩き台として採用されていたにもかかわらず、最終案には盛り込まれなかったところ、法制審議会民法（債権関係）部会では一転して有力メンバーの支持の下、中間試案に採用され、その方向での立法に結び付くとの特異な経緯をたどったものとして整理できよう。

五 検 討

(一) 序 説 — 法定代理における取消肯定案の批判的考察

これまでの考察からもわかるように、とりわけ法定代理人としての制限行為能力者が行った代理行為の効力については、本人保護を重視して取消しを肯定するか、取引安全を重視して取消しを否定するかが一つの分析軸となるため、これは民法の意思表示規定に底流する意思主義と表示主義との調整をめぐる問題の一環ともみられる。そのような観点からは、取引の動的安全を重視し本人を犠牲にしてでも相手方を保護してきたかつての解釈論からの揺り戻しとし

て、本人に帰責性がない以上、相手方を犠牲にしても本人を保護すべきとの解釈論が展開されるのが近時の傾向ともいえ、⁽³⁰⁾ 今般の改正による取消肯定案（民法一〇二条ただし書）の採用も、その延長において理解し得る。

しかし、前述した代理制度の信頼維持という本来的な立法趣旨（前記二（三）参照）からは、上記近時の傾向を踏まえつつも、なお相手方の取引安全を重視して取消しを否定する立場を採ることも不可能ではないであろう。

（二） 本文とただし書の峻別の当否

また、前述した民法一〇二条の一般的な立法趣旨である、自ら代理人を選任した本人の不利益の甘受（立法趣旨(b)）との点が法定代理には当てはまらず、取消しを否定すれば本人の保護にならないとの点も、そのことと、「制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為」の取消肯定とが完全に対応し、その他の「制限行為能力者が代理人としてした行為」は取消否定となるというように、カテゴリカルに峻別できるか、あるいは峻別してよいかはやや疑わしいように思われる。以下のいくつかの問題を指摘できよう。

第一に、任意後見契約が発効した後の本人や、代理権付与審判のみで同意権付与審判を経ない補助類型における被補助人は、分類上、制限行為能力者にあたらないため（被補助人につき、民法二〇条一項括弧書（債権法改正後は同一三条一項一〇号括弧書）参照）、そのような者が法定代理人になった場合や、法定代理人がそのような者になった場合は、取消権は付与されないために当然に取消否定とならざるを得ないものの、そのような者も事理弁識能力が不十分であることには違いなく、その者を無条件に法定代理人として処遇することはやはり本人の保護にならないのではないかなお問題となり得る。とりわけ、任意後見の場合は、法定後見に対する優先性（任意後見法四条一項二号、一〇条一項）があるために、本来は成年後見類型相当の能力（事理弁識能力を欠く常況）であったとしても、「本人の利益のため

特に必要があると認めるとき」でなければ任意後見契約が発効し、本人は完全行為能力者として処遇されることとなる。しかし、(任意後見契約上の) 当該本人によって法定代理権を行使されることで効果が帰属する方の本人は、今般の改正民法一〇二条ただし書の立法者が懸念する「本人の保護にならない」事態に実質的に直面するにもかかわらず、代理行為が無条件に認められ、取消しも否定される結果、不利益を甘受せざるを得なくなるが、果たしてそれでよいのであろうか。

第二に、(未成年者以外の) 制限行為能力者が任意後見人になった場合や、任意後見人が(未成年者・成年被後見人以外の) 制限行為能力者になった場合に、任意後見人はあくまで委任契約に基づく任意代理人であると考え、これらの場合の本人は、任意後見人としての制限行為能力者がした行為を取り消すことができない(民法一〇二条本文)との問題がある。確かに、この場合の本人は自ら代理人を指名しているため、制限行為能力者の代理行為による不利益を甘受すべきであるとの理屈になると思われるものの、たとえば、任意後見契約締結当時は制限行為能力者ではなかった者を任意後見受任者とする契約を締結したところ、その後、当該受任者が保佐・補助開始審判を受けて制限行為能力者となったり、任意後見契約の発効後に任意後見人となった者が保佐・補助開始審判を受けて制限行為能力者となったりした場合にも、将来、制限行為能力者になるような者を指名したとして、なお不利益を甘受すべきといえるのであろうか。

第三に、第二の点の延長上の問題として、純粋な委任契約等による任意代理人が、途中で保佐・補助開始審判を受けて制限行為能力者となった場合にも、保佐・補助の開始は代理権消滅事由でない以上、これによる不利益も甘受すべきといえるのかも問題となろう。すでに被保佐人や被補助人となっている者にあえて任意代理権を本人自ら付与し

た場合は、これによる不利益は本人自ら甘受すべきとする取消否定の趣旨が妥当するものの、逆の時系列で、任意代理権を付与した後に被保佐人・被補助人となったような場合は、果たして同様の趣旨が妥当するといえるのであろうか。もし、任意代理人が事後的に制限行為能力者となるリスクは、相手方に転嫁すべきものではなく、あくまで本人が負うべきと解するのであるとすれば、法定代理人が事後的に制限行為能力者となる場合（表2の18・19・21・22・24・25・27・28）のリスクもまた本人が負うべきであつて、同様に取消否定を導くことになると思ふ。

第四に、些末な点かもしれないものの、代理権付与審判のみで同意権付与審判を経ない補助類型における補助人が保佐・補助審判を受けて制限行為能力者になった場合や、逆に制限行為能力者がかかる補助人になった場合は、第一に挙げたケースとは異なり、法定代理人は制限行為能力者であり、取消可能と思われるものの、その場合における被補助人は制限行為能力者に当たらないために、改正後の民法一〇二条ただし書にいう「他の制限行為能力者の法定代理人」とはいえず、同条本文の原則に従つて取消否定となるのではないかが問題となる。この場合、代理権付与審判は被補助人本人の同意を前提とするため（民法八七六条の九第二項・八七六条の四第二項）、実質的に任意代理に近いの理屈も考えられなくもないが、そのような議論の形跡はみられず、立法の手落ちではないかと思われる。

第五に、第四の点の延長上の問題として、改正後の民法一〇二条ただし書が「他の制限行為能力者の法定代理人」と定めたことから、その他の法定代理においては取消否定となるがそれでよいか問題となる。たとえば、裁判所が選任した不在者財産管理人（民法二五條二項）が制限行為能力者であつた場合に、その代理行為の取消しを否定することと生ずる不利益を不在者本人は甘受すべきといえるのであろうか。法定代理制度間で効果を区別することの合理性が問われるものの、この点も法制審の部会において特段の議論はみられない。

(三) 本人の不利益性の実質的検討

さらには、民法一〇二条が想定する法定代理人としての制限行為能力者は事理弁識能力が不十分であるから、この者による代理行為は本人にとって典型的に不利益となり得ると短絡的に捉えてよいかとの問題提起も可能である。

すなわち、事理弁識能力が不十分との定義を超えて、制限行為能力者は、あくまで民法上の制度に組み込まれ、制度の発動を前提とする存在にすぎないことを想起すべきである。とりわけ成年後見制度に属する後見・保佐・補助の三類型は、家庭裁判所の審判によって開始され、かつ、保護者としての後見人・保佐人・補助人が選任される。また、開始後の後見人等の事務は裁判所によって監督される。このような裁判所の関与を前提に置くならば、適任者であるとの裁判所の判断を経由して選任された後見人等が仮に制限行為能力者であったか、あるいは選任後に制限行為能力者になったとしても、取引の相手方において、かかる司法判断を尊重し、当該後見人等には覆ることのない有効な代理取引を行う権限があると信頼することは、一般には正当な理由があるものといえる。そのリスクを本人保護の理由のみから、安易に取引の相手方へと転嫁すべきでないのではないか。

また、上記の三類型にあっては、制限行為能力者が単体として存在することはなく、常に後見人等の存在とともにあるのであって、その後見人等による、取り消し得る行為の追認(民法一二二条)³¹や事前の同意権行使等を通じて、制限行為能力者本人にとって不利益とならない取引が志向されるであろうことに鑑みれば、当該制限行為能力者が法定代理人としてした取引がその者にとっての本人に不利益となることはさほど多くはならないとの点も指摘できよう。

結局のところ、裁判所の審判により発生した法定代理権が適正に行使されることの確保は、当該裁判所の監督か、あるいは当該裁判所によって任意に選任される後見等監督人の監督に委ねるといのがこれまでの後見法の精神で

あったといえる。制限行為能力者による法定代理行為の取消しを肯定し、そのコントロールを当該制限行為能力者の後見人等に委ねると、かえって混乱を招くように思われる。たとえば、後見人が被保佐人になった場合（表2の21）に、当該後見人のために後見監督人が選任されていたとしたならば、重要な財産行為については、当該後見人（被保佐人）の保佐人が有する同意権（民法一三条一項本文）と、当該後見人のための後見監督人が有する同意権（同八六四条本文）とが競合し、その行使関係をめぐってかえって複雑な法律問題を生ずることとなる。

（四） 法定代理人の適格性と法定代理権の代行・消滅

加えて、本問題は、本人（民法一〇二条ただし書にいう「他の制限行為能力者」）の帰責性を問題とする以前に、法定代理人としての制限行為能力者の代理人適格性が問題となり得る点にも特殊性がある。そのため、本人・相手方間の利益衡量を通じた取消しの肯定・否定では割り切れない第三の立場として、代理人の権限縮小や適格性の否定といった考え方（前記法制審部会第二ステージにいう乙案や丁案）も成立する余地がある。つまり、この立法論における利益衡量は必ずしも単純なものではない。

（a） 欠格事由の廃止と適格性の個別審査

この点に関し、まず、平成一一年改正法が、成年被後見人（かつての禁治産者）と被保佐人（かつての準禁治産者）を後見人等の欠格事由から外した点について言及すると、これは、成年後見制度利用の阻害要因を除去し、ノーマライゼーションの理念に沿わせることと、いずれ家庭裁判所の選任・監督という個別的な能力審査の手続により、その職務に相応しい判断能力が制度的に担保できることを期待できることを趣旨とする³²。こうした動向は、近時の成年後見制度利用促進基本計画を受けた欠格条項適正化の新たな法律（成年被後見人等の権利の制限に係る措置の適正化等を図る

ための関係法律の整備に関する法律）にも受け継がれ、同法律では、制限行為能力者であることのみで一律に欠格事由とするのではなく、心身の故障等の状況を個別的、実質的に審査して、制度ごとに必要な能力の有無を判断すべきものとして、各種の法律を全面的に見直している。

いち早く見直された後見人等の欠格事由廃止も同様の趣旨であり、それゆえ、欠格事由となっていないことが、逆に法定代理人としての適格性を常に示すというものでもないであろう。「制度ごとに必要な能力」という意味では、自己財産の管理能力を示すはずの行為能力と他者財産の管理能力を示すはずの法定代理人の能力とは制度上異なり得ることに何ら問題はなく、むしろ自然ですらある。それゆえ、法定代理人としての制限行為能力者を広く認めることは、ノーマライゼーションの理念に合致するとはいえ、そのみで適格性を無条件に認めるわけにもいかないであろう。

(b) 法定代理権の代行

この点に関して、親権者・未成年後見人の親権代行に関する規律（民法八三三条、八六七条）が参考となろう。これらの規定によれば、本来であれば、子をもった未成年者がその子の親権者として法定代理権を行使し得るところ、当該未成年者に親権者や未成年後見人がいる場合はそれらの者が当該未成年者に代わって親権を代行することとなる。自分自身が親権に服しておりながら、その上にまたその子をしてその親権に服せしめることは不都合であることを趣旨とする規定である。³³戦後の家族法改正により、未成年者の婚姻による成年擬制の規定（民法七五三条）が新設されて、子をもつ未成年者であっても、ひとたび婚姻をすれば成年に達したものとみなされることとなり、その場合は親権代行の規律は及ばなくなったため、³⁴その適用範囲は戦前より狭くなったとはいえるものの、いわば制限行為能力者

(未成年者)の法定代理人(親権者)適格を否定するものと解されている。

本稿の観点からは、これらの規定が、「代わつて親権を行う」とのみ定め、代行される子をもつ未成年者が法定代理権を失うとまでは規定していないことから、居所指定や職業許可のような親子間の内部関係における親権行使とは異なり、対外的な代理権に関しては、取引安全の観点からも、当該未成年者の親権者・未成年後見人の法定代理権と併存する形でなお当該未成年者において行使できるとの解釈も成り立ち得るところであるが、一般には当該未成年者の代理行為は無権代理となるものと解されている³⁵⁾。

ともあれ、このような規律は、未成年者が親権者になるような場合のみならず、成年後見における三類型の制限行為能力者が親権者になるような場合(表2の5・9・13)や、さらには、およそ法定代理人が事後的に制限行為能力者になるような場合(表2の17・28)一般にも妥当するものといえないであろうか。すなわち、民法八三三条等の前記趣旨を一般化し、自分自身が後見人等の保護に服しておりながら、その上にまたその本人をして当該制限行為能力者の保護に服せしめることは不都合であるといえるような場合には、当該後見人等に、当該制限行為能力者の法定代理権を代行させるべきこととならないかとの問題である。

そもそも、改正後の民法一〇二条ただし書が適用され、法定代理人としての制限行為能力者がした代理行為を取り消すことができる場合、その取消権は、当該制限行為能力者のほか、本人に当たる「他の制限行為能力者」に与えられるばかりか(改正後の民法一二〇条一項括弧書)、当該制限行為能力者の代理人である後見人等にも与えられるのであるが、その場合の後見人等の取消権は、もはや直接的な保護対象である当該制限行為能力者のためではなく、本人たる「他の制限行為能力者」のために行使されることとなるのであって、そのこと自体、当該後見人等が当該制限行

為能力者に付与される取消権を代行し、当該本人たる「他の制限行為能力者」を間接的に保護する仕組みを創出するに等しいものとなっている。併せて、保佐人・補助人の同意権についても、民法一三条一項一号から九号までに列挙された重要な財産行為を制限行為能力者の法定代理人としてすることを同意の対象として追加していることから（改正後の同条一項一〇号、一七条一項ただし書）、これもまた、法定代理人たる制限行為能力者の保佐人・補助人が本人たる「他の制限行為能力者」のために同意権を行使し、その者を間接的に保護する仕組みといえる。³⁶ こうした仕組みの延長で、法定代理権の代行というものは認められないのであろうか。民法一〇二条を改正するのであれば、本来、かかる立法の可能性も検討すべきであったといえよう。

(c) 法定代理権の消滅事由

また、法定代理人の適格性の問題に関連して、現在、制限行為能力者の類型中、後見開始審判だけが代理権の消滅事由とされていること（民法二二一条一項二号）の見直しも検討に値しよう。前述したノーマライゼーションの理念との抵触も問題となり得るが、他方で、前述した大審院判例（前掲大判明治三九年四月二日）は、これを現行法に置き換えるならば、親権者・後見人が被保佐人になるパターン（表2の18・21）についても法定代理人としての地位を否定し、つまりは、上記の代理権消滅事由に保佐開始審判を追加するに等しいものとなっているため、この点を現行法下でどう評価すべきかも問題となる。

この点、被保佐人が親権者になったり、被保佐人が（適格審査の上で）後見人になったりする場面（表2の9・10）で代理権が当然に消滅しないものと解される以上、親権者・後見人が事後的に保佐開始審判を受けて被保佐人となる場面は、取引の相手方を制限行為能力リスクから解放し、相手方は逐一能力制限の有無を確認しなくてもよいとの本

稿の立場を前提とすればなおのこと代理権を消滅させるべきではないこととなろう。相手方として、親権者・後見人の代理権証明を求めることは期待できるとしても、後見登記を通じた親権者・後見人自身の能力証明を求めることまでは期待できず、また、保佐類型の場合は外見上も被保佐人であるとの判別がつくとは限らず、制限行為能力者であると見抜けなかつたとしてもやむを得ないと考えられるからである。この場合、本人保護は、「後見の任務に適しない事由」があるものとして、裁判所の職権による後見人の解任をしたり（民法八四六条）、権限の「行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害する」ことを理由に、管理権喪失や親権喪失・停止の審判をしたりすること（同八三四条〜八三五条）、図るべきこととなろう。

こうした観点からは、民法が三類型中、後見開始審判のみを代理権消滅事由としているのは、これこそが本人保護の観点からの例外事由として説明されよう。すなわち、成年後見類型の場合は、判断能力を欠く常況にあるために本人に不利な取引がなされやすく、そのため、成年被後見人を一律に法定代理人として扱わないこととしたものと考えられる。その分、相手方にとっては、無権代理や意思無能力のリスクが高くなり、取引の安全を害することとなるものの、同類型の場合は、保佐・補助類型と比べても、外見上、成年被後見人ではないかとの判断はつきやすく、ある程度のリスク回避は可能と思われることから、相手方の取引安全にとってのやむを得ない例外的制約であるとの説明である³⁷⁾。

(五) 任意代理と法定代理の質的相違

最後に、法定代理にあつても、制限行為能力者がした代理行為の取消しを否定することに合理性があることの論拠として、任意代理と法定代理との質的相違を指摘したい。

任意代理と法定代理の基本的相違は代理権付与が本人の意思に基づくか否かであり、今般の改正でも、この相違から、制限行為能力者の代理行為の取消しを否定するか肯定するかを分けているところである。

しかし、本問題の利益衡量を行う上で重要な両代理の本質的相違は、本人自ら法律行為を行うことが何ら妨げられていないか否かにあるものと思われる。任意代理においては、本人自ら法律行為を行うことが何ら妨げられていないにもかかわらず、私的自治の拡充の観点から他者に代理権を付与するものであるのに対し、法定代理においては、本人自ら法律行為を行うことに何らかの妨げがあるものの、私的自治の補充の観点から他者に代理権を（法律上）付与するものである。その結果、法定代理においては、本人との直接取引が敬遠され、法定代理人との取引によらざるを得ないことから、その取引の安全が確保されないと、本人が取引社会から忌避され、処分不能の財産を生ずるとの副作用をもたらしかねない点に、任意代理と比較した特徴がみられる。これを成年後見制度についていえば、本人との直接取引には意思無能力無効のリスクが伴うため、これを回避して法定代理人との取引が志向されるところ、これを安易に無権代理にしたり取消しを認めたりすると、取引の安全が妨げられ、本人が取引社会から疎外されかねないリスクを秘めている。代理行為の取消しによる一時の本人保護は、かえって総体的な本人保護には役立たないともいえるよう。

また、法定代理の一般的特徴として、いわゆる財産管理権との結び付きを指摘できる。委任状による一回きりの法律行為の代理を典型的なイメージとする任意代理とは異なり、法定代理の場合は、親権・後見を典型として、有体財産の物理的管理を含めた財産管理行為を伴うのが一般的であり、そうであるならば、法定代理人の適格性と述べる場合には、単なる一回的な意思表示を行う能力だけでは測ることのできない要素が入らざるを得ないであろう。つまり、

任意代理と対置されるべきは法定財産管理であつて、これらの対比の中で取消しの肯否や適格性が検討されなければならぬように思われる。

(六) 本稿の結論

以上を踏まえるならば、法定代理（法定財産管理）の場合は、代理行為の取消しによる相手方へのリスク転嫁は、代理を認めた法制度の枠内で事前に回避すべきが穏当である。民法一〇二条の本来的な立法趣旨からはもちろんのこと、本文・ただし書の適切な切り分けに成功しているとは思われないこと、取消否定による本人の不利益性の過小評価、法定代理人の適格性や法定代理権の代行・消滅をめぐる立法態度との対比等に鑑みても、結局のところ、民法一〇二条は、改正前の条文の方がむしろ合理的であり、法制審における丙案（現状維持案）のニュアンスとは異なり、これを積極的な意味において維持すべきというのが本稿の差し当たりの結論となる。

ただ、これまで、同条の立法趣旨が厳密な意味で捉え切れておらず、代理制度全体の中での位置づけも曖昧なまま、本人保護を重視して取消しを肯定するか、それとも取引安全を重視して取消しを否定するかといった二項対立に近い図式の中での議論に終始したため、今般の改正が加えられてしまったのはやむを得なかったものと考えられる。本稿も、めぐりめぐって元のところへたまたま舞い戻ってきたにすぎない。

六 結 語

数百条にわたる今般の債権法改正の中で、たった一ヶ条を取り出しただけでもこのような複雑な利益衡量が潜んで

いる点に鑑みるならば、検討対象の範囲外にはみ出す可能性のある境界線上の規定の検討はやはり、将来の検討に委ねるといのが賢い選択であったように思われる。本稿で指摘した他にも、改正後の民法一〇二条本文が、その効果を代理行為の取消否定に限定し、代理権授与行為の取消しの遡及効否定³⁸に言及しなかった理由は何かなど、何かと不可解な点が多い立法でもあった。

改正される以上、その文言をベースとした運用を始めるほかないが、本稿で指摘した種々のパターンや考慮要素に鑑み、柔軟な対応を心がけるべきであろう。³⁹

- (1) 法制審議会第一六〇回会議 (二〇〇九年一月二八日開催) で提案された諮問第八八号参照。
- (2) 「民法 (債権関係) 部会における今後の審議の進め方について」 (民法 (債権関係) 部会資料四) 参照。
- (3) これに関連して改正された民法一三条一項一〇号、一二〇条一項括弧書も必要に応じて採り上げる。
- (4) 参照し易い原典として、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一』三五〜四二頁 (商事法務研究会、一九八三年)。また、民法一〇二条の審議を紹介する先行業績として、柳勝司「委任契約における代理 (三)」名城法学四一巻二九六頁以下 (一九九一年)、大村敦志『民法読解総則編』三七五頁 (有斐閣、二〇〇九年)、中山知己「代理人の能力について」椿寿夫Ⅱ伊藤進編『代理の研究』三九七頁以下 (日本評論社、二〇一一年) がある。
- (5) 確かに、当時の民法に照らしても、禁治産者は後見人の欠格事由であったため、未成年者や準禁治産者と同様、法定代理人にはなれなかったものの、任意代理人になることは可能であった。他方、法定代理人であれ、任意代理人であれ、就任後の禁治産宣告 (後見開始審判) は代理権の消滅事由とされる (民法一一一条一項二号)。
- (6) もちろん、不在者財産管理人が禁治産者・準禁治産者になるパターンなど、行為能力制度外の法定代理にも射程が及び得るが、この点は今回の債権法改正でも議論が及んでいないため、本稿では、後に若干の検討を加えるにとどめる。

- (7) 内田貴『民法Ⅰ〔第四版〕』一六二頁(東京大学出版会、二〇〇八年)。
- (8) 於保不二雄ほか編『新版注釈民法(4)』三七七頁(中川淳Ⅱ小川富之)(有斐閣、二〇一五年)。
- (9) 他にも、代理人となった制限行為能力者が頭名を怠ったことで当該制限行為能力者との直接取引とみなされ(民法一〇〇条本文)、その結果、後に制限行為能力を理由に取り消されるリスク(前記法典調査会の審議においても、この点が質問され、直接取引とみなされた以上、取消可能であることが確認された。)が考えられるものの、相手方が悪意又は有過失の場合に代理取引として扱われ(同条ただし書)、その場合は取消しが否定されることとなるほか、善意無過失ゆえに直接取引としてし、かみなされない場合は、そもそも相手方は当該代理人を当事者本人とみていた以上、一般の直接取引の場合と同様に、制限行為能力によるリスクは甘受せざるを得ず、問題は生じないものとみられる。
- (10) 第二準備会は、山本敬三を主査として、磯村保・横山美夏・内田貴・筒井健夫を合わせた五名により構成された。代理の研究者として知られる佐久間毅は第五準備会の構成員となったため、第二準備会での審議には関与していない。
- (11) 二〇〇七年六月二三日(第六回)、七月二七日(第七回)、二〇〇八年八月一日(第二二回)、九月六日(第二三回)、九月七日(第二四回)、一二月二六日(第二八回)において代理が検討された。
- (12) 加藤雅信『新民法大系Ⅰ〔第二版〕』三〇一頁(有斐閣、二〇〇五年、初版二〇〇二年)。
- (13) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ』二二〇頁(商事法務、二〇〇九年)。
- (14) 二〇〇九年一月三十一日事務局長作成にかかる「提案審議(第一読会)の覚書(第一五回全体会議)」四頁参照(民法(債権法)改正検討委員会ホームページからダウンロード可、二〇一九年九月五日最終確認)。
- (15) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(13)詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ二〇九頁。
- (16) 民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』四九三頁以下(信山社、二〇〇九年)。
- (17) 加藤雅信「日本民法典財産法改正試案」判タ一二八一号五頁以下(二〇〇九年)、民法改正研究会・前掲注(16)民法改正と世界の民法典五四五頁以下。
- (18) 民法改正研究会編『民法改正国民・法曹・学界有志案(法律時報増刊)』一一〇頁以下(日本評論社、二〇〇九年)。

- (19) 民法改正研究会『日本民法典改正案Ⅰ』一頁以下(信山社、二〇一六年)。
- (20) 民法改正研究会・前掲注(19)日本民法典改正案Ⅰ四七二頁以下。
- (21) 平成二二(二〇一〇)年七月二〇日に開催された法制審議会民法(債権関係)部会第一二回会議の議事録及び「民法(債権関係)の改正に関する検討事項(8)」(部会資料一三二―二七七頁以下参照)。
- (22) この「中間的な論点整理」の公表に際して行われたパブリックコメントに対しては、二二の団体・個人から意見が寄せられた(『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4)。(部会資料一三二―一五)。(これによれば、六の団体・個人(日司連、東弁、二弁、兵庫県弁、親和会、弁護士個人)から代理権の範囲限定に賛成する意見が出されたものの、八の団体(札幌弁、仙台弁、横浜弁、愛知県弁、大阪弁、福岡弁、堂島有志、日大民研・商研)から現状維持の意見が出されたほか、最高裁や弁護士個人からも取引安全の観点から慎重に検討すべきとする意見が出された。検討対象として明示されなかった取消肯定案(最終的な改正案)を積極的に提示するものはみられず、代理権範囲限定案に対して誘導的に賛成を示す意見とこれに反対して現状維持を示す意見とに大きく二分化し、どちらかといえば現状維持の意見が多い状況であった)。
- (23) 平成二三(二〇一一)年一〇月二一日に開催された法制審議会民法(債権関係)部会第三三回会議の議事録及び「民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(2)」(部会資料二一九)五八頁以下参照。
- (24) 前掲注(二三)部会第三三回会議議事録一一頁。
- (25) 第一分科会は、分科会長に中田裕康、委員に内田貴・中井康之・永野厚郎、幹事に岡崎克彦・鹿野菜穂子・高須順一・筒井健夫・山本敬三というメンバーであった。
- (26) 平成二三(二〇一一)年一月八日開催の第一分科会第一回会議の議事録参照。
- (27) この議事の四年以上前の平成一九(二〇〇七)年三月四〜五日、鹿野幹事は、前述の民法改正研究会のメンバーとして、磯村保とともに、民法一〇二条維持を主張していたとされる(民法改正研究会・前掲注(19)日本民法典改正案Ⅰ四七二頁参照)。

(28) この「中間試案」の公表に際して行われたパブリックコメントに対しては、(1)につき二五、(2)につき二二の団体・個人から意見が寄せられた(『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1)。(部会資料七一―二二)。これによれば、とりわけ、取消肯定案を提示する(2)につき、一二の団体・個人(最高裁(多数)、日弁連、日弁連消費者委、東弁、二弁、広島弁、平田総合、慶大、個人四名)から賛成の意見が出され、一〇の団体・個人(札幌弁、横浜弁、長野弁、大阪弁、愛知弁司法制度調査委、堂島、日大、個人三名)から反対の意見が出された。現状維持の意見が多く取消肯定案が提示されることになかった「中間的な論点整理」への意見から一転して、微妙ながらも取消肯定案に賛成する意見が多数となった。

(29) 原案の表現では、「当該他の制限行為能力者」の代理人には取消しが認められないかのような誤解を与えがちであり、現に、部会第九〇回会議や第九五回会議では、そのような理解を前提とする質問が複数なされていたことから修正を加えたものと思われる。

(30) 代理に関する一例として、法定代理権について表見代理が成立するかをめぐる議論を挙げることができる。かつて肯定説が通説とされていたものの、近時は否定説が有力とみられる(拙著「後見上の無権代理と本人への帰責」小野幸二先生古稀記念『二一世紀の家族と法』二六三頁以下(法学書院、二〇〇七年)参照)。

(31) 後見人等よりみれば、本人の自由な行動に委ねた上で、本人に不利益な取引を事後的に取り消して清算を図るよりも、本人に不利益な取引が行われないように、適宜助言をしつつコントロールを図る方がコストがかからず、ひいては本人の利益ともなる。

(32) 小林昭彦Ⅱ原司『平成一一年民法一部改正法等の解説』二二三頁以下(法曹会、二〇〇二年)参照。

(33) 於保不二雄ほか編『新版注釈民法25〔改訂版〕』一七三頁(明山和夫Ⅱ國府剛)(有斐閣、二〇〇四年)。

(34) もっとも、成年年齢の引下げに関する平成三〇年改正法により婚姻適齢と成年年齢とが一八歳に統一されたことから、民法七五三条は削除されることとなった(二〇二二年四月一日施行)。

(35) 於保不二雄ほか編・前掲注(33)新版注釈民法25一七九頁。

(36) これに関連して、補助類型での同意権付与審判において、同意の対象となる行為の範囲を民法一三条一項列挙行為の一部とするにあたり（同一七条一項ただし書）、同一三条一項一〇号のみを除外することが可能かが問われよう。すなわち、自己の財産管理にあたっては補助人の同意を要するとしつつも（したがって、この点に関しては保佐における原則的な同意の対象範囲とまったく同じになる。）、他者（他の制限行為能力者）の財産管理にあたっては補助人の同意を要しないとされる扱いの当否である。文理解釈からは可能となるが、そのような運用を認めることには少なからず違和感がある。

(37) フランス法は、民法一〇二条の制定時に参照された条文の一つであるフランス民法典一九九〇条本文が、「未開放の未成年者は、受任者として選任することができる」とする規定を維持しつつも、二〇一六年制定の債務法改正によって創設された代理の規定中、「代理人の権限は、その者が無能力となり、又は禁止を課される場合には、終了する」（訳文につき、荻野奈緒ほか訳「フランス債務法改正オールドナンスによる民法典の改正」同志社法学六九巻一号二九四頁（二〇一七年）参照）と定め（民法典一一六〇条）、つまりは、未成年者が代理人になることは認めつつ、代理人が無能力者になった場合は代理権が消滅するものとして両場面を区別する。

(38) 我妻栄『新訂民法総則』三五二頁（岩波書店、一九六五年）、四宮和夫『民法総則〔第四版〕』二四七頁（弘文堂、一九八六年）など。

(39) 本来は、創立一三〇周年に合わせて「民法一三〇条論」を展開したかったものの（同条も今回改正を受けた条文の一つである。）、現在の関心がより強い「民法一〇二条論」とした。ただ、思い返せば、著者の本学への入学が今から二八年前の創立一〇二周年の年（平成三年）であった。本学とのご縁に感謝しつつ、こじつけながらこれで責めを塞げればと願う。

私有地における集会の自由

岡田 俊 幸

- I はじめに
- II 二〇一五年七月一八日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定
- III 検討
- IV 結語

I はじめに

「基本権Ⅱ憲法上の権利に関する現在の憲法学の状況を、……憲法に関心をもつ広い読者にわかりやすい形で伝え、
確実な知識と知的刺激を与える」⁽¹⁾ことを意図して最近出版された教科書において、工藤達朗は、「私有地であっても、

私有地における集会の自由(岡田)

一七五(三一)

一般公衆が自由に出入りできる場であり、パブリック・フォーラムたる性質を帯有するときは、表現の自由の保障を無視することはできず、具体的状況に応じた比較衡量の結果、表現行為の規制が許されない場合もありうる」とする、吉祥寺駅構内ビラ配布事件（最判昭和五九年二月一八日刑集三八卷一二号三〇二六頁）において伊藤正巳裁判官補足意見が唱えた理論は「集会の自由についてもあてはまる」と指摘した上で、「私人の土地・建物でも、一般市民が自由に利用できる場所であるときは、パブリック・フォーラムとして、その所有者や管理者も表現の自由を尊重しなければならぬことがあり、」その場合には、集会を妨げる結果となる権利行使は違法（債務不履行であれ、不法行為であれ）と解されよう」という極めて意欲的な、まさに「知的刺激を与える」⁽²⁾ 解釈論を示している。筆者は、工藤が示した解釈論から知的刺激を与えられ、若干の検討を行ったところ、この解釈論はその方向性において妥当であるが、この解釈論にはさらに解明を要するいくつかの問題点も含まれているのではないかと考えるに至った。例えば、まず、「私人の土地・建物」の場合、所有者は、その所有権・管理権に基づいて私人の利用を自由に排除できると考えることもできる⁽³⁾のであるから、「私人の土地・建物でも、一般市民が自由に利用できる場所であるときは、パブリック・フォーラムとして、その所有者や管理者も表現の自由を尊重しなければならない」のは何故か、その根拠を示す必要がある。また、上記の解釈論を具体的事件に適用するためには、上記の解釈論を細部の点までさらに精密化する作業を行う必要もあると思われる。もともと、本稿は、日本国憲法の解釈論として、所有者が自己の所有地を集会のために利用されることを受忍しなければならない根拠を解明しようとするものではないし、また、上記の解釈論を具体的事案に適用できるように精密化する作業を行おうとするものでもない。本稿の目的は、「缶ビール・フラッシュモブ」⁽⁴⁾ 決定との名称が与えられている二〇一五年七月一八日連邦憲法裁判所第一法廷第三部会決定（以下「一五年部会決

定」という。)を多少とも詳しく紹介し、若干の検討を行うことにある。何故なら、一五年部会決定は、工藤が示した上記解釈論に含まれる憲法上の問題点を考察する作業を今後進める上で極めて有意義な参考資料になると考えられるからである。以下、まず、一五年部会決定を多少とも詳しく紹介する(Ⅱ)。つぎに、学説上の議論を参照しつつ、上記決定に含まれる憲法上の問題点について若干の検討を行う(Ⅲ)。最後に、本稿が行った作業の成果を整理する(Ⅳ)。

Ⅱ 二〇一五年七月一八日連邦憲法裁判所第一法廷第三部会決定

(一) 一五年部会決定が扱った事件の事実関係は、次のとおりである。本件仮命令発布の申立人は、二〇一五年七月二〇日一八時一五分から一八時三〇分まで、ドイツ南部の都市パッサウのニーベルンゲン広場(以下、「本件広場」という。)で集会を行うことを計画した。本件広場は街の中心部にあり、歩行者専用(自動車進入禁止)区域の南端に位置している。本件広場は、診療所、喫茶店、商店、スーパーマーケット及び映画館によって囲まれている。本件広場は、公衆の通行のために開放されていた。GmbH & Co. KGが本件広場の所有権を有しており、国の資本参加はない。計画されている集会は、「自由のための缶ビール・フラッシュモブ」というモットーの下で行われる。「自由のために飲み干そう!」という号令を合図として、集会参加者は、各自一本の缶ビールを開け、これを出来る限り早く空になるまで飲み、その後、申立人の演説と集会参加者の議論が行われる予定であった。集会によって、民間警備保障サービスの利用の増加によって国家の暴力独占の喪失が増大していること、さらに、自由権の制限が増大していること

注意を喚起するつもりであった (Rn. 1)。

本件広場の所有者は、本件集会とは関係なく、申立人に対して、本件広場への無期限の立入禁止を発していたようである。^⑤ 申立人は、本件広場の所有者が申立人に対して発した立入禁止を本件集会の実施時間について廃棄し、ビデオ装置による同広場の監視を本件集会の実施時間について中止することを求めたが、パッサウ区裁判所及びパッサウ地方裁判所は、申立人の訴えを認めなかった。その理由は、本件集会が実施されると、本件広場がゴミで溢れて汚されることになり、また、酔っ払った集会参加者が多く現れる危険もあるから、土地所有者の所有権が集会の自由に優越するという点にあった。区裁判所は、土地所有者の申立てを受けて、同じ理由により、計画している集会をフェイスブックで宣伝することを申立人に禁じた (Rn. 3)。申立人は、連邦憲法裁判所に仮の権利保護を求めた。

(二) 連邦憲法裁判所は、区裁判所決定及び地方裁判所決定を破棄し (主文二)、申立人が、二〇一五年七月二〇日、「自由のための缶ビール・フラッシュモブ」という集会の実施時間 (約一八時一五分から約一八時三〇分まで) について、本件広場の敷地に立ち入り、申立人の主催する集会を実施する目的でこれを利用することが許されること、そして、このことには集会参加者一人につき一缶のビールを飲むことが含まれることを確認した (主文二)。

連邦憲法裁判所は、仮命令の発布を申立ては適法であり、憲法異議の訴えは現時点において不適法でもなく、また、明らかに理由がないものではないと判断した (Rn. 4)。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

(a) 本件広場の所有者は、私法人として基本権主体であり、基本法一九条三項の基準に従って、自らが発した立入禁止について、自己の基本権、とくに基本法一四条に基づく自己の所有権を主張することができる。しかしながら、このことは、申立人が関連する民事裁判手続において集会の自由を援用できることを妨げない。たしかに、集会の自

由は、任意の場所への立入権を付与するものではない。とくに、集会の自由は、市民に対して、公衆が一般的に出入りできない場所、又は、外形的状况からしてすでに特定の目的に限定して出入りが認められている場所への立入りを認めるものではない。これに対して、集会の自由は、公衆の一般的通行に開放されている場所における集会の実施を保障している。今日、公共の道路 (StraÙe)、通路 (Weg) 及び広場のコミュニケーション機能は、滞在、出会い、散策、消費及び余暇利用の場所であるショッピングセンター、アーケード (屋根付き商店街の通路)、又は、民間の投資家によって創設され運営されている広場のような別のフォーラムによって補われているが、この場合、このような施設の敷地で通行の用に供されている部分については、直接的な基本権拘束が存在する範囲において、又は、間接的第三者効力の方法で私人に要求することができる範囲において、集会の自由を除外することはできない。本件は後者のケースである。たしかに、集会を実施しようとしている場所は、私人が所有しているが、しかし同時に、公衆の通行に開かれており、地方裁判所の事実認定によると、散策、滞在及び出会いの空間を造り出すもので、それは、パブリック・フォーラムの嚮導像に合致する (Rn. 5)。

私的な土地所有者として、GmbH & Co. KGは、国家権力のように直接的に基本権に拘束される、ということはない。それにもかかわらず、基本権は、客観的な原理として効力を発揮し、集会の自由は、間接的第三者効力の方法により、衡量を基準として考慮されなければならない。その際、この拘束の射程範囲は、実践的整合性の原則によって互いに対立する基本権を調整しながら規定されなければならない。連邦憲法裁判所が確認したように、私人は、基本権の間接的第三者効力を手段として、自らも基本権を有するとしても、国家と類似の範囲又はまさに同じ範囲において、基本権によって義務付けられる可能性がある。とくに、私人が、実際上の観点から見て、伝統的に国家が有して

きた地位に匹敵する義務的地位又は保証人地位に達した場合は、そうである。保障内容及び事案類型に応じて、私人の間接的基本権拘束は国家の基本権拘束とほぼ等しくなるか、又は同等になることもあり得る。コミュニケーションの保護について、このことは、とくに、民間企業が、公共のコミュニケーションの基本的諸条件の用意を自ら引き受け、以前は實際上国家だけに配分されていた機能を遂行し始めたときに問題となる (Rn. 6)。

このことから今日、集会の自由又は意見表明の自由と、公衆の通行に開放し、それにより一般的コミュニケーションの場所を創出した民間企業の基本権との関係に関して、より詳細に何を引き出すのかについて、連邦憲法裁判所は、これまで判断していない。従って、どのような具体的原則に基づいて私人相互のこの基本権衝突を解決しなければならぬのかについては、迅速手続の方法によって判断することはできない。仮命令の申立てに関する判断に際しては、むしろ、もっぱら具体的個別事件についての結果衡量を行わなければならない (Rn. 7)。

(b) 本件広場の所有者によって発せられた、申立人に対する立入禁止が存続し、後に憲法異議の訴えが認められた場合、申立人は、集会の自由の基本権を望んでいる仕方で行使する機会を奪われることになる。他方、申立人が、本件広場に立ち入り、望んでいる仕方を利用して、それ故に集会を計画通りに実施することができたが、後に憲法異議の訴えに理由がないことが明らかになった場合は、一時間的に限定された範囲ではあるが一本件土地の所有者の権利が侵害されるにもかかわらず、集会が実施されることになる (Rn. 8)。

本件においては、立入禁止から帰結される集会実施の事実上の禁止は申立人に深刻な打撃を与える。申立人は、意図している集会を選択した場所で、かつ選択した時間に遂行することはできない。民間警備保障サービスによる本件広場の監視と所有者によって言い渡された飲酒の禁止を踏まえ、自由権の制限の増大と国内の治安維持の民営化とい

う集会のテーマの内容を考慮に入れると、申立人によって選択された集会場所は特別の重要性を有する。たしかに、集会の自由の基本権は、私的権利に依拠した立入禁止を潜脱できる権利を付与するものではない。しかし、このことは申立人の目的ではない。申立人は、本件広場において、たんに短期間に限り、もっぱらコミュニケーションを意図する集会を行うために滞在しようとしている。それ故、申立人に対して、当該集会は、他の場所においても同じように効果的に実施することができると反論することはできない。この点において強調されなければならないのは、基本法八条一項は、何時、そして、どのような様式において集会を実施するのかについて、自ら決定する権利を保障していることである。これによつて、集会の自由には、行事の場所に関する自己決定権も含まれる。市民は、どこで、その関心事を―必ずしも必要不可欠ではないとしても、場合によつては、特定の場所又は施設との関連性にも目を向け―最も有効に引き立たせることができるのかを自ら決定することができなければならない (R. 9)。

これに対して、土地所有者の所有権の同等の侵害は、本件においては認識することはできない。当該集会は、約一五分間に限定され、一つの場所から動かないで行われる予定である。申立人は、自ら及び世話人を使つて、本件広場がゴミで溢れたり、酔っ払った集会参加者が現れたりしないように対処することを確約した。申立人は、一般人々々に対してではなく、フェイスブックを使つて集会の宣伝を行い、集会への参加が予定されていたのは見通すことができる程度の数の人々―当時一四〇人―であることを説得的に説明した。申立人は、当初から、当該地域の集会管轄官庁と協力し、裁判において述べられた異議を、インターネットを通じた呼びかけによつて参加者に対してしかるべき行動を直ちに指示することによつて考慮してきた。集会管轄官庁は、集会法上の疑問を認識することはできなかった。これに反することが明らかになった場合、制限的処分によつてこれに対処することが可能である。制限的処

分は、本件において攻撃されている全面禁止と比較してより緩やかな手段であり、これにより関与するすべての人の基本権を十分に考慮することができる (Rn. 10)。

(c) フェイスブックで申立人の計画している行事を宣伝することを申立人に禁止した諸決定も破棄されなければならぬ。計画されている集会の事実上の禁止と同じように、本件の特殊な状況においては、土地所有者の所有権が優越するとの理由により、本件集会の宣伝の禁止を根拠付けることはできない (Rn. 11)。

(d) 申立人は、集会の時間について集会場所のビデオ監視の中止を求めているが、十分な立証がなされていないので、この主張は斥けられる (Rn. 12)。

(三) 以上が、一五年部会決定の内容である。⁽⁶⁾ 一五年部会決定は、結論として、申立人が、他人の所有する土地において、所有者の承諾を得ることなく集会を行うことを可能にした点において極めて注目し値する。つぎに、同決定に含まれる憲法上の問題点について若干の検討を加えることにしよう。

III 検討

一 一五年部会決定の意義

まず、二〇一一年二月二二日連邦憲法裁判所第一法廷判決⁽⁷⁾ (フラポート判決。以下「一一年判決」という。)と一五年部会決定との関係を検討しよう。一一年判決は、市民運動家がフラנקフルト空港の敷地内でデモ行進や意見表明(ビラ配布等)をしないようにフラנקフルト空港を経営するフラポート株式会社が市民運動家に対して空港への立入禁

止を発したという事案に関して下されたものである。一一年判決は、公的主体によって支配されている私法形態の公私共同経営企業は、国が単独所有をしている、私法の形態で組織された公共企業体と同じように、直接的な基本権拘束に服する（主文二）との解釈を示した⁸⁾。連邦憲法裁判所によると、公私共同経営企業が公的主体によって支配されている場合に当たるのは、資本金の半分以上が公的主体によって所有されている場合である（S. 246 f.）。立入禁止が発せられた当時、ヘッセン州、フランクフルトアムメイン市及びドイツ連邦共和国が、合計でフラポート株式会社の株式の約七〇%を保有していた（S. 227 f.）。連邦憲法裁判所は、フラポート株式会社の資本金の五〇%以上が公的主体によって保有されているので、フラポート株式会社は直接的に基本権に拘束され（S. 250）、同社は、これに対応して、空港への立入禁止を正当化するために、自己の基本権を援用することはできない（S. 244）と判断した。

これに対して、一五年部会決定は、国家の資本参加のない純粋な私法人が所有している土地における集会所が問題となった事案であり、この点において一一年判決の事案とは異なる。一五年部会決定は、「ニーベルンゲン広場の所有者は、私法人として基本権主体であり、基本法一九条三項の基準に従って、自らが発した立入禁止について、自己の基本権、とくに基本法一四条に基づく自己の所有権を主張することができる⁹⁾」と説示しており、一五年部会決定は、一一年判決が扱っていない「私有地における集会所の自由」を真正面から扱っている点において、独自の意義がある。

二 私有地における集会所の自由

(一) 一一年判決は、「私有地における集会所の自由」についても傍論において言及している。以下、一一年判決と同判決をめぐる学説の状況を紹介・検討する作業を行う。まず、一一年判決前の判例・学説の状況を見ておこう。

連邦行政裁判所は、一九九二年一月二十九日の判決において、ヘアツォーク (Roman Herzog) の見解を引用しつつ、集会の場所及び時間に関する自己決定権は、集会場所に関する法的使用権限を前提としており、基本法八条は、一般法原則によつては存在しない利用権を創設するものではない、言い換えると、場所の自由な選択権は、他人の所有地を意のままに利用する権利を含まない、と説示していた¹¹。学説に目を向けると、デーペンホイアー (Otto Depenheuer) は、二〇〇六年に刊行された基本法八条の注釈において、集会の自由は、自己の土地と公共の土地に―後者は一般使用に供されている限りにおいて―限り及ぶのであり、他人の土地において集会を行う権利は存在しないと説いている¹²。また、二〇〇五年に出版された集会法の注釈書においても、基本法八条一項の保障する「場所に関する形成の自由」によつて土地を使用させることを私人に求める権利が認められるわけではなく、デモ行進を実施するために私人の所有する土地を必要とする場合、主催者は、―推定的同意を前提とすることができる場合は別として―所有者との私法上の合意を得る必要があると指摘されている。また、同書においては、デモ行進が公衆に出入りが許された私有地で実施される場合であっても、私的所有者は、当初はすべての人に認めていた立入権をデモ行進参加者について撤回することも私法上自由である、と説かれている¹³。さらに、二〇〇八年ドイツ国法学者協会大会の第四テーマ「民主的公共性の浸食」の第一報告において私人の所有する公共空間へのアクセスの困難を論点として提示したホルツナーゲル (Bernd Holznagel) も、私有地において集会を行う権利は存在しないことを前提として議論を組み立てている¹⁴。

(二) このような判例・学説の状況において、二〇一〇年に集会法研究サークルによつて公表された集会法模範草案¹⁵が、通行の用に供されている私有地で公衆に一般的に開放されている部分においては、所有者の承諾を得ることなく集会を行うことができる旨の規定(二二条)を提案していること (S. 20) は注目に値する。二〇〇六年の第一次連

邦制改革までは、連邦が、集会法に関する競合的立法権限を有しており、連邦の立法者は、すでに一九五三年に集会法を制定している。二〇〇六年の連邦制改革により、集会法に関する立法権限は連邦からラントに移った。集会法研究サークルは、この状況を「集会法の継続的發展と現代化のための機会」を捉え、「ラント立法者にとっての模範」として役立つ集会法草案を詳細な理由を付して作成したのである (S. 2)。

同案は、集会法を「今日的展開」を考慮しつつ見直すことを試みている点において特徴的であり、この試みの一つが、まさに「私有化された公共空間」に関する規定である。集会法研究サークルは問題意識を次のように述べている。集会の自由は、多くの場合、公共空間において行われており、公有地を必要としている。公共空間の私有化―例えば、歩行者専用区域やショッピングセンターの私有化―が、伝統的に集会の自由の行使のために利用されてきた場所で集会を行うことができなくなるという事態を招来させてはならない。立法者は、私人の所有する公共の場所で通行の用に供されている部分においても集会を行うことができるようにするために、基本法八条に基づく憲法上の基準を上記の空間についても具体化することを義務付けられる、と (S. 9 f.)。

そして、集会法研究サークルは、模範草案二一条の規定の提案理由を次のように述べている。

(a) 集会の自由の民主的機能にとって、私有化された公共空間は、公的主体が所有する公共空間と同じような重要性を獲得している。私人の所有する公共空間が、従来の公共空間と併存しているのではなく、その代わりとなっているところでは、このことはとくに当てはまる。オーバーハオゼン (Oberhausen) にあるショッピングセンター¹⁶ Centro のような大規模ショッピングセンターの場合、市中心部における従来の公共空間の部分的な代用であると言える。集会の自由が、公共空間の私有化という条件の下でもその自由保障的かつ民主的機能を保持しようとする、

公共空間の私有化は、公共空間における集会の自由の行使が私的所有者の承諾だけに依拠するという事態を招来させてはならない。模範草案二一条の規定は、憲法上保護された集会の自由を具体化したものである (S. 90)。

(b) 基本権が私的所有権に影響を与え得ることは憲法上承認されており、私的所有権が基本権上の拘束を受けることについては、判例・学説において意見の一致がある。もつとも、集会の自由が私有地のどのような部分に影響を与えるのかは、解明されていない。集会の自由が一般使用に供されている公道及び公共の広場に適用されることは、一般に承認されている。公道及び公共の広場は、通行によつて追求されている目的とは無関係に、誰でも出入りが可能である。通行目的は、通行によつて追求される目的に関する機能的「一般性」を通して「一般的公共性」を創出する。まさにその通行目的によつて、通行の用に供されている場所は「一般的公共性の空間」になる。通行目的と結び付いたその一般的公共性は、通行の用に供されている場所に、現存する一般的公共性に照準を当てたコミュニケーション形態という宿命的性格を与える。これに対応して、一般使用の通行機能は利用者のコミュニケーション上の交流も包含することが認められる。コミュニケーション上の一般使用を通して、とくに基本権の政治的機能も公道及び公共の広場に関する法体系に流入する (S. 91)。

(c) しかしながら、基本法八条によつて、法令が、一般的通行機能に基づいて一般的公共性を創出している場所をいかなる法体系に位置付けているのは問題とならない。むしろ、法令の上位に位置する憲法に基づいて、集会の自由は、一般的通行機能に基づいて一般的公共性を創出しているすべての場所に及ぶ (S. 91)。

このことから、まず、公的主体の所有する場所については、規範の階梯性からしても、法令による公共物指定の内容だけに照準を合わせてはならないことが導かれる。むしろ、公共物指定に加えて、実際上の一般的通行利用が重要

となる (S. 91 F.)。つぎに、私人の所有する土地については、一般的通行機能と、これを通して創出される一般的公共性との機能的連関性から、基本法八条の射程範囲が導出される。集会の自由は、公道及び公共の広場と同等の仕方
で一般公衆の一般使用に供することを認めている私有地にも及ぶ。一般公衆に一般使用と同じような仕方
で通行目的のために開放された私有地は、基本法八条に基づいて、私有地であっても集会に開放される。その範囲において、集会の実施が所有者の承諾に左右されることはない (S. 92)。

(d) 集会の自由から、私人の所有する土地で公衆の通行に供されている部分において集会が行われることを受忍する義務が私人に生じるが、この義務によつて、他人を財産の利用から排除する権限を含んでいる所有権は制限されることになる。しかし、所有者の排除権限は、基本法一四二条二項に基づく所有権の社会的拘束の観点から内容的に形成され、それによつて制限することもできる。その際、所有権の社会的拘束は、所有物又はその利用の社会的関連性が強ければ強いほど、重要性を増す。公道及び公共の広場におけるのと同様の仕方
で一般公衆に開放されている私有地の場合、土地の通行機能を通して、とくに商業上の利益も開拓される。この利益は、公衆に一般的通行を認めることによつてはじめて生じるものである。土地の社会的関連性は、一般公衆に通行を開放することによつて、これを上回るものはない仕方
で増大するので、所有権の社会的拘束から、所有権は公共空間の機能を選択的に引き受けることを保障しないことが導出される。むしろ、公共の通行機能の有する商業上の利点とともに公共の通行用地の有するコミュニケーション的機能も引き受けなければならないことが所有権の社会的拘束に合致する (S. 91 F.)。

以上が、集合法研究サークル模範草案二二条の内容とその提案理由である。集合法研究サークルは、「公共空間の私有化」という条件の下で、基本権の第三者効力を梃子として、集会の自由が私的所有権に与える影響を検討する

(a) 及び (b)。そして、集会法研究サークルは、通行目的は、通行によって追求される目的に関する機能的一般性を通して「一般的公共性」を創出し、通行目的によって、通行の用に供されている場所は「一般的公共性の空間」になるから、集会の自由は、一般的通行機能に基づいて一般的公共性を創出しているすべての場所に及ぶと解する (b) 及び (c)。他方、集会の自由の保護範囲の拡大により所有権は制約されるが、所有権の社会的拘束から、所有権は公共空間の機能を選択的に引き受けることを保障しておらず、公共的通行機能の有する商業上の利点とともに公衆の通行に供された土地の有するコミュニケーション的機能も引き受けなければならないことが所有権の社会的拘束に合致すると主張している (d)¹⁷。

(三) すでに述べたように、一一年判決は、「私有地における集会の自由」についても傍論において言及している。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

基本法八条一項は、行事の場所、時間、方法及び内容についての自己決定権を保障しており、これにより、市民は、自己の関心事を―場合によっては特定の場所又は施設との関連性を考慮して―最も効果的に、引き立たせることができる場所を自ら決定することができなければならない (S. 250 F.)。ただし、集会の自由は、これによって、任意の場所への立入権を付与するものではない。とくに、集会の自由は、公衆が一般的に出入りできない場所、又は、外形的状況からしてすでに特定の目的に限定して出入りが認められている場所への立入りを市民に認めるものではない (S. 251)。

これに対して集会の自由は、「一般公衆の通行に開放された」場所における集会の遂行を保障している (S. 251)。このことは、道路法の規定とは別個独立に、何よりもまず、公道に当てはまる。公道は、市民がその関心事を多く

に効果的に公衆に知らしめ、これに関してコミュニケーションのきつかけを与えることができる、「本来的であり、かつ、歴史的にモデルを形成してきたフォーラム」である。とりわけ地域の中心部の道路及び広場は、今日、情報交換及び意見交換の場所であり、人の交流が不断に行われる場所と見なされる (S. 251)。同じことは、公道以外の場所で、一般公衆の通行に開放され、一般的コミュニケーションの場所が成立しているところにも当てはまる。今日、公共の道路、通路及び広場のコミュニケーション機能は、ショッピングセンター、アーケード又はその他の出会いの場所といった別のフォーラムによって補われているが、この場合、このような施設の敷地で通行の用に供されている部分については、直接的基本権拘束が存在する範囲において、又は、間接的第三者効力の方法によって私人に要求することができる範囲において、集会の自由を除外することはできない (S. 252)。

このような多数意見に対して、シュルツケビア裁判官の少数意見は、多数意見は、事案の解決に必要がないにかわらず、もっぱら私人によって運営されているフォーラムも集会の自由の保護範囲に含まれるとの理解を促しているが、その際に、この事案類型においては所有権 (基本法一四条) が基本権上の対抗的地位を保障していることが視野の外に置かれている、と批判している。同裁判官は、二つの基本権の衝突状況が、基本権の保護範囲をショッピングセンター、アーケード及び出会いの場所にも一般的に拡大することによって保護範囲の段階で集会の自由の自由に有利に解決されており、所有権は、集会の実施方法に関連して正当化の段階でのみ考慮されるにすぎなくなってしまった、と批判している。また、同裁判官は、多数意見においては、私人も国家権力と同じような基本権拘束を受けることが示唆されており、私的所有者は、間接的第三者効力にもかかわらず、あたかも基本法八条が直接的に適用されたかのように義務付けられることになるが、これを正当化する十分な根拠は示されていないとも批判している。さらに、同

裁判官は、多数意見は、集合法研究サークルが集合法模範草案の基礎とした「法政策上の考え」を「憲法解釈の方法によって」取り上げたと批判している (S. 274 ff.)。

(四) 一一年判決に関する学説の見解は対立している。一方において、シェンケ (Wolf-Rüdiger Schenke) は、二〇一三年の論文において、「集会の自由の構成要件上の膨張」は必然的に「所有者の処分権限の著しい制限」と結び付くと指摘し¹⁸⁾、一一年判決 (多数意見) を批判している。シェンケは、一一年判決が、私人がショッピングセンターやアーケードにおいて公衆の通行を認めるケースにも基本法八条を適用することを明らかに意図していることに留意すると、一一年判決の問題点が明らかになると指摘する。シェンケは、次のように説く。上記のケースにおいては、他の訪問者の基本権によって保護されている行為の自由のみならず、集会の実施を承諾していないショッピングセンター又はアーケードの事業者の所有権が侵害されている。自由で民主的な基本秩序には、集会の自由のみならず、所有権の保障も含まれる。これらの基本権相互間における基本権保護を一方の基本権の保護範囲の犠牲において他方の基本権の保護範囲を拡張することによって移動させることは、事柄の性質からして「憲法の変遷」を含意するものであり、特別の正当化を必要とするが、基本法八条の「民主的・機能的解釈」においても正当化の根拠は説明されていない¹⁹⁾、と。

これに対して、ホフマン・リーム (Wolfgang Hoffmann-Riem) は、一一年判決 (多数意見) を引用しつつ、私的処分権に服する空間が公共空間に指定された場合、これは集会の自由にも開放されるが、公衆の一般的通行のために一例えば、娯楽又は買い物を目的として (ショッピングセンター)、又は公共の通行手段の利用のため (空港又は駅の敷地で一般的に立入りのできる部分) など―たんに実際上開放されている場合においても、集会目的によるその利用を私法上の

処分権のみを根拠として排除したり、許可の留保に服させたりすることは「基本法八条の客観法上の内容」に反するのであり、むしろ、所有者の権限の行使は集会の自由の基本権に適合させなければならない、と主張している。ホフマン・リームは、次のように説く。一般公衆の通行に開放されている私有地の部分を集会のために利用することは、基本権行使の現実的可能性を確保するために不可欠であり、とくに、私人が運営する空間が、公道及び公共の広場と同じように一般的通行に開放されていることにより、機能的に、伝統的に公的主体によって運営されてきた空間の代わりをしているところでは、そうである。通行機能を有する土地―道路のみならず、商店の間の通路や広場も―は、法的な運営主体を問わず、集会にも開放されなければならない。売店、飲食店、娯楽のための空間を有するショッピングセンターは、利用目的の限定やコントロールによって出入りが制限されていない場合、機能的に公共空間であり、それ故、私法上の処分権を有する者が集会のような典型的な公共的活動を排除するためには「特別の理由」が必要である、と。⁽²⁰⁾

(五) 一五年部会決定は、集会の自由は、公衆の一般的通行を認めている場所における集会の遂行を保障しており、ショッピングセンター、アーケード、又は、民間の投資家によって創設され運営されている場所においても、私人が所有している場合は間接的第三者効力を媒介として、通行の用に供されている部分について集会の自由は除外されないと説示し、⁽²¹⁾ 一一年判決の示した解釈論を踏襲した。一五年部会決定は、一一年判決に対する一部の学説の批判にもかかわらず、私有地が一般公衆の通行に開放された場所であるとき、所有者の意思に反して集会を実施できる場合があり得ること、言い換えると、当該私有地の所有者が、当該私有地が集会のために使用されることを受忍しなければならぬ場合があり得ることを確認した。⁽²²⁾ 一五年部会決定の意義はまさにこの点にあると言えよう。⁽²³⁾

こうして連邦憲法裁判所は、一一年判決及び一五年部会決定によって、集会の自由の保護範囲は、私有地であっても、公衆の通行に一般的に開かれている場所に及び、さらに、基本権の間接的第三者効力により、民法上の規定(民法九〇三条一文、一〇〇四条)の解釈に際して集会の自由を考慮しなければならないとの解釈を示したのである。

三 集会の自由と所有権との調整

(一) すでに述べたように、連邦憲法裁判所の判例によると、私有地が公衆の通行に一般的に開放された場所であるとき、当該私有地の所有者は、当該私有地が集会のために使用されることを受忍しなければならない場合があり得る。そこで、公衆の通行に一般的に開放された私有地の所有者が集会のために当該私有地が使用されることを受忍しなければならないケースと、そうではないケースをどのような基準によって区別すべきなのかという問題を検討しなければならない。

この点について、一五年部会決定は、集会の自由は、私的所有者との関係において、基本権の間接的第三者効力により、衡量を基準として考慮されなければならない、私人の基本権拘束の射程範囲は、実践的整合性の原則によって、互いに対立する基本権を調整しつつ、規定されなければならない²⁴⁾、と指摘しつつも、集会の自由又は意見表明の自由と、公衆の通行に開放し、それにより一般的コミュニケーションの場所を創出した民間企業の基本権との関係をどのように調整するのかについて、連邦憲法裁判所はこれまで判断しておらず、そのため、どのような具体的原則に基づいて私人相互の基本権衝突を解決しなければならないのかについては、仮命令の手続においては判断することはできない²⁵⁾、と説示するにとどまり、問題の解決を先送りした。そして、一五年部会決定は、「仮命令の申立てに関する判

断に際しては、むしろ、もっぱら具体的個別事件についての結果衡量を行わなければならない⁽²⁶⁾と説示し、仮命令の
実質的要件の存否を判断するために他の事件においても使われる基準を用いて当該事件を処理した⁽²⁷⁾。

一五年部会決定は、どのような具体的原則に基づいて私人相互の基本権衝突を解決しなければならないのかという
問題の解決を先送りしたが、一五年部会決定が、私的所有者が自己の土地における集会の実施を受忍しなければなら
ないか否かは、具体的事件において集会の自由と所有権との比較衡量によって決せられるとの解釈を採用しているこ
とは間違いないところであろう⁽²⁸⁾。今後さらに詰めた議論が求められるのは、集会の自由と所有権との比較衡量に際
しての具体的準則の明確化である。以下、集会の自由と所有権との比較衡量の仕方について、ドイツの判例・学説を
参考として、若干の検討を加えることにしよう⁽²⁹⁾。

(二) まず、土地の私的所有者が、集会を行うために公衆の通行に一般的に開放されている場所に立ち入ることを
拒否した場合、この拒否は、集会の自由に対する重大な制約と評価されると考えられる。一一年判決は、公道は、市
民がその関心事をとくに効果的に公衆に知らしめ、これに関してコミュニケーションを始めることができる、「本来
的であり、かつ、歴史的にモデルを形成してきたフォーラム」であり、とりわけ地域の中心部の道路及び広場は、今
日、情報交換及び意見交換の場所であり、人の交流が不断に行われる場所であるが、公道以外の場所で、一般公衆の
通行に開放され、一般的コミュニケーションの場所が成立しているところにも、同じことが当てはまると説示してい
る。一般的コミュニケーションの場所は、集会の自由の「伝統的な活動場所」であり、集会の自由を最も効果的に
使できるところであると言える。そうだとすると、公衆の通行に一般的に開放されている場所において集会を開催で
きなくなることは、重大な不利益と評価されなければならない⁽³²⁾。

(三) つぎに、集会の自由と所有権との比較衡量に際して、集会参加者にとって当該集会場所のもつ重要性、つまり、集会参加者の関心事と集会の場所との関連性が一つの重要な考慮要素であると考えられる。

一五年部会決定は、民間警備保障サービスによる広場の監視と所有者によって言い渡された飲酒の禁止を踏まえ、自由権の制限の増大と国内の治安維持の民営化という集会のテーマの内容を考慮に入れると、申立人によって選択された集会場所は特別の重要性を有すると説示しており、⁽³³⁾同決定は、集会参加者の関心事が集会場所と直接的に関連する場合において、当該場所において集会を禁止したときは、集会の自由を侵害する程度が重大なることを示唆している。

ヴェント (Henning Wendt) は、一一年判決直後に発表された論文において、集会の自由と所有権との衡量に関する準則として、集会の目的が公有地においては同じような仕方では達成されない場合に限り、他人の財産において集会を行う権利があり、それ故、ドイツにおける現在の生活関係によると、民間のショッピングセンターの使用を求めることが許されるのは、原則として、各々のショッピングセンターとの関連性を示している集会に限られるのであり、「一般政治上のデモ行進」においてはその使用を求めることはできないとの準則を提示した。⁽³⁴⁾ヴェントは、次のように説く。集会の自由は、公共の意見形成のプロセスにとつてのその重要性を根拠として特別のランクを有するのに対して、所有権の保障は、具体的な所有物の種類によつて、その重要性が異なる。所有権は、社会的関連性及び社会的機能が大きければ大きいほど、広範な制限に服する。パブリック・フォーラムの所有者は、自己の利益のために公衆のコミュニケーション上の利用に供しており、フォーラムが「滞在及び出会いの場」になることを商業的に役立てている。これによつて、パブリック・フォーラムの所有者は、このフォーラムにおいて集会の自由の行使にとつて必要

な公共性が成立することを甘受しなければならない。パブリック・フォーラムは、所有者の自律的決定に基づいて特別の社会的機能を有し、高い社会的関連性を示している。それ故、パブリック・フォーラムに関する所有権と集会と自由との比較衡量において、集会の自由はより高い重要性を有する。しかしながら、このことは、個別の事件において集会の自由が常に優越することを意味するわけではなく、対立する基本権の衡量は「実践的整合性の原則」によって行わなければならない。二つの基本権を出来る限り傷付けないような調整をしなければならない。そうすると、私的空間において所有者の意思に反して集会を実施することが許されるのは、集会の目的が公有地においては同じような仕方では達成できない場合に限られることになる。私的空間と集会の目的との関連性が存在する場合には、集会の目的は公有地においては同じような仕方では達成することはできない。たしかに、上記のデモ行進は、ショッピングセンターの事業者や店舗にとつてとくに負担となるが、上記のデモ行進は、店舗の前で実施される場合に限り、その目標を達成できる。これに対して、一般政治的内容を有する集会は、通常は事業者にとつてより負担の少ないものであるが、このような集会は、公有地においても同じ程度に効果的に実施することができる、と。⁽³⁵⁾ なお、ヴェントは、公共生活が圧倒的大部分においてショッピングセンター及び他の私有地に移動している場合には、私有地における集会によつてのみ広い範囲の公衆に自分の主張を届けることができるので、私有地において一般政治上のデモ行進を所有者の意思に反して実施することも許されるとも主張している。ただし、ヴェントによると、ドイツにおいては公的生活の重要な部分は公有地で行われている。⁽³⁶⁾

これに対して、シューレンベルク (Sebastian Schulenberg) は、私有地における集会の権利を公共的意見形成過程にとつての公有地と私有地との「機能的同等性」によつて根拠付けるとすると、集会のテーマによつて集会の場所が特

別の重要性を有する場合にのみ集会のために私有地の利用を認める見解は、上記の根拠付けと矛盾する、と主張する。シュールンベルクは、次のように説く。上記の見解によると、公有地は、特別の根拠付けをすることなくつねに基本法八条一項によつて保障される場所の選択の自由の対象となるのに対して、私有地の利用はつねに個別の事案における特別の根拠付けを必要とすることになるが、私有地が公衆の通行に開放され、パブリック・フォーラムの嚮導像に合致するときは、市民は、集会の自由の行使に際して、自己の裁量で公有地のみならず私有地も使用できる権利を有するはずである。集会のテーマと私有地との特別の関連性を求めることが公有地と私有地との機能的同等性に適合しないことは、ある場所が集会のテーマと関連性を有していないが、そこに多くの人々が入り込んでいるため、当該集会が人々の注目を集めることが期待できる、というケースを想定すると、特に明確になる、と。³⁷⁾

一五年部会決定は、当該集会を他の場所においても同じように効果的に実施できると反論することはできないと説示するとともに、集会の自由には行事の場所に関する自己決定権も含まれ、市民は、その関心事を最も有効に引き出すことができる場所を自ら決定することができることを強調しており、³⁸⁾一五年部会決定がヴェントの見解を採用していないことは確かであろう。もつとも、すでに述べたように、一五年部会決定が、集会参加者の関心事と集会の場所との関連性を集会の自由と所有権との利益衡量における一つの考慮要素としていることも確かである。シュールンベルクは、集会の場所が、集会の目的を象徴的に示すほどに集会の関心事と密接不可分である場合には、集会の自由と所有権との利益衡量において場所の選択に「特別の重要性」が与えられることもあり得ると説き、ニーベルンゲン広場の選択に集会の目的との関係で特別の重要性を付与している一五年部会決定は、上記の考え方と同方向であると分析している。³⁹⁾

集会参加者の関心事と集会の場所との関連性を集会の自由と所有権との利益衡量における一つの考慮要素とすべきであるという点については、おそらく争いの余地のないところであろう。もともと、集会参加者の関心事と集会の場所との関連性に集会の自由と所有権との利益衡量においてどの程度の重みを与えるべきかについては、必ずしも明らかではなく、さらに議論が必要であるというのが、現状である。

(四) 一一年判決は、「保障内容と事案類型」によつては、私人の間接的基本権拘束が、国家の基本権拘束とほぼ等しくなるか、または同等になることもあり得ると説示する。一一年判決によると、コミュニケーションの保護についてこのことが問題となるのは、とくに、民間企業が、公共のコミュニケーションの枠組みとなる諸条件の調達を自ら引き受け、生存配慮の任務として以前は国家に配分されていた機能―例えば、電信・電話業務の保障―を果たしている場合である。⁽⁴⁰⁾ 一五年部会決定も、一一年判決を引用しつつ、コミュニケーションの保護については、とくに、民間企業が、公共のコミュニケーションの基本的諸条件の用意を自ら引き受け、以前は実際上国家だけに配分されていた機能を遂行し始めた場合、私人の間接的基本権拘束が国家の基本権拘束とほぼ等しくなるか、または同等になることもあり得ると説示している。⁽⁴¹⁾ この考え方によると、私人が伝統に国家によつて行使されてきた機能を引き受けるときは、私人は自己の所有する土地で集会が行われることを受忍しなければならない可能性が高いと言えよう。⁽⁴²⁾ この考え方に対しては「重大な疑問」があると説く学説も⁽⁴³⁾あり、この考え方については、さらに検討が必要である。

(五) さらに、学説においては、集会によつて私人に経済的損失を与えることも意図されている場合には、私的所有権の利用は濫用と評価され、所有権に有利な衡量が行われることになる⁽⁴⁴⁾と指摘されている。

IV 結語

以上において紹介・検討したドイツの判例・学説は、次のように整理することができよう。

(a) 集会の自由の保護範囲は、私有地であっても、公衆の通行に一般的に開放されている場所に及ぶ（ただし、この点については、反対説もある）。集会の自由は、基本権の間接的第三者効力により、私法上の規定の解釈に際して、考慮される。

(b) 集会の自由の保護範囲の拡大により所有権が制限されるが、これは、基本法一四条二項に基づく社会的拘束として容認される。

(c) 私有地において当該私有地の所有者の承諾を得ないで集会を実施することができるための要件は、集会が実施される私有地の部分が公衆の通行に一般的に開放されていることである。

(d) 上記の要件を充たした場合に、具体的な個別事件における集会の自由と所有権との比較衡量によって、私有地において当該私有地の所有者の承諾を得ないで集会を実施することが許されるかどうかを判断する。

すでに述べたように、筆者は工藤が示した解釈論はその方向性において妥当であると考えているが、ドイツの判例・学説は、工藤が示した解釈論が正当であることを裏付ける補強証拠となろう。ドイツの判例・学説を踏まえて、日本国憲法二一条の保障する集会の自由の解釈論を展開することが、筆者の今後の課題となる。⁴⁵⁾

(1) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I』（日本評論社、二〇一六年）はしがき。

(2) 渡辺ほか・前掲注(1) 二七〇頁「工藤達朗」。筆者は最近出版された教科書・概説書を調べてみたが、私有地における集会の自由について触れている教科書・概説書を発見できなかった。この点からして工藤の示した解釈論には新規性があり、この解釈論はまさに「知的刺激を与える」ものであると言えよう。もつとも、周知のように、日本においては夥しい数の教科書・概説書が出版されており、筆者はそのすべてに目を通してはいるわけではないので、私有地における集会の自由について触れている教科書・概説書が存在する可能性を否定することはできない。なお、私有地における集会の自由について考察している論文として、皿海一樹「私的な空間での集会権とパブリック・フォーラム論（要旨）」法学研究（龍谷大学）一三〇号（二〇一一年）一九一頁以下があり、塚本哲之「集会・結社の自由」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二編『なぜ表現の自由か―理論的視座と現況への問い』（法律文化社、二〇一七年）九四頁以下（一〇三頁以下）も私有地における集会の自由に言及している。

(3) 「憲法学界の俊英と誰もが認める方々」（長谷部恭男編『注釈日本国憲法（二）』（有斐閣、二〇一七年）i頁「長谷部恭男」）によって執筆されている権威あるコンメンタールにおいて、次のような説明がなされている。「国や地方公共団体が当該財産の所有者・管理者であって、その場合に国や地方公共団体を私人と同一視できるのであれば、国や地方公共団体には、その所有権・管理権に基づいて私人の利用を自由に排除できようである。こうした理屈を徹底すれば、道路、公園、市民会館の所有権・管理権を有する国や地方公共団体は、それらが自己の所有・管理に属する財産である以上、そもそも私人による利用を拒んでもよく、また仮に私人による利用を認める場合も、誰に対していかなる条件でその利用を認めるか決める権限を有すると考えるのが自然であることになろう。「改行」しかしながら、そうした理解は誤っている。……国家ないし政府が公共財産を所有・管理することは当然かもしれないが、それは、私人が私有財産を所有・管理することと同じではなく、国家ないし政府は公共の福祉を達成するために公共財産を所有・管理しているにすぎず、私有財産の所有者・管理者とは異なって好き勝手に管理できるわけではない。」（長谷部編・前掲注(3) 四四〇頁「阪口正二郎」）

この説明は、国家ないし政府による公共財産の所有・管理についてのものであり、私有財産の所有・管理について述べたも

のではないが、この説明は、私人は、国家ないし政府とは異なり、自己の所有・管理に属する財産について、その所有権・管理権に基づいて他の私人の利用を自由に排除できる、つまり、そもそも他の私人による利用を拒んでもよく、また仮に他の私人による利用を認める場合も、誰に対していかなる条件でその利用を認めるか決める権限を有する（私有財産の所有者・管理者は好き勝手に管理できる?）との見解を自明の前提としているようにも読める。かりにこのような読み方が正しいとすると、本文で示した工藤の解釈論は、「憲法学界の俊英と誰もが認める方々」によって執筆されている権威あるコメントールにおいて示された見解と真正面から衝突・対立するものであるということになる。この点において工藤の示した解釈論には独自性があり、この解釈論はまさに「知的刺激を与える」ものと言えよう。

(4) NJW 2015, 2485 f.; DÖV 2016, 81 ff.; BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris. [リンク](#) この決定の引用は、決定に付されている欄外番号を本文で示すことよって行う。なお、この決定に考察を加える論文として以下に引用するもののほか、*Robert Frau*, Ortsrecht im Einkaufszentrum, LKV 2016, S. 445; *Christopher Unseld*, Agora GmbH & Co KG: wenn Versammlungsfreiheit Privateigentum sticht, VerBlog, 2015/9/11, <https://verfassungsblog.de/agora-gmbh-co-kg-wenn-versammlungsfreiheit-privateigentum-sticht/>がある。また、*Michael Kriesel/Frank Braun/Christoph Keller*, Besonderes Polizei- und Ordnungsrecht, 2018, S. 33 f./Rn. 134 ff. [リンク](#) の決定を肯定的に紹介している。

(5) *Sebastian Schulenberg*, Der „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“: Zu Versammlungen auf Grundstücken im Eigentum Privater, DÖV 2016, S. 55 (56) の記述による。

(6) 本件に関連してこの決定が下された。一つは、二〇一五年七月二〇日連邦憲法裁判所第一法廷第三部会決定 (BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 20. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris) である。ニーベルンゲン広場の土地所有者は、第三部会決定に対して、二〇一五年七月一九日に異議を申し立て、仮命令の執行を停止することを求めた (Rn. 4)。第三部会は、執行停止の申立てについては、部会が決定すると説示した (Rn. 5) 上で、二〇一五年七月二〇日に、申立人（土地所有者）の申述は上記決定において行われた結果衡量から離されるきっかけを与えるものではないとして、執行停止の申立てを斥けた (Rn. 6)。もう一つは、二〇一五年七月二〇日連邦憲法裁判所第一法廷決定 (BVerfGE 139, 378; BVerfG,

Beschluss vom 20. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris) である。ニーベルンゲン広場の土地所有者は、部会の仮命令に対して、二〇一五年七月一九日に異議を申し立てるとともに、仮命令の執行停止を求めた (Rn. 4)。連邦憲法裁判所は、異議については、連邦憲法裁判所法九三d条二項三文及び三二条三項に基づいて法廷が判断すると説示した (Rn. 5) 後、憲法異議の訴えの基礎となっている訴訟の相手方は異議申立権限を有しておらず、異議申立ては不適法であると判断した (Rn. 6)。この決定によると、異議申立人の範囲は、「連邦憲法裁判所法九四条一項、二項及び四項に挙げられている憲法機関及び官庁」に限定される (Rn. 6)。

(7) BVerfGE 128, 226. 以下、この判決の引用は、本文中に該当頁数を示すことにより行う。同判決については、石村修「フランクフルト飛行場における集会・デモ規制―フラポート判決―」ドイツ憲法判例研究会編(鈴木秀美・畑尻剛・宮地基編集代表)『ドイツの憲法判例Ⅳ』(信山社、二〇一八年)一七二頁以下(初出、自治研究八九卷一〇号(二〇一三年)一三七頁以下)による紹介・解説がある。また、同判決の主要部分について、石村修「フランクフルト飛行場における集会・デモ規制」専修ロージャーナル(専修大学法科大学院)八号(二〇一三年)一三三頁以下によって翻訳がなされている。

(8) 公私共同経営企業 (gemischtwirtschaftliche Unternehmen) の基本権拘束は、種々の議論がなされている重要論点の一つであるが、本稿では検討しない。この論点についてドイツの判例・学説を紹介・検討した論文として、石村修『基本権の展開』(尚学社、二〇一七年)四六頁以下(初出、同「人権(基本権)と私法上の公的主体―混合企業への人権適用―」法学新報二二〇卷一・二号(二〇一三年)一頁以下)がある。

(9) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 5.

(10) Roman Herzog, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 8 (Lfg. 26 1987) Rn. 78.

(11) BVerwGE 91, 135 (138 f.). 連邦通常裁判所も「連邦行政裁判所の上記判決を引用して、集会場所に関する決定は、集会場所に関する法的利用権限を前提としており、一般法原則によっては存在しない利用権を創設するものではないと判示している」(NJW 2006, S. 1054 ff. (1055); BGH, Urteil vom 20. Januar 2006 – V ZR 134/05–, juris, Rn. 14)。

(12) Otto Depenheuer, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 8 (Lfg. 48 2006) Rn. 63.

- (13) *Alfred Dietel/Kurt Ginzler/Michael Knisel*, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 14. Aufl., 2005, S. 42/Rn. 52.
- (14) *Bernd Holzngel*, Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, VVDStRL 68, 2009, S. 381 (390 f.). 本文で述べた解釈と同趣旨の解釈を採る学説として、*Michael Kniesel*, in: Hans Lisken/Erhard Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, S. 620 f./H Rn. 53; *Florian von Alemann/Fabian Scheffczyk*, Aktuelle Fragen der Gestaltungsfreiheit von Versammlungen, JA 2013, S. 407 (408) など。
- (15) *Arbeitskreis Versammlungsrecht*, Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes (ME VersG), 2010. 以下、同書に用いた本文中に同書の該当頁数を示すことにより行う。なお、集会法研究サークルのメンバーは、Christoph Enders, Wolfgang Hoffmann-Riem, Ralf Poscher, Michael Kniesel, Helmut Schulze-Fielitz の五名であり、協力者として Mathias Hong の名前が記載されている。
- (16) *Wolfram Höfiling/Gesine Krohne*, Versammlungsrecht in Bewegung, JA 2012, S. 734 (739) は、一般的通行に開放されている私有の屋根付きのショッピングセンターとして、Centro に加えて、ベルリンのポツダム広場にあるソニー・センターを挙げている。
- (17) *Andreas Gornik*, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte, 2017, S. 393 ff., (401) は、集会法研究サークル模範草案二二条を検討し、同草案によって「高権的に公共物指定された空間」に固執しないで「実際上の公共性」と関係付けることが試みられており、公共性が創出された場合の所有権とその社会的拘束に対する硬直化していない新たな見方が他の基本権にとって手本として役立ち、公共空間の法を公物法の限界から解放するかもしれないと指摘する。
- (18) *Wolf-Rüdiger Schenke*, Der Schutzbereich des Art. 8 GG, in : Dirk Hanschel/Sebastian Graf Kielmansegg/Uwe Kischel/Christian Koenig/Ralph Alexander Lorz (Hrsg.), Mensch und Recht Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag, 2013, S. 473 (489 f.).
- (19) *Schenke*, a. a. O (Fn. 18), S. 491.
- (20) *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Versammlungsfreiheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte in

Deutschland und Europa, Bd. IV, S. 106 Rn. 85.

(21) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 5.

(22) *Michael Sachs*, Grundrechte: Ausstrahlung der Versammlungsfreiheit auf die zivilrechtlichen Grundlagen der Eigentümerbefugnisse, JuS 2015, S. 954 (955) は、公衆の通行に開放された土地の私的所有者の権限に対する集会の自由の間接効力を確立した点に一五年部会決定の意義を見出す。

(23) *Christoph Smets*, Staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater aus Funktionsnachfolge?, NVwZ 2016, S. 35 ff. は、本文において一五年部会決定の意義と述べた点を同決定の欠点と見る。同論文は、一五年部会決定は、「機能承継に基づく私人の家同等の基本権拘束」という新たな基本権拘束の類型を創出したと分析した (S. 35) 上で、同決定がパブリック・フォーラムの理論を完全な私人にまで拡大したことによって、間接的第三者効力の拡大、所有権の価値の低下、さらには、私有地が「パブリック・フォーラム」として国家と同等の拘束を受けるかどうかに関する法的不安定性をもたらすと批判する (S. 37 ff.)。集会の自由の最大化は、原理的に同価値的であり、「純粋な」私的所有権の場合にはむしろ優位する所有権と対立する。この同等性は、間接的第三者効力の拡張的運用によって破壊されてはならない。基本権を有する私人と基本権に拘束される国家という原理的区別は、集会の自由に有利な私的所有権の制限といった問題は立法によって解決されるべきことを求めている (S. 38)。

(24) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 6.

(25) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 7.

(26) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 7.

(27) 仮命令の制度については、畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判「第二版」』(中央大学出版部、二〇一三年)二一五頁以下(畑尻剛)を参照。衡量の基準については、同書二一九頁以下に説明がある。

(28) *Hartmut Brenneisen/Christian Arndt*, Versammlungen auf privaten Flächen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, NordÖR 2016, S. 269 (274) は、ラントの立法者は判例を受け入れ、規範の明確性のために私有地で行われる集会に関する統

一的なルールを創出することが「望ましく」と説いている。

(29) *Rolf Schmidt, Grundrechte*, 21. Aufl., 2017, S. 299 f./Rn. 617d は、土地所有者が自己の土地を公衆の通行に一般的に開放した場合において、集会から施設の安全及び機能遂行能力に対する危険が生じないときは、基本法八条一項と結び付いた民法一〇〇四条二項に基づく受忍義務が生じると主張し、連邦憲法裁判所は、「一五年度会決定において、自説に「近づいた」と分析している (*Rolf Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht*, 18. Aufl., 2016, S. 388 f./Rn. 1058) も同じ記述がある。)。この説において示された判断枠組みは、比較衡量の基準よりも集会の自由に有利な基準であると見ることができると見られる。

(30) BVerfGE 128, 226 (251).

(31) BVerfGE 128, 226 (252).

(32) 本文の論述は、*Maria Scharlau, Schutz von Versammlungen auf privatem Grund*, 2018, S. 240 f. の論述を参考にした。

(33) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 9.

(34) *Henning Wendt, Recht zur Versammlung auf fremdem Eigentum?*, NVwZ 2012, S. 606 (610). なお、*Max Jotie, Öffentlicher Raum im Bereich privaten Eigentums*, *Bucerius Law Journal* 3, 2011, S. 100 (105) は、「ヴェントの見解と類似した見解を示している。同論文によると、集会が著しい不利益を被ることなく公道又は公有地に移して実施することができる場合、これは、私人に場所を利用されることに比して、所有権をより制約しない手段であり、この場合、主催者の追求している集会場所の拒否は、比例性を失った解決策ではない。ただし、当該集会の内容と集会場所との内容的関連性は場所の選択の自由を強化するので、この結び付きは考慮に入れなければならない。」

(35) *Wendt, a. a. O* (Fn. 34), S. 608.

(36) *Wendt, a. a. O* (Fn. 34), S. 608.

(37) *Schulenberg, a. a. O* (Fn. 5), S. 58 f.

(38) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 9.

(39) *Schulenberg, a. a. O* (Fn. 5), S. 59.

(40) BVerfGE 128, 226 (249 f.).

(41) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 6.

(42) *Ino Augsburg/Steffen Augsburg/Thomas Schwabenbauer*, Klausurtraining Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2016年, 学生向けの司法試験対策演習書であるが、同書に掲載されている事例九「Business Improvement District」に対するレジスタンス(S. 238 ff.)は、「私人が伝統に国家によって行使されてきた機能を引き受けた」ケースと見ることができると述べている。

事例九は、次のような問題である。X州は、市中心部における商業利用を改善するための法律(以下「法」という。)を制定した。法四条に基づき、X州の地方公共団体は、条例により、市中心部においていわゆる商業改善地区(Business Improvement Districts)を指定することができる。商業改善地区に指定されると、同地区の土地所有者は、一定の期間、道路清掃といった環境改善のための措置に加えて、例えば歩道の維持補修及び改修に関連する建築上の措置のために費用を負担する義務を負うことになる。他方、市は、同法五条一項に基づき、条例により、私的 land 所有者に当該商業改善地区にある道路の一般使用を委ねることができる。このためには、土地所有者によって私的運営者団体が設立され、同団体がこの地区の利用規程を定めることが必要である。法五条二項に基づき、利用規程は、一般の人々による道路の使用が引き続き保障されるように定めなければならない。S市は、歩行者専用区域として整備された中央商店街(K通り)を商業改善地区に指定することとし、同地区の土地所有者と事前の話し合いを始めた。土地所有者は、計画に賛成し、法律の規定に従って運営者団体を設立した。運営者団体の定めた利用規程四条によると、K通りにおけるデモ行進は許可を受けなければならない。その後、S市は、K通りを商業改善地区に指定し、商業上の通行が実際に妨げられるか否かとは無関係に一般的に禁止される。その後、S市は、K通りを商業改善地区に指定し、一般使用を運営者団体に委ねる条例を制定した。S市の市民であるBは、商業改善地区の設立は「公益のバーゲンセール」と結び付いていると考え、不信感をもって事態を観察してきた。Bは、二〇人の同志とともに商業改善地区の設立に公の場で抗議しようと考えた。そこで、Bは、市民運動をしている仲間とともに、商業改善地区の設立後の第一土曜日に、ホイッスルと横断幕をもってK通りに入り、そこで公共空間の私有化に反対する示威運動とK通りを商業改善地区に指定することに反対する署名活動を行った。運営者団体の理事会は、商業上の通行を著しく侵害するこの種の行事は、利用規則に反し、私有

地においては許されないと宣言した。デモ参加者がこれに応じなかったので、運営者団体は、「広場への立入禁止」を発し、民間の警備員によってデモ参加者を商業改善地区の敷地から退去させた。Bは、これらの行為により基本権が侵害されたと主張し、訴えを提起したが、敗訴した。裁判所は、①問題となつている地区に関して立入請求権は存在しない、②Bが商業改善地区の民間事業者に対して自己の基本権を援用できるかどうかは未解決のままにすることができるが、少なくとも、商店の所有者の経済的利益が、具体的事案において、K通りにおいて行事を行うBの利益に優越するものとせざるを得ない、③S市においては、K通り以外にも数多くの公道があり、Bはそこでデモ行進をすることができる、との見解を示した。Bは、この判決も憲法上保障されている自己の権利の侵害であると考え、憲法異議の訴えを提起した。

この事例問題について、大要、次のような解説がなされている(訴訟要件、判決に対する憲法異議における連邦憲法裁判所の審査の範囲などの一般的解説は除く)。運営者団体は、道路についての基盤整備責任の引き受けによって、これまでは国家が行つていた任務を行使しているが、国の行政機構の一体的構成要素になつたわけではない。集会の自由が法律の解釈の枠内において裁判所によって考慮されなければならない範囲において、基本権の拘束力は間接的にのみ存在する(運営者団体の直接的な基本権拘束は否定される)。本件においては、国家が、もともと自ら直接に行使していた任務領域を(部分的)私有化によつて民間企業に移譲した場合は、このことが基本権の空洞化の密かな進行を招来させてはならないとの論証をすることができる。任務の移譲は、引き続き市民が基本権によつて保護された利益を適切に行使できることを保障しなければならない。公衆が自由に立入りできる広場において集会を行う可能性は、たとえこの広場が現在は民間企業によつて運営されているとしても、上記の利益に含まれる。その限りにおいて、基本権は私法関係においても他の私人に対する主観的権利を成立させる可能性がある。法五条二項によると、私的運営者団体の利用規程は、一般の人々による道路の使用が引き続き保障されるように定められなければならない。従つて、法の目的によると、公衆が出入りできる場所の使用に関して、私有化の前後で実質的な違いは存在してはならず、公道及び公共の広場の伝統的的一般使用にコミュニケーション上の一般使用も含まれることは一般に認められている。そして、コミュニケーション上の一般使用には、集会の権利も含まれる。法律上の規定は、基本法の基準に適合する読み方をすると、私有化の実施後も一般の人々にコミュニケーション上の一般使用を保障することを可能にする。基本

法に照らして、法律上の規定は、私的事業者との関係においても集会の自由の十分な考慮を可能にするように解釈されなければならない。そうすると民法上の差止請求権の存否は基本権保護に照らして判断されなければならない。そこで、民事裁判所の判決が、基本権地位の誤った考慮に基づくものかどうかという問題が提起される。裁判所は、運営者団体の経済的利益の重要性を適切に強調するとともに、Bが集会を実施するために他の公共空間を十分に利用することができることを理由として、Bの不利益は取るに足らないものと判断した。その際、裁判所は、Bの抗議目的に「Business Improvement Districts」に反対するデモ行進を新設された商業改善地区のすぐ近くで実施することが重要であることを認識していない。デモ行進をまさに選択した場所で行うことが許されるかどうかは、集会のコミュニケーション効果—それ自体として基本法八条によって保護されている—にとって決して些末な事柄ではなかった。裁判所は、このコミュニケーション効果を考慮せず、この点において集会の自由の保護範囲を誤って確定した。これにより、裁判所は、判決を下す過程で、憲法上批判される仕方での集会の自由の射程範囲と重要性を見誤り、Bの基本権地位を侵害した。従って、憲法異議の訴えには理由がある。

(43) *Claus Dieter Classen, Staatsrecht II*, 2018, S. 165/Rn. 10/75. クラッセンは、連邦憲法裁判所は、伝統的に国家によって行使されてきた任務の引き受けも私人の特別の責任を根拠付けることができると思定しているが、この考えは、結局のところ、伝統的に国家が遂行してきた任務を遂行するというだけで私人の責任を根拠付けることになり、これは、個人と国家の関係を逆転させるものであると批判している (*Classen, a. a. O (Fn. 43), S. 99/Rn. 6/39*)。

(44) *Schulenberg, a. a. O (Fn. 5), S. 59; Scharlau, a. a. O (Fn. 32), S. 242*.

(45) 私有地における「集会の自由」に関連して、私有地における「表現の自由」の問題も検討しなければならない。この問題については、石崎学「表現の自由と駅」法学セミナー七四二号（二〇一六年）二四頁以下、中川律「駅前の表現の自由」法学セミナー七四二号（二〇一六年）四三頁以下、同「JR大阪駅前街宣活動事件」阪口ほか編・前掲注(2)二三五頁以下、成澤孝人「駅前広場におけるビラ配りと鉄道会社の規制権限」新・判例解説 *Watch* 一六号二七頁以下によってすでに検討が加えられている。

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレート
ガバナンス・コード改訂、米国 The Accountable Capitalism
Act にみる企業価値向上義務

——株主主権の変容、買収防衛策の司法判断基準の接点——

藤 川 信 夫

- 一．問題意識
- 二．英国コーポレートガバナンス・コード改訂
- 三．英国スチュワードシップ・コード改訂に向けた動きと課題
- 四．スチュワードシップ・コードと忠実義務——完全公正基準と企業価値向上——

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、
米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務（藤川）

- 五. 米国におけるステークホルダーと企業価値向上の重視—The Accountable Capitalism Act’ eBay Domestic Holdings 判決—
- 六. 米国における敵対的買収防衛策の再考察、ユノカル基準などを通じた新たなガバナンス形成とスチュワードシップ受容の契機
- 七. 我が国におけるガバナンス制度改革の展望に向けて—まとめをかねて—

一・問題意識

1. 本原稿は、英国や米国における新しいガバナンス制度改革に動きに焦点を当て、英国のダブルコードの改訂、米国の企業買収防衛策における司法判断基準など近年の判例も加えて比較法的に考察を行い、世界的な収斂化の傾向を探っていくものである。米国、英国のガバナンス制度改革のアプローチは従来大きく乖離していたが、近年共通して新たな視点から企業価値向上に向け取締役会の責任、変容する株主主権等に各々対応せんとしている。異なる法秩序形成や制度改革手法のアプローチについて、買収防衛策における司法判断基準を交えて考察し、我が国ガバナンス改革について俯瞰を得んとする。

2. 日本では、第二次安倍内閣発足以来、攻めのガバナンスの一環として機関投資家に対して企業との対話を行い、中長期的視点から投資先企業の持続的成長を促すことを求める投資原則として二〇一四年二月日本版スチュワードシップ・コード(SSC)が策定され、また上場企業に対して幅広いステークホルダー(株主、従業員、顧客、取引先、地域社会等)と適切に協働しつつ実効的な経営戦略により中長期的収益力の改善を図る行動原則としてコーポレート

ガバナンス・コード（以下、「我が国CGC」という）が策定された（二〇一五年六月適用開始⁽¹⁾）。

3. 日本版コードが範とする英国の二つのコードにおいて、改訂あるいは改訂に向けた動きが出され、英国二〇〇六年会社法一七二条の会社の成功を促進するための取締役の義務（Duty to promote the success of the company）を基礎とする部分的ハードローが形成され、コモソローの修正局面にあるとも思料される。ルールベースにより株主第一主義を標榜してきた米国においても、民主党エリザベス・ウォーレン議員から The Accountable Capitalism Act（説明責任ある資本主義法案）が出され、米国社会において拡大する経済的格差・不平等を克服すべくステークホルダーの利益に配慮した経営を求め、ガバナンス改革を通じて資本主義の機能不全を解決せんとする動きが出てきた。民間ベースながらダブルコード策定も進められる。両国とも共通して企業価値向上を至上目標に据えており、これは日本のアベノミクスにおける攻めのガバナンスとも平仄が取れる内容といえよう。欧米ではガバナンス改革が不正会計などコンプライアンス主体であったことから方向転換を図る過程にある。また米国ではアクティビスト・ファンド、支配株主等にかかる司法判断が相次いで出され、敵対的買収防衛策に関するユノカル基準適用、株主の忠実義務等を含め議論が交錯する状況下にある。その背景には、取締役の対株主責任のみならず株主の担うべき対会社責任にかかる考察が存在する。本稿は、英国や米国における企業価値向上を共通項とする新しい動きに焦点を当て、コーポレート・ガバナンス改革の在り方を探っていくものである。

以下では、英国ならびに米国における最新のコーポレート・ガバナンスの制度設計について、ソフトローを含む法制度の在り方、更には司法判断等に焦点を当てて包括的に考察を進め、これらを手掛かりに我が国におけるガバナンス制度改革の展望を図りたい。

英国 スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、

米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務（藤川）

二・英国コーポレートガバナンス・コード改訂

1. ガバナンスの視点と問題意識

(1) 英国の二つのコードにおいて改訂の動きが出され、英国二〇〇六年会社法一七二条の会社の成功を促進するための取締役の義務を基礎とした部分的ハードローが形成されている。以下では、二・英国コーポレートガバナンス・コード改訂、三・英国スチュワードシップ・コード改訂に向けた動きと課題の順に考察を進めていきたい。

(2) 英国コーポレートガバナンス・コード改訂

二〇一八年英国CGC改訂においては、取締役会に対して従業員とのエンゲージメントの強化、戦略と企業価値の整合・維持ならびに企業文化創造、専門性と多様性を備えた取締役会の刷新と後継者育成計画、報酬委員会における従業員報酬や関連ポリシーの考慮等を求めている。

CEOの選解任、後継者計画策定と監督、非業務執行取締役の役員報酬、任意の諮問型委員会、取締役会構成の項目における開示ならびに説明責任については、我が国CGCが二〇一八年改訂後もなお抱える課題として示唆を受けるべき内容と思料される。特に取締役会議長と独立・非業務執行取締役の役割分担などはプラクティスとしても参照されよう。

我が国の場合、公開会社法を有さず、金融商品取引法による補完と合わせ、上場規則である日本版CGCによって上場企業に対するガバナンス規律付けを進め、ハードローである会社法とは分断した状況にある。この点で英国では、二〇一六年Green Paperと英国改訂CGCにおいて非上場企業へのコード適用拡大、従業員・顧客など多様なステー

クホルダー重視、リスク等を含む戦略報告書策定の関連が示され、会社の成功促進とステークホルダー考慮義務を規定する英国二〇〇六年会社法一七二条の実質的義務化とハードローミックスによる制度設計が進められている。

(3) 英国スチュワードシップ・コード改訂に向けた動きと課題

二〇一八年二月末にかけて英国スチュワードシップ・コード(SSC)改訂に向けたイニシヤル・コンサルテーションが行われた。背景の一つには、EU株主権利指令(SRD II)改正により、機関投資家および議決権行使助言会社の透明性の向上のための規制導入と国内法整備をEU加盟国が求められていることがある。

SSC改訂案ではコードの見直しと適用範囲拡大ならびに一部はComply or Explainから脱却しApply and Explainへとコード適用の実質化が進められる。アセットオーナー、アセットマネジャー、投資コンサルタントおよび議決権行使助言会社を含むサービスプロバイダーを含む投資コミュニティを広く対象とする他、実効的なスチュワードシップ推進、利益相反管理方針の開示と行動規範策定等が規定されている。組織目的等の設定ならびにコーポレートガバナンス・コードとの同質化が窺え、共通して企業価値向上を至上課題とすることが一層明確となった。SSCの年金基金に対する実質的な義務化などの課題については、我が国SSCの今後の改訂にも影響を与える項目となっている。

以下ではこうした内容について、更に具体的に考察を深めていきたい。

2. 英国コーポレートガバナンス・コード(CGC)改訂の構成

Financial Reporting Council (英国財務報告評議会 FRC) は二〇一八年七月一六日英国コーポレートガバナンス・コード (A UK Corporate Governance Code (以下、「英国CGC」という)の改訂版を公表した。二〇一九年一月一日

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、 一一三(三四九)

米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務(藤川)

以降開始の会計年度から適用されている。

構成をみると五章からなり、各章は各々 Principles (一八項目、原則)、Provisions (四一項目、条項(各則))の二段階で構成されている。²⁾ 我が国CGCと比較して、Principlesは基本原則、Provisionsは原則に相当し、補助原則に当たる部分はなくなっている。従前のCGCはMain Principles (一八項目)、Supporting Principles (一二項目)、Code Provisions (五五項目)の三段階構成であったが、改訂により項目数も簡略化された。五つの章は、一、Board Leadership and Company Purpose (取締役会のリーダーシップと会社の目的)、二、Division of Responsibilities (責任の分担)、三、Composition, Succession and Evaluation (構成、サクセッション、評価)、四、Audit, Risk and Internal Control (監査、リスク、内部統制)、五、Remuneration (報酬)となっている。基本的考え方である各原則の適用(apply)を義務付け、各条項は原則の実現手段とし(Comply or Explain)、条項が規定する実務レベルでは柔軟性を持たせる。我が国CGCが形式から実質を目指すものとして二〇一八年六月改訂によって項目数が増えて精緻さを加えつつあることと逆方向にある。二〇〇六年英国会社法は必ずしも詳細な内容を規定せず、英国CGCに内容を委ねた部分も多いと思料されていたが、一九九二年版を嚆矢とする従前の英国CGCの役割において一つの転換点となるのであろうか。もつとも内容自体では全般にガバナンス強化の姿勢が窺えるため、そのような方向性の入り交じった改革時期ともいえる(私見)。

3. 英国CGC改訂と我が国CGCの示唆

(1) 英国CGCの改訂の要諦

英国CGC改訂の根幹を纏めると、(a) 取締役会に対して従業員とのエンゲージメントの強化を求める。(b) 取

締役に戦略と企業価値を整合させる企業文化の創造、長期間に亘り企業価値が維持できているかを評価することを求める。(c) 能力、経験を有し、建設的な課題認識を持つ適切なメンバーで構成され、多様性推進のために取締役会の刷新とサクセッション(後継者育成)計画着手の必要性が強調される。(d) 報酬委員会は取締役報酬を決定するに際して、従業員報酬や関連ポリシーを考慮すべきである。英国FRCは、改訂によりコードはshorter and sharper(より簡潔かつより明確)になったとしているが、遵守の困難さは逆に上がっているとの指摘もされる。⁽³⁾

①従業員の経営関与 条項三では、取締役会は労働者(workforce)の意向を収集する方法を確立すべきとする。メイ首相は労働者代表の取締役選任を法制化すると公約していたが、任意の選択肢として示されたに留まる。②取締役の責務に関する開示条項四では、取締役会は労働者その他のステークホルダーとの対話の状況や会社法一七二条に関する考慮要素が取締役会の意思決定にいかに影響したかを説明すべきとする。③株主総会における反対票の考慮条項六では、株主総会議案に二〇%超の反対票が投じられた場合、株主に理由を調査するためにいかなる行動をとるかを説明すべきとする。④ダイバーシティ原則Jでは、経営幹部の任命に当たり性別、社会、民族的背景、知識、経験等個人的長所のダイバーシティを進めるべきとし、ダイバーシティの一層の推進を求めている。条項二三では、年次報告書に経営幹部の性別比率に関する記載を求め、プロセスの適正化のみならず、結果の開示も求めている。⑤取締役会の実効性評価条項二一では、取締役会実効性評価を毎年行うべきで、三年毎に外部機関を利用すべきとし、全企業に外部評価を求めている。日本版コードでは外部評価の要件は規定されていないが、実務では自社内評価、外部評価、外部評価かつ個別取締役ヒヤリングの概ね三段階に分けて取締役会評価が実践されている。⑥報酬委員会委員長
の経験要件条項三二では、報酬委員会委員長は就任前に報酬委員を一二カ月以上経験すべきとする。監査委員会や指

名委員会ではかかる要件は設けられていない。我が国CGCにおいても、株主総会で多数の反対投票を受けた企業の対応策の開示(条項六)、実効性評価における外部評価導入(条項二二)などは検討課題となる。⁽⁴⁾

(2) 従業員の経営関与、従業員・労働組合との対話

英国改訂CGCにおいては従業員の経営関与が注視されている。⁽⁵⁾メイ政権は二〇一六年発足当初から労働者階級(ordinary working class)のための政治を標榜し、役員報酬と取締役会の改革を唱え、取締役会に従業員の意見が届くシステムとして三つの手法が規定された(条項五)。取締役会は①従業員代表の取締役招聘、②従業員に諮問する正式会議の設置、③従業員との対話を担当する非業務執行取締役の配置のうちいずれか、または組合せを選択しなければならぬ。選択しない場合は、代替策を実効的であるとする理由を説明する。条項五の上位の原則Dでは、企業が株主およびステークホルダーに対する責務を果たすため、取締役会は関係者に対し実効的対話を行うと共に取締役会の参画を働き掛けるべきであると述べる。主要上場企業の取締役会は一〇名程度の取締役で構成され、約三分の二が非業務執行取締役(社外取締役)、三分の一がCEO、CFOなど業務執行取締役となっている。

①従業員代表の取締役招聘について、従業員を代表し選任された取締役(従業員取締役(employee director))が従業員各層、各事業所で同僚と対話し、現場の取組や課題を理解して取締役に従業員の視点(perspective)の移入を図る。ドイツの監査役会(supervisory board)においては従業員代表が三分の一以上を占めるシステムを採っている。従業員取締役は取締役として株主に対し特定の法的責任を負うため、従業員代表の立場との利益相反が懸念される。目的が従業員の利害を代表することより従業員の目線や評価を取締役ににもたらすことであることを取締役会で明確にすれば両立しうるとの意見もある。⁽⁶⁾②従業員に諮問する正式な会議の設置は、産業・職業別労働組合とは別に、自社

従業員から直接意見や助言を求める正式な場を設け、取締役会に対して影響力を発揮できることが重要となる。各社の実情に則し柔軟な設計、運営が期待される。③従業員との対話を担当する非業務執行取締役の配置は、従業員と対話する役割を付与するもので実現可能性が高い選択となる。従業員担当取締役は従業員、労働組合の対話を通じて議論し、満足度調査などにアセスして従業員の見方や評価を取締役会にもたすことができるが、利益相反あるいは非業務執行取締役としての独立性を失う懸念もある。英国企業の経営層では抵抗感も少なからず存在している。我が国では従業員が取締役に内部昇進し取締役会の大半を占めるなど雇用慣行、社会構造の相違が背景にあり、従業員に比し株主の位置付けが必ずしも高くなく是正を図る過程にあるが、ステークホルダーとして重視する対象が英国とや異なる感もある。英国二〇〇六年会社法 (The Companies Acts of the UK 二〇〇六) 第一七二条(一)では、株主優先^⑦は不変であるが、従業員の利益を取締役が株主全体の利益のために行為する場合の考慮要素とし、議論・意思決定において従業員の視点を取り入れんとする。英国の試みは、我が国ガバナンスにおける従業員重視の内容につき示唆を与えている。

(3) 英国改訂コーポレートガバナンス・コード(CGC)における開示ならびに説明責任

英国改訂CGCについて個別項目毎に検討する。^⑧我が国CGCが二〇一八年改訂を経て、なおも抱える課題として示唆を受け認識すべき内容ともいえようか。

① CEOの選解任

改訂英国CGCでは、取締役の選任は正式かつ厳正で透明性のある手続きに従って行われるべきとされる(原則J)。解任については規定されないが、取締役個人が実効的に貢献を継続しているかが評価され、年次報告書で公表される

こと(原則L)、毎年評価がされ(条項二二)、取締役選任の判断も毎年行われること(条項一八)、実効的な貢献がないにも拘わらず再任された場合は投資家等に説明しなければならないこと(同一八)と合わせ、取締役再任については積極的、実質的な判断が求められている。

我が国改訂CGCも、原則三一―(iv)、(v)、補充原則四―三②、③が規定され、CEO解任の客観性・適時性・透明性ある手続きの確立を求めている。招集通知の参考書類に候補者とする理由を記載する上場企業が増加しつつも、定型・雛型的な記載が多く、実効的な貢献内容、候補者とする積極的理由を具体的に記載し、説明責任を果たすことが重要になる。

② 後継者計画策定と監督

英国改訂CGCでは、指名委員会の責務として後継者計画整備が規定され(原則J)、実績と客観的基準に基づき多様性を促進することを要請している。後継者計画の監督は指名委員会の責務で(条項一七)、後継者計画策定と取組みの責任を負い、内容を年次報告書で開示することが要請される(原則二三)。我が国でも指名委員会等設置会社以外の機関構成において任意・諮問型指名委員会設置が要請されているが(補充原則四―一〇①)、後継者計画にかかる趣旨を織り込み、機動性、効率性向上を図ることが望まれる。

③ 役員報酬

(i) 報酬方針の策定 英国改訂CGCでは二〇〇六年会社法一七二条の成功促進義務と絡めて報酬方針(Remuneration Policy)と実践が長期かつ持続的成功を促進するように設計され、業務執行取締役の報酬設計は長期戦略達成と明確に結びつくことが求められる(原則P)。長期的業績との関連性について具体的説明も求められる(条項

四〇、条項四一)。我が国CGCでは報酬と中長期・長期の業績の関連性と説明は要求されず、インセンティブ報酬設計を図る上で関連性にかかる説明は対話・エンゲージメントを進める上で重要になる。

(ii) 報酬の決定手続き 報酬決定において当該取締役は自身の報酬決定に関与すべきではない(原則Q)。報酬委員会の責務の中には、(a) 従業員の報酬および関連方針、インセンティブ報酬および賞与が企業文化と整合しているかについて検討すること(条項三三)、(b) 報酬コンサルタントの依頼、(c) 業務執行取締役の報酬方針、構造および業績基準についての戦略的正当性の説明(条項四一)、(d) 株主とのエンゲージメントが報酬方針および結果に対して及ぼした影響についての監督(同)、(e) 従業員への業務執行取締役の報酬と報酬方針との整合性についての説明(同四二)、(f) 報酬の結果に対する取締役会による裁量権の行使の監督(同四一)などが含まれている。戦略や企業文化の重視、従業員に対する配慮など取締役会の役割の再確認、リーダーシップ発揮がポイントとなる。

(iii) 非業務執行取締役の報酬 非業務執行取締役の報酬は定額とすべきで、取締役会議長および非業務執行取締役の報酬は関与の時間と責任を反映し、ストックオプションまたは業績連動的要素を含むべきでない(条項四一)。我が国においても考慮すべき内容といえる。

(iv) 株式報酬の導入 我が国の改訂CGCでは自社株報酬を内容とする報酬制度導入が示されている(補充原則四一①)。英国改訂CGCでも業務執行取締役の株式長期保有を促進すべく株式報酬の導入が求められ(条項三六)、長期保有株主の利益に合致する業務執行により長期株主の投資を招致せんとする。英国の長期インセンティブ導入では事後交付型パフォーマンスシェア(Performance Share PS)が一般的で、ストックオプションは減少傾向にある⁹⁾。

我が国会社法では取締役報酬総額を株主総会で決定するもの(会社法三六一一条一項)、取締役間の分配は実務上代

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、 一一九(三五五)

米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務(藤川)

表取締役に一任され、専断的決定となる実務も多い。原則Qを直ちに導入することには違和感もあるうが、報酬決定ならびにインセンティブの透明性確保を図り、任意の報酬委員会設置などで企業目標や戦略達成と整合性を図る必要がある。

④ 任意の諮問型委員会

英国改訂CGCが指名・報酬・監査委員会の存在を前提とし、指名委員会では独立業務執行取締役を過半数、報酬委員会ならびに監査委員会では独立業務執行取締役を三名以上とすることが規定される。小規模上場会社の特則では指名委員会の規定はないが、報酬委員会と監査委員会で各二名以上とすることが求められる。FTSE構成上位一五〇社では三委員会設置会社が一〇〇%、リスク、コーポレート、社会的責任等の委員会¹⁰を加えて四以上の委員会を設置する会社は五八・七%に達し、指名委員会委員長は四一・二%が女性であるなどダイバーシティの進展も窺われる。

我が国の改訂CGCコードでは、任意の独立諮問委員会設置が監査役会設置会社または監査等委員会設置会社において推奨され、Comply or Explainの対象となっている。後継者計画策定、客観性・透明性・適時性を持った報酬体系の構築など任意の諮問型委員会設置は有用であり、設置を行わないことを積極的意味合いとしてExplainすることは容易ではなく、プラクティスを図る上で英国改訂CGCの規定は参考となろう。

⑤ 英国における取締役会構成

(i) 英国における独立非業務執行取締役の選任状況 英国改訂CGCでは緩和措置がなくなり、全プレミアム上場会社において独立非業務執行取締役の人数を半数以上とすべきとされ(条項一一)、業務執行取締役は取締役会議長

を兼務すべきでない(条項九、二〇一六年コード条項A2.1)⁽¹¹⁾。米国においても監督と執行の機能の分離徹底の主旨からCEOと取締役会会長(議長)の分離は従前より議論となってきたが、業務執行を担う代表取締役が議長を務める事例も依然として多く、CEOに限らず業務執行取締役(Executive Director)全員について分離徹底を図らんとする英国の取り組みは参考とし得る。

(ii) 取締役会のダイバーシティ 英国改訂CGCでは多様性の内容についてジェンダーに加えて社会的民族的背景、経験的知識や個人的長所(技能・経験)などに拡大され(原則J)、FTSE350銘柄の九五%が一名以上の女性取締役を有している(Grant Thornton調査)。もともと女性取締役の多くは非業務執行取締役に留まり、業務執行取締役の比率は少ない⁽¹²⁾。女性の経営幹部育成に時間がかかり、先ずは社外から非業務執行取締役として女性を招聘する実態であろう。長期的視点に立ち企業文化やステークホルダーへの配慮が求められ、我が国も企業価値、戦略と結び付けて議論する必要性が高じよう。

4. 二〇一六年Green Paperと英国改訂CGC—ステークホルダー重視、原則主義の変容—

(1) 二〇一六年Green Paperにみる会社法制改正の方向性

二〇一六年メイ政権はBrexit後を睨んで二〇一六年Green Paperを策定し、業務執行取締役の報酬規制の強化、英国二〇〇六年会社法一七二条の規律を前提に株主以外のステークホルダーの意見を取締役会レベルの意思決定等に反映させる枠組みの模索、大規模非公開企業(Large privately-held businesses)等におけるコーポレート・ガバナンス強化について、会社法改正の要否を含め所要の見直しを行う方針が表明された⁽¹⁴⁾。非上場企業へのコード適用拡大、従業員・顧客の考慮はEU全体の規制の方向性とも整合する。

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、 一三二 (三五七)

米国 The Accountable Capitalism Actにみる企業価値向上義務(藤川)

英国二〇〇六年会社法一七二条一項の義務を取締役がいかに行っているかを株主が評価できるようにすべく、年次報告書の一部として戦略報告書を作成し株主に提供することが義務付けられている(同法四一四A条・四一四C条一項)。上場会社等の規律として、事業の展開・業績・現状を理解するために戦略報告書に事業の基本的な方向性と将来の事業展開に影響を及ぼす要因、業績と事業状況、環境・雇用問題、社会・共同体・人権にかかる課題に関する情報を盛り込むこととし、ジェンダーの多様性に関する情報も含める必要がある(同法四一四C条)。もつとも英国二〇〇六年会社法一七二条一項は、義務の履行方法を詳細に規定せず、各社が置かれた状況に応じて必要な対応を柔軟に採れるという長所を有するが、各ステークホルダーの利益・利害を考慮するという困難な職務を取締役に義務付け、利害関係人として年金受給者を明示せずその利益が考慮されない¹⁶⁾リスクもある(二〇一六年 Green Paper, para.2.8)。

(2) 英国二〇一六年 Green Paper の提案と我が国への示唆—私見を交えて—

英国二〇一六年 Green Paper が示す会社法制の見直しに関し、①株主以外のステークホルダーの意見を反映させる仕組みについて、取締役の報酬規制強化と連関する問題であると指摘される¹⁶⁾。②ドイツ等大陸諸国が労働者の経営参加を法制化する中で、英国がステークホルダーの利益代表として取締役選任案を提示したことは方針転換といえ、保護法益としてステークホルダーの利益をどの程度考慮すべきかとの新たな問題を提起する¹⁷⁾。

英国二〇一六年 Green Paper が株主以外のステークホルダーの利益を反映させる方法を探っていることは我が国会社法下では馴染みにくい面もあるが、株式会社の利益あるいは企業価値の構成要素を如何に立法に織り込むか、会社本質論とも関連する課題であり、CSR (企業の社会的責任) の実務(経済価値・社会価値、環境価値、統合報告) あるいは国連の定めるSDGs (Sustainable Development Goals) とも関連する重要な内容となる。更に株式会社として我

が国法制度では公開・非公開を区分せず、これに対して大規模合同会社などの適切な区分けを如何に設定するか等の本質的な規制強化の課題にも繋がってくる。

以下は私見である。こうした経営陣側、株主側の双方からの改善提案を図る英国 Green Paper の提案・議論手法は、ステークホルダーの利益の反映、重視に向け、我が国改訂 C G C やガバナンス改善を図る具体的手法として参考となる。単なる筆頭独立社外取締役の選任、あるいは独立社外取締役会議の設定に限らず、明確に当該独立社外取締役が一般株主あるいは少数株主の利益代表でもなく、ステークホルダーの代弁者としての立場を法的に明確化する点で、興味深いものがある。我が国 C G C が会社法上の根拠規定のないまま、C E O 等の概念の統一も図らず上場規則化され、ハードローでないにしても一定のエンフォースメントを備えていることと対比される。

もつとも取締役会においてステークホルダー間の利害対立の代弁者という新たな問題が法的な根拠を伴って生じ、他の取締役との利益相反問題、取締役会全体としての企業価値向上に向けた一般的義務との相克などが危惧され、更に多数決に向けて人数配分などを如何に決定するのか、指名委員会で決定するのであればメンバー構成が重要になるが取締役会で決定するか等の課題を生じる。特定のステークホルダーの利益を代弁する独立社外取締役は一名となるのであれば少数に留まり、多数派の意見に流されかねない。ステークホルダー代表取締役として代表権を付与するのであれば、非業務執行取締役がこれを担うことは法的に整合性がとれるか。正しく社外取締役に業務執行を委託するという今般の我が国会社法の改正点にも繋がる議論となる。ステークホルダーの利益を担うのであれば、事業部門などの特定業務を抱える業務執行取締役を充てることはそもそも考えにくい。こうしたプラクティスに向けた新しい問題も生じてこようか。もつとも従業員でなく債権者利益を代表する非業務執行取締役であれば、少なくとも従業員と

異なり、外部の存在でもあり会社の業績向上等と背反することは考えにくい。その場合も代表権付与までは想定しにくい。英国におけるドイツ共同決定法の趣旨への接近は、米国の The Accountable Capitalism Act においても見られ、多様なステークホルダーの重視など本来コモノローである米国・英国における修正あるいは世界的な収斂の大きな流れとも考えられる。その場合、幾つかの克服すべき法律制度上の課題も存在することになる。

5. 二〇一八年改訂CGCにおける英国二〇〇六年会社法一七二条の実質的義務化とハードローミックス

(1) 英国二〇〇六年会社法一七二条とガバナンス・コードならびに開示と戦略報告書

Green Paper に対するコンサルテーション結果の発表は二〇一七年八月になされている。二〇一六年一二月会社法改正によって英国年次報告書の一部である戦略報告書 (Strategic report) 提出の対象企業の範囲が改訂され、二〇一七年以降EU非財務開示指令 (NFRD) が施行された。二〇一八年ロンドン証券取引所 (London Stock Exchange (LSE)) は新興市場のAIM (Alternative Investment Market) 企業もガバナンス・コードの適用を開示すべきことを述べ、二〇一八年英国改訂CGC、Guidance on Board Effectiveness 改訂、更に Strategic report 改訂が¹⁹⁾せられた。英国会社法やEU法制を含めた制度設計について検討を深めたい。

英国ではSSCとCGCの二つのコードを繋ぐ機能として開示が重視され、SSCによりアセットオーナーはアセットマネジャーから報告を受け、モニターする。FRCの二〇一三年ガイドラインでは年次報告書を体系化し、Strategic report、Corporate governance report、Remuneration report、Financial statements、Management report の五章で構成されている。Strategic report では非財務情報として事業戦略、リスク、KPI (key performance indicator 主要業績評価指標) 等の開示が求められる。

二〇一六年 Green paper では、役員報酬が高額で企業が株主の声を聞かないこと、経営者の資質として従業員あるいは顧客の信頼を失っていること、非上場企業にCGCが届かないことを示し、特にFRCに対して、①報酬委員会強化および従業員とCEO等との給与のギャップについてCGCに記載すること、従業員や顧客の意見を聞くことを取締役会の責任として明記させること、従業員代表を取締役会メンバーとすること、②報酬議案に反対があった場合の対応の開示、経営陣報酬と従業員給与の中央値の比率を年次財務報告書において公表する Payratio の開示 (Pay ratio reporting)⁽²⁰⁾、インセンティブ報酬の明確化、③ Strategic report に関して従業員五〇〇人以上の全企業に適用し、公的に影響のある企業等のガバナンスについては他団体との議論を求めている。英国二〇〇六年会社法一七二条の規定自体は改正されないが、課題の具現化のためFRCにおいて年次報告書ガイドライン、Strategic report により説明責任が課され該当企業においては必須要件として変容したものである。

(2) 欧州非財務開示指令 (NFRD) と英国改訂CGCの調和

欧州非財務開示指令 (Non-Financial Reporting Directive NFRD) は、従業員五〇〇人以上の上場企業、銀行・保険会社を対象にESGの非財務情報の開示を求めるもので、二〇一八年年次報告書より適用され、先駆的な国に対しては国内法による上乗せ規制も認める。Comply or Explain のスタンスを採らず、非財務情報は義務的開示となり、適時適切かつ総合的な開示が求められる。ESG (environment, social, governance) に関するデューデリジェンス・プロセスの開示も要求され、意思決定プロセスの開示によって従業員による犯罪防止、企業の腐敗活動の責任などを評価する機能を備えることが期待される⁽²¹⁾。

英国FRCはNFRDの要件の実現につき、英国 Strategic report の方向性と大きな相違はないと考え、会社法改

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、 一二五 (三六一)

米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務 (藤川)

正と Strategic report 改訂により対処を図らんとして、①二〇一六年末会社法改正により Strategic report 開示対象企業を拡大し、② Strategic report は NFRD ならびに Green Paper の双方に併せて改訂を図るべく、二〇一七年八月コンサルテーションを行っている。FRC は英国改訂 CGC と EUNFRD の対処を両立させるべく、NFRD の要求は英国二〇〇六年会社法一七二条の要件に近接すること、Green Paper の求める Corporate Governance Reform の施策は Strategic report の要件に織り込めることから、英国二〇〇六年会社法一七二条を活用して英国 CGC および Strategic report 改訂の形で実現する手法を採用したものである²²⁾。

報酬議案の問題点として、Green Paper では高額であることが掲げられたが、FRC や投資家としては、役員報酬が投資家の意見を反映せず、複雑な方式で計算がなされ収益低下を反映できず収益改善のモチベーションとなりにくいこと、法的拘束力がなくポリシー策定と報酬支払いの年度がずれること等を挙げている。

6. 英国二〇一八年改訂 CGC のプラクティスと課題

(1) 取締役会議長と独立・非業務執行取締役

英国二〇一八年改訂 CGC の確定版が発せられた。コンサルテーション版からの修正点は、①小型・非上場企業への適用として、FRC は最終的に Premium listing 企業のみを対象とし、FTSE350 以外について免除項目も残した。Private large 企業には別のコンサルテーションを実施し、LSE は新興市場の AIM (Alternative Investment Market) 企業に対して中小企業向けコード (Quoted Companies Alliance : QCA 公開企業連盟) を用いることを勧めている。Premium listing 企業への改訂コード適用、AIM 企業の QCA コードによる報告は二〇一九年一月より義務化される。②取締役会議長の独立の定義、CEO と議長の分離について、我が国 CGC と異なり、取締役会議長は非業務執

行取締役が前提となっているため、自ずと制約も多くなっている。

条項九において、取締役会議長は条項一〇の列挙事項の該当性について評価される指名時点で独立性を有すべきである。取締役会議長およびCEOの役割は同一人によって担われるべきではない。CEOは退任後に同じ会社の取締役会議長になるべきではない。例外的に取締役会から求められた場合は指名前に主要株主に相談すべきである。取締役会は指名の際、全株主に理由を説明し website に公表すべきである。条項一〇では、取締役会は独立性を有すると考える非業務執行取締役について年次報告書で明記すべきである。独立性が損なわれる傾向、損なわれていると窺われる状況は必ずしも限定的でないが、以下に該当する場合である。(a) 直近五年間において当該会社またはグループ会社の従業員であったことがある。(b) 直近二年間において当該会社と重要な業務関係を有していたことがある。直接の関係の他、当該会社と関係を有する者の共同経営者、株主、取締役、幹部社員 (senior employee) であった場合も含む。(c) 当該会社から役員報酬と別に追加報酬、ストックオプション、業績連動報酬を受けまたは受けたことがある。(d) 当該会社の顧問 (advisor)、取締役、幹部社員の近親者である。(e) 他の会社または団体との関係を通じて、取締役の相互派遣があるか、他の取締役らと重要な関係を有する者である。(f) 主要株主の代表者である。(g) 最初に指名された日から九年を超えて取締役として職務を行っている。上記に該当するか、他の関連する事情に該当する場合で、取締役会がなお当該非業務執行取締役について独立性を有すると判断する場合、明確な説明がなされるべきである。条項一一では、取締役会議長を除く取締役会の構成員のうち半数以上は、取締役会が独立性を有すると判断した非業務執行取締役であるべきである。

(2) 英国二〇一八年改訂CGCのプラクティスに向けた対応

FR Cは英国CGCの実践に向けた対応として、英国二〇〇六年会社法一七二条の開示に関し、企業や投資家と議論しベストプラクティスの構築を図るべく、Financial Reporting LAB²⁴の取組みを開始している。FR Cの二〇一八年八月Strategic reportガイダンス最終版²⁵に添付された年次報告書の概要では、英国二〇〇六年会社法一七二条ならびに非財務情報への言及がされ、Strategic reportの提出対象者についてPIE(非上場企業)を含むものへと変更された。

7. 英国二〇〇六年会社法一七二条にかかる二〇一八年規則による改正会社法四一四条CZA条新設— Strategic reportの開示強制にかかるエンフォースメント強化—

二〇〇六年英国会社法一七二条においては、多様なステークホルダー重視と共にfairness(株主間公平取扱義務)が示されている点が注視される。²⁶二〇一八年規則による改正会社法四一四条CZA条新設について、Strategic reportは取締役が会社の成功に向けて行動する義務を遂行するに当たり、会社法一七二条の規定する考慮すべき六つの事項について取締役がいかなる配慮をしたかに関する記載を含まなければならない。二〇一六年Green Paperを受けて、Strategic reportの開示強制にかかるエンフォースメント強化がハードローからも図られたもので、websiteの閲覧が可能となるように義務付けている。

Strategic reportは財務情報と非財務情報を統合して情報提供を図り、関連性について投資家に説明するために経営戦略、ビジネスモデル、パフォーマンス、リスク、従業員、社会・環境に関する情報等が記載される。会社事業を公正にレビューし、直面している主要リスク、不確実性につき事業規模と複雑さに応じてバランスのとれた総合的分

析を行う。ESG的な要素を会社法に盛り込んだ上で、会社法上の成功に向けた取締役の義務と開示について結合を図る内容となっている。我が国の有価証券報告書では主要リスクの他、類似の情報開示が大部分網羅されているが、戦略的視点から財務情報と非財務情報の統合、会社事業の公正なレビュー、総合的な分析を行っているとはいえない。統合報告書にしても戦略的観点という位置付けは強いとは言えない。開示の統一性も含め、投資家の視点からかかる戦略報告書の開示強制をハードローで行うことは参考とされようか（私見）。

8. 英国二〇〇六年会社法におけるステークホルダー利益の考慮義務

(1) 英国二〇〇六年会社法一七二条会社の成功を促進する義務とステークホルダー

ルールベースの米国では英国二〇〇六年会社法一七二条の広範な受け皿を直接には採用しにくく、他方英国は純粹株主義を脱して英国二〇〇六年会社法一七二条の捕捉範囲を拡大したと評せよう。株主利益としつつ、無条件かつ短期的なものでなく、長期的観点からステークホルダーの関係、社会・環境のインパクトに注意を用いて事業が構築され、初めて達成がされる（inclusiveアプローチ）。英国二〇〇六年会社法一七二条第一項各号において法文が限定列举の内容となっていることについて疑問も提示され、第一項本文のみの方が一般的記載として柔軟性があることが指摘される。⁽²⁷⁾ 今般の改正では従業員利益に配慮を見せているが、今後ESG、SDGs等への対応も余儀なくされることを鑑みれば首肯される指摘であろう。

(2) 米国、我が国のアプローチとの対比

英国のアプローチは、米国ウォーレン議員の立法提案に比して株主利益にやや重きを残すものといえようか。忠実義務の枠を超えて受託者義務により将来の株主を含めた一般的株主利益を想定し、法人擬制説に立った考え方である。

忠実義務に拘泥した場合に支配株主に従属する危険性があり、この点でも先見性のある優れた考え方といえる。我が国CGC冒頭でステークホルダーと株主が併記され、inclusiveアプローチとも平仄がとれた内容になる。ESGあるいはSDGs問題への対応にも柔軟性を有するアプローチとなろう(私見)。

三・英国スチュワードシップ・コード改訂に向けた動きと課題

1. 英国スチュワードシップ・コード改訂のコンサルテーション

英国改訂CGCのコンサルテーションに並行して、二〇一七年二月から二〇一八年二月末にかけて英国スチュワードシップ・コード(SSC)改訂に向けたイニシャル・コンサルテーションが行われた⁽²⁸⁾。主要な質問として、①投資家等の立場毎の相違を踏まえて期待されるスチュワードシップ責任や役割を分けて明記するか、あるいはコードやガイダンスを別々に発出するか。EU株主権利指令(SRDII)の議論と平仄が合うもので、年金基金に対してはスチュワードシップ・コードを義務化する意見も出されている。多くの回答は、議決権行使助言会社(プロクシー・アドバイザー)の役割に特別な注意を払うことを求めている。②英国CGCからSSCにコピーした方が良いものがあるか。多くの回答は、会社法一七二条が取締役に対して求める内容を投資家にも義務化することに賛同し、SSC受入れ機関に対して自社、投資プロセス、投資先企業の幅広いステークホルダーを如何に考慮したか等につき報告することが支持されている。③SSCにおいてESG要因、あるいはより広範な社会的影響を明示的に参照するか。④SSCが投資家に対して、気候変動に関する報告、業績について考慮すべきことを明示的に要求するか。大半の回答

は、重要性に基づくリスクアプローチを支持する。⑤SSCはファンドの目的、スチュワードシップ責任のアプローチについてファンド毎に開示するように求めるか。大半の回答は、特定のアプローチを自主的に開示することにつき、透明性を高めアセットオーナーには有益として支持するが、アセットマネジャーの負担増、雛型的記載 (boilerplate) に陥ることを懸念している。特に②の点については、二つのコード内容の同質化を通じ、取締役における多様なステークホルダーに対する考慮義務のみならず、株主についても会社に対する成功促進あるいは企業価値向上に向けた忠実義務の内容を要求するものと評せようか (私見)。

2. 英国スチュワードシップ・コード改訂案ならびにEU株主権利指令

(1) 英国スチュワードシップ・コード改訂案とEU株主権利指令の関係

英国はリーマン金融危機を背景に二〇一〇年SSCを策定し、二〇一二年改訂を経て二〇一九年一月三〇日新たな改訂案を公表した。持続的価値を与えるスチュワードシップの発展に焦点を当てた内容とし、CGCに合わせ構成の見直しを実施し、原則のみをApply and Explainとして適用を義務付けることを骨子とする。他方、EU株主権利指令 (Shareholder Rights Directive SRD II) は二〇一七年改正により、機関投資家および議決権行使助言会社の透明性の向上のための規制 (一部の規定についてはComply or Explain) を導入した。²⁹⁾

英国SSC改訂案とEU株主権利指令等の関係を整理すると、①欧州では根拠法令等をSRD IIとし、二〇一七年六月施行、二〇一九年六月一〇日までに加盟国では国内法整備が必要となる。手法は一部規定についてはComply or Explainのプリンシプルベースを導入している。³⁰⁾ ②英国では、FCAハンドブック改正案を根拠法令等とするものについて時期は二〇一九年一月に公表され、二〇一九年六月一〇日に施行することとなっている。手法は、SRD II同

様に一部の規定に Comply or Explain を導入しているが、適用を義務付けの是非については意見を募集している。位置付けとしては S R D II を受けた国内法となる。F C A ハンドブックには金融機関等の業者や分野の規則等が記載され、改訂案はスチュワードシップの取組みの最低限のベースラインとして位置付ける予定である。③改訂案について、二〇一九年夏に確定の予定である。手法について、原則部分は Apply and Explain 条項等は Comply or Explain が採用される。位置付けは S R D II よりも更に高い水準を要求している（上乘せ規制）。

(2) 議決権行使助言会社にかかる開示規制

(イ) E U 株主権利指令 II (S R D II) における開示規制 株主権利指令 II (S R D II) は二〇一七年六月に改訂され、加盟国は二〇一九年六月までに国内法整備が求められる³¹。議決権行使助言会社の適用について、加盟国は行動規範に従う議決権行使助言会社が当該行動規範の適用に関する実効的な報告を実施することを確保する（前文²⁶、第一条（1）（a）2）。加盟国は、機関投資家およびアセットマネジャーが議決権行使助言会社のサービスの利用等を含む対話方針の実施状況について毎年開示させることを確保する（第 3 g 条）。加盟国は議決権行使助言会社において以下の内容を毎年開示させることを確保する（第 3 j 条）。（i）利用している手法、モデルの特徴。（ii）主な情報源。（iii）議決権行使助言等の質（スタッフの適格性を含む）を確保するための手続。（iv）各国市場、法規制、対象企業にかかる固有の事情の考慮の有無・内容。（v）市場毎の議決権行使助言方針の特徴。（vi）対象企業・ステークホルダーとの対話の有無・内容。（vii）利益相反管理方針。

(ロ) 英国における開示規制—スチュワードシップ・コード改訂案— 二〇一九年一月公表された S S C 改訂案では、議決権行使助言会社への適用についてアセットオーナー、アセットマネジャー、投資コンサルタントおよび議決

権行使助言会社を含むサービスプロバイダーを対象とする〔本コードの適用〕^(二二)。機関投資家の対応については、署名者はどの助言会社を利用し、どの範囲で助言等が署名者のスチュワードシップ活動に利用されるかを示すべきである（条項二四）。議決権行使助言会社の対応では、署名者は実効的なスチュワードシップを推進するよう投資コミュニティにおける自らの役割を果たし（原則B）、署名者は顧客利益を優先する利益相反管理方針を策定しなければならぬ（原則D）。サービスの正確性と品質について顧客に周知し、スタッフが役務を提供するのに適切な経験、適格性を確保すべきこと、利益相反管理方針の開示と行動規範策定等が規定されている（指針一六）。

3. 英国スチュワードシップ・コードの年金基金への実質的な義務化の問題

EURD IIにおいては株主の権利の実行ならびに責任に関して、企業側は株主について知る権利の必要性があり大量保有する場合に加盟国間での開示に繋がること、Proxy voting（議決権の代理行使）の環境整備や電子化と透明性向上、更にProxy advisorsの透明性向上、エンゲージメントの強化および透明性向上、重要な議決権行使の開示や役員報酬および関連当事者間取引の議決権の質的向上、投資家資産の開示等に資することが示される。

SSCの年金基金（pension funds）への実質的な義務化の問題が出され、株主のコーポレート・ガバナンスへの関与拡大が財務や非財務・ESG要因の開示の改善に繋がり、ガバナンスにおけるステークホルダー、就中従業員の関与の拡大が上場企業の長期的なアプローチを奨励することが示される⁽³²⁾。英国では二〇一五年に年金基金に対してSSCを義務化すべきか、特にトラステイ（Trustee）としての信託形態ファンドの受託者に対して規制することが検討されたが、NAF（The National Association of Pension Funds）の反対に遭い見送られた。DWPは続けてTrustee's investment dutiesに関するコンサルテーションを実施し、Pension Trusteeが持つべき責任投資にかかる投

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、

米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務（藤川）

資方針(年金法に基づく投資原則書 Statement of Investment Principles SIP)にESGに関する特定項目を義務付けすること
に意見を求め、SRD IIの義務付けが実現する可能性もある。

FR CはアセットマネジャーとアセットオーナーのSSC上の区分けは想定していないが、役割を明記して、
DWPの領域ながら年金基金の義務化について対応を準備すること、SRD IIと調和を図りESGの開示、議決権行
使結果の開示を義務付けする方向でのコンサルテーションを行うこと、改訂後にTiering⁽³³⁾(運用機関評価)を図ること
を述べている。

4. 英国スチュワードシップ・コード改訂とApply and Explain

(1) コードの見直しと適用範囲拡大ならびにApply and Explain

英国SSC改訂案の内容は二〇二二年改訂以降の実務動向、二〇一七年改正SRD IIを踏まえて機関投資家による
スチュワードシップ活動に高度な期待を示している⁽³⁴⁾。全体の構成、章立てを見直し、英国二〇一八年CGC改訂に
沿って原則(Principles)、条項(各則)(Provisions)に整理し、指針(Guidance)を設けた。条項についてはComply or
Explain⁽³⁵⁾が求められるが、基本的な内容を示す原則については適用したうえで⁽³⁶⁾の態様を示すApply and Explainが新
しく求められる。プリンシプルベースであるComply or Explainからの一部脱却を図るものとして注視されている。
アセットオーナーと運用機関、議決権行使助言会社等のサービスマイダーに適用される規律が区別され、各則で
もアセットオーナーと運用機関の内容が個別に示され、サービスマイダーの章を新設している。コード適用範囲
を拡大し、上場株式のみならず非上場株式や債券などに投資する場合も機関投資家が影響力や権利を有する場合は適
用対象となる。コード適用の実質化を目指すものと思料される。

(2) 組織目的等の設定ならびに「ポレートガバナンス・コード」との同質化

機関投資家は組織目的を設定し、目的や戦略、価値観、組織文化がいかに「ステewardシップ」責任を果たすことに繋がるかについて開示すべきとする（原則A）。英国CGCで採用されている組織文化や組織活動全体に対してコードの精神を織り込むアプローチと同じ趣旨といえる。機関投資家のガバナンスに関しては、ステewardシップ責任を果たす観点からガバナンスの適切な方針、体制を整備すべきこと（条項三）、組織としての適切なインセンティブを確保しているかを説明すべきこと（条項五）規定される。内容・趣旨が英国CGCと同様となり、かつ詳細になりつつある感を受ける。経営者が担うべき注意義務、忠実義務と機関投資家が担うFiducially Duty⁽³⁵⁾あるいはステewardシップ責任に関して、名宛人は異なるが受託者責任と称して包摂される内容であり、持続的成長と企業価値向上を目指す対話・エンゲージメントを行う上で当然示される方向性といえようか（私見）。

(3) ESG要素の考慮

機関投資家は気候変動問題を含む重要なESG要素をいかに考慮しているかを示さなければならない（原則E）。機関投資家による長期的企業価値向上に結び付くESG投資の増加を踏まえ、長期的視点に立つべく投資時間軸（time horizon）に関する開示を求めている（条項一〇）。

5. 英国ステewardシップ・コード改訂における新たな定義と深化——二〇一九年一月コンサルテーション報告書を踏まえて——

(1) 二〇一九年一月コンサルテーション報告書

改訂作業が進められる英国SSCに関して、Consulting on a revised UK Stewardship Code（二〇一九年一月）を基

英国ステewardシップ・コードならびに「ポレートガバナンス・コード」改訂、
米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務（藤川）
一三五（二七一）

に今後の課題などを更に探っていききたい。⁽³⁶⁾ コンサルテーション報告書の Introduction としては、以下の内容が記されている。⁽³⁷⁾ ①英国SSCは金融危機にかかるウォーカー報告書を基にして、最初に二〇一〇年投資家と最終受益者の long-term return を改善すべく策定された。②二〇一二年の前回改訂から英国におけるハイレベルなコーポレート・ガバナンスによつて投資家を引き付けてきたが、ガバナンスのプラクティスや経営の意思決定 (decision-making) の不十分さ、業績低迷もまた窺える。効果的なスチュワードシップ (effective stewardship) の発揮により、機関投資家は経営の意思決定に影響を与え、経済における capital allocation の改善を図ることが可能となる。ひいては投資家や社会、持続的な経済成長 (sustainable economic growth) を支えることに繋がろう。③顧客に対して機関投資家の責任を果たす上で効果的なスチュワードシップの果たす役割が重要になる。特にアセットマネジャーがいかに責任を果たしているかに関するより質の高い情報を得ることに対して、アセットオーナーから出される要望を備えた市場を創造していくことが求められる。英国金融資本市場の質と誠実性 (quality and integrity) の維持と改善を図ることに、SSCの署名機関ならびにFRCは注力することが求められる。④二〇一九年SSCドラフト案策定において、一七〇の機関投資家等を訪問し、feedbackを得た。また英国、カナダに活動の基礎を置き、欧州やアジアにエンゲージしている投資家とも議論を重ねている。

①二〇一二年SSCにおいて、スチュワードシップは受益者、経済および社会に持続可能な価値を生み出すための機関投資家のコミュニティ全体に亘る責任ある資本の配分および管理である。スチュワードシップ活動には資産およびサービス提供者の監視、発行者の関与、重要な問題を説明するための保持と活動の結果に関する公開された報告が含まれる。⁽³⁸⁾ 新しい定義は受益者の資産を受託するというスチュワードシップの主な目的を特定し、同時に投資の意思

決定と上場株式以外の資産への投資を含め、規範の範囲を広げている。②目的・価値・文化 (Purpose, values and culture) について、SSC署名者はスチュワードシップの目的を達成することを可能にする組織的目的、戦略、価値および文化を確立することを求められる。スチュワードシップ目標は、顧客または受益者に対する義務を果たすことを可能にしなければならず、目的の焦点はドラフト案を英国CGCと一致させ、事業全体に効果的なスチュワードシップ行動が確実に埋め込まれるようにする。③スチュワードシップと投資アプローチの統合 (Integration of stewardship and investment approach) について、ドラフト案はアセットオーナーとアセットマネジャーが如何にしてスチュワードシップ責任を投資の意思決定、権限 (mandate) の設計やその他の活動を含む投資プロセスに統合するかについてより高い基準を設定している。④上場株式を超えたスチュワードシップ (Stewardship beyond listed equity) について、SSCは英国上場株式市場を株主にとりより効果的なものにすることを目指している。にもかかわらず、依然として資本は投資家が異なる期間や投資期間、権利や影響力のレベルを持っている様々な資産のクラスに投資され、債券やインフラ・エクイティ等 (such as fixed-income bonds and infrastructure equity)、上場株式以外の資産への投資が大幅に増加している。SSCの署名者は資本がどのように投資されたとしても、利用可能な資源、権利および影響力を用いてスチュワードシップを行使する必要がある。⑤環境、社会、ガバナンス (ESG) の問題の重要性を認識する (Recognising the importance of environmental, social and governance (ESG) issues) について、ドラフト案は二〇二一年以降、持続可能な金融、責任ある投資およびスチュワードシップにおいて行われた重要な進展を反映している。SSCは現在、ESG要因について明確に言及している。署名者は自身のスチュワードシップ責任を果たす際に気候変動を含む重要なESG要因を考慮に入れることが期待されている。SSCは、受益者の投資期間に合わせたスチュ

ワードシップおよび投資の意思決定への積極的なアプローチに対するより大きな需要を奨励することを目的としている。⑥投資チェーン内の様々な事業体の明確な期待について、コードの将来の方向性に関するFRCのコンサルテーション(英国CGCに関するコンサルテーションの一部)の回答者の大半は、投資業界における様々な事業体の役割に合わせてより明確に調整されるべきであることを述べた。ドラフト案はより詳細な規定と指針を通じてこれに対処している。アセットオーナー、アセットマネジャーおよび投資コミュニティ(investment community)にサービスを提供する企業を対象としており、投資コンサルタント(investment consultants)、議決権行使助言会社(proxy advisers)、および効果的なスチュワードシップへのコミットメントを示しているその他サービスプロバイダー(service providers)を含んでいる。コードは単一のアプローチを規定していないが、コードの署名者が各々のビジネスモデル、目的、受益者および顧客への義務を果たすための活動に沿ったスチュワードシップを示すことを可能にしている。⑦英国CGCと連携した再構築(Restructuring to align with the UK Corporate Governance Code)について、ドラフト案の構造は番号付きのセクション、原則、規定に補足ガイダンスを伴う英国CGCを反映している。この連携により二〇一九年SSCは成功した企業を進展させるうえで投資コミュニティが貢献することを奨励し、ビジネスに対する信頼向上を目指している。元来がSSCはリーマン金融危機を契機にウォーカー報告書を経て英国CGCから分離したものであるが、対話・エンゲージメントの実質化の観点からも内容の同質化が進み、機関投資家と経営陣にかかる規律の一体的把握に逆戻りつつあるとも思料される(私見)。⑧より厳格な報告要件(More rigorous reporting requirements)について、全ての署名者は、自らのスチュワードシップ活動ならびに定められた目的をどの程度効果的に達成したかに関する評価について、公衆への開示が求められる。報告は二つの部分に分かれており、規範に署名した際の方針と実務に関する

声明 (a Policy and Practice Statement) および年次活動と成果報告 (an annual Activities and Outcomes Report) である。

また単一のコード (a single code) を維持しつつも、受託者責任 (fiduciary responsibilities) を有するアセットオーナーおよびアセットマネジャーと議決権行使助言会社および投資コンサルタントなどサービスプロバイダーについては、投資コミュニティにおける役割と責任に応じて原則と条項を区別して適用している。

(2) Investor Forum による集团的エンゲージメントと株主アクティビズムの対比

インベストメント・チェーンの再構築とカルチャーの変革、ならびに機関投資家のスチュワードシップの深化を企図するケイ報告書 (The Kay Review of UK Equity market and Long-Term Decision)⁽³⁹⁾ を嚆矢として、二〇一四年設立の Investor Forum⁽⁴⁰⁾ において複数の投資家の協働による集团的エンゲージメントが推進され、英国二〇〇六年会社法一七二条を踏まえてスチュワードシップの深化が図られている。

二〇一二年ケイ報告書の提言においては、Investor Forum は投資家による集团的なエンゲージメントを促進するために設立されるべきこと (to facilitate collective engagement by investors) が述べられるが、二〇一四年設立後も課題がなお存続している。資本市場におけるショートターミズム (short-termism in equity markets)、インセンティブの捻じれ (the misalignment of incentives)⁽⁴¹⁾、仲介から派生する信頼の問題など、ドラフト案はかかる課題に引き続き取り組むことを模索している⁽⁴²⁾。プラットフォームを活用した集团的エンゲージメントは、複数の投資家との協働によつて企業の問題解決を目指すもので、本質的には株主アクティビズムとは異なる要素も含むが、もつとも近時のアクティビストファンドにおいては取締役派遣、更には私的和解等のプロセスを通じ、結果的に企業価値向上という対象企業と同一の方向性に進むことが議論され、英国のダブルコード改訂の方向性とも合致する (私見)。その際、情報の非対称性など

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、

も新しい課題となつてこよう。

6. 利益相反モデルと非業務執行取締役 (NED)、スチュワードシップ・コードの機能発揮

我が国SSC導入と二〇一五年会社法改正を踏まえ、株主保有状況に即した株主と非業務執行取締役 (Non Executive Director NED) の役割分担について二つの利益相反モデルが提示されている⁴³。①株主分散状況における非業務執行取締役主導型利益相反処理。②支配株主主導型利益相反処理。支配株主型の利益相反処理は支配株主対一般株主のヨコの利益相反処理であり、支配株主が不当に一般株主から搾取されないためのインフラ面の手当てが論点となる。一方、株主分散の状況下では総株主対業務執行者のタテの利益相反処理が課題となる。NEDの職責はヨコの利益相反処理で検討され、欧米ではNEDが一定の行動規範の下で行う関与に対して法的効果が付与される。米国では独立したNEDが了承すれば経営判断原則 (business judgment rule) が適用され、NEDが行う審査プロセスのみが司法審査の対象となる。独立したNEDが不在の場合は、完全公正規準 (entire fairness) 基準が適用され、会社側は勝訴に持ち込みにくくなる。②類型では支配株主が利益も最も享受し主要株主が責任を負うガバナンスであり、一般株主に対する利益相反処理は別途手当てを図る。Supervisory BoardはNEDと業務執行取締役 (ED) により構成し、Management層の業務執行を監視する。米国 Southern Peru 事案 (二〇一一年) において支配株主における当該企業に対する忠実義務のあり方が議論される中、②タイプの提示の意味合いは企業のプラクティスにおいて大きいと思料される (私見)。③エンゲージメント (機関投資家) 主導型利益相反処理 SSCの機能発揮型モデルといえる。個人株主を機関投資家が束ね、機関投資家同士もシテイにおいて纏まっていく方策で従来の英国モデルといえる。我が国が③タイプの利益相反処理を進めるに当たり、課題としては機関投資家同士のヨコの連係が十分でない環境があり、金商法

上の大量保有報告規制の重要提案行為の範囲の問題もあり話し合いが進展しにくい面があること、インサイダー規制の面で構成要件主義、課徴金の二重形式主義を採用し諸外国に比し広範性が存在することが挙げられる。英国に比して個人株主の多さも難点となろう。加えて③類型の利益相反処理を図る場合、大株主に対する情報請求権の存在が不可欠となり、会社法上の手当も検討課題となる。株式状況に応じて各上場企業におけるその時点の最適モデルを柔軟に構築することになり、企業法制としては全モデルに対処できるように整備を図ることとなる⁴⁴。今後はSSCにおいて集团的エンゲージメントの条項を提示すること、アクティビストによる私的和解ならびにWolf Packの動向が意義を持つことになると思料される（私見）。

7. 英国のダブルコード改訂と我が国ガバナンス改革の課題

英国ダブルコード改訂を通じて、①基本原則のみに限定されるかの相違はあるものの、上場市場規模に関わらず一律のCGCを適用され、機関投資家が実質不在である中小規模企業に対し、現状のモデルでガバナンス改善がなし得るかが課題となり、設立直後あるいは上場間もない企業についても同様の問題がある。②次にプリンシプルベースとしつつ、取締役会議長にかかる独立性の定義等がCGCに記載された。ハードロー化の動きとして今後の影響などが注視される。③ガバナンス向上のために開示強化が図られているが、FRC Strategic reportと欧州NFRDの同一化が進展する場合、彼我の企業において投資家を共有することも少なくないことから、我が国の企業として対応することに意義は見い出せる。④今後のSSC改訂において、欧州指令などでアセットマネジャーに求められるESG開示要件が注目を集める。⑤関連省庁で共通の目的を有し、整合性のある対応を試みており、EU指令と一貫性を持たせるアプローチも優れたものといえる。EUあるいは英国政府全体における整合性をとりつつ、コードのみならず企

業開示、各ガイドラインを含めて総合的に見直しを図っている。コンサルテーション期間も長く、意見も反映させており、規制当局と対象企業の対話も深まりをみせている。⁴⁵特に③について、ガバナンス改革の場合にはEU一般データ保護規則（GDPR）と同様に、共通化尺度としても国際財務報告基準（IFRS）・国際会計基準（IAS）等の会計面のみならず、開示法制全般の平仄合わせはますます重要性を有する。④の点も、我が国の運用企業は直接・間接に影響を受けることになる。

四．スチュワードシップ・コードと忠実義務—完全公正基準と企業価値向上—

1. ガバナンスの視点と問題意識

（1） 続いて米国の最新のガバナンス改革に関して、従前の株主万能主義から長期的企業価値向上への転換が窺えることについて、ハードローならびに司法判断（ケースロー）の面から検討を進めていきたい。ソフトローを持たないといわれる米国においても、持続的な成長に向け、我が国のアベノミクスの攻めのガバナンスとも親和性のある法案提出、支配株主にかかる議決権行使等にかかる裁判例が相次いで示されてきている。

以下では、四．スチュワードシップ・コードと忠実義務—完全公正基準と企業価値向上—、五．米国におけるステークホルダーと企業価値向上の重視—The Accountable Capitalism Act、eBay Domestic Holdings 判決—、六．米国における敵対的買収防衛策の再考察、ユノカル基準などを通じた新たなガバナンス形成とスチュワードシップ受容の契機の順に考察を進めていきたい。

(2) スチュワードシップ・コードと忠実義務—完全公正基準と企業価値向上—

米国では、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、緩やかな運用がなされてきた。受託者の行為規範の水準と司法審査の基準が乖離し、法による作用として信託義務を通じてソフトローであるコードの機能が実質的に果たされているのではないか、という問題意識が提示される。本来は厳格責任であるべき忠実義務について、適用範囲拡大に伴い規範化概念として柔軟な扱いに変化しつつある。コモンローの修正局面であり、スチュワードシップ・コードとの接点ともなり得るところである。

忠実義務に関連して、支配株主の担うべき対会社の忠実義務ならびに完全公正基準、ステークホルダーと少数株主重視が議論され、株主主権万能の修正の流れが顕現しつつある。忠実義務の下位的要求として誠実義務を位置付ける司法判断も出され、スチュワードシップ・コードとのアナロジーが看取できる。

(3) 米国におけるステークホルダーと企業価値向上の重視—The Accountable Capitalism Act’ eBay Domestic Holdings 判決—

米国では英国や我が国のように政府主導ではなく、民間団体主導でスチュワードシップ原則とコーポレート・ガバナンス原則が制定され、エンフォーースメントは弱い。半面で、民主党主導によりステークホルダーの利益に配慮した経営を求め、連邦政府認定を義務付ける責任ある資本主義法案 (ACA) が二〇一八年八月提出された。従業員の経営参加、政治献金の制限等による株主主権からの脱却、全ステークホルダーの利益を考慮した経営を行うことを求めるなど、本来はコードの盛り込まれるはずの内容をハードローの枠内に収め、実質的にダブルコードの機能も担っている点、注視される。受託者責任と長期企業価値向上、議決権行使助言会社にかかる規制改革なども議論され、株主

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、

米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務 (藤川)

第一主義からステークホルダーとの価値バランスに向け、ショートターミズム(短期主義)の是正、英国二〇〇六年会社法一七二条と共通する取締役の義務の法制度化に向けた動きと史料される。上場規則により事実上のエンフォースマメントを図らんとする我が国の方向性とも異なっていよう。

(4) 米国における敵対的買収防衛策の再考察、ユノカル基準などを通じた新たなガバナンス形成とスチュワードシップ受容の契機

続いて米国における判例によるケースローの動向について、敵対的買収防衛策の再考察を通じ新たなガバナンス秩序の形成とスチュワードシップ受容の契機が生じつつあることが指摘できる。eBay Domestic Holdings 判決(二〇一〇年)では取締役が株主利益最大化を図る義務を放棄することは許されることが示されたが、他方で Third Point の買い増しに対する Sotheby's 社の買収防衛策にかかる判断(二〇一四年)では、上場企業の取締役会が中長期的利益最大化の視点から正当な事業戦略を有する場合、短期的利益の実現行動に裁判所は少なくとも助力しないとの姿勢を示している。買収防衛策の有用性の再考察として、ユノカル判決(一九八五年)、ブラシウス判決(一九八八年)のフレームワークを通じて、米国においてもスチュワードシップ受容の契機を窺うことができよう。後掲の通り Wolf Pack によるアクティビストと経営陣の協働化を通じ、近年廃止の方向にある買収防衛策に企業価値向上の視点からなお新たな有益性が示されたことになり(石崎泰哲弁護士)、我が国 SSC においても今後の改訂を通して、機関投資家における集团的エンゲージメントを活用する素地を窺うことができよう。

以下ではこうした内容について、更に具体的に考察を深めていきたい。

2. 米国信認義務における注意義務と忠実義務の不明、行為規範と司法審査基準の乖離

スチュワードシップ・コードに関して忠実義務、対会社の受託者責任、支配株主と株主間の差別化ならびに完全公正基準と企業価値向上義務、ステークホルダー配慮義務等について、私見を交えて検討していきたい。⁽⁴⁶⁾ 効果的なエンフォースメント達成と柔軟性の維持に関してコーポレート・ガバナンスを論じる際、社会規範等の法以外の要素も無視できず、⁽⁴⁷⁾ 社会規範と法は相互に作用する側面が認められる。注意義務における行為基準と審査基準の分岐に関して、取締役の注意義務について緩やかな司法審査基準が望ましいとしつつ、行為規範自体は厳格なままとすることが問題となる。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾ 環境変化などを視野に入れ、明確な行為規範の提供が意味を持つことが考えられる。

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誠実 (Good Faith) 義務を含めて内容と境界などが議論されてきた。⁽⁵⁰⁾ 受託者義務 (Fiduciary duty) については、注意義務 (Duty of Care)、忠実義務 (Duty of Royalty)、自己執行義務 (Duty not to delegate)、分別管理義務 (Segregation rule) の四つの義務が中心のかつ重要な義務とされる。⁽⁵¹⁾ 一般的に受託者の信認義務は注意義務、忠実義務を主体に構成され、近時は情報開示義務 (Duty of disclosure)、誠実義務 (Duty of good faith) を包摂する傾向もある。忠実義務は利益相反取引、自己取引を禁じるもので、多数派株主を利用する取引を含み、忠実義務違反に対しては取締役の責任軽減・免除 (デラウェア州会社法一〇二条 (b) (7))、免責・賠償責任保険適用 (D & O) (同一四五条) がない。⁽⁵²⁾ 取締役の信認義務違反を問う場合、完全公正基準 (entire fairness test)、経営判断原則、中間的基準が用いられ、完全公正基準は利益相反取引などにおける厳格な基準である。中間的基準は、対的買収の支配権争いなどの局面で取締役の行為の公正・合理性について、取締役に立証責任が課せられる (ユノカル判決、レブロン判決など)。⁽⁵³⁾

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（注意義務のミステリー）、緩やかな運用がなされてきたが、重過失を認めた *Smith v. Van Gorkom*（一九八五年）判決以降、D & O 保険の保険料高騰、社外取締役不足などの現象が起り、デラウェア州法において免責規定が規定されるに至り、適用除外規定に関する議論がなされてきた。注意義務に関し、受認者の行為規範の水準と司法審査の基準が乖離していることに起因し、注意義務について緩やかな司法審査の基準を正当化する理由がある場合に、取締役の行為規範自体を緩やかな司法審査の基準に合わせられないか、考察対象となる⁵⁴。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、信認義務を通じて英国の統合規範など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。

他方で忠実義務については厳格責任のはずが、適用範囲拡大に伴い規範化概念について柔軟な扱いに変化し、この結果、注意義務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）にかかる部分として NED が主に職責を担う内容であろう（私見）。Red Flag（危険な徴候）と異なり、消極的妥当性のみならず、戦略面等の積極的妥当性にかかる判断事項も対象として扱うものである。誠実（good faith）義務の接点ともなり、Disney 事件判決⁵⁵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、長期的企業価値の体現者であるべきで CEO など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機能を担うべく株主総会、取締役会における NED の機関権限のあり方を構成することが望まれる。株主自身が会社に対する忠実義務を果たし、SSC を含め自主的な規律、コントロールを図る必要性があり、米国における近時の株主第一主義の修正局面の動きとも表裏の問題となる。

3. 忠実義務の規範化ならびにスチュワードシップ・コード、コモンローの修正

注意義務と忠実義務の分類について、Lyman Johnson 教授は取締役の責任免除に関するデラウェア一般会社法一〇二条(b)(7)を対象とし、注意義務と忠実義務の概念上の区分につき明確かを問い、忠実義務の再検討を試みる。⁵⁶ 忠実義務は概念が明確で狭いはずのところ、本来は豊かな規範的要素を含み、損害賠償に関しては狭くして解釈する。loyalty、care など道德規範的語彙で表される信認義務が、社会規範と会社法の相互作用の鍵となる。⁵⁷ 立法論としてデラウェア一般会社法一〇二条(b)(7)における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その違反から利益を獲得する場合または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すること、適正な忠実性(due loyalty) の概念による絞りをかけることが述べられる。

経営判断原則適用により司法判断において緩和されてきた注意義務に対比して、忠実義務は利益相反等の局面で無過失責任として厳格適用されるところ、規範化概念導入、責任免除規定の存在など柔軟に扱われつつあり、注意義務と忠実義務の不明確化を招来しつつある。このため、責任免除規定の適用除外事由に絞りをかけてきたものと思料される(私見)。衡平法上の救済または限定された損害賠償を基礎づけつつ、裁判官はloyalty という規範意識の中で柔軟に実務の改善を図ることが出来る。

他方英国では、二〇〇六年会社法において取締役の一般的義務の中に企業価値最大化に関連した内容が明記され、積極的妥当性にかかる義務の側面を担い、忠実義務と注意義務についても相互補完的な形で規定される。法による強制を強めているといえ、具体的内容となる規範的要素はCGCで発出されている。英国におけるコモンローの修正局面とも評せよう。

翻って我が国会社法は米国法を継受してきた経緯があるが、ダブルコード策定により米国法体系からやや離れ英国形式に接近しつつある。忠実義務の規範化等に関する判例形成は未達領域であるが、CCGにより補っていくことも想定される。我が国では米国の信認義務が占める上位概念の位置付けに善管注意義務があるとされ、米国同様の議論はされにくい。銀行取締役の有する融資局面など高度の善管注意義務の問題なども然りであろう。⁵⁸ 我が国独自の動機付け・領域、検討課題の中で議論するべきで、英国、EU諸国などのコードの引き写し作業に終始しては本末転倒であることを改めて指摘しておきたい。

4. 株主主権万能の修正と支配株主の忠実義務・完全公正基準——ステークホルダー、少数株主重視——

支配株主にかかる会社に対する忠実義務ならびに多面性と株主間差別化を中心に検討する。米国 Southern Peru 事件⁵⁹では支配株主の忠実義務⁶⁰に関して、取締役の義務のうち完全公正基準が注目される。裁判官が公正価格算定に大きく関与し、第三者特別委員会がFAである Goldman Sachs の評価を丸呑みして採用したことに対して裁判官自らが算定を行ったものである。

私見であるが、これまでの社外取締役の独立性の強化と支配株主による株主主権の基づく考え方でなく、社外役員の真の専門性と少数株主にも配慮した公正性を重視する案件として示唆する点が多いのではないか。取締役の責任・義務について、米国のように受託者責任を中心に構成する場合、忠実義務、注意義務などが主であるが、忠実義務については対象が支配株主に対してでなく、少数株主やステークホルダーの利害も考慮し、完全公正価格ルールによる修正局面にあるといえよう。支配株主による株主主権万能主義の修正として英国会社法改正などにみる利害関係人の重視も念頭に置きつつあるともみられる。社外取締役の独立性強化と支配株主の株主主権に基づく考え方でなく、専

門性と少数株主に配慮した公正性を重視する案件として示唆する点が多い。米国の受託者責任において忠実義務あるいは誠実義務に関する修正局面にあり、株主主権が明白な米国において少数株主や利害関係者の利益についてデラウェア裁判所が最高裁レベルではないものの実態的に考慮に入れつつあると思料される。支配株主と経営陣が対立関係がある上場企業において、多面的な企業価値を考慮し積極的修正の方向性が示されるともいえよう。日米のガバナンス、受託者責任の考え方等の近接性を示している⁶¹が、我が国では公正価格算定の妥当性、少数株主権の縮減防止等⁶²はともかく、価格算定自体を証券市場理論等を実際に駆使して裁判所が算定する局面には至っていないと考えられる。また eBay 訴訟（二〇一〇年）の事案などは、支配株主ではなくとも一定程度の保有数があり、逆にその株主第一主義が肯定されたもので、結論については株主第一主義を求めて逆であるが、問題の本質では共通性を有するといえよう。

5. 支配少数株主と株主間差別化

金融危機等を背景に、善良なる経営陣の想定する企業価値最大化と支配株主の追求する株主価値との間にズレが生じる場合が顕在化しつつある。経営判断原則は基本的には一般株主と経営陣が対立する局面の問題であろうが、支配株主と経営陣が一体の場合には、少数株主や利害関係者の利益を考察することになり、Principal Agent 問題も検討されよう。経営意思決定の迅速化を目指す動きと共に、支配少数株主が経営の実権を掌握しているケースにおいてはインセンティブの相克が生じ易く、利害が強調される場合には、こうした傾向を嫌気する支配株主主導の非公開化が進むことも予想される（私見）。

6. 注意義務と忠実義務の序列、誠実 (Good faith) 義務とスチュワードシップ・コード

取締役の職務執行に際して法的に求められる適切な動機・認識の意義を誠実性 (Good faith) として考察せんとする

研究が進められ、信認義務の規範の中の忠実義務、注意義務、重過失 (gross negligence)、権限濫用などの相互関係が検討される。⁶³ 忠実義務は取締役の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積極的作為義務を含むことが学説、デラウェア州判例において確認されている。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の実現のために注意と技能を尽くし、慎重に行動すべき義務を意味する。忠実義務が充足されて注意義務が成立する序列関係の存在が認められるが、その存否が渾然として司法審査される場面が存在する。⁶⁴

忠実義務については、①会社の利益は総株主の利益の増進と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は忠実義務違反になりうると解され、差止請求等の救済が認められることから、会社損害を要件としない取締役に対する一般的差止請求を認容する議論に繋がること、②取締役は会社と株主に対し信認義務を負うと説明する場合、少数派株主に対して取締役が義務を負う根拠と内容につき考察が行われていないこと、③誠実性の欠如が争われる場面に取締役の監視義務懈怠があるが、判例等の整理が行われていないこと、④忠実義務規範に含まれる競業避止義務の説明がないこと等が指摘される。

私見であるが、これらは誠実 (good faith) 義務を忠実義務の下位的要求とする 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といえよう。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明となり、忠実義務が柔軟性を有して適用領域が拡大する反面、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に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司法判断が及び、取締役の責任が問われる場合の本来的な監視責任の担い手はどうなるか、両方の義務が混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る問題であろう。スチュワードシップ・コード、

英国会社法における一般的義務規定とも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の流れの中で顕現化してきた論点ともいえる。

五．米国におけるステークホルダーと企業価値向上の重視

— The Accountable Capitalism Act、eBay Domestic Holdings 判決 —

1. 米国におけるエンゲージメント、スチュワードシップの受容

ルールベースの米国においてもスチュワードシップ・コードの考え方を取り込み、経営陣とのエンゲージメント・対話に向けた動きが窺える。独立社外取締役が、株主のスチュワード（執事）として経営陣から独立して経営戦略に踏み込み意見交換を行う方向性が指摘されている⁽⁶⁵⁾。コードの実質化、義務化の内容が米国ではハードローとして顕現しつつあるともいえよう。他方で我が国では上場企業に限定してソフトロー（上場規則）として導入し、徐々にエンフォースメントを強化する手法と史料され、早急かつ柔軟に成果を上げ社会的なコスト軽減にも繋がる。近時のFinTechにおけるRegulatory Sandbox（治験の場）に類似した考え方となるうか。

2. 米国におけるスチュワードシップ原則とコーポレート・ガバナンス原則制定

(1) 民間団体主導のコード制定

政府による公定のスチュワードシップ・コード、コーポレートガバナンス・コードが制定されていない米国において、二〇一七年一月主要機関投資家および運用会社が投資コミュニティのステュワードシップ、コーポレート・ガバ

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、
一五二（三八七）

米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務（藤川）

ナンスの推進するために自主団体である Investor Stewardship Group (ISG) を設立し、スチュワードシップとコーポレート・ガバナンスに関する原則を制定した。⁽⁶⁶⁾ 二〇一八年一月一日発効し、ISGは上場企業に対し二〇一八年の株主総会前までに対応することを求める。米国ではエンゲージメントに関する基準は存在せず、これまで機関投資家は社内体制、対象先選定など独自方法によりエンゲージメント活動を行ってきた。

(2) スチュワードシップ原則

原則A…機関投資家は議決権行使および対話に関するガイドライン等を策定・開示し、議決権行使および対話活動結果についても開示すべきである。原則B…アセットオーナーは運用機関がどのようにスチュワードシップ責任を果たしているか等について評価すべきである。原則C…機関投資家は、利益相反（潜在的なものを含む）を回避するための手続きを確保すべきである。原則D…議決権行使助言会社を利用する場合には、当該助言会社が利益相反管理を行っていることを確保すべきである。原則E…企業との対話が不調となった場合に、これに対する対応を企業に対し開示すべきである。原則F…機関投資家は、協働してガバナンスに関する共通の問題への対応を検討すべきである。

(3) コーポレート・ガバナンス原則

原則一…取締役会は、株主に対して説明責任を負う。原則二…株主は、経済的持分に比例した議決権を行使する権利が付与されるべきである。原則三…取締役会は、株主に応対し、株主視点を理解するために積極的であるべきである。原則四…取締役会は、強力で独立したリーダーシップ構造を持つべきである。原則五…取締役会は、その有効性を高めるための体制と慣行を採用すべきである。原則六…取締役会は、会社の長期戦略に沿った経営インセンティブ体制を構築すべきである。なお原則二について、ベンチャー企業を中心に支配権保持のため議決権種類株式を発行す

る事例が増加し、SEC（証券取引委員会）は一九八八年自己規制機関（証券取引所）に一株一議決権以上の議決権を有する新株を発行した会社の上場および取引を禁じる規則一九c―四を採択したが、一九九〇年経済団体ビジネス・ラウンドテーブルにおいて敗訴し、撤回していた。ISGは自主ルールの形で規則一九c―四と同等の内容を盛り込んだことになる⁽⁶⁷⁾。

3. The Accountable Capitalism Act' Benefit Corporations Model

(1) The Accountable Capitalism Act

米国では民間主導のコード策定と別に、民主党主導により株主のみならずステークホルダーの利益に配慮した経営を求め、連邦政府からの認定取得を義務付ける法案 Accountable Capitalism Act（責任ある資本主義法案 ACA）が二〇一八年八月提出された⁽⁶⁸⁾。

① 背景と意図

The Accountable Capitalism Act は米国で拡大する経済的格差・不平等を克服すべく、ガバナンス改革を通じて資本主義の機能不全を解決せんとする（democratic socialism）。かかる機能不全は、一九七〇年代にステークホルダーとの価値バランスから株主第一主義へ変化したことに始まる⁽⁶⁹⁾。その弊害として、（a）利益の株主配分の増加（一九八〇年代五〇％以下から二〇一〇年代九三％）があり、S&P500の461社をみても自社株買いは\$4trillion（利益の五四％）、配当は\$2.9trillion（利益の三九％）に達した。（b）事業拡大のための再投資が減少し、国際競争力低下、従業員の可処分所得の低下に繋がった。（c）富裕層への集中と格差拡大により、上位一〇％の富裕層が全株式の八四％を所有するに至っている。

ステークホルダーの価値バランスへの回帰が図られ、ビジネスを主たる推進力としつつ、経済システムで労働者に優先順位を付けるべく、株主に与える金銭的インセンティブの排除、企業の政治活動の抑制、労働者からも戦略的決断の意見を得ることを提案している。

② 法案の要点

(a) 年間売上高 \$100 億企業は、連邦政府から USCS (United States Corporations) の認定を受けることを義務付ける。(b) 商務省内に設置される Office of USCS が USCS の認定、評価を行い、違反企業には認定を取消す。(c) USCS は株主のみならず、従業員、顧客、地域社会など全ステークホルダーの利益を考慮した経営を行うことが求められ、Benefit Corporations Model が参考にされる。(d) 取締役会は、少なくとも 40% が従業員から従業員により選出される。(e) 取締役、執行役は報酬の得た自社株式について五年以内の売却、三年以内の会社による買戻しも不可となる。(f) 政治献金する場合、株主 75% 以上ならびに取締役 75% 以上の賛成による承認が求められる。背景には Citizens United v. Federal Election Commission (2010) の司法判断が存在する。⁽²⁰⁾

(d) の従業員参加は英国 CGC と主旨を共通にするが、従業員による選出を求めるなど一層ドイツ共同決定法の影響を受けた内容となる。従業員主権の必要性は、我が国も欧米のように企業経営を専門とする経営経験者の流動的な市場形成が進むなど環境が変化すれば、様相は異なるうか(私見)。ステークホルダーの価値バランスによる経営を法的に支援する新しいガバナンスモデルとして当該法案に賛同も得られ、既存会社の移行も含め税制上のインセンティブを検討することも提案されている。⁽²¹⁾ 反面、連邦政府が USCS 認定企業の管理を行う点で経営の自由の阻害に当たるとして反対意見も出される。

(2) Benefit Corporations Model' eBay Domestic Holdings 判決

ウォーレン議員の提唱は Benefit Corporations Model (BCM) の着想があり、二〇一〇メリーランド州で初めて法制化され、三三州とDCで法的に認められた新たな法人形態である。⁽⁷²⁾ 株主のみならず顧客、従業員、関東などステークホルダーの利害も法的側面から追及を可能とする。従来の C-Corporation⁽⁷³⁾ 同様に税制面の優遇措置はなされない。

近年、eBay (eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark (Sept. 9, 2010))⁽⁷⁴⁾ 訴訟において株主第一主義により eBay 側に有利な判決が出され、公益重視の経営が困難となったことを背景に、多様な価値観を有する企業が法的保護の下で自由に経済活動を行えるようにガバナンスモデルが提示された。BCMの規定内容は州毎に異なるが、①目的は公共の利益拡大で特定の公共利益を目的とすることも可能である。②アカウントビリティでは取締役、執行役は経営判断に当たり株主、従業員、顧客、サプライヤー、コミュニティ、環境等全ステークホルダーの利益を考慮する。③透明性 (transparency) では年間活動を第三者の基準に基づき会社自身が評価し、結果をステークホルダーに透明性を持って公開する。

BCMは現在七千社を超える企業が採用しているが、大半が社会貢献の価値観を有するミレニアム世代の起業家で、基準が充足できず株主と摩擦を生じる例もある。課題としては、①C-Corporation が定款変更を行い、株主同意を得て移行するメリットが少ない。②デラウェア州では九〇%の株主同意を要する。③事業拡大による子会社保有、M & A等の規則が明確ではない。④長期的利益と社会的責任にかかるコミットメントを得ることは容易でない。

(3) 米国のコーポレート・ガバナンスの多様性、エンフォースメント

C-Corporation Modelにおける株主第一主義に対して、サステナビリティと多様性、ガバナンスと長期的企業価値向上に向けた経営を行う企業が増加していることになる。我が国も企業自身が独自の価値観・ビジョンを持ち、ステークホルダーとの価値のバランスを認識しつつガバナンス改革を進めるハイブリット型経営を進めることが重要になる。⁽⁷⁵⁾ アベノミクスの根幹に位置付けられるガバナンス改革は、この点では改革の方向性を寧ろ先取りしたものと評し得る。ルールベースの米国がスチュワードシップの考え方を取り入れ、対話を通じた長期的企業価値向上を指向し、ハードローに馴染みにくい内容の実現に向けた法制度整備がされつつあることは、英国の一連の改革を範としたガバナンスの世界的収斂の傾向を示しているともいえる(私見)。

Benefit Corporations 法に関して、第三者基準による評価および報告を求めて実質的なエンフォースメント確保を図っているが、社会的利益の追求自体を強制するものでなく、第三者基準の設定者自身による継続的監督も当該基準自体の内容の質を担保する法的な仕組みもないため、エンフォースメントとしての有効性は限定的であることが指摘される。⁽⁷⁶⁾

4. 従業員発言の拡大と受託者責任

ACAの内容について、従業員発言の拡大とUSCS (United States Corporations) における取締役会構成と受託者責任、ドイツ共同決定法等の関連から検討を深めたい。ACAは、同法成立後一年以内にSECと協議し、USCSの取締役の四〇%以上は同社の従業員から選出する内容の規則策定を要請する(ACA第六条)。労働省に対しては商務省と連携し、USCSがSEC規則を遵守していることを確認することを要請した。遵守しない場合、労働省は同

取締役に対して罰金を科す、または商務省はUSCsの免許を取消す権限を有する。これによりUSCsは一般的な公共の便益を追及する主体として、全ステークホルダーの最善の利益を追求することを法的に義務付けられることになる。

ウォーレン議員は、USCsの取締役は社会に対する受託者責任を負う主体であると位置付けている。⁽⁷⁷⁾ ドイツ共同決定制度（二層制）において監査役会における株主代表は株主総会で選出され、従業員代表は当該企業の従業員および労働者組合によって選出される。⁽⁷⁸⁾ ウォーレン議員は共同決定法を評価し、株主至上主義（Shareholders' Capitalism）から一般的な公共の便益を追及するステークホルダー（公益）資本主義（Public Interest Capitalism）に転換することで生活水準向上、持続的経済成長を目指している。⁽⁷⁹⁾

5. 米国の受託者責任と長期企業価値向上、議決権行使助言会社にかかる規制改革提言

政治献金にかかるCitizens United v. Federal Election Commission（2010）の司法判断に関連し、ウォーレン議員は言論の自由が個人のみならず法人にも等しく適用されるという同判決の正当性に疑問を呈し、法人は道徳的な米国民ではないとする。ACA第八条では米国株式会社が同要件を充足しない場合、株主は同社を提訴でき、商務省は同社の免許を取消すことができると規定している。

SECはガバナンス向上から自社株買い規制（一九八二年策定の一九三四年証券取引法一〇条（b）（18））の改革を提言⁽⁸⁰⁾し、連邦議会は議決権行使助言会社（Proxy Advisory Firm）に焦点を置き提言を行った。代表的なISS（Institutional Shareholder Services）、グラスルイスについては、大手資産運用会社の二〇一七年議決権行使数の八五%以上が推奨に従っているなど、事実上のガバナンスの基準策定者の地位にある半面、会社提案に反対の姿勢を示す場合にしばしば

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、一五七（三九三）

米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務（藤川）

誤解や事実誤認があるとされ、⁽⁸¹⁾ IPO上場を躊躇する要因とも指摘されている。ガバナンス評価の改善に向けたコンサルタント業務も提供し、潜在的な利益相反の可能性も懸念される。

連邦下院では二〇一七年十二月コーポレート・ガバナンス改革および透明性法案 (Corporate Governance Reform and Transparency Act of 2017) が可決され、議決権行使助言会社にSEC登録の義務付け、正確かつ客観的な提言を行う専門性と能力の証明の義務付け、発行体に対して議決権行使助言会社に対応する時間を十分与えることを主な内容とする。

ドナルド・トランプ大統領は、二〇一八年八月SECに対して米国上場企業の決算を四半期から半期決算に変更することの影響の調査を指示し、柔軟性やコスト削減、雇用促進、ビジネス環境改善に繋がることを期待する。短期主義の是正ともいえ、透明性法案の方向性とも整合する。現下のガバナンス改革の方向性は、米国上場企業が長期的視点から企業価値向上を促すことを求めている。内部統制、監査などコンプライアンス態勢の整備あるいは開示強化等の形式面のみならず、上場企業数が過去二〇年間で半減する事態を受け、公開市場の競争力向上に向けた施策を進めつつある。⁽⁸²⁾ 株主第一主義からステークホルダーとの価値バランスに向けて、米国ではショートターミズムの修正、英国二〇〇六年会社法一七二条と共通性を有する取締役の義務を法制度化せんとする動きが生じつつあることになる。法案の反響は大きく、企業価値向上に関して上場規則により事実上のエンフォースマメントを図らんとする我が国の方向性とも異なる。ルールベースの米国において、企業の柔軟性を求められるガバナンス領域の対応として法案化を試み、ハードローの内容が実質的にはソフトローを取り込みつつあるといえよう (私見)。

六．米国における敵対的買収防衛策の再考察、ユニカル基準などを通じた新たなガバナンス形成とスチュワードシップ受容の契機

1. eBay Domestic Holdings 判決（二〇一〇年）とユニカル基準、支配株主の信認義務違反

eBay 事件判決において、買収防衛策にかかるユニカル基準の適用などが改めて問題になっている。衡平法裁判所は本件ポイズンピルがユニカル基準の二つの要件を充足しないことを理由に小規模閉鎖会社 Craiglist 社において取締役である創設者 Craig Newmark と Jim Buckmaster が導入したライツプラン（ポイズンピル）を無効と判示している⁽⁸³⁾。無償によるコミュニティサービスの提供を標榜して経済的利益の積極的追求を指向する原告少数派株主による支配権取得を防ぐべくライツプランを採択した取締役らにつき、信認義務違反が認められるとライツプランの無効の主張がされたことに対して、ユニカル基準の充足が否定され、原告主張が認容された⁽⁸⁴⁾。

デラウェア州衡平法裁判所は、(a) 期差取締役会 (classified board, staggered board)⁽⁸⁵⁾ 導入は本件において買収防衛策と解されず、経営判断原則が適用される。(b) ライツプランは防衛策としてユニカル基準の下で審査される。(c) 新株発行は古典的な利益相反取引であり、完全公正 (entire fairness) 基準で審査されると判じた。(a) について、取締役会を通じ競業行為者が自由に情報を共有しないようにすることには正当で合理的事業目的が認められ、信認義務違反は肯定されない。他方、(c) については Newmark、Buckmaster 間に本件対抗措置の以前から相互に先買権を認める合意があり、(c) は会社の先買権に置換するのみであったのに対し、eBay 社は既に株主間の先買権から解放されていたにも拘わらず、(c) の措置により改めて craigslist 社への先買権付与を求められることとなり、新株発行の

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、
米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務（藤川）
一五九（三九五）

対価は不平等で公正ではない等とされた結果、本件新株発行は無効とされている。

本件 *eBay* 事件判決は、取締役が株主利益最大化を図る義務を放棄することは許されないことを改めて示し、⁽⁸⁶⁾ 経営者側が株主利益以外の目的について、関連性を主張せず前面に押し出せば信託義務違反を認定されかねないことになる。⁽⁸⁷⁾

2. 米国デラウェア州の近時の裁判例とスチュワードシップ・コード受容

(1) *Wolf Pack* の司法判断—敵対的買収防衛策にかかるユノカル判決、ブラウシス判決—

(イ) *Third Point* の買い増しに対する *Sotheby's* 社の買収防衛策 株式大量保有報告制度の対象にならない形で複数ファンドが協調的意思の下に独自に株式を買い進める対応 (*Wolf Pack*) に対して、デラウェア州の近時の裁判例は低水準の発動基準を持つ敵対的買収防衛策⁽⁸⁸⁾を肯定し、経営陣による自己防衛の肯定、アクティビスト・ファンドの活動阻止の何れでもなく、上場企業の取締役会が中長期的利益の最大化の視点に立って正当な事業戦略を有する場合、当該戦略に対し脅威となり得る短期的利益の実現行動に裁判所は少なくとも助力しないとのスタンスを明らかにしている。*Third Point* 事件 (二〇一四年) では、アクティビスト・ファンド *Third Point* の買い増しに対する *Sotheby's* 社の買収防衛策について、米国デラウェア州の裁判例は上場企業側が当該時点の株主構成で株主総会での決選投票を行うために必要な行為を広く許容する法解釈を展開し、アクティビスト・ファンドとの関係で議決権の一〇%という低水準の発動基準を持つ買収防衛策を肯定した。⁽⁸⁹⁾ この点では、*eBay* 判決とは逆の結論が出されたことになる。

(ロ) ユノカル判決、ブラウシス判決のフレームワークとスチュワードシップ受容 ユノカル判決 (*Unocal Corp. v.*

Mesa Petroleum Co. 1985) の基準、更にブラウシス判決 (*Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp.* 1988) による基準について

更に検討しておきたい。ユノカル基準 (The Unocal standard) は、二つの段階 (two prongs) から構成されている (注)。一つは合理性テストで、取締役会が企業の方針および有効性に対する危険性が存在すると信じるだけの合理的な根拠があることを実証することにより充足される。言い換えれば、取締役会は法的に認められる脅威を明確にしなければならぬ (must articulate)⁽⁹¹⁾。

ユノカル基準の二つ目の段階は比例性テスト (a proportionality test) で、取締役会の防御的対応は提示された脅威に対して妥当であることを証明することより充足される。比例性のレビュー更に二つの部分から成り、第一に、裁判所は取締役会の防衛的行為が排除的または威圧的の何れかの点で過激である (draconian, by being either preclusive or coercive) かどうかを検討しなければならない。第二に、脅威に対する取締役会の対応が過激ではなかった場合、裁判所はその後、取締役会の行動は提起された脅威に対する合理的な対応の範囲内であるかどうかを決定しなければならない⁽⁹¹⁾。被告である取締役会は、ユノカル基準の下での合理性を証明する責任を負っている。

ユノカル判決から派生する基準として、議決権の実効性を妨害することを主要目的とする防衛策に関するブラシウス基準 (一九八八年) があり、買収者の委任状合戦を著しく妨害する目的で行う防衛策として有事において取締役会定数を増加し株主の議決権行使を妨げる場合は経営者の保身を助長するもので過剰とされる。ブラシウス基準の下では防衛策は否定される方向に働くことになる。本件ではブラシウス基準適用も考えられるが、取締役会が中長期的利益の最大化から正当な事業戦略を有する場合、これを否定してユノカル基準に基づき判断を下し、敵対的買収防衛策に関する一定の許容性を示したものと史料される。取締役選解任の議案等への反対投票を念頭に置いた対処と異なり、米国においても徐々にスチュワードシップの考え方が浸透しつつあるともいえる。SSC受容の契機にも繋がる。

英国 スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、 一六六一 (三九七)

米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務 (藤川)

(2) 買収防衛策の有用性の再考察ならびに Wolf Pack と集団的エンゲージメント

我が国株主総会では近時は買収防衛策の廃止を行う企業が増加している。反面で買収防衛策になおも残る意義として、市場買付けは公開買付制度の対象でなく、強圧性が排除されない買付けも可能で、自社の事業戦略について対等な立場でファンド等買付者側と交渉や協議をすることを考えればファンドの買増しを止める措置は重要な意味合いを持つ。⁹² 即ち買収防衛策により経営陣の交渉力が一定程度確保され、対決型でなく企業価値向上に向けた対話・エンゲージメントが図られ経営陣とアクティビストの建設的な合意形成が行われるための道程となろう。

ファンド従業員出身取締役は独立社外取締役ではなく、特定株主の利益代表であるが、情報格差等の障害が開示規制等の更なる整備で克服できれば、彼我の差異はあれ、なお中長期的企業価値向上に向けた経営陣との協働態勢の構築が対話等により可能となる余地があると思料される。議決権行使行動にかかる環境変化は、アクティビストにおいて機関投資家の議決権を取り込む Wolf Pack の可能性を引き上げ、Wolf Pack によるアクティビストと経営陣の協働化を通じて、企業価値向上の道程をつける意味合いから買収防衛策にもなお新たな有益性が示されているといえよう。英国 SSC の「機関投資家は適切な場合に他の投資家と協調して行動すべき」との集団的エンゲージメントを推奨する原則について、有益な場合もあり得ることが我が国 SSC の指針(四一四)に漸く盛り込まれ、機関投資家において集団的エンゲージメントを積極的に活用する素地は整いつつある。

七．我が国におけるガバナンス制度改革の展望に向けて――まとめをかねて――

1. 本稿では、英国ならびに米国における近時のガバナンス制度改革に焦点を当て、英国ではC G Cの改訂、更にはS S C改訂に向けた最新の議論を検討した。米国では株主主権からステークホルダー重視への変容について議員立法提案ならびに敵対的買収防衛策にかかる判例理論の考察を進めた。両国のガバナンス制度改革のアプローチは乖離していたが、企業価値向上に向けた世界的なガバナンスの収斂化の傾向を窺うことができ、取締役会の責任あるいは株主主権への対応などの他、従業員に関して経営への関与強化を推進せんとする点でも共通する。法秩序形成や制度改革手法のアプローチは異なるが、我が国ガバナンス改革の俯瞰にも大いに資するものである。

英国では我が国が範とするダブルコード改訂の動きと並行して、英国二〇〇六年会社法一七二条の会社の成功を促進するための取締役の義務を基礎とする部分的ハードローが形成されている。

ルールベースと株主至上主義を貫いてきたる米国においても、民主党エリザベス・ウォーレン議員から説明責任ある資本主義法案が出され、経済的格差の拡大と不平等の克服に向けステークホルダーの利益に配慮するガバナンス改革を通じて、過重な配当負担等による成長投資の減少など資本主義の機能不全の解決に向けた抜本的な提案がなされている。ユニカル基準やブラシウス基準の適用を通して、アクティビスト・ファンドあるいは支配株主の議決権行使などに関する新しい司法判断も出され、議論が交錯する状況にある。背景にはWolf Packと集团的エンゲージメント、取締役の対株主責任のみならず株主の担うべき対会社責任にかかる忠実義務の考察等も存在する。

米国は施策面からスチュワードシップの考え方を取り込み、株主と経営陣の対話を通じた長期的企業価値向上が試

行され、ハードローに馴染みにくい内容の実現に向け一定の法制整備が指向されつつある。また注意義務や忠実義務にかかる概念の規範化、買収防衛策におけるユノカル基準などケースローからハードロー形成に向かうものと思料される。

他方、英国の inclusive (包括的) アプローチは、株主利益にやや重きを残しつつ、忠実義務の枠を超えて受託者義務により将来の株主を含めた一般的株主利益を想定し、法人擬制説に立つハードローミックスである。

我が国は英国を模範としつつ中長期的企業価値向上に向けて攻めのガバナンス改革が進められるが、会社法に根拠を置いたハードローミックスの形をとらず、エンフォースマメントのあり方、グループガバナンスなどプラクティス面の課題も残る。各国が共通してガバナンスの重点が株主主権から多様なステークホルダー重視、コンプライアンスから企業価値向上へ移る過程にあると思料され、各々異なる歴史や背景の下で金融資本主義のジレンマを抱え、その克服に向けて制度改革を打ち出しつつあるといえよう。以下では、改めて項目ごとに要諦を掲げておきたい。

2. 英国のダブルコード改訂の方向性として、英国二〇〇六年会社法一七二条を共通の目標として掲げてきた点が挙げられる。同じくコモローを基礎としつつ、米国と異なり取締役の受託者責任の枠内において企業価値向上という共通認識のもと、広範な取締役の一般的義務を規定するものといえる。英国二〇〇六年会社法一七二条においては、会社の成功に向けて行動する取締役の義務について、多様なステークホルダーに対応して六つの事項を考慮しつつ株主全体の利益のために誠実と考える方法に従って行動すべき旨が示される。意思決定により長期的に生じると考えられる結果、従業員の利益、顧客等の関係を育成する必要性、地域社会および環境に対し会社の活動が与える影響、事業上の行為について会社が評価を維持することが望ましいこと、株主間において公正に行為することの必要性であり、

最後の点は相反する背景を背負った全取締役について、社外取締役を一律に想定するのではなく、企業価値最大化のための忠実義務を一層明確化する内容のものといえるが、ハードローで定めている点、注目される。

3. 米国では、判例法で緩和された注意義務と対照的に忠実義務では適用の厳格化が指向されたが、範囲としては柔軟に対象を拡大しつつあることが窺える。コードを持たない米国にとりルールベースで捕捉しきれない領域に対して忠実義務の規範化概念の範疇において柔軟性な対応を可能とする。

英国では二〇〇六年会社法一七二条の実効性確保の視点から、業界によるフォーラム形成など規範意識の高揚に向けた動きもみられ、SSC、CGCの制度設計上も枢要な役割を果たしている。一七二条は法文が限定列挙の内容となつていていることについて、規定のあり方に疑問も提示されている。改正では従業員の利益に配慮を見せているが、今後ESG、SDGs等の対応を余儀なくされることを鑑みれば、首肯される指摘である。

4. 株主に関して支配株主、あるいは過半数には到達しないアクティビストか、それも機関投資家かファンドかなど多様性を持つ事例にかかる米国の司法判断が示されつつある。社外取締役が株主の利益代表であると仮定しても、ファンドから経営陣との合意あるいは私的和解により送り込まれた場合など、総体的に当該企業の長期的利益か、短期的利益か、あるいは利益計上に関する派遣元のファンドに結果的に有利とみなさない計数処理方法か等、社外取締役間でも事実上差異が生じかねず、情報格差、非対称性等によるディスクロージャー・ルールの課題も生じる。注意義務では包含しにくい領域であり、また米国では注意義務における過失認定には緩い歴史もある。

支配株主にかかる忠実義務、株主間の差別化の問題は近時、米国判例上も少なからぬ議論となつてきた(Southern Peru事件)。支配株主、分散株主等により株主が担うべき対会社義務も内容が異なると考えられ、利益相反モデルに

よる四類型化の試みもされる。支配株主の場合、取締役派遣も監視に止まらずガバナンス改革の全責任を担う。他方ファンドでは改善要求を突き付け、キャピタルゲインなどのリターン期待、私的和解、集团的エンゲージメントの行動をとり得る。情報格差の問題はいずれの類型もあり得るが、ファンドの場合はインセンティブが強いといえよう。

多様な株主利益を代表する社外取締役を含む取締役会が共通して企業価値向上を目指すべき規定として英国では二〇〇六年会社法一七二条が存在し、同条を前提にソフトローであるコードにおいて企業価値向上に向けた柔軟な対応が図られ、他方米国ではケースローによつて忠実義務の扱いに柔軟性を持たせる形がとられてきた。英国ではダブルコードにおいて株主、ステークホルダー等の多様化の傾向を柔軟に反映でき、取締役会をコンプライアンスのみならず、企業価値向上を図る戦略的意思決定、リスクマネジメント上の最終の防衛線 (third line of defense) としてリスクガバナンスの機能を担わしめる根幹の構造となっている⁽⁹³⁾。

5. 我が国でも忠実義務の内容面について拡大し、利益相反防止に止まらず、企業価値向上をコードに義務化する規定を置き、注意義務を含む受託者責任とは別に並列させる制度設計が想定できないか (異質説による)。問題意識として一石を投じたい。半面で、忠実義務の有する本来の厳格性が緩むことは避けたいため、コードによる対応が望ましい。

6. 政府による公定のコードが制定されない米国においても、二〇一八年一月主要機関投資家および運用会社は投資コミュニティのスチュワードシップ、コーポレート・ガバナンスを推進するため Investor Stewardship Group (ISG) を設立し、機関投資家向けにスチュワードシップとコーポレート・ガバナンスに関する原則を制定した。EUと異なり、エンゲージメントに関する基準が存在せず、各機関投資家はエンゲージメントを担う社内体制、対象

先の選定方法など独自の方法によりエンゲージメント活動を行ってきたが、この面でも徐々に世界的なガバナンスの収斂の兆しが顕在化しつつある。

7. 世界的な景気停滞下、パッシブ運用が増え投資家に協調行動化が進んでおり、議決権行使助言会社の依存度も高まる中、米国下院で二〇一七年一二月コーポレート・ガバナンス改革および透明性法案 (Corporate Governance Reform and Transparency Act of 2017) が可決され、助言会社にSEC登録ならびに正確かつ客観的な提言を行う専門性と能力の証明を義務付け、発行体に対して助言会社に対応する時間を十分与えることを求めている。二〇一七年五月一七日改正EU株主権利指令でも助言会社に関する規律が設けられた。機関投資家が助言会社サービスを利用し、情報処理コスト削減に寄与する一方、分散ポートフォリオや外国人投資家の議決権行使に重要な影響を与えるため、一層の透明性が求められる⁹⁴。

8. ルールベースの米国は英国二〇〇六年会社法一七二条の広範な受け皿を採用しにくく、他方英国は純粹株主義を脱して一七二条の捕捉範囲を拡大したとされる。英国の場合、元来は組合契約的結合が主で柔軟な対応が可能という特徴もある。米国のように忠実義務に拘泥すれば、勢い支配株主など株主間の差別化、取締役の株主に対する義務という議論に入らざるを得ない。英国の制度設計の利点を生かし、我が国の場合、英国二〇〇六年会社法一七二条の内容である企業価値向上遵守義務を我が国CGCに規定すればなおのこと柔軟に対応できようか。内容面の精査は、今後のケースロー、実務指針に委ねることとなる。経済産業省が積極的に取りまとめつつあるガバナンスのプラクティス、グループガバナンスの類型化などガイドラインの比重が増していこう。

我が国SSCが実質化を進める上で集团的エンゲージメント整備も求められる。受託者責任を負う株主において

Wolf Pack 戦術を駆使するアクティビストと支配株主を両極とし、社外取締役の担う忠実性にも多様性があり、取締役の忠実義務イコール株主の忠実義務に重なりかねない場合、取締役会の健全かつ効率的な機能発揮のためにも情報格差是正などのハードロー規制のみならず、ダブルコードの両面から誘導を図ることが考えられる。プラクティスのガイドラインとも合わせ柔軟性、自主性維持から有益な手法となろう。

9. 米国における株主にかかる忠実義務を検討する場合、ドイツ法的にヨコの関係重視し、株主相互間の誠実義務違反・株主間差別化とみる立場との親和性から、コモンローの修正局面がケースローにより生じつつあることが看取できようか。

アクティビストと異なり支配株主では長期的視点でメリット追求を図ることが想定され、情報格差による利益獲得、他の株主との利益相反は要因として少なくなろう。対話とエンゲージメントをダブルコードが進め、機関投資家に求める行動と支配株主による経営への圧力については本来異質なものとなってくる。支配株主の関連事案において、コードの中で経営陣に対して規律付けを図る内容としては、単に主要株主あるいは三分の二の多数を超える株主の賛意を得ればよいとするのではなく、結果としては取締役会評価 (board evaluation) において適切な評価を行い、改善 (PDCA) を図ることが主になろう。ブルドックス事件にかかる最高裁決定⁹⁵に対して、単純な株主主権主義に対して我が国においても神田秀樹教授などから批判がされる⁹⁶。社外取締役の独立性と専門性の相克・ジレンマ、完全公正原則と忠実義務の考察などが鍵となつてこよう。

経営陣が支配株主のために受託者責任を果たすべき、と単純に言えるケースでもなく、支配株主もまた少数株主の利益に資する行動が求められる法的根拠について、株主自身に対会社の忠実義務を認めていく制度設計も検討される。

多様なステークホルダーのために攻めのガバナンスが我が国CGCの冒頭で規定されており、経営陣、多様な株主とも協同して企業価値向上を図ることが求められる。

10. 部分的ハードロー化の前提として、英国二〇〇六年会社法一七二条の概念の導入が有用になろう。支配株主派遣の社外取締役に対しても協働して企業価値向上に向けて取締役会の機能を果たさせるには、企業価値向上の意味合いの共通認識を持たせることが必要になる。WACC (Weighted Average Cost of Capital 加重平均資本コスト)、CAPM (Capital Asset Pricing Model 資本資産評価モデル) など資本コストの内容も株主属性等により相違し、ROE (Return on Equity 自己資本利益率)、ROIC (Return on Invested Capital 投下資本利益率) など目標値に関する認識の統一も求められる。そのためにも対話、エンゲージメントの一層の形成が改めて求められる。こうした整備がSSC、CGCの実質化、義務化の視点から、集团的エンゲージメントの発揮のために前提として重要となる。この面では長期的株主のエンゲージメント促進に関する改正EU第二次株主権利指令が発せられたが、仲介機関に対して上場会社の在り方について包括的役割を担わせること、〇・五%以上の持株比率を有する株主が誰かを知る権利を会社に与え、もはや株主の匿名性を否定する立場に立っていることが指摘される。⁽⁹⁷⁾ここから、背後にいる真の株主を特定する必要性も生じよう。⁽⁹⁸⁾

11. 近時、Southern Peru 事件における支配株主の株主としての忠実義務のほか、アクティビストにかかるThirdPoint 事件ならびにe-Bay 事件においては共通して敵対的買収防衛策にかかるユノカル基準等のスクリーンを通して、株主の企業価値向上義務や株主第一主義のあり方などが米国において議論となってきた。ThirdPoint 事件では株主であるアクティビストに厳しい判断が出され、e-Bay 事件では株主第一主義の判断が維持されている。株主

英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、

米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務(藤川)

第一主義に対して米国資本主義の将来に対する危機感からウォーレン法案 (The Accountable Capitalism Act ACA) が提出され、多くの州法で公益会社モデル (Benefit Corporations Model) の規定が浸透しつつある。一方で、支配株主に対して会社に対する忠実義務を認めたとされる Southern Peru 事件も近時存在している。

これらの一見錯綜した事案の整合性をとる考察として、閉鎖会社の特殊性により、e-Bay 事件の場合は支配株主ではないが、無視はできないシェアを有する株主であり、また短期的利益追求に走っていた訳でもなく、アクティビストとも相違すること等が挙げられよう。また支配株主、アクティビストの場合、各々企業価値向上を至上とする企業理念にかかる中立性の点に疑問があり、支配株主の場合は短期的視点でないにせよ、少なくとも利益相反性を内包している。この点でも e-Bay 事件とは内実が異なるといえよう。

12. 米国において受託者責任あるいは信託義務の内容としての忠実義務、誠実 (Good faith) 義務を重ねた規範化の概念が進み、ウォーレン議員の提案にも繋がり、経済成長に向けた米国資本主義の転機に向けた流れに連なるともいえる。民間機関の自主的なダブルコード制定と平行してハードローにおける規範化あるいはソフトロー化の動きが出たことになるが、英国流のハードローミックスでなく、形式的にはルールベース主体の米国であくまでハードローの枠内の法制度として形成が進むのであろうか。我が国ではコードが上場規則として事実上のエンフォースメントを有しているが、米国の民間機関のダブルコードは同じソフトローと解しても、模範的コードとしての性格に留まる点でも大きな相違がある。

13. 米国の忠実義務、英国の inclusive アプローチ、ウォーレン議員の A C A 法案の共通点、スチュワードシップ・コードの事実上の受容について、まとめておきたい。米国における支配株主にかかる裁判例、会社に対する忠実

義務ならびに株主間差別化の検討を通じて、忠実義務において適用に柔軟さを認め、従来は注意義務の一部とされた誠実執行義務 (Duty of good faith) につき、意図的な義務の怠慢 (intentional dereliction of duty) あるいは意識的な義務の軽視 (conscious disregard for one's responsibilities) の領域に対しては責任減免等条項の適用が否定されている (Walt Disney 事件判決)。

注意義務のミステリーからの解放、主として重過失に限定され責任追及に緩慢であった注意義務から誠実義務を分離する姿勢とも見られ、内部統制システム構築につき意図的な義務の怠慢や意識的な義務の軽視があれば忠実義務違反となり、責任減免条項の適用がないことになる。また忠実義務違反に該当するかは利益相反の場合に限定されないとして単純な二分法を排し、会社にとって最善な利益に向け誠実に執行しているかを基準とする。注意義務から誠実義務を外し、反面では本来的な忠実義務適用の拡大傾向の中、あくまでも本来の厳格性を維持すべく誠実義務として要求するというケースローにおける二律性の顕現化ともいえなくもない。経営陣の判断の積極的妥当性にかかる義務・責任追及の制度形成ともいえ、日米のみならず、英国法制とも考え方が接近してきつつある。我が国での善管注意義務の精緻な検討、取締役等の職務の明確化の受容性を指摘しておきたい。

米国において施策面からスチュワードシップの考え方を取り込み、株主と経営陣の対話を通じた長期的企業価値向上が試行され、本来はハードローに馴染みにくい内容の実現に向け一定の法制整備が指向されつつある。適用領域は限定的ともなろうが、ACCA法案は英国二〇〇六年会社法一七二条のハードロー化としてケースローからハードローへの流れと言えなくもない (私見)。他方、英国の inclusive (包括的) アプローチは、ウォーレン議員の立法提案に比して株主利益にやや重きを残すものであろうか。忠実義務の枠を超えて受託者義務により将来の株主を含めた一般的

株主利益を想定し、法人擬制説に立った考え方である。忠実義務に拘泥した場合には支配株主に従属する危険性があり、この点でも先見性のある優れた考え方といえよう。我が国CGC冒頭でステークホルダーと株主が併記されているが、inclusiveアプローチとも平仄がとれた内容にもなっている。

14. 最後に部分的ハードロー、更にケースロー(判例による規範形成)について比較法的にまとめを図っておきたい。米国はユノカル基準などを通じたケースローから、ACCA法案というハードロー形成に向かい、実態に合わせるべく規範化しつつあったガバナンス関連の概念につきハードロー化の取り組みが窺える。支配株主の忠実義務に關してもケースローによって規範化概念の流れが見られつつあったところであり、更なる展開が注視される。民間機関のダブルコード策定は自主的なものであり、上場規則のようなエンフォースメントがなく、ケースローには展開しにくい面がある。英国はダブルコードと会社法によるハードローミックスによりこの領域では先行するが、短期主義によるジレンマが実際に顕在化しつつある点で課題が残る。企業価値向上義務はハードローに組み込まれているが、これまでのところ長期的視点に立った経済成長に必ずしも繋がってはいない嫌いがある。英国研究者からも指摘がなされているところである⁹⁹⁾。

我が国は英国を模範としつつ、ダブルコードで攻めのガバナンス改革が進められ、政府主導でコード改訂やガイドライン発出など精力的、継続的な政策フォロワーがなされるが、会社法に根拠を置いたハードローミックスの形をとらず、グループガバナンスを含め会社法と概念の不統一性も存在し、金商法とコードに關する根本的設計の問題点も指摘される¹⁰⁰⁾。上場規則として一定のエンフォースメントはあるが、ケースロー形成の段階には至っていないと考えるのであるろうか。部分的ハードローに依らない限り、エンフォースメント強化の課題は残る。会社法上、三つのガバナ

形態の選択が可能で、ガバナンス・コードは Comply or Explain、プリンシプルベースにより柔軟な個別企業の改革手法を容認するが、各国の施策面でもこうした最終的な共通の改革目標に向け柔軟さを保ちつつ、ガバナンスのコンバージェンス（収斂）、コードの実質化等に向けた動きが各々異なる金融資本主義の抱えるジレンマ克服に向けて現出しつつあるといえる。

15. 重畳的ソフトローミックスと Functional Convergence 我が国では上場規則としてのコーポレートガバナンス・コードとプラクティス先行によりケースローの誘導も含む政策効果を内包させたガイドラインを並行させ、ソフトローのみに着目すればエンフォースメントの異なるソフトローを重畳的、連関的に組み合わせた我が国独自のソフトローミックスともいえよう。世界各国とは法制度面の相違は残しつつ、機能面のガバナンスの収斂 (Functional Convergence) の顕現化とも思料される。

コードの上場規則化によって社外独立取締役の導入、任意ではあるが指名・報酬委員会の設置等を義務付け、社外独立取締役の機能向上も図るなど米国型のガバナンス体制をソフトローにより進めつつある現在、同方向に沿ってガイドラインを発し、実務面の醸成と司法判断の誘導も図り、会社法に直接に基盤を持ったハードローミックスではないが、大きなソフトローの組み合わせによるガバナンス制度設計が企図されているように感取できる。我が国独自のソフトロー主体によるガバナンス制度設計として注視されよう。

経済産業省産業組織課は「公正な M & A の在り方に関する指針―企業価値の向上と株主利益の確保に向けて―」(二〇一九年六月二八日)⁽¹⁰⁾ によるガイドラインを発し、MBO や支配株主による上場子会社の買収を念頭に、利益相反防止措置として Majority-of-the-Minority Voting、マーケット・チェックの実施、特別委員会の具備等を掲げている。

米国における支配株主とレブロン基準・義務¹⁰²に関する判例法理の展開を念頭に置いたものと見られるが、一方で従来我が国の司法判断では二〇一三年レックス・ホールディングス損害賠償請求事件東京高裁判決¹⁰³に見る通り、基本的には総会の判断を重視する傾向にある。米国判例理論をそのまま移植することについては、法制度全体の相違を勘案することの必要性が指摘もされているところである¹⁰⁴。ブルドックス事件判決¹⁰⁵において総会の圧倒的多数の判断を重視することに対しては、株主価値向上と企業価値向上の異同性の把握と共に、予て二〇〇八年企業価値研究会報告書¹⁰⁶において過剰な重視であるとして批評が出されている。

我が国では、ハードローたる会社法に直接の基盤は置かないものの、コーポレートガバナンス・コードが上場規則として一定のエンフォースメントをもって機能しつつあり、独立社外取締役導入、その果たすべき機能の明確化、任意ではあるが指名・報酬委員会の設置義務付けなど米国モニタリング型設計のガバナンス態勢構築に向けて、徐々に上場企業における変化を誘導し、基盤を整えつつある。他方ではグループガイドライン¹⁰⁷、M&Aに関する相次ぐ詳細なガイドラインが発せられ、こちらはエンフォースメントの弱いソフトローではあるが、特に実務面のプラクティスを変化させ、ひいては司法判断の拠り所となりうることに期待が寄せられている¹⁰⁸。我が国は、独自にエンフォースメントにおいて強弱の異なるソフトローミックスを主にガバナンス制度改革を進め、ケースローとしての司法判断も徐々に米国判例の方向に変化させていくことで法制度全体の在り方を変化させ、ガイドラインの実効性も一層発揮させんとする方向性が窺えよう。

即ち金融庁主導のコーポレートガバナンス・コードならびに上場規則、経済産業省による相次ぐガイドライン発出という暗黙の省庁間連携からなるソフトローミックスによって、プラクティスのみならず、一定のケースローの方向

付けも進め、モニタリング重視の米国型ガバナンスへと誘導し、これによって支配株主とレブロン基準にかかる利益相反防止措置として米国判例法理を念頭に置いた Majority-of-the-Minority Voting¹⁰⁹ 特別委員会の具備が機能を発揮し、且つ今後の司法判断においても実効性を持てるように、時間をかけてガバナンスに関する全体の法制度の転換を徐々に図りつつあるものと思料される。ソフトローミックス主導でケースローの転換を促し、これによってガイドラインに沿ったプラクティスが一層実効性を発揮するという PDCA の関係が看取できようか。攻めのガバナンスも盛り込みつつ、アベノミックスのガバナンス改革の更なる深化に向けた政府主導の独自性のある Functional Convergence¹⁰⁹ として把握でき、更なる進展が期待される。

(1) 金融庁長官遠藤俊英「今後の金融行政について」証券経済学会全国大会講演（二〇一九年五月一日於神奈川大学）一六八頁。

(2) 「英国コーポレートガバナンス・コード改訂の概要二〇一八年六月に改訂された日本のコーポレートガバナンス・コードとの比較」BUSINESS LAWYERS 三菱UFJ 信託銀行（二〇一八年九月二二日）。Financial Reporting Council, A UK Corporate Governance Code that is fit for the future, 16 July 2018, 1-15pp.

(3) 鈴木裕「日英ガバナンス・コード改訂動向」大和総研・金融資本市場（二〇一七年二月二九日）一六頁、同「株主総会で反対票が多い場合の対応」大和総研・金融資本市場（二〇一七年二月二六日）一三頁。

(4) 大杉謙一「ガバナンス・コードに関する実務上の課題」グローバル対応の視点も含めて」国際取引法フォーラム報告、双日（株）法務部長守田達也コメント（二〇一八年七月二八日）。

(5) 江木聡「英国コーポレートガバナンス・コード改訂に見る『従業員重視』ニッセイ基礎研究所・年金ストラテジー二六八号（二〇一八年一〇月二日）一五頁。

- (9) CORPORATE GOVERNANCE REFORM (2017). “The Government response to the green paper consultation” 26-27pp.
- (7) (1) 会社の取締役は、当該会社の社員全体の利益のために当該会社の成功 (success) を促進する可能性が最も大きいであろうと誠実に考えるところに従って行為しなければならない。且つ、そのように行為するに当たり特に次の各号に掲げる事項を考慮しなければならない。(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 (the likely consequences of any decision in the long term)。(b) 当該会社の従業員の利益。(c) 供給業者、顧客その他の者と当該会社との事業上の関係 (business relationship) の発展を促す必要性。(d) 当該会社の享業 (operations) のもたらす地域社会 (the community) および環境への影響。(e) 当該会社がその事業活動 (business conduct) の水準の高さにかかる評判を維持することの有用性 (desirability)。(f) 当該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 (第一七二条第一項)。(2) 会社の目的 (the purposes) が、その社員の利益以外の目的から成るとき、または社員の利益以外の目的を含む限りにおいて、第一項は、当該会社の社員の利益のために当該会社の成功を促進するとは、当該目的を達成することをいうものとしてその効力を有する。
- (3) 本条により課される義務は、取締役に対し一定の状況において当該会社の債権者の利益を考慮しまたは当該会社の債権者の利益において行為することを要求する一切の法規 (enactment) またはコモンロー・ルール (rule of law) に従うことを条件として、効力を有する。イギリス会社法制研究会 (代表者川島いづみ・中村信男・田中庸介) 「イギリス二〇〇六年会社法 (2)」『比較法学』四一巻二号 (二〇〇八年) 一八九—二三三頁。
- (8) 須磨美月「英国コーポレートガバナンス・コードと改訂の概要—日本企業は英国コーポレートガバナンス・コード改訂から何を学ぶべきか—」資料版商事法務四一四号 (二〇一八年九月) 二四—五三頁を参照した。改訂内容が詳説されている。上田亮子「英国コーポレートガバナンス・コード改訂と日本への示唆」月刊資本市場三九五号 (二〇一八年七月) 二四—三四頁。
- (9) KPMG Beard Leadership Centre, Guide to Directors’ Remuneration 2017, 28p.
- (10) 須磨美月・前掲注(8)四〇—四二頁。
- (11) もっとも実務上、FTSE350銘柄をみれば少数に留まっている (三〇五社中一二社)。須磨美月・前掲注(8)四二頁。
- (12) 上田亮子・前掲注(8)三一—三三頁。

- (13) The Department for Business, Energy and Industrial Strategy, Corporate Governance Reform Green Paper (November 2016) 1-57pp.
- (14) 中村信男「イギリスにおける会社法改正構想―二〇一六年緑書「コーポレート・ガバナンスの改革」に示された会社法改正構想の概観と示唆―」比較法学五一巻二号(二〇一七年二月)七五―一一頁参照。
- (15) House of Commons, Work and Pensions and Business, Innovation and Skills Committees, BHS, First Report of the Work and Pensions Committee and Fourth Report of the Business, Innovation and Skills Committee of Session 201617, HC54.
- (16) Chizu Nakajima, Proposals for corporate governance reform and crack — down on irresponsible business in the UK, the Company Lawyer, Vol. 38, No. 3, 94p (2017).
- (17) 中村・前掲注(14)一〇六―一一頁。
- (18) 上村達男「株式会社法にルネッサンス(人間復興)を求めて」早稲田大学最終講義(二〇一九年一月二二日)参照。
- (19) 三井千絵「英国のコーポレートガバナンス・コード改訂論点と現地の反応、日本でも考慮すべき点」日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク講演(二〇一八年二月二七日)―一二九頁を参照した。改訂に至る経緯が詳しく述べられている。
- (20) The Department for Business, Energy and Industrial Strategy, Corporate Governance Reform Green Paper (November 2016), 29-30pp.
- (21) <https://home.kpmg/jp/ja/home/insights/2014/04/eu-non-financial-reporting-140407.html>. KPMGジャパン「非財務情報開示を義務付けるEU指令案承認」(二〇一四年四月七日)。拙稿「コーポレート・ガバナンス・コードにおける攻めのガバナンスの実践とエンゲージメントならびに株主総会改革―ESG責任投資と統合報告、海外機関投資家の議決権行使、二〇一五年英国現在奴隷法のコモンセンス・アプローチと域外適用、人権デュー・デリジエンスの交錯など―」政経研究五三巻二号(二〇一六年一〇月二二日)三二七―四〇四頁。
- (22) 三井・前掲注(19)九―一七頁、一二頁。
- (23) Financial Reporting Council, The UK Corporate Governance Code, July 2018, pp6-7. Deloitte, FRC issues new UK
英国スチュワードシップ・コードならびにコーポレートガバナンス・コード改訂、
米国 The Accountable Capitalism Act にみる企業価値向上義務(藤川) 一七七(四二三)

- Corporate Governance Code, July 2018,1-12pp. 須磨美月・前掲注(8)四八―四九頁。
- (24) 三井千絵・前掲注(19)一七一―一八頁。
- (25) Financial Reporting Council, Guidance on the Strategic Report, July 2018,1-98pp.
- (26) 洗練された株主価値最大化論と称される。神作裕之「企業の持続的成長と会社法・金商法上のいくつかの論点」東京大学比較法政シンポジウム『グローバル・ガバナンスの実務と最新諸論点―日本企業の国際競争力強化に向けて―』(二〇一九年二月二七日)四六頁。
- (27) 杉浦保友「イギリス会社法の下での取締役によるステークホルダー利益考慮義務」杉浦保友編『EUスタディーズ4企業の社会的責任』勁草書房(二〇〇七年一〇月)一九七―二二八頁参照。
- (28) 三井・前掲注(19)二〇―二八頁。
- (29) Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017, Amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term Shareholder engagement. Commission Implementing Regulation (EU) 2018/1212 of 3 September 2018 laying down minimum requirements implementing the provisions of Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council as regards shareholder identification, the transmission of information and the facilitation of the exercise of shareholders rights. 神作・前掲注(26)一―五〇頁。
- (30) 金融庁「スチュワードシップ・コード及びコーポレートガバナンス・コードのフォローアップ会議」(第一九回)補足資料一―七頁。
- (31) 金融庁・前掲注(30)補足資料四頁。
- (32) Consultation on changes to the Investment Regulations following the Law Commission's report 'Fiduciary Duties of Investment Intermediaries' Public Consultation, 26 February 2015. 水口剛「イギリス機関投資家にみる環境・社会に配慮した投資行動の研究」産業研究(高崎経済大学地域科学研究所紀要)五一巻一・二号(二〇一五年一月)二七―四〇頁。
- (33) FRC, Tiering of Stewardship Code Signatories. 三井千絵「英国FRCのTiering(運用機関評価)」、日系運用会社 Tier1

- になる」スチュワードシップ研究会（二〇一八年一月一八日）。
- (34) 「英国スチュワードシップ・コードの改訂案」商事法務、二一九一号（二〇一九年二月二五日）五五頁。
- (35) スチュワードシップという関係性が曖昧な概念を採用することによって投資連鎖におけるより広範で複雑な関係を捉え、上場会社の価値向上を通じてアセット・オーナーや最終受益者の利益に資するという最終目的の達成を目指さんとする。受託者責任 (Fiduciary duty) ではなくスチュワードシップ責任なのか、受託者責任の限界とスチュワードシップによる広範囲の関係性の網羅について、上田亮子「英国スチュワードシップ・コードについて」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」資料（二〇一三年九月一八日）一一三三頁。
- (36) Financial Reporting Council, Consulting on a revised UK Stewardship Code,30 January 2019. Proposed Revision to the UK Stewardship Code, 1-27pp. Annex A: Proposed Revisions to the UK Stewardship Code - Revised UK Stewardship Code. Annex B: Proposed Revisions to the UK Stewardship Code - Summary of Changes.
- (37) 前掲注(28)FRC, Proposed Revision to the UK Stewardship Code,1-3pp, p10.
- (38) Consulting on a revised UK Stewardship Code,2-3pp. コンサルテーション報告書の翻訳にかかる文責は全て筆者にある。
- (39) Kay, J. “The Kay Review of UK Equity market and Long-Term Decision” Investor Management Association,[2012.,Kay,J. “Building a Culture of Long-Term Equity Investment-Implementation of the Kay Review: Progress Report,” BIS. 拙稿「日本のコーポレート・ガバナンスの転換点とリスクマネジメント—英国型ガバナンスに向けた改革の功罪、真のリスクマネジメントへ原点回帰—」『危険と管理』日本リスクマネジメント学会R M双書三六集四八巻（二〇一七年五月一〇日）五二—六三頁。
- (40) www.investorforum.org.uk/about/history/. Investor Forum による集团的エンゲージメントの特徴としてエスカレーションの手段、効果的なコミュニケーション、幅広い投資家との協働があげられる。株主意見を直接取締役会に伝達し、長期的解決策を創出するための Hub & Spoke モデルが提示されている。村澤竜一「機関投資家による集团的エンゲージメント」KPMG Insight 二九号（二〇一八年二月）一—四頁。
- (41) 会計監査人が被監査会社の経営者に選任され、監査契約を締結して経営者から会計監査人に対して監査報酬が支払われる

- こと。(社) 日本監査役協会第九回有識者懇談会議事要旨 (二〇〇八年二月二四日) 一一二頁。
- (42) 前掲注(38) FRC, Proposed Revision to the UK Stewardship Code, 6p.
- (43) 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—2014年度版』財経詳報社 (二〇一三年) 二六八—二七一頁。
- (44) 武井・前掲注(43) 三七〇—三七二頁。
- (45) 三井・前掲注(19) 二七—二八頁。
- (46) 拙稿「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—」日本法学八〇巻三号 (二〇一五年一月) 四三九—四九二頁。
- (47) 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—」都法四四巻二号 (二〇〇四年) 一四五頁、一九二頁。*) Karolina Eriksson, Corporate Governance in the European Union: Post-Enron, 15 Bond L. Rev. 158, 168 (2003).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」民商一三〇巻三号 (二〇〇四) 三八九頁、三九一頁以下。
- (48) 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—」一橋法学三巻二号 (二〇〇四年) 一〇七、一一二頁以下。
- (49) 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).
- (50) 酒井太郎「米国会社法学における取締役の信認義務規範(1)」米国会社法学における取締役の信認義務規範(2・完)一橋法学一一巻二号 (二〇一二年一月) 四九—一六六頁、一二巻一号 (二〇一三年三月) 八九—一三〇頁参照。酒井太郎「取締役の誠実性 (good faith グッドフェイス) をめぐる米国会社法学の近時の議論」徳本穰・徐治文・佐藤誠・田中慎一・笠原武朗編森淳二朗先生退職記念論文集『会社法の到達点と展望』法律文化社 (二〇一八年五月) 一八九—二〇八頁。
- (51) 神田秀樹「いわゆる受託者責任について—金融サービス法への構想」財務省財務総合政策研究所「フィナンシャル・レ

- ビュー」March-2001.98-110頁。田岡絵里子「忠実義務からみた信認関係の内容とその性質」早稲田法学五八巻二号(二〇〇八年)三五九—四一二頁。
- (52) 青井信「M&Aをめぐる諸問題について」慶応大学グローバルセキュリティ研究所金融市場論(二〇一一年)一—五〇頁。
- (53) 経済産業省企業価値研究会報告書「企業価値報告書〜公正な企業社会のルール形成に向けた提案〜」(二〇〇五年五月二七日)一—一二七頁。
- (54) 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)一—二〇頁。
- (55) In re The Walt Disney Company Derivative Litigation, 906 A.2d 27 (2006). 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—四一頁。
- (56) Johnson, Lyman, After Enron: Remembering Loyalty Discourse in Corporate Law. *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 28, No. 1, 27-73pp, 2003. Emerald Partners v. Berlin, 787 A.2d 85 (Del. 2001). 酒井・前掲注(50)一八六—一九四頁。
- (57) 野田博「エンロン後における取締役の信認義務論議の一断面」一橋法学三巻二号(二〇〇四年)八九—一〇四頁。
- (58) 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。
- (59) Court of Chancery of Delaware. Inre SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION SHAREHOLDER DERIVATIVE LIGATION. C.A.No.961-CS. Submitted: July 15, 2011. Decided: Oct. 14, 2011. Revised: Dec. 20, 2011. (WEST LAW).
- (60) 支配株主の忠実義務に関して、支配株主の権限濫用行為の規制につき我が国は明文規定がなく、不法行為責任説、忠実義務説、事実上の取締役説の法理解釈がされる。忠実義務説(出口正義『株主権法理の展開』文真堂(一九九一年)三頁他)では支配株主に忠実義務を認めるが、有限責任という立法上の難点も指摘される。江頭憲治郎『株式会社法(第4版)』二二頁(有斐閣二〇一一年)。事実上の取締役とみて監視義務と構成する判例もみられる。京都地判平成四・二・五(判時一三七六号一一〇頁・金判八八〇号二四頁)、大阪地判平成二三・一〇・三一(判時二二三五号二二頁)。事実上の取締役説も四二九条

に包摂され、更に別途、株主の権利行使に関する利益供与(会社法二二〇条)として構成することも可能であろうか(私見)。

(61) 拙稿「金融危機後の国際金融法規制の展望と新たな統合的リスク管理ならびにガバナンス体制構築に向けて」奥島孝康先生古稀記念『現代企業法学の理論と動態第一巻《下巻》』成文堂(二〇一一年一〇月) 六九三―七五九頁。

(62) 最三小決平二一・五・二九金判一三二六号三五頁参照。

(63) 酒井太郎・前掲注(50)四九―一六六頁、八九―二三〇頁参照。

(64) 酒井太郎・前掲注(50)七八〇―七八三頁。太田洋・矢野正紘「対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―」商事法務一八八四号(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)、劉小勇「アメリカ判例法におけるRevlon基準の変遷―取締役が株主のために株式売却の最高価格を得る責任」六甲台五〇巻三号(二〇〇四年)六九頁。

(65) 田村俊夫「米国エンゲージメントの新潮流―何を話すか、誰と話すか―」日本証券アナリスト協会講演(二〇一七年六月二七日)。

(66) 金融庁・前掲注(30)補足資料二頁。「米機関投資家団体、スチュワードシップ原則とコーポレートガバナンス原則を制定。26機関が既に賛同」ニューラルサステナビリティ研究所(二〇一七年二月一七日)。

(67) Unveils Framework of Guiding Principles with Expectation of Long-Term Value Creation, Investor Protection \$17 Trillion in AUM Represented by U.S. and International Investors, Investor Stewardship Group Launches Stewardship Framework for 2018.<https://sustainablejapan.jp/2017/02/17/american-stewardship-corporate-governance-principles/> 25615.

(68) 佐藤剛(全米取締役協会)「コーポレートアメリカの魂の戦い―『株主第一主義』vs『ステークホルダーの価値のバランス』―」経営行動研究学会報告(二〇一九年四月二三日)―四頁を参照した。ウォーレン法案、Benefit Corporation Model <http://www.warren.senate.gov/imo/media/doc/Accountable%20Capitalism%20Act%20One-Pager.pdf>.

(69) “Accountable Capitalism Act” (エリザベス・ウォーレン議員HP)。
<https://www.warren.senate.gov/imo/media/doc/Accountable%20Capitalism%20Act%20One-Pager.pdf>.

- (70) Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010). Citizens Unite. 政治資金規正の一部規定について合衆国憲法第一条の言論の自由に反し、違憲として連邦宣教委員会を提訴した。最高裁では五対四の票決で Citizens United 勝訴となり、米国企業の政治献金の支出時期に関する制限は事実上撤廃され、ロビー活動と株主や経営者の利益最大化を促す法制度策定を助長する要因となった。岡田功太「米国の社会及び環境に対して説明責任ある資本主義法案」野村資本市場クオーターリー (2018 Autumn) 八―九頁。
- (71) <https://www.gsgboards.com/>
- (72) 佐藤・前掲注(68)二頁。鈴木由紀子「ベネフィット・コーポレーションの展開と課題」商学研究三三三号(二〇一七年二月)九三―一〇八頁を参照した。“Elizabeth Warren has a plan to save capitalism”Vox Media, Inc. Aug. 15, 2018.
- (73) 米国では州法において以下の企業タイプを選択できる。連邦税法 Subchapter C により課税される C-Corporation が最も一般的で NYSE 上場企業が該当する。個人経営 (Solo Proprietorship) C-Corporation S-Corporation パートナーシップ (Partnership) LLC (Limited Liability Company)。 https://www.bengoshiusa.com/start_up/entity.htm.
- (74) eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark, C.A. No. 3705-CC (Del. Ch. Sept. 9, 2010).
- (75) 佐藤・前掲注(68)四頁。
- (76) 高橋真弓「営利法人形態による社会的企業の法的課題 (1)：英米におけるハイブリッド型法人の検討と日本法への示唆」一橋法学第一五巻第二号(二〇一六年七月一〇日)二五二―二八八頁を参照した。同二八二頁(注224)。Dana Brakman Reiser, Theorizing Forms for Social Enterprise, 62 Emory L. J. 681, 692 (2013), at 726-727.
- (77) 岡田功太「米国の社会及び環境に対して説明責任ある資本主義法案」野村資本市場クオーターリー (2018 Autumn) 一二頁参照。
- (78) “Why do American CEOs make twice as much as German CEOs?” Fortune, November 4th 2014.
- (79) 岡田・前掲注(77)七―八頁。
- (80) 一九三四年証券取引法一〇条(b)(18)において、市場における自己株式取得が相場操縦に該当しないと規定され、

セーフハーバー (規則の適用除外) と称されている。二〇〇三年以降は見直しがされていない。Division of Trading and Markets: Answers to Frequently Asked Questions Concerning Rule 10b-18 ("Safe Harbor" for Issuer Repurchases). <https://www.sec.gov/divisions/marketregr/r10b18faq0504.htm>.

(81) 岡田功太・吉川浩史「米財務省による資本市場の包括的な規制・制度改革提言」野村資本市場クォーターリー (2018 Winter) 一一一五頁。

(82) 岡田功太「米国上場企業のコーポレート・ガバナンスに係る最近の議論」野村資本市場クォーターリー (2018 Autumn) 一一〇頁。Steven K. Vogel (Professor, University of California, Berkeley, 2018/10/04) 「アメリカで物議」日本型経営」法案の衝撃内容株主重視から対極な動きが出てきた」東洋経済ONLINE (二〇一九年五月九日) 一一三頁。

(83) 矢崎淳司「アメリカにおけるポイズンピルをめぐる近時の動向」法学会雑誌五三卷二号 (二〇一三年一月三十一日) 六九一—一〇頁参照。

(84) 高橋真弓・前掲注(76)二三七—二八八頁、二七五—二七六頁 (注195) 参照。

(85) 矢崎淳司・前掲注(83)・九三—九七頁。衡平法裁判所は、期差取締役会 (classified board, staggered board) に関して信義務違反は認められないとする点について、ユニカル基準適用に対する逆風の傾向が出てきたことを述べ、eBay 事件判決と方向が合致する。かかる傾向に対する修正として、staggered board を取り上げており、democratic socialism の方向性と軌を一にしよう (私見)。①期差取締役会が企業価値を向上させるとの実証研究も出される。K.J. Martijn Cremers & Simone M.Sepe, The Shareholder Value of Empowered Boards, 68 Stan. L. Rev. 67 (2016) 67-148pp. ②shareholders' empowerment に対する修正のしつつして staggered board を把握し、short-term shareholder と market pressures から逃れるべく、集合的株主を考えて取締役、経営陣、ステークホルダーと長期的エンゲージメントを構築して結果的に株主価値も増大することを主張している。

(86) William H. Clark, Jr. and Elizabeth K Babson, How Benefit Corporations are Redefining the Purpose of Business Corporations, 38 Wm. Mitchell L. Rev. 817, 842 (2012), at 828. 高橋・前掲注(76)二七六—二七九頁 (注202) — (注206)。

- (87) J. Haskell Murray, *Choose Your Own Master: Social Enterprise, Certifications, and Benefit Corporation Statutes*, 2 Am. U. Bus. L. Rev. 1, 37 (2012), at 15.
- (88) 山田剛志「ヘッジファンドアクティビズムの隆盛と株主の権利」前掲注(26)シンポジウム『グローバル・ガバナンスの実務と最新諸論点—日本企業の国際競争力強化に向けて—』一一二七頁参照。
- (89) Third Point LLC v. WR C.A. No. 9469-VCP (Del. Ch. May 2, 2014). IN THE COURT OF CHANCERY OF THE STATE OF DELAWARE, THIRD POINT LLC v. WILLIAM F. RUPRECHT and SOTHEBY'S, a Delaware corporation, C.A. No. 9469-VCP, May 02 2014, Transaction ID 55389863, Case No. Multi-Case, 1-64pp. 石崎泰哲「近時のアクティビスト・ファンドの動きと日本の上場会社に求められる対応」西村あさひ法律事務所M&Aニューズレター(二〇一八年一月号)五—九頁を参照した。買収防衛策導入について、経営陣との対話、エンゲージメントの観点から新しい有用性に論及されている。
- (90) Air Prods. & Chems., Inc. v. Airgas, Inc., 16 A.3d 48, 92 (Del. Ch. 2011).
- (91) Unirrip, Inc. v. Am. Gen. Corp., 651 A.2d 1361, 1367 (Del. 1995).
- (92) 石崎・前掲注(89)八—九頁。
- (93) Implementing enterprise risk management : from methods to applications, James Lam, author. 2017 Hoboken, New Jersey : John Wiley & Sons, 1-405pp. 拙稿「金融機関における新たな二つの防衛線とリスクガバナンスの実践—内部統制および内部監査ならびに FinTech 関連法制を踏まえた組織法的考察—」日本法学八三巻三号(二〇一八年一月三二日)一一六〇頁。
- (94) 尾崎悠一「議決権行使助言会社の規制をめぐる議論について」月刊資本市場三九二号(二〇一八年四月)三六—四七頁。
- (95) 最二小決平成一九・八・七民集六一巻五号二二二—二五頁。
- (96) 経済産業省企業価値研究会(座長：神田秀樹教授)『近時の諸環境の変化を踏まえた買収防衛策の在り方』(平成二〇年六月三〇日)一一—一七頁。
- (97) 神作裕之・前掲注(26)一八頁。
- (98) 拙稿「英国企業法制における新たな登記制度 PSC Regime (people with significant control) にかかる考察」千葉商大論

叢五六卷一号 (二〇一八年七月) 一三五—一五四頁。

- (99) John Buchanan, Research Associate, Centre for Business Research, University of Cambridge 「分岐点が迫っている日本のコーポレート・ガバナンス」日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク講演 (二〇一六年九月一日)、拙稿・前掲注(39) 五二—六三頁。
- (100) 神作裕之「金商法の観点から見たコーポレートガバナンス・コード」日本証券経済研究所金融商品取引法研究会研究記録第五号 (二〇一六年五月二六日) 一—二九頁。
- (101) 経済産業省産業組織課「公正なM&Aの在り方に関する指針—企業価値の向上と株主利益の確保に向けて—」(二〇一九年六月二八日) 一—四七頁。
- (102) Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings Inc., 506 A.2d 173 (Del. 1986).
- (103) 東京高判平成二五年四月一七日判時二一九〇号九六頁。
- (104) 飯田秀総「企業買収における対象会社の取締役の義務—買収対価の適切性について—」財務省財務総合政策研究所「フィナンシャル・レビュー」通巻第一二二号 (二〇一五年三月) 一三五—一五八頁参照。
- (105) ブルドックソース事件最高裁決定 (二〇〇七年八月七日) 民集六一卷五号二二二—二二五頁。
- (106) 二〇〇八年経済産業省企業価値研究会 (座長神田秀樹教授)「近時の諸環境の変化を踏まえた買収防衛策の在り方」(二〇〇八年六月三〇日) 一—一七頁。
- (107) 経済産業省産業組織課「グループ・ガバナンス・システムに関する実務指針 (グループガイドライン)」(二〇一九年六月二八日) 一—一四二頁。
- (108) 坂本里和経済産業省産業組織課長「『グループ・ガバナンス・システムに関する実務指針』(グループ・ガイドライン)『グローバル企業の企業価値向上に向けたグループガバナンスの在り方について』日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク講演 (二〇一九年七月二六日) 参照。
- (109) Types of Convergence and 'Convergence on Legal Form' 'Convergence on Function' の二つの要素の充足の有無から、

Formal Convergence’ Functional Convergence’ Faux Convergence’ No Convergence の四区分) Faux Convergence では形式的な収束はあるが、機能が変わっておらず、偽のコンバージェンス (Faux Convergence) と称している。他方で、ガバナンスの在り方にはローカルな独自性の存在は容認され、Functional Convergence では形式は異なるものの機能は同じである。外国の制度を採用する場合に、歪曲に取り込むことが問題となる (「悪魔が潜む」)。Dan Puchniak, Associate Professor, National University of Singapore, “Stewardship in Asia and Singapore” 講演『コーポレートガバナンスとM&Aの国際的な動向』東京大学第五回比較法政シンポジウム (二〇一九年八月五日)。同シンポジウムにおける他の講演は、Roger Barker, Head of Corporate Governance, Institute of Directors, UK, “Corporate Governance and Institutional Investors : Do Stewardship Codes make any difference ?” ほか。更に Formal’ Functional’ Contractual’ Hybrid’ Normative’ といった Institutional の各 Convergence 間の相違については Gilson 教授と Coffee 教授が Functional Convergence が Formal Convergence よりも起るべきである。Ronald J. Gilson, Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function, 49 AM. J. COMP. L. 329, 337-45 (2001); John C. Coffee, The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and its Implications, 93 NW. U. L. REV. 641, 679-80 (1999). Gilson 教授によれば、形式面を変化させることはリストもかからの競争条件の圧力に晒されている経営トップとしては業績低下を気にかけるためである。また Formal と Functional の二元論の Convergence (dualism) は Hybrid Convergence によって補充される (is supplemented with the concept of hybrid convergence) ということも Paul Rose, EU Company Law Convergence Possibilities After Centros, 11 TRANSNATL L. & CONTEMP. PROBS. 121, 134-35 (2001) (explaining “hybrid” convergence in the post-Centros landscape). See Mathias M. Siems, Convergence in Corporate Governance: A Leximetric Approach, The Journal of Corporation Law, Vol.35:4, June 7, 2010, 729-756pp.

〔本稿は財団法人民事紛争処理研究基金の助成金に基づく研究成果の一部である〕

組織内の個人過失における期待可能性

——あずみの里事件を手がかりに——

- 一 本稿の課題
- 二 訴因変更問題の前提
- 三 過失犯における期待可能性
- 四 期待可能性論の機能
- 五 結びにかえて

船 山 泰 範

一 本稿の課題

(一) 本稿のねらい

本稿のねらいは、あずみの里事件と呼ばれる特養における介護者の業務上過失致死事件の解明を通して、組織内での個人の過失犯をどう捉えるかという理論的問題に取り組むところにある。しかも、犯罪の成立要件を全体的に捉える視座が不可欠な課題である。ちなみに、介護施設における事故死は一年間で一五〇〇件を超えており、⁽¹⁾ 高齢社会を迎えたわが国において、「介護と刑事責任」は喫緊の課題となっている。

(二) あずみの里事件の経緯

あずみの里事件は、次のようなものである。⁽²⁾ A子(被告人)は、特別養護老人ホームあずみの里に准看護師として勤務し、利用者に対する看護および介護業務に従事していた。平成二五年一月二日、一階食堂において間食を提供する際、A子は、各利用者に提供すべき間食の形態を確認して提供すべきなのに、B子(八五歳)に対する形態(ゼリー)を確認しないまま、ドーナツを配膳するという過ちをおかした。B子はドーナツを摂取し、喉頭ないし気管内異物による窒息に起因する心肺停止状態に陥り、平成二六年一月一日、低酸素脳症により死亡した。なお、間食の配膳業務は主として介護士C子が担当しており、A子はその手伝いに入っていたものであって、B子に対して配膳をする際に、A子はC子から何らの注意も受けていなかった。

A子のみが、業務上過失致死罪(刑二二一条)で起訴された。

公判の経過について触れると、本公判では、二度の訴因変更がなされている。⁽³⁾ もともとの平成二七年四月二七日の

起訴状朗読においては、A子には、B子の食事中の動静を注視して、食物誤嚥による窒息等の事故を未然に防止する業務上の注意義務があるのにこれを怠り、他の利用者への食事介助に気を取られ、B子の食事中の動静を注視しないままB子を放置した過失があつたとされた。ところが、平成二八年九月一六日、検察官は、A子には間食の形態確認義務があり、漫然とドーナツを提供した過失があるという予備的訴因の追加請求をし、それが、平成二九年一月一九日、裁判所により認められたのである。そして、さらに、平成三〇年七月三〇日、検察官は、A子の注視義務の開始時期を、これまでA子がテーブルに着席した時からとしていたのを、A子がB子にドーナツを配った時からと、前倒しする訴因変更を請求し、九月一四日、裁判所により認められたのである。

本件の争点は、以下の二つである。①被害者が心肺停止状態になった原因は、ドーナツを摂取して窒息状態に陥ったことによるものか、という因果関係。②被告人は、どの点について過失が認められるか。

平成三一年三月二五日、長野地方裁判所松本支部は、①の因果関係を認めた上で、②については、被害者がドーナツを摂取する際に被告人がこれを注視して窒息を防止すべき義務違反という主位的訴因の過失は認められないが、間食を配膳する際に利用者に提供する間食の形態を確認して窒息事故等を防止すべき義務違反という予備的訴因の過失は認められるとして、有罪を言い渡したのである。刑罰は罰金二〇万円であつた。⁽⁴⁾

被告人側が控訴を申し立てている。

二 訴因変更問題の前提

（一）因果関係の問題

あずみの里事件については、ドーナツを摂取して窒息状態になったことが被害者の心肺停止状態の原因といえるか、疑問が残る。ドーナツによる窒息という構図は、もともとA子自身やまわりの人達にも思い込みとしてあり、弁護側が述べるように、その情報が拡散した可能性が高いのである。他方で、第二一回の公判（平成二九年一〇月三日）では、救急搬送先の病院で死亡診断書を書いた医師は、直接の死因は、脳に一定時間酸素がいかなかったことによる低酸素脳症であるが、心肺停止状態の原因は、窒息以外にも脳梗塞か心室細動が考え得る、と証言しているのである。⁵⁾

私が入手している「報道用判決要旨」では、因果関係の事実認定は簡略にしか書かれていないので、これ以上の論評は、今のところ差し控える。ただし、この因果関係が否定されれば、仮に被告人になんらかの注意義務違反があったとしても、その過失行為と被害者死亡との間に因果関係がなかったことになり、犯罪ではないことになるのであるから、この点の解明が不十分であると指摘しておこう。

（二）訴因変更問題の基は事実認定にある

1 訴因変更は、被告人を不安定な立場に追い込まない範囲で、検察官に審理の途中で訴追内容の変更を認める制度である。すなわち、もし、変更を許さないと、検察官は真実の発見のために別訴を積み重ねていくことになって、被告人の防御は脅かされる。そこで、法は、公訴事実の同一性を限度として、訴因の追加・撤回・変更を許すことにしたのである。ここに、「真実の発見と手続的保障のほどよい調和」⁶⁾が企図されている。その点からすると、本件で

は、事件発生から一審判決言渡しまで五年余を要していること、その長期化の要因として二度の訴因変更をめぐる弁護側・検察側の攻防があったことを勘案するとき、被告人の心的動揺は決して少なくなく、防衛上大きな負担を負わせたといわねばならない。^①

ところで、本件における訴因変更問題の基はどこにあるかを考えてみる必要がある。それは言わずもがな、本件において過失犯の成立を、どこに、いかように認めるか、というところにある。論点は、時間に関わる捉え方と、過失犯の主体をどう捉えるか（誰に過失が認められるか）の二つである。順に検討してみよう。

2 本判決が過失として認定した事実は、利用者に提供する間食の形態を確認せずに提供したところとされている。主位的訴因である注視義務を否定して、ドーナツを提供した時点でのことにもっていったのは、間食を利用者に提供すれば、利用者は何時食べはじめるかわからないし、後述するように、一七人が全員食べはじめたら、注視することが大変になる、という点を考慮したものと解される。

しかし、誤った間食を提供した時点で過失を認めるのは、早すぎるのではないか。なぜなら、仮にそのような事実認定をしてしまうと、その後で、誤りに気づいて間食を取り替えたり、利用者がドーナツを頬張ろうとしているのに気づいて止めさせたということになっても、過失犯は否定されないということになりかねないからである。

しかも、このような事実認定の方法は、過失犯と故意犯の犯罪惹起態様の違いに目を瞑るものである。まず、故意犯において故意行為が認められた場合は、特別なことがないかぎり、法益侵害結果の発生に向けた事実が進行する。たとえば、自分の前に座っている人の殺害を意図して、その人がトイレに行っている隙に紅茶に青酸カリを入れたとすれば、相手は戻ってきて紅茶を飲むことはまちがいないから、青酸カリを入れた時点で殺人罪の実行の着手ありと

して、その段階で殺人の未遂を認めてよいのである。これに対し、過失犯の場合、いくつかの注意義務違反が重なって結果発生に至ることがあり、一点の注意義務のみで過失犯の成立を捉えるのはふさわしくない。「過失犯は未完結の構成要件^⑧」といわれるのは、このような故意犯と過失犯の差異に着目した表現と思われる。

右の点を、過失犯における予見可能性と結果回避措置の関係を考えさせる契機となったといわれる森永ドライミルク事件に関して、差戻後第一審判決（徳島地判昭四八・一一・二八判時七二一・七）をもとに検討してみよう。

森永乳業徳島工場の製造課長としては、ドライミルクの飲用者が乳児であることを考えれば、万が一にもドライミルクに有毒物が混入しないように注意する必要があったのである。その点で、次のようないくつかの段階がある。第一に、有毒物混入を避けるためには、規格品を発注すべきであったのに、清罐剤などに使用される工業用第二磷酸ソーダを発注したところに注意義務違反がある^⑨。そして、第二に、工業用第二磷酸ソーダを原料牛乳に安定剤として添加するならば、その使用前に容器ごとにそれが間違いなく第二磷酸ソーダであるかどうかを確認するため、適切な化学的検査を実施するべきであったのに、それをしなかったのである。実際使用されたのは、松野製剤といわれる日本軽金属清水工場の産業廃棄物に由来するもので、砒素が多量に含まれていたのである。第三に、これは判例の指摘しないところであるが、製造過程で異物・毒物が混入することもありうるのであるから、工場からの出荷前に視認や化学的検査もなされてよいはずである。以上の検討からも明らかのように、第一の注意義務違反があつたとしても、第二・第三の注意義務を尽くせば結果発生は回避できたのであるから、第一の注意義務違反だけで結論を出してしまふのではなく、一定の時間帯（製造から出荷までの間）の中で捉える必要があるのである。

このように、過失犯は、故意犯と異なり、一定の時間帯の中で捉えるべきなのであるから、本件被告人についても、

間食の形態を確認せず、ドーナツを提供したらそれで過失犯成立とするのは、あまりにも短兵急な判断方法といわざるをえない。判例の趣旨に従って、ドーナツが窒息の原因であるとすれば、何時窒息したか定かでないが、介助者はその時点まで注視義務を負っていると捉えるべきである。誤った間食の提供をしたら、その時点で過失犯が成立してしまい、取り返しがつかないというのであれば、「私たちは多くの利用者さんたちを同時に見守るには五感をすべて使っているんです¹⁰。」という介護現場の涙ぐましい努力を無視したものというべきである。また、本判決が、過失犯の成立時期を間食提供の時点にしている理由としては、「被害者は、被告人らが気付かぬうちに窒息していた」という事情があるかもしれないが、そのことによつて注視義務が消滅するわけではない。判決が、主位的訴因の判断にあつて、当時被告人が食事全介助の必要な利用者の食事介助中であることや、被害者が周囲の者が窒息に気付き得る言動を取っていないことなどから、主位的訴因の過失が認められないとしているのは、論理矛盾というべきである。被告人の注視に現実的な限界があつたということは、過失犯の構成要件該当性の問題ではなく、期待可能性として有責性レベルで考察するものである。この問題は、節を換えて検討することとする。

以上のことから判明したのは、次の点である。検察官が約三年半の間に訴因変更を二度もして被告人を苦しめた元凶は、捜査の当初から公訴判断の段階において、事件の全貌を見渡し、いったいどこに過失責任があるのかという、実体法上の判断に不十分なところが、捜査当局にあつたからといわねばならない。

そして、実体法上の問題としては、もう一つ、過失責任を負わすのは被告人だけなのかという問題が存在する。判決も、量刑の部分で、「本件の責任が全て被告人にあるとは言い難い」と述べているが、この問題は量刑にとどまることではないのである。犯罪主体は誰かという基本問題について、第一審の段階で議論されていないのは残念という

ほかない。弁護人は被告人の防御に専念するであろうが、被告人を支援する大きな活動が展開されながら、このような視点が表に出てこないのは奈辺に問題があるのかも、検討されるべきことである。

（三） 過失の共同正犯

本件公訴から離れて、犯罪主体を考察してみよう。

第一に考えられるのは、犯罪主体としては、A子ばかりでなく、C子も含まれるということである。本件が発生した食堂では、利用者一七名が九つのテーブルに別れて座り、それに対して、介助職員としては、C子（介護士）と、そのときたまたま手が空いていて自分から手伝いに入ったA子（准看護師）がいたのである。A子は、食事全介助のDにスプーンで一口ずつゼリーを食べさせていたが、その間、B子には背を向ける格好になった。そして、B子は、A子らが気付かないうちに窒息していたというのである。B子がぐったりして意識を失っていたのを、排せつ介助を終えて入ってきた介護職員が発見したのである。

C子によれば、C子とA子は、連係プレーで一七名の利用者の全体に気を配りつつ、個別に留意しなければならぬ人には、その内容や程度に応じて目配りをしていた¹¹というのである。

以上の事実関係からみると、A子とC子は、事故防止のために相互利用・補充関係にある行為者の間柄ということになる。このような行為者の間では、共同して結果を回避するような注意義務を負っており、そのために相互に連絡しあって、全体として結果回避をするよう注意する必要があるのである。そうすると、それは、もはや個々の独立の注意義務ではなく、共同正犯の要件である①共同実行の意思といふことができる。しかも、そのような注意義務を尽くさず、共同作業上、落ち度ある行為がなされたとすれば、それは、②共同実行の事実ということになる。この場合

に、①と②の二つの要件が充たされれば、過失の共同正犯ということになる。

本件において、A子とC子に、業務上過失致死罪の共同正犯に問うのが実態に合ったものというべきである。このような問題について当事者の考えを考慮に入れる必要はないが、C子自身が、A子一人が責任を問われるのは理屈に合わない¹²⁾と述べているし、形態確認義務があったと仮定したら、むしろその責任は自分の方にある筈だと述べている点から、無理なことではない。

過失犯の共同正犯について、判例は、それを是認している（京都地判昭四〇・五・一〇下刑集七・五・八五五、東京地判平四・一・二三判時一四一九・一三三三）。

（四）管理過失

本件の犯罪主体として忘れてならないのは、管理過失が問われる施設管理者である。間食の提供のしかたについて、ある特養では、利用者の安全を考えて、間食を全員にいつぱんに提供してしまうのではなく、一人の介助者の前に二人の利用者を座らせて食事を見守り、終わったら次の二人という方式を採っているとのことである。一七人全員に提供して二人でどうやって見守るかという問題設定にこだわる硬直した考え方を変えていく必要があることが、ここに示されている。特養などの介護施設では、限られた人数で利用者に対処しているが、個々の職員の工夫もさることながら、施設管理者が事故防止に向けた人的・物的な配慮をすべきはいうまでもない。本判決も指摘するように、「配膳すべき間食の形態を容易に確認できる職場の体制」となっていないのであり、このような回避措置は管理者が配慮する必要がある。

その意味で、本件では、組織体の中で一番弱い立場の准看護師であるA子が起訴され、特養あずみの里の管理者の

管理体制の不備が問われていないのは、権力的立場の者が起訴されにくいわが国の「檢察司法」の弊害の一端が見えるといえる。⁽¹³⁾

現場の行為者が処罰される一方、それを管理し監督する立場の者が罪を免れるのは、わが国では割合と多い。明石花火大会の歩道橋事故における刑事司法上の処理にもそれが見える。この事故は、平成一三年（二〇〇一）七月二六日、兵庫県明石市の朝霧歩道橋で花火大会の参加者が雑踏の中で転倒するなどして、一人が死亡し、一八三人が傷害を負うというものであった。神戸地検は、警察署の現地指揮官と開催した市の幹部を業務上過失致死傷罪で起訴しながら、所轄警察本部で指揮・監督する立場にあった所轄警察署の署長・副署長については不起訴としている。⁽¹⁴⁾

ちなみに、管理過失は個人責任を問うものであり、組織体あるいは法人の責任を問うものではない。⁽¹⁵⁾ したがって、現在の法制度の下で、十分対応できる問題である。

判例では、ホテルの最高権限者として防火防災の管理業務を遂行すべき立場にある者について、不特定多数の人が宿泊等するホテルは火災発生の危険を常にはらんでいて、かつ同ホテルの防火防災対策が人的・物的に不備であることを認識していた以上、一旦火災が起これば、本格的な火災に発展して建物に不案内な宿泊客等に死傷の危険の及ぶおそれのあることを予見し得たはずであるとして、業務上過失致死傷罪の成立を認めたものがある⁽¹⁶⁾（最決平二・一一・六刑集四四・八・七四四、川治プリンスホテル火災事件）。これは、管理過失を認めたものである。

三 過失犯における期待可能性

(一) 学説は検察官に対抗する法理

前節で検討してきたことは、被告人の救済という点ではどのような意味を有していたか。二の(二)ないし(三)で議論してきたことは、畢竟するに、A子について過失犯の構成要件該当性を認めるものとなっており、被告人救済に役立つものとはいえない。ただし、二の(三)は、事件の実態に即してみたととき、A子だけが過失責任を問われるのは妥当でなく、C子も共同正犯となるべきものとの論説であった。これに対すると、二の(四)は、介護活動が組織体としてなされる場合、現場の行為者ではなく、施設管理者こそ事故が起きないように注意義務を尽くすべきとするものであり、被告人救済の一つの法理になると思われる。

ところで、本節の主眼は、私なりの見地から被告人救済の法理構築を目指すものであるが、その具体的検討に先立って、学説の相当数が、不当な検察官の起訴に対する対抗理論として打ち立てられてきたことを一瞥しておこう。

一例として、可罰的違法性理論を取り上げる。この理論は、ある行為が一見すると、構成要件に該当するようにみえるが、実質的には構成要件が予定するような違法性を有せず、¹⁷⁾ 刑罰をもって対処するべきでないと思われる場合、そもそも構成要件に当たらないとして無罪とする考え方である。この理論が主張された時代背景としては、昭和二〇年代から四〇年代にかけて、労働争議や公害反対運動に伴って人々の衝突があつたとき、検察官がとかく労働者・住民側を起訴する傾向が強かつたことがある。たとえば、三友炭鉱事件は、炭鉱の婦人部長が、労働争議において、闘争から離脱し、経営者側について操業を開始した一部組合員の行動に憤慨し、すでに組合員によって線路上のすわり

込みによる炭車阻止が行なわれているところに参加して、他の組合員とともに、「ここを通るなら自分達を轢き殺して通れ」と怒号して、炭車の運転士らをして運転を断念させたというものである。婦人部長は、威力業務妨害罪(二三四条)で起訴された。最高裁は、組合の事実上の分裂という特異な事態のもとにおいてなされ、かつ、行為が被告人により計画的に遂行されたものとはいえない、という事情を考慮し、「被告人の判示行為は、いまだ違法に刑法二三四条にいう威力を用いて人の業務を妨害したものである」として、威力業務妨害罪に当たらないとしたのである(最判昭二二・一二・一一刑集一〇・一二・一六〇五)。そのほか、法益侵害が軽微な場合にも、この法理は用いられる¹⁸⁾。

このように可罰的違法性論は、犯罪成立要件の最初にある構成要件に、不処罰の方向で一定の実質性を与えて処罰範囲を抑制する機能を企図したものであった¹⁹⁾。学説上は議論があったが、今日この言葉が表立って使われないのは、むしろ刑事司法の実務に浸透していることによると思われる。また、当初は、検察官の公訴を批判する趣旨を含んでいたが、他方、検察官の起訴猶予や警察における微罪処分(刑訴二四六条)に理論的根拠を提供する役割もあったといえる。

学説が検察官に対抗するというのは、公訴がもつばら検察官のみによってなされる起訴独占主義が採用されていることによる(刑訴二四七条)。検察官は、検察官同一体の原則にのっとり中央集権的な組織体として活動するため、官僚主義的な独善に陥る危険も存在するのである²⁰⁾。ある元検察官は、「われわれは組織として活動するから」という言葉をよく口にしていたが、そこに、事のよしあしという規範を押しつづす力の論理の働く可能性を否定しきれない、と思うのである。

(二) 期待可能性論の適用

1 本件に関しては、前述(二の四)のような管理過失の法理によらないかぎり、被告人A子には業務上過失致死罪の構成要件該当性は否定することができない。ただし、犯罪が成立する²⁰というためには、さらに違法性や有責性の検討が待っていることはいうまでもない。

私は、A子には、有責性の段階で、期待可能性があつたかどうかを検討する必要があると思う。むしろ、第一審段階において、弁護側からこのような指摘がなされた様子は見受けられない。この論点を考察するヒントになったのは、本件の現場においてA子とともに介助に関わっていたC子が、座談会の中で、「最善を尽くしても防ぎようのない事態というものがある。」と述べている点である²¹。以下、検討してみよう。

2 期待可能性論は、今日、刑法理論として誰もが支持しているものであり、有責性の段階において、超法規的な阻却事由として認められているものである²²。

期待可能性とは、何らかの事情によつて、行為者が実際に行なつた行為以外の他の適法な行為を行為者に期待できないような場合、行為者への非難を控えようとする理論である。行為者が置かれた状況を勘案しながら、行為者個人を責めることができるかという問題であるから、有責性レベルの問題である。

期待可能性が発見される前は、有責性の要素は、責任能力と故意・過失のみであつたが、この要素が含まれることが明らかにされることによつて、有責性は、規範的観点からその人を責めることができるかどうかという問題である²³。ことが明確にされるようになったのである。

期待可能性が裁判において最初に主張された事案は、一九世紀末、ドイツにおいて、過失犯が問われた暴れ馬事件

であつた。⁽²⁴⁾ 事件における現場の御者は、しつぽの癖の悪い馬を替えてほしいと雇主に訴えていたが、雇主は一向に耳を貸さず、そうかといって御者が勝手に馬を替えることはできず、致し方なく業務に従事していたところ、案の定、馬が御者の手綱にしつぽを巻きつけたため、御者は制御ができなくなり、馬車が暴走して通行人に大けがを負わせてしまったのである。

この例では、御者が雇主に事故が心配されることを告げていたのに、雇主はその忠告を聴かず、そうかといって御者がその店を辞めれば家族を路頭に迷わせることになるので、しぶしぶ仕事に従事していたのである。もともと、このような立場の御者を被告人とすること自体、検察官の不見識を示すにほかならなかつたが、起訴そのものを裁判官が無効にすることもできないため、裁判官は弁護人の見解を受け容れて、無罪を言い渡したのである。この法理は、御者には、実際に惹き起こしてしまった行為以外の適法な行為を期待できなかった以上、刑事責任を問うことを控えるようにするものであつた。

暴れ馬事件の判決では御者を無罪とすることで終つた。しかし、この事件では、刑事責任を問われる者はいなかつたのか。いや、そんなことはない。雇主は、自分の店の業務に関して、事故が起きるかもしれないと予見しながら、雇主としての適切な配慮をせずに放置していたのであるから、管理義務を怠つたものとして、管理過失に問われるべきである。

3 ここで、期待可能性論の機能について考えてみる。期待可能性論は、起訴された被告人の責任の有無を明らかにすることを通して、本来誰が責任を問われるべきかについて、重要な示唆を与えろという機能を有していることに着目する必要がある。

わが国の事例で検討してみよう。戦前の事例であるが、第五柏島丸事件がある。これは、瀬戸内海で、職場に向かう乗客を多数乗せた船が沈没した事例である。船長は、かねがね船主に対し、定員超過の運行を避けたいと述べていたのであるが、船主は儲けのみを考えて一向に聴いてくれなかった。実際の運行において、取締の警官は出航時刻の励行のみに専念して定員については寛大であったため、定員の五倍余の人を満載して出航し、途中、後方から航行してきた発動機船の波しぶきを避けようと乗客が片側に殺到したことから、海水が浸入して船は沈没し、二八名が溺死したというものである。この事案で、船長のみが業務上過失往来危険罪（二二九条二項）と業務上過失致死傷罪で起訴された。裁判所は、「被告のみの責任なりとして、これに厳罰を加ふるについては大いに考慮の余地あり」として、罰金三〇〇円を言い渡したのである（大判昭八・一一・二二刑集一一・二〇七二）。この判例は、船長の行為について、期待可能性がないとまでは認めていないが、その考え方を十分に踏まえたものと評価される²⁵。そして、判決が、被告のみの責任とはいえないとしているのは、言外に、船の運行の相当な危険性を察知しながら、金儲けのために事故回避のための方策を採ろうとしなかった船主にこそ刑事責任が問われるべきことを、伝えようとしていると解される。

4 A子について、犯罪成立要件全体の観点から捉え直してみよう。

A子は、第一に、B子に対する間食の形態を確認する注意を怠り、ゼリーではなく誤ってドーナツを提供したという間食形態確認義務違反という過失がある。第二に、ドーナツ摂取の際の注視義務を怠るといふ過失がある。A子は、これらの一連の過失行為によって、B子に窒息を生じさせ、結果として死亡させたという業務上過失致死罪の構成要件該当性が認められる。

ただし、A子は、以下に述べるように、このような過失行為を犯す以外の他の適法な行為を期待することはできない

かつたから、期待可能性なしとして、有責性が阻却され、犯罪とならない、というべきである。

① 本件施設における間食の配膳業務は、主として介護士のC子が担当しており、准看護師A子はその手伝いに入つたものであつて、B子に配膳する際にも、A子はC子から何らの注意も受けていない。

② 本件施設では、配膳すべき間食の形態を容易に確認できる職場の体制となつていない。

③ 当時、A子は、食事全介助の必要な利用者の食事介助中であつた。

④ 食堂内には、B子の他に、食事介助や動向に注意する必要がある者も多く居た。

⑤ もしもB子が窒息であつたら、むせたり、咳き込んだり、あるいは、窒息を生じたことを他人に知らせるための、いわゆる窒息サイン²⁶などがあるはずであるが、なかつた。

このように、A子としてはやるべきことはやっていただけでも結果が発生した点をどう捉えるべきか。それは、第一には、本件は、二の(三)で触れたように、A子だけでなくC子の行為も含めて捉えるべき過失の共同正犯の問題であつたということである。第二に、右の①～⑤は、A子をとりまいていた周囲の諸事情に照したとき、A子にはいかんともしがたいことであつたということである。「行為者をとりまいていた周囲の諸事情」²⁷は、構成要件該当性の要素ではなく、行為者の有責性の問題なのである。すなわち、A子としてはやるべきことをやっており、他の適法行為を期待することは困難だつたと思われるから、期待可能性なしとして無罪である。

結局、A子については、仮に構成要件上、業務上過失致死罪に該当するとしても、有責性段階の判断において、期待可能性がないために、有責性が阻却され、犯罪とならないのである。本件における第一審公判では、このような犯罪成立要件全体を見据えた検討が行なわれていない。

なお、右のような私の考え方に対しては、すべて構成要件的過失で議論すれば済むことではないかとの見解もある。しかし、どのような注意義務を尽くさなかったかという問題と、行為者個人が注意義務を尽くしえない状況に置かれていたかは、別に議論するのがふさわしいと、私は思うのである。

四 期待可能性論の機能

(一) 裁判実務における学説不足

あずみの里事件に関しては、なぜ、過失犯に関して期待可能性の法理により無罪、という筋立てがなされなかったのだろうか。

その答えは、それほど難しいことではない。それは、弁護人が公判において、この法理の主張をしなかったためと推測される。私は、本件の公判を傍聴しておらず、最終弁論も見えていないから、臆測を控えなければならないが、仮にそのような主張がなされていれば、判決が触れるはずである。判決要旨にはそのような痕跡が見受けられないのである。

ここで、他の事例を参酌してみると、弁護・検察の両当事者において、主張すべき議論がなされていないこと、いわば裁判実務における学説不足は、けして稀なことではない。

たとえば、オウム真理教友達殺人事件においては、弁護人は、被告人のために、緊急避難と期待可能性を論点として、無罪主張をしている。裁判結果としては、緊急避難も期待可能性も認められず、過剰避難として刑が減輕され、

執行猶予判決が言い渡されている(東京地判平八・六・二六判時一五七八・三九)。ただし、私見によれば、この事件は、絶対的強制下の行動として、そもそも行為といえないため犯罪に当たらない⁽²⁸⁾、として処理されるべきであったと思われる。人の生命という法益侵害があつた場合に、加害者の行為とはいえないとする主張はしにくいに違いない。しかし、刑法は、行為選択の自由があつてこそ、規範的観点から許されないという評価をするのであるから、絶対的強制下の行動というカテゴリーを持つている必要がある。そして、教団の絶対的存在である教祖とその幹部に監禁され、教祖から友達を殺害しなければおまえも殺すと脅された本事例こそ、その適例というべきである。

なお、判決の中には学説の誤用と称すべきものもある。もつともこれを言い出すと、あら探してみたいになつて気持ちが悪いが、一例を示しておこう。自救行為をどのようなものとしてイメージするかであるが、最高裁判決の中に、傍論としてはあるが、窃盜の被害者が窃盜犯人から現場で贓物を取り戻す行為について自救行為として許される旨の記述がある(最大判昭二四・五・一八判例体系三〇・七九九)。しかし、この事例を自救行為とするのは誤りである。というのは、財物を奪われても(その意味で、既遂にはなっている)、被害者が犯行現場から追いかけたり、被害者の要請に応じて警察官や私人が追いかけている限り、財物が奪取されつつあるという意味で、法益に対する侵害の急迫性はいぜんと継続していると考えられるからである。ちなみに、窃盜犯人が、財物を得てこれを取り返されることを防ぐために犯人が暴行・脅迫をする場合に、それが事後強盜罪(二三八条)を構成するという立法の趣旨は、被害者が取り返そうとする行為自体を正当なものとして(違法でないとして)、評価するからこそのものである。したがつて、最高裁の示した例は、自救行為ではなく、正当防衛の一例なのである。自救行為の典型例は、被害者が、盗まれた自転車に乗っている加害者を一週間後に見つけて、暴力を用いて取り返すような行為である。

さて、本題に戻って、裁判実務において学説が必要に応じて主張されないのはなぜか。

(二) 期待可能性論が主張されないわけ

本公判において、弁護人が期待可能性論を利用して被告人を無罪にしようとしなかったのはなぜだろうか。

一つ考えられるのは、最高裁判所がこの法理を認めていないので、主張をしても勝目はないと思つたのか。たしかに、最高裁において、この理論によつて無罪とした例はない。いくつかの判例を検証してみよう。

〔ア〕 失業保険料不納付事件（東芝川岸工場事件）では、控訴審において、期待可能性論によつて無罪とされた（東京高判昭二八・一〇・二九高刑集六・一一・一五三六）。ところが、最高裁は、従来の大審院・最高裁判所・高等裁判所の諸判例は、「いまだ期待可能性の理論を肯定又は否定する判断を示したものは認められない。」として、この理論の適用を拒絶したのである（最判昭三三・七・一〇刑集二二・一一・二四七二）。その上で、最高裁は、会社の工場長が、会社の代理人として保険料を納付しなかった点について、「納付しなかった場合」というのは、「事業主において、右代理人等が納付期日に保険料を現実に納付しうる状態に置いたに拘わらず、これをその納付期日に納付しなかった場合をいうものと解する」とした上で、本件では、そのような事実認められないとして、無罪を言い渡したのである。犯罪の成立要件としては、有責性より前に遡つて構成要件該当性のレベルで判断を示したのである。

〔イ〕 三菱新入礦業所事件は、労働争議に際し、労働組合の組合長らが、会社側幹部に暴行・脅迫・不法監禁をしたとして、暴力行為等処罰に関する法律違反に問われた事例である。控訴審では、前半の暴行・脅迫のみを切り離して、これを期待可能性がないものとして無罪にしている。これに対し、最高裁は、この法理の適用を拒否したのである（最判昭三三・一一・四刑集二二・一五・三四三九）。

ただし、この判決には垂水克己裁判官の少数意見が付け加えられているので見ておこう。

垂水意見では、本人が義務履行不可能な状態におかれているときは、犯罪にはあたらないとしているが、本件においては、約束を守らない会社幹部を詰問・非難・激怒することは「自由であっても、これに対し暴行、脅迫を加えることは法の厳然として禁止するところであ」とする。組合長らは、「当時、かような行動に出でない自由を持ちそれが可能な状態にいたといえるのである。」として、期待可能性がないとはいえないとする。

ところが、この後が興味深い。それは、「もし、或る下級裁判所の判決や上告趣旨で示された、あるいは、一学者の示した期待可能性論が最高裁判所の心（リーガル・マインド）を捉えるならこれは受け入れられるであろうと推測する。」と締め括っているのである。

これを、私は、積極的に捉えようと思う。最高裁が蹴ったからといってそれにへこたれず、きちんと理論の意義、理論構成、適用限界を示して挑戦してみればよい、というように。

〔ウ〕 かつて、最高裁判所において、窃盗事件に関して、貧困でやむなく窃盗したものであるから、期待可能性なしとの主張がなされたことがあるようである。前述の失業保険料不納付事件において、検事の上告趣旨中に含まれているものである。最高裁は、これを二つの理由で斥けている（最判昭二六・一一・二九判例要旨集五・一二）。第一は、そもそも原審において被告人側は期待可能性の主張をしておらず、そのため原判決もその点についてなんら判断を与えていなかったのであるから、今さら主張してもだめだとする。第二は、「貧困」という状態は、犯罪原因上の情状にすぎなく、犯罪の主観的責任に関係がないから、責任（有責性）を阻却しないとす。

この第二点の論理には反論する。人間が生きていくために他人の物を盗まねば生きていけない状況におちいったと

き、やむを得ず盗みをしてしまうことは、許すしかないのではないか。そのような状況におちいったとき、人はいけないとわかっていて、心の中でずいぶん苦しんだ上で人の物に手を出してしまうのである。人は規範面で闘い、主観面で究極の選択をしたといわねばならない。ジャン・ヴァルジャンが姉と子のためにパンを盗むような事情は²⁹どこにも、いつの時代にもあるものである。

柏木千秋先生は、国が刑罰を科すことができるのは、貧困のゆえに罪を犯さねばならない人がいないような状況をつくってからだという趣旨を論じられたことがある。³⁰ つきつめて考えていけば、もつともな見解だと思う。

(三) 期待可能性論を機能的に考えてみる

1 期待可能性論が法律上の論理であり、かつ、超法規的なものである以上、裁判所を納得させるだけの備えをしなければならぬのは当然である。

たしかに、刑法理論において、超法規的阻却事由を認めるのは、犯罪成立要件のどの段階においても抵抗が強い。たとえば、安楽死については、それを認めるべきとした二つの判例がある。すなわち、名古屋高判昭三七・一二・二二高刑集一五・九・六七四と横浜地判平七・三・二八判時一五三〇・二八である。前者は息子が父親に対し行なったもの³¹、後者は医師が患者に対し行なったものであり、それぞれ掲げる要件は異なるが、いずれもその要件を充たせば違法性が阻却され、無罪とするというものである。ただし、両事例とも、具体的事件の解決としては、要件を欠くとして有罪としている。

2 被告人に有利に働く可能性がある理論は、訴訟法の分野にもある。たとえば、公訴権濫用論である。これは、検察官の訴追裁量権の逸脱に関して、公訴の提起自体を無効ならしめる場合がある、とするものである。判例は長ら

くその採用を拒否してきたが、チツソ補償交渉事件に関して、その理論的可能性をようやく承認したのであった（最決昭五五・一二・一七刑集三四・七・六七二）。ただし、具体例へのあてはめは認めず、かえって、「たとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる」と例示したことから、その後、実務において、公訴権濫用論の主張はほとんどされなくなってしまうている。

一方、効果としては被告人に有利に働くが、理論上は「令状主義の精神」を活かす方向で、違法収集証拠の排除法則が形成されつつある。事例は、被疑者が逮捕された当日の午後七時に警察署で任意に採取された尿の鑑定書の証拠能力に関するものであるが、裁判所は、被疑者が午前中からどのような捜査上の扱いを受けてきたかという点と、捜査官の行なったことの両者を踏まえた検討をしている。すなわち、被疑者の逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もなされていない違法があるのに加え、警察官がそれを糊塗するために、逮捕状に虚偽内容を記した上、内容虚偽の捜査報告書を作成し、さらに公判廷において警察官が事実と反する証言をしたのであった。そこで、警察官の態度を総合的に考慮すれば、①逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し没却するような重大なものであり、②このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地から相当でないとして、証拠能力を否定し、無罪としたのである（最判平一五・二・一四刑集五七・二・一二二）。

3 裁判所は、超法規的な理論に対して、それがどのような機能を有しているかに着目しているように思える。その点では、期待可能性論には、次のような重要な機能があることを指摘しておきたい。

第一に、起訴された行為者の罪責を検討するにあたって、その行為者がどのような状況に置かれていたために適法行為が期待できなかつたかを吟味することは、その行為状況をもたらずに至った関係者がどのような態度を採ったか

を要素に判断する必要がある。暴れ馬事件では、御者の雇主の態度に問題のあったことが明らかになっているし、失業保険料不納付事件では、代理人である工場長にきちんと保険料分を渡していない東京の本社の経理担当こそ責めを負うべきなのである。

第二に、期待可能性が問題となる事例においては、その組織体や業界の構造そのものに解決すべき課題が含まれている場合がある。本件のあずみの里事件に關していえば、特養における人員不足、その前提の一つとなる働く者の給与の低さが問題となっている。遡ってその要因を辿れば、福祉行政の貧困という政治上の課題に行き着く。ただし、個人責任の視点で行き着くのは、特養の施設長あるいは特養を経営する会社の責任者ということになる。

第三に、裁判所は、起訴された訴因に対してのみ、有罪・無罪の判断をするわけであるが、量刑の段階になると、発生した法益侵害について被告人個人がどれほど寄与しているかを明らかにするため、他者の関与の度合を調べる必要がでてくる。その過程で、事件の構造が明らかになる場合もあるわけである。

五 結びにかえて

介護事件で起訴された個人の刑事責任を検討する過程で明らかになったことは、問題の根底に、介護に関わる組織体に構造的課題が横たわっていることであった。その場合に用いた道具は、個人の有責性を明らかにする法理である期待可能性理論であった。個別の事例に対する評釈を通して学説が実務に影響を与える手法も、一定の役割を有しているはずである。⁽³²⁾

刑事裁判では、検察・弁護の双方が被告人の有罪・無罪に関して攻防を闘わせることになるが、そのみに囚われていると、事件の全体構造あるいは本体を見逃してしまうおそれがある。この点は、コストコ事件の検証をした際にも気づかされたことであつた。⁽³³⁾

これは、あるいは、構造的な過失に関わる基本問題につながるのかもしれない。本稿は、この点に心を留め、攔筆することにしよう。

(1) 厚生労働省の実態調査によると、二〇一七年度の一年間に、転倒などの事故で死亡した入所者が、特養（特別養護老人ホーム）では七二二施設で一七一人、老健（介護老人保健施設）では二七五施設で四三〇人、計一五四七人であつた（読売新聞平成三二年三月一五日期刊）。

(2) 長野地方裁判所松本支部平成三一年三月二五日判決の報道用判決要旨による。

(3) 特養あずみの里業務上過失致死事件裁判で無罪を勝ち取る会『いま、介護の未来のために』（平成三〇年）。以下、勝ち取る会・前掲注(3)として引用する。

(4) 前掲注(2)。

(5) 今井恭平「問われるのは、福祉か？ 刑事責任か？」勝ち取る会・前掲注(3)一七頁。

(6) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（平成四年・有斐閣）七頁。

(7) 被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれが著しく、裁判の公平を損なうおそれが顕著な場合には、公判の結審直前になされた訴因変更の請求を、裁判所は許可しないとされたことがある（福岡高那覇支判昭五一・四・五判タ三四五・三二一）。

(8) 田宮・前掲注(6)一九七頁。

(9) 製造課長は、第二燐酸ソーダを粉乳の品質向上のために安定剤として添加使用することを開発した責任者であつた（徳島

地判昭四八・一一・二八判時七二一・一四)。

- (10) 勝ち取る会・前掲注(3)二八頁。
- (11) 勝ち取る会・前掲注(3)二八頁。
- (12) 勝ち取る会・前掲注(3)二八頁。
- (13) 日本の検察官は、「上向きの訴追は弱」く、下向きには強いと批判されている。この点に関する指摘として、デイヴィッド・ジョンソン著、平山真理子訳「日本の『蜘蛛の巣』司法と検察の活動」後藤昭責任編集『刑事司法を担う人々』(平成二九年・岩波書店)二九頁。
- (14) その後、副署長(署長はすでに死亡)は、神戸検察審査会による二度の起訴相当議決(検審四一条の六第一項により、二度目は起訴議決といわれる)を受けて、指定弁護士によって業務上過失致死傷罪で強制起訴された。第一審では過失は認められず、時効により免訴とされた(神戸地判平二五・二・二〇判例集未掲載)。最高裁で上告棄却とされ、免訴が確定した(最決平二八・七・一二刑集七〇・六・四一一)。
- (15) 立法論として、企業犯罪に対し法人処罰あるいは組織体処罰という議論があるが、問題は、規範的感銘力を与えることができるかである。
- (16) 評釈として、船山泰範『刑法の役割と過失犯論』(平成一九年・北樹出版)二一九頁以下。
- (17) 藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年・弘文堂)一一七頁。
- (18) 一厘事件に関して、判例は、「零細なる反法行為は、犯人に危険性ありと認むべき特殊の情況」がない限り犯罪にならないとした(大判明四三・一〇・一一刑録一六・一六二〇)。
- (19) 藤木・前掲注(17)一一九頁は、「実質的には、構成要件概念の縮小解釈を行なおうとするものである。」とされる。
- (20) 田宮・前掲注(6)一六七頁。
- (21) 勝ち取る会・前掲注(3)二八頁。
- (22) 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』(昭和二二年・有斐閣)二頁。

- (23) 団藤重光『刑法綱要総論・第三版』（平成二年・創文社）二六四頁。
- (24) RGSJ. 30, 25（ライヒ裁判所判例集二〇卷二五頁）
- (25) 団藤・前掲注(23)三三四頁。
- (26) 室息サインとは、「自分の喉を親指と人差し指でつかむ」などの行動をいう（勝ち取る会・前掲注(3)二五頁）。
- (27) 佐伯・前掲注(22)はしがき一頁は、期待可能性の思想を次のようなものであるとする。「従来の刑法理論からすれば、どうしても、刑事責任があり刑罰を免れ得ないと言はねばならぬやうな場合の中にも、その際の行為者をとりまいてゐた周囲の諸事情に照せば、その行為より他の行為を期待することはどうも不可能なやうな場合があり得ることを認め、且このやうな行為者についてはもはや刑事責任を認むべきでないと主張する」（傍点は筆者）。
- (28) 私の犯罪論では、構成要件該当性という評価の前に、評価をするべき対象として「行為」を選び出す立場をとっている（船山泰範『刑法の礎・総論』平成二六年・法律文化社、四頁）。
- (29) ヴィクトル・ユーゴー著、豊島与志雄訳（昭和六二年・岩波文庫）。
- (30) 柏木千秋『刑法総論』（昭和五七年・有斐閣）一九八頁。念のために本文を引用しておく。貧困を原因とする犯罪「に対する責任非難は、……長期的視野に立てばやはり不合理なものとなる」。
- (31) 構成要件としては、いまだ尊属殺人罪（二〇〇条）が存在した時代に、嘱託殺人罪（二〇二条）として起訴された。
- (32) 緑大輔「刑事訴訟法学と実務―刑事訴訟法学の『守備範囲』をめぐる―」法律時報九一卷九号五一頁。
- (33) 船山泰範「建築設計・施行における刑事責任―コストコ事件を手がかりに―」法学紀要（平成三〇年）五五頁。

〔追記〕脱稿後、民事事件であるが、過失を、①どの時点で、②何について認めるか（二の二）について、参考となる判例が見い出されたので、追記する。

事案は、東北地方太平洋沖地震による津波で、石巻市立大川小学校の児童七四人、教職員一〇人が死亡した大川小

学校事件である（河北新報報道部『止まった刻^{とぎ} 検証・大川小事故』令和元年七月、岩波書店）。第一審の仙台地裁は、現場の教職員は、平成二十三年三月一日午後三時三〇分頃（七分前）、津波襲来を予見できたとして、児童の避難誘導に過失があったとした（平成二十八年十月二十六日）。これに対し、控訴審の仙台高裁は、注意義務について、市教委や校長らは地域住民が有していた平均的な知識および経験よりはるかに高いレベルのものでなければならぬとし、事前に避難経路や方法を定めていれば、津波を回避できたはずだととして、過失を認めたのである（平成三〇年四月二十六日判時一三三八七・三二一）。

船舶所有者の事業譲渡・会社分割と 海上労働契約の帰趨―船員法四三条の意義

南 健 悟

第一章 問題の所在

第一節 はじめに

第二節 船員の労働関係

第三節 東京高判平成三〇年四月二五日労判二一九三号五頁〔協和海運ほか事件〕

第四節 問題提起

第二章 船員法四三条の立法史

第一節 昭和一二年改正前商法五八四条とその立法趣旨

第二節 昭和一二年改正船員法二八条の制定

船舶所有者の事業譲渡・会社分割と海上労働契約の帰趨―船員法四三条の意義（南）

三一七（四五三）

第三節 昭和二二年改正船員法

第四節 学説上の評価とその後の改正審議

第五節 小括—船員法四三条の趣旨

第三章 船舶所有者の事業譲渡・会社分割と海上労働契約の帰趨

第一節 海上労働契約の構造と船員法四三条

第二節 船舶所有者の事業譲渡の場合

第三節 船舶所有者の会社分割の場合

第四章 陸上労働契約に対する船員法四三条の類推適用の可能性

第五章 結びに代えて

第一章 問題の所在

第一節 はじめに

通常、使用者である会社が事業を譲渡したり、会社を分割したりする場合、その使用者と労働者の労働契約については、次のように考えられている。すなわち、通説によれば、使用者がその事業を譲渡した場合、当該事業譲渡により、労働契約は事業の譲受会社に自動的に承継するのではなく、事業の譲渡会社・譲受会社・労働者の三者間の合意によらなければ、譲渡会社と労働者との間の労働契約は、譲受会社に承継されないとされる。これは、譲渡会社と譲受会社間の事業譲渡は、あくまで特定承継であるという考え方から、民法六二五条一項が適用され、労働者の同意が

必要であり、また、事業譲渡の契約当事者間において、移転される事業に係る労働者に係る労働契約関係を移転しないと定めることができるからであるとされる。^① 他方で、会社分割の場合には、会社分割が（部分的）包括承継であることを前提に、労働者の同意なく、会社分割に伴う労働契約承継法の手続きに従って、労働契約が承継される。

他方で、その使用者が一般の事業会社ではなく、海運会社のような船舶所有者の場合には、その様相は異なる。すなわち、労働法の世界には特定の産業の分野を対象とした法制が存在し、その一つとして、船員法が挙げられる。^② 船舶を所有し、当該船舶を運送事業の用に供しているような会社が、船員を雇用しているような場合、その会社（船舶所有者）と船員との間の雇入契約については、一部の規定を除き、労働基準法や労働契約法ではなく、船員法が適用される。そして、船舶所有者たる使用者の変更の場合、船舶所有者と船員との間の雇入契約については、別の規制が存在する。船員法四三条によれば、その一項で「相続その他の包括承継の場合を除いて、船舶所有者の変更があつたときは、雇入契約は終了する。」とした上で、同一項において「前項の場合には、雇入契約の終了の時から、船員と新所有者との間に従前と同一条件の雇入契約が存するものとみなす。この場合には、船員は、前条の規定に準じて雇入契約を解除することができる。」と定めている。本条によれば、船舶所有者（使用者）に変更があつた場合、労働者たる船員の雇入契約は前船舶所有者との間では終了し、他方で、新船舶所有者との間に従前と同一条件の雇入契約が締結されることになる。

しかしながら、船員法四三条が実際に適用される場面とはどのような場合なのかなどについては、従前の学説及び裁判例において、ほとんど検討が加えられてこなかったようにも思われる。確かに、陸上労働者の場合に事業（営業）譲渡に伴う労働契約の承継を認める一つの根拠として持ち出されるケースはあつた。^③ しかし、実際に、直接的に

適用された事案は公判裁判例では近時に至るまでなく、その適用方法等については、ほとんど検討がなされてこなかったといえよう。そこで、本稿は、船員法四三条の意義やその適用方法等について検討するものである。

第二節 船員の労働関係

ところで、本論に入る前に、船員の労働関係について簡単に述べておきたい。まず、陸上の労働者に当たる船員とは、日本船舶又は日本船舶以外の国土交通省令で定める船舶に乗り組む船長及び海員並びに予備船員をいうとされる(船員一条一項)。そして、その海員とは、船内で使用される船長以外の乗組員で労働の対償として給料その他の報酬を支払われる者とされ(同二条一項)、また予備船員とは、日本船舶又は日本船舶以外の国土交通省令で定める船舶に乗り組むため雇用されている者で船内で使用されていないものをいうとされる(同二項)。一方で、陸上における使用者に当たるものを船員法では船舶所有者とされる。すなわち、船舶において労務の提供を受けるため船員を雇用している者を船舶所有者と呼ぶ⁵⁾。したがって、船員の労働関係においては、「船員」を労働者として、「船舶所有者」を使用者として位置づけられている。なお、船舶所有者の規定については、船舶共有の場合には、船舶管理人(商法六九七条以下参照)、船舶貸借(商法七〇一条以下参照)の場合には船舶借入人にも適用される(船員五条⁷⁾)。

次に、陸上の労働契約に当たる契約を雇入契約という(船員二二条等参照)。そのため、船員と船舶所有者との間の契約は労働契約とは呼ばれずに雇入契約と呼ばれる。この表現は、一八七九年施行の西洋形商船海員雇入雇止規則に由来し、このような用語法は、一般的な雇用契約(労働契約)の締結及び解除とは異なる意味を持つ船員法特有の表現である⁸⁾。船舶所有者と船員とが雇入契約を締結しようとするときは、あらかじめ、当該雇入契約の相手方となろう

とする者に対して、①船舶所有者の名称又は氏名及び住所、②給料、労働時間その他の労働条件に関する事項であつて、雇入契約の内容とすることが必要なものとして国土交通省令で定めるものについて書面を交付して説明しなければならぬ（船員三二条一項）。そして、船長は、雇入契約の成立、終了、更新又は変更した場合には、国土交通省令で定めるところにより、遅滞なく、国土交通大臣に届け出なければならない（船員三七条）。さらに国土交通大臣は、雇入契約の成立等の届出があつたときは、その雇入契約が航海の安全又は船員の労働関係に関する法令の規定に違反することがないかどうか及び当事者の合意が十分であつたかどうかを確認することとされる（船員三八条）。一方で、雇入契約の終了については、法定の終了事由（船員三九条、四三条一項）のほか、船舶所有者からの解除事由の規定（船員四〇条）、船員からの解除事由の規定（船員四一条、四三条二項後段）がある。

なお、船員の労働関係は、しばしば二重契約制とも呼ばれる。というのも、船員法は船舶に乗り組むために採用されたものの、未だ船舶に乗り組んでいない者を「予備船員」とし、船舶所有者と予備船員との間の関係を「雇用契約」として、船舶所有者と船長又は海員との間の関係を「雇入契約」と呼んで区別している（船員三一条括弧書き参照）。したがって、船舶所有者と船員との間の契約関係は、まず船舶所有者との間で雇用契約を締結して予備船員となり、その予備船員が特定の船舶に乗り組む際に、雇入契約を締結して乗船する⁹⁾とされている。

第三節 東京高判平成三〇年四月二五日労判一一九三号五頁〔協和海運ほか事件〕

前述したように、船員法四三条の直接適用が争われた公判裁判例は従来ほとんどなかった。確かに、例えば、広島地判平成一八年一月三〇日労判九一二号二二頁〔日光丸船長事件〕では、事業譲渡に伴い、船員法四三条に基づく船

員の雇入契約の承継が認められるかが争われたが、本件では、そもそも事業譲渡契約が民法九四条一項の通謀虚偽表示によるものであり無効とされたことから、雇入契約の承継は問題とならなかった。しかし、このような状況の下で、東京高判平成三〇年四月二五日労判一一九三号五頁〔協和海運ほか事件〕は、おそらく初めて正面から船員法四三条が適用された事案として注目に値する。本件は、船舶借入人であるY1社の船員の雇入契約が、Y1社（事業譲渡会社）とY2社（事業譲受会社）¹⁰との間の事業譲渡契約により、Y2社に承継されるかが問題となったものである。¹¹

（事実の概要）

船舶を借り入れて水先人送迎船運行事業等を営む被告Y1社の船員Xらが、被告Y2社が、Y1社から事業及び船員を承継しながら、労働組合を脱退しなかったXらのみ採用を拒否したことが無効であり、船員法四三条二項に基づき雇用承継を求めるなどした。Y1社は、Y1社従業員が所属する従業員持株会と訴外A社を株主とするY2社を設立し、同社に事業の全部を譲渡することを計画した（以下、本件事業譲渡という）。Y1社は同社従業員に対して労働組合（全日本海員組合）を脱退することを条件にY2社が採用することなどの話をした。本件事業譲渡の事業譲渡契約書においては平成二六年二月一日付けで従業員らを新規に雇用する旨が定められていたが、他方で、Y1社は、組合を脱退しなかったXらについて、その前日の一月三十一日付けで、Y1社の解散を理由に解雇したものである。

(判旨)

「本件船舶は船員法一条一項の『日本船舶』に該当し、Xら一名は同項の『船員』に該当し、Y1社は同法五条一項の『船舶借入人』に該当する。そして、…Y1社は、本件船舶のうちBが所有していた船舶について賃借していることから、船舶借入人の変更があったことになり、D組合が所有し、Y1社が賃借していた八隻については、D組合から譲渡を受けていることから、船舶借入人及び船舶所有者の変更があったことになり、いずれについてもY1社とXら一名の雇入契約は船員法四三条一項によって終了する。そして、同条二項により、Xら一名と新しい船舶借入人及び船舶所有者であるY2社との間で、従前と同一条件での雇入契約があったものとみなされる。平成二六年一月三一日をもってXら一名はY1社から解雇の通告を受けているものの、それに先立つ同月二四日に締結された本件事業譲渡契約及びその締結に至る事実経過等により、Y2社が本件船舶を用いて水先案内業務を行うことは当然に予定されていたのであるから、Y1社がXら一名を解雇しなかったとしても、船員法四三条一項及び二項によりXら一名の雇入契約は当然にY2社に対して引き継がれることになる。そうすると、Y1社がXら一名を同月三一日に解雇する必要はなかったというべきであるから…、Xら一名の解雇は船員法四〇条六号の『やむを得ない事由』があつたとはいえず、無効というべきである。」

本判決によれば、第一に、Y1社と船員であるXらの雇入契約は船員法四三条一項に基づき終了し、同二項に基づき当然にY2社に承継されるとし、第二に、たとえ、事業譲渡効力発生日より前に解雇したとしても、同規定により当然に雇入契約は承継されることから、当該解雇は同法四〇条六号にいう「やむを得ない事由」があつたとはいえない

いとして無効とされている。本判決を卒然と読めば、船員法四三条を素直に適用したものであって、特段目新しいものとはいえないように思われる。しかし、同条の適用を考えた場合、前述したように、船員の労働関係の特徴である二重契約制との関係をどのように捉えられるのか、本件は事業の全部譲渡の事案であるが、例えば、事業の一部譲渡の事案であった場合、雇人契約はどのように承継されるのか（それとも、そもそも適用がないのか）は明らかではない。また、もしY1社が会社分割の方式によつて事業を承継させた場合には、船員法四三条は適用されるのかということも明らかではない。さらに、船員法四三条は前掲播磨鉄鋼事件において「船舶および船員の労働関係の特殊性を考慮した規定」と指摘されているが、ここにいう船員の労働関係における特殊性とは何かも問題となる。

第四節 問題提起

そこで、上記のような問題意識の下で、本稿では、以下の点を検討することとする。すなわち、第一に、船員法四三条の立法の変遷を辿り、その趣旨を明らかにする。その上で、船舶所有者が事業譲渡や会社分割による方法で事業を他社に承継した場合の、同条の適用の範囲とその効果について考察する。そして、最後に、播磨鉄鋼事件において指摘されたような船員の労働関係における特殊性とは何か、さらに陸上労働への類推適用の可能性の有無について検討を行うこととする。

第二章 船員法四三条の立法史

第一節 昭和一二年改正前商法五八四条とその立法趣旨

現行の船員法四三条は、かつて昭和一二年改正前（以下、改正前商法という）商法五八四条に規定されていたものを、昭和一二年の船員法改正に際して、現行法の内容に改めて規定されたことに由来する^⑫。改正前商法五八四条は以下のような条文であった。

改正前商法五八四条

「航海中船舶ノ所有者力変更シタルトキハ海員ハ新所有者ニ対シ雇傭契約ニ因リテ生シタル権利義務ヲ有ス」

本条は、航海中に船舶所有者が変更された場合には、民法六二五条一項の適用を排除し、海員（船員）は新しい船舶所有者に対して雇用契約（後の雇入契約）によって発生する権利義務を有するとしたものである。まず前提として、当時の船員は船舶所有者という使用者に雇われるのではなく、船舶それ自体に雇われるという、いわゆる属船主義という考え方が一般的であった^⑬。そのため、船舶が譲渡された場合には、当該船舶に雇われている船員は新たな所有者の下で、労務を提供することとなる。それを法的に捉えた場合、船舶が航行中、船舶所有者が当該船舶を第三者に譲渡した場合、その船員は新所有者の下で労務を提供することになるが、当時の通信環境等に鑑みれば、当然、民法六二五条一項に基づく同意を求めることは物理的に不可能である。そうすると、法的には、船員の雇用関係が不明瞭

になる。そこで、このような事態を防ぐ観点から、同条は民法六二五条一項の特則として規定された。つまり、航海中に船舶が譲渡された場合、民法六二五条一項に基づき、船員の承諾を得なければならず、船舶の航海に支障をきたし、積荷利害関係人及び旅客に対して不測の損害を加えるおそれがあり、結果的に、航海中の船舶の譲渡を困難にし、海上企業の経営に影響を与えることになることを防ぐための規定とされていた。¹⁴ なお、改正前商法五八四条は、航海中の船舶の譲渡に関する改正前商法五四二条（現行商法六八八条）¹⁵との関係においても、船員との雇用契約に関する特則として位置づけられていた。¹⁶ したがって、改正前商法五八四条においては、船舶所有者の変更に伴う船員雇用の安定（失業の防止）¹⁷という趣旨は見出されず、船舶譲渡の確保と、それに伴う航海の安全を確保するための規定であったとされる。¹⁷ なお、このような趣旨に鑑みて、新船舶所有者と交渉し、新たに雇入契約について合意することが可能である以上、船籍港に停泊中の場合には、本条は適用されないと解されていた。¹⁸

なお、本条の効果については、航海中に船舶が譲渡された場合、当該船舶に乗り組んでいた船員と旧船舶所有者との関係はどうなるのかについては学説上争いがあった。一つは、雇用契約の一身専属性という観点から、新旧両船舶所有者に対して同一の権利義務を有することはできず、旧船舶所有者と船員との法律関係が終了し、新船舶所有者との法律関係のみ成立するとする見解と¹⁹、他方で、旧船舶所有者と船員との法律関係は存続し、新旧両船舶所有者との間で法律関係が生じるとする見解である。²⁰ 後者の見解は、航海中に船舶が譲渡された場合には、雇止手続きがなされるわけではなく、また、旧船舶所有者との関係について同条は何も述べていないことを根拠とする。ただし、この見解によれば、船員の選択により、いずれかの船舶所有者に対してのみ権利を有し、義務を負うとされ、また貸金債権については、いずれの船舶所有者に対しても請求することができるとする。²¹

第二節 昭和一二年改正船員法二八条の制定

(一) 臨時海事法令調査会における船員法改正審議

昭和一二年の船員法の改正は、明治三二年制定の商法及び船員法は海運業の発展に合っていないのではないかとの声が高まり、船員法を時代の要求に適合させ、船員の地位を保護し、もって海運の健全なる発達を企図したものであった。しかし、その改正の議論は、かなり早い段階からスタートしていた。すなわち、昭和一二年船員法改正は、昭和四年に開催された船員法改正に係る臨時海事法令調査会の答申をベースに行われた。⁽²²⁾ 昭和一二年改正船員法における船員所有者の変更と雇入契約との関係に関する規定を検討するにあたり、そこでまず昭和四年に開催された船員法改正に係る臨時海事法令調査会⁽²³⁾における議論を紹介する。

臨時海事法令調査会に最初に提出された要旨によれば、船舶所有者の変更による船員の雇用契約の帰趨については、

〔七〕 船舶所有者ノ変更ニ因ル雇傭契約終了ノ時期ニ関シテハ第五項ノ規定ヲ準用スルコト」とし、その五項では

〔五〕 雇傭契約期間ノ滿了ニ関シテハ特約アル場合ヲ除クノ外左ノ各號ニ依ルコト (イ) 航海中ニ期間滿了シタルトキハ次ノ港ニ到着スル迄存続スルモノト看做ス (ロ) 前號ノ場合ニ於テ次ノ港カ外國港ナルトキ又ハ外國港ニ碇泊中期間滿了シタルトキハ契約ハ日本ニ於ケル最初ノ港ニ到着スル迄存続スルモノト看做ス」とされていた。つまり、船舶所有者が変更された場合には、旧船舶所有者との間で、次の港に到着するまで雇用契約が存続し、次の港に到着した時点で雇用契約が終了するということとなっており、雇用契約の延長という形をとっていることがわかる。なお、もしこのような規定が船員法に加えられた場合には、商法五八四条を廃止する予定と説明されていた。⁽²⁴⁾

このような提案に対して、主に討論されたのは、「船舶所有者ノ変更」に何が含まれるのかという点であった。最

初に問題となつたのは、雇止めがなされたときの失業手当の支給が認められるとする条項との関係であつた。⁽²⁵⁾ 当時の提案では、雇用契約が終了した場合には、失業日数に応じて二ヶ月の範囲内において給料と同率の失業手当を支給すると提案されていた。ところが、船舶所有者が相続したり、合併したりした場合にも失業手当を支給することが妥当であるのか問題となつたのである。そこで、逋信省の幹事は、船主(船舶所有者)が死亡し、相続が開始された場合や船主が合併した場合には、包括承継であるため、雇用契約は当然相続人及び合併後の会社に承継されることとなるから、失業手当の支給はなされない旨の説明をしたが、他方で、臨時海事法令調査会の委員長である松波仁一郎委員から雇用契約に基づく権利義務は一身専属性を有し、相続や合併によつては承継されないと主張したのである。このような松波委員による主張に対しては、幹事の小野猛氏が、相続や会社合併は包括承継であり、雇用契約は消滅せず存続すると述べ、これに日本船主協会の上谷統氏、日本海員組合の堀内長栄氏が同調した。なお、金尾治作委員は労働者の経済的地位を確保する必要があることから、たとえ船主が死亡したとしても相続人に契約を承継させるものと解すべきであると述べている。しかし、それに対して、日本郵船の武田良太郎氏が相続の場合には雇用契約は承継されるが、合併の場合には雇用契約は終了する⁽²⁶⁾としたい旨を指摘した。そこで、松波委員が、やはり相続人に雇用契約が承継されるということになれば、海員の人格を軽視するものであつて相当重大な問題であると改めて主張し、結果的に、「会社ノ合併其ノ他之ニ準スル事由ニ因リテ雇傭契約終了スルモ海員カ合併後存続スル会社又ハ合併ニ因リテ設立シタル会社其ノ他之ニ準スル者ニ引続キ雇傭セラルル場合ニ於テハ第九項ノ二「失業手当の支給に関する条項―筆者註」ノ規定ヲ適用セサルコト」とする旨が挿入されることとなつた。そして、このようなやり取りが、「船舶所有者ノ変更」の規定のあり方に関する議論にも大きく影響を与えることとなる。

さらに、「船舶所有者ノ変更」に関する議論⁽²⁶⁾について再度触れたのが松本丞治委員であった。松本委員は、相続や合併は包括承継であることから、雇用契約は相続人や合併後の会社に承継されるのであって、雇用契約は終了しないのではないかと主張した。これに対して、松波委員が、相続の場合には雇用契約は承継されるが、会社合併の場合には雇用契約は承継されないと改めて主張したのである。松波委員の根拠は、そもそも船舶所有者が変更されれば雇用契約を終了させるべきであるが、相続の場合には、船舶所有者の意思が介在しないので、船員には気の毒ではあるが、そのまま契約を存続させた方が良くとし、他方で、会社合併のような場合には、会社が勝手に行くことであつて、雇用契約を続けさせない方が良くと述べる。それに対して、松本委員は、株式合資会社が株式会社に組織変更される場合には雇用契約は承継されることから、会社が勝手に行く場合であつても契約関係が終了しない場合があるし、逆に、相続についても船舶所有者の意思により隠居などによつて生じる可能性があり、理屈が通らないと主張した。さらに、堀内委員からは、東洋汽船と日本郵船が合併したときには船員は雇用契約の承継を求めたことを例に出して、合併によつて雇用契約は終了しないのではないかと述べている⁽²⁷⁾。このような対立の中心は、相続や合併の場合も含めて、船舶所有者が変更した場合には、雇用契約を終了させるべきであるか否かという点に帰着する。松波委員は、あくまで海員の人格の尊重という観点から、包括承継の場合であると否とを問わず、船舶所有者の変更の場合には雇用契約を終了させるべきであるとし、他方で、松本委員は、相続や合併のような包括承継の場合には、当然に雇用契約は承継されると主張するものであつた。そして、松波委員によれば、航海中に船舶所有者が変更した場合に、交通の途絶が起これるのではないかとの松本委員からの質問に対しては、イギリス法における考え方を引用しながら、黙示の契約がなされると考えればよいと答えている。このようなやり取りがなされた中で、船舶所有者の相続や合併等の包括承継

の場合には、雇用契約は当然に承継されると考えた上で、航海中に船舶が譲渡されたような場合には、本来であれば雇用契約は終了するが、それでは交通の途絶が生じる可能性があることから、答申原案の「船舶所有者ノ変更」の後に「(相続其ノ他包括承継ニ因ル場合ヲ除ク)」と挿入することとなった。

結局、上記のような議論に鑑みれば、改正前商法五八四条の趣旨である航海中の船舶所有者の変更に伴う緊急臨時的な規定としての性格が維持されていたことがわかる。すなわち、船舶所有者の変更が生じた場合、旧船舶所有者(譲渡会社)との雇入契約は終了するが、適当な海員を補充することができる次の港まで契約を存続させるものとみなすとしていたのである。つまり、航海中に船舶が譲渡された場合、新たな船員を乗り組ませることは困難であることから、次の港で、新船舶所有者(譲受会社)が新規に船員を雇い入れるまで臨時的に雇入契約をその時まで延長させるための規定として位置づけられていた。最終的には、臨時海事法令調査会の答申は以下のようなものであった。

「(8) 海員ノ雇用期間満了シタルトキハ船長ハ管海官庁所在ノ最初ノ港ニ到着スル迄契約ヲ存続セシムルコトヲ得但管海官庁ノ許可ヲ得タルトキハ適当ナル海員ヲ補充シ得ル最初ノ港ニ到着スル迄契約ヲ存続セシメ得ルコト

(10) 船舶所有者ノ変更(相続其ノ他包括承継ニ因ル場合ヲ除ク)アリタルトキハ雇用契約ハ終了ス此ノ場合ニ於テハ第八項ノ規定ヲ準用スルコト」

したがって、船舶所有者が変更するときは、海員の雇用契約は終了するが、その当時船舶が、他の海員を補充し得ないような港にいる場合や、航行中であつたような場合には、第八項に準じて、管海官庁所在の最初の港まで、もし

くはその港でも補充できない場合には、管海官庁の許可を得て、適当な海員を補充しうる港まで、契約を延長しうることとしたのである。²⁸つまり、答申では航海中であろうとなかろうと、相続や合併等の包括承継による場合を除き、船舶所有者と船員との間の雇用関係を終了させるとしつつ、適当な海員を補充するまではとりあえず前船舶所有者との間に雇用関係を存続させるということにした。ただ、いずれにせよ、船舶運航の公益上の理由に基づき（交通の途絶の防止）、臨時的に救済するための規定として位置づけられているという点において、²⁹商法五八四条と同じ趣旨であるといえる。もつとも、この議論の中において、合併において雇用契約の承継を求める立場や労働者の経済的地位の確保を求める声があったことは興味深い。労働者としては、船舶所有者が変更したとしても契約の承継を望んでいたことがわかる。

（二）昭和一二年改正船員法二八条の制定

ところが、答申が昭和五年に出たにもかかわらず、世界恐慌や満州事変等の影響により、その後七年間にわたって店ざらしされることとなり、結局、昭和一二年にまで改正がもつれ込むこととなった。³⁰そして、本改正により改正前商法五八四条は、昭和一二年船員法二八条に移植されることとなった。しかし、昭和一二年船員法二八条の文言は、臨時海事法令調査会による答申や逓信省管船局の条文案とも大きく異なるものであった。

昭和一二年改正船員法二八条を制定するにあつての逓信省管船局の第五次案（以下、案という。）によると、前記答申を前提としつつ、案三六条一項で「航行中船舶所有者ノ変更アリタルトキハ海員ハ新所有者ニ対シ次ノ港ニ到着スル迄舊所有者トノ間ニ存スル雇入契約ニ因リテ生シタル権利義務ヲ有ス」とし、同二項で「前条第二項ノ規定ハ前

項ノ場合ニ之ヲ準用ス」としており、その前条第二項である案三五条二項は「前項ニ於テ港ニ到着シタルトキハ船舶カ安全ニ碇泊シ且積荷ノ陸揚及旅客ノ上陸カ終リタルトキトス」とし、雇入契約が航海中に終了した場合の同契約の臨時延長規定として位置づけられていたことがわかる³¹⁾。

実際、当時の逋信省管船局逐条説明書によれば³²⁾、第一に、航行中に船舶所有者が変更された場合の規定であり、海員保護の観点から、民法六二五条に対する例外を縮減しようとしたものであるということ、第二に、旧船舶所有者との関係が断絶するのではなく、単に航海の必要上、個々の権利義務関係のみが新船舶所有者に対して発生し、旧船舶所有者に対する権利義務はあくまで停止しているに過ぎないということ、第三に、あくまで航海が終了し、次の港に到着するまでという限定的なものであるということ、第四に、相続や合併のような包括承継により船舶所有者が変更した場合には、当然に新船舶所有者に契約関係が承継されることが指摘されている。したがって、管船局の案では、航海中の船舶所有者の変更について、海員の保護という観点から民法六二五条の規定の適用の排除をできる限り小さくし、また旧船舶所有者と新船舶所有者いずれの間でも契約関係は存続させるという意図が見える。従前、改正前商法五八四条における学説の争いで、新旧両船舶所有者との関係を継続させる立場に比較的近い立場の立案とも考えられる。

まずこの段階で、答申と異なる点は、第一に、新船舶所有者に対して個々の権利義務関係が承継されるものの旧船舶所有者との関係は消滅しないという点、第二に、あくまで航海中（航行中）の船舶所有者の変更の場合にのみ適用されるということである。

ところが、さらに最終的には、次のように規定されたのである。

昭和一二二年改正船員法二八条

「①相続其ノ他ノ包括承継ノ場合ヲ除クノ外船舶所有者ノ変更アリタルトキハ海員ノ雇入契約ハ終了ス

②前項ノ場合ニ於テハ雇入契約終了ノ時ヨリ海員ト新所有者トノ間ニ従前ノ雇入契約ト同一条ノ雇入契約存スルモノト看做ス此ノ場合ニ於テハ海員ハ第二六条第一項乃至第三項ノ規定ニ従ヒ雇入契約ヲ終了セシムルコトヲ得

③前条ノ規定ハ前項ノ規定ニ依ル雇入契約終了ノ場合ニ之ヲ準用ス」

この規定を読むと、管船局案ともさらに異なることがわかる。それは、航海中（航行中）の船舶所有者の変更の場合の規定と管船局では限定されていたが、船舶所有者の変更が航海中に限定されていない点である。この点は、臨時海事法令調査会の答申に近い形で決着している。他方、答申及び管船局案いずれとも異なる点として、船舶所有者の変更の場合、管船局案では、旧船舶所有者との関係は完全に終了しないとされ、また答申では旧船舶所有者との間でのみ契約関係が延長されると考えられていたが、最終的な条文では旧船舶所有者との関係が終了し、新船舶所有者との間に雇入契約が承継されることが明示されている。これは、改正前商法五八四条に関する通説的な見解（旧船舶所有者との雇入契約は終了し、新船舶所有者に雇入契約が承継されるという見解）に近い形となっている。次に、大きく異なる点として、新船舶所有者に雇入契約が承継される場合、その契約期間は、基本的に海員を補充しうる港までとされており、海員の保護と船舶交通の途絶防止のバランスから、臨時的な措置としての意味合いが強かったが、最終的な条文では、そのような制限は見られず、改正前商法五八四条と同じように契約期間についての規定がなくなっている。その代わり、雇入契約が承継された場合には、海員のイニシアティブで契約の解除が可能とされているのである。

では、このような修正はどのような見地からなされたのかが問題となる。この点、最終的にこのような形にまとまった理由は明らかにされていない。実際、運輸省官房文書課事務官である今成秀三郎氏も「いつのまにか現在のよ
うな形になって立案通過してしまったものである」と述べている³³。また、当時の解説書においても、改正前商法
五八四条の趣旨を参酌したものであるとも説明されている³⁴。

しかし、このような修正がなされた理由は、次のように考えられるのではないだろうか。すなわち、第一に、船舶
所有者の変更の場合、旧船舶所有者との雇用契約が終了すると同時に、新船舶所有者との間で雇用契約が形成される
こととなったという点であるが、この点については、既に答申に対して、旧船舶所有者との間に契約関係が存続する
こととしたのは著しく実情に合わず、新船舶所有者に対して契約上の権利義務を有することとした方がよいと指摘さ
れていたこと³⁵に影響を受けたものと考えられる。つまり、交通の途絶を防止するためにある規定としてだけではな
く、新船舶所有者との間に契約関係を形成させるための規定として位置づけたものと推測される³⁶。というのも、もし
単に交通の途絶を防止するためであれば、航海中に雇用契約が終了した場合の雇用契約期間の自動延長規定が既にあ
ることから、同条に基づき延長がなされれば充分であり、それとは別に船舶所有者の変更に伴う雇入契約に関する規
定を置く必要がないからである。第二に、従前の答申においては、海員を新たに補充し得るまで、雇入契約を延長さ
せるとしていたが、改正後の文言においては、「管海官庁所在ノ最初ノ港ニ到着スル迄」または「適当ナル海員ヲ補
充シ得ル最初ノ港ニ到着スル迄」という期間制限が撤廃され、その代わり、新船舶所有者との雇入契約は海員の側の
イニシアティブで解除することができるとしている。もともと改正前商法五八四条は海員の保護に悖るとしつつも、
船舶交通という観点から擁護されていた。それが臨時海事法令調査会における松波委員による「海員の人格無視」と

いう指摘に繋がったものと考えられるが、他方で、やや文脈は異なるものの調査会における議論では船員雇用の安定性という観点から雇用契約の承継の利益についても指摘されており、このような修正は、一旦、雇用契約を承継しつつも、海員のイニシアティブで契約を解除することを認めるといふ形で、海員の保護を図ったものと考えられる。実際、このような改正に対して、「船舶を売ったら労働者がついて行くというのでは人格無視だ」という議論もあったが、失業するよりはよいであろうということで、このような規定が設けられた」という指摘もなされており、³⁷雇用契約の承継の利益が意識されていたものと考えられる。もつとも、この点について、会社が分割（現行会社法における分割ではなく、一部の事業を譲渡する形での分割）された場合には、従前の使用者たる船舶所有者と同じように経営が成り立つかどうか船員にとって不安があるのではないかと、この指摘も見られた。³⁸

ところで、船員法二八条の制定の際には、明確に意識されていたわけではないようであるが、管船局案の検討の際に、予備員³⁹の拡充との関係についても若干触れられている。⁴⁰すなわち、従前、船員は船舶に付随しているという属船主義（船員は船社に雇われるのではなく、船舶に雇われるとする考え）的な発想が前提となっていたことから、船舶が譲渡された場合には、当該船舶に乗り組んでいた船員についても新たな船舶所有者との間に雇用関係が形成されるというものであった。しかし、既に予備員が拡充し、属船主義から属社主義的な傾向が強まると、特定の船舶が譲渡された場合に、当該船舶に乗り組んでいた船員のみが新船舶所有者に承継されることへの危惧が生じ得ることが、その背景に存在したものと考えられる。もつとも、臨時海事法令調査会における議論では、専ら相続や合併など、単なる船舶の所有権者の変更というよりも、使用者たる船舶所有者の変更が想定されており、改正前商法五八四条が当初想定していた場面とはずれているようにも思われる。しかし、最終的に成立した船員法二八条は、船舶が譲渡された場合も

想定されていたと考えられる。

(三) 小括

以上をまとめると、①船舶所有者の変更の時期について、従前、航海中とされていたが、この船員法二八条の制定により、航海中に限られなくなったということ、②船舶所有者が変更された場合には、旧船舶所有者との雇用関係は終了し、新船舶所有者との雇用関係が形成されることを明確にしたこと、③商法五八四条は船舶交通の途絶を防ぐための趣旨から設けられていたが、船員法二八条はその趣旨も含みつつも、新船舶所有者との雇用関係は海員の側からの解除がなされない限り、一定の契約期間の限定が設けられていないことから、基本的には船員雇用の安定（船員の失業防止）という要素が前面に出てきたといえよう。ただし、雇用契約が使用者側の事情により、一方的に承継されるという危惧から、海員の人格を蔑ろにするものではないかとの指摘も見られたことから、海員の側のイニシアティブで雇入契約を解除する旨が挿入されることとなり、その意味において、承継される不利益を一定程度緩和したものともいえる。

第三節 昭和二二年改正船員法

昭和一二年に新しくなった船員法は、戦後、昭和二二年に改正されることとなる。この改正は、憲法改正に伴い必要な改正をしなければならないこと、海上国際労働条約案の内容を採用しなければならないこと、そして、陸上の労働基準法と調整を図らなければならないことがその背景にあった。⁴¹

昭和二三年の船員法の改正においても、昭和二一年に運輸省に臨時船員法令審議会が設置され、新たな船員法の立案について検討がなされることとなった。また、同時に、東京、神戸及び全国の主要港所在地において公聴会を開催して、広く意見を募った。⁴²⁾

それでは、昭和一二年改正船員法二八条に対してどのような検討がなされたのか。使用者側より、①船舶の売買の場合に第二項で同一条件の雇入契約がするものとみなされては困るからこの項は削除してほしいという意見、②第二項は航行中の場合に限定すべきであるとの意見が提出された一方、⁴³⁾労働者側より特段の意見が提出されていない。しかし、それ以外に目立った議論はなされなまま、昭和一二年改正船員法二八条は、形式的な点を除いて、ほとんど文言が変わらないまま、昭和二二年改正により四三条として維持されることとなった。

昭和二二年改正船員法四三条

「①相続その他の包括承継の場合を除いて、船舶所有者の変更があったときは、雇入契約は、終了する。
②前項の場合には、雇入契約の終了の時から、船員と新所有者との間に従前と同一条件の雇入契約が存するものとみなす。この場合には、船員は、前条の規定に準じて雇入契約を解除することができる。」

第四節 学説上の評価とその後の改正審議

(一) 昭和二二年改正時における学説の状況

船員法四三条の変遷については上述したとおりであるが、それでは戦後の船員法学説において、本条はどのように

評価されてきたのかを確認する。昭和二二年の船員法制定時における解説書においては、単に、本条は、相続又は会社の合併以外の原因で、船舶所有者が変更した場合において、旧所有者との契約の終了及び新所有者との契約成立を法定した規定であり、新所有者との間にできた契約は、船員から解除することもできるものである旨を指摘するにとどまる。⁽⁴⁴⁾ また、船舶所有者が変わったときに雇入契約は終了するが、それでは船舶の性質上不都合があるので、その時から、船員と新所有者との間に従来通りの雇入契約が存続するものとみなされると説明するものが見られる程度である。もつとも、後者の「船舶の性質上不都合があるので」という書きぶりからすると、その意味するところは明確ではないが、改正前船員法五八四条のような規定との認識もあつたのかもしれない。

改正間もない時期において、学説は、船舶所有者の変更の場合については、包括承継の場合については船員の雇入契約は新船舶所有者に当然に承継されるが、特定承継の場合には、航海中であるか碇泊中であるかを問わず、同条に基づいて旧船舶所有者との雇入契約は終了すると同時に新船舶所有者との間に雇入契約が存するものとみなされるとし、その趣旨は、航海の安全と船員の保護の見地から説明されている。⁽⁴⁶⁾ しかし、当時から、属船主義的な考え方を前提とする同条のあり方に対して、属社主義的な考えが広まっている中では適切ではない条文、とも指摘されている。⁽⁴⁷⁾ もつとも、このような指摘をする山戸博士は営業譲渡（当時）を包括承継として位置づけていることに注意が必要であらう。⁽⁴⁸⁾

(二) 昭和三四年改正時の議論

現行法に至るまで、船員法四三条は特段の改正は見られないが、昭和三四年の船員法改正時における検討において

も、同条について触れられている。船員法は、昭和二八年一二月に、運輸大臣より船員中央労働委員会に対して、船員法について再検討を加える必要があると認められるとして、労使関係各団体の改正要望事項三四項目にまとめて諮問した。⁽⁴⁹⁾ その諮問事項の一つとして、「10. 雇止手当を支給すべき場合を縮小すること。」が挙げられていた。直接的に、船員法四三条について検討がなされているわけではないが、使用者側から、船員法四三条一項に基づき雇入契約が終了した場合、新船舶所有者との間で雇入契約がなされるものとみなされるにもかかわらず、一旦雇止手当を支給することとなり、さらに新船舶所有者が承継された船員を雇い止めた場合には、改めて雇止手当を支給することとなり、二重に支給されることとなるから不合理ではないか、との意見が出された。⁽⁵⁰⁾ そして、その際に、そもそもこの四三条がいかなる趣旨に基づくものであるのか、ということが議論されている。まず、使用者側からは、船員法四三条を、①民法六二五条との関係に鑑みて極力適用範囲は狭く解すべきであり、擬制による契約継続は航行中に限り、かつ次の港に入るまでとした上で、それから先は、新所有者と船員との自由意思に委ねつつ、旧船舶所有者の雇止手当を支払う形をとるか、もしくは②船員の労働条件が不当にたたかれることを防ぎ、かつ失職を防ぐ趣旨であることから、新所有者がその船員を同一条件で引き続き雇い入れせず、雇い止めたときにはじめて新所有者の雇止手当を支給すべきか、いずれかにするべきであると主張した。⁽⁵¹⁾ この点、運輸省の担当官及び公益委員（石井照久博士）からは、そもそも船員法四二条は、確かに民法六二五条の特則ではあるが、船員保護の見地から、船舶上の労働関係の断絶及び船員の労働条件の低下を防止する趣旨であり、また、担当官は雇止手当も失業補償としての性格だけではなく、損害賠償や慰労金的な性格をも有するものであると主張している。⁽⁵²⁾ その結果、今後問題が生じたときに改めて検討するという形で、各委員の了承を得て、雇止手当の支給関係については従前通りで決着をみた。⁽⁵³⁾

上記のような検討状況をみると、船員法四三条は、もはや交通の途絶を防ぐための規定という趣旨は後退し、船員の失業防止という観点で全面に押し出されていることがわかる。交通の途絶を防止するための規定であるとする、船員法四四條の雇入契約の延長に関する規定で充分であつて、あえて四三条を規定する必要はなくなるからである。

第五節 小括—船員法四三条の趣旨

航海中に船舶が譲渡され、所有権が移転した場合に、新旧船舶所有者との間の雇用契約関係が不明瞭となつてしまふことによつて、船舶交通が途絶してしまうことを理由に改正前商法五八四條があつたとされる。しかし、船員法に移植されて以降は、船舶交通の途絶を防止するという趣旨もあつたと考えられるが、船員の失業防止という趣旨も包摂されるようになったと考えられる。もし、船舶交通の途絶を防止するのであれば、（現行）船員法四四條により対応することができるのであつて、わざわざ新船舶所有者との間で雇入契約を承継させる必要はなく、また、たとえ新船舶所有者との間で雇入契約を承継させたとしても、船員の側からのイニシアティブで解除させる必要はなく、昭和一二年改正時の臨時海事法令調査会の答申のように、次の港などまでの契約期間を設定するだけで充分であつたと考えられるからである。しかしながら、①船員法四三条が四四條とは別に存在すること、②四三条では新船舶所有者との間の雇入契約について期間設定がなされていないこと、③同条二項で承継を望まない船員を保護するために船員の側から雇入契約を解除することができるようにしていること、⁵⁴④昭和三四年改正時における議論状況に鑑みれば、船員法四三条は船舶交通の途絶という趣旨というよりも（全くその趣旨を否定するものではないが）、船舶所有者の変更に伴う船員の失業を防ぐための規定であると解すべきである。⁵⁵もつとも、本条の改正に係る議論の中で必ず指摘される

「船員の人格無視」という側面は否定できず、その適用範囲についてどのように考えればよいのかについては問題となり得ることから、その点については、次章で検討する。

第三章 船舶所有者の事業譲渡・会社分割と海上労働契約の帰趨

第一節 海上労働契約の構造と船員法四三条

船員法四三条が適用される場面を検討する前提作業として、まず海上労働契約の構造との関係についても触れなければならぬ。というのも、海上労働契約は陸上の労働契約と異なり、いわゆる二重契約構造という性質を有していることとの関係が問題となるからである。すなわち、船員法上、船員のうち船長及び海員については、船舶所有者との間で「雇入契約」を締結し、他方で、予備船員については、船舶所有者との間で「雇用契約」を締結することになっている。したがって、形式的には、船舶所有者に採用され配乗が決まるまでは、船員は船舶所有者との間で、予備船員として雇用契約を締結し、配乗が決まり特定の船舶に乗り組むことになった場合には、さらに船員として雇入契約を締結することになり、他方で、航海が終了した場合には、雇止め（雇入契約の解除）がなされ、予備船員としての雇用契約のみ存在することになると説明されている。⁵⁶ところで、船員法では、三一条の雇入契約に関する規定の括弧書きにおいて、予備船員と船舶所有者との契約は雇用契約であることが示され、同規定では三一条（船員法の強行的・直律的効力）、三二条（雇入契約締結前の書面交付・説明義務）、三三条（賠償予定の禁止）、三四条（貯蓄金の管理等）、五八条（歩合報酬）、八四条（未成年者の行為能力）及び一〇〇条（就業規則の最低基準効）が適用される場合には、「雇入

契約」に「雇用契約」が含まれるとされる。そうすると、ここで一つの疑問が生じる。それは、船員法四三条にいう雇入契約には雇用契約が含まれていないことから、海上労働契約の構造からすると、船舶所有者が変更した場合、雇入契約は旧船舶所有者との間で終了し、雇入契約のみが新船舶所有者に承継され、他方で、雇用契約は旧船舶所有者との間で継続するという、いわば股裂けの状態になってしまうことになることである。

それでは、このような状態を回避するためには、どのように考えればよいのだろうか。

まず考え得るのは、船員法四三条は、あくまで予備船員制度を採用していない船舶所有者の変更があつた場合にのみ適用されるとする考え方である。⁵⁷ 前述したように、海上労働契約は二重契約制であると説明されているが、他方で、これは予備船員制度を採用している会社についてのみ妥当し、予備船員制度を採用していない会社の場合には、船舶所有者と船員との間に雇入契約があるのみであると説明されることがある。⁵⁸ 実際、長崎地判昭和三〇年一〇月一四日労民集六卷五号七二二頁〔藤中水産等船員雇止事件〕では、「船員法上の雇入契約は元来民法上の雇傭契約とは同一の観念ではなくて継続した雇傭契約の存続期間中特に一定期間を限つて乗船労務に服することを内容とする乗船契約に外ならず、然るが故に航海の安全等の見地から行政官庁の後見的監督に服せしめることを必要とする」と解せられるのであるが、それは船員の予備員制度を採用している大企業の場合にはそのまま妥当するとしても本件における如く予備員制度を採用していない中、小企業の場合においては、必ずしも右と同一には論し得ず、…船員法のいわゆる乗船契約と民法上の雇傭契約とは併合し一本化しているものと認めるを相当とする」と述べられている。したがって、このような考えを前提とするならば、雇入契約と民法上の雇用契約が一体となつている場合においてのみ適用される条文として理解することで、このような股裂けとなるような事態を防ぐことができよう。

しかしながら、このような考え方は現在の船員法ではとることが非常に難しいと考えられる。詳しくは別稿に譲るが、⁽⁵⁹⁾第一に、船員法の文言解釈の問題としても、以下のような問題がある。すなわち、船員は、職務上負傷又は疾病のため職務に堪えないときは雇止めされ（四〇条五号）、職務上負傷等の場合、船舶所有者は、療養のため作業に従事しない期間及びその後三〇日間等において当該船員を解雇することはできないとされている（四四条の二）。これらの条文は予備船員制度を採用しているか否かを問わず適用されるものであるが、四四条の二によれば、船員が雇止められて下船した場合であっても、雇用関係が存することが前提とされているように読めるのである。⁽⁶⁰⁾また、属船主義から属社主義への船員雇用の転換、海上労働契約に対する解雇権濫用法理適用のために、また陸上勤務と海上勤務とを行き来する船員の場合の雇用関係を説明するために、一二重契約制であることを前提とすべきであると考える。したがって、予備船員制度を採用しているか否かを問わず、海上労働契約は雇用契約と雇入契約の二重契約構造という性質を有しているといえることができる。⁽⁶¹⁾

それでは海上労働契約が二重契約制であることを前提とするのであれば、やはり当初の疑問である、雇用契約は旧船舶所有者との間で、雇入契約は新船舶所有者との間で成立するという事態が生じてしまう点をどう乗り越えるかが問題となる。そこで、船員法四三条は文言上、雇入契約に「雇用契約」は含まれないが、その適用上、雇用契約もまた雇入契約に付随して、新船舶所有者との間で形成されると解すべきであろう。確かに、股裂けの状態を甘受し、旧船舶所有者に対しては陸上労働の雇用関係を、新船舶所有者に対しては海上労働の雇入関係を有すると解することもできるが、そのように解する必要性は実際にはないであろう。加えて、一二重契約制を前提とする場合には、船員法四三条が適用される事態が全く存在しない状態になってしまい、同条は死文化してしまうこととなってしまい妥当で

はない。

以上の点を踏まえた上で、次に船舶所有者の事業譲渡及び会社分割の際の海上労働契約の帰趨⁶²について検討するとする。

第二節 船舶所有者の事業譲渡の場合

(一) 事業譲渡の種類ごとの分析の必要性

そこで、事業譲渡との関係を考察するにあたり、事業の全部譲渡の場合と事業の一部譲渡の場合とに分けて検討することとする。なぜならば、事業の全部譲渡の場合、実質的に、旧船舶所有者はその営む事業がなくなる一方、事業の一部譲渡の場合には、旧船舶所有者にも事業が引き続き有することになるため、それぞれ旧船舶所有者、新船舶所有者及び船員の利害状況が異なるからである。このことは既に事業譲渡による陸上労働契約の承継の文脈でも指摘されている⁶³。したがって、事業譲渡のすべての類型を包括的に検討するのではなく、事業の全部譲渡の場合、事業の一部譲渡の場合及び単なる船舶の譲渡に分けた検討が必要になると考えられる。

さらに、その分析に当たっては、一方で、船員法四三条の主たる趣旨である船員の失業防止という点を強調しつつも、他方で、事業譲渡による雇入契約の承継の不利益や船舶所有者の経済的な効用を害することも防ぐような検討も必要となる。事業譲渡の利用について、しばしば経済的に苦境に至った企業が不採算部門を売却するという場合も少なくない。不採算部門が余剰人員を抱え、かつ労働条件も経営実態からすると高すぎるような場合に、事業譲渡に全従業員の承継及び労働条件維持を強制すると、事業譲渡契約自体が成立し難くなり、逆に、倒産により雇用が失わ

れることもある。⁽⁶⁴⁾ そうであれば、単純に船員法四三条によりどのような事業譲渡であつたとしても、事業譲渡があつた場合に必ず海上労働契約を承継させなければならぬと一律に考えることはできないように思われる。

(二) 事業の全部譲渡の場合

例えば、旧船舶所有者が有するそのすべての事業を新船舶所有者に譲渡した場合、旧船舶所有者に雇入れられていた船員の海上労働契約はどうなるのだろうか。結論を先取りすれば、この場合には、船員法四三条に基づいて、旧船舶所有者との間の雇入契約は終了し、新船舶所有者との間での雇入契約がなされたものとみなされることになろう。

ところで、船員法四三条は民法六二五条一項の例外規定であるとも指摘される。⁽⁶⁵⁾ 民法六二五条一項は、雇用とは当事者の個性に着目して締結するため、労働者がある使用者のために労務を提供している場合に、異なる使用者に労務を提供することは、その契約の目的を履行したものとはいえないことを前提とする。⁽⁶⁶⁾ さらに、雇用契約の本質は、労働者本人の労働力の売買にあり、労働ないし労働力というものは、その主体たる人間と完全に切り離しえないものであつて、契約当事者の地位ないしは権利義務が一身専属的なものと観念されている結果、使用者が変われば、労務の内容も変わり、労働者に不利益が及ぶことになりやすいため、労働者の承諾なしに使用者がその権利を第三者に譲渡することを禁じたものとも説明される。⁽⁶⁷⁾ そうすると、確かに、雇用契約上の地位や権利義務の一身専属性がある程度修正ないしは変容を余儀なくされているとは言われるものの、⁽⁶⁸⁾ 基本的には、使用者は、労働者の同意なくしてその権利義務を他者に譲渡することは禁止されることにならう。それでは、同項に違反して使用者が労働者に対する権利義務を第三者に譲渡した場合、その違反の効果はどうか。この点、民法六二五条二項違反に対する三項のような解除の

制裁は規定されていない。というのも、もし、民法六二五条一項に違反して、労働者に対する権利義務を第三者に譲渡したとしても、当該譲渡は無効であつて、単に労働者は譲渡人である使用者に対して労務を提供すれば足りるからである。⁽⁶⁹⁾つまり、たとえ同意なく使用者が変更されたとしても、労働者は譲渡人に対して労務を提供することで保護されると考えられている。しかし、事業の全部譲渡の場合には、労務提供先の事業場閉鎖に伴い、解雇されることとなつてしまうことが容易に予想し得る。⁽⁷⁰⁾そうであれば、たとえ、民法六二五条一項があつたとしても、事業の全部譲渡の場合には、基本的に労働者の失業防止という観点からすれば、労働者の同意なくとも労働者を承継させることが望ましいとも考えられる。⁽⁷¹⁾このことは、船員法の改正時における議論でも指摘されていた失業防止という趣旨とも平仄が合う。

もつとも、事業の全部譲渡に伴う労働契約の承継について最も問題となるのは、使用者がその有する全部の事業を他社に譲渡しつつ、特定の労働者のみ、事業譲渡契約において承継を排除するような場合である。例えば、事業譲渡契約においては、譲渡会社の全部の事業を譲渡するとしつつも、一旦、譲渡会社が労働者を全員解雇した上で、譲渡会社が解雇された労働者を新規に採用する形をとる場合である。このとき、特定の労働者（例えば、労働組合員等）のみ採用を拒否することがしばしば行われる。そうすると、譲渡会社により解雇され、譲受会社に採用されなかつた労働者が譲受会社に対して地位の確認を求めることとなる。しかし、この場合、たとえば、譲渡会社による解雇について、解雇権濫用法理や不当労働行為を理由に無効としたとしても、既に譲渡会社は事業を失つており、会社解散や事業場閉鎖等を理由に、結果的には解雇されてしまうという事態が生じ、解雇を無効とした上で、当該労働契約を譲受会社に承継させることが解釈上、非常に困難となる可能性がある。実際、従来の裁判例では、事業譲渡契約において労働

者の承継が定められていないようなときには、譲渡当事者間の合理的意思解釈をすることで、労働者の承継を認める場合もあるが、⁽⁷³⁾明確に、事業譲渡契約において労働契約の承継を拒否しているような場合には、裁判例や学説は労働契約の承継を認めるための根拠に腐心してきた。⁽⁷⁵⁾

このように考えると、事業譲渡契約において海上労働契約の承継を拒否しているような場合や、旧船舶所有者が船員を全員解雇（雇止め＋解雇）し、新規に新船舶所有者が解雇された船員のうち、一部を新規に採用する形をとった場合に、旧船舶所有者による解雇が解雇権濫用法理や不当労働行為を理由として無効とされたとしても、船員法四三二条二項に基づき新船舶所有者に対して地位の確認を求めることができることとなる。つまり、旧船舶所有者による解雇又は労働契約の不承継の合意がなされたとしても、当該解雇及び合意が無効となれば、旧船舶所有者との間で海上労働契約が存続し、その契約は船員法四三二条一項に基づき終了しつつ、事業の譲受会社である新船舶所有者に対して承継されることになるのである。したがって、少なくとも、事業の全部譲渡の場合においては、従前の事業譲渡に伴う労働契約の承継に関して最も問題となる譲渡会社及び譲受会社間の労働契約の承継が拒否された場合に、海上労働契約の承継を認めるための重要な法的根拠になるものと考えられる。

ただし、このような説明は、旧船舶所有者による船員の解雇を全て無効と考えるわけではない。事業の全部譲渡に伴い事業の整理統合等を行うようなときに、経済的な理由から一部の船員を解雇せざるを得ない状況もあり得る。したがって、そのような場合には、旧船舶所有者による解雇について解雇権濫用法理が適用され、場合によっては、当該解雇は有効になり得ると解される。換言すれば、船員法四三二条は海上労働契約の承継を認める根拠となり得るもの、必ず海上労働契約を承継させなければならないことまでをも規定したものではないと考える。結局、事業の全部

譲渡が行われた場合には、船員法四三条に基づき、原則として海上労働契約は承継されるが、他方で、譲渡会社と譲受会社との間で締結された事業譲渡契約において、特定の労働者の承継を排除した場合には、当該契約における承継排除規定を整理解雇として捉えて、当該排除について解雇権濫用法理が適用され、もし解雇無効といえるのであれば、同条に基づいて海上労働契約が承継されることになるものと解される。

したがって、本条は、海上労働契約の承継を認めない内容の事業譲渡契約が締結された場合等に、当該行為を解雇として扱い整理解雇法理を適用し、同法理により解雇が無効となった場合には、新船舶所有者に海上労働契約を承継させるための機能を有しているといえよう。

(二) 事業の一部譲渡の場合・特定船舶のみの譲渡の場合

他方で、事業の一部譲渡や特定船舶のみを譲渡した場合、当該事業に従事していた船員との雇用関係や当該船舶に乗り組んでいた船員との雇用関係も、事業の一部譲渡や船舶の譲渡によって承継されるのだろうか。従前の学説においては、これらの場合も含めて、船員法四三条は適用されると考えられてきた。⁽⁷⁶⁾ しかしながら、このような適用の仕方に対しては、船舶の運航に携わる船員は船舶所有者に従属するというよりはむしろ船舶自体に従属し、船舶自体に對しその労務を提供する者とする極めて古い思想に基づくものであり、⁽⁷⁷⁾ また、たとえ乗船中に特定の船舶を譲渡した場合であっても、船員法四四条の規定によって充分その必要性を満たすとの指摘もなされている。⁽⁷⁸⁾ つまり、船員法四三条は属船主義を前提とする規定であるのであれば、船舶の所有権が移転すれば、当該船舶の運航に従事する船員（乗船中であるか否かは問わない）は、同条に基づき譲受会社との間で海上労働契約が承継されると解すること

にも一定の合理性を有する。しかし、現在においては、一杯船主のような場合を除けば（一杯船主の場合の船舶の譲渡は事業の全部譲渡として捉えることもできよう）、複数の船舶を所有している船舶所有者（船社）に雇用されている船員は、船舶それ自体に従属していると考えられているわけではないことに鑑みれば、特定の船舶の譲渡を含め、一部の事業譲渡の場合についてまで、船員法四三条を適用させることには疑問が大きい。このことは、まさに昭和一二年の船員法改正時において、臨時海事法令調査会で指摘されていたような「船員の人格無視」ともいえるべき事態が生じうることになってしまふであろう。

さらにいえば、一部の事業に付随する特定の船舶の運航に従事する船員のみを他社に自由に承継させることができることになるという点で、船員法四三条が適用されるが故に、逆に船員労働の安定性を害する結果をもたらすことになるであろう。すなわち、船員が労務を提供している事業を船舶所有者が全部譲渡するような場合には、船員としては譲渡先に海上労働契約が承継された方が雇用の安定が実現される一方、船舶所有者が採算のとれない事業部門のみを譲渡するような場合には、労働者がそれとともに海上労働契約が承継されるとすると、今度は承継先で雇用不安が生じる可能性も出てくる。⁷⁹ そうすると、逆に承継を認めることによって、船員法四三条の趣旨である船員の失業防止が図られなくなる。さらに、事業の一部譲渡について船員法四三条の適用を認めるのであれば、船舶所有者が予め不採算部門に船員を配転（転船）させることで、特定の船員のみを承継させる可能性すら生じる。⁸⁰

他方で、船舶所有者の側にとっても不合理な結果がもたらされる可能性もあるだろう。例えば、一部の事業のみを譲渡する場合に、当該事業に従事している船員について、原則として海上労働契約が承継されるとするのであれば、譲渡会社である船舶所有者が手放したくない船員についても自動的に承継され、人事労務に影響が生じる可能性がある。

そもそも、事業の一部譲渡の場合、労働者が雇用関係の譲受会社への移転を望むのか、譲渡会社への残存を望むのかは、個別のケース毎に利益状況が異なり、また、個別のケースの中でも、個々の労働者によって判断が異なり得ることから、⁽⁸¹⁾ 船員法四三条が一律に雇入契約の承継を強制することは船員にとっても船舶所有者にとっても望ましくない状況がもたらされる可能性がある。そのため、事業の一部譲渡の場合には、同条を適用することは合理的とはいえない。

したがって、属社主義が一般化している現代の船員雇用においては、特定の船舶との関係はかなり分離しており、船舶と一緒に船員も承継されると解することは適切ではなく、また事業の一部譲渡や特定船舶の譲渡の場合にも適用されるとなれば、昭和一二年改正時から指摘されている船員の人格を無視する程度があまりに重大なものとなり、船舶所有者の選択によって、特定の労働者のみを他社に承継させるリスクが生じることになる。そうであるならば、船員法四三条はあくまで事業の全部譲渡の場合についてのみ、適用されると解すべきである。⁽⁸²⁾

なお、上記のように解すると、事業の全部譲渡の場合であるのか、それとも一部譲渡の場合であるのか、海上労働契約が承継されるか否かの分水嶺ということになる。この点、例えば、雇入契約が承継されないように、わずかの財産や債務を譲受対象から除外するなどして、船員法四三条の適用を回避しようとする場合があったとしても、当然に事業全部の譲渡ではなくなるわけではないと解すべきである。⁽⁸³⁾

第三節 船舶所有者の会社分割の場合

(一) 船員法四三条における「相続その他の包括承継」の意義

それでは、船舶所有者が会社法上の会社分割によって船舶を含む事業を他社に承継させた場合にも、船員法四三条は適用されるのだろうか。

従前より、会社法上の会社分割の効果は（部分的）包括承継であるとされ、個別の権利義務を承継するために、個別の同意は不要とされ⁸⁴、労働契約についても、会社分割に伴う労働契約承継法の手続きに従って承継される。そうすると、このような説明を前提とするならば、船舶所有者が会社分割による方法によって、事業を他社に承継させた場合には、船員法四三条の「相続その他の包括承継」に当たることから、同条の適用はないということになるであろう。しかし、会社分割の効果は包括承継であるとしても、条文の趣旨によっては、「相続その他の包括承継」に含まれない可能性があることから、まずはその点について検討する。

というのも、ほぼ同様の文言を有する他の法令において、会社分割が「相続その他の（包括・一般）承継」に含まれるかが争われ、実際に、含まれないと考えられているものもあるからである。その一例として、商標権及び特許権の移転について、特許法九八条一項及び同条を準用する商標法三五条によれば、「相続その他の一般承継によるものを除き」特許権及び商標権の移転は登録をしなければ、その効力を生じないとされているが、そこにいう「相続その他の一般承継」に会社分割が含まれるかが争われた裁判例がある。すなわち、商標権を会社分割により取得することとなった承継会社・設立会社が、移転登録を経る前に分割会社について破産手続きが開始したものに係る神戸地判平成二六年三月二七日（判例集未掲載・平成二五年（ワ）一三二号）⁸⁵がまさにそれである。

本件は、会社分割による商標権の移転について、登録の要否が争われた事案である。本件は、訴外破産会社は、複数の商標権（以下、本件各商標権という。）を取得し事業活動を行っていたが、破産手続開始前に自らの事業の一部を分割することを計画し、被告Y社を新設し、平成二〇年六月三〇日、本件各商標権を含む権利義務を承継させた（以下、「本件会社分割」という。）。破産会社は、平成二二年八月一八日、破産手続開始決定を受け、破産会社の破産管財人Xが選任された。他方で、Y社は、平成二二年九月一六日、本件各商標権について、会社分割を原因とする移転登録を申請し、「一般承継による本件の移転」として、その登録を受けた。そこで、Y社は、本件会社分割が「相続その他の一般承継」に含まれるとして、Xに対して対抗することができかが争われた。本判決は、まず「本件会社分割が『相続その他の一般承継』に含まれるか否かについて検討するに、ここで『一般承継』とは何かにつき特許法（商標法）には何らの定義規定も置かれておらず、ただ、『相続その他の』と例示的な文言が付されているに過ぎない。したがって、同条項括弧書にいう『一般承継』の意味内容は、上記『相続その他の』という例示的文言を参考にしつつ、同条項括弧書の趣旨を踏まえ、解釈により決するほかない。」とし、結論として、会社分割は同規定における「相続その他の一般承継」には含まれないとされた。⁸⁶結果的に、会社分割によって特許権や商標権が移転する場合には、特許法九八条一項一号にいう「特許権の移転」の登録をしなければ、その移転の効力が生じないことになるのである。つまり、会社分割は、（部分的）包括承継（一般承継）であると性質決定されるものの、条文の趣旨から、場合によっては、「相続その他の一般承継」に含まれないと解する余地があるとされる。

少なくとも、従来の学説及び裁判例において、船員法四三条にいう「相続その他の一般承継」に会社分割が含まれるか否かという点について検討されたことはないと思われる。そこで、この点を検討するに、第一に、船員の雇入契

約は雇用契約（労働契約）の一種であると考えられてきたことからすれば、陸上労働者と異ならせる意味合いは大きくない。第二に、もし仮に上記特許法九八条一項一号にいう「相続その他の一般承継」と同様に、会社分割は、それに含まれないと解するのであれば、船舶所有者が会社分割を行うと、当該分割事業に従事していた船員については、船員法四三条に従って分割会社との雇入契約関係は終了した上で、承継会社へと承継されることとなる。結論的には、いずれもさほど大きく変わらないとも考えられるが、より実質的には、船員法四三条は雇入契約の承継についてのみ規定があるが、労働契約承継法では労働者保護という見地から、労働契約の当然承継に鑑みて、いくつかの労働者保護規定が用意されている。例えば、労働者全体の理解と協力を得るための手続として労働契約承継法七条に基づく措置（七条措置）や、平成一二年商法等改正法附則五条一項に基づいて行われる分割会社と承継事業に従事する個別労働者との協議（五条協議）である。また、個別の労働者や労働組合に対する書面通知なども定めており（承継法二条）、船員法よりも手厚い保護が設けられていると言えよう。そうすると、あえて会社分割について「相続その他の一般承継」から排除して、船舶所有者が会社分割を行った場合にも労働契約承継法ではなく船員法のみを適用させる必要性は全くないように思われる。⁸⁷ また、このような結論は、前節において検討した、事業の一部譲渡や特定船舶の譲渡の場合には船員法四三条を適用しないという考えと平仄が合っていると考えられる。会社分割は事業の一部譲渡や特定船舶の譲渡と機能的には類似のものと考えられるが、それらの場合には適用されず、他方で、会社分割の場合には船員法四三条が適用されると解することの意味は見出しがたい。

したがって、会社分割は船員法四三条一項括弧書きにいう「相続その他の一般承継」に含まれ、同条の規定の適用は排除され、結論として労働契約承継法における手続に従って、船員の海上労働契約は承継されるものと考えられる。

（二）雇入契約と労働契約承継法

もつとも、（海上労働契約に包摂される）雇入契約は労働契約承継法にいう「労働契約」に含まれるか、ということが問題となる。というのも、労働契約承継法二条一項によれば、会社は会社分割をするときは、労働者に対して、通知期限日までに、当該分割に関し、当該会社が当該労働者との間で締結している労働契約を当該分割に係る承継会社等が承継する旨の分割契約等における定めの有無等を書面により通知しなければならず、そして、二条一項一号に掲げる労働者が分割会社との間で締結している労働契約であつて、分割契約等に承継会社等が承継する旨の定めがあるものは、当該分割契約等に係る分割の効力が生じた日に、当該承継会社等に承継されるとされるが（労働契約承継法三条）、ここにいう「労働者」に船員法上の船員は含まれるのか、加えて、「労働契約」に雇入契約は含まれるのかが問題となる。

まず前者については、船員法六条によると、労働者の定義規定である労働基準法九条も適用されることが明示されており、また労働契約法二〇条一項においても、同法二条一項の労働者の定義規定が適用される余地があるが、これと鑑みれば、労働契約承継法における労働者について船員も含まれることになる。

次に、後者に関しては、雇入契約について、確かに、陸上の労働法とは異なる用語法が用いられているが、従前から、雇用契約の一種であると指摘されていることに鑑みれば、現在の労働契約と雇入契約を別の契約として、適用の対象外と解する必要性は全くないように思われる。

したがって、船舶所有者が会社分割を行ったような場合には、船員の雇入契約は陸上労働者と全く同じく、労働契約承継法の定めに従い、承継等が決まると考えるべきであろう。⁸⁸

なお、この点、船員の雇入契約の一括届出がなされている場合、例えば、ある船員がA船への乗り組みとB船への乗り組みという形で一括届出がなされている場合、B船のみが新設分割会社や吸収分割会社へと承継されたとき、当該船員の海上労働契約はどうか問題となる。ここにいう一括届出とは、航路、漁法その他の事由により、同一の船舶所有者に属している二隻以上の船舶相互の間で船員の乗組みを頻繁に変更させる必要がある場合、船舶所有者は、所轄地方運輸局長の許可を受けて、許可を受けた船舶に乗り組んでいる船員の雇入契約が、個々の船舶ではなくて、これらすべての船舶について存するものとして、一括して届出を認めるものである（船員法施行規則三二条一項⁽⁸⁹⁾）。本来であれば、雇入契約の届出は船舶毎に行われるが、複数の船舶を所有している船舶所有者の場合、船員を転船させるたびに届出させるのは煩雑であることから認められている制度である。雇入契約の届出制度は、あくまで行政規制の一種に過ぎず、そのことを基準に雇入契約の承継の問題を考えるとまではできないであろう。したがって、雇入契約の届出の内容如何を問わず、基本的には、労働契約承継法が定める「承継される事業に主として従事する労働者」か否かなどの区別に従うことになるものと思われる。

第四章 陸上労働契約に対する船員法四三条の類推適用の可能性

最後に、船員法四三条を陸上労働契約の承継に類推適用し得るかということについて考察する。確かに、この点、企業と従業員との関係は多様であり、また、時代とともに変遷することに鑑み、船員法四三条という特別の規定なしに、事業譲渡一般につき民商法の原則を修正することはできないとの指摘も見られる⁽⁹⁰⁾。しかし他方で、従前、播磨鉄

鋼事件では「船舶および船員の労務関係の特殊性を考慮した規定であつて、この理を直ちに労働者一般に拡張適用することは差し控えねばならないが、企業組織の変更を伴わない主体的変更の典型的な場合とすれば、規定の趣旨と解決の方法は、本問題を考えるについて十分考慮に値いするものがある」と述べているし、また、その後の東京日新学園事件第一審判決でも参照条文として指摘されている。

播磨鉄鋼事件では船員法四三条を「船舶および船員の労務関係の特殊性を考慮した規定」と述べているが、ここにいう特殊性とは何かがまず明らかにされなければならないであろう。おそらくここにいる特殊性は、属船主義的な発想の下、船員の労務関係は船舶に付随するものとして捉えられており、船員法四三条は船舶の譲渡に伴つて、当該船舶に属する船員の海上労働契約を承継させるための規定として考えているように思われる。確かに、当初は、船員法四三条はそのような背景を持つ規定であつたことは否定できないが、戦後の予備船員制度の拡大に伴う属社主義的な発想の一般化⁹¹や、同条が船員の失業防止規定として位置づけられてきたということに鑑みれば、属船主義的な発想の下で、当該規定を捉えることはもはやできないように思われる。そうすると、船員法四三条はあくまで属社主義的な発想の下で、船員の失業防止という趣旨から考察する必要があるように考えられる。

次に検討すべきは、船員法四三条が船舶所有者の変更に伴う「船員」の失業防止規定であるという船員労働保護という見地から捉えるならば、広く陸上労働者の失業防止規定としても捉えることはできないか、ということになる。船員労働の特殊性があることを理由に、陸上労働法とは別に船員法が制定されていることに鑑みれば、そのような特殊性から導かれる規定であると仮定すると、類推適用の基礎がないとも考えられる。一般的に、船員労働の特殊性には、海上労働の危険性、孤立性、離家庭性などが指摘されているが、これらはいずれも「船内労働」の特殊性に過ぎ

ず、海上労働「契約」の特殊性とは考えにくい。やはり船員法四三条の特殊性は、属船主義を背景にした規定という点に求められる。しかし、前述したように、同条は既に属船主義的な発想から切り離された船員の失業防止規定として捉えられるべきであろう。したがって、船舶所有者だけではなく一般の使用者の変更に伴う労働者の失業防止のための規定として、類推適用の基礎は認められるものと考えられる。もつとも、ここにいう使用者の変更は、前述したように、使用者の事業の全部譲渡に限られ⁹²、事業の一部譲渡のような場合には、やはり従前どおりの対応をせざるを得ないものと考えられる。

また、陸上労働者と海上労働者とのバランスからも使用者の事業の全部譲渡がなされた場合に類推適用を認めるべきであるようにも考える。第一に、海運会社（船舶所有者・使用者）には、海上労働者のみが雇用されているわけではなく、陸上労働者も雇用されていることが一般的である。そうすると、海運会社（船舶所有者・使用者）がその有する事業の全部を譲受会社に譲渡した場合、海上労働者についてのみ船員法四三条に基づいて譲受会社に承継される一方、陸上労働者については事業譲渡契約において明確に承継が拒否されている場合（例えば、労働者をいったん解雇して、譲受会社が新規に採用するという旨を事業譲渡契約において定めたような場合）には承継が認められないことになる。このような異なる取り扱いをすることの合理性は基本的でないように思われるのである。第二に、海上労働契約の二重契約制から、船員は配乗が決定する際に、雇入契約を締結することになり、有給休暇等により予備船員となった場合には、雇止めがなされ雇入契約は終了し、雇用契約のみが存続することとなる。そうすると、船員法四三条はあくまで「（雇用契約を前提する）雇入契約」の終了と、承継を定めていることからすれば、素直に同条を適用すれば、例えば、船員の有給休暇中に船舶所有者が事業の全部を譲渡した場合、予備船員の雇用契約は承継されないが、他方で、雇入

契約期間中の海員や船長の雇入契約のみ承継されることになる。このような場合についても、取り扱いを変えることの合理性もないように思われる。そうすると、この場合にも、予備船員についても船員法四三条に基づき承継を認めべきであるように考えられるのである。さらに敷衍すれば、船員は確かに船舶に乗り組んで船内で労務を提供する者として採用されるが、大規模な船舶所有者のような場合には、陸上勤務を行う場合も存在する。陸上勤務の場合には、船員法ではなく陸上労働法が適用されることになるため、もし、(元)船員が陸上勤務中に事業の全部譲渡が行われた場合に、事業譲渡契約の内容によつては、承継されない可能性もある。結局、事業の全部譲渡が行われた場合に、陸上労働者と海上労働者とで取り扱いを変えることの合理性が見出しがたい以上、陸上労働者についても船員法四三条の類推適用により、使用者の事業の全部譲渡のような場合には、たとえ事業譲渡契約において労働契約の承継を認めない旨の内容を定められていたとしても、原則として、労働契約は承継されると解すべきであるように思われる。

なお、会社分割の場合には、前述したように船員法四三条は適用されず、陸上労働者と海上労働者とで労働契約(雇入契約)の承継について異なる手続きがなされるわけではないから、上記のような取り扱いの違いが生じることはない。

第五章 結びに代えて

本稿では、従来、学説及び裁判例において、ほとんど検討が加えられてこなかった、船員法四三条の趣旨やその適用範囲について考察を行った。結論としては、確かに、船員法四三条は当初は改正前商法五八四条の規定の趣旨であ

る船舶交通の途絶の防止という趣旨をも参酌した上で立法化されたものともいえるが、他方で、その文言の変更や船員法の他の条文との関係から、船舶所有者の変更に伴う船員雇用の安定性・船員の失業防止という趣旨が前面に押し出されたものと考えた。しかし、事業の一部譲渡や特定の船舶の譲渡のような場合には、その利害状況の複雑性や船員の承継の不利益もあることに鑑みて、基本的には、事業の全部譲渡の場合に適用される規定であると限定的に解すべきであるとした。さらに、陸上労働者の労働契約の場合にも船員法四三条の類推適用により承継される可能性を示した。

ところで、船員法四三条については、末広厳太郎博士は「一面において『船舶所有者ノ変更アリタルトキハ海員ノ雇入契約は終了ス』^(ママ)といいつつ、他面において『前項ノ場合ニ於テハ雇入契約終了ノ時ヨリ海員ト新所有者トノ間ニ従前ノ雇入契約ト同一条件ノ雇入契約存スルモノト看做ス』云々なる規定を設けているゆえんものは、船舶所有者の変更の場合に旧所有者と海員との間に存する労働関係が所有者の変更によって法律上当然に新所有者との間に移転するゆえんを理論的に説明し理解する法的技術を欠いているからであると私は思う」と評された⁽⁹³⁾。末広博士は企業の変更の場合、雇用契約は当然に承継されるという考えに立脚されていることから、船員法の規定は、法的技術が貧困であるがゆえの規定であると考えていたようである。確かに、従来の学説の中には、企業概念を用いて、労働契約の当然承継も唱えていたものもあるが、現在では、事業譲渡を含めた組織再編の複雑化により、その利害状況は従来の民法学や商法学で唱えられていたほど単純なものとはなっていない。単に、企業に付随して労働者も承継されれば良いわけではない。一律に雇入契約の承継を規定する船員法四三条はやや乱暴に過ぎるようにも思える。しかし、場合によっては、雇入契約の承継の利益をももたらす同規定は、立法論として疑問を呈するのではなく、適切な適用範

囲を定めることが求められてきたものと考えられる。

船員法四三条はしばしば陸上労働において労働契約の承継を求めるための一つの参照条文として持ち出されることはあったが、その趣旨や適用範囲の曖昧さもあり、また船員法という海商法学や労働法学の交錯領域ということも相俟つて、なお不明瞭な規定であることは否めない。本稿は、このような中、船員法四三条の趣旨及び適用範囲についてある程度明確にしたものとはいえるかもしれないが、他方で、本稿のような解釈が果たして妥当であるかは、改めて検討しなければならず、今後の議論のきっかけとなることを期待したい。

※本研究はJSPS科研費17K03444の助成を受けたものです。

- (1) 菅野和夫『労働法(第11版補正版)』(弘文堂、二〇一七年) 七二七頁。
- (2) 落合誠一編『12 会社法コンメンタール 定款の変更/事業の譲渡等/清算「1」』(齊藤真紀)(商事法務、二〇〇九年) 五五頁。
- (3) 濱口桂一郎「船員の労働法政策」季刊労働法二五五号(二〇一六年) 一五九頁、同『日本の労働法政策』(労働政策研究・研修機構、二〇一八年) 一〇四七頁参照。
- (4) 例えば、大阪高判昭和三八年三月二六日判時三四一号三七頁(播磨鉄鋼事件)は「船舶および船員の労務関係の特殊性を考慮した規定であつて、この理を直ちに労働者一般に拡張適用することは差し控えねばならないが、企業組織の変更を伴わない主体的変更の典型的な場合とすれば、規定の趣旨と解決の方法は、本問題を考えるについて十分考慮に値するものがある」と述べるなどして、使用者の営業譲渡がなされ、かつ労働者の同意がなくとも、従前の労働契約関係は新使用者に承継さ

れるとした。

- (5) 神戸大学海事科学研究科海商法規研究会編『概説海商法規(改訂版)』〔根本到〕(成山堂書店、二〇一五年)七三頁。したがって、ここにいる船舶所有者とは、単なる船舶の所有権者を意味するものではない(なお、海商法における船舶所有者の概念については、中村眞澄Ⅱ箱井崇史『海商法(第2版)』(成文堂、二〇一三年)七〇頁参照)。
- (6) 船舶の所有者から船舶を借り受け、当該船舶を航海の用に供する場合には、船舶借入人が船員を雇い入れ、船舶を航海の用に供することから、その場合の使用人は船舶借入人となるためである。
- (7) なお、本稿では議論を複雑化させないために、使用者を船舶所有者に限定して検討することとする。
- (8) 前掲註(3)・濱口「船員の労働法政策」一五九頁。
- (9) なお、この点については、南健悟「海上労働契約の構造」浅野高宏ほか編『労働契約論の再構成』(法律文化社、二〇一九年)八〇頁以下参照。
- (10) 本件では、Y1社は船舶を借り受けて、水先業務を行っていたことから船舶借入人とされているが、Y2社は、Y1社からの事業を譲り受け、またY1社が借り受けていた船舶を船舶所有者から譲り受けて、自らが船舶所有者となって事業を開始したことから、Y2社については船舶所有者とされている。
- (11) 本稿の執筆は、本件の原告代理人より相談を受け、意見書を作成したことに端を発する。本件に関する解説として、南健悟「船舶借入人の事業譲渡と雇入契約の承継―新協和海運事件」季刊労働法二六四号(二〇一九年)一七四頁。なお、同解説の一七四頁の「事実」のXらの解雇の年月日が二月三一日となっているが、これは一月三一日の誤りである。
- (12) 石井照久「船員法をめぐる若干の問題」海法会誌復刊一号(一九五三年)一六二頁。
- (13) 海商法研究会編『海商法(第6版)』(海文堂、二〇〇九年)〔武城正長〕五六頁参照。
- (14) 松本丞治『海商法(第25版)』(有斐閣、一九三〇年)一〇八頁、小町谷操三『海商法要義 上巻』(岩波書店、一九三二年)二三五頁、加藤正治『海商法(増補4版)』(有斐閣、一九三四年)一三三〇頁等。
- (15) 「航海中の船舶を譲渡したときは、その航海によって生ずる損益は、譲受人に帰属する。」

- (16) 前掲註(14)・加藤二三〇頁。
- (17) 前掲註(14)・加藤二三〇頁、前掲註(14)・松本一〇八頁参照。
- (18) 前掲註(14)・加藤二三〇頁。
- (19) 鹽田環『船員論』（巖松堂書店、一九一一年）一八四頁、吾孫子勝Ⅱ矢部克己『改正商法通義』（寶文館、一九一一年）八三九頁。
- (20) 前掲註(14)・加藤二三〇頁以下。
- (21) 民法六二五条一項における議論でも、同項に基づき労働者が譲渡について承諾をした場合の法律関係についても、労働者が承諾したのは権利の譲渡についてだけであるので、賃金支払債務等の使用者の債務については、譲渡元である使用者に残る余地があるとの指摘もなされている（本庄淳志Ⅱ大内伸哉「民法625条」土田道夫編『債権法改正と労働法』（商事法務、二〇一二年）四八頁～四九頁）。
- (22) 臨時海事法令調査会の議論については、臨時海事法令調査会「記録 臨時海事法令調査会」海法会誌一六号（一九三二年）一頁以下参照。
- (23) 臨時海事法令調査会の特別委員として、海商法学者として、（委員長）松波仁一郎、加藤正治、松本丞治が、海運業界より武田良太郎、石田貞二、金尾治作、堀内長栄などが選任されている。
- (24) 前掲註(22)・臨時海事法令調査会五三頁。提案理由としては、民法六二五条一項の規定を弱めるものであることが挙げられている。また、委員も船員法にこの規定を入れるのであれば、商法の規定を廃止することについて全員が賛成している。
- (25) 以下の討論の様子については、前掲註(22)・臨時海事法令調査会六三頁～六五頁。
- (26) 前掲註(22)・臨時海事法令調査会一九一頁～一九九頁参照。
- (27) ただし、この発言に対しては、合併によって解雇されたこと自体がおかしいのではないかとの松本委員からの指摘もあり、合併によって雇用契約が終了した事実としてみるの適切ではないと述べられている。なお、他の委員によると、合併前に一旦解雇した事実のようである。

- (28) 田倉八郎「船員法の改正に就て―海事法令調査会の検討」海運一〇五号（一九三二年）二五頁〜二六頁。
- (29) 前掲註(28)・田倉二七頁。
- (30) 前掲註(3)・濱口『日本の労働法政策』一〇五二頁〜一〇五三頁。
- (31) 今成秀三郎「船員法の問題点（上）」海運二九二号（一九五二年）四一頁。
- (32) 逋信省管船局『船員法案（局議決定案）逐條説明書』（東京海洋大学附属図書館所蔵資料）参照。
- (33) 前掲註(31)・今成四一頁。
- (34) 鈴木倉吉『新船員法解説』（海員協会、一九三八年）一〇頁。
- (35) 前掲註(28)・田倉二七頁。
- (36) 既に、改正前商法五八四条において、船員は新船舶所有者に対して権利義務を有するということがとされていたことからすれば、船員法二八条は同条をそのまま引き継いだともいえるが、他方で、一つは、あくまで改正前商法五八四条は交通の途絶の防止という観点でのみ捉えられていたことと、第二に、前述したように、船舶所有者が変更しても旧船舶所有者との関係は終了しないという見解を明確に否定したということになる。
- (37) 石井照久「商法と労働問題」同『商法における基本問題』（勁草書房、一九六〇年）二二四頁。
- (38) 前掲註(31)・今成四一頁。
- (39) 現在の予備船員。
- (40) 前掲註(31)・今成四一頁は、予備員制度の拡充等により海員は特定の船舶に固定するものではなく、むしろ特定の会社に従属する傾向が強くなっていると指摘する。
- (41) より具体的に述べれば、日本国憲法二七条の規定に基づいて、船員の給料、労働時間、休息その他の労働条件に関する基準を定めなければならなかったこと、また、「海上に使用し得る児童の最低年齢を定める条約案」「船舶の滅失又は沈没の場合における失業の補償に関する条約案」「石炭夫又は火夫として使用し得る年少者の最低年齢を定める条約案」「海上に使用せらるる児童及び年少者の強制体格検査に関する条約案」「海員の雇入契約に関する条約案」「海員の送還に関する条約案」「船員

の為の年次有給休暇に関する条約案」「船内労働時間及び定員に関する条約案」「船員の疾病傷痍又は死亡の場合における船舶所有者の責任に関する条約案」及び「海上に使用し得る児童の最低年齢を定める条約案の改正条約案」等のそれらの条約案の内容を採用しなければならなかったこと、そして、新たに制定される労働基準法の労働憲章の規定を採用し、各個の労働条件についての規定と均衡をとりつつ、しかもこれに海上の特殊事情を織り込んでいくためとされていた(小林茂勝『新船員法の解説』(日本海事振興会、一九四七年)二頁～三頁)。

(42) 前掲註(41)・小林五頁～七頁。

(43) 『船員法改正する法律案関係議会議案資料』(東京海洋大学附属図書館所蔵資料) 参照。

(44) 前掲註(41)・小林五二頁。

(45) 全日本海員組合調査部編『船員法と施行令の解説(増補版)』(全日本海員組合本部、一九四九年)一七頁。

(46) 山戸嘉一『船員法―解説と研究』(海文堂、一九五四年)九九頁～一〇二頁参照。また、野村一彦『船員法概説』(成山堂書店、一九五九年)六五頁も、船舶所有者が変更した場合については「一般的には、労働条件も、新船舶所有者の定める就業規則、そこに適用される労働協約によることとなる。しかし、新船舶所有者の定める労働条件が旧船舶所有者の労働条件より良いとは必ずしも限らないし、また船員は旧船舶所有者の定める労働条件を前提に勤務しており、しかも、船員としては、船舶所有者が変更したからといって直ちに他に職場を見出すことはできないから(船舶所有者の変更が航海中又は雇入港以外で行われた場合にはなおさら)、一応、同一条件で雇入契約が存続するものとみなしたと考えられる。」と述べており、船員雇用の安定という趣旨を示唆している。

(47) 前掲註(46)・山戸一〇〇頁～一〇二頁。

(48) 前掲註(46)・山戸九九頁。したがって、この見解に従えば、船舶所有者が営業(事業)を譲渡した場合には、包括承継として位置づけられて船員法四三条は適用されないこととなり、当然に雇入契約は営業(事業)の譲受会社に承継されることとなる。逆に言えば、船員法四三条はある特定の船舶の譲渡がなされた場合についてのみ適用されることを示唆する。

(49) 員基第三二七号。藤崎道好『船員法総論(改訂版)』(成山堂書店、一九七五年)二六頁参照。なお、以下に示す船員法改

正に関する審議経過については、社団法人日本船主協会『船員法改正に関する審議経過（一）』（一九五八年）、『同（二）』（一九五九年）、『同（三）』（一九六二年）を参照した。

(50) 現行法においても、船員法四六条四号において雇止手当を旧船舶所有者が船員に対して支払わなければならないとされている。

(51) 前掲註(49)・日本船主協会『(一)』一七頁。

(52) 前掲註(49)・日本船主協会『(二)』一一二頁～一二二頁。

(53) 前掲註(49)・日本船主協会『(二)』四九頁。

(54) さらに、船員の保護という観点から、船員の側から雇止めをした場合には、雇止手当が支給されなくなるが、船員法四六条四号に基づいて少なくとも一旦は雇止手当が支給されるようになっていいる。

(55) 国土交通省海事局監修『最新海商法規の解説（24訂版）』（成山堂書店、二〇〇四年）八六頁、前掲註(5)・根本九四頁。前掲註(12)・石井一六二頁は船員法四三条について「労働法的意味に改めたもの」と述べる。

(56) 照井敬『船員法がわかる本』（成文堂書店、一九九八年）七一頁。

(57) この立場に与するならば、適用範囲について、船員法四三条は航海中に限定して適用された改正前商法五八四条とほぼ同じように考えることができるかもしれない。なぜならば、雇入契約は別名、乗船契約とも呼ばれ、乗船する期間について雇入れの状態となることから（山戸嘉一「船員の労働関係」日本労働法学会編『労働法講座 第6巻 労働法特殊問題』（有斐閣、一九五八年）一五〇二頁、前掲註(56)・照井七一頁図参照）、雇入契約期間は、船員は基本的に船舶に乗り組んでいる期間と同じになるからである。しかし、雇入契約は諾成契約であって、乗り組まなければ契約の効果が生じないわけではなく（要物契約性の否定）（森清『海商法原論（全訂改版）』（有斐閣、一九四一年）一一九頁参照）、現実問題としても、乗下船が頻繁な内航船員の場合、雇入契約期間でも自宅からの／への出勤はあり得ることから、物理的に船員が下船していたとしても雇入契約期間中であることは当然にあり得る以上、船員が船舶に乗り組んでいる途中に船舶所有者が変更された場合についてのみ適用されるとは必ずしもいえるわけではない。

- (58) 石井照久『海商法』(有斐閣、一九六四年)一八〇頁、田中誠二『海商法詳論(第3版)』(勁草書房、一九八五年)二〇八頁。
- (59) 前掲註(9)・南八〇頁以下参照。
- (60) 武城正長『海上労働法の研究』(多賀出版、一九八五年)一二二頁参照。
- (61) 前掲註(13)・五八頁参照。
- (62) 以下、特に断らない限り、雇用契約も含み、雇入契約と雇用契約の両方を含む概念として、海上労働契約という表現をす
る。
- (63) 荒木尚志『労働法(第3版)』(有斐閣、二〇一六年)四三五頁。
- (64) 前掲註(63)・荒木四三六頁。
- (65) 鴻常夫『商法総則(新訂第5版)』(弘文堂、一九九九年)一四六頁参照。
- (66) 梅謙二郎『民法要義・卷之三・債権編』(和仏法律学校、一八九七年)六八七頁〜六八八頁。
- (67) 幾代通Ⅱ広中俊雄『新版注釈民法(16)債権(7)』(幾代通) (有斐閣、一九八九年)六〇頁〜六一頁。
- (68) 前掲註(67)・幾代六〇頁。また、近代における企業や事業は客観的な組織となり、労働者は使用者個人に使用されるとい
うよりも、むしろ、企業または事業自体に使用されるものであつて使用者の変更は、その労働の内容にそれほど変更を及ぼさ
ないと指摘する見解もある(我妻栄Ⅱ有泉亨Ⅱ清水誠Ⅱ田山輝明『コンメンタール民法―総則・物権・債権(第5版)』(日本
評論社、二〇一八年)一二七六頁)。
- (69) 前掲註(66)・梅六八九頁、我妻栄『債権各論(中巻二)』(岩波書店、一九六二年)五六七頁、前掲註(67)・幾代六一頁。
- (70) 前掲註(21)・本庄Ⅱ大内五一頁〜五二頁。ただし、前掲註(37)・石井二二二頁も参照。
- (71) 昭和二六年四月一二日員基第四五号は、船員法四三条は「企業の」同一性が存するという観点から：設けられているの
である」としており、事業の全部譲渡がなされた場合には、企業の同一性が比較的認められやすいものと思われる。
- (72) 例えば、大阪地判平成一年二月八日労判七七七号二八頁〔タジマヤ事件〕が、営業譲渡前に解雇した労働者に関して、

当該解雇を無効とした上で、讓渡会社に在籍した従業員全員を讓受会社が雇用していることからすれば、讓渡の対象となる営業には従業員との雇用契約をも含むとの意思解釈を行っている。

(73) 例えば、事業讓渡契約において労働者を承継しない旨の定めを民法九〇条に基づく公序良俗に違反する内容として無効とした、東京高判平成一七年五月三一日労判八九八号一六頁〔勝英自動車学校事件〕がある。また、解雇権濫用法理に準じて、解雇が無効である場合と同様、労働者と事業讓受人との間に、労働力承継の実態に照らして合理的と認められる内容の雇用契約が締結されたのと同様の法律関係が生じるものと解した、さいたま地判平成一六年二月二二日労判八八八号一三頁〔東京日新学園事件第一審判決〕もある（ただし、控訴審である東京高判平成一七年七月一三日労判八九九号一九頁で否定されている）。

(74) 西原寛一「会社の解散と不当労働行為」石井照久Ⅱ有泉亨編『労働法大系（4）』（有斐閣、一九六三年）八二頁、前掲註(69)・我妻五六八頁等。

(75) 原弘明「事業讓渡・会社分割と労働契約承継の解釈論・立法論の検討」関西大学法学論集六七卷五号（二〇一八年）六四頁以下参照。確かに、労働者の意に反して労働契約が引き継がれない場合の問題点は、不当労働行為・不当解雇として処理すればよいとの指摘も見られるが（前掲註(2)・齊藤五六頁）、そもそも不当労働行為・不当解雇として当該解雇を無効としても、別途、労働契約を承継させる理屈が必要となろう。

(76) 前掲註(49)・藤崎一九八頁、前掲註(46)・山戸一〇〇頁参照、前掲註(12)・石井一六二頁参照。

(77) 石井照久「海上労働に関する法的規整の発達（一）」法律時報三〇巻一号（一九四一年）八頁では、昭和一二年改正船舶法二八条は、企業の觀念の下に、海員を多かれ少なかれ船舶の付属物視していると指摘されている。

(78) 前掲註(46)・山戸一〇〇頁。

(79) 山本豊編『新注釈民法（14）債権（7）』（山川隆二）（有斐閣、二〇一八年）七四頁。

(80) ただし、会社分割の場合、使用者による恣意的な配転がなされた場合については、当該配転自体が無効となるという指摘もあり（安西愈「会社分割法に伴う労働契約承継法」原田晃治ほか『会社分割に関する質疑応答』（商事法務研究会、

二〇〇〇年) 七二頁)、配転法理の適切な解釈・運用が重要であるとされる(前掲註(75)・原六七頁〜六八頁)。

(81) 前掲註(63)・荒木四三三頁。

(82) なお、この点、前掲註(13)・武城六三頁は、「属船主義雇用形態において、船員にとって船主は絶対的要素ではないので、新船主に契約を強制的に締結させることにした」と述べ、他方で、「専属雇用形態においては売船↓下船(合意解約が普通)となるから問題は起きない」と指摘しており、船員法四三条の適用場面について、基本的には属船主義的な雇用形態に限られることを示唆する。

(83) 江頭憲治郎『株式会社法(第7版)』(有斐閣、二〇一七年) 九六四頁参照、前掲註(2)・齊藤三七頁参照。

(84) 神田秀樹『会社法(第21版)』(弘文堂、二〇一九年) 三七七頁。

(85) 本判決については、田辺保雄「特許法98条『一般承継』には会社分割も含まれるのか―神戸地方裁判所平成26年3月27日判決を契機として」田邊光政編『会社法・倒産法の現代的展開―今中利昭先生傘寿記念』(民事法研究会、二〇一五年) 三七三頁以下を参照した。

(86) 本判決によれば、「商標法35条が準用する特許法98条1項1号括弧書において『特許権(商標権)の移転』の中から『相続その他の一般承継によるものを除く』こととした理由は、①相続や合併の場合、元の権利者が死亡ないし消滅することから、『登録』を効力発生要件とすると、相続等の発生時点から登録までの間、権利の帰属主体が存在しないこととなるため、そのような事態の発生を回避する必要があること、②相続等の場合は、他の移転の場合と異なり、その移転が一体的なものと考えられ、登録を待つことなく移転の効力を認めても『別段の弊害』を生じないことにあるものと解される。／以上によれば、上記特許法九八条一項一号括弧書が予定する『一般承継』に該当するためには、当該権利移転の方式・態様が相続と同様に包括的なものであることが必要であるが、ただ、上記特許法九八条一項一号括弧書が『相続その他の一般承継』について同条項の適用を排除している趣旨に照らすと、包括的な権利移転行為の全てが上記『相続その他の一般承継』に当たるものとは解されず、そのうち①権利の帰属主体の不在という事態を発生させず〔排除条件①―筆者註〕、かつ、②登録を待つことなくその効力を認めても『別段の弊害』が生じないとはいえないもの〔排除条件②―筆者註〕については、上記『相続その他の一般承継』

継』に当たらないものと解するのが相当である。」とし、「会社分割においては、その効力が生じても分割会社は消滅せず存続することから、登録を権利移転の効力発生要件と解しても、分割の時点から登録までの間、権利の帰属者が不在となる事態は発生せず、したがって、会社分割による権利移転は、排除条件①を満たす」と述べる一方、「不動産や指名債権等の移転について第三者対抗要件の具備が求められている一方―筆者註」会社分割による特許権・商標権の移転の場合には登録を待つことなく権利移転の効力が生じるものと解すると、会社分割後に商標権ないし特許権の二重譲渡を受けた第三者が先に移転登録をしたとしても、設立会社への商標権ないし特許権が優先することになり、第三者保護の点で、不動産や指名債権等の移転の場合と均衡を欠く事態が生じる」とし、「会社分割による特許権・商標権の権利移転について、第三者保護との関係で看過しうたい弊害を生じ、具体的妥当性に欠ける結果を招来するおそれがあるといわざるを得ない。／そうだとすると、会社分割による権利移転については、登録を待つことなくその効力を認めても『別段の弊害』が生じないとはいえない場合に当たると解され、従って、排除条件②も満たす」とし、結論として「商標法35条が準用する特許法98条1項1号括弧書の『相続その他一般承継』には該当しない」とした。なお、同法において「相続その他の一般承継」による権利移転の場合の括弧書きの趣旨については、特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説（第20版）』（発明推進協会、二〇一七年）三一五頁、中山信弘Ⅱ小泉直樹編『新・注解 特許法（第2版）【中巻】』（青林書院、二〇一七年）一五九四頁参照。

(87) このような見解に対して、例えば、船員法四三条と労働契約承継法の両方が適用されると考える余地もなくはない。しかしながら、あえて趣旨の全く異なる特許法のような解釈をして、両法条の適用を認めることの合理性は見当たらないと思われる。

(88) すなわち、労働者（船員）を承継事業の主従事労働者（船員）とそれ以外に分け、主従事労働者（船員）は、分割契約等に記載された場合には、個別の承諾なく、承継会社等に移転し、従前の労働条件もそのまま承継されることとなる。他方で、主従事労働者（船員）であるにもかかわらず、承継対象となつた場合には、異議を申し出ることができる（成田史子「会社分割における労働者の保護」野川忍Ⅱ土田道夫Ⅱ水島郁子編『企業変動における労働法の問題』（有斐閣、二〇一六年）四七頁参照）。

(89) 前掲註(5)・根本九三頁。なお、一括公認時代のものであるが、この制度について詳細に紹介するものとして、前掲註

- (49) ・藤崎一七九頁以下参照。
- (90) 前掲註(2)・齊藤五六頁。
- (91) 戦後、日本の船員の雇用形態が属社主義（専属雇用制）となった背景については、山本泰督「予備員制度にかんする一考察」国民経済雑誌一〇三卷三号（一九六一年）七四頁参照。
- (92) 池田悠「事業譲渡と労働契約関係」野川忍Ⅱ土田道夫Ⅱ水島郁子編『企業変動における労働法の課題』（有斐閣、二〇一六年）八〇頁は事業の全部譲渡の場合については労働者の事業帰属を問題にはなりにくいことを示唆する。
- (93) 末広厳太郎『末広厳太郎著作集Ⅱ・民法雑誌帳上卷（第2版）』（日本評論社、一九八四年）八〇頁。

原状回復における対価合意の意義

——原物返還不能により償還すべき価額の算定をめぐって——

野 中 貴 弘

I 序 論

1 議論状況

2 本稿の仮説と構成

II 日本民法における償還価額の算定

1 伝統的通説

2 川村泰啓から磯村保、そして中間試案へ

III ドイツ民法における償還価額の算定

1 債務法改正による新规定（三四六条二項二文前段）と立法理由

原状回復における対価合意の意義（野中）

三七一（五〇七）

- 2 学説による新規定の理解
- 3 小括

IV 原状回復における対価合意の意義

- 1 原則としての対価償還——対価が有する二つの意味
- 2 価額償還と原状回復の關係

I 序論

1 議論状況

解除の原状回復において、受領物を返還できず、これに代えて価額償還義務^①を負う返還債務者は、いかなる価額の償還を求められるのか。

解除権の消滅を規定する民法五四八条は、二〇一七年の民法改正により、解除権を認識した後の故意または過失による滅失損傷等の場合に限って適用されることになる。したがって、買主の使用行為あるいは第三者への譲渡等が原因で受領物を返還できない場合であっても、当該行為時点で買主が契約不適合に気づいていなかったのであれば、買主は解除権を失わない^②。この場合、我が国の多数説によれば、受領物の返還不能のリスクは買主が負担し、このリスク負担は、価額償還義務の負担という形で実現される^③。また、こうした多数説を批判し、売主負担となる場合があることを指摘する少数有力説にあつても、この立場が売主負担を主張するのは、売主が解除原因を作出し、なおかつ買主の責めに帰することができない事由により返還不能が生じたケースに他ならず、それ以外のケースにおいて買主が

価額償還義務を負うことは自認される。⁽⁴⁾

本稿は、こうした局面における買主の価額償還義務の内容・範囲について考察するものである。具体的には、ここで償還すべき価額とは、返還すべきであった目的物の客観的価値（＝時価・市場価値）なのか、それとも、当該契約において取り決められた対価額（＝主観的価値）⁽⁵⁾を基本とするのか。⁽⁶⁾

我が国の伝統的通説は、価額償還の内容として、返還すべきであった物の客観的価値（＝時価・市場価値）の償還を義務づけてきた。⁽⁷⁾ 学説は、こうした理解を前提として、時価の算定基準時の議論をしてきたのである。客観的価値の償還を認める立場からすれば、原物返還不能のリスクを買主が負担する場合、結局のところ買主は、客観的価値で購入したのと同様の結果に至る。すなわち、償還されるべき価値を客観的価値とすることで、代金額と客観的価値とにズレがある場合には、契約の解除に契約内容を一方的に改訂する機能を与えることになる。⁽⁸⁾

それでは、我が国の伝統的通説が、右のように客観的価値の償還を当然視してきた理由は、いかなるものであったか。Ⅱ章で見るとおり、我が国の伝統的通説は、日本民法五四五条一項本文が、「当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。」と規定し、買主には、売主の状態を回復する義務が課せられていることを重視する。契約がなかった場合あるいは原物返還がなされた場合には、客観的価値を内包する物が債権者（売主）に帰属する以上、原物返還に代えて生じる価額償還においても、客観的価値の償還がされるべきとしてきたのである。実は、こうした論理展開は、我が国に特有のものではなく、後述のとおり、ドイツにおいても同様の見解が有力に主張されてきたし、今なお主張されてもいる。

しかしながら、近年、こうした議論状況に大きな動きが見られる。詳細は後述するが、我が国では、今般の民法

（債権関係）改正における審議過程において、返還債務者たる買主が当該受領物について有する「自己の財産に属するとの信頼」が一定の条件のもとで保護されるべきことが指摘される。その結果、たとえば、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下「中間試案」という）では、解除あるいは無効・取消しにもかかわらず受領物の返還ができない場合には、客観的価値の償還義務が原則であるものの、例外として、返還債務者が当該物を自己の財産に属する物と信頼している中での滅失損傷等である限り、無償契約であれば無条件でこの信頼を保護して利得消滅の抗弁を認める。また、有償契約であれば、対価の負担と引き換えにそうした信頼を保護すべく、返還債務者の価額償還義務を当該契約における対価額（または現存利益）により限界づけようとする。そして、近時、給付不当利得の領域において、こうした善意の給付受領者について価額償還義務の軽減を認めようとする考え方が、有力に主張されるに至っている。⁹⁾

2 本稿の仮説と構成

(1) 問題提起と仮説

もつとも、伝統的通説に対してはもちろんのこと、こうした近時の有力説に対してもまた、疑問がある。その二つの疑問を呈するとともに、本稿での仮説を提示しよう。

ア 売主にとっての対価の意味

まず、そもそも、客観的価額償還を原則とすることは正当であるのか。これを原則とする点では、伝統的通説も近

時の有力説も変わりがない。いま、伝統的通説が、原物返還がなされた場合との比較をしていることに着目してみる。償還（賠償）額算定にあたり、相手方（債権者）へ履行がなされた場合との比較を起点とする解釈技法は、周知のとおり、他の局面でも存在する。たとえば、売買契約がなされたものの、物の引渡しが行なわれず、この履行不能につき売主に帰責性がある場合、買主は履行に代わる損害賠償請求（填補賠償請求）をすることができるが、この填補賠償にあつては、仮にその物の時価（一〇〇万円）が代金額（八〇万円）以上であつた場合には、当該時価（一〇〇万円）の損害賠償請求ができることとされる。填補賠償は、債務者（売主）の履行不能（債務不履行）がなかつたならば債権者（買主）があつたであろう状態（債務が履行されたのと等しい地位）を実現することを目的とする以上、物の交換価値を得させることで債務が履行されたのと等しい状態を実現するからである。債務者には債権者が契約において得た地位を実現すべき義務がある以上、自らがその物を引き渡すことができなければ、他から調達してくる費用までも負担することが正当化される。

しかし、本稿の対象とする契約の解除による巻き戻しの局面に関して言うならば、ここで仮に、原物返還がなされた場合との均衡が考慮されるべきであるとしても、原物返還がなされたときに売主に帰属する価値を客観的価値で捉えることは必然でない。右の填補賠償のケースでは、売買代金は必ずしも買主にとってのその物の価値を意味していない。買主は、売買代金以上の価値を感じて購入に至る。これに対し、本稿の対象とする契約の巻き戻しの局面では、回復されるべき売主にとってのその物の価値は、まさに当該契約の対価として表れていると見ることが可能である。つまり、売買契約における代金額は、買主にとっては必ずしもその物の価値を意味しているわけではないが、売主にとっては、まさにその物の価値を示しているように思われる。こう考えると、原物返還との比較から客観的価額償還

を導くことに必然性があるわけではない。むしろ、対価償還は、近時の有力説や中間試案が掲げるような買主の信頼保護という観点からだけでなく、まさに、売主の状態回復という見地からも正当化することができるのではなからうか。解除の対象となった契約は、契約内容それ自体には何らの瑕疵のない、いわば「望まれた契約¹⁰」であることに鑑みれば、契約における対価額の償還が原則に据えられるべきではないか。

イ 価額償還と原状回復の関係

二つ目の疑問は、価額償還と原状回復との関係に関わる。先述のとおり、近時の有力説は、解除の場面だけでなく無効・取消しの場面でも、契約時における買主の決定を重視し、自己の財産に属するとの買主の信頼を保護し、対価を限度とした責任限定を試みる。このことは、無効・取消しにも、対価合意からの解放が含まれないことを意味する。解除と無効・取消しとを比較したとき、無効・取消しがなされる契約は（少なくとも一方の）当事者にとって「望まれない契約」であり、対価合意それ自体に瑕疵があることも多い。右に述べた解除の場合と異なり、代金額は売主にとっての物の価値を示していないことがある。それにもかかわらず、対価額を限度とした償還しか求められないとなれば、契約がなかった場合の売主の状態回復がなされないことがあり得ることになる。このことは、贈与契約のように対価がゼロの場合を想定すると分かりやすい。自己の財産に属するとの信頼が重要であるとしても、これを保護することは、相手方の状態回復を規定する原状回復義務と如何にして整合するのかが、価額償還義務は、原物返還義務や原状回復義務とどのような関係に立つのであろうか。

これまで我が国では、原物返還不能のケースにおけるリスク配分が盛んに議論されてきたが、これらは基本的に、

リスク負担する当事者の決定であった。しかし、危険負担論には、リスク負担「者」の決定だけでなく、リスク負担の「程度」の決定もあるはずである。買主が原物返還不能のリスクを負担する場合であっても、買主がどの程度までこのリスクを負担するかという問題があり、ここにおいて、買主が自己の物と信頼している中で生じたリスクであることは見逃すことができない。そうであれば、買主が原物返還不能のリスクを負担すると言っても、必ずしも、売主が原物返還されたときと同じ状態を回復されるとは限らないのではないか。価額償還と原状回復との関係という観点から言えば、価額償還が原状回復に奉仕するものであっても、原物返還が不能になった時点で、完全な原状回復は頓挫するのではないか。この点で、そもそも、価額償還の範囲を決するにあたり、原物返還がなされた場合との比較は、それほど重要性を持たないのではないか。

(2) 本稿の構成

本稿は、以上二つの仮説を検証するため、まずⅡ章にて、我が国におけるこれまでの議論状況を分析する。ここでは、右に見た伝統的通説はもちろんのこと、近時の有力説もまた、価額償還義務を原状回復義務の一環として位置付け、償還すべき価額としては客観的価値を原則としていることが明らかとなる。

Ⅲ章では、こうした我が国の議論の問題点を探り、解決指針を得るために、ドイツ民法における議論を参照する。先に述べたとおり、ドイツにおいても、原物返還との比較あるいは売主の状態回復という観点から客観的価額償還を志向する見解が主張されている。しかしながら、ドイツでは、二〇〇二年の債務法改正により、解除の効果に限って、価額償還の範囲についての規定が新設され、償還すべき価額の算定にあたっては対価が基本に据えられることになっ

た。本稿では、この新规定の制度趣旨に着目したい。現在のドイツでは、この制度趣旨について語られる際、理解に対立があるとは（少なくとも明示的には）論じられない。しかし、新规定の意義および射程をめぐって交わされる議論を分析すると、そこには二つの異なった理解が背景にあるように思われ、このうちどちらに力点を置くかにより、右規定の適用範囲が変わり得るように映る。つまり、対価償還を導くに当たっても、二つの方向性からの理解があることが示されているように思うのである。¹¹

IV章では、ドイツにおける議論分析から得られた視点を基に、右で示した本稿の仮説を検証していきたい。

II 日本民法における償還価額の算定

1 伝統的通説

冒頭で触れたとおり、我が国の伝統的通説は、価額償還の内容として、買主に返還すべきであった物の客観的価値（時価）の償還を義務づけてきた。たとえば、好美清光は、時価一〇〇万円の動産につき代金を七〇万円とする売買契約がなされた場合において、買主がこの物を他に処分し、あるいは消費した後に、契約が無効・取消しとなったとき、買主は売主に一〇〇万円の価額償還義務を負担すると明示する。¹² また、潮見佳男も、二〇一七年の民法改正前の体系書において、「給付対象が滅失したときには、買主は——たとえみずからに帰責事由がない場合であっても——原状回復義務からは解放されず、滅失した目的物の客観的価値を賠償すべき義務を負うべき」としていた。¹³ このように、伝統的通説は、客観的価値の償還を当然の前提としてきた。そうであるがゆえに、時価の算定基準時の議論をし

てきたのである。¹⁴

実は、こうした理解は、民法典の起草時より示されていた。改正前民法五四八条の起草者である梅謙次郎は、改正前五四八条一項の場合（行為または過失による返還不能等の場合）に解除を認めると、物の返還債権者（解除の相手方）は返還債務者（解除権者）に対して七〇九条による損害賠償請求をすることになるが、物の滅失後にその価値を調べることは困難であることから解除権それ自体を消滅させたと理解しており、基本的には、梅謙次郎もまた、客観的価額の償還を前提としていたものと理解できる。¹⁵

では、客観的価額償還はいかなる論理によつて導かれてきたのであろうか。右に挙げた潮見佳男の民法改正前の体系書では、「ここでは、『契約解除の結果、各当事者はみずからが相手方に給付した対象の返還を受けることが期待できる地位を得る』（給付対象の返還についての期待利益）との立場——給付対象の返還が実現されることへの結果保証——から出発するのが適切である」として、客観的価額償還を帰結していた。原状回復にあつては、給付した対象の返還を受けられることが原則にあり、これができない場合でも、これがなされた場合と同様の地位が実現されなければならない、この実現にはその給付対象の客観的価値が償還される必要があるとの理解である。我が国には、物の返還ができない場合の価額償還義務を、原状回復義務の一環として位置付ける一連の学説が存在するが、まさにこうした見解は、我が国の伝統的通説といえよう。¹⁶

2 川村泰啓から磯村保、そして中間試案へ

(1) 磯村保

そうした中で、磯村保は、一九八五年の日本私法学会シンポジウム（「法律関係の清算と不当利得」）における報告およびその内容をまとめた翌年公刊の論文において、こうした伝統的通説とは異なる新たな考えを展開していた。¹⁷

磯村保の主張は、我が国における不当利得類型論への鋭いアンチテーゼとも評しうる。当時、我が国では不当利得類型論がその支持を大きく広げており、不当利得に関する諸問題に対する解答も「類型論」から演繹的に導き出せるかのような論じ方がなされる傾向があった。あるいは、いわゆる「価値中立的な清算」を志向するものが類型論の象徴として理解される傾向にあった。¹⁸ 本稿のテーマに関しても、類型論からすれば、客観的価値の償還であることは疑いようのないものとして語られたのである。

それに対し、磯村は、契約の清算にあっても返還債務者の「善意」あるいは「悪意」に何らかの意味を持たせようとする。我が国において不当利得類型論が受け入れられていった背景には、不当利得規定を素直に適用すると生じるとされた次の二つの「不都合」の存在が大きい。一つ目は、給付不当利得において、返還債務者が善意であれば、七〇三条に従い現存利益の返還で足りるとされることであり、二つ目は、売主に強迫されて契約締結をした買主が、契約の清算にあつては、悪意の返還債務者と評価されてしまうことである。我が国の伝統的通説は、こうした結果は耐えられない事態であると評価し、給付不当利得においては、七〇三条・七〇四条の区別をせず、結果として返還債務者の利得消滅の抗弁を認めなかった。¹⁹

こうした中で、磯村は、善意および悪意の意味を再考することで二つ目の問題をクリアしようとするとともに、一

つ目の問題については、売買契約における買主の自己の物との信頼は、対価を負担することと結びついている以上、善意者であっても対価の限度でリスクを負担する根拠があることを正当化した。

磯村は、七〇三条・七〇四条という枠組みを維持しつつも、利得消滅の抗弁が認められる制度趣旨に立ち返ること
で、同抗弁には必ずしも現存利益への縮減だけでない作用の仕方があることを論じたものといえよう。あえて指摘す
れば、当時の給付不当利得論は、給付不当利得において利得消滅の抗弁を好ましくないものと位置づけ、給付不当利
得の効果を、解除の効果である原状回復に近づけて考えようとした。それに対し、磯村説は、そうした時代の流れに
反し、むしろ不当利得法に規定される善意者保護規定の機能を（全部ではないものの限定的に）積極的に支持し、こ
うした論理が解除の原状回復にも妥当する下地を作ったものと評価できよう。

ところで、こうした磯村の新たな主張は、磯村自身が自認するとおり、既に川村泰啓の一連の不当利得類型論研究
の中に見ることができると。そこで、本稿では、時代が前後するが、磯村が影響を受けた川村の議論を追って、その後
に、今般の民法改正手続における中間試案の分析へと移ることとしよう。

(2) 川村泰啓

川村泰啓は、我が国の不当利得類型論の先駆的提唱者である²⁰。とはいえ、川村不当利得類型論は、現在我が国に定
着している不当利得類型論とは少々異質である。たとえば、無効・取消しの中でも、相手方の詐欺・強迫を理由とし
て契約が取り消された場合、川村説はこの場合を給付不当利得に含めない。既に契約締結の発端において被詐欺者の
私的意思（所有権の自由）が契約の相手方によって作為的に否定されている以上、誤って実行された給付の返還を

「契約」の清算として処理することも否定されるという。こうした否定もまた、詐欺・強迫の場合に契約を取り消すことができるものとして法秩序の価値判断の中に含まれているとするのである。²¹

こうした川村不当利得論が、本稿のテーマでも異彩を放つ²²。川村の議論の出発点は、利得消滅という免責を得られるためには「取得の法的有効性についての信頼」が必要であったとしたラーレンツの指摘である。川村は、こうしたラーレンツの見解を受け、「彼の構成には『利得の消滅』による免責効果の結びつく要件を類型論に親和的なものに転化させたという画期的意義がひそんでいた」（傍点・原著）と理解し、法律上の原因を欠いた「取得」の諸類型に即して具体化していく。

すなわち、交換型契約における「取得の法的有効性」の信頼とは、所有権取得の法的有効性の信頼であるから、「善意」である限りは、有効な所有権を信じていた者となる。しかしながら、「給付物が交換型契約上の対価的給付の一方として受領されている以上、彼の所有権取得の法的有効性の信頼のうちには、契約上彼のがわで負担した対価的給付Ⅱ『反対給付』の支出が同時に予定されていたはず」（傍点・原著）である。このことは、「不存在債務の弁済の善意受領者におけるような、初めから片務的な、無条件な、所有権取得の法的有効性についての信頼」（傍点・原著）とは異なる。交換型契約における右の信頼とは、「対価的給付Ⅱ反対給付の支出についての諒解をふくんだ所有権取得の法的有効性についての信頼」（傍点・原著）であるという。こうした「信頼の保護条件」についての川村の見解は、（川村自身は明示的に述べず、あるいは相違を指摘するかのような表現があるもの）フルーメによる「財産に見合う決定（vermögensmäßige Entscheidung）」理論の影響を見てとることができよう。²³

川村は、そのうえで、こうした理解から、利得消滅による免責効果は、交換型契約にあつては、「初めから『反対

給付』の価値分だけ減殺されている」とした。要するに、川村は、七〇三条が利得消滅の抗弁を規定する趣旨に遡り、その趣旨が妥当する範囲を再考することで、有償契約においてもその限定的適用の途を開いたのである。

このように磯村保が自ら述べていたとおり、給付受領者の善意を問題にしつつも、返還債務者の責任をすべて否定するのではなく、対価の限度で価額償還責任を負担させる信頼保護の在り方が、既に川村不当利得論においてかなりの完成度でもって組み込まれていたのである。こうした主張が、まさに我が国の類型論の先駆的提唱者によってなされていたことは、再度注目されてしかるべきであろう。

(3) 中間試案とその補足説明

ア 中間試案の内容

右のとおり、川村不当利得論およびそれを継承する磯村保不当利得論には、極めて示唆に富む論理展開があったものの、本稿で取り上げた点については、(IV章1節にて触れる須永醇による論稿を除き)ほとんど応接されずに放置されてきたといつてよい。²⁴これには、川村不当利得論の複雑さや難解さ、さらには不当利得類型論の中でも価値中立的清算を志向する論者による明快な主張が理解しやすかったことにも原因があるろう。

ところが、今般の民法改正論議において、突如として、川村が提唱し、磯村保が展開した理論の存在と意義が取り沙汰され、「債権法改正の基本方針」から「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」を経て、冒頭で触れた「中間試案」へと引き継がれる。²⁵改正前民法五四五条の規律につき、中間試案では、次のような改正提案がなされた。²⁶本稿の関係で重要なのは、(4)の後段と(5)である。

契約の解除の効果（民法第五四五条関係）

民法第五四五条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その契約に基づく債務の履行を請求することができないものとする。
 - (2) 上記(1)の場合には、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負うものとする。ただし、第三者の権利を害することはできないものとする。
 - (3) 上記(2)の義務を負う場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならぬものとする。
 - (4) 上記(2)の義務を負う場合において、給付を受けた金銭以外のものを返還するときは、その給付を受けたもの及びそこから生じた果実を返還しなければならないものとする。この場合において、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還することができないときは、その価額を償還しなければならないものとする。
 - (5) 上記(4)により償還の義務を負う者が相手方の債務不履行により契約の解除をした者であるときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額を限度とするものとする。
 - (6) 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げないものとする。
- (注) 上記(5)について、「自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額」を限度とするのではなく、「給付を受けた者が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額の額」を限度とするという考え方があつた。

(4)の後段において、受領物を返還できない債務者に価額償還義務が課せられ、(5)あるいは(注)において、一定の前提のもとで、返還債務者の価額償還義務が、「自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額」⁽²⁷⁾すなわち対価によつて限界を画される。

こうした立法提案は、契約が解除された場合にとどまらなかった。「無効な法律行為が有償契約以外の法律行為である場合」には、給付受領者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、給付受領者は、それを知った時点でその法律行為によつて現に利益を受けていた限度において返還義務を負うという内容が提案された。また、「無効な法律行為が有償契約である場合」においては、給付受領者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、価額償還義務は、対価額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額が限度になるとの提案がなされた⁽²⁸⁾。本稿冒頭で述べたとおり、この中間試案によれば、解除に限らず、無効・取消しにも、当事者間における対価合意を否定する効力がないことになる。

イ 約定対価を上限とする論拠

解除および無効・取消しの効果に関する、こうした提案理由について、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（以下「中間試案の補足説明」という）は次のように述べる。すなわち、給付受領者が自己の物として取り扱っている過程で利得が消滅したにもかかわらず、事後的に常に客観的価値の償還義務を負うとすると、①無償契約の場合には、現存利益を超える部分の返還義務を負担すること自体が、「当該給付は自己の財産に属する」との給付

受領者の期待に反するし、②有償契約が解除され、あるいは無効・取消しとなった場合にも、その物の客観的価値が予想外に高額であったときには、返還債務者が不測の損害を被ることになってしまい、このような帰結は買主に酷である。

この点、右①②ともに、給付受領者の自己の財産に属するとの信頼が問題になるが、かような信頼は、まず無償契約であれば、給付の原因となった法律行為が無効または取消可能であることを知らない間は、保護されるべきものである。したがって、無償での善意の給付受領者は、善意であった間に失われた利得の返還義務について、利得消滅の抗弁を主張して免れることができる⁽²⁹⁾。

それに対し、有償契約の場合には、解除が問題とされるときには自身の「債務の履行に落ち度」がなく、無効・取消しときには給付受領時点で法律行為が無効であること又は取消可能であることに善意であれば、「給付受領者としては、反対給付さえ履行すれば相手方からの給付を確定的に保持することができる⁽³⁰⁾（その反対給付の額を超える経済的負担は、当該契約に関しては生じない）」という正当な信頼が生じている⁽³¹⁾。換言すれば、有償契約においては、相手方からの受領物を自己の物として以後も保持できるとの信頼は、自分が相手方に対して反対給付をするという代償を払うことと不可分に結びついている。そこで、給付物を返還できない返還債務者の価額償還義務は、以上の要件のもとで、対価によって限界づけられるとされる。

右提案はその後要綱仮案の段階で削除されるに至るが、それでも、「買主の自己の物との信頼」という要素が、契約の巻き戻しにおけるリスク配分にあたっての重要なメルクマールになることが、この改正論議の過程で急速に広められていった⁽³²⁾。

ウ 客観的価額償還の原則とその影響

もつとも、本稿との関係で注目すべきは、右に見た中間試案は、あくまで客観的価額の償還を原則としている点である。中間試案の補足説明によれば、同提案で用いられる（右(4)後段の）「価額」とは客観的価額を意味しており、右で見た(5)や無効・取消しの場合の類似した提案は、あくまでこうした原則の例外として位置付けられる³³⁾。

中間試案は、このように客観的価額の償還が原則である理由につき、無効の効果の箇所、次のように述べる。すなわち、「法律行為が無効である場合は、給付の原因がなく、互いにその法律行為が存在しなかったのと同様の状態を回復することが原則になる³⁴⁾」ことから、客観的価額の償還を帰結する。また、客観的価額の算定基準時を償還時と論ずる過程では、「この償還義務は、本来の原則である原物の返還に代えて、それと同様の経済的地位を給付者に回復させることが目的である」（傍点・引用者³⁵⁾）ことを述べている。

ところで、中間試案は買主の信頼を根拠とした限界づけをしている以上、その原則がどこにあるかという整理と議論には、その実益を問う指摘があるかもしれない。右提案のように原則が客観的価額の償還であろうと、買主の信頼が保護に値する場合には、かつて川村や磯村保が主張したように、（たとえ客観的価額が対価額を上回ろうとも）対価額までの縮減を抗弁として主張できるとの構成も、立証責任を踏まえると座りの良いものにも思えるからである。

もつとも、中間試案が客観的価額償還を原則に据えていることでの影響は、極めて重要な具体的問題において生じる。その具体的問題とは、当該物の客観的価額が対価額を下回っていた場合の処理である。客観的価額償還を原則とするためか、中間試案の補足説明は、こうしたケースにつき、「自己が受けた給付の客観的価額がその負担する反対給付の価額を下回るときは、前者のみを償還すれば足りる³⁶⁾」とするのである。約定対価はまさに上限でしかないので

ある。

しかし、本稿冒頭で述べたとおり、少なくとも解除の場合には、契約それ自体は「望まれた契約」である。そうであるからには、売主にとつての物の価値は、客観的価値ではなく、対価額にこそ表れているはずである。こうした理解からは、客観的価値が対価を下回ろうとも、対価額が償還されるべきではないか。

本稿で取り上げてきた中間試案における提案は、無効な無償契約の場合を除き、見解の一致が見られず、³⁷⁾最終的には削除されるに至った。周知のとおり、受領物を返還できない場合の価額償還義務の規定すら組み込まれず、返還債務者が負う原状回復義務の解釈に委ねられることになった。もつとも、解除権の消滅を規定する五四八条が改正され、その適用範囲が限定されたことにより、売買契約であれば、買主が解除できるものの価額償還義務を負うというケースは、(その広狭に争いはあれど)多くが認める事態である。そうした中で、学説では、一方で、有償契約における善意の給付受領者の価額償還義務は約定対価により限界づけられるとの考え方が急速に支持を増やしており、³⁸⁾右の伝統的通説の箇所を取りあげた潮見佳男も、改正後の体系書において、解除の効果としての価額償還義務の箇所ですら³⁹⁾た考え方への支持を表明している。また、消費者法の領域では、二〇一六年の消費者契約法改正により、不当勧誘行為に基づく意思表示の取消しの場合において、意思表示を取り消すことができることを知らずに事業者から給付を受けた消費者は、現に利益を受けている限度においてのみ返還の義務を負うとされた⁴⁰⁾(消費者契約法六条の二)。しかし、他方、原則として償還されるべき価額については、従来どおり、客観的価値であるとの理解がなされている。⁴¹⁾ここでは、我が国における近時の有力説は、そのほとんどが(無効・取消しの効果である)給付不当利得を想定して議論をしてきたこと、また、そうした近時の有力説もなお客観的価額償還を原則としていることを確認し、次にドイツ民法に

おける議論の分析に進むこととしよう。

Ⅲ ドイツ民法における償還価額の算定

1 債務法改正による新规定（三四六条二項二文前段）と立法理由

ドイツ民法では、二〇〇二年の債務法改正により、解除がなされたにも関わらず物の返還債務者が返還できない場合の価額償還につき、その価額算定に関する規定を新しく設けた⁽⁴²⁾。この点、改正前のドイツ民法には、日本民法五四八条に類似する解除権消滅に関する規定が存在した（旧三五〇条以下）。そのため、物を返還できない場合のリスク配分は、解除の可否の段階で図っていたため、これまで価額償還の議論は活発ではなかった。しかし、債務法改正により、この旧三五〇条以下が削除され、価額償還義務が明確に規定されたため、この償還額の算定方法がクローズアップされたものといえる⁽⁴³⁾。

価額償還の内容を規律する三四六条二項二文前段は、「契約において反対給付が定められているときは、その反対給付は、価額償還の算定に際して基礎とされなければならない。」とする⁽⁴⁴⁾。一見して分かるとおり、契約当事者間で取り決めた対価額（主観的価値）の償還が原則であるとの考えに立つ⁽⁴⁵⁾。価額償還による清算は、主観的等価関係を維持したままで（unter Wahrung des subjektiven Äquivalenzverhältnisses）行われる⁽⁴⁶⁾。実は、債務法改正前のドイツ民法においても、労務給付などもともと原物返還不能な場合での価額償還につき、⁽⁴⁷⁾反対給付が「金銭で」定まっていたときは、この反対給付額を支払わなければならないとする旧三四六条二文が存在した。今回の新规定は、この旧三四六条

二文の考え方を広げたものといえる。⁽⁴⁸⁾

では、価額償還の内容として対価を基本に据えるこの考え方は、いかなる根拠に基づくものか。草案理由書は、次のように述べる。⁽⁴⁹⁾

債務者の価額償還義務は、まず第一に、契約において定められた反対給付に合わせられるべきである。そのような取り決めが欠けている限りで、八一八条二項におけるように、客観的価値関係が重要であるべきである。原則として契約上の評価に拘束することは、利害に公平であるように思われる。なぜならば、生じた障害はただ清算に係属のみであり、当事者により私的自治で交渉して取り決められた対価合意には関係しないからである。こうした対価合意もまた、たとえば一一九条二項や一二三条の要件を満たすような侵害がされた場合に限り、債権者は、その契約を取り消し、八一二条以下に基づく請求権を主張する機会を持つことになる。

発生した障害は、当事者が取り決めた対価合意に無関係であり、ただ清算（巻き戻し）に係属しているのみである。換言すれば、対価合意に瑕疵がない。草案理由書は、それゆえに、両当事者を給付と反対給付との契約上の評価に拘束することが利害に公平であるとして、対価額償還を基本とする。

注意されるべきは、こうした約定対価を基本とした価額償還という新たな枠組みは、ドイツにおいて法定解除だけでなく、約定解除においても妥当するものとして制度設計されていることである。債務法改正後のドイツ民法は、この点において法定解除と約定解除とを区別していない。⁽⁵⁰⁾ また、右の理由書に明示されているとおり、無効・取消しの

効果として不当利得法により返還債務者が価額償還義務を負う場合には、こうした解除の場合と異なり、客観的価値の償還が義務づけられると理解されている。⁵¹

2 学説による新规定の理解

(1) 総論

次に、こうした新规定に対する学説の評価を見ていこう。本稿冒頭でも触れたとおり、我が国の伝統的通説と同様の論理でもって客観的価額償還を帰結する学説は、ドイツにおいても有力であった。これは、二〇〇二年改正後も同様であり、新规定が設けられた現在も、これに反対し、客観的価値の償還が義務付けられるとする見解も、少数ながら有力に主張される。⁵² 新规定反対派の多くは、労務給付のようにもともと原物返還不能な場合は異なり、給付内容自体は本来原物返還可能なものの、事情により原物返還が不能な場合における価額償還においては、対価額の償還で不当であるとする。⁵³ 解除権が行使されるということ自体、少なくとも一方当事者は合意した等価関係あるいは対価合意から解放されることを望んでいることが明らかになっているという理解のもと、(草案理由書のように)原状回復障害は単に清算の在り方へのみ関係していることを理由として主観的等価関係の維持を正当化することは適切でないとする。⁵⁴ 解除とは、契約締結前に存在した法的状態の回復、あるいは契約がなかったならばあったであろう状態の回復を目的とするものであるから、契約の存在を前提とした約定対価への拘束は不適切であり、受領物の返還に代えて生じる価額償還としては、やはり受領物の「真の価値」や「実際の価値」が償還されなければならないとも指摘される。⁵⁵ そのうえ、原物返還が可能な場合には、客観的価値を有する物が返還されることで主観的等価関係への拘束はい

わ、破棄されてい、にもかかわらず、こうした原物返還ができず、価額償還が義務づけられる場合には、主観的等価関係への拘束が維持されるのは不整合であるとの比較論も登場し、価額償還義務は原物返還義務の代わりに生じるものである以上、債権者の状態回復のためには必然的に客観的価値の償還が必要であると論じられる⁵⁶。そこで、コーラーを始めとした反対派の中には、新規定を目的論的に制限解釈したり、あるいは、新規定を実体法上の規定としてでなく、契約対価を市場価値と推定する訴訟法上の推定規定として理解すべきであると主張し、新規定のもとでも客観的価額償還が原則であるとの論理を展開するものもある⁵⁷。

もつとも、新規定の法政策的評価はともかく、新規定のもとで客観的価額償還を導くことには慎重な立場が多い。新規定を法政策的に誤っているとして批判する者の中でも、ファウストを始めとした多くの論者が、新法のもとで客観的価額償還を原則とすることは、同規定の文言とも改正過程における議論とも整合しない以上、実際に改正されたからには対価額償還を原則として受け入れなければならないとするのである⁵⁸。

現在のドイツにおける多数説は、当然ではあるが、新規定に賛成の立場である⁵⁹。その理由としては、草案理由書で挙げられたものを指摘するものが多い。もつとも、ドイツでもさほど明確に意識されていないものの、こうした賛成派の論拠の中にはニュアンスの微妙な違いがあり、これが新規定の射程にも差を生じさせるように映る。そこで、以下では、新規定に賛成する論者がどのような論理でもって対価額償還を肯定するかに着目して分析をしよう。

(2) 新規定の賛成理由に内在する2つの立場

ア 対価合意に瑕疵がないことを重視し、対価額償還Ⅱ売主の状態回復と考える立場

新規定賛成派の立場から最も頻繁に主張されるのは、解除の対象となる契約自体には瑕疵がなく、解除によっても対価合意は触れられずのままである、との言説である。⁶⁰ 周知のとおり、草案理由書で取り上げられたものになる。両当事者が私的自治のもとで利害を適切に調整し、給付と反対給付とを等価値であると考えて契約を締結した以上、契約の清算にあつても、こうした評価に当事者を拘束しても不公平ではないと考える。⁶¹

新規定反対派は、「解除はその不都合な取引からの解放手段である」との理解を前提に対価額を基本とした価額償還に反対していたが、新規定に賛成のこの立場は、解除の場合には契約の内容に瑕疵があるのではなく、契約の履行に瑕疵があるという草案理由書の指摘は適切であるとしたうえで、解除の意味と目的は、解除権者が自身にとって不都合な取引から保護されることではないと反論する。⁶²

また、新規定に反対する見解は、対価額を償還の基本とすれば取引利益が一方当事者に残ることを問題として指摘するが、賛成派の立場からは、客観的価額償還に立った場合にはより深刻な問題になるとの反論がなされる。すなわち、客観的価値が対価を下回るとき、客観的価額償還で足りると解すれば、返還債務者は、物が滅失等して原物返還が不能になることよってかえって利益を受けてしまうとして批判するのである。⁶³

対価合意に瑕疵がないことに着目したこの論拠からは、対価合意には瑕疵がない以上、当事者をこれに拘束させるべしとの帰結が導かれる。このことは、突き詰めて言えば、決定に瑕疵のない対価さえ償還されれば売主の状態回復は実現される、との理解が覗える。この点で、対価合意に瑕疵がないことを重視するこの立場は、売主の状態に着目

いた論理であると評価できるように思われる。

たとえば、カイザーは、いま原状回復障害が対価合意を否定するかどうかは問題ではなく、問題とすべきは、解除が対価合意を否定する効果を持つかどうか、解除に契約改訂効があるかどうかであるとして、草案理由書の根拠付けに疑問を呈しながらも、⁶⁴対価が客観的価値を下回っていた事例における売主解除の場合において、売主は対価を上回る客観的価値の償還を求めることができないとしたうえで、その理由を、売主にとってのその物の価値は対価額に他ならないことに求める。当該物は売主にとって対価額以上の価値を有していないことを、まさに売主自身が契約において示したと理解するのである。⁶⁵こうした理解からすれば、新規定反対派が取り上げた原物返還の場合との比較論、すなわち、原物返還がなされる場合には主観的等価関係が破棄されていることを前提に、これとの比較で償還価値として客観的価値を求める論理は、「原物返還がなされた場合には主観的等価関係が破棄されている」との前提理解自体が不当であるという評価になろう。

イ 合意した対価を買主の犠牲限度と考える立場

それに対し、捉え方によっては、異なる観点からの対価額償還賛成説として整理できる論述がある。カナリスによれば、解除の目的は、通常第一に、自身の給付を取り戻すことにあり、原物返還が不能になったならば解除の目的は頓挫したといえる。そこで、当該滅失等の危険を誰が負担するのかという問題や、不都合な取引の事後的解決のためには解除によって主観的等価を修正してよいかという問題の解明が必要であるという。⁶⁶そのうえで、カナリスは、いずれの当事者も適切な対価を取り決めるというリスクを自身で引き受けて対価を決定した以上、解除は原則として、

不都合な取引を修正すること、すなわち主観的等価関係を修正することを可能にしてはならないとする。物の取得について一定の対価を支払おうとする法的取引の決定は、それによって同時に、偶然滅失等のリスクを限界付けするのである。⁽⁶⁷⁾ここに、売主の状態回復という観点からの対価額償還だけでなく、買主に償還を義務づけられる限度としての対価の意義が見いだされる。⁽⁶⁸⁾

こうしたカナーリスの見解を正確に理解するうえでは、債務法改正後の論説だけでは不十分であり、一九九一年に発表したカナーリスの「不当利得法に関する論文を見る必要がある」⁽⁶⁹⁾。カナーリスによれば、フルーメによる財産に見合う決定理論は必ずしも適切でない。フルーメは、給付不当利得において、契約時（あるいは使用時）における決定、すなわち反対給付と引き換えに給付を受けるという決定をもって、その後生じた滅失損傷等のリスクの買主（＝返還債務者）負担を導いた。しかし、これでは、債務法改正前の旧三五〇条が定める売主負担という解除効果規定における帰結と矛盾する。⁽⁷⁰⁾カナーリスは、契約当事者のどちらがリスクを負担するかを決するにあたっては、契約時の決定だけでなく、滅失や損傷それ自体の原因についても着目する必要がある⁽⁷¹⁾、買主負担を導くにあたってはこれらについて買主に帰責できなければならないとするのである。⁽⁷¹⁾

もつとも、フルーメの視点は、カナーリスにより、リスク負担の程度論として生きる。⁽⁷²⁾カナーリスは、善意の不当利得債務者には（八一八条二項によって負担する）責任の限界づけが必要であるとし、自身がした給付を喪失することこそが善意の給付受領者にとつての犠牲限度（Opfergrenze）を形成するという。つまり、滅失した受領物の客観的価値が代金額を上回る場合には、返還債務者たる買主は、代金額の限度でのみ責任を負い、それを超えた分については、八一八条三項の利得消滅の抗弁を引き合いに出すことができるとする。⁽⁷³⁾カナーリスのこうした論理は、我が国におけ

る川村泰啓および磯村保のそれと近似する。八一八条三項の趣旨は、不当利得債務者の取得の有効性に対する善良な信頼にあるところ、この信頼は、双務契約にあつては、自身の給付を最終的に失わざるを得ないという自覚を前提としている。そうであるが故に、不当利得債務者は、受領物を好きなように取り扱う権限があると考えることが許される。したがって、双務契約の清算にあつては、返還債務者が受領物を好きなように取り扱つておいて返還不能となつた場合⁽⁷⁴⁾、利得消滅の抗弁を全面的に肯定することは、全くもつて適切でない⁽⁷⁵⁾。もつとも、無制限の否定も論理的ではない。自身の給付を超えた分については、八一八条三項の適用を目的論的に制限しようとする論理は妥当しない以上、対価額を超える不当利得責任に対しては八一八条三項の保護を受けて当然であると考えるのである⁽⁷⁶⁾。

まさに、契約上負担するとして決められた対価こそが、買主が負担すべき犠牲限度 (Opfergrenze) として機能するのである。したがって、カナリスの立場によれば、確かに原則としては、受領物を返還できない返還債務者はその物の客観的価値の償還義務を負うが (ドイツ民法八一八条二項二号)、買主が受領物を自己の物であると信頼していた場合には、八一八条三項により例外的に、その責任が対価の限度に縮減されることになる⁽⁷⁷⁾。

債務法改正の過程においては、こうして不当利得法においてカナリスにより主張されていた犠牲限度論が、解除効果規定の中で、三四六条二項二文前段において採用されたと見ることができよう⁽⁷⁸⁾。カナリスは、三四六条二項二文前段による約定対価を基本に据えた価額償還は主観的等価維持の原則の一つの表れであり、解除後もなお双務契約が影響を持ち続けることを示すものであり、この範囲が、債務法改正により旧三四六条二文よりも広がったことは重大な法政策的前進であると評価するのである⁽⁷⁹⁾。

買主 (返還債務者) の信頼に着目して犠牲限度を検討するカナリスからすれば、価額償還責任はいつでも一律な

ものではなく、どのような場合の買主にどのような義務を負担させられるのかが次なる検討対象となる。このように、返還債務者がどの程度の責任を負うのかという観点からこの問題を眺めたとき、欠かせないのが、法定解除と約定解除との区別や返還債務者が解除権者であるのか否かという区別である⁽⁸⁰⁾。法定解除の場合と約定解除の場合とで、返還債務者が負担すべき程度に違いが生じうるか。ドイツ民法は、債務法改正により、解除効果規定において、約定解除と法定解除との区別を原則として否定した(例外的場面として、三四六条三項一文三号)。これに対し、カナリースは、約定解除と法定解除とで価額償還の範囲に差を設ける。約定解除の場合には常に対価額の償還とする一方で、法定解除の場合には、相手方に義務違反があることを重視し、一定の場合に例外として客観的価値の償還を肯定するのである⁽⁸¹⁾。

いずれにしても、ここに、草案理由書では「両当事者」のために対価額償還とされ、また、多くの賛成説が「売主」の状態回復として対価額償還を導いていた中で、それとは異なり、「買主」が負担すべきリスクの限界という観点から対価額償還を導くアプローチが明らかになる。

こうしたカナリースの論理は、その後もローレンツやデルによって支持され、引き継がれる。ローレンツは、売買契約において代金額がその目的物の時価を上回った場合も下回った場合も、そうした代金額は、当該契約目的物の偶然滅失のリスクを限界づけるとし、たとえば物を時価以下の代金額で購入した買主は、支払った売買代金の喪失こそ見込まねばならないものの、それを超えた負担をする必要はないとする⁽⁸²⁾。また、デルは、価額償還における返還債務者のリスクをこのように限界づけることが三四六条二項二文前段の目的であるとすら述べるのである⁽⁸³⁾。

(3) 両立場と原状回復構造論

こうして対価償還を導く二つの論拠が発見されたが、この二つの立場には、解除の目的について、あるいは価額償還と原状回復との関係について、従来までの理解からの疑問が提起され得る。

まずは、双方の立場に対して、対価合意に瑕疵がなからうと、解除によって契約がなくなった以上、やはり対価償還は不適切ではないかとの批判が考えられる。そこで、こうした立場にあって、「解除によっても対価合意は触れられずのまま」という部分を法的構成の面で支えるのが、解除の目的論である。すなわち、新規定賛成派からは、解除の目的を、契約締結前の状態回復と捉えるのではなく、給付交換前の状態回復であると主張されることがある。⁸⁴ 解除の目的が、契約をなかつたことにすること、すなわち、契約締結前の状態を回復することにあるのであれば、解除によつて対価合意も効力を失う。⁸⁵ しかし、解除は、このように契約締結前に戻そうとするものではなく、契約締結後の給付交換前の状態を回復するものに過ぎないと解するのである。

また、二つ目の、合意した対価が買主の犠牲限度と考える立場に対しては、次のような批判があり得よう。この点確かに、対価合意に瑕疵がないのであれば、対価償還により売主の状態回復としての原状回復が果たせることもあるだろう。しかし、買主の信頼を保護していくのであれば、対価合意に瑕疵がある場合であろうと、あるいは異種物が給付された場合であろうと（この場合は、当然、その異種物そのものについての当事者間における価値の合意がない）、契約における対価額の償還が基本となり得る。そうすると、対価償還は必ずしも売主の状態回復と結びつかない事態を生み、価額償還が原状回復の機能を果たしていないと評価せざるをえなくなるのではないか。こうした議論につき、一つの重要な視点を与えるのが、価額償還と原状回復との関係に関する考察である。たとえば、ティモ・フェストは、

解除の目的を、カナーリスとは異なり、当事者をまるで契約が締結されなかったかのような状態に置くことと理解する。しかし、この目的追求は原物返還が可能な場合に限定される。フェストによれば、原物返還が不能な場合には、契約がなかった状態を回復するという解除の目的は、もはや達成されえないし、達成されるべきでもない⁸⁶。フェストは、そもそも改正前から、相手方の状態回復という解除の目的は必ずしも貫徹されていなかったことを指摘する。たとえば、ドイツ民法旧三五〇条によれば、受領物が偶然により滅失した場合であっても、買主はその物の瑕疵などを証明して解除をすることができ、価額償還をすることなしに、代金の返還請求をすることが可能であったことを指摘する⁸⁷。フェストによれば、価額償還は原状回復のためではなく、滅失損傷といたりリスクを適切に配分するためのものである⁸⁸。ここに、原状回復における価額償還の位置づけが意識される⁸⁹。価額償還の内容は危険負担にとって重要であり、客観的価値ではなく、契約において定められた対価額が基礎におかれるべきである。なぜならば、解除効果規定が「契約に基づく債務関係」という公的表題のもとのドイツ民法第二編第三章に置かれた今、返還債務関係は、履行債務関係のように契約上の基礎に基づくものと理解すべきだからである⁹⁰。

(4) 対価額は償還の上限か——「原物返還との比較」の復活？

右で見てきたとおり、現在のドイツでは、新规定の制定を受け、対価額償還を原則とする見解が多数である。対価額と客観的価値とはズレが生じ得るが、仮に対価額が客観的価値を下回る場合であっても、買主は対価額償還をすれば足りる⁹¹。売主にとって（客観的価値を下回る）当該対価額こそがその物の価値であるし、買主としても当該対価を負担することで自己の物になったと信頼し、そうした信頼のもとで自由に使用して滅失損傷した以上、買主のリスク負

担もまた対価で限界づけられる。

そうした中で、逆に、客観的価値が対価額を下回る場合においては、新規定の例外を認め、対価額より低い客観的価値の償還で足りるとする見解が主張される。こうした主張を展開するカイザーは、その論拠として、原物返還がなされた場合との比較を持ち出す。原物を返還できたとしても、対価額より低い客観的価値分が返還されるだけであることに着目し、客観的価値の償還で足りるのである。また、ここで客観的価値を超える対価額の償還を認めると、解除にも関わらず、価額償還債権者（＝売買契約における売主）に、契約により獲得した取引利益が留まってしま⁹²い、これは売主への「不当な贈り物 (unverdienendes Geschenk)」となると指摘・評価されるのである。

こうしたカイザーの理解は、我が国における近時の有力説および中間試案における提案内容と共通するものである。しかし、カイザーの見解には、ドイツでは批判が強い。カイザーは、右場合とは逆の場合、すなわち対価額が客観的価値を下回る場合において、先述のとおり、売主は客観的価値以下で売却する意思があったのであるから、客観的価値の償還がなされなくても、売主は不当に扱われていないとして対価額償還を肯定しているところ、こうした論拠は、今問題になっている対価が客観的価値を上回っていた場合にも同様に妥当するはずである以上、カイザーの見解内部に矛盾があるとされるのである。⁹³多数説からは、売主は合意された対価額でだけ譲渡する意思を有していた以上、客観的価値を超える対価額償還がなされても、それは売主への「不当な贈り物」であるという評価につながらない。⁹⁴

3 小括

冒頭で述べたとおり、我が国で主張されるような、原状回復とは債権者の状態回復であり、なおかつ原物が返還さ

れば客観的価値を内包する物が債権者に帰属する以上、原物返還に代えて生じる価額償還にあつても客観的価値が償還されるべきであるとの見解は、ドイツにおいても今なお少数ながら有力に主張されていた。それに対し、対価額償還を原則とする新规定およびそれに賛同する多数説の中には、その論理展開も含め、我が国には目新しいものがある。

対価額償還を導くにあたつても、現在のドイツ民法には大きく二つの立場が示されている。一つは、合意された対価額こそが売主にとつてのその物の価値を示している、ということからの論理である。解除された契約であろうと、当事者がその物について合意した以上、当事者にとつてのその物の価値は対価額以外の何物でもないとの理解である。解除の目的は契約締結前の状態回復ではなく、給付交換前の状態回復であるとの解除目的論は、こうした契約上の評価継続を下支えする。この立場からすると、売主にとつての物の価値は対価額として示されている以上、原物返還がなされた場合との均衡という観点からしてもなお、約定対価額の償還で何ら問題なく均衡がとれていることになる。

他方、もう一つは、買主は自己の物にするのと引き換えに対価を負担するという決定をしたことを根拠とするものである。契約により自己の物と信頼している最中に返還不能のリスクが生じた以上、買主に対価額以上のリスク負担をさせるのは不当であると帰結される。この立場からは、原状回復と価額償還とが切り離される傾向がある。こうすることにより、原物返還がなされた場合との比較という点を問題としない。この二つ目の立場は、原状回復で債権者の状態回復を図るにしても、これを無条件に至上命題として追求し続けてはならず、債務者にどの程度の責任（II）どの程度の状態回復義務）を負担させられるのかの検討を迫るものと解することができる。原物返還がなされるときは、原物が返還されることで元通りの状態が実現される。この際には、物が返還されるが故に、その物が内包する客観的

価値も返還される。それに対して、この物がどちらの当事者の帰責性もなく返還できない場合には、この返還不能の責任をどちらが負担するのかという問題になり、ここで買主が負担することとされても、なおその次の段階として、その負担の程度として対価（額）が意味を持つとするのである。

IV 原状回復における対価合意の意義

1 原則としての対価額償還——対価が有する二つの意味

(1) 買主の犠牲限度

ア 対価的均衡の回復とは何か

川村泰啓により提唱された、類型論を採りながらもなお善意・悪意を区別するその論理については、近年に至るまで、磯村保を除いてほとんどこれを取り上げてこなかった。また、磯村論文も、今般の民法改正論議に至るまでほとんど応接されてこなかったことは既に松岡久和の指摘するところである。

しかし、そうした中で、須永醇は、給付不当利得を論ずる中で、類型論において給付受領者の善意・悪意を問題とする最有力学説として磯村保説を取り上げていた。⁹⁵ 須永は、磯村説として二つの点、すなわち、善意者へ価額償還義務の縮減を認めながらも対価額が目的物の客観的価値を超える場合に差額の清算を認める点、および悪意者については当初から悪意のケースと事後的な悪意のケースとを区別して詳細な法的処理のあり方を提唱する点を取り上げ、それぞれを批判した。⁹⁶ そのうえで、須永自身は、「契約の無効・取消を理由とする原状回復においては、その多くの場

合において合意それ自体によっては保障されなかった対価的均衡の回復が問題」であるとし、「当事者の善意・悪意を区別せず、支払われた——時には高すぎ、時には安すぎたかもしれない——現実の代金額と目的物の市場価値相当額の返還義務を負担する（善意・悪意等の事情は不法行為または原状回復義務の不履行を理由とする損害賠償の方で顧慮する）」と解する立場の方が、「適切妥当、かつ、簡明」であり、「七〇三条・七〇四条の適用を認めることは不要・不当である」と結論付けた。⁹⁷

右に明らかなおり、須永は、客観的価額償還が必要な根拠として、対価的均衡の回復を挙げる。須永は、「解除においては合意による対価的均衡の保障が少なくとも契約締結時に一応はあるのだから、解除のケースにおけるよりもここで問題とされる無効・取消のケースにおける方が対価的均衡の回復への要請が強いはず」とする。また、同論文の他の箇所では、「契約に無効・取消原因がある場合の原状回復においては、そもそも殆ど、の場合に保たれてはいないであろう対価的均衡をも回復しつつ、原状に戻すこと（そうでなければ真の原状回復とならず、無効・取消が認められていることの意義は殆ど失われてしまうことにもなるう）が問題だからである。」（傍点・原著⁹⁸）とすら指摘する。

しかしながら、そもそも、原状回復にあつては、対価的均衡の回復が求められているのであろうか。ここでいう「対価的均衡の回復」の意味に注意が必要である。同じ民法において対価的均衡の回復が語られるのは、売主の瑕疵担保責任の制度趣旨をめぐってであつた。瑕疵担保責任の局面では、契約締結時にはそのような瑕疵の存在を想定せず、に代金額を決定したにもかかわらず、実際に給付された物には瑕疵が存在し、瑕疵ゆえに物の価値の低下が生じている。そこで、差額分の損害賠償請求を認めることにより、瑕疵のない物であり対価バランスが主観的にはとれていると信頼した買主を保護する。これにより、「対価的均衡の回復」がなされる。あくまでこの均衡回復は、主観的な

価値の均衡の回復である。他方で、無効・取消しの効果としての給付不当利得論における「対価的均衡の回復」とは何を意味するか。「対価的關係を維持しながらの清算」ではなく、対価的均衡の「回復」である以上、現在はとれていない均衡を回復するわけであるから、ここでは主観的価値の均衡の回復ではなく、言うならば、対価として客観的に見て均衡がとれている状態の回復、換言すれば、契約がなかったらあったであろう相手方の客観的経済的地位の回復が目指されている。この点で、価額償還義務を、本来の権利者の「権利の回復」という観点から基礎づける近時の山本敬三の見解と重なる¹⁰⁰。

イ 売主の客観的経済的地位回復と買主の信頼保護との衝突

果たして、無効・取消しおよび解除には、対価合意を否定し、契約内容を改訂する機能が与えられるべきであろうか。原物返還との比較や相手方の地位・権利の回復という視点から客観的価額償還を導く我が国の伝統的通説もまた、こうした問いに向き合う必要がある。

この問いに対し（解除の効果に限って）既に立法でもって対価額償還を打ち出すドイツの議論を通じて見えてきたのが、価額算定において約定対価を持ち出すことへの二つの論拠であった。繰り返しになるが、一つは、解除の対象となる契約においては、対価合意に瑕疵が存在しないことを論拠とするものであり、もう一つは、返還債務者には対価を負担することで受領物が自己の物であるとの信頼がある以上、返還債務者の償還額は対価額で画されるべきことを論拠とするものであった。

後者からすれば、対価額はあくまで返還債務者が負担する償還限度と解されやすく、対価を償還の基本に据えるド

ドイツ民法三四六条二項二文前段そのものとは乖離する可能性を秘める。また、後者の論拠からすれば、返還債務者の信頼が保護に値するのであれば対価を限度とした返還債務者の責任制限が妥当する以上、契約が無効・取消しとなった場合、すなわち対価合意に瑕疵があるような場合であっても、責任制限が導かれてしかるべきである。それにもかかわらず、ドイツ民法では、解除の効果に限って対価額を償還の基本とする新规定が設けられたことに照らすと、少なくとも現在のドイツ民法の規定を前提とする限り、まさに草案理由書が明確に述べるとおり、こうした新规定の根拠は、前者、すなわち対価合意に瑕疵がないことに求められよう。

それに対し、我が国では、如何に解されるべきか。確かに、日本民法五四五条一項本文および改正民法一二一条の二第一項は、相手方（返還債権者）の状態回復を返還債務者に義務付ける。これらに照らせば、伝統的通説のように、契約がなかったならばあったであろう相手方の客観的経済的地位を回復するというのも、筋の通ったひとつの論理ではある。

しかしながら、いかに契約がなかったことになろうとも、また、物の滅失損傷自体は返還債務者が負担するケースであろうとも、返還債務者がリスク負担をする程度・範囲が問われるべきではないか。このことを示唆するのが、右に見たドイツにおける二つ目の立場、すなわち、買主の自己の物との信頼保護の結果、買主の責任は対価の限度で画されるべきとの理解である。法定解除の場合、解除前、少なくとも解除原因を知る前の買主は、当該物が最終的に自分の財産になったと考えており、自己の物と信じたうえで扱っている⁽¹⁰⁾。それにもかかわらず、事後的に、実は客観的価値が対価よりも高額であったとして、客観的価値の償還を義務づけられるというのでは買主にあまりに酷である。買主が滅失損傷の危険を負担するにしても、買主の自己の物であるとの正当な信頼を保護することを根拠として、リ

スク負担の範囲を限界づけるべきである。¹⁰² こうして解除や無効・取消しの契約改訂効を否定することで、想定もしていなかったような契約を解除や無効・取消しにより押し付けられることを防止することになる(Ⅱ契約の自由を消極的に保障する)¹⁰³。

こうした理解は、既に二〇一七年改正後の規定に表れている。改正一二一条の二第二項は、無償契約が無効・取消しとなった場合における善意の受領者の原状回復義務を、現存利益返還義務に限定する。この内容は、既にⅡ章2節(3)で見た中間試案を引き継ぐものであり、給付受領者には自己の財産に属するとの信頼があり、そうした信頼は無償契約であれば無償で保護されるべきことから、受領者は現存利益返還義務のみを負い、価額償還義務を負わないと説明される。このように、無償契約は無効・取消しされたにもかかわらず、無償の給付受領者の信頼を保護する。その結果、無償給付者の状態回復は果たされないことになっている。このように、無効・取消しの法的認容自体には、必ずしも、契約がなかった場合の相手方の経済的地位の回復は含まれていないと解すべきであるし、より率直に、改正法では必ずしも債権者の状態回復が果たされないことが明示的に規定されていると評価できるのである。

償還額の算定にあたって買主の信頼保護に着目することの重要性は、異種物給付がなされた場合を想定することで、より一層明らかになる。実は、Ⅲ章で分析したドイツにおける二つの立場の相違は、「対価合意に瑕疵がある場合にも対価額償還で良いかという論点(解除と無効・取消しとの区別の是非)」¹⁰⁴だけでなく、異種物給付がなされた場合にも興味深い論点として現れる。日本民法五六二条一項前段は、品質の不適合だけでなく、種類の契約不適合物が引き渡された場合をも対象とする。こうした異種物給付がなされた場合、当然、当該異種物について価値の合意が存在しない。合意された対価額は、本来売主が引き渡すべきであった物についての価額である。そうなると、一つ目の立場で

ある、「(決定に瑕疵のない) 対価こそが売主にとっての価値である以上、対価額償還がなされれば売主の状態回復になる」との論理は当然通用しない。したがって、この立場からは、受領した異種物を返還できない場合の価額償還は、対価額償還であつてはならないということになり得る。それに対し、買主が抱く自己の物との信頼を保護することを論拠として対価額償還を導くのであれば、異種物であろうと買主が契約時の対価額により自己の物になったと信頼し、当該物が異種物であると気づかず自己の物として取り扱った以上、右論拠は当てはまる。したがって、契約において予定された物と異種物とを比べたときに、後者の方が客観的価値が高かろうと、買主としては対価額の限度でのみ償還責任を負うことが帰結されよう。

異種物が給付されたとき、当該異種物と契約目的物との間に著しい相違があるのであれば、買主がこれを履行として受領し、さらに使用することは通常考え難い。問題となるのは、一見するとそこまでの違いがない場合、たとえば型式の異なる物が給付された場合であろう。この場合において、これが「種類の異なる異種物」とされるか、「同じ種類に属するが品質を欠いている契約不適合物(＝改正前の瑕疵物)」とされるかは、実は明確な基準が存在しない。¹⁰⁴ 給付物が異種物であると認識して受け取るような極めて例外的なケースを除けば、給付受領者は、当該異種物を契約において自らが取得した物であると信じて、自己の物として取り扱う。その点では、給付物に品質の契約不適合があつた場合と何ら異ならない。そうであれば、この場合の受領者の信頼もまた保護されてしかるべきである。主観的瑕疵概念の延長線上にある契約不適合という概念を用いることになった改正民法においては、本来、品質の不適合と種類の不適合との区別に合理性がない。異種物が給付された場合と品質の不適合物が給付された場合とを区別し、前者の場合には買主の信頼は保護に値しないと主張する主張は説得力に乏しいように映る。

原物返還可能な場合には、まさに買主の許に当該返還目的物が存在し、買主はそれを手放せばよいのであるから、原物返還義務は正当化される。買主がこの利益を保有し続ける根拠はまったくない。それに対し、こうした原物それ自体が滅失等して返還不能な場合には、買主がこの滅失等による返還不能のリスクを負担するにしても、買主の許には既に利益が存在しない以上、どの限度でリスクを負担するのかという観点からの検討が必要である。この観点からしたとき、たとえば事後的に契約が解除されたにしても、滅失等が生じた時に買主はどのような立場に置かれていたかという点は見逃されるべきでない。償還額算定の際には、買主が抱く自己の物との信頼が採り上げられるべきである。この点で、我が国における近時の有力説の指摘は説得力を有する。

(2) 売主にとっての物の価値

ただし、対価合意に瑕疵があるか否かに着目するドイツの議論もまた、重要な意義を有する。まず、そもそも、給付受領者が有する自己の物との信頼は、あくまで対価合意に瑕疵がない場合に限って保護されるとの論理もあり得な¹⁰⁵くはない。しかし、ここでも、改正二二一条の二第二項が注目される。先にみたとおり、同項では、無償の給付受領者が有する自己の物との信頼が、無償で保護される。無効・取消しされた契約においては、対価をゼロとする合意にもまた瑕疵があるケースが多いにもかかわらず、それでもなお、受領者の信頼を保護している。つまり、同項は、対価合意に瑕疵があつてもなお給付受領者の信頼を保護していると言い得る。ここにおいて、日本民法は、ドイツ民法とは異なる解決をすることになる。少なくともこの文脈では、「望まれた契約」と「望まれない契約」とを区別しないのである。

そこで次に問題となるのが、こうした信頼保護の結果、対価額はどのように機能するかである。対価額は返還債務者の責任限度であり、客観的価値が対価額を下回るような場合の償還額は客観的価値であって良いのであろうか。実は、既に見てきた須永論文には、右のほかにも、極めて貴重な指摘が存在する。それは、磯村保が、善意者の信頼を保護しつつも、物の客観的価値が対価額を下回る場合に、その差額の清算を認めている点¹⁰⁶についての須永の批判である。須永は、こうした法的処理は不適切であるとし、その理由として、「買主は善意だが売主は悪意という状況下でなら右のような法的処理のあり方も相応の妥当性をもちうるかもしれないが、売主も善意という場合には、売主に対してのみ常に、一方的に、差額を負担させることになる」（傍点・原著）ことを挙げる¹⁰⁷。まさに、近時の有力説や中間試案における提案に対しても妥当する、本稿が問題としてきた点への率直な指摘である。

本稿でのドイツ民法での分析は、こうした点を考えるうえでの重要な視点も与えた。対価額は売主にとっての物の価値そのものであり、対価額償還によって売主の状態回復がなされるというものである。ドイツ民法ではまさにこの観点から対価額償還が導かれているといつてよい。少なくとも「望まれた契約」においては、仮に客観的価値が対価を下回ろうと、売主にとっての物の価値である対価額が償還されなければ、原状回復とはならないと理解されよう。このように解することは、買主の信頼保護という視点とも矛盾しないはずである。

以上、本章におけるこれまでの検討結果をまとめるならば、約定対価には二つの意味があるとして次のように整理できよう。契約における対価を負担することは、買主にとって当該物を自己の物に属すると信頼する条件であり、当該対価額は、返還債務者たる買主の償還義務を限界づける。もつとも、約定対価の意味はこれにとどまらず、少なくとも「望まれた契約」である限り、当該対価額は売主にとってのその物の価値を示すものである。こうした理解から

は、売主の状態回復をすべく、たとえ物の客観的価値が対価額を下回る場合であろうとも、対価額を基礎とした償還がなされるべきことになる¹⁰⁸。

2 価額償還と原状回復の関係

ところで、客観的価額償還がなされてこそ債権者の状態回復になると考えたうえで、右のように返還債務者の信頼を保護し、対価額によって債務者の責任を限界づけると解するならば、価額償還によっても原状回復は果たされないことになる。相手方の状態回復を明確に規定する日本民法五四五条一項本文および改正一二一条の二第一項を考えたとき、買主の信頼保護による責任限定と原状回復とは、一見すると矛盾するかに映る。

もちろん、前節で見たとおり、対価額こそが売主にとっての物の価値であり、対価額償還により売主の状態回復がなされると解すれば、価額償還は債権者の原状回復と結びつきうる。しかし、こうした理解からしても、たとえば先述した異種物給付がなされた場合にも買主の信頼保護の見地から償還額を約定対価額により限界づけるならば、やはり、価額償還によつては債権者の状態回復は達成されないことになる。

こうした中で、契約が解除されたにもかかわらず、必ずしも相手方の状態回復になるとは言えないことを法的構成の観点から支えるのが、価額償還と原状回復との関係を考察するフェストの議論であった。

確かに、一次的には、相手方すなわち返還債権者の状態を回復すべき義務が生じる（五四五条一項本文および改正一二一条の二第一項）。原物返還はこの一環である。しかし、原物返還が不能となった時点で、原物返還ができた状態との比較は絶対視されない。相手方の状態を回復するという原状回復目的はいわば頓挫する。仮に、返還できないり

スクを買主が負担するにしても、その場合に負う価額償還義務は、相手方の状態回復を完全に実現するために奉仕するわけではない。少なくとも、買主が自己の物として取り扱っている最中での返還不能等である以上、あくまで、買主が負担してしかるべき限度、すなわち契約における対価額の限度で償還がなされるに過ぎない。

ここで原状回復義務を重視し、買主には相手方の状態回復義務があるとして、価額償還義務の内容を考えていくことは、少なくとも法定解除においては、本来買主が負担すべきでない義務まで負担させることになりかねない。ドイツにおいて展開されている価額償還と原状回復との関係についての右の議論は、相手方の状態回復を真正面から規定する日本民法において、極めて示唆に富むものといえよう。¹⁰⁹

【付記】本研究は、科学研究費補助金（若手研究・課題番号19K13570）の交付を受けた研究成果の一部である。

(1) 返還債務者が原物返還に代えて負う義務の呼称は、価額償還義務の他、価値賠償義務や価格返還義務など様々あり、筆者はこれまで「価値賠償義務」との表現を用いてきたが、本稿では、近時より広く用いられている「価額償還義務」との表現を基本として使用する。

(2) 改正民法は、目的物が返還できないリスクの配分を、（改正前民法のように）解除の可否のレベルで行うのではなく、価額償還の有無とその内容のレベルで行う。確かに、改正民法は、こうした方向を徹底した二〇〇二年改正後のドイツ民法とは異なり、解除権消滅の規定である五四八条を（その適用範囲を大幅に狭めつつも）存続させ、その一方で、中間試案段階までは存在した、返還債務者の価額償還義務につきこれを明言していない。しかし、改正五四八条の適用は、本文で述べたとおり限定されるため、目的物がもとのままに返還できない場合の多くで解除それ自体は許容され、結果として価額償還義務の

有無によりリスク配分が図られることは明らかである。

(3) 我が国の支配的見解が価額償還義務を認めていることにつき、好美清光「契約の解除の効力」遠藤浩ほか監修『現代契約法体系第2巻現代契約の法理(2)』（有斐閣・一九八四年）一八二頁以下、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般(1)』（商事法務・二〇〇九年）三二五頁以下を参照。また、給付不当利得においても、返還債務者に価額償還義務を認めることにつき、近時の文献では、松岡久和「不当利得法の全体像―給付利得法の位置づけを中心に」ジュリ一四二八号（二〇一一年）四頁以下、山本敬三「民法の改正と不当利得法の見直し」法学論叢一八〇巻五・六号（二〇一七年）二二〇頁以下、磯村保「法律行為の無効・取消しと原状回復義務」LAW AND PRACTICE 12号（二〇一八年）七頁以下など参照。なお、他人物売買が解除された事案において買主の他人物売主に対する使用利益返還義務を認めた判例である最判昭和五二年二月一三日民集三〇巻一号一頁以下もまた、返還不能につき債権者に帰責性がなかった事案では、「給付受領者は、目的物の返還に代わる価格返還の義務を負う」うことを示唆するものと評価できる。

(4) 解除原因を作出した売主が不可抗力による滅失損傷の危険を負担すべきとする見解については、拙稿「契約適合性への買主の信頼―契約不適合物の買主の許での滅失損傷」日法八三巻一号（二〇一七年六月）九三頁注(2)に挙げた文献を参照されたい。私見も結論においてこの立場に属する。

(5) 本稿で比較法の対象とするドイツ民法では、約定対価額のことを「主観的価値」と表現することがある。市場価値を意味する「客観的価値」と対比する概念として、「契約当事者にとつてのその物の価値」を意味するものとして使用されているといえる。もつとも、当事者にとつての物の価値は、必ずしも対価額であるとは限らない。これは、本稿の内容にも関わるが、とりわけ買主にとつての物の価値は、対価額と相違することがある。事実、近年、笹川明道は、給付不当利得における価額償還義務の内容を検討するにあたり、売主から詐欺・強迫があった場合などを想定し、給付受領者にとつての受益の主観的な価値を顧慮し、約定対価をも下回る額を限度としうるかを検討している。笹川明道「無効な契約を清算する際に受益の主観的な価値を顧慮して価額償還義務の範囲を制限しうるか―民法（債権関係）改正中間試案および英米法を参考にして」神院四三卷三号（二〇一四年）七三頁以下。また、侵害利得領域において度々語られる主観的価値説等については、長野史寛「知的財

産権侵害における不当利得返還請求——侵害利得と不法行為が交錯する一場面」法学論叢一八〇巻五・六号（二〇一七年）六二二頁以下（とりわけ六三四頁以下）。本稿では、こうした先行研究を踏まえ、混乱を避けるべく、対価額を指す際には基本的にそのまま「約定対価額」ないし「代金額」と表現し、「主観的価値」という表現の使用を控えることとする。

(6) なお、物に品質に関する契約不適合があった場合には、右で客観的価値と解そうと主観的価値と解そうと、当該契約不適合により価値が減じられている分を考慮する必要がある。その場合には、比例減額の在り方及びその基準時が問題となるが、本稿は、この点には立ち入らない。そうした議論の前に、本稿が問題とする議論が必要と考えるからである。近時、価額償還義務の基準時について、潮見佳男『〈法律学の森〉新債権総論Ⅰ』（信山社・二〇一七年）六〇五頁。また、代金減額請求権については、森田修「契約総則上の制度としての代金減額——債権法改正作業の文脈化のために」東京大学法科大学院ローレビュー三号（二〇〇八年）二四七頁以下、北居功「契約改訂の基準時」法セミ六九四号（二〇一二年）八二頁以下、潮見佳男ほか編『詳解改正民法』（商事法務・二〇一八年）四三二頁以下〔石川博康執筆〕、平野裕之『新債権法の論点と解釈』（慶應義塾大学出版会・二〇一九年）三三四頁以下。

(7) 詳細は、Ⅱ章1節を参照されたい。

(8) これまで、契約の一部解除などの領域において、解除には契約内容を改訂する機能があることが指摘されてきたが、そこである契約改訂効とは、あくまで当事者の物に対する価値評価を前提としての改訂であるのに対し、本文で指摘した契約改訂効は、当事者による物の価値評価をも取り払う結果を是認しており、その有する意味は異なっているように思われる。

(9) こうした考え方が生まれるに至った我が国の先行研究については、Ⅱ章2節にて詳述する。ここでは近時の文献として、松岡・前掲注(3)八頁以下、笹川・前掲注(5)一〇六頁以下、山本・前掲注(3)三三四頁以下、磯村保・前掲注(3)一頁以下を挙げておく。すべて、解除の効果に関するものではなく、無効・取消しの効果である給付不当利得に関するものである。また、本文でも述べたとおり、客観的価値が約定対価を上回る場合において返還債務者の価額償還義務を約定対価の限度に縮減しようとする方向での議論である。

(10) 「望まれた契約」および「望まれない契約」という分析視覚については、北居功「望まれた契約」法セミ六八九号

- (二〇一二年) 八二頁以下および同「望まれない契約」法セミ六九〇号 (二〇一二年) 九三頁以下を参照。
- (11) 後述のⅢ章2節(2)を参照されたい。
- (12) 好美清光「不当利得法の新しい動向について(下)」判タ三八七号 (一九七九年) 三〇頁。
- (13) 潮見佳男『法律学の森』債権総論〔第2版〕I——債権関係・契約規範・履行障害(信山社・二〇〇三年) 四五六頁。
- (14) 好美・前掲注(3)一八七頁の注(6)、民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(3)三三三頁参照。なお、不当利得法上の価額償還においても、客観的価値の償還を肯定する見解が支配的である。四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(上)』《現代法律学全集10》(青林書院・一九八一年) 七六・七七頁、藤原正則『法律学の森』不当利得法(信山社・二〇〇二年) 一三五頁。
- (15) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(有斐閣・一九八四年) 四六〇頁。また、大判明治四五年二月九日民録一八輯八三頁は、改正前五四八条一項の趣旨として、本文で紹介した梅の理解と同趣旨のことを述べている。
- (16) 価額償還を原状回復の一環と捉えることにつき、末弘巖太郎『債権各論』(有斐閣・一九一八年) 二六〇頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(上巻)』(岩波書店・一九二四年) 二三五・二三六頁、石田文次郎『債権総論講義』(弘文堂・一九三六年) 八二頁、勝本正晃『債権法概論(総論)』(有斐閣・一九四九年) 八二頁、末川博『契約法・上(総論)』(岩波書店・一九五八年) 一六七頁、永田菊四郎『新民法要義第三卷下(債権各論)』(帝国判例法規・一九五九年) 八九・九〇頁など。また、原物返還との比較という視点は、価額償還における時価の算定基準時の議論においても散見される。例えば、藤原・前掲注(14)一三八頁。
- (17) 磯村保「契約の無効・取消の清算——各論的考察」私法四八号 (一九八六年) 四五頁以下。
- (18) こうした論者として、とりわけ、好美・前掲注(12)三二頁、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(有斐閣・一九八六年) 四四四頁以下。
- (19) たとえば、須永醇「契約の無効・取消と不当利得」『須永醇民法論集』(酒井書店・二〇一〇年) (初出は、安達三季生監修『債権法重要論点研究』(酒井書店・一九九三年) 一六六頁以下) 一六九頁は、「類型論はそもそもは給付利得類型に対して

七〇三条・七〇四条を当然に適用することを不当視することから出発している」と指摘する。

- (20) 川村不当利得論についての近時の紹介として、油納健一「不当利得法における公平説の衰退と類型論の台頭(2・完)——ローマ法から現在に至るまでの学説を中心に」*広島法学*四二巻一号(二〇一八年)一六九頁以下。
- (21) 川村泰啓「返還さるべき利得の範囲(5)」*判時*三六五号(一九六四年)三九・四〇頁、川村泰啓「契約の無効・取消と不当利得」*契約法大系刊行委員会編『契約法大系VII(補巻)』*(有斐閣・一九六五年)一七九・一八〇頁。
- (22) 川村泰啓「不当利得返還請求権の諸類型(2)——類型論の具体的展開」*判時*三九八号(一九六五年)六二・六三頁。
- (23) フルメの議論については、拙稿・前掲注(4)六三頁以下を参照されたい。
- (24) このことは、松岡・前掲注(3)九頁の注(14)もまた、指摘するところである。
- (25) 給付不当利得に関しては、改正過程に着目した先行業績が豊富である。「債権法改正の基本方針」の提案内容から法制審議会民法(債権関係)部会における議論に至るまでを網羅的に紹介し、分析・検討したものとして、山本・前掲注(3)二四七頁以下。また、磯村保・前掲注(3)一頁以下、潮見佳男「売買契約の無効・取消しと不当利得(その1)」*法教*四五五号(二〇一八年)九四頁以下も参照。なお、中間試案までを検討するものとして、笹川・前掲注(5)七三頁以下。これに対し、本稿が直接の対象としている解除の効果に関するものとして、潮見・前掲注(6)六〇四・六〇五頁。
- (26) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(以下「中間試案」として引用する)一九頁。
- (27) 本稿では、中間試案の(5)とこれに付された注記との比較は取り扱わない。現存利益も加味して上限を決すべきか等の検討については、以下の文献を参照されたい。笹川・前掲注(5)八四―八六頁、一一二・一一三頁、山本・前掲注(3)二八三・二八四頁、二九四・二九五頁、三二五・三二六頁、磯村保・前掲注(3)一八頁。
- (28) 中間試案七・八頁。この「無効な法律行為の効果」についても、「契約の解除の効果」と同様に注記が付されており、対価額と現存利益とのいずれが多い額ではなく、単に対価額を限度とするとの考え方が示されている。
- (29) 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の補足説明」(以下「中間試案の補足説明」として引用)

用する）五七頁。

(30) 中間試案の補足説明一四〇頁。

(31) 中間試案の補足説明五六頁。

(32) 中間試案の補足説明には、その他にも検討されるべき重要な記述が存在する。ここでは、次の二つを取り上げておく。

一つ目は、無効・取消しの効果に関して、有償契約と無償契約の区別なく、給付受領時点で無効・取消可能であることを知っていたときには、「給付を受領する原因がない」として受領を拒んだり、相手方が取り消すかどうかを確認したりすべきであり、それを怠って給付を受領した者は、その給付を返還しなければならぬことを覚悟していたのであって、反対給付さえ履行すれば相手方からの給付を確定的に保持することができるという正当な信頼があるとは言えない」として、無償契約の場合にも利得消滅の抗弁は主張できず、価額償還としても客観的な価額の償還義務を負うとしている点である。中間試案の補足説明五六・五七頁。

二つ目は、中間試案の補足説明五七頁の下部での指摘であり、無償契約の給付受領者が、給付受領後に、無効または取消可能であることを知ったときには、「以後、受領者は、給付者から返還請求される可能性があることを覚悟して、返還のためにその物を保管すべき立場に立つ」として、「給付を返還するまで善管注意義務を負う」という。したがって、悪意になった後に故意で消費や転売などした場合はもちろんのこと、「善管注意義務を尽くさなかったために滅失や損傷が生じた場合も、利得消滅を主張して返還義務を免れることができない」と指摘する。それに対し、「善管注意義務を尽くしていたのに給付された物が滅失又は損傷したときは、それによる利得の消滅は本文(3)（引用者注：善意の無償受領者の利得消滅の抗弁の規定）によつて直接免責されるわけではないが、善管注意義務違反がないことを理由として免責されることになる」とする。

これらの点については、既に、磯村保・前掲注(3)一頁以下（とりわけ一〇―一四頁）で紹介のうえ、分析がなされている。(33) 中間試案の補足説明一三九頁、五二頁。同五四頁は、「ここに『価額の償還』とは、給付や果実の客観的な価値に相当する額を意味するものであり、無効とされた契約において合意されていた対価の額と一致するものではない。」と意識的に明示する。

実は、川村泰啓もまた、本文で紹介したように返還債務者の信頼を保護しつつも、それを利得消滅の抗弁の問題として取り上げていたことから分かるように、原則としては客観的価値の返還を考えていた（ただし、川村は、双務的給付不当利得返還関係では、対価危険の法理（＝消滅上の牽連関係）によって処理する）。すなわち、川村泰啓「給付利得制度——契約関係の場で固有に機能する不当利得制度」判時六一二二号（一九七一年）一一四・一一五頁は、「『給付されたもの』の原物による返還が不能の場合にはその価値により返還されることになるが、この場合にも、給付された原物に代わる価値は、契約締結時の市価を基準にして定められる。」とする。この理由については、「給付利得制度が誤って展開された契約関係の捲き戻し機能を担う制度であることによる。」と述べる。

(34) 中間試案の補足説明五二頁。

(35) 中間試案の補足説明五四頁。

(36) 中間試案の補足説明一四〇頁。無効・取消しの場合については、同五四頁あるいは五六・五七頁を参照。

(37) 山本・前掲注(3)三二六頁も参照。

(38) この点については、我が国における先駆的提唱者である磯村保はもちろんのこと（磯村保・前掲注(3)一八頁以下）、近時、以下のものが約定対価への責任軽減を支持している。松岡・前掲注(3)八頁以下、笹川・前掲注(5)一〇六頁以下、山本・前掲注(3)三二四頁以下。また、教科書では、橋本佳幸ほか『民法Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣・二〇一一年）五一頁〔大久保邦彦執筆〕。

(39) 潮見・前掲注(6)六〇四・六〇五頁。

(40) この点については、山本・前掲注(3)二四七頁以下を参照。

(41) 前掲注(38)に挙げたもののほか、解除の効果における価額償還については、潮見・前掲注(6)六〇一頁。

(42) この点に関して、ドイツ債務法改正の紹介とその後の学説における議論を紹介する先行業績として、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』（信山社・二〇〇九年）一三九頁以下がある。また、岡孝「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」広中俊雄先生傘寿記念論集『法の生成と民法の体系』（創文社・二〇〇六年）七二五・七二六頁においても、

ごく簡単ではあるが、新規定の紹介がある。

- (43) Susanne ZWIRLEIN, “Mortuus redhibetur” permansit — Historisch-rechtsvergleichende Anmerkungen zur Gefahrtragung vor Rücktritt vom Kaufvertrag, *ZeUP*, 2018, S.582 ff.

(44) なお、「基礎とされなければならない」という部分は、改正過程において修正を受けたものである。当初は、反対給付そのものが支払わなければならないと構想されていたが、その後、連邦参議院による瑕疵物を想定した批判を受け、右の表現へと変更された。立法過程については、次の文献が比較的詳しい。Jürgen KOHLER, *Rücktrittsrechtliche Wertersatzbemessung*, *AcP*, 213, 2013, S.46 ff., 74ff.

右の文言の修正により、瑕疵物が給付されたケースにおいても、同規定が適用されること自体は明確になったと理解するが、ドイツにおける通説である。給付物の瑕疵ゆえに解除され、なおかつ買主が当該瑕疵物を返還できず、返還不能のリスクを買主が負う場合においては、ドイツ民法四四一条三項や六三八条三項が类推適用され、買主の価額償還義務は比例減額されることになる。これについては、以下の文献で、具体例と共に論じられている。Claus-Wilhelm CANARIS, *Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB*, in: *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag*, 2002, S.20 f.; Florian FAUST, in: Peter HUBER / Florian FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung*, 2002, Kap.10, RdNr.42 ff.; Martin SCHWAB, in: Martin SCHWAB / Carl-Heinz WITT, *Examenswissen zum neuen Schuldrecht*, 2. Auflage, 2003, S.357 f. なお、ローラーは、右論文五四頁において、こうした比例減額による算定は、解除と代金減額との差異を無くし、救済手段の多様性を失わせるものであるとして疑義を呈する。

(45) では、無償契約の場合はどうか。この点については、概略次のような対立がある。一方で、デルは、無償契約の場合にも三四六条二項二文前段の意味における反対給付はゼロとして取り決められていると理解し、給付受領者が物を返還できないときには価額償還を義務づけられえないとする。Yves DÖLL, *Rückgewährstörungen beim Rücktritt*, 2011, S.117. 価額償還義務を負わないという点では、以下も同様である。Dagmar KAISER, in: *Staudingers Kommentar zum BGB*, Buch 2, 2012, § 346 RdNr.165; Johannes HAGER, in: *Anwaltskommentar zum BGB*, 2005, Band 2, § 346 RdNr.45.

それに対し、フェストは、無償契約である贈与契約の場合について、同規定が言う「反対給付が定められているとき」に該当しないとして、同規定の射程外となり、客観的価値が基準になるとする。Timo FEST, Die Bedeutung des § 346 Abs.2 Satz2, 1.HS BGB bei der Rückabwicklung dem Werte nach, ZGS, 2009, S.131. 新規定の適用外であると理解する点ではローラーも同様である。Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.44), S.79.

(46) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.12 ff.; Stephan LORENZ, in: Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung—Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, S.94; Reinhard GAIER, in: Münchener Kommentar zum BGB., Band 2, 2012, § 346 RdNr.44; Bernd LINKE, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge, 2007, S.34f.; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.45), S.113.

(47) これは、現行ドイツ民法三四六条二項一文一号が規定する場合である。

(48) なお、償還価額の算定にあたり反対給付を基礎に置くことは、ドイツ民法だけのものではなく、たとえばDCFR (共通参照草案) にもその姿を見ることができ。DCFRでは、解除の効果としての原状回復および無効・取消しの効果としての不当利得において、返還債務者が原物を返還できない場合、利益の価値の支払あるいは利得の返還にあたり、契約対価額が基準とされる(Ⅲ編三章五二二条(2)、Ⅶ編六章一〇一条(2)(c)・Ⅶ編五章一〇二条(3))。ただし、不当利得の場合には、価格決定が合意の瑕疵により影響されていない限りとの条件が付いていることは注目される。クリスティアン・フォン・バルほか編(窪田充見ほか監訳)『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則——共通参照草案(DCFR)』(法律文化社・二〇一三年)参照。また、以下の文献は、DCFRの右規定とドイツ民法三四六条二項一文前段との比較をしている。Timo FEST, a. a. O. (Fn.45), S.131 f.

(49) Begründung zum Gesetzentwurf zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.5.2001, BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(50) 少なくとも、明文上区別するのは、ドイツ民法三四六条のうち三項一文三号のみである。

(51) Stephan LORENZ, in: Staudingers Kommentar zum BGB., Buch 2, 2007, § 818 RdNr.26; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.24; Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.46), S.70; Richard GIESEN, Höhe des Wertersatzes nach Rücktritt und

Widerruf, in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S.237. キーゼンは、単に客観的価値と述べるのではなく、実際の市場における再調達価値と指摘しており、これによれば、契約締結時の時価ではなく、解除時あるいは現時点での時価が償還されるべきであろうか。

(52) 法政策的には、むしろ多数の反対があるを整理されるべきである。Timo FEST, Der Einfluss der Rücktrittsrechtliche Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S.100.

(53) Dagmar KAISER, Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform, JZ., 2001, S.1059; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.46), S.346 RdNr.44. その他、もともと原物返還不能な場合と事後的に返還不能となった場合とでは、算定の基準が異なるべきであろうと論じている Florian FAUST, in: JurisPraxisKommentar zum BGB., Band2.1, 2013, S.346 RdNr.80f.

(54) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.44), Kap.10, RdNr.10, 41; Kathrin HEROLD, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts, 2001, S.114; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.53), S.1059; dies., a. a. O. (Fn.45), S.346 RdNr.160 f. 解除の目的は、Johannes HAGER, Das geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S.451 を参照。

(55) Kathrin HEROLD, a. a. O. (Fn.54), S.112 f.; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.44), Kap.10, RdNr.11; Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.44), S.55, S.84 f.; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.46), S.346 RdNr.44; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.45), S.346 RdNr.160 f.; Jürgen OECHSLER, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2013, S.209 RdNr.287. また、この点について Timo FEST, a. a. O. (Fn.52), S.100 f. も参照。

実は、後述のカナリスは、解除の目的が仮に本文のようなものであるならば、価額償還を受領物返還の代償として捉え、そのうえでその物の「真の価値」として客観的価値の償還が義務づけられるとするところも説得的であり得ると述べている。ただし、カナリスが解除の目的につきこのように解さなうことについては、第三章の節(2)を参照。Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.15 f.

(56) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.44), Kap.10, RdNr.41; Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.44), S.81 f. この点を論じておいて

新規定に疑問を呈する者は決して少なくなく、カナリスは、こうした論拠を新規定反対派の中心的根拠として指摘する。Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.16.

(57) Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.44), S.95 ff. なお、ローラーは、本文で挙げたような反対派の論拠の他、対価額償還ルールには数多くの例外を認めざるを得ないことを詳論し、対価額償還を原則とすることを批判する。これについては、Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.44), S.53 ff. を参照されたこと。

(58) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.44), Kap.10, RdNr.41; ders., a. a. O. (Fn.53), § 346 RdNr.87 ff.; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.46), § 346 RdNr.44.

(59) Claus-Wilhelm CANARIS, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXXIX; ders., a. a. O. (Fn.44), S.15 ff.; Stephan LORENZ, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW., 2005, S.1893; Richard GIESEN, a. a. O. (Fn.51), S.237 ff.; Matthias WOLGAST, Das reformierte Rücktrittsfolgenrecht vor dem Hintergrund der Entwicklung im deutschen und im französischen Recht, 2005, S.232 f.; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.44), S.356 ff.; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.45), S.118 ff.

(60) たじやびや Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.44), S.360; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.45), S.127.

(61) Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.44), S.357.

(62) たじやびや Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.59), S.233.

(63) Richard GIESEN, a. a. O. (Fn.51), S.237 f.

(64) 草案理由書に対する同様の批判は、Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.44), S.77.

(65) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.45), § 346 RdNr.164.その他、たとえば新規定賛成派のデルもまた、本文で挙げたカイザーと同様の論理展開をする。Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.45), S.130.デルは価額償還を原物返還の代償と位置付けているところ、それにも関わらず対価額の償還で良いとすれば、やはりデルは、売主にとっての物の価値は対価にこそ表れると捉えていると理解できるように思える。ただし、他方で、デルは、原物返還がなされる場合には、価額償還による場合と異なり、解除には

不都合な取引からの解放を可能にする機能があることを指摘している箇所がある。Yes DÖLL, a. a. O. (Fn.45), S.127. これは当該物の客観的価値に着目しての分析であり、デルの理解をカイザーのそれと完全に同一なものと整理することはできない。

(66) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.16.

(67) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.12 ff.

(68) それどころかむしろ、カナーリスの論文の中には、カナーリスを本文の「ア」の立場でもあると理解することは誤りであるとさえ言い得るように思える箇所がある。すなわち、前掲注(55)でも一部触れているとおり、対価額が売主にとってのその物の価値を示しているわけではないとの理解の一端が窺えるのである。というのも、カナーリスは、対価額が客観的価値を下回る場合に売主より約定解除がなされたケースにおいて、原則として対価額償還にとどまるとしつつも、買主に返還不能についての責任があれば、別途、ドイツ民法三四六条四項による損害賠償として「真の価値」を請求する可能性があるとしているからである(カナーリスは、こうして、売主にとっての解除もまったく意味がないものではないとする)。この一文から、カナーリスは、対価額が売主にとっての「真の価値」ではないと理解している可能性が窺えるのである。Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.17.

また、本稿の後掲注(109)で触れるとおり、カナーリスは、売主解除で物の客観的価値が約定対価を上回るケースにおいて、新规定の例外を認め、売主による客観的価値の償還請求を認めるべきであるとする。こうした事例における売主の解除においては、生じた障害は対価合意には無関係であるとの草案理由書の根拠づけは適切でないとするのである。Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.23. 詳しくは、本稿の後掲注(109)を参照されたい。

(69) Claus-Wilhelm CANARIS, Die Gegenleistungskondition, Festschrift für Werner Lorenz zum siebenzigsten Geburtstag, 1991, S.19 ff.

(70) ただし、念のために付け足すと、フルーメは、たとえば買主が法定解除した場合には、売主に義務違反があることから、旧三五〇条が売主負担とすることは不当ではないと評価しており、このように売主の義務違反に着目することで、不当利得法上は買主負担とする自身の帰結と矛盾しないと論じていた。Werner FLUME, Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der

ungerechtfertigten Bereicherung, AcP., 194, 1994, S.445. なお、この点については、拙稿・前掲注(4)六八・六九頁でごく簡単に触れている。

(71) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.69), S.26 ff., 60 f.

(72) カナーリスも、本文で述べたような犠牲限度論は、フルーメの学説と一致することを明示的に述べている。Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.69), S.25.

(73) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.69), S.24.

(74) ここに表れているとおり、カナーリスは、債務法改正前の旧三五〇条が偶然滅失のリスクを売主に負担させていたことを重視し、不当利得法においても、たとえ買主の支配領域内の滅失損傷であっても、その滅失損傷が買主に帰責可能なか否かに着目してリスク配分をすべきとの立場であった。こうしたリスク負担「者」決定についてのカナーリスの見解については、拙稿・前掲注(4)一〇五頁注(60)を参照されたい。

(75) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.69), S.20 f.

(76) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.69), S.24, 29.

(77) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.69), S.22. 以上に関するカナーリスの他の論稿として、Karl LARENZ / Claus-Wilhelm CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Halbband 2, 13 Auflage, 1994, S.332 ff. も参照。

(78) こうした評価をするのは、Jürgen OECHSLER, a. a. O. (Fn.55), S.213 RdNr.291; Timo FEEST, a. a. O. (Fn.52), S.102. フェストは、不法利得法上の価額償還においても、三四六条二項二文前段の考え方が転用されうるかを検討し、詐欺により法律行為がなされた場面を取りあげ、この場合においては詐欺が等価合意に影響を与えており、取消権には取消権者に不利な等価合意から解放される意味もあるとして、客観的取引価値による償還が適切であると述べている。

(79) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.13 ff. カナーリスは、同論文の中で、労務給付などのようにもともと原物返還不能な場合にのみ約定対価との結びつきを肯定した旧三四六条二項は筋が通っていないと評価している。

(80) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.16 ff.

- (81) これについて詳しくは、後掲注(109)を参照されたい。
- (82) Stephan LORENZ, a. a. O. (Fn.46), S.93 f. また、買主が契約目的物を転売したことで売主に返還不能な場合についても二四六条二項二文前段が適用されるかという問題につき Stephan LORENZ, Das „Zurückspringen“ der Gefahr auf den Verkäufer und seine Folgen: zur Anwendbarkeit von § 285 BGB im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses, NJW., 2015, S.1725 ff.
- (83) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.45), S.138.
- (84) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.16; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.45), S.127.
- (85) この点で、前掲注(55)で紹介したカナーリスの指摘を参照されたい。
- (86) Timo FEST, a. a. O. (Fn.45), S.129 f. この点で、Timo FEST, a. a. O. (Fn.52), S.101も参照。上記したフェストの見解をとりあげ、原物そのものを返還できる場合とその不能により価額償還がなされる場合とで回復されるべき状態の差を設けることは現行法から導き出すことができないこととして批判するのは、Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.44), S.86 f.
- (87) Timo FEST, a. a. O. (Fn.45), S.129.
- (88) Timo FEST, a. a. O. (Fn.45), S.130.
- (89) なお、カナーリスの論文からは、こうした原状回復と価額償還との関係についても、フェストほど明確ではないものの、受領物を返還できない場合には、返還できる場合とは利害状況が異なっており、誰が「どの程度において」リスクを負担すべきかの考察が必要であるとの指摘が読み取れる。Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.16. また、この点で、Susanne ZWIRLEIN, a. a. O. (Fn.43), S.564 ff. も参照。
- (90) Timo FEST, a. a. O. (Fn.45), S.130. ところで、フェストは、二四六条二項二文前段の制度趣旨として、客観的価値は証明が困難であることも挙げ、このような観点から、新规定にいうところの反対給付は、(旧二四六条二文と同様に) 反対給付が金銭で定まっていることが書かれざる要件として要求されるとする。Timo FEST, a. a. O. (Fn.45), S.133. 客観的価値の証明困難の回避を二四六条二項二文前段の目的として理解するのは、Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.59), S.233. 以下参照。

このような理解には次の二つの点で疑問もあるように思われる。まず、新規定は、旧三四六条二文と異なり、反対給付が「金銭で」定められていることを要求していない（この点でも旧三四六条二文から拡張されていると指摘するのは、Philip HELLWEGE, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S.54 f.）。旧法での文言が削除されたことに鑑みれば、これを要求し、証明緩和を制度趣旨として理解するのは困難なように思われる。また、「二つ目として」給付された物に瑕疵があった際、通説は、三四六条二項二文前段を適用したうえで比例減額をするが、この比例減額をする上では客観的価値の算定が必要となる。そうすると、もはや、フェストやヴォルガストラが意図する証明緩和は果たせないように思われる。二点目を指摘するのは、Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.44), S.54. さらに、新規定の文言から、同規定を訴訟経済の見地からの規定であると理解するのは困難であるとするのは、Susanne ZWIRLEIN, a. a. O. (Fn.43), S.587.

なお、市場における大規模な取引において当事者が合意した対価は、その時々々の市場価値に最も接近したものであるとするのは、Christoph BENICKE, Pflicht zum Wertersatz im neuen Rücktrittsrecht bei Verbrauch und Veräußerung, ZGS, 2002, S.374.そして、この指摘に近いことが既に、油納健一「いわゆる『使用利益』返還義務についての一考察——無効な利用型契約における『使用利益』を中心に」神戸法学雑誌四八巻三号（一九九八年）七二五・七二六頁において述べられている。油納は、賃貸借などの有償利用型契約が無効であった場合における使用利益の算定について、「客観的価値に基づいて算定すべきである」としつつも、「客観的価値にもある程度の範囲があり、また、客観的価値の範囲を超えない約定価格を無視する必要もない」ことを根拠として、「約定価格が客観的価値の範囲内である限り、かつ約定価格が無効・取消原因の影響を受けていない限り、対象の算定基準を約定価格と考えるべき」とする。こうした発想は、油納が引用するとおり、加藤雅信・前掲注(18)四一五頁以下に見られる。

(91) ただし、本文の場合であっても、買主の支払遅滞による売主解除の場合において、客観的価値が対価額を上回るときは、例外的に客観的価値の償還を認めるべきであるとする少数説が存在する。このことは、後掲注(109)で残された課題として触れる。

(92) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.45), § 346 RdNr.163. ハーガーもまた、債務法改正の審議段階より、同趣旨の主張を展開していた。Johannes HAGER, a. a. O. (Fn.54), S.450 f. そのほか、Florian FAUST, a. a. O. (Fn.44), Kap.10, RdNr.10, 41;

Kathrin HEROLD, a. a. O. (Fn.54), S.114; Oliver KEMMERIES, Das Rückgewährschuldverhältnis nach Rücktritt vom Vertrag, 2005, S.47 f. の同様の指摘がなされてい⁹⁸。

(93) Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.46), S.70 mit Fn.314; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.45), S.131.

(94) Stephan LORENZ, a. a. O. (Fn.46), S.93.

(95) 須永・前掲注(19)一六七頁以下

(96) 須永・前掲注(19)一七四頁以下。

(97) 以上につき、須永・前掲注(19)一七九・一八〇頁。

(98) 須永・前掲注(19)一八〇頁。

(99) 須永・前掲注(19)一七六頁。

(100) 山本・前掲注(3)二七八頁、三三三頁。本文でも紹介したとおり、ドイツでは、客観的価額償還がなされることこそが、契約締結前の売主の状態回復になるとする見解も根強い。Susanne ZWIRLEIN, a. a. O. (Fn.43), S.568. 客観的価値の算定基準時の問題にもかかわるが、現時点の時価償還を求めるとすれば、そうした見解は、「現物」に代わる物の再調達費用を償還させることにより、契約がなかったならば今あったであろう売主の状態を回復しようとするものとして理解できる。

(101) ドイツでは、この価額算定の問題ではなく、価額償還義務を負うか否かのレヴェルの議論において、買主が有する自己の物との信頼保護が語られることが多い。すなわち、ドイツ民法三四六条三項一文三号が、買主が法定解除をした場合に、引渡しによって一旦買主に移転していた危険が売主に跳ね戻り、目的物の滅失損傷のリスクを売主が負担することとなる論拠として、買主の自己の物との信頼が取り上げられるのである。詳細は、拙稿「契約不適合物の危険移転法理——危険の移転と解除によるその回帰」日法八二巻四号(二〇一七年三月)九六頁以下。また、「契約適合性への信頼」については、拙稿・前掲注(4)七二頁以下。

(102) なお、こうした契約時の決定を重視するフルーメに端を発する見解は、給付と反対給付との関係、さらには買主の自己の物との信頼は反対給付の負担と引き換えに保護されるべきものであることなどを新たにした点で説得力を有する。しかし、こ

うした契約時の決定にしても、あるいはその後の受領というリスク引受け行為にしても、その時点の買主は契約目的物の契約不適合を知らない以上、滅失損傷等のリスク配分にあたり、そこまで重く評価することには疑問がある。むしろ、買主としては、(のちのち解除をするほどの) 契約不適合があると知っていれば契約をせず、受領をしないのが通常である。それにもかかわらず、契約時の決定や受領、あるいは買主の支配領域内で不可抗力により滅失したからというだけで買主に滅失のリスクを負わせることは不当である。本稿で扱っているリスク負担の「程度」ではなく、こうしたリスク負担「者」決定そのものについては、拙稿・前掲注(4)五五頁以下において詳細な考察を行っている。しかし、こうした私見からしても、契約不適合に気づいた買主の使用態様によっては、買主が滅失等のリスク負担を免れないこともまた明らかである。この点の検討については、拙稿「ドイツ法における買主による解除前の使用行為——解除原因の認識の有無と物使用の目的・方法・結果に着目して」日法八四卷一号(二〇一八年六月)一〇一頁以下を参照されたい。

(103) 松岡・前掲注(3)九頁は、無償契約の場合において、「原物返還できない利得の善意受領者が客観的価額の返還責任を負わされるとすれば、受領した物の購入を実質的に強制されるに等しい。現存利得への善意者の責任制限は、合意なしには交換取引を強制されることがないという私的自治原則の消極面を正当に評価し、利得の押しつけを避けるために必要である。」とする。また、笹川は、右の松岡の指摘を引用したうえで、こうした「押し付けられた取引」を防ぎ、あるいは「選択の自由」を尊重することは、自己決定の保障として言い換えることができるものであるとし、問題は、「相手方の有する権利とのバランス上、どの範囲で給付受領者の自己決定権を反映した処理を認めるのが妥当といえるか」であるとすると。笹川・前掲注(5)一〇六頁。

(104) 異種物給付の場合につき規定する日本商法五二八条は、かつてのドイツ商法三七八条に由来するところ、ドイツにおける瑕疵物と異種物との区別基準についての議論を、瑕疵概念の変容との関係で捉え、日本商法五二八条の今後の命運を吟味するのは、北居功『契約履行の動態理論Ⅱ——弁済受領論』(慶應義塾大学出版会・二〇一三年)三一六頁以下。北居は、瑕疵物と異種物の区別は客観的瑕疵概念を前提とするものであるとし、主観的瑕疵概念の定着あるいは契約不適合概念の普及を前に、そうした区別およびそれを前提とした商法五二八条もまた消え去る運命にあるとする(同三五七頁)。

(105) 松岡・前掲注(3)九・一〇頁は、「約定対価の限度という提案には合理性が感じられるが、次のような疑問も浮かぶ。契約が無効であれば、無効原因が対価決定の合意に影響しない場合であっても、その約定対価は価額算定基準として使用することはできず、むしろ客観的価額を基準とするべきではないか。少なくとも対価の約定自体に無効原因が及んでいる場合には約定対価は基準とならないのではないか。」と問題提起していた。

(106) 磯村保・前掲注(17)五一頁。

(107) 須永・前掲注(19)一七八頁。なお、正確を期すと、須永は、磯村保自身も暗々裡には売主の悪意を前提として議論を進めているようにも見えるが、特別にそのような限定を明確に付していないことを明らかにしたうえで、磯村保説を本文で示した形で整理・批判をしている。

(108) この点で、対価額を価額償還の「基本に据え」、あるいは「限度とする」意味は、客観的価値が対価額を下回る場合に客観的価額償還を導くことにあるのではなく、受領物に品質の契約不適合があれば、償還すべき価額につき対価額を比例減額して算出しなければならないことに求められるべきである。

(109) なお、本稿では返還債務者の信頼保護条件として対価負担を取りあげたにとどまり、以下の点は本稿後に残された課題となる。すなわち、我が国の中間試案では、解除効果規定については、相手方の債務不履行を理由として解除した場合に限って、当該解除権者の価額償還義務が対価額により限界づけられるとされた。つまるところ、売買契約でいえば、売主の債務不履行(契約不適合責任)を理由として買主が解除する場合にのみ対価額が上限とされ、そうではなく買主の支払遅滞を理由とした売主解除の場合には、少なくとも中間試案からは客観的価値の償還が導かれる。

実は、この点についても、ドイツにおける議論が既に存在する。売主解除の場合にも広く新規定を適用すべしとする多数説に対し、カナリスは、売主解除であり、なおかつ客観的価値が約定対価額を上回っていた場合には、例外として新規定の適用を回避すべしと主張する。この事例においても対価額の限度でしか償還請求できないのであれば、買主は支払遅滞により解除を引き起こしたにもかかわらず、買主に取引利益が残ることになる。カナリスは、こうして、解除が売主にとって意味のないものとなる(「解除は切れ味の悪い刀となる」)ことを懸念し、このケースにおける解除は、対価合意およびそれと結びつ

いた主観的等価関係にも向けられるとするのである。Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.44), S.22 f.

本稿Ⅲ章2節(2)で出てきた二つの立場のうち前者によれば、売主にとつてのその物の価値は対価額そのものである以上、右ケースであつても例外とはならない(このため、ドイツの多数説はカナリスの見解を批判する)。それに対して、後者によれば、カナリスが売主解除のケースにおいて例外的に対価合意からの解放を認めていたのは、買主の自己の物との信頼が保護されないケースであるが故であると整理できよう。

果たして、買主の自己の物との信頼は、いかなる場面において保護されるのか。この点については、既に連邦通常裁判所の判決も登場するに至っている。この検討は、紙幅の関係で他日を期すこととしたい。

弁護士法制定と弁護士試験について

——議会での審議を中心に——

末 澤 国 彦

一 はじめに

弁護士法（明治二十六年法律第七号）は、明治二十六年（一八九三年）三月三日に公布され、同年五月一日から施行された。この法は、裁判所構成法（明治二十三年法律第六号）の制定により行われた司法制度の近代化に合わせて、これまでの代理人規則（明治十三年司法省布達甲第一号）により代理人制度を弁護士制度に近代化させたものである。そして、昭和八（一九三三）年の弁護士法全面改正（昭和八年法律第五十三号）に至るまで、弁護士業務の法的基礎となるものである。

その大きな特徴は、裁判所構成法では裁判官・検察官を司法官という地位に置いたのに対し、弁護士は在野法曹ということで司法官より低い地位に置いたことである。これは次のようなことから明らかである。

第一に、弁護士の職務は、裁判所における訴訟行為とされていることである（第一条）。実際には多くの弁護士が訴訟外の法律事務を行っていたのであるが、この規定は「^①弁護士という職業像が、当時の社会において、訴訟代理人、すなわち訴訟における職業的特権者として映じていた」と評されるように弁護士という職業がまだ代言人の発展延長線上にあることを示している。

第二に、弁護士の資格については、司法大臣の定める弁護士試験規則（明治二十六年司法省令第九号）による弁護士試験の及第者を原則としたことである（第二条・第三条）。これは、明治十三年以来の免許代言人制と同様に、法律専門職としての弁護士の要件を定めたものである。

第三に、地方裁判所ごとに弁護士会を設立し、所属弁護士を全員加入させる強制加入制をとったことである。これは、国によっては任意加入制をとる場合もあるが、日本の場合、代言人組合の設立が法定されて以来の制度であり、現行弁護士法においても維持されている制度である。

第四に、弁護士会については、検事正に監督権（第十九条）・懲戒訴追権（第三十一条）・会への臨席権（第二十九条）を与えた。また、司法大臣には会則認可権（第二十三条）・会への決議取消権・議事停止権（第三十条）を与えたことである。これらの規定は、弁護士の自治権は認められないばかりか、弁護士が司法大臣だけでなく職能的に対等対立関係にある検察官による官僚的統制に服することを意味しており、「^②弁護士という職業が検事より一段低い地位にある」という社会的評価を公認」する結果となってしまった。

これらの中で注目すべき点は第二の弁護士資格に関する問題である。弁護士試験は、判事検事登用試験とは別個の試験であった。そして判事検事登用試験は、二回の競争試験を必要とし、第一回と第二回の競争試験の間に三年間の試補と呼ばれる実務修習を必要とした。^③これに対し、弁護士試験は、一回の競争試験に合格することのみを必要としており、実務修習の必要はなかった。また、受験資格についても判事検事登用試験は、判事検事登用試験規則（明治二十四年司法省令第三号）第五条によつて資格制限が設けられていたのに対し、^④弁護士試験については弁護士試験規則には受験資格制限を設ける規定がなかった。^⑤このように、裁判官・検察官は司法官と呼ばれる在朝法曹であり、弁護士は在野法曹であることの違いはあるが、法曹として職能的に対等であるはずである。にもかかわらず試験の形式・形態が異なるものになったことはどのような事情によるものなのか。そこで本稿では、議会での弁護士法制定審議を中心にしてこのようなことになった理由を探究することを目的とする。これによつて、弁護士という職業が当時のように捉えられていたのかが明らかになると考えられるからである。

弁護士史の研究は、その多くが個々の弁護士の歴史研究を通じた弁護士の活動についてのもの、^⑥法専門職としての弁護士団体の形成や弁護士と政治権力の関係のものである。^⑦弁護士試験をめぐるのは、帝国大学卒業生に対する試験免除規定（ちなみに判事検事登用試験は、第一回試験が免除される）に関する論考は見られるが、^⑧試験の方式・形態の違いに関する論考はほとんど見られないことから、意義があるものと考えられる。^{⑨⑩}

一一 第一回・第二回帝国議会における審議

(一) 第一回帝国議会における審議

最初の弁護士法案は、明治二十三(一八九〇)年十二月四日貴族院に提出された。この法案における弁護士試験に
関する規定は次のようなものである。⁽¹⁾

第四条 登録願書ニハ左ノ事項ヲ証明スル書面ヲ添フ可シ其証明書ニハ弁護士二人以上ノ保証アルヲ要ス

第一 司法大臣ノ定メタル弁護士試験規則ニ依リ試験ニ及第シタルコト

第二 出願前一箇年半以上弁護士ノ事務所及裁判所ニ於テ引続キ事務ヲ修習シタルコト

第三 年齢満二十五年以上ナルコト

第四 身体精神弁護士ノ職ヲ行フニ堪ルコト

第五 重罪(国事犯ニシテ復権シタル者ヲ除ク)又ハ定役ニ服スヘキ軽罪ヲ犯シタルコトナク其品行善良ナルコト

第六 破産若クハ家資分産ノ宣告ヲ受ケタルコトナク又ハ之ヲ受ケタルモ負債ノ弁償ヲ終ヘタルコト

第七 控訴院ノ名簿ニ登録ヲ願フ場合ニ於テハ五年以上地方裁判所ノ所属弁護士タリシコト大審院ノ名簿ニ登録ヲ願フ場合ニ

於テハ五年以上控訴院ノ所属弁護士タリシコト

この法案では、弁護士試験の実施方法等については特に規定されていないことがわかる。この法案に関して山田顕
義司法大臣は、その趣旨説明において「国民ノ身体及権利ヲ保護スルハ独リ裁判官ノ法衙ノ下ニ立ッテ内ニ之ヲ為ス
ノミナラズ外ニ弁護士ノ学識経験ニ富ミ道德廉恥ヲ重ンジ当事者ノ権利ヲ維持スルアリ裁判官弁護士相須ツテ初テ能

ク司法事務ノ完全ナルヲ得ル訳デゴザイマス、因テハ弁護士ノ資格ヲ厳正ニシ其權利ヲ保護シ其一ヲ尊重シ其行為ヲ監督スルハ国家ノ必要ニシテ欠クベカラザルコトト信ジマス¹²⁾と述べ、ている。このことは、弁護士という職業が、裁判官と並んで司法事務において重要な役割を果たすのであり、そのためには弁護士の資格や権利等を法できちんと保障しなければならぬと言いながらも、「其行為ヲ監督」する必要性も述べており、司法官と弁護士には立場の違いのようなものがあることが垣間見えるのである。

この法案は、特別委員会で修正が行われ、第四条については、第二項と第四項が削除、第三項が「丁年以上ノ男子タルコト」に修正、第七号については控訴院名簿の登録は一年以上、大審院名簿の登録は三年以上の修正が行われた¹³⁾。

十二月二十三日から始まった第二読会において、この第四条をめぐって注目すべき議論が行われている。それは、松平信正より第二項の削除の理由をめぐる質問がなされた。松平は、「弁護士法ト云フモノヲ裁判所構成法ト相對立シテ構成法ハ裁判官ノ選任ヲ嚴密ニシ又弁護士法ハ弁護士ノ品位ヲ高尚ニスルト云フ精神デ裁判所構成法ト弁護士法ト云フモノハ權衡ヲ取テ相睨ミ合フト云フ精神¹⁴⁾」であるならば実務修習の規定は残すべきであると主張した。これに対し、特別委員長の細川潤次郎は、「此一箇年半以上ノ修習ト云フコトハ成程外国ニモアツテ即チ其試補ナドノ見合セニ於テモ甚ダ宜シイ、尤ナ訳デハアルガ併ナカラ實際ニ於テドウモ夫レ程妙ガアルマイ¹⁵⁾」として弁護士試験に合格した者が先輩弁護士の事務所などで修習を行うことは、引き受けてくれるかという問題や、修習の内容が書生と変わらないのであれば意味がないと主張するのである。また削除に賛成をした清岡公張は、「判事弁護士ハ固ヨリ同一ノ機械トナツテ法廷ニ働キヲ為スモノニハ相違ナイケレドモ少シク其身分出処ニ於テ相違スルコトガアル、夫レ故ニ必

ズシモ判事ト同一ニシナケレバナラヌト云フコトハナイ⁽¹⁶⁾として、司法官試補は官員であるため役所に出勤して事務を取り扱うので十分な見習いができるが、弁護士にはその場所がない。そこで、別に修習をする場所を作らなければならぬが、別にそのための役所を設けるわけにはいかない。そのため第二項は、事実上差支えが生じるため削除たと主張するのである。この弁護士の実務修習のあり方をめぐる問題は、この後の弁護士法をめぐる審議でも大きなポイントとなる事項である。

この弁護士法案は、弁護士の三階級制、それに伴う営業区域制、多額の免許料・保証金制など多くの問題を含んでおり、代人による反対運動が展開されていた⁽¹⁷⁾。また、貴族院では穂積陳重を中心に反対論が出て、これらすべてを削除したため、政府は明治二十四(一八九二)年一月九日、法案を撤回した⁽¹⁸⁾。

(二) 第二回帝国議会における審議

弁護士法案は、明治二十四年十二月五日、再び貴族院に提出された。この法案における弁護士試験に関する規定は次のようなものである⁽¹⁹⁾。

第三条 弁護士タラント欲スル者ハ左ノ条件ヲ具フルコトヲ要ス

第一 日本国民ニシテ民法上ノ能力ヲ有スル男子タルコト

第二 弁護士試験規則ニ依リ二回ノ試験ニ及第シタルコト

第四条 弁護士試験ハ第一回ニ於テ学識ヲ試験シ第二回ニ於テ実務ヲ試験ス

試験及実務修習ニ関スル規則ハ司法大臣之ヲ定ム

このように、実務修習を挟んで二回の競争試験を必要とする内容で、判事検事登用試験とほぼ同じものとされた。そして、この法案の提出理由について田中不二麿司法大臣は、弁護士の権利義務を明らかにし、地位を高尚にして、その風紀を維持する規定を設けることは緊要なことであると述べた。さらに田中は、「実ニ弁護士ハ司法権ノ最良ナル補助者デアリマスル、司法権ノ最良ナル補助者デアリマスル」と繰り返した点が注目される。しかしこの法案については、特別委員の選出を行ったのみで、十二月二十五日、衆議院の解散に伴う停会により、廃案となった。

三 第四回帝国議会における審議

(一) 衆議院における審議

弁護士法案は、明治二十五（一八九二）年十二月一日、今度は衆議院に提出された。この法案における弁護士試験に関する規定は次のようなものである。²¹

第二条 弁護士タラント欲スル者ハ左ノ条件ヲ具フルコトヲ要ス

第一 日本国民ニシテ民法上ノ能力ヲ有スル男子タルコト

第二 弁護士試験規則ニ依リ二回ノ試験ニ及第シタルコト

第三条 弁護士試験ハ第一回ニ於テ学識ヲ試験シ第二回ニ於テ実務ヲ試験ス

試験及実務修習ニ関スル規則ハ司法大臣之ヲ定ム

このように、第二回帝国議会に提出された内容と全く同じである。これについて清浦奎吾司法次官は、弁護士は、司法機関の一つであり、法廷で重要な職務を行うものであるため、これまでの代言人規則では不十分であり、弁護士

の学識経験を備えるためには、試験法を密にする必要がある。そして弁護士は判事・検事に登用されることもできる⁽²²⁾ことから、「現今ノ代言人ハ一回ノ試験ヲ経テ免許ヲ与ヘテアル、判検事ハ二回ノ試験ヲ要スルカラ若シ現行規則ノ儘デ代言人ヲ以テ裁判所構成法ニ、所謂弁護士トスルト云フコトデゴザリマスカラ、五年以上代言人タル者ハ、直チニ控訴院判事ニ任ジ得ラル、ト云フコトヲ以テ、他ノ判事試験補トナツテ第二回ノ試験ヲ経テ五年ノ後僅ニ控訴院判事ニ補セラル、ト云フコトニ比シマスレバ、頗ル権衡ヲ失スルト云フ勢ニ至リマス⁽²³⁾」と判事検事登用試験とのバランスを考慮して弁護士試験は、実務修習を挟んで二回の競争試験制とすることの必要性を説明している。

衆議院では、第一読会では特別委員会での審査が行われ、弁護士の営業区域限定規定と保証金制度既定を削除する修正が行われた。さらに十二月十四日から始まった第二読会、十二月十六日の第三読会と審議が行われたが、実務修習を挟んだ二回の競争試験制の是非についての議論は何ら行われていない。この衆議院での審議で、弁護士試験について問題となったのは第二条第二項の「弁護士試験規則」の内容をめぐる問題であった。それは、弁護士試験規則の中で判事検事登用試験同様に弁護士試験の受験資格に制限を設けるのではないかというものであった。特にこの問題で執拗に食い下がったのは、長谷川泰であった。長谷川は、元長崎医学学校長で後に医術開業試験の予備校である済生学舎の創設者でもあることから、弁護士試験で私立学校生や独学者が不利に扱われることを危惧しての質問と思われる。その中で長谷川は、第二読会で一部修正動議を提出した。それは、①抵触事項に反しない限り「何人ト雖モ弁護士試験ニ応スルコトヲ得」を明記する、②第一回試験は「法律ニ関スル学識ヲ試験シ」に改める、③「試験ハ毎年一回之ヲ施行スルモノトス」の条項を加えるというものであった。⁽²⁴⁾しかし、この動議は否決されてしまった。すると第三読会では全部反対の動議を出したが、これも否決されてしまい、長谷川の考えは弁護士法に反映されることはな

かつた。この長谷川の質問や動議をめぐる答弁の中で清浦司法次官は、「試験及修習ノ手續ニ関スル規則ハ、凡ソ判事ノ実務修習ニ関スル規則ト略々其程度ヲ同ジクシテ較々斟酌スル位ニ定ムル積リデアリマス」⁽²⁵⁾とか「弁護士ノ試験ニハ判事検事試験規則ト略々其程度ヲ同ウスル積リデアル」⁽²⁶⁾というような発言をしている。このことは政府側としては、法案段階では判事検事登用試験と弁護士試験の内容に大きな差を設けることは全く考えていないことが見て取れるのである。

(二) 貴族院における審議

弁護士試験に関する規定は、貴族院の審議において大きく修正されることになった。衆議院より送付された弁護士法案は、十二月二十日より第一読会が開かれ、箕作麟祥を委員長とする特別委員会が設置された。特別委員会では、衆議院送付案にいくつかの修正を行った。その中に弁護士試験に関する第二条・第三条の修正が含まれていたのである。すなわち、第二条第二号の文言中「二回ノ」の部分を削除し、第三条を「弁護士試験ニ関スル規則ハ司法大臣之ヲ定ム」に改めるといふものであつた。⁽²⁷⁾つまり、司法官は三年間の試補期間を挟んで二回の競争試験を必要とするのに対し、弁護士試験は、一回の競争試験で行われ実務修習は不要とされたのであつた。

この修正の理由を箕作は、次のように述べている。①「元来弁護士ト云フモノヲ判事検事ト同等ノモノニスルト云フ原案ノ精神デアリマスガ夫レガ抑々間違ヒデ、是レハ決シテ判事検事ト弁護士ト云フモノハ同様ノ性質ノモノデハナイ」⁽²⁸⁾とした上で、第一に、判事は判決を下すものである。第二に、判事・検事は訴訟人が随意に選ぶことができな
い。第三に、判事・検事は、一定の俸給を受ける者であるのに対し、弁護士は一種の営業的な者であり、経験がなけ

れば人民の信用は得られない。この信用は、実務試験などで決めるのではなく、依頼人の選択という優勝劣敗の天然の法則に任せるほうが良い。②裁判所構成法六十五条の規定は、三年以上弁護士であった者が判事・検事になる資格ができると定めただけであり、そこから同一の試験を受けさせなければならぬという道理は出てこない。③各法律学校で法律学を学び、一回の試験を経て代言人の職にある者が訴訟事務取扱の上で信用を失ったりすることはなく、一回の試験だけで少しも不都合はない。④実務修習については、先輩の有名な弁護士の下で修習をするにも人員に限りがあり、養成はなかなか容易ではない。また、東京などは立派で有名な代言人が多いが、地方は必ずしもそうではないので、地方での実務修習は不便を感じるようになる。そして、地方まで「法律社会ノ新空気」⁽²⁹⁾を呼吸した者が、なるだけ地方に向くようにするには妨げなくして弁護士の職務に就ける道を開かなければならない。このようなことから、将来日本の社会が進歩したならば必要となるかもしれないが、現時点では弁護士法で実務修習を義務付け、第二回の実務試験を行うことは不当であると言うのである。

この特別委員会の修正案は、第二条・第三条の部分には特に意見は出さず、修正案通りに可決された。

弁護士法案の第二読会は、明治二十六（一八九三）年二月七日より始まった。この冒頭で第二条・第三条の修正案に反対し、原案通りにするべきであると主張したのが、所労のため第一読会を欠席した松岡康毅であった。⁽³⁰⁾松岡は、次のようなことを述べている。「裁判所構成法ノ旨趣ニ於キマシテハ固ヨリ此弁護士ト云フ者ノ能力ト云フモノハ裁判官タル者ト殆ド同様ナル能力ヲ要スルコトハ当然デアリマス」⁽³¹⁾とした上で、今日の社会の状況は法律学を修めた者を奨励していかなければならない。特に公の職務を執る者については十分に精確を要してそれぞれの試験をし、待遇上も関係を持つてくることは少しも法律学の奨励の妨げとはならない。つまり、弁護士試験を嚴重にしたからとい

て法律学が退歩することはない。そこで、裁判所構成法六十五条の規定は、三年以上弁護士であつた者が判事・検事になる資格ができることと定めただけであり、そこから同一の試験を受けさせなければならぬという道理は出てこないという特別委員会の見解は理解に苦しむだけでなく、「弁護士タル者ガ判事検事タルコトヲ得ルト云フ資格ヲ得ラル、コトニナツテ居ナケレバ甚ダ弁護士タルノ分限ノ上ニ於テ欠ケノアルコトデゴザリマス⁽³²⁾」と主張した。また、地方に代言人等が少くないという問題についても、官立の学校や私立の認可学校の卒業生が続々と出てきており、二回の試験で多少月日が遅くなつてもそのために差支えが出るようなことはないと思われるので「最早今日二回ノ試験ヲシテ立派ナ弁護士ヲ追々是レヨリ拵ヘテ行クト云フ準備ヲスルコトハ必要ノコトデアラウト思ヒマス⁽³³⁾」と主張した。

この松岡の主張について小原重哉より賛意が示されたが、修正案に賛成の立場である富井政章が、松岡の主張に次のように反論した。まず、「判事検事ト弁護士トハ著シク性質ノ違フモノデゴザイマス、何レモ大切ナ司法ノ機関デアルト云フコトハ一ツデアリマスケレドモ其性質ニ至ツテハ甚ダ相異ル所ガアルデアリマス、何レノ点ニ於テ最モ性質ガ違フト申セバ判事ニ於キマシテハ訴訟人ハドコマデモ其裁判ヲ受ケネバナラス、イヤト云フコトハ出来ナイ、之ニ反シテ弁護士ハ訴訟人ニ於テ其人ヲ擇ンデ是レニ事件ヲ委任スルデアリマス⁽³⁴⁾」とした上で、弁護士には学識の試験は必要であるのに加え慣れが必要である。この慣れは一回の試験で判定できるものではなく、訴訟人が判定するものである。また、実務修習については政府の考えがはつきりしていない、有名な代言人の事務所では修習するに人員に限りがあるし、地方では修習を受ける先輩が見つからない場合どのように修習するのか政府の考えがはつきりしていない。裁判所構成法六十五条の規定については、三年以上と規定していることが弁護士と判事検事を同一のものに見ていない証拠であり、該当する弁護士が取りたいと欲せば取ることができ資格を定めただけであると主張した。

次いで、加納久宜と本庄寿巨より修正案反対の意見が述べられた。加納は、學術試験の必要性は当然のこととして、訴訟手続は頻繁であり、証拠の提出、弁論、書類の提出などさまざまである。これらの時期は厳正であり、時機を誤ると不利益を被ることになる。また、訴訟の手続が不鍛錬なため訴訟遅延を招くこともある。そこで、訴訟手続に不都合がないだけの修習をする必要がある。このことは、「一ハ訴訟人ノ便利ノタメ一ハ裁判ノ敏速ノタメ共ニ第二回ノ事務修習ト云フコトノ試験ノ必要ナルコトハ論ヲ俟タナイコトデアラウト存ジマス³⁵」と主張した。本庄は、實務に熟練している方が訴訟遅延を防ぐことができる。また、弁護士の出自はさまざまであり、地方では数が少ないため訴訟人の好みで選ぶことができない。そこで、「弁護士タル者品行ガ正シクアリマシテ実著ニ以来ノ事件ヲ取扱フテ行カナクテハナリマセヌ、夫レ故最モ鄭重ニモ鄭重ヲ加ヘテ人民ニ損害ヲ与ヘ或ハ不正ノ行為ガナキ様ニスルコトガ肝腎デアリマス³⁶」として実務修習を行って弁護士の品位を高くするためにも二回の試験は必要であると主張するのである。

続いての二月八日の審議では、まず、修正案に賛成の立場である加藤弘之から意見が述べられた。加藤は、実務試験を主張する修正案反対の立場の考えも理解できるとしながらも、司法官は試補という形で練習の手立てが整っているが、弁護士は本物に厄介になって実務を練習するため思うようなことはできず、かえって無駄な時を費やしてしまう弊害があると指摘する。さらに裁判官と弁護士は、職掌は同じであるが職権は全く違っているので、裁判官に要するものを弁護士に要さなくてもよいという道理が出てくると言う。そして、「弁護士ハ即チ營業的ノモノデアリマスルカラ多少此學問上ノ研究ヲシタモノト云フモノハ歲月モ積ミ随分金モ掛ケテアル、法科大学ナドデ法律学ヲ修メタ者ハ余程ナ年數モ掛ツテ居ル、次デ認可学校ノ法律学ヲヤツタ者モ随分年數ヲ掛ケテ居ル、其外ノモノニナレバ夫レ

程デモナイガ併シ段々弁護人ノ試験ガムヅカシクナツテ參ルコトデアリマスルカラ自ラ夫レマデノ学修ニ時モ随分費シ金モ随分費シテ居ル、サウ云フ者ニハ成ル丈ケ早ク營業ニ就カレルト云フ道ヲツケテヤラネバナラヌ³⁷⁾と指摘する。また、地方には三百代言のような者がずいぶん勢力を持つているところもあり、このような者の下で実務の練習をするよりも「本式ノ学問ヲシタ人ヲ早ク田舎ニ遣ツテ本式ノ仕事ノ出来ル様ニシマスト曖昧ナ代言人ト云フ者ハ其タメニ勢力ヲ失フ³⁸⁾」、このことが今日必要なことであり、そのためにも試験を一回にする必要があると主張するのである。

これに対し、清浦司法次官は明治二十五年十二月現在の代言人総数とその内訳を説明し、地方などにおいては不都合な代言人はいるけれども、実務修習を行う場所がないとは考えられないと主張する。また、受験資格に制限がないことと実務試験は関係のないことであり、「一定ノ試験規則ニ依ツテ及第シタル者ハ夫レ丈ケノ学識アル者ト認メテ学識ノ試験ニ及第シテ居ル、併シ学識丈ケデハ仮令大学卒業ニアレ或ハ認可生若クハ普通学生カラ及第シタ者ニアレ学問シタバカリデ実務ハ心得テ居ラナイ者デアル、夫レガ故ニ実務ノ修習ヲ要スルト云フコトデアリマスカラ受験資格ヲ特別認可生ト限ラヌガタメニ一方ノ方ノミ実務修習ナドト高尚ナコトヲ云フノハ矛盾スルト云フコトハ別段ナカラウト思ヒマス³⁹⁾」と弁護士試験を二回にすることの必要性を主張した。

次いで、修正案に賛成の立場をとる東京法学院長の菊池武夫が、代言人の立場から意見を述べた。菊池は、東京や地方の同業者に聞いたところ、今日の代言人規則のままでは差支えなく、ただ一度資格を取得したならば終身この資格を持てれば十分であり、これに同感である。そして、現在の代言人試験合格者は、東京や大阪などでは先輩の有名な代言人の下で実務修習のようなことをしなければならぬ状況だが、地方に出た者は、早々に独立して営業をしてい

るのが現実である。そこで、「大学卒業生デアッテモガ学問ハ出来ルカモ知レヌガ實際ノコトハ知ラヌニ依テ營業ハ……其実務ヲ執ルコトハナルマイ、況ヤ其他ノ代言人試験及第者ノ如キニ於テハ迎モムツカシカラウト云フ様ナ御話モアリマスルケレドモ、夫レハ一ノ御話トシテ宜シイカ知リマセヌケレドモ實際ニ適セヌ話デアル⁽⁴⁰⁾」と試験を二回にすることは不可であることは十分に分かったことであると主張するのである。さらに、法学士および試験に合格した代言人は統計では十分にいるという清浦司法次官の主張に対し、控訴院所在地ではこのような代言人は少なく、地方にこのような人を分散させるためには試験規則を難しくするのは道理にも事実にも当たらない話であると主張した。

最後に、村田保より法案には実務修習の期間が明記されていないとの質問に対し、清浦司法次官は、原案の第三条の規定にあるように実務修習に関する規則の中に定めるつもりであると答弁した。また、菊池の実務修習に関する主張についても、学識経験のある代言人は地方にも散在しているのでそこで修習をするか、訴訟事件の多い地域で修習を行い、それから自分に営業する地域で開業すればよいと答弁している。

この問題について三日目になる二月九日の審議では、修正案に賛成の立場をとる村田保より実務修習の面から次のような意見が述べられた。まず、司法官と弁護士を同じ学力能力がなければならぬと考えるのは間違いである。また、日本は本人訴訟ができるので、いわゆるもぐり代言人が後を絶たない。そのためには、代言人を増やす必要がある。実務修習は有益であるけれども、必要とは考えない。その理由を、「判事検事ト云フ者ノ実務修習ハ余程益ガアル、益ガアルト申シマスルモノハ裁判所又ハ検事局ニ於キマシテ試補トナリマシテ判事ナリ或ハ検事ナリ二代ッテ事務ヲ取扱フコトガ出来ル、所ガ弁護士ト云フ者ハサウデナイ、弁護士ニナラウト云フニハ孰レ弁護士ニ頼ミマシテ裁判所ニ往ッテ唯弁護士ノスル仕事ヲ傍観シテ居ル丈ケノコトデ、所謂裁判所ニ往ッテ傍聴シテ居ルノト同ジ様ナモノ

デアッテ自分デ弁護スルコトハ出来ナイ、実務ヲ修習スルコトハ出来ナイ⁽⁴⁾とする。さらに、司法官は試補となって俸給をもらって実務修習をするが、弁護士は修習先に月謝を払って修習することになる。これらのことは、第一回議會の時には問題となり、実務修習規定は削除されたのであると主張した。

これに対し、松岡から村田の発言には誤解があるとの発言があつたが、蜂須賀茂韶議長より制された。そして、清浦司法次官より政府原案第二十条の「弁護士ハ第一回試験及第者ヲシテ実務修習ノタメ法廷ニ於テ其職務ヲ補助セシムルコトヲ得」という規定は、法廷において口頭弁論などを行い、弁護士と同一の職務を行うことであつて、法廷の傍聴に過ぎないなどは考えていないとの答弁があつた。この答弁に対する村田の反論もあつたが、松平信正より討論終局の動議が出された。

しかし、修正案反対の立場をとる三浦安が、次のような発言を行った。まず、「實際家」（実務家を指す）は、原案を可とし、博士の方は修正案を可すると指摘する。そして、二回の試験にする方がよい理由として「学士ニシマシタ所ガ直グニ一回ノ試験デ代人ナレルト云フヨリハ實際ノ試験ヲモ経ルト云フコトニシテ置キマシテ、鄭重ニシテ実務ニ就ク様ニスル方ガ却ツテ其人ヲ損ハズシテ善イ人ヲ得ル道ニモナラウト思ヒマス、勿論法学ノ出来ル以上ハ代言ノ出来ルハ当り前デゴザイマスガ果シテ学者実務ニ適スルト云フコトモ言ハレヌ、実務ニ迂闊ナ者ガナイト申サレマセヌ⁽⁴²⁾」と主張した。

さらに、三浦が発言したということを理由に修正案に賛成の立場をとる浜尾新が、次のような発言を行った。まず、司法官と弁護士が同等であるというならば、学識も同等でなければならぬので、受験資格を司法官と同じようにしなければならぬのではないか。また、実務試験は大切であるが、学識試験をさらにいっそう重きを加えなければならぬ

らない。そして、司法官試補と異なり、弁護士修習が十分にできない現状から学識試験・実務試験などと区別せずに相当の試験を行えばよい。そこで、「実務試験トハ申シマセヌガ此訴訟ノ手續等ニ於キマスル訴訟ノ演習ニ属シマスル様ナコトハ矢張り学識試験ト共ニ行ツタラ實際ニ於テハ差閫ハナカラウト思ヒマスル、サウ云フコトニナリマシレバ此学校ノ教育ナドニ於キマシテモ矢張り訴訟演習ト云フ様ナコトハ学校デ教授スル様ニナリマシテ、其教授シマシタコトハ必シモ代言人ニ就テ実習シマセヌデモ其学校デ研究シマシタ所ノモノヲ以テ直ニ試験ニ応ズルコトガ出来マスルカラシテ実務試験ト云フモノヲ決シテ忽ニスル訳デハナクナ⁴³」ると主張した。

この後、修正案に賛成の立場をとる外山正一が、三浦の発言は実務家を持ち上げていたが、原案を主張する実務家の言うことは取るに足らないという指摘があった。

そして、採決が行われ、起立者多数で修正案が可決された。続いて、二月十五日に第三読会が開かれた。貴族院規則では、第三読会では文字の修正以外の修正ができないため、すぐに採決が行われ、起立者多数で第二読会の決議案が可決された。⁴⁴

貴族院で修正が行われたため、弁護士法案は衆議院に回付されたが、二月二十一日全体不同意とされた。⁴⁵そこで両院協議会が開かれ、第五条、第二十六条、第三十一条に修正が行われ、二月二十五日可決された。⁴⁶これによって弁護士試験は一回の競争試験を行い、実務修習や実務試験は行われないことが確定したのである。

四 おわりに

以上のように、弁護士法制定審議を通して弁護士試験制度が構築される過程を見てきた。その中でも中心となるの

は第四回議会の貴族院での審議であることは言うまでもない。政府および原案通りに実務試験を含む二回の試験を主張する修正反対派の主張は、①司法官と弁護士は同等である、②実務修習は訴訟遅延防止のためにも必要である、③試験は学識だけでは不十分で実務修習は必要であり、その場所も現状では十分確保できるというものである。これに対し、原案の実務試験を削除し、一回の試験を主張する修正派の主張は、次のようになる。①司法官と弁護士は同等ではなく職権が異なる、特に弁護士は営業的職種であることを強調する。②司法官は試補という形で実務修習の場所、方法が定まっているが、弁護士の実務修習は場所が少なく、修習の内容も修習先によつてさまざまである。このことは第一回議会でも問題にされ、実務修習規定は削除されている。③学識試験に実務試験のようなものを含めれば、学校で演習などの形で教授することができる。また、三浦が主張するように、修正反対派は実務家、修正派は博士、特に帝国大学関係者である点も注目される。⁴⁷ 修正反対派の主張のうち、訴訟遅延防止や、学識だけでは不十分であるといったものは、実務家としての経験からくる主張と考えることができる。特に訴訟遅延の問題については、弁護士の職務地域をめぐる第十二・十三条の審議でも問題となっている。ここでは、訴訟延期の原因のほとんどが代言人の都合によるものであり、それを防ぐためには弁護士の職務地域にある程度制限をかけるべきであるという主張がなされた。この主張を行ったのが、修正反対派の松岡、加納が中心であった。⁴⁸

一方、修正派に帝国大学関係者が多い点について興味深い資料がある。それは、弁護士法案の審議と同時期に発行された『法学協会雑誌』の雑報の記事に実務試験を削除すべきと主張する記事がみられることである。それによると、日本の法学研究はまだ始まったばかりであり、欧米諸国の燦然整備された状態とはかけ離れているとし、「是の時に当りて彼の燦然整備せる法学社会に倣ひて弁護士たる者に実務試験を要すとせば予て弁護士たらむことを希望せる有

為の人物も終に去りて他の業務に従事するの止むを得ざるに至る恐あり⁽⁴⁹⁾」その結果、「是に於て従来の代言人は益其地位を安易鞏固ならしめ以て夫の弊悪を増長する事なきを保し難し⁽⁵⁰⁾」と主張する。そして、「法律は假令其法文の面に於て弁護士⁽⁵¹⁾の地位をして急に高からしめむと欲すと雖も社会の状態は未だ之と並馳すること能はず。其並馳すること能はざるを知りて猶之を施行せむとするは是れ皇国の法律をして自ら徒文空章に陥らしむるものなり」と結んでい⁽⁵¹⁾る。このことは、主張の方法は違えども帝国大学関係者の間に実務試験削除は、共通の認識として存在していたのではないかと考えられる。

それではなぜ、実務試験削除が主張されることになったのであろうか。これについては、弁護士法公布後の『法学協会雑誌』の雑報に「実務試験の制を同法律より除きたりしは以て学生の懇願を完うせしめたるが如し⁽⁵²⁾」という記述がみられる。また、菊池が院長であった東京法学院の機関誌『法学新報』も弁護士法の成立や公布を報じる雑報の中で「世人非難の焼点は第一所属の制限、第二補償金の収納、第三実務試験の施行にありとす貴族院に於ては連回討議の末、箕作、富井、菊池、村田等諸氏の尽力に由り(中略)貴族院一大鉄槌を振ふて遂に之を打破す状師諸君先つ以て安心すべし法学生復た万歳を唱ふべし⁽⁵³⁾」や「学生の注文通り判官状師の企望通り保証金、営業区域、二回試験等の案を削り八面玲瓏純全無瑕の法律とはなれり法律社会挙て万歳を唱ふべきなり⁽⁵⁴⁾」と述べられている。ここで注目すべきは「学生の懇願」、「学生の注文通り」など「学生」、「法学生」という文言の意味である。これを「私立法律学校の学生」と理解することができるのではないかと考えられる。つまり、判事検事登用試験の受験資格が得られる特別認可学校に指定された私立法律学校は、「多数の認可生を出し、教育水準の高さと、官僚養成機関としての性格を強く示めした⁽⁵⁵⁾」東京法学院を除き、その多くが「尋常中学校卒業者の数がきわめて少く、各地に設けられた高等中学校す

ら十分な量と質の入学者をえられないこの段階で、「尋常中学科程度」の試験によるにせよ、私立法律学校が、「特別認可生」をえることはきわめて困難」であり、「代言人試験などに備えるための、入学資格のゆるい、開放的なコースを開設し、これが経営の本体をなした」という状況であった⁵⁶。この状況を帝国大学関係者は、知っているのは当然のことである。そこで、教育水準の高い帝国大学および東京法学院卒業生は司法官の道へ進ませ、入学資格のゆるい私立法律学校卒業生を弁護士⁵⁷の道に進ませるためには試験内容を緩和するのが、近代的司法制度発展のためには良策であると考えられたのではないかと思われる。つまり、修正派は、当時の法学教育の現状、特に東京法学院を除く私立法律学校の現況を認識したうえでの主張と考えることができる。

このように、弁護士法の制定と弁護士試験導入をめぐる問題は、日本が西欧の制度にならって法曹資格や任用制度を導入するにあたって発生した問題である。西欧では、法曹が専門職として職能自治団体を作り、自身で職業資格を規制し、後継者を養成するのは異なり、日本は国家自身の手によって上から法曹を作り出し、国家試験によってその資格を認定し、専門職団体そのものも厳しい国家規制の下におくやり方をとった⁵⁷。その中で、新しい在野法曹である弁護士の位置づけ、つまり司法官との関係をどのようにするかという問題や、私立法律学校の現状をどのように扱うかといった近代的法学教育の在り方についての問題をめぐる逡巡が弁護士試験に関する議論に表れているのではないかと考えられる。

(1) 大野正男「職業史としての弁護士および弁護士団体の歴史」大野正男編『弁護士の団体 講座現代の弁護士第2』（昭和四十五年・日本評論社）三三三頁。

(2) 大野・前掲論文三五頁。

(3) 裁判所構成法 第五十七条 判事又ハ検事ニ任セラル、ニハ第六十五条ニ掲ケタル場合ヲ除キ二回ノ競争試験ヲ経ルコトヲ要ス

第五十八条 志願者前項ノ競争試験ヲ受ケ得ルニ必要ナル資格並ニ此ノ試験ニ関ル細則ハ判事検事登用試験規則中ニ司法大臣之ヲ定ム

第一回試験ニ及第シタル者ハ第二回試験ヲ受クルノ前試補トシテ裁判所及検事局ニ於テ三年間実地修習ヲ為スコトヲ要ス前項ノ修習ニ関ル細則モ亦試験規則中ニ之ヲ定ム

〔法令全書 明治二十三年〕（大正元年・内閣官報局）二〇頁以下。

(4) 判事検事登用試験規則 第五条 判事検事登用試験ヲ受クルコトヲ得ル者ハ青年以上ノ男子ニシテ左ノ各項ノ一二該ル者ニ限ル

一 第一及第三高等中学ニ於テ法科ヲ卒業シタル者

二 文部大臣ノ認可ヲ経タル学則ニ依リ法律学ヲ教授スル私立学校ノ卒業証書ヲ有スル者

三 外国ノ大学校又ハ之ト同等ナル学校ニ於テ法律学ヲ修メ卒業証書ヲ有スル者

〔法令全書 明治二十四年〕（大正元年・内閣官報局）四八頁。

(5) 弁護士試験規則 第九条 試験志願者ハ其願書ニ左ノ証書ヲ添ヘ試験ヲ受クヘキ裁判所ノ検事局ヲ經由シテ之ヲ試験委員長ニ差出ス可シ

一 履歴書

二 弁護士法第五条第一号但書及ヒ第四号ニ該ル者ハ其復権又ハ債務ノ弁済ヲ終ヘタル証明書

〔法令全書 明治二十六年〕（大正元年・内閣官報局）八八頁。

(6) これについては、奥平昌洪『日本弁護士史』（大正三年・有斐閣書房）、川口由彦編著『町の法曹』（平成十三年・法政大学出版局）、橋本誠一『在野「法曹」と地域社会』（平成十七年・法律文化社）、黒田忠史『法曹教育・法職就任男女同権化の

比較法史」甲南法学四十六巻四号（平成十七年）二七頁以下、四十七巻二号（平成十七年）一五九頁以下、黒田忠史「日本近代「法律専門職」における国籍要件」甲南法学四十七巻四号（平成十八年）六一頁以下、橋本誠一「明治前期における代理法の展開」静岡大学法政研究十一巻一・二・三・四号（平成十九年）二〇五頁以下、三阪佳弘「設立期の日本弁護士協会」岩谷十郎・村上一博・三阪佳弘監修『日本弁護士協会録事 明治編別巻〔解題・総目次〕』（平成二十年・ゆまに書房）七頁以下、村上一博「明治民商法関係の論議」岩谷・村上・三阪監修・前掲書四五頁以下、岩谷十郎「明治刑事法廷異聞」岩谷・村上・三阪監修・前掲書七九頁以下を参照。

(7) これについては、Richard W. Rabinowitz, The Historical Development of the Japanese Bar, Harvard Law Review, Vol.70 (1956) pp.61-81、ラビノヴィッツ（後藤登訳）「日本弁護士の史的発達」自由と正義八巻九号（昭和三十二年）六頁以下、清水誠「戦前の法律家についての一考察」潮見俊隆編『岩波講座現代法六巻 現代の法律家』（昭和四十一年・岩波書店）一八頁以下、大野・前掲論文一頁以下、古賀正義「日本弁護士史の基本的諸問題」古賀正義編『弁護士の業務・経営 講座現代の弁護士第3』（昭和四十五年・日本評論社）一頁以下、林真貴子「日本における法専門職の確立」鈴木秀光・高谷知佳・林真貴子・屋敷次郎編著『法の流通』（平成二十一年・慈学社出版）六三九頁以下を参照。

(8) これについては、竹中暉雄「国家試験制度と「帝大法科特権」」本山幸彦編著『帝国議会と教育政策』（昭和五十六年・思文閣出版）三三三頁以下、三阪佳弘「明治末〜大正期の法曹資格・任用制度の展開」萩屋昌志編著『日本の裁判所』（平成十六年・晃洋書房）三頁以下を参照。

(9) これについては、奥平・前掲書六〇六頁以下、村和男「戦前の法曹資格に関する試験制度について」法友全期会政策研究会編『法曹資格に関する試験制度の研究』（平成元年・法友全期会）一二頁以下、三阪・前掲「設立期の日本弁護士協会」九頁以下を参照。なお、日本弁護士連合会編『日本弁護士沿革史』（昭和三十四年・日本弁護士連合会）四七頁以下、東京弁護士会百年史編纂刊行特別委員会編『東京弁護士会百年史』（昭和五十五年・東京弁護士会）一六五頁以下、大阪弁護士会編『大阪弁護士会百年史』（平成元年・大阪弁護士会）一二三頁以下等にも弁護士試験に関する記述が見られるが、試験制度や試験問題の内容に関するものである。

(10) なお、資料の引用に際し、旧漢字体については現在一般的に使用されているものに適宜改めた。

(11) 『貴族院第一回通常会議事速記録第一号』（明治二十三年）一三頁。

(12) 前掲・『貴族院第一回通常会議事速記録第一号』一六頁。

(13) 『貴族院第一回通常会議事速記録第八号』（明治二十三年）一二七頁。

(14) 『貴族院第一回通常会議事速記録第十一号』（明治二十三年）一六五頁。

(15) 前掲・『貴族院第一回通常会議事速記録第十一号』一六六頁。

(16) 前掲・『貴族院第一回通常会議事速記録第十一号』一七二頁。

(17) 奥平・前掲書六〇五頁を参照。

(18) 『貴族院第一回通常会議事速記録第十二号』（明治二十四年）一八六頁。

(19) 『貴族院第二回通常会議事速記録第六号』（明治二十四年）四三頁。

(20) 前掲・『貴族院第二回通常会議事速記録第六号』四五頁。

(21) 『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二号』（明治二十五年）一〇頁。

(22) 裁判所構成法 第六十五条 二年以上帝国大学法科教授若ハ弁護士タル者ハ此ノ章ニ掲ケタル試験ヲ經スシテ判事又ハ検事ニ任セラル、コトヲ得

帝国大学法科卒業生ハ第一回試験ヲ經スシテ試補ヲ命セラル、コトヲ得

（前掲・『法令全書 明治二十二年』一二二頁以下）。

(23) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二号』一二二頁。

(24) 『第四回帝国議会衆議院議事速記録第十二号』官報号外（明治二十五年）二六八頁。

(25) 『第四回帝国議会衆議院議事速記録第九号』官報号外（明治二十五年）一七九頁。

(26) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第十二号』二七一頁。

(27) 『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十三号』官報号外（明治二十五年）三一六頁。

- (28) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十三号』三二八頁。
- (29) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十三号』三二九頁。
- (30) なお、松岡の発言の背景にある思想については、末澤国彦「弁護士法制定審議にみられる松岡康毅の思想について」『大学史論輯覺誌十一号(平成二十八年)』三頁以下を参照。
- (31) 『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十四号』(明治二十六年)三三三頁。
- (32) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十四号』(明治二十六年)三三四頁。
- (33) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十四号』(明治二十六年)三三四頁。
- (34) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十四号』(明治二十六年)三三五頁。
- (35) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十四号』(明治二十六年)三三六頁。
- (36) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十四号』(明治二十六年)三三七頁。
- (37) 『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十五号』(明治二十六年)三三八頁。
- (38) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十五号』三三九頁。
- (39) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十五号』三四〇頁。
- (40) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十五号』三四一頁。
- (41) 『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十六号』(明治二十六年)三四四頁。
- (42) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十六号』三四七頁。
- (43) 前掲・『第四回帝国議会衆議院議事速記録第二十六号』三四九頁。
- (44) 『第四回帝国議会衆議院議事速記録第三十号』(明治二十六年)四〇〇頁以下。
- (45) 『第四回帝国議会衆議院議事速記録第四十号』官報号外(明治二十六年)九〇三頁以下。
- (46) 『第四回帝国議会衆議院議事速記録第三十八号』(明治二十六年)五二二頁以下。
- (47) 修正反対派の松岡は検事総長、加納は元大審院検事、小原は司法官僚、本庄は元治安裁判所判事、三浦は元大蔵官僚で元

老院議官である。これに対し、修正派の富井、加藤、浜尾、外山は帝国大学教授、菊池は帝国大学講師、村田は元司法官僚であるが帝国大学の前身の一つである昌平学校に出仕している。

- (48) 詳しくは、末澤・前掲論文九頁以下を参照。
- (49) 「弁護士法案」法学協会雑誌十一卷一号（明治二十六年）八四頁。
- (50) 前掲「弁護士法案」八五頁。
- (51) 前掲「弁護士法案」八五頁。
- (52) 「弁護士法の公布」法学協会雑誌十一卷四号（明治二十六年）三六四頁。
- (53) 「弁護士法の確定」法学新報二十三号（明治二十六年）九八頁。
- (54) 「弁護士法」法学新報二十四号（明治二十六年）一二二頁。
- (55) 天野郁夫「近代日本における外国法の受容と法学教育の成立」名古屋大学教育学部紀要・教育学科十八号（昭和四十七年）二三一頁。
- (56) 天野・前掲論文二二二頁。
- (57) 詳しくは、笹倉秀夫『法哲学講義』（平成十四年・東京大学出版会）三二二頁以下を参照。

平等取扱原則と比例性

玉 蟲 由 樹

I はじめに

「平等（取扱）原則」と「比例原則」とは、ともに人権保障のために憲法が要求する原則であるが、それぞれが独自の意味をもつ。

平等原則は、一般に、本質的に等しいものについては等しく扱うことを要請する原則とされ⁽¹⁾、これに対する公権力による侵害は日本国憲法でいえば14条1項違反となる。これに対して、比例原則は、とりわけ個人の自由に対する公権力の介入が「比例的」であることを要求し、これに対する違反は各種の自由権侵害として、やはり違憲評価を受ける⁽²⁾。いずれも公権力による憲法上の権利に対する介入の限界を画する原則という点においては共通するものの、それぞれ違憲判断のポイントは異なっている。このため、公権力が本質的に等しいものを恣意的に不平等に取り扱う場合、それだけで公権力の措置は平等原則違反となるのであって、措置が比例的であるか否かの判断は必要がない。逆に、公権力の措置が比例的なものではないと判断される場合であっても、だからといってかかる措置が平等原則にも触れるとは限らない。

このように平等原則と比例原則とは、公権力の行使に対して、ともに人権尊重の理念に根拠づけられつつも、異なった、そして独立した観点から介入の限界を画する原則であるといえる。このことは、とりわけ立法者との関係でいえば、憲法上の権利への介入に際して立法者

がもつ判断権に、それぞれ独自の観点から限界を画するものであるということになる。憲法上の権利の制約が「例外的措置」であるとするのであれば、例外が許容されるためには憲法上の正当化が要求されることになるが、制約が平等原則に反する場合にも、比例原則に反する場合にも、立法者の判断の正当化は不可能となる。

平等原則と比例原則は、本来、用いられる場面も異なる。平等原則が適用されるのは、特定の人的グループや事実関係が他の人的グループや事実関係と異なって取り扱われている不平等取扱い事案についてであり、他方、比例原則が適用されるのは、公権力が個人の自由領域に介入している自由制約事案についてである⁽³⁾。不平等取扱いは必ずしも個人の自由に関与するものではないことも多く、この点でも両者は独立した配慮であるといえよう。

しかし、現実の平等原則審査のなかでは、平等原則と比例原則とが結びついたかたちで審査が行われることがある。よく知られた例を挙げれば、刑法(旧)200条が憲法14条1項違反かが問題となった尊属殺重罰規定違憲判決において最高裁は、憲法14条1項の「平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨」だと解した上で、刑法200条が「普通殺のほかに尊属殺という特別の罪を設け、その刑を加重すること自体はただちに違憲であるとはいえない」としつつも、刑罰加重の程度についても審査を行う必要があることに言及し、「加重の程度が極端であつて、前示のごとき立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものといわなければならない、かかる規定は憲法14条1項に違反して無効であるとしなければならない」との判断基準を示した⁽⁴⁾。

この審査枠組みにおいては、まず、不平等取扱いについて「合理的な根拠」が求められ、その存否によって区別をすること自体についての正当化が判断されることになる。しかし、不平等取扱いに合理的根

拠があるだけで14条1項違反の疑いが排除されることにはならず、これに続けて、具体的な不平等取扱いが「立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し」、これが正当化不能な場合にも14条1項違反が成立するという。一般に目的・手段の「二段構え」の審査⁽⁵⁾と呼ばれるものであるが、このうち二段階目の審査は区別すること自体が正当化されていることを前提としつつ、手段としての「均衡」、すなわち比例性を問う審査となっている。

ここでは、先に述べたこととは逆に、比例的でない措置が平等原則違反を構成することとなる。もちろん、ここで問題となっている比例性は、具体的事案との関係では、刑罰が加重された刑法200条が適用される「被害者と卑属関係にある」者と、普通殺人罪規定である刑法199条が適用される「被害者と卑属関係にない」者との間での「比較における比例性」であり、目的—手段関係において絶対的に検証される比例性とは異なるともいえる。しかし、平等原則審査のなかに比例性の要素が入り込んでいること自体は否定されるものではないだろう。

かかる事情は、ドイツにおいても同様に見られる。平等原則審査におけるいわゆる「新定式」の導入以来、平等原則審査の枠内で比例原則審査も行われているのである。これらのことは比例原則が平等原則へと侵入しているということなのか、それとも平等原則が比例原則へと解消されていることを意味するのか。平等原則と比例原則との関係性を改めて検討する必要があるだろう。本稿では、かかる観点から、平等原則と比例原則とがいかなる関係性に立つものであるのかを検討の中心に据え、ドイツにおける平等原則審査に関する整理⁽⁶⁾を試みる。

II ドイツにおける平等原則審査の展開

ドイツにおいては、平等原則審査の枠組みについて、初期の「恣意定式 (Willkürformel)」に始まり、1980年代からの「新定式 (Neue Formel)」を経て、2011年以降、いわゆる「無段階基準 (stufenloser

Maßstab)」への展開が見られる。以下では、まずその展開について概観する⁽⁷⁾。

1 恣意定式

ドイツ連邦憲法裁判所の初期の一般的平等原則に関する諸判決において採用されたのは、不平等取扱いが恣意的になされたものであるかを問題とする審査枠組みであった。連邦憲法裁判所判例集1巻の判決ですでに示されていたこの審査枠組みは「恣意定式」として知られている。それによれば、平等原則に反するのは「法律による別異取扱いがないし平等取扱いについて、合理的な理由、すなわち事柄の性質から生じるか、あるいはほかの何らかの客観的に説得力をもった理由が見出しえない場合、要するに規定が恣意的であるとみなさざるをえない場合」⁽⁸⁾であるとされる。

恣意定式は、不平等取扱いに「合理的な理由」があるかどうかを問題とする点で、区別の根拠および区別すること自体の可否に重点を置いた審査枠組みであるといえる。このとき、実質的な観点においては、具体的な場面で立法者の判断が何をもって「恣意的」であるとされるのかが問題となる。この点につき、後の判例では「立法者の恣意という言葉は、立法者がその自由な判断権の枠内で具体的ケースにおける多くの正当な解決のうち『最も目的に即したものの』、『最も合理的なもの』、あるいは『最も正しいもの』を選ばなかったということだけで用いられるものではなく、むしろ法律上の規定を正当化する事実在即した理由ともいえるべきものが見出されえない場合にのみ用いられる」⁽⁹⁾とされている。かかる説示からすれば、この審査枠組みは必ずしも厳格なものではない。このため、個々の事案においては、立法者がその形成の自由の枠内でそれなりに適切な考慮をしているとの理由から、立法者の恣意の存在を否定するような判断が見られる⁽¹⁰⁾。この意味で、恣意定式は、機能法的には立法者の形成の自由を広範に認めた上で、かかる形成の自由が尽きる最も外側の限界のみを問題とすることで、

連邦憲法裁判所による統制密度を限定する役割を担っていたといえる。

2 新定式

その後、1980年代になると、連邦憲法裁判所はいわゆる「新定式」によって平等原則審査を補完した。その嚆矢となったのが、民事訴訟の迅速化を目的として、時機に後れた攻撃防御手段を排除し、上訴審においてもかかる手段を考慮しないこととした民事訴訟法の新規定が問題とされた1980年の決定⁽¹¹⁾である。

この決定において連邦憲法裁判所は、平等原則違反が生じるのは「規範名宛人のうちのあるグループが他の規範名宛人のグループとの比較において、両グループの間には不平等取扱いを正当化しうるような特性あるいは重要性をもった差異が存在しないにもかかわらず、異なった取扱いを受けるとき」⁽¹²⁾であるとした。この定式において不平等取扱いを根拠づける理由に求められているのは、理由の重要性が不平等取扱いの程度との間で均衡を保っていることである。それゆえ、区別理由と不平等取扱いとの間での比例性の有無を審査枠組みに取り込んだかかる定式は、比例原則審査に類似することとなる。また、比例性の要求は、機能法的観点では、連邦憲法裁判所による立法者の判断に対するより密度の高い審査を可能にした。

1980年の決定は、新定式採用の根拠を、基本法3条1項が命じるのはあらゆる人間を法律の前で平等に取り扱うことであるというきわめて原則的な理解に求めている。この命令がまずもって要求するのは、個人間ないし特定の人的集団間での別異取扱いの原則的禁止である。それゆえ、個人間ないし人的集団間の差異を理由とした別異取扱いについては、比例性の要請を含めた新定式が適用され、相対的に統制密度の高い審査が行われる。これに対して、個人の生活上の事実関係や行動を理由とするような、特定の人的集団への所属を問題としない不平等取扱いについては、平等原則は立法者に対して個人を規律関係に応じて異なって取り扱うことについての広範な判断の自由を認めてい

るといふ⁽¹³⁾。この際に用いられる審査については、なおも「基本的な法原理である恣意の禁止」⁽¹⁴⁾が維持されている。

1980年決定が示した図式からすれば、平等原則違反が疑われるケースには、個人ないし特定の人的集団に向けられた不平等取扱いのケースとあくまで個人の生活上の事実関係や行動を理由とする不平等取扱いのケースという2つのケースがあることになる。この不平等取扱いの二分論を前提に、それぞれ新定式と恣意定式とが使い分けられている。新たに導入された比例性の要求を伴う新定式は、個人ないし人的集団に対する不平等取扱いが問題となっている場合に限定された審査手法であったといえることができる⁽¹⁵⁾。この意味で、平等原則審査への比例性の導入は、なおも限定的なものにとどまっていた⁽¹⁶⁾。

ただし、連邦憲法裁判所は、その後の判決において新たなケース分類を行い、新定式の妥当範囲を拡張していった。たとえば、25歳未満の者については性別変更を認めないとしていたトランスセクシャル法の規定が問題となった1982年の決定において、連邦憲法裁判所は、憲法上保護された自由に対して影響をもたらす規律が問題となっている場合には、立法者の形成余地は狭くなるとの見解を示し、人間の尊厳（基本法1条1項）と結びついた人格の自由な発展の基本権（基本法2条1項）に対する影響が問題となる本件においては、基本法3条1項から生じる立法者の形成余地は限定されるとした⁽¹⁷⁾。このため、問題となった規定の立法目的（あまりに早い段階で性別適合手術などを受けてしまい、後戻りできなくなることから若年者を保護する）については正当と認められたものの、性別適合手術の実施そのものについては年齢制限を設けずに、身分法上の規律についてのみ25歳という年齢制限を課すことを許容するような立法者の形成余地は基本法3条1項からは生じないと結論づけられた⁽¹⁸⁾。年齢による不平等取扱いについて、厳格に比例性を要求した判断といえよう。

この決定では、新定式に言及した上で、不平等取扱いが憲法上保護された個人の自由にも影響を与えている場合には立法者の形成余地が

縮減されることを示唆している。したがって、個人ないし人的集団に対する不平等取扱いのケースだけにとどまらず、個人の生活上の事実関係や行動を理由とする不平等取扱いのケースであっても個人の自由が関係する場合には新定式による審査が行われることを意味しているといつてよいだろう。別の見方をすれば、不平等取扱いが個人の自由にまで制約的効果を及ぼす場合には、自由権制約の正当化において用いられてきた比例原則審査が平等原則審査にも当然に持ち込まれるという理解であるのかもしれない。

また、新定式は、事実関係を理由とする不平等取扱いであっても、それが「間接的に人的集団に対する不平等取扱いをもたらす」⁽¹⁹⁾ものである場合にも用いられることになった。このことを明言した1993年の決定は、後の平等原則審査の枠組みの展開にとっても重要と思われるため、ここで該当部分を紹介しておこう。

連邦憲法裁判所はまず「一般的平等原則からは、規律対象や区別のメルクマールに応じて、立法者にとって異なった限界が生じ、これは単なる恣意禁止から比例性要求への厳格な拘束にまで至る」⁽²⁰⁾と述べる。その上で、人的集団の不平等取扱いの場合には立法者が厳格な拘束を受けることを示した後、前述のように事実関係を理由とする不平等取扱いが間接的に人的集団に対する不平等取扱いになる場合にも、同様に厳格な拘束が及ぶとする。このとき「単なる行為に関連する区別の場合には、〔立法者への〕拘束の程度は、当事者がどれだけ自己の行為によって区別のメルクマールの実現に影響を及ぼし得る状況にあるかに左右される」⁽²¹⁾。これに対して「個人ないし事実関係での不平等取扱いが基本権によって保護された自由の行使に不利益に作用するのであればあるほど、立法者の形成余地には狭い限界が画される」⁽²²⁾。立法者の形成余地の範囲の違いは、「憲法裁判所の審査に際しての段階づけられた審査密度」に対応する⁽²³⁾。恣意禁止のみが問題となる場合には、「区別することの不当性が明白である」ときにのみ平等原則違反が認定される⁽²⁴⁾。これに対して、新定式が用いられるケースでは、裁

判所は「規定された区別に不平等な法的効果を正当化しうるような特性あるいは重要性をもった理由が存在するか否か」を審査する⁽²⁵⁾。

この判示でまず注目すべきは、恣意定式と新定式とが「段階的」な審査として理解されていることであろう。このような段階づけられた審査枠組みは、連邦憲法裁判所が1958年の薬局判決⁽²⁶⁾で示した「段階理論 (Stufentheorie)」を想起させる。もちろん、恣意定式と新定式とが、単に対象とする不平等取扱いの性質の違いのみで分けられる、まったく観点の異なる審査ではないことは、それらが平等原則の具体化にあたっての立法者の形成余地の広狭や、ひいては連邦憲法裁判所による審査の緩厳にもかかわるものであることからすれば、自ずと明らかであった。したがって、1993年の決定がこれらを段階的な図式のなかで捉えたことはこのことを確認したというにとどまる。

より注目に値するのは、恣意定式が比例原則審査のなかに組み込まれているように見える点である。本来、「法律上の規定 [= 区別] を正当化する事実」に即した理由ともいえるべきものが見出されえない場合にのみ「恣意が認定される」という審査手法は、「事実」に即した理由の存在を「区別すること」の正当化のために要求するものであった。その意味では、比例性の要求を含まない審査枠組みとして新定式とは区別されていた。しかし、この決定での判示においては、恣意定式が妥当と思われる不平等取扱いについても「〔立法者への〕拘束の程度は、当事者がどれだけ自己の行為によって区別のメルクマールの実現に影響を及ぼし得る状況にあるかによって左右される」といった比例的な観点が示されており、また、恣意禁止の判断がいわゆる「明白性コントロール (Evidenzkontrolle)」と関係づけられている。ここでは、個人の生活上の事実関係や行動を理由とする不平等取扱いのケースにカテゴリカルに妥当する恣意定式という1980年決定の前提がすでに崩れている。恣意定式はもはや比例原則審査におけるもっとも緩やかな審査を意味するものとして位置づけられている感がある。

いずれにせよ、この決定では比例性要求が平等原則審査の「段階」

全体に波及しているように思われる点で、これまでの判断とは一線を画する部分があるというべきであろう。また、この決定へといたる流れのなかで、とりわけ新定式の妥当範囲が拡大されることを通じて、1980年の決定で意識されていた恣意定式と新定式との適用場面の区分そのものもまた相対化されつつあることにも注意が必要である。このような流れは、結果的に、さらなる審査枠組みの展開へとつながっていった。

3 「無段階基準 (stufenloser Maßstab)」

前述した1993年の決定以降、恣意定式と新定式とは平等原則審査における段階的な基準として定着した。しかし、その一方で、単に恣意定式が適用される場面と、より厳格な基準である新定式が適用される場面とが、具体的な事案のなかでどのように区分されるべきかをめぐっては、連邦憲法裁判所の判決においても混乱が見られた。たとえば、相続税および贈与税の扱いについて婚姻と生活パートナーシップとの間で不平等な取扱いがあることが問題とされた2010年の決定において、連邦憲法裁判所みずから「個別事案においていかなる条件のもとで立法者が恣意禁止に反したとされるのか、それとも比例的な平等取扱いの要請に反したとされるのかについての明確な基準や標識というのは、抽象的・一般的に定めうるものではなく、その都度関係する異なった事項領域や規律領域との関連でのみ定まるものである」⁽²⁷⁾と述べるように、その境界はきわめて曖昧であったといえる⁽²⁸⁾。

こうしたなかで、2011年には平等原則審査における段階を無段階 (stufenlos) なものとして捉える決定が登場した。旧西ドイツの諸州と旧東ドイツの諸州とで奨学金の最長支給期間などに違いがあったことが問題となったこの決定において、連邦憲法裁判所はまず次のように述べる。

「一般的平等原則からは、規律対象や区別のメルクマールに応じて、立法者にとっての異なった限界が生じ、これは緩やかな恣意禁止に限

定された拘束から厳格な比例性要求にまで至る。区別をすることには常に区別の目的や不平等取扱いの程度に相応した (angemessen) 事実根拠による正当化が必要である。基本法3条1項は、不平等取扱いがその性質からみて客観的に正当化された区別の基準と結びついていることを命じるだけではなく、区別の程度についても実際にある違いと区別をもたらす規律との間での、十分な重みをもった客観的に支持しうる区別の観点であることが明らかな内的関連を要求する。平等原則は、規範名宛人あるいは規範にかかわりのある者のうちのあるグループが他のグループとの比較において、両グループの間には不平等取扱いを正当化しうるような特性あるいは重要性をもった差異が存在しないにもかかわらず、異なった取扱いを受けるときに侵害される⁽²⁹⁾。

この説示は、これまでの恣意禁止と新定式の理解を踏まえたものといえるが、これに続けて連邦憲法裁判所は「このとき、無段階的に (stufenlos) 比例性原則を志向する憲法上の審査基準が妥当し、その内容と限界は抽象的にではなく、その都度関係する異なった事項領域や規律領域との関連でのみ定まる」と述べる。「より厳格な立法者に対する拘束は、とりわけ区別が人格的メルクマールと結びつけられているときに認められ、その際には、このメルクマールが個々人にとって自由に選択可能なものでなければならないほど、あるいは基本法3条3項のメルクマールに近づけば近づくほど、憲法上の要求がより高められる。より厳格な立法者に対する拘束は、その都度関係する自由権からも生じうる。それ以外の場合には、拘束の程度は、当事者がどれだけ自己の行為によって区別のメルクマールの実現に影響を及ぼし得る状況にあるかに左右される⁽³⁰⁾」。

この決定においては、平等原則審査がほぼ完全に比例原則審査の枠組みの中に取り込まれることとなった。不平等取扱いについては、正当かつ合理的な区別の目的ないし基準の存否に関する審査だけでなく、区別の程度の合理性審査も含めた審査に服する。この審査は、問題となっている不平等取扱いが関係する事項領域や規律領域に応じて、無

段階的に審査密度が変化する比例原則審査によって行われるというのである。新定式が導入された当初の恣意定式と新定式とのカテゴリカルな適用場面の区別はほぼ解消され⁽³¹⁾、1993年決定以降の段階的思考もまた解体されて無段階的な審査基準が比例原則の下で展開されているのが、現在の連邦憲法裁判所の判例法理となっているとあってよいであろう⁽³²⁾。

平等原則審査における無段階的な基準設定という考え方それ自体は、前述したように、1993年決定においてすでにその萌芽が示されていたものである。恣意定式を平等原則審査における最下限の基準とし、そこから比例原則審査にのっとりた審査密度の上昇を意識していた1993年決定は、恣意定式と新定式との中間にある審査段階をも含めて、平等原則審査を実際には無段階的な方向へと転換していたと思われる。その意味では、必ずしも2011年決定が「無段階的」審査への突発的な転換点となったというわけではない。しかし、この決定はもはや段階的思考そのものを明確に否定している点において、1993年決定以降の無段階化傾向の終着点として位置づけられるであろう。

Ⅲ ドイツにおける平等原則審査と比例性

一般に、自由権制約の実質的正当化に関する審査枠組みと理解される比例原則審査は、公権力による自由権制約について、制約目的の正当性を審査したうえで、具体的に投入された制約手段について適合性 (Geeignetheit)、必要性 (Erforderlichkeit)、相当性 (Angemessenheit) をそれぞれ審査するものとして理解されている。

このことを前提に、現状でのドイツにおける平等原則審査を見た場合、平等原則審査の枠組みは次のように理解することができるであろう。

1 目的・区別理由の正当性

比例原則審査の手法を平等原則審査に当てはめるとすれば、憲法上の平等原則違反が疑われるような不平等取扱いについて、まずは立法者が追求しようとする区別の目的が正当なものであるかが問われることになる。平等原則を定める基本法3条1項には法律の留保が示されていないことから、この原則からの逸脱に際して正当な目的とされうるのは、一般に憲法ランクをもつ法益の追求か、あるいはその他の憲法上正当と認められる目的だけであるとされる⁽³³⁾。ただし、連邦憲法裁判所は、通常、平等原則との関係においては、立法者に対して広範な形成余地を認める傾向にあり、とりわけこのことはいかなる目的追求のもとで結果における平等を実現しようとするかについて妥当する。立法者は、基本法によって明示的に拒否された目的を追求したり、促進しようとする目的によって他の法律で確定した事柄との間に解消不可能な矛盾をもたらすような場合にのみ、形成限界に行き当たる。このため、基本法3条3項1文で示されたメルクマール（性別、生まれ、人種、言語、故郷及び家柄、信仰、宗教上または政治上の見解）による区別に該当しない限り⁽³⁴⁾、目的設定そのものが問題視されることは稀であるといつてよい⁽³⁵⁾。

むしろ平等原則との関係でより重要といえるのは、区別の目的そのものよりも区別の理由や区別の基準である。この点、恣意定式においても区別をもたらす法律上の規律について「事実即し理由」を求めることが行われてきた。かかる「事実即し理由」が存在することは平等取扱いが恣意的でないことの立証にとって必要であるが、「事実即し理由」を明確に確定しておくことは不平等取扱いの程度が比例的であるかどうかの判断にとっても重要であるため、新定式においても意味をもつ審査項目である⁽³⁶⁾。この意味で区別にとっての「事実即し理由」は一般的平等原則への公権力による介入にとっての構成的な前提条件である⁽³⁷⁾。

2 不平等取扱いの適合性・必要性・相当性

不平等取扱いが原則として正当な目的を追求するものである場合には、目的達成のために具体的に行われる区別が比例的なものであるかが審査されることになる。すなわち、不平等取扱いが追求される目的との関係において適合性、必要性、相当性を満たしているかが審査される。これらの審査は、自由権への介入審査で用いられる比例原則審査と原則として同様のものと理解されている⁽³⁸⁾。

適合性審査は、自由権への介入審査の場合と同様に、不平等取扱いをもたらす規律ないし措置によって追求される目的が完全に達成されることまで要求するものではない。不平等取扱いをもたらす規律ないし措置が単に目的促進にとって適合的であるとされればよく、それゆえ目的達成の可能性がわずかでもあれば適合性は満たされることとなる⁽³⁹⁾。ここで問われるのは、目的達成のために人々を不平等に取り扱うことの是非そのものである。したがって、立法者が不平等取扱いによって追求する目的をまったく達成することができないような例外的な場合に限って、不平等取扱いは適合性を欠くと認定されることとなる。

必要性審査は、平等原則審査の枠内においても、重要な憲法上の審査として認識されている⁽⁴⁰⁾。立法者によって投入された不平等取扱いは、立法者が達成しようとする規律目的をより少ない不平等をもたらすだけで同じように実効的に実現できる、あるいは促進しうる他の手段が使用不可能である場合に、必要なものとなる⁽⁴¹⁾。ただし、立法者によって選択しうるより緩やかな不平等取扱いは、たとえ規律の当事者にとって負担の小さなものであっても、第三者や国民一般にとってより多くの負担をもたらすものであってはならない⁽⁴²⁾。原則として、多様な選択肢からの具体的な不平等取扱いの選択にあたっては、立法者は広範な評価余地および予測余地をもつ⁽⁴³⁾。

相当性審査においては、不平等取扱いは、区別をすることによって追求される目的の重要性と不平等取扱いによって得られる目的実現の

範囲および程度との間に相当な比例関係がある場合に（狭義の）比例性があるとされる⁽⁴⁴⁾。とりわけ、行政上の大量処理の必要から、不平等取扱いについては一定の類型化処理が行われることがあるが、かかる類型化については相当性審査による検証が行われうる。すなわち、立法者は非典型的な事例をモデルとしてはならず、現実即した典型的事例を基礎としなければならないし、類型化によって得られるメリットはこれと必然的に結びつく不平等との間で適切な比例関係になければならないとされるのである⁽⁴⁵⁾。もちろん、このときには不平等取扱いの程度がきわめて重要なパラメーターとして位置づけられることになる。

3 審査密度

現在の平等原則審査においては、原則として立法者に平等実現にあたっての広い形成の余地が承認されつつも、立法者は恣意禁止による拘束を受けるだけでなく、その判断について全面的な比例原則による拘束を受けていると見てよい。

このため、平等原則審査は、具体的な事案において立法者に平等の実現にあたってどれだけの形成余地が承認されていると考えられるかによって、審査密度が左右されることになる。このとき、前述のように、「無段階的」な審査基準理解の下では、恣意禁止と厳格な比例性要求とはカテゴリカルな「あれかこれか (Entweder-Oder)」の関係にあるものではなく、立法者の形成余地の広狭に対応した比例性要求の程度問題として位置づけられる⁽⁴⁶⁾。

これまでの連邦憲法裁判所の判例において、審査密度の決定についての手がかりとなってきたのが「3つの判断基準 (drei Kriterien)⁽⁴⁷⁾」である。この判断基準は、現在でも繰り返し述べられているものであり、なおも有効性をもちうるといえるであろう。

第一の基準は「人的関連性基準⁽⁴⁸⁾」と呼ぶことのできるものである。すなわち、平等原則は通常、人的グループ間での不平等取扱いについ

て立法者に対して厳格な拘束を行うため、個人間ないし人的集団間の差異を理由とした別異取扱いについては、比例原則審査の審査密度が上昇する⁽⁴⁹⁾。このとき個人ないし人的集団にかかわるメルクマールが基本法3条3項に挙げられたメルクマールに近づけば近づくほど、立法者の判断は厳格な審査に服することになる⁽⁵⁰⁾。

第二の基準は「選択可能性基準⁽⁵¹⁾」とでもいうべきものである。不平等取扱いが個人間ないし人的集団間の差異を理由としたものである場合には、そこで具体的に用いられる区別のメルクマールが個々人にとって自由に選択可能なものであるかが問題となる。当事者が自らの努力によっては区別メルクマール該当性を排除できなければできないほど、審査密度は上昇する⁽⁵²⁾。かかる選択可能性基準は、不平等取扱いが個人間ないし人的集団間の差異を理由としたものでない場合にも考慮されうる⁽⁵³⁾。すなわち、区別のメルクマールとなる個人の生活上の事実関係が個人の努力によって回避ないし変更が可能であるかどうかによっても審査密度は変化するということになるだろう⁽⁵⁴⁾。

第三の基準は「自由権基準⁽⁵⁵⁾」である。不平等取扱いが基本権で保護された自由の行使を困難にすればするほど、審査密度は上昇する。このときには、不平等取扱いが個人間ないし人的集団間の差異を理由としたものであるか、それとも個人の生活上の事実関係や行動を理由とするような、特定の人的集団への所属を問題としないものであるかは問題とならない。いずれの理由からでも、自由権保障を縮減させるような取扱いについては審査密度の上昇が生じる。

IV 審査基準の無段階化へのメカニズム

これら3つの判断基準は、少なくともこれらに該当する場合には審査密度が上昇しうることを示すものではあるが、これらが絶対的な基準でないことはもちろんのこと、これら以外の考慮要素を排除するものでもないだろう。また、2011年の決定でも述べられたように、比例

性原則を志向する憲法上の審査基準の内容と限界は抽象的にではなく、その都度関係する異なった事項領域や規律領域との関連において決定されるものである以上、具体的な審査がどのように行われるのかは実際にはケース・バイ・ケースでの判断ということになる。この点、1993年決定の枠組みまではまがりなりにも恣意定式と新定式（およびそれらの中間段階⁽⁵⁶⁾）という一定の審査段階が想定されていたが、2011年決定でのその解消以来、想定されているのは無段階的なスライディング・スケール⁽⁵⁷⁾に他ならない。

平等原則審査において、かかる無段階化が進行した理由としてはいくつかの要因が考えられる。

第一に、新定式による比例原則審査の導入以降、平等原則そのものの意味内容や機能は大きく変化していることが重要であろう。

恣意禁止の要請は、基本法3条3項が挙げる介入限界と並んで、立法者の判断に対して要求される限界のうち、最も外側に位置する限界と理解されてきた。このことは、かかる限界を超えた場合にはもはや立法者の判断には何らの正当化余地もないことを示すと同時に、限界を下回る介入については裁判所によるコントロールが及ばないことをも意味していた。一般的平等原則が恣意禁止の要請と結びつけられている限りにおいて、一般的平等原則もまた立法者の形成の自由の絶対的な限界を示すものであった⁽⁵⁸⁾。

しかし、新定式による比例原則の導入は、恣意禁止によって画された限界には触れない介入についても、比例の程度によっては一般的平等原則違反となりうることを意味していた。すなわち、新定式の導入によって、一般的平等原則の妥当範囲はこれまでの恣意禁止による限界設定だけでなく、それを下回る介入の広範な領域へと拡大されたことになる。恣意禁止には必ずしも抵触しない、本来であれば立法者の形成余地とされてきた領域へと、比例原則の手を借りて平等原則が進出したというのが、新定式のもつ意味であったとすることができる。

もちろん、本来、自由権介入の正当化のために用いられる比例原則

が、平等原則違反の事例において同時に個人の人格や自由に対する介入が問題となっているような場合に限って、自由権介入に固有の審査手法として導入されているのであれば、比例原則による審査の前提は満たされているともいえるだろう。この場合には、自由権への過剰介入と平等原則違反とがたまたま同時に問題になっているというだけにすぎず、比例原則違反によって平等原則違反もまた同時に成立するというわけではない。それらはなおも別の考慮でありうる。これに対して、連邦憲法裁判所の新定式以降の理解においては、比例原則審査は必ずしも自由権介入のケースに限定されているわけではない。したがって、自由権介入の比例性の問題からは離れて、不平等取扱いそのものの比例性が問題となっているように思われる⁽⁵⁹⁾。このとき、広範な不平等取扱い事例に対する比例原則違反の判断は、それ自体が平等原則違反の判断要素となっている。

このように考えると、一般平等原則の妥当範囲が比例原則審査によってその正当性が判断される相対的な憲法違反の領域へと拡大したことが、平等原則審査における審査基準の多段階化ないし無段階化のきっかけを作りだしたことは疑いのないところであろう。

第二に、平等原則が適用される規律領域ないし事項領域が他の基本権と比較して著しく広いことも、審査基準の多様化を要求する要因となったと思われる。

平等原則には、自由権とは異なり、個別的な生活領域と関係する明確な事項的保護領域が存在しないことが指摘されるが⁽⁶⁰⁾、このことはいかなる規律領域や事項領域においても、比較可能性が満たされる限りにおいて、平等原則違反の問題が発生しうることをも意味する。それゆえ、平等原則が問題となる領域は、すべての基本権によって保護された領域に及ぶとともに、それを越えて基本権とは直接にかかわりをもたない事項領域にまで及びうる。実際、平等原則違反が争われる事項領域は、婚姻・家族関係、租税関係、宗教関係、教育関係、労働関係、社会保障関係、経済関係などきわめて多様である。これらの各

領域においては、それぞれ立法者の形成余地が多様に形作られてきた⁽⁶¹⁾。

前述した3つの判断基準は、かかる多様な領域について横断的に妥当する審査密度の判定基準ではあるが、これらの考慮によって即座に審査基準の類型（段階）が決定するわけではなく、実際には、さらに各領域固有の審査密度の考慮要素がかかわってくることは、これまでの連邦憲法裁判所の判例からも明らかである⁽⁶²⁾。平等原則が妥当する規律・事項領域のよっては、多様な考慮要素によって審査密度が細かく上下することが想定される。

このことからすれば、平等原則審査をいくつかの段階に類型化するような基準設定は、かえって審査の適正さや緻密さを阻害する結果ともなろう。無段階的に比例性原則を志向する憲法上の審査基準の内容と限界は「抽象的にではなく、その都度関係する異なった事項領域や規律領域との関連でのみ定まる」とする連邦憲法裁判所の一般論的説示は、こうした事情を反映したものと理解すべきものである。

第三に、平等原則審査におけるもともとの審査基準であった恣意定式自体が、実のところ比例性の検討を内包した審査基準であったのではないかが疑われているという事情も、ここで考慮しておいてよいだろう。

前述したように、一般に恣意禁止の要請は立法者の形成余地に対して絶対的な、これに反した場合にはもはや正当化が不能となる限界を画するものと理解されてきた。不平等取扱いに「事実即し理由」の存在を要求するこの要請は、かかる理由なしに人を不平等に取り扱うことを絶対的に禁止したものであると解される。たしかに、「事実即し理由」があるか否かのみを審査の観点とするこの基準は、比例性の要請を含まないものということもできよう。このことは、前述のように、連邦憲法裁判所が恣意禁止につき「立法者がその自由な判断権の枠内で具体的ケースにおける多くの正当な解決のうち『最も目的に即したもの』、『最も合理的なもの』、あるいは『最も正しいもの』を選ばなかったということ」で成立するものではなく、「法律上の規定を

正当化する事実在即した理由ともいふべきものが見出されえない場合にのみ」成立するとしていたことからも見て取れる⁽⁶³⁾。この説示は、恣意定式においては、不平等取扱いの適合性・必要性・相当性とは無関係に恣意が認定されることを意味していたといえるだろう。

これに対して、一部の論者は、恣意定式のなかには比例性審査がすでに内包されていたことを指摘している。たとえば、Kischelは、恣意定式は常に説得的な理由を要求するものであるが、どのような場合に理由が説得的なものとなるかは、何がそれによって正当化される必要があるのかによって左右されているという⁽⁶⁴⁾。こうした例として、Kischelは1979年のドイツ国外に在住する外国人寡婦などに対する年金支払いの停止が問題となった連邦憲法裁判所の決定を挙げる。この決定において連邦憲法裁判所は、「[かつての]ある不平等取扱いについて十分な理由があったとしても、このことは現在の程度における不平等取扱いを正当化するのにふさわしいものではない」⁽⁶⁵⁾と述べる。この説示は、不平等取扱いの程度によっては、要求される理由の内容や重要性に違いが生じることを意味している。したがって、不平等取扱いとそれを正当化するための「事実在即した理由」との間には比例的な関係性が生じていることになる。このことからすれば、不平等取扱いの程度によって、理由づけの説得力は変化するものである以上は、恣意定式自体が比例的な要素をもっていたということになるだろう。このため、Kischelは2011年以降の無段階定式をこのような比例性考慮への「回帰」とみなしている⁽⁶⁶⁾。

恣意定式が、不平等取扱いの程度に見合った理由を要求し、平等原則への介入が重大である場合にはより高度な正当化理由を要求するような定式であるとするのであれば、これは比例原則審査における相当性要件を先取りした審査だと考えることもできる⁽⁶⁷⁾。そうだとすれば、恣意定式のなかに比例原則審査が内包されているというよりも、恣意定式自体が比例原則審査の一つのヴァリエーションであったと考える方が適切かもしれない。

V むすびにかえて

以上のように、現在のドイツにおいては平等原則審査がほぼ比例原則審査と同様の枠組みのもとで行われている。学説のなかには、Sachsのように、「目的—手段関係」のもとで追求された目的を達成するために投入された制約手段の目的適合性・必要性・相当性を審査するための枠組みである比例原則と、「目的—手段関係」とは直接にはかかわりをもたず、もっぱら異なって取り扱われるグループ間での比較を問題とする平等原則との違いを強調して、平等原則を比例性の問題として理解することに異議を唱える者もいる⁽⁶⁸⁾。しかし、本稿で示したように、連邦憲法裁判所がそのような立場を採用していないことは明らかである。むしろ、連邦憲法裁判所の判例法理を理解するためには、連邦憲法裁判所は平等原則審査に比例原則を「流用」したのではなく、「比例性」を基本権事案における上位概念として位置づけつつ、自由権制約についての過剰介入禁止 (Übermaßverbot) と平等原則違反についての平等性要求 (Gleichmaßgebot) との間に類似構造を構築しようとしていると考えるのがより有益であろう⁽⁶⁹⁾。

このことは日本の最高裁の平等原則審査についてもいえることであるように思われる。冒頭でも述べたように、最高裁の平等原則審査は、早くから目的と手段との「二段構え」の審査によって手段の比例性を問題としてきた。尊属殺重罰規定違憲判決での「二段構え」の審査をあくまで「比較のなかでの比例性」の問題と捉えれば、Sachsがいうように、平等原則審査と比例原則審査とは区別されなければならないことになる。ただし、尊属殺人罪と普通殺人罪とではそもそも立法目的が異なっており、これが不平等取扱いそのものの根拠となるのであるが、尊属殺人罪に固有の立法目的と具体的な刑罰との比例性を目的—手段関係のなかで検証することは必ずしも不可能ではないように思われる。その中で普通殺人罪との刑罰の均衡が一つの判断要素とされるのであれば、比例性を上位概念とする平等原則審査をここに見出す

ことも可能であろう。

このことは、たとえば、平成7年の非嫡出子の相続分差別に関する最高裁大法的決定での「本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法14条1項に反するものということとはできない」⁽⁷⁰⁾との説示にも示されている。とりわけ、「区別が右立法理由との関連で著しく不合理なもの」であるかどうかの判断は、具体的な不平等取扱いの比例性という観点から行われるものである。立法理由（目的）の正当性審査も比例原則審査の一部として理解するのであれば、日本における「二段構え」の審査は、全体として、比例原則審査の不平等取扱い事案におけるヴァリエーションと見ることが可能である。

また、審査密度の決定に直接影響を与えたとまではいえないものの、平成20年の国籍法違憲判決では、「非嫡出子についてのみ、父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われない限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取得を認めないとしている点は、…立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかなく、その結果、不合理な差別を生じさせている」⁽⁷¹⁾とされ、また平成25年の非嫡出子相続分差別違憲決定では、「父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考え」⁽⁷²⁾が違憲判断を導く根拠の一つとなった。これらは前述した、選択可能性基準および人的関連性基準とも関連づけられる説示である。

かかる観点からすれば、ドイツにおける平等原則審査の分析は日本における平等原則審査にとっても有意義な観点をもちうるであろう。

とりわけ、比例性のもとでの平等性要請という理解は、同様の枠組みをもつ日本の平等原則審査を検証する際の視点として有益であるように思われる。この際、無段階化が進行するドイツの平等原則審査のあり方もまた日本の平等原則審査を考える上で重要な示唆を含んでいるのかもしれない。

- (1) もちろん、本質的に等しくないものを等しくなく扱うことも要請される。渡辺康行ほか『憲法 I 基本権』（日本評論社、2016年）132頁を参照。
- (2) 日本国憲法における比例原則の位置づけと意義について、さしあたり、玉蟲由樹「人権と国家権力—「公共の福祉」の多元的機能」法律時報 86巻5号（2014年）34頁以下、同「集合的決定・公共の福祉・人権—鳥澤論文へのコメント」法の理論 34（2016年）169頁以下、近藤敦『人権法』（日本評論社、2016年）84頁以下、西原博史『自律と保護』（成文堂、2009年）196頁以下を参照。
- (3) よく知られるように、Lercheは「ロビンソン・クルーソーは、一フライディがいなければ—架空の国家権力によって平等に取り扱われることも不平等に取り扱われることもないが、しかし比例的でない扱いを受けることは十分にありうる」という表現によって、平等性と比例性が次元の異なる問題であることを指摘する。Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, S.30.
- (4) 最大判昭和 48・4・4 刑集 27 卷 3 号 265 頁。
- (5) 田尾勇「刑法 200 条と憲法 14 条 1 項」最高裁判所判例解説刑事篇（昭和 48 年度）109 頁。
- (6) 本稿の関心と重なりあう研究は、すでに宮地基「ドイツ連邦憲法裁判所における平等審査の新傾向」明治学院大学法学研究 101（中巻）（2016年）161頁以下において行われている。
- (7) なお、学説においては、新定式と無段階基準との間に、後述する 1993 年決定以降の「最新定式 (Neueste Formel)」を位置づけるものもある。Vgl. Uwe Kischel, Art.3, in: Volker Epping/ Christian Hillgruber (hrsg.), GG, 2.Aufl., 2013, Rn. 28. 邦語文献でドイツにおける平等原則審査の展開を論じたものとして、さしあたり、宮地・前掲注(6)・161頁以下、井上典之「平等保障の裁判的実現(二)」神戸法学雑誌 46 卷 1 号（1996年）143頁以下、高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について」一橋法学 13 卷 3 号（2014年）196頁以下を参照。
- (8) BVerfGE 1, 14(52); 1, 208(247). BVerfGE 1, 208 については、高田篤「7.5%阻止条項と平等選挙の原則—南シュレスヴィヒ有権者連盟事件—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003

年) 83 頁以下を参照。この説示は、その後の連邦憲法裁判所の一般的平等原則に関する判決で繰り返し用いられている。同様の説示が示された例として、vgl. BVerfGE 51, 295 (300); 90, 226 (239); 109, 96 (123); 115, 381 (389).

- (9) BVerfGE 4, 144 (154).
- (10) たとえば、BVerfGE 3, 288 (338).
- (11) BVerfGE 55,72. 本決定については、宮地・前掲注(6)・162 頁以下を参照。
- (12) BVerfGE 55,72 (88).
- (13) BVerfGE 55,72 (89).
- (14) BVerfGE 55,72 (89). なお、本決定においては、時機に後れた攻撃防御手段を排除することは、異なった人的集団間で不平等取扱いをしているのではなく、同じ個人の行為が異なった規律関係のなかで異なって取り扱われているものにすぎないとの理由から、恣意定式による審査が行われ、民事訴訟法の新規定は明らかに事実と反するものでも恣意的なものでもないと判断された (89f.)。
- (15) このことは、後の判決のなかで繰り返し述べられることになる。Vgl. BVerfGE 84, 197 (199); 100, 195 (205); 107, 205 (213); 109, 96 (123); 110, 274 (291); 124, 199 (219f.); 126, 400 (418); 131, 239 (256); 133, 377 (408).
- (16) Sachs も、1980 年決定で導入された新定式について、「この平等原則の意味に関する『新定式』は、恣意の禁止という『旧定式』を完全に排除したのではなく、部分的に置き換えたにすぎない。〔本決定で〕述べられた原則判断において、連邦憲法裁判所はこの新たな要請を恣意禁止と並んで示しており、両定式についてはそれぞれ異なった適用領域を見ている」と評する (強調は原典)。Michael Sachs, Verfassungsrecht II Grundrechte, 3.Aufl., 2017, S.286.
- (17) BVerfGE 60,123 (134).
- (18) BVerfGE 60,123 (132ff.)
- (19) BVerfGE 88,87 (96). 本決定については、嶋崎健太郎「性同一性障害者の年齢による名の変更制限と平等原則—性同一性障害者決定—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ (第2版)』(信山社、2006年) 67 頁以下を参照。
- (20) BVerfGE 88,87 (96).
- (21) BVerfGE 88,87 (96). (〔〕内は玉蟲)
- (22) BVerfGE 88,87 (96).
- (23) BVerfGE 88,87 (96f.).
- (24) BVerfGE 88,87 (97).
- (25) BVerfGE 88,87 (97).
- (26) BVerfGE 7,377. 本判決については、野中俊彦「薬事法距離制限条項

の合憲性—薬局判決—」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(8)・272頁以下を参照。

- (27) BVerfGE 126,400(416).
- (28) Sachsによれば、恣意定式の適用場面と新定式の適用場面を分けてきた「人的なメルクマールと事項的なメルクマールとの厳格な区分というのは、まったく不可能とまではいわないまでも、きわめて問題の多いものである」。Sachs, a.a.O. (Fn. 16), S.288.
- (29) BVerfGE 129,49(68f.).
- (30) BVerfGE 129,49(69).
- (31) Vgl. Angelika Nußbeger, Art. 3, in: Michael Sachs (hrsg.), GG, 8. Aufl., 2018, Rn.33.
- (32) これ以降の判決で同様の審査枠組みを示したものとして、vgl. BVerfGE 130, 131(142); 132, 179(188); 133, 1(14); 134, 1(20); 137, 1(20); 138, 136(180f.); 139, 1(12f.); 139, 285(309); 141, 1(38f.); 142, 353(385); 145, 20(86f.); 145, 106(141f.); 145, 304(329f.); 148, 147(183f.); 148, 217(242f.); BVerfG, NVwZ 2018, 1630ff.; BVerfG, NVwZ 2018, 1293ff.; BVerfG, FamRZ 2019, 1065.
- (33) Joachim Englisch, Art.3, in: Klaus Stern/ Florian Becker (hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl., 2016, Rn. 130.
- (34) ドイツにおける通説的見解は、基本法3条3項1文で示されたメルクマールを不平等取扱いを正当化するための基準および理由としては役に立たないものと見なしている。Vgl. Thorsten Kingreen/ Ralf Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 33, Aufl., 2017, Rn. 539ff.
- (35) このことは、租税法領域において不平等取扱いの目的としてしばしば「(課税) 行政の簡便化ないし簡素化」が挙げられ、これが正当な目的とされてきたことからもうかがいしれよう。たとえば、vgl. BVerfGE 139, 285(313).
- (36) 後者の判断においては、事実即ち理由と不平等取扱いとが目的—手段関係を構築すると見ることができる。この点については、後述Vも参照。
- (37) Sachs, a.a.O. (Fn. 16), S.296.
- (38) これに対して、平等原則審査における比例原則の修正を求める見解として、Vgl. Marion Albers, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JuS 2008, S.947ff.
- (39) BVerfGE 138,136(189).
- (40) BVerfGE 138,136(190). これに対して Albers は、必要性審査は、選択的手段の比較として明らかに自由権の介入防御に向けられた審査だとする見地から、平等原則審査において必要性審査が考慮されるのは、不平等取扱いの効果が自由権に関係する場合に限定されると解している。Vgl.

Albers, a.a.O. (Fn.40), S.947. しかし、平等原則審査においても「無段階的に比例性原則を志向する憲法上の審査基準」が妥当するという現在の連邦憲法裁判所の判例の立場からすると、かかる限定は不可能であるといえよう。

- (41) BVerfGE 138,136 (190).
- (42) BVerfG, FamRZ 2019, 1069.
- (43) BVerfGE 138,136 (190).
- (44) BVerfGE 138,136 (197).
- (45) BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019, Rn.115ff.
- (46) Vgl. Nußbeger, a.a.O. (Fn.31), Rn.32.
- (47) Nußbeger, a.a.O. (Fn.31), Rn.32.
- (48) Englisch, a.a.O. (Fn.33), Rn.139.
- (49) BVerfGE 55,72 (88f.).
- (50) Vgl. BVerfGE 88,87 (96f.); 129,49 (69). 不平等取扱いの強度と審査密度とを「…であればあるほど、ますます…である」という直接的な関連に置くこのような基準設定は、比例原則審査における「Je-Desto 定式」と同型となる。Vgl. Heike Krieger, Art.3, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/ Franz Klein/ Hans Hoffmann/ Hans-Günter Henneke, GG, 14. Aufl., 2018, Rn.33. Je-Desto 定式については、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理—人間の尊厳条項の規範的意義と動態』(尚学社、2013年) 334頁以下を参照。
- (51) Englischはこの基準を独立した基準とは見ずに、人的関連性基準のなかの考慮要素として位置づけているが、Kingreen/ Poscher や Nußbeger は独立の判断基準と考えている。Vgl. Englisch, a.a.O. (Fn.33), Rn.139, Kingreen/ Poscher, a.a.O. (Fn.34), Rn.530, Nußbeger, a.a.O. (Fn.31), Rn.32.
- (52) BVerfGE 129,49 (69).
- (53) BVerfGE 129,49 (69).
- (54) このように個人の自由意思によっては変更や排除ができない事由を基本権制約の条件づけのなかに組み込む場合、その正当化についての要件が加重される(審査密度が上がる)という理解は、平等原則審査に特有のものではなく、薬局判決での「客観的規制」と「主観的規制」との段階的思考にも見られるように、比例原則審査における審査密度の判断基準として用いられてきたものである。BVerfGE 7, 377(406ff.). また、野中・前掲注(26)・273頁以下を参照。
- (55) Englisch, a.a.O. (Fn.33), Rn.141.
- (56) たとえば、鉱山業とかかわりをもつ企業についてのみ特別な共同決定ルールの適用を要求していた規定の平等原則適合性が問題となったケースにおいて、連邦憲法裁判所は、「立法者は一方において単に恣意禁止に拘束されるわけではない。しかし、他方において比例性要求の厳格な拘束に

服するわけでもない」として、「区別的な規律が、十分に事実関連的な、すなわち性質および重要性から主張可能な理由にもとづいていることで満たされる」中間的基準による審査を行った。中間的審査が用いられた理由は、企業間の不平等取扱いは、企業の経済的自由（基本法12条・14条）に対する制約となりうるが、企業の場合は個人とは異なりその活動に対する社会的拘束が大きいことから、立法者には広い形成の余地が認められるというものであった。Vgl. BVerfGE 99, 367 (390).

- (57) Uwe Kischel, Art.3, in: Volker Epping/ Christian Hillgruber (hrsg.), GG, 2.Aufl., 2013, Rn. 45.
- (58) Vgl. Andreas von Arnould, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, S.277; Johannes Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im präventionsstrafrecht, 2014, S.103f.
- (59) Vgl. Lothar Michael, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel (bund) Konzept, in: Matthias Jestaedt/ Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S.48.
- (60) Vgl. Kingreen/ Poscher, a.a.O. (Fn.34), Rn.517.
- (61) たとえば、租税法領域における独自の審査基準の展開について、Michael Eichberger, Die Gleichheitssatz im Steuerrecht, in: Klaus-Dieter Drüen/ Johanna Hey/ Rudolf Mellinshof (hrsg.), 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918-2018, Bd. I, 2018, S. 506ff.
- (62) Vgl. Nußbeger, a.a.O. (Fn.31), Rn.134ff. ここでは租税法、社会法、労働法、公務員法・裁判官法、訴訟法、刑法・行刑法の各法領域における連邦憲法裁判所による平等原則の特殊な適用が整理されている。
- (63) BVerfGE 4, 144 (154)
- (64) Kischel, a.a.O. (Fn.57), Rn. 29.
- (65) BVerfGE 51, 1 (28)
- (66) Kischel, a.a.O. (Fn.57), Rn. 29.
- (67) 相当性要件が審査尺度において先取りされる例は薬局判決にも見られる。この点につき、玉蟲由樹「基本権制約はなぜ比例的でなければならないのか」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開（上巻）』（信山社、2017年）281頁以下を参照。
- (68) Sachs, a.a.O. (Fn.28), Rn. 36.
- (69) Michael, a.a.O. (Fn.59), S. 56ff.
- (70) 最大決平成7・7・5民集49巻7号1789頁。同様の審査枠組みは、「本件規定が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、そのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有するものであるかどうかという観点から憲法適合性の審査を行う」とした再婚禁止期

間違憲判決（最大判平成 27・12・16 民集 69 卷 8 号 2427 頁）にも見られる。

- (71) 最大判平成 20・6・4 民集 62 卷 6 号 1367 頁（強調は玉蟲）。
- (72) 最大決平成 25・9・4 民集 67 卷 6 号 1320 頁（強調は玉蟲）。

児童虐待防止に向けた警察関与の あり方について

尾 田 清 貴

1. 児童虐待の現状
 - 1) 児童虐待事案に対する児童相談所の対応
 - 2) 児童虐待事案に対する警察の対応
2. 警察関与のあり方について
3. 提言—まとめに代えて—

近年、親から虐待を受けていた児童が、児童相談所の対応のまずさから、死亡にいたる事件が発生⁽¹⁾し、社会的関心が高まってきている。被虐待児童（以下、被虐待児、と言う。）を早期に発見し、必要な介入をし、保護することの必要性は、関係者全ての共通理解であるにも拘わらず、深刻な結果の発生を防ぎ切れていない。

そこで、本稿では、児童相談所への被害通告のほぼ半数、平成 29 年では全体の 49.4%、を占め、早期発見の主たる担い手⁽²⁾となっている警察の被虐待児への対応と役割について検討し、虐待事案の重大性によっては、警察権の介入に向けた提案を試みようとするものである。

児童虐待現場では、被虐待児と加害者の所属する空間である家庭における再統合に向けた取組に対応の主眼が置かれており、司法権、警察権による介入は極めて例外的なものであった。それは、「法は家庭に入らず」とか「警察は家庭に入らず」との格言にあるように、家庭内のことは家庭内で処理されることが原則であり、夫婦・親子・兄弟姉

妹間の愛情に基づく人間関係に法が介入することを避けるとの美風が背景にあったからと言える。

しかし、近年愛情に基づく家庭経営が必ずしも上手くいっていない閉鎖的な空間でDV事案や児童虐待事案が発生していることから、家族関係に破綻が生じ、児童や母親（妻）に対する虐待が生じている家庭に対しては、法や警察は家庭に入らずの基本姿勢の転換が求められている様に思われる⁽³⁾。

1. 児童虐待の現状

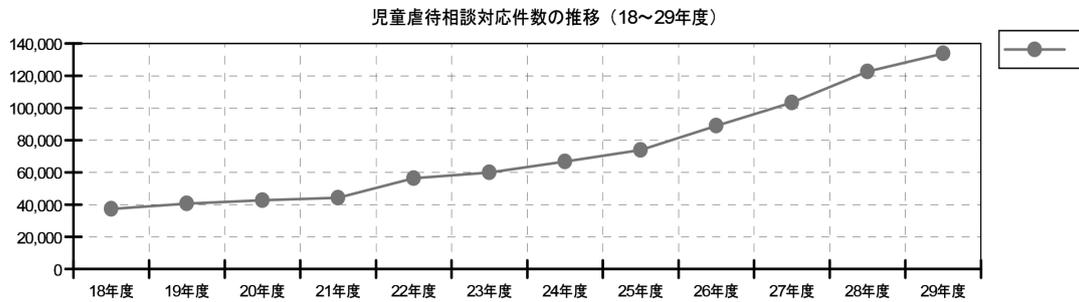
1) 児童虐待事案に対する児童相談所の対応

児童虐待の現状について、児童相談所が対応した相談件数の推移を見ると〈表1〉、平成29年度には18年度の3.6倍の133,178件と約10万件の増加となっている。特に、27年は10万人の万台を超え、その後は、増加傾向に歯止めが止まらない状況にある。ちなみに、平成12年度の児童虐待相談は、統計を取り始めた平成2年度の1,101件を1とすると約16倍に増加、前年度と比較しても1.5倍の17,725件に増加した。この理由としては、平成12年度に「児童虐待の防止等に関する法律」（以下、「児童虐待防止法」と言う。）が成立、施行され、広く国民に対して広報・啓発等に積極的に取り組んだことによって、相談・通告がし易くなったこと、相談・通告しても良いと言う意識が涵養されたこと等が考えられる。

次いで、児童相談所に寄せられた児童虐待相談の経路別件数の推移を見ると〈表2〉、平成26年度に「警察等」からの相談件数が全体の32.8%を占め、その後増加傾向を示し、29年度には49.4%、66,055件とほぼ半数を占めるに至っている。これに対して、「家族」・「親戚」・「近隣・知人」からの相談件数が、26年度には30.9%あったものが、その後減少に転じ29年度には21.5%となっている。また、地域社会において、児童福祉の担い手となっている「児童委員」からの相談件

表1 児童虐待相談対応件数の推移（平成18～29年度）

年度	18年度	19年度	20年度	21年度	22年度	23年度	24年度	25年度	26年度	27年度	28年度	29年度
件数	37,323	40,639	42,664	44,211	56,384	59,919	66,701	73,902	88,931	103,286	122,575	133,778

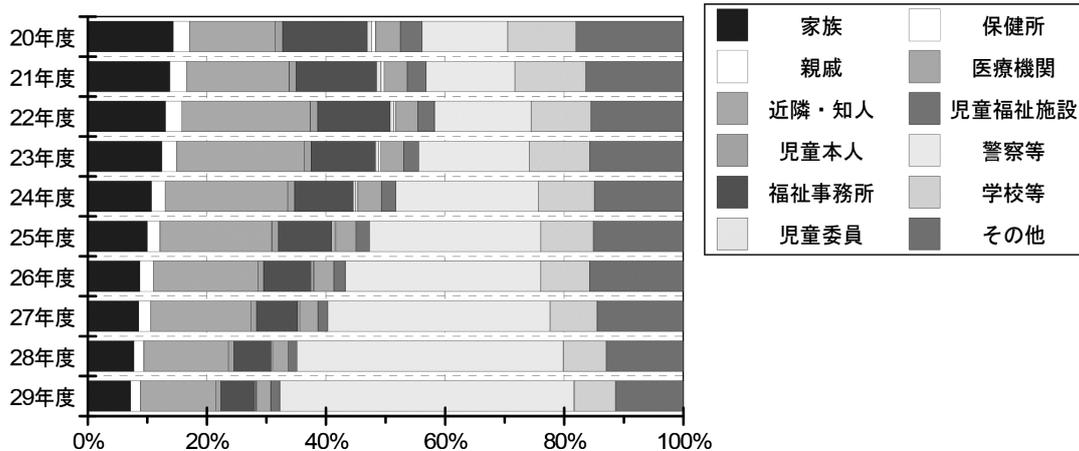


※平成29年度 児童相談所での児童虐待相談対応件数<速報値>厚生労働省1頁を基に、平成16年の児童虐待防止法及び児童福祉法の一部改正を受けて、平成18年4月に完全な施行がなされ、通報がしやすくなったことがあるため、平成18年度以降についての動向を示すため、編集し直したものである。

表2 虐待相談の経路別件数の推移（20～29年度）

	家族	親戚	近隣・知人	児童本人	福祉事務所	児童委員	保健所	医療機関	児童福祉施設	警察等	学校等	その他
20年度	6,134	1,147	6,132	558	6,053	319	282	1,772	1,552	6,133	4,886	7,696
21年度	6,105	1,237	7,615	504	5,991	317	226	1,715	1,401	6,600	5,243	7,257
22年度	7,368	1,540	12,175	696	6,859	343	155	2,116	1,584	9,135	5,667	8,746
23年度	7,471	1,478	12,813	741	6,442	327	202	2,310	1,516	11,142	6,062	9,415
24年度	7,147	1,517	13,739	773	6,559	293	221	2,653	1,598	16,003	6,244	9,954
25年度	7,393	1,554	13,866	816	6,618	290	179	2,525	1,680	21,223	6,498	11,160
26年度	7,806	1,996	15,636	849	7,073	281	155	2,965	1,714	29,172	7,256	14,028
27年度	8,877	2,059	17,415	930	7,136	246	192	3,078	1,725	38,524	8,183	14,921
28年度	9,538	1,997	17,428	1,108	7,673	235	203	3,109	1,772	54,812	8,850	15,850
29年度	9,664	2,171	16,982	1,118	7,626	218	168	3,199	2,046	66,055	9,281	15,250

虐待相談の経路別件数の推移（20～29年度）



※平成29年度 児童相談所での児童虐待相談対応件数<速報値>厚生労働省4頁を転記し、グラフについては、筆者が作成。

<https://www.mhlw.go.jp/content/11901000/000348313.pdf>（表1・2）

数は、20年度から29年度まで1%に満たない状況にある。「学校等」で見ると20年度には11.5%あったものが、29年度に6.9%、「医療機関」で見ると20年度に4.2%あったものが29年度には2.4%とほぼ半減している。これを平成12年度で見ると、「警察等」が13.4%（2,382件）、「家族」・「親戚」・「近隣・知人」が37.7%（6,685件）、「児童委員」が2.6%（467件）「学校等」は13.4%（2,382件）、「医療機関」が4.5%（799件）となっており、児童相談所に寄せられる児童虐待の相談件数の増加に連れ、相談に占める経路別件数の変化が大きくなっており、「家族」・「親戚」・「近隣・知人」から「警察等」からの通告への変化が大きいように思われる。また、「医療機関」「学校等」からの相談割合の減少は、今後検討すべき事柄の一つとなると考えられる。ちなみに29年度の「その他」には他の児童相談所からの通告が6,328件あり、「その他」の中の41.5%を占め最も多くなっている。

ところで、児童虐待を早期に発見し対応するために、児童福祉法25条及び児童虐待防止法6条では、「要保護児童発見者の通告義務」を規定し⁽⁴⁾、児童虐待防止法5条では児童虐待の早期発見等を図るため、通告義務者を具体的に規定している⁽⁵⁾。

また、被虐待児の保護を優先するために、児童相談所等への通報・通告に際し、それが誤信に基づく誤報であったとしても、法的責任は問わないとの規定を置き、積極的な保護に繋がるように通報・通告が容易に行いうる環境の整備に努めている。特に、職務上守秘義務が課せられている者の多くが、児童虐待の早期発見に関わっていることから、通告・通報によって刑事責任が問われないよう免責規定を置いている⁽⁶⁾。

通告を怠った者に対する措置については、児童福祉法及び児童虐待防止法は、通告義務を規定はしたが、義務を怠った場合の罰則規定を設けなかったことから、義務を強制する規定にはなっていない。しかし、通告を行わなかった結果、適切な保護を受ける機会を失うことによって生ずる結果に対してどの様に考えるべきであるかが問題となる。その際、次の2つの場合が考えられる。

1. 虐待の事実を知っていたにも関わらず、通告を怠った結果、重篤な事態に至った場合には、結果発生を阻止できなかった責任は重大となる。この場合には、法的制裁を考慮しても良いと思われる。例えば、刑法 218 条の保護責任者遺棄罪⁽⁷⁾等の適用が考えられる。
 2. これに対し、知りうる立場にありながら、十分な注意（義務）を尽くさずに、重篤な事態に至った場合の結果責任は、軽減することも可能となる。この場合は、行政処分を含む懲戒処分を課すことを考慮すべきである。例えば、資格の一時的停止や剥奪等が考えられる。
- 児童虐待に関する通報・相談を受け、対応するために、平成 29 年（2017 年）4 月現在、全国の児童相談所には、児童福祉司 3,253 人、児童心理司 1,379 人、医師 630 人、及び保健師 138 人が配置されている（表 3）。

表 3 児童相談所の設置状況・職員配置状況

	児童相談所数	児童福祉司数	児童心理司数
平成 22 年※	205	2,477	1,108
平成 23 年	206	2,606	1,162
平成 24 年	207	2,670	1,193
平成 25 年	207	2,771	1,237
平成 26 年	207	2,829	1,261
平成 27 年	208	2,934	1,293
平成 28 年	209	3,030	1,329
平成 29 年	210	3,253	1,379

※各年度の全国児童福祉主管課長、児童相談課長会議資料として提出された児童相談所関係資料（4 頁）（厚生労働省）4 月 1 日の現在数であるが、平成 22 年の児童相談所数については、同年 5 月 10 日現在（厚生労働省）数を基に編集 https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kodomo/kodomo_kosodate/dv/index.html

都道府県、政令市、その他の市区町村における児童虐待に対応する体制は、次の様なものである。1999 年（平成 11 年）に市町村の合併の特例等に関する法律（以下「旧合併特例法」という。）の制定により、3,232 の市町村が 2005 年（平成 17 年）には 2,166、2010 年（平成 22 年）には

表4 児童相談司を設置する自治体数の変化

	平成 11 年度	平成 27 年度	平成 29 年度
児童相談所設置自治体	59	69	69
全国の自治体数	3,232	1,741	1,741
児童相談所数	174	208	210
児童福祉司数	1,230 人	2,934 人	3,253 人

※平成 27 年度、29 年度全国児童福祉主管課長、児童相談課長会議資料として提出された年度の児童相談所関係資料（厚生労働省）の 4 頁を基に編集

https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kodomo/kodomo_kosodate/dv/index.html

1,750 まで合併が進み、2014 年（平成 26 年）以降は市町村数は 1,741 で推移している。2005 年（平成 17 年）以降は、市町村の合併の特例等に関する法律（以下「現行合併特例法」という。）に基づく国・都道府県の積極的な関与により、合併が推進されてきた。この様な中、児童相談所を設置する自治体数は、平成 11 年には 59（内訳は、都道府県 47、政令市 12）、2006 年（平成 18 年）に横須賀市と金沢市が単独で児童相談所を設置し、その間政令市が増加したこともあり、2015 年（平成 27 年）以降は政令市が 20 となったことから、平成 29 年末には、69 の地方自治体で児童相談所が設置されており、全国の児童相談所数は、210 箇所となっている（表 4）⁽⁸⁾。

また、厚生労働省では、児童相談所が夜間・休日を問わず、いつでも相談に応じられる体制を整備するための予算補助を行っており、平成 30 年 3 月現在、全ての児童相談所で 24 時間・365 日対応できる体制が確保されている（69 自治体、210 か所）。

児童相談所が設置されていない市町村においては、市民（町民）福祉課・児童青少年課等自治体によって名称は異なっているが児童福祉部門が担当し、近年では“子供家庭支援センター⁽⁹⁾”の業務の一つとして児童虐待の相談・対応がなされている。しかし、業務時間は月曜日から土曜日の午前 9 時から午後 4 時（祝日、年末年始を除く）がほとんどで、夜間や日曜・祝祭日、年末年始は全国共通児童虐待通報ダイヤル

189 に掛けると最寄の児童相談所が 24 時間 365 日対応している。ただ、(緊急) 一時保護を含めた対応が適切に取れるか否かは、各都道府県・政令市が設置している児童相談所が一児童相談所当たりの管轄する自治体数・住民数(対応児童数)の規模や児童相談所までの時間・距離、専門職員数の規模等によって、対応力に差が生じている現状がある。

ところで、地方公共団体が設置する要保護児童対策地域協議会⁽¹⁰⁾は、虐待を受けている子供等の早期発見や適切な保護を図るため、児童相談所、学校・教育委員会、警察等の関係機関と要保護児童やその保護者等に関する情報共有や、支援内容の協議を行うこととしており、その結果を踏まえ、関係機関が適切な連携の下で対応している。同協議会は、2004 年(平成 16 年)の児童福祉法の改正により法定化され(施行は、翌 17 年)、2007 年(平成 19 年)の児童福祉法改正によって協議会設置の努力義務が規定され(翌 20 年施行)、平成 28 年 4 月現在、1,727(99.2%)の市町村で設置されている。

また、2007 年(平成 19 年)の改正児童福祉法において、保護者の養育を支援することが特に必要と認められる子供等(以下「要支援児童等」という。)と思われる者に日頃から接する機会の多い学校、病院、診療所、児童福祉施設等の関係機関は、要支援児童等と思われる者を把握した場合、該当者の情報を所在地の市町村に提供するよう努めなければならないこととされ、また、当該関係機関は、児童相談所等から児童虐待の防止等に関する資料等の提供を求められたときは、当該資料等を提供することができることとされた。

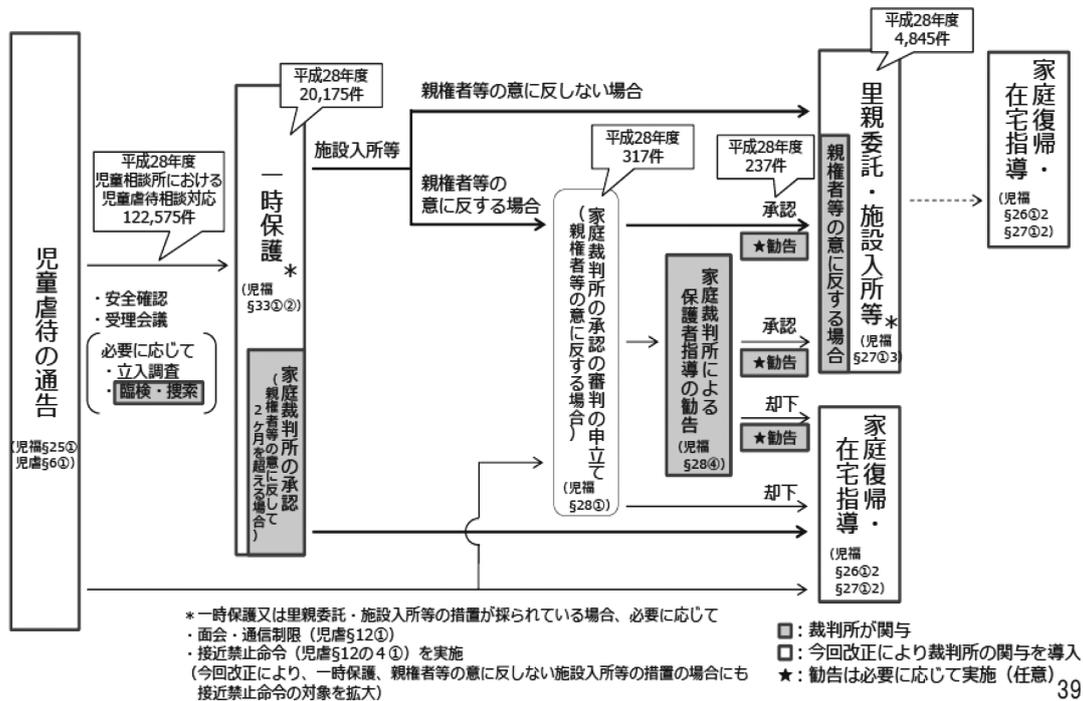
さらに、2016 年(平成 28 年)5 月 27 日成立・6 月 3 日公布(28 年 6 月 3 日から 29 年 4 月 1 日の間に順次)の児童福祉法及び児童虐待防止法の一部改正では、①児童を保護の客体から主体と位置付け、全ての児童が健全に育成されるよう、児童を中心に、その福祉の保障等の内容を明確化し、特に、しつけを名目とした児童虐待の禁止し(虐待防止法 14 条で規定)、②児童虐待の発生予防するために、「母子健康包括支援センター」の設置等を通じて、妊娠期から子育て期までの切れ目ない支援

等を行ない、妊娠や子育ての不安、孤立等に対応し、児童虐待のリスクを早期に発見・遡減させ、③児童虐待発生時の迅速・的確な対応を図るため、市町村や児童相談所の体制や権限の強化を図り、④被虐待児童への自立支援のために、親子関係再構築支援を強化するとともに、施設入所や里親委託の措置が取られることとなった場合に、個々の児童の状況に応じた支援を実施し、自立に結びつけること等が図られた。そして、この改正を受けて、厚生労働省では、「児童相談所運営指針」の改正等を行い⁽¹¹⁾、各児童相談所が虐待を受けている児童等の保護等を適切に行うことができるよう取り組んでいくこととしている。

この改正に相前後して、2016年（平成28年）4月、厚生労働省による「すべての子どもの安心と希望の実現プロジェクト」に基づき策定された「児童相談所強化プラン」が公表され、虐待等により心に傷を負った児童へのカウンセリング等の充実を図るため、心理に関する専門的な知識・技術に基づき指導を行う児童心理司について、児童相談所への配置を児童福祉法に新たに規定した上、2015年（平成27年）度末現在で1,290人から2019年（平成31年）度までの4年間で、全国で450人程度増員し、1,740人にすることを目指すこととされた。これにより、児童福祉司2人につき、1人以上の児童心理司が確保されることになるとしているが、児童心理司になるためには、地方公務員上級（I種）採用試験に合格する必要があるとされ、次の任用資格要件が定められている。①医師であって精神保健に関して学識経験を有する者、②大学において心理学を専修する学科等の課程を修めて卒業した者等、であり、難関の試験の1つでもある⁽¹²⁾。

さらに、2018年（平成30年）2月の野田の事件、3月に目黒の事件を受けて、同年7月20日に開催された児童虐待防止対策に関する関係閣僚会議において、「児童虐待防止対策の強化に向けた緊急総合対策」が決定されている。その際配付された「参考資料集」39頁に掲載された児童虐待対応の児童虐待防止法改正後のイメージ図が、後掲図である。

児童虐待対応の基本的な流れ（改正後イメージ）



※「児童虐待防止対策の強化に向けた緊急総合対策」に付けられた「参考資料集」39頁に掲載された児童虐待対応の児童虐待防止法改正後のイメージ図から転載

<https://www.mhlw.go.jp/content/11900000/000349800.pdf>

2) 児童虐待事案に対する警察の対応

児童虐待に関する端緒の得方については、警察官自ら端緒を得る場合と被害児童本人、加害者以外の保護者・親族、近隣住民、医療関係者や教育関係者等からの通報による場合がある。前者は、警察官の職務執行における義務の1つとして警察官職務執行法3条⁽¹³⁾と少年警察活動規則36条・38条・39条⁽¹⁴⁾にその根拠を見出すことができる。特に重要なのは、少年警察活動規則39条で、児童虐待を受けている児童等に対する活動について規定している。ただ、この規定の後段では、児童虐待防止法10条⁽¹⁵⁾に基づく警察支援を求める場合に対応できるとしている点で、消極的に過ぎると思われる。

後者の背景には、児童虐待に関する通告・通報を受ける機関が児童相談所であることを知らない場合や知っていたとしても児童相談所の

表5 通告児童数の推移（19～30年）

	19年	20年	21年	22年	23年	24年	25年	26年	27年	28年	29年	30年
総数	3,516	6,066	6,277	9,038	11,536	16,387	21,603	28,923	37,020	54,227	65,431	80,252
身体的虐待	1,734	2,508	2,558	3,754	4,484	5,222	6,150	7,690	8,259	11,165	12,343	14,836
性的虐待	86	117	149	129	150	163	149	177	171	251	251	260
怠慢・拒否	880	1,196	1,137	1,701	2,012	2,736	2,960	3,898	4,431	6,628	6,398	7,722
心理的虐待	816	2,246	2,433	3,454	4,890	8,266	12,344	17,158	24,169	37,183	46,439	57,434

※平成30年における少年非行、児童虐待及び子供の性被害の状況（平成31年3月・警察庁生活安全局少年課）15頁から転載

電話番号を知らなかったり、執務時間外であり留守番電話になっていて、緊急時の対応がし辛く、110番通報すると言ったことが考えられる。

児童虐待に対応すべく全国共通ダイヤル（0570-064-000）が開設されたのは、平成21年（2009年）であり、27年（2015年）7月1日から3桁番号「189」⁽¹⁶⁾が導入され、24時間体制となり、自動的に最寄りの児童相談所につながる様になったが、29年（2017年）の時点では、無料通話になっていない。このことも、警察に通報されるケースが多いことに繋がっているものと思われる。

警察が独自に端緒を得た場合と被害児童本人、加害者以外の保護者・親族、近隣住民、医療関係者や教育関係者等からの通報により児童虐待を認知した場合、警察は児童相談所に通告する義務がある。警察から児童相談所に通告された児童数の平成19年から30年の虐待態様別の推移を見たのが（表5）であるが、児童虐待防止法が制定された平成12年（2000年）には、警察に通報された児童虐待件数は、1,342件（平成13年版警察白書）で、児童相談所に通告された件数は1,109件（平成12年度（児童相談所における児童虐待相談処理件数報告）平成13年11月14日、厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課）であった。しかし、その後は、通告件数が増加傾向にあり、平成30年（2018年）には72.4倍の80,252件にまで増加している。この間、平成16年（2004年）⁽¹⁷⁾・平成19年（2007年）⁽¹⁸⁾の児童虐待防止法及び児童福祉法の一部改正、また、平成23年（2011年）の民法及び児童福祉法の一部改正⁽¹⁹⁾により児童虐待を

警察や児童相談所に通報・通告しやすくなる等の環境整備が行われたことも、相談件数増加に繋がっているものと思われる。しかし、直接児童相談所に通報・通告したとしても、児童相談所が24時間365日対応できるだけの機能を有していなかったことも、警察等を経由する通報・通告の増加に繋がっていると考えられる。また、平成16年の児童虐待防止法の一部改正により、児童虐待の定義が明確になったこと、通告義務の範囲が拡大したことも通告・通報件数の増加に繋がっていると思われる。その一方で(表6)でも分かるように、児童虐待の各類型に該当する行為と刑法等の行為類型を区別することが困難な場合もあって、先ず警察にと考える関係者も少なからずいるものと思われる。

次の(表6)は、児童虐待防止法2条が規定する定義に該当する刑法等の犯罪類型を示したものである。児童虐待防止法2条が定義する4つの類型をより具体的に挙げると次の※1から4となる⁽²⁰⁾。

刑法が規定している犯罪類型は、加害者の加害意思が責任の要件として重要であることから、外形的には刑法所定の行為に該当するように見えても、行為者にその意識がなかった場合、例えば、身体的虐待の行為であっても躰のために行ったのであって、暴行の意思はなかったと主張したり、こぶができたり内出血が見られたとしても、手加減を誤ったと主張し、虐待の事実すら認めようとはしないことが多い。性的虐待では、被害者の側に、変だな、嫌だななどの思いはあっても、当該行為がどういうことなのか理解できない幼児期から小学校低学年の子供が対象になっている場合には、被害の認識が十分に持ち得ていない状態であることから、加害意思を前提に考慮すべき事案に含めない方が被虐待児の保護に資すると思われる。ネグレクト(保護の怠慢・拒否)に関しては、一般的な家庭にあっては、親等の保護者は子供の発育・成長に必要な栄養・教育・医療等を発達段階に即して与えているのが普通であるが、これを欠くことによって、例えば、年齢相応の身長・体重に比し著しく痩せて・小さい身体的形状を示したり、不健康な状態に置かれていたり、長期にわたり通園・通学していない状

表6 児童虐待防止法2条が規定する定義に該当する刑法等の犯罪類型

	児童虐待防止法	刑法
身体的虐待	児童の身体に外傷が生じ、又は生じるおそれのある暴行を加えること※1	暴行(208) 傷害(204) 傷害致死(205) 殺人(199)
性的虐待	児童にわいせつな行為をすること又は児童をしてわいせつな行為をさせること※2	強制猥褻(176) 強制性交等(177) 準強制猥褻・準強制性交等(178) 監護者猥褻及び監護者性交等(179) 児童福祉法(34) 児童買春・児童ポルノ法違反 青少年保護育成条例違反 ⁽²¹⁾
ネグレクト(保護の怠慢・拒否)	児童の心身の正常な発達を妨げるような著しい減食又は長時間の放置、保護者以外の同居人による前二号又は次号に掲げる行為と同様の行為の放置その他の保護者としての監護を著しく怠ること※3	遺棄(217) 保護責任者遺棄(218) 遺棄等致死傷(219) 殺人 傷害(幫助) 暴行(幫助) 学校教育法(17)
心理的虐待	児童に対する著しい暴言又は著しく拒絶的な対応、児童が同居する家庭における配偶者に対する暴力(配偶者(婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。)の身体に対する不法な攻撃であって生命又は身体に危害を及ぼすもの及びこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動をいう。)その他の児童に著しい心理的外傷を与える言動を行うこと※4	脅迫(222) 強要(223) 監禁(222)

※ 筆者作成

児童虐待防止に向けた警察関与のあり方について(尾田)

五二(六四七)

態である場合には、小児科医・保健師等の医療従事者や保育園・幼稚園の保母・小学校の教員がネグレクトの存在を疑った場合には、虐待を認定することも必要となる。心理的虐待に関しては、加害意思よりも被害者がどのように感じたかに重きを置く、すなわち被害者の意識を重視することが必要である。この様に考えた場合、児童虐待防止法

表7 保護児童数の推移（平成19～30年）

	19年	20年	21年	22年	23年	24年	25年	26年	27年	28年	29年	30年
保護児童数						1,611	1,855	2,034	2,624	3,621	3,638	4,571

※平成30年における少年非行、児童虐待及び子供の性被害の状況（平成1年3月・警察庁生活安全局少年課）15頁から転載 なお、19年から23年までの統計は取られていない。

が規定する虐待行為については、被害者意思（認識）と第三者がどのように認識したかによって、虐待行為かあったと認定する視点に立った法整備が必要であろう。自動車運転処罰法のように刑法から虐待類型を取り出し、児童虐待防止法の中に、虐待傷害、虐待致死、性的虐待等の処罰類型を盛り込むか、児童虐待処罰法（仮称）を設けることも検討する価値があると思われる。

ところで、警察が独自に、または通報・通告により児童虐待を受けていると判断し保護した⁽²²⁾児童数は、（表7）の通りである。平成24年以降の児童数しかないが、24年に1,611人であったものが、平成30年には、2.8倍の4,571人と非常に増加している。この傾向は、今後も継続することが予測されるが、警察施設には一時的にせよ被虐待児童を保護できる施設はなく、将来的には保護施設を少年サポートセンタに付置するか新設する少年サポートセンターには設置することが求められる。現実的対応としては、少年サポートセンターと児童相談所を同一施設内に併設し、一時保護施設を組み込んだ複合的施設とすることが肝要である。

警察によって平成19年から30年にかけて児童虐待で検挙された状況を見たのが（表8）であるが、検挙件数で見ると、全体では平成30年には19年の4倍の1,380件に、身体的虐待では4.2倍の1,095件に、性的虐待では3.3倍の226件に大きく増加している。しかし、怠慢・拒否では1.2倍の24件とほぼ横ばいである。一方、心理的虐待では、平成23年以降顕在化し、平成25年には16件と10件の大台を超え、30年には35件となっている。

検挙人員で見ると平成19年の3.8倍の1,419人となり、平成28年以

表8 検挙状況等の推移（平成19～30年）

	19年	20年	21年	22年	23年	24年	25年	26年	27年	28年	29年	30年
検挙件数	348	357	385	387	421	521	514	740	822	1,081	1,138	1,380
身体的虐待	259	255	282	302	305	387	376	564	679	866	904	1,095
性的虐待	69	82	91	67	96	112	103	150	117	162	169	226
怠慢・拒否	20	20	12	18	19	16	19	15	8	22	21	24
心理的虐待	0	0	0	0	1	6	16	11	18	31	44	35
検挙人員	373	371	407	421	446	539	530	763	849	1,113	1,176	1,419
被害児童数	385	382	411	404	442	539	526	757	853	1,108	1,168	1,394
死亡児童数	90	98	75	67	72	78	62	53	58	67	56	36

注 平成30年における少年非行、児童虐待及び子供の性被害の状況（平成31年3月・警察庁生活安全局少年課）15頁を基に19年以降について編集

降は1,000人の大台で推移している。被害児童数で見ると3.6倍の1,394人と検挙人員の傾向と一致している。ところで、被虐待児が死に至った件数を見ると、平成19年に90人であったが、平成30年には35人と減少傾向にある。これを被害児童数に占める割合で見ると、平成19年に23.4%であったものが、21年以降減少し続け、26年に7.0%と10%台を割り込んで以降はその傾向が大きくなり、30年では2.3%となっている。重大かつ重篤な状況に至る前に警察による検挙が行われているとも見えるが、検挙件数、検挙人員及び被害児童数が増加していることを考慮すると減少し続けるかは疑問の余地があり、なお一層の積極的な警察の対応のあり方について考える余地があるのではないと思われる。

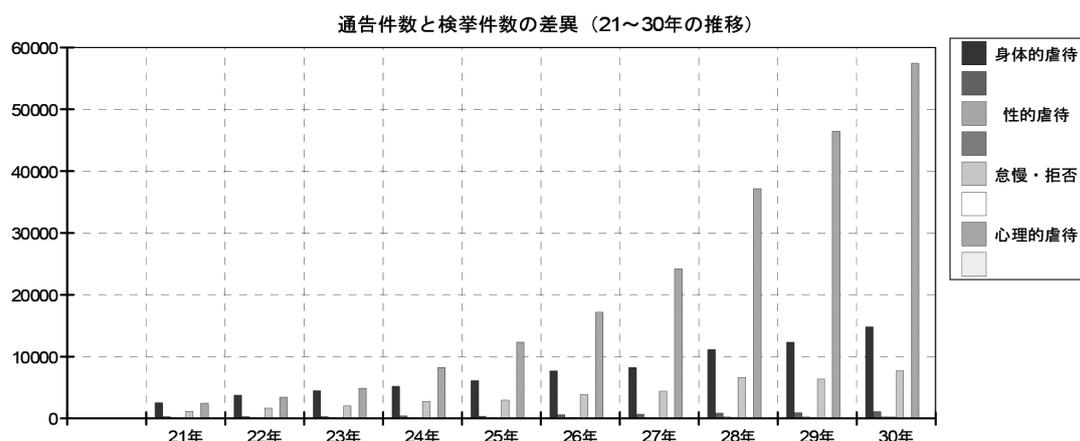
ちなみに平成12年には、検挙件数が206件（身体的虐待124件、性的虐待44件、怠慢・拒否38件、心理的虐待0件）、検挙人員208人、被害児童数190人であった（平成13年版警察白書）。

平成30年の被害児童の男女比の状況は、身体的虐待では、男児が671人（61.0%）女児が429人（39.0%）、性的虐待では、女児が224人（98.7%）、怠慢・拒否では、男児が17人（54.8%）女児が14人（45.2%）、心理的虐待では、男児が26人（72.2%）女児が10人（27.8%）であった。

通告件数と検挙件数の差違を見たのが次の（表9）であるが、身体的虐待では、通告件数に占める検挙件数は、平成2年以降徐々に減少し

表9 児童虐待の通告件数と検挙件数の差異の推移 (21～30年)

		21年	22年	23年	24年	25年	26年	27年	28年	29年	30年
身体的虐待	通告	2,558	3,754	4,484	5,222	6,150	7,690	8,259	11,166	12,343	14,836
	検挙	282	302	305	387	376	564	679	866	904	1,095
性的虐待	通告	149	129	150	163	149	177	171	251	251	260
	検挙	91	67	96	112	103	150	117	162	169	226
怠慢・拒否	通告	1,137	1,701	2,012	2,736	2,960	3,898	4,431	6,628	6,398	7,722
	検挙	12	18	19	16	19	15	8	22	21	24
心理的虐待	通告	2,433	3,454	4,890	8,266	12,344	17,158	24,159	37,183	46,439	57,434
	検挙	0	0	1	6	16	11	18	31	44	35



注 平成30年における少年非行、児童虐待及び子供の性被害の状況(平成31年3月・警察庁生活安全局少年課)15頁を基に、21年以降について編集、グラフは作成

概ね7%前後の値となっており、平成30年では7.4%の1,095件であった。性的虐待では、平成21年に61.1%であったものが翌年には51.9%と最も低くなり、その後増加傾向に転じ26年に84.7%と高くなって以降28年まで減少して30年には86.9%と増加傾向にある。30年に86.9%となった背景には、平成29年(2017年)に施行された強姦罪の規定の改正の影響が大きいと考えられる。110年ぶりに改正された性犯罪関連規定には、親等による性的虐待を対象とした2つの犯罪類型が新規に規定されている⁽²³⁾。怠慢・拒否に関しては、21年に1.1%であったものが、それ以降減少し続け28年から30年には0.3%と極めて少ない。また、心理的虐待に関しては、通告件数が急激に増加しているのに対して検挙件数が非常に少なく、平成24年以降0.1%に満たない状

態で推移している。身体的虐待・性的虐待に関しては、客観的な証拠がまだ得られやすいが、怠慢・拒否、心理的虐待に関しては、客観的証拠を得ることが困難であること、被虐待児童が虐待を受けていると感じることと加害者に虐待の認識があるかについて、乖離幅が大きいこともその背景にあるものと考えられる。

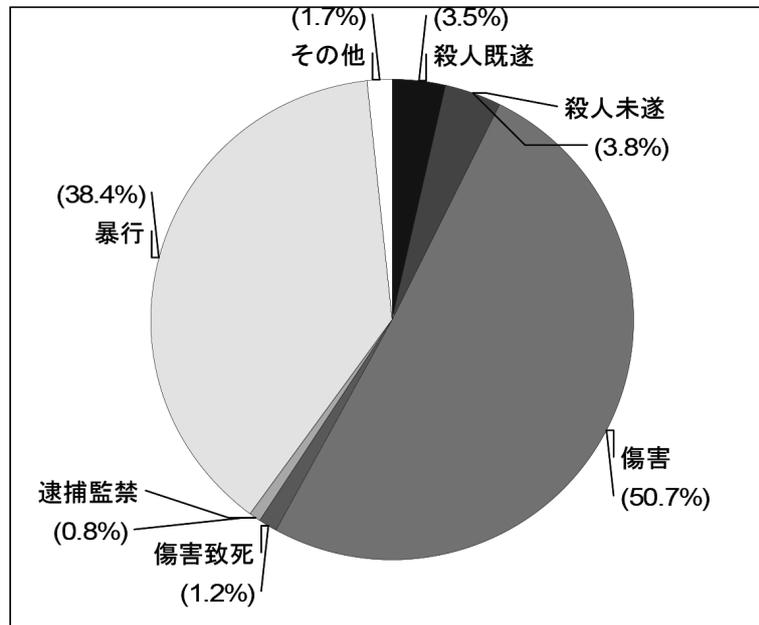
次の(表10)(表11)(表12)3つのグラフは、平成29年中に児童虐待で検挙された者につき、児童虐待類型別に示したものである。身体的虐待では、傷害が50.7%、次いで暴行が38.4%、殺人未遂が3.8%、殺人既遂が3.5%の順が多かった。性的虐待では、強制猥褻が33.7%、児童福祉法違反が27.2%、強制性交等が25.4%、児童買春・児童ポルノ法違反が10.7%の順が多かった。怠慢・拒否では、保護責任者遺棄が76.2%、次いで、学校教育法違反と傷害幫助・暴行幫助がそれぞれ9.5%の順であった。保護義務がある親等がその監護する児童に必要なかつ十分な保護(食事・医療・衣服・衛生等)を与えずにいた場合に、生命に危険が及ぶことは、自らその様な措置が執れない幼児にあってはなおさらである⁽²⁴⁾。

身体的虐待に関しては、2018年3月に発生した目黒区の5歳児の事件や2019年1月に千葉県野田小4年の女児の事件等を始め、加害者の中には口で言っても分からない、言うことを聴かないから、叩いただけで、「躰け」の一環であり、暴行や傷害の意図はなかったと主張したり、近年多く報告されている駐車中の車内に子どもを置いたままパチンコや買い物に夢中になっていた結果、子どもが熱中症になり、最悪の場合は死に至る場合でも、そんな結果になるとは思わなかったと言う者もいることが、報道されている。

次の(表13)は、被害児童と加害者の関係を見たものであるが、身体的虐待では、実父の割合が532件(47.4%)と最も高く、次いで実母が301件(26.8%)、性的虐待では、養父・継父が99件(43.23%)と最も高く、次いで実父が70件(30.6%)、怠慢・拒否では、実母が20件(64.5%)と最も高く、心理的虐待では、実母が19件(51.4%)で最も高

表 10 平成 29 年の犯罪類型 (身体的虐待)

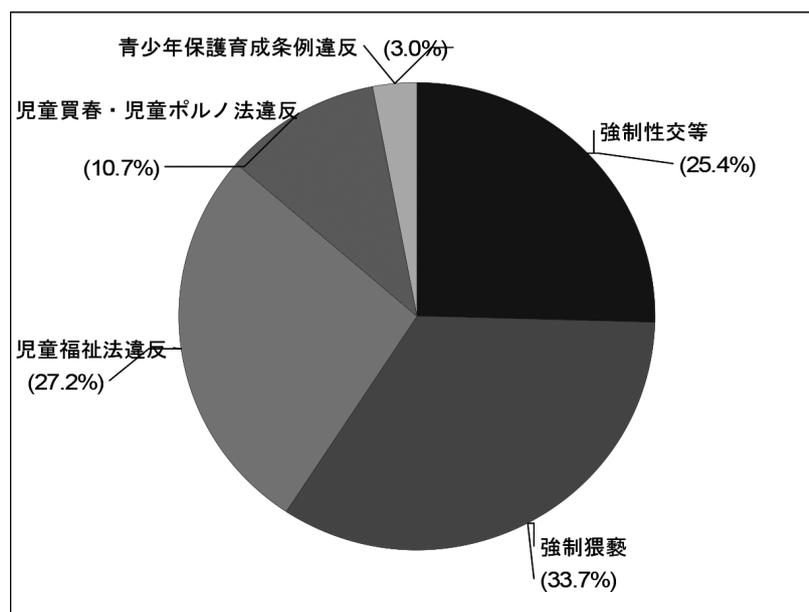
平成29年の身体的虐待の内訳



注 平成 29 年における少年非行、児童虐待及び子供の性被害の状況 (平成 30 年 3 月・警察庁生活安全局少年課) 16 頁を基に筆者が作成

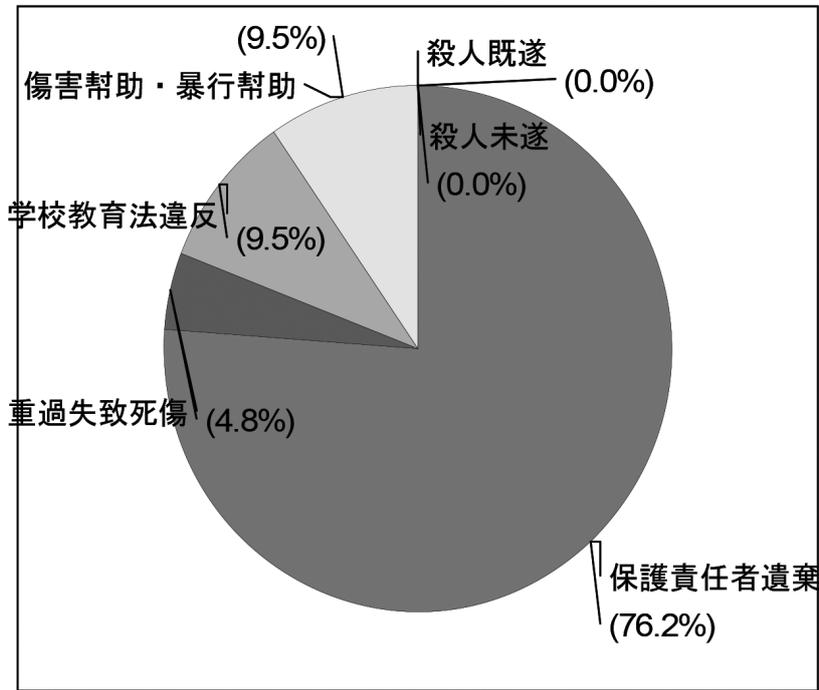
表 11 平成 29 年の犯罪類型 (性的虐待)

平成29年の犯罪類型 (性的虐待)



注 平成 29 年における少年非行、児童虐待及び子供の性被害の状況 (平成 30 年 3 月・警察庁生活安全局少年課) 16 頁を基に筆者が作成

表 12 平成 29 年の犯罪類型（怠慢または拒否）
平成29年の怠慢・拒否



注 平成 29 年における少年非行、児童虐待及び子供の性被害の状況（平成 30 年 3 月・警察庁生活安全局少年課）16 頁を基に筆者が作成

表 13 被害児童と加害者との関係（平成 30 年）

	実父	養父・継父	内縁 (男)	その他 (男)	小計	実母	養母・継母	内縁 (女)	その他 (女)	小計	合計
身体的虐待	532	162	97	13	804	301	8	4	5	318	1,122
性的虐待	70	99	30	18	217	12	0	0	0	12	229
怠慢又は拒否	8	1	0	1	10	20	1	0	0	21	31
心理的虐待	12	4	0	1	17	19	0	0	1	20	37
合計	622	266	127	33	1,048	352	9	4	6	371	1,419

注 平成 30 年における少年非行、児童虐待及び子供の性被害の状況（平成 31 年 3 月・警察庁生活安全局少年課）17 頁から転載

く、次いで実父が 12 件（32.4%）の順であった。

心理的虐待に関しては、加害者の意識よりも被害児童がどの様に感じたか、あるいは感じているのかという被害者側の心理状態が検挙に際しては重視されるため、他の 3 類型に比し認定が困難である。ただ、児童虐待に関しては、加害者の意思（故意）を前提に考えるのではなく、被害児童の意思を中心に考える被害者意思に則した認定基準を考える

児童虐待防止に向けた警察関与のあり方について
（尾田）

五〇五（六四一）

べきである。その際参考になるのは、ストーカー規制法の二段階の故意認定手続である⁽²⁵⁾。

島岡教授が前掲書(23)の89頁の中段で「……。深刻な児童虐待に効果的な対処ができず、児童を死亡させてしまったから殺人罪や傷害致死罪でようやく逮捕するような日本の状況と異なりそれ以前の段階からきめ細かく犯罪化することにより、深刻な被害を未然に防止するフランスの姿勢は、大いに参考となろう。……」としている点に関しては、被虐待児童の安全が阻害される危険性の認識について、加害者の意思よりも被害児童がどう感じたのかに重きを置く、被害者意思に犯罪成立要件化を試みるべきと考える点で同様の視座と考えられる。その限りでは、刑法が原則として加害者の意思に依拠する故意概念を認めていることから、児童虐待に関する犯罪類型を刑法から切り離し、かつ、児童虐待防止法が虐待行為として類型化しているもののうち、被虐待児童の生命の維持に危険を及ぼす行為については、犯罪類型として、児童相談所ではなく、警察が第一義的に対応することが可能となる法改正も検討する必要があるだろう。

2. 警察関与のあり方について

警察では、児童虐待防止法の平成12年(2000年)11月20日からの施行を受けて、平成11年(1999年)から「児童虐待の罪種別、態様別検挙状況」についての統計を公表している。これは、男女共同参画審議会による女性に対する暴力根絶に向けた基本的方策「女性に対する暴力のない社会を目指して」が策定された⁽²⁶⁾ことによって、警察にも女性および児童の保護に関する活動が求められるようになったからである。そこで、平成11年(1999年)12月16日に「児童虐待に対する取組みの強化」(警察庁丙少発第26号等)⁽²⁷⁾、「女性・子どもを守る施策実施要綱」(警察庁乙生発第16号等)⁽²⁸⁾が発され、特に児童虐待に対しては、各都道府県警察において取組みの強化及び関係機関との連携強

化、被害少年の保護の強化等を行うことが定められた。

これにより、女性・児童を犯罪等の被害から守るための施策とその実施の通知が警察庁から出され、警察が児童虐待の問題に本格的に対応することになった。児童虐待については、早期発見、関係機関との連携を図り、被害児童の保護に努めるとともに、刑事事件として取り扱うべき事案は適切に検挙等の措置を講ずるものとされた。これにより、「警察は家庭に入らず」「法は家庭に入らず」の原則に関しては、「愛情に基礎を置く温かい家族関係が崩壊している家庭には適用せず」⁽²⁹⁾児童の保護を優先して適用する方向にシフトしたと考えることができる。

少年警察活動要綱2条で「要保護少年」とは、「非行少年には該当しないが、虐待され、酷使されまたは放任されている少年で、児童福祉法による福祉のための措置などが必要と認められる少年」、また、「その他の問題少年」とは「虐待されている少年、・・・〈中略〉・・・、または保護者に監護させることが不適当な者」として、所与の措置をとることができるとしていた。

平成12年の児童虐待防止法の施行を受け、警察では翌13年には、①児童虐待の早期発見のために、少年・地域・刑事等の関係部署で、児童を被害者とする事件の捜査、街頭補導、少年相談、110番通報の取扱い等の様々な警察活動の機会に、早期発見に努め、発見した場合には、速やかに児童相談所に通告するほか、児童虐待事案が犯罪に該当する場合には、児童を保護することを優先的に考え、適切な事件化に努めており、②少年サポートセンターを中心に、児童虐待の被害を受けた児童に対する支援体制の充実を図っており、少年相談専門職員、少年補導職員による被害児童のカウンセリング、保護者に対する助言指導や訪問活動による家庭環境の改善等の支援等を実施して来ている⁽³⁰⁾。

その後、少年警察活動要項は平成14年に少年警察活動規則に改正され、2条8号で「要保護少年」とは「児童虐待を受けた児童、保護者のない少年その他の児童福祉法による福祉のための措置又はこれに類する保護のための措置が必要と認められる少年（非行少年に該当する場合を

除く。)をいう。」と規定し、39条で「児童虐待を受け、又は受けているおそれのある児童については、児童相談所その他の関係機関との緊密な連携の下、当該児童に対するカウンセリング、保護者に対する助言又は指導その他の当該児童に対する支援を的確に実施するほか、児童虐待防止法10条に基づく援助の求めがあった場合においては、その求めをした者との適切な役割分担の下、必要な措置をとるものとする。」と規定し、若干後退したようにも読める規定のしかたとなっている。平成15年版以降の警察白書においても、「児童虐待事案の早期発見と事件化」というスタンスは維持されている⁽³¹⁾。ところが平成29年版になると、「児童を迅速かつ適切に保護するためには、関係機関がそれぞれの専門性を発揮しつつ、連携して対処することが重要」と後退しているように思われる。警察では、児童虐待を受けたと思われる児童を発見した際の児童相談所への確実な通告の実施、通告に際しての事前照会の徹底等、児童相談所等との情報共有を図るとともに、必要に応じて地域の要保護児童対策地域協議会⁽³²⁾に参加する等、関係機関との緊密な連携を保ちながら、児童の生命・身体の保護のための措置を積極的に講じている。」とし、「適切な事件化」の文言がなくなっている。また、各地に設けられている少年サポートセンターの有効活用についても記述がなくなっている。

ところで、2016年(平成28年)の児童福祉法及び児童虐待防止法の改正中、「児童虐待への対応における警察との情報共有等の徹底」に関しては、①警察は、110番通報等により児童虐待が疑われる情報を把握した場合、児童相談所、市区町村等関係機関に対して、児童に係る過去の対応状況等を照会し、その結果を踏まえて児童相談所への通告の要否を判断していることから、警察からの照会に適切に対応するために、被虐待児童・保護者の住所、氏名、110番通報の内容、安全確認時の状況等、警察が保有する情報提供を依頼するとともに、児童相談所等が有する当該紹介事案に関する対応記録がある場合には、相互に情報を共有して、児童相談所においても事案の緊急性を判断し、必要に

応じて警察と連携して迅速な安全確認を実施することとし、②児童相談所等からも、虐待通告・相談等により把握した虐待事案のうち、刑事事件として立件の可能性があると考えられる重篤な事案、保護者が子どもの安全確認に強く抵抗を示すことが予想される事案等については、子どもの安全を確保するため、迅速かつ確実に警察と情報共有し、必要に応じ援助要請を行うなど連携して対応することが要請されている。

これに関して、児童相談所と警察の情報共有の現状について、厚生労働省子ども家庭局家庭福祉課が実施した『児童虐待事案に関する警察との連携状況に関する調査』の概要⁽³³⁾によると平成30年6月28日現在で、情報共有に関する協定などを結んでいる自治体は、調査対象69自治体の内56自治体(81.2%)であったが、全件提供している自治体は、4自治体(茨城県、愛知県、高知県、大分県)に過ぎず、他の65自治体は一部に過ぎなかった。また、児童相談所と警察が実施した合同研修については、62自治体で実施回数は合計94回(平成29年度中)となっている。情報共有に関しては、被虐待児童の保護が何よりも優先されることから、少なくとも全ての児童相談所と都道府県警察本部生活安全部少年課が、児童虐待事案に関する基本情報の同一フォーマットによるonline化を図ることによって、情報共有が可能となる。同様に、地方自治体からも同一フォーマットを使用したonlineによる通告を求めることで、関係機関との情報共有が円滑に行われることが期待できる。

連携に関しては、都道府県警察本部と都道府県庁所在地にある児童相談所(中央児童相談所)との間で、生活安全部の警察官等と主任児童福祉司の相互出向等の人事交流を積極的に進めるとともに、連絡協議会を定期的を開催し、併せて実務に即した研修を持ち回りで実施することが望まれる。

ところで、平成29年(2017年)中に、児童相談所に児童虐待で通告があった数は、133,778件、警察から触法少年として送致された数は、9,041件、それ以外の相談件数が。466,880件有り、合計すると609,699

件について、児童相談所では3,253人の児童福祉司が対応しており、児童福祉司1人当たり187件を担当することになる。児童虐待で通告された133,778人で見ると、1人当たり41件であるが、負担が重すぎ、少なくとも調査し、必要があれば介入し、その後のケアも実施していくとなると、2022年までに児童福祉司を5,260人に増員したとしても、平成29年時点の数値で計算しても、合計件数で見ると116件であり、虐待では24件となる。実際には、相談件数・通告件数とも増える傾向にあると考えれば、児童福祉司の増員はさらに必要となる。

しかし、警察に虐待に関する通報・通告があった段階で、事件化する事案と児童相談所に通告すべき事案かを各警察本部に導入・設置する児童虐待専門部（後述）において選別することで、児童相談所に配置されている児童福祉司の負担を軽減するとともに、早期の効率的な警察対応が可能になると思われる。

既に、1. 2) で警察からの通告件数と検挙件数の差異について前掲（表9）の検討箇所でも触れたが、児童虐待の4つの類型と対応する刑法等の犯罪類型とを前掲の（表6）で見ても分かるように、加害者故意を立証するためには、被虐待児からの告訴・告発があり、虐待の具体的事実を立証するための医師の診断書・治療記録（レントゲン画像・患部の写真映像等）・加害者以外の家族等の目撃証言等があることが望ましいことが分かる。しかし、被虐待児は被害から逃れるために、例えば警察に通報し、保護されたとしても、検察官送致に際し、あるいは起訴するに際し、加害者の親等はこの後どうなるのか、自分は何をしなければいけないのか等、警察官等に尋ねることがあり、その際、裁判所で証言を求められ、最悪の場合加害者である親に有罪判決が言い渡されると分かった時に、『自分さえ我慢すれば良い』『親を犯罪者にしたくない』『刑務所に入っても、帰ってくれば、今以上に虐待されるかも知れない』等の思いから、告訴・告発を取り下げることがあるのではと推察される⁽³⁴⁾。

そこで、医療機関からの通告に際しては、児童虐待を疑うに至った

レントゲン写真・保護者の説明、医師の診断書の提出を義務付け、教育関係者からの通告に際しても、虐待を疑った経緯と当該子どもたちから聞き取った話の内容と保護者から聞き取った話の内容を書面で添付することを求めるか、初動対応の際に、専門部の担当者からの照会に対応することを通告義務の内容に付加することが求められる。これにより、児童虐待事案の振り分けがより容易になると思われる。

他方、被虐待児童の精神的負担や不安を軽減し、更なる虐待から守るためには、前者の取組として、初動対応の際に子供達のための心理カウンセラーとリーガルカウンセラーとしての弁護士を公費で付け、後者については、児童相談所と連携し児童福祉法 33 条の一時保護と 33 条の 7 による家庭裁判所への親権停止・喪失の請求等、または児童相談所長自らがその措置を行うことにより担保することが可能となる。少年へのリーガルサポーと心理カウンセラーによる支援は、この場合も継続して提供することが望ましい。

また、児童相談所に通告した事案に関しては、児童相談所の対応結果を警察に報告させ、警察官の巡回パトロールに際し、虐待事案の通告があった家族への相談・援助が受けやすい環境整備を行う必要がある⁽³⁵⁾。場合によっては、少年サポートセンター（警視庁にあっては、少年補導センター）のスタッフによるサポートが考えられる。

3. 提言—まとめに代えて—

被虐待児を早期に発見し、最適な対応をするためには、児童虐待に関する所管が児童相談所であるとか、警察は発見通告機関であって警察が関与することは謙抑的になされるべきだとかではなく、保護すべきは誰なのか、どうすることが被虐待児に対する虐待の連鎖を断ち切ることができるのかを第一義的に考える時期に、最近の対応を見ると、至っていると、思われる。

そこで、今まで見てきた点を踏まえ、若干の提案を試みたい。

1) 警察において児童虐待対策専門部（署轄にあっては、児童虐待対策係を設置し、児童相談所に通告すべき虐待事案か、刑事司法手続により対応すべき事案かについて、初期対応の段階で選別させる。その為には、所轄⁽³⁶⁾単位ではなく、都道府県警察本部に児童虐待事案を専門に扱う部署を設置し、児童虐待事案に関する端緒が得られた場合、所轄で対応するのではなく、本部から専門職員からなるチームが赴き、事案の内容等について吟味し、以後の対応について、振り分ける。その為には、専門職員の構成は、警察官にあっては、特別な研修・訓練を受けた警察官⁽³⁷⁾小児科医・精神科医等の医師、臨床心理士（児童心理司）、そして、主任児童福祉司等から構成することが望ましい。その理由は、各署で担当する警察官の事案対応に技量差が生じることを避けることと限られた時間内で、児童相談所に通告する事案か否かを判断する必要があるからである⁽³⁸⁾。

現在、京都地検では「児童虐待対策プロジェクトチーム」や香川地検では「処分前カンファレンス」を検察庁が中心となって立ち上げ、先行的な取組が行われている⁽³⁹⁾。

児童相談所と警察の連携強化の現場では、児童相談所に常勤している警察官が46人、非常勤が3人、常勤している警察官OBは0人、非常勤は136人であり⁽⁴⁰⁾、この数を増やし、児童相談所と警察の連携を強化することが、現在厚生労働省等では検討されているが、効果的な初期対応を行うためには、児童相談所ではなく、むしろ警察署にその機能を担わせることが望ましい。全国の自治体数が1,741であり、児童相談所数は212に対し、警察署数は1,159であること、各警察署の生活安全課に児童虐待対策係を新設し、各都道府県本部に児童虐待対策専門部を設置し、協働させることの方が、むしろ望ましい。

2) 警察が児童虐待の端緒を得た場合には、保護者の同意の有無に拘わらず、先ず当該児童を保護することが肝要となる。この場合、虐待が疑われる児童の一時保護施設が必要となるが、警察には対応すべき保護施設がなく、少年サポートセンター⁽⁴¹⁾や少年補導センター等関連

施設においても、宿泊可能な施設がないことが問題となる。

それでは、児童相談所に併設されている一時保護所に保護できるかについて検討すると、全国児童相談所一覧（平成30年10月1日現在）によると、212の児童相談所中137箇所が併設しているに過ぎず⁽⁴²⁾、平均収容人員は20.3人過ぎない。その他の一時保護場所については、児童養護施設が14施設、子どもセンターが15施設に過ぎない。一時保護が適切に行われるためには、受け入れ施設を増やし、民間のシェルター等の活用も考慮することが求められる。ところで、平成24年（2012年）4月12日には、児童相談所を移転する場合には、少年サポートセンター等と同一施設への移転を検討し、連携強化に努めることが、都道府県や児童相談所設置自治体に求める通知が発出されている⁽⁴³⁾。

3) 緊急一時保護を積極的運用することは、被虐待児童の保護と虐待をしている（恐れのある）親などに対して、自らの行為によって生じている問題状況について冷静に考えさせる契機ともなる。一時保護の運用に関しては、平成29年（2017年）の児童福祉法及び児童虐待防止法の改正により、家庭裁判所による一時保護審査手続が導入された⁽⁴⁴⁾が、むしろ親権による妨害を最小限にするためには、必要的保護を原則とすることが望ましい。

親等の親権を一次的に排除することから、緊急一時保護期間を1週間程度に設定し、親権を一次的に停止された親権者には家庭裁判所に不服申立ができる制度を設ける等の救済措置を取るとともに、その期間内に虐待に関する証拠を関係機関・関係者から収集し、立件と親権剥奪・停止、被虐待児への接近禁止命令や被虐待児が居住する住居からの退去命令等の運用に向けた司法手続も視野に対応することが求められる。

なお、緊急一時保護に関しては、警察に通報があった場合には、前述の専門部署が初動に入った際に、虐待の事実が確認された場合には直ちに緊急一時保護を、疑いがある場合には家庭裁判所に通報の上、一時保護の手続を取り、虐待する親などから分離することが求められ

る。その際には、一時保護施設やその他の被虐待児童が保護されている施設への接近禁止命令や被虐待児が居住する家屋からの退去命令が併せてなされる必要がある。平成29年改正法では、接近禁止命令等の措置の範囲が拡大はしている。この命令に対する不服申立ても家庭裁判所で対応することが望ましい。

4) 家庭裁判所に新たに少年保護部を設置し、児童虐待から子どもを保護し、子どものために親権を適切に行使し得ない親等に対して、適切な親業訓練を施したり、必要に応じて親権を剥奪・停止する保護機能を担わせる。少年保護部に関しては、例えばカリフォルニア州サンフランシスコ市では、1992年の秋から、Family CourtにDependency Courtを設置し、“Best Interest for Minor”の観点で、少年にとって最善の措置は虐待する親から離すと共に、虐待する親に対して裁判所命令により虐待しない親に変容させるプログラムを課し、その間、接近禁止・退去命令も活用し、里親制度も運用しながら、再統合も視野に入れつつ、児童福祉、社会福祉、医療、教育、警察等の関係機関の協力を求めセーフティーネットを構築しながら積極的に関与しており、司法の積極的関与が前面に出ている対応と言え、我が国における家庭裁判所の今後の立ち位置として参考になる⁽⁴⁵⁾。

5) 通告義務を怠った場合の通告義務者に対する罰則規定を追加する。

児童虐待防止法6条の2として、同5条に義務者として規定されているものが、虐待の事実を知っていたにも関わらず、通告を怠った結果、重篤な事態に至った場合には、例えば、刑法218条の保護責任者遺棄罪の適用が考えられる。また、虐待の事実を知りうる立場にありながら、十分注意(義務)を尽くさずに、重篤な事態に至った場合には、行政処分を含む懲戒処分に付すことを考慮する。この場合には、それぞれの業務に関する根拠規定の懲戒処分に関する規定を準用することが望ましい。

免責規定だけでは、積極的な通告・通報を促しきれないことが前出の(表2)でも明らかなように、医療機関・教育機関・児童委員・福祉

事務所等からの通報が少ないことから伺える。

6) 児童虐待防止法14条は、1項で「民法820条の規定による監護及び教育に必要な範囲を超えて当該児童を懲戒してはならず、当該児童の親権の適切な行使に配慮しなければならない。」と規定し、さらに2項で「児童の親権を行う者は、児童虐待に係る暴行罪、傷害罪その他の犯罪について、当該児童の親権を行う者であることを理由として、その責めを免れることはない。」と規定している。この解釈は、行為者の認識ではなく、当該行為を第三者がどの様に認識した(しえた)評価すべきである、と考える。

また、児童虐待防止法2条が規定する行為が行われた場合、刑法所定の行為類型に該当しない場合でも、児童虐待罪として処罰できる規定を設けることが望ましい⁽⁴⁶⁾。この場合には、家庭裁判所の少年保護部に管轄権を与え、刑罰及び、刑罰ではないが裁判所命令により、虐待に至った背景をや原因を分析し、良い親として被虐待児童を含めて家族が再統合できるように必要十分な改善プログラムを受け、再統合に向けたプロセスも家庭裁判所の少年保護部が監督することが望ましい。そして虐待事案に対応すべく研修・訓練を受けた家庭裁判所調査官を配置することも必要となる。

また、これに関し、「懲戒権の行使としての体罰は禁止する。」旨の民法820条の改正も含めた、児童虐待防止法の改正が必要である。

7) 被虐待児童の精神的負担や不安を軽減し、更なる虐待から守るためには、初動対応から再統合プロセスの全般で、子供達の保護のために心理カウンセラーとリーガルカウンセラーとしての弁護士を公費で付けることが重要である。もちろん、刑事手続に移行した場合の被虐待児童の保護と、虐待した親等が帰住先として家族の元に返ってくる場合には、なおのこと少年への弁護士によるリーガルサポートと心理カウンセラーによる支援は欠かせないものと考ええる。

8) また、児童相談所に通告した事案に関しては、児童相談所の対応結果を警察に報告させ、警察官の巡回パトロールに際し、虐待事案の

通告があった家族への相談・援助が受けやすい環境整備を行う必要がある。刑事施設からの仮釈放・満期釈放時においても、刑事施設や保護観察所からの情報提供を受け、被虐待児童保護のため、巡回パトロールの際に必要な支援等ができる体制の構築が求められる。必要に応じて、少年サポートセンター（警視庁にあっては、少年補導センター）のスタッフによるサポートも考える必要がある。

- (1) ①千葉県野田市の小学4年、栗原心愛（みあ）さん（10）が死亡した事件は、学校・教育委員会、児相の不適切な対応が結果を招来したものであった。朝日新聞 2018年2月2日、8日朝刊、②3月2日、東京都目黒区の船戸結愛ちゃんが自宅から救急搬送され、病院で死亡した。自宅アパートからは「もうおねがい ゆるして ゆるしてください」などつつづられたノートが見つかった。結愛ちゃんに十分な食事を与えず放置したなどとして、父親の雄大容疑者（33）と母親の優里容疑者（26）が6月、保護責任者遺棄致死罪で起訴された。朝日新聞 2018年9月3日朝刊等
- (2) 児相や自治体、地域、警察などが連携した積極的な取り組みが求められている。昨年の通告は前年の1.5倍近い54,227人。暴言を浴びせるなど子どもの心を傷つける心理的虐待が全体の7割弱を占めた。うち子どもの前で配偶者らに暴力を振るう「面前DV」の増加が特に目立つ。子どもの身に危険があるとして警察が保護したのは3,521人で過去最多。事件として摘発したのは1,081件で、被害者は1,108人だった。朝日新聞 2017年3月10日朝刊
- (3) 深町晋也は、「家族と刑法——家庭は犯罪の温床か？」の連載の第一回目の『DVの被害者が加害者に反撃するとき その1』（書斎の窓 2017年5月号）において、「法は家庭に入らず」という法諺が示すように、刑法において家族や親族とは、処罰を限定する方向での意義を有するものであったが、こうした状況は大きく変わってきている。—〈中略〉— このように、刑法において家族や家庭が持つ意味は、ある種の分裂状態にある。それは、現実の社会において家族や家庭が持つ機能の分裂、すなわち、一方では、その構成員を「社会の荒波」から守る自律的な存在として、他方では、その構成員に対する侵害リスクを高める存在として機能することを如実に反映したものと言える。として、介入の必要性に言及している。また、吉田恒雄は、児童虐待の予防・発見段階では、法の機能は親による養育を可能にする条件整備にあり、強制的介入の段階では、子どもの公的保護と親の監護教育権の紛争となったときには、その判断は司法に委ねられねばならず、この段階での法の役割は、対立する利益の調整のための判断

基準ということになる。しかし、法以外の社会規範や援助手段が存在するときにはそれらによるべきであって、それが不可能なときにはじめて、適正な手続に基づく法的介入が強制的になされるべきであるとの若干謙抑的な立場を取っている。「児童虐待に関する法的対応のあり方」早稲田法学 69 卷 4 号（1994 年）67～93 頁

- (4) 「要保護児童を発見した者は、これを市町村、都道府県の設置する福祉事務所若しくは児童相談所又は児童委員を介して市町村、都道府県の設置する福祉事務所若しくは児童相談所に通告しなければならない。ただし、罪を犯した満 14 歳以上の児童については、この限りでない。この場合においては、これを家庭裁判所に通告しなければならない。」と規定している。
- (5) 「学校、児童福祉施設、病院その他児童の福祉に業務上関係のある団体及び学校の教職員、児童福祉施設の職員、医師、歯科医師、保健師、助産師、看護師、弁護士その他児童の福祉に職務上関係のある者は、児童虐待を発見しやすい立場にあることを自覚し、児童虐待の早期発見に努めなければならない。」規定し、さらに、児童虐待防止法 6 条において「児童虐待を受けたと思われる児童を発見した者は、速やかに、これを市町村、都道府県の設置する福祉事務所若しくは児童相談所又は児童委員を介して市町村、都道府県の設置する福祉事務所若しくは児童相談所に通告しなければならない。」と通告義務を規定している。
- (6) 児童福祉法 25 条 2 項で「刑法の秘密漏示罪の規定その他の守秘義務に関する法律の規定※は、前項の規定による通告をすることを妨げるものと解釈してはならない。」と規定。そして、児童虐待防止法 26 条 2 項も「前項の規定による通告は、児童福祉法 25 条 1 項の規定による通告とみなして、同法の規定を適用する。」と規定し、さらに、3 項で、「刑法の秘密漏示罪の規定その他の守秘義務に関する法律の規定は、1 項の規定による通告をする義務の遵守を妨げるものと解釈してはならない。」と、児童福祉法と同様の規定を置いている。

該当する法律として、刑法 134 条（秘密漏示罪）「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護人、公証人又はこれらの職にあった者が、正当な理由がないのに、その業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏らしたときは、6 月以下の懲役又は 10 万円以下の罰金に処する。」及び、保健師助産師看護師法第 42 条の 2 「保健師、看護師又は准看護師は、正当な理由がなく、その業務上知り得た人の秘密を漏らしてはならない。保健師、看護師又は准看護師でなくなつた後においても、同様とする。」、第 44 条の 3 「第 42 条の 2 の規定に違反して、業務上知り得た人の秘密を漏らした者は、6 月以下の懲役又は 10 万円以下の罰金に処する。」がある。

- (7) 「不保護」に関して、不保護とは、老年者、幼年者、身体障害者また

は病者につき、その生存のために特定の保護行為を必要とする状況（要保護状況）が存在することを前提としつつ、その者の「生存に必要な保護」として本法上期待される特定の行為をしなかったことを意味する。とした最高裁判決（最判平 30・3・19 裁判所時報 1696 - 3）がある。

- (8) 児童相談所設置義務がある都道府県（47）、政令市（20）、そして希望する市として横須賀市及び金沢市が、2017年（平成29年）4月に改正児童福祉法が施行されるまで児童相談所を設置しているに過ぎなかった。この間、特別区には政令による指定を受けた児童相談所の設置が認められていなかった。しかし、改正法に基づき特別区及び地方中核市（47）に児童相談所の設置が可能となるような措置を2021年（平成33年）を目処として、政府による支援を実施することになっている。ところで、児童相談所の設置に向けた平成31年2月時点での検討状況は、以下の通りである。

1 中核市（対象：52市）

「設置する方向」	明石市、奈良市
「設置の方向で検討中」	旭川市、柏市、船橋市、豊橋市、鹿児島市
「設置の有無を含めて検討中」	盛岡市、秋田市、郡山市、いわき市、宇都宮市、前橋市、高崎市、川越市、八王子市、長野市、岐阜市、豊中市、高槻市、枚方市、東大阪市、姫路市、和歌山市、松江市、福山市、呉市、松山市、久留米市、長崎市、佐世保市、大分市、宮崎市

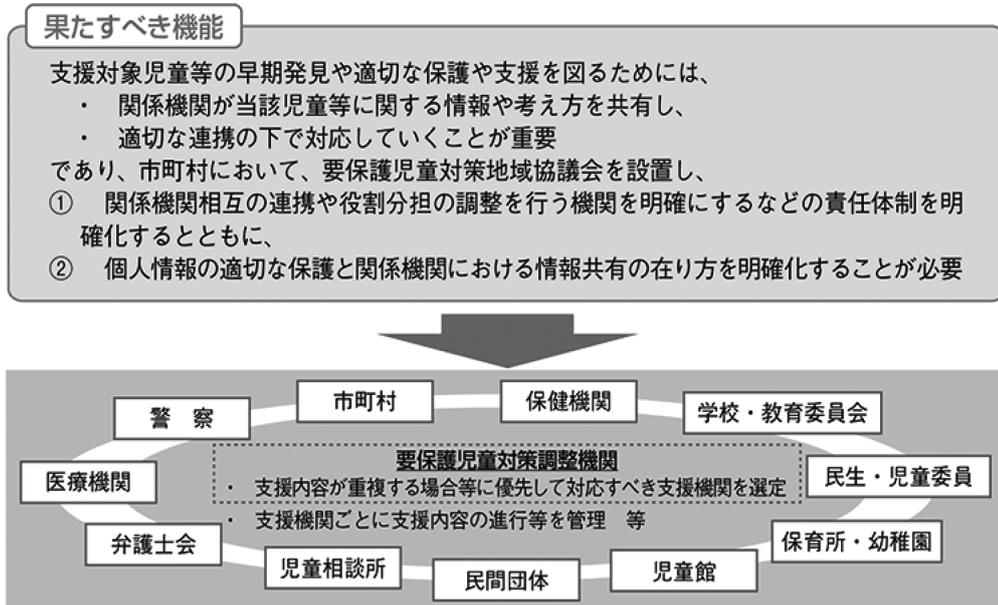
2 特別区（対象：23区）

「設置する方向」	千代田区、港区、新宿区、文京区、墨田区、江東区、品川区、目黒区、大田区、世田谷区、中野区、豊島区、荒川区、板橋区、葛飾区、江戸川区
「設置の方向で検討中」	中央区、台東区、渋谷区、杉並区、北区、足立区

※全国児童福祉主管課長会議説明資料（別冊資料）資料19・103頁 児童相談所の設置に向けた検討状況（平成31年2月時点）（平成31年3月1日（金）子ども家庭局家庭福祉課虐待防止対策推進室）から転載
<https://www.mhlw.go.jp/content/11901000/000484407.pdf>

- (9) 例えば、さいたま市では、さいたま市子ども家庭総合センター（愛称：あいぱれっと）がこれに当たり、その4階には児童相談所、心の健康センター、総合教育相談室等の子供と家庭を取り巻く問題に総合的に取り組んでいる。各地に新設されている子供家庭総合センターは、同じような形態で建設されているものが多く見られる。

(10) 要保護児童対策地域協議会（子どもを守る地域ネットワーク）の概要について示した図が次のものである。



※平成 27 年版犯罪被害者白書第 1 章 特集「途切れることのない必要な支援」・第 4 節 子供の被害者の支援のための連携・1 要保護児童対策地域協議会（子どもを守る地域ネットワーク）に掲載されている概要図を転載

	平成 25 年度	平成 27 年度	平成 28 年度
設置している市町村（全市町村に占める割合）	1,722 (98.9%)	1,726 (99.1%)	1,727 (99.2%)
登録ケース数（うち児童虐待）	178,610 (84,917)	191,806 (92,140)	219,004 (97,428)

調整機関職員数

児童福祉司と同様の専門資格を有する職員	1,586	1,800	1,663
その他専門資格を有する職員	3,091	3,873	3,403
上記以外の職員（事務職等）	3,556	3,647	2,967
合計	8,233	9,320	8,033

※各年度：厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課調べ、平成 25 年度：子どもを守る地域ネットワーク等調査（平成 25 年度調査）、及び厚生労働省 HP「政策」・子ども・子育て支援・児童虐待防止対策・児童虐待防止のための取組・(2) 児童虐待発生時の迅速・的確な対応から転載

(11) 「児童相談所運営指針について」（平成 2 年 3 月 5 日付け児発第 133 号厚生省児童家庭局長通知）も「児童虐待防止対策の強化に向けた緊急総合対策」（平成 30 年 7 月 20 日児童虐待防止対策に関する関係閣僚会議決定）

が取りまとめられたことに伴い、「児童相談所運営指針の改正について」で改定されている。(平成30年7月20日付け子発0720第3号厚生労働省こども家庭局長通知)

- (12) 児童福祉法12条の36項1号及び厚生労働省の任用資格要件(2016年10月1日施行・児童相談所の体制強化に伴う改正)による。
- (13) 警察官職務執行法3条 警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して左の各号の一に該当することが明らかであり、且つ、応急の救護を要すると信ずるに足りる相当な理由のある者を発見したときは、とりあえず警察署、病院、精神病者収容施設、救護施設等の適当な場所において、これを保護しなければならない。(以下省略、詳細は、条文参照)
- (14) 少年警察活動規則36条は「被害少年についての活動」を、37条は「福祉犯の被害少年についての活動」を、38条は「要保護少年についての活動」を、そして39条は、「児童虐待を受けている児童等についての活動」について次の様に規定し、「児童虐待を受け、又は受けているおそれのある児童については、児童相談所その他の関係機関との緊密な連携の下、当該児童に対するカウンセリング、保護者に対する助言又は指導その他の当該児童に対する支援を的確に実施するほか、児童虐待の防止等に関する法律10条に基づく援助の求めがあった場合においては、その求めをした者との適切な役割分担の下、必要な措置をとるものとする。」、警察に必要な措置を取ることを義務付けている。
- (15) 児童虐待防止法10条は、警察署長に対する援助要請等を規定したもので、特に、3項は、「警察署長は、第1項の規定による援助の求めを受けた場合において、児童の生命又は身体の安全を確認し、又は確保するため必要と認めるときは、速やかに、所属の警察官に、同項の職務の執行を援助するために必要な警察官職務執行法その他の法令の定めるところによる措置を講じさせるよう努めなければならない。」と規定していることから、迅速な措置を取ることを義務付けている、と考える事が妥当である。
- (16) この「189」は虐待の通告・相談を受け付けるだけでなく、子育ての悩みなどの相談も受け付けており、虐待専用ダイヤルとなっていないことも問題である。
- (17) 2004年(平成16年)の児童虐待防止法及び児童福祉法の一部改正では、児童虐待の定義の明確化、国及び地方公共団体の責務等の強化、児童虐待の通告義務の範囲の拡大、児童の安全確認及び安全確保に万全を期すための規定の整備等が図られた。

具体的には、①地方公共団体は、要保護児童の適切な保護を図るため、関係機関等により構成され、要保護児童及びその保護者(以下「要保護児童等」という。)に関する情報の交換や支援内容の協議を行う要保護児童対策地域協議会(以下「地域協議会」という。)を置くことができたが、地域協議会の設置は義務付けられていない。②特に、地域協議会を

構成する関係機関等に守秘義務が課せられたことにより、民間団体をはじめ、法律上の守秘義務が課せられていなかった関係機関等の積極的な参加と、積極的な情報交換や連携が期待される。③地域協議会の対象児童は、児福法第6条の3に規定する「要保護児童（保護者のない児童又は保護者に監護させることが不相当であると認められる児童）」であり、虐待を受けた子どもに限らず、非行児童なども含まれる。

(18) 2007年（平成19年）の児童虐待防止法及び児童福祉法が改正では、児童の安全確認等のための立入調査等の強化、保護者に対する施設入所等の措置の採られた児童との面会及び通信等の制限の強化等が図られた。

(19) 2011年（平成23年）の民法及び児童福祉法の一部改正では、児童虐待の防止等を図り、児童の権利利益を擁護する観点から、親権の停止制度を新設し、法人又は複数の未成年後見人を選任することができるようにする等の民法（明治29年法律第89号）の改正と、里親委託中等の親権者等がない児童の親権を児童相談所長が行うこととする等の児童福祉法の改正等を内容とする民法等の一部を改正する法律案が、平成23年5月に可決成立し、同年6月に公布（施行は24年4月1日）されている。

- (20) ※1 殴る、蹴る、投げ落とす、激しく揺さぶる、やけどを負わせる、溺れさせる、首を絞める、縄などにより一室に拘束するなど
- ※2 子どもへの性的行為、性的行為を見せる、性器を触る又は触らせる、ポルノグラフィの被写体にするなど
- ※3 家に閉じ込める、食事を与えない、ひどく不潔にする、自動車の中に放置する、重い病気になっても病院に連れて行かないなど
- ※4 言葉による脅し、無視、兄弟姉妹間での差別的扱い、子どもの目の前で家族に対して暴力をふるう（ドメスティック・バイオレンス：DV）など

(21) 淫らな性行為等を言う

(22) 少年警察活動規則36条は、「被害少年についての活動」を、37条では「福祉犯の被害少年についての活動」を、38条では「要保護少年についての活動」を、そして39条では「児童虐待を受けている児童等についての活動」を規定し、児童相談所その他の関係機関と連携の上、必要な措置を取ることが求められている。

(23) 家庭内での性的虐待を念頭に、親などの「監護者」が立場を利用して18歳未満の者に性的な行為をすれば、暴行や脅迫がなくても罰する「監護者わいせつ罪」（刑法179条1項）と「監護者性交等罪」（刑法179条2項）がそれである。未遂罪も処罰される。今回の改正にあたりドイツ刑法典が参考に供されているので、部会資料の一部を掲載しておく。それによると、「保護を委ねられている者に対する性的虐待」について規定しているドイツ刑法174条1項3号は「行為者の血縁上若しくは法律上の直系卑

属、又は、行為者の法律上の配偶者、行為者と内縁関係にある者、若しくは、行為者が共に婚姻関係若しくは内縁関係類似の生活を営んでいる者の直系卑属で、18歳未満の者に対して性的行為を行い、又は、この者に自己に対する性的行為を行わせた者は、3月以上5年以下の自由刑に処する。」と規定し、さらに、「子どもに対する性的虐待」を規定したドイツ刑法176条1項は、「14歳未満の者（子ども）に対して性的行為を行い、又は、子どもに自己に対する性的行為を行わせた者は、6月以上10年以下の自由刑に処する。」、2項で「子どもが第三者に対して性的行為を行うように、又は、子どもが第三者にこの子ども自身に対する性的行為を行わせるように、この子どもを決意させた者も、前項と同一の刑に処する。」、3項で「犯情が特に重い事案では、1年以上の自由刑の判決を下すものとする。」と規定している。出典 「ドイツ性犯罪関連条文和訳（仮訳）」法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第1回会議配布資料（www.moj.go.jp/content/001162259.pdf）また、フランス刑法は、227 - 15条で「親権者または監護者が未成年の保護を怠り、その健康を危険にさらす行為」を処罰し、致死の結果を招来させた場合に加重類型を227 - 16に規定している。わが国の学校教育法違反に相当する「就学義務違反等」については、227 - 17条で規定している。島岡まな「未成年者を危険にさらす行為」『フランス刑事法入門』89頁 法律文化社2019.4.20 フランスにおける児童虐待防止制度の概要については、三輪和宏「フランスにおける児童虐待防止制度」レファレンス 平成27年8月号81～108頁を参照されたい。

- (24) 例えば、平成30年3月、養父（33歳）及び実母（25歳）は、長女（当時5歳）を十分な食事を与えず放置する等して死亡させた。同年6月、両親を保護責任者遺棄致死罪で検挙した（警視庁）。「平成30年における少年非行、児童虐待及び子供の性被害の状況」34頁警察庁生活安全局少年課平成31年3月、大阪市内で2016年、車のトランク内のクーラーボックスから当時1歳の男児の遺体が見つかった事件で、保護責任者遺棄致死や死体遺棄の罪に問われた母親の鈴木玲奈被告（26）に対し、大阪地裁（増田啓祐裁判長）は18日、懲役5年（求刑懲役6年）の判決を言い渡した。判決によると、鈴木被告は16年4月、交際相手の大島祐太受刑者（24）＝懲役6年6カ月の判決確定＝とホテルに行くため、大阪市の駐車場に止めた乗用車内に、約10時間にわたり息子の琉聖ちゃんを放置。熱中症で死亡させ、遺体をクーラーボックスに隠した。弁護側は「春先で熱中症は予想できなかった」と主張したが、判決は「幼い子を長時間放置する危険は認識していた」と退けた。朝日新聞デジタル版2018年7月18日20時14分
- (25) ストーカー行為規制法は、ストーカー行為を処罰するのとは別に、「つきまとい行為等」に対して、警告、警察本部長による禁止命令を先ず発し、それに従わなかった行為者に対して命令違反行為を処罰するという

形で、行為者の意思に立つ刑法体系との整合性を取っている。

- (26) http://www.gender.go.jp/policy/no_violence/violence_research/kaigi_kettei/toshin-kakutei.html の内第4章の2. 女性に対する暴力が子どもに及ぼす影響、が重要である。
- (27) この「児童虐待の防止等に関する法律を踏まえた児童虐待への適切な対応について」(警察庁丙少発第29号) http://www.crc-japan.net/contents/statute/pdf/satute_h121116.pdf は、「児童虐待に対する取組みの強化」(平成11年12月16日付け警察庁丙少発第26号等)については廃止し、新たに児童虐待の防止等に関する法律を踏まえた児童虐待への適切な対応について、通達したものである。
- (28) http://www.gender.go.jp/policy/no_violence/e-vaw/kanrentsuchi/pdf/02/k_02_seianki111216.pdf の、3頁2 児童虐待に対する取組みの強化及び被害少年の保護 (1) 児童虐待に対する取組みの強化が重要
- (29) 岩井宣子は、「児童虐待の病理とその対策」において、この原則は、温かい家族関係が崩壊している家庭には、適用されるべきではなく、子どもの最善の利益を考慮し、福祉的アプローチを評価しながらも、必要な場合には、親権者に対しても強行措置がとられうる法的根拠として、児童虐待に対する刑事規制を盛り込んだ包括的規制法の立法の必要性を指摘している。『犯罪と非行』120号(1999年)4～28頁
- (30) 平成14年版警察白書151頁
- (31) 警察白書での記述は、14年版とかわることなく、「児童虐待事案は、早期に認知することが重要であることから、警察では、街頭補導、少年相談、110番通報の取扱い等の様々な警察活動の機会をとらえて、発見に努めている。また、被害児童を発見した場合には、速やかに児童相談所に通告するほか、児童虐待事案が犯罪に当たる場合には、児童を保護する観点から、適切な事件化に努めている。」となっている。
- (32) 児童福祉法25条の2は、「地方公共団体は、単独で又は共同して、要保護児童の適切な保護又は要支援児童若しくは特定妊婦への適切な支援を図るため、関係機関、関係団体及び児童の福祉に関連する職務に従事する者その他の関係者により構成される要保護児童対策地域協議会を置くように努めなければならない。」と規定している。
- (33) 社会保障審議会児童部会社会的養育専門委員会(平成30年9月12日開催)参考資料4-3、32頁 これによると、一部の情報を提供したのは、65自治体(うち協定等あり:53自治体)であり、その《協定等における情報提供の基準例》としては、
○厚生労働省通知と同様の基準を明記したのが3自治体で、その内容は①刑事事件として立件の可能性があると考えられる重篤な事案に関する情報、②保護者が子どもの安全確認に強く抵抗を示すことが予想される事案に関する情報、③児童虐待が疑われる情報を警察が覚知し、児童相談

所に照会した際の当該児童に係る過去の取扱状況等に関する情報であった。

- 厚生労働省通知と同様の基準の一部を明記したのは、22自治体であった。
- その他の基準でたいおうしたのは、53自治体（上記と重複あり）で、①児童に負傷、著しい発育の遅れが認められる事案・性的虐待が疑われる場合、②DV被害者と同居している場合・一時保護等家庭からの分離等をした場合、解除した場合等であった。

合同研修の内容は、立入調査、臨検・捜索のロールプレイ等で、実施した62自治体中、最多は7回、最少1回の回さいてあった。

- (34) この点に爛しては、同様の内容が、筆者も参加していた 総理府青少年対策本部吉岡参事官が主催する児童虐待研究会でゲストスピーカーとして報告された当時の神奈川県警の少年課長の経験談として語られていた。
- (35) この制度の導入に参考なるものとしては、法務省と警察庁で取り交わした合意に基づき運用されている、「出所者情報提供制度」がある。警察庁では、H17年6月から通達により、「子ども（13歳未満）対象・暴力的性犯罪」の出所者について、出所後の所在確認及び継続的な所在確認を行うなど再犯防止の措置を行っており、本年4月からは、出所後の所在確認等を行う際に、必要に応じて、対象者の同意を得た上で面接及び面談を行い、助言指導、相談等支援も併せて行っている。最新の通達は、「子供対象・暴力的性犯罪の出所者による再犯防止に向けた措置の実施について（通達）警察庁丙生企発第71号、丙地発第9号（参考送付先）丙刑企発第50号、丙捜一発第7号平成29年7月13日
- (36) 警察署を指すが、平成22年には全国で1,184署、平成29年には1,163署、平成30年も同数が配置されている。各都道府県で警察活動に従事する警察官の数は、平成30年では、296,702人となっている。
- (37) 触法少年の調査に当たる警察官に関して、少年警察活動規則18条2項5号、及び3項では、研修を受けた者の中から適任者を「調査主任官」として指定し、対応させているが、児童虐待事案を担当する警察官についても、触法調査に当たる調査主任官と同様の研修を受け、任命されたものが当たることが望ましい。その鍵で、少年警察活動規則の改正が望まれる。
- (38) 警察庁から都道府県警察に対しては「児童虐待への対応における組織の強化について（通達）」（平成24年4月12日付警察庁丁少発第55号）で、警察組織としての的確な対応の徹底の項で（1）児童の安全の直接確認の徹底、（2）迅速適確な事件化判断と捜査体制の確立、（3）児童虐待の早期発見等に関する教養の徹底、（4）危険度・緊急度の的確な判断及び情報の共有等が指示されている。
- (39) 朝日新聞京都版（不定期土曜朝刊）2017年5月25日に連載中の「司法Voice」で、当時の京都地検公判部長が「・・・検察官として様々な事件の捜査や裁判を担当してきたが、常に心が強く痛むのは、幼い子どもが

虐待を受けた事件だ。・・・〈中略〉・・・検察庁では地域の実情に応じ、児童虐待事件に対する新たな取り組みを始めている。例えば事件発生直後から児童相談所や警察、検察が連携し、代表者が子どもから直接話を聞く。他の二者はその様子を別室でモニターし、事情聴取の回数を減らす。子どもへの精神的負担に配慮するとともに度重なる聴取による子どもの記憶への悪影響を防ぎ、供述の信用性を確保する試みである。・・・〈中略〉・・・児童虐待事件では加害者である親の処分を決める前に、事案に応じて医療、教育を含めた関係機関と意見交換の場を設ける例もある。再被害を防止し、子どもが再び家族と一緒に暮らせる道を探る試験的な取り組みである。昨年、京都地検でも「児童虐待対策プロジェクトチーム」を立ち上げ、児童相談所や警察との間で協議会を随時開催している。問題意識を共有し、緊密な連携を図る取り組みを進めている。・・・〈中略〉・・・「子どもは未来からの使者」という。かけがえのない伸びゆく命を守り、悠久の歴史を確かな未来へつなげていくため、関係機関が相互に知恵を出し合って一層連携を強めている。検察官としてでき得る限りの努力を重ねていきたい。」と述べている。

朝日新聞 2019.5.21 朝刊「オピニオン・結愛ちゃん・虐待教訓は」木下あゆみさんインタビューの中で、「私が家庭裁判所の調査官の研修で講師を務めたことをきっかけに、調査官や弁護士や検察官、警察官、児相、行政、医療機関などで虐待に関わる人たちとの勉強会を開くようになりました。ちょうどその頃、高松高検の検事長が虐待問題に強い関心を持っていたこともあり、虐待した親を検察が処分する前に関係機関と対処法を検討する『処分前カンファレンス』が全国に先駆けて始まりました」、「例えば警察は容疑者である親の逮捕が第一ですよ。でも、その子どもは『自分のせいで家族がバラバラになってしまった』と思いがちです。こうした状況を事前に共有できれば、医師や児童福祉司が子どものケアに同時に入ることができます。虐待事件が起きると、福祉の対応は生ぬるい、警察と虐待事案を全件共有すべきだという意見が出ますが、警察も子どものことをよくわかった上で対応しなければ、子どもは幸せにはなれません。お互いの職務や動き方を知っておくこと、顔の見える関係を作っておくことが、うまく連携するにはとても大事です」と指摘している点は、今後の方について考える時、示唆に富むものである。

- (40) 児童相談所に配属されている職員の内訳は次表の通りである。

児童相談所に配属されている職員の内訳

	児童福祉司	児童心理司	保健師	相談員	医師	現職警察官	警察官OB	教員
正規	2,524	1,082	79	227	51	46	0	94
非正規	39	141	17	562	536	3	136	92

- ※ 児童福祉司・心理司の数には、スーパーバイザーは含まれない。
- ※ 教員に関しては、一時保護所に100人配属されている。
- ※ 全国児童相談所長会平成29・30年度調査「児童相談所業務の推進に資するための相談体制のあり方に関する調査」中間報告の15～16頁の配置人員を基に編集

なお、「第1回児童買春・児童ポルノ被害児童の保護施策に関する検証・評価専門委員会資料6（平成29年6月29日人事交流及び合同研修等の実施）」によると、児童相談所との平素からの連携を強化し、個別事案における早期の情報共有や事態が深刻化する前の迅速的確な対応を図るため、児童相談所に対する警察官OBの配置等の人事交流、研修への積極的な協力、要保護児童対策地域協議会への積極的な参画のほか、一部の都道府県警察では少年サポートセンターを児童相談所と同一施設内に設置し連携を推進。（人事交流：平成29年4月1日現在～205名、合同研修：平成28年中～246回、少年サポートセンターと児童相談所との併設：平成29年4月1日現在～193施設のうち8施設）となっていることが報告されている。

- (41) 少年サポートセンターは、各都道府県に設置され、平成16年には181箇所、平成23年には197（警察施設以外68）箇所、平成25年には191（警察施設以外64）箇所などが設置されている。平成22年（2010年）に開所した京都府家庭支援総合センターは、建物内に児童相談所、（京都府警）少年サポートセンター等が有り、保護宿泊施設が併設されている。
- (42) 平成30年度全国児童相談所一覧（<https://www.mhlw.go.jp/bunya/kodomo/dv30/zisouichiran.html>）凡例注記参照
- (43) 「児童虐待への対応における警察との連携の推進について」（雇児総発0412第1号）、なお、同一施設内への少年サポートセンターの移転についても、前掲注bで通達がなされている。
- (44) この改正までは、一時保護の期間は、児童虐待防止法8条3項及び児童福祉法33条3項で2ヶ月以内とされていた。なお、この改正法は、平成30年（2018年）4月から施行されているが、その目的は、虐待を受けている児童等の保護を図るため、児童等の保護についての児童福祉法に関する改正内容としては、①虐待を受けている児童等の保護者に対する指導への司法関与、②家庭裁判所による一時保護の審査の導入、そして、児童虐待防止法に関する改正内容としては、①接近禁止命令を行うことができる

場合の拡大を図った点にある。

- (45) San Francisco の Juvenile Dependency Court の William R.Gargano 判事が、筆者が 2000 年に留学した際、少年保護裁判所の判事をしていたことから、児童虐待事件の裁判所の対応について参与観察する機会を得た。なお、San Francisco Juvenile Dependency Court の手続の概要は、PRACTICE GUIDELINES FOR ATTORNEYS PRACTICING IN THE SAN FRANCISCO DEPENDENCY COURT を参照のこと。

<https://www.sfsuperiorcourt.org/sites/default/files/pdfs/Practice%20Guidelines%20Dependency%20Court.pdf?1558422677138>

- (46) 安部哲夫は、平成 12 年（2000 年）に児童虐待防止法が制定される前年に、「児童虐待の刑事法的対応について」『北陸法学』7 巻 1 号（1999 年）14～16 頁において、誤報通告者への免責と不通告者への刑事罰、親権者または監護責任者による児童への虐待傷害罪および虐待致死罪、親権者または監護責任者による児童への性的虐待罪を児童福祉法 34 条 1 項に新設し、福祉犯として家庭裁判所管轄で審理することを提案しているが、当時としては先見の明があったと思われる。なお、少年法 37 条が規定していた「成人の刑事事件の管轄」に関する規定、関連する 37 条等は、平成 20 年（2008 年）12 月 15 日の少年法の一部改正法の施行によって削除され、家庭裁判所から地方裁判所に管轄が売っている。福祉犯の取締は、少年警察の業務として現在も行われている。

追記

脱稿後の令和元年 6 月 19 日に「改正児童虐待防止法と改正児童福祉法」が、参議院本会議において全会一致で可決、成立したが、①虐待防止法では「しつけ」に際し体罰を加えてはならないとしたものの、民法の懲戒権行使については施行後 2 年を目処に検討を加えるとしたこと、②一時保護などの介入対応職員と保護者支援の担当職員を分けること、学校や教育委員会、児童施設の職員に守秘義務を課すとしたこと等がポイントであるが、根本的な対策としては不十分であり、児童虐待防止法制度の効果的な運用のためには、家庭裁判所に少年保護部を設置するなど、本稿で提案した点を踏まえた議論が進むことを期待したい。

執筆者紹介（掲載順）

吉原達也 日本大学教授

小川宗一 日本大学教授

長谷川貞之 日本大学教授

清水恵介 日本大学教授

岡田俊幸 日本大学大学院教授

藤川信夫 日本大学特任教授

船山泰範 日本大学元教授

南健悟 日本大学准教授

野中貴弘 日本大学専任講師

末澤国彦 日本大学助教

玉蟲由樹 日本大学教授

尾田清貴 日本大学教授

Commemorative Issue for the 130th Anniversary of the Founding of the College of Law, Nihon University

CONTENTS

Dedication

Tatsuya Yoshihara, *Miyazaki Michisaburo's Lectures on Roman Law*

Soichi Ogawa, *Requirements for Applying Article 3 (2) of the Trademark Act*
—*The Uniformity between "Trademark and Goods Filed" and "Trademark and Goods Used"—*

Sadayuki Hasegawa, *Rescission of Mandate Contract and Benefits of Mandatary*
—*Seen From the Process of Revisions to the Claims Act in the Civil Code of Japan—*

Keisuke Shimizu, *Study on Article 102 of the Civil Code*
—*Some Observations on Persons with Limited Ability to Act as Legal Representatives—*

Toshiyuki Okada, *Die Versammlungsfreiheit auf privatem Gelände*

Nobuo Fujikawa, *Responsibility to Improve Corporate Value in Amendment to UK Stewardship Code, UK Corporate Governance Code, and in US The Accountable Capitalism Act Bill*
—*Transformation of Ownership of Shareholders, A Mixture of Judicial Judgment Criteria of Takeover Defense Measures—*

Yasunori Funayama, *The Legitimate Expectations for Personal Criminal Negligence within Organizations*
—*Based on Some Hints from the Azumino Retirement Home Incident—*

Kengo Minami, *Business Transfers or Company Splits by Shipowners and Maritime Labour Contracts: The Significance of Article 43 of the Seafarers Act*

Takahiro Nonaka, *Bedeutung der Entgeltabrede bei der Restitution —Bemessung des wegen der Unmöglichkeit der Rückgewähr in natura zu ersetzenden Wertes—*

Kunihiko Suezawa, *A Study of the Establishment of the Lawyer Act and Attorney Examination —Focusing on Deliberations in the Diet—*

Yuki Tamamushi, *Gleichbehandlungsgrundsatz und Verhältnismäßigkeit*

Kiyotaka Oda, *New Police Action against Child Abuse*

- 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。

日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.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ございましたら、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 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) kenjimu.law@nihon-u.ac.jp

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

大岡健輔 賀来健悟 江南泰也 江島拓也 大久保美典 小野雅之 加藤野典 児玉直起 高畑一郎 友岡史仁 水戸克典 横溝えりか 渡辺徳夫 石川徳幸 岡山敬二 加藤暁子 杉本竜也 中村未也 野村知彦 松島和江 石村和雪 田崎武

日本大学法学部

創設百三十周年記念号

日本法学第八十五卷第二号

令和元年九月二十七日発行 非売品

編集責任者 日本大学法学会 小田 司

発行者 日本大学法学会 電話〇三(五二七五)八五三〇番

東京都千代田区神田猿樂町二一四 A&Xビル 印刷所 株式会社メデイオ 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. 85 No. 2 September 2019

Commemorative Issue for the 130th Anniversary
of the Founding of the College of Law, Nihon University