

ISSN 0287-4601

日本法學

第八十八卷 第四号 2023年2月

長谷川貞之教授退職記念論文集

多様化する社会と法律学の課題

日本大学法学会

日本法学 第八十八卷第二号 目次

論 説

コロナ・パンデミックにおける学校教育を受ける権利

——二〇二二年一月十九日ドイツ連邦憲法裁判所

第一法廷決定（連邦緊急ブレッキ第二決定）をめぐって——

… 岡 田 俊 幸

ブロックチェーンベースの

スマートコントラクトにおける合意形成と契約理論

… 長谷川 貞 之

翻 訳

勅法彙纂第4巻第44章第2法文における

脳内の衡平とその実務慣用について

クリスティアントジウス
… マンフレートヒンステット

出雲 孝 訳

論 説

国連憲章下における

集団安全保障体制の枠組み

——安全保障理事会の権限と裁量の射程をめぐって——

… 本 吉 祐 樹

日本法学 第八十八卷第三号 目次

高橋雅夫教授退職記念論文集

法と地域をめぐる諸問題



長谷川 貞之 教授 近影

献呈の辞

長谷川貞之先生は、日本大学法学部に一六年にわたり奉職され、令和五（二〇二三）年三月末日をもってご退職されます。ここに謹んで感謝の意を表すとともに、退職記念論文集を編み、これを先生に献呈いたします。

長谷川先生は、昭和五六（一九八一）年三月に学習院大学法学部法学科をご卒業後、昭和五八（一九八三）年四月に慶應義塾大学大学院法学研究科にご進学され、民法および信託法を中心とする民事法の研究を志されました。昭和六〇（一九八五）年三月に同大学院法学研究科博士前期課程を修了し、修士号を取得された後、同博士後期課程にご進学されて、研究者の途に入られました。昭和六三（一九八八）年三月に同博士後期課程を単位取得のうえ中途退学し、同年四月に駿河台大学法学部の専任講師に迎えられました。大学での研究教育に従事する日々を過ごされるなか、平成四（一九九二）年一月に慶應義塾大学より「過失相殺の理論史的系譜『被害者の過失』理論」で博士（法学）の学位を授与されました。その後、駿河台大学法学部助教授、同学部教授（大学院法学研究科教授兼任）となり、平成一六（二〇〇四）年四月には獨協大学に研究教育の場を移し、獨協大学法学部教授（大学院法学研究科兼任）、同大学法科大学院（ロースクール）教授にご就任されました。そして、平成一九（二〇〇七）年四月に日本大学法学部教授および同大学院法学研究科教授にご就任され、以来、本学において民法を中心に研究教育にあたってこられました。この間、平成一八（二〇〇六）年六月には弁護士登録（第二東京弁護士会）をされ、民事事件および家事事件にも従事され、実

務にも携わっておられます。

長谷川先生の研究は、民法および信託法を中心に、多方面かつ多岐にわたっています。公刊されているご著書およびご論文などからみますと、博士論文の研究テーマとされた過失相殺のほか、第三者のためにする契約、根保証・根抵当権、信託受託者の信認義務、信認代理、役務・サービスに関する契約と消費者保護、市場のプラットフォーム化と契約上の諸問題、シェアリングエコノミーやブロックチェーンベースのスマートコントラクトと契約理論などを研究テーマとして取り組んでこられました。動物ペットの法律問題は、先生のライフワークとでもいうべきものです。平成二九(二〇一七)年二月から同年一〇月にかけて、ドイツのヨハネス・グーテンベルク大学(マインツ)で客員研究員に迎えられる、第三者のためにする契約と契約上の地位の譲渡の問題について比較法的視点からご研究されました。こうした研究の中で特筆すべきは、民法の担保物権と信託との関係をセキュリティ・トラストとして一冊のご著書にまとめられ、『担保権信託の法理』(二〇一一年・勁草書房)として出版されたことです。また、近時の債権法改正にあたっては、民法の研究者らと『社会の変容と民法典』(共著、成文堂・二〇一〇年)、『民法改正案の検討Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ』(共著、成文堂・二〇一三年)を出版され、立法作業の是非や改正法の問題点を世に問うておられます。改正法の施行後は、債権法改正過程を分析しながら、訴訟実務で押さえるべき重要論点を網羅した『改正「債権法」における判例法理の射程』(共著、第一法規・二〇二〇年)を公刊されています。直近の著作では、委任と解除との関係について民法典の編纂時に遡って沿革から近時の債権法改正に至るまでを分析した『委任の任意解除権』(二〇二三年・成文堂)が注目されます。これは、日本大学法学部叢書第四六巻として公刊されたものです。

学会関係におかれましても、平成二三(二〇一一)年一〇月から平成二五(二〇一三)年一〇月まで私法学会理事、

平成二七（二〇一五）年一月からはペット法学会理事を務められ、多大なる貢献をされてきました。また、学生の教育にも熱心にご対応され、先生がご担当されるゼミナールからは多くのすぐれた人材が輩出されています。

長谷川先生は、学内行政においても、平成二三（二〇一一）年から平成二四（二〇一二）年まで比較法研究所次長、平成三〇（二〇一八）年から平成三一（二〇一九）年まで大学院運営委員会副委員長および研究委員会副委員長を務められ、学部の運営にご尽力されました。

長谷川先生がご定年を迎えられますことをお祝いし、また、先生のこれまでの研究活動や本学において貢献されたことに感謝を申し上げ、この度、学内外の民法研究者をはじめとし、先生にご指導賜りました研究者らにより、長谷川貞之教授退職記念論文集として『多様化する社会と法律学の課題』を刊行することとなりました。価値観が多様化する現代社会にあつて、民法の領域だけでも債権法改正や相続法改正など多くの課題を抱えているこのような時期に、学内外の研究者らが参集し、このような論文集を刊行することは大変意義深いことと思われれます。

最後になりますが、長谷川先生には、今後とも一層のご指導およびご支援を賜り、我々を暖かく見守ってくださいますようお願い申し上げますとともに、先生のご健康と更なるご活躍を祈念し、献呈の辞とさせていただきます。

令和五（二〇二三）年二月吉日

法学部長 小田 司

目 次

献呈の辞

役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任

——ドイツ給付障害法を素材にして——

長坂 純 …… 三

消費税の再検討

阿部 徳幸 …… 四

合同会社における業務執行社員との対立と社員の除名の訴え

——東京地判令和三年一月二十九日を素材として——

大久保 拓也 …… 七

婚姻破綻時における婚姻費用と扶助に関する覚書

大杉 麻美 …… 一〇三

「コロナ散歩」と集会の自由

岡田 俊幸 …… 一三五

昭和二十一年・地方競馬法の制定について

——議会での審議を中心に——

末澤 国彦 …… 一七三

公立学校における聖書朗読とアメリカの政教分離

高畑 英一郎 …… 一九七

ブリュッセルIa規則における消費者保護規定とターゲットティング論 ——第一七条(1)(c)におけるターゲットティング基準について——	中村進	三三
合同行為論について ——岡松参太郎博士の所論を中心に——	中山知己	二七三
社団たる医療法人のガバナンスの実効性に関する一考察 ——東京地判平成三〇年一〇月二六日判タ一四七一号二四八頁を素材として——	松嶋隆弘	三〇五
法人税還付による過払金債権者の救済に関する一考察	松嶋康尚	三三三
代替執行の実施費用	吉田純平	三五三
フランスにおける組合契約の法的性質論	吉井啓子	四〇〇
動物の治療費の賠償における愛着利益・動物保護の考慮——ドイツ法からの示唆	山田孝紀	四三六
フランチャイズ契約における「契約の領域」に関する一考察 ——スザンヌ・ルケットの共通利益の契約 (contrats d'intérêt commun) 論を参考に——	矢島秀和	四六四
保険契約の解除に関する日仏比較の可能性	松田真治	五〇四

電子マネーの第三者による無権限利用における保有者の保護 ——フランス通貨金融法典を参考に——	深川裕佳	五八
スイス債務法における信頼関係と契約上の利益からみる委任の終了と継続	蓮田哲也	五二
ドイツ民法典（BGB）における双務契約・ 片務契約概念と有償契約・無償契約概念の展開	萩原基裕	五二
債権である貸借権に基づく妨害排除効理論の展開と、 その将来的展望についての再検討 ——「権利の性質」の実質的機能と「権利の内容」からその保護の あり方の必要性和許容性についての理論展開・序論——	西島良尚	六六
フランス法における小切手の「支払保証」	柴崎暁	六六
社債管理補助者による社債管理の在り方	鬼頭俊泰	六四
イギリスにおける不当取引の一考察 ——会社の事業再生の観点から——	金澤大祐	六九
生命・身体の侵害による逸失利益の賠償のあり方に関する再検討 ——後遺障害による逸失利益の定期金賠償を認めた最高裁判決を契機として——	加藤雅之	七四

ECの利用規約における不明確条項……………	帷子翔太……………	七五二
ハーグ成年者保護条約をめぐる近年の動き ——国連障害者権利条約との交わりを中心に——……………	織田有基子……………	七六四
クリスティアン・ヴォルフの履行順序論にもとづく契約の分類とリスク配分 ——改正民法における通常損耗補修特約の位置づけを素材として——……………	出雲孝……………	八三三
デジタルプラットフォームの法的構造と提供者の法的責任……………	芦野訓和……………	八五九
梅説の求償制度論……………	福田誠治……………	八九二
長谷川貞之教授 略歴……………		八九三
長谷川貞之教授 主要業績……………		八九七

索引

長谷川貞之教授退職記念論文集

役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任

——ドイツ給付障害法を素材にして——

長 坂 純

目次

- 一 問題の所在
- 二 契約法規範の変容と改正民法の規律構造
- 三 ドイツ給付障害法における議論状況
- 四 役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任
- 五 結 び

一 問題の所在

周知のように、現代の社会生活においては、保険・金融サービス、医療サービス、教育サービス、情報サービスなど、多くの分野で多種多様なサービス取引が行われており、また、新種のサービスも次々と開発され、提供されている。そして、サービス取引の進展に伴って生じ得るトラブルに対処するために、法的にもサービスを規制対象とすることが増えている（割賦販売法、特定商取引に関する法律、商標法、不正競争防止法など）。

サービス取引の進展という事態は、有体的財貨の供給という「与える債務（給付）」から各種役務の提供という「なす債務（給付）」へと、債務態様の重要性が移ってきたことに対応するものに他ならない。つまり、契約法規範における「引渡債務」から「行為債務」への比重の拡大である^②。しかし、役務を伴う契約といっても、役務のみを目的とするものから、「物」の供給と混合する場合もみられ、また、不完全な役務の態様や顧客の救済方法も色々考えられる。

このように役務および役務提供契約の多様性からは、民法典の諸規定だけでは十分に対応しきれない問題も浮上する。民法典における契約法の諸規定は、専ら「物」給付を中心に構成されており、役務への法的対応は十分ではない。債権総則規定では、「債権の目的」（三九九条以下）につき、債務（給付）の概念分類には一切言及しておらず、主体としての役務提供者の視点や対象としての役務の視点から定められた規定もない。また、契約規定の中に役務提供型の典型契約として雇用・請負・委任・寄託をおいたが、これらは多様な役務の一部を抽象的概念でもって対象とするものであり、不完全な役務に対する提供者責任の一端を呈示するに留まっている。もちろん、役務提供契約においても

提供者の債務不履行責任や契約不適合責任を追及することは可能である。しかし、「物」給付とは異なり、役務提供にあつては、給付結果が約束されているのかどうか、瑕疵のない役務とは何かがそもそも定まっていないうえに、実際になされた役務の質を客観的に評価することも困難である。また、導かれる効果についても、単に損害賠償や契約解除によつて不完全な役務からの救済を図るだけでは不十分である。今回（二〇一七年）の改正民法に導入された契約不適合責任（五六二条以下）の適用に関しても、それは物給付を伴う契約（物の製作・修繕、運送、寄託など）のみが対象となるのか、あるいは一定の結果の達成が約束された契約に限定適用されるのか、さらには、物給付を伴わない役務提供（純粹役務^②情報提供や医療・介護サービスなど）にも適用可能かなどが問題となろう。^③

学説においても、役務提供契約を検討すべき重要性が認識され、「物」の供給に関する契約類型と並立させた役務提供型契約類型の定立や欠陥・瑕疵のある役務の認定判断などに関しても議論されてきた。さらに、契約締結に際しての事業者の説明・表示義務の内容や約款規制、役務の安全性確保の具体的方策、継続的契約関係における中途解約権の保障や代金前払契約の規制など、実務上の対応を要する課題も指摘されている。しかし、未だ役務提供型の契約法は生成途上にあり、役務提供者責任の体系化もその緒に就いたばかりである。^④

以上の状況を踏まえ、本稿は、役務提供契約の目的である行為債務の不履行に基づく損害賠償の帰責構造を検討する。改正民法四一五条は、改正前民法四一五条の「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を損害賠償の一般的免責要件として位置づけたうえで、その判断基準を「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念」に求めることを明記する。ここで債務者が不履行責任を負う理由は、契約により約束した債務を履行しないという「契約の拘束力」（「契約は守られなければならない（*pacta sunt servanda*）」という原則（「*pacta sunt servanda*）」に求められ、行動の自由の保障を

基礎に据えた伝統的な過失責任の原則（過失責任主義）を根拠とするものではないと説明される。⁽⁵⁾

しかし、改正民法において、債務不履行による損害賠償請求権の成立要件はどのように理解されるのかは判然としない。周知のように、これまで損害賠償の成立要件は「債務の不履行」と「帰責事由（過失）」という二元的構成に立脚して理解されてきたが、このような伝統的理解に関しては様々な修正が加えられてきた。⁽⁶⁾ 役務提供契約においては、専ら役務の提供（行為債務）のみを内容とする契約のほか、「物」の供給との関連性も踏まえた類型化がなされ、履行結果についてもそのような給付実態に即した分析が加えられている。そして、ここでは当事者の契約関係における行為態様、すなわち、履行過程における具体的な行為義務の違反が、債務不履行の判断基準とされる。

そこで、以下では、ドイツ法を素材にして検討する。後述するように、ドイツ民法典（以下では、BGBと称する）は、給付障害を債務関係から生じる「義務違反（Pflichtverletzung）」概念に包括し、契約義務の存立根拠規定を設け、積極的債権侵害論の展開過程で理論的深化が進められた契約義務論の成果が収斂された。また、「帰責事由（Vertretensszenen）」に関しては、その原則を過失責任主義に求め、過失責任原理の評価や債務（給付）類型に関連づけた議論が展開されている。したがって、日本法の問題を考えるうえでも、ドイツ法は格好の理論モデルを提供するであろう。⁽⁷⁾

二 契約法規範の変容と改正民法の規律構造

1 契約法規範の変容と役務提供契約

(1) 契約法規範の変容

周知のように、近代民法の基本原則である契約自由の原則（民法五二二条・五二二条二項）は、当事者の対等性・互換性を前提とするが、かなり早い段階から当事者間の経済的・社会的格差（特に情報力・交渉力格差）の問題性が露呈し、その修正が図られてきた（締約強制、方式規制、内容の適正化など）。しかし、他方で、近年の契約法の潮流として、契約自由の強調ないし合意重視の傾向についても指摘される^⑧。それは、一九九〇年代からの自己決定による契約自由の強調や契約利益を中心とする債権法の構築へ向けた動き、契約の尊重（保護）思想^⑨といった諸場面であらわれているという。このように、今日では、「契約自由の修正」と「契約自由の復権」が併行・拮抗しているという状況にある。

また、取引社会の進展に対応して契約形態が変容してきたことも、現代契約法の特徴である^⑩。契約当事者（主体）の具体的な属性（消費者・事業者・労働者など）への配慮、契約内容の定型化や取引方法の多様化による特別法の制定・改正の進展（割賦販売法・特定商取引法・金融商品販売法など）、取引関係の多角化（複数の契約関係の連鎖〔連続〕^⑪や循環構造など）のほか、契約目的物の多様化という特徴も顕著である。すなわち、契約目的物として、大量生産された代替性のある種類物が多くなるとともに、情報や無形サービスの重要性が増大し、役務提供契約および行為債務は現代契約法の特徴として浮上してきた問題である。

(2) 役務提供契約論の展開

役務提供契約および行為債務をめぐっては、これまで、一般契約法や契約類型の視点からその特徴と概念の意義が説かれ、また、役務の欠陥・瑕疵に対する役務提供者責任が論じられてきた¹²⁾。特に、役務提供契約および提供者責任を消費者被害の救済という側面から考察する傾向が顕著であった。

(a) 役務提供契約の性質決定 行為債務(なす債務) 概念に関しては、フランス法上の結果債務・手段債務概念に対応させて論じる見解が有力であり、役務提供給付の特徴も浮き彫りにされ、とりわけ、役務の不可視性・無形性、品質の客観的評価の困難性、復元返還の困難性、貯蔵不可能性、人的依存性・信用供与的性格、役務態様の多様性などが指摘されてきた。そして、役務提供契約は、「物」の供給との関連を踏まえて類型化される(物供給と混合する場合、物に関わらない場合〔純粹役務〕)とともに、履行結果の態様(結果の達成が約束されている場合〔さらに有形的に具現化するものと無形のもの〕と約束されていない場合やこれらの混合型)に即した分析が加えられている。また、典型契約との対比から、役務提供自体を目的とするのか(雇用・委任)、一定の結果の達成が義務づけられるのか(請負)という「給付目的の差違」、あるいは役務(勞務)提供者の役務受領者からの独立性(請負・委任)、従属性(雇用)といった「当事者の関与」の度合に応じた差別化もみられる。しかし、実際には、当事者による結果達成の期待は契約により異なるであろうし、当事者間の独立性・従属性という点も段階的ないし類型的に種々考えられる¹³⁾。多様な役務提供給付を包括する視点や分類する枠組みは確立されてはいない。

以上の状況からは、典型契約制度の意義ないし契約類型の機能に関しても改めて検討して見る必要がある¹⁴⁾。最近では、フランス法における議論の紹介も盛んである。すなわち、契約の解釈から性質を決定し、具体的事案に適用可能

なカテゴリを確定するという作業の一環である「契約の法性決定」に関する議論の検討や、契約の一般理論と各種の典型契約の規律との間に特定の問題に関して共通の性質をもつ同系類の契約に妥当する理論（中間理論）に関する議論も紹介されている。¹⁶

(b) 役務提供者責任 役務提供者責任の性質・内容に関しても、その解明へ向けた一定の傾向を窺うことはできず、諸説が林立する。結果債務・手段債務類型からの分析や「物」給付と関連づけた不完全な役務の判断、消費者保護の見地から役務提供者の注意義務の水準を引き上げる考え方など、その解決方向性に関しては議論がある。しかし、上述の役務提供給付の諸特徴からは、その債務不履行や契約不適合の判断は容易ではない。裁判例においても、典型・非典型契約を含む多くの役務提供契約に関する事例が集積されてきているが、同種の事案において帰責根拠（被違反義務）の理解は一致せず、また、債務内容の特定や債務者のなした行為の事実認定と本旨不履行の評価に関する判断過程が明確でない場合も少なくない。

私見は、不完全履行論の成果から解決方向性を得られないかと考えている。不完全履行概念は、履行遅滞と履行不能という二つの態様には収まりきれないものを捉えるためのいわば補充的な態様として、不履行責任の拡張をもたらした。そして、次第に多種多様な役務提供契約が登場してきたことにより、行為債務の重要性が増すに至り、この種の債務にあつては「与える債務（引渡債務）」以上に不完全履行が重要な意味を有することが明らかにされた。

そして、不完全履行論は、契約上の債務・義務構造に関する理論的進化をもたらした点で評価できるであろう。債務・義務に立脚して債務不履行を捉える分析手法は、本旨不履行の判断基準を説明するうえで有用であり、また、役務提供契約では当事者の契約関係における行為態様（行為義務）が評価の対象とされることから、債務者の帰責性が

より鮮明になり得ると考える。⁽¹⁸⁾ この点で、これまでの積極的債権侵害論(契約義務論)の成果を導入したドイツ給付障害法は、格好の理論モデルを提供する。

2 改正民法の規律構造

(1) 役務提供契約と民法改正

今回の改正民法の立法過程および契約法の規律において、いくつかの留意点が認められる。民法(債権法)改正委員会の改正試案およびそれを踏まえた法制審においては、役務提供契約に関して検討された。⁽¹⁹⁾ ここでは、雇用・請負・委任・寄託を包括する上位カテゴリーとして「役務提供契約」を位置づけ、無名の役務提供契約についても適用される総則規定として、①役務提供者の義務、②具体的報酬請求権の発生に関する一般原則、③役務受領者の任意解除権とそれに伴う役務提供者の損害賠償請求権が予定された。しかし、中間試案の段階で総則規定をおくことが断念され、準委任の規定の改正に拠ることとしたが、⁽²⁰⁾ 要綱仮案の段階でそれも見送られた。

すなわち、法制審では、様々な役務提供を内容とする契約のうちで、委任に関する規定が妥当する類型もあれば、そうでない類型もあり、当事者間の信頼関係を前提にするというよりも、受任者の知識や技能といった専門性を重視して契約が締結されることも多く(たとえば、医療やコンサルティング)、準委任を類型化するにしても、その基準の合理性や明確性の点で疑問があるとされた。⁽²¹⁾ そして、結局、委任の規定が準用されない場合に適用される規律が不明確であり、他方で、適用される規律を具体的に定めることも困難であるとして、取り上げないこととなった。⁽²²⁾ なお、「継続的契約」に關しても、中間試案の段階では共通する規律が設けられていたが(期間の定めのある契約の終了、期間の定めのない契約の終了、解除の効力)、⁽²³⁾ 要綱仮案に至る過程で見送られた。⁽²⁴⁾

その後成立した改正民法においては、契約自由の原則が明文化され（五二一条・五二二条二項）、典型契約の諾成契約化が図られた（諾成的消費貸借〔五八七条の二〕、使用貸借〔五九三条〕、寄託〔六五七条〕）。また、売買の契約不適合責任（五六一条以下）の有償契約への準用（五五九条。請負の瑕疵担保責任規定の削除）や履行（または利益）割合に応じた報酬請求権規定の創設（六二四条の二〔雇用〕、六三四条〔請負〕、六四八条三項〔委任〕、六六五条〔六四八条の準用。寄託〕）など、役務提供契約に対応する規律も認められる。

(2) 契約責任法の構造

(a) 債務不履行責任 はじめに述べたように、改正民法は、債務不履行による損害賠償（四一五条）を「契約の拘束力」（パクタ原則）から導く。⁽²⁵⁾ これは、近時の国際的な契約法の潮流（国際物品売買契約に関する国連条約〔CISG〕、ユニドロワ国際商事契約原則〔PICC〕、ヨーロッパ契約法原則〔PECL〕など）を背景とする理解であるとされ、伝統的な過失責任主義は放棄され、契約で引き受けた債務が履行されなければ賠償責任は免れず、それが契約の想定外のリスクが原因となって生じた場合には例外として免責が認められる。この立場では、契約当事者の合意に基づき債務者がいかなる内容の債務を引き受けたのかという契約の解釈が決め手となる。

周知のように、これまで債務不履行による損害賠償請求権の成立要件は、「債務の不履行」と「帰責事由（過失）」の二元的構成に立脚して議論されてきた。しかし、改正民法四一五条において、「債務の不履行」の判断基準、「帰責事由」・「非帰責事由（免責事由）」の理解と「債務の不履行」との関係、不法行為規範との関係など、規律構造は判然とし⁽²⁶⁾ない。「契約の拘束力」に基づく考え方（約束〔合意〕した債務を履行しなかった）を重視すると、「債務の不履行」の判断のみで損害賠償を認めるか、あるいは契約内容の判断と帰責事由の有無の判断とが重複することになるが、こ⁽²⁷⁾

の点の理解も明らかではない。「行為債務」（特に手段債務〔例、医師の診療債務〕）については、債務者の具体的な行為に対する評価を要することから、従来からの過失判断との相違はないとみると、帰責事由概念をどのように理解すべきかという問題が残る。そうすると、「物」給付（財産権移転型・利用型契約）とは別に、役務提供契約に対応させた特別の責任法の構築を考えることになるのであろうか。

また、帰責根拠を「契約の拘束力」（債務者が債権者に対して契約により引き受けた債務の内容を實現しない）という事態に求める立場は、損害賠償請求権は本来的債権の効力として生じることになる。このような理解からは、損害賠償は責任法理というよりも本来の債務の履行を確保・実現させる制度（代償的給付ないし反対給付との調整）として捉えられ、不法行為規範との峻別をより鮮明にする方向へ向かうことも予想される。しかし、ここでも債務不履行による損害賠償はあくまで責任法理として理解することから出発しているとみれば、損害賠償責任を正当化すべく根拠が必要とはならないのであろうか。

履行・追完請求や代金減額請求、解除とは異なり、債務不履行による損害賠償は、本来的債務の實現（債務の履行を求めることができないことにより債権者が被った損害）のみならず、債務が實現されなかったことにより生じた損害（債務の不履行の結果債権者が被った損害）の賠償まで及び得るのであり、債務内容の實現の範囲を超えた損害賠償の帰責根拠を別に求める必要がある。そこで、これまで帰責事由としての「過失」を根拠としてきた。後述するように、BGBが過失責任主義を堅持する理由も、このような正当化根拠を必要とすることにあつた。

このように考えると、「債務の不履行」と「帰責事由（過失）」による二元的要件構成は否定されるべきではない。⁽²⁸⁾ もつとも、学説上の最大の争点である「過失責任主義」か「契約の拘束力」かという損害賠償の帰責根拠に関しては、

四一五条の明文からは直接に判定することはできない。

(b) 契約不適合責任 改正民法は、長らく法的性質に関して争いのあった瑕疵担保責任について、債務不履行責任（不完全履行責任）として構成することを明確にした。「隠れた瑕疵」概念に代わる「契約不適合」概念の採用、追完請求権および代金減額請求権の創設、請負契約独自の担保責任規定の削除など、改正前民法の規律を大きく変えている。⁽²⁹⁾

「引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しない」場合（五六二条一項）、売主の帰責事由を要することなく追完請求権（五六二条）・代金減額請求権（五六三条）が認められる。損害賠償請求権および契約解除権は、債務不履行の一般原則によるが（五六四条）、権利行使の期間制限に服することになる（五六六条）。物の種類・品質の不適合の場合に限定）。そして、売買の規定は、それ以外の有償契約に準用される（五五九条）。

目的物の契約不適合が役務（行為債務）の瑕疵に起因する場合（物の製作・修繕、運送、寄託など）は、目的物に関連づけた責任構成が可能である。しかし、物（財産権）の移転自体を目的とする売買とは異なり、仕事の完成という役務の提供を主たる目的とする請負では、その評価要素も多様であり、それが責任構造の理解にも関わってくる。⁽³⁰⁾ さらに、物に関わらない役務提供給付（純粹役務Ⅱ情報提供サービス、医療・介護サービス、教育サービスなど）の瑕疵が問題となる場合には、契約不適合責任の適用・準用は考えられないのであろうか。「物」給付とは異なり、役務提供給付にあつては、給付結果が約束されているのかどうか、瑕疵のない役務とは何かが定まっていな場合も多く、実際になされた役務の質を客観的に評価することも困難であると一応いえる。しかし、そこでの責任内容としては、不完全な結果の是正ないし原状回復としての瑕疵修補請求や新たな役務提供請求、場合によっては役務提供者の変更請求

〔物〕取引の代物請求に相応)なども考えられ、契約不適合責任の効果とも親和的である。契約不適合責任を契機に、役務提供者責任の帰責構造が模索されるべきである。

三 ドイツ給付障害法における議論状況

1 役務提供型契約類型の変遷

ヨーロッパ法および国内法としてのドイツ法においても、役務提供給付 (Dienstleistung) 概念の理解は未だ一致しておらず、また、役務提供契約の規律構成に関しても議論があり、生成途上にある³¹⁾。

ローマ法では、適切な訴権を基礎づけるために契約類型への当てはめが行われたが、ここでは統一的な賃貸借契約 (locatio conductio)〔賃約〕が、役務提供の受け皿となっていた³²⁾。すなわち、賃貸人は、あるものを一定の代価と引換えに自由に処分させ、賃借人は、合意された利用または労務およびその成果を得ることができる (物・労務の利用、人・物の運送、目的物の加工・修繕など) とする契約であった。

このようなローマ法における多様な内容を有する賃貸借契約は、中世以降 (一六、一七世紀) 徐々に分化され、物賃貸借 (locatio conductio rei)、労務賃貸借 (locatio conductio operarum)、仕事賃貸借 (locatio conductio operis) に三分されていった。さらに、物賃貸借から後二者が区別され、各々雇用契約と請負契約として確立した。ドイツのパンデクテ法学は、このような雇用契約と請負契約の峻別を受け継ぎ、労務の完成が義務づけられている契約と、労務の完成へ向けた手段を講じることだけを義務づけられる契約に細分されていった³³⁾。

こうして、BGBは、以上の三分類の伝統を承継し、役務提供契約は、仕事（労務）の完成の有無に応じて雇用契約と請負契約のいずれかに分類されると解するのが一般的理解となつている。⁽³⁴⁾ 委任契約は、無償契約とされているために、⁽³⁵⁾ 役務提供契約の類型としての重要な意味を有しない。また、有償事務処理契約（BGB六七五条）は、事務処理を内容とする雇用契約または請負契約に委任のルールが補充適用されるにすぎず、独立した契約類型としては扱われない。⁽³⁶⁾ なお、高度な役務提供給付（医師・弁護士などのいわゆる高級労務）を目的とする契約は、雇用契約に分類される（「自由な雇用契約 [freier Dienstvertrag]」と称される）。⁽³⁷⁾

2 損害賠償請求権の成立要件

(1) 給付障害の統一的要件としての「義務違反」

BGBは、二〇〇二年より施行された債務法現代化法により、不能と遅滞に限定していたこれまでの規定を改正し、給付障害を包括する統一的な「義務違反」概念を採用した。そして、損害賠償請求権が成立するためには、「義務違反」につき「帰責事由」が存することを要件とする。⁽³⁸⁾ 不能・遅滞および保護義務（BGB二四一条二項）違反を根拠とする、給付に代わる損害賠償（BGB二八〇条一項・三項、同二八一条、同二八二条、同二八三条）、給付遅滞による損害賠償（BGB二八〇条二項、二八六条）、義務違反に基づく一般的な損害賠償（BGB二八〇条一項）について規定する。

BGBは、まず、債務者の行為が契約その他の債務関係の本旨に適合しないという事態を義務違反概念に即して判断する。給付障害の統一的概念として「義務違反」を定め（BGB二八〇条一項一文）、さらに、債務関係から生じる義務に関しては、給付に関連する義務（同二四一条一項）に限定されず、その他の義務（同条二項）および法律行為に類似した債務関係から生じる義務（とりわけ、契約締結上の過失に基づく義務（同三二一条二項・三項））を包含する。した

がって、義務違反については、どのような種類の義務が問題となるのかは重要なことではない。

義務構造に関する議論は、主に積極的債権侵害論の中で展開された。一方で、契約債務関係の構造分析に立脚して給付義務に対比させた付随義務・保護義務という形での整理がなされ³⁹⁾、また、債権者に実現されるべき利益状態との関係から当該義務の果たすべき役割が分析され⁴⁰⁾、諸義務の具体的内容や相互関係が明らかにされてきた。

概して、契約義務は、当該義務の指向する利益から、給付利益ないし給付結果（債権者が債務者の給付を通して獲得し得る利益）の保持へ向けられるもの（主たる給付義務、従たる給付義務、付随的義務）と完全性利益（生命・身体・健康等の人格的利益または所有権等の財産的利益、およびそれに準じた法律上保護に値する利益）の保持へ向けられるもの（保護義務）に分けて理解されてきた。「主たる給付義務 (Hauptleistungspflicht)」(例、売買目的物の所有権・占有の移転義務、代金支払義務) は、当事者の合意に基づく当該債務関係（契約関係）の類型を決するものであるものに対し、「従たる給付義務 (Nebenleistungspflicht)」(例、売買目的物の据付・組立て、用法説明など) は、「主たる給付義務」と併存して債務関係の内容を画する義務であるとされる。「従たる給付義務」と「付随的義務 (Nebenflichten)」(論者により異なるが、履行の準備、目的物の保管・用法説明を例示する見解もある) の区別基準については、前者では履行請求権（従たる給付結果）・訴求可能性が認められる点で区別するのがこれまでの一般的理解である⁴¹⁾。「付随的義務」は、その違反があっても給付結果が実現される場合もあり、それが給付結果の不完全（＝給付義務違反）と評価されてはじめて問題とされ、独自では帰責根拠とはならない点で給付義務と相違する。そして、これらとは構造上峻別させた形で「完全性利益保護義務 (Schutzpflicht)」を観念するのが一般的理解である。しかし、これらの義務は契約債務関係の中でどのように位置づけられるのか、特に保護義務を債務関係の中に取り込めるのか否かが問題とされた。これを否定するときには保護義務

務は不法行為規範へ放逐されることになるのか、また、肯定するときにはその法的論拠および債務関係の機能領域（契約規範）の限界づけが問題とされ、保護義務論が展開されてきた。⁴²⁾

債務法現代化法（債務法改正）以後の学説も、問題となる給付実態を以上のような債務関係から生じる諸義務に对应させて理解する。すなわち、BGB二四一条一項を根拠とする（主・従の）給付義務と同条二項が意味する保護義務に峻別し、あるいは、⁴³⁾「給付に関連する義務」と「給付に関連しない義務」に即して給付障害（義務違反）を類型化して、⁴⁴⁾損害賠償や契約解除の法律効果についても区別して処理される。特に、保護義務に関しては、その根拠規定が設けられたが（BGB二四一条二項）、給付義務との判別および義務カテゴリーにおける位置づけにつき未だ共通の理解は得られていない。⁴⁵⁾

以上の動向からは、「義務違反」として問題となる給付実態は、（主・従の）給付義務違反または保護義務違反としての認定判断にほぼ集約されるであろう。そして、役務提供契約においても上記のような契約義務の基本構造は妥当するのか、また、役務提供給付（行為債務）の不履行の判断に関して検討を要する。

(2) 「帰責事由」要件の理解

損害賠償請求権は、義務違反につき、さらに「帰責事由」がある場合に認められる（BGB二八〇条一項二文）。帰責事由は、過失責任主義を原則とし（同二七六条一項）、⁴⁶⁾それは取引上必要とされる注意を欠くことをいう（同条二項）。今日、過失とは、取引に適った客観的な行為を基準にして判断されると解されている。⁴⁷⁾

そこで、損害賠償請求権の成立につき、「帰責事由（過失）」を要件とした理由が問題となる。カナリス（Canaris）は、債務者が債務として負担した給付を實現しない、あるいは契約上の義務に違反した場合、それが債務

者にとって重大な負担となる場合があるからだと説明する。⁽⁴⁸⁾ すなわち、とりわけ一次的給付義務から二次的給付義務へ移行する場合には、⁽⁴⁹⁾ 不履行損害の賠償は一次的給付よりも重くなることもある。同じく、遅延損害の賠償や責任の厳格化、さらに保護義務違反による損害賠償も債務者に重大な負担となることがある。したがって、これらの法律効果も債務者の特別な有責性、つまり帰責事由(過失)に結びつけることが妥当であるとする。BGB二八〇条一項二文からは、債務者が義務違反につき帰責事由がないことを主張・立証しなければならぬと解されている。

もつとも、「帰責事由」概念をめぐり、過失責任主義を維持することの当否に関しては議論がある。しかし、これに消極的な立場にあつても、過失責任主義を正面から否定する見解はみられない。本来的給付に代わる金銭給付の賠償が問題となる場合には帰責事由を不要とする見解⁽⁵⁰⁾も、完全性利益侵害(保護義務違反)の場面では過失責任を否定せず、また、国際的契約法のルールに依拠して過失責任主義の後退を主張する見解⁽⁵¹⁾にあつても、BGBにおいては、規定構造上、帰責事由(過失の有無)は免責要件とされるが故に、過失責任主義の意義が失われるというにすぎない(多分に技巧的ではある)。この点は、日本民法四一五条も同様の構成を採っているが、前述したように、「債務の不履行」と「非帰責事由(免責事由)」の関係については問題が残る。

また、結果債務と行為債務・保護義務という債務(給付)類型に立脚する立場から、義務違反と帰責事由(過失)が重複する場合のあることを主張する見解も有力である。ここでは、「行為に関連する(結果に関連しない)給付義務」と「給付に関連しない付随義務(保護義務[BGB二四一条二項])」については、義務違反と帰責事由(過失)の認定判断は重なり、特に、保護義務違反の場合には両要件の判断対象となる債務者の行為は一致すると解する点ではほぼ異論はない。これは、役務提供契約・行為債務の特質に関わる留意点であり、後に改めて検討する。

以上のいずれの見解にあっても、「帰責事由（過失）」要件を放棄し「義務違反」要件に一元化する主張はみられない。二元的構成を維持しつつ、一定の場面では帰責事由要件の機能が縮減されるとの見解が散見されるのみである。

3 役務提供給付（行為債務）の不履行賠償の特徴

(1) 「義務違反」概念

上述したように、給付障害に対する損害賠償請求権が成立するためには、「義務違反」につき「帰責事由」が必要となる。両要件の意義および関係については、証明責任の分配をめぐる議論の中で明らかにされてきた。

原則として、債権者は、「義務違反」（BGB二八〇条一項一文）、損害の発生およびその因果関係について証明責任を負い、義務違反の証明により「帰責事由」（同項二文）は推定されるから、その不存在につき債務者が証明責任を負う（証明責任の転換）と解されている⁵²。また、損害発生の原因が債務者の保護範囲・危険領域から生じたことが明らかである場合には、証明責任の転換が認められないこともある⁵³。

証明責任は、義務の種類（給付義務、保護義務）、内容（結果に関連する義務、行為に関連する義務）、義務違反の態様（不給付、不完全給付、その他の給付障害）に応じて議論される。そして、「義務違反」とは、債務者の行為が債務関係が予定する義務（給付）プログラムから逸脱することを意味するが、学説は、それを①「結果に関連する給付義務（erfolgsbezogene Leistungspflichten）」と②「行為に関連する給付義務（verhaltensbezogene [handlungsbezogene ; tätigkeitsbezogene] Leistungspflichten）」とに区別して捉えている⁵⁴。

①は、ある一定の結果の実現が義務づけられている場合であり、例えば、売買目的物の給付不能、遅滞、不完全給付が「義務違反」として判断され、債務者は、そこでの帰責事由の不存在を主張立証する。①は、主に引渡債務（与

える債務)を目的とする財産権移転型ないし財産権利用型契約が対象となるが、さらに、給付結果の実現が予定されている役務提供型契約(請負契約、旅行契約、運送契約、寄託契約、倉庫契約など)にも妥当する⁽⁵⁵⁾。例えば、請負人は仕事完成義務を負うから(BGB六三二条)、物および権利の瑕疵(同六三三条)から義務違反が判断され、また、建築契約における建築家(同六五〇P条)も、完成した建築物の瑕疵の証明が義務違反となる。同様に、運送契約における運送人の義務違反も、旅客・貨物の損傷の有無から判断される⁽⁵⁶⁾。これらは、いわゆる結果債務と解されてきた契約類型であり、給付行為とその行使による給付結果は区別して捉えられる。

これに対し、②は、契約締結時点では給付結果の実現を債務者に義務づけることはできず、実現へ向けた一定の行為のみが義務づけられている場合である。いわゆる手段債務として類別されてきた契約であり、雇用・労働契約、治療契約、弁護士契約などが対象とされる。ここでは、給付結果の実現に向けた行為をしない、あるいはそれに逸脱した行為が「義務違反」とされ、その認定判断は取引上必要とされる注意(BGB二七六条二項)を基準にすると解すると、後述するように、「義務違反」は「帰責事由」要件と一致することになる。

例えば、治療契約は、原則として医師に医学的治療を成功させる義務までは負わず、一定の行為を義務づけるにすぎない(「行為に関連する給付義務」から雇用契約に分類される⁽⁵⁷⁾)。そして、医師の義務違反(BGB二八〇条一項一文)は、治療効果の不達成ではなく、一般に認められる医療水準に基づいて判断されるが、それと帰責事由要件との区別は困難であるとされる⁽⁵⁹⁾。同じく、弁護士契約においても、依頼者が敗訴したことが弁護士の義務違反となるのではなく、助言等が専門家としての水準を満たしていたか否かが判断要素となる⁽⁶⁰⁾。

さらに、「行為に関連する(付随)義務」ないし「給付に関連しない義務」についても、上述の②(「行為に関連する

給付義務」の場合と同様に扱われるとする見解が有力である。⁶¹ すなわち、BGB二四一条二項に基づく保護義務・配慮義務 (Rücksichtnahmepflichten) の他、説明義務、助言義務、警告義務、監督義務などは、契約成立時には定まっておらず、履行過程において具体化される。そして、債権者は、債務者のこの種の客観的な義務違反を証明しなければならぬが、それは②の場合と同様に取引上必要とされる注意 (同二七六条二項) が基準となる。治療契約における医師の患者に対する説明義務・情報提供義務や弁護士・税理士などの依頼者に対する助言義務、銀行の顧客に対する説明・助言義務などが該当するであろうが、これらは契約義務構造の理解によつては (主・従の) 給付義務として構成される場合もあろう。なお、このように、BGB二八〇条一文の「義務違反」概念には給付義務の不履行とその他の行為義務違反が混在していることを問題視する見解が、既に債務法現代化法の立法過程において存していた。⁶²

(2) 「義務違反」と「帰責事由」の関係

前述したように、「帰責事由」要件 (BGB二八〇条一項二文) は、同二七六条一項が定める帰責構造、すなわち過失責任主義を原則とし、それは取引上必要とされる注意を欠くことをいう (同条二項)⁶³。そして、給付障害法において、不法行為法以上に客観的注意義務基準が妥当するとされてきた。それは、債権者は債務者が契約に合った給付をすることを期待し、その客観的・規範的な給付に対する信頼が保障されるからである。⁶⁴ 不法行為法 (BGB八三条一項) では、侵害行為につき直接に故意・過失の有無が判断されるが、給付障害法 (同二八〇条) では、給付実態に対する「義務違反」としての認定判断を踏まえて、「帰責事由」の有無が (同二七六条を介在させて) 問われる。⁶⁵

そして、債務法現代化法の制定以降、債務 (給付) 類型に着目して、「義務違反」と「帰責事由 (過失)」要件の関係を論じる見解が有力である。まず、シュールツェ／エバース (Schulze / Ebers) は、「給付に関連する義務」と「給

付に関連しない付随義務」(BGB二四一条二項)に分け、両要件の関係を論じる。⁽⁶⁶⁾ すなわち、給付に関する義務の不履行が存する場合には、不履行に至った根拠(債務者の行為)を証明することを新債務法は予定していないから、不履行は義務違反として評価されるとともに、過失が推定される。例えば、医療契約における医師の責任は、ある一定の治療結果が義務づけられている限り、その不履行が客観的な義務違反を構成すると同時に過失(同二八〇条一項二文)も推定される。これに対し、付随義務(同二四一条二項)違反が問題となる場合には、患者側が医師の具体的な過誤を証明しなければならない。⁽⁶⁷⁾ シュールツェ／エバースは、給付義務(同二四一条一項)の不履行は、一般に「義務違反」を構成すると同時に「帰責事由(過失)」の存在も推定されるとして、医師の責任(行為債務)を例示して論じている。

ローレンツ(Lorenz)は、給付義務を「結果に関連する給付義務」と「結果に関連しない給付義務」に二分して論じる。⁽⁶⁸⁾ すなわち、「結果に関連する給付義務」においては、給付の不実現(不能、遅滞、不完全な給付)が義務違反(BGB二八〇条一項一文)であり、帰責事由(同項二文)は、義務違反に至った事情に関わり、前者は債権者が、後者については債務者が証明責任を負う。「結果に関連しない給付義務」は、債務者が行為のみ義務づけられる場合である。医師の責任に関しては、ある一定の治療結果が義務づけられている場合には、客観的義務違反は同時に医師の過失も推定され、そうでない場合には、患者は具体的な医師による治療の過誤を証明し、帰責事由(過失)の証明責任は医師に転換される。さらに、「給付に関連しない付随義務」(完全性利益保護義務)に関しては、義務違反と帰責事由の判断は重複し、債権者による注意義務違反の証明は同時に帰責事由の証明となる。

ローレンツによる債務類型に関する分析視覚は、その後定着しつつあるといえる。リーム(Riehm)は、ローレン

ツと同様に、「結果に関連する給付義務」(例、売買目的物の引渡し)、「行為に関連する給付義務」(例、請負契約、医療契約、助言契約)、配慮義務(保護義務。BGB二四一条二項)に類別して論じる。⁶⁹⁾「結果に関連する給付義務」の場合は、契約により定まった債権者の給付期待の保護が求められるから、ここでは行為の評価は要求されない。これに対し、「行為に関連する給付義務」違反および配慮義務違反の場合には、債務者の責めのある行為は義務違反と帰責事由の両概念の中に取り込まれ、とりわけ、配慮義務違反については、義務違反と帰責事由(過失)判断のいずれの段階においても、同じ行為が評価の対象となり、不法行為規範にも類似することになるという。

同じく、ルーシエルデーアス(Looschelders)も、「結果に関連する給付義務」と「行為に関連する給付義務」に分けて、「義務違反」と「帰責事由(過失)」の関係を検討する。⁷⁰⁾「結果に関連する給付義務」が認められる場合には、義務違反と帰責事由(過失)が別個に判断されるが、「行為に関連する給付義務」の場合(例、労働契約、その他の役務提供契約(医師、弁護士等の契約))は債務者の行為自体が評価対象とされ、責任根拠としての行為義務違反の判断は、同時に帰責事由としての過失判断と重複する。そして、このような判断枠組みは、保護義務(BGB二四一条二項)違反の処理をする際の基礎にもなっているとす。このように、契約義務を「結果に関連する義務」と「行為に関連する義務」に二分して捉える分析手法は、フランス法上の結果債務・手段債務概念の類別に一致するとい⁷¹⁾う。

以上の見解は、いずれも損害賠償責任の成立要件として、「義務違反」と「帰責事由(過失)」の二元的構成に立つたうえで、債務(給付)の類型に即して両者の関係を分析・検討している。まず、「給付に関連する義務(給付義務)」と「給付に関連しない義務(保護義務)」に分けられ(シユールツェ/エバース)、前者は、さらに「結果に関連する給付義務」(例、売買契約)と「行為に関連する(結果に関連しない)給付義務」(役務提供契約)に細分される(ローレンツ、

リーム、ルーシエルデアス)。しかし、給付義務違反の場合の要件構成に関しては争いがある。給付義務違反の場合には、一般に、義務違反の認定判断は帰責事由（過失）判断に重なる（推定される）と解する見解（シユールツェ／エバース、ローレンツ）がある一方で、「結果に関連する給付義務」においては、帰責事由（債務者の行為評価）を要しないとの見解（リーム）、また、反対に義務違反とは別に過失が判断されるべきであると解する見解（ルーシエルデアス）に分かれる。

これらに対し、「行為に関連する（結果に関連しない）給付義務」と「給付に関連しない付随義務（保護義務〔BGB二四一条二項〕）」については、義務違反と帰責事由（過失）の判断は重なり、特に、保護義務違反の場合には両要件の判断要素となる債務者の行為は一致すると解する点では、ほぼ異論はない⁷²⁾。それは、役務提供契約においては給付結果の達成へ向けて債務者の行為が介在し、「義務違反」は債務者による義務（給付）プログラムから逸脱した行為として認定判断されること、また、「帰責事由（過失）」の判断に際しては債務者の具体的な行為（作為または不作為）が評価対象とされることによる。

四 役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任

1 ドイツ法からの理論的示唆

ドイツ法の議論は、日本民法四一五条の規律構造を理解するうえでも参考となる。損害賠償請求権の成立要件を「債務の不履行」と「帰責事由」の二元的構成に立脚して捉える立場からは、まず、同条の「債務の本旨に従った履

行をしないとき」の判断基準が問題となる。四一五条一項は、不能以外の債務不履行を包括的に規定するが、損害賠償の根拠となる事実をどのように考えるかである。基本的には、契約当事者が負担する義務を出発点として、その義務違反を基準に判断されるべきであると考え、ドイツ法における「義務違反」要件をめぐる議論が参考となる。契約義務に立脚する分析手法は、当該契約関係の性質決定・特質を明らかにし、それを前提にした債務不履行の認定判断や責任内容を把握するための規範を設定するうえで有用である。

次に、「帰責事由」要件の判断要素である。伝統的には、これを過失責任主義に基づく概念とみる理解が定着し、行為義務違反として客観的に捉えられてきた。「債務の不履行」を契約義務に即して判断する立場からは、「義務違反」概念が債務不履行判断と帰責事由（過失）判断の二段階にわたり登場するとみることもできる。行為債務（特に手段債務と称される債務内容が特定していない役務〔例、医師の診療債務〕）の不履行の場合は、債務の内容は過失の内容を構成する行為義務そのものであるとも目され、不履行判断と行為義務違反の判断を分断して捉えることができないと考えると、要件構成の見直しが必要となる。前述したように、ドイツ法では、「義務違反」と「帰責事由」要件が客観的過失概念を介入して捉えられている。そして、「義務違反」要件において判断される契約義務と「帰責事由」要件の要素となる債務者の（具体的な）行為との関係が問題とされ、債務（給付）の類別処理を志向する見解が有力であり、参考となる。

2 役務提供契約の義務構造

損害賠償請求権を契約義務に立脚して捉える立場からは、役務提供契約上の義務構造を明らかにする必要がある。しかし、前述したように、役務提供契約の特徴や性質に関して、共通の理解が得られてはいない。一般には、役務と

は、提供者により与えられた労務や便益をいい、役務提供契約とは、このような役務の提供が債務内容の全部または一部をなす契約と解されてきた。⁽⁷³⁾そして、それを「物」取引との関係から、「物の供給と役務提供が混合している場合」(物の製作・修繕、運送、寄託、教材付受講契約、宿泊サービス、有料老人ホームなど)と「物に関わらない役務提供」(純粹役務Ⅱ情報提供サービス、家庭教師サービス、結婚紹介、マッサージ・サービスなど)に類型化され、⁽⁷⁴⁾また、その履行結果の態様からは、「結果の達成が約束されている有形物に具現化するもの」(有体的成果型Ⅱ建物の建築、理容・美容サービスなど)、「一定の結果の達成が当事者間で約束されている無形のもの」(無体的成果の有形化型Ⅱ運送、他人の物の保管など)、「結果の達成が約束されていない無形のもの」(結果無体型Ⅱ医師・弁護士業務、スポーツ選手のプレーなど)やこれらの「混合型」(企画旅行サービスにおいて、目的地への移動は無体的成果の有形化型であるが、旅行計画の遂行やガイド等は結果無体型、といった整理も試みられてきた。⁽⁷⁵⁾

このような多様な役務提供契約について、前述した契約義務の基本構造からみると、いくつかの特徴が窺えるであろう。まず、役務提供が物の供給と混合する場合や一定の結果の達成が約束されている契約では、給付義務の認定が容易であり、また、物の瑕疵に関連付けた責任構成など、引渡債務(与える債務)に準じた処理が可能である。また、完全性利益の保護が給付に取り込まれ、保護義務が(主・従の)給付義務として認められる契約が、役務提供型においては顕著である。運送、寄託、警備契約の他、旅行・宿泊契約、学校教育・保育委託契約など、⁽⁷⁶⁾種々認められる。ここでは、契約の履行に際して完全性利益の侵害が予見し得るとすれば、債務不履行の判断は比較的容易であろう。問題は、物の供給にかかわらず、かつ給付結果が約束されていない契約(純粹役務Ⅱいわゆる手段債務「医師・弁護士などの役務」)である。ここでは、行為債務が対象とされるから、「債務の不履行」と「帰責事由」の関係評価が問題

となる。前述したように、ドイツ法においては見解が分かれる。一方で、ここでは行為義務（給付義務）の違反は「帰責事由（過失）」の判断と重複するとの主張がある。しかし、他方で、保護義務違反の場面では、それは過失を構成する客観的注意義務として評価できるものの、給付義務は、結果に関連する概念にすぎず、過失を構成する行為の違法性を根拠づけるものではないとの主張が対立する。私見は、前者の主張を支持するが、この点は、「債務の不履行」と「帰責事由」の認定判断に関わる問題であり、また、役務提供契約上の義務（債務）の基本構造を説明する際の重要な留意点でもある。⁽⁷⁷⁾ もつとも、純粹役務のケースにおいても、役務の規格化・標準化が進められれば、上述の引渡債務に準じた処理も考えられるであろう（例えば、自動車教習所や資格試験対策の受講契約など）。

3 「債務の不履行」と「帰責事由」

(1) 「債務の不履行」

債務の履行過程においては、「主たる給付義務」を中核とするすべての義務が、給付結果ないし契約目的の達成へ向けて一体となって機能しているとみられる。前述したように、給付利益（給付結果）の保持へ向けられる義務としては、（主・従の）給付義務の他、付随的義務の存在が主張されるが、付随的義務は給付結果の侵害（給付義務違反）の評価の中に吸収され、独自では帰責根拠とはならないものと解される。そして、保護義務については、契約関係の規範的解釈により当事者意思が補充される結果、契約規範の適用に服すると解される。⁽⁷⁸⁾ そうすると、本旨不履行とは、給付義務違反ないし保護義務違反としての認定判断に集約されるであろう。⁽⁷⁹⁾

給付義務の不履行が存する場合は、①「給付義務の欠如（遅滞・不能）または債務の本旨に不適合な履行」（＝給付結果の不完全）と②「不完全な履行に起因する侵害」（＝完全性利益侵害）に分けられる。①は、例えば、建物建築工事

の瑕疵、自動車修理の不完全、旅行契約における路線の変更、興信所による誤った調査、教育サービスの瑕疵（大学受験予備校の実態が入学案内の表示や説明と相違する、英会話学校の不適切な指導など）等、役務提供給付自体が不完全な場合である。また、主たる給付義務が完全性利益の保護そのものである場合（例えば、寄託契約、警備契約、保育委託契約など）や、完全性利益の保護を抜きにしては契約上の義務の履行は考えられない場合（従たる給付義務Ⅱ例えば、運送契約、医療契約、学校教育契約など）である。ここでの不履行の帰責根拠は、いずれも給付義務違反に求められる。

②は、不完全な役務提供給付により、当事者の完全性利益の侵害（拡大損害）に至る場合である。例えば、建築建物の瑕疵により注文者の所有財産が損傷した、自動車の修理の不備に起因した事故、運送人による運送方法が適切でなかったために運送品が損傷した、従業員を採用するために依頼した信用調査に不備があったために依頼者が損害を被った、という場合である。これらの場合も、帰責根拠としては給付義務の不履行として判断し、そのうえで給付義務の不履行によって生じた損害をどの範囲で認めるべきかが問題になると考える。

次に、給付義務の不履行がない場合（保護義務違反）である。例えば、修理を依頼された自動車修理工場から盗まれたり、雑誌発送業務を請け負った者が預かった顧客情報を何者かにコピーされ悪用された、スポーツクラブの会員がクラブ内の貴重品ボックスに預けたキャッシュカードの盗取により損害を被った、という場合である。これらは、給付義務違反が存しない場面であると解すると、保護義務違反が問題となり、不法行為との境界を接する場面として捉えられる。

なお、説明・情報提供義務や指示・警告・助言義務などの付随義務の違反に関しても、それが給付結果の侵害を生じる場合には、上述の給付義務の不履行として判断されよう。また、付随義務違反により完全性利益の侵害に至れば、

保護義務違反として位置づけられるであろう。

(2) 「帰責事由」

二元的要件構成が妥当であると考えられる立場からは、「債務の不履行」と「帰責事由」は、いずれも当該契約により内容が決定されるとしても、区別して捉えられる。また、いわゆる手段債務（例、診療債務）の不完全履行や保護義務違反のみが問題となる場合は、両要件は区別できないと解するのが、わが国においても一般的な理解である。

そこで、給付義務違反ないし保護義務違反としての「債務の不履行」が判断される段階においては、これによる損害の賠償責任を債務者に帰せしめる要件である「帰責事由」（行為義務違反 \parallel 過失）は、原則として既に存在すると考える。学説には、帰責事由（過失）を「注意義務違反（Sorgfaltspflichtverletzung）」や「具体的行為義務（付随〔的注意〕義務）違反」として捉える見解がある⁸⁰。しかし、例えば、「自動車の修理に不備があった」、「運送を約束した品物を損傷させた」、「英会話学校が約束した内容の授業を行わなかった」という場合には、それぞれ「必要な検査をして引き渡す」、「適切な方法で運送する」、「適切な授業を実施する」といった行為義務が問題となり得るが、これらは給付結果の保護を目的とする「付随的義務」の内容を構成するものだとも解され、前述したように、それは給付義務違反の認定判断に際して問題となるにすぎない。また、ドイツ法においてみられるように、不法行為法では、侵害行為の結果に対する直接的な帰責根拠として注意義務違反は妥当するが、給付障害法においては「義務違反」の判断が先行することから、具体的な注意義務違反を介在させる意義が乏しいといえる。

そして、当事者が予見できないような事態に対してまで責任を問われることは引き受けていないと考えられることから、その場合は帰責事由はないとして賠償責任は否定される。すなわち、不履行の事態が認定判断される場合に、

さらに債務者の免責事由(非帰責事由)の存否が判断されることになる。基本的には、債務者の予見可能性・結果回避可能性がない不可抗力の他、債権者や第三者による行為などが考えられる。また、ドイツ法において指摘される医師の診療義務に関する医療水準や、弁護士・税理士などの専門家としての業務水準も、ここで考慮要素とされるであろう。なお、免責事由(帰責事由の不存在)の証明責任は債務者が負うことになる。

4 民法四一五条の構造

私見によると、四一五条一項本文の「債務の不履行」とは、給付義務違反ないし保護義務違反として判定される給付実態として把握される。そして、この段階で、賠償責任を債務者に帰せしめる要件である「帰責事由」の存在が推定される。さらに、このような不履行の判定に対し当事者が予見できないような事態が存在する場合には、債務者の免責事由が認定される。同条一項ただし書で「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することのできない事由」を規定することで、すべての債務不履行の態様に課される免責ルールを明確にしている。当事者の主観的意思のみならず、契約の性質、契約を締結した目的等、当該契約を取り巻く諸事情を考慮して定まる。

なお、以上のような帰責構造の理解は、「物」給付(引渡債務)の場合にも整合するであろう。

五 結び

本稿では、役務提供給付(行為債務)の不履行賠償の要件論について、これまでの債務不履行賠償論を踏まえ、近

時のドイツ民法（給付障害法）理論を参考に検討した。それによれば、債務不履行賠償の帰責要件は、契約義務構造の分析に立脚して構成されるべきであり、また、わが国において有力に主張されている過失責任主義に対する批判は、役務提供給付においては必ずしも当を得たものとはいえない。

本稿は、債務不履行賠償の検討の一端に留まるが、役務提供契約に関しては、さらに検討すべき課題は多い。役務提供給付の特徴を前提とする性質決定や類型化は、役務提供契約法の構築へ向けて重要な論点となる。また、役務提供者責任に関しても、損害賠償の他に、追完請求や契約解除などの諸効果を含めた体系的な検討を要するであろう。今後の理論的深化に期待したい。

(1) 「サービス」概念および「サービス取引」の意義・機能に関しては、村上恭一「サービス取引の概念枠組」流通研究八巻二号（二〇〇五）二三頁以下、小宮路雅博「サービスの諸特性とサービス取引の諸課題」経済研究（成城大学）一八七号（二〇一〇）一四九頁以下参照。

(2) 一般には、「なす債務」と「行為債務」は同義に解されるが、「なす債務」は、引渡債務を包含させて捉えられる場合があり、また、債務内容実現ための強制手段に関連した概念（執行法上の概念）とされる（拙著『契約責任の構造と射程——完全性利益侵害の帰責構造を中心に——』〔勁草書房、二〇一〇〕三八七—三八八頁参照）。そこで、本稿では、契約関係における当事者の行為態様（行為義務）の面を強調する意味からも、役務提供給付を「行為債務」と総称しておく。

(3) 拙著『契約法規範の変容と責任法理』（成文堂、二〇二二）三三二—三三三頁参照。

(4) 役務提供契約の特質と提供者責任に関する筆者なりの検討として、拙著・前掲注(2)三八四頁以下、拙稿「役務（サービス）の提供と非典型契約」椿Ⅱ伊藤編『非典型契約の総合的検討（別冊NBL一四二号）』（商事法務、二〇一三）三八頁以下、同「役務提供契約の特質と提供者責任の構造」明治大学社会科学研究所紀要五二巻二号（二〇一五）一頁以下。

さらに、近時の研究として、北居功「役務の顧客適合性―履行プロセスで確定される給付内容」法政論集二五四号（二〇一四）四五九頁以下、手島豊「役務提供契約」安永Ⅱ鎌田Ⅱ能見監『債権法改正と民法学Ⅲ契約（2）』（商事法務、二〇一八）二九九頁以下、都筑満雄「各種契約の一般理論と日仏の契約法改正―役務提供契約について―」道垣内Ⅱ片山他編『近江古稀・社会の発展と民法学「下巻」』（成文堂、二〇一九）四三二頁以下など参照。

(5) 潮見佳男「債権法改正と債務不履行の『帰責事由』」法曹時報六八巻三号（二〇一六）五頁、八―九頁、山本敬三「契約責任法の改正―民法改正法案の概要とその趣旨」同六八巻五号（二〇一六）四頁、一一頁。なお、中田裕康「損害賠償における『債務者の責めに帰することができない事由』」瀬川Ⅱ能見他編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、二〇一九）三六七頁以下参照。

(6) 拙著・前掲注(2)一三七頁以下参照。

(7) ドイツ給付障害法の規定構造および「義務違反」・「帰責事由」概念に関する議論の詳細は、拙著・前掲注(3)一〇六頁以下参照。本稿では、「行為債務」に関する議論を中心に分析・検討を加える。

(8) 中田裕康「債権法における合意の意義」新世代法政策学研究八号（二〇一〇）二頁以下（同『私法の現代化』（有斐閣、二〇二二）所収）、同『契約法「新版」』（有斐閣、二〇二二）五五頁以下参照。

(9) 改正民法における「契約の尊重 (favor contractus)」思想の意義・機能に関しては、拙著・前掲注(3)一頁以下参照。

(10) なお、河上正二「債権法講義「各論」4」法学セミナー七三八号（二〇一六）八六―八九頁も参照。

(11) 詳細については、拙著・前掲注(3)三三五頁以下参照。

(12) 前掲注(4)所掲の論考を参照。

(13) 北居教授は、履行プロセスでの役務の顧客適合性（役務内容が顧客の個別的な適性・要望に合わせて確定されること）を確保する契約交渉ルールの整備が急務であるとする（北居・前掲注〔4〕四七七―四七八頁）。

(14) 典型契約制度の意義・機能および混合・非典型の契約類型の本性に関しては、拙著・前掲注(3)三九頁以下参照。

(15) 山代忠邦「契約の性質決定と内容調整（一）（二）（三）（四）（五・完）―フランス法における典型契約とコースズの間接的

手がかりとして」法学論叢一七七卷三号四九頁以下、同五号四八頁以下、同一七八卷三号四八頁以下（いずれも二〇一五）、同四号五九頁以下、同一七九卷五号四三頁以下（いずれも二〇一六）、森田修『契約の法性決定』（商事法務、二〇二〇）など参照。

(16) 都筑・前掲注(4)四三一頁以下、森田宏樹「契約」北村編『フランス民法典の二〇〇年』（有斐閣、二〇〇六）三一七頁以下など参照。

(17) 拙著・前掲注(2)一四五―一四六頁、三五七頁以下参照。

(18) 拙著・前掲注(2)一三八頁以下、三一〇頁以下、同・前掲注(3)三一九頁以下参照。

(19) 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V』（商事法務、二〇一〇）三頁以下、民法研究会編集部編『民法（債権関係）の改正に関する検討事項』（民法研究会、二〇一一）六三三頁以下、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）四二〇頁以下参照。

(20) 商事法務『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、二〇一二）一八一頁、同『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、二〇一三）四九九頁。

(21) 法制審議会民法（債権関係）部会第八二回会議（平成二六年一月一四日）部会資料七三B「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（9）」PDF版四一七頁。

(22) 法制審議会民法（債権関係）部会第九三回会議（平成二六年七月八日）部会資料八一―三「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その3）補足説明」PDF版二二頁。なお、手島・前掲注(4)三〇一頁以下、吉永一行「役務提供型契約法改正の挫折―法制審議会民法（債権関係）部会の議論の分析」産大法学四八卷三・四号（二〇一五）一頁以下、長谷川貞之「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―」本誌八五卷二号（二〇一九）七二頁以下参照。

(23) 商事法務・前掲注(20)『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』一三五頁以下、同『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』三九二頁以下。

役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任（長坂）

- (24) 法制審議会民法（債権関係）部会第八〇回会議（平成二五年一月一九日）部会資料七〇A「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（5）」PDF版六七頁参照。
- (25) 民法四一五条の改正経緯および規律構造に関しては、拙著・前掲注(3)七九頁以下参照。
- (26) 拙著・前掲注(3)九五頁以下。
- (27) 中田裕康『債権総論第四版』（岩波書店、二〇二〇）一五六頁。
- (28) 私見の詳細は、拙著・前掲注(3)一六四頁以下参照。
- (29) これまでの瑕疵担保責任論の展開と契約不適合責任の帰責構造、今後の議論の展開可能性に関しては、拙著・前掲注(3)二五一頁以下参照。
- (30) 拙著・前掲注(3)二九六―二九九頁、三三二頁以下参照。
- (31) *Christiane Wendehorst*, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 206 (2006), S. 205ff.
- 周知のように、役務提供契約をめぐる、ドイツ、フランスなど国内法における議論の他に、ヨーロッパの役務提供契約の統一化へ向けた動向（ヨーロッパサービス契約法原則〔PELSS〕、共通参照枠草案〔DCFR〕など）も顕著である（*Wendehorst*, a. a. O., S. 281ff. ; *Hannes Unberath*, Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens, ZEuP 2008, S. 745ff. ; *Chris Jansen*, Principles of European Law on Service Contracts : Background, Genesis, and Drafting Method ; *Thomas Kadner Graziano*, Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference, in : Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Service Contracts*, 2010, pp. 43 et seq., S. 59ff. ; *Marco B. M. Loos*, Service Contracts, in : Arthur S. Hartkamp / Martijn W. Hesselink / Ewoud H. Hondius / Chantal Mak / C. Edgar du Perron (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, Fourth Revised and Expanded Edition 2011, pp. 757 et seq. 邦語文献として、北居・前掲注〔4〕四六六頁以下、マリー＝ローズ・マクガイアー〈訳 大中有信〉「ヨーロッパ契約法原則から共通参照枠へ」〔二・一・完〕―現行ヨーロッパ契約法の立案グループ

- プととの基盤―」民商法雑誌一四〇巻二号一頁以下、同三号四二頁以下〔いずれも二〇〇九〕、寺川永「役務提供契約の法理
 についての覚書」小野川滝沢他編『松本還暦・民法法の現代的課題』〔商事法務、二〇一一〕八三四頁以下など参照。
- (32) 北居・前掲注(4)四六二頁、Wendehorst, a. a. O. (Fn. 31), S. 214ff.; Filippo Ranieri, Dienstleistungsverträge : Rechtsgeschichte
 und die italienische Erfahrung, in : Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Service Contracts, 2010, S. 2ff.
- (33) Ranieri, a. a. O. (Fn. 32), S. 13ff.
- (34) Wendehorst, a. a. O. (Fn. 31), S. 233ff.
- (35) 一木孝之『委任契約の研究』(成文堂、二〇一一)七頁以下参照。
- (36) Wendehorst, a. a. O. (Fn. 31), S. 235 - 237. なお、BGBは、他に役務提供型契約として、雇用に準ずる治療契約
 (BGB二〇二〇a条以下)、請負に準ずる旅行契約(同六五一条以下)、仲介(同六五二条以下)、寄託(同六八八条以下)な
 らずを規定する。
- (37) Wendehorst, a. a. O. (Fn. 31), S. 246f.
- (38) 給付障害法の規定構造に関し、Claus - Wilhelm Canaris, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmo
 dernisierungsgesetz, ZRP 2001, S. 329ff.; Daniel Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, S. 1ff. 参考
 照。
- (39) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 7ff.; Joachim Gernhuber, Handbuch
 des Schuldrechts Bd. 8, 1989, S. 6ff.; Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. 1999, S. 148ff.; derselbe, Schuldrecht I
 Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2000, S. 204f. 参考。
- (40) Volker Emmerich, in : Athennaum - Zivilrecht Bd. I Grundlagen des Vertrags - und Schuldrechts, 1972, S. 304ff.;
 derselbe, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl. 1997, S. 37 - 40, 47f., 244 - 246, 248f.; MünchKomm - Emmerich, 4.
 Aufl. 2002, Rn. 52ff., 261ff. der Vorbem. zu § 275.; Esser - Eike Schmidt, Schuldrecht Bd. I Teilband 1, 8. Aufl. 1995, S.
 105ff.; PalandtBGB - Helmut Heinrichs, 60. Aufl. 2001, Rn. 6f. zu vor § 241, Rn. 23ff. zu § 242. 参考。

- (41) *Larenz, a. a. O.* (Fn. 39), S. 11f.; *Eike Schmidt, a. a. O.* (Fn. 40), S. 105ff. など。
 - (42) 保護義務論の詳細は、拙著・前掲注(2)一九頁以下参照。
 - (43) *Hein Kötz, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012*, S. 203ff.; *StaudingersBGB - Dirk Olzen, 2015*, Rn. 144ff., 153ff. zu § 241.
 - (44) *Peter Gröschler, Die notwendige Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten nach neuem Schuldrecht, in: Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag, 2006*, S. 113 - 118, 120f.
 - (45) *Olzen, a. a. O.* (Fn. 43), Rn. 157 - 162. zu § 241.; *Hans Christoph Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, in: Festschrift für Claus - Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag Bd. I, 2007*, S. 276ff.
- なお、最近、給付障害法における義務違反の帰責構造に関する総合的かつ壮大な研究成果が公にされた。ゼルツェア (*Selzer*) は、債務法現代化法の制定過程での義務違反概念めぐる議論、BGB一八〇条一項の構造と帰責原理、行為プログラム (同二四一条一項〔主・従の〕給付義務)・二項〔その他の行為義務 (weitere Verhaltenspflicht)〕から逸脱した行為 (＝義務違反) と有責性 (Verschulden) との関係などの諸論点の考察を踏まえ、義務の存在、義務違反、免責事由 (同二七六条一項) の不存在、損害の発生という構造を描出する (*Dirk Selzer, Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht, 2022*)。
- (46) 他方で、契約上の合意に基づく保証または調達リスクの引き受けという結果的には過失とは無関係な責任も併存して規定する。
 - (47) *Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003*, S. 440ff.; *MünchKomm - Stefan Grundmann, 6. Aufl. 2012*, Rn. 50ff. zu § 276.
 - (48) *Claus - Wilhelm Canaris, Schuldrechtsreform 2002, 2002*, S. 664.
 - (49) 一次的給付義務の代わり (不履行に対する損害賠償義務) あるいはそれと併存するもの (遅滞による損害賠償義務) が二次的給付義務である (*Larenz, a. a. O.* [Fn. 39], S. 9.)。
 - (50) *Holger Sutschet, Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006*, S. 23ff., 250ff., 283ff.
 - (51) *Wolfgang Schur, Leistung und Sorgfalt, 2001*, S. 78ff.; *Winfried - Thomas Schneider, Abkehr vom Verschuldensprinzip*

?, 2007, S. 161ff., 289ff., 479f.

(52) なお、被用者の労働関係上の義務違反に対する損害賠償については、使用者が証明責任を負う（BGB六一九a条）。また、治療契約（Behandlungsvertrag）については、一定の治療および説明の瑕疵に関する証明につき、治療者（医師）の責任を推定する規定がおかれている（同六三〇b条）。

(53) *ErmanBGBI - Daniel Ulber*, 16. Aufl. 2020, Rn. 66 - 68. zu § 280.

(54) *Ulber*, a. a. O. (Fn. 53), Rn. 76 - 79. zu § 280. ; *Jürgen Kohler*, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen - die beweisrechtlichen Konsequenzen den neuen § 280 Abs. 1 BGB, ZfP 2005, S. 30 - 38, 45f. ; *Stephan Lorenz*, Schuldrechtsreform 2002 : Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, S. 1890. ; *StaudingersBGB - Roland Schwarze*, 2019, Rn. D10, D21. zu § 280. ; *Dieter Medicus / Stephan Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, S. 134f. ; *GrünebergBGB - Christian Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, Rn. 35 - 37. zu § 280.

(55) *Grüneberg*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. 35. zu § 280.

(56) *Schwarze*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. F55, F64f., F75. zu § 280.

(57) *Christian Katzenmeier*, Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung - Umbruch in der Arzthaftung, VersR 2002, S. 1066f. ; *Andreas Spickhoff*, Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, NJW 2002, S. 2532f. ; *Gerald Spindler / Oliver Rieckers*, Die Auswirkungen der Schuld - und Schadensrechtsreform auf die Arzthaftung, Jus 2004, S. 273. なお、Reiner Schulze / Martin Ebers, Streitfragen im neuen Schuldrecht, Jus 2004, S. 269f. 参照。

治療契約に関しては、BGB六三〇a条と六三〇b条に規定される。医学的治療に関する治療者（医師）と患者との間の契約を雇用契約の特別類型として位置づけ（同六三〇b条参照）、治療者の情報提供・説明義務、診療記録、治療過程の証明責任などに関して定めている。

(58) *Schwarze*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. F56ff. zu § 280. ; *Spickhoff*, a. a. O. (Fn. 57), S. 2535 - 2537. ; *derselbe*, Die Entwicklung des Arztrechts 2004 / 2005, NJW 2005, S. 1698f.

役務提供給付（行為債務）の不履行賠償責任（長坂）

- (65) *Spindler / Rieckers*, a. a. O. (Fn. 57), S. 274f.
- (66) *Schwarze*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. F71. zu § 280.
- (67) *Lorenz*, a. a. O. (Fn. 54), S. 1890.; *Schwarze*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. D10, D21, F38f, F42. zu § 280.; *Medicus / Lorenz*, a. a. O. (Fn. 54), S. 135.; *Grüneberg*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. 37. zu § 280.; *Volker Emmerich*, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6. Aufl. 2005, S. 316f.; *MünchKomm - Wolfgang Ernst*, 9. Aufl. 2022, Rn. 154. zu § 280. なお、売買目的物の瑕疵結果損害の場合、帰責根拠として行為義務違反を問題とする見解がある (*Kohler*, a. a. O. [Fn. 54], S. 34 - 38.)。
- (68) *Claus - Wilhelm Canaris*, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, S. 523.; *Hans Stoll*, *Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, S. 593. など。拙著・前掲注(2)一一八頁以下、同・前掲注(3)一一〇頁以下参照。
- (69) *Claus - Wilhelm Canaris*, *Die Neuregelung des Leistungsstörungen - und des Kaufrechts*, in: Egon Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002 : Schuldrechtsmodernisierung*, 2003, S. 29f. 参照。なお、拙著・前掲注(3)一二九頁以下参照。
- (70) *Martin Josef Schermaier*, vor § 276. *Zivilrechtliche Verantwortlichkeit*, in: Mathias Schmoekkel / Joachim Rückert / Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Historisch - kritischer Kommentar zum BGB Bd. II*, 2007, S. 1039f. また、過失は、具体的な行為者の個々の能力ではなく、当該取引領域における標準的な構成員の能力から客観的に判断されるが、手工業者にあつては標準的な能力を定めることは困難であり、主観的非難可能性から判断される (*Dirk Looschelders*, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 19. Aufl. 2021, S. 192 - 194.)。
- (71) *Medicus / Lorenz*, a. a. O. (Fn. 54), S. 147. (BÜB八一三条は「同一七二六条のよひに「回の道 (Umweg)」を必要とせざるべし」); *Spickhoff*, a. a. O. (Fn. 57), S.2535.; *Sebastian Henke*, *Die Obligation im deutschen und französischen Leistungsstörungsrecht*, 2022, S. 124ff.
- (72) *Schulze / Ebers*, a. a. O. (Fn. 57), S. 269f.
- (73) *Spindler / Rieckers*, a. a. O. (Fn. 57), S. 273 - 275. 参照。

- (68) *Stephan Lorenz*, Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, in : Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2005, 2006, S. 37 - 40.
- (69) *Thomas Riehm*, Pflichtverletzung und Vertretennüssen - Zur Dogmatik der § 280ff. BGB -, in : Festschrift für Claus - Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag Bd. I, 2007, S. 1088 - 1092, 1094 - 1096, 1103.
- (70) *Dirk Looschelders*, Der Bezugspunkt der Vertretennüssen bei Schadensersatzansprüchen wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache, in : Festschrift für Claus - Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag Bd. I, 2007, S. 738 - 742.; *derselbe*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2014, S. 194. 同頁の見解によつて *Ilaria Sy*, Pflichtverletzung und Vertretennüssen beim Schadensersatz statt der Leistung, 2010, S. 17 - 20, 26 - 29.
- (71) *Looschelders*, a. a. O. (Fn. 70), Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 194. 同頁の見解によつて *Ernst*, a. a. O. (Fn. 61), Rn. 148. zu § 280.
- (72) 同頁の見解によつて *Ulber*, a. a. O. (Fn. 53), Rn. 78. zu § 280.; *Schwarze*, a. a. O. (Fn. 54), Rn. D10, D21. zu § 280.; *Canaris*, a. a. O. (Fn. 62), S. 512.; *Horst Ehmann / Holger Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 69ff., 87f.; *Christian Ziegmeier*, Die neuen „Spielregeln“ des § 280 I 2 BGB, Jus 2007, S. 703.; *NomosKomm - Barbara Dauner - Lieb*, BGB Schuldrecht Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, Rn. 38. zu § 280. 453。
- (73) 中田裕康「現代における役務提供契約の特徴(中)」NBL五七九号(一九九五)三四頁(同『継続的取引の研究』〔有斐閣、二〇〇〇〕所収)、浦川道太郎「サービス契約における消費者被害の救済―不完全なサービス提供と役務提供者責任―」鎌田 Ⅱ 来生他編『岩波講座 現代法13』(岩波書店、一九九七)二二〇頁など参照。
- (74) 河上正二「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵(上)」NBL五九三号(一九九六)八一―一二頁。
- (75) 浦川・前掲注(73)二二二頁、長尾治助「サービスの欠陥とサービス提供者の契約責任―消費者契約を中心として―」中川他編『星野古稀・日本民法学の形成と課題下』(有斐閣、一九九六)七七二―七七四頁。
- (76) 雇用契約の安全配慮義務に関しても議論されてきたが、これは債権者(使用者Ⅱ他人の労務を受領する者)が債務者の生

命・身体の安全を配慮すべき義務である点で、その性質・構造を異にする（高橋眞『安全配慮義務の研究』（成文堂、一九九二）一四二頁以下）。

(77) なお、給付義務と履行過程における債務者の給付行為の位置づけに関しては議論がある（拙著・前掲注〔2〕二九二頁以下参照）。

(78) 契約債務関係の構造把握に関しては、拙著・前掲注〔2〕二九二頁以下、同・前掲注〔3〕一八〇頁以下、拙稿「契約上の義務概念の拡張と債務関係構造——ドイツ民法理論を素材にして——」（『伊藤傘寿・現代私法規律の構造』（第一法規、二〇一七）二九頁以下参照）。

(79) 詳細は、拙著・前掲注〔2〕三二〇頁以下、四〇四頁以下参照。

(80) ドイツでは、過失の構成要件であるBGB二七六条二項の「注意 (Sorgfalt)」に関して、外的注意 (Äußere Sorgfalt) と内的注意 (Innere Sorgfalt) に分けて検討される場合がある。前者は、目的に適った行為、規範により命じられた行為か否かといった判断であり、過失概念に関わる。後者は、個々人による注意の評価であり、ある状況下において認識されるべきであるとか、当該状況下では結果を予見できたといった判断に関わり、有責性要素とされる (Erwin Deutsch, Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, AcP 202 [2002], S. 903f.; derselbe, Die Medizinhaftung nach dem neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht, JZ 2002, S. 589, 591. など)。しかし、このような理解に対しては批判もあり、共通の理解には至っていない (Spickhoff, a. a. O. [Fn. 57], S. 2535f.)。

また、わが国においても、過失は債務者の具体的行為義務（付随〔的注意〕義務）違反として捉える傾向もみられた（北川善太郎「債務不履行における有責性」法学論叢一一八巻四・五・六号〔一九八六〕一一一—一一三頁、前田達明『口述債権総論第三版』（成文堂、一九九二）一三六—一三七頁など）。

消費税の再検討

阿 部 徳 幸

一、はじめに

消費税^①が変わろうとしている。二〇二三年（令和五年）年一〇月一日より、仕入税額控除は適格請求書等保存方式に変更される（同日施行後消費税法〔以下「新消費税法」という。』³⁰①、57の2^①）。消費税における「日本型インボイス制度」の導入である。わが国に消費税が導入されたのは一九八九（平成元）年のことであつた。昭和世代からすれば新しい税、平成世代からすれば、物心がついた時には既に存在していた税となる。その捉え方は世代によつて違う。しかし、導入後三〇余年しか経過していないと考えれば、これまでの期間は消費税導入の期間、すなわち助走期間として捉えることもできる。何事においてもいえることではあるが、走り出したばかりの制度・システムは最初は段取りが悪く不備も多い。消費税が変わろうとしている昨今、これまでの期間を振り返り、この不備とその是正の様子を確認しな

ければならない。しかしこの期間を助走期間としても、例えば二〇二二(令和四)年度一般会計歳入予算において既に消費税は国税だけでも、所得税二〇、三兆円、法人税一三、三兆円を抜き二二、五兆円と最も大きな財源として見込まれている⁽²⁾。消費税は、わが国における基幹税として成長してきた。そしてこの傾向は今後ますます進んでいくようにも思われる。消費税に基幹税としての地位を与えるためにも、これまでの様子を振り返り、わが国の国情に合ったより民主的な税制として消費税を育てていかなければならない。

財務省は、この消費税について一般向けパンフレットにおいて以下のように説明する⁽³⁾。

「消費税は、消費一般に対して広く公平に課される税です。そのため、原則として全ての財貨・サービスの国内における販売、提供などが課税対象であり、事業者を納税義務者として、その売上げに対して課税されます。また、税の累積を排除するために、事業者は、売上げに係る消費税額から仕入れに係る消費税額を控除し、その差額を納付することとされています。事業者に課される消費税相当額は、コストとして販売価格に織り込まれ、最終的には消費者が負担することが予定されています。(「直接税」と呼ばれる所得税などに対し、このように納税義務者と実質負担者が異なる税を「間接税」と呼びます)」である。

少々長い引用になったが、ここでは、売上げに対して課税される、消費税相当額にコストという言葉を使っている。そして消費税は一般的に間接税として分類されるものの、ここでは明確に消費税を間接税とはいってはいない。またコストとすればこれは費用の一部であり自ら負担すべきものとなる。このことは一般納税者が認識している消費税の姿とはかなり違っているようにも思われる。またわが国では「消費税」というものの、この税は一般的に付加価値税(VAT)に分類される。したがって消費税とは言え、消費(売上げ)に対して課税するものではなく、「付加価値」に

対して課税するもののはずである。

そもそもこの消費税とは、一体どのようなものなのであろうか。

消費税が変容を遂げようとしている今、これまでを振り返り消費税とはいったい何なのか、消費税の本質そのものを確認する必要がある。ここでは改めて消費税の本質について、若干の再検討を行ってみたい。⁽⁴⁾

二、消費税に対する消費者の誤解

消費税法は、価格の表示として、「消費税額及び地方消費税額の合計額に相当する額を含めた価格」で表示することを要求する（消費税法63）。この総額表示義務は、二〇〇三（平成一五）年度税制改正により導入され、二〇〇四（平成一六）年四月から実施されている（平成一五年税制改正法附則1八二）。しかし、消費税率八％への引上げに伴い総額表示を要しない特例措置が二〇一三（平成二五）年一〇月から認められた。さらに一〇％への引上げが延期されたことから、最終的に二〇二一（令和三）年三月三十一日までこの特例は延長された（消費税転嫁対策特別措置法10①、同附則2①、平成二八年税制改正法附則3）。具体的には、この間、表示する商品の価格が税込価格であると誤認されなため措置を講じていけば、総額表示（税込価格の表示）を必要としないとされていたのである。ただし、消費者の利便性に配慮する観点から、それまでの期間であつても、できるだけ速やかに税込価格を表示するよう努めなければならなるともされていた。そして財務省は、この「特例を適用した場合の認められる例」として以下のような具体例を示した【図表1】⁽⁵⁾。

そもそもこの総額表示は、これまで主流であつた「税抜価格表示」では、レジで請求されるまで最終的にいくら支

払えばよいのか分かりにくく、また同一の商品・サービスでありながら「税抜価格表示」と「税込価格表示」が混在しているため価格の比較がしづらといった問題があったことを踏まえ、事前に「消費税相当額を含む価格」を一目で分かるようにする⁶⁾といった消費者の利便性からのものと説明される。しかし、消費者からすれば、日々の消費行為において【図表1】で示された価格表示に長

いこと触れていれば、自ずと本体価格とは別に消費税を支払っているという感覚に陥ってしまうのは自然な流れである。もはや消費者の目からすれば、消費税の構造は「本体価格＋税」であると認識されている。財務省パンフレットによれば、「事業者に課される消費税相当額は、コストとして販売価格に織り込まれ」といつていた。すると消費税の構造は、「本体価格＋消費税相当額の価格」、すなわちすべてが「価格」ということになる。そしてこれを裏づけるものとして東京地判平成二一・三・二六(判時1344号115頁)は、「消費者が事業者に対して支払う消費税分はあくまで商品や役務の提供に対する対価の一部としての性格しか有しない」と判示する。より具体的にみれば、コンビニで一、〇〇〇円の買い物をして一、一〇〇円支払った場合、一、〇〇〇円は消費税ではなく一、一〇〇円の買い物をしたということをこの判決は示したのである。つまり、消費者の負担している消費税相当額は税ではなく対価の一部にすぎず、その売上(本体価格＋消費税相当額の価格)の中から事業者が消費税を納付しているだけであり、事業者が消費者から

【図表1】 特例を適用した場合の認められる例

△△スーパー ●●●円(税抜き)
△△スーパー ●●●円(本体価格)
△△スーパー ●●●円(税抜価格)
△△スーパー ●●●円+税
△△スーパー ●●●円(本体)
△△スーパー ●●●円+消費税

税を国に代わって預かり、それを国に納付しているという法的構造になっていないのである。そしてこのような消費者の誤解を解消するためもあり、総額表示が義務付けられたはずである。またかつて消費税の滞納対策として、国税庁は消費税を「預り金的性格」をいつていたが、この「預り金的性格」という表現もやめたのであった。

そもそもこの消費税の性格を預り金なのか、預り金的なものなのかについて、消費税法がその納税義務者を「事業者」としていることから明らかである（消費税法5①）が、例えば所得税法における「給与所得に係る源泉徴収」との対比からすればそれはより鮮明なものとなる。所得税法183条1項は、給与等の支払をする者に対して、その支払の際、その給与等について所得税を徴収し、翌月一〇日までに国に納付することを義務付けている。つまりこの源泉所得税は、源泉徴収義務者にとって明らかにその意味での「預り金」なのである。しかし消費税法は、消費者を納税義務者とはしていないのと同時に、事業者に対し課税資産の譲渡等（消費税法2九）の際、消費税相当額を徴収することを義務付けてもいない。結論として消費税とは、事業者にとって預り金でもなければ預り金的性格のものではない。

総額表示導入の理由は消費者の利便性がいわれる。ただしこの導入理由は、この他消費税の性格からも説明される。少々長くなるが引用する。「そもそも消費税は事業者を納税義務者とし、取引の各段階でその売上げに対して課税されるが、税相当額はコストとして財貨・サービスの販売価格に織り込まれていくことを通じ、最終的には消費者に転嫁されることが予定された間接税である。したがって、この取引に際して事業者が消費者から受領する消費税相当額は財貨やサービスの価格の一部に過ぎず、事業者の売上げはあくまで取引総額であり、こうした消費税の性格や仕組みからすれば、消費税に関する価格表示は、取引総額で示されることが本来のあり方と考えられる」⁷である。ここ

でも事業者の販売価格はあくまで取引総額だから総額表示が求められるというのである。

繰り返すが一般消費者の感覚はどうであろうか。長年にわたり【図表1】のような価格表示、すなわち「税抜価格」、「本体価格」、さらには「+消費税」になれ親しんできた結果、消費者には「対価の一部」としての意識はない。総額表示が求められる今日、巷では「一、〇〇〇円（税込一、一〇〇円）」といった価格表示があふれている。一般消費者の感覚はあくまでも「本体価格+税」のままである。このような誤解のもとに成り立つ消費税が、予算レベルとはいえ、所得税・法人税を抜き、最も大きな財源、いわばわが国税制の中心になってしまった。

三、消費税は間接税なのか

消費税は一般的に間接税 (indirect tax) として認識されている。これは「本体価格+税」といった構造からのものである。総額表示の導入理由によればこの構造は誤りであるといわねばならないが、消費税が間接税であることは強調される。

そもそも間接税とは、財政学上の伝統的な区分にしたがえば、法律上の納税義務者と実際に税を負担する担税者とが一致せず、転嫁されることが予定されている税と定義される。ただし転嫁によつて最終的には消費者が負担するところが予定されているとはいえ、具体的にわが国消費税法は、韓国付加価値税法とは異なりこの転嫁を強制しておらず、その「可能性」認めているに過ぎない。⁸⁾つまりこの伝統的な区分に従えば、税の転嫁ができれば間接税として機能し、転嫁できなければ自ら負担することになり直接税として区分されることにもなる。税の転嫁を基礎とした議論である。しかし東京地判平成二・三・二六によればあくまでも、「消費税分はその本質が対価」というのであるから、

「税」を転嫁しているわけでもなければ予定しているわけでもない。あくまでも対価（価格）にすぎないはずである。つまり税を対価（価格）に上乗せするのではなく、あくまでも対価（価格）の上乗せなのである。したがって税の転嫁の有無を根拠に消費税の性格論を論ずることに問題がある。

では消費税とは間接税ではなく、直接税（direct tax）と区分すべきなのであろうか。繰返しになるが東京地判平成二・三・二六は、「消費税分はその本質が対価」と判示した。そのうえで同判決文は、「消費税の納税義務者が消費者、徴収義務者が事業者であるとは解されない」というのである。また国税通則法施行令46条は「間接国税の範囲」を定める。そこでは「消費税法47条2項（引取りに係る課税貨物についての課税標準額及び税額の申告等）に規定する課税貨物に課される消費税」を間接国税に含めるものの、ここでの検討対象とした課税資産の譲渡等に係る消費税は間接国税に含めていない。つまり税法自身が間接税に含めていないのである。さらに消費税法そのものも、例えばその28条において、消費税の課税標準を「課税資産の譲渡等に係る消費税の課税標準は、課税資産の譲渡等の対価の額とする」という。そのうえでこの「対価の額」について、「対価として收受し、又は收受すべき一切の金銭又は金銭以外の物若しくは権利その他経済的な利益の額とし、課税資産の譲渡等につき課されるべき消費税額及び当該消費税額を課税標準として課されるべき地方消費税額に相当する額を含まないものとする」とする。繰返しになるが、ここでは「課された消費税額…」ではなく、あくまで「課されるべき…」といっているのである。つまり消費税法は消費税相当額の価格が「転嫁」（上乗せ）されたか否かに関わらず、「転嫁」（上乗せ）されたものとみなして、その課税標準を計算することを要求するのである。

現行消費税法によれば、その納税義務は「基準期間の課税売上高」（消費税法9②一）により判定される。これまで

の検討によれば、ここでの「課税売上高」はいわゆる「税込み」金額で判定されなければならない。何故なら同条文は、「課税売上高を課税資産の譲渡等の対価の額」というからである。しかし、最判平成一七・二・一（民集59巻2号245頁）は、消費税「法28条1項の趣旨は、課税資産の譲渡等の対価として収受された金銭等の額の中には、当該資産の譲渡等の相手方に転嫁された消費税に相当するものが含まれることから、課税標準を定めるに当たって上記のとおりこれを控除することが相当であるというものである。したがって、消費税の納税義務を負わず、課税資産の譲渡等の相手方に対して自らに課される消費税に相当する額を転嫁すべき立場にない免税事業者については、消費税相当額を上記のとおり控除することは、法の予定しないところというべきである」と、基準期間の課税売上高は税抜金額により判定する旨を判示した。前出東京地判のいう「消費税分は、その本質が対価」からではなく、免税事業者においては、そもそも転嫁する消費税相当額は存在しないという論点からの、すなわち消費税を間接税であるという認識からの判示である。

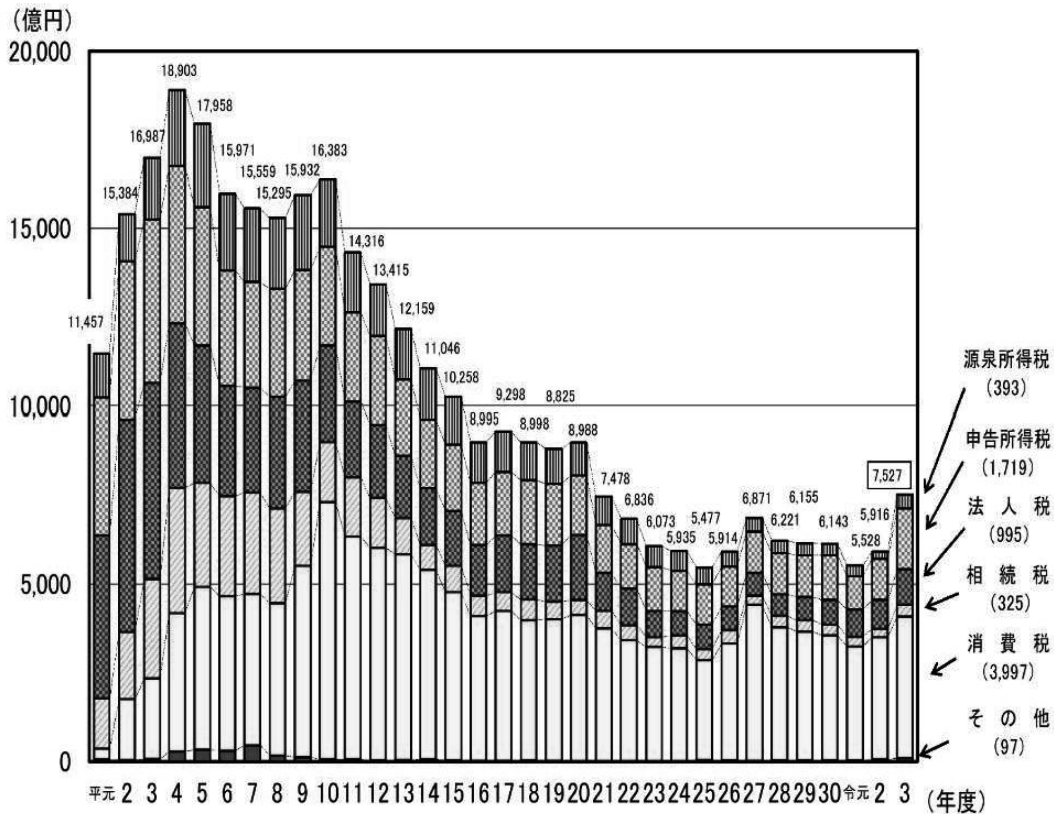
ここではもう少しこの「基準期間の課税売上高」をみてみたい。繰り返すが消費税法は、現年度ではなく基準期間でその納税義務を判断するように求める。今日、多くの個人事業者・中小事業者は、新型コロナウイルス感染症のなか、事業の継続・雇用維持に懸命に取り組んでいる。彼らはこのコロナ禍により赤字となってしまう場合、所得税・法人税の納税は、原則、求められない。しかし消費税はそれでも納税が求められる場合がある。そもそも消費税とは、消費者から預かっているものなのだからそれを納付することは事業が赤字であることとは関係がないという間接的論調からのものである。消費税法は、「小規模事業者に係る納税義務の免除」（消費税法9）（以下単に「事業者免税制度」という。）として、事業者のうち、その課税期間に対する基準期間における課税売上高が一千万円以下である

者については、原則として、消費税の納税義務を免除している。この規定からすれば、仮にその課税期間における課税売上高が一千万円以下であったとしても、基準期間における課税売上高が一千万円を超えていれば、その課税期間における消費税の納税義務は免除されない。つまり、その課税期間の納税義務の有無はあくまでも基準期間により判断され、その課税期間の課税売上高は考慮されないのである。具体的には、基準期間の課税売上高が一百万円でありその課税期間における課税売上高が一億円であっても、その課税期間の納税義務は無いのである。しかしこれとは逆に基準期間の課税売上高が一億円であり、その課税期間の売上高が一百万円でも納税義務は生ずることになる。

ではなぜ消費税法は、その課税期間の課税売上高で納税義務の免除を判定せず、基準期間のそれで判定することとしているのだろうか。そもそも消費税では税の転嫁が予定されており、消費税の納税義務者である事業者が一万円の商品を販売する場合、商品代金一万円と消費税一千元を消費者から收受しなければならぬ。しかし、免税事業者であればその必要はなく商品代金一万円だけでよい。つまり、商品を販売する時において自身が納税義務者なのか、はたまた免税事業者なのか分からなければ、消費者から收受する金額に違いが出てしまう。一般的に説明されるその理由である⁹。確かに免税事業者は、そもそも納税義務がないのであるから、消費者からわざわざ消費税を收受する必要はないのかもしれない。しかし「消費税分はその本質が対価」であった。そして消費税法は、現実に消費税相当分を転嫁し、收受しているか否かに関わらず收受しているものとみなして課税標準を計算することを求めている。したがってこの議論も、消費税が間接税であり、しかもその構造が「本体価格＋税」としてのものである。繰り返すが消費税の構造は、「本体価格＋税」ではない。

このように考えればこの基準期間を利用しての納税義務の判定は、あくまでも課税技術上の問題であり、敢えてい

【図表 2】消費税新規発生滞納額の推移



(注) 地方消費税を除いています。

うならば、課税庁がその二年前に消費税の納税義務の有無を判断するための装置に過ぎない。そしてこの基準期間における納税義務の判定により、現事業年度の実績に関わらず納税が求められ、ことさらにコロナ禍における中小零細事業者等にとって消費税は過酷な税となっている。この過酷な税からいくらかでも解放させるためには現年度判定にする必要がある。

消費税とは事業者にとって過酷な税である。現事業年度の実績が赤字であってもその税額計算方法から納税が求められるということもその理由の一つである。二〇二二(令和四)年八月、国税庁は「令和三年度租税滞納状況について」を公表した^⑩。これによれば二〇二二(令和三)年度における新規発生滞納額は、七、五二七億円となっている。そしてその内訳をみれば消費税が三、九九七億円と、全体の五三・一%を占めている。ただし、これには地方消

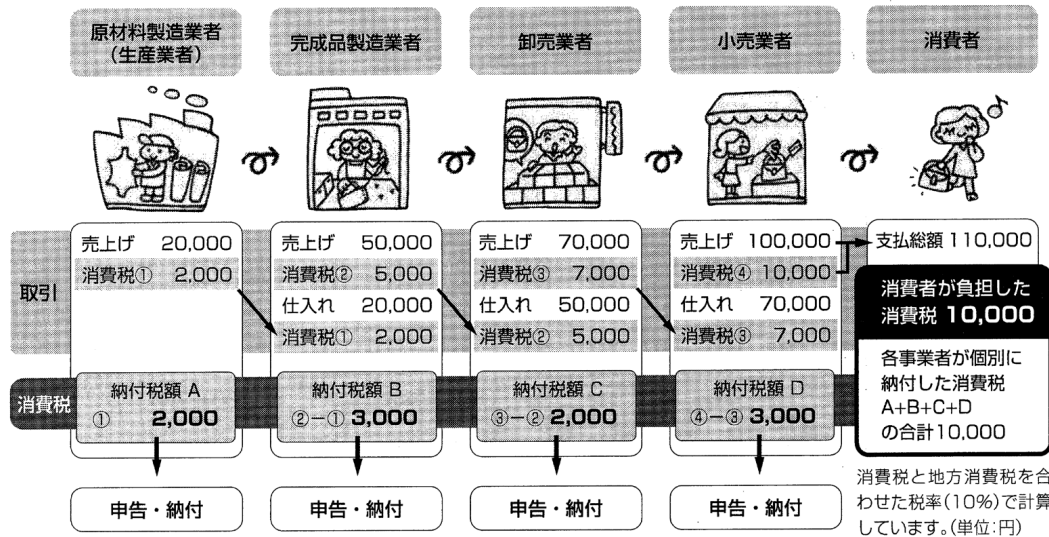
費税は含まれていないため滞納実額はこれを上回ることになる。なお消費税の滞納は、慢性的にそして高額のまま消費税施行直後から続いている【図表2】。巷間いわれる消費税を間接税として捉えるのであれば、実質事業者には負担がないことになる。負担がないのであれば、何故これほど恒常的に、そして高額なまま滞納が続いているのだろうか。事業者自体が負担しているからに他ならない⁽¹⁾。このことは消費税が間接税に限らず直接税としても機能していることを証明している。つまり消費税とは、直接税とも間接税とも明確に区分できない性格のものなのである。

二〇二三年（令和五年）一月一日より、この消費税における仕入税額控除は、「適格請求書発行事業者」に限定されることになる。いわゆる「日本型インボイス制度」の導入である。その要因の一つとして軽減税率（平成二八年税制改正法附則34①、地方税法72の83）の導入がいわれる。しかしこの軽減税率が逆進性対策とならないことは明らかである。高額所得者・低所得者を問わず、すべての消費者にこの軽減税率が適用されることもその理由の一つである。そしてこの適格請求書等保存方式では、この適格請求書は、事前に登録した課税事業者のみが交付できることとなり、免税事業者は適格請求書発行事業者から除かれることになる。その結果、免税事業者は、自ら課税事業者となるか若しくは最悪の場合、市場からの退場を余儀なくされる。消費税法上事業者免税制度を維持したままの実質的制度廃止である。またそこでは、免税事業者が消費税免税を維持し続けるためには、更なる価格引き下げが要求されることにもなる。ただしこれには、免税事業者も価格にきちんと消費税分を転嫁し、自ら課税事業者となればよいのではないかという批判もある。価格転嫁対策特別措置法も施行されており、公正取引委員会を中心に価格転嫁の監視を続けているからという理由による。しかし、この公正取引委員会による監視は、税率引上げの際のものであり、今回は税率引上げではない。また、「下請けは元請けと対等に価格交渉できない」、「元請けには逆らえない」と現場の声を報道するもの

もある。⁽¹²⁾さらには最高裁までもが免税事業者を、「消費税の納税義務を負わず、課税資産の譲渡等の相手方に対して自らに課される消費税に相当する額を転嫁すべき立場にない」という(前出最判平成一七・二・二)。また地裁レベルではあるが、「消費税法の規定上、事業者は、仕入税額相当額の負担を、他の事業者や消費者に対して転嫁する権利や義務を有しているとは解されず、実際に転嫁できるか否かは当該事業者の経営状態、市場環境等の影響を受けざるを得ない」(神戸地裁平成二四・一一・二七・税資262号順号12097)とするものもある。これらからすると、免税事業者は消費税相当額を転嫁すべき立場にない。しかし課税事業者となったところで消費税相当額を転嫁できるか否かは、市場におけるその事業者の立場・力によるものである。つまりこの消費税とは、その事業者の経済市場における立場・力により、転嫁できる場合もあれば転嫁できない場合もあるということである。しかし先の東京地判平成二・三・二六によれば消費税相当額は価格であった。消費税の構造としては、「本体価格＋税」ではなく、「本体価格＋本体価格×本体価格」のはずである。したがって、ここでの問題は、消費税相当額の「転嫁」の問題ではなく、あくまでも価格決定の問題に過ぎないはずである。先の東京地判平成二・三・二六も、「消費税の納税義務者が消費者、徴収義務者が事業者であるとは解されないと判示する。先の最判平成一七・二・一、神戸地判平成二四・一一・二七はともに、消費税の性格を間接税であることを前提とし、それを強調するがため、「転嫁」という言葉を用いたことによる判示である。

国税庁は、「消費税の基本的仕組み」について、パンフレットにおいて【図表3】⁽¹³⁾のような図を用いて説明する。そしてそこでは、「消費税は、事業者に負担を求めるものではありません。税金分は事業者が販売する商品やサービスの価格に含まれて、次々と転嫁され、最終的に商品を消費し又はサービスの提供を受ける消費者が負担することに

【図表3】消費税の負担と納付の流れ



消費税の再検討 (阿部)

なりません」と説明を加える。しかし、この説明並びに図はあくまでも消費税法、消費税制度が予定している様子を示しているだけのものであり、現実とはかけ離れたものとなっている。何故ならここでは、事業者が次の事業者へ販売するにあたり、①適正な利益を確保して販売していること、②さらに完全な転嫁がなされていること、この二点を前提に説明され、描かれているからである。そしてこの①・②いずれも販売「価格」の問題となる。

国税庁によれば、二〇一九(令和元)年度における法人税の申告のうち黒字申告割合は三五・二%という。逆にみれば六四・七%の法人は赤字申告ということになる。同様に二〇二〇(令和二)年度実績では黒字申告割合は三五・〇%、すなわち赤字申告割合六五・〇%ということである。¹⁴⁾仮に消費税相当額をその販売価格に完全に「転嫁」ができていっていると仮定しても、その販売価格そのものに問題があれば、すなわち適正な利益が確保できなければ、その法人は赤字申告となる。では赤字申告となってしまう場合、その消費税の負担はどうなるのであろうか。赤字とは適正な価格で販売できていないことの証左であるから、実質的にその消費税相当額は結局事業者自らが負担することになる。つまり間接税としては機能しないことにな

る。その結果、消費税は滞納となってしまう。さらにこの傾向は、一般的に中小零細事業者ほど傾斜的に強まることになる。これについて消費税の税率が一〇%へと引き上げられた時期のものではあるが、「消費税率が一〇%に上がる一〇月を控え、中小・零細企業の経営者は、取引先への納入価格に増税分を上乗せ（転嫁）できないと不安を募らせている。多くの中小・零細企業は下請けで立場が弱く、元受けからの値下げ『圧力』に逆らいにくい。政府は監視を強めてきたが、下請けが増税分を肩代わりするケースが後を絶たない恐れがある」と、現場の声を報道するものもある。

「適格請求書等保存方式」の導入、これは実質的な事業者免税点制度の廃止である。中小零細事業者、ことさら現状免税事業者である者にとっては死活問題である。ただしこれも「適格請求書発行事業者」のみに登録番号を付与するのではなく、全事業者に付番し、課税事業者を選択させるのではなく、現事業年度の課税売上高による納税義務の判定とすれば事業者免税点制度は存置されることになる¹⁶。しかし、この予定される「適格請求書等保存方式」も、消費税とは、消費者から預かっている間接税だとする議論からすれば正当化される。これまで免税事業者であったのだから、消費者から消費税相当額を徴収する必要はなかったが、課税業者となれば正々堂々と消費者から消費税相当額を徴収し、その預かった金銭を国庫に納付するだけのことからである。いわゆる「益税問題」¹⁷である。

この日本型インボイス制度の施行を、行政のデジタル化、電子帳簿保存制度（電子計算機を使用して作成する国税関係帳簿書類の保存方法等の特例に関する法律）の推進などと組み合わせると、将来的に「電子インボイス」への完全移行が容易に想像できる（なお今回のこの「適格請求書等保存方式」においても、電子インボイスは認められている。（新消費税法57の4①¹⁸）。これは韓国付加価値税と同様に、電子的方法によるインボイスに電子署名したうえ作成・発給すると

ともに、それを国税庁に伝送する制度を予感させる。¹⁹⁾これによれば事業者間の経済取引は実質的に丸裸となる。

これまでの考察からすれば、消費税がいわゆる「本体価格＋税」としての間接税とはいい切れないことになる。だとすると、巷間言われる事業者免税制度、簡易課税制度（消費税法37）に基づく益税問題は法的には存在しないことになる。事業者が他の事業者や消費者から消費税相当額を収受したとしてもそれは価格の一部であり、また事業者は、他の事業者や消費者に対して転嫁する権利や義務を有していないからである。つまりはこの事業者免税制度、簡易課税制度は、消費税を直接税とした上での規定であり、制度だからである。

この益税問題に関しては、二〇〇五（平成一七）年時点のものではあるが（すなわち消費税率5%当時）、事業者免税制度によるもの約四、〇〇〇億円、簡易課税制度によるもの約一、〇〇〇億円とする報告もある。²⁰⁾さらに二〇一（平成二四）年一〇月には、会計検査院が「消費税の簡易課税制度について」と題した会計検査院法第30条の2の規定に基づく報告書を公表した。²¹⁾そこでは、事業区分ごとにみなし仕入率（消費税法37①、同施行令57）と課税仕入率の平均を比較すると、みなし仕入率が全ての事業区分において課税仕入率の平均を上回っている。その中でも第五種事業（運輸・通信業、サービス業及び不動産業）の法人と個人事業者を合わせた課税仕入率の平均は三二・四%となっており、みなし仕入率五〇%との開差が顕著な状況となっている旨を報告し、益税問題を取り上げ、財務省にその是正を要請した。しかしこれらはいずれも無益な議論ということになる。そもそも「本体価格＋税」ではないのであるから、益税問題そのものが法的には存在しない架空のものだからである。しかしここでは無益だけに留まらない。会計検査院がこの益税問題を重視することにより、消費税を間接税へとさらなる誘導したことになるからである。

再度、「事業者免税点制度」規定を検討してみたい。会計検査院は、「平成二二年決算検査報告」において、新設法

人の場合、設立第一期・第二期において相当の売上高があるにもかかわらず、基準期間の課税売上高がないため免税業者となっている法人が相当数見受けられると指摘した。⁽²²⁾ この指摘を受けて、基準期間の課税売上高に関わらず、前年度開始の日から六か月の課税売上高が一千万円を超えるかどうかで消費税の納税義務を判定する(消費税法9の2①)、さらには資本金等の額が一千万円以上の新設法人の場合、その基準期間がない事業年度の納税義務は免除されない(消費税法12の2)と消費税法が改められた。しかし、免税事業者であれば、売上金額が、資本金等の額がいくらであろうと収受する・すべき消費税はないのであり納税の必要もないはずである。つまりこの改正は、消費税を収受している・いないといった間接税として側面ではなく、事業者そのものに負担を求める直接税としての側面からなされた改正なのである。

どうも財務省・国税庁をはじめとしたわが国政府は、その時その時の都合で、消費税の性格を間接税といたり、直接税としてみるたりして使い分けているようにしか思えない。そもそもこの間接税・直接税とった区分はそれほど重要なのであろうか。今日、「直接税の間接税化」、「間接税の直接税化」がいわれている。一般論として法人税は直接税に分類される。しかし法人企業からすれば、法人税はコストの一つであり、原価計算においては法人税もコストとしてカウントされている(フルコスト原理)。つまり、適正に価格に転嫁できればそれは法人税であれ、消費税であつても間接税として機能し、逆に転嫁できなければ直接税的なものとなるのである。あくまでもこの区分は転嫁すること・しないことを立法者の予定に基づく相対的なものに過ぎないのである。

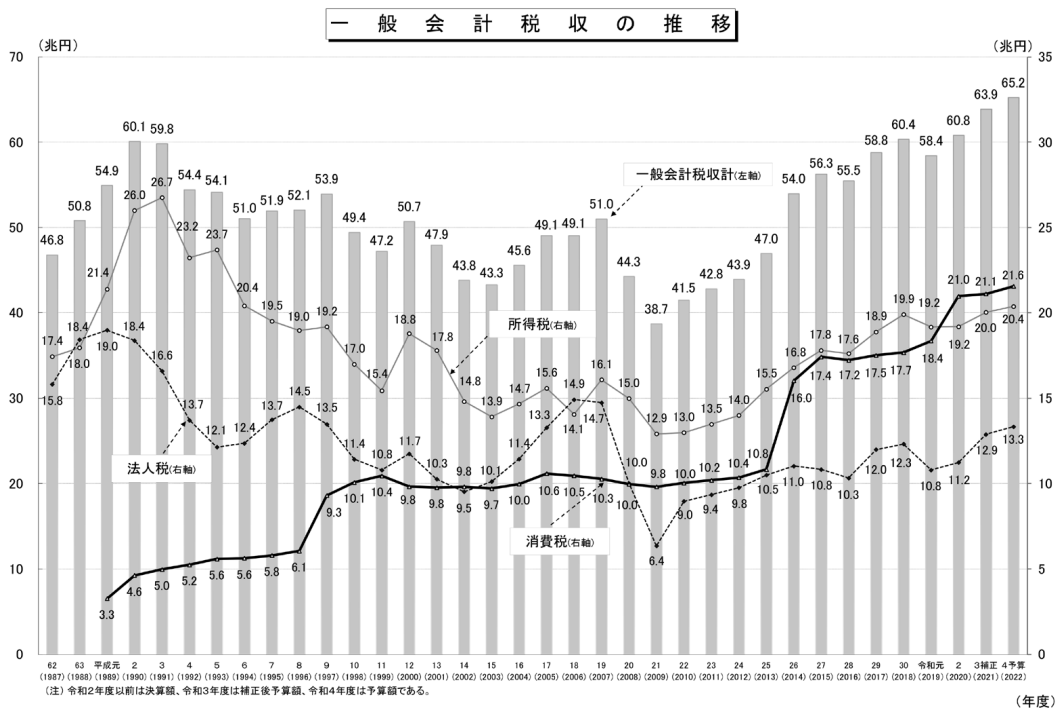
四、消費税と福祉目的税

消費税法1条2項は、「消費税の収入については、地方交付税法に定めるところによるほか、毎年度、制度として確立された年金、医療及び介護の社会保障給付並びに少子化に対処するための施策に要する経費に充てるものとする」と規定する。これは二〇一二（平成二四）年八月二二日、「社会保障の安定財源の確保等を図る税制の抜本的な改革を行うための消費税の一部を改正する等の法律」（以下「社会保障財源法」という。）により新設され、二〇一四（平成二六）年四月一日より施行されている。この消費税の創設根拠となる税制改革法（昭和六三年法律第107号）10条は、「消費税の創設」として、「…国民福祉の充実に必要な歳入構造の安定化に資するため、…消費税を創設する」という。この二項新設は、この税制改革法路線に従い明文化したものと見えよう。

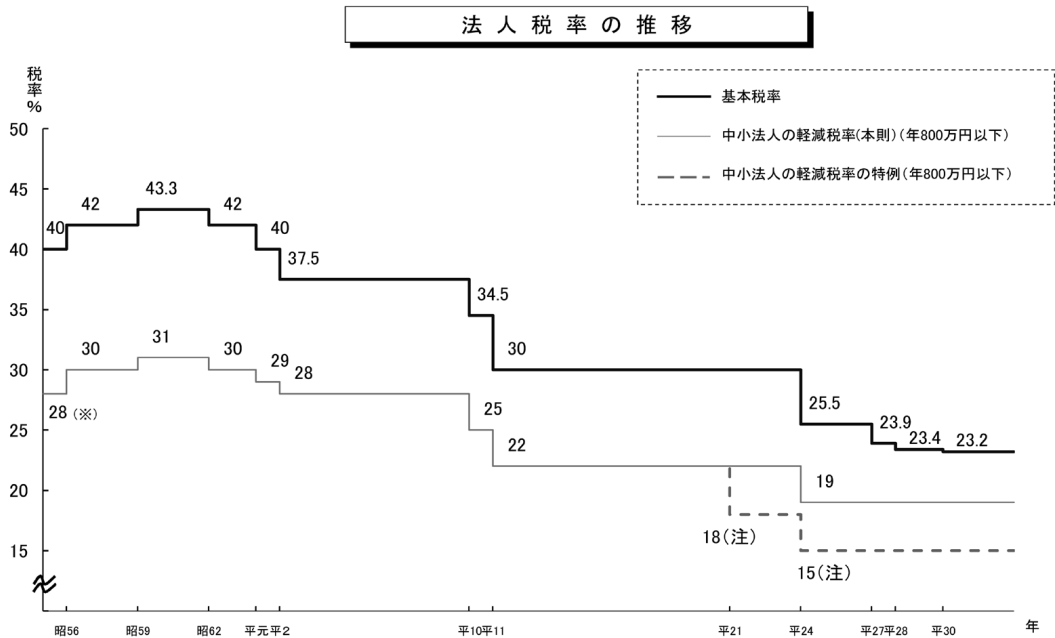
繰り返すがこの消費税はわが国において一九八九（平成元）年に登場した。そしてその税率は3%から始まり、その後5%、8%、そして現在の10%（消費税法29、地方税法72の83）（軽減税率8%）と引き上げられてきた。消費税は、所得に担税力を見出すものではなく消費にそれを見出すため、景気変動に左右されない安定した財源が見込める租税だといわれる。²³そして消費税率1%引上げにより、二、七兆円の増収が見込まれるとも巷間言われている。【図表4】²⁴は、一九八七（昭和六二）年から二〇二二（令和四）年までの一般会計税収の推移をまとめたグラフである。確かに消費税は右肩上がりとなっており順調に税収は増えてきている。しかし、一般会計税収は、消費税導入直後の一九九〇（平成二）年の六〇、一兆円をピークとして、二〇一八（平成三〇）年には六〇、四兆円という年度もあるが、トータル的にみて増えていないばかりかむしろ減少してきた。一方で法人税に目を向けてみると、消費税導入時の一九八九

(平成元)年の一九、〇兆円をピークに減少し続けている。少し古いものではあるが、財務省は「中期的な税収減(九年度→一六年度)とその主な要因について」として、一九九七(平成九)年度と二〇〇四(平成一六)年度とを比べ、その税収減合計一二、二兆円の要因を税制改正によるもの七、六兆円、経済要因等による減収四、六兆円と分析し、結論付けている。⁽²⁵⁾つまり財務省は、この間の税収減のうち約六二%(七、六兆円)は、税制改正によるもの、すなわち減税が要因だというのである。【図表5】は財務省が公表する「法人税率の推移」である。⁽²⁶⁾消費税率導入の一八九八(平成元)年当時四〇%だった法人税率は現在二三・二%と約半分にまで引き下げられてきた。財務省のいう税収減の要因である減税はまずここに現れる。さらに財務省が減税による税収減をいうものの二〇一一(平成二四)年度においてさらに法人税率は三〇%から二五・五%まで引き下げられた。この理由は、二〇一〇(平成二二)年六月一八日閣議決定された「新成長戦略」が発端とされる。ここではデフレから脱却し、日本経済を本格的な成長軌道に乗せていくため、国内企業の国際競争力強化と外資系企業の立地を促進し、雇用と国内投資を拡大することが喫緊の政策課題とされている。そしてこの課題の実現に向け、先進国の中でもアメリカと並んで最も高い水準にあるわが国の国税と地方税を合わせた法人実効税率について、課税ベースの拡大等により財源確保を図りつつ、法人税率を引き下げるとされている。⁽²⁷⁾また二〇一五(平成二七)年度においてもさらなる引下げがなされたが、その理由は、「国際競争力の強化」と二〇一二(平成二四)年度のものとはほぼ同じであり、法人実効税率を二〇%台にまで引下げることを目指してのものであった。⁽²⁸⁾繰り返すがいずれも国際競争力の強化を求めている税率引き下げであり、その前提として「課税ベースの拡大等」をいう。この二〇一二(平成二四)年といえは野田佳彦内閣(当時)が、消費税率を二〇一四(平成二六)年に八%、二〇一五(平成二七)年に一〇%に引き上げる法案を提出。同年八月一〇日に参院本会議で可決し成立させ

【図表4】一般会計税収の推移



【図表5】法人税率の推移



(注) 中小法人の軽減税率の特例(年800万円以下)について、平成21年4月1日から平成24年3月31日の間に終了する各事業年度は18%、平成24年4月1日以前に開始し、かつ、同日以後に終了する事業年度については経過措置として18%、平成24年4月1日から令和5年3月31日の間に開始する各事業年度は15%。

(※) 昭和56年3月31日の間に終了する事業年度については年700万円以下の所得に適用。

た年でもあった。法人税率引下げの前提である「課税ベースの拡大等」とは、この消費税率の引上げということであろうか。

法人税率の引下げにあたり、「課税ベースの拡大等」を前提としていた。わが国の法人税における国際競争力をいう場合、常にその税率ばかりが検討対象となる。法人税率の引下げにあたり「課税ベースの拡大等」がいわれるが、そもそもわが国の法人課税では様々な租税特別措置により課税ベースが大幅に侵食されている。そしてこの侵食も企業規模が大きくなるに比例し拡大していく。【図表6】⁽³⁰⁾は、菅隆徳税理士が試算した二〇一九(平成三二)年四月一日から二〇二〇(令和二年)三月三十一日までの間に終了した事業年度における法人の租税特別措置法(以下「措置法」という。)における課税ベースの侵食による法人税の減税額である。⁽³¹⁾なお、ここでは大企業を資本金一〇億円超、中堅企業を資本金一億円超一〇億円まで、そして中小企業を資本金一億円以下として分類している(以下同じ)。菅税理士によれば、この間、措置法の適用により二兆二、三七九億円もの法人税が減税となったと報告する。そしてこの金額のうち大企業に対するものを一兆一、六二五億円と試算する。さらに同税理士は、租税特別措置は措置法のみならず法人税法といった本法にも現れることから【図表7】、トータル的に大企業の租税特別措置による法人税の減税額を六兆七〇一億円と試算する。さらには措置法による減税額の約六二%は大企業が享受している実態をも報告する【図表8】。

法人税率の引下げと租税特別措置による課税ベースの侵食、ことさら大企業の法人税負担はこの二つにより恒常的に軽減されてきた。一般会計税収の推移【図表5】によれば、消費税導入により新たな財源が確保されたにもかかわらず、税収は伸びてこなかった。しかもその間消費税の税率は引上げられてきた。つまりこの間の消費税収は、恒常

【図表6】租税特別措置法による減税額

(2019年4月1日～2020年3月31日に終了した事業年度)

減税項目(全85項目)	適用法人数(社)注①	減税額(億円)注②	大企業の適用割合(%)注③
①試験研究費の税額控除	9,723	5,574	90
②給与等の引上げ等を行った場合の税額控除	129,737	2,289	32
③特定目的会社に係る課税の特例	420	1,747	64
④投資法人に係る課税の特例	101	1,553	100
⑤特定株式投資信託の受取配当の益金不算入	4,680	1,551	9
⑥特定の基金に対する負担金等の損金算入の特例	213,774	591	13
⑦保険会社等の異常危険準備金	58	468	100
⑧保険会社の受取配当等の益金不算入	36	412	100
⑨原子力発電施設解体準備金	10	178	100
⑩原子力保険又は地震保険に係る異常危険準備金	11	113	10
⑪その他(61項目)	38,942	1,109	
小計	397,492	1兆5,585	65.69注④
買換え等の課税の繰延措置(9項目)	3,853	2,214	60.63注④
中小企業対策(5項目)	1,657,347	4,580	0.97注④
合計		2兆2,379億円	

注① 適用法人数は単体法人と連結法人の合計数。

注② 減税額の計算の基礎となる法人税率は23.2%で計算。

注③ 大企業の適用割合は、全体の減税額に占める大企業(資本金10億円超及び連結法人)が受ける減税額の割合を示したもの。

注④ 大企業の減税額は(1兆5,585億円×65.69%)+(2,214億円×60.63%)+(4,580億円×0.97%)=1兆1,625億円となる。

(出所) 財務省2021年1月発表「租税特別措置の実態調査の結果に関する報告書」(第204回国会提出)をもとに税理士 菅隆徳が計算、作成。

【図表7】租税特別措置による大企業減税額(2019年度)

減税項目	減税額	概要
租税特別措置法関係	1兆1,625億円	試験研究費の税額控除など
法人税法の租税特別措置		
受取配当益金不算入	2兆9,032億円	受取配当を利益から除き、減税するもの
外国子会社配当益金不算入	1兆3,662億円	外国籍企業の外国子会社からの配当の95%を利益から除く減税
連結納税	6,382億円	国内子会社の所得を親会社の所得と合算して法人税を計算する仕組み。連結納税グループ企業の中に赤字法人があると、各企業の黒字と赤字が相殺されるため課税所得が減り、個別に納税するより法人税が減税になる
合計①	6兆701億円	

(出所) 財務省「租税特別措置の適用実態調査の結果に関する報告書」国税庁「会社標本調査結果」(税務統計から見た法人企業の実態)「令和元事務年度法人税等の申告(課税)実績の概要」より税理士 菅隆徳が計算、作成。

【図表8】規模別1社当たりの租税特別措置による減税額(2019年度)

	中小企業	中堅企業	大企業・連結	合計
適用法人数(社)	2,047,496	6,763	8,335	2,058,692
減税額(億円)	9,567	1,187	1兆1,625	2兆2,379
1社当減税額(万円)	47	1,756	1億3,947	109

(出所) 財務省2021年1月発表「租税特別措置の実態調査の結果に関する報告書」(第204回国会提出)をもとに、税理士 菅隆徳が計算、作成。

的な法人税率の引下げと租税特別措置による課税ベースの浸食による法人税減税の穴埋め財源とされてきたのである。³²⁾しかし現行消費税法1条2項にもある通り、消費税はあくまでも福祉財源であるといった反論もあるだろう。ただし消費税をいくら引上げても、その一方で法人税を減税していればトータルとしての税収は増えるはずがない。これでは社会保障費を捻出できるはずがない。社会保障費の捻出とは建前にしかすぎない。その証左として、同法1条2項を新設した社会保障財源法附則18条2項は、「税制の抜本的な改革の実施等により、財政による機動的対応が可能となる中で、我が国経済の需要と供給の状況、消費税率の引上げによる経済への影響等を踏まえ、成長戦略並びに事前防災及び減災等に資する分野に資金を重点的に配分することなど、我が国経済の成長等に向けた施策を検討する」とも規定する。消費税法1条2項は、消費税の収入についてはいわゆる福祉四経費に充てるというものの、附則18条2項では、わが国経済の成長等に向けた施策に充てるといっているのである。

五、消費税の本質

これまでみたようにこの消費税については、転嫁 (shifting) という言葉が多用され間接税であることが強調される。ではどうして財務省・国税庁をはじめとしてわが国政府は、これほどまでに消費税を間接税といい続けるのであろうか。消費税は間接税でなければならないのだろうか。例えば法人税といったほかの税目においてはこれほど直接税・間接税の区分が問題にされることはない。それは法人税が直接税であることが自明だからであろうか。しかしこれらの区分は、納税義務者と担税者が一致するか否かを、立法者が「予定」しているだけに過ぎず、直接税・間接税の区分はそれほど重要ではない。ただし消費税を間接税とするならば、一般消費者は担税者として租税法関係の枠外に

置かれることになるといった別の次元の問題も残る。予算ベースとはいえ最も大きな財源が予定される租税において、一般国民のほとんどを占める消費者（担税者）が租税法関係から外れることは、彼らを租税の分野において植物人間化することにつながるからである。⁽³³⁾

わが国消費税は、「消費型」(consumption-type)の付加価値税(VAT)である。⁽³⁴⁾現在、わが国を含め各国で実施または導入が検討されている付加価値税のほとんどが、この「消費型」である。⁽³⁵⁾このかたちの付加価値税はフランスで考案された。一九六七年にデンマークが初めてこの租税を導入した。次いで、一九六八年にフランス、当時の西ドイツが導入し、その後イギリス(一九七三年)などでの導入を経て、今日ではEU(ヨーロッパ連合)の共通税となっている。現在、世界的には、韓国、台湾、ニュージーランド、インドネシアなど太平洋圏の諸国を含め、大多数の国々が導入している。⁽³⁶⁾

フランスで考案されたこの付加価値税ではあるが、フランスはこれを直接税ではなく「モノにかかる間接税」として定義づけた。わが国においても間接税として強調されるのはこのことによるのである。フランスがこの税を間接税として定義づけた理由は、当時のGATT(関税貿易に関する一般協定: General Agreement on Tariffs and Trade)にあった。GATTは、公正・平等な貿易を保障するため、輸出国の政府が、輸出企業に対し輸出補助金を支給したり、租税による優遇措置を講ずることを厳しく禁じた。フランス政府はそれまで輸出企業に補助金を支給していたためGATT違反となる。しかし同政府は、何とか租税を通じて輸出企業に補助金を与える方法はないかと模索した。そこで同政府は、事業者が請求書に付加価値税額を別記し、「自分が払った税を返してもらうのだからGATT協定には違反しない」と説明したのである。⁽³⁷⁾なおこのGATTの活動は、一九九五年に発足したWTO(世界貿易機関…

World Trade Organization) に引き継がれている。そこではその基本理念、差別待遇の排除といった理念も、現在までも受け継がれている。

そもそも付加価値税が登場したのは、戦後わが国におけるシャウプ勧告によってであった。地方税における法人事業税に代わり導入がいわれ、一九五〇（昭和二五）年に「付加価値税法」は国会を通過し可決成立した。ここでの課税対象となる付加価値とは、売上高から原材料と費用（人件費と利子・地代を除く。）として計算されるものであった。逆説的にみれば、利益と人件費、利子・地代が課税対象として計算されることになる。なおこの計算方法は、現在の消費税法における納付消費税額の計算方法とほぼ同じである。この付加価値税は、法人事業税に代わり導入されたものであったため直接税に分類された。ただし法案は成立したものの国民の反対が多く、一九五四（昭和二九）年にも一度も施行されないまま廃止となってしまう。なおここにおける反対理由も「転嫁」問題と「負担能力」が問題視されてのものであった。³⁸ なおここでいう「負担能力」とは、人件費を支払えば支払うほどその分税負担が多くなるということとの関連からの言葉である。そしてこの現象は現行消費税法においても同様に機能している。

このような経緯で登場した付加価値税ではあったが、フランス政府は輸出企業に補助金を与えるため、どうしても「モノに係る間接税」に仕立てなければならなかったのである。³⁹ 消費税は、輸出大企業に膨大な還付金をもたらしている。【図表9】は、湖東京至元静岡大学教授による主な輸出大企業に対する還付消費税額の試算である。⁴⁰ 消費税は、一方において恒常的にそして多額の滞納税額を生んでいる。しかしその一方ではこれだけ多額の還付金が発生している。とてもアンバランスな、決して「中立」とは言えない税制となっている。さらにはこの輸出還付金だけをみれば、輸出企業だけに認められる補助金的な性格（インセンティブ）として捉えることもできる。これについてわが国財務省

【図表9】輸出大企業に対する還付金額上位10社の推算

標準税率10% 2020年度分

(単位:億円)

企業名	事業年度	売上高	輸出割合 (%)	20年10% 還付金額	18年8% 還付金額
トヨタ自動車	2020年4月～ 2021年3月	11兆7,614	66.4(推定)	4,578	3,683
本田技研工業	同上	3兆0,928	86.0(推定)	1,681	1,565
日産自動車	同上	2兆4,896	78.3(推定)	1,628	1,587
マツダ	同上	2兆1,359	81.4	957	790
村田製作所	同上	1兆1,078	91.5(推定)	758	494
豊田通商	同上	2兆4,729	60.8(推定)	636	528
SUBARU	同上	1兆5,809	82.8(推定)	607	507
三菱自動車	同上	1兆0,922	71.0(推定)	600	683
キャノン	2020年4月～ 2020年12月	1兆2,554	74.5(推定)	525	482
パナソニック	2020年4月～ 2021年3月	3兆8,126	30.3	472	313
合 計				1兆2,442	1兆0,632

は、輸出免税制度は経済協力開発機構(OECD)のガイドラインに規定されているとした上で、「国際ルールに従っており、制度に問題がない」というに留まる⁽⁴¹⁾。輸出物品や国外で提供されるサービスに対する消費税の課税主体政策論としての仕向地主義 (destination principle)⁽⁴²⁾ による回答である。この仕向地主義によれば、税制における国際的競争中立性の確保につながり、また各国の租税に関する主権を相互に尊重することにもなることから、国際慣行的に一般化されているということである。

しかし、国際的にみれば仕向地主義が尊重されるべきかもしれないが、消費税を国内的にみれば輸出企業に対するインセンティブに他ならない。またこの種類の付加価値税を採用していないアメリカは、この輸出還付金を「非関税障壁」と認識している。その理由として、①アメリカ製品を海外へ輸出すれば、輸出企業には特段租税におけるメリットはないが、それが輸入された国ではその国の付加価値税が課税される、②海外からアメリカへと輸入されてくる製品に対しては、原産地で課税免除されるために還付金が与えられている。そのうえアメリカへ入

る際には付加価値税課税はないことを挙げている。⁽⁴³⁾つまりアメリカでは付加価値税に還付金が伴い、これが「非関税障壁」となっているというのである。⁽⁴⁴⁾

わが国においてこの付加価値税がいわれ出したのは、一九七九(昭和五四)年一月、大平正芳首相(当時)が財政再建のため「一般消費税」導入を閣議決定したことに始まる。一九七一(昭和四六)年のニクソンショック以降わが国財界は、円高による国際競争力の低下に苦慮していた。この国際競争力の対策の一環としての一般消費税、付加価値税導入、すなわち租税を通じた輸出補助金の付与ということには繋がらないだろうか。岩本沙弓氏は、アメリカは日本の法人税率引下げと消費税導入を併せて、「非関税障壁」として捉え、その対抗策を講じている旨を報告する。以下、岩本氏の報告を抜粋する。ここではアメリカは、日本のこの非関税障壁への対応策として、日本とアメリカとの間での通商交渉を取り上げる。具体的には、わが国における消費税導入前、すなわち一九八九(平成元)年前の通商交渉は、牛肉・オレンジなどといった個別品目の交渉に終始していた。⁽⁴⁵⁾しかし一九八九(平成元)年七月一日、日米首脳会議でジョージ・H・W・ブッシュ大統領(当時)は「日米構造協議」(Structural Impediments Initiative)を提案し、実現した。この一九八九(平成元)年とは、わが国に消費税が導入された年である。この協議では日米両国の国際の收支不均衡が問題として取り上げられた。そしてこの時から日米間の協議はこれまでのような個別品目での市場参入問題ではなく、アメリカから日本経済、日本社会の構造やそのあり方そのものが問われたうえでの交渉となっていく。そして同協議は一九九三(平成五)年の「日米包括経済協議」(U.S.-Japan Framework Talks on Bilateral Trade)へと引き継がれることになる。⁽⁴⁶⁾

一九九四(平成六)年は、村山富一内閣(当時)が、消費税率を三%から五%へ引上げを決めた年であった。この年

からアメリカは「年次改革要望書」(The U.S.-Japan Regulatory Reform and Competition Policy Initiative)を日本政府に突き付けるようになる。ここではアメリカは日本に対し、規制緩和についての要望を掲げている。つまりはわが国に対する内政干渉に他ならないのである⁽⁴⁷⁾。

次は橋本龍太郎政権下である。一九九七(平成九)年橋本内閣は消費税率五%を実行し、法人税率三七・五%から一九九八(平成一〇)年に三四・五%へ、一九九九(平成一一)年には三〇%へ引下げた。この施策に対してさらに年次要望書で取り上げられ、重点的な規制緩和として、同政権下、着手されたのが一九九六(平成五)年から行われた大規模な金融制度改革、日本版ビッグバンであった⁽⁴⁸⁾。

二〇〇九(平成二一)年九月、民主党鳩山由紀夫内閣が発足した。鳩山内閣は消費税率を四年間引上げない旨を公約に掲げていた。するとこの年、これまで散々日本に構造協議を迫ってきた年次改革要望書は突如廃止された⁽⁴⁹⁾。しかし二〇一〇(平成二二)年六月、菅直人政権が発足し、消費税率一〇%を表明し、法人税率を二〇一一(平成二三)年から二五・五%へ引下げると、同年一一月には、「日米経済調和対話」(Economic Harmonization Initiative)として、かたちを変えた対日要求が復活することになる⁽⁵⁰⁾。そして二〇一二(平成二四)年八月、野田佳彦政権が「社会保障と税の一体改革法」⁽⁵¹⁾を成立させた。ここには消費税率一〇%への引上げが盛り込まれている。野田総理は、これに先立つ二〇一一(平成二三)年一一月、APEC首脳会議でTPP交渉参加の方針を表明している⁽⁵²⁾。

このようなアメリカの対日政策は、わが国の消費税率引上げ十法人税率引下げに対する報復措置であり、アメリカ公文書にこの報復措置としての記述があり、この公文書の内容と辻褃が合うと岩本氏は指摘する⁽⁵³⁾。岩本氏に従えば、アメリカはわが国の消費税率引上げ十法人税率引下げによる不公正・不平等な貿易から自国の企業を、産業を守るた

め、日本政府に様々な要求を突き付けているのである。社会保障財源法により消費税法1条2項が新設された。そこでは消費税収は福祉財源に充てるといふ。しかしこれらアメリカの対日交渉を見ればこの規定の新設は、消費税とは、そしてその税率引上げとは、福祉財源を調達するためのものであり、非関税障壁の強化ではないことをアメリカにアピールしているようにも見えてくる。振り返ればこの非関税障壁、すなわち「消費税率引上げ+法人税率引下げ」は、多くの中小零細事業者の犠牲の上に成り立っているものである。そればかりか多くの一般国民(消費者)の犠牲の上に成り立っている。しかしその恩恵はごく少数の輸出大企業だけのものとなっている。

そもそもこれだけグローバル化した、国境というものを意識させない現代において、社会保障財源の調達といった国内問題だけを根拠に、わが国の消費税制を議論検討すること自体がナンセンスである。今日、国際税務に関する議論が活発であることもいうまでもない。そしてその議論の結果が、法人税法・所得税法といった個別税法に落とし込まれる。これは消費税法でも同じである。むしろ一般消費者の消費に担税力を見出す消費税こそ、グローバル化の波にさらされて当然である。その端的な例が二〇一五(平成二七)年度改正の、国外の事業者からの一定の「電気通信利用役務提供」(消費税法2①八の三)を受けた場合、これらのサービスの提供は国内で行われたものとして、消費税の課税対象に加えることにした(消費税法4③三)ことなどが目新しい。これは財務省がいう付加価値税での国際慣行である仕向地主義の採用によるものである。その国の税制を考えるにあたり政策論としては国際情勢との関係を無視することはできない。今日の消費税を考えるにあたりこの国際情勢を無視してはその本質を見出すことはできない。そしてこの国際情勢とはここでは「国際競争力」という言葉に集約される。

いずれにしても消費税が導入され三〇数年が経過したわが国において、この税が輸出企業に対する還付金として、

かたちを変えた補助金として機能していることには違いない。財務省は国際ルールに基づくものだというのがその実態は形を変えた補助金である。そして国際競争力の名のものにこの輸出還付金としての補助金を捻出していくためには、GATT/WTOを視野に入れれば、消費税を福祉財源としての間接税と言い続けなければならぬ。

この消費税は恒常的にそして高額な滞納税金を生み出している。そして一般的にこの傾向は中小零細事業者ほど強まるはずである。同時にこの滞納は、中小零細事業者を淘汰させる機能を持ち合わせる。消費税の滞納は、適正な利益のもと販売価格を自ら設定できない中小零細事業者に重くのしかかる。滞納が続けば自ずとその事業者は市場から淘汰されることになる。中小零細事業者が市場から淘汰されれば、彼らがこれまで築き上げてきた市場における様々な権益は大企業が棚ぼた的に吸収することになる。さらには国内における新規事業者の市場参入を抑制することにもつながる。やはり一般論にはなるが新規に事業を立ち上げた場合、立ち上げから数年は赤字となるものである。法人税・所得税であれば、この本格起動までの期間、すなわち赤字の間は納税は原則求められない。しかし消費税は間接税を根拠に納税が求められ、納税が免除されても益税問題として非難を受ける。ことさら「適格請求書等保存方式」が動きだせばこの傾向はますます強まる。そのうえ消費税は人件費が課税対象となる。法人企業、ことさら大企業は消費税納税額を減少させるため、派遣社員などに頼り非正規雇用を増加させた。そしてその結果「格差社会」を生み出してしまった。

このような検討からして消費税とは、大企業にとってはメリットばかりが目立ち、中小零細事業者にとっては苦しいばかりのものである。消費税は、強い者をより強くし、弱い者とことん追い込む性格のものである。すなわち消費税の本質とは、大企業優遇装置に他ならない。

六、おわりに

二〇二三年(令和五)年一月一日より、わが国消費税が適格請求書等保存方式に変更されることが予定されている。この適格請求書等保存方式の導入により消費税は間接税として完成することになる。消費税とは大企業優遇装置、ことさら輸出大企業優遇装置に他ならない。しかしこの優遇は、国内の中小零細事業者の犠牲のもとに成り立つものである。さらには多くの国民(消費者)を犠牲としたうえのものでもある。大企業、ことさら輸出大企業の国際競争力を強化する。大企業が潤えばその取引先である中小零細事業者も、さらにはその従業員までもが潤うことになる。いったんトリクルダウン理論に基づく政策のようである。安倍晋三首相(当時)は二〇一五(平成二七)年一月二八日参議院本会議において、「…現在の我が国においては、長引くデフレからの脱却と経済再生の実現が喫緊の課題であります。我々が目指しているのは、いわゆるトリクルダウンではなく、経済の好循環の実現であり、地方経済の底上げであります。」⁵⁴と答弁した。また同年二月二日の参議院予算委員会では、「…全体を底上げする政策を行っていくということであって、グローバル企業においてはグローバルな競争にさらされているわけでありますから、そこで勝ち抜いていくことも当然であります。同時に、そこで上げた利益においては、一日も早く下請企業も含め均てんをしていただきたい。あるいは、従業員に還元をしていただく。」⁵⁵とも答弁する。トリクルダウンではないがトリクルダウン的な政策ということであろうか。⁵⁶確かに経済の好循環の実現、地方経済の底上げ、そして全体を底上げは誰もが期待していることである。しかし消費税の持つその大企業優遇装置としての性格から、経済の好循環の実現も、地方経済の底上げも、そして全体を底上げすることも出来なかつたしこれからも出来ない。⁵⁷大企業のみが優遇されるだけであ

る。大企業だけが潤った後のわが国はどうなるのであろうか。

二〇二一年（令和三年）一月四日、岸田文雄内閣が発足した。岸田総理は、同一〇月一二日の所信表明演説への代
表質問に対して、「…税制については、これまでも所得税や相続税について最高税率の引き上げなど再分配機能の回
復を図るための見直しを進めてきました。消費税については社会保障の財源として位置づけられており、当面、
消費税について触れることは考えておりません…」とその考えを示す⁵⁸。法人税については何ら触れていない。その後
も法人税についてはその税率引上げに否定的な考えを示し、消費税についても「社会保障の財源」というに留まる。
二〇二二年（令和四年）年六月七日閣議決定の『経済財政運営と改革の基本方針2022』では、「…応能負担を通じた再
分配機能の向上・格差の固定化防止を図りつつ、公平かつ多様な働き方などに中立的で、デジタル社会にふさわしい
税制を構築し…」⁶⁰（三〇頁）という。応能負担をいうのであれば、本来、逆進性が顕著な消費税の見直しは急務のはず
である。しかし、ここでは消費税を前提としているとは思えない。

やはり消費税は廃止すべきである。ただし、消費税の廃止を言えば必ずその財源が問題とされる。本稿ではその一
部しか確認できなかったが、租税特別措置による法人税課税におけるゆがみの是正、同時に所得税におけるそれを実
施すれば財源の確保はできる。さらにはこのスタイルの消費税制をアメリカは導入していない。アメリカ税制は、消
費税がなくともその国の財政が成り立つことを証明してくれる。

（1） 本稿において消費税という場合、特に断りのない限り消費税法（昭和六三年法律第108号）と地方税法第2章第3節「地方

消費税」(地方税法第72条の77以下)を併せたものを指す。

- (2) 財務省ウェブサイト「令和4年度予算のポイント」10頁 https://www.mof.go.jp/policy/budget/budger_workflow/budget/fy2021/seifuan2021/01.pdf (二〇二一・九・一〇閲覧)
- (3) 財務省「もっと知りたい税のこと(令和4年6月)」一八頁 https://www.mof.go.jp/tax_policy/publication/brochure/zeisei0306_pdf/05.pdf (二〇二一・九・一〇閲覧)
- (4) 消費税制の問題点を言及するものとして、例え、拙稿「中小企業税制の検討」『企業環境研究年報第18号』所収 二〇一三年。また最近のものとして富岡幸雄「消費税制をめぐる諸論点の検討と改革への所見」『税制研究No.77』所収 二〇二〇年なご
- (5) 「特集 消費税率引上げについて」財務省『ファイナンス令和元年10月号』九頁
- (6) 武田昌輔監修『DHCコンメンタール消費税法』五三〇三頁 第一法規出版
- (7) 武田前掲(注6)五三〇三頁
- (8) 韓国附加価値税法31条は「取引徴収」として、「事業者が、財貨または役務を供給する場合には、第29条第1項による供給価格額に第30条による税率を適用して計算した付加価値税を、財貨または役務の供給を受ける者から徴収しなければならない」と規定する。
- (9) 例え、熊王征秀『消費税法講義録』一二八頁二〇一九年 中央経済社
- (10) 国税庁ウェブサイト「令和3年度租税滞納状況について」(令和四年八月) https://www.nta.go.jp/information/release/kokuzeicho/2022/sozei_taino/pdf/sozei_taino.pdf (二〇二一・九・一〇閲覧)
- (11) 消費税滞納の実態と問題点を指摘するものとして、三木義一「税制改正と会計検査院」『会計検査研究No.23』所収 二〇〇一年

- (12) 東京新聞二〇一九年八月三〇日付朝刊
- (13) 国税庁「消費税のあらまし（令和4年6月）」一頁
https://www.mof.go.jp/tax_policy/publication/brochure/zeisei0406_pdf/all.pdf
(二〇二二・九・一〇閲覧)
- (14) 国税庁webサイト「令和2事務年度法人税等の申告（課税）実績の概要（令和3年11月）」
https://www.nta.go.jp/information/release/kokuzeicho/2021/hojin_shinkoku/pdf/hojin_shinkoku.pdf (二〇二二・九・一〇閲覧)
- (15) 東京新聞前掲(注12)
- (16) 韓国附加価値税法では、その納税義務者をすべての事業者として定める（韓国附加価値税法3）。そしてすべての事業者に附加価値税の申告・納税義務を課している（同法23）。そのうえで年間供給対価（売上高）が、二、四〇〇万ウォン未満である一定の個人事業者については、納税義務を免除している（同法69）。このように韓国では、現事業年度の課税売上高による納税義務の判定を行っている。
- (17) かねてよりこの益税問題を言及するものとして、例えば拙稿「現行消費税法の『益税』問題と中小事業者」『日本法学第68巻3号』所収 二〇〇二年
- (18) 二〇二二（令和四）年六月七日閣議決定された『経済財政運営と改革の基本方針2022』においても、明確に「…2023年10月のインボイス制度実施を見据えて標準化された電子インボイスの普及促進等を行う…」という。同一八頁
- (19) 韓国附加価値税では、電子インボイスを法定化し、国税庁への提出を義務付ける（韓国附加価値税法32、同施行令68④）。
- (20) 鈴木善充「消費税における益税の推計」『会計検査研究No.43』二〇二一年所収
- (21) 会計検査院webサイト「国会及び内閣に対する報告（随時報告）」
<https://report.jbaudit.go.jp/org/h23/ZUJI16/2011-h23-3507-0.htm>
(二〇二二・九・一〇閲覧)

- (22) 会計検査院webサイト『国会及び内閣に対する報告(随時報告)』〈平成二十三年報告〉
「消費税の課税期間に係る基準期間がない法人の納税義務の免除について」
<https://report.jbaudit.go.jp/org/h22/ZUJ110/2010-h22-6500-0.htm>
(二〇二二・九・一〇閲覧)
- (23) 財務省webサイト「社会保障費を賄うのになぜ消費税なのか」
<https://www.mof.go.jp/zaisei/sustainable-systems/sustainable-supply.html>
(二〇二二・九・一〇閲覧)
- (24) 財務省webサイト「財政に関する資料」
https://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/condition/010.pdf
(二〇二二・九・一〇閲覧)
- (25) 税調第一九回基礎問題小委員会(九月二八日)資料「わが国財政及び税制の現状と課題」二〇頁
https://www.cao.go.jp/zei-cho/history/1996-2009/gijiroku/kiso/2004/pdf/kiso_b19a.pdf
(二〇二二・九・一〇閲覧)
- (26) 財務省webサイト「法人課税に関する基本的な資料」
https://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/corporation/082.pdf
(二〇二二・九・一〇閲覧)
- (27) 大蔵財務協会編『改正税法のすべて平成24年度版』一〇七頁
- (28) 大蔵財務協会編『改正税法のすべて平成27年度版』三二〇頁
- (29) 二〇一五(平成二七)年二月二日第一八九回国会参議院予算委員会において、麻生財務大臣(当時)は、大塚耕平議員の質問に対して、「…法人税の改革ですけど、課税ベースを拡大しつつ法人税率を引き下げるということで、今なぜ引き下げるかといえば国際競争力ということになるのかと存じます…」と、明確にその理由を答弁している。

- (30) 【図表6】をはじめ、【図表7】、【図表8】、そして【図表9】はいずれも菅隆徳「2021年3月期大企業の決算法人税に大穴」『税経新報No.703』（二〇二一年）所収を一部加筆
- (31) 朝日新聞によれば、二〇二〇年度におけるこの租税特別措置による減税額八兆四七八億円と報道する。そこではこの内五〇五三億円は試験研究による減税額であり、更にその七六%（三八六八億円）は、企業数では全体の〇・一%にも満たない資本金一〇〇億円超の大企業にあてられたという。（朝日新聞二〇二二・九・六付朝刊）
- (32) 法人税減税と消費税増税の相関関係を言及するものとして、湖東京至「安倍政権の行った法人税減税と消費税増税」『税制研究No.76』所収 二〇一九年
- (33) 間接税が一般納税者を植人物人間化することについて、例えば北野弘久『直接税と間接税』（岩波ブックレット105）一九八七年
- (34) 北野弘久編『現代税法講義（5訂版）』二五三頁（石村耕治担当） 二〇〇九年 法律文化社
- (35) 北野編前掲（注34）二四七頁
- (36) 北野編前掲（注34）二四四～二四五頁
- (37) 湖東京至「消費税の何が問題なのか」『世界852号』一九一頁以下二〇一五年
- (38) 山下壽文『戦後税制改革とシャープ勧告』五九～六三頁二〇二〇年 同文館出版
- (39) 湖東前掲（注37）一九一頁
- (40) 全国商工新聞第二〇二一年一月一日付
- (41) 東京新聞二〇一九年九月一八日付朝刊
- (42) 仕向地主義ついてEUにおける取組みを紹介するものとして、西山由美「国境を超える取引に対する消費税―ドイツ売上税法を素材として―」『法學政治學論究33号』所収。わが国の法的問題を指摘するものとして、野一色直人「国境を越えた任務の提供に対する消費税の課税における国外事業者の納税義務に係る法的課題」『近畿大学法学第65巻第3・4号』所収など
- (43) 岩本沙弓『アメリカは日本の消費税を許さない』四四頁（文春新書948） 二〇一四年

- (44) 岩本前掲(注43)四三頁
- (45) 岩本前掲(注43)一一〇～一一二頁
- (46) 岩本前掲(注43)一一二頁
- (47) 岩本前掲(注43)一一七頁
- (48) 岩本前掲(注43)一一七頁
- (49) 岩本前掲(注43)一一八頁
- (50) 岩本前掲(注43)一一九頁
- (51) 正確には、「社会保障の安定財源の確保等を図る税制の抜本的な改革を行うための消費税法の一部を改正する等の法律」(平成二四年法律第68号)
- (52) 岩本前掲(注43)一二〇頁
- (53) 岩本前掲(注43)一一九頁。なおここではこの報復措置が、日本のみならず中国をはじめとした付加価値税導入国に向けても行われている旨も報告する。さらに安倍晋三内閣のもと、消費税率の引き上げが二度延期されたが、この延期に対するアメリカの対応として、岩本「消費税増税延期の可能性と安倍政権—トランプ政権との通商交渉を踏まえて—」『税制研究No.76』所収 二〇一九年
- (54) 同会議における相原久美子議員に対する答弁
- (55) 二〇一五(平成二七)年二月二日参議院予算委員会(前掲29)、大塚耕平議員に対する答弁
- (56) 岸田文雄首相は、第四九回総選挙公示前の二〇二一年一〇月一八日、日本記者クラブ主催の討論会において、自民党総裁として、安倍政権下の経済政策、いわゆるアベノミクスを「新自由主義的な政策は市場や競争に偏重した政策だった。成長しても富が一部に集中し、分配もトリクルダウンがなかなか起らなかった」と発言した(二〇二一年一〇月一九日付日本経済新聞「2021衆院選党首討論の要旨」)。
- (57) 朝日新聞によれば、「経済協力開発機構(OECD)によると、2020年の日本の平均賃金は、加盟国35カ国中22位で

3万8、514ドル（1ドル＝110円で424万円）。この30年で日本は4.4%増とほぼ横ばいだが、米国47.7%増、英国44.2%増など差が大きい。賃金の額も、隣国の韓国に15年に抜かれた」と全体的底上げは程遠い様子を報道する（同紙二〇二一年一〇月二〇日付「日本経済の現在価値」）。

(58) 日テレNEWS24「消費税10% 当面維持」の考え 岸田首相」（10／12（火）16:16配信）
<https://news.yahoo.co.jp/articles/8627f251680ba2331aa57ca4ea8b6a9f45729380>

（二〇二二・九・一〇閲覧）

(59) 日本経済新聞前掲（注56）

(60) 『経済財政運営と改革の基本方針2022』（前掲注18）三〇頁

合同会社における業務執行社員の対立と 社員の除名の訴え

——東京地判令和三年一月二十九日を素材として——

大久保 拓 也

△目次▽

- 一 はじめに
- 二 合同会社における社員の退社請求の方法
- 三 二人会社における除名の提訴権と除名事由
- 四 結びに代えて

一 はじめに

合同会社は、平成一七(二〇〇五)年の会社法制定によって導入された制度である。合同会社は設立件数も増えていること^①にともない、社員間の対立が法的争いへと発展するケースもみられる。特に、業務執行社員が二人の二人会社においては、一度社員間の対立が起こると会社の存続を危うくするほど深刻な対立が生じるおそれもある。会社設立時には争いが起こることまで想定していないことが多いが、争いが生じた場合の対処方法を検討しておくことは重要である。

それには会社の解散^②の制度もあるが、本稿では合同会社における社員の退社請求の方法として社員の除名に関する問題を検討することとしたい。

二 合同会社における社員の退社請求の方法

1 合同会社の社員の業務執行権

ここではまず、合同会社の社員の業務執行権について整理しておく。合同会社においては、所有と経営が一致しており、社員自身が業務執行にあたる^③ことが前提になっている。このため、社員の対立が業務執行にも影響する構造になっていることを明らかにしておくことが有益だからである。

合同会社とは、会社内部の規律については組合と同様に、広く、定款自治・契約自由の原則が妥当する会社であり、出資者全員の責任を有限責任とするものである(会社法五七六条四項)。

合同会社は社員が業務執行を行うため、定款でかなり自由に業務執行形態を設計できる（会社法五七七条）。すなわち、合同会社の社員は、定款に別段の定めがある場合を除いて、合同会社の業務を執行する（同法五九〇条一項）。社員が二人以上の場合には、合同会社の業務は社員の過半数で決定する（同条二項）。

また、業務執行社員を定めて業務を執行させることもできる（会社法五九一条一項）。その場合には、業務執行社員が合同会社を代表する（ただし、他に代表社員や代表者を定めた場合は別である（同法五九九条一項））。業務執行社員が二人以上の場合には、定款に別段の定めがある場合を除き業務執行社員の過半数をもって決定する（同法五九一条一項）。その場合でも業務執行社員が各自で会社を代表する（同条二項）。

業務執行社員には、①善管注意義務（会社法五九三条一項）・忠実義務（同条二項）を負い、②競業規制（同法五九四条）・③利益相反取引規制（同法五九五条）が課される。任務を怠った場合は、④合同会社に対して損害賠償責任を負う（同法五九六条）ほか、⑤悪意または重過失があるときは、第三者に対しても責任を負う（同法五九七条）。

法人も、合同会社の業務執行社員となることができる。その場合には、当該法人は、当該業務を執行する社員の職務を行うべき自然人（職務執行者）を選任し、その者の氏名・住所を他の社員に通知しなければならない（会社法五九八条一項⁴）。職務執行者について、業務執行社員の義務や責任に関する前記①～⑤の規定が準用される。

2 退社事由と除名の訴え

合同会社は人的繋りが強く、社員の意見の相違等によって会社の運営に支障が発生する可能性が高くなる。そこで退社制度が設けられている。退社とは、持分会社において、会社の存続中に特定の社員の社員資格が絶対的に消滅す

ることをいう。⁽⁵⁾ もつとも、合同会社の社員はすべて有限責任社員であり、出資全額払込主義(間接有限責任)をとるため(会社法五七六条四項、五七八条)、投下資本の回収方法については会社債権者に対する配慮が必要である(同法六三五条)。

合同会社では、退社した社員が持分の払戻しを受ける(会社法六一一条)ことが基本となる。持分の譲渡による投下資本の回収が制限されていることからの帰結である。⁽⁶⁾ 退社の規定により社員が退社した場合には、持分会社は、当該社員が退社した時に、当該社員に係る定款の定めを廃止する定款の変更があつたものとみなされる(同法六一〇条)。

(1) 退社事由

合同会社では、一定の要件を満たせば退社する任意退社(会社法六〇六条一項)と、法定の退社事由による法定退社(同法六〇七条)の場合がある。

任意退社は、持分会社の存続期間を定款で定めなかつた場合またはある社員が生存している間持分会社が存続することを定款で定めた場合には、各社員は、事業年度の終了の時に退社をすることができるものである(この場合、六か月前までに予告をすることが必要である(会社法六〇六条一項))。また、各社員は、やむを得ない事由⁽⁷⁾があるときは、いつでも退社することができる(同条三項)。

これに対し、法定退社は、①定款で定めた事由の発生、②総社員の同意、③死亡、④法人である社員が合併により消滅した場合、⑤破産手続開始の決定、⑥④・⑤を除く解散、⑦後見開始の審判を受けたこと、⑧除名、⑨債権者による持分の差押えを受けた社員の退社、⑩一部の社員を原因とする設立無効または取消判決確定後に他の社員全員の

同意により合同会社を継続する場合等である（会社法六〇七条一項、六〇九条一項、八四五条）。ただし、⑤⑥⑦の事由については、定款で、退社しない旨を定めることができる（同法六〇七条二項）。また、③④の事由について、定款で、当該社員の一般承継人（相続人・合併存続法人）が当該社員の持分を承継する旨を定めることができる（同法六〇八条）。

(2) 除名の訴え

(1)で述べた法定退社事由の一つとして、合同会社には除名の訴えという制度がある（会社法六〇七条一項八号、八五九条⁸⁾）。この制度は、合同会社のような人的繋がりが強い会社は、他面において、社員の意思の相違等により、会社運営に支障が生ずる可能性が高いため、そのような事態になったときに対処する方法として認められたのである。

除名の訴えは、持分会社の社員（対象社員）について次に掲げる事由があるときは、当該持分会社は、対象社員以外の社員の過半数の決議に基づき、訴えをもって対象社員の除名を請求することができるというものである。ここにいう「対象社員以外の社員の過半数の決議」について、持分会社には決議機関や決議方法に関する規定はないことから、決議の方法は自由であり、持回り決議等⁹⁾でよく、招集について特別の手続を必要とはしないと解されている。

除名事由は、①出資の義務を履行しないこと、②競業禁止の規定（会社法五九四条一項、五九八条二項）に違反したと、③業務を執行するに当たって不正の行為をし、または業務を執行する権利がないのに業務の執行に関与したこと、④持分会社を代表するに当たって不正の行為をし、または代表権がないのに持分会社を代表して行為をしたこと、⑤①～④のほか、重要な義務を尽くさないことである。除名の訴えは対象社員を被告とし（同法八六一条一号）、判決が確定すると対象社員は退社することになる。

除名された社員も退社した社員として会社に対しその持分の払戻請求権を有するが（会社法六一一条一項）、社員が除名によって退社した場合には、退社した社員と持分会社との間の計算は除名の訴えを提起した時における持分会社の財産の状況に従って行われることとなる。¹⁰

この除名の訴えに関する各論的な論点については、三で述べることにしたい。

三 一人会社における除名の提訴権と除名事由

二では、所有と経営が一致する合同会社においては、社員自身が業務執行にあたることが前提になっているため、社員の対立が業務執行にも影響することから、社員の退社を求める方法が法定されている。その一つに二2(2)で述べた除名の訴えがある。一で述べたように特に業務執行社員が二名の一人会社においては社員間の対立が激化すると会社の存続をも危うくする場合もある。

この問題すなわち一人会社において、除名の提訴権の有無や除名事由に該当するか否かが争われたのが、東京地判令和三年一月二九日（金判一六四一号五〇頁）である。本稿では、この事案を素材に、一人会社における除名の提訴権と除名事由について検討する。

1 一人会社における除名の提訴権が争われた裁判例

一人会社において、除名の提訴権の有無が争われたのが、東京地判令和三年一月二九日である。この事案の概要は次のとおりである。

株式会社Aホールディングス（以下「AHD」という）は、有価証券の保有および運用業務等を目的とする株式会社である。B社は、不動産の売買、交換、賃貸、管理およびその仲介、代理業並びに宅地造成開発等を目的とする株式会社であり、その代表者はDである。

AHDは、平成三〇年三月下旬、Dからの勧誘を契機として、転売目的でC社から東京国際空港（羽田空港）の敷地内にあるC社所有の航空機用の格納庫（格納庫、事務所およびその付帯設備・備品等一式を併せて「本件格納庫」という）を取得することとし、Dが代表者である一般社団法人Yとの間で、本件格納庫およびその営業権を有効利用する事業を行うためのSPCとして、同年四月二〇日に、AHDとYは、X合同会社（原告）を設立した。X社は格納庫賃貸業、管理および運営等を目的とする合同会社であり、資本金の額は二〇万円（設立時の出資額…AHD一二万円、Y八万円）であり、AHDおよびY以外の社員はいない。YおよびAHDは、いずれもX社の設立時からその業務執行社員の地位にあるとともに、YはX社の設立時から、A社は令和二年四月七日から、それぞれX社の代表社員の地位にある。

その後の経緯は後記図表のとおりである。

AHDが、平成三〇年五月一日、本件格納庫の取得資金とする趣旨で、X社名義の預金口座に一八億円を振り込んだ。そのうち二億八〇〇〇万円について、C社の当時の代理人弁護士Eの預かり口名義の預金口座において保管したが、EとDとの協議の結果、二億八〇〇〇万円をY名義の預金口座に振り込んだ（以下「本件振込金」という）。

Dは、本件振込金を、本件格納庫の取得とは直接関係のない不動産取引やB社名義で購入した不動産の代金の支払に使用した。DはX社に対し、平成三二年三月二二日から令和元年七月一六日までの間に、本件振込金の返還として

合計五三〇〇万円を支払うとともに、AHDに対し、二億一七〇〇万円を私的に流用したことを認める旨の同日付け確認書及び同額を借入金として、一時借用する旨の同日付け一時借用書を差し入れた。

しかしながら、Y、DおよびB社は、前記の各訴訟を提起された後も、X社に対し、本件振込金と前記の支払額（本件振込金の返還として合計五三〇〇万円）との差額（二億二七〇〇万円）を支払っておらず、その具体的な見通しも立っていない。

そこでX社は、X社の業務執行社員であるYおよびその職務執行者であるDは、それぞれX社に対して善管注意義務および忠実義務を負うにもかかわらず、本性格納庫の取得資金とする趣旨でAHDが提供した一八億円を原資とする本件振込金をDおよびB社の私的支払に流用し、そのうち二億二七〇〇万円を返済せず、X社に同額の損害を与えたのであるから、YおよびDの当該行為は、合同会社の社員の除名事由である会社法八五九条三号および五号に該当すると主張して、Yの除名を求めて提訴したのがこの事件である。

<時系列表>

		X社	AHD	C社	一般社団法人Y、B、D
平成30年	3月下旬		Dからの勧誘を契機として、転売目的でC社から東京国際空港（羽田空港）の敷地内にあるC社所有の航空機用の格納庫（格納庫、事務所およびその付帯設備・備品等一式を併せて「本件格納庫」という）を取得することとする		Dが代表者である一般社団法人Yとの間で、本件格納庫およびその営業権を有効利用する事業を行うためのSPCを設立することなどを内容とする合意
	4月13日		本件格納庫の取得資金とする趣旨で、B社名義の預金口座に10億円を振り込む。	⇨	B社
	4月20日	X社設立。資本金額20万円。AHDおよびY以外の社員はいない。	X設立時の出資額：AHD12万円。業務執行社員。		X設立時の出資額：Y8万円。業務執行社員。設立時からX社の代表社員
	4月26日	C社・X社間：C社がX社に対し本件格納庫並びにその敷地の使用権および本件格納庫における営業権を代金28億円で譲渡すること、同代金のうち①9億円を契約締結日である同日に、②18億円を同年5月16日に、③1億円を本件格納庫等の転売手続の完了日に、それぞれ支払うことなどを内容とする売買契約締結	⇨		
	5月18日		⇨ X社名義の預金口座に18億円振込（本件格納庫の取得資金とする趣旨）		
	5月22日			当時の代理人弁護士（E）	⇨ Dは、本件職務執行者として、前記の18億円のうち2億8000万円について、C社に対する売買代金としての支払を留保した上で、C社の国等に対する本件格納庫に関する未払の土地使用代金（本件格納庫の敷地に係る国有財産使用料）および遅延損害金の支払に充てるため、同弁護士（E）の預かり口名義の預金口座において保管することを合意

平成31年	3月13日・18日			E : Dと協議した上で、上記の保管金のうち2億円(13日)・8000万円(18日)を、Y名義の預金口座に振込(本件振込金)	
	3月13日～同月29日頃まで				本件振込金のうち少なくとも合計1億5800万円を、本件格納庫の取得とは直接関係のない3件の不動産取引に関連する支払のために使用。このうち1件についてはB社名義で購入した不動産の代金5500万円の支払に使用
	3月22日～令和元年7月16日まで				X社に対し、本件振込金の返還として合計5300万円を支払うとともに、AHDに対し、確認書(2億1700万円を私的に流用したことを認める旨)・一時借用書(同額を借入金として、一時借用する旨)を差し入れる
令和元年	5月13日頃				本件職務執行者として提出したAHDの担当取締役宛ての報告書(本件報告書)において、弁護士に保管させた上記の金員の全額が残存しており、これを国に対する支払に充てることが可能であることを前提とする内容の報告をした
	6月28日				AHD関係者に対し、既に弁護士Eから同金員の返還を受けたことや、このうち合計1億5800万円を上記の支払のために使用したことなどを説明
令和2年	4月7日		X社の代表社員の地位に就く		

合同会社における業務執行社員の対立と社員の除名の訴え（大久保）

10月22日		X社の社員として、本件職務執行者であるDが本件振込金を私的支払に流用したことを前提に、YをX社の社員から除名する訴えを提起することに同意		
11月11日	本件訴訟提起			
12月8日	本件振込金の私的支払への流用を理由とするY・D・B社に対する損害賠償請求訴訟（東京地方裁判所令和2年（ワ）第31121号）提起			

2 二人会社における除名の提訴権

(1) 除名の提訴権に関する問題点

二二(2)で述べたように除名の訴えとは、持分会社は、対象社員以外の社員の過半数の決議に基づき、訴えをもって対象社員の除名を請求することができるというものである（会社法八五九条柱書）。同規定では「対象社員以外の社員の過半数の決議に基づき」訴えをもって対象社員の除名を請求することができる」とされている。この文言上、一名の社員によって過半数の決議とすることを想定できるのかどうか、すなわち、社員が二名の場合、対象社員を除くと一名のみとなるので、この要件を満たすかが問題となる。

1で述べた近時の裁判例の争点の一つがこの問題である。

(2) 二人会社における除名の提訴権に関する裁判例および学説の検討

会社法八五九条に基づく社員の除名請求について、かつての判例（合名会社の事実Ⅱ大判明四二年一〇月一三日民録一五輯七七二頁）は、社員の一人が他の社員の除名を請求していることを、他の社員の全員の同意と解することはできず、除名は三名以上の社員からなる会社においてのみ有効に行われうると解していた。これは昭和一三年改正前商法七〇条では除名は他の社員の一致によるとしていた法制度下の事実であり、また、社員が一名となることにより直ちに会社が解散するとされていたことから、除名は会社の存続を前提とするとしていた法の趣旨に反すること（合資会社の事実Ⅱ大決大正一二年一月二〇日民集二巻一号八頁）も理由に挙げられていた。

その後、昭和一三年商法改正により、会社は、他の社員の過半数の決議で社員の除名を裁判所に請求することがで

きるとし（同年改正商法八六条）、また、社員が一人となったことは会社の解散事由ではあったものの（同法九四条四号）、社員が一人となった場合において新たに社員を加入させて会社を継続することができるとされた（同法九五条二項）。社員が二名の会社については、除名により社員が一名になるので会社の解散請求によるべきである等として除名は認められないとする見解もあつたが、その後社員が二名の会社であつても除名を請求できるという見解が有力になつていった。¹²

裁判例をみると、山形地酒田支判平成三年十二月一七日判タ七八三号二三一頁も、昭和一三年改正「商法八六条は、社員の除名を裁判所に請求するには、他の社員の過半数の決議があることを要件としているが、これは社員が三名以上の通常の場合を規定したものとみることができ、このような形式的な理由のみで、社員が二名の会社につき除名を一切否定するのは不合理である」ことや、同年改正により、「社員が一名になった場合でも新たな社員を加えて会社を継続できるものとなった（九五条二項）ことにかんがみると…会社の解散を生ずるとの理由で除名を否定する必要はなくなったと解される」として、社員が二名の会社においても社員の一名が他の社員を除名することができる¹³と解している。

さらに、会社法の下では持分会社の社員が一名になったことが持分会社の解散事由ではなくなっている（会社法六四一条四号は「社員が欠けたこと」を解散事由としている）こと、さらに除名の法定事由があり、裁判所の判断の下で除名が行われることを踏まえると、二人会社であつても除名の訴えを提起できると解すべきことにならう。¹⁴

(3) 前掲東京地判令和三年一月二九日と二人会社における除名の提訴権

(2)で述べたが裁判例と学説の傾向であるが、会社法制定後において、二人会社において社員が除名の提訴権を行使することを求めた公判裁判例が、1で述べた前掲東京地判令和三年一月二九日である。

同裁判所は、「会社法八五九条によれば、訴えをもつて社員の除名を請求するためには、当該社員以外の社員の過半数の決議を要するものとされているところ、この要件は社員が三名以上である通常の場合を想定したものと解されることや、会社法においては社員が一名となったことが持分会社の解散事由とはされていないこと（会社法六四一条参照）などに照らせば、社員が二名の合同会社においても、このうち一名の社員の意思に基づき訴えをもつて他の社員の除名を請求することができるものと解するのが相当である」と判示した。(2)で述べたが裁判例と学説の傾向に沿うものといえる。

3 二人会社における紛争と除名事由

(1) 除名事由の概要

二2(2)で述べたように除名事由は、①出資の義務を履行しないこと、②競業禁止の規定（会社法五九四条一項、五九八条二項）に違反したこと、③業務を執行するに当たって不正の行為をし、または業務を執行する権利がないのに業務の執行に関与したこと、④持分会社を代表するに当たって不正の行為をし、または代表権がないのに持分会社を代表して行為をしたこと、⑤①～④のほか、重要な義務を尽くさないことである。

①は、出資義務が社員が会社に対して負っている他の義務に比して重要な社員の義務であり、当該義務の不履行は

それ自体で除名を正当化するものであることにより除名事由とされたものと解されている。⁽¹⁵⁾

②は、持分会社は少人数の社員から成るので、業務執行社員の一人が競業義務に違反しても、会社の事業に重大な影響を及ぼすため、除名事由にされたものである。⁽¹⁶⁾ この規定による除名を認めた裁判例に、東京高判昭和三十一年八月三日（下民集七卷八号二〇八三頁…最判昭和三十三年五月二〇日民集一二卷七号一〇七七頁の原審）がある。

③に定める「業務を執行するにあたって不正の行為をしたこと」とは、旅館または料理店営業の会社がその店中で賭博場を開くこと、物品売買業の会社が法令に反する取引をするというような広い意味で会社の行為とみられるような行為をしたこと⁽¹⁷⁾、あるいは、会社財産の横領その他不正行為をしたことを意味すると解されている（福島地会津若松支判昭和四二年八月三一日下民一八卷七二八号九一〇頁）⁽¹⁸⁾。「業務を執行する権利がないのに業務の執行に関与したこと」とは、業務を執行する社員が定款で定められている場合（会社法五九一条一項）や特定の社員につき業務執行権がないことを定めた場合（同法五九〇条一項参照）、あるいは会社法八六〇条または五九一条五項の規定により特定の社員につき業務執行権が消滅させられている場合において、業務を執行する社員以外の社員が業務執行に関与した場合をいうものと解される。⁽¹⁹⁾

④「代表権がないのに持分会社を代表して行為をしたこと」とは、越権代表が含まれ、代表権を有しない社員が会社の名声・信用を利用して会社の名義で取引を行い、私腹を肥やすような場合である。⁽²⁰⁾

⑤「重要な義務を尽くさないこと」の趣旨は重要な義務違反を除名事由とすることから、過失の軽重を判断してその適用を定めるべきであるとする見解が有力である。⁽²¹⁾ また、裁判例ではこの規定の趣旨は、「被告らが専ら会社経営の実権を握りながら、その経算が放漫に流れ、遂には原告会社を事実上倒産させ、更にその債務整理に関しても種々

の不手際をなしたこと、殊に経理面が杜撰なため会社の規模に比して不相応に多額の使途不明金(役員仮払金)を出した上、その経理に関して種々の疑点を抱かれたまま現在に至つてもその合理的な釈明をなし得ないこと、また早急
にその解決を迫られている債務の整理についても実現性のない整理案を作成し、これが会社の債権者に受け容れられないまま殆どなすところなく今日に至り、その遅延損害金に関する分のみでも会社に日々相当額の損害を与えている
ことは、たとえそれが被告らの悪意によるものでないとしても、会社の代表社員または業務執行社員として重大な義務
務違背であるというべ」きである等としている(前掲福島地会津若松支判昭和四二年八月三一日)。

(2) 前掲東京地判令和三年一月二九日と二人会社における除名事由

1(2)で述べた前掲東京地判令和三年一月二九日では(1)③の「業務を執行するにあたって不正の行為をしたこと」
(会社法八五九条二号)に該当するか否かが争われた。同裁判例は次のように判示する。

「前記前提事実によれば、X社の業務執行社員であるYの職務執行者であるDは、AHDが本件格納庫の取得資金
とする趣旨でX社名義の預金口座に振り込んだ一八億円の一部分(二億八〇〇〇万円)が本件振込金の原資となっている
ことを認識しており(…)、C社の当時の代理人弁護士との間で、C社の国等に対する本件格納庫に関する未払の土
地使用代金(本件格納庫の敷地に係る国有財産使用料)及び遅延損害金の支払に充てるため、上記二億八〇〇〇万円を同
弁護士の預かり口名義の預金口座において保管する旨を自ら合意したにもかかわらず(…)、同弁護士との協議後に
同弁護士からY名義の預金口座に振り込まれた同額の金員のうち、少なくとも合計一億五八〇〇万円を本件格納庫の
取得とは直接関係のない三件の不動産取引に関連する支出のために使用し、このうち一件についてはB社名義で購入

した不動産の代金五五〇〇万円の支払に使用した上（…）、AHDの担当取締役に対し、上記のとおり既に同弁護士から返還を受けてその相当部分を使用済みであった上記二億八〇〇〇万円を国に対する支払に充てることが可能であるとすると趣旨の客観的状況に反する報告をしており（…）、本件振込金の目的外使用をAHD関係者に認めた後も、本件振込金の大部分（返還済みの五三〇〇万円を控除した二億二七〇〇万円）をX社に返還しておらず、その具体的見通しも立っていない状況にある（…）。

そうすると、「Dは、本件振込金の本来の使用目的を認識した上で、少なくともその二分の一を超える額を故意に目的外に使用したものと認められ、これに加え、目的外使用された金員の額、AHDに対する当初の報告内容、当該金員の返還状況及びその見通し等の事情も考慮すれば」、Yの職務執行者であるDの上記行為は、会社法八五九条三号に該当すると認められるものと判示する。

Dは、二一で述べた法人Yの業務執行社員であるが、合同会社Yの本来の業務とは直接関係のない不動産取引等のために使用したというのであるから、(1)で述べた除名事由③の「業務を執行するにあたって不正の行為をしたこと」に該当することは明らかである。このように、前掲東京地判令和三年一月二九日は、除名事由に関する解釈を明確にした事例といえることができる。

4 合同会社における社員の除名の訴えの選択

1では、前掲東京地判令和三年一月二九日の事案を紹介して解釈上の問題を2・3で検討した。ここまでは裁判例の検討を中心としたが、本稿では、この事案を素材として、合同会社、特に本稿で取り上げた二人会社において社

員の除名の訴えが選択された理由を考察することとしたい。

(1) 二人会社において除名の訴えが棄却された裁判例との比較

まず、3で述べた除名事由についてである。前掲東京地判令和三年一月二十九日においては、二人会社の一方社員
の除名の訴えについて、他方社員の業務執行行為が除名事由に該当し、除名の訴えが認容されている。本件と同様に、
二人会社である合同会社について、除名の訴えが提起された裁判例がある。

すなわち、東京高判平成元年十二月一日金判一五九四号二八頁は、原審（東京地判令和元年七月三日金判一五七七号
二九頁）の判断を肯定した裁判例²²である。これは、合同会社甲の二人の業務執行社員（乙と丙・離婚協議中の夫婦）間で
会社の収入のほとんどを稼いでいる乙に対し、甲が除名を求めたという事案であり、原告甲は、乙の行為は3(1)で述
べた除名事由③④⑤に該当すると主張している。裁判所は次のように判示して除名の訴えを棄却した。東京高裁は、
原審の判断を基本的に引用して、「除名は、その意思に反して社員を合同会社から強制的に排除するものであるから、
除名事由として問題とされている当該社員の行為が、形式的に除名事由に該当するといっただけでは足りず、当該行為
により社員間の信頼関係が損なわれる等により、当該合同会社の活動が成り立たなくなる（事業の継続に著しい支障が
ある）ため、当該社員を当該合同会社から排除することが、当該合同会社が存続して活動するためにやむを得ないと
いえるような事情を要するというべきである。」「被告乙の行為により社員間の信頼関係が一定程度損なわれるとして
も、それにより原告甲社の活動が成り立たなくなる（原告甲社の事業継続に著しい支障がある）とはいえず、原告甲社が
存続して活動するために被告乙を排除することがやむを得ないといえるような事情があるとはいえないのであるから、

被告乙を原告甲社の社員より除名すべき事由があるということではできない」と判示した。

この裁判例の原審または東京高裁の評釈では、結論に賛成するものが多いが、理論付けを疑問視するものがある。⁽²³⁾すなわち、除名事由に該当するか否かだけでは足りず、「事業の継続に著しい支障がある」ことを除名事由に該当しないことの基礎付けとするのは理論的に行きすぎではないかというものである。

被告乙が甲会社の収入のほとんどを稼いでいるという事情が考慮されたのであろうが、除名事由の判決理由については理論的に明確な基準が示されたということではできない。二人会社で他方社員を退任させると会社の存続に影響を与えるおそれが生じることは当然のことともいえる。そうであれば、3で述べた除名事由についてより明確な判断基準を示すことが望ましい。前掲東京高判平成元年一月一日と、本稿で扱った前掲東京地判令和三年一月二十九日とは事実が異なるが、後者の除名事由に関する判断枠組みはある程度明確なものであったことができる。

(2) 東京地判令和三年一月二十九日において除名の訴えが選択された理由

それでは、(1)で述べた前掲東京高判平成元年一月一日とは異なり、前掲東京地判令和三年一月二十九日において、除名の訴えが選択された理由はどこにあるのであろうか。これについて、別訴である東京地判令和三年一月二十九日（LIC／DB文献番号L07631174）をもとに若干の検討を試みる。

この事件は、X社が、X社の代表社員かつ業務執行社員であるYの職務執行者でありB社の代表取締役でもあるDにおいてX社の資金を私的支払に流用したことが共同不法行為または善管注意義務違反・忠実義務違反を構成するなどとして、Y・B社・Dに対し、共同不法行為に基づく損害賠償を求める事案である。

裁判所は、「Dは、本件資金二(C社の当時の代理人弁護士Eの預金口座に振り込まれた保管金二億八〇〇万円・筆者註)の原資がX社による本件格納庫の取得資金とする趣旨でAHDからX社名義の預金口座に振り込まれた一八億円の一部であることを認識した上で、Yの職務執行者の地位を利用して、本件資金二を故意に本来の目的とは異なる目的に使用し、その一部を自身が代表者であるB社による本件不動産代金の支払に使用したものと認められる」として、Y・B社・Dによる本件資金二の「目的外使用は、X社に対する共同不法行為を構成するといふべきである。そして、Y名義の預金口座に振り込まれた本件資金二のうち返還未了である二億二七〇〇万円については、Dが、AHDに対しB社名義及びD個人名義で作成した二億一七〇〇万円の私的流用を認める旨の確認書を差し入れていることや、不動産取引に関連する支払のために使用された一億五八〇〇万円を除く六九〇〇万円の具体的な使用に関する説明をしていないこと、他方で、B社名義での不動産取引に使用されたのは本件不動産代金の支払に関する五五〇〇万円のみであること…を踏まえると、Y及びDは上記二億二七〇〇万円の全額について、B社はこのうち本件不動産代金に相当する五五〇〇万円について、それぞれ連帯してX社に対する損害賠償義務を負うものと認めるのが相当である」と判示した。

このように、前掲東京地判令和三年一月二〇日はY・B社・Dの共同不法行為を認めたものであるが、この判示と前掲東京地判令和三年一月二九日においてYの除名が認められたこととはどのように考えればよいのであろうか。前者において共同不法行為が認められたとしても、Yに資産がなければ損害賠償は行われないうことになる。後者の除名が認められなければYにはX社の持分が残ることになり、それが損害賠償の原資になる可能性もある。そのため、後者で除名が認められることにより、前者の損害賠償もYらに対してきちんと請求されることになる。この点を考え

ると、後者は、損害賠償の争奪戦ともいえる本件訴訟においては要となる判断が示されたといえ、この点で(1)で述べた前掲東京高判平成元年十二月一日とも判断が異なることになったといえることができるであろう。

四 結びに代えて

本稿では、前掲東京地判令和三年一月二十九日の検討を通じて、合同会社における除名の訴えについて検討した。二では合同会社における社員の退社請求の方法を概説し、三では二人会社における除名の訴えを提起する場合について検討した。

合同会社の設立件数が増えている現在、前掲東京地判令和三年一月二十九日以外にも、社員間の紛争が深刻化し、除名の訴えが提訴される事例がみられる。そのような状況を念頭に、今後の裁判例の動向にも注目してゆきたい。

※本稿は、令和四年度日本大学法学部研究費〔学術研究費（共同研究費）〕「一般条項における実体法と手続法の交錯」（代表 松嶋隆弘）の研究成果の一部である。

(1) 令和二年度の税務統計によれば、合同会社は一三万三八九〇社である。ちなみに、それ以外は、株式会社（特例有限会社を含む）は二五六万八一〇九社、合名会社は三三五二社、合資会社は一万二九六七社、また会社以外の法人（一般社団・一般財団法人等）は七万〇四一九社である（国税庁長官官房企画課「令和二年度分会社標本調査―調査結果報告―」（令和四年五月）<https://www.nta.go.jp/publication/statistics/kokuzeicho/kaishahyohon2020/pdf/R02.pdf>）。

合同会社における業務執行社員の対立と社員の除名の訴え（大久保）

九九（一〇八一）

(2) 筆者は以前、株式会社における会社の解散の訴えにおける解散事由について検討したことがある(拙稿「会社の解散の訴えにおける解散事由の検討―東京地判令和元年八月三〇日を素材として―」喜多義人教授追悼論文集『国際法と社会科学をめぐる諸問題』日本法学八七巻二号(二〇二一年)三三頁)。

(3) 松嶋隆弘Ⅱ大久保拓也編『商事法講義1 会社法』(二〇二〇年)二七一頁〔松嶋隆弘執筆〕。合同会社は、事業者が自由に事業展開することを後押しするような構造となっていることを論ずるものとして、松嶋隆弘「新しい企業形態における法人格の意義と会社債権者保護」判タ一二〇六号(二〇〇六年)五四頁。

(4) 法人が業務を執行する社員に就任した場合、業務を執行する社員に課される善管注意義務、忠義実義務、競業禁止義務、利益相反取引規制およびこれらの義務に反する行為をした場合に生じる法定責任が、当該法人の役員や従業員等関係者のどの範囲まで適用されるか不明瞭となってしまう。そのため、業務を執行する社員として法人が就任した場合には、当該法人に自然人の職務執行者を選任することを義務付け、前記諸義務が適用される人的範囲を明確にしようとしたのである(江頭憲治郎Ⅱ中村直人編著『論点体系会社法4(第2版)』(二〇二一年)四四四頁〔椽川泰史執筆〕)。

(5) 江頭Ⅱ中村編著・前掲(4)四六四頁〔和田宗久執筆〕。

(6) 奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタール 会社法3〔第2版〕』別冊法セ二三九号(二〇一五年)六八頁〔青竹正一執筆〕。

(7) やむを得ない事由の解釈については、江頭Ⅱ中村編著・前掲(4)四六六頁以下参照〔和田執筆〕。

(8) 合同会社には、除名の訴えのほか、解散判決(会社法六四一条七号、八三三条二項)の制度も設けられている。これも、合同会社のような人的繋がりが強い会社における社員間の対立が激化した場合に対処する方法である(岩原紳作編『会社法コンメンタール(19) 外国会社・雑則(1)』(二〇二一年)三三六頁〔出口正義執筆〕)。やむを得ない事由(解散事由)がある場合には、合同会社の社員は、訴えをもって合同会社の解散を請求することができる(会社法八三三条二項)。^①社員間の対立により信頼関係が破壊されて膠着した不対立状態が生じ、会社の目的たる業務の執行が困難となり、その結果会社ひいては総社員が回復し難い損害を被っているような場合や、^②社員間に多数派と少数派の対立があり、会社の業務の執行が多数派

社員によって不公正かつ利己的に行われ、その結果少数派社員がいわれのない恒常的な不利益を被っているような場合に、解散の他にこれを打開する手段のない限り、解散事由が認められる（最判昭和六一年三月一三日民集四〇巻二号二二九頁。評釈に北川徹「判批」神作裕之ほか編『会社法判例百選（第4版）』別冊ジュリ二五四号（二〇〇二年）一六二頁）。

(9) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（1）』（一九八五年）三二二頁（小瀬村邦夫執筆）、酒巻俊雄・龍田節編集代表『逐条解説会社法（9）』（二〇一六年）三四四頁（一ノ澤直人執筆）。

(10) 除名による退社という効果の発生は、除名の訴えの判決が確定した時になる。そのように除名の効果の発生は除名事由が生じた時点よりも遅れることとなるため、訴えの提起における会社財産の状況に従って計算することとされたのである（神田秀樹編『会社法コンメンタール（14）持分会社（1）』（二〇一四年）二六七頁（松元暢子）。

(11) 松田二郎『会社法概論』（一九六八年）三九七頁、石井照久『会社法 下巻』（一九六七年）四一九頁、田中誠二『三全訂会社法詳論 下巻』（一九九四年）一二四四頁。

(12) 大隅健一郎・今井宏『会社法論 上巻（第3版）』（一九九一年）九七頁、上柳ほか編・前掲（9）三三二頁（小瀬村執筆）。

(13) 前掲山形地酒田支判平成三年二月一七日の評釈も、判旨に肯定的な評価をするものがある（受川環大「判批」判タ八七〇号（一九九五年）七八頁、山口和男「判批」『平成4年度重要判例解説』判タ八二二号（一九九三年）一八〇頁）。

(14) 奥島・前掲（6）四六三頁（今泉邦子執筆）、江頭憲治郎・中村直人編著『論点体系会社法6（第2版）』（二〇一二年）三七二頁（前田修志執筆）。

(15) 岩原編・前掲（8）六六四頁（伊藤雄司執筆）。

(16) 田中誠二・山村忠平『五全訂 コンメンタール会社法』（一九九四年）一一二頁。

(17) 田中・山村・前掲（16）一一二頁。

(18) 前掲福島地会津若松支判昭和四二年八月三二日の評釈として、島十郎「判批」ジュリ四七一号（一九七一年）一四三頁。

(19) 岩原・前掲（8）六六五頁（伊藤執筆）。

(20) 岩原・前掲（8）六六六頁（伊藤執筆）。

- (21) 上柳ほか編・前掲(9)三三〇頁〔小瀬村執筆〕。
- (22) 原審の評釈として、中村康江「持分会社における社員の除名制度と除名事由」立命館法学三八七・三八八号(二〇一九年)二三六頁以下、長谷川乃理「判批」税務事例五二巻四号(二〇二〇年)七三頁、一ノ澤直人「判批」新・判例解説編集委員会編『速報判例解説―新・判例解説 Watch― 27号』法セミ増刊(二〇二一年)一一三頁、神吉正三「判批」龍谷法学五四巻一号(二〇二一年)三五三頁、小林俊明「判批」ジュリ一五六六号(二〇二二年)一五〇頁、東京高裁の評釈として、松元暢子「判批」櫻田嘉章ほか編『私法判例リマックス63号』法律時報別冊(二〇二一年)九四頁、南健悟「判批」金判一六二二号(二〇二一年)一二頁等。
- (23) 長谷川・前掲(22)七六頁、小林・前掲(22)一五二頁、松元・前掲(22)九七頁、南・前掲(22)六頁等。

婚姻破綻時における婚姻費用と扶助に関する覚書

大 杉 麻 美

1. はじめに
2. 「婚姻費用」概念の変遷
 - (1) 歴史的経緯
 - (2) 学説と婚姻費用における「扶養」と「扶助」の概念
3. 破綻の視点からみる「婚姻費用」
4. おわりに―今後の課題

1. はじめに

民法七六〇条は「夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻から生ずる費用を分担する」と規定するところ、本条は民法七五二条が規定する夫婦間扶助義務の経済的機能を有する条文であるとされる。

民法七三九条により婚姻関係が成立した夫婦は、夫婦別産制の理念のもと、婚姻関係維持に要する必要を出捐するため、各自において婚姻費用を分担するという考え方は、いわゆる婚姻関係の維持のための婚姻費用の分担(団体性)と夫婦別産制にもとづく婚姻費用の分担(独立性)という二つの理念に奉仕するものであり、このうちのいずれかの理念に奉仕するものであるか、あるいは双方の理念に奉仕するものである。

戦後「家」制度が廃止され、「家」を中心とする家族の団体性は否定されたが、婚姻した夫婦の共同生活という側面での「生活共同体(共同性)」は存在し、少なくとも生活事実での団体性を否定することはできず、この意味においても団体維持のための法的考察は必要とされるところである。

ところで婚姻関係が破綻している夫婦の婚姻費用分担については、婚姻関係が破綻している場合であっても離婚に至らない場合もあり、このような婚姻関係の状況をどのように婚姻費用分担において考慮するかが問題とされるところである。

この点「：しかしその根底にある婚姻結合関係の故に、その義務違反が婚姻関係の解消(離婚)にみちびくという段階に至らない以上、なお婚姻共同体回復の方向で問題を処理すると要し、そのためには、相手方配偶者も共同体回復に必要な最底線を確保すべく義務付けられていると解する」とする見解があり、婚姻関係が破綻している場合に婚

姻費用をどのように分担するかについては従来の離婚原因とは異なる考慮を必要とする。⁽¹⁾

婚姻関係が破綻状態にある場合についての婚姻費用分担については、婚姻関係が離婚により消滅していない段階で、その状況が変化している婚姻関係をどのように評価するかの問題であり、婚姻費用分担額についても、夫婦関係が円満であるときと同じ「扶助」が相当であるか、あるいは一般親族間における「扶養」とするのが相当であるか問題とされるところである。

婚姻関係が破綻状態にある場合の婚姻費用分担については、他にも、「破綻」の事実状態をどのように評価するか、いずれの時点をもつて「破綻」しているとするのか、そして、婚姻関係を破綻させたことについての「有責性」を婚姻費用分担額の算定要素とするのか等について、婚姻費用分担のための考慮要素といった視点から検討することとなる。

この点、一九九〇年代には婚姻関係の破綻が考慮されていたが、婚姻費用標準算定方式が利用されるようになって以降は、婚姻費用標準算定方式により婚姻費用が算定されることとなり、その考慮要素としてはおもに、夫婦の一方に婚姻関係を破綻させたことについて有責性があるかが考慮されるようになっていたとの分析がある。⁽²⁾

いまだ離婚により解消されていない婚姻関係のために必要とされる婚姻費用の分担額については、生活の実体を考慮してその額が算定されることも必要とされるところであろうし、その意味においては婚姻関係が破綻していても、婚姻関係を破綻させた者に有責性があつたとしても、当然のように婚姻費用が減額されたり、婚姻費用義務が免除されたりということについて、慎重に議論をする必要があるのではないだろうか。

この点拙著「婚姻破綻時における日常家事に関する一考察」においては、「破綻を法的に評価することは難」しい

としたうえで「離婚原因における破綻と同様の考え方をすることはかえって配偶者の不利益を発生させる結果となることが懸念される」ことから「婚姻関係が破綻しているからこそ、日常生活を維持するために他方配偶者の承諾なしに日常生活が行われる事例もあ」として、婚姻関係の破綻という指標の判断について、離婚原因における破綻の認定方法にとらわれず、生活実態に即した判断をおこなうべきであるとしたところである。⁽³⁾

婚姻関係破綻時における婚姻費用分担の問題は、婚姻関係が破綻している場合の婚姻関係は、夫婦間「扶養」となるのか夫婦間「扶助」となるのか、また婚姻費用分担額を決するにあたり、婚姻関係「破綻」の理念をどこに求めるべきかということになるだろう。

本稿ではまず第一に婚姻費用分担の問題は、夫婦間「扶養」であるか夫婦間「扶助」であるかについて歴史的経緯も含めて再検討するとともに、夫婦関係「破綻時」の婚姻費用の考え方についてこれまでの学説を整理したうえで、婚姻関係破綻時における婚姻費用について再検討を試みるものである。

2. 「婚姻費用」概念の変遷

(1) 歴史的経緯⁽⁴⁾

婚姻費用につき、民法第一議案では「第八百十五條 夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔ス但妻カ戸主タルトキハ妻之ヲ負擔ス」と規定されていた。⁽⁵⁾ 本条は「戸主である夫が婚姻費用を負担する」とし、妻は「戸主である場合に婚姻費用を負担するとされており、婚姻費用負担者は「戸主」であるとされていた。

民法草案人事編理由書においては婚姻費用の分担につき、「第百一条 夫婦ハ其資力ニ応シテ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負担ス可シ」とされている。民法第一議案においては戸主が負担するとされているところ、夫婦が資力に応じて婚姻費用を負担するとされていた。この点につき、民法草案人事編理由書では「婚姻ハ一家ヲ立テルモノニシテ從テ諸般ノ入費ヲ生スヘシ此入費ハ其婚姻ノ負担タレハ夫婦ノ者其資力ニ応シテ之ヲ負担セサル可ラス夫婦ハ苦樂ヲ共ニスヘキモノナレハ其資力ヲ以テ相生養スヘキハ当然ノ義務ニシテ其財産ヲ拵テ共通ト為スハ真ニ婚姻ノ性質ニ適スルモノト云フヘシ」として、夫婦は苦樂を共にするべきであるから互に扶養し合い財産が共通となるのは「婚姻の性質」によるものとされていたが、「夫ハ家長ニシテ其婦ヲ保護スヘキノ義務アルニ由リ其身分ニ応シ其婦ニ對シ相応ノ給養ヲ為シ決シテ其需用ヲ欠ク可ラス⁽⁶⁾」とされており、夫は「家長」であることから婚姻費用については「夫」が負担するとされていた。なお人事法案では「第八三条 夫ハ婚姻ヨリ生ズル一切ノ費用ヲ負担ス但シ妻ガ戸主ナルトキハ妻ハ之ヲ負担ス 前項ノ規定ハ夫婦間ニ別段ノ契約アルトキハ之ヲ適用セズ」として、夫婦間の契約により本条の規定を排除することも想定されているものの、やはり「夫」が負担者であるとされていた⁽⁷⁾。

明治民法の制定にかかる議論においても、第一四七回法典調査會において「第八百十五條 夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔ス但妻カ戸主タルトキハ妻之ヲ負擔ス」と提案されていた。

本条につき、法典調査會において梅謙次郎委員より、「…妻ガ自分ノ財産ノ收入ヲ夫ニ出サナケレバナラスト云フコトダケデアルト其目的ハ婚姻ヨリ生ズル費用ヲ以テソレヲ以テ償フ爲メデアルト書イテアツテモソレダケデ以テ婚姻ヨリ生ズル費用ヲ皆拂フテ往クノデハナイ夫ガ負擔スベキモノデナイカラ妻カラモ收入ヲ皆出サセテ皆其方ニ當テル」と説明するものの、財産管理共通制のもとでは夫婦間で「細カイ計算ヲシナイト云フコトデアリマセウサウシマ

スレバ夫ガ婚姻ヨリ生ズル一切ノ負擔ヲ計算スルト云フコトガ當然ノコトト思フ」として夫が負擔者となると説明された。この点、穂積八束委員より、婚姻費用支出の順序につき「…先ツ夫ニ財産ガアレバソレデ總テノ費用ヲ拂ハシメ若モ及バサルトキハ妻ノ財産ニ往クト云フ順序ガアルコトデアリマスカ若クハサウ云フ順序ガナイコトデアリマスカ」旨の質問がなされたが、梅謙次郎委員は「…ドチラノ財産カラ出シテモ構ヒハシナイ」と述べている。⁸⁾

本条については、民法中修正案⁹⁾、民法整理決議案¹⁰⁾においても特に修正されることなく、明治民法(明治二九年民法)においては「旧民七九八條① 夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔ス但妻カ戸主タルトキハ妻之ヲ負擔ス」と規定された。

明治民法において婚姻費用分担者が夫とされた点につき立法理由では「既成法典ニハ本條ニ相當スル條文ナシ其財産取得編第四百二十六條ニ婦ハ特有財産ノ果實及ヒ自己ノ所得ヲ費用分擔ノ爲メニ配偶者ニ供出シタルモノト看做スト言フモ唯此規定ノミニテハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ夫ノ負擔ナリトノ主意明カナラサルヲ以テ寧ロ之ヲ明言スルニ如カス獨逸民法草案ハ本條ト等シク之ヲ明言シタリ但書ヲ加ヘタルハ妻カ戸主タルトキハ妻カ一切ノ費用ヲ負擔スヘキハ當然ナレハナリ」としてドイツ民法によれば夫婦の財産は管理共通制であるところ、婚姻費用分担者は夫であることから本条によりそれを明確に述べ、「家」制度のもとで「戸主」である「夫」が負擔することが明言されたのである。¹¹⁾

この点夫婦の財産關係については、明治民法七九八條第一項において婚姻費用の分担者が原則として戸主である夫と定められ、明治民法七九九條第一項において「夫又ハ女戸主ハ用方ニ從ヒ其配偶者ノ財産ノ使用及ヒ収益ヲ為ス權利ヲ有ス」としていることから、「…夫婦各自ノ財産ノ所有權ハ婚姻ニ因リテ毫モ變動スルコトナク、法律上夫婦ノ

共有財産ヲ認ムルコトナキナリ。而シテ婚姻ヨリ生ズル一切ノ費用ハ夫又ハ女戸主ニ於テ之ヲ負擔スベキモノニシテ、其代リ二夫又ハ女戸主ハ用方ニ從ヒテ相手方配偶者ノ財産ノ使用及ビ収益ヲ爲スコトヲ得ベシ。」とし、婚姻費用負担者がその支出のために相手方配偶者の財産を「使用及び収益」することができるにすぎないと説明される。^⑫

夫または女戸主のために他方配偶者の財産に対する使用収益権が認められるのは「代償たる意義を有する」とされ、「夫または女戸主が婚姻生活費用を負担するに足る資産若しくは能力を有しないときは、夫婦相互の扶養義務に基き、却つて妻または女戸主の夫に於て、その費用を負担しなければならない」とされたのである。^⑬ すなわち、婚姻費用を負担することが出来ない場合には夫婦間の「扶養」義務に基づき婚姻費用を負担するとされ、婚姻費用から夫婦間扶養への移行が示唆されているのである。^⑭

戦後現行法制定過程においては、「家」制度は廃止するとされたものの司法省民事局は当初「(ロ) 新憲法に基づき民法親族編及び相続編中改正を要すべき事項試案(第一案)(司法省民事局)」として「三 婚姻 (ホ) 夫婦は相互に扶養の義務を負ふこと。(現行七九〇通) 婚姻より生ずる費用は原則として夫の負担とすること(現行七九八通)(或は共同負担とすべきか)」が示され婚姻費用は「夫」の負担とされていた。^⑮

幹事案(昭和二一・七・二〇・B班案(婚姻)・堀内幹事・来栖幹事)においても、「第四 妻の無能力及び夫婦財産制 二 夫は婚姻より生ずる一切の費用を負担するも、夫婦間に於て別段の定を為すことを得るものとする」として「まず夫が婚姻費用を負担するものとされたのである」^⑯

審議における議論では、この点につき我妻榮委員より「民事局試案では、原則として夫の負担としながら、カッコに入れて、『或いは共同負担とすべきか』とあった。それを堀内・来栖幹事案では婚姻より生ずる一切の費用を負担

するのは原則として夫だが、夫婦間において別段の定めをなすことができるといっている」とした点について「一歩を進めた」と評価されているところである。¹⁷⁾

その後の審議経過では、民法改正要綱案(昭和二一・七・二九)(起草委員第二次案)において「第十一 夫婦法定財産制に関する規定を左の如く修正すること。一 婚姻より生ずる費用は夫婦の資産、収入其他一切の事情を斟酌して適当に協力負担すること」とされ、特に変更されることなく、現行民法七六〇条が規定された。

この点につき奥野政府委員は旧法における婚姻費用分担者が夫である点につき「夫婦平等の原則から見ますと不公平であります」として「共同といってもその半分ずつ出すという意味ではなくて、…資産収入など一切の事情を考慮して分担をするということにいたしました」と述べている。また現行民法七六〇条による婚姻費用の分担と扶養の関係につき「観念的には七百六十条と扶養というものは区別して考えれば、考えられんことはありませんが、実際問題としてそれが婚姻生活の費用でありますから、むしろ七百六十条で大体の関係はけりがつく」としたうえで「夫婦の間においては、殆ど婚姻生活用の関係以外に扶養の請求ということは、事実上殆ど考えられないというふうな意味から色々な意味を以ちまして扶養の字を扶助というふうに改めた」と説明している。¹⁸⁾

奥野政府委員の発言は、婚姻関係が継続していることを前提に夫婦の関係に強い扶養義務を認めることを肯定するところ、婚姻関係が破綻している場合には、かえって当事者に過度な負担を強いることもあり、法制度上の婚姻費用の理念を道徳上の理念として理解しようとするところに特徴があるものの、これにより婚姻費用にどの程度のイデオロギー的觀念を含ませるかの問題もある。

現行民法七六〇条の前提となる扶助について奥野幹事はさらに臨時法制調査会第三回総会議事速記録において、「…一般に夫婦間の扶養の義務の關係、或は同居の義務の關係、或はその外に婚姻の継続、費用の負担、そういう風なもの総てを含んで互に協力するという風な言葉で現わしている」とし「民法上の扶養の義務…よりさらに進んで積極的な意味を持つている」と述べている。また、中川委員も「…夫婦の關係にはどんなに強い扶養義務を認めても差支えない」とし、牧野委員は協力扶助という言葉に幅広い意味を持たせることによつて「…それが民法を理解する道義的な考え方に影響を及ぼします。夫婦は一心同体だということが分かれば、そこに本当の夫婦の道義的の生活というものが現れてくると思います」として、協力扶助が道徳的な指針となり、夫婦の生活が形成されることを期待していたことがうかがわれる。¹⁹⁾

(2) 学説く婚姻費用における「扶養」と「扶助」の概念

現行民法第七六〇条は、夫婦平等の見地より、明治民法当時において夫婦は「扶養」の關係性があると理解されていたところ、婚姻關係の維持についてはそれよりも広い「扶助」の概念とすることで、かつての「家」存続のための家族間扶養の概念とは異なり、夫婦とその子からなる法制度上の婚姻關係を維持形成するための基準とされ、婚姻關係を維持形成するために必要とされる概念が包含されるようになった。

しかしながら、婚姻關係の維持が困難になつた場合の婚姻費用については想定されておらず、この様な場合でも夫婦間における婚姻費用分担義務の存否、婚姻費用分担義務から扶助義務に移行するか、あるいは親族間における扶養義務に移行するかについては検討の必要がある。

明治民法における夫婦財産制については、中川善之助博士がドイツ民法の管理共通制であり、「基調的には夫婦別産制である」と指摘する一方、夫婦財産制は「全く父権的家族制度の正確な投影に過ぎない」として、法定財産のあり方が家制度を色濃く反映したものであると指摘されたところである。⁽²⁰⁾

また婚姻費用分担義務について中川善之助博士は「：協生の義務があるから婚姻関係なのであり、養育義務があるから親子関係なのである。換言すれば、婚姻関係は協生義務の上に立ち、親子関係は養育義務の上のみ考へられる。夫は妻を『扶け養ふ』のではなくて、妻と生活を協同するが故に彼は夫なのである。」「私が婚姻法上配偶者の負擔するもの所謂『協生義務』は、『夫婦は(如何なる場合に於いても)互に扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ』ことを言ふのであつて、通常の場合に於ける夫又ハ女戸主たる妻の所謂『婚姻費用負擔義務』(民法七九八條)と同一物ではない。」と述べられていた。⁽²¹⁾

すなわち、夫婦間には「協生義務」があるところ、これは「扶養義務」であり、婚姻費用分担義務は「扶養義務」と同じことであると述べられた。婚姻費用を分担することは扶養義務を負担することと同じであるとされたのである。婚姻費用分担については、明治民法七九八條第二項が、夫婦間の扶養義務を規定する明治民法七九〇條の適用を妨げないと規定することに着目し、「夫又ハ女戸主カ扶養ヲ受クルノ必要アルトキハ其配偶者ハ自己ノ身分及ヒ資力ニ應シテ之ヲ扶養スルコトヲ要スル」として、婚姻費用分担義務の他にも夫婦間の扶養必要状態が発生する場合には、夫婦相互の扶養義務として、扶養の概念とは異なるものとして位置づける見解もあつた。⁽²²⁾

この点梅謙次郎博士は「夫ハ一家ノ主宰ニシテ其戸主タル場合ハ勿論戸主タラサル場合ニ於テモ夫カ財産ヲ有シ之ヲ以テ其妻子ヲ養フヲ通例トセルカ故ニ婚姻ヨリ生スル費用ノ如キハ原則トシテ夫ノ負擔ニ屬スルハ固ヨリ當然ナル

所」として、これは「婚姻ヲ爲シタルヨリ生スル結果ナレハナリ」として、婚姻をした夫及び妻の身分を取得したことにより発生する効果であると位置づけて、婚姻費用分担義務は夫が負担することが当然であり、これは婚姻の効果として取得する身分より発生するとしていた。²³⁾

これに対し、「婚姻費用ハ夫婦共同生活上最モ重キ負擔ナレハ之ヲ夫一人ノ負擔スヘシトナスハ實際上ヨリ見テ公正ニ非ラス」として夫婦の共同生活における費用分担の公平性の見地より、妻が財産を有し相当の収入がある場合には、妻も婚姻費用を分担することを提唱し、扶養義務とは異なるものであるとして、婚姻費用分担義務はあくまでも夫婦財産制の問題であるとする見解もあつたところ、²⁴⁾穂積重遠博士は、当時夫婦財産管理共通制であつたことを批判し、婚姻費用分担義務等のような制度は婚姻関係が破綻している場合にこそ問題であることから、「實際上時に甚だ不公正な、殊に妻に不利益な、結果を呈する」として別産制を主張していた。この場合の別産制の効果としては「萬一別居とか離婚とか云ふ場合には、元來財産が別々になつて居る方が紛争を複雑にしないで却つてよからう」とされておられ、おそらくは夫婦が対等な立場で婚姻費用を分担することを想定していたのではないだろうか。²⁵⁾

婚姻費用が夫婦間における扶養義務から派生するものであるか、あくまでも夫婦財産制での費用負担の問題であるかについては、明治民法第七九〇条における夫婦扶養の義務と、同七九八条一項の婚姻費用が夫の単独負担であることとは矛盾しており、家産は夫が管理し（管理共通制）、妻は家の一員として養われるため、夫が管理者として、婚姻費用を支出するのは家制度の考え方から派生するものであるところ、扶養については相互扶養の義務があることから、制度そのものが矛盾していると指摘する見解もある。²⁶⁾

婚姻費用分担については、明治民法七九〇条は「夫婦ハ互ニ扶養ヲ爲ス義務を負フ」とする一方、同第七九八条一

項が「夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負担ス」としたのに対し、現行法は七五二条において「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならぬ」とし、七六〇条では「夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻から生ずる費用を分担する」とすることから、明治民法における「扶養」と「婚姻費用」の関係、現行民法における「扶助」と「婚姻費用」の関係性について明確にする必要がある。この点中川善之助博士は「：旧法の下においても、一樣に扶養といわれるものの中にあつて、夫婦の扶養と未成熟の子に対する親の扶養だけは、その他の単なる親族的扶養と区別しなければならぬことを力説し、前者を生活保持の義務、後者を生活扶助の義務と呼ぶことにしていた：旧法のように夫婦の場合にも同じく扶養という語を用いている場合には、解釈上、右のような分析と区別が必要であつた。その私が行つたいわゆる夫婦間の生活保持の義務を新法は夫婦の扶助といつたのである」として、「扶助は夫婦が互いに自分の生活を保持すると同様に相手方の生活を保持することであるから、結局は婚姻生活の保持ということになり、法定財産制にいわゆる『婚姻から生ずる費用』の負担と同じことになる」と説明される⁽²⁷⁾。

すなわち「：『生活を協同にするの義務』は實に婚姻關係の要素である。故に私は、斯る義務を、單なる扶養義務と區別するため、特に『生活協同の義務』と呼んで居る。」ということであつた。明治民法においては「：夫または女戸主たる妻が婚姻の費用を負擔すること七九八條の定むる所の如くであるが、愈々夫または女戸主に於いて之が不能になつた場合には女戸主に非ざる妻又は女戸主の夫も配偶者と共に婚姻生活を保持するの義務がある譯で之が民法所謂『夫婦互ニ扶養ヲ爲ス義務』であり、私の所謂『生活協同の義務』なのである」とされたのである⁽²⁸⁾。

夫婦生活の維持という観点からみれば、その本質はかわることなく、あくまでも生活を共同にするという実態から導き出されるものとするところ、明治民法七九〇条における「扶養」は婚姻關係の要素として夫婦間に認められる義

務であるのに対し、現行民法七五二条には「扶助」と規定され法定財産制における婚姻費用であるにとらえられ、現行民法八七七条における「扶養」とは概念が異なるとされている。

これに対し、夫婦間扶養の範囲と婚姻費用分担の費目が同じであるという機能の側面に着目し「一方配偶者が自己の生活需要に不足する場合に、他方配偶者によって補われることは、一面では、婚姻費用の分担であり、他面では、扶養義務の履行である」として、婚姻関係が維持されている場合には民法七六〇条の婚姻費用分担義務の対象となり、婚姻関係が破綻している等の理由により「一体的な家族的生活共同体を構成して」いない場合でいまだ離婚に至っていない場合には民法七五二条における生活扶助義務が登場するとの見解がある⁽²⁹⁾。

夫婦間における「一体的な家族的生活共同体」があるか否かを基準として民法七六〇条と民法七五二条との適用関係を決すべきとの見解であり、夫婦間の財産関係は生活扶助と婚姻費用分担の両側面により構成されるとするのである。

また、夫婦間の扶助は夫婦間扶養の程度を定める「限界点」であるとして、「∴夫婦各自の私有財産を共同的に消費して婚姻関係を維持するということの法規範化である」としたうえで、婚姻関係に変化が生じ「∴扶養問題がおこれば、七五二条で一方の他方に対する扶養出捐を命じまたその限界を定め、その上で従前と異なった割合と方法で婚姻費用分担の問題がおこるわけで、七六〇条はその場合の規準でもある」とする見解がある⁽³⁰⁾。

これらの見解はいずれも夫婦間の生活実態を考慮し「一体的な家族的生活共同体」「婚姻関係を維持する」と表現するが、「家族的生活共同体」「婚姻関係」の維持については多様な形態が存在し、そのすべてを考慮して婚姻費用分担額を決定することには、多様な生活形態をどの程度反映することが可能であるかとの問題も残されるところである。

このような多様な生活形態について「中間的な特別の扶養義務」を提唱する見解があるところ、これは「…絶対的必要性がなくても相対的な必要性があれば生ずることもありうる点において生活扶助義務とは異なり、また、自己と同程度の生活を相手方に保障することを必ずしも必要としないこともありうる点において生活保持義務とも異なる扶養義務」があるとする見解がある³¹⁾。この見解によれば、婚姻費用分担額の算定に当たっては、各夫婦ごとの個別事情を考慮することとなる。

夫婦間扶養と婚姻費用分担の関係は、一方配偶者が婚姻費用分担請求をした際に他方配偶者に生活扶助の範囲での婚姻費用分担を求めるのか、あるいは夫婦間扶養の範囲で婚姻費用分担の求めるかの問題に帰するところ、婚姻費用は婚姻生活を維持するために必要とされるとすれば、あくまでも対等な立場にたつ夫婦間でその分担割合を定めるということとなるのではないだろうか。

この点「…夫婦間で、相手方の生活困窮を要件とすることなしに、婚姻生活の一体的維持を義務付けているのが、七六〇条の婚姻費用の分担義務であると捉えるものである。私も基本的には、夫婦間での婚姻生活の維持は、婚姻費用の分担義務により行われ、夫婦間に当然に扶養関係が成立するわけではないとする立場に立つ」とされ、「…家族とりわけその中心である婚姻関係が、生存の基盤としての役割を果たしていることは事実であるが、…夫婦は、生産労働であれ、家事労働であれ、協力してその婚姻関係を維持しているのであって、いずれか一方だけが、この全面的責任を負うわけではない」とする見解がある³²⁾。

婚姻関係はあくまでも婚姻生活を維持するための存在基盤であり、その点においては一般親族の扶養義務とは異なり、対等な夫婦間での協力義務が求められるとするものである。

民法七六〇条における婚姻費用分担義務が婚姻関係の維持を前提として協力をするとするのであれば、その「協力」関係は、婚姻共同体が維持されている「状態」に応じて変化するものととらえれば、夫婦の協力関係は「扶助」とされるべきであろうか。他方婚姻関係が「破綻」し、その維持が困難になった場合、夫婦の「協力」の性質・程度をどのようにとらえるかは、婚姻関係が破綻している状況を婚姻費用の算定にあたってどのように評価するべきかの問題となる。以下では婚姻費用の評価指標となる「破綻」概念について検討を進めていくこととする。

3. 破綻の視点からみる「婚姻費用」⁽³³⁾

これまでの検討より婚姻費用分担額の算定に際しては、旧法の「扶養」の文言を「扶助」に修正し、婚姻関係維持にあたって考慮される夫婦間協力の範囲を広く求める反面、婚姻関係の変化による婚姻扶養分担額については「破綻」を指標とし、分担額を決定することが求められるもののその程度については「扶養」とするもの、「扶助」とするもの、「中間的な扶養義務」とするもの等の見解がみられた。⁽³⁴⁾

婚姻費用分担額の判断基準の一つである「破綻」については、客観的に婚姻関係が破綻し「別居」していることに求められるものの、破綻に至る経緯の考慮については他にも当事者の「有責性」が考慮されるなど、当事者の個別的事情を考慮しつつ算定することが考慮される。⁽³⁵⁾

このうち「破綻」については婚姻関係の変化をどのように判断するかの問題であり、判断要素として、主観的要素（当事者の意思）及び客観的要素（別居）の双方が考慮されることとなり、他方「有責性」を考慮するとすれば、当事

者の有責性を問わないとされる破綻の理念に有責性という相容れない概念を持ち込むものであり、婚姻費用分担額算定の際に有責性の概念を持ち込むことが果たして妥当であるかについても検討をする必要がある。

婚姻関係の破綻とは、婚姻関係が「回復不可能な状態」に変化することを意味する。これはおよそ当事者の意思によるところが多く、客観的に判断するための指標として別居という要素が考慮されるにすぎず、本来的には当事者の一方に婚姻関係を回復させる意思が恒久的に失われ、他方配偶者が当該状況を受け入れざるを得ない状況に至ったときにはじめて破綻として捉えるべきではないだろうか。そのような状況は当事者の主観によるところが大きく、客観的指標としての「別居」をもって物理的距離をはかるとともに心理的距離の程度をはかるとなるのではないだろうか。問題は、婚姻関係の状況が変化する場合には段階を追って徐々に変化をすることから、どの時点をもって破綻と認定し、婚姻費用の程度とするかということであるが、婚姻を破綻させたことについての寄与割合を認定し、寄与度による減額を算定する等の方法も考えられる。この場合の寄与度は「有責性」とは異なり家庭を破壊させた「事実」を判断基準とするということに注意をする必要がある。この点中川淳教授は「客観的に完全に破綻した夫婦間において、なお婚姻費用の分担が当然に存続するかについては、私は疑問に思うが、ここではその点を深く論じない。ただ、破綻別居については、何をもって破綻と判断するかは、学説は一致していない」とも指摘されるところである。³⁶⁾

婚姻関係破綻時の婚姻費用分担については、第一に婚姻関係の回復可能性に判断基準を求めるもの、第二に婚姻関係破綻に關しての当事者の有責性の程度に判断基準を求めるもの、第三に破綻について段階的理論をとるものに分類することができる。

第一の点については「…婚姻費用分担は平等な人格者である夫と妻が婚姻の協力関係の一環として分担し合うものであるから、協力関係回復の有無でその分担の程度は区別してよい」として、婚姻関係の回復可能性がある場合には婚姻関係は破綻していないとする見解がある。³⁷⁾

婚姻費用分担算定の根拠を婚姻関係の「回復可能性」に求めるものであるが、この見解については、婚姻関係が破綻後の夫婦の交流状況や当事者の婚姻回復にかかる意思の程度が考慮されることとなるであろうか。

この点、最高裁昭和六二年九月二日判決が提示する婚姻観より「…婚姻生活共同体への回復の可能性が皆無と認められている状況にあっても、なお離婚にいたっていないから（＝なお形式的には婚姻中だから）という理由だけで婚姻費用分担義務の存続を認めることには疑問が残る」とする見解がある。³⁸⁾

婚姻費用分担額算定に当たり婚姻回復の可能性を判断要素とするものであり、回復可能性がない場合には婚姻費用分担義務の存続をさせることについて疑問を呈する見解である。

第二は、「…扶養の義務は、本来、同居義務や協力義務等と同一の理念から生じ、これらの義務と深く関連しあっている」のであるから、これらの義務に一方配偶者が反した場合には他方配偶者の婚姻費用分担義務が軽減されるとすることから、これの破綻について当事者の有責性を考慮するというものであり、有責配偶者への婚姻費用分担義務は生活扶助義務に変質し、「…別居有責の配偶者がこれを認められても、決して、自己の過誤を利用し利益を得るということにはならない。またこの権利の行使が権利の濫用となるものでもない。この問題は有責配偶者の離婚請求問題とパラレルにとらえるべきものではないであろう」として「…扶養請求を完全に封ずることは妥当を欠くように思われる」とする見解がある。³⁹⁾

この点「：相手方が要扶養状態にあり、自分に扶養能力がある限り扶養義務を負う。しかも権利者の責任や対価性を問題にしないのだから、婚姻破綻の責任や協力の有無とは無関係である。したがって、有責配偶者であっても、要扶養状態にあれば、婚姻費用分担請求をすることができる。」として、問題は扶養の程度なのであるから「：別居により共同生活関係がなくなり、その回復が困難である場合には、義務者は生活扶助義務の程度で扶養Ⅱ婚姻費用を分担すればよいことになる。しかし、義務者が有責である場合には、扶養とは別の論理で生活保持義務の程度を請求することができる」とする見解がある⁽⁴⁰⁾。

また有責性を婚姻費用算定の際に考慮すべきであるとして、「：有責性といっても婚姻が破綻する要素は複雑であるし、また有責性にも程度の差があるのではなからうか。したがって、権利の濫用として請求を一律に否定するのはなく、有責の程度がいちじるしい場合にかぎって請求を否定すべきではあるまいか。」とする見解もある⁽⁴¹⁾。

これらの見解は、婚姻費用分担の程度を有責性にかからしめるものであり、婚姻関係破綻の一因に当事者の有責性がある場合には夫婦の協力関係は「扶助」になるとするものである。

婚姻関係が事実上「破綻」している場合にそれを如何に制度上の「破綻」として考慮するかについては、両者の概念の「乖離」もあるところ、婚姻関係存続中であっても婚姻関係の変化に伴い「扶助」の内容・程度は変化する。このような見解の根拠となるのはこれまで多くの学説において述べられているように、「婚姻により発生する効果」であり婚姻制度の本質に根ざすものであり、婚姻制度の存在そのものに存在意義が求められることとなろう⁽⁴²⁾。

この点別居に至る経緯の多様性から婚姻破綻に対する有責性を考慮すべきであるとし、「決定するにさいして、いわゆる『その他の一切の事情』として婚姻破綻の責任の有無、別居の正当性の存否などを斟酌しうることはいうまで

もない」と述べる見解がある。⁽⁴³⁾

このような見解に対し、婚姻費用分担義務の判断に際し、有責性を考慮しないとする見解がある。

有責性を考慮しないとする見解は、「…別居の原因の全部または大部分が当事者のいずれの側にあるのかを確定することは、婚姻費用分担事件の目的ではない」として、有責性を考慮要素とすることを否定し、「信義則に反するような特段の事情」のある場合に限り考慮するとする判例の判断を支持する。⁽⁴⁴⁾

この点、婚姻費用分担の請求時における婚姻関係の状態を考慮し「…円満な夫婦関係が営まれているとはいえない状態にある」場合には「…生活保持義務を認める基盤はもはや失われていると言わざるを得ない」ことから「…婚姻費用分担請求にかかる審判においては、法律上の夫婦であるという身分関係に基づき、一般親族間と同様の扶養義務（いわゆる生活扶助義務）が夫婦の間に存することを前提に分担額を決定すれば足りるものと考える」として、夫婦が別居している場合には夫婦関係の扶助義務ではなく一般親族間での扶養義務を考慮することとなり、婚姻費用分担請求者の有責性は考慮されないとする見解がある。⁽⁴⁵⁾ 婚姻費用分担義務は婚姻関係の継続的な維持を目的とするものであり、婚姻関係の継続的な維持を望めない場合には婚姻法の効果を認めることを排除するとの理解である。

婚姻費用分担義務が課せられる基盤としての婚姻関係がない場合であっても、夫婦の扶助義務は「夫婦相互をその限度において扶養義務者とするという私的扶養の枠組みにおいて置かれたものである」こと、また「扶養の緊急性」を考慮して、有責性は離婚の局面で慰謝料請求や財産分与として考慮されるものであり、「離婚成立までの有責配偶者に対する生活扶助義務を他方配偶者に負わせることが衡平に反するとまではいえないように思われる」とする見解がある。⁽⁴⁶⁾ 婚姻費用分担義務算定に際し、有責性等の婚姻関係を破綻させた事由を考慮せず、それは離婚の際に慰謝料

請求や財産分与等で考慮することとする見解である。

第三の点については、夫婦間扶養に関する破綻概念につき「扶養義務の性質は規範的生活共同体を前提とせざる生活扶助義務に近づく」と解釈すべきである。私の見解は、夫婦関係破綻の度合いに応じてその扶養義務内容が変化するものとし、最低限度いわゆる生活扶助義務に至るとする段階的思考態度である⁴⁷として段階的に変容する婚姻関係に着目し、それを容認する理論的根拠として、中川善之助教授が提唱される「事実の先行」に着目する。

この見解はさらに、破綻の判断要素につき考慮した上で「婚姻破綻をひきおこす要素のうち当事者の主観的内面的要素が重要な役割を担っているので、扶養の要件・程度の問題も純客観的な問題ではなく、当事者の主観的要素を顧慮しなければならない。別居は単なる終局ではなく、終局(離婚)に至り得る一段階であると同時に、一つの冷却期間として更に高次の婚姻関係回復のための一つのクッションでもありうると理解し、破綻責任による扶助額の加減についても、このことを充分考慮に入れなければならない。これはこうである。破綻別居中に生じる扶養請求については、法は正常な婚姻関係回復の方向において処理しなければならない⁴⁸」とする。

破綻を段階的に捉える考え方によれば、当事者の主観的側面が重要な要素であり、夫婦間扶養は婚姻関係回復に向けての手段であるのに対し、破綻から別居に至る過程での婚姻費用分担義務は、離婚に至る場合と婚姻関係回復に至る場合があることを想定し、当事者の主観的側面がいずれの場合に属するかを考慮し、婚姻費用分担額を考慮するとする。

段階的過程説の考え方には、婚姻関係の多様性を詳細に考慮しようとする。

これまでの検討によれば、婚姻費用分担額決定にあつての基準時である「破綻」については、婚姻関係の回復可能性に判断基準を求める見解、婚姻関係破綻に關しての当事者の有責性の程度に判断基準を求める見解、第三に破綻について段階的理論をとる見解に分類することができるところ、いずれの説においても具体的な基準時については更なる検討を要するであろう。

婚姻関係の破綻についてはすでに離婚原因の判断基準として「別居」が客観的指標としてあげられるところ、平成八年二月二六日に法制審議会が答申した民法改正要綱が離婚原因の一つとして創設している「夫婦が五年以上継続して婚姻の本質に反する別居をしているとき」という条項と婚姻費用分担義務との關係について疑問を呈する見解がある。⁽⁴⁹⁾

二〇〇九年年私法学会シンポジウムでは、各論(逐条的な検討)として、「A—三(婚姻費用の分担) ①夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、子の監護に要する費用を含む婚姻から生ずる費用を分担する。②前項の分担の割合及び方法について必要な事項は、当事者の間の協議で定める。」とされた。⁽⁵⁰⁾

この点については、「…本報告では、A—三を夫婦の義務とし、強行規定化しようとしている：『扶養義務』とは『扶養義務』にはかならず、そのレベルは低いものであるとするものである。このような考え方に立ち、かつ、婚姻費用分担義務は共同生活が継続している場合(同居している場合)にのみ存続すると思われるならば、共同生活の破綻後(別居後)は婚姻費用分担義務は消滅し、通常の扶養義務と同レベルの扶助義務が出現することになる。論理的な考え方だろうと思うが、別居につきこのように取り扱うことが適切かどうかが問われなければならない」とする見解がある。⁽⁵¹⁾

婚姻費用の基礎が婚姻共同体に求められるとすれば、婚姻共同体の存在しないところには婚姻費用分担義務は存在しない。しかし他方、婚姻関係が解消されるまでは外形上は婚姻共同体が存在しており、形骸化している婚姻関係に対し婚姻費用を認める根拠があるとすればそれはやはり、いったん婚姻関係を形成した当事者が負うべき責任の問題となるのではないだろうか。とはいえその負担の程度は、請求者の生活実態を考慮し、必要とされる限度においてのみ義務者に負担を求めるというもので、この意味において、当然に夫婦間「扶助」の問題として最低限の生活費が保障されるというよりも、あくまでも請求者の生活実態を考慮するということになるだろうか。

4. おわりに―今後の課題

婚姻費用分担は、婚姻期間中に必要とされる費用の分担割合について夫婦の寄与割合を規定するものであるところ、制定当時、婚姻関係が破綻した場合の婚姻費用分担については想定されず、長期間にわたる別居の場合の婚姻費用分担などの問題も相まって、婚姻費用分担に際しての「破綻」をどのように評価するか、議論されることとなった。

また婚姻費用は、婚姻関係にある夫婦が必要とする費用に關しての規定であることから、性質上、独立性と団体性という二つの理念に奉仕することとなり、この点については夫婦の独立性を考慮するのであれば、夫婦各自の生活実態を考慮したうえで分担額を考慮されることとなり、婚姻関係の破綻による婚姻費用分担額の減額はとわれないこととなるのではないだろうか。この場合では、有責配偶者からの婚姻費用分担請求についても扶助の必要性があれば義務者に婚姻費用分担義務が発生する。他方婚姻関係における団体性を重視するならば、婚姻費用分担額の算定に際し

て有責性が問われることとなるのではないだろうか。婚姻関係における団体性を重視する考え方は婚姻関係を維持するにあたっての当事者の「責任」を問うものであり、いわゆる婚姻関係解消に向けて考慮される「破綻」とは性質が異なるのではないだろうか。

いずれの場合であつても、婚姻費用を分担することが婚姻関係を維持するにあたって必要であるか否かの視点から評価されることとなり、これは婚姻関係の解消に向けられる「破綻」の概念とは異なることとなりはしないだろうか。たとえば子がある夫婦については婚姻費用の算定に当たり、子の教育費用も含まれるため慎重な議論が必要となるのではないだろうか。

この点、婚姻関係が破綻する過程に着目し「：現代における現実の事実においては、離婚は必ずしも常にそうであるわけではなく、離婚の事実上の原因ははなはだ複雑である」としたうえで「：婚姻は売買や賃貸借のような契約関係とはことなり、二人の人間のあいだの作用・反作用の無数の連鎖反応の過程」であるとした見解がある⁵²。

婚姻関係の破綻は、事実上段階的にその関係が崩壊していくものであるが、これを法的に評価する際には、ある時点をもって破綻を評価せざるを得ない。しかし婚姻費用分担の問題は婚姻関係が外形上破綻していない場合であつても夫婦間に精神的交流が失われることにより発生する問題である。夫婦の一方に婚姻費用分担の意思が失われれば婚姻費用分担請求をせざるをえない場合が発生する。とすれば婚姻費用分担において破綻を考慮することは、婚姻費用分担の問題の解決にはつながらず、あくまでも婚姻関係にある当事者の経済状況を考慮して具体的に分担の程度を考慮することが相当ではないだろうか。

その結果として、婚姻関係破綻の事実や有責性の問題は、離婚原因の一事由として考慮される問題となるが、かり

にこのような問題が婚姻算定の際に考慮されるとすれば、婚姻関係を破綻させたという有責性ではないだろうか。婚姻関係を自ら破綻させたという事実は、婚姻関係という団体を形骸化させたことであり、それは自ら形成した団体を崩壊させたことであり、団体を崩壊させた者に婚姻費用分担請求を認めることについては慎重に検討されるべきではないだろうか。⁵³⁾

家族法において考慮される「破綻」「有責性」の概念は、婚姻共同体を維持するために構成員である夫や妻はどの程度の寄与をするか／しないかの問題でもあり、婚姻形態のあり方そのものが問われることとなる。

本稿では、婚姻破綻時の婚姻費用算定時に際し、制定経緯や学説を中心に一考察を試みたが、破綻の概念もめぐってはさらなる検討をするために他日を期したいと思う。

〔謝辞〕 本論稿は令和四年九月二四日(土)に樁民法塾における報告を加筆修正致しました。当日は多くの先生方から有益な示唆を頂いたことに心より感謝申し上げます。拙い論説ではありますが、長谷川貞之先生のご退職をお祝いさせて頂く機会を頂きましたことに心より感謝申し上げます。

(1) 深谷松男「夫婦扶養の法的構造―扶養法研究序説―」金沢大学法文学部論集 法経篇第一三号(一九六五) 一四六―一四七頁。

(2) 水野貴浩「判批」月報司法書士五四四号(二〇一七年) 七六―七七頁は、一九九〇年代後半以降の判例において婚姻関係の破綻を考慮するものが少ない理由につき、裁判官の論稿において「…婚姻費用の分担義務は、婚姻という法律上の身分関

係から生じる義務であつて、婚姻関係が破綻状態にあることから婚姻費用の分担義務を免れたり、分担額が減額されると解することはでき』ないと説かれることが多いことが関係しているように思われる」と分析する。

(3) 拙稿「婚姻破綻時における日常家事に関する一考察」日本法学第八四巻第四号(二〇一九年)二七八―二七九頁。なお深谷前掲(1)一五九―一六〇頁は「：破綻的別居夫婦の扶養こそが夫婦扶養の理論構成の中心におかれなければならない」とするとともに「：扶養法研究にあつては、歴史的比較法研究もさることながら、さらに、現在の日本の家族の殊に扶養の実態の適格な把握の必要性をおぼえる」と指摘される。

(4) 婚姻扶養の分担に関する分析については、すでに松本タミ「明治民法と夫婦の婚姻費用にかかる規定の系譜―婚姻費用分担と性別役割分担構造Ⅱ―」中川淳先生還暦祝賀論集刊行会編『現代社会と家族法』(一九八七年「第一版第一刷」、日本評論社)一四〇頁以下、坂本圭右『夫婦の財産的独立と平等』(平成二年「初版第一刷」、成文堂)、平田厚「民法七五二条の系譜と解釈」法科大学院論集一七号六一頁以下等数多くの研究がある。本稿は現代における婚姻関係の状況的变化に伴う婚姻費用分担について新たな視点から分析を試みるものである。

(5) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書一三 民法第一議案』(商事法務研究会)二九八頁。

(6) 明治文化資料叢書刊行会編『明治文化資料叢書 第三巻 法律編上』(昭和三四年、風間書房)九五―九六頁。

(7) 法務省大臣官房司法法制調査部監修『日本立法資料全集 別巻一六三』人事法案(仮称) 第一編親族(昭和一六年整理)、第二編相続(昭和一五年整理)(二〇〇〇年「復刻版第一刷」、信山社出版)二九頁。

(8) 民法議事速記録六「第一四六回法典調査會議事速記録(明治二八年二月九日)」二八三頁。「第一四七回法典調査會議事速記録」三二九―三三〇頁。

(9) 法務省大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書一五 民法中修正案 親族編相続編』(昭和六三年、商事法務研究会)一一頁。

(10) 法務省大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書一四 民法整理決議案 第四編親族第五編相続』(昭和六三年、商事法務研究会)九頁。

- (11) 『民法修正案理由書』(明治三二年、博文館) 七七頁。
- (12) 穂積陳重『親族法大意』(大正六年「第三版」、岩波書店) 七九―八〇頁。
- (13) 近藤英吉『親族法講義要綱』(昭和一三年、弘文堂書房) 一〇六―一〇七頁。この点堀内節『親族法要義』(昭和一五年、精興社書店) 二六一頁は「…財産の所有權は配偶者各自に屬するものとし、管理及び費用はその一方の負擔とし、夫婦各自の利益と共同生活關係とを調和せしめやうとするにあつたのであるが、その規定は細微に及んでゐるだけ、却て實用的價値を持たないのである。」と指摘する。また根本松男『日常家事代理權』『家族制度全集 法律編第一卷 婚姻』(昭和一二年、河出書房) 一四一―一四二頁は「此の費用の負擔は夫の法律上の義務であり、夫が之に支出した金額は妻の爲めの立替金といふやうなものでないから、夫婦不和となり別居又は離婚を爲すに至つても、夫より妻に對し其の支出せる費用の償還を請求することはできない」と指摘する。
- (14) 椿寿夫「婚姻費用の分担と夫婦の扶助義務」中川善之助教授還曆記念家族法大系刊行委員會編『家族法大系Ⅱ(婚姻)』(昭和三四年「初版第一刷」、有斐閣) 二二三頁は「…立法關係者が婚姻費用規定のドイツ近代法史的意義に全く考慮せず独自の立場で臨むならば、『扶養から婚姻費用へ』と『婚姻費用から扶養へ』のどちらを選ぶかは、任意の二者間の択一の問題にすぎなくなり、結局は用語の問題だということに帰着するであろう」と述べられる。
- (15) 我妻榮編『戦後における民法改正の経過』(一九八八年「第一版第二刷」、日本評論社) 二二二頁。
- (16) 我妻榮前掲(15)二一八頁。
- (17) 我妻榮前掲(15)三四―三五頁。
- (18) 最高裁判所事務総局編『民法改正に関する国会關係資料』四八四―四八五頁・五六一―五六二頁。坂本圭右「婚姻費用の分担と夫婦扶養」中京法學第七卷第三・四合併号(一九七二)六頁。
- (19) 我妻榮前掲(15)二六六頁・二七一頁・二七三頁。
- (20) 中川善之助『親族法 上卷』(昭和三五年「第一刷」、青林書院) 二三七―二三八頁。
- (21) 中川善之助「親族的扶養義務の本質」法學新報第三八卷六號(昭和三年)一三・一九頁。なお中川善之助『日本親族法』

昭和一七年」(昭和一八年「第二刷」、日本評論社)二三〇頁は、夫婦の一般的効果における扶養義務(旧民七九〇条)において扶養義務は「相互的の義務であるが、法律上婚姻費用を負担すべき者は先順位をとる。民法第九五四條以下の規定は主として親族的扶養義務に關するものであるから、夫婦の間には必ずしも適用せられない」として「配偶者が『自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ爲スコト能ハザルトキニノミ』(民九五九條)發生するのではなく、また扶養方法の選擇權もない」と指摘される。

(22) 仁井田益太郎『改訂増補 親族法相續法論』(大正八年「改定増補第五版」、有斐閣)一七四頁。

(23) 梅謙次郎『訂正増補第二十版 民法要義 卷之四親族編』(明治四三年「第二十版」、有斐閣書房)一七五頁。

(24) 中島玉吉『民法釈義 卷之四親族篇』(昭和一二年「第一版」、金刺芳流堂)三八七・三八八頁・三八九頁では「夫婦間ノ扶養義務ハ相互的ニシテ自己ノ財産又ハ勞務ニヨリ至リテ始メテ發生スルモノナリ」と指摘する。

(25) 穂積重遠『親族法』(昭和八年「第一刷」、岩波書店)三三九―三四〇頁。

(26) 椿寿夫「婚姻費用の分担と夫婦の扶助義務」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会編『家族法大系Ⅱ(婚姻)』(昭和三四年「初版第一刷」、有斐閣)二三二頁は「…このような矛盾を生じていたところでは、両者の比較・關係とりわけ両立している根拠が問題にならなかつたのもあながち理由のないことではない」とする。なお、外岡茂十郎『親族法』(昭和二五年、評論社)一六四頁は、「婚姻費用を夫にのみ負わせて、妻を無責任の地位に立たせたり、または、夫に支拂能力なき場合に始めて妻に二次的責任を負わせたりするのは、いずれも妻の隷屬的地位を承認するものであつて『夫妻の獨立對等』の思想と相容れないものである」と指摘する。

(27) 中川善之助『新訂 親族法』(一九六五年「新訂第一刷」、青林書院新社)二二九―二三〇頁。

(28) 中川善之助前掲(21)一一頁、一二頁、一三頁、一九頁。

(29) 有地亨「婚姻費用分担の請求(一)」判時四三八号一五八―一五九頁。なお沼正也「私的扶養のあり方」法時三一巻一〇号八三頁では「…夫婦・親子間の高度の扶養が、夫婦であるがゆえに親子であるが故にあるには違いないのであるが、そのもう一つ背後にこれらの者が必然的な共同生活關係に立つものであるという本質から導き出されるものであることを不当に看過

してはならない。…かような緊密な生活協同が失われたときには、おのれと同質的な生活の保障という高度の扶養性は逐次に褪色して生活扶助の扶養に近接して行く。」とする。

(30) 深谷前掲(1)一〇五—一〇六頁。

(31) 太田武男『家族法の歴史と展望』(昭和六一年「第一版第一刷」、一粒社)二一六—二一七頁は「…別居中の婚費分担義務の性格を、この中川教授の提唱になる二つの扶養義務のどちらかであるとして二者択一的に性格づけてきた従来の学者・実務家の見解にかねがね疑問を持っていた」として「…義務の本質は、当事者双方の文字通り『諸般の事情』を考慮して決定される弾力的・相対的なものとして理解すべきではないか」とされ、具体的な判断にあたっては「裁判所の裁量によって、ケース・バイ・ケースに決定さるべきものと考えている」と述べられる。なおこの点につき鍛冶教授は婚姻関係の破綻が当事者に及ぼす心理面での影響を民法七六〇条における「一切の事情」に含めるかにつき「…調停においてはよく行われがちではあるが、このような考慮は、いかに非訟であるとはいえず審判の裁量の範囲外の問題というべきであろう」と指摘されている(鍛冶良堅「夫婦関係が事実上破綻している場合の婚姻費用分担の程度を如何に考えるべきか」ジュリ四一九号(一九六九年)一一六頁)。また後藤佳旦「婚姻破綻別居中の婚姻費用の分担義務について」中川淳先生古希祝賀論集刊行会編『中川淳先生古希祝賀論集 新世紀へ向かう家族法』(平成一〇年「初版」、日本加除出版)一九六頁において、婚姻費用請求者が有責配偶者である場合につき自己責任の原則を適用しつつ「…請求者の最低生活を維持する程度をこえる経済的給付であることが必要である…扶養義務の性格は、生活保持義務と生活扶助義務の中間的な義務である」と述べられている。

(32) 犬伏由子「夫婦間の生活保障の法的構成について」山形大学紀要一五卷一号(昭和五九年)一七一—一八頁。なお坂本前掲(二八)一〇頁・一二頁は民法七六〇条と扶養の関係につき、「…その本質はもとより適用範囲においても異なるものであることは明らかである」としたうえで、民法七六〇条は「…現実に支出される婚姻費用の負担方法を定める」ものであることから「法定夫婦財産制の一部としての位置づけをとおして、その本質を明らかにする」必要があると述べられ、「…法定財産制の中で、とくに経済的側面における夫婦協力の実質を担保するために、夫婦の一体な生活を保持せしむべき機能を果すのが第七六〇条であると解するのである」とされる。また坂本圭右『夫婦の財産的独立と平等』(成文堂、平成二年)一九二頁は

「…夫婦の同程度の生活維持がその協力義務の内容として要請されるかぎり、婚姻費用の負担は、すべての財産を原則として夫婦に各別に帰属せしめる完全別産制の例外若しくは制約として位置づけられる…極端なまでに個人法的に構成されているのが法定財産制のなかで、しかも必然的に共同生活にともなう夫婦の関係において、とくに経済的側面における夫婦協力の実質を担保するために、夫婦の同程度の生活を維持せしむべき機能を果すのが第七六〇条であると解するのである」とする。

(33) 婚姻関係の状況の変化が婚姻費用に及ぼす影響について、有地亨「夫婦関係の破綻と婚姻費用の分担」沼邊愛一・太田武男・久貴忠彦編『家事審判事件の研究(一)』(昭和六三年「第一版第一刷」、一粒社)三〇頁以下、宮井忠夫「判批」判時八一九号二〇頁以下、鍛冶良堅前掲(30)一一頁以下、同「三」夫婦関係が事実上破綻している場合の婚姻費用の分担」東京家庭裁判所身分法研究会編『家事事件の研究(二)』(昭和四八年「初版第一刷」、有斐閣)三〇頁以下、後藤佳旦前掲(31)一八三頁以下においてもすでに議論されているところであるが本稿はこれまでの議論の経緯のもとに現代における破綻の定義を再構成することを試みるものである。

(34) 中間的扶養義務については冷水登記代「判批」民商法雑誌一三三卷四・五号七〇〇頁においてドイツの事例が紹介され「ドイツにおいては「…別居中の夫婦の扶養義務は、婚姻中の夫婦間の扶養義務・婚姻費用分担義務と離婚後の扶養の中間的なものとして位置づけられ、離婚後扶養に準じて扱われる」と述べるとともに算定方式・算定表の適用につき「…上記算定方式・算定表をどれぐらいの別居期間について用いることが可能かということも、別居の原因又は破綻の有責性と婚姻費用分担義務の程度の軽減の問題とともに考慮すべき課題である。」とされる。

(35) 有地亨前掲(33)三二頁では「…夫婦は相互にこれらの義務をいずれも履行することによってはじめて家族生活を円滑に維持することができるのだから、妥当な婚姻費用分担額を算定する際には、破綻状態について各種の事情を十分考慮する必要がある」とする。

(36) 中川淳「判批」戸籍時報六二二号(平成二〇年)六四頁。

(37) 有地亨・松嶋道夫「婚姻費用の算定」沼邊愛一、太田武男、久貴忠彦『家事審判事件の研究(一)』(昭和六三年「第一版第一刷」、一粒社)五一―五二頁。

- (38) 辻朗「婚姻費用分担義務に関する一考察」『小野幸二教授古稀記念論集』刊行委員会企画『21世紀の家族と法—小野幸二教授古稀記念論集』(二〇〇七年「初版第一刷」、法学書院) 二〇四頁。
- (39) 石原義幸「別居中の夫婦間の扶養義務—判例を中心として—」松山商大論集第二四卷第六号(昭和四九年) 四二—四三頁。黒田樹里「婚姻の破綻と婚姻費用分担義務—最高裁平成一七年六月九日決定を契機として—」国士館法研論集第九号(二〇〇八年) 二〇—二三頁では「:回復の見込みのある別居の場合は、生活保持義務の程度で婚姻費用分担請求が認められるべきであるが、婚姻の破綻により回復の見込みのない別居の場合は、分担者の生活も維持でき、申立人である配偶者が最低限の生活を維持できる程度は給付するべきではないか。婚姻が継続している以上、有責性の有無を問わず、その程度のリスクを負うべきである。ただし、有責配偶者からの生活費の請求を認めるとしても、別居中に不貞行為の相手方に生計を支えてもらう場合等は、配偶者に対する婚姻費用分担請求は権利の濫用となると考える」とする。
- (40) 二宮周平『家族法』(二〇一二年「第四版」、新世社) 六五—六六頁。なお犬伏由子前掲(32) 一一—一三頁は「:別居についての責任がいずれにあるかを決定することは困難である場合も多く、このような場合にも、生活保持義務か生活扶助義務かいずれかに振り分けなければならないとするのは不合理である:破綻的別居の場合を中心に考えれば:夫婦間の扶養義務も他の親族間の扶養義務と基本的には同じ私的扶養義務(生活扶助義務)と考えた上で、具体的扶養義務決定においては、夫婦関係破綻についての有責性も、扶養義務の内容決定の一ファクターとして考える方が妥当に思われる」と述べている。
- (41) 宮井忠夫「判批」判例時報八一九号一三七頁。
- (42) 鍛冶良堅「扶養の論理と婚姻費用の論理」ケース研究一七二号一二頁は「保持義務の論理が、まさに婚姻家族イデオロギーに忠実であるからにほかならない」とする。
- (43) 坂本圭右「婚姻費用分担と夫婦扶養」中京法学七卷三号・四号(一九七三年) 一七頁。なお羽生香織「判批」民商法雑誌一五三卷五号(二〇一七年) 八三五—八三六頁は、裁判例を分析し「私見として、予見可能性の観点から、失職、震災、妊娠等は事情の変更があったものとして婚姻費用分担額の減額を認め得る」と指摘する。
- (44) 松久和彦「判批」民商法雑誌一五六卷四号(二〇二〇年) 八四三頁。

- (45) 水野貴浩「判批」月報司法書士五四四号(二〇一七年)七六一七七頁。
- (46) 常岡史子「判批」民商法雜誌一三五卷六号一一五六頁―一一五七頁。
- (47) 深谷前掲(1)一二七頁は中川博士が提唱する扶養二元論について「…夫婦・親子関係の破綻(的別居)を中心視点を置き、その場合の扶養問題の解決をはかるための理論的操作が加えられていないこと」を指摘する。また多治川卓朗「日常家事債務(民法七六一一条)と相手方の信賴保護(二・完)―『婚姻関係の破綻』の特殊性について」熊本法学第一〇九号(二〇〇六年)六四頁は「…仮に、婚姻共同生活関係が崩壊しつつある場合に、夫婦関係が未だ完全に崩壊していない状態を『崩壊過程』、夫婦関係が既に完全に崩壊している状態を『崩壊後』と呼んで概念的に区別するとしても、実際には、この両者は程度により判別される連続した状態である…裁判官は、当該行為の効力が本人に帰属すると言える程度に婚姻共同生活関係が維持されていたかどうか(当該行為の効力が本人に帰属しないといえる程度に婚姻共同生活関係が崩壊していたかどうか)を認定すれば足り、一般論として当該夫婦の夫婦関係が完全に崩壊していたか否かを認定する必要はない」とする。
- (48) 深谷前掲(1)一四三―一四四頁。
- (49) 辻朗前掲(38)二〇三―二〇四頁。この点冷水登記代「判批」別冊ジュリスト一九三号一七頁においても「…婚姻関係が回復見込みもないほど破綻していれば婚姻費用分担義務が軽減されるが、どの程度の長期の別居が『破綻』と認定されるのかも、明確ではない」として「…婚姻費用分担をめぐる問題は、今後、離婚原因としての別居の問題とともに検討する必要があるといえる」と指摘されるところである。
- (50) 中田裕康編『家族法改正…婚姻・親子関係を中心に』(二〇一〇年「初版第一刷」、有斐閣)二七頁。
- (51) 大村敦志「婚姻・離婚」中田裕康前掲(50)三二頁。なお人見康子『現代夫婦財産法の展開』(一九七〇年、鳳舎)二二二頁―二二三頁は「…婚姻費用分担といふ婚姻生活における同居・協力・扶助という婚姻共同観念は、必然的に夫と妻の全活動を包括するものにとらえられがちであるが、実は夫と妻は純然たる個人活動と婚姻生活における活動とのボーダーラインを劃するのである」として婚姻費用の理念の浮遊性を指摘する。
- (52) 川島武宜「離婚慰籍料と財産分与との関係―法的保護と法的構成との関係の問題として」川島武宜編集代表『我妻榮先生

還暦記念／損害賠償責任の研究上』（一九五七年、有斐閣）二七一―二七三頁。

(53) 深谷前掲(17)一四六頁は「∴婚姻は夫婦の相互関係による結合関係であり、夫婦間の法的義務が相互的であることもこれに基礎をおいている。夫婦の義務の相互性の結果、一方の義務違反があれば、他方のそれに対応する義務は縮減されるという効果を生ずる」として、婚姻関係の相互性を指摘する。

「コロナ散歩」と集会の自由

岡田 俊 幸

- I はじめに
- II 集会禁止の要件
- III 判例の展開
- IV 検討
- V 結びにかえて

I はじめに

いわゆる「コロナ散歩」(Corona-Spaziergänge)は、二〇二一年冬にドイツ各地において急速に活発化したものであるが、コロナ散歩において、人々は、「気晴らしや健康などのために、ぶらぶら歩くこと」⁽¹⁾や「特定の目的をもたず、気の向くままに歩くこと」⁽²⁾という意味での「散歩」をしているわけではない。コロナ散歩は、政府のコロナ対策措置に抗議することを目的としたデモ行進の一形態である。連邦憲法裁判所の判例によると、基本法八条の「集会」とは「公共の意見形成への関与に向けられた共同の討論又は意見表明を目的とする一定の場所における多数人の会合」⁽³⁾であるが、コロナ散歩は、参加者が政府のコロナ予防措置に対する反対を表明することを目的として市街地を他の人と一緒に歩くものであるため、憲法上「集会」に該当する(さらに集会上の「集会」にも該当する)。しかし、コロナ散歩は、SNS等を通して事前に「散歩」の呼びかけがあったり、「散歩」の約束がされたりするが、「散歩」であって「集会」ではないという理由で集会法一四条によって求められる届出が行われない場合が多い。そして、届出がないため、集会官庁は、コロナ散歩という集会の主催者と対話する機会を得られず、また、集会の主催者が不明であるため、個別の集会について時間、場所、人数等を限定する条件を付すことができず、さらに、最小離隔距離の保持やマスク着用を集会参加者に義務付ける条件を付すこともできない。これまで行われたコロナ散歩においては、散歩をする人々は、最小離隔距離を保持せず、また、マスクを着用しないまま市街地を歩く場合が多いようである(後述するように、すべての「コロナ散歩」がそうであるとは言えない)。そのため、一部の市等は、一般処分によって期間を限定して無届のコロナ散歩を禁止した。例えば、カールスルーエ市は、二〇二一年一月十九日の一般処分

(二〇二二年一月二日まで効力を有する。) によって、市全域において、曜日に関係なく、また一回限りのものか繰り返されるものかを問わず、「月曜散歩」又は「散歩」の一般的な呼びかけに関連するところの、届出がなく官庁によって確認されていないすべての集会及び代替集会を禁止し、即時執行を命じるとともに、これに反した場合には、集会の解散等の直接強制をすることにした。^⑤ コロナ散歩に関連する無届集会の一般的禁止を命じる各市等の一般処分に対して、市民は各市等に対して異議申立てをするとともに、各地の行政裁判所に一般処分に対する異議申立ての延期効の回復又は命令を求める申立てをした。こうした市民の申立てを受けて、各地の行政裁判所は、仮の権利保護の手続きにおいて、二〇二二年一月二日カールスルーエ行政裁判所決定を皮切りに数多くの決定を下し、一般処分による集会の予防的禁止の適法性について判断を示した。二〇二二年一月から二月にかけて一般処分による集会の予防的禁止を違法(と見込まれる)と判断した決定が続出した(七件)ことは極めて注目に値する。本稿は、一般処分による集会の予防的禁止を適法(と見込まれる)と判断した決定を含めて行政裁判所の諸決定を多少とも詳しく紹介し、若干の検討を行うことを目的とする。なお、連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二二年一月三十一日、コロナ散歩に関連する決定を下しており、^⑦ また、コブレンツ行政裁判所は、二〇二二年七月二十五日、市の一般処分による「月曜散歩及び土曜散歩」並びに類似の行事の禁止の違法性の確認を求める訴えについて本案判決を下している。^⑧ 本稿は、上記の決定及び判決も紹介・検討の対象に含める。以下、まず、決定・判決を紹介するための前提作業として集会禁止の要件を確認する(Ⅱ)。つぎに、一般処分によるコロナ散歩の予防的禁止に関する決定・判決を時系列に沿って紹介する(Ⅲ)。最後に、判例に含まれる若干の問題点を簡単に検討する(Ⅳ)。

II 集会禁止の要件

(一) 集会法一五条一項は、「管轄官庁は、処分をする時点で認識可能な事情に基づいて判断して当該集会又は行進を実施した場合に公共の安全又は秩序に直接の危険が及ぶときは、当該集会又は行進を禁止し、又は一定の条件を付することができる。」と規定している。連邦憲法裁判所は、一九八五年五月一四日の決定（ブロックドルフ決定）において、集会法一五条の憲法適合的解釈を行った。連邦憲法裁判所は、集会法一五条は、少なくとも、その解釈及び適用に際して、集会の禁止及び解散が、①重要な共同体利益を保護するために、②比例原則を遵守しつつ、かつ、③重要な共同体利益に対する認識可能な事情から導出される直接的危険がある場合に限り行われることが確保されるべきは、基本法八条に適合すると説示した⁹⁾。さらに、連邦憲法裁判所は、一九九二年一月一日の決定において、集会の自由は、意見表明の自由と同じように、個人の人格の発展及び民主的秩序にとって基本的重要性を有しており、集会の禁止及び解散は、この基本権に対するもつとも強力な制約であるから、集会の禁止及び解散は、厳格な要件に縛られ、これが同価値的な法益の保護のために必要であり、かつ、公共の安全及び秩序に対する直接的危険を防止しなければならぬ場合に限って命じることができると説示した¹⁰⁾。

(二) 連邦憲法裁判所の判例に従うと、集会禁止は、まず、「重要な共同体利益」又は「同価値的な法益」を保護するためのものでなければならぬ。連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二〇年八月三〇日の決定において、「基本法二条二項一項に基づく生命及び身体的無瑕性に対する第三者の基本権」は、「原理的に同価値的な他の利益」に含まれると説示した¹¹⁾。一般処分による無届の「コロナ散歩」の予防的禁止は、集会参加者及び通行人等の第三者の

生命及び健康を保護するために行われるものであり、集会の禁止及び解散は「重要な共同体利益」の保護のためものでなければならぬという要件を充たしている。

(三) 連邦憲法裁判所は、一九八五年五月一四日の決定において、公共の安全又は秩序に対する「直接的」危険について、次のように述べた。官庁の介入権限は、禁止及び解散が公共の安全又は秩序に直接の危険が及ぶ場合に限り許されることによつて限定されている。直接性の要求によつて、制約の要件は、一般の警察法におけるよりも強力に狭められている。具体的事件においてその時々には危険予測が必要である。たしかに危険予測はつねに蓋然性判断であるが、その根拠を示すことは可能であり、示さなければならない。それに応じて集会法一五条一項は、「認識可能な事情」に、つまり事実に基づかなければならないと規定しているのであり、単なる疑い又は推測では十分ではあり得ない、と。¹²その後、連邦憲法裁判所は、上記の見解を次のように具体化している。①公共の安全に対する危険と集会の実施との間に十分に明確な因果関係が存在しなければならず、公共の安全に対する直接的危険は、妨げられずに事態が進行した場合に高度の蓋然性をもつて集会の自由と対立する法益に対する損害を発生させるに至る具体的事情を必要とする。¹³②集会官庁が行つた危険予測は、合理的評価をした場合に危険発生の十分な蓋然性が明らかになる具体的理解可能な事実根拠を必要としており、単なる疑い及び推測では十分ではない。¹⁴③危険予測のために、以前の集会が、モットー、場所、日時並びに参加者及びオーガナイザーの範囲の点から計画されている集会との類似性を示す限りにおいて、以前の集会に関連した出来事も状況証拠として使用することができる。¹⁵④防御権としての基本権のコンセプトに適合する行政法の一般ルールに基づいて、禁止事由の存在に関する説明責任及び立証責任は官庁が負う。¹⁶コロナ散歩に関連する無届集会の一般的禁止を命じる一般処分の適法性については、公共の安全に対する直接的危険の

要件の充足の有無が最大の論点となる。以下（Ⅲ）においては、行政裁判所がこの要件の充足の有無をどのように判断したのかという点に焦点を当てて判例を詳しく紹介することにした。

（四）さらに、集会の禁止又は解散は、最終手段であり、条件を付すというより緩やかな手段が尽くされていることが必要である。このことは比例原則に基づく¹⁷。基本法八条一項の保障は、集会法一五条一項に基づいて集会禁止措置を命ずることを排除するものではないが、事後的解散が優先的に検討されなければならない¹⁸。コロナ散歩に関連する無届集会の一般的禁止を命じる一般処分の適法性に関しては比例原則適合性がもう一つの重要な論点となる。しかし、紙幅の制約のため、比例原則適合性を判断した部分は紹介・検討の対象にはしない。

Ⅲ 判例の展開

一 二〇二二年一月二一日カールスルーエ行政裁判所決定

カールスルーエ行政裁判所（第三部）は、二〇二二年一月二二日の決定¹⁹（判例①）において、いわゆるコロナ散歩に関連する無届集会の一般的禁止を命じたカールスルーエ市の二〇二二年一月一九日の一般処分に対する異議申立ての延期効の回復又は命令を求める申立てを斥けた²⁰。行政裁判所は、公共の安全に対する直接的危険の要件は充足されしていると判断した。行政裁判所は、まず、集会法一四条の届出義務の違反は公共の安全に対する直接的危険ではなく、集会法一四条の届出義務違反から損害発生の高度の蓋然性を帰結できないので、集会法一四条の届出義務違反は原則として禁止又は制限を正当化しないと指摘した。しかし、行政裁判所は、届出を著しく遅れてすること又は届出

をしないことによつて、集会官庁及び警察が、必要な組織的措置を講じ、公共の秩序又は安全を維持するための人員を準備できるようにすることを妨害した場合には、別のことが当てはまり、この場合、官庁は、行事の開始を待つ必要はなく、当該行事を集合法一五条三項に基づいて解散しなければならないとする考え方を示した (Rn. 40)。そして、行政裁判所は、一五条一項の意味における公共の安全に対する直接的危険が存在すると判断した。その内容は、次のとおりである。二〇二一年一月二〇日 (月曜日) の「コロナ散歩」について、「コロナ散歩」の届出が改めて市になされたが、この届出は、申請者によると、第三者からの圧力によつて取り下げられた。それにもかかわらず、「散歩」の呼びかけ、その開始時間及び出発場所並びに目的地を記したチラシは流通し続けた。実際、二〇二一年一月二〇日の夜、一八時一五分頃から約一五〇人が市内中心部の各所に現れ、コロナ対策規制に対する抗議活動として市内中心部をぶらぶら歩いた (Rn. 42)。その際、参加者は、複数のグループに分かれ、キャンドル又はスイッチを入れた携帯電話の灯を手にして様々な道のある場所からある場所に向けて移動した。参加者の大部分は、マスクを着用していなかった。この行動から、「散歩」の主催者が、意図的に届出をしないで、届出をした集会に課される条件、例えば、コロナ命令三条二項と結び付いた三条一項に基づくマスク着用義務を上回るようなマスク着用義務が課されることを意図的に回避しようとしていることは明らかである。無届の「コロナ散歩」の参加者は、その行動によつて、集会官庁及び警察が、特定の経路又は場所を固定した集会を命じたり、公共の安全又は秩序を維持するために十分な人員を投入したりする等の必要な組織的措置を講じることができるようになることを阻止しようとしている (Rn. 43)。少ない数の集会参加者は、過去において、まさに二〇二一年一月一三日の月曜散歩のような無届集会において、マスクを着用せず、また、離隔距離規定も遵守しなかったのであるから、本件において、市は、あらゆる認識可能な事

情を合理的に評価すると、無届の「コロナ散歩」が新たに実施された場合、マスク着用義務が果たされず、離隔距離も保持されないこと等が見込まれ、公共の安全が著しく危険にさらされるであろうことを前提とすることが許される (Rn. 44)。

二 二〇二二年一月一二日シュトゥットガルト行政裁判所決定

シュトゥットガルト行政裁判所は、二〇二二年一月一二日の決定⁽²¹⁾において、バート・メルゲントハイム市が二〇二一年十二月二日の一般処分によって「月曜散歩」又は「散歩」の呼びかけに関連する無届集会を禁止した⁽²²⁾ことについて、市が挙げた公共の安全に対する直接的危険を示す根拠は予防的集会禁止を支えることはできない (Rn. 28) と判断した。

シュトゥットガルト行政裁判所は、まず、集會法一四条の届出義務の単なる違反は集會法一五条一項の意味における公共の安全に対する直接的危険ではないことを確認した (Rn. 29) 上で、次のように説示した。集會法一五条三項は、届出の懈怠の制裁として集會の解散の可能性を規定しているが、集會の届出をしなかったことは、機械的に集會の解散又は予防的禁止の根拠を与えるものではない。解散及び禁止は、管轄官庁の法的義務ではなく、権限であり、官庁は、集會の自由の高度の重要性にかんがみて、介入のためのその他の要件が充足された場合に限り行使することが許される。届出の欠如及びそれに伴う情報入手の遅れは官庁の介入を容易にするだけである (Rn. 29)。そして、行政裁判所は、上記のルールは、適時に届出が可能であった集會、又は、過失により若しくはそもそも意図的に届出がなされなかった集會にも当てはまると指摘し (Rn. 29)、カールスルーエ行政裁判所 (第三部) が二〇二一年十二月

二二日の決定において示した考え方を否定した（以下、この部分を「二〇二二年一月二二日シュトゥットガルト行政裁判所決定の考え方」という。）。

つぎに、シュトゥットガルト行政裁判所は、市が、予防的集会禁止によって第三者の生命及び健康に対する基本権を保護するという正当な目的を追求する範囲においても、事実の根拠に基づいて合理的に評価した場合に市域について第三者の法益に対する損害発生の十分な蓋然性を根拠付ける危険予測は存在しない（Rn. 30）と判断した。行政裁判所は、次のように説示した。二〇二二年一月二二日のロベルト・コッホ研究所（RKI）のリスク評価によると、ドイツにおける住民の健康に対する危険は非常に高いと評価される（Rn. 32）。また、RKIの見方によると、例えば、最小離隔距離を確実に保持することができない場合、長時間の会話及び顔を近づけて接触する場合、並びに、混雑した見通せない状況においては、屋外におけるマスク着用は有効である（Rn. 34）。しかしながら、本件においては、市域において、本件一般処分の対象となる無届集会が実施された場合、直接的危険を肯定するために必要な高度の蓋然性をもって、集会参加者間における又は集会参加者から第三者へのウイルス感染が生じるであろうという十分な危険予測が欠けている（Rn. 36）。市は、禁止された集会においても、必要な最小離隔距離が保持されず、（適切な）マスクが（規則通りに）着用されないことが見込まれると大雑把に述べているだけで、この想定は、具体的かつ理解可能な事実の根拠に支えられていない。たしかに、上記の条件が遵守されるかどうか、そこからどのような危険が生じるのかについての結論を引き出すために、同一の申請者又は同じ人的サークルの同一又は類似の集会の以前の経験を使用できる。しかし、そのためには、潜在的集合参加者及び当該地域の事情に即した個別事案における審査が必要である。市は、本件において、そのような審査を怠っている。市は、「クヴェーアデンカー・シーン」の集会活動の連邦規模

での増加と、二〇二一年一二月一〇日から一二日の週末にバーデン・ヴェルテンベルク州の他の都市で行われたコロナ予防措置に反対するデモを指摘しているが、この指摘は、市域において予測される健康に対する直接的危険を根拠付けるにははじめから適格的ではない。市は、「クヴェーアデンカー・シーン」の遵法精神が結局はリップサービスに過ぎないことを示す「比較的最近の過去における多様な経験」に言及し、感染防護措置の違反がますます激化していることを確認しているが、潜在的集会参加者が「クヴェーアデンカー・シーン」に属すると言えるのか、どのような範囲において属すると言えるのかについても、また、どのような経験が市における以前の集会に関連しているのかについても、具体的な指摘はない。また、一般処分において挙げられている二〇二一年一二月一二日及び一九日の出来事からは、この観点において何も得るところはない。市は、ある「散歩」について時間を特定することなく、最大二五〇人が市内を歩き回ったと推定されること、最小離隔距離が原則として保持されなかったこと、及び、マスクは少数の個別事例においてのみ着用されたことを確認するにすぎない。上記の違反の数、種類及び程度並びに最小離隔距離の保持又はマスク着用を集会参加者に促す努力の成否についての理解可能な事実が示されていない (Rn. 36)。市は、冬季においても旧市街における人の往来が多いことと旧市街の路地が狭いことを指摘しているが、この指摘は、すでに実施されたコロナ予防措置に反対する無届集会同の関連性を示していない。集會に参加していないすべての人に対するもっぱら抽象的な危険の阻止は、集会法一五条一項に基づく集会法上の介入を正当化しない (Rn. 37)。

三 二〇二二年一月一七日カールスルーエ行政裁判所決定

カールスルーエ行政裁判所(第一四部)は、二〇二二年一月一七日の決定⁽²³⁾(判例③)において、二〇二一年一二月

二〇日のブレッテン市の一般処分に含まれる予防的集会禁止は違法であることが見込まれる (Rn. 113) と判断した。⁽²⁴⁾ 行政裁判所は、公共の安全に対する直接的危険の要件の充足を否定した。行政裁判所は、まず、カールスルーエ行政裁判所 (第三部) が二〇二一年二月二日の決定において示した考え方に言及しつつも、本件は同種の事案類型ではない (Rn. 95) ため、本件においては、一般処分による無届集会の一般的禁止は、個別事案の具体的状況―これは、一般処分の対象となっている場所的適用範囲に関連するものではない―に基づいて、意図的に届出をしない集会が行われる見込みがあるだけではなく、これらの集会の実施中に、具体的に見込まれるその形態の故に特に重大な感染の危険又はその他の公共に安全に対する重大な危険が生じる高度の蓋然性があるとの予測を裏付ける具体的で理解可能な事実の根拠が必要であると指摘した (Rn. 96)。そして、行政裁判所は、市の一般処分を支える直接的危険状況は、簡易審査によると、現在のところ存在しないと判断した (Rn. 96)。その骨子は、次のとおりである。

当部の見解によると、簡易審査をした場合、少なくとも市域における類似の集会の従来の進行状況にかんがみると、二〇二二年一月三一日までの期間に、市域において、重大な感染の危険を発生させる、又は、公共の安全に対するその他の重大な危険を引き起こす高度の蓋然性がある無届集会が行われるであろうことを示す十分な事実の根拠は存在しない (Rn. 100)。たしかに、二〇二二年二月二日、―事前にテレグラムにおいて「月曜散歩」の呼びかけが行われて―数人が「灯の散歩」のためにマルクト広場にキャンドルとランタンを持って現れた。しかし、市の報告によると、参加者は、現場にいた警察官によって注意された後は離隔距離を保持し、デモ行進には至らなかった (Rn. 101)。また、合計四二人が、六つの小グループに分かれて、事前の届出なしにマルクト広場に現れた二〇二二年一月一〇日の出来事においても、参加者は、たしかにマスクを着用していなかったが、警察の報告によると、最小離隔距

離をほとんどの場合において保持していた。解散した後は、参加者の一部は自主的に集会場所を離れ、その他の参加者は、警察の再度の要求の後、集会場所を離れた (Rn. 102)。さらに、市の一般処分において、六人の警察官が負傷した二〇二二年一月一三日にマンハイムで起きた出来事が引き合いに出されているが、上記の集会は全般的に平和的であった (Rn. 103)。二〇二二年一月二日の集会の参加者も、また、二〇二二年一月一日の集会の参加者もマスクを着用していなかったという事情も、市域において行われる、「散歩」の一般的呼びかけに関連する将来の無届集会においてとくに重大な感染の危険が生じるという予測を根拠付けるのに十分ではない。州の命令制定者は、公共の場において、感染リスクに対処するためには、一・五メートルの最小離隔距離の保持で十分であることを前提としている。この最小離隔距離の保持を確実に遵守できない場合に限り、コロナ命令二条二項二号は、屋外において医療用マスクの着用を命じている (Rn. 104)。二〇二二年一月二日の集会の参加者は、市によると、警察の注意が行われた後は、離隔距離基準を保持していたし、また、二〇二二年一月一日の集会においても、警察の報告によると、最小離隔距離は広範囲に保持されていた (Rn. 105)。市は、カールスルーエにおける二〇二二年一月二〇日の出来事、マンハイムにおける二〇二二年一月二三日の出来事、ロイトリンゲンにおける二〇二二年一月二一日の出来事を挙げているが、これらの出来事とは異なり、二〇二二年一月二二日の無届の「散歩」においても、また、二〇二二年一月一日の無届の「散歩」においても、三桁又は四桁の参加者が集まったわけではなく、数十人の参加者が集まったにすぎない。さらに、数十人の参加者は、警察が到着すると少なくとも二〇二二年一月一日においては七人の小グループに分かれた。それ故、感染予防のために必要な最小離隔距離の保持は、集会参加者が協力した場合、原則として問題なく可能である人数にとどまっていた (Rn. 106)。本件の事実状況からは、最小離隔距離を

保持するために必要な集会参加者の協力を、より緩やかな措置、とくに警察の注意によっては作出できないという結論は引き出せない。市域で行われた集会において、感染予防のために必要な最小離隔距離は、広範囲に自発的に（二〇二二年一月一〇日の集会）、又は、少なくとも警察から注意された後に（二〇二二年一月二二日の集会）保持された（Rn. 107）。最後に、二〇二二年一月三十一日までの期間において、警察部隊・治安部隊を、無届集会に起因する動員の需要を充たすために現場において十分な範囲で使用できないことを示す具体的根拠はない（Rn. 108）。公共の安全に対する直接的危険の要件は、二〇二二年一月三十一日までの間に「散歩」の呼びかけに関連して市域において行われる可能性がある無届集会によつては充足されていない（Rn. 109）。

四 二〇二二年一月一七日バイエルン州上級行政裁判所決定

バイエルン州上級行政裁判所は、二〇二二年一月一七日の決定⁽²⁵⁾（判例④）において、感染症予防法二八 a 条八項一文と結び付いた同条七項一文とさらに結び付いた同条一項一〇号は、あらゆる集会は必然的に感染症予防法上望ましくない接触を伴うという理由だけで集会禁止が許されると解釈されてはならないと指摘するとともに、処分をした時点で認識可能な事情に基づいて判断すると、集会が実施された場合に予見される SARS-CoV-2 ウイルス感染によつて公共の安全又は秩序に直接の危険が及び、かつ、この危険が感染症予防法二八 a 条七項一文の意味における制限によつて許容される程度まで縮減できないときは、感染症予防法上の規定は、個別の事案における集会の禁止を妨げるものでないとの解釈を示した（Rn. 15）。そして、上級行政裁判所は、シュタルンベルク市及びその他の市町村の区域においてコロナ対策措置反対の無届集会を一般的に禁止するシュタルンベルク郡庁の一般処分（Rn. 1）に関して、郡

庁の危険予測は上記の要件を充たしていないと判断した (Rn. 16)。その内容は、次のとおりである。当法廷は、本件一般処分の適用地域における以前の集会における経緯に基づいて判断すると、本件一般処分の適用地域において実施されるあらゆる形態の集会に際して公共の安全又は秩序に対する直接的危険が生じると十分な確実性をもって認識できない。本件一般処分の決定における記載からは、合計で四つの市町村において、二〇人から三〇〇人が参加した無届集会が行われたことが読み取れるにすぎず、その際に感染症予防法上又はその他の重大な危険が発生したことは示されていない (Rn. 17)。

五 二〇二二年一月一九日ミュンヘン行政裁判所決定

ミュンヘン行政裁判所は、二〇二二年一月一九日の決定²⁶ (判例⑤)において、二〇二二年一月一三日のミュンヘン市の一般処分に対する申立人の訴えの延期効を命じた (主文) が、無届集会の予防的禁止は本案手続きにおいて憲法上の要件に適合しないことが明らかになることを示す根拠があると判断した (Rn. 35)。行政裁判所は、届出をしないことは、それ自体としては解散事由ではなく、このことは、適時に届出をしなかった集会、又は、過失によって若しくはそもそも意図的に届出をしなかった集会にも当てはまることを指摘した上で、解散の要件は、公共の安全に対する直接的危険の存在であると説く (Rn. 36)。そして、行政裁判所は、ミュンヘン市においてコロナ対策措置に対する抗議に関連したすべての集会を禁止する一般処分 (Rn. 2-9) を裏付ける市の危険予測の合理性に疑問を呈している (Rn. 37)。行政裁判所は、次のように説示した。

(i) バイエرن州集会法一三条一項に基づく届出義務の単なる違反、及び、これによって生じる集会官庁又は警察

部隊による集会の「統制可能性」の困難化は、公共の安全及び秩序に対する直接的危険の存在を想定するために十分ではない。憲法制定者は、屋外集会は危険を内在しており、障害が生じ易いにもかかわらず、許可手続きによる集会の予防的コントロールをあえて排除したのである (Rn. 38)。

(ii) 市の危険予測は、とりわけ、直近数週間の抗議活動の評価に基づくものであるが、一般処分における理由だけでは、最小離隔距離保持要求及びマスク着用義務等の違反の数、種類及び程度について集会の自由の憲法上のランクとの関係において必要な評価(重み付け)をすることは困難であり、当部は、集会状況を独自に評価することを余儀なくさせられているが、当部には、この評価を点検し、基本権制約の重大性と均衡をとるために必要な事実の根拠——とくに集会の全体状況との関係における違反の数及び程度——が部分的にしか与えられなかった (Rn. 39)。

六 二〇二二年一月一九日バイエルン州上級行政裁判所決定

バイエルン州上級行政裁判所は、市の抗告を受けて、二〇二二年一月一九日の決定²⁷(判例⑥)において、二〇二二年一月一九日ミュンヘン行政裁判所決定を変更し、二〇二二年一月二三日の一般処分に対する訴えの延期効の命令を求める申立てを棄却した(主文)。上級行政裁判所は、予防的禁止を含む一般処分は適法であることが見込まれると判断した (Rn. 16)。上級行政裁判所は、上記行政裁判所決定とは異なり、公共の安全に対する直接的危険の要件の充足を認めた。上級行政裁判所は、次のように説く。一般処分の理由及び市の補充的反論における二〇二二年一月一日、八日、一五日、二二日及び二〇二二年一月五日の集会の事案についての記載は十分に説得力があり、この記載は、集会参加者が、組織的かつその大多数によって、集会場所、集会場所の固定、マスク着用義務及び離隔距離に関して

自ら不当であると考える制限を回避しようとしていることを示している (Rn. 24)。市は、二〇二二年一月二七日、二九日及び三〇日並びに二〇二二年一月五日、七日及び一二日の警察本部の予測及び報告書を自らの予測の根拠として使用するが、これは正当である。これらから、市が行った危険予測の十分な事実及び根拠が明らかになる。最近ミュンヘン市中心部の様々な場所においてコロナ対策措置抗議行動又は集会の性質を有する「散歩」が小グループから大規模グループ (場合によっては数千人の参加者) で行われていることが確認されているが、そこでは、マスクを着用しないで法律上の最小離隔距離が全体的かつ組織的に保持されておらず、警察から呼びかけられると警察官に対する身体的攻撃に至る関係者の攻撃的反応がなされ、さらに、公道及び脇道において制御不能な回避行動が繰り返されており、デモ参加者の圧倒的多数は必要な衛生ルールを遵守しつつ集会を円滑に実施する用意を示していない。このことは、市が挙げた警察本部の予測及び報告書から容易に読み取ることができる (Rn. 25)。

七 二〇二二年一月二四日フライブルク行政裁判所決定

フライブルク行政裁判所 (第四部) は、二〇二二年一月二四日の決定²⁸⁾ (判例⑦) において、「月曜散歩」の禁止に関するフライブルク市の一般処分について適法であることが見込まれると判断した²⁹⁾。行政裁判所は、公共の安全に対する直接的危険の要件は充たされていると判断したが、その内容は、次のとおりである。インターネット上で公衆に対して参加の勧誘がなされ、二〇二二年一月二七日及び二〇二二年一月三日にフライブルク市中心部で行われた無届集会の進行状況から、上記の集会に参加した人々は、将来においてもマスクの非着用及び離隔距離の不保持によって重大な感染の危険を発生させることになるであろうことを示す十分な根拠が明らかになる。シュトゥットガルト行政

裁判所及びカールスルーエ行政裁判所が判断した事案とは異なり、参加者の人数は明らかに多く（二〇二二年一月三日においては最大三〇〇人）、警察官の命令に全般的に従わないという事態が生じていた。回避行動及びその他の行動も、明らかに背後で操られているように思われたが、その責任者は特定されなかった（Rn.27）。申立人は、コロナ予防措置に反対する大規模デモは常に平和的に行われ、参加者は関連する基準をほとんど遵守しているところ、月曜デモにも同じ人々が参加するという前提から出発することができると主張しているが、当部はこれに賛成しない。何故なら、月曜デモの届出をしないことは、予防的に条件が付されることを免れ、付された条件が遵守されるように働きかける責任者及び十分な数の会場整理担当者を指名することを回避するという目的を明らかに追求するものだからである。さらに、二〇二二年一月二七日及び二〇二二年一月三日の月曜散歩は、そこに現れた参加者の行動が上記の大規模デモの参加者とは明らかに異なっていることを示している（Rn.28）。二〇二二年一月一日及び一七日の―すでに禁止されていた―月曜デモに参加した人の数は著しく減少したが、このことは、執行停止をした場合における健康に対するさらなる著しい危険性を失わせるものではなく、むしろ、知見の現在の状況を考慮すると、二〇二二年一月三日の出来事が繰り返されることを示す根拠となる（Rn.30）。とくに、いわゆるオミクロン変異株の感染者数が著しく増加していることにかんがみると、離隔距離保持義務及びマスク着用義務の違反から健康に対する重大な危険が生じる（Rn.32）。また、申立人は、月曜散歩のあらゆる参加者は無自覚感染者である可能性があり、それ故、離隔距離保持義務及びマスク着用義務の違反は、これらの人がさらに感染させることになることを十分に考慮していない。病院における使用中の集中治療用病床数が減少していることも、存在する脅威を著しく低減させるものではない。何故なら、オミクロン変異株の感染者数が著しく増加していることにかんがみると、無症状者又は軽症者に加えて、集中治療を

必要する事例数も再び上昇し、入院を要する事例数も再び上昇する可能性があることが危惧されるからである。加えて、感染者数が非常に増加した場合、病院で働く人にも影響を与える可能性があり、このことは、患者にとっての新たな感染の危険を意味するのみならず、患者の看護に悪影響を及ぼすような人員の大幅な不足をもたらす可能性がある。このことから健康に対する一般的危険が発生する (Rn.33)。

フライブルク行政裁判所決定に対しては、決定が下された日に抗告がされたが、バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所は、同日抗告を棄却した⁽³⁰⁾。

八 二〇二二年一月二七日シュトゥットガルト行政裁判所決定

シュトゥットガルト行政裁判所は、二〇二二年一月二七日の決定⁽³¹⁾において、一般処分による集会禁止は基本法八条から導出される憲法上の基準を充たしていないと判断した (Rn. 18)。行政裁判所は、市が挙げた公共の安全に対する直接的危険を示す根拠は予防的集会禁止を支えることはできないと判断した (Rn. 27)。行政裁判所は、二〇二二年一月一二日シュトゥットガルト行政裁判所決定の考え方を確認した (Rn. 28) 上で、次のように述べた。市は、一般処分の理由において、過去の「コロナ散歩」において、コロナウイルス感染拡大阻止のための予防措置、とくに、一・五メートルの最小離隔距離が保持できない場合におけるマスク着用義務が広範囲に無視されたことを考慮に入れている。さらに、類似の集会は、集会参加者は集会指導部の呼びかけの後は条件を遵守する用意があるが、集会指導部が常に又は繰り返し呼びかけをしなければ離隔距離保持義務又は医療用マスク着用義務に対する重大な違反が繰り返されていたことを示していると指摘されている。市によると、「クヴェーアデンカー・シーン」の無届の

「散歩」の場合、二〇二一年二月二〇日に市庁舎前のマルクト広場に約二〇〇人が集まり、その後、キャンドルや時にはたいまつを持ちながら市中心部を行進したが、最小離隔距離が保持されていない場合もあり、マスクの着用はごく一部にとどまっていた。警察や集会官庁の呼びかけにもかかわらず、集会指導部は名乗り出なかった。二〇二一年二月二七日には、約五〇〇人が集まって同じ出来事が繰り返された。集会参加者は横断幕もブラカートも持たず集まったが、集会参加者が感染予防措置に反対していることは、集会終了後約三〇分間、警察官がいるにもかかわらず、多くの人々がマルクト広場に残り、見せつけるように抱き合ったり、感染予防措置に反対する内容のビラを配ったりしていたことから明らかである (Rn.36)。マスク着用義務、最小離隔距離等の条件が遵守されると言ってもいいかどうか、そこからどのような危険が生じるのかについての結論を引き出すために、同一の申請者又は同じ人的サークルの同一又は類似の集会の以前の経験を使用できるが、そのためには、潜在的集合参加者及び当該地域の事情に即した個別事案における審査が必要である。市は、上記の違反の数、種類及び程度並びに最小離隔距離の保持又はマスク着用を集会参加者に促す努力の成否についての理解可能な事実を示していない。また、集会終了後も、警察官がいるにもかかわらず、多くの人々がマルクト広場に残り、抱き合ったり、ビラを配ったりしていたという記述は、市が参加者に予防措置の遵守を促す努力をしていたという点について不利な事情である。市は、集会参加者が集会指導者の働きかけに応じて予防措置を遵守する用意があつた場合にも無届集会の実施中に予防措置の遵守させることが不可能であつたことについて、説得力のある説明をしていない。さらに、警察や集会官庁の呼びかけにもかかわらず、集会指導部は名乗り出なかつたとの指摘も、それ自体としては公共の安全に対する危険を根拠付けるものではない。何故なら、集会指導者が存在しないことがこの種の集会の典型的特徴であり、これは未だ公共の安全に危険を及ぼすもの

ではないからである。加えて、市は、「クヴェーアデンカー・シーン」の遵法精神が結局はリップサービスに過ぎないことを示す「比較的最近の過去における多様な経験」に言及し、禁止された集会の多くの参加者は、感染予防法上の要求の遵守に努めるといふ保証を信頼に足る程度には提供しないであろうと認定しているが、潜在的集会参加者が「クヴェーアデンカー・シーン」に属すると言えるのか、どのような範囲において属すると言えるのかについても、また、どのような経験が市における以前の集会に関連しているのかについても、具体的な指摘はない (Rn.37)。当部は、本件一般処分の適用地域における以前の集会の経験に基づいて、本件一般処分の適用地域におけるあらゆる形態の集会において公共の安全に対する直接的危険が生じるであろうことを十分な確実性をもって認識できない。とくに、集会参加者が、集会場所、集会場所の固定、マスク着用義務又は離隔距離に関する自らが不当なものであると感じる条件を組織的かつその大多数によって回避しようとしていることを示す十分な根拠が欠けている (Rn. 38)。

九 二〇二二年一月二七日カールスルーエ行政裁判所決定

カールスルーエ行政裁判所は、二〇二二年一月二七日の決定⁽³²⁾ (判例⑨)において、カールスルーエ市がいわゆるコロナ散歩に関連して発布した一般処分における集会禁止は違法であることが見込まれると判断した (Rn. 33)。行政裁判所は、コロナ予防措置反対の無届集会によって生じる公共の安全に対する直接的危険を根拠付けるために市が行った危険予測は法的な疑問を免れないと指摘した (Rn.24)。行政裁判所は、二〇二二年一月一二日シュトゥットガルト行政裁判所決定の考え方を確認した (Rn.26) 上で、次のように論じている。たしかに、公共の安全に対する直接的危険は、集会官庁が、可能な届出がされないために危険を防御する措置を講じることができないことによっても根拠付

けることができる。しかし、本件においては、このことを前提とすることはできない。市は、本件一般処分の予防的禁止はいわゆる月曜散歩に向けられたものと指摘しているが、月曜散歩は、偶然に行われるものではなく、インターネット及びビラによって参加の勧誘が行われ、通常の場合、月曜日に同じ場所で実施される。これによって、市は、市域において、毎週月曜日に、この種の意図的に届出をしない集会が行われることを前提とすることができる。このような認識状況によつて、市は、毎週月曜日に適切な警察力を用意しておくこと等の危険防御法上の対応を行うことができる状況にある。これに対して、一般処分の理由付けからも、また市の反論からも、他の曜日に、コロナ予防措置に反対する無届集会が行われ、市は、言わば不意打ちをされて、危険防御法上の方法によつて適切な対応を行うことができないという根拠のある危険は明らかにならない。市が挙げる過去の出来事も、また、将来の無届集会の予防的禁止に関する市の検討も、もっぱら、いわゆる月曜散歩を引き合いに出しており、市は、その計画について十分な知識を有している (Rn. 26)。

一〇 二〇二二年一月三十一日連邦憲法裁判所第一法廷第一部会

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二二年一月三十一日の決定⁽³³⁾ (判例⑩)において、二〇二二年一月二十四日バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所及び二〇二二年一月二十四日フライブルク行政裁判所決定に対する憲法異議の訴えにおいて提起された仮命令発布の申立てを棄却した。第一部会は、同決定において、市域において行われる、「月曜散歩」又は「散歩」の呼びかけに関連する不特定多数の集会について、予防的に一般処分によつて集会禁止を行うことが一定の要件の下で基本法八条の意義及び射程範囲に適合することができるか否かは憲法上の未解決の

問題であり、その解明は本案の手続きに留保される (Rn. 7) と述べるにとどまったが、結果衡量を行う際に次のように述べたことが注目される。「月曜デモ」の届出をしないことは、明らかに、予防的に条件を課されることを逃れ、集会官庁によつて予防的に又は集会の実施中に課される条件を遵守するように働きかける責任者及び十分な数の会場整理担当者を指名することを回避することを目的としている、という裁判所の評価が明らかに誤っていることは示されていない。むしろ、これは、当然の認定である。このことを前提とすると、裁判所は、このような「散歩」を呼びかけたり、「散歩」に参加するつもりのある人々は、その大部分において、感染予防に役立つ諸条件、とくにマスクの着用又は離隔距離の保持を遵守する用意がないと想定することもできる。裁判所は、同じ市で行われた比較的最近の二つの「月曜散歩」において得られた経験で、この想定を裏付けるものに依拠することも許される (Rn. 9)。

一 二〇二二年二月四日バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所決定

バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所は、市の抗告を受けて、二〇二二年二月四日の決定³⁴⁾ (判例⑩)において、二〇二二年一月二七日カールスルーエ行政裁判所決定を変更した。上級行政裁判所は、行政裁判所決定とは異なり、厳格な基準によつて判断しても市の危険予測に異議を唱えることはできないとの見解を示した (Rn.10)。その内容は、次のとおりである。

(i) たしかに一般処分を集会法一四条に基づく届出義務違反だけで根拠付けることはできない。しかし、本件において、市は、「月曜散歩」及びその他の「散歩」の禁止をたんなる届出の欠如によつて根拠付けているのではなく、現在のパンデミック状況を踏まえると、市にとっては、現行のコロナ予防規定の遵守、とくに一・五メートルの最小

離隔距離の保持及びマスク着用義務を条件の付与によって確保し、これによって感染症拡大に対処することが重要であった。無届の「散歩」として行事を実施する目的は、まさにこのことを行わせないことにある。少なくとも、届出をしないことによつて、一般的なコロナ予防規定又は集合法上の条件を遵守するように働きかける責任者及び会場整理責任者を指名することを集会参加者に求めることが不可能になることは明らかである。意図的に届出をしないことによつて危険防御のための保全措置を行わせない点に、公共の安全に対する直接的危険を見出すことができる (Rt₁)。

(ii) 当法廷は、行政裁判所決定とは異なり、「散歩」においてマスク着用義務又は離隔距離保持命令がごく一部においてしか遵守されていないだけでなく、これによつて著しく高度の感染の危険が生じるとする市の予測を説得力があると判断する。市は、この評価の根拠を、例えば、二〇二一年一月三日に行われた「散歩」／「光の行進」における経験に求めている。約一〇〇人が集まったが、その際に、一部において最小離隔距離が保持されておらず、マスク着用はごく一部の人しかしていなかった。集会のルートはカールスルーエ市中心部を通るというものであった。二〇二一年一月八日の届出がされた別の行事においては、二〇二二年一月八日の行事と同じように、繰り返しされる最小離隔距離保持命令及びマスク着用義務の違反を止めさせるために、集会指導部が繰り返し介入をする必要があった。二〇二二年一月一九日の一般処分の対象であった二〇二二年一月二〇日の集会においても、類似の状況が確認される。市の評価は、二〇二二年一月一〇日の集会における経験によつて裏付けられる。約三〇〇人が市中心部を行進したが、最小離隔距離の保持が繰り返し遵守されず、さらに、参加者の多数はマスクを着用せず、又はマスクを規則通りに着用していなかった。この経験は、プレスの報道にも、また、コロナ政策の批判者によつて他の場所

において実践されている「散歩」の現象における経験とも一致している。このようなデモ行進において―場合によっては現行の予防措置に対する抗議の表現としても―通常の場合に著しい程度においてコロナ命令の諸規定の違反が行われることは、利用可能なすべての情報によると、当法廷には明らかであるように思われる (Rn.12)。

一一二 二〇二二年二月四日コトブス行政裁判所決定

コトブス行政裁判所は、二〇二二年二月四日の決定⁽³⁵⁾ (判例⑫) において、二〇二二年一月二六日のブランデンブルク州集会官庁の一般処分によって命じられた無届集会の予防的禁止 (期間は二〇二二年一月三二日から二〇二二年二月一三日まで) は違法であると見込まれる (Rn. 31) と判断した⁽³⁶⁾。行政裁判所は、次のように論じている。簡易審査をした場合、当部の見解によると、ドイツにおいて住民の健康に対する危険は依然として極めて高いと評価されるとのRKIの評価を前提としても、市は、一般処分の対象である市の一部区域において、二〇二二年二月一三日までの期間において、具体的に予見される形態によると重大な感染の危険を発生させる、又は、公共の安全に対するその他の重大な危険を引き起こす高度の蓋然性がある無届集会が行われるであろうことを実質的には説明していない (Rn. 21)。市は、一般処分の理由の中で、コロナウイルス感染拡大予防措置に関連する基準、とくにマスク着用義務及び最小離隔距離保持義務が広範囲に無視されていたと述べている。集会は、通常の場合、ダイナミックに進行するという特徴を有しているため、衛生法上要求される一・五メートルの最小離隔距離を徹底的に保持することはできない。このことは、集会実施中及び集会終了後に参加者の間で発生するだけでなく、他の人々との間でも発生する。各人の歩行の速さ及び集会の進行によって、渋滞、加速及び遅延が生じる。加えて、会話をすること及び合同で声を出してア

ピールをすることは飛沫感染の高度のリスクを含んでいる、と (Rr. 22)。しかし、このような一般的記述は、届出がされたデモ行進についても当てはまるものであり、直接的危険を無条件に推論させるものではなく、十分に理解可能な裏付けが必要である。市は、違反の数、種類及び程度についても、また、最小離隔距離の保持又は医療用マスクの着用を集会参加者に促す努力の成否についても、理解可能な事実等を提出していない (Rr. 23)。一般処分の理由において、次のように述べているにすぎない。コットブス散歩の参加者は感染予防法上の規定を「通例に従って」遵守していない。また、「この具体的集会」の参加者は、医療用マスクを着用しておらず、最小離隔距離も保持していなかった。それ故、無届のコットブス散歩が新たに実施された場合、集会指導部及び会場整理担当者が存在しないことも原因となり、マスク着用義務及び離隔距離の保持が遵守されず、公共の安全に対する著しい危険を発生させるであろうことを前提とすることができる、と (Rr. 24)。しかし、衛生法上の基準の不遵守に関するこのような包括的な指摘は、直接的危険を想定するための理解可能な根拠を提供するものではない。これは、具体性を完全に欠くものである。市は、集会参加者の「少なくとも人数」は、過去において、まさに二〇二一年一月二七日、二〇二二年一月三日、八日、一〇日、一五日、一七日、一八日、二二日、二四日に行われた無届集会において、拡声器による通知にもかかわらずマスク着用義務及び離隔距離規定を遵守しておらず、また、集会の解散の後も立ち去らなかつた、と述べている。しかし、別の個所では、警察による要求、条件の付与及び処分のお知らせ、意図的に遠ざかったり、騒いだりすることによって事実上不可能となっていたと述べられており、内容上矛盾がある。また、主張されている違反は詳細な点において理解可能ではなく、とくに市は、その記載を検証し、説得力があるものとするための警察の報告書又はその他の資料を提出していない。さらに、とくに一・五メートルの離隔距離が保持されている場合には屋外における

る感染リスクは原則として著しく低く、屋外におけるマスク着用は、RKIの観点からは、例えば最小離隔距離が確実に保持できない場合に(限り)意味があることも考慮しなければならない(Rn. 25)。一般処分においては、コトブス散歩の参加者の多さも指摘されているが、集会参加者の具体的人数も、直接的危険性との関連性も挙げられていない。警察の措置から逃れるため、集会参加者は、市域において小グループに分かれていたとの記載との整合性を欠いている(Rn. 26)。加えて、二〇二二年二月一三日までの期間に、警察部隊及び治安維持部隊を現地において十分な範囲で利用できないことを示す具体的根拠もない(Rn. 27)。

一三 二〇二二年二月一〇日ベルリン・ブランデンブルク州上級行政裁判所決定

ベルリン・ブランデンブルク州上級行政裁判所は、二〇二二年二月一〇日の決定³⁷⁾(判例⑬)において、二〇二二年二月四日コトブス行政裁判所決定を変更し、仮の権利保護の申立てを斥けた(主文)。上級行政裁判所は、公共の安全に対する直接的危険の要件について、次のように述べた。

(i) コトブス行政裁判所の見解と異なり、市は、マスク着用義務及び離隔距離保持命令の大規模な違反及び多数の集会法違反が行われた過去の「散歩」の経験に基づいて、禁止処分において場所及び日時について詳しく指定された将来の無届集会の場合も、SARS-CoV-2感染拡大阻止命令の基準が散発的にしか遵守されないとはいうだけではなく、コロナ・パンダミックの現在の状況においては法違反によって無届集会の予防的禁止を例外的に正当化する極めて高度の感染の危険が生じることを前提とすることができる(Rn. 2)。二〇二二年二月一三日までの間に一般処分の対象となる市の一部区域において行われる「コトブス散歩」に関連した無届集会においてとくに重大な感染の危険が発

生ずる高度の蓋然性があるという予測を根拠付けるために、十分に具体的な根拠が挙げられている。コロナ予防措置反対者の集会のまさに本質的特徴である違反について説明は、「検証し、説得力があるものとするための警察の報告書又はその他の資料」がなくても理解可能であり、信用できる。同じような報告がプレスからも読み取ることができるのであるから、なおさらである (Rn. 7)。

(ii) 一般処分の理由付けは、届出がされたデモ行進についても当てはまるものであり、直接的危険を無条件に推論させるものではないという行政裁判所の言明にも説得力がない (Rn. 8)。届出義務違反だけでは集会の禁止又は制限を正当化しないが、届出をしないことによつて、官庁が必要な措置を講じ、公共の安全を保持するための人員を準備できることを阻止しようとしている場合には、別のことが当てはまる (Rn. 9)。

一四 二〇二二年七月二五日コブレンツ行政裁判所判決

コブレンツ行政裁判所は、二〇二二年七月二五日の判決⁽³⁸⁾ (判例⑭) において、二〇二二年一月一三日の市の一般処分によるいわゆる「月曜散歩及び土曜散歩」並びに類似の行事の禁止の違法性の確認を求める訴えを棄却した(主文)。行政裁判所は、被告(市)が行った危険予測は法的審査に耐えると判断した (Rn.36)。その骨子は、次のとおりである。二〇二二年一月一二日のコブレンツ第一警察署の意見表明から、本件一般処分が発布されるまでに行われた九つの散歩(二〇二二年一三日、一八日、二〇日、二五日及び二七日並びに二〇二二年一月一日、三日、八日及び一〇日)において、当初一五〇人であった参加者は一〇〇〇人から三〇〇〇人に急激に増加したことは明らかである。さらに、警察の情報によると、二〇二二年一月二七日、二〇二二年三日、八日及び一〇日の集会においても、集会参加者の大

多数は、コロナ予防措置、とくにマスク着用義務及び離隔距離保持命令を遵守していなかった。加えて、集会参加者は、幾度も警察官が第三者の保護のために定めた行進ルートを外れた。一部の参加者は、警察官及び官庁職員に対する攻撃行為によって行進ルートを外れて、例えば非常に混雑しているクリスマススマーケットにまで到達した。二〇二一年一月二五日の集会において、集会のルート変更を阻止するために警察官の隊列が組まれたが、集会参加者は暴力によってこれを突破しようとした。ペーパー Sprey の使用によって、暴力行使も辞さない集会参加者を予定された行進ルートに戻すことができた。比例原則の理由からだけではなく、すでに部分的に攻撃的に進行している集会の進行が制御されなくなる危惧があるという理由からも集会の解散には至らなかった (Rn. 38)。このような知見にかんがみると、コロナ対策措置反対者による「散歩」の更なる実施は、公共の安全に対する直接的危険であるという市の想定に法的に異議を唱えることはできない。この種の行事における従来の出来事にかんがみると、将来においても、現行のコロナ予防措置違反が生じ、これにより住民の健康保護に対する直接的危険が発生するという想定はもつともである (Rn. 39)。届出義務違反の場合において、まさに届出をしないことによって、官庁が、必要な組織的措置を講じ、公共の安全を維持するために必要な人員を用意できることを阻止しようとしているときは、集会禁止が例外的に考慮に値することを原告は理解していない。被告が禁止した集会及び行進は、きっかけが与えられて自然発生的に行われたという特徴を有していたわけではない。むしろ、公開されているネットにおいて事前に広く告知され、毎週月曜日と金曜日に行われていた。このことは、集会に対する責任から逃れ、官庁によって条件を付されることを回避するために届出を意識的に行っていないという想定を正当化する (Rn. 45)。

IV 検討

以上において時系列に即して紹介した判例の問題点について若干の検討を加える。

(一) 本稿が検討の対象とする一般処分は、政府のコロナ対策措置に反対する「無届」集会を禁止する点で共通するが、集会法一四条の届出義務の単なる違反は、集会法一五条一項の意味における公共の安全に対する直接的危険ではなく、集会法一四条の届出義務違反はそれ自体として集会の禁止を正当化しないことについて争いはなく、これは議論の前提である。

(二) 危険予測は、過去の諸事情に基づく将来の展開の危険状況の評価であるが、Ⅱ(三)で述べたように、危険予測のために、以前の集会が、モットー、場所、日時並びに参加者及びオーガナイザーの範囲の点から計画されている集会との類似性を示す限りに対して、以前の集会に関連した出来事も状況証拠として使用することができる。そこで、過去の「コロナ散歩」の進行状況から将来の展開の危険状況を評価することになる。最小離隔距離保持義務及びマスク着用義務の著しい違反は、コロナ・パンデミックの現状にかんがみると、公共の安全に対する直接的危険であると認定できる。そうすると、過去におけるコロナ散歩において、最小離隔距離保持義務及びマスク着用義務の著しい違反があった場合には、将来におけるコロナ散歩においても、最小離隔距離保持義務及びマスク着用義務の著しい違反が行われるであろうことが予測できる十分に具体的根拠があることになる。しかし、行政裁判所が、過去におけるコロナ散歩において最小離隔距離保持義務及びマスク着用義務の著しい違反があったと認定するとは限らない。例えば、二〇二二年一月一七日カールスルーエ行政裁判所決定(判例③)は、二〇二一年十二月二一日の「灯の散歩」の参加

者は警察の注意が行われた後は最小離隔距離を保持していたこと、また、二〇二一年一月一〇日の集会においても最小離隔距離は広範囲に保持されていたこと等を指摘して、³⁹⁾少なくとも市域における類似の集会の従来の進行状況にかんがみると、二〇二二年一月三十一日までの期間に、市域において、公共の安全に対する重大な危険を引き起こす高度の蓋然性がある集会が行われるであろうことを示す十分な事実の根拠は存在しないと判断した。⁴⁰⁾また、潜在的集合参加者及び当該地域の事情に即した個別事案における審査が必要である。例えば、二〇二二年一月一二日シュトゥットガルト行政裁判所決定(判例②)は、「クヴェーアデンカー・シーン」の集会活動の連邦規模での増加と同じ州の他の都市で行われたコロナ予防措置に反対するデモは、市域において予測される直接的危険を根拠付けるにははじめから適格的ではないと指摘している。また、同決定は、「クヴェーアデンカー・シーン」と市域において行われる「コロナ散歩」の潜在的参加者との関係性も明らかではないと指摘している。⁴¹⁾さらに、過去の「コロナ散歩」の状況から公共の安全に対する直接的危険を示す具体的根拠を導き出すためには、過去の「コロナ散歩」において最小離隔距離保持義務及びマスク着用義務の著しい違反があったことを示す事実が官庁の側から相当程度に具体的かつ詳細に示されなければならない。二〇二二年一月一七日バイエルン州上級行政裁判所決定(判例④)は、本件一般処分の決定における記載からは、合計で四つの市町村において、二〇人から三〇〇人が参加した無届集会が行われたことが読み取れるにすぎず、その際に感染症予防法上又はその他の重大な危険が発生したことは示されていないと指摘している。⁴²⁾また、二〇二二年一月一九日ミュンヘン行政裁判所決定(判例⑤)は、一般処分における理由だけでは、集会状況を独自に評価するために必要であるところの、最小離隔距離保持要求及びマスク着用義務等の違反の数、種類及び程度に関する事実根拠を十分に与えられなかったと指摘している。⁴³⁾さらに、二〇二二年一月二七日シュトゥットガルト行政

裁判所決定（判例⑧）も、市は、過去の「コロナ散歩」において離隔距離保持義務及びマスク着用義務に対する重大な違反が繰り返されていたことを指摘するが、上記の違反の数、種類及び程度並びに最小離隔距離の保持又はマスク着用を集会参加者に促す努力の成否についての詳細な事実を示していないと指摘している。⁴⁴二〇二二年二月四日コトブス行政裁判所決定（判例⑫）も、同じ趣旨の指摘をしている。⁴⁵このように過去の「コロナ散歩」の状況から公共の安全に対する直接的危険を示す具体的根拠を導き出すことは必ずしも容易ではない。二〇二二年一月から二月にかけて一般処分による集会の予防的禁止を違法（と見込まれる）と判断した決定が続出した（七件）ことは、このことを雄弁に物語っている。

（三）これに対して、公共の安全に対する直接的危険の要件の充足を肯定する決定の多くは、「コロナ散歩」という類型の集会に特別の危険性を見出す。二〇二二年一月二一日カールスルーエ行政裁判所決定（判例①）は、届出を著しく遅れてすること又は届出をしないことによつて、集会官庁及び警察が、必要な組織的措置を講じ、公共の秩序又は安全を維持するための人員を準備できるようにすることを妨害しようとしている点にコロナ散歩における特別の危険性を見出した。⁴⁶しかし、二〇二二年一月二一日シュトゥットガルト行政裁判所決定（判例②）は、集会の届出をしなかったことは機械的に集会の解散又は予防的禁止の根拠を与えるものではなく、集会の自由の高度の重要性にかんがみると、介入のためのその他の要件が充足された場合に限り行使することが許されるのであり、届出の欠如及びそれに伴う情報入手の遅れは官庁の介入を容易にするだけであるというルールは「そもそも意図的に届出がなされなかつた集会」にも当てはまると指摘し、⁴⁷二〇二二年一月二一日カールスルーエ行政裁判所決定が示した考え方を否定した。二〇二二年一月二一日シュトゥットガルト行政裁判所決定の考え方は、その後、二〇二二年一月一九日ミュ

ンヘン行政裁判所決定⁽⁴⁸⁾(判例⑤)、二〇二二年一月二七日シュトゥットガルト行政裁判所決定⁽⁴⁹⁾(判例⑧)及び二〇二二年一月二七日カールスルーエ行政裁判所(第四部)決定⁽⁵⁰⁾(判例⑨)においても踏襲された。これらの決定の考え方に立つと、公共の安全に対する直接的危険を示す具体的根拠は、もっぱら過去の「コロナ散歩」の状況から導き出されなければならぬことになり、過去の「コロナ散歩」の状況から公共の安全に対する直接的危険を示す具体的根拠を導き出すことは必ずしも容易ではないことはすでに示したとおりである。

「コロナ散歩」という類型の集みに特別の危険性を見出す考え方は、当初は行政裁判所によって支持されなかった。しかし、その後の判例の動向を見ると、上記の考え方は行政裁判所の判例において定着しているように見える。二〇二二年一月二四日フライブルク行政裁判所決定⁽⁵¹⁾(判例⑦)は、上記の考え方を否定する決定が続出する中で、「月曜デモ」の届出をしないことは、予防的に条件が付されることを免れ、付された条件が遵守されるように働きかける責任者及び十分な数の会場整理担当者を指名することを回避するという目的を明らかに追求するものであると指摘していた⁽⁵¹⁾。そして、二〇二二年一月三一日連邦憲法裁判所第一法廷第一部会決定⁽⁵²⁾(判例⑩)は、フライブルク行政裁判所の評価が明らかに誤っていることは示されておらず、むしろ、これは、当然の認定であり、裁判所は、コロナ散歩を呼びかけ、又はコロナ散歩に参加するつもりのある人々の大部分は感染予防に役立つ諸条件を遵守する用意がないと想定することもできると説示した⁽⁵²⁾。この決定の後、二〇二二年二月四日コッتبス行政裁判所決定⁽⁵³⁾(判例⑫)は、二〇二二年一月一二日シュトゥットガルト行政裁判所決定の考え方を踏襲したが、二〇二二年二月四日バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所決定⁽⁵⁴⁾(判例⑪)は、意図的に届出をしないことによつて危険防御のための保全措置を行わせない点に公共の安全に対する直接的危険を見出すことができる⁽⁵⁴⁾と述べた。さらに、二〇二二年二月一〇日

ベルリン・ブランデンブルク州上級裁判所決定⁽⁵⁵⁾（判例⑬）及び二〇二二年七月二五日コブレンツ行政裁判所判決⁽⁵⁶⁾（判例⑭）もこの考え方を基礎としている。このように二〇二二年一月三一日連邦憲法裁判所第一法廷第一部会決定（判例⑩）が転換点となり、行政裁判所の判例において「コロナ散歩」という類型の集会に特別の危険性を見出す考え方がむしろ支配的となったと言ってよい。もつとも、この考え方が妥当かどうかについては今後さらに検討されなければならぬ。

（四）「コロナ散歩」を予防的に一般処分によって禁止することが一定の要件の下で基本法八条の意義及び射程範囲に適合することができるとはどうかは未解決の問題である⁽⁵⁷⁾。ドイツの判例・学説における今後の議論の展開が注目される⁽⁵⁸⁾。

V 結びにかえて

判例学習においては、判例が示した解釈論又は判断枠組みの部分のみならず、個別具体的事案の検討の部分、とくに事実認定・事実評価の問題点についても検討することが必要であると指摘されている⁽⁵⁹⁾。コロナ「散歩」に関連する無届集会の一般的禁止を命じる一般処分の適法性については、①公共の安全に対する直接的危険の存否及び②比例原則適合性が争点となるが、本稿が紹介・検討の対象とした行政裁判所の決定・判決は、①及び②に関する従来の解釈論・判断枠組みを変更するものではなく、従来の解釈論・判断枠組みに従って具体的事案を解決するものであると認言つてよい。本稿は、個別具体的事件の検討の部分（行政裁判所は、公共の安全に対する直接的危険の存否をどのように認

定しているのか）について、詳しい紹介と若干の検討を行ったものである。⁶⁰

〔後記〕 長谷川先生は、筆者が大学院修士課程に入学し、研究者となるべく勉学を始めたとき、同じ大学の大学院博士課程に在籍する学生であった。筆者の記憶によると、筆者が大学院に入学した年の四月に実施されたガイダンスにおいて、大学院担当教授による説明の後、当時学生であった長谷川先生が挙手されて、大学院生の待遇改善、とくに研究発表の機会の拡充について強い調子で迫力のある発言をされた。大学院生総体の利益を代弁する長谷川先生の発言に筆者は感動し、このときの長谷川先生のお姿は筆者の脳裏に深く刻み込まれた。もつとも、長谷川先生は法学研究科私法学専攻の学生で、筆者は法学研究科公法学専攻の学生であったため、その後、大学院の授業で一緒にする機会はなかった。さらに、長谷川先生は一九八八年四月には駿河台大学法学部に赴任されたため、大学院において面識を得ることは叶わなかった。その後—かなりの時を経て—筆者は、日本大学大学院法務研究科に勤務することになり、すでに法学部教授に就任されていた長谷川先生にご挨拶したいと考えていたところ、ようやく二〇一五年ころ、法学部図書館地下一階で長谷川先生をお見かけし、恐る恐る声をかけて自己紹介をして面識を得ることができた。大学院入学直後の若かりし日の筆者に強烈な印象を与えた長谷川先生の退職記念論文集に同僚として寄稿できることは筆者にとって光栄でかつ幸福な巡り合わせであり、感慨深いものがある。末筆であるが、長谷川先生が今後ともご健勝でご活躍されることを心からお祈りしたい。

（1） 日本国語大辞典第二版編集委員会・小学館国語辞典編集部『日本国語大辞典第二版第六巻』（小学館、二〇〇一年）

三九四頁。

- (2) 松村明・三省堂編修所編『大辞林』（三省堂、一九八八年）一〇一七頁。
- (3) BVerfGE 104, 92 (104).
- (4) Vgl. VG Freiburg (Breisgau), Beschluss vom 24. Januar 2022 – 4 K 142/22 –, juris, Rn. 20.
- (5) Pressemitteilung des VG Karlsruhe v. 22. 12. 2021; VG Karlsruhe, Beschluss vom 21. Dezember 2021 – 3 K 4579/21 –, juris, Rn. 2-9.
- (9) VG Karlsruhe, Beschluss vom 21. Dezember 2021 – 3 K 4579/21 –, juris.
- (7) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 31. Januar 2022 – 1 BvR 208/22 –, http://www.bverfg.de/e/rk20220131_1bvrr020822.html.
- (8) VG Koblenz, Urteil vom 25. Juli 2022 – 3 K 268/22.KO –, juris.
- (6) BVerfGE 69, 315 (354). この決定については、赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』（信山社、二〇〇八年）三三七頁以下を参照。
- (10) BVerfGE 87, 399 (409).
- (11) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 30. August 2020 – 1 BvQ 94/20 –, Rn. 16, http://www.bverfg.de/e/qk20200830_1bvqq009420.html.
- (2) BVerfGE 69, 315 (353 f.).
- (3) BVerfG, Kammerbeschluss vom 21. April 1998 – 1 BvR 2311/94 –, juris, Rn. 27; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 19. Dezember 2007 – 1vR 2793/04 –, juris, Rn. 20.
- (4) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 07. November 2008 – 1 BvQ 43/08 –, juris, Rn. 17; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 12. Mai 2010 – 1 BvR 2636/04 –, juris, Rn. 17.
- (5) BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 12. Mai 2010 – 1 BvR 2636/04 –, juris, Rn. 17; BVerfG, Einstweilige

Anordnung vom 04. September 2009 – 1 BvR 2147/09 –, juris, Rn. 13.

- (9) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 01. Mai 2001 – 1 BvQ 21/01 –, juris, Rn. 14; BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 04. September 2009 – 1 BvR 2147/09 –, juris, Rn. 13.
- (17) BVerfGE 69, 315 (353).
- (18) BVerfGE 69, 315 (362).
- (19) VG Karlsruhe, Beschluss vom 21. Dezember 2021 – 3 K 4579/21 –, juris. 「Ⅲ 判例の展開」において決定及び判決の引用は本文中に欄外番号を付し引用している。
- (20) Pressemitteilung des VG Karlsruhe v. 22. 12. 2021.
- (21) VG Stuttgart, Beschluss vom 12. Januar 2022 – 1 K 80/22 –, juris.
- (22) Pressemitteilung des VG Stuttgart v. 14. 01. 2022.
- (23) VG Karlsruhe, Beschluss vom 17. Januar 2022 – 14 K 119/22 –, juris.
- (24) Pressemitteilung des VG Karlsruhe v. 17. 01. 2022.
- (25) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 17. Januar 2022 – 10 CS 22.126 –, juris.
- (26) VG München, Beschluss vom 19. Januar 2022 – M 33 S 22.216 –, juris.
- (27) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 19. Januar 2022 – 10 CS 22.162 –, juris.
- (28) VG Freiburg Beschl. v. 24. 1. 2022 – 4 K 158/22, BeckRS 2022, 459. なお、同の日に決定されたフライブルク行政裁判所(第四部)の決定も「V」 VG Freiburg (Breisgau), Beschluss vom 24. Januar 2022 – 4 K 142/22 –, juris である。
- (29) Pressemitteilung des VG Freiburg v. 24. 01. 2022.
- (30) VGH Mannheim Beschl. v. 24. 1. 2022 – VGH 9 S 178/22, BeckRS 2022, 809.
- (31) VG Stuttgart, Beschluss vom 27. Januar 2022 – 1 K 371/22 –, juris.
- (32) VG Karlsruhe, Beschluss vom 27. Januar 2022 – 4 K 185/22 –, juris.

- (33) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 31. Januar 2022 - 1 BvR 208/22 -, http://www.bverfg.de/e/rk20220131_1bvr020822.html.
- (34) Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 4. Februar 2022 - 10 S 236/22 -, juris.
- (35) VG Cottbus, Beschluss vom 4. Februar 2022 - 3 L 29/22 -, juris.
- (36) Präventives Versammlungsverbot in Cottbus: Allgemeinverfügung rechtswidrig, <https://vg-cottbus.brandenburg.de/vg/de/presse/pressemitteilungen/~08-02-2022-pm-006-22-vgc>.
- (37) Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10. Februar 2022 - OVG 1 S 16/22 -, juris.
- (38) VG Koblenz, Urteil vom 25. Juli 2022 - 3 K 268/22.KO -, juris. 「トヘン行政裁判所は同日、同じ内容の別の判決をトヘルス (VG Koblenz, Urteil vom 25. Juli 2022 - 3 K 269/22.KO -, juris)」。
- (39) VG Karlsruhe, Beschluss vom 17. Januar 2022 - 14 K 119/22 -, juris, Rn. 105.
- (40) VG Karlsruhe, Beschluss vom 17. Januar 2022 - 14 K 119/22 -, juris, Rn. 100.
- (41) VG Stuttgart, Beschluss vom 12. Januar 2022 - 1 K 80/22 -, juris, Rn. 36.
- (42) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 17. Januar 2022 - 10 CS 22.126 -, juris, Rn. 17.
- (43) VG München, Beschluss vom 19. Januar 2022 - M 33 S 22.216 -, juris, Rn. 39.
- (44) VG Stuttgart, Beschluss vom 27. Januar 2022 - 1 K 371/22 -, juris, Rn. 36 f.
- (45) VG Cottbus, Beschluss vom 4. Februar 2022 - 3 L 29/22 -, juris, Rn. 23.
- (46) VG Karlsruhe, Beschluss vom 21. Dezember 2021 - 3 K 4579/21 -, juris, Rn. 40.
- (47) VG Stuttgart, Beschluss vom 12. Januar 2022 - 1 K 80/22 -, juris, Rn. 29.
- (48) VG München, Beschluss vom 19. Januar 2022 - M 33 S 22.216 -, juris, Rn. 36.
- (49) VG Stuttgart, Beschluss vom 27. Januar 2022 - 1 K 371/22 -, juris, Rn. 28.
- (50) VG Karlsruhe, Beschluss vom 27. Januar 2022 - 4 K 185/22 -, juris, Rn. 26.

- (51) VG Freiburg Beschl. v. 24. 1. 2022 – 4 K 158/22, BeckRS 2022, 459, Rn 28.
- (52) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 31. Januar 2022 – 1 BvR 208/22 –, Rn. 9, http://www.bverfg.de/e/rk20220131_1bvr020822.html.
- (53) VG Cottbus, Beschluss vom 4. Februar 2022 – 3 L 29/22 –, juris, Rn. 18.
- (54) Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 4. Februar 2022 – 10 S 236/22 –, juris, Rn. 11.
- (55) Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10. Februar 2022 – OVG 1 S 16/22 –, juris, Rn. 9.
- (56) VG Koblenz, Urteil vom 25. Juli 2022 – 3 K 268/22.KO –, juris, Rn. 45.
- (57) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 31. Januar 2022 – 1 BvR 208/22 –, Rn 7, http://www.bverfg.de/e/rk20220131_1bvr020822.html.
- (58) 原稿提出の時点(二〇二二年一月一日)まづに筆者が参照すべき文献として『Henrik Eibenstein/Holger Greve, „Corona-Spaziergänge“ und die Versammlungsfreiheit, NVwZ-Extra 4a 2022, S. 1; Norbert Janz/Wilfried Peters, Everything goes – Der „Corona-Spaziergang“ im Versammlungsrecht, GSSZ 2022, S. 132; Norbert Janz/Wilfried Peters, Art. 8 GG in der Pandemie Vier aktuelle Fragestellungen des Versammlungsrechts, Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter 07/2022, S. 269があげられている。
- (59) 「平成二三年新司法試験の採点実感等に関する意見(憲法)」は、「実務において判例の持つ意味を十分に認識し、基本判例は、判決原文に照らして検討する必要がある。その上で、当該判決における理論的問題を検討し、そして事実認定・事実評価の問題点を個別的・具体的に理解・検討することが求められる。」と指摘している。この指摘は、ドイツ判例の研究にも当てはまると考えられる。
- (60) なお、「危険」概念については、行政法研究者による多くの優れた業績(例えば、桑原勇進『環境法の基礎理論—国家の環境保全義務』(有斐閣、二〇一三年)及び米田雅宏『警察権の限界』論の再定位』(有斐閣、二〇一九年)所収の諸論文)がある。

昭和二十一年・地方競馬法の制定について

——議会での審議を中心に——

末 澤 国 彦

一 はじめに

昭和二十（一九四五）年八月十四日、日本はポツダム宣言の受諾を決定し、同年九月二日に降伏文書に調印し連合国の占領下におかれることになった。そして、占領政策は日本の統治機構を活用した間接統治が行われ、新憲法の制定をはじめとする「民主化」が行われ、さまざまな分野で大きな変化が起きていた。競馬をめぐる馬政についても「終戦によって馬政計画は終息し、馬は他の家畜とともに経済家畜として取り扱われることとなった」というように、これまでの軍馬中心の馬政から大きな変革が行われることになった。そのことは、農林行政の組織面にも表れている。

まず昭和二十年八月二十六日、農商省官制が農林省官制に改正され、農林省が設置された。⁽²⁾ さらに同年十月二十六日、農林省官制が改正され、馬政局が廃止された。そして同日、農林省分課規程が改正され、競馬に関する問題は畜産局畜政課、馬産に関する問題は畜産局馬産課が担当することになった。⁽³⁾

一方、馬券の発行を伴う競馬に関して見てみると、公認競馬については競馬法（大正十二年法律第四十七号）が効力を有していた。しかし、戦前の地方競馬を整理統合した鍛錬馬競走で馬券の発行の合法化根拠となった軍馬資源保護法（昭和十七年法律第七十六号）は、昭和二十年十一月二十一日、「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件ニ基ク軍馬資源保護法廃止等ニ関スル件（昭和二十年勅令第六百四十三号）によって廃止された。そこで、軍馬資源保護法に代わってあらたに地方競馬における馬券発行の合法化根拠となったものが地方競馬法（昭和二十一年法律第五十七号）である。

そこで、本稿では地方競馬法の制定過程で見られた議論を中心に地方競馬における馬券の合法化の過程を検討するものである。刑法の賭博及び富くじに関する罪の例外規定を設けるにあたり、競馬法・軍馬資源保護法では馬匹改良、軍馬の確保の必要性・緊急性という国策が合法化の理由とされたが、終戦に伴い馬政計画が終息した状況の下、これに代わる合法化の理由はどのようなものかという問題が浮かび上がる。また、競馬法・軍馬資源保護法の審議の際に馬券に反対の立場を取るものが多かった貴族院ではどのような議論が行われたのかという問題もある。特に競馬法では、馬券の発行に大きな制限を設ける、軍馬資源保護法では、馬券に代わる国民の関心を呼ぶ方法が見つかったならば馬券の廃止を検討するという言質を取って賛成に転じたという経緯があるからである。⁽⁴⁾

この地方競馬法をめぐることは、地方競馬の歴史に関する研究のほか、競馬という収益事業の観点から戦前戦後の連

続性に関する研究などがある^⑤。そして、馬券の合法化をめぐることは、これまで行ってきた明治期の馬券黙許時代から現行刑法制定に伴う馬券の禁止^⑥、競馬法の制定に伴う馬券の合法化^⑦、軍馬資源保護法制定に伴う馬券の合法化^⑧の研究の延長線上にあるものであり、これらと同様の意義があると考えられる^⑨。

二 終戦直後の競馬をめぐる状況

(一) 公認競馬の状況

競馬法に基づく公認競馬は、昭和十八（一九四三）年十二月の閣議決定で中止されることが決定された^⑩。そして昭和十九年度以降の競走は、能力検定競走として馬券の発行無しで行われた^⑪。また競馬場の施設は、陸軍に貸し出されていた^⑫。終戦後、これらの施設は返還されたが、今度は進駐軍による駐留が行われることになった。そのため競馬の再開の目途が全く立たないような状況であった。

そのような中で日本競馬会は、競馬再開に向けて準備を開始した。昭和二十年十一月に理事会を行い、①競馬施行の目的、②競馬施行開始時期及び施行競馬場、③出走馬、④開催日時および回数、⑤競走馬の所属、⑥調教師・騎手の件、⑦勝馬投票、⑧政府納付金の使途、⑨馬主団体、⑩生産者団体など広範囲にわたる討議が行われた。そしてこの討議内容をもとに競馬施行要綱案をまとめ、これに基づいて職員や調教師に意見聴取を行った^⑬。一方、生産者や馬主は、「競馬の民主化」に向けてそれぞれ活発な動きに出ている^⑭。そのような流れの中で昭和二十一年（一九四六）年六月、日本競馬会理事長安田伊左衛門は、和田博雄農林大臣に競馬委員会設立の申請を行い、翌月認可された。この競馬委員会は、馬主、生産者、学識経験者、日本競馬会役員、調教師から構成され、ここで競馬施行規程の改正や競馬

開催日程、番組と競走距離などが討議された¹⁵。また、これらの動きと並行して進駐軍との交渉が行われた。進駐軍との交渉では、進駐軍将兵の競馬観覧にあたり①入場料や税金の徴収の是非¹⁶、②勝馬投票券の発売の是非、③払戻金に税金を賦課することの是非、④進駐軍使用の紙幣の取扱、⑤競馬場内外整備のためのMP派遣についてなどであった¹⁷。また戦時中、農地に転用されていた馬場の復旧工事も行われた。

その結果、昭和二十一年十月十七日、東京・京都の両競馬場で三年ぶりに公認競馬が再開されることになった。

(二) 闇競馬（無法規競馬）の横行

軍馬資源保護法の廃止を受けて、公認競馬以外で馬券の発売を伴う競馬の開催は困難となった。そこで、中央馬事会や各都道府県馬匹組合連合会などの要請により、地方競馬の合法的再開に向けて農林省としては何らかの形で策を取る必要があった。しかし、農林省は農地改革の問題や食糧危機対策などに追われ、地方競馬の再開は優先順位が低く新法を制定して合法化するには時間を要する状態であった。

そのような中、各都道府県馬匹組合連合会を中心に法律によらずに馬券を発行する競馬、いわゆる「闇競馬」が全国各地で行われるようになった¹⁸。この闇競馬であるが、「進駐軍慰安」、「戦災復興」、「引揚同胞者支援」などが名目としていた。そして、開催形態は、昭和二十一年五月に神奈川県藤沢の元航空隊跡地を利用して開催されたもの¹⁹のように全くの無許可のものもあった。しかし、ほとんどの地域ではかつての地方競馬規則（昭和二年農林内務省令）に準ずる形で知事の認可を得て「県地方競馬規則」、「馬匹能力検定競技会実施要綱」、「家畜能力検定競励会施行要綱」といった条例を制定し、一応の「合法化」をしたものであった。また、北海道では「進駐軍競馬」と称される競

馬が行われた。これは、進駐軍（アメリカ第十一空挺師団）が北海道庁に命令を出し馬匹組合連合会などが運営を行うもので、日本競馬会の札幌・函館両競馬場のほか、室蘭でも開催された。²⁰そして、「沖繩を除いて全国で闇競馬が開催されなかったのは、山形、和歌山、鳥取、島根、岡山、徳島、福岡、長崎、宮崎の九県であった」というように²¹ほぼ全国的に行われている状態であった。一方、この闇競馬の主催団体は、その収益を馬事振興だけではなく開催県や市町村への納付金、引揚者・戦災者援護、社会事業への寄付などを条例で義務付けていることが多かった。そして、この闇競馬は娯楽が乏しく公認競馬が中止状態にある終戦直後の状況下で公認競馬場がある地域を中心に好意的に受け止められた。²²

しかし、闇競馬に出走する馬は、元軍馬、農耕馬、荷馬車用の輓馬などさまざまであり、騎乗する騎手は專業の騎手だけでなく騎乗経験のある者であれば誰でもよく、そこには八百長などの不正が入り込む余地があった。また、馬券の計算業務は鍛錬馬競走時代のノウハウが生かさされたが、払戻金の計算ミスが発生し、それに伴い観客が騒ぐ事態が発生することがあった。そこで主催団体は、警察の力が緩んでいた時期でもあったため、場内警備に地元の暴力団を使って収拾をすることもあった。そして、この暴力団の介入は、時には馬主や騎手を脅すこともあり八百長発生の温床になっていた。地方競馬法施行後のケースではあるが、群馬県の高崎競馬場では八百長をめぐって騎手と馬が日本刀で斬りつけられる事件などが発生している。²³また、暴力団の介入は、馬券の発売と賭博の縄張りの問題や出走馬を集めるため彼らの力を借りるといふ問題もあった。さらに鍛錬馬競走のように陸軍や馬政局の介入・統制がなかったため、馬券購入枚数の制限や配当上限の制限はなく射幸性の面からも問題があった。

一方、闇競馬の取締については、全くの無許可のものについてはある程度の取締が行われていたようである。²⁴しか

し、条例を制定したものと進駐軍競馬については全く取締が行われていない。これは、警察を管轄する内務省の官僚が官選知事になつていたことが大きいと考えられる。

このような闇競馬であるが、いくら知事の認可や進駐軍の命令があるとはいえ、国法である刑法を無視して行われている行為であることは疑いのないことである。⁽²⁵⁾そこで、「レースが公正に行なわれず観客に迷惑を及ぼすようなことも多くなつた。従つてこれを野放しにしておくことはできず、これらの弊害を取り除くため」⁽²⁶⁾法整備を行い、地方競馬の公正明朗な開催を目指していく必要があつた。そこで農林省は、地方競馬法の審議の中で「地方競馬ニ対スル政府ノ提案ヲ要求スル民間カラノ切望モアリマシテ考慮致シテ居リマシタケレドモ、政府ト致シマシテハ色々都合カラ提案スルニ至ラナカタ」⁽²⁷⁾と大石倫治農林政務次官の発言にあるように地方競馬法制定に向けての準備は行われていた。⁽²⁸⁾しかし農林省は、前述のように農地改革問題や食糧危機の問題に追われていた。また競馬法との整合性や競馬法改正の問題もあり、法案作成に時間がかかる状態であつた。そのような中、中央馬事会⁽²⁹⁾が中心となつて草案が作成され、馬産地選出の議員や畜産関係の議員などによつて第九十回帝国議会上程されたのが地方競馬法案である。⁽³⁰⁾

三 議会における審議

(一) 衆議院での審議

地方競馬法案は、昭和二十一年八月二十九日より衆議院で審議が開始された。本会議の冒頭で、提案者を代表して小笠原八十美が趣旨説明を行った。小笠原は、青森県馬匹組合連合会会長で中央馬事会理事であつた。⁽³¹⁾そして、「我が国現下ノ情勢上、食糧問題ノ解決ハ、国民生活ノ安定ト平和新日本ノ建設上最モ重要ナ問題デアリマスガ、是ガ為

ニハ肥料ノ増産ト耕地面積ノ拡張ガ急務中ノ急務トセラル、所デアリマス⁽³²⁾と述べ、食糧増産のためには馬が必要であることを主張する。さらに肥料・耕地面積・家畜の栄養面の問題を具体的な数値を挙げて説明し、「然ルニ、是ガ奨励ニ付テハ従来国庫補助等モアツタノデアリマスガ、今後ハ之ヲ多ク期待スルコトハ出来ナイノデ、是ガ奨励資源ヲ自主的ニ畜産自体ニ求メネバナリマセヌ、此ノ意味ニ於テ地方競馬ヲ開催シ、共ノ収益ヲ以テ畜産奨励ノ資源ニ充テルト云フコトガ、最モ緊要ナコトト思フノデアリマス⁽³³⁾」と地方競馬の必要性を主張した。そして、軍馬育成は必要なくなつたので、馬政方針を変更し各種制限を撤廃して民間の自由な馬産に移行する必要がある、「之ニ適応スベキ種馬ヲ繫養シ、産業用ニ適スル馬ヲ生産シ、産業ニ適スル育成調教ヲサネバナリマセヌ、是等ノ目的達成ノ為ニハ、地方競馬ニ輓曳其ノ他産業用馬調教ニ適当ナル競走種目ヲ加へ、産業用馬ノ能力増進ヲ図ルコトガ最モ大切ナノデ、是ハ競馬ニアラザレバ能クナシ難キ所ガアリマス（拍手）此ノ意味ニ於テモ速カニ地方競馬ヲ開催スルコトガ必要デアリマス⁽³⁴⁾」と産業馬育成には軽種馬中心で速力を重視する公認競馬とは競走体系が異なる地方競馬の開催が必要であることを主張した。つまり、目下の国家的問題である食糧問題を解決させるためには、産業馬・農耕馬の改良が必要である。この産業馬・農耕馬の改良により、肥料問題や耕地面積拡大の問題が解決し食糧増産につながるため、公認競馬とは異なる体系の地方競馬を開催する必要があるというわけである。

さらに地方競馬において馬券を発行することに関しては、小笠原は次のように説明した。⁽³⁵⁾

（前略）更ニ競馬ハ、馬券ヲ発売スルコトニ依リマシテ新田ヲ吸収シ、浮動購買力ヲ減少シ、「インフレ」対策致^{つマ}トシマシテモ最モ有効適切デアリマス（拍手）加之馬券税ノ徴収ニ依リ、国庫収入ノ増加ヲ図ルト共ニ、競馬ノ施行ニ依リマシテ得タル剩余金ハ、畜産奨励、社会事業資金等ニ使用セラレ、国庫ノ負担ヲ少クスル点ニ付テモ重大ナル役割ヲ果スノデアリマス、競馬

ハ一面ニ於テ健全ナル大衆娯楽デモアリマス、今ヤ地方競馬ノ実施ハ、国民一般ノ熱烈ナル要望デアリマシテ、此ノ結果ハ、何等法規ナキニ拘ラズ各地ニ地方競馬類似ノ競馬ガ開催セラレ、其収入ハ前ニ述ベマシタヤウナ方法ニ使用セラル、コトナク、勿論国庫収入モナク、其ノ多クハ濫費セラレテ居ルト云フ状況デアリマシテ、此ノ儘ニ放任スル時ハ、収拾スベカラザル結果ニ到ルコトハ、火ヲ賭ルヨリモ明カナルコトデアリマス、此ノ情勢ニ応ズル為ニモ、地方競馬法ノ制定ハ最モ緊要ノコトデアリマス (後略)

ここでは、馬券の発行が刑法の例外になることには一切触れられず、馬券発行の効用と地方競馬法の制定が闇競馬の撲滅につながる事が主張されている。さらに小笠原は、地方競馬の施行者の問題、競馬場の数や開催期間、競走の種類、馬券を「優勝馬票」と称し無制限に購入できること、払戻金の問題と売上金の使用方法などについて説明した。

そして、十八名の委員が選ばれ、八月三十一日、九月二日、九月五日の三回にわたって地方競馬法案委員会が開かれた。ここで注目すべき点は、出席した政府関係者は大石倫治農林政務次官が三回すべて、和田博雄農林大臣が第二回のみ、難波理平農林事務官が第二回と第三回に出席するのみという点である。つまり、刑法の例外規定の審議であるにもかかわらず司法省、内務省関係者の出席が見られないことである。そして、農林政務次官の大石は中央馬事会の専務理事³⁶でもあることから、審議の中心は産業馬・農耕馬の必要性や売得金の用途の問題についてであった。そのため、馬券の賭博性に関する審議はほとんど行われなかった。唯一馬券の弊害と取締に関する質疑は、第二回委員会において永井勝次郎と小笠原との間で行われた次のようなやり取りである³⁷。

○永井委員 提案者ニ御尋ネシマス、競馬会ヲ開催シテ行ク上ニ於テ従来ノ弊カラ見マスト、競馬場ヲ全国的ニ回ッテ歩ク俗

ナ言葉デ言ヘバゴロツキノヤウナーツノ集団ガアツテ、ソレガ開催ノ上ニ於テ不明朗ニシテ居ル点ガ相当アツタト思ヒマス、勿論此ノ競馬ノ開催ハ主トシテ畜産ノ奨励ニ資シ、其ノ中ニ皆ガ畜産ニ関心ヲ持チ、明朗ニ樂シムト云フ所ニ狙ヒガアルノデアリマシテ、随テ「レース」ノ内容ガ明朗デナケレバナラヌト思ヒマス、サウ云フヤウナ事柄ニ付テ其取締ヤ、「レース」ノ番組ノ組合セトカ、或ハ馬券ノ問題トカ色々ナ問題ガアルデアリマセウガ、ソレ等ニ対スル内容ノ明朗化ト云フ事柄ニ付テドウ云フ御考ヘヲ持ツテ居ラレマスカ

○小笠原委員 御尋ネガアリマシタカラ御答ヘ致シマスガ、如何ニモ御尤モナ御気付ノ点デアリマス、提案者トシテハ地方競馬ナルモノハ本会議デモ御説明申上ゲタ通り、開催地ノ其ノ県ニ於テ飼養管理シタ、或ハ隣接ノ都道府県デ二箇年間飼養致シタ其ノ馬ニ限ツテ出場スルコトガ出来ル、ソレヲ四歳以上八歳以下ノ馬ト云フコトニ定メル予定デアリマス、随テ従来ノ如ク旅カラ旅ヘト渡ツテ歩イタ騎手ニ依ツテ競走ガ出来ルモノトハ私ハ考ヘテ居リマセヌ、百姓ノ少シ氣ノ利イタ人ガ騎手ニナツテ競走スルノダト云フコトガ、地方競馬ノ主タル目的デアリマス、所ガ是ニハ今御述ベニナリマシタヤウナ心配ヲ提案者ノ私モ余程持ツテ居リマス、ドウ云フコトカト言ヘバ、茲ニ産業馬ヲ目的トシ、其ノ発達ヲ期スル為ニ競馬ヲヤルノデアリマスガ、従来ノ競馬ノ「ファン」ガ何トナク速度重点主義デ、ドウシテモソレニ重点ヲ置カレルヤウナ心配ガアル、而モソレハ関東、関西ノ方ノ競馬ノ盛ンナ所ニ最モ多イヤウナ関係ガアリマスノデ、ソコニ心配ガ出テ来ルノデアリマスガ、生産地ヤ其ノ他ノ田舎ノ方デハ其ノ心配ハ更ニナイモノト思ヒマス、(中略)其ノ他ノ取締方針ト致シマシテハ、商売的ニ奔ツテ競走馬ヲ操縦致シ、何か八百長デモヤルヤウナ心配ヲ持ツタ今マデ非難ノアルヤウナモノハ、嚴重ニオ互ヒノ間ニ於テ取除カナケレバナラヌノデアリマシテ、ソレハオ互ヒノ間ニヨク決メテ置キサヘスレバ、関東、関西ノ方モソレゾレハ改マルト考ヘテ居リマス、以上御答ヘヲ申上ゲマス

このように地方競馬は、地域密着型で展開すれば弊害は除去できるとしているが、八百長対策については直接回答していない。また、競馬場の数についての質問に対しても「ヤハリ競馬ト云フモノモ、悪ク言ヘバ前ニモ申上ゲタ通リ賭博ニ類似シタ面ガアルノデ、ヤハリ建^(マ)全娛樂ノ度ヲ過ルト云フコトハ、相当ニ社会的ニ考ヘナケレバナラヌノデ、或ル限度ニ止メテ置クト云フコトガ必要ダト思ヒマシテ⁽³⁸⁾」という回答の中に「賭博」という文言が見られる程度であった。

このような議論の結果、地方競馬法案は、九月五日に全会一致で委員会を通過し、九月八日の本会議では簡単な審議報告があるのみで質疑はなく、満場一致で可決された。

(二) 貴族院での審議

貴族院では、九月十日に上程され、地方競馬法案特別委員会で審議が行われることが決定し、九月十一日、十三日、十四日、十七日と審議が行われた。特別委員会の委員長は、競馬法や軍馬資源保護法の制定に尽力し、馬政調査会委員、軍用保護馬鍛錬中央会副会頭、日本競馬会評議員などを歴任し、当時中央馬事会顧問である西尾忠方であった⁽³⁹⁾。そして委員には日本競馬会理事長で日本競馬の父といわれる安田伊左衛門⁽⁴⁰⁾や元農林次官で中央馬事会会長の松村真一郎⁽⁴¹⁾、軍馬資源保護法の制定に尽力した獣医師でもある四条隆徳⁽⁴²⁾といった競馬や馬政の関係者が参加していた。また、法律関係者では、検事総長や司法大臣を歴任した小山松吉⁽⁴³⁾、弁護士の有馬忠三郎⁽⁴⁴⁾が参加していた。このうち小山は、明治四十年刑法の施行に伴い馬券の発行が禁止される直前の明治四十一(一九〇八)年九月二十七日、鳴尾速歩競馬会の幹部を賭博容疑で検挙したいわゆる鳴尾競馬事件の指揮を取った検察官でもあった⁽⁴⁵⁾。

特別委員会での審議では、競馬法や軍馬資源保護法の審議の際に見られた馬券の発行は賭博であるとして正面から反対する意見は見られなかった。そして議論の中心は、戦後の馬政計画のあり方や農業問題、売得金の使途、射幸行為とインフレ対策との関係、競馬法との関係・整合性などであった。そして、馬券の合法化の根拠や賭博性に関する議論もしつかりと行われていたのであった。しかし、そこでは馬券を反対するのではなく馬券を賛成する立場からの質疑応答であった。

まず、九月十一日の第一回委員会では地方競馬法における馬券の合法化の根拠をめぐって四條隆徳と大石農林政務次官との次のような質疑が行われた。⁴⁶

○侯爵四條隆徳君 私ガ伺ツタノハ、戦争終結前迄ハ、此ノ競馬法改正ニ際シマシテハ馬券ガイツモ問題ニナツタノデアリマスガ、是デハ国防上困ルカラト云フノデ、其ノ結果ハ馬票ヲ売ルコトニナツテ居ルノデアリマス、国防上困ラナケレバドウナルカト云フコトガ又茲ニ問題ニナルコトナンデ、其ノ時ノ話カラハ、素直ニ申セバ、国防上馬ガ要ラナイト云フ時期ニナレバ一応考ヘ直サナクチャナラヌト云フ風ニ取レルノデスガ、現在富籤モ売ツテ居ル世ノ中デ、馬票ヲ売ルコトガ全然イカヌト私ハ考ヘル訳デハナイノデスケレドモ、実際問題ニ於テ、当時ノ軍馬ト云フモノハモウ如何ナル非難ガアツテモ之ヲ是非共作ラニヤナラヌト云フノデ馬票ヲ売ルコトニナツタノデアリマス、其ノ時ト今ノ状態ガ余リニモ違フモノデスカラ、私ハコウ云フ質問ヲ申上ゲタヤウナ訳デ、実際問題ニ於テ、当時国防上必要デアッタヨリ以上ニ馬ノ重要性ガアレバ、茲ニ馬票ヲ売ルト云フコトモ成立ツ訳デアリマスガ、実際ニ奨励シヨウト思ヘバ、何モ馬ダケデナクテ、石炭ヲ掘ルンデモナンデモ、奨励金ト云フ方法ガアルノデ、特ニ今ハ馬票ヲ売ツテ奨励シナケレバナラヌト云フ何人ニモ納得ノ行ク話ヲ伺ヘレバ非常ニ幸ダト思ッタノデアリマス、ソレニ関シテ御意見アリマスカ

○政府委員 (大石倫治君) 率直ナル御尋デゴザイマス、余リ諄クナリマス御迷惑デアルト存ジマシテ差控ヘタノデアリマスガ、先刻モ申上ゲマシタ通り日本ノ此ノ耕地ヲ完全ニ耕シテ、サウシテ不足ナル食糧ノ増産ヲナサシムルト致シマスルニハ、ドウシテモ馬ノ必要ヲ私共ハ痛切ニ感ジテ居ルノデゴザイマス、先刻モ同ジ大動物デアリマシテモ、牛ト馬ノ關係ガ違フト申上ゲマシタコトハ、東北、北信、北海道ト云フ穀倉方面ニ於キマシテ一番食糧ノ増産ヲ致シマスルニ欠クベカラザルモノハ肥料デゴザイマス、其ノ肥料ハ硫酸ヲ初メ金肥等ヲ以テ致シマシテモ、現在ニ於テハ需要ノ数分ノ一モ生産ハゴザイマセヌノデ、肥料ノ不足ハ所謂收穫ノ不足ヲ来シテ居ルノデアリマス、之ヲ確保致シマスコトハ、ドウシテモ堆厩肥ニ俟タナケレバナラヌノデアリマシテ、堆肥ヲ生産致シマスル一番ノ生産力ヲ持チ、其ノ肥効力ヲ多ク持ッテ居リマスルノハ馬ノ堆厩肥デアルコトハ御承知ノ通りデゴザイマス、(中略) 日本ニ於キマシテハ、ドウシテモ軍隊ガ必要デアルトカ、国防上ドウデアルトカ云フ問題デナシニ、日本ソレ自身ノ国民生活ノ上ニ馬ノ必要ハ御認メヲ下サレテ居ルコトト存ズルノデアリマス、其ノ馬ガ年々減退ヲ致ス傾向ヲ持ッテ居リマス、今迄政府ハ多額ノ補助助成ヲ致シテ生産或ハ飼育ノ奨励ヲ致シテ居リマシタモノガ、御承知ノ通り終戦後其ノ筋ノ注文モアリ、全然此ノ助成費ト云フモノハ削ラレマシテ、昭和二十一年度ニ於キマシテハ、一文モナクナッタノデアリマス、ソレデアリマスカラ、(中略) 一面直接奨励ノ用ニ供スルト共ニ、多面經濟的助成ノ資源タラシメル上ニ於キマシテ地方競馬、又公認競馬ト云フモノノ必要ヲ政府ト致シテ認メテ居ルノデアリマシテ、此ノ観点カラ致シテマシ^{ママ}現在ノ馬ハ仮令一割二割ノ生産増加ヲ致シマシテモ、ドウモ此処デ申上ゲテハ如何カト存ジマスガ、屠殺數ガ多クナッテ参リマシテ、ナカナカ是ガ防ギ切レナクナッテ参リマシタ、(中略) 誠ニ残念ナコトデアリマスルケレドモ、政府ト致シテ是ガ防遏ヲ致スノデアリマスルガ、ナカナカソレヲ根本的ニ防遏スルコトガ出来マセヌ、従ッテ奨励上余程ノ此処ニ手段ヲ講ズル必要ガアルト、斯様ニ考ヘテ居ル次第デアリマス

このように、食糧問題の解決のためには馬の耕地整備力や馬の堆厩肥の効力が必要であるが、戦後になり軍馬の必要性がなくなつたため、馬に関する奨励予算が削られているだけでなく食糧不足で馬が食用として屠殺され馬の絶対数が減少している。そこで地方競馬で馬の生産・飼育の奨励を行うことが、地方競馬における馬券発行の目的であると述べられているのである。

次いで九月十三日の第二回委員会では、小山松吉から競馬法で禁じられている学生生徒未成年者への馬券の発売に關する規定が存在しない理由について質問がなされた。これに対して大石農林政務次官は、「時勢ノ変化ニ伴フモノト御了解願ヒタイノデアリマス、言論、集会、結社ガ自由ニナリマシテ、政談演説ノ如キモノモ、結社ノ如キモノモ殆ドソレ等ノ制限ヲ撤廢セラレテ居リマス時局デアリマスカラ⁽⁴⁷⁾」と戦後の民主化・自由化の流れにあることをその理由とする答弁を行った。

そして、九月十七日の第四回委員会では、帝室博物館総長であつた渡部信⁽⁴⁸⁾と大石農林政務次官との質疑応答では、馬券の賭博性の問題から始まり、競馬法や宝くじも臨時資金調整法（昭和十二年法律第八十六号）という合法化の根拠があることを指摘しながら、闇競馬と学生生徒未成年者への馬券発売に關して次のようなやり取りを行っている⁽⁴⁹⁾。

○渡部信君 サウ致シマスルト、法律ノ規定ガナケレバ大体競技的ノモノデアツテモ違法デアルト御認ニナルト致シマスレバ、第一回ノ時カラ伺ツテ居リマス、地方ニ於テハ競馬ヲヤツテ居ルト云フコトデゴザイマスガ、其ノ地方競馬ニ於テハ馬券ハ矢張り売ツテ居ルノデゴザイマセウカ、其ノ点ヲチョット……

○政府委員（大石倫治君） 終戦後此ノ地方競馬ト申スベキモノ、即チ先般来申上ゲテ居リマシタ総動員法ニ伴ツテ出来マシタ軍馬資源保護法ニ依ル鍛錬馬競走ト云フモノガ廢止セラレマシテ以来、何等ノ規定モ法律モナイノデアリマス、其ノ後實質上

所謂地方競馬類似ノモノガ行ハレテ居リマシテ、其ノ競馬ニ於キマシテハ矢張り優勝馬票ニハ配当ガ伴フノデゴザイマス

○渡部信君 サウ致シマスルト法律上ノ根拠ナクシテ馬券ヲ売ツタ、ソレハマア地方長官ノ認可ガアルト云フ御話デゴザイマスルガ、何カ法律上ノ根拠ナクシテ、通説ニ依ル賭博ト認メルモノヲ公認シタヤウナ恰好ニナリマスガ、サウ云フコトニナリマスデセウカ

○政府委員 (大石倫治君) 此ノ点ハハッキリ茲デ御答ヘ申シ兼ネルノデアリマスガ、此ノ類似競馬モ地方長官、所謂知事ガ認可ヲ与ヘテ行フモノデアリマシテ、全然開催者ガ何等ノ法規其ノ他ヲ無視シテヤツテ居ルト云フヤウナモノデモナイノデアリマス、開催届ヲ致シ、ソレニ対シテ地方長官ガ認可ヲ致ス、又所ニ依リマシテハ売上金ノ中カラ百分ノ五程度位ノ、名前ハドウナツテ居リマスカ、寄附金ト云フコトニナツテ居リマスカ、兎ニ角収入ヲ得テ居ルト云フ所モアルヤウデゴザイマス

○渡部信君 サウ致シマスルト、マア法律上ノ根拠ナク賭博ヲ公認シタト云フ恰好ニナル訳デアリマスルガ、其ノ意味カラ申シマシテモ、御話ノ通り早く此ノ法律ヲ制定スルコトハ非常ニ必要ナコトカト思ヒマス、殊ニ此ノ前ノ御話ニ依レバ、色々收入ノ使ヒ方等モ監督ノ方法ガナイト云フ話モアリマシタガ、一部サウ云フ税デハアリマスマイガ、税ノヤウナ名前デ取ツタヤウナ所モアルト致シマスと、孰レニ致シマシテモ斯ウ云フヤウナ法律ハ早く通ス必要ガ益々アルヤウニ存ジマスルガ、ソレデ誰方カ仰シャツタカモ知レマセヌガ、サウ致シマスと、サウ云フ賭博ト学説ナリ、判例上認メラレテ居ルコトヲ学生ヤ未成年者デモ御許ニナルノカ、現在ノ競馬法デハ認メテ居ナイコトヲ御許ニナル、如何ニ自由主義デアリマシテモ未成年者デモ之ヲ御許ニナルト云フ風ニセラレタ御趣旨ハ何処ニアルノデアリマスカ

○政府委員 (大石倫治君) 其ノ点ハ細則、或ハ施行規則ニ依ッテ制限シ得ル場合ガアルト存ジマス、法律ノ面デハ制限ヲシテ居ラヌノデゴザイマスガ、此ノ法律ノ施行細則ノ運営等ニ依リマシテ、相当制限、或ハ秩序ノ上ニ、或ハ国民思想ノ上ニ悪影

響ノアリト認メラレル場合ニ於キマシテハ、相当制限ヲ加ヘテ取締ヲ致シタイト斯ウ考ヘテ居リマス

このように、法的根拠のない闇競馬に対して一刻も早く地方競馬法を制定して合法化することと学生・未成年者の馬券購入については細則、施行規則で対応することが確認された。第二回委員会では学生・未成年者の馬券購入は、民主化・自由化の流れにあるとしていたが、大きな変化である。

続いて「いよいよ真打といった趣⁵⁰」で松村真一郎が質問に立った。午前中の審議で松村は宝くじとの比較から馬券の売り上げのインフレ対策効果についての質問を行った。そこでは福田赳夫大蔵事務官から「競馬ノ関係ガ非常ナ宜イ施設デアルト云フノハ是ハ御同感デアリマス⁵¹」という答弁を引き出した。そして午後⁵²の審議では、古島義英司法政務次官と世耕弘一内務政務次官が臨席した。ここで松村は、長時間にわたる質問を行った。そこでは、①全国の闇競馬の実態を例示しこれらの合法化の必要性、②不正行為蔓延防止のための競馬場数の制限、③馬券の発売枚数制限の撤廃と控除率の引き下げ、④不正行為防止を含む公正な開催運営の必要性、⑤日本の農業政策における馬の必要性が主張された。これに対して古島司法政務次官は、「併シナガラ法律ニ根拠ヲ有シ、サウシテ御質問ノ中ニアリマスヤウナ効果ノアルコトデアルナラバ、之ヲ奨励致サナケレバナラヌ筋ニナルノデアリマスカラ、相成ルベク違反ノナイヤウナ法律的正当ナ事項ニ於テ御説ノ通りノ目的ヲ達シタイト考ヘテ居リマス⁵²」と答弁した。また、世耕内務政務次官は、「幸ニ近ク地方競馬法ノ成立スル運ビトナリマシタ場合ニハ、只今ノ御趣旨ヲ体シマシテ十分取締ヲ致シタイトス様ニ考ヘテ居リマス⁵³」と答弁した。さらに、大石農林政務次官は、「地方競馬法ノ成立ノ暁ニ於キマシテノ運用等ニ付キマシテハ、御趣旨ニ副フヤウナ取扱ヒヲ致スコトガ最モ適正デアルト思ヒマス⁵⁴」と答弁した。これらの答弁で農林・司法・内務三省から事実上の同意を取り付けることができた。

第四回委員会は、この松村の質疑の後、小原謙太郎による日本競馬会批判ととれる質問が行われた。そして、安田伊左衛門によつて日本競馬会の馬事振興の歴史的役割を強調した上で三つのお願いをするという形で賛成の意見表明が行われた。⁵⁵ さらに西尾委員長からも賛成の意見が表明された。そして採決が行われ、満場一致で可決され、特別委員会を通過した。

そして、九月二十三日の本会議では西尾委員長の報告ののち、採決が行われ、満場一致で地方競馬法案は可決成立した。

四 地方競馬法の内容

地方競馬法は、昭和二十一年十一月十九日に公布され、即日施行された。地方競馬法は、原案通りの全二十三条と附則からなっていた。⁵⁶ さらに十一月二十日に地方競馬法施行規則（農林省令第六十七号）が制定された。⁵⁷ 地方競馬法の主な内容は次の通りである。

まず第一条で各都道府県を区域とする馬匹組合連合会と中央馬事会が地方競馬の開催専有権を有することと地方競馬は馬事振興を目的とすることが規定された。第二条では地方競馬を開催する場合は地方長官に届出をすることが規定された。第三条では競馬場の数を北海道は三箇所以内、各都府県は一箇所以内にする事が規定された。第四条では、出走馬は地域飼養馬、すなわち地域の産業馬や農耕馬に限定することで、公認競馬との差異を図ることが規定された。第五条から第七条で地方競馬は原則年四回開催し、一回の開催期間は六日間で開催時には入場者より入場料を徴収することが規定された。そして、第八条で一口十円以下の「優勝馬票」という馬券を額面金額で発売ができるこ

とが規定され、発売枚数の制限は設けられなかった。第九条は、競馬開催関係者に対する馬券の発売が禁止されることとが規定された。第一〇条では、優勝馬票の的中者に対し、額面金額の百倍を超えない範囲で払戻金を交付できることが規定された。第十一条、第十二条、第二十三条は、優勝馬票の売得金に関する規定、第十四条、第十五条は競馬施行に関する農林大臣の命令権が規定された。そして、第十六条から第二十二條は各種不正行為に対する罰則規定である。さらに附則で馬券税法（昭和十七年法律第六十号）の一部を改正する規定が設けられた。なお、貴族院の審議で問題となった学生生徒未成年者の馬券購入禁止については、地方競馬法施行規則第十五条に規定された。

また、地方競馬法の制定に伴い整合性を取るために競馬法の改正も行われ、地方競馬法の公布前の十月十四日に公布された（昭和二十一年法律第三十七号）⁵⁸。その結果、公認競馬でも馬券の発売枚数の制限、譲渡禁止規定が廃止され、払戻金も券面金額の十倍以内から百倍以内に改正された。審議の際に改正の理由は「刻下ノ通貨対策ノ一翼⁵⁹」とインフレ対策に競馬法を活用することが述べられている。

地方競馬法は、昭和二十二（一九四七）年に改正が行われ（昭和二十二年法律第八十八号）競馬場の数が北海道六箇所以内、各都府県は二箇所以内と改められた。⁶⁰そして、地方競馬法は、昭和二十三（一九四八）年七月十三日、新しい競馬法（昭和二十三年法律第五十八号）の制定に伴い廃止された。

五 おわりに

このように地方競馬法の制定過程を見てきたが、競馬法、軍馬資源保護法の審議の際と大きく異なる点は、馬券に対する強い反対意見が見られなかったことである。これについては議員の顔触れが変わったことや戦後の価値観の変

化があるのかも知れない。例えば、競馬法、軍馬資源保護法の貴族院における審議で徹底した馬券反対論を述べた土方寧は、昭和十四(一九三九)年五月までの在任であつた。⁶¹しかし、そのようなことよりも衆議院、貴族院の審議において中央馬事会関係者が主導して審議が行われたため、委員等への根回し等が行われていたことが大きいと思われる。このことは、衆議院の審議の際に司法省、内務省関係者の出席を求めなかったことや、九月七日の貴族院予算委員会第四分科会の審議の中で競馬法に関する質問が出た際に「地方競馬ハ原案通りデ通ルヤウナ空気デゴザイマス」⁶²と楠見義男農林次官が答弁していることから明らかである。また、馬匹改良、軍馬の確保の必要性・緊急性という国策に代わる合法化の理由として馬匹改良による食糧増産が掲げられた。確かにこの当時の社会状況を考えると十分な国策ということができるが、将来国内が落ち着きを取り戻すことになる刑法の例外規定を設けるだけの国策と言えるかどうかは微妙になると思われる。しかし、このような理由を出してまでも法の制定を行わなければならないかつたのは、横行する脱法的行為である闇競馬を合法化させるということにあつたと考えられる。⁶³このことは、闇競馬の主催団体の多くが各都府県の馬匹組合連合会であり、その上部団体が中央馬事会であることから明らかである。また、貴族院の審議の中で法案の不備が指摘されても、その部分は施行規則でカバーしようとするなど法の成立を急いでいた点もそのことを裏付けていると思われる。さらに、馬匹改良による食糧増産という目的を掲げることで、出走馬を産業馬や農耕馬に限定をかけることができた。これによつて、速力重視の軽種馬主体の公認競馬との差異をつけることにより、地方競馬は、公認競馬と異なる体系の競馬であることを主張することで法の制定を急がせることになったのではないかと思われる。

また、競馬法との統合性についてであるが、審議の中でも競馬法との一体化が主張されていた。しかし、競馬法に

よる公認競馬を主催する日本競馬会に対しては、昭和二十一年八月二十三日の衆議院建議委員会において寺島隆太郎ほか三名により「日本競馬界民主化に関する建議案」が提出されたり⁶⁴、貴族院の審議の中でも小原謙太郎による日本競馬会批判の質問⁶⁵などがあり、軍事協力機関でもあった日本競馬会の見直しは近い将来必至の問題であった。その際には、競馬法の全面改正が予想されるのである。そのため、今回はあえて地方競馬法という別の法律を制定し、競馬法改正の際に統合を検討すればよいと考えられていたのではないかと思われる。

これらのことから地方競馬法は、横行する闇競馬の脱法の状態を解決させるための暫定的に制定された法であると考えられ、そのためには当座の国策ともいえる「馬匹改良による食糧増産」という合法化理由が掲げられたものと考えられる。

- (1) 農林省大臣官房総務課編『農林行政史第十三卷』（昭和五十年・農林省大臣官房総務課）八二頁。
- (2) 官報昭和二十年八月二十六日付一頁、農林省大臣官房総務課編『農林行政史第六卷』（昭和四十七年・農林省大臣官房総務課）一一頁以下。
- (3) 官報昭和二十年十月二十六日付一八九頁、官報昭和二十年十一月六日付三〇頁、前掲『農林行政史第六卷』一五頁以下。
- (4) 神翁顕彰会編『続日本馬政史 二』（昭和三十八年・神翁顕彰会）八四四頁以下、地方競馬全国協会編『地方競馬史第一卷』（昭和四十七年・地方競馬全国協会）一三五頁以下、日本中央競馬会総務部調査課編『日本競馬史第七卷』（昭和五十年・日本中央競馬会）一四六頁以下、古畑恒雄「競馬法（一）」研修三三四号（昭和五十一年）九一頁以下。北海道馬産史編集委員会編『蹄跡』（昭和五十八年・北海道馬産史編集委員会）五四六頁以下、中央畜産会編『日本畜政史』（平成十一年・中央畜産会）五六七頁以下、古林栄一「北海道の馬と競馬の歴史」とかち馬文化を支える会編『北海道の馬文化と馬の知識』（平成二十年・とかち馬文化を支える会）一〇頁以下、関耕平・平田直樹「地方競馬の変遷―益田競馬馬主・大石正の聞き書き」山

陰研究一号（平成二十年）六五頁以下、立川健治『地方競馬の戦後史―始まりは闇・富山を中心に』（平成二十四年・世織書房）一頁以下、本田伸彰「競馬をめぐる状況」レファレンス六四卷七号（平成二十六年）三九頁以下。

(5) 萩野寛雄「競馬事業における連続性」早稲田政治公法研究六六号（平成十三年）九九頁以下。

(6) 末澤国彦「明治四十年刑法の制定と馬券の禁止について」日本法学八五卷四号（令和二年）二九一頁以下。

(7) 末澤国彦「大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について」日本法学八三卷三号（平成二十九年）一〇五頁以下。

(8) 末澤国彦「鍛錬馬競走における馬券の合法化について―軍馬資源保護法の制定過程とともに―」日本法学八七卷二号（令和三年）一四五頁以下。

(9) 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。

(10) 詳しくは、日本中央競馬会総務部調査課編『日本競馬史第六卷』（昭和四十七年・日本中央競馬会）六〇九頁以下、中央競馬ピーアール・センター編『近代競馬の軌跡―昭和史のあゆみとともに―』（昭和六十三年・日本中央競馬会）二六一頁以下を参照。

(11) 詳しくは、前掲『日本競馬史第六卷』六二七頁以下を参照。

(12) 詳しくは、前掲『日本競馬史第六卷』六七九頁以下を参照。

(13) 詳しくは、前掲『日本競馬史第七卷』一一〇頁以下を参照。

(14) 詳しくは、前掲『日本競馬史第七卷』一五九頁以下を参照。

(15) 詳しくは、前掲『日本競馬史第七卷』一六九頁以下を参照。

(16) 馬券税法第二条で勝馬投票券の発行および払戻金に税金が課されていた。

(17) 詳しくは、前掲『日本競馬史第七卷』一五五頁以下を参照。

(18) 立川・前掲書では、富山については三頁以下、その他の地域については二三頁以下で闇競馬の実態について詳細な研究が行われている。なお、闇競馬に関する資料が乏しいため、現在同書以上の実態説明は困難であると思われる。

(19) 前掲『日本競馬史第七卷』一四七頁。なお、立川・前掲書はじめにiv頁以下では全くの無許可のものを「ヤミ競馬」、何

らかの許可を得ているものを「闇競馬」と区別している。

(20) 詳しくは、前掲『日本競馬史第七卷』五四頁以下、道新スポーツ編『北の蹄音 ホッカイドウ競馬四十年史』(平成元年・道新スポーツ)二九頁以下、立川・前掲書一六五頁以下を参照。

(21) 立川・前掲書三一頁。

(22) 札幌の進駐軍競馬では、NHKにより一時間にわたりラジオ中継が行われた。

(23) 詳しくは、立川・前掲書七七頁以下を参照。

(24) 四国では厳しい取り締まりがあった。これについては、立川・前掲書一一三頁を参照。

(25) 前掲『日本競馬史第七卷』九七頁では、当時北海道庁の畜産技師であった佐伯才一が、進駐軍競馬について日高地区のサラブレッド復活の功績は認めながらも「国内法規を無視し無法の競馬を強行した罪は大きく、許し難い」と評していることが紹介されている。

(26) 前掲『地方競馬史第一卷』一三七頁。

(27) 「第九十回帝国議会貴族院地方競馬法案特別委員会議事速記録第一号」(昭和二十一年) 一頁。

(28) 前掲『日本競馬史第七卷』五六頁では、昭和二十一年六月七日から一週間、東京で農林省が主体となって地方競馬実施条例案の研究会が行われたという記述がある。

(29) 中央馬事会については、前掲『地方競馬史第一卷』一三八頁を参照。

(30) 法案がまとまる過程については、立川・前掲書二一〇頁以下を参照。

(31) 神翁顕彰会編『続日本馬政史 三』(昭和三十八年・神翁顕彰会) 一六一頁、前掲『地方競馬史第一卷』一三八頁、衆議院・参議院編『議会制度百年史・衆議院議員名鑑』(平成二年・大蔵省印刷局) 一〇五頁。

(32) 「第九〇回帝国議会衆議院議事速記録第三十七号」(昭和二十一年) 五五九頁。

(33) 前掲「第九〇回帝国議会衆議院議事速記録第三十七号」五五九頁。

(34) 前掲「第九〇回帝国議会衆議院議事速記録第三十七号」五六〇頁。

- (35) 前掲「第九〇回帝国議会衆議院議事速記録第三十七号」五六〇頁。
- (36) 前掲『続日本馬政史 三』一六一頁以下、前掲『地方競馬史第一卷』一三八頁。
- (37) 「第九十回帝国議会衆議院地方競馬法案委員会議録(速記) 第二回」(昭和二十一年) 六頁以下。
- (38) 前掲「第九十回帝国議会衆議院地方競馬法案委員会議録(速記) 第二回」九頁。
- (39) 前掲『続日本馬政史 三』一五七頁、衆議院・参議院編『議會制度百年史・貴族院・参議院議員名鑑』(平成二年・大蔵省印刷局) 五〇頁。
- (40) 前掲『続日本馬政史 三』一五一頁以下、前掲『貴族院・参議院議員名鑑』一七三頁。
- (41) 前掲『地方競馬史第一卷』一三八頁、前掲『貴族院・参議院議員名鑑』一六五頁。
- (42) 前掲『貴族院・参議院議員名鑑』一八頁。
- (43) 前掲『貴族院・参議院議員名鑑』一二三頁。
- (44) 前掲『貴族院・参議院議員名鑑』九二頁。
- (45) 鳴尾競馬事件については、大江志乃夫『明治馬券始末』(平成十七年・紀伊国屋書店) 一三三頁以下、末澤・前掲「明治四十年刑法の制定と馬券の禁止について」三〇六頁、杉本竜『近代日本の競馬―大衆娯楽への道』(令和四年・創元社) 九一頁以下を参照。
- (46) 「第九十回帝国議会貴族院地方競馬法特別委員会議事速記録第一号」(昭和二十一年) 三頁以下。
- (47) 「第九十回帝国議会貴族院地方競馬法特別委員会議事速記録第二号」(昭和二十一年) 三頁。
- (48) 前掲『貴族院・参議院議員名鑑』一七九頁。
- (49) 「第九十回帝国議会貴族院地方競馬法特別委員会議事速記録第四号」(昭和二十一年) 一頁以下。
- (50) 立川・前掲書二六四頁。
- (51) 前掲「第九十回帝国議会貴族院地方競馬法特別委員会議事速記録第四号」五頁。
- (52) 前掲「第九十回帝国議会貴族院地方競馬法特別委員会議事速記録第四号」一二頁以下。

- (53) 前掲「第九十回帝国議会貴族院地方競馬法特別委員会議事速記録第四号」一三頁。
- (54) 前掲「第九十回帝国議会貴族院地方競馬法特別委員会議事速記録第四号」一三頁。
- (55) 安田は、日本競馬会が馬券を伴う競馬開催の独占権を持っていることから、当初地方競馬法には反対の意思を持っていたようである。これについては、立川・前掲書二七三頁以下を参照。なお、小山知一「馬事に尽した松村さん」松村真一郎笑子記念録刊行会編『松村真一郎笑子記念録』（昭和四十六年・松村真一郎笑子記念録刊行会）二五四頁以下には地方競馬法をめぐる安田と松村の懇談の様子を当時日本競馬会理事であつた小山知一が回想している。
- (56) 官報昭和二十一年十一月二十日付一五三頁以下。
- (57) 官報昭和二十一年十一月二十日付一五五頁以下。
- (58) 官報昭和二十一年十月十五日付九五頁。
- (59) 「第九十回帝国議会貴族院議事速記録第四十号」（昭和二十一年）五四二頁。なお、衆議院の審議は、「第九十回帝国議会衆議院議事速記録第五十号」（昭和二十一年）八二八頁以下。
- (60) 官報昭和二十二年五月一日付一頁。
- (61) 前掲『貴族院・参議院議員名鑑』一五六頁。
- (62) 「第九十回帝国議会貴族院予算委員会第四分科会（農林省商工省）議事速記録第二号」（昭和二十一年）一二頁。
- (63) 松村真一郎笑子記念録刊行会編・前掲書二五五頁以下を参照。
- (64) 「第九十回帝国議会衆議院建議委員会議録（速記）第六回」（昭和二十一年）五七頁。
- (65) 前掲「第九十回帝国議会貴族院地方競馬法特別委員会議事速記録第四号」一三頁。

公立学校における聖書朗読とアメリカの政教分離

高畑 英一郎

はじめに

1. アメリカ建国期の教育
 2. 公立学校の発足と発展
 3. 公立学校での無宗派主義
 4. カトリック教徒の大量移民
 5. 公立学校の無宗派主義に対するカトリックの反対
 6. 国民統合の手段としての「聖書朗読」
 7. 「聖書朗読」をめぐる判例
- おわりに

はじめに

日本国憲法は、宗教団体への特権付与・財政支援(二〇条一項後段、八九条前段)、政府の宗教教育・宗教的活動を禁止し(二〇条三項)、さらに宗教団体に政治上の権力行使を禁じている(二〇条一項後段)。これらの規定から、憲法は政教分離原則を採用しているとされる^①。政府が公立学校で宗教教育を行うことは、特定の信仰を支援することを意味するので、政教分離に違反するとみなされるのである。

アメリカ合衆国憲法も、政教分離規定に相当する国教樹立禁止条項を一七九一年に制定した^②。特定宗教の支援となる公立学校での宗教教育は許されないはずだが、アメリカでは長らく公立学校において宗教的な活動が容認されていた。その代表的な例が、一日の授業が開始される前に聖書の一節を読む「聖書朗読」である。この聖書朗読は、一九六三年にアメリカ連邦最高裁が憲法違反の判決を下すまで、一〇〇年以上にわたり、アメリカの各地で行われてきた。こうした慣行は、アメリカ社会がキリスト教を背景に成立したことを示す指標であり、そのことは古くから認識され許容されていた^④。

公立学校での聖書朗読には別の側面もあつた。それはアメリカ建国を担ってきた人々の価値観の保全としての側面であり、移民国家では当然に発生する文化的軋轢に対する対応策として、移民をアメリカ社会に同化させる手段だった。キリスト教プロテスタント的な価値観の下での国民統合(「プロテスタントの事実上の公定」^⑤)は、一九世紀アメリカの公立学校制度を通貫する主軸であり、それは「(プロテスタント的)無宗派主義」と呼ばれた。公立学校での聖書朗読はそれを支える活動だったのである。

第二次世界大戦後でもアメリカ社会は、キリスト教的な文化を主要な前提としており、冷戦期に反宗教的なソビエト連邦に対抗する点でも信仰を重視していた。だがその頃にはプロテスタントの価値観だけに立脚するのではなく、カトリックやユダヤ教を広く包含する多元主義へと移り変わっていったのである。こうした（二神教的な）宗教多元主義が定着していくにつれて、公立学校から宗教的活動が消えていった。ただその背後に、学校教育をめぐる一〇〇年以上にわたるプロテスタントとカトリックの壮絶な対立があったことは、あまり知られていない。⁶⁾

本稿では、アメリカの公立学校制度の発足と定着、その中で公立学校での聖書朗読が必要とされた背景、プロテスタント的価値観を基盤とするアメリカ社会に対する移民たちの反発、同化の手段としての聖書朗読がもたらした軋轢、政教分離原則と聖書朗読との関係を考察し、一九世紀のアメリカ社会が政教分離をどのように理解していたのかの一端を示したい。

1. アメリカ建国期の教育

a. 植民地時代の教育

植民地期のアメリカに移民した多くはヨーロッパの中産階級の人たちであり、その読み書きや計算の能力にはばらつきがあつた。⁷⁾ 植民地の商業が発展してイギリスや他の植民地との交易が盛んになるにつれ、⁸⁾ また男性に選挙権が認められるようになると、識字能力は重視されるようになり、初等教育が盛んになった。⁹⁾ 例えばマサチューセッツは一六四七年に義務教育法を制定して、タウンに学校の設立を義務付けていた。¹⁰⁾ 植民地での教育は、実用的な知識の提供とともに、聖書を理解する基礎を子供たちに与えることで社会を野蛮さから守ることも目的としていたのである。¹¹⁾

北部植民地では、キリスト教的共同体建設のためには教育が最も重要であり、知的遺産の継承機関としてだけでなく、文化追求の機関としても重要だと考えられていた。¹² 北部に多く入植したピューリタンは聖書中心主義に立つので、聖書に関する知識が必須であり、その前提となる識字能力を広く普及させるためにも教育に力を注ぐ必要があった。¹³ 一六四七年法で設置された学校は当初有償であったが、学校運営費の不足分に税金が投入されるようになり、徐々に授業料を支払うのは金銭的に余裕のある家庭のみとなっていった。¹⁴ そして、一八世紀半ばになると、学校運営費や教師の給与の大半が公費で賄われるようになった。マサチューセッツやコネティカット、ニューハンプシャーなどでは、この時点で無償の公立学校が事実上設置されていたのである。¹⁵

人口のまばらな南部では学校は設立されず、主に家庭が教育を担っていた。¹⁷ ニューヨークやペンシルベニアなどの東海岸中部でも、植民地政府の関与はほとんどなかった。¹⁸ 東海岸中部にはイギリスのみならずヨーロッパの各地から移民が入植したので、北部や南部のようにイギリス系移民という言語的にも社会的にも均一な集団で植民地が構成されていたわけではなかった。¹⁹ そのため、社会的文化的な統一のために学校を設立するのではなく、それぞれの移民集団の教会や各家庭が教育を担当した。²⁰ 東海岸中部では各々の移民集団が自分たちの文化を子供たちに教育していたのであり、ここがイギリス領になってからも言語を英語に統一するといった同化政策は採用されなかった。²¹

b. 建国期の教育

独立革命の前後には、教育はアメリカ建国の理念を維持するものと考えられるようになった。²² 建国当初から(大規模国家での持続可能性など)民主制に対する懸念があり、さらにシェイズの反乱(一七八六年)²³ やウイスキー税反乱

(二七九一年)⁽²⁴⁾がアメリカ合衆国そのものに動揺を与えていたが、建国の父たちは教育を通じて自由と秩序を確保することで克服しようとし、その実現にはプロテスタント聖書に基づく道徳教育が必要であると認識していた。⁽²⁵⁾そのため、アメリカ建国期でも教育は宗教的要素を多く帯び、内容も教義的なものであった。⁽²⁶⁾合衆国憲法に政教分離原則が明記された後も公定教会制を続ける州はあり、宗教学校への公金援助も多く行われていた。⁽²⁷⁾

とはいえ、公立学校を設立する動きがなかったわけではない。公立学校の設置を州政府に要請する州憲法が制定されたこともあった。⁽²⁸⁾しかしジェファースンがヴァージニア州の公立学校制度の設立を何度か提案したにも関わらず、州議会はこれを認めなかった。これは少なくとも、ヴァージニアの人々が教育のための新たな課税や学校教育制度といった政府の新規の制度に懐疑的であったことを示しているといえよう。⁽²⁹⁾こうした懸念が建国時の公立学校設立の動きを挫くものとなった。⁽³⁰⁾他方マサチューセッツ州では、一七八〇年代には全州に無償の小学校在設置されていた。ニューヨーク州では一七九五年から一八〇〇年まで税金を財源とする学校が設置され、二〇歳未満の子どもの三七%に当たる五万八〇〇〇人が通学していたが、教育のための新たな課税に対する不評から、五年で頓挫した。ヴァージニア州と同じく、共和政府は教育に介入する必要はないと考えられたのである。⁽³¹⁾

c. 建国期の教育に対する連邦政府の対応

アメリカ建国直後に教育に対応したのは、主にタウンなど地方政府であった。合衆国憲法には連邦政府が教育を規律する規定はないので、連邦政府は教育には関与することができないと考えられていた。⁽³²⁾だが建国の父たちと同様に、連邦政府も教育の重要性を認識していたのであり、⁽³³⁾独立一三州の西側に広がる連邦領でのタウンシップ建設とそ

の際の土地売却に関する一七八五年の公有地条令 (Land Ordinance of 1785) は、六マイル四方の区画を二六に区分し、その第一六区画を公立学校維持のために使用するよう規定していた。⁽³⁴⁾ 一七八七年七月に制定した北西部条令 (Northwest Ordinance of 1787) も「学校と教育手段は永久に奨励される」と規定し、⁽³⁵⁾ 現在のミシガン州やオハイオ州などに該当する北西部領土の⁽³⁶⁾ 開拓には学校が必須であることを明記していた。⁽³⁷⁾ さらに連邦政府は、新しい州が連邦に加入する際に公立学校の設置を要求していた。⁽³⁸⁾ このように、連邦政府はその管理する土地の提供を通じて、新規加入の州に教育の提供を要請していたのである。⁽³⁹⁾

2. 公立学校の発足と発展

建国当初から、連邦政府も州政府も教育の重要性は認識していたのだが、一九世紀初頭の教育は、マサチューセッツ州以外では、主に家庭や私立学校で行われていた。本格的な公立学校設置の動きは一八三〇年代に始まる。この時期にアメリカの都市化と工業化が進み、資本主義の発展が人々の識字と計算の能力の向上を要求した。都市への人口の集中は商業と出版を発展させたが、商業には計算能力が、出版には読み書きの能力が不可欠だったのである。⁽⁴⁰⁾ こうした労働者の育成という産業界からの要望は公立学校推進の原動力となった。⁽⁴¹⁾ 他方、都市化は犯罪件数を増加させたので、その抑止のための道徳教育も公立学校の使命となった。⁽⁴²⁾ 公立学校は、共通の言語である英語や社会道徳、初等教育の機会均等を提供し、さらにはアメリカで生活を送るための経済的諸条件を子供たちが習得する機関と理解されるようになったのである。⁽⁴³⁾

公立学校はまた、商人層や中産階級の実用的価値観を反映するものであったため、多元主義や科学技術、経済的職

業的実用主義が教育の内容となつていった⁽⁴⁴⁾。こうした世俗的な実用主義的価値観の普及が公立学校での宗教的教義教育の比重を低下させたともいわれる⁽⁴⁵⁾。さらに公立学校は、資本家などの富裕層が勤勉な労働者を養成するのに必要な存在であり、勤勉者の育成を通じた秩序の維持を目的とするものであるという見解もある⁽⁴⁶⁾。他方で、労働者側も公立学校の設立を要請していた。それは、経済的政治的搾取から労働者を守るためには、読み書き計算といった初等教育が必要であるとの認識に基づく要請であつた⁽⁴⁷⁾。

つまりアメリカの公立学校とは、善良な社会を形成しようとする人道主義、社会における政治的地位の向上を求め、労働者の願望、適正な労働者を育成しようとする経営者・資本家たちの期待、経済的社会的特権の維持を求める富裕層の願望、プロテスタント的な価値観や社会文化の保持を求めるプロテスタントの人たちの期待が複雑に絡み合った結果の産物であるといえよう⁽⁴⁸⁾。アメリカの経済発展がもたらした都市化の進展、工業化社会の到来、農村の衰退などが与える共和制への不安が公立学校の設置を推進する要因であつたのである⁽⁴⁹⁾。民主制が対峙する難しい問題を解決するには教育の力が必要だというアメリカ国民の堅固な信念も、公立学校制度の発展に寄与した⁽⁵⁰⁾。さらに「共和国の共通の文化」を作り上げる必要性や⁽⁵¹⁾、教育の機会均等、プロテスタント的な価値観と文化の保持、アメリカ文化でのプロテスタントの優位性の確保も、公立学校設立の目的であつた⁽⁵²⁾。

教育は州の管轄であり⁽⁵³⁾、学校教育の具体的内容は、タウンなど地方政府がその地域の实情に合わせて決定していった⁽⁵⁴⁾。

しかし、公立学校の設立は順調に進んだわけではなかつた。特に公立学校を維持するための課税に反対する人は少なくなく、子供がいない、すでに十分な教育を受けているなどの理由で公立学校を必要としない人にまで課税をする

ことが許されるのかは大きな問題であった。⁵⁵ さらに、無償の公立学校の存在自体が、自助自立を本旨とするアメリカの個人主義と矛盾するとも考えられた。⁵⁶ だが、こうした懸念や反対は、一八三〇年代からカトリック移民が多くアメリカに流入したことにより小さくなっていった。カトリック移民はヨーロッパ系であっても先住の白人とは経済的文化的に大きな違いがあり、アメリカの同一性を揺るがすようになっていたため、英語という共通言語とプロテスタント的な共通道徳を子供たちに教育することでアメリカ社会はその一体性を確保しようとした。公立学校は、移民の子供たちをアメリカ社会に同化させる手段として活用されたのである。⁵⁷

3. 公立学校での無宗派主義

一九世紀初頭の初等教育を担った私立学校は、公立学校が定着するようになる、徐々に勢いを失っていった。⁵⁸ 公立学校が普及する一八三〇年代は、各州において政教分離制が確立した時期⁵⁹でもあり、公立学校で特定宗派の教義の教育を禁止する規定が設けられた。⁶⁰ 新興の公立学校では、プロテスタント的なアメリカ社会の価値観の教育を主眼としていたので、プロテスタント各派に共通するキリスト教の教えに基づいた道徳教育が求められた。また、民主政に不可欠な国民の一体性は、宗派教育では実現不能であるとも考えられた。⁶¹ それゆえ「プロテスタントに共通するキリスト教の教え」である「無宗派主義 (non-sectarianism)」⁶² が作り出されたのである。プロテスタントにとっては、一六一一年にイギリスで編纂された欽定聖書 (King James Version) の朗読が行われる限り、無宗派主義は受け容れ可能なものであった。⁶³ プロテスタント各派の違いを超え、アメリカ教の萌芽を生み出した第二次信仰復興運動の影響を受けつつ、⁶⁴ この無宗派主義の推進に尽力したホーレス・マン (マサチューセッツ州教育長) は、宗派的な解説なしに聖

書の内容を把握させることが「プロテスタントに共通するキリスト教の教え」を形成するのに不可欠だと説いた。⁽⁶⁵⁾ 要するに聖書の素読が無宗派主義の中核なのであり、⁽⁶⁶⁾ それは公立学校での重要な行事となっていた。⁽⁶⁷⁾

無宗派主義の下、公立学校の児童・生徒たちは政治的宗教的問題について自主的に判断する機会を得ることができた。宗教問題で自主的に判断すること、すなわち信仰に関する自己決定はプロテスタント的な特質であって、それは聖書の内容を自ら理解することで醸成されるものであり、聖書を素読する意義といえるものであろう。⁽⁶⁸⁾ 批判的思考も公教育で要請されるべき能力の一つであるが、それは宗派教義を中心とする教育では達成できないと考えられていた。⁽⁶⁹⁾

無宗派主義に立脚することで、州や地方の政府はプロテスタント各派の教義論争を回避することができた。さらに各教会が自主的に発展するのを促すことができ、そして共有されたキリスト教の基本的価値観を公立学校を通じて支持することができたのである。⁽⁷⁰⁾

無宗派主義はこのようにプロテスタントの間の調和を念頭に形成されたものだが、その原動力となったのはカトリック移民の大量流入であった。⁽⁷¹⁾ プロテスタント的な価値観のアメリカ社会での優位性を確立しようとする意向が無宗派主義の形成をいつそう促したのである。⁽⁷²⁾ 先住の白人たちはプロテスタント的価値観を共和主義や経済発展、高潔な道徳観と結びつけることで、アメリカ文化の中核にしようとしたのである。⁽⁷³⁾ もともと、二〇世紀になるまで聖書朗読を法律で義務づけていたのはマサチューセッツ州だけであり（一八二六年制定）、他の州は、これを植民地時代からの伝統的慣行と考えていた。⁽⁷⁴⁾

無宗派主義に立脚する公立学校制度は、一九世紀後半には全国化していく。⁽⁷⁵⁾ ただ、例えば一九世紀の教科書の第一

の目的が子供に国家への忠誠を植えつけることであるように、国家への忠誠が他へのあらゆる忠誠に勝るものであることを示す文章が多く教科書に記されていた。⁽⁷⁶⁾このように宗教色の薄い公立学校制度に対してプロテスタント保守派は当初反対していたが、⁽⁷⁷⁾多くのプロテスタントはカトリック移民に対抗する必要から、一八七〇年頃には公立学校制度が最良であり、宗派教育は公立学校では許されないが一般的な宗教教育は公立学校に不可欠な要素であるとの認識で一致するようになっていた。⁽⁷⁸⁾

公立学校制度がアメリカ社会に定着する一方で、各教会による宗派教育は残存した。宗派教育に対する州政府の支援禁止は、すでに一九世紀前半にはアメリカの人々の行動指針のようなものと理解されていた。⁽⁷⁹⁾一八七〇年代から一八八〇年代にかけて、公費援助禁止は厳格に実施されたのであり、一九世紀末に宗教系私立学校に対する公費援助を認める州は皆無になっていた。⁽⁸⁰⁾

一九世紀のアメリカでは、公立学校を通じて、プロテスタントに共通するキリスト教の教えを「アメリカ主義」としてすべての国民に普及させようとしていたと指摘することができる。⁽⁸¹⁾つまり、教育を通じた善良な愛国的な市民の育成（このような道徳観を持つ市民が社会に責任を負うのであり、そうした市民の増加は政治体制の安定化に寄与すると理解されていた）とそれによる貧困と犯罪の撲滅の手段として公立学校は期待されたであり、⁽⁸²⁾そのためにはプロテスタントに共通するキリスト教の教えに基づく道徳教育が不可欠と考えられたのである。

無宗派主義とはいいながらもプロテスタントに共通する教えを基盤としている以上、それがカトリックの価値観とは相いれないのは当然であった。したがって、公立学校で無宗派主義を推進することは、カトリックの教えを否定することでもあった。⁽⁸³⁾結局のところ無宗派主義とは、アメリカ社会がプロテスタント信仰を保持しようとしたことから

作り出された偏狭な概念なのであり、その背景に反カトリック感情があつたのは間違いないのである。⁽⁸⁴⁾

4. カトリック教徒の大量移民

植民地時代から、イギリス本国の反カトリック政策の影響もあり、アメリカ人たちはカトリックに悪いイメージを抱いていたし、⁽⁸⁶⁾カトリックに厳しい制約を課していた。⁽⁸⁷⁾一八世紀初頭、カトリックが宗教的自由と市民の権利を享受できたのはロードアイランドとペンシルベニアのみであり、その他の植民地ではカトリックの宗教的自由は認められず、また彼らはプロテスタント教会を維持するための教会税を徴収されていた。⁽⁸⁸⁾

アメリカにおける反カトリック感情は、歴史的由来、公定教会制やプロテスタント優遇法令、あるいは教皇という「外国君主」に忠誠を誓うことに対する反感などに基づく。⁽⁸⁹⁾独立後、ペンシルベニア、デラウェア、ヴァージニア、メリーランドはカトリックを他のプロテスタント宗派と平等に扱ったが、それ以外の州は州憲法や州法でカトリックを差別していた。

他方で、ワシントン大統領がカトリック排除を非難した命令を発したことなどから、⁽⁹⁰⁾カトリックへの寛容の機運は高まった。一九世紀初頭の信教の自由化やジェファソン大統領の自由主義的思想の影響により、反カトリック感情は下火になり、差別的法律も徐々に廃止されるようになった。⁽⁹¹⁾そもそも、建国時のカトリック教徒の人口は三万人ほどであり、当時の人口の％に過ぎなかつたので、⁽⁹²⁾大きな社会問題ではなかつたのである。

だが一八三〇年以降、カトリックへの偏見は強まっていく。カトリック系移民の急増により、⁽⁹³⁾民主制が危機的になるのではないかという恐れと、西部へのカトリックの影響増大に対する懸念がその主な原因である。⁽⁹⁴⁾この時期に移民

が多く到来した理由の一つがアメリカの経済成長と工業化である。それがまた都市化を促し、アメリカを農村社会から都市社会へと変容させていった。⁽⁹⁵⁾

この時期のカトリック移民の多くがドイツ系やアイルランド系であった。⁽⁹⁶⁾ もともとアイルランドは一六世紀から事実上のイギリスの植民地であり、アイルランド人はジャガイモを主な栄養源とするような苦しい生活を送っていた⁽⁹⁷⁾が、一八〇一年の併合によりイギリスの支配が強まるにつれ、彼らの生活水準は著しく低下し、⁽⁹⁸⁾その一部はアメリカに移民するようになっていた。その移民の数が急増するきっかけとなったのは、一八四〇年代後半にアイルランドで発生するジャガイモ飢饉であった。⁽⁹⁹⁾ 一八四五年に南米で発生したと考えられるジャガイモの疫病がヨーロッパ各地に蔓延し、アイルランドにも甚大な被害を及ぼした。飢饉を逃れるために一八五五年までにアメリカに渡った者は約一五〇万人に上るといわれる。⁽¹⁰⁰⁾ 彼らの多くは着の身着のままアメリカに上陸し、そのまま病院や救貧院などの福祉施設に收容された。⁽¹⁰¹⁾ 貧困の移民の大量流入に加え、衰弱した移民の救済費用を負担しなければならぬことに、アメリカ人たちは不満を募らせ、移民排斥の感情を醸成していった。⁽¹⁰²⁾ ドイツ系の移民はカトリック、プロテスタント、ユダヤ教徒など様々な信仰をもつ者であったが、英語が不自由という重大な問題を抱えていた。⁽¹⁰³⁾

カトリックがアメリカの価値観にふさわしくないという理解があるが、それはカトリックが先住のアメリカ白人とは異なる移民であり、⁽¹⁰⁴⁾都市に居住し、貧困であるということによって深まっていった。こうしたカトリック移民の特徴は、農村部のプロテスタントを中心に形成されたアメリカの価値観とは親和的ではなく、都市の拡大、貧困層の増加がこの従来の価値観の脅威となっていたのである。⁽¹⁰⁵⁾

アメリカの経済発展は南北戦争後にはさらに進み、それがいつそう移民を惹きつけることになった。移民たちの多

くが工場労働者となり、それがさらなる都市化を促し、アメリカ文化の大幅な変容をもたらしたのである。¹⁰⁶ それゆえ、移民の統制が喫緊の政治課題となった。¹⁰⁷

この時期の反カトリック主義は、民主制が（カトリック教義に見られる）絶対主義と相容れないこと、そしてローマ教皇の権力がアメリカ政府の民主的権力と矛盾する可能性があることから説明することができる。¹⁰⁸ 権力が教皇という一人の者の手中にあることが、アメリカの人々にとっては特に問題であった。¹⁰⁹ 一八四〇年代に移民として多く到来したカトリック教徒は、教皇の手先とみなされていたのである。¹¹⁰ 教皇ピウス九世はまた、信教の自由や政教分離を否定する発言をしていたが、これがアメリカ人のカトリック批判を煽るものにもなった。¹¹¹ さらに、一八七〇年のイタリヤ統一により領地が大幅に削られたことから、教皇庁をアメリカへ移設しようといううわさが広がり、カトリックへの反発をいっそう強めることにつながった。¹¹²

カトリック移民の主流がアイルランド系から中南米系に移ると、反カトリックに人種差別的な要素が加わるようになる。¹¹³ 移民問題は現在に至るまでアメリカの深刻な社会問題であり、移民に対する反感はいまだ払しょくされていないのである。¹¹⁴

5. 公立学校の無宗派主義に対するカトリックの反対

一八三〇年ごろからのカトリック移民の増加に伴い、公立学校でのカトリック問題が顕在化するようになった。新たにアメリカにやってきた移民たちをアメリカ社会に同化させるため、プロテスタントはカトリックの児童生徒の公立学校通学を望んでいたが、カトリックは公立学校でのプロテスタント的道德教育に反発していた。公立学校ではプ

ロテスタント的な無宗派主義に立脚して、カトリックの教えを否定していたのである。¹¹⁵

カトリックはまず、欽定聖書の使用を拒否した。¹¹⁶ また、カトリックにとって解説なしの聖書朗読はプロテスタント式であり、受け入れることができないものであった。カトリックは、聖書は教会の教えを通して理解するものであり、解説なしの聖書朗読は聖書理解を誤らせるものと考えていた。¹¹⁷ そのため、大半の公立学校で行われていた賛美歌斉唱、祈禱、聖書朗読に反対した。¹¹⁸ 教皇ピウス九世も公立学校制度を批判していた。¹¹⁹

公立学校での聖書朗読に反対することは、カトリックにとっては政府の強制から自らの信教の自由を守ることであつた。信教の自由を人権保障の中核の一つとするアメリカ人は、カトリックにプロテスタント的な公立学校への通学を強いるという公的な強制を課することができないはずである。しかし、プロテスタントはそれを強制した。¹²⁰

プロテスタントは、カトリックの無宗派主義に対する反対は自分たちのいう「キリスト教の基本理念」の教育の拒否とみなした。¹²¹ 公立学校での聖書使用へのカトリックの反対は、公立学校制度そのものへの反対と理解され、政治的争点にもなつていった。¹²² プロテスタント過激派は、大量のカトリック系移民がカトリック教会と結託して、アメリカ共和政体を覆そうとしている主張し、カトリック排斥を煽つた。教皇やカトリック教会の目的は、政治的にアメリカを乗っ取ることだという論調も登場し、「カトリックに対してプロテスタントは団結して向かわなければならぬ」とも主張された。¹²³ カトリックの無宗派主義への反対は宗教についての自立心の育成に対する反対とみなされ、カトリックは人々の信仰に関する選択の自由と共和制に反対する者であると理解された。¹²⁴ 南北戦争でプロテスタントの最大の関心が奴隷制に移つたので、反カトリック運動は一時的に下火になつたが、南北戦争後には再燃した。¹²⁵ 教皇に権威が集中し、信者の信仰に関する選択が制約されていることがアメリカの民主制と矛盾するといふ批判が、繰り返さ

れたのである。¹²⁶ プロテスタントは、公立学校は無宗派であるがゆえに信教の自由には反せず、また無宗派的な公立学校の維持のための徴税も信教の自由に違反しないとして、プロテスタント的価値観の強制を正当化して、¹²⁷ カトリックの人権に関わる問いに答えていた。

公立学校に通うカトリックの児童生徒はプロテスタント的教育を強制されたため、その対応策としてカトリックは独自の私立学校（教区学校）を発展させていった。子供に、プロテスタント教師の、プロテスタントの考えによる授業を受けさせることがカトリック信者の良心には耐えられないことであり、それが教区学校の設立を促した。さらに、公立学校では適切な宗教教育を施すことができないとも感じていた（教会の日曜学校では不十分であった）。¹²⁸ 最初の教区学校は、一七八二年にペンシルベニアで設立されたが、その本格的発展はカトリック移民が大量に流入する一八三〇年代に入ってからであり、ニューヨークやメリーランドで教区学校が設立された。¹²⁹ 一八四〇年までには二〇〇の教区学校が設立されたが、その大半が中西部であった。¹³⁰

一八四〇年の第四回管区教会会議は、カトリックの子供たちが公立学校で欽定聖書を使用しないこと、公立学校でカトリック儀式を導入することを決定し、¹³¹ カトリックはプロテスタント的な公立学校に組織的に対抗するようになった。それだけではなく、カトリックは教区学校に対する公費援助を求めるようになった。

カトリックの信者数の増加がカトリック指導者の政治的発言力を高めることになり、¹³² 彼らは州議会に教区学校への公的支援を求め、あるいは公立学校の脱プロテスタント化を要求し、一部でそれは成功した。聖書に関しては、ニューヨーク市で最もカトリック教徒の多い地区の公立学校でカトリック聖書（Donay-Rheims Version）が使用されるようになった。¹³³ カルフォルニア州では、一八八〇年までに公立学校で聖書が使われなくなった。¹³⁴ 一八八〇年代には、

公立学校での聖書朗読は形式的行事に過ぎなくなったとの指摘もある。¹³⁵

こうしたカトリックの攻勢に対して、プロテスタントの多くがアメリカでの文化的宗教的優位性に対する挑戦と感じ取るようになっていた。¹³⁶ 政府の教育予算をカトリックを含むすべての宗派に分配することは、予算獲得を巡る宗派間の争いを生むことになるという懸念もあつた。¹³⁷ こうしたことから、宗教系私立学校に対する公的助成の禁止と公立学校での宗教教育の禁止を規定する連邦憲法改正案（ブレイン改正案¹³⁸）が一八七五年に連邦議会で審議されることとなり、一八九〇年までには二九州で公金支出禁止の州憲法規定をもつようになった。¹³⁹ 現在、政教分離の二内容と理解される宗教系私立学校に対する公的助成禁止と公立学校での宗教教育の禁止には、反カトリック的な起源があつたのである。¹⁴¹

なお宗教系私立学校に対する公的助成禁止と公立学校での宗教教育の禁止に関する規定は、公立学校での聖書朗読を否定するものではないと理解されてきた。¹⁴² こうした理解は、要するに、無宗派主義的な政教分離観の制度化、憲法化を意味したのであり、¹⁴³ 後の世代の多数派が容易に変更できないようプロテスタント優先の価値観を固定化する意味を有していたのである。¹⁴⁴

6. 国民統合の手段としての「聖書朗読」

前述のように、公立学校の中心的な課題の一つが、多様な移民の子供たちをアメリカ社会に同化させることであつた。共和制は共通の文化を基盤にすると考えられ、そのようなアメリカ社会の文化に同化させる役割が公立学校に求められたのである。¹⁴⁵ また、善良な市民の育成という点から道德教育は重視されており、¹⁴⁶ それは欽定聖書を毎朝公立学

校で朗読することを通じて行われた。¹⁴⁷ このようにプロテスタント的価値観になじむことこそアメリカ社会への同化の最善の手段だと考えられたのである。しかし、それはプロテスタント以外の者にプロテスタント的価値観に基づく道徳を押し付けることでもあった。プロテスタント主義はあまりに深くアメリカ文化に根を下ろしていたので、多くの人たちは、その価値観を拒む宗教少数派の主張を理解できなかつたのである。¹⁴⁸ 公立学校は、無宗派主義の下で国民共通の価値観に相当するものを教えていると考えられていたのであり、このことはアメリカがキリスト教国であるとの自己認識の形成に決定的に重要だった。¹⁴⁹

すでに述べたように、一九世紀に聖書朗読を法律で義務付けていたのはマサチューセッツ州だけであり、¹⁵⁰ 他州はこれを植民地時代からの伝統的慣行と考えて地方政府の判断に任せていた。¹⁵¹ だが、カトリック勢力の政治力の伸長や進化論や唯物論、政教分離観の深化と普及¹⁵² などから聖書を公立学校から取り去る動きが活発になるのに対して、プロテスタント的価値観の固定化のために公立学校での聖書朗読の義務化を求める要望が強まった。¹⁵³ もっとも、この義務化が具体的に法律になるのは二〇世紀になってからである。¹⁵⁴ 実際、一九三〇年の時点で全三二州のうち二〇州で聖書朗読を義務付けるか容認していた。¹⁵⁵ ただ、朗読を容認する州のすべてで実際に朗読が励行されていたわけではなく、¹⁵⁶ 法律による義務付けが公立学校での聖書朗読を固定化させるものになったのかは不明といわれている。¹⁵⁷

二〇世紀に公立学校での聖書朗読を求める法律が多く制定されるようになった要因に第一次世界大戦を挙げることでできるだろう。第一次世界大戦に参戦する際、アメリカは再び徴兵制を導入し、¹⁵⁸ 多くの国民を軍隊に編入したが、その際従来のアメリカ文化をよく知らない者が多いことを認識するのである。その大半が移民か初等教育をカトリック学校で受けてきた者であり、愛国的な精神が形成されていなかった。¹⁵⁹ アメリカの価値観を大きく動揺させたという

点では、ロシア革命も同化への要請を後押しする一因になった。¹⁶⁰一九一〇年代以降もアメリカの公立学校は移民のアメリカ的価値観への同化をその重要な役割としていたので、¹⁶¹聖書朗読は強く求められた。

7. 「聖書朗読」をめぐる判例

このように公立学校での聖書朗読は、プロテスタント的な価値観の定着を目的にそうした価値観を基底とするアメリカ社会に移民たちを同化させる手段として、一九世紀を通じて活用されてきた。こうした認識は、「聖書朗読」をめぐる裁判にも反映されていた。

公立学校での聖書朗読に関する最初の判決である *Donahoe 対 Richards* 判決¹⁶² (一八五四年) では、メイン州の公立学校で欽定聖書の朗読を拒んだカトリックの生徒を放校にした教育委員会の処分は是非が争われた。州最高裁は、学校は読書用教材として聖書を利用したのであって、その内容を信じるよう生徒たちに要求していないこと、公立学校では道徳教育が法律上求められているが聖書の内容は道徳の指導に反するものではないこと、当該生徒はカトリック版聖書の使用を求めているが、内容面では欽定聖書と違いがないのでどの版の聖書を使用するのは教育委員会の裁量、ひいてはその地域の人々の意思に委ねられること、読書用教材の選定は信教の自由に抵触するものではなく、また信仰を理由に聖書を使用する授業からの退席を認めることは、信仰を口実に生徒が学校のカリキュラムに介入することを許すことになること、信仰に忠実であることは法的義務を拒否する理由にはならないことなどを挙げて、生徒の主張を退けた。同様の見解は一八五九年の *Commonwealth 対 Cooke* 判決¹⁶³ でも見ることができ、マサチューセッツ州の公立学校で欽定聖書記載の十戒の朗読を拒否したカトリックの生徒の手を三〇分も木の棒でたたき続けた教師を暴

行罪で起訴した事件であり、ボストン市警察裁判所は、聖書朗読は信教の自由を侵害せず、また授業でカトリック版聖書の使用を許可することは他の生徒の要望を受け入れる事態を招くおそれがあり、くわえてその使用の許可は特定の信仰の優遇になりかねないと説示して、当該教師には生徒を懲罰する権限があるので無罪と判決した。

しかし一九世紀後半になると、カトリックとユダヤ教徒の粘り強い抵抗が功を奏して、人々は徐々にこの聖書朗読が宗派的な行為であると認識するようになり、¹⁶⁴それを反映する判決も下されるようになった。例えば一八七二年にオハイオ州最高裁は、公立学校での聖書を含む宗教書籍の閲読と宗教教育の禁止を命じた教育委員会の命令を支持する判決を下した。¹⁶⁵同最高裁は、教育委員会の裁量権を広く認定し、州憲法によって州議会はすべての宗教を保護することができると、それはプロテスタントだけが保護されることやキリスト教がコモンスローの重要部分であることを認めることではないと判示した。¹⁶⁶欽定聖書の朗読をプロテスタント以外の生徒に強制するのを止め、親の要望に基づいて朗読を免除する制度が普及するようになると、¹⁶⁷裁判所は徐々に、強制が伴う場合には聖書朗読を違法と判決するようになった。¹⁶⁸そして、一八九〇年には聖書朗読を「宗派教育」と認定する判決も登場するようになる。ウイスコンシン州最高裁が下した *Weiss 対 District Board* 判決は、公立学校での欽定聖書の朗読を止めるよう求めたカトリック教徒の請求を容認した際に、これまでの判例と異なり欽定聖書とカトリック版聖書には相違点が多いこと、聖書の中には各宗派が見解を異にする教義の基となる条があり、その条を素読することを通じて宗派的教義を教え込むことができること、他国ではカトリック教徒に欽定聖書を素読させることでプロテスタントに改宗させた事例があることを指摘して、公立学校での聖書朗読は州憲法の禁止する公立学校での宗教教育に該当すると判決したのである。もちろんこのような見解はすぐには普及せず、その後も聖書朗読を合憲とする州裁判所の判決は続く。¹⁷⁰公立学校における宗教

教育を禁止する州憲法規定は各州でほぼ同様の文言で定められていたが、各州裁判所が「聖書朗読」について異なる判決を下したのは、各々の裁判所が宗教的社会的少数者の権利の保護にどれだけ関心を持っていたのかの違いであったといえよう¹⁷¹。実際、一九三〇年時点で一二州が公立学校での聖書朗読を禁止するようになっていた¹⁷²。これらの州では、聖書朗読は公立学校での宗教教育禁止規定に抵触すると考えられたのであり¹⁷³、移民を同化する手段とは理解されていなかったのである。

おわりに

公立学校でのプロテスタント的無宗派主義は、一九六〇年代に連邦最高裁判決が聖書朗読¹⁷⁴と祈禱文の唱和¹⁷⁵を禁止する判決を下したことから、今では政教分離原則に違反するものと理解されている。にもかかわらず、この慣行（とくに祈禱）はその後数十年公立学校の中に残存し¹⁷⁶、様々な学校行事で行われている。無宗派主義の影響は、いまだ公立学校においては強いといえるだろう。そうした行事の中でも、卒業式やアメリカンフットボールの試合での祈禱が憲法違反と判決されている¹⁷⁷。近年でも、公立学校のアメリカンフットボールのコーチが試合後に個人的にフィールドの中央で神に祈る行為が裁判の対象になった¹⁷⁸。公立学校の中でいまだ宗教色のある活動が行われているのは、アメリカが今日でも宗教色の強い社会¹⁷⁹であり、いまだ多く流入する移民に対してキリスト教信仰に基づく「同化」が意識されていることが背景にあるといえるだろう。その意味では、本稿が示したアメリカの公立学校をめぐる無宗派主義的な移民の同化の歴史とプロテスタントとカトリックの一〇〇年を超える対立の歴史¹⁸⁰は、アメリカの政教分離観を理解する上で欠くことができない史実であるといえるのではないか¹⁸¹。アメリカの政教分離を考える際、その原意のみなら

ず、一九世紀の展開を把握することは、憲法解釈において不可欠であると思われるのである。⁽¹⁸²⁾

- (1) 芦部信喜『憲法〔7版〕』（岩波書店、二〇一九年）一六四頁参照。
- (2) 合衆国憲法修正一条の国教樹立禁止条項は次のように規定する。「連邦議会は宗教の公定に関する法律を制定してはならない」。
- (3) *School Dist. v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).
- (4) JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES 700 (Ronald Rotunda & John Nowak, eds., Carolina Academic Press 1987) (1833) は、「キリスト教信仰の奨励が政府の義務である」と述べ、連邦最高裁は一八九二年に「この国はキリスト教国である」と表明したのである。See *Holy Trinity Church v. United States*, 143 U.S. 457, 471 (1892).
- (5) THOMAS BERG, *THE STATE AND RELIGION IN A NUTSHELL* 58 (3rd ed. 2016). See also ROBERT S. ALLEY, *SCHOOL PRAYER* 73 (1994).
- (6) この点に触れる邦語文献として、木鎌安雄『アメリカのカトリック』（南窓社、一九九九年）、森本あんり『アメリカ・キリスト教史』（新教出版社、二〇〇六年）、平塚益徳『アメリカの公教育と宗教』哲學年報一四号（一九五三年）三〇五頁、藤枝静正「アメリカにおける学校教育と政教分離原則の問題（I）」仙台大学紀要一集（一九六九年）一二二頁、原田一明ほか「近代欧米諸国に於ける政教関係」皇學館大学神道研究所紀要第一九輯（二〇〇三年）三九頁、高畑英一郎「ブレイン連邦憲法修正案について」日本法学七四卷二号（二〇〇八年）三四九頁参照。
- (7) See CARL KAESTLE, *PILLARS OF REPUBLIC* 3 (1983).
- (8) See CHARLES L. GLENN, *THE AMERICAN MODEL OF STATE AND SCHOOL* 18 (2012).
- (9) See KAESTLE, *supra* note 7, at 3.
- (10) See GLENN, *supra* note 8, at 19. もっとも、こうした法律はほとんど実施されなかったようである。See KAESTLE, *supra*

note 7, at 3.

- (11) See GLENN, *supra* note 8, at 16.
- (12) See WARREN A. NORD, RELIGION AND AMERICAN EDUCATION: RETHINKING A NATIONAL DILEMMA 64 (1995).
- (13) 鈴木透・実験国家アメリカの履歴書 (慶應義塾大学出版会、二〇〇三年) 一八頁。実際、一六四七年法の制定より少なくとも二年前にはマサチューセッツの様々なタウンが学校を設立していた。See William E. Sparkman, *The Legal Foundations of Public School Finance*, 35 B.C. L. REV. 569, 571 (1994).
- (14) See GLENN, *supra* note 8, at 19-21.
- (15) See *id.* at 20-21.
- (16) See NORD, *supra* note 12, at 64.
- (17) See GLENN, *supra* note 8, at 24-25.
- (18) See KAESTLE, *supra* note 7, at 3.
- (19) See GLENN, *supra* note 8, at 26.
- (20) See *id.* at 30.
- (21) See *id.* at 29.
- (22) 共和国の維持に必要な善き市民の育成には、教育が不可欠と当時の政治指導者たちは認識していたという。See Noah Feldman, *Non-Sectarianism Reconsidered*, 18 J.L. & Pol. 65, 71 (2002).
- (23) マサチューセッツ邦で債務返済や徴税に苦しむ内陸側の農民が、減税その他の緩和策を求めて起こした大規模な反乱をいう。強力な中央政府の必要性を認識させ、連邦憲法制定の一因となった。和田光弘『アメリカ合衆国史① 植民地から建国へ』(岩波書店、二〇一九年) 一五二頁参照。
- (24) 連邦政府の国債償還のために国産蒸留酒に物品税を課したことに反対して、ペンシルベニア州のウィスキー生産者が起こした反乱をいう。同前一七〇—一七一頁参照。

- (25) See KAESTLE, *supra* note 7, at 4-5. 建国期の教育関係者は、市民としての責務と共和制の維持のためには道德教育が必要であり、そのためには聖書が不可欠と考えていた。See *id.* at 8.
- (26) See NORD, *supra* note 12, at 71.
- (27) See ELLWOOD P. L. CUBBERLEY, PUBLIC EDUCATION IN THE UNITED STATES 172 (1919). See also KENT GREENAWALT, DOES GOD BELONG IN PUBLIC SCHOOLS? 14 (2005). 後掲註(65)も参照。
- (28) ペンシルベニア邦一七七六年憲法やジョージア邦一七七七年憲法などにこのような規定がみられた。このような進歩的な規定は、その後の憲法改正や新憲法の制定において削除されるか、貧民教育に限定するものに変更されたといわれる。津布榮喜代治「独立革命期の教育」世界教育史研究会編『アメリカ教育史I』（講談社、一九七五年）五九―六〇頁、八三―八四頁参照。
- (29) See KAESTLE, *supra* note 7, at 9.
- (30) See *id.*
- (31) See *id.* at 10-11.
- (32) See ALVIN W. JOHNSON AND FRANK H. YOST, SEPARATION OF CHURCH AND STATE IN THE UNITED STATES 36 (1948).
- (33) See Feldman, *supra* note 22, at 72. 藤枝・前掲註(6)二二六頁も参照。
連邦政府が西部の開拓に際して教育を重視したのは、開拓民は狩猟、アメリカ先住民との交易、自給自足で生活を維持していたため、知識に乏しく、道徳心にかけていることを懸念し、教育を通じて市民としての責任を自覚させようとしたためといわれる。See Dennis P. Duffey, Note, *The Northwest Ordinance as a Constitutional Document*, 95 COLUM. L. REV. 929, 953-957 (1995).
- (34) See DAVID TYACK, ET AL., LAW AND THE SHAPING OF PUBLIC EDUCATION, 1785-1954, 31 (1987). See also R. FREEMAN BUTTS, THE AMERICAN TRADITION IN RELIGION AND EDUCATION 69 (1950). 藤枝・前掲註(6)二二六頁も参照。
- (35) An Ordinance for the Government of the Territory of the United States North-West of the River Ohio, 1 Stat. 51, 53

(July 13, 1787).

- (36) 北西部条令の対象区域は、現在のオハイオ州、インディアナ州、ミシガン州、ウィスコンシン州とミネソタ州の一部である。 See Benjamin Justice, *The Originalist Case Against Vouchers: The First Amendment, Religion, and American Public Education*, 26 STAN. L. & POL'Y REV. 437, 468 (2015).
- (37) 現在のテネシー州に該当する地域の自治を認めた一七九〇年の連邦法 (An Act for the Government of the Territory of the United States, South of the River Ohio) も、北西部条令を引用して教育の重要性を認識していた。 1st Cong. Sess. 2, ch. 14, § 1 (1790).
- (38) See TYACK, *supra* note 34, at 33.
- (39) See *id.*
- (40) See KAESTLE, *supra* note 7, at 64-65.
- (41) See *id.* at 67.
- (42) See *id.* at 67, 70.
- (43) See *id.* at 70.
- (44) See NORD, *supra* note 12, at 76, 97.
- (45) See *id.* at 96.
- (46) See MICHAEL B. KATZ, THE IRONY OF EARLY SCHOOL REFORM: EDUCATIONAL INNOVATION IN MID-NINETEENTH CENTURY MASSACHUSETTS 89-90 (1968).
- (47) See JOEL SPRING, THE AMERICAN SCHOOL: 1642-2000, 115 (5th ed. 2001). もっとも、一九世紀後半の教育内容が労働者の要請に適ったものであるのかについては疑問があるといわれる。 See *id.* at 118.
- (48) See *id.* at 128.
- (49) See Feldman, *supra* note 22, at 78-79. 自作農の美德と知性が共和制の基盤であるから、アメリカの農村は建国の理念の

象徴であったと理解されていた。See KAESTLE, *supra* note 7, at 5.

- (50) See ANSON PHELPS STOKES & LEO PEEFFER, *CHURCH AND STATE IN THE UNITED STATES* 351 (rev. ed. 1964).
- (51) See GREENAWALT, *supra* note 27, at 14.
- (52) See NORD, *supra* note 12, at 71. SPRING, *supra* note 47, at 86は、公立学校がアメリカ社会の多文化的になるのに歯止めをかける効果があったことを指摘する。
- (53) See TYACK, *supra* note 34, at 71. 修正一〇条により州に留保された権限の一つとみなされている。See WARD W. KEESECKER, *LEGAL STATUS OF BIBLE READING AND RELIGIOUS INSTRUCTION IN PUBLIC SCHOOLS* 2 (1930).
- (54) See GLENN, *supra* note 8, at 160.
- (55) See Sparkman, *supra* note 13, at 578.
- (56) See *id.* at 579.
- (57) See KAESTLE, *supra* note 7, at 71; GLENN, *supra* note 8, at 66.
- (58) See KAESTLE, *supra* note 7, at 117; CUBBERLEY, *supra* note 27, at 172. ただしその状況は地域で差異があり、ニューヨーク市では一九二〇年代でも初等教育は私立学校が中心に実施されていたとの指摘もある。See ROSS LEE FINNEY, *THE AMERICAN PUBLIC SCHOOL* 45 (1921).
- (59) See STEVEN K. GREEN, *THE BIBLE, THE SCHOOL, AND THE CONSTITUTION* 12 (2012).
最後まで宗教公定制を維持していたマサチューセッツ州がこれを廃止したのは一八三三年である。BERG, *supra* note 22, at 49.
- (60) マサチューセッツ州は一八二七年に公立学校での宗派教育を禁止する法律を制定していたが、一八四〇年代までは無視されていたといわれる。See Feldman, *supra* note 22, at 74-75.
- (61) See FINNEY, *supra* note 58, at 140.
- (62) See also Robert Fairchild Cushman, *Holy Bible and the Public Schools*, 40 *Cornell L. Rev.* 475, 477 (1955).

- (63) See GLENN, *supra* note 8, at 163.
- (64) See John C. Jeffries Jr. & James E. Ryan, *The Political History of the Establishment Clause*, 100 MICH. L. REV. 279, 297 (2001). 有賀弘「アメリカ社会の発展と宗教」阿部ほか編・世紀転換期のアメリカ (東京大学出版会、一九八二年) 三七—四三頁、金原恭子「教会内紛と司法介入(1)」法律協会雑誌一一二巻八号 (一九九五年) 七七頁も参照。
- (65) See CUBBERLEY, *supra* note 27, at 176; Feldman, *supra* note 22, at 67. マンや他の公立学校を推進する者たちは、プロテスタント各派の教義の最小公倍数となるものを公立学校に存置したのである。See Jeffries & Ryan, *supra* note 64, at 298.
- (66) See Jeffries & Ryan, *supra* note 64, at 298. プロテスタントにとっては、解説や説明なく聖書を素読することは信仰の中心的行為でもあり。See Feldman, *supra* note 22, at 75.
- (67) 無宗派主義は、特定の信仰教義に触れることなく宗教的に道徳を教える画期的な解決方法だったと評価されている。See Feldman, *supra* note 22, at 78.
- (68) See *id.* at 77.
- (69) See GREEN, *supra* note 59, at 15.
- (70) See Feldman, *supra* note 22, at 66.
- (71) See CUBBERLEY, *supra* note 27, at 173. See also Feldman, *supra* note 22, at 67.
- (72) See KAESTLE, *supra* note 7, at 77. 実際、公立学校の設置を推進していたのはプロテスタント教会の牧師であった。See Jeffries & Ryan, *supra* note 64, at 297.
- (73) See KAESTLE, *supra* note 7, at 93.
- (74) See STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 371-372.
- (75) See GREEN, *supra* note 59, at 32.
- (76) See NORD, *supra* note 12, at 75.
- (77) See Feldman, *supra* note 22, at 81-82.

- (78) See NORD, *supra* note 12, at 72.
- (79) See McCollum v. Board of Educ., 333 U.S. 203, 215 (1948) (Frankfurter, J., concurring).
- (80) See STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 422. 後掲註(139)～(143)参照。
- (81) See GREEN, *supra* note 59, at 19.
- (82) See SPRING, *supra* note 47, at 100, 103.
- (83) See GLENN, *supra* note 8, at 162. そして、公立学校の無宗派化は、公立学校からプロテスタント的要素を取り除くことを意味しなかつたのである。See *Id.*
- (84) See also Cushman, *supra* note 62, at 497.
- (85) See Feldman, *supra* note 22, at 114. 公立学校での無宗派主義には、道德教育を通じた共和主義的価値観の育成という重要な側面があることを強調する見解がある。See *id.* at 115.
- (86) See KAESTLE, *supra* note 7, at 71; SPRING, *supra* note 47, at 87.
- (87) See STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 212-213.
- (88) See *id.*
- (89) See *id.* at 213-214.
- (90) See *id.* at 213.
- (91) See *id.* at 215-216.
- (92) See Jeffries & Ryan, *supra* note 64, at 299.
- (93) アメリカにおけるカトリック教徒の人口は一八三〇年には六〇万人、一八五〇年には一六〇万人、一八六〇年に三二〇万人、一九〇〇年では一一二〇〇万人、そして一九三〇年は二四〇〇〇万人であった。See *id.* at 299-300.
- (94) See STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 225-226.
- (95) See KAESTLE, *supra* note 7, at 63.

- (96) See GLENN, *supra* note 8, at 103. See also DONALD E. BOLES, *THE BIBLE, RELIGION AND THE PUBLIC SCHOOLS* 28 (3d ed, 1965).
- (97) 廣田秀孝「アイルランド貧困層の国際移動」歴史評論七九二号（二〇一六年）二三頁参照。
- (98) 廣田秀孝『自己防衛の名の下に』——移民貧困層の州外強制退去と19世紀アメリカの移民政策——」アメリカ研究四八号（二〇一四年）一〇二頁。
- (99) See SPRING, *supra* note 47, at 87.
- (100) 廣田・前掲註(97)一二頁参照。
- (101) 廣田・前掲註(98)一〇二頁。
- (102) 同前。それゆえマサチューセッツ州では貧困移民を毎年数百人規模でヨーロッパへ強制送還するという措置をとっていた。廣田・前掲註(97)一二頁参照。
- (103) See JOEL SPRING, *THE AMERICAN SCHOOL: FROM THE PURITANS TO THE TRUMP ERA* 124 (10th ed. 2018).
- (104) See *id.*
- (105) See Jeffries & Ryan, *supra* note 64, at 303. 前掲註(49)も参照。
- (106) See GLENN, *supra* note 8, at 105.
- (107) See *id.*
- (108) See *id.* at 104-105; STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 216-217. See also Thomas Berg, *The Story of the School Prayer Decisions: Civil Religion Under Assault*, in *FIRST AMENDMENT STORIES* 194 (Richard W. Garnett & Andrew Koppelman eds. 2012).
- プロテスタント系住民はカトリック教徒を専制政治に味方する者としてさげすんでいたのでもある。See KAFSTLE, *supra* note 7, at 93.
- (109) See STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 217; See GLENN, *supra* note 8, at 107.

- (110) See SPRING, *supra* note 47, at 87.
- (111) See GLENN, *supra* note 8, at 156. See also STEVEN WALDMAN, SACRED LIBERTY 145 (2019).
- (112) See BOLES, *supra* note 96, at 30.
- (113) See Jeffries & Ryan, *supra* note 64, at 303.
- (114) See e.g., *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018).
- (115) See Jeffries & Ryan, *supra* note 64, at 299; SPRING, *supra* note 47, at 87-88.
- (116) 欽定聖書は「プロテスタントはカトリックとまったく異なる」という視点で書かれていることが、カトリックにとって問題であった。See STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 373. それゆえ、欽定聖書を使用すること自体が反カトリック的と理解された。See Feldman, *supra* note 22, at 85.
- (117) Douglas Laycock, “Noncoercive” Support for Religion: Another Fales Claim about the Establishment Clause, 26 VAL. L. REV. 37, 51 (1991).
- (118) See Steven K. Green, The Blaine Amendment Reconsidered, 36 AM. J. LEGAL HIST. 38, 41 (1992).
- (119) See GLENN, *supra* note 8, at 156. See also Jeffries & Ryan, *supra* note 64, at 302-303.
- (120) See Feldman, *supra* note 22, at 86. その強制には「自らの信仰しない宗教的道德観を教える公立学校の経費を税を通じて徴収する」とも含まれる。これは「一九世紀前半に廃止された宗教公定制の一部であった宗教課税（自らが進行しない教会を維持する経費を税を通じて徴収すること）」と類似するものであるといえよう。
- (121) プロテスタントはカトリックの反対を聖書に対する攻撃と考えていた。See GREEN, *supra* note 59, at 34.
- (122) See GLENN, *supra* note 8, at 161.
- (123) See STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 229-230. See also Feldman, *supra* note 22, at 87.
- (124) See Feldman, *supra* note 22, at 88.
- (125) See STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 328; GLENN, *supra* note 8, at 71. アイランド移民は以前から低賃金労働をめ

ぐり自由黒人と争っていたので、奴隷解放のために北軍に参加することを忌避し、戦後も解放奴隷に集団暴行を加えるなどをしてきた。こうしたことも、反カトリック運動再燃の一因といえよう。貴堂嘉之『アメリカ合衆国史② 南北戦争の時代』（岩波書店、二〇一九年）九一、一二八、一三〇頁参照。

- (126) See STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 330.
- (127) See Feldman, *supra* note 22, at 93.
- (128) See STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 227-228.
- (129) See *id.* at 228.
- (130) See *id.* at 229.
- (131) See *id.* at 218.
- (132) 一八八〇年代にカトリックはニューヨーク市やボストン市、シカゴ市などの主要な都市で市長を輩出するまでの政治力を獲得していた。See LLOYD P. JORGENSEN, THE STATE AND THE NON-PUBLIC SCHOOL, 1825-1925, 121-122 (1987).
- (133) See STOKES & PFEFFER, *supra* note 50, at 373-374.
- (134) See GLENN, *supra* note 8, at 72.
- (135) See GREEN, *supra* note 59, at 236.
- (136) See Green, *supra* note 118, at 47.
- (137) See Feldman, *supra* note 22, at 94.
- (138) ブレイン改正案については、高畑・前掲註(6)参照。
- (139) See Green, *supra* note 118, at 43. プロテスタントとカトリックの対立が激しかった州では、一八四〇年代後半から宗教系私立学校に対する公的助成を禁止する規定を制定していた。See GLENN, *supra* note 8, at 164.
- (140) 宗教系私立学校に対する公的助成禁止には、(1)公教育制度維持のための競争の制限、(2)公立学校での移民同化の役割を公務員が担うとの信念、(3)教育水準の維持と社会への説明責任、(4)政府の教育予算の獲得をめぐる宗教間の対立・競争の回避、

(5) 反カトリック感情といった理由があると指摘されている。See GREEN, *supra* note 59, at 7.

(141) See GLENN, *supra* note 8, at 157, 217. Jeffries & Ryan, *supra* note 64, at 305は、宗教系私立学校に対する公的助成の禁止は多様な考えを反映したものであるが、その中でも反カトリックの要因は際立っていると述べ、それは偏見から生まれたものだという。

このような宗教対立を起源とする規定が日本に「輸出」されたことに言及するものとして、see Schempp, 374 U.S. at 257 n.22 (Brennan, J. concurring).

(142) 例えば、ブレイン改正案の連邦議会上院で示された文案には、この改正案は公立学校での聖書朗読を阻むものと理解されてはならないと明記してあった。See BOLLES, *supra* note 96, at 32; GREEN, *supra* note 59, at 214-215. 州憲法上の公立学校での宗教教育禁止規定もまた、聖書朗読を否定するものではないと理解されていたのである。See WALDMAN, *supra* note 111, at 150.

(143) See Feldman, *supra* note 22, at, 68.

(144) See GLENN, *supra* note 8, at 164-165.

(145) See KAESTLE, *supra* note 7, at 99.

(146) See Feldman, *supra* note 22, at 71.

(147) See KAESTLE, *supra* note 7, at 98. See also Mark DeForrest, *An Overview and Evaluation of State Blaine Amendments: Origins, Scope, and First Amendment Concerns*, 26 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 551, 559 (2003). Joseph P. Viteritti, *Blaine's Wake: School Choice, the First Amendment, and State Constitutional Law*, 21 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 657, 668 (1998) は、「共和国が存続するためには、道義をわきまえた市民を育成しなければならない。道徳は宗教に根ざす。宗教は聖書に基づく。公立学校は道義をわきまえた市民を育成する主要な手段である。したがって、公立学校の生徒たちは聖書を朗読しなければならない」という発想が当時の宗教・教育関係者の中にあつたという。

(148) See Viteritti, *supra* note 147, at 668.

- (149) See Feldman, *supra* note 22, at 114.
- (150) この時期にマサチューセッツ州で聖書朗読法が制定されたのは、当時移民排斥の勢力 (the Know-Nothing Party) が政権を獲得したためである。See MICHAEL S. ARIENS & ROBERT A. DESTRO, RELIGIOUS LIBERTY IN A PLURALISTIC SOCIETY 157 (2nd ed. 2002).
- (151) 前掲註(74)参照。See also TYACK, *supra* note 34, at 164.
- (152) See GREEN, *supra* note 59, at 137, 145.
- (153) See Jeffries & Ryan, *supra* note 64, at 304.
- (154) See Tyack, *supra* note 34, at 162. 平塚・前掲註(6)三一五頁、藤枝・前掲註(6)四三頁はともに V. T. THAYER, RELIGION IN PUBLIC EDUCATION 38-42 (1947) を引用して、一八八〇年代から聖書朗読が減少し、一九一三年までには一〇二州しか朗読を要求していないと指摘する。一九世紀末になると移民であったカトリックがある程度アメリカに同化し、中産階級の一部を形成するようになったことと、反カトリック感情が低減したことが理由と考えられる。See NORR, *supra* note 12, at 70.
- (155) See KESECKER, *supra* note 53, at 3. 一九一三年以降一一の州とワシントン D.C. で聖書朗読を義務付ける法律が成立し、他の一〇州がその朗読を容認する法律を可決した。一九三四年の段階では、二三州が法律で聖書朗読を義務付けもしくは容認しつつたどる資料もある (See ALVIN W. JOHNSON, THE LEGAL STATUS OF CHURCH-STATE RELATIONSHIPS IN THE UNITED STATES 26-27 (1934))。一九三〇年代の公立学校における聖書朗読の状況については、原田ほか・前掲註(6)一〇四頁の資料を参照。
- (156) See BOLES, *supra* note 96, at 52.
- (157) See GREEN, *supra* note 59, at 242.
- (158) Act of May 18, 1917, c. 15, 40 Stat. 76. See also *Arver v. United States*, 245 U.S. 366, 375 (1918).
- (159) See FINNEY, *supra* note 58, at 305. アメリカへ帰化の意思を示した外国人も徴兵の対象としたことが、アメリカ文化を

よく知らない兵士を多く生んだ一因と考えられる。新規に到来した移民を含む外国生まれの兵士は、第一次世界大戦の米軍総兵力の約一六%を占めていたといわれる。中野耕太郎『アメリカ合衆国史』③ 二〇世紀アメリカの夢』（岩波書店、二〇一九年）七九頁参照。

(160) See TYACK, *supra* note 34, at 169. 当時、アジア系の移民は同化の対象ではなかった。中野・前掲註(159) 九九―一〇〇頁参照。

(161) See TYACK, *supra* note 34, at 155; GREENAWALT, *supra* note 27, at 16. 二〇世紀初頭の革新主義が社会的弱者救済運動を展開した際に、アメリカ社会に同化していない移民貧困層の存在を顕在化させたことも、公立学校で同化を推進する要素になったといえるだろう。中野・前掲註(159) 四、一四頁参照。

進化論教育を公立学校で禁止するのも、同化の一環といわれる。See TYACK, *supra* note 34, at 155. 進化論教育禁止をめぐる有名な一九二五年のスコップ判決については、see EDWARD J. LARSON, SUMMER FOR THE GODS (1997). また勝田卓也「最高裁は創造説を排除できるのか？」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法と公教育』（成文堂、二〇一七年）六一―八頁も参照。

(162) *Donahoe v. Richards*, 38 Me. 379 (Sup. Jud. Ct., Me., 1854).

(163) *Commonwealth v. Cooke*, 7 Am. L. Reg. 417 (Police Ct. Boston, Mass., 1859).

(164) See BOLES, *supra* note 96, at 33; Berg, *supra* note 108, at 196.

(165) Board of Ed. of Cincinnati v. Minor, 23 Ohio St. 211 (Sup. Ct., Ohio, 1872).

(166) See also Green, *supra* note 118, at 46.

(167) マサチューセッツ州の事例については、see ARENS & DESTRO, *supra* note 150, at 158.

(168) See Cushman, *supra* note 62, at 477.

(169) State ex rel. Weiss v. District Board, 44 N.W. 967 (Sup. Ct., Wis., 1890).

(170) See e.g., *Nessle v. Hum*, 2 Ohio Dec. 60 (1894); *Stevenson v. Hanyon*, 7 Pa. Dist. 585 (1898); *Pfeiffer v. Board of Education*, 77 N.W. 250 (1898); *Wilkerson v. Rome*, 110 S.E. 895 (1921); *People ex rel. Vollmar v. Stanley*, 255 Pac. 610

- (1927); Kaplan v. Independent School Dist. 214 N.W. 18 (1927).
- (171) *See also* Cushman, *supra* note 62, at 477-478.
- (172) *See* KESECKER, *supra* note 53, at 3.
- (173) *See* BOLES, *supra* note 96, at 54.
- (174) School Dist. v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).
- (175) Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962).
- (176) *See* GREENAWALT, *supra* note 27, at 37; Berg, *supra* note 108, at 193.
- (177) Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992); Santa Fe Independent Sch. Dist. v. Doe, 530 U.S. 290 (2000).
- (178) Kennedy v. Bremerton School Dist., 142 S. Ct. 2407 (2022).
- (179) シーモア・M・リップセツト (上坂昇・金重紘訳)・アメリカ例外論 (明石書店、一九九九年) 一八頁参照。 *See also* Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 573 U.S. 682 (2014); Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al., 138 S. Ct. 1719 (2018).
- (180) *See* GREEN, *supra* note 59, at 34.
- (181) *See id.* at 8.
- (182) *See id.* at 257. 高畑英一郎「宗教条項の原意を探る」〔二〇二〇〕アメリカ法二五八―二五九頁も参照。アメリカ憲法の原意主義的解釈全般については、アントニン・スカリア (高畑英一郎訳)『法解釈の問題』(勁草書房、二〇二三年) 参照。

ブリュッセルI a 規則における 消費者保護規定とターゲットイング論

——第一七条(1)(c)におけるターゲットイング基準について——

中 村 進

第一章 はじめに

第二章 I a 規則の消費者保護規定とターゲットイング基準

第三章 ターゲットイング基準に関する判例・学説

第四章 終わりに

第一章 はじめに

本稿は、欧州連合 (European Union : 以下、EUとする。)の域内における裁判管轄と裁判の承認・執行に関する統一規則を定めた「民事及び商事事件における裁判管轄並びに裁判の承認及び執行に関する二〇一二年一月二日の欧州議会及び理事会の (EU) Nr.1215/2012規則」(以下、I a規則と略す。¹)において、消費者契約事件に関する管轄を定めた第二章第四節第一七条(1)(c)に規定される「に向けられた」(directs...to)の表現の解釈に関するEUの判例・学説における議論の展開を紹介することで、わが国の国際裁判管轄における消費者保護に関する議論の一層の進展に寄与せんとすることを目的とする。

今日、IT技術は日進月歩で、常に新たな展開を見せている。こうした状況の中にあつて、法律は常に、新IT技術の登場に伴って発生した新たな展開への対応が迫られている。それは、IT技術に基礎を置く電子商取引の分野においても同様であり、AI (Artificial Intelligence) 、IoT (Internet of Things) 、クラウド (cloud) など、新IT技術を利用した新たな取引形態が次々と登場し、それに適した規律方法が常に検討されている状況にある。

IT技術の進化に伴う法律の対応について、長くオンライン紛争に関する様々な問題に取り組んでいる研究者の一人である Svantesson は、オンライン紛争の裁判管轄問題の進展を四つのフェーズに区分している。² それによると、Word Wide Web (WWW) の登場からミレニアム移行前までの The World Wide Web 期 (1991-99) 、インターネットを介した行為に対する管轄をアグレッシブし主張した過剰規制 (over-regulation) 期 (2000-09) 、過剰な管轄権の主張を回避する規制不足 (under-regulation) 期 (2010-14) があり、その後様々な組織がインターネット管轄に関する規

制を行うことによる複数の管轄が競合するハイパーレギュレーション (hyper-regulation) 期 (2015-) が現在まで続くという。このような激しい変化の中で、EUは一貫して、インターネットの登場により国際商取引の当事者として登場した消費者を経済的及び情報力の点で弱者であるとみなし、積極的にその保護を図っている。

国際取引の当事者である消費者につき、消費者契約を巡る紛争における裁判管轄の問題において、どのように保護を図るかは、重要な問題となっている。この点について、EUでは、特別規則を設けて消費者保護を図るアプローチが採用されているのに対し、そのような管轄規則を持たないアメリカ合衆国では、裁判官の裁量に基づいて保護を図るアプローチが採られている。これらの電子商取引の先進的な地域に限らず、その他の国・地域や国際的な機関において採用されるアプローチをも含めて、管轄に関する法比較を行い、適切なアプローチについて検討することは、消費者が国際取引の当事者として今後も参加し続けることや、新たなIT技術の登場により、電子商取引に新たな枠組みが出現し、それに対応するための適切な法的システムが常に求められることが今後も予想される状況を考慮すると、大いに意義のあることと考える。⁽³⁾

I a 規則は、次章において説明されるように、消費者保護の観点から裁判管轄規則についての特例を定め、その第一七条(1)(c)において、事業者がその商業的活動を消費者が住所 (domicile) を有するEU構成国内において行うか、その構成国を含む複数の国に「向けて」行っているときは保護規定の適用を受けると定め、その場合は同第一八条(1)により、消費者は、契約の相手方に対して行う訴えについて、自身が住所を有する構成国内の裁判所で提訴することが容認される。この保護的な管轄規則の適用に、事業者がその活動を消費者の住所地向けていることを求める要件は、「ターゲティング基準」とか「ターゲティング論」などと呼ばれる。わが国においては、消費者契約紛争の国際

裁判管轄を扱った論文は幾つかあるが、この「に向けて」⁽⁴⁾について焦点を当てて論じた文献はなく、この点に関するEU法における議論の展開を考察することで、ターゲットニング基準に関する他の法域における議論との比較検討の第一歩としたいと考える。

様々な国における国内的・国際的な組織が、異なる法律制度や考え方に基づき、インターネット上の越境的な紛争についての裁判管轄規則を定め、その結果、複数の管轄の競合が見られるハイパーレギュレーション期にあつては、電子商取引が関わる契約や不法行為についての訴訟がどこで開始されるかは不明瞭であり、電子商取引を行う企業やウェブ・サイトの所有者及び消費者らが、それを予測することは非常に困難である。今後の電子商取引の一層の発展のためには、そのような状況を少しでも解消し、越境的な紛争に関する管轄について法的安定性や予見可能性をできる限り確保することが必要となる⁽⁵⁾。そのための一方法として、管轄規則を国際的に調和させることが重要であり、比較法的な考察を通じて、異なる法制度の一致点を探ることは、意義のあることと考える。

第二章 I a 規則の消費者保護規定とターゲットニング基準

本章では、I a 規則中の消費者保護規定とその第一七条(1)(c)に置かれるターゲットニング基準について紹介する。消費者保護規定は、何度かの修正を経て現在の規定となっているが、EUの消費者保護に関する考えについての理解を深めるために、先ず、同規則中の消費者保護規定の成立までの沿革について概説することから始め、その後、一七条(1)(c)に規定されるターゲットニング基準について論じたい。

1 ブリュッセル規則における消費者保護規定の成立まで

I a 規則は、一九六八年のブリュッセル条約（以下、条約と略す⁽⁷⁾）をそのスタートとする。同条約は一九七三年に発効しているが、当初は、割賦販売とローンによる商品販売に関する契約について買主と借主の保護を提供するのみであり、「消費者」という言葉もなかった。その後、デンマーク、アイルランド及び連合王国の新加盟に伴い締結された一九七八年加盟条約⁽⁸⁾において、同条約第二章第四節（第二三条（第一五条））のタイトルが「割賦行為事件の管轄」から「消費者契約事件の管轄」（第二三（第一五条））と変更され、「消費者」は、契約を「その商業上若しくは専門的職業上の活動とは関係ない（outside his trade or profession）」とみなしうる用途のために締結した⁽⁹⁾者と定義づけられた（第二三条（1））。また、保護される消費者の範囲についても、動産の割賦販売とローンだけでなく、その他の動産とサービスの供給を目的とする契約で、「(a) 契約締結に先立ち、消費者の住所地国において、特別の申込又は広告が行われており、かつ (b) 消費者がその国で契約締結に必要な行為をおこなったとき」（同項）にも拡大された。この一九七八年修正法は、一九八〇年に成立した「契約上の債務の準拠法に関する条約」（ローマ条約⁽⁹⁾）と一緒にあって、消費者契約における進歩的、包括的且つ体系的な保護的抵触法の基礎を築くことになった。

条約は、同条約の並行条約として欧州自由貿易地域（EFTA）との間で締結されていたルガノ条約⁽¹⁰⁾の改正の検討がなされたことが発端となり、一九九七年一月に欧州委員会（European Commission）に改正の提案がなされた。一九九九年四月に修正作業は終結したが、修正においては、それ以前の一九九三年一月に欧州連合条約（マーストリヒト条約）が発効し、欧州共同体（EEC）からEUとなったことにより、法形式についても、EUの立法者らに立法の権限が与えられることになり、条約から共同体派生法の一つである規則となったことを受けて、規則とすることが

提案された。⁽¹¹⁾その後、欧州議会の意見を受けて修正が行われた後、二〇〇〇年二月二二日にブリュッセルI規則(以下、I規則とする)⁽¹²⁾は成立した。一九七八年法の修正を促したのは、マーストリヒト条約による立法形式の変更とともに、一九九〇年代に登場した後、急速な拡大を見せていた電子商取引の存在もあった。

EUは、早くから電子商取引の発展に積極的に臨み、一九九七年四月、欧州理事会(European Council: 以下、理事会と略す。)は「電子商取引に関する欧州イニシアティブ」⁽¹³⁾を公表し、欧州連合を「電子商取引の中心地」とすると宣言を行った。同イニシアティブに基づいて、Directive 97/7 EC (the Distance Selling Directive) & Directive 1999/93/EC (the E-Signatures Directive) をはじめとする様々な指令(Directive) & 規則(Regulation) を制定されることになった。このような電子商取引を促進するための政策の中で、電子消費者契約における弱者である消費者の保護が検討されることになる。

消費者保護についてEUでは、既に一九九三年に欧州委員会(European Commission: 以下、委員会と略す。)より、単一市場における消費者の司法アクセスと消費者紛争の解決に関するグリーン・ペーパー⁽¹⁴⁾が公表され、一九九六年には、域内市場における消費者の司法アクセスと消費者紛争の解決についてのアクション・プランに関するコミュニケ⁽¹⁵⁾が採択されていた。同プランには、裁判手続への簡素化されたアクセスを導入するための規定が設けられていた。このような背景から、I規則においては、電子商取引の登場により、消費者が国際取引の当事者となることによつて、電子商取引においても弱者であると考えられた消費者を保護するための規定が置かれるようになることは必然であったといえる。

2 ブリュッセルI規則とIa規則

二〇〇〇年に成立したI規則は、概ね満足の行くものであったとされるが、委員会自身が行った構成諸国内における同規則の適用に関する調査の報告や国際私法専門家を中心とする団体による修正提案などを受けて、二〇〇九年のGreen Paperを採択し、二〇一一年に修正の提案が行われて、二〇一一年にI規則はIa規則（施行は、二〇一五年一月一日）として成立した。本稿の目的であるターゲットイング基準については、I規則において初めて設けられ、Ia規則においてもそのまま受け継がれていることから、ここでは便宜的に両規則を合わせて本節で概説する。

I規則は、第二章第一節第二条以下に裁判管轄に関する一般規定を置き、別段の定めがある場合を除いて、構成国の領域内に住所を有する者に対しては、その国籍を問わず、その構成国の裁判所の領域内に提訴できる旨を規定する。同章第二節第五条以下には、特別管轄に関する規定が置かれ、管轄は、契約事件につき請求の基礎となる義務履行地又は履行されるべき地の裁判所に（第五条(1)(a)）、不法行為又は準不法行為事件につき損害をもたらす事実の発生地か発生する危険がある地の裁判所に認められる（第五条(3)）。また、第五条(1)(b)には、物と役務の履行地についての定義づけが置かれたが、オンライン上で購入されるデジタルの「物」と役務の履行地についての定義づけの必要性が指摘されていた⁽²⁰⁾。これらの規定の適用を受けない特則として、経済的弱者の保護の観点から、同章第五節一五条から第一八条において、消費者契約についての管轄規定が置かれている。

消費者契約に意味について、I規則第一五条(1)には、「消費者によりその取引又は専門の活動とは関係ないとみなしうる用途のために締結された契約」と規定されるとともに、その適用を受ける消費者契約については、動産の割賦

販売契約、動産購入代金の融資に関する契約及び「その他の場合において、消費者が住所を有する構成国において商業的若しくは専門的な活動を行う者、又は、何であれ、この構成国に若しくはこの構成国を含む複数の国に向けてその活動 (directs such activities to) を行う者により締結された契約で、この活動の枠内に含まれるもの」(同項(c))と定められている。このI規則第一五条(1)(c)は、I a規則においても修正されず、第一七条(1)(c)としてそのまま残っている。この規定については、後に、より詳細に検討する。

消費者契約事件の管轄に関するその他の規定として、I規則第一五条(2)において、消費者契約の相手方が構成国内に住所を有しない場合であっても、「その者が構成国内に支店、代理店その他の営業所を有しているときは、その業務に関する紛争については、その構成国の領域内に住所を有するものとみなす」と定められている。また、同第一六条は、消費者保護の観点から、消費者の裁判所へのアクセスを確保するため、消費者の相手方に対する提訴は、相手方が構成国内に住所を有するときは、消費者の住所地国の裁判所か又は相手方の住所地国の裁判所に提訴できるが、逆に相手方が消費者を提訴する場合には、消費者の住所地国の裁判所における提起のみが容認される⁽²¹⁾。更に、同第一七条により、第四節(第一五条~第一七条)の規定について別段の合意をすることは可能であるが、それは、①紛争発生後になされたとき、②合意が、消費者に対し本節により管轄が認められる裁判所以外への提訴を認めるものであるとき、③同一構成国内に住所又は常居所を有する消費者と相手方との合意であって、且つその国の裁判所に管轄を認めるものである場合にのみ容認されるため、消費者は自身の住所国の裁判所で提訴する権利を奪われなることなく、裁判所へのアクセスが保障されている⁽²²⁾。これらの規定についても、ほぼ修正されることなく、I a規則に受け継がれている。

一方、I a 規則では、裁判管轄に関する規定について、一般管轄を定めたI 規則第四条(1)の文言に若干の修正が施されたものの、I 規則の諸規定が一部を除きほぼそのまま受け継がれ、I 規則第一五条から第一七条は、I a 規則第一七条から第一九条として再配置されている。修正された点は、一部の管轄規則は、I 規則においてもEU域外に住所を有する被告に対しても及ぶことが定められていたが、その範囲がI a 規則では更に拡大されたことにある。つまり、I 規則では、その第四条(1)において、被告が構成国内に住所を有していないときは、専属管轄(第二三条)と合意管轄(第二三条)の場合のみを例外として、各構成国は自国法を適用し管轄を判断できると定められていた。修正されたI a 規則第六条(1)においては、その例外の中に、一定の消費者契約(I a 規則第一八条(1))と個別的労働契約(I a 規則第二一条(2))の場合も含めるように修正された。その結果、EU域内に居住する消費者の契約紛争について、各構成国は自国法を適用して管轄を決定できなくなり、消費者は、I a 規則を根拠に相手方事業者の所在地を問わず、つまり、それがEU構成国以外であっても、自身の住所地の裁判所に訴えを提起できることになった。この点について、I a 規則解説(Recital) (14)は、被告の住所とは関係なく新規規則が適用されるように修正した意図について、消費者等の弱者保護の確保にある旨を述べている。特に、EU域内のどの構成国にも所在することなく容易にEU域内を標的として事業活動を行うことができる電子商取引においては、こうした保護的な管轄規則をEU域外の事業者に拡大するは、必要なことであると評価されている⁽²³⁾。しかし、I a 規則は、EU域外の第三国に所在する事業者がEU消費者をEU域外で提訴すること、及びEU構成国がEU域外の第三国の消費者に対して管轄権を有することまで否定するものではない⁽²⁴⁾。このようなI 規則やI a 規則の越境的な取引における消費者保護の背景には、TFEU⁽²⁵⁾第一六九条とCFREU⁽²⁶⁾第三八条に規定されるEUの基本政策としての消費者保護の重要性の主張があるとされる⁽²⁷⁾。

以上のようにI規則を受け継いだI a規則にも、経済的弱者である消費者保護の観点から、消費者契約の裁判管轄に関する消費者保護規定が置かれている。その中で、I規則第一五条(1)(c)を受け継いだI a規則第一七条(1)(c)は、保護が与えられる消費者契約について、事業者がその活動を消費者の住所地の構成国又はその構成国を含む複数国に向けて行っている契約に制限する。そこで次節において、ターゲティング基準と呼ばれるこの「向けてその活動を行う」⁽²⁸⁾要件について検討してみたい。

3 I a規則第一七条(1)(c)のターゲティング基準

本節では、まずI a規則第一七条(1)を概説し、その後、同項(c)号において採用されるターゲティング基準(targeting criterion)について検討する。

(1) I a規則第一七条(1)

I a規則第一七条(1)は、その本文において、「消費者によりその取引又は専門の活動とは関係ないとみなしうる用途のために締結された契約事件の管轄は、次に掲げる契約については、本節(Ⅱ第四節)の規定による。但し、第六条及び第七条第五号の適用を妨げない」(括弧内を加筆)と述べた上で、第四節の規定の適用が優先される場合として、動産の割賦販売契約(同項(a))、動産の購入を目的とする分割弁済の金銭消費貸借又はその他の信用貸付契約(同項(b))と並んで、同項(c)において、「その他の場合において、消費者が住所を有する構成国において商業的若しくは専門的な活動を行う者、又はその構成国に若しくはその構成国を含む複数の国『に向けて』その活動(directs such activities

⑤) を行う者により締結された契約で、この活動の枠内に含まれるもの」(二重括弧を加筆) を掲げる。

消費者事件の裁判管轄について定めた I a 規則第四節の規定(第一七条(1)第一九条)は自己完結型で、実体的及び人的な適用に關し独自の基準に従うため、一部の例外を除いて、一般管轄を定める第四条、特別管轄についての第七条・第八条及び合意管轄に関する第二五条の諸規定の適用は排除される⁽²⁹⁾。また、特定裁判所の専属管轄権について定めた第二四条は、第四節の規定に優先する⁽³⁰⁾。

I a 規則の消費者保護規則は、第一七条(1)により、次の三つ要件、即ち、①契約当事者の一方がその取引又は専門の活動とは関係ないと見なすことができる状況で活動している消費者であること、②そのような消費者と職業上の活動として活動する者との間の契約が実際に締結されていること、③そのような契約が第一七条(1)(a)から(c)に言及されているカテゴリー内に入ることが満たされた場合のみ適用される⁽³¹⁾。

消費者の概念については、構成国の国内法とは関係なく、I a 規則により独立して解釈され⁽³²⁾、一七条(1)にその定義づけが置かれて、その取引又は専門の外と見なされる得る目的で契約を締結した自然人と規定される。しかし、その概念は、同条が第四条の一般管轄の適用除外として、原告の住所地の裁判所に例外的に管轄権を付与されるものであることから、制限的に解釈されなければならない⁽³³⁾。この消費者保護規定は当事者間に不均衡がある契約について適用されるため、契約相手方も消費者である場合は、第四節の保護規定を享受できない⁽³⁴⁾。他方、その契約の相手方当事者となり得る者については規定中に触れられていない⁽³⁵⁾。この点について、欧州司法裁判所(CJEU)は、*Kamenova* 事件⁽³⁶⁾において、「事業者」(trader)の概念について扱い、Directive 2005/29 (Unfair Commercial Practices Directive) の第二条(b)並びに Directive 2011/83 (Directive on Consumer Rights) の第二条(2)に置かれる定義づけから、事業者である

ためには、自身の取引、ビジネス、工芸若しくは職業に関する目的のために、又は事業者の名前若しくは代理として活動する必要があると述べる。また、商業的活動若しくは取引活動に従事していない個人を指し、正反対に置かれる「消費者」(consumer)の概念に関連して事業者の概念は決定されなければならないとする。その上で、契約関係が自身の取引、ビジネス又は職業の過程で提供される活動の中にあるか否かの決定を要求する機能的概念であるとする³⁷⁾。

I a 規則はまた、保護規定を享受するには、契約が第一七条(1)(a)から(c)に言及されているカテゴリー内に入ることにも要求するが、動産の割賦販売契約(a号)と動産購入融資目的とする割賦弁済の金融消費貸借その他の信用貸付(b号)については、事業者が消費者の住所を標的にしていたか否かは関係なく、常に、保護的管轄規則が適用される。しかし、その保護は、消費者信用の授与が「動産購入」(sale of goods)に關してのみ提供されていることを要し、サービス又は動産でない何かを購入するために信用が授与される場合は、(a)号と(b)号は適用されない³⁸⁾。そのため、「動産購入」とは何を指すのかが、特に電子商取引においては、デジタル製品の購入が動産の購入に該当するのかが問題となる。この点について、構成国の国内法を参照するのではなく、EU規則に含まれる用語として自律的に解釈されるべきとし、消費者権利に関するEU指令³⁹⁾の第二條(3)の「動産」(goods)の定義やCar Trim事件⁴⁰⁾などを検討した上で、一般的な及び特別注文の双方を含めて物質を媒体として購入されるデジタル・コンテンツに関する契約は(a)号と(b)号における「動産購入」に含まれるが、無形のデジタルの購入に関する契約はそれらから排除されるべきとした指摘がある⁴¹⁾。

(2) 第一七条(1)(c)におけるターゲティング基準

I a 規則第一七条(1)(c)は、「その他の場合において」(in all other cases)と述べ、特にインターネットを介して締結される電子消費者契約を念頭に置きながら、保護の範囲を同条(1)(a)及び(b)においてカバーされる契約以外のあらゆる取引に拡大するよう意図されている。⁽⁴²⁾ (c)号はまた、契約が締結される方法について、①事業者が消費者の住所で商業的又は専門的な活動を行っているか、②事業者がその商業的又は専門的な活動を消費者の住所地の構成国又はその構成国を含む複数国に向けている場合で、且つ契約が事業者の活動の範囲内で締結されている必要があると定める。

①の要件は、事業者がその活動を消費者の住所のある構成国で「行う」(purses...in)ことを求めるものであるが、電子商取引には適合しない可能性があることが指摘されている。つまり、これは、事業者が標的とした構成国内で物理的に活動を行っていることを求めるものと解することができるが、物理的な所在 (physical presence) が要求されたものと解すると、電子商取引事業においてそれは、事業者の本社所在地若しくは管理業務地か、又はウェブ・サイトが置かれているサーバーの所在地と考えられるが、電子事業者は、それらが所在する国のみを標的にして継続的又は体系的な取引を行うだけでなく、それ以外の国に向けて行う場合もある。従って、電子商取引の発展のためには、物理的な所在の要件は回避されるべきで、むしろ、事業者又は代理人の形式的な所在や場所ではなく、事業活動の性質と実体が考慮されるべきである。⁽⁴³⁾

②の事業者がその活動を消費者の住所地国「に向けて」(direct...to) いることを求める要件は、ターゲティング基準 (targeting criterion) とかターゲティング・テスト (targeting test) と呼ばれる。⁽⁴⁴⁾ これは、インターネットで締結される消費者契約を考慮した要件であるとされ、'by any means'の語句が用いられていることから、インターネットを

含め、どのような手段を用いたものであれ、事業者がその活動を消費者の住所地国を含む複数国に向けている場合であることを要求する。⁴⁵ I規則以前の一九六八年の条約を修正した一九七八年の加盟条約は、その第一三条(1)(a)及び(b)において、消費者保護規定の適用の要件として、契約締結に先立って消費者の住所地国で特別な誘因 (invitation) 又は広告 (advertising) が行われ、且つ消費者がその住所地国で契約の締結に必要なステップを取っていることを要求していた。これらの要件は、消費者の住所地国に管轄を容認するため要件として、その国と当該訴訟との地理的な結び付きを求めるものであるとされていた。そのため、仮想環境 (virtual environment) で行われる個人の契約上の行為を特定の地理的な場所に結び付けることが困難である電子商取引においては、より柔軟な基準を採用する必要性が生じた⁴⁶とされる。

被告がその活動を「に向けている」という表現は、I a規則第一七条(1)(c)の前身のI規則第一五条(1)(c)が成立する以前から既に見られていた。二〇〇五年にハーグ国際私法会議において採択された「管轄合意に関する条約」の成立過程で一九九九年に提案された条約草案の第七条(1)(a)に、消費者の常居所地国の管轄を容認する要件として、被告の活動が消費者の常居所地国に「向けられた」ことを要件とする旨の表現があり、I規則第一五条(1)(c)の文言への影響が少なからずあったものと思われる。同草案がこのような表現を用いたのは、消費者に到達可能な広告手段は、伝統的な手段のみに限られず、インターネット上で行われる広告が契約の申込に至るように、電子的手段を介し事業者がその活動を向けている場合についても念頭に置かれていたとされる。⁴⁷

I a規則中に、消費者の住所地国「に向けられた」活動を定義づける規定はない。しかし、契約債務の準拠法に関するローマI規則⁴⁸の解説²⁴が、同規則と裁判管轄に関するI規則の概念は調和的に解釈されるべきことを指摘するな

かで、I規則第一五条に関する理事会と委員会による共同宣言⁴⁹が、インターネット・サイトが単にアクセス可能であるという事実は、I規則第一五条（I a規則第一七条）の保護が適用されるには不充分であると述べている点は参考になる。そのため、事業者のどのような活動が消費者の住所地国「に向けられた」ものかの決定が必要となるが、それについて論じたC J E Uの判決と学説を次章において紹介したい。

第三章 ターゲティング基準に関する判例・学説

本章では、I a規則第一七条(1)(c)のターゲティング基準について、I規則第一五条(1)(c)の適用時に下されたものであるが、そのリーディング・ケースともいえるC J E Uの *Pammer* 事件⁵⁰と主要な学説について考察する。

1 *Pammer* 事件

C J E Uは、*Pammer* 事件において、I規則第一五条(1)(c)について次のように論じている。「その活動を…に向け」(directs such activities to)の表現が、複数構成国に向けて活動を行う事業者の意図を述べているのか、又は単に事実上それらの構成国に向けられた活動を指すのかは、I規則第一五条(1)(c)からは明確でない。従って、複数構成国を標的にする事業者の意図の有無が要求されるのか、またそうであれば、その意図はどのような形で現れるかが問われる。その意図は、消費者の住所地国への新聞・テレビなどの伝統的手段を介して行われた広告やカタログの直接的な送付を含むあらゆる形式の広告方法の中に現れており、ここでは当該構成国内で自己の名を知らしめるための費用の支出という事実が、事業者の構成国に向ける意図の存在を証明すると (paras. 63-67)。

しかし、追加的な費用の支出を伴わないインターネット広告の場合、そのような意図が事業者に常に存在するとは限らず、領域外の消費者を標的にする事業者の意図の有無とは無関係に、世界中のあらゆる国からウェブ・サイトへのアクセスが可能である。だがそれは、「その活動を…に向けて」行うという表現が、ウェブ・サイトが構成国から単にアクセス可能であることに結び付けて解釈される必要があることを意味しない。そのことは、EU立法者がウェブ・サイトの単なる存在と規定せず、他の構成国「に向けて」活動と規定していること、及び構成国内からアクセス可能な電子的手段による動産又はサービスの販売が活動を構成国「に向けて」を構成する旨の説明をI規則の解説中に挿入するよう求めた委員会からの提案をEU立法者が拒否したことより明白である。この解釈はまた、ウェブ・サイトへの単なるアクセス可能性はI規則第一五条(1)(c)の適用には充分でないとした、I規則採択時の理事会と委員会との共同宣言によっても裏付けられる。従って、第一五条(1)(c)の適用には、事業者が消費者の住所地国を含む複数構成国で消費者と契約を締結する意図があるという意味で取引の実行を考えていたことを証明する証拠には何があるかについて判断する必要がある (paras. 68-75)。

そうした証拠には、ウェブ・サイト上の事業者の電子メール・アドレス、地理上の住所、国際コードのない電話番号といった情報は含まれない。それらは、事業者がその所在地国内の消費者と契約を締結するためにも必要であり、事業者がその活動を複数構成国に向けていることを意味しないからである。また、オンライン上で提供されるサービスについて、電子商取引指令⁵¹第五条(1)(c)が、サービス提供者に対し、その享受者との契約締結前に、享受者に電子メール・アドレスなどの通信可能な情報の提供を義務づけるため、事業者は、その活動を自身の所在地のみに向ける場合でも、それらの情報を提供しなければならない。従って、事業者のサイトを、そのサイトを通じてオンライン上

で契約を締結することを可能にする双方向的な (interactive) サイトか又はその可能性を提供していないサイトに区分し、前者のみを他の構成国に活動を向けていると解する方法は、決定的なものとはいえない。事業者は、その所在地国以外に住所を有する消費者との取引を意図していたか否かとは関係なく、連絡先の詳細を載せるからである (paras. 76-79)。

活動が向けられていることを立証する証拠の中に、消費者を勧誘する意図の明白な現れの全てがある。そのような事業者の意図の表明には、国名を示した動産又はサービスの提供の申出、構成国内の消費者へのアクセス促進のための検索エンジンのオペレータへの閲覧サービス関連費用の支出などがある。しかし、明白な証拠が存在する場合に限られず、別の証拠と結び付いて、消費者の住所地の構成国に向けた活動の存在を証明できるものもある。例えば、特定の観光旅行のような活動の国際的性質、国際番号コード付の電話番号、事業者の事業所の構成国以外の国のトップレベル・ドメイン名、又は '.com'、若しくは '.eu' のような中立的なトップレベル・ドメイン名の使用、及び複数の構成国からサービス提供地への旅程の説明や様々な構成国内に顧客を有する旨の言及である。使用された言語・通貨は、事業者が活動する構成国内でそれらが広く使用される場合、事業者がその活動を複数構成国に向けているか否かの決定要因とはならないが、サイト上で異なる言語・通貨の使用を消費者に認める場合は、事業者の活動が他の構成諸国に向けられていと結論づけることが可能な証拠となり得る (paras. 80-84)。

Pammer 事件のターゲティング基準に関するこのような判断については、批判はあるものの、⁵²⁾ 学説にも大きな影響を与え、様々な文献において引用されることになる。そこで次に、同事件以降に公表されたものを中心に若干の学説を紹介したい。

2 学説

Asensio は、I a 規則第一七条(1)(c)の消費者の住所地国「に向けられた」活動の解釈について、*Pammer* 判決と同様に、契約締結前に消費者の住所地国内の消費者と取引を行う事業者の意図を証明する証拠が重要であり、事業者のインターネットのコンテンツとその設定、及びその全体的な活動に注意を向ける必要があるとする⁽⁵³⁾。また、これも同判決と同様に、電子的契約の締結を可能にするサイトという意味で能動的な (active) サイトと受動的な (passive) サイトの区分は、決定的でないとする。その根拠として、双方向型 (interactive) ではないサイトも、他の手段でビジネスを行い、消費者との契約の締結を促進することを意図している可能性があり、別のCJEU判決⁽⁵⁴⁾においてもまた、特別保護規則の適用に消費者と事業者間の契約について隔地的に締結されることが要求されていないとする⁽⁵⁵⁾。更に、*Emrek* 事件判決⁽⁵⁶⁾により、消費者保護の特別規定の適用には、事業者の商業的又は専門的な活動を消費者の住所地の構成国に向けてるために採用された手段と締結された消費者契約との間に因果関係の存在は要求されないものの、その存在は、実際に消費者の住所地国に活動が向けられていたことの強い証拠となる可能性があることと判示されていることを指摘する⁽⁵⁷⁾。その上で Asensio は、その証拠の可能性があるものについて、*Pammer* 判決による例示列挙に従い、上記の、国名を示した動産・サービスの提供の申出のような明白な証拠のみならず、活動の国際的性質、事業所所在地国以外の国のトップレベル・ドメイン名など、別の証拠と結合して消費者の住所地国に向けられた活動と決定できる関連要因を挙げる⁽⁵⁸⁾。

Asensio はまた、別のCJEU判決⁽⁵⁹⁾が、消費者と事業者との間の契約で、契約自体は消費者の住所地の構成国に向けられた活動の範囲内に入らないが、その契約が同一当事者間で事前に締結されていた契約と密接に関連する場合、

I a 規則第一七条(1)(c)が適用される可能性があると判示していたことを指摘し、関連する契約が向けられた活動の範囲内に入ることが必要であるとする。同判決によれば、その場合の先の契約と後の契約との結び付きの有無の判断要因は、両契約の当事者が法律上又は事実上同一であること、両契約が同一の特定内容に関連し且つ同一の経済的目的を有すること、及び後の契約が先の契約の経済的目的の達成するために最初の契約を補完することであるとされた。⁽⁶⁰⁾

消費者がプラットフォーム・マーケット (Platform Market) 又はオンライン仲裁サービスを介して契約を締結する場合については、事業者がその活動を消費者の常居所地国に向けているか否かの評価は、原則として、プラットフォーム自体に関する評価とは区別されるが、その活動を特定の国に向けてプラットフォームを介して製品を市場に流通させたときは、その商用利用者もまた、同国の消費者にその活動を向けている証拠となること⁽⁶¹⁾ Asensio は述べる。更に、ブリュッセル体制とローマI規則の消費者保護的制度は、実際に締結されている契約のみに適用されるが、CJEUの判例が、⁽⁶²⁾ 隔地的な動産又はサービスの予約や隔地的な消費者契約の締結について、契約が消費者の住所地国に向けられた商業的活動と結び付いていることの徴候であると判断したことに注目して、ユーザの位置情報を扱う技術であるジオロケーション・ツール (geolocation tool) の進行する発展とその利用可能性は、事業者のインターネットの存在とその全体的な活動を評価する場合に、非常に重要であると指摘する。⁽⁶³⁾

次に、Tang は、ターゲティング基準に関し、次のように述べる。⁽⁶⁴⁾ 「向ける」 (direct : to) の要件はより柔軟且つ不確定であり、特定の国家とそれ程強く結びついていない広範な商業的活動のカバーすることを目的とするが、事業者の活動は、散発的且つ偶然である可能性があり、また事業者による事前の準備とは無関係に生じていることがあり得

る。従って、その表現の正確な意味についての公式解釈がないままで、理解されるべきでなく、規定が置かれた目的に沿って解釈されなければならないと指摘する。その上で、「向ける」の要件について、ウェブ・サイト取引 (Website Trading)、電子メール取引 (Email Trading) 及び電子メールとウェブ・サイトを組み合わせた取引 (Combination of Email and Website Trading) に区分し検討を行う。後者の二つの取引について Tang は、前者の取引の理論を用いることが可能であることから、ここでは、前者のウェブ・サイト取引についてのみ紹介する。

ウェブ・サイト取引は、電子商取引の最も普遍的且つ一般的なタイプであり、ここでは事業者と消費者との通信は、複数目的を有するサイトを通じて達成される。事業者は、純粹に広告目的のサイトを設けることができるが、潜在的な消費者との直接的な通信のために双方向的サイト、注文の受け入れサイト、及び商業的取引の全手続きを自動的に行うウェブ・サイトにすることも可能である。サイトは、その設置が容易且つ安価で、いつでもどこからでも、また誰でもがアクセスできるようにすることが可能な、強力な商業的装置である。そのため、事業者がウェブ・サイト取引においてその商業的活動を消費者の住所地に向けているか否かの決定は困難であるものの、その問題の解決策を提供する可能性のある五つの理論がある。そこで次に、それらの理論と、それらを併用する考えについて検討する。

① アクセス可能性 (Accessibility)：消費者がその住所地内で商業的ウェブ・サイトにアクセスできる場合、その運営事業者は、その活動を消費者の住所地国に向けていると考えるものである。⁶⁵ この立場は、特に消費者保護を目的に置くものであるが、ウェブ・サイトは、通常、世界中のどこからでもアクセス可能であるため、合理的な考えと見ることはできない。この立場は、潜在的に、電子事業者を全ての構成諸国の裁判管轄に従わせ、電子商取引の発展を損なう可能性がある。そのため、この解釈は、上記の I 規則第一五条に関する理事会と委員会による共同宣言や

Panner 事件などによっても否定されている。⁽⁶⁶⁾

② 収益性 (Profitability) : 事業者が消費者の住所地で収益を得ている場合、その活動をその地の国に向けていると考えるアプローチである。事業者がある法域を標的とする意図がない場合でも、契約締結の結果、事業者は契約から収益や恩恵を得ているため、事業者がその国家の裁判管轄に服することは経済的に公平である。しかし、単なる経済的效果は、管轄の主要な考慮として機能すべきではない。事業者は締結したあらゆる契約から利益を得ているため、収益性の理論によると、単に消費者契約が存在するだけで、事業者がその活動を消費者の住所地国に向けていることを充分に示唆することになり、一度契約が成立すると、その事業者は保護的管轄に服することになる。これは、一定の「関連性」(links) を作るための何らかの努力を行った場合にのみ、事業者は消費者の住所地の管轄に服することになるように一定の要件が設けられているはずの第一七条(1)(c)の目的と明らかに矛盾する。

③ 国固有の指標の存在 (The Existence of Country-Specific Indicia) : 事業者がその商業的活動を消費者の住所地に向けているか否かの決定に、国固有の指標の存在を利用して、ウェブ・サイトが特定のドメインに登録され、ウェブ・ページには特定国で使用される特定言語が用いられ、受け入れ通貨もその国のもの以外を指定していない場合、ウェブ・サイトは、国固有の指標によって示される特定の国家を標的として見ると見る考えである。このような国固有の指標として、ドメイン名、使用される言語・通貨だけでなく、‘fr’ (France), ‘de’ (Germany), ‘it’ (Italy) のような国別トップレベル・ドメインも含まれる。しかし、これらの指標は、ときに誤解を招く。ドメイン名に関し、gTLD (generic top-level domain) は国の指標を伝えず、ccTLD (country-code top-level domain) を事業者が悪用して、あるウェブ・サイトにつき特定のドメイン名を登録することにより、実際に標的としている法域に服することを回避すること

が可能である。言語については、英語やフランス語などの幾つかの言語は、EU内の複数国家で公式な言語として使用されており、また、ユーロの採用により、通貨も、標的とされた国についての情報をほとんど提供しない。

I規則に関する理事会と委員会との共同声明においても、固有の指標は、保護的管轄規則を適用させるための重要な要因ではないとされる。しかし、これらの指標は、欠点はあるものの、意思の決定に役立つ可能性がある。指標の重要性は、ケースにより異なるが、ほとんどの指標が特定の国に向けられる場合、これらの指標は、裁判所が考慮すべき強力な要因となり得る。これらの指標は、事業者が活動を他の諸国に向けていないことを示すための否定的な防御としては使用できないが、事業者が確かにそれらの指標によって示された国を標的とすることを示すために肯定的な要因としては使用することが可能である。

④ 活動 (Activity) : 特定の国に向けられているか否かを事業活動に基づいて決定する考えで、裁判所は、事業者が積極的に国内の消費者と契約を締結しようとしているか、又は消費者によって進められた受動的なものであるかを問うことになる。事業者が特定の諸国内の消費者を積極的に標的とする場合、その事業者は、それらの国の管轄に従う可能性を合理的に予測すべきで、保護的管轄規則の適用は事業者の合理的な期待を害しないであろう。

このアプローチは魅力的だが、事業者がある法域又は特定の法域を含む複数法域内で消費者を積極的に求めようとしているか否かの決定は容易でない。より明確に言えば、その「活動」(activity)は、主観的な活動のことか又は客観的な活動かが明確でない。主観的な基準の支持者らは、電子商取引の特殊性を理由に、事業者が誤って意図しない契約を締結した場合を排除できると論じる⁶⁷。だが、事業者の「実際の」(actual)意図の立証が困難であることから、反対論がある。それに対し、客観的アプローチは、事業者の商業的ウェブ・サイトの特徴に基づく判断を基礎に

置いている。事業者のサイトが、単なる情報の提供に留まらず、特定の諸国内に住所を有する消費者との契約締結を意図する場合、そのサイトは、客観的テストに基づき「能動的」(active)であると見る。特に自動的に契約締結ができるように意図される能動的なウェブ・サイトの使用は、積極的に消費者の住所地を標的とする と解されるべきであり、逆に、単なる「受動的」(passive) ウェブ・サイトへのアクセス可能性は、積極的に当該法域内において取引に従事することを示唆しないと⁶⁸⁾。

しかし、このアプローチは、「アクセス可能性」アプローチと同様な困難な問題を生む。例えば、双方向型ウェブ・サイトを介してフランス国内に住所を有する消費者を求めるイギリス会社は、そのサイトがドイツ国内に住所を有する消費者からのアクセスを防ぐことができない。双方向型サイトは、一度そのサイトが設置されると、その活動は、全ての構成国を標的にすると見なされ可能性がある。そのため、*Pammer* 事件判決は、サイト上の連絡先住所、電子メール及び国際コードのない電話番号といった情報について、標的とするか否かの判断基準としなかった。また、それらの情報は、内国取引にとっても必要であり、EU法は⁶⁹⁾ インターネット取引規制のためにそれらの提供を義務づけている。更に、サイトを容易に「能動的」と「受動的」に分類できるといふ見解は非現実的であり、特に事業者が第三者のサイトを利用して電子商取引を行っている場合、「ウェブ・サイト」の活動が事業者の活動と一致しなければならぬとするこの正当化は困難である。

このテストはまた、「主観的な」(subjective) 要素と「客観的な」(objective) 要素の双方を組み合わせるべきとも提案する⁷⁰⁾。これは、「能動的な」ウェブ・サイトと事業者の「意図的な」(purposeful) な活動の双方に関する適切な解釈なしには、ほとんど役立つことがなく、*Pammer* 事件によっても拒否されている。消費者の住所地において一定規

模の活動を展開するという事業者の意図を証明する証拠を要求することは、消費者の保護を弱める可能性があり、また主観的意思や事業目的の探求も、通常、困難且つ非現実的である。

⑤ リング・フェンシング (Ring-Fencing) : 電子商取引において徐々に拡大しつつあるのが、事業者によるその商業的活動の地域を明確に制限するための一定の行動を取ることを容認するアプローチである。⁽¹⁾ 効果的に囲い込まれた活動は、当事者の合理的な期待を保護し、電子商取引における事業者意図の判断の困難性を軽減する。問題は、如何なる囲い込みが有効かであるが、事業者が効果のない囲い込みを消費者保護規定の回避の手段として悪用する可能性がある。

電子事業者がその商業的活動の地理的範囲を明確にする方法として、現在、次の三つがある。先ず、そのウェブ・サイト上やホームページ上の取引条件などで、事業者が特定国の国内又は国外で締結する予定であることを表明する方法である。しかし、この最も簡便な方法が、効果的であると見るのは難しい。ウェブ・サイト上の表明は、その表明へのアクセスが常に明確又は容易とは言えず、消費者が見落とす可能性があり、事業者がそれを悪用することも容易である。従って、表明による囲い込みは、事業者から全ての責任を解放するのに不十分である。第二は、消費者によるコンピュータを介したインターネットへの接続場所の特定が可能なコンピュータ・プログラムを使用する方法である。これは、IP (Internet Protocol) アドレスを識別することにより、特定の領域内にあるコンピュータからのアクセスを阻止するもので、第一の方法と比べより効果的であるが、別の幾つかの問題を生む。つまり、ソフトウェアはコンピュータの所在場所を認識するのみで、その場所が必ずしもコンピュータ使用者の現実の正体を示唆しないため、ソフトウェアによりアクセスが禁止された領域内に住所を有する消費者は、一時的に外国に滞在するとき契

約締結できる一方で、事業者が意図した市場内に住所を有する消費者であっても、アクセスが禁止される領域内に一時的に滞在する間は、取引を拒否される可能性がある。第三は、契約締結前に、消費者に対し個人情報提供を求め方法である。事業者は、その情報に従って消費者と契約締結すべきか否かを選択することが可能となる。例えば、人手を介することなく、電子エージェント (electronic agent) を使用し、消費者から提供された国や郵便番号又は国際ダイヤルコードなどの情報から、事前に選択した地域外の消費者との契約締結を拒否する。だが、これは、契約締結が消費者の虚偽表示に基づくか、消費者が無意識に不正確な情報を提供した場合などに問題が生じる。

リング・フェンシングに懸念があるとしても、このアプローチを放棄する正当な理由はなく、他のアプローチと比較しても効果的であり、例えば、欧州議会によるI規則に関する提案など幾つかのEU文書で受け入れられている。EUは、議会によるこのリング・フェンシングの提案に対して、規定の根本原理と相容れず、管轄を決定するための一般的な連結素としての事業活動という本質的にアメリカの概念に基づくものであるとして、拒否する⁷²⁾。しかし、EUの保護的管轄規則の根本原理は、その一部を連結点としての事業者の活動に依拠し、それが消費者の住所地を標的にする場合のみ、保護的規則が発動される。従って、第一七条(1)(c)における事業者の活動をテストするアプローチの一つとして、その採用を否定する理由はない。越境的な訴訟の困難性や費用を軽減することが可能な適切なシステムがない以上、事業保護のために、事業者の合理的方法による市場の分断は容認されるべきであり、事業者による市場の選択を妨げるべきではない。従って、リング・フェンシング・アプローチは、電子消費者契約における管轄問題を決定するために容認されるべきである。だが、効果の保証や事業者による悪用の防止の観点から、更なる規制が必要である。

⑥ ハイブリッド・アプローチ (Hybrid Approach) : 事業者がその商業的活動を消費者の住所地に向けているか否かの決定に、以上の五つの理論の併用が有効であると提言するものである。特定国内で消費者又は収益を積極的に追及する場合にのみ、事業者は消費者の住所地を標的していると見なすことができる。事業者の意図は、事業者による商業的活動の客観的諸要因によって決定されるべきで、そこには事業者が適切なリング・フェイシングを採用しているか、ウェブ・サイトに特定諸国を指し示す指標があるか、ウェブ・サイトが純粹な広告として完全に受動的であるか、及び事業者はその真意を示唆する別の活動を行っているか否かが含まれる。それは、事業者が消費者の住所地を標的にしていたか否かの決定に、硬直的なテストを回避し、契約のあらゆる状況を考慮する柔軟なアプローチを採用すべきことを意味する。

以上が、Tangによるウェブ・サイト取引に関するターゲティング基準についての見解である。なお、電子メール取引と電子メールとウェブ・サイトを組み合わせた取引について、前者は、ウェブ・サイト取引で論じた議論を用いることができ、後者については、上記⑥のハイブリッド・アプローチを採用すべきともTangは述べている。

次に、その他の学説について、簡単に紹介したい。先ず、Bonamiは、特に電子商取引を念頭に置いて起草されたIa規則第一七条(1)(c)では、当該契約上の行為のある国又は別の国に「位置づける」(localize) ことが必要であるが、同規定はそれに応えていないため、ウェブ・サイトの利用事業者がその活動を特定の複数国に「向ける」(directs) 場合の決定という困難な問題が存すると指摘する。⁷⁴そこで、I規則採択の際の理事会と委員会の共同宣言とPammer事件判決により、単なる事業者のウェブ・サイトにその設置国以外の国からアクセス可能であるという事実、事業者の活動がその国に向けられていると結論づけるには不十分であることは明白であるため、事業者が消費

者の住所地国を含む一つ又は複数の構成国の消費者と商業的關係を確立する意図を有していたか否かを明確にする必要があるとする。そして、この事業者の意図は、事業者によるウェブ・サイト上における特定国についての言及や消費者の住所地国までの費用の事業者による負担のような明白なものに限られず、*Pammer* 事件において示されたように、当該活動の国際的性質、国際コード付きの電話番号、トップレベル・ドメイン名の使用などの中にある。事業者の意図は、これらの関連要因の全てが考慮されて判断されなければならないと結論づける。

Bonami また、アメリカの裁判所による「能動的」、「受動的」及び「双方向的」の区別は、*I a* 規則の下における管轄の確立という目的にとって決定的ではないとする。契約締結に、事業者の名称で又はその代理として行動する仲介会社が関与する場合があるが、事業者は、仲介サービスの利用を決定した瞬間より、活動が一つ又は複数国家に向けられていたことを含め、その結果に責任を負わなければならない。また、上掲の *Emrek* 事件⁽⁷⁵⁾ に従い、契約が消費者の国内において又は隔地的に締結されている必要はなく、消費者が別の手段で事業者のビジネスを知ったとしても、また消費者自身が契約締結のため自発的に事業者の所在地国に出掛けたとしても、消費者は保護規定の恩恵を受けることになる。*Pammer* 事件判決により、契約締結前に消費者を標的とする事業者の意図の存在を証明する証拠が必ずとされるが、電子商取引においては、同意の表明は注文の確認によって行われ、その後注文された商品又はサービスの発送が行われる。事業者は、そうした積極的な行動を通じて、特定の消費者と契約締結する意思を表明している。消費者が外国に住所を有するか又は外国からの行為である事実を事業者が知る場合、仮に当初からその市場を明確に標的としていなくても、消費者との取引は、また契約への同意がある場合はなおさら、「その活動に向けて」という意図の最も明確な表明と見なすことができる。

他方、Gillies は、その *Pammer* 事件判決以前に発表されていた論文の中で、アメリカの *Zippo* 事件判決による *Sliding Scale* 理論の影響を受け、I 規則第一五条における「その活動を向ける」の連結点の意味について、CJEUにはその解釈の指針を示すことが求められているとしたうえで、その解釈は、当然にウェブ・サイト上の活動の「能動的」(active)・「双方向的」(interactive)・「受動的」(passive) のスペクトルに関するものでなければならぬと述べて⁽⁷⁷⁾、裁判管轄を確立するために、事業者のウェブ・サイトの活動の性質、その活動に基づいて標的にされた消費者との間のウェブ・サイト上の相互交流のレベルに注目していた⁽⁷⁸⁾。

以上に見たように、I a 規則第一七条(1)(c)は、消費者保護規定の適用の要件として「ターゲティング基準」、即ち、消費者が住所地を有する構成国又はその構成国を含む複数国に事業者がその活動を向けることを求める。この基準の解釈について、当初は、事業者のウェブ・サイト上の活動の性質に注目し、それが「能動的」、「双方向的」又は「受動的」かに区分し、事業者と消費者との間のウェブ・サイト上における相互交流のレベルに基づき標的としているか否かを判断すべきとする見解もあった。しかし、*Pammer* 事件判決により、事業者と消費者との間の契約締結に至るまでのあらゆる証拠を総合的に検討して、事業者がその活動を特定の国に居住する消費者に向ける意図があったか否かを判断すべきとされた。同判決は、学説にも大きな影響を与え、それ以降の主要な学説は、「ターゲティング基準」について、事業者が消費者と契約締結に至ったあらゆる状況を考慮して判断すべきとする立場にあることが明らかとなった。

第四章 終わりに

最初に、以上の論述を簡単にまとめてみたい。早くから消費者保護についての強い意識を有していたEUは、ブリュッセル条約下において既に、消費者が契約の相手方を提訴する場合、相手方の住所地の構成国又は消費者の住所地の構成国で提起できる旨の規定を設け保護を図っていた。二〇〇〇年にI規則に修正される際、第一六条としてそれを受け継いだ。更に発展が著しかった国際的な電子商取引に対応するために、新たな消費者保護規定が置かれることになった。それがI規則第一五条(1)(c)であり、同規定は、二〇一〇年に修正されたI a規則においても修正されることなく、第一七条(1)(c)として残る。

I a規則第一七条(1)は、その本文において、消費者により取引又は専門の活動ではないとみなしうる用途のために締結された契約の中で、次に掲げる契約は裁判管轄に関する消費者保護の適用を受けないとした上で、同項(a)号及び(b)号において、動産の割賦販売契約か動産の購入を目的とする分割弁済の金銭消費貸借又はその他の信用貸付契約を掲げ、更に(c)号において、その他の場合で、消費者が住所地を有する構成国において商業的若しくは専門的な活動を行う事業者、又はその構成国を含む複数国に「その活動を向ける」事業者により締結された契約で、且つその活動の枠内に含まれるものと規定する。消費者保護規定の適用のために、事業者がその活動を消費者の住所地国を含む複数国に向けることを要求するこの要件は、ターゲティング基準と呼ばれている。

ターゲティング基準の解釈について、当初は、事業者のウェブ・サイト上の活動の性質に注目し、それが「能動的」、「双方向的」又は「受動的」かで区分した上で、事業者とその活動の標的にされた消費者との間における、事業

者のウェブ・サイト上での相互交流のレベルに焦点を当てる見解に注目が集まっていた。しかし、この問題のリーディング・ケースであるCJEUの *Pammer* 事件判決が、事業者の活動が消費者の住所地国に向けられていたか否かの判断において、ウェブ・サイト上の活動の区分は決定的でないと判示した。むしろ、活動が向けられていることを立証する証拠の中に、消費者を勧誘する事業者の意図の明白な現れの全てがあると。その事業者の意図の表明として、国名を示した動産又はサービスの提供の申出、アクセス促進目的の検索エンジン・閲覧サービス関連費用の支出などがある。しかし、明白な証拠がなくても、別の証拠と結び付いて消費者の住所地国に向けた活動の存在を証明できるものもあり、その例として同判決は、観光旅行のような活動の国際的性質、国際番号コード付の電話番号、事業者の事業所所在地国以外の国のトップレベル・ドメイン名の使用、サービス提供地国までの旅程の説明、顧客が多数の国に所在する旨の言及を挙げている。また、消費者契約で使用された言語・通貨については、活動を向けていることの決定的な要因とはならないが、サイト上において事業者が活動する構成国内で使用される言語・通貨と異なる言語・通貨の使用を消費者に容認する表明は、活動を他の諸国に向けていると結論付けることが可能な証拠となり得ると判示する。かくして、同判決によれば、事業者が消費者との契約締結に至った際のあらゆる証拠を総合的に検討し、事業者が向けている活動の中に特定国に居住する消費者を勧誘する意図があつたか否かを判断することになる。

この *Pammer* 事件判決は、学説にも大きな影響を与え、それ以降の学説の多くが同じ立場に従っている。例えば、Tang は、事業者がその活動を消費者の住所地国に向けているか否かの判断基準として、事業者の商業的ウェブ・サイトへの消費者の住所地からのアクセス可能性、事業者による消費者の住所地における収益性、事業者のウェブ・サイトにおける国固有の指標の存在、事業者の活動の意図、リング・フェイシングの五つのアプローチがあると指摘し

た上で、自身は、今後の技術の進展を考慮し、硬直的なテストではなく、契約のあらゆる状況を考慮することが可能な、これらのアプローチを併用して判断を行うハイブリッド・アプローチが望ましいと結論づける。以上のように、ターゲットイング基準に関するEUの判例と主要な学説は、事業者がその活動を向ける消費者の居住地国内において、消費者を勧誘する意図があつたか否かを、契約締結に至つた際のあらゆる証拠を総合的に検討し判断すべきとする立場にあると思われる。

最初にも述べたように、電子商取引紛争に関する裁判管轄につき、ハイパーレギュレーション期にある現在においては、管轄の相違による紛争当事者の混乱を回避するために、できる限り国際的な法的調和が得られる可能性を探る必要がある。そのためには、以上に見たようなEUにおけるターゲットイング基準について、もう一つの電子商取引大国であるアメリカにおける裁判管轄に関するターゲットイング論との比較することが必要となろう。⁽⁷⁹⁾

管轄についての規則を持たず、裁判官の裁量に基づき判断を行うアプローチを採用するアメリカでは、消費者保護に関する国際又は州際の裁判管轄規定を欠くことから、裁判官がケース・バイ・ケースで正義と衡平を提供することを目標に判決を下すことになる。⁽⁸⁰⁾ そのため、インターネットが係わる越境的紛争に関する特別裁判管轄について、様々な見解が裁判所や学説によって示されている。例えば、*Inset System v Instruction* 事件⁽⁸¹⁾では、事業者は、州内の居住者に対しそのウェブ・サイトへのアクセスを可能にすることにより、意図的にその活動をその州に向けていると見る「持続的な接触」(sustained contact) テストが示され、また、上記の *Zippo* 事件におけるスライディング・スケール・テストは、後の判例に大きな影響を与えている。そのような中で、*Geist* によって、消費者契約が関わる紛争に限らず、インターネットに関する訴訟の管轄について、ウェブ・サイトの所有者が特定の州を標的にしていたか否か

が重要であると見るターゲットینگ・テストが提唱されている⁽⁸²⁾。それを受けて、EUにおいても、Geistによるこのテストは、I a 規則のテストと方法が一致するとして、I a 規則第一七条(1)(c)を解釈する際に、アメリカのテストを検討することが主張されている⁽⁸³⁾。

一方、わが国においては、民事訴訟法第二条の四第一項に消費者契約の国際裁判管轄に関し消費者保護規定が置かれているが、事業者がその活動を消費者の住所が所在する国に向けていることをその規定の適用要件としていない。従って、消費者が事業者を提訴する場合、日本の裁判所の管轄の容認には、訴え提起時又は消費者契約の締結時に消費者の住所が日本国内であればよい。しかし、同法第三条の九に「特別な事情」の存在による訴えの却下の規定があるため、外国に所在する事業者がその活動を消費者の住所地国である日本に向けていない場合、これが「特別な事情」に該当し、日本の管轄が否定されることになる可能性があるか否かが問題となろう。考えられるケースとしては、A国内に出張中の日本に住所を有する消費者が、同国内のホテルに短期間滞在中に、同国内のみに向けて事業を行っていることをウェブ・サイトで明らかにしている同国内の小規模の事業者からインターネットを介して商品を購入し、ホテル内で受領していたが、日本に帰国後に事業者を提訴する場合である。この場合、事業者はその活動を日本に向けていないことから、特別の事情があるとし、日本の管轄が否定される可能性があるだろう。しかし、EU及びアメリカとは異なり、陸続きで諸外国(州)と隣接することのない島国である日本においては、消費者が海を越えて外国で提訴することは、事実上不可能といつてよく、EUやアメリカの場合よりも、より消費者保護にウェイトを置いた「ターゲットینگ基準」が求められるのかも知れない。

以上、I a 規則第一七条(1)(c)のターゲットینگ基準について見てきたが、アメリカ合衆国及び日本との比較につい

ては、充分に行うことができなかつた。今後の検討課題としたい。

脚注

- (1) Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), [2012] OJ L 351/1. 日本語に訳されたものとして、春日偉知郎(訳)「民事及び商事事件における裁判管轄並びに裁判の承認及び執行に関する二〇一二年一月二二日の欧州議会及び理事会の(EU) Nr. 1215/2012規則」法務省大臣官房司法法制部『欧州連合(EU)民事手続法』(法務資料第四六四号、二〇一五年)四七頁〜八四頁がある。
- (2) Dan Jerker B. Svantesson, 'A very Brief History of Internet Jurisdiction', in: *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle* (Oxford University Press, 2017), pp. 91-112.
- (3) EUにおける国際私法と国際民事訴訟法の分野におけるEUの消費者保護の展開について概説したものとして、Zheng Sophia Tang, 'Electronic Consumer Contracts in Private International Law', in: *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, 2nd edn (Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015), pp. 3-23. また、消費者保護に関するEU法全体を概説するものとして、例えば、Andrej Savin, 'Consumer protection and marketing', in: *EU Internet Law*, 2nd edn (Edward Elgar, Cheltenham, UK · Northampton, MA, USA, 2017), pp. 227-262 がある。
- (4) 例えば、吉川英一郎「国際消費者契約をめぐる裁判例に関する考察―東京高判平成二九年六月二九日及びその原判決について―」『同志社商学』第七一卷第一号(二〇一九年)六五頁〜一〇四頁がある。
- (5) See, e.g., Moritz Keller, 'Lesson for the Hague: Internet Jurisdiction in Contract and Tort Cases in the European Community and the United States', 23 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 1 (2004), p. 2.
- (6) ブリュッセル条約からブリュッセル規則までの消費者保護規定の展開を扱ったものとして、拙著「ブリュッセル規則における消費者保護規定とターゲットティング論(中村) 一六三二(二二四五)

ける消費者保護規定の展開」『日本法学』第八五巻第三号 (二〇二〇年) 一頁～四〇頁がある。本節中の同規則の展開についての記述は、主にそれによったものである。

- (7) Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, 27 September 1968, [1972] OJ L 299/32.
- (8) Convention on accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice (78/884/EFC), 9 October 1978, [1978] OJ L 304/1.
- (9) Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EFC), [1980] OJ L 266/1.
- (10) Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, done at Lugano on 16 September 1988 (88/592/EFC), [1988] OJ L 319/9.
- (11) Commission of European Communities, Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters ('Commission Proposal') (COM (1999) 348 final-1999/0154 (CNS)), [1999] OJ C 376 E/1.
- (12) Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, [2001] OJ L 12/1. ブリュッセル I 規則については、中西康「民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する二〇〇〇年十一月二二日の理事会規則 (EC) 44/2001 (ブリュッセル I 規則)」『国際商事法務』第三〇巻三号 (二〇〇二年) 三二一頁以下を参照した。また、ブリュッセル I 規則の成立と内容を扱ったものに、中西康「ブリュッセル I 条約の規則化とその問題点」『国際私法年報』第三号 (二〇〇一年) 一四七頁～一七二頁がある。
- (13) Commission of the European Communities, 'A European Initiative in Electronic Commerce', COM (97) 157 final.
- (14) Commission of the European Communities, 'Green Paper, Access of consumer to justice and the settlement of consumer

- disputes in the single market', COM (93) 576 final.
- (15) Commission of the European Communities, 'Action Plan on consumer access to justice and the settlement of consumer disputes in the internal market', COM (96) 13 final.
- (16) Kathrin Sachse, *Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozessrecht*, (Mohr Siebeck, 2006) S. 8.
- (17) Burkhard Hess, Thomas Pfeiffer and Peter Schlosser, 'Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States (Final Version September 2007) (Heidelberg Reports)', < http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf> (2019/8/15).
- (18) GEDIP, 'Proposed Amendment of Regulation 44/2000 in order to apply it to Eternal Situations', *IPRax* (2009) pp. 283-284.
- (19) Commission of the European Communities, 'The Green Paper, On the review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters', COM (2009) 175 final.
- (20) Lorna E. Gillies, 'Adapting international private law rules for electronic consumer contracts', in: Charles E. F. Rickett/Thomas G. W. Telfer (eds), *International Perspectives on Consumer's Access to Justice* (Cambridge University Press, 2003), pp. 365-366.
- (21) 消費者は、更に、I a 規則第一七条(2) (I 規則一五条(2)) により、契約の相手方が構成国内に住所がない場合であっても、事業者の支店、代理店又は営業所を有するときは、その業務に関する紛争については、それらの所在地でも提訴することが認められている。
- (22) Pedro de Miguel Asensio, *Conflict of Laws and the Internet* (Edward Elgar, Cheltenham, UK · Northampton, MA, USA, 2020), paras. 6.125-6.126は、消費者の裁判所へのアクセス保障の必要性の根拠として、消費者が経済的に弱く、法的問題についての経験が少ないことその他に、消費者の限られた資産や越境的なB2C取引の少額性を根拠に挙げる。
- (23) Zheng Sophia Tang, 'Protective Jurisdiction in the Brussels I Recast', in: *Electronic Consumer Contracts in the Conflict*

of Law, 2nd edn (Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015), p. 68. なお、パック旅行契約を除いた運送契約については、I 規則第一五条(3) (I a 規則第一七条(3)) により、消費者契約事件の裁判管轄を定める第四節の諸規定の適用が排除されている。

(24) *Ibid.*

(25) Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 202, 7.6.2016, p. 47.

(26) Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 202, 7.6.2016, p. 389.

(27) Asensio, *supra* note 22, para. 6.33.

(28) 前掲注(1)の春日(訳)・『欧州連合(EU)民事手続法』においては、「…その構成国若しくはその構成国を含む複数の国家においてさうした活動を行っており、…」と訳され、「向けて」という表現は用いられていない。本稿では、原文が ‘directs such activities to’ であることから、「向けて」の言葉を用いている。一方、I 規則を訳出した中西・前掲注(11)では、「向けて」と訳されている。

(29) Andrea Bonomi, ‘Jurisdiction over Consumer Contract’, in: Andrew Dickinson, Eva Lein (eds.), Andrew James (assistant ed.), *The Brussels I Regulation Recast* (Oxford, 2015), para. 6.04. 但し、第七条(5)に規定される「支店、代理店又はその他の営業所」の表現は、第一七条(1)により、消費者契約から発生する紛争にも適用される。

(30) *Ibid.*, para. 6.05.

(31) *Ibid.*, para 6.14; Tang, *supra* note 23, p. 27. Case C-419/11, *Česká spořitelna, a.s. v Gerald Feichter*, [2013] ECLI:EU:C:2013:165, paras. 27-29.

(32) Case C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc. v TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, [1993] ECR I-139, para. 13.

(33) Case C-464/01, *Johann Gruber v Bay Wa AG*, [2005] ECR I-439, para. 36. I a 規則中の消費者の解釈については、本文中に論じられたもの以外にも、一部は営業に関わり一部はさうでない「二重目的契約」の場合の扱い、締結時は取引外又は

専門外で行動していたが、使用目的が将来の取引又は専門のためであった場合は消費者となるかなど、様々な問題がある。本稿では、ターゲティング基準に絞って論じているため、これらの問題については扱っていないが、別途、検討する機会を持ちたい。

(34) Case C-508/12, *Walter Vapenik v Josef Thurner*, [2013] ECLI:EU:C:2013:790, paras. 32-34. 消費者保護団体による訴訟は、個人消費者とその取引相手との紛争に該当しないため、保護規定の適用範囲外となる。Bonomi, *supra* note 29, para. 6.22. オーストリアのクラス・アクションとの関係で裁判管轄が問題となったものとして、Case C-498/16, *Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited*, [2018] ECLI:EU:C:2018:37 がある。

(35) 上述したように第一八条(1)により、被告たる事業者が構成国内に住所を有しない場合にも適用されるよう修正されたことは、消費者の保護にとって重要である。他方、第一八条(2)により、消費者を被告とする訴えについては、その者の住所が構成国内にあることが要求される。Bonomi, *supra* note 29, para. 6.13.

(36) Case C-105/17, *Konisia za zashitna na potrebitelite v Evelina Kamenova and Others*, [2018] ECLI:EU:C:2018:808.

(37) *Ibid*, paras. 31-35; Bonomi, *supra* note 29, para. 6.18は、契約目的に基づく消費者の定義では、同じ者が問題の契約の目的に応じて、特定の契約では消費者とみなされ、他の契約では事業者と見なされる可能性があることを指摘する。

(38) Tang, *supra* note 23, p. 36.

(39) Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, [2011] OJ L 304/64.

(40) Case C-381/08, *Car Trim GmbH v KeySafety Systems Srl*, [2010] ECR I-1255, paras. 34-43.

(41) Tang, *supra* note 23, pp. 36-41.

(42) この消費者保護を他の全ての消費者契約に拡大する意図は、欧州委員会による提案に明確に示されている。Commission Proposal, *supra* note 5, pp. 15-16; Tang, *supra* note 23, p. 43.

- (43) Tang, *supra* note 23, pp. 44-45.
- (44) E.g., Asensio, *supra* note 22, paras. 6:57-6:62; Tang, *supra* note 3, pp 18-19.
- (45) Gillies, *supra* note 20, pp. 366-367.
- (46) Bonomi, *supra* note 29, para. 6:38.
- (47) 道垣内正人編著『ハーグ国際管轄条約』(商事法務、二〇〇九年) 一一八頁、一二〇頁参照。
- (48) Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177/6.
- (49) この宣言は The Council and the Commission, ‘Joint Statement on Articles 15 and 73’⁶⁷ 多くの文献で引用されているが、それら示されている出典(アドレス)にアクセスを試みたが、入手することができなかった。
- (50) Joined Cases C-585/08 and C-144/09, *Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG* (C-585/08) and *Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller* (C-144/09), [2010] ECR I-12527. 本件の評釈として、例として Dan Jerker B. Svantesson, ‘Pammer and Hotel Alpenhof – ECJ decision creates further uncertainty about when e-businesses “direct activities” to a consumer’s state under the Brussels I Regulation’, *27 Computer Law & Security Review* (2011), pp. 298-304; Michael Bogdan, ‘Website accessibility as a base for jurisdiction under Art. 15(1) (e) of the Brussels I Regulation: case note on the ECJ judgments *Pammer and Alpenhof*’, *12 Yearbook of Private International Law*, (2010), pp. 565-569がある。日本で紹介されたものとして、例えば、中西康「EU法の最前線(第一四二回) インターネットによる消費者契約事件の国際裁判管轄」Joined Cases C-585/08 and C-144/09, *Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) and *Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller* (C-144/09) <2010> ECR I- (未掲載) (二〇一〇・一一・七先決裁定) [欧州司法裁判所] 『貿易と関税』第六〇巻二号 (二〇一二年) 七八〜七二頁がある。
- (51) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), OJ L 178/1.

- (52) 例えば、*Svantesson* は、消費者との契約締結以前の事業者の主観的な意図に焦点を当てることにつき、I 規則第一五条(1)(c)による裏付けがないこと、判決によれば、他の構成国の顧客を獲得する目的 (objective) と結果 (outcome) が必要となるが、事業者は目的を持つことなく、他の構成国から顧客を獲得する可能性もあると批判する。そして、「ターゲットとしていない」か否かに焦点を当てず、ディスプレイ・ターゲティング (dis-targeting) ・アプローチを提唱す。Svantesson, *supra* note 50, pp. 301-303.
- (53) Asensio, *supra* note 22, para. 6.58.
- (54) Case C-190/11, *Daniela Mühleithner v Ahmad Yusufi and Wadat Yusufi*, [2012] ECLI:EU:C:2012:542, para. 45.
- (55) Asensio, *supra* note 22, para. 6.58.
- (56) Case C-218/12, *Lokman Emrek v Vlado Sabranovic*, [2013] ECLI:EU:C:2013:666, paras. 25-26.
- (57) Asensio, *supra* note 22, para. 6.58.
- (58) *Ibid.*, para. 6.59.
- (59) Case C-297/14, *Rüdiger Hobohn v Benedikt Kampik Ltd & Co. KG and Others*, [2015] ECLI:EU:C:2015:844, para. 37.
- (60) Asensio, *supra* note 22, para. 6.60.
- (61) *Ibid.*, para. 6.61.
- (62) *Mühleithner*, *supra* note 54, para. 44.
- (63) Asensio, *supra* note 22, para. 6.62.
- (64) 以下の記述は、Tang, *supra* note 23, pp. 46-59を参考とする。
- (65) Tang は、この立場の例として、European Commission, Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, [1999] OJ C 376 E/01の解説を挙げる。
- (66) Tang は、否定的見解のその他の例として、イギリスの事案である *Euromarket Designs Incorporated v Peters & Amr* [2001] FSR 20 判決や同国の貿易産業省 (Department of Trade and Industry) の見解を挙げる。

- (67) Tang は、この主観的テストを採用したものととして、ローマ条約第五条により保護される消費者契約に関し、事業者が当該国を標的に新聞広告を行うなどの特定の行為を行っていることが必要と述べる Mario Giuliano and Paul Lagarde, 'Report on the Convention on the law applicable to contractual obligation' ('Giuliano-Lagarde Report') [1980] OJ C 282/1, pp. 23-24 を挙げる。欧州議会もまた、商業的活動が「活動」(activity) の要件を満たすには、実質的なやり方で、意図的に (purposefully) 消費者の住所地向けられていることが必要と提案する。European Parliament, 'A5-0253/2000: Proposal for a Council regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters' (COM (1999) 348 - C5-0169/1999 - 1999/0154 (CNS)), [2001] OJ C 146/94, p. 98 (Amendment 37).
- (68) Tang によれば、このアプローチは欧州委員会の最初の提案によって採用され、そこでは、I 規則第一五条(1)(c)における「行われた」(pursued) 又は「向けられた」(directed) 活動は、双方向的 (interactive) サイトを介して締結された消費者契約に適用されることを明確にするための概念であり、消費者が単にその住所地でアクセス可能な受動的な (passive) サイトを介してサービス又は動産の購入の可能性を知っていた事実は保護的管轄の引き金を引くことないと述べられているとされる。Tang, *supra* note 23, p. 51.
- (69) Directive on Electronic Commerce, *supra* note 51 の第五条(1)(c)は、サービス提供者はその受領者に対して、契約締結前に、電子メール・アドレスを含む、サービス提供者に迅速に連絡を取り、直接的且つ有効な方法で通信することが可能な情報を提供することを要求する。
- (70) Tang は、European Parliament, *supra* note 67, p. 97 (Amendment 36) が、「事業者が意図的にその活動を実質的に別の国に向けている」と言う意味でオンライン取引サイトが能動的 (active) なサイトである場合、事業者はその商業的活動を国に向けている」と述べていることを指摘する。Tang, *supra* note 23, p. 52.
- (71) Tang は、European Parliament, *supra* note 67, p. 98 (Amendment 37) において、欧州議会が、事業者がその活動を消費者が住所地の構成国に向けているか否かの決定のためには、「裁判所は、事業者が特定の構成国内に居住する消費者との取引に対して取引業務を囲い込もうとする試みを含む、事案のあらゆる状況を考慮しなければならない」と述べている例を示す。

Tang, *supra* note 23, p. 52.

- (72) European Parliament, *supra* note 67, p. 98 (Amendment 37).
- (73) European Commission, 'Amended Proposal for a Council Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters' ('Amended Proposal'), COM (2000) 689 final - 1999/0154 (CNS), pp. 5-6 (Explanatory Memorandum). また、このアプローチの採用は市場の分断につながることも主張する。 *Ibid.*, p. 6.
- (74) 以下、Bonomi, *supra* note 29, paras. 6.47-6.54を参照する。
- (75) *Emrek*, *supra* note 56, paras. 25-26.
- (76) *Zippo Mfg. Co. v Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F.Supp. 1119 (1997). 本件を紹介したものとして、拙著「アメリカにおけるオンライン上の紛争と裁判管轄に関する判例の流れ—Zippo 判決を中心として—」『政経研究』（日本大学法学部）第四一巻第一号（二〇〇四年）七二九頁～七六二頁がある。
- (77) Lorna E. Gillies, 'Jurisdiction Rules for Electronic Consumer Contracts in the Brussels 1 Regulation' in: *Electronic Commerce and International Private Law – A Study of Electronic Consumer Contracts* (Ashgate: Aldershot, 2008), p. 94.
- (78) Gillies, *supra* note 20, pp. 377-378.
- (79) 本来であれば、ここでアメリカ合衆国における電子商取引の裁判管轄に関する議論の展開についても探求し、EUのシステムとの相違について比較検討すべきところである。しかし、時間的な制約等があり触れることができなかったため、ごく簡単な指摘に留めたい。別途、それ点についての研究を行い、公表したいと考える。
- (80) Zheng Sophia Tang, 'Discretion-Based Jurisdiction in E-Consumer Contracts', in: *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, 2nd edn (Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015), p. 80. 電子商取引に関する裁判管轄に関するアメリカの動向についてまとめたものとして、*Ibid.*, pp. 80-97の他に、例として、Lorna E. Gillies, 'Rules of Personal Jurisdiction for Electronic Consumer Contracts in the United States', in: *Electronic Commerce and International Private Law – A Study of Electronic Consumer Contracts* (Ashgate: Aldershot, 2008), pp. 143-180; Gillies, *supra* note 20, pp. 376-380;

Cindy Chen, 'United State and European Union Approaches to Internet Jurisdiction and There Impact on E-Commerce', *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law Spring*, 25 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 423 (2004), pp. 430-436 などがある。特に Keller, *supra* note 5, pp. 35-43は、少し以前のものであるが、学説と判例の展開について分かり易く説明されている。

(15) *Inset System v Instruction Set*, 937 F Supp 161 (D Conn, 1996).

(16) Michael A. Geist, 'Is there a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction', 16 *Berk. Tech. L.J.* 1345 (2001), pp. 1380-1404. このテスト自体は、名誉毀損を理由とする損害賠償請求の事案である。Coldier v Jones, 465 U.S. 783 (1984) での生まれたことは知られている。

(17) Tang, *supra* note 79, 96-97. Dan Jerker Börje Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 2nd edn (Kluwer Law International, 2012) p. 361 からも「アメリカのアプローチとIa規則との類似性を指摘する」。

合同行為論について

——岡松参太郎博士の所論を中心に——

中山 知己

一 はじめに — 近年の契約論と意思表示

本稿で検討対象とするのは、クンツェ (Kuntze, Johannes Emil [1824-1894]) の提唱にかかるとされる、いわゆる「合同行為 (Gesamtakt)」に関する議論である。⁽¹⁾ この概念は、わが国でも周知のように法律行為の種類の一つとされてきたものであり、伝統的に単独行為 (一方行為) ・契約 (双方行為) と並んで二つめの分類として民法総則教科書などにおいて説明されてきたものである。わが国の経緯を振り返れば、初期の頃は華々しく取り上げられたものの、その後は有力な学者によって手厳しく批判されることもあり、もはやその概念の有用性に根本的な疑問が生ずるに至ったは

ずである。しかしそれでもなお現在でも、教科書では普通に説明されることが多い。その理由はここでは詳らかにできないが、近年、全く別な角度から注目に値する指摘がなされている。すなわち、合同行為に対する上記のような批判を踏まえながらも、「法律上は契約という形式を採りながら実質的には組織（団体）を創出するという法技術（組合契約はその古典的法技術であり、その権利義務の解釈にあたって一般の契約と同視してよいかは問題たりうる）が、新たに現代的意味を帯び始めており、このような組織形態における権利義務を解釈するには、少なくとも契約の解釈一般とは異なった態度を要求するとも考えられ」、「もしそうだとすると、そのような組織を創設するに至る段階に関するかぎり、合同行為の概念は、これを一概に捨て去るべきでないようにも思われる」という指摘である。もつともそのすぐ後のかっこ書きにて「ただし、合同行為の伝統的な定義はあまりにも比喩的であつて、再定義が必要である」と釘をさされている。

ここで新たに現代的意味を帯び始めるとされた、「法律上は契約という形式を採りながら実質的には組織（団体）を創出するという法技術」とは、継続的契約のことを指しており、具体例として、代理店契約・フランチャイズ契約・ジョイントベンチャー契約・いわゆるアウトソーシング契約や分社化のための契約・サブリース契約が挙げられている。⁽⁴⁾ これらの契約ないし取引においては、「契約の形をとりながら実質的には事業体たる組織を形成したり、あるいは組織を分割しまたはその代替手段として契約を用いたりする種類のものが、現在では重要な意味を」⁽⁵⁾ 持つが、これらの契約に関する権利義務関係に関して争いが生じたときには、「これまでに受け継がれてきた契約解釈の基準によつては、これらの契約の権利義務関係の争いを解決することは不可能である」と評されている。⁽⁶⁾ 以上の指摘から、現代的取引における組織を創設する段階において、再定義の必要はあるとしても、なお合同行為概念を分析道

具として用いる可能性が示唆されているものと受け止められる。そしてその概念の再定義や内容如何によつては、その射程は氏の言われる組織の創設段階にとどまらないかもしれない。⁽⁷⁾

そこでこのような問題意識に立つて、合同行為概念を再定義する作業を考えるならば、まずはこの概念をはじめて本格的に展開したとされるクンツェはもとより、同世代の諸学説を関連づけた学説史の丹念な検討も求められるであろう。しかしここでは、さしあたりその前段階として、合同行為概念を輸入した当初の「わが国」における議論を確認しておきたい。この概念は法律によつて規定されたのではなく、ドイツの学説を通じて日本の学者が構成したものであり、そこに含まれる内容もドイツ法学の議論から少なからぬ変容ないし展開がみられるからである。とりわけクンツェをはじめとする合同行為論を本格的かつ徹底的に検討し、わが国の当時における通説形成を決定づけた岡松参太郎博士（以下岡松と記す）の所論にそのような議論が見出されることから、これを検討対象とする。⁽⁸⁾ その際、後にあまりにも比喩的と批判されたことを意識し、本来の意図がどのような点にあるのかを考えつつできるかぎり正確に整理することで今後の検討の手がかりを得ることにしたい。

二 岡松の合同行為論

1 合同行為概念

岡松の合同行為論⁽⁹⁾は、大正期という時代背景もあつてか、当時のドイツ法学の成果を存分に吸収しているが、しかし単なるコピーにとどまるものでもない。彼自身の独自の分析も見られ、またその後のわが国の学説に強い影響を与

えている。もつともこの「合同行為 (Gesamtakt)」なる語の由来である一九世紀後半の議論に遡るとき、岡松のよ
うに私法である民法の法律行為論の分類としてのみ検討するのが適切であるかは考慮する余地があろう。この語の由
来とも指摘されるギールケは会社 (Gesellschaft) および国家 (Staat) における設立行為 (Gründungsakt) からこの概念
を構想していたからである¹⁰。しかし、ここではひとまず岡松の分析視点に即して、上記に述べたようにその法律行為
論としての合同行為概念を忠実に整理し、検討の方向性を探ることにとどめたい。

(1) 一方行為・双方行為の区別

法律行為の種類について一方行為と双方行為の区別があるが、従来の学説状況¹¹に対し次のように二点指摘する。

第一に、「従来此區別ヲ以テ意思表示ノ數ニ依ル區別ナリトシ一箇ノ意思表示ヨリ成ルモノハ一方行為ニシテ二箇
又ハ二箇以上ノ意思表示ヨリ成ルモノハ雙方行為ナリト」¹²する。従来の学説はこの区別を、意思表示そのものの区別
であるかのように、もしくは意思表示の区別から来た法律行為の区別であるかのように認める者が多いようであるが、
この区別は法律行為の区別であつて意思表示の区別ではない、という。

さらに、重要な指摘であるが、意思表示の数に基づく区別ではなく、「當事者 (Partei) ノ數ニ基ク區別ナリ」¹³とい
う。すなわち「一ノ當事者 (即一方ノ當事者) ヲ要スル法律行為ハ一方行為ニシテ二又ハ二以上ノ當事者 (二方又ハ多
方ノ當事者) ヲ要スル法律行為ハ雙方行為 (多方行為) タルナリ」¹⁴として、決して意思表示そのものの数による区別で
はなく、また法律行為に参与する人の数による区別でもない、という。この点は、当事者の数に着眼する多角的法律
行為に関する近時の議論からみて重要な指摘が含まれている。

第二に、一方行為を区別して、さらに受領を要するものと受領を要しないものがあるとの区別を主張する者がある。しかし、受領を要するか否かは、意思表示の区別であつてこれを法律行為としての一方行為の区別とするのは誤りである、という。受領を要するか否かは契約の場合にも適用があるからである。ドイツ法において契約における承諾の意思表示は受領を要する意思表示で、わが国においては受領を要しないものがある（民法（旧）五二六条、隔地者間の契約の成立時期）と。

(2) 一方行為・多方行為への展開

一方行為・双方行為の区別から始めた岡松の記述は、やがて一方行為・多方行為への区別へと展開される。クンツェの提唱にかかる合同行為説が登場して以来、一方行為・双方行為の区別が完全ではないことがドイツで認められ、当時においてすでに、法律行為は一方行為および多方行為に区別すべきものとされたとし、岡松もこの区別に従うと⁽¹⁵⁾いう。そのため一方 (einseitig) 行為と並んで多方 (mehrsseitig) 行為という分類となり、多方行為の中に双方行為が吸収され、その中に合同行為が加わるという構成となる。

(3) 一方行為

一方行為とは、上述のように一「当事者」の意思表示より成立する法律行為であるとされる⁽¹⁶⁾。通常一個の意思表示より成立するが、必ずしもそうではない。たとえば、二人の共同賃借人が解約の申込みをなす場合には、二個の意思表示を必要とする。この場合には「当事者ハ一ナリ」(Eine Partei)、つまり二個の意思表示が存在しながら「当事者」

としては一個となる。相手方たる当事者の意思表示を必要としないので、この共同賃借人の解約の申込みもまた一方行為である。このほかさらに、「一当事者ノ意思表示ノ有効ナルカ爲ニ他ノ補充的⁽¹⁷⁾意思表示ヲ要スルモ亦同シ⁽¹⁸⁾」であり、たとえば未成年者が解約申入れをなし後見人がこれに同意する場合である。二つの意思表示が存在するが、なお一当事者の意思表示からなる法律行為であつて、一方行為である。このように一方行為であるか否かは、「当事者 (Partei) ノ數」、すなわち「一方ノ当事者ヲ要スルヤ多方ノ当事者ヲ要スルヤ」によつて決すべきものであつて、「意思表示ノ數又ハ法律行為關係者ノ數ニ依リ⁽¹⁹⁾」決すべきものではないとする。

(4) 多方行為

多方行為とは、「二又ハ二以上ノ当事者ノ意思表示ヨリ成ル法律行為⁽²⁰⁾」であり、多方行為は「今日ハ通常之ヲ分チテ契約及合同行為 (Vertrag u. Gesamtk) ノ二種ト爲ス⁽²¹⁾」。以降、契約は二つの当事者の意思表示から成立することが明らかであるから、合同行為の分析に移行する。ここで、ドイツの学説の中に、契約にも合同行為にも属さない多方行為があることを主張する学者がいることを指摘した上で、これらの学説の多くは、合同行為を狭く解して、後に岡松自身が独自に析出する「共同行為」のみを指すものであるとして批判する⁽²²⁾。それゆえ、それらの学説は、決議や法人設立行為などを合同行為ではない多方行為であるとするが、これは岡松が分析するように合同行為の觀念を正當に定めるときは、みなこの合同行為に入れるべきものであるという。そのほか、共同遺言は二つの遺言の合併であつて、特殊の行為ではない。またコーラー (Kohler) が挙げる多方行為とする種々の行為はことごとく契約であるという⁽²³⁾。

2 合同行為の分類

(1) 三つの分類

合同行為の概念は、ドイツ法学においては一般に用いられるようにはなつたが、近年はその不当な拡張が見られるとして、岡松自身はさらに検討を加え、以下の四種類に分類するのが正当であるという。

(一) 集合行為

複数の当事者が「内容ヲ同フスル集合的意思表示ヲ爲ス場合」⁽²⁴⁾であり、決議 (Beschluss) と選挙 (Wahl) がこれに属する。

(二) 結合行為

複数の当事者が「内容ヲ同フスル並行的意思表示ヲ爲ス場合」⁽²⁵⁾であり、法人や団体の設立行為がこれに属する。

(三) 共同行為

数人が一当事者として「内容ヲ同フスル數意思表示ヲ爲ス場合」⁽²⁶⁾であり、共有者が共同に地役権を設定し、契約の一方の当事者たる数人が共同に解約申入をなす場合をいう。

(四) 同意行為

一人の意思表示に他の一人が同意をなす場合であり、未成年者の意思表示に後見人が同意をなし、代理人の権限超越の行為を本人が追認する場合、すなわち同意行為である。

以上の四種類の行為の中で、(一)の集合行為と(二)の結合行為は真の合同行為であるが、(三)の共同行為と(四)の同意行為は合同行為の中に入る資格があるかは疑問があり、検討の結果後述のように岡松は合同行為に入れるべきではないという。この点につき、後のわが国の批判の中で、岡松の除外した(三)と(四)の類型を対象にしたものは、岡松合同行為論には妥当しないことになるであろう。

(2) 各種の分類について

(ア) (三)の共同行為については、数人が一当事者として共同的意思表示をなす場合であり、前述のように、共有者の地役権設定、数人の共同賃借人の解約申入れ、会社の複数の取締役が共同して法律行為をなす場合などである。このような共同的意思表示をなす場合を合同行為として認める学説は、これを法律行為の一種としてきた。

しかしながら、このような共同行為は契約ではない。共同行為の場合、法律行為に関与する者が数人いて数個の意思表示があり、その意思表示によって法律上の効果が生ずるのであるから、契約にきわめて類似するが、契約はこれと異なる。契約の場合、「其數人ノ關與者ハ異ナリタル相對立スル當事者タル身分ヲ有シ且其意思表示ハ相互ニ對シテ爲サレ又其意思表示ハ數人ニ對シ各異ナリタル意義 (Bedeutung) ヲ有ス」⁽²⁷⁾。たとえば、一方はかなり高く売ろうと欲し、多方はかなり安く買わんと欲するようなものをいう。

これに対して、共同行為の場合は、その数人の関与者は「相合シテ一方ノ當事者ヲ成シ即數人ハ共同當事者 Parteinossen ナリ」⁽²⁸⁾、かつその意思表示は並行的になされ、また各人の意思表示は各人に対し同一の意義を有する。したがって、このような共同行為は契約とは明確に区別する必要があるというのである。

その上で、このような共同行為を契約と対立するような法律行為の一分類とすることは誤りであるという。数人が数個の意思表示をなして相互に協力したとしても、そのことのゆえになんら特別の効果を生ずることはない。同一の法律行為は、数人が共同してなそうが、一人がこれをなそうが、その効果において異なることはない。すなわち、いわゆる共同行為なるものは法律行為の種類ではなく、意思表示の一方法にすぎないのである。言い換えれば、「共同行為ナルモノハ契約ノ如ク一ノ法律行為ヲ成スモノニアラス単純ナル一法律事實トシテ法律行為ノ一構成部分ヲ成スニ過キス」²⁹。先の例に即していえば、数人の共同賃借人の解約申入れは一方行為の場合における共同行為であり、数人が共同してなす申込みは契約の場合における共同行為である。さらに、共同行為の場合にも共同行為が生ずることはある。株式の共有者が株主総会決議に加入する場合がそれである。

このように意思表示の一方法であるから、共同行為は各種の法律行為において存在が認められることがあるが、それ自体が「特種ノ法律行為」³⁰をなすものではないことになる。当事者という概念を用いるならば、岡松によれば、法律行為は「其當事者カ單一ノ人ヨリ成ル場合ニハ單獨的意思表示ヲ含ミ其當事者カ數人ヨリ成ル場合ニハ共同的意思表示ヲ含ムモノ」とするのである。それゆえに、共同行為なる概念は法律行為からも合同行為からも除かなければならないことになる。なお上記の論旨の展開はクンツェによるものではない。クンツェ以降のドイツの諸学説に依拠していることは引用文献から確認できる。³¹

他方において、これらの学説は、合同行為を共同行為のみに限るとしたり、あるいは他の合同行為も共同行為と同じ性質のものとして、また合同行為はすべて法律行為ではないとして、合同行為の観念を排斥するに至っているが、それは適切ではない。共同行為とはまったく性質を異にする、特種の法律行為たる性質を有する集合行為と結合行為

があるからである。

(イ) 同意行為について

同意行為は、「數人カ主タル關係者及從タル關係者トシテ一法律行為ニ共力スル場合ニシテ法律上一人ノ行為ニ依リテハ完全ナル効果ヲ生スル能ハサルカ爲ニ他ノ人格ノ共力的行為ヲ要スル場合ニ生スル³²⁾」もので、同意、追認、承認等の場合をいう。

岡松は、同意行為が契約ではないことは明らかであるが、これを特種の法律行為として合同行為の中に入れることは誤りだという。というのは、合同行為であるためには「數當事者アリテ其當事者ノ同一内容ヲ有スル並行的意思表示ノ合致ニ因リテ法律上ノ効果ヲ生スル場合³³⁾」でなければならない。ところが、同意の場合には、第一に法律行為の當事者たるものは主たる關係者(たとえば未成年者)一人である。その行為は結局その者の行為であつて、同意者(たとえば後見人)はその法律行為の當事者ではない。まったく独立した同意なる行為の當事者にすぎない。第二に、同意の意思表示は、多くは主たる關係者に対してなされ、相手方に対してなされるものではない。したがって各自の意思表示は並行的になされるものではない。ただ、追認の場合のように、同意の意思表示が相手方に対してなされる場合があるが、この場合、各自の意思表示は並行的になされると言いうるのであろう。しかしその内容は同一ではない。一つは法律行為をなす意思表示であるが、もう一つはこの法律行為をなすことを承認する意思表示である。第三に、同意の場合には意思表示の合致なるものがあることはない。内容を異にする意思表示が合致を生ずべき理由はない。ただ、一つの意味表示が他の意思表示を補充するにすぎないのである。

要するに、同意行為の場合には、主たる法律行為と同意という法律行為との二個の独立した法律行為が存するものであって、「數個ノ意思表示ヨリ成ル特種ノ法律行為アルニアラス」³⁴となる。したがって合同行為の中に入るものではないという。

(ウ) 合同行為の性質

以上のように、従来共同行為や同意行為をも合同行為としてきた学説を批判し、これらの行為を合同行為から除き、上述の(一)集合行為と(二)結合行為が合同行為であるとする。そこで、合同行為が契約と異なる点、および一方的意思表示と異なる点について論究する。岡松は各学説に承接して細かく論じているが、本稿の視点との関係でその点は割愛する。そして契約との真の区別の標準を以下の二点に求める。

1) 団体関係において

契約においては、「意思表示ハ數人格 (Mehrere Individualien) ノ事務ニ關ス」³⁵るが、合同行為においては「意思表示ハ一團體ノ事務ニ關ス」³⁵る。そしてここでいう団体というのは必ずしも法人に限らず、組合たることもあり、法人格なき社団たることがある。「是合同行為ハ團體關係ニアラサレハ生セサル所以ナリ」³⁵という。このように団体関係の存否は契約と合同行為とを区別する重要な標準とされる。

2) 意思表示の交換と合同

契約においては、「意思表示ノ交換 (Austausch) ヲ目的トス」⁽³⁶⁾。それゆえに「各当事者ハ相對立シ其爲ス意思表示ハ相對向ス (Entgegengesetzte W. E.)」⁽³⁷⁾。すなわち、その目的は意思表示を交換することであるから、各当事者は相互に對立し、その当事者がなす意思表示は相互に對向していることになる。

これに対して、合同行為においては、「意思表示ノ合同 (Zusammentreffen) ヲ目的トス」⁽³⁸⁾。それゆえに「各当事者ハ相對立シ其爲ス所ノ意思表示ハ相平行ス (Parallele W. E.)。すなわち、その目的は合同 (zusammentreffen) にあるから、各当事者が相互に並立していて、その当事者がなす意思表示を相互に並行してなしていることになる。zusammentreffenを「合同」とする訳語については、zusammentreffenの語義が sich treffen⁽³⁹⁾であるから、人にたとえて「ある場所で同時に会う」、あるいは人ではなく「一つに合わせること」という語義も見られるので、「合同」という訳語で適切であろうと思われる。

このように岡松は、契約と合同行為とは、団体関係の存否に加え、当事者の立場、および意思表示の三点において差異があるという。

この結果として、契約においては本来意思表示の交換を目的とするから、双方の意思表示 (申込みと承諾) は原則として時を異にするべきである一方、合同行為においては本来意思表示の合同を目的とするから、当事者の意思表示は原則として同時に為されるべきであるという。ここで岡松は意思表示の同時性の存否を両者の差異に挙げる。もちろんいずれにおいても常に同時であることを要求するものでなく、個々の事例によっては時間差も生じることは認めつつ、したがって原則的な差異に止まるというものである⁽⁴⁰⁾。これを上記の三点に加え、四点目めの差異とすることがで

きる。

3) 一方的意思表示の集合との区別

契約ではないとされる合同行為は、それでも結局は一方的意思表示の集合ではないかと批判されることがある。しかしながら、合同行為における各意思表示はそれが独立しては何ら効果を生ずるものではなく、各意思表示がそれぞれ独立して一つの法律行為をなすということもない。そこが集合してなされた一方的意思表示との違いであり、また同意の場合のように独立した法律行為の集合とすることもできない。結局は各意思表示が合同して一つの法律行為をなすものなのである。

先に挙げた共同行為においては、その複数の関与者は「相合シテ一方ノ當事者ヲ成」す共同当事者であつて、そこで各自が一方的意思表示をなした場合、あたかも合同行為であるかのように解される。そしてクンツェのように実際そのように理解する学説もある。しかし、そのような一方的意思表示の単純な集合ではなく、集合行為である決議や、結合行為である団体設立行為という合同行為では、「各人カ獨立ノ當事者トシテ獨立ナル數箇ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要素⁽⁴⁾」とするのであつて、その合同により特別の効果を生じ、それゆゑに特種の法律行為となすものである、とする。

(エ) 集合行為

合同行為とされる集合行為の具体例として、岡松は決議と選挙を挙げる。決議は、古くは契約とされたことがある

が、今では「契約ヲ離レ一種ノ法律行為ヲ爲スコトハ多少ノ異論ナキニアラサルモ今日ニ於テハ一般ニ是認セラルルモノ」とされる。⁽⁴²⁾ ただし、法律行為でない決議もあるが、法律行為とされる決議に限定される。⁽⁴³⁾

選挙が合同行為であることを明瞭に言明する学者は少ないが、法律行為たる選挙は結局選挙という決議に外ならないのであるから、結局決議の一種であり、合同行為とならざるをえない。⁽⁴⁴⁾ ただし、ここでも法律行為とされる選挙に限定される。

(オ) 結合行為

合同行為とされる結合行為の例は、団体設立行為である。決議は前述の通り一般の認めるところであるとされたが、結合行為、ことに法人設立行為については必ずしもそうではない。あるいは法律行為でないとし、あるいは契約と同視する立場もあり、あるいはまた決議と同視する者もいるが、そのいずれでもなく、結合行為は一種の合同行為であり、かつ集合行為たる決議ともその性質を異にするという。場合によっては、決議と設立行為とが同時に生ずることがありうるが、「内部ニ於ケル決議ト外部ニ對スル設立行為トハ尚觀念上之ヲ區別セサルヘカラス」という。⁽⁴⁵⁾

また結合行為を共同行為と同視する者もいるが、共同行為は数人が一当事者としてなす意思表示であつて、結合行為は、集合行為と同様に、「數多ノ當事者トシテ爲ス意思表示」なのであるから、その間に差異がある。ここでは当事者が多数存在するのであつて、ひとつの当事者ではない。

設立行為は、かつては契約あるいは債権契約と同視したが、ギールケなどにより契約でないことが主張され、賛同も得て今日では一般に債権契約でないことが認められているところ、なお近時では一種の契約であるとの主張をする

者（フォン・トゥーア⁴⁶）もいるが、契約説をとる彼も決議は議長に対し意思表示をなすものであるから、合同行為であるとする。フォン・トゥーア自身は、設立行為はなお相互に意思表示を交換し、意思の合致を要するものであって、契約としなければならない。ことに設立行為は、組合または法人格なき社団の場合にも存在する。そしてこれらの団体は契約法に従うべきものであるから、設立行為もまた契約とならざるをえないとする。法人設立行為も同様である。これに反論して、岡松は次のようにいう。

第一に、設立行為の意思表示は必ずしも相手方に対してなすものとしなければならないものではない。いわゆる受領を要しない意思表示とみれば足りる。フォン・トゥーアはかようなものは事実には反するというが、なにゆえ事実には反するかは知り得ない。かつ財団法人の場合には明らかに受領を要しない意思表示が存するのではないか、という。

第二に、組合または法人格なき社団の場合にも設立行為があるのは明らかであるが、組合契約と設立行為とは区別せざるをえない。ただ、通常、形の上において組合契約の中に設立行為が含まれるにすぎない。設立行為そのものが契約なのではない、と。

第三に、設立行為をもって契約であるとすれば、社員の入会または退会のようなものもまた契約とならざるをえない。しかし入会、退会は一方行為をもってこれをなすことができることは一般に認められている、と。⁴⁷

(カ) 集合行為と結合行為との区別

以上の所論を通じて集合行為と結合行為を説明してきたが、ここで両者の区別、差異に岡松は言及する。

集合行為（決議・選挙）は「内容ヲ同一ニスル數當事者ノ集合的意思表示」にして、結合行為（設立行為）は「内容

ヲ同一ニスル數當事者ノ並行的意思表示ナリ」。「數當事者」とは複数の当事者のことをいうであろうから、両者は集合的か、並行的かの違いはあれ、複数の当事者によってなされる内容が同一の意思表示ということから合同行為とされることになる。

これを称して、「共ニ多數ノ併行的意思表示ノ融合 (Verschmelzung) ニ因リ法律上ノ効力ヲ生スルモノニシテ」、この点において両者は異なる点はないが、結合行為 (設立行為) においては各意思表示は「融合スルモ其獨立ヲ失ハス」、これに反して集合行為 (決議・選挙) においては「融合セル意思表示ハ皆其獨立ヲ失ヒ將來唯集合的の意思表示 (Gesamtwillenserklärung) トシテ其存在ヲ有スルノミ⁽⁴⁸⁾」とする。その結果、結合行為においては必ず全員の意思表示があることを要し、かつ後よりその集合した意思表示に加入することができる。この必ず全員の意思表示があることを要するというのは、意思表示をなす者でなければ、その合同行為の効果を受けないという意味である⁽⁴⁹⁾。そして、後よりその集合した意思表示に加入するとは、後になって前の設立行為に社員は入ることができることをいい、ここでは並行的意思表示に新たなる一方の意思表示を付加することをいう⁽⁵⁰⁾。

これに反して、集合行為においては、多数決によることができると同時に、後に加入することができない。すなわち集合行為における意思表示は「時ヲ異ニシテ爲サルコトヲ得ス⁽⁵¹⁾」、すなわち同時になされなければならないのである。もつとも決議に関しては意思決定の方法についてなお議論があるという。とくに、多数決か全員一致かであり、この点岡松は、合同行為すなわち決議において多数決を採る場合、決議はその多数者間のみで成立するのか、全員の決議が成立するのかが「困難ナル問題ナリ」という。一部学説を引用して、多数者間に決議が成立するときは、法規により全体の決議と看做さざるをえないとするとどめている。

(3) 合同行為の価値について

以上のような分析を経て、ドイツ法における議論を検討した結果、岡松は従来論じられてきた合同行為を四種類に分類し、共同行為と同意行為とを合同行為から除外し、残る集合行為と結合行為の二つを真の合同行為として承認する。上述したように、この二つについてもなお批判はあるが、岡松は同論文の各所で反論して、その結果、当時の法学において合同行為の観念はもはや動かすことはできず、重要な観念であると結論づけている。

しかしながら、その法学上の価値に至っては「従来頗過重視サレタルノ観ナキニアラス」⁵²という。というのも、合同行為に属すべき法律行為の数にいたっては、わが法典、近世諸国の法典の上において、集合行為として決議（選挙を含む）と、結合行為として団体設立行為があるのみだからである。それゆえ、その「法律上ノ取扱及之ニ適用スヘキ法規ニ至リテモ契約ト大差ナク（例ハ能力、意思表示等ニ付キ）法學上此観念カ幾何ノ価値アルカハ一疑問タラスンハアラス」⁵³としている。

三 岡松合同行為論の評価

以上のように、岡松は、提唱者と目されるクンツエのみならず以降の学説をも渉獵して分析したものである。現在から見ればその所論は概念分析に終始しているといっても過言ではないが、しかし意思表示あるいは法律行為という概念そのものが、まだ当時の学会や裁判実務に必ずしも十分に定着していなかったであろう時代においては、概念分析それ自体ですでに重要かつ必要な作業であったというべきであろう。しかしそれ以上に評価すべきは、合同行為概

念をさらに細分化し、再分類をして集合行為、結合行為、共同行為、および同意行為の四つの下位の分類を立て、そこから決議と団体設立行為という、彼のいう「真の」合同行為を析出したことにあると思われる。この概念の細分化・再分類は、冒頭に述べた合同概念の再定義という視点からみて評価に値する作業である。とりわけクンツェの論文は、その後わが国でも少なからぬ批判を受けてきた。これを最初に紹介した志田ですら、クンツェの合同行為概念が法学上に「非常ナ貢献」をなすべきものであると言いながら、疑問も提起して「是カラ先ノ學者ガソレヲ唱ヘテ行クト云フコトハナカラウト思ヒマス」⁵⁴と断じている。後に、岡松・法律行為論を好意的に引用した安田も、「彼「クンツェー筆者注」の合同行為論は、徒らに霞の如き幻影を追ひて徒らに右往左往し、遂に明確なる結論を捉ふる事能はざる事を明白に曝露する拙作なり」⁵⁵と酷評する。

しかし、岡松自身はおそらくはこれらの批判がありうることは理解しつつ、なお合同行為概念を以上の四種類に細分化・再分類することができたのは、クンツェにのみとらわれず、子細に諸学説も含めて検討した結果であるから、この点は高く評価されるべきであると考ええる。ここでは以下の点に絞って若干の検討を試みたい。

1 集合行為としての決議について

共同行為の分類には、共有者が共同して設定する地役権（複数人による地役権の共同設定）、複数賃借人が共同してなす解約申入れ（複数人による賃貸借の解約申入れ）がそれに属していた。これらは、数人が一個の当事者として「内容ヲ同フスル數意思表示ヲ爲ス場合」、換言すれば「一個の当事者としての複数人のなす同一内容の意思表示」といえる。複数の人がそれぞれ独立した意思表示をなしていても、これをまとめて一個の当事者たる地位を有し、意思表示

が同一内容であれば、共同行為の分類に入るのであるから、岡松・法律行為論によればこれらは合同行為ではない。通常の契約法理、意思表示・法律行為論で対応できる範囲内にあるともいえるだろう。

さらには、地役権の共同設定者も、解約申入れをなす共同賃借人も、他の社団設立行為事例にみられるような、なんらかの団体ないし組織が、少なくともその前提として存在するわけではないであろう。共同行為をなす複数人については、まとまって一個の当事者であるがゆえに、岡松によれば真の合同行為の関係にはないことになる。これに対して、決議や選挙が属する集合行為は真の合同行為であって、単独行為（一方行為）や契約（双方行為）と異なる。とはいえ、共同行為は想定される事例が多い。地役権のほかにも他の物権の設定が考えられるし、また賃借人以外でも契約当事者が複数存在する場合は想定できるであろう。

これに対して集合行為は対象が決議に限定されている。そのため、後のドイツの体系書や教科書さらには論文などが「合同行為としての」決議を検討するのではなく、端的に決議そのものとして検討するようになったのは自然な流れともいえる⁵⁶。また決議のみであれば集合行為なる概念も屋上屋を架すようなもので不要となろう。岡松自身、この集合行為概念を立てたのは、他の共同行為の分類と区別するためであったはずである。

これに加え、集合行為では、共同行為にみられるような当事者論はない。各人がそれぞれ当事者なのであって、その場合には各人をまとめて一つの当事者にする必要はないからであると考えられる。

2 団体ないし組織の存在

団体の設立行為が属する結合行為では、同一内容の並行的意思表示をなす場合となる。契約と区別されるのはそこ

に何らかの団体（あるいは組織）が存在する点である。かかる合同行為は団体関係でなければ生じない。この団体関係とは、設立目的とされる団体のことではなく、意思表示をなす複数の人々の関係を指している。意思表示をなす者達は何らかの団体ないし組織の関係があり、その上で同一内容の並行的意思表示がなされるのであって、団体や組織から切り離されて意思表示がなされるわけではない。この点で、後のわが国の学説は、合同行為が「方向を同じくする」二個以上の意思表示の合致といい、契約が「対立する」二個以上の意思表示の合致と対比するのが主流である⁵⁷が、その際にはもっぱら意思表示の次元でのみ対比していて、団体や組織との関係は捨象されているようにみえる。もちろん、その後、合同行為当事者は共同の目的をめざして協力するという関係にあるとはされているが、団体や組織との関連性はなお薄いように思われる⁵⁸。鳩山に至っては、契約では「獨立セル二個以上ノ目的アリ」、合同行為では「共同セル一ノ目的アルニ止マル」⁵⁹として団体・組織の関係性はほぼ見られない。同一内容の並行的意思表示をなす者の間の、団体ないし組織の存在という岡松の指摘は、通説を形成したとされる鳩山以降は実際には希薄化したのではないか。

3 意思表示の方向と比喩

そして「方向を同じくする」二個以上の意思表示の合致（合同行為）と、「対立する」二個以上の意思表示の合致（契約）と対比された点が、後に鳩山により前者が「並行合流」、後者が「交錯合致」⁶⁰などの対比に展開されるに至って、そのような対比が「一種の比喩ないし文学的描写」に過ぎないと評され⁶¹、「数個の意思表示の『方向』のちがい、つまり『交錯型』か『平行型』か」という点も、一種の比喩的描写以上のものではない⁶²とされ、ついには「たとえば

公益社団法人の設立に参加する人々が法人設立という目的に向っているとしても、初めから終りまで同方向に向っているものならば、平行線はついに、合致する機会はないであろう⁽⁶³⁾とまで評されるに至っては、議論として実りがあつたというには程遠いというべきである。冒頭で引用した「合同行為の伝統的な定義はあまりに比喩的」という指摘は、まさにこの点を考慮したものと考えられる。それゆえ、「平行合流」、「交錯合致」、「交錯型」、「並行型」との表現が比喩的で使えないのであれば、どのような法的表現であれば（たとえば性質決定として）よいのか、あるいは適用されるべき規範概念として適切なのか、法律行為の分類としての表現として考えるかどうかを含め、検討しなければならぬであろう。

4 組合契約との関係

岡松・法律行為論においては、まさに法律行為としての分類として合同行為が論じられており、焦点はその意思表示の法的な分析にある。岡松は、団体設立行為の分析に際して、設立される団体として法人、権利能力なき社団のほかに、組合も挙げている。

他方、組合自体が組合「契約」によつて形成される点をどう理解するか。岡松の紹介するように、設立行為はギールケによれば契約でないとされたが、フォン・トゥーアによれば一種の契約とされ、相互に意思表示を交換し、意思の合致を要するので契約としなければならない。設立行為は「団体」設立行為であつて、「団体」には法人のほか法人格なき社団も組合も存在するのであつて、これらの団体は契約法に従うべきものであるから、設立行為も契約とならざるをえないとしたフォン・トゥーアに対して、岡松は反論する。その主たる理由は、設立行為の意思表示は必ず

しも相手方に対してしなければならぬものではないこと(受領を要しない意思表示とすれば足りる)、そして組合「契約」と設立行為は区別せざるをえないが、通常、「形の上において組合契約の中に設立行為が含まれるにすぎない」ことの二点にあるといえる。前者の点はともかく、後者の点はどうか。

岡松は、「契約」における意思表示と「合同行為」における意思表示が異なるのであるから、設立行為という「合同行為」は「契約」とは異なる、別の法律行為分類として立てるのであるが、その一方で、組合契約の中に設立行為が含まれることを「形の上において」認めている。これは、分類も性質も異なる意思表示が一つの組合契約の中に存在するということなのであるか。あるいは一つの意思表示が、契約であるとも合同行為であるとも解されるというのであろうか。そうするとフォン・トゥーアの議論とどのように異なるのかという疑問も生ずるが、岡松はこの点につき特に詳しく論じてはいない。

後に合同行為論は何人かの論者から批判されるが、そのうちの一人である川島武宜は、以下のように指摘する。契約も合同行為も「法的判断の道具概念」として考えて、契約においては、「各契約当事者の個別的な権利義務について意思表示がなされ、まさにそれ故にそれらの意思表示が交換される、必要があり、且つ交換されるのである」が、合同行為においては、「意思表示の内容は直接には意思表示者の個別的な権利義務に関するのではなくて、複数の意思表示者に共通な権利義務に関するものであり、それ故にそれらの意思表示は交換されるのではなくて共同して、*gesamt* なされるのである」(傍点原文)⁶⁴と。したがって「契約を構成する一つの意思表示が効力を生じない場合には、他もまた効力を生じ得ないのを原則とする」が、「合同行為においては、たとえ一つの意思表示が効力を生じなくても、残る他の意思表示によってその共通の目的たる権利義務の変動を生ぜしめることを必然的に妨げられるわけのものでは

なく、問題はむしろ当該行為の『共同性』が害せられたかどうかにあるだろう」とし、「合同行為という概念を主張した人々は、このような点に問題を見出していたものと推測される」のであり、その限りで一般の契約から分離して観念することを「実用法学上の価値を有するものと認むべきである⁶⁵⁾」という。

ここでいう「共通な権利義務」がいかなるものか、「共同性」が害される場合とはどのようなものを指しているのか、きわめて興味深い。この指摘は複数の契約関与者の意思表示を分析する際にも重要ではあるように思われるが、少なくとも本稿の上述³⁾（意思表示の方向）において言及した点に関わっている。

いずれにせよ、ギールケが設立行為を契約でないとした理由ないし背景とともに、フォン・トゥーアが契約であるとした議論はなお興味深い。さらには川島の上記指摘と共に、後に組合契約を合同行為と解しながら、これを社団の設立行為とは異なり、「多分に契約的色彩を有する⁶⁶⁾」とした見解（我妻）の関係も検討に値するであろう。

四 まとめに代えて

この小論では、現代的な意味を持ち始めた組織を形成する取引について、組織を創設する段階における合同行為概念の再定義という視点から、わが国の先達として岡松参太郎博士の所論を取り上げた。彼自身、最終的に「幾何ノ価値アルカハ一疑問タラスンハアラス⁶⁷⁾」とされたのではあるが、その理由は、主に一方行為（単独行為）と双方行為（契約）にならぶ法律行為の種類として新しい概念が立てられたというのに、その素材は決議と団体設立行為という二つに限られており、結局材料が乏しいという点にあると思われる。しかも（行為）能力規定、意思表示規定の適用

上は契約と大差がなくなるとすれば、それ固有の法的効果を導くことは困難である。かりにわずかな差異があるとしても、たとえば柔軟な解釈を施すことで対処できるのであれば難しい議論を立てる必要もないであろう。それゆえ上述のように、合同行為論はその後もいくつかの厳しい批判を受けるのも当然ではある。もつともそれらの批判の多くは、クンツェを根本的に検討した岡松・法律行為論がなした作業によって真の合同行為ではないとされた共同行為に向けられたものであった。そうであれば、その後の学説が岡松をどこまで継承していたかにつき若干の疑問も生ずるが、なお概念の再定義という視点から検討する必要があるように思われる。とりわけ我妻にみられるような組合契約の法的性質論において、契約と合同行為の両概念がどのように結びつくのか、に留意すべきであろう。

他方、ドイツ法における合同行為 (Gesamtakt) 概念はクンツェ以外にも、会社法、国際法、公法分野においてもこれを論ずる学者が少なくなかった⁽⁶⁹⁾。この概念に類似したものとして、一九世紀後半に「合意 (Vereinbarung)」なる観念を用いて同様の議論を展開した者もいる一方で、団体法の視点からのギールケの所論⁽⁷¹⁾は、団体・組織と切り離せないことから関心が持たれるところである。そのような学史的検討も概念の再定義という視点から今後に期したいと思う。

(一) Kuntze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, in: Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. jr. Otto Müller zum 14. Mai 1892, S. 27, 1892. なお現在の表記である「Gesamtakt」は、一九世紀後半であった当時は「Gesamtakt」と表記されていたようである。もつともこの語自体は、ギールケの創唱にかかるもの (Otto von Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S.133) で、これを採用したのがクンツェであるとの指摘もある。安田幹太「合同行為の

観念を排す(二・完)」司法協会雑誌第一九卷第二号(一九四〇)二二七頁参照。

(2) 川島武宜・平井宜雄編『新版 注釈民法(3)総則(3)』(有斐閣、初版二〇〇三)【平井宜雄】五一―五二頁。

(3) 平井・前掲注(2)五二頁。

(4) 平井・前掲注(2)九一頁。

(5) 平井前掲注(2)九一頁。筆者はかかる視点から、組織型契約としての組合契約について、端緒的な論文を公表している。拙稿「ドイツ法における組織契約論序説」MBS Review No.18, 14-21.

(6) 平井・前掲注(2)九一頁。

(7) 長谷川貞之教授は、インターネット上のプラットフォームを通じて契約の締結・履行をコンピュータ・プログラム、AIなどを応用して行ういわゆる「スマートコントラクト (Smart Contract)」について、「当事者間に合意や約束の相互交換を要する伝統的な契約理論からすれば、スマートコントラクトがそれ自体、必然的に契約を意味するわけではない」として、スマートコントラクトの浸透が「従来の伝統的な契約理論を根底から揺さぶるもの」と位置づけ、現代的な取引現象を視野に置いた多角取引の視点からの検討の方向を示唆されている。長谷川「スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論」日本法学第八六卷(二〇二〇)二・三号六三頁。本稿は、契約当事者ないし関与者が三者以上となる現代的な取引を検討する問題意識から、伝統的な意思表示・法律行為概念上注目すべき合同行為論を取り上げるものである。多角的法律関係の構想は椿寿夫博士に由来するものであり、中舎寛樹名誉教授らによりさらに展開されている。さしあたり椿寿夫・中舎寛樹編『多角的法律関係の研究』(日本評論社、二〇一二)、椿寿夫編著『三角・多角取引と民法法理の深化』別冊NBL一六一号(二〇一六)、中舎寛樹『多数当事者間契約の研究』(日本評論社、二〇一九)に掲げられた諸論考参照。

(8) 時期的には最も早い紹介が、志田鉀太郎『クンツェ』氏ノ『ゲザンムトアクト』論ニ就テ」法学協会雑誌二二卷六号(一九〇三)七六四頁に見られる。留学からの帰朝講演で合同行為論を紹介しているが、これが最初と推測される。安田幹太「合同行為の観念を排す」司法協会雑誌第一八卷第二〇号(一九三九)一一頁は、志田がクンツェの合同行為論を最初にわが国に紹介したという。

(9) 岡松参太郎『法律行為論』(有斐閣書房、一九一四)。初出は、京都法學會雜誌第七卷第一一号及び第一二号(一九一二)であり、これを加筆修正・増補の上京都法科大学研究叢書として発行されている(同書端書き、以下「岡松・法律行為論」として引用する)。安田前掲注(8)論文において、志田以降の日本における初期の学説を詳しく検討するが、岡松の同論文がわが国における合同行為論の始祖であると称し(同一〇頁)、わが国の通説を決定的に合同行為論の認容に導いたという(同一四頁)。さらに近時、岡松・法律行為論を取り上げるのが山城一真「共同型の法律行為について」岡本裕樹・沖野真己・鳥山泰志・山野目章夫編『民法学の継承と展開 中田裕康先生古希記念』(有斐閣、二〇二二)一三九頁以下である。フランス法における議論、とくにレミー・カブリヤック (Rémy CABRILLAC) による「共同行為 (acte juridique conjonctif)」構想とも関連づけて検討する同論文には興味深い指摘も見られる。しかし同論文は基本的に共同型の法律行為という視点から岡松の「共同行為」概念を検討するものであるから、本稿の上述のような問題意識から岡松・法律行為論を全体として取り上げる関心とはやや異なるであろう。

(10) Gierke 前掲注(1)論文一三三頁以下。

(11) ここでいう「従來の学説」は、日本の学説というよりもドイツの学説のことを指していると思われる。たとえば Biermann, Bürgerliches Recht I, 1908の文献を引用、参照させているからである(岡松・法律行為論六九頁注2)。

(12) 岡松・法律行為論六八頁。

(13) 同前。

(14) 同前。

(15) 同六九頁。

(16) 同六九頁。

(17) 岡松は、意思表示の種類を、独立的意思表示 (selbständige Willenserklärung)、相対的意思表示 (unselbständige Willenserklärung)、そして従属的意思表示 (abhängige Willenserklärung) の三つに分類する(同一一頁以下)。独立的意思表示とは、一定の法律上の効果を惹起しうる意思表示であり、寄附行為・無記名証券の発行・相殺の対抗・解約の申込み・遺言

を例とする。相対的意思表示とは、他の意思表示と合体して法律上の効果を生ずる意思表示で、他の意思表示に対する関係は対立的にして従属的ではないもので、契約における申込みまたは承諾の意思表示、合同行為（例 決議）における意思表示である。そして、従属的意思表示とは、独立して直接に一定の法律上の効果を生ずることなく他の法律事実（必ずしも意思表示に限らない）の効果にある影響を及ぼす意思表示であるとする。この二つの分類のうち、最後の従属的意思表示が、エルツバッハー (Elzbacher) に従い、さらに二つに分類される。すなわち①補充的意思表示 (Ergänzende Willenserklärung) と、②破壊的意思表示 (Entkräftende Willenserklärung) と、さらに③指定的意思表示 (Bestimmende Willenserklärung) である。①補充的意思表示とは、その他の法律事実が独立して完全な法律上の効果を生ずることができない場合に、これを補充してその目的とする効果を生じさせる意思表示をいい、制限行為能力者の行為に対する法定代理人などの同意、許可、無権代理行為の追認、第三者のためにする契約における利益を享受する意思表示、および意思表示ではない法律事実に従属するもの（事務管理の追認、未成年者の営業の許可）などが挙げられる。②破壊的意思表示とは、他の法律事実が生じさせたまたは生じさせるべき法律上の効果を破壊する意思表示で、取消し、撤回、申込みの拒絶、追認の拒絶、懸賞広告取消権の放棄、相続の放棄が挙げられる。そして③指定的意思表示とは、種々なる法律上の効果を生じうべき法律事実の効果を確定する意思表示で、選択債権における選択、不定（不特定か「筆者」）給付における指定が挙げられる。ここではこの①の補充的意思表示のことを指している。

(18) 同前。

(19) 同七〇頁。

(20) 同前。

(21) 同前。

(22) 同前七〇頁、注4。

(23) Biermann, Bürgerliches Recht, I. S. 355, 1908. を引用する。

(24) 岡松・法律行為論七三頁。

- (25) 同前。
- (26) 同前。
- (27) 同七六頁。
- (28) 同七六頁。
- (29) 同七六、七七頁。
- (30) 同七七頁。
- (31) Gierke, Brockhausen, Gleitsmann, Endemann, Crome, Cosack, Filtzbacher, Biermann, Tuhr, Enneccerus らを挙げる (同七八頁、注7)。
- (32) 同七九頁。
- (33) 同八〇頁。
- (34) 同八一頁。
- (35) 同八七頁。
- (36) 同八七頁。
- (37) 同前。
- (38) 同前。
- (39) Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6.Aufl, 2007. sich treffen のほか、sich begegnen もあり、「私は劇場で知人と出会った」(ich traf im Theater mit Bekannten zusammen.) という例文が出ている。独和辞典でも同様の例文は使われる(「小学館独和大辞典」[二〇〇〇])。このほか、Duden では、gleichzeitig gegeben sein, geschehen, stattfinden の語義も示され、「(時間的に) ぶつかる、重なり合う…(内容的に) 一致(合致)する」と訳出される(同上独和大辞典)。名詞化した Zusammen treffen の訳語は、1 出会い、遭遇…会合、会談、2 重なり(ぶつかり)合いである(同独和大辞典)。本文にて言及するように、同時性という時間の概念・意味も入る。

- (40) 同八八頁、注15。なお、契約における意思表示の相互関係について、それらが互いに条件をなしている、相互に有機的関係があることも指摘されることを踏まえ、合同行為においては各意思表示の間にそのような結合関係がないことにも言及している(同八八頁、注16)。
- (41) 同八九頁。
- (42) 同九一頁。多少の異論の中に、合同行為概念の提唱者であるクンツェも、またギールケも入っていて、彼らによれば決議は法律行為でないとする(同九一頁)。
- (43) 同九二頁、注3によれば、組織的団体の決議であっても、決議事項の如何により法律行為ではないとされることはもちろんであるという。
- (44) 同九二頁。
- (45) 同九三頁。
- (46) von Tuhr, *Der allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, S. 476ff. (出版年は明示されていないが、一九一〇年か)。
- (47) 同九四、九五五頁注9。
- (48) 同九六頁(注12)。この「集合的意思表示」なる語は、岡松が注12で引用するOertmann, *Kommentar* によるものかは定かではない。注12で言及するのは、同書が決議の場合に、各意思表示が「其獨立ヲ失ハサルカ如キ言ヲ爲スモ恐クハ正當ニアラス此點ニ於テハ契約ト異ルコトナシ」としているにすぎない。
- (49) 同九七頁、注13。法人の設立者たる者は設立の意思表示をなした者に限るといふ。たとえば、設立者となろうとして合意した者が五人いて、その中の四人のみが設立の意思表示をなすときは、その四人のみが設立者となるのであって、残り一人はこれに与らない。この場合に五人全員の設立の意思表示があるのでなければ、設立行為無効であるというのではない、と説示する。
- (50) 同九七頁注14。

- (51) 同九七頁。
- (52) 同九八頁。
- (53) 同九八頁。
- (54) 志田・前掲注(8)論文七七九頁。
- (55) 安田・前掲注(8)論文六頁。
- (56) 版を重ねている Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 46. Aufl., 2022, S.39は、法律行為の分類として一方行為 (einseitige Rechtsgeschäfte) と多方行為 (mehrerseitige Rechtsgeschäfte) を挙げて、後者の事例に契約 (Vertrag) と決議 (Beschluss) を説明し、合同行為概念を説明することはない。体系書レベルで合同行為概念が取り上げられることはないわけではない (Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 2011, S. 171; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., S. 404など) が、それでも独立した一つの分類項目になっているわけでもない。
- (57) 幾代通『民法総則「第二版」』(青林書院、一九八四)一八六頁、鳩山秀夫『法律行為乃至時効』(厳松堂、一九二二)三七頁。
- (58) 幾代・前掲注(57)一八六頁。
- (59) 鳩山・前掲注(57)三七頁。
- (60) 同前。
- (61) 川島武宜『民法総則』(有斐閣、一九六五)一六〇頁。
- (62) 幾代・前掲注(57)一八七頁。
- (63) 宮崎孝治郎「合同行為否認論」愛知学院大学法学研究一〇巻六九頁(一九六七)。なお、契約においては利益が対立し、合同行為においては利益が並立するという対比もあり、これも宮崎は批判する(同六四頁以下)が、岡松・法律行為論においては利益の対立・並立という議論はとくに現れてはいないと思われる。本論で取り上げない理由であるが、合同行為論としては浮上してくる問題であろう。

- (64) 川島・前掲注(61)一六〇頁以下、とくに一六一頁。
- (65) 川島・前掲注(61)同一六一頁。後に、川島は合同行為という第三の類型を認めること自体に反対ないし批判的な学説として引用されることがあるが(幾代前掲注(56)一八七頁)、そうではなく積極的に評価していたともいえるのではないか。
- (66) 我妻榮『債権各論 中巻二』(岩波書店、一九六二)七五八頁。
- (67) 岡松・法律行為論九八頁。
- (68) たとえば、数人が共同して解除や告知や地役権設定行為をなす場合に数人の共同の意思表示の存在を認めれば十分と評して、単独行為、契約と並ぶ「合同行為という概念を構成する必要は存在しない」とされる。川島・前掲注(61)一五九頁。
- (69) さしあたり、Binding, Die Gründung des norddeutschen Bundes, in: Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888, 1888, S.3; Jellinek, System des subjektiven öffentlichen Rechts, 1892^註か。この点では、安田「合同行為の観念を排す(二・完)」司法協会雑誌第一九卷第二号二七頁以下に詳しいが、さらに合同行為概念は契約概念の中に包摂されるべきであるとした学者は、その際クンツェがビンディングの「合意(Vereinbarung)」の代わりに合同行為(Gesamtakt)を置き換え、契約(Vertrag)と対立させ、それぞれの意思内容については全く同様な議論をくりかえしているに過ぎないという。宮崎孝治郎「合同行為否認論」愛知学院大学法学研究一〇卷三九頁以下(一九六七)、とくに四八頁。
- (70) Binding 前掲注(69)論文。
- (71) Gierke 前掲注(1)論文、とくに二二三頁以下。

社団たる医療法人のガバナンスの 実効性に関する一考察

——東京地判平成三〇年一〇月二六日判タ一四七一号二四八頁を素材として——

松 嶋 隆 弘

一．はじめに

本稿は、非営利法人^①に関するガバナンスの研究の一環として、社団たる医療法人^③において理事長による社員総会の日時及び場所の変更が有効と判断された事案である東京地判平成三〇年一〇月二六日判タ一四七一号二四八頁^④を取り上げ、次の点を検討することを目的とする。

(1) 前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日のケーススタディを行い、同事件からうかがわれる社団たる医療法人に

社団たる医療法人のガバナンスの実効性に関する一考察（松嶋）

三〇五（一二八七）

関する「規制のループホール」の存在を明らかにする。

(2) 社団たる医療法人におけるガバナンスの規制として、理事に関する規制、社員総会に関する規制を取り上げ、それらを一般社団法人、株式会社についての対応する規制と比較・対照し、社団たる医療法人における、関係当事者の善意と主務官庁の適切な管理監督に期待した「性善説」的ガバナンス構造の全体像と問題点を明らかにし、(1) でみた「規制のループホール」をその中に位置づける。

(3) (2) での検討を踏まえ、現行の社団たる医療法人のガバナンス構造を所与の前提とした上で、(1) でみた「規制のループホール」をどのように解決することができるかについて、検討する。

この問題に関し筆者は、かつて前稿^⑤において若干の試論的検討を行ったことがある。本稿は、前稿での検討の結果を、社団たる医療法人のガバナンス規制の全体像の中に位置づけた上で、より詳しく再検討しようとするものである。

二・東京地判平成三〇年一〇月二六日判タ一四七一号二四八頁の概要

1. 事実の概要

検討のはじめに前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日の概要を紹介しておきたい。次のような事案であった。

(1) 登場人物

Y₁は、平成二五年三月四日に設立され、二か所の歯科診療所を開設する医療法人である。Y₁の設立当初の役員は、理事長がX、理事がY₃及びY₄、監事がBであった。

(2) Y₁とY₃及びY₄との一連の訴訟

(i) Xを代表者理事長とするY₁とY₃及びY₄の間には、左記のと通りの紛争があった。

Y₁は、平成二七年三月九日付け社員総会においてY₃を社員から除名する旨を、平成二七年三月二七日付け社員総会においてY₄を社員から除名する旨を、それぞれ決議した。これに対し、Y₃及びY₄は、①・前記各除名決議が不存在であることの確認を求める訴えを提起するとともに、Xに対し、②・「Xの社員除名決議及び理事解任決議、Y₂及びAの理事選任決議、Y₃、Y₄及びCの理事再任決議を目的とするY₁の社員総会招集手続をせよ」、③・「Xの理事長解任の件及びY₂の理事長互選の件を会議の目的とするY₁の理事会の招集手続をせよ」④・「Y₃及びY₄がY₁の社員の地位にあることを確認する」との訴えを提起した。

(ii) またY₁は、平成二六年一月一九日、東京地方裁判所に対し、Y₃が自らの個人的支出をY₁に負担させたとして、仮払金の返還を求める訴訟を提起し（別件訴訟1）、平成二七年八月二〇日、Y₄に対し不当利得返還請求訴訟を提起した（別件訴訟2）。これに対し、Y₃は、平成二七年三月一八日ころ、Y₁に対し、未払理事報酬の支払を求める反訴を提起した（Y₃は、平成二八年四月二八日ころ、Y₁に対し、雇用契約上の地位確認等を求める請求を追加した）。

(iii) 東京地方裁判所は、平成二八年二月二九日、前記①～④の請求につき、いずれも棄却するとの判決をした（前訴第一審判決）。

(iv) Xによる事業譲渡

Xを代表者理事長とするY₁は、平成二八年六月一三日、Cに対し、Z歯科（Y₁が開設する診療所）の事業を譲渡する旨の譲渡契約を締結するとともに、平成二八年六月二六日、社員総数二名として、本件譲渡契約を承認する旨のY₁の

社員総会決議をした。

(3) 前訴訟審判決における逆転判断と支配権の逆転

(i) 東京高等裁判所は、平成二八年八月九日、「前訴第一審判決」を変更し、①につき各除名決議を無効であるとするとともに、②～④の請求を認容する判決を言い渡した（前訴訟審判決）。その際、裁判所は、「Y₃及びY₄がY₁の総社員の五分の一以上の社員に当たり、Y₁の理事長であるXに対し、医療法四八条の三第五項、定款……に基づき社員総会の招集を請求することができ、Xがこれに応じない場合、訴えをもってY₁の…付議事項を目的とする社員総会の開催を請求することができる」旨判示している。

これに対し上告がなされたが、最高裁判所は、平成二九年二月二日、「前訴訟審判決」に対する上告受理申立てにつき、上告審として受理しない旨の決定をした。

(ii) Y₁（代表者理事長X）は、平成二九年二月八日、東京地方裁判所に対し、Y₃の社員権に基づく議決権を、別件訴訟1の判決が確定するまで停止すること等を求める仮処分（本件仮処分）を申し立てた。そしてXは、平成二九年二月二二日ころ、Y₃及びY₄に対し、開催日時を同年三月二二日午後一時、場所を「(省略)」、議案を前訴訟審判決主文記載の内容とする社員総会招集通知（本件招集通知）を發した。

その後、本件仮処分の審尋期日（平成二九年三月一三日）において、裁判所から本件仮処分につき同年四月七日までに決定する旨の意向が示されたため、Xは、平成二九年三月一六日ころ、Y₃及びY₄に対し、そのことを理由に、社員総会の開催日時を同年四月一三日午後三時、場所を「(略)」と変更する招集通知（本件変更通知）をした。

(iii) 他方、Y₃は、平成二九年三月二二日、Y₃本人兼Y₄の代理人による社員二名の出席として社員総会を開催し、本

件変更通知に基づく社員総会の延期を否決したほか、⑤・XをY₁の社員から除名する、⑥・Y₂及びAをY₁の理事に選任する、⑦・Y₃をY₁の理事に再任するとの決議（本件決議）をするとともに、同日、理事会を開催し、Y₂を理事長に選任する理事会決議をした。

(iv) その後、Y₁の代表者理事長となったY₂は、平成二九年三月二四日、別件訴訟1、2の訴訟代理人、本件仮処分の代理人であった弁護士に対し解任する旨の解任通知書を送付し、Y₂を代表者とするY₁は、同月三一日、本件仮処分別件訴訟1、2を取り下げた。

(v) そこでXは、前記⑤～⑦の決議が不存在であること及び⑧・任期を満了したXがY₁の理事及び理事長の権利義務を負う地位にあることの確認を求め提訴した。

2. 前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日の判旨

(1) 前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日における争点

前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日において争点とされたのは、「本件変更通知」が有効か否かである。そしてこの点に関し、Y₁（実質的にはY₁の支配権を得たY₃及びY₄）は、「前訴判決（前訴控訴審判決のこと…筆者注記）が確定したことによりXによる社員総会の招集手続が擬制されているから、Xに変更権限がない、Y₁は、理事長に開催日等を自由に変更する権限がある」とすると、社員による招集請求が実現できないことになり不当である、本件総会において、社員総会の延期は否決されている」旨主張している。

(2) 「本件変更通知」の有効性

「社員総会の開催日時及び場所等の変更とは、すでに決定した開催日時及び場所を別の日時及び場所に再度決定す

るということであるから、社員総会の開催に関する具体的事項として決定し得る者が、その決定する手続に従って行う場合には有効であると解するのが相当である」旨判示し、本件変更通知における開催日時及び場所は、決定権限のある理事長であるXが決めたものであるから、その変更は有効であるとした。

結果として、「本件総会の招集は撤回され、本件総会は招集を欠くこととなるから、本件決議は不存在といえる。そうすると、Y₁の理事及び理事長が任期満了後、後任者が選任されていないこととなるから、Y₁の理事及び理事長であったXがその職務を行う地位にあつたといえる」旨判示し、Xの⑧の請求を認容した。

(3) Y₁の主張に対する判断

なお、裁判所は、「前訴判決が確定したことによりXによる社員総会の招集手続が擬制されている」とのY₁の主張に対しては、次のように判示し、これを一蹴した。

「社員総会の招集通知については、社員に社員総会に出席の機会と準備の機会を与えることを目的とすることから、その記載内容として、会議の目的である事項、日時及び場所の記載が要求されている。そうすると、前訴判決は、根拠として平成二七年法律第七四号による改正前の医療法四八条の三(現四六条の三の二(筆者注)第五項及び定款……を挙げたうえで、会議の目的である事項については具体的に特定しているものの、日時及び場所については触れておらず、招集通知としては未完成のものであることからすると、民事執行法一七四条(現一七七条(筆者注))の適用がある意思表示をすべきことを命ずる判決とはいえず、前訴判決の確定の時に招集通知があつたものとみなすことはできないのであつて、単に社員総会の招集権限を有するXに対し、定款……に基づくY₃及びY₄の社員総会招集請求に応じたY₁の社員総会の招集手続として、社員総会の日時及び場所を決め、社員に対し招集通知の書面を送るという作為を

命じたに過ぎないと解するのが相当である。仮に、民事執行法一七四条（現一七七条…筆者注）の適用がある意思表示を命ずる判決であつたとしても、日時及び場所の特定のない社員総会招集手続は瑕疵があるといわざるを得ず、社員総会の開催のためには、その日時及び場所を補充して社員に通知する必要がある。医療法においては、会社法二九七条四項のように裁判所の許可により社員に招集権限を与える規定はなく、医療法第六章第九節の規定のほか、同法四六条の五の三第二項により都道府県知事が、一時理事長の職務を行うべき者を選任して、その者が社員総会を開催するなど、都道府県知事による監督により是正を図ることが予定されており、前訴判決もY₃及びY₄に日時及び場所を定める権限を与えたとまではいえないことからすると、前訴判決も日時及び場所の決定権限はXにあることを前提としているというべきであり、決定権限がありながら変更することができないとはいい難い。よって、前訴判決がXの日時及び場所の変更権限を奪うものとはいえず、前記判断を左右するものではない。Xが前訴判決に依らず、社員総会の招集手続をとらない場合には、間接強制による実現を図ることができるのであり、社員による招集請求を実現させないような開催日等の変更については、その態様や目的等諸般の事情を考慮し、権利濫用として開催日等の変更の効力を否定すれば足りるのであって、前記判断を左右するものではない。」

3. 小括…前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日のケース・スタディ

(1) 本件における紛争全体の見取り図

本件においては、XとY₃及びY₄との間で医療法人（Y₁）の支配権をめぐる激しい争奪戦が繰り広げられており、戦いは、前訴とそれ続く本訴、そして別訴とに渡り入り組んでいる。これを一言で要約するのは難しいが、ごく簡単に言うと、医療法人の社員からの除名合戦である前訴と本訴、そして場外戦である別訴とに大別できる。前訴では、

XがY₃及びY₄を除名したことの当否が争点となり、Xは、第一審（前訴第一審判決）では勝訴したものの、控訴審（前訴控訴審判決）では逆転敗訴している。Xは、Y₁の支配権を維持すべく、別訴が継続中であることを口実に、Y₃及びY₄の議決権停止の仮処分を求めた。そして、仮処分期日のスケジュールの都合上、当初予定されていた社員総会の会日延期すべく、「本件変更通知」を発したが、Y₃及びY₄は、その効力を認めず、当初の社員総会期日において社員総会の開催を強行し、Y₁の支配権を奪取し、Xを除名するとともに、Y₁として別訴及び仮処分の取り下げを行った。本件訴訟は、Xがこれに対抗すべく、Xの除名決議の効力を争うものであり、そのロジックとして「本件変更通知」が有効であるという主張がなされ、これが争点となっている。つまり、「本件変更通知」が有効であれば、Xの除名決議は、招集なくしてなされたものであり不存となるわけである。そして前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日は、前記の判旨のとおり、Xの主張を受け入れたわけである。

(2) 裁判所の審理スケジュールを反映した「本件変更通知」

結果として、本件においてY₃及びY₄が、除名決議を強行したのは軽率であったことになる。ただ、Xが前訴第一審判決後、Cに対し事業譲渡を行っており、これは一面では、自身がY₁の支配権を有している機会を利用しての「資産の切り離し」とも評価しうる行為であり、そうだとすれば、Y₃及びY₄の「焦り」も理解できないわけではないようにも思われる。

この場合における「本件変更通知」は、もっぱら本件仮処分に関する裁判所の審理スケジュールを反映したものであり、Xの都合によるものではない。かような状況において、「本件変更通知」を無視する行為は、広義での裁判所侮辱的行為といってもよいように思われる。判示にはないが、前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日が「本件変更通

知」を有効と解した背景として、かかる事情も一因であったのではなからうかと推測している。

4. 前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日から伺われる医療法人のガバナンスの問題点…社員総会を強制的に招集する方法の欠如

ここで、「前訴判決が確定したことによりXによる社員総会の招集手続が擬制されている」とのY₁の主張（実質的にはY₃及びY₄の主張）を手掛かりに、やや視点を広げて、医療法人のガバナンスに関する問題点を考えてみたい。

医療法人のガバナンスについては、医療法が規定するところ、医療法は、会社法や一般社団法人法（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律）に類似する規制を設けている（医療法四六条の二以下）。ただ、一点大きく違うことがある。両法は、少数株主や社員が裁判所の許可を得て株主総会を招集できると規定しているが（会社法二九七条、一般社団法人法三七条）、医療法は、かかる社員による招集の途や裁判所の関与につき規定を置いていないのである。医療法上、社員総会の招集権限を有しているのは、理事長だけであり（医療法四六条の三の二第二項三項）、社員は、総社員の1/5以上の多数をもって、かつ、社員総会の目的である事項を示して臨時社員総会の招集を請求することができるのみであり、この場合にも理事会を招集するのは理事長なのである（同条四項）。認可を司る主務官庁が都道府県知事であり、都道府県知事による適切な監督を期待してか、社員総会の招集に関し裁判所が関与するとはされていないのみならず、招集に関し主務官庁が許可をする旨の規定も存在していない。

結局、理事長が意図的に社員総会の招集を「放置」した場合に、社員総会を強制的に招集する方法は存在しない。前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日は、前記のとおり、社員による招集請求を実現させないような招集通知の「変更」については、権利濫用として効力を否定することを認めているが、本当の問題は、その先であり、社員による招

集請求を強制的に実現する途が閉ざされているというところにある。かような場合、結局、「理事長のポストを得た者勝ち」ということとなり、支配権争奪戦は、否が応でもヒートアップする。つまり、医療法の制度的なガバナンス不全が紛争を激化させているといってもよい。以上が前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日から伺われる医療法人のガバナンスの問題点である。次に、かかる問題点を、医療法人のガバナンス全体の中に位置づける作業を行っていきたい。すなわち、ガバナンスに関する医療法人に関する規制を会社法上、一般社団法人法上の各規制と対比しながら、明らかにしていく。

三．医療法人におけるガバナンス規制の概要

1. はじめに

次に、医療法人におけるガバナンス規制について、社員総会に関する規制と理事に関する規制を取り上げ、会社法、一般社団法人法（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律）と対比してみよう。

2. 理事に関する規制の対比

(1) 三者の比較

次の【表1】は、社団たる医療法人の理事に関する規制を、会社法上の取締役、一般社団法人法上の理事に関する各規制と対比したものである。⁶⁾

【表1】理事・取締役に関する規制

	社団たる医療法人	一般社団法人法の規制	相応する会社法の規制
1. 役員の選任	医療法人には、役員として、理事3人以上及び監事1人以上を置かなければならない。ただし、理事について、都道府県知事の認可を受けた場合は、1人又は2人の理事を置けば足りる（医療法46条の5第1項）。	・理事会設置一般社団法人における理事の員数につき、一般社団法人法65条3項 ・理事会設置一般社団法人における監事の設置義務につき、一般社団法人法61条	・取締役会設置会社における取締役の員数につき、会社法331条5項 ・取締役会設置会社（監査等委員会設置会社及び指名委員会等設置会社を除く。）における監査役設置義務につき、会社法327条2項
	社員総会の決議による理事の選任（医療法46条の5第2項）。	一般社団法人法63条1項	会社法329条1項
	法人と理事との関係（医療法46条の5第4項）。	一般社団法人法64条	会社法330条
	欠格事由 医療法46条の4第2項を準用（医療法46条の5第5項）。	一般社団法人法65条1項	会社法331条1項
	医療法人は、その開設する全ての病院、診療所、介護老人保健施設又は介護医療院（指定管理者として管理する病院等を含む。）の管理者を理事に加えなければならない。ただし、医療法人が病院、診療所、介護老人保健施設又は介護医療院を二以上開設する場合において、都道府県知事の認可を受けたときは、管理者（指定管理者として管理する病院等の管理者を除く。）の一部を理事に加えないことができる（医療法46条の5第6項）。	規定なし	規定なし
	前項本文の理事は、管理者の職を退いたときは、理事の職を失うものとする（医療法46条の5第7項）。	規定なし	規定なし
	監事の理事・職員との兼職禁止（医療法46条の5第8項）。	一般社団法人法65条2項	会社法335条2項
	理事の任期は、2年を超えることはできない。ただし、再任を妨げない（医療法46条の5第9項）。	一般社団法人法66条（再任を妨げない旨の規定なし）	会社法332条1項2項（再任を妨げない旨の規定なし）
2. 解任	社員総会による理事の解任（医療法46条の5の2第1項）。	一般社団法人法70条1項	会社法339条1項
	解任された理事の損害賠償請求権（医療法46条の5の2第2項）。	一般社団法人法70条2項	会社法339条2項
	理事解任の際の決議要件（医療法46条の5の2第3項）。	一般社団法人法49条2項	会社法309条1項（なお、2項7号参照）

3. 権利義務理事	権利義務理事の留任義務 (医療法46条の5の3第1項)。	一般社団法人法75条1項	会社法346条1項	
	前項に規定する場合において、医療法人の業務が遅滞することにより損害を生ずるおそれがあるときは、都道府県知事は、利害関係人の請求により又は職権で、一時役員の職務を行うべき者を選任しなければならない (医療法46条の5の3第2項)。	一般社団法人法75条2項 (裁判所が職権で選任)	会社法346条2項 (裁判所が職権で選任)	
	理事又は監事のうち、その定数の1/5を超える者が欠けたときは、1月以内に補充しなければならない (医療法46条の5の3第3項)。	規定なし	規定なし	
4. 監事選任議案に関する監事の同意・意見陳述	・社団たる医療法人における監事選任議案に関する監事の同意・意見陳述につき、一般社団法人法72条、74条を準用 (医療法46条の5の4)	・監事選任議案に関する監事の同意・意見陳述につき、一般社団法人法72条、74条	・監査役選任議案に関する監査役の同意・意見陳述につき、会社法343条、345条1項4項	
5. 理事の権限	医療法人 (次項に規定する医療法人を除く。) の理事のうち1人は、理事長とし、医師又は歯科医師である理事のうちから選出する。ただし、都道府県知事の認可を受けた場合は、医師又は歯科医師でない理事のうちから選出することができる (医療法46条の6第1項)。	規定なし	規定なし	
	第46条の5第1項ただし書の認可を受けて一人の理事を置く医療法人にあつては、この章 (次条第3項を除く。) の規定の適用については、当該理事を理事長とみなす (医療法46条の6第2項)。	代表理事の定義につき、一般社団法人法21条1項	代表取締役の定義につき、会社法47条1項	
	理事長の代表権限 (医療法46条の6の2第1項)。	代表理事の権限につき、一般社団法人法77条4項	代表取締役の権限につき、会社法349条4項	
	代表権の制限と善意の第三者 (医療法46条の6の2第2項)。	一般社団法人法77条5項	会社法349条5項	
	理事長が欠けた場合の処理 (医療法46条の5の3第1項及び第2項を準用：医療法46条の6の2第3項)	一般社団法人法79条	会社法351条	
6. 理事の報告義務	医療法46条の6の3	一般社団法人法85条	会社法357条1項	
7. 理事の各種義務等	・代表者の行為の損害賠償責任につき、一般社団法人法78条を準用	・代表者の行為の損害賠償責任につき、一般社団法人法78条	・代表者の行為の損害賠償責任につき、会社法350条	
	・職務代行者の権限につき、一般社団法人法80条を準用	・職務代行者の権限につき、一般社団法人法80条	・職務代行者の権限につき、会社法352条	

	<ul style="list-style-type: none"> ・表見代表理事につき、一般社団法人法82条を準用 ・忠実義務につき、一般社団法人法83条を準用 ・競業取引・利益相反取引につき、一般社団法人法84条を準用 ・違法行為差止請求につき、一般社団法人法88条を準用 ・理事の報酬につき、一般社団法人法89条を準用 (医療法46条の6の4) 	<ul style="list-style-type: none"> ・表見代表理事につき、一般社団法人法82条 ・忠実義務につき、一般社団法人法83条 ・競業取引・利益相反取引につき、一般社団法人法84条 ・違法行為差止請求につき、一般社団法人法88条 ・理事の報酬につき、一般社団法人法89条を準用 	<ul style="list-style-type: none"> ・表見代表取締役につき、会社法354条 ・忠実義務につき、会社法355条 ・競業取引・利益相反取引につき、会社法356条 ・違法行為差止請求につき、会社法360条 ・取締役の報酬につき、会社法361条
8. 業務執行検査役	規定なし (都道府県知事による業務・会計の状況の検査につき、医療法63条) (解散・清算監督のための検査役選任につき、医療法56条の16)	一般社団法人法86条	会社法358条
9. 理事会	理事会の構成 (医療法46条の7第1項)。	一般社団法人法90条1項	会社法362条1項
	理事会の職務 (医療法46条の7第2項)	一般社団法人法90条2項	会社法362条2項
	重要な業務執行の理事への委任の禁止 (医療法46条の7第3項)	一般社団法人法90条4項	会社法362条4項
10. 理事会の手續	<ul style="list-style-type: none"> ・理事の権限につき、一般社団法人法91条を準用 ・競業取引・利益相反取引の承認機関につき、一般社団法人法92条2項を準用 ・理事会の招集権者につき、一般社団法人法93条を準用 ・理事会の招集手續につき、一般社団法人法94条を準用 (・社員による招集請求の規定なし) ・理事会の決議につき、一般社団法人法95条を準用 ・理事会の決議の省略につき、一般社団法人法96条を準用 ・理事会の議事録等につき、一般社団法人法97条を準用 ・理事会への報告の省略につき、一般社団法人法98条を準用 (医療法46条の7の2) 	<ul style="list-style-type: none"> ・理事の権限につき、一般社団法人法91条 ・競業取引・利益相反取引の承認機関につき、一般社団法人法92条 ・理事会の招集権者につき、一般社団法人法93条 ・理事会の招集手續につき、一般社団法人法94条 (・社員による招集請求の規定なし) ・理事会の決議につき、一般社団法人法95条 ・理事会の決議の省略につき、一般社団法人法96条 ・理事会の議事録等につき、一般社団法人法97条 ・理事会への報告の省略につき、一般社団法人法98条 	<ul style="list-style-type: none"> ・取締役の権限につき、会社法363条 ・競業取引・利益相反取引の承認機関につき、会社法365条 ・取締役会の招集権者につき、会社法366条 ・取締役会の招集手續につき、会社法368条 (・株主による招集請求につき会社法367条) ・取締役会の決議につき、会社法369条 ・取締役会の決議の省略につき、会社法370条 ・取締役会の議事録等につき、会社法371条 ・取締役会への報告の省略につき、会社法372条

11. 法人に対する損害賠償責任	理事の法人に対する任務懈怠責任 (医療法47条1項)。	一般社団法人法111条1項	会社法423条1項
	競業取引における損害の額の推定 (医療法47条2項)。	一般社団法人法111条2項	会社法423条2項
	利益相反取引における任務懈怠の推定 (医療法47条3項)	一般社団法人法111条3項	会社法423条3項
12. 責任の免除	・責任の全部免除につき、一般社団法人法112条を準用	・責任の全部免除につき、一般社団法人法112条	・責任の全部免除につき、会社法424条
	・責任の一部免除につき、一般社団法人法113条を準用	・責任の一部免除につき、一般社団法人法113条	・責任の一部免除につき、会社法425条
	・免除に関する定款の定めにつき、一般社団法人法114条を準用	・免除に関する定款の定めにつき、一般社団法人法114条	・免除に関する定款の定めにつき、会社法426条
	・責任限定契約につき、一般社団法人法115条を準用 ・自己取引に関する責任免除不可につき、一般社団法人法116条を準用 (医療法47条の2第1項)	・責任限定契約につき、一般社団法人法115条 ・自己取引に関する責任免除不可につき、一般社団法人法116条	・責任限定契約につき、会社法427条 ・自己取引に関する責任免除不可につき、会社法428条
13. 第三者に対する損害賠償責任	理事の対第三者責任 (医療法48条1項2項)	一般社団法人法117条1項2項	会社法429条1項2項
14. 連帯責任	医療法49条	一般社団法人法118条	会社法430条
15. 代表訴訟	責任追及に関する訴えに関する規定 (一般社団法人法278条～283条) を準用 (医療法49条の2)	一般社団法人法278条～283条	会社法847条～853条
16. 役員等の解任の訴え	役員等の解任の訴えに関する規定 (一般社団法人法284条～286条) を準用 (医療法49条の3)	一般社団法人法284条～286条	会社法854条～856条
17. 補償契約及び役員のために締結される保険契約	医療法49条の4	補償契約につき、一般社団法人法118条の2、役員等のために締結される保険契約につき、一般社団法人法118条の3	補償契約につき、会社法430条の2、役員等のために締結される保険契約につき、会社法430条の3

(2) 比較した結果、分かったこと

【表1】を一覧したところから一目瞭然とおり、社団たる医療法人における理事に関する規制は、おおむね一般社団法人法の規制に準拠しており、一般社団法人法の規制を社団たる医療法人の特質に照らし簡素化し、変更を要しない部分については、(場合によっては、適宜読み替えた上で)一般社団法人法の規制を準用している。もともと一般社団法人法の規制は、会社法上の規制をベースにしたものであり、これら三つの各規制は、おおむねパラレルな規制になっているといつてよい。

そして、これら三つを通覧すると、次の三点を指摘することができる。

第一に、医療法人においては、病院等の管理者、医師・歯科医師等医療関係者が、代表理事、理事になることが予定されている。例えば、医療法人においては、病院等の管理者が理事に加えられなければならない(医療法四六条の五第六項)、かかる「管理者理事」が管理者の職を退いたときは、理事の職を失うものとされており(同条七項)、医療法人の理事のうち一人は理事長とし、医師又は歯科医師である理事のうちから選出するものとされている(医療法四六条の六第二項本文)。かかる規制は会社法や一般社団法人法にもみられず、医療法人固有の規制であるといつてよい。

第二に、監督官庁が都道府県知事であるとされているところから(医療法四四一条一項参照)、都道府県知事に種々の認可権限が与えられているとともに(例えば、医療法四六条の五第一項但書、同法四六条の五第六項但書、同法四六条の六第一項但書)、会社法、一般社団法人法において、裁判所が後見的に関与すべきとされている場面において、都道府県知事が関与するものとされている。後者の例として、権利義務役員の選任に関し、一般社団法人法、会社法では、裁判所が職権で選任するとされているのに対し(会社法三四六条二項、一般社団法人法七五条二項)、医療法では、都道府県知

事がその役割を担うこととされている（医療法四六条の五の三第二項）。また、会社法、一般社団法人法では、裁判所が業務執行検査役を選任するものとされているが（会社法三五八条、一般社団法人法八六条）、医療法人法では、都道府県知事が業務・会計の状況を検査するという建付けになっており（医療法六三条）、裁判所による検査役の選任は、解散・清算監督という限定された場面においてのみ認められているにすぎない（医療法五六条の一六）。

2. 社員総会に関する規制の対比

(1) 三者の比較

次の【表2】は、社団たる医療法人の社員総会に関する規制を、会社法上の株主総会、一般社団法人法上の社員総会に関する各規制と対比したものである。

【表2】社員総会・株主総会に関する規制

	社団法人たる医療法人	一般社団法人法の規制	相応する会社法の規制
1. 決議できる事項の範囲	法律定款で定めた事項に限定 (医療法46条の3第1項)	理事会設置一般社団法人につき、一般社団法人法35条2項	取締役会設置会社につき、会社法295条2項
2. 定款による決議機関の変更の可否	医療法46条の3第2項	一般社団法人法35条4項	会社法295条3項
3. 社員名簿	社団法人たる医療法人は、社員名簿を備え置き、社員の変更があるごとに必要な変更を加えなければならない (医療法46条の3の2第1項)。	一般社団法人法31条	・株主名簿の備置につき、会社法125条1項、名義書換につき、会社法133条1項
4. 社員総会	医療法46条の3の2第2項	一般社団法人法36条1項3項	会社法296条1項3項
	医療法46条の3の2第3項	一般社団法人法36条2項3項	会社法296条2項3項
5. 社員による臨時社員総会の総会招集	理事長は、総社員の1/5以上の社員から社員総会の目的である事項を示して臨時社員総会の招集を請求された場合には、その請求のあつた日から20日以内に、これを招集しなければならない。ただし、総社員の1/5の割合については、定款でこれを下回る割合を定めることができる (医療法46条の3の2第4項)。	総社員の議決権の1/10以上の議決権を有する社員は、理事に対し、社員総会の目的である事項及び招集の理由を示して、社員総会の招集を請求することができる（一般社団法人法37条1項）。	総株主の議決権の3/100以上の議決権を6箇月（これを下回る期間を定款で定めた場合にあっては、その期間）前から引き続き有する株主は、取締役に対し、株主総会の目的である事項及び招集の理由を示して、株主総会の招集を請求することができる（会社法297条1項）。
		請求をした社員は、裁判所の許可を得て、社員総会を招集することができる（一般社団法人法37条2項）。	請求をした株主は、裁判所の許可を得て、株主総会を招集することができる（会社法297条4項）。
6. 招集通知	医療法46条の3の2第5項	一般社団法人法39条	会社法299条1項
	(書面による招集通知、電磁的方法による招集通知につき、規定なし。なお、招集の方法は、定款で定める。)	・書面による招集通知につき、一般社団法人法39条2項 ・電磁的方法による招集通知につき、一般社団法人法39条3項	・書面による招集通知につき、会社法299条2項 ・電磁的方法による招集通知につき、会社法299条3項
7. 招集手続の省略	(規定なし)	一般社団法人法40条	会社法300条本文
8. 提案権	(規定なし)	一般社団法人法43～45条	会社法303～305条
9. 総会検査役	(規定なし)	一般社団法人法46条、47条	会社法306条、307条

10. 電子提供措置	医療法46条3の6において、一般社団法人法47条の2以下を準用。	一般社団法人法47条の2～47条の6	会社法325条の2～325条の7
11. 招集通知による決議事項の限定	医療法46条の3の2第6項	一般社団法人法49条3項	会社法309条5項
12. 議決権	医療法46条の3の3第1項	一般社団法人法48条1項	会社法308条1項
	(規定なし)	(規定なし)	株式会社は、自己株式については、議決権を有しない(会社法308条2項)。
13. 決議	医療法46条の3の3第2項	一般社団法人法49条	会社法309条
	社員総会の議事は、この法律又は定款に別段の定めがある場合を除き、出席者の議決権の過半数で決し、可否同数のときは、議長の決するところによる(医療法46条の3の3第3項)。	(可否同数の場面に付き、規定なし)	(可否同数の場面に付き、規定なし)
	前項の場合において、議長は、社員として議決に加わることができない(医療法46条の3の3第4項)。	(規定なし)	(規定なし)
14. 議決権の代理行使	医療法46条の3の3第5項	一般社団法人法50条	会社法310条
15. 書面による議決権の行使	(規定なし)	一般社団法人法51条	会社法311条
16. 電磁的方法による議決権の行使	(規定なし)	一般社団法人法52条	会社法312条
17. 特別利害関係	社員総会の決議について特別の利害関係を有する社員は、議決に加わることができない(医療法46条の3の3第6項)。	次に掲げる場合には、社員等は、社員総会等の決議の日から3箇月以内に、訴えをもって当該決議の取消しを請求することができる。当該決議の取消しにより社員等となる者も、同様とする。 三 社員総会の決議について特別の利害関係を有する社員が議決権を行使したことによって、著しく不当な決議がされたとき(一般社団法人法266条1項3号)。	次の各号に掲げる場合には、株主等は、株主総会等の決議の日から3箇月以内に、訴えをもって当該決議の取消しを請求することができる。当該決議の取消しにより株主又は取締役、監査役若しくは清算人となる者も、同様とする。 三 株主総会等の決議について特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって、著しく不当な決議がされたとき(会社法831条1項3号)。
18. 説明義務	医療法46条の3の4	一般社団法人法53条	会社法314条

19. 議長の選任	社員総会の議長は、社員総会において選任する（医療法46条の3の5第1項）。	(規定なし)	(規定なし)
20. 議長の権限	医療法46条の3の5第2項	一般社団法人法54条1項	会社法315条1項
	医療法46条の3の5第3項	一般社団法人法54条2項	会社法315条2項
21. 提出された資料等の調査	(規定なし)	一般社団法人法55条	会社法316条
22. 延会・続行の決議	(規定なし)	一般社団法人法56条	会社法317条
23. 議事録	一般社団法人法57条を、所定の読み替えをした上で準用（医療法46条の3の6）。	一般社団法人法57条	会社法318条

(2) 比較した結果、分かったこと

【表2】における二つを対比した結果についてもまとめておこう。次の四点を指摘することができるように思われる。

第一に、おおむね会社法、一般社団法人、社団たる医療法人の順で規制が簡素化されていることである。このことは、【表1】における対比においても同様であるが、【表2】において、かかる傾向はより強まっているように思われる。例えば、会社法、一般社団法人法は、株主・社員の提案権、総会検査役、書面による議決権の行使、電磁的方法による議決権の行使、延会・続行の決議といった制度を法定しているが（提案権につき、会社法三〇三―三〇五条、一般社団法人法四三―四五条を参照。総会検査役につき、会社法三〇六条、三〇七条、一般社団法人法四六条、四七条を参照。書面による議決権の行使につき、会社法三二一条、一般社団法人法五一条、電磁的方法による議決権の行使につき、会社法三二二条、一般社団法人法五二条、延会・続行の決議につき、会社法三一七条、一般社団法人法五六条）、医療法は、そもそもこれらの各制度を用意しておらず、対応する規定が存しない。

また、会社法と異なり、一般社団法人、（現行医療法上の）医療法人においては、⁸⁾ 社員の「出資持分」という概念がないので、自己株式につき、会社が議決権を有しないとする会社法三〇八条二項のような規定を設ける必要がない。第二に、ガバナンスに関する社員の関与が、会社法、一般社団法人法に比べ、より限定的なものとされている。例えば、会社法は、株主が取締役会の招集請求をすることを認めているが（会社法三六七条）、かかる制度は、一般社団法人法、医療法には存しない。また、会社法、一般社団法人法は、株主・社員自身が総会を招集することを認めているが（会社法一九七条一項四項、一般社団法人法三七条一項二項）、医療法は、招集「請求」をすることまでしか認めてお

らず、招集自体はあくまでも理事長の権限であるとしている（医療法四六条の三の二第四項）。

第三に、（これは第二の問題と裏腹の問題かもしれないが）議長の権限が整備・強化されている。例えば、医療法では、①・社員総会の議長は、社員総会において選任するとされた上で（医療法四六条の三の五第一項）、社員総会の議事につき、②・可否同数のときは、議長の決するところにより（医療法四六条の三の三第三項）、③・かかる場合において、議長は、社員として議決に加わることができないとされている（医療法四六条の三の三第四項）。かかる一連の規定は、会社法・一般社団法人法においてはみられない、医療法人に固有の規定であるといつてよい。

第四に挙げられるのは、特別利害関係人に関する規制である。会社法、一般社団法人法では、特別の利害関係を有する株主・社員が議決権行使をなしうることを前提として、事後的に決議の瑕疵に関する訴えをもって不公正を是正するものとしているが（会社法八二一条一項三号、一般社団法人法二六六条一項二号）、医療法では、理事会におけるのと同様に（医療法四六条の七の二、一般社団法人法九五条）、事前規制が採用されている。すなわち、特別の利害関係を有する社員は、議決に加わることができない（医療法四六条の三の三第六項）。

3. 小括

ここで上記の結果をガバナンスという観点から小括しておこう。

まず、理事・理事会についてみると、医療法上、社団たる医療法人においては、理事長が医師・歯科医師の中から選出され（医療法四六条の五第六項）、病院等の管理者が理事会の構成員となることが要求されている等（医療法四六条の六第一項本文）、医療現場サイドの意向が医療法人の経営に反映させるよう、制度的工夫がなされている。

次いで、社員総会についてみると、可否同数のとき、議長の決するところによるという規定（医療法四六条の三の三

第三項）にみられるように、社員総会運営に際しての議長の権限が強化されている。その反面、社員自身が能動的に関わる場面は制約されている。その典型が、社員による招集請求を認めるものの、社員自身が招集することを認めない医療法四六条の三の二第四項である。同項では、招集自体はあくまでも理事長の権限であるとされている。

制度上、理事長と議長とは「別建て」の制度とされているが、株主総会と同様、実際には、理事長が議長を務めるのが通例であるので、理事長が議長を兼ねる場合、当該人物は、理事会、社員総会の運営に際し、制度上、強大な権限を有することになる。

もちろん、社員による理事の解任請求（医療法四九条の三、一般社団法人法二八四条～二八六条）、代表訴訟（医療法四九条の二、一般社団法人法二七八条～二八三条）というハードランディングによりガバナンスの実効を図ることは可能であるが、業務に関する検査は、主務官庁たる都道府県の権限とされ（医療法六三条等参照）、前記の訴訟による場合を除き、裁判所の関与は、解散・清算監督のための検査役選任（医療法五六条の一六）といったきわめて限定的な、かつ法人存続の最終場面に限られている。

結果的に、社団たる医療法人のガバナンスの実効性に関しては、主務官庁たる都道府県による適切な監督に委ねられているといつてよい。このことが本稿の冒頭で「性善説」的ガバナンス規制と述べた所以である。

四．検討

1. はじめに

三．において、社団たる医療法人に関する「性善説」的ガバナンス規制の概要を明らかにした。二．で述べた「社

員総会を強制的に招集する方法の欠如」という問題点も、理事長の誠実な対応と監督官庁たる都道府県の適切な監督を前提としているという点で、「性善説」的ガバナンス規制の一環と考えることができる。

以下では、このような現行のガバナンスに関する規制を前提とした上で、「社員総会を強制的に招集する方法の欠如」という「規制のループホール」を解釈論として克服する方法につき、検討を試みたい。

2. 実体法的なアプローチ

まず考えられるのは、会社法における株主による招集の請求（会社法二九七条）や一般社団法人法における社員による招集の請求（一般社団法人法三七条）の規定を類推適用するということである。ある意味、一番素直なアプローチであるといってよいだろう。

しかしながら、三・で検討したとおり、社団たる医療法人につき、医療法は、いくつかの個所で、会社法、一般法人法においてみられるような規制を意図的に外したり、修正したりしており、前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日で問題とされる「社員総会を強制的に招集する方法の欠如」も、意図的になされたものであるといつてよい。

医療法が、意図的に裁判所の許可という制度を外している中で、裁判所が招集の許可を与えようという旨の会社法（会社法二九七条）、一般法人法（一般社団法人法三七条）の各規定を類推適用することは、解釈による法改正をなすに等しく、波及効が大きすぎる。

もつとも、前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日でみられるような、激烈な支配権紛争の解決は、主務官庁の介入よりも、司法の場における解決の方がよりふさわしいのは事実であろう。つまり、社団たる医療法人の現行のガバナンス構造の全体像を崩さない形で、司法の関与を深めていくことが望ましいといえる。

3. 手続法的なアプローチ

本稿では、上記の観点を実現するため、手続法的なアプローチについて考えてみたい。つまり、医療法上認められている、社員の理事長に対する臨時社員総会の招集請求権（医療法四六条の三の二第四項）の「執行」方法を検討することにより、実体法の枠組みを崩すことなく、「規制のループホール」を埋め、制度の実効性を図ることができるのではないかとアイデアである。

手続法的なアプローチとしてはいくつかのものがありうるところ、第一に、意思表示の擬制（民事執行法一七七条⁽⁹⁾）を用いるという手法が考えられる。すでに、前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日において、「前訴判決が確定したことによりXによる社員総会の招集手続が擬制されている」という主張がなされているところである。残念なことに、前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日は、このアイデアを出しつつも、日時及び場所の記載が欠けていることを根拠に、かかる手法を否定している。だが、「日時及び場所の記載」がある場合においては、かかる手法は依然として検討に値するといつてよいであろう。

第二に考えられるのが、間接強制（民事執行法一七二条⁽¹⁰⁾）である。これは、前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日においても、その可能性を検討しているところである。ただ、前掲東京地判平成三〇年一〇月二六日も自認するとおり、間接強制は、あくまでも強制金により、間接的に社員総会の招集を促そうとする手続なので、いささか歯がゆいというのは否めない。

第三に、代替執行（民事執行法一七一⁽¹¹⁾条）によることも考えられるように思われる。つまり、「作為を目的とする債務（招集する債務）についての強制執行」として、執行裁判所が債務者の費用で第三者に当該作為をさせることを考

えていくのである（同条一項一号）。

筆者は、前稿において、下記のとおり述べたところである。

「民事訴訟法が規定する特別代理人（民事訴訟法三五条）に関し、民事執行法は、債務者が死亡した場合の強制執行の続行に関し、民事訴訟法三五条二項三項の規定を準用するのみであるが、幸いにして、それ以外に何も語らず、かえって、「特別の定めがある場合を除き、民事執行の手續に関しては、民事訴訟法の規定を準用する」ものと定めている（民事執行法二〇条）。本件ケースの場合、Xが社員総会の招集を懈怠した場合、Y₃及びY₄が、「前訴訟審判決」を代替執行すべく、特別代理人となり、社員総会を招集できれば、実質的には、裁判所が招集の許可を与えるという制度設計と同じことが実現できる。⁽¹²⁾」

代替執行の方法としては、この他に、よりダイレクトに授權決定を得た上で、社員自ら執行（民事執行法一七一条）すればよいという理解もありうるかもしれない。⁽¹³⁾

五．結びに代えて

民事執行法改正の研究⁽¹⁴⁾を契機として、手続法に大きく関心を持つに至った筆者の関心が、本稿での提言に際し反映されている。ただ、本稿では、まだ十分に私見が固まっていないところから、手続法からのアプローチにつき、提言といっても、いくつかの可能性を試論的に提示するにとどまった。足りない部分は今後の課題と受け止め、引き続き検討していきたい。いずれの手法であれ、手続とはふくらみがあるので、当事者が試行錯誤を積み重ねて、手続を「育てていく」ことが重要であろう。

【追記】

1. 本稿は、令和四年度日本大学法学部研究費「学術研究費（共同研究費）」「一般条項における実体法と手続法の交錯」（代表 松嶋隆弘）の研究成果の一部である。
2. 本号が献呈の対象とする長谷川貞之教授は、この度日本大学法学部を退職される。これまで同僚として受けた学問的・教育的恩恵に対し、心より感謝申し上げますとともに、同教授の今後ますますのご活躍を心より祈念申し上げます。
3. 本稿執筆にあたり、菱田昌義弁護士から有益な助言を頂戴した。ここに記して、感謝申し上げます次第である。
 - (1) 非営利法人については、その役員の信託義務が議論されている。松元暢子『非営利法人の役員の信託義務』営利法人の役員の信託義務との比較考察』（平成二六年）を参照。
 - (2) 非営利法人のガバナンスに関し、筆者は、根田正樹教授との共同監修で、月刊税理において、「ケーススタディ非営利法人」という連載コーナーを設け、共同研究を行っている。筆者によるものとして、松嶋隆弘「日大問題にみる法的論点」不正に直接関与しなかった理事の法的責任を中心に」月刊税理六五卷一二号（令和四年）二二二頁、根田教授によるものとして、根田正樹「知事所轄学校法人のガバナンスと私立学校法改正」月刊税理六五卷一四号（令和四年）二二二頁
 - (3) 医療法人についての根拠法である医療法は、社団たる医療法人、財団たる医療法人の双方を許容しているが、現実に存在する医療法人のほとんどは前者である。本稿でも、社団たる医療法人を検討の素材とする。
 - (4) 本判決の評釈として、尾形祥・判批・金判一六二九号二頁
 - (5) 松嶋隆弘「医療法人の社員の除名合戦（ケーススタディお家騒動第6回）」税理六四卷一四号（令和三年）一五八頁
 - (6) 対比にあたり、本稿の目的に従い、記述に繁閑をつけている点、了解されたい。また、財団たる医療法人に関する理事の規制については、割愛してある。

- (7) 根田正樹Ⅱ丸山秀平Ⅱ坂田純一編『一般社団法人・財団法人の法務と税務』（平成二〇年）四〇頁（丸山秀平）
- (8) 平成一九年施行の第五次医療法改正により、「出資持分のある医療法人」を新たに設立することはできなくなったが、既存の「出資持分のある医療法人」は、当分の間存続するものとされており、かかる「出資持分のある医療法人」を経過措置医療法人と呼ぶ（医療法一〇条の二）。医療法は、経過措置医療法人が、出資持分の放棄を伴った上で、新医療法人へと移行する手続を用意している（医療法一〇条の三以降、特に同条三項二号を参照）。なお、根田Ⅱ丸山Ⅱ坂田・前掲書（注7）三七〇頁（矢野聡）を参照。
- (9) 中野貞一郎Ⅱ下村正明『民事執行法（改訂版）』（令和三年）八七一頁、中西正Ⅱ中島弘雅Ⅱ八田卓也Ⅱ青木哲『民事執行・民事保全法（第2版）』（令和三年）二七三頁
- (10) 中野Ⅱ下村・前掲書八五九頁、中西Ⅱ中島Ⅱ八田Ⅱ青木・前掲書二六五頁以下参照。
- (11) 中野Ⅱ下村・前掲書八五三頁、中西Ⅱ中島Ⅱ八田Ⅱ青木・前掲書二六三頁以下、二七〇頁以下参照。
- (12) 松嶋・前掲（注5）一六三頁。特別代理人の活用例につき、豊泉美穂子弁護士から、故・植草宏一弁護士の実践例につきご教示いただいた。ここに感謝申し上げます。
- (13) この点は、前稿を読んだ矢作和彦弁護士からご教示をいただいた。ここに感謝申し上げます。
- (14) 令和元改正民事執行法に関する筆者の著作として、次のものがある。
- ・中島弘雅Ⅱ内田義厚Ⅱ松嶋隆弘編『改正民事執行法の論点と今後の課題』（令和二年）
 - ・中島弘雅Ⅱ松嶋隆弘編『実務から見る改正民事執行法』（令和二年）
 - ・山川一陽Ⅱ松嶋隆弘編『民事執行法及びハーグ条約実施法等改正のポイントと実務への影響』（令和二年）

法人税還付による過払金債権者の救済に関する一考察

松 嶋 康 尚

一 はじめに

周知のごとく、最高裁判所第二小法廷判決平成一八年一月一三日（民集六〇巻二号一頁）及び同年のいわゆる貸金三法（利息制限法、貸金業法、出資法）の改正^①（貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律・平成一八年二月二〇日法律第一一五号）等により、消費者金融会社に対し過払金返還請求が著しく増加した。返還請求の増加は貸金業者の経営を圧迫し、旧武富士をはじめ、多くの消費者金融会社が倒産・組織再編により姿を消していった。

上記最高裁判決及び貸金三法の改正前においては、大手の消費者金融業者は、それだけ貸付債権額も多額となり、債務者から受け取った制限超過利息も多いものであった。また、収益も高収益となり、それに応じて多額の納税をしていた。

そのような状況に対して、上記最高裁判決及び貸金三法の改正後においては、過払金返還額が急増し、赤字が累積していく事態となった。それにより消費者金融会社の財務体質も悪化し、返還する過払金の原資も無くなっていった。そのような状況下で過去の法人税の申告の適法性を疑問視し、多額の法人税の還付を請求する訴訟が起こされ、最高裁の判断（その詳細は二で考察する。）も出されたところである。

本稿では、この最高裁の判断を基とし、過払い利息に対する法人税の還付による過払い金債権者救済について検討してみたい。⁽²⁾⁽³⁾

検討にあたっては、消費者金融会社が、下記に紹介する裁判例のように、経営が破綻し、過払金債権の原資となるような財産が他に無いような会社であることを前提とする。

二 制限超過利息と更正の請求に関する二件の税務訴訟

検討に先立って、上記に触れた通り、法人税の還付に関する最高裁の判断を見てみたい。

制限超過利息等に係る収益の額を益金の額に算入して計算した所得の金額を課税標準とした法人税の申告について、これに対応する本件各事業年度の益金の額を減額して計算（以下、「過年度損益修正」）すると納付すべき法人税の額が過大となったとして更正の請求をしたことに関し、代表的な税務訴訟が二件挙げられる。

便宜上、最高裁判所平成二七年四月一四日第三小法廷決定（税務訴訟資料二六五号順号一二六四七）を「第一裁判」、最高裁判所令和二年七月二日第一小法廷判決（民集七四巻四号一〇三〇頁）を「第二裁判」と呼ぶこととする。

この二件の税務訴訟は、制限超過利息等を減額する旨の更正の請求を行ったという点については共通する。しかし、法人税の申告をした消費者金融会社が更生手続中であつた（第一裁判）か、破産手続中であつた（第二裁判）かにより、原審である高裁の段階では判断が分かれていた。

第一裁判の高裁判決（東京高判平成二六年四月二三日・税務訴訟資料二六四号順号一二四六〇）においては、以下のよう
に判示し控訴を棄却した。

「前期損益修正の処理は、法人税法二二条四項に定める公正処理基準に該当すると解される一方、本件更生会社について、これと異なり過年度所得の更正を行うべき理由があるとはいえず、通則法二三条一項一号に該当するものは認められず、本件更生会社が納付した法人税について法律上の原因がないともいえない」。

これに対し第二裁判の高裁判決（大阪高判平成三〇年一月一九日・民集七四巻四号一一二二頁）は以下のように判示し、請求を認容した。

「当裁判所は、控訴人が本件破産会社についてした本件会計処理は法人税法二二条四項にいう『一般に公正妥当と認められる会計処理の基準（公正処理基準）』に合致するものであり是認されるべきであつたから、結果的に、本件申告に係る納税申告書に記載した課税標準等若しくは税額等の計算が国税に関する法律の規定（法人税法二三条四項）に従つておらず、同納税申告書の提出により納付すべき税額が過大であつたことになり、通則法二三条一項一号に該当するところ、本件破産手続において本件破産会社が本件過払金返還債権一に係る不当利得返還義務を負うことが確定判決と同一の効力を有する破産債権者表の記載により確定し、その結果、破産会社に生じていた経済的成果が失われたか又はこれと同視できる状態に至つたと解されることにより、本件申告に係る課税標準等又は税額等の計算の基礎

となった事実と異なることが確定したというべきである(通則法二三条二項一号)から、同確定の日から二か月以内にされた本件各更正の請求は理由があり、これに理由がないとした本件各通知処分はいずれも違法であると判断する。」

第一裁判については、上告理由が受理すべきものとは認められないとして棄却されている(前掲最決平成二七年四月一四日)ため、原審の判断のとおりとされている。

これに対して第二裁判においては、最高裁は原判決を破棄し、被上告人の控訴を棄却する旨の自判をした(最判令和二年七月二日民集七四卷四号一〇三〇頁)。判旨は以下のとおりである。

「(1)一般に、企業会計においては、会計期間ごとに、当期において生じた収益の額と当期において生じた費用及び損失の額とを対応させ、その差額として損益計算を行うべきものとされている。そして、企業会計原則は、過去の損益計算を修正する必要があるが生じて、過去の財務諸表を修正することなく、要修正額を前期損益修正として修正の必要が生じた当期の特別損益項目に計上する方法を用いることを定め(第二の六、同注解二二)、「会計上の変更及び誤謬の訂正に関する会計基準」(平成二二年一二月四日企業会計基準第二四号)も、過去の財務諸表における誤謬が発見された場合に行う会計処理としては、当該誤謬に基づく過去の財務諸表の修正再表示の累積的影響額を当期の期首の残高に反映するにとどめることとし(二二項)、同会計処理が認められる誤謬の範囲を当初の財務諸表作成時に入手可能な情報の不使用や誤用があった場合に限定している(四項⑧)。企業会計原則等におけるこれらの定めは、法人の損益計算が法人の継続的な経済活動を人為的に区切った期間を単位として行われるべきものであることを前提としており、過去の損益計算を遡って修正することを予定していないものと解される。」

法人税法も、事業年度（法人の財産及び損益の計算の単位となる期間で、法令で定めるもの又は法人の定款等で定めるもの等（一三条））における所得の金額を課税標準として課税することとし（二一条）、確定した決算に基づき各事業年度の所得の金額等を記載した申告書を提出すべきものとしており（七四条一項）、国税通則法も、当該申告書の提出による申告をもって、当該事業年度の終了時に成立した法人税の納税義務につき納付すべき税額が確定することとしている（二五条二項三号、一六条一項一号及び二項一号）。

このように、法人税の課税においては、事業年度ごとに収益等の額を計算することが原則であるといえるから、貸金業を営む法人が受領し、申告時に収益計上された制限超過利息等につき、後にこれが利息制限法所定の制限利率を超えていることを理由に不当利得として返還すべきことが確定した場合においても、これに伴う事由に基づく会計処理としては、当該事由の生じた日の属する事業年度の損失とする処理、すなわち前期損益修正によることが公正処理基準に合致するといふべきである。

(2) 法人税法は、事業年度ごとに区切って収益等の額の計算を行うことの例外として、例えば、特定の事業年度に発生した欠損金額が考慮されずに別の事業年度の所得に対して課税が行われ得ることに対しては、青色申告書を提出した事業年度の欠損金の繰越し（五七条）及び欠損金の繰戻しによる還付（八〇条）等の制度を設け、また、解散した法人については、残余財産がないと見込まれる場合における期限切れ欠損金相当額の損金算入（五九条三項）等の制度を設けている。課税関係の調整が図られる場合を定めたこのような特別の規定が、破産者である法人についても適用されることを前提とし、具体的な要件と手続を詳細に定めていることからすれば、同法は、破産者である法人であっても、特別に定められた要件と手続の下においてのみ事業年度を超えた課税関係の調整を行うことを原則としている

ものと解される。そして、同法及びその関係法令においては、法人が受領した制限超過利息等を益金の額に算入して法人税の申告をし、その後の事業年度に当該制限超過利息等についての不当利得返還請求権に係る破産債権が破産手続により確定した場合に前期損益修正と異なる取扱いを許容する特別の規定は見当たらず、また、企業会計上も、上記の場合に過年度の収益を減額させる計算をすることが公正妥当な会計慣行として確立していることはうかがわれな
いことからすると、法人税法が上記の場合について上記原則に対する例外を許容しているものと解することはできない。このことは、上記不当利得返還請求権に係る破産債権の一部ないし全部につき現に配当がされ、また、当該法人が現に遡って決算を修正する処理をしたとしても異なるものではない。

そうすると、上記の場合において、当該制限超過利息等の受領の日が属する事業年度の益金の額を減額する計算をすることは、公正処理基準に従ったものということはできないと解するのが相当である。

(3)これを本件についてみると、本件各事業年度に制限超過利息等を受領したAが、これを本件各事業年度の益金の額に算入して行った本件各申告はもとより正当であつたといえるところ(最高裁昭和四三年(行ツ)第二五号同四六年一月九日第三小法廷判決・民集二五卷八号一一二〇頁参照)、上記(2)で述べたところによれば、その後の事業年度に本件債権一が破産手続において確定したことにより、本件各事業年度に遡って益金の額を減額する計算をすることは、・・・中略・・・公正処理基準に従ったものといえることはできない。

したがって、上記の減額計算を前提とする本件各更正の請求が国税通則法二三条一項一号所定の要件を満たすものでないことは明らかである。

以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこれと同旨をいうも

のとして理由があり、原判決は破棄を免れない。」

この第二裁判の最高裁判決が出されたことにより、高裁で判断が分かれていた破産手続き・更生手続きの違いによる過年度損益修正の取り扱いについて、両者に違いが無いことが確認されたこととなった。

以下、上記二つの裁判を基に、税務訴訟を用いた過払金債権者の救済について検討する。

三 前期損益修正と更正の請求

(一) 更正の請求

更正の請求（国税通則法二三条）とは、確定申告等によっていったん確定した課税標準等または税額等を自己に有利に変更すべきことを税務署長に求めることである。⁽⁴⁾ これに対して申告等の内容を自己の不利益に変更する申告を修正申告という。⁽⁵⁾

納税者の権利救済機会拡大のため、平成二三年一二月改正により、修正申告の期間、更正の請求の期間、増額更正、減額更正の期間が原則的に五年に統一された（従前は更正の請求の期間は一年であった）。

この点については、更正の請求の期間を課税権の除斥期間に一致させたことは、首尾一貫した立法措置として肯定的にとらえられている。⁽⁶⁾

更正の請求には、通常の更正の請求と、後発的理由による更正の請求とがある。

(1) 通常の更正の請求

国税通則法二三条一項においては、納税申告書を提出した者は、当該申告書に記載した課税標準等若しくは税額等の計算が国税に関する法律の規定に従っていなかったこと又は当該計算に誤りがあったことにより、納付すべき税額が課題であった場合には、法定申告期限から五年以内に限り、税務署長に対し、その申告にかかる課税標準等又は税額等につき更正をすべき旨の請求をすることが出来ると規定されている(国税通則法二三条一項一号)。これが「通常の更正の請求」である。なお、地方税法にも同様の規定がある(地方税法二〇条の九の三第一項)。

当該申告書に記載した純損失等の金額が過少であるとき、又は当該申告書に純損失等の金額の記載がなかったとき(この場合には法定申告期限から一〇年以内)、当該申告書に記載した還付金の額に相当する税額が過少であるとき、又は当該申告書に還付金の額に相当する税額の記載がなかったときも同様の取り扱いである(国税通則法二三条一項二号・三号)。

更正の請求は、納税申告により既に確定した税額が過大であるときなどに、納税者が税務署長に対しその是正を請求する権利(請求権)を行使する手続にとどまり、それ自体、税額を是正し確定させる効力を生じない。このように税額を確定させる効力がない点で、前述の修正申告と異なる。これは、修正申告と同様に納税者に対して税額等を確定させる変更権を与えた場合には、それが修正申告と異なり減額修正であることから、国税の徴収の安定が得られないばかりか、悪質な納税者によって徴税回避が行われるおそれがあることによるとされている^⑦。

更正の請求を設けた法の趣旨からすると、申告が課題であった場合には、他の救済手段によることは原則として許されず、更正の請求によらなければならず、要素の錯誤により課題に申告した場合も更正の請求によりその是正を図

るべきであり、また、減額の更正を求める訴えも許されないと解されている。⁽⁹⁾

(2) 後発的理由による更正の請求

国税通則法二三条二項において、納税申告書を提出した者又は決定を受けた者は、二項所定の各号に該当する場合には、それぞれ当該各号に定める期間において、その該当することを理由として更正の請求をすることが出来ると規定されている。

これを「後発的理由による更正の請求」と言う。後発的理由及び更正の請求が出来る期間について、同条同項においては、次のように定められている。

一 その申告、更正又は決定に係る課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実に関する訴えについての判決（和解等を含む）により、その事実が当該計算の基礎としたところと異なることが確定したときは、その確定した日の翌日から起算して二ヶ月以内（国税通則法二三条二項一号）

二 その申告、更正又は決定に係る課税標準等又は税額等の計算に当たってその申告をし、又は決定を受けた者に帰属するものとされていた所得その他課税物件が他の者に帰属するものとする当該他の者に係る国税の更正又は決定があつたときは、当該更正又は決定のあつた日の翌日から起算して二ヶ月以内（国税通則法二三条二項二号）

三 その他当該国税の法定申告期限後に生じた上記一、二に類する政令で定める「やむを得ない理由」があるときは、当該理由が生じた日の翌日から起算して二ヶ月以内（国税通則法二三条二項三号）

上記三の「やむをえない理由」につき、国税通則法施行令において次の五つを列挙している（国税通則法施行令六条一項）。

- ① その申告、更正又は決定に係る課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実のうちに含まれていた行為の効力に係る官公署の許可その他の処分が取り消されたこと
 - ② その申告、更正又は決定に係る課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実に係る契約が、解除権の行使によつて解除され、若しくは当該契約の成立後生じたやむを得ない事情によつて解除され、又は取り消されたこと
 - ③ 帳簿書類の押収その他やむを得ない事由により、課税標準等又は税額等の計算の基礎となるべき帳簿書類その他記録に基づいて国税の課税標準等又は税額等を計算することが出来なかつた場合において、その後当該事情が消滅したこと
 - ④ 我が国が締結した所得に対する租税に関する二重課税の回避又は脱税の防止のための条約に規定する権限のある当局間の協議により、その申告、更正又は決定に係る課税標準等又は税額等に関し、その内容と異なる内容の合意が行われたこと
 - ⑤ その申告、更正又は決定に係る課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実に係る国税庁長官が発した通達に示されている法令の解釈その他の国税庁長官の法令の解釈が、更正又は決定に係る審査請求若しくは訴えについての裁決若しくは判決に伴つて変更され、変更後の解釈が国税庁長官により公表されたことにより、当該課税標準等又は税額等が異なることとなる取り扱いを受けることとなつたことを知つたこと¹⁰⁾
- 国税通則法以外にも個別の税法において後発的理由による更正の請求の特例が規定されているものがある。具体的な例として、所得税法六三条、一五二条、一五三条、法人税法八〇の二、八二条、相続税法三二条、消費税法五六

条等の規定が挙げられる。

後発的理由による更正の請求は、各税法のそれぞれの特有の事情に基づき各税法で規定されていたに過ぎなかったが、昭和四三年七月の税制調査会「税制簡素化についての第三次答申」に基づき、各税法に共通的に適用されるべき事由については国税通則法で規定することとされ、昭和四五年改正において、規定された。

後発的理由による更正の請求の趣旨は、一旦適法に成立した課税関係がその後の後発的事情によってその課税の前提となった経済的成果の基因たる私法上の事実関係に変動が生じた場合に、変動後の事実関係に適合せしめたるための納税者の救済措置制度である¹¹⁾。

上記の制度趣旨から、更正の請求の制限として納税者の予測可能性（申告時には予測し得なかった事由が生じたこと）、帰責性（その予測できなかったことについて帰責事由がないこと）の二つが挙げられている¹²⁾。また、通常の更正の請求の期間内に更正の請求をしなかったことにつき「やむを得ない理由」がある場合を加える判例もある¹³⁾。

今回の検討においては、制限超過利息等についての不当利得返還請求権に係る破産債権が、その後の破産手続において確定したことをもって、本件各更正の請求が通則法二三条一項及び二項所定の要件を満たすか、つまり、不当利得返還請求権の確定に基づく会計処理に誤りがあつたか否かということになる。

(二) 前期損益修正の会計処理と法人税法

法人税法の会計処理に関する代表的な規定として法人税法二二条が挙げられる。法人税法二二条は、内国法人の各事業年度における所得の金額の計算上、当該事業年度の益金の額に算入すべき金額は、別段の定めがあるものを除き、

法人税還付による過払金債権者の救済に関する一考察（松嶋）

資本等取引以外の取引に係る当該事業年度の収益の額とするものとし（二項）、当該事業年度の損金の額に算入すべき金額は、別段の定めがあるものを除き、当該事業年度の費用及び損失の額とするものとした上で（三項）、当該事業年度の収益並びに費用及び損失の額は、一般に公正妥当と認められる会計処理の基準（いわゆる「公正処理基準」）に従って計算されるものとする旨を定めている（四項）。

この法人税法二二条四項は法人税法簡素化の一環として昭和四二年に設けられた。法人の各事業年度の所得の計算が「原則として」企業利益の算定技術である企業会計に準拠して行われるべきことを定めた基本規定であり、法人の利益及び所得は共通の概念であるため、企業会計及び税務会計を別個独立の者とするという二重の手間を避ける意味で、企業会計準拠主義を採用したものであるとされている¹⁴。

今回の検討において、消費者金融会社の会計処理が公正処理基準に従っていたか否かに関していうと①制限超過利息の益金該当性、②過払い金が確定した場合の返還に際の会計処理についてどのように処理するべきであったかという点が問題点となる。以下、順次検討していく。

(1) 利息制限法所定の制限利率を超えて支払われた利息の会計処理について

上記に述べたとおり、法人税法二二条二項は「益金の額に算入すべき金額は、別段の定めがあるものを除き、資本等取引以外の取引に係る当該事業年度の収益の額とするもの」と規定している。

過払利息を受け取った際の消費者金融会社側の会計処理についての税務上の取り扱いであるが、第二判決で引用されている最高裁判決¹⁵において、次の通り判示されている。

すなわち、制限超過利息等が現実に收受された場合、「課税の対象となるべき所得を構成するか否かは、必ずしも、

その法律的性質いかんによって決せられるものではない。当事者間において約定の利息・損害金として授受され、貸主において当該制限超過部分が元本に充当されたものとして処理することなく、依然として従前どおりの元本が残存するものとして取り扱っている以上、制限超過部分をも含めて、現実に收受された約定の利息・損害金の全部が貸主の所得として課税の対象となるものというべきである。これに対し未収の場合、「利息制限法による制限超過の利息・損害金は、その基礎となる約定自体が無効であつて、約定の履行期の到来によつても、利息・損害金債権を生ずるに由なく、貸主は、ただ、借主が、大法院判決〔筆者注・最高裁昭和三九年一月一八日大法院判決・民集一八卷九号一八六八頁、最高裁昭和四三年一月一八日大法院判決・民集二二卷一二号二五二六頁〕によつて確立された法理にもかかわらず、あえて法律の保護を求めることなく、任意の支払を行なうかも知れないことを、事実上期待するにとどまるのであつて、とうてい、収入実現の蓋然性があるものといふことはできず、したがつて、制限超過の利息・損害金は、たとえ約定の履行期が到来しても、なお未収であるかぎり、「筆者注・昭和四〇年法律第三三三号による改正前の」旧所得税法一〇条一項にいう『収入すべき金額』に該当しない」ものとされている。

つまり、既収分については経済的利益が担税力を認め得る程度に支配享受された状態にあるとして課税対象となるが、未収分については課税所得を構成しない。

以上のことからすると消費者金融会社が当初行つた収入に関する会計処理については正当な税務処理といえる。問題となるのはその後の事業年度において過払金を返還する場合の会計処理であり、以下検討していく。

(2) 過払い金の返還の際の処理について

過年度の収益に変更が生じた場合の取り扱いについて、法人税実務では下記のような取り扱いがある。

法人税基本通達2-2-16は、「当該事業年度前の各事業年度（その事業年度が連結事業年度に該当する場合には、当該連結事業年度）においてその収益の額を益金の額に算入した資産の販売又は譲渡、役務の提供その他の取引について当該事業年度において契約の解除又は取消し、返品等の事実が生じた場合でも、これらの事実に基づいて生じた損失の額は、当該事業年度の損金の額に算入するのであるから留意する。」と定めている。

企業会計においては、企業会計原則等に書かれているわけではないがその前提となる考え方として会計公準と呼ばれるものがある。代表的なものは「企業実体の公準」「継続企業の公準（ゴーイング・コンサーン）」「貨幣的評価の公準」の三つの公準である¹⁷。法人税法における課税所得計算は、上記「継続企業の公準」により、当期において生じた収益と費用・損失を対応させ、所得はその差額概念として測定されるということが建前となっている。そしてこの場合における損益の認識は、民事上の契約関係等の法的基準のみに依拠するものではなく、経済的観測に重点を置いて当期で発生した損益の測定を行うものであり、このような観点からすれば、契約解除等に伴う損失を当期の損失として処理することは当然であり、既往の課税関係を修正しないという考え方の論拠もその点に依拠するとされている¹⁸。

本稿の検討の対象としている消費者金融会社は経営破綻している会社を前提としているため、上記法人税基本通達2-2-16が前提としている「継続企業の公準」には当てはまらない会社である。この点が会計処理に影響を与えるかについて、更生手続き中の会社である上記第一判決の高裁判決において以下のように判示されている。「前期損益修正の処理は、法人税法二三条四項に定める公正処理基準に該当すると解される一方、本件更生会社について、これと異なり過年度所得の更正を行うべき理由があるとはいえず、・・・、本件更生会社について、更生会社一般において特段の手当がされていない前期損益修正の処理と異なる処理を行うべき理由は見いださし難い」（その後最高裁におい

て、上告棄却・不受理決定がされている（前掲最決平成二七年四月一四日）。

第二判決の原審は破産会社には継続企業の公準が妥当しないと見て、遡って修正する処理を認めたため、同じ高裁判決で判断が分かれる結果となっていた。第二判決によって破産手続き・更生手続きの違いによる過年度損益修正の取り扱いに違いが無いことが確認され、その点からすれば実務上の混乱は避けられることとなった。

また、先の収益に関する検討をしたところで述べた通り、判例・実務は、課税の対象となるべき所得を構成するか否かは、必ずしも、その法律的性質いかんによって決せられるものではなく、経済的利益が担税力を認め得る程度に支配享受された状態にあるか否かで判断すべきであるとされている。後から返還は決まったとしても制限超過利息を収受した時点では、消費者金融会社によって支配享受された状態であったという事実の間違いはないのであるから、その点からしても損益修正としてその確定した期に調整することが会計上妥当することとなる。ただ、課税の対象となる所得を上記の通り「支配享受された状態」にあるか否かで判断するとした場合、その利得が返還されればその返還された額に応じ、後発的事由による更正の請求をすることも可能となる余地も出てくるのではなからうか。

四 過払金債権者救済の課題

第二判決である破産管財人の意図としては、本稿で検討しているとおり、更正の請求による還付金を破産債権者に対する配当の原資とすることにあつたのではないかと思われる¹⁹。第二判決の消費者金融会社にはおそらく返還するための資金が無く、制限超過利息を実際に返還していない以上、後発的事由による更正の請求の余地が認められないと

いうこととなる。この点、税金の還付を詐欺被害者救済の原資にした事案として、豊田商事の破産管財人であった弁護士による元従業員に対する不当利得返還訴訟により税金が還付された事案があつた。⁽²⁰⁾ 豊田商事による詐欺被害者と本件債権者を同列に扱って救済すべきかについては議論の余地があるかもしれないが、判例が「前期損益修正と異なる取扱いを許容する特別の規定は見当たらず」と判示していることからすると、過払金債権者の救済については、立法的解決を検討すべきであろう。⁽²¹⁾ 立法的解決を考えるに当たっては、所得税法（六三条、一五二条、所得税法施行令二七四条）において事業廃止後においても遡って必要経費に算入できる特例があるところは法人税においても参考すべきであろう。⁽²²⁾

なお、グレーゾーン金利の返還請求による損失に関し、日本公認会計士協会では平成一八年一〇月一三日付けで「消費者金融会社等の利息返還請求による損失に係る引当金の計上に関する監査上の取扱い」（業種別委員会報告第三七号）を公表しており、⁽²³⁾ そこにおいては「債務者等から利息制限法の上限金利を超過して支払った利息の返還の請求があり、決算日現在において、和解が成立する等により返還金額が確定している場合においては、当該返還金額は未払金として流動負債に計上されることとなるが、債務者等から利息制限法の上限金利を超過して支払った利息の返還の請求があるが和解に至っていないものが存在する場合及び請求はないが過去に返還実績がある等により今後返還の請求が見込まれる場合においては、当該見積返還額が引当計上されているか留意する必要がある。」とされている。

第二裁判は平成一七年度までの申告が訴訟の対象となっており、この「取扱い」が公表された後の決算において、消費者金融会社が利息返還損失引当金を計上していたのかまでは裁判資料では不明である。おそらく、その後の決算においては、引当金計上を通じて法人税法上の損金とすることにより法人税の軽減をしていたのかもしれない。

なお、平成二十二年一二月の企業会計基準第二四号「会計上の変更及び誤謬の訂正に関する会計基準」²⁴では、過去の誤謬の取り扱いについて示されている。ただ、そこに規定されているのは「過去の誤謬の修正再表示」であり、過年度の決算をやり直すことまでは求められていない（同会計基準二一、二二、六三～六八）。

五 結びに代えて

以上、検討してきたとおり、現行法の規定上、法人税の還付による救済は難しく、実務上も上記第二判決における「その後の事業年度に当該制限超過利息等についての不当利得返還請求権に係る破産債権が破産手続により確定した場合に前期損益修正と異なる取扱いを許容する特別の規定は見当たらず」という判示からすると、法人税の所得計算においては「前期損益修正」が原則であり、例外的処理をするに当たっては「特別の規定」が必要であるという考え²⁵方の方ようである。当該判決の文言だけを読む限り、明文の規定が無い以上、過去に遡って更正の請求をすることが認められなくなったという印象を受ける。ただ、損失を当年度に損金算入しても救済が無理であれば、過去に遡って更正をすべきことを請求できるとするのが公正妥当な会計処理の基準であるという有力な考え方もある²⁶。この判決においては、例外の許容には「特別の規定」が必須であるか否かまでは検討されていない。そのため、「特別の規定」が無くとも更正の請求をすることができる余地は残されているとも考えられる。ただ、その範囲については必ずしも明確でない。

上記三で触れた豊田商事事件の場合の債権者は詐欺被害者であり、救済の必要性は高いのではないかと考えられる。

過払金債権者の中には過払利息であることを認識した上であえて借入をした者もいれば、法的知識を全く持たず詐欺被害者と同様に考えられるような救済の必要性が高い者がいるかもしれない。救済の必要性が高い者のみを救済するとなると消費者金融会社から借りるに至った個別的事情を考慮する必要性も出てくることとなるが、救済に値する過払金債権だけを対象に集計し法人税の還付請求をするということは現実的ではないし、課税の公平性からも疑問が無いとはいえず、実務上も不可能であろう。結局法人税の還付で救済をはかると言うことであれば一律に救済することとなる。

また、制限超過利息を取っていた消費者金融会社の規模・形態も区々であり、税務統計上明らかになることはないであろうが、中にはまともに申告・納税をしていなかった業者もある可能性はあり、そのような業者から借りていた過払金債権者は、更正の請求による法人税還付スキームによっては救済されないこととなる。そのような業者から借入をした者の方が法的知識に乏しく、詐欺被害同様の状況にある者がいる可能性は否定できないところである。

過払金債権者の必要性だけでなく、債権者間の公平性という観点も考慮すると、法人税の還付を配当の原資に当てるのには限界もある。具体的な救済方法として他に何か考えられるかという点については今後の課題としたいが、本来的には上記一で触れた最高裁判平成一八年判決及び貸金三法の改正が行われた時点で国の方で「犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律」のような法律を用意すべきであったものと思われる。

(1) 貸金三法の改正経緯については、大久保拓也「債権に対する利息制限法の適用の可否と特段の事情」税務事例五四巻五号(令和四年)六九頁参照

- (2) 本稿は、拙稿「制限超過利息等についての不当利得返還請求権に係る破産債権が確定した場合において当該制限超過利息等の受領の日が属する事業年度の益金の額を減額する計算方法と一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」税務事例五五巻一号（令和五年）九〇頁における議論を基に、理論的に過払金返還に関する議論を論文にしたものである。
- (3) 社債に対する利息制限法の適用の可否について検討したものととして、大久保Ⅱ埴原・前掲注(1)六五頁、松嶋隆弘「社債に対する利息制限法の適用の可否」判時二五二〇号（令和四年）一四三頁
- (4) 金子宏『租税法（第24版）』（令和三年・弘文堂）九六七頁
- (5) 金子・前掲注(4)九五九頁
- (6) 金子・前掲注(4)九六七頁。ただし、北野弘久（黒川功補訂）『税法学原論（第7版）』（平成二八年・勁草書房）二二三頁では、税額確定手続きである更正決定の期間が五年であることと、税額確定手続きではない更正の請求の期間が五年であることが同列でないことには留意を要するとされている。
- (7) 税務大学校講本『国税通則法（令和3年版）』一七頁（<https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kohon/tuusoku/pdf/all.pdf>）
- (8) 金子・前掲注(4)九六八頁。同書においてはこれを抗告訴訟の排他性にならって、「更正の請求の原則的排他性」と呼んでいる。
- (9) 金子・前掲注(4)九六八頁
- (10) 五号は、平成一八年度税制改正により、新たに後発的事由に基づく更正の請求として加えられた規定である。
- (11) 武田昌輔編『DHCコンメンタール国税通則法』一四四一頁
- (12) 武田編・前掲注(11)一四四一頁
- (13) 最二小判平成一五年四月二五日・訟務月報五〇巻七号二二二一頁
- (14) 金子・前掲注(4)三五六頁
- (15) 最高裁昭和四六年一月九日第三小法廷判決・民集二五巻八号一一二〇頁

- (16) 三宅知三郎「本件判批」ジュリスト一五六四号（令和三年）九三頁
- (17) 論者によって名称が微妙に異なる場合もある。また、さらに公準を挙げる論者もいるようであるが、ここでは検討の対象とはしない。
- (18) 坂本左二渡辺淑夫監修『逐条詳解 法人税関係通達総覧』（昭和五四年・第一法規）三九八頁
- (19) 「本件コメント」金融法務事情二二五三号（令和三年）五一頁参照
- (20) 澤井裕「豊田商事事件をめぐる裁判例」関西大学経済論集三九巻四―五号（平成元年）三一頁
- (21) 豊田商事事件については、澤井・前掲注(18)二〇頁、北野弘久「豊田商事の破産と租税債権」商事法務一〇五三号（昭和六〇年）二六頁参照。
- (22) ただ、自然人は事業廃止後であっても個人としての活動があることには変わりがないが、法人の場合には事情が異なってくるため、所得税と同様にするのは限界があるのかもしれない。
- (23) 平成二四年五月一日に、改正貸金業法完全施行等の実務との整合性を図るために所用の改正が行われているが、引当金部分の文言については改正されていない。 https://jicpa.or.jp/specialized_field/37_4.html
- (24) https://www.asb.or.jp/wp-content/uploads/kakosyusei_1-1.pdf
- (25) 木山泰嗣「本件判批」税理六三巻一一号（令和二年）一一二頁
- (26) 金子・前掲注(4)九七三頁、中里実「貸金業者の過払金返還と納付済み租税返還の法的可能性」NBL九八五号（平成二四年）二六頁

代替執行の実施費用

吉田純平

- 一. はじめに
- 二. 代替執行の目的
- 三. 執行費用
- 四. 代替執行の費用
- 五. 判例
- 六. 執行費用償還請求権と実施費用
- 七. まとめと代えて

一・はじめに

本稿は、代替執行の費用に関する諸問題、特に、作為実施に係る費用の償還請求権の法的性質およびその取立方法について検討するものである。

代替的作為、ないし不作為執行のうち不作為義務違反による有形的結果の除去または将来の義務違反抑止のための適当な処分としての代替的作為の強制的実現は、代替執行(民執一七一条)ないし間接強制(民執一七二条)によってなされる⁽¹⁾。代替執行と間接強制の併用の可否については争われるが、許容する見解が多数である⁽²⁾。代替執行の手続は、授權決定の申立てによって開始される。申立てに対して、執行裁判所は、一般の執行要件および代替執行の要件を審査し、決定で裁判する⁽³⁾。執行裁判所が申立てを認容するときは、作為執行の場合には、執行債権者の請求権を満足させるべき特定の代替的作為を債務者の費用で債務者以外の者に実施させることを債権者に授權する旨の決定をする(民執一七一条一項一号)。不作為の場合には、違反結果の除去処分あるいは予防処分を債務者の費用で債権者に授權する旨の決定をする(同二号)。これらを、授權決定という。授權決定においては、目的行為の具体的内容を表示する必要はあるが、実施者の表示は必要がない⁽⁴⁾。また、授權決定は、執行裁判所の処分行為であり、債務名義ではなく、執行文付与を要しない。債権者は、授權決定に基づいて代替行為を実施する。授權決定に実施者の指定がない場合には、債権者自身が行うか、または任意の第三者たる私人に行わせることができる。

代替行為の実施費用は、当然に債務者が負担する。債権者の申立てにより、執行裁判所は、債務者に対して必要な費用を予め債権者に支払うべき旨を命じる(費用前払決定、民執一七一条四項)⁽⁵⁾。債権者は、前払決定を債務名義として

金銭執行により取立てをすることができ（民執二二条二号）。前払決定がなされない場合、または前払費用に不足が生ずる場合には、執行費用一般の取立方法に従って取立てがなされる（民執四二条）。

ところで、代替行為には、請求権の内容に従って様々な行為がなされることになるが、場合によってはその費用はかなり高額になる。たとえば、建物収去請求に際しては、建物収去の工事の費用が実施費用となる。前払決定がなされた場合には、それは債務名義となるが、その債務名義作成過程となる手続が、手続の構成として適切と言えるか、また、前払決定がなされていない場合に、それを執行費用として取立てをすることができるかについては疑問が生じる。というのも、債権者が債務者に対して有する実施費用に係る請求権は、まさに債権者が債務者に対して有する作為・不作為請求権と同視すべき実体的権利であり、その存在はさておき、その額については慎重な手続において審理・判断されるべきものと考えられるからである。また、実施費用は、一見すると、「手続」費用といえないことから、いかなる手続においてその額などが審理・判断されるべきかを十分慎重に検討しなければならないと思われる。このような問題意識の下、本稿では、代替執行の費用に関する諸問題を考察するものであるが、これには、代替執行の手続構造を明らかにしたうえで、執行費用（訴訟費用）の法的性質に関する基礎的考察に基づいた検討が必要であると考えられる。そこで、本稿では、これらの作業を行い、代替執行の費用について考察を行っていく。後述の令和二年最高裁判例は、執行費用の取立方法について判断したものであるが、この問題点は代替執行の費用の取立ての際により鮮明になると思われるので、この判例の内容を併せて批判的に検討する。

二・代替執行の目的

代替執行を規定する民事執行法一七一条一項によれば、まず、作為を目的とする債務についての強制執行は、債務者の費用で第三者に当該作為をさせることを執行裁判所が命じること、そして、不作為を目的とする債務についての強制執行は、債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、または将来のため適用な処分をすべきことを執行裁判所が命じる方法で行われる。このように、代替執行は、債権者が有する請求権が作為請求権であるとき、これを実現する方法として、債務者の費用で、債権者などの行為をさせることとしたものである。このとき、債務者に費用を負担させるということがいかなる意味を有するかについては、代替執行の目的（民執一七一条の意図ともいえるか）をどのように捉えるかにもよるところであろう。

平成二九年の民法（債権法）改正に伴い、民執一七一条は改正されて現行の条文となったわけであるが、この過程について確認しておく。改正前一七一条、及び民法四一四条は、以下の通りであった。

民事執行法改正前第一七一条

第一項 民法第四一四条第二項本文又は第三項に規定する請求に係る強制執行は、執行裁判所が民法の規定に従い決定をする方法により行う。

第二項 前項の執行裁判所は、第三三条第二項第一号又は第六号に掲げる債務名義の区分に応じ、それぞれ当該各号に定める裁判所とする。

第三項 執行裁判所は、第一項の決定をする場合には、債務者を審尋しなければならない。

第四項 執行裁判所は、第一項の決定をする場合には、申立てにより、債務者に対し、その決定に掲げる行為をするために必要な費用をあらかじめ債権者に支払うべき旨を命ずることができる。

第五項 第一項の強制執行の申立て又は前項の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる。

第六項 第六条第二項の規定は、第一項の決定を執行する場合について準用する。

民法改正前四一四条

第一項 債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、その強制履行を裁判所に請求することができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない。

第二項 債務の性質が強制履行を許さない場合において、その債務が作為を目的とするときは、債権者は、債務者の費用で第三者にこれをさせることを裁判所に請求することができる。ただし、法律行為を目的とする債務については、裁判をもつて債務者の意思表示に代えることができる。

第三項 不作為を目的とする債務については、債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、又は将来のため適当な処分をすることを裁判所に請求することができる。

第四項 前三項の規定は、損害賠償の請求を妨げない。

改正前の民法四一四条に関して、改正前の伝統的な理解によれば、債権者が債務者に対して債務の履行を請求する

権限を有し、裁判所に訴えを提起できる（債権が請求力を有する）のは当然であり、明文の規定は不要であると考えられていた。そして、同四一四条二項は、作為請求権について、同条三項は、不作為請求権については、それぞれ代替執行をなしうることを規定するものであった。^⑥ 民法四一四条の改正を通じて、債権の実体的効力と執行手続の關係が整理された。まず、作為請求権・不作為請求権の執行手続を定めるものとされた旧四一四条二項及び同三項が削除された。そのうえで、改正後四一四条一項本文は、「債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、民事執行法その他強制執行の手続に関する法令の規定に従い、直接強制、代替執行、間接強制その他の方法による履行の強制を裁判所に請求することができる」と規定した。この改正によって、民法四一四条が、債権の実体的効力に関する規定であることが明らかとされた。^⑦ また、履行の強制が強制執行の手続によって実現されるという意味で、債権の実体的効力と執行手続の関連性が明らかにされた。^⑧

この改正は、代替執行の目的に影響を与えるか。^⑨ 川嶋四郎教授の研究によれば、民事執行法旧一七一条の基本的意図については、作為請求権・不作為請求権の「金銭的救済」と「現実的救済」という二つの可能性がある。^⑩ 同研究は、歴史的沿革から、民法旧四一四条及び民執旧七二七条は、現実的救済を意図していることを明らかにした。しかし、改正後の民法四一四条は、請求権の性質と執行の方法を結び付けていない。それゆえ、立法者意思としては、作為請求権・不作為請求権についても、金銭的救済か現実的救済かに拘らないものとの理解できる。このような考えの下では、代替執行を「金銭的救済」か「現実的救済」のどちらを意図したものと断じることが難しく、請求権の種類、債権者の意図などにより異なると解するべきであろう。

三・執行費用

つぎに、代替執行の費用の問題を検討する前提として、執行費用一般についての法状況を確認しておく。

(1) 執行費用の意義

強制執行に際して、「強制執行の費用で必要なもの」は債務者の負担となる（民執四二条一項¹¹⁾。そして、いかなる費用が、「必要なもの」であるかについては、民事訴訟費用等に関する法律（以下、「民訴費用法」という。）二条に掲げられたものであるとされる¹²⁾。強制執行にかかる費用のうち、この費用を「執行費用」と呼ぶ。それ以外の費用を含めたものは「広義の執行費用」ということができる。民事執行を申し立てるときは、申立人は、民事執行の手續に必要な費用として裁判所書記官の定める金額を予納しなければならぬ（民執一四一条一項前段）。執行費用は債務者の負担となるが、上記のように債権者は、費用を予納・支出することになるので、債権者は、これを取り立てることができることとなる。債権者が支出した執行費用を債務者から強制的に取り立てるには、執行費用についての債務名義が必要となるのが原則であるが、金銭執行、すなわち金銭の支払いを目的とする債権についての強制執行の場合には、その執行手續内において、債務名義を要しないで、同時に取り立てることができる（同時取立て・民執四二条二項）。さらに、同時取立てがされなかった執行費用および債務者に返還すべき金額（民執四二条三項）については、執行裁判所が、申立てにより、費用額確定処分をなすものとする（民執四二条四項ないし九項）。

(2) 費用額確定手続

前述のように、執行費用は、金銭執行では、執行手続において同時取立てをすることができ、非金銭執行では同時取立てはすることができない。また、金銭執行においても、同時取立ては債権者の義務ではないので、同時取立てをしないまま執行手続が終了し、事後的に取立てをする場合が生じる。これらの場合には、債権者が簡易な手続で、執行費用の取立てのために執行費用を確定して債務名義を得る手続が必要となる。そこで、債権者は、執行費用の額を確定するために、費用額確定処分を執行裁判所に申し立てることができる(民執四二条四項)。費用額確定処分の申立てについての処分に対しては、異議を申し立てることができる(民執四二条五項)、この異議の申立てについての決定に対しては執行抗告をすることができる(民執四二条七項)。したがって、費用額確定処分は債務名義となる(民執二二条三号)¹³⁾。これにより、債権者は、執行費用の取立てを、訴訟によらず、簡易な手続により債務名義を得て取り立てることができる¹⁴⁾。なお、費用額確定処分の申立てをするときは、費用計算書およびその謄本ならびに費用額の疎明に必要な書面を提出しなければならない(民訴規二四二条二項)。

四. 代替執行の費用

(1) 代替執行の費用の意義

次に、代替執行の費用に関する状況としては以下の通りとなる。

代替執行の費用は、大きく二種類に分けることができる。一つは、授權決定手続に必要な費用である。これには、

債務名義の送達証明申請、執行文の付与、授権決定申立てに関する手数料、書記料、提出費用などがある¹⁵。もう一つは、授権決定に基づく作為の実施の費用（実施費用）である。実施費用は、作為の準備から完了までに支出した費用で、たとえば補助者の人件費、資材費、機材費等であり、そのうち作為の実施に必要であったものである¹⁶。執行官が実施者である場合には、執行官への手数料（執行官法八条二項二〇号）、費用（同一〇条）、補助者への支払いに要する費用などが含まれる¹⁷。

前者については民訴費用法に規定された費用（民訴費用法二条一二号等）であり、民事執行法四二条一項の執行費用であることは明らかであるが、実施費用については、これに該当するかが争われる。多数説は、執行費用に該当するというものである。これには、代替執行は、執行債権者が債務者の費用で定められた行為をすることができる点に意義があるから、代替執行に際して立て替えた債権者は、代替執行を終えた後でも、債務者に対し、実体法上その償還を請求することができることは当然であるとする¹⁸。これを認める裁判例もある¹⁹。

これに対して、執行費用に該当しないと見る見解によれば、債務者が実施費用を負担する根拠を民法四一四条一項（民法旧四一四条二項）に求める²⁰。

(2) 代替執行の費用の取立て

作為実施の費用は、債務者の負担である（民執一七一条一項）。費用を支出した債権者は、どのようにこれを債務者から取り立てることができるか。

①費用前払決定

債権者は、執行裁判所に対して、代替行為の実施費用をあらかじめ支払うよう債務者に命ずる旨の申立てをすることができる(民執一七一条四項)。この申立ては、授權決定の申立てと同時になされるのが通例であり、授權決定の発令までにする必要がある⁽²¹⁾。

前払決定の申立ての際には、作為実施に必要とされる具体的な作業内容とこれに必要な費用を明らかにし、これを裏付ける見積書等の資料を提出する⁽²²⁾。授權決定をするに際して、執行裁判所は、代替行為の実施費用を算定し、債務者に費用前払いを命じる決定をする。この費用前払決定は抗告によらなければ不服を申し立てられない裁判として債務名義となる(民執二二条三項)。これにより、債権者は、前払いを命じられた金額については金銭執行により債務者から取り立てることができる。作為実施が完了して、前払決定で定められた額に余剰が生じた場合には債務者は、不当利得として差額の返還を求めることができる。取立てがなされていない場合には、請求異議の訴えにより執行力を排除することができる⁽²³⁾。

②費用額確定手続による取立ての可否

前払決定がなされなかった場合、または費用額が前払いの額を超える場合には、同時取立てができないため、執行費用額確定処分を得た上で(民執四二条四項ないし九項)、これを債務名義として金銭執行により取り立てることになる。代替執行の実施費用については、費用前払決定がなされなかった場合、または前払費用決定で定められた費用よりも多額の費用を要した場合に、執行費用として施行裁判所の裁判所書記官による費用額確定手続によって取り立てるこ

とができるかが問題となる。⁽²⁴⁾ この問題は、代替執行の実施費用が執行費用に当たるかという前述の問題とも関わるものである。これを肯定する見解は、費用額確定手続によるしかないとするが、その根拠は明確ではない。⁽²⁵⁾ しかし、実施費用が執行費用に含まれることの当然の帰結であると考えられたものと推察される。これに対して、否定する見解は、代替行為の実施は強制執行ではないこと、民訴費用法に掲げられていないこと、実施費用は非定型的であり、その支出の必要性や金額の相当性の判断は費用額確定手続には適さないことを根拠とする。⁽²⁶⁾ この見解によれば、実施費用は執行費用とはいええず、費用額確定手続を経て取り立てることができないこととなり、実施費用は債務者に対する給付訴訟により請求することができのみである。

五. 判例

(1) 最高裁令和二年四月七日判決民集七四卷三号六四六頁

執行費用の取立ての方法に関しては、最高裁令和二年四月七日判決民集七四卷三号六四六頁（以下、「令和二年判決」という。）がある。⁽²⁷⁾ 本判決は、実施費用の取立ての方法についても関係してくると思われる。そこで、これを検討したうえで、代替執行における実施費用との関係、特に上記の実施費用を費用額確定手続によって取り立てることについて検討する。

①事実の概要

事実の概要は、以下の通りである。

X（被上告人）は、Y（上告人）に対してある建物の一部（以下、「本件建物部分」という。）について明渡しを命ずる仮執行宣言付判決に基づく強制執行をなし、その際、民事執行法四二条一項に規定する強制執行の費用で必要なものに当たる合計一六一万円余（以下、「本件執行費用」という。）を支出した。Xは、本件執行費用について、Yによる本件建物部分の占有に係る共同不法行為による損害であると主張して、Yに対して、不法行為に基づき上記一六一万円余及びこの請求に係る弁護士費用相当額一六万円余並びにこれに対する遅延損害金の支払いを求めて訴えを提起した。原審は、Xの請求を認容したところ、Yが上告受理申立てをした。

②判決の要旨

最高裁の判決は、一部破棄自判・一部上告棄却して、次のように判示した。

「民事執行法は、強制執行の費用で必要なものを債務者の負担とする旨を定め（四二条一項）、このうち同条二項の規定により執行手続において同時に取り立てられたもの以外の費用については、その額を定める執行裁判所の裁判所書記官の処分（以下「費用額確定処分」という。）を経て、強制執行により取り立て得ることとしている（同条四項ないし八項、一二条四号の二）。また、同法四二条一項にいう強制執行の費用の範囲は、民事訴訟費用等に関する法律（以下「費用法」という。）二条各号においてその費目を掲げるものとされ、その額は、同条各号に定めるところによるとされている。

このように、費用法二条が法令の規定により民事執行手続を含む民事訴訟等の手続の当事者等が負担すべき当該手続の費用の費目及び額を法定しているのは、当該手続に一般的に必要と考えられるものを定型的、画一的に定めることにより、当該手続の当事者等に予測できない負担が生ずること等を防ぐとともに、当該費用の額を容易に確定することを可能とし、民事執行法等が費用額確定処分等により当該費用を簡易迅速に取り立て得るものとしていることとあいまって、適正な司法制度の維持と公平かつ円滑なその利用という公益目的を達成する趣旨に出たものと解される。そうすると、強制執行においてその申立てをした債権者が当該強制執行に要した費用のうち費用法二条各号に掲げられた費目のものについては、民事執行法四二条二項により債務者から執行手続において取り立てるほかは専ら費用額確定処分を経て取り立てることが予定されているというべきであつて、これを当該強制執行における債務者に対する不法行為に基づく損害賠償請求において損害として主張し得るとすることは上記趣旨を損なうこととなる。

したがって、強制執行の申立てをした債権者が、当該強制執行における債務者に対する不法行為に基づく損害賠償請求において、当該強制執行に要した費用のうち費用法二条各号に掲げられた費目のものを損害として主張することは許されないと解するのが相当である。」

なお、宇賀克也裁判官の補足意見がある。

「民事執行法四二条二項以下に定める執行費用額確定手続は、裁判所書記官が費用法二条各号所定の費用の額のみを計算して債務名義とするものであり、訴訟手続と比較して簡易迅速であり、かつ申立手数料も不要とされている。

しかし、一般に、簡易迅速な特別手続が法定されている場合、それが専ら私人の便宜のみを念頭に置いたものであれば、当該特別手続を利用するか、通常の手続を利用するかを私人の選択に委ねることを否定することはできないと

思われる。たとえば、登録免許税法三一条二項は、登録免許税の過誤納があるとき、その旨を登記機関に申し出て、当該過大に納付した登録免許税の額を登記機関が所轄税務署長に通知すべき旨を登記等を受けた者が請求することを認めている。最高裁平成一三年（行ヒ）第二五号同一七年四月一四日第一小法廷判決・民集五九巻三号四九一頁は、これと同趣旨の規定である平成一四年法律第一五二号による改正前の登録免許税法三一条二項について、登記等を受ける者が職権で行われる上記の通知の手続を利用して簡易迅速に過誤納金の還付を受けることができるようにしたものであり、登録免許税の還付を請求するのは専ら同項所定の手続によらなければならないこととする手続の排他性を定めるものということはできないと判示している。

したがって、簡易迅速な特別手続の排他性を認めるためには、当該手続が単にその手続の利用者の便宜を図るにとどまらず、当該手続の利用に公益性を認めて、当該手続を排他的なものとする趣旨であるかを検討する必要がある。

費用法二条は、民事執行法四二条四項以下に定める執行費用額確定手続、民事訴訟法七一条が定める訴訟費用額確定手続等とあいまって、償還請求が可能な費用を当該訴訟等の手続により生じた一切の費用とせず、一般にそれらの手続において必要とされる類型の行為に要した費用を公平に当事者双方に負担させることにより、当事者が訴訟制度等を躊躇なく利用し、適正な立証活動等を可能にすることを意図したものといえる。したがって、それは、裁判を受ける権利を実効的なものとするという意味において、司法制度の基盤の一環をなすものといえ、公益性を認めることができ、手続の排他性を認めることが正当化されると考えられる。」

(2) 本判決の意義と射程

本判決は、建物明渡しの強制執行の申立てをした債権者が、当該建物の占有に係る不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、当該執行に要した費用のうち民訴費用法二条各号に掲げる費目のものを損害として主張することは許されない旨を判示したものである。ここでは、執行費用については同時取立ての方法、そして執行費用額確定手続によつて確定した執行費用額確定処分を債務名義として取り立てる方法に触れた。本判決の事案では、いわば第三の道として、執行費用について、費用額確定手続とは別に、不法行為に基づく損害賠償請求の訴えにおいて請求することができるかが問題となる。一般的に、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、その請求に関して手続のために必要となった費用とともに損害として請求することが認められているところであるが、本判決は、執行費用の取立てについてはもっぱら費用額確定手続によらなければならないと判断したものである。

ところで、執行費用額確定手続は、裁判所書記官による費用確定処分を目的とするきわめて簡易な手続であり、当事者にとっては簡易な手続によつて費用の取立てのための債務名義を取得することができるという利点がある。前述の代替執行の実施費用について費用額確定手続でもって債務名義を取得しうるか、という問題は、実施費用について債権者のこの利益を享受することができるかが問題となるのである。他方で、債権者にとって、不法行為に基づく損害賠償請求権として構成される請求権を有していると評価できるかは別として、判決手続でもって執行費用について裁判を受ける権利が認められるか、という問題をたてることができる。本判決は、費用額確定手続を利用することができることと合わせて、公益性を根拠として、結果的には判決手続でもって費用額について裁判を受ける権利を否定した⁽²⁸⁾こととなる。しかし、簡易な手続を受けることができることは、充実した審理を受ける機会が与えられなくてよ

いことの根拠とはなりえず、両者は別に考えられなければならない。とくに、代替執行における実施費用のように、一般的に高額になる傾向にあり、またその内容が一義的、形式的に決定されうるものではなく実質的な判断を含むような場合には、より充実した審理が要求されることになる。

前述の通り、本判決は、執行費用について判決手続で裁判される機会を当事者に与えないことを示したものであるが、代替執行の実施費用については、判決手続において審理・裁判される必要が認められることから、すくなくとも代替執行の実施費用については本決の判示内容は妥当しないと考えなければならない⁽²⁹⁾。したがって、本判決の射程は、代替執行の費用額確定には及ばないと解するべきである。

六．執行費用償還請求権と実施費用

(1) 執行費用償還請求権の法的性質

いかなる手続でもって代替執行の費用を取り立てることができるかについて、執行費用償還請求権の法的性質の面から検討する。代替執行、強制執行に限らず、民事手続を利用するために必要な費用については、原則当事者の負担となる⁽³⁰⁾。そして、手続にかかる費用については、手続の開始を求める当事者が予納をしたうえで（民訴規三条一項、民執一四条二項）、最終的にどちらの当事者がいくら費用を負担するかが裁判される。民事訴訟の場合には、判決の主文において、当事者間の訴訟費用負担の割合が判断される（民訴六七条一項）。執行の場合には、債務者が費用を負担することは決まっているので、それを前提として、前述（三(2)）の手続に基づいて、執行費用の額が確定され、債権者

によってその取立てがなされることとなる。つまり、費用を支出した当事者は、費用を負担する義務を負う当事者に対して費用償還請求権を有することになる。この費用償還請求権の法的性質については、上記の令和二年判決に関する問題、すなわち、執行費用の償還請求権を不法行為に基づく損害賠償請求の訴えにおいて訴求することができるか、という問題とも関わってくる。

この費用償還請求権には、訴訟法上の請求権と実体法上の請求権と二つの側面がある。訴訟法上の請求権とは、訴訟法規にその基礎を有する請求権である³¹⁾。訴訟費用、または執行費用の負担については、それぞれ民事訴訟法、民事執行法において定められ、訴訟費用、執行費用に当たる費用については民事訴訟法において規定される。これらの規定に基づいて生じた請求権は訴訟法上の請求権といえる。

実体法上の請求権とは、強制執行が債務者の債務不履行に起因して行われたことを基礎として、その実施のために生じた費用の償還を求める請求権であり、債務不履行に基づく損害賠償、または不法行為に基づく損害賠償として、費用を支払った債権者が債務者に対して請求するものである³²⁾。

たしかに我が国では、費用償還請求権について、訴訟法上の請求権と実体法上の請求権との区別は意識されてこなかった³³⁾。しかし、費用額確定処分を経て確定される費用償還請求権は、まさに、訴訟法規にその発生の原因があり、特別に定められた手続を用いてのみ行使されうる性質を有する請求権であり、これは訴訟法上の請求権と意義付けるのが適切であろう。

(2) 費用償還請求権とその実現のための手続

訴訟法上、および実体法上の費用償還請求権が、それぞれのどのような手続によつて実現されることが予定されるべきか。訴訟法上の請求権については、簡易な費用額確定手続によることを可能とするべきである。この趣旨は、訴訟費用や執行費用の償還は、訴訟事件や強制執行事件の付随的な手続事項であり、対象となる費用は一般的には低額であること、審理の内容は、申立人の主張する額について、本体の事件記録に基づき疎明の有無を判断することであり複雑な主張や精緻な立証を要するものでないことから、費用償還請求権の行使に過大な費用、時間、労力を要し、費用償還請求の実効性を損なわれないようにするものである⁽³⁴⁾。

くわえて、判例によれば、これは実体法上の権利（令和二年判決の事案では不法行為に基づく損害賠償請求権）として判決手続において訴求することはできない。しかし、民事執行法が、執行費用について簡易な方法で取り立てる手段を債権者に認めているからと言って、訴訟手続においてこれを請求する権限を制限しているとはいえず、この点でも令和二年判決には疑問が残る⁽³⁵⁾。

他方で、実体法上の請求権については、民事訴訟における大原則に従い、判決手続において審理・裁判されるべきである。しかし、実体法上の請求権と性質決定される費用の中には、民事費用法二条に掲げられた費用に該当する費用も含まれており、実質的には同じ費用について、それを審理・裁判する手続を異なるとすることは無意義である。すなわち、この費用については、簡易な費用額確定手続において審理、裁判することになるとするべきである。そうすると、主には民事費用法二条に掲げられる定型的費用以外の費用について、どのような手続で審理・裁判されるかが決定されるべきで、それで足りる。

代替執行の実施費用についてみると、民訴費用法に掲げられた費用ではなく、たしかにそれが執行そのものであるとはいえ、その費用が訴訟法に基づくものとは言えない。くわえて、実施費用は、一般的に高額になりやすく、定型性もないので、その必要性（民執四二条一項）の判断にはより慎重な審理が必要であり、また当事者はそれを求めることができないなければならない。よって、実施費用については判決手続での審理・裁判がなされるべきであり、費用額確定処分の対象とはならないと解する。そうすると、上述のように、令和二年判決は、やはり実施費用については射程に含まれないとするか、仮に含まれるとするならば、実施費用について判決手続での審理・裁判の機会を当事者から奪う点でやはり不当である。

七．まとめに代えて

本稿では、代替執行の実施費用の法的性質とその取立方法について検討した。費用償還請求権の訴訟法的性質と実体的性質を区別したうえで、実施費用の訴訟法的性質を否定した。実施費用の取立方法については、その性質から費用額確定手続ではなく、判決手続による審理・裁判の機会が当事者に与えられるべきであり、またこれによるべきである。このことは、令和二年判決の問題点を浮き彫りするとともに、その射程を明らかにするものといえる。

本稿は、令和四年度法学部研究費〔学術研究費（共同研究費）〕「一般条項における実体法と手続法の交錯」（代表松嶋隆弘）の研究成果の一部である。

(1) 平成一五年の担保法・執行法改正により、代替的作為の執行方法として、執行債権者による代替執行と間接強制の選択を認めることになった(民執一七一条、同一七三条)。中野貞一郎¹⁾下村正明『民事執行法〔改訂版〕』(青林書院、二〇二二年) 八五三頁以下。

(2) 併用を認める裁判例としては、広島高裁松江支部平成一七年二月二四日(非公表・後掲大濱論文で紹介されたもの)がある。併用を肯定するものとして、中野²⁾下村・前掲注(1)、八五四頁、山本和彦「間接強制の適用範囲の拡大」『新しい担保・執行制度〔補訂版〕』(有斐閣、二〇〇四年) 一六〇頁、鈴木雄輔「間接強制と代替執行・直接強制の併用の許否」金法一九九〇号五七頁。併用を否定するものとして、大濱しのぶ「間接強制と他の執行方法の併用の許否」判タ一二一七号七三頁。

(3) 実体上の理由は審理されない。中野³⁾下村・前掲注(1)、八五五頁。授權決定をする際、執行裁判所は、債務者を審尋しなければならぬ。これは、授權決定によつて債務者が重大な打撃をうけるのが通常であること、したがつて授權決定をするか否か、どのような授權決定が相当であるか、前払費用額をいくらと算定するか等の判断が必ずしも一律単純なものではなく、事実認定や債務名義の解釈なども含めて総合的裁量的に判断せざるを得ない場合もあることに鑑み、債務者に対し簡易迅速な方法による防御の機会を保障し、もつて裁判の公平と適切妥当な執行を期したものであるとされる。藤田耕三⁴⁾河村卓哉⁵⁾林屋礼二編『民事執行法の基礎』(青林書院新社、一九八三年) 八三頁(伊藤剛)。ただし、審尋の対象となる事項について不明であり、必要的ではとも解される。鈴木忠一⁶⁾三ヶ月章編『注解民事執行法(5)』(第一法規、一九八五年) 七七頁〔富越和厚〕。

(4) 授權決定の本質は、債権者に対して、債務者の作為実施を代わつてなすことを許可することにあるから、実施者を指定する必要はない。鈴木忠一⁷⁾三ヶ月章編・前掲注(3)、七七頁〔富越和厚〕。

(5) これは、授權決定の申立てとともになされることが通例であるが、授權決定後でも申立ては可能である。

(6) 大村敦志⁸⁾道垣内弘人編『解説民法(債権法)改正のポイント』(有斐閣、二〇一七年) 九九頁〔加毛明〕。

(7) 法制審議会民法(債権法)部会資料六八A、四頁。

(8) 加毛・前掲注(6)、一〇二頁。

- (9) 川嶋四郎「代替執行論・覚書(1)」法政研究六七卷三号一〇五頁以下(特に一〇九頁以下) 参照。
- (10) 川嶋四郎「差止的救済形成の源泉としての「適当ノ処分」に関する一試論——創造的授權決定手続」を含む「適当処分手続」の構想と民事執行法一七一条の再構成」熊本法学七一号一頁。
- (11) 強制執行は、債務者がその債務を履行しないことが原因で債権者が行わざるを得ないものであるから、執行のために必要な費用は債務者が負担することが当然であるとされている。中野貞一郎、下村正明『民事執行法〔改訂版〕』(青林書院、二〇二一年)一〇六頁。ただし、強制執行は債務者が任意に履行しないことを要件としていないことから、強制執行をしなれば弁済を受けることができなかつたか否かについては、常に肯定できるとは限らず、債権者の行為によって費用を増加したときに該当することもありうる。したがって、法が執行費用の負担者を明文で定めないときは、具体的事件ごとに、右のような事実を確定しなければ、費用の負担者が定められないこととなるおそれがある。民執四二条一項は、事情のいかんにかかわらず、強制執行が行われ、その執行に必要であつた以上、その費用の負担者は、常に債務者とするものと規定した。香川保一監修『注釈民事執行法2』(きんざい、一九八五年)六四六頁〔大橋寛明〕。
- (12) 「必要なもの」の意義について検討したものととして、拙稿「執行費用の分配」河野古稀『民事手続法の比較法的・歴史的研究』(慈学社出版、二〇一四年)四三二頁。執行費用となるものとしては、強制執行の申立費用、債務名義の送達費用、執行文付与に関する費用、差押えの登記登録に要する費用、換価に関する費用(たとえば、現況調査を行う執行官の手数料、不動産の評価費用、売却のための公告費用等)、手続続行のための通知費用、差押債権者の申立てによる売却のための保全処分をする費用(民執五五条)、第二債務者の供託費用などが挙げられる。齊藤秀夫・齊藤和夫『基本法コンメンタル民事執行法〔第6版〕』(日本評論社、二〇〇九年)一三九頁
- (13) 費用額確定処分自体は給付を命じる裁判ではないが、債務名義と認められる。大橋・前掲注(11)、六五九頁。
- (14) 債権者が費用額相当金額を返還すべき場合で、民執四二条三項に基づいて費用額の確定決定がなされる場合についても同様である。
- (15) 鈴木忠一、三ヶ月章編・前掲注(3)、八四頁〔富越和厚〕。

- (16) 園部厚『書式代替執行・間接強制・意思表示擬制の実務〔第6版〕』（民事法研究会、二〇二一年）九六頁。
- (17) 鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章編・前掲注(3)、八五頁〔富越和厚〕。
- (18) 田中康久『新民事執行法の解説〔増補改訂版〕』（きんざい、一九八〇年）三七三頁。
- (19) 東京地決昭和四五年六月八日下民集二二巻六号七六九頁。実施費用については、「広義の執行費用」に含まれるとする。また、費用前払決定がなされた事案ではあるが、債務者に対する費用償還請求権を被保全権利とする仮差押命令を認めた名古屋高決平成二五年六月一日金法一九八五号一六〇頁は、執行費用額確定の申立てが民事保全法三七条一項の「本案の訴え」に該当するとした。
- (20) 鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章編・前掲注(3)、八五頁〔富越和厚〕。なお、この場合も、作為を執行官に担当させる場合には執行費用となる余地があるとするものもある（民訴費用法二条三号参照）。鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章編『注解民事執行法（1）』（第一法規、一九八四年）七二〇頁〔大橋寛明〕。
- (21) 鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章編・前掲注(3)、八六頁〔富越和厚〕。
- (22) 鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章編・前掲注(3)、八六頁〔富越和厚〕。
- (23) 香川保一監修『注釈民事執行法（7）』（きんざい、一九八九年）二六六頁〔富越和厚〕。
- (24) 執行費用の同時取立てができるのは金銭債権についての強制執行、つまり金銭執行のみである（民執四二条二項）から、同時取立てをすることはできない。
- (25) 旧法下では、肯定説が通説であった。田中康久『新民事執行法の解説〔増補改訂版〕』（きんざい、一九八〇年）、三七四頁、川嶋・前掲注(9)、一三一頁。旧法下の文献として、兼子一『増補民事執行法』（酒井書店、一九五二年）二八八頁。
- (26) 鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章編・前掲注(3)、八四頁〔富越和厚〕。
- (27) 本判決の評釈として、拙稿・新・判例解説 watch 一七号一四七頁、内田義厚・判例秘書ジャーナル HJ10081、高田賢治・法教四七九号一四四頁、青木哲・金法二二六九号三六頁、山木戸勇一郎・ジュリ臨増一五五七号一〇二頁、河津博史・銀行法務二一・八六八号四七頁、工藤敏隆・法学研究（慶應）九四巻四号一二九頁、安永祐司・民商一五七巻三号五三一頁、内

海博俊・リマ六三号一二六頁、岡庭幹司・判評七五七号一三三頁がある。

(28) 前述のように、費用額確定処分の申立てについての処分に対しては、異議を申し立てることができ（民執四二条五項）、この異議の申立てについての決定に対しては執行抗告をすることができる（民執四二条七項）。たしかに、裁判官による判断、及び上訴の機会が保障されているが、それで十分か意識されていたかは疑問である。

(29) 筆者は、本判決の評釈において、民訴費用法二条の趣旨である公益性は、訴訟費用や執行費用となるべき費用の限定列挙に関するものであり、手続の選択は無関係であるから、当事者が判決手続を選択する権利が奪われるべきではないとして本判決に反対した。拙稿・前掲注(27)、一四七頁。

(30) 国家が私人に自力救済を禁止し司法を独占するが、国民に裁判制度を無料で利用させることにはならない。中野貞一郎Ⅱ松浦馨Ⅱ鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第3版〕』（有斐閣、二〇一八年）四八一頁。

(31) Serena Köppen, Rechtskonfliktkosten im Zivilrecht, 2022, S.12.

(32) Köppen, a. a. O., (F.n.31), S.1.

(33) ドイツの議論については、金子宏直『民事訴訟費用の負担原則』（勁草書房、一九九八年）一三二九頁以下参照。

(34) 工藤・前掲注(27)、一三八頁。

(35) 中野Ⅱ下村・前掲注(1)、一九七頁。

フランスにおける組合契約の法的性質論

吉 井 啓 子

1. はじめに

旧民法から明治民法における組合規定の変遷、その後の組合をめぐる様々な議論は、ローマ法のソキエタス (societas) をそのまま受け入れたフランス民法典と、組合を債務発生原因の一つである組合契約として規定しつつもゲルマン法に由来する合手制 (合有制) の共同所有形態として体系化したドイツ民法典に端を発している。フランスとドイツの「狭間」で育った日本民法は、旧民法においてフランスと同様の組合規定を置いていたが、現在はドイツに倣った組合規定を有する。フランスでは、組合契約 (contrat de société [「会社契約」と訳されることも多いが、以下では「組合契約」と訳す。]) は双務契約と分類されることが多かったが、現在では従来の契約の分類には収まらない独自の性質を持った契約であると分析されることが多くなってきている。特に、その団体・組織を生み出す特質に着目して、「組織型契約 (contrat-organisation)」として、売買契約などの「交換型契約 (contrat-échange)」とは異なるその特質につき論じられるようになってきている⁽¹⁾。冒頭で述べたように、歴史的に見ればドイツ法がソキエタスと合手制団体を起源とするのに対し、フランス法は純粹にローマ法のソキエタスのみを基礎とする⁽²⁾。フランスにおいては、(少なくとも条文上は) 人の集団 (団体) の存在は意識されていない。民法典成立後の各種の組合・会社の発展とともに、組合契約の組織形成という側面がクローズアップさ

れるようになってきたという違いがある。

フランス民法典1832条1項は、「組合は、契約により、共同の事業に、利益 (bénéfice) を分配するため又はそこから生じうる節約 (économie) を享受するために、財産又は労務を充てることを決めた二人又は数人の者により設立される。」と組合を定義する。フランスでは、商法典中に会社に関する総則的な規定がなく、民法典中に組合 (会社) を設立するための契約である « contrat de société » に関する条文があり、« société » は会社だけではなく民法上の組合 (営利目的のものに限られる) をも含む概念である。民法の契約法教科書では組合 (会社) 契約について詳述されることはほとんどなく⁽³⁾、商法の教科書で取り上げられることが一般的である。日本では「社団」と「組合」に分けて論じられるのに対して、フランスでは営利目的の « société » と非営利目的の « association » に分けて論じられることが多い。

本稿では、他の典型契約とは異なる特質を有し、従来の契約の分類に収めることが困難である組合契約の法的性質をめぐるフランスにおける議論の生成と展開を検討するが⁽⁴⁾、それは以下のような日本法に関する問題意識によるものである。

日本において、組合契約には契約の一般的規律が適用されず、同時履行の抗弁および危険負担に関する条文は適用されないほか、債務不履行による解除も認められないと解されてきた⁽⁵⁾。同時履行の抗弁権について、2017年の民法改正前は業務執行者が置かれている場合と置かれていない場合を分けたうえで、後者の場合には同時履行の抗弁権の行使の余地を認める見解が一般的であったが、民法改正により新設された667条の2第1項はこのような場合分けをしていない。また、解除については、民法改正前から判例は解除に関する総則規定の組合契約への適用を否定してきたが、この点は民法改正により新設された667条の2第2項で債務不履行を原因とする解除の場合のみについて規定を置き、540条から548条の規定を包括的に排除していない。学説は、解除について、解除規定の主要な目的を当事者の給付交換関係を規律

することに求め、そのことから組合契約への解除規定の適用を認めることは組合の団体的性質には適さないと解してきた⁽⁶⁾。組合契約への契約の一般的な規律の適用を否定するに際して、常に理由として持ち出されるのがこの組合の団体的性質である。

日本における組合契約の特質に関する議論の変遷を見ると、鳩山秀夫あたりまでは、上記のような組合契約の団体的性質への言及はあるものの、そのような組合契約の特殊性はさほど強調されず、組合契約を双務・有償契約とすることについて特に問題視されずに、そのことを前提として個別の規定の組合契約への適用の可否が検討されていた⁽⁷⁾。やがて、組合の団体的性質が強調されるようになり、組合設立行為は契約ではなく、共通の目的のために結合する合同行為であるとの見解へと発展する。しかし、現在は、合同行為概念の有益性を疑問視し、組合を契約であるとしつつもその双務契約性を否定し、他の契約とは異なる特殊な契約であるとしたり、「団体設立契約」であるとしたりする説が有力化している⁽⁸⁾。ただし、組合契約は他の契約と異なる性質を有する契約であると指摘しつつも、その契約としての特殊性、そしてそれが民法典の中でどのように位置づけられるべきかについてはあまり論じられてはこなかった。最近では、日本民法における組合契約の規律（契約であることに関する規律、出資に関わる債権関係への規律、「共同の事業」の運営にかかわる債権関係への規律など）の検討を通じて、組合契約の典型契約としての意義を探る岡本裕樹教授の論稿がある程度である⁽⁹⁾。日本における組合をめぐる議論は、団体論・法人論や共同所有論の観点からの研究が多く（団体としての対外関係、組合財産の帰属態様など）、典型契約の一つとして民法に規定されている組合契約の性質論や従来の契約概念との関係について正面から論じた論文はさほど多くない。2017年の民法改正の際の法制審議会においては、組合に団体性があることから一律に契約の一般的な規律の適用を否定するのではなく、個別の規定ごとにきめ細かくその適用の可否が議論された⁽¹⁰⁾。そのような意味で、組合契約の法的性質論は個別の問題の解決にとって大き

な意味を有さないと言えそうだが、他の契約との関係において組合契約の特質をどのような点に見出し、典型契約の一つとしてどのように民法の中に位置づけるのかはなお検討すべき課題であろう。今のところ、組合契約はあくまでも二当事者間契約の「例外」と位置づけられているが、このような位置づけにとどめておくべきか、二当事者の意思の合致により成立する債権発生原因であるとされてきた「契約」概念と組合契約の関係をどのようにとらえるのかという問題意識が本稿の前提にある。

さらに、本稿の前提となる問題意識としては以下の点もある。フランスにおいて、他の契約とは異なる組合契約の性質の特徴ととらえられているのが「共通の目的 (intérêt commun)」である。「共通の目的」の存在を組合契約を他の契約と区別するメルクマールとするのはドイツにおいても同じであるが、両国で「共通の目的」が意味するものは異なる。ドイツ法において、組合は、営利、政治、宗教、スポーツ、芸術、慈善、科学など様々な事柄を目的としうる。目的は継続的なものでも一時的なものでもよい。これに対して、フランス法の組合（会社）は営利を目的とするものに限られ、損益の分配が必要である。日本民法667条1項は「組合契約は、各当事者が出資をして共同の事業を営むことを約することによって、その効力を生ずる。」と規定するが、日本法において上記の「共通の目的」と同じ意義を有すると考えられる「共同の事業」概念は広く、ドイツ法と同じく営利を目的とするものでも非営利を目的とするものでもよく、公益を目的とすることもできると解されている⁽¹¹⁾。事業は継続的なものでも一時的なものでもよいが、利益の分配をする場合には利益は組合員全員が受けることを要する⁽¹²⁾。667条1項の「共同の事業」概念については、これまであまり議論されてこなかった経緯もあり⁽¹³⁾、「営利」概念も含めて検討の余地があるのではないか。

本稿では、このような問題意識をもってフランスにおける組合契約の法的性質論の生成と展開を検討したい。なお、組合契約の性質論を

論じるには、組合の種類に応じた検討も必要であるが、本報告は民法に規定された典型契約の一つとしての組合契約の法的性質を検討することを主眼としており専ら民法上の組合を検討対象としている。

2. フランスにおける組合契約の法的性質論の生成と展開

(1) フランス民法典における組合規定の起源

フランスもドイツと同様に、組合概念の生成に際して、ローマ法のソキエタスに多くの影響を受けた。ソキエタスとは、複数の者が経済的な利益を得るためにその財産またはその活動の全部または一部を共にする双務契約である⁽¹⁴⁾。ソキエタスは、構成員間に契約関係を生じさせるが、当事者以外の第三者には効果を持たず、第三者と契約を締結できるのは各構成員に限られる。また、ソキエタスは人的性質 (*intuitu personae*) を有し、構成員としての権利は取引の対象とはならないほか、構成員の死亡により終了する。ソキエタスの財産は共同所有の対象であるほか、構成員には経営に参加する義務がある。

1804年のフランス民法典制定前から、組合（会社）は契約とされてきており、民法典もこれを典型契約の一つとして1832条に規定した。もっとも、組合（会社）は構成員の意思に基づいて形成されるが、団体・組織が形成された後は伝統的な契約技術とは異なる処遇を構成員は受けることになる。この点から、フランスでは、組合（会社）は契約か制度かという問題が古くから争われてきた⁽¹⁵⁾。1832条における組合の定義は、民法典起草に多大なる影響を与えたポチエ (Pothier) が組合を契約としたことによる⁽¹⁶⁾。ポチエは、組合契約の各当事者は契約により「相互に」他の者に対して義務を負うとしたうえで、組合契約とは「二人又は複数の者が…利益を共同のものとするために、何らかの物を共同のものとし、又は共同のものとするを義務付けられる契約」であると定義した。しかし、組合契約に債務の「相互性」を見出すことは困難であるため、現在ではポチエの考え方に誤りがあった

ことが指摘されている⁽¹⁷⁾。もっとも、ポチエ自身は、組合契約の当事者は何らかの物を「組合に」拠出する義務を負う「組合に対する」債務者であり、場合によっては「組合に対する」債権者ともなると説いていた。ポチエは、共同の物を他の構成員に使用収益させる義務を負う場合のような例外的な場合もあるが、基本的には構成員は「相互に」債権者・債務者の関係にないと説明していたのである。やがて、19世紀初めから、組合（会社）はさまざまな法律により規制されるようになる。構成員の意思に残された余地は減少し、契約自由が妥当しなくなり、組合の契約としての側面は薄まって行く。

1985年に一人有限会社（SARL unipersonnelle）という一人会社の創設が認められると⁽¹⁸⁾、1832条2項に「組合は、法律が規定する場合においては、一人の者の意思による行為（acte de volonté）により設立される。」という条文が置かれたが、この場合の設立行為は契約ではなく単独行為ではないかという疑念を生じさせる結果となった。このような疑念に対しては、複数人で組合を設立したものの持分譲渡により構成員が一人になった場合も考えられることから、本項により組合設立行為が契約ではなくなったということはできないとの反論も見られた。

フランスよりもドイツの方がローマ法の影響をより強く受けていると一般的に言われるが、組合に関しても当初はそうであった。フランスと同様にドイツも、組合概念の生成には、ローマ法のソキエタスに多くの影響を受けたが、やがて、産業化の発展、資本会社の登場により、その影響は弱くなっていく。パンデクテン学派は、組合をソキエタスと同じく契約と考えており、団体や組織ととらえることはなかった。組合の財産は組合員の共同所有となり、組合の目的はほとんどの場合において金銭的利益であると考えられていた。しかし、ドイツでは民法典の編纂において、ローマ法のソキエタスに由来する「契約としての組合」という考え方は一部放棄されることとなる。1888年の第一草案については、ローマ法にあまりにも多くの影響を受けすぎているとの批判があったため、1894年の第二草案では組合に関する混合的

な概念が採用されることになる。ドイツ民法典705条は組合を債務発生原因の一つである組合契約として規定しているが、同時に組合はゲルマン法に由来する合手制（合有制）の共同所有形態として体系化されたのである⁽¹⁹⁾。ただし、合手制に基づく財産の帰属形態は、ドイツ民法典自体における組合の構造の基礎となっているわけではない。このようなドイツ民法典の立場は、ローマ法のソキエタスをそのまま受け入れたフランス民法典とは明らかに異なる。フランス民法典は、組合契約を諾成・双務の契約ととらえて規定した。しかし、次に検討するように、フランス民法典成立直後から、学説により組合契約の双務性は問題とされることとなる⁽²⁰⁾。

(2) 民法典成立以後の学説の展開

①不完全双務契約論

民法典成立後から、学説により、双務契約と片務契約のハイブリッドと言えるカテゴリーの存在が指摘されていた。「不完全双務契約 (contrat synallagmatique imparfait)」と呼ばれるものであり、そこにはドイツにおける議論の影響が見られる⁽²¹⁾。ドモロンブ (Demolombe) によれば、不完全双務契約というのは、当事者の一方の債務は契約の主たる債務であるが、その他の債務はすべて付随的なものにすぎないという場合である。その後、多くの論者がこの分類に従うことになった。オブリー＝ロー (Aubry et Rau) は、当事者が合意により、そして合意後の出来事に左右されずに双方向的な約束に拘束されるか否かにより、双務契約は完全双務契約と不完全双務契約とに分けることができると論じた。マゾ兄弟 (Frères Mazeaud) も、もともとは片務契約だが、契約締結後に法律により付随的な債務が生じる場合など、契約成立後に当事者に債務を生じさせる契約があることを指摘し、それを不完全双務契約ととらえた。「不完全」という表現は、当事者の債務は双方向的であるが相互依存関係にないことによる。中にはカピタン (Capitant) のように「不完全双務契約」概念不要論を唱える者もいたが、やがて伝

統的な双務契約の概念に当てはまらない契約はすべて「不完全双務契約」であると分類されるようになり、そこに組合契約も分類されるようになる。

②合同行為論

19世紀末のドイツやイタリアではギールケ（Gierke）らが提唱する合同行為論が盛んになるが⁽²²⁾、20世紀初頭からフランスでも合同行為概念が議論されるようになった⁽²³⁾。多くの学説が組合（会社）の設立行為を契約ととらえたのに対して、一部の学説は組合契約を合同行為（acte collectif）ないし合同的単独行為（acte unilatéral collectif）ととらえることを主張した⁽²⁴⁾。このような学説は、特に、契約であるとは説明しがたい公開株式会社の設立行為の性質をめぐる議論の中で展開された。組合（会社）設立行為を合同行為ととらえる学説は、リペール（Ripert）らによる単独行為（acte unilatéral）説に対する異論として登場したとされる⁽²⁵⁾。合同行為（または合同的単独行為）において意思は同じ内容を有し同一の目的に向けられており、合同行為とは共通の利益に向けられた人の集団の意思を表明する法律行為である。そこにあるのは、意思の対立ではなく、意思の競合（concours de volontés）であるとされた。合同行為説の論者は、組合設立行為は当事者が他方当事者の犠牲において自らの利益を追求する双務契約とは異なり、このような合同行為であると分析した。合同行為説の立場によっても、組合設立行為に独自性を与えているのは、契約説と同様に「共通の目的」の追求であると説かれた。そして、この共通の目的の重要性は、社団意思（*affectio societatis*、*volonté d'alliance*）を組合（会社）の設立要件とする古典的な立場から説明された⁽²⁶⁾。合同行為説によれば、設立行為における、同一の目的に向けられた意思間の相互依存性、契約に見られる自由な交渉や譲歩の不存在なども組合の特徴であるとされる。一部の論者からは、契約を超える効果の発生という点も特徴として指摘された⁽²⁷⁾。組合（会社）設立行為は、行為時の当事者だけではなくその後加わった当事者をも拘束する点で契約とは異なるというのである。

このような合同行為説への批判としては、組合（会社）は契約により設立されるということを明確に規定するフランス民法典1832条との齟齬がまずあげられるだろう⁽²⁸⁾。確かに構成員間の関係を双務的であると性質決定することは困難であるが、各人は他の者の意思を参考にしつつ自らの意思を表明するのであり、そこには意思の合致ないし意思間の相互依存性が存在しており、合同行為説はこの意思間の相互影響関係を無視しているとの批判もあった。そもそも合同行為と契約を対置させてとらえる考え方がおかしいのではないかとの批判もあり、このような批判によれば、そもそも契約概念を対立する意思の合致のみに限る必要はない。

もっとも、フランスにおける合同行為論について調べてみると、組合（会社）の契約的分析に代わる制度理論に着想を得たルジュウ・ド・ブベ（Roujou de Boubée）の博士論文が常に引用されているが、彼の論文以外の文献はほとんど引用されておらず、フランスにおける合同行為論は広がりを持っていた議論とは言えないのではないかと思われる。では、組合契約はやはり双務契約か。この点については、組合契約はかつて双務契約と分類されることが多かったが⁽²⁹⁾、現在ではその双務性を否定しつつ組織型契約などと分析しうる新しい形の契約類型であるとして、他の典型契約とは異なる特質が指摘されている。以下では、近時の学説が組合契約の特質をどのような点に見出し、どのような契約であると分析しているかを検討する。

(3) 双務性の否定

20世紀における新たな契約、特に流通契約やフランチャイズ契約といった組織型契約と分析される契約は双務契約・片務契約という二分法に問題を投げかけた。組合契約は1804年から民法典に存在する典型契約であるが、当事者の経済的利益を結合するための法的仕組みという点では売買契約をはじめとする交換型契約と同じであるものの、団体・組織の形成とそこから導かれる継続性という点から売買契約など

とは異なる特質が見られる。このような組合契約が双務契約・片務契約の分類に当てはめられないことについては、現在では多くの論者が指摘している。フランス民法典1106条は、双務契約・片務契約について、第1項で「契約は、契約当事者が相互に、その他方に対して債務を負うときは、双務的である」、第2項で「契約は、一人又は数人が他方の一人又は数人に対して債務を負い、他方の者が相互的な約務を負わないときは、片務的である」という定義を置く。組合契約において、構成員は「相互に」債務を負っているわけではなく、構成員の一部のみが債務を負うわけでもない。現在、論者の多くは、組合契約における「相互性」を以下の二つの観点から否定し、組合契約を双務契約に分類することはできないとする⁽³⁰⁾。

組合契約においては、売買契約のように一定の財産がある者の資産から他の者の資産に移されるわけではなく、構成員が出資する財産や労務が共同の事業のために「充当 (affectation)」される。当事者は、他の契約当事者に対してではなく、自らが含まれる団体 (collectivité) に対して一定の請求ができるにすぎない。当事者は「組合 (会社) によって」実現された利益の一部を受け取ることができるのであり、相互的ではなく「併存的な」給付があるだけである。

組合契約における相互性は、利益の「分配 (partage)」という点からも否定される。交換型契約のように一方が得て他方が失うのではなく、共に得て共に失うのが組合契約の特質である。ポチエはこの点に債務の相互性を見ていたとの指摘もある。後述するように、学説においては、この損益分配という特徴に着目して、組合契約を「分配型契約 (contrat-partage)」と分析するものもある。組合にとって、出資に応じた構成員間での損益分配は非常に重要な意味を持つ。フランス民法典1844条の1第1項は「反対の条項がない限り、利益および損失への寄与における各組合員の持分は、組合資産における各人の持分の割合に応じて決まり、労力の出資のみをなした組合員の持分は出資が最も少なかった組合員の持分に等しい。」と規定する。同条は任意規定であり、

出資の割合に関わらず平等な分配を約することもできるとされるほか、利益と損失の分配割合を別々に約することもできる。分配時期も自由に約することができる（本来は事業終結時であるが、通常は年度末ごととされる）。しかし、同条2項でいわゆる「獅子条項 (clause léonine)」は禁止されている。獅子条項とは、一人の構成員に組合のすべての収益を取得させるかまたは損失についての負担をすべて免除する不平等分配条項である。ローマ時代からこのような条項は組合契約の当事者の意図を無に帰するとされており、ポチエやドマ (Domat)、そしてフランス民法典起草者もそのように考えたのである。現在でも、損失を一人または一部の組合員に負担させる条項あるいは一部の者に負担させない条項の有効性をめぐり議論は続いている。

上記の2点から組合契約の相互性つまり双務性は否定されているほか、組合契約を双務契約と分類すると、後から組合（会社）に加わる者と設立時からの構成員の関係を説明しにくくなるという点も指摘されている。組合契約のような組織型契約では構成員の増加は共同の事業の実現に寄与するだけで、当初の債権債務の関係を変容させることはない。

ところが、1978年1月4日法による会社法改正の際に、双務契約の債務不履行解除に関するルールを組合契約にも適用することになった（フランス民法典1844条の7第5号）。これは、他の構成員に債務不履行がある場合または組合の機能を麻痺させる構成員間の見解の不一致がある場合に正当な理由ありとして裁判所が構成員からの解散請求により組合の解散を認める規定である。シェヌデ (Chénédé) は、この条文を批判し、構成員は他の構成員の不履行を理由に解散を求めることはできないとし、裁判において同条が一度も適用されたことがないことも指摘している⁽³¹⁾。なお、シェヌデは、同号後半の「組合の機能を麻痺させる構成員間の見解の不一致がある場合」に解散を認めることには問題はないと考えている。1844条の7第2号で「組合の目的の達成又は消滅」による解散が認められているからであり、この場合は見解の

不一致の原因を作った構成員からの解散請求も認められている。

このように、組合契約の双務性を否定するのが現在では一般的な見解であると思われるが、では組合契約の特質をどこに求めるのか。

(4) 「共通の目的」をめぐる議論

後述するように、リブシャベール (Libchaber) は組合契約を「同盟型契約 (contrat-alliance)」と分析している⁽³²⁾。「組織型」ではなく「同盟型」とする分析は、「共通の目的」の存在という組合契約の特徴による。組合契約について、フランス民法典1833条1項は「すべての組合 (会社) は、合法的な目的 (objet licite) を持たなければならず、構成員 (社員) の共通の目的 (intérêt commun) のために設立されなければならない。」と規定する。民法における組合の「共通の目的」が、会社法における「会社の目的 (intérêt social、but social)」と同じかをめぐっては議論があるが、これらは別物ととらえる考え方が一般的である⁽³³⁾。民法が規定する「共通の目的」は組合の一般的な方向性に関する契約上の基礎であるのに対して、会社法が規定する「会社の目的」は定款に規定された活動を指す。

前述の1978年の会社法改正以前、組合契約における「共通の目的」は「利益の分配」を意味していた。組合の事業から生じた利益を組合員が享受する点が「共通の目的」に欠かすことができないと考えられていた。1978年改正以前は、フランス民法典1832条に「…そこから生じうる節約 (économie) を享受するために」という箇所がなかったからである。このような文言が挿入された背景を考える際に重要な点は、同条の「利益」とは何かをめぐってフランスでは多くの議論があったということである。フランス革命前の18世紀、ローマ法に由来する「利益」概念は広い意味でとらえられており、金銭により評価可能であればすべて「利益」とされた⁽³⁴⁾。民法典起草者はこの「利益」という言葉を用いて組合契約を定義し、19世紀の学説の多くも広い「利益」概念に好意的であった。トロロン (Troplong) やプラニオル (Planiol)

らは、金銭での評価が可能であるという基準で十分であると考えていた。しかし、産業化が進行し商事会社を営利目的の組合（会社）のモデルとする考え方が強まることで、「利益」を「構成員の財産に付け加わった金銭的な利益または物質的な利益」と考える説が有力化する⁽³⁵⁾。そのような中で出された破毀院連合部1914年3月14日判決（コムューン・ド・マニゴ判決）は、このような19世紀末の狭い「利益」概念を採用した⁽³⁶⁾。同判決では、マニゴ（Manigod）というコムューン（地方公共団体）の農業金庫が組合（société）か非営利目的の団体（association）が争われたが、破毀院は営利目的の事業を行うことを目的とする場合のみが組合とされるという非常に狭い概念を採用した。しかし、その後の立法や学説によりこのような判決の立場は否定されることになった。

今日では「利益」概念はコムューン・ド・マニゴ判決と同様に狭くとらえられているが、1978年改正により節約を享受するためにも組合契約を締結しうるとされたことで、結果として組合の「目的」は広くとらえられることとなった。1978年改正によりフランス民法典1832条に「…そこから生じうる節約を享受するために…」という文言を挿入することで、立法者は「利益」概念をめぐる議論に終止符を打った。組合は出費を回避することまたは削減することのみを目的とすることもできるとされ⁽³⁷⁾、立法者は、積極的な利益を追求しない団体にも組合の領域を広げたのである。このような改正により非営利目的の団体である「association」との区別が困難になり、これまで「association」に認められていたような領域を侵食するのではないかとの危惧が示された。立法者は組合（会社）の中に二つの相いれない団体を取り込もうとしたがこの両者は大きく異なると批判された⁽³⁸⁾。

(5) 交換型契約との異同をめぐる近時の議論と2016年債務法改正

組合契約の組織型契約としての特徴は、ドイツにおいても、20世紀前半に指摘されるようになって以来肯定されている。ただし、このよ

うな分析は、組合の契約としての性質を否定するものではなく、契約であるという側面のほかに、上述のように団体・組織を生み出すという側面があることを明らかにするものであり、組合契約はそのような特別な性質を帯びた契約であるという理解が一般的である。フランスにおいても、先述したように、組合契約の特質を組織型契約であるという点に求める論者が多いと思われるが、組織型とする分析に批判的な見解も見られる。

組合契約の特質としては、組織を形成する契約であることに由来する継続性のほか、先ほど検討した「共通の目的」の追求がある。シェヌデは、交換型契約においては相対立する個別の利益を当事者が追求するのに対して、組織型契約においては当事者が共通の利益を追求する点および当事者の個人的利益を統合する点で、両者は大きく異なると指摘する。一方が得て他方が失うのではなく、共に得て共に失うという点を強調し、組織型契約ではなく、「分配型契約 (contrat-partage)」と呼ぶ方がよいと説く⁽³⁹⁾。シェヌデは、複数人の参加とこれらの者の間での収益の分配という点を組合契約の最大の特徴ととらえるのである。

これに対して、リブシャベールやアムラン (Hamelin) は、「同盟型契約 (contrat-alliance)」という分析をする。彼らが組織型契約の語を用いない理由は、一定の流通契約のように交換型契約によっても組織形成がなされる場合があるからである⁽⁴⁰⁾。また、組織という言葉からは「機関 (organe)」が連想されるが、すべての組織型契約により生み出された人の集団に常に機関があるわけではない。匿名組合 (société par participation) がそうである⁽⁴¹⁾。また、組織という言葉では「利益を共通とする」という特徴を示すことができない点も批判する。

フランス民法典は1804年の制定当時から契約の分類につき詳細な規定を置いていたが、2016年の債務法改正によってもそれは維持されたほか、さらに新たな契約の分類が付け加わった (1111条の粹契約・適用契約など)⁽⁴²⁾。1106条の双務契約・片務契約の定義についてはすでに述べ

たが、その定義には1804年民法典から大きく変わった点はない。改正後も契約の定義と分類はそれまでと同じように売買などの交換型契約を念頭に置いたものであり、組合契約のような組織型契約は考慮の対象とされていない点は多くの論者により指摘されている。組合契約は、組合員の意思により組合（会社）に加入するという点では1101条の契約の定義（「契約とは、二人又は数人の間の、債務を創設し、変更し、移転し、又は消滅させることに向けられた意思の合致をいう。」）に合致すると考えられるとしても、1106条以下により分類することは困難である。1106条が規定する双務契約・片務契約の分類については、すでに検討したように、組合員は「相互に」債務を負っているわけではないため組合契約を双務契約に分類することは困難である。1107条が規定する有償契約・無償契約の分類は明らかに交換型契約を念頭に置いている⁽⁴³⁾。同条は、他方当事者からもたらされる利益に着目しており、共同の事業により得られる利益には言及がない。そこで、アムランのように、1107条に「契約は、当事者の各々が共同の活動を行うことにより得られた利益を受けるとき相互的（à titre mutuel）である。」という第3項を設けることを提言する論者もいる⁽⁴⁴⁾。その他、組合契約については、1110条（相対契約か附合契約か）、1112条（一回的履行契約か通次履行契約か）も問題となるだろう。

このように、従来の契約の分類に収まらない組合契約をリブシャベールは「特別な契約（contrat particulier）」であるとし、民法典において組合契約などの同盟型契約の存在は否定されていると述べる⁽⁴⁵⁾。1101条の「…債務を創設し、変更し、移転し、又は消滅させることに向けられた意思の合致」という定義自体も、契約の新たな機能を示す組合契約などの同盟型契約には適合せず、契約について矮小化された見方を示すものと説く。リブシャベールは、近著においても、国際的な商取引を起源としフランス国内でも用いられるようになった新しいタイプの契約や情報技術の革新が契約法にもたらした変化が2016年の債務法改正においてほとんど取り上げられていないことを指摘したう

えで（「沈黙」と表現）、実務における新たなタイプの契約の登場、それらの契約に対応するための方法、そしてそれらの契約が契約の共通法（一般法）に生じさせる諸問題について検討している⁽⁴⁶⁾。その中で、リブシャベールは、契約の伝統的な構造として双方向性（bilatéralité）・交換（échange）・設計の単純性（caractère élémentaire du projet）をあげるが、民法典の中にはこのような伝統的な構造を持たない組合契約や委任契約のような契約が当初より存在していたことを指摘する⁽⁴⁷⁾。1960年代頃から、このような構造に合致しない新たなタイプの契約や取引（例としてあげられているのは、レバレッジド・バイアウト（LBO）やジョイントベンチャーである。）が登場した。リブシャベールは、新たなタイプの契約の特徴として、当事者の協働（collaboration entre les parties）・期間・当事者の複数性・契約の管理の組織化（organisation de la gestion du contrat）などをあげる⁽⁴⁸⁾。当事者の複数性という点では、すでに組合契約が民法典中に存在していたが、それはあくまでも二当事者間契約の「例外」と位置づけられていたのである。

3. 終わりにかえて

本稿で検討してきたフランスにおける組合の法的性質論に関する議論の生成と展開につき、日本における議論の生成と展開と対比することで終わりに代えたい。1890年に公布された旧民法から明治民法制定過程における衆議院での修正まで、「組合」は「会社」と呼ばれてきた。旧民法財産取得編115条が会社（組合）を定義しているが⁽⁴⁹⁾、「収利」「営利」を目的とすると規定されている点が現行民法667条との違いである。旧民法の規定は、もちろんフランス民法典に由来する規定であり、旧民法について講じた富井政章の教科書でも、民法および商法が規定する会社とは「民事又ハ商事ヲ行フヲ手段トシテ金銭上ノ利益ヲ収ムルヲ目的トナスモノニ限ル」のであり、会社（組合）の特質は営利にあると説かれている⁽⁵⁰⁾。「会社」という言葉が商法上の会社のみを

指すようになったのは、旧民法で用いられていた「会社」という言葉に代わり「組合」という言葉が登場してからである。明治民法で「組合」という言葉が用いられるようになった経緯についてはここでは詳述しないが⁽⁵¹⁾、起草者の一人である梅謙次郎は« société »を一体的なものにとらえ、その中で商行為を業として行う商法上の会社とそれ以外の事業を共同して行う民法上の会社（組合）を分けることになった点について単なる立法者の嗜好にすぎないとし、それが理論面に影響することを否定している⁽⁵²⁾。梅は、民法の組合と商法の会社の基底は民法の組合理論であるとするフランス法的な理解を貫いたと言えよう。

名称の問題もあり、制定時より組合そして組合契約の民法における位置づけは必ずしも明瞭とは言えなかった。次に、組合契約の法的性質に関する明治民法成立以降の学説の展開を見ておこう。岡松参太郎は、1897年に出版された『註釈民法理由下巻（債権編）』の中で、明治民法が参考としたドイツ法を参照しつつ各条文について説明をしているが、組合契約が双務・有償契約であるかなどについて特別な言及はない⁽⁵³⁾。20世紀初頭になると、鳩山秀夫が、組合は双務契約であり、各組合員は出資をなす義務を負いその債務は相互に対価をなすものであると解するのが通説であると説いた⁽⁵⁴⁾。鳩山は、組合における出資は相互に交換されず、組合員の一人または第三者に対してなされることが多いが、対価たる債務が生じるときに給付が交換されることはなくとも双務契約であるとしつつ、双務契約に関する規定が組合についても適用されるかについては個別の議論に委ねている。検討に際して組合の団体的性質への言及が見られるものの、それはさほど強調されず、組合契約を双務・有償契約とすることについて特に問題視はされていなかった。

このように民法制定後からしばらくは組合契約を双務・有償契約ととらえる見解が一般的であったと言えるが、やがて、組合契約は合同行為であるとの見解が有力化することになる。そこでの議論の中心は契約に関する一般的規律の組合契約への適用の可否であった。社団法

人の設立が合同行為にあたるとする見解は、鳩山以来、わが国の多数説とされるが、組合設立行為についても、穂積重遠が1934年に書いた講義案中でその合同行為性を指摘するなど⁽⁵⁵⁾、ドイツでの議論の影響を受けた合同行為説が広がって行った。我妻栄も、社団法人設立行為だけではなく、組合設立行為も、契約的色彩は強いものの、社団法人設立と同様に考えることが可能であるとした⁽⁵⁶⁾。

現在、日本ではフランス同様、組合契約の双務性を否定し、特殊な契約や「団体設立契約」であるとする説が有力化している。組合契約は他の契約と異なる性質を有する契約であると指摘しつつも、その契約としての特殊性についての分析は十分とは言い難いが、組合設立行為を合同行為ととらえる考え方には懐疑的な見解が増えていると言える。福地俊雄教授は、「組合契約を、従来の通説のように双務契約とするか、特殊の契約とするか、それとも『合同行為』とするかは、一面では、組合契約の特殊性をどれだけ前面に持ち出し強調するかによるが、他面では、用語の問題だともいえる。」と説く⁽⁵⁷⁾。双務契約概念を単に片務契約でない契約としたり、成立により当事者双方に債務を負担せしめるものとしたりすれば、組合契約を双務契約とすることも大きな問題ではないが、売買規定の準用などを含めて考えれば、組合契約をこれに属させることは困難であり、むしろ「特殊の契約」や「団体設立契約」とするのがよいと説く⁽⁵⁸⁾。また、中田裕康教授は、組合契約は諾成・有償契約であり、牽連性や対価的意義についてより柔軟にとらえることで広義の双務契約であるにとらえることも可能であると説く。また、現在は、株式会社の発起人や持分会社（合資会社は除く）の社員は一人でありことから、社団法人設立行為においてさえ合同行為と呼べない場合があることを指摘し、合同行為の概念の意義は失われているとし、また組合契約を「団体設立行為」などにとらえることも同様であると指摘する⁽⁵⁹⁾。合同行為論については日本の民法理論に影響を与えた外国法（特にドイツ法）での議論をふまえつつ、現在における意義を再検討する必要があると考えているが、本稿で検討したよ

うにフランスにおける合同行為論は概念自体の曖昧さもあり必ずしも広がりを持った説ではなかったことは指摘できる。

2017年の債権法改正では数多くの組合契約に関する条文が改正されたが、従来の解釈の明文化が中心であった。「基本方針」では、民法上の組合の多様性、民法以外の法律における組合の多様性、組合に近接する団体（合名会社など）の存在といった民法上の組合像が曖昧な理由をあげつつも、典型契約としての組合契約の意義（「社団法人と対比される契約的結合のモデル」）を認めた。そこで念頭に置かれているのは、「契約によって形成される団体の最も基本的な類型としての組合契約」イコール「単純組合契約」であり、変容類型や隣接類型を民法に規定することは断念された。その後の「研究会試案」を経て、法制審議会での部会審議に入った後、「中間的な論点整理」以降は上記のような総論的な議論はなくなり、各論的な検討が中心となった。債務法改正の議論においては、どのような組合を念頭に置くかが中心的問題であり、各人が想定する組合像がバラバラなことにより議論が錯綜した感がある。各論的な議論の中でも各人が想定する組合像の違いが問題となることは少なくなかった⁽⁶⁰⁾。

組合に関する議論は、現代におけるその多様性、その契約としての特殊性ゆえに錯綜することが多いと思われるが、組合契約が他の典型契約に対する「例外」という位置づけでよいのかを検討し、典型契約の一つとして規定されていることの意義を再考する必要があるだろう。そのための基礎として、まずはフランスにおける議論の生成と展開を本稿では検討したが、今後の論稿において、ドイツにおける議論の生成と展開、そして両国の法が日本法に与えた影響を順次検討する予定である。

(1) 組合契約を組織型契約と分析する論稿として、P.Didier, Le consentement sans l'échange: contrat de société, RJcom., 1995, numéro spécial « L'échange des consentements », p.74. — P.Didier, Brèves notes sur le contrat-organisation,

in L'avenir du droit, Mélanges François Terré, Dalloz, 1999, p.635 et s. が
ある。

- (2) K.Peglow, Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés, LGDJ, 2003, n° 863.
- (3) たとえば、フランスの代表的な契約法の教科書の一つである Ph.Malaurie, L.Aynès et P.-Y.Gautier, Droit des contrats spéciaux, 12^e éd., LGDJ, 2022 では、組合契約に関する説明はほとんどなされていない。
- (4) 本稿は、2022年に比較法学会で行ったミニ・シンポジウム「フランス法・ドイツ法の狭間で育った日本民法——契約概念の再考を中心に——」における報告「組合契約——法的性質論の生成と展開を中心に——」のうち、フランス法に関する部分を基礎とする（同ミニ・シンポジウムの概要については比較法研究83号（2022年12月刊行予定））。同ミニ・シンポジウムにおいて、筆者は、組合契約の法的性質に関する現在の日本法における議論の到達点を明らかにする過程において、日本民法の成立・経過・現在におけるフランス法・ドイツ法の影響を検討するとともに、学説におけるフランス法・ドイツ法を中心とする外国法理論の導入や影響などについて報告した。
- (5) 大判昭14・6・20民集18巻666頁。
- (6) 我妻栄『債権各論中巻二（民法講義）V₃』（岩波書店、1962）761頁。組合契約の全部または一部の終了については解散請求・組合員の脱退・除名に関する特別な規定が存在していることも、解除規定の適用を否定する理由とされた。
- (7) 鳩山秀夫『日本債権法 各論下』（岩波書店、1916）。同書は、655頁から717頁において組合契約について扱う。
- (8) 鈴木禄弥編『新版 注釈民法〈17〉債権8』（有斐閣、1993）31頁〔福地俊雄〕。
- (9) 岡本裕樹「典型契約としての組合契約の意義」名古屋大学法政論集〔中舎寛樹先生退職記念論集〕254号（2014）723頁。同論文は、組合契約の「三当事者以上の契約のモデル」としての意義を、日本民法における組合契約の規律（契約であることに関する規律、出資に関わる債権関係への規律、「共同の事業」の運営にかかわる債権関係への規律）の検討を通じて探っている。
- (10) K. Peglow, op.cit., n° 859.
- (11) 判例（最判平成11・2・23民集53巻2号193頁）の事例のように、1口いくらかの出資をしてヨットを共同購入しヨットを利用して航海などを楽しむことなど共益を目的とするものでもよい。
- (12) 前出注(6)・我妻栄『債権各論中巻二（民法講義）V₃』773頁。
- (13) 数少ない「共同の事業」概念に関する研究として、後藤元伸「組合型団体における共同事業性の意義」関西大学法学論集59巻3＝4号（2009）

- 557頁がある。
- (14) ローマ法におけるソキエタスについては、高橋英治「ローマ法上の企業形態としてのソキエタスとソキエタス・プブリカノルム——近時のドイツの研究を基礎にして」大阪市立大学法学雑誌62巻2号(2016)217頁を参照のこと。
- (15) 納屋雅城「フランス法における団体設立行為の法的性質——民法上の組合の法的性質の再検討」近畿大学法学52巻1号(2003)107頁(特に109頁以下)。
- (16) ポチエの見解については、D. Galbois-Lehalle, *La notion de contrat Esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020, n° 382 et s. を参照のこと。
- (17) D. Galbois-Lehalle, *op.cit.*, n° 382 et s.
- (18) フランスにおける一人会社については、ジャン・クロード・アルアン(亀井克之訳)「フランスにおける一人会社」ノモス20巻(2007)45頁を参照のこと。
- (19) 服部榮三「合手制(Gesamthand)と民法の組合(一)・(二・完)」同志社法学7号(1951)48頁・8号(1951)59頁。
- (20) 本稿では詳述しないが、フランスと他のヨーロッパ諸国との相互影響関係も興味深い。フランスにおいては、ソキエタスを原型とする組合のほかに、イタリアの商事会社概念が1807年に成立した商法典に導入された。それが後に、1861年の普通ドイツ商法典(ADHGB)に多大なる影響を与えることになる。逆にフランスの立法者がドイツの会社類型に影響を受けることもあった(1925年3月7日の有限責任会社法)。
- (21) フランスにおける不完全双務契約論については、D. Galbois-Lehalle, *op.cit.*, n° 379 et s. を参照のこと。
- (22) Otto Friedrich von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Tome 1, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, (Nachdruck, 1936), p.486.
- (23) M.Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la Nouvelle Journée, n°4, La cité moderne et les transformations du droit, 1925, p.1. — G.Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Thèse Toulouse, LGDJ, 1961.
- (24) G.Roujou de Boubée, *op.cit.*, p.17, p.59 et s. et p.66. — J.-B.Bertrel, *Liberté contractuelle et société*, RTDcom, 1996, p.595など。
- (25) 単独行為説については、G.Ripert et R.Roblot *Traité de droit commercial*, Tome 1, Volume 2, 18^e éd., LGDJ, 2003, par M.Germain, n° 1461を参照のこと。
- (26) 学説および判例は「社団意思(affectio societatis)」を組合契約の特徴的要素と考えている。利益・節約や出資の共通化とは異なり、この要素は主観的性質を有している。構成員は他の構成員と共同して、組合を富ませることにより利益・節約をもたらす共通の事業を行うことを企図する意

思を表明しなければならない。この意思は、売買契約における意思とは異なり、組合が存続する限り存在し続けなければならない。

- (27) G.Roujou de Boubée, *op.cit.*, p.270.
- (28) 合同行為説への批判について詳しくは、K. Peglow, *op.cit.*, n° 859を参照のこと。
- (29) K. Peglow, *op.cit.*, n° 834.
- (30) D. Galbois-Lehalle, *op.cit.*, n° 384 et s.
- (31) F.Chénéde, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, *Economica*, 2008, n° 314.
- (32) R.Libchaber, *La société, contrat spécial*, in *Prospectives du droit économique Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p.281 et s.
- (33) ドイツにおいても、ドイツ民法典705条における組合の「共通の目的」が会社法における「会社の目的」と同じかをめぐっては議論があり、見解が分かれている。両者は同じではないとする説が多数説である。
- (34) ポチエは、組合契約の例として、2人の農民が一緒に牛を購入して牛乳を分ける場合などを想定していた。フランス民法典旧1841条・旧1842条には、物（の利用）に関する組合契約、職業に関する組合契約、事業に関する組合契約という3種の組合契約が規定されていたが、民法典成立後には、物に関する組合契約がはたして真の組合契約と言えるかが議論されていた。なお、現在は、1841条は削除され（欠番）、1842条は別の条文となっている。
- (35) この説によれば、共同での物の利用は組合契約を特徴づけるものとはならない（物に関する組合契約の否定）。
- (36) Cass.ch.réunies, 11 mars 1914, DP 1914, 1, p.257, note L.Sarrut.
- (37) 同一の危険にさらされる人々が損失を分配するために組合を作るような場合（相互保険など）のような損失の緩和も「節約」であると考えられている。
- (38) D. Galbois-Lehalle, *op.cit.*, n° 388.
- (39) F.Chénéde, *op.cit.*, n° 123 et s.
- (40) J.-F.Hamelin, *Le contrat-alliance*, *Economica*, 2012, n° 9.
- (41) フランス法における匿名組合は、民法典の組合規定に基づき設立される法人格を持たず公示もなされない組合のことである（日本法の匿名組合との違いに留意する必要がある）。
- (42) 2016年債務法改正による民法典の新条文の翻訳は、荻野奈緒＝馬場圭太＝齋藤由起＝山城一真「フランス債務法改正オールドナンス（二〇一六年二月一〇日のオールドナンス第一三一号）による民法典の改正」同志社法学69巻1号（2017）279頁によった。
- (43) フランス民法典1107条「①契約は、当事者のそれぞれが、自らが給付する利益の対価として他方から利益を受けるときは、有償的である。

②契約は、当事者の一方が他方に対して、対価を期待することも受けることもなしに利益を給付するときは、無償的である。」

- (44) J.-F.Hamelin, Les classifications du contrat, in Blog Réforme du droit des obligations, M.Lationa et G.Chantepie (dir.), Dalloz, avril 2015.
- (45) R.Libchaber, La société, contrat spécial, préc., p.281 et s.
 従来の契約分類に納まらない新たな契約の形として「提携型契約 (contrat-coopération)」も問題となるだろう。これも2016年債務法改正から漏れ落ちたタイプの契約である。提携契約については、S.Lequette, Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat, Economica, 2012を参照のこと。
- (46) R.Libchaber, Le contrat au XXI^e siècle L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires, LGDJ, 2020.
- (47) リブシャベールは、伝統的な契約の特徴は二当事者の存在というよりも2つの利益の対立構造と言った方がよいかもかもしれないと述べ、このような構造に契約の拘束力の基礎が見出されていたことを指摘する。さらに、リブシャベールは、新たなタイプの取引契約を基礎づける契約者の意思、契約自由の原則、契約書の技術（基本合意という表現、契約終了後について規定するものなどさまざまな契約条項）について検討し、特に英米の契約書に見られる条項のフランス民法における意味について探る。さらに、新たなタイプの契約を、契約の一般理論（契約総則）および各種の契約理論（契約各論）の中でどのように位置づけるかについて検討し、特別法の役割についても言及している。契約交渉から締結段階の不明確さ、証拠、契約の有効性の不明確さ、契約の期間、契約の解釈、契約の履行・不履行など、新たなタイプの契約が各段階でもたらすさまざまな問題を指摘しており示唆に富む。
- (48) 期間が新たなタイプの契約の特徴の一つであるというのは、これまでの交換型契約では、当該契約自体の期間というよりも、契約の開始時点（成立）と契約の終了時点（履行）が問題とされてきたにすぎないことによる。つまり、契約ではなくそこから生じる債務の「期間」が問題とされていたにすぎない。
- (49) 旧民法財産取得編115条「会社ハ数人カ各自ニ配当ス可キ利益ヲ収ムル目的ニテ或ル物ヲ共通シテ利用スル為メ又ハ或ル事業ヲ成シ若クハ或ル職業ヲ営ム為メ各社員カ定マリタル出資ヲ為シ又ハ之ヲ諾約スル契約ナリ」
- (50) 富井政章『民法論綱 財産取得編 中』（復刻版、新青出版、2001）〔初出、1893〕2頁。
- (51) 高田晴仁「会社、組合、社団」法学研究83巻11号（2010）25頁。
- (52) 梅謙次郎『民法要義卷之三 債権編』（復刻版、有斐閣、1984）〔初出、1912〕781頁。

- (53) 岡松参太郎『註釈民法理由下巻（債権編）』（復刻版、信山社、1991）〔初出、1897〕。
- (54) 前出注(7)・鳩山秀夫『日本債権法 各論下』。
- (55) 穂積重遠『債権法及び担保物権法（講義案）』（有斐閣、1934）208頁
- (56) 前出注(6)・我妻栄『債権各論中巻二（民法講義）V₃』758頁。
- (57) 前出注(8)・鈴木禄弥編『新版 註釈民法〈17〉債権8』31頁。
- (58) このほか、四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第6版〕』（有斐閣、2002）180頁は「社団設立行為は、関与者を相互に拘束する点で一種の契約ではあるが、そこで企図される効果が関与者を拘束するだけでなく、継続的な団体と団体に不可欠な組織を創造するものである点、参加者の一人の意思表示が無効でも残余の者の意思表示をもって可能な限り所期の効果を発生させるべきである点など、一般の契約と異なる側面もある。」と説く。
- (59) 中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣、2021）563頁。
- (60) 組合契約に対する意思表示の無効・取消しに関する規定の適用をめぐって、比較的多人数の組合を念頭に置いて議論する能見善久委員と、組合は契約であるから2人から成立するという観点は外せないとする中田裕康委員の間で交わされた議論がその例である。この点を指摘する論稿として、上谷均「債権法改正における組合契約——『組合契約の無効・取消し』について」修道法学39巻2号（2017）309頁、特に324頁。

動物の治療費の賠償における 愛着利益・動物保護の考慮 ——ドイツ法からの示唆

山 田 孝 紀

- I 序論
- II BGB251条2項の改正前の法状況と改正法の目的・内容
- III 「動物」の範囲及び治療費の相当性判断をめぐる議論
- IV ドイツ法から日本法への示唆
- V 結論

I 序論

1 本稿の目的

例えば、ペットが車にひかれたり、他人に飼われている犬に噛まれたりする事故により負傷し、ペットの飼い主が動物病院でその経済的価値を超える治療費を支出したとする。このとき、ペットの飼い主は、加害者である車の運転手やペットを噛んだ犬の飼育者に治療費をどの程度請求することができるのか。中古車のような単なる物の修理費が当該物の交換価格を上回る場合、「低い方の交換価格が賠償されるべき損害」にあたりとされる⁽¹⁾。動物が民法上の「物」(85条)に位置づけられる⁽²⁾ならば、ペットの飼い主は、加害者にその経済的価値に相当する治療費の賠償しか請求できないのかが問題となる。

この問題に関して、名古屋高判平成20年9月30日(交民集41巻5号

1186頁)が参考になる。事案は、自動車の後続車に追突され、当該自動車に乗っていた犬が負傷し、飼い主が支出した犬の治療費を後続車の運転手に求めたというものであった。原審の名古屋地判平成20年4月25日(交民集41巻5号1192頁)は、犬の取得時の取引価格である6万5000円を超える76万3560円の治療費の賠償を認めた⁽³⁾。名古屋高判も、「愛玩動物のうち家族の一員であるように遇されているものが不法行為によって負傷した場合の治療費等については、生命を持つ動物の性質上、必ずしも当該動物の時価相当額に限られるとするべきではな」とした。ただし、「当面の治療や、その生命の確保、維持に必要不可欠なものについては、時価相当額を念頭に置いた上で、社会通念上、相当と認められる限度において、不法行為との間に因果関係のある損害に当たるものと解するのが相当である」とし、治療費の賠償額を11万1500円と認定した⁽⁴⁾。賠償額が原審に比べて低額であった要因は、名古屋高判が、犬が「物(民法85条)に当たることを前提にして」、犬が傷害を負ったことによる損害の内容及び金額を定めるのを相当と考えたためである⁽⁵⁾。

学説では、「治療費がペットの時価を上回る場合には、相当因果関係の範囲内にあるものであっても、時価を超える治療費の賠償が認められない」とする「法的取扱いは、ペットについて適切なものとはいえない」とする見解⁽⁶⁾、愛犬が人や有体物とは異なる第三のカテゴリーに属すると捉えた上で、動物愛護管理法の存在も踏まえ、時価相当額を念頭に置いて動物の治療費を算定することに疑問を示す見解がみられる⁽⁷⁾。さらに、賠償額の算定の考慮事由⁽⁸⁾や賠償額の上限⁽⁹⁾についても議論され始めている。

もっとも、上記名古屋地判と高判の賠償額の違いにみられるように動物の治療費に関する賠償のあり方は定まっていない状況にある⁽¹⁰⁾。動物は一般的には民法上の「物」と位置づけられる一方、動物の中でも特にペットは、「単なる愛玩動物や所有物ではなく、『コンパニオン・アニマル』と呼ばれ、家族の一員もしくは人生の伴侶ともいわれ

る」存在になっている⁽¹¹⁾。このような動物の性質がその治療費の賠償においてどのように考慮されるのだろうか。本稿は、以上の問題背景を踏まえ、飼い主によって動物の経済的価値を超える治療費が支出された際の賠償のあり方を明確化することを目的とする。

2 検討の方法と本稿の構成

本稿は、上記の目的を達成するためにドイツ民法（以下、BGBとする）を検討の題材とする。その理由は、以下の通りである。ドイツでは、BGB251条2項2文において、動物の経済的価値を著しく上回る治療費も不相当ではないとする旨の規定を置く。注目すべきことは、II 3で後述の通り、同条が制定される1990年以前から、通説や多くの裁判例において動物の経済的価値を著しく上回る治療費の賠償が認められていたということである。このような解釈がいかなる考え方によって支持されたのかをみることは、動物の損害賠償に関する特則をもたない日本法の解釈や将来的な立法⁽¹²⁾の参考になる。また、ドイツでは、BGB251条2項2文の制度趣旨と関連して同条の対象となる「動物」とはどの範囲を指すのか、動物の治療費の相当性をどのように判断するのかが論じられている。これらの論点も日本では詳細には紹介されていないため⁽¹³⁾、ドイツ法から有益な視点が得られると考える。

IIでは、BGB251条2項2文が制定されるまでの法状況を整理し、動物の経済的価値を超える治療費の賠償が認められる根拠を確認する。IIIでは、BGB251条2項2文の対象となる「動物」の範囲をめぐる議論をみる。その後、動物の治療費の相当性判断に関する議論を概観する。IVでは、ドイツ法の議論を踏まえて日本法における解釈の方向性を示す。

II BGB251条2項の改正前の法状況と改正法の目的・内容

1 問題の所在

負傷した動物のために飼い主が支出した治療費の請求については、

BGB249条以下の規定が適用される。まず、BGB249条⁽¹⁴⁾ 1項に基づき、損害賠償の義務を負う者には、賠償を義務づける事情がなかったならば存在したであろう状態を回復すること（原状回復）が義務づけられる。物の毀損を理由とする損害賠償においては、債権者はBGB249条2項に基づき原状回復に必要な金額を賠償義務者に請求できる。後述Ⅱ3の通り、通説及び多数の裁判例によれば、負傷した動物の治療費の賠償は、同条同項に基づき認められる。ただし、その算定では、毀損された物（無生物）の修理費の算定とは異なる考え方がみられる。

原状回復には、BGB251条⁽¹⁵⁾ 2項による制限がある。同条2項（現第1文）によれば、原状回復が不相当（unverhältnismäßig）な費用によってのみ可能である場合には、賠償義務者は金銭で賠償できる。同条の下では、自動車に毀損された場合の修理費が当該車の市場価値を30%上回る場合には、修理費が不相当と判断された（130%ルール）⁽¹⁶⁾。修理費が不相当と評価されるとき、賠償額の上限は当該車の価値利益にとどまる。この130%ルールが動物の治療費の賠償の際に適用されるか否かが問題となった。

2 動物の治療費と無生物の修理費の算定を同一視する立場

(1) 民法上の物としての動物

上記の問題に関して、Schmidは、当時のドイツ民法では動物が法律上の物として位置づけられることを指摘し⁽¹⁷⁾、動物の治療費の算定にあたり動物の飼い主の愛着利益（Affektionsinteresse）は考慮されないと主張した。したがって、無生物が毀損された場合の修理費と同様に、動物の治療費はその再調達価値（Wiederbeschaffungswert）の130%を上限に賠償されると説いた⁽¹⁸⁾。Schmidは、この結論を正当化するために、加害者が被害者の愛着利益に理解がない可能性があることや、再調達価値の130%までの動物の治療費が賠償されることによって被害者の利益も考慮されることなども指摘した⁽¹⁹⁾。しかし、この見解が支持されることはなかった。

(2) BGB253条により愛着利益が考慮されないこと

下級審裁判例の中にも動物の再調達価値の130%を上回る治療費を不相当と判断したものがあつた⁽²⁰⁾。これらの裁判例⁽²¹⁾は、動物の飼い主が動物の経済的価値を超える治療費を支出することは飼い主の愛着利益に基づいているが、当該利益は損害賠償法によって保護されないと判断した。なぜなら、非財産的損害は、BGB旧253条⁽²²⁾に基づき身体または健康の侵害、自由の剥奪の場合のみ賠償される（BGB旧847条）ところ、人間と動物との間の愛着利益を考慮することはBGB旧253条により認められないと考えたためである。

もともと、判旨からは裁判官の迷いも窺える。例えば、ハンブルク区裁判所（Amtsgericht）1988年1月21日判決は、動物への愛着利益を考慮せずにその経済的価値を「志向する立法者の見解が今日の直観（Anschauung）とはもはや完全に一致していないかもしれない。しかし、そのような逸脱は、裁判所ではなく、立法者が修正するものである」と述べた⁽²³⁾。

3 動物の治療費と無生物の修理費の算定を区別する立場

II 2の立場に対して、通説⁽²⁴⁾及び多数の裁判例⁽²⁵⁾は、以下の4つの理由から負傷した動物の治療費の算定には毀損された物の修理費に関する130%ルールが適用されないという。

(1) 動物の治療費の賠償の位置づけ

第1に、通説は、動物の治療費の賠償をBGB249条2項に基づく原状回復に代わる金銭賠償の問題と捉える⁽²⁶⁾。そして、飼育している動物が負傷した場合、飼い主の完全性利益（Integritätsinteresse）（生命・身体・健康などの人格的利益または所有権などの財産的利益及び、それに準ずる法律上保護に値する利益⁽²⁷⁾）が侵害されるとみる。この完全性利益は、動物への感情的価値（Gefühlswert）や愛好家の価値（Liebhaberwert）に基づくものである⁽²⁸⁾。ペットが負傷したとき、完全性利益は代替物の交換ではなく、ペットの治療行為によってしか回復できない。こうし

た完全性利益の回復の意味を持つ治療行為は、ペットの客観的価値の回復や保護 (Erhaltung) のみならず、上記の感情的価値や愛好家の価値の保護にも資する⁽²⁹⁾。したがって、完全性利益の保護を通じて愛着利益のような非財産的利益の賠償も実現されると説く⁽³⁰⁾。

裁判例では BGB249条 2 項に基づき動物の治療費が認められるとするものや⁽³¹⁾、動物の飼い主に「その『物』の交換価値の賠償しか要求できない」ことは信義誠実の原則と相容れないとして、BGB242条⁽³²⁾に基づき飼い主が支出した動物の治療費の賠償を認めるものがあった⁽³³⁾。

(2) 動物が生命を持つ存在であること

第 2 に、通説や裁判例は、動物が生命を持つ存在であることから、動物を無生物と同一視すべきでないとする。この考えが最も良く表れている例として、Lüneburg 地方裁判所1984年 2 月 9 日判決の判旨を示そう。「物としての動物の法律上の位置づけは、第一には法的財貨の帰属、つまり所有権の移転のためになされている。しかし、このことから生きている動物をその他の点でも法的な意味での物とみなすことはできない」。「損害賠償法では動物が生き物であるということを避けて通ることはできない。負傷した動物の治療は、物の修理ではない。治療行為のために支出されるべき費用は、動物の経済的価値に達するか、それをわずかに超える場合に不相当とはならない。不相当性 (Unverhältnismäßigkeit) の問題では、人間と動物の関係が前面に出る」⁽³⁴⁾。

学説においても、Pütz が上記判決を踏まえ、「まさに動物が生き物 (lebende Wesen) であるという事情が動物と他の物とを法的に異なって扱うことを正当化する。すべての物が損害賠償法において同一に取り扱われなければならないということはどこにも書かれていない」⁽³⁵⁾と主張する。

(3) 飼い主の動物への愛着利益の考慮

第3に、通説や多数の裁判例は、動物が生きている存在であるために、治療費の賠償の相当性判断において飼い主の動物への愛着利益が考慮されると考える。Medicusなどの学説は、飼育しているペットの市場価値がゼロまたは著しく低い額である場合にも愛着利益が考慮されないならば、あらゆる治療費がBGB251条2項により不相当となるが、そのような結果は堪え難い(untragbar)と指摘する⁽³⁶⁾。

裁判例では、München I 地方裁判所1978年6月21日判決が、物の修理費に関する130%ルールが人間と犬とのつながりの中に愛着利益が存在する場合には適用されないことを明らかにする⁽³⁷⁾。また、Waldshut-Tiengen 区裁判所1986年3月7日判決では、犬の負傷の損害算定において(物としての)犬の純粋な経済的価値は後景に退いた一方、「人間の生きた仲間、友人としての犬」と愛着利益が考慮されない無生物とを同一視できないという考えが広まり始めた⁽³⁸⁾。さらに、Koblenz 地方裁判所1988年1月14日判決は、BGB251条2項の治療費の相当性の判断において、動物の治療は物の修理と同一視できないということが考慮されなければならない、「ペットの飼育については、多くの場合人と動物との個人的な関係が前面に出てくる」とする。そして、「原告夫妻が犬と特に密接な関係を育てており、犬はいわば家族の一員でもることが考慮されなければならない」と判断し、原告の飼い主に支出した治療費の完全な賠償を認めた⁽³⁹⁾。

上記の裁判例は、すべて飼育されていたペットが負傷した事例であった。当時の学説⁽⁴⁰⁾では、飼い主の動物への愛着利益が考慮されるのはペットに限定され、ネズミ獲りの猫や警察犬のように経済目的の飼育動物が負傷した場合の治療費は当該動物の経済的価値(再調達価値)を上限に賠償されると理解していた。

(4) 動物保護の考慮

第4に、一部の学説や裁判例は、飼い主の愛着利益とともに、動物

保護の観点も治療費の相当性判断において考慮する。例えば、Pützは、「BGB251条2項は、BGB242条に基づく信義誠実の原則が特別に刻印 (Ausprägung) されたものであり、一般的な価値判断を示す。…法秩序の統一性の考慮の下では、特に動物保護法に従った動物の特別な重要性に注意を払わねばならない」。同法から基礎づけられる「人と動物との特別な関係や動物への人の責任を通じて、動物は、現状の法律では権利の担い手ではないとしても無生物よりも価値の高い法的財貨に高められる」と主張する。したがって、治療費の相当性の判断において動物の経済的価値は重要なメルクマールにならないと述べる⁽⁴¹⁾。

裁判例では、愛着利益とともに動物保護の必要性を示す判決がある。Schöneberg 区裁判所1987年6月30日判決は、「BGB251条2項の期待可能性 (Zumutbarkeit)⁽⁴²⁾ の限界は、…愛着利益が原状回復を必要とすればするほど高くなる。その利益は、長く一緒にいるペットには、慣れや親しみ、個人的な関係までもが形成されていることに反映されている。経済的な市場価値や再調達価値では容易に表せられないこのような特別な財産の性質に従い、動物保護法では (脊椎動物の) 動物を生き物として保護することの特別な必要性が強調されている。これに基づき認められた保全価値 (Erhaltungswert) は、長年親しんできた生き物と人間との関係から生じる特別な感情的価値 (Empfindungswert) を考慮すればより強固になる」と述べる⁽⁴³⁾。さらに、München 地方裁判所1988年8月3日判決は、動物の価値のみを基準とするならば、怪我をした動物に価値がなく、治療費が「採算 (rentieren)」に合わないとき飼い主には殺処分が命じられることになりかねないとの懸念を示す。そして、「この結果は、動物保護法などに表現されている、生きている性質が特別な保護に値するという現代的な考え方に沿うものではない」と判示する⁽⁴⁴⁾。つまり、動物の治療費の賠償をその経済的価値に限定すると飼い主が動物の治療を躊躇し、治療が行われぬ可能性があるところ、そのことは動物保護の考えと矛盾すると考えられていた。

次に、こうした改正前の法状況が BGB251条2項2文にどのように

影響したのかをみていこう。

4 ドイツ民法における動物の法的地位の向上に関する法改正—— BGB251条2項2文を中心に

(1) 1990年改正法の全体の目的

BGB251条2項2文は、1990年の「民法における動物の法的地位の向上に関する法律」の改正（以下、改正法とする）によって新設された。まず改正法の全体的な目的を確認する。

改正法の立法目的に大きな影響を与えているのが、動物保護法⁽⁴⁵⁾である。同法によれば、「動物は人と共に生きるもの（Mitgeschöpf）かつ痛みを感じる生き物であって、人にはその保護や配慮が義務づけられている」⁽⁴⁶⁾。改正法の目的は、この動物保護の基本的な考え方を全ての法秩序に妥当させることにあった。なぜなら、「動物を形式的に物概念の下で位置づけることが、BGBの損害賠償法」などの「具体的な法の適用において、人と共に生きるものとしての動物への保護や配慮を負う人の義務と一致しない結果を生じさせていた」からである⁽⁴⁷⁾。そこで、「民法典においても動物が物ではなく、法律の特別の保護に服する生き物」であるとの考え方を明記することになった⁽⁴⁸⁾。その具体化の一つとして、BGB251条2項に損害賠償の特則を付加する条文案が示された。

1990年6月12日のドイツ連邦議会の決議勧告及び報告書は、上記法案の目的を踏襲し、人が動物に対して責任を負う旨の「動物保護の中心的な思想を民法においてもより明確に強調し、動物の法的地位を具体的に向上すること」を企図した⁽⁴⁹⁾。そのために、動物と物との形式的な同一視を除去し、BGB90a条において「動物は物ではない。動物は、特別の法律によって保護される。動物は、別段の定めがない限りで物に妥当する規定が準用される」との規定が設けられた。そして、この別段の定めにあたる規定の一つとして、BGB251条2項に2文が付加された⁽⁵⁰⁾。

(2) BGB251条2項2文の意義と内容

BGB251条2項2文の立法理由では、改正前の法状況が次のように説明される。動物が負傷した場合、その「治療が不相当な費用でのみ可能である場合には、加害者には損傷を受けた対象物の価値のみを賠償することが義務づけられる」。その結果、「動物の価値を超える治療費の一部を動物の所有者が自ら引き受けること、特に動物がまったく市場価値を有さない場合には全ての治療費を引き受けなければならないことになる」⁽⁵¹⁾。「この問題に関する判例は、統一していない」。しかし、「大多数の判例の見解は、BGB251条2項の規定にもかかわらず、動物が負傷した場合に、治療費が動物の価値を著しく上回る場合でも加害者にその費用を義務づけることを前提としている」⁽⁵²⁾。

こうした法状況から、「この問題は判例によって実質的に解決されているので、この規定を設ける必要はない」との見解も示された⁽⁵³⁾。この見解に対して、「判例が統一されていないため、立法による判断が必要である」との反論が示され⁽⁵⁴⁾、後者の主張が採用された。

BGB251条2項2文は、「負傷した動物の治療から生じた費用は、その価値を著しく上回る場合にも不相当ではない」と定める。すなわち、治療費の相当性判断にとって動物の経済的価値は問題とならず、「その価値を著しく上回る治療費も賠償される」。ここで賠償される費用とは、治療行為のために実際に支出された費用を指す⁽⁵⁵⁾。

他方で、新たな規定の下でも動物の治療費の賠償に上限がないわけではない。立法者は、「賠償されるべき損害の範囲が一般的な相当性の原則⁽⁵⁶⁾ (BGB242条) によって制限されるため、むしろ、被害者の立場にある動物の合理的な飼い主ならばどれだけの費用を支出したかが重要である」とする⁽⁵⁷⁾。「加害者が治療費をすべて賠償しなければならないかどうかは個別事例の判断に委ねられるため、この限界を法律で画一的に示す」方法は採られない。個別事例の判断については、「その都度の加害者の過責 (Verschulden) の大きさ、被害者と損傷を受けた動物との個人的な関係、支出された治療費が動物医学の観点から支持さ

れうるものであったかどうか重要である」とする⁽⁵⁸⁾。

なお、動物が死亡した場合、損害賠償の既存の規定が十分にカバーしているため⁽⁵⁹⁾、愛着利益のための賠償を設ける動機は存在せず、動物の飼い主に特別な慰謝料を認める理由もないとされた⁽⁶⁰⁾。そうすると、動物が負傷した場合よりも治療前に死亡した場合の方が、飼い主が賠償額の点で不利になる可能性が生じる⁽⁶¹⁾。しかし、学説によれば、このことは、治療前に動物が死亡した場合には原状回復が不可能である一方、動物が負傷したにとどまる場合には原状回復が可能であるという BGB の体系に起因するものであり⁽⁶²⁾、動物の経済的価値を超える治療費の賠償を否定する理由とはされていない。

以上の議論を経て改正法が1990年8月20日に成立し、同年9月1日から施行された。

Ⅲ 「動物」の範囲及び治療費の相当性判断をめぐる議論

BGB251条2項2文の立法後、主に2つの論点について議論がなされている。1つは、同条の適用対象となる「動物」の範囲をめぐる議論である。もう1つは、動物の治療費の相当性の判断をめぐる議論である。以下の1で前者を、2で後者の議論をみていく。

1 制度趣旨の理解及び「動物」の範囲をめぐる議論

(1) 愛着利益を重視し、適用対象をペットに限定する立場

BGB251条2項2文の適用対象は、同条の制度趣旨をどのように理解するかによって変わりうる。まず、BGB251条2項2文の制度趣旨を飼い主の愛着利益を保護する制度と捉え、同条の適用対象をペットに限定する立場がある。例えば、Brüninghaus は、改正前の支配的な学説・裁判例が動物の負傷と無生物の毀損を全く異なって扱っており、そこでは生き物としての動物の特殊性が顧慮されていたと分析する。そして、この結果は「飼い主が動物と個人的に親密な関係を築いているこ

とを理由とするものであり、動物のためではない。もっぱら人間の利益のためである」という。したがって、経済目的での飼育動物については人と動物との個人的な結びつきが否定されると主張する⁽⁶³⁾。

Tuma-Koch も、BGB 旧251条2項の学説・裁判例の状況を詳細に整理し、「動物の治療費の相当性に関する議論がレジャー目的 (Freizeit-Zweck) の飼育動物に集中していたことは、主に動物保護ではなく、愛着利益の顧慮がその議論の背景を形成していた」ことを示すという⁽⁶⁴⁾。それに加え、同見解は、BGB251条2項2文の立法者も「人々が物以上に心からペットを大切にしている状況」を踏まえ、愛着利益が考慮されることを同条において明確化したとみる⁽⁶⁵⁾。実際、BGB251条2項2文の裁判例の大半 (ganz überwiegend) も犬、猫、馬というレジャー目的の飼育動物を対象にしていると指摘する⁽⁶⁶⁾。それに対して、「乳牛や肥育用の豚のように純粋な利益を目的とした動物にはその経済的価値に相当する治療費のみが賠償される」とする⁽⁶⁷⁾。

Oetker も、1990年法がペットの差押えを原則として禁止したことに着目し、改正の本質的な目的が所有者の愛着利益を以前よりも強く顧慮することにあったと説く⁽⁶⁸⁾。その見解は、BGB251条2項2文と類似の規定を持つオーストリア民法 (ABGB) 1332a 条⁽⁶⁹⁾の解釈では愛着利益の観点からペットのみが規定の対象にされていることも指摘する⁽⁷⁰⁾。

(2) 動物保護を重視し、適用対象をペットに限定しない立場

(1)の立場に対して、BGB251条2項2文の制度趣旨として動物保護を重視し、ペットに加えて経済的な目的で飼育されている動物も同条の適用対象に含める立場がある。

その根拠の一つは、条文の文言にある。1990年の動物の法的地位の向上に関する法律では、執行からの保護に関する規定も改正され、ドイツ民事訴訟法 (ZPO) 811c 条1項⁽⁷¹⁾ (その後、2021年5月7日の法改正により同趣旨の規定として811条1項8号・3項が新設) により、収益目的でない動物 (ペット) の差押えが原則として禁じられた。なぜなら、ペッ

トと債務者との間には密接で特別な保護を必要とする関係が存在するからである。そのため、その適用対象をペットに限定した。これに対して、BGB251条2項2文は「動物」と規定した。したがって、同条の文言からは立法者が同条の適用対象をペットに限定する解釈を採用しなかったと推論されるとの指摘がある⁽⁷²⁾。

別の理由づけとして、Schiemannは、BGB251条2項2文の目的が特に動物保護にあると指摘し、誰かが所有している動物か、狩猟用としての飼育動物に同条が適用されるという⁽⁷³⁾。また、動物保護の目的やBGB251条2項の文言から、乳牛のような有用動物 (Nutztiere) も家で飼育される犬と比較して飼い主の愛着利益が小さいとはいえ、同条の適用に服すると説く。ただし、野良猫のような動物は負傷した後に動物保護団体に保護されるどころ、請求権の基礎 (財産権の侵害) がないため同条の対象には含まれないとする⁽⁷⁴⁾。

以上の立場を正当化する根拠として、2002年のドイツ基本法 (GG) 20a条⁽⁷⁵⁾への動物保護規定の導入もあげられる。同条は、動物の利用形態を問うことなく動物保護を要請するところ、この要請とBGB251条2項2文の適用対象の限定が矛盾するとの指摘がある⁽⁷⁶⁾。その一方、同条では動物保護ではなく、動物と所有者の結びつきだけが考慮されており、GG20a条を持ち出すことは大げさ (übertreiben) との批判もみられる⁽⁷⁷⁾。

このように双方の立場が分かれているが、Oetkerによれば、(2)の立場が支配的とされる⁽⁷⁸⁾。そして、後述の通り、BGB251条2項2文の「動物」に経済目的の飼育動物も含む立場からも飼い主の愛着利益の程度が治療費の相当性判断に影響を及ぼすとの指摘がある。この点も含めて、次に治療費の相当性がどのように判断されるのかをみていく。

2 治療費の相当性の考慮事由と相当性の限界

(1) 治療費の相当性の判断

BGB251条2項2文の動物の治療費の相当性の判断においては、個別

事例のあらゆる事情が総合的に考慮される⁽⁷⁹⁾。それでは、具体的にどのような事情が考慮されるのか。

(a) 愛着利益

上記Ⅲ 1(1)の通り、Tuma-Koch は、動物の治療費の相当性判断の基準として、飼い主の動物への愛着利益が決定的な重要性を有すると説く⁽⁸⁰⁾。具体的には、裁判例による相当性の判断では、人が動物を過去に世話をした結果、「両者の間に生まれた特に親密な感情的な結びつき」が取り込まれているとする。愛着利益が重視される理由は、動物が「人間の重要な基点 (Bezugspunkt) かつ実際の友・伴侶 (Gefährte) であり、その存在は飼い主にとって療法的 (therapeutisch) 効果を有し、子供に代わるもの (Kindersatz)」といえるからである⁽⁸¹⁾。そのため、その動物が家族として暮らしてきた期間も愛着利益を示す重要な要素となる⁽⁸²⁾。BGB251条2項2文の範囲に経済目的の飼育動物も含まれるとする Magnus も、治療費の賠償の基準として動物の役割や動物と飼育者との感情的な結びつきを重視する。そして、「ペットとの結びつきは有用動物よりも強くなる」とし、営利目的の飼育動物の中でも「入れ替え可能な肥育豚より馬車馬との絆が強くなる」とする⁽⁸³⁾。

BGH2015年10月27日判決（以下、BGH2015年判決とする）も次のように愛着利益（非財産的利益）の重要性を示す⁽⁸⁴⁾。「BGB251条2項2文は、治療が実際に行われた場合に、相当性の審査において治療費を負担しないという加害者の利益を動物の価値と比較するだけではなく、その動物に対する責任から生じる健康及び身体の不可侵性 (Integrität) の回復に向けられた非財産的利益も考慮することを要求している。したがって、経済的価値が低い動物については、治療費はこの価値の何倍になっても賠償可能である」。

このように動物の治療費の相当性判断においては愛着利益が考慮され、その強弱の程度は賠償額に影響を及ぼすと考えられている⁽⁸⁵⁾。

(b) 動物の経済的価値

続いて、動物の経済的価値が動物の治療費の相当性判断においていかなる意味を有するのかをみる。

まず、「経済的価値」とは、動物の仮定的な「売却価格（時価）」ではなく、「再調達価値」の意味で一般的に理解されているとみうる⁽⁸⁶⁾。両者が区別される理由は、「税金やディーラーの利益率（Händlergewinnspannen）を考慮すると、小さくない乖離が生じる可能性がある」ためと説明される⁽⁸⁷⁾。裁判例では、犬（8歳）の時価である400DMではなく、再調達価値である600DMを基準に経済的価値を算定したものがある⁽⁸⁸⁾。これに対し、経済的価値を損害発生時の動物の市場価値（Marktwert）と同一視する裁判例も一部にみられる⁽⁸⁹⁾。

多くの学説や裁判例は、立法者意思（II 4(2)参照）に従い、経済的価値は相当性の判断において限定的な意味しか持たない、または全く意味を持たないと理解する⁽⁹⁰⁾。なぜなら、経済的価値を基準とした場合、価値がわずかな動物になされた簡単な治療であっても不相当に高い賠償と評価されてしまうからである⁽⁹¹⁾。

このように経済的価値が重視されないことと合わせて、動物の年齢による市場価値の減額も治療費の相当性判断において考慮されない。Traunstein 地方裁判所2007年3月22日判決によれば、「『価値』とは、専門家が判断した時価ではな」い。犬の年齢が1年経過するごとに約20%の価値が減額するという「価値判断は、BGB251条2項2文に基づく相当性の限度の評価の中で行われるべきでない」とされる。なぜなら、「減価（Abschreibung）が行われると高齢の動物にとって全ての治療費が不相当と評価される」が、「そのような判断は動物保護を国家目標とした GG20a 条と矛盾することになるから」である⁽⁹²⁾。

(c) その他の要素

その他の要素として、加害者の過責の程度⁽⁹³⁾、被害者側の損害発生への寄与⁽⁹⁴⁾も相当性の判断において考慮されうる。これらのうち、加害者の過責の程度を考慮することについては、「損害賠償法の体系に反する制裁の要素をもたらさうる」として反対する見解もある⁽⁹⁵⁾。

動物保護の観点も治療費の相当性の上限を引き上げる方向へ作用する。もっとも、その観点は、時折考慮されるにすぎないと理解されている⁽⁹⁶⁾。

なお、愛着利益が重視されることから、治療の成功の見込みや治療が成功に終わったかどうかは考慮されない⁽⁹⁷⁾。このことは、動物保護の観点からも支持されている⁽⁹⁸⁾。

(2) 相当性の限界に関する議論

(a) 賠償額の上限の画定基準

BGB251条2項2文の下では、負傷した動物の価値を著しく上回る治療費も不相当とはならない。ただし、人身損害の場合には原則として治療費が制限なく賠償されうる一方⁽⁹⁹⁾、動物の負傷の場合には相当性の限界を超える治療費の賠償請求は認められない。その意味で、動物は人と無生物との「中間的な位置を占める」存在とされる⁽¹⁰⁰⁾。

治療費の賠償を制限する条文上の根拠については、BGB251条2項1文を①直接適用する見解、②類推適用する見解、③BGB242条（信義則）を適用する見解がある⁽¹⁰¹⁾。もっとも、BGB251条2項は信義則を具体的に刻印した規定であるため、根拠条文の違いは結論に影響しないと理解されている⁽¹⁰²⁾。BGH2015年判決も、BGB251条2項1文を「信義誠実の特別な表れであり、期待可能性の観点から賠償義務を制限するもの」とみる⁽¹⁰³⁾。

これらの規定からは、どのように賠償額の上限が定められるのかは明らかにならない。そこで立法者意思（II 4(2)）を確認すると、賠償額の上限を画する際に「被害者の立場にある動物の合理的な飼い主がどれだけの費用を支出したか」が重要であるとする。これは、

ABGB1332a 条で採用されている基準である。学説でも Schiemann がこの基準を支持する。その見解によれば、被害者の立場にある合理的な飼い主を基準とすると、経済的な目的で飼育されている動物が負傷した場合の賠償額は、より強い愛着に満ちた動物と比べて少なくなると説く⁽¹⁰⁴⁾。また Tuma-Koch は、「動物の『合理的』な飼い主との関連づけは、一定の社会的な評価が取り込まれることを意味する。…何が相当であるかという限界の根底には、『社会の見解の変化』がある」と説く。そして、社会の大多数の人が動物の治療費に高い費用を支出する準備 (Bereitschaft) があることも相当性の判断の際に考慮されるという⁽¹⁰⁵⁾。社会の見解を相当性の判断にとり入れる裁判例として、4,607.06DM の治療費⁽¹⁰⁶⁾ や4,177.59€ の治療費は⁽¹⁰⁷⁾「市場価値のない雑種犬であっても、その動物を救うために国民の多くが支出するような金額といえる」と判示するものがある。

さらに、Oldenburg 地方裁判所2014年12月10日判決は、「動物の合理的な飼い主」の基準をより客観化するために、犬の飼い主が犬のために治療費、税金、保険代、エサ代などに自発的に年間でどのくらい支払ったのかに着目する。これらの費用に着目するのは、「損害がなくとも、飼い主が動物のために負担する準備があるかどうかを示す唯一の客観的基準」と考えるためである⁽¹⁰⁸⁾。同判決は、この基準を事故による犬の怪我の治療費に適用し、犬の合理的な飼い主は「年間負担額の3倍の費用をかけて犬を治療させる」ことを認める⁽¹⁰⁹⁾。BGH2015年判決も上記の扶養費 (Unterhaltungskosten) の基準につき、「立法者は個別事例の総合的な考察の中で、複数ある観点のうちの1つとして否定したわけではない」とし、「原告がわずかとはいえない扶養費を自ら払う」ことは、「少なくとも原告にとっては動物の飼育が価値を有していること」を示すものであると述べる⁽¹¹⁰⁾。

これに対し、Flume は、ABGB1332a 条で用いられる「動物の合理的な飼い主」の基準を年間の扶養費に合わせることは誤解を招くものと批判する。同見解は、立法者が指摘する通り (II 4(2))、「動物の合理的

な飼い主」とは、治療の「介入の必要性に関する獣医学上 (veterinärmedizinische) の判断」に基づき明らかになるという⁽¹¹¹⁾。

以上のように扶養費の基準に関しては争いがあるものの、「動物の合理的な飼い主」の基準を明確化する試みが行われている。

(b) 治療費の相当性の現状とその限界を超えた場合の扱い

次に、動物の治療費の相当性の現状とその限界を超えた場合の扱いに関する議論をみる。Ⅲ 2 (1)(b)の通り、その相当性の判断にあたっては動物の経済的価値が重視されないことから、特に経済的価値がわずかな動物については、飼い主がその何倍にもあたる治療費の賠償を請求することができる⁽¹¹²⁾。裁判例では高額の治療費として、取引価格がほとんどない雑種犬について4,697DM⁽¹¹³⁾、6,000€ から8,000€ の教育費用が投じられた犬について12,290€⁽¹¹⁴⁾、雄猫について5,500€⁽¹¹⁵⁾、馬について8,858€⁽¹¹⁶⁾ の賠償が認められている。注目される最近の裁判例として、4カ月の子犬が自動車に轢かれ、その左前足が骨折したために高額の治療費が必要となった事案では、子犬の飼い主から自動車の運転手及び保険会社に対して約15,000€の賠償請求が認められている⁽¹¹⁷⁾。そこでは、医学的な治療の必要性やスピードの出しすぎという運転手の過責も賠償額の算定において考慮されている。

その一方、治療費の賠償が制限された裁判例もある。治療費の相当性判断においては一定の数値による画一的な上限が決められてはいないものの、例えば、一応の目安として犬の市場価値 (700€) の6倍である4,200€ 以上の治療費⁽¹¹⁸⁾、6歳の雑種犬の市場価値 (200€) について5,000€ 以上の治療費を不相当と評価した裁判例⁽¹¹⁹⁾がある。学説による判例分析によれば、動物の経済的価値と治療費との対比は相当性の限界を判断する際の中心的な観点ではなく、犬と猫についてはおよそ4桁前半 (5,000€) までの一定の限度を超えると不相当と評価されるとの見解もある⁽¹²⁰⁾。

それでは、治療費の相当性の限界を超えた場合にはどのような扱い

がなされるのか。その場合にも、動物の治療費の賠償額はその経済的価値に限定されない。そのことはBGH2015年判決によっても確認されている。BGHによれば、BGB251条2項2文の目的は、「治療費が市場取引における動物の価値相当額に限られ、動物の所有者が治療に必要な資金を持っていないことを理由に、法秩序によって必要な治療が拒否される」事態を防ぐことにあるとみる。したがって、動物の治療費が経済的価値に限定されることは、同条の目的に反するとする。そして、動物保護の理由から、相当性の限界を超えた場合でも飼い主はまだ相当とみなされる範囲での治療費を加害者に請求することができる⁽¹²¹⁾。

IV ドイツ法から日本法への示唆

本章では、Ⅲまでのドイツ法の状況を踏まえて、日本法における動物の経済的価値を超える治療費の賠償のあり方について検討していきたい。

1 動物の経済的価値を超える治療費の賠償の必要性

飼い主が負傷した動物の治療のためにその経済的価値を超える治療費を支出したとき、飼い主に治療費相当額の賠償請求を認めるべきか。確かに、日本法では動物の飼い主が慰謝料を通じて治療費に相当する額の賠償を得られる可能性はある⁽¹²²⁾。しかし、I 1の名古屋高判平成20年9月30日判決のように、低額の治療費しか認められなかった事例において慰謝料が認められたことには、その「帳尻合わせの感は否めない」との評価もみられる⁽¹²³⁾。そもそも動物の飼い主による慰謝料の請求は、必ずしも認められるとは限らない。たとえ慰謝料が認められたとしても、損害額の認定は裁判官の裁量に委ねられるため、どの程度の賠償が認められるかは不透明である⁽¹²⁴⁾。これに加えて、訴訟外での慰謝料額の設定も容易ではないとの指摘もある⁽¹²⁵⁾。その結果、飼い

主に動物の経済的価値を超える治療費の賠償請求が認められないならば、飼い主は慰謝料で救済されるとは限らず、当該治療費を負担せざるを得ない場合が生じる。このことは、ドイツの学説（II 3(3)）でも指摘されていたように、飼い主に堪え難い結果となるであろう。したがって、損害賠償法の現状を踏まえると、動物の経済的価値を超える治療費の賠償を認める必要がある。

さらに、ドイツ法を参考にすると、動物の治療費の賠償をその経済的価値に限定することは「生きている性質が特別な保護に値する」という動物保護の考え方に沿わないことも指摘しうる（II 3(4)の裁判例・III 2(2)(b)のBGHを参照）。このような動物保護の考慮の必要性は、すでに日本法でも指摘されている。すなわち、動物の経済的価値を超えた分の治療費が賠償されないことは、動物が「命のある特別な生き物であり、動物福祉の観点からも治療が必要であるということを見無視する結果につなが」るとの指摘である⁽¹²⁶⁾。動物愛護管理法7条1項⁽¹²⁷⁾によれば、動物の飼い主には動物の適正な飼養に努める義務がある。2019年の動物愛護管理法改正により、環境大臣が動物の適正な飼養等に関する基準を定めたときは、動物の飼い主は当該基準を遵守する義務を負う⁽¹²⁸⁾。その詳細を定めた「家庭動物等の飼養及び保管に関する基準」（2002年環境省告示）では、飼い主は「疾病にかかり、又は負傷した家庭動物等については、原則として獣医師により速やかに適切な措置を」講じることとされる。しかし、経済的に資力のない飼い主は、負傷した動物の治療を行えない可能性もある。こうした状況に鑑みれば、動物の経済的価値を超える治療費の賠償を認めることは、加害者からの事後的な賠償可能性を考慮してそのような飼い主にも動物の治療を促し、動物の保護にも資する意義を有する。

2 動物の経済的価値を超える治療費の賠償の許容性

他方で、負傷した動物の経済的価値を超える治療費の賠償請求を動物の飼い主に認める必要性があるとしても、そのことが日本法におい

でも認められるのかが問題となる。

(1) ドイツ・日本における不法行為法の構造・目的・機能の異同

まず、日本法においてドイツ法と同様の解決を志向する前提として、双方の不法行為法の構造・目的・機能の異同を簡潔にみておきたい。

ドイツ法では、被害者に生じた損害を填補する方法として原状回復が不法行為の第一次的な効果である。判例及び通説は、飼い主による動物の治療費の請求を BGB249条2項に基づく原状回復に代わる金銭賠償の問題と捉える。こうした損害賠償が認められる意義は、飼い主が動物の治療費を原則として負担しないことから経済的に資力の乏しい動物の飼い主も治療費を支出する可能性が高まること、そして動物の治療を通じて動物の客観的価値の回復や保護に加え、飼い主の愛着利益の保護も実現される点にある(II 3(1))。

翻って、日本法は、ドイツ法とは異なり金銭賠償を法律効果とする(民法722条1項・417条)。確かに、この点で両国の制度には相違点が存在する。しかし、「いずれのアプローチであっても、不法行為法(損害賠償法)が生じた損害を填補するという機能を有する基本的な部分については違いがない」とされている⁽¹²⁹⁾。つまり、日本法においても、不法行為制度は、一般的には加害者から被害者に損害を填補させることを通じて被害者に損害のなかった状態(原状)を回復させ、被害者を救済する目的・機能を有するものと理解される⁽¹³⁰⁾。このことを動物の治療費の問題にあてはめると、飼い主が支出した治療費を加害者に賠償させることによって動物の負傷がなかった状態を回復させ、飼い主・動物を救済するという点ではドイツ及び日本の不法行為法の目的・機能は共通しているとみうる。

(2) 損害賠償法における「動物=物」概念の見直し

問題となるのは、動物の治療費の賠償のあり方を考える際の根底にある、損害賠償法における動物の法的な捉え方についてドイツ法と日本法(一部の裁判例)の間に違いが存在するのではないかという点である。

ドイツでは、動物の治療費の賠償の根拠として物損に関するBGB249条2項を用いる一方、その治療費の相当性判断においては物損とは異なる扱いをしていた。その際に重視されていたのは、動物が生命を持つ存在であるという点である。裁判例では、「物としての動物の法律上の位置づけは、第一には法的財貨の帰属」のためになされており、「このことから生きている動物をその他の点でも法的な意味での物とみなすことはできない」と判示されていた。学説でも「まさに動物が生き物であるという事情が動物と他の物とを法的に異なって扱うことを正当化する」との見解がみられた(II 3(2))。さらに、学説や裁判例は、動物が生命を持つ存在であるために、飼い主の動物への愛着利益や動物保護の考えを治療費の相当性判断において考慮していた(II 3(3・4))。特筆すべきことは、このような理由に基づき、「動物は物ではない」との規定が1990年に設けられる以前から負傷した動物の経済的価値を著しく上回る治療費の賠償が認められていたという点である。

一方、日本では、名古屋高判平成20年9月30日のように、動物が「物」(民法85条)であることを前提に損害賠償の内容や金額が判断される結果、治療費の賠償が低額にとどまっている判決がある。同判決によれば、この前提は、飼い主が犬を「我が子のように思って愛情を注いで飼育していたことによって、左右されるものではない」ともいう。しかし、ドイツ法の状況からは、日本法においても損害賠償(動物の治療費の賠償)の場面では「動物=物」(動物の負傷=物損)とする理解自体を見直す必要があるのではないだろうか。

それでは、日本法においてこのような発想の転換が可能だろうか。確かに、日本法は動物の損害賠償に関する特則をもたない。しかし、ドイツではBGB251条2項2文が規定化される以前から、損害賠償法において動物を無生物と区別する扱いがされてきた。そのことからすれば、動物の損害賠償に関する特則がなくとも、ドイツ法のように、「動物=物」概念を所有権の移転など法的財貨の帰属面で維持しつつ、損害賠償法においてはその概念に拘泥せず、動物の特殊性を踏まえた

解釈をすることは妨げられない。もっとも、条文の有無は、動物を「物」概念から切り離す解釈を否定しないものにすぎない。他方で、ドイツ法の判例・通説が考慮していた観点——動物が生命を持つ存在であり、飼い主の動物への愛着利益や動物保護の考えが保護されること——が日本法でもとり入れられているならば、そのことは損害賠償法において動物を「物」概念から切り離す解釈を後押しするものとなる。

そこで、これらの観点について検討すると、IV 1の通り、日本においても動物保護の考えが社会に広く浸透していることは、上記解釈に有利に作用する。ただし、動物愛護管理法や動物の適正な飼養に関する環境省告示はあくまでも公法上の義務ないし準則にとどまることから、これらの規定は直ちに民法上の解釈を決定づけるものではないと考えられる⁽¹³¹⁾。

次に、裁判例に着目すると、慰謝料請求権の文脈ではあるものの、動物が生命を持つ存在であることや飼い主の動物への愛着に着目するものがみられる。例えば、獣医師が適切な治療を行わずに犬が死亡した事案では、「犬をはじめとする動物は、生命を持たない物とは異なり、個性を有し、自らの意思によって行動するという特徴が」あるとした上で、約10年にわたって飼い主が犬を「自らの子どものように可愛がって」おり、犬が「かけがえのないものとなっていた」として飼い主に慰謝料を認める⁽¹³²⁾。前記名古屋高判も、「犬などの愛玩動物は、飼い主との間の交流を通じて、家族の一員であるかのように、飼い主にとってかけがいのない存在になっていることが少なくないし、このような事態は、広く世上に知られているところでもある（公知の事実）」ことを明らかにする。物損については所有者の慰謝料請求が一般的には認められづらい一方⁽¹³³⁾、ペットの飼い主に慰謝料を認める裁判例からは、飼い主とペットとの強い結びつきが重視されている⁽¹³⁴⁾ことを窺うことができる。このようにペットが負傷した場合に「治療費はもとより慰謝料を認容するなど、自動車のような物と一線を画する判断」が裁判例で行われていることにつき、「法律上において、愛犬が自動車

のような物ではなく、人でもないという、第三のカテゴリーに属すること」が事実上認められていると評価する見解がある⁽¹³⁵⁾。動物が人と物の中間に位置づけられるかのような特別な扱いがなされているのは、仮に動物の負傷を単なる物損として把握し、慰謝料を否定することが社会的に許容できないと考えられたからであろう。動物が「飼い主にとってかけがいのない存在になっていること」が「広く世上に知られている」ことからすれば、動物の治療費の賠償においても「動物=物」概念を見直す基盤はすでに形成されているとみることができる⁽¹³⁶⁾。こうした社会や裁判例の認識を踏まえると、損害賠償法においては動物を民法上の「物」概念から切り離すことにより、物損の時価賠償の考えに引きずられることなく、動物の経済的価値を上回る治療費の賠償を認めることが可能であると考えられる。

(3) 「動物=物」概念の下での動物の経済的価値を超える治療費の賠償の許容性

私見は、上記(2)のような発想の転換を図るべきであると考えられるが、日本法の現在の一般的な解釈に従い、動物を民法上の「物」として位置づけた場合に、飼い主に動物の経済的価値を超える治療費の賠償請求を認めることができるだろうか。そもそも物損（中古車）の場合にその交換価値を上回る修理費の賠償が認められない根拠は、学説によれば、信義則（民法1条2項）に基づく被害者の損害抑止義務に求められるという⁽¹³⁷⁾。そうすると、被害者に損害抑止義務が課されないときには、物の経済的価値を超える賠償が認められる余地がある。実際、被害者の損害抑止義務がない場合に関して、「修補費用が買替差額を上回るとの一事をもって常に被害者が修補をあきらめなければならないとするのは不当と感じられることから、被害者が目的物に格別の愛情を抱いているなどといった一定の場合には、買替差額を上回る修補費用の賠償を認める余地が認められる」との指摘がある⁽¹³⁸⁾。

さらに、東京高判昭和57年6月17日（交民集15巻3号611頁）は、自動

車の修理費が当該物の交換価値を著しく上回る場合に被害者には修理費相当額の賠償が認められないとするが、その際、次の限定を加えている点が注目される。すなわち、①被害車両と同種同等の自動車を中古車市場において取得することが不可能と認められないこと、②取引価格を超える高額な修理費を投じて被害車両を修理し、これを引き続き使用したいと希望することを社会観念上是認するに足る特段の事情がないという限定である。したがって、①・②の事情いかんによっては「時価を超えた修理費の賠償が認められることになる」⁽¹³⁹⁾。

それでは、以上の物損における時価賠償の根拠（損害抑止義務）や物の交換価値を上回る治療費の賠償を認める事情の有無は、動物の治療費の賠償において存在するか。まず、動物の飼い主に損害抑止義務が課されるか否かを検討すると、動物が負傷したときには飼い主が愛着を有する動物の健康・生命の確保のためにその経済的価値を大幅に超える治療費を支出することが通常想定される。したがって、飼い主には、原則として損害賠償額を動物の経済的価値に限定するほどの損害抑止義務が課されることはない⁽¹⁴⁰⁾。また、上記東京高判昭和57年の示した基準をもとに動物の治療費に関して特段の事情の有無を検討すると、被った損害の回復は①負傷した動物の治療によって実現するほかなく、代替的な動物の交換では実現できない。②動物の飼い主は当該動物への愛着を有しているため、その治療を断念させることは不当であり、その経済的価値を超える治療費を支出することを社会観念上是認する特段の事情が存在するといえる。

以上より、動物が民法上の物（動物の毀損＝物損）として位置づけられる場合であっても、動物の経済的価値を超える治療費の賠償が認められる。

3 対象となる動物の範囲

動物の経済的価値を超える治療費の賠償が認められる場合、その対象となる動物の範囲はどこまでか。ドイツでは、BGB251条2項2文の

適用対象について、その制度趣旨を愛着利益の保護とみてペットに限定する立場と（Ⅲ 1(1)）、動物保護を重視して経済目的での飼育動物も含める立場がある（Ⅲ 1(2)）。

日本法においてこの点を考えるにあたり、動物の分類を簡単にみておきたい。非野生動物について、動物の個性の重要性から分類する試みによれば、個性が重要な動物には①伴侶動物と②展示動物があり、①には愛玩動物と就労働物が含まれる。一方、個性が重要でない動物として③産業動物と④実験動物があるとされる⁽¹⁴¹⁾。

動物保護を重視したときには、①・②の動物はもちろんのこと、③の動物であっても屠殺される食肉用の動物などを除き、乳牛などの動物の飼い主にも、その経済的価値を超える治療費の賠償が認められると考えられる。愛着利益を重視した場合には、①の伴侶動物だけでなく、②水族館や動物園で飼育されている展示動物についてもその飼育者は愛着をもつとみられる。愛着利益を重視するドイツ法の学説（Ⅲ 1(1)）によれば、③・④の動物の治療費の賠償はその経済的価値にとどまるとされる。しかし、このことには異論も想定される。例えば、③産業動物の乳牛についても飼育者が乳牛を長年飼育する中で愛着が育まれることがありえよう。そのことが事実認定において認められた場合には、産業動物への治療費もその経済的価値に限定されない可能性があると思われる。もっとも、飼い主が有する愛着利益の強弱は、③の動物よりも①・②への動物の方が強い場合もあることから、賠償額の多寡において違いが生じることはありうるであろう。

4 動物の治療費の相当性の判断について

動物の治療費の相当性を判断する際に日本法においていかなる事情が考慮されるのか。ドイツ法を参照すると（Ⅲ 2(1)(a)）、最も重視されるのは飼い主が動物に有する愛着利益である。これを測る指標の一つとして、動物が飼い主とともに暮らしてきた期間も考慮されうる。

一方、動物の経済的価値は、治療費の相当性を判断する事情として

重視すべきではない（Ⅲ 2(1)(b)参照）。確かに、動物の経済的価値が高ければ高いほど、より高額の治療費の賠償が認められうる。しかし、動物の経済的価値を重視すると、雑種や高齢の動物は市場価値が低くなるため、支出した治療費が経済的価値に比べてすぐに不相当と評価される結果となるため、妥当でない。

その他の考慮要素に関して、ドイツでは加害者の過責を考慮する見解がある一方、制裁の要素をもたらずとして反対する見解もみられた。日本法では懲罰的損害賠償が一般的には認められていないため⁽¹⁴²⁾、加害者への制裁を仮に慰謝料の算定において考慮することがありえるとしても⁽¹⁴³⁾、動物の治療費の賠償において考慮すべきではないように思われる。もっとも、この点は不法行為制度の目的に関わるため、さらなる検討が必要となる。

次に、動物の治療費の賠償には限界を設けるべきか。損害賠償法において動物の治療費の賠償と無生物の賠償のあり方を区別するとしても、人損と全く同様の損害賠償額の算定基準を用いることは難しいように思われる⁽¹⁴⁴⁾。ドイツ法で指摘されていたように（Ⅲ 2(2)(a)参照）、賠償額の上限のあり方に関して、動物は人と無生物との「中間的な位置を占める」存在とみることができる。動物の治療費の賠償額に制限を設けると、日本においてその根拠条文は信義則に求められるであろう。もっとも、信義則からは具体的な判断基準が示されない。そこで、ドイツ法を参照すると、「動物の合理的な飼い主であればどれくらいの費用を支出したのか」という基準がみられる。この基準を客観的に把握すべく、動物の年間の扶養費を参考とする試みもある。日本法におけるこの基準の是非を検討すると、年間の扶養費用が多いことは、飼い主が動物に愛着を有することを示す指標の一つにはなりうるかもしれない。しかし、動物への年間の食費・医療費などの支出が少ない場合であっても飼い主が動物へ深い愛着を有することもある。それにもかかわらず、動物への年間の扶養費が低額であるために、治療費の賠償も低額にとどまるならば、飼い主の動物への愛着の深さと矛盾す

る結果となる。それゆえ、動物への年間の扶養費を治療費の相当性判断において原則として重視すべきではないと思われる。

他方で、動物の合理的な飼い主という基準においては、社会の一定の評価が取り込まれる（Ⅲ 2(2)(a)）。ドイツでは、犬や猫については5,000€までの賠償が裁判上の一応の目安とされているとの学説の評価もあるが（Ⅲ 2(2)(b)）、最近は医学的な治療の必要性も踏まえ、子犬の治療費として約15,000€の賠償も認める事例もある。日本においてもⅣ 2(2)で示したように、生命を持つ存在としての動物への社会的な認識を踏まえると、名古屋地判平成20年4月25日（Ⅰ 1参照）のように76万円の賠償にとどまらず、100万円を超える治療費の賠償を認めるべき事例もあると考えられる。

V 結論

本稿では、飼育している動物が交通事故などで負傷した場合に、当該動物の飼い主にその経済的価値を超える治療費の賠償請求を認めることができるかという問題について、ドイツ法の議論を詳細に整理しつつ、日本法のあり方を検討した。

本稿の結果は、次のようにまとめられる。ドイツ法では、BGB251条2項2文において、「動物の価値を著しく上回る治療費も不相当ではない」とする旨の規定が設けられる以前から、通説や多くの裁判例において動物の経済的価値を著しく上回る治療費の賠償が認められていた。この改正前の法状況を確認すると、次のことが明らかとなった。第1に、動物の治療費の賠償が原状回復に代わる金銭賠償の問題として把握され、治療行為により飼い主の完全性利益が保護されていた（Ⅱ 3(1)）。第2に、動物が生命を持つ存在であるために、損害賠償法においては動物を無生物と区別する扱いがなされていた（Ⅱ 3(2)）。第3に、動物の治療費の相当性判断においては、飼い主の動物への愛着利益が保護されていた（Ⅱ 3(3)）。第4に、動物の治療費の賠償をその経済的

価値に限定することは動物保護の考え方に反すると理解されていた(Ⅱ3(4))。こうした法状況を踏まえ、1990年の「民法典における動物の法的地位の向上に関する法律」の改正においてBGB251条2項2文が規定化された(Ⅱ4)。

Ⅲでは、BGB251条2項2文の対象につき、その制度趣旨を、①愛着利益の保護とみて対象をペットに限定する立場と、②動物保護とみて経済目的の飼育動物を含む立場の見解を整理した(Ⅲ1)。その後、治療費の相当性判断における基準を整理し、飼い主の動物への愛着利益がその判断において最も重視される一方、動物の経済的価値は重視されていないことを明らかにした(Ⅲ2)。

Ⅳでは、日本法における慰謝料の不十分な状況を踏まえ、動物の経済的価値を超える治療費の賠償を認める必要性を示した(Ⅳ1)。そして、ドイツ法の状況を参照すると日本法においても損害賠償法(動物の治療費の賠償)では「動物=物」と捉える理解を見直すべきであり、それを可能とする基盤がすでに形成されていることを指摘した(Ⅳ2(2))。また、動物が民法上の「物」に位置づけられるとしても、物損における時価賠償の根拠(損害抑止義務)が動物の飼い主には課せられないこと、飼い主には動物の経済的価値を超える治療費を支出することを是認する特段の事情が存在することも指摘した(Ⅳ2(3))。最後に、動物の経済的価値を超える治療費の賠償が認められる場合の動物の範囲や賠償額の上限に関して若干の検討を行った(Ⅳ3・4)。

本研究を足掛かりとして、今後も民法における動物の位置づけについて考えていきたい。

*本研究は、科学研究費補助金(若手研究・課題番号20K13380)の交付を受けた研究成果の一部です。

(1) 田上富信「車両損害の賠償をめぐる諸問題(下)——西ドイツおよびオーストリアの法状況と対比して」判時1221号170頁。裁判例として、東

京高判昭和57年6月17日交民集15巻3号611頁、山形地判昭和58年2月15日交民集16巻1号147頁。

- (2) 民法起草者の見解として、梅謙次郎『民法要義 卷之一 総則編』初版1896年。参照は、復刻版（有斐閣、1984年）186頁。近時の見解として、吉井啓子「動物の法的地位」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）252頁。山野日章夫編『新注釈民法(1)総則(1)』（有斐閣、2018年）792頁〔小野秀誠執筆〕。他方で、同793頁によれば、動物の死傷事故において飼い主の慰謝料請求が認められうることから、「物の人格化が行われており、たんなる物とだけいうことはできない」との指摘がなされる。能見善久『法の世界における人と物の区別』（信山社、2022年）81頁は、「ローマ法以来、現在に至るまで、伝統的な法律学においては、動物が『物』であることには異論が」ないとする一方、近年では、動物を「単純に『物』と見ることに疑問を提起する考え方が有力になってきてい」とし、諸外国の例を示す。
- (3) 治療費の賠償に加えて、飼い主夫婦の妻に50万円、夫に30万円の慰謝料が認められた。
- (4) なお、車いす製作費として2万5000円のほか、飼い主2人に各自20万円の慰謝料が認められた。この点は、IV 2(2)も参照。
- (5) 日野一成「時価賠償の法理と愛護動物への射程」鹿児島経済論集第59巻第3・4号（2019年）251頁は、同判決の賠償額について物損に妥当する「時価賠償の法理を前提に制限的に認定したものと考えられる」と分析する。
- (6) 吉田克己「財の多様化と民法学の課題——鳥瞰的整理の試み」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）15頁。
- (7) 日野・前掲注(5)258頁以下。
- (8) 牧野ゆき「判批」別冊ジュリ233号135頁は、「動物の時価が賠償額に反映される場合、無償で取得した動物や老齢や疾病等で余命いくばくもない動物」について、「ペットが動産である以上、その時価に比して過大な賠償が認められないのもやむを得ない」との見解を示す。
- (9) 日野・前掲注(5)258～259頁は、人や物と異なる「第三のカテゴリーに属する愛犬に対する賠償として、人が負傷した場合と同様に、事故と因果関係にある治療費の全てが認められるべきとするにはやや抵抗感がある」として、「過渡期的に、『獣医師が適切な保護と判断した治療かつ上限治療費100万円程度』とする」案を示す。
- (10) 浅野明子『ペット判例集』（大成出版社、2016年）167～168頁は、ペットの時価相当額を大きく上回る高額な治療費などがかかることは、「近時では通常予測できる範囲内ではないかと考えられ、ペット死傷に伴いどこまでの損害が認められるかは、なお流動的な問題である」とする。
- (11) 長谷川貞之「目的信託としてのペット信託の現状と課題——アメリカ

における二つの統一法典、各州のペット信託法の展開を参考にして——」
日大法学第81巻第4号（2016年）45～46頁。

- (12) 立法の可能性を指摘するものとして、渋谷寛『ペット訴訟ハンドブック』（日本加除出版、2020年）74頁。
- (13) BGB251条2項2文の概要に言及する研究として、椿久美子「ドイツのペット事情」法時73巻4号（2001年）18頁、同「ドイツ・オーストリアにおける個人のペット飼養とマイクロチップ装着義務に関する法規制」明治大学法科大学院論集第21号（2018年）91～92頁、長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣、2017年）216～217頁があるが、BGB251条2項2文の制定前・立法過程・制定後の状況を網羅的に研究しているものはまだ存在していないとみられる。
- (14) 【BGB249条】（損害賠償の方法と範囲）（1）損害賠償の義務を負う者は、賠償を義務づける事情がなかったならば存在したであろう状態を回復しなければならない。（2）人の侵害または物の毀損を理由とする損害賠償を給付しなければならない場合には、債権者は、原状回復に代えてこれに必要な金額を請求することができる。（以下、省略）
- (15) 【BGB251条】（期限を指定しない金銭賠償）（1）原状回復が不能または債権者の賠償にとって不十分な場合には、賠償義務者は、債権者に対して金銭で賠償しなければならない。（2）原状回復に不相当な費用を要する場合には、賠償義務者は、債権者に金銭で賠償することができる。負傷した動物の治療から生じた費用は、それが動物の価値を著しく上回る場合にも不相当ではない。
- (16) OLG Düsseldorf, Urt.v.3.6.1976 -12 U 214/75. この基準は、その後BGH,Urt.v.15.9.1991 -VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364でも採用されている。
- (17) Michael Schmid, In welchem Umfang muß der Schädiger die Heilungskosten für ein verletztes Tier ersetzen? VersR 1979, 402.
- (18) Schmid, a.a.O. (Fn.17), S.402ff.
- (19) Schmid, a.a.O. (Fn.17), S.402ff.
- (20) AG Augsburg, Urt.v.19.11.1975 -21 C 1476/75, VersR 1976, 648.; LG Wuppertal, Urt.v.10.5.1979 -9 S 347/78, NJW 1979, 2213.; LG Essen, Urt.v.16.3.1984 -10 S 58/84, ZfS 1986, 201; AG Hamburg, Urt.v.21.1.1988 -20 b C 446/87, VersR 1988, 700.
- (21) LG Wuppertal, NJW 1979, 2213.; AG Hamburg, VersR 1988, 700.
- (22) 【BGB旧253条】（非財産的損害）財産損害ではない理由による損害は、法律によって明確に定められた場合においてのみ金銭で請求されうる。
- (23) AG Hamburg, VersR 1988, 700.
- (24) Dieter Medicus, Naturalrestitution und Geldersatz, JuS 1969, 449.; Dieter Keller, Anmerkung zum AG Augsburg, Urt.v.19.11.1975, VersR 1977, 145.; Hans Berg, Die teure Tierhalterhaftung, JuS 1978, 672.;

- Harmut Oetker, Unverhältnismäßige Herstellungskosten und das Affektionsinteresse im Schadensersatzrecht, NJW 1985, 345.; Wolfgang Grunsky, in: Münchener Kommentar zum BGB., 2.Aufl.1985, § 249 Rn.11; Erwin Deutsch, Die Haftung des Tierhalters, JuS 1987, 673.; Bernd Pütz, Zur Notwendigkeit der Verbesserung der Rechtstellung des Tieres im Bürgerlichen Recht, ZRP 1989, 171.
- (25) LG München I, Urt.v.21.6.1978 -34 S 19183/77, NJW 1978, 1862.; LG Traunstein, Urt.v.10.8.1983 -5 S 1658/83, NJW 1984, 1244.; LG Lüneburg, Urt.v.9.2.1984 -1 S 384/83, NJW 1984, 1243.; LG Karlsruhe, Urt.v.20.2.1986 -5 S 422/85, NJW-RR 1986, 542.; AG Waldshut-Tiengen, Urt.v.7.3.1986 -3 C 534/85, VersR 1987, 1202.; AG Schöneberg, Urt.v.30.6.1987 -12 C 243/87, NJW-RR 1987, 1316.; LG Koblenz, Urt.v.14.1.1988 -3 S 219/87, ZfS 1988, 104.; LG München I, Urt.v.3.8.1988 -14 S 7755/88, NZV 1989, 238.; AG Hersbruck, Urt.v.14.3.1990 -3 C 1720/89, ZfS 1990, 265.
- (26) Medicus, a.a.O.(Fn.24), S.452.; Berg, a.a.O.(Fn.24), S.673.; Oetker, a.a.O. (Fn.24), S.347ff.; Deutsch, a.a.O.(Fn.24), S.680.; Pütz, a.a.O.(Fn.24), S.173など。改正前の学説の状況につき、Birgit Brüninghaus, Die Stellung des Tieres im Bürgerlichen Gesetzbuch, Duncker & Humblot, 1993, S.66ff.; Imke Tuma-Koch, Die Sonderstellung von Tieren im Zivilrecht, Dunker & Humblot, 2021, S.241ff. が詳しい。
- (27) 完全性利益の定義につき、長坂純『契約責任の構造と射程——完全性利益侵害の帰責構造を中心に』（勁草書房、2010年）3頁。
- (28) Berg, a.a.O. (Fn.24), S.673.
- (29) Berg, a.a.O. (Fn.24), S.673.; Deutsch, a.a.O. (Fn.24), S.680.
- (30) Berg, a.a.O. (Fn.24), S.673.; Oetker, a.a.O. (Fn.24), S.348.; Pütz, a.a.O. (Fn.24), S.173ff.
- (31) LG München I, NJW 1978, 1862.; LG Lüneburg, NJW 1984, 1243.; AG Schöneberg, NJW-RR 1987, 1316.
- (32) 【BGB242条】（信義及び誠実に基づく給付）債務者は、取引慣行を顧慮し、信義及び誠実が要求するように給付を実現することを義務づけられる。
- (33) LG Traunstein, NJW 1984, 1244.
- (34) LG Lüneburg, NJW 1984, 1243.; LG Koblenz, ZfS 1988, 104も同旨。LG München I, NJW 1978, 1862は、損害概念を論じる際に「民法上の物とはいえ、生物に関連する感覚的な要因、生きているという本質とは切り離せない」と指摘する。
- (35) Pütz, a.a.O. (Fn.24), S.173. Vgl. Egon Schneider, „Lebende Sachen“, JurBüro 7/1977, 914.
- (36) Medicus, a.a.O. (Fn.24), S.452.; Berg, a.a.O. (Fn.24), S.674.; Deutsch,

- a.a.O. (Fn.24), S.679.
- (37) LG München I, NJW 1978, 1862.
- (38) AG Waldshut-Tiengen, VersR 1987, 1202.
- (39) LG Koblenz, ZfS 1988, 104.
- (40) Medicus, a.a.O. (Fn.24), S.452.; Berg, a.a.O. (Fn.24), S.673.; Deutsch, a.a.O. (Fn.24), S.679.; Pütz, a.a.O. (Fn.24), S.173.
- (41) Pütz, a.a.O. (Fn.24), S.174.
- (42) ZumutbarkeitとVerhältnismäßigkeitにつき、両者は交換可能な概念であり、厳密に区別されていないとする見解として、Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, Mohr Siebeck, 2009, S.339ff.
- (43) AG Schöneberg, NJW-RR 1987, 1316.
- (44) LG München I, NZV 1989, 238.
- (45) 動物保護法制定時から90年以降までの動向については、浦川道太郎「ドイツにおける動物保護法の生成と展開」早稲田法学78巻4号(2003年)195頁以下を参照。
- (46) Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht, Drucksache 11/5463, S.1.
- (47) BT-Drucksache. 11/5463, S.5.
- (48) BT-Drucksache. 11/5463, S.1.
- (49) Beschlußempfehlung und Bericht (6.Ausschuß), Drucksache 11/7369, S.1.
- (50) BT-Drucksache 11/7369, S.3. 椿・前掲注(13)「ドイツのペット事情」17頁によれば、この条項が設けられた背景には、「動物愛護団体等が中心となって、動物を人間と同等な地位に置くための運動を展開したこと」があるという。
- (51) BT-Drucksache. 11/5463, S.5.
- (52) BT-Drucksache. 11/5463, S.6.
- (53) BT-Drucksache. 11/7369, S.7.
- (54) BT-Drucksache. 11/7369, S.7.
- (55) BT-Drucksache. 11/5463, S.6.
- (56) 原語は Verhältnismäßigkeitsgrundsatz である。その訳語としては一般に「比例原則」が用いられる。もっとも、この文脈では比例原則を構成する個々の原則のうち「相当性の原則」(動物の治療により保護される飼い主の愛着利益と加害者の負担との衡量)を意味していると考えられるため、この訳語を用いる。民法上の比例原則の概要については、山田孝紀「比例原則を基礎とする給付拒絶の根拠——ドイツにおける判例・学説の検討」法と政治67巻4号(2017年)169頁以降を参照。

- (57) BT-Drucksache.11/5463, S.7. BT-Drucksache. 11/7369, S.7.
- (58) BT-Drucksache.11/5463, S.7.
- (59) 動物が死亡した場合に既存の規定がどのような意味で十分なのかは明らかではない。
- (60) BT-Drucksache. 11/7369, S.7. もし愛着利益への賠償が慰謝料を補完するものであるなら、動物が死亡した場合にも飼い主の愛着を保護する特別な賠償が認められることが想定される。しかし、そのような賠償は認められていない。この議論からは、愛着利益への賠償を認めることは慰謝料の有無とは関わらないことが推測される。実際、愛着利益への賠償が慰謝料を補完するものであるとの指摘はみられない。
- (61) Schmid, a.a.O. (Fn.17), S.404ff.
- (62) Oetker, a.a.O. (Fn.24), S.347ff.; Pütz, a.a.O. (Fn.24), S.174.
- (63) Brüninghaus, a.a.O. (Fn.26), S.71.
- (64) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.245ff, 248.
- (65) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.254ff.
- (66) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.255ff.
- (67) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.264. この見解は、Hans-Jürgen Bocianiak, *Ausgewählte Probleme der Tierhalterhaftung im Lichte der Rechtsprechung*, *VersR* 2011, 981ff. の主張に基づく。
- (68) Hartmut Oetker, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Aufl.2022, Rn.56.
- (69) 【ABGB1332a 条】 動物が負傷したとき、治療または治療を試みるために実際に支出した費用は、それが動物の価値を上回る場合でも、被害者の状況にある動物の合理的な飼い主がその費用を負担したであろう限りで、支払われる。
- (70) Hartmut Oetker, *Hunde auf dem Hochseil methodengerechter Gesetzanwendung*, in: für FS Christian Huber, C.H.Beck, 2020, S.421.
- (71) 【ZPO811c 条】 (家畜の差押禁止) (1)家庭内にいて収益目的でない動物は、差押えに服さない。(2)債権者にとって差押禁止が、動物保護の重要性及び債務者の正当な利益を評価したとしても正当とみなされない酷なものである場合には、債権者の申立てに基づいて、執行裁判所は、動物が高価な価格であることを理由として差押えを認めるものとする。
訳は、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法』（法曹会、2012年）231頁による。
- (72) Oetker, a.a.O. (Fn.70), S.420ff. の整理による。なお、Oetker 自身は(1)の立場をとる。
- (73) Gottfried Schiemann, in: *Staudinger Kommentar zum BGB.*, Neubearbeitung 2017, § 251 Rn.27, 30.
- (74) Schiemann, a.a.O. (Fn.73), Rn.30.

(75) 【GG20a 条】(自然的生活基盤の保護義務) 国は、将来の世代への責任を果たすためにも、憲法に適合する秩序の枠内において立法を通じて、そして法律および法の基準に従って執行権及び裁判を通じて、自然的な生活基盤及び動物を保護する。

GG20a 条の導入の経緯については、渡邊齊志「ドイツ連邦共和国基本法の改正——動物保護に関する規定の導入」外国の立法214号(2002年)177頁以下を参照。

(76) Vgl. Oetker, a.a.O. (Fn.70), S.422ff.; LG Traunstein, Urt.v.22.3.2007 - 2 O 719/05, juris.

(77) Jan Luckey, in: PWW Kommentar zum BGB, 15 Aufl. 2020, § 251, Rn.10.

(78) Oetker, a.a.O. (Fn 70), S.420ff.

(79) BGH, Urt.v.27.10.2015 -VI ZR 23/15, NJW 2016, 1589, Rn.12.

(80) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.260ff.

(81) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.261. この判示は、OLG Schleswig, Beschl. v.19.8.2014 - 4 W 19/14, MDR 2014,1391による。

(82) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.261.

(83) Ulrich Magnus, in: Nomos Kommentar zum BGB Schuldrecht Band2/1: § § 241-487, 4.Aufl. 2021, § 251, Rn.22.

(84) BGH NJW 2016, 1589, Rn.12.

(85) このような通説と異なり、愛着利益の強弱が相当性判断において重要ではないとみる見解として、Oetker, a.a.O. (Fn.68), Rn.64.がある。同見解は、BGHの判決を踏まえ、動物の具体的な種類または利用の形態が具体的な治療費の賠償可能性に影響しうると説く(Oetker, a.a.O. (Fn.70), S.422ff.)。

(86) Pütz, a.a.O. (Fn.24), S.173及びFn.35で挙げられる文献を参照。

(87) Pütz, a.a.O. (Fn.24), S.173.

(88) LG Lüneburg, NJW 1984, 1243. 同判決では犬の購入時点(子犬)の価格である600DMが再調達価値とされたが、取得時の価格と再調達価値は一致しない場合もあると思われる。

(89) OLG München, Urt.v.11.4.2011 - 21 U 5534/10, VersR 2011, 1412.

(90) そのように分析する見解として、Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.268ff.; Oetker, a.a.O. (Fn.68), Rn.62.

(91) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.269.; Bocianiak, a.a.O. (Fn.67), S.982.

(92) LG Traunstein, Urt.v.22.3.2007 - 2 O 719/05, juris. 同旨の学説として Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.270.

(93) BT-Drucks, 11/5463, S.7.; BGH NJW 2016, 1589, Rn.12.

(94) OLG München, VersR 2011, 1412. 被害にあった動物の危険性が考慮され、BGB254条の類推適用により賠償額が減額されることがあるとする。

そのほか、Magnus, a.a.O. (Fn.83), Rn.22は、年齢が若い、健康状態が良い、血統が良いなど、動物の価値が高いほど高い治療費の賠償を正当化できる可能性が高くなるとする。しかし、(b)の通り、年齢による市場価値の減少を治療費の相当性判断において考慮することには異論がある。

- (95) Oetker, a.a.O. (Fn.68), Rn.65.
 (96) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.267.
 (97) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.261.; Oetker, a.a.O. (Fn.68), Rn.59.
 (98) Schiemann, a.a.O. (Fn.73), Rn.29.
 (99) BGH, Urt.v.3.12.1974 -VI ZR 1/74, BGHZ 63, 295.
 (100) Brüninghaus, a.a.O. (Fn.26), S.70.
 (101) Brüninghaus, a.a.O. (Fn.26), S.68ff. の整理によれば、①は、動物の飼い主の非財産的利益も BGB251条 2 項 1 文の比較衡量の対象になるとみる。一方、②・③は、BGB251条 2 項 1 文の対象を財産の比較と捉える（非財産的利益は同条の対象に含まれないとする）。もっとも、②は、財産領域以外の損害の賠償義務について上限がないとすれば、「BGB251条及び254条において具体化されている、加害者と被害者との相互顧慮義務の考えと矛盾する」として、BGB251条 2 項 1 文を準用する。③も賠償額の上限が必要であるとして、信義則を根拠に賠償額を制限する。
 (102) Brüninghaus, a.a.O. (Fn.26), S.69.
 (103) BGH NJW 2016, 1589, Rn.11.
 (104) Schiemann, a.a.O. (Fn.73), Rn.27, 30.
 (105) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.266ff.
 (106) AG Idar-Oberstein, Urt.v.20.4.1999 -3 C 618/98, NJW-RR 1999, 1629.
 (107) AG Delmenhorst, Urt.v.3.7.2014 -41 C 1446/13, juris.
 (108) LG Oldenburg, Urt.10.12.2014 -5 S 394/14, BeckRS 2015, 19819.
 (109) LG Oldenburg, BeckRS 2015, 19819.
 (110) BGH NJW 2016, 1589, Rn.17.
 (111) Johannes W. Flume, in: BeckOK BGB, Hau/Poseck, 62. Edition [Stand: 01.05.2022], § 251, Rn.27.
 (112) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.268, Fn.1390.
 (113) AG Idar-Oberstein, NJW-RR 1999, 1629.
 (114) LG Konstanz, Urt.v.23.2.2010 - 3 O 96/09 D, juris.
 (115) LG Hannover, Urt.v.9.1.2021 -19 O 87/10, BeckRS 2012, 21041.
 (116) LG Dortmund, Urt.v.5.3.2012 - 5 O 324/11, juris.
 (117) LG München I, Urt.v.15.9.2020 -20 O 5615/18, BeckRS 2020, 39453.
 (118) OLG München, VersR 2011, 1412.
 (119) OLG Schleswig, MDR 2014, 1391. vgl. Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.257, Fn.1309.
 (120) Tuma-Koch, a.a.O. (Fn.26), S.268.

- (121) BGH NJW 2016, 1589, Rn.20.
- (122) 竹村壮太郎「民法における動物と物概念に関する予備的考察——近時のフランス法の動向と日本法の課題 (2・完)」商学討究第69巻第2・3号 (2018年) 301頁は、動物愛護管理法の存在を踏まえ、「動物と愛情を持って暮らすことも動物愛護の精神にかなうものであり、その物との共生生活」が法的に保護される利益であるため、愛玩動物の毀損が飼い主の慰謝料請求権を根拠づけるとする。
- (123) 日野・前掲注(5)251頁。
- (124) 長谷川貞之「物損と慰謝料」日本交通法学会編『物損をめぐる実務と法理』交通法研究第47号 (有斐閣、2019年) 61頁によれば、飼い主に認められる慰謝料の額につき、「残念なことにはわが国の場合は、その慰謝料額がアメリカ等と比べてみますと、非常に低額な慰謝料しか認められていないという傾向が」あるとされる。アメリカにおけるペットの財産的特殊性については、長谷川貞之「アメリカの裁判例にみるペット動物の法的地位」比較法文化第11号 (2003年) 179頁以下、ペットの死傷におけるアメリカ法の慰謝料の状況については、同「アメリカにおける獣医師の民事責任」獨協ロー・ジャーナル第4号 (2009年) 78頁以下に詳しい。
- (125) 日野・前掲注(5)258頁以下参照。
- (126) 渋谷・前掲注(12)73頁。
- (127) 【動物愛護管理法7条】(動物の所有者又は占有者の責務等) (1)動物の所有者又は占有者は、命あるものである動物の所有者又は占有者として動物の愛護及び管理に関する責任を十分に自覚して、その動物をその種類、習性等に応じて適正に飼養し、又は保管することにより、動物の健康及び安全を保持するように努めるとともに、動物が人の生命、身体若しくは財産に害を加え、生活環境の保全上の支障を生じさせ、又は人に迷惑を及ぼすことのないように努めなければならない。この場合において、その飼養し、又は保管する動物について第7項の基準が定められたときは、動物の飼養及び保管については、当該基準によるものとする。
- (128) 東京弁護士会公害・環境特別委員会編『動物愛護法入門——人と動物の共生する社会の実現へ』(民事法研究会、第2版、2020年) 96頁。
- (129) 窪田充見『不法行為法』(有斐閣、第2版、2018年) 19頁。
- (130) 吉村良一『不法行為法』(有斐閣、第6版、2022年) 16頁参照。他方で、不法行為の制度目的を権利保護とみる見解(長野・前掲注(13)245頁以下、301頁)を踏まえると、動物の治療費の問題は、「侵害された権利の完全性を回復するために支出された費用は、必要な限りで賠償されなければならない」という権利回復規範に対応するものとみうる。
- (131) つまり、動物の経済的価値を超える治療費の賠償を認めることは動物保護に資するものであるが、動物愛護管理法自体は直ちに民法上の解釈を決定づけるものではないとみうる。

- (132) 東京地判平成16年5月10日判タ1156号110頁。同判決の評釈として、長谷川貞之「判批」私法リマ32号(2006年)52頁。
- (133) 長谷川・前掲注(124)「物損と慰謝料」56～57頁は、判例法理の傾向について「慰謝料請求が認められるためには、財産損害に付随して、著しい精神的苦痛を被ったなど、特段の事情を必要とし、ごく例外的な場面に限られる」と分析する。
- (134) このように評価する見解として、長谷川・前掲注(124)「物損と慰謝料」62頁。
- (135) 日野・前掲注(5)257頁。なお、愛犬は例示であって、当然、猫などの動物も含まれるであろう。
- (136) 動物を物概念から切り離すという主張ではないものの、「少なくとも生命・感覚を持つ存在としての動物に一定の法的配慮をすることは、人間の尊厳の制度的基礎となってきた人・物の峻別と相容れない発想ではない」との見解(河上正二『民法総則講義』(日本評論社、2007年)211頁)が注目に値する。
- (137) 園高明「物損事故の原状回復」東京三弁護士会交通事故処理委員会編『交通事故訴訟の理論と展望——創立30周年記念論文集』(ぎょうせい、1993年)376頁。田上・前掲注(1)170頁。
- (138) 長野・前掲注(13)278頁。
- (139) 園・前掲注(137)377頁。同旨の見解として、小賀野晶一「物損事故のケーススタディ」交通事故紛争処理センター編『交通事故損害賠償の法理と実務』(ぎょうせい、第3版、1985年)484頁。
- (140) もっとも、例外的に損害抑止義務に基づき、動物医学の観点から見て不必要に過剰な治療費の支出に関して飼い主による賠償が認められない場合があることは否定できない。
- (141) 青木人志『日本の動物法』(東京大学出版会、第2版、2016年)36頁以下。
- (142) 最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁。
- (143) 後藤孝典『現代損害賠償論』(日本評論社、1982年)187頁以下参照。
- (144) 前掲注(9)の日野教授の指摘を参照。

論 説

フランチャイズ契約における
「契約の領域」に関する一考察

——スザンヌ・ルケットの共通利益の契約 (contrats d'intérêt commun) 論を参考に——

矢 島 秀 和

第1章 はじめに

第1節 問題意識

第2節 フランス法を検討する意義

第3節 本稿の構成

第2章 交換型契約と契約の領域

第1節 交換型契約の意義

第2節 判例の概観

第3節 ルケットによる分析

第4節 小括

第3章 フランチャイズ契約と契約の領域

第1節 2つの破毀院判決

第2節 共通利益の契約とフランチャイズ契約

第3節 フランチャイジーによる売上予測の作成と契約の領域

第4節 小括

第4章 おわりに

第1節 若干の考察

第2節 残された課題

第1章 はじめに

第1節 問題意識

わが国では、本部であるフランチャイザーが著しく楽観的な予測を提供した場合には、保護義務違反等に基づく損害賠償責任を認めた後に、加盟者であるフランチャイジーの属性、独立した事業者であることを理由とした自己責任、フランチャイジーの調査不足等を考慮して大幅な過失相殺で処理する方法が定着している。損害賠償構成はフランチャイザーの責任を認めるのと同時にフランチャイジーの落ち度も斟酌して過失相殺をして割合的に処理するが、これが適切に機能するのはフランチャイザーのノウハウ等が一定程度の収益性を有しており、かつフランチャイジーの一定の自己責任が問題とされてもよい場面ではないか。

対して、著しく楽観的な予測が提供され、フランチャイジーが収益を上げられずに閉店に至ったという悪質性の高いフランチャイズの場合には、フランチャイジーを保護するための手段として損害賠償構成は適切に機能し得るだろうか。そこで、フランチャイズ契約の特性を考慮し、とりわけ悪質性の高い事例では、法律行為法による処理、就中、錯誤による取消しというカードを付与することでフランチャイジーを保護できないだろうか。

もっとも、裁判においてフランチャイザーによる著しく楽観的な売上予測に関する説明をもとに締結した契約に対する錯誤取消し（改正前民法では無効）が主張される場合があるが、フランチャイジーの意思表示に要素の錯誤があったとは認められないなどとして否定されるのが一般的である。そうした一例として、盗撮・盗聴の発見調査業務に関する事案である東京地判平25・3・15（2013WLJPCA03158010）の概要はこうである。本件では、フランチャイザーから月平均80万円程度稼ぐことができ利益率はきわめて高く収益も上回ること、またフランチャイザーから継続的な顧客紹介が可能であること等が説明されて、

フランチャイジーら（個人・法人各1名）は契約に至った。ところが、個人のフランチャイジーは事業を行っていた約2年間で売上額14万4000円に過ぎず廃業した。法人のフランチャイジーも事業を行っていた約9か月間で売上額14万4000円しか獲得できず事業をやめた。そこで、フランチャイザーに対して本契約の錯誤無効、詐欺取消しならびに契約締結上の過失等を理由とする損害賠償を請求した。裁判所は、一定以上の受注量の確保が本件各契約の要素になっていたと認められず、この点についてフランチャイジーらに錯誤があったとしても動機の錯誤にすぎないとした。そして、フランチャイジーらが一定以上の受注量が確保されることを本件各契約にかかる意思表示の内容として表示したと認めるに足りる証拠はないとして錯誤無効の主張を斥けた⁽¹⁾。損害賠償請求に関しては、本件事業の収益見通しに関するフランチャイザーの説明は正確で客観的な情報を提示すべき信義則上の義務に違反したとして認容したが、フランチャイジーらは自己責任で売上高80万円の根拠を調べるべきであったとして5割の過失相殺を行った。こうした悪質性の高いフランチャイズの事案でも、錯誤無効（現・取消し）を否定し、しかも過失相殺まで行うことは、フランチャイジーの保護として極めて不十分であると言わざるを得ない⁽²⁾。

第2節 フランス法を検討する意義

フランスでは、第3章で紹介する破毀院商事部2011年10月4日判決⁽³⁾（以下、「2011年判決」とする。）において、フランチャイザーが過度に楽観的な売上予測に関する情報を提供した場合には収益に関する錯誤（*erreur sur la rentabilité*）が本質的性質に関する錯誤を構成し得るとした判決が出され、続く同2012年6月12日判決（以下、「2012年判決」とする。）⁽⁴⁾は「総売上高予測は、収益見込み（*espérance de gain*）がフランチャイジーの契約締結の意思決定にとって決定的であるがために、本フランチャイズ契約のまさにその本質に影響を及ぼす」と判示し、収益が同契約の本質的性質（*qualité substantielle*）を構成する旨示した。こ

のことは、収益が「契約の領域 (champ contractuel)」に取り込まれていることを含意している⁽⁵⁾。アンリ・カピタン (Henri Capitant) の『債務のコースについて』に由来する⁽⁶⁾「契約の領域」とは、フランス法において明確な定義が与えられているとは言い難いものの、契約当事者双方の意思の分析を通じて明らかにされる、当事者が明示または黙示のうちに合意 (accord) の範疇に取り込むことを意欲した諸要素の総体とされており、錯誤においては法的安全の要請から契約の領域に取り込まれない動機 (mobiles) は、たとえそれが契約締結にとって決定的であったとしても顧慮されない⁽⁷⁾。すなわち、契約当事者の一方が錯誤に陥ったその性質を不可欠なものとして当事者双方がみなしていた場合でなければ錯誤無効は認められない⁽⁸⁾。

本稿では、錯誤による処理の可能性を検討するにあたり、フランス法における「契約の領域」概念に着目して検討を行う。その際には、主として、スザンヌ・ルケット (Suzanne Lequette) の *Le champ contractuel- Réflexion à partir de la retnabilité économique*, RDC mars 2016, p.135 における共通利益の契約 (contrats d'intérêt commun) 論における契約の領域概念に着目したい。ルケットの所説に着目することで、日本法で意思表示の動機とされる収益見込みを契約の中に取り込み、前記の裁判例のような場合に錯誤取消しを顧慮できるのではないかと考えているからである。

第3節 本稿の構成

ルケットは、共通利益の契約における契約の領域概念を考察するにあたり、同契約と交換型契約 (contrat-échange) におけるそれとを比較して論じることで、前者における契約の領域の特性を明らかにしていることから、第2章では交換型契約における同概念を取り上げる。同章では、主として交換型契約における契約当事者の収益獲得への期待が契約の領域に取り込まれるか否かが問題となった判例を取り上げて、これに対するルケットの分析をみていく。第3章ではルケットが共通

利益の契約の典型とするフランチャイズ契約を具体例に、共通利益の契約における契約の領域概念を検討し、フランチャイジーの収益獲得への期待を契約の領域に取り込むためのルケットの理論を摘要する。以上の議論を経て、第4章ではルケットの所説について若干の考察を加えるのと同時に、残された課題を指摘する。

第2章 交換型契約と契約の領域

第1節 交換型契約の意義

交換型契約とは、売買のような契約当事者間での財または役務の交換の実現を目的とする契約とされ⁽⁹⁾、同契約は交換的正義 (justice commutative) の思想に拠るとされる⁽¹⁰⁾。交換型契約は、債務を相互的に負担し合う双務契約を念頭とする契約類型である。こうした交換型契約では互いに利益を得る一方で同時に損失を被ることになる⁽¹¹⁾。従って、交換型契約はいわゆるゼロサムゲーム (un jeu à somme nulle) のモデルとして把握される⁽¹²⁾。

ルケットは、従来の契約の領域に関する議論は交換型契約を念頭に置いて展開されてきたと指摘する⁽¹³⁾。そうしたことから、次章で紹介するフランチャイズ契約のような共通利益の契約における契約の領域を検討するには同概念の刷新が必要であり、そのための契機として前章で触れた2011年判決および2012年判決を挙げる⁽¹⁴⁾。両判決や共通利益の契約については第4章で触れる。

第2節 判例の概観

(1) 取得した財の商業的利用

ルケットは交換型契約では収益は契約の領域に取り込まれないとするが、そのことは当該財の取得者がこれの商業的な利用や転売のみを目的に取得したという場合であっても同様であるとする。そして、彼女はその一例として破毀院商事部2012年4月11日判決⁽¹⁵⁾を挙げる⁽¹⁶⁾。

本件事案は以下の通り。

看護師がリース契約 (crédit-bail) を締結し、商業目的で準医療活動 (activité paramédicale) を行うための医療機器の提供を受けていたものの、当該機材の売主から提供された医療機器が農村地域での準医療活動という特殊な必要性を満たすものではなかったため医療機器の賃料の支払をやめたため、リース会社は同契約の解消を通告した。これに対して、看護師は改正前民法典1110条を援用し、本件リース契約は本質的性質に関する錯誤により無効であると主張した。破毀院は、「契約における対象 (objet) の外に存する動機に関する錯誤は、たとえそれが契約締結の意思決定に決定的であったとしても契約の無効原因ではないが、明示的条項 (stipulation expresse) がその動機を契約の条件として契約の領域に取り込んだ場合にはこの限りでない」とし、看護師の請求を斥けた。

本判決は、その動機が契約における本質的要素であり、当該財の取得者の同意に決定的であった場合には、明示的条項で示されていたときに限り、動機に関する錯誤でも無効原因となり得ることを示したものと理解されている⁽¹⁷⁾。換言すれば、動機が明示的条項によって示されていないければ、たとえその動機が決定的としても錯誤者の同意に影響を与えないということを本判決は示したのである⁽¹⁸⁾。

(2) 取得した財が経済的収益を生み出す (productivité économique) ための道具である場合

前記の破毀院商事部2012年4月11日判決は、取得した財の商業的利用を目的とした場合に収益が契約の領域に取り込まれるか否かに関してであったが、取得した財が経済的収益を生み出すための道具であった場合であっても、収益は契約の領域に取り込まれないのであろうか。こうした問いに関連する判例として、ルケットは社員権譲渡 (cession de droits sociaux) に関する破毀院商事部1991年10月1日判決 (Quille 判決)⁽¹⁹⁾を挙げる。本件は、被告の Quille 社が保有する SCC 社の株式

(actions) 4000株のうち3994株を原告らに譲渡したところ、実は本件譲渡の以前に SCC 社によって同社の営業財産 (fonds de commerce) がすでに第三者に譲渡されており、そのことを本件譲渡契約締結時に原告らは知らなかったことから、民法典1110条を援用して錯誤無効を主張したという事案である。破毀院は次のように述べて原告らの錯誤無効の主張を認めた。すなわち、破毀院は、株式の譲受人たる原告らについて、SCC 社の営業財産がすでに第三者に譲渡されていたということを知っていたならば本件契約を締結していなかったとし、原告らは「その会社の資産の大分 (l'essentiel de son actif) についてだけでなく、さらに会社目的 (objet social) を実現する可能性、すなわち経済的な活動、従って収益について相当に内容をよく知った上で取得したということではできなかった」と述べ、原告らの主張を認めた。

このように、本判決は錯誤者の錯誤が契約の間接的な事項に関することであったとしても錯誤無効を認め、同意の瑕疵となる錯誤の範疇を拡大したのであった⁽²⁰⁾。

第3節 ルケットによる分析

(1) 契約の領域に取り込まれない経済的収益性

以上で、交換型契約において収益の不獲得を理由とする錯誤無効の可否が問題になった判例を紹介したが、結論から述べると、ルケットは、交換型契約では収益は契約の領域に取り込まれないとする。前記のように、交換型契約というモデルはゼロサムゲームであり、各契約当事者の対立する利益を調整する方法で交換を行う。かくして、交換型契約では、各契約当事者は後述の共通利益の契約と異なり、契約に基づき協働して収益を上げるための商業的事業 (entreprise commerciale) を組織するものではなく、金銭の支払に対する対価である財または役務との交換を組織するのであり、これが「債務のコース」を構成することから、この枠外に存するあらゆる動機は契約の領域から排除される。よって、この契約モデルから検討すると、収益はア・プリオリに

契約の領域の枠外に置かれることになる⁽²¹⁾。

こうしたことから、ルケットは、破毀院商事部2012年4月11日判決は当該機器の運用による収益が契約の領域に取り込まれ当該機器の本質的性質を構成することになるとは考えず、錯誤者の同意に影響を与えない錯誤であるとしたと指摘し、こうした破毀院の立場を支持する⁽²²⁾。そして、交換型契約ではあらゆる取引に伴う収益の不獲得というリスクは、その取引から収益を獲得しようとする者に対して課せられるのであるとする。かくして、ルケットは、提供された財の商業的利用の可能性は交換型契約では対象 (objet) の外側にあり、同契約における契約の領域の枠外に存する動機であるとする⁽²³⁾。

ルケットによれば、交換型契約では収益は契約の領域に取り込まれないという準則は、社員権譲渡契約のように譲渡された財が収益を生み出す道具の場合でも異ならない。先述の Quille 判決はそうした帰結を示しており、同判決では収益は当該財の本質的性質を介在して考慮されているとする。すなわち、収益は社員権取得の背後にある目的 (arrière-plan) に過ぎないが、本件では SCC 社の会社目的を実現することが不可能であったことから社員権譲渡契約の本質的性質に関する錯誤を構成するとされたのであって、従って収益の欠如それ自体が本質的性質を構成するのではない。収益の欠如という帰結は社員権の適格性 (aptitude) の欠如という本質的性質を介して間接的にしか考慮されない^{(24) (25)}。

(2) 過去の収益と将来の収益

もともと、ここで、ルケットは、社員権譲渡契約および営業財産譲渡契約に関しては、そこで給付される財の収益を生み出すための道具という特質からして、その物の過去の収益に関しては契約の領域に取り込まれることがあるとする。契約の領域への収益の取り込みの可否を検討するに際しては、営業財産または社員権が譲渡される以前に達成した過去の収益と、契約締結時に計画した将来の収益とを区別しな

なければならない⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾。そして、ルケットは、営業財産譲渡契約のような交換型契約では、その営業財産が過去にどの程度の収益を上げてきたのかという過去の収益は交換における評価要素となり、契約の領域に取り込まれるとする。ここで、過去の収益が契約の領域に取り込まれる際にそのための媒介手段 (truchement) として彼女が挙げるのが契約締結前の情報提供義務である⁽²⁸⁾。営業財産譲渡契約では、その営業財産の過去の収益をもとにしてどの程度の収益を期待できるのか考慮して、その営業財産の価格が決められることから、過去の収益に関する契約締結前の情報提供義務が媒介項として機能する。そうした契約締結前の情報提供義務を法定したものとして、ルケットは営業財産取得者の保護を目的に制定された1935年6月29日の法律 (商法典 L.141-1条)⁽²⁹⁾ を挙げる⁽³⁰⁾。同法は、とりわけ営業財産の譲渡人に対して、譲渡に際し、譲渡人が営業財産の購入時の価格だけでなく、売上総利益および当該営業財産の利用における直近3年間、または当該営業財産の取得から3年を経っていない場合にはそれを取得した後に実現した取引上の利益についての情報の提供を義務付ける。このことは、営業財産の過去の収益は契約で明記し言及された事項の対象を構成するということであり、よって過去の収益は契約の領域に取り込まれていると考えることができるので、同義務違反が同意の瑕疵を生じさせた場合にサンクションされるのである⁽³¹⁾⁽³²⁾。

対して、将来の収益に関しては、ルケットは契約の領域に取り込まれないとする。交換型契約では当該財が商業的利用を目的とするものとしても、収益の獲得を保証するものではなく、あくまでも収益を獲得する機会を与えるに過ぎないからであり⁽³³⁾、またとりわけ営業財産の取得者は、交渉時に譲渡人から提供された過去の当該営業財産の総売上高をもとに、これの取得に内含するリスクを評価して契約しなければならないことから、そこから生じ得る、期待した収益が獲得できなかったリスクは取得者が負担しなければならないからであるという⁽³⁴⁾。よって、営業財産譲渡契約や社員権譲渡契約では、期待した収益の不

獲得をもって当該財の取得者は錯誤無効を主張できないのである。

第4節 小括

以上で概観したように、交換型契約では問題となる財の特質ゆえに過去の収益に関する情報提供義務が存在する場合を除き、収益は契約の領域に取り込まれない。すなわち、交換型契約の有する特徴からして収益は動機に過ぎず顧慮されないのが原則である。こうしたことは、契約者ごとに異なる動機を契約の領域に取り込むにあたっては相手方の法的安全の考慮が必要なために明示的条項の存在が求められるとの理解とも符合しよう。この点に関して、相手方の法的安全の考慮ゆえに動機であるはずの過去の収益であっても、相手方にこのことについての情報提供義務が法定されている場合には、例外的に過去の収益が契約の領域に取り込まれ、同意の瑕疵によってサンクションされるのである。それが営業財産譲渡契約の場合であったが、現在では同契約における情報提供義務を規定する商法典L.141-1条は削除されている。

もっとも、将来の収益に関しては交換型契約では、そのことに関する明示的条項のない限り契約の領域に取り込まれることはない。交換型契約では将来の収益については各契約当事者が自己の責任で見積もらなければならない、ゆえに取得した財が期待した収益を生み出さなくても、そのことを理由に錯誤無効を主張することはできない。

以上の交換型契約における議論に対して、ルケットは、フランチャイズ契約では、収益が契約の領域に取り込まれたと評価することができる判決として2つの破毀院判決を指摘する。両判決を読み解く際の視点として、ルケットは共通利益の契約という概念を用いており、かかる契約としてフランチャイズ契約を理解することで収益を契約の領域に取り込むことを可能にするという。

第3章 フランチャイズ契約と契約の領域

第1節 2つの破毀院判決

本章では、2つの破毀院判決を手掛かりに、共通利益の契約としてフランチャイズ契約を捉えることで、交換型契約では取り込まれることのなかった収益がいかにして契約の領域に取り込まれることになるのか、ルケットの理論を概観したい。

また、近時、売上予測の作成と収益に関する錯誤との関係で興味深い指摘を行った破毀院商事部2020年6月24日判決を紹介し、共通利益の契約の視点から若干の検討を行う。

以下で取り上げる破毀院判決の事案はともに、フランチャイザーが売上予測を提供したが実際に達成した収益と著しく乖離しており、裁判上の清算 (liquidation judiciaire) に至ったことからフランチャイジーが契約の無効を主張したというものである。

2011年判決は次のように判示し、フランチャイジーの錯誤無効の主張を斥けた原審を破毀した。すなわち、「民法典1110条に徴して (…)、フランチャイジーの経営活動における利益がフランチャイザーから提示された予測に比して著しく低く、早期に裁判上の清算手続に入ったことを摘示した後、こうしたフランチャイジーの状況が、たとえフランチャイザーの契約締結前の情報提供義務の違反がなくても、フランチャイジーの同意が企業活動における収益に関する本質的錯誤 (erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise) によって決定されたものであったということを示していなかったか否か検討していない。」

2012年判決は、フランチャイザーから提供された「売上予測は収益見込みがフランチャイジーの契約締結の意思決定にとって決定的なために、本フランチャイズ契約のまさに本質に影響を及ぼすものである」から、「本契約の無効を宣言することを正当とする同意の瑕疵を特徴付けた」とした。

以上の2つの判決は、フランチャイザーが売上予測を提供したところ、フランチャイジーが達成した総売上高との著しい乖離が存在するという場合に、収益に関する錯誤が本質的性質に関する錯誤として契約の無効原因になり得る旨示したものである⁽³⁵⁾。

第2節 共通利益の契約とフランチャイズ契約

(1) 共通利益の契約としてのフランチャイズ契約

共通利益の契約とは協働契約 (contrat-coopération) とも呼称され、交換型契約と組織型契約 (contrats-organisation) の中間 (mi-chemin) に位置する契約であり、両契約の性質を併有する契約とされる⁽³⁶⁾。すなわち、共通利益の契約でも他方当事者からの報酬の支払と引き換えに財や役務の提供がなされる点で交換型契約の特徴を有するが、同時に同契約は財や役務を提供した一方当事者が他方当事者によるその利用に対して利害を有する点で組織型契約としての特徴をも有するのである⁽³⁷⁾。

ルケットによれば、こうした共通利益の契約では各契約当事者はその契約から利益を引き出す共同事業 (projet commun) を継続して行う。彼女が共通利益の契約の典型とするフランチャイズ契約であれば、フランチャイザーとフランチャイジーはともに、前者から後者に伝達されるノウハウ等の継続的利用から利益を生み出すことを意欲しているのである。すなわち、フランチャイザーは利益に応じたロイヤルティを受領し、また自己の商標による顧客の増加という利益を志向し、同じくフランチャイジーはノウハウ等の給付の利用から獲得できると期待する利益を志向するといったように、双方ともに契約から利益を生み出すことを意欲しているのである⁽³⁸⁾。このように共通利益の契約当事者は各自、共同事業から利益を得ることを欲しているため、そこから生じる利益はフランチャイジーに固有のものではなく、両者に共通の目的 (objectif) になる。この目的である双方共通の利益を達するため、一方当事者が行うその利益を生み出すための道具的給付

(*prestation instrumentale*) を受けて、他方当事者はその目的たる双方の利益の実現に向けた目的給付 (*prestation finale*) を行う義務を負担する⁽³⁹⁾。このことは、双方共通の利益の達成のために各自は相補的な給付の連鎖 (*enchaînement de prestation complémentaires*) を行う義務を負っているということである⁽⁴⁰⁾。具体的には、フランチャイザーが道具的給付たるノウハウ等を提供し、これをフランチャイジーが利用することで利益を上げ、それにより目的給付たるロイヤルティ等の支払によってフランチャイジーも利益を得るという、各自の給付が双方の利益のために必要な給付として結びついているということである。

共通利益の契約は、各契約当事者の給付は単に交換を目的とするだけでなく、収益の獲得を目指す共同事業の遂行をも目的とすることによる、相乗的な機能 (*fonction de type synergique*) を有する。よって、交換型契約では各当事者の利益は対立的なのに対して、共通利益の契約では「手段と目的の一致関係 (*rapport d'adéquation moyen-fin*)」がみられるのである。こうした共通利益の契約における契約の領域には各契約当事者の本質的債務である給付は当然に取り込まれるが、さらに共同の商業的事業の継続をもその中に取り込まれるという⁽⁴¹⁾。

以上のように、共通利益の契約には契約当事者双方が共同事業の継続から利益を獲得することを目的とする特徴が認められるため、交換型契約とは異なり将来の収益についても契約の領域に取り込まれる⁽⁴²⁾。共通の利益を有する契約であるフランチャイズ契約について商法典L.330-3条はフランチャイザーに対して契約締結前の情報提供義務を課し、「当該市場の現況およびその発展予測」の提供を義務付けるところ、こうした情報の提供は交換型契約ではみられないものであるが⁽⁴³⁾、こうした情報は契約の対象の外に存するものではない市場の将来の収益に関するものであり、フランチャイジーの契約締結の判断の基礎となる予測を含むものである。ルケットによれば、フランチャイザーが提供した過度に楽観的な売上予測はフランチャイズ契約の本質にかかわるものであると述べて収益に関する錯誤による無効を認めた2012年判

決は、以上の議論を確認したものであり、それはすでに2011年判決において胚胎していたとして、両判決に対して賛意を示す⁽⁴⁴⁾。そうして、彼女は、2012年判決からはフランチャイザーが給付の利用による売上予測を提供してフランチャイジーが達成した総売上高との著しい乖離が存在する場合に、収益に関する錯誤によるサンクションという帰結を導くことができるという⁽⁴⁵⁾。

(2) 不確実性 (aléa) の問題

ルケットは、将来の収益もまた契約の領域に取り込まれるとする自身の理論に対して3つの異論が向けられるとする。すなわち、①収益に関する錯誤は価値に関する錯誤であるので無効原因ではない、②現在の事実状態に関する表示による場合のみが錯誤による契約の無効をもたらすことがあり、将来の予測に関する錯誤は無効というサンクションを生じさせない、そして、③収益の獲得には不確実性が伴うので収益に関する錯誤は無効原因たり得ない、という3点である⁽⁴⁶⁾。紙幅の都合もあるが、①および②に関してはすでに別稿で若干の検討を行っていること⁽⁴⁷⁾、また後述の破毀院判決との関連上、以下では③のみ検討を行う。

収益を契約の領域に取り込むことに対し、契約相手方が抱いた期待としての収益は不確実性を有するから、かかる収益を明示的に保証した特別な条項のない限り契約相手方が全責任を負担すべき (à ses risques et périls) であることから、収益を契約の領域に取り込むことはできず、これに関する錯誤を理由とする無効は認められないというものである⁽⁴⁸⁾。すなわち、「射幸は錯誤の主張を許さず (aléa chasse l'erreur)」である。

このような主張に対してルケットは、不確実性が錯誤の主張を斥けなければならないか否かを検討するにはリスク分配 (allocation des risques) が契約でなされる方法を明らかにしなければならないという⁽⁴⁹⁾。彼女によると、フランチャイジーは契約時に取引におけるリスクを受け入れているため、原則は実際に獲得した収益が予測よりも低かったとい

う理由で錯誤を援用することはできないとする。しかし、フランチャイザーが売上予測を提供し、実際の数値との間で明白な乖離が存在したときは、収益に関する錯誤によるサンクションが認められるという。というのはこうである。契約相手方から他方相手方に提供された情報が取引におけるリスクに関して情報を提供された者を安心させること (rassurer) を目的に提供された以上は、かかる情報は契約の領域からリスクを取り除く結果をもたらすことになるからである⁽⁵⁰⁾。また、売上予測の提供は、給付の利用による見込み (perspectives)、リスクおよびフランチャイジーが事業計画から引き出すことを予想できる期待についての一定程度の見通しを契約に組み込ませ、フランチャイザーが不確実性を口実に責任から逃れられなくする。こうした意味で理解されるのが2012年判決であり、フランチャイザーが売上予測を提供し、実際の数値との著しい乖離が存在する場合にのみフランチャイジーの収益に関する錯誤が考慮され、収益について期待外れであっただけでは錯誤を援用できないとしたのは正当であるとする⁽⁵¹⁾。こうしたルケットの考察からは、売上予測の提供により不確実性という取引上のリスクについて、錯誤によるサンクションによって、結果的にフランチャイジーからフランチャイザーに転嫁されるという視点を看取できるのではないだろうか。

もっとも、ルケットは、予測が実際の数値と著しい乖離があり、そしてフランチャイジーが予測を作成することが技術的にできなかったという条件の下ではフランチャイザーは責任を負わなければならないと述べており⁽⁵²⁾、フランチャイジーの属性に応じた柔軟な解決を許容しているかのように思われる。

第3節 フランチャイジーによる売上予測の作成と契約の領域

第1節で紹介した2つの破毀院判決以降も収益に関する錯誤が援用された事例は少なくないが⁽⁵³⁾、ここでは破毀院商事部2020年6月24日判決⁽⁵⁴⁾を取り上げ、本稿の問題意識に照らして若干の検討を行う。

(1) 破毀院商事部2020年6月24日判決

【事案】

フランチャイザーは中小企業向けのソフトウェアの開発や管理を行っている企業である。フランチャイジーはフランチャイザーとこの事業の経営に関するフランチャイズ契約を締結したが、契約から3年3か月後に裁判上の清算に至った。そこで、フランチャイジーは、本契約締結過程においてフランチャイザーが商法典L.330-3条の情報提供義務に違反し、フランチャイジーが過度に楽観的な売上予測を作成するに至った原因たる情報を記載した文書をフランチャイザーから提供されたことから収益に関する錯誤に陥ったとして改正前民法典1110条に基づき本契約の無効を主張した。

【判旨】

フランチャイズ事業 (concept) の収益に関する錯誤は、それがフランチャイザーによって作成され提供された情報によって生じたのではない場合には、フランチャイジーの同意の瑕疵を理由とする契約の無効を生じさせ得ない。本件では、売上予測はフランチャイザーが作成したのではなく、フランチャイジーが公認会計士 (expert-comptable) の助けを借りて作成したものであったかということを検討せずに、収益に関する本質的錯誤を理由に契約の無効を宣言した控訴院の判断は法的根拠を欠く。

(2) 検討

①フランチャイザーから予測が提供される必要性

本判決は、フランチャイジーが自ら予測を作成した場合には収益に関する錯誤を理由とした契約無効は認められず、あくまでもフランチャイザーが作成した場合に限り錯誤が顧慮される旨示したものとされる⁽⁵⁵⁾。ディソー (Dissaux) は、こうした破毀院の理解は自ら陥った錯誤であっても無効原因になるにもかかわらず、フランチャイジーが

予測を作成していたので収益に関する錯誤は生じ得ないとした硬直的な結論であるとして批判するが⁽⁵⁶⁾、ルケットの理論からすると首肯できる結論と思われる。

第2節で述べたように、ルケットはフランチャイザーから売上予測の提供があった場合に限り、収益に関する錯誤による無効が認められるとしており、この点は2020年判決で示された破毀院の見解と同様といえる⁽⁵⁷⁾。動機が契約の領域に取り込まれるためには契約の相手方がそれを認識するに至ること、すなわち契約当事者双方の正当な期待 (*attentes légitimes*) に基礎づけられることが必要ということからすれば⁽⁵⁸⁾、フランチャイジーが売上予測を作成した場合には収益に関する錯誤による無効が認められないのは必然的な帰結といえよう。

なお、ルケットによれば、フランチャイザーからの予測の提供がないときには、たとえば給付を利用するための市場が存在しなかった場合のように、契約が収益を上げるという目的の達成にとって明白に不適格 (*manifestement inapte*) である場合に、唯一、コースの不存在 (*absence de cause*) を理由とする無効が考えられるとする⁽⁵⁹⁾。

②書面による予測の提供が必要か？

もっとも、破毀院が収益に関する錯誤を認めた事例においては、フランチャイザーから予測が提供されているだけでなく、それが書面によって提供されている点に留意すべきではないか。すなわち、前記の3つの破毀院判決のいずれにおいても書面でフランチャイザーから予測が提供されているところ、フランチャイズ契約の場面に限らず、動機が契約の領域に取り込まれたか否かを判断にするにあたり、書面の存在が重視される傾向にある⁽⁶⁰⁾。

少なくとも破毀院レベルではフランチャイズ契約を共通利益の契約とは捉えていないので、同契約において収益が契約の領域にただちに取り込まれると考えてはいないと思われるが、収益という不確実性が伴う要素を契約内容に取り込むということ、また表示についての明確

性が要請されることを考えると、破毀院はフランチャイザーから書面という明確なかたちでの予測の提供があつて、はじめて錯誤を顧慮しているのではないだろうか⁽⁶¹⁾。そもそもとして、売上予測は、実務上書面の形式で提供されるため⁽⁶²⁾、基本的に予測の提供は書面での提供を意味するから、フランチャイザーからの予測の提供があれば収益に関する錯誤が顧慮され得ると考えてよいだろう⁽⁶³⁾。

第4節 小括

本章では共通利益の契約における契約の領域に関するルケットの所説を概観した。共通利益の契約とは、道具的給付の提供者が財や役務といった給付を行うのと引き換えに、目的的給付の提供者による報酬の支払がなされる点で交換型契約の特徴を有するが、後者による給付の商業的利用による共同事業の継続を目的とするため、道具的給付の提供者が目的的給付の提供者によるそれらの利用に対して利害を有する点で組織型契約としての特徴をも併有する契約である。その典型がフランチャイズ契約である。すなわち、フランチャイザーがノウハウ等を提供し、これをフランチャイジーが利用して収益を上げてフランチャイザーにロイヤルティ等の金銭の支払を行うという構図である。したがって、共通利益の契約では将来の収益が契約の領域に取り込まれる。

そして、フランチャイザーから売上予測が提供されると、取引におけるリスクはフランチャイジーが一方的に負担すべきリスクとはいえず、また、将来の収益が契約の領域に取り込まれていることから予測と実際の収益との間に著しい乖離が存在する場合には収益に関する錯誤が本質的性質に関する錯誤として顧慮される。もっとも、収益に関する錯誤を理由とする無効が認められるにはフランチャイジーが予測を作成したのではなくフランチャイザーから売上予測が提供されなければならない、そうしたことは2020年判決においても確認されている。ただし、少なくとも破毀院レベルでは、その予測の提供は書面によっ

てなされることが、将来の収益が契約の領域に取り込まれ錯誤が顧慮されるのに必要なことであると考えられているように思われる。

第4章 おわりに

第1節 若干の考察

本稿ではルケットの共通利益の契約における契約の領域論を概観することで、「はじめに」で摘示した事例のような場合に、不法行為等を根拠とする損害賠償構成等のカード以外にも、フランチャイジーによる錯誤取消しというカードを付与するための理論的基礎を模索してきた。最後に、フランチャイズ契約を例にして、共通利益の契約における契約の領域論から日本法への示唆の提供に向けた若干の考察を行うことにしたい。そして、その際には主として契約の領域と収益に関する錯誤との関連性に焦点を当てることにする。

(1) 契約の領域に取り込まれた収益とフランチャイザーによる予測の作成

がんらい、契約の領域という概念は、当事者の個別的な動機を合意の中に取り込むためのものであり、それは当該契約が標準とする類型からの逸脱を意味するものである⁽⁶⁴⁾。ゆえに、第2章で紹介した交換型契約では、たとえその目的が収益の獲得であったとしても、収益は契約の領域に取り込まれることはない。よって、例外的に、収益を契約の領域に取り込むには明示的条項の存在が必要となってくる。

それに対して、共通利益の契約では収益が契約の領域に取り込まれているので明示的条項の有無は問題にならないものといえる。もっとも、(売上予測と比較して著しく低い収益しか上げられなかったという意味での)収益の不獲得を理由に錯誤による契約の無効をフランチャイジーが主張するには、フランチャイザーが売上予測を作成することが必要であり、それによって、はじめて、将来の収益の獲得に対して正当な

期待が与えられ、収益に関する錯誤が顧慮される。こうした意味で、収益の不獲得という取引上のリスクは本来フランチャイジーが負担すべきであるところ、フランチャイザーによって予測が作成されることで、錯誤による契約無効をフランチャイザーは甘受しなければならないという意味で、そのリスクをフランチャイザーが負担することになるという構図を見出せよう。よって、フランチャイジーが一方的に予測を作成して、それと実際の数値との乖離があったからといって錯誤無効の主張はできないということになる。とはいえ、共通利益の契約では収益が契約の領域に取り込まれていることから、フランチャイザーによる予測の提供がない場合であっても、たとえば、学習塾のフランチャイズ契約をしたところ、塾を設置したエリアに塾通いをする年齢の子供が存在しないといったような、収益を上げるための市場が存在しなかった場合には、コースの不存在による処理が可能になってくるのではないか⁽⁶⁵⁾。

よって、ルケットの共通利益の契約における契約の領域論は、日本法で動機として位置づけられている収益の不獲得を理由とする錯誤取消しを可能にするための理論的基礎を提供するものではないかと考える。

(2) 売上予測の提供とフランチャイジーの属性

以上のように、フランチャイザーの予測の提供が収益に関する錯誤が顧慮されるための端緒となっているが、判例では売上予測の提供は任意とされている⁽⁶⁶⁾。そうするとフランチャイザーに対して、予測を提供しないというインセンティブを与えてしまうことにならないかという懸念が出てくる。

前記のような点に対しては、フランチャイジーの属性に応じて売上予測の提供義務の有無を考えるとという視点が有益ではないか⁽⁶⁷⁾。すなわち、事業経験のない素人（ないしは素人に近い）のフランチャイジーは予測作成の能力が備わっていないといえるので、予測の作成を義務

付けることで錯誤取消しが顧慮される可能性が出てくることからフランチャイジーの保護に資すると同時に、このように解することで収益に関する錯誤によるサンクションを忌避して予測を提供しないというフランチャイザーのインセンティブを削ぐことができるのではないか。

第2節 残された課題

ここまで、甚だ不十分ながらもルケットの共通利益の契約における契約の領域論を参照にして収益を上げられなかったフランチャイジーを保護するためのカードとして錯誤を使うことができなさを検討してきたが、残された課題は少なくない。まず指摘しなければならないのは、契約の領域の概念に切り込みその姿を詳解していくには、殊に主観化されたコースとのかかわりを考察すること（とりわけカピタンを祖とするネオ・コーザリスト的観点からの考察）が不可避であるにもかかわらず、この点についての考察が欠けていることである。また、フランチャイザーが予測を作成していない場合には収益に関する錯誤を顧慮しないとされているが、フランチャイジーが作成しこれをフランチャイザーに提示した場合にも同様に解してもよいのだろうか。さらに2020年判決ではフランチャイジーは公認会計士の助力を得て予測を作成しているが、この者の責任を追及する場合の問題もある。ほかにも残された課題は山積しているが、諸課題の検討については他日を期したい。

- (1) 詐欺に関しても、フランチャイジーらを欺くために積極的に虚偽の説明をしたとは認めることはできないとして否定した。
- (2) 大幅な過失相殺を適用して処理するのでは、特にフランチャイズの実態を有しない詐欺的なフランチャイザーに対して虚偽的な情報を提供してでも契約をさせたほうが良いという誤ったインセンティブを与えかねないし、また、フランチャイジーの自己決定を強調することは結果的にフランチャイザーの違法な勧誘行為を法的に認めるのに等しいのではないかという疑問もある。
- (3) Cass. com., 4 oct. 2011, Juris-Data n° 021604.

- (4) Cass. com., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-19047.
- (5) F. Terré et al., *Les obligations*, Dalloz, 12^e édition, 2018, n° 285, p.322.
- (6) H. Capitant, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1^{re} éd., 1923, n° 4, p.23.
- (7) M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2021, 6^e édition, n° 474, p.366.
- (8) F. Terré et al., *supra* note 5, n° 281, p.317.
- (9) *Ibid.*, n° 115, p.142.
- (10) P. Didier, Le consentement sans l'échange : contrat de société, RJ com. nov. 1995, p.75.
- (11) F. Terré et al., *supra* note 5, n° 115, p.143.
- (12) P. Didier, Brèves notes sur le contrat-organisation, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, PUF, 1999, p.636.
- (13) S. Lequette, Le champ contractuel-Réflexion à partir de la retnabilité économique, RDC mars 2016, n°4, p.137.
- (14) *Ibid.*, n° 11, p.141.
- (15) Cass. com., 11 avr. 2012, pourvoi n° 11-15429:D.2012, p.1117, note. X. Delpech.
- (16) S. Lequette, *supra* note 13, n° 6, p.138.
- (17) Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil Les obligations*, Sirey, 16^e édition, 2018, n° 1165, p.388.
- (18) 本文で述べたことは、太陽光パネルの売買契約において売電による収益は原則として同契約の本質的性質を構成しないとした破毀院第1民事部2020年10月21日判決でも確認されている。本件では、太陽光パネルの買主が売主から示された売電による収益予測よりも実際の収益が著しく低かったため、収益は太陽光パネルの設置における不可欠な特性 (caractéristique essentielle) であるので契約の領域に取り込まれ本質的性質を構成するとし、錯誤無効を主張した。破毀院は、収益は契約当事者双方がこれを契約の領域に取り込んだという場合を除き、消費法典 L.111-1条にいう太陽光パネル設置の不可欠な特性を構成しないとした (Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 2020, pourvoi n° 18-26761 :JCP E 2021, n° 3, p.34, obs. M. Behar-Touchais.)。
- (19) Cass. com., 1^{er} oct. 1991, Bull. Civ. IV , n°277:D. 1992, p.190, note G. Virassamy.
- (20) G. Virassamy, *supra* note 19, p.191.
- (21) *Ibid.*, n° 5, p.137.
- (22) *Ibid.* , n° 6, p.138.
- (23) *Ibid.*
- (24) *Ibid.*, n° 7, p.138-139.
- (25) 本文で述べたルケットの見解は、収益に関する錯誤は同意に影響を与え

ない動機に関する錯誤に過ぎないが、収益に関する錯誤が本質的性質に関する錯誤から生じた場合には無効原因になり得るとするゲスタン (Ghestin) らの見解 (J. Ghestin et al., *TRAITÉ DE DROIT CIVIL, La Formation du contrat Tome 1: Le contrat Le consentement*, L.G.D.J, 4^e édition, 2013, n° 1178 et s., p.954 et s..) と同様と考えることができる。

- (26) S. Lequette, *supra* note 13, n° 8, p.139.
- (27) なお、収益について過去のそれと将来のそれとを区別するのはルケットに限らない。たとえば、X. Boucobza et Y.-M. Serinet, *À propos de l'erreur sur la rentabilité*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur R. Martin*, LGDJ, 2015, p.86 et s..においても、収益に関する錯誤が無効原因となる場合を考察するにあたり両者を区別して論じる。
- (28) S. Lequette, *supra* note 13, n° 8, p.139.
- (29) もっとも、2019年7月21日の法律によって同条は削除されている。
- (30) S. Lequette, *supra* note 13, n° 8, p.139.
- (31) *Ibid.*
- (32) もっとも、ルケットは、社員権譲渡契約に関しては営業財産譲渡契約のように過去の収益に関する法定された情報提供義務が存在しないため、当該会社の過去の収益はその収益に関する情報が契約上明確に記載された場合にのみ契約の領域に取り込まれると述べる (*Ibid.*)。
- (33) V. Th. Genicon, *Erreur sur la rentabilité économique : erreur indifférente sur la valeur ou erreur substantielle?*, RDC 2012, p.72.
- (34) S. Lequette, *supra* note 13, n° 8, p.140.
- (35) 次節で俯瞰するルケットの見解とは異なり、交換型契約を念頭に両判決を考察する見解といえるのがゲスタン (Ghestin) やスリネ (Serinet) による以下の見解である。すなわち、収益に関して錯誤があっても収益は取引の結果であり、また当事者一方が企図した契約の目的 (*finalité*) に過ぎないため、収益は契約における給付の目的と関係しないのが原則である。しかし、双方が契約で合意した、企図した目的を実現する対象の適格性 (*aptitude de l'objet*) に関して錯誤が存在する場合には、かかる錯誤は本質的性質に関する錯誤となる。フランチャイズ契約で双方が企図した目的とは、目的物であるノウハウ等を用いて事業の成功の再生産 (*réitération*) を行うことである (J. Ghestin, *L'erreur substantielle du franchise sur la rentabilité de l'activité à entreprendre*, JCP G, n° 6, 2012, 135.)。よって、収益に関する錯誤それ自体は無効原因たり得ない価値に関する錯誤または動機に関する錯誤に過ぎず、収益に錯誤があった場合には例外的に付随的 (*accessoire*) なものとして、または目的物を通じて間接的にしか顧慮されず、よって収益それ自体は契約の領域に組み込まれず、収益の欠如をフランチャイザーの給付の適格性の欠如を示すものとして捉えるのである (X. Boucobza et Y.-M. Serinet, *supra* note 27, p.91-92.)。こうした見解によ

れば、収益に関して錯誤が生じていたとしても、直接的には本質的性質に関する錯誤を構成せず、収益に関する錯誤が無効原因になるには動機たる収益を契約締結の条件としたことを示す明示的条項が存在することが必要になろう (*Ibid.*, p.90.)。こうした給付の適格性説は、相手方から提供された給付の適格性の欠如に着目するものであり、Quille 判決と同様に給付の本質的性質を媒介して給付の収益性の欠如を検討するものといえるのでないか。

- (36) F. Terré et al., *supra* note 5, n° 115, p.144.
- (37) *Ibid.*
- (38) S. Lequette, *supra* note 13, n° 9, p.140.
- (39) *Ibid.*
- (40) *Ibid.*
- (41) *Ibid.*, n° 10, p.140-141.
- (42) *Ibid.*, n° 11, p.141.
- (43) V. aussy, F. Terré et al., *supra* note 5, n° 284, p.322.
- (44) S. Lequette, *supra* note 13, n° 11, p.141.
- (45) *Ibid.*
- (46) *Ibid.*, n° 12, p.141-142.
- (47) 矢島秀和「フランチャイズ契約における収益に関する錯誤についての一考察—フランスにおける議論を参考に—」法と政治 (関西学院大学) 69 巻 2 号 II (2018年) 309頁。
- (48) X. Boucobza et Y.-M. Serinet, *supra* note 27, p.86.
- (49) S. Lequette, *supra* note 13, n° 14, p.143.
- (50) *Ibid.*
- (51) *Ibid.*
- (52) *Ibid.*
- (53) 2011年判決および2012年判決以降の裁判例については、矢島・前掲註(47) 356頁以下にて紹介している。
- (54) Cass. com., 24 juin 2020, pourvoi n° 18-15249.
- (55) N. Dissaux, L'erruer sur la rentabilité en matière de franchise : fin de partie ?, JCP E, n° 45, nov. 2020, p.44.
- (56) *Ibid.*, p.45.
- (57) ベア＝トゥシェ (Behar-Touchais) も本文で述べたルケットと同様な指摘をしつつ、彼女は、判例はフランチャイザーによる売上予測の提供がなければ収益に関する錯誤を理由とする契約の無効は認めていないとし、フランチャイザーが予測を作成しフランチャイジーに提供したときに一定程度の収益が契約の領域に取り込まれ、不可欠な要素に関する錯誤になり、売上予測の作成でフランチャイザーが重大な誤りを犯したときは責任を負

うと述べ、そのことを示したのが2020年判決であるとする (M. Behar-Touchais, *La rentabilité de panneaux photovoltaïques n'est prise en compte que si elle est entrée dans le champ contractuel*, JCP E, n° 3, janv. 2021, p.38.)。

- (58) M. Fabre-Magnan, *supra* note 7, n° 474, p.367.
- (59) S. Lequette, *supra* note 13, n° 14, p.143.
- (60) かかる点につき、山城一真『契約締結過程における正当な信頼 契約形成論の研究』(有斐閣、2014年) 388頁以下。フランチャイズ契約において予測が契約の領域に取り込まれるために書面での提供が必要である旨示唆するものとして、V. par ex., D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, Lexis Nexis, 9^e édition, 2020, n° 754, p.487.
- (61) 以上の点につき、矢島秀和「フランチャイズ契約締結過程における情報提供義務—破毀院商事部2011年10月4日判決および関連する学説を参考に—」比較法研究82号(2021年) 318頁。
- (62) M. Kahn, *Franchise et Partenariat*, DUNOD, 2018, 7^e édition, p.91.
- (63) なお、フランチャイザーには予想損益計算書を提供する義務はないと解されている (V. R. Loir, *Les prévisionnels : le point de vue du juriste*, in N. Dissaux et R. Loir, *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle*, L'harmattan, 2009, p.102 et s.)。
- (64) J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, n° 68, p.67. ロシュフェルド (Rochfeld) の契約の領域論については、山城・前掲註(60) 390頁以下において詳説されている。
- (65) V. aussi, S. Lequette, *Le contrat-coopération Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, n° 376, p.292.
- (66) V. par ex., Cass. com., 12 févr. 2008, pourvoi n° 07-10462.
- (67) R. Loir, *Les prévisionnels : le point de vue du juriste*, in N. Dissaux et R. Loir, *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle*, L'harmattan, 2009, p.109-110. 本文で述べたことについては、すでに、矢島・前掲註(47) 377頁以下で紹介した。

保険契約の解除に関する 日仏比較の可能性

松 田 真 治

- I. はじめに
- II. 検証1：解除の効果
- III. 検証2：告知義務違反
- IV. 検証3：危険増加
- V. 補足—保険事故後の解約権・解約理由提示義務
- VI. おわりに—日本法への示唆を得るための課題

I. はじめに

保険者の解除権について、日本法とフランス法の比較を試みるのは甚だ難しい。その大きな要因は、解除権のメニューが異なることである。近時、比較法研究の手掛かりとなるものが現れた。宮島司（編著）『逐条解説保険法』（弘文堂、2019年）である。同書は、日本の保険法の逐条解説であるが、諸外国の条文との対応関係を明示しようとした点に大きな特色があるといえる。対応する諸外国の条文へのアクセスを容易にするという点では、今後の比較法研究に大きな手掛かりを残すものと評価できよう。しかし、そこでの記述が正確なのかは、検証の余地があり、それは今後比較法を行う我々に課された責務であろう。

本稿は、前述の書籍でなされた記述の検証を行うことを主たる目的

としている。そこで、まず、前提となる解除の効果に関する記述の検証を行った後に（Ⅱ．検証1）、告知義務違反について検証し（Ⅲ．検証2）、次に、危険増加について検証する（Ⅳ．検証3）。検証は、まず、検証対象となる記述を引用し、検証すべき点を整理することから始める。次いで、検証過程では、当該条文・問題に関わる我が国における先行研究を整理する。そして、仏語文献をベースに当該条文・問題に関わる事柄を整理する。最後に、検証結果を検証すべき点に答える形で提示する。また、フランス法には、保険事故発生後の解約権という制度と保険者の解約理由提示義務という制度があり、保険契約からの保険者の解放と消費者保護について、無視できないように思われるので、これも扱うこととしたい（Ⅴ．補足）。最後に、フランス法の研究が日本法へ示唆を与えうるかどうかを検討し、今後の課題を提示する（Ⅵ．おわりに）。

なお、本稿は、上記の検証を主目的としており、基本的にはその目的を達成する範囲で検討を行っており、すべての論点を網羅的に取り扱っているわけではないことをお断りしておく。

Ⅱ．検証1：解除の効果

1．検証の対象

岩井勝弘は、保険法31条の解説において、「ドイツ保険契約法において、解除の効力を将来効とする規定および告知義務違反解除に伴う免責の規定は見当たらない」⁽¹⁾と述べ、「フランス保険法典においても、解除の効力を将来効とする規定は見当たらない。免責についてはL.113-1条2項を置いている。」⁽²⁾と述べる。

そこで、①解除の効力を将来効とする規定はないのか、②免責についてはL.113-1条2項という理解でよいか、の2点を検証する。

2. 検証

(1) 先行研究

フランス保険法における解除について、全般的に検討したものはいないように思われる。

他方で、免責については、すでに多くの研究がなされているところである。現在の保険法典の前身であった1930年7月13日付法（以下「1930年法」という。）については、大森忠夫による逐条解説（大森[1941]）があり、フランス保険法に関する研究の出発点といっても過言ではなかろう。このことは、後述する告知義務・危険増加にも共通することである。1930年法12条は、現行保険法典 L.113-1条と基本的には同じである⁽³⁾。L.113-1条は、保険者の責任に関するものであり、1項で、危険除外条項（日本法でいうと免責条項）の有効性要件を定め、2項で、法定除外事由を定めている。我が国の先行研究としては、一本稿とは直接関係のない自殺・故殺を除くと一、主に以下のものがある。まず、1項の危険除外条項の要件（明確性・限定性）に関する山野嘉朗の研究（山野[2007] 66-98頁〔初出：2005年〕）がある。次に、2項の法定除外事由については、盛んに検討がされているところである。危険の除外の立証責任についての研究として、加瀬幸喜の研究（加瀬[1983]）がある。山野は、故意の解釈や第三者による保険事故招致の問題に関する研究（山野[2007] 182-237頁〔故意の解釈についての論文の初出は1998年・2004年であり、第三者による保険事故招致に関しては、2006年・2007年〕）を出発させた。松田真治は、山野の研究に追随し、危険除外の要件である「*faute intentionnelle ou dolosive*」の意味（とくに、*faute dolosive*）について研究（松田[2013a]、松田[2013b]、松田[2014a]）を行うほか、第三者による保険事故招致に関する研究（松田[2014b]）も行った。さらに、山野は、近時の判例を分析し、L.113-1条1項・2項の研究をアップデートしている（山野[2020]）。また、保険者が保険給付義務を負わないという効果を持つという点ではL.113-1条の危険の除外と共通するものの、区別を要する概念として、失権がある。これに

については、鈴木辰紀の研究（鈴木 [1977]）、加瀬の研究（加瀬 [1992]）があり、その後、損害の不実申告の問題における失権に関して、松田の研究（松田 [2015]）や山野の研究（山野 [2019]）が公表されている。

（2）解除の効力と免責について

ア．解除の効力について

フランス保険法典における「la résiliation」という語自体が、そもそも将来効を有する解除を意味する用語であるから⁽⁴⁾、改めて規定する必要はないといえる。以下本稿では、区別を明確にするために、「解約」と呼ぶこととする⁽⁵⁾。

後述するように、フランス法における「故意」の告知義務違反・危険増加通知義務違反の制裁は、契約の無効である（L.113-8条）。この無効と解約とは、遡及効の有無が異なる⁽⁶⁾。ただし、危険増加通知義務違反の場合の無効は不正行為（fraude）のあった時からしか効力を生じないので、解約に類似すると指摘されている⁽⁷⁾。

イ．免責について

まず、すでに先行研究でも指摘されているが⁽⁸⁾、フランス保険法では、除外（exclusion）と失権（déchéance）を区別する必要がある。どちらも保険者は保険給付義務を負わないので、日本語では免責という表現で間違いとまではいえないようにも思われる。ただ、フランス法について語る上では、区別すべきである。岩井の掲げる L.113-1条は除外を定めており、同条1項は保険者の一般的な保険給付義務を定めると同時に、除外条項の有効要件を定める規定であり、同条2項は日本法でいうところの故意免責を定める規定である⁽⁹⁾。

また、フランス法における、故意の告知義務違反・危険増加通知義務違反の効果は、後述するように、契約の無効であり（L.113-8条）、それゆえに責任を負わないのであって、L.113-1条が出る余地はない。

3. 検証の結果

(1) 解除の効力を将来効とする規定はないのか？

解除の効力を将来効とする規定自体は存在しない。しかし、「la résiliation」という用語自体が、将来効を有する解除を意味するものであるから、改めて規定する必要がないものと思われる。また、故意の告知義務違反・危険増加通知義務違反については、日本法では将来効を有する解除であるが、フランス法では契約の無効であり、将来効を有する解除がなされる場面が同じではないことに注意を要するといえる。

(2) 免責についてはL.113-1条2項という理解でよいか？

L.113-1条2項は日本法でいうところの故意免責を定める規定であって、将来効を有する解除に伴う免責を定めた規定ではないので、解除の文脈で当該条文を示すことは適切ではない⁽¹⁰⁾。では、解除に伴う免責はどうなっているのかというと、遡及効を有する契約無効によって対処しているといえる。そのため、契約無効に加えて免責を問題とする余地はない。

Ⅲ. 検証2：告知義務違反

1. 検証の対象

(1) 告知義務について

李鳴は、保険法37条の解説において、保険法典L.113-2条1項2号を参照し、「告知義務者は保険契約者と被保険者とされ、告知義務の性質は、告知書による質問応答義務である。告知事項は保険契約引受危険に関する事実である」⁽¹¹⁾と述べる。

(2) 告知義務違反について

李は、保険法55条の解説において、次のように述べる。まず、告知

義務違反の効果に関して、「国によって異なるが、契約の解除または解約はドイツの立法例（ドイツ保険契約法19条2項・3項）、契約の解約はフランスおよびスイスの立法例（フランス保険法典 L.113-9条2項、スイス……）、契約の取消しはイタリアの立法例……である」⁽¹²⁾と述べる。次に、「告知義務違反効果の発生要件について、多くの立法例では告知義務違反のみでなく、過失または重過失も必要とされる（……フランス保険法典 L.113-9条1項……）が、過失または重過失が必要とされない立法例もある（スイス保険契約法6条1項前段）」⁽¹³⁾と述べる。続いて、「諸外国では、過失または重過失の有無、そして保険事故の発生が契約解除等行使の前後を区分して保険者の支払責任を全額免責とするかどうか規定されている（……フランス保険法典 L.113-9条2項・3項……）。契約解除等行使の前に発生した保険事故について、過失または重過失による告知義務違反がある場合には、保険者の保険金給付義務を全額免責とする。ただし、保険事故の発生と告知義務違反との間に因果関係が存在しない場合には保険者は給付義務を免れないとされる（……フランス保険法典 L.113-9条2項……）。契約解除等行使の後に発生した保険事故、また過失または重過失のない場合については、保険料の割増変更か比例減額をして保険金が支払われて契約を継続する（フランス保険法典 L.113-9条3項……）、といういわゆるプロ・ラタ主義が採用されている。」⁽¹⁴⁾と述べる。最後に、「契約解除権の除斥期間を設けている立法例は、ドイツ……があり、保険者の告知義務違反の知等による阻却事由を設けている立法例は、……フランス保険法典 L.191-4条……がある。」⁽¹⁵⁾と述べる。

(3) 検証すべき点の整理

検証すべき点は次の点である。①フランスにおける告知義務違反の制裁の要件は「過失または重過失」なのか、②フランスにおける告知義務違反の効果は「解約」なのか、③保険事故の発生と契約解除権行使の前後関係で全額免責となるかが変わるのか、④保険者の告知義務

違反の知等による阻却事由を設けている立法例としてフランス保険法典 L.191-4条を示すのは妥当なのか、である。

2. 検証

(1) 先行研究

1930年法は、15条1項2号で告知義務について定め、同法21条・22条にその違反の効果を定めていた。このような構造自体は、保険法典となっても変わらない (L.113-2条1項2号で告知義務について定め、L.113-8条・L.113-9条にその違反の効果を定めている。)

我が国におけるフランスの告知義務違反制度の先行研究としては、主として、大森による逐条解説 (大森 [1941])、鈴木による1930年法制定前後の研究 (鈴木 [1969])、山野による保険法典下での研究 (山野 [2007] 134-141頁 (初出: 1998年)、山野 [2015]) がある。また、人保険における他保険契約の告知・通知義務に関する笹本幸祐の研究 (笹本 [1994]) がある。

(2) フランスにおける告知義務違反制度の概要

まず、条文の構造から確認をしておこう。L.113-2条1項2号は、「保険者が、とりわけ契約締結時に用いる危険に関する告知書において、その引受危険を保険者に評価させるのに適した事情⁽¹⁶⁾について、保険者が尋ねた質問に対して正確に回答すること」⁽¹⁷⁾を保険契約者⁽¹⁸⁾に義務付けている⁽¹⁹⁾。そして、告知義務違反の要件・効果については、L.113-8条及びL.113-9条が規定している⁽²⁰⁾。以下では、これらを区分して述べる。

ア. 故意の告知義務違反

L.113-8条1項は、「一般の無効原因のほかに、かつL.132-26条の規定を留保して、保険契約者・被保険者側の故意の不告知もしくは不実告知の場合に、その不告知または不実告知が危険の目的を変更した

は保険者の危険の評価を低くさせるときは、保険契約は無効となり、たとえ保険契約者・被保険者により不告知の危険または不実告知がなされた危険が保険事故に影響を及ぼすものではなかったときも同様である。」⁽²¹⁾と定める。

(ア) 要件

L.113-8条1項の要件としては、①不告知または不実告知があること⁽²²⁾、②故意によるものであること、③不告知・不実告知が危険の目的又は保険者のリスクに関する評価を変更したことである⁽²³⁾。ここでは、差し当たり、L.113-9条との関係で重要な故意のみについて言及しよう。「故意」とは、原文では *intentionnelle* (故意の) であるが、これは *la mauvaise foi* (悪意) と同じであり、保障を受ける目的で保険者を騙す (*tromper*) 意思を有していたことであると説明される⁽²⁴⁾。

(イ) 効果—無効

この条文の効果は「無効」であって、将来に向かって契約を解消するものではない。この契約無効は遡及効を有するので、保険者は、被保険者に対し、すでに発生した保険事故について支払われた保険金の返還を求めることができる⁽²⁵⁾。保険契約を無効とした場合には、支払済み保険料の返還が生じるのではないかという問題が生ずるが、フランス法は L.113-8条2項において、「この場合に、既払保険料は、保険者に帰し、保険者は損害賠償として支払期日の到来したすべての保険料の支払を請求することができる。」⁽²⁶⁾と定めている。L.113-8条の定める契約無効は、同条2項のような処理を行う点で、特殊な無効である。この規定は、一種の民事罰 (*peine privée*) と捉えられている⁽²⁷⁾。

(ウ) 因果関係不存在特則の不採用

L.113-8条1項が定めるように、故意の告知義務違反の場合、その告知義務違反対象事実と保険事故の発生に因果関係がなくても、保険契

約は無効である。この点は、同条と文言を同じくする1930年法21条について、大森が「日商法第六四五条と異なる所である」⁽²⁸⁾と指摘しているところである。

イ. 悪意が証明されない告知義務違反

L.113-9条1項は、「悪意が証明されない保険契約者・被保険者側の不告知または不実告知は、保険契約の無効を来さない。」⁽²⁹⁾と定めている。そして、この場合の告知義務違反の効果は、告知義務違反の証明と保険事故発生の前後関係によって区分される。

(ア) 保険事故発生前に告知義務違反が証明された場合 (L.113-9条2項)

この場合、保険者には保険料増額による契約継続か解約するかという選択権がある。契約継続には保険契約者の承諾が必要である。解約するには、保険契約者宛に通知を行い、危険負担していない部分の既払保険料を返還する必要がある⁽³⁰⁾。

(イ) 保険事故発生後に告知義務違反が証明された場合 (L.113-9条3項)

この場合、「危険が完全にかつ正確に告知されていたならば支払われるべき保険料率に対する既払の保険料率の割合により、保険金が減額される」⁽³¹⁾。このような処理は、比例減額原則と呼ばれる⁽³²⁾。この処理は、不実告知された事情が危険の実現に影響を及ぼさなかったとしても適用されると解されている⁽³³⁾。その理由は、歪められたのは保険の技術的な均衡であり、比例減額原則はそれを回復させるものだからであるとされる⁽³⁴⁾。

保険者が告知義務違反を認識した後に、保険事故が発生し、その後保険者が保険契約の解約あるいは継続を決定した場合⁽³⁵⁾に、L.113-9条の比例減額支払がなされるかが問題となる⁽³⁶⁾。L.113-9条3項は保険事故後に告知義務違反が証明されたことを要件としているので、文言上は、適用対象外となりそうである。しかし、解約も新しい同意ももは

や不可能であるから、保険事故後に証明された場合と同一視するのが妥当とする判決があるようである⁽³⁷⁾。Kullmann は、保険事故後に証明された場合には、本条による比例減額支払がなされるが、それは解約権や保険料増額権の実行を阻害しないという⁽³⁸⁾。保険者は、契約の維持又は解約をする権利を有するが、解約権については、保険事故発生前に告知義務違反が発覚 (découverte) した場合について解約権を認める L.113-9条 2 項や保険契約が保険事故後の解約条項を含むときに R.113-10条において基礎づけられ得ると指摘する⁽³⁹⁾。R.113-10条の解約権については、後述する (V 1)。

なお、L.113-8条による無効の主張しかなされていない場合において悪意が否定されたことのみをもって比例減額支払が導かれるわけではなく、保険者が明確に主張していることを要するとされている⁽⁴⁰⁾。

ウ. L.191-4条の適用範囲と同条の廃止

まず、李が挙げる L.191-4条について検討することにしよう。L.191-4条は、「保険者が不告知の危険もしくは不実告知がなされた危険を知っている場合、保険者が自己の保障範囲を変更しない場合、または、保険者が発生した事故の影響を受けずにいる場合、解約及び L.113-9条の適用による減額はできない。」⁽⁴¹⁾と定めていた。先行訳文に対する疑問についてはあまり本質的ではないので、注で解説したものを参照されたい。ここで第 1 に指摘したいのは、この条文が、バ・ラン県、オー・ラン県・モーゼル県にしか適用されないものであることである⁽⁴²⁾。したがって、この規定をフランス法の規定として一般化するのは不適切である。第 2 に、この条文は、憲法院 2014 年 9 月 26 日判決によって憲法 (平等原則) 違反であるとされ⁽⁴³⁾、2014 年に廃止されていることを指摘しておく⁽⁴⁴⁾。

エ. 告知義務違反の制裁の阻害事由

では次に問題になるのは、それでは告知義務違反の制裁を阻止する

ものは何もないのかという点である。

(ア) 2年の消滅時効

1930年法においては、故意の告知義務違反に対する無効主張は、保険者が告知義務違反を知った日から2年の消滅時効にかかるものとされていた(1930年法25条)⁽⁴⁵⁾。現在も、L.114-1条1項・2項1号により2年の消滅時効にかかる⁽⁴⁶⁾。

(イ) 保険者の知

保険者又はその代理人(mandataire)が告知義務違反を知っていることは、制裁主張の放棄と解釈され得る⁽⁴⁷⁾。実務的に問題となり得るのが、保険契約者の代理人である仲介人(un courtier)と保険者の代理人である保険総代理人(un agent général d'assurance)による告知義務違反事実の知についてであるとされる⁽⁴⁸⁾。この点、フランス法における保険仲介人等に関する検討が十分ではないので、あまり詳細に述べることはできず、今後の検討課題としたい。ここでは差し当たり、保険者による告知義務違反事実の知が制裁放棄となりうると解されていること—また、これは条文によるものではないこと—を確認するにとどめておく。

(ウ) 保険者による黙示の制裁放棄⁽⁴⁹⁾

明確な行動によって、保険者が契約を履行する意図を表明するときに、黙示の放棄があるとされる⁽⁵⁰⁾。条文上明確なものとしては⁽⁵¹⁾、保険者による訴訟提起が挙げられる(L.113-17条)⁽⁵²⁾。このほかに、保険者のどのような行動が黙示的放棄に該当するのかは、ヨリ詳細な検討が必要であると思われるが、解約と無効主張との関係で2つ紹介しておく。故意の告知義務違反がある場合に保険事故後に保険者が保険契約を解約することは、L.113-8条の無効主張の放棄とはならないとする判決がある⁽⁵³⁾。また、後述する危険増加通知義務違反の場面ではあるが、留保

なくなされた L.113-4条による保険者の解約は、それだけでは、L.113-8条に基礎を置く無効主張の放棄に当たらないとする判決がある⁽⁵⁴⁾。

(エ) 不可争条項（明示的放棄）— L.113-9条の主張放棄

Lambert-Faivre et Leveneurによれば、フランスの保険者は、契約締結後あるいは一定期間経過後は危険の告知義務違反の主張を放棄する旨の条項をしばしば設けているとされる⁽⁵⁵⁾。この条項は、善意の告知義務違反の場合の L.113-9条による削減払の困難性を回避するものであるが、故意の告知義務違反の場合にこれを適用することは公序に反するので、不可争条項は故意の告知義務違反を理由とする契約無効の障害とはならないと解されている⁽⁵⁶⁾。

3. 検証結果

(1) フランスにおける告知義務違反の制裁の要件は「過失または重過失」なのか？

フランス法は、故意の告知義務違反と故意以外の告知義務違反についての定めを置いている（L.113-8条・L.113-9条）。そのため、告知義務違反の制裁要件として、「過失または重過失」を挙げるのは不適切であり、また、「故意または重過失」であっても不適切である。

(2) フランスにおける告知義務違反の効果は「解約」なのか？

フランス法では、故意の告知義務違反と故意でない告知義務違反という区分がなされ、前者の効果は契約の「無効」である（L.113-8条1項）⁽⁵⁷⁾。後者の場合は、告知義務違反が保険事故発生前に証明されたときには、保険者に解約権が認められる（L.113-9条2項）。

(3) 保険事故の発生と契約解除権行使の前後関係で全額免責となるかが変わるのか？

複雑であるので、いったん整理すると、フランス法で全額免責とな

るのは、故意の告知義務違反がある場合だけであり、因果関係不存在特則は採用されていない (L.113-8条1項)。そして、保険事故の発生との前後関係が問題となるのは、告知義務違反の証明である。保険事故発生前に告知義務違反が判明した場合には、新保険料提示権と解約権が付与され (L.113-9条2項)、保険事故発生後に告知義務違反が判明した場合には、比例減額支払がなされる (同条3項)。

改めて、李の解説を見てみよう。「①契約解除行使の前に発生した保険事故について、過失または重過失による告知義務違反がある場合には、保険者の保険金給付義務を全額免責とする。ただし、保険事故の発生と告知義務違反との間に因果関係が存在しない場合には保険者は給付義務を免れないとされる (……フランス保険法典 L.113-9条2項……)。
②契約解除等行使の後に発生した保険事故、また過失または重過失のない場合については、保険料の割増変更か比例減額をして保険金が支払われて契約を継続する (フランス保険法典 L.113-9条3項……)、といういわゆるプロ・ラタ主義が採用されている」(①②は筆者が付した。)⁽⁵⁸⁾。

過失が故意の誤りであったと仮定すると、①で述べられているのは、「故意の告知義務違反があり、解除前に保険事故が発生していた場合」であって、それは L.113-8条1項によって契約無効であるから、保険者は全額免責である。ただ、因果関係不存在特則は採用されていないので、①の後半は誤りであろう (L.113-9条2項に因果関係の文言はないが、どこから導出したのであろうか)。

②で述べられている状況というのは、「故意による告知義務違反がない場合に、解約した後に発生した保険事故」についてであろうか。そうであれば、解約している以上そもそも保険者は責任を負わないことになる。そうではなく、「故意による告知違反がない場合に、当該事実が判明した後に発生した保険事故」についてであるとすれば、比例減額支払がなされることと解されている。

諸外国の法制度を総括して、解説することに無理があり、フランス法では採用されていない区分でフランス法を整理したことにより、解

説が難解になっているのであろう。

(4) 保険者の告知義務違反の知等による阻却事由を設けている立法例としてフランス保険法典 L.191-4条を示すのは妥当なのか？

L.191-4条は、適用される地理的範囲が限定的な規定であり、また、2014年に削除されているので妥当ではない。保険者による制裁の放棄の問題として処理している。

IV. 検証3：危険増加

1. 検証の対象

岩井は、保険法29条の解説において、「フランス保険法典では、危険の増加に関して L.113-4条を設けるのみである。危険増加があっても契約を失効させず、保険者の解約権行使に委ねている点は日本の保険法、ドイツ保険契約法と共通している。」⁽⁵⁹⁾と述べ、保険法56条の解説において、「フランス保険法典 L.113-4条は生命保険契約には適用されない」⁽⁶⁰⁾と述べ、そして、保険法85条の解説において、「フランス保険法典 L.113-4条は非海上損害保険および人保険に共通の規定であるが、疾病保険（被保険者の健康状態に変化がみられる場合）には適用されない」⁽⁶¹⁾と述べる。

ここでは、危険の増加に関する規定が L.113-4条のみであるか否かを検証することにする⁽⁶²⁾。

2. 検証

(1) 先行研究

1930年法は、15条1項3号で危険増加通知義務を定め、同法17条で詳細を定めていた⁽⁶³⁾。このような構造は、保険法典にも受け継がれ、L.113-2条1項3号が危険増加通知義務を定め、告知がなされた場合の処理については L.113-4条によることになる。なお、危険増加通知義務

違反の制裁は、告知義務違反と同じく、L.113-8条・L.113-9条によることになる。

危険増加に関しては、竹瀆修による道德危険と危険増加に関する論文（竹瀆 [1987]）がある。竹瀆は、旧商法656条の危険増加に道德危険の増加が含まれるかを検討する際に、フランス法を参照し、「フランスの有力説および判例によれば、危険加重による契約無効を定めた規定は道德危険の加重に対しても適用される。しかも、この契約の無効は保険契約者が不正行為をしたときから生じ、遡及効を持たないと解釈されている。」⁽⁶⁴⁾とする。その後、大塚英明が、危険状態の免責と危険増加の関係について、フランス法の研究（大塚 [1990]）を行っている⁽⁶⁵⁾。これらの研究成果を検討する上で若干注意を要する点がある。それは、1989年12月31日付法の改正である（1990年5月1日施行）⁽⁶⁶⁾。これによって、L.113-4条の内容が若干変化している⁽⁶⁷⁾。現行法は、1989年改正によるものであり、笹本の翻訳は現行法である。

（2）フランスにおける危険増加通知義務制度の概要

ア．危険増加通知義務

L.113-2条1項3号は、「契約期間中に、結果として危険を増加させ、または新たな危険を生ぜしめる事情、および、とりわけ本条第2号の告知書において、保険者に対してなされた回答を不正確または効力のないものにする新たな事情について通知すること」⁽⁶⁸⁾を保険契約者・被保険者に義務付けている。

イ．危険増加通知義務が正しく履行された場合の処理

L.113-4条1項は、契約期間中の危険増加が通知された場合の保険者の選択権について述べている。同条1項は、保険者に保険契約の解約権と新保険料額提示権を認めているが、保険者の選択肢としては、3つあるとされる。すなわち、①当初の条件での契約維持、②新条件での契約継続、③契約の解約である⁽⁶⁹⁾。①当初の条件で契約が維持され

るのは、危険増加がわずかである場合や商業上の理由による場合であるとされる⁽⁷⁰⁾。②③については、L.113-4条1項・2項に定めがある。まず、②より高額な保険料と引換えにのみ保険契約を締結したであろう場合には、一付保可能であることが前提となるが一、保険者は新保険料を提示することができる(同条1項)。保険契約者側には、これを承諾するかしないかの選択権があるが、「提示から30日以内に、保険者の提示に保険契約者が応じないとき、または新たな提示額を明確に拒絶したときには、保険者は、提示書面中に明確な文字をもって記載することにより、その解約権を保険契約者に通知した場合に限り、契約を解約することができる」⁽⁷¹⁾(同条2項)。③保険者が契約しなかったであろう危険増加の場合には、保険者は解約することができる(同条1項)。この解約は、「その告知より10日後にしか効力を生じず、その場合においては保険者は、危険を負担しなかった期間に対する保険料部分または掛金部分を保険契約者に返還しなければならない」⁽⁷²⁾(同条2項)。この保険料返還は、保険料可分の原則 (le principe de la divisibilité des prime) によるものであるとされる⁽⁷³⁾。保険者は、危険増加通知を受けた後に、「特に保険料の継続した受領、または保険事故発生後に保険金を支払うことにより保険契約継続につき同意の意思を示したときは、保険者は、もはや危険の増加を主張することはできない」⁽⁷⁴⁾(同条3項)。このルールは、告知義務違反の場合と同じ制裁放棄に関するものであり、危険増加については明文化されている。

ウ. 危険増加通知義務違反の場合の処理

危険増加通知義務違反がなされた場合の処理は、告知義務違反の場合と基本的には同じである。すなわち、故意の危険増加通知義務違反の場合には、L.113-8条が適用され、そうでない危険増加通知義務違反の場合には、L.113-9条が適用される⁽⁷⁵⁾。ただし、故意の危険増加通知義務違反の場合の契約無効については、無効の範囲に、注意を要する。故意の危険増加通知義務違反の場合の制裁は、契約の当初からの無効

ではなく、不正行為 (fraude) の時からの契約無効であると考えられている⁽⁷⁶⁾。このことから、解約との類似性が指摘されており、また、保険契約者の不正行為の前に生じた保険事故は保障されたままであるとされる⁽⁷⁷⁾。

エ. 通知遅滞による失権

L.113-4条は、「契約条項に定めがある場合といえども、本条第3号……に規定する期間に遅滞した通知に対する失権は、保険者がその通知の遅滞によって損害を被ったことを証明するときのみ、被保険者に対抗することができる。」⁽⁷⁸⁾と定める。保険事故後の被保険者のフォートに対する制裁が厳密な意味での失権であるのに対し、本条の定める失権はそうではなく⁽⁷⁹⁾、契約無効という厳しさが悪意という困難な立証を前提としていることと善意の場合における比例減額原則による適切な調整という伝統的な制度と比べると、危険の通知が遅れた場合の失権は柔軟でも公平でもなく、死文化することが望ましいといった指摘⁽⁸⁰⁾がなされている。

3. 検証結果

危険の増加に関する規定が L.113-4条のみであるという説明は、「危険増加が正しく通知された場合の処理については、L.113-4条を設けるのみ」という範囲では妥当である。しかし、保険契約者に義務を課す L.113-2条1項3号と危険増加通知義務違反の場合の L.113-8条・L.113-9条も存在することに注意を要する。

V. 補足—保険事故後の解約権・解約理由提示義務

1. 保険事故後の解約権

フランス保険法典には、保険事故発生後の解約権についての定めが存在している。R.113-10条は、保険証券に記載されていることを要件に、

保険事故発生後の解約権を保険者に対して認め（1項）、同時に、保険契約者に対して、同一保険者との他の保険契約を解約する権利を認めている（2項）⁽⁸¹⁾。この保険事故後の解約権（la résiliation après sinistre）は、証明に成功しなかった保険詐欺（意図的な保険事故招致・損害の不正な誇張）を保険者が疑うときに利用されるものであるとされる⁽⁸²⁾。また、当初の判断よりも実際には大きいリスクであり、契約の評価について保険者の錯誤がある場合にも利用されるようである⁽⁸³⁾。もっとも、保険者が保険事故発生後に解約をしても、解除効果発生前に生じた保険事故については補償の対象となる⁽⁸⁴⁾。フランス法では、除外や失権が適用されない場合であっても、保険事故発生後の契約関係からは離脱するという道が認められているといえよう。

2. 解約理由提示義務

2014年3月17日付法第2014-344号（La loi Hamon）⁽⁸⁵⁾によって、保険法典にL.113-12-1条が追加された。同条は、「本編〔第1編：契約〕において定められた場合又はL.113-12条第1項〔契約で定めた解約権〕の適用による場合において、保険者が事業活動外の自然人をカバーする保険契約を一方的に解約するときは、保険者は、その理由を提示しなければならない。」⁽⁸⁶⁾と定めている。保険契約が消費者契約であることを前提に⁽⁸⁷⁾、保険者に理由提示義務を課している。消費者保護のために導入されたルールのようなのであるが、新しい保険者を探すときに、告げられた解約理由が被保険者の邪魔をするかもしれないということで、消費者保護になっていないのではないか⁽⁸⁸⁾とも疑問視されているようである。

本条の適用対象となる解約は、前掲した条文訳にもあるように、「本編（présent livre）」すなわち、「RIVRE PREMIER LE CONTRAT」（第1編：契約）を指すことは明らかなのであるが、前述した保険事故後の解約（R.113-10条）にも適用されるかという問題—フランス保険法典の構造に由来する問題であるので、この議論は日本法には何ら示唆を

もたらさないと思うが一、が提起されている⁽⁸⁹⁾。保険法典は、法律の部 (L)・命令の部 (R)・アレテの部 (A) という3つの部で成り立っており⁽⁹⁰⁾、同じ「第1編：契約」といっても部が異なるために問題となる。この問題を提起した Fabrice Leduc は、2つの解釈論を提示している。一つは、L.113-12-1条が法律の部 (L) の「第1編：契約」のみを対象とするものであり、保険者は理由提示義務を負わないという、保険者に有利な解釈である。もう一つは、法律の部 (L)・命令の部 (R) が統合された一つの「第1編：契約」があり、R.113-10条は L.113-12-1条のいう「本編」に属するから、保険者は理由提示義務を負うという解釈である⁽⁹¹⁾。Leduc は、以上の技術的な論拠は決定的ではなく、裁判官は法政策的な選択から逃れられないだろうと述べ⁽⁹²⁾、保険事故後の解約権が新しい訴訟の火種となり得るだろうと述べる⁽⁹³⁾。この点、L.113-12-1条が R.113-10条に適用されることを前提に、保険事故の発生が解約にとって十分な理由となると考えるべきか、あるいは、追加的な理由が必要かと問う者もいる⁽⁹⁴⁾。この者は解答を示していないので、今後注目すべき点となろうか。

VI. おわりに—日本法への示唆を得るための課題

これまで、解除の効果、告知義務違反、危険増加についてのフランス法の先行解説の検証を行ってきた。以下では、そのまとめも兼ねて、告知義務違反と危険増加についての日仏の対比を行い(1)、日本法への示唆があり得るのかを検討する(2)。本稿での検討が、日仏比較法の一助となれば幸甚である。

1. 日本法とフランス法

告知義務違反解除と危険増加解除について概観し(法令名は省略する。)、若干の日仏比較コメントを付す。なお、簡略化のため、ここでは損害保険契約を差し当たり前提として述べる。

(1) 告知義務違反解除

ア. 日本法

保険契約者又は被保険者になる者は、損害保険契約を締結するに際し、損害保険契約によりてん補することとされる損害の発生の可能性(危険)に関する重要な事項のうち保険者になる者が告知を求めたものについて、事実の告知をしなければならない(4条:告知義務〔質問応答義務〕)。保険者は、保険契約者又は被保険者が、告知事項について、故意又は重大な過失により事実の告知をせず、又は不実の告知をしたときは、損害保険契約を解除することができる(28条1項:解除権)。ただし、一定の場合には、保険者は、損害保険契約を解除することができない(同条2項柱書)。すなわち、①保険者の知・過失による不知(1号)、②保険媒介者による告知妨害(2号)、③保険媒介者による不告知・不実告知教唆(3号)である(もっとも、②③については、保険媒介者の行為がなかったとしても告知義務違反がなされたと認められる場合には適用されない〔同条3項〕)。また、告知義務違反による解除権は、保険者が解除の原因があることを知った時から1箇月間行使しないときは、消滅し、また、損害保険契約の締結の時から5年を経過したときも、消滅する(同条4項:期間制限)。

損害保険契約の解除は、将来に向かってのみその効力を有する(31条1項:将来効)。保険者は、告知義務違反解除をした場合には、解除がされた時まで発生した保険事故による損害をてん補する責任を負わない(同条2項1号本文:免責効)。ただし、告知義務違反の対象事実に基づかずに発生した保険事故による損害については、保険者はてん補責任を負う(同号但書:因果関係不存在特則)。

イ. フランス法

フランス法においても、告知義務は質問応答義務である(L.113-2条1項2号)。告知義務違反の制裁は、まず、主観的要件の点で、日本法と異なる。フランス法は、故意とそれ以外に分類し、故意による告知義

務違反の場合には契約を無効とする (L.113-8条)。そして、故意でない告知義務違反の場合には、契約が無効とならないことを前提に (L.113-9条1項)、保険事故発生と告知義務違反の発覚の前後関係により規律を分ける。すなわち、保険事故発生前に告知義務違反が発覚した場合、保険者には、新保険料を提示して契約を継続するか、保険契約を解約するかという選択権が与えられる (同条2項)。他方、保険事故発生後に告知義務違反が発覚した場合、比例減額支払がなされる (同条3項)。

ウ. コメント

故意による告知義務違反の場合には、全額免責 (というより契約無効であるので、そもそも無責)、しかも因果関係不存在特則の不採用という厳しい制裁が課される一方、故意でない告知義務違反については、契約の事後的調整 (保険料増額・解約/減額支払) といった手段が採用されている。期間制限については、明文の規定が存在するものの (L.114-1条)、日本の保険法28条2項に定められた解除権阻害事由のような規定はなく、保険者による制裁放棄の問題として整理・検討されているようである。フランスで議論されているものの多くは、保険法28条2項各号 (保険者の知・告知妨害・不告知教唆) に収斂していくのかもしれない。仮にそうであれば、日本法の定めは明確さの点で成功しているといえよう。フランス法特有の問題として、本稿が扱っていないのは、例えば、悪意の立証と告知義務違反の立証の問題である。これらの立証の難易次第では、L.113-8条の制裁の厳しさの評価は変わり得るだろう。

(2) 危険増加解除

ア. 日本法

損害保険契約の締結後に危険増加 (告知事項についての危険が高くなり、損害保険契約で定められている保険料が当該危険を計算の基礎として算出され

る保険料に不足する状態になることをいう。)が生じた場合において、保険料を当該危険増加に対応した額に変更するとしたならば当該損害保険契約を継続することができるときであっても、保険者は、次のいずれの要件にも該当する場合には、当該損害保険契約を解除することができる(29条1項柱書)。その要件は、①当該危険増加に係る告知事項について、その内容に変更が生じときは保険契約者又は被保険者が保険者に遅滞なくその旨の通知をすべき旨が当該損害保険契約で定められていること(1号:通知義務の定め)、と②保険契約者又は被保険者が故意又は重大な過失により遅滞なく①の通知をしなかったこと(2号:通知義務違反)である。保険者が解除の原因があることを知った時から1箇月間行使しないときは、消滅し、また、危険増加が生じた時から5年を経過したときも、消滅する(同条2項・28条4項:期間制限)。

損害保険契約の解除は、将来に向かってのみその効力を有する(31条1項:将来効)。保険者は、危険増加解除をした場合には、解除に係る危険増加が生じた時から解除がされた時まで発生した保険事故による損害をてん補する責任を負わない(同条2項2号本文:免責効)。ただし、当該危険増加をもたらした事由に基づかずに発生した保険事故による損害については、保険者はてん補責任を負う(同号但書:因果関係不存在特則)。

イ. フランス法

保険契約者・被保険者は、契約期間中に、危険を増加させる事情・新たな危険を生じさせる事情の通知義務を負う(L.113-2条1項3号)。引受範囲外またはより高額な保険料でなければ引き受けなかったであろう危険増加があった場合、保険者には解約権と新保険料提示権が与えられる(L.113-4条1項)。この新保険料の提示に保険契約者が応じない場合には、保険者は契約を解約することができる(同条2項)。保険者が危険増加の通知を受けた後に、保険契約継続についての同意の意思を示したときは、保険者は、危険増加を主張できなくなる(同条3

項)。通知義務違反があった場合の処理は、告知義務違反と同じく、L.113-8条とL.113-9条によることになる。すなわち、故意の通知義務違反の場合には、契約は無効となり（L.113-8条1項）、故意以外の通知義務違反の場合には、契約は無効とならない（L.113-9条1項）。保険事故発生前に通知義務違反が発覚した場合、保険者には、新保険料を提示して契約を継続するか、保険契約を解約するかという選択権が与えられる（同条2項）。他方、保険事故発生後に通知義務違反が発覚した場合、比例減額支払がなされる（同条3項）。

ウ. コメント

日本の保険法29条は、引受可能範囲外となる危険増加については規定していない⁽⁹⁵⁾。また、危険増加が通知された後の保険者側の手続についても規定はない。約款の規定で対処しているから問題はないというのも一つの考え方ではあるが、立法をする場合には、フランス法は一つの参考となるかもしれない。もっとも、本稿は危険増加について、一告知義務もであるが一、十分に詰めて検討しているわけではない。不十分な点は多々あり、今後の検討課題としたい。例えば、竹瀆[1987]や笹本[1994]で検討されてきた主観的事実の告知・通知についての検討である。後述する、日本でいう重大事由解除がフランスでは危険増加解除等で代替されているという仮説を検証するためには、この点を詳細に検討する必要がある。また、故意の危険増加通知義務違反の無効の効果の起算点について、十分に理解できているとはいえない。先行研究でも不正行為の時とされているのであるが、具体的には、いつを指すのであろうか（故意の不通知の場合等）。日本の保険法では、危険増加が生じた時から解除がされた時まで発生した保険事故による損害が免責対象となるが、フランスとは異なるように思われ、今後明らかにしていきたいと考えている。

2. 今後の課題—日本法への示唆は見いだせるのか？

(1) プロ・ラタ的処理について

フランス法では、保険事故発生後に故意以外の告知義務違反・危険増加通知義務違反が明らかとなった場合、L.113-9条による比例減額支払がなされる。日本では、保険法制定時に採用されなかったが、契約の均衡—保険料と危険負担（保険金支払）の関係—の事後的調整という観点からすると、今後も研究対象とされるべき制度であろう。ただ、このような処理は加入者側の期待を裏切るものと思われる側面もある。この点について参考となり得るのが、制裁の放棄に関する議論—とくに、保険者の行動による黙示的制裁放棄—ではなかろうか。L.113-9条の処理とあわせて、その適用除外についての研究も必要となろう。

(2) 保険事故後の解約権について

R.113-10条が定めるような、保険事故の発生のみを解約事由とする保険事故発生後の解約権を日本法に導入すべきか。しかし、告知義務違反解除・危険増加通知義務違反解除・重大事由解除というように、保険法特有の解除権については、解除事由を限定している日本法とは相いれない⁽⁹⁶⁾。仮に日本法にそのまま直輸入すると、重大事由がなくても解除できるが、保険者による解約権の濫用の防止という問題が生じてしまう。そうすると、重大事由解除の要件が厳しく、不正目的を有する可能性のある加入者との契約をなかなか解消できないという問題が社会問題化しない限り、このような解約権を導入するべきではないだろう。

(3) 解約理由の説明義務？

保険者による一方的な保険契約解除の意思表示に、説明義務を課すべきなのかどうか。実務上、解除の理由を説明しているものと思われるが、これを義務付ける意味があるであろうか。フランス法がこのような L.113-12-1条を導入した背景について、ヨリ詳細な検討が必要で

あるように思われるが、フランス法が比較的容易に保険者に解約権を認めていることの副産物のように思われる。我が国のように、解除事由を限定している国では、あえてこのような義務を課す必要はないと思われる。実務上、解除事由を解除時に説明しているのであればなおさら、新たな義務を導入する必要はないと思われる⁽⁹⁷⁾。

(4) 日本法における重大事由解除に相当するもの？

日本の保険法は、3つの重大事由を定め、保険者に将来効を有する解除権を与え、当該事由が生じた時から解除がされた時まで発生した保険事故による損害については、保険者はてん補責任を負わないこととしている(30条・31条)。フランス法には重大事由解除に相当する明文の規定はないが、そうすると、日本法で重大事由とされるものがあつた場合に、どのようにして保険者を契約関係から解放するか、また、どのようにして保険給付義務を免れさせるのかが問題となる。

以下、差し当たり、仮説を述べることにして、今後の検討課題としたい。

ア. 仮説1：危険増加の問題として処理している

告知・通知義務の対象に主観的事情が含まれると解されているため、この主観的事情如何によっては、道徳危険に関する問題について、L.113-8条による制裁をもって対処することが可能であり、これによって対処しているのかもしれない。契約無効による契約関係から解放と保険給付義務からの解放の両方が達せられるからである。仮にそうであれば、重大事由解除といったものを改めて規定する必要性がないことになる。

イ. 仮説2：除外・失権と解約権を組み合わせて対処している

保険事故発生後に、不正請求が疑われる場合、免責(除外・失権)の主張と共に、保険事故発生後解約権(R.113-10条)を行使することが考

えられる。この場合、免責と解約は無関係であるので、免責が否定されても解約は否定されない。この解約権の要件が保険事故の発生のみであるとする、容易に契約関係から解放されることになる（解約理由提示義務が課されるとすると、ややハードルは上がるのかもしれないが。）。この仮説では、容易な解約と厳格な免責が分離されることになる。

ウ. 仮説3：年次解約権⁽⁹⁸⁾によって対処している

本稿では直接の検討対象としていなかったが、保険契約は、1年の期間満了後に解約することができる（L.113-12条⁽⁹⁹⁾）。このような解約権があれば、日本でいう重大事由解除に相当するものがなくても、これで契約関係から解放されるのではないかと考えられる⁽¹⁰⁰⁾。なお、この解約権も、解約理由提示義務の対象である（L.113-12-1条）。

エ. 統合された仮説

以上の仮説は、併存しうる。保険金支払義務を免れたい保険者は、危険の除外（L.113-1条〔例：故意の事故招致〕）、失権条項、L.113-8条の契約無効の適用を主張する。これらのうち、契約からの解放を効果とするのはL.113-8条のみであるので、契約からの解放を望む保険者は、保険事故後の解約権、年次解約権の主張も行うことになる。そうすると、L.113-8条を除いては、免責と解約は分離され、免責が認められない場合でも、契約からは解放され得るということになる⁽¹⁰¹⁾。これらの解約権と免責効の制度がすでに存在していることから、フランスでは、日本法の重大事由解除のようなものを改めて規定する必要がないのではないだろうか。

<参考文献一覧>

新井＝金岡 [2008]：新井修司＝金岡京子『ドイツ保険契約法（2008年1月1日施行）』（日本損害保険協会＝生命保険協会、2008年）

大塚 [1990]：大塚英明「保険契約における危険状態の免責と危険の増加」長濱洋一ほか（編）『現代保険法海商法の諸相』（成文堂、1990年）483

頁以下

- 大森 [1941] : 大森忠夫『仏蘭西商法〔I〕 保険契約法』(有斐閣、1941年)
- 加瀬 [1983] : 加瀬幸喜「フランス法における保険金支払い免脱事由の立証責任—破毀院1980年10月判決を機縁として—」判タ507号 (1983年) 206頁以下
- 加瀬 [1992] : 加瀬幸喜「フランス法における被保険者の失権について」大東法学2巻1=2 (1992年) 51頁以下
- 小町谷 [1952] : 小町谷操三「生命保険契約における不可争約款について」大隅健一郎(編)『竹田先生古稀記念 商法の諸問題』(有斐閣、1952年) 373頁以下
- 笹本 [1994] : 笹本幸祐「フランスの人保険における他保険契約の告知・通知義務」文研論集108号 (1994年) 103頁以下
- 笹本 [2006] : 日本損害保険協会=生命保険協会『ドイツ、フランス、イタリア、スイス保険契約法集』(日本損害保険協会=生命保険協会、2006年) [笹本幸祐：フランス]
- 笹本 [2011] : 笹本幸祐「フランス保険法の現状分析」保雑615号 (2011年) 167頁以下
- 柴崎 [2017] : 柴崎暁「借主保険の期中解約とHAMON法の適用—破毀院第1民事部判決2016年3月9日<フランス企業判例研究>—」比較法学51巻2号 (2017年) 343頁以下
- 洲崎 [2009] : 洲崎博史「保険契約の解除に関する一考察」法学論叢164巻1=6号 (2009年) 219頁以下
- 鈴木 [1969] : 鈴木辰紀「フランスの告知義務制度について」同『火災保険研究』(成文堂、1969年) 173頁以下
- 鈴木 [1977] : 鈴木辰紀「損害保険契約における『失権』について」同『損害保険研究』(成文堂、1977年) 213頁以下
- 生命保険文化研究所 [1999] : 生命保険文化研究所『生命保険用語仏和辞典(99改訂版)』(生命保険文化研究所、1999年)
- 瀧 [2015] : 瀧久範「ヨーロッパ契約法原則及び共通参照枠草案(ヨーロッパ不当利得法原則)における不法原因給付規定」香川法学35巻1=2号 (2015年) 109頁以下
- 竹瀆 [1987] : 竹瀆修「被保険者の道德危険と危険の増加」近法35巻3=4号 (1987年) 85頁以下
- 中村ほか [2012] : 中村絃一ほか(監訳)『フランス法律用語辞典』(三省堂、第3版、2012年)
- 萩本 [2009] : 萩本修(編著)『一問一答 保険法』(商事法務、2009年)
- 潘 [2006] : 日本損害保険協会=生命保険協会『ドイツ、フランス、イタリア、スイス保険契約法集』(日本損害保険協会=生命保険協会、2006年) [潘阿憲：スイス]

- 潘 [2017] : 潘阿憲「ドイツ保険契約法上のプロ・ラタ主義と告知義務違反」
 保雑637号 (2017年) 53頁以下
- 松田 [2013a] : 松田真治「フランス保険法における *faute dolosive* (1)」関
 法63巻1号 (2013年) 153頁以下
- 松田 [2013b] : 松田真治「フランス保険法における *faute dolosive* (2・完)」
 関法63巻2号 (2013年) 98頁以下
- 松田 [2014a] : 松田真治「フランス保険法における保険事故招致に関する故
 意の拡張論」生保論集186号 (2014年) 179頁以下
- 松田 [2014b] : 松田真治「法人契約における保険事故招致免責」生保論集
 189号 (2014年) 127頁以下
- 松田 [2015] : 松田真治「保険金詐欺請求への法的制裁」生保論集193号
 (2015年) 225頁以下
- 宮島 [2019] : 宮島司 (編著)『逐条解説保険法』(弘文堂、2019年)
- 三宅 [2022] : 三宅新「重大事由解除は解約要件と免責要件を分離すべきで
 ある—危険増加法理の検討に基づく解釈論—」生保論集220号 (2022年)
 133頁
- 山下 [2007] : 山下友信「告知義務・通知義務に関する立法論的課題の検討」
 江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論 (下巻)』(商事法務、2007年)
 383頁以下
- 山下 [2022] : 山下友信『保険法 (下)』(有斐閣、2022年)
- 山野 [2007] : 山野嘉朗『保険契約と消費者保護の法理』(成文堂、2007年)
- 山野 [2011] : 山野嘉朗「憲法的価値理念と保険関連法規—フランスにおけ
 る QPC (合憲性に関する優先問題) 判例および男女別両立制度に関す
 る EU 司法裁判所2011年3月1日判決を中心に—」生保論集177号 (2011
 年) 1頁
- 山野 [2015] : 山野嘉朗「フランス保険契約法をめぐる近時の諸問題」生保
 論集190号 (2015年) 1頁
- 山野 [2017] : 山野嘉朗「フランス・ベルギー保険契約法—憲法規範・条約
 規範の影響—」保雑637号 (2017) 83頁
- 山野 [2019] : 山野嘉朗「保険事故内容の不実申告と制裁—フランスの最新
 判例を機縁とする比較法的考察—」損保研究81巻2号 (2019年) 1頁
- 山野 [2020] : 山野嘉朗「保険契約の免責条項と法規制—近時のフランス判
 例の分析を中心に—」生保論集210号 (2020年) 1頁以下
- ABRAVANEL-JOLLY [2020] : ABRAVANEL-JOLLY (S.), *Droit des
 assurance*, Ellipses, 3^e éd., 2020
- AYNÈS [2004] : AYNÈS (L.), « Motivation et justification », RDC 2004, n°
 RDCO2004-2-067, p.555.
- BEIGNIER et BEN HADJ YAHIA [2021] : BEIGNIER (B.) et BEN HADJ
 YAHIA (S.), *Droit des assurances*, LGDJ, 4^e éd., 2021

- BIGOT [2014] : BIGOT (J.), *Traité de droit des assurances*, t.3, *Le contrat d'assurance*, sous la direction de BIGOT (J.), LDGJ, 2^e éd., 2014
- KULLMANN [2014] : KULLMANN (J.), *Traité de droit des assurances*, t.3, *Le contrat d'assurance*, sous la direction de BIGOT (J.), LDGJ, 2^e éd., 2014
- CHAGNY et PERDRIX [2018] : CHAGNY (M.) et PERDRIX (L.), *Droit des assurances*, LGDJ, 4^e éd., 2018
- CHAPUISAT [1974] : CHAPUISAT (F.), « La renonciation de l'assureur dans le cadre de la loi de 1930 », *RGAT* 1974, p.443
- CHAPUISAT [1993] : CHAPUISAT (F.), « La renonciation de l'assureur aux prérogatives du Code des assurances », *RGAT* 1993, p.483
- CORNU [2020] : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020
- LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] : LAMBERT-FAIVRE (Y.) et LEVENEUR (L.), *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e éd., 2017
- LEDUC [2008] : LEDUC (F.), *Traité du contrat d'assurance terrestre*, sous la direction de GROUDEL (H.), Litec, 2008
- LEDUC [2010] : LEDUC (F.), « La clause de résiliation après sinistre en péril ? », *RCA* n° 1, janv. 2010, étude 1.
- LEDUC [2014] : LEDUC (F.), « La loi Hamon et la résiliation du contrat d'assurance après sinistre : l'affrontement de deux logiques », *RDC*, décembre 2014, 111c7, p.676
- PIMBERT [2019] : PIMBERT (A.), « Renonciation à la nullité du contrat d'assurance pour fausse déclaration intentionnelle du risque : tout est affaire de circonstances... », *RGDA* 2019 nov., 116x2, p.22

- (1) 宮島 [2019] 406頁 [岩井勝弘]。ドイツ法は本稿の直接の対象ではないが、仏独の比較という観点からは、確認しておいた方がよいかもしれない。VVG19条2項・3項は、告知義務違反が「故意又は重大な過失」によるか否かで規律を分けており、「故意又は重大な過失」による告知義務違反の効果は、解除であるが、そうでない告知義務違反の場合、解除権は排除され、保険者には解約権が与えられるとしている（新井＝金岡 [2008] 13頁 [金岡京子] 参照）。VVG19条2項の解除権は、Das Rücktrittesrecht であって、同条3項の解約権は Das Kündigungsrecht である。仮に用語によって、将来効・遡及効の区別がなさているのであれば、日本法のように解除の効力を将来効と定める必要性はない（この点は、フランスでもそうである）。仮に VVG19条2項が遡及効を有する解除であるならば、フランスの L.113-8条のいう契約無効と同じような規律であり、解除に伴う免責を改めて規定する必要はない。

- (2) 宮島 [2019] 407頁 [岩井]。なお、保険法59条及び88条については、

- 31条の解説を参照することとされているため、記述がない(宮島 [2019] 796頁・970頁〔岩井〕)。
- (3) 1930年法は、被保険者の故意による損害については、「反対の約定あるときと雖も (nonobstant toute convention contraire)」という文言(訳文については、大森 [1941] 40頁参照)があったが、現在のL.113-1条には存在しない。この文言が不要なものとされ、1981年に削除されたことについては、山野 [2007] 68頁参照。
- (4) CORNU [2020] p.907によれば、résiliation とは、「Résolution non rétroactive」(遡及的でない解除)である。
- (5) 笹本 [2006] II -13頁のL.113-3条における保険料不払についての解説で、「resilier は、遡及効ではなく将来効をともなう解除であるため、本法典の翻訳に関しては、すべて『解約』の語を用いた」と指摘されている。本稿もこれに従う。
- (6) BIGOT [2014] n° 1130,p.531は、契約の解約 (résiliation) が将来に向かっての契約終了をもたらすものであり、取消し (annulation) とは異なることを述べているが、そこでいう取消しについては、L.113-8条が引用されている。
- (7) ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 328,p.132.
- (8) 加瀬 [1983] 207頁以下。
- (9) なお、宮島 [2019] 407頁〔岩井〕が訳文を引用する笹本 [2006] II -11頁は、「faute intentionnelle ou dolosive」を「故意的もしくは詐欺的行為失態」と訳出しているが、「dolosive」を「詐欺的」と訳出することは、現在では支持されていないように思われる(松田 [2013b] 132頁以下、山野 [2020] 4頁以下)。
- (10) 岩井は、免責についてはL.113-1条2項があるということのみを示したかっただけかもしれない(解除に伴う免責の規定であるとはまでは言っていない)。本稿で確認しておきたいのは、故意の事故招致が問題となるような場合は別として、L.113-1条2項が解除の場面で適用されることはなく、別の次元の規定であるということである。
- (11) 宮島 [2019] 466頁〔李鳴〕。なお、保険法4条及び66条については、37条の解説を参照することとされているため記述はない(宮島 [2019] 48頁、863頁〔李〕)。
- (12) 宮島 [2019] 744頁〔李〕。なお、保険法28条及び84条については、55条の解説を参照することとされているため記述はない(宮島 [2019] 353頁〔肥塚肇雄〕、951頁〔李〕)。
- (13) 宮島 [2019] 745頁〔李〕。李は「過失または重過失」と述べるが、「故意または重過失」であるように思われる(以下同じ)。なお、スイス法は主観的要件を不問としているような整理であるが、告知義務者が「知りもしくは知ることができた、……危険事実を不実に告知し、または黙秘した

場合」(潘 [2006] IV - 2 頁)の「不実に告知」と「黙秘」というのは故意・重過失を前提とした表現のようにも思える(他方で、主観的要素を不問とするという考え方もあり得なくはない)。しかし、この点については、本稿では検討することはできない。

- (14) 宮島 [2019] 745頁 [李]。
- (15) 宮島 [2019] 745頁 [李]。
- (16) 告知の対象となる事情には、客観的事情 (les circonstances objectives) と主観的事情 (les circonstances subjectives) とがある (LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 363,p.283)。このことは、とくに道德危険の問題と関連して、すでに先行研究で紹介されていることである (竹濱 [1987]・笹本 [1994])。
- (17) 訳文は、笹本 [2006] II -11頁に依った。
- (18) 義務者である « assuré » の意味は、悩ましい。笹本 [2006] II -11頁は、「保険契約者・被保険者」としており、李はこれを前提に告知義務者をそのように解したようである。笹本 [1994] 115頁は、Lambert-Faivre (1992年に出版された8版) の記述を参照し、本来は被保険者が主として告知義務を負うと考えるべきと述べる。LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 1030,p.783でも、他人の生命の保険の場合は、「souscripteur」ではなく、「assuré」自身が義務者であるとしている。
- 山野 [2007] 134頁では、保険契約者としている。この点、CHAGNY et PERDRIX [2018] p.142は、L.113-2条1項2号・3号の義務者を « souscripteur » (保険契約者) と捉えているようである。しかし、他方で、3号については、「assuré」が新事情を知ったときから15日以内に通知する義務があることを述べている (CHAGNY et PERDRIX [2018] n° 248,p.144)。保険契約者が被保険者でない場合、被保険者が知った事情を保険契約者が通知する義務を負うという理解となろうか (つまり、いずれにせよ義務者は保険契約者の資格を有する者ということになる)。山野 [2015] 14頁は、「あえて『保険契約者』という訳語に統一する」としているが、筆者も差し当たりこれに依拠し、保険契約者としている。
- (19) L.112-3条4項は、「契約の締結前に、保険者が保険契約者・被保険者に書面、とりわけ告知書により、またはその他の方法により質問する場合、保険者は一般的な文言で表現された質問が不正確な回答しか得られなかったという事実を援用してはならない。」(笹本 [2006] II - 9 頁) と定める (援用してはならないというより、援用することができないの方が原語に忠実であろう)。
- (20) これらの規定は、当事者の合意により変更することができない (L.111-2条)。この点を解説するものとして、例えば、KULLMANN [2014] n° 1348,p.649がある。
- (21) 訳文は、笹本 [2006] II -14頁に依った。

- (22) 本稿の主たる目的とは直接関係がないが、告知書の記載と告知義務違反に関連する破毀院混合部2014年2月7日判決 (Cass.ch.mixte,7 févr.2014,n° 12-85107) が注目される (この判決に触れるものとして、LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 380,p.293,ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 312,p.121,BEIGNIER et BEN HADJ YAHIA [2021] n° 183,p.188がある。)。この判決については、すでに山野 [2015] 15頁以下で紹介・検討がなされている。
- (23) これらの3要件は、保険者が立証する必要がある (ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 317,p.124)。故意 (悪意) の立証の文脈で、善意は推定され (民法典2274条)、単なる不実告知が保険者を騙す意図の自動的な証拠となるわけではないと説明される (LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 328,p.292, CHAGNY et PERDRIX [2018] n° 254,p.147)。「善意は常に推定され、悪意を主張する者がそれを立証する」と定める民法典2274条は、不動産の取得時効に関する部分に定められているものである。場面が異なり、同条が一般原則なのかは不明である。
- (24) ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 317,p.124. CHAGNY et PERDRIX [2018] n° 254,p.147は、「保険者に対して情報を隠す (dissimuler) 意図」と表現する。
- (25) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 381,p.295.
- (26) 訳文は、笹本 [2006] II -14頁に依った。なお、この規定は、生命保険契約には適用されない (同3項)。
- (27) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 382,p.295. 他方で、保険法由来の特殊制度ということではなく、民法由来の制度であるという理解も示されている。すなわち、BEIGNIER et BEN HADJ YAHIA [2021] n° 214,p.216は、「*nemo auditur propriam turpotudinem allegans*」が作用しているとしている。この法諺は、不当利得返還請求の遮断 (不法原因給付) に関連するフランス古法由来の原則のようである (瀧 [2015] 110頁参照)。ところで、告知義務違反主張と民法上の詐欺主張の関係について、問題が生ずる。L.113-8条は、一般の無効原因を排除していないように読める。L.113-8条ではなく、民法上の詐欺規定による無効主張が認められた場合、同条2項は適用されず、すべて返還の対象となりそうである。この点、Kullmannは、*nemo auditur...* という法諺が適用されない限りは、保険契約の遡及的消滅はすべての給付の返還をもたらすだろうとしている (KULLMANN [2014] n° 1365,p.659)。未だ検討をなしえていないが、詐欺無効を定めていた民法典旧1116条の適用を否定した判決 (Cass.2° civ.,3 juin 2010,n° 09-14876) があるようである (BEIGNIER et BEN HADJ YAHIA [2021] n° 213,p.214を参照。)
- (28) 大森 [1941] 68頁。なお、保険法制定前商法645条2項は、「保険者ハ危険発生ノ後解除ヲ為シタル場合ニ於テモ損害ヲ填補スル責ニ任セス若シ

既ニ保険金額ノ支払ヲ為シタルトキハ其ノ返還ヲ請求スルコトヲ得但保險契約者ニ於テ危険ノ発生カ其告ケ又ハ告ケサリシ事実ニ基ツカサルコトヲ証明シタルトキハ此ノ限ニ在ラス」(下線筆者)と定めていた。

- (29) 訳文は、笹本 [2006] II -14頁に依った。
- (30) L.113-9条 2項については、笹本 [2006] II -15頁参照。
- (31) 訳文は、笹本 [2006] II -15頁に依った。なお、潘 [2017] 54頁は「本来支払うべき保険料に対する割合に応じて保険給付額を削除するという比例減額原則(フランス保険法典 L113-8条・L113-9条)」とするが、厳密には L113-9条 3項の処理である。
- (32) 山下 [2007] 400頁、潘 [2017] 54頁。本条の処理を数式化しているものとして、山下 [2007] 399頁、LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 385,p.297等がある。
- (33) ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 333,p.134, CHAGNY et PERDRIX [2018] n° 258,p.148.
- (34) ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 333,p.134.
- (35) この場合、解約前に保険事故が発生しているので、当該保険事故は補償されることが前提となる。
- (36) KULLMANN [2014] n° 1356,p.653.
- (37) KULLMANN [2014] n° 1356,p.653が引用する Cass.civ.1^{re}, 9 févr.1948, RGAT 1948,p.23. なお、Kullmann は、比例減額支払の条項を L.113-9条 2項と表現し (KULLMANN [2014] n° 1356,p.653)、解約・新保険料提示権の条項を L.113-9条 1項と表現しているようであり (KULLMANN [2014] n° 1363,p.658)、注意を要する。
- (38) KULLMANN [2014] n° 1356,p.653.
- (39) KULLMANN [2014] n° 1363,p.658. 他方、LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 385,p.298は、「すべての保険事故の前に告知義務違反が判明するときに解約を選択し得る保険者は、保険事故後にそれが判明するときであればなおさら、解約をなしうる。たとえば、保険法典 R.113-10条に基づく保険事故後の解約条項を保険契約が明白に含んでいなくてもである。」としている。R.113-10条が保険事故後の解約について保険契約に定めることを条件に認めていることからすれば、条項がないのに解釈で解約権を認めてよいのかは疑問が残る。
- (40) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 385,p.297. この両条文の主張関係については、KULLMANN [2014] n° 1352,p.651 や BEIGNIER et BEN HADJ YAHIA [2021] n° 222,p.222等でも触れられている。
- (41) 訳文は、笹本 [2006] II -75頁に依った。しかし、この訳文にはやや疑問がある。原文は、次のものであった。

« Il n'y a pas lieu à résiliation ni à réduction par application de l'article

L. 113-9 si le risque omis ou dénaturé était connu de l'assureur ou s'il ne modifie pas l'étendue de ses obligations ou s'il est demeuré sans incidence sur la réalisation du sinistre. »

まず、「L.113-9条の適用による解約及び減額はできない」という訳文の方が内容的にも合致する。次にどのような場合についてなのかであるが、「不告知または不実告知がなされた危険が保険者に知られていたとき、当該危険が保険者の義務の範囲を変更しないとき、または、当該危険が保険事故の実現に影響を及ぼさないままであるとき」ではないだろうか。筆者は、「il」は「le risque」を指すと考えているが、笹本 [2006] は「l'assureur」と捉えているように思われる。したがって、筆者訳としては、「不告知または不実告知がなされた危険が保険者に知られていたとき、当該危険が保険者の義務の範囲を変更しないとき、または、当該危険が保険事故の実現に影響を及ぼさないままであるときは、L.113-9条の適用による解約及び減額はできない。」となる。

- (42) 章のタイトルに「Dispositions particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle en matière d'assurance générale」とあることから明らかであり、笹本 [2006] II -75頁にも「下ライン、上ラインおよびモーゼル県に固有の規定」と記載されている。
- (43) Cons.const.,26 sept.2014,QPC,n° 2014-414,RGDA 2014,p.552,note PELISSIER (A.). この判決に関しては、ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 333,p.134や BEIGNIER et BEN HADJ YAHIA [2021] n° 220,p.221で解説されている。なお、本判決は扱われていないが、保険法と QPC について検討するものとして、山野 [2011]・山野 [2017] がある。
- (44) 宮島 [2019] は、2009年の宮島の講座から出発し、2013年に出版することが決まったようであるから（宮島 [2019] はしがき ii [宮島司]）、執筆段階では同条が削除されていなかったのかもしれない。
- (45) この点につき、大森 [1941] 68頁参照。
- (46) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 393,p.302.
- (47) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 390,p.299.
- (48) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 390,p.299. なお、仲介人と保険総代理人という訳語については、生命保険文化研究所 [1999] 11頁・78頁に依った。
- (49) CHAPUISAT [1974] p.443と CHAPUISAT [1993] p.483は、主に、公序に基づく権利の放棄の可否が論じている（両論文は、扱う問題自体はほぼ同じであるが、1930年法を前提にするか、保険法典を前提にするのかの違いがある。）。その検討範囲は広範であるので、ここでは、L.113-8条の無効主張との関係についてのみ紹介しよう。L.113-8条の制裁は公序に基づくものであるので、無効主張を放棄すること、放棄を認めることがそもそも許されるのかが問題となる。CHAPUISAT [1993] p.487は、事前

の放棄 (renonciation anticipée) と事後の放棄 (renonciation a posteriori) に区別し、前者、すなわちあらかじめ無効主張権を放棄することは公序に反し違法であるが、後者、すなわち無効主張権取得後の放棄は適法であるという考え方を示している。この Chapuisat の論文の主張は、「公序に基づく権利の放棄は、原則として、禁止されていない」(PIMBERT [2019] p.22) と示す際にも用いられている。後述する不可争条項は、事前の放棄である。

- (50) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 392,p.301.
- (51) 後述する危険増加通知義務については、危険増加通知後の保険料継続受領と保険事故発生後の保険金支払が保険者の主張を制限するものとなることが明文で記載されている (L.113-4条3項)。
- (52) 同条は、「保険契約者・被保険者に対して訴訟する保険者は、訴訟を提起したときに保険契約者・被保険者が認識していたすべての抗弁を放棄するものとみなされる」と定める。訳文は、基本的には、笹本 [2006] II-17に依ったが、修正を加えている。先行訳例は、「tout les exceptions」を「すべての免責事由」としていたが、免責事由と訳すと、除外や失権のような印象を与えるので、筆者は、「抗弁」と訳した方が妥当であると考えた (訳例として、中村ほか [2012] 191頁)。LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 744,p.533は、「抗弁 (exceptions)」という用語は、保険法上、補償をしないため、または、補償を限定するために、保険者が援用するすべての主張を意味するとしている。
- (53) Cass.1^{re} civ.,12 mars 1985, RGAT 1985,p.538,note CHAPUISAT (F.).Chapuisat は、本判決の解説において、放棄は明白な意思を示す事実からのみ推論されるところ、本件のように保険者が明白に権利を留保した場合というのは、これに当たらないとしている (Ibid.)。
- (54) Cass.1^{re} civ.,17 juillet 2001, RGDA 2001,p.954,note MAYAUX (L.).Mayaux は、その解説において、「解約することは、取消 (l'annulation) 主張を放棄することを意味しない。なぜなら、取消しは、解約前期間については利益を示し続けるからである」と述べる (Cass.1^{re} civ.,17 juillet 2001, RGDA 2001,p.956,note MAYAUX (L.))。
- (55) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 1031,p.786. この点については、すでに山野 [2007] 140頁が紹介している。なお、LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 392,p.301は、不可争条項 (clause d'incontestabilité) と期限付不可争条項 (clause d'incontestabilité différée) と表現している。ところで、LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 1031,p.786では、「アメリカの例に続いて」と述べられているから、仏米とは連続性がある議論なのかもしれない。仏米における告知義務違反の不可争条項については、例えば、小町谷 [1952] 378頁がある。
- (56) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 1031,p.787.

- (57) L.113-8条が「取消 (annulation)」と表現されることからすれば(注6参照)、李の整理だとイタリア法と同じ効果なのかもしれない。
- (58) 宮島 [2019] 745頁 [李]。
- (59) 宮島 [2019] 385頁 [岩井]。そこでは、保険法典 L.113-4条1項～3項が示されている。
- (60) 宮島 [2019] 751頁 [岩井]。そこでは、保険法典 L.113-4条6項が示されている。
- (61) 宮島 [2019] 955頁 [岩井]。そこでは、保険法典 L.113-4条6項が示されている。
- (62) L.113-4条の適用範囲については条文のとおりであるので、差し当たり検証から除外する。
- (63) 大森 [1941] 57頁は、この義務違反については規定がないが、告知義務違反の効果に関する21条・22条を適用して解決すべきであると学説判例は一致していると述べていた。
- (64) 竹瀆 [1987] 109頁。なお、竹瀆 [1987] は、その後、三宅 [2022] 140頁等において取り上げられている。
- (65) 大塚 [1990] 483頁以下。本稿との関係では、とりわけ、同485頁以下のフランス法制の概観を参照。
- (66) Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989.
- (67) 旧 L.113-4条は、被保険者の行為による危険増加(1項)とそれ以外の危険増加(2項)に区別して告知義務を定め、いずれの場合にも、保険者に解除権・新保険料提示権を認めていた(3項前段)。保険契約者が新保険料を承諾しない場合には、契約は解除され、1項の場合については保険者に損害賠償請求権が認められていた(3項後段)。最後に、保険者が危険増加を主張し得なくなる場合を規定している(4項)。当時の訳文として、大塚 [1990] 487頁を参照。
- (68) 訳文は、笹本 [2006] II -12頁に依った。
- (69) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 371,372 et 373,p.287 et 288.
- (70) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 371,p.287.
- (71) 訳文は、笹本 [2006] II -13頁に依った。
- (72) 訳文は、笹本 [2006] II -13頁に依った。
- (73) ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 118,p.119.
- (74) 訳文は、笹本 [2006] II -13頁に依った。
- (75) 故意でない危険増加通知義務違反の場合、それが保険事故発生前に証明された場合には、保険者は割増保険料による保険契約継続か解約かという選択肢が認められているが(L.113-9条2項)、これは、L.113-4条の結論と同じである。しかし、L.113-4条は、保険者への返答期間として30日あることと保険契約者の不対応・新保険料拒絶の場合の解約方法についての定

- めがある点で、微妙に異なっている (KULLMANN [2014] n° 1355,p.653)。
- (76) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 381,p.295,ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 326,p.130. 竹瀨 [1987] 108-109頁は、Picard et Besson と Lambert-Faivre を参照し、「制裁は、保険契約者が非難される故意の違反を犯した時から無効の効果が生じるにすぎない。その日までは契約は有効であり、その違反行為の時以後その効力を失う。保険者は悪意の加重不通知または虚偽通知の後の保険事故に対して支払われた保険金のみを返還請求の対象とすることができる。」とし、「契約の無効は保険契約者が不正行為をしたときから生じ、遡及効を持たないと解釈されている。この点は我が国の商法656条の危険増加失効規定の法律効果とほぼ同じである。」(同109頁) と述べる。
- (77) ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 328,p.132. 同書が脚注で参照を指示する LEDUC [2008] n° 787,p.457は、「無効 (nullité)」という用語はむしろ契約の遡及的消滅である解除 (résolution) を意味するが、危険増加の場面でそのように解し、以前に生じた保険事故についての給付の返還は求められる一方で、保険料は L.113-8条により保険者に帰属させるとするのは、保険契約者に対して過度に厳しい制裁であるなどとして、文言に関わらず、解約 (résiliation) と解すべきとしている。
- (78) 訳文は、笹本 [2006] II -12頁に依った。なお、同訳では、L.113-2条4項であるが、LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 386,p.298は、「*l'art.L.113-2,al.9*」としている。ただ、後者の数え方は、号も1段落と捉えて計算している点に注意を要する(段落を項・号という日本法に合わせたことによる一種の弊害であり、笹本 [2006] が間違っているわけではなく、仏語文献を読む際には、原語の法文の確認を行うべしという一つの教訓であるにすぎない。)
- (79) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 387,p.298.
- (80) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 388,p.299.
- (81) 笹本 [2006] II -83頁参照。この保険事故後の解約権が、2009年に新設された、非事業者または消費者に同一の権利を認めることなく、事業者による自由な裁量による契約解約権を認める条項を濫用的なものとみなす消費法典 R.132-1条 (8号) に抵触するののかという問題があるが、本稿では扱わない。この点に関する論文として、LEDOC [2010] がある。
- (82) ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 514,p.214.
- (83) Ibid.
- (84) ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 513,p.214.
- (85) Hamon 法に関しては、柴崎 [2017] 343頁がある。
- (86) 筆者の試訳である。原文の « doit être motivée » をここでは、「正当化しなければならない」ではなく「理由を提示しなければならない」にしている。筆者がこのような訳語を選択した理由を述べておくと、Laurent

Aynés が保険法の文脈ではないが、「motiver」と「justifier」は厳密には異なると述べていることに由来する (AYNÈS [2004] p.555)。曰く、行為とその原因の関係についての判断 (法や正義等に適合するかどうかの判断) がなされるのが、justification であり、そのような判断は motivation ではなされず、単に決定の原因を伝える (communiquer) だけであるとされる (Ibid.)。もっとも、BEIGNIER et BEN HADJ YAHIA [2021] n° 316,p.302は、「justifier」という単語で言い換えており、「正当化義務」という訳語でもよいのかもしれない。この義務の使われ方によっては、一例えば、裁判所に解約権濫用と評価されないための理由提示、すなわち、解約の正当化であると捉えれば一、正当化義務という訳語の方が実態に合うようにも思われる。

なお、山野 [2015] 29頁は、「保険者の究極的な選択として、1年の契約期間満了時に不誠実な契約者との契約を解約する方法が考えられよう。ただし、保険法典 L.113-12-1条では、保険者による一方的な解約権の行使には然るべき理由が必要とされている」と述べる。何でもよいので解約理由を示せという条文ではないので、ここでいう「然るべき理由」というのは、筆者の理解と異ならないと思われる。

- (87) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 284,p.235は、この自然人は「厳格な意味での消費者」であるとしている。
- (88) LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR [2017] n° 284,p.235の指摘であるが、L.113-12-1条による解約理由提示が実際にどのように行われるのか、それが被保険者にとってどのように新契約探しの障害となるのかを調査しないと、この指摘内容を明瞭に理解することにはならないように思われる。
- (89) LEDUC [2014] n° 3,p.677.
- (90) 笹本 [2011] 170頁参照。
- (91) 以上のLeducの解釈論につき、LEDOC [2014] n° 3,p.677参照。
- (92) LEDUC [2014] n° 4,p.677.
- (93) LEDUC [2014] n° 4,p.678.
- (94) ABRAVANEL-JOLLY [2020] n° 511,p.214.
- (95) 山下 [2022] 445頁以下を参照。萩本 [2009] 91頁は、「保険法は、引受範囲外の危険増加の場合に保険者の解除に制限を設けていないのみであって、保険者にこのような場合における法定の解除権を付与しているわけではないので、保険者が引受範囲外の危険増加を理由に保険契約を解除するには、その旨を約款において規定しておく必要があります。また、その解除の効力は将来に向かってのみ生ずるので……、危険増加時以降に発生した保険事故等について保険者が免責されるためには、その旨の約款の規定が必要です」と述べる。
- (96) 日本法が保険者による解除権行使を制限するのは、「将来のリスクに備えて保険に加入した保険契約者の利益が、保険者の恣意的判断によって

奪われるのを防止するためであり、消費者たる保険契約者を保護しようとする保険法の基本姿勢を示す一例とってよい」(洲崎 [2009] 219頁) とされる。

- (97) もっとも、実務上の慣行をルール化(保険業法だろうか。)することに反対するわけではない。
- (98) 年次解約権という訳語は、柴崎 [2017] 345頁に依った。
- (99) 笹本 [2006] II -15頁に翻訳があるが、2017年と2019年に改正があり、読む際には注意を要する。
- (100) 山野 [2015] 29頁が指摘していることはこのことであろう。
- (101) 三宅 [2022] は、日本法の解釈論として、重大事由解除における解約要件と免責要件を分離する試みを行っている。同181頁は、「免責要件を厳格にする反面、解約要件はむしろ緩やかにしても差支えないのである」と述べるが、フランス法はまさにそのような制度設計になっているのではないかと思われる。

電子マネーの第三者による 無権限利用における保有者の保護

——フランス通貨金融法典を参考に——

深 川 裕 佳

目次

- I. はじめに
- II. 前払式支払手段の無権限利用に関するわが国の議論状況
 1. 金融審議会における議論
 2. 自主規制団体等の作成によるガイドライン
 3. 前払式支払手段発行者による無権限利用の補償等の対応方針（補償方針）
- III. フランスにおける電子マネーの無権限利用に対する保有者の保護
 1. 定義及び法的性質
 2. 通貨金融法典（CMF）における電子マネーに適用される規定
 3. 発行者と保有者の義務
 4. 無権限利用における発行者と保有者の損失分配
 5. 少額電子マネーの特則
- IV. 検討——フランスの立法から得られる示唆
 1. 日本法における電子マネーとフランスにおける電子マネーの比較
 2. 横断的な規制の必要性
 3. 無権限利用における発行者と保有者の損失分担
 4. 少額電子マネーの特則
- V. おわりに

I. はじめに

本稿は、電子マネー⁽¹⁾をその保有者以外の第三者（無権限者）が不正に使用した場合（以下「無権限利用」という。）に、その保有者がどのような保護を受けることができるかという問題を検討する。

近年、電子マネーの形態は多様化しており、これを利用金額等の記載・記録される場所によって分類すれば、①商品券のように、金額が券面に記載されるもの（紙型）、②テレホンカードのように、金額がカードの磁気ストライプに記録されるもの（磁気型）、③交通系 IC カードのように、金額がカードや携帯電話等に内蔵の IC チップに記録されるもの（IC 型）、及び④インターネット上で利用できる電子マネーや QR コード決済、スマートフォンのアプリを利用するモバイル決済のように、金額が発行者のサーバ上で記録されるもの（サーバ型）に分けられる⁽²⁾。このうち、支払手段の電子化という側面から、電子マネーとして扱うことができるのは、①を除くものと考えられ⁽³⁾、本稿は、これらを検討の対象にする。

いずれの形態であっても、前払式支払手段は、「記載・記録された金額に応ずる対価を得て発行される」（資金決済法3条1項）ものであるから、たとえ無権限利用があったとしても、電子マネーの保有者は、その対価（前払額）以上の損失を被ることがないようにもみえ、かつ一般に前払式支払手段は比較的少額であるから、同様にキャッシュレス支払手段であるクレジットカードと比べて利用者が安心感を抱きやすい。このことは紙型の前払式支払手段のように使い切りのものにはあてはまる。

しかし、電子マネーについては、その形態が多様化していることによって危険性が増している。たとえば、電子マネーを銀行口座やクレジットカード等と連携する（紐づける）ことによって、一定の条件を満たした場合には、電子マネーの購入（以下「チャージ」という。）が自動で行われる（以下「オート・チャージ」という。）ものについては、無権限

利用の被害は小さいとは言えない。実際に、東京高判平成29・1・18判時2356号121頁は、プリペイド型電子マネーを登録したスマートフォンによる当該電子マネーの無権限利用によって、291万円余りの損失を被った保有者が当該電子マネー発行者に対して損害賠償を求めた事案について、当該発行者には注意義務⁽⁴⁾に違反した不法行為責任があるとした。この事案において、損害が大きくなったのは、前払いである電子マネーのオート・チャージを通じて、後払いであるクレジットカードが無権限利用されたためである⁽⁵⁾。また、不正に入手した預金者の口座情報等をもとに、第三者が、その預金者の名義で電子マネー・アカウント（口座）を開設して、当該アカウントと銀行口座を連携してチャージすることで、銀行口座からの不正な出金が行われた事件⁽⁶⁾も耳目を集めた。さらに、クレジットカードの国際ブランドの提供するプリペイドカードのように、数十万円以上の高額なチャージをすることもできるようなものもある。このように、電子マネーは、前払式支払手段の中でも、無権限利用による損害が大きくなる可能性があるものと考えられ、保有者（本稿では、消費者を想定する⁽⁷⁾。）の適切な保護を検討することが必要になっているものと考えられる。

そこで、本稿では、以下において、まず、議論の前提として、わが国における電子マネーの無権限利用に関する議論状況を確認したうえで（後述Ⅱ）、フランスにおける立法を参考にして（後述Ⅲ）、無権限利用があった場合における発行者と保有者の間の損失分配に関する望ましいルールの有在り方について考察する（後述Ⅳ）。

Ⅱ. 前払式支払手段の無権限利用に関するわが国の議論状況

1. 金融審議会における議論

近年、金融審議会「金融制度スタディ・グループ」によって、発行者以外の者に対する弁済に利用できる「『第三者型』かつ、『IC型』や『サーバ型』の前払式支払手段については、送金サービスに類似した性質を有している／有しつつある」⁽⁸⁾ことが指摘され、「送金サービス」

については、「①利用者トラブルがどの程度発生しているのか、②利用者トラブルが発生した場合に事業者において利用者保護のための自主的な対応がなされているのか、などの実態も踏まえた上で、いわゆる無権限取引が行われた場合の責任分担等に関するルールについて検討することが適当である」⁽⁹⁾とされている。

これに対して公表された日弁連の意見書は、「資金移動、収納代行、前払式支払手段及びデビットカード等について、第三者による無権限取引が行われた場合の責任分担に関し、利用者が責任を負わないことを原則としつつ、過失のある利用者の責任を一定額に限定するルールを横断的に設けるべきである。なお、利用者の過失の立証責任は事業者に課すべき」であるとしている⁽¹⁰⁾。

その後、金融審議会「決済法制及び金融サービス仲介法制に関するワーキング・グループ報告書」(2019年12月20日)(以下「金融審議会2019報告書」という。)は、「不正利用の態様や各事業者のビジネスモデルが多様な中で、統一的なルールの整備を直ちに実現するには課題があることや、利用者保護の観点から望ましい補償ルールの整備も進みつつある現状を踏まえれば、当面は、事業者による自主的な対応を促していくことが適当と考えられる」とし、「そのための制度上の対応として、利用者に対する情報提供事項に『無権限取引が行われた場合の対応方針』を追加することが考えられる」とする⁽¹¹⁾。ただし、同報告書には、「事業者・利用者双方が無権限取引を防止するインセンティブを持つこととなるような、統一的なルールの整備をしていくことも考えられるとの意見」があったとされている⁽¹²⁾。

この報告書を受けて、前払式支払手段に関する内閣府令23条の2第3項は、前払式支払手段発行者に対して、「前払式支払手段の発行の業務に関し利用者の意思に反して権限を有しない者の指図が行われたことにより発生した利用者の損失の補償その他の対応に関する方針」(以下「補償方針」という。)に関する情報を利用者に提供する義務を課した。これに基づいて、金融庁事務ガイドライン「第三分冊：金融会社関

係・5前払式支払手段発行者関係」Ⅱ-2-9-1②には、前払式支払手段発行者の監督上の評価項目として、「補償方針の項目」について、「イ. 前払式支払手段の発行の業務の内容に応じて、損失が発生するおそれのある具体的な場面毎の被害者に対する損失の補償の有無、内容及び補償に要件がある場合にはその内容」、「ロ. 補償手続の内容」、「ハ. 連携サービスを提供する場合にあっては前払式支払手段発行者と連携先の補償の分担に関する事項（被害者に対する補償の実施者を含む。）」、「ニ. 補償に関する相談窓口及びその連絡先」、「ホ. 不正取引の公表基準」が挙げられている。

2. 自主規制団体等の作成によるガイドライン

このようにして、「統一的なルールの整備」は見送られ、前払式支払手段の無権限利用が行われた場合には、事業者による自主的な対応にゆだねられることになった。そこで、以下においては、自主規制団体等の作成によるガイドラインを確認することにする。

まず、前払式支払手段の無権限利用に関するガイドラインとしては、経済産業省「キャッシュレス・ビジョン」の提言を踏まえて設立された一般社団法人・キャッシュレス推進協議会が策定した「コード決済における不正な銀行口座紐づけの防止対策に関するガイドライン」及び「コード決済における不正流出したクレジットカード番号等の不正利用防止対策に関するガイドライン」がある。これらは、事業者向けに、コード決済における銀行口座紐づけに関する不正利用対策およびクレジットカード番号等の不正利用対策を検討するものであるが、無権限利用における保有者の保護については検討されていない。

つぎに、認定資金決済事業者協会（資金決済法87条）である⁽¹³⁾一般社団法人・日本資金決済業協会によって公表された①「銀行口座との連携における不正防止に関するガイドライン（前払式支払手段）」（2021年1月28日制定）（以下「①ガイドライン」という。）及び②「前払式支払手段の不正利用防止に関するガイドライン」（2021年6月25日制定）（以下「②ガイドライン」という。）は、以下のように、補償について定めている。

前者①ガイドラインは、前払式支払手段について、銀行口座と連携する場合には、第三者が不正に入手した口座情報等によって、口座振替サービスの方法を利用して金融機関の口座からチャージするような例を想定して（銀行口座なりすまし型）、前払式支払手段発行者が不正防止のために講じるべき措置を示すものである。そこでは、被害者からの補償の求めに対して、前払式支払手段発行者には、提携銀行と連携して、無権限利用された前払式支払手段に応じて策定された補償方針に従って速やかに補償を実施すること、提携銀行との間で、預金者保護を最優先とした補償方針を合意しておくこと（その例として、①被害者の申請窓口、②補償基準・手続、③補償方法（補償の実施者を含む）、④補償範囲、⑤求償関係（損害の分担）が挙げられる。）、銀行・前払式支払手段発行者のどちらに先に申告したかによって差異が生じるのを避けて、全国銀行協会の策定した申し合わせ「預金等の不正な払戻しへの対応について」⁽¹⁴⁾等も参照にしつつ、迅速に対応することが求められている⁽¹⁵⁾。

また、後者②ガイドラインは、前払式支払手段について、第三者が不正に入手したIDやパスワード情報等によって、当該前払式支払手段の無権限利用が生じた場合（決済アカウント乗っ取り型）の補償方針及び被害発生時の相談態勢や対応に関する指針等を示すものである。そこでは、「サービスのリスクに応じて講じるべき措置を検討し、実施」することが求められており、たとえば、補償方針については、被害者が真の所有者であることを合理的に判断することができる前払式支払手段（①発行者が所有者の住所、氏名その他の本人を特定する情報をあらかじめ取得しており、これと補償の求めを行う被害者の情報を照合する方法により、真の所有者と被害者の特定が可能である、又は、②その他の方法により、当該補償の求めを行う被害者が前払式支払手段の真の所有者であることを前払式支払手段発行者が合理的に判断することができるもの）については、被害者からの求めに応じて補償方針に従って、速やかに被害金額の補償を実施する必要があることが指摘されており（もっとも被害者に過失がある場合等には個別の対応を妨げるものではないとも述べられている。）、また前掲・

金融庁事務ガイドラインの項目に沿って補償方針に盛り込むべき事項が指摘されている⁽¹⁶⁾。これらの情報は、無権限利用などの不正取引が発生した場合に損失を被るおそれのある前払式支払手段の利用者以外の者も容易に知りうる状態に置かれることが求められており、たとえば発行者のウェブサイトに掲載することが考えられている⁽¹⁷⁾。また、発行者は、無権限利用に関する問い合わせに対応する窓口を設置してリスクの早期検知、対応等の改善を行う必要があることや、決済アカウント乗っ取り型の無権限利用が発生した場合に備えた態勢の整備をすること等が求められている⁽¹⁸⁾。

3. 前払式支払手段発行者による無権限利用の補償等の対応方針（補償方針）

本稿執筆時（2022年7月12日）に、日本資金決済業協会のホームページ上で「無権限取引により発生した損失の補償等の対応方針」（補償方針）を公表している前払式支払手段発行者は、103社である⁽¹⁹⁾。この中には、一つの発行者が複数の異なる電子マネーを発行していたり、電子マネーだけでなくその他の支払手段（クレジットカードなど）を発行していたり、電子マネーと類似の名称でいわゆるポイントサービスを提供していたり、資金移動サービスを提供していたりと、その実態は複雑である。

電子マネーについて、上記ホームページ上に公表された補償方針の内容によって分類すれば、①発行者が（一切／原則として）責任を負わないとするもの、②停止等の手続きまでになされた使用から生じた損害については責任を負わないとするもの、③一定の要件のもとに補償するものがある。

上記ホームページに公表されているものの多くは、①電子マネーの盗難、紛失、改ざん等によって利用者に生じた損失について、発行者は、その責任を負わない旨を定めている。ここには、商品券や鉄道などの乗車カードなどが含まれており、額面は3万円から5万円までのものが大半を占めている（中には、10万円や50万円のものもある）。また、これらの中には、使い切りのものもあるが、チャージできるものもある。

る。そして、いずれも保有者を特定できる情報の登録のないもの（以下「無記名式」という。）である。

つぎに、上記ホームページに公表されている補償方針には、②利用停止の手続きを定めて、停止等の手続きまでになされた使用については発行者が責任を負わないとするものもあり、額面は、3万円から5万円までのものが大半である。これらは、いずれも保有者を特定できる情報の登録のあるもの（以下「記名式」という。）である。この中には、銀行口座やクレジットカード等を結び付けてチャージまたはオート・チャージの設定をすることができるものもある。前述Ⅱ.2の日本資金決済業協会によって示されている②ガイドラインでは、「補償の求めを行う被害者が前払式支払手段の真の保有者であることを前払式支払手段発行者が合理的に判断することができる前払式支払手段」については、原則として、補償を実施する必要があるとされているものの、ここに分類される電子マネーは、記名式であっても、停止手続きの完了までになされた無権限利用についての補償を予定するものはなく、この際に保有者が負担する金額の上限も設定されていないようである。また、連携サービスを利用する場合について、その不正利用の責任を前払式支払手段発行者が負わない旨を定めるものもある。なお、前掲・東京高判平成29・1・18によって、発行者は、電子マネーの登録された携帯電話の紛失等が生じた場合に、保有者がとるべき措置について適切に約款等で規定し、これを周知する注意義務があると判示されていた⁽²⁰⁾ところ、日本資金決済業協会のホームページ上において補償方針を公表している発行者は、スマートフォン等を利用する場合も含めて、その停止手続きについてインターネット上においてこのような周知をしているようである。

さらに、少数であるが、上記ホームページに公表されている補償方針には、③約款に定められた一定の要件を満たした場合の補償を定めるものがある。ここには、補償基準を明示していないものもあるが、クレジットカードのブランドが付いたプリペイドカードは、クレジッ

トカード規約に類似して、盗難等の届出日から遡って60日以内の損害の補償を定めている。

ここまでに紹介したように、補償方針の内容は、前払式支払手段によってさまざまである。その傾向としては、無記名式電子マネーには、①発行者が責任を負わないとするものが多く、これに対して、記名式電子マネーには、保有者の届け出に基づいて発行者が②利用停止（・再発行）することを予定するものや、③約款に基づく補償を行うとすることがある。しかし、実際には、各発行者の定める電子マネー利用規約等に服することになるので、発行者の対応がさまざまであることは、保有者にとってはわかりにくく、支払手段としての透明性を欠いている。前述Ⅱ.1のとおり、金融審議会2019報告書においては、「利用者保護の観点から望ましい補償ルールの整備も進みつつある現状」では、利用者に対する情報提供事項に「無権限取引が行われた場合の対応方針」（補償方針）を付け加えることによって、「当面は、事業者による自主的な対応を促していくことが適当と考えられる」とされている。確かに、発行者により公表されている補償方針によって、保有者は、無権限利用がなされた場合の発行者の対応を知ることができる。しかし、前述の通り、電子マネーの形態が複雑な現状においては、利用者保護の観点から、補償の有無及び範囲を含めて、無権限利用におけるルールの統一によって、保有者保護の最低限のラインを定めておくことが必要になっているように思われる⁽²¹⁾。

Ⅲ. フランスにおける電子マネーの無権限利用に対する保有者の保護

1. 定義及び法的性質

ここまでに紹介したわが国における状況とは異なって、フランスにおいては、法律（通貨金融法典⁽²²⁾。以下「CMF」という。）によって、無権限利用における損失を保有者が負担すべきか、発行者が負担すべきか、また、いかなる範囲でこれを負担すべきかということが定められ

ている。このような立法的な解決策は、電子マネーの利用における透明性の確保という観点から優れており、わが国にとっても参考になるものと考えられる。そこで、以下においては、CMFにおける電子マネーの無権限利用に関する規定について検討することにする。

電子マネーの法的性質をめぐって、学説は、金銭 (monnaie) であるとする立場⁽²³⁾とこれを否定する立場⁽²⁴⁾とが対立している状況にあるものの、CMFは、電子マネーについて、次のように定義する⁽²⁵⁾。

CMF L. 315-1条 I 電子マネーは、発行者に対する債権を表象する、電磁を含む電子形式で保存される価値であり、L. 133-3条に定義される決済取引 (opérations de paiement) の目的のための資金の預入れに対して発行され、その電子マネー発行者以外の自然人または法人によって受領されるものである。

II 電子マネーの単位は、「価値単位 (unités de valeur)」と称され、それぞれが1つの証券 (titre) に組み込まれた1つの債権を構成する。

同条1項の定義は、欧州電子マネー第1指令 (Directive 2000/46/CE、DME1) 1条3項b) および同第2指令 (Directive 2009/110/CE、DME2) 2条2号を国内法化したものである⁽²⁶⁾。この定義によると、電子マネーには、ICカード型 (電子財布) だけでなく、サーバ型も含まれる⁽²⁷⁾。

なお、マネーロンダリング対策として、CMFの2016年改正 (Loi n° 2016-731) によって、カード型には上限額が定められている (CMF L. 315-9条)⁽²⁸⁾。

2. 通貨金融法典 (CMF) における電子マネーに適用される規定

フランスにおける電子マネーの発行者は、「信用機関」 (CMF L. 511-1条1項) 及び「電子マネー機関」 (CMF L. 526-1条) であり (CMF L. 525-1条及びL. 525-3条)、後者・電子マネー機関が電子マネーの発行・管理を行うには、フランス銀行の意見を聞いたうえで、健全性監督破綻処理機構 (Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution、ACPR) による認可 (agrément) を受ける必要がある (CMF L. 526-7条)⁽²⁹⁾。

電子マネーに適用される規定として、CMFには、発行、流通および払戻しについて電子マネーにのみ適用される①個別規定と、小切手、為替手形及び約束手形以外の「その他の支払手段」に適用される②一般規定とがある。①個別規定の中にある払戻し（CMF L. 133-29条から L. 133-38条）は、保有者の請求に応じて発行者が行わなければならない義務であり、消費者保護の観点から、強行法規である⁽³⁰⁾。また、②一般規定（CMF 第1編第3部第3章）は、「決済サービス提供者」の行う「決済サービス」に適用される（CMF L. 133-1条1項）。決済サービス提供者には、電子マネー機関及び信用機関が含まれており（CMF L. 521-1条1項）、また、決済サービスに含まれるのは、口座引落とし、カードによる決済取引（クレジットカードやデビットカード）、口座振込みの実行などである（CMF L. 314-1条2項）。信用機関および電子マネー機関による電子マネーの単位（前掲CMF L. 315-1条2項）の保有者（弁済者）から受取人（債権者）への移転は、資金移動（*transfert de fonds*）に類似しており、それゆえに、保有者の電子マネー口座（電子マネーカードまたは電子財布）上の貸方・借方記帳は、この一般規定に服する⁽³¹⁾。この一般規定中に、無権限利用（*utilisation non autorisée*）に関連する規定がある。無権限利用の定義規定はないものの、CMFによると、決済取引の実行に対して、保有者と発行者の間で合意された方式に従って、保有者の「同意（*consentement*）」が与えられた場合に、当該決済取引は「承認された（*autorisée*）」ものとなり（同法 L. 133-6条1項1段落）⁽³²⁾、このような保有者の同意を欠くものが無権限利用にあたる（同法 L. 133-7条3段落）。以下では、同規定における「決済サービス提供者」を電子マネーの発行者、「決済サービス利用者」をその保有者として紹介していくことにする。

3. 発行者と保有者の義務

CMFは、電子マネー発行者・保有者間のそれぞれの義務を以下のよう

A 発行者の義務

発行者は、認証のための個別セキュリティ (sécurité personnalisée) のデータ⁽³⁴⁾を保有者以外の他の者にアクセスできるようにしてはならない (CMF L. 133-15条1項1段落)。電子マネー及びこの個別セキュリティのデータの送付に係るリスクは、発行者が引き受ける (同条4項)。

また、後述のとおり、保有者が紛失等による無権限利用があったことを知った場合には、発行者にこのことを遅滞なく通知 (以下「無権限利用の通知」という。) しなければならないが (CMF L. 133-17条1項)、発行者は、保有者が無権限利用の通知をいつでもすることのできる適切な手段を無償で設定しておかなければならない (CMF L. 133-15条2項1段落)。そして、発行者は、電子マネー及びそれに結びつけられたデータについて、紛失、盗難、不正流用、その他の無権限利用があったことを知らされた後には、電子マネーのあらゆる利用を停止しなければならない (同条3項)。なお、無権限利用の通知を受けてから18か月間は、発行者は、この通知義務を履行したことを保有者が証明する手段を提供しなければならない (CMF L. 133-15条2項2段落及びD. 133-3条)。

B 保有者の義務

保有者は、電子マネーを受領した時から、当該電子マネーの発行及び使用に係る条件に従って、個別セキュリティのデータの安全を確保しなければならない (CMF L. 133-16条1段落)。

また、電子マネーまたはこれに結び付けられたデータについて、紛失、盗難、不正流用、その他の無権限利用を保有者が知った場合には、利用停止のために、発行者またはこれによって示された者に遅滞なく通知 (無権限利用の通知) をする必要がある (CMF L. 133-17条1項)。

4. 無権限利用における発行者と保有者の損失分配

ここまでに紹介した当事者間の義務に対応して、以下のような損失の分配が定められている。

A 払戻しの原則 (発行者負担の原則)

発行者は、保有者からの無権限利用の通知を受けた場合には、その

取引を知った後または通知を受けた後直ちに（遅くとも翌営業日の終わりまでには）、無権限利用による取引にかかる金額をその保有者に対して払い戻し（rembourser）、必要などときには、取引が行われなかった状態にその借方記帳（出金）を回復させる（rétablir）必要がある（CMF L. 133-18条1段落）。また、当事者は、追加的な補償を約定することもできる（同条4段落）。

発行者の責任を追及するには、保有者は、無権限利用の通知のために発行者が適切な情報提供手段を提供していない場合を除いて、借方記帳日から13カ月以内に、遅滞なく、無権限利用にかかる取引を通知する必要がある（CMF L. 133-24条1段落）。

B 個別セキュリティのデータを利用する場合の特則

電子マネーが認証のために個別セキュリティのデータを利用する場合（典型的にはカード決済であるが、スマートフォンを利用したモバイル決済や、オンライン決済も含まれる⁽³⁵⁾。）には、以下のような特別の規定によって、発行者と保有者との間の損失分配が定められている。

電子マネーの喪失または盗難による無権限利用が生じた場合に、保有者には無権限利用の通知義務があるところ、(1)無権限利用の通知までは（保有者からの異議があるまでは発行者は当該利用が利用者の同意があるものとして処理することができるものの）、保有者が消費者であれば、50ユーロの上限の範囲内でのみ当該電子マネーの無権限利用に関連する損失を負担すれば足り（CMF L. 133-19条1項1段落）、(2)無権限利用の通知をした後は、保有者は、その詐欺的不法行為を除いて、いかなる責任も負担しない（CMF L. 133-20条）。(1)の負担上限額について、かつては、銀行カードの場合について、400ユーロを上限としていた（CMF L. 旧132-3条）が、第1次決済サービス指令（Directive 2007/64/EC）の国内法化によって、上限が150ユーロと改められ、その後、第2次決済サービス指令（Directive (EU) 2015/2366。以下「DSP2」という。）の国内法化によって、現在のとおり、50ユーロとされた。このように、保有者による損失の負担の上限は、引き下げられる傾向にあるものといえる。

DSP2は、無権限利用の通知を遅滞なく行うことについてのインセンティブを保有者に与え、無権限利用によるリスクを軽減するためには、保有者の詐欺的不法行為や重過失の場合を除いて、50ユーロという限定された金額が、EU域内における決済サービス利用者の高い水準での保護を確保するという観点からは適切であると考えているからである⁽³⁶⁾。

もっとも、次の場合には、保有者は、このような限定された負担さえも負わない。すなわち、(1)(i)個別セキュリティを利用せずになされた無権限利用の場合、(ii)その利用の前に喪失または盗難が保有者によって探知できない場合、(iii)発行者の従業員、代理人、支店、委託された事業者の作為または不作為による喪失の場合である (CMF L. 133-19条1項2段落)。また、(2)(i)保有者の知らないうちに、電子マネーまたはそれに関連するデータが不正流用されてなされた無権限利用については、保有者は責任を負わない (同条2項1段落)⁽³⁷⁾。(ii)電子マネーが偽造されてなされた無権限利用については、その無権限利用の時点において、利用者が電子マネーを所持していた (possession) 場合には、責任を負わない (同項2段落)。(3)発行者が無権限利用の通知のための適切な手段を用意していない場合には、利用者側の詐欺的不法行為を除いて、保有者は、いかなる金銭的な結果も負担しない (同条3項)。

ここまで述べてきた保有者の責任の制限に対して、無権限利用による取引から生じた損失が保有者側の詐欺的不法行為に起因する場合、または個別セキュリティのデータの安全を維持する義務及び無権限利用の通知義務 (前述Ⅲ. 3. B) を故意若しくは重大な過失によって履行しなかったことに起因する場合には、保有者がすべての損失を負担することになる (CMF L. 133-19条4項)。もっとも、「強力な認証」⁽³⁸⁾の実施が必要とされているにもかかわらず、発行者 (または加盟店)⁽³⁹⁾がこれを受け入れずに無権限利用が実行された場合には、保有者は、保有者側の詐欺的不法行為を除いて、いかなる金銭的な結果も負担しない (同条5項)。

C 証明責任

発行者は、保有者からの異議を受けた取引が承認されたもの（前述Ⅲ. 2）であること、および、正しく記録されたこと、技術的な欠陥その他によって影響を受けていないことを証明する責任を負う（CMF L. 133-23条1段落）。

5. 少額電子マネーの特則

DSP2は、低価格の物品及び役務に関する少額支払手段が、簡易で安価な方法であるべきであって、過大な要件を課すべきではないとの立場から、これに関する情報提供義務及びその実行に関する規定は、少額決済に特化した手段について期待しうる技術能力も考慮して、必要不可欠な情報に限定されなければならない、このように緩和された制度であっても、特に前払式支払手段については、限られたリスクしか負わないことを考慮すると、利用者は適切な保護を受けられると考えている⁽⁴⁰⁾。そこで、DSP2第63条は、少額支払手段及び電子マネーのための特例を定めている。

DSP2第63条に沿って、CMFも少額決済用支払手段に関する特則を定めている（CMF L. 133-28条、D. 133-7条）。これによると、当該電子マネーにかかる枠契約（le contrat-cadre）において、その電子マネーが30ユーロを超えない決済取引にもっぱら用いられることが定められているものであるか、150ユーロの支払上限額が定められているものであるか、または、150ユーロを超えて保存することができないことが定められているものが少額電子マネーにあたる。

少額電子マネーについては、上記特則によって、無権限決済に関連して、発行者は、保有者との間で以下のことを定めることができる。

まず、電子マネーが停止できないものである場合には、保有者からの無権限利用の通知を受けるための手段を設置する発行者の義務（CMF L. 133-15条2項及び同条3項）、保有者による無権限利用の通知義務（CMF L. 133-17条）に関する規定が適用されないことを合意することができ、それゆえに、個別セキュリティのデータを利用する場合でも、

無権限利用の通知を前提とする規定（CMF L. 133-19条3項〔通知のための手段を設置することを発行者が怠った場合の保有者の免責〕、CMF L. 133-20条〔通知後の保有者の免責〕）が適用されないことを合意することができる。

つぎに、電子マネーが無記名（anonyme）式である場合や電子マネーに内在された理由によって支払取引が承認されたものであることを証明する手段がない場合には、無権限利用の通知を受けた発行者による払戻義務（CMF L. 133-18条）に関する規定が適用されないことを合意することができ、個別セキュリティのデータを利用するときでも、紛失・盗難・不正利用における保有者の責任制限、免責及び保有者に詐欺的不法行為及び故意・重過失があるときの保有者による全額負担義務（CMF L. 133-19条1項、2項、4項）、並びに無権限利用の通知後における保有者の免責（CMF L. 133-20条）、保有者の承認のある取引であることについての発行者の証明責任（CMF L. 133-23条及び133-23-1条）に関する規定が適用されないことを合意することができる。

IV. 検討——フランスの立法から得られる示唆

1. 日本法における電子マネーとフランスにおける電子マネーの比較

ここまでに紹介したフランスにおける電子マネーの無権限利用に関する規定について、以下では、わが国の状況と比較しながら検討していくことにする。

フランスでは、電子マネーが「価値」（前述Ⅲ. 1）とされているのに対して、わが国では、電子マネーは、「証票等又は番号、記号その他の符号」（資金決済法3条1項）とされている。また、フランスでは、CMF L. 315-1条によって、電子マネーは、発行者以外によって受領されることを予定しているので、わが国の自家型前払式支払手段（資金決済法3条4号）にあたる電子マネーではなく、第三者型前払式支払手段（同条5号）にあたる電子マネーのみがCMFにいう電子マネーにあたる。さらに、フランスでは、電子マネーの払戻義務が強行法規になっている

(前述Ⅲ. 2) のに対して、わが国では、払戻しが原則として禁止されている(資金決済法20条)。

しかしながら、いずれの電子マネーも、対価を得て発行されるものであり(前払い)、物品・役務の代価の支払いの目的にあてられるものである。そこで、前述のような相違はあるものの、前払式支払手段として利用される点に鑑みれば、無権限利用に対する保有者(消費者)の保護を考えるにあたって、本稿において紹介したフランスにおける立法は、わが国においても参考にすることができるものと思われる。

2. 横断的な規制の必要性

フランスにおける無権限利用に関する規定は、電子マネーによる支払いだけでなく、口座振込みやクレジットカードによる支払い等についても適用される横断的なものになっている(前述Ⅲ. 2)。

わが国では多数の電子マネー発行者が存在しており、それだけでなく、1つの発行者が電子マネーの発行と同時に、クレジットカード(包括信用購入あっせん)や資金移動(為替取引)などの複数のサービスを提供していたり、1つの電子マネーについて現金・銀行口座を利用した前払いによるチャージだけでなく、クレジットカードを利用した後払いによるチャージができるものもあつたりするという複雑な状況にある(前述Ⅱ. 3)。そこで、保有者が自己の有する支払手段がいかなる法律に服するのか、約款にいかなる内容が定められているのかということ認識することは容易でない。

このような状況においては、フランスにおけるような横断的な規制によって、保有者は、その利用する支払手段の無権限利用におけるリスクを予測することが可能になる。

3. 無権限利用における発行者と保有者の損失分担

フランスでは、原則的に、無権限利用がなされた場合には、保有者からの無権限利用の通知を条件として、発行者は、保有者に対して、払い戻し又は貸方記帳を回復させる必要がある(追加的補償を合意することもできる。前述Ⅲ. 4. A)。しかも、無権限利用でないことについては、

発行者が証明責任を負うこととされており（前述Ⅲ. 4. C）、消費者保護が貫徹されている。電子マネーの無権限利用を妨げるシステムの構築は、発行者にゆだねられていることを考慮すると、フランスにおけるこのような考え方は、無権限利用による損失負担に関する基本的なルールになるものと思われる⁽⁴¹⁾。

認証の際に個別セキュリティのデータを利用する電子マネーについて、フランスでは、この基本的なルールを修正し、発行者と保有者のそれぞれの過失に応じた損失分担を定めている（前述Ⅲ. 4. B）。発行者負担の原則とは異なって、保有者にも負担を負わせる場合があるのは、個別セキュリティのデータを利用するシステムを採用することによって、発行者は、無権限利用を防止する義務を一定程度果たしていると考えられるからであろう（もっとも、保有者の詐欺的不法行為、故意・重過失のある場合を除いて、その負担の上限額は50ユーロである）。とはいえ、インターネット上の取引においては、強力な認証が要求されており、発行者には、より高いセキュリティを備えることが要求されている。そこで、これを要求しないままに無権限利用された場合には、保有者は、その詐欺的不法行為を除いて、いかなる金銭的な結果も負担しないこととされている。わが国では、サーバ型の電子マネーがこれらの場合に当たる可能性があるだろう。

4. 少額電子マネーの特則

もっとも、少額電子マネーについては、そのリスクに応じて発行者に過度な負担にならないように配慮する必要がある。フランスでは、電子マネーを停止することができるか、無記名式であるかによってさらに取扱いが分かれている（前述Ⅲ. 5）。すなわち、少額電子マネーがその技術上、利用を停止することのできないものであれば、利用停止を目的とする無権限利用の通知に関連する規定が任意規定となり、また、無記名式少額電子マネーであれば、無権限利用による損失の発行者負担に関連する規定・保有者の責任を制限する規定が任意規定になる。これによって、無権限利用について発行者が責任を負わない旨の

特約が有効になるのは、保有者が消費者である場合には、無記名式少額電子マネーのみであることになる⁽⁴²⁾。いかなる金額を少額とするかは、立法上、難しい線引きであると思われるが、わが国では、上限額が3～5万程度のものになろうか（前述Ⅱ.3）。磁気型のものだけでなく、IC型やサーバ型であって、無記名式のものがこれに当たる可能性がある。

もっとも、このような特則は、少額支払手段の簡便性の確保という観点から、想定されるリスクが小さいことを考慮して設けられたものであって、少額電子マネーにあたるものであっても、銀行口座やクレジットカードなどの他の支払手段と連携（紐づけ）されている場合には、発行者（受取人）を通じてなされたこれらの他の支払手段の無権限利用が問題となっているのであり、これらの連携された支払手段の無権限利用に関するルールに服するものと考えべきであろう。

V. おわりに

わが国では、電子マネーは、前払式支払手段として、商品券のような紙型のものと同じ規律に服している。しかし、電子マネーにおいては、それ自体が無権限利用されるだけでなく、電子マネー・サービスを経由してその他の支払手段（銀行口座、デビットカード、クレジットカード等）が無権限利用される場合がありうること、電子マネー・アカウント（口座）を利用する場合には資金移動にも似た仕組みを持つことを考慮すると、そのリスクに応じたルールを設けるべきと考えられる。そこで、本稿は、EU指令に準拠して統一的なルールを国内法化しているフランスにおける立法例を参考にして、そのルールの在り方について検討した。

フランスにおける立法は、EU指令を国内法化したものであるが、保有者からの無権限利用の通知を要件として、無権限利用のリスクを原則として発行者に負わせている（保有者は、払戻し又は貸方記帳の回復を受けられる）。そのうえで、認証に暗証番号等を利用するものについて

は、発行者と保有者のそれぞれの過失の程度を考慮して、事案に応じた解決を可能にするルールを設けている。また、少額電子マネーの特質に鑑みて、停止できないものについては、無権限利用の通知に関する規定を任意規定としており、さらに、無記名のものについては、払戻しに関する規定を任意規定としている。このようなルールは、リスクの程度に応じて保有者（消費者）保護を図りつつ、少額支払手段としての電子マネーの利便性にも配慮したものであり、わが国においても、最低限の消費者保護を実現するための水準を考えるにあたって参考に値するものと考えられる。

【付記】本研究は、JSPS 科研費 JP19K01402および2022年度南山大学パッへ研究奨励金 I-A-2による研究成果の一部である。

- (1) 電子マネーについては、明確な定義がないものの（「電子マネーの私法的側面に関する一考察——『電子マネーに関する勉強会』報告書」金融研究16巻2号（1997年）3頁を参照）、ここでは、物品や役務の購入の対価を支払うにあたって、あらかじめ入金（チャージ）をしておく電子的な支払手段をいうものとする。
- (2) 坂勇一郎「前払式支払手段(1)」国民生活105号（2021年）37頁を参照。なお、山本正行「キャッシュレス決済の基礎知識」国民生活118号（2022年）24頁は、さらに、モバイル型、QRコード型を異なる類型として挙げる。
- (3) なお、近年は、後払い（ポストペイ）のものも、電子マネーとよばれることあるが、本稿では、前払い（プリペイド）の電子マネーを検討の対象とする。
- (4) 東京高判平成29・1・18判時2356号121頁は、「本件サービスの技術的専門性をも考慮すれば、本件サービスを提供する Y1〔電子マネー発行者〕においては、登録携帯電話の紛失等が生じた場合に、本件サービスの不正利用を防止するため、登録会員がとるべき措置について適切に約款等で規定し、これを周知する注意義務がある」とする。
- (5) 深川裕佳「判批」判時2386号（2019年）153頁。
- (6) 金融庁「スマホ決済等のサービスを利用した不正出金に関する注意喚起（令和2年9月8日）」〈https://www.fsa.go.jp/news/r2/sonota/20200915/20200915_01.pdf〉〔2022年9月1日確認〕。

- (7) 本稿では、発行者・加盟店（受取人）・保有者（消費者）の三者で構成される電子マネー・サービスを想定して検討する。
- (8) 金融審議会・金融制度スタディ・グループ「『決済』法制及び金融サービス仲介法制に係る制度整備についての報告《基本的な考え方》」（2019年7月26日）12頁。
- (9) 金融審議会・金融制度スタディ・グループ・前掲注(8)、18-19頁。
- (10) 日本弁護士連合会「金融審議会『金融制度スタディ・グループ』『『決済』法制及び金融サービス仲介法制に係る制度整備についての報告（基本的な考え方）』についての意見書」（2019年9月12日）〈https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2019/opinion_190912.pdf〉2頁。同意見書9-10頁も参照。
- (11) 金融審議会・決済法制及び金融サービス仲介法制に関するワーキング・グループ「報告書」（2019年12月20日）15頁。
- (12) 金融審議会・前掲注(11)、15頁。
- (13) 金融庁のホームページ「認定資金決済事業者協会一覧」〈<https://www.fsa.go.jp/koueki/koueki10f.html>〉[2022年4月19日確認]。
- (14) 全国銀行協会のホームページ「『預金等の不正な払戻しへの対応』について」〈<https://www.zenginkyo.or.jp/news/2008/n2933/>〉[2022年10月26日確認]。
- (15) 日本資金決済業協会「銀行口座との連携における不正防止に関するガイドライン（前払式支払手段）」（2021年1月28日制定）6-7頁を参照。なお、銀行口座との紐づけがなされた場合について、全国銀行協会「資金移動業者等との口座連携に関するガイドライン（令和2年11月30日制定）」が公表されている。
- (16) 日本資金決済業協会「前払式支払手段の不正利用防止に関するガイドライン」（2021年6月25日制定）2-4頁。
- (17) 日本資金決済業協会・前掲注(16)、2-4頁。
- (18) 日本資金決済業協会・前掲注(16)、4頁。
- (19) 日本資金決済業協会のホームページ〈<https://www.s-kessai.jp/cms/user-protection/list/>〉に「周知委託会員の利用者保護措置の内容」として、会員である前払式支払手段発行者の定めた「無権限取引により発生した損失の補償等の対応方針」が公表されている[2022年7月12日確認]。なお、図書カードのように、ここに掲載されていないものもあるが、本稿では、以下において、このホームページ上に掲載された電子マネーを対象にして、無権限利用についての発行者の対応を検討することにする。
- (20) 前掲注(4)。
- (21) 千葉恵美子「キャッシュレス決済の横断的検討の必要性と検討の視点」千葉恵美子編著『キャッシュレス決済と法規整—横断的・包括的な電子決済法制の制定に向けて—』民事法研究会、2019年）2-23頁（特に17

頁)において、各種決済サービスに対する横断的な分析の必要性が主張されている。

- (22) 白石大・都筑満雄訳「フランス法参照条文一覧」千葉編著・前掲注(21)、170-177頁に抄訳が掲載されている。
- (23) S. Moreil, *La directive DME 2 enfin transposée*, *D.* 2013, 1152; P. Storrer, *Droit de la monnaie électronique*, RB Edition, 2014, n° 16. 現金での支払い (paiement en espèces) が禁止される債権について規定するCMF L. 112-6条は、電子マネーでの支払いを現金での支払いと同列に定めていることから、「電子マネーは、その使用の限界の範囲において、現金と明白に類似する」ことを指摘するものもある (R. Bonhomme et M. Roussille, *Instruments de crédit et de paiement*, 14^e éd., LGDJ, 2021, n° 296.)。
- (24) D. -R. Martin, *Aspects de la monnaie électronique*, *D.* 2013, n° 2-4; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, n° 97.
- (25) フランスにおける電子マネーに関する法制度については、都筑満雄「フランスの電子マネー法——EUにおける電子マネー法の一つの具体化として」名法270号(2017年)217-232頁および同「電子マネーのルールを通してみるフランスのキャッシュレス決済法の特質」千葉編著・前掲注(21)、127-146頁に詳細な紹介・検討がなされている。
- (26) DME1の国内法化前に、「電子マネーの法的性質」と題するフランス銀行の研究報告書 (S. Lansky, *la nature juridique de la monnaie électronique*, *Bull. Banque de France* n° 70, oct. 1999, p. 61.) において、「法的観点からは、各電子単位 (unité électronique) は、電子手段に加えられた債権証券 (un titre de créance) であり、発行者以外の第三者によって支払手段として認められたものである」とされていた。同研究によると、価値を保存する機能は発行者の口座によって果たされるものであるから、「電子単位は、単にこの口座上の債権を表す」という (Lansky, *op. cit.*, p. 57)。
- (27) 8^e consid. de la directive 2009/110/CE.
- (28) CMF D. 315-2条は、電子形式で保存される物質的な媒体を利用するものについては、10,000ユーロを上限とし、また、このような電子マネーへの現金や匿名電子マネーでのチャージは1か月あたり1,000ユーロを上限とし、さらに、その現金での引出し (retrait) 及び払戻しは1か月あたり1,000ユーロを上限としている。
- (29) 平野裕之「海外金融法の動向・フランス・電子マネーについての法改正 (2013年1月28日の法律2013-100号)」金融法29号(2013年)131-144頁(特に137-143頁)において詳細な紹介がなされている。
- (30) Storrer, *op. cit.*, n° 263 et 264. DME2は、電子マネー保有者の信頼 (confiance) を保持するために払戻しが必要であるとしている (18^e consid. de la directive 2009/110/CE)。

- (31) Bonhomme et Roussille, *op. cit.*, n° 297.
- (32) なお、決済取引は、受取人によってなされた指図に基づいて開始されることもあり、その場合には、支払人から受取人に対する同意に基づいて指図がなされている必要がある (CMF L. 133-3第2項 c))。
- (33) 本稿では、無権限決済に関する規定を検討するのに必要な範囲において紹介する。発行者の義務について、都筑・前掲注(25)「フランスの電子マネー法」、225-228頁を参照。
- (34) CMF L. 133-4条 a) によると、個別セキュリティのデータとは、認証の目的で、決済サービス提供者によって決済サービス利用者に対して提供される、個別的要求に対応したデータを意味するものとされる。銀行カードの暗証番号やインターネット上の口座にアクセスするコードなどである。
- (35) Bonhomme et Roussille, *op. cit.*, n° 375.
- (36) 71° consid. de la directive 2009/110/CE.
- (37) DSP2第74条1項は、不正流用 (misappropriation) についても、喪失・盗難と同様の扱いとしているが、CMF は、これを喪失・盗難と区別して規定している。
- (38) CMF L. 133-44条1項によると、保有者が①オンラインでその口座にアクセスし、②電子決済を開始し、③支払いにおける不正やその他の不正使用のリスクを伴う可能性がある隔地者間の意思表示を通じて決済取引を実行する場合に、発行者は、CMF L. 133-4条 f) において定義されている「強力な顧客認証」を実施しなければならない。CMF L. 133-4条 f) によると、強力な顧客認証とは、「知識」(ユーザーのみが知っているもの)、「所持」(ユーザーのみが所持するもの)、および「生体」(ユーザーに固有のもの) に属する2つ以上の要素の使用に基づく認証を意味するものとされる。
- (39) 条文上は、受取人またはその決済サービス提供者とされているが、発行者・加盟店・保有者(消費者)の三者で構成される電子マネー・サービスの場合には、強力な顧客認証を採用するシステムを構築する義務を負うのは、発行者であると考えられる。
- (40) 81° consid. de la directive 2009/110/CE.
- (41) 学説においても、発行者が十分な水準でセキュリティを確保することが無権限利用のリスクを利用者に負担させる前提になると考えられている。鹿野菜穂子「判批(東京地判平29・1・18)」金法2097号(2018年)77頁、小塚荘一郎「スマートフォンの紛失とアプリによって提供される電子マネーの不正利用」CCR(2020年)9号87-88頁、小塚荘一郎「各種のキャッシュレス支払いと消費者保護」国民生活研究61巻2号(2021年)69-71頁を参照。
- (42) 無権限利用による損失について発行者は責任を負わないとする規定については、消費者契約法10条に反する可能性があるとして指摘されている(北

浜法律事務所編『バーチャルマネーの法務〔第2版〕—電子マネー・ポイント・仮想通貨を中心に』（民事法研究会、第2版、2018年）136-144頁、金融審議会・金融制度スタディ・グループ・前掲（8）、15頁を参照）。なお、東京高判平成29・1・18（前掲注（4））は、不正利用による発行者の免責条項について、消費者契約法8条1項3号に抵触して無効であるとする。

スイス債務法における信託関係と 契約上の利益からみる委任の終了と継続

蓮 田 哲 也

目次

はじめに

- 一 ORにおける委任契約規定構造
 - 二 委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権（OR404条1項）
 - 三 時機を逸した任意撤回権又は任意解約権行使に伴う損害賠償（OR404条2項）
 - 四 委任事務継続義務（OR405条2項）
 - 五 ORにおける委任の終了と継続
- むすびに代えて

はじめに

1. 日本における委任終了後の善処義務

日本民法654条では、委任が終了したとしても、急迫な事情があるときは、受任者又はその相続人若しくは法定代理人は委任者又はその相続人若しくは法定代理人が委任事務を処理することができるに至るまでは、必要な処分をしなければならないことが定められている。このように、委任が終了したとされる場合であっても、なお受任者等が引き続き必要な処分をしなければならない義務は「善処義務」として論じられている。

善処義務は、委任が終了した後認められる義務であることから、その法的性質をどの様に解するのが日本民法制定過程から議論の対象となっていた。日本民法制定過程においては、委任契約上の義務ではなく、事務管理としての性質を有する法定義務であることが示されていた。この理解は、委任の終了事由が発生しているのみならず、善処義務が急迫な事情が存する場合にのみ認められる義務であり、かつ、委任契約上の義務の全てを行うのではないから従前と同一の報酬を与えるのは適当ではないという理由から基礎づけられている⁽¹⁾。民法制定過程において、善処義務の法的性質が事務管理上の義務として位置づけられていたのに対し、民法制定後においては、一転して、委任契約上の義務であるとの理解が次第に広まっていくこととなる。この理解は、ドイツ民法典（以下、BGBと呼ぶ。）672条及び673条⁽²⁾の文言を参考にしつつ、善処義務を果たした受任者等に対して報酬請求権が認められるべきであるとして、委任契約に付随して生じる委任契約上の義務であるという理由から基礎づけられている⁽³⁾。今日においては、善処義務は委任契約上の義務としての法的性質を有する義務であり、日本民法654条に基づいて受任者等が善処義務を負う限りにおいて、委任契約が存続しているという理解が広く承認されている。

2. 問題の所在—委任終了事由と存続—

日本民法654条に基づいて、委任終了事由が生じたとしても受任者等が善処義務を負う限りでは、委任契約は終了することなく存続していることが認められているが、その根底にある理念は何であろう。この点について、委任終了事由の根底にある理念との対比において一定程度明らかとすることができる。

日本民法において、委任契約特有の終了事由として、日本民法651条に任意解除権、653条には委任者又は受任者の死亡（同条1号）、委任者又は受任者の破産手続開始の決定（同条2号）及び受任者の後見開始の審判（同条3号）、の4つが掲げられている。これらの事由は契約当事

者間の信頼関係の消滅ないし著しい減退が認められることから認められるとされる。すなわち、委任契約は委任者と受任者間の信頼関係を基礎として認められる契約であることから、この信頼関係が損なわれることで委任契約の基礎を失い委任契約は終了するという、いわゆる「信頼主義」に基づいて説明されている⁽⁴⁾。

委任契約特有の終了事由が信頼主義に基づいて説明されるが、善処義務は当事者間の信頼関係が損なわれる事由が生じているにもかかわらず、委任契約が継続しているために認められる義務であるとされる。その根底にある理念は「契約上の利益」であると考えられる。すなわち、委任終了事由が生じているものの、委任者側の利益に不測の損害が生じてしまうという急迫な事情が存する場合に善処義務が認められることから、委任者に認められるべき契約上の利益を保護することを目的として、委任契約が終了することなく継続すると解されよう。

このように、委任契約においていわば「信頼関係の崩壊よりも契約上の利益」という規律構造が認められるとするならば、日本民法654条に定められている善処義務が認められる場面に限らず、他の場面においても委任契約の継続が意図されるべき場面があるのではないであろうか。

委任契約における契約上の利益については、これまでに日本民法651条の任意解除権行使に伴う損害賠償請求権との関係で優れた先行研究が認められる⁽⁵⁾。先行研究では、日本民法制定過程から今日に至るまでの日本の理論的変遷のみならずドイツ法や英米法との比較法研究を通じて詳細な分析が行われているところである。しかし、ここで見いだされた契約上の利益が委任契約の継続という点においてどの様に影響するのかについては明らかにされたとはいえない。そこで、日本における理論的変遷等については先行研究の成果を享受しつつ、新たな研究視点として契約上の利益が委任契約の継続にどの様な影響を及ぼしうるのかについて、日本民法制定過程において参照され、委任契約に関する日本民法の条文構造と非常に類似しているスイス債務法（以下、

ORと呼ぶ。)について分析・検討を行うこととする⁽⁶⁾。特に、本稿では、ORに法定されている委任終了事由、任意撤回・解約権行使に伴う損害賠償請求権及び委任事務継続義務に着目し、委任契約における「信頼関係」と「契約上の利益」が委任契約の終了と継続にいかなる影響を及ぼすのかについて論じていくこととする。

一 ORにおける委任契約規定構造⁽⁷⁾

ORは、スイスが連邦国家として創設後直ちに連邦で統一的な法の制定が必要視され立法作業が進められた結果、1883年に「債務法に関する連邦法 (Bundesgesetz über das Obligationenrecht)」として発行された(以下では旧債務法という意味でaORと呼ぶ。)。しかし、aOR制定時において存在していなかったスイス民法典(以下、ZGBと呼ぶ。)が1907年に制定(発行は1912年)されたことを受け、aORの改正が唱えられることとなった。その際、aORの条文の一部がZGBへと移転され、aORの基礎を維持しつつ修正が加えられ、1911年に連邦議会を通過し、「スイス民法典の補充に関する連邦法(第五部:債務法) (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht))」として1912年に発行され、今日では単にORとして言及されている。その後、今日までに多くの改正が見られるが、aORからORへと改正されたような法令名の変更等はなされていない。

aORからORへの改正に当たって条数の変更及び文言の修正が加えられたものの、委任契約に係る条文構造について特段変更がなされることはなかった⁽⁸⁾。単純委任 (Der einfache Auftrag) では、概念 (Begriff)、成立 (Entstehung)、効果 (Wirkungen)、終了 (Beendigung) に分けて規定されており、特に、終了においては、その原因 (Gründe) として、OR404条1項 (aOR402条1項)⁽⁹⁾では撤回及び解約 (Widerruf, Kündigung) が定められおり、この撤回又は解約が時期に逸していた場合には、これによって相手方に生じた損害を賠償しなければならないことがOR404条

2項 (aOR402条2項) に定められている。また、OR405条 (aOR403条)⁽¹⁰⁾ では、別の委任終了原因としての当事者の一方の死亡、行為能力喪失又は破産が定められているが、この委任終了原因による委任の終了によって委任者の利益が危険にさらされる場合には、受任者又はその相続人若しくは代理人は、委任者又はその相続人若しくは代理人が委任事務を自ら行うことができる状態になるまで事務の継続をする義務 (委任事務継続義務) を負うことが定められている。これらの委任終了原因に係る規定に続いて、消滅の効力 (Wirkung des Erlöschens) 【aOR404条、OR406条】⁽¹¹⁾ が定められている。

二 委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権 (OR404条1項)

1. 任意撤回権又は任意解約権の行使による委任の終了

OR404条1項では、委任者は撤回により、受任者は解約によりいつでも委任を終了させることができることが定められている⁽¹²⁾。このような委任者に認められる任意撤回権と受任者に認められる任意解約権について、当事者に相違があることが意識されているものの、その法的性質は同一であることが言及されている。すなわち、一方的な意思表示によって委任関係を終了させる一種の形成権として理解されており、その効力は遡及効が認められず、将来に向かってのみ委任関係を終了させるものであるとされる⁽¹³⁾。

このように、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権が行使されたとしても、既に生じている効果には影響を及ぼさないことが明らかにされている。そのため、既に投じられてきた費用等の償還請求権 (OR402条⁽¹⁴⁾) のみならず、委任契約が有償契約であった場合には受任者の報酬請求権も認められることとなるとされる⁽¹⁵⁾。

2. OR404条1項の強行法規性

OR404条1項に定められている委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権は、ローマ慣習法を淵源とするとされる。すなわち、委任契約は当事者間の信頼関係を基礎としていることを理由に挙げつつ、委任契約に基づく委任事務の処理の効果帰属先は委任者であるために委任者の意思によってその帰趨が決せられることから任意撤回権が当然に認められ、さらに、特に無償委任契約である場合にはその好意的性質が顧慮されなければならないことから委任者よりも受任者が不利な立場におかれてはならないために受任者に任意解約権が認められるとされる⁽¹⁶⁾。このように、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権は当事者間の信頼関係に基づいて認められる委任契約に特有な制度であることから、他の役務提供契約と区別される主要な分類特徴であるとされる。さらに、当事者間の信頼関係を基礎とする委任契約を特徴付ける制度であることから、当事者意思によって放棄することや、任意解約権の行使を阻害することを目的とする違約金特約等は無効として扱われるとして、OR404条1項の強行法規性が判例上承認されている⁽¹⁷⁾。

このように判例上認められているOR404条1項の強行法規性について、その理解を改めるべきであるという見解が見受けられる。この点について詳細に言及しているものとして以下の見解を挙げることができる。

Honsellは、任意撤回権及び任意解約権がローマ慣習法を淵源とした委任者と受任者とが対等に自由であることを基礎とする無償委任を前提とした制度であることに着目し、有償委任においても同様に理解することは適当ではないという⁽¹⁸⁾。確かに、委任契約が「信頼関係」を基礎としていることは認めるが、その信頼関係は相互的なものであり一方的な委任終了は私的自治の根幹をなす「pacta sunt servanda（合意は守られなければならない）」ということを見逃しているのみならず、受任者の報酬利益を一切顧慮していないという批判を加えている。

Büren は、より具体的に、有償委任契約において各当事者に認められる「継続性の利益 (Kontinuitätsinteressen)」が考慮されなければならないことを指摘している⁽¹⁹⁾。ここでの継続性の利益については、委任者と受任者とでは地位が異なることに着目し、それぞれ検討しなければならないという。まず、委任者の任意撤回権について、委任者は委任事務の処理の効果帰属先であることから、受任者は委任者の意思に従わなければならない、委任者による任意撤回権行使によって委任が終了することは認められなければならないという。しかし、有償委任契約においては、委任者の意思による突然の委任終了に際し、受任者が獲得することのできる報酬利益がどの程度認められるべきかは、委任事務の内容によって判断されなければならないという。この点について、弁護士、医師、歯科医師及び建築家等が行う委任事務については、その役務が利用された範囲でのみ報酬請求権が認められ、撤回権行使後に予定されていた役務について報酬請求権は認められないとする一方で、物及び人の運搬、情報の入手並びに山岳ツアーの引率等事実的な内容を委任事務としている場合には受任者の報酬利益を完全に満足させるべきであるとし、受任者による役務が一切利用されなかったとしても全額について報酬請求権が認められるべきであるとしている。ついで、受任者の任意解約権について、特に有償委任においては自由に行行使することは不適當であるという。委任者は委任事務の処理につき対価を支払っていることから、受任者が委任者と対等な立場に置かれていることを前提とする無償委任よりも、委任者は遙かに強い立場にあるという。そのため、委任者は受任者に対し委任事務の処理につき一定の継続を求めることができなければならないとしており、特に、弁護士や医師といった自由職が受任者である場合には、理由なくして受任者が任意解約権を行使し、委任事務の処理を中断してはならないという。受任者が理由なくして任意解約権を行使した場合には、当該受任者は常に OR404条 2 項に基づく損害賠償義務を常に負わなければならないとしている。このように、Büren は委任契約の無償制と有償

性とを明確に区別した上で、委任者の任意撤回権行使に制限はないとしつつ、受任者の報酬利益をどの様に認めていくべきか検討すべきであることを示す一方で、受任者の任意解約権については、特に有償委任の場合には、任意撤回権の行使は制限されなければならないとし、この制限は OR404条 2 項の損害賠償によって担保されることを示唆している。

このように、判例理論は委任契約が信頼関係を基礎としていることを理由に OR404条 1 項の強行法規性を承認しているのに対し、特に、有償委任において委任者及び受任者がそれぞれ有する利益や地位の違いから、一定の制限が加えられるべきことが学説上唱えられている。

3. 小括

委任終了事由として OR404条 1 項に法定されている委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使は、委任契約が当事者間の信頼関係を基礎とする契約類型であることから認められるものであるため、委任契約特有の制度であることが示されている。ここでの撤回及び解約は、行使する者の違いからその呼称が異なるものの、その法的性質に相違がないことが明らかとされており、特に、その効力に遡及効が認められないことから、受任者の費用償還請求権（OR402条）等、既に生じている債権債務に影響を及ぼさない点に特徴が認められる。

このような特徴から、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使を制限する特約については無効であるとして、OR404条 1 項の強行法規性が判例上承認されているとされるが、この強行法規性については学説上一部否定的に捉えられている。すなわち、委任契約が当事者間の信頼関係を基礎とし、委任者と受任者とが対等な地位にあることを前提とした無償委任である場合には問題ないとされるが、受任者に対して報酬を約した有償委任である場合にも同じく扱うことが適当ではないことが指摘されている。そこでは、当事者間の信頼関係は「pacta sunt servanda（合意は守られなければならない）」からも検討しな

ければならず、委任者又は受任者が委任契約によって得る利益をも考慮しなければならないことが言及されている。ここでの利益とは、委任者側では報酬に裏付けされた「委任事務継続利益」に向けられ、受任者側では「報酬利益」に向けられている。換言すれば、委任者側は受任者に対して対価を支払っていることから、契約は守られるものとして委任事務の継続を期待し、受任者側は約定された委任事務の処理をする対価としての報酬を獲得することができることを期待しているのであるから、その期待を裏切ってはならず、まさに委任契約における信頼関係は単に好意的性質によるものに注視すべきものではなく、両当事者に存する利益という側面から「pacta sunt servanda（合意は守られなければならない）」という基本原則に立ち戻らなければならないことを示しているといえよう。

三 時機を逸した任意撤回権又は任意解約権行使に伴う損害賠償（OR404条2項）

1. OR404条2項に基づく損害賠償

OR404条2項には、委任者による任意解約権又は受任者による任意解約権の行使が、時機を逸した場合には、相手方に生じた損害を賠償することを定めている。

この損害賠償義務は、時機を逸して委任を終了したことで生じることとなる。ここでの時機を逸したとは、委任者側では受任者による突然の任意解約権行使によって、他の備えを講じることができない場合が挙げられており⁽²⁰⁾、受任者側では、委任者による突然の任意撤回権行使によって、撤回された委任契約以外による利益を獲得する機会を喪失した場合が挙げられている⁽²¹⁾。さらに、時機を逸したとは、相手方の行動が正当化されないために委任を終了させざるを得なかった場合も含まれるとされる⁽²²⁾。前者は、委任を終了させた者、すなわち任意撤回権を行使した委任者又は任意解約権を行使した受任者が損害賠

償義務を負うのに対し、後者は、委任を終了された者、すなわち任意撤回権を行使された受任者又は任意解約権を行使された委任者が損害賠償義務を負うことを表している。このことから、委任者及び受任者は任意撤回権又は任意解約権の行使によって相手方に特別な損害が生じないように配慮する義務を負っていることが示されている⁽²³⁾。

これに対して、委任者の任意撤回権又は受任者の任意解約権の行使によって相手方に特別な損害が生じた場合であっても、OR404条2項に基づく損害賠償義務を負わないことがある。すなわち、委任契約の当事者が一方的に委任を終了させた場合には、相手方の信頼や利益に対して悪影響が生じることは当然に予定されていることであり、委任者の任意撤回権又は受任者の任意解約権の行使につき、客観的に正当な事由が認められる場合には時機を逸したとは評価されないという⁽²⁴⁾。この正当事由には、委任を終了させた者の個人的な事由が含まれるのは当然であるが、委任を終了させられた者に特別な損害が生じたとしても、委任の終了が正当化されない同人の行動のために生じたものであるときにも認められるとされる⁽²⁵⁾。

このように、OR404条2項に基づく損害賠償は、OR404条1項に基づく委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使が時機を逸していたために特別な損害が生じた場合に認められるが、委任の終了につき正当事由が存する場合には、これが免責事由として機能している。

2. OR404条2項に基づく損害賠償の範囲

OR404条2項に基づく損害賠償義務は、単に突然の委任の終了によって損害が生じたとしても認められない。すなわち、OR404条2項に基づく損害賠償は、時期を逸した委任者の任意撤回権又は受任者の任意解約権の結果として生じた損害についてのみ賠償義務が認められるに過ぎないとされる⁽²⁶⁾。

時期に逸した委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権

行使によって生じた損害の範囲をどこまで認めることができるのかが問題となる。この点について、委任が継続することを信託していたにもかかわらず、突然の委任の終了によって被った損害であるところの消極的利益のみを対象とすることが指摘されている⁽²⁷⁾。

このように OR404条2項に基づく損害賠償は消極的利益のみを対象としているが、有償委任が突然終了することで、受任者が受け取ることができなくなった報酬が含まれるのかが問題となる。この点について、当該報酬は損害賠償の範囲に含まれないという共通理解が認められる。これは、受任者による委任事務の処理に対する対価として位置づけられるのであり、委任が終了したことで受任者が委任事務の処理を免れているのであるから報酬は損害とは認められないとされる⁽²⁸⁾。

3. 小括

OR404条2項では、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使が時機を逸していたために、生じた損害を対象として賠償しなければならないことが定められている。ここでの損害賠償が認められるか否かは、「時機を逸した撤回又は解約」と「客観的な正当事由」という2つの側面から判断されているといえよう。「時機を逸した撤回又は解約」は、委任が突然終了させられた当事者に特別な損害が生じた場合のみならず、委任の終了を申し入れざるを得なくなった当事者に特別な損害が生じた場合にも認められるが、いずれも委任が終了しないことを前提とした利益が危険にさらされたことが判断基準として機能している。「時機を逸した撤回又は解約」であると評価された場合には OR404条2項に基づく損害賠償が認められることから、いわゆる積極的要件として位置づけることができる。これに対し、「客観的な正当事由」は、委任を終了させた当事者の個人的事由が取り上げられると共に、委任の終了を申し入れざるを得なかった理由が相手方に存することも含まれることとなるが、いずれも委任を継続する利益(場合によっては当事者間の信頼関係)を失ったことが判断基準として機能

している。この「客観的な正当事由」が認められる限り、委任の終了を申し入れたことによって相手方に特別な損害が生じたとしても「時機を逸した撤回又は解約」と評価されないことから損害賠償を免れることができるため、いわゆる消極的要件（免責事由）として位置づけることができる。

OR404条2項に基づく損害賠償は、客観的な正当事由が認められず、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権行使が時機に逸したものであると評価された場合に認められることとなるが、その賠償の範囲は限定的であるといえる。OR404条2項に基づく損害賠償は、時機を逸した委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権によって生じた損害にのみ向けられていることから、突然の委任の終了によって被った消極的利益を対象とし、積極的利益についてはその対象から外れることが明らかとされている。この積極的利益について損害賠償を求める場合には、OR97条⁽²⁹⁾に基づく債務不履行責任追求が認められなければならないこととなる。すなわち、OR404条2項に基づく損害賠償は、債務不履行一般に係る損害賠償とは別に機能する一種の法定責任として位置づけることができる。

このように、OR404条2項に基づく損害賠償は、OR404条1項に基づく委任の終了に伴って生じる損害を補償することを目的とするが、委任の終了に伴って生じるあらゆる損害を対象とせず、消極的利益の賠償のみに向けられた特殊な責任として位置づけることができよう。

四 委任事務継続義務（OR405条2項）

これまで、OR404条に定められた委任終了事由について整理・分析をしてきたが、以下では、日本民法654条に定められている善処義務と同じように、委任が終了したとしてもなお認められる受任者又はその相続人若しくは代理人の委任事務継続義務（OR405条2項）について整理・分析を行う。

1. OR405条2項に基づく委任事務継続義務発生場面

OR405条2項では、OR405条1項に定められた委任終了事由、すなわち、委任者又は受任者の死亡、行為能力喪失又は破産によって委任が終了することで、委任者の利益が危険にさらされる場合には、受任者（受任者の相続人又は代理人を含む）は委任者（委任者の相続人又は代理人を含む）が自ら委任事務を行うことができるようになるまで、委任事務の継続につき配慮しなければならないことを定めている。そのため、OR405条2項に基づいて受任者等が委任事務継続義務を負うのは特定の委任終了原因発生場面限定されることとなるが、以下では、それらの終了原因について概観することとする。

① 当事者の一方の死亡

委任契約は当事者間の信頼関係を基礎としており、この信頼関係は個人的なものであるとされる。そのため、委任契約の当事者の一方が死亡したことで、同人の地位が相続人へと承継されたとしても当該信頼関係は相続人へと引き継がれることはないために委任が終了するとされる⁽³⁰⁾。なお、死亡には自然人の失踪宣告（Verschollenerklärung）や法人の解散も含まれる⁽³¹⁾。

② 当事者の一方の行為能力喪失⁽³²⁾

委任事務に係る行為能力を喪失する場合には、当事者間の信頼関係が損なわれることから委任は終了するとされる⁽³³⁾。行為能力の喪失は、法律行為を委任事務の内容とする場合のみならず、事実行為を委任事務の内容とする場合であっても委任の終了を導くことが言及されている⁽³⁴⁾。行為能力を喪失する主体については、主に受任者を念頭に置いていると解されるが、委任者の行為能力喪失場面は妥当しないという記述がないことから、委任者の行為能力喪失によっても委任が終了することがあることが示唆されていると解される。

受任者の行為能力喪失に伴い委任が終了することは、引き受けた委任事務を受任者が確定的有効に行うことができないことや、

十分な事理弁識能力を備えていないために、不適切な委任事務の処理を行う可能性を鑑みた結果と解される。そのため、委任事務の内容が法律行為である場合に限らず事実行為である場合であっても、委任契約が基礎とする当事者間の信頼関係が揺らぐことから委任が終了することとなると解される。これに対し、委任者の行為能力喪失に伴い委任が終了することについては、受任者による委任事務の処理に当たって、場合によって委任者の指図を受けることが考えられる。そのような場合、委任者が十分な事理弁識能力を備えていないことから、適切に指図が行われず、結果として不適切な指図に拘束された委任事務の処理を受任者は行わなければならないことが考えられよう。このような場合には、まさに受任者の委任者に対する信頼が揺らぐことは想像に難くなく、そのために委任は終了するとされたと解される。

③ 当事者の一方の破産

当事者の一方が破産したとしても、委任契約上の債務の履行可能性を妨げるものではないものの、信頼関係が損なわれると評価される為に委任は終了するとされる⁽³⁵⁾。破産について、委任者の破産の場合と受任者の破産の場合とに分けて言及する見解がある⁽³⁶⁾。その見解によれば、委任者の破産の場合には、破産管財人が委任の継続を希望しない場合に委任は終了するとされ、受任者の破産の場合には、破産法によって処分能力が制限されることから委任は終了するとされる。

このように、OR405条1項に定められている委任終了事由は、委任契約が基礎としている当事者間の信頼関係が揺らぐ典型的な事由として、一方当事者の死亡、行為能力喪失及び破産が挙げられている。これらの事由が生じた場合には、特段の意思表示なくして委任は終了するものの、当該事由を相手方が知るに至るまでは委任は終了することなく有効に存続することが法定されている（OR406条）。また、当該事由が生じたことで委任が終了したとしても、直ちに当事者間の委任関

係が消滅するのではなく、既に生じている権利義務は未だに存在しており、単に委任事務の執行に係る履行請求が認められなくなるに過ぎないとされる⁽³⁷⁾。

なお、例外的に、当事者意思又は委任事務の性質から、すなわち、事前に終了しないことにつき（明示的又は黙示的に）合意をしている場合や委任者又は受任者の高度に個人的な権利・義務に係るものではない非人間的でありかつ標準化されている場合には、委任は終了しないことがOR404条1項に定められている⁽³⁸⁾。このように、当事者意思又は委任事務の性質上、OR405条1項に定められている終了事由が生じたとしても委任は継続されることとなり、特に、委任者又は受任者が死亡した場合、死者の相続人は委任契約上の権利義務を承継することとなる。この場合、当該相続人は委任事務について十分な理解を得ていないこと等を理由として適切な権利行使又は義務履行を果たすことができないことが考えられる。そのような場合、OR404条に定められている任意解約権を用いることで委任を終了させることができるとされる⁽³⁹⁾。

2. OR405条2項に基づく委任事務継続義務

OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたとしても、当該事由を相手方が知るに至るまでは委任は終了しないが（OR406条）、相手方が当該事由を知った後であっても受任者等は配慮義務（誠実義務）として委任事務を継続しなければならないこと（委任事務継続義務）がOR405条2項に定められている。

OR405条2項に基づいて受任者等が委任事務継続義務を負うのは、OR405条1項に定められた委任終了事由により委任が終了することで委任者の利益が危険にさらされる場合に限られている。これは、委任者（又は委任者の相続人）の利益に及ぼす影響を大幅に制限するために設けられたとされ、委任者の利益への配慮義務としても論じられており、委任の結果として委任者にもたらされる利益を保全し、利益が害

されることを防止することを目的として、受任者等は委任事務の継続義務を負うとされる⁽⁴⁰⁾。

また、委任事務継続義務が認められるためには、委任者の利益が危険にさらされていなければならないが、実際に委任者の利益への危険が生じている必要はなく OR405条1項に定められている委任終了事由によって委任が終了することで委任者の利益に対する危険性や損害発生の蓋然性が認められれば良いとされる⁽⁴¹⁾。

受任者等が OR405条2項に基づく委任事務継続義務を負う場合には委任関係が存続しており⁽⁴²⁾、委任者（委任者の相続人又は代理人を含む）が自ら対処することができる時まで継続する⁽⁴³⁾。

3. 小括

OR405条2項では、OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたために委任が終了する場合であっても、受任者又はその相続人若しくは代理人は委任者の利益が危険にさらされているならば、委任者又はその相続人若しくは代理人が自ら委任事務を行うことができるようになるまで、委任事務の継続につき配慮しなければならないことから委任事務継続義務を負うことが定められている。この委任事務継続義務は、OR405条1項に定められている委任終了事由による委任終了場面では認められない。OR405条1項に定められている委任終了事由は、委任契約の基礎として存する当事者間の信頼関係が揺らぐ典型的な事由として位置づけられていることから、当該事由発生を相手方が知るに至った場合には、直ちに委任は終了することとなる。しかし、当事者意思や委任事務の性質から委任が終了しないことがあることを OR405条1項は定めている。この点に着目するならば、OR405条1項に定められている委任終了事由は当事者間の信頼関係の揺らぎが委任の終了を導くことを端的に示しており、信頼関係が揺らがない限り委任は継続することが明らかにされているといえよう。

しかし、OR405条1項に定められている委任終了事由が生じ、これ

によって当事者間の信頼関係が揺らいだために委任が終了するとされる場合であっても、OR405条2項に基づいて受任者等は委任事務継続義務を負うことがある。この義務は、OR405条1項に定められている委任終了事由によって委任が終了することで生じる委任者側の利益に及ぼす影響、すなわち突然の委任終了によって委任者側が獲得してきた利益が減じる危険性や損害発生の蓋然性に対処するために受任者等に課されるものである。この委任事務継続義務は、委任者等が自ら委任事務を行うことができるようになるまで課されており、その限りにおいて委任関係は存続することが言及されている。そのため、受任者が委任事務継続義務を果たさない場合には、委任契約上の債務不履行に該当することから契約責任を負うこととなるが、その賠償範囲は消極的利益の賠償に限定されることが示されている。

このように、OR405条1項は委任契約の基礎として存する信頼関係が揺らぐ典型的な事由として委任の終了を導くこととなるが、この委任の終了に伴って委任者側の利益に危険が及ぶことを防ぐことを目的として、OR405条2項では受任者側に委任事務継続義務が課されている。

五 ORにおける委任の終了と継続

1. 法定の委任終了事由に存する理念—個人的・属人的な信頼関係—

OR404条1項に定められている委任者による任意撤回権及び受任者による任意解約権の行使並びにOR405条1項に定められている一方当事者の死亡、行為能力喪失及び破産という委任終了事由は、委任契約が信頼関係を基礎としていることから認められるものである。前者は、他の役務提供契約と区別される主要な分類特徴であり、当事者意思によってその行使を制限することは認められないとして強行法規であることが判例上認められている。後者は、当事者間の信頼関係を揺るがす典型的な事由であるとされる。この点から、法定の委任終了事由に存する理念はローマ慣習法を淵源とする委任契約特有の当事者間に認

められる信頼関係、換言すれば、委任者は特定の受任者であることから事務を委託し、受任者も特定の委任者であることから事務を受託したという個人的・属人的な信頼関係にあるといえよう。

2. 委任の終了を阻害する事由

法定の委任終了事由は、個人的・属人的な信頼関係が揺らいだために委任が終了することから認められるものであるが、この信頼関係が揺らいだと評価されるべき場合であっても委任が終了しない場合がある。

まず、委任契約が基礎としている個人的・属人的な信頼関係を理由に認められる OR404条1項の強行法規性について、学説上一部否定的に捉えられている。この OR404条1項の強行法規性を一部否定する見解においては、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権は当事者の地位が対等に自由である無償委任に限って認められるものであり、決して対等で自由であるとは評価できない有償委任においては制限されるべきであると唱えられている。この見解では、個人的・属人的な信頼関係のみをもって OR404条1項の強行法規性を基礎づけることは困難であることが指摘されているといえよう。

ついで、OR405条1項では、当事者意思又は委任事務の性質から、同項に定められている事由が生じたとしても委任は終了しないことが法定されている。当事者意思によって委任が終了しないという点については、当事者意思が当事者間の信頼関係を強固にするものであることから当該事由が生じたとしても当事者間の信頼関係は揺るがないために委任は終了しないと説明することができる。しかし、特に当事者の一方の死亡が生じた場合には従前の個人的・属人的な信頼関係は相続によって承継されないことが言及されており、やはり信頼関係のみでは十分に説明することができないのではないであろうか。また、委任事務の性質によって委任が終了しないという点については、個人的・属人的な信頼関係という理念が委任事務の性質によって埋没して

いるように解される。さらに、OR405条2項では、OR405条1項に定められた委任終了事由が生じ、当事者意思又は委任事務の性質からも委任の終了が阻害されないにもかかわらず、委任者の利益が危険にさらされている場合には受任者等には委任事務継続義務が課され、その限りにおいて委任は継続することが認められている。このように、OR405条では、個人的・属人的な信頼関係が揺らぐ法定事由が生じたとしても、委任は終了しないことがあることが認められる。

このように、法定の委任終了事由の理念として認められる個人的・属人的な信頼関係が揺らいだにもかかわらず、委任が終了しないことがある。このような委任の終了を阻害する事由について、それぞれ検討することとする。

① OR404条1項に基づく委任の終了を阻害する事由

委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権は、委任契約が個人的・属人的な信頼関係を基礎としていることからOR404条1項は強行法規であることが判例上認められているが、これを一部否定する見解は、無償委任と有償委任とでその取り扱いを異にしている。

ローマ慣習法を淵源とする無償委任においては、個人的・属人的な信頼関係が基礎となっていることから、その信頼関係が揺らいだ場合に委任が終了することを認める。このことから、委任の終了原因において、利益は考慮されることなく、あくまでも当事者間に存する信頼関係を重視している。この点においてのみ焦点を当てれば、無償委任においては、信頼関係のみを考慮し、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使が制限されるような委任の終了を阻害する事由はないといえよう。しかし、無償委任であったとしても、正当事由なき委任者の任意撤回権又は受任者の任意解約権の行使によって特別な損害が生じた場合には、時機を逸した委任の終了であるとしてOR404条2項に基づき損害賠償をしなければならない。この損害賠償は、当事者意思による

一方的な委任終了によって特別な損害が生じないように配慮する義務に違反したために認められると言及されている。この点に着目するならば、無償委任においても委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使によって特別な損害を生じさせてはならない配慮義務が認められ、損害賠償を免れるためには当該配慮義務を遵守し特別な損害を生じさせない時期に委任を終了させなければならない、換言すれば、一定期間は委任を終了させることを避けさせようとしていると評価できる。そのため、無償委任においては委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使自体が直接的に阻害されることはないものの、OR404条2項に基づく損害賠償の前提として特別な損害が生じないように配慮する義務が認められ、当該配慮義務によって間接的に委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使が阻害されているということができよう。

また、有償委任においては、特に報酬の支払いを受ける受任者の任意解約権行使が制限されることが唱えられている。これは、無償委任と異なり、報酬を支払う委任者は遙かに強い立場であることから受任者に対して委任事務の処理につき一定の継続を求めることができなければならないとしている。このように報酬によって裏付けられた委任者の委任事務継続利益によって受任者は任意解約権行使が制限されるとされ、この制限があるにもかかわらず正当事由なくして任意解約権を行使し委任者に特別な損害が生じた場合には、受任者はOR404条2項に基づき損害を賠償しなければならないこととなる。これに対し、委任者の任意撤回権行使については、委任事務の処理の効果帰属先が委任者であることから、委任を終了させるか否かは委任者に委ねられなければならないとして、制限されることはないと言及されている。しかし、受任者の報酬請求権に着目すると、委任事務の内容から、これまで処理してきた部分に限定される場合と、未だに処理していない

部分を含めた全部について認められる場合とがあることと言及されている。この点に着目するならば、一部の委任については未だに委任事務を処理していないにもかかわらず全部の報酬を与えなければならないことから、受任者の利益が一方的に保護され、委任者は不利益を享受しなければならない立場にあることから、この不利益が一定程度委任の終了を躊躇することとなろう。なお、受任者の報酬は OR404条 2 項の損害賠償の範囲に含まれないものの、委任者は無償委任の場合と同じく正当事由なくして任意撤回権を行使によって受任者に特別な損害を生じさせてはならない配慮義務が認められ、この配慮義務によって間接的に委任者の任意撤回権の行使が阻害されているということができよう。

このように、OR404条 1 項は委任契約が信頼関係を基礎としていることから判例によって強行法規性が認められており、これを阻害することはできないとされている。そのため、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使による委任の終了を直接的に阻害することは認められないものの、有償委任においては報酬によって裏付けられる委任者の委任事務継続利益や受任者の報酬利益によって、さらに OR404条 2 項に定められている損害賠償の前提として認められる配慮義務が間接的に委任の終了を阻害し得る事由であるということが出来る。

② OR405条 1 項に基づく委任の終了を阻害する事由

委任契約の一方当事者の死亡、行為能力喪失及び破産は、当事者間の信頼関係が揺らぐ典型的な事由であることから、これらの事由の発生によって委任は終了することが OR405条 1 項に定められている。しかし、これらの事由が発生したとしても委任が終了しないことがあることを OR405条 1 項及び 2 項では定めている。

まず、OR405条 1 項において、当事者意思又は委任事務の性質から一方当事者の死亡、行為能力喪失及び破産が生じたとしても委任が終了しないことが定められている。上述のように、当事者

意思又は委任事務の性質から OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたとしても委任が終了しないのは、単に個人的・属人的な信頼関係が揺るがないためであると説明するには不適當である。ここで参考となるのは、OR404条1項において言及されている信頼関係の分析であろう。OR404条1項の強行法規性を一部否定する見解によって、信頼関係とは個人的・属人的な信頼関係のみに着目すべきではなく、委任契約によって各当事者が獲得すべき利益に着目し、当該利益の獲得を目指すべきであるという「*pacta sunt servanda* (合意は守られなければならない)」によって構築される信頼関係も着目すべきことが指摘されている。すなわち、当事者意思によって OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたことで個人的・属人的な信頼関係は揺らぐことがあろうが、委任契約によって獲得を目指されていた利益に着目した信頼関係が堅固に存することから委任が終了しないということができるのではないであろうか。このように、信頼関係は個人的・属人的なものに限られることなく、各当事者が委任契約によって獲得を目指した利益に着目しているものも含まれ、二つの側面から分析されるべきものであろう。この委任契約の基礎として存する信頼関係に関する分析から、当事者意思又は委任事務の性質から OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたとしても委任が終了しないのは、当事者間の利益に着目した信頼関係が存するためであり、この利益こそが委任の終了を阻害する事由であるということができる。

ついで、OR405条1項に定められた事由が生じたために委任が終了すべき場合であっても、委任者（又は委任者の相続人）の利益が危険にさらされている場合には、受任者（又は受任者の相続人若しくは代理人）は委任事務継続義務を負うことが OR405条2項に定められており、この義務が存する限り委任は終了しないとされている。この委任事務継続義務は端的に委任者等の利益への配慮義務

として言及されるように、OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたとしても委任者等の利益にのみ着目して委任の終了を阻害している。

このように、OR405条1項に定められている委任終了事由は、委任契約の基礎として存する信頼関係が揺らぐ典型的な事由として認められるものである。しかし、当事者意思又は委任事務の性質から当事者間の利益に着目した信頼関係が堅固に存する場合には委任が終了しないということができるとともに、OR405条1項に定められた事由が生じたために委任が終了すべき場合であっても、委任者等の利益に着目しOR405条2項に基づいて委任事務継続義務を受任者等に課しており、まさに委任契約上の利益が委任の終了を阻害している事由といえよう。

3. 委任の終了に結びついた信頼関係と存続に結びついた利益

法定の委任終了事由は、個人的・属人的な信頼関係こそが委任契約の基礎として存在しているために認められる、換言すれば、個人的・属人的な信頼関係をその理念に置いているといえよう。しかしながら、法定の委任終了事由が生じた、換言すれば、個人的・属人的な信頼関係が揺らいだ場合であっても委任が終了しないことがある。このような個人的・属人的な信頼関係の揺らぎを原因とする委任の終了を阻害する事由として法定されているのは、OR404条2項に定められている損害賠償、OR405条1項に定められている当事者意思又は委任事務の性質、OR405条2項に定められている委任事務継続義務であるが、その背景には常に当事者間に存する利益が認められる。OR404条2項に定められている損害賠償は、委任契約の両当事者が相手方に特別な損害を被らせないように配慮する義務を負っており、この義務違反に対して認められるものであることから、直接的にはないが間接的に委任の終了を阻害する事由であり、そこには相手方の利益への配慮がその背景に存在している。また、OR405条1項に定められている当事者

意思又は委任事務の性質については、個人的・属人的な信頼関係が揺らぐ場合であっても、「pacta sunt servanda（合意は守られなければならない）」によって構築される信頼関係が堅固であることから委任が終了しないのであり、やはり、相手方の利益への配慮がその背景に存在している。そして、OR405条2項に定められている委任事務継続義務は、純粋に委任者側の利益を危険にさらさない様に配慮しなければならないために認められるものであることから、特に委任者等の利益への配慮がその背景に存在している。

このように、当事者間に存する利益が委任の終了を阻害する事由の背景には、当事者間に存する利益が認められるが、OR405条1項は信頼関係の分析から導かれるのに対し、OR404条2項の損害賠償とOR405条2項の委任事務の継続義務とは当事者間の利益保護を目的としている制度という点に共通点が見られる。

OR405条2項で問題となる「委任の消滅が委任者の利益を危険にさらす場合」とは、OR405条1項に定められている委任終了事由により委任が終了することが、委任者の利益という側面から「時機を逸した」委任の終了であると評価されている。これはOR404条2項の損害賠償請求において求められる「時機を逸した」と同様に解されていることを端的に示しており、両者の共通点を見出すことができる⁽⁴⁴⁾。

OR404条2項に基づいて、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使が時機を逸していた場合に損害賠償を請求できるのは、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使の相手方又は行使せざるを得なかった者に不利益が生じる危険性があったにもかかわらず、この危険性を顧みずに委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使をした又はさせたことで、特別な損害が生じたためである。そのため、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使に当たっては、当事者の契約上の利益を鑑みて行使することが求められており、当事者に不利益が生じる危険性があるならば、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権

の行使を避けることが求められているといえよう。換言すれば、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使に当たって当事者に不利益が生じる危険性が存する場合には、委任を存続させる義務を負っており、この義務に違反して損害が発生したためにそれを賠償しなければならないことを意味しているのではないであろうか。そうであれば、OR404条2項の制度趣旨から、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使の場面においても同様に委任関係を存続させなければならない義務は、条文構造上、OR405条1項に定められている委任終了事由に限定して認められる委任事務継続義務と同じ機能を有するといえよう。

このように、ORでは、委任契約は委任者と受任者間の信頼関係を基礎としていることから、その信頼関係が揺らぐ場合には委任が終了するものの、相互に相手方の利益に対して配慮しなければならないことから、信頼関係が揺らいだ場合であっても委任契約の存続を導き出すことができるといえよう。

むすびに代えて

本稿では、ORにおける委任の終了と継続について、信頼関係と契約上の利益に着目して検討を行った。その結果、ORに定められている委任終了事由の理念には信頼関係、特に個人的・属人的な信頼関係が認められ、これが揺らぐことで委任が終了することを前提としているといえる。しかしながら、この信頼関係の揺らぎをもたらすORに定められている委任終了事由が生じたとしても、なお委任が終了しないことが認められる。この委任の終了を阻害する事由には、OR404条2項の損害賠償、OR405条1項の当事者意思又は委任事務の性質、OR405条2項の委任事務継続義務が認められる。それらには各当事者に認められる委任契約上の利益への配慮が求められているという共通点を見いだすことができた。すなわち、ローマ慣習法から引き継がれてきた

委任契約の基礎として存する個人的・属人的な信頼関係が揺らいだとしても、各当事者に認められる委任契約上の利益への配慮が求められるために、委任の終了が阻害されうるといえよう。このことから、いわゆる信頼主義が妥当するといわれる委任契約は、今日においては契約上の利益をより重要視しており、結果として、委任の継続を導き出しているということができよう。

なお、OR405条2項に定められている委任事務継続義務が直接的に委任の終了を阻害しているのに対し、OR404条2項に定められている損害賠償は間接的に委任の終了を阻害しているに過ぎないという点に違いが認められる。しかし、OR404条2項に定められている損害賠償が単に時機を逸した委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権行使によって生じた特別な損害を補填することに止まることなく、そこには委任の終了を避けさせようとしている点に着目するならば、従来、委任者の利益にのみ着目して委任の存続を導いてきたOR405条2項の委任事務継続義務よりも広く委任の存続を導き出すことができるのではないであろうか。

また、本稿では紙幅の都合上、日本法にどのような影響を及ぼすのかについて分析を行うことができなかった。この点については、日本民法とORとの委任契約規定構造の近似性に着目すると、日本民法と規律構造が異なるBGBと比して、より有益な示唆を得ることができるのではないであろうか。特に、2020年における日本民法の債権関係の改正では、OR404条2項と同様の内容である日本民法651条2項が改正され、より具体的に損害賠償の要件等を明らかにしている。ここでは委任者のみならず受任者の利益にも着目されており、OR405条2項と同様の内容である日本民法654条に定められている善処義務が委任者側の利益のみに着目していることと対比するならば、ORの理論から得られる示唆は決して小さいものではないであろう。さらに、OR404条2項に定められている損害賠償の範囲とOR405条2項に定められている委任事務継続義務違反時の損害賠償の範囲とが同じである

ことが意識されていることに着目するならば、これまであまり言及されることのなかった日本民法654条に定められている善処義務違反時の損害賠償の範囲、さらには善処義務の内容についても示唆を受け得ることができよう。

しかし、日本民法とORとの委任契約規定構造の近似性は認められるものの、全く同一ということはない。特に、ORの委任事務継続義務はOR405条1項に定められている委任終了事由のみが対象となるのに対し、日本民法の善処義務は対象となる委任終了事由を限定していないことから全く同じように論じることができるかは明らかではない。また、OR404条2項と日本民法651条2項とで同様に理解することができるかについては、改めて日本民法651条2項について分析をしなければならぬこととなる。

このように単純にORの理論を承継することは適当ではないであろうが、これまで意識されてこなかった任意解約権行使による損害賠償に係る利益論と委任の存続とに一定の方向性を示すことはできたのではないであろうか。そのため、今後は委任契約について信託主義と併せて契約当事者の利益に着目した分析が必要となろう。また、委任契約は他の法制度と密接に関わっていることから相互的かつ多面的な検討が必要となり、未だになお研究を継続することが必要である。

本稿が、ORを比較法として取り上げることの有用性を改めて示すとともに、委任契約について利益という側面から分析することで委任の終了と存続との関係性について論じる有用性を示すものとなれば幸いである。

【追記】本号が献呈の対象とする長谷川貞之先生からは、同僚として、また研究会では研究者の先達として多くのご指導ご鞭撻を頂いている。縁あって、本号の編集にかかわらせて頂くこととなり、大変多くのことを学ぶ機会を頂けたことは幸甚に存じます。長谷川貞之先生におかれましては、これまでと変わらぬご指導ご鞭撻を頂けますようお願いい

申し上げますとともに、今後益々のご活躍を心より祈念致します。

- (1) 日本學術振興會『法典調査会 民法議事速記録 第36巻』(司法省法律調査會、1935) 3-16頁、八尾新助『民法修正案理由書 第1-3編』(八尾書店、1898) 565頁。
- (2) BGB672条(委任者の死亡又は行為能力の喪失)
：委任は、疑わしいときは、委任者の死亡又は行為能力の喪失によって終了しない。委任が終了する場合においても、猶予に危険が伴っているときには、受任者は、委任者の相続人又は法定代理人が別の方法での手当てが可能になるときまで、委託された事務の処理を継続しなければならない。この限りにおいて、委任は存続するものとみなす。
BGB673条(受任者の死亡)
：委任は、疑わしいときは、受任者の死亡によって終了する。委任が終了したときは、受任者の相続人は、その死亡を委任者に対して遅滞なく通知し、かつ、猶予に危険が伴っているときには、委任者が別の方法での手当てが可能になるときまで、委託された事務の処理を継続しなければならない。この限りにおいて、委任は存続するものとみなす。
- (3) 横田秀雄『債権各論』(清水書店、訂正第8版、1916) 651頁、吾孫子勝『委任契約論』(巖松堂、1917) 125頁、鳩山秀雄『日本債権法各論 下巻』(岩波書店、増訂、1924) 632頁、我妻榮『民法講義V-3 債権各論 中巻二』(岩波書店、1969) 697頁、半田吉信『契約法講義』(信山社、第2版、2005) 459頁。
- (4) 日本學術振興會・前掲注(1)201-219頁。八尾・前掲注(1)564頁。また、委任の終了に係る規律構造の分析については、拙稿「委任契約の終了と善処義務—「契約の終了」規律の一斑—」伊藤進先生傘寿記念論文集編集委員会編『伊藤傘寿・現代私法規律の構造』(第一法規、2017) 203頁以下を参照されたい。
- (5) 多くの優れた先行研究が認められるところであるが近時のものとして、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)—英米法からの示唆—」中京ロー18号(2013) 17頁以下、長谷川貞之「委任における任意解除権の規範的性質」本誌80巻3号(2015) 39頁以下、同「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—」本誌85巻2号(2019) 67頁以下等を挙げることができる。
- (6) ORは、日本民法制定過程において参照されたのみならず、これまでにその法制度の有用性が指摘されてきた(この点については、小沢奈々『大正期日本法学とスイス法』(慶應義塾大学出版会、2015) 3-6頁を参照されたい)。しかし、これまでORにおける理論が論じられることは少なく、委任契約に関しては管見の限り比較法研究がなされた論考を見いだ

すことができなかつた。

(7) ORの歴史的変遷については、半田吉信「スイス債務法総則編の改正(1)」駿河台28巻(2014)1号16-25頁を参考とした。

(8) なお、今日に至るまでのORの改正に伴い、条文が付加されていることが認められるが、それでもなお、全体的な規定構造に変更は見られない。

(9) aOR402条

1項：委任は、各当事者がいつでも解約をすることができる。

2項：解約が時機を逸した場合には、委任を解消した当事者は相手方に生じた損害を賠償する義務を負う。

OR404条

1項：委任は、各当事者がいつでも撤回又は解約をすることができる。

2項：撤回又は解約が時機を逸した場合には、委任を解消した当事者は相手方に生じた損害を賠償する義務を負う。

(10) aOR403条

1項：委任は、反対の合意があった場合又は事務の性質から推測される場合を除き、委任者又は受任者の死亡、行為能力喪失、破産によって消滅する。

2項：委任の消滅が委任事務に危険をもたらす限り、受任者、その相続人又はその代理人は、委任者、その相続人又はその代理人が自ら行うことができる状態になるまで事務の継続をする義務を負う。

OR405条

1項：委任は、反対の合意があった場合又は委任事務の性質から推測される場合を除き、委任者又は受任者の相応の行為能力の喪失、破産、死亡及び失踪宣告によって消滅する。

2項：委任の消滅が委任者の利益を危険にさらす場合、受任者、その相続人又はその代理人は、委任者、その相続人又はその代理人が自ら事務処理を行えるようになるまで、継続して委任事務を処理する義務を負う。

(11) OR406条はaOR404条から条文文言の一部について変更しているが、この変更は訳出するに当たっては影響がないことから、同じく訳出することとした。

OR406条(aOR404条)

：受任者が委任の消滅について認識する前に行った事務処理については、委任者又はその相続人は、委任が未だ存続している場合と同一の義務を負う。

(12) aOR402条ではいずれの当事者も解約(Kündigung)することができる定められていたが、委任者と受任者とではその呼称を使い分けている。委任者の場合には撤回(Widerrufung)、受任者の場合には解除(Rücktritt)として論じられていた。しかし、いずれも任意に特別な形式を要しない意思表示により委任関係を消滅させることができるという点で共通しており、

特別な相違は見受けられない (A. Sdineider/H. Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht, 1882, S.292ff.; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 5., überarbeitete Auflage, 1999, S.292.)。また、委任者の撤回権又は受任者の解約権の行使に当たっては、期限や条件を付すことも認められている。このような付款が付された撤回権又解約権について、相手方が承諾しない場合には、即座に委任が終了することとなる (H. Oser, Das Obligationenrecht - Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, Art. 1-529, § 404, S.739.)。さらに、委任者による撤回も受任者による解約も、委任契約につき期間が定められていたとしても特段理由を示す必要なく、任意に行うことができるとされる (Schneider/Fick, a.a.O. (Fn.12) S.292.; Theo Guhl/Anton K. Schnyder, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Neunte Auflage 2000, N.30, zu § 49.)。

(13) Oser, a.a.O. (Fn.12), S.739.; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. 5, Das Obligationenrecht, 2.Teil (Halbband) Art.184-418, 1936, N.1, 5. zu § 404.; Guhl/Schnyder a.a.O. (Fn.12), N.28, zu § 49.

(14) OR402条

1項：委任者は、受任者が委任事務の適正な処理において支出した立替金および費用について、利息を付したうえで償還し、受任者を生じた債務から解放する義務を負う。

2項：委任者は、委任に基づき生じた損害につき、それが自己の過失なくして生じたことを証明することができない場合を除き、受任者に対して賠償する責任を負う。

(15) Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.5. zu § 404.; Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184 - 551), 1972, S.139f. また、このことに着目して、mandat [委任事務の執行という給付に着目した用語] の終了として表現されることがある (Berner Kommentar/G. Gautschi, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. 6., Das Obligationenrecht, 1971, N.1c. zu § 404.)。なお、有償委任契約が委任者による撤回によって終了する場合には、受任者の報酬請求権が認められることについて異論は見られないが、未だに行われていない委任事務の処理部分に係る報酬請求権が認められるのかについては議論されている (Büren, a.a.O. (Fn.15), S.140f.; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 5., überarbeitete Auflage, 1999, S.307.)。

(16) Oser/Schönenberger, a.a.O.(Fn.13), N.1. zu § 404.; Büren, a.a.O.(Fn.15), S.140.; Honsell, a.a.O. (Fn.15), S.305.; Guhl/ Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.27f. zu § 49.

- (17) Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.1-3. zu § 404.; Büren, a.a.O. (Fn.15), S.140.; Honsell, a.a.O. (Fn.15), S.305f.
- (18) Honsell, a.a.O. (Fn.15), S.306f.
- (19) Büren, a.a.O. (Fn.15), S.140-142.
- (20) オークション開催直前にオークションにて商品を落札することを依頼されたものが任意解約権を行使した場合、弁護士が上訴期限満了直前に任意解約権を行使した場合、コンサート開始直前の出演者が任意解約権を行使した場合、等が挙げられている (Schneider/Fick, a.a.O. (Fn.12), S.292.; Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.8. zu § 404.; Guhl/Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.30. zu § 49.)。
- (21) 撤回された委任契約があったために他の業務等により別の収入を獲得する機会を喪失した場合、撤回された委任契約があったがために報酬の喪失以外の重大な損害が生じた場合が挙げられている (Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.8. zu § 404.)。
- (22) Guhl/Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.30. zu § 49.
- (23) Schneider/Fick, a.a.O. (Fn.12), S.292.
- (24) Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.8. zu § 404.; Guhl/Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.30. zu § 49.
- (25) Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.8. zu § 404.
- (26) Oser, a.a.O. (Fn.12), S.739.; Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.8. zu § 404.; Honsell, a.a.O. (Fn.15), S.307f.; Guhl/Schnyder a.a.O. (Fn.12), N.30. zu § 49.
- (27) OR404条2項に基づいて認められる損害賠償の例として、委任者による時機を逸した任意撤回権行使の場合には、受任者の労働力が遊休となったことによる不利益や委任事務の処理にあたって委託されていた契約締結に向けて活動した費用等が挙げられており、受任者による時機を逸した任意解約権行使の場合には、委任者が委託していた取引が途中中断したことによって被る不利益や委任契約を通じて予定していた計画が無為に帰してしまったことによる不利益等が挙げられている (Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.9. zu § 404.; Guhl/Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.31. zu § 49.)。このように、消極的利益につき損害賠償が認められることから逸失利益もまた含まれうるが、履行利益については対象外であることが示されている。
- (28) Oser, a.a.O. (Fn.12), S.739. なお、委任者による任意撤回権行使によって委任が終了したとしても、既に行った委任事務の処理に係る受任者の報酬請求権は当然認められるが、それ以外の部分 (委任事務につき全く未着手であった場合であっても) についても報酬請求権が認められるべき場合があることが指摘されている (Büren, a.a.O. (Fn.15) S.140f.)。しかし、この見解にあっても、受任者としての報酬請求権の行使として報酬を

受け取ることができるのであり、OR404条2項に基づく損害賠償に報酬が含まれるのではない。

(29) OR97条

1項：債務の履行がそもそもなされない又は正当になされ得ない場合、債務者は、自身に帰責事由がないことを証明しない限り、それから生じた損害の賠償をしなければならない。

2項：この執行に当たっては、2008年12月19日付の強制執行及び破産並びに民事執行法に関する1889年4月11日付の連邦法規程（ZPO）が適用される。

(30) Schneider/Fick, a.a.O. (Fn.12) S.293.; Basler Kommentar/Rolf H. Weber, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 6. Aufl., 2015, N.3. zu § 405.

(31) Weber, a.a.O. (Fn.30), N.3. zu § 405.

(32) OR405条1項は、2013年の改正までは「行為能力喪失 (eintretende Handlungsunfähigkeit)」と法定していたが、2013年改正によって「相応の行為能力の喪失 (Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit)」と改めている。これは成年後見法 (Erwachsenenschutzrecht) の改正に伴うものであるが、本稿では、紙幅の都合上この改正について言及することができない。また、委任の終了をもたらす行為能力の喪失を、本稿では単に「行為能力喪失」と表現することとする。

(33) Josef Hofstetter, Obligationenrecht -Besondere Vertragsverhältnisse, 7ter Bd. 6ter Tb., Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 2000, S.74.

(34) Weber, a.a.O. (Fn.30), N.5. zu § 405.

(35) 破産したとしても委任契約上の債務の履行可能性に影響を及ぼさないことのみならず、債権回収及び破産に関する連邦法 (SchKG) 211条2項で定められている破産管財人の権限は、委任が終了しないことを前提とした規定であることに着目し、個別具体的に委任契約の終了を検討しなければならないという指摘がある (Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.7f. zu § 405.; Büren, a.a.O. (Fn.16), S.143.; Hofstetter, a.a.O. (Fn.33), S.74.)。また、受任者が破産した場合、委任契約に基づき受任者が委任者の為に取得した物や権利は、未だに引き渡されていない場合には、ZGB727条2項に基づき、破産配当請求しか認められないこととなるとされる (Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.9. zu § 405.)。

(36) Weber, a.a.O. (Fn.30), N.6f. zu § 405.

(37) このことに着目して、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権行使の場合と同じく mandat [委任事務の執行という給付に着目した用語] の終了として表現されることがあることについて、前掲注(15)を参照されたい。

(38) OR405条1項に法定されている委任終了事由が生じたとしても、例外

的に終了しない場合があることを前提としていることから、OR405条1項に基づく委任の終了は、推定に過ぎないことが指摘されることがある (Honsell, a.a.O. (Fn.15), S.308f.)。また、当事者意思又は委任事務の性質上、受任者の死亡後であっても委任契約が継続する場合、受任者の相続人が委任事務を遂行しなければならないかについては、受任者の相続人が当該委任事務につき承諾しなければ受任者の相続人に対して拘束力が生じないと言及されることがある (Schneider/Fick, a.a.O. (Fn.12) S.293.) なお、委任者死亡後に係る委任事務であるいわゆる死後委任事務の取り扱いが問題となるが、紙幅の都合上、本稿では言及することはせず別の機会に取り上げることとする。

- (39) Guhl/Schnyder a.a.O. (Fn.12), N.34, zu § 49.; Weber, a.a.O. (Fn.30), N.11. zu § 405. なお、このような任意解約権行使が「時機を逸した」ものであるかが問題となると解されるが、この点について特段言及はされていない。しかし、一方当事者の相続人が適切な権利行使又は義務履行ができるか否かが委任契約において重大な事由であると評価される限りにおいて、「時機を逸した」任意解約権行使とはいえないと解されることから、いずれの当事者が任意解約権を行使したとしても相手方に対して損害賠償義務を負うことはないと考えられよう。
- (40) Oser, a.a.O. (Fn.12), S.741.; Guhl/Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.36 zu § 49. 受任者等による委任事務継続義務について、端的に委任者の利益を優先するために設けられたと言及されることもある (Weber, a.a.O. (Fn.30), N.14 zu § 405.)。
- (41) Weber, a.a.O. (Fn.30), N.14 zu § 405. この点に着目し、OR404条2項に定められている「時期に逸した」もの、換言すれば、突然の委任契約の終了によって委任者に特別な不利益を生じさせる蓋然性が認められれば足ると指摘する見解がある (Gautschi, a.a.O. (Fn.15), N.18b, 19a zu § 405.)。また、委任事務の進行度に着目して、特に、受任者が死亡したとしても受任者の相続人によっても委任事務を完遂することができる場合には、委任契約の継続が義務づけられることを指摘する見解 (Guhl/Schnyder a.a.O. (Fn.12), N.35, zu § 49.) や、委任事務につき受任者が未着手の場合であっても委任事務の継続が義務づけられることを指摘する見解 (Weber, a.a.O. (Fn.30), N.14 zu § 405.) がある。
- (42) Oser, a.a.O. (Fn.12), S.741.; Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.10. zu § 405.; Guhl/Schnyder a.a.O. (Fn.12), N.36, zu § 49.; Weber, a.a.O. (Fn.30), N.14 zu § 405. また、このことに着目して、委任の時間的延長であることが指摘されている見解もある Gautschi, a.a.O. (Fn.15), N.18c zu § 405.
- (43) Gautschi によれば、受任者等が委任事務継続義務に違反した場合には、契約責任としての損害賠償義務に繋がる言及されることがあり、その範囲は消極的利益賠償となるとされる (Gautschi, a.a.O. (Fn.15), N.18c

zu § 405.)。

- (44) また、OR404条2項に定められている損害賠償は「時機を逸した」委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使によって生じた消極的利益に限って認められることが言及されている。OR405条2項に定められている委任事務の継続義務に違反した場合について言及されることはほとんどないものの、契約責任としての損害賠償義務を負う場合には消極的利益を対象にして認められるという見解が認められる（前掲注(43)を参照されたい。）。この見解に立脚するならば、損害賠償の範囲という点に焦点を当てた場合には、両者に新たな共通点を見出すことができる。

ドイツ民法典（BGB）における双務契約・ 片務契約概念と有償契約・無償契約概念の展開

萩原基裕

- I はじめに
- II ドイツ民法典（BGB）における規定上の特徴
- III BGB 成立期の学説
- IV BGB 成立期以降の学説
- V 近時の学説
- VI まとめ
- VII 結びに代えて

I はじめに

本稿は、日本民法における双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念の展開に大きな影響を与えたと目される、ドイツにおける双務契約と片務契約、そして有償契約と無償契約の各概念の展開を整理することを目的とする⁽¹⁾。日本民法におけるこれら契約類型の概念を史的にみると、まずいわゆる旧民法においては条文中にこれらの契約類型を定義する規定が置かれていた⁽²⁾。他方で改正前民法ではこうした定義規定は姿を消すこととなった⁽³⁾。しかし学説では、教科書において契約総論の個所でこうした契約の分類に言及されることは多く、また論文においても各分類を扱った研究もみられるところで

ある⁽⁴⁾。近時の教科書のうち、中田裕康教授の教科書では以下のような記述がみられる⁽⁵⁾。まず双務契約は「当事者双方が債務を負い、両者の債務が相互に対価としての意義を持つもの」とされ、これに対して片務契約は「そうでない契約」とされる。そして債務に対価的意義があるかどうかは「契約類型により定型的に判断される」、という。そしてこの区別の意義は、「法律上具体的な効果が規定されている重要な分類」であり⁽⁶⁾、またこれは債務の牽連性に関わる問題であり、各債務の対価的意義とは何かが問題となるとされる。他方で双務契約と片務契約の分類はローマ法以来のものであるが牽連性の強弱は各国法制度で一様ではなく、各種契約の規律内容も各国で異なることがあり、対価的意義の有無は実質的には、当該契約の内容に照らして牽連性に関する規律を及ぼすべきかどうかによって判断されるべきとされる。そして有償契約と無償契約の区別については、有償契約は「当事者が互いに経済的な意味での対価性を持つ給付をする契約」であり、無償契約は「そうでない契約」とされる。この点、「双務契約と片務契約は契約から発生する各債務が相互に対価的意義を持つと定型的に評価できるか否かという概念的なもの」であり、これに対して「有償契約と無償契約は契約の成立からその履行までの全体過程を見て、一方の給付に対して経済的な対価としての反対給付がなされているかどうかを実質的に評価することによる」とされている。そして有償契約と無償契約の区別の意義は、「有償契約がビジネス社会の基盤をなし、売買契約の規律が559条を通じて広く及ぶ」のに対し、無償契約は契約の法的拘束力の発生の制御（書面によらない贈与の解除、目的物受取前の使用貸借貸主の解除など）、債務者の注意義務の軽減（659条）、債務者の義務内容の推定（551条1項など）の特殊な規定がある、という点が指摘される。さらに「無償契約は無償の社会的関係から法的規律の対象を切り出したものだが、その規律はなお社会的関係の影響を受ける」ため、「様々の観点からの検討が求められる」、とされている。このように「対価」という概念をメルクマールとして各分類概念を説明することが現在の

日本における理論的メルクマールであると考えられるところ、このような理論は以下本稿で示す通り、ドイツ民法理論の影響を強く受けたものと目される。しかし現在のドイツ民法学説では、これら契約の分類概念の説明についてさらなる理論的展開がみられることが分かる。本稿では日本における各契約の分類概念を検討するための一歩として、ドイツにおける理論的展開を整理することを目的とする。

II ドイツ民法典（BGB）における規定上の特徴

ドイツ民法典（以下 BGB）における規定上の特徴として、契約の分類に関する定義規定は置かれていないという点が指摘できる。ただし双務契約に関しては、双務契約にのみ適用のある規定を集めた節が BGB 中に置かれている（BGB320条以下）。このような規律状況に対応してか、教科書や注釈文献においては BGB320条やその前注で双務契約と片務契約の分類に関して説明される例が多いようである。他方で有償契約と無償契約の分類に関しては、総則における法律行為の説明の中で、有償法律行為と無償法律行為という分類があるというように言及されることもあるようである。ドイツにおいてこの概念区分が生じたのは普通法時代であり、プフォルテン⁽⁷⁾によればエドワード・ガンズによるものとされている⁽⁸⁾。

III BGB 成立期の学説

以下、双務契約と片務契約概念、有償契約と無償契約概念に関するドイツ民法の理論的展開史を整理する。概念区分自体は BGB の成立以前から存在していたものの、ドイツにおける契約の分類概念の本質把握をめぐる議論については、ドイツ民法理論を整理したところエネクチェルスやラーレンツ（いずれも後掲）の時代でいったん固まったものと見受けられる。そして議論の流れを追っていくと、ドイツ民法典制

定期（1900年前後から1910年代）の学説にその萌芽をみることができる。そのため以下に示す通り、本稿では整理に当たっての時代区分として、① BGB 成立期（概ね BGB 成立（1900年）前後から1910年代）、② BGB 成立期以降（1920年代から1980年代）に分けて学説の流れを整理する。そして近時の文献を参照すると、現在では学説において契約の分類概念のうち特に双務契約のメルクマールに関してさらなる理論展開があったようである。これは近年刊行されている注釈文献の記述から推察されるため、これらを③近時の学説として整理する。

一 シュタムラー

シュタムラーは双務契約につき以下のように説明する⁽⁹⁾。双務契約においては二つの義務が、それぞれがそれぞれにとっての等価物 Äquivalent⁽¹⁰⁾であるという方法で対立し、そして約束と反対約束とが双方向的に発生し、条件付けられている。双務契約は当事者一方のみが義務を負う贈与や保証、相手方にも請求権がありうるに過ぎない委任などの片務契約とは異なるとする⁽¹¹⁾。

二 クローメ

双務契約と片務契約について、クローメは以下のように説明する⁽¹²⁾。まず一方の当事者のみが相手方に対して給付を与える契約は一方的 einseitig であり、各当事者が交換的にそのような給付を与える契約は双方向的 zweiseitig であるとする⁽¹³⁾（双方向的契約には不完全双務契約も含まれる⁽¹⁴⁾）。

そして双務契約の特殊性として、給付と反対給付とが特別な牽連関係にある点が指摘される。これは複数の給付のそれぞれが他方の給付のために引き受けられているということであり、この関係の結果として、一方当事者における違反は関連する義務それ自体に対して影響するのみならず、反対義務にも影響するという⁽¹⁵⁾。

次に有償契約と無償契約については以下のように説明している⁽¹⁶⁾。

クローメは、直接に財産的価値がある者の財産から他の者の財産へとくわえられることを出捐とし、この出捐の目的によって、有償契約と無償契約とが分類されるという。出捐の目的により有償（負担付、*oneros*）行為と寛大な（無償）行為が区別される。この区分は基本的であり、これによって経済的取引の行為を形成するグループと非経済的な行為を形成するグループに分類されるという⁽¹⁷⁾。そして出捐という概念にとって本質的であるのは、その出捐が原則として無償であるということ、すなわち出捐に対する等価 *Gegenwert*（等価物 *Äquivalent*）をあらわす反対給付なしに行われるということだけであるとする⁽¹⁸⁾。受領者に対して課される比較的些細な給付（負担）は、この概念を損なうことはなく、負担は出捐の付随的目的のみを形成するという。

三 ヴィントシャイト

ヴィントシャイトは双務契約と片務契約について以下のように述べる⁽¹⁹⁾。この分類は債務契約において特に重要で、給付交換を生じさせることに向けられる分類である。契約を締結している当事者のそれぞれは、その当事者が請求する権利を与えられている給付に関して彼の側で事故の給付において等価のものを与える義務を負っているというべきという。そしてこれらの契約は双方向契約 *zweiseitiger Vertrag*、より適切には交換的あるいは双務契約と呼ばれているとし、その例として売買と請負を挙げる。

他方でこの内容を持たない契約は片務契約であるが、片務契約はさらに二つの種類がありうるとする。第一にその契約が、権利を与える当事者に対して反対給付を義務付けないにもかかわらず、契約が別の方法でその当事者に義務を負わせることを排除しない契約でありその例が委任や使用貸借であるという。第二に契約が厳格に片務であり、その結果契約が権利を有する当事者に義務を負わせる余地を持たない契約がそれであるが、その例は消費貸借であるという。

有償契約と無償契約については、ヴィントシャイトは総則教科書に

おける法律行為に関する記述において、有償法律行為と無償法律行為という区分に言及する⁽²⁰⁾。ただしその分量は乏しく、「…法律行為は、法律行為がその付与に向けられる利益に対して出捐を課すのか否かに応じて、有償法律行為と無償法律行為に区別される」とするにとどまっている。

四 デルンブルク

デルンブルクは、双務契約と片務契約の分類について債務の概念から説明を始める⁽²¹⁾。債務はその最も単純な形式においては片務の債務であり、当事者の一方にのみ権利を与え、そして相手方にのみ義務を負わせるものであるとする⁽²²⁾。このようなもっとも単純な債務の形式の一つに、片務契約があるとする⁽²³⁾。そして双務契約については、たいいてい、債務契約は双務義務を根拠付け、その結果として各当事者が同時に債権者となり債務者となるとするが、この双務性 Gegenseitigkeit は不完全な双務と完全な双務があると指摘する。まず不完全双務については、不完全双務契約に基づいて、一方の当事者に主要な義務が生じる。その義務に相手方契約当事者の反対義務 Gegenverpflichtung が連結する。主たる義務はとりわけ取引の目的に奉仕するという⁽²⁴⁾。他方で完全双務とは、完全双務義務も同様に取引目的に奉仕するものであり、この義務は双務（いわゆるシナラグマ）契約、とりわけ売買、交換、使用賃貸借、雇用契約、そして請負から生じるとする。この種の取引のみ、BGB は双務取引と呼び、そしてこれらの取引を320条ないし327条の規定に服せしめている、と指摘する。なお、双方向取引 zweiseitige Geschäfte の本質として、同一の契約から双務義務 gegenseitige Verbindlichkeiten が生じるという点を挙げる⁽²⁵⁾。

また双務契約における各義務の構造についても言及する⁽²⁶⁾。デルンブルクによれば、双務契約における各当事者の義務の関係について歴史的には二通りの理解の仕方が展開されてきたという。第一に双方の義務の独立性を出発点とする説が挙げられている。これによれば二つ

の義務は確かに同一の契約にその成立原因を負っており、一方の義務が他方の義務と引き換えに交換される。しかしいったん成立すると、それぞれの反対義務はもう一方の反対義務とは無関係であり、かつ独立と考えるという。第二に反対義務は永続的に、統一的な債務関係の全体を形作る要素として妥当とする説を挙げる。このことは、身体における手足のように債権と反対債権とが互いに一体となっているといったように表現されてきた、とする。ただしデルンブルクによれば、いずれの説も問題があり、どちらの立場に立つせよもう一方の立場への歩み寄りが求められるとしている⁽²⁷⁾。

五 エルトマン

エルトマンは、双務契約と片務契約について以下のように説明する⁽²⁸⁾。まず債務契約はそこから生じる義務によって三つの種類に区分可能でありその第一が片務契約とする。この契約からは常に一方の当事者に権利が生じ、相手方当事者には義務が生じるとする（例として消費貸借、贈与を挙げる）。第二が不完全双務契約であるが、同契約においては、取引の主要目的の実現に奉仕する本質的な構成要素として当事者の一方に義務が生じる。そしてこれとともに場合によっては相手方の付随的義務も生じるとする（例として寄託、委任を挙げる）。第三が完全双務（シナラグラマ）契約であるが同契約からは常に、そして必然的に両当事者が権利を有し義務を負う。BGBはこの契約をただ第二章において「双務契約 gegenseitige Verträge」という概念としてのみ理解していると指摘する。なお、ある契約が双務契約となるためには給付義務のための条件あるいは法的原因という意味においてのみ反対給付が実施されるということが重要とする⁽²⁹⁾。

エルトマンは有償契約と無償契約（特に有償契約）という概念区分についてモノグラフィーを公表している⁽³⁰⁾。その中でエルトマンは対価 Entgelt の理解について当時のドイツ学説の中に双務契約＝有償契約と単純に図式化していた説があることを批判し、有償契約か無償契約か

によって民法典やその他の法律（破産法など）で特別扱いがなされる場合があることから、有償性概念について検討し明らかにする必要があることを指摘する⁽³¹⁾。エルトマンは、有償契約であるかどうかは対価（反対給付に対して給付がなされる）の存在によるとする⁽³²⁾。対価が存在するかどうかは個別事例ごとの判断を要するとする⁽³³⁾。

六 小 括

以上が BGB 成立期における双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念に関する主な民法学説による説明である。双務契約と片務契約という概念区分については多くの学説が言及しており、特に双務契約の特徴について各契約当事者が負う義務の双方向性 *zweiseitig* や双務性 *gegenseitig* が特徴であるとされる点が多い。またそのことから同時履行の抗弁権など双務契約に特有の法理が生じると説明されている（BGB320条以下）。また、その後ドイツ民法学説において主流となってくる、各義務が等価物 *Äquivalent* として対立していることに言及するものもみられる（シュタムラー）。また、各当事者が義務を負うもののそれぞれの義務に双務の関係がないという不完全双務（双方向）契約という分類にも言及がみられる。

他方で有償契約と無償契約という概念区分については、双務契約と片務契約の場合とは異なって比較的説明が少ないように思われる。ただしエルトマンのように、有償契約と無償契約という区分に従って法律効果の分かれる規定が BGB やその他法律上にあることからこの概念区分の明確化・精緻化が必要であると指摘するものや、クローメのように有償契約と無償契約の概念区分を各当事者による出捐 *Zuwendung* の有無によるとし、さらに各当事者の出捐が互いに等価 *Gegenwert*（等価物 *Äquivalent*）を形成する場合には有償契約と定義するクローメのように、対価や等価という概念を有償契約と無償契約のメルクマールとしてむしろ用いるものもみられる。

IV BGB 成立期以降の学説

一 ヘック

ヘックはまず双務契約と片務契約の区分について以下のように説明する⁽³⁴⁾。すなわち債務を根拠付ける契約は目的とされた効果に応じて片務 *einseitige* 契約と双方向 *zweiseitige* 契約に区分される。そして双方向契約はさらに双務 *gegenseitige* 契約と不完全双方向契約に区分されるとする。なお普通法理論は同一の方法で双務契約 *contractus bilaterales* と片務契約 *contractus unilaterales* に区別をし、そして前者において完全 *aequale* 双務契約と不完全 *inaequale* 双務契約に区別するという。また、これらの分類にどのような具体的契約が属するかについては次のようにいう。「双務契約は取引生活において決定的に重要な役割を果たす。双務契約には最も頻繁に行われる取引が属している。売買、使用貸借、雇用契約、そして請負契約である。次のような契約は厳格な片務契約という必要がある。贈与約束、保証約束、そして独立の債務約束である。好意契約、使用貸借、無償寄託、そして委任は不完全双務契約に属している。消費貸借はたいてい、厳格な片務契約の例として説明されることがあるが不適切である。有償の、いわゆる利息付消費貸借は双務契約であり、売買や使用貸借と同様であることは明らかである。もっとも無利息消費貸借は好意契約のカテゴリーに属する」とする⁽³⁵⁾。そして双務契約における利益状況は、二つの給付義務が、一方の給付が相手方の給付に対する対価を形成するという因果関係、つまり交換関係にあるということによって特徴付けられるとする。ここでは契約締結者のそれぞれは、相手方の給付を受領するためにのみ自ら給付するという意思であり、「与えんがために与える」である⁽³⁶⁾。彼の給付が彼に課す出捐行為 *Opfer* によって、彼は彼に反対給付が与えられるという結果を目的としているという。そしてある契約が双務契約であるか否かは契約の客観的意味から明らかになる利益状況が決定的であるとする。

二 ファン・デン・デーレ

BGB 成立期以降、以下で整理するエネクチェルスやラーレンツのように対価や等価という概念でもって双務契約と片務契約という概念区分を説明するメルクマールとする学説がみられる。そのような中でファン・デン・デーレはこのようなメルクマールを設定することに疑問を呈している⁽³⁷⁾。すなわち等価性 Äquivalenz を双務契約の要素とし、さらにこれを主観的なものとするか客観的なものとするかで学説で議論があるとするが、いずれについても問題があると指摘するのである。ファン・デン・デーレは、これまでのドイツ民法学説（普通法学説も含む）は等価性という思想でもって双務契約と片務契約という概念区分を説明してきたが、そもそも双務契約の等価性とは何を意味するのか、との疑問を投げかける⁽³⁸⁾。そしてそれまでのドイツ民法学説や判例における等価性の理解を整理したうえで、その内容はそれほど豊かではないため別の基準を必要とするという⁽³⁹⁾。そして、何をもって「双務」の契約とするのかは契約の構造分析が重要とし、そのための分析視角として契約の原因や目的を挙げ、カウザ理論に依拠した理論展開を試みる⁽⁴⁰⁾。

三 エネクチェルス

エネクチェルスは双務契約と片務契約という分類について以下のように述べる⁽⁴¹⁾。「あらゆる取引は、契約概念が明らかにしているように成立において双務であり、双方向的な意思表示から構成されているという。それにもかかわらずローマ法を手本として双務（双方向）契約と片務契約とを区別するならば契約締結の方法ではなく、契約の効果を想定していることになる。双方向的に義務付ける契約あるいは一方にのみ義務を負わせる契約が想定されている。そして効果に関することでさえ、それぞれの契約当事者の責務である忠実義務 Treuepflicht を別とし、そして契約にその刻印付けを与えているような主たる義務を基準とする場合にのみ、区別がなされうることになる」とする。そ

して片務契約は一方当事者の義務のみを生じさせ、その例として現実消費貸借 *Handdarlehen* および贈与約束 *Schenkungsversprechen* があるという。

双務契約は両当事者に義務を生じさせるところ、ここでは他方で重要な区別を行う必要があるとする。それは①各義務が牽連関係にあり *in einem Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit*、一方当事者の給付がその定められた通りの同価値のものを相手方当事者の給付に見出しているというべきである、というような関係にある場合であるとする⁽⁴²⁾。これに属する契約としては売買、使用貸借、雇用契約、請負契約があるとする。そして②各義務が、この必須の牽連関係なしにも契約から以下のように生じることがありうる。すなわち当事者の一方のみが概念的に必然的に義務を負う一方で、相手方当事者はただ特別な事情に基づいてのみ偶然に義務付けられるということである。不完全双務契約 (*contractus bilaterales inaequales*) とも呼ばれているとする⁽⁴³⁾。ここには、委任、無償寄託契約、使用貸借が属するとしている。

また、双務契約については交換型契約とも呼ぶことができ、売買や交換のほか、使用貸借、雇用契約、請負契約などのように、対価と引き換えでの権利利用 *Gebrauchsgewährungen*、仕事や役務の提供の場合、広義の意味で給付の交換と呼ぶことができる、とする⁽⁴⁴⁾。他方で双務契約すべてを交換型契約と呼ぶことは適切ではないが、それは組合契約においては給付の交換が行われなくてもかかわらず双務契約であるからとする⁽⁴⁵⁾。双務契約という概念に関してはただ、各当事者の給付が相手方の給付に対する対価として約束されているということのみが本質であり、そしてこのことは組合契約の場合にも当てはまるとする。その理由としてはそれぞれの組合員がその（共通の目的を促進するための）給付を義務付けられ、別の組合員もまた（同様の目的のための）給付を義務付けられるからである、とする。

そしてエネクチェルスは有償契約と無償契約については以下のように述べる⁽⁴⁶⁾。まず、相手方の財産を増加させる行為が出捐 *Zuwendung*

であるとする⁽⁴⁷⁾。そして出捐は大多数の場合において有償であり、当事者の意思によれば出捐に対する補償を形成するべきである対価と引き換えに、(先行する、同時の、あるいは事後的な) 給付と引き換えに利益を与えるものである(売買、使用賃貸借、雇用契約、利息付消費貸借)とする。これが客観的に、あるいはただ当事者の意見によってのみ、与えられる利益に等しいものとされるということは必要ではなく、当事者の意思によれば出捐の補償となるということ、したがってその対価であるというべきであろうということだけで足りるという。したがって売買は有償取引であり、錯誤によって、あるいはその必要があって意図的に物の真実の価値よりも低い価格で取引されるという場合でも変わらない、としている。

他方で無償行為あるいは好意 *lukrativ* 行為がその対をなすものを形成する(贈与、遺贈、無利息消費貸借)という⁽⁴⁸⁾。取引は、取得者に反対給付ではなく負担のみが課される場合には無償で形成される。そのほか、無償性という概念を用いているそれぞれの規定の下で、この呼称にどのような意義が認められるのかを特に検討する必要があるとする。

四 ラーレンツ

ラーレンツはまず双務契約について以下のように述べる⁽⁴⁹⁾。ラーレンツによれば双務契約とは当事者らが、彼らそれぞれの視点において、各当事者が彼ら自身の給付に対して彼らの価値評価によれば少なくとも同等の価値である反対給付、「等価物 Äquivalent」を受け取るという意味において互いに少なくとも同価値である給付を交換する契約である(=「与えんがために与える *do ut des*」)⁽⁵⁰⁾。各当事者が「文脈において」、つまり合意された反対給付に対して相手方の義務と解消不能の関係においてのみ義務を負うつもりである、ということの意味するという。また「双務」債務契約の存在を認めるためには、各当事者の給付が客観的基準で測定して互いに同価値であるという必要はない⁽⁵¹⁾。各当事者が相手方の給付において彼自身の給付に対する十分な対価であ

ると認めているということである。したがってその限りで各契約当事者の主観的判断が重要となるとする（「主観的等価性」）。

双務契約において決定的であるのは、各当事者がまさに反対給付を得るために給付義務を負う意図であるということである、とする⁽⁵²⁾。それゆえにあらゆる「双方に義務を負わせる」契約がすでに必然的に双務契約であるというわけではないとも指摘する。例えば委任の受諾によって受任者は委任の実施やそれによって取得したものを引き渡す義務を負い、委任者は費用賠償の義務を負うが、しかし費用賠償は受任者の労力に対する対価ではない、とする。「双務契約」は少なくとも各当事者の負う給付義務のうちいくつかのものが、一方の給付が当事者の意思によれば相手方の給付に対する反対給付、対価であるということによって互いに結び付けられているような義務を各当事者に負わせる契約であるとしている⁽⁵³⁾。

次に有償契約と無償契約については、総則教科書の法律行為に関する説明の一部において以下のように述べている。まず義務付け行為 *Verpflichtungsgeschäft* は、行為の内容によって一方の義務が相手方の義務に、当事者の評価によれば等価のもの、等価物 *Äquivalent* である反対給付として対立している場合、有償であるとする⁽⁵⁴⁾。これによれば義務付け行為は、行為内容になっている当事者の意思によれば反対給付が欠けているという場合には無償であるという。「双務契約」は少なくとも各当事者の負う給付義務のうちいくつかのものが、一方の給付が当事者の意思によれば相手方の給付に対する反対給付、対価であるということによって互いに結び付けられているような各当事者に義務を負わせる契約であるとする。

五 エッサー

エッサーは双務契約について以下のように説明する⁽⁵⁵⁾。双務契約とは、契約が給付の交換に奉仕している限りで、契約当事者のそれぞれがその給付を相手方の給付約束と引き換えに提供する契約である⁽⁵⁶⁾。

したがって契約を特徴付ける取引目的が反対給付の獲得に存在し、これを「シナラグマ」、BGB (320条以下) の言葉においては双務契約と呼ぶとする (= 「与えんがために与える do ut des」 という結びつき)。エッサーはこの結びつきから、成立上のシナラグマ (一方給付の原始的不能等の場合の他方給付の消滅)、機能上のシナラグマ (同時履行の抗弁) が生じるとしている。なお、各当事者が給付義務を負う契約すべてが双務 (シナラグマ) 契約となるわけではなく、一方の給付がまさに他方の給付にとって等価 Gegenwert であるという意味における交換関係が存在するかどうかを常に検討する必要がある、としている⁽⁵⁷⁾。

なおエッサーは、単著となる教科書であるその債務法第2版では、契約構造の紹介において双務契約に先立って有償契約について解説している⁽⁵⁸⁾。それによれば以下の通りである。「契約は動機付けによって区分され、利益の意図を伴う契約は有償契約であり、寛大さ Freigebigkeit を伴う契約は無償契約である」という。また、無償契約の場合には債務者の責任や注意義務が軽減されることがあることや、特殊な契約の解除や解約、終了原因があるとする。

六 小 括

以上が BGB 成立期以降の双務契約と片務契約、そして有償契約と無償契約という分類に関する主だった学説の整理である。注目できるのは、教科書類ではいずれの分類においてもメルクマールとして等価性や対価という概念が用いられるようになっているという点である (エネクチェルスやラーレンツに顕著)。つまり双務契約であるというためには各当事者が互いに交換的に給付するものが (主観的に) 等価であるという点について、各当事者が合意しているかどうかは重要であるという理論である。また有償契約についても、各当事者の給付 (出捐) がそれぞれ相手の給付に対する等価 Gegenwert、対価として評価しうるかどうかは重要であるとされている。こうした等価性や対価というメルクマールは日本の民法学説においても、例えば鳩山秀夫博士や我妻栄博

士の時代から用いられていることから、この時期のドイツ民法学説の影響が強かったと推測される⁽⁵⁹⁾。

ただし注目すべきはこうした等価性や対価といったメルクマールを用いることに対して、特にファン・デン・デーレが強い批判を投げかけている点である。彼によれば双務契約の概念把握のためには主観的なものとする場合であれ客観的なものとする場合であれ等価性という概念では十分でなく、いわゆるカウザ理論を用いた双務契約の構造把握が重要であるとしている。またファン・デン・デーレ自身はこのカウザ理論をフランス民法理論におけるいわゆるコース論と一致すると指摘する⁽⁶⁰⁾。

V 近時の学説

以上のように BGB 成立期からそれ以降の時期の学説の流れにおいて、ドイツでは双務契約と片務契約、そして有償契約と無償契約の分類メルクマールとして等価性や対価という言葉が用いられるようになったと推察される。一方で近年刊行されている注釈文献等を見るに、エネクテルスやラーレンツの時代の学説からさらなる展開があったことが見受けられる。そこでこれらの注釈文献における記述をドイツ民法学説の最新の状況把握のために近時の学説として整理する。本稿ではドイツ学説の一般的な状況を把握するために、2020年前後に刊行されているいくつかの注釈文献を参照した。そこでの共通点として注目すべきであるのは、これまでドイツにおいて主流であったと目される等価性という概念が双務契約の分類メルクマールとして用いられることがなくなっているという点である。

一 エメリッヒ

エメリッヒによると、双務契約と片務契約の概念は以下のように説明されている⁽⁶¹⁾。まず、「片務契約はその契約に基づいて（主たる給付

義務の意味における) 義務が各当事者の一方に関してのみ生じるということによって特徴付けられる。…一方で双方向契約および双務契約はいわば、その契約から(常に主たる給付義務の意味における) 義務が双方の当事者に関して生じるということによって特徴付けられる。…それぞれの義務が交換関係にある場合、双務契約と呼ばれる。そうでない場合、ただ不完全双務契約の問題となり、この契約は双務契約とは反対に以下のことによって特徴付けられる。すなわち、一方の当事者がその給付義務を引き受けるが、ただし、そのために一反対給付として一相手方当事者の給付を受け取することを目的としてはいない、ということである」という。双務契約において各当事者が相手から反対給付を受けるためにその給付を引き受けている *do ut des* の関係が認められる契約であるという。ただしこのとき、それぞれの給付が客観的に、あるいは当事者の主観により等価物であるということはもはや要求されていないという⁽⁶²⁾。各当事者の給付が等価物を形成していないという場合でも問題はないが、特に価値関係が破綻しているような場合には BGB138条⁽⁶³⁾ による効力否定や BGB313条⁽⁶⁴⁾ の行為基礎の喪失の問題となるという。

二 シュヴァルツェ

シュヴァルツェにおいてもエメリッヒと同様の説明が見受けられる⁽⁶⁵⁾。すなわち「双務性は、二人もしくはそれ以上の当事者間に存在する、(給付) 義務の法的結びつきの特定の形態である。法的結びつきの特別性は、目的性 *Finalität* にある。一方の当事者が…相手方当事者のために給付義務を負うのは、相手方がそのような債務を負うからである」という。そしてこれまで主流であった各給付間の等価性という点については、双務契約において必須の要素ではないとされている。「交換的に互いに依存している給付義務の『等価性』(価値平等性) は『双務性』の要素ではない。BGB320条以下の意味における双務性は、給付義務の特定の法的な結びつきを指す一方で、等価性は給付義務の間の経済的

関係（価値関係）を指す。客観的に正しい価値関係、あるいは主観的にのみ正しい価値関係という意味における等価性は、双務契約の理念に属しているかもしれない。BGB320条以下の意味における双務契約という法概念には、等価性は属しない。給付義務と契約は、BGB320条以下の意味におけるその『双務的』性質を、給付義務が客観的に均衡していないというために、あるいは当事者によって均衡していないとみなされているというために失うということはない」、としている⁽⁶⁶⁾。そして当事者らがイメージした給付間の等価性が重大に損なわれることは行為基礎の喪失の問題として扱われうるという。

このように双務契約と片務契約とを分類するメルクマールとして目的、目的性という概念からの説明が見られる。一方で有償契約と無償契約の分類に関しては、等価性という概念が分類メルクマールとして依然として維持されているようである。シュヴァルツェによれば「等価性がないということは、契約の有償性を否定するしるしとしての意義を持つ…。問題となっている給付義務が完全に不均衡であり、そして当事者らによってもそのように格付けされている場合、当事者らが給付義務の交換的依存性にもかかわらず無償契約であることを出発点としているということが想定できる」とされている⁽⁶⁷⁾。

三 ウルバー

ウルバーにおいても、双務契約の概念区分において等価性という概念がもはや必要とはされていない⁽⁶⁸⁾。ウルバーは、「双務契約の場合、少なくとも個々の給付がそれぞれ相手方の給付を目的として約束され（do ut des）、そして永続的な牽連関係にある。一方の給付は相手方の給付に対する反対給付であることが明らかにされる。それぞれの給付は成立と存続とにおいて交換的に互いに結び付けられる」という。しかし、「引き受けられた義務の双務性は、それぞれの義務が客観的あるいは主観的観点において同価値であるということを前提としない。ある反対給付が合意される限りで、双務性を認めるに足りる」としている⁽⁶⁹⁾。

四 グリューネベルク

グリューネベルクも、「双務（完全双方向）契約の場合、各当事者の義務は互いに牽連関係にある。それぞれの契約当時母その給付義務を反対給付を目的として約束する。一方の給付義務は相手方の給付義務に対する対価である」とする⁽⁷⁰⁾。そして「双務契約にとって特徴的であるのは、各給付義務のシナラグマ的結びつきである…。すなわち「与えんがために与える do ut des」原則に基づいて生じる双方向的な目的結合である」とするが、他方で「各当事者の給付の主観的等価性は双務契約の必然的メルクマールではない。当事者らは契約自由の原則に基づいて、異なる価値を持つ給付を互いに交換することもできる」とする⁽⁷¹⁾。

五 小 括

以上のように近時の注釈文献から推察される双務契約と片務契約概念に関する現在のドイツ民法理論においては、双務契約と片務契約の分類メルクマールとして目的という概念が用いられ、当事者の負うそれぞれの給付義務が互いにその目的を形成しているから双務契約となるとされている。等価性や等価物というそれまで主流であったメルクマールについては、双務契約においては各当事者は通常それぞれの給付が等価値であることを前提としているという理解がみられるものの、そのことは双務契約であるための本質的なメルクマールではないとされている。ここでは、エネクチェルスやラーレンツらの時代にあって、等価性という考え方に批判的であったファン・デン・デーレの影響があるものと目される。

他方で等価性という概念が完全に放棄されたというわけではなく、このメルクマールは有償契約と無償契約の分類メルクマールとして用いられ続けているようである。

VI まとめ

以上がドイツ民法理論における双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念の展開である。

BGB 成立期におけるドイツの学説では、双務契約と片務契約のメルクマールと有償契約と無償契約のメルクマールについて、特に前者に関して当事者らの負う義務の双務性や双方向性の牽連関係とする考え方が見受けられた。他方でいずれの分類概念についても、その後主流となったと目される等価性という概念でメルクマールとする考え方もみられる。

BGB 成立期以降、特にエネクチェルスやラーレンツにおいて、双務契約と片務契約、そして有償契約と無償契約の各概念の分類メルクマールとして、共通して等価性、対価という概念が用いられ始める。日本の民法学説においても鳩山博士や我妻博士がこれら契約の分類概念のメルクマールとして、等価性や対価という概念を用いているところ、この時期のドイツ民法学説の影響を受けたものと目され、その影響が今日まで残っているものと理解することができる。他方でファン・デン・デーレのように、等価性という概念で双務契約の特徴とし、分類のメルクマールとすることでは足りないとする批判があったことに注目できる。さらにファン・デン・デーレが提唱したのがいわゆるカウザ理論であり、この理論がフランス民法理論におけるいわゆるコース論に類似するとしている点が興味深い。また、日本民法における双務契約と片務契約概念、有償契約と無償契約概念の説明に関してはすでに指摘したように「対価」という概念が用いられているところ、この時期のドイツ民法学説の影響を強く受け、それが現在まで引き継がれていると目される。

以上のようにドイツ民法理論の展開において、等価性や対価という概念が双務契約と片務契約の分類においても有償契約と無償契約の分類においてもメルクマールとして設定されるに至ったと理解できるが、

近時においては特に双務契約と片務契約の分類メルクマールにさらなる変遷がみられる。そこでは双務契約においては当事者の負う各給付義務がそれぞれの給付義務の目的とされているとして、各給付が（当事者の主観的に）等価であるということは双務契約において必須ではないとされるに至っている。ここには、エネクチェルスやラーレンツの時代において等価性や対価という概念に批判的であったファン・デン・デーレの影響があったのではないであろうか。一方で有償契約と無償契約のメルクマールに関しては等価性という概念が用いられ続けている。ドイツ学説においては双務契約と片務契約の分類のメルクマールにつき現在に至るまでもさらなる理論展開がみられるところ、日本民法理論における契約の分類概念の意義を検討するにあたっても有意義な示唆を与えるものと思われる。

VII 結びに代えて

本稿では、日本における双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念の検討の前段階として、これらの契約の分類概念に関する日本民法学説に大きな影響を与えたと目されるドイツ民法理論の展開を整理した。本文中でも述べたように日本民法学説においては鳩山博士や我妻博士によって対価という概念が双務・片務、そして有償・無償の各契約の分類概念のメルクマールとされるに至り、それが今日まで受け継がれている。このような説明は BGB 成立期以降、特にエネクチェルスやラーレンツにみられる説明であり、この時期のドイツ民法理論が日本民法学説の展開に強く影響したと目される。しかしドイツではその後さらなる発展があった。近時の文献では双務契約と片務契約の分類メルクマールとして、等価性や対価ではなく、目的という概念が用いられるようになっている点に注意が必要である。この背後にはファン・デン・デーレの提唱したカウザ理論による双務契約の分析があると目され、またファン・デン・デーレ自身が指摘してい

たようにフランス民法理論におけるコース論との関連もうかがわれる。ドイツにおける理論は今日でも発展しているところ、契約の分類概念について依然としてドイツの動向から示唆を得ることができるであろう。

また、日本民法の成立や学説の発展に大きな影響を与えたもう一つの存在であるフランス民法理論も見逃せない。フランス民法では条文中に双務契約と片務契約、そして有償契約と無償契約に関する規定が置かれているところ、フランス民法学説でもこうした契約の分類概念やそれらと結びつく解除などの法理に関係する議論が展開されている。日本民法の成立と発展には仏独それぞれの民法典や民法理論がこれまで強く影響しているところ、双方の展開に注意しつつ研究を進めていくことが望ましいといえるであろう。

注

- (1) 本稿の基礎となっているのは、2022年6月4日に開催された第85回比較法学会におけるミニ・シンポジウムA「フランス法・ドイツ法の狭間で育った日本民法—契約概念の再考を中心に—」における筆者の報告「双務契約・片務契約概念と有償契約・無償契約概念」である。本稿は同報告のうちドイツ法部分をまとめ直し、いくつかの点を補充したものである。日本とフランスを含めた総合的な比較検討については別稿を予定している。なお上記ミニ・シンポジウムの報告要旨については比較法研究83号（2022）を参照されたい。
- (2) 旧民法財産編297条および298条である。各条文については井上正一『民法正義財産編第二部卷ノ壹〔復刻版〕』（信山社、1995）25頁-31頁を参照した。
- (3) 起草担当者である富井政章博士によれば「既成法典はフランス民法などにならって297条から303条まで合意の種類を列挙してある。これも学説にゆだねて少しも差し支えない。法典全体の規定から契約にこういう種類がある、またその種類分けをするについてという結果に違いがあるということは、法典全体の上から自ずから分かると思う。よってこの合意の種類に関する規定はことごとく削除した」とされる。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録三』（商事法務研究会、1984）645頁。
- (4) 教科書に関しては枚挙にいとまがないといえるが、差し当たって我妻栄『債権各論上巻』（岩波書店、1954）49頁以下、末川博『契約法上（総

論』(岩波書店、1958) 12頁以下を参照。また、松坂佐一『民法提要債権各論〔第4版〕』(有斐閣、1981) 7頁以下、広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』(有斐閣、1994) 14頁以下がある。近年の教科書でも、中舎寛樹『債権法—契約総論・契約』(日本評論社、2018) 43頁、平野裕之『債権各論 I—契約法』(日本評論社、2018) 7頁以下、山野目章夫『民法概論4 債権各論』(有斐閣、2020) 11頁以下、近江幸治『民法講義 V 契約法〔第4版〕』(成文堂、2022) 23頁以下などが契約の分類について独立の項目を設けて解説をしている。一方で契約の分類について解説するための独立の項目を設けないが、契約の効力(同時履行の抗弁など)や個別の典型契約の記述に際して契約の分類に言及するという例もある。来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974) 8頁以下、18頁以下、三宅正男『契約法(総論)』(青林書院新社、1978) 57頁以下、鈴木禄弥『債権法講義四訂版』(創文社、2001) 276頁以下、375頁以下、野澤正充『契約法〔第3版〕』(日本評論社、2020) 60頁以下、113頁、潮見佳男『基本講義債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得〔第4版〕』(新世社、2022) 38頁、73頁などがそうである。また、代表的な論文として山中康雄「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約概念」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 I (契約総論)』(有斐閣、1962) 58頁以下、於保不二雄「無償契約の特質」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 I (契約総論)』(有斐閣、1962) 75頁以下、広中俊雄「有償契約と無償契約」同『広中俊雄著作集2 契約法の理論と解釈』(創文社、1992) 1頁以下(初出:同「契約—有償契約と無償契約—」尾高朝雄・峯村光郎・加藤新平編『法哲学講座8巻』(有斐閣、1956) 35頁以下)がある。諾成契約という観点から双務契約と有償契約を論ずるものとして、川村泰啓『増補商品交換法の体系 I』(勁草書房、1982) 165頁以下や202頁以下を参照。

- (5) 中田裕康『契約法〔新版〕』(有斐閣、2021) 69-73頁を参照。
- (6) 中田教授は民法533条、536条、553条、破産法53条、民事再生法49条、会社更生法61条を挙げられる。同・前掲注(5)70頁。
- (7) *HKK/Sibylle Hofer*, Bd.3, 1.Tb., vor § 433 Rn.15, Rn.15 Fn.81; *Ludwig von der Pfordten*, Abhandlungen aus dem Pandekten=Recht, 1840, S.302 ff. なお、この点については拙稿「片務契約の終了:片務契約の法定解除をめぐる日独議論の比較を中心に」大東法学26巻1号(2016) 1頁以下(特に4頁以下)を参照されたい。
- (8) *Eduard Gans*, Über römisches Obiligationenrecht, 1819, S.1ff.
- (9) *Rudolf Stammler*, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897, S.84ff.
- (10) ドイツにおける双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念の分類について説明をする際に、等価という言葉の意味する Äquivalent や Äquivalenz という単語が用いられることがある。本稿では Äquivalent

- については等価物、Äquivalenzについては等価性という訳を当てておく。
- (11) シュタムラーは双務契約につき、「双務契約の一般的かつ争いのないメルクマールとして、同契約においては二つの義務が、それぞれがそれぞれにとっての等価物 Äquivalent であるという方法で対立しているということ、そして約束と反対約束とが双方向的に発生し、条件付けられているということを前もって指摘しておいてよい」としつつ、使用貸借についてBGBは双務契約として扱っているとする。しかしこの点について詳細を述べていない。Ders., a.a.O. (Fn.9), S.85. なお、BGB598条は以下の通りである。BGB598条：「使用貸借契約によって、物の貸主は借主に対して物の使用を無償で認める義務を負う」。使用貸借に関してラーレンツは、使用貸借に基づいて貸主は貸借期間中「使用貸借借主に物の使用を無償で認めること」を義務付けられ(598条)、借主は物を注意深く扱うこと、契約により定められた使用以外の使用をしないこと(603条)、そして貸借期間の経過後に物を返還することを義務付けられる(604条)とする。使用貸借は契約の両当事者にとって義務を根拠付けるが、しかしこれらの義務は互いに対価あるいは双務の関係にはないとする。とりわけ返還義務は使用のための移転に対する対価ではなく、使用貸借の場合と同様に使用貸借関係の時間的限定から生じる清算義務である。したがって使用貸借は「双務」契約には属しないが、しかし「双方に義務付けをする契約 zweiseitig verpflichtender Vertrag」に属するという。Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.2 Besonderer Teil, 1.Halbbd., 13.Aufl. 1986, S.293. 契約の分類に関するラーレンツの説については後掲本文を参照。なおBGB603条とBGB604条は以下の通り。BGB603条：使用貸借借主は貸借物を契約に適合する使用とは異なる方法で使用してはならない。借主は貸主の許可なく、物の使用を第三者にゆだねる権利を有しない。BGB604条1項：借主は貸借物を使用貸借のために定められた期間の経過後に返還する義務を負う。2項：期間の定めがない場合、借主は使用貸借の目的から明らかとなる使用をしたのちに物を返還しなければならない。貸主は、借主が使用をすることができたであろうというほど長い期間が経過する以前に物の返還を請求できる。3項：使用貸借の期間が定められておらず、目的からも推察できない場合、貸主は物をいつでも返還するように請求できる。4項：借主が物を第三者にゆだねた場合、貸主は使用貸借の終了に従い第三者に対しても返還を請求できる。5項：物の返還請求権の消滅時効は使用貸借の終了とともに開始する。BGB598条と603条については債務法改正前後で条文に変わりはないようである。BGB604条については債務法改正によって5項が追加されたようである。
- (12) Carl Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 1902, S.164ff.
- (13) ドイツ民法理論における説明を見ると、双務契約を説明する際に、

zweiseitig と gegenseitig という言葉の使い分けがみられる。本稿では前者について双方向、後者について双務という訳を当てておく。

- (14) 不完全双務契約は特別な事情によってのみ、相手方当事者の（第二次的な）反対義務が成立する契約であり、ここでは取引にその性質を与える（そのために締結されている）義務に法的に並行して、相手方の付随的義務が存在するに過ぎないとする。なお、「不完全シナラグマ契約」という呼び方は不適切であるとする。クローメによれば、シナラグマとは交換を意味するギリシャ語であるが、不完全双務契約に分類される契約は委任、使用貸借、寄託であり、これらは交換を目的としていないからであるという。Crome, a.a.O. (Fn.12), S.165 Fn.2.
- (15) なお、クローメは双務契約の構造について、給付間に牽連関係があり、それぞれの給付が引き受けられている「二つの債務関係が一つの契約によって結ばれている」と表現する。Crome, a.a.O. (Fn.12), S.169.
- (16) Carl Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.1, 1900, S.323ff.
- (17) 非経済的行為には贈与や死因処分（相続など）が含まれるとする。Crome, a.a.O. (Fn.16), S.330.
- (18) なおクローメは、出捐の目的は主観的側面と同時に客観的な側面もあるとする。主観的な側面は出捐を主として実施するという出捐者にとっての決定原因であるとする。客観的な側面につき、目的は出捐者の意図に従って実現されるというべきという点で、目的が客観的に実現されない場合にはその法律原因に影響するという。Crome, a.a.O. (Fn.16), S.330.
- (19) Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 9.Aufl. 1906, 318.
- (20) Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.1, 7.Aufl. 1891, S.169f. 時代はかなり進むが、Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 4.Aufl. 1992, S.135も単に有償の出捐行為と無償の出捐行為があるとするのみである。
- (21) Heinrich Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd.2, 1.Abt., 4.Aufl. 1909, S.236ff.
- (22) デルンブルクにおいては、双務「契約」Vertag という表現だけでなく、双務債務 Obligation、双務義務 Verpflichtung、さらには双務取引 Geschäft という表現も用いられている。
- (23) デルンブルクは、当事者の一方のみが債務を負う場面として、不法行為に基づく債務やこれに類する義務、そして不当利得から生じる義務、一方にのみ義務を負わせる債務契約に基づく義務（消費貸借、保証、債務約束）を挙げる。
- (24) このように述べたうえで、デルンブルクは BGB662条と669条の条文を挙げている。各条文は以下の通りである。BGB662条：委任の受諾に

よって、受任者は委任者から彼に委託された取引を委任者のために無償で実施することを義務付けられる。BGB669条：委任の実施のために必要となる費用のため、委任者は受任者に対して請求に応じて前払を給付する必要がある。いずれの規定も債務法改正前後で変わりはないようである。

(25) 双務義務についてデルンブルクは給付と反対給付が同一の人物らの間で交換されるということであると解説する。さらにこのことから、契約締結時に一方の給付が不能である場合の相手方の給付義務の消滅や、契約不履行の抗弁などが生じるとしている。*Dernburg*, a.a.O. (Fn.21), S.237 Fn.2.

(26) *Dernburg*, a.a.O. (Fn.21), S.238f.

(27) *Dernburg*, a.a.O. (Fn.21), S.239.

(28) *Paul Oertmann*, *Recht der Schuldverhältnisse*, Bd.1, 1.Abt., 5.Auf. 1928, Vorb. zu §§ 320-327 S.261ff.

(29) ただしエルトマンは、これによって契約は有償契約となり得るが、双務契約ともなるわけではないという。この点については、「ある契約を双務契約として決定するためには、引き受けられた義務の両方向性 *Beiderseitigkeit* だけでは不十分である。むしろ各当事者の義務は確かにその客観的な価値関係、あるいはまた主観的なイメージによれば同価値、等価であるという必要はないが、しかしおそらくは、主観的に取引目的によれば補てんとするもの *Ausgleich* をあらわしているという必要がある」としている。*Oertmann*, a.a.O. (Fn.28), S.261f. エルトマンによれば、エルトマンの時代にあっては双務契約の概念を極めて広くとらえようとする見解や、反対に極めて狭くとらえようとした見解があるという。前者の例としてエルトマンはハイマン *Haymann* を挙げ、彼は反対給付さえあれば双務契約と認めるに足りるとしているという。後者についてエルトマンはコーラー *Kohler* やミュラー＝エルツバッハ *Müller=Erzbach* を挙げ、彼らは継続的債務関係を双務契約から除外しようとしているという。エルトマンはいずれについても十分な証明がなく、また行き過ぎた理論であると批判する。*Oertmann*, a.a.O. (Fn.28), S.262. なお、本文におけるエルトマンの学説は前掲注(28)の文献に掲載の記述によったが同書の初版 (*ders.*, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 1899, Vorb. zu §§ 320-7 S.67) でも同様の記述が見受けられる。しかし本注で扱った双務契約の判断基準に関する記述は初版では見られない。そのため版を重ねていく中で追加されていったものと目される。そうすると、本注で紹介した記述の記載されている前掲注(28)の文献が第5版であり、出版年が1928年であることから、BGB 成立期の学説状況とそれにまつわる議論を経たエルトマンの見解として位置付けることができるであろう。

(30) *Paul Oertmann*, *Entgeltliche Geschäfte*, 1912. なおこのエルトマンのモノグラフィーについては嘩道文芸「有償行為ヲ論ス」京都法学会雑誌10

卷8号(1915)1頁以下も参照。

- (31) *Oertmann*, a.a.O. (Fn.30), S.2ff.
- (32) *Oertmann*, a.a.O. (Fn.30), S.50f.
- (33) なお有償契約と無償契約の概念区分について、出捐 *Zuwendung* の有償性、無償性との関連で論じるものとして *Andreas von Thur*, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd.2, 2.Hälfte, 1918, S.136ff. がある。
- (34) *Philipp Heck*, *Grundriß des Schuldrechts*, 1929, S.126f.
- (35) *Heck*, a.a.O. (Fn.34), S.126.
- (36) *Heck*, a.a.O. (Fn.34), S.126f. なお不完全双務契約の場合、この因果関係が欠けるとする。
- (37) *Wolfgang van den Daele*, *Probleme des gegenseitigen Vertrages*, 1968.
- (38) *van den Daele*, a.a.O. (Fn.37), S.2.
- (39) *van den Daele*, a.a.O. (Fn.37), S.3-14.
- (40) *van den Daele*, a.a.O. (Fn.37), S.15f. ファン・デン・デーレはカウザ理論につき、フランス民法におけるコーズ理論との一致を指摘する(ファン・デン・デーレはドマ *Domat* を挙げている)。フランス民法への視点も見受けられる点で興味深い。
- (41) *Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann*, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15.Bearb. 1958, S.138ff.
- (42) ただしエネクチェルスは、対価として約束された給付が客観的に同価値であるとされていること、すなわち実際の等価物であるとされていることは必要ないとし、いわゆる主観的等価性があれば双務契約を認めるに足りるとする。*Enneccerus/Lehmann*, a.a.O. (Fn.41), S.138.
- (43) *Enneccerus/Lehmann*, a.a.O. (Fn.41), S.138f.
- (44) *Enneccerus/Lehmann*, a.a.O. (Fn.41), S.139.
- (45) BGBにおける組合契約 *Gesellschaft* の冒頭規定である BGB705条は以下のような規定である。BGB705条：組合契約によって、組合員は双務に *gegenseitig* 共通の目的の達成を契約によって定められた方法で促進すること、とりわけ合意された出資を給付することを義務付けられる。組合契約の双務契約性に関してはドイツでは争いがある(この点については後掲注(66)も参照)。なお、組合契約に関しては現在ドイツにおいて改正論議が進行中であり、705条の改正案においては条文中から *gegenseitig* という文言が削除されている。改正案は以下の通り。新705条1項：組合は、共同の目的の達成を契約によって定められている方法において促進することを組合員に義務付ける組合契約の締結によって設立される。2項：組合が組合員の共通の意思によって法取引に参加することとされる場合(権利能力ある組合)、組合は自ら権利を取得し、義務を負うことができ、あるいは組合は組合員らの権利関係の形成のために組合員らに対して互いに奉

仕することができる（権利能力なき組合）。この改正案は、2021年3月17日付の連邦議会文書（BT-Drs.19/27635）における連邦政府の法律草案による（新705条の条文案は同文書14頁に記載）。

- (46) *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Halbbd., 15.Aufl. 1960, S.912ff.
- (47) *Enneccerus/Nipperdey*, a.a.O. (Fn.46), S.913. また出捐は例えば、所有権の移転、その他物権の移転や設定、債権の譲渡、他人のための債権の設定 Begründung、債務免除、他人の物に存在する物権の放棄、あるいは財産減少の回避によっても行われうる、とする。
- (48) *Enneccerus/Nipperdey*, a.a.O. (Fn.46), S.914.
- (49) *Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd.1 Allgemeiner Teil, 14.Aufl. 1987, S.202ff.
- (50) *Larenz*, a.a.O. (Fn.49), S.202.
- (51) *Larenz*, a.a.O. (Fn.49), S.203.
- (52) *Larenz*, a.a.O. (Fn.49), S.203f.
- (53) なおラーレンツは双務契約に対して片務契約がどのような契約であるのかについては特段言及していないようである。
- (54) *Karl Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7.Aufl. 1989, S.330ff. ラーレンツは法律行為の枠内で有償と無償の分類について言及しているためか、契約ではなく行為 Geschäft と述べている。ヴォルフの補訂版においても、ほぼ同様の内容となっている。*Karl Larenz/Manfred Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Aufl. 2004, S.423f. また、債務法各則教科書における贈与に関する説明において無償性要件に言及がなされている。それによれば「出捐は最終的に、その無償性に関する各当事者の合意に基づいて行われる必要がある。それゆえに、出捐をする者が実際に対価 Entgelt、等価 Gegenwert を受領しないということでは足りず、むしろ出捐者の意思と受領者の意思とが認識可能なかたちで、給付が債務の履行でもなく、反対給付を受け、取得し、あるいは受領者に反対給付を義務付けるという目的でなされたのではないという内容となっている必要がある」という。*Larenz*, a.a.O. (Fn.11), S.198.
- (55) *Josef Esser/Eike Schmidt*, Schuldrecht Bd.1, Allgemeiner Teil, 6.Aufl. 1984, S.187ff.
- (56) *Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn.55), S.187.
- (57) *Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn.55), S.188f. 「例としてこの種の双方向的関係は、委任の場合には存在しない。すなわち受任者はその費用の償還を請求してよい（670条）が、他方で受任者は委任を実行し（662条）、また事務処理によって得たものを引き渡す必要がある（667条）。しかし費用の償還はすでに662条から明らかであるように、給付の対象である活動に対

する『対価 Entgelt』ではない。そのような補完的な給付の結びつきが欠けていることから、320条以下の抗弁やその他の救済は問題とならない」とする。なお BGB667条および670条は以下の通り（662条については前掲注(24)を参照）。BGB667条：受任者は委任者に対し、彼が委任の実行のために受領したもの、そして彼が事務処理に基づいて取得したものすべてを引き渡す義務を負う。BGB670条：受任者が委任を実行する目的で、事情に従い必要とみなされてよい費用を支出した場合、委任者は賠償義務を負う。なお、いずれの条文も債務法改正前後で変わりはないようである。

(58) *Josef Esser, Schuldrecht, 2.Aufl. 1960, S.57ff.*

(59) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（上巻）』（岩波書店、1924）9頁（双務契約）および11頁（有償契約）、我妻・前掲注(4)49頁（双務契約）および49-50頁（有償契約）。また、本文中でも指摘した通り中田裕康教授も対価という概念を用いて説明されている（同・前掲注(5)69頁以下）。なお注(1)で述べた通り、日本における双務契約と片務契約概念、そして有償契約と無償契約概念の展開については、フランス法の検討も含めて別稿を予定している。

(60) なお、岩川隆嗣准教授もファン・デン・デーレの理論に注目されている。同『双務契約の牽連性と担保の原理』（有斐閣、2020）101頁注262）。

(61) *MünchenerKommentar BGB/Volker Emmerich, 8.Aufl. 2019, vor § 320 Rn.2.*

(62) *MünchenerKommentar BGB/Emmerich, a.a.O. (Fn.61), vor § 320 Rn.6.* なお、*Bamberger/Roth/Hau/Posack/Hubert Schmidt, Bd.1, 4.Aufl. 2019, § 320 Rn.4*も、双務契約においては各当事者がその義務を相手方の反対給付を受けるために引き受けるという点を指摘する。

(63) BGB138条は以下の通り。BGB138条1項：良俗に違反する法律行為は無効である。2項：とりわけ、それによってある者が相手方の窮状、経験不足、判断能力の欠如、あるいは相当な意思の弱さを利用して、自身あるいは第三者に対し、給付に対して極端な不釣り合いにある財産的利益を給付するための約束をさせ、あるいは保障させる場合、法律行為は無効である。

(64) BGB313条は以下の通り。BGB313条1項：契約の基礎となった諸事情が契約締結後に重大に変更され、そして当事者らがこの変更を予見していたならば契約を締結しなかったか、あるいは異なる内容で締結していたであろう場合、一方当事者にとって個別事例のあらゆる事情、とりわけ契約あるいは法律に基づくリスク配分を考慮して変更されない契約を維持することが期待不可能である限りで契約の改訂を求めることができる。2項：契約の基礎となった本質的なイメージが偽りであることが判明した場合、事情の変更に等しい。3項：契約の改訂が不能であるか、あるいは一方当事者にとって期待不能である場合、不利益を受ける当事者は契約を解

除することができる。継続的債務関係に関しては解約告知権が解除権に代わる。

- (65) *Staudinger/Roland Schwarze*, 2020, Vorbemerkung zu §§ 320 Rn.5.
- (66) *Staudinger/Schwarze*, a.a.O. (Fn.65), Vorbemerkung zu §§ 320 Rn.7. また、双務契約を交換型（シナラゲマ）契約、つまり A が B に給付をし、B が A に給付をするという関係にある契約と理解することについては争いがあることが指摘されている。この点については特に組合契約の双務契約性を承認するかどうかは主に論じられている。組合契約において各組合員の負う出資義務は、組合員の間で交換されるわけではない。しかし BGB における組合契約の冒頭規定である BGB705条では文言上、出資義務が双務 *gegenseitig* の義務であるという点から、BGB 上組合契約は双務契約ではあるが交換を目的とする契約ではないこととなり、交換が双務契約の要素となるとは必ずしもいえないのではないかという疑問に端を発している議論のようである（BGB705条については前掲注(45)を参照されたい）。しかしこの問題については、当事者間で給付が交換されるわけではないが双務とされる（組合契約のような）契約において BGB320条以下の双務契約に関する規定が適用されうるかどうかという問題に集約されるところ、個別具体的な問題ごとに適用の可否などを問題とすれば足りるとされているようである。*Münchener Kommentar BGB/Emmerich*, a.a.O. (Fn.61), vor § 320 Rn.5; *Staudinger/Schwarze*, a.a.O. (Fn.65), Vorbemerkung zu §§ 320 Rn.6を参照。なお、*Bamberger/Roth/Hau/Posack/Schmidt*, a.a.O. (Fn.62), § 320 Rn.5は組合契約を BGB320条以下の適用下に置くことを肯定する。
- (67) *Staudinger/Schwarze*, a.a.O. (Fn.65), Vorbemerkung zu §§ 320 Rn.8. なおノイナーも有償契約と無償契約の分類メルクマールとして等価性の概念を挙げている。*Jörg Neuner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12.Aufl. 2020, § 29 Rn.82を参照。また、メディクス＝ローレンツによると有償契約は一方の当事者の給付義務に（たいていは金銭である）相手方の給付義務が存在する、とのみされている。そうではない無償契約においては債務者の責任制限という共通性があり、その根拠を利益原理にあるとしている。なおメディクス＝ローレンツは無償契約における債務者の責任制限の例として、BGB521条（贈与者の責任制限）、599条（使用貸借貸主の責任制限）、690条（無償受寄者の注意義務の軽減）を挙げている。この点については *Dieter Medicus/Stephan Lorenz*, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 18.Aufl. 2018, S.1f. を参照。メディクス＝ローレンツの列挙する各条文の訳は以下の通り。BGB521条：贈与者は故意および重大な過失のためにのみ責任を負う。BGB599条：使用貸借貸主は故意および重大な過失のためにのみ責任を負う。BGB690条：寄託が無償で引き受けられた場合、

受寄者は自己の事柄に用いるのが常であるのと同じの注意のためにのみ責任を負う。これらの条文は債務法改正の前後で変わりはないようである。

- (68) *Erman/Daniel Ulber*, 16.Aufl. 2020, vor § 320 Rn.10.
 (69) *Erman/Ulber*, a.a.O. (Fn.68), vor § 320 Rn.15.
 (70) *Palandt/Christian Grüneberg*, BGB, 80.Aufl. 2021, Einf. v. § 320 Rn.5.
 (71) *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn.70), Einf. v. § 320 Rn.8. ただし、グリュネベルクは当事者は典型的には各給付の価値が等しいことを出発点としていると指摘する。そのため給付の価値が等しいことは行為基礎(BGB313条)であり、各給付の価値に不均衡がある場合にはBGB138条やBGB313条の問題となるとする。そのほか一方当事者の給付の目的が相手方当事者の給付義務にあると説明するものとして *Bamberger/Roth/Hau/Posack/Schmidt*, a.a.O. (Fn.62), § 320 Rn.4; *Jauernig/Astrid Stadler*, BGB, 18.Aufl. 2021, § 311 Rn.12がある。本文でも指摘したようにBGB成立期以降の学説において、ファン・デン・デーレはエネクチェルスやラーレンツらに対し、等価性という概念で双務契約のメルクマールとすることを批判していたが、近時のドイツでも双務契約のメルクマールとして等価性という概念が用いられなくなった。本稿で参照したシュタウディンガーコンメンタールやミュンヘナーコンメンタールにおいてファン・デン・デーレの文献が引用されていることから、エネクチェルスやラーレンツの時代から現在に至る過程においてファン・デン・デーレの理論が学説において受け入れられていったものと予想される。この受容過程を跡付けていくことも重要であるが、これについては今後の課題としたい。

債権である賃借権に基づく 妨害排除効理論の展開と、 その将来的展望についての再検討

——「権利の性質」の実質的機能と「権利の内容」からその保護の
あり方の必要性と許容性についての理論展開・序論——

西 島 良 尚

(目 次)

- 第1 はじめに
- 第2 赤松論文からの示唆
- 第3 赤松『賃借権侵害』が取り上げる若干の裁判例について
 - 1. 「物の利用」の侵害が生活環境や人格の侵害とも密接に関連する裁判例
 - (1) 検討の観点
 - (2) 裁判例
 - 1) ごみ焼却場の建設差止め
 - ①松山地裁宇和島支部判昭和54年3月22日（判時919号3頁、判タ384号72頁）
 - ②徳島地判昭和52年10月7日判時864号38頁
 - 2) 物干し場の利用の確保
 - ③東京地は昭和49年12月12日（判時782号65頁）
 - 3) 盛り土による日照、通風妨害等の排除
 - ④東京地判昭和61年9月5日（判時1243号44頁 [消極]）
 - (3) 若干の検討
 - 1) 裁判例①及び②について
 - 2) 裁判例③について

3) 裁判例④について

2. 「通行権」の裁判例

(1) 検討の観点

(2) 裁判例

1) 「通路の共同利用者間での利用関係の調整」

⑤東京地判昭和63年2月26日（判時1291号75頁）

2) その他の「通行権」の裁判例

⑥東京地判昭和44年3月29日（判タ237号284頁）

⑦大阪地判昭和48年1月30日（判時721号70頁）

⑧東京地判昭和56年8月27日（判時1024号78頁）

(3) 若干の検討

1) 裁判例⑤について

2) 裁判例⑥について

3) 裁判例⑦及び⑧について

3. 「貸借権以外の権利—不可侵性論の残照？」として整理されている裁判例

(1) 検討の観点

(2) 裁判例

⑨東京地判昭和48年10月30日（判時733号70頁、判タ301号152頁、金法722号36頁）

(3) 若干の検討

第4 本稿における一応の「まとめ」

第1 はじめに

債権である貸借権に基づく妨害排除請求権を認める判例・学説の展開は、長きにわたって議論が続いてきた⁽¹⁾。それを受けて、債権法の現代化を目指した「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）は、この判例・学説の展開を踏まえて、2017（平成29）年に成立し、2020（令和2）年4月から施行された民法605条の2と605条の4において明記され、この問題点についての判例・学説の大方の了解事項が立法的に解決された。

この立法により、不動産貸借権による不動産利用について、二重賃

借人を含む第三者からの侵害について、妥当な保護が図られることが明確化されたといえる。その意味では、この問題についてはほぼ解決され、これ以上解釈論として議論する問題点はなくなったといつてよいとの意見も少なくないと思われる。たしかに、この不動産賃借権の妨害排除効を認めるべき場面での、現実の紛争解決は、ほぼ決着がついたと言ってもよいかもしれない。

しかし、この領域に限っても若干の問題は残っている。後でもとりあげるように、対抗力のない賃借権者にも対不法占拠者との関係では妨害排除効を認めるかどうかのお解釈に関する議論の余地がある。そして、その場合に、改正法においても解釈論上認められる余地のある「債権者代位権の転用」を認めれば、いまだ占有取得のない賃借人についてもその保護に欠けるところはないといわれることとの関係についても議論を残している。さらに、改正法では、対抗力ある賃借権においても、妨害予防請求権は認められていないが（民法605条の4）、はたしてそれでよいのか、議論の余地があると思われる。

そして、理論的にもなお根本的な問題を残していると思われる⁽²⁾。それは、「対抗力」のある不動産賃借権者は、目的不動産を譲り受けた新所有者に対し、その賃借人としての地位を対抗でき、新所有者は当然に賃貸人の地位の移転を甘受させられることとなり（民法605条の2：「売買は賃貸借を破らない」）、その意味での一定の範囲での対世効（絶対効）を獲得したとはいえる。しかし、なにゆえ妨害排除効まで出ると考えてよいのか。借地法・借家法、建物保護法、そして、現在の借地借家法における不動産賃借人の保護強化のための立法によって、その譲渡の自由以外は、物権に近い権利として「物権化」しているという現象をとらえ、その「必要性」のある場面で、物権に当然に認められる物権的請求権類似の妨害排除効を認めるという理解（これまでの通説的な理解と思われる）は、何かわかったような印象は受けるが、なお「釈然としないもの」を残している感覚をぬぐい切れない。端的に言えば、その場合の妨害排除効の実質的根拠、それは物権的請求権の実質

的根拠にもかかわるが、その点は、未だに、必ずしも明らかにされていないように思われる⁽³⁾。

しかし、それだけなら、立法で定められた以上、それは説明の問題で、あまり実益がないのではないかという見識もあり、また、「物権化」に基づく立法的解決と理解しておけば十分との意見もあろう。

しかし、この問題は、こと不動産賃借権の妨害排除効の要件・効果の問題に限定されない、第三者の債権侵害による不法行為の成否の問題や、さらには、人格権等の侵害に基づく差止請求など、およそ、いかなる権利に、いかなる場面でいかなる要件の下に、その侵害者に対し、損害賠償請求だけではなく、その侵害の排除を求めることができるのか、そうした広く「権利」の保護のあり方一般の問題に関わる、根本的な問題を含んでいると思われる。

賃借権の妨害排除効を認める判例理論及びその後の下級審の裁判例を検討され、営業により築き上げた暖簾や顧客関係の確保など、のみならず、ごみ焼却場の差止め、私道上の円滑な歩行の確保などの目的にもこの理論が利用され、「居住の確保からよりよい生活の確保へ」ともいえる機能の変化に注目され、「債権に基づく妨害排除請求権の将来的意義」を検討されている学説も登場している⁽⁴⁾。

このような学説の展開は、賃借権に基づく妨害排除効の肯定・否定に関わる問題は、単に不動産の利用の侵害の問題を解決する場面だけではなく、「権利の内容」に照らしてその権利にいかなる保護を与えるべきかという広く大きな問題を内包しているように思われる。

それは、債権者代位権の転用や、(準)共有関係に基づく持分の保護などに位置づけ得るなど、他の制度や理論で解決可能な問題ということでその検討を終えてよいものではないように思える。その内包している根本的な問題に、なお議論が十分に及んでいないように思われるのである。それは、この賃借権の妨害排除効を認めるか、そして認めるとしたらどのような要件の下でどの範囲で認めるかという問題は、権利一般について、広く「権利の侵害」に対する「保護のあり方」を

どのように考えるか、という大きな問題の一つとして、その意味を問うべきではないかと思われるのである。

この賃借権の妨害排除効の肯否に関わる問題についていえば、「物権」と「債権」という財産法体系におけるもっとも基礎的な「権利」の概念的区別を前提に、「物の利用」を内容とする権利だけではなく、人格権等に基づく妨害排除請求権ないし差止請求権なども視野に入れた「権利の内容」に応じた保護の「必要性」が、その「権利の性質」の区別のドグマではなく「実質的根拠」に照らして、どの程度やどの範囲において「保護のあり方」として「許容性」を持つのか、という観点から、より一般的な「共通了解」が得られる何かを抽出することができる可能性がある⁽⁵⁾。

本稿は、その検討を試みる端緒となるものである。

第2 赤松論文からの示唆⁽⁶⁾

赤松秀岳教授は、裁判例の賃借権に基づく妨害排除請求権の肯定場面の拡張的傾向を指摘され、それを肯定的に評価される。その論文の示す方向性は、各権利の内容に基づく必要な保護のあり方として、物権的請求権類似の土俵における妨害排除効あるいは不法行為の土俵における差止請求権などを共通の視点で検討するための契機を内包しているように思われる。

以下、赤松教授の一連の論稿を参照しつつ⁽⁷⁾、そこからさらに広く、「権利侵害」あるいは「利益侵害」に対する、その権利の内容や性質に照らした保護の在り方の「必要性」や「許容性」についての考察の展開の可能性について検討する。その際、赤松教授が整理されている裁判例のうちで、私の上記の問題意識にかかわる裁判例について、私なりの分析検討を試みる。

第3 赤松『賃借権侵害』が取り上げる若干の裁判例について⁽⁸⁾

1. 「物の利用」の侵害が生活環境や人格の侵害とも密接に関連する裁判例⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(1) 検討の観点

以下の裁判例のグループは、賃借権が生活の基盤であることから、その侵害が「物の利用」自体の侵害だけではなく、それと密接に関連する生活環境や人格の侵害となることを示すものといえる。

原告らの土地賃借権もしくは建物賃借権に対する侵害といえるものが、その生活環境あるいは人格権の侵害とも構成しうる利益である。その利益を、土地あるいは建物の賃借権の侵害と構成したことをどのように評価するかが問題である。

建物所有のための土地賃借権あるいは建物の賃借権はその目的物である土地や建物を利用する権利である。しかし、その「利用」の意義はその利用者の生活や経済的基盤を支えるためであり、そこでの生活の「利益」についてはその不動産の「利用」と密接不可分であり、その「利用」の侵害とみることができる。そうすると、その妨害と評価し得る行為はそのような不動産の「利用」権である賃借権の「侵害」と評価し得ることになる。そして、少なくとも、その「利用」権者の立場においては、そのような「侵害」を排除する「必要性」は、常に存在するといつてよいことになる。

問題は、その「必要性」がどのような場合には「許容」され、どのような場合には「許容」されないかである。それは、その「必要性」を認めることに因って、他者のどのような「利益」が害されるか、あるいはその他者の利益に関わる他の「制度的利益」や「体系的利益」が損なわれることになるのか否かということが問題となる。その対立利益とされるものが実質的にどのようなものかを明らかにしつつ、類型的に考察されなければならないとの発想が導かれる。

その目的不動産の「利用権」が物権であるのか賃借権のような「債権」であるのかという、私法体系の最も基本的な「権利」の分類の基

本概念に関わるものについても、そうした「利用」の侵害に対して「妨害排除」効がどの範囲で許容されるのかその「許容性」が実質的に考察されなければならないと考えられる。「物権」は絶対権であるとか、「債権」は相対権であるとかいう、権利の一般的現象を説明するための「ドグマ」からその「許容性」の可否が直ちに導かれるものではないと考えられるのである。また、物権の物に対する「排他的支配性」および債権の「非排他性」という概念は、単なる現象説明の概念ではなく規範的な意味を有する概念である。しかし、その規範的意味を強調しなければならない場面とそうではない場面、いわばその実質的な射程範囲は別途問題になりうると考えられる。

このことは「権利」一般の「不可侵性」ということではなく、どのような内容をもつ「権利」が、その内容に対する侵害に対して、どのような場合にどの範囲で守られるべきかという、その実質的に具体的な類型的内容を有する「権利」の実質的な保護のあり方の問題と言える。

その意味で、賃借権、特に不動産賃借権は、赤松教授が指摘されているように、「生活妨害型」の侵害に対して「よりよい生活」の確保のためにも、妨害排除効の根拠となり得るものと考えられる。

しかし、さらに、このことは、不動産賃借権以外の環境に関わる「利益」やより強く保障されるべき「人格権」に対する侵害に対しても、その「必要性」がある限り、上記の意味での「許容性」を常に検討すべきことになる。物権に基づく「妨害排除効」などの物権的請求権は、物権には定型的に認められるべきものだとしても、それは物権固有のものではないと考えられる。「権利」の内容による保護のあり方の「必要性」と、それを認める、上記のような意味での「許容性」が検討されれば、一定のその他の権利にも認められるべき「権利」の効力の問題であると位置づけられる。

そして、その「必要性」と「許容性」の問題を考察する土俵はとりあえず2つの土俵が考えられる。侵害者の「故意又は過失」を問題と

しない客観的な侵害状態だけを前提とする物権的請求権的な効力を認める土俵と、「故意又は過失」も含めて「侵害の態様」を問題として「被侵害利益」の種類・性質との相関的な関連を考察し、「必要性」が強く、かつ、「許容性」が認められる場合を検討する不法行為に基づく（損害賠償請求以外の）差止等の効力を認める土俵と、2つの「土俵」があると考えられるのである。

以下、この観点から、次のような裁判例を若干詳しく見てみることにする。

(2) 裁判例

1) ごみ焼却場の建設差止め

- ①松山地裁宇和島支部判昭和54年3月22日（判時919号3頁、判タ384号72頁）

[事実] 市がアセスメントも住民への十分な説明をせずに、ごみ焼却場を建設しようとしたのに対し、住民537名による建設差止めの仮処分を認めた。

[判旨] 「債務者が本件予定地上に建設を計画しているごみ焼却場を現在のまま建設するならば、（～中略～）債権者らは程度の差こそあれ健康上・財産上の損害を受ける蓋然性が高く、人格権、土地建物の所有権、賃借権に基づいて本件焼却場建設工事の差止め請求権を有すると解され、本件焼却場の建設工事が実施されようとしている以上その差止めを求める必要性がある」とする。

- ②徳島地判昭和52年10月7日判時864号38頁

[事実] Y市が計画しているごみ焼却場は各種公害を発生させる蓋然性が高いので住民Xら159名が、環境権、人格権、土地建物の所有権、水利権、引水権、占有権などのほか、賃借権に基づいて、本件ごみ焼却場の建設の事前差止めとその工事

を求める仮処分を申請した。

[判旨] 「Xほか158名は、程度の差はあれ、第二ゴミ焼却場が建設され創業されることによって、健康上、財産上の被害を受け、その受忍限度を超える蓋然性が高いことが認められるから、人格権、土地（宅地・農地）・建物（居宅・作業場）の所有権・賃借権・占有権・水利権・引水権に基づいてごみ焼却場建設工事の差止請求権を有すると解せられ、右建設計画が実施されようとしている以上、その差止を求める必要があると認められる」

2) 物干し場の利用の確保

③東京地は昭和49年12月12日（判時782号65頁）

[事実] BがAの土地を賃借し建物を建築所有していた。Xは初めこの建物の借家人として居住していたが、昭和19年、Bからこの建物を買受け移転登記を経由し、また敷地については、Bから転借を受けた。昭和36年、本権土地がAからCに譲渡されると、Bが賃借権を放棄し、XはあらためてCから本件土地を賃借している。他方、Xが従来から物干し場として利用してきた本件土地の部分に、昭和40年、Y1が建物を建築・所有し、また、Y2がこの建物に居住している。XがY1に対して、本件土地明け渡しを、Y2に対して建物退去土地明け渡しを請求した。転借地、後に賃借地となった本件土地に係争部分の物干し場が含まれていたのかどうか争点となった。

[判旨] 「《証拠略》を総合すれば、原告X居住建物の実面積は10坪にも満たず、係争土地は、右建物の底地とは言えないけれども、従来から原告Xにおいて物干し場として利用してきた土地であって、原告X居住建物の敷地の一部として、係争土地もまた転賃借の対象に含まれている事実が認められる。」とし、「係争土地の対抗力ある賃借権に基づき、被告Y

1 に対しては係争建物を収去して、被告 Y 2 に対しては係争建物を退去して、いずれも係争土地の明渡を求める原告の請求は理由がある。」と判断した。

3) 盛り土による日照、通風妨害等の排除

④東京地判昭和61年9月5日（判時1243号44頁 [消極]）

[事実] 被告 Y 1 は、1 級建築士である被告 Y 2 に設計・監理を依頼し、自己所有地に1.2～1.6メートルの高さの盛り土を行いその上に本件建物を建築したところ、その隣接地を賃借し建物を所有したり、隣接地上の建物の賃借人らである原告 X ら 6 名が、この盛り土による日照妨害、雨水の流入、圧迫感や景観破壊などを理由に、土地賃借権若しくは建物賃借権に基づき、盛り土の撤去と、不法行為に基づく損害賠償を請求した事件である。

東京都の多摩東部「建築指導事務所」は、建築確認の際には、その添付図面によると本件土地の平均地盤面が道路から1.05メートルの高さとなることから、35センチメートルにするよう行政指導を行ったところ、Y 2 は修正した添付図面に差し替えたが実際には当初の図面通りの工事を行わせた。さらに同建築事務所は、本件建物の完成前に、北側斜線制限（60センチメートル：建築基準法58条）に抵触しているとして、再三違反是正の指導を行い、更に違反是正に必要な部分の工事施工停止を命じたが、これにも従わなかった事実が認定されている。しかし、裁判所は以下のような判断を示した。

[判旨] 盛土の撤去については、以下のように述べて棄却した。「土地の土盛については、建築基準法19条が一定の場合にこれを義務付けているほかは、直接これを規制した法令の規定はないから、原則として土地所有者が自由に行うことができるものと解される。しかし、土盛りを行うことにより隣接土地

の日照、通風、排水等に影響を及ぼす場合があるばかりでなく、建築基準法による建物の高さの制限、北側斜線制限及び日影規制は、いずれも、地盤面からの一定の高さを基準にして規制しているところ、同法施工令2条1、2項によれば、右の地盤面とは、建築物が周囲の地面と接する位置の平均の高さにおける水平面をいうとされているため、土盛りを行いその周囲の地面を高くすることが自由に行われるとするならば、右建築基準法上の規制を容易に潜脱することができることになる。そこで、自己所有地の土盛りも全く自由というわけではなく、その土盛りを必要とする土地所有者側の事情とその土盛りによって隣接地等に影響を及ぼす影響等を比較検討し、右土盛りを行うことが社会通念上妥当な権利行使としての範囲を逸脱し土地所有者の権利の濫用であると認められるような場合には、土盛りを行うこと自体が許されないというべきである。」という規範論を述べる。

そして、「これを本件について検討するに、」として、事実の評価及び規範への当てはめのレベルにおいては次のように述べる。本件土盛りが、本件建物の下に駐車場を設けるために行われた「単に土地を効率的に利用するという私益を図る目的で行われたにすぎないこと」また「本件土盛りの結果、原告らの隣接地と1.2ないし1.6メートルの高低差を生じることとなったこと、原告らのうち1名が「冬至の日に午後1時半まで日照被害を受けることとなったのを初めとして」「うち3名が日照被害を被ることになったこと」「そのために土盛り上の本件建物が建築基準法上の高度地区の北側斜線制限に抵触するとして建築指導事務所から是正に必要な部分の工事停止命令を受けたにもかかわらず工事を続行したこと」については、被告土地所有者 Y1 の「権利の行使としてはかならずしも相当ではないことを一応基礎づけるものである」としつつも、

「しかし、他方において本件土地と原告のうち3名の敷地との境界付近にはもともと高さ1.8メートルの万年塀が存在し、本件土盛を支える擁壁は右の万年塀と同じ高さにされたこと、原告の他の一人の敷地との境界付近にも高さ1.4メートルのブロック塀が存在し、本件土盛を支える擁壁は右ブロック塀よりも0.2メートル高いだけであること、及び本件土盛りはその擁壁内に擁壁よりも低いか同じ高さまで行われたものであること」を認定し、「そうすると、原告ら敷地の日照、通風については右万年塀 やブロック塀によって既にある程度阻害されていたものであって、本件土盛り自体によって変更を受けたとしても、その程度はわずかにすぎないことが推認できる(カッコ内略)」 「従って、本件土盛りのうち原告らが撤去を要求している部分を撤去したとしても、右のような万年塀、ブロック塀及び本件建物が存続する以上、原告らの日照等が改善されるものではないことは明らかである。」として、「本件土盛による原告らの敷地に対する、日照、通風、排水に関する直接の影響はわずかであり、しかも、本件土盛り上の建物による日照被害も社会通念上受忍すべき限度を超えるということとはできないから、本件土盛を行うことが権利の濫用にあたることとまではできないといわざるをえない」として「本件建物が既に完成し、本件土盛の北側部分では、その表面がコンクリートで固められており、しかも本件土盛中には配管等が埋設されている」ことから、「被告Y1にとってはこれらを撤去することは多額の費用を要することが推認できるのであって、原告らの日照等の被害の改善に役立たないにも関わらず本件土盛の撤去を求めることは、この点からいっても妥当ではない。」として、本件土盛の撤去請求について棄却した。同時に、原告らの日照被害の程度等右認定の事実を総合して判断すると、原告らの日照被害はなお受忍限度の範囲内

であると解するのが相当」として損害賠償請求も理由がないとした。

(3) 若干の検討

1) 裁判例①及び②について

賃借権に基づく妨害排除というよりも、それを含んだ、環境権や人格権に基づく、強い「必要性」と「許容性」に基づき妨害排除請求が認められた事案というべきであろう。

2) 裁判例③について

対抗力ある賃借権の敷地自体の侵害ではなくそれに基づく長年物干し場として適法かつ平穩に利用してきた利用権の保護というべき事案である。

3) 裁判例④について

土盛りによる日照等の被害について、原告らが土地賃借権若しくは建物賃借権に基づき、土盛りの撤去を求めた事件であるが、日照や通風に対する侵害は、環境に関わる権利の一種あるいは、その程度によっては人格権の侵害とも構成し得る利益である。

本裁判例では、その結論はともかく、Xらの土地賃借権や建物賃借権そしてそれと密接にかかわる日照や通風等の環境に関わる利益に基づく妨害排除請求の「必要性」は否定できないものの、被告Y1の工事がすでに完成し、被告Y1の土盛り工事を施し固定化した土地及びその上の建物所有権との関係で、その「許容性」を否定したものといえる。

結論について若干言及すれば、このような判断傾向は問題があるといえよう。というのは、東京都の「建築指導事務所」が、建築確認の際には、その添付図面によると本件土地の平均地盤面が道路から1.05メートルの高さとなることから、35センチメートルにするよう行政指導を行ったところ、Y2は修正した添付図面に差し替えたが実際には当初の図面通りの工事を行わせたとか、さらに

同建築事務所は、本件建物の完成前に、北側斜線制限(60センチメートル：建築基準法58条)に抵触しているとして、再三違反是正の指導を行い、更に違反是正に必要な部分の工事施工停止を命じたが、これにも従わなかった事実が認定されている。このようにして強引に完成させた土盛りやその上の建物に対して、妨害排除請求を認めないのは、あまりに私的「所有権」の偏重でその公共性や社会性を無視するものではないか。

あるいは、行政法規やそれに基づく行政機関の命令を無視して、工事を決行し工事を完成させれば、私法上は既得権として保護されるというのでは、公法的規制と私法上の効力は区別されるとしても、それは過剰な区別の類ではないかなどの疑問が生じうる。

このような問題は、その「必要性」と「許容性」についての相関関係を考慮する要素となるものであり、この点どのような各事例においてどのような具体的な社会的要素を重視するかによって、特にその「許容性」の判断は異なりうるものとなる。そこでは、その「許容性」についての、社会認識に基づく「価値判断」が避けられない。しかし、だからといって、それを避けるために旧来の固定的なドグマに法的安定を求めることが常に妥当だといえるであろうか。社会的利益の衡量には一定の「価値判断」は避けられないが、その「価値判断」についても真剣に哲学的な議論を積み重ねていけば、一定の幅や柔軟性はあっても(あってしかるべき場合が多いであろう)、なにが「善きこと」なのかという一定の「共通理解」に至れる可能性があるように思われる⁽¹¹⁾。このあたりの議論になると、軽々な断定は控えるべきであろうから、これくらいにして今後のさらなる検討に委ねたい。

2. 「通行権」の裁判例⁽¹²⁾

(1) 検討の観点

ここでの検討の基本的観点は、上記1. の(1)で述べたことと同様で

ある。ただ、この裁判例の類型は、「物の利用」権のうち、不動産の利用にとってそこへの出入りのための「通行権」は不可欠のものといえる。それが生活の基盤であればまさに「生活権」ともいうべきものである。そしてそれは、健全で平穏な「占有」と密接に関連するものでもある。このような観点から、妨害排除請求権あるいはその一種とされる「袋地」の「囲繞地通行権」の「必要性」あるいは「許容性」が具体的に検討されるべきではないかと考えている。

(2) 裁判例

1) 「通路の共同利用者間での利用関係の調整」

⑤東京地判昭和63年2月26日（判時1291号75頁）

[事実] 隣接して借地権をもち、家屋を所有し、居住しているXYが、公道に出るため通路を共同で賃借していた。Yが通路に専用賃借権を有すると思込み、通路上に自動車を駐車させ、Xの歩行を妨害した。XはYに対して賃借権に基づく妨害排除請求ならびに妨害予防請求として、自動車の撤去と、今後土地上に自動車を駐車させ、簡易車庫、門および門扉等を設置してはならないとの裁判と、損害賠償を求めて本訴に及んだ。Xは借地上の所有建物に登記を具備している。

[判旨] 「本件（通路の：西島注）土地について原告Xも賃借権（建物所有の賃借権に付随するものである。）を有することは」前記二3のとおりであり、被告Yらが右三に記載のとおり、本件土地に日夜、原告X主張の車を駐車させることは原告Xの右賃借権の行使を妨害するものであるから、被告Yらはこれを撤去するべき義務がある。」とし、

「また、被告Yらの前記の主張（請求原因3（一）参照。）によれば、被告Yらが本件土地上に今後、自動車を駐車させ、簡易車庫、門及び門扉等の工作物を設置する虞れのあることが認められ、原告Xは被告Yらに対し、賃借権に基づき、その

妨害予防としてその差止め求める権利があるというべきである。」とする。

2) その他の「通行権」の裁判例

⑥東京地判昭和44年3月29日（判タ237号284頁）

[事実] 分割して賃貸したために公路に接しなくなった土地の賃借人は、民法213条2項の準用により、他に分割譲渡された隣接地につき囲繞地通行権を主張し得るかという事案である。単純化すると、同一の所有者に属するA地、B地、C地があり、まず、A地はXに、B地は別人に賃貸され、B地は公道に接しているが、A地は公道に接していない。XはA地上に登録された建物を所有している。その後、C地はYに譲渡された。最後にC地が譲渡されたために、A地が袋地になった場合にも、民法213条2項が準用され、A地の賃借人Xは、現在Y所有のC地について無償の囲繞地通行権を取得するのかという問題である。これに対しYは、A地はその隣接地で公道に接しているB地といまだ同一の所有者に属しており「袋地」ではないし、土地の賃借人自身が囲繞地通行権を取得するいわれもない、と抗争した。

[判旨] まず本判決は、第1の問題として「囲繞地通行権は、隣接する不動産の「利用関係」の調整を目的とする相隣関係の一場合であるから、土地所有権の内容を土地の「価値」に対する権利と「利用」に対する権利とに分けた場合に、後者に関する権利であることは明らかである」とし、民法210条1項が囲繞地通行権の権利義務の主体を他人の土地に囲まれて公路に出られない「土地の所有者」としているが、その理念に照らして「所有者以外の土地利用権者のためにも、その性質に反しない範囲態様において準用されるべきものである」とし、まずB地に対してA地は「袋地」であることを肯定した。

第2の問題としA地が所有者を異にしかつ「公路」に接しているC地との関係で、なお「袋地」と言えるか否かについて、公路に接しているB地はいまだ同一所有者に帰属するとはいえ「C地が譲渡される前にB地上に家屋が立っていて、A地の賃借人がB地を通行するためにはこれを一部取り壊さなければならないが、C地上には何もないので自由に通行できるような場合を考えると」C地の所有者との関係においても、民法212条が「償金を支払うこと」を予定していることにも照らし、「公平な土地の利用関係の調整という目的」からは、なお「袋地」ということができるとする。

そして、第2の問題が肯定されたとして、第3の問題としてA地の賃借人は賃借権者たる地位においてC地に囲繞地通行権を主張しうる場合があるかについて「囲繞地通行権は、囲繞地の利用（通行）を妨げられることが実質的には袋地の利用そのものを妨げられたのと異なることから、～中略～囲繞地通行権はいわば物権的妨害排除請求権の性質をもつものということができる。従って、所有権以外の土地利用権について民法210条以下の規定を準用する場合においても、当該袋地と所有権者を異にする囲繞地について通行権を主張する場合には、当該権利が第三者に対して妨害排除請求をなしうる場合に限られるものと解さなければならない。」として、土地賃借権については賃借権が「対抗力」を備えた場合に限られ、本件原告Xらは借地上に家屋を所有し且つ家屋の所有権取得登記を了して、その借地権につき「対抗力」を備えているから「原告Xらは民法210条1項の準用により、囲繞地通行権の主体たりうるものというべきである。」とする。

そして、第4に、土地の一部譲渡によって公道に接しない土地が生じたときには、他の分割者の所有地に対する「無償の通行権」が生じる（民法213条2項）ところ、本件のようにまず

A地、B地が賃貸された後にC地が譲渡され、Cの譲渡によってA地が「袋地」になったような事情の下では、A地の賃借人がC地について民法213条の準用を認めて「無償の通行権」を取得するか否かという問題については、「隣接土地の利用関係の調整という理念」に照らして、この場合には許されず原則に戻って211条1項の「通行の場所及び方法」に関して「必要最小限」の要件が充足されるかどうかを検討されるべき」とし（西島注：212条の「償金」の支払いも問題となりうる）、最終的に「原告Xらをして本件係争地たる幅員2米（メートル）7糎（センチ）、長さ16米6糎（右事実は検証の結果認める）の被告ら所有地を通行せしめることが、必要にして且つ圍繞地の為に最も損害の少ない方法であるとみるのが相当である」とした。

⑦大阪地判昭和48年1月30日（判時721号70頁）

[事実] 本件道路とその両側にある原告Xらの居住地がすべて元A所有に属するものであったこと、および昭和4、5年ごろから本件道路の南北両側に原告Xら主張の如き家屋が順次建築されはじめた。その後、原告らXの主張の如く、本件道路の北側にある土地がAの相続人Bから財産税として大蔵省に物納されたのち、同省から順次分筆譲渡されるなど、その他の土地も分譲譲渡されたものであることに争いはない。本件道路は、幅員5.5メートル、長さ約36メートルの東西に細長い長方形で、その西端は南北に通ずる公道と接し、その東端も南北に通ずる公道に接する土地であり、その南北両側に原告Xら居住の家屋がある。本件道路は、昭和4、5年頃原告Xら主張の家屋が建築されはじめ、当初から当時の所有者Aから右家屋に居住する者らのための道路として無償使用させるべく提供され、以後、本件道路は右家屋居住者及び付近の住

民により道路として使用されてきた。

被告 Y 1 が、昭和37年4月ころ、本件道路を買い受けるまでの30数年間その所有権は数度にわたり移転していたが道路としての利用状況の変更はなかった。被告 Y 1 は、直前の所有者が本件道路（公募上は「宅地」になっていたとされる）の一部を通路に残しておけば他は自由に使用しても差し支えない旨話していたとし、本件道路上に家屋を建築する予定でこれを購入し、2階建ての建物を建築しようとしたが大阪市長に建築基準法に違反するとしてその工事の中止・建築物の撤去を命じられた。そこで、結局被告 Y 1 は、その氏が商号に付された被告 Y 2 建設株式会が所有又は管理する建築資材や廃材などの本件妨害物件を置いた。その際、被告 Y 1 は、本件道路の北側及び南側に歩行又は自転車で通行することは可能である程度の通路は残しているが、自動車の通行はできず、従前のように自由に使用、通行することは不可能になった。

原告ら X20名は、本件道路の両側の分譲土地を所有し、あるいは同所の土地を賃借して家屋を所有し、あるいは家屋所有者から賃借する者であるが、Y 1 及び Y 2 に対し、①不法行為、②「生活権」の一種としての「日常生活上の使用通行権」並びに「慣行による地役権」、③通行地役権、④囲繞地通行権の、各根拠に基づく妨害排除請求として、廃材などの撤去を求めた事件である。

[判旨] 原告 X らの請求のうち、上記①、②、③については否定し、④を根拠とする原告 X ら請求について、次のように述べて、X らのうち土地所有権を有している者8名についてだけ、妨害排除請求を認め、他の建物所有目的の土地賃借権者あるいは家屋の賃借権者についてはその請求を棄却した。「囲繞地通行権は、袋地を利用価値あらしめる公益上の必要のために隣接地に対し通行権を認めるというものであり物権的請求権

たる性格を有するものと解されるから、圍繞地通行権を主張し得るものは、その袋地につき所有権、地上権、賃借権その他少なくとも物権的妨害排除権能を持ち得る権利を有する者（占有権者を除く）に限られると解するのが相当である。とすれば前記家屋敷地につき賃借権を有するけれどもこれが対抗要件を備えていることの証拠はない者（所有家屋は同姓の息子名義）は物権的妨害排除権能を有せず、袋地上の家屋に居住しているとはいえ、その家屋を賃借し、あるいは、他人の所有家屋に同居しているにすぎない者は、その敷地部分について右の如き権能をもつ権利を有するとは認めがたいので同原告らは固有の圍繞地通行権を有しないというべきである。」

⑧東京地判昭和56年 8 月27日（判時1024号78頁）

[事実] もともと本件の甲土地と乙土地は一筆の土地であり、ともに A 所有であったところ、その一筆の土地を、X1 は昭和4年ころ A から甲土地部分を賃借し、Y も A から乙土地部分を賃借していた。そして乙部分が公道に面しており、乙部分の一部に通路が開設されて使用されていた。その後昭和23年に財産税の物納により大蔵省の所有になり、同25年払い下げのため甲地と乙地に分筆され、甲地は X1 の乙地は Y の所有となったところ、その際も本件通路はそのまま通路として払い下げられた。X2 は甲地の一部を X1 から賃借し同地上に居宅建物を所有している。ところが、Y は、昭和44年、乙地の建物を増築するにあたって本来幅が約2メートルあった本件通路上に約72センチ侵入したうえ、さらに自動販売機5台を設置しその他箱等の物品を置いているため、その通路は狭いところでは、約0.7メートル余になっている個所もあり、常人が傘をさしたまま通行することもできず、やや大きな荷物を搬出入にも困難を感じるほどの状態となっていた。

そこで、X1とX2は、Yに対し、①大蔵省からの払い下げの際「通行地役権」が設定されたといえること、それが認められないとしても①民法213条による圍繞地通行権に基づき通行妨害排除請求、および②そうした妨害により多大に苦痛をこうむっており不法行為に基づく損害賠償（慰謝料）請求を掲げ、昭和53年、本訴提起に及んだ。

[判旨] 大蔵省からの払い下げのさい通行地役権が設定されたとする原告らの主張に対してはその事実を認めるに足る証拠はないとしつつ、「次に、民法213条による圍繞地通行権について考えるに、同条第2項は土地を分割してその全部を同時に譲渡した場合においても類推適用され、これによって生じた袋地の譲受人は、もとの土地残余地に対してのみ圍繞地通行権を取得すべきところ～（中略）～本件の場合、原告X1は甲土地の払い下げによって国（大蔵省）に対し残余地である土地（地番省略）部分に対し民法213条第2項に基づく通行権を取得し、かつ前記のとおり当時すでに本件通路部分が通路として開設されていたのであるから、まもなくこれらの部分の払い下げを受けたB及び被告Yに対し右通行権を主張し得るものというべきである。」とした。

しかし他方で、原告X2については、「袋地の賃借人に圍繞地通行権があるかどうかについて考えてみるに、圍繞地通行権は袋地の所有権の行使が妨げられている状態を回復するために認められたものであって、袋地の物権的請求権の性質を有するものであるから、これを物権以外の利用権に準用するには、該利用権が物権的妨害排除力を是認される程度のものでなければならないというべきところ、原告X2の賃借権につきこれが対抗力を具備していることの主張立証はないから、同原告の主張は採用できない。なおこのように解したとしても同原告としては原告X1に通行権があることの反射的效果

として本件通路部分を通行し得ることは勿論であるから、実際上の支障はないものと考えられる。」とした。

(3) 若干の検討

1) 裁判例⑤について

この裁判例についての赤松教授の位置づけは次の通りである。

「本判決の論理は、Xが建物を所有する甲地の賃借権のもつ」対抗力が、その利用を助ける通路の賃借権にも及び、これに基づき妨害排除請求権が認められる、というものと思われる。～(中略)～結局本判決は、従来の判例理論の延長線上に位置づけられうるものと考えられる。」とされ、「形式的には、借地権と本件(通路の：西島注)土地の賃借権は別個の権利と言えるかもしれない。しかし、玄関から公道に出るには、現実問題として、本件土地を通行しなくてはならない。形式論理ではなく、このような現実の生活事実を即して見る限り、借地上で営まれる生活と本件土地の通行とは一体である。したがって、借地上での利用の継続が特別法により強力に保障され、そのため、その不法な侵害を排除しうるならば、同様の効力は本件土地の通行まで拡張されなければならない。」⁽¹³⁾とされる。

なお赤松教授は、この賃借権に基づく妨害排除請求権について、「私見は、対抗力を備えた不動産賃借権に本権的な妨害排除請求権を認める判例理論を若干修正し、借地法、借家法などの特別法が適用され、継続性をとくに強力に保障された賃借権については、対抗力の有無を問わず、妨害排除請求権を認めるべきものと解する。これらの特別法は、たとえば、数十年にも及ぶ継続性を保障することにより、賃借人がそこで営む現実の生活事実としての利用の継続を保障している。したがって、この理由の継続が、第三者により不法に侵害されたときには、これを排除する請求権が附与されると考えてよいからである」⁽¹⁴⁾。

これに対して、この裁判例の位置づけに関する以下のような鎌田薫教授の異論がある⁽¹⁵⁾。鎌田教授は次のように述べられる。本判決は、「賃借権に基づく妨害排除ないし妨害予防の請求」といった表現を用いてはいるものの(カッコ内略)、実質的には、共同賃借人の一人が共同賃貸借契約上の利用権限を越えた占有使用を行う場合に、他の共同賃借人が契約内容の遵守を求めうるとしたものと解することができ、その意味では、賃借権の排他性その他の物権類似の性格に基づいて認められる妨害排除請求権の行使の問題ではなく、共同賃貸借契約上の債務の履行を求めたものにすぎないと評価するのが正当であろうと考える。」と評される。そして、「本件では通路の共同利用者間での利用関係の調整が問題」であり赤松説のように「従来判例の延長線上に位置づけることは妥当ではない」との意見に「賛成するものである」と述べられている⁽¹⁶⁾。

このような意見に対しては、私は次のような評価も可能であると考え。たしかに、共同賃借人間の目的物の利用の場面での利用関係の調整の問題ととらえることはもちろん可能である。そしてこのようにとらえることが「妥当」であるという意味は、法的紛争あるいは問題の処理は、具体的な場面に即した具体的な制度ないし規律手段がある場合は、その具体的な規律でできるだけ対応するのが「妥当」であるという意味を含むのであろう。

しかし、そのことは、常に、そうした具体的規律手段以外の規律は認められないという意味であろうか。同じく妥当な紛争解決を導く他の規律手段がある場合は、それも同時に認めることには、実務上の「武器の多様性」を保障する実益もある。このことは、契約責任と不法行為責任の併存・競合を認める実務・通説の立場からも是認されることだと思われる。

そして今ひとつ、赤松教授のような位置づけをすることに以下のような有用性があると思われる。赤松教授が賃借権に基づく妨害排除請求権の延長線上ないし拡張の問題と位置付けられたこと

は、その大きな要因として、「物の利用権」における保護のあり方として一般的抽象的には「保護の必要性（の可能性）」があることを前提として、具体的な妨害排除ないし予防の「必要性」のある場面として、そして、物権・債権という民法の体系的・基本概念の区別の射程外の問題として、その保護のあり方の「許容性」が認められる場面であることを示す一例として、大きくとらえることも可能ではないかと考えられる。

そうした大きな視点からこうした問題を検討することは、権利一般についてどのような場合に妨害排除効ないし差止請求が、物権的請求権類似の土俵における保護手段として、あるいは不法行為の土俵における人格権等に基づく差止請求権による保護手段として、それらを検討する共通の視点を持つことが可能になることを示唆するものであり、その意味で有用性を持つのではないかと考える。

2) 裁判例⑥について

本判決の「判断の構造」が、「袋地の利用」すなわち「物の利用」を内容とする権利の侵害態様である「妨害」の排除請求権の「必要性」を前提にし、その排除請求が「許容」されるかを考慮する判断構造になっていることを意識すべきである。そしてその「許容性」は、他者の権利（ここでは圍繞地の所有権）を制限してでも、その主張が許容されるほど、「物の利用権」を妨害排除という態様の保護の必要性が強いことが問題とされているのである。そして、判例・通説で形成されてきた不動産賃借権者の地位を当該不動産の新取得者（新所有者）にも主張し得るという意味での「対抗力」を備えて、その賃借権の「保護の必要性」が強化されていることに照らして、妨害排除効を「許容」という「判断構造」の本質を意識すべきではないかと思われる。

そこに現れている「妨害排除効の根拠」は、その「物の利用」を保護すべき「必要性」の「強度」と、排除ないし制約される第

三者側の権利・利益について「制約」が「許容」される要素があるか否かの相関的な比較衡量から決せられているのである。そのことを不動産賃借権の「物権化」という現象の説明ないしイメージに仮託された説明がなされてきたのが従来の説明（たとえば我妻・物権法185頁）の本質であったように思われる。その事柄の実質をよりシンプルに言語化すれば、上記で述べたような「判断構造」や正当化「根拠」として表現できるといえよう。端的に言えば「物の利用権」であれば、それが物権であるか否かに関わらず。それが法的な権利である以上「妨害排除請求権」による保護の可能性は抽象的には常に存在しているのであり、ただ、それがどういう場合に具体的に認められるか否かについては、その保護の「必要性」の程度と、他者の権利・利益の制約が「許容」されるかどうかにかかっていると云えるのである。

3) 裁判例⑦及び⑧について

裁判例⑦の判決が示すように、対抗力ある土地賃借権であれば、物権的請求権たる性格を有する囲繞地通行権を認めうるとしており、対抗力ある不動産賃借権の「物の利用権」たる保護の必要性の強化をはかっているといえる。

しかし、他方で、本件のように被告 Y が本件道路を買い受けるまでの30年数年間も X らの共通の道路として利用されていた状況があり、しかも、被告 Y らの本件道路の使用すべき必要性は必ずしも差し迫ったものとはいえず、また被告ら所有の妨害物を本件道路に置くのは必要不可欠ともいえないことが判決理由中に認定されているにもかかわらず、原告 X らのうち、対抗力のない敷地賃借権あるいは家屋賃借権にすぎないときは、本件道路使用がその居住の利益と密接不可分な場合であっても、裁判所がその保護の必要性を一律に否定したことは疑問の余地がある。たしかに「生活権」というのはいかなる性質・内容の権利か不明確であり、それによって他者の利益をどこまで制約し得るか明確な「権利」

とは言えない。しかし、だからといって、本件のような具体的事情の下において、長年の生活居住の基盤として極めて必要性の高い本件道路の通行との関係での利益があり、少なくとも本件事情の下における「生活権」という言葉で主張したかった原告らの利益は不明確とは言えないと思われる。このような「物の利用」の保護の「必要性」とその「許容性」を具体的事情の下に比較衡量し、「物の利用」に即した妨害排除効を認めることを検討する余地はあると思われるのである。それを具体的に検討する場合に、「物権的請求権」の延長線上の土俵で行うか、あるいは、不法行為の被侵害利益の種類性質と侵害行為の態様の相関関係でそれにふさわしい効果としての妨害排除あるいは差止めの延長線上の土俵で検討するのか、論理的には、いずれの土俵でも検討可能であると思われる。ただし、どちらがその適切な保護のための「土俵」としてベターかは、今後、これまでの裁判例でも問題となった人格権や環境に関わる利益などの事案をあらためて検討してみる必要があるように思われる（当然であるが、後掲注(31)のこれまでの先行業績をふまえなければならない）。

そして、このような観点は、上記⑥裁判例よび⑧裁判例も同様な位置づけが可能であると思われる。

さらにいえば、このような問題は、平穏・健全な「占有」の保護ということにもつながるように思われる。この点、ローマ法の観点からは、公道公水に接し得ない占有の単位は「地役権 (servitus; セルヴィトゥス)」は約定によらなくとも「当然に物的に成立し、隣接地の占有者は通行等を無条件で甘受しなければならない」「隣接する a と b は全く政治的でない善隣友好関係に立つことを要求される。」⁽¹⁷⁾。この健全な「占有」保障の問題が、「物の利用権」本権に基づく妨害排除請求権や人格権侵害等に基づく差止請求権などと、どのように連動するのか、すべきなのか、大変興味深い問題のように思われる。

3. 「賃借権以外の権利—不可侵性論の残照？」として整理されている裁判例⁽¹⁸⁾

(1) 検討の観点

以下の裁判例は、不動産賃借権ではなく、ゴルフ場利用権に基づく請求について妨害排除請求を認めた裁判例である。赤松教授は、「大審院時代をほうふつとされるような不可侵性論が再び持ち出されていることが注目される。」とされ、「戦後の判例としては例外であろうが、最高裁の判例理論によれば、現行法上対抗力を具備する方法が認められていない債権については、後述の債権者代位権の転用の他は、不可侵性論を持ち出す以外、救済の方法がないということか。」と述べられている⁽¹⁹⁾。

(2) 裁判例

⑨東京地判昭和48年10月30日（判時733号70頁、判タ301号152頁、金法722号36頁）

[事実] ゴルフ場会員権者1100名余から選定されたXらに、ゴルフ場経営者Zに対する債権であるゴルフ場利用権に基づき、ゴルフ場を買収し宅地を造成しようとした業者Yに対し工事中止の仮処分申請を、7億円の保証を条件に、以下の[判旨]のように述べて認めた事例である。

その前提として次のような事実がある。Zは、多額の負債をかかえ資金繰りに困り、昭和43年10月21日、Yに対し、本件ゴルフ場のうち約5万坪の本件土地を1坪当たり5000円合計2億6240万円で、買戻し代金1坪当たり6000円、買戻し期間は約5カ月とする特約付きで売却した。その後Zは、その買戻し期限に買戻しをすることができず、ようやく昭和47年10月20日4億316万円余円の弁済供託をなしたが、Yはその効力を否定して本件土地の返還に応じずブルドーザーを入れ宅地造成に着手した。そこで、Zは、Yに対し、上記買戻し特約付き

売買契約が公序良俗に反し無効である等の主張をし、所有権移転登記手続請求権を被保全権利とする処分禁止の仮処分を申請したが、同事件はZが敗訴したために、Xらが本件仮処分申請に及んだ。

〔判旨〕 Xらの被保全権利たるゴルフ場利用権に基づく妨害排除請求権の有無について以下のように判断した。まず一般論としては「ゴルフ場利用権が債権である以上、現行法の解釈として、それが第三者に対する対抗力ないし排他性を有するものとは到底解することができない。蓋し、物に対する支配権であって排他性をその本質的属性とする物権と、人に対する権利であってその満足が当該人の自由な意思による給付行為に依存するのを建前とし、排他性は有しないところの債権との区別を厳格に維持することは、民法の基本理念である個人人格の独立と契約自由の原則を実定法解釈の次元で保障するゆえんであって（下線は西島による「下線①」とする）、債権に第三者に対する対抗力ないし排他性を軽々に認めることはできないとし、ゴルフ場利用権は第三者に対する「対抗力」ないし「排他性」についての実定法上の根拠を有する不動産賃借権と同列には扱えないと述べる。

しかし、「凡そ権利は物権であれ、債権であれ、なに人もこれを違法に侵害することは許されない。この意味において債権も不可侵性を有する。」とし、「債権の内容が物の利用を目的とするものであるとき、第三者によって当該物の利用を違法に侵害され、ないしは侵害されようとしている債権者が直接に当該第三者に対して、侵害の排除ないし差止を求めることができるか否かは、周知のとおり争いの存するところであるが、いやしくも債権に前述の意味での不可侵性のあることを承認する以上、これを肯定的に解すべきは論理上当然」とする。

そのうえで、「問題は、物の利用を目的とする債権がいかなる場合に第三者によって違法に侵害されたと言い得るかに在る」とし「第一に債務者が債権者に対し当該物を債務の内容に従って利用させようとしており、その結果として、第三者の侵害行為がないとすれば、債権者が当該物を債権の内容に従って利用できる状態に在る場合でなければならない」「第二に、第三者が当該物につき債務者との間に有効な取引関係に立つものではなく、全くの無権利者でなければならないものと考えられる。」(下線は西島による「下線②」とする)とし、「ゴルフ場利用権も前判示のとおり、物の利用を目的とした債権の一種と解されるのであるから～中略～この権利を違法に侵害し、又は侵害しようとする第三者に対し、直接にその侵害の排除ないし差止を求めることができる」とした。

そして本権では、契約当時の目的物の時価が売買代金の4倍以上であること、買戻期間が約5カ月で比較的短期であったこと、売主Zは金融を望んでいたことなどの事情から、本件買戻特約付き売買契約が担保目的でなされたと認めうる可能性があるかと判断した。さらに本判決は、そうした「担保的構成」がとられる場合には、買戻代金につき利息制限法の適用があること、売主は買主が担保を前提とした清算行為を為すまでは買戻権を行使しうることを明らかにした⁽²⁰⁾。

ただ、直ちに本件買戻約款付売買が売渡担保であると断定することはできないから、被保全権利の疎明に変わる保証提供期間を定めない7億円の「立保障」⁽²¹⁾によって、Xの仮処分申請を認めた。

(3) 若干の検討

この裁判例⑨は、私の問題意識からも大変興味深い論旨を展開している。追って、さらに詳細な分析が必要であると考えている。ここで

は次のことだけを指摘しておきたい。

本裁判例は、たしかに大審院時代の「権利の不可侵性論」を明示的に前提としてはいる。しかし、注目すべきは、以下の論旨である。その妨害排除請求権が認められるか否かについて、債権が「債務者の自由な意思」による給付行為に依存する権利であり、物権と区別される、その「非排他性」は民法の基本理念である「個人人格の独立」と「契約自由の原則」を実定法解釈の次元で保障する趣旨であるとし（上記下線①）、その実質的根拠に照らして必要な場合には債権に基づく妨害排除請求権は否定されるべきであるが、その実質的根拠が働かない場面では、債権であっても「物の利用」を内容とする権利に基づく妨害排除請求権の発生が必要とされかつ許容され得ることがあることを明示していることである。

この論旨は、「物権」と「債権」の区別、その権利の一般的性質である「排他性」や「非排他性」から直ちに、不動産賃借権のような「物権化」をテコとしない妨害排除請求権が肯定される可能性と、その実質的根拠に照らした要件（上記下線②）を明示していることである。このことは、既存の所有権等の物権的請求権は、体系的定型的に一般的にそれが肯定され得る権利であることは当然であるが、それはその他の権利にそれに類した妨害排除請求権等が発生しえないとすることまで意味しないのではないか、「権利」の内容あるいは「性質」を実質的に考慮し、その妨害排除請求権あるいは差止請求権の「必要性」や、その「許容性」の範囲や限界等を、実質的根拠に照らして判断する発想を「許容」してもよいのではないか、という私の問題意識に適合しているように思われる。

第4 本稿における一応の「まとめ」

ここでは、物権と債権との区別をどのような場面でどの程度強調すべきか、すべきではないかという問題や、対抗力未取得の不動産賃借

権に基づく妨害排除効の肯否と関わる物権的請求権の根拠をどうとらえるのかという問題⁽²²⁾について簡単に述べておく⁽²³⁾。

物権的請求権の実質的根拠は何か。それは所有権・用益物権がその客体である物についてそれを使用・収益することを内容とする権利だからである⁽²⁴⁾。その使用・収益を妨げる第三者の侵害を排除する効力が「必要」である（「必要性」の要素）。ただし次に、それがどの範囲で「許容」されるかという問題がある（「許容性」の要素）。物権といえども、それが「許容」される人的な範囲は一律ではない。不動産物権の場合には「登記」がないと、その登記の欠缺を主張する正当な利益がない不法占拠者などに対してしか妨害排除は請求できない「相対性」を有する。

一方、物の債権的利用権といえども、物の使用・収益をする権利内容であることには変わりがない。特に不動産賃借権は、その使用・収益を妨げる妨害行為を排除する効力の「必要性」は強い。しかし、他方で、債権は、一般的には債務者にしかその権利内容（給付行為）を主張することは「許容」されない「非排他的」な「相対的」な権利と構成されている。では債権の「相対性」あるいは「非排他性」とは何か⁽²⁵⁾。

債権は、その内容実現を債務者の意思に依存させる権利であり、特にその発生原因が契約である場合には、その債務者の自由な意思を介して、何人でも後から同一内容の平等な順位の債権者となることが保障され（非排他性）、これが「自由競争」を担保する。したがって、後から債権者となる態様で先に成立した債権の内容を妨害する第三者（例えば二重賃借人）に対しては、原則としてその妨害排除は「許容」されない。債権侵害の不法行為の成立が限定されるのもこの観点からである。しかし、債務者の意思を介さないで債権の内容を侵害する場合には、債権の「非排他性」や「相対性」の制約理由は少なくとも遠ざかる。

この観点から不動産賃借権の「対抗要件」具備は、目的不動産の物権取得者にもその権利内容を主張でき、かつ、二重賃借などの優劣

決定基準でもあるとすれば、その妨害排除等の請求を主張できる人的範囲は、登記ある地上権と同様に広く「許容」される。さらに、対抗要件未取得の不動産賃借人にとっても、不法占拠者については債務者（賃貸人）の意思に関わらない（それが私的自治ひいては自由競争を担保するものであるが）「相対性」「非排他性」の範囲外であり、妨害排除効が「許容」されると解することができる⁽²⁶⁾。

そう考えると、特に対抗要件のある不動産賃借権の「妨害予防請求権」も認めてもよいように思われる。実際上の必要性もあり得るように思える。さらに所有者からの不動産使用借人（民法593条）も不法占拠者を排除することが「許容」されうる⁽²⁷⁾。改正前には使用貸借は「物を受け取ること」が効力発生要件である「要物契約」であったが（改正前同条）、改正民法593条により「諾成契約」化され、占有訴権により保護できない場合が生じ得るからである（未だ占有取得のない使用借権はそこまで保護する「必要性」は低いという意見もありうる。しかし、常にそうであろうか？改正法により諾成契約化された理由にも関わる。）。他方、処分権者からではない純粋な債権的賃借人は、その保護の「必要性」の程度を考慮すると、「許容」されないことになろうか⁽²⁸⁾。

以上、本稿では、「権利の内容」の保護のあり方としてその権利の実質的内容から物権的請求権類似の妨害排除請求権等の効果を認める「必要性」やその程度を検討し、それに対する制度的又は他者の対立利益などの「障害的事由」との関係での「許容性」を検討し得るのではないかという仮説を提示してみた⁽²⁹⁾。

この賃借権等「物の利用権」に即してのこの仮説についても、さらに十分に論証することは今後の課題であろう⁽³⁰⁾。また、こうした発想により、不法行為法の分野で現れている人格権や環境関連の権利・利益の妨害排除請求・差止請求の問題を統一的に理解できるか否かを今後検討する必要がある。客観的な妨害等に基づきその排除請求等が可能な物権的請求権類似の効力と、故意・過失を前提に「違法性」を考察する不法行為に基づく差止請求権との関係をどのように理解するの

か検討する予定である⁽³¹⁾。

以 上

(注)

- (1) これまでの議論の整理については、後掲注(4)「赤松論文」26頁以下、後掲注(23)近江313頁以下を参照。
- (2) この理論的な問題が上記の残された若干の実際上の問題の解決の仕方に影響するだけでなく、さらに広く権利の内容とその保護の在り方の問題に影響を及ぼすと考えている。
- (3) 星野英一『借地・借家法』有斐閣(1969年439頁以下、同444頁注(六)も参照)。
- (4) 赤松秀岳「債権に基づく妨害排除の問題は、なお論ずべき点を残していないか」椿夫編著『講座・現代契約と現代債権の展望 第一巻 債権総論(1)』(1990年、日本評論社)25頁以下(「赤松論文」として以下で適宜引用する)。その背景に基礎的・比較法的研究として赤松『物権・債権峻別論とその周辺』(1989年、成文堂)がある。その後、赤松教授には『賃借権の侵害』民法総合判例研究叢書(一粒社、2000年6月)で、関連する裁判例を総合的に整理研究された労作がある。
- (5) 賃借権に基づく妨害排除請求権についての、この観点からの簡単な分析は西島良尚「第三者の債権侵害と妨害排除(605条の4)」伊藤進監修・長坂純・川地宏行編『改正 民法「債権法」における判例法理の射程』(第一法規、2020年)577頁以下を参照。
- (6) 前掲注(4)赤松論文、特に43頁以下参照。
- (7) 前掲注(4)赤松『物権・債権峻別論とその周辺』の研究は、後掲注(29)でも述べるように、私の問題意識にとって、今後さらに精査検討し教えを受ける必要がある研究であると考えている。
- (8) 前掲注(3)同書。ここでは、私の最初に述べた問題意識との関連で、特に取り上げなければならない裁判例に絞って取り上げさせていただく。裁判例の要約については基本的に『賃借権侵害』の要約を参考にしているが、私の問題意識との関連で、事実関係や判旨についてやや詳細に補充している。
- (9) 赤松『賃借権の侵害』33頁以下では、「生活妨害型—「よりよい生活」確保のために」として整理されている裁判例。
- (10) 私の分析の都合上、赤松同書に掲載されている順序や付記する番号は異なっていることをご容赦いただきたい。
- (11) 法解釈学には避けられない「価値判断」について、星野英一博士は以下のように述べられている。「価値そのものの客観的妥当性」は、「歴史において、いくつかの価値は次第に認められてきて、ついにはもはや何人も

(カッコ内略) 否定することができなくなるのではないだろうか」とされ、具体例として「人間の尊厳、平等、精神的自由など」をあげられ、「どのような価値が今日の人類の、狭くとも日本人の否定することのできない共有財となっているかについて、より具体的に検討する仕事が残されているのではないか」とされ、「法学特に法哲学の重大な責務」と述べられている(星野「民法解釈論序説」『民法論集第一巻』(有斐閣、2001年)44頁・初出1968年)。一法学徒に過ぎない私のような者がこのような大家の言説を安易に我田引水すべきではないとご叱責を頂きそうであるが、本稿の問題を離れても、最近とみにこの星野博士の言説に共感を覚えざるをえないことを付記しておきたい。星野博士の論稿と同列に扱えるものではないが、私なりの「気づき」に基づき、「価値」についての「共通了解」のための哲学的トレーニングの必要性を考えた論稿として、西島「法律家および一般市民にとっての必要な「教養」とその学び方を考えるー生きるためのよりどころとすべき普遍的な「価値」を真に身に付けるためにー」流経法学第22巻第1号(2022年7月)1頁を記載しておきたい。

- (12) 「通行権への拡張」として整理(赤松同36頁)されている。
- (13) 赤松「通路の共同賃借権に基づく妨害排除請求権」(法時61巻8号131～132頁)
- (14) 赤松・前掲注(13)132頁。理由づけの詳細については、赤松前掲注(4)『物権・債権峻別論とその周辺』53頁以下を指示されている。なお、赤松論文145頁以下でも同趣旨のことを述べられている。同趣旨の見解を採られるのが近江幸治教授である。後掲注(27)参照。
- (15) 鎌田薫・判タNo698(1989年8月1日)43頁以下本件裁判例評釈。
- (16) 鎌田同45頁。
- (17) 木庭顕『新版 ローマ法案内』(2017年、勁草書房)75頁)。このローマ法の観点、日本民法だどどのように変容しているかについては、木庭『現代日本法へのカタバシス』旧版(羽鳥書店、2011年)159頁以下「占有理解の欠如と深い関係に立つのは、地役権を巡る混乱である。～」以下の記述を参照。なお、日本の私法における民法197条以下占有訴訟の機能不全については、木庭『新版 現代日本法のカタバシス』(みすず書房、2018年)221頁以下参照。
- (18) 赤松・前掲注(8)『賃借権の侵害』42頁。
- (19) 赤松同42頁。
- (20) 妥当な判断と解されるが、この買戻約款付売買の変則担保性については、ここでは、これ以上の言及は控える。
- (21) これについては判タ301号154頁の解説部分を参照。
- (22) 星野・前掲注(3)439頁以下参照。なお同444頁注(六)も参照。
- (23) 近江教授は、「妨害排除請求権というのは、物権の「排他性」故に認められる効力であり、この排他性は対抗要件の具備とは無関係な物権の一

般的特性である」ことを前提に、「物を利用するに際して、排他性を有する物権と同様の保護が必要だからである」とされる。そのような観点から、どのような賃借権が物権と同様の妨害排除請求権による保護に値するかといえば、特別法により「物権化」している賃借権であり、その限りでは「賃借権物権化」根拠説（多数説）が妥当とされる。そのうえで、「特別法によって物権化している賃借権については、対抗力にかかわらず妨害排除請求権が認められると解すべきである。実際上も、対抗要件を備えなければ不法占拠者を排除できないとすることはおかしいであろう。」とされ、「二重賃借権の場合」とは「本質的に異別の問題と考えるべき」とされる（近江幸治「債権に基づく妨害排除請求」『民法と著作権法の諸問題—半田正夫教授還暦記念集』（法学書院、1993年）321頁）。

あくまで物権的秩序を守ることを重視され、その限りで、対抗力を備えれば「物権化」する不動産賃借権について、対抗力具備前であっても、対不法占拠者に対しては登記前の地上権と同様に妨害排除請求権を肯定される。「物権」と「債権」の区別を尊重しつつ実際の妥当性にも配慮した柔軟で手堅い解釈論だと言えよう。

- (24) 担保物権は交換価値を把握する権利内容なのでその内容に応じて排除すべき別異の妨害態様が考えられなければならないが、それはここでは置いておく。
- (25) この「相対性」と「非排他性」の関係も検討する必要があるだろう。いずれも権利の成立が人の「意思」（契約の場合）あるいは「意思に基づく行動」（その他の法定債権）に関わっていると思われる。人の社会的活動においてその「意思」の尊重に基づき債権秩序を構成し、かつ、それが所有権を中心とする強固な物権秩序に基づき自由競争社会を円滑に運営するために不可欠の前提であることに深くかかわっているように思われる。この点の私法秩序の基本的デザインをどう考えるか。強固な物権秩序を守ることに重きを置くか、それを債権の相対性の実質的機能を害さない限度で相対化し、かつ、「自由競争」なるものの「倫理的要素」をどの程度重視するかあるいは希薄にする（「契約を破る自由」をどの程度まで許すか）などなど、政策的価値判断にも深くかかわる問題と思われる。
- (26) 以上の私見は高島平蔵博士の示唆による。同『物権法の世界』（敬文堂、1992年）45頁以下参照。高島平蔵『債権総論』（1987年、成分堂）113頁以下）。
- (27) 天野弘「不動産賃借権者による妨害排除請求権の代位行使という判例理論の再検討（下）」判タ288号35頁以下、高島・前掲注(25)『債権総論』121頁。
- (28) 星野・前掲注(3)440頁。
- (29) 高島博士は、「債権に基づく原状回復請求」の肯否について、「常識的な感覚をも考慮しながら、問題を実質的に検討してみる」必要性を説かれ、

その際、「債権者保護の必要性」「原状回復請求という救済手段の適切性」「侵害者に原状回復の責任を課することの妥当性」の観点からの「規範定立」を主張されている(高島・前掲注(26)『債権総論』119頁)。本稿も基本的に高島博士のご示唆(修士論文(1986年)作成時以来である)によることが大きい。私のいう「権利内容」に即した「権利保護のあり方」として「必要性」と「許容性」の観点は、高島博士の主張される趣旨をややシンプルに表現したもので、これらの観点を含むものである。

(30) なお、私には、高島博士の上記のようなご主張と、前掲注(4)「物権・債権峻別論」における赤松教授のご研究が、同じ方向性を目指しているように思われる。赤松教授は、「ドイツのライザー・エッサー・ケメラーなどの学説について「生活事実の機能的観察をさておいて、抽象的な権利概念からのみ法的保護を導くという思考方法を批判する点では一致している」「前面に出されているのは、当該の法益・権利を機能的な立場からみていく姿勢である。主観的な権利概念へと抽象化せず、生活事実をあるがままに客観的に観察し、ふさわしければ、国家法による救済手段を付与していく。どのような要件のもとにどのような保護手段が認められるか類型化していく。」「生活に即した柔軟な法形成をふたたび取り戻そうとする試みといえるのではないか。」と共感を示されている(赤松同書22頁)。今後も赤松同文献の精査・検討が必要と考えている。

(31) 今後の「差止請求権」の分野の検討においては、沢井裕『公害差止の法理[環境法論集I]』(日本評論社、1976年)、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察—物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯(一)～(八・完)」法学協会雑誌103巻4号・6号・8号・11号、104巻2号・9号、107巻3号・4号(1986年—1990年)、同「人格権に基づく差止請求—他の構成による差止請求との関係を中心として—」民商法雑誌116巻4・5号合併(1997年)、吉村良一「公害差止法理の展開と課題」牛山積先生古希記念『環境・公害法の理論と実践』215頁(2004年)、根本尚徳『差止請求権の理論』(有斐閣、2011年)及び同文献の基礎となった「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察(1)」早稲田法学80巻2号112頁(2005年)～「同(9)」(2008年)の同誌掲載の根本教授の一連の論文、藤岡康宏「不法行為と権利論—権利論の二元的構成に関する一考察—」早稲田法学80巻3号159頁(2005年)ほか、ふまえるべき重要な文献・論文が多い。

フランス法における小切手の 「支払保証」

柴 崎 暁

- 1、はじめに
- 2、統一小切手法における小切手の支払担保の諸制度
- 3、フランス法における小切手の支払保証
- 4、むすびにかえて フランス「非刑罰化」以降の支払保証以外の諸制度

1、はじめに

[01] 預金小切手は、日本の国内実務においては、金融機関の振出す自己宛小切手であり、当座勘定の口座名義人（購入者）の求めにより金融機関が金銭代用⁽¹⁾の手段として発行し、当座勘定から代金を引落とすものである。しかし小切手法統一条約を締結している諸国の間では、預金小切手と経済上近似の機能を果たす実務には自己宛小切手によらず、支払人による支払保証に代表される付属的小切手行為を付するものによる場合など多様な種類を見る。本稿では、小切手の支払の確実性を高める実務的技術として、呈示期間の間所持人のために資金の凍結を支払人銀行に義務付ける「支払保証〔certification〕」の制度を導入しているフランス法の制度を略説し、小切手の「預金通貨的」性格について考える素材を得ることにしたい⁽²⁾。

2、統一小切手法における小切手の支払担保の諸制度

[02] 1931年ジュネーヴ条約による統一小切手法のもとでは、小切手は定額の単純なる支払委託を内容とする証券（小1）であり、振出人が支払を遡求により担保し、振出人と支払人との間には資金契約（小3）が存在していなければならない建前になっている。ただし、締約国は、条約の留保を利用して、小切手資金の必要とされる時期の如何⁽³⁾は締約国において決定し得るものとされている。統一小切手法では発行された小切手については、原則的に「支払委託の取消」は呈示期間経過後にしかなしえない（日本小切手法も統一法のこの主義を採る）。フランス法では留保によって経過後も撤回不能としており⁽⁴⁾、そのことを反映してフランス法では小切手資金の所有権は所持人に帰属すると考えられてきた⁽⁵⁾が、判例には動揺があるという⁽⁶⁾。査証や支払保証が必要であるゆえんである。

[03] 小切手は紙幣とならぬように引受の制度を排除している。その反面所持人の権利の強化のため、小切手法統一条約第二付属書第6条は、「各締約國ハ支拂人ガ小切手ニ支拂保證、確認、査證其ノ他之ト同一ノ效力ヲ有スル宣言ノ記載ヲ爲スコトヲ認メ及其ノ法律上ノ效果ヲ定ムルノ權能ヲ有ス但シ斯ル記載ニ引受タルノ效力ヲ認ムルコトヲ得ズ」⁽⁷⁾とした。統一法の正文自体は certification, confirmation, visa のいずれも定めなかった。これらの付属的小切手行為のいずれを利用するかを選択を締約国に委ねたからである。

[04] 日本は統一法導入以前は、実務上、小切手につき、米国の「certification の制度に倣い」⁽⁸⁾利用されていた証券外の慣行⁽⁹⁾としての「支払保証」を、証券上の制度へと格上げするためこの留保を利用し「支払保証」として独自の規定を定めた（小53-58）⁽¹⁰⁾。これにより小切手の信用度を高めることができることとなった。しかしながら、後の実務は却ってこの方法を回避するようになる。日本法は、明治26年のフランス系手形資金制度⁽¹¹⁾を廃止してドイツ手形条例の流れを汲む

明治32年法手形編の仕組みに転換し、小切手資金の帰属問題について、明確な規則を定める方向性にはなかったから⁽¹²⁾、この問題を回避する方策が望ましいとされ、皮肉なことに、新法で証券上の制度へと格上げされた支払保証は却って利用されず、自己宛小切手⁽¹³⁾による代用を慣例とすることとなった⁽¹⁴⁾。

[05] 現代の当座勘定規定ひな型第13条は、「小切手の支払保証はしません。ただし、その請求があるときは、当行は銀行振出小切手を交付し、その金額を当座勘定から引き落とします。」と定め、この扱いが一般化されている。往時の証券外の支払保証実務でも、また、実際に用いられたかは詳らかではないが、国内法化された統一法のもとでも、小切手を作成した振出人の求めに応じて支払保証を付する支払人銀行は、振出人の当座勘定から小切手金額を引落として、別段預金保証口座に振替処理をして支払資金として留保することになる。このとき、留保された資金が振出人と銀行とのいずれに属しているのかは不明確であり、振出人の債権者が資金を差押えた場合の問題が危惧された⁽¹⁵⁾。銀行が自己宛小切手を振出し、購入者の口座から振出の対価を引き落としておけば、資金は元々銀行自身の資産から支払われるのであるから、購入者の債権者による差押も生じる余地がない⁽¹⁶⁾。

3、フランス法における小切手の支払保証

[06] フランス法の場合には、1935年10月30日のデクレロワによって、統一小切手法が国内法化されるが、統一法第4条に相当するデクレロワ第4条に第2項を独自に設けて“査証 [visa]”を規定した⁽¹⁷⁾。

[07] しかし、“査証 [visa]”を与えた支払人には、法文にあるように、査証付与日に小切手資金が存在していたことを確認する効果しか生じない⁽¹⁸⁾。法文は小切手資金の“凍結 [bloque]”にも言及していない。支払人は査証後には資金を凍結する義務を負わない⁽¹⁹⁾ため、所持人が小切手を受取る時点においても、所持人が呈示をして支払を受けようとする時点においても、資金が存在することは不確かである。

[08] そこで、1941年2月28日の法律により、呈示期間内の資金凍結義務を伴う「支払保証〔certification〕」の制度が導入される。既にデクレロワが「visa」を認めているのに、加えて「certification」を定めることが条約に違反しないかどうかは明らかではなかった。そこで、統一法違反を非難されないように配慮して⁽²⁰⁾、この新規整は1935年デクレロワ自体の文言ではなく、別の特別法を定めるという形式を採った⁽²¹⁾。

[09] 次に1972年1月3日の法律は同法をデクレロワの中に組み込むこととした⁽²²⁾。支払保証に関する規定は、小切手資金所有権の帰属に関する規整方法のひとつであって、もともと小切手法統一条約の留保事項で締約国の権限とされており、条約に背反するわけではないとの理解に基づくものである⁽²³⁾。

[10] 1972年法は、この他、支払保証付小切手の代わりに同様に所持人の利益保護を強化する自己宛小切手（銀行小切手〔chèque de banque〕）に取り換える権能を支払人銀行に付与する規定をおいた。同法の審議過程で法律委員会が元老院に提出した報告書⁽²⁴⁾は、「支払保証は、法定の呈示期間である8日間⁽²⁵⁾、所持人のための資金の凍結—小切手の支払以外の目的での払戻の禁止—をひきおこす。支払人は支払保証付小切手の所持人に凍結された資金を以て小切手を支払わなければならない。しかし、この呈示期間内に呈示がない場合には、資金は再び振出人の口座に組戻され〔réintégré〕る。…法案は、現行制度を緩和し、銀行に、小切手への支払保証に代えて、“自己宛小切手〔chèque sur lui-même〕”を振出すことによる可能性を定めることにした⁽²⁶⁾。このようにして、改正以降は、銀行を主たる債務者〔sic〕として有することで受取人の担保が強化されることとなる⁽²⁷⁾と説明する。72年法12-2条は現在では通貨金融法典 L.131-14条となっている⁽²⁸⁾。資金が不足している場合には支払人は支払保証を拒むことができる。資金を受取った支払人にとっては支払保証またはこれに代えてする自己宛小切手の交付は、義務的である。また、支払保証をいったんした以上資金は「凍

結」される。凍結の期間は呈示期間に限定されているが、この期間に支払呈示があったにもかかわらずもし支払人が支払を拒むことがあれば、“不渡確認書 [certificat de non-paiement]” が作成され、これが債務名義となる。「凍結」の表現は、結果的には支払人による呈示期間内の呈示に対する支払の義務づけを意味する—日本法でも呈示期間内に支払呈示がなければ支払保証をした支払人はその義務を負わないものとなるので同様である—が、敢えてこれを小切手行為による債務負担の効果と定義せず、資金契約に基づいて支払人が受取った資金を払戻す義務に根拠をおいて定義する。日本小切手法の採用した「支払保証」と並び同様の米国慣習を起源とし、統一法でも同じ語彙のもとに整理されていはいるものの、フランスの支払保証の構成は、小切手行為の効果ではなく資金関係の特殊な効果を生じる制度であり、同じ訳語で表示することにさえ躊躇を覚える。

通貨金融法典 L.131-14条

「①振出人に処分権がある対応する資金が存在している小切手のすべては、この小切手を L.131-7条第3項に定める条件において発行された小切手に差替える支払人の有する選択権の場合を除き、振出人または所持人がこれを請求するときには、支払人により支払保証され [certifié] なければならないものとする。」／②支払保証を受けた小切手の資金は、L.131-32条に定める呈示期間までの間、支払人の責任において、所持人のためにこれを凍結するものとする。」⁽²⁹⁾

[11] 支払保証の方式には機械的方法が要求されること、列挙された記載事項を記載すべきことは、デクレにより定められている⁽³⁰⁾。法定の記載を欠く場合に、実質関係上債権者は小切手の受取りを拒むであろう。法定の要件を遵守しなかった場合にその有効性がないことになるかもしれないが、支払人自身がそのことを援用して資金を凍結する義務を免れることはできないと解釈されている⁽³¹⁾。

[12] 支払保証を求める権利を制限する合意は無効であると解され、振出人または所持人がそれを求めるときは、資金を有する支払人は小切手に支払保証を行わなければならない⁽³²⁾。支払人が支払保証をなすかどうかには任意性がないことになる。法文も、資金がある以上は所持人が求めれば支払保証を拒みえないことを定めている。そうすると、支払保証の効果は、他の付属的手形行為・小切手行為と同様に考えるべきではなく、「義務を負うことを義務付けられる」制度である。銀行が資金契約で資金のある小切手の支払人となったことに伴う特殊な効果であるから見なければならない。理論上は資金が存在していなかったにもかかわらず支払保証を拒まなかった銀行がその後資金の欠缺を理由に履行を拒む種の事例は生じ得るが寡聞であり、非刑罰化の後の時代には、支払保証に基づく資金凍結責任と重畳して、資金のない口座名義人に用紙を交付した銀行の法定的な支払義務が適用されるものとなる(後述(注36))。

[13] GAVALDA et STOUFFLET は、支払保証付小切手の制度の実用性を概ね次のようにまとめている。即ち、支払保証の効果により小切手資金が凍結されるのは小切手の支払呈示期間の間でしかなく、それとの比較で、支払保証請求をした所持人に支払人が選択権の行使により交付できる銀行自己宛小切手のほうが秀逸である⁽³³⁾。支払保証に代えて銀行小切手を交付するときには、その小切手資金は〔これもまた所持人のために〕凍結されると判示され⁽³⁴⁾、銀行自己宛小切手発行銀行の責任は、振出人の遡求義務であり、支払保証等の付属的小切手行為が行われておらずとも自ずと発生することとなる。GAVALDA et STOUFFLET は、その優位性ゆえに却って自己宛小切手の変造を誘発している、と指摘している⁽³⁵⁾。

4、むすびにかえて フランス「非刑罰化」以降の支払保証以外の諸制度

[14] 預金の凍結を伴う担保制度がそれだけで小切手支払の确实性を

維持してきたわけではない。他に支払の確実性を高める制度として、顧客に小切手用紙を交付するに際してフォートのあった銀行の担保責任があり⁽³⁶⁾、さらに、罰則をはじめ司法上行政上の各種の制裁制度により支払の確実を確保してきた。しかし1865年法以来採用されてきた罰則中心主義は実効性に問題があり、1991年法による改革を境にして刑事罰中心であった制度から銀行規制による手法へと比重を移すに至った。

[15] 刑事罰 1865年法は無資金小切手の発行を禁止し、これに反する者には“詐欺罪 [délit d'escroquerie]”が適用されるとしていたが、“詐欺的術策 [manoeuvres frauduleuses]”の立証は困難であった。1917年8月12日の法律は特別規定により無資金小切手発行罪を新設したが無資金小切手は減少せず、事情は統一法の採用を経ても変わらなかった⁽³⁷⁾。小切手資金は振出時点で「確定的かつ請求可能 [liquide et exigible]」で存在することを要したが、当座貸越・信用開設の形式によるものも可能であった⁽³⁸⁾。前述(注28)したとおり、「非刑罰化」政策が採用され、1975年1月3日の法律は、無資金小切手振出罪の構成要件として加害意思の証明を必要としたため、結果的に処罰の範囲は狭まり、検察は最終的に無資金小切手振出罪による起訴を断念するようになった⁽³⁹⁾。1991年12月30日の法律は最終的に、無資金小切手発行罪を大幅に改革した⁽⁴⁰⁾。しかし刑事罰が全廃されたわけではなく、依然として用いられている罰則の中心は現在の通貨金融法典 L.163-2条第1項であり、ここには、「他人の権利を害する意思を以て、小切手を発行した後に、振替、振込その他方法の如何を問わず、資金の全部または一部の引出を行い、または、同じ条件で、支払人による支払を妨害する所為は、5年の禁固および37万5千ユーロの罰金に処する」とあり、悪意でこれを受領した者(第2項)、L.131-73条の禁止命令を無視して小切手を発行した者(第3項)、その代理人(第4項)も同罪とされた⁽⁴¹⁾。これらの罪で有罪とされた者は、L.163-6条により支払保証付小切手および払戻請求書代用小切手以外の小切手の利用を5年間禁止され、小切手帳

を銀行に返還しなければならず⁽⁴²⁾、私権・公民権・職業的社会的活動の5年間の禁止を命じられる (interdiction judiciaire)。しかし、加害意思が立証できないために同条の適用を免れたものであっても、以下の銀行による自主的な措置が法によって許容されており、これにより無資金小切手の発生が抑止されている。

[16] 取引停止処分 銀行の自主的な措置 (interdiction bancaire) として、通貨金融法典 L.131-73条によれば、銀行は口座名義人に資金欠缺の帰結についての通知をした上で、資金不足を理由に小切手を不払とし、小切手帳の回収を要求し、支払保証付小切手および払戻請求書代用小切手以外の小切手利用を5年停止する処分をなしうる (第1項)⁽⁴³⁾。口座名義人は小切手金額を支払い、資金の設定を証明するとき⁽⁴⁴⁾は、利用権を回復する (第2項)。不渡が解消されない場合所持人の請求により支払人は不渡確認書を交付し、その通知または裁判所附属吏によるその送達は“支払催告書 [commandement de payer]”の効力を持ち (第4項)、裁判所附属吏は、15日以内に小切手金額および費用の支払の証明が届かないときは、“執行名義 [titre exécutoire]”を付与する。

- (1) 決済制度の中での小切手の主たる普及目的は銀行券の流通 (circulation fiduciaire) 量の節約である。この政策目的は振込やカード取引に見られるような代替的決済手段によっても担われる。近時日本では下請法の実効性確保の観点から公正取引委員会・中小企業庁を中心に組織された「約束手形をはじめとする支払条件の改善に向けた検討会」による報告書 (2021年) を受け、全銀協「手形・小切手機能の『全面的な電子化』に関する検討会」が「手形・小切手機能の全面的な電子化に向けた自主行動計画」を策定、2022年改訂では「2026年度末までに全国手形交換所における手形 (約束手形・為替手形)・小切手の交換枚数をゼロとする」ことを目標とする施策が採られている。確かに証券の偽造を可能にする技術等小切手利用に伴う深刻な問題がないとはいえないが、元請による支払遅延を招く長期サイト手形の押付けなどに対する下請法の実効性確保が主たる論点であるなら、ここに小切手が登場することは奇異である。他方2021年6月18日の閣議決定「成長戦略実行計画」では「小切手の全面的な電子化を図る」とされていたが、その意味するところが「小切手機能を振込 (あるいは EB

サービス)に代替させる」ということのようなのである(電子記録債権法には証券の呈示に該当する仕組みがないので一覧払の決済手段を提供することができない)。しかし、担保としての小切手利用の役割が確保されているであろうか。あるいはスタンドバイ信用状ないし請求払無因保証—被担保取引の解消で自動終了する条項を付したタイプの—のようなものを内国取引でも活用すべきことにならうところ、その普及には課題がありそうである。このような代替手段の普及の準備ができなければ、小切手利用の社会的需要はなくならず、当面小切手実務は、関係諸機関の想像を超えて「動態保存」されるであろう。他方で、そのような議論もきかれぬままに、全銀協の構想どおり、券面を持出銀行にとどめ・交換はデータに基づき行われ・爾後券面はそのまま破棄するとの方式をとる電子交換所への統合が令和4年法務省令39号を以て実施されることになった。省令以前よりチェックランケーションそのものは技術的には既の実現されてきた(柴崎暁・金融法提要—預金・融資・決済手段(2019年、成文堂)42頁注121)が、現物券面の呈示だけは免除されて来なかった。この新しい方式で、統一条約に基づく法令である手38・小29・小31における「呈示」を充足するののかについては疑念がある。証券が支払われる場合には従来も白地手形が呈示されるときと同様に決済は問題なく完了するが、不渡になる場合には(フランスのLCR-Relevé〔明細書併用為替手形〕のように)遡求権保全の必要があるから持出銀行は証券の現物を支払場所に送付しなければならないはずである。遡求の社会的需要がないと断じ得るのであれば呈示は不要かもしれないが、そのような需要の調査はされているのであろうか。他方本稿で取り上げるフランスについていえば、決済統計であるCartographie des moyens de paiement scripturaux 2020 Bilan de la collecte 2021 (données 2020) https://www.banque-france.fr/sites/default/files/media/2021/11/24/cmp2020_fr.pdfによると、「口座簿登録・証券的形態の支払手段〔moyens de paiement scripturaux〕」の2020年年間「利用件数/利用額」は、支払カード〔paiement carte〕が138億5200万件/5770億ユーロ、口座引落〔prélèvement〕が46億2200万件/1兆6840億ユーロ、振込〔virement〕が44億8300万件/32兆7130億ユーロ(うち大口グロス決済が9件/19兆420億ユーロ)、小切手が11億7600万件/6140億ユーロ、商業証券(LCR-Relevé)が7200万件/1970億ユーロ、電子マネーが3600万件/7億ユーロとなっている。2008年には2兆ユーロを超えていた小切手の利用額は、その3割程度にまで減少し、他方で同時期に振込(約20兆→32兆)・口座引落(約1兆→1.68兆)の増加が顕著である。代替手段の多様化により小切手利用の減少は明らかではあるものの、今なお金額ベースではカード決済を凌駕する程度の需要があることがわかる。このことに寄与する要素として、フランスの場合には法令上の要求も重要である。通貨金融法典L.112-6条第1パラグラフは、デクレ所定の金額を超える債務の弁

済については、現金・電子マネーによることを禁止し、債務者がフランス領内にその税制上の住所を有する職業者であるときには、1000ユーロを越える負債の弁済は、線引小切手または振込による弁済を義務付けられている。また、手形小切手の授受に伴う資金の所持人への帰属（L.511-7, Code de com.）等物権法的な効果にもその利用は動機づけられている。また上記のように振込・引落・銀行カード取引等手形小切手の代替手段が並行普及しているところは日本とそれほど異ならないが、手形については、1973年以降 LCR-Relevé（銀行界の独自の実務である。為替手形の割引銀行が満期の6日前に現物券面上の記載事項を収録した電磁データを支払担当銀行に送信、後者は満期の2日前までに支払人にこのデータを転記した明細書を送付して支払の予定を通知してその承諾をとり、交換決済を実行する。不渡にする証券のみを遡求権保全のため現物券面で呈示するという実務）の利用が定着しており、他方、職業債権明細書（ダイイ明細書）譲渡も普及しているが、明細書 *bordereau* は電子的形態でも作成できる（BONNEAU (Thierry), *Droit bancaire*, LGDJ, coll. “Domat”, 13e éd., 2019, no 793.）。このようにしてフランスでは「電子化」は既に過去の課題であり、手形取扱のコストが問題視されることは寡聞である。

- (2) 本稿執筆の主観的な動機は実用的観点ではなく預金通貨の法律理論のためである。2021年改正フランス民法典第2374条ないし第2374-6条に定める「担保のためにする金額譲渡」（いわゆる金銭質）を紹介する別稿（柴崎『金銭質』の法典化と客体としての預金通貨—2021年改正フランス民法典第2374条ないし第2374-6条について）比較法学（早稲田大学比較法研究所）56巻3号）において、預金口座残高に質権を設定する際に、それを有体動産質と無体動産質との何れに分類することが適切であるのか（客体は代替物なのか債権なのか）、を考察するにあたり、預金が「凍結」されることの具体的な意味を認識するには、類似の応用例を参照する必要がある。当該別稿の準備の中で、ここでの質入の客体は、「預金通貨」と称する、口座名義人が金融機関に対し有する要求払の預金払戻債権で、従って事柄は受寄者が担保権者を兼ねる当該債権を客体とする無体動産質（ただしフランスの学説は多くが担保目的のフィデュシ的譲渡と解しているようである）と解するのが最も自然であるとの仮の結論が得られた。この問題を論じるにあたり比較的よく言及される CATALA (Nicole) の論説 *La nature juridique du paiement*, 1961, th. Paris が、預金通貨の代表的な例とされてきた小切手に「二級預金通貨」の名を与えていたことは興味深く思われた。小切手の取立が未完了である段階では、決済最終性を保証されていない場合がある等の点で、その通貨的性格は不十分なものであった（この点、現代日本あるいはスイス—柴崎暁「スイス私法における振込学説」上村達男他編・企業法の現代的課題（2015年、成文堂）295頁—の振込取引や、フランスのカード取引などは、指図 *délégation*（フランス）

／ assignment (スイス) と性質決定されてよい性格を帯びており、被指図人に相当する被仕向銀行がなす新たな債務負担を意味する預金の成立を以て同時に決済過程が完了し、この時点で債権者の満足となる)。しかしながら、本論で後述するように、支払保証の他、罰則・取引停止処分・支払銀行の法定責任等多様な手法で支払の確実性が高められており、現代においては既に「二級」ではないかもしれない。また、支払資金の確保された小切手と一言で言っても、国際的に統一法が採用されているにもかかわらず普通の単純な小切手から、金融機関が自己宛で振出すもの（日本の預手）、資金の凍結義務を伴うもの（フランスの支払保証付小切手）、資金の払戻そのものを禁じるもの（ドイツの計算小切手）等多様であり、最終性も厳密に言えば一様でない。著者自身、十分に問題を整理しきれない憾みが残るものの、本稿と併せ読まれることを期待する。

- (3) 「振出人ガ支拂人方ニ於テ處分シ得ル資金ヲ有スルコトヲ要スル時期ヲ決定スルノ權能」(統一条約第二附属書第5条)。
- (4) 統一法第32条(日本小32)に定める支払委託の“取消 [révocation]”の制度については、第二附属書第16条で、締約国の留保により、(a) 呈示期間内の取消も可とする扱いもまたは (b) 呈示期間経過後でも取消不可とする扱いも定め得ることになっているが、日本は統一法どおりの扱いとし、フランスは (b) を選び、「支払委託の取消」の規定がない。
- (5) DELEBECQUE (Philippe), BINCTIN (Nicolas) et ANDREU (Lionel), *Effets de commerce et Entreprises en difficulté* [Traité de droit des affaires par George Ripert et René Roblot, sous la dir. de Michel Germain, Tome 4, 18e éd.] , 2018, no 282. 原則判決といわれる破毀院審理部1946年6月18日、JCP 1946, II, 3252, rapport LESCOT; D. 1946, jur. p. 346; S.1946,1,100.
- (6) 破毀院商事部1973年12月11日、Bull. civ, 1973, IV, no359がひとたび資金凍結義務を問題視したといわれるが、ふたたび破毀院商事部1990年1月9日、D.1990. jur. p.485, note MARTIN が義務を確認した。破毀院商事部2000年10月24日, no 97-21.710,, Jurisdata no 6624は、“異議 [opposition]”が争われている場合、支払人は異議を有効とする判断があるまでまたは時効期間の満了までしか、小切手資金凍結の義務を負うものではないとした。
- (7) 同条約仏正文(なお以下本稿では英語正文は紙幅の都合で省略する)。
 “Chacune des Hautes Parties contractantes a la faculté d’admettre que le tiré inscrive sur le chèque une mention de *certification, confirmation, visa* ou autre déclaration équivalente, pourvu que cette déclaration n’ait pas l’effet d’une acceptation, et d’en régler les effets juridiques.” なお本稿において別段のことわりなき限り小切手法統一条約・同附属書・抵触条約の正文は、「外務省条約データ検索」に所掲のファイルによる。<https://www3.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/search2.php?pID=306>

- (8) 納富義光・手形法・小切手法論(1982年、有斐閣)528頁。なお、certificationとは、もともとは当日の支払呈示の受付時間を経過した照会に応じて小切手に問題がないかどうかを銀行が回答し、問題がないと回答した場合には翌日には必ず支払うとしてきた慣行が起源であるらしく、米国の銀行慣習として発展し、1860年頃までには、確認銀行による要求払の無条件的支払約束と判示(Willets v. Phoenix Bank, 9 Super. (2 Duer) 121 [N.Y.City Super. Ct. 1853])されているとのことである(Roscoe T. Steffen & William F. Starr, A Blue Print for the Certified Check, 13 *North Carolina L. Rev.* 450 [1935]; Richard A. Lord, Certified Checks and Funds Redirection, 24 *Villanova L. Rev.* 28 [1978])。なお、明治26年商法の注釈書である高根義人・手形法綱要(1893年、六法講究会)364頁にはCertified Chequeについて言及があるものの残念ながら「煩ヲ恐レテ之ヲ説カズ」とある。また、柴崎・前掲金融法提要282頁[33403]には、日本の支払保証制度が“米国の visa”を参考にしたかの叙述があるが、上記より明らかなようにこれは“米国の certification”とすべきであり、これを訂正したい。
- (9) 小橋一郎・手形法・小切手法(1995年、成文堂)318頁以下。小切手法制定以前の時代、商法その他法令の規定に存在しないが、任意の合意に基づき、支払人である銀行が小切手上に「支払保証」の記載をする慣行があり、判例によればこのような記載は小切手上の効力を有しないが、「小切手ニ支拂保證ノ記載ヲ爲スコトハ現今ノ銀行取引ニ於テ往往見ル〔これを〕効力ナキモノト爲スノ理ナク當事者カ手形〔当時の商法(明治32年)第434条で小切手は手形の種類に列せられていた〕關係以外ニ於テノ法律關係ヲ生セシムルノ意思ヲ以テ此ノ如キ記載ヲ爲スニ於テハ法律上其効力ヲ生スヘキモノト爲スヲ當然ナリトス」(大判明治44・3・20民録17輯139頁以下)と解された。即ち、この「支払保証」は、証券上の法律関係ではなく証券外の関係である。判旨は続けてこの行為を「支拂人ニ於テ此手形ノ所持人ニ對シテ小切手金額ノ支拂ヲ爲スヘキ獨立ノ義務ヲ負擔スルコト」とした原審を支持し上告棄却とした。
- (10) 引受と異なり、支払保証人は呈示期間内の呈示を条件に支払義務を負担し、所持人が拒絶証書または支払拒絶宣言で呈示を証明しないときは義務を免れる(小55)。このことによって小切手の紙幣化には歯止めがかかっている。また、支払保証人は遡求義務者と類似はするが、支払保証人への請求は主たる債務者にあたるものがない等遡求とは異なる制度なので拒絶証書作成免除は認められない(伊澤孝平・手形法・小切手法(1949年、有斐閣)557頁、納富・前掲書529頁)。納富・前掲書529頁は、支払保証には「被保証人」がおらず、以て附従性や求償関係を考える余地がなく、出捐の最終的負担は支払保証人に帰するという趣旨で「単独なる無因的債務負担行為」とであると説く。

- (11) 柴崎暁・手形法理と抽象債務（新青出版、2002年）[2406] 以下、173頁以下参照。
- (12) 締約国のなかには、フランスをはじめとして資金の帰属について規則が詳細な法域も存在した。統一会議では、法の分裂を残したままでの小切手の越境的流通を想定し、少なくとも準拠法を統一するべく「小切手ニ關シ法律ノ或抵觸ヲ解決スル爲ノ條約」第7条は資金問題につき支払地法主義を採った（日本では小80（6）でこの規則を法文化した）。
- (13) 統一法第6条第3項は、「小切手ハ振出人ノ有スル異ル營業所ノ間ニ於テ振出ス場合ヲ除クノ外振出人ノ自己宛ニテ之ヲ振出スコトヲ得ズ [Le chèque ne peut être tiré sur le tireur lui-même, sauf dans le cas où il s'agit d'un chèque tiré entre différents établissements d'un même tireur.]」とあり、統一法自体が正文とするデフォルトルールとしては「支店宛」の場合に限定している。第二附属書第8条で、「各締約國ハ統一法第六條ニ掲ゲラルル場合以外ニ於テ小切手ヲ振出人ノ自己宛ニテ振出スコトヲ得ルカ否カノ問題ヲ決定スルノ權能ヲ留保ス」とし、日本はこの留保を活用して小切手法第6条第3項を定め、「支店宛」の場合に限定せずすべての場合に自己宛を許す。
- (14) 吉原省三「銀行振出手形・小切手」手形法・小切手法講座第2巻（有斐閣、1955年）226頁、前田庸「預手（銀行振出自己宛小切手）」銀行取引法講座上巻（金融財政事情研究会、1976年）162頁。
- (15) 小橋・前掲書320頁。
- (16) しかも支払保証人が呈示期間経過後1年経過しないと時効（小58）とならないのに対して振出人としての遡求義務は6月で時効となる（小51）。
- (17) 統一法の正文には、以下の第1項の部分しか存在していない。なお1935年のデクレロワは2000年12月14日のオルドナンス2000-1223号により2001年1月1日に廃止されて通貨金融法典に新設される規定に全文が移され、デクレロワ第4条は、通貨金融法典L.131-5条となり、今日に至っている。通貨金融法典L.131-5条「①小切手はこれに引受をすることができない。小切手上になされた引受の記載はこれを書かれざるものと看做す。／②前項の規定にも拘わらず、支払人は小切手に査証を行うことができるものとし、査証はこれが与えられた日における小切手資金の存在を確認することをその効果とする。〔① Le chèque ne peut pas être accepté. Une mention d'acceptation portée sur le chèque est réputée non écrite. / ② Toutefois, le tiré a la faculté de viser le chèque, le visa a pour effet de constater l'existence de la provision à la date à laquelle il est donné.〕」
- (18) VALERY (Jules), *Des chèques en droit français y compris le Décret-Loi du 30 octobre 1935*, LGDJ, 1936, no 81, p. 81. では、米国の certified checks の実務が説明されており、フランスにも visa という類似の実務があるが、それは銀行自身が支払義務を約束するわけではないので、類似の

制度ではあるものの、その効果は違うという認識を示している。

- (19) GAVALDA (Christien) et STOUFFLET (Jean), *Instruments de paiement et de credit*, 6e éd., 2006, Litec, no 220.
- (20) DELEBECQUE, BINCTIN et ANDREU, op.cit., no 260.
- (21) 1941年2月28日の法律第1条「①これに反するすべての規定にも拘わらず、振出人に処分権がある対応する資金が存在している小切手のすべては、振出人または所持人がこれを請求するときには、支払人により支払保証されなければならないものとする。〔Nonobstant toutes dispositions contraires tout chèque pour lequel la provision correspondante existe à la disposition du tireur doit être certifié par le tiré si le tireur ou le porteur le demande.〕／②支払保証を受けた小切手の資金は、1935年10月30日のデクレによって改正された1865年6月14日第29条により定める呈示期間までの間、支払人の責任において、所持人のためにこれを凍結するものとする。〔La provision du chèque certifié reste, sous la responsabilité du tiré, bloquée au profit du porteur jusqu’au terme du délai de présentation fixé par l’article 29 de la loi du 14 juin 1865, modifiée par le décret du 30 octobre 1935.〕／③支払保証は、小切手表面上への支払人の署名を以て行う。支払保証は、資金額の不足を理由とする場合にしかこれを拒んではならない。〔La certification résulte de la signature du tiré au recto du chèque. Elle ne peut être refusée que pour insuffisance de la provision.〕」
- (22) 同法は1935年デクレロワに第12-1条を新設して1941年の法律第1条以下をそこに複製し、第1項“Nonobstant toutes dispositions contraires”の部分削除し、末尾に“sauf la faculté pour le tiré de remplacer ce chèque par un chèque émis dans les conditions prévues à l’article 6 (alinéa 3).”を挿入し（本文後述）、第2項の末尾の“de la loi du 14 juin 1865, modifiée par le décret du 30 octobre 1935”を削除し、第3項は“Les mesures d’application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d’Etat.”（本条の適用方法についてはコンセイユデタの議を経たデクレによりこれを定める）とした。第3項第2文は削除されたが、第1項から、資金ある小切手の振出人・所持人からの求めがあるときにこれを拒めないことを変更する趣旨ではないといえよう。
- (23) DELEBECQUE, BINCTIN et ANDREU, op. cit., loc. cit.
- (24) 元老院1971年12月7日議事録添付の報告書 No 65, Rapport sur le projet de loi relatif à la prévention et à la répression des infractions en matière de chèques, par M. Pierre MARCILHACY.
- (25) 通貨金融法典 L.131-32条第1項「フランス本国内において振出しかつ支払うべき小切手は8日以内に支払のためこれを呈示しなければならない〔Le chèque émis et payable dans la France métropolitaine doit être présenté au paiement dans le délai de huit jours.〕」。この「8日間」は統

一法の第29条第1項として定められた本国内における呈示のための呈示期間のデフォルト・ルールの規則であり、同条項は統一法正文とまったく同文である。しかし締約国は第二付属書第14条所定の留保を用いて呈示期間を伸長できるものとされており、日本はその留保を利用して統一法よりも2日間長い「10日」を以て呈示期間と定めている。資金凍結が呈示期間内にもみ効力を有するに過ぎないことについては、破毀院商事部2000年7月11日、no 96-21031 (RTD com. 2000, 986, obs. M. CABRILLAC ; RD bancaire 2000, 290, obs. CRÉDOT et GÉRARD)。

- (26) 自己宛で振出すためには、L.131-7条第3項の条件に該当しなければならない。従って、振出人は他の支店を有するものでなければならない。DELEBECQUE, BINCTIN et ANDEREU, op. cit., no 270. 破毀院商事部1999年1月26日、D. affaires 1999, 422, obs. X. D. ; RTD com. 1999, 473, obs. M. CABRILLAC.
- (27) Rapport précité. ここにいう「主たる債務者 [débiteur principale]」とは、銀行が小切手の主たる債務者であるという意味ではなく、遡求にあたり銀行が自己宛小切手の振出人として支払を担保するという事柄をさすものと思われる。
- (28) 1935年のデクレロワのもとで統一法が導入されて以降、無資金小切手による紛争を予防するための立法改革は絶えず行われてきており、支払保証制度の法定もこの流れの中で理解できる。1941年2月28日の法改正ではこの支払保証とともに振出人の身元確認のための証明書に関する規整が導入され、あるいは、拒絶証書に執行力が認められた。なお、拒絶証書の債務名義性に関する規整は1985年7月11日の法律で廃止となり、これに代えてより手続の簡便な“不渡確認書 [certificat de non-paiement]”に債務名義性を付与することとなった。刑事罰に関して言えば、1972年の改革では、小切手金額+10%の罰金の支払により公訴を回避できる口座名義人の“補正請求 [régularisation]”が導入された。1975年1月3日の法律および1975年10月3日のデクレは無資金小切手対策の「非刑罰化」をすすめる方向を採用し、同時に後掲の銀行の自主的措置としての取引停止処分を許容する制度を導入している。最終的に、1991年12月30日の法律（およびこれを補う1992年5月22日のデクレ）による改革は、それまでの刑事制裁中心の無資金小切手対策を、民事的および税務的なサンクションへと置き換え、補正請求制度と情報提供請求権が重視されるようになる。この一連の非刑罰化改革については鳥山恭一「小切手と支払カードの安全確保—小切手と支払カードの安全に関する1991年12月30日の法律第91-1382号」(立法紹介)日仏法学19号(1993年)106-109頁。
- (29) ① Tout chèque pour lequel la provision correspondante existe à la disposition du tireur doit être certifié par le tiré si le tireur ou le porteur le demande, sauf la faculté pour le tiré de remplacer ce chèque par un

chèque émis dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 131-7./ ② La provision du chèque certifié reste, sous la responsabilité du tiré, bloquée au profit du porteur jusqu'au terme du délai de présentation fixé par l'article L. 131-32.

- (30) 通貨金融法典 R.131-2条 [2006年9月5日のデクレ第2006-1115号で改正] 「①支払保証は、小切手上への支払人の署名の外、支払保証にかかわる記載であることを示す文言、支払保証の日付、小切手が作成された金額、支払人の支店の表示を含む。これらの記載は、安全性を担保された、刻印または印刷、即ち消去不能の方法により印字されなければならない。〔La certification résulte de l'apposition sur le chèque par le tiré d'une formule comportant, outre sa signature, les mentions relatives à la certification et à la date de celle-ci, au montant pour lequel le chèque a été établi et à la désignation de l'établissement tiré. Ces mentions doivent être apposées au moyen d'un procédé de marquage ou d'impression indélébile offrant toute garantie de sécurité.〕 / ②支払保証付小切手の交付を請求されたすべての場合において、L.131-7条第3項に定める条件で発行される小切手の交付を以てこの請求を有効に満足させることができる。〔Dans tous les cas où la remise d'un chèque certifié est exigée, il peut être valablement satisfait à cette exigence par la remise d'un chèque émis dans les conditions prévues par le troisième alinéa de l'article L. 131-7.〕」
- (31) DELEBECQUE, BINCTIN et ANDEREU, op. cit., no 261. M. CABRILLAC et RIVES-LANGE, RTD com. 1973, 306.
- (32) 破毀院第一民事部1990年2月27日、Bull. civ. I, no 56.
- (33) GAVALDA et STOUFFLET, op.cit., no 221.
- (34) パリ控訴院第15部1992年9月23日、JCP E 1992, pan. p. 1289; RTDCom 1993, p. 138, obs. CABRILLAC.
- (35) 破毀院商事部2003年2月11日、no 00-18.058, Bull.civ. 2003. IV. p. 23, Juris-data no 017603. 事案は、銀行CIC Parisの真実振出した自己宛小切手の金額(6,044Fr.)が変造により「386,044Fr.」とされ同金額の支払を銀行に命じた原審を破毀差戻としたものである。
- (36) DELEBECQUE, BINCTIN et ANDEREU, op. cit., no 276. 通貨金融法典L. 131-81条により、当該者の“銀行取引停止処分〔injonction bancaire〕”または“裁判上の禁止命令〔interdiction judiciaire〕”を無視して、“資金不足による支払事故〔incident de paiement pour défaut de provision suffisante〕”確認後に小切手用紙冊子の回収を求めず、または、フランス銀行が管理する“不渡小切手情報登録ファイル〔fichier des chèques impayés〕”にかかる資金不足による事故が表示されている新規顧客にその小切手用紙冊子を交付した銀行は、定められた注意義務を果たしたことを証明できないときは、その用紙による小切手については、資金の欠缺、不足または処分不能状態

であっても、小切手金額の支払をなし、所持人に認められた損害賠償があるときはこれに連帯して支払をすべき義務がある。金額が15ユーロ以下で資金欠缺・資金不足の小切手については、小切手用紙冊子を交付した支払人銀行は（その上記注意義務違反とは無関係に）つねにこれを支払う義務を負う（L. 131-82条）（1975年10月3日のデクレおよび1992年5月22日のデクレで、15ユーロ超の原因債務を15ユーロ小切手に小分けして支払う行為を処罰の対象として脱法行為を防いでいる）。これらの法定責任は小切手発行から一か月間しか存続しない。

- (37) DELEBECQUE, BINCTIN et ANDEREU, *op. cit.*, no 283.
- (38) しかしながら刑事判例は厳格説であった（破毀院刑事部1977年4月22日、*Bull. crim.*, no 131. 等）。
- (39) 鳥山前掲（注28）・107頁に登場する Rennes 軽罪裁判所裁判官の宣言。
- (40) DELEBECQUE, BINCTIN et ANDEREU, *op. cit.*, nos 284-285.
- (41) ここに掲げる L.163-2条についていえば、原始規定1935年オルドナンス66条は「以下の者に刑法典405条の詐欺罪を課する」という形式をとって無資金小切手振出人、悪意の受領者等を列挙していた。前記の通り76年1月1日より1号の無資金小切手振出人を形容する部分に「他人の権利を害する意思を以て」が付け加えられた。92年1月1日には91年法によって刑法典の詐欺罪への言及が廃止されて「小切手振出後に資金の全部一部を手段の如何を問わず撤収しまたは支払人に同様の条件で支払を妨げたすべての者」を対象とする独立の犯罪として規定し（情を知って無資金小切手を受領した者等も同罪）、同処罰規定は2001年1月1日より通貨金融法典 L.163-2条に移され、2002年9月22日より罰金の額がフランからユーロへ変更されて現在に至っている。この変遷に鑑みると、鳥山・前掲（注28）106-107頁が、91年法は「資金不足小切手振出しの罪を廃止して（六六条）、資金不足小切手を刑事制裁によって抑制することを放棄した」という点には留保を要する。
- (42) これに違反した手残りの用紙で振出された小切手の支払人は注意を尽くしたことを証明できないときはこれを支払わねばならない（前掲 L.131-81条第 I パラグラフ）。
- (43) 停止処分への異議は民事司法裁判所で申立てることができる（通貨金融法典 L.131-79条）。
- (44) L.131-74条は「不渡小切手が発行されている口座への振出人によるすべての払込は、当該不渡小切手の全部の支払のための小切手資金を設定することに優先的に充当される」。

社債管理補助者による社債管理の在り方

鬼 頭 俊 泰

目次

- 一. はじめに
- 二. 令和元年会社法改正による社債管理補助者制度の新設と日本弁護士連合会による指針の策定・公表
- 三. 社債管理補助者と社債権者の利益相反問題 ～シンジケート・ローンにおけるアレンジャーおよびエージェントとの比較～
- 四. 社債管理補助者による社債管理の在り方に関する検討
- 五. 結びに代えて

一. はじめに

(1) 本稿の目的

本稿は、令和元年会社法改正および同法施行規則改正によって新設された社債管理補助者による社債管理の在り方につき、同制度の元となっている社債管理者の利益相反規制に関する議論などを手掛かりとしながら検討することを目的とする。

具体的には、令和元年会社法施行規則改正によって、社債管理補助者の資格要件に、社債管理者の資格要件にはない弁護士、弁護士法人および弁護士・外国法事務弁護士共同法人（以下、「弁護士等」という）が盛り込まれることとなった（会社法施行規則171条の2）ため、従前、社債管理者となった金融機関（とりわけ銀行）における利益相反規制に関する議論が、社債管理補助者に弁護士等が就任した際の利益相反問

題に当てはまるのか否かにつき検討する。なお、検討にあたっては、弁護士等が社債管理補助者となった場合と同様に、多数の利害関係人に対する複数義務が衝突する状況を発生させるという点などで共通することを理由に、シンジケート・ローン（以下、「シ・ローン」という）におけるアレンジャーおよびエージェントに関する裁判例を素材とする。

(2) 社債管理補助者制度新設に至るまでの過程

令和元年会社法改正によって社債管理補助者制度が新設されるに至るまでの過程はおおむね以下のとおりである。

まず、平成5年商法改正によって社債管理者（制定当時は社債管理会社。以下、本稿では特段の断りがない限り「社債管理者」に表記を統一する。）制度が新設された。同改正により、担保付社債を発行する場合には、受託会社を定めなければならないとされ（担保付社債信託法2条）、また、会社が無担保社債を発行する場合には、原則として、社債管理者を定め、社債権者の保護のために、社債の管理を行うことを委託しなければならない（会社法702条本文）と明文化されることとなった。

ただ、平成5年商法改正後のわが国の実務においては、会社が社債を発行する場合には、例外規定（同条ただし書、会社法施行規則169条）に基づき、社債管理者を定めていないことが多かった⁽¹⁾。その理由として、同法上、社債管理者の権限が広範であり（会社法705条）、また、その義務、責任および資格要件が厳格であるため（同法704条、703条、会社法施行規則170条）、社債管理者の設置に要するコスト（社債管理委託手数料など）が高くなることや、社債管理者となる者の確保が難しいことが挙げられる⁽²⁾。

社債発行時に社債管理者を定めない社債（いわゆるFA債）を発行する場合、社債管理者に代わって社債発行事務や支払事務を担う財務代理人が設置される。

財務代理人の権利義務は法定されていないため、その内容は社債発行者と財務代理人との間の個別の契約によることとなる。また、財務

代理人は、社債管理者と異なり、社債権者の保護のために行動する立場にあるわけではなく、あくまで社債発行者のためにサービスを提供するものと位置づけられる⁽³⁾。

そのため、FA債がデフォルトした場合、社債権者は自らの利益を自ら守らなければならない、社債権者の保護に欠ける状況が発生しうる。FA債がデフォルトした際に、財務代理人を社債管理者と同様に取り扱うことができるのか、具体的には、裁判（最判平成28年6月2日民集70巻5号1157頁参照）上、財務代理人が各社債権者から訴訟追行権を授与された任意的訴訟担当であるとして社債権者のために権利保全を行うことができるのかどうか問題となる⁽⁴⁾。

社債管理者を設置せずに社債を発行した会社が倒産した場合、債券を管理する会社にどのような法的義務が課されるのかについては、結局、当該債券管理会社がどのような債券管理委託契約を締結したのかによることとなる。すなわち、債券管理委託契約の内容次第で、上記最判のように、債券管理会社は会社法上の社債管理者と同等の権利を有し、義務が課される場合もあれば、上記最判の原判決（東京高判平成26年1月30日民集70巻5号1244頁）および原々判決（東京地判平成25年1月28日民集70巻5号1203頁）がいうように、社債権者が自らの利益を自ら守らなければならない場合も発生する可能性があることとなる。

そこで、令和元年会社法改正によって、社債管理者が設置されていない社債についても第三者による最低限の社債管理が必要であるとして、新たに社債管理補助者制度が創設されることとなった。

立法時の議論では、社債管理補助者が、社債管理者よりも裁量の限定された権限のみを有し、社債権者による社債の管理が円滑に行われるように補助するものに過ぎないため、重大な利益相反行為を行う懸念が典型的に小さいと考えられるという理由から社債管理者に課されている責任（会社法704条、710条）と同様の規定は設けないこととされていた⁽⁵⁾。

また、金融機関ではない弁護士等による利益相反行為への対応を具

体的にどのように図るのかは明確ではなかった。かかる懸念については会社法制（企業統治等関係）部会による会議の段階で、弁護士会の会則等による適切な実務対応のルール作りによる対応が必要であると指摘されている⁽⁶⁾。こうした流れを受け、日本弁護士連合会は、令和2年2月21日理事会議決に基づき「社債管理補助者に関する指針」（以下、「指針」という）を定めた。

(3) 本稿の検討手順

本稿の検討手順を示したい。まず、社債管理補助者制度に関する令和元年改正会社法および同法改正施行規則の内容と指針等の内容を整理したい(一)。次に、本稿が想定する弁護士等が社債管理補助者に就任した際に発生し得る利益相反状態を明らかにし、シ・ローンにおけるアレンジャーおよびエージェントの法的責任が問題となった裁判例を検討の素材として取り上げ整理したい(二)。そして、そこまでに整理した情報をもとに、社債管理補助者による社債管理の在り方について検討し(三)、最後に私見を述べる(四)。

二. 令和元年会社法改正による社債管理補助者制度の新設と日本弁護士連合会による指針の策定・公表

(1) 会社法における社債管理補助者制度の概要

①社債管理補助者の資格要件

会社法では、会社は、担保付社債である場合を除き、会社法702条ただし書に規定する社債管理者の設置が強制されない場合には、社債管理補助者を定め、社債権者のために、社債の管理の補助を行うことを委託することを可能とした（会社法714条の2）。

社債管理補助者と社債管理者は、共に社債発行会社が第三者に対して一定の事務を行うことを委託することによって設置されることにおいて共通する。もっとも、社債管理補助者は、社債管理者よりも裁量

の余地の限定された権限のみを有している点で異なっている。

すなわち、社債管理者制度は、第三者である社債管理者が社債権者のために社債の管理を行う制度であり、社債管理者は、社債の管理に必要な権限を包括的に有し、広い裁量をもってそれを行使することが求められている。

これに対して、社債管理補助者制度は、社債権者において自ら社債を管理することを期待することができる社債を念頭に、第三者である社債管理補助者が、社債権者の破産債権の届出をしたり、社債権者からの請求を受けて社債権者集会の招集をすることなどにより、社債権者による社債権者集会の決議等を通じた社債の管理が円滑に行われるように補助する制度として設計されている（会社法714条の4）⁽⁷⁾。

このように社債管理補助者を設置することができる場合を社債管理者の設置が強制されない場合に限定している理由は、社債管理補助者制度は、社債権者において自ら社債を管理することを前提とする制度であるため、社債管理補助者を設置することができる場合は、各社債権者において自ら社債を管理することを期待することができる場合に限定すべきであるとの考えに基づく⁽⁸⁾。かかる考えに基づくということは、社債管理補助者が設置される社債は、基本的には比較的少数の機関投資家向けの社債となることを意味する。

そのうえで、会社法は社債管理補助者の資格要件につき、社債管理者の資格要件を定める会社法703条各号を準用したうえで、それとは別個に弁護士等を加えている（会社法714条の3、会社法施行規則171条の2各号）。すなわち、銀行をはじめとした金融機関に加えて、弁護士等が社債管理補助者になることができる。

令和元年会社法改正の中間試案段階では、弁護士や弁護士法人その他の者に社債管理補助者の資格を付与するものとするかどうかにつき議論がなされ、なお検討するとしていた。次いで令和元年会社法改正の要綱案段階では、社債管理補助者の資格につき明記されていたわけではないが、その他法務省令で定める者に弁護士等を含める考え方は

引き継がれているとされていた⁽⁹⁾。その後の議論も含め、弁護士等に社債管理補助者の資格を付与することに目立った反対意見は見受けられず⁽¹⁰⁾、会社法施行規則改正案に盛り込まれ、その内容のまま改正されている。

ただ、社債管理補助者が自然人（弁護士）である場合、社債の償還期間が長期に設定された、または当該社債管理補助者が死亡した際の取り扱いや、弁護士等による利益相反行為への対応をどのように図るのかは課題であるとされた。こうした問題発生に対する懸念につき会社法制（企業統治等関係）部会会議では、弁護士会の会則等による適切な実務対応のルール作りによる対応が必要であるとしている⁽¹¹⁾。そして日本弁護士連合会は、(2)で後述する通り、令和2年2月21日理事会議決に基づき指針を策定・公表している⁽¹²⁾。

②社債管理補助者の権限と義務・責任

会社法における社債管理補助者の権限と義務・責任につき、以下整理しておく。

まず、社債管理補助者の権限等は以下のとおりである（会社法714条の4）。

- | |
|---|
| <p>1 項 社債管理補助者は、社債権者のために次に掲げる行為をする権限を有する。</p> <ul style="list-style-type: none"> 一 破産手続参加、再生手続参加又は更生手続参加 二 強制執行又は担保権の実行の手続における配当要求 三 第499条第1項の期間内に債権の申出をすること。 |
| <p>2 項 社債管理補助者は、第714条の2の規定による委託に係る契約に定める範囲内において、社債権者のために次に掲げる行為をする権限を有する。</p> <ul style="list-style-type: none"> 一 社債に係る債権の弁済を受けること。 二 第705条第1項の行為（前項各号及び前号に掲げる行為を除く。） 三 第706条第1項各号に掲げる行為 四 社債発行会社が社債の総額について期限の利益を喪失することとなる行為 |

<p>3項 前項の場合において、社債管理補助者は、社債権者集会の決議によらなければ、次に掲げる行為をしてはならない。</p> <p>一 前項第2号に掲げる行為であって、次に掲げるもの</p> <p>イ 当該社債の全部についてするその支払の請求</p> <p>ロ 当該社債の全部に係る債権に基づく強制執行、仮差押え又は仮処分</p> <p>ハ 当該社債の全部についてする訴訟行為又は破産手続、再生手続、更生手続若しくは特別清算に関する手続に属する行為（イ及びロに掲げる行為を除く。）</p> <p>二 前項第3号及び第4号に掲げる行為</p>
<p>4項 社債管理補助者は、第714条の2の規定による委託に係る契約に従い、社債の管理に関する事項を社債権者に報告し、又は社債権者がこれを知ることができるようにする措置をとらなければならない。</p>
<p>5項 第705条第2項及び第3項の規定は、第2項第1号に掲げる行為をする権限を有する社債管理補助者について準用する。</p>

上記のとおり会社法は、社債管理補助者が必ず有する権限として、破産手続参加等をする権限を挙げている。なお、社債管理補助者の社債に係る債権の弁済を受ける権限については、社債管理補助者が必ず有する権限とするのではなく、委託契約の定める範囲内において有するものとしている（会社法714条の4第2項1号参照）⁽¹³⁾。

次に、社債管理補助者の義務・責任について会社法は、社債管理者に関する規定を準用したうえで、社債管理補助者は、社債権者のために、公平かつ誠実に社債の管理の補助を行わなければならない、また、社債管理補助者は、社債権者に対し、善良な管理者の注意をもって社債の管理の補助を行わなければならない（会社法714条の7、704条）とする。これは、社債管理補助者の公平誠実義務および善管注意義務を定めたものである。

社債管理補助者に公平誠実義務や善管注意義務を負わせることで、社債管理者と同様に、社債管理補助者の設置に要するコストの増加や、社債管理補助者となる者の確保が難しくなる可能性はある。しかし、社債管理補助者は、裁量の余地の限定された権限のみを有する者として制度設計がなされており、また、委託契約の定めにより裁量の範囲

を更に限定することもできることから、社債管理者と比べて義務違反が問われ得る場合は限定的であるとされている⁽¹⁴⁾。こうしたことから、社債管理補助者は、社債の管理の補助について委託を受ける以上は、委託者の信頼を裏切ることがないように、これらの義務を負うことが相当であるとされた⁽¹⁵⁾。

社債管理補助者の負う誠実義務の具体的内容は、委託の趣旨に照らして決定される。ただ、社債管理補助者について、社債管理者よりも裁量の余地の限定された権限のみを有し、社債権者による社債権者集会の決議等を通じた社債の管理が円滑に行われるように補助する者と位置付ける場合には、社債管理者と社債管理補助者に対する委託の趣旨は異なるものとなると考えられている。したがって、社債管理者であれば誠実義務違反とされる行為であっても、社債管理補助者が同じ行為をした場合に当然に誠実義務違反になるわけではないと解される⁽¹⁶⁾。

なお、社債管理補助者は、社債管理者と同様に、善意・無重過失の善管注意義務違反に関して事前に免責することなどは認められない。これは、社債管理補助者は、社債管理者のように社債の管理を適切に行うインセンティブを当然に有しているものでなく、また、社債発行会社および社債管理補助者となろうとする第三者が社債権者のために契約をするという構造上、社債発行会社および当該第三者の双方が当該第三者の義務は軽ければ軽いほど良いと考えるおそれもあるからとされる⁽¹⁷⁾。

社債管理補助者の責任については、社債管理者と同様に、社債管理補助者は、会社法または社債権者集会の決議に違反する行為をしたときは、社債権者に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う（会社法714条の7、710条1項）。

社債管理者については、一定の利益相反行為の類型に限り誠実義務違反および因果関係の証明責任を転換し、利益相反行為に基づく損害賠償責任の要件の定型化を図るとともに、社債管理者に誠実義務違反または因果関係の不存在の証明責任が課されている（会社法710条2項）

が、社債管理補助者は、社債管理者を設置することを要しない場合においてのみ設置されることや、社債管理者よりも裁量の余地の限定された権限のみを有し、社債権者による社債権者集会の決議等を通じた社債の管理が円滑に行われるように補助する者であることを理由に、社債管理補助者については、このような規定を設けるものとしていない⁽¹⁸⁾。

(2) 日本弁護士連合会弁護士職務基本規程および社債管理補助者に関する指針の内容

指針は、会社法714条の2に規定する社債管理補助者に選任される弁護士等に適用される弁護士職務基本規程（以下、「規程」という）の解釈の指針を明らかにすることにより、弁護士等が、関連する法令、規程その他の会規を遵守し、適切に社債管理の補助を行うための実務対応のルールを明らかにすることを目的としている⁽¹⁹⁾。

弁護士等が規程や指針を遵守しなかった場合は、所属弁護士会による懲戒を受ける可能性がある⁽²⁰⁾。

なお、弁護士等の利益相反禁止については弁護士法25条が規定しているところ、同規定の趣旨・根拠は、依頼者の利益の保護、弁護士の公正な職務遂行の確保、弁護士の信用・品位保持の要請であると解されている⁽²¹⁾。

以下では、本稿の検討対象である利益相反行為への規律に焦点を当てて、関連する規程および指針の内容を整理したい。

①規程の内容

まず、規程5条は、弁護士は、真実を尊重し、信義に従い、誠実かつ公正に職務を行うものとする規定する。

そのうえで規程27条および28条は、利益が相反するため弁護士が職務を行ない得ない事件を列挙しており、前者は弁護士法25条と同一の規定となっている。

規程27条（弁護士法25条）は、a. 相手方の協議を受けて賛助し、またはその依頼を承諾した事件、b. 相手方の協議を受けた事件で、その協議の程度および方法が信頼関係に基づくと認められるもの、c. 受任している事件の相手方からの依頼による他の事件、d. 公務員として職務上取り扱った事件、e. 仲裁、調停、和解斡旋その他の裁判外紛争解決手続機関の手続実施者として取り扱った事件、を規定している。

また、規程28条は、原則として、f. 相手方が配偶者、直系血族、兄弟姉妹または同居の親族である事件、g. 受任している他の事件の依頼者または継続的な法律事務の提供を約している者を相手方とする事件、h. 依頼者の利益と他の依頼者の利益が相反する事件、i. 依頼者の利益と自己の経済的利益が相反する事件、を規定している。

さらに、規程57条は、職務の公正を保ちうる事由があるときを除いて、弁護士法人における所属弁護士は、他の所属弁護士が上記27条・28条の規定により職務を行えない事件については、職務を行ってはならないと規定する。

②指針の内容

指針は、社債管理補助者の義務を定め、たうえで、社債管理補助者の規律につき、選任時と選任後に切り分けて規定している。

まず社債管理補助者である弁護士等については、当該社債の社債権者に対し、会社法その他の法令および社債発行会社との間の社債管理の補助の委託契約に従い、社債管理の補助に関する公平誠実義務および善管注意義務を負うとする（指針第1 3）。

【社債管理補助者選任時の規律】

指針は、社債管理補助や選任時の社債管理補助者と社債発行会社との関係につき、以下6つの項目を定めている（指針第2 1）。

- | |
|--------------------------------------|
| (1) 社債発行会社から案件（社債発行に関連する案件を含み、社債管理補助 |
|--------------------------------------|

- 者の受任を除く。3号において同じ。)を受任し、または顧問契約等の継続的な法律事務の提供(以下この項において「顧問契約等」という。)をしている弁護士等は、その案件および顧問契約等が終了しない限り、当該社債発行会社から社債管理補助者を受任することができない(規程28条2号および66条1号)。
- (2) 社債管理補助者制度は、社債権者のための制度であるため、当該社債発行会社の同意があっても前号の規定の適用を解除することはできず、また、社債発行前においては、社債権者の同意は観念できず、社債発行後においては、流通に伴い交代する全社債権者について十分な理解を得て同意を取得することは困難と解されるため、一般的に、当該社債の社債権者全員の同意によっても、前号の規定の適用は解除されない(規程28条ただし書および66条ただし書)。
- (3) 弁護士等は、案件を受任し、または顧問契約等をしてきたことが、その案件または業務の具体的内容、時期等に照らして、誠実かつ公正な社債管理補助者の職務の遂行の妨げとなるおそれがある場合には、それらの終了後も、社債管理補助者の受任を避けなければならない(規程5条及び69条)。
- (4) 社債発行会社を相手方とする案件(社債管理補助者の受任および次項2号の案件等を除く。)を受任している弁護士等は、当該社債発行会社の発行する社債について社債管理補助者を受任することができない(規程27条3号および65条3号)。
- (5) 前号の規定の適用は、その案件の依頼者の同意がある場合は、解除される(規程27条ただし書および65条ただし書)。ただし、その案件が、社債管理補助者を受任する社債の社債権者の全体の利益に反する場合は、この限りでない(規程28条3号および66条2号)。
- (6) 弁護士等は、社債管理補助者となることについて、社債発行会社の協議を受けて賛助し、もしくはその依頼を承諾した場合または社債発行会社の協議を受け、その協議の程度および方法が信頼関係に基づくと認められる場合には、当該社債の社債権者となろうとする者を依頼者とする社債の引受けまたは取得に関する案件について、受任することができない(規程27条1号および2号ならびに65条1号および2号)。

そのうえで指針は、弁護士等が社債管理補助者を受任することについて、当該社債または社債発行会社を同じくする他の社債の社債権者の同意を要しないこととする(指針第2 2(1))。

また、社債権者となろうとする者から社債の引受けもしくは取得に関する案件または社債発行会社に対する当該社債権の裁判上もしくは

裁判外の個別的行使に関する案件を受任している弁護士等は、当該社債の社債管理補助者を受任することができず、案件等が終了した場合も受任できないとする（指針第2 2(2)）。

さらに、弁護士等は、社債の引受けまたは取得について、社債権者となろうとする者の協議を受けて賛助し、または協議を受けて、その協議の程度および方法が信頼関係に基づくと認められる場合、当該社債の社債管理補助者を受任することができないとしている（指針第2 2(3)）。

【社債管理補助者選任後の規律】

指針は、社債管理補助者選任後の社債管理補助者と社債発行会社との関係につき、以下4つの項目を定めている（指針第3 1）。

- | |
|--|
| <p>(1) 社債管理補助者に選任された弁護士等は、当該社債発行会社を依頼者とする案件（社債管理補助者の受任を除く。）を受任することができない（規程27条3号および65条第3号）。</p> <p>(2) 社債管理補助者制度は、社債権者のための制度であるため、当該社債発行会社の同意があっても前号の規定の適用を解除することはできず、また、流通に伴い交代する全社債権者について十分な理解を得て同意を取得することは困難と解されるため、一般的に、当該社債の社債権者全員の同意によっても、前号の規定の適用は解除されない（規程27条ただし書および65条ただし書）。</p> <p>(3) 社債管理補助者に選任された弁護士等は、当該社債発行会社を相手方とする案件（次項1号の案件を除く。）を受任することができない（規程28条2号及び3号ならびに66条1号及び2号）。</p> <p>(4) 前号の規定の適用は、その案件の依頼者および当該社債発行会社の同意がある場合は、解除される（規程28条ただし書および66条ただし書）。ただし、その案件が、社債管理補助者を受任する社債の社債権者の全体の利益に反する場合は、この限りでない（規程28条3号および66条2号）。</p> |
|--|

そのうえで指針は、社債管理補助者に選任された弁護士等が当該社債の社債権者から、当該社債発行会社に対する当該社債権の裁判上または裁判外の個別的行使の案件を受任することができないとし、当該

社債発行会社が同意した場合も同じであるとする（指針第3 2(1)）。

また、一部の案件を除き、社債管理補助者に選任された弁護士等は、当該社債の社債権者から案件を受任することができ、当該社債の社債権者を相手方とする案件も受任することができるとする（指針第3 2(2)(3)）。

そして、社債管理補助者に選任された弁護士等は、社債権者集会の決議執行者として社債権を行使する場合には、当該社債の社債権者を相手方とする案件について（当該相手方が同意している場合を除く）職務を行うことができないとする（指針第3 2(4)）。

そのほか指針は、弁護士等が社債管理補助者を受任するに当たり、社債の数额、社債権者の数および属性、発行形態、約定権限、財務上の特約の内容等に応じて、業務量の予測をし、適切な社債管理の補助を行うために必要な弁護士または弁護士法人、補助する職員その他の執務の体制を整えなければならないとする（指針第2 5(1)）。

小括

ここまで、社債管理補助者に関する会社法の規定および日本弁護士連合会の規程および指針の内容を整理した。

社債管理補助者制度は社債管理者制度を基本としつつ、社債管理者を設置することを要しない場合においてのみ設置されることや、社債管理者よりも裁量の余地の限定された権限のみを有している点で違いが存在する。

また、社債権者による社債権者集会の決議等を通じた社債の管理が円滑に行われるように補助する者であることを理由に、社債管理補助者には社債管理者のような一定の利益相反行為の類型に限った誠実義務違反に関する規定や因果関係の証明責任を転換する規定は置かれていない点にも特徴がある。

さらに、社債管理補助者の資格要件については弁護士等が規定されているところ、委託契約の定めにより裁量の範囲をより限定したもの

に設定することもできることから、社債管理者と比べて義務違反が問われ得る場合は限定的であるとされている。

一方で、規程や指針までを合わせて読み込むと、社債管理補助者選任時や選任後においては、利益相反関係につき社債管理者と同様に比較的厳しい規律が課されていることや、社債管理補助者の受任に当たっては、いわゆる内部統制システムのような執務体制を整えなければならぬとされていることがわかる。

それでは次に、社債管理補助者と社債権者との間で発生しうる利益相反的局面を整理し、かかる潜在的利益相反的局面への対応として問題となりうる、社債管理補助者の保有する情報の取扱いに焦点を当てて検討したい。

三. 社債管理補助者と社債権者の利益相反問題 ～シンジケート・ローンにおけるアレンジャーおよびエージェントとの比較～

(1) 社債管理補助者となった弁護士等の保有情報が問題となる状況

前述したとおり、社債管理補助者が負うべき義務や責任の範囲・内容は、限定された権限を有していることと正比例して限定的なものになると想定されている。

ただ、社債管理補助者と社債権者との間に利益相反的局面が発生しうる状況はいくつか想定しうる。例えば、弁護士法人に所属する弁護士が社債発行会社との間で顧問契約を締結し、その後、弁護士法人が社債発行会社の社債管理補助者となるような場合や、種類の異なる複数の社債が発行されているにもかかわらず、特定の社債権者のみを有利に取り扱う（優先的に債権回収する）といった場合、そして社債権者の利益よりも社債発行会社の利益を優先するような場合などである。こうした利益相反状態が明確に存在する場合には、会社法・規程・指針に基づくと、弁護士等は社債管理補助者を受任することができないた

め、また既に受任していた場合には辞任しなければならないため問題とはならないであろう。

もつとも、例えば、弁護士が所属事務所を変更したところ、自身の顧客と変更所属先の他の弁護士の顧客との間で利益相反関係が存在していたことが事後的に判明したような場合や、同一弁護士法人内の他の弁護士が間接的に社債管理補助者にかかわる情報を有していた場合など、潜在的な利益相反状態が発生する可能性は存在する⁽²²⁾。

確かに、潜在的な利益相反関係であっても、その存在の可能性が確認された時点で弁護士等が社債管理補助者を辞任すれば問題とはならない。しかし、潜在的な利益相反の可能性が少しでもある場合に、それらすべての関係の遮断を社債管理補助者である弁護士等に迫ることは現実的ではない。

前述したとおり、規程57条は、職務の公正を保ちうる事由があるときを除いて、弁護士法人における所属弁護士は、他の所属弁護士が上記27条・28条の規定により職務を行えない事件については、職務を行ってはならないと規定する。そこでいう職務の公正を保ちうる事由が何であるのかが問題となるところ、実務上は、いわゆるチャイニーズウォールを設けて情報遮断を行ったり、契約内に免責規定を置いたり、受任業務を限定したりすることによって一定程度対応がなされている⁽²³⁾。

ただ、利益相反と善管注意義務違反・公平誠実義務違反との線引きは厳密には困難であるし、利益相反状況が発生していたとしても、それが私法上どのような効果をもたらすのかは、そもそも明確ではない。また、銀行などの金融機関と比べて弁護士等は弁護士個人が前面に立って業務を行う組織形態であり、弁護士個々人の頭の中で情報を遮断することは物理的に不可能である⁽²⁴⁾。

こうした状況下で社債発行会社の依頼を受けて社債管理補助者になった弁護士等は、限定された範囲内とはいえ社債権者の法定代理人として社債発行会社に社債権を行使する。そのため、上記のとおり

社債管理補助者となった弁護士等の保有する情報が、例えば複数案件を抱えている弁護士等自身や弁護士間において、あるいは、かかる情報を持ち合わせていない社債権者との間で利益相反的局面を生じさせ、結果的に弁護士等が公平誠実義務や善管注意義務に違反してしまう可能性もあろう。

そこで次に、社債管理補助者となった弁護士等の責任の検討にあたり、シ・ローンにおけるアレンジャーおよびエーエージェントの法的責任が問題となった事案を取り上げたい。社債管理補助者の利益相反問題を検討するにあたって、シ・ローンにおけるアレンジャーおよびエーエージェントとの比較が有用である理由は以下のとおりである。

すなわち、シ・ローンにせよ、社債管理補助者設置社債にせよ、①多数の利害関係人に対する複数義務が衝突する状況が発生し得る点、②機関投資家や金融機関といったプロ向けである点、③弁護士等は金融機関ではないため融資をめぐる利益相反問題は発生しないが、弁護士等の保有する情報の取扱いが問題となり得る点である。

(2) シンジケート・ローンにおけるアレンジャーおよびエーエージェント
まず、シ・ローンの基本的な仕組みを整理しておきたい。

シ・ローンは、複数の金融機関が協調してシンジケート団を組成し、一つの契約書にもとづき同一条件で同一の借入人に対して融資を行うための手法であるため、シ・ローン全体のとりまとめを行うアレンジャーと呼ばれる金融機関が必要となる。シ・ローンでは、貸付額や貸付枠を除く主要条件（たとえば、貸付条件、貸付実行日、返済日、利息等）を揃えた上で、借入人と貸付人となる複数金融機関との間で個別に金銭消費貸借契約が締結される⁽²⁵⁾。ただし、アレンジャーは、借入人との間ではシ・ローンを組成するにあたって委任または準委任の関係となるものの、各貸付人との間には特段の契約関係は発生しないとされている⁽²⁶⁾。そのため、参加を検討している金融機関に対しては、適宜必要と判断される情報の追加開示をアレンジャーに求めるなどし

たうえで、アレンジャーから伝達された情報を基に、自己の責任でシ・ローンへの参加を決定することが求められることとなる⁽²⁷⁾。

具体的に、シ・ローンにおけるアレンジャーの情報提供義務の法的な問題は、アレンジャーがシ・ローンの取りまとめ役であることや借入人のメインバンクであることが多いという経済実態と、アレンジャーと参加金融機関との間に特段の契約関係は発生しないと考えられている法形式との間で、アレンジャーには参加金融機関に対する情報提供義務が存在するのか否か不明確であることに起因する。また、シ・ローンにおけるアレンジャーは通例メインバンクが担っており⁽²⁸⁾、日ごろの与信管理によって培われた情報保有者であることから、いわば「利益相反情報の塊」である可能性が高い。そのため、メインバンクとしての守秘義務とアレンジャーとしての情報提供義務の問題が生じる。換言すればシ・ローン契約における個別独立性の確保とシンジケート団の公平性・団体性の確保との間で、アレンジャーが板挟みになっていることが情報提供にかかる問題を複雑にさせている。すなわち、借入人がデフォルトに陥り、貸付金の返済が見込めなくなった場合に、メインバンクには情報提供義務の問題が顕在化するため、金融機関同士の情報提供義務（あるいは守秘義務）をどのように整理すべきか議論がなされている⁽²⁹⁾。

わが国におけるシ・ローンでは、メインバンクがアレンジャーとなったのち、そのままエージェント業務を務めることが多い。エージェントは、貸付人の委託を受けて、シ・ローン契約に関する各種事務（資金決済、元利金支払いの取りまとめ、関係者間の連絡、担保管理等）を行う。こうした煩雑な各種事務手続きをエージェントを通じて一本化することによってコスト削減することができる。そのため、エージェントは、原則として参加金融機関の代理人として、エージェント業務を行うこととなる。

ただ、エージェントがメインバンクであるような場合には、エージェントである貸付人と他の参加金融機関との間に、借入人の信用情

報に関する情報量に差が生じることとなる。そのようなエージェントが他の取引を通じて得た借入人の信用情報を他の貸付人に対して提供する義務が生ずるのかは問題となろう。そしてこの問題は、弁護士等が社債管理補助者になった際も同様に発生する⁽³⁰⁾。

次に、シ・ローンにおけるアレンジャーおよびエージェントの法的責任が争われた事例を取り上げたい。

(3) アレンジャーの情報提供義務が問題となった事案（最判平成24年11月27日）およびエージェントの債権管理・保全義務等が問題となった事案（東京地判平成25年11月26日）

①最判平成24年11月27日（集民242号1頁）の概要および判旨

【事案の概要】

地方銀行である Y（被告・被控訴人）は、信用金庫 X₁・同 X₂・地方銀行 X₃（原告・控訴人）が参加して締結された総額9億円の Z 石油向けシ・ローン（以下、「本件シ・ローン」という）におけるアレンジャー兼貸付人である。Z は、石油製品の卸売等を目的とする株式会社であり、主要仕入先に A 物産が、石油の販売先の一つにガソリンスタンドを営する D が、Z の関連会社に F があった。シ・ローンによる融資実行後、Z が主要仕入先である A から取引を解除され、また、粉飾決算を理由としてメインバンクであった B 銀行から融資の継続を打ち切られるなどしてその経営が破綻し、民事再生手続の開始決定がされるに至ったため、回収不能となった貸付金相当額の損害を被ったと主張して、X らが Y に対し、債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償を求めた。

本件事件において最高裁判所は、シ・ローンのアレンジャーが、その招聘に応じてシ・ローンに参加した金融機関に対して、信義則上、情報提供義務を負うと判断し、不法行為による損害賠償を初めて認めた。

【判旨】

最高裁は、次のとおり判示し、Yの上告を棄却した。

まず最高裁は、「Yが本件シ・ローンのアレンジャーであるからといって、Xらに対する情報提供義務を負うものではないと解すべき」として、アレンジャーという地位にもとづく情報提供義務の存在を否定した。また、BがZ決算書の精査を強く指示したうえ、その旨を別件シ・ローン参加金融機関にも周知させたという「本件情報は、Zの信用力についての判断に重大な影響を与えるものであって、本来、借主となるZ自身が貸主となるYらに対して明らかにすべきであり、Xらが本件シ・ローン参加前にこれを知れば、その参加を取り止めるか、少なくとも精査の結果を待つことにするのが通常の対応であるということができ、その対応をとっていたならば、本件シ・ローンを実行したことによる損害を被ることもなかった」としている。他方、本件情報の入手可能性についても、「別件シ・ローンに関与していないXらが自ら知ることは通常期待しえないもの」としている。

そして、「Xらとしては、Yから交付された資料の中に、資料に含まれる情報の正確性・真実性についてYは一切の責任を負わず、招へい先金融機関で独自にA社の信用力等の審査を行う必要があることなどが記載されていたものがあるとしても、Yがアレンジャー業務の遂行過程で入手した本件情報については、これがXらに提供されるように対応することを期待するのが当然といえ、Xらに対し本件シ・ローンへの参加を招聘したYとしても、そのような対応が必要であることに容易に思い至るべきものといえる」とした。

結局、守秘義務も本件情報がCからEに提供された状況から問題とならないとされ、「本件シ・ローンのアレンジャーであるYは、本件シ・ローンへの参加を招聘したXらに対し、信義則上、本件シ・ローン組成・実行前に本件情報を提供すべき注意義務を負うものと解するのが相当である。そして、Yは、この義務に違反して本件情報をXらに提供しなかったのであるから、Xらに対する不法行為責任が認めら

れるというべきである」と結論を下した。

なお、本判決には次のとおり、田原裁判官による補足意見がある。

まず田原裁判官は、BがZの平成19年3月期決算書に不適切処理の疑いがある旨を指摘し、専門家による財務調査を行わなければ別件シ・ローンの継続ができない旨Zに告げた事実を「同社の信用の根幹にかかわる重要な情報」と位置付けたうえで、「Zにおいて、本件シ・ローンへの参加の呼びかけに応じようとしている金融機関に対して信義則上開示すべき重要な情報であるといえる」とした。

次に田原裁判官は、アレンジャーとシ・ローンへの参加を希望する参加金融機関との間に契約関係を否定しつつも、「アレンジャーがその業務の遂行過程で得た情報のうち、相手方が参加の可否を判断する上において影響を及ぼすと認められる一般的に重要な情報は、相手方に提供すべきものであり、それを怠った場合には、参加希望者を招聘する者としての信義則上の誠実義務に違反するものとして、不法行為責任が問われ得ると言える」とした。

そして田原裁判官は、Zの提供した資料の真実性・正確性を揺るがす情報を、Xらが融資契約締結の可否を判断するうえで重要な影響を及ぼし得る情報であり、当該情報をアレンジャー業務の遂行過程で入手したものであるとしたうえで、「Yは……Xらに直ちに本件情報を開示すべき信義則上の義務を負っていたものといえることができるのであり、その違反に対しては不法行為責任が問われて然るべきである」と結論付けた。

②東京地判平成25年11月26日（金判1433号51頁）の概要および判旨

【事案の概要】

都市銀行であるY（被告）は、第二地方銀行Bを含む5つの金融機関が参加して締結された総額10億5000万円のA株式会社（土木、建築工事等を目的とする会社）向けシ・ローンにおけるアレンジャー兼エージェント兼貸付人である。Aはシ・ローン融資実行後、程なくして経営破

綻し、かつ、シ・ローン貸付金再検討を担保すべき工事に係る A の建設会社である C に対する請負代金債権が実存せず、B の貸付金 1 億円のうち大半が回収不能となった。かかる事態を受け、B は Y に対し、平成 22 年 2 月 17 日、貸付に係る金員の残金相当額 8228 万 5715 円を損害金として 2 週間以内に支払うよう同月 16 日付通知書をもって催告した。B を吸収合併し、その権利義務を承継した地方銀行である X（原告）は Y に対し、貸付金の回収不能にかかる損害がシ・ローンのアレンジャーまたはエージェントとしての義務を Y が怠ったために生じたものであるなどと主張して、主位的に債務不履行、予備的に不法行為に基づき損害賠償を求めた。

【判旨】

東京地裁は、次のとおり判示し、X の請求を棄却した。

まず裁判所は、シ・ローン契約締結後融資実行前における債権管理・保全義務につき、A が C との間で本件請負契約を締結しておらず、シ・ローン契約上の義務に違反しているという事実および A が Y に対して提出した書類が A によって偽造されていた事実を認定したものの、シ・ローン契約締結後融資実行前の期間中においては、エージェントである Y は当該事実を知らなかったことを理由に、Y の義務違反を主張する X の請求に理由がないとした。

次に裁判所は、シ・ローン契約締結後融資実行前における本件請負契約に係る契約書の写しの徴求・占有義務につき、「本工事請負契約に係る契約書」の写しの提出を受けた場合においてこれを本件各金融機関のために占有・代理占有することは認めつつも、A が提出義務を履行しない場合に、エージェントである Y が本件参加金融機関に対してシ・ローン契約に基づいて通知義務を負うことを除き、かかる不履行の解消を図るべき義務までは負っておらず、また、かかる書類が偽造されたものであるかどうかまで調査を尽くすべき義務を負っていたものとは解し難いとして、Y の義務違反を主張する X の主張を斥けた。

そして裁判所は、融資実行後における債権管理・保全義務につき、AC間の請負契約が存在せず、AがYに対して提出した書類を偽造していた事実を認めつつも、Yがそれら事実を知らないままエージェントに就任し、その後も引き続き業務を行っていたことを理由に、Yの義務違反を主張するXの請求に理由がないとした。

四. 社債管理補助者による社債管理の在り方に関する検討

さて、以下では社債管理補助者の議論に立ち戻り、前章で触れたシ・ローンにおけるアレンジャーおよびエージェントの参加金融機関に対する各種義務の問題と比較しつつ、社債管理補助者による社債管理の在り方、とりわけ利益相反的局面への対応につき検討したい。

(1) 社債管理補助者とアレンジャーとの比較検討

社債管理補助者とアレンジャーとの比較が成立する局面は限定的である。すなわち、アレンジャーはシ・ローン組成にあたってのとりまとめ役として借入人との間で委任または準委任の関係が形成される。かかる状況を社債管理補助者の状況にあてはめると、社債管理補助者となった弁護士等が、社債管理補助者に就任する以前から社債発行会社との間で何らかの関係が形成され当該社債発行会社に関する情報を有していたような場合となる⁽³¹⁾。

前述したとおり、仮に社債管理補助者と社債権者との間の利益相反状態が明確に存在する場合には、社債管理補助者への就任を拒否すればよい。ただ、かかる利益相反状態が社債組成・発行段階では潜在的なものであった場合には、前掲平成24年最判のように、社債管理補助者による社債権者に対する情報提供の問題が事後的に発生することになる⁽³²⁾。

平成24年最判を参考にすると、社債管理補助者である弁護士等が信義則に反する行為、すなわち情報提供義務や守秘義務に違反する行為

を行った場合には損害賠償責任を負わなければならない。すなわち、社債管理補助者は、社債権者などに対し、信義則上開示すべき重要な情報を開示しなかった・真正でない情報に基づく参考資料を提出したといった場合に不法行為責任を負う可能性がある。

そのような行為に対して、所属弁護士会による懲戒処分がなされることについては二(2)で前述したとおりである。

(2) 社債管理補助者とエージェントとの比較検討

社債管理補助者は、社債発行会社との間で社債管理委託契約を締結し、限られた裁量の範囲内で一定の事務を引き受ける。シ・ローンにおけるエージェントも、参加金融機関や借入人との間の契約に基づき融資実行後の債権の管理・回収といった事務的な事項に限定された業務を行うため、社債管理補助者と共通する。

また、社債管理補助者とシ・ローンにおけるエージェントは、プロ向けの社債・プロの取引当事者を念頭に置いている点でも共通する。

シ・ローンにおけるエージェントについては、参加金融機関に対する信認義務との関係で利益相反が問題となるところ、社債管理補助者についても同様の問題が生じうる。もっとも、前述したとおり、社債管理補助者は会社法・規程・指針に基づき社債権者に対して公平誠実義務を負ってはいるものの、社債管理者と比べて裁量の余地が限定されていることなどを理由に誠実義務違反となる可能性は社債管理者と比べると狭いと解されている⁽³³⁾。

前掲平成25年東京地判では、締結されたシ・ローン契約の内容に基づき、エージェントに事務的な書類の占有・代理占有や参加金融機関への通知の義務は認めつつも、借入人による融資詐欺によって書類が偽造されており、また偽造されていた事実を知らなかったことを理由にエージェントの責任は否定されている。

社債管理補助者についても、社債管理委託契約に基づき裁量が定められ、またその裏返しとして各種義務が設定されることとなる。その

ため、あらかじめ社債管理委託契約内に利益相反状況に対する免責規定を記載したうえで受任業務を限定することによって、上記のような情報提供とそれに伴う法的責任問題が顕在化したような場合にも一定程度の対応が可能であると思われる。

ただ、社債管理補助者社債管理委託契約により公平誠実義務および善管注意義務について責任を免除したり軽減する定めを置いたりすることは許されず、また違反した場合の免責規定を置くことも禁止されると解される⁽³⁴⁾。

そのため、例えば、平成25年東京地判の事案のように関係者による書類の偽造がなされたことにつき、仮に社債管理補助者がそのことを知っていたような場合には、社債管理補助者が公平誠実義務あるいは善管注意義務に違反したとして社債権者に対する損害賠償責任を負うこととなろう。

そのほか、社債管理補助者となった弁護士等が個人弁護士であった場合や、いわゆる水平的結合形態の共同事務所においては、弁護士等が保有する情報の取り扱い、具体的には情報遮断や弁護士事務所内の利益相反チェックの不備によって、利益相反問題が事後的に顕在化する可能性が生じうる。かかる事態において弁護士等は、社債管理補助者としての公平誠実義務違反あるいは善管注意義務違反を理由に損害賠償責任を負うとともに、弁護士法・規程・指針に違反するとして懲戒処分を受ける可能性が生ずる⁽³⁵⁾。

五. 結びに代えて

ここまで述べてきたように、弁護士等が社債管理補助者となった場合の利益相反懸念に対しては、社債管理委託契約に基づきながら、与えられている裁量の枠内で対応すべきであると考えられる。本稿では、このような考え方の下、シ・ローンにおけるアレンジャー・エージェンツの法的責任が争われた裁判例を取り上げて、社債管理補助者による

社債管理の在り方について検討を加えた。

以下では、社債管理補助者制度につき本稿で検討できなかった点などをまとめておきたい。

弁護士等を社債管理補助者の資格要件に加えることについては、個々の弁護士等の専門性や能力に大きなばらつきが存在するため、一概に社債管理補助者を担当する能力が備わっているのか疑わしく、社債を管理するに適さない者が社債管理補助者となる可能性や社債権者と社債管理補助者との間で利益相反が発生する可能性は否定できない。また、いわゆるハード・ローではない指針の実効性が、実際に社債管理補助者となった弁護士等に対してどの程度有するものなのかは、制度の利用状況も含めて継続的な検証が必要となろう。

社債管理補助者の権限や責任などは、社債管理委託契約の内容に基づくこととなる。そのため、金融機関を含め弁護士等が社債管理補助者に就任するにあたっては利益相反状況下における対応につき契約内容に盛り込んでおく必要性が生ずる。ただ、「利益相反」といっても具体的な発生状況は千差万別であることは想像に難くない。すなわち、あらかじめ社債管理委託契約に想起され得る利益相反の状況を盛り込む、あるいは免責される旨の規定を置いたところで、完全に社債管理補助者が免責されるのかは明確ではない。また、そもそも利益相反状況が発生していたからといって、直ちに社債管理補助者に何らかの私法上の責任が発生するわけでもなく、責任を発生させ得る「利益相反」がどのようなものであるのかは判然としない⁽³⁶⁾。

社債管理補助者設置債においても社債権者保護が必要ないわけではない。仮に、社債管理委託契約によって社債管理補助者の責任をきわめて限定的に設定することができるとすれば、社債権者保護の観点からして、かかる制度に利用者（社債権者）は魅力やメリットを感じるものなのか疑問である。結果的に、社債管理補助者を法定したにもかかわらず、社債管理委託契約にもとづき責任を縮減（あるいは実質的にない状態に）することが可能であるとすれば、財務代理人を置く FA 債と

変わらないのではないのかという疑問も生ずる⁽³⁷⁾。

令和元年会社法改正により、社債管理者設置債・非設置債という2カテゴリーのうち非設置債の部分をさらに2つに分け、社債管理者設置債・社債管理補助者設置債・FA債という3カテゴリーに社債の発行形態は分けられることとなった。かかる社債発行形態も念頭に置きつつ、社債管理補助者の利益相反規制や責任の範囲についてはさらなる検討が必要である。

- (1) 竹林俊憲『一問一答令和元年改正会社法』（商事法務、2020年）163頁。
- (2) 神田秀樹「『会社法制（企業統治等関係）の見直しに関する要綱案』の解説〔VI〕」商事法務2196号（2019年）4、7頁。
- (3) 北村雅史「社債管理会社の義務と責任——利益相反関係を中心として」ジュリスト1217号（2002年）11頁。
- (4) 日本法上の社債がデフォルトした事例ではないが、FA債について、デフォルトが発生し、社債権者に損失や混乱が生ずるという事例（最判平成28年6月2日民集70巻5号1157頁）がある。
- (5) 竹林俊憲ほか「令和元年改正会社法の解説〔VI〕」商事法務2227号（2020年）7頁（注6）。
- (6) 法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会資料21・1頁。
- (7) 竹林ほか・前掲注（5）6頁。
- (8) 法務省民事局参事官室「会社法制（企業統治等関係）の見直しに関する中間試案の補足説明」商事法務2160号（2018年）47頁。
- (9) 神田・前掲注（2）8頁。
- (10) 竹林俊憲ほか「『会社法制（企業統治等関係）の見直しに関する中間試案』に対する各界意見の分析（下）」商事法務2171号（2018年）21頁。
- (11) 法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会資料21・1頁。
- (12) 日弁連ホームページ https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/jfba_info/rules/kaiki/syasaikanri.pdf 参照。
- (13) 法務省民事局参事官室・前掲注（8）48頁。
- (14) 竹林ほか・前掲注（5）7頁。
- (15) 法務省民事局参事官室・前掲注（8）48頁。
- (16) 同上
- (17) 同上
- (18) 法務省民事局参事官室・前掲注（8）51頁。
- (19) 日弁連・前掲注（12）
- (20) 日本弁護士連合会調査室編著『条解弁護士法（第5版）』（弘文堂、

- 2019年) 448頁以下。
- (21) 日本弁護士連合会調査室・前掲注(20) 201頁。
- (22) いわゆる水平的結合形態の共同事務所における利益相反チェック体制の問題点につき、高中正彦＝石田京子編『新時代の弁護士倫理』(有斐閣、2020年) 181頁参照。
- (23) 利益相反研究会編『金融取引における利益相反 [各論編]』(商事法務、2009年) 17頁 [浅田隆発言]。
- (24) 利益相反研究会・前掲注(23) 70頁 [井上聡発言]。
- (25) 菅原雅晴ほか『シンジケートローンの実務【改訂版】』(金融財政事情研究会、2007年) 25頁。
- (26) 日本ローン債権市場協会 (JSLA) 「ローン・シンジケーション取引における行為規範」(2003年) 4頁。
- (27) 日本ローン債権市場協会・前掲注(26) 3頁。
- (28) シ・ローンにおけるメインバンクと他の金融機関との関係を検討するものとして、小塚莊一郎「わが国におけるシンジケートローン取引といわゆるメインバンク・システム」上智法学論集50巻3号(2007年) 1頁がある。
- (29) シ・ローンにおけるアレンジャーの責任につき、森下哲朗「シンジケート・ローンにおけるアレンジャー、エージェントの責任」上智法学論集51巻2号(2007年) 1頁、道垣内弘人「アレンジャー、エージェントの法的責任(1)」ジュリスト1368号(2008年) 97頁、小塚莊一郎「アレンジャーの責任に関する理論とあてはめと政策論」金融法務事情1925号(2011年) 25頁、木下正俊「シンジケートローン市場の拡大と課題」広島法科大学院論集9号(2013年) 9頁、大西邦弘「シンジケートローンにおけるアレンジャーの参加金融機関に対する情報『提供』義務」法律時報85巻11号(2013年) 97頁など。
- (30) シ・ローンにおけるエージェントと社債管理者を比較するものとして、神作裕之「社債管理者非設置債における社債の管理(上)」法曹時報68巻8号(2016年) 22頁がある。
- (31) 神作裕之「社債管理者非設置債における社債の管理(下)」法曹時報68巻9号(2016年) 26頁は、社債管理者非設置債における社債管理機関は、社債管理委託契約および社債要項に基づいて、社債発行会社から所定の情報を受領し、それを証券保管振替機構のインフラを通じて各社債権者に速やかに、かつ、社債権者間において公平に伝達することが義務付けられるべきとする。また、行岡睦彦「社債の管理に関する会社法改正の意義と課題」商事法務2235号(2020年) 16頁は、社債管理補助者には、モニタリングにより得た情報を社債権者に伝達するなどの方法で社債権者を補助し、情報収集にかかるコストを低減する役割が期待されているとする。
- (32) 社債管理者と社債権者との関係につき、森まどか『社債権者保護の法

理』(中央経済社、2009年) 202頁。

(33) 竹林・前掲注(5) 7、8頁。

(34) 藤田友敬「社債・新株予約権」商事法務1689号(2004年) 54頁。

(35) 指針では、こうした状況を回避するために弁護士事務所内に社債管理の補助を行うために必要な適切な執務体制の整備を要求しているが、かかる執務体制を充実させればさせるほど社債管理に伴うコストは高くなるため、社債管理者と比べてコスト安な制度として作られた社債管理補助者制度の創設趣旨に反することとなる。

(36) 森下哲朗『デジタル化・グローバル化時代の金融法』(有斐閣、2022年) 120頁以下、森下哲朗=道垣内弘人編著『シンジケート・ローンの法的課題』(商事法務、2019年) 238頁〔森下哲朗〕。

(37) 近年、外債起債が多かったことを理由に、社債管理補助者ではなく、債権管理者といった任意の機関を設置する慣行が優勢となる可能性を指摘するものとして、藤田友敬ほか「新・改正会社法セミナー 令和元年・平成26年改正の検討 社債(2)」ジュリスト1576号(2022年) 104頁〔松井智予発言〕。

イギリスにおける不当取引の一考察

——会社の事業再生の観点から——

金 澤 大 祐

第1 はじめに

近時、会社の取締役は、会社に倒産の現実的危険性がある場合において、自主再建することを優先すべきであって、これに反してまで株主の利益を最大化するよう配慮し、行動すべき義務を負わない旨を判示する判決が下された⁽¹⁾。かかる判決は、会社の経営状況が悪化した危機時期において、取締役は会社に対して負っている善管注意義務の具体的な内容として、株主の利益ではなく債権者の利益を凶る義務を負っているとの考えに基づくものと考えられる。

学説上は、会社の危機時期においては、株主は投機的な行動により債権者の利益を害することから、取締役は債権者の利益を保護すべきとされている⁽²⁾。そして、会社の危機時期において、取締役は債権者の利益を保護すべく、取締役の対第三者責任（会社法429条1項）が認められるか否かに際して、善管注意義務の具体的な内容として、再建可能性・倒産処理等を検討すべき義務を負うとの見解⁽³⁾、清算型倒産手続の開始を視野に入れて会社経営を行う義務を負うとの見解⁽⁴⁾が示され、さらに、事業の継続につき、経営判断原則の適用を認める見解もある⁽⁵⁾。

もっとも、わが国においては、再建型の倒産手続として、民事再生法（平成11年法律第225号）が制定され、また、裁判所外での私的整理等

も活用されており、会社の清算ではなく、会社の再生がトレンドになっており、裁判例や学説で指摘されている会社の危機時期における取締役の義務が会社の事業再生に対応しているのかという疑問が生じる⁽⁶⁾。

イギリスにおいては、わが国と同様に、倒産法の改正を行い、再建型の法的倒産手続を整備し、事業再生を推し進めている⁽⁷⁾。また、イギリスにおいては、会社倒産時の取締役の責任追及手続として、不当取引制度 (wrongful trading) が設けられており、事業再生がトレンドになっている中での取締役の義務について判例や学説上の議論が集積している。

そこで、本稿では、会社の危機時期における取締役の義務につき、イギリス法における不当取引を素材として検討し、わが国への示唆を得ることを試みる⁽⁸⁾。

検討の手順としては、第2で、イギリスにおける不当取引制度についての条文や判例を概観し、第3で、検討を行い、第4の終わりにで、本稿のまとめを行うこととする。

第2 イギリスにおける不当取引制度

1 不当取引制度の概要⁽⁹⁾

(1) 意義

イギリス1986年倒産法 (Insolvency Act 1986, c.45. 以下、単に「イギリス倒産法」という) 214条と246条 ZB に規定されている不当取引は、会社倒産時の取締役の会社に対する責任につき、倒産手続内で追及するものとなっている。本稿では、イギリス倒産法214条を前提に概要を述べていく。

現行のイギリス倒産法制定以前より、会社倒産時における取締役の責任追及手段として、詐欺的取引 (fraudulent trading) があった。もっとも、詐欺的取引において、民事責任が認められるためには、「詐害の

意図」の認定に際して、不誠実の証明が要求され、また、厳格な証明責任が課されており、立証が困難であることから、十分に機能していなかった⁽¹⁰⁾。

そこで、会社倒産時の取締役の責任追及のためにイギリス倒産法において新設されたのが不当取引制度である。不当取引制度においては、詐欺的取引のような会社倒産時の取締役の責任追及のために厳格な証明責任は課されていない。

また、イギリスにおいて、金融機関は、会社の現在及び将来の全ての財産に浮動担保 (floating charge) を設定しており、会社の清算手続が開始しても、無担保の一般債権者はほとんど配当を受けられないという状況にあった。そこで、一般債権者への配当原資の確保という目的から、裁判所が当該取締役に対し不当取引を理由に支払いを命じた金銭は、会社の清算開始後の財産として、浮動担保の範囲に含まれず、清算人によって一般債権者に配当がなされるようになっている⁽¹¹⁾。

不当取引の制度趣旨は、新規事業の発足や事業の拡大に伴う債権者のリスクを許容しつつ、会社の倒産状態 (insolvency) における取締役の無能な行動や有限責任の濫用といえるような行動に対処することにある⁽¹²⁾。

不当取引は、取締役の会社に対する責任を倒産手続内で追及するものであり、個別の会社債権者に対して負っている責任を追及するものではない。もっとも、個別の会社債権者は、会社の倒産状態において、取締役の詐欺によって会社と取引をし、会社が清算した結果被った損害については、不法行為による責任追及が可能となっている⁽¹³⁾。

大企業においては、取締役は、不当取引の申立てをされたことによるレペテーションリスクを気にするため不当取引が問題となることは少ないが、中小企業においては、取締役が株主や従業員であることもあり、また、保険に入っていないこともあり、不当取引が問題となることが多い⁽¹⁴⁾。

(2) 要件

不当取引の申立権者は、清算会社の資産の回収・換価、債権の確定、配当等を行う清算人である（イギリス倒産法214条1項）。

不当取引の責任追及の対象は、その当時、当該会社の取締役であった者、または、影の取締役であった者（同条2項(c)・7項）である。影の取締役として責任を負うのかにつき、議論となるのは、親会社や銀行である。

不当取引による責任追及を行うためには、清算手続が開始している必要がある（同条2項(a)）。

不当取引において責任を課されるのは、①会社の清算が開始される前の時点で、当該会社が倒産による清算に入るのを避ける合理的な見込みがないことを知っていたか、または当然にそのように結論付けるべきであった者（同条2項(b)）である。そのため、不当取引の責任は、故意ではなく、過失 (negligent) 責任である⁽¹⁵⁾。不当取引の文言上は、会社が倒産状態になった場合に、直ちに、倒産手続の申立てが求められているわけではなく、あくまでも、会社が倒産による清算に入るのを避ける合理的な見込みがないことを知っていたか、または当然にそのように結論づけるべきであったことが必要とされている。また、①の立証責任は、申立人側に課され、事業の継続と債務超過額の増加の因果関係も必要とされている⁽¹⁶⁾。

もっとも、①の要件を充足していたとしても、取締役が②会社債権者の潜在的損失を最小限に食い止めるために当然に取るべきあらゆる手段 (every step) を尽くした場合には、責任が課されないこととなる（同条3項）。会社債権者の潜在的損失を最小限に食い止めるために当然に取るべきあらゆる手段としては、適切な外部の専門家のアドバイスを得ること、毎週取締役会を開催すること、主要な債権者並びに全ての取締役に必要な情報を供給し続けること、及び、取締役によってなされた救済的訴訟のための全ての提案を記録しておくことなどが例とされている⁽¹⁷⁾。会社債権者の潜在的損失を最小限に食い止めるために

当然に取るべきあらゆる手段を尽くしたことについての立証責任は、取締役側に課されている⁽¹⁸⁾。そして、新たなる取引に入った債権者を犠牲にして、既存の債権者に弁済することでは、②の抗弁は認められない⁽¹⁹⁾。

不当取引の①と②の要件の判断に際しては、会社の取締役が行うのと同じ職務を行う者に対して合理的に期待し得る一般的な知識、技量及び経験、並びに、取締役が実際に有している知識、技量及び経験を前提に判断がされており（同条4項）、客観的基準に主観的基準を併用している。

(3) 効果

裁判所は、不当取引の要件を満たした場合、取締役に対して会社への裁判所が相当と認める清算出資の命令を下す（イギリス倒産法214条1項）。不当取引の条文の文言上からは、清算出資の性質や清算出資の額の算定方法については、明らかではない。また、立法の過程では、不当取引は、事業継続をしたことによって会社が負った債務について取締役が責任を負うことが想定されていた⁽²⁰⁾。

取締役による不当取引が認められると、裁判所は、申立て、または、決定により、会社取締役資格剥奪法（Company Directors Disqualification Act 1986, c.46）10条に従い、当該取締役が取締役としてまたは会社の経営に参加して行動する資格の剥奪を命じることができる。さらに、不当取引においては、会社の取締役に対する債権と取締役の会社に対する債権との相殺や、取締役の会社に対する債権の劣後化が認められている（イギリス倒産法215条2項4項）。

2 不当取引に関する判例

(1) *Produce Marketing* 事件判決⁽²¹⁾

ア 事案の概要

不当取引についてのリーディングケースは、*Produce Marketing* 事件判決である。

A社は、1964年に設立された果物の輸入仲介業を営んでいた会社で

ある。

A社の事業は、当初好調であったが、1984年には収益が43ポンドで5万8592ポンドの債務超過となった。また、1985年においては、A社の売上は、前年が89万9965ポンドであったものが、52万6457ポンドまで下落し、銀行の貸越限度額も7万5000ポンドまで拡大し、1986年4月9日には貸越残高が約8万6470ポンドに達した。

1986年の夏には、多くの重要な手形の支払時期を迎えていた。また、1986年の夏には、A社の負債は、Y₁の個人保証を大幅に上回るだけでなく、一時しのぎで手形を振り出しており、後の取引で生じた資金で前の取引の弁済を行うという状態であった。そして、同年7月末には、Yらは、会計士から、1985年から1986年までの計算書類の概要を伝えられていた。

1986年9月30日には、A社債権者への負債が14万3454ポンド、銀行の貸越残高が11万8171ポンドとなった。同年11月19日より、A社の小切手が返還されるに至った。

1987年1月に、A社の会計士によって、1984年から1985年、1985年から1986年のそれぞれの計算書類の原案が作成され、1987年2月に署名がなされた。A社の計算書類によると、1984年から1985年には5万5817ポンドの損失が、1985年から1986年には2万9937ポンドの損失が発生し、17万5148ポンドの債務超過となっていた。そのため、A社の会計士は、Yらに対し、詐欺的取引の可能性を指摘していた。

1987年10月2日に、A社は31万7697ポンドの債務超過となり、債権者申立てによる任意清算 (creditors' voluntary liquidation) が開始された。そして、A社の清算人Xは、A社の取締役であったY₁とY₂に対して、不当取引に基づき、10万7946ポンドの清算出資の宣告を申し立てた。

イ 判旨

Knox 判事 (Knox J.) は、不当取引に基づく責任を認め、Y₁とY₂に対して、連帯して、7万5000ポンドと利息の支払いを命じた。

まず、Knox 判事は、以下のように判示し、Y₁とY₂は、1986年7月

末には、倒産による清算を避ける合理的な見込みがないと結論付けるべきであったと判断した。

「取締役が会社の倒産による清算が避けることができる合理的な見込みがないことを知っていたかまたは結論付けられるべきであったか否かの判断の際の認識は、その当時、実際に用いることができた書類に限定されない。このことは、214条2項bにはない文言であるが、会社の取締役が知っているだけでなく、確認すべきである事実について言及している214条4項より明らかである。私の判断において、このことは、実際にあったことの情報だけでなく、相当な分別並びに適切な水準の一般的な知識、技量及び経験を用いて確認できた情報をも含まれることを示すものである。したがって、私は、本件において、214条2項における基準を適用するために、1985年9月30日を年度末とする計算書類より、債務超過の規模の程度について、少なくとも1986年7月末には知っていたとみなすべきであるとの結論に至る。

Y_1 と Y_2 は、1987年1月まで、手元に計算書類を有していなかったが、前年の事業年度は非常に悪い年度であったと知っていたと認定するものである。 Y らは、その事業についての詳細な知識を有し、売上の浮き沈みについてそつなく理解していた。実際、売上は、1986年度に52万6459ポンドまで下落し、 Y らは、1986年度の正確な数字は知らなかったが、事業年度の売上やとりわけ前年度を下回ることについての大きな認識は有していたことに疑問の余地はない。売上の大幅な下落は、夜が昼に続くのと同様に、巨額の損失が発生していることを意味しており、実際にそうであった。同様に、そのことは、夜が昼に続くように、確実に、債務超過の拡大をも意味していた。」⁽²²⁾

次に、Knox 判事は、 Y らによる倒産による清算を避ける合理的な見込みがないと結論付けるべきであった時点が1987年2月であるとの前提でのイギリス倒産法214条3項の主張を退けた⁽²³⁾。

そして、Knox 判事は、取締役の不当取引に基づく清算出資は、刑事罰 (penal) ではなく、填補賠償 (compensatory) である旨を判示している⁽²⁴⁾。

ウ 小括

Produce Marketing 事件判決は、会社の倒産状態において、取締役らは、計算書類を適時に作成していないことから、正確な売上や収益を把握はしていなかったが、会社の売上が大幅に下落しているのを知りながら、漫然と事業を継続し、債務超過額を増加させた事案において、倒産による清算を避ける合理的な見込みがないと結論付けるべきであったとの要件の該当性を認め、不当取引による清算出資命令を下している。

また、取締役の不当取引に基づく清算出資は、刑事罰ではなく、填補賠償である旨が判示されている。

(2) *Continental Assurance* 事件判決⁽²⁵⁾

ア 事案の概要

A社は、1985年に複数の投資家によって、持株会社B社を経由して買収された保険会社で、B社は、銀行から借り入れた600万ポンドをA社に出資した。A社には、2名の業務執行取締役（うち1名は非常勤）と6人の非業務執行取締役がおり、いずれの取締役も豊富な事業経験を有しており、また、3人は以前保険業界にて業務を行っていた。

A社は、1986年から1989年までは事業活動による利益を得ていたが、1990年に、多額かつ予期せぬ損失を被った。

A社の取締役会は、1991年6月4日、18万7000ポンドの予想収益ではなく、52万ポンドの損失を示す1990年12月31日を年度末とする計算書類の検討を行い、承認したが、1991年6月14日まで取締役会を延期した。

同年6月14日の再開されたA社取締役会では、さらに、未報告の30万ポンドの損失が明らかとなり、A社の全体的な財政状況を踏まえ、取締役会は、財務担当取締役と会計士においてA社が事業継続をするためのA社及び持株会社の支払能力についての報告書を準備することとした。

同年7月2日のA社取締役会の際に、財務担当取締役はその報告を

したが、詳細な数字は明らかにされないまま、A社には支払能力があり、約80万ポンドによってDTIソルベンシーマージンを満たすとされた。

また、A社取締役会は、同月19日に開催され、1991年5月31日の時点の貸借対照表において、株主資本は452万8000ポンドであり、持株会社による負債が200万ポンドであったとしても、200万ポンド以上の資産超過であり、DTIソルベンシーマージンの109万2000ポンドを満たしているため、多額の損失にもかかわらず、A社にはまだ支払能力があるとして、事業継続を決定した。1991年5月31日の貸借対照表は、その後修正され、株主資本は314万1000ポンドまで減少した。

A社取締役会においては、事業を適切な価格で譲渡すべく、その準備を行っていた。また、同年12月11日、A社取締役会は、新たな債務を負わず、取引を停止することを決議した。

その後、A社は、同月20日に、倒産状態が明白となる巨額の損失に直面し、倒産実務家 (insolvency practitioner) がA社取締役会において会社の資産を保全するためであれば、支出することも認められるとの助言をした。そこで、A社取締役会は、新たな債務を負わないこと、原則として支払いはしないが、会社資産を保全し、取り立てるための弁済は除外することを決議した。そして、A社は、1992年3月に、清算手続を行っている。

清算人Xは、A社は1991年7月19日までに倒産状態となっており、この時点で、倒産による清算をすべきであると結論付けるべきであったのに、それを行わずに債務超過額を増加させたとして、不当取引制度及び失当行為手続 (misfeasance) に基づき、A社の取締役Yらに対し、356万9000ポンドの清算出資等を求めた。

イ 判旨

Park 判事 (Park J.) は、不当取引及び失当行為手続に基づく責任のいずれも否定した。

Park 判事は、まず、以下のように判示して、Yらの不当取引に基づく責任を否定した。

「私の考えでは、もし、本件において、取締役が不当取引により責任を負うとすれば、極めて酷な結果となる。取締役に責任があると判示された過去の判例は、本件とは何ら類似していない。会社が倒産状態であって、追い詰められていることが取締役にあって明らかであったに違いない時点より後にも、現実の会社の状況について目を閉ざし、長期間、取引を継続したというのが典型的な事例である。それらの事例において、取締役は、無責任であり、真摯に会社の現実の状況に取り組むことをしていなかった。取締役が会社の状況を把握しようと努め、また、会社の状況についてまず検討した後に、会社が取引すべきことを決定した場合についての唯一の事件において、裁判官は214条に基づき取締役に責任を課すことを否定している。それは、*Re sherborne* 事件における Jack 判事の判決である。

本件において、私の考えでは、取締役らは、巨大で、巨額かつ予期せぬ損失が報告された1991年6月4日の最初の重大局面の取締役会以降の全ての時点で、A社の状況と取締役としての自身の責任の双方について、例外なく責任感があり、誠実な態度をとっていた。1991年6月14日に延期されていた取締役会の再開に際し、Y₁は、A社が適切に取引を継続しうるか否かについての問題を明確に提起した。取締役らは、(他の不当取引の事件の多くの取締役のように) その問題を無視はしなかった。反対に、取締役らは、その問題について、直ちに、綿密に、かつ、頻繁に検討している。取締役全員は、証言の中で、もし、A社が倒産状態であれば、直ちに取引を停止しなければならないということを常に意識していたと述べていた。」⁽²⁶⁾

Park 判事は、以下のように判示して、不当取引による責任追及を恐れて、早期に事業を清算することの不都合について述べた。

「一方で、取締役が事業を継続することとしたが、成功せず、会社は、遅かれ早かれ、清算に入ると、不当取引訴訟の被告となる立場にあるかもしれない。他方で、取締役が直ちに事業を停止することを決定し、会社が早い段階で清算手続に入れば、不当取引により訴えられる危険

はないかもしれないが、別の根拠に基づき、非難される危険がある。事業を停止するという決定は、確実に、その次の清算が倒産状態によるものであるということを意味する。清算には高額な作業であることを離れても、さらに、債務者は、清算中の会社に対して債務の弁済について妨げがちである。清算以前からの会社債権者は、債権が全額は弁済されないであろうと分かるであろう。債権者は、取締役があまりにも早く事業停止をしていると苦々しく不満を述べ、取締役は、より大胆に、事業を継続すべきであったと述べるであろう。そのような債権者は、取締役が事業を継続していれば、会社は生き残るであろうし、債務も全額弁済されたと述べるであろう。あまりにも早い、取引停止と清算は、臆病者と非難されるであろう。」⁽²⁷⁾

そして、Park 判事は、不当取引における清算出資額の算定方法につき、以下のように判示している。

「私は、その算定方法は、…私はその判決及び本判決でも要求している清算が遅れた結果として A 社自身の損害を反映した純欠損 (net deficiency) の増加と決定する。その概念では、もし、取締役らが A 社は倒産状態であると1991年7月19日に決定し、その時またはその直後に清算に入っていれば、1991年における純欠損は X ポンドと仮定することになる。実際の事件において、A 社が1992年3月まで清算を行っておらず、実際の1992年の清算における異なった額の純欠損は、Y ポンドとする。もし、Y ポンドが X ポンドより多ければ、その超過が純欠損の増加である。」⁽²⁸⁾

ウ 小括

Continental Assurance 事件判決において、A 社は、問題となった時点では、実際には、倒産状態ではなかったが、取締役らは、計算書類を作成し、それを基に、事業を継続すべきか議論しており、また、その後も事業を売却する試みを続けており、倒産による清算を避ける合理的な見込みがなかったと結論付けるべきであったとの要件の充足性が否定されている。

また、*Continental Assurance* 事件判決は、会社の倒産状態に際して、取締役が事業再生を試み、結果として、不当取引による責任を負うとなると、事業再生を試みず、早期に清算手続を行うという問題点も指摘している。

そして、*Continental Assurance* 事件判決においては、不当取引による清算出資額の算定方法については、会社が倒産による清算に入るのを避ける合理的な見込みがないことを知っていたか、または当然にそのように結論付けるべきであった時点(X)と実際の清算の時点(Y)の債務超過額の差額であることが判示されている。

(3) *Hawkes Hill Publishing* 事件判決⁽²⁹⁾

ア 事案の概要

A社は、1997年5月6日に、取締役Y₁と秘書Y₂がそれぞれ50ポンドを出資し、隔月のゴルフのフリーペーパーの出版を目的として設立された会社である。Y₂は、出版業について広範な経験を有しており、当初から会社の経営について、Y₁と対等であり、重要な意思決定は、Y₁とY₂で行っており、事実上の取締役であった。

A社は、1997年7月に、会社資産への担保権の設定とY₁及びY₂の個人保証の下、銀行より2万ポンドの小規模事業融資を受けた。また、Yらは、付加価値税は書籍や雑誌には課されないとのアドバイスを受け、そのように考えていたが、実際には、会社の唯一の収入である広告収入には付加価値税が課された。

ゴルフのフリーペーパーは、隔月刊行であり、広告収入は直ちには入らないが、制作費用が早い段階で生じるため、A社はすぐに資金繰りが困難となった。A社は、銀行の助言により、債権譲渡も検討したが、奏功しなかった。また、事業の初期段階で、従業員2名を雇用したことから、A社の財政状況はさらに悪化した。A社の資金繰りのために、Y₁は2万ポンド、Y₂は5000ポンドをA社に貸し付けた。その後、A社は、会計士Bに、計算書類の作成を依頼し、Bは1998年12月に計算書類を作成した。当該計算書類においては、事業開始から1998年4月

までに、営業損失2万8752ポンドが生じていたとされたが、後に、3万3254ポンドへと修正されている。また、Bは、Yらに対し、A社にも付加価値税が課されること、A社の事業は有望であるが、資本注入が必要であり、それが不可能であれば、事業を売却することになるであろうと助言した。Y₁は、A社が1998年4月の時点で、貸借対照表上の債務超過であることについて知らなかった。また、Y₂は、A社が1998年4月の時点で、支払不能状態であることについても知らなかった。

1998年11月のA社の計算書類においては、2万5320ポンドの損失であった。1999年の初めには、Yらは、費用を削減するため、Yらを生給として、従業員を削減した。また、Y₁は、会社の更なる資金獲得や事業の買い手を探し始めた。1999年1月末の計算書類では、A社の損失は、2万2700ポンドへと減少した。

A社は、更なる収入を得るために、1999年夏頃、週刊のフリーペーパーを発行することとした。フリーペーパーの刊行から2週間後、Y₂は、Cより、フリーペーパーの買収の提案を受けた。Y₂は、他の買収候補者や投資家とも討議したが、それらの話は立ち消えになった。そこで、A社は、Cからの二つのフリーペーパー事業を合わせて2万ポンドで買収するとの提案を受け入れることとした。Cの提案においては、Y₂の雇用継続や銀行によって設定されたA社の資産に対する担保権の抹消も含まれていた。1999年12月にその合意がなされ、Y₂の雇用契約も締結されたが、間もなく解除され、また、会社資産に設定された担保権を抹消するため、2万ポンド以上が銀行へと支払われた。銀行への弁済により、A社の負債は減少し、Yらの個人保証額も減少した。

A社には事業がなくなり、2000年2月に債権者による任意清算が申立てられ、一般債権者の債権額は11万7000ポンドを超えていた。そこで、A社の清算人Xは、A社の取締役Y₁とA社の事実上の取締役Y₂に対して、取締役が個人保証した銀行の債務について弁済することがイギリス倒産法239条における偏頗行為 (preferences) となり、また、A

社は1998年4月末の時点で倒産による清算を避ける合理的な見込みがなかったとして、不当取引に基づく清算出資等を求めた。

イ 判旨

Lewison 判事 (Lewison J.) は、イギリス倒産法239条の偏頗行為については、銀行は A 社の財産に担保権を設定したことから認めなかった。

また、Lewison 判事は、以下のように判示し、Y らは1998年4月末の時点で債務超過かつ支払不能状態であることを知るべきであったことを認めた。

「取締役らは、1998年4月までに、当初、銀行から借り入れた資金を使い尽くしたことを知っていた。取締役らは、事業を継続していくために、会社に資本注入が必要であることも知っていた。それゆえに、取締役らが（たとえ、実際には知らなくても）会社が貸借対照表上倒産状態であると知るべきであったことを認めてもよいと考えている。また、取締役らが（たとえ、実際には知らなくても）会社が弁済期にある債務を弁済できないと知るべきであったことを認めてもよいと考えている。換言すれば、取締役らは、会社が倒産状態であると知るべきであった。」⁽³⁰⁾

もっとも、Lewison 判事は、以下のように判示し、倒産による清算を避ける合理的に見込みがないとはいえないとした。

「第1に、B は、計算書類を作成する際に、Y らに対して、A 社の状況は望みがないとは助言していなかった。反対に、B の助言は、A 社の事業は将来が有望であるというものであった。確かに、B は、Y らに対して、資本注入先を探したり、事業を売却したりしなければならないと述べた。しかし、そのような助言は（たとえ、1998年12月または1999年1月ではなく1998年4月になされたとしても）、取締役らが倒産による清算が唯一の回答であると結論付けることにはならないであろう。第2に、1998年4月においては、まだ、外部の投資家が A 社に投資してもよいと考える現実的な可能性があった。第3に、1999年よりずっと後まで、債権者からの圧力はなかった。第4に、A 社は、借り入れ

た金銭で設立されており、初期の取引段階において利益が出ないであろうことは常に予想されていた。新しい雑誌は、刊行されるのに時間がかかるであろう。もし、その法律が会社の取締役らに対して、トラブルの最初の徴候の段階で倒産による清算に入ることを求めるならば、適法な事業体を失わせてしまうであろう。第5に、BがYらに対し投資家を見つけるか売却することを助言した際に、Y₂は、良い価格での買主を見つけたことである。第6に、通常の価格以上を支払うことを望む買主を見つけるためには、広告の継続が必要であり、そのことは、出版の継続を意味した。」⁽³¹⁾

ウ 小括

Hawkes Hill Publishing 事件判決においては、取締役らは、問題となった時点において、会社は倒産状態にあったが、計算書類を作成し、会計士から助言を受け、経費の削減をし、出資先や事業の売却先を探しており、倒産による清算を避ける合理的な見込みがないと結論付けるべきであったとの要件の該当性が否定されている。

第3 検討

1 不当取引に関する判例の動向

不当取引の要件を満たした場合、裁判所が相当と認める清算出資の命令がなされるが（イギリス倒産法214条1項）、条文の文言からは、清算出資の性質や清算出資額の算定方法については、明らかではない。

不当取引による清算出資の性質については、*Produce Marketing* 事件判決により、刑罰ではなく填補賠償と解されている。また、*Continental Assurance* 事件判決において、不当取引による清算出資額の算定方法については、会社が倒産による清算に入るのを避ける合理的な見込みがないことを知っていたか、または当然にそのように結論付けるべきであった時点(X)と実際の清算の時点(Y)の債務超過額の差額とされている。

したがって、不当取引における清算出資額は、立法過程における議論と異なり、その後の判例により、会社が倒産による清算に入るのを避ける合理的な見込みがないことを知っていたか、または当然にそのように結論付けるべきであった時点以降も、事業継続したことにより、債務超過額が増加し、その結果として、債権者の配当率が低下することについて、取締役責任を課す制度となっている。

そのため、会社が倒産による清算に入るのを避ける合理的な見込みがないことを知っていたか、または当然にそのように結論付けるべきであった時点と実際の清算の時点の債務超過額に差がない場合には、取締役は不当取引による責任を負わないこととなる⁽³²⁾。

次に、不当取引による責任が認められるためには、条文の文言上、①会社が倒産による清算に入るのを避ける合理的な見込みがないことを知っていたか、または当然にそのように結論付けるべきであり、取締役が②会社債権者の潜在的損失を最小限に食い止めるために当然に取るべきあらゆる手段を尽くしていないことが必要となる。

不当取引による責任が認められるための①の要件について、*Produce Marketing* 事件判決においては、①の要件の充足性が問題となった時点において、取締役らは、計算書類を適時に作成していないことから、正確な売上や収益を把握はしていなかったものの、会社の売上が大幅に下落しているのを知りながら、漫然と事業を継続し、債務超過額を増加させており、①の要件の充足性が認められた。これに対し、*Continental Assurance* 事件判決においては、①の要件の充足性が問題となった時点において、実際には、倒産状態ではなかったが、取締役らは、計算書類を作成し、それを基に、事業を継続すべきか議論しており、また、その後も事業を売却する試みを続けており、①の要件の充足性が否定された。*Hawkes Hill Publishing* 事件判決においては、取締役らは、①の要件の充足性が問題となった時点において、会社は倒産状態であったが、計算書類を作成し、会計士から助言を受け、経費の削減をし、出資先や事業の売却先を探しており、①の要件の充足

性が否定されている。

以上のように、判例においては、会社が倒産状態であったとしても、それだけでは①の要件の充足性を認めず、計算書類を作成して会社の経営状況を把握し、また、外部の専門家からの助言を踏まえて、取締役が議論し、それに基づいて事業の再生や売却を試みている場合には、結果として、事業の再生や売却が失敗したとしても、取締役に対し不当取引による責任を課さないこととなっている。これに対して、会社の倒産状態において、取締役が計算書類を作成して会社の経営状況を把握せず、漫然と事業を継続し、それによって、債務超過額が増加して、債権者の配当率を下げた場合には、不当取引による責任が課されている。そのため、不当取引に関する判例においては、会社の倒産状態においても、真摯に事業再生のための試みを行っている場合には、結果として、事業再生が失敗し、債権者の損害が拡大しても、責任を課さないこととなっている。

2 事業再生と債権者利益の保護

会社の経営状況が悪化し、会社の負債が資産を上回っている場合に、事業を停止し、清算すると、債権者は弁済を受けられ、株主は何も受け取れない。もっとも、会社が事業を継続すると、株主は、よりよい状況になる可能性はあるが、それ以上悪くなることはない一方で、債権者は、より悪い状況となることもある。そのため、会社の経営状況が悪化した場合には、取締役は、株主のために、「再生のためのギャンブル」を行う可能性がある⁽³³⁾。したがって、会社の危機時期においては、取締役は、株主の利益ではなく債権者の利益を保護すべきとされている。もっとも、事業再生が失敗した場合には債権者の利益を害することとなる。そのため、取締役に対して債権者利益の保護を求めることは、事業再生を試みるために、事業を継続し、結果的に債権者の損害が拡大した場合であっても、取締役に不当取引による責任を課さない判例と整合しないのではないかが問題となる。

この点について関係するのが、イギリスにおけるアメリカ流の救済

文化 (rescue culture) の輸入である⁽³⁴⁾。

イギリスにおいては、イギリス1985年倒産法 (Insolvency Act 1985, c.65) 以前において、正式な法的倒産手続は、清算手続のみであり、再建型倒産手続は存在していないとの同様の状況にあり、また、債権者の保護、とりわけ、担保権者の保護に重点を置き、債務者に対しては厳しい対応をとっていた⁽³⁵⁾。

もっとも、イギリスでは、アメリカ流の救済文化を取り入れるべく、イギリス1985年倒産法及びイギリス1986年倒産法において再建型倒産手続である会社管理 (administration) 及び会社任意整理 (company voluntary arrangement) が導入された⁽³⁶⁾。そして、会社管理においては、管理命令が発令された場合には、債権者に対する個別的権利行使が禁止され、2000年改正倒産法 (Insolvency Act 2000, c.39) では、会社任意整理において、債権者の権利行使を仮に停止するための制度が設けられた⁽³⁷⁾。

そもそも、事業再生には、清算に比して、会社の事業が再生したり、事業をより高く売却したりすることによって、債権者がより多くの配当を受けられることができるという利点があり⁽³⁸⁾、債権者の利益にもなるのみならず、事業再生には、債権者の利益を超える公共的な利益あるとの指摘もなされている⁽³⁹⁾。

さらに、*Continental Assurance* 事件判決や *Hawkes Hill Publishing* 事件判決のように、事業再生について、漫然と試みるのではなく、真摯に対応することを求めれば、「再生のためのギャンブル」というような事態にはならない。

そして、*Continental Assurance* 事件判決においては、事業再生が失敗した場合に、取締役に対して不当取引による責任を課すと、取締役は、事業再生の可能性があってもかかわらず、事業再生を試みず、早期に清算手続を行ってしまうという問題点が指摘されており、債権者にとっても好ましい事業再生を促進する観点からは、結果として事業再生が失敗し、債権者に損害が拡大したからといって、取締役に不当

取引による責任を課すことは好ましくない。

したがって、取締役に対して債権者利益の保護を求めることと、事業再生を試みるために、事業を継続し、結果的に債権者の損害が拡大した場合であっても、取締役に不当取引による責任を課さない判例とは矛盾はしないこととなろう。

3 日本法への示唆

わが国においても、イギリスと同様に、事業再生が重視され、再生型法的倒産手続である民事再生法が制定されている。そして、民事再生手続は、清算価値を上回れば、破産手続に優先することとなる（民事再生法25条2号）。また、わが国の民事再生法において、DIP型（民事再生法38条1項）、包括的禁止命令制度（民事再生法27条1項）を採用し、債権者の権利を抑制している。さらに、近時は、私的整理ガイドラインなどにより、裁判所外での事業再生も行われ、事業再生がトレンドとなっている。

わが国においても、イギリスと同様に、倒産手続において清算型よりも再生型が重視されており、そうであれば、イギリスにおける不当取引に関する規律は、わが国における会社の危機時期における取締役に会社に対する義務にも妥当するといえよう。

したがって、わが国においても、会社の危機時期においては、取締役は、事業再生のために方策を真摯に尽くしたのであれば、結果として、事業再生が失敗し、債務超過額が増加して、債権者の損害が拡大したとしても、会社に対する善管注意義務の違反は認められるべきではない。

そして、そのための方策としては、既に、裁判例⁽⁴⁰⁾や学説上⁽⁴¹⁾で示されている通り、事業の継続をするか否かやどのような再生手法を採用するか否かについて、取締役の善管注意義務違反の有無を審査する際には、経営判断原則を用いるべきである。

第4 おわりに

本稿では、会社の危機時期において、取締役は、会社に対する善管注意義務の内容として、株主ではなく、債権者の利益を保護すべきであり、そのために、会社の法的倒産手続を検討する義務や債権者に対する義務が、事業再生が重視される今日においても妥当するののかにつき、イギリス法の不当取引の判例を素材として検討してきた。

イギリスの不当取引制度は、会社の倒産状態において、取締役が事業継続をすることによって、債務超過額が増加し、結果として、債権者の配当率が下がり、損害を被ることを防止するための制度となっていた。もっとも、不当取引に関する判例においては、取締役が計算書類等で会社の経営状況を把握し、外部の専門家に助言を求め、取締役会で事業を継続するかについて議論をするなど真摯に事業再生に取り組むのであれば、結果として事業再生が失敗し、債務超過額が増加して、債権者の損害が拡大したとしても、責任を課さないこととなっていた。このような判例は、会社倒産時において、取締役は株主ではなく債権者の利益を保護すべきとの議論との整合性が問題となる。この点については、イギリスは、従来、債権者保護を重視し、清算手続が主であったが、アメリカ流の救済文化を導入し、事業再生の促進を試みていた。事業再生には、清算に比して、会社の事業が再生したり、事業をより高く売却したりすることによって、債権者がより多くの配当を受けられることができるという利点があり、債権者の利益にもなる。また、取締役が事業再生を真摯に試みたのであれば、「再生のためのギャンプル」というような事態は生じない。そのため、判例においては、取締役が事業再生を試みることを阻害しないようにすべく、取締役が事業再生を真摯に試みたのであれば、結果として事業再生が失敗し、損害が拡大したとしても、責任を否定することにつながっていたと考えられる。そして、以上のことは、事業再生を重視すべく、民事再生法を制定し、また、裁判所外での事業再生をも進めてきたわが国におい

ても、妥当すると考えられる。そのため、わが国においても、会社の危機時期において、取締役が真摯に事業再生を図るべく事業を継続した場合には、結果として、事業再生が失敗して、会社の債務超過額が増加し、債権者の損害が拡大したとしても、取締役の会社に対する善管注意義務違反を認めるべきではない。事業の継続をするか否かやどのような再生手法を採用するか否かについて、取締役の会社に対する責任が問題となった際には、取締役の善管注意義務違反の有無の審査において経営判断原則を用いるべきである。

本稿の結論は、会社の危機時期において、取締役は、会社の事業再生を真摯に試みるべきであり、そのような場合には結果として、事業再生が失敗し、会社の債務超過額が増加したとしても、取締役に会社に対する善管注意義務違反を認めるべきではないというものである。

もっとも、本稿においては、紙幅の都合上、イギリスにおける会社倒産時の義務であるイギリス2006年会社法 (Companies Act 2006, c.46) 172条3項の債権者の利益を考慮する義務を含めた会社の事業再生と取締役の義務については検討することができなかった。この点については、今後の検討の課題として、他日を期したい。

以上

- (1) 東京高判令和3年11月18日金判1643号6頁。
- (2) 黒沼悦郎「取締役の債権者に対する責任」曹時52巻10号(2000)25頁、落合誠一「多重代表訴訟における完全子会社の取締役責任」前田重行先生古稀記念『企業法・金融法の新潮流』(商事法務、2013)141頁。
- (3) 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護—より実効的な規制への展望—(三・完)」法協102巻8号(1985)83-84頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』(有斐閣、2021)536頁。
- (4) 黒沼・前掲(注2)27頁。
- (5) 裁判例として、高知地判平成26年9月10日金判1452号42頁、学説として、田中亘『会社法〔第3版〕』(東京大学出版会、2021)473-474頁、岩淵重広「倒産局面にある会社の取締役の義務—イギリス法における不当取引と債権者の利益を考慮する義務を参考の一—」同法67巻5号(2015)353頁、武田典浩「取締役責任論から見た倒産法の基礎理論—イギリス倒産法にお

- ける不当取引の議論を参照して」最先端技術関連法研究19号（2020）63頁（注62）。
- (6) 倒産手続が清算型から再生型へモデルチェンジしたことから、会社法もそれに対応すべきことを指摘する先行研究として、松嶋隆弘「新しい企業形態における法人格の意義と会社債権者保護」判タ1206号（2006）72頁。
- (7) 本稿における「イギリス」とは、原則として連合王国内のイングランド及びウェールズを指す。
- (8) 筆者は、不当取引制度については、責任追及主体の観点からは、拙稿「イギリスにおける取締役の債権者に対する責任についての一考察」日本大学法科大学院法務研究14号（2017）85頁、D&O保険との関係については、拙稿「イギリスにおけるD&O保険と会社倒産時の取締役の責任」保険学雑誌657号（2022）167頁で検討を行っているが、本稿はそれらの研究成果を踏まえつつ、新たな観点から検討するものである。
- (9) 不当取引制度に関する先行研究については、拙稿・前掲（注8）「イギリスにおける取締役の債権者に対する責任についての一考察」87頁（注8）に掲げた文献のほかに、岩淵重広「イギリス法における不当取引責任の近時の展開」北園55巻1号（2019）23頁、親子会社規制の観点から検討する先行研究として、商事法務研究会（令和2年3月）「グループガバナンスの在り方に関する調査研究業務報告書」42-44頁〔久保田安彦〕（www.moj.go.jp/content/001317223.pdf）（最終閲覧：2022年12月4日）を参照。
- (10) Report of the Review Committee, *Insolvency Law and Practice* (Cmnd 8553, 1982) para 1776 (Hereinafter Cork Report).
- (11) Paul L. Davies and others, *Gower: Principles of Modern Company Law* (11th edn, Sweet & Maxwell 2021) para 19-012.
- (12) Cork Report (n 10) para 1805. なお、「insolvency」については、中島弘雅・田頭章一『英米倒産法キーワード』（弘文堂、2003）5-6〔藤本利一〕、中島弘雅「会社経営者の倒産責任の取り方に関する覚書き イギリス倒産法からの示唆」河野正憲先生古稀祝賀『民事手続法の比較法的・歴史的研究』（慈学社、2014）476-479頁を参考に、「倒産状態」と訳した。
- (13) *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corpn and Others* [2003] 1 AC 959.
- (14) Brenda Hannigan, *Company Law* (6th edn, OUP 2021) para 15-36.
- (15) Kristin van Zwieten, *Goode on Principles of Corporate Insolvency Law* (Sweet & Maxwell 2019) para 14-31.
- (16) *Brooks v Armstrong* [2015] BCC 661.
- (17) Vanessa Finch and David Milman, *Corporate Insolvency Law* (3rd edn, CUP 2017) 600.
- (18) *Brooks v Armstrong* (n 16) 661.
- (19) *Grant v Ralls* [2016] BCC 293.

- (20) Cork Report (n 10) para 1806.
- (21) *Re Produce Marketing Consrtium Ltd* [1989] 5 BCC 569. 同判決を紹介する先行研究として、本間法之「イギリス倒産法における「不当取引 Wrongful Trading」—破産手続内における取締役の個人責任追及の可能性—」中村英郎教授古稀祝賀『民事訴訟法学の新たな展開 上巻』（成文堂、1996）580-583頁、岩淵・前掲（注5）273-280頁、武田典浩「イギリス倒産法における不当取引責任—近時の展開とその問題点—」永井和之先生古稀記念『企業法学の論理と体系』（中央経済社、2016）490-492頁がある。
- (22) *Produce Marketing* (n 21) 595.
- (23) *ibid* 596.
- (24) *ibid* 597.
- (25) *Re Continental Assurance Co of London plc (in liquidation) (No 4)* [2007] 2 BCLC 287. 同判決を紹介する紹介する先行研究として、岩淵・前掲（注5）290-292頁、364頁（注95）、武田・前掲（注21）500-503頁、拙稿「会社の偏頗行為と取締役の義務～イギリスにおける債権者の利益を考慮する義務を参考に～」商学集志90巻2・3合併号（2020）39-41頁がある。
- (26) *Continental Assurance* (n 25) para [106]-[107].
- (27) *ibid* para [281].
- (28) *ibid* para [297].
- (29) *Re Hawkes Hill Publishing Co Ltd (in liq.)* [2007] BCC 937. 同判決を紹介する先行研究として、岩淵・前掲（注5）300-305頁、武田・前掲（注21）504-506頁がある。
- (30) *Hawkes Hill Publishing* (n 29) 950.
- (31) *ibid* 951-952.
- (32) *Grant v Ralls* (n 19) 293.
- (33) *Davies* (n 11) para 19-005.
- (34) *Zwieten* (n 15) para 11-03では、救済文化について、債務者会社の下で、または、他の者の下で、有望な事業の保護を促進するという考え方で定義している。不当取引と救済文化との関係について指摘する先行研究として、岩淵・前掲（注5）350頁。
- (35) Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency* (5th edn, Sweet & Maxwell 2017) para 1-040; 倉部真由美「イギリスにおける倒産文化のアメリカ化—担保権の処遇の観点から—」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』（商事法務、2005）634、658頁。
- (36) *Zwieten* (n 15) para 11-03. 会社管理及び会社任意整理の詳細については、中島弘雅「イギリスの事業再生と Receivership の果たした役割」専修ロージャーナル16号（2020）100-103頁参照。
- (37) 倉部・前掲（注35）658頁は、イギリスにおいては、救済文化を促進すべく、債権者ではなく、債務者保護に傾いていると指摘する。

- (38) Zwieten (n 15) para 11-03; Davies (n 11) para 19-011.
- (39) Finch (n 17) 201.
- (40) 前掲(注5)高知地判平成26年9月10日。
- (41) 田中・前掲(注5)473-474頁、岩淵・前掲(注5)353頁、武田・前掲(注5)63頁(注62)。

生命・身体の侵害による逸失利益の 賠償のあり方に関する再検討

——後遺障害による逸失利益の定期金賠償を認めた最高裁判決を契機として——

加 藤 雅 之

一 はじめに

不法行為により生命または身体が侵害された場合、不法行為によって得られなかった利益（逸失利益）が損害賠償の対象に含まれることは当然のように認められている。逸失利益は財産的損害のうち消極的損害として位置づけられ、不法行為によって実際に支出した額（治療費や介護費用）のような積極的損害と対比される。生命・身体の侵害による逸失利益は、不法行為のために労働の機会を失った結果得られなかった収入を意味するところ、不法行為の時点で将来どれだけ収入の減少が発生するかを確定することは困難であるため、現在の収入または平均賃金などに基づく将来の収入を仮定し、平均的な就労可能期間における額を算定することになる。したがって、逸失利益の算定には被害者が将来得る収入や被害者の余命など、様々な擬制が避けられない。

また、かねてから逸失利益の賠償のあり方そのものについて議論がなされている。とりわけ被害者が死亡した場合に、死亡した被害者の逸失利益が相続されるとする判例法理については学説上異論も少なく、そもそも逸失利益という概念自体が人間を「利益を生み出す機会」として位置づけるものであるとする批判もある⁽¹⁾。もっとも、学

説の批判に対して、逸失利益に関する確立した判例法理は揺るぎないようにみえる。

こうした中で、最高裁令和2年7月9日判決（民集74巻4号1204頁）は後遺障害による逸失利益について定期金賠償を認める初めての判断をした。民法は損害賠償について金銭賠償の原則を定めているが（722条1項、417条）、損害賠償の具体的な支払方法については明文の規定を有していない。損害賠償の方法としては、損害賠償金全額を一回で支払う一時金賠償のほか、一定期間にわたり賠償金を支払う定期金賠償の方法があるところ、これまでの実務においては一時金賠償が一般的であった。将来の損害について定期金賠償の方法の合理性が指摘されていることから、近時の裁判例においても将来の介護費用について定期金賠償の方式を認めるものが増えている。これに対して、逸失利益については将来の介護費用との損害としての性質の違いを理由に、定期金賠償の対象とすることについて議論があり、否定的な裁判例も少なくなかったことから、本判決の意義は大きい。もっとも、本判決は単に後遺障害による逸失利益について定期金賠償の方式によることを認めただけでなく、逸失利益の損害としての性質および賠償のあり方について、従来の判例法理を再検討する契機となり得ると思われる。本稿では、かかる問題意識に基づき、定期金賠償をめぐる議論を概観した後、逸失利益に関する判例法理との関係について検討を加えるものである。

二 逸失利益の定期金賠償をめぐる議論

1. 定期金賠償とは

(1) 定期金賠償の定義

定期金賠償とは一般に賠償額を一定期間ごとに賠償金を支払う方式をいうが、厳密な意味では「将来継続的に損害額が具体化する場合に、回帰的に給付される金銭賠償」などと定義される⁽²⁾。定期金賠償について規定する民事訴訟法117条は「口頭弁論終結前に生じた損害のうち、

請求権の具体化が将来の時間的経過に依存している関係にあるような性質の損害について定期的な金銭給付を義務づけた損害賠償」を定期金賠償の対象としているとされる⁽³⁾。

これらの定義によれば、賠償義務者が将来の一定期間にわたり定期的に損害賠償金を支払うことを義務づけられる点で、定期金賠償は一時金賠償の分割払いと類似する点もあるが、本来的に両者は全く異なるものである。一時金賠償を分割払いする場合には、すでに発生した損害について、その賠償額が確定したものを分割して履行することになるのに対して、定期金賠償では各期に支払う支分定期金は将来の各履行期が到来するごとに具体化する債務であり、期間が確定していない場合には賠償金総額も異なり、質的に異なる賠償方法であることから、単なる支払方法の差異に留まるものではない⁽⁴⁾。したがって、現実化していない将来の不利益については定期金賠償の方法によることが可能になる⁽⁵⁾。

(2) 定期金賠償のメリットとデメリット

定期金賠償には、一時金賠償と比較して、次のようなメリットとデメリットがあるとされている。

(a) メリット

① 将来の損害についての証明困難の回避

後述するように、定期金賠償が提唱された際の問題意識は、将来の損害（ここでは逸失利益）について賠償額を算定するのが困難であり、統計による数値に基づくのではなく、具体的な被害者に対応した、より厳格な証明度に基づく損害賠償額の算定をすべきというものであった。将来の事実に関する認定に伴う不確かさを避けることができることにより、定期金賠償は一時金賠償よりも公平性が保たれることにもなる⁽⁶⁾。

以上の点は、近年、将来の介護費用の賠償について、定期金賠償が

望ましいとされる根拠となっている。平均余命を基礎に介護費用を算出することにより将来の介護費用が高額になるにも関わらず、被害者が植物状態にある場合には実際には平均余命より以前に死亡することが少なくないため、一時金賠償によると実際の支出額よりも高額の賠償額が認められることがありうる⁽⁷⁾。そこで、将来の介護費用については、被害者が死亡するまでの介護費用について定期金賠償を認めることで、上記のような不確かな余命認定が避けられることになる⁽⁸⁾。

② 判決確定後の事情の変化への対応

将来の損害に関する判決確定後の著しい事情の変更について定期金賠償による場合には対応が容易である。その例としては、インフレ等が考えられる他、例えば将来の介護費用の賠償において、被害者の状況や介護環境により介護単価が大きく変動する場合などがある。

③ 被害者の生活保障

一時金で賠償金を受け取った場合には、浪費や投資の失敗などの危険がありうるが、定期金賠償ではこの危険が少ないことが指摘される⁽⁹⁾。また、介護費用の賠償については、将来の状況に応じてふさわしい費用が絶えず支払われることになり、被害者が安心して介護を受けることができる点も挙げられる⁽¹⁰⁾。

④ 中間利息控除の回避

2017年の民法改正以前は法定利率が年5%であり、市場金利からかけ離れたものであったために、法定利率に基づく中間利息の控除をすることが、被害者にとって不利益となることが挙げられる⁽¹¹⁾。民法改正により法定金利が引き下げられているとはいえ、なお市場金利とは乖離しているため、一時金賠償の場合に法定利率によって中間利息の控除を行うことが被害者にとって不利益となりうる。そこで、定期金賠償による場合には、中間利息の控除を避けることが可能となり、被

害者はより実態に近い賠償額を受け取ることができる。

(b) デメリット

定期金賠償は賠償金の支払が長期に及ぶことによる以下の難点が指摘される。

① 履行確保

定期金賠償のデメリットとして第一に挙げられるのは、賠償債務の履行確保の制度がない点である。一時金賠償においても支払不能のリスクはあるものの、定期金賠償においては加害者側の財産状態の悪化によるリスクに加えて、加害者の死亡や行方不明のリスクも存在する。もっとも、賠償義務者が国や地方自治体などであれば、財産状態の悪化のリスクは少ないと言える。また、交通事故においては、責任保険が付されているために、履行確保の問題は決定的でないとする⁽¹²⁾。

② 紛争の長期化

定期金賠償の支払いは長期にわたるため、当事者は長期間にわたり紛争から解放されないこととなり、精神的負担が大きく、定期金賠償では「賠償ノイローゼ」が生じやすいという指摘がある⁽¹³⁾。また、当事者間の接触が継続することも当事者にとっては負担となり得る。もっとも、損害保険が付されている場合においては、定期金の支払は保険会社から金融機関口座への送金によって行われることからすると、実際にはこうした負担は大きくないとも考えられる。

以上のように定期金賠償には、将来の事情に関する不確かさを排除し、より実情に即した賠償が可能となるという利点がある。この点は、将来の事情の変化に応じた適切な賠償額を定期的に受け取ることができることから被害者にとって一時金賠償より望ましい結果をもたらすことが考えられるが、損害賠償義務者にとっても、例えば将来の介護

費用の賠償において、被害者が平均余命より前に死亡した場合にはそれ以降の賠償義務がなくなるという利点もあり、定期金賠償がつねに被害者にとって有利な賠償方法というわけではない。

一方でデメリットとして挙げられる点については、上記のように必ずしも定期金賠償を認める上での難点とはいえず、原告が定期金賠償による救済を望む場合にこれを否定する理由とはなり得ないと考えられる。

もっとも、定期金賠償が合理的と思われる場合においても、必ずしも当事者が定期金賠償を求めることは多くないとされている。その理由は上述のデメリットに対応しており、原告側が一回的な紛争解決を望む場合が多いことや履行確保への懸念が挙げられる。また、賠償額の面からも、一時金賠償と定期金賠償を比較して、一時金賠償によることで結果的に賠償額が高額になることを考慮して、当事者が一時金賠償を望むことも考えられる。これはたとえば介護費用の賠償の場合、介護期間が平均余命で認定されることにより、それ以前に被害者が死亡するときには、一時金による賠償額が定期金賠償の給付金総額を下回る確率は低いと判断することが推察されることが指摘されている⁽¹⁴⁾。

2. 定期金賠償をめぐる学説・裁判例

(1) 定期金賠償論の提唱

日本では一時金賠償の方法によることが一般的であったが、1960年代に実務家を中心として、定期金賠償の必要性が指摘されたことにより、定期金賠償をめぐる議論が展開された⁽¹⁵⁾。

定期金賠償論を主張した倉田卓次は、不法行為によって生じた損害とは既に発生した損害であるとする通説に対して疑問を提起し、将来発生する損害であっても、不法行為との因果関係が肯定できれば、賠償の対象となりうるとして、それまでの民法学者の理論は「請求しうる全ての損害を既発生とみるドグマ」に陥っていたと指摘する⁽¹⁶⁾。その上で、判例実務における逸失利益についての一時金賠償には以下の

ような問題点があることを挙げる。逸失利益算定に当たっては、平均余命表に基づく死亡年齢の推定を根拠とするが、平均余命表は生命保険事業のような多数の事例を対象にした場合にのみ意味を有するのであって、裁判の事実認定に使用される経験則は通常もつとはるかに蓋然性の高いものであり、証明に要求される心証はより高度であるべきであるとして、未来の事象に関する証明軽減の慣行を否定する⁽¹⁷⁾。

ここでは損害の評価はあくまで個別的に行うべきであるとして、一つの解決の方向性として損害賠償の定額化の方向性と認定上の厳格さの回復があるとする⁽¹⁸⁾。しかし、収入ないし扶養額を厳格に認定できたとしても、稼働可能期間の認定に伴う不正確さは否めないことから、平均余命表を用いない「唯一つ」の方策として定期金賠償を提唱するのである⁽¹⁹⁾。

倉田の見解の基礎には、逸失利益はすでに生じた損害ではなく、将来に向かって発生する損害であると把握するという理解があり、かかる理解は逸失利益の相続を否定することにもつながる。負傷者の定期金賠償請求権は当人が死んでしまえば終わりなのであるから、負傷後死亡までに時間的間隔があろうと即死であろうと、相続を生じないことには変わらないからである⁽²⁰⁾。定期金賠償を明文で認めるドイツ民法においては、定期金賠償を受ける要件として当該期間中原告が生存していることが要件となっている (BGB843条2項、760条)。逸失利益は、就労できたはずなのに不法行為のために就労できないことが損害なのであり、死亡したのであれば就労できたとはいえず、そもそも損害が発生しないという考え方が基礎にある。

同じく、損害賠償制度の生活保障的機能を重視する立場から、定期金賠償を望ましいとする見解によれば、逸失利益を既発生 of 損害としてみることは「一時金賠償を認めるための一種の擬制」であるとして、損害の性質から定期金賠償の方式が自然であるとする⁽²¹⁾。この見解では、幼児の逸失利益について数十年先の逸失利益を算定しようとすることは、「一つの大きなフィクションであり個別的な損害算定の名に値

するものではない」として、予測と事実とが一致しなくなったときに賠償額を修正しようとする定期金賠償が物事の性質に適合的であるとしている⁽²²⁾。その後の学説も定期金賠償の合理性は認めており、問題はそれを支える制度をどのように整備するかという点にある⁽²³⁾。

(2) 令和2年判決以前の裁判例の傾向

かつての裁判例においては定期金賠償を否定するものがあり、最高裁判決も、後遺障害による付添看護費用について原告が定期金賠償を求めた事案において「損害賠償請求権者が訴訟上一時金による賠償の支払を求める旨の申立てをしている場合に、定期金による支払を命ずる判決をすることはできないものと解するのが相当である」として、定期金判決を認めなかった原判決を維持する判断を示している⁽²⁴⁾。これに対して、近年の裁判例においては、将来の介護費用について定期金賠償を認める傾向にあるとされている⁽²⁵⁾。

(a) 将来の介護費用

下級審裁判例においては、原告から定期金賠償を求める場合にこれを肯定する判断をするものがみられるが⁽²⁶⁾、中には将来の介護費用については介護の必要な時期等について不確定な要素が多いことを理由に定期金賠償を命じることが相当であると判示するものもある⁽²⁷⁾。

また、原告が一時金賠償を求めた場合であっても、定期金賠償を命じたものがある。たとえば、東京高判平成15年7月29日判時1838号69頁は、「推定余命年数は少ない統計データを基礎にするものであり、現実の余命と異なり得るものであり」、「思わぬ事態の急変もあり得ることなどを考慮すると、概ねの推定年数としても確率の高いものともいい難い」ことを根拠に、一時金賠償によると「賠償額は過多あるいは過少となってかえって当事者間の公平を著しく欠く結果を招く危険がある」として、「余命期間にわたり継続して必要となる介護費用という現実損害の性格に即して、現実の生存期間にわたり定期的に支弁して

賠償する定期金賠償方式を採用することは、それによることが明らかに不相当であるという事情のない限り、合理的であるといえる」として、積極的に定期金方式を採用する方向性を示す。こうした裁判例の中には、「一時金払と定期金払は、単なる支払方法の違いに過ぎない」ことを理由に、処分権主義に反しない旨を判示するものがある⁽²⁸⁾。

こうした裁判例の傾向について、学説も肯定的であり、将来の介護費用の積極的損害としての性格に基づき、定期金方式が妥当であるとする考え方が有力である⁽²⁹⁾。

(b) 逸失利益

これに対して、逸失利益については原告が定期金賠償を求めたときであっても、これを否定する傾向にあった。その理由として挙げられるのが、将来の介護費用と比較した逸失利益の性質である⁽³⁰⁾。後述するように、判例法理によれば、被害者が不法行為とは別原因で死亡した場合に、それ以降の介護費用の賠償は認められないのに対して、逸失利益については死亡時にすでに発生したものとして、死亡後の逸失利益の賠償が認められる。そこで、裁判例においても、両者の相違を考慮して、後遺障害逸失利益について定期金賠償による合理性や必要性が認められないとする⁽³¹⁾。裁判例の中には、死亡逸失利益と後遺障害逸失利益を区別して、後遺障害逸失利益については損害額算定の基礎となった事情が将来変動する可能性があることから定期金賠償を認める余地があるとするものがある⁽³²⁾。

これに対して、死亡による逸失利益について、定期金賠償を認めたものが東京地判平成15年7月24日判時1838号40頁である。同判決は、死亡逸失利益について定期金賠償を採用する実益は乏しいとしつつも、法定利率（当時は5%）と市場利率との乖離が生じていることを踏まえ、「実質的な観点から」定期金賠償を採る意味があるとして、「死亡逸失利益についても、後遺障害逸失利益や将来の介護費用と同様に、被害者が生存していれば将来その利益を得られたであろう時において、損

害が具体化すると観念することが理論的に可能であるし、定期金賠償方式を採る実質的な意味も認められる」と判示する。同判決は酒気帯び運転によって3歳と1歳の幼児が死亡した事案であり、多額の損害賠償が認められた点で特異な事例ということもできるが⁽³³⁾、定期金賠償の対象となるのは将来具体化する損害であり、死亡逸失利益も同様であると解している点が注目される。

こうした裁判例の傾向の中で、最高裁が初めて後遺障害による逸失利益について定期金賠償を認めたのが次の判決である。

3. 最高裁令和2年7月9日判決

(1) 事実関係と判旨

事故当時4歳の者が交通事故により重傷を負い、労働能力を全部喪失したという事案において、被害者側が将来の介護費用および後遺障害による逸失利益について、介護費用については被害者の死亡まで、後遺障害逸失利益については18歳から67歳までに得られるはずの収入額をそれぞれ定期金賠償の方法により支払うことを求めた。

第1審および原審はいずれも定期金賠償を認めたのに対して⁽³⁴⁾、被告側が上告。争点となったのは、後遺障害逸失利益は不法行為の時点ですでに発生しており、定期金賠償の対象とならないのではというものであった。

最高裁は以下の通り判示して、上告を棄却し、後遺障害による逸失利益について定期金賠償の方法によることを認めた。以下、本稿の問題意識との関係で重要な点を挙げる。

① 後遺障害逸失利益の性質

「被害者が事故によって身体傷害を受け、その後に後遺障害が残った場合において、労働能力の全部又は一部の喪失により将来において取得すべき利益を喪失したという損害についても、不法行為の時に発生したものとして、その額を算定した上、一時金による賠償を命ずるこ

とができる。しかし、上記損害は、不法行為の時から相当な時間が経過した後逐次現実化する性質のものであり、その額の算定は、不確定、不確定な要素に関する蓋然性に基づく将来予測や擬制の下に行わざるを得ないものであるから、将来、その算定の基礎となった後遺障害の程度、賃金水準その他の事情に著しい変更が生じ、算定した損害の額と現実化した損害の額との間に大きなかい離が生ずることもあり得る。」

② 後遺障害逸失利益の定期金賠償の可否

「(民訴法117条)の趣旨は、口頭弁論終結前に生じているがその具体化が将来の時間的経過に依存している関係にあるような性質の損害については、実際に即した賠償を実現するために定期金による賠償が認められる場合があることを前提として、そのような賠償を命じた確定判決の基礎となった事情について、口頭弁論終結後に著しい変更が生じた場合には、事後的に上記かい離を是正し、現実化した損害の額に対応した損害賠償額とすることが公平に適うということにあると解される」

「不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補填して、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものであり、また損害の公平な分担を図ることをその理念とするところである。このような目的及び理念に照らすと、交通事故に起因する後遺障害による逸失利益という損害につき、将来において取得すべき利益の喪失が現実化する都度これに対応する時期にその利益に対応する定期金の支払いをさせるとともに、上記かい離が生ずる場合には民訴法117条によりその是正を図ることができるようにすることが相当と認められる場合があるというべきである。」

③ 定期金賠償の終期

逸失利益の算定にあたり、その後に被害者が死亡したとしても、交通事故の時点で、その死亡の原因となる具体的事由が存在し、近い将来における死亡が客観的に予測されていたなどの特段の事情がない限り、同死亡の事実は就労可能期間の算定上考慮すべきものではないとする判例法理を踏まえて、「被害者が事故後に死亡したことにより、賠償義務を負担する者がその義務の全部又は一部を免れ、他方被害者ないしその遺族が事故により生じた損害の填補を受けることができなくなることは、一時金による賠償と定期金による賠償のいずれの方法によるかにかかわらず、衡平の理念に反するというべきである。したがって、上記後遺障害による逸失利益につき定期金による賠償を命ずる場合においても、その後就労可能期間の終期より前に被害者が死亡したからといって、上記特段の事情がない限り、就労可能期間の終期が被害者の死亡時となるものではないと解すべきである。」

(2) 判決の評価

本判決は、後遺障害による逸失利益が不法行為の時点で発生している損害としつつも、これが将来現実化する中で算定した額との乖離が生じることから定期金賠償の妥当性を認める。このような逸失利益の理解を基礎として、仮に被害者が死亡した場合であっても、その後の定期金賠償を認める論理は、本来の定期金賠償論が提唱されるきっかけとなった「できるだけ（損害額算定における）フィクションを排斥して損害額を厳格に認定しようとする見解から乖離して」いることが指摘されている⁽³⁵⁾。従来の裁判例においては定期金賠償の対象となるのは将来具体化する損害であり、そのために不法行為時に発生すると理解される逸失利益については定期金賠償が否定されてきた⁽³⁶⁾。本判決は後遺障害逸失利益の性質について従来最高裁の立場を維持しつつ、それによれば本来定期金賠償の対象とならないはずであったにも関わらず定期金賠償を認めており、本判決によって定期金賠償の定義

自体が追加ないし変容したものという分析も可能である⁽³⁷⁾。しかし、従来の損害の理解をそのままに定期金賠償を認めることは妥当であろうか。そもそも、逸失利益をめぐる従来の議論を改めて検討する余地があるように思われる。

本判決を契機として、死亡による逸失利益の定期金賠償の可否についても議論の余地があるとする見解もあるが⁽³⁸⁾、本判決の論理を前提とする限り、損害の発生および内容の具体化も死亡時であり将来における変動の可能性がないため、定期金賠償の対象となりえないように思われる⁽³⁹⁾。そうであるとする後遺障害による逸失利益と死亡による逸失利益は性質の異なる損害と捉えることになりうるが、この点についても考察する余地があろう。そこで、以下で従来の判例法理における逸失利益の位置づけを再検討することとする。

三 逸失利益の性質

1. 積極損害と消極損害の区別

逸失利益とは、不法行為がなければ得られていたであろう利益であり、積極損害と対比される⁽⁴⁰⁾。被害者が実際に支出した財産的損失である積極的損害と異なり、被害者が具体的にどれだけの額を取得できるかは不法行為の時点では明らかでないため、逸失利益の内容は必然的に高度の蓋然性に基づく仮定的な計算とならざるを得ないことはすでに定期金賠償をめぐる議論で確認した通りである。

とくに損害の理解について差額説（損害金銭説）に立てば、逸失利益は将来の収入の減少を賠償するものであり、将来の時点で被害者が得ていたはずの収入を現在の時点で算定するため、逸失利益は将来発生する損害であり、将来の介護費用と異なることはなく、定期金賠償の対象とすることが合理的のようにもみえる。しかし、判例法理は逸失利益についてこうした理解をしておらず、最高裁令和2年判決でも示す通り、すでに発生した損害と捉えるのである。

(1) 逸失利益に関する「継続説」

逸失利益の性質に関して、最高裁の判断を示したものが最判平成8年4月25日民集50巻5号1221頁である。

交通事故の被害者が入通院による治療の結果、後遺障害を残して症状が固定し、その労働能力喪失率は67%とされた。被害者はリハビリを兼ねて、自宅付近の海で貝を採るなどしていたところ、海中で貝を採っている際、心臓麻痺を起こして死亡した。原告側が後遺障害による損害として、就労可能年数までの逸失利益を求めたのに対して、被告は後遺障害による逸失利益が死亡時まで限定される旨を主張して争った。後遺障害による逸失利益を死亡時まで限定した原審に対して、最高裁は以下の通り判示した（破棄差戻）。

「交通事故の被害者が事故に起因する傷害のために身体的機能の一部を喪失し、労働能力の一部を喪失した場合において、いわゆる逸失利益の算定に当たっては、その後に被害者が死亡したとしても、右交通事故の時点で、その死亡の原因となる具体的自由が存在し、近い将来における死亡が客観的に予測されていたなどの特段の事情がない限り、右死亡の事実は就労可能期間の認定上考慮すべきものではないと解するのが相当である。けだし、労働能力の一部喪失による損害は、交通事故の時に一定の内容のものとして発生しているのであるから、交通事故の後に生じた事由によってその内容に消長を来すものではなく、その逸失利益の額は、交通事故当時における被害者の年齢、職業、健康状態等の個別要素と平均稼働年数、平均余命等に関する統計資料から導かれる就労可能期間に基づいて算定すべきものであって、交通事故の後に被害者が死亡したことは、前記の特段の事情のない限り、就労可能期間の認定に当たって考慮すべきものとはいえないからである⁽⁴¹⁾。」

こうした最高裁の判断は同年の別の判決においてもみられ⁽⁴²⁾、被害者の死亡後も逸失利益の発生が継続するところからこれを「継続説」と称することがある。

(2) 将来の介護費用に関する「切断説」

これに対して、将来の介護費用の賠償に関して、最判平成11年12月20日民集53巻9号2038頁は、交通事故により後遺障害を負い、介護を必要とする状態となった被害者が、損害賠償訴訟の継続中に胃がんで死亡した事案について以下のように判示した⁽⁴³⁾。こうした立場は上記の「継続説」に対して、「切断説」と称される。

「介護費用の賠償は、被害者において現実に支出すべき費用を補てんするものであり、判決において将来の介護費用の支払を命ずるのは、引き続き被害者の介護を必要とする蓋然性が認められるからにほかならない。ところが、被害者が死亡すれば、その時点以降の介護は不要となるのであるから、もはや介護費用の賠償を命ずべき理由はなく、その費用をなお加害者に負担させることは、被害者ないしその遺族に根拠のない利得を与える結果となり、帰って衡平の理念に反することになる」

そして、最判平成8年が判示した「損害は交通事故の時に一定の内容のものとして発生したと観念され、交通事故後に生じた事由によって損害の内容に消長を来さないものとされる」ことについては、本件のように「衡平性の裏づけが欠ける場合まで、このような法的な擬制を及ぼすことが相当でない。」

(3) 判例法理についての検討

介護費用も逸失利益も将来の損害であり、擬制のもとに賠償額が算定されることに着目すれば、被害者の死亡によって将来の介護が不要となり、また収入が得られなくなることが確定したことにより賠償が否定されるとするのが自然であるように思える。とくに損害を被害者の財産状態の差とみる差額説の立場からはこうした理解が馴染みやすい。実際、介護費用に関する最判平成11年についてはその結論が支持されている⁽⁴⁴⁾。

そこで問題となるのは逸失利益について異なる取り扱いをする点である。最判平成8年の論理は損害の理解について労働能力喪失説と親和的であることが指摘されるが⁽⁴⁵⁾、ここでこうした見解に依拠する理由はどこにあるのだろうか。労働能力喪失説は、不法行為の被害者に具体的な収入の減少がないときであっても損害の発生を認める見解であり、人の生命・身体について人間の尊厳などの規範的判断を損害把握の場面で重視することにつながる⁽⁴⁶⁾。すなわち、生命・身体が侵害されているにもかかわらず、財産的な損失がないとして賠償額が算定されないことへの違和感がある。最判平成8年の評釈においても、こうした労働能力喪失説の利点に加えて、かかる見解に立脚することにより、不法行為後の別の事情による損害の減少を排除した、「最小損害」としての賠償を被害者に保証する意味があることが指摘されている⁽⁴⁷⁾。

2. 逸失利益概念に対する問題提起

このように判例法理は、逸失利益をすでに発生した損害とみて、被害者死亡後の期間についても逸失利益の賠償を認めている。ここで、裁判実務においては、「すでに発生した損害」について、現在の収入がある者についてはその収入を基礎として、これに平均余命から推定される稼働可能年数を乗じることで賠償額を算定する。収入がない者についても、基礎となる収入をゼロとせず、平均賃金等に基づき一定の額を割り出している。もっとも、こうした実務については批判も多く、それらは逸失利益の賠償のあり方を考える上で有益である。

(1) 人間を「収益を生み出す機会」とみる批判

逸失利益賠償に対する批判としては、生命の価値が人によって異なりうることへの疑問である。すなわち、逸失利益の具体的算定は不確実な基礎の上に成り立つものであるとして、人の死傷そのものを損害と捉えることを提唱し、その賠償額については人間の平等の理念から、

被害者の収入などとは無関係に定額にすべきことを主張するものである⁽⁴⁸⁾。

損害賠償額の定額化論には個人の多様性を無視することになる批判もあるが、逸失利益の賠償に人間の尊厳の観点を導入したことは、その後の学説にも影響を与えており、逸失利益の賠償が被害者の生活保障機能を有することを考慮すべきであるとする見解や⁽⁴⁹⁾、収入のない者の逸失利益の算定をめぐる議論がその表れである。後者の議論については、たとえば障害児の逸失利益の算定において、被害者の個別性に着目すると損害賠償額が一般的なそれよりも著しく低額になってしまうところから、人間の平等の観点から規範的に賠償額を算定することが主張されている⁽⁵⁰⁾。

こうした議論の流れについて、「人間の個別性と平等性との両立に向けた動き」と称し、評価に値するとしつつも、そもそもこうした個別性と平等性との間の「ジレンマ」が生じるのは、逸失利益概念というものを措定し、それを賠償することが不法行為法の理念に照らして望ましいと考えていることに由来するとした上で、将来に向けた視点から賠償制度の見直しを図る見解が存在する⁽⁵¹⁾。この見解は、ニュー・ジージーランドの事故補償法の概観を通じて、そこに損害賠償法の目的として、被害者にとって維持されるべき生活水準の当否への視点に向けてることを考え、上述のジレンマに対する1つの回答を示す⁽⁵²⁾。

人身損害の定額化論以来、こうした逸失利益概念に関する議論が示唆するのは被害者を不法行為以前の状態に回復するという理念が、生命・身体への侵害の場合においては賠償額の格差や人間を「収益を生み出す機会とみる」批判へとつながる要因となっている点である。そこから、これらの議論は人身損害の被害者の不法行為後の生活保障に目を向け、不法行為以前の収入を基礎とした逸失利益の賠償ではなく、将来維持される生活の水準を重視すべきという主張につながる。

(2) 逸失利益の相続に関する問題

判例法理は、被害者が死亡した場合において、逸失利益の損害賠償請求権は不法行為時にすでに発生したものとみて、この損害賠償請求権が相続されることを認めている。死亡した被害者にいったん死亡による損害賠償請求権が発生し、これが相続人に相続されるという構成である（相続構成とよばれる）。これに対して、民法典の起草者や学説の有力説は死亡による損害賠償請求権の相続を否定して、被害者の遺族の固有の損害賠償のみが発生すると考える（扶養利益構成または固有損害構成とよばれる）⁽⁵³⁾。

判例が採用する相続構成に対しては批判も多い。理論上、死亡により権利能力を喪失した被害者がどうして損害賠償請求権を取得できるか、という問題があるほか、実質的にも、相続を認めることによって、被害者の死亡によって必ずしも損害を被っていない者が相続人であるというだけで被害者の損害賠償請求権を相続することの問題が指摘される（いわゆる「笑う相続人」）。学説の強い批判にもかかわらず、判例の立場は維持されており、不法行為の時点で逸失利益をすでに発生した損害として理解する判例法理とあわせて、逸失利益をめぐる確立した法理となっている⁽⁵⁴⁾。

こうした判例法理を支える実質的根拠のうち、最も大きなものは相続構成のほうが相続を否定する見解よりも賠償額が多くなると考えられた点にあるとされる⁽⁵⁵⁾。相続を否定した場合、被害者自身の逸失利益よりも賠償額は低くなるため、被害者死亡の場合の方が、被害者が負傷した場合よりも賠償額が低くなることへの抵抗があると思われる。

もともと、身体と生命を比べて生命の方が保護の必要性が高いことはその通りであり、生命侵害が重大な不法行為であることは論を俟たない。とはいえ、これによる損害賠償請求権が遺族に相続されることを認めるかは別問題である。被害者の死亡によって実際に損害を被った者について、その後の生活を保障するという観点から見ると、相続構成は真に不法行為法上の救済を必要とする者に対して適切な賠償を

必ずしもなしえていない。判例も、被害者の近親者が扶養利益などの侵害に基づく固有の損害について賠償請求をすることを否定するものではないが、具体的な被害者およびその近親者に対するあるべき賠償を考えると相続構成を維持することは妥当でないように思える。

3. 逸失利益に関する判例法理は維持されるべきか—定期金賠償判決を受けて

以上で概観したように逸失利益概念をめぐる問題点を整理すると以下の通りになる。

逸失利益の算定には様々な擬制が避けられないため、具体的な被害者に望ましい賠償が必ずしも実現できないおそれがある。また、賠償額の格差など、人間の尊厳の観点からも問題が残る。また、逸失利益についての損害賠償請求権の相続についても同様であり、相続構成によって、実際に被害者の死亡によって損害を被った者に適切な賠償がなされない可能性がある。そして、こうした判例法理を支える理論的前提となっているのが、逸失利益は不法行為の時点ですでに発生した損害であるという理解である。

ここで、後遺傷害による逸失利益について定期金賠償を認めた最高裁判決がこのような理解と整合的であるか改めて検討すると、最高裁判決は積極的に示していないものの、これまでの判例法理からの転回につながりうるとも考えられる。

すなわち、逸失利益の把握ないし算定の問題については、できる限り個別の被害者の実態に即した賠償額が算定されるのが望ましいところ、定期金賠償方式を採用することはこうした要請にかなう。定期金賠償をめぐる議論は、逸失利益の賠償に様々な擬制に依拠するものであることを改めて示すことになったのである⁽⁵⁶⁾。また、定期金賠償には生活保障的な機能を有し、また将来の事情の変化に対応することが可能である点は、将来に向けて被害者をあるべき状態に置くというアプローチに通じる。また、本来、定期金賠償は「将来発生する損害」

についての賠償方法であることを鑑みると、逸失利益を「すでに発生した損害」とする理解との関係が問題になる。

逸失利益の相続に関する議論に関しても、定期金賠償を認めることによって、死亡後の逸失利益の賠償を認めることの問題点が改めて顕在化する。令和2年判決の意見が述べるように、被害者死亡後もその者の逸失利益について定期金賠償が継続することは違和感を禁じ得ないからである⁽⁵⁷⁾。ここでも、逸失利益を将来の損害と把握することで、実際に被害者が死亡した後は逸失利益についての賠償を否定するという方向性も考えられる。

今後、実際に定期金賠償が定着するかは不明であると言わざるを得ないが、後遺障害による逸失利益について定期金賠償を採用することで、これまで一時金賠償による場合に、擬制（フィクション）のもとに基礎づけられていた損害の評価からの転回を図ることができるのではないだろうか。これまでの裁判例は後遺障害による逸失利益という損害の性質を鑑みて、定期金賠償を否定してきた。これまでの検討を通じて、確かに従来逸失利益に対する理解と定期金賠償は相いれないようにも思われる。こうした中で、最高裁があえて後遺障害による逸失利益について定期金賠償を認めたことは、（たとえ積極的に従来理解を変更する意図を示していないとしても）これまで学説が主張してきた逸失利益の望ましい賠償のあり方を検討することにつながると考えられる。

四 結びに代えて

最高裁令和2年判決がいうように、不法行為の目的は「被害者が被った不利益を補填して、不法行為がなかったときの状態に回復させること」にあり、不法行為の理念は「損害の公平な分担を図ること」である。もっとも、人身損害のように生命・身体という代替性のないものが侵害された場合には、不法行為前の状態に回復させることは現実的には不可能であり、不法行為後の被害者をどのような状態に置く

かを考慮するほかない。こうした問題点は、逸失利益をめぐるこれまでの議論においても意識されていたと思われるが、一時金賠償のもとでは十分に解消されることがなかった。しかし、将来に目を向けた賠償方法である定期金賠償の可否を検討することにより、従来の逸失利益の理解およびそれに基づく実務を克服し、人身損害の被害者に対して、人格の尊重の観点からあるべき救済を志向することが検討されるべきであろう。

- (1) 議論状況を概観するものとして、窪田充見編『新注積民法 (15)』907頁～910頁 [窪田充見] (有斐閣・2017年)。
- (2) 大塚直編『新注積民法 (16)』398頁 [大塚直] (有斐閣・2022年)。
- (3) 白石史子「定期金賠償の諸問題」森富義明、村主隆行編著『交通関係訴訟の実務』278頁 (商事法務・2016年)、法務省民事局参事官室編「一問一答民事訴訟法」131頁 (商事法務研究会・1996年)。もっとも、後述するように、裁判例の中には「定期金賠償」をこうした厳密な意味で用いているとは言えないものもある。
- (4) 大塚・前掲注(2)。期間が確定しない場合には賠償金総額も未確定となる
- (5) ドイツ民法は定期金賠償について明文規定を有しており、人身損害の場合に定期金賠償を原則としている。ドイツ法の概要については、金丸義衡「定期金による逸失利益賠償」甲南法学61巻1・2・3・4号32頁 (2021年)。ドイツ法においては、定期金賠償という性質上、その終期が被害者の死亡となる点など、日本法と異なる点に留意する必要がある、ドイツ法における定期金賠償を直ちに日本法に導入できるものではないとする。
- (6) 介護費用賠償において一時金賠償の方式を採用すると、事実審口頭弁論終結前に被害者が死亡した場合には損害賠償が否定されるのに対して、その後に死亡した場合には死亡の事実が考慮されないため、賠償額が大きく異なることがあるが、定期金賠償によればこうした偶然の事情による大きな差は生じない。
- (7) 統計的に植物状態の患者の余命は通常平均余命よりも短いとされる。吉本智信「脳損傷による寝たきり者の生存余命の推定」判タ1088号91頁 (2002年)。裁判例においては、植物状態にある者について通常人の平均余命よりも短く認定する裁判例もあったが、現在は平均余命まで生存するという認定が確立しているとされている。大島眞一「重度後遺障害事案における将来の介護費用——一時金賠償から定期金賠償へ——」判タ1169号77頁 (2005年)

- (8) これに加えて、定期金賠償は、被告にとっても不要な損害賠償額を支払う必要がないという利点も指摘される。越山和広「定期金賠償と新民事訴訟法117条の変更の訴えについて」近大法学45巻2号89頁(1998年)。
- (9) もっとも、浪費等の防止は成年後見制度の活用など他の方法によっても可能であり、生活保障機能の面で必ずしも優れているとはいえないとも考えられる。白石・前掲注(3)288頁。
- (10) 大島・前掲注(7)79頁。
- (11) 周知のとおり、民法改正前の最高裁判決(最判平成17年6月14日民集59巻5号983頁)において、法定利率(5%)と市場金利との間に差異があることを認めつつ、法的安定や統一的処理の観点から中間利息の控除割合は民事法定利率によるとされている。
- (12) 履行確保のリスクは確かにあるが、原告側がこのリスクを認識した上で、定期金賠償を求めているのであれば、かかる請求を否定する根拠とはなり得ないと思われる。窪田充見「後遺障害による逸失利益の定期金賠償—最一判令和2・7・9をめぐって」NBL1182号7頁(2020年)。
- (13) 浦川道太郎「一時金賠償と定期金賠償」伊藤文夫編集代表『人身損害賠償法の理論と実際』314頁(保険毎日新聞社・2018年)。
- (14) 白石・前掲注(3)290頁。介護費用についての控えめな認定や中間利息の控除も考慮すると、賠償額の面からどちらが被害者にとって有利とはいえない。
- (15) 高橋真「定期金賠償」ジュリ1126号246頁以下(1998年)。
- (16) 倉田卓次「定期金賠償試論」判タ179号19頁(1965年)。
- (17) 倉田・前掲注(16)21頁。これによる問題が顕在化する例として、幼児被害者の例を挙げる。
- (18) 別の解決策として賠償額の定型化理論としての西原理論をあげ「法制度一般の問題としては理解しつつも」民事訴訟の問題としては賛同できないとして、定期金賠償によるほかないとする。
- (19) 倉田・前掲注(16)22頁。
- (20) 倉田・前掲注(16)23頁。
- (21) 楠本安雄『人身損害賠償論』193頁(日本評論社・1984年)。
- (22) 楠本・前掲注(20)198頁。
- (23) 円谷峻『不法行為法』122頁(成文堂・2005年)。
- (24) 最判昭和62年2月6日判時1232号100頁。同判決は、当事者が一時金賠償を求めた場合に定期金賠償が認められないと判示しており、これとは逆に、当事者申立てが定期金賠償を求める場合にはこれが認められると解される。瀬戸正義・ジュリ890号56頁(1987年)、野田殷稔・判タ677号126頁(1988年)。
- (25) 交通事故に関する裁判例について、藤村和夫『判例総合解説 交通事故Ⅱ損害論』221頁(信山社・2017年)。

- (26) 大阪地判平成5年2月22日判タ834号161頁、大阪地判16年1月21日判時1907号85頁など。神戸地判平成16年12月20日交通民集37巻6号1683頁は、原告が定期金賠償を求めるときは、特段の事情がない限りこれを認めるのが相当であると判示する。
- (27) 東京地判平成15年10月7日判時1844号80頁。
- (28) 東京地判平成14年10月11日判タ1386号265頁、同控訴審である東京高判平25年3月14日判タ1392号203頁。
- (29) 藤村・前掲(25)227頁、大塚直「後遺障害逸失利益についての定期金賠償の可否とその終期—最判令和2・7・9民集74巻4号1204頁について—」新美育文・浦川道太郎・畑中久彌編『不法行為法研究2』253頁(成文堂・2020年)。
- (30) 藤村・前掲注(25)233頁以下。
- (31) 東京地判平成18年3月2日判時1960号53頁。本判決の場合には、後遺障害の内容および程度に照らして、将来の介護費用と一体のものとして定期金賠償を認め得る場合でないこと、原告が症状固定後15年間のみについて定期金による支払いを求め、その後については一時金による支払いを求めているがその合理的理由が明らかでないこと、および飛被告が定期金による支払いを求めていることが総合考慮されている。
- (32) 名古屋地判平成19年7月31日交通民集40巻4号1064頁。
- (33) 藤村・前掲注(25)233頁。
- (34) 札幌地判平成29年6月23日民集74巻4号1254頁、札幌高判平成30年6月29日民集74巻4号1281頁。原審は、後遺障害逸失利益については、将来の事情変更の可能性が比較的高いものと考えられることや、被害者側が定期金賠償によることを強く求めていることが、これは後遺障害や賃金水準の変化への対応可能性といった定期金賠償の特質を踏まえた正当な理由によるものであると理解することができることを理由として挙げる。原審についての評釈として、高橋眞・リマークス60号55頁(2020年)。
- (35) 大塚・前掲注(29)248頁。
- (36) 窪田充見「定期金賠償の課題と役割」ジュリ1403号56頁(2010年)。
- (37) 大塚・前掲(29)256頁。
- (38) 藤村和夫・判評752号19頁(2021年)。
- (39) 不法行為に基づく損害賠償債務の遅延損害金について民法405条の適用を否定して、組入重利を否定した最判令和4年1月18日判タ1496号84頁の検討において、死亡逸失利益について一時金賠償しか認めないとすると、遅延損害金が単利で計算されることと中間利息控除が複利で計算されるアンバランスが被害者側に意識されることが指摘されている。原田昌和「不法行為に基づく損害賠償債務の遅延損害金と民法405条、中間利息控除—最高裁令和4年1月18日判決」ジュリ1574号94頁(2022年)。
- (40) 積極的損害と消極的損害は、それぞれローマ法以来の *damnum*

emergens および *lucrum cessans* に由来する伝統的概念である。山口成樹「人身損害賠償と逸失利益（総論）」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座 6 損害と保険』139頁（日本評論社・1998年）。

- (41) これに加えて、事故の被害者が別原因で死亡したことにより加害者が賠償義務を免れることが「衡平の理念に反すること」も理由として挙げられている。
- (42) 最判平成8年5月31日民集50巻6号1313頁（交通事故の被害者がその後第二の交通事故により死亡した場合）。
- (43) 原審は逸失利益および将来の介護費用について、被害者の死亡の事実を考慮せず、賠償を認めた。
- (44) 松原哲・判例評論499号192頁、前田陽一・判タ1031号65頁など。また、山田卓生・リマークス22号69頁（2001年）は、事後的な事情を斟酌するためには定期金方式をとり、民訴法117条に基づく変更判決によることになるとする。
- (45) 前田陽一『債権各論Ⅱ 不法行為法 [第3版]』89頁（弘文堂・2017年）。窪田充見『不法行為法 [第2版]』409頁（有斐閣・2020年）。
- (46) 吉村良一『不法行為法 [第6版]』98頁（有斐閣・2022年）。
- (47) 檜見由美子・民商法雑誌116巻3号461頁（1997年）。
- (48) 西原道雄「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法27号107頁以下（1965年）。
- (49) 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』133頁（有斐閣・1984年）。逸失利益の算定の際、平均賃金までは具体的な立証なしに損害の発生を認めることを主張する。
- (50) この問題については、吉村良一『市民法と不法行為法の理論』344頁以下（日本評論社・2016年）。裁判例においても、青森地判平成21年12月25日判時2074号113頁が養護学校の生徒（16歳）が死亡した事例について、全労働者の平均賃金額を基礎収入とすることは否定しつつ、「知的障害者雇用に関する社会条件の変化」を踏まえて、最低賃金を基礎収入として算定しており注目される。」
- (51) 水野謙「逸失利益概念に対する一つの疑問」ジュリ1403号49頁（2010年）。回顧的（retrospective）な視点からの損害賠償の問題へのアプローチではなく、将来に向けた（prospective）視点の重要性を強調するものとして位置づける。
- (52) 水野・前掲注(51)52頁。ただし、ニュー・ジーランドのシステムは、将来への補償が被害者の社会生活への復帰への援助などと組み合わせられているものであり、加害者に原則として金銭賠償のみを命ずる日本の法制度とは異なっており、こうしたアプローチを日本法へ導入するためにはいくつかの課題があるとしている。
- (53) この問題について、近時の動向を踏まえて議論状況を整理するものと

- して、窪田充見「人身損害賠償における相続構成について」立命館法学 363・364号166頁以下（2015年）。
- (54) 逸失利益を含む損害賠償請求権の相続を認める日本の判例法理は、「比較法的にも特殊な損害賠償実務」であるとされる。窪田・前掲注(12) 9頁。
- (55) 吉村・前掲注(46)143頁。このほかに賠償額の算定の容易さや損害賠償請求権者の範囲が明確になる点が挙げられる。
- (56) 窪田充見「逸失利益の定期金賠償についての覚書」神戸法学雑誌68巻4号（2019年）。
- (57) こうした違和感を前提に、小池裕裁判官は被害者の死亡によりその後の期間について後遺障害等の変動可能性がなくなったことは損害額の算定の基礎に関わる著しい事情の変更があったものと解して民訴法117条の適用ないし類推適用により、定期金賠償を一時金賠償に変更する訴えを提起する方法も検討に値するとしている。

EC の利用規約における不明確条項

帷 子 翔 太

第1 はじめに

1 インターネット等を利用した電子商取引

- (1) 2021年の日本国内の消費者向け電子商取引市場規模は、20.7兆円（前年19.3兆円、前々年19.4兆円、前年比7.35%増）に拡大しており、また、2020年の日本国内の企業間電子商取引市場規模は372.7兆円（前年334.9兆円、前々年353.0兆円、前年比11.3%増）に増加している⁽¹⁾。インターネット等を利用した電子商取引（以下、インターネットを利用して、契約の締結や受発注がコンピュータネットワークシステム上で行われる取引を指して「EC」といい、消費者と企業との取引を「B to C-EC」、企業間の取引を「B to B-EC」という。）は、市場規模を大きくしている状況にある。

ECも取引の一形態である以上、取引を規律する法令が当然に適用される。一方で、インターネットその他のコンピュータネットワークを利用して行われるという特性から、具体的場面において、法令がどのように適用されるのかどうかが必ずしも明確でない場合がある。現在では、インターネットショッピングモール等において商品の売買を目的とする取引のみならず、ソーシャルゲーム、オンラインゲーム等のゲーム、スマートフォン用アプリの提供・販売等オンラインで完結する取引も行われるようになっている。さらに、今後は、新たなビジネスモデルの下での取引が更に展開していくことも

予想されている。

- (2) このようなビジネス形態の変容に伴い、それぞれの取引の成立から完了までのプロセスが対面取引と比較して複雑化してきた。ECでは、商品やサービスを提供する取引を行う事業者によって、ウェブサイト上などに、利用規約等の名称で取引条件（以下「利用規約」という。）が明示されるなどして事前に準備され、それを相手方が交渉を行うことなく一方的に受け入れて契約を成立させたうえで、商品・サービスの提供を受けることが多い。このような取引形態は、大量の取引を迅速に行うことを可能にするので、事業者側にも、商品・サービスの提供を受ける側にも、利益となり得る。他方で、EC（特にB to C-EC）においては、通常、利用規約の内容について、当事者間で交渉等がされることなく画一的に取引が行われ、また、非対面取引であり、口頭での説明等も予定されていない。そのため、契約内容を決するものは利用規約の条項のみとなり、利用規約の内容及び各条項が重要となる。

なお、上記のとおり、利用規約は、保険、銀行取引、クレジットカード取引及び公共交通機関の利用等と同様に、大量の取引に用いるために予め定式化された契約条項の総体⁽²⁾として、「約款」の1つといえる。

- (3) このようなECの特性上、利用規約は、汎用的に利用できるように、ある程度、抽象的にならざるを得ない。また、サービスを利用する側が、事業者の意図と異なって当該サービスを利用するなど、一定の不正な行為等を行うことが予想されるが、これらをすべて事前に網羅した利用規約を作成することは現実的ではなく、ある程度抽象的な条項を設ける必要性を否定することはできないという実情がある。

2 利用規約の不明確条項

- (1) 利用規約の条項が、ある程度抽象的とならざるを得ないことから、その内容や解釈を巡って、紛争となる場合がある。

最近の例では、東京高判令和2年11月5日 LEX/DB 文献番号25566893（以下「令和2年判決」という。）が挙げられる⁽³⁾。令和2年判決は、適格消費者団体である原告（被控訴人）が、被告（控訴人）に対し、被告が運営するポータルサイト「モバゲー」のサービス利用規約に関するモバゲー会員規約7条3項及び12条4項が消費者契約法83条1項に規定する消費者契約の条項に該当するとして、同法12条3項に基づき、当該条項を含む契約の申込または承諾の意思表示の停止並びにそのための事務の差止を求めた事案である。問題となったモバゲー会員規約は、次のとおりである（下線は筆者）。

7条（モバゲー会員規約の違反等について）

- 1項 モバゲー会員が以下の各号に該当した場合、当社は、当社の定める期間、本サービスの利用を認めないこと、又は、モバゲー会員の会員資格を取り消すことができるものとします。ただし、この場合も当社が受領した料金を返還しません。
- a 会員登録申込みの際の個人情報登録、及びモバゲー会員となった後の個人情報変更において、その内容に虚偽や不正があった場合、または重複した会員登録があった場合
 - b 本サービスを利用せずに1年以上が経過した場合
 - c 他のモバゲー会員に不当に迷惑をかけたと当社が判断した場合
 - d 本規約及び個別規約に違反した場合
 - e その他、モバゲー会員として不適切であると当社が判断した場合
- 2項 省略
- 3項 当社の措置によりモバゲー会員に損害が生じても、当社は、一切損害を賠償しません。

12条（当社の責任）

- 1項ないし3項 省略
- 4項 本規約において当社の責任について規定していない場合で、当社の責めに帰すべき事由によりモバゲー会員に損害が生じた場合、当社は、1万円を上限として賠償します。

なお、モバゲー側は、控訴審において、次のとおり規約を一部変更している（下線は筆者）。

7条（モバゲー会員規約の違反等について）

- c 他のモバゲー会員に不当に迷惑をかけたと当社が合理的に判断した場合
- e その他、モバゲー会員として不適切であると当社が合理的に判断した場合

最終的に主要な問題（争点）となったモバゲー会員規約の条項は、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号、同条3項並びに12条4項である。すなわち、モバゲー会員規約7条3項が消費者契約法8条1項1号及び3号に違反する免責条項に該当するかどうかという問題点とともに、その前提として、モバゲー会員規約7条1項c号及びe号の解釈が問題となったものである。

結論として、第一審及び控訴審いずれも、上記問題となった各条項の不明確性を指摘し、モバゲー側に有利となるような限定解釈等は行わず、事業者側の免責を定めるものとして、消費者契約法8条1項1号及び3号に違反すると判断している。

モバゲーのように、抽象的な条項を策定したところ、当該条項の不明確さを理由に、結果として全部免責条項として消費者契約法に違反すると判断された場合、当該サービスを利用するユーザー及び事業者側への影響は大きく、事業者側は、民法に従って規約の変更等を余儀なくされる。利用規約を変更するといっても、ECの特性等から、抽象的な内容を一切排除することは現実的ではない。抽象的ではあっても、不明確さをできるだけ残さない条項が求められ、他方で、事業者側からすれば、民法の任意規定を補完・修正し、事業者側にとって適切（有利）な内容となるような条項を検討する必要がある。しかし、事前に、当該抽象的な条項がどのように解釈されるのかどうか、また複数解釈の余地があるのであれば、その可能性を踏まえた上で変更を行わなければ、変更後の規約が違法と判断されてしまうリスクや、本当に事業者側にとって適切（有利）な内容となっているのかどうか判然としないまま変更することになってしまう。新規のオンラインサービス立ち上げにあたって、利用契約を

作成する場合も同様であり、作成しようとしている利用規約がどのように解釈されるのか、事業者側にとって不利益に解釈されて、違法又は不当な条項と評価されてしまう可能性はないのかどうか等の検討をしなければ、後に生ずるリスクの分析ができない。利用規約を始めとした約款の解釈は、約款の内容の公正さを担保するための手法の1つとしても挙げられており⁽⁴⁾、解釈次第により、不当条項(民法548条の2第2項)とされてしまったり、消費者契約法に違反するとされてしまう可能性もある。

では、抽象的な内容を一切排除することが困難である中で、どのような条項を設ければ(どのような条項に変更等をすれば)、不明確さを理由に違法との評価を免れることができるのであろうか。また、利用規約が民法548条の2以下に定められる「定型約款」に該当し、不当条項となった場合には、令和2年判決と異なり、そもそも契約内容とならないこととなるが(民法548条の2第2項)、こうした事態を避けながらも、ECの特性等を踏まえた一定程度抽象的な条項が許容されるのは、どのような条項なのであろうか。

本稿では、このような問題意識のもと、また、2017年の民法改正によって定款約款に関する規定が新設されたが定型約款に関する解釈基準等に関する規定は設けられていないこと等も踏まえて、ECにおける利用規約がどのように解釈されるのか、解釈の方法等について検討し、ECにおける利用契約の在り方等について検討を加える。

(2) 本稿では、概要、以下の手順で検討を行う。

- ① ECの利用規約に適用される法令として、民法の規定(民法548条の2)を取り上げる。
- ② ECの利用規約に限られず、約款一般に関して、従来の解釈方法及びこれまで判例若しくは裁判例に現れた約款の解釈方法を取り上げる。
- ③ ①及び②を素材として、各解釈方法が、ECの利用規約の解釈方法としても用いることができるのか等について検討し、ECの利用

規約の在り方等について検討を加える。

なお、検討にあたっては、不当条項規制（民法548条の2第2項）に関し、「定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念」をどのように考慮するのか等について言及するものではなく⁽⁵⁾、主に、後述する約款の解釈方法である客観的解釈に関して検討を加えて、その中で、法律や一般法理との整合性等を踏まえた解釈について言及することとし、不明確条項解釈準則（作成者不利の原則）については、現在の問題意識や利用規約の解釈における位置づけ等を言及するにとどめる。また、約款の解釈に関しては、多数の学説があるところ⁽⁶⁾、本稿は、約款の解釈方法一般を検討するのではなく、従来の解釈方法、判例及び裁判例に現れた解釈方法を参考に、ECの利用契約の解釈方法やその在り方等について検討を試みるものである。

第2 利用規約の定型約款該当性等

1 定型約款及び定型取引

まず、定型約款というためには、定型取引に用いられるものである必要があり、定型取引とは、①ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であること、②その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的であるものをいう（民法548条の2第1項柱書かっこ書）。次に、③このような定型取引において、契約内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体が、定型約款である（民法548条の2第1項柱書）。

定型取引の要件のうち、①ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引という要件は、ある取引主体が取引の相手方の個性を重視せずに多数の取引を行うような場面を抽出するための要件とされる。当該要件は、契約の相手方の個性が重視される取引においては、相手方の実情に応じた契約締結の可否や契約内容の決定がされるため、

定型約款を規律する取引の対象にする必要性が乏しく、こうした契約の相手方の個性が重視される取引を除外する趣旨であるとされる⁽⁷⁾。

②「(取引の) 内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」という要件は、特別な規定を設けて取引の安定を図るとしても、定型約款を細部までは認識していない者を拘束することが許容されるのは、定型約款を利用しようとする定型約款準備者だけでなくその相手方(顧客)にとっても取引の内容が画一的であることが合理的であると客観的に評価することができる場合に限られることから、そのことを要件とするものとされる⁽⁸⁾。

定型取引に当たると考えられる例としては、WEB上にファイル保存・共有できるように設計されたサービス(クラウドストレージ)の利用、インターネットショッピングモールの出店者・出品者が販売している商品の購入、簡単な手続で登録すれば会員になれる会員限定サイトで提供されている商品・サービスの購入・利用等が挙げられる⁽⁹⁾。

2 定型約款の組入れ

事業者の準備した利用規約について、取引の際にその内容を相手方が認識していなくとも、その利用規約が、定型約款とされて、また、定型取引においてを行うことの合意をした者は、定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき、又は定型約款を準備した者(定型約款準備者)があらかじめ定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき、定型約款の個別の条項についても合意したものとみなされ、契約に組み入れられる(民法548条の2第1項)。ただし、民法第548条の2第2項によれば、定型約款に含まれる条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、信義則に反して相手方の利益を一方的に害する条項は、合意をしなかったものとみなされる。

第3 約款の解釈方法及び約款の解釈が問題となった判例、 裁判例

1 客観的解釈

- (1) 約款の解釈一般について、当該約款が予定する顧客圏に属する平均的顧客の合理的理解可能性を基準として、客観的かつ統一的に解釈されるべきであり、通常の契約と異なり、個々の具体的な事情は考慮されるべきではないとの考え方があり、客観的解釈の原則、画一的解釈の原則などと呼ばれる⁽¹⁰⁾。

最判平成15年2月28日集民209号143頁は、個々の顧客の合理的意思を探求するのではなく、顧客一般についての通常の意味をもとに解釈するという視点を示したものと評されている⁽¹¹⁾。最判平成15年2月28日は、宝石販売会社の代表者がホテルのベルボーイに預けた宝石の入ったバッグが盗難された事案において、宿泊約款の免責条項（「宿泊客が当ホテル内にお持込みになった物品又は現金並びに貴重品であって、フロントにお預けにならなかったものについて、当ホテルの故意又は過失により滅失、毀損等の損害が生じたときは、当ホテルは、その損害を賠償します。ただし、宿泊客からあらかじめ種類及び価額の明告のなかったものについては、15万円を限度として当ホテルはその損害を賠償します。」）が、ホテル側に故意または重大な過失がある場合にも適用されるかが問題となった事案である。最高裁は、「宿泊客が、本件ホテルに持ち込みフロントに預けなかった物品、現金及び貴重品について、ホテル側にその種類及び価額の明告をしなかった場合には、ホテル側が物品等の種類及び価額に応じた注意を払うことを期待するのが酷であり、かつ、時として損害賠償額が巨額に上ることがあり得ることなどを考慮して設けられたものと解され」、その「趣旨にかんがみても、ホテル側に故意又は重大な過失がある場合に」ホテル側の「損害賠償義務の範囲が制限されるとすることは、著しく衡平を害するものであって、当事者の通常の意味に合致しないというべきであ」

り、「ホテル側に故意又は重大な過失がある場合には適用されないと解するのが相当である。」と判示して、ホテル側の免責を否定した。

最判平成15年2月28日は、客が持ち込んだ高価品についてその種類及び価額の明告がない場合にはそれに応じて払うべき注意を期待するのは酷であり、また損害賠償額の負担の点を考慮したものであると解したとしても、ホテル側に故意又は重大な過失がある場合にまで免責するものではないと判断し、そう解する理由を両当事者間の衡平並びに当事者の通常の意味に求めている⁽¹²⁾。同様の例としては、最判平成10年4月30日判時1646号162頁が挙げられる。宅配便約款における責任制限条項が問題となった事例であるところ、責任限度額の定めは不法行為責任に基づく責任についても適用されるものと解するのが当事者の合理的な意思に合致するとしている⁽¹³⁾。

- (2) 客観的解釈の原則の考え方は、約款の解釈が、時と場合により、また相手方の違いにより異なるということでは、利害関係が同一であるべき多数の相手方を不平等に待遇することになってしまうこと⁽¹⁴⁾、約款は当事者間で交渉がされないため、個別の契約当事者の合理的意思をもとに解釈するのではなくすべての契約に対して統一的な解釈をすべきであること⁽¹⁵⁾等を根拠としているとされる。

最判平成15年2月28日及び最判平成10年4月30日が「当事者の通常の意味」、「当事者の合理的意思」に言及していることからすれば、客観的解釈の原則は、判例においても、一定程度考慮されているものと考えられる。

2 法律文言及び一般法理との整合性等を踏まえた解釈

- (1) 最判平成18年6月1日民集60巻5号1887頁は、原告の車両が海中に水没した事案において、水没による事故の発生が原告の意思に基づかないことにつき原告に立証責任があるか、故意による事故であることにつき保険会社に立証責任があるかが問題となり、その前提として、保険約款に定める「衝突、接触、墜落、転覆、物の飛来、物の落下、火災、爆発、盗難、台風、こう水、高潮その他偶然な事

故」のうち、「偶然な事故」という抽象的な条項を、どのように解釈すべきかが問題となった事案である。

最判平成18年6月1日は、保険会社が、「偶然な事故」とは被保険者の意思に基づかない事故をいうと主張したのに対し、「『衝突、接触、墜落、転覆、物の飛来、物の落下、火災、爆発、盗難、台風、こう水、高潮その他偶然な事故』を保険事故として規定しているが、これは、保険契約成立時に発生するかどうか不確定な事故をすべて保険事故とすることを分かりやすく例示して明らかにしたもので、商法629条（筆者注：平成20年改正前のもの）にいう『偶然ナル一定ノ事故』を本件保険契約に即して規定したものである」とし、「『偶然な事故』を、商法の上記規定にいう『偶然ナル』事故とは異なり、保険事故の発生時において事故が被保険者の意思に基づかないこと（保険事故の偶発性）をいうものと解することはできない。」とし、「車両の水没が保険事故に該当するとして本件条項に基づいて車両保険金の支払を請求する者は、事故の発生が被保険者の意思に基づかないものであることについて主張、立証すべき責任を負わない。」と判断した。

最判平成18年6月1日は、保険約款にある規定の文言を、同一文言を用いている法令を手掛かりに、法律の規定と同一と解釈したものである。

なお、同様に、保険約款上の「法令により定められた運転資格」を「原則として道交法等の解釈と同一に解釈する」としたものがある（東京地判平成7年2月23日判時1559号86頁）。

- (2) 東京高判平成30年11月28日判時2425号20頁は、令和2年判決と同様、差止請求の事案で、「当社は、この約款を変更することがあります。」との条項に関し、消費者契約法10条該当性が争われたものである。東京高裁は、次のとおり判示している。

「約款の性格、裁判例の存在、改正民法の定めによれば、本件各契約の内容となっている約款については、本件変更条項の有無にかか

ならず、必要に応じて合理的な範囲において約款が変更されることは契約上予定されており、少なくとも『当事者の個別の同意がなくても約款を変更できる場合がある』という限度では、約款法理は確立しているものと認めるのが相当である。」「どのような場合に約款変更が認められるかは、諸々の見解があり、具体的場面に応じて個別に検討していくほかないが、現時点では、改正民法の定めが参考となり、契約の目的、変更の必要性、変更後の内容の相当性、定型約款を変更することがある旨の定めの有無等に照らして、合理的なものであるか否かを検討する必要があるものと解される。したがって、本件変更条項の有無にかかわらず、本件各契約約款は、一定の合理的な範囲で変更できると解するのが相当である。」「本来、本件変更条項が存在するか否かにかかわらず、本件約款は一定の合理的な範囲で変更できると解するのが相当であること、本件変更条項は、一定の合理的な範囲においてのみ変更が許される趣旨と限定的に解釈すべきであることに照らせば、本件変更条項によって、消費者の利益が一方的に害されるとは認められない。」

東京高判平成30年11月28日は、不明確な条項であっても、確立している一般法理を踏まえて、限定解釈を行っている。また、令和2年判決の第一審も、東京高判平成30年11月28日につき、「当該裁判例は、『当社は、この約款を変更することがあります。この場合には、料金その他の提供条件は、変更後の約款によります。』との条項につき、約款の変更は一定の合理的な範囲においてのみ許されるという一般的な法理が存在することを前提として、上記の条項がその法理と同旨のものと解釈することができるとしたものにすぎず、差止請求の対象とされた条項の文言から読み取ることができる意味内容が著しく明確性を欠く場合一般について判示したものではないと解される。」と判示し、一般法理が存在する場合の限定解釈の余地を残しているように見受けられる。

東京高判平成30年11月28日には批判もあるところであるが⁽¹⁶⁾、約

款の変更のように一定の一般法理が存在している場合において、これに沿った（限定）解釈をする場合の一事例に位置付けることができると思われる。

3 不明確条項解釈準則（作成者不利の原則）

- (1) 不明確条項解釈準則とは、契約で用いられた文言について複数の解釈可能性が残るためにその解釈に疑いがある場合には、その契約文言を作成または使用した当事者に不利に解釈されなければならないという準則である⁽¹⁷⁾。ここには、契約文言を使用する者は複数の解釈可能性を残すことのないように明確に表現すべきであったのに、そうしなかった以上、解釈上の曖昧さを残したことの責めを負うべきであるとの考慮が込められており、それと同時に、この準則は、契約の文言が不明瞭だからといって直ちに当該契約が不成立または無効だと考えるのではなく、複数の解釈可能性の1つを選択することによって契約内容を確定すべきであるとの考慮も基礎に据えているとされる⁽¹⁸⁾。また、約款は約款準備者が一方的に作成したものであるため、約款の内容があいまいで、いかなる方法によっても解釈することができない場合には、このあいまいな規定を作成した約款準備者の不利に解釈すべきであるという考え方とされる⁽¹⁹⁾。
- (2) 不明確条項解釈準則の考え方をういたとされる裁判例として、秋田地判平成9年3月18日判夕971号224頁がある。秋田地判平成9年3月18日は、原告が、被告である損害保険会社との間で、店舗総合保険契約を締結し、当該店舗総合保険普通保険約款には、「台風、せん風、暴風雨等の風災（こう水、高潮等を除きます。）、ひょう災、または豪雪なだれ等の雪災（融雪こう水を除きます。）によって保険の目的が損害を受け、その損害の額が20万円以上となった場合には、その損害に対して、保険金を支払います。」と規定されていたところ、大雪が降り、原告の鶏舎が雪の重みで潰れたため、原告は保険金を請求したが、保険会社は、約款にいう「雪災」とは台風・暴風雨、なだれに相当する規模のものを指すとして保険金の支払を拒んだとい

う事案であり、「一般に普通契約約款の作成にあたって、相手方が関与することはなく、相手方の意向が約款に反映されることはないから、約款の不明瞭な部分に関しては、作成者にその危険を負わせ、約款の作成者に不利に、相手方に有利に解釈されるべきである。」と判示している。また、作成者側の対応について「『雪災』の意味については、店舗総合保険普通保険約款及びパンフレットにその説明はなく、被告もこれといった明確なものを持ち合せておらず、実際に保険の勧誘及び契約を行う損害保険代理店にもその説明を行っていなかったこと、原告も、本件保険契約締結にあたって、損害保険代理店であるP有限会社のQから雪で鶏舎が潰れたら保険金が支払われる程度の説明を受けただけであることが認められる。」と判示し、不明確さ及び説明不足等について言及している。

- (3) 最判平成13年4月20日民集55巻3号682頁は、被保険者が死亡した場合の保険金請求において、自殺であることの立証責任を保険会社が負うのか、偶発的な事故であることの立証責任を請求者側が負うのかどうか争点となった事案であるところ、その補足意見において、不明確条項解釈準則（作成者不利の原則）に言及していると評されている⁽²⁰⁾。

すなわち、亀山継夫裁判官は、補足意見として、「本件約款の合理的解釈としては、法廷意見のいうとおり、保険金請求者の側において偶発的な事故であることの主張立証責任を負うべきものと解するのが相当である。しかしながら、本件約款が、保険契約と保険事故一般に関する知識と経験において圧倒的に優位に立つ保険者側において一方的に作成された上、保険契約者側に提供される性質のものであることを考えると、約款の解釈に疑義がある場合には、作成者の責任を重視して解釈する方が当事者間の衡平に資するとの考えもあり得よう。そして、かねてから本件のように被保険者の死亡が自殺によるものか否かが不明な場合の主張立証責任の所在について判例学説上解釈が分かれ、そのため紛争を生じていることは、保険者

側は十分認識していたはずであり、保険者側において、疑義のないような条項を作成し、保険契約者側に提供することは決して困難なこととは考えられないのであるから、一般人の誤解を招きやすい約款規定をそのまま放置してきた点は問題であるというべきである。もちろん、このような約款がこれまで使用されてきた背景には、解釈上の疑義が明確に解消されないため、かえって改正が困難であったという事情があるのかもしれないが、本判決によって疑義が解消された後もなおこのような状況が改善されないとすれば、法廷意見の法理を適用することが信義則ないし当事者間の衡平の理念に照らして適切を欠くと判断すべき場合も出てくると考えるものである。」と述べる。

第4 検討

1 客観的解釈並びに法律文言及び一般法理との整合性等を踏まえた解釈と EC 利用規約

- (1) 前述のとおり、約款の解釈一般について、当該約款が予定する顧客圏に属する平均的顧客の合理的理解可能性を基準として、客観的かつ統一的に解釈されるべきであり、通常の契約と異なり、個々具体的な事情は考慮されるべきではないとの考え方があり、客観的解釈の原則、画一的解釈の原則などと呼ばれる⁽²¹⁾。

こうした客観的解釈を前提とした場合、検討すべき対象となるのは、平均的顧客としてどのような顧客を想定すべきなのか、個別事情を考慮することは一切許されないのかといった問題である。利用規約は、ECにおいて、商品やサービスを提供する取引を行う事業者によってウェブサイト等に明示されるなどして事前に準備され、それを相手方が交渉を行うことなく一方的に受け入れて契約を成立させたうえで、商品・サービスの提供を受ける場合に用いられるものであって、かつ、当事者間で交渉等がされることなく画一的に取引

が行われ、また、非対面取引であり、口頭での説明等も予定されていないものであること等から、民法の定型約款に該当するものと考えられる⁽²²⁾。そこで、以下では、ECで用いられる利用規約を念頭におき、かつ定型約款に該当することを前提として、客観的解釈が妥当するののかにつき、平均的顧客としてどのような顧客を想定すべきなのか、個別事情を考慮することは一切許されないのかについて検討を加える。

(2) 想定すべき平均的な顧客について

定型取引は、前述のとおり、「不特定多数の者を相手方として行う取引」であるから、例えば、企業が複数の労働者と締結する労働契約は、相手方の能力や人格等の個性を重視して行われる取引であるので、定型取引に該当しないとされている⁽²³⁾。もっとも、これは、取引の当事者を一定の集団に属する者に限定した場合に、定型取引該当性を否定するものではない。すなわち、例えば、契約締結の条件が「独身」に限定されるいわゆる婚活サービスや、ある特定の団体に所属する者に対してのみ提供されるサービス契約などであっても、その条件が最低限の条件を定めるに過ぎず、その条件を満たす限り基本的には契約を締結することとしていて、その意味で、相手方の個性を重視しないで多数の顧客を相手方として取引が行われていると評価することができるのであれば、「不特定多数の者を相手方として行う取引」に該当するものといって差し支えないとされる⁽²⁴⁾。

また、消費者取引及び消費者契約法第10条の不当性判断を念頭においたものであるが、事業者が業界団体作成のひな型を用いて取引を行う場合には、ひな型作成にあたって想定されている不特定多数の相手方や「集団としての消費者」を念頭に置いた不当性判断が行われること、また、ライフラインに関する契約約款や保険契約約款のように、多数の契約当事者間の給付の公平や制度の均一化が求められる取引では、不特定多数の相手方に典型的に見られる事情のみを考慮すべきであり⁽²⁵⁾、個別当事者の事情は信義則による条項の援

用制限などの形で考慮されるべきであって⁽²⁶⁾、高齢者向けのサービスのように、一定の属性に着目して「集団としての消費者」を念頭に置くことができる場合には、それらの者を念頭に置いた上で、消費者契約法10条における不当性判断を行う旨指摘されている⁽²⁷⁾。

そもそも、ECの利用規約は、インターネットショッピングモール等における商品の売買を目的とする取引、ソーシャルゲーム、オンラインゲーム等のゲーム、スマートフォン用アプリの提供・販売等の取引で用いられている。こうした取引は、インターネットその他のコンピュータネットワークを利用して行われるという特性があり、利用規約の内容について、当事者間で交渉等がされることなく画一的に取引が行われ、また、非対面取引であり、口頭での説明等も予定されていない。加えて、利用規約は利用者に読まれないという実態がある⁽²⁸⁾。そのため、オンラインで完結する取引を念頭において、ユーザーとなる各個人または各企業の個性には着目せずに、後述する一定のターゲット層として絞り込み、商品・サービスを提供している。さらに、前述のとおり、こうしたECの特徴が、利用規約を定型約款とならしめている。そうすると、ECの利用規約は、特定の顧客との関係を規律するものとして作成されておらず、事業者の提供する商品・サービスを、不特定多数の顧客との定型的状態を扱うものとして作成されているといえる⁽²⁹⁾。したがって、ECの利用規約の解釈にあたっては、個々の顧客ではなく、事業者の提供する商品・サービスが想定している不特定多数の平均的顧客を念頭において解釈すべきこととなる。

事業者は、商品・サービスを提供するにあたって、マーケティングや市場調査等を実施し、狙いとする一定の集団を区分することが通常である。例えば、想定顧客の属性（年齢・性別・職業等）での区分、想定顧客の地域（居住地、当該地域の気候、風習、規模等）での区分、想定顧客の心理的・行動的特徴（商品・サービスを選択する基準が価格なのか品質なのか、インターネットに精通しているのか否か等）での区

分を組み合わせることによって、当該商品・サービスのターゲット層を絞り込むことが多いと思われる。そのため、利用規約を作成するにあたっては、まず念頭におくべきは、絞り込んだターゲット層における平均的顧客ということになると考えられる。

また、利用者を「独身」に限定した婚活サービスなどのように、ある一定の属性をもつ者に限定した場合、当該サービスを利用できる者＝ターゲット層ということになるから、そのような者の平均的顧客を念頭におくことになると考えられる。

もっとも、利用規約作成にあたって予定する平均的顧客は、商品・サービスの提供を開始して利用者が増えていき、こうした各利用者の情報を積み重ねることによって、より一層具体化し、変化することとなる⁽³⁰⁾。そうだとすると、商品・サービスの提供開始当初は、絞り込んだターゲット層をもとに平均的顧客を念頭におくことになるが、提供開始後は、各利用者に関する情報によって、平均的顧客をより具体的にし、場合によっては変化させることになる。こうした変化は、利用規約の解釈に対しても影響を与える可能性があり、利用規約を民法所定の手続きに則って、抽象的な条項の不明確さをなくす方向での変更等を行うこともありうると思われる。

(3) 個別事情の考慮及び法律文言、一般法理との整合性等について

ア 客観的解釈を行うことを前提にした場合、当該解釈において除外すべき個別事情とはどのような事情であるのか。上述のとおり、利用規約の解釈にあたって想定される平均的顧客は、各利用者の主観的な事情の積み重ねによって具体化し、また変化するものであるから、その限度で考慮することは、客観的解釈と相反するものではないと考えられる。例えば、特定の利用者の利用頻度、購入した商品の履歴、利用したサービスの種類等をもとにし、特に興味をもつと思われる分野を絞り込み、当該利用者の年齢、性別、職業等と紐づけて、類似利用者をも考慮に入れて、平均的顧客を具体化していくことは、個別事情をいわゆるビッグデータのよう

に利用していることになり、客観的解釈に反するような個別事情を考慮していることにはならないと考えられる。平均的顧客を想定していくことは、いわば、各利用者の個性を積み重ねていくことといえる。そうすると、客観的解釈にあたって、最判平成15年2月28日がいう「当事者の通常の意味」を考える場合、各利用者の個性を（平均的顧客を想定する場合までも含めて）一切排除することは、上記平均的顧客、当該判例のいう「当事者」を適切に想定できないこととなってしまうため、このような想定のための限度で利用することは必要であると考えられる。

前述のとおり、そもそも、定型約款というためには、定型取引に用いられるものである必要があり、定型取引とは、①ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であること、②その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的であるものをいい、③このような定型取引において、契約内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体が、定型約款である（民法第548条の2第1項柱書）。そして、定型取引の要件のうち、①ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引とは、ある取引主体が「取引の相手方の個性を重視せずに多数の取引を行うような場面を抽出するための要件」とされていて、当該要件は、「契約の相手方の個性が重視される取引」においては、「相手方の実情に応じた契約締結の可否や契約内容の決定がされる」ため、定型約款を規律する取引の対象にする必要性が乏しく、こうした契約の相手方の個性が重視される取引を除外する趣旨とされる⁽³¹⁾。また、相手方の個性を重視し、そのような個性に応じて契約締結の可否及び内容が決定される取引では、通常、個別交渉が行われるものと考えられるから、個別交渉の経緯、内容等及びその結果締結された個別合意は定型取引からは除外されることになる。そして、利用規約をはじめとする定型約款でもって行われる取引（定型取引）では、個別交渉は想定され

ておらず、したがって、その結果としての個別合意もなされず、民法所定の要件を満たせば、条項全体を認識していなくとも、契約内容に組み入れることになる。こうしてみると、客観的解釈によって、除外すべき個別事情は、定型取引の定義からも除外されている個別交渉及び個別交渉によって締結される個別合意であると考えられ、当事者間で、個別の交渉及び個別合意なくして行われるのが定型取引であり、同定型取引に用いられるものが定型約款という整理ができるから、民法第548条の2では、そもそもの定義内容から、個別の交渉及び個別合意を除いて定型約款の条項は解釈すべきことが前提になっていると思われる⁽³²⁾。

イ 個別事情の考慮について、問題となる事項としては、事業者側の運用⁽³³⁾が挙げられる。例えば、令和2年判決の第一審は、事業者側の利用規約の運用等に関し、次のとおり判示している。

「被告は、本件規約7条1項c号又はe号の『判断』とは『合理的な根拠に基づく合理的な判断』を意味するとの主張をしながらも、そのように文言を修正することを拒絶しており（被告第4準備書面及び第5準備書面）、また、本件規約7条3項につき、『当社の責めに帰すべき事由による場合を除き』といった文言（本件規約4条3項に追加された文言と同旨のもの）を付加するような修正はしないとの立場を明らかにしている（弁論の全趣旨）。」「モバゲー会員からは、全国消費生活情報ネットワークシステムに対し、被告によりモバゲーサイト上のゲームの利用の一部を停止されたが、被告に問い合わせても理由の説明がされず、かつ、すでに支払った利用料金2万円の返金を拒まれているなどの相談が複数されていることが認められるところ、利用停止措置をとる場合のモバゲー会員に対するこのような対応ぶりに照らすと、被告は、上記のような文言の修正をせずにその不明確さを残しつつ、当該条項を自己に有利な解釈に依拠して運用しているとの疑いを払拭できないところである。」

同判示によれば、利用規約の条項の不明確さ等にのみならず、事業者側の現実の運用から、当該条項が「免責条項として機能することになる」と判断し、消費者契約法に違反しているとの結論を導いていることとなる。令和2年判決の事案に即していえば、個別具体的な紛争の解決を目的とするものではなく、契約の履行などの場面における同種紛争の未然防止・拡大防止を目的とする差止訴訟において、条項の意味付けを検討する中で、事業者の運用が考慮されたこととなっている。

事業者の運用を考慮するとなった場合、利用規約の条項に解釈にも影響を与える可能性がある。例えば、仮に条項自体が、令和2年判決で問題となった条項と同様に、不明確かつ広範であったとしても、事業者の運用が、限定的に解釈した方法で徹底されている等の事情があった場合どうか。より具体的には、令和2年判決のように、「他の会員に不当に迷惑をかけたと当社が合理的に判断した場合」、「その他、会員として不適切であると当社が合理的に判断した場合」という条項が定められていたとしても、事業者が、次のような運用を行っていることを念頭におく。すなわち、事業者が、当該条項にあたりと判断して会員資格の停止措置等をとる場合には、必ず、事前に、ユーザーに対し改善を促すための警告等をし、当該警告の中に、具体的な会員の問題となる行為を記載し、いかなる点が問題点となるのかが過去の事例とともに説明され、それでもなお改善がされなかった場合にはじめて会員資格停止等の措置を講じるというものである。

こうした運用が徹底されている場合、「他の会員に不当に迷惑をかけたと当社が合理的に判断した場合」、「その他、会員として不適切であると当社が合理的に判断した場合」との文言にかかわらず、過去の事例等を踏まえて、検討の結果、会員資格の停止等に相当すると判断している点及び一旦は警告等を行うことで猶予を設けている点で、実体的にも、手続き的にも、会員側に配慮した

運用と評価しうるることとなる。そうすると、令和2年判決の第一審の判示するような条項の「不明確さを残しつつ、当該条項を自己に有利な解釈に依拠して運用しているとの疑い」という評価にはなりづらいと考えられる。むしろ、条項自体の文言にかかわらず、運用を前提とした事業者側を救済する方向での限定解釈を可能とする一事情ともなりかねない。

東京高判平成30年11月28日は、事業者側を救済する方向での限定解釈を行ったと評価されているが、それは、約款変更に関する一般法理が一定程度存することを前提に行ったものであり、事業者の個別的な運用を考慮に入れてのものではない。前述した法律文言、一般法理との整合性等を踏まえた解釈については、法律文言及び一般法理という形で公になっているといえるから、ユーザー側もある程度予見することは可能と考えられる一方で、事業者の利用規約の運用は、通常、事業者内部の取扱いの問題であるから、広く外部に公になっているとは考えづらい。

また、事業者側の運用を考慮に入れた解釈が可能になるのであれば、極端ではあるが、利用規約の文言は曖昧であっても、運用でカバーしさえすれば良いということにもなりかねない。

以上のような点から、利用規約の運用を考慮することは、消費者団体の差止訴訟においてはもちろん⁽³⁴⁾、それ以外においても差し控えるべきであり、事業者が不明確な条項をおきつつも、これを限定的に解釈した運用がなされているのであれば、当該運用を利用規約で明示すべきであると考えられる⁽³⁵⁾。

ECの利用規約を解釈する場合、事業者側の運用を考慮に入れることについては慎重にすべきであると考えられるが、これは、運用を疎かにして良いということの意味するものではない。実際のオンラインサービスやプラットフォームを運営するにあたっては、事業者が規約の内容や運用を見直し、ユーザーに対する対応をより良くしていくべきであると考えられる⁽³⁶⁾。

令和2年判決で問題となった規約は、モバゲー会員が一定の事項に該当した場合に、会員資格を取り消すことができ、同措置によって被った損害を賠償しない旨を定めているところ、これらの規定は、以下のような場合を念頭においていると考えられる。すなわち、モバゲー会員が、そのゲーム内等において、不適切な発言を繰り返したり、本来の目的と異なる目的で利用するなど一定の不適切・不正行為があった場合に、モバゲー側は、会員資格を取り消すなどの措置を講ずることができ、同措置を受けた会員は損害賠償を請求できないこととなるが、ここでいう損害は、主に、当該会員が課金して購入したアイテムやゲーム内通貨等が利用できなくなることによる損害であると考えられるところ、モバゲー側がこうした課金に相当する金銭を返還する義務を負わないようにするというものである。会員自らが不適切な行為を行った場合に、モバゲー側が課金に相当する金銭を返還しないという結論自体には一定の合理性を有すると考えられ、こうした事態を想定して利用規約を作成したのであれば、その趣旨にも一定の合理性を見出すことができるといえる。また、会員側の不適切行為や不当行為をすべて網羅して利用規約に定めることは現実的ではなく、ある程度抽象的な定めにならざるを得ないことは否定できない。このような内容の利用規約を定めた事業者側の意図には一定の合理性があり、オンラインサービス運営の実情等についてはやむを得ない部分はあるものの、例えば、できるだけ明確とするように、規約に具体例を付記するなどしてユーザーに予見可能性を持たせる工夫は可能であったと考えられる。また、会員側の不適切行為や不正行為に関するガイドライン等を設けて、実際に問題となった具体例を記載する等の工夫も可能であったと考えられる（令和2年本判決の第一審も、「その文言自体が、客観的な意味内容を抽出し難いものであり、その該当性を肯定する根拠となり得る事情や、それに当たるとされる例が本件規約中に置かれていない」ことを指摘している。）。した

がって、事業者側としては、利用規約の各条項の趣旨やサービスの利用状況を踏まえつつも、適切な例を設けるなどして対応し、条項の意図するところが否定されないように工夫をすべきであると考えられる。また、そうした規約の条項を生かすための一定のシステムの構築やカスタマーセンターによる対応の充実等を図って、運用面での工夫も必要になるものと考えられる⁽³⁷⁾。

2 不明確条項解釈準則（作成者不利の原則）について

不明確条項解釈準則は、約款の解釈手法として従来から議論されてきたものであり⁽³⁸⁾、判例及び裁判例において一定の言及はあるものの、必ずしも確立した準則とまでは言い難い⁽³⁹⁾。2017年の民法改正にあたっては、「条項使用者不利の原則」として検討されたが⁽⁴⁰⁾、改正は見送られた。

また、不明確条項解釈準則を用いた場合には、事業者側に不利に解釈することになると考えられるところ、限定解釈をすることは、当該条項の適用範囲が狭まるという意味で事業者側にとって不利になるとも考えられるが⁽⁴¹⁾、限定解釈によって条項の不当性を除去するという意味で、東京高判平成30年11月28日のように、事業者側を救済し、有利になるとも考えられる。反対に、令和2年判決のように、条項の限定解釈を行わないことで、不明確な規定の不当条項性が肯定されることになり（限定解釈を行わない結果、事業者の全部免責条項と評価されている。）、結果としてはユーザー側に有利に、事業者側に不利になる場合もありうる。このように、何をもって利用規約の作成者にとって「不利」と考えるのかどうかは、評価が分かれるものと考えられる。

したがって、利用規約の解釈の方法として、不明確条項解釈準則（作成者不利の原則）については、必ずしも一般化することは難しいと考えられる。

もっとも、最判平成13年4月20日の亀山継夫裁判官の補足意見は、解釈に疑義のある条項の作成者の責任を重視することや、事業者が解釈に疑義のないような条項を作成せず、かつ解釈上の疑義が明確に解

消しないこと等について言及しているため、不明確な条項の解釈にあたって、考慮要素とされる可能性はあり、その限度で、利用規約の作成等においては踏まえておくべき事項と考えられる⁽⁴²⁾。

第5 おわりに

以上のとおり、ECにおける利用規約がどのように解釈されるのか、解釈の方法等について主に客観的解釈を中心に検討し、ECにおける利用契約の在り方等について検討を試みた。ECの特性等から、そこで用いられる利用契約は定型約款に該当することが多いと考えられるところ、定型約款及びその前提となる定型取引において、個別交渉や個別合意は除かれていることから、これらの事情は、解釈にあたって考慮されないと考えられる。その一方で、各利用者の主観的な事情は、平均的顧客を想定する上で必要な要素であるから、その限度では考慮することが望ましいと思われる。また、ECでは、利用規約において、同一または類似の文言を用いていても、事業者の運用によって意味合いが異なってくることから、当該事業者の運用を解釈にあたって考慮できるのかについて検討を試みたが、これには消極である。

今後も、ECの市場規模は、B to C-EC、B to B-ECを問わず増加すると予想されるから、ECにおける利用規約の条項の内容、規定の仕方、表現等の在り方には工夫が求められると考えられるところ、当事者双方にとって利益となるような利用契約について、法理論及び実務の両方の観点から、引き続き検討を加えたい。

* 本稿は令和4年度日本大学法学部研究費〔学術研究費（共同研究費）〕「一般条項における実体法と手続法の交錯」【代表松嶋隆弘】による研究成果の一部である。

- (1) 経済産業省商務情報政策局情報経済課「令和3年度電子商取引に関する市場調査報告書」5～9頁(2022)
- (2) 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、2009)81頁
- (3) 令和2年判決の評釈等として、大澤彩「オンラインサービス利用規約における条項の不明確性について—モバゲー利用規約判決の検討」NBL1193号4頁(2021)、吉川翔子「消費者契約法上の『不当条項』該当性と修正例—東京高判令2・11・5をふまえた利用規約の留意点」ビジネス法務21巻3号90頁(2021)、宮下修一「オンラインサービス利用規約の免責条項と消費者契約法8条該当性」新・判例解説 watch(2021)、山本豊「ポータルサイトのサービス提供契約中の免責条項に対する差止請求の成否(積極)」民事判例22号90頁(2021)、拙稿「オンラインサービス利用規約の不明確性・不当性(東京高判令和2年11月5日LEX/DB文献番号25566893)」日本大学法科大学院法務研究第19号69頁(2022)等がある。
- (4) 中田裕康『契約法』(有斐閣、2017)35頁
- (5) 取引上の社会通念等を踏まえて定型約款の不当条項規制を検討されたものとして、野田和裕「定型約款における不当条項規制—『定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念』の考慮」広島法学43巻4号264頁(2020)等参照
- (6) 上田誠一郎『契約解釈の限界と不明確条項解釈準則』(日本評論社、2003)245～257頁
- (7) 村松秀樹・村尾博憲『定型約款の実務Q & A』(商事法務、2018)28頁
- (8) 村松・村尾・前掲注(7)29頁
- (9) 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」(2020)23頁
- (10) 上田・前掲注(6)245～246頁、吉川吉衛『定型約款の法理—類型づけられた集団的意思のあり方—』(成文堂、2019)98～99頁、嶋寺基外『約款の基本と実践』(商事法務、2020)217～219頁
- (11) 嶋寺外・前掲注(10)219頁
- (12) 梅津昭彦「判批」(最判平成15年2月28日)法学教室275号113頁(2003)
- (13) 落合誠一「宅配便約款の責任制限条項と荷受人に対する不法行為責任への適用」『商法(総則・商行為)判例百選〔第4版〕』196頁
- (14) 吉川・前掲注(10)98頁
- (15) 嶋寺外・前掲注(10)8～9頁
- (16) 山本豊「判批」(東京高判平成30年11月28日)現代消費者法48号120頁(2020)等
- (17) 上田・前掲注(6)、吉川・前掲注(10)99～100頁、潮見佳男『新債権

総論 1 < 法律学の森 >』（信山社出版、2017）60～61頁

- (18) 潮見・前掲注(17)60～61頁
- (19) 嶋寺外・前掲注(10)231頁
- (20) 嶋寺外・前掲注(10)232～234頁、栗田晶「普通取引約款における不明確条項の解釈準則について—ドイツ普通法における契約概念の変化が解釈準則に与えた影響について—」信州大学経法論集（2）（2017）121～122頁
- (21) 上田・前掲注(6)245～246頁、吉川・前掲注(10)98～99頁、嶋寺外・前掲注(10)217～219頁
- (22) 経済産業省・前掲注(9)23～29頁参照
- (23) 村松・村尾・前掲注(7)28頁
- (24) 村松・村尾・前掲注(7)29～30頁
- (25) 大澤彩「取引の『定型化』と民法・消費者法の役割—『定型取引概念導入後の契約内容規制』」NBL1199号33頁（2021）、山下友信『保険法（I）』（有斐閣、2001）150頁
- (26) 大澤・前掲注(25)33頁、原田昌和「判批（最二判平成24・3・16民集66巻5号2216頁）」現代消費者法16号125頁（2012）
- (27) 大澤・前掲注(25)34頁
- (28) 雨宮美季外『【改訂新版】良いウェブサービスを支える「利用規約」の作り方』（技術評論社、2020）12～27頁参照
- (29) 吉川・前掲注(10)99頁参照
- (30) 吉川・前掲注(10)105頁は「定型的に予定する諸事情は、むろん、ケース・バイ・ケースの積み重ねによって明らかになる。と同時に、不断に変化していくものである。」と指摘されている。
- (31) 村松・村尾・前掲注(7)28頁
- (32) 吉川・前掲注(10)417頁は「個別事情の考慮とは、約款の条項につき、個別の交渉に基づく特約書等を含む修正の問題」であることを指摘し、同418頁は「当事者の交渉が行われず現実の個別合意なくして行われるのが、定型約款による取引である」旨指摘されている。
- (33) B to C-ECにおける利用規約の運用上の留意点として、古川外『B to C-E コマース実務対応』（商事法務、2022）78～82頁参照
- (34) 大澤・前掲注(3)11～12頁
- (35) 河上正二「判批」（最二判平成24年3月16日民集66巻5号2216頁）河上正二＝沖野眞巳「消費者法判例百選第2版」（有斐閣、2020）121頁
- (36) 福岡真之助「プラットフォーム運営実務の視点から（小特集：利用規約をめぐる東京高判令和2・11・5の実務への影響を読み解く）」NBL1184号36頁（2020）は、「利用規約だけの議論に拘泥するよりも、ユーザ対応を高度化していく方向で検討するほうが建設的であり、ユーザの満足度も上がり、プラットフォームの発展に資すると思われる」旨指摘する。

- (37) 大坪くるみ「事業者の法務の視点から（小特集：利用規約をめぐる東京高判令和2・11・5の実務への影響を読み解く）」NBL1184号38～39頁（2020）
- (38) 河上正二『約款規制の法理』（有斐閣、1968）263頁
- (39) 嶋寺外・前掲注(10)232頁
- (40) 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」180～181頁、部会資料19-2第5、3・50頁、部会資料20-2第1、2・11頁
- (41) 増田朋記「消費者法実務の視点から（小特集：利用規約をめぐる東京高判令和2・11・5の実務への影響を読み解く）」NBL1184号27～28頁（2020）
- (42) 嶋寺外・前掲注(10)234～235頁

ハーグ成年者保護条約をめぐる近年の動き

——国連障害者権利条約との交わりを中心に——

織 田 有 基 子

I はじめに

1999年10月2日、ハーグ国際私法会議⁽¹⁾は、成年者の保護に関する外交特別委員会において、「成年者の国際的保護に関するハーグ条約」⁽²⁾（以下、成年者条約）を採択した。この成年者条約は、その前文によれば、「人的な能力の障害又は不十分のために自らの利益を守ることができない成年者を国際的な状況において保護する必要があることを考慮し、成年者の保護のための措置の管轄権、準拠法、承認及び執行に関する法制度の間の抵触を回避することを希望し、成年者の保護のための国際協力の重要性を想起し、成年者の利益及びその尊厳と意思の尊重が第一的に考慮されるべきことに賛成し」て合意されたものである⁽³⁾。例えば、日本に居住する甲国人成年者Aが甲国に不動産を所有している場合、日本の裁判所は、Aに代わって当該不動産を処分する者を選任することができるか、仮に選任が可能であったとして、その選任された者は、甲国においても、Aに代わる者として当該不動産を処分することができるか、あるいは乙国で悠々自適な老後生活を送っている日本人Bが、日本法に基づき任意後見契約を締結することは可能なのか等々、国際的な場面における成年者の保護に関する諸問題に対応することを成年者条約は目的とする。

成年者条約は、従来、後述する理由により、特に「親責任及び子の

保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関するハーグ条約」(1996)⁽⁴⁾(以下、親責任条約)との対比で議論されることが多かった。しかし、近年においては、ハーグ国際私法会議が欧州連合(EU)ないし国際連合(国連)との共同作業を進める中で、「障害者権利条約」⁽⁵⁾(以下、障害者条約)との関係性に大きな関心が寄せられている。2022年11月に開催予定の成年者条約に関する初めてのモニタリング会議においても、障害者条約との関係が重要な問題として取り上げられる公算が大きい。

本稿では、成年者条約が何をどのように定めているかを確認した上で、成年者条約と障害者条約との関係性に関する近年の議論の状況を紹介する。この作業を以て、既に障害者条約の締約国である日本が、成年者条約の批准の可否を検討する際に留意すべき点は何か、そして、国際私法条約と人権条約との関係はどうあるべきかについて考える糸口としたい。

II 成年者条約の概要

II-1 成年者条約の制定経過と親責任条約

成年者条約は、形式的には「禁治産及び類似の保護手段に関する条約」(1905)⁽⁶⁾を抜本的に改正したものである。しかし、成年者条約は、むしろ、その制定経過に鑑み、「親責任条約の適用範囲を要保護状態にある成年者への拡張」という観点からしばしば議論されてきた。すなわち、まず、ハーグ国際私法会議第17会期(1993)において、「未成年者の保護に関する官庁の管轄権及び準拠法に関するハーグ条約」(以下、未成年者条約)(1961)⁽⁷⁾を改訂すること、及びその改訂版を「能力を失った(incapacitated)成年者」に拡張することが決定され、次いで、第18会期(1996)において、未成年者条約の改訂版として親責任条約が採択され、さらに、成年者の保護に関する外交特別委員会(1999)において、親責任条約の適用範囲を要保護状態にある成年者に拡張すると

いう目的に則って、「親責任条約の基本的枠組みを維持しつつ、成年者保護の性質上子の保護と異なる点について必要な変更を加えるというアプローチ」⁽⁸⁾により策定・採択されるに至ったのが成年者保護条約である。このように、成年者条約は、その誕生までに非常に特徴的な経過を辿ったのである。

成年者条約が親責任条約と「いわば双子の関係」⁽⁹⁾に立つよう設計された理由は、いずれも要保護状態にある者を保護するという点で共通するからであろう。両条約の制定を以て、「出生から死亡の時点まで、判断能力が十全でない者を保護する条約国際私法の仕組みが構築されるにいたった」⁽¹⁰⁾との評価もこの点を前提とするものと解される。成年者条約は親責任条約とその章立てを同じくし⁽¹¹⁾、また、両条約は、①要保護者に対する保護措置について、当該要保護者の常居所地国に原則的な管轄権を認め、管轄権の競合をできるだけ避ける、②条約に基づき管轄を有する国は、自国の法律を保護措置の準拠法とする、③条約に基づき管轄を有する国による保護措置は、原則として他の締約国において承認及び執行される、④保護措置の審理や執行に必要な情報に関し中央当局制度による国家間協力を行う等、共通の基本的枠組みを有している⁽¹²⁾。

しかし、当然のことながら、未成年者保護と成年者保護との間には大きな相違が存する⁽¹³⁾。例えば、①子はいずれの国の実質法においても未成年者として一律に無能力者として取り扱われているのに対し、成年者は原則として能力を有しており、その健常である間に、自ら、将来における保護の仕組み（任意後見ないし私的委任）を創出し得る、②子についてはその保護者たらんと意欲する父母を想定できるのに対し、成年者についてはその保護の任に当たろうと意欲する者を必ずしも期待できない、③子の保護は財産より身上に関するものが多いのに対し、成年者の場合はその多くが財産を有しているため、財産所在地の持つ意味がより大きくなる、④子については、児童の権利に関する国連条約の「児童の最善の利益」がほぼ普遍的に定着しているのに対し、成

年者にはこれに相当するもの（例えば「成年者の最善の利益」）がない⁽¹⁴⁾、等である。これらの相違は両条約の内容に影響を及ぼしている。

Ⅱ－２ 成年者条約の主な内容

Ⅱ－２－１ 適用範囲

本条約は「国際的な状況」にのみ適用される（1条1項）。また、条約による保護の対象となるのは、「人的な能力の障害又は不十分さのために自らの利益を守ることができない成年者」である（同）。ここで「成年者」とは原則として18歳以上の者をいう（2条1項）⁽¹⁵⁾。本条約が対象とする保護措置について、3条は7つの例を挙げている。①無能力であることの決定及び保護状態の設定（a号）、②成年者を司法又は行政の機関の保護の下に置くこと（b号）、③後見（guardianship）、保佐（curatorship）その他これに類する諸制度（c号）、④成年者を代理し又は補助することにより、成年者の身上又は財産を保護する任務にある者（団体を含む。）の指定及び職務（d号）、⑤保護を確保できる施設その他の場所への成年者の収容（e号）、⑥成年者の財産の管理、保存又は処分（f号）、⑦成年者の身上又は財産を保護するための個別的介入に対する許可（g号）、である。ここに列挙された事項は互いに重なり合う部分もあり、例えば日本民法の補助開始決定は、①の保護制度とも、③の類似の諸制度とも性質決定され得る⁽¹⁶⁾。また、「措置」には積極的な保護措置だけではなく、成年者が健常であるなどの理由から措置をとるべきではないとする消極的な意味での決定も含まれる⁽¹⁷⁾。これに対し、4条に規定される条約の対象外となる事項は制限列挙である。すなわち、①扶養義務（a号）、②婚姻その他これに類する関係の締結、取消及び解消（法律上の別居も同様である）（b号）、③夫婦財産制及び婚姻に類似する関係に適用される財産制度（c号）、④信託又は相続（d号）、⑤社会保障（e号）、⑥保健に関する一般的性質の公的措置⁽¹⁸⁾（f号）、⑦刑事法上の違反行為の結果としてその行為者に対して執られる措置（g号）、⑧庇護権及び入国に関する判断（h号）、⑨もっぱら公共の安全を

保護する措置 (i号)、である。無能力者がした法律行為の運命の問題も本条約は規律せず、各国の国内法たる抵触規定に委ねられる⁽¹⁹⁾点には注意を要する。

なお、医療に関する事項を本条約の対象に含めるか否かについては、本条約の審議段階から諸国間に大きな対立が見られた。要保護状態にある成年者に対し妊娠中絶や不妊手術などを行うことについて裁判所等の機関の許可を必要とする国とそうでない国とがあり、本条約においてこの点をどのように扱うべきか激しく争われ、外交特別委員会最終日の前夜になってようやく妥協が成立したという⁽²⁰⁾。その成果の一端は、11条 (当該国に限定された属地的効果を持つ成年者の身上保護のための暫定的措置に関する現在地国の管轄権) に見ることができる (この点については後述する)⁽²¹⁾。結論としては、医療問題を全体としては本条約の対象に含めつつ⁽²²⁾、個別に対象から除外し得るという形に収まったと言えよう。

II - 2 - 2 管轄権

成年者条約は、「人的な能力の障害又は不十分さのために自らの利益を守ることができない成年者」を、「国際的状況において」保護すること、つまり、当該要保護成年者につきいずれかの国の裁判所又は行政機関が何らかの保護措置をとることを想定するものであるから、まず、どの国の機関が当該保護措置について管轄権を有するかが問題となる。本条約は、保護措置につき、原則として当該成年者の常居所地国に管轄権を認めている (5条1項)。常居所地国は、一般に、当該要保護者が現実に相当の期間居住している国を指すものと解され⁽²³⁾、それゆえ、その者に関する状況を正確に把握でき、その者に対する対応を迅速に行い得、機関によるその後の監督も容易に実施し得ると考えられる。

しかしながら、これはあくまでも原則であって、他にも管轄権を認める規定がいくつか置かれている。まず、難民や常居所を確定できない成年者等については現在地国に管轄権が認められる (6条)。次に、

5条及び6条の規定に基づき管轄権を有する国は、次のいずれか1つの国の機関に対し、当該成年者につき保護措置をとるよう要請することができる、すなわち、①成年者の国籍国⁽²⁴⁾ (a号)、②成年者の直前の常居所地国 (b号)、③成年者の財産の所在地国 (c号)、④成年者が書面によりその保護措置をとるべきものとして選択した機関の所属国 (d号)、⑤成年者の保護を引き受ける用意のある近親者の常居所地国 (e号)、⑥成年者の現在地国 (ただし、成年者の身上保護に関する事項に限られる) (f号)、である (8条2項)⁽²⁵⁾。もっとも、このような要請が認められるのは「成年者の利益に合致すると認められるとき」に限られ (8条1項)、要請を受けた機関がその管轄権を受諾しない場合には、5条、又は6条により管轄権を有する締約国の機関が管轄権を保持する (8条3項)。さらに、7条1項は、成年者の国籍国の機関は、「成年者の利益を評価するためにより良い状況にあると認めるとき」は、原則的な管轄権を有する国 (常居所地国 (難民については現在地国)) に事前通告をした上で、成年者の身上又は財産の保護のための措置をとる管轄権を有すると規定し、また、同条2項は、原則的な管轄権を有する機関が、成年者の国籍国の機関に対し、状況に応じて必要な措置をとったこと、措置をとってはならないと判断したこと、又は当該機関に事案が係属していることを通報したときは、前項の国籍国管轄権は行使できないと規定する。これらの規定から、7条に基づく国籍国管轄権は、原則的な管轄権より劣後するものと解される。これよりさらに劣後するものとして、財産保護措置に関する財産所在地国の管轄権 (9条) や当該国に限定された属地的効果を持つ成年者の身上保護のための暫定的措置に関する現在地国の管轄権 (11条)⁽²⁶⁾ がある。最後に、緊急の場合においては、成年者の現在国又は財産所在国の機関が必要な保護措置をとる管轄権を有する (10条1項) が、それらの措置は、5条から9条に基づき管轄権を有する機関が状況に応じて必要な措置をとった場合には直ちに失効する (同条2項)。

なお、医療問題については、特に、8条2項f号及び11条の理解がカ

ギとなる。両規定中の「成年者の身上の保護」はともに、医療行為を念頭に置いたものである。11条は、文言からは明らかではないが、医療行為に関する措置、すなわち、一時的に当該国に現在する要保護状態の成年者を暫定的に病院に収容する措置を想定している。例えば、甲国に常居所を有する A が現在地国（例えば旅行先）である乙国においてアルコール依存症のために十分な判断能力を失った場合、乙国の機関は、甲国に通告した後、A を病院又は施設に収容するなど必要な措置をとることができるが（11条1項）、常居所地国等が A に対し措置を講じた場合には、現在地国による措置は失効する（同条2項）。しかし、11条の下では、現在地国の機関は、妊娠中絶や不妊手術等、復旧や再生が不可能な医療行為に対する許可を与えることはできない。このような重大かつ決定的な医療行為につき現在地国の機関が許可を出すためには、8条の規定に従い常居所地国から管轄権の委譲を受ける必要がある⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾。

以上のように、成年者条約における管轄権規定は少々複雑な構造となっており、今後、我が国が条約批准を進める際にはこの点がネックとなることも予想される。

II-2-3 準拠法

本条約は、3つの事項に関する準拠法を規定する。

まず、管轄権を有する国の機関がとる保護措置（例えば、後見開始決定、後見人の選任その他）の準拠法は自国法（法廷地法）である（13条1項）。このように管轄権を有する国と準拠法所属国を並行させることによって、当該機関が熟知している自国法を適用できることになり、結果的に保護措置を実効性あるものとすることができよう。もっとも、常に自国法が措置の準拠法として適切であるとは限らないので、例外的に、自国法以外の法を「適用」又は「考慮」することも認められている（13条2項）。次に、措置の実行条件を定める準拠法は実行地法である（14条）。例えば、甲国において選任された後見人が、乙国におい

て不動産処分を行う場合、甲国の措置を乙国法に適合するよう調整できるとするものである。3つめは任意後見⁽²⁹⁾の準拠法である(15条)。同条1項本文は「合意又は単独行為により、成年者がその利益を保護することができない場合に行使するものとして当該成年者が付与した代理権の存在、範囲、修正及び消滅は、当該合意又は単独行為がされた時の成年者の常居所地国法による」と定める。代理権を付与した当該成年者がその利益を保護できなくなった時点で、初めて代理権行使が可能となる。もっとも、当該成年者が書面により明示的に、①国籍国法(2項a号)、②かつての常居所地国法(同項b号)、③財産所在地国法(当該財産に関する事項に限る)(同項c号)を指定した場合は、その指定した法による(1項ただし書、2項)。このような準拠法の指定範囲にいわゆる量的制限⁽³⁰⁾をかけることは、成年者の意思の尊重をいささか減ずるものと言えよう⁽³¹⁾。任意後見における代理権の行使方法は、その行使がなされる国の法による(3項)。ここで想定されるものは、代理権の存在と範囲を行使地国の手続によって証明する場合の証明方法の細目に関する諸問題である⁽³²⁾。15条により指定された代理権が適切に行使されないときは、本条約に基づき管轄権を有する機関は、代理権の準拠法をできる限り考慮した上で、この代理権を消滅又は変更する措置をとることができる(16条)。

なお、準拠法(決定)の章における「法律」に国際私法は含まれない(19条)。また、20条は、本条約第3章(13条~21条)が、成年者が保護されるべき国の法律中、準拠法の如何を問わずその適用が強行されるべき法律の適用を妨げない旨を定める。「準拠法の如何を問わずその適用が強行されるべき法律」いわゆる直接適用法ないし強行法とは何かについての定義はない⁽³³⁾が、条約制定作業中から、特に医療分野の問題が念頭に置かれていた⁽³⁴⁾点には留意すべきであろう。さらに、21条では公序による準拠法の適用排除が定められている。

いうまでもなく国際私法条約である成年者条約は、実質的国際法規範の策定を図るものではない。したがって、例えば、各締約国内にお

いて後見制度を採用すべきか否かについて一定の方向性を示唆するものではない。その点について本条約は完全に中立である。

II - 2 - 4 承認及び執行

ある締約国の機関がとった措置について、他の締約国は原則としてこれを承認しなければならない(22条1項)。いわゆる自動承認制度⁽³⁵⁾が採用されているが、利害関係人は積極的又は消極的な承認を求める手続を申し立てることも可能である(23条)。次の5つの場面では承認を拒絶することができる(同条2項)。すなわち、①措置をとった機関が本条約の定める管轄権を有していなかった場合(a号)、②緊急の場合を除き、承認国の手続法が要求する成年者の聴聞を受ける権利が、(措置をとった)司法又は行政の手続において遵守されなかったとき(b号)、③承認が承認国の公序に反する場合、又は承認国の直接適用法に抵触する場合⁽³⁶⁾(c号)、④当該措置と、その後に本条約5条ないし9条に基づき管轄権を有する非締約国(当該成年者の常居所地国等)によってとられた措置とが適合しない場合であって、その非締約国が仮に締約国であったとすればその措置が承認国の承認要件を満たすとき(d号)、⑤33条(国家間協力に関する規定の1つ)⁽³⁷⁾の手続に従わない場合(e号)である。承認の判断については、措置をとった国の機関が管轄権の基礎とした事実認定に拘束される。

締約国においてとられた措置であって、その国で執行できるものについて、他の締約国において執行が必要な場合には、当該他の締約国は、利害関係人の申立てにより、その国の法が定める手続に従い、措置が執行可能であると宣言するか、執行のために登録しなければならない(25条1項)。この手続は簡易かつ迅速なものでなければならず(2項)、また、この宣言又は登録は、22条2項に定める場合に限り拒絶することができる。なお、承認・執行の判断については実質的再審査の禁止が定められている(26条)。

II-2-5 国家間協力

本条約は中央当局制度を採用する（28条以下）。各締約国の機関に窓口としての中央当局を置き、中央当局間で条約の目的遂行に向けて協力し合うという方法は、これまで比較的成功的なハーグ条約として挙げられることの多いハーグ子奪取条約⁽³⁸⁾やハーグ養子縁組条約⁽³⁹⁾、そして親責任条約においても採用されている。成年者条約においては、中央当局は条約目的達成のため、相互に協力し、国内の権限ある機関の相互の協力を促進しなければならないと規定される（29条1項）。より具体的には、締約国の中央当局は、直接に又は公的機関若しくは他の団体を通じて、次の2つの目的のために適切な手段を講ずる必要がある（30条）。それは、①本条約が適用される状況において、権限ある機関の間の伝達をあらゆる手段を用いて容易にすること（a号）、②他の締約国の権限ある機関の要請に基づき、成年者が要請を受けた国の領域内に現在し、かつ保護が必要な状態にあるとみられるときは、成年者の所在の発見のために助力すること（b号）である。また、締約国の中央当局は、直接に又は他の団体を通じて、本条約が適用される状況において成年者の身上又は財産の保護について合意による解決を達成するため、調停、和解その他これに類する方法の利用を奨励することができる（31条）。さらに、5条ないし8条の規定に基づき管轄権を有する機関が、要保護成年者の他の締約国の施設への収容を決定するときは、収容先国と協議し、その同意を得る必要がある（33条1項、2項）。

II-2-6 小括 - 成年者条約によって何がどのように可能になるのか

以上に見てきた成年者条約は、結局、どのような場面でどのように働くのだろうか⁽⁴⁰⁾。

[例1] 甲国及び乙国に不動産を所有する甲国人Aは、10年前に引退して以来乙国に居住している。Aは加齢に伴う認知症により、自分に

関する事柄を自分自身で管理することを完全には行い得ない状態にあり、しかも A の世話に必要な資金を賄うためには、A の不動産を売却しなければならない。甲国の医師から身体機能が奪われる病気を宣告される事態に至った時に初めて行使可能となる広範な代理権を、A は既に甲国居住の息子 B に与えている。仮に、成年者条約が甲国・乙国間で効力を有するならば、B の代理権は乙国においても承認され、B は父 A に関する様々な事柄につき必要な管理を A のために A に代わって行うことができ、また、その際の代理権は乙国法に従って行使されることになるだろう。

[例 2] 丙国人男性 C が丙国で死亡した。C には、丙国及び丁国の国籍を有し、かつ丁国に居住する 40 歳の娘 D がいた。深刻な心理社会的障害に苦しむ D は、丁国において保護を受けている。成年者条約が丙国・丁国間で効力を有するならば、丁国に常居所を有する D の保護に関して決定を下す管轄権は丁国の裁判所が有する。そして、同条約は、D を支援し又は代理するために丁国で選任された者 E の権限が丙国のみならず他の締約国においても承認されることを保証しているから、E は、その代理権に関する証明書の発行を受けて⁽⁴¹⁾、C の遺産の相続に関し D のために丙国で行動できることになるだろう。

[例 3] 若年性アルツハイマー病と診断された戊国の高齢者 F は、いずれ自分の問題を処理できなくなるであろう場合に備えて、戊国法に従い長男 G を代理人として指定した。F は病気が進行するにつれて自分の世話や財産を管理できなくなりつつあった。己国に居住する娘 H は、G に無断で F を戊国から己国に連れて行き、虚弱状態にある F に対しあれこれと影響力を及ぼし F の銀行口座やその他の資産に直接アクセスしようとしている。成年者条約が戊国・己国間で効力を有するならば、G は、同条約が定める中央当局間の協力体制を利用して F の所在を特定し、F を代理する正当な権限を行使することができよう。

成年者条約は、このような形で国際的状況における成年者保護を図ろうとするものである。

Ⅲ 成年者条約をめぐる近年の動き

ここからは、国際連合において障害者条約が採択された（2006年）後に開催された会議や公表された報告書等を通時的経過に沿って5例ほど紹介し、成年者条約をめぐる近年の動きを見てゆくこととする。

Ⅲ－1 欧州議会と成年者条約

2012年、欧州議会から成年者条約に関する文書（以下、NOTE）が公表された⁽⁴²⁾。これは、成年者条約は障害者条約と補完関係に立つとの前提の下、成年者条約にまだ参加していないEU加盟国に対し同条約への参加を促すものである。NOTEは成年者条約の背景に関する説明の中で、同条約は障害者条約のいくつかの重要な目的、特に、12条（法律の前にひとしく認められる権利）⁽⁴³⁾及び32条（国際協力）を促すものであると述べている。また、成年者条約3条の説明において、同条約に基づき承認執行される保護措置は国内実質法に従って判断され、例えば、当該国が障害者条約の締約国である場合にはその国が負っている障害者条約に基づく国際的義務も含まれることを明言する⁽⁴⁴⁾。

NOTEは、障害者条約についても1つの章を割き、次のように述べる。障害者条約は障害者の広範な実質的な人権を促進する包括的な国際人権条約であり、締約国の国内法は障害者条約に適合するよう見直しがなされるため、障害者条約に明記されている人権は、締約国の国内実体私法の様々な分野に影響を与える可能性がある。他方、国際私法条約である成年者条約は、その締約国の実質私法に直接の影響を与えることはない。しかし、成年者条約の包括的な目的を述べるその前文は障害者条約の目的を反映するものでもあり、国際的状況にありかつ障害を抱える成年者のニーズに対応するにあたり、障害者条約締約国の国際的義務の実施を成年者条約が機能的に支援する方法は数多く存在する。また、障害者条約の3条（一般原則）⁽⁴⁵⁾、12条（法律の前にひとしく認められる権利）、13条（司法手続の利用の機会）、18条（移動の自由

及び国籍についての権利)、25条(健康)、32条(国際協力)は、成年者条約によって確立された国際私法規定と中央当局間の協力システムを通じて支援される。

このように、NOTEは成年者条約と障害者条約との密接なつながりを強調している。

Ⅲ-2 欧州委員会とハーグ国際私法会議との合同会議の開催

2018年12月、欧州委員会とハーグ国際私法会議は、ブリュッセルにおいて、「要保護状態にある(vulnerable)成年者の国境を越えた保護」をテーマとする合同会議を開催した⁽⁴⁶⁾。この会議には37カ国からの専門家及び14の団体が集まり、要保護状態にある成年者の国境を越えた保護について議論が交わされた後、17点にわたる結論及び勧告が公表された。

それらの中でも、特に、①成年者条約の非締約国に対し本条約への参加を促している点、②成年者条約と障害者条約が補完的關係に立つことを明言している点、③障害者条約に關係する国連機関、欧州評議会、欧州連合、ハーグ国際私法会議等に、成年者条約に關する認識を高めその実施や運用を支援する諸活動を促進するために協力するよう呼びかけている点、④各国の成年者保護に關する法的枠組みの改革が、しばしば成年者条約の実施と並行して行われているとの認識を示している点、⑤一部の締約国が、成年者条約における措置の実行可能性の改善を求めている点、⑥成年者条約の運用状況を検証するためのハーグ特別委員会の開催に注目している点には留意すべきであろう。

Ⅲ-3 成年者条約と障害者条約との整合的解釈の可能性に關する研究報告書

2021年、障害者の權利に關する特別報告者⁽⁴⁷⁾である Gerard Quinn 氏からの委託を受けて、アメリカ・ノースイースタン大学の Rolland 教授とイングランドのバリスター Keene 氏は、成年者条約と障害者条

約との相互作用に関する分析、言い換えれば、国際私法条約である成年者条約の国際私法ルールは、現在の人権保護の観点からどのように解釈され得るのかについて考察する研究報告書⁽⁴⁸⁾を提出した(以下、研究報告書)。本研究報告書は、まず、国際私法の役割に焦点を当てつつ成年者条約を概観した上で(第1章)、障害者条約と成年者条約とは何がどのように重複するかについて確認し(第2章)、次に、成年者条約を障害者条約及び最新の人権基準にしたがって整合的統一的に解釈することを提案し(第3章)、さらに、障害者条約以外の条約と成年者条約との関係についても検討し(第4章)、成年者条約は障害者条約と整合的に解釈することが可能であり、また、今後採択される可能性のある人権条約(例えば、国連高齢者の権利に関する条約⁽⁴⁹⁾(以下、高齢者条約))とも整合性を持ち得ると結論付けている。ここでは、本稿のテーマとの関係において特に興味深く思われる点を中心に、以下に紹介する。

Ⅲ-3-1 成年者条約の概要(第1章)⁽⁵⁰⁾

成年者条約は、人的能力(personal faculties)の障害又は不十分のために自らの利益を守ることができない成年者(原則として18歳に達した者)に適用され⁽⁵¹⁾、そこでは身体的障害及び精神的障害の両方がカバーされる⁽⁵²⁾。このように、成年者条約の人的適用対象が非常に広いため、そこには障害者条約の適用を受ける者も多く含まれる可能性がある。

成年者条約がなし得ることの1つは、成年者に関する国家機関(司法及び行政)による保護措置に関する問題の解決であり、この中に管轄権の問題と承認執行の問題が含まれる。成年者条約と障害者条約の交わりという観点からは、特に、後者が成年者条約の最も重要な側面と言える。本条約がなし得る他の1つは、当該成年者によって予め与えられ、同人が自分の利益を守ることができなくなった時点で実施されるように企図された代理権限(「私的委任」(private mandate))に関する問題の解決である。この権限は、成年者の人的問題にも財産的問題にも

及び得る。私的委任の概念は、「精神的無能力」(mental capacity)の考え方を基礎に置く国家法の枠組みで起草されたものではあるが、障害者条約における意思決定支援モデルと融合的に捉えることが可能である。

障害者条約はその締約国の国内実質法の一部を形成するものであるから、成年者条約における保護措置の承認執行との関連では強行規定(mandatory provision)を構成し、承認国は、成年者条約20条⁽⁵³⁾に従って、障害者条約に関する解釈を参照しながら手続を進めることになる。また、成年者条約により指定された準拠法の適用が承認国の公序に明らかに反する場合にはその適用を拒絶できる旨を定めた同条約21条は、国際私法条約においては極めて基本的な規定であり厳格に(狭く)解釈されるべきではあるが、それは同時に、各締約国の最も重要な公序の完全性を保護するためのセーフガードを提供するものでもある。

Ⅲ-3-2 障害者条約と成年者条約の重複の調整(第2章)⁽⁵⁴⁾

現時点において、成年者条約の全ての締約国は障害者条約の締約国でもある。他の条約の義務との関係について、成年者条約は、「この条約は、締約国が当事国であり、この条約の規律する事項に関する規定を有する他の国際文書に影響を及ぼさない。」(49条1項本文)と定める⁽⁵⁵⁾。これは、成年者条約と他条約との間に抵触の可能性がある場合、成年者条約は他の条約に従属することを示唆するものであり、これによって、障害者条約の締約国は自国の障害者条約上の義務との調和を確保できることになる。この解釈は、「この条約は、締約国が、それらの国に常居所を有する成年者に関して、この条約の規律する事項に関する規定を有する合意を締結する可能性に影響を及ぼさない。」と定める同条2項によって補強される。成年者条約に加わる前に締結した合意のみならず、成年者条約と重複する将来の人権条約も、抵触の可能性がある限り、成年者条約に優先する。

他方、障害者条約は他の条約との関係を特に扱う規定を有していな

いが、同条約4条4項前段は「この条約のいかなる規定も、締約国の法律又は締約国について効力を有する国際法に含まれる規定であって障害者の権利の実現に一層貢献するものに影響を及ぼすものではない。」と規定しているため、成年者条約と障害者条約との間で解釈の抵触ないし不一致が生ずる場合には、障害者の権利の実現により資する義務が優先されなければならない。この規定は、成年者条約の影響を受けるあらゆる実質的権利について、人権をより重視する解釈を選択させ、それによってあらゆる解釈上の争いを解決に導くものである。また、「この条約のいずれかの締約国において法律、条約、規則又は慣習によって認められ又は存する人権及び基本的自由については、この条約がそれらの権利若しくは自由を認めていないこと又はその認める範囲がより狭いことを理由として、それらの権利及び自由を制限し、又は侵してはならない。」と定める4条4項後段は、成年者条約を障害者条約に適合するように解釈すべき法的根拠を与えるのみならず、人権に関する理解と解釈の進展に応じて障害者条約に関するダイナミックな解釈を促進し、さらには、障害者条約及び成年者条約と交わり得るあらゆる将来の人権条約が、人権に関する最も進んだ理解に立つ解釈を強める方向でのみ機能することをも意味している。つまり、最も進歩的な人権解釈を成年者条約に採り入れることについての確固たる法的根拠が、障害者条約にも成年者条約にも存在するのである。

もっとも、成年者保条約と障害者条約の規定が解釈の抵触を解決するには十分でないことが判明した場合には、条約法に関するウィーン条約（以下、条約法条約）⁽⁵⁶⁾や慣習法をその補充として利用し得る。二つの主要なルールとして、時間的に後の法が優先されること（*lex posterior*）⁽⁵⁷⁾と、特別法が一般法に優先すること（*lex specialis*）⁽⁵⁸⁾があるが、これらの一見単純なルールの運用は、実際にはなかなか難しい。後法優先の原則に関して言えば、成年者条約（2000年採択）の締約国は全て障害者条約（2006年採択）の締約国でもあるため、両条約が規律する問題について両条約間で抵触が生じた場合には、障害者条約が優先

される。同様に、将来の人権条約が、成年者条約と重複する形で高齢者の権利を扱うならば新しい条約が優先されることになるだろう。ただし、「同一の事項に関する相前後する条約」（条約法条約30条1項参照）という前提条件は、後法優先原則の適用を制限することに留意すべきである。特別法優先ルールもまた、概念的にはっきりしない点がある。国際私法条約である成年者条約と人権条約である障害者条約はそれぞれ異なる専門的テーマを扱うので、どちらが特別法でどちらが一般法かを判断することはおそらく不可能であろう。成年者条約49条は、条約法条約30条2項の「条約が前の若しくは後の条約に従うものであること又は前の若しくは後の条約と両立しないものとみなしてはならないことを規定している場合には、当該前の若しくは後の条約が優先する。」に該当すると解され、この観点からは、成年者条約49条が、成年者条約と障害者条約との解釈の抵触を解決するおそらく唯一の根拠ということになるだろう。

Ⅲ－3－3 成年者条約を障害者条約に統合し人権基準に従った発展を促すための方策（第3章）⁽⁵⁹⁾

成年者条約は柔軟性を有する。まず第1に、条約の対象事項のリスト（3条）はあくまでも例示である。同条には、条約制定当時普及していた法的ツールである「後見」が含まれているが、条約の無制限性によりそのリストを合理的に解釈し、条約制定後に発展した意思決定支援制度を含めることが可能である。反対に、条約の対象に含まれない事項のリスト（4条）は、網羅的限定的なものである。第2に、成年者条約において定義付けされる語の少ないことが、様々な国内システムの調整を可にする。本条約では、「成年者」という語が厳密に定義された唯一の語であって、他の重要な語、例えば「保護」についての定義は置かれておらず、そこに解釈の余地が生じる。第3に、成年者条約は、修正案や附属議定書について特に規定を設けていないため、あらゆる修正プロセスを規律するのは条約法条約ということになる。条約

法条約は、一般論として、既に条約締約国となっている国々は、修正に特に同意しない限りいかなる修正にも拘束されず、修正後に条約に参加した国々のみが自動的に修正後の条約に拘束される旨を規定する⁽⁶⁰⁾。このことは、外国における法的行為の承認の可否を不確実なものにし、また、各国の実務に相違を生み出すリスクをもたらし得るが、成年者条約とそれが従うべき人権条約や慣習法上の義務とは調和している旨を締約国が宣言すること等によって対処することは可能であろう。

次に、各種機関の役割の観点からは、まず第1に、ハーグ国際私法会議に関して言えば、同会議事務局長は定期的に成年者条約の実際の運用状況を検討するための特別委員会を召集しなければならないことが、同条約52条に規定されている⁽⁶¹⁾。この特別委員会は2022年11月に開催される予定であるが、そのプロセスは既に2019年に開始されている、ハーグ国際私法会議事務局長は、締約国を拘束する権限を欠いてはいるものの、締約国の条約履行において重要な役割を果たし得る。ハーグ国際私法会議事務局長と事務局上席法務官は、欧州議会に提出したNOTEにおいて、成年者条約は、事実上、障害者条約上の義務を履行するために障害者条約の締約国を支援できると述べている⁽⁶²⁾。また、2018年12月のハーグ国際私法会議と欧州委員会との合同会議の結論において、両条約の補完的關係が明らかにされている⁽⁶³⁾。第2に、欧州理事会事務局は、欧州連合全体にわたる脆弱な成年者の保護に関する理事会決定案の承認を提案している⁽⁶⁴⁾。これは、①両条約の目的の重複は「障害者の権利を促進し保護する目的」を分担するものと認識し、②EU加盟国による成年者条約の批准を推進し、③各国の脆弱な成年者の保護に関する措置が確実に障害者条約に適合するよう加盟国に呼びかける等の内容を含むものである。第4に、国連に目を向けると、障害者条約は（成年者条約に比べ）より進んだモニタリングシステムを有している⁽⁶⁵⁾ほか、これとは別に、国連人権理事会が障害者の権利に関する特別報告者を⁽⁶⁶⁾、国連事務総長が障害とアクセシビリティに関する特使を⁽⁶⁷⁾、それぞれ任命している。人権の実現と発展の

状況については、障害者条約の範疇を超えて、普遍的定期的審査作業部会⁽⁶⁸⁾及び諮問委員会を含む国連人権理事会によってもモニタリングされる。

成年者条約が、障害者条約や最新の人権の発展に適合するように解釈されることを確実にするためには、各国の実践も同様に重要である。例えば、欧州委員会は、「障害者の権利に関する戦略2021-2030」⁽⁶⁹⁾において、加盟国に成年者条約への参加を呼びかけた。同委員会はまた、「意思決定支援に関するグッドプラクティスの集積」も計画しており、加盟国のイニシャチブ及び作業のあらゆる側面において障害者条約を遵守するよう強く求めている。

Ⅲ-3-4 成年者条約を越えて（第4章）及び結論⁽⁷⁰⁾

成年者条約は、原則として18歳以上の者にのみ適用されるが、障害者条約にはそのような年齢制限はない。成年者条約は、「人的能力の障害又は不十分を伴わない人々」が私的委任に基づく委任条項の作成を望む場面をも取り扱うのに対し、障害者条約はそのような人々を適用対象には入れていない。しかし、その委任条項がアクティブとなる時点、すなわち、自己の利益を守ることができないことを意味する、人的能力が「障害又は不十分」となった時点において、彼らは障害者条約の適用対象にも含まれる、つまり、その時点で、成年者条約の適用対象が、障害者条約（及び将来の高齢者条約）の適用対象と重なることになる。高齢者による法的能力の行使をその生涯を通じて支援する上で重要な目標は、私的委任等の措置の実施と、それが要求される場合に国境を越えて（個人又は財産に関連して）効果的な運用を可能にすることである。しかし、障害者条約自体はこのような措置を直接提供しているわけではない。この点については、個人が「他者に自分の希望を伝えることができない場合に従うべき意思及び選好を述べる⁽⁷¹⁾」ことができるような仕組み⁽⁷²⁾を規定した議定書による対処が可能であると思われる。

そして、成年者条約は、障害者条約の現在及び将来の締約国の国内法制度における運用状況を反映しつつ、かつ将来の高齢者条約を考慮することによって、今後も発展し得ると結論する。

以上のように、本報告書は、全体として、成年者条約を障害者条約にいわば「引き寄せ」て両条約を整合的に解釈する試みとも言えよう。本報告書が今後どのように支持を広げてゆくか注視したいと筆者は考える。

Ⅲ－４ 特別報告者と独立専門家との共同声明

研究報告書が公刊された直後、今度は、障害者の権利に関する特別報告者である Gerard Quinn 氏と、高齢者によるすべての人権の享受に関する独立専門家⁽⁷³⁾ Claudia Mahler 氏が共同声明「国際法のさらなる一致に向けて 成年者条約に関する考察」(以下、声明)⁽⁷⁴⁾を公表した。この声明は、前述の研究報告書を好意的に受け入れ、所々この研究報告書を下敷きにして考察が進められている。ここでもまた、重要と思われる部分を以下に紹介してみよう。

近年、急速に発展した重要なことの1つに、障害者及び高齢者の自律性、意思決定、法的能力について、徹底的な見直しが行われてきたことが挙げられる。このことは、障害者が生涯にわたって必要に応じた支援を受けつつ完全な意思表示、選好、自己管理の回復を求める障害者条約12条に強く表われている。同様の考え方は高齢者の権利に関する分野にも浸透しつつあり、将来の国連の高齢者の権利に関する条約も尊厳と自主性に基づくものとなろう。したがって、新しく高齢者条約が採択されたならば、成年者条約は、こうした障害者条約における考え方の改革に積極的に対応し、最大限の柔軟性を認めるように解釈適用されることが極めて重要である。成年者条約3条c号は後見人を「保護措置」の例として挙げているが、同条約において「保護」の

定義はなされていないため、①障害者条約が締約国に義務付けている⁽⁷⁵⁾ 後見制度から意思決定制度への移行において、成年者条約の後見に関する規定は意思決定制度に関する規定に転用でき、かつ、そうすべきであり、②成年者が自分の希望や好みを表明できるようにするための支援を提供する保護措置も十分可能であり、今後、「保護」とは、個人の声（法的能力）を奪うことによる保護ではなく、個人の意思決定プロセスを支援するシステム全体の保護を意味することになるという点を理解する必要がある。

研究報告書は、両条約（成年者条約と障害者条約）自体が規範的相互作用のプロセスを予見していることを強調している。成年者条約49条1項本文は、障害者条約が事実上実質的な意味で優先することを意味しており、障害者条約は後見制度から意思決定支援制度への移行を要求しているため、成年者条約の締約国は意思決定支援制度に移ることになり、そして、成年者条約も新しい支援制度と緊密に結びつくことになろう。また、障害者条約4条4項前段は、同条約のいかなる規定も、障害者の権利をより助長する他の国際的措置を害してはならない旨を定めている。後見制度の維持は「障害者の権利をより助長する」とは言えないから、同規定は、国家の実務を意思決定支援制度の方向へ向かわせることになろう。

成年者条約の締約国の最重要義務は、障害者条約の下で後見人の地位を徐々に廃止することであり、後見制度維持の口実として成年者条約に頼るべきではないということを明確にするために、そしてまた、特に、成年者条約が将来様々な意思決定支援制度間の抵触に関して積極的な役割を果たすことを確実にするために、ハーグ国際私法会議は、成年者条約の批准が後見制度の受け入れを意味しないことを、新締約国に対して十分明らかにすべきである。

ハーグ国際私法会議に関しては、研究報告書における以下の趣旨の勧告⁽⁷⁶⁾に留意しこれを支持する。すなわち、①現在準備中の実践ハンドブック⁽⁷⁷⁾において障害者条約に明示的に言及すべきであること、②

2022年開催予定の特別委員会において、障害者条約と高齢者の権利と成年者条約との間の補完性に関する個別セッションを設けるべきであること、③質問票が送付された国に対し、国内の法的枠組みにおける障害者条約の位置付けを明らかにするよう要求すること、④個人が自己の希望を他人に伝えることができない状況に陥る可能性がある場合に従うべき自己の意思及び選好の表明を可能にする仕組み（追加議定書を含む）を検討することである。

Ⅲ－５ 成年者条約の実際の運用に関するハーグ国際私法会議特別委員会の開催

本稿においてたびたび登場しているように、ハーグ国際私法会議は、成年者条約の実施状況を検討するための特別委員会⁽⁷⁸⁾の第1回会合（The First meeting of the Special Commission on the practical operation of the 2000 Protection of Adults Convention）を2022年11月9日から11日まで開催する予定であり、そのための準備を数年前から行っている。その1つが質問票の作成と各国からの回答のとりまとめである⁽⁷⁹⁾。この質問票は、主に成年者条約の締約国を対象とするものであるが、質問項目の中には、成年者条約の締約国ではないハーグ国際私法会議の構成国⁽⁸⁰⁾をも対象とするものも含まれている。

質問票の最後に置かれる項目10.3（「成年者条約への参加は、障害者条約上の義務（12条及び16条（搾取、暴力及び虐待からの自由）等）の履行を助けるという見解を貴国は有しているか」）は、明らかに成年者条約と障害者条約との相互関係を意識した問いである。この問いに回答した全9カ国中、イエスが6カ国（チェコ、エストニア、フランス、ドイツ、スイス、スコットランド）、ノーが3カ国（クロアチア、ラトヴィア、ポルトガル）であった。ノー回答の理由としては、法的能力や様々な措置に関する国内法は国ごとに異なり、必ずしも障害者条約に適合するものではないと同時に、成年者条約への参加を排除していないこと（ラトヴィア）、既に国内法において障害者保護と高齢者保護に対する措置が保証され

ていること（ポルトガル）が挙げられている。この点につき、特別委員会においてどのような議論がなされるかに注目したい。

IV 結びに代えて

成年者条約と障害者条約との交わりに関する以上のような議論の流れを概観し、改めて次の2点について検討が求められるように思われる。

1つ目は、言うまでもなく、成年者条約の我が国の受け入れの要否ないし可否である。これまで日本における涉外後見事件はさほど多くないとされてきた。例えば、成年後見制度が導入される直前の平成11年（1999年）における涉外事件のうち、禁治産の宣告及びその取消しが20件、準禁治産の宣告・取消し等が8件、後見人、保佐人又は後見監督人の選任が64件であったという⁽⁸¹⁾。この点につき令和3年の司法統計で確認してみると、後見開始の審判及びその取消しが152件、保佐開始の審判・取消しなどが81件、補助開始の審判・取消し等が39件、後見人等の選任が56件、さらに任意後見契約に関する法律関係は12件、従って涉外後見事件は合計340件であった⁽⁸²⁾。これらの事件が属する家事事件手続法別表第1に関わる事件全体の件数は6132件であったから⁽⁸³⁾、やはり今日でも涉外後見事件は多いとまでは言えないかもしれない⁽⁸⁴⁾。また、成年者条約の、特に管轄規定の複雑さは、成年者条約は分かりにくいというイメージを醸成していよう。そして、法の適用に関する通則法5条は、成年被後見人が日本に住所（居所）又は日本国籍を有していれば後見開始の審判等に関する国際裁判管轄権を日本に認めている（同時に、準拠法も日本法となる）が、将来日本が成年者条約を批准することになれば、成年者条約のみならず障害者条約にも目配りした法整備が求められることになり、その作業は煩雑なものとなる。さらに、成年後見に関する日本の国内実質法に関しても、障害者条約の観点からいくつもの問題点が指摘され⁽⁸⁵⁾、それらの見直し作業

が求められており、その動向にも留意する必要がある。以上のことが、日本における成年者条約批准の動きを鈍らせているように思われる。しかし、少ないとはいえ一定数の涉外後見事件は現に存在しているのであり、より広く国際的な成年者保護を図ろうとする条約の必要性は、超高齢社会の真っ只中にある日本において今後ますます高まるのではなかろうか。

2つ目は、障害者条約その他の人権条約に適合する解釈は、成年者条約のみならず、他の国際私法条約についても求められるようになるだろうということである。例えば、ハーグ子奪取条約上の子の返還義務と児童権利条約12条（意見表明の権利）との関係である⁽⁸⁶⁾。抵触法上の価値（利益）と実質法上の価値（利益）を次元の異なるものと捉える国際私法は、人権という実質的価値の具現を目的とする人権諸条約とどのように向き合っゆくべきなのか、これもまた難しい課題である。

このように見てくると、成年者条約にとって障害者条約との交わりは、国際私法の未来を探求する1つの好機であるとも言えようか。

- (1) Hague Conference on Private International Law は、1893年以来、オランダ・ハーグに本部を置き、国際私法ルールの世界の統一を図ることを目的として活動する国際的機関である。その詳細については、同組織のウェブサイト <https://www.hcch.net> 等参照。
- (2) Convention on the International Protection of Adults. 発効は2009年1月1日。2022年8月10日現在の締約国は、オーストリア、ベルギー、キプロス、チェコ、エストニア、フィンランド、フランス、ドイツ、ギリシャ、ラトヴィア、モナコ、ポルトガル、スイス、イギリスの計14カ国（日本は未批准）であり、最新の締約国であるギリシャは2022年7月28日批准、国内発効は2022年11月1日の予定である。なお、本条約の制定経緯及び内容については、この外交特別委員会に参加した日本政府代表団の各氏による文献、例えば、小堀悟「ハーグ国際私法会議・成年者の保護に関する外交特別委員会の概要」民事月報55巻11号9頁（以下、小堀）、櫻田嘉章「二〇〇〇年のハーグ『成年者の国際的保護に関する条約』について」ケース研究264号3頁（以下、櫻田）、横山潤「成年者の国際的保護に関する条約」『日本と国際法の100年 第5巻 個人と家族』（2001年、三省堂）203頁（以下、横山・三省堂）、同「1996年および2000年のハーグ条約におけ

る子および成年者の保護」国際私法年報第3号30頁（以下、横山・年報）等を参照。また、成年者条約の解説として、同条約のラポルトゥール（報告者）を務めたポール・ラガルド教授による説明報告書（以下、ラガルド報告書）が、ハーグ国際私法会議から公刊されている。Paul Lagarde, Explanatory Report on the Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults (2017),

<https://assets.hcch.net/docs/1509ab33-c2fe-4532-981c-7aa4dad9ba45.pdf> からダウンロードが可能である（2022年9月20日最終閲覧）

- (3) 本稿における成年者条約の邦訳は、基本的には小堀(注2)29頁以下に拠った（表記等を一部変更した箇所がある）。
- (4) The Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. 1996年採択。2002年発効。2020年10月現在の締約国は53カ国。日本は未批准。
- (5) 障害者の人権及び基本的自由の享有を確保し、障害者の固有の尊厳の尊重を促進することを目的とした障害者権利条約（Convention on the Rights of Persons with Disabilities）は、2006年12月13日に国連総会において採択され、2008年5月3日に発効した（日本国内では2014年2月19日に発効）。現在の締約国数は185カ国。

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en（2022年9月6日最終閲覧）。なお、本稿では、紙幅の都合上、障害者条約の条文の紹介は、特に必要な場合を除き割愛することをご容赦頂きたい。

- (6) Convention du 17 Juillet 1905 concernant L'Interdiction et les Mesures de Protection Analogues. 条文については、<https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1905-deprivation-of-civil-rights-convention>（2022年10月20日最終閲覧）。この条約は、後継となる成年者条約採択時点において、イタリア、ポーランド、ポルトガル、ルーマニア間で効力を有していた（櫻田(注2)・15頁）が、成年者条約の締約国であるポルトガルについては、同条約48条（締約国の間の関係においては、この条約は、1905年7月17日にヘーグにおいて署名された「禁治産並びにこれに類似の保護手段に関する条約」に代わるものとする。）が適用されることとなる。
- (7) Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants. 現在の締約国は14カ国。日本は未批准。

条文については、<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=39>（2022年10月20日最終閲覧）

- (8) 小堀(注2)12頁参照。なお、両条約の比較については、横山・年報

(注2) が詳細に論じている。

- (9) 小堀(注2)21頁。
- (10) 横山・年報(注2)30頁。
- (11) いずれの条約も、第1章(条約の適用範囲)、第2章(管轄権)、第3章(準拠法)、第4章(承認及び執行)、第5章(国家間協力)、第6章(一般条項)、第7章(最終条項)の全7章から構成される。
- (12) 小堀13頁(注2)参照。
- (13) 以下の諸点については、横山・年報(注2)31-33頁参照。
- (14) 「児童の権利に関する条約」は、1989年11月20日に国連総会において採択され、翌年9月2日に発効。日本においては1994年5月22日発効。同条約には「児童の最善の利益」の語が3条1項をはじめ計6カ所に見られる。これに対し、成年者条約において「成年者の最善の利益」の語が創出されなかった経過については、櫻田(注2)18頁注28を参照。
- (15) もっとも、措置が執られたときには18歳に達していなかったがその後成年に達した者に関する措置にも本条約は適用される(2条2項)。例えば、18歳未満のときに植物人間となって後見に付されている者が18歳を超えても、その措置は本条約にしたがって存続する(櫻田(注2)6頁)。なお、親責任条約の適用対象となる「子」は18歳未満の者を指す(親責任条約2条)。
- (16) 横山・三省堂(注2)206頁。小堀(注2)14頁も同旨。
- (17) 横山・三省堂(注2)206頁。
- (18) 例えば、一般的に義務的なワクチン投与等。櫻田(注2)7頁、小堀(注2)15頁。
- (19) 横山・三省堂(注2)206頁。
- (20) 小堀(注2)12頁。
- (21) 成年者条約11条1項本文は「成年者が現住する領域の属する締約国の機関は、例外的に、当該国に限定された属地的効果を持つ成年者の身上の保護のための暫定的な措置をとる管轄権を有する。」と規定する。
- (22) 成年者保護から医療行為を外すとなると、主として財産的保護のみが残ることになり、成年者保護を図る条約の実効性が大幅に失われてしまうという批判が条約制定過程においてなされたとのことである。櫻田(注2)7頁、14頁。
- (23) もっとも、常居所地国についての定義は、他のハーグ国際私法条約と同様、成年者条約においてもなされていない。
- (24) 日本語文献では「本国」が用いられる場合が多い。重国籍者については、そのいずれの国籍国もa号に該当するものと考えられる。
- (25) この点については、例えば、管轄権の「委譲」(横山・年報(注2)36頁、横山・三省堂(注2)207頁等)あるいは「移送」(小堀(注2)16頁等)の語で表現されることがある。

- (26) 横山・三省堂(注2)211-212頁参照。
- (27) 同上。
- (28) 小堀(注2)18頁。ラガルド報告書(注2)para.84も、11条は、中絶、不妊手術、又は臓器摘出や手足の切断を伴う外科手術等、深刻かつ決定的な医療措置は含まないとする。
- (29) 筆者の知る限りでは、15条に言及するいずれの日本語文献においても「任意後見」の訳語が用いられているが、原語は“mandate in case of incapacity”であり、条約自体の解釈としても、日本法上の任意後見の概念に限定されるものではないと考えられる。
- (30) 量的制限は、当事者自治原則（準拠法決定を当事者の意思に委ねる）を修正する手法の1つであり、当事者自治の対象を当該法律行為と実質的な関連を有する地の法に限定すべきとする。澤木敬郎＝道垣内正人「国際私法入門」（第8版）（2018、有斐閣）（以下、入門）174-175頁等参照。
- (31) 横山・三省堂(注2)214頁は、選択できる法の範囲に量的制限を付した理由として、成年者条約で処理される問題が各国の国内法上家族法の枠組みで処理されており、完全な当事者自治には親しまないとされていること、当事者による法選択を許容する相続や夫婦財産制に関する他のハーグ条約においても量的制限が付いていることを挙げている。
- (32) 横山・三省堂(注2)214頁、ラガルド報告書(注2)para.107参照。
- (33) 櫻田(注2)10頁。
- (34) 同所、及びラガルド報告書(注2)para.113。
- (35) 自動承認制度とは、一定の要件を具備していれば、特別の手續を要することなく自動的にその効力（ここでは、他の締約国の機関がとった措置の効力を意味しよう）を承認する仕組みを指す。入門(注30)343頁参照。
- (36) 後者は、例えば、麻薬患者に対する承認国の医療措置を尊重しようとする意図によるものである（櫻田(注2)11頁）。
- (37) 33条1項は、「第5条から第8条までの規定に基づき管轄権を有する機関が、施設その他保護が与えられる場所に成年者を収容することを検討し、かつ、その収容が他の締約国において行われるべきときは、当該機関は、はじめに他の締約国の中央当局又は他の権限ある機関と協議をしなければならない。このために、当該機関は、成年者についての報告及び提案されている収容の理由を伝達しなければならない。」と規定する。
- (38) 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（The Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction）。効力発生は1983年。2022年9月時点における締約国数は101カ国。日本においては2014年4月1日に効力発生。国内実施法として「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」がある。
- (39) The Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption. 効力発生は1995年、2022年

9月時点における締約国は104カ国。日本未批准。

- (40) Directorate-General for Internal Policies“Policy Department C Citizens' Rights and Constitutional Affairs Leagl and Parliamentary Affairs The Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults NOTE”（以下、NOTE）12頁に挙げられている例を参考にした。<https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/2012/20121219ATT58310/20121219ATT58310EN.pdf>（2022年10月20日最終閲覧）
- (41) 成年者条約38条1項は「保護の措置をとり、又は代理権を確認した締約国の機関は、申立てにより、成年者の身上又は財産の保護を委任された者に対して、その者が行為する資格及び付与された権限を示す証明書を交付することができる」と定める。
- (42) 注40参照。その奥付によれば、同文書は欧州議会の法務委員会の要請を受けて、ハーグ国際私法会議事務局の Phillippe Lortie 事務局長と Maja Groff 上席法務官によって執筆されたものである。
- (43) NOTE(注40)9頁。なお、障害者条約12条は次のように規定する（障害者条約の邦訳は、外務省のウェブサイト https://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr_ha/page22_000899.html に拠った。（2022年10月20日最終閲覧））。
 「[1項] 締約国は、障害者が全ての場所において法律の前に人として認められる権利を有することを再確認する。[2項] 締約国は、障害者が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力を享有することを認める。[3項] 締約国は、障害者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置をとる。[4項] 締約国は、法的能力の行使に関連する全ての措置において、濫用を防止するための適当かつ効果的な保障を国際人権法に従って定めることを確保する。当該保障は、法的能力の行使に関連する措置が、障害者の権利、意思及び選好を尊重すること、利益相反を生じさせず、及び不当な影響を及ぼさないこと、障害者の状況に応じ、かつ、適合すること、可能な限り短い期間に適用されること並びに権限のある、独立の、かつ、公平な当局又は司法機関による定期的な審査の対象となることを確保するものとする。当該保障は、当該措置が障害者の権利及び利益に及ぼす影響の程度に応じたものとする。[5項] 締約国は、この条の規定に従うことを条件として、障害者が財産を所有し、又は相続し、自己の会計を管理し、及び銀行貸付け、抵当その他の形態の金融上の信用を利用する均等な機会を有することについての平等の権利を確保するための全ての適当かつ効果的な措置をとるものとし、障害者がその財産を恣意的に奪われないことを確保する。」
- (44) NOTE(注40)10頁。なお、NOTEの執筆時点（2012年11月13日）において、欧州連合の全ての加盟国が障害者条約の締約国ないし署名国であった。

- (45) 障害者条約3条「この条約の原則は、次のとおりとする。(a) 固有の尊厳、個人の自律（自ら選択する自由を含む。）及び個人の自立の尊重、(b) 無差別、(c) 社会への完全かつ効果的な参加及び包容、(d) 差異の尊重並びに人間の多様性の一部及び人類の一員としての障害者の受入れ、(e) 機会の均等、(f) 施設及びサービス等の利用の容易さ、(g) 男女の平等、(h) 障害のある児童の発達しつつある能力の尊重及び障害のある児童がその同一性を保持する権利の尊重。」
- (46) “EC-HCCH Joint Conference on the Cross-border Protection of Vulnerable Adults”. この会議の結論及び勧告については、<https://assets.hcch.net/docs/88f10f24-81ad-42ac-842c-315025679d40.pdf> 参照（2022年10月20日最終閲覧）。
- (47) 障害者の権利に関する特別報告者（The Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities）は国連人権委員会が2014年に創設したもので、障害者の権利の実現と平等な構成員としての障害者の社会参加に関するグッドプラクティスの特定、やりとり、促進のために、国家及びその他の利害関係者との定期的な対話の展開その他、障害者の権利の実現に向けた様々な活動を行うことが求められる。現任者である Gerard Quinn氏は2020年10月に人権委員会によって任命された。詳細については、<https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-disability> 等を参照。
- (48) Sonia E. Rolland, Alex Ruck Keene, “Study Interpreting the 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults Consistently with the 2007 UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities” (3 June 2021). (以下、研究報告書)
- (49) UN Convention on the Rights of Older Persons の策定が、現在、国連において検討されていることについて、例えば、高田清恵「高齢者人権条約の展望—国連・高齢者権利条約の制定に向けた取組みとその意義」学術の動向2018年5月号18頁。
- (50) 研究報告書(注48) 4-8頁。
- (51) 成年者条約1条1項、2条1項。
- (52) ここで、「無能力」(incapable party)等の法律用語ではなく、保護を必要とする成年者に関する事実に留められているのは、国ごとにその意味内容を異にする法律用語の使用が意図的に避けられたためである。研究報告書(注48) 4頁。
- (53) 成年者条約20条「成年者が保護されるべき国の法律中、準拠法のいかなを問わずその適用が強行されるべき規定の適用は、本章の規定によっては妨げられない」。この条の邦訳は、横山・三省堂224頁に拠った。
- (54) 研究報告書(注48) 9-13頁。
- (55) いずれの締約国も、同項ただし書（「ただし、当該国際文書の当事国が反対の宣言を行った場合は、この限りでない。」）に規定される反対の宣

言を行っていない。

- (56) 我が国については1981年8月1日に効力発生。条約法条約の制定経過等については、小川芳彦「条約法の理論」(東信堂、1989) 5-39頁、211-256頁等参照。
- (57) 条約法条約30条参照。同条1項は「国際連合憲章第103条の規定が適用されることを条件として、同一の事項に関する相前後する条約の当事国の権利及び義務は、2から5までの規定により決定する」と定め、3項は「条約の全ての締約国が後の条約の締約国になっている場合において、第59条の規定による条約の終了又は運用停止がされていないときは、条約は、後の条約と両立する限度においてのみ、適用する」と規定する。なお、国際連合憲章103条「国際連合加盟国のこの憲章に基づく義務と他のいずれかの国際協定に基づく義務とが抵触するときは、この憲章に基づく義務が優先する。」
- (58) 特別法優先原則に関する規定は条約法条約には見られない。皆川誠「条約法における特別法優先原則の位置」早稲田法学81巻4号(2006)381頁参照。
- (59) 研究報告書(注48)13-21頁。
- (60) 条約法条約39条、40条。
- (61) 本稿の冒頭で取り上げたモニタリング会議はこの特別委員会を指す。なお、この種の特別委員会は成年者条約に特有のものではなく、他のいくつかのハーグ条約(例えば、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約)に関しても実施され、それぞれ成果を挙げている。
- (62) NOTE(注40)14頁。
- (63) 注46参照。
- (64) Council of the European Union, General Secretariat of Council, “Draft Council Conclusions on the Protection of Vulnerable Adults across the European Union” (2021年5月27日付), <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8636-2021-INIT/en/pdf> (2022年10月20日最終閲覧)
- (65) ここでは、障害者の権利に関する委員会(34条)、及び締約国会議(40条)を指している。
- (66) 本稿執筆時点における特別報告者は Gerald Quinn氏(2020年10月任命)。注47も参照のこと。
- (67) Special Envoy of the Secretary-General on Disability and Accessibility. 本稿執筆時点における特使は、Ms. María Soledad Cisternas Reyes氏(2017年6月任命)
- (68) なお、普遍的定期的審査(Universal Periodic Review, UPR)の基本的事項については、
<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/basic-facts> を参照(2022年10月20日最終閲覧)。

- (69) European Commission, “Strategy for the Rights of Persons with Disabilities 2021-2030” (2021年3月採択) は、<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8376&furtherPubs=yes> からダウンロードが可能である。
- (70) 研究報告書(注48)21-23頁。
- (71) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No.1 (2014) para.17. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement> (2022年10月20日最終閲覧) 参照。
- (72) 原文は“unilateral statement”(22頁)であるが、本文中では「仕組み」とした。
- (73) 高齢者によるすべての人権の享受に関する独立専門家(The Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons)は国連人権理事会が2013年に創設したもので、現任者である Claudia Mahler氏は2020年5月に国連人権理事会によって任命された。高齢者の人権の実現及び高齢者の社会への積極的な貢献に関して直面する課題について認識を高め、高齢者の権利に関する情報を高齢者に提供することその他、高齢者の権利に関する広範な活動が期待されている。詳細については、<https://www.ohchr.org/en/special-procedures/ie-older-persons> 等参照。
- (74) Joint statement by the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities, Gerald Quinn, and the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Claudia Mahler “Toward Greater Coherence of International Law : Reflection on the Hague Convention (2000) on the International Protection of Adults” (8 July 2021)
- (75) 障害者条約12条3項。
- (76) 研究報告書(注48)24-25頁参照。
- (77) 成年者条約のさらなる批准を促進する目的で企図された Practical Handbook は、ハーグ国際私法会議と欧州委員会によって起草作業が進行中であり、2022年の特別委員会において検討される予定である。
- (78) <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6795&dtid=57> (2022年10月20日最終閲覧)。
- (79) ハーグ国際私法会議のウェブページには23カ国(25地域)からの回答が掲載されている。
<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6862&dtid=33> (2022年10月20日最終閲覧)。
- (80) 日本はこれに該当するが、本稿執筆時において、日本の質問票の回答に関する情報を筆者は得ていない。
- (81) 山田真紀「涉外成年後見事件について」家裁月報53巻9号1頁。なお、涉外成年後見事件については明確な定義はないが、司法統計上は、申立人、

- 本人等の関係人のいずれかが外国人である場合を意味する。また、後見人及び後見監督人の選任には未成年後見の場合の件数も含まれている。同所。
- (82) 第10表「家事涉外事件の事件別新受件数—全家庭裁判所」最高裁判所事務総局「令和3年司法統計年報3家事編」30頁。<https://www.courts.go.jp/app/files/toukei/597/012597.pdf> (2022年10月25日最終閲覧)。
- (83) 同上。この種の事件のうち最多は「相続の放棄の申述の受理」の2491件であった。
- (84) もっとも、同様のことは諸外国にも当てはまるようである。横山潤「新成年後見制度と国際私法」一橋法学1巻2号(2002)17頁以下参照。
- (85) 例えば、清水恵介「障害者権利条約からみた日本の成年後見制度の課題」実践成年後見61号(2016)71頁以下、同「成年後見制度における法定代理と本人への帰責」岡伸浩他編『高齢社会における民法・信託法の展開 新井誠先生古稀記念論文集』(2021年、日本評論社)513頁以下。なお、日本国内の成年後見制度については厚生労働省「成年後見制度の現状」(令和4年8月)も参照。<https://www.mhlw.go.jp/content/000973029.pdf> (2022年10月20日最終閲覧)
- (86) 研究報告書(注48)19-20頁参照。この点につき、例えば、意思能力を有する13歳の子による返還拒絶の意思表示を否定した最高裁平成30年3月15日判決(民集72巻1号17頁)等は、児童権利条約との関係に関する興味深い検討材料を提供するように思われる。

クリスティアン・ヴォルフの履行順序論にもとづく契約の分類とリスク配分

——改正民法における通常損耗補修特約の位置づけを素材として——

出 雲 孝

1 はじめに

人間は、対象の分類を好む。動物、植物、鉱物など、世界にある諸事物を様々に分類し、その分類にもとづいて知識を蓄えている。法学も例外ではない。物権、債権、有体物、無体物のように、際限のない分類が見られる。契約法においても契約類型というものが存在する。有名契約、無名契約、双務契約、片務契約、有償契約、無償契約がその代表例である。

これらの契約類型には、その機能が十分明確であるものと、そうでないものがある。例えば、双務契約には同時履行の抗弁（民533条）が認められる。また、有償契約には、その性質に反しない限り、売買の規定が準用される（民559条）。これに対して、片務契約と無償契約には、これらのような一般的性質は認められていない。少なくとも、片務契約にはこれこれの法的効果があるとか、無償契約にはこれこれの法的効果があるとか、そのような規定は民法典の中には存在していない。

そもそも歴史的に見ると、有償契約や無償契約という分類が、最初から認められていたわけでもない。「自然の法と呼ばれるのは、それらがわれわれの存在の構造のみに由来するからである」⁽¹⁾と述べたのは

フランスのモンテスキューであるが、法学に携わる者は、昔から対象の構造に関心を持つようである。そして、拙稿（2018）で明らかにしたように、ドイツにおいて現代的な意味の有償・無償契約という分類が成立したのは、18世紀前半になってからであり、それ以前には交換的・恩恵的契約という別の分類が用いられていた⁽²⁾。交換的契約と有償契約、恩恵的契約と無償契約は、一見すると似通った分類である。しかし、無利息消費貸借は交換的契約であるが有償契約ではない、という明確な違いがある⁽³⁾。というのも、交換的契約は、双方が対価的な出捐をしているか否かではなく、双方が財産権を移転し合っているか否かによって定義されたからである。つまり、無利息消費貸借は、貸主の貸与に対して、借主が対価を支払っているわけではないため、無償契約であるけれども、貸主が代替物の所有権を移転し、借主も後から代替物の所有権を移転しているので、交換的契約に分類される。

このように、契約類型というものは、歴史の中で新たに発見されたり消滅したり、あるいはその意義がそれほど明瞭でないまま用いられたりしている。すると、法史学の観点からは、次のような問いを立てることができる。契約類型は、現在の民法学が用いているもので、すべてが尽くされているのであろうか。この問いに対しては、否定的に推測する根拠がある。それは、近年になっても依然として新しい契約類型が提案されているという事実である。例えば継続的契約関係という分類は、比較的新しく誕生した類型である⁽⁴⁾。したがって、契約類型論の意義は、既に発見された契約類型を分析することのみならず、どのような分類基準を与えてやれば有用なグループの切り分けができるのかを考察することにも存する。このようにしてうまく切り分けられた類型は、該当する契約の法律要件や法律効果を適切に説明する機能を果たすであろうから、「正しく機能する類型 (well-functioning type)」と呼ぶことができよう。

本稿の目的は、近世ドイツの思想家クリスティアン・ヴォルフ (Christian Wolff, 1679-1754) の契約理論を参照し、正しく機能する類型

の一案を提示することにある。その一案は、拙稿 (2019) において示したものであり⁽⁵⁾、履行順序が本質的に決定されている契約と、そうでない契約との区別である。履行順序が本質的に決定されている契約の例は、賃貸借であり、そうでない契約の例は、売買である。拙稿 (2019) では、ヴォルフの時間論から説き起こし、彼の哲学的洞察が契約理論に対してどのような関係を有していたのかを明らかにした。そして、現代契約法への示唆にあたっては、建物賃貸借における通常損耗の問題への応用可能性を指摘するにとどめた。本稿では、この課題を引き継ぎ、ヴォルフの契約理論およびそこから導出された前述の契約類型が、建物賃貸借における通常損耗の問題へ実際に応用可能であることを示すことにしたい。

本稿の構成は、以下のようになっている。まず第2章では、履行順序に関するヴォルフの契約理論を概観する。そこでは、履行順序にもとづく契約当事者への帰責論と、それを適用した場合の建物賃貸借における通常損耗の取扱いについても紹介する。次に第3章では、建物賃貸借における通常損耗の問題点を、現代日本法にもとづいて考察しつつ、この問題がヴォルフの契約理論に照らしてどのように整理可能であるのかを分析する。最後に、第4章でまとめを行う。

2 クリスティアン・ヴォルフの契約理論

(1) クリスティアン・ヴォルフ

クリスティアン・ヴォルフは、哲学者ゴットフリート・ヴィルヘルム・ライプニッツ (Gottfried Wilhelm Leibniz, 1646-1716) の系譜に連なる思想家である⁽⁶⁾。ライプニッツの関心が数学、哲学、法学などの多様な領域に及んでいたように、ヴォルフもまたこれらの分野について多くの著作を残した。ヴォルフの思想の特徴は、幾何学的方法によって諸学を統一しようと試みた点にあった⁽⁷⁾。ここで言う幾何学的方法とは、あらゆる学説上の命題を、当時の論理学の形式に落とし込むこと

を意味した⁽⁸⁾。その法学上の成果は『科学的方法で研究された自然法 (*Jus naturae methodo scientifica pertractatum*)』(全8巻、1740-1749) という大部の著作にまとめられた。日本では、特に契約の成立に関する文脈で、同書の研究が行われてきた⁽⁹⁾。

今回紹介するのは、契約の履行順序の分析(以下「履行順序論」という。)という、今日までほとんど顧みられることのなかったテーマである。履行順序論とは、固定された履行順序から生じる構造的なリスク、すなわち目的物の滅失、毀損、劣化(以下「時間リスク」という。)を分析する理論である。この種のリスクとして、ヴォルフは賃借物の自然損耗を挙げている。以下では、この履行順序論の紹介を行う⁽¹⁰⁾。

(2) ヴォルフの履行順序論

履行順序論の核となるのは、ヴォルフの時間論である。彼の時間論の特徴は、現実の時間の経過を出来事の順序として把握することにある。すなわち、時間とは、「連鎖して継起するものごとの順序 (*ordo successivorum in serie continua*)」に他ならない⁽¹¹⁾。

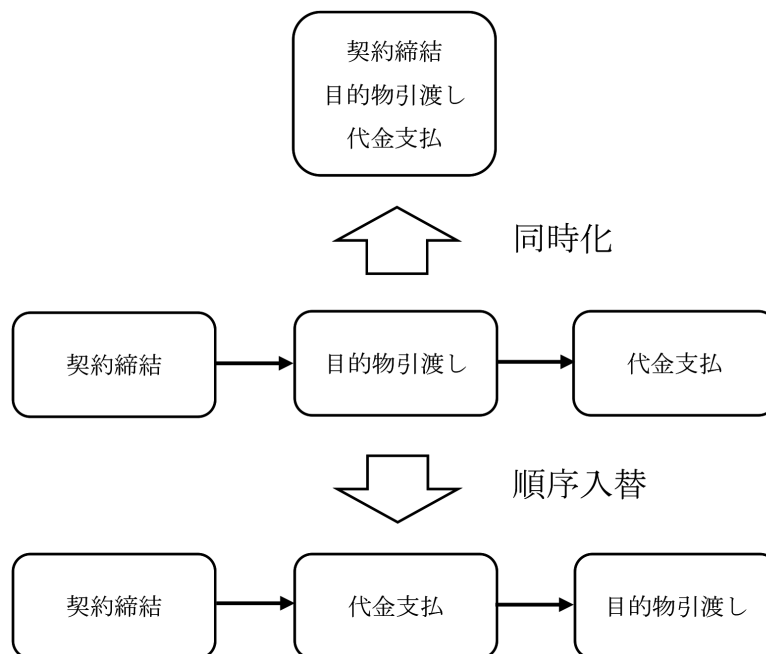
例えば、水瓶の水を考えてみよう。水瓶から水が流れ出るとき、ある水滴と別の水滴との間には、連綿とした順序(先後関係)がある。ヴォルフは、このような先後関係の推移を、現実的な時間の経過と捉えた⁽¹²⁾。これは、現実の時間によって事物の運動が計られるのではなく、事物の運動によって現実の時間が計られると解釈する立場である⁽¹³⁾。したがって、あるものごとが時間的継続性を有しているとは、そのものごとの継起に一定の順序があることを意味する。

これを契約の履行にあてはめると、次のように表現することができる。ある契約関係が一定時間継続するとは、当該契約に履行順序があることを意味する。つまり、契約当事者たちが $A \rightarrow B \rightarrow C \dots$ と履行ステップを順に踏んでいくことによって、時間的継続性が発生する。反対に、ある契約関係が即時に完了するとは、このようなステップがないことを意味する。

例えば、売買には、時間のかからない売買（現実売買）と、時間のかかる売買（物の引渡しや代金の支払が後日に先延ばしされている売買）とがある。もちろん、現実世界において、契約締結、目的物の引渡しおよび代金の支払を、ゼロ時間で即時に行うことはできない。売主と買主がどのように努力しても、そこには数秒の時間差が生じるであろう。しかし、理論上は、売主と買主とが完全な即時履行を行うこと、すなわち履行時間がゼロ秒であることを観念できるので、ここではそのような理想的同時性を想定しよう⁽¹⁴⁾。

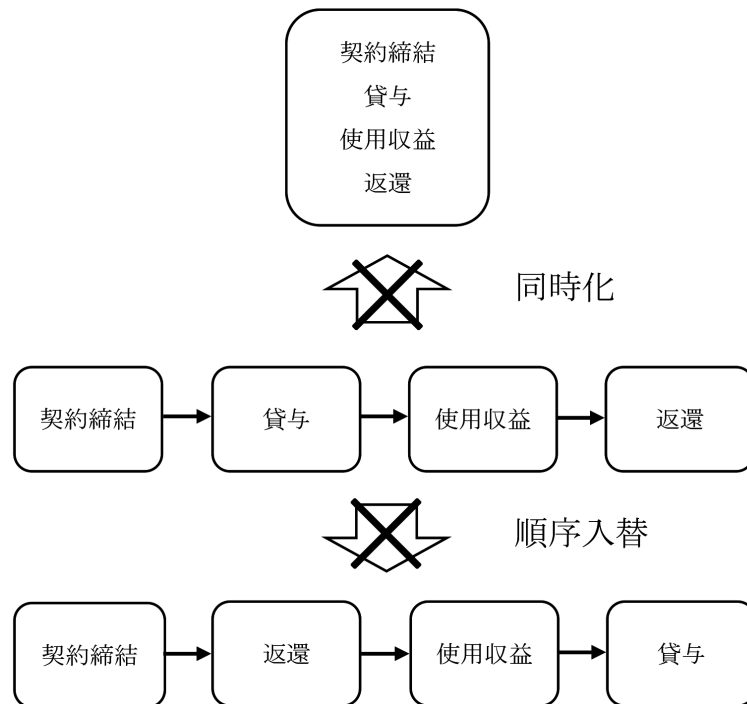
ヴォルフの時間論に照らしてこれを言い換えると、次のように表現することができる。売買は、履行に先後関係があるもの、すなわち契約締結、目的物引渡しおよび代金支払の間に先後関係があるものと、そうでないもの、すなわち（少なくとも理想的には）契約が即時に完了するものとの区別される。そして、時間的継続性を有する売買と有しない売買とのいずれが選択されるのか、また、前者が選択された場合に物の引渡しと代金の支払とのいずれを先に履行するのかは、当事者の合意によって決められる。これを表すと、図1のようになる。

図1 売買における履行順序



これに対して、時間のかからない賃貸借というものは存在しない。すなわち、賃貸借において、契約締結、貸与、使用収益および返還が同時に行われることはありえない。また、賃貸借には、貸与→使用収益→返還という明確な順序があり、これを契約当事者の合意で変更することもできない。これを表すと、図2のようになる。

図2 賃貸借における履行順序



このようなヴォルフの時間＝順序論によれば、履行順序には、当事者の合意によって任意に創設されるものと、契約に（少なくとも部分的に）構造上内在するものとの2種類がある。前者に該当するのは、前掲図1中段の契約締結→目的物引渡し→代金支払の順序、又は下段の契約締結→代金支払→目的物引渡しの順序である。後者に該当するのは、前掲図2中段の貸与→使用収益→返還の順序である。なお、賃料の支払に関しては融通が効くけれども、以下では当該部分構造のみに着目する。

(3) ヴォルフの帰責論

a. 帰責とは何か

ヴォルフは、契約における時間の流れについて、単に両者の事実的な差異を示したわけではない。彼は、この構造の違いから、法的な差異を導出した。それは、リスク負担の変更の可否である。

ヴォルフは、「帰責 (imputatio)」という概念によって、契約当事者のリスク負担を把握した。帰責とは、何らかの善い結果または悪い結果について、ある人の自由意志が当該結果の原因であったと判断することをいう⁽¹⁵⁾。例えば、AがBを殴打して負傷させた場合、Bにもたらされた負傷という害悪の自由な原因、すなわちそれ以上遡れない自由意志に基づく原因は、Aであると判定される。Aは自由意志という概念を通じて当該負傷の究極的な原因となるので、Aが当該負傷について責任を負わなければならない。これが帰責である。端的に表現すれば、ある人がある事象について責任を負うのは、その事象の原因がその人の自由意志であったと判断されるときを言う。

この帰責概念は、対偶のかたちで解釈するならば、ある事象の原因がある人の自由意志であったと判断されないならば、その人はその事象について責任を負わないことを意味する。すなわち、「行為が人間に帰責されるのは、その行為が自由であるときに限られる (actiones homini imputantur, quatenus liberae sunt)」⁽¹⁶⁾。

b. 売買と賃貸借における帰責

以上の時間論および帰責論が、どのような法的帰結を生み出すのかを確認しよう。ヴォルフによれば、売買が完了するまでの不可抗力による目的物の滅失・毀損リスクを、売主と買主は自由に負担してよい⁽¹⁷⁾。この点について、ヴォルフは自由主義的な契約観を有していた。なぜなら、買主が時間リスクを負担しつつ、売主が引渡期日まで収益を続ける合意も認められる、と説いているからである⁽¹⁸⁾。つまり、買主が一方的に損をする合意も許容される。これに対して、賃貸借が完了す

るまでの不可抗力にもとづく時間リスクは、必ず賃貸人が負わなければならないものとされた⁽¹⁹⁾。同様に、賃借物の自然な損耗についても、賃貸人負担とされた⁽²⁰⁾。

この差異を理解する鍵は、前述の時間論および帰責論にある。売買において生じる時間リスクは、売主と買主の合意から生じる偶発的なリスクである。なぜなら、売主と買主が即時履行をしさえすれば、履行完了前に目的物が滅失・毀損するかもしれないリスクは発生しなかったからである。そして、このリスクは当事者の自由な行為によって発生しているので、帰責の対象になる。では売主と買主のどちらに帰責すべきであるのかが問題になるけれども、どちらの都合によって即時履行を断念したのかは諸事情に応じて異なるので、帰責の確定は、その事情を織り込んだ彼らの合意に委ねておけばよい⁽²¹⁾。

これに対して、賃貸借の時間リスクは帰責可能なリスクではない。なぜなら、貸主と借主がどのように合意しようとも、期間のない賃貸借というものは創設できないからである。賃貸借が継続的契約関係であることは、貸主または借主の都合で履行を先延ばししたからではなく、契約の構造上必然的である。そして、このような構造的リスクの中には、「それを伴わなければ使用することができない劣化 (deterioratio sine qua usus obtineri nequit)」も含まれる⁽²²⁾。したがって、貸主と借主はこのリスクをお互いに帰責し合うことはできず、法が介入しなければならない⁽²³⁾。

ヴォルフが言及している危険負担と通常損耗のうち、前者は本稿のテーマではないけれども、若干の考察を加えておく。民法536条1項は「当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる」と定めており、いわゆる債務者主義を採用している⁽²⁴⁾。ここで、以下の2つのケースを考える。まず、買主と売主との間で中古車の売買契約が締結され、買主が「引渡しは3ヶ月後にして欲しい」と提案した。この場合、3ヶ月の間に生じうる不可抗力上の滅失リス

クを買主に帰責する合意が締結されたとしても、すなわち民法536条1項の債務者主義ではなく債権者主義を採用する旨の特約が結ばれたとしても、この特約の有効性は、それほど厳格な評価に晒されないであろう。では次に、貸主と借主との間で、中古車のレンタル契約が締結され、貸出期間が3ヶ月とされた場合、類似の特約は有効であろうか。すなわち、もし3ヶ月のレンタル期間中に目的物が滅失し、その原因が貸主の責めにも借主の責めにも帰されないならば、借主は残部の賃料を支払わなければならないとする特約は、有効であろうか。この特約は、同一の期間に関する同一種類（=不可抗力による滅失）のリスク配分であるにもかかわらず、その有効性については先の特約よりも厳しい評価を受けるはずである。

この法感覚がどこに由来するのかを問うことによって、ヴォルフの履行順序論の意義が明らかになる。つまり、「中古車の引渡しを3ヶ月待って欲しい」という買主側の申出は、売買契約に本質的でない時間リスクを生じさせるので、これを申出人へ帰責することにさしたる支障はない。これに対して、「中古車を3ヶ月貸して欲しい」という借主側の申出は、賃貸借契約に本質的な時間リスク、言い換えれば、貸出期間を指定しているだけであり、これを申出人に帰責することは困難である。このように、民法536条1項という同一の条文が、売買契約に対しては純粹な任意規定として、賃貸借契約に対しては指導的な性格を有する規定として機能することになる。そして、この相違は先のように、ヴォルフの履行順序論によってうまく根拠づけられることができる。同様に、改正前民法は売買について債権者主義を採用したが、賃貸借について債権者主義を採用した前例はないこと、また貿易取引の国際規則であるインコタームズ（Incoterms, International Commercial Terms の略称）は、危険負担を船積み時点で輸出者から輸入者へ移すCFR（Cost and Freight）をポピュラーな取引条件としているが、賃貸借について似たようなルールは存在していないことも、売買と賃貸借との本質的な差異を示している。

c. 法定リスク配分

以上の説明は、賃貸借における時間リスクが契約当事者のいずれにも帰責されないことの理由にはなっているけれども、当該リスクが賃貸人負担になることの理由にはなっていない。帰責不能なリスクがなぜ契約当事者の一方に半ば強制的に帰属するのか、言い換えるならば、法定リスク配分の根拠はどこにあるのかが問題になる。ヴォルフは詳細に述べていないけれども、「危険は所有者のものである (periculum est domini)」という原則に立ち返って処理されているのではないかと推測される⁽²⁵⁾。というのも、消費貸借の目的物の滅失および劣化については、代替物の所有権が借主へ移転していることを理由に、借主負担とされているからである⁽²⁶⁾。

なお、無帰責な時間リスクをどちらの当事者に法定負担させるのかは、必ずしも所有権の所在のみによっては決定されない。もうひとつの法定負担の基準として、契約当事者の「都合 (causa)」が挙げられる。ヴォルフはこの基準を使用貸借に適用しており、「使用貸主の都合 (commodantis causa)」で物が貸し出された場合は、原則的に当該貸主が時間リスクを負う⁽²⁷⁾。反対に、「使用借主の都合 (commodatarii causa)」で物が貸し出された場合は、原則的に当該借主が時間リスクを負う⁽²⁸⁾。貸主都合の使用貸借と借主都合の使用貸借のそれぞれの例をヴォルフは挙げていないけれども、日本における債権法改正時の議論が参考になろう。すなわち、使用貸借は「無償契約といっても、親族等の情義的な関係によるものだけではなく、他の取引関係等を背景とする経済合理性のあるものなど様々なものがあるから」⁽²⁹⁾、貸主側の都合で物が貸し出されるパターンの経済合理性も存在すると考えられる。例えば、自己所有の建物を留守にするにあたって、防犯のために親族に依頼して無償で住んでもらった場合、借主が通常損耗の原状回復義務を負うことは、原則的にないであろう。ヴォルフのアイデアは、使用貸借上の通常損耗に関する民法599条3項の解釈に対しても示唆的である⁽³⁰⁾。

(4) 小括

ヴォルフの契約理論においては、本質的に履行順序が定まっている契約（例えば賃貸借）と、そうでないもの（例えば売買）との間に、大きな区別が設けられていた。それは、時間から生じるリスク、すなわち目的物の滅失、毀損、劣化のリスク負担に関する区別である。ヴォルフによれば、売買の場合は売主と買主とが時間リスクを自由に負担してよいけれども、賃貸借の場合は貸主がこれを負担しなければならない。この差異は、次のような哲学的洞察に由来する。時間とは、物事が継起していく順序のことであり、契約には、この順序が固定されているもの（例えば賃貸借）と固定されていないもの（例えば売買）とがある。そして、人間は、自身の自由にならない事柄については責任を負わないので、固定された履行順序から生じるリスクについても責任を負わない。したがって、賃貸借における構造的な時間リスクは、賃借物の所有者である賃貸人がこれを負担しなければならない。このようなリスクの一種として、ヴォルフは自然損耗を挙げた。

3 改正民法における通常損耗補修特約の位置づけ

(1) 前史と論点の整理

不動産賃貸をめぐるトラブルのひとつに、ハウスクリーニング等の原状回復費用に関する特約がある。独立行政法人国民生活センターは、2022年8月26日付の「各種相談の件数や傾向」において、問い合わせが多い相談内容の一項目に「賃貸住宅の敷金・原状回復トラブル」を挙げた⁽³¹⁾。同センターは2011年にも「賃貸住宅の退去時に伴う原状回復に関するトラブル」という報告書を公開しており⁽³²⁾、当該トラブルの常態化がうかがわれる。

建物賃貸借の原状回復費用に関する特約をめぐるトラブルは、早くから行政の懸念事項にもなっていた。最も早い対応をみせたのは旧建設省であり、平成10年3月に「原状回復ガイドライン」（平成23年8月に

国土交通省のもとで改訂)を公表した。本ガイドラインは、「原状回復をめぐるトラブルの未然防止のため、賃貸住宅標準契約書の考え方、裁判例及び取引の実務等を考慮の上、原状回復の費用負担の在り方について、妥当と考えられる一般的な基準」⁽³³⁾をとりまとめたものである。

その後、【1】最判平成17年12月16日集民218号1239頁が、いわゆる通常損耗に関する判断を下した。同判例によれば、「建物の賃借人にその賃貸借において生ずる通常損耗についての原状回復義務を負わせるのは、賃借人に予期しない特別の負担を課することになるから、賃借人に同義務が認められるためには、少なくとも、賃借人が補修費用を負担することになる通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、仮に賃貸借契約書では明らかでない場合には、賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められるなど、その旨の特約（以下「通常損耗補修特約」という。）が明確に合意されていることが必要であると解するのが相当である」。

本判例の理論構成については、特約の成立自体を否定する趣旨であったのか、それとも原状回復費用に関する特約から通常損耗を除外する制限解釈の趣旨であったのかについて、学説の間で解釈が分かれていた。野口（2013）は前者の解釈に立ち、「最高裁は、賃貸借契約の本質から、特約の合意の成立を否定する手法を採用し、特約の内容に対する評価（必要性・合理性）に入ることなく、特約自体の成立要件を厳格に解したため、結果的に、広く賃貸人に対して厳しい義務を課することになった」と評価する⁽³⁴⁾。これに対して、島田（2006）は後者の解釈に立ち、最高裁は「事件を原審に差し戻しており、負担区分表に基づく補修約定自体の効力は認めているから、本件補修約定を合理的に制限解釈したものと評価するのが相当」であると解する⁽³⁵⁾。

このような状況において、改正民法621条本文は、「賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷（通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年変化を除く。以下この条において同じ。）が

ある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負う」と定め、通常損耗を原状回復義務の対象から除外した。この明文規定の新設は、「国土交通省住宅局の『原状回復をめぐるトラブルとガイドライン』（再改訂版平成23年8月）、各地方自治体のトラブル防止条例（東京都の賃貸住宅トラブル防止ガイドライン〔改訂版平成25年4月〕ほか）で示されたルールを下支えする民事ルール」⁽³⁶⁾であると共に、前掲判例【1】の判例法理を明文化したものであると位置づけられている⁽³⁷⁾。

以上のような背景を踏まえた上で、本稿は以下の2つの点を論じる。第1の論点は、改正民法における通常損耗の具体的意味である。民法621条本文括弧書は「通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年変化を除く」と規定している。これを素直に読むならば、通常損耗とは、通常の使用または収益によって生じた損耗を意味する⁽³⁸⁾。ところが、学説の中には、「賃借人が、故意又は過失によって傷つけたり汚したりしたものではなく、日常生活をする上で生じた汚損、破損」というように、賃借人の無過失と関連づける解釈や⁽³⁹⁾、「修繕が必要な状態であること」という客観的状态に帰着させる解釈が存在しており⁽⁴⁰⁾、必ずしも共通の理解が得られていない。このため、一見自明に見える「通常損耗」の意味について、再度考察してみることが必要であろう。

第2の論点は、民法621条本文と、通常損耗の原状回復義務を借主に課す特約、すなわち通常損耗補修特約との関係である⁽⁴¹⁾。従来、通常損耗補修特約の有効性は、前掲判例【1】を中心とする厳格な規制に服するものと理解されてきた⁽⁴²⁾。判例法理を合意によって排除することは原則的にできないので⁽⁴³⁾、当該法理は一種の強行性を有していたといえる。ところが、後述するように、現在の民法621条本文は任意規定であると解されている。任意規定は当事者の合意によって排除することができるので（民91条）、民法621条本文と異なる内容の特約は、形式上可能になっているはずである⁽⁴⁴⁾。しかし、仮にこのような特約が

実質的に、かつ無制限に有効であるならば、賃借人の保護は却って後退することになる。そこで、通常損耗補修特約がどのような法律構成によって制限されるべきであるのかを、もう一度整理しておくことが有益である。

以上の論点の解明にあたって、本稿第2章で分析したヴォルフの契約理論を、民法621条本文および通常損耗補修特約の解釈に応用することを試みる。

(2) 改正民法621条の解釈

a. 改正の経緯

まず、民法621条の新設過程について概観する。当初、民法（債権法）改正検討委員会は、消費者保護の性格がより強い提案を行っていた。すなわち、「賃借人は、賃貸借の終了に際して、目的物を原状に復さなければならない。ただし、自然損耗によって、目的物に生じた変化については、この限りではない。賃借人が消費者で、賃貸人が事業者である賃貸借においては、このただし書に反する特約は無効である」（下線は引用者による。）と定められていた⁽⁴⁵⁾。この改正案は、事業者と消費者との間で締結された通常損耗補修特約を、消費者保護の観点から無効とする強行法規である。この提案は、「約款および消費者契約の条項に関しては、当事者がその交渉を通じて内容を形成した契約条項と異なり、一方当事者の利益が不当に害されることのないよう、積極的に内容規制を行う必要がある」としていた基本方針全体の方向と一致する⁽⁴⁶⁾。

これに対して、平成25年に出された中間試案においては、改正前民法616条および598条関係の改正案として、「(2)賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負うものとする。この場合において、その損傷が契約の趣旨に照らして賃借人の責めに帰することができない事由によって生じたものであるときは、賃借人は、その損

傷を原状に復する義務を負わないものとする。(3)賃借人は、賃借物の通常の使用及び収益をしたことにより生じた賃借物の劣化又は価値の減少については、これを原状に復する義務を負わないものとする」という、改正民法621条により近い形での提案がなされた⁽⁴⁷⁾。中間試案補足説明では、通常損耗の除外について前掲判例【1】が挙げられており、今回の改正は、「この判例法理を明文化するものである」と説明されている⁽⁴⁸⁾。

基本方針から中間試案への規律の変化は、消費者保護の観点が民法改正の主眼から外れたことと無縁ではないであろう。事実、最終的に結実した「改正民法621条は、任意規定であり、賃貸借の目的、賃借物の特性・規模・用途、当事者の属性等の事情によって、これと異なる内容の原状回復特約を締結することは可能であり、従来利用されていた原状回復特約は原則として有効である」と理解されている⁽⁴⁹⁾。このことは、今回の債権法改正が「消費者契約ルールを取り込みを消極視した」という後藤(2014)の指摘と一致する⁽⁵⁰⁾。

b. 改正民法621条本文の構造

次に、民法621条本文の構造を概観する。本条文については、条文中の定義が用いられていることに注意しなければならない。いわゆる定義規定とは、「少し特殊な意味を持たせようとする場合、その適用対象を明確にしようとする場合、何も書いていないと解釈上疑義が生じそうな場合などについては、解釈にまかせず、できるだけ法文上明記する」⁽⁵¹⁾ためのものであり、「……を除く」という形式も、定義規定と類似の機能を持つ⁽⁵²⁾。したがって、「通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年劣化を除く」の部分は、権利障害規定ではなく、「損傷」の定義であると解さなければならない。民法621条本文括弧書を条文中の定義とみる解釈は、中間試案の補足説明が、「本文(3)の『通常損耗』は、本文(2)の『損傷』には当たらないことを前提としている」と述べていることによっても根拠づけられる⁽⁵³⁾。言い

換えれば、民法621条が、「賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負う。ただし、その損傷が通常の使用若しくは収益によって生じた賃借物の損耗又は賃借物の経年変化によるものであるときは、この限りでない」という構造になっていない点が重要である。というのも、後者の場合、但書きは単なる定義ではなく、権利障害規定になるからである。

民法621条本文の括弧書が権利障害規定ではなく条文中の定義である以上、賃貸人は、ある損耗が「損傷」であることを証明する段階で、それが通常損耗ではないことも証明しなければならない。したがって、賃貸人は、ある損耗が賃貸借契約期間中に生じた傷や汚れ等であることを証明するだけでなく、それらが通常損耗や自然劣化ではないこと（すなわち「損傷」であること）も証明しなければならない。実際の訴訟においては、賃借人が原告として敷金返還請求権を行使するパターンが多いであろうから、ある損耗が「損傷」である旨の主張は、原告たる賃借人の請求原因としてではなく、被告たる賃貸人の抗弁として引き合いに出されることになる⁽⁵⁴⁾。

c. 通常損耗でない旨の抗弁の意義

では、賃貸人が、ある損耗が通常損耗に該当しない旨の抗弁を行う場合、その正確な文言は何になるであろうか。条文に忠実に考えるならば、当該損耗が通常の使用または収益によって生じたものではないこと、になるであろう。

しかし、要件事実論に関する文献をみると、必ずしも条文の文言は使われておらず、「損耗・汚損が通常損耗の程度を超えること」（以下「大江説」という。）と表現されている⁽⁵⁵⁾。この表現は、通常損耗の範囲が、当該損耗の発生原因（すなわち通常の使用または収益によるものであるか否か）とは無関係に、その客観的程度（すなわちどの程度傷ついたり汚れたりしているか）によって決まることを前提とする。というのも、仮

に前者の因果関係を問題にするならば、「損耗・汚損が通常の使用または収益によって生じたものでないこと」となるはずであり、程度は基準にならないからである。本稿は、条文の文言と一見相違する大江説が、むしろ妥当であることを明らかにする。

まず、日本の裁判例を通じて基礎づける。【2】東京地判平成24年10月31日（判タ1409号377頁）は、賃借人たる原告が敷金15億3413万7552円の返還を請求した事件である。賃貸人たる被告は、「原告関係者の故意又は過失により被告に損害を与えた場合、原告はその損害を賠償する旨の定めがあることから、原告は、原告関係者の故意又は過失による損傷については、通常損耗の範囲に含まれるか否かにかかわらず、原状回復義務を負い、これを更新又は交換する義務を負う旨の主張」をした。これについて、東京地裁は、「賃借人に通常損耗についての原状回復義務を負わせるのは、賃借人に予期しない特別の負担を課すことになるから、賃借人に同義務が認められるためには、賃借人と賃貸人との間で、その旨の特約が明確に合意されていることを要すると解するのが相当であるところ（上記最高裁平成17年12月16日第二小法廷判決参照）、本件契約書等に上記の各定めがあるからといって、原告と被告との間で、原告は、原告関係者の故意又は過失による損傷につき、通常損耗の範囲に含まれるか否かにかかわらず原状回復義務を負い、これを更新又は交換する義務を負う旨の特約が明確に合意されたとは言えない」と判断した。

本判決は、そのような例として、トコジラミによる FFE（カーペット、ベッド等）の更新および交換費用を挙げる。被告の主張によれば、原告はホテルの客室内にトコジラミが発生していることを確認した後、「当該客室内を徹底的に清掃するのみならず、内装（壁、床、天井等）を撤去して薬剤を散布し、カーペットを交換すべきであったのにこれを怠った」。東京地裁は、原告の故意または過失を問題とすることなく、「FFE については、その損耗はいずれも通常損耗の範囲を超えるものではないというべきである」として、原告の原状回復義務を否定した。

つまり、たとえある傷や汚れ等が賃借人の故意または過失を伴うものであったとしても、それが通常損耗の範囲に収まっているときは、別途、通常損耗補修特約が必要となる。

本判決は、債権法改正前の下級審裁判例ではあるものの、現行の民法621条本文の解釈に対しても、一定の示唆を与えうる。すなわち、本判決が述べるように、賃借人の故意または過失を不問とする通常損耗という概念が成立し、かつ、当該通常損耗の原状回復については特約が必要であるならば、民法621条本文の「通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年劣化を除く」の部分は、賃借人の故意または過失が伴っていたか否かにかかわらず、通常損耗ないし経年劣化の範囲を客観的に超えていないものについては、これを「損傷」から常に除外する趣旨であると解さねばならない⁽⁵⁶⁾。つまり、通常損耗という概念は、ある損耗が賃借人の通常の使用または収益にもとづいて発生した、という因果関係を指しているのではなく、ある損耗の程度が、賃借人の通常の使用および収益にもとづいて合理的に発生するであろうと期待される損耗の範囲に収まっている、という量的な関係を指しているのである⁽⁵⁷⁾。

そして、この量的な関係をヴォルフの考えによって詳細化すると、以下ようになる。ヴォルフの履行順序論によれば、賃貸借から生じる時間リスクは、貸主と借主のいずれにも帰責されない。なぜなら、この時間リスクは、契約当事者の判断や行為とは無関係であり、賃貸借の構造そのものに由来するからである。したがって、当該時間リスクの合理的な範囲は、借主がその発現に寄与したか否かによっては計られず、賃貸借契約の構造分析を通じて客観的に確定される。私見によれば、当該分析の対象となる賃貸借の客観的要素は、①賃借物の性質、②賃貸借契約の趣旨に照らした使用収益の形態、③使用収益期間である（図3を参照）。

図3 通常損耗の3要素

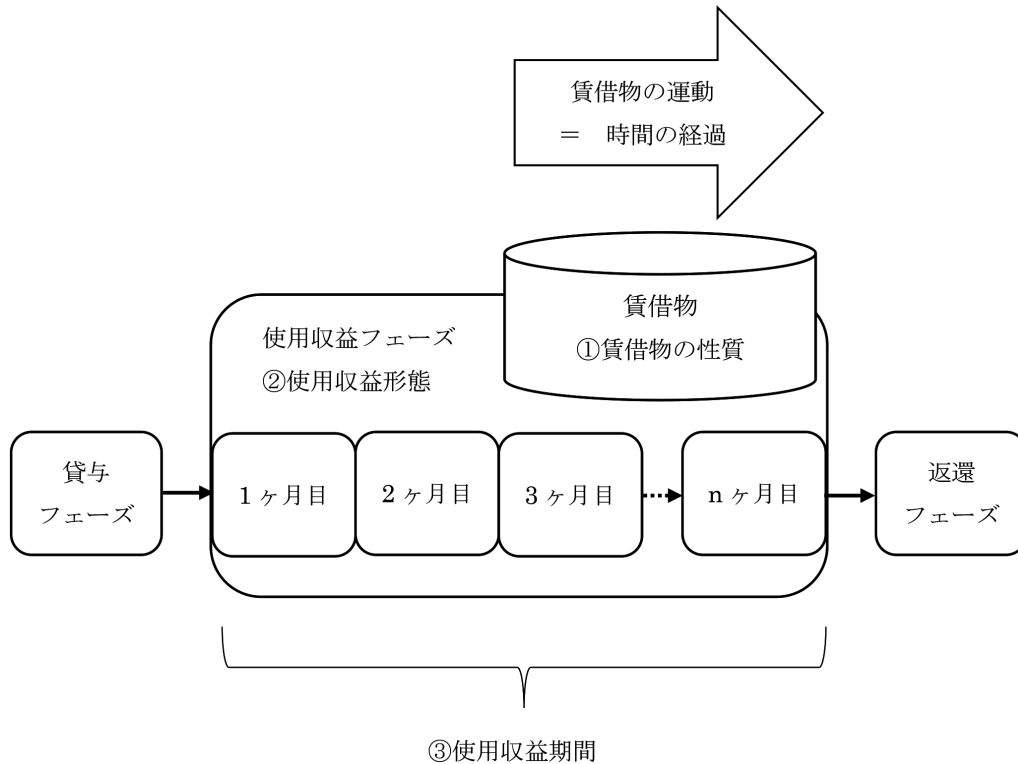


図3は、賃借物が、貸与フェーズから使用収益フェーズに乗り、一定の順序を踏んで返還フェーズに至るまでの構造を描写したものである。①②③から予測・計算された損耗の程度は、人的要素（借主が丁寧に扱うか粗雑に扱うか等）を抜きにした客観的な損耗範囲（上限と下限）を形成する。そして、当該上限以下の損耗は、無帰責リスクは目的物所有者のものであるという原則に従って、すべて賃貸人負担となる。賃貸人は、平均的な賃借人が通常使用収益した場合の損耗を賃料に反映させているのが通例であるから、このリスク配分は賃貸人の予期せぬ損失とはならない。もちろん、賃借人が明白な害意をもって損耗を発生させたときは、原状回復を義務づけることが妥当になるかもしれないけれども、それはあくまでも例外的なケースに留まるであろう。

以上のような通常損耗の理解に照らせば、大江説の「損耗・汚損が通常損耗の程度を超えること」という表現が、「損傷」の解釈について最も妥当である。そして、この「程度」の具体的な意味は、①賃借物

の性質に鑑みたとき、②賃貸借契約の趣旨に照らした通常の使用および収益によって、③賃貸借期間中に生じると合理的に予測される損耗・汚損の程度、と解釈されるべきである。したがって、たとえ賃借人の故意または過失が損耗を惹起したとしても、その程度が前掲3要素にもとづく上限を超えていなければ、通常損耗の扱いとなる。つまり、通常損耗とは、借主は通常期待される使用および収益をしなければならぬ、という行為指針ではなく、通常の使用および収益から生じると合理的に予測される損耗の程度を超えてはならない、という量的指針である。賃借人の故意または過失を伴う通常損耗という、前掲【2】判決の一見矛盾した概念は、このような理解のもとで整理することができる。

(3) 通常損耗補修特約の位置づけ

a. 通常損耗補修特約の要件の分類

通常損耗補修特約が有効に成立するための要件として、野口（2006）は4つの下級審裁判例（【3】大阪高判平成15年11月21日、【4】大坂高判平成16年5月27日、【5】大坂高判平成16年7月30日、【6】大坂高判平成16年12月17日）と、【3】の上告審である前掲判例【1】を分析しながら、次のように述べる。通常損耗補修特約は、「負担特約を締結する合理的理由の存在と、契約条項自体に本来賃借人が負担する必要のない通常損耗分にあたる各項目を具体的に列挙し、対応する具体的金額を明示するか、または契約条項に代わる程度の詳細な説明によって、賃借人がその内容を認識し、本来負担する必要のない費用をあえて負担することを納得して合意している状況でかつ毎月の賃借料が『明白に』低廉で（明らかに二重取りではない）ある場合にのみ例外的に認めることができる」⁽⁵⁸⁾。

本稿はこの解釈を、通常損耗分の契約条項への明記、または契約条項に代わる詳細な説明（以下「要件【 α 】」という。）、当該負担に対する賃借人の認識および納得（以下「要件【 β 】」という。）、当該負担特約を

締結する合理的理由の存在（以下「要件【 γ 】」という。）、当該負担特約にもとづく負担分が賃料に明らかに含まれていないこと、すなわち賃料の明白な廉価性（以下「要件【 δ 】」という。）の4要件に細分化して検討する。そして、要件【 α 】【 β 】は通常損耗補修特約に固有の要件ではなく、契約成立の一般規則にその根拠を求めるべきであること、また、要件【 γ 】【 δ 】は原則的に消費者契約法の領域で扱うべき問題であることを明らかにした上で、後2者に関しては若干の修正が必要であることを示す。

b. 合意の具体性・明確性と契約の一般的成立要件

まず、要件【 α 】【 β 】が、通常損耗補修特約に関する積極的な規制ではないことを示す。ヴォルフの契約理論によれば、通常損耗が貸主負担になる理由は、賃貸借契約の構造的な時間リスク、すなわち固定された履行順序のリスクに求められた。契約当事者はこの構造を変更することができないので、通常損耗に関する貸主負担のルールは、賃貸借の本質から導き出されるものである。すると、この賃貸借の本質から導き出されるルールを当事者の合意によって変更する場合は、賃貸借契約とは別個の明示的な特約が必要になる。なぜなら、賃貸借の本質から外れる内容を持つ合意の解釈は、賃貸借契約そのものからは導出することができないので、契約当事者の意思表示の内容を確定するためには、単に賃貸借契約を締結したというだけでは不十分だからである。

したがって、通常損耗補修特約にもとづいて債権債務関係が発生するためには、当該特約そのものが具体的かつ明確でなければならない。つまり、通常損耗分の契約条項への明記、または契約条項に代わる詳細な説明（要件【 α 】）は、通常損耗補修特約の独立性、および伝統的な意思表示理論から当然に求められるものである。言い換えれば、要件【 α 】は、一個の非典型的な特約が有効になるためには、申込の内容が具体的かつ明確でなければならない、という効果意思の確定の要

請から導き出されるものである。同様の理由から、賃貸借契約に対する賃借人の合意とは別に、通常損耗補修特約に向けられた特別な承諾も要求される。なぜなら、賃貸借契約と当該特約とは本質的に分離しているため、賃貸借契約に対する承諾が他方に拡張されることはないからである。したがって、借主の十分な認識と納得（要件【β】）も、契約成立の一般規則から求められる。

以上の解釈は、約款論との相違について、前掲判例【1】が「包括的な採用意思を問題としているわけではなく……（中略）……不意打ち条項で言われる『異常性』とも実質的な標準は異なるように見える」とする沖野（2010）の指摘と一致する⁽⁵⁹⁾。すなわち、約款論のような特殊な意思表示を問題とする必要はない⁽⁶⁰⁾。

c. 特約の合理性および二重取りの禁止と消費者契約法10条

これに対して、特約の合理性（要件【γ】）と賃料の明白な廉価性（要件【δ】）とは、契約成立の一般規則からでは説明がつかない。なぜなら、契約内容自由の原則（民521条2項）にもとづいて考える限り、ある特約を付すか否かは、また、それが他の給付額にどの程度影響を与えるか否かも、契約当事者の交渉に委ねられるからである。賃貸人が通常損耗補修特約の内容を具体的かつ明確に説明し、かつ、賃借人が当該説明を十分に理解して納得した場合、契約自由の原則上は、要件【γ】【δ】を追加で検討する余地はない。さらに、ヴォルフの時代には消費者保護という考えは存在しなかったため、ヴォルフの契約理論からこれを分析することもできない。

そこで、要件【γ】【δ】の根拠をどこに求めるのかが問題となる。ここでは、不当条項規制に関する一般条項である消費者契約法10条の適用が考えられる⁽⁶¹⁾。以下、当該条文を用いた場合の要件について、簡単に考察する。

消費者契約法10条は、「消費者の不作为をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項

その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする」と定めている。この条文は、2段階での要件設定であると言われる⁽⁶²⁾。第1要件は、ある消費者契約条項が、民法等に比して消費者の権利を制限するものであるか、または消費者の義務を加重するものであることを求める。もしそのような権利制限性または義務加重性が認められるならば、今度は第2要件において、当該契約条項が、信義誠実に反して消費者の権利を一方的に害しているか否かが問われる。これら2つの要件を満たしたとき、その契約条項は無効となる。もし建物の貸主と借主とが個人的な間柄であるならば、通常損耗補修特約は消費者契約には該当しないけれども（消費者契約2条3項）、本稿では、貸主が「法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人」（同条2項）であり、借主が「個人」（同条1項）であるケースを想定する。

まず、通常損耗補修特約の権利制限性または義務加重性について考察する。民法では621条本文が、通常損耗の回復義務を否定している。したがって、当該回復義務を課す特約は、民法に比して義務加重的である。次に、当該特約が「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」であるか否かが問題となる。本稿の解釈によれば、野口（2006）が定めた要件【 γ 】【 δ 】は、本要件の判定基準として持ち出されるべきである。なぜなら、通常損耗の原状回復を借主が負担する合理的理由が存在しないか、または賃料の二重取りになっているならば、「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害する」可能性を検討しうるからである。

もっとも、【 γ 】を消費者契約法10条の第2要件の判定基準とする場合は、賃借人の側からの、規範的評価に関する事実の主張であるから、【 γ 】は独立の要件ではなく、当該第2要件の評価根拠事実である。し

かも、通常損耗補修特約を設ける合理的な理由があることではなく、その合理的な理由がないことと言い換えられなければならない。これが、本稿の提案する第1の修正点である（以下「評価根拠事実【a】」という。）。

さらに、【δ】については、これもまた規範的評価に関する事実である。そして、賃料の明白な廉価性は、二重取りを肯定するものではなく、これを否定するものであるから、【δ】に該当する事実は、消費者契約法10条の第2要件の評価障害事実である（以下「評価障害事実【b】」という。）。これが、本稿の提案する第2の修正点である。

なお、いずれの修正点についても、要件事実論に照らした形式的な補正であり、その実質的な妥当性に関しては、次項dで判例に照らしながら検討する。

d. 判例における各要件の認定基準

以上、通常損耗補修特約に関する（暫定的な）要件【α】【β】および規範的評価事実【a】【b】の理論的整理を終えた。以下では、【7】最判平成23年3月24日民集65巻2号903頁を素材に、具体的なあてはめのプロセスと、各要件および規範的評価事実の妥当性について、簡潔に考察する。

本判例【7】の事実の概要は、以下の通りである。上告人Xは、平成18年8月21日、被上告人Yとの間でマンションの一室（以下「本件建物」という。）を、同日から平成20年8月20日まで、賃料毎月9万6000円で賃借する賃貸借契約（以下「本件契約」という。）を締結し、本件建物の引渡しを受けた。この時、本件契約に係る契約書（以下「本件契約書」という。）には、Xが本件契約と同時に40万円を保証金としてYに支払い（以下「本件保証金」という。）、契約締結から明渡しまでの経過年数に応じて、一定額を本件保証金から控除して、その控除額から本件建物の通常損耗の補修に充てる旨の特約が存在した（以下「本件特約」という。）。Xは、本件建物明渡し後、Yに対して、本件特約が消費者契

約法10条に照らして無効であると主張し、本件保証金のうち未返還であった21万円およびこれに対する遅延損害金の支払を求めた。原審においてXは敗訴し、上告した（以下「本件上告」という。）。

判例【7】は、本件上告を棄却した。その判決理由において、最高裁は、本件契約が消費者契約であることを認めた上で、以下のように説明している。まず、「本件特約は、敷金の性質を有する本件保証金のうち一定額を控除し、これを賃貸人が取得する旨のいわゆる敷引特約であるところ、居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、契約当事者間にその趣旨について別異に解すべき合意等のない限り、通常損耗等の補修費用を賃借人に負担させる趣旨を含むものというべきで」あり、本件特約の文言からして、「このような趣旨を含むことが明らかである」。したがって、「賃貸借契約に敷引特約が付され、賃貸人が取得することになる金員（いわゆる敷引金）の額について契約書に明示されている場合には、賃借人は、賃料の額に加え、敷引金の額についても明確に認識した上で契約を締結するのであって、賃借人の負担については明確に合意されている」。つまり、本件特約のように、通常損耗補修特約が契約書の中に明記されており、かつ、賃借人がそれを認識した上で合意したのであれば、要件【 α 】と要件【 β 】とは、原則的に充足されたものと認定される。

次に、消費者契約法10条の第1要件について、「賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものであるから、賃借人は、特約のない限り、通常損耗等についての原状回復義務を負わず、その補修費用を負担する義務も負わない。そうすると、賃借人に通常損耗等の補修費用を負担させる趣旨を含む本件特約は、任意規定の適用による場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重するものというべきである」とし、その該当性を端的に認定している。なお、ここで「任意規定の適用による場合に比し」とあるが、この時点では改正後民法621条は施行されていないので、改正前民法597条1項等および前掲判例【1】にもとづくその解釈による場合に比し、と

読むことになる。

最後に、消費者契約法10条の第2要件について、まず、「通常損耗等の補修費用は、賃料にこれを含ませてその回収が図られているのが通常だとしても、これに充てるべき金員を敷引金として授受する旨の合意が成立している場合には、その反面において、上記補修費用が含まれないものとして賃料の額が合意されているとみるのが相当であって、敷引特約によって賃借人が上記補修費用を二重に負担するということはできない」(下線は引用者による。)という前提が置かれる。この前提のもとで、「消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、当該建物に生ずる通常損耗等の補修費用として通常想定される額、賃料の額、礼金等他の一時金の授受の有無及びその額等に照らし、敷引金の額が高額に過ぎると評価すべきものである場合には、当該賃料が近傍同種の建物の賃料相場に比して大幅に低額であるなど特段の事情のない限り、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものであって、消費者契約法10条により無効となると解するのが相当である」(下線は引用者による。)という一般的基準が立てられる。本件契約をこれにあてはめた場合、①経過年数に応じて本件保証金から控除される額が、「本件建物に生ずる通常損耗等の補修費用として通常想定される額を大きく超えるものとははいえない」こと、また、②本件特約にもとづく控除額が、本件契約の賃料9万6000円の「2倍弱ないし3.5倍強」(1年未満であれば控除額18万円、5年以上であれば控除額34万円)に留まっていること、さらに、③上告人Xは、礼金等他の一時金を支払う義務を負っていなかったことから、最高裁は、「本件敷引金の額が高額に過ぎると評価することはできず、本件特約が消費者契約法10条により無効であるということとはできない」と判示した。この説明によれば、賃料の明白な廉価性は、賃借人が敷引金の過度の高額さ(以下「評価根拠事実【c】」という。)を主張立証した際、賃貸人が評価障害事実として主張立証すべきことになる。

本稿の立論に照らせば、最高裁のそれぞれの判断は、以下のように

評価される。まず、本件契約書に敷引金の額が明示され、それに対する合意があったことのみをもって要件【 α 】【 β 】の充足が認定されていることは、妥当である。というのも、本稿が明らかにした通り、要件【 α 】【 β 】は、伝統的な意思表示理論にもとづいて要求されるものに過ぎないので、それらの充足のためには、当事者間で契約が締結されたと通常認定される程度の合意で足りるからである。そもそも、本件保証金のような金銭の授受は、宅地建物取引業法35条1項7号の「代金、交換差金及び借賃以外に授受される金銭の額及び当該金銭の授受の目的」として、通常は宅地建物取引士から説明があるはずである。このことを踏まえれば、要件【 α 】【 β 】を充足させるにあたっての賃借人の保護は、手続の観点からも十分に保障されていると言えよう。

次に、判例【7】の特徴は、敷引金の授受が明確化されている場合、賃借人は賃料の合意にあたって、当該敷引金との合理的な調整を行っていると思定した点にある。この前提が置かれた以上、賃借人は、賃料の二重取りの可能性があることを示唆するだけでは足りず、その存在を明確に証明しなければならない。そして、最高裁がその判断基準として採用しているのが、敷引金の過度の高額さである。最高裁は、この過度の高額さを本件について否定している。その否定の是非に関しては、本件契約の具体的な諸事情を考慮する必要があるので、本稿では深く立ち入らないけれども、先の前提そのものに関しては、次のように言うことができよう。消費者契約法は、特定の契約条項を無効にする規定（同法8条から10条）において、商品の価格を直接的な無効原因と定めていない。また、民法において、価格の高額さを直接的に問題とするのは暴利行為であり、この暴利行為に関しては民法90条が適用されるけれども、実際の適用例は限定的である⁽⁶³⁾。つまり、日本の私法体系に照らせば、消費者保護の観点を入れてもなお、価格は原則的に当事者の自由な評価に委ねられている。法は、適正なプロセスを通じて定められた価格に対しては、特段の事情がない限り、その合理性を否定しない。したがって、判例【7】が置いた前提、すなわち、

通常損耗補修特約を含む敷引金の額と賃料とが確定額で提示された場合、賃借人は両者を総合的に勘案して意思決定をしているはずであるという前提は、妥当である。

すると、前述の評価事実【a】【b】に関しては、以下のように言うことができる。まず、【a】は、通常損耗補修特約を設けることに合理性がないことを、消費者契約法10条の第2要件の評価根拠事実とするけれども、そのような不合理性が立証されることは、原則的に起こらない。なぜなら、判例【7】の枠組みが妥当である限り、通常損耗補修特約を置くことそれ自体は不合理ではなく、むしろ賃料の計算・比較を可能にする点で合理的であるとすら言えるからである。次に、【b】について、判例【7】が述べるところの、通常損耗補修特約の存在そのものが賃料の二重取りを示唆することはないという前提が正しい以上、賃貸人は、賃料の明白な廉価性の主張立証を常に課されるわけではない。一旦成立した通常損耗補修特約を無効とするためには、まず賃借人が、消費者契約法10条の第2要件を充足させるために、敷引金の過度の高額さ（評価根拠事実【c】）を主張立証しなければならない。その際に、賃貸人は、過度の高額さを端的に否定するか、または賃料の明白な廉価性（評価障害事実【b】）を主張立証することになる。

4 まとめ

本稿は、近世自然法論者クリスティアン・ヴォルフの履行順序論を用いて、建物賃貸借における通常損耗補修特約の性質を分析した。最後に、ヴォルフの履行順序論と、本稿第3章(1)で掲げた2つの論点に対する解答とについて、まとめておきたい。

まず、ヴォルフの履行順序論は、時間の経過を本質的に要する契約、すなわち契約構造からして時間リスクが不可避免的に生じる契約と、そうでない契約との区別を導入した。前者の例は賃貸借契約であり、後者の例は売買契約である。時間の経過を本質的に要する契約とは、そ

の履行順序に一定の構造があり、契約当事者によってもその構造を変更することができない場合をいう。賃貸借においては、契約締結後、目的物の貸与、使用収益、返還という順序があり、これらを即時に完了することはできないし、順番を適当に入れ替えることもできない。これに対して、売買においては、契約締結時にすべての履行を済ませることが理論上は可能であり、かつ、目的物の引渡しと代金支払とに順番を設けてもよい。そして、構造から必然的に生じる時間リスクは、契約当事者の意思によって生じたものではないので、いずれの契約当事者にも帰責されず、法定のリスク配分が原則となる。賃貸借において、目的物の貸与から返還までの時間リスクはこれに該当するので、法定リスク配分の対象である。これに対して、契約当事者の合意から生じる時間リスクは、当該契約当事者の意思によって生じたものであるから、その合意にもとづいて彼らに帰責することができる。したがって、売買における時間リスクの帰責は、当事者の合意にもとづくことが原則となる。

次に、本稿第3章(1)で掲げた2つの論点についてまとめる。第1に、改正民法における通常損耗の意味とは何か、という問いについて、通常損耗とは、賃借物の性質、使用収益形態および使用収益期間の3要素から通常期待される客観的な損耗の範囲をいう。損耗の発生に賃借人の故意または過失が伴ったか否かは、原則的に考慮されない。なぜなら、ヴォルフの契約理論から導き出されるように、通常損耗は、賃貸借契約の構造それ自体に、すなわち貸与から返還までの時間リスクが契約構造上必然であることに起因するので、契約当事者の主観を織り込むことは、原則的に不要だからである。したがって、あらかじめ予想された客観的な損耗の程度を超えていないけれども、発生に賃借人の故意または過失が伴っていた、という賃貸人側からの主張は、それ専用の特約がない限り原則的に成立しない。例外があるとすれば、借主が明白な害意をもって目的物を損傷・汚損した場合であり、そのときは通常損耗の範囲内であっても、原状回復義務の生じる余地があ

ろう。

次に、民法621条本文とは異なる内容の特約、すなわち通常損耗補修特約の有効性については、伝統的な意思表示理論から導き出される成立要件と、消費者保護の枠組みから導き出される無効要件とを区別する必要がある。伝統的な意思表示理論から導き出される成立要件は、通常損耗分を契約条項へ明記すること、または契約条項に代わる詳細な説明があることと、当該負担に対する賃借人の認識および納得があることの2点である。ヴォルフの契約理論に照らせば、構造上必然的な時間リスクを賃借人に帰責させることは、賃貸借契約の本質からは正当化されえず、これとは独立した合意を必要とする。そして、それが独立した合意である以上は、新たな申込と承諾が適切に成立しなければならない。したがって、単に民法621条本文を適用しない旨の合意をするだけでは、通常損耗の補修義務を成立させられない。これに対して、消費者保護の枠組みから導き出される無効要件は、消費者契約法10条の第1要件と第2要件である。そして、最判平成23年3月24日民集第65巻2号903頁の分析から明らかになったように、第1要件は通常損耗補修特約の存在それ自体によって充足するものの、第2要件を充足するためには、賃借人は、敷引金の額が過度に高額であることを主張立証しなければならない。もしこのことが証明されてもなお、賃貸人が二重取りを否定したいならば、賃料が明白に廉価であることを主張立証しなければならない。以上のような証明責任の分配は、賃料と敷引金の額とが明確に提示された場合、賃借人は両者を総合的に勘案して合理的に判断を下しているはずである、という本判例の仮定に依拠する。

最後に、ヴォルフの履行順序論の応用領域について、若干俯瞰しておきたい。第1の応用可能性は、継続的契約関係の分類である。継続的契約関係は、時間的継続性を本質とする。ゆえに、ヴォルフの時間論に照らせば、継続的契約とは、その本質からして給付の時間的な順序を有しており、この順序に由来するリスクが当事者のいずれにも帰

責されえないもの、と定義することができる。例えば、特定商取引法上の特定継続的役務提供には7種類があり、一定の期間および金額に該当するエステティック、美容医療、語学教室、家庭教師、学習塾、パソコン教室、結婚相手紹介サービスが挙げられている（特商41条、特定商取引に関する法律施行令12条および別表4の第1欄）。これらはすべて、即時履行を観念することのできない役務、すなわち何らかの履行順序のある役務と解釈することができよう。

第2の応用可能性は、複合契約論における契約連鎖の分析である。複合契約論によれば、「契約が連鎖するタイプの多角取引では、第一契約（AB）と第二契約（BC）とが取引目的の達成のために相互補完性を有している点に特徴があり、相互補完性は強いものから弱いものまで存在する」⁽⁶⁴⁾。このとき、相互補完性の強弱判定の一要素として、相互補完の構造的必然性（すなわち第一契約→第二契約という順序が全体の構造から本質的に固定されたものであるのか、それとも第一契約と第二契約とが連鎖しているのは当事者たちの都合にすぎないのか）を考慮することができるかもしれない⁽⁶⁵⁾。例えば、第一契約で製造する物品が、第二契約での作業に必要なときは、両者の間に構造的に強い結合を認めることができるであろうし、反対に、それが単なる当事者の都合で順序づけられたものであるときは、両者の間には弱い結合しかないことになる。

本稿の法史学の観点から、実定法学に対する一助となれば、さいわいである。

- (1) モンテスキュー〔著〕、井上堯裕〔訳〕『法の精神〔再版〕』（中央公論新社、2020年）12頁。
- (2) 拙稿「近世自然法論における有償・無償契約概念の形成史：グロチウスからカントまでにおける消費貸借の位置付けを中心に」朝日法学論集50号25-56頁（朝日大学法学会、2018年）27-32頁。
- (3) 同上28-29頁。
- (4) 継続的契約関係に関する先行研究には枚挙にいとまがないので、ここでは近時の主だった文献のみを挙げておく。中田裕康『継続的契約の規範』（有斐閣、2022年）、同『継続的売買の解消』（有斐閣、1994年）、加藤

新太郎〔編〕『判例 Check 継続的契約の解除・解約〔改訂版〕』（新日本法規、2014年）、新堂幸司＝内田貴〔編〕『継続的契約と商事法務』（商事法務、2006年）。

- (5) 拙稿「近世自然法論における継続的契約概念の萌芽：クリスティアン・ヴォルフの契約理論を中心に」情報学研究28巻17-34頁（朝日大学情報教育研究センター、2019年）。
- (6) ヴォルフの生涯については、勝田有恒＝山内進〔編著〕『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラーツィアヌスからカール・シュミットまで—』（ミネルヴァ書房、2008年）211-221頁（担当：柳原正治）および Gerd Kleinheyer und Jan Schröder (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 6. Aufl., Tübingen : Mohr Siebeck, 2017, SS. 476-485を参照。
- (7) Robert Theis und Alexander Aichele (Hrsg.), *Handbuch Christian Wolff*, Wiesbaden : Springer, 2018, SS. 81f.
- (8) 拙稿「近世ドイツの市民法学における数学的方法の試み：ライプニッツ＝ヴォルフ学派の方法論とそれに対する法学者ネットェルブラットの応答を手がかりに」朝日法学論集51号81-127頁（朝日大学法学会、2019年）92-106頁。
- (9) 主だった先行研究に、滝沢昌彦「クリスチャン・ヴォルフの契約理論—「約束」的契約観」法学研究31号81-139頁（一橋大学研究年報編集委員会、1998年）、筏津安恕『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編：ヴォルフ・カント・サヴィニー』（昭和堂、2001年）67頁以下がある。
- (10) 本稿は、通常損耗補修特約と関係する範囲でのみ、ヴォルフの履行順序論を取り扱う。継続的契約関係一般との関連性については、拙稿・継続的契約概念（前掲註(5)）を参照されたい。
- (11) Christian Wolff, *Philosophia prima, sive ontologia*, Leipzig : Officina Libraria Rengeriana, 1730, par. 2. sect. 1. cap. 2. §. 573., p. 443.
- (12) Theis et al., a. a. O. (Anm. 7), S. 149.
- (13) カントはヴォルフの時間論を厳しく批判しているけれども、時間と順序との連関自体は否定しなかった。カントは次のように述べている。イマヌエル・カント〔著〕、熊野純彦〔訳〕『純粹理性批判』（作品社、2012年）81頁「時間は、1 なんらかの経験から抜きだされた経験的概念ではない。というのも、同時存在や継起は、時間の表象がア・プリオリに根底に存していなかったとするならば、それじしん知覚として立ちあらわれもしなかっただろうからである。時間の表象を前提としてだけ、いくつかのものが一箇同一の時間に（同時に）存在している、あるいはことなった時間に（継起的に）存在している、と表象することができるのである」（A31/B46）。
- (14) 拙稿・継続的契約概念（前掲註(5)）20頁および23-24頁。

- (15) Christian Wolff, *Philosophia practica universalis*, 2 Aufl., Halle : Officina Libraria Rengeriana, 1744, par. 1. cap. 6. §. 527., p. 394.
- (16) *Ibid.*, par. 1. cap. 6. §. 532., p. 398.
- (17) Christian Wolff, *Jus Naturae: Pars IV (II. Abt. Band 20 Lateinische Schriften)*, Hildesheim : Georg Olms, 2016, par. 4. cap. 4. §. 1126., p. 803.
- (18) *Ibid.*, par. 4. cap. 4. §. 1126., p. 803.
- (19) *Ibid.*, par. 4. cap. 4. §. 1260., p. 887.
- (20) *Ibid.*, par. 4. cap. 4. §. 1255., p. 884.
- (21) 拙稿・継続的契約概念（前掲註(5)）28-29頁。
- (22) Christian Wolff, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halle : Officina Libraria Rengeriana, 1774, §. 633., p. 343.
- (23) 拙稿・継続的契約概念（前掲註(5)）29頁。
- (24) 今回の債権法改正による危険負担の位置づけについては、潮見佳男＝千葉恵美子＝片山直也＝山野日章夫〔編〕『詳解 改正民法』（商事法務、2018年）174頁以下（担当：渡邊拓）を参照。
- (25) この表現は『市民法大全（*Corpus juris civilis*）』ではなく近世ドイツの文献に見られる。例えば、Georg Adam Struve, *Syntagma jurisprudentiae*, Jena : Matthae Birckner, 1692, exerc. 25. lib. 19. tit. 3. n. 7., p. 610.; Heinrich von Cocceji, *De assecuratione*, Frankfurt an der Order : Zeitler, 1693, §. 56., p. 28を参照。
- (26) Wolff, a. a. O. (Anm. 22), §. 537., p. 278.
- (27) Wolff, a. a. O. (Anm. 17), par. 4. cap. 3. §. 456., pp. 319-320.
- (28) *Ibid.*, par. 4. cap. 3. §. 447., pp. 312-313.
- (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」（2013年4月16日掲載）<<https://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf>>（2022年11月21日閲覧）469頁。
- (30) 民法599条3項は、通常損耗を原状回復の範囲から除外していない。法務省民事局参事官室（前掲註(29)）471頁によれば、「賃料支払義務のない使用貸借においては、無償で借りる以上は借主が通常損耗も全て回復するという趣旨であることもあるし、逆に、無償で貸すということは貸主がそれによって生じた通常損耗も全て甘受するという趣旨であることもあり、個々の使用貸借契約の趣旨によって様々であると考えられることから、合意がない場合を補う任意規定は置かないこととしている」。
- (31) 独立行政法人国民生活センター「賃貸住宅の敷金・原状回復トラブル」（2022年8月26日）<http://www.kokusen.go.jp/soudan_topics/data/chintai.html>（2022年10月19日閲覧）
- (32) 独立行政法人国民生活センター「賃貸住宅の退去時に伴う原状回復に関するトラブル」（2011年3月3日）<<http://www.hata-kouiki.jp/syouhi/trouble/025.pdf>>（2022年10月19日閲覧）

- (33) 升田純『民法改正と賃貸借契約 賃貸管理業者への影響—100年振りの改正—』(大成出版社、2018年) 220-221頁。
- (34) 野口大作「賃貸住宅の通常損耗と敷引特約」札幌法学24巻2号59-131頁(札幌大学法学会、2013年) 66頁。同様に、特約の成立自体を否定するものであると解する立場として、宮澤志穂「賃借建物の原状回復義務」判タ1210号54-60頁(2006年) 54頁および沖野眞已「判批」廣瀬久和=河上正二〔編〕『消費者法判例百選〔初版〕』(有斐閣、2010年) 58頁がある。
- (35) 島田佳子「建物賃貸借契約終了時における賃借人の原状回復義務について」判タ1217号56-72頁(2006年) 68頁註51。
- (36) 大村敦志=道垣内弘人〔編〕『解説 民法(債権法)改正のポイント』(有斐閣、2017年) 425頁。
- (37) 法務省民事局参事官室(前掲註(29)) 465頁。
- (38) 我妻榮=有泉亨=清水誠=田山輝明『我妻・有泉コンメンタール民法総則・物権・債権〔第8版〕』(日本評論社、2022年) 1331頁は、条文の文言を字義通り解釈しているようである。
- (39) 島田(前掲註(35)) 69頁。
- (40) 潮見ほか〔編〕(前掲註(24)) 472頁(担当:吉政知広)。
- (41) 細かい話ではあるが、甲はA(Bを除く。)について義務を負う、という文は、甲のBに関する義務を論理的に排除するわけではない。しかし、ここでは、日本語の慣用として、また民法621条本文が置かれた趣旨からして、同条文は通常損耗の原状回復義務を否定しており、通常損耗補修特約は、同条文の内容とは異なる旨の特約であることを前提とする。
- (42) 宮澤(前掲註(34)) 59頁「賃借人の二重の負担という点を重く見て、このような負担は、特約締結時に、特約の内容について認識を有しない、あるいは有しても希薄な認識しか有しない賃借人にとっては、予期しない特別の損害になるという観点から、賃借人の将来の予測可能性を確保するため、あえて特約締結時点において厳格な規制を行い、加えて、急増する同種事件の処理にあたっての一定の基準を示したものと評価できる」(下線は引用者による)。沖野(前掲註(34)) 58頁および島田(前掲註(35)) 68頁も参照。
- (43) ここで、判例法理を当事者の合意によって排除することができないとは、例えば、令和〇〇年〇〇月〇〇日の最高裁判決で示された解釈は、本契約に適用されない、という旨の特約が原則として無効であるという意味である。
- (44) 本稿では深く立ち入らないけれども、いわゆる判例法理の明文化ないし条文化については、以下のような検討事項が残されているように思われる。民法91条は、当事者の意思表示による任意規定の排除を認めているが、そこでは「法令中の」という限定が付されている。したがって、当事者の意思表示によって排除可能なルールは、法令中のものに限られており、判

例法理は法令の一種ではないので、この規定が及ばないことになる。すると、判例法理を法令中に明文化・条文化することは、それまで91条の適用範囲ではなかったルールをその適用範囲へと持ち込む作業に他ならない。少なくとも、そのような性格が形式的には存在することになる。もしそうであるとすれば、判例法理の明文化ないし条文化そのものの立法論的な特徴が、学術的に精緻な形で解明される必要があるのではないだろうか。なお、この点について興味深いのは、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」日本法学84巻3号253-311頁（日本大学法学会、2018年）291-292頁であり、改正民法651条について、以下のように述べている。「判例法理が条文化されても、従前の解釈がそのまま維持されるとなると、条文化された判例法理が契約内容の基準となり、当事者を拘束して強行法規化する恐れがある。一方、法文を制限的なものとし過ぎると、却って判例法理よりも厳格な規律となる恐れがあるのみならず、条文化が将来の判例による法創造を妨げることになる。その結果、解除を受ける者の契約継続の利益はある程度保護されるが、解除をする者が有する契約からの離脱の自由は相対的に小さいものとならざるを得ない。両者の調和ある整序が求められる」。本稿の検討は、民法621条におけるこのような整序の一端であると言えよう。

- (45) 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 NBL126）』（商事法務、2009年）329頁。
- (46) 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、2009年）105頁。
- (47) 法務省「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（2013年3月11日掲載）<<https://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>>（2022年11月21日閲覧）65頁。
- (48) 法務省民事局参事官室（前掲註(29)）465頁。
- (49) 升田（前掲註(33)）221-222頁。森山浩江「通常損耗や経年劣化による損傷の原状回復義務」法学教室490号30-35頁（有斐閣、2021年）31頁も同様。
- (50) 後藤卷則「民法の契約と消費者契約」瀬川信久〔編著〕『債権法改正の論点とこれからの検討課題（別冊 NBL147）』（商事法務、2014年）70頁。
- (51) 田島信威『最新 法令の読解法〔四訂版〕』（ぎょうせい、2010年）390頁。
- (52) 同上392頁、山本庸幸『実務立法技術』（商事法務、2006年）80-81頁。
- (53) 法務省民事局参事官室（前掲註(29)）465頁。
- (54) 以上の結論部分において、本稿は大江忠『新債権法の要件事実』（司法協会、2016年）92頁と一致する。
- (55) 同上92頁。
- (56) この解釈は、実務的にも重要である。例えば、国土交通省住宅局「原状回復をめぐるトラブルとガイドライン（再改訂版）」（2011年8月）151

頁の解説コメントによれば、「借主の故意・過失、善管注意義務違反等により生じた損耗については、借主に原状回復義務が発生することとなるが、その際の借主が負担すべき費用については、修繕等の費用の全額を借主が当然に負担することにはならず、経年変化・通常損耗が必ず前提となっていることから、建物や設備等の経過年数を考慮し、年数が多いほど負担割合を減少させることとするのが適当と考えられる」。ここで前提となる通常損耗は、賃借物の性質等から通常合理的に期待される損耗の程度を画一的に計算すればよく、個々の損耗について、賃借人が無過失であったか否かを厳密に判定する必要はない。

- (57) この概念規定は、以下のような仮想事例によっても正当化することができる。ある賃借人Yは、賃借したアパートの一室を非常に丁寧に使っていた。このため、アパートの壁紙の損耗は、平均的な賃借人が使用収益する場合よりも軽度であった。ところが、ある日、Yは自分で床に置いた荷物に躓いて転倒し、壁紙にこすった跡をつけてしまった。しかし、この痕跡は、普段Yが室内を丁寧に使用収益していたおかげで、賃借人が通常使用収益したときと同程度のものしか残さなかった。この場合、賃貸人Xは、この跡がYの通常の使用収益にもとづいて発生したものではなく、Yの過失（転倒）によって生じたものであるという理由で、原状回復費用をYに負担させることができるであろうか。もちろん、通常損耗補修特約がない限り、負担させることは妥当ではない。なぜなら、この跡が、期待された通常損耗の範囲に留まっている限り、賃料の設定によってカバーされているはずだからである。
- (58) 野口大作「賃貸住宅の通常損耗と回復費用負担特約」札幌法学18巻1号29-78頁（札幌大学法学会、2006年）73-74頁。
- (59) 沖野（前掲註(34)）58頁。
- (60) もっとも、沖野眞己「判批」河上正二＝沖野眞己〔編〕『消費者法判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2020年）59頁は、消費者契約法3条1項で努力義務とされている透明性の原則の具体化であると理解しており、本稿のように伝統的な意思表示理論から同様の帰結が生じるという立場を採っていない。この点に関しては、より詳細な検討が必要であろう。
- (61) 通常損耗補修特約の有効性を、特に消費者契約法10条の問題として捉える文献として、大江（前掲註(54)）90頁、我妻ほか（前掲註(38)）1331頁がある。
- (62) 消費者庁消費者制度課〔編〕『逐条解説・消費者契約法〔第4版〕』（商事法務、2019年）291頁。
- (63) 賃貸借に関しては、大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995年）322-326頁を参照。
- (64) 長坂純「契約の連鎖と従属的関与者—多角・三角取引の構造把握へ向けた一考察—」法律論叢89巻6号283-308頁（明治大学法律研究所、2017

年) 285頁。

- (65) 長谷川貞之「契約上の地位の譲渡：隠れた“多角・三角”取引と多元的な契約理論への転換の可能性」NBL1080号51-58頁（商事法務、2016年）58頁は、次のように述べる。「**多角的法律関係を構成する各契約上の権利・義務を相互に関連付ける概念が何であるか、それが法的にどのような意味を有するのか**については、今後、取引参加者の法人格の独立性・従属性を基礎に、当該取引の目的、契約の種類などの諸要素を個別具体的に検討することが求められるが、とりわけ当該取引ないし契約に含まれる債務の性質が重要な鍵となるように思われる」（太字は原文ママ）。本稿で検討したところの、構造上本質的な履行順序とそうでない履行順序との区別も、債務の性質を判定するための一指標になるのではないだろうか。

* 本研究は、一般財団法人司法協会「平成30年度研究助成」に基づく研究成果である。

デジタルプラットフォームの 法的構造と提供者の法的責任

芦 野 訓 和

I はじめに

情報技術の発達にともない社会のさまざまな分野でデジタル化が進み、それにより取引社会も発展・変革してきていることについては改めてここで述べる必要もなかろう。20世紀後半から始まったデジタル革命はコンピュータ、インターネットの発展をもたらし、私たちの生活を大きく変容してきた。取引社会においても、デジタルプラットフォームを利用した取引が発達し、重要な役割を担うようになってきている。

一方で、それをめぐる法的なさまざまな問題点も指摘され、それについて法的議論が行われ、近時多くの研究論文が発表されてきている。それらの研究論文について、本稿では必要に応じて該当箇所適宜引用するが、とりわけ日本法学で発表されてきた長谷川教授の一連の論考は重要な文献と位置づけることができよう。すなわち、長谷川貞之「市場のプラットフォーム化をめぐる契約上の諸問題」日本法学85巻4号(2020)141頁(以下、本稿では「長谷川①論文」と記す)、同「スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論」日本法学86巻2=3号(2020)37頁(以下、本稿では「長谷川②論文」と記す)、同「デジタルプラットフォーム事業者の法的地位と契約上の責任」日本法学87巻2号(2021)311頁(以下、本稿では「長谷川③論文」と記す)、同「デジタルプ

ラットフォーム（DPF）取引透明化法に導入された『共同規制』の意義と DPF 提供者の役割」日本法学87巻4号（2022）35頁（以下、本稿では「長谷川④論文」と記す）、同「ブロックチェーンベースのスマートコントラクトにおける合意形成と契約理論」日本法学88巻2号（2022）41頁（以下、本稿では「長谷川⑤論文」と記す）である。いずれも取引のデジタル化から生ずるさまざまな法的問題について、法的観点にとどまらない多方面の観点から検討する示唆に富む有益な論文である。これらの長谷川論文は、「法が社会の変容に的確に対応するには、まず、テクノロジーの進化がどのような社会の変化をもたらしているかを正しく理解しなければならない。そのうえで、そのような社会の変化が現在の法的枠組みの中で処理できるかどうか、まず、この点を検討することが必要である」⁽¹⁾という視点から法的枠組みにとどまらないさまざまな視角から詳細に検討されており、筆者の能力からはそれらの論文を十分に咀嚼することは不可能である⁽²⁾。これらの長谷川論文に共通するのは、テクノロジーの発展にともなう現代契約社会のさまざまな法的諸問題につき指摘・検討がなされていることである。

本稿は、これらの一連の長谷川論文に示唆を得ながら、デジタルプラットフォームをめぐる法的問題⁽³⁾のうち、デジタルプラットフォーム提供者の法的責任の観点から、デジタルプラットフォーム提供者の義務について検討を行うものである⁽⁴⁾。

以下本稿では、デジタルプラットフォームを「DPF」と記し、DPFを開設・提供する事業者を「DPF 提供者」、DPFに出店し物品やサービスを販売する事業者を「DPF 利用事業者」、DPFを利用し商品などを購入する者を「購入者」と記す。

II DPF 概念

1 「デジタルプラットフォーム」という用語

はじめに、対象となる「デジタルプラットフォーム」という用語に

ついて整理しておこう。本来「デジタル」とは、連続的な量を段階的に区切って数字で表すことを意味する⁽⁵⁾が、2021（令和3）年に施行されたデジタル社会形成基本法2条においては「デジタル社会」を、「インターネットその他の高度情報通信ネットワークを通じて自由かつ安全に多様な情報又は知識を世界的規模で入手し、共有し、又は発信するとともに、官民データ活用推進基本法第2条第2項に規定する人工知能関連技術、同条第3項に規定するインターネット・オブ・シングス活用関連技術、同条第4項に規定するクラウド・コンピューティング・サービス関連技術その他の従来の処理量に比して大量の情報の処理を可能とする先端的な技術をはじめとする情報通信技術を用いて電磁的記録として記録された多様かつ大量の情報を適正かつ効果的に活用することにより、あらゆる分野における創造的かつ活力ある発展が可能となる社会」と定義しているように、一般的にはコンピュータ、インターネットなどを利用した技術等を意味することが多い。そして、「デジタルプラットフォーム」という用語は「デジタル」と「プラットフォーム」が組み合わさった用語であるが、長谷川①論文によれば、「プラットフォーム」という言葉は、元来「土台」や「基板」といった「回りの部分よりも高くなった平らな場所」を意味するが、そこから転じて、多様な製品の共通部分、あるいは、ソフトウェアやサービスの土台となるハード・ソフト・サイトを示す概念として、広く産業界でも使われるようになったものである⁽⁶⁾。

一方、「デジタルプラットフォーム」については多義的であり、インターネット上のサービスに関連する用語に限定しても、その意味は必ずしも明確ではないことがかねてより指摘されてきたが⁽⁷⁾、一般的にはインターネットに関連するサービスを提供する場を広く指す用語として定着してきた⁽⁸⁾。そしてこんにちでは、インターネットに関連するサービスを提供する場を広く指すものとして「プラットフォーム」または「デジタルプラットフォーム」との呼称が定着しつつあり⁽⁹⁾、コンテンツの提供者と利用者がインターネットを利用する際の共通基

盤の意味で用いられることが多いとされる⁽¹⁰⁾ (このように「プラットフォーム」と「デジタルプラットフォーム」は同義で用いられることも少なくない)。長谷川①論文では、プラットフォームという用語を法律学の観点から、「二つ以上の顧客グループ（供給者側と需要者側）を誘致し、仲介し、結びつけ、お互い取引することで大きな価値を生み出すインターネット上の取引の『場』と定義」づけている⁽¹¹⁾。同様に、公正取引委員会は、2で後述するようなデジタルプラットフォームの特徴を踏まえ、「情報通信技術やデータを活用して第三者にオンラインのサービスの『場』を提供し、そこに異なる複数の利用者層が存在する多面市場を形成し、いわゆる間接ネットワーク効果が働くという特徴を有するものをいう」と定義づけている⁽¹²⁾。この定義は、後の「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律」に受け継がれており、それと同義に定義づける文献も見られる⁽¹³⁾。

2 DPF の特徴

PDF の特徴については、これまでもさまざまな文献等で指摘されている。たとえば、長谷川①論文147頁は、プラットフォームが台頭してきた背景のひとつにネットワーク効果があることを指摘する。長谷川③論文318頁も、デジタルプラットフォームは、法律学の観点からは市場の多面性と間接ネットワーク効果によって特徴づけることができ、それとともに、間接ネットワーク効果はロックイン（囲い込み）の誘引となって利用者の選択肢を限定するロックイン効果をもたらすことを指摘する。中川教授は、デジタルプラットフォームの特徴を、デジタル性とプラットフォーム性に分け、プラットフォーム性からは二面市場・多面市場という構造が、デジタル性からは付加価値性が特徴づけられるとする⁽¹⁴⁾。安平弁護士は、①ネットワーク効果、②内部相互補助、③データの集積・利活用による好循環、④規模拡大の容易性などを特徴としてあげる⁽¹⁵⁾。

一方、公正取引委員会の報告書によれば、DPF は以下のような特徴

があるとされる⁽¹⁶⁾。

- ①両面市場とネットワーク効果：一般に DPF ビジネスは、DPF の下に企業や消費者という異なる複数の層が存在する両面市場（多面市場）であり、そこでは、同じネットワークに属する参加者が多ければ多いほど、それだけ参加者の効用が高まるという直接ネットワーク効果および同じネットワークに属する参加者グループが複数存在し、一方のグループの参加者が増えれば増えるほど、他方のグループの参加者の効用も高まるという間接ネットワーク効果が働く。
- ②低い限界費用と規模の経済性：情報通信技術やデータを用いた取引の場であるため、サービスの提供に係る限界費用が低いことから、効率的にネットワークの規模を拡大し、より低コストでより良いサービスを提供することができる。
- ③ DPF がもたらす便益：DPF は、両面市場に散在する大量のデータを集積・構造化し、それを効率的に活用することによって多大な便益を生み出すことができ、このことは消費者にとっても、DPF を利用することにより多数の商品・サービスの選択を可能とする。また、消費者は、セキュリティを維持するために多額の費用を負担することができる DPF 提供者を通じて取引することによって、単独ではそのような対応が困難な事業者との間でも、一定の安全性が保障された取引を享受することができる。
- ④集中化など：限界費用が低く、規模の経済性が強く働くという特徴から、特定の DPF への集中が生じやすく、独占・寡占に至ることもあり得る。

このような特徴からは、DPF における DPF 提供者の役割が重要であることが分かる（以下の数字は、公正取引委員会の特徴による）。特徴①②からは、DPF 上には大規模事業者から中小の事業者までさまざまな規模の事業者が参加しさまざまな商品や役務を提供することが可能となり、それにより多くの購入者が参加するようになり、そのことと特徴③が相まって、多くの消費者が DPF を利用した取引を活発に行うよ

うになってきているといえる。それゆえ、DPFでの取引は、こんにちでは人びとの消費者生活における重要な基盤としての地位を有するようになってきている。一方で、そのことから、ある参加者間で生じた法的問題が他の参加者にも同様に影響を与えることがあり得る。たとえば、DPF上の取引によりある製品を購入した購入者に損害が発生した場合、同様の損害は他の購入者にも発生する可能性がある。あるいは、ある消費者と販売者（DPF利用事業者）との間で取引上のトラブルが生じた場合、同様のトラブルがその販売者と他の消費者との間で生ずる（生じている）可能性もある。これらの個々の取引で発生したトラブルの情報を他の購入者が得ることは難しく、それを総括的に把握できるのはDPF提供者である。また、特徴④については、DPF提供者の独占・寡占を防ぐ必要が生じるが、それとともに特徴③にも関連し、巨大なDPF提供者に対する消費者の信頼の保護を図る必要も生じてこよう。この点についても、DPF提供者の役割は重要である。では、このような特徴を有するDPFの法的構造はどのように考えることができるか。

Ⅲ DPF取引における当事者と契約

1 DPF取引の形態

通常、DPFを介在する取引（以下、このような取引全体を「DPF取引」と呼ぶ）には三者以上の者が登場する。すなわち、(a)取引の場であるDPFを構築・開設し提供する「DPF提供者」、(b)DPFを利用し出店し、出品・役務提供を行う「DPF利用事業者」（ここでは、事業者に限定するが、後述のように事業者でない者が出品する形態もある）、(c)DPFを利用し商品などを購入する「購入者」である⁽¹⁷⁾ ((a)(b)が同一の場合もあるが、ここでは対象としない)。このようなDPF取引については、着目する観点によりいくつかの分類が見られる。

まず利用主体の観点からの分類である。長谷川論文は、利用主体の

観点から、①企業対企業 (B to B)、②企業対企業対消費者 (B to B to C)、③企業対消費者 (B to C)、④消費者対消費者 (C to C) に分類することが可能であり、①から④に向かって多様化してきていることを指摘する⁽¹⁸⁾。④は前述(b)が事業者ではない形態であり、主な場面はシェアリングエコノミーである。形態④につき長谷川⁽³⁾論文は、「近時、市場のPF化が進む過程の中で、シェアリングエコノミーも急速に普及しつつあるが、その一方で、法的規制のあり方が問われている」ことを指摘する⁽¹⁹⁾。それぞれの主体間の関係・それぞれの役割を考えるにあたっては、一方の主体がどのような者であり、そして相手方がどのような者であるかにより、考慮すべき要素が異なる(追加される)場合もありうる。

また、DPFが取り扱う内容の利用形態からは、マッチング型と非マッチング型に区分される⁽²⁰⁾⁽²¹⁾。マッチング型DPFの典型例はB to C取引を内容とするオンラインショッピングモールであり、そのほかC to C取引を含むインターネットオークションやフリーマーケットなどがこれに含まれる⁽²²⁾が、本稿ではマッチング型の類型、とりわけショッピングモール(B to C取引)を念頭におく。ショッピングモールとしては、ある場所にさまざまな実店舗を出店させ、共通の利用カードや決済システムを用いた空間を作り出し、そこを訪れた消費者が各店舗と取引を行うというオフラインの形態もありうる。このようリアルなショッピングモールと比較した場合のオンラインショッピングモールの特徴としては、商品やサービスの購入についてはデジタルプラットフォーム利用事業者と購入者の間で締結されるが、店舗の構築や広告(ここまでは、オフラインの形態も同様の場合であろう)、商品の受注・配送、決済等の多くの面でDPF提供者が利用事業者を支援しており、また、購入者は、DPF利用した検索やそこに表示される「おすすめ」により、関心のある商品を容易に見つけ出すことができることなどがあげられる⁽²³⁾。

2 PDF 取引における利用主体と契約関係

DPF 取引では、前述の三者の間でつぎのような流れでそれぞれ契約が締結されることになる。すなわち、① DPF 提供者が構築・開設した PDF の利用を希望する DPF 利用事業者と DPF 提供者との間で利用契約が締結され（利用契約①）、②その DPF に出店されているオンライン店舗商品の購入などに興味を持つ購入者が DPF 提供者との間で利用契約を締結し（利用契約②）、③利用が認められた後に DPF の検索機能などを利用し希望する商品を見つけ出し、購入者と DPF 利用事業者との間で売買などの契約が締結される。すなわち、DPF 利用事業者と購入者との契約は、DPF 提供者が構築・開設・提供する DPF を使用して行われるのであり、①②の利用契約を前提としているのである⁽²⁴⁾。そして、各利用契約においては、種々の内容が利用規約において定められている。

たとえば、わが国における大手 DPF 提供者のひとつである Amazon についてみるならば、Amazon と出店者との間では「Amazon サービスビジネスソリューション契約」⁽²⁵⁾が締結され（利用契約①）、そこでは「一般条項」、「出品者利用規約および出品者行動規範」などが定められている。一方の Amazon と Amazon を利用する購入者との間の利用契約（利用契約②）では Amazon.co.jp 利用規約が定められているが、アマゾンの提供するサービスは多岐にわたるため、ガイドラインやサービス規約などの追加の規定や条件（「サービス規約」）が定められる場合があり、利用規約とサービス規約に齟齬がある場合には、サービス規約の規定が優先するとされている⁽²⁶⁾。出店者と購入者間については、個別に売買契約・役務提供契約などが締結されるが（出品者が Amazon の場合もある）、それには明確な規約等は見られない。しかしながら、前記の Amazon 規約などにより一定の制約を受けることになる。

これらの契約につき長谷川③論文は、DPF 提供者が他人間の商行為の媒介を行す場合には商法の規定が適用されるが、媒介の対象は商行為に限定されるわけではなく、商行為以外の他人間の法律行為を媒

介する民事仲立人については民法に一般的な規定がないことから、当事者間でどのような内容の規律に服するかを定める必要があるとし、DPF 利用事業者・購入者間の契約締結にあたっては、DPF が介在するものの、形式的には（下線は筆者による）前述の利用契約とは別物であり、DPF が当事者とならない二当事者間の取引契約として成立が予定されているとする⁽²⁷⁾（この点については、あくまでも形式面の指摘であり、長谷川論文の主張することではないことについては後述する）。

IV DPF に対する法規制

このような特徴を有し、急速に発展してきた DPF 取引については、既存の法理論では必ずしも十分には対応しきれない点も少なくないことから、近時になりさまざまな新しい法規制が行われるようになってきている。以下、EU およびわが国の DPF に対する法規制について概観する。

1 EU⁽²⁸⁾

EU においては、2015年5月に「デジタル単一市場（DSM）戦略」が公表された（COM（2015）192 final）。これは、EU 加盟国間のデジタル市場をひとつに統合し、公正な競争ルールのもとで、消費者と事業者が、人や物・サービスなどの自由移動の恩恵を等しく受けられるようにすることを目指すものである。その実現のために、電子商取引を簡便化する統一ルールを制定することなどにより、消費者と事業者が EU 全域でデジタル関連商品やオンラインサービスに安心してかつ効率的にアクセスできるようにするとともに、個人情報保護・サイバーセキュリティ・オンラインプラットフォーム⁽²⁹⁾などに関し、適切なネットワーク環境の整備を図るとされた⁽³⁰⁾。それにもとづき、オンラインデジタルプラットフォームの促進、データエコノミーの活用、サイバーセキュリティ対策の強化、EU 域内の電子商取引の促進などを目標

し、さまざまな提案がなされてきた。

2017年5月には、それまでの取り組みの進捗状況を整理した「デジタル単一市場戦略の実施に関する中間レビュー」(COM/2017/0228 final)が公表された。そこでは、オンラインプラットフォームは、デジタル経済におけるイノベーションと成長を促進し、オンライン世界において重要な役割を果たし、特に中小企業にとって新たな市場機会を創出すると同時に、現在ではインターネットにおける「重要なゲートキーパー (key gatekeepers)」となり、情報・コンテンツ・オンライン取引へのアクセスを仲介しているとし、オンラインプラットフォームはインターネットにおける「エコシステム (ecosystem)」を組織しているが、これはワールドワイドウェブの大きな変革であり、新たな機会をもたらすだけでなく、課題ももたらすとして、オンラインプラットフォームの推進、データエコノミーの活用、サイバーセキュリティ対策の取り組みの強化などが発表された。

2018年4月に公表された「消費者のためのニューディール (New Deal for Consumers)」(COM/2018/ 0183 final) では、不公正契約条項指令 (93/13/EEC)、価格表示指令 (98/6/EC)、不公正取引方法指令 (2005/29/EC)、消費者権利指令 (2011/83/EU) の改正よりオンライン市場における消費者の権利を強化することなどについて提案がなされた。

2020年2月には、「EUのデジタルの未来を形作る (Shaping Europe's Digital Future)」が発表され、後述するデジタルサービス法との関連で、ゲートキーパーとして機能する重要なネットワーク効果を有する大規模なプラットフォームによって特徴づけられるマーケットが、イノベーター、企業および新規市場参入者にとって公正かつ競争可能であり続けることを確保するための事前のルール (ex ante rules) を検討し⁽³¹⁾、EUにおけるオンラインプラットフォームと情報サービスプロバイダーの責任を拡大・調和させ、プラットフォームのコンテンツポリシーに対する監視を強化することにより、デジタルサービスの市場を深化させるために規則の改定・新設を行うとした⁽³²⁾。

これらの方針にもとづきさまざまな施策がなされているが、本稿では、その中の DPF に関する規則・指令⁽³³⁾につき、本稿に係る範囲で概略と特徴を述べる。

(1) ビジネスユーザーのためのオンライン仲介サービスの公正性および透明性の促進に関する規則 (2019/1150/EU)⁽³⁴⁾

本規則は、オンラインプラットフォームを利用するビジネスユーザーの公平で透明な取扱い、問題がある場合の効果的な救済の可能性を保証し、EU 市場の適切な機能に資することを目的としている。本規則はオンライン仲介サービス提供者⁽³⁵⁾ (本稿の DPF 提供者) とビジネスユーザー (本稿の DPF 利用事業者) との関係を規律するものであり、消費者は直接の対象とされていない。しかし、ビジネスユーザーとは「消費者に物品またはサービスを提供する者」(2条(1))であり、対象となるオンライン仲介サービスは「ビジネスユーザーと消費者との間の直接の取引の開始を促進するために、ビジネスユーザーが消費者に物品またはサービスを提供することを可能とするもの」(2条(2)(b))という要件を満たすものでなければならないというように、ビジネスユーザーと消費者との間で取引が行われることを前提として、オンラインプラットフォームを利用するビジネスユーザーの公平で透明な取扱いという観点から、ビジネスユーザーがオンラインプラットフォームを安心して利用できるよう、オンライン仲介サービス提供者に一定の義務を課すなどしている。たとえば3条では、オンライン仲介サービス提供者に、自己の条項および条件について、平易であること、入手が容易であること、ビジネスユーザーに対する停止・解消・その他の制限について理由を定めることなどの要件をすべて満たすことを確保しなければならないとし、そして4条では、オンライン仲介サービス提供者が特定のビジネスユーザーに対する利用を制限・停止・解消するにあたって決定理由の明示等を求めている。

(2) EU 消費者保護ルールの改善および現代化に関する指令現代化指令 (2019/2161/EU)⁽³⁶⁾

本指令は、消費者のためのニューディールと同日に提案された具体策である指令案 (COM/2018/0185 final) にもとづくものであり、2019年12月18日に公布され、2020年1月7日に発効した。本指令は、消費者のためのニューディールで指摘された4つの指令を改正するものであり、各加盟国では2021年11月28日までに国内法化され、2022年5月28日から施行されている。本指令では、不公正取引方法指令を改正する2条および消費者権利指令を改正する3条により、「オンラインマーケットプレイス」の定義規定が不公正取引方法指令2条(n)、消費者権利指令2条(17)におかれ、「オンラインマーケットプレイス提供者」の定義規定が消費者権利指令におかれることになった。すなわち、「オンラインマーケットプレイス」とは、「ソフトウェア (ウェブサイト、ウェブサイトの一部または事業者によってもしくは事業者によって運用されるアプリケーションを含む) を使用するサービスであって、消費者が他の事業者または消費者と通信販売契約を締結することを可能にするもの」であり、「オンラインマーケットプレイス提供者」とは、「消費者にオンラインマーケットを提供する事業者」である。また、不公正取引方法指令を改正する3条により、不公正な取引により被害を被った消費者の個別の救済方法として、損害賠償、代金減額、契約解除等が明記された。

(3) デジタル市場規則 (DMA) (2022/1925/EU)

欧州委員会は、2020年12月15日オンラインプラットフォーム事業に関する包括的な規制として「デジタルサービス法パッケージ Digital Services Act Package」を欧州議会と理事会に提出した。本パッケージは、「デジタル市場規則案 (Digital Market Act) (以下、DMA)」および「デジタルサービス規則案 (Digital Services Act) (以下、「DSA」)」のふたつからなるものであり、両案共に2022年7月5日の欧州議会で採択さ

れた⁽³⁷⁾。その後、DMA は同月18日に理事会により承認され、同年10月12日に公表された。これにより公表から20日後の11月1日に発効している。

DMA は、巨大 IT 企業による不公正な競争状態を是正する目的で、コアプラットフォームサービスを提供する事業者のうち一定の要件を満たすものをゲートキーパーとし、一定の義務を課している。この規則は、ゲートキーパーの拠点の所在地または住所、およびサービスの提供に対して適用される他の法令にかかわらず、ゲートキーパーが EU 域内に拠点を有するビジネスユーザー、または EU 域内に拠点を有するか所在するエンドユーザーに提供する「コアプラットフォームサービス」に適用される（1条(2)）。

「コアプラットフォームサービス」とは、(a)オンライン仲介サービス（オンラインモール、アプリストアなど）、(b)オンライン検索エンジン、(c)オンラインソーシャルネットワークサービス（SNS）、(d)動画共有プラットフォームサービス、(e)番号に依存しない個人間コミュニケーションサービス、(f)オペレーティングシステム（OS）、(g)ウェブブラウザ、(h)バーチャルアシスタント、(i)クラウドコンピューティングサービス、(j)(a)項から(i)項に記載されたコアプラットフォームサービスのいずれかを提供する企業が提供するオンライン広告サービス（広告ネットワーク、広告交換およびその他の広告仲介サービスを含む）を指す⁽³⁸⁾（2条(2)）。

「ゲートキーパー」とは「コアプラットフォームサービス」を提供する事業者のうち、(a) EU 域内に大きな影響をもつものであり、(b)ビジネスユーザーがエンドユーザーに接触するための重要なゲートウェイとなるコアプラットフォームサービスを提供し、(c)その事業において確立された永続的な地位を享受しているか、または近い将来にそのような地位を享受することが予見される、という3つの要件を満たした事業者で、欧州委員会により指定された事業者を指す（4条(2)）。

このような定義づけを行った上で、「ゲートキーパー」として指定さ

れた事業者に一定の義務を課すことにより規制している⁽³⁹⁾。

(4) デジタルサービス規則 (DSA)⁽⁴⁰⁾ (2022/2065/EU)

DSA は、2022年10月4日の欧州理事会により承認され⁽⁴¹⁾、同年10月27日に公表された。これにより公表から20日後の11月16日に発効する。

DSA の目的は、安全で予測可能かつ信頼できるオンライン環境に関する統一規則を定めることによりオンライン仲介サービスに関する域内市場の適切な機能に貢献することであり、それによりイノベーションを促進し、消費者保護の原則を含む EU 基本権憲章に規定された基本的権利が適切に保護されることを目的としている (1条(1))。そのために、オンライン仲介サービスを行う事業者を対象とし、違法なオンラインコンテンツ流通に対する責任 (含む免責要件) および事業者の規模に応じたユーザー保護のための義務を定めている。

DSA は、サービスの提供者の拠点または所在地にかかわらず、域内に拠点を有するまたは所在するサービス受領者に提供される仲介サービスに適用される (2条(1))。

「仲介サービス」とは、(i) 「サービスの受領者によって提供された情報を通信ネットワークにおいて伝送すること、または通信ネットワークへのアクセスを提供することからなる『単なる導管』サービス」(ISP、DNS、WiFi サービスなど)、(ii) 「サービスの受信者によって提供される情報の通信ネットワークにおける送信からなる『キャッシング』サービスであって、当該情報の自動的な中間的かつ一時的な保存をともなうものであって、当該情報の他の受信者の要求に応じて当該情報の送信をより効率的にすることのみを目的として行われるもの」(キャッシュサーバ、CDN など)、(iii) 「サービスの受領者によって提供され、その要求に応じて提供される情報の保存からなる『ホスティング』サービス」(SNS、EC モール、アプリストアなど) のいずれかをさす (3条(g))。

「オンラインプラットフォーム」とは、ホスティングサービスであって、当該サービスの受領者の要求により、情報を保存し、公衆に広め

るものを指す（ただし、その活動が他のサービスの軽微かつ純粹に付随的な特徴または主要サービスの軽微な機能であり、客観的および技術的な理由により当該他のサービスなしでは使用できず、かつ当該特徴または機能を当該他のサービスに統合することが本規則の適用を回避する手段ではない場合はこの限りでない）（3条(i)）。SNS、コンテンツ共有サービス、アプリストア、オンラインマーケットプレイス、旅行および宿泊オンラインプラットフォームなどが含まれる。さらに、一定の要件を満たすオンラインプラットフォームを「超巨大オンラインプラットフォーム」とし（33条）、超巨大オンラインプラットフォームは違法コンテンツの流通などに関し特にリスクを有し、その甚大な影響力から、追加的な義務を課すなどの特別の規定をおいている（35条-43条）。

DSAのもとでは、プラットフォームはつぎのような義務を負う⁽⁴²⁾。すなわち、①違法な製品およびサービスのオンライン取引に立ち向かうためのオンラインマーケットプレイスに対する特別な義務、②オンライン上の違法コンテンツに対抗するための措置と、プラットフォームが迅速に対応する義務、③プラットフォームによるEU法で定義された未成年者の個人データの使用にもとづくターゲット広告の使用の禁止、④ジェンダー、人種および宗教を含む広告の表示およびそれらのセンシティブな個人データ使用のターゲット広告に対する一定の制限、⑤「ダークパターン」と呼ばれる誤解を招くインターフェースおよび誤解を招くことを目的とした行為の禁止である。

このように、DSAが消費者が安心・安全にオンラインプラットフォームを利用できるよう、DPF提供者にその規模や提供するサービスに応じてオンラインプラットフォームを適切に整備することを求め、一定の義務を課していることは、DPF提供者がDPF利用事業者・購入者間の契約を含めDPF取引全体に責任を持つべきであることを示しているといえよう。

2 日本

(1) 電子商取引及び情報財取引等に関する準則

日本においては2002（平成14）年に、「電子商取引等に関する様々な法的問題点について、民法をはじめとする関係する法律がどのように適用されるのか、その解釈を示し、取引当事者の予見可能性を高め、取引の円滑化に資することを目的」として「電子商取引等に関する準則」が経済産業省によって策定された⁽⁴³⁾。本準則は電子商取引や情報財取引等の実務、関連する技術の動向、国内外のルール整備の状況等を踏まえ、毎年改訂が行われている。本準則においても、オンラインプラットフォームに関する論点について解釈が示されている⁽⁴⁴⁾が、本準則は「電子商取引、情報財取引等をめぐる現行法の解釈の指針として機能することを期待する」ものであり、法的な規制をするものではない。

法的規制に関しては、2016年頃から政府が検討をはじめ、それは2018年頃より活性化した⁽⁴⁵⁾。それらの検討においてはEUにおける総合的なプラットフォーム関連規制改革も参照にしながら議論が進められ、その検討の結果を踏まえ法律が制定された。それらの法律では、DPFも定義されるようになった。

(2) 特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律

DPFを定義する法律のひとつが、「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律」⁽⁴⁶⁾（以下、本稿では「デジプラ透明化法」と記す）である。同法は2019年9月に設置されたデジタル市場競争本部を中心として整備が進められた各種ルールのひとつであり⁽⁴⁷⁾、2020年5月27日に成立し、同年6月3日に公布され、2022年5月25日より施行されている。本法は、DPFが利用者の市場アクセスを飛躍的に向上させ、重要な役割を果たしている一方で、一部の市場では規約の変更や取引拒絶の理由が示されないなど、取引の透明性および公正

性が低いこと等の懸念が指摘されている状況を踏まえて制定されたものであり、DPFの中でも取引の透明性・公正性の向上を図ることが特に必要なDPFを「特定デジタルプラットフォーム」(特定DPF)として政令で定め、情報開示や自主的な取り組みを促進するための措置等を講ずることにより、その透明性および公正性の向上を図り、最終的には特定DPFの公正かつ自由な競争を促進することを通じて、国民生活の向上および国民経済の健全な発展に寄与することを目的としている(1条)。本法は2条1項にDPFについての定義規定をおいている。そこでは、DPFを、①情報を表示することによって異なる利用者グループをつなぐ「場」であること(多面市場)、②コンピュータを用いた情報処理によって構築され、インターネット等を通じて提供されること(オンライン性)、③利用者の増加にともない他の利用者にとっての効用が高まるという関係を利用していること(ネットワーク効果)、という要素によって定義している⁽⁴⁸⁾。

本法は、DPFが、利用者の便益の増進に寄与し、経済社会の活力の向上および持続的発展にとって重要な役割を果たすものであることに鑑み、DPF提供者がDPFの透明性・公正性の向上のための取組を自主的かつ積極的に行うことを基本とし、国の関与その他の規制を必要最小限のものとするによりDPF提供者の創意と工夫が十分に発揮されることおよびDPF提供者とDPF利用事業者との間の取引関係における相互理解の促進を図ることを基本理念としている(3条)。このような基本理念のもとに、特定DPF提供者に、取引条件等の情報の開示および自主的な手続・体制の整備を行い、実施した措置や事業の概要について、毎年度、自己評価を付した報告書を提出することを求めている。具体的には、特定DPF提供者に、①提供条件等の開示(5条)、②相互理解の促進を図るために必要な措置の実施(7条)、③モニタリング・レビュー(9条)の措置を課している。これらについて長谷川^④論文は、①はDPFを利用する際の重要な取引条件、出品拒絶・解約や規約変更などの理由を明らかにすることを求めるものであり、②およ

び③は、いわゆる「共同規制」の考え方を取り入れたものであるとする。

(3) 取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律

もうひとつが、「取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律」（以下、本稿では「デジプラ消費者保護法」と記す）である。本法は、2019年12月から消費者庁において開催された「デジタル・プラットフォーム企業が介在する消費者取引における環境整備等に関する検討会」が2021年にまとめた報告書の提言を踏まえ、消費者庁が法案としてまとめたものであり⁽⁴⁹⁾、同年4月28日成立し、同年5月10日公布され、2022年5月1日より施行されている。本法は、取引DPFについて、前述のデジプラ透明化法2条1項のDPFのうち、実質的に特定商取引法2条2項の通信販売にかかる取引の「場」としての機能を有しているものを捉える観点から、取引DPFを、①契約の申込みの「場」となる取引デジタルプラットフォーム（同項1号）、②いわゆる「オークションサイト」（同項2号）と定義づけている。そして、DPFを通じて販売業者が通信販売を行っていることに着目し、DPF提供者に一定の義務を課すことにより、取引DPFを利用する消費者の利益を保護することを目的としており、取引DPFで行われる通信販売事業に関し法的トラブルが発生したときの取引DPF提供者が対応すべきルールを定めている。具体的には、取引DPF提供者に、①消費者が販売業者等と円滑に連絡できるようにするための措置（3条1項1号）、②販売業者等（DPF利用事業者）による商品等の表示に関する苦情にかかる事情の調査その他の必要な措置（同項2号）、③販売業者等（DPF利用事業者）の特定に資する情報の提供（同項3号）という努力義務を定めている。

これらの義務については、本法の対象にはさまざまな取引DPF提供者が含まれ、個別取引の関与の度合いも異なることから、法的義務で

はなく努力義務となっている⁽⁵⁰⁾。

3 小括

EUにおいてもわが国においても、市場の適正な発展という観点から、まず DPF 提供者と DPF 利用事業者との間の格差に着目し、一定の要件を満たす DPF 提供者に義務を課している。その後、DPF 提供者と購入者（消費者）との間の関係を規律し、DPF 提供者に一定の義務を課し、DPF を利用する購入者（消費者）の利益を保護することを目的としている。このように、DPF 提供者に、その規模等に応じて一定の義務を課していることは、DPF 利用事業者・購入者間の契約を含め DPF 取引全体に責任を持つべきであるとの立場を示しているといえよう（ただし、DPF 利用事業者と購入者との間を直接規律するものはない⁽⁵¹⁾）。

V DPF における DPF 提供者の責任の根拠と責任をめぐる学説

1 問題の所在

Ⅲ 2 で述べたとおり、DPF 利用事業者・購入者間の契約については、DPF 提供者が当事者とならない二当事者間の取引契約として成立が予定されている。事実、DPF 提供者・購入者間の利用契約における利用規約においても、DPF 提供者は当事者ではないことを明記するものがみられる。たとえば「楽天ショッピングサービスご利用規約」⁽⁵²⁾では、第1条（総則）3において、「お客様が楽天市場で行うショップとの取引は、すべてお客様とショップとの間で直接に行われます。当社は、当社がショップに該当する場合を除き、取引の当事者とはならず、当該取引に関する責任は負いません。したがって、ショップとの取引に関して万一トラブルが生じた場合には、お客様とショップとの間で直接解決していただくこととなります。」と規定している。Amazon.co.jp 利用規約においても、「第三者による提供」とし、「当サイトでは、ア

マゾン以外の第三者も、店舗の経営、サービスの提供、商品の販売、広告の掲載を行う場合があります。また提携会社その他の一部の会社のサイトにリンクすることがあります。アマゾンは、そのような企業または個人の商品等または、Web サイトのコンテンツの検査、評価、保証はいたしません。アマゾンは、そのような企業または個人、第三者の行為、商品、コンテンツに対し、いかなる責任も負わず、義務が生じることもありません。」と明記している。このように、自らが購入者との契約の相手方にならない場合の DPF 利用事業者・購入者間契約における当事者性を否定し、一切の義務を負わないとしている⁽⁵³⁾。これは、PDF 提供者・利用事業者間、PDF 提供者・購入者間、DPF 利用事業者・購入者間の契約がそれぞれ別の独立した契約であることを前提としている。このような考え方からは、DPF の責任は限定的なものとなる⁽⁵⁴⁾。DPF 提供者の果たす役割が、単に DPF という場所やシステムの提供者としての役割にとどまる限りにおいては、取引当事者または仲介者としての法規制を受けない⁽⁵⁵⁾。

しながら、これまでも述べてきたとおり、DPF 利用事業者・購入者間の契約は DPF 提供者が用意した DPF を利用して行われるものであり、その利用にあたっては、それぞれの利用者は DPF 提供者との間で利用契約を締結しているのである。この点について着目した分析が必要であろう。この点中田教授は、DPF 提供者の法的責任を考える上での分析視角として、DPF 提供者・利用事業者間、DPF 提供者・購入者間、DPF 利用事業者・購入者間の契約はそれぞれ別個であるという立場を「形式的アプローチ」と呼び、これに対して、DPF 利用事業者・購入者間の契約も含めて DPF 提供者・DPF 利用事業者間、DPF 提供者・購入者間の3つの契約が相互にかつ密接に関連していることが認識できるとしてそれらを一体的に捉え DPF 提供者の責任を位置づけることを可能とする考え方を「実質的アプローチ」と呼び⁽⁵⁶⁾、その可能性を示唆している。ではどのような論理構成が考えられるか⁽⁵⁷⁾。

2 システム責任論

(1) 磯村説⁽⁵⁸⁾

この点につき磯村教授は インターネットオークションを素材とし、サイト運営事業者の果たすべき役割とその根拠に焦点を当て、「サイト運営事業者の『第三者性』を克服し、システム提供者の責任という観点から問題を見直す必要があることを提唱」している⁽⁵⁹⁾。具体的には、出品者・入札者が一定の利用料を支払うかどうかにかかわらず、利用者は一定の登録手続きを行い、利用規約を承諾して参加権利を取得するのであり、サイト運営事業者と利用者との間にインターネット・オークション・システムの利用に関する合意＝契約が存在することを指摘し、システムの運営事業者はシステムの適正な管理・運用をなす義務を負い⁽⁶⁰⁾、さらには、サイト運営事業者が提供する出品・入札・落札の仕組みが構造的に利用者に一定のリスクを発生させるものであり、かつ、そのようなリスクが十分予見可能な状態にありながらそれを放置しているような場合には、システムの管理・運営について義務違反があると認められる場合があるとする⁽⁶¹⁾。さらには、インターネットオークションの場合には、実際に目的物の現状を確認することは不可能であり商品情報の正確な伝え方には特に配慮する必要があること、利用者の行為は利用規約を前提とし、かつあらかじめ運営事業者が設定したフォーマットにしたがって行われるものであり、出品者・落札者間の契約内容はサイト運営事業者のシステムに大きく依存しており、サイト運営事業者はそのシステム設計を通して、システムを介した契約の成立に関与していることを指摘する⁽⁶²⁾。

(2) 森田説⁽⁶³⁾

森田教授は、東京証券取引所のコンピュータによる証券取引市場のシステムのバグに起因して発生した損害の賠償責任が争われた事案に関する判例批評において、証券取引所における取引では、証券取引所を利用する者は証券取引所との間で取引参加者契約を締結し、その上

で他の取引参加者と締結するとし、取引参加者契約は「市場を作る契約」であり、市場参加者間での当該市場における取引は「市場で結ばれる契約」とに峻別することができるが、「市場を作る契約」は、市場参加者に対するさまざまな義務を市場管理者に負わせるとする。具体的には、「市場参加者に当該市場で契約を締結する機会を与えそれを活用させるためのさまざまな義務」、および「当該市場での個々の取引の内容を当事者の私的自治に委ねこれを尊重するという謙抑的中立義務」である。前者には、情報提供や契約締結のためのさまざまなサービスを提供するといった積極的な内容の義務が想起され、そこからは一定の範囲で市場管理者に取引への干渉が生じるが、それには後者による抑制がかかるとする。このふたつの義務の間の緊張関係が顕在化するのには、「市場で結ばれる契約」によって市場参加者の一方が損害を受けたような場合であり、「市場で結ばれる契約」がB2C型となる市場においては、「市場で結ばれる契約」自体がB2C型であることに着目し、「市場で結ばれる契約」から市場参加者の一方に生じた損害について、「市場を作る契約」にもとづく市場管理者の契約責任を認める消費者保護的な発想もあり得るとする⁽⁶⁴⁾。

(3) 金山説⁽⁶⁵⁾

金山教授は、「契約の名において人を一定の〈場〉に引き入れた者は、契約という無体物の設置または保存上の瑕疵によって相手方に損害が生じたときは、責任を負うべきだ」という基本思想にもとづき、システム構築者は、「インターネット販売という場を提供した以上、その場において契約相手方が損害を被ることがないようにシステムを設計・設置・管理する責任がある」と主張する。

(4) 小括

これらの見解は、DPF 上で行われる DPF 利用事業者と購入者との契約を DPF 利用契約とは別の独立した契約として捉えるのではなく、

一体的なシステムと捉え、そのようなシステムを構築した DPF 提供者に一定の義務を負わせるということについては一致している。

その上で、なぜ一体的に捉えることができるのか、一体的に捉えられるとしてそのことから DPF 提供者はどのような義務を負うのか、その根拠はどこに見出すことができるのかについて、学説上さらに議論が展開されている。

3 DPF の特徴からの分析

(1) 千葉説

千葉教授は、シェアリングエコノミーを素材として、プラットフォーム型ビジネスでは「組織の市場化」「市場の組織化」が同時に生じており、両面（多面）市場では、間接ネットワーク効果を高めることが全体としてのシステムの価値を高めることになるから、DPF 提供者は自己の収益の最大化を図るためには、DPF 利用者間の利害対立を効率的にマネジメントすることが必要となり、DPF 提供者は正のネットワーク効果を最大限に引き出すための仕組みとそれを動かすためのルール作りをすることになるから、「取引法の観点から分析する際にも、両面（多面）市場を構成要素とする全体システムを1つの市場として観察し、全体システムとしてのルールとなるプラットフォームの利用規約自体の分析が必要となる」とする⁽⁶⁶⁾。

その上で、DPF 利用規約と DPF 提供者・各利用者間の利用契約の相互関連性を検討し、DPF 利用事業者・購入者間の契約は DPF 利用規約の枠組みに拘束されることを指摘する⁽⁶⁷⁾。

(2) 鹿野説⁽⁶⁸⁾

鹿野教授は、DPF 提供者に関しては「単なる場貸し」論からの脱却を図る必要があるとして、DPF 提供者の責任の根拠等について検討している。まず、裁判例においても、すでに一定の場合に DPF 提供者の民事責任は認められてきており、「単なる場貸し」論によって全面的に責

任を免れることはできないとする。その上で、しくみの構築に向けたいくつかの留意点と実質的根拠を指摘する。第1には、しくみの構築について DPF 提供者と個々の DPF 利用者との間の個別の契約だけに着目するのではなく複数の契約からなるシステムの全体として捉えるべきであるとし、DPF 上の取引は、「一種の複合契約ないし多角的法律関係としての要素を有しており、その適正なシステムづくりが課題となっている」ことを指摘する。第2には、DPF 提供者が、DPF 利用者の利便性を向上させる一方、新たな危険を生み出している面があり、システムの構築者としてそのシステムにおける最低限の安全性を確保すべきであるという危険責任的な発想によるルールの特化をあげる。第3には、第2の考え方を補強するものとしての報償責任の考え方をあげる。第4には、割賦販売法におけるクレジット業者の加盟店管理義務の類推という考え方をあげる。第5には、DPF 提供者において収集され集積されるデータ利用等に関しては、信認関係という考え方にもとづいてルール形成を考える可能性をあげる⁽⁶⁹⁾。

4 長谷川説（同意理論）

これまでの議論は、たとえば利用規約を根拠として、DPF 契約においては関与者がなぜ一体的に捉えられるのかを説明し、そのような場合に DPF 提供者はどのような責任を負うのかその責任根拠はどこに求められるのかを述べるものであり、一体的に捉えた場合の契約の責任根拠については、鹿野説が課題として指摘するにとどまっていた。

この点長谷川教授は、シェアリングエコノミーを素材として市場のプラットフォーム化をめぐる契約上の諸問題を検討する長谷川①論文の中で、契約法理の再構成の必要性を説きその方向性を示し、中舎教授の論文を引用しながら、「現代の契約理論は、ドイツ民法の影響の下に、契約を相対立する当事者の意思の合致と捉え、契約当事者の申込みと承諾という意思に重きを置く構成を採用している」が、それ以前の契約理論は、「まず、契約当事者から独立した独自の客観的に正当性

を持つ合意というものが存在し、これが社会的に確立されて、しかる後に、当事者がそれを承諾（同意）することによって契約が成立すると考えられていた」とし、このような考え方は一時放逐されたが、「それでも、現代の契約理論は、行き過ぎた個別の意思の探求を反省し、意思の形成には社会通念などが考慮される」ことを指摘している⁽⁷⁰⁾。

さらに、長谷川③論文では、DPF取引においては同意理論による契約関係の規律が有用であることを指摘している。すなわち、DPF提供者は利用規約を定めこれに合意した者にDPF取引への参加を許諾しているが、これは、伝統的な契約理論による合意ではなく、合意事項に対する全員の同意を意味するものであり、この同意によりDPF取引利用者全員とDPF提供者との間には、契約上の債権債務が生じるとして、DPFをめぐる取引実態を踏まえた問題解決の法理を探求するにあたっては、多角の視点にもとづく同意理論は有益な理論的根拠を提供することを指摘する。そして、同意理論によれば、DPFをめぐる取引関係はあらかじめ定立された合意事項に対して当事者が合意することにより形成され、これを規律するものとして、すべての当事者間には合意事項に沿った契約上の効力が生じると捉えることができるとする。個々の当事者の合意の意思は同意の中に潜在的に取り込まれるが、合意事項に対する客観的評価を通じて修正することも可能であり、合意事項の確定にあたっては、同意に対する客観的評価の対象として、契約の趣旨や目的、正義・衡平などもその中で考慮されるとする⁽⁷¹⁾⁽⁷²⁾。

VI 検討

1 一体的把握の必要性とその根拠

DPF取引をめぐる生じる法的問題については個別の契約だけに着目して検討するのではなく、一体的に捉えて検討すべきであることは前述の学説の中では異論がないといえよう。では、なぜ一体的に捉えることができるのか。この点については、PDFの特徴とりわけネット

ワーク効果により一体的に構築されることが指摘されてきた。

そして、DPF 提供者・利用事業者・購入者が一体となった DPF に拘束される理由を契約法上どのように説明するかについては、個別の契約関係を基礎として、それぞれの契約の複合・結合という視点（複合契約・結合契約）からの説明可能性も指摘されてきた。しかし、このような考え方は、個別の契約に着目した上でそれらの関係について検討するものであり、システムの一体性という観点からはさらなる発想が望まれるといえよう。

この点、同意理論の基礎となる多数当事者間契約論は、「三人以上の当事者があらかじめ確定された合意事項について『同意』することにより、一つの契約関係が成立するという考え方」⁽⁷³⁾であり、二当事者間の契約に還元することなく、一体的に捉えて検討するという発想である⁽⁷⁴⁾。長谷川説は、DPF を介して行われる市場での取引は、「間接ネットワーク効果をとまなう多面的な性質を持っており、多角の視点が求められる」ことを指摘し⁽⁷⁵⁾、DPF 提供者に対する契約上の責任について多角の視点およびこれにもとづく同意理論による理論的根拠を示している。中舎教授によれば、多角取引においては、「個別の解釈からだけでは導くことができない『何らかの利益』が契約の結合によって創出されて」いる⁽⁷⁶⁾。DPF 取引の有するネットワーク効果とそこから生み出される全体の利益が DPF ではこれにあてはまることになる。

2 DPF 提供者の協働義務としての DPF 整備・管理・運営義務

DPF 提供者の負う責任とその根拠についてはさまざまなものが提唱されているが、DPF 提供者が、DPF を適切に構築し、それを整備すべき義務を負うことについては共通している。DPF 提供者がこのような義務を負うことについては、IV であげた DPF に対するさまざまな法規制もこの視点に立ったものであるといえよう。

たとえば磯村説は、システム利用契約への合意とその双務・有償性、さらには、無償であったとしてもオークションサイトのネットワーク

効果を指摘し、システム提供者はシステムの正常な作動について一定の責任を負うとする⁽⁷⁷⁾。森田説は、「市場を作る契約」という観点から、市場参加者が当該市場で契約を締結し活用させるためのさまざまな義務を市場管理者は負うとする⁽⁷⁸⁾。金山説は危険責任的な観点から、システム構築者は場を提供した以上、その場において契約相手方が損害を被ることがないようにシステムを設計・設置・管理する責任があると指摘する⁽⁷⁹⁾。さらに長谷川説は、DPF 提供者は、DPF を開設し管理・運用する者として DPF から生じる社会的な害悪を排除し、あるいは抑制する責任を負うべき地位にあることから一定の責任を負うとして、そのひとつとして、自らの責任範囲ではないと考ええる事項についても、利用者の権利・利益に与える負の影響を評価し、必要に応じて事業主体を補足し、具体的な法令遵守行動を事業主体に求め、応じない場合には、DPF からの強制退去の責任を負っているとする⁽⁸⁰⁾。

すでに述べられているところではあるが、DPF 全体を構築し、管理・運営するのは DPF 提供者であり、DPF 提供者はそこから収益を得、あるいは、無償であったとしても利用者のデータを集積・管理しそれを利用して DPF をさらに発展させ、場合によってはそれを自らに有利な方法でそれを利用しているのであるから（たとえば、購入者のそれまでの利用データにもとづき「おすすめ」として自らにとって有利な商品を検索一覧のはじめに持ってくるなど）、DPF 提供者は DPF を適切に整備し管理・運営する義務を負っているといえよう。そして、その義務の一場面として、不適切な商品の取り下げや、利用者のアカウントの一時停止、さらには改善のみられない利用者の強制退去の責任を負っているといえよう⁽⁸¹⁾。

この点に関し、多角取引の観点からはつぎのように説明できる⁽⁸²⁾。すなわち、多角取引の効果は多数当事者間契約の合意内容によって導き出されるが、その合意内容は、「個々の当事者の意思」とともに、「契約目的」、「経済的一体性」、「取引構造」、「システム」、「提携」、「協調」などの要素により確定されるものである。このような理解からは、

契約の目的に合致する限り、関与者全体を最初から固定する必要はなく、参加する者が同時に意思表示をする必要はない。そして、そこから導き出される効果には、各当事者間での個別の合意から導き出される効果以外にも、「取引を維持するために必要な包括的な合意から導かれる効果」があり、それは、「各当事者の協力義務、すなわち、『相互協力義務』というべき」ものである。

DPF 取引においても、各利用契約における合意と共に、取引構造やそこから生じるネットワーク効果も要素として含めた全体的な合意とそれに対する同意により全体が形成され、その合意から導き出される効果として各当事者には DPF を適切に運営・利用する相互協力義務が生じる。この義務は、DPF 取引に参加する全員が、同じ目的のために協力し共に働く義務ということから、総体的に「協働義務」と呼ぶことができよう。この協働義務の具体的内容として、各参加者は個別の義務を負うことになり、DPF 提供者はこの協働義務の一環として「DPF 整備・管理・運営義務」を追っているといえよう⁽⁸³⁾。

Ⅶ おわりに

本稿は、DPF の構造を明らかにした上で DPF 提供者の法的責任について、これまでの学説を整理し、同意理論にもとづき若干の私見を提示したに過ぎない。検討の際には一連の長谷川論文から多くの示唆を得たが、長谷川論文の特徴は、DPF の特徴について、技術的・経済的視角から分析を行った上で、従来の二当事者間の契約の分析からではなく、中舎・同意理論に依拠しながら、DPF を一体的に捉える契約理論を提唱しているところである。長谷川論文のこの研究手法は、長谷川⑤論文においてさらなる可能性を示している。そこでは、ブロックチェーンを基板とするスマートコントラクトにおいては、コンセンサス・アルゴリズムという形での合意形成が行われているが、そのような「デジタル合意」を契約における合意と同様にあるいはそれに準

じて扱うことの許容性が論じられている⁽⁸⁴⁾。

新しい技術が生み出され、それにより新しい産業構造が構築され、人びとの関係性についても従来とは異なるあらたな形で発展・拡大するという現象が登場したとき、従来の法理論からの検討も重要ではあるが、そこにとどまるのではなく、法的な規制面でも解釈面でもパラダイム転換が必要だろう。その際には、原田教授が指摘するように、「意思に還元しがたい『場』『構造』『システム』を法理論の中にどのようにして取り込んでいくべきか」⁽⁸⁵⁾という課題を解決することが必要であり、多角取引を基礎とする同意理論はひとつの有力な方向性を示しているといえる。

同意理論から導き出された DPF 参加者の協働義務の具体的内容として各参加者はどのような義務を負うのか、その対内的・対外的な法的効果をどのようなものとするのかについては残された多くの問題がある。その検討の際には、さまざまな DPF の特徴、情報量・交渉力などに関する参加者の力の強弱、取引形態などを考慮する必要がある。国内外の近時の法規制や提案を参考にしながら今後具体的に検討していきたい。

【付記】 筆者が長谷川貞之先生の学問に初めて触れたのは30年以上前の大学2年生時の物権法講義である。当時の長谷川先生は新進気鋭の若手研究者として熱意あふれる授業を展開されており、その熱量にときに圧倒された記憶がある。その後は、縁あって同僚として、また、研究会同人として、ときに厳しく、ときに優しく丁寧にご指導いただいた。学問・研究に対する熱量が衰えるどころかますます盛んになっていると思われる長谷川先生のご退職とは驚くと同時に残念な限りであるが、ご退職後も研究は続けられるとうかがっている。これまでと変わらずご指導頂けることを願い、筆をおくこととする。

本稿は JSPS 科研費 JP21KK0018 の助成を受けた研究成果の一部である。

- (1) 長谷川②論文93頁。
- (2) 長谷川①論文、長谷川②論文、長谷川③論文の関係については、長谷川③論文314-315頁を参照。長谷川④論文は、後述するデジプラ透明化法を中心に、同法および関連する政省令が導入する共同規制の仕組みについて検討を加えるものであり、長谷川⑤論文は、長谷川②論文で検討したスマートコントラクトにつき、ブロックチェーン技術を基盤としたスマートコントラクトについて、そのメカニズムを明らかにし、契約理論との関係を検討している。
- (3) デジタルプラットフォームをめぐる法的問題については、近時さまざまな研究がなされている。たとえば、総合的な研究として、千葉恵美子〔研究代表〕「プラットフォームビジネスとしての電子商取引をめぐる法規整の在り方」（基盤研究（A）、課題番号19H00569）が現在進められており、その研究成果の一部はNBL1205号（2021）12頁「企画趣旨」に始まる連載や法律時報94巻8号（2022）56頁「小特集 欧米のデジタル・プラットフォームビジネス規制の動向」で公表されている。また、2020年の日本消費者法学会においても「デジタルプラットフォームと消費者の保護」というテーマでシンポジウムが開催され、資料として「デジタルプラットフォームと消費者の保護—消費者法における新たな法形成の課題—」現代消費者法48号（2020）4頁が公表されている。
- (4) 契約の終了という観点からデジタルプラットフォームにおけるプラットフォーム提供者・利用事業者間の契約関係に着目・検討する論文として、拙稿「デジタルプラットフォームにおけるプラットフォーム提供者・利用事業者間の契約の終了（上）（下）」商事法務ポータル4239、4240号（2022）がある。デジタルプラットフォーム概念の整理など本稿と重複する部分もあるが、本稿は、長谷川論文に示唆を得ながら、デジタルプラットフォーム全体の構造を把握し、その上で、デジタルプラットフォーム提供事業者の責任について論じるものであり、その視点が異なっている。
- (5) 『大辞泉』（小学館）。
- (6) 長谷川①論文146-147頁およびそこで引用されている根来龍之「プラットフォームビジネスとは」『進化するプラットフォーム：グーグル・アップル・アマゾンを超えて』出井伸之（監修）（角川学芸出版、2015）72-74頁。
- (7) 藤原総一郎＝殿村桂司＝宇治佑星「シェアリングエコノミーにおけるプラットフォーム規制（上）」NBL1072号（2016）14頁。なお、ここでは単に「プラットフォーム」と呼ばれている。
- (8) 藤原総一郎＝殿村桂司＝伊左次亮介「第1回 デジタルプラットフォームとは：連載 デジタルプラットフォームの法律問題」NBL1131号（2018）78頁。
- (9) 藤原・前掲注（8）78頁など。

- (10) 長谷川①論文147頁、長谷川③論文317頁。
- (11) 長谷川①論文147頁。すでに、後述するデジプラ透明化法成立の前にこのように定義づけていた。なお、この定義は、長谷川①論文の検討に際してのものであることに留意する必要がある。
- (12) 公正取引委員会「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(令和元年12月17日)。
- (13) たとえば、鹿野菜穂子「デジタル市場の健全な発展とプラットフォームにおける消費者関連のルールの形成」現代消費者法48号(2020)6頁。
- (14) 中川丈久「デジタルプラットフォームと消費者取引」ジュリスト1558号(2021)41-43頁。
- (15) 安平武彦「デジタルプラットフォームをめぐる規制の到達点と実務(1)ーデジタルプラットフォーム透明化法の施行を踏まえてー」NBL1194号(2021)34-35頁。
- (16) 公正取引委員会「デジタル・プラットフォームの取引慣行等に関する実態調査報告書(オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引)」(2019)6-7頁。
- (17) 森亮二「プラットフォームの法律問題」NBL1087号(2016)4頁は、これを「三者構造」と呼ぶ。
- (18) 長谷川①論文149頁、長谷川③論文320頁。
- (19) 長谷川③論文320頁。
- (20) 森・前掲注(17)5頁、長谷川①論文151頁、鹿野・前掲注(13)6頁、長谷川③論文321頁など。
- (21) マッチング型(取引型)とオーディエンス型(非取引型)と区分されることもある(川濱昇=武田邦宣「プラットフォーム産業における市場確定」独立行政法人研究所 Discussion Paper Series17-J-032(2017)5頁、齋藤雅弘「日本におけるプラットフォーム運営者の法的規律の現状と課題」消費者法ニュース119号(2019)172-173頁など)。
- (22) 長谷川③論文321頁。
- (23) 森・前掲注(17)6頁を参照。
- (24) 長谷川①論文149、150頁、長谷川③論文322頁、中田邦博「消費者視点からみたデジタルプラットフォーム事業者の法的責任」現代消費者法48号(2020)30頁なども参照。
- (25) <https://sellercentral.amazon.co.jp/gp/help/external/1791>
- (26) <https://www.amazon.co.jp/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909000>
- (27) 長谷川③論文322頁。
- (28) EUにおけるデジタルプラットフォーム規制については、すでにかくつかの文献により紹介されている。たとえば、カライスコス アントニオ

ス「オンラインプラットフォーム規制と消費者保護—EU法との比較を中心に—」ジュリスト1545号(2020)27頁以下、同「デジタルプラットフォーム取引に関するルールの比較法的考察—EU法を中心に—」現代消費者法48号(2020)70頁以下、張睿暎「欧州におけるプラットフォーム規制と『デジタルサービス法』規則案の意義」獨協法学第115号(2021)211頁、町村泰貴「EUにおけるデジタル・プラットフォーム規制の発展」NBL1209号(2022)113頁など。また、EUのデジタル戦略については、千葉恵美子「デジタル戦略をめぐる日本・EUの法政策の比較」法律時報94巻8号(2022)58頁も参照。

- (29) EUでは、DPFは「オンラインプラットフォーム (Online Plattform)」とよばれることが多い。
- (30) 「デジタル単一市場の構築—一次代を切り開くEUの成長戦略」EU MAG, Vol41. <https://eumag.jp/feature/b0615/>
- (31) European Commission, Communication - Shaping Europe's digital future. p.5.
- (32) Ibid. p.6.
- (33) EU規則はそのまま各国で効力を有するのに対し、EU指令はその内容に応じて各国が国内法化することになる。
- (34) 本規則を紹介するものとして、カライスコス アントニオス=寺川永=馬場圭太「ビジネス・ユーザーのためのオンライン仲介サービスの公正性及び透明性の促進に関する欧州議会及び理事会規則—概説および条文訳—」NBL1163号(2020)34頁がある。
- (35) オンライン仲介サービス提供者とは、ビジネスユーザーに対してオンライン仲介サービスを提供し、または提供しようとする自然人または法人である(2条2項)。
- (36) 同指令の意義と概要を紹介するものとして、中田邦博=カライスコス アントニオス=古谷貴之「EUにおける現代化指令の意義と不公正取引方法指令の改正(1)(2)」龍谷法学53巻2号209頁、53巻3号293頁がある。
- (37) <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220701IPR34364/digital-services-landmark-rules-adopted-for-a-safer-open-online-environment>
- (38) (g)、(h)については、当初の案にはなかったものが後に追加された。
- (39) 法案を詳細に検討するものとして、佐々木勉「欧米におけるオンライン・プラットフォーム市場の規制—支配的プラットフォーム規制アプローチ—」情報通信政策研究5巻1号(2021)IV-1頁がある。ゲートキーパーの義務については、IV-16以下の一覧表を参照。
- (40) 法案の段階での本規則を検討するものとして、張・前掲注(28)284頁以下がある。
- (41) <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/10/04/>

- dsa-council-gives-final-approval-to-the-protection-of-users-rights-online/
- (42) Ibid.p.29.
- (43) 2007（平成19）年に「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」に名称が変更された。
- (44) たとえば、「I-6 インターネットショッピングモール運営者の責任」において、「店舗との取引で損害を受けたインターネットショッピングモール（以下「モール」という。）の利用者に対してモール運営者が責任を負う場合があるか。」という論点をあげ、現行法上の解釈を示している。
- (45) 森亮二「プラットフォームの法的責任と法規制の全体像」ジュリスト1545号（2020）18頁による指摘。またそこで引用される生貝直人ほか「座談会 プラットフォーマーの法律問題 —政府によるプラットフォーム事業者規制の検討を踏まえて—」L & T87号（2020）1頁も参照。
- (46) 長谷川④論文は、本法につき、「DPF 取引透明化法を中心に、DPF 取引透明化法および政省令が導入する共同規制の仕組みについて検討を加え、その意義や実務上の留意点などを明らか」（同論文39頁）にしている。
- (47) 北島洋平＝安平武彦＝岡本健太＝佐久間弘明「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律の概要」NBL1174号（2020）12頁、日置純子「デジタルプラットフォームをめぐる取引環境の整備に向けて」NBL1186号（2021）26頁、長谷川④論文38頁以下を参照。とりわけ長谷川④論文40頁以下は、DPF に対する法規制の背景・経緯について資料にもとづき詳細に論じている。
- (48) 前掲注(47)・北島ほか13頁。
- (49) 同法の立法経緯について、詳しくは板倉陽一郎『取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律』の制定経緯と概要」自由と正義72巻10号（2021）15頁を、簡単には石橋勇輝『取引デジタルプラットフォーム消費者保護法』の概要」国民生活2022年4月号11頁を参照。
- (50) 石橋・前掲注(49)12頁。
- (51) EUによる規制ではないが、European Law Institute (ELI) が公表したモデル準則では、DPF 提供者・DPF 利用事業者・消費者を取り込んだ定義規定をおき、DPF 提供者の責任について言及している点で参考になる。この点については、カライスコス・前掲注(28)「比較法的考察」77-78、町村・前掲注(28)116頁を参照。
- (52) http://www.rakuten.co.jp/doc/info/rule/ichiba_shopping.html
- (53) 利用規約における DPF 提供者の責任については、中田・前掲注(24)28-30頁も参照。
- (54) DPF 提供者の第三者性と責任限定の根拠については、千葉恵美子「電子商取引をめぐる取引環境の変化と今後の消費者法制の課題—デジタ

ル・プラットフォーム型ビジネスと取引法—」消費者法研究5号(2018) 80-81頁を参照。

- (55) 長谷川①論文185頁。
- (56) 中田・前掲注(24)31-32頁。しかしながら、その法的構成について中田教授は、「たとえば複合契約とか結合契約というような枠組みで一体的に捉え」ることで、DPF提供者の責任を位置づけることを可能にすると述べるが、以下に述べる同意理論はこのような法的構成とは異なる考え方ではないかと思われる。
- (57) 学説を整理検討するものとして、斎藤・前掲注(21)も参照。
- (58) 磯村保「インターネット・オークション取引をめぐる契約法上の諸問題」民商法雑誌113巻4=5号(2006)684頁。
- (59) 磯村・前掲注(58)702頁。
- (60) 磯村・前掲注(58)696-698頁。
- (61) 磯村・前掲注(58)700-701頁。この点については、すでにATMを利用した預金払戻しの効力に関する事案につき判断した最判平15・4・8民集57巻4号337頁が「システム設営管理について注意義務を尽くした」といえるかを問題としていることを指摘している。
- (62) 磯村・前掲注(58)700-701頁。
- (63) 森田修「みずほ証券対東証事件控訴審判決を読む—『市場管理者』の責任と過失相殺・重過失—」NBL1025号(2014)14頁。
- (64) 森田・前掲注(63)17頁。
- (65) 金山直樹『現代における契約と給付』(有斐閣、2013)181-182頁。
- (66) 千葉・前掲注(54)96頁。
- (67) 千葉・前掲注(54)98-107頁。
- (68) 鹿野・前掲注(13)11-13頁。
- (69) この点については、林秀弥「デジタルプラットフォームと消費者の権利—競争法と『信頼(trust)』の観点から—」が有用な検討を行っている。
- (70) 長谷川①論文192頁以下、とりわけ195頁。同意理論については、長谷川①論文が参照する筏津安恕『失われた契約理論』(昭和堂、1998)12頁以下、中舎寛樹「ボアソナードの合意論と多数当事者契約論」『現代私法規律の構造〈伊藤進先生傘寿記念論文集〉』(第一法規、2017)1頁以下(中舎寛樹『多数当事者間契約の研究』(日本評論社、2019)255頁以下所収)も参照。
- (71) 長谷川③論文論文339、340頁。同意理論については、そこで引用される中舎寛樹「〈研究ノート〉『失われた契約理論』と多数当事者契約論」明治大学法科大学院論集23号(2020)66-67頁、87頁も参照。
- (72) なお、長谷川⑤論文70頁以下では、ブロックチェーンベースのスマートコントラクトと伝統的な契約理論との関係が論じられている。
- (73) 中舎・前掲注(70)『多数当事者間の研究』ii。

- (74) この点については、椿寿夫＝中舎寛樹編著『多角的法律関係の研究』（日本評論社、2012）所収の諸論考、とりわけ椿寿夫「《多角》関係ないし《三角》関係について——取引法での一視点」を参照。
- (75) 長谷川③論文341頁。
- (76) 中舎・前掲注(70)『多数当事者間契約の研究』238頁。
- (77) 磯村・前掲注(58)697-698頁。
- (78) 森田・前掲注(63)17頁。
- (79) 金山・前掲注(65)181-182頁。
- (80) 長谷川③論文338頁およびそこで引用される原田大樹「規制戦略論からみたデジタルプラットフォーム取引」現代消費者法48号（2020）42頁を参照。
- (81) 強制退去を検討するにあたっては、DPF 利用事業者と DPF 提供者との関係も考慮する必要がある。この点については、拙稿・前掲注(4)を参照。
- (82) 中舎・前掲注(70)321-324頁。
- (83) この協働義務の具体的内容については、問題となる場面および参加者に応じて個別に検討する必要がある。たとえば、DPF 利用事業者に課せられる、違法コンテンツを DPF 上にアップしない義務はここから導き出されよう。
- (84) 長谷川⑤論文80-81頁。
- (85) 原田・前掲注(80)43頁。

梅説の求償制度論

福 田 誠 治

- I 序
- II 19世紀フランス法
 - 1 委任法理・事務管理法理・不当利得法理
 - 2 保証人の求償
 - 3 小括
- III 明治23年民法
 - 1 求償の要件と効果
 - 2 通知制度
 - 3 小括
- IV 梅説の位置づけ

I 序

a) 保証委託関係や真正連帯関係の枠組みにつき今日の通説は委任法理や組合法理から離れている。筆者は別稿でその問題を検討し、保証委託関係については委任法理を解釈目標に据えるべきであると主張した⁽¹⁾。ただし、そこでは梅説について検討課題を残しており、本稿はこれに取り組む。

別稿でみたように、梅説は弁済のための支出および保証人の無過失を求償要件としており、そこに委任法理を反映させる。そうであれば、保証人の通知義務は無過失要件を具体化するものであるし、二重支出ケースでは保証人による事前・事後の通知に着目するはずである。他方で主債務者の通知は保証人の無過失に関わる評価障害事実にすぎな

いし、求償の可否に影響を及ぼしうるのはその通知であって、不通知ではないはずである。ところが、梅説の通知制度論は両支出者に通知を求めており、保証人の通知と主債務者の通知を特に区別しない。しかも、主債務者の通知を保証人保護の義務として正当化し、これを規範的要件であるかのように捉える。求償要件論と通知制度論が対応しないようにみえるが、これはなぜであろうか。本稿は、梅説がそのような解釈に至った様相を探り、梅説の内容を再整理する。

b) 検討の素材とするのは、梅説のうち明治23年民法（いわゆる旧民法）に関わるものである。梅説は同法を批判的に検討することが多くて⁽²⁾、そこに梅説を理解するための手掛かりがあるように思われる。本稿は19世紀フランス法や Boissonade の注釈との関係で梅説を位置づけ、その解釈意図を浮き彫りにする。明治29年民法下の梅説については別稿で概略をみており、これを末尾で補説するにとどめる。

また、本稿は保証人の求償（保証委託関係および無委託保証関係）に焦点を合わせることにし、連帯債務者の求償（真正連帯関係および不真正連帯関係）を検討対象から割愛する。19世紀後半のフランス法は保証人の求償に関わる通知制度を真正連帯関係に応用するが⁽³⁾、この議論には未成熟な部分が残っており、保証人の求償に関わる議論と比べると必ずしも丁寧に論じているわけではない。そういったなかで、明治23年民法は真正連帯関係に通知制度を導入しているが、Boissonade の注釈や梅説は詳細に立ち入っていない。このように検討素材が不十分であることから、真正連帯関係については主に注で言及するにとどめる。

c) 本稿の問題関心は求償要件論と通知制度論にあるが、19世紀のフランス法については求償範囲論および委任法理や事務管理法理などの一般法理にも眼を配る。当時のフランス法は求償制度に特則性をみいだしており、保証委託関係を中心に据えて制度を構築し、これを無委託保証関係に及ぼすという構想を採用する。本稿のみるところ、その構想の背後には事務管理法理が隠れている。しかも、それらは主に効果論からいえることであって、当時のフランス法は求償要件などに

き曖昧な部分を多く残している。そういったなかで明治23年民法は保証委託の有無等に応じて制度内容を区別し、委任法理や事務管理法理などをそのまま求償制度に反映させるという構想を採用する。そのために法継受の過程ではフランス法が曖昧にしていた諸問題の整理作業を強いられており、本稿の中心的な課題は整理作業の様相を探ることにある。それには、前提となるフランス法について背景的問題に視野を広げ、これをせめて素描することが欠かせない⁽⁴⁾。

なお本稿の興味は19世紀のフランス法にあり、そこでの解釈論が取り組むのは1804年フランス民法の原始規定である。求償に関する限り本稿でみる議論傾向はその後も続いており、20世紀以降の解釈論はさほど大きく踏み出していないようである⁽⁵⁾。ただし、規定は多くの部分で改正を経ており、原始規定が今日なお効力を有するのは委任規定だけである。特に保証規定は、2006年のオルドナンス (Ordonnance n° 2006-346) による条数の変更と、2021年のオルドナンス (Ordonnance n° 2021-1192) による全面改正を経ている。そこでは通知制度を変更しているが⁽⁶⁾、これを本稿は脇に置く。

d) 以下では19世紀フランス法 (Ⅱ)・明治23年民法 (Ⅲ) の順に議論を紹介したうえで、これらに照らして明治29年民法に関わる梅説を位置づける (Ⅳ)。本稿の用語などは別稿に倣う⁽⁷⁾。また、規定の引用にさいしては、どの時期のどの法律であるかを特定できる方法で明記する。

Ⅱ 19世紀フランス法

本章の主な素材は通知制度論であるが (2の後半)、これをみる前に議論の背景を理解するための準備作業を行う。そこで確認したいのは一般的な委任法理や事務管理法理などの議論状況 (1)、求償の範囲論、求償要件や通知制度に関わる共通理解 (2の前半) である。それらを見たとうえで、通知制度論の特徴を整理する (3)。

1 委任法理・事務管理法理・不当利得法理

a) 19世紀初頭においては事務管理法理と不当利得法理が未分化であり、古い時期の学説は事務管理者の費用償還請求権を衡平上の不当利得禁止によって根拠づけていた⁽⁸⁾。両法理を整理する作業は19世紀を通じて行われている⁽⁹⁾。それでも保証人の求償に関わる部分に限って言えば、両法理の基本発想は早い時期から現れている。それは、事務管理法理が事務管理者の無過失および管理時における本人の利益の2点に着目するのに対し、不当利得法理は本人の現存利得に着目するというものである。それを確認しよう。

フランス民法は事務管理者が払うべき注意の程度を定めており（原始規定1374条1項参照⁽¹⁰⁾）、その注意義務違反を理由とする損害賠償責任を示唆する。また、事務管理者の費用償還請求について、その範囲を「すべての有益または必要な費用（toutes les dépenses utiles ou nécessaires）」としたうえで、その要件として事務が「適切に管理された（bien administrée）」ことを求める（原始規定1375条⁽¹¹⁾）。それら事務や費用に関わる有益性の判定について⁽¹²⁾、通説は管理時を基準にする。そのさい、学説は請求時における有益性の残存が不要であることを強調し⁽¹³⁾、請求時の結果を問題にすると、有益性の消滅を懸念して善行を行おうとする意思を遠ざけることになってしまうと説明している⁽¹⁴⁾。

不当利得について、非債弁済（原始規定1376条以下）を別にすれば、当時のフランス民法は一般的な規定を用意していない。それでも学説は関係する諸問題を論じており、その1つは本人の意思に反する事務管理者に訴権・請求権を認めるべきかという問題である。結論は分かれるが⁽¹⁵⁾、2点の共通理解が議論の前提になっている。それは、事務管理規定による費用償還請求が否定されること、および、かりに不当利得返還請求を認めるとすればその範囲は請求時の利得にとどまることである⁽¹⁶⁾。それが共通理解になったのは19世紀後半であるが、問題意識そのものはもっと前に現れており、Troplong 説は現存利得への限定を説いている⁽¹⁷⁾。

b) 事務管理法理と委任法理の差異に移る。委任法理が着目するのは受任者の無過失である。その特徴は費用償還請求の規定に現れており、フランス民法は受任者の立替金や手続費用、損害に関わる償還等の請求を認めるにさいし、奏功性を問わないことおよび受任者の無過失に着目することを明規する（原始規定1999条、2000条⁽¹⁸⁾）。また、支出の日から立替金に対する利息の発生を認める（原始規定2001条⁽¹⁹⁾）。学説はそれらを支持しているようであって、費用の経済性に関わることを定める原始規定1999条2項をもとにして、ここでは経済性が厳しく問われないとする⁽²⁰⁾。さらに、少なくとも一部の学説は無過失の受任者に不利益を被らせるべきではないという価値判断を委任規定の背後にみいだしている⁽²¹⁾。

それを踏まえて事務管理法理の詳細をみる。ここでの費用償還請求は有益性を要件とする点で、委任法理とは異なる。そのために古い時期の学説は費用の経済性を厳しく問うが⁽²²⁾、この点に19世紀後半の学説は立ち入っていない。かえって、具体的な解釈において委任法理との差異を縮小しようとする議論が現れている。問題になったことは3つある。

第1は、原始規定1375条が併記する必要費と有益費を区別し、有益費について償還請求時における有益性の現存を要求すべきかである。古い時期の学説はそれを肯定するが⁽²³⁾、19世紀後半の多数説は支出時を基準として有益費の償還請求を認める⁽²⁴⁾。第2は、委任の特約による報酬に相当する金額を場合によっては事務管理者に認めるべきかである。たとえば建築関係の職人が仕事を休んで他人の建物を補修した場合を想定し、現実の金銭支出がなくても日当相当額を費用と捉えうるかが争点になっている。学説は否定説⁽²⁵⁾と肯定説⁽²⁶⁾に分かれる。

第3は、委任に関わる原始規定2001条を類推すべきかである。原則として遅延損害金の発生には付遅滞を要するところ（原始規定1153条3項⁽²⁷⁾）、これが事務管理者の費用償還請求にも妥当するかが問題になっている。19世紀後半の多数説は原則にしたがい付遅滞を要求するが⁽²⁸⁾、

この解釈を妥当とみるかは別である。多数説のなかでも、付遅滞を積極的に要求すべきであるとみる学説⁽²⁹⁾と、解釈論上それをやむを得ないとみる学説⁽³⁰⁾に分かれる。それに対し少数説は委任規定の類推を肯定し⁽³¹⁾、有益である限りにおいて事務管理者は不利益を完全に免れるべきであるとみる⁽³²⁾。

2 保証人の求償

a) フランス民法は保証人の求償範囲に債権者への支出額のほか利息・手続費用・損害賠償を含める（原始規定2028条2項、3項⁽³³⁾）。ここでは保証委託の有無を問うていない（同条1項参照）。通知規定は事前・事後の通知を保証人に求めており、それはこうである。一方で、保証人先行ケースにつき事後通知をしなかった保証人の求償を否定する（同2031条1項⁽³⁴⁾）。他方で、「保証人が請求（poursuivre）を受けず、かつ主債務者に通知せずに支出した場合において、その支出時に主債務者が抗弁権を有しており、債務が消滅した旨の判決を受けることができたときは、保証人は主債務者に対して求償できない。しかし、債権者に対する返還請求権は別である」とする（同条2項）。

b) そのうち求償範囲論を確認しよう。規定上の求償範囲は委任法理が受任者に認める費用等の範囲と大差ない。それを無委託保証関係に適用すべきかが問題になり、これを学説は利息に即して論じる。通説は原始規定2028条に特則性をみだし、無委託保証人にも利息の当然発生を認める⁽³⁵⁾。それを批判する学説は少数にとどまっており⁽³⁶⁾、事務管理法理における同旨の問題とは議論傾向が異なる。

解釈操作が向かうのは主債務者の意思に反して保証契約が締結された場合である。一方の学説は不当利得を根拠とする求償を否定し、弁済者代位による求償に委ねるのに対し⁽³⁷⁾、他方の学説は不当利得を根拠とする求償を認めつつ、手続費用や損害を求償の対象外とする⁽³⁸⁾。

c) 次に求償要件や通知制度に関わる共通理解ないし学説傾向を4点にわたって確認する。その第1は原始規定2031条2項の定める主債務

者の先行抗弁権として、何を想定するかである。典型例は追奪担保責任に伴う契約無効の抗弁（原始規定かつ現行規定1599条）と時効抗弁であり⁽³⁹⁾、後にみるように弁済の抗弁を含むかについて議論がある。第2は、抗弁権が先行成立している場合に保証人がなすべきは同条2項所定の事前通知にとどまるかである。学説は、先行抗弁権を認識している保証人に抗弁の活用を求め、これを怠った保証人の求償を否定する⁽⁴⁰⁾。

第3は通知制度論において保証委託の有無を問うかである。その有無を問わないことが暗黙の共通理解になっているようであって、少なくとも一部の学説はこの理解を前提にしているし⁽⁴¹⁾、それへの反対を窺わせるものはない。また、通知制度の背後には委任法理があるはずなのに、その連関を明示的に指摘する学説は僅かである⁽⁴²⁾。

第4は求償要件をどのように設定するかである。後に整理するように、弁済のための支出および保証人の無過失の2点を求償要件とするのが暗黙の共通理解になっているようであるし、一部の学説はこれを比較的にせよ明確に指摘する⁽⁴³⁾。しかし、学説全体の議論傾向としていえば、通知制度論では場合を分け、個々の場合における着眼点を説く一方で、求償要件論ではその厳密化に意を払っていない。たとえば後にみる Ponsot 説は、保証人の支出が主債務者に利益をもたらさなくても求償できることがある一方で、支出が債務を消滅させても求償できないことがあると述べるにとどまる⁽⁴⁴⁾。それが求償要件論と通知制度論の状況をよく示している。

別の学説に即してもう少し細かくみておこう。Pont 説は保証人による主債務者の免責（sa libération vis-à-vis du créancier）が求償の基礎になると述べたり⁽⁴⁵⁾、支出が有益であるとともに保証人が無過失であることを要すると述べたりしている⁽⁴⁶⁾。そこでの有益性は保証人の支出時ではなく求償時を基準とするものであって、保証人先行ケースにおける保証人の先行支出は主債務者にとって有益でないとみたうえで、事後通知をしなかった保証人の過失に着目して求償を否定する⁽⁴⁷⁾。しかも、その通知制度論は抗弁権が先行成立している場合⁽⁴⁸⁾、保証人先行

ケース⁽⁴⁹⁾、主債務者先行ケース⁽⁵⁰⁾に分け、それぞれの場合において保証人の主観的事情に着目すべきことを説く。その着眼点は通知制度上の判定基準（規範上の要件）という意味をもつから、求償要件としては主債務者の免責や支出の有益性を脇に置き、弁済のための支出および保証人の無過失の2点を挙げることになるはずである。それなのに、Pont 説の求償要件論は各場合の判定基準を的確には反映していない⁽⁵¹⁾。

d) 以上の準備作業を踏まえて通知制度論に入る。解釈上の対立点は2つあって、何れも主債務者先行ケースに関わる。それは、原始規定2031条2項にいう抗弁権のなかに弁済の抗弁を含めるか、および、請求を受けて支出する保証人について事前通知の省略を許すかである。19世紀前半の学説は同条2項の抗弁に弁済の抗弁を含めたうえで同条2項の文言から離れており、債権者の提訴を受けて支出する保証人にも事前通知を求め、保証人は主債務者を訴訟に引き込むべきであるとする⁽⁵²⁾。

それに対し19世紀中葉の Ponsot 説は反対する。保証人が提訴または差押えを中止させるために無過失で (de bonne foi) 支出した場合において求償を否定するのは厳しすぎるとする。ここでの保証人は事前通知をしていないが、他方で主債務者も事後通知をしていないのであって、請求を受けたことで債務の存続を保証人が誤信したという状況で、その不注意 (négligence) を非難して、主債務者の不通知を容赦すべきではないという⁽⁵³⁾。

同旨の控訴院判決が1857年に出ている⁽⁵⁴⁾。そこでは、事後の不通知が主債務者の過失 (faute) に該当すること、主債務者の通知義務は同条1項 (保証人先行ケース) の定める保証人の事後通知義務と相関すること (l'obligation corrélative) を判示したうえで、委任法理に手掛かりを求める。すなわち、「委任に関わる規律によれば、受任者が自己の責めに帰すべき過失なしに事務処理を契機として被った不利益について、委任者は受任者に対して填補義務を負う (民法〔原始規定〕2000条)」とする。

e) その問題提起を受けて、19世紀後半の学説は原始規定2031条2項

の抗弁から弁済抗弁を除外する⁽⁵⁵⁾。そのうえで、保証人が請求を受けて後行支出をした場合に関わる議論は2方向に分かれる。一方で Pont 説は過失の有無を保証人について問うたうえで、判定を裁判所に委ねており、その要旨はこうである。賢明な主債務者であれば事後通知をするにしても、これを怠った (*négliger*) からといって求償に応ずるべきであるとはいえない。審査すべきは支出について保証人の責めに帰すべき過失 (*faute*) があったか否かである⁽⁵⁶⁾。たとえば保証人が提訴を受けていたとしても、請求を中止させるために主債務者を訴訟に引き込むことができたか否かを審査し、その具体的な事情に応じて求償の可否を判定すべきである。また、差押えを受けていた場合には、事前通知をすることがかえって不利益をもたらすか否かという点や不利益を被る重大な危険性があったか否かという点が重要であり、それに依拠して求償の可否を判定すべきである⁽⁵⁷⁾。

他方で Aubry et Rau 説は、請求を受けた保証人に事前通知の省略を許し、主債務者による事後通知の有無に着目する⁽⁵⁸⁾。19世紀末の Guillaouard 説などはさらにそれを進めている。そこでは、保証人の事前通知を必要とする特段の事情のない限りにおいて、保証人が請求を受けたか否かを問わずに事前通知の省略を許し、主債務者による事後通知の有無に着目している⁽⁵⁹⁾。

f) そのうち Pont 説は保証人の無過失に着目するが、議論の末尾で主債務者の不注意ないし過失に言及している。そこで想定するのは、保証人が差押えを受けており、不通知がやむを得なかったという場合である。Pont 説によれば、主債務者は債務名義の成立を認識しているはずであって、支出が不要である旨を保証人に通知すべきであり、これをしなかったのであるから不注意 (*négligence*) の結果を負担すべきは主債務者であって保証人ではない⁽⁶⁰⁾。これを受けて Laurent 説は保証人と主債務者、何れの過失 (*faute*) に帰責するかによって求償の可否を判定すべきであると説いている⁽⁶¹⁾。

3 小括

a) 保証人の求償を基軸にして以上をまとめる。求償権の範囲論は求償規定に特則性をみいだすことで保証委託の有無による区別を否定し、保証契約の締結が主債務者の意思に反する場合だけを別扱いする。それは通知制度の射程論も同様である⁽⁶²⁾。そこに窺えるのは、保証委託関係を中心に据えて求償制度を構築すれば足り、無委託保証関係の独自性にこだわる必要はないとみる構想である。その構想を事務管理法理の議論状況が下支えしている。19世紀の学説は事務管理法理と不当利得法理の差異を強調する反面で、委任法理と事務管理法理の差異を必ずしも明確にしない。もちろん事務管理法理は費用の有益性を重視するが、その具体的解釈論は委任法理への接近を示唆している⁽⁶³⁾。

b) 19世紀後半の通知制度論は主債務者先行ケースについて対立している⁽⁶⁴⁾。3つの観点からその対立およびそこでの前提を考察したい。第1に場合分けの意味を探る。通知制度論は2段階で場合を分けており、第1段階で3つの場合に分ける（原始規定2031条1項所定の保証人先行ケース、同条2項所定の抗弁権が先行成立していた場合、規定が直接に定めていない主債務者先行ケース）。さらに主債務者先行ケースについては第2段階の場合分けとして、①保証人が任意に支出する場合、②差押えを受けて支出する場合、③提訴を受けた場合に細分化しており、これを Ponsot 説や Pont 説が示している。

そのうち第1段階の場合分けに何か重要な意味があるとは思えない。それは、当時の学説が求償時における主債務者の利益に着目し、これを前提にして保証人による事前・事後の通知を論じているからである。求償時の利益に着目することは保証人先行ケースの議論に現れており、後行支出をした主債務者は保証人の先行支出による利益を享受しないと捉えている⁽⁶⁵⁾。そのような観念のもとでは保証人による事前通知と事後通知を区別する契機が存在せず、当時の学説にとって2つの通知制度は同質のものであったはずである。また、主債務者先行ケースを原始規定2031条2項の射程から除外するのは第2段階の場合分けを可

能にするためであり、その射程論自体に特段の意味はないと思われる。そのため、保証人の無過失に着目し、これを判定基準とするのが少なくとも出発点の発想であるといえる。

第2段階の場合分けは規定の欠缺を明らかにする。同条2項は保証人が請求を受けた場合を直接には定めておらず、そのために②と③が議論の対象になっている。その議論は、①において保証人による事前通知の有無に着目することを前提にしており、この点は後にみるように法継受史のなかで重要な意味をもつ。

c) 第2に、上記②と③に焦点を合わせて対立の核心を探る。対立しているのは保証人による事前通知の省略を定型的に許すべきかという点である。Pont説は保証人の無過失にこだわって、具体的な過失の有無を保証人について問い、不通知の評価を裁判所に委ねる（原始規定2031条2項の例示化）。それに対し、Aubry et Rau説は主債務者の不通知に眼を向けて（同条1項の裏返し）、保証人による事前通知の省略を定型的に許し（同条2項の反対解釈）、Pont説よりも求償権の成立を容易にしている。すなわち、本来であれば主債務者による通知の有無は保証人の無過失を評価するための考慮事情にすぎないはずであるが、その不通知を規範上の判定基準にすることで評価の定型化を図っている。そうすると、両説は具体的な次元の判定基準において対立するが、保証人の無過失を抽象的な次元の求償要件とする点で一致しているといえる。問題を提起したPonsot説が自らその核心を突いている。対立の核心はどのような場合に保証人を無過失（bonne foi）と評価するかにある。

議論傾向としてすでに指摘したように、通知制度論は細かく場合を分けたうえで個々の場合における具体的な判定基準を示すことに興味を向けており、その反面で、個々の判定基準を総合し、抽象的な求償要件を整理することには十分な意を払っていない⁽⁶⁶⁾。以上の整理からすると、その求償要件は弁済のための支出および保証人の無過失（bonne foi）であり、この点で暗黙の共通理解が成立している。

d) 第3に、通知制度論が具体的な判定基準を明確にしているかを確

認する。諸学説は個々の場合における保証人や主債務者の不通知を取りあげ、過失や無過失を説いており、これが判定基準にあたる。ところが Pont 説はそこに別のものを混入しており、保証人の無過失を判定基準とすべきことを説きつつも主債務者の過失に言及する⁽⁶⁷⁾。それは判定結果を補助的に正当化するためにすぎないが、論旨を曖昧にするという作用を伴っている。おそらくはその影響を受け、Laurent 説は主債務者の過失を判定基準に取り込んでおり、これは Pont 説と Aubry et Rau 説を折衷するものになっている。

e) このように求償要件論や通知制度論は保証人の無過失を基軸に据えており、これが具体的な解釈論に現れているが、さりとてそれを明確にしておらず、整理の不十分な問題を抱えている。しかも、保証委託関係を中心に求償制度を構築し、これを無委託保証関係に及ぼすという構想を採用する。それらの事情が法継受を困難にしていることを次にみる。

Ⅲ 明治23年民法

明治23年民法は委任法理や事務管理法理などをそのまま求償制度に反映させており、規定はこの構想を求償範囲に即して示している。それに伴って求償要件や通知制度についても保証委託の有無等に照らして区別することになるが、これに関わる諸問題の多くをフランス法は曖昧にしていたところであり、その整理作業が Boissonade の注釈などに現れている。本章は、まず求償の要件・効果(1)と通知制度(2)に分けて規定・注釈・梅説を紹介し、次に注釈と梅説の差異を整理する(3)。通知制度論において注釈はフランス法の Pont 説から離れているうえ、梅説はさらに異なる発想を採用しており、その差異を明らかにしたい。

1 求償の要件と効果

a) 明治23年民法は保証人の事後求償に関わる要件・効果を1ヶ条にまとめる。そこではまず各保証人に共通の要件として、①「主タル債務ヲ弁済シ其他自己ノ出捐ヲ以テ債務者ニ義務ヲ免カレシメタ」ことを定める（債権担保編30条柱書き本文）。次いで保証人と主債務者の法律関係に着目し、これが委任・事務管理・不当利得⁽⁶⁸⁾の何れであるかに応じてそれぞれの求償範囲を定める。保証委託関係では支出した元利のほか手続費用、支出額に対する利息、損害を含めており、そのさい、②「其債務者ニ義務ヲ免カレシメ又ハ債務者ノ名ニテ弁済シタル元利……」という文言を用いている（同条1号前段）。それら①と②は「弁済」と主債務者の免責（「義務ヲ免カレシメ」）を並列するが、フランス語文は②だけでなく①でも選択を示す接続詞（ou）によってその2点を連結している⁽⁶⁹⁾。

それにつき注釈は弁済のための支出および不可避性（すなわち保証人の無過失）が求償要件であるという理解を示している。注釈がいうのはこうである。保証委託関係では委任から直接的かつ不可避的に生ずるもの（une suite directe et nécessaire du mandat）である限りにおいて不測の不利益につき填補を受けることができる（財産取得編245条3号）。それを当てはめると、保証人の支出時に債務が消滅していた場合であっても通知していれば求償できることになる。それを示すために上記②の文言は主債務者の免責に加えて「弁済」を挙げており、ここでいう「弁済」は債務消滅効を伴わない支出を含んでいる⁽⁷⁰⁾。

梅説もそれとほぼ同旨を説いたうえで⁽⁷¹⁾、保証委託関係の特徴は主債務者の利益を問わずに求償権が成立しうる点にあるとしている⁽⁷²⁾。

b) 無委託保証関係について、明治23年民法は保証契約の締結が主債務者の意思に反するか否かに応じて求償範囲を区別する。そこでは、「有益ノ限度」という同一の文言を使いつつ、原則として「債務者ノ義務ヲ免カレシメタル日」を基準時としたうえで（債権担保編30条2号前段）、意思に反する場合には「保証人ノ求償ノ日」を基準時とする（同

条2号後段)。同法は一般的な事務管理について「管理者カ管理ノ為メニ出シタル必要又ハ有益ナル諸費用」の償還請求を認めており（財産編363条1項）、そこでの有益性の要件をそのまま無委託保証関係に反映させている。

「有益ノ限度」という文言は求償範囲を画すためのものであるが、同時に求償要件としての機能を担っており、これが Boissonade の注釈に現れている。注釈の要旨はこうである。ここで着目するのは主債務者の利益であり、保証人の支出時に債務が消滅していれば主債務者は求償義務を負担しない。また、主債務者が免責を受けた時点を基準としてその利益を評価する。ただし、保証人は自己の過失によって債務消滅を主債務者が認識しないという事態（保証人先行ケース）を生じないようにすべきであり、これを通知制度が定めている。さらに、フランスでは利息に関する委任の規律を事務管理に拡張するが、これは事務管理法理（*principes de la matière*）から離れている。主債務者の利益に着目するのであるから求償の対象は支出額だけである⁽⁷³⁾。

梅説も注釈と同旨を説いている⁽⁷⁴⁾。それらの説明は通知制度の射程に関わる理解を示しているが、これについては後にみる。

2 通知制度

a) 注釈などをみる前に、通知に関わる規定を保証委託の有無に分けて整理する。まず保証委託関係に焦点を合わせると、明治23年民法は3つの規定を用意する。それは、① 保証人の事後通知を求める規定（債権担保編33条1項）、② 主債務者の事後通知を求める規定（同条2項）、③ 保証人の担保附帯請求を求める規定（同編32条1項）である。そのうち①は保証人先行ケースを想定するのに対し、②および③は主債務者先行ケースなどを想定したうえで、②は保証人が提訴を受けずに支出する場合を、③は提訴を受けた場合をそれぞれ想定する⁽⁷⁵⁾。

規定の文言上、①と②は何れも先行支出者の事後通知だけを定めるが、これは必ずしも後行支出者の事前通知を不問に付する趣旨ではな

いようである。また、両規定は不通知の効果について文言上の対照性を欠いており、①は「其求償権ヲ失フ」とするのに対し、②は保証人の後行支出について主債務者が「責任アリトノ宣告ヲ受クルコト有り」とする。②の文言は裁判所の裁量を認めるものであり、裁量の内容が問題になる。それらの詳細は後にみる。

③は提訴を受けて被告となった保証人のために担保附帯請求の制度が用意されていることに関わる（同編29条1項）。ここでの担保附帯請求権は今日でいう事前請求権⁽⁷⁶⁾（平成29年改正後の明治29年民法460条3号）に相当するが、さらに請求の効果として主債務者の抗弁権を遮断する。その抗弁権とは弁済抗弁のような排訴抗弁（明治23年民法債権担保編32条1項）や条件・期限の利益のような延期抗弁（同条2項）である⁽⁷⁷⁾。③は抗弁権の遮断という発想を裏返して、請求権の不行使による事後求償の制限を定めており、保証人がたとえ債権者に対して敗訴しても求償金請求において抗弁対抗を受けることとしている。その点で、担保附帯請求制度は今日でいう事前通知制度や訴訟告知制度（平成8年民事訴訟法53条1項）と同様の機能を伴う⁽⁷⁸⁾。

b) 次に、上記3規定の射程が無委託保証関係に及ぶかを整理する⁽⁷⁹⁾。③がこれに及ばないのは明らかであり、③の関連規定は保証委託が要件であることを明規する⁽⁸⁰⁾（明治23年民法債権担保編29条2項）。また、先にみた求償要件論は①と②の射程を示している⁽⁸¹⁾。Boissonadeの注釈は、保証契約の締結が主債務者の意思に反するのではない限りにおいて①の射程に無委託保証関係を含める一方で、②の射程に無委託保証関係が及ばないという理解を示唆する。しかし、後にみるように梅説は①だけでなく②の射程にも無委託保証関係を含めている。

c) 3規定に関わる Boissonade の注釈を紹介する。上記③が求償を制限することについて、注釈はその理由を保証人の過失に求める。すなわち、保証人が主債務者を訴訟に引き込まずに債権者に対して敗訴しても、この結果につき保証人自身を非難できるだけであるとする⁽⁸²⁾。同様の説明を①についても示している⁽⁸³⁾。

文言上、②は主債務者の事後通知を挙げるが、注釈はこれを必ずしも重視しない。注釈の要旨はこうである。債権者の請求を受けるのは保証人ではなく主債務者であるのがより自然であり、そのために支出前の照会をなすべきは主債務者ではなくて保証人である。ただし、双方の過失 (responsabilités respectives) を裁判所で審理する余地を残すために、②は事情に応じて問題を処理すべきことを定めている⁽⁸⁴⁾。

注釈はそれを示したうえで具体例を挙げるが、これは①に関わる例であり、保証人先行ケースにおける主債務者の事前通知を問題にする。それにつき、保証人が請求を受けた時点で (au moment où la caution a été requise de payer) 主債務者が不在中または収監中であり、帰宅後に保証人による支出の有無を照会しないまま支出した場合においては、主債務者に過失があるとしている⁽⁸⁵⁾。おそらくそこで想定するのは、保証人が催告を受けて事前・事後の通知を発信したが、これらを主債務者が受領できなかった場合であろう。そのほか、真正連帯関係についてであるが、場合によっては、不通知に伴う求償権の喪失が支出額の全部ではなくて一部にとどまることを示している⁽⁸⁶⁾。

d) 梅説に移るが、その通知制度論の進め方は複雑である。冒頭では保証委託関係と無委託保証関係を分け、それぞれを説明しているのに、途中から2つの求償関係を併せ論じている。しかもその併論部分に梅説の核心的な特徴が現れている。そのため、叙述の順を追って議論を紹介する。

梅説はまず上記③を取りあげつつ②にも言及し、保証委託関係の主債務者先行ケースに焦点を合わせて3点を説く。すなわち、㊶ 保証人から担保附帯請求を受けた主債務者は訴訟に補助参加して抗弁すべきである⁽⁸⁷⁾。㊶ 保証人が「敢テ主タル債務者ヲ訴訟ニ参加セシムルコトヲ為サスシテ、濫リニ訴訟ニ答弁シ又ハ忽チ債権者ノ請ヲ容レ、弁済ヲ為サンカ、是レ保証人ニ過失アリト謂ハサルコトヲ得ス⁽⁸⁸⁾」。主債務者が抗弁権を有していれば保証人の過失によって主債務者は「損害」を被ることになってしまう。それを避けるために③は求償を制限して

いる⁽⁸⁹⁾。㉞ それは「過失ニ関スル通則ノ適用」にすぎないから、提訴を受けずに支出する場合(㉚)にも「類似論法」が妥当し、主債務者が先行抗弁権を証明すれば事前通知をしなかった保証人は求償できない⁽⁹⁰⁾。

そのうえで無委託保証関係の主債務者先行ケースにも言及する。梅説によれば、㉞ ここでは主債務者が利益を享受しないから求償権は成立しない。ただし、保証人が請求を受けたか否かを問わず事前通知をし、これに対して主債務者が「敢テ」返答しなかった場合、または虚偽の返答をした場合には、「其過失」によって保証人に「損害」を与えたのであるから「其賠償トシテ保証人ノ請求ヲ受ケサルヘカラサルナリ⁽⁹¹⁾」。

そこには重要な特徴が2つある。第1に、保証人の後行支出を回避するための行動を保証人と主債務者の双方に求めている。それを㉚に即していうと、㉜は保証人の担保附帯請求を求める一方で、㉞は主債務者の補助参加等を求めており、ここでは補助参加や抗弁活用を保証人の立場からではなく主債務者の立場から捉えている。㉚に即していうと、規定が定める主債務者の事後通知とは別に、㉞は保証人の事前通知を求めている。

第2に、㉞は無委託保証関係の主債務者先行ケースでも求償の余地を残しており、ここでは主債務者の返答について「敢テ」という表現を使っている。その表現が示唆するように、現に事前通知を受けた主債務者が返答しなかったことについて故意過失がある場合を想定するようである。他方で、㉜は同じ表現を保証委託関係における保証人の担保附帯請求について使っている。そうすると、無委託保証関係では主債務者の過失に着目するのに対し、保証委託関係では保証人の無過失に着目しているといえそうである。本稿は差し当たりそのように梅説を捉える。

e) 次いで梅説は上記㉜(保証人先行ケース)と㉚(主債務者先行ケース)を説く。ここでは保証委託関係と無委託保証関係を併せ論じつつ、説明を前半と後半に分ける。梅説は前半で2規定を概観し、㉜による求

償権の喪失は「過失ニ関スル通則ノ適用」にすぎず、保証人による事後の不通知が過失に該当するという⁽⁹²⁾。

また、②が主債務者の過失に着目するものであると捉え、規定は不完全であるとする⁽⁹³⁾。そのうえでいったん主債務者先行ケースから離れ、主債務者と保証人それぞれが支出するさいに事前通知すべきかを問う。梅説によれば、主債務者が照会せずに支出しても、「通常、過失アル」とはいえないのに対し、保証人が照会せずに支出すれば「必ス過失アル」といえる⁽⁹⁴⁾。

f) それを受けて後半で詳論に入り、上記①と②を個別に説明する。①についてはこうである。もし主債務者が「注意深キ人」であれば保証人に支出の有無を照会し、返答を待って支出の是非を判断するであろうが、「此注意ヲ缺キタリトモ敢テ過失アリト為スヘカラス」。それは、保証人が支出しようとする場合は「必ス先ツ主タル債務者ニ照会スルコトヲ要スレハナリ」。ただし、「保証人ヨリ照会ヲ為シタル後、主タル債務者若シ弁済ヲ為サント欲」する場合や「暫ク不在ニシテ帰来後弁済ヲ為サント欲スル」場合には照会をすべきであり、照会せずに支出した主債務者には過失がある⁽⁹⁵⁾。

同様の発想を②についても示しており、それはこうである。主債務者が保証契約の締結を知っており、これを拒まなかったのであれば、支出の事実を保証人に通知するのが「尋常ノ注意」である。「然リト雖トモ保証人ハ予メ主タル債務者ニ照会シテ、然ル後、始メテ弁済ヲ為スヘキ義務アルカ故ニ、主タル債務者カ通知ヲ怠リタルハ通常其過失ト看做サス」。ただし、「前段ノ場合ニ引例セルカ如キ特別ノ事情アルトキハ特ニ主タル債務者ニ過失アリト看做スナリ」。それでも主債務者が事前に照会していれば、事後通知をしなかったからといって必ずしも過失があるとはいえない⁽⁹⁶⁾。

最後に梅説は①と②の効果に眼を向け、その文言が異なることを不調和と捉える。批判の矛先を向けるのは、①が保証人の不通知に関わる評価を「明定」し、「裁判官ニ於テ之ヲ左右スルコト」を許さない一

方で、②が主債務者の不通知に関わる評価を裁判所に委ねていることである。梅説は解釈論として、「苟モ法律ノ明文ニ触レサル限りハ、法官ハ能ク双方ノ過失ノ軽重ヲ図リテ判定ヲ下ササルヘカラス」とする⁽⁹⁷⁾。

3 小括

a) Boissonade の注釈は委任法理と事務管理法理をそのまま求償制度に反映させるという構想を採用しており、これが求償の要件論や範囲論にとどまらず通知制度の射程論にも現れている。それを無委託保証関係に即していえば、注釈は保証人先行ケースに関わる債権担保編33条1項に限って無委託保証関係を射程に取り込んでいる⁽⁹⁸⁾。そのため、保証人先行ケースでは保証人の無過失が判定基準であり、主債務者先行ケースなどでは支出の有益性（保証人の支出時点におけるその有益性）という求償要件が判定基準となる。

保証委託関係について、注釈は弁済のための支出および保証人の無過失が求償要件であるとみている⁽⁹⁹⁾。また、梅説は不通知に関わる評価の法定という意味を同条1項にみいだすが⁽¹⁰⁰⁾、注釈がそのような意味を与えているようには窺われない⁽¹⁰¹⁾。さらに、主債務者先行ケースに関わる同条2項について、注釈は保証人による事前通知の有無に着目すべきことを説きつつも、主債務者による事後の不通知にも眼を配り、双方の不通知（ないし通知）に関わる評価を裁判所に委ねる。そのため、注釈にとって通知制度は保証人の無過失（bonne foi）という求償要件を具体化したものであり、この要件を評価するための考慮事情の1つとして主債務者の不通知（ないし通知）を位置づけていると思われる。

b) 同条2項の注釈は裁判所の裁量を認めるが、これには2つの含意がある。それを浮き彫りにするために注釈を当時のフランス法と対比し、裁量の中身を整理しよう。当時のフランス法は無過失（bonne foi）の保証人に求償を認めており、どのような事情があれば無過失であると評価できるかを問う。そのさい、主債務者先行ケースを細分化し、

① 保証人が任意に支出する場合、② 差押えを受けて支出する場合、③ 提訴を受けた場合に分けるが、①での着眼点は保証人による事前通知の有無であることが議論の前提になっている。そのうえで、②および③において通知の定型的な省略を許すべきか、すなわち保証人の無過失という評価の射程を拡張すべきかについて見解が対立している。Pont 説は保証人の不通知がやむを得ないものであったという具体的な事情を求め、その評価を裁判所に委ねるのに対し、Aubry et Rau 説は主債務者の不通知に着目し、保証人による通知の定型的な省略を許す。さらに Laurent 説は両説を折衷する。このように、①では主債務者の不通知を脇に置くのに対し、②ではその不通知を考慮すべきかについて争っているのもあって、①と②は異質な問題である。しかも、①で主債務者の不通知を脇に置くことはフランス民法の規定上明らかであり、①と②を区別すべきことも明白である。

他方で注釈は保証人の不通知と併せて主債務者の不通知を考慮するとともに、①と②を同条2項の射程に含め、異質な問題を1つの規定に同居させている。そのため、注釈が裁判所に委ねた裁量の中身は2つある。第1に、②において主債務者の不通知を考慮することを許し、保証人の無過失 (bonne foi) に関わる評価を裁判所に委ねる。この点で注釈は Laurent 説とほぼ同旨であって、ここではフランス法の枠内にとどまっている⁽¹⁰²⁾。第2に、担当する事件が①と②の何れであるかに応じて、主債務者の不通知を考慮すべきか否かを見極めるよう裁判所に求めている。ここでも評価するのは保証人の無過失であるが、評価にさいして考慮すべき事情を裁判所は選別しなければならない。しかも、同条2項は①と②を取り込んでおり、裁量が考慮事情の選別という意味を含んでいることは規定上明らかでない。その意味を裁判所は自らみいださなければならないのであるが、換言すれば注釈はかなり自由な裁量を認めており、この発想はフランス法にない。

c) 梅説はどうか。注釈との差異は通知制度論にあり、2つの特徴それぞれに手を加えている。第1に、通知規定の効果論では保証人先行

ケースであれ主債務者先行ケースであれ主債務者の不通知に意味をもたせるべき場合があるとして、2つのケースで裁判所の裁量の有無が異なることを不調和であると位置づける⁽¹⁰³⁾。注釈は主債務者先行ケースの保証人が不通知であっても求償の余地を残しているが、梅説はこれと同様に保証人先行ケースの保証人が不通知であっても求償の余地を残す。その主眼は、保証人の無過失 (bonne foi) を判定基準としつつ、保証人や主債務者による不通知に関わる評価を裁判所の裁量に委ねることにある。

第2に、無委託保証関係の主債務者先行ケースを債権担保編33条2項の射程に取り込んでおり、ここでも通知制度を介した求償の余地を残している⁽¹⁰⁴⁾。そのさい、着目するのは主債務者の過失であって、これを判定基準とするのであろう。梅説にとって、主債務者先行ケースにおいて何を考慮し、何を重視するかは保証委託関係と無委託保証関係とで異なる。そうであれば2つの求償関係を1つの規定に同居させることはできないはずであるが、注釈はこれと類似のことをしている。異質な問題である上記①と②を同条2項の射程に取り込むさいに、注釈は事案適合的な考慮事情の選別を裁判所に委ねることでその難関を切り抜けている。おそらく梅説はそのことを正確に理解したうえで、さらに応用・拡張し、保証委託の有無に応じた考慮事情の選別や軽重の判定を裁判所に委ねるのであろう。それにより、無委託保証関係の主債務者先行ケースにも通知制度の射程を及ぼしている。

d) 梅説はその2点を規定に対する批判として論じる。そこでは第1点を強調するが、重要性がより高いのはむしろ第2点であって、これが梅説の内容を明らかにする。考慮事情の軽重に関わる判定までも裁判所に委ねると、通知制度が示すのは求償権の成否判定基準ではなくて、判定に関わる裁判所の裁量およびそこでの考慮事情にすぎない。梅説にとって、保証委託関係の判定基準を示すのは保証人の無過失という求償要件であって、それゆえに保証人による事前・事後の不通知が主要な考慮事情となる。他方で、無委託保証関係については、求償

要件たる支出の有益性だけでは判定基準として足りない。それでも、事務管理法理は事務管理者の注意義務違反による損害賠償責任（財産編362条3項本文）を定めており、これに照らせば保証人先行ケースの判定基準が保証人の無過失であることは明らかである。それと異なり、主債務者先行ケースの判定基準が主債務者の過失であることは事務管理法理から直ちに導出できるわけではないが、この判定基準も明白であると考えたのであろう。

要するに、判定基準に関わる理解は注釈と梅説とでほぼ共通しており、重要な差異は通知制度に与える役割にある。判定基準を示すという役割を注釈は求償要件と通知制度の双方に与える。梅説はその役割を通知制度から剥奪し、その判定基準は求償要件や事務管理法理などから導出できると考えて、この作業を裁量に委ねている。

IV 梅説の位置づけ

a) 明治23年民法下の梅説にとって鍵になるものは2つあり、それは求償要件などが示す判定基準および通知制度が認める裁判所の裁量である。そのうち求償権の成否判定基準についていうと、この基準は保証委託関係と無委託保証関係とで異なる。規定は明確さを欠くものの求償範囲と併せて求償要件を定めており（債権担保編30条各号）、それぞれの求償要件が判定基準そのものまたはその手掛かりを示している。通知規定がその求償要件を敷衍する必要は低くて、そこに示すのは成否判定における裁判所の裁量と考慮事情にとどまる。通知ないし不通知の評価にとどまらず、具体的にどの不通知に着目するかといった考慮事情の選別や軽重の判定は裁判所の裁量に属する。梅説は注釈が認めた裁量を拡張し、そのように通知制度を捉えていると思われる。

b) 梅説はそれを明治29年民法下でも維持するのであろうか。梅説に沿って求償規定の特徴を整理するとこうである。① 保証委託関係の求償要件は弁済のための支出および保証人の無過失であり、明治29年民

法がこれを示している（平成16年改正前459条1項）。② 同法は保証人に事前・事後の通知を求めており（同463条1項、443条1項、2項）、これは保証人先行ケースにおける保証人に2つの通知を求めることを意味する。③ 同法は主債務者にも通知を求めており（同463条2項）、これは主債務者にも事前・事後の通知を求めることを意味する⁽¹⁰⁵⁾。ただし、④ 請求を受けずに支出する主債務者について同法は事前の不通知を不問に付する一方で⁽¹⁰⁶⁾（同443条1項参照）、⑤ 明文はないものの、保証人は請求を受けずに支出する場合であっても事前通知を要する⁽¹⁰⁷⁾。⑥ 無委託保証関係の主債務者先行ケースでも通知制度（同463条1項、443条1項）を介した求償の余地がある⁽¹⁰⁸⁾。⑦ 同法の通知規定は裁判所の裁量を文言に示しておらず（同443条1項、2項参照）、梅説も裁量に言及しない。

そのうち④と⑦以外の諸点は明治23年民法下の梅説と連続しており、特に①は同法の不備を補うという意味をもつ。その連続性という観点からいって特に重要なのは②、③、⑥である。明治23年民法下の梅説をそこに読み込めば、明治29年民法下の通知制度論も考慮事情を挙げたにすぎないとみることができる。梅説がかつての発想をその後も維持していたという確証はないが、法継受史のなかで位置づける限りにおいて、梅説は明治29年民法下でも通知制度に裁量をみいだしていたといえそうである⁽¹⁰⁹⁾。同法下の議論だけをみると梅説は保証人の通知と主債務者の通知を同じ土俵で論じており、別稿ではこれに違和感を抱いたが⁽¹¹⁰⁾、本稿のように捉えると違和感は解消する。

c) 今日の解釈論はそこからどのような示唆を得るべきであろうか。たとえ梅説が通知制度に裁量をみいだしていたとしても、これを今日の解釈論にそのまま活かすことはできない。別稿でみた通り、同時代の学説でさえかつての梅説とはおよそ異なる通知制度論を展開している。しかも、明治29年民法が保証委託関係に関わる通知制度を準用規定にとどめるなど、幾多の契機が積み重なったことで、今日では通知制度論にとどまらず、求償要件論ですら梅説から離れている。

今日の視点からみて重要性が高いのは求償制度全体に関わる構想である。明治23年民法は委任法理や事務管理法理などをそのまま求償範囲に反映させるが、求償要件に関する限りその試みは不完全であり、これを明治29年民法が完成させている。その構想をどこまで徹底するかを別にすれば、今日の解釈論も構想を受け継いでいる。しかも、平成29年改正は保証人の求償に関わる通知規定を連帯債務者の求償に関わるそれから独立させただけで、無委託保証関係に関わる通知規定に事務管理法理や不当利得法理をそのまま反映させている。残る問題は差し当たり保証委託関係であり、これに関わる求償要件や通知制度を委任法理といかに調和させるかが課題となっている。

その課題については別稿で検討している。今日の通説は梅説の求償要件論を等閑視しているが、これを見直すべきであることをみた。そこに本稿が付加したのは、見直しの必要性を法継受史の観点から裏付けたことにある。

- (1) 福田誠治「求償制度の解釈目標（上）、（下）」駒法22巻1号（2022年）1頁以下、2号（2023年）掲載予定。
- (2) 吉井啓子「旧民法講義三部作を読む」法時70巻7号（1998年）30頁、片山直也「梅の債権担保論」新生通信10号（2001年、梅謙次郎『民法債権担保論』解題）6～7頁。
- (3) 後掲注(47)所掲の文献を参照。なお、本稿でいう真正連帯関係はフランス民法や明治23年民法にいう「連帯債務者」の求償関係を指す。
- (4) すでに先行研究によって、19世紀フランス法における委任法理・事務管理法理・不当利得法理の相互関係は相当に明らかとなっている。磯村哲「仏法理論に於ける不当利得法の形成」『不当利得論考』（2006年、初出1946年）161頁以下、齋藤哲志『フランス法における返還請求の諸法理』（2016年、初出2013年）269頁以下参照。

本稿はそれに多くを負っており、特に2つの点を踏まえている。第1に、19世紀初頭には事務管理法理と不当利得法理が未分化であったところ、議論を経ることで、不当利得返還請求権の範囲を現存利得に制限することが共通理解を獲得している（磯村・前掲166頁以下、齋藤・前掲275頁以下）。第2に、当時の学説は委任と事務管理の親近性をみいだしている（磯村・前掲171頁以下）。そのうち第2点は本稿にとってより重要性が高い。その

親近性を効果論に即してみることで、事務管理法理が委任法理に接近するという議論傾向があったことを確認する。

- (5) 比較的最近の学説であっても19世紀の通知制度論を乗り越えておらず、これに対する疑念を示すにとどめている。P. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires* 5 éd. (2015) n° 633. また、真正連帯関係についても19世紀の議論を受け継いでいる。P. le Tourneau et J. Julien, *Répertoire civil Dalloz* (2004) v° *Solidarité* n° 147.
- (6) 後掲注(34)。
- (7) 福田・前掲注(1) 駒法22巻1号4頁以下。
- (8) C-L. Delvincourt, *Cours de Code civil t.3* (5 éd 1834) note 1 de la page 223 (Notes p.448) ; C-B-M. Toullier, *Le droit civil français t.11* (6 éd. s.d. [1845-1847]) n° 49 ; A. Duranton, *Cours de droit civil français t.13* (4 éd. 1844) n° 636 ; R-T. Troplong, *Du mandat (Le droit civil expliqué t.16, 1846)* n° 73.
- (9) 前掲注(4)。
- (10) 原始規定1374条1項：「事務管理者は事務処理にさいし善良な家父としてすべての注意を払わなければならない」。
- (11) 原始規定1375条：「事務が適切に管理された場合において、本人は、事務管理者が本人の名で契約した債務の履行義務を負うとともに、事務管理者自身が引き受けたすべての債務について管理者に対して填補義務を負い、さらに管理者が支出したすべての有益または必要な費用につき管理者に対して償還義務を負う」。
- (12) 費用の有益性とは別に事務 (l'affaire) の有益性を問題にするのは、たとえば本人が朽ちるに任せていた古い建物を修繕した場合を想定するからである。Troplong, *op. cit. supra note (8)* n° 87.
- (13) 後掲注(14)に挙げるもののほか、Toullier, *op. cit. supra note (8)* t.11 n° 51 ; Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.13 n° 671 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil t.5* (8 éd. 1889) art. 1375 n° I ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français t.4* (4 éd. 1871) § 441 note 14 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations t.7* (nouv. éd. 1885) art. 1375, n° 9 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations t.4 (Traité théorique et pratique de droit civil t.15, 3 éd. 1908)* n° 2818.
- (14) A-M. Demante et E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil t.5* (2 éd. 1883) t.5 n° 354 bis I ; F. Laurent, *Principes de droit civil t.20* (3 éd.1878) n° 329 ; C. Demolombe, *Cours de code Napoléon t.31* (1882) n° 188, spécialement p.168.
- (15) 主要な争点は、本人の反対を押して事務管理を開始したことに請求権に関する事務管理者の放棄意思をみいだすべきかにあり、㊦ 肯定説、㉑

否定説 ㊦ 裁判所に判定を委ねる学説に分かれる。㊦を主張するものとしてたとえば、Toullier, *op. cit. supra note (8)* t.11 n° 55. ㊦として、Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* n° 175 bis XI. ㊦として、Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.12 (4 éd. 1844) n° 19.

(16) Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.6 (4 éd. 1873) § 578 note 12 ; F. Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil t.2 (8 éd. 1869) n° 1668 ; Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.20 n° 333 ; Demolombe, *op. cit. supra note (14)* t.31 n°s 48, 184 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. supra note (13)* t.4 n° 2849 XXVI.

(17) Troplong, *op. cit. supra note (8)* n°s 84 ss. 文脈は異なるが同旨、Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.13 n° 640. ただし、Troplong 説は本人の意思に反する場合を事務管理に含めているし、Duranton 説が論じているのは管理者のためにする意思で他人の事務を管理した場合である。

(18) 原始規定1999条1項：「受任者が委任事務の遂行のために支出した立替金および手続費用 (les avances et frais) について委任者は受任者に対して償還義務を負うとともに、合意があればその報酬について支払義務を負う」。

同条2項：「受任者の責めに帰すべき過失がない限りにおいて、たとえ事務処理が奏功しなかったとしても委任者はその償還や支払を免れないし、手続費用や立替金をより低廉化することができたことを口実として、その減額を求めることはできない」。

同2000条：「受任者が事務処理にさいして被った損害についても、その責めに帰すべき過失がない限りにおいて委任者は填補義務を負う」。

なお、原始規定1999条1項にいう「立替金および手続費用」は、明治29年民法650条1項にいう「費用」に相当する。

(19) 原始規定2001条：「受任者の立替金に関わる利息について、委任者は受任者に対し、確認された立替えの日以降の分につき支払義務を負う」。

学説は、同条の制度趣旨を受任者の不利益を回避することに求めているようであり、一部の学説はこの制度趣旨を前提にして同条を事務管理者の費用に類推する(後掲注(32))。類推否定の立場から、同条の制度趣旨につき同旨を説くものとして、Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 (3 éd. 1878) n° 11.

(20) C-L. Delvincourt, *op. cit. supra note (8)* t.3 note 2 de la page 133 (Notes p.242 s.) ; Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.18 (4 éd. 1844) n° 266 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.8 (1884) n°s 220 et 220 bis II à III ; P. Pont, Commentaire-traité des petit contrat t.1 (Explication théorique et pratique du Code civil t.8, 2 éd. 1877) n° 1087. ただし、19世紀後半の学説は受任者の無過失を重視しており、そこでの説明は費用の経済性を厳しく問わないという意味を含んでいない。

- Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 n° 9 ; G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction (Traité théorique et pratique de droit civil t.24, 3 éd. 1907) n° 705.
- (21) Troplong, *op. cit. supra note (8)* n° 628 ; Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.4 (4 éd.) § 414 note 4 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.8 n° 221 ; Pont, *op. cit. supra note (20)* t.1 n° 1085.
- (22) Toullier, *op. cit. supra note (8)* t.11 n° 53 ; Troplong, *op. cit. supra note (8)* n°s 136 et 628.
- (23) Delvincourt, *loc. cit. supra note (8)* ; Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.13 n°s 671 s. おそらく同旨のものとして、Larombière, *op. cit. supra note (13)* t.7 art. 1375 n° 7参照。
- (24) Marcadé, *loc. cit. supra note (13)* ; Demolombe, *op. cit. supra note (14)* t.31 n°s 187 s. ; Mourlon, *loc. cit. supra note (16)* ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. supra note (13)* t.4 n° 2817. 同旨、Toullier, *op. cit. supra note (8)* t.11 n°s 51 s.
- (25) Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.20 n° 331 ; T. Huc, Commentaire théorique et pratique du Code civil t.8 (1895) n° 384.
- (26) Demolombe, *op. cit. supra note (14)* t.31 n° 174 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. supra note (13)* t.4 n° 2821.
- (27) 原始規定1153条は金銭債務の遅延損害金を定めており、同条3項は損害金発生 of 起算点を原則として請求 (la demande) の日とする。そこでの請求は裁判上のものを指すが、1900年4月7日の法律は同条3項を改正し、起算点を支払催告 (la sommation de payer) の日に変更している。D.P. 1900, 4, 43; S. 1900, 5, 1017.
- (28) 後掲注(29)、注(30)に挙げるもののほか、Toullier et J.B. Duvergier, *op. cit. supra note (8)* t.11 n° 54 note a ; L. Domenget, Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires t.2 (1862) n° 1337 ; Huc, *op. cit. supra note (25)* t.8 n° 383.
- (29) 委託がないのに介入するのであるから投資を期待したはずはなく、献身・無欲の情によって導かれているはずであるとみる。Larombière, *op. cit. supra note (13)* t.2 (nouv. éd. 1885) art. 1153 n° 37, spécialement p.87 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.5 n° 354 bis II ; Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.20 n° 330.
- (30) Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. supra note (13)* t.4 n° 2820.
- (31) 後掲注(32)に挙げるもののほか、Troplong, *op. cit. supra note (8)* n° 680 ; Marcadé, *op. cit. supra note (13)* t.5 art. 1375 n° II ; Mourlon, *op. cit. supra note (16)* t.2 n° 1666.
- (32) Delvincourt, *op. cit. supra note (8)* t.3 note 9 de la page 222 (Notes p.447) ; Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.13 n° 674 ; Aubry et Rau, *op.*

cit. supra note (13) t.4 (4 éd.) § 441 p.724 note 12 ; Demolombe, *op. cit. supra note (14)* t.31 n° 171, spécialement p.150.

(33) 原始規定2028条1項：「支出した保証人は主債務者に対して求償権を有し、これは保証契約の締結に関する主債務者の認識の有無を問わない」。

同条2項：「その求償権は元本のほか利息および手続費用について生ずる。ただし、保証人が求償できる手続費用は、自己が請求を受けた旨を主債務者に通知した後に支出した分に限られる」。

同条3項：「損害が生じていれば、保証人はその損害賠償も請求できる」。

原始規定2028条（2006年改正後の2305条）は2021年改正後の2308条に相当する。同改正後の文言はかつてと異なっており、特にかつての1項後段を削除している。

(34) 原始規定2031条1項：「先行支出した保証人が自己の支出を主債務者に通知しなかった場合には、後行支出をした主債務者に対して求償できない。しかし、債権者に対する返還請求権は別である」。

原始規定2031条（2006年改正後の2308条）と異なり、2021年改正後の2311条は保証人の事前通知に焦点を合わせている。また、かつての2項は保証人が請求を受けた場合に限り事前通知を求めていたが、改正後の規定はその限定を削除している。

(35) Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.18 n° 352 ; Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.4 (4 éd.) § 427 p.688 note 8 ; D.A. Ponsot, *Traité du cautionnement en matière civil et commerciale* (1844) n° 241 ; Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 n° 233 ; Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 (Explication théorique et pratique du Code civil t.9, 2 éd. 1878) n° 244 ; Huc, *op. cit. supra note (25)* t.12 (1899) n° 216 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit. supra note (20)* n° 1080.

(36) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.8 n° 261 bis II ; Larombière, *op. cit. supra note (13)* t.2 art. 1153 n° 37.

(37) Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.4 (4 éd.) § 427 note 15 ; Huc, *op. cit. supra note (25)* t.12 n° 214. 同旨、Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.18 n° 317 ; Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 n° 236 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit. supra note (20)* n° 1104. そのうち Aubry et Rau 説は旧説を改めたものである。

不当利得返還請求権を認めるか、それとも弁済者代位制度に委ねるかという問題は、代位による求償権の確保という機能を重視するか否かに関わる。その点につき、寺田正春「弁済者代位制度論序説(1)」法雑20巻1号(1973年)63頁参照。

(38) Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.3 (1 éd. 1839) § 427 note 6. 同旨、R-T. Troplong, *Du cautionnement et des transactions* (Le droit civil expliqué t.17, 1846) n° 329 et *op. cit. supra note (8)* n° 81, 83 et 85 ;

- Ponsot, *op. cit. supra note (35)* n° 251 ; F. Mourlon, *Traité théorique et pratique des subrogations personnelles* (1848) p.407 s. ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.8 n° 261 bis VI. おそらく同旨、Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 245.
- (39) Ponsot, *op. cit. supra note (35)* n° 246 ; Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 250 ; Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 n° 238 ; Huc, *op. cit. supra note (25)* t.12 n° 227.
- (40) 前掲注(39)所掲の文献のほか、Delvincourt, *op. cit. supra note (8)* t.3 note 12 de la page 145 (Notes p.263). ただし、良心規定に関わる時効抗弁については保証人自身が時効を援用するのではなく、主債務者を呼び出して、これに援用するか否かを判断させるべきであるとしている。
- (41) 後にみるように、主債務者先行ケースにおいて主債務者による事後の不通知を考慮すべきかが議論になっている。肯定・否定の両説に分かれるが(d)以下)、何れも無委託保証関係を議論の視野に取り込んでいる。Pont説は無委託保証では主債務者が保証の存在を知らない場合があることを理由の1つとして、その事後通知を脇に置くべきであるとする。それに対し、Ponsot説やAubry et Rau説は主債務者による事後通知の有無を考慮するが、その射程を限定し、保証の事実を主債務者が認識していた場合に限っている。Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 255, spécialement p.143 ; Ponsot, *op. cit. supra note (35)* n° 249 p.281 ; Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.4 (4 éd.) § 427 note 16.
- (42) 連関を明示するものとして、Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.8 n° 264. そのほか、後掲注(54)参照。
- 他方で、原始規定2031条を真正連帯関係に類推するさいに、Demolombe説は一般不法行為制度(原始規定1382条、1383条)を引用し、その帰責原理を同条にみいだすことで類推を正当化している。Demolombe, *op. cit. supra note (14)* t.26 (1875) n° 428. 同旨、Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. supra note (13)* t.2 (*Traité théorique et pratique de droit civil* t.13, 3 éd. 1907) n° 1270.
- (43) 支出の有益性を脇に置き、保証人の無過失を求償要件上の鍵にするものとして、Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit. supra note (42)* ; Mourlon, *op. cit. supra note (16)* t.3 (8 éd. 1870) n° 1151.
- (44) Ponsot, *op. cit. supra note (35)* n° 250.
- (45) Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 229. 同旨、Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 n° 237 ; Huc, *op. cit. supra note (25)* t.12 n° 227.
- (46) Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 253.
- (47) この点で同旨、Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.18 n° 356 ; Troplong, *op. cit. supra note (38)* n° 380 ; Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit. supra note (42)* ; Mourlon, *loc. cit. supra note (43)*.

さらに、真正連帯関係につき同旨、Larombière, *op. cit. supra note* (13) t.3 (nouv. éd. 1885) art.1214 n° 3 ; Demolombe, *loc. cit. supra note* (42) ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit. supra note* (42).

- (48) Pont, *op. cit. supra note* (20) t.2 n° 250.
- (49) Pont, *op. cit. supra note* (20) t.2 n° 254.
- (50) Pont, *op. cit. supra note* (20) t.2 n^{os} 255, 258.
- (51) 後に Pont 説と並んで Aubry et Rau 説をみるが、そこでは求償要件論に立ち入らないまま、3つの場合に関わる具体的な次元の判定基準だけを示すにとどめている。Aubry et Rau, *op. cit. supra note* (13) t.4 (4 éd.) § 427 p.690.
- (52) Delvincourt, *op. cit. supra note* (8) t.3 note 11 de la page 145 (Notes p.263) ; Duranton, *op. cit. supra note* (8) t.18 n° 357 ; Aubry et Rau, *op. cit. supra note* (13) t.3 (1 éd.) § 427 note 7. そのうち Aubry et Rau 説は後に見解を改めている。
- なお、ここでいう訴訟への引込みは担保附帯請求 (1806年フランス民事訴訟法原始規定32条) を指しており、その概要を明治23年民法に則して後に紹介する。Ⅲ 2 a)。
- (53) Ponsot, *op. cit. supra note* (35) n° 249, spécialement p.277. 同旨、Trop-long, *op. cit. supra note* (38) n^{os} 382 à 386.
- (54) Lyon, 14 mai 1857, D.P. 1858, 2, 83 ; S. 1858, 2, 16 ; J. Pal. 1858, p.509. この事件では債権者を異にする2口の債権が問題となっている。主債務者が弁済した2年後に、受託保証人が主債務者に事前通知をしないまま債権者に対して支出したが、一方の債権については債権者の請求を受けていないのに対し、他方の債権についてはその請求 (des poursuites) を受けていた。これによる求償金請求訴訟において、判決は請求の有無を区別し、請求を受けて支払った分については求償を認める。
- (55) 同条2項が主債務者先行ケースを定めていないとみる。Pont, *op. cit. supra note* (20) t.2 n° 255 ; Laurent, *op. cit. supra note* (14) t.28 n° 240.
- (56) Pont, *loc. cit. supra note* (55). おそらく同旨、Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note* (14) t.8 n^{os} 264 bis I à II ; Huc, *op. cit. supra note* (25) t.12 n° 228.
- (57) Pont, *op. cit. supra note* (20) t.2 n° 258.
- (58) Aubry et Rau, *op. cit. supra note* (13) t.4 (4 éd.) § 427 note 16 et 17. ただし、無委託保証関係に関して前掲注(41)参照。同説の萌芽は第3版(1856年)に現れているが、第4版で主債務者の事後通知に着目すべきことを補筆している。
- (59) L. Guillouard, *Traité du cautionnement et des transactions* (2 éd. 1895) n° 178 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit. supra note* (20) n° 1089. 特段の事情の例として、主債務者の支出予定について保証人が事前

- に通知を受けていた場合を挙げる。
- (60) Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 258, spécialement p.145.
- (61) Laurent, *loc. cit. supra note (55)*.
- (62) 2 b)、c)。
- (63) 1 b)。
- (64) 2 d)、e)。
- (65) 2 c)。同様の理解は一般法理にも現れている。事務管理法理であるからといって支出時の有益性に着目することを当然視するわけではなくて、請求時の有益性に着目することを議論の出発点に据えている。1 a)。
- (66) 2 c)。
- (67) 2 f)。
- (68) 明治23年民法は「不当ノ利得」のなかに非債弁済や添付・侵害利得などのほか事務管理を含めたうえで、本人の意思に反する場合を事務管理の亜種と位置づける。財産編361条2項、363条2項参照。
- (69) 同じことが真正連帯関係についてもいえることを含めて、Code civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs t.1 (1891) p.360 et 372.
- (70) G. Boissonade, *Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire* t.4 (nouv. éd. 1891) t.4 n° 78.
- (71) 梅謙次郎『民法債権担保論』(1892～1893年、復刻版2001年) 204～205頁。
- (72) 梅・前掲注(71) 219頁。
- (73) Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 79.
- (74) 梅・前掲注(71) 223～225頁。
- (75) Code civil de l'empire du Japon, *op. cit. supra note (69)* t.4 (1891) p.43 et 45. また、d) でみるように梅説の理解も同じである。
- (76) 一般には事前求償権と表現されるが、これよりも事前請求権という表現の方がより適切である。福田誠治『保証委託の法律関係』(2010年) 4頁。
- (77) 具体例につき、Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 83および梅・前掲注(71) 231頁。
- (78) ただし、当時の手続法が定めていたのは訴訟告知の要件だけであったことから(大正15年改正前の明治23年民事訴訟法59条1項)、訴訟告知の効果として抗弁遮断を生ずるかについて解釈論が対立していた。佐野裕志「第三者に対する訴訟の告知」新堂幸司編代『講座民事訴訟③』(1984年) 279～280頁、菱田雄郷「訴訟告知の効力について」高田裕成ほか編『民事訴訟法の理論(高橋宏志先生古稀祝賀論文集)』(2018年) 354頁参照。
- (79) 真正連帯関係に眼を向けると、明治23年民法は上記①～③を保証委託関係について用意したうえで、これを真正連帯関係に準用する(債権担保編65条)。準用の向きが明治29年民法とは反対方向になっている。ただし、

担保附帯請求権に関わる規定の一部については保証委託関係と真正連帯関係のそれぞれに独立した規定を用意している（同編24条、56条1項）。

- (80) 梅説はそのように捉える。梅・前掲注(71) 229頁。
- (81) 1 b)。
- (82) Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 83.
- (83) Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 84.
- (84) Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 85.
- (85) Boissonade, *loc. cit. supra note (84)*. ただし、1889年の初版および理由書には該当部分の記載がない。Code civil de l'empire du Japon, *op. cit. supra note (69)* t.4 p.45.
- (86) Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 162.
- (87) 梅・前掲注(71) 196頁。講義案ではそれを敷衍し、「保証人ニ対スル訴訟ニ参加シテ保証人ト與ニ債権者ニ対シ答弁ヲ為シ又ハ速ニ其請求ニ応シ、以テ保証人ヲシテ訴訟ノ累ヲ免カレシムルハ其義務ナリト謂フヘシ」とし、この義務を保証委託契約から導いている。梅謙次郎『民法対人担保（民法債権担保編講義）』（1892年頃、岡孝編『梅謙次郎著作全集 CD 版 5』）108頁。
- それと異なり、Boissonade の注釈は事前請求権を論じるさいに、これをもっぱら保証人の権利という観点から捉えており、主債務者の義務とは捉えていない。Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 81.
- (88) 梅・前掲注(71) 229～230頁。
- (89) 梅・前掲注(71) 230～231頁。
- (90) 梅・前掲注(71) 232～233頁。そこでいう「過失ニ関スル通則ノ適用」という表現は別の箇所にもみられる（後掲注(92)）。それはフランス法を参照したものであろう。前掲注(42)。
- (91) 梅・前掲注(71) 233～234頁。求償の要件論でも同旨を説いており、主債務者が「敢テ之レヲ保証人ニ通知セス」、保証人の後行支出を招いた場合には求償の余地があるとしている。梅・前掲注(71) 220頁。
- (92) 梅・前掲注(71) 234～235頁。
- (93) 「以上ハ保証人ニ過失アル場合ナリ。請フ是レヨリ主タル債務者ニ過失アル場合ヲ論セン。仏伊両国ニハ一切之レニ関スル法文ナキカ故ニ頗ル疑問ヲ惹起セリ。我邦ニハ……規定アリト雖トモ、其規定不完全ナルカ故ニ未タ敢テ疑問ノ根ヲ断ツコト能ハス」。梅・前掲注(71) 239頁。
- (94) 梅・前掲注(71) 239～240頁。それは Boissonade の注釈とおおよそ同じである（前掲注(84)）。
- (95) 梅・前掲注(71) 240～241頁。そこで挙げる2例のうち後者は注釈の例示と同じである（前掲注(85)）。他方で前者が指すのは、保証人の事後通知を受領する前に主債務者が後行支出をしたが、これに先立って事前通知を受領していた場合であろう。

- (96) 梅・前掲注(71) 242～243頁。
- (97) 梅・前掲注(71) 243頁。
- (98) 2 b)。
- (99) 1 a)。
- (100) 2 f)。
- (101) 2 c)。
- (102) 当時のフランス法が②と③を同列に置くのに対し、注釈は②につき Laurent 説を支持し、③につき Pont 説を支持するようである。その不調和に違和感を覚えるが、ここではそれを脇に置く。
- (103) 2 f)。
- (104) 2 d) ㊥、f)。なお、無委託保証関係で主債務者の過失に着目して求償の余地を残すことは、有益性に着目する事務管理法理と矛盾しないように思われる。福田誠治「委任等の法理からみた二重支出の不利益割当基準」大塚龍児先生古稀記念論文集刊行委員会編『民商法の課題と展望』(2018年) 402頁以下。
- (105) ①～③につき、福田・前掲(1) 駒法22巻1号18頁以下。
- (106) 梅謙次郎『民法要義卷之三〔訂正増補33版〕』(1912年、復刻版1984年) 196～197頁、梅謙次郎『民法原理債権総則』(1902年頃、復刻版1992年) 620頁参照。ただし、そこでは無委託保証関係の主債務者について、請求を受けた場合であっても事前通知を不要であるとしている。
- (107) 梅・前掲注(106)『原理』649頁。そこでは、請求の有無を問わずに保証人の事前通知を求めるとともに、これを保証委託関係と無委託保証関係を併論するなかで説いており、無委託保証関係の主債務者先行ケースでも求償の余地があることを示唆する。ただし、その2点は必ずしも定かでない。梅・前掲注(106)『要義』196頁は請求を受けた場合に限定するかのようには説いているし、梅謙次郎『民法債権(第一章)』(1912年頃、岡編・前掲注(87)『CD版4』) 453頁は該当箇所を削除している。
- (108) 前掲注(107)。
- (109) 梅・前掲注(106)『要義』180頁は、保証委託関係の主債務者先行ケースで求償権が成立するには「主タル債務者ニ過失アリテ、保証人ニ過失ナキコトヲ要ス」と述べる。しかし、明治23年民法下での梅説を参照すると、それは双方の通知に関わる事情を考慮対象にするという意味にすぎないといえる。明治29年民法下の梅説にとっても基本的な判定基準は保証人の無過失 (bonne foi) であり、これを求償要件が示している。
- (110) 福田・前掲(1) 駒法22巻2号V 1 b)。

(2022年11月7日提出)

長谷川貞之教授
略歴

長谷川貞之教授 略歴

生年月日

長谷川 貞之（はせがわ さだゆき）

一九五八年一月一六日 鳥取県に生まれる

【学 歴】

一九七七年四月 学習院大学法学部法学科 入学

一九八一年三月 学習院大学法学部法学科 卒業

一九八一年四月 学習院大学大学院法学研究科修士課程 入学

一九八三年三月 学習院大学大学院法学研究科修士課程 単位取得退学

一九八三年四月 慶應義塾大学大学院法学研究科博士前期課程 入学

一九八五年三月 慶應義塾大学大学院法学研究科博士前期課程 修了（法学修士）

一九八五年四月 慶應義塾大学大学院法学研究科博士後期課程 入学

一九八八年三月 慶應義塾大学大学院法学研究科博士後期課程 単位取得退学

一九九二年一月 慶應義塾大学より博士（法学）の学位を授与

【職 歴】

- 一九八八年四月～一九九一年三月 駿河台大学法学部 専任講師
一九九一年四月～一九九七年三月 駿河台大学法学部 助教授
一九九七年四月～二〇〇三年三月 駿河台大学法学部 教授（同大学院法学研究科教授兼任）
二〇〇三年四月～二〇〇四年三月 獨協大学法学部 教授（同大学院法学研究科教授兼任）
二〇〇四年四月～二〇〇七年三月 獨協大学大学院法務研究科 教授
二〇〇七年四月～現在 日本大学法学部 教授（同大学院法学研究科教授兼任）
二〇一七年二月～二〇一七年一〇月 ドイツ・ヨハネス・グーテンベルク大学（マインツ）法学部客員研究員
二〇二三年三月三十一日 日本大学法学部 定年退職する

上記の期間、学習院大学法学部、国学院大学法学部、東京経済大学経済学部、流通経済大学法学部などで兼任講師を勤める

【学会・社会活動】

- 一九八八年四月～二〇〇四年 三月 浦和家庭裁判所（現・さいたま家庭裁判所）家事調停委員
二〇〇六年六月～現在 弁護士登録（第二東京弁護士会所属）
二〇一一年一〇月～二〇一三年一〇月 日本私法学会理事
二〇一五年一月～二〇一九年一月 ペット法学会理事

長谷川貞之教授

主要業績

長谷川貞之教授 主要業績

【著 書】

(一) 単著・共著・共編著

- 『法的思考のパラダイム・裁判例を通してみる民法解釈理論と民事立法学』（単著）青山社、一九九八年
- 『要論物権法』（共著）青林書院、一九九二年
- 『要論債権総論』（共著）青林書院、一九九三年
- 『要論債権各論Ⅰ「契約法」』（共著）青林書院、一九九九年
- 『要論民法総則「改訂版」』（共著）青林書院、二〇〇一年
- 『へ司法試験のための民法レベルアップ講座』（共著）辰巳法律研究所、一九九九年
- 『金融・消費者取引判例の分析と展開』（共編著）経済法令研究会、二〇一〇年
- 『担保権信託の法理』（単著）勁草書房、二〇一一年
- 『メディアによる名誉毀損と損害賠償』（共編著）三協法規出版、二〇一一年
- 『委任の任意解除権』（単著）成文堂、二〇一三年
- 『物権・担保物権法』（共著）（北大路書房、二〇一三年）

(二) 分担執筆

- 『新版 演習民法 (相続) 〈新演習法律学講座 7〉』 (遠藤浩ほか編) 青林書院、一九八五年
- 『法学基礎演習 (1) 「民法」』 (遠藤浩・川島一郎編) 有斐閣、一九八六年
- 『新版 演習民法 (総則・物権) 〈新演習法律学講座 4〉』 (遠藤浩ほか編) 青林書院、一九八九年
- 『注解不動産法 2 「建築・請負」』 (遠藤浩・小川英明編) 青林書院、一九八九年
- 『〈論文試験〉 民法総則・物権』 (山川一陽編) 法学書院、一九九一年
- 『消費者保護の法律問題』 (森泉章、池田真朗編) 勁草書房、一九九四年
- 『契約実務書式百科』 (遠藤浩編) ぎょうせい、一九九五年
- 『借地借家法の理論と実務』 (澤野順彦ほか編) 有斐閣、一九九七年
- 『法律行為無効の研究』 (椿寿夫編) 日本評論社、二〇〇一年
- 『みぢかな法学入門 「第二版」』 (石川明編) 不磨書房、二〇〇二年
- 『現代民法学の理論と課題』 (清水暁ほか編) 第一法規出版、二〇〇二年
- 『解説 類推適用からみる民法』 (椿寿夫・中者寛樹編) 日本評論社、二〇〇五年
- 『民法判例演習』 (伊藤進・織田博子編) 北樹出版、二〇〇五年
- 『〈基本法コンメンタール〉 物権 (平成一六年民法現代化「第五版」新条文対照補訂版』 (遠藤浩・鎌田薫編) 日本評論社、二〇〇五年
- 『〈基本法コンメンタール〉 債権各論 I (契約) (平成一六年民法現代化「第四版」新条文対照補訂版』 (遠藤浩編) 日本評論社、二〇〇五年

本評論社、二〇〇五年

- 『解説 関連でみる民法Ⅰ』（椿寿夫、新美育文編）日本評論社、二〇〇七年
- 『解説 関連でみる民法Ⅱ』（椿寿夫、新美育文編）日本評論社、二〇〇七年
- 『信託法Q&A…実務解説』（加除式）（今井和夫ほか編）ぎょうせい、二〇〇八年
- 『社会の変容と民法典』（岡谷俊編）成文堂、二〇一〇年
- 『判例プラクティス民法Ⅱ債権』（松本恒雄、潮見佳男編）信山社、二〇一〇年
- 『解説 新・条文にない民法』（椿寿夫、中舎寛樹編）日本評論社、二〇一〇年
- 『法人保証・法人根保証の法理―その理論と実務―』（椿寿夫ほか編）商事法務、二〇一〇年
- 『代理の研究』（椿寿夫、伊藤進編）日本評論社、二〇一一年
- 『エッセンシャル ビジネス法務』（藤川信夫、松嶋隆弘編）芹書房、二〇一一年
- 『支払決済の法としくみ』（根田正樹、大久保拓也編）学陽書房、二〇一二年
- 『多角的法律関係の研究』（椿寿夫、中舎寛樹編）日本評論社、二〇一二年
- 『財産法の新動向』（清水元ほか編）信山社、二〇一二年
- 『非典型契約の総合的検討』（椿寿夫・伊藤進編）商事法務、二〇一三年
- 『強行法・任意法でみる民法』（椿寿夫編）日本評論社、二〇一三年
- 『民法改正案の検討 第一巻』（岡谷俊編）成文堂、二〇一三年
- 『民法改正案の検討 第二巻』（岡谷俊編）成文堂、二〇一三年

『民法改正案の検討 第三卷』(岡谷俊編) 成文堂、二〇一三年

『民法における強行法・任意法』(椿寿夫編) 日本評論社、二〇一五年

『三角・多角取引と民法法理の深化』(椿寿夫編) 商事法務、二〇一七年

『強行法・任意法の研究』(近江幸司、椿寿夫編) 成文堂、二〇一八年

『〈新基本法コンメンタール〉物権』(鎌田薫ほか編) 日本評論社、二〇二〇年

【学術論文】

「土地工作物責任の一考察―土地工作物から生じた火災失火責任法との関係―」慶應義塾大学大学院法学研究科論文
文集二三号 (一九八六年)

「譲渡担保における『受戻権』の時効消滅と期間制限」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二四号 (一九八六年)

「動物占有者責任について―判例・条例と比較法―」判例タイムズ五五一号 (一九八五年)

「住宅における動物の保有(上)」判例タイムズ六六一二号 (一九八八年)

「住宅における動物の保有(下)」判例タイムズ六六二号 (一九八八年)

「譲渡担保の法的構成と受戻権」半田正夫編『現代判例民法学の課題』(森泉章還暦記念論集) (一粒社、一九八八年)

「法典編纂から見た『被害者の過失』―ローマ法からドイツ民法典の成立まで (二)」駿河台法学通巻二号 (一九八八年)

「法典編纂から見た『被害者の過失』―ローマ法からドイツ民法典の成立まで (三)」駿河台法学三卷一号 (一九八九年)

「法典編纂から見た『被害者の過失』―ローマ法からドイツ民法典の成立まで (三)」駿河台法学三卷二号 (一九九〇年)

「法典編纂から見た『被害者の過失』——ローマ法からドイツ民法典の成立まで（四・完）」駿河台法学四卷一号（一九九〇年）

「イギリス不法行為法における寄与過失の堀とその理論的基礎（上）」駿河台法学五卷一号（一九九一年）

「イギリス不法行為法における寄与過失の堀とその理論的基礎（下）」駿河台法学五卷二号（一九九二年）

「過失相殺の理論史的系譜『被害者の過失』理論——法典編纂から見た過失相殺の意義と被害者の過失類型に立脚して——」（博士論文）（慶応義塾大学、一九九二年）

『準信託』としての『徳義的信託（honorary trust）』のわが国への導入可能性——人間以外のものを受益者とする信託設定を一つの手掛かりとして——信託法研究一六号（一九九二年）

「法理としての『比較過失』の制度的意義」駿河台法学六卷一号（一九九二年）

「根抵当権の被担保債権と保証債務」（半田正夫還暦記念論集）森泉章編『民法と著作権法の諸問題』（法学書院、一九九三年）

「土地・建物の共同担保において建物が滅失し再築された場合と法定地上権の成否」ジュリスト一〇一五号（一九九三年）

「接境建築の法理と立法趣旨の再検討」駿河台法学七卷一号（一九九三年）

「クレジットカード」森泉章・池田真朗編『消費者保護の法律問題』（勁草書房、一九九四年）

「土地および建物の移転登記と決定地上権の成否」銀行法務21五一一号（一九九五年）

「建物譲渡特約付借地権の創設と利害調整」駿河台法学八卷二号（一九九五年）

- 「開発危険の抗弁と製造物責任の特質」駿河台法学九卷一号（一九九五年）
- 「土地信託における信託登記の理論と実際」駿河台法学一〇卷一号（一九九六年） 八三頁
- 「建物の合棟・合体と抵当権の効力」ジュリスト一〇九三号（一九九六年）
- 「建物譲渡の相当の対価」水本浩編『借地借家法の理論と実務』（有斐閣、一九九七年）
- 「立木トラストにおける立木所有権のあり方と明認方法」駿河台法学一一卷一号（一九九八年）
- 「素因減責論の新展開に見る過失相殺法理の拡張的適用の意義」駿河台法学一一卷二号（一九九八年）
- 「債権証書等の喪失」銀行法務21 五八二号（二〇〇〇年）
- 「アメリカのペット法事情」法律時報七三卷四号（二〇〇一年）
- 「銀行取引約款の変遷と損失負担・免責条項」駿河台法学一四卷二号（二〇〇一年）
- 「無効行為の転換」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（日本評論社、二〇〇一年）
- 「犯罪被害者の損害回復と附帯私訴・刑事和解の制度」比較法文化（駿河台大学比較法研究所）（二〇〇一年）
- 「異主体の請求権競合と損害の複数関与者の責任」〈遠藤浩先生傘寿記念〉『現代民法学の理論と課題』（第一法規出版、二〇〇二年）
- 「不真正連帯債務の類型的思考と求償権・負担部分」駿河台法学一六卷一号（二〇〇二年）
- 「アメリカの裁判例にみるペット動物の法的地位」比較法文化（駿河台大学比較法研究所）一一号（二〇〇二年）
- 「プロジェクト・ファイナンスにみる新しい資産担保手段と法律上の問題点」獨協法学六一号（二〇〇三年）
- 「不真正連帯債務（上）」NBL七六八号（二〇〇三年）

「不真正連帯債務（下）」NBL七七〇号（二〇〇三年）

「根保証」NBL七九二号（二〇〇四年）

「根保証の立法化をめぐる問題」獨協法学六四号（二〇〇四年）

「法人根保証、経営者の個人根保証」NBL八二六号（二〇〇六年）

「貸金等根保証契約をめぐる諸問題」獨協ロー・ジャーナル一号（二〇〇六年）

「代理における信認関係―受任者・代理人の忠実義務と信認代理」法律時報七九卷五号（二〇〇七年）

「委任・代理と信認関係、忠実義務」民事法情報二四九号（二〇〇七年）

「担保権の設定と信託の形式で行う場合のいわゆるセキユリテイ・トラストとその法律関係」（特集「信託法とその活用」）自由と正義五九卷四号（二〇〇八年）

「弁済の提供および受領遅滞規定をどう見直すか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』（法律時報増刊）（日本評論社、二〇〇八年）

「信託の特質・その多様性と多角的法律関係」法律時報八一卷一号（二〇〇九年）

「アメリカにおける獣医師の民事責任」獨協ロー・ジャーナル四号（二〇〇九年）

「信託を用いた担保権の設定（いわゆるセキユリテイ・トラスト）と債権者の関与」民事法情報二七〇号（二〇〇九年）

「法制審議会信託法部会の審議からみた担保権信託（いわゆるセキユリテイ・トラスト）の意義と立法課題」日本法学七五卷一号（二〇〇九年）

「日本における獣医療過誤訴訟と獣医師の民事責任」自由と正義六〇卷一二号（二〇〇九年）

「物的担保における担保権者と被担保債権の債権者との分離について」日本大学法学部編『日本大学法学部創設一二〇周年記念論文集』（日本大学、二〇〇九年）

「民法学の立場からみたウイーン売買条約」（日本大学法学部創設一二〇周年記念シンポジウム）法学紀要（日本大学）五一巻（二〇〇九年）

「シンジケート・ローンにおける担保取得と担保権信託の活用」日本法学七五巻二号（二〇一〇年）

「新農地法と農地の「利用」をめぐる問題」JA金融法務四七〇号（二〇一〇年）

「貸金等根保証契約の適用範囲とその外延―法人保証を含めた根保証規定の見直しのために―」椿寿夫ほか編『法人保証・法人根保証の法理―その理論と実務―』（商事法務、二〇一〇年）

「無体財産権の管理・利用とライセンス契約」NBL九二七号（二〇一〇年）

「平成の農地改革と農地貸借の自由化―所有から利用への政策転換が意味するもの―」日本法学七六巻二号（二〇一〇年）

「信認関係と忠実義務―信認型契約の創設を構想する立場からの提言―」円谷峻編『社会の変容と民法典』（成文堂、二〇一〇年）

Perspectives on the CISG from the Viewpoint of Japanese Civil Law, Nihon University Comparative Law: Special Issue in Commemoration of the 120-Year History of the Nihon University College of Law, Comparative Law Institute 2010.

「信認代理の法理―代理人の忠実義務と利益掃出し効果を中心に―」椿寿夫Ⅱ伊藤進編『代理の研究』（日本評論社、

二〇一一年)

「名誉毀損の法理と歴史的展開」長谷川貞之ほか共編著『メディアによる名誉毀損と損害賠償』（三協法規出版、二〇一一年）

「名誉毀損と損害賠償」長谷川貞之ほか共編著『メディアによる名誉毀損と損害賠償』（三協法規出版、二〇一三年）

「第三者のためにする契約と適用範囲の類型化をめぐる問題」日本法学七七卷一号（二〇一一年）

‘EU Transactions Law and Japanese Civil Law — The Idea of “Euro-hypotec” and Its Implications in the Interpretation of Japanese Civil Law’, *Comparative Law Vol. 28* (2011).

「相殺と交互計算」根田正樹Ⅱ大久保拓也編『支払決済の法としくみ』（学陽書房、二〇一二年）

「第三者のためにする契約と多角的法律関係」椿寿夫Ⅱ中含寛樹編『多角的法律関係の研究』（日本評論社、二〇一二年）

「信託の特質・その多様性と多角的法律関係」椿寿夫Ⅱ中含寛樹編『多角的法律関係の研究』（日本評論社、二〇一二年）

「担保権信託とパラレル・デットによる担保権設定の代替補完性」〈平井一雄先生喜寿記念〉清水元ほか編『財産法の新展開』（信山社、二〇一二年）

「EU取引法と日本法への示唆」『ユーロ抵当』構想をめぐる議論を中心に」法学紀要（日本大学）五三卷（二〇一三年）

「連帯債務—連帯債務の要件、連帯債務者の一人について生じた事由の効力等」円谷峻編著『民法改正案の検討第一卷』（成文堂、二〇一三年）

「多数当事者の債権及び債務—総論」円谷峻編著『民法改正案の検討第一卷』（成文堂、二〇一三年）

「根保証」円谷峻編『民法改正案の検討第一卷』（成文堂、二〇一三年）

「相殺権の濫用」 凹谷峻編『民法改正案の検討 第二巻』（成文堂、二〇一三年）

「法定相殺と差押え、相殺予約の効力」 凹谷峻編『民法改正案の検討 第二巻』（成文堂、二〇一三年）

「第三者のためにする契約」 凹谷峻編『民法改正案の検討 第三巻』（成文堂、二〇一三年）

「役務提供型の典型契約（雇用、請負、委任、寄託） 総論」 凹谷峻編『民法改正案の検討 第三巻』（成文堂、二〇一三年）

「判例・学説における物権規定の強行法性」 法律時報八四巻一〇号（二〇一三年）

「第三者のためにする契約の意義と民法五三七条二項の強行法規性」 法律時報八五巻一〇号（二〇一三年）

「信託の担保的利用とその展開——担保目的の信託とはどのようなことをいうのか——」 〈村田彰先生還暦記念論文集〉

『現代法と法システム』（酒井書店、二〇一四年）

「受益権化された財産権の担保と受益権質権の効力」 日本法学八〇巻二号（二〇一四年）

「判例・学説にみる物権規定の強行法性」 椿寿夫編『民法における強行法・任意法』（日本評論社、二〇一五年）

「委任における任意解除権の規範的性質」 日本法学八〇巻三号（二〇一五年）

「第三者のためにする契約と多角取引」 椿寿夫編『三角・多角取引と民法法理の深化』別冊NBL一六一号（商事

法務、二〇一六年）

「目的信託としてのペット信託の現状と課題——アメリカにおける二つの統一法典、各州のペット信託法の展開を参
考にして——」 日本法学八一巻四号（二〇一六年）

「契約上の地位の譲渡——隠れた多角・三角——取引と多元的な契約理論への転換の可能性」 NBL一〇八八号

（二〇一六年）

「損害賠償命令制度の意義と機能―刑事司法のパラダイム転換による損害賠償制度の再構築の可能性―」日本法学
八二卷二号（二〇一六年）

「財産上の負担を伴う表現行為の規制と「やむに已まれぬ利益」―ニューヨーク州サムの息子法をめぐる違憲判決
を中心に―」日本法学八二卷二号（二〇一六年）

「契約上の地位の譲渡と多角の視点（1）」月刊社労士五二卷一―号（二〇一六年）

「契約上の地位の譲渡と多角の視点（2）」月刊社労士五二卷一―号（二〇一六年）

‘Transfer of Contractual Positions in Japan — Possibility of Developing a Legal Principle towards Multiple
Viewpoints in Pluralistic Contract Theory’, *Comparative Law Vol.33* (2017)

「過失相殺」伊藤文夫・編集代表『人身損害賠償法の理論と実務』（保険毎日新聞社、二〇一七年）

「委任の解除に関する判例法理の条文化と半強行法規性」日本法学八四卷三号（二〇一八年）

「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）

「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―」日本法学八五卷二号
（二〇一九年）

「委任契約の終了と任意解除権」NBL一一五―号（二〇一九年）

「市場のプラットフォーム化をめぐる契約上の諸問題」日本法学八五卷四号（二〇二〇年）

「スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論」日本法学八六卷二―三号（二〇二〇年）

「デジタルプラットフォーム事業者の法的地位と契約上の責任」日本法学八七巻二号（二〇二二年）

「デジタルプラットフォーム（DPF）取引透明化法に導入された『共同規制』の意義とDPF提供者の役割」日本法学八七巻四号（二〇二二年）

「ブロックチェーンベースのスマートコントラクトにおける合意形成と契約理論」日本法学八八巻二号（二〇二二年）

【解説・論評】

「安全配慮義務の内容・性質および適用範囲」ハイ・ローヤー一一五号（一九九二年）

「目からウロコが落ちる民法ガイド」（共著）法学セミナー四六九号（一九九四年）

「主債務の時効完成後の保証債務の承認と主債務の時効援用」ハイ・ローヤー一二一号（一九九五年）

「不当利得と転用物訴権」ハイ・ローヤー一一八号（一九九五年）

「最新判例の核心にふれる！——最高裁判破棄判例を素材にして」（共著）法学セミナー四九五号（一九九六年）

「取り消すべき債務の保証と保証人の取消権」ハイ・ローヤー一二三三号（一九九六年）

「建物請負契約における請負人・注文者の破産——建物所有権の帰属、請負報酬債権と敷地抵当権を中心に」ハイ・ローヤー一二八号（一九九六年）

「不法行為責任と求償権」ハイ・ローヤー一四九号（一九九七年）

「相殺の担保的機能とその拡張」ハイ・ローヤー一三三号（一九九七年）

「公法・私法の交錯と比較法」（共著）比較法文化（駿河台大学比較法研究所）一〇号（二〇〇一年）

- 「短期貸借の保護」別冊法学セミナー〈基本法コンメンタール〉『物権』第五版」平成一四年までの法改正に対応」（共著・分担執筆）（日本評論社、二〇〇二年）
- 「労務供給契約」法学セミナー五八六号（二〇〇三年）
- 「日常家事代理権の越権行為と一一〇条」法学セミナー五九六号（二〇〇四年）
- 「被害者の素因と七二二条二項」法学セミナー六〇〇号（二〇〇四年）
- 「同時履行の抗弁権（民法五三三條）」別冊法学セミナー〈基本法コンメンタール〉遠藤浩・鎌田薫編『債権各論Ⅰ（契約）』第四版」（平成一六年民法現代化「第四版」新条文対照補訂版）（日本評論社、二〇〇五年）
- 「抵当建物使用者の引渡しへの猶予（民法三五九條）」別冊法学セミナー〈基本法コンメンタール〉遠藤浩・鎌田薫編『物権（平成一六年民法現代化「第五版」新条文対照補訂版）』（日本評論社、二〇〇五年）
- 「抵当権者の同意の登記がある場合の賃借権の対抗力（民法三八七條）」別冊法学セミナー〈基本法コンメンタール〉遠藤浩・鎌田薫編『物権（平成一六年民法現代化「第五版」新条文対照補訂版）』（日本評論社、二〇〇五年）
- 「日常家事代理権の越権行為と一一〇条」椿寿夫Ⅱ中舎寛樹編『解説類推適用からみる民法』（日本評論社、二〇〇五年）
- 「被害者の素因と七二二条二項」椿寿夫Ⅱ中舎寛樹編『解説類推適用からみる民法』（日本評論社、二〇〇五年）
- 「未成年者の日常生活行為と九条ただし書」椿寿夫Ⅱ中舎寛樹編『解説類推適用からみる民法』（日本評論社、二〇〇五年）
- 「契約と単独行為」椿寿夫Ⅱ新美育文編『解説 関連でみる民法Ⅰ』（日本評論社、二〇〇七年）
- 「委任などの労務供給契約」椿寿夫Ⅱ新美育文編『解説 関連でみる民法Ⅱ』（日本評論社、二〇〇七年）一五八頁

「温泉権と最近の裁判例―何処へ行く温泉権―」温泉七六号 (二〇〇八年)

「寄与度」椿寿夫・中舎寛樹編著『解説新・条文にない民法』(日本評論社、二〇一〇年)

「製造業における法律問題 (3) … 医療品・化学製品」藤川信夫 〓 松嶋隆弘編『エッセンシャル ビジネス法務』(芦書房、二〇一一年)

「第三者による個人連帯保証を原則禁止とする金融庁新監督指針について」JA金融法務四八四号 (二〇一一年) 一四頁

「連帯債務における免除特約」法学セミナー六八四号 (二〇一一年)

「連帯債務の成否と連帯特約」法学セミナー六八四号 (二〇一一年)

「債権譲渡禁止特約」法学セミナー六八四号 (二〇一一年)

「第三者のためにする契約の意義と民法五三七条二項の強行法性」椿寿夫編『民法における強行法・任意法』(日本評論社、二〇一五年)

「代価弁済・抵当権消滅請求」鎌田薫ほか編『〈新基本法コンメンタール〉物権』(日本評論社、二〇二〇年)

【判例研究 (判例評釈、判例解説など)】

「建築基準法六五条所定の建築物の建築と民法二三四条一項適用の有無―最高裁平成元年九月一九日第三小法廷判決―」ジュリスト九六一号 (一九九〇年)

「不作為不法行為の成立要件―遊びの仲間のルール上への置石と不作為の不法行為責任」駿河台法学四卷一号 (一九九〇年)

「土地・建物の共同担保において建物が滅失し再築された場合と法定地上権の成否―東京地裁平成四年六月八日執行処分」ジュリスト一〇一五号（一九九三年）

「共同不法行為者間の求償権行使と民法七〇八条の類権適用―名古屋地平成四年一月九日判決」ジュリスト一〇五〇号（一九九四年）

「原野商法の違法性」〈別冊ジュリスト一三三三号〉『消費者取引判例百選』（有斐閣、一九九五年）

「藤井寺球場事件―ナイター工事続行差止静穏環境維持の仮処分決定」〈別冊ジュリスト一二六号〉『公害・環境判例百選』（有斐閣、一九九九年）

「武蔵野市マンション日照妨害事件」〈別冊ジュリスト一七一号〉『環境法判例百選』（有斐閣、二〇〇四年）

「内縁夫婦の一方の死亡と居住不動産の利用関係」伊藤進編『民法判例演習』（北樹出版、二〇〇五年）

「ペット犬の糖尿病による死亡と獣医師の不法行為責任」私法判例リマックス三三二号（二〇〇六年）

「公共工事の前払金にかかる預金払戻請求権と貸付債権との相殺の可否（名古屋高金沢支判二二年七月二三日判決）」判例評論六一八号（二〇一〇年）

「七二二条二項にいう「過失」の意味」松本恒雄Ⅱ潮見佳男編『判例プラクティス民法Ⅱ債権』（信山社、二〇一〇年）

「過失相殺能力と被害者の過失相殺能力」松本恒雄Ⅱ潮見佳男編『判例プラクティス民法Ⅱ債権』（信山社、二〇一〇年）

「被害者『側』の過失の意味」松本恒雄Ⅱ潮見佳男編『判例プラクティス民法Ⅱ債権』（信山社、二〇一〇年）

「被害者『側』の過失―無償同乗における運転者」松本恒雄Ⅱ潮見佳男編『判例プラクティス民法Ⅱ債権』（信山社、二〇一〇年）

「別除権行使による主たる債務の弁済と開始時現存額主義の適用の可否」潮見佳男ほか介編『金融・消費者取引判例の分析と展開』（金融・商事判例増刊二二三六号）（経済法令研究会、二〇一〇年）

「融資と建物建築とが一体となった提案と銀行・建築会社担当者の説明義務」潮見佳男ほか編『金融・消費者取引判例の分析と展開』（金融・商事判例増刊号二二三六号）（経済法令研究会、二〇一〇年）

「重度の自閉症児の福祉施設における事故死についての損害賠償につき、重度障害者も健常児並みに就労の機会が増えつつあるとして、一定程度の就労の可能性を認めて逸失利益が認められた事例―青森地裁平成二十一年一月二五日判決」法律のひろば六六巻九号（二〇二二年）

「マスター・フランチャイザーによるフランチャイズ契約の更新拒絶とサブ・フランチャイザーに対する損害賠償責任」私法判例リマックス四七号（二〇一三年）

「人身傷害補償条項に基づき人傷保険金を支払った保険者による請求権代位の範囲とその計算方法―最高裁第一小法廷平成二十四年二月二〇日判決」法律のひろば六七巻三号（二〇一四年）

「コンビニエンス・ストアのフランチャイズ契約におけるフランチャイザーのフランチャイジーに対する見切り販売による値引きを禁止する言動と独禁法による禁止該当性…セブン・イレブン値引き制限訴訟判決」東京高裁平成二五年八月三〇日判決、福岡高裁平成二五年三月二八日判決、福岡地裁平成二五年三月二八日判決」私法判例リマックス五〇号（二〇一五年）

「遅延損害金の起算日」交通事故判例百選「第五版」（別冊ジュリスト二二三三号）（有斐閣、二〇一七年）

「五三七条の第三者（五三七条二項）」伊藤進監修『改正「債権法」における判例法理の射程―訴訟実務で押さえる

べき重要論点のすべて』(第一法規、二〇二〇年)

「手付と履行の着手(五五七条一項)」伊藤進監修『改正民法「債権法」における判例法理の射程…訴訟実務で押さえるべき重要論点のすべて』(第一法規、二〇二〇年)

「手付の倍額償還解除と現実の提供の要否(五三七条一項)」伊藤進監修『改正「債権法」における判例法理の射程—訴訟実務で押さえるべき重要論点のすべて』(第一法規、二〇二〇年)

【その他(書評、講義録、反訳など)】

〈座談会〉「遠藤浩先生を囲んで—遠藤浩先生の人と学問—」二〇〇二年〈遠藤浩先生傘寿記念論集〉『現代民法学の理論と課題』(第一法規出版)

〈書評〉「吉井啓子」フランス民法典における動物の地位—動物保護法制に関するアントワヌ報告書」獨協ロー・ジャーナル二号(二〇〇七年)

「役務提供契約—請負・委任を中心に／民法(債権法)改正の動向寄付講座」(明治大学法科大学院寄付講座…二〇一一年度講義録)(明治大学法科大学院、二〇一二年)

「役務提供契約—請負・委任を中心に／民法(債権法)改正の動向寄付講座 最新の動向を踏まえて」(明治大学法科大学院寄付講座…二〇一二年度講義録)(明治大学法科大学院、二〇一三年)

「役務提供契約—請負・委任を中心に／民法(債権法)改正の動向寄付講座 中間試案を踏まえて」(明治大学法科大学院寄付講座…二〇一三年度講義録)(明治大学法科大学院、二〇一四年)

「役務提供契約―請負・委任を中心に／民法（債権法）改正の動向寄付講座 改正要綱仮案を踏まえて」（明治大学法科大学院寄付講座…二〇一五年度講義録）（明治大学法科大学院、二〇一五年）

「役務提供契約―請負・委任を中心に／民法（債権法）改正の動向寄付講座 法律要綱案・法律案を踏まえて」（明治大学法科大学院寄付講座…二〇一五年度講義録）（明治大学法科大学院、二〇一六年）

「物損と慰謝料」（シンポジウム 物損をめぐる実務と法理） 交通法研究四七号（二〇一九年）「シンポ報告・反訳」

執筆者紹介（掲載順）

長坂 純 明治大学法学部教授
阿部 徳幸 日本大学教授
大久保 拓也 日本大学教授
大杉 麻美 日本大学教授
岡田 俊幸 日本大学大学院教授
末澤 国彦 日本大学専任講師
高畑 英一郎 日本大学教授
中村 進 日本大学特任教授
中山 知己 明治大学専門職大学院教授
松嶋 隆弘 日本大学教授
松嶋 康尚 日本大学非常勤講師・税理士
吉田 純平 日本大学准教授
吉井 啓子 明治大学法学部教授
山田 孝紀 日本大学准教授
矢島 秀和 白鷗大学法学部准教授

松田 真治 関西学院大学法学部准教授
深川 裕佳 南山大学法務研究科教授
蓮田 哲也 日本大学准教授
萩原 基裕 大東文化大学法学部教授
西島 良尚 流通経済大学法学部教授
柴崎 暁 早稲田大学教授
鬼頭 俊泰 日本大学教授（商学部）
金澤 大祐 日本大学准教授（商学部）
加藤 雅之 日本大学教授
帷子 翔太 日本大学助教
織田 有基子 日本大学大学院教授
出雲 孝 日本大学准教授
芦野 訓和 専修大学法学部教授
福田 誠治 駒澤大学法学部教授

Diversifying Society and Challenges of Legal Studies

CONTENTS

Dedication

Jun Nagasaka, *Die Schadensersatzhaftung bei Nichterfüllung der Dienstleistungspflicht — am Beispiel des deutschen Leistungsstörungenrechts*

Noriyuki Abe, *A Re-examination of the Japanese Consumption Tax*

Takuya Ohkubo, *Conflict between Executive Members and Action Seeking Removal of a Member of a Limited Liability Company — An Analysis on the Basis of the Tokyo District Court Judgment Dated November 29, 2021 —*

Mami Osugi, *Memorandum of Understanding on Marriage Expenses and Assistance in the Event of the Breakup of a Marriage*

Toshiyuki Okada, *“Corona-Spaziergänge” und die Versammlungsfreiheit*

Kunihiko Suezawa, *A Study of the Enactment of the Local Horse Racing Act — Focusing on Parliamentary Deliberations*

Eiichiro Takahata, *The Bible Reading in Public Schools and the Separation of Church and State in the United States*

Susumu Nakamura, *Consumer Protective Provisions and Targeting Theory in the Brussels Ia Regulation — Focusing on the Targeting Criteria in Article 17(1)(c)*

- Tomomi Nakayama, *Über den Gesamttakt im Zusammenhang mit der Diskussion von Herrn Dr. Santaroh Okamatsu*
- Takahiro Matsushima, *Some Studies Concerning the Effectiveness of "Medical Corporation" Governance*
- Yasuhisa Matsushima, *A Study of Bailouts through Refund Corporate Tax*
- Junpei Yoshida, *Kosten für die Durchführung einer Zwangsvollstreckung zur Erwirkung einer vertretbaren Handlung*
- Keiko Yoshii, *Les théories sur la nature juridique du contrat de société en France*
- Takanori Yamada, *Berücksichtigung des Affektionsinteresses und des Tierschutzes bei der Entschädigung von Tierbehandlungskosten — Anregungen aus dem deutschen Recht*
- Hidekazu Yajima, *Le champ contractuel dans le contrat de franchise — Selon les contrats d'intérêt commun de S. Lequette*
- Masaharu Matsuda, *La possibilité de comparer le droit japonais et le droit français concernant la résiliation des contrats d'assurance*
- Yuka Fukagawa, *La protection des consommateurs contre l'utilisation non autorisée de la monnaie électronique*
- Tetsuya Hasuda, *Beendigung und Fortsetzung des Auftrags unter dem Aspekt des Treuhandverhältnisses und der vertraglichen Interessen im Schweizer OR (Obligationenrecht)*
- Motohiro Hagiwara, *Der gegen- und einseitige Vertrag sowie der entgeltliche und unentgeltliche Vertrag im BGB*

Yoshinao Nishijima, *Die Überprüfung der Beseitigungsansprüche aus der Forderungsverletzung*

Satoru Shibazaki, « *Certification* » de la provision du chèque au profit du porteur en droit français

Toshiyasu Kito, *An Analysis of the Legal Liability of Bond Administrative Assistants*

Daisuke Kanazawa, *A Study of Wrongful Trading in the UK — From the Perspective of Company Turnarounds*

Masayuki Kato, *What is the Right Way to Compensate for Damages in the Case of Death or Personal Injury?*

Shota Katabira, *Unclear Clauses in EC Terms and Conditions*

Yukiko Oda, *Recent Trends in the Hague Convention on the International Protection of Adults — Focusing on the Intersection of the Hague Convention on the International Protection of Adults and UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*

Takashi Izumo, *Classification of Contracts and Risk Allocation Based on Christian Wolff's Theory of Performance-Order: The Position of the Covenant on Repair of Ordinary Wear and Tear in the Revised Japanese Civil Code as a Material Example*

Norikazu Ashino, *Rechtliche Struktur der digitalen Plattformen und rechtliche Haftung der Plattformanbieter*

Seiji Fukuda, *Le recours de la caution en vertu d'un mandat du débiteur : essai d'analyse historique*

Career and Main Works of Professor Doctor Sadayuki Hasegawa

日本法学 第八十八卷 索引

論 説

法定追認と取消権の認識

——各種の矛盾挙動禁止原則適用場面との比較を通じて——

野中貴弘…一(一)

号 頁

ドイツにおけるマネー・ローンダリング
(資金洗浄) 罪改正のもたらす示唆

三隅 諒…一(二四〇)

コロナ・パンデミックにおける学校教育を受ける権利

——二〇二二年一月一九日ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷決定
(連邦緊急ブレッキ第二決定) をめぐって——

岡田 俊幸…二(一)

ブロックチェーンベースの
スマートコントラクトにおける合意形成と契約理論

長谷川 貞之…二(四二)

国連憲章下における

集団安全保障体制の枠組み

——安全保障理事会の権限と裁量の射程をめぐって——

本吉 祐樹…二(二二八)

地方議会議員の出席停止の懲罰に対する司法審査について 西原雄二 ……三 (三)

ドイツ団体訴訟論の萌芽
——神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所を例にして—— 小澤久仁男 ……三 (五九)

計画手続の迅速化と市民参加の機能に関する考察
——ドイツにおける新型コロナウイルス感染症への対応を踏まえて—— 長谷川福造 ……三 (九五)

協働型地域社会における政策過程と評価 福島康仁 ……三 (一三三)

欺罔に基づく同意をめぐる初期の学説状況
——「利益説」と「法益説」の対立—— 野村和彦 ……三 (一五九)

船員労働災害に対する船舶所有者の責任に関する一考察 南健悟 ……三 (二〇五)

契約不適合解除における使用利益の帰趨
——買主の原状回復義務と売主の填補賠償責任の競合—— 野中貴弘 ……三 (二四七)

電子取引における契約当事者の確定と代理法理の適用
——ドイツの判例及び契約当事者確定論との比較を通じて—— 田中夏樹 ……三 (三〇一)

生活世界の再生産としての物質循環 ——木曾馬と失われた自然との関係——	……………	佐幸信介 ……三(三六八)
フリーランスと労働法 ——フランス「ポルタージユ・サラリエル」——	……………	大山盛義 ……三(三八六)
違法な訴訟提起に関する 判例法理とスラップ訴訟	……………	加藤雅之 ……三(四一二)
自然湧出泉時代の 浅間温泉における湯口権の諸相 ——鷹の湯事件前史としての2つの裁判例を手がかりとして——	……………	清水恵介 ……三(四五四)
コインハイブ事件と 不正指令電磁的記録に関する罪	……………	上野幸彦 ……三(四八〇)
気候保護決定の基本権ドグマテーイク	……………	玉蟲由樹 ……三(五〇八)
地方都市の中心市街地における まちづくりの現代的課題 ——松本市上土町のまちづくりを事例として——	……………	白戸洋 ……三(五五〇)

地方自治法第244条の2第3項が
文化行政領域に与えた影響……………小林真理…三(五八〇)

「法律による行政の原理」から見た
行政過程でのAI活用……………黒川哲志…三(六〇〇)

役務提供給付(行為債務)の不履行賠償責任
——ドイツ給付障害法を素材にして——……………長坂純…四(三)

消費税の再検討……………阿部徳幸…四(四二)

合同会社における業務執行社員の対立と社員の除名の訴え
——東京地判令和三年一月二十九日を素材として——……………大久保拓也…四(七九)

婚姻破綻時における婚姻費用と扶助に関する覚書……………大杉麻美…四(一〇三)

「コロナ散歩」と集会の自由……………岡田俊幸…四(一三五)

昭和二十一年・地方競馬法の制定について
——議会での審議を中心に——……………末澤国彦…四(一七三)

公立学校における聖書朗読とアメリカの政教分離……………	高畑 英一郎 ……四 (一九七)
ブリュッセルIa規則における消費者保護規定とターゲティング論……………	中 村 進 ……四 (二三一)
—— 第一七条(1)(c)におけるターゲティング基準について——	
合同行為論について……………	中山 知己 ……四 (二七三)
—— 岡松参太郎博士の所論を中心に——……………	
社団たる医療法人のガバナンスの実効性に関する一考察……………	松 嶋 隆 弘 ……四 (三〇五)
—— 東京地判平成三〇年一〇月二六日判タ一四七二号二四八頁を素材として——……………	
法人税還付による過払金債権者の救済に関する一考察……………	松 嶋 康 尚 ……四 (三三三)
代替執行の実施費用……………	吉 田 純 平 ……四 (三五三)
フランスにおける組合契約の法的性質論……………	吉 井 啓 子 ……四 (四〇〇)
動物の治療費の賠償における愛着利益・動物保護の考慮……………	山 田 孝 紀 ……四 (四三八)
—— ドイツ法からの示唆……………	

フランチャイズ契約における「契約の領域」に関する一考察 ——スザンヌ・ルケットの共通利益の契約 (contrats d'intérêt commun) 論を参考に——	……	矢島 秀和 …… 四 (四六四)
保険契約の解除に関する日仏比較の可能性	……	松田 真治 …… 四 (五〇四)
電子マネーの第三者による無権限利用における保有者の保護 ——フランス通貨金融法典を参考に——	……	深川 裕佳 …… 四 (五二八)
スイス債務法における信頼関係と契約上の利益からみる委任の終了と継続	……	蓮田 哲也 …… 四 (五六二)
ドイツ民法典 (BGB) における双務契約・ 片務契約概念と有償契約・無償契約概念の展開	……	萩原 基裕 …… 四 (五九二)
債権である賃借権に基づく妨害排除効理論の展開と、 その将来的展望についての再検討 ——「権利の性質」の実質的機能と「権利の内容」からその保護の あり方の必要性和許容性についての理論展開・序論——	……	西島 良尚 …… 四 (六二八)
フランス法における小切手の「支払保証」	……	柴崎 暁 …… 四 (六四六)
社債管理補助者による社債管理の在り方	……	鬼頭 俊泰 …… 四 (六七四)

イギリスにおける不当取引の一考察 ——会社の事業再生の観点から——	……………	金澤大祐 ……四（六九八）
生命・身体への侵害による逸失利益の賠償のあり方に関する再検討 ——後遺障害による逸失利益の定期金賠償を認めた最高裁判決を契機として——	……………	加藤雅之 ……四（七二四）
ECの利用規約における不明確条項	……………	帷子翔太 ……四（七五二）
ハーグ成年者保護条約をめぐる近年の動き ——国連障害者権利条約との交わりを中心に——	……………	織田有基子 ……四（七八四）
クリスティアン・ヴォルフの履行順序論にもとづく契約の分類とリスク配分 ——改正民法における通常損耗補修特約の位置づけを素材として——	……………	出雲孝 ……四（八二二）
デジタルプラットフォームの法的構造と提供者の法的責任	……………	芦野訓和 ……四（八五八）
梅説の求償制度論	……………	福田誠治 ……四（八九二）

研究ノート

コロナ・パンデミックにおける平等原則

——ドイツの判例の展開——

岡田 俊 幸 …… (五五)

翻 訳

勅法彙纂第4巻第44章第2法文における
脳内の衡平とその実務慣用について

クリスティアン・トマジウス
ヨハン・フリドリヒ・エストマン …… (二〇〇)
出雲 孝 訳

日本大学法学部機関誌執筆要領

令和3年11月18日 機関誌編集委員会決定
令和3年12月15日 執行部会議承認
令和3年12月16日 教授会報告
令和4年4月1日 施行

1. 本要領の目的

本要領は、日本大学法学部機関誌編集委員会（以下「編集委員会」という）にかかる機関誌に投稿する際の基本的手順について定めるものである。

2. 投稿資格者

- (1) 法学部、法学研究科および法務研究科の専任教員、名誉教授および定年退職した元専任教員
- (2) 以下の者については、編集委員会の審議を経て単著の投稿を認めることがある。なお、投稿に際しては、法学部専任教員の推薦状を必要とする。
 - ① 法学部非常勤講師
 - ② 法学部客員教員
 - ③ 法学部以外の日本大学専任教員
 - ④ 法学部付置研究所研究員および法学部所属の日本大学研究員
 - ⑤ 法学部校友および法学部関係者で研究業績が認められる者
- (3) 学外の研究者は、法学部専任教員の投稿の共著者となることができる。
- (4) 大学院法学研究科博士後期課程学生は、指導教員の許可を得て『日本法学』に「判例研究」を投稿することができる。
- (5) 前4項の規定にかかわらず、退職記念号および追悼論文集については、別の定めによる。

3. 研究倫理の遵守と権利保護

- (1) 投稿原稿は未発表のものに限る。他誌との二重投稿は認めない。また注釈なく自己の既発表著作と重複する記述をすることは認められない。
- (2) 剽窃、捏造、改ざん等の研究不正を行ってはならない。また投稿原稿については、著作者が適正に表示されていなければならない。
- (3) 研究・調査対象に関する権利保護（資料の使用許諾や個人情報保護に関する同意等）、および翻訳に関する権利について、必要な手続きを投稿前に完了していなければならない。
- (4) 利益相反に関する倫理を遵守するとともに、利益相反情報を申告しなければならない。
- (5) 機関誌に掲載された著作物の著作権のうち、複製権および公衆送信権を日本大学法学部に譲渡する。ただし、著者自身による複製権および公衆送信権の行使を妨げない。

4. 原稿種別

投稿は以下の種別で受け付ける。

- (1) 論説
- (2) 研究ノート
- (3) 判例研究（『日本法学』のみ）
- (4) 特別講演
- (5) 翻訳
- (6) 資料
- (7) 書評
- (8) 雑報

5. 原稿の作成

- (1) 原稿は、A4用紙に適当な文字数で打ち出す。
- (2) 分量の上限は、文字数で概ね22,000字（刷り上がり約25頁）とする。それを超えるものについては、原則として分割して掲載する。ただし、編集委員会は、他の掲載原稿のページ数を勘案し、その上限の変更を認めることができる。なお半面1ページ大の図表1枚に付き900字を原稿文字数に含めるものとする。
- (3) 連載を前提とする長大な原稿についても、完結分までの完全原稿を投稿するものとする。
- (4) 表題と氏名には、和文表記および欧文表記を併記する。
- (5) 注、参考文献の表記法は、当該分野の慣例に従うものとする。

6. 原稿の提出

- (1) 原稿は、投稿票、要旨（800字程度）と合わせ、デジタルデータで研究事務課に提出する。

デジタルデータは、原則として電子メールの添付ファイルで研究事務課宛に送付する。
- (2) 原則として、投稿締切日を過ぎた原稿は受け付けない。
- (3) 原稿提出後の原稿の差し替えはできない。

7. 審査

別に定める「日本大学法学部機関誌審査要領」に則って行う。

8. 校正

- (1) 執筆者による校正は、原則再校までとする。加筆、訂正は最小限とし、特に再校時に頁数が変わるような加筆や削除は避ける。再校返却の際は、タイトル頁に「校了（または責了）」と明記する。

- (2) 校正は1週間程度で返却しなければならない。著しい返却の遅滞は、次号掲載になることもありうる。

以 上

- 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 (<https://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

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 88 No. 4 February 2023

Diversifying Society and Challenges of Legal Studies

Special Edition in Honor of the Retirement of
Professor Doctor Sadayuki Hasegawa