

日本法學

第九十卷 第二号 2024年9月

論 說

株主提案権の現在実相

——人権DDと株主アクティビズムの最新動向を踏まえて——

菅原 貴与志

「他人の番号の下での行為」の類型化と

契約当事者の確定

——番号と氏名の機能比較を通じた検討——

田中 夏樹

近世イングランド土地法における土地移転方式

——バーゲン・アンド・セールとリース復帰権放棄——

西山 敏夫

判例研究

アメリカ大統領選への立候補と合衆国憲法修正一四条三節

——Trump v. Anderson, 601 U.S. 100 (2024)——

高畑 英一郎

判例研究

取締役の善管注意義務違反と役員賠償責任保険

における認識のある法令違反行為免責

〔東京高裁令和2年12月17日判決 令和2年（ネ）第2309号〕

〔保険金請求控訴事件 金判1628号12頁〕

黒田 佳祐

論 說

民法における分配的解決

——EU法・ドイツ法の比例原則の新たな動向——

山田 孝紀

日本法学 第八十九卷第四号 目次

論 説

原状回復における減価償還と使用利益返還

——消極的契約利益の回復と解除による原状回復の関係——

……野中貴弘

判例研究

輸送安全を担う企業トップの過失犯

——軽井沢バス転落事件——

……船山泰範

研究ノート

民事執行における第三者からの債務者
財産に関する情報取得制度について

……吉田純平

雑 報

日本法学 第八十九卷 索引

日本法学 第九十卷第一号 目次

論 説

営業秘密侵害の性質決定

——EUの契約外債務の進捗法に関する抵觸規則をめぐる学説を参考に——

……セレナ・フランコ

翻 訳

デジタル製品に関する契約

……

フォルカ・ミエレ・イェヒ
デニゼ・パウアー
蓮田 哲也 訳

株主提案権の現在実相

——人権DDと株主アクティビズムの最新動向を踏まえて——

菅原 貴与志

1 はじめに

昨年二〇〇三年の株主総会における株主提案数は、過去最多を更新した。特にアクティビスト（要求型株主）の動きが活発である。その背景には、東京証券取引所（東証）が「資本コストや株価を意識した経営」の実現に向けた対応を要請していることに加えて、^①人権デューデリジェンス（人権DD）と株主アクティビズムの動向も株主提案の増加を後押ししている。

本稿では、株主提案権の概要を整理した上（後記^②）、会社法上の解釈問題について若干検討し（同^③）、人権DD

と株主アクティビズムの最新動向を踏まえて、企業実務の視点からみた株主提案の現状を俯瞰したい(同4・5)。

2 株主提案権の概要

株主は、会社が株主総会を招集する機会を利用し、自らの考えを株主総会に提案することができる⁽²⁾。これが株主提案権であり、具体的には議題提案権・議案提出権・議案通知請求権という三つの権利が定められている(法三〇三条(三〇五条))。

(1) 議題提案権

少数株主(取締役会設置会社の場合には、六か月前からどの時期をとっても総株主の議決権の1%以上または三〇〇個以上の議決権を有していた株主。ただし、非公開会社では、六か月の保有期間は課されない)は、会社が招集する総会で一定の事項を議題とすることができる(法三〇三条⁽³⁾⁽⁴⁾⁽⁵⁾)。これが議題提案権であり、議題追加権と概念することもできる。たとえば、「取締役〇名選任の件」や「剰余金の配当の件」というのが追加すべき議題となる。

なお、その行使について、法文では必ずしも書面による必要はないが、実務的には、株式取扱規程において書面により行使すべきことを定める例が多い。

株主提案権を行使する株主は、文理上「株主総会の目的(議題)」のみを提案すれば足りるにも読める。しかし、上場会社では、書面投票制度の採用が義務付けられているため(有価証券上場規程四三五条)、株主総会参考書類の提供が必須であり(法三〇一条二項)、株主総会参考書類には議案まで記載しなければならぬ(規七三条一項一号)。

したがって、少なくとも上場会社の株主が株主提案権を行使する場合には、議題だけでなく「議案」の提案も伴うことが必要である。

(2) 議案提出権

議案提出権とは、株主総会の現場において、議題について具体的な「議案」を提案する権利である（法三〇四条）。

たとえば、株主総会の議場において、会社提案の「議案」（「取締役Aを選任する件」、「一株あたり五〇円の剰余金を配当する件」）がある状態の下、動議という形式にて、会社提案の「議題」（「取締役〇名選任の件」、「剰余金配当の件」）の範囲内で、会社提案を修正する「議案」（「取締役Bを選任する件」、「一株あたり六〇円の剰余金を配当する件」）を提出する例などが考えられる（いわゆる「修正動議」ないし「実質的動議」）。

(3) 議案通知請求権

議案通知請求権は、株主が提出しようとする議案について、その要領を招集通知に記載することを請求する権利である（法三〇五条一項、規九三条一項三号）。この請求権を行使できる株主の要件は、議題提案権と同様となっている。

3 株主提案権をめぐる解釈問題

(1) 請求と行使の要件

取締役会設置会社において、議題提案権と議案要領請求権の請求は、株主総会の日の前八週間前までに行わなければならない（法三〇三条二項・三〇五条一項）。公開会社の株主総会の招集通知は、原則として、会日の二週間前に発する

必要があり(法二九九条二項)、株主総会の八週間前に提案権が行使された場合には、残りの六週間でその提案に対応した招集通知の印刷・封入・発送等をする必要がある。この六週間のうちに、会社が事前に用意した議題等に追加して、提案に対応した事項を招集通知に記載または記録し、これを発送するわけだから、会社の事務処理の観点からすれば、時間的な余裕は決して多くない。

また、公開会社の株主が株主提案権を行使するためには、「総株主の議決権の一〇〇分の一又は三〇〇個以上の議決権」を「六か月前」より有していることが必要である(法三〇三条二項・三〇五条一項)。この六か月持株保有要件の起算点は、行使日から遡って六か月間と考えるのが多数説である⁽⁶⁾。また、この持株要件をいつまで充足している必要があるかについては見解が分かれているが、基準日か提案権行使時のいずれか遅いほうと考えるべきであろう⁽⁷⁾。

(2) 提案内容と議案数の制限

議題提案権および議案追加請求権については、法令または定款に違反しない限り、株主提案にかかる議題内容の制限はされない。ただし、議案提出権は、議案の内容が法令または定款に反する場合、および当該総会の日から過去三年以内に総株主の議決権の一〇分の一以上の賛成が得られずに否決された議案を再提出する場合、これを提案することができない(法三〇四条但書)。また、取締役会設置会社の場合、定款変更により株主総会の権限を拡大できるため(法二九五条二項)、提出できる議案の内容は広範囲に及ぶ。

この点、米国では、株主の能力への懸念や権利濫用への憂慮、会社の負担への危惧、州法と連邦規則の関係などを理由に、株主提案によって配当額を具体的に要求したり、取締役の選解任を求めたりすることはできないものとされてきた⁽⁸⁾。しかし、二〇一〇年SEC規則改正により、プロキシアクセス(Proxy Access)。株主総会において、株主が特

定の取締役候補者の選任を株主総会議案として提案し、会社から株主に送付される書類に掲載することを請求できる権利を認め、⁹⁾る途が拓かれている（規則14a-11）。

株主提案権は、株主にとって自らの考えを会社経営に反映できる重要な権利ではあるが、一部には株主総会の運営を攪乱するような濫用的事例も見受けられないわけではない。⁹⁾こうした状況を背景に、令和元年改正では、株主が要領を招集通知に記載することを請求できる議案数の制限が定められた。すなわち、取締役会設置会社において、議案通知請求権を行使する場合の議案の上限数は一〇個と定められている（法三〇五条四項前段）。

(3) 手続違反の効果

議案通知請求権（法三〇五条）が無視された場合は、招集手続に違法があるものとして、株主提案に対応する会社提案の議案についてのみ決議取消事由になると解するのが通説であろう（同八三一条一項一号）。

これに対し、議題提案権（法三〇三条）や議案提案権（法三〇四条）の行使に手続違反があったとしても、それに対する決議がない以上、決議取消しの問題は生じないとするのが多数説である。¹⁰⁾

(4) 勧告的決議と株主提案

株主提案の内容は、法に定める株主総会議事項（法二九五条二項）であることが要件となる。したがって、株主総会で決議することのできない事項を議題とする株主提案は不適法であり、これを探り上げる必要はない。そこで、法および定款で定められた株主総会議事項ではないが、議案として株主意思の確認をおこなう場合の決議（勧告的決議）に関する議題が株主提案として認められるか否かが問題となる。

この点、いわゆる買収防衛策の廃止に関する議題について、定款に特段の定めがない以上、これを株主総会の目的

とすることは認められず、かかる議題提案も株主総会の決議事項とならないと判断した近時の裁判例がある。⁽¹¹⁾ 他方、産業競争力強化法(産競法)三二条一項に基づく株式分配型のスピンオフが株主提案として提出された事案において、原則として株主提案権の対象になると判示した裁判例もある。⁽¹²⁾

前記の両裁判例をどう理解すべきかについては様々な見解があり得るところだが、⁽¹³⁾ 株主提案権の対象となる事項は、いずれも株主総会の決議事項であることを前提としている点に留意しなければならない。

4 企業実務の視点からみた株主提案

(1) 株主総会の現状と課題

かつては、日本企業の特質である株式持合いによって、いわゆる「物言わぬ株主」が大半を占めていた。しかし、近年では、開催日時を集中日からずらして、株主が出席しやすいものとする取組みが進んでいる。

また、株式の持合い状況にも大きな変化が生じてきた。二〇二三年には、多くの国内機関投資家(たとえば、アセツトマネジメントOne、三菱UFJ信託銀行)において、純資産比率二〇%以上を占める場合には代表取締役の再任に原則反対するなど、政策保有株式の保有総量に関する議決権行使基準が導入された。こうした政策保有株式の縮減が「資本コストや株価を意識した経営」と掲げられることもあるため、一般株主の関心も高まっている。⁽¹⁴⁾

これに伴い、「物言う株主」も確実に増加している。最近の株主総会においては、株主提案権を行使し、増配議案、役員報酬の個別開示、経営陣への参画を意図した取締役選任、株主に対する決算説明会の開催などを求める実例も認

められるようになってきた。こうした「物言う株主」の傾向は、株式持合いや取引上の必要で出資した大株主の姿勢にも影響を及ぼしている。

このような状況を踏まえて、会社の側でも、広く個人投資家に対する企業情報の開示に努め、IR活動を推進し、株主総会を株主との双方向的コミュニケーションの場として活用する姿勢が顕著である。

(2) 株主提案の動向

近年は、機関投資家による積極的な議決権行使など、経営陣に対する株主の監視の目が厳しさを増している。その背景には、スチュワードシップ・コードの影響、ISS (Institutional Shareholder Services) やグラス・ルイス (Glass Lewis) 等による議決権行使基準の厳格化などがある(後記5(2)(3)参照)。また、最近では、後記(3)のとおり、株主提案行使件数の増加が顕著である。このうちアクティビストから株主提案を受けた会社数も増えており、こうした投資活動は、今後とも我が国でも活発化する可能性が高いものと思われる。

(3) 二〇二三年六月株主総会の状況¹⁵⁾

二〇二三年六月株主総会では、一一二社・四一六議案(前年九七社・三三〇議案)の株主提案が実施され、二〇二二年に引き続き株主提案の数が増加し、実施社数は過去最大となった¹⁶⁾。特にアクティビストを含む機関投資家(国内ヘッジファンド、外資系大手運用会社、大手年金基金等)からの株主提案が六一社(前年五一社)と増加している。

株主提案の内容としては、定款変更議案、役員選解任議案、剰余金処分・配当議案が大多数を占めている従前の傾向は変わらない。また、定款変更議案の内容としてESG関連の株主提案がなされる近時の傾向も継続している(後記5(4))。ただし、剰余金配当議案が可決されるなど、可決された株主提案議案の内容には一定の変化が認められた¹⁷⁾。

そうした近年の株主提案やその可決事例の増加の背景には、資本効率改善や株主還元強化に加えて、資本市場におけるESG等に関する問題意識の高まりがある。

また、自己株式の取得を求める株主提案も増加傾向にある⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾。その背景には、政策保有株式の解消とともに、東証のPBR(株価純資産倍率)改善の要請⁽²⁰⁾を受けて、株主が自己株式の取得を提案しやすい環境になったことが挙げられよう。

5 人権DDと株主アクティビズム

(1) 我が国におけるビジネスと人権

人権DDとは、企業が事業における人権リスク(たとえば、強制労働、児童労働、ハラスメント等)を特定し、その防止・軽減を図り、どのように対処したかについて説明・情報開示する、という一連の取組みである。

世界的に「ビジネスと人権」への関心が高まる中、二〇二〇年一〇月に日本政府が発表した『「ビジネスと人権」に関する行動計画』⁽²¹⁾では、企業に対して、①人権デューデリジェンスのプロセス導入、②サプライチェーンを含むステークホルダーとの対話、③効果的な苦情処理の仕組みを通じた問題解決を期待する旨が表明されており、我が国においても人権DDの取組みに注目が集まっている。

この点、コーポレートガバナンス・コード(CGコード)⁽²²⁾ 補充原則二―二①でも「取締役会は、気候変動などの地球環境問題への配慮、人権の尊重、従業員の健康・労働環境への配慮や公正・適切な処遇、取引先との公正・適正な

取引、自然災害等への危機管理など、サステナビリティを巡る課題への対応は、リスクの減少のみならず収益機会にもつながる重要な経営課題であると認識し、中長期的な企業価値の向上の観点から、これらの課題に積極的・能動的に取り組むよう検討を深めるべきである」とされており、現代企業にとっては人権DDの取組みが重要な課題となっている。

(2) 機関投資家と人権問題

機関投資家にも、人権尊重の動きが顕在化してきた。

二〇一四年、金融庁は、二〇一〇年の英国「スチュワードシップ・コード」(The UK Stewardship Code)を参考に、「責任ある機関投資家」の諸原則《日本版スチュワードシップ・コード(SSコード)》を策定した。SSコードとは、「機関投資家が投資先企業との建設的な対話(エンゲージメント)を通してその持続的成長を促し、顧客・受益者の中長期的な投資リターンを拡大を図る」ために有用と考えられる諸原則のことである。

SSコード原則六は、「機関投資家は、議決権の行使も含め、スチュワードシップ責任をどのように果たしているのかについて、原則として、顧客・受益者に対して定期的に報告を行うべきである」としており、機関投資家は、その背後の投資家に対し、上場会社株主総会の議決権行使に関する実質的な判断についての説明が求められる。

かかる状況下、機関投資家には、投資サイクル全般で投資先の人権リスクも点検することが強く期待されるようになってきた

(3) 議決権行使助言会社の動向

議決権行使助言会社のISSは、社会問題に関する議案について「株主価値の向上もしくは保護に資するかどうか、

に基づき個別判断する」とし、その社会問題の範疇には、商品の安全性、環境問題、エネルギー問題、労働問題、人権問題、従業員の多様性、取締役会の多様性、政治献金をはじめとして、幅広い分野の事柄が含まれ、株主提案を分析する際には、前記の様々な要素が考慮されるが、当該提案が短期および長期の株主価値の向上、もしくは保護に資するかどうか重要だと説明する。

また、グラス・ルイスは、「事業のあらゆる側面において、重要な環境・社会的要素を考慮すべき」とし、経営陣や取締役会が社会リスクを軽視している、あるいは株主価値を脅かす現状または差し迫った社会リスクに適切に対応できていない場合には、株主が取締役の責任追及を検討すべきであって、「当該問題の監督をする責任を明確に負っている取締役会のメンバーに対して反対助言を行う」としている⁽²³⁾。

取締役会に女性取締役がいない会社の経営トップに反対を推奨する (ISS)、ジェンダー・ダイバーシティ基準を固定数値方式から割合方式に変更し、プライム市場上場企業の取締役会が最低一〇%以上の多様な性別の取締役を有していない場合に取締役会議長に反対助言を行うなど (グラス・ルイス)、特にジェンダー・ダイバーシティに関する議決権行使基準が二〇二三年に改定された点には特に留意が必要であろう。

(4) 人権問題に関するエンゲージメントと株主提案

以上のとおり、昨今では環境問題、特に気候変動問題に社会の注目度が高まっているが、人権問題についても環境問題に劣らないくらい資本市場の重要課題になりつつある。

株主が投資先企業と目的をもって建設的な対話を行うことを「エンゲージメント (株主行動)」という。株主によるエンゲージメントの方法としては、株主総会における質問 (法二二四条) や株主提案権の行使があるが、昨今では、

株主提案がエンゲージメント手段の一つとして定着しつつある。

米国においては、サプライチェーンを含めた人権DDの開示を求める提案が多く、二〇二二年にはIT企業で職場の人権監査を求める株主提案が可決された事例も認められた。⁽²⁵⁾ この点、日本でも、前記(1)のとおり、SSコードに基づき、機関投資家がエンゲージメントを通じて投資先企業の持続的な成長を実現していくことにより、顧客や受益者の中長期的な投資リターンの拡大を図ることが求められている。

近年は資本市場におけるESGに関する問題意識の高まりによって、わが国においても、環境問題(E)とともに、二〇二三年には、人権を含む社会問題(S)を主たるエンゲージメントの課題とする機関投資家が増えてきた。また、二〇二三年一月三十一日の企業内容等の開示に関する内閣府令等の改正により、同年三月三十一日以後に終了する事業年度にかかる有価証券報告書から、「サステナビリティに関する考え方や及び取組」の記載欄も新設されている。

前記(3)の議決権行使基準改定の影響もあり、男女平等の達成を目標に取締役の男女比率について目標水準を定める定款変更が提案されるなど、社会関連の株主提案は、二〇二二年が三社であったのに対して、二〇二三年には五社に増加している。そうした動向には今後とも注視する必要がある。

6 結語にかえて

本稿で紹介したとおり、最近の株主総会における株主提案増加の一因には、人権DDと株主アクティビズムの動きがある。アクティビストに加えて、他の機関投資家も株主提案を実施するなど、株主提案権行使の裾野は広がっており、

り、二〇二四年株主総会でも社会問題・人権問題に関するキャンペーンが想定される中、従来以上に資本市場との対話に留意しなければならないであろう。

なお、脱稿時(二〇二四年五月七日)には、二〇二四年六月の株主総会シーズンを経ていないため、改めての分析が必要である⁽²⁷⁾。思うに、本格的なアフターコロナの株主総会を迎え、PBR問題に期待の高い株主の回帰が見込まれ、また、機関投資家も、女性役員やサステナビリティに関する議決権行使基準を高めていくであろうことから、各社ともガバナンス体制の拡充に向けた取組みが求められている。

以上

- (1) 日本取引所グループ「上場会社の取組み支援／コーポレート・ガバナンスの向上」<https://www.jpix.co.jp/corporate/sustainability/esg-investment/support/01.html>
- (2) 少数株主には、株主総会招集権(六か月前からの時期をとっても総株主の議決権の三%以上の議決権を有していた株主)が認められている(会社法(以下、単に「法」と略称)二九七条)。
- (3) 行使できる少数株主の資格要件について、定款で緩和することもできる。
- (4) 議案が株主提案に係るものである場合には、株主総会参考書類に、会社法施行規則(以下、「規則」)九三条一項各号に掲げる事項を記載する必要がある。
- (5) 株主提案権の行使に際しては、事前の個別株主通知の手続が必要である。実務上は、個別株主通知を受けた振替機関が、上場会社に対し、個別株主通知をした株主の保有株式数の増減等を通知することにより、当該通知を受けた上場会社が、当該

の温床になったと問題視したものであり、政策保有株式の解消にも拍車がかかることが予想される。

- (15) 二〇二三年株主総会の各種データについては、旬刊商事法務二三四四号『2023年版株主総会白書』。
- (16) 大和総研コンサルティングレポート「2023年6月株主総会シーズンの総括と示唆」五頁。
- (17) 二〇二二年・二〇二三年の六月総会で可決された株主提案議案は、役員選任議案のみであったのに対し、二〇二三年六月総会では、役員選任議案に加えて剰余金配当に関する議案も可決される事例が現れた。また、二〇二二年および二〇二三年において可決された議案を提案した株主の属性には、必ずしもアクティビストには該当しない機関投資ファンドも存在している。
- (18) 三菱UFJ信託銀行の調査によれば、二〇二一年～二〇二三年に提出された臨時報告書の記載では、二〇二一年の自己株式の取得に関する株主提案が九件だったのに対し、二〇二二年は二九件、二〇二三年が三五件と増加傾向が認められる。
- (19) 株主との合意による自己株式の取得のためには、株主総会決議によって取得する自己株式の数、取得の総額および自己株式を取得する期間等の取得の枠を決定しなければならないが(法一五六条一項)、自己株式の取得に関する株主提案も同項に基づいて提案されるのが通例である。
- (20) 二〇二三年一月三日公表の東証「論点整理を踏まえた今後の東証の対応」では、その改善策について「継続的にPBRが一倍を割れている会社には、開示を強く要請」としている。
- (21) 企業の人権尊重責任を提唱したものとして、二〇二一年採択の国連「ビジネスと人権に関する指導原則」がある。
https://www.unic.or.jp/texts_audiovisual/resolutions_reports/hr_council/ga_regular_session/3404/
- (22) 東証が定めた実効的なコーポレートガバナンスの実現に資する主要な原則。<https://www.jpix.co.jp/equities/listing/cg/tvdivg0000008jdy-att/nlsgeu000005hml.pdf>
- (23) グラス・ルイスは、二〇二四年議決権行使助言方針の改定に関する意見募集した結果、投資家の間で「気候変動対策に関する情報開示を全ての上場会社は行うべき」とする意見が強く支持されていることを公表した。
- (24) マンハッタン政策研究所「プロキシ・モニター」(“Proxy Monitor”, The Manhattan Institute)によれば、米誌フォーチュン上位二五〇社の二〇二三年上期(一～六月)の株主提案議案数は二四三件と前年同期に比べ二九件増加している。

(25) ただし、米国では、保守派による反ESGの機運も衰えておらず、二〇二四年の大統領選が一段落するまでは機関投資家によるESG関連の株主提案に対する支持率が伸びるか否かは不透明な状況にある。二〇二三年にESG関連の決議案を支持した割合は、インデックス・ファンド大手バンガードが二%、世界最大の資産運用会社ブラックロックも七%にとどまっている。

(26) 従前より電力会社を中心に環境に関する株主提案は多数あり、近年は、環境NGOや機関投資家を中心に、気候変動リスク対応や脱炭素社会、パリ協定に定める目標への対応などを求める定款変更が提案されている。特にパリ協定に沿った事業計画の策定に関する議案では、二〇%を超える高い賛成率が認められた。

(27) 三井住友信託銀行の集計速報によれば、二〇二三年六月株主総会では、上場会社に限定しても九一社・三三六議案の株主提案が実施されたものとされており、三年連続で過去最多に達する見通しである。

(28) 日本経済新聞が三ヶ月決算の上場企業二、三〇〇社を対象とした集計によれば、二〇二四年の配当および自社株買いを合算した株主還元総額は約二五兆円であり、二年連続で過去最高となる見通しとされている(日経新聞二〇二四年三月二五日朝刊)。各社の業績拡大を受け、東証による資本効率の改善要請も背景に、株主に積極還元する動向が認められるであろう。

「他人の番号の下での行為」の類型化と 契約当事者の確定

——番号と氏名の機能比較を通じた検討——

田 中 夏 樹

I 序

- 1 「他人の番号の下での行為」と問題の所在
 - 2 検討の手法
 - 3 本稿の構成
- ## II 「他人の番号の下での行為」とその類型化
- 1 「他人の番号の下での行為」と契約当事者の確定

「他人の番号の下での行為」の類型化と契約当事者の確定（田中）

2 類型化による「番号」の法的位置づけの明確化

3 小括

Ⅲ 氏名の性質

1 氏名と氏名権

2 氏名の機能

3 「他人の番号」と「他人の名」

Ⅳ 「番号」と「名」を法的に同一視し、類推適用が可能か。

V 結語

1 まとめ

2 残された課題

I 序

1 「他人の番号の下での行為」と問題の所在

(1) 「他人の番号の下での行為」

昨今、電子商取引において、アカウント保有者とは別の者（以下「行為者」という。）がアカウントを利用してあたかもアカウント保有者のように振る舞う事例が増加している。⁽¹⁾ このような電子商取引におけるなりすましの事例では、「他人の番号の下での行為 Handeln unter fremder Nummer」という概念が提唱されている。⁽²⁾ この概念は、もと

もとドイツ法に存在している「他人の名の下での行為 *Handeln unter fremdem Namen*」⁽³⁾に基づいて、電子商取引等に対応して主張されたものである。具体的には「他人の名の下での行為」は、ある者が法取引において他人の名の下に現れること、例えば代理人が代理人であることを示さずにあたかも自身が本人であるかのように振る舞い、本人の名で相手方と契約することである⁽⁴⁾。これに対し、「他人の番号の下での行為」は他人の番号の下に現れること、例えば他人のIDないしアカウントを利用してインターネット上で契約を締結する場合があたる⁽⁵⁾。インターネット上で取引では、他人の設定したアカウントに何らかの方法で入手したパスワードを用いることでログインして取引を行った場合、相手方は名義ではなくIDで示されるアカウントによって契約相手を認識しており、このIDが「番号」にあたる⁽⁶⁾。そのため、ここでの「番号」は数字だけでなく、IDを構成するような英字も含んだ概念として提唱されている。

この「他人の番号の下での行為」との呼称を提唱したHanauは、この番号が用いられる事例を複数挙げたうえで、「他人の名の下での行為」に代理法理が類推適用できること、及び「他人の名の下での行為」と「他人の番号の下での行為」を比較することを通じて「他人の番号の下での行為」に代理の規律が類推適用できるとの見解を採っている⁽⁷⁾。これにより電子商取引におけるなりすましの問題をはじめとした「他人の番号の下での行為」について、代理法理からの解決を図っている。

このように、「他人の名」を示すことと「他人の番号」を示すことを区別することがドイツにおいて主張されているが、これは単に個人を表す記号として「名」と「番号」が比較されているにとどまらない。「他人の番号」を示す場合には先にあげた例のように、アカウントのIDを示して行う取引が一つの具体例として想定されているとこ

ろ、電子商取引で使用されるアカウントはパスワードによる管理が行われており、「他人の名」を使用する場合に比べて例えば代理証書交付に匹敵するようなより強固な権利外観を作出することが指摘されている。⁽⁸⁾ すなわち、「他人の番号」を示すためには少なくとも電子商取引ではパスワードの入力が必要であり、このパスワードはアカウント保有者が秘匿していることが求められ、取引の相手方からすればアカウントを操作しているのはアカウント保有者か使用許諾を与えられた者であると信用することが可能である。これに伴い、パスワードの不十分な管理や意図的な交付がアカウント保有者のいかなる責任を根拠づけるのかといった「他人の名の下での行為」とは異なる議論も導かれている。⁽⁹⁾ また、Hanau は電話回線を利用する契約もまた「他人の番号の下での行為」の類型として挙げているが、電話回線は契約を締結した本人以外に同居している家族や使用人が使用することもあり、回線の利用者(番号の利用)が契約を締結した者一人に限られないことが予定されている類型もある。⁽¹⁰⁾

このように、「他人の名の下での行為」と「他人の番号の下での行為」は単に個人を表す記号が「名」と「番号」で異なることにとどまらず、法的構造にも差異をもたらすものであることが指摘されている。

(2) 契約当事者確定の必要性

著者は旧稿において「他人の番号の下での行為」である電子商取引、特にインターネットオークションの事例を念頭に、「他人の番号」を示したなりすまし事例において、代理法理を類推適用する前提として、契約当事者の確定が必要であることを検討した。⁽¹¹⁾ そのでの問題意識は、「他人の番号の下での行為」では、例えばAのアカウントを操作しているBがCと取引する際に、Cに示されるのは「@ABC123」のようなID(番号)にすぎず、Aの氏名だけ

でなくBという行為者もCからは認識できない匿名性が認められ、AとBのうちいずれをどのような基準で契約当事者とするべきか明らかでないことにあった。このとき、Aを契約当事者とするれば代理法理の（類推）適用がありえ、Bを契約当事者とするればCが匿名のアカウント保有者と契約を締結する意思を持っていれば同一性の錯誤が問題となりえるのであり、妥当する法律構成を左右するといえ「他人の番号の下での行為」において誰を契約当事者とするべきか明らかにする必要があるのである。他方で、「他人の名の下での行為」は、BがCと取引をする際にBが自身の名を明かさずA本人であるように振る舞う事例を指し、偽名でない限り相手方は本人に該当する人物を知ることができ、「番号」を示した場合と同じような匿名性は認められず、当事者確定が「番号」を示した場合に比して容易である。先に述べたように、「他人の番号の下での行為」ではより強固な権利外観を作出する可能性があるにもかかわらず、その責任の帰属主体が「他人の名の下での行為」に比べ不明確なのである。

このような契約当事者確定の必要性は主に電子商取引についてのものであった。しかしHanauは電子商取引の例以外にも、「他人の番号の下での行為」として、先にあげた電話回線を利用する契約や他人のキャッシュカードとPinコード（電子商取引のパスワードに相当）を利用して現金を引き下ろす事例を挙げている¹²。このように「他人の番号の下での行為」は電子商取引より広い概念で使用されており、この概念一般にHanauが主張するように代理法理を類推適用するには、この当事者の確定という観点からすれば、電子商取引以外の「他人の番号の下での行為」一般において契約当事者の確定を行う必要がまだまだ残っているように思われる。旧稿で論じた「相手方の認識可能な意思」に基づいて契約当事者の確定を行うべきとする考え方に基¹³づけば、匿名化された「番号」が示されただけでは、必ずしもそれが誰の意思と認識可能であるか明らかではない。そのため、「番号」を示した場合に、誰を契約当事者とする

るかを先決問題として解消しなければならない。

この点については既に旧稿においても部分的に検討しているところであるが、オークションや電子商取引ができるサイトでは、ユーザーが取引相手を星の数で評価できるシステムになっていることが多く（星五つが最高評価）、このようなアカウントが星によって評価できる「番号」であれば、アカウントを操作している行為者ではなく、そのアカウント保有者が契約当事者となるべきであるとした¹⁴。しかし旧稿はあくまでもBGH二〇一一年五月一日判決（VIP-Lounge 事件判決、BGHZ 189,346）で扱われた事案を基に検討を行っており、「他人の番号の下での行為」のうち電子商取引の種類、さらにはeBayのようなインターネットオークションの事例を扱ったにすぎず、その射程は限られている。Hanau が列挙するように「他人の番号の下での行為」はインターネットオークションの事例に限られるものではなく、「他人の番号の下での行為」一般について当事者を番号の保有者とできるのか明らかにするにはより詳細な検討が必要であると考えられる。電子商取引での考え方が「他人の番号の下での行為」一般に妥当するか否か、作成されたばかりのアカウントはどのように扱われるかといった点がいまだ不明確であると考えられ、本稿ではより一般的に、「他人の番号の下での行為」における契約当事者が誰であることを明らかにすることを目的としたい。

(3) 「他人の番号の下での行為」の類型化と人格の表示

以上のように、「他人の名」を示した場合と「他人の番号」を示した場合とで差異が存在するが、Hanau も差異が存在することを踏まえ、「他人の番号の下での行為」に「他人の名の下での行為」と同様に代理の規律を適用するには、「番号」と「名」が同一の機能を有する必要があることを指摘しており、「番号」を示した場合と「名」を示した

場合とで同様の取扱いができればならないとしている⁽¹⁵⁾。しかし、Hanauがこの指摘をする際に挙げている「番号」は上記のキャッシュカードとして利用される「番号」であり、Hanauは端的に銀行が「番号」によって口座の持ち主を他の人格と区別することができることを指摘しているにすぎない。もちろん、キャッシュカードの事例では、銀行のような金融機関が口座番号によって口座の持ち主を特定することができるのはそのとおりであるが、この「番号」は金融機関が口座を開設した者に割り当てているものであり、いわば金融機関が氏名に代わる識別番号として金融機関自身が決定し付与しているものであるから、それによって金融機関が相手方を特定できるのは当然である。しかし、Hanauは「他人の番号の下での行為」の事例としてインターネットオークションの事例なども挙げているところ、このようなオークションサイトのアカウントIDは、契約相手とは無関係に作成された「番号」であり、契約相手がその「番号」を決定したわけでも割り当てたものでもなく、当然に「名」と同様の識別機能があるわけではない。これらの二つの事例では、契約当事者の確定と「番号」の設定ないし付与の順序が異なるのである。つまり、前者のキャッシュカードの事例では、まず契約当事者の確定があつて、確定された契約当事者に識別番号としての「番号」が付与されており、当然「名」と同様の機能を有するのであるが、後者のインターネットオークションの事例では、契約当事者が確定される前に「番号」が設定されており、この「番号」を用いて契約当事者の確定がなされる必要がある。このときの「番号」は英数字の羅列にすぎず、直ちに契約当事者を確定させるほどに他の人格と区別する機能を当然には有していないのである。したがって、列举されている「他人の番号の下での行為」には、「他人の番号」が用いられた時点で契約当事者は完了している事例と契約当事者を確定させる必要のある事例とが混在するのであり、これらの事例を区別して類型化する必要があるのである。

そのうえで、契約当事者の確定が先決問題として必要な類型については、「番号」と「名」が同一の機能を有しているかについて検討することを通じて、契約当事者の確定を論じる必要があると考えられる。この類型化に続く契約当事者の確定の検討では、行為者が自身の本名以外の氏名や番号を示した場合に、それが他人の人格を表示しているか否かによって、さらに区別を行う必要がある。すなわち、「番号」を示した場合に、それが他人の人格を示しているのか、あくまでも「番号」を示した行為者の偽名として示されたにすぎないのかを区別して考える必要があると考えられる。仮に、他人の人格を示したのであれば、契約当事者は当該他人となり、代理法理の適用の可否が検討されることになる。他方で、あくまでも「番号」が本人の偽名として用いられた場合には、行為者自身が契約当事者となる可能性があり、「他人の名の下での行為」とは比較できないといえ、代理法理の適用が否定され得るのである。

本稿は上記のような問題意識のもと、旧稿では限定的にしか検討できなかった「番号」を示しての取引の場合に誰を契約当事者とするべきかについて、Hara が列挙する「番号」の類型化及び「番号」が人格を表すのはどのような場合かを検討することを通じて明らかにすることを目的とする。併せて、検討を通じて「他人の番号の下での行為」における「番号」の法的な機能ないし役割もまた明らかにしたい。

なお、本稿は「他人の番号の下での行為」に代理法理を類推適用するうえでの先決事項を検討するものであり、ドイツ法の概念である「他人の名の下での行為」を日本法においても受け入れられるのか、署名代理との関係をどのようにすべきかといった代理法理をどこまで類推適用できるかの検討は含まないものである。これらは、他稿にて検討する予定であることをお断りしておきたい。

2 検討の手法

(1) 類型化の基準

本稿では、「他人の番号の下での行為」における契約当事者の確定基準を明らかにすることを目的とするものであるが、その手法として、「番号」の機能ないし役割を明らかにし、「番号」がどのように寄与することで、「他人の番号の下での行為」での契約当事者が確定されるかを検討する。

「番号」の機能を明らかにするうえでは、先に述べたように「他人の番号の下での行為」にもいくつかの類型があると考えられることから、まず第一にHanauが列挙している「番号」の類型化が必要であると考ええる。その際には、各事例において「番号」がどのように機能しているのかを明らかにしつつ、「他人の番号の下での行為」が行われたときに、既に契約当事者が確定しているのか、これから「番号」を基に確定が行われるのかによって類型化を行う。

(2) 氏名との比較

「他人の番号の下での行為」の類型化によって契約当事者の確定が必要な類型を明らかにした後、氏名の機能と比較し、「番号」を示すことによって相手方が誰が契約当事者であるかを認識できるかの検討を行う。これは、「他人の番号の下での行為」が「他人の名の下での行為」と比較されていることから、人格を表すためには「名」つまり氏名と共通した性質を「番号」が持つ必要があると考えられるからである。しかし、日本法において氏名の法的な位置づけを検討した先行業績は主として人格権としての氏名権を検討したものが多く、¹⁶⁾ 氏名の機能については氏名権の前提として、氏名権と比べるとやや限定的・断片的な検討にとどまっている。¹⁷⁾

「他人の番号の下での行為」の類型化と契約当事者の確定（田中）

これには氏名権について我が国の民法上明確な規定が置かれていないことも影響するのではないかと考えられる。¹⁸そこでこの「他人の名の下での行為」及び「他人の番号の下での行為」が提唱されているドイツ法に目を向けると、BGB 一二条に「氏名権 *Namenrecht*」の規定が存在し、これについてある程度体系的に論じられている。¹⁹そこで、「番号」と比較するための氏名の機能については、我が国の法制度を参照するとともに、不足している体系的な視点を得るため併せてドイツ法での扱いを参照することとしたい。

3 本稿の構成

本稿では、まず「他人の番号の下での行為」の事例を列挙し、その時点で契約当事者が既に確定しているかどうかを基準に類型化を試みる（Ⅱ）。次に、Ⅱでの類型化を踏まえ、氏名と比較することの必要性、及び氏名の法的な機能について明らかにし、これと「番号」を比較することによって、「番号」が「名」と法的に同様に扱うことができるかについて検討する（Ⅲ）。この時、日本法に比べて比較的体系的な議論がなされているドイツ法の議論を参照する。最後に、それまでの検討を踏まえて、「他人の番号の下での行為」の当事者を誰とすべきかと代理法理の類推適用の可能性について述べる（Ⅳ）。また、本稿の検討は代理法理の類推適用の基礎を探るものであり、本稿のまとめとともに今後の展望について述べたい（Ⅴ）。

II 「他人の番号の下での行為」とその類型化

1 「他人の番号の下での行為」と契約当事者の確定

「他人の番号の下での行為」の概念は、ある者が法律行為を締結する際に「他人の番号の下」に現れることであるとされ、Hanau は典型例としてキャッシュカードでATMから金銭を引き下ろす場面を挙げている。⁽²⁰⁾ このキャッシュカードでの引き下ろしでは、引き下ろしを行った者が、名義ではなく権限のあるカードの所持とPIN (Personal Identification Number)⁽²¹⁾の使用により契約当事者と同一人物であることが同定される。これによって、カードの所持とPINさえあれば、本来権限のない者によってあたかも権限のある口座の持ち主自身が金銭の引き下ろしを行ったという印象が引き起こされることになる。⁽²²⁾

Hanau はこの「他人の番号の下での行為」という概念を説明したうえで、「他人の名の下での行為」との比較の必要性を指摘する。⁽²³⁾ そして、Hanau は「他人の名の下での行為」には代理法理が類推適用可能であることを条件付きであるが肯定し、⁽²⁴⁾ 「他人の名の下での行為」と「他人の番号の下での行為」との類似性を肯定することによって、代理法理が「他人の番号の下での行為」にも適用可能であると指摘している。⁽²⁵⁾

この点について、「他人の名の下での行為」では行為者が示すのは特定の人物の氏名であり、契約当事者となるべき本人を直接特定できる情報が示されているのに対して、⁽²⁶⁾ 「他人の番号の下での行為」では行為者が示すのはあくまでも匿名の「番号」である。単なる英数字の羅列である「番号」を示すことによって行為者と本人の人格が分離しているとは必ずしもいえず、「番号」を示した場合に誰を契約当事者として確定すべきかは必ずしも明らか

ではない。例えば、作成されたばかりのインターネットプラットフォーム上のアカウントは、それが相手方に表示されたとしてもIDの文字列以外に取引履歴や評価といった情報はなく、アカウントを作成した者とアカウントを操作している行為者とでいずれが契約当事者として確定されるかは直ちに明らかであるとはいえないであろう。仮にインターネットの操作に不慣れな者がアカウントの作成を他の者に依頼した場合に、最初の取引において、アカウントの作成者を直ちに契約当事者と確定するのも妥当性を欠くであろう。そのため、「他人の番号の下での行為」に代理法理の適用を検討する前提として、そもそも「番号」を示すことで「名」を示す場合と同様に契約当事者を確定できるのか、契約当事者の確定ができる場合には誰と確定すべきなのか検討が必要となる。

したがって、Hanau が主張するように、「他人の番号の下での行為」と「他人の名の下での行為」との類似性を肯定して代理法理を類推適用できるのは、「番号」が「名」と同様の機能を持つ場合に限られると考えられるのである。先に示したように Hanau も、両概念の類似性を検討する中で、「番号」と「名」が同様の機能を営む必要があることは指摘し、これを肯定している。⁽²⁷⁾しかしその際に検討されていたのは、キャッシュカードのように「番号」が既に特定されている契約当事者に対して「名」に代わる識別番号として付与されている類型であったといえ、これは「番号」と「名」が同様の機能を営むことが当初から予定されている契約類型であったといえるのではないか。他方で、「番号」には、インターネットオークションのアカウントIDのように、これから契約相手となる者が誰かであるかを示すために使用されている類型もあり、これらの類型においても「番号」と「名」が同一の機能を持つのか検討が必要なのではないかと考える。言い換えれば、「名」も既に相手方が認識している人物との照合に使用されることもあれば、相手方にこれから契約相手となる者が誰であるか示すために用いられることもあるように、「番号」にもそ

の機能に応じていくつかの類型分け、類型ごとに対応する「名」の機能と比較する必要があったのではないかと考えられる。より具体的に見ると、電子商取引でのアカウントIDは新規の契約相手の選択に用いられており、「番号」が示されているときにはいまだ契約当事者が確定していない。他方で、Hanauは模範例としてユーロチェックカード（現在では、Girocardに切り替わっている）を挙げているが、このカードはキャッシュカードやデビットカードとしても使用でき、²⁹⁾ Hanauが想定しているのはATMからの現金を引き下ろすキャッシュカードとしての使用である。³⁰⁾ そして、キャッシュカードを用いて現金を引き下ろすには、前提として金融機関との間で預金契約を締結しなければならず、この預金契約の締結時点で既に金融機関には「番号」の持ち主が誰であるかが明らかであり、当事者の確定は完了している。むしろ確定した契約当事者に対して、金融機関自身が、識別番号としての「番号」を付与しているともいえ、「番号」が付与されている時点では契約当事者の確定が済んでおり、先の電子商取引での場合とは順序が逆である。そのため、このような事例の「番号」は、新規に契約当事者を確定させるためではなく、既に確定している契約相手と現にキャッシュカードを所持している人物が同一人物であるかの同定作業に用いられているといえる。これらは、債務履行の場面での確定している契約当事者と「番号」の保有者が同一であるかどうかの問題となっており、我が国の規定でいえば、民法四七八条の適用が検討されるべき場面であるといえよう。³¹⁾ Hanauは、これらの事例も、「他人の番号の下での行為」に代理法理を類推適用できるかという文脈上で言及しているが、これはドイツ法には我が国の民法四七八条に対応する規定がなく、³²⁾ 債務履行時の債権者のなりすましについても代理法理の類推適用を検討していたものと考えられる。³⁴⁾

したがって、「他人の番号の下での行為」について、既に契約当事者の確定が済んでいる類型といまだ契約当事者

の確定がなされていない類型とを分け、後者についても「番号」が「名」と同様の機能を有しているかを検討する必要が残されていると考える。

類型化を試みる前に、Hanau が列挙している「他人の番号の下での行為」を確認したい。これには七種類が存在し、①オンラインバンキング②クレジットカード③キャッシュカード(ユーロチェックカード)④電子マネー(ゲルトカルテ Geldkarte)⑤電話回線⑥インターネットコンテンツ⑦インターネットオークションが列挙されている³⁵。以下、それぞれ想定されている典型例を紹介し、類型化を試みる。なお、類型化に際しては、便宜上契約締結時に契約当事者の確定のために用いられ得る「番号」を「類型甲」、既に契約関係が存在し、その本人との同一性確認に用いられ得る「番号」を「類型乙」とする。なお、これから列挙する例においては、クレジットカードのように「番号」とともに実際上名義が用いられているものも含まれている³⁶。

(1) オンラインバンキング³⁷

従来は、通帳などを用いて口座の名義に基づいて振込みや引き下ろしが行われていたものが、オンラインバンキングでは、インターネット上のサイトにおいて口座番号や契約番号及びログインパスワードによって口座の持ち主であることが確認されるシステムが用いられている。もちろん口座自体は名義が登録されているが、実際にログインする際には名義ではなく口座番号や契約番号とパスワードのみが用いられることがある。

オンラインバンキングを利用するためには、当然当該金融機関との間で事前に預金契約(消費寄託契約)を締結しておく必要がある。そのため、オンラインバンキングにて用いられる口座番号、契約番号、パスワードは、契約締結

後に交付されるものであり契約締結時に契約当事者を確定されることに関わるものではなく、既に確定している契約当事者に交付され、口座名義人と同一人物であるかを判断するために用いられている。したがって、オンラインバンキングにおける「番号」は「類型乙」として機能している。

(2) クレジットカード³⁸⁾

クレジットカードでは、クレジットカード発行会社との間でクレジットカードを発行する契約を締結し、商品の支払いの際にはクレジットカード番号が記載されているカードの所持と暗証番号を用いて支払いが行われる。また、クレジットカードを用いてオンライン取引の決済をする際には、クレジットカード番号、名義、有効期限、セキュリティ番号を入力して決済することがほとんどである。なお、セキュリティ番号については求められないことも多い。

このクレジットカードの利用方法については、当事者がクレジットカード名義人、クレジットカード発行会社、加盟店と三者存在することから、クレジットカード名義人以外の両当事者によって「番号」の機能は異なると考えられる。すなわち、クレジットカード発行会社からすれば、クレジットカードの所持と暗証番号の入力によって、クレジットカードの名義人本人が使用しているかという同一性の判断に用いられており、「類型乙」の「番号」利用であるといえる。他方で、加盟店からすれば、事前にクレジットカード名義人との間で契約はなく、「類型乙」ではありえない。では、「類型甲」にあたるかであるが、例えば対面での取引の場合、クレジットカードを提示されたとしても、その記載内容を加盟店の店員が認識し、その「番号」の保有者を契約当事者と認識することは実態上まれであろう。加盟店の店員としては、クレジットカードの読み取り機を用いて決算を促し、店員自身は「番号」を確認しな

「他人の番号の下での行為」の類型化と契約当事者の確定（田中）

いことも多い。契約当事者の確定基準を既に述べた私見により「相手方の認識可能な意思」とすれば、対面取引に限って言えば、クレジットカードの「番号」よりも目の前にいる人物を契約当事者として認識しており、クレジットカードの「番号」は契約当事者の確定に影響しない。仮に他人のクレジットカードが利用されていた場合には、契約当事者の確定とは別の問題であり、加盟店がクレジットカードの名義人本人であるか確認していたとしても、それはなりすましている行為者の言動も含めて判断されており、「番号」のみで契約当事者の確定がなされているわけではないといえよう。他方で、電子商取引での決済のような非対面取引の場合には、契約確定前に決済情報の入力求められることが多く、ここでクレジットカード番号やセキュリティ番号の入力を行った場合、クレジットカードは本人しか使えないことからしても、クレジットカードの名義人が契約当事者であると判断されることになろう。このように考えれば、電子商取引では「類型甲」としての機能を有している「番号」であるといえよう。もともと、クレジットカードの情報のみを入力することはまれであり、アカウント情報などと併せて判断されることを踏まえると「類型甲」の性質は持ちつつも単体で機能する場面は少ないと考えられる。

(3) キャッシュカード（ユーロチェックカード）³⁹⁾

Hanau は、キャッシュカードとして利用されているユーロチェックカード（eカードとも）を例として挙げているが、現在ではユーロチェックカードは Girocard に切り替えられている。ここでは、Hanau がキャッシュカードとしての機能に着目していることにかんがみ、キャッシュカードの機能を念頭に類型化を行う。⁴⁰⁾

キャッシュカードとして現金を引き下ろす利用に際しては、当然ジロー口座（Girokonto）のような口座を開設する

契約があらかじめ必要となり、「番号」とキャッシュカードの所持は契約当事者と同一人物であるかの確認に用いられる。したがって「類型乙」に該当するといえる。

もつとも、預入預金契約は消費寄託契約に該当するが、キャッシュカードによる預入れの事例では、最高裁平成二八年一二月一九日判決（民集七〇巻八号二二二頁）が、「口座に入金が行われるたびにその額についての消費寄託契約が成立する」としており、このことをもって新たに契約当事者が誰かの判断を「番号」に基づいて行っているとしたら、「類型甲」に分類する余地もあるといえる。

(4) 電子マネー（ゲルトカルテ Geldkarte）⁽⁴²⁾

ゲルトカルテはリチャージが可能ないわゆる電子マネーとして利用可能な制度である。⁽⁴³⁾ こちらも廃止が進んでおり、ここではあくまでも電子マネーという性質に着目して類型化を行う。電子マネーは、クレジットカードと異なり、商品を購入する前に現金によって（あるいはクレジットカード等によって）チャージする先払いのシステムである。

電子マネーには二種類存在し、媒体（カードやスマートフォン）が発行元に登録されており、発行元が残高などを把握できるものと、登録されず発行元が残高などを把握できないものである。⁽⁴⁴⁾

前者は、クレジットカードと同様に、発行元、登録しているユーザー、加盟店が存在し、発行元との関係では「類型乙」、電子商取引等で利用できるのであれば、加盟店との間では「類型甲」と機能しえる。他方で後者は、登録がない以上発行元が管理しておらず、「類型乙」としての機能はないと考えられ、それをもって契約当事者の確定をしているわけでもないため、「類型甲」にもあたらない。

「他人の番号の下での行為」の類型化と契約当事者の確定（田中）

(5) (携帯) 電話回線⁽⁴⁵⁾

電話回線においては、事前にサービスを提供している通信会社との間で、電話回線を利用する契約を締結することになる。問題は、その電話回線を同居している家族や家族以外の他人⁽⁴⁶⁾が契約名義人の同意なく勝手に使用した場合である。このとき、既に通信会社との間では契約締結が行われており、電話回線を使用した者が既存の契約に照らして本人ないし権限を有するものであるかが判断されることになり、「類型乙」に該当することになる。

また、携帯電話でも同様の問題が指摘されるが、携帯電話の場合にも携帯各社との間で既存の契約関係がある以上、「類型乙」に該当するであろう。

Hanau は、電話回線に関連して、他人の IP アドレスを用いてインターネットサーフィンを行う場合も指摘する。後述するインターネットオークションの利用による購入対価ではなく、インターネットを利用する上での通信費用とということに関しては、「類型乙」とするのが妥当であろう。

(6) インターネットコンテンツからの費用負担義務のあるダウンロード⁽⁴⁷⁾

後述するインターネットオークションの場合と類似するが、Hanau は項目を分けて言及している。ここで想定されているのは、ある者が他人の番号の下で自身は対価を支払うことなく、費用負担義務のあるインターネットコンテンツをコンピュータ上にダウンロードすることである。

このような事例では、対象となるインターネットコンテンツをダウンロードする際に、どこまで購入者の情報を入力することが求められるかによって異なりうるが、他人のアカウントにログインした状態や他人の情報を用いてダウ

ンロードを行った場合、まさしく他人の番号を用いて新たに電子的な商品を購入する契約を締結しているといえ、「類型甲」に該当することになる。このとき、対価の支払いを求められるコンテンツであれば、クレジットカード等の登録や請求書の送付先を登録することになり、これができなければ契約を締結することができなくなる点に、「類型甲」の要素が見受けられるであろう。

(7) インターネットオークション⁽⁴⁸⁾

先にあげたB G H二〇一一年五月一日判決の事例においては、eBayのアカウントを有する者(Y)ではなく、その婚約者(A、後の夫)がYの同意なくYのアカウントを利用して出品したものであった。⁽⁴⁹⁾この事案のように、インターネットオークションにおいても、他人の番号を用いたなりすましが行われ得る。そして、このときの「番号」は、既に存在している契約関係を基にして本人かどうかを確認するために用いられるのではなく(サーバーを管理している運営元との関係ではこの限りではない)、新たに売買契約を締結しようとしている相手方に対して用いられるものである。相手方は、当然アカウントの取引歴や評価を踏まえてそこから推定される人物を契約相手として判断することになり、「類型甲」として用いられることが明らかである。

2 類型化による「番号」の法的位置づけの明確化

(1) 以上のHanauが列挙していた「他人の番号の下での行為」については、上記のように類型化が可能であると考えられる。そして、このような類型化によって、「番号」がどのような機能を有するかについて明確化することが

できる。

先に「類型乙」について述べると、「類型乙」では既に契約関係が存在していることが明らかであり、このときの「番号」は、かかる既存の契約に基づいて特定の人物に割り当てられているものである。「類型乙」における「番号」は、キャッシュカードを使用している者が、既存の契約締結時に契約当事者として扱われた者と同一人物であるかの判断に用いられており、契約当事者の確定は既に行われているわけである。そして、キャッシュカードによる現金の引き下ろしの場合には、金融機関の債務の履行にあたり、「他人の番号」が用いられたことは、我が国の法体系では民法四七八条の善意無過失の評価根拠事実として機能する。つまり、「類型乙」は広義のなりすましではあるものの、既に確定している契約当事者との同一性判断に「番号」が用いられており、それ以上「番号」は契約当事者の確定には利用されないのである。また法的構成についても、Hanau が検討するドイツ法と異なり、我が国の法体系上は民法四七八条の適用場面とすべきである。

もつとも、「類型乙」に分類される契約類型が、常に民法四七八条が問題となるわけではなく、例えば前述の他人のIPアドレスを利用してインターネットを利用する場合には、民法四七八条の適用場面ではない。

- (2) 他方で、「類型甲」として分類した事例では、既存の契約関係はなく、一方当事者が既に認識している相手方と番号の使用者が同一人物であるかの判断には用いられていない。むしろ「類型甲」の場合には、「番号」を示すことによって、契約主体となる人物の人格を示そうとしており、「番号」を示された側は新たに契約関係を締結する際に誰が契約当事者となるかの判断に「番号」を用いている。このとき、「番号」はただの数字の羅列ではなく、一定の情報が付加されていることがある。例えばインターネットオークションの場合には多くの場合アカウントの

評価システムが存在し、「番号」を示された側はこれを確認することができる。

このように、「番号」が用いられるときは、契約当事者との同一性照会のために用いられる場合（類型乙）と契約を締結する相手方が誰であるのかの判断のために用いられる場合（類型甲）とが存在するといえよう。「類型乙」の「番号」は、このような性質から、むしろ金融機関等の一方当事者から「番号」の保有者になるものへと割り振られる（与えられる）ものである⁵⁰。他方で、「類型甲」の「番号」は、契約を締結しようとする者が事前に契約主体の人格を表示するものとして用意しているものであり、相手方は「番号」の作成には関与していない。

この類型化の結果、「類型甲」に代理法理の適用を検討するうえでは、前提として契約当事者の確定が検討されるべきである。

3 小括

以上のことから、ここからは「類型甲」にあたる「番号」を念頭に置き、検討を進める。そして、類型化のみでは不十分であると考えられるのが、果たしてどのような情報が「番号」に付加されれば「他人の番号」を「他人の名」と同様に扱うことができるかである。この点について、旧稿では当事者を確定させる基準として、「相手方の認識可能な意思」を基準とすべきとした⁵¹。この「相手方の認識可能な意思」を基準とした場合、英数字の羅列である「番号」のみでは、「番号」に特定の人物の人格が表れておらず、相手方からは誰の意思であるのが認識できないといえる。相手方から誰の意思であるのが特定できる程度に「番号」に一定の情報が付加されることないしは「番号」が意味づけされることが必要となろう。そして、「他人の名の下での行為」の事例を考えると、相手方は表示された

「他人の番号の下での行為」の類型化と契約当事者の確定（田中）

「他人の名」に基づいて誰の意思であるのかを特定しているものであるが、この「名」についても英数字の羅列である「番号」と同じ問題が内在している。すなわち、同姓同名の可能性などを踏まえると純粹な文字列としての「名」だけでは誰の意思であるかの特定は実は困難であり得、「名」にも本人の外見や住所といった情報が付随することによって誰の意思かが特定できるといえるであろう。そのため、「番号」にどのような情報が付加されることが求められるかは、取引において「名」にどのような情報が付加されているか、それによって有する機能を明らかにすることが必要と考えられる。

またここで本稿の問題意識に立ち返ると、「他人の番号の下での行為」に「他人の名の下での行為」と同様に代理法理を類推適用するうえで契約当事者の確定が必要ということである。ここから、「番号」と「名」が共に契約当事者の確定を可能とするような法的に同様の機能を有する必要がある、この点からしてもこの検討が必要であるというものである。

そこで、以下ではまず「名」の機能を明らかにし、それと「番号」を比較することによって検討を進めたい。

Ⅲ 氏名の性質

1 氏名と氏名権

(1) 検討対象

「他人の名の下での行為」における「名」ないしは氏名については、主として人格権の一類型としての氏名権につ

いて論じられたものや氏の変更について論じられたものが多いが、人格権としての氏名権と併せて氏名が取引においてどのような機能を有するかを検討した文献も一定程度存在する。⁵²⁾⁵³⁾

従来は、氏名に関しては、氏名の冒用や氏名を正確な発音で呼ばれる権利について論じられることが多かったが、これらはまさしく人格権的な側面からの議論であり、相手方にどのように認識されるかではなく、氏名を持つ者の権利として構成されているものである。

他方で、今回の検討対象とするのは、氏名の権利性ではなく、氏名が取引関係においてどのような機能を有するかである。

また条文上の位置づけについても、日本の民法上には氏名に関する規定が一定数存在するが、これらは婚姻や離婚に際する氏の変更についてのものであり、取引の場面を想定しての規定ではない。これに対して、ドイツ法に目を向けると、BGB一二条が「氏名権 *Namensrecht*」を定めており、これをテーマとした文献も複数存在している。もちろん、BGB一二条が規定している氏名権は、日本法における人格権としての氏名権に近いものであり、他人が氏名を冒用した際に差止請求や損害賠償請求を認めるものである。

そのためドイツにおいても、取引における機能を論じたものは多くはないが、それでも体系的に論じられる中で取引に際しての機能についての言及も一定程度なされている。

このように日本法ドイツ法のいずれも限定的な言及に限られていることから、以下では、日本法とドイツ法の双方から必要な点を補いつつ参照したい。

(2) 氏名と「他人の名」

まず氏名の取引上の機能を検討するにあたって、留意しなければならない視点と考えられるのが「他人の名の下での行為」における「名」がどのような氏名を表示することを求めているかである。すなわち氏名としては、ある人物の本名のほか、一時的な偽名、芸能人や作家らが継続的に使用している芸名・ペンネーム等の変名(Pseudonym)⁵⁴が考えられる。そのうえ、本名の場合にも相手方が既に知っている人物の本名の場合と相手方にとって未知の人物の本名の場合とで意味合いが異なる可能性がある。このように氏名には本名以外に偽名も存在し得るのであるが、「他人の名」として本名以外の氏名が含まれるのか、本名であれば常に同様の扱いとなるのかを念頭に置きつつ検討を進めたい。

本稿の目的は「他人の番号の下での行為」と「他人の名の下での行為」とを同列に扱う上で、どのような「番号」であれば「名」と同等に扱うことができるかを検討することである。そのための鍵として氏名の機能に着目して検討するのであるが、氏名の機能を明らかにした後「名」として扱われる氏名をいわば抽出して、その抽出された氏名と同様に扱われる「番号」を探求しなければならないといえよう。

2 氏名の機能

(1) 個別化する機能と分類する機能

取引関係における氏名の機能として、契約の当事者を特定することが含まれることは、一見明確であるように思われるが、それがどのような仕組みに基づいているのかは必ずしも明らかではない。そこで、ここでは氏名の機能につ

いてどのように考えられてきたのかを確認したい。

氏名は、外部的な他の人格と区別するための人格的な特徴であり、特定の人格を具体的に表すものとされている。⁽⁵⁵⁾ ここで重要なのは、他の人格と区別された人格を表すことであり、法的な文脈で考えれば法的主体となりうる人格を示すことに意義があるといえようか。また氏名の最も基本的な構成要素は姓名であるが、法取引においては名(ファーストネーム)の重要性は姓よりも劣後すると思われるが、両方合わせて使用されるのが好ましいとされる。⁽⁵⁶⁾ これは氏名が人格を表すものである以上、同姓や同名の人物がいることを踏まえると姓のみあるいは名のみよりも組み合わせる情報量を増やしたほうが特定の人格を表すことができることを示している。

この氏名の基本的な機能としては、先にあげた他の人格との区別ために使用されることを指すと考えられる、ある集団の他の構成員との区別をし、個別化するための機能⁽⁵⁷⁾と、逆にある集団の構成員に分類するために用いられる機能とがあると指摘されている。⁽⁵⁸⁾ 後者の機能は具体的には、性別を示す名、家族のような集団への所属、集団の身分(貴族名)等が例として挙げられている。

個別化する機能については、先に述べたように姓名が一緒に使用される方が人格を表しているといえるであろうが、姓のみあるいは名のみで通用する場合もあれば、コミュニティの中ではニックネームや愛称によっても当該人物の人格を表すことができる⁽⁵⁹⁾とされる。すなわち、氏名が特定の人格を表す機能は、相手方が当該人物を既知であるか否かやどのようなコミュニティで使用されるかによって相対的に判断されることになり、コミュニティにおいてそれが承認されているのであれば必ずしも本名でなくてもよいことになる。

他方で、分類する機能については既にその機能が失われている側面も指摘されており、例えばドイツで Müller 姓

の人は今日では製粉所 (MILL) を営んでいない⁽⁶⁰⁾。むしろ氏名に代わって、氏名の要素ではない特徴を使って分類がなされることが多々生じており、それは学位・称号・位階、職階上の名称・職業上の名称 (裁判官、弁護士、公証人など) が該当する⁽⁶¹⁾。このことから、分類する機能についても氏名だけではなく、肩書といった付加された情報によって分類がなされることがあるとかがわられる。

ここで契約当事者の確定という観点からは、これらの氏名の機能のうち、重要視されるべきは他の人格と区別するために用いられる個別化する機能である。

そしてこの個別化する機能に関連すると考えられるものとして、さらに「社会的信用形成・蓄積機能」というものが指摘されている⁽⁶²⁾。この機能の説明として「人が氏名を使用し続けると、その人の諸活動を介して、程度の差はあっても、社会的に信用を得るものである」としているが、これは個別化された人格の信頼形成にあたるもので、いわば個別化する機能を基礎として成立し得るといえるであろう。

このように氏名は単なる文字列ではなく、他の人格との区別を可能とする仕組みが認められている。しかし同姓同名の人がいることを踏まえると、文字列としての氏名だけでは他の人格との完全な区別は困難であり、まったく同一の氏名とすることが可能である⁽⁶³⁾以上、住所等の情報が付加されてようやく個別化がなされ得る⁽⁶⁴⁾。社会的信頼形成・蓄積機能は、このように氏名に他の情報が付加されて個別化されたことを前提として、個別化された当該人格に評価が蓄積されているといえる。このことからすれば、この個別化する機能については、文字列としての氏名に他の情報が付加され、これらを一体としたものに成立しているのではなからうか⁽⁶⁵⁾。先に述べたように、分類する機能の観点では、氏名以外の情報を用いて分類されていることが指摘されているが、このことが個別化する機能においても生じて

おり、氏名以外の情報を用いて個別化がされているといえるのではなからうか。

このような事象は、いくつかの対面取引においても表れている。すなわち、ホテルでの宿泊に際しては、当然氏名も提示するが、それ以外に部屋番号や時には服装などによつても契約相手を特定している。これがお忍びで偽名を用いて宿泊がなされた場合には、氏名そのものは必ずしも重視されておらず、付加された情報（部屋番号・服装等）により特定していることがより顕著であると思われる⁶⁶。

このように考えると、氏名の個別化する機能は、必ずしも氏名のみが存在するものではなく、氏名とそれに付加された情報に一体として存在するものであるといえるであろう。そして氏名が重要視されていない類型では、殊更付加された情報のみで個別化が図られているといえる。いわば、氏名の個別化する機能の重点が、付加された情報に移動しているともいえるのではなからうか。

このように、氏名とその機能については、むしろ氏名以外の住所等の付加情報こそが重要であるともいえることを踏まえると、必ずしも氏名のみが当該人物の人格を表すものであるとする必要はないことがうかがわれる。

(2) 偽名の使用と「他人の名」

これを裏付けるため、偽名の場合についてより検討を行いたい。先の例で使用した偽名は、ホテルに一定期間宿泊するために用いられた一時的な偽名を想定していたが、偽名にはそのような一時的な偽名から、芸能人・作家のペンネームや芸名のように継続的に使用される偽名も存在する。このある程度継続的に使用されている偽名も後から設定されたものであり、当該人物が任意に設定できる文字列であることからすれば、「番号」にも類似した性質があるか

らである。事実ときには、ハンドルネームのように、「名」なのか「番号」なのか明確に区別ができない場合もあり得よう。

そのため、氏名の個別化する機能、それを前提とした蓄積機能を踏まえ、偽名の場合にそれが「他人の名」となりうるのかを検討し、そのうえで「他人の名」となりうる偽名が「番号」に置き換えられるのかを検討する。

氏名の個別化する機能・蓄積機能及び一時的な偽名の場合について簡単に述べたが、お忍びでホテルに宿泊する際の一時的な偽名の場合に、偶然同姓同名の人物が存在していたとき、「他人の名」を示したことになるであろうか。結論としては、氏名の個別化する機能が働いておらず、「他人の名」を示して人格の同一性を偽ったとはいえないであろう。それはこのような場合には、偽名を使用した本人は自身が宿泊し支払いも行うことから、人格の同一性を偽ることによるなりすましをしているわけではなく、かつホテル側も偽名と同姓同名の人物ではなく、実際に宿泊した人物を氏名以外の付加情報で認識し、契約相手と考えており、人格の齟齬が生じておらず、自己行為といえるためである。⁶⁸ ホテル側が氏名(偽名) そのものに関心を示していないことになる。このような事例では、広い意味ではなりすましといえるかもしれないが、「他人の名の下での行為」に該当する意味でのなりすましとは言い難い。

では、偽名を用いた場合に「他人の名」として扱われる場合はどのような場合であろうか。まずそもそも「他人の名」を示したといえるためには、人格の同一性を誤らせるために他の人物の氏名を示すことが必要であるが、このとき契約相手が別の人格を想起することが必要である。⁶⁹

そしてペンネームや芸名のように継続的に使用される偽名の場合には、その偽名の使用が許される領域で、繰り返し使用されることによって暗黙に承認されれば氏名と同一であるとされる。⁷⁰ これは、先の氏名の機能を踏まえると、

継続的な使用によりその偽名を用いて特定の人格を表すことができる程度に承認され、人格を個別化する機能を有するまでに至れば、氏名と同一に扱うことができるといえよう。そして、蓄積機能によってその偽名が指す人物の社会的信用が向上し、「他人の名の下での行為」に該当する意味でのなりすましを招くことにもなる。

このようにして、偽名とはいえ、継続的な使用により特定の人格を表すようになれば、まったくの別人がその偽名を使用したとき、契約相手が別の人格を想起することで人格の同一性を偽ることになり、偽名を示すことが「他人の名」を示すこととなるといえる。「他人の名」を示すことは、本名に限らず、他人の人格を偽名によって表すことも含むものであるといえる。⁴¹⁾

以上のことから、偽名をもって「他人の名」とするには、偽名が個別化する機能を有する程度に長く使用され、特定の人格を表す程度に使い慣らされなければならないであろう。偽名でホテルに宿泊する場合のような一時的な偽名では、個別化する機能を有するとはいえず、「他人の名」を示したことにはならない。

3 「他人の番号」と「他人の名」

では、これまでの検討を踏まえ、「番号」を示すことに「名」を示すのと同等といえるであろうか。

「番号」の場合にも、偽名と同様にさらに二つの類型にて検討する必要があると考えられる。すなわち、お忍びでホテルに宿泊する際に使用される偽名のように、一時的に使用される「番号」と継続的に使用される「番号」である。この区分については、当初から一回しか使わない場合（一回しか使わない予定の通販サイトでフリーのメールアドレスを入力して購入する場合が想定されようか）だけでなく、eBay や amazon のような頻繁に使う予定のサイトに登録したばか

りでいまだ取引履歴が一切ないアカウントについて前者と後者のいずれに分類すべきかも重要となろう。

先の偽名での議論を踏まえると、「名」と同等に扱うには、当該偽名が他の人格と区分して特定の人格を表す程度にまで承認されていることが必要となる。したがって、一時的に使用される「番号」の場合のうち、相手方に示されるのがアカウントのIDのみのような場合には、その「番号」であるIDだけでは何ら特定の人格を表しているとはいえず、「名」を示したのと同様に相手方の認識を想起させるとはいえない。もともと、IDの他に、他人の住所や支払い情報といった情報を含めて提示している場合には、付加された情報によって特定の人格を表しているといえ、この場合には「他人の名」と同様に扱われることになろう。⁽⁷²⁾

他方で、既に一定の期間取引実績がある場合には、上記とは異なる考慮が必要となる。現在のフリーマーケットサイト、通販サイト、オークションサイトなどでは、利用者がより良い取引相手を探すことができるようにするため、多くの場合過去に取引を行った相手から星による評価付けがなされており、この星の評価平均が高いほど、数が多いほど信頼できる取引相手と考えることができる。⁽⁷³⁾ ある程度の期間取引が行われていたアカウントでは、星の評価によつて他のアカウントと区別することができ、他の人格と区別して特定の人格を表すことができるようになり、個別化する機能を有するといえよう。特に、星による評価が取引相手の契約主体としての信頼に関わる以上、蓄積機能も認めることができるが、蓄積機能を認める前提として個別化する機能は備わっていると考えるべきであろう。

氏名の個別化する機能について、付加された情報に重点が移動し得ることを踏まえれば、必ずしも「名」ではなく「番号」に置き換えられたとしても付加された情報（ここでは星による評価を含む）によつて個別化する機能を認めることができるとの整理になる。ほか、星による評価のような付加された情報がない場合であっても、特定の取引相手と

継続して取引を行っていた場合にはその二者間では取引履歴が積み重なっており、「番号」によって人格を表すことができるようになることもあるであろう。

他方で、eBay や amazon のような頻繁に使う予定のサイトでも登録したばかりでいまだ取引履歴が一切ないアカウントはさらに検討が必要であろう。このアカウントは、いずれ取引実績を積むことによって特定の人格を表すようになるといえるが、初めて登録した時点で果たしてそのような個別化する機能を有しているといえるかである。結論として、例えば住所のような他の情報が付加されて表示されていれば別であるが、一般的にオークションサイトなどではそこまでの情報は開示されておらず、⁷⁴アカウントすなわち「番号」のみが提示されている場合には、特定の人格を表しているとはとてもいえない。そのため、「名」を示した場合と同様の扱いをすることはできないであろう。仮に作成されたばかりのアカウントが何らかの理由によりアカウント保有者と異なる行為者が使用した場合には、当該アカウントが保有者を示していることにならず、行為者の自己行為となる可能性が存在する。

ただし、ここで留意しなければならないのは、パスワードによるアカウント管理との関係である。通常オークションサイト等のアカウントは、IDとパスワードの組み合わせによってログインすることが可能であり、パスワードはアカウント保有者が秘匿して保持していることが期待されているのであるから、例えば登録したばかりのアカウントであってもパスワードの管理者は一人に絞られることになるはずである。そう考えれば、たとえ登録したばかりのアカウントであってもパスワードの管理者と紐づけることによって個別化することができ、特定の人格を表しているといえるのではないかと考えられるのである。つまり相手方が「操作しているのはパスワードを知っているアカウント保有者である」と認識し得ることから、付加された情報がなくてもアカウント保有者の人格を表示したことになる

かである。しかし、このような考え方は妥当ではない。それは、あくまでも本稿の検討内容は、「他人の番号」を示した場合と「他人の名」を示した場合とで同様に扱うことができるか、であるため、「他人の名」を示した場合と同様の仕組みで相手方の認識可能な意思と判断されなければならないからである。「他人の名」を示したといえるためには、その「名」及び付加された情報に基づいて相手方が特定の人格を想起できなければならないが、これはその「名」の人物が例えば戸籍などで紐づけできることから人格を想起するわけではない。あくまでも相手方に示された情報に基づいて相手方が特定の人格を想起できる必要がある、パスワードのようなシステム上の紐づけを根拠に人格を想起しているわけではないのである。また、例えば、そのようなアカウントの設定に詳しくない人物が設定を別の人物に依頼し、その別の人物がパスワードなどを設定し管理もしていた場合に、パスワードの管理を行う者とアカウント及び付加された情報が示す人格が分離することになり、いずれの人格をそのアカウントが示しているのかはわからないであろう。

もつとも、パスワードによるアカウント管理がなされていること自体が特定の人格を表すことにはつながらないが、パスワードによるアカウント管理は、アカウントが示している特定の人格の持ち主自身がアカウントを操作していることを強く裏付けることになる。パスワードはアカウントを利用して者が管理し、秘匿することが期待されており、これによってアカウントを操作しているのは、アカウントが示している特定の人格の持ち主自身であることを相手方は認識できることになる。⁽⁷⁵⁾ 仮に、パスワードによる管理がなされず、第三者であってもアカウントにログインが可能であることが相手方にとっても認識できていた場合、アカウントを使用している者が複数人存在することとなり、もはや特定の人格を表すものではないといえよう。

そのため、相手方が既に知っている情報も含め、アカウント上の情報から認識できる人格の同一性を偽る必要があり、単にパスワードを管理している人物と紐づけできることは「名」を示したことと同様には扱うことができず、あくまでも他と区別可能な人格を表示していることが必要となろう。このことから、他人が設定したアカウントを利用した場合に、それがそのアカウントで初めての取引であれば、そもそもなりすましとしない可能性がありよう。

IV 「番号」と「名」を法的に同一視し、類推適用が可能か。

以上の検討から、Hanau が列挙する「番号」について、そもそも契約当事者の確定として用いられるもの（類型甲）と、既に契約当事者が確定している契約の当事者と同一であるかの同定に用いられるもの（類型乙）とがあることが分かった。そして前者の類型甲では、「番号」が契約当事者の確定に用いられているとはいえ、「番号」のみでは必ずしも特定人の人格を表しているものとはいえず、付加された情報等によって人格を表しているといえるものであった。他方で、「名」を示すことについては、必ずしも本名である必要はなく、偽名であったとしてもそれが継続的に使用され、承認されることによって「名」に該当することになる。

従って、たとえ偽名であったとしてもそれが承認され特定人の人格を表すことができれば「他人の名」として扱うことができる以上、偽名が「番号」の形で現れたとしてもその「他人の番号」が特定人の人格を表すような社会的承認が認められれば、他人の番号を示すことによって人格の同一性を偽ることになり、「他人の名」を示したことと同様の認識を相手方に想起させることになるといえる。

そして、この相手方に別の人格を想起させることを契約当事者の確定という観点から見れば、「他人の番号」を示した場合には、「相手方から認識可能な意思」は、当該「他人」の意思であるといえ、「番号」の保有者を契約当事者として確定すべきということになる。そうすることによって、「番号」の保有者と行為者との人格が異なることになり、「他人の名の下での行為」と同じ当事者関係が生じることによって、代理法理の類推適用を行う上での前提条件が認められることになる。

「他人の名」と同様に扱うことができるのは、類型甲に該当する「番号」でかつ、特定の人格を表していると相手方が認識可能な「番号」に限られると考えるべきであろう。

反対にオークションサイトや通販サイトでのアカウントはこの最も典型的な例であるが、登録したばかりのアカウント等は、アカウント設定者と行為者が異なることもあるうえに、そもそもアカウントがまだ成熟しておらず特定の人格を表しているとは言えないため「他人の名」を示した場合と同様の認識を想起することにはならないと考えられる。

したがって、Hanau がその可能性を指摘する「他人の番号の下での行為」に「他人の番号の下での行為」の法理を類推適用するにあたっては、まず当事者を「番号」の保有者に確定する必要がある、「他人の番号の下での行為」の類型を限定して類推適用を検討することになる。

V 結語

1 まとめ

本稿の目的は、「他人の番号の下での行為」について、代理法理を類推適用するにあたって、当事者確定の観点から果たして「他人の番号」を示したことによって「他人の名」を示した場合と同様の当事者関係が生じるのか、言い換えれば、「他人の名」を示した場合に相手方がその他人を当事者と認識するようなことが「他人の番号」を示したときにも生じうるのか、そしてその場合に「番号」の保有者を契約当事者として検討をスタートすることができるかを明らかにすることである。これは、この分野の先駆者である Hanau が「他人の番号の下での行為」に「他人の名の下での行為」の法理を類推適用できることを論じているのに対して、当事者の確定の観点から対象とできる「番号」をより限定すべきではないかとの問題意識に基づくものであった。

著者は電子商取引については、契約当事者をアカウント保有者とすることによって代理法理を類推適用する可能性を認めているものであるが、本稿の検討により電子商取引以外の取引類型であってもこのように一定の条件を満たした「番号」であればその番号の保有者を契約当事者とすることができるとはならないか。これによつて、「他人の名の下での行為」と同様の当事者関係が生じる「他人の番号の下での行為」を限定することができ、それぞれの当事者関係に応じた検討が今後できるようになったと考えられる。

本稿での検討は、「他人の番号の下での行為」についての類型化と一部類型の「他人の名の下での行為」との近接性を明らかにしたものであり、今後の「他人の番号の下での行為」を検討していくにあたってのスタートラインを明

確にできたのであれば幸いである。

2 残された課題

旧稿で、電子商取引において契約当事者をアカウント保有者とすることで代理法理の類推適用の可能性を肯定し、本稿では、「他人の番号の下での行為」を類型化し、より一般的に代理法理が適用できる当事者関係を認めることができる類型を明らかにした。

もつとも、電子商取引において代理法理の適用を肯定できるとしても、「他人の名の下での行為」の概念は、例えばドイツ法における外見代理や認容代理を含むものであり、「他人の名の下での行為」が我が国でも妥当するかは慎重になるべきである。ほか、Hanau はわが国では民法四七八条が適用される事例についても、代理法理の類推適用を念頭にしていると考えられ、「他人の名の下での行為」の適用対象となる事例の範囲も異なりうるであろう。「他人の名の下での行為」一般がわが国で受け入れられるかを検討するよりも、個々の事例や制度を検討し、その限界を見極めながらその妥当性を検討するべきではないかと考えている。また、そもそも「他人の名の下での行為」についても「偽名の名の下での行為 Handeln unter falschem Namen」と併せて、「不正確な名の下での行為 Handeln unter unrichtigem Namen」の下位事例 (Untertall) とする見解も存在し、概念自体に争いがある。同様に我が国における署名代理もまた、議論が十分になされていない分野であり、署名代理をどのように考えるべきか明らかにする必要もある。

他方で、電子商取引の事例に目を向けると、代理法理の適用を肯定するとしても、本人にあたる「番号」の保有者

に例えば表見代理の責任を負わせるにあたって、民法一〇九条と民法一一〇条のいずれが妥当なのか、保有者の関与としてパスワードの意識的な交付が必要なのか、不十分な管理で十分なのか等について検討が必要となる。今回検討した「他人の名」と「他人の番号」との比較の観点からは、氏名の使用許可は可能であるが、アカウントの譲渡のようには氏名そのものを譲渡することは不可能であり、このような差異が影響するかも興味が湧くところである。今回の検討で、「他人の番号の下での行為」について契約当事者の確定を検討したことを足掛かりとしてこれらの検討につなげ、今後より体系的な検討を行いたい。

注

- (1) 白井豊『電子取引時代のなりすましと「同一性」外観責任』（法律文化社、二〇一八）一六頁以下に電子（商）取引におけるリスクについて述べられている。ほか、Max U Hanau, *Handeln unter fremder Nummer*, 2004, S.6.
- (2) Max U Hanau, a.o. (Fn.1), S.1ff
- (3) 「他人の名の下にする行為」とする訳もある。また、この概念は学説によって異なっており、ドイツの学説ごとの相違については小橋一郎「他人の名の下にする行為」民商三六卷四号（一九五八）四頁以下、伊藤進『代理法理の探求——「代理」行動様式の現代的深化のために』（日本評論社、二〇一一）四七五頁以下、Manfred Geusen, *Das Handeln unter fremdem Namen im Zivilrecht*, 1966, S.1ffに詳しい。また清水千尋「他人の名の下にする行為」に関する一考察」上智法学論集二二巻二一・三号合併号（一九七七）一〇四頁以下でも紹介されている。
- (4) 日本法における署名代理の事例に類似する。
- (5) Max U Hanau, a.o. (Fn.1), S.6ff.
- (6) BGH二〇一一年五月二一日判決（VIP-Lounge 事件判決）（BGHZ 189,346）は、このような他人のIDを使用したな

「他人の番号の下での行為」の類型化と契約当事者の確定（田中）

のすまじの事例であった。

- (7) Max U Hanau,a.a.O.(Fn.1),S.14ff.
- (8) Niko Härting/Michael Strubel,BB-Kommentar zu BGH,Urteil v.11.5.2011, BB 2011,S.2189;Michael Stöber,Die analoge Anwendung der § S 171,172BGB am Beispiel der unbefugten Benutzung fremder Internet-oder Telekommunikationszugänge,JR Heft6,S.228f.; Jürgen Oechsler,Die Bedeutung des § 172 Abs.1BGB beim Handeln unter fremdem Namen im Internet,AcP 2008,S.568; Georg Borges,Rechtsscheinhaltung im Internet,NJW 2011,S.2402f. 及び 2403f.の見解は必ずしも「他人の番号の下での行為」という概念を用いているわけではない。この点を指摘する我が国の文献として白井・前掲注(一)七二頁。このほか、従来の権利外観とは異なる独自の権利外観として扱うべきとする見解として Florian Faust,BGB AT:Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos, Jus 2011,S.1028; Carsten Herresthal,Anmerkung zu BGH, Urteil v.11.5.2011,JZ 2011,S.1172; Michael Sonntag,Vertragliche Haftung bei Handeln unter Fremdem Namen im Internet,WM Heft 34,2012,S.1616; Ronny Hauck,Handeln unter fremdem Namen,Jus 2011,S.969.
- (9) Michael Sonntag,a.a.O.(Fn.8),S.1617; Florian Faust,a.a.O.(Fn.8),S.1029. Georg Borges,a.a.O.(Fn.8),S.2402f.
- (10) Max U Hanau,a.a.O.(Fn.1),S.8f.
- (11) 拙稿「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—」日本法学八八巻三号 (二〇二二) 三〇一頁以下。
- (12) Max U Hanau,a.a.O.(Fn.1),S.1.
- (13) 拙稿・前掲注(11)三二六頁以下。他方で、Max U Hanau,a.a.O.(Fn.1),S.15f.によれば、Hanau も一般的にこの視点が重要であると指摘しつつも、契約相手の意思が問題となる場合には、むしろ解釈上行為者が認識できる事情を考慮の上契約相手を手どう理解することが許されていたかが重要であるとする。
- (14) 拙稿・前掲注(11)三二九頁以下、特に三三三頁三四頁。ここでは、「相手方の認識可能な意思」に基づいて契約当事者を判断すべきとし、実際にアカウントを操作している行為者ではなくアカウント保有者を契約当事者とした。

- (15) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.17.
- (16) 堀江亜以子「氏名」とパブリシティ権」山内惟介先生退職記念論文集、法学新法一二三卷五・六号（二〇一六）八一頁、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、二〇〇三）一四八頁以下、菅原崇「氏名権の侵害」竹田稔Ⅱ堀部政男編『新・裁判実務体系⑨…名譽・プライバシー保護関係訴訟法』（青林書房、二〇〇一）三〇三頁、田中通裕「氏名権の法理」民商法雑誌一二〇巻四・五号（一九九九）七〇二頁、二宮周平「氏名の自己決定権としての通称使用の権利」立命館法学二四一号（一九九五）一頁、大塚重夫「氏名権について―判例による氏名、芸名、団体名称の保護―」久留米大学法学一六・一七号（一九九三）九九頁、川井健「氏名権の侵害」伊藤正己編『現代損害賠償法講座②』（日本評論社、一九七二）二二三頁等。ほか関連して、命名権に関するものとして、長友昭「氏名権、親の命名権をめぐる比較法的考察―日本の実務と中国の指導案令八九号「北雁雲依」事件、中国民法典の人格権規定から―」拓殖大学論集・政治・経済・法律研究二三巻二号（二〇二一）一頁。
- (17) この観点を指摘しているものとして、升田純「氏名の名義貸しの法的な責任」中央ロー・ジャーナル五巻二号（二〇〇八）三三三頁等。
- (18) 氏については、民法七五〇条、七六七条、七九〇条等に規定が存在するが、それは氏の選択や変更などであり、異なる場面を想定している。
- (19) Anatol Dutta, Reform des deutschen Namensrechts, 2020, S.1ff.; Bernhard Raschauer, Namensrecht : eine systematische Darstellung des geltenden österreichischen und des geltenden deutschen Rechts, 1978, S.1ff.; Wolfgang Siebert, Persönlichkeitsrecht Namenrecht · Zeichenrecht, 1959, S.1ff 等。ほか、我が国の文献においてこれを紹介するものとして富田哲「西ドイツにおける氏の規制(1)(2)(3)」名古屋大学法政論集一〇六号（一九八五）三二七頁以下、一〇八号（一九八五）二〇九頁以下、一一一号（一九八六）四八七頁以下や広渡清吾『ドイツ法研究 歴史・現状・比較』三四五頁以下、茶園成樹「商標法四条一項八号による人格的利益の保護―氏名権を中心に―」パテント二〇一四、六七巻四号（二〇一四）四一頁以下等が存在する。

- (20) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.6ff.
- (21) 単純なパスワードと異なり、暗証番号に加えてカード等の端末が必要となる。
- (22) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.1.
- (23) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.1f.
- (24) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.14.
- (25) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.17ff.
- (26) 「他人の名の下での行為」では、行為者とは別の人格とされる程度に情報が示されている必要であり、本人を直接特定できず、行為者が示した偽名が行為者自身を指すものとして扱われる時には、「他人の名の下での行為」とは扱われない。この点について Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.14f 参照。また Hanau も当然これを前提として論じており、Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.19f 参照。
- (27) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.17ff.
- (28) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.18f
- (29) 川地宏行「偽造・盗難キャッシュカードによる預金の不正引出と責任分担」専修大学法学研究所紀要二七号『民事法の諸問題Ⅻ』(二〇〇六) 五頁以下。
- (30) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.18f.
- (31) 最判平成一五年四月八日(民集五七卷四号三三七頁)等。
- (32) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.17ff.
- (33) BGB三七〇条に受取証書の持参人に対する給付の規定は存在するが、これはBGB三六八条の受取証書を受けての規定であり、我が国の民法四七八条ほど広い適用範囲ではない。高頭宏伸「弁済供託に関する理論構成の試み(その3)」中央学院大学論叢四卷二号(一九六九)一〇七頁参照。
- (34) 預金払戻の法的構成は本稿の検討対象ではないが、川地・前掲注(30)九頁以下によれば、我が国では「預金債務の弁済」

とするのに対して、ドイツでは預金者が現金引出を指図し、これを受けて現金の払戻し事務処理が行われ、払戻金額と同額の事務処理に要した費用の償還請求権が生じ、口座から払戻金額が引き落とされることになる。そのため、法が適用される前提の法律構成自体が異なっている。

- (35) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.6ff.
- (36) ここでの名義は、クレジットカード番号や有効期限とともに入力することによって、真正に発行されたものであるかどうかの判断に用いられている。
- (37) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.6.
- (38) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.7.
- (39) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.7.
- (40) 川地・前掲注(30)五頁によれば、我が国のキャッシュカードと基本的な仕組みは同様であるとされる。
- (41) 田中誠二『新版銀行取引法 四全訂版』（経済法令研究会，一九九〇）八〇頁等。
- (42) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.8.
- (43) 川地宏行「カード型電子マネーの不正使用と責任分担」三重大学法経論叢一六卷二号（一九九九年）二九頁以下。
- (44) 例えば、東京高判平成二九年一月一日（判時二三五六号一二二頁）は、登録型の電子マネーが利用された事案であった。
- (45) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.8f.
- (46) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.8f. 以下、Hanau は無料で住む代わりに家事を手伝う少女 (Mädchen) が電話で密かにアメリカに電話した場合を例示している。
- (47) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.9.
- (48) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.9f.
- (49) 判例の事案に関しては、白井・前掲注(1)一三八頁以下や拙稿・前掲注(11)三一〇頁以下も参照のこと。
- (50) この点、インターネット上で商品を購入する場合にはユーザー登録が必要であることも多いが、「番号」保有者が自身の

希望するIDを申請することができるとも多い。しかし同一のIDが既に存在する場合には、ウェブサイトの管理者側に拒否されることになり、いわばユーザーからの「番号」の申請をウェブサイトの管理者側が許可しているともいえる。

- (51) 拙稿・前掲注(11)三二九頁以下。
- (52) 唄孝一『氏の変更』家族法著作選集第二巻、日本評論社、一九九二年三〇二頁等。
- (53) 上机美穂「氏名とプライバシー―氏名の法的性質とその保護―」札幌法学二二巻二号(二〇一一)一四四頁は、「氏名には、識別の機能としての側面と、個人の人格を構成する側面とが存在する」として、両側面を指摘している。升田・前掲注(18)三四頁。
- (54) Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.6. 清瀬信次郎「氏名権論」亜細亞法学一卷一号(一九六六)一一八頁。
- (55) Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.4. また木棚照一「氏名をめぐる傷害的諸問題」戸籍時報七一四号(二〇一四)六三頁は、「氏名は、言語で表現された人の呼称であり、人の同一性を表示する機能を有する」とし、清瀬・前掲注(55)一〇〇頁は、「氏名は氏名帯有者に専属し、人の人格を表示し、他の人の人格と識別するために用いる文字標章である」とする。
- (56) Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.5.
- (57) 升田・前掲注(18)三三頁は「氏名による人の識別特定機能」としており、また最判昭和六三年二月一六日民集四二巻二号二七頁NHK日本語読み事件において、最高裁も「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有する」としており、同様の視点である。また商標登録の要件に関するものであるが、商標法三条一項四号では識別力を欠くものとして「ありふれた氏又は名称を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」を挙げていることも注目される。また、田中・前掲注(17)七四一頁は、さらに踏み込んで、氏名の他人から識別する機能に対する侵害が「個人の他人から正しく識別される利益を侵害するものである」とし、識別されることを利益として構成している。
- (58) Anatol Dutta, a.a.O. (Fn.20), S.8ff. これらの氏名の機能は潜在的には矛盾しているとも指摘されているが、これは個別化することと集団に分類することが逆方向の働きを持つためと考えられる。清瀬・前掲注(55)一〇〇頁は「氏は単に人の名称という以外に戸籍上の家族の名称とも言うべき身分的意味もあるものと解すべき」としており、これは分類機能としての氏の機能

を示していると考えられる。

- (59) Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.5. 茶園・前掲注(20)四一頁。
- (60) Anatol Dutta, a.a.O. (Fn.20), S.8.
- (61) Anatol Dutta, a.a.O. (Fn.20), S.8f. Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.8f.
- (62) 升田・前掲注(18)三四頁。清瀬・前掲注(55)一〇七頁も同様の指摘をする。
- (63) たまたま同姓同名となる場合もあれば、伝統芸能などでは襲名によって同一の氏名(芸名)となることもある。
- (64) Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.8f.
- (65) 升田・前掲注(18)三五頁は、「氏名等」としており、氏名以外の情報が用いられることを排除していないではないか。Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.8f は、氏名以外の職業・年齢・住所といった情報が不正確に申し出られた場合に、人格混同が生じれば「他人の名の下の行為」として扱われなければならないとする。Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.17f も同旨。
- (66) Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.15.
- (67) Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.14f.
- (68) Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.12.
- (69) Münchener/Schubert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. (2021), S. 164 Rn.150によれば、契約当事者は客観的な受け手の視点 (objektiven Empfängerhorizont) に基づいて判断されるべきであるとされており、Max U Hanau, a.a.O. (Fn.1), S.19ff によれば Hanau が同様の指摘をしている。なお、objektiven Empfängerhorizont
- (70) Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.5. また、清瀬・前掲注(55)一一九頁。ほか、通称名について判断したものであるが、東京地判平成五年一月一九日判タ八三五号五八頁は、「通称名であっても、個人がそれを一定期間専用し続けることによって当該個人を他人から識別し特定する機能を有するようになれば、人が個人として尊重される基礎となる法的保護の対象たる名称として、その個人の人格の象徴ともなりうる可能性を有する」としている。
- (71) Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.8は、第三者に権利のあるペンネームをペンネームとして使用する場合にも他人の名の下の

「他人の番号の下での行為」の類型化と契約当事者の確定(田中)

での行為が存在するとしている。

(72) Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.1によれば、真実の氏名に誤った人格的メルクマールが付加されることが誤った名の使用と同じ程度に行為者の人格を偽ることになるとしている。

(73) 拙稿・前掲注(11)三二九頁以下。

(74) もちろん、業者の場合には各情報が添付されていることがある。

(75) 拙稿・前掲注(11)三二二頁。前掲注(6)・BGH二〇一一年五月二一日判決 Rn.10参照。ほか、Jürgen Oechsler, Die Bedeutung des § 172 Abs.1 BGB beim Handeln unter fremdem Namen im Internet, AcP 2008, S.568; Georg Borges, Rechtscheinhaftung im Internet, NJW 2011, S.2402f は、パスワードによる保護によって、アカウントがその所有者を示していることを指摘している。

(76) 拙稿・前掲注(11)三三三頁以下。

(77) Manfred Geusen, a.a.O. (Fn.3), S.17.

近世イングランド土地法における土地移転方式

——バーゲン・アンド・セールとリース復帰権放棄——

西山 敏 夫

1. はじめに

一六一—一九世紀のイングランド土地法において、頻出するのが、バーゲン・アンド・セール (bargain and sale) である。バーゲン・アンド・セール (以下、B & Sと略す) といっても、土地の安売りではなく、中世イングランドにおいて独特の起源を持つ土地の移転方法である。この用語には、「代金債務の履行を伴う売買契約」の邦訳が当てられているが、単なる「売買契約」ではない。このB & Sは、不動産法の発展に重要な役割を果たした割には、その定義は必ずしも明らかでない。他方、不動産移転、セトルメントのケースには頻出するし、特に、一五三五年ユース法⁽²⁾以

降は注目すべき発展をし、一七一―一九世紀における不動産移転 (conveyance) においては、B & S にリースおよびその復帰権放棄 (lease and release) を付加したテクニカルな形式が一般的な不動産移転方式となっていたと伝えられている。そこで、本稿では、限られた資料に基づいてではあるが、このバーゲン・アンド・セールとそれが主に一七一―一九世紀のイングランド土地法において果たした役割を辿ってみたい。

2. 中世後期の不動産移転

まず、中世コモン・ローにおける土地移転 (conveyance)⁽³⁾ の代表的な方式は、公示封土譲渡 (feoffment) であった。これは、封建制に根差すものであり、土地を移転するには、当事者間の契約のみでは不十分で、領主から与えられたシーズン (seisin)⁽⁴⁾ の移転、とそれに伴うシーズン引渡 (livery of seisin)⁽⁵⁾ と呼ばれる儀式が必要であった。シーズンは、封建制に基づいて領主から認められた占有のことであるが、これが一九世紀までのイングランド土地法における土地保有の基本概念であり、コモン・ローにおける土地法は、この概念の上に構成された。シーズン引渡は、実際の土地の占有移転とそれを公に周知させる儀式であり公示封土譲渡の不可欠の要素であった。この手続きにおいて譲受人は、実際に土地を占有し領主に封建的負担の引継ぎを告知するとともに、一般にも移転を周知させることが必要であった。また、土地移転に関して紛争が発生した場合、その解決には、シーズンを基礎とした権利令状に基づく煩瑣な手続きが必要であった。

時代が進むにつれ、コモン・ローに基づくこの移転形式の硬直性、非効率性が認識され、この方式を回避する方法が模索された。その有力な解決方法の一つが、エクイティの考え方を利用することであった。エクイティを司る大法官府は、一五世紀ごろから衡平の見地から、当事者に救済を与え始めた。これらの内、具体的なものが、「捺印証書による近親者のためのユース設定宣言 (covenant to stand seised)」とバーゲン・アンド・セールであった。捺印証書による近親者のためのユース設定宣言の本質は、近親者間の愛情 (affection) を有効な約因 (consideration)⁽⁶⁾ と捉えて、近親者にユースを移転する方法である。この場合、譲与者は受託者の役割を果たし、シーズンを保持するのでこの名称が付された。例えば、Xが彼の娘A、および彼女と結婚するBへのユースを付して、自身でのシーズン保有を捺印証書で宣言するような事例 (X, in consideration that B married his daughter, covenanted to stand seised to the use of B and his daughter)⁽⁷⁾ である。この場合、約因は婚姻であり、後の宣言信託に繋がるものである。この場合、ユースのみが移転するが、この方式は、血縁関係、もしくは婚姻による約因の範囲内に該当する者に対して行われる場合に限定されていた。よって、家族外の者への移転については他の方式が必要であり、次に述べるB&Sが用いられた。

3. バーゲン・アンド・セール (B&S)

バーゲン (bargain) とは、合意のことであり、セール (sale) とは代金を支払うことと解せられ、直訳すれば前記の通り「売買代金支払付売買契約」となる。元は不動産、動産ともに含む形式であったが、徐々に不動産の移転に多く使用されるようになったとされている。

この起源について、大法官府裁判所は、一六世紀初から売買の合意がなされ、約因を提供したにも拘わらず引渡しを受けられない譲受人を救済するため、エクイティの見地から、譲受人に黙示のユース (implied use) を認めるようになった。留意すべきは、エクイティの性質上、約因が必須条件であったことである。これが始まりとなり、B & S は、コモン・ロー上の正式の土地移転手段 (conveyance) に代わって徐々に利用されるようになった。そこで、譲受人が取得するのは、コモン・ロー上の「シーズン」ではなく、エクイティ上の「黙示ユース」であった。

4. ブラクストンとエイムズの説明

B & S についての包括的な定義を探してみても権威書にはあまり多くは見当たらないが、数少ないうちの一つ、ブラクストン (Blackstone)⁽⁸⁾ の「イギリス法釈義 (Commentaries on The Laws of England)」は、B & S について以下の通り説明している。⁽⁹⁾

「二三番目の不動産移転は、ユース法によって導入された土地の B & S である。これは、物的な契約であり、そこでは、譲渡人 (bargainor) が何らかの金銭的約因のために、不動産移転契約である B & S を行う。そして、当該契約によって譲受人 (bargainee) のためのトラスティになる、もしくは譲受人のユースのために占有する。次いで、ユース法が購入を完成する。的確な表現をすれば、最初に契約がユースを賦与し、次いでユース法が占有を賦与するのである。」

また、二〇世紀初頭のハーバード・ロー・スクールの有名教授、エイムズ (Ames)⁽¹⁰⁾ は以下の通り説明している。⁽¹¹⁾

「土地の売却につき合意があり、シーズン引渡がない場合、土地の回復については、動産における動産返還請求訴訟 (detinue) のような、コモン・ロー上の救済はない。しかし、一六世紀初頭にはエクイティは、もし買主が購入代金を支払済み、もしくは支払合意済みであるなら、売主は買主のために土地を保有することを義務付けることにより、コモン・ロー上の欠陥を補完した。買主に土地のユースを与える点において約因が肝要であるのは、動産において動産返還請求訴訟を維持するためには対価 (quid pro quo) が必要なのと同じである。」

5. ユース法との関係

この、もともとエクイティの考え方から始まったB&Sは、一五三五年のユース法制定により大きく変化した。ユース法は、エクイティ上で認められた受益権をコモン・ロー上の権利に転換したので、B&Sで認められた黙示ユースがコモン・ロー上の不動産権に転換されることとなった。そうになると、前述のブラクストンの説明にあった通り、土地の移転において、まずB&Sで黙示ユースを移転し、ユース法に基づきそれを自由保有権に転換することが可能となった。そこで問題となるのが、コモン・ロー上の公示封土譲渡との関係である。公示のない土地移転を認めれば、シーズンの存在、即ち封建的義務の負担者の存在が不明確になり、いわゆる「公示なき不動産移転 (secret conveyance)」が発生し、コモン・ローの重要原則が崩れることになる。この問題は、ユース法の制定過程で既に認識⁽¹²⁾され、ユース法制定と同時期に、次に述べる「一五三五年登録法 (Statute of Enrolments)」が制定された。

6. 一五二五年登録法

同法は、「法定相続不動産 (inheritance) および自由保有権 (freehold) の B & S において、捺印証書 (indenture) を作成後六か月以内にロンドン・ウェストミンスター (Westminster) の裁判所、もしくは州の治安判事記録所 (custos rotulorum) に登録 (register) しなければコモン・ロー不動産権 (legal estate) は移転しない¹³⁾」と定めた。すなわち、登録がなければ、B & S により発生するユースは、コモン・ロー不動産権に転換されないのである。同法は、ユース法と同じ議会会期内に定められ、「ユース法の但書」とか、「緊急立法」と解されてきた。同法の目的は、公示封土譲渡による公示を回避することによる「公示なき不動産移転」の懸念を防ぐため、と一般に説明されてきた。ただし、国王の本来の立法目的は、最終的には封建的収入の確保にあるが、その基礎として「ユース法が権原の安全性 (security of title) に悪影響を及ぼさないための手段の必要性¹⁴⁾」を重視していたものと見られる。具体的には、すべての不動産権移転の登録 (registration) の義務化であり、これにより封建的義務の負担者の明確化であった。しかし、この制度の創設は、非常に大きな手間、時間を要するので現実的に困難であり、多くの反対を受け廃案となった。その代わりに提出され、成立したのが、登録の範囲を「自由保有権の B & S」のみに限定した登録法であった。

この「登録」について、土地保有者は、「取引の公示」を望まなかったというのが通説となっているが、中世における不動産移転を専門とするカイエ (Kaye) 教授は、「一六世紀にはシーズン引渡は変化して以前ほどの負担でなく、むしろ登録手続が負担となったのではないか¹⁵⁾」と指摘している。即ち、登録は、ロンドンのウェストミンスターにあ

る裁判所、および州の限られた記録所に出向かなければならず、当時の交通事情からすると大きな負担であり、また登録のための時間も不確実のために敬遠されたと考えられる。

ただし、登録法における規制対象は、「自由保有権」とあるので、「期間権 (term of years)」は対象外と解された。このため、この登録法の公示要件を回避するための方法が、規制により不便を被る側のローヤーにより直ちに考え出された。すなわち、「自由保有権」の代わりに「期間権」を用いる方法である。期間権は物的な権利ではないが、同じく占有を移転することで、一五世紀のリトルトンの時代には、不動産権として認知されていたとも言われる。それなら、なぜダイレクトに期間権を与えるのではなく、わざわざ「期間権の B & S」を用いるのかという疑問が生じるが、その回答は後に説明するユース法との繋がりにある。

7. 期間権とユース法

不動産移転の次の段階は、この「期間権の B & S」にコモン・ロー上で既に有効な不動産移転方法として認められていたリース復帰権放棄 (lease and release) を組み合わせることで、単なる期間権ではなく、自由保有権と同等の「不動産権」として移転しようという画期的な試みであった。このメカニズムの解明の前に、まずコモン・ロー上の期間権の要件、およびユース法との関係を整理しておくことが必要であろう。

① コモン・ロー

期間権は、基本的に契約であり、シーズンはない。ただし、占有を前提としているので、動産と不動産の中間的性質を持ち、物的動産 (chattel real) と呼ばれる。この場合の「占有」は、概念的な占有というより、事実上の「立入り (entry)」を意味する。コモン・ローでは、この立入り権が重要であり、これがない場合は、将来的賃借権 (interessa termini) と呼ばれ、「不動産権 (estate)」ではなく「権益 (interest)」と判断され、独自の法理が発展した。すなわち、同権益は移転可能であり、賃借人が「立入り」を行っていないくとも、賃借した家屋敷や農地を第三者が侵害すれば、権益に基づき救済を得られる可能性はあった。しかし、「立入り」のない期間権は、正式の権利ではないので復帰権放棄の基礎とはなりえなかった。

② ユース法

ユース法は、自由保有権のシーズンを中心にして、「ある者が他人のために自由保有権を占有 (seize) するならば、後、その他人が自由保有権を得る」として構成されている。期間権は自由保有権ではないので、ユース法の適用はないと一般的には解されているので、なぜ、期間権にユース法が適用されるのか、という疑問が生じる。

この点について、ユース法一条の関係部分¹⁶⁾は、

「単純不動産権、限嗣不動産権において、生涯の期間、一定の期間、ユースを有するすべての人は、本法以降、同じ土地、相続財産において、コモン・ローの解釈上、彼らが同じ不動産において、ユースの中で過去に有し、今後有

するであろうと同じ不動産権を保有および占有 (stand and be seized) し、合法的なシーズン、不動産権、占有 (possession) を有するとみなされる。」と定めている。

ハウルズワース⁽¹⁷⁾は、この点について「ユース法は、A is seized to B's use for years という設定にはユース法の適用を認めている⁽¹⁸⁾」と説明している。これは、当事者間においては占有 (seize) の対象が期間権という動産というより、土地自体 (seized of the land) であることによると解釈できる。この場合、Bのユースは、ユース法の適用を受け。コモン・ロー上の権利に転換される。このため、「Aが土地をBに数年間B & Sする (A bargained and sold the land for years to B)」の設定は、B & Sの解釈により、「Aが土地を数年間Bへのユース付きで占有する (A is seized to B's use of the land for years) となる。そしてユースでは、期間権に立入りは必要とされていないので、Bのユースは、ユース法の効果として「立入り」を必要としない期間権に直ちに転換されたと解釈されたのである⁽¹⁹⁾。

イングランド法制史の泰斗メイトランド (Meitland)⁽²⁰⁾ は、「エクイティ (Equity)」と題する、ケンブリッジ大学での有名な講義において、以下の通り明解に解説している。⁽²¹⁾

「リース権には、ユース法は適用されないとよく言われる。これは正しいが、説明が必要である。(中略) 単純不動産権のテナントである私がXへの一、〇〇〇年間のユース、もしくはトラストを付して土地をAに移転する場合、これは、Xに与えられた期間権がコモン・ロー上の期間権となる、とユース法が明示的に定めたケースである。しかし、話を続けると、期間権を持つXがそれをYへのユースを付してBに譲渡するなら、これはユース法の適用外である。

なぜならXもBもシーズンを有さないので、ユース法は、Yへのユースのためにシーズンを有する者を見出せないからである。よって、ユース法は、一度期間権が創設された後の期間権の移転や譲渡には適用されないというのが正しい。⁽²²⁾」

ハーグレイブとバトラー (Hargrave & Butler) は、「クック・アポン・リトルトン (Coke upon Littleton)」に対する詳細な注釈の中で、⁽²³⁾「占有を取得するためのこの立入りの必要性は、ユース法により代替され不要とされた。なぜなら同法によって占有は、直ちに受益者に移転されたからである。よって、同法の下での譲受人 (bargainee) は、立入り前、もしくは立入りがなくとも、コモン・ローにおける立入り後の賃借人 (lessee) と同じ占有を有し、復帰権放棄が可能となった。」と解説している。

8. リース復帰権放棄

次に、コモン・ローにおける期間権とリース復帰権放棄 (lease & release) の関係である。リース復帰権放棄とは、賃借人よりの権利放棄 (surrender) と並んでコモン・ローの不動産移転方式の一つとして古くから認知されていた方法であった。例えば、Aが単純不動産権をBに一〇年間のリースをすれば、Aはリースが終了する一〇年後には完全な単純不動産権を回復する。この将来権をコモン・ローは「復帰権 (reversion)」として重視し、独立した「不動産権」として取り扱っていた。Aがリース期間の途中でこの復帰権を放棄 (release) すれば、Bは単純不動産権を取得

できる。復帰権者がこの復帰権放棄を行うには、証書 (deed) によらねばならなかった。これは一見、マジックのようにも見えるが、占有を重視するイングランド土地法においては、既に土地を占有している賃借人に、復帰権を放棄することにより自由保有権を与えることは、それほど困難ではなく、逆方向の即ち、テナントから賃借権を放棄するリース権放棄 (surrender) と並んで古くから用いられていた。「リース復帰権放棄とは、テナントが土地を占有し、領主が彼の権利をテナントに移転させたい時に使用された。それは時には、リースとその下での占有に関連して、シーズン引渡を必要とする公示封土譲渡の代替手段として使用され、コモン・ローにおいて不動産権移転の方式の一つとして認知されていた。」⁽²⁴⁾とホウルズワースは解説している。

ただし、コモン・ローでは、復帰権放棄を利用するには、期間権自体が正式の権利になっておらねばならず、賃借人の当該土地への立入り (entry) が必須の要件とされていた。よって、復帰権放棄を用いるには、このハードルをクリアしておく必要があった。

9. ラトウィッチ (Lutwich) ケース

この問題は、一六二〇年のラトウィッチ対ミトン・ケース (Lutwich v. Milton) において、「期間権の B & S においては、この立入りは、必要でない」と判示された。三人の有力なコモン・ロー裁判所首席裁判官で構成される後見裁判所⁽²⁶⁾による同ケースの詳細な記録は残されていないが、概要は、以下の通り伝えられている。⁽²⁷⁾

「AがB&Sで期間権をBに移転し、その後、復帰権をCに移転した場合、Bは立入りしていなくともユース法の適用により、復帰権から分離されたリース権という不動産権 (estate) を持つ。本権は、コモン・ロー上のリースと異なり、ユース法により不動産権が絶対的にかつ現実に付与されたものであり、立ち入り、および現実の占有がなくとも侵害は生じない。」

同判決は、期間権のB&Sにユース法の適用を認め、その場合に限って立入りのない期間権に不動産権を認めたのである。コモン・ロー上のリースであれば「立入り」が必要であるが、ユース法が介在すればそれを省略できるという意味で、直接のリースではなく、B&Sを挿入する意味があったと言える。この結論は、前記のユース法の解釈から導かれたものであるが、同判決はそれをコモン・ロー裁判所の首席裁判官たちが受け入れたことに意味があると言えよう。

ホウルズワースは、この間の事情につき次の通り述べている。「ユース法の効果は、リースに基づく占有を必要としなかった。なぜなら、B&Sは、売主が期間権の購入者のためにユース付でシーズンを保有するという状況を創り出し、ユース法はユースを購入者の占有を必要としない現実の占有に転換 (convert) した。当該購入者が賃貸人から復帰権放棄を取得し、よって占有なしに自由保有権を取得できるのは明らかである。」⁽²⁸⁾

10. 復帰権放棄付期間権のB&S

かくて、期間権のB&Sに、コモン・ロー上で作用する復帰権放棄を付加することによって、登録のいらない自由保有権を移転することが可能となった。すなわち、本来エクイティ上の考慮から生まれたB&Sにより移転された期間権は、ユース法によりコモン・ロー上の期間権となり、次に復帰権放棄により自由保有権となった。「この精妙な工夫は、オックスフォード大、セント・ジョーンズ・カレッジ (St. Jones College) の評議員であり、チャリティー・ユースの講義で有名なサー・フランシス・モア (Sir Francis Moore; 1558-1621) によりおそらく一七世紀初頭に発明されたことは、一七世紀の確立した言い伝えであった。」²⁹⁾モアは、不動産移転、信託に精通した著名な「不動産移転法廷弁護士 (conveyancing barrister)」であった。³⁰⁾ユース法とコモン・ローを都合よく組み合わせるこの仕組みに対しては、コモン・ローとエクイティが競合する場合、コモン・ローが優先するのが原則であるとのコモン・ロー側からの強い異論もあったが、この形式は利便性が高く、徐々に定着していった。

11. 具体的移転形式

この結果、通常の不動産移転においては、まず名目的な期間権をB&Sで移転し、翌日、別の証書でそれを復帰権放棄するという形式が通例となった。こうすることにより、二つの別の取引であるという体裁が保たれた。シンプソン (Simpson) 教授は、「AがB&Sにより一年の期間権をBに移転し、Bは直ちにコモン・ロー上の期間権を取得す

る。翌日、Aは、単純不動産権への復帰権を、Bの息子への生存中のユースを付してBに放棄、そして単純不動産権における残余権を孫にという設定を行うことができた」との具体例⁽³¹⁾を挙げている。ここでは、Bの権利は自由保有権となり、それに基づく息子へのユースも併せ設定することができた。

既にティレルズ・ケース⁽³²⁾で問題になったように、B & Sで移転された権利は、黙示ユースであるので、それを基礎として、その後ユースを設定できなかった(二重ユースの禁止)。しかし、復帰権放棄は、自由保有権であるのでそれを基礎にユースの設定が認められ、セトルメントにも利用できると解された。「復帰権放棄は、コモン・ロー上で作動した。それは、占有の形態変化 (transmutation of possession) を通して効力を発する不動産移転であった。ゆえに、そのように移転されたシーズン上にはユースの設定が可能であり、権利帰属者指名権 (power of appointment)⁽³³⁾ も与えられることができた。」⁽³⁴⁾ よって、二重ユースやセトルメントの問題を回避できる新たな不動産移転方式と捉えられた。

12. B & Sのその後の発展

この新しい方式の不動産移転は、ラトウィッチ対ミトン・ケースの後、一六二九年のアイサム対モリス (Ischam v. Morrice)⁽³⁵⁾ ケースでも裁判所により認められ、その有用性により、高名な不動産移転専門弁護士、ブリッジマン (Bridgman)⁽³⁶⁾ においても採用された。そして、一七世紀の後半に、急速に不動産移転の通常形式になっていた。

一九世紀に入ると、イギリス経済、社会の発展に比して不動産法の後進性・複雑さが際立ち、改革の必要性が求められるようになった。このため、一八二九年には、不動産法の改革を議論する王立委員会 (Royal Commission) が設立され、同委員会は、①すべての不動産権は簡潔な譲渡証書 (deed) によって移転されるべきである、②当該証書は、期間権における権益 (interest) と同様に、将来の (in futuro) 自由保有権を直接に創設できるようにすべきであると提言した。³⁷ その結果いくつかの立法がなされた。その内で、一八四一年に制定された「復帰権放棄による不動産移転法 (Conveyance by Release Act)」は、リース復帰権放棄を「制定法による復帰権放棄 (statutory release)」として正式の不動産移転の手段として認め、リースを必要としなくなったので、リース復帰権放棄はその役目を終えた。そして、一八四五年には、現代の譲与証書 (deed) がその復帰権放棄を代替した。もともと、これらはいずれも断片的な改革であり、根本的な改革には至らなかった。

シンプソン教授はこの経緯について、「有体法定相続財産が譲渡証書 (in grant) により移転できるとする一八四五年法は、コモン・ローの基本ルールの根本的な変更であるかのように一見思われた。しかし、実際のところは、有体法定相続財産がシーズン引渡によって移転されるという古いルールは、B & Sとリース権放棄のような方法によるユース法の下で運用された移転方式により、既に数世紀にわたって回避されていた。シーズン引渡による公示封土譲渡は、一五三六年のユース法制定以降、実務的には使用されていなかった。一八四五年法が行ったことは、現状を法制化し、それを小規模に単純化したただけであつた³⁸」と鋭く指摘している。

これまでに述べたプロセスを得て、コモン・ローの基本であるシーズン引渡をベースとする公示封土譲渡は、ユース法以降、約三〇〇年を経て立法により解消されたのである。ただし、イングランド不動産法の抜本的な改革は、一九二五年財産権法（Law of Property Act）³⁹の成立まで待たなくてはならなかった。同法は、「すべての土地の移転は、譲与捺印証書（deed of grant）によって行われなければならない。（同法五一条）」と定めているので、B & Sは公式に廃止された。他方、アメリカにおいては、不動産譲渡はコモン・ローを離れて、基本的に証書により行われるようになっていたが、不動産法自体は、州法かつ判例法であるので一部の州ではB & Sが依然有効な方式として残っており、不動産法の教科書にもその痕跡が残されている。

13. むすびにかえて

イングランド土地法の発展過程を見ると、それが直線的ではなく、むしろ螺旋的に発展していることに気づかされる。すなわち、厳格で保守的なコモン・ロー↓エクイティを利用した回避手段↓制定法による追認、というプロセスである。その主な理由は、土地法が封建制を基礎としたコモン・ローの制約を引きずってかなり硬直的であり、それを回避する歴史だったからである。本件の例で言うと、元々不動産の移転は契約のみでは不十分であり、「シーズン」の移転、公示が必要であったので、その制約および煩瑣な手続きを回避するための便法が創造性に富む不動産移転専門弁護士により案出されたのである。同様に手続法の分野でも、紛争解決が容易であるため、権利訴訟より不法行為訴訟の一形式である不動産占有回復訴訟（ejectment）が多用されたのが思い起こされる。そして、同じ理由か

ら、一七世紀以降利用されたのが、以上で見てきた「期間権のB&Sとリース復帰権放棄」という方法である。B&Sと復帰権放棄による移転形式は、現在ではなくなっているが、イングランドにおける土地法の発展過程を如実に表しているものであり、非常に示唆深いものがあると言えよう。

- (1) 田中英夫編「英米法辞典」p.90 (東大出版会、一九九一年)
- (2) 27 Henry VIII, c.13 (1535)
- (3) これらの不動産移転は、二つのクラスに分類される。すなわち、①当事者の間の行為によって効力を有する不動産移転と、②効力を裁判所の制度に依拠する不動産移転である。①の代表的なものは、公示封土譲渡 (feoffment) と復帰権放棄 (release) であり、②の代表例は、土地占有回復訴訟 (recovery) と和解譲渡 (fine) である。
- (4) シーズン (seisin) : 単なる占有 (possession) と区別するためカタカナ表記とする。あえて訳せば封建的占有という意味のイングランド封建制における土地譲与の基本概念。領主は臣下による奉仕 (service) の対価として土地を譲与 (grant) する。その場合、認められた占有 (be seised) がシーズンである。生涯権にはシーズンはあるが期間権にはないとされているが、本文で指定したように正確に読むことが必要。
- (5) Thorn, Livery of Seisin, 52 Law Quarterly Review 345 (1936)
- (6) 約因 (consideration) : 一般には交換主義をとる英米契約法の基本概念とされるが、本件ではエクイティの分野で使用されているのが興味深い。原義は「in consideration of」で「対価」より広い意味をもつ。本件では「家族の愛情 (affection)」は経済的な価値 (value) はなくとも有益 (good) な約因であると判断された。
- (7) Holdsworth, *A Historical Introduction to The Land Law*, p.292, Oxford (1927)
- (8) William Blackstone ; (1723-1780). 勅撰弁護士を経てオックスフォード大学教授に。一七五八年、オックスフォード大学で初めてのイングランド法講義を行った。その際の講義を基にした、「イギリス法積義」は、イングランド法のもっとも権威

ある概説書、権威書として多くの版を重ね広く読まれた。

- (9) Blackstone, *Commentaries on The Laws of England*, Book II-338, Oxford (1766).
- (10) James Ames (1846-1910). ハーバード・ロー・スクール教授、学部長。Langdellが始めたケース・メソッドを充実させるとともに、法制史に精通し、同ロー・スクールの地位確立に貢献した。
- (11) Ames, *Lectures on Legal History*, p.78, n2, Harvard, (1913)
- (12) 27 Henry VIII, c.16
- (13) Baker & Milsom, *Sources of English Legal History*, 2nd ed. p.135, Oxford (2010).
- (14) Kaye, A Note on The Statute of Enrolments, 104 *Law Quarterly Review* 619, (1995)
- (15) Kaye, *supra* note 14 at 631
- (16) 27 Henry VIII, c.13 § 1
- (17) William Holdsworth ; (1871-1944) バリスターを経て、オックスフォード大学教授。全一七巻の大著、*A History of English Law*, 有名。同全集の不動産法の部分を取り出し、時系列的に並べたのが本論文で引用している、*An Historical Introduction to The Land Law*, 有名。
- (18) Holdsworth, *supra* note 7 at 156
- (19) Milsom, *Historical Foundation of Common Law*, 2nd ed. p.224, Butterworths (1981)
- (20) Frederic Maitland ; (1850-1906) バリスターを経てケンブリッジ大学教授。イングランド法の古い原史料に精通しただけでなく、大陸法との比較の視点も持ち高い評価を得た。Pollockとの共著、*History of English Law before Edward I*, を始め多くの著書を残した。
- (21) 一九〇六年までのケンブリッジ大学における講義原稿、自身の注釈ノートブックに聴講生の記録を Chaytor, Whittakerらの弟子たちが編集し、メイトランドの死後に公刊された書籍。
- (22) Maitland, "Equity", p.37 (Cambridge 1909)

- (23) Hargrave & Butler, *Coke upon Littleton*, Vol.II, 272.a.vi. 2 (1823). (以下同様) *First Part of The Institutes of The Laws of England* でクックのリトルトンへの評釈)。Hargrave と Butler が、Lincoln's Inn 所属のローヤーであるが、彼らの注釈は、それ自体で一冊の本になるほど大部、詳細なものである)
- (24) Holdsworth, *supra* note 7 at 115
- (25) 三人の裁判官とは、三つのロモン・ロー裁判所の長たちで、王座裁判所首席判事、Henry Montagu (1563-1642)、民訴裁判所首席判事、Henry Hobart (1560-1625)、財務府裁判所首席判事、Lawrence Tanfield (1551-1625) である。
- (26) 後見裁判所 (Court of Wards and Liveries)：後見権、相続料等の国王への封建的義務履行を監督するために一五四〇年にヘンリー八世により新設された裁判所。シーズンに基づく封建的土地法の維持、監督に中心的な役割を果たした。革命時の一六四五年に廃止され、王政復古後の一六六〇年に廃止が確認された
- (27) Cro. Jac. 604 (Croke's Kings Bench Report tempore James I の略)
- (28) Holdsworth, *supra*. note 7 at 294
- (29) *Ibid.*
- (30) 当時の不動産移転は、個別取引ごとに裁判所との密接な交渉が必要であり、法廷弁護士 (barrister) の領域であった。後に、不動産移転が増加、一般化し、事務弁護士 (solicitor) の参入が認められ、徐々に主流となった。(Anderson, *Lawyer and the Making of English Land Law 1832-1940* p.22, Holdsworth, *History of English Law III* p.219, p.253)
- (31) Simpson, *A History of The Land Law*, 2nd. ed. p. 190, Oxford (1990)
- (32) Dyer 155, in the Court of Wards; B & S で作られた黙示ユースの後にユースを設定するのは、無効であると判示された。(二重ユースは無効)
- (33) 権利帰属者指名権 (power of appointment)：「powers」の通常の意味は、「ある人に与えられた、自分のものでない財産権を処分する権限」である。(Megarry & Wade, “*The Law of Real Property*” 6th ed. p.576) 本来は、エクイティの概念であるが、遺言執行者 (executor) の役割を通じて、ロモン・ローにも徐々に浸透した。「権利帰属者指名 (power of appointment)」とは、

処分権限を与えられた者が新たな権利を創設し、受取人を指名することを言う。例えば、セトルメントにおいて、生涯権者が彼の権限を拡張するために、彼の権限以上の権利を創設し、その受領者を指名する、という形式である。

- (34) Holdsworth, *supra* note 7 at 295
- (35) *Iseham v. Morrice*, 「ある者が期間権をB&Sをし、その後復帰権を譲与する場合、仮にB&Sを受けた者が立ち入りを行っていないことも、復帰権の被譲与者を新しい権利者として承認するなら、復帰権の譲与は有効である。」(Cro. Car. 109)
- (36) Orlando Bridgeman (1606-1674) : 民訴裁判所首席裁判官、国璽尚書を務めた高名な法律家。セトルメントの基本形式は彼が作成したものであるし、ノーフォーク公爵ケースで問題となったセトルメントも彼の手によるものである。
- (37) Bordwell, The Repeal of The Statute of Uses, 39 *Harvard Law Review* 477 (1926)
- (38) Simpson, *supra* note 31 at 280
- (39) Law of Property Act of 1925, 1925 c. 20 (Regnal. 15 and 16 Geo 5).

(主な参考文献)

- 1 Blackstone, *Commentaries on The Laws of England*, Oxford (1766), (Reprinted by University of Chicago (1979))
- 2 Simpson, *A History of the Land Law*, 2nd ed. Oxford (1986)
- 3 Baker, *An Introduction to English Legal History*, 5th ed. Oxford (2019)
- 4 Milsom, *Historical Foundation of Common Law*, 2nd ed. Butterworths (1981)
- 5 Baker & Milsom, *Sources of English Legal History*, 2nd ed. Oxford (2010)
- 6 Bordwell, *Equity and the Law of Property*, 20 *Iowa Law Review* (1934)
- 7 Maitland, *Equity*, 2nd ed. Cambridge (1936), (revised by Brunyate)
- 8 Holdsworth, *History of English Law*, 16 vols. Methen (1966)
- 9 Plucknett, *A Concise History of The Common Law*, 5th ed. Butterwoths (1956)

- 10 Holdsworth, “A Historical Introduction to The Land Law”, Oxford 1927
- 11 Cornish, Anderson, “1820-1914 ; Private law ; The Oxford History of the Laws of England, vol. XII”, Oxford (2010)
- 12 Megarry & Wade, “The Law of Real Property, 8th Edition”, Sweet & Maxwell (2012)
- 13 Barton, The Statute of Uses and The Trust of Freeholds, 82 *Law Quarterly Review* 215
- 14 Ames, Lectures on Legal History, Harvard. (1913), The Origin of Uses and Trusts, 21 *Harvard Law Review* 261 (1908)
- 15 Kaye, *Medieval English Conveyances*, Cambridge, 2009

アメリカ大統領選への立候補と合衆国憲法修正一四条三節

——Trump v. Anderson, 601 U.S. 100 (2024) ——

高 畑 英 一 郎

1. 事件の概要

一八六八年に採択された合衆国憲法修正一四条三節は「欠格条項」と呼ばれ、次のように規定する。

「連邦議会の議員、合衆国の公務員、州議会の議員、もしくは州の執行府または司法府の職員として、合衆国憲法を支持する宣誓をしながら、その後合衆国に対する反逆あるいは反乱に加わり、または合衆国の敵に援助もしくは便宜を与えた者は、連邦議会の上院また

は下院の議員、大統領及び副大統領の選挙人、文官、武官を問わず合衆国もしくは州の官職に就くことはできない。ただし、連邦議会は、各議院の三分の二の投票で、そのような欠格を解除することができる^①」。

この条項は、南北戦争後に南軍側の関係者が連邦政府や州政府の議員や公務員に復職することを制限するために規定されたものであり、合衆国憲法（以下「憲法」という）を支持すると宣誓した公務員が、後に（一）合衆国に対する反逆や反乱に関与した場合、あるいは（二）

合衆国の敵に援助や便宜を与えた場合、議会の超党派が「そのような欠格を解除する」場合を除き、官職就任の欠格条項が適用されることを意味する。^③

ドナルド・トランプ大統領（当時）は、二〇二〇年の大統領選挙で敗北した後に選挙不正があったと支持者に訴え、憲法や連邦法に基づき連邦議会の上下両院の合同会議で大統領選挙の選挙人投票結果を確認する作業が行われる二〇二一年一月六日に、連邦議会議事堂近くで集会を開催した。その集会でトランプ大統領は「みんなだ議会に向けて行進しよう。この国を取り戻すためには強さを見せ、議員らに正しいことをするよう要求しなければならぬ」などと参加者に呼びかけた。参加者たちはこれに呼応して連邦議会議事堂へ向かい、確認作業に抗議するとともに、警備の警官を振り切って議事堂内に侵入した。暴徒たちは四時間近く議事堂内にとどまったが、最終的に警察によって排除された。^④ トランプ大統領自身は議事堂襲撃事件への関与を否定したが、連邦議会下院は大統領の発言が反逆の扇動に当たるとし、二〇二一年一月一三日に弾劾訴追の議決をした。^⑤ 上院の弾劾評決はトランプ大統領退任後の二月一三日に行われ、五七票の

有罪票があったものの、解職に必要な三分の二の多数には達せず、有罪判決は成立しなかった。^⑥

トランプ前大統領は二〇二二年一月に次期大統領選挙への正式な立候補を表明した。コロラド州の有権者数名が二〇二三年九月に、前大統領は憲法の下、大統領職に就く資格がなく、二〇二四年のコロラド州共和党予備選挙の投票用紙にその氏名を記載すべきではないとして、州地方裁判所に訴訟を起こした。二〇二三年一月十七日に同裁判所は、連邦議会襲撃事件に関する連邦議会の報告書の証明力を認め、前大統領の行為は「反逆」に当たると認定しつつも、大統領は「公務員」ではないと判示して請求を棄却した。^⑦ 「公務員」に大統領が含まれない理由として、修正一四条三節の条文に「大統領」の文言がなく、また「公務員」という語が大統領を含む包括的な表現ではないこと、さらに条文の制定過程で「大統領」の語が削除された経緯が強調された。^⑧

上訴を受理したコロラド州最高裁は、一月一九日に、前大統領の行為は欠格条項に該当し、共和党予備選挙での立候補を制限するとの判決を下した。^⑨ 州最高裁は、「公務員」という言葉の一般的な意味に大統領は含まれ

ると解釈し、条項の制定者も同様に理解していたと説示した。¹¹ また、その解釈は欠格条項の目的にも合致すると

述べて、大統領の「公務員」該当性を肯定した。さらに、修正一三条・一四条・一五条の南部再建条項は全体として理解されるべきであり、連邦最高裁が修正一三条や修正一四条一節・二節、修正一五条を自動執行規定と解釈しているのと同様に、修正一四条三節の欠格条項も自動執行規定であるとした。¹³ そして、反逆とは「合衆国政府の平和的な権力移譲に必要な行動を妨げたり阻止したりすることを目的として、集団が力や武力による脅しを用いる共同かつ公然な行為を含む」¹⁴ ものであつて、前大統領の行為は反逆の扇動に当たり、副大統領や議員たちに結果確認作業をやめるよう働きかけたことは反逆への加担であると判示した。¹⁵ 州最高裁はまた、憲法二条一節二項の大統領選挙に関する規定を根拠に、今日有権者は個々の選挙人ではなく大統領候補に投票しているのだから、州は選挙人の選任だけでなく、大統領候補の氏名を投票用紙に記載するか否かについても管理できるとし、憲法上欠格な候補者を選挙から排除できると説示した。¹⁶ これに対して、連邦最高裁は前大統領側の裁量上訴

を受理した。¹⁷

2. 判旨

パーキュライム（破棄自判）

一八六八年に採択された修正一四条は、州の自治権を削減して連邦の権限を拡大し、憲法の定める州と連邦の権限バランスを変更した。同条五節は、連邦議会に修正一四条の規定を法律で執行することを認めた。同条三節も州の権限を制限するものであり、南北戦争後に南軍関係者が連邦の公職に復権するのを阻止して、連邦の永続性を確保しようとするものである。同節には、憲法を支持する宣誓をしたにもかかわらず、その後反乱に関わつた者たちを公職から排除することで復権するのを阻止する目的がある。¹⁸

△修正一四条三節の自動執行性について▽

三節にはすべての者に権利を付与するという性質はなく、特定の個人に公職就任の資格を剥奪するという予防的かつ峻厳な制裁を与えることで作用するものである。

グリフィン判決でチェイス連邦最高裁長官が述べたように、この規定の対象となる人物を確定する必要がある、この確認作業を実施するためには、ある程度正式な手続、証拠、判決、判決の執行が不可欠である。憲法はこのような確定の権限を、同条五節に基づき、連邦議会に付与している。

修正一四条三節に関しては、同条五節が定める連邦議会の権限は重要である。同条成立の直後、憲法は三節を執行する手段を規定していないことが認識され、その執行を定める法律の必要性が理解されていたのであって、その後五節に基づき、三節を執行する規定が一八七〇年市民的権利法の一部として制定された¹⁹。

△州による連邦の公職に就く者やその候補者に対する

修正一四条三節の適用について▽

本件では、州も連邦議会とともに修正一四条三節を執行できるのが争点となっている。州の公職に関しては州も三節の執行権限を有するが、連邦の公職、特に大統領職については、その権限はない。州には憲法に反しない限りで自州の公務員資格とその選挙方法を決定する固

有の権限があり、修正一四条はその権限を制約しない。しかし、この州の権限は、連邦の公職に就く者 (officeholders) とその候補者に及ぶものではない。連邦の公務員の存在と職務は、一部の国民ではなく、国民全体の一致した見解に責任を負うので、これらの公務員の選挙と適格性に関する権限は州に固有のものではなく、州がそれを行行使するには授権がなければならない。そして憲法は、連邦の公職に就く者やその候補者について三節を執行する権限を州に授権していないのである。被上訴人は、三節に違反した可能性のある連邦の公職に在任中の者を罷免する権限を憲法は州に委ねたと主張していない。そのような権限は「各々の州のいかなる支配も受けない全国政府の完全なる独立性を憲法は保障する」という原則を無視するものである。実際にこの原則の下、州は連邦公務員に対する職務執行令状の発布や、連邦機関の拘束下にある者への人身保護令状の発布といった、より威力の少ない権限をも欠いているのである。被上訴人は、州は三節の執行を連邦職の候補者に及ぼすことができる」と主張するが、修正一四条の文言はそのような権限を州に明示的に授権していない。同条は、五節を通じ

て執行権限を連邦議会に認めているにすぎないのだ。

修正一四条の本質は、州権の制約にある。また同条は、その条項を州に対して執行する新しい権限を連邦議会に付与した。このような特殊な条項が黙示であれ連邦職の候補者を欠格にする権限を州に認めていると理解するのは不自然である。

憲法は選挙条項（一条四節一項）および選挙人条項（二条一節二項）で、連邦議会議員と大統領の選挙を州が管理し実施することを認めているが、これらの規定が修正一四条三節に関して州に対する授権を黙示的に認める根拠になると認める理由は存在しない。このような州への授権は、修正一四条が定めた連邦と州の権限上のバランスを大きく変更することになろう。

修正一四条三節の文言も、この見解を補強する。三節は連邦議会による欠格の解除を規定しているが、この解除権限に制限はなく、連邦議会はいつでも行使することができる。そもそも州がこの三節を立候補制限として自由に執行することができるのなら、連邦議会はその決定の影響を現在の選挙サイクルに及ぼしたい場合、投票が始まる前に解除権を行使せざるを得なくなる。だが、連

邦の公職の候補者に関する連邦議会の権限にそうした負荷を与える権限を憲法が州に積極的に委任していると想定するのには無理がある。

被上訴人は、修正一四条の採択後の数年間に、連邦の公職に就く者やその候補者に対して州が同条三節を執行した実績を指摘していない。こうした先例の欠如は、主張される権限に「深刻な憲法上の欠損」があることを「示唆」するものだ。州は修正一四条の採択後に州の公職就任で欠格にしたことがあり、連邦ではなく州の公職に対する欠格というパターンは、州が連邦の公職に対して執行権限を欠いていたという「²⁰一般的理解があつたこととの説得力のある証拠」となる。

△修正一四条三節の執行における連邦議会の役割について▽

連邦の公職に就く者やその候補者に対して、修正一四条三節を長く効力のあるものにしてきたのは連邦議会である。連邦議会は一八七〇年市民的権利法を制定し、連邦検事に対して、三節に違反する連邦および州の非民選公務員の解職請求を連邦裁判所に民事訴訟として提起す

る権限を与え、同節に反して公職に就きまたは就こうとすることを連邦犯罪とした。連邦議会上院と下院は、憲法一条に基づく独自の権限から、連邦議會議員やその当選者を修正一四條三節に違反するの点から裁いたことがある。さらに反逆反乱への関与を連邦犯罪にして公務就任の欠格事由とした一八六二年没収法は、欠格を執行する追加的規定を規定していた。²¹⁾

△修正一四條三節を執行する法律に求められる内容▽

修正一四條五節の定める連邦議会の権限は厳密に「救済的な」法律の制定であるため、同條三節を執行する連邦議会の法律制定権限は五節により限定される。この限定に対応するため、連邦議会は立法が修正一四條の禁止する特定行為に対する救済的予防的な内容になるよう入念に調整しなければならない。

修正一四條三節は、同條の他の条項とは異なり、個人の行為を禁止するもので、憲法遵守宣誓の後に合衆国に対する反逆反乱に参加した者の公務就任を禁止するにすぎない。同節を執行する連邦法は、当該行為に対する予防性・救済性と目的達成のために用いられる手段との整

合性および比例性を反映するものでなければならない。

連邦議会は「一八六二年没収法と一八七〇年市民的権利法の」²²⁾ほかに、修正一四條三節を執行する法律を制定していない。

△大統領選挙における州の修正一四條三節執行の不能性について▽

連邦の公職に就く者やその候補者に対する州の修正一四條三節を執行する権限は、同條五節に基づくことはない。だからこそ逆に、州のこの権限は適用範囲が広いと主張されることがあるが、連邦の公職に関して憲法が連邦より広い権限を州に認めているとは考えにくい。

また大統領職に関して、州の三節執行にはより大きな懸念がある。「大統領選挙に州が課す制限には、独特の全国的な重要利益が関係するのである」。大統領選挙の候補者が三節により欠格になるのかについて各州がそれぞれ判断することができるようでは、「大統領は全国すべての有権者を代表する」という基本原理と合致する統一的な判断が下される可能性は極めて低いだろう。州ごとに本案に対する判断が異なるだけでなく、訴訟手続

に関する法も異なることが、大統領選の同一候補者の欠格性に対する各州の判定が食い違う理由となる。州ごとに、立証の際に求められる厳密性の程度も異なるうえに、伝聞証拠の証明力の認定にも差がある。このように同一の行為を審理の対象にしても、ある州では候補者が適格になる一方で、別の州では欠格になる事態が発生しうるのである。

州が修正一四条三節を執行した結果生じうる「不統一」は、連邦政府と国民全体との直接的な結びつきを切断することになる。大統領選挙では「各州での投票のインパクトは、他の州で様々な候補者に投じられた票の影響を受けるのである」。投票後に三節の欠格が主張された場合、深刻な混乱が発生し、選挙結果は変更されるかもしれない。憲法は、このような、いつ発生しても不思議ではない混乱に耐えることを国民に求めているのではないのだ。

連邦の公職に就く者とその候補者に対する三節の執行は連邦議会の権限であり、州の権限ではない。コロラド州最高裁の判決はこの結論と合致しない。⁽²³⁾

△結論の全員一致の強調▽

連邦最高裁の九名の判事全員がこの結論に同意している。四名の判事は、修正一四条三節の作用に関する特徴や、同条五節に基づく連邦議会の三節執行という点に反対しているが、これらの点は州が三節を執行する権限を欠いていることの唯一の理由ではない。当該法廷意見の多様な点が結びついてこの結論に至っている⁽²⁴⁾のであり、それらはこの全員一致の判決に不可欠なのである。

バレット判事一部同意・一部結論同意意見

州は大統領選挙の候補者に対して修正一四条三節を執行する権限をもたないとする点につき、法廷意見に同意する。本件を解決するにはこの原則で十分であり、それ以上については判断しない。

本件では連邦議会の立法が三節を執行する唯一の手段なのかという複雑な問題を検討する必要はないのだが、法廷意見がそれを検討してしまった。思うに、いまは声高に違いを強調する時ではない。当裁判所は大統領選挙が実施される不安定な時期に、政治的緊迫度の高い問題を決着したのだ。こうした状況では、本判決に対する評

価は国民の熱気を高めるものではなく冷ますものであるべきだ。その意味で、我々の間の意見が一致したことの方がその相違よりもはるかに重要である。九名の判事全員が本判決の結論に同意したのであり、これがアメリカの人々が納得すべきメッセージなのである。⁽²⁵⁾

ソトマイヨール判事結論同意意見 (ケイガン判事、ジャクソン判事同調)

「必要がないのに踏み込んだ判決をするべきではない」という司法の自己抑制は、建国以来の原則である。「ルールを特定の事案に適用する者は必然的にそのルールを説明して解釈しなければならぬ」からこそ、当裁判所は「法が何であるのかを述べること」が認められているのだ。

本判決はこの非常に重要な原則から逸脱し、本件だけでなく将来生じうる課題についても判断を下した。本件で当裁判所は、州が修正一四三節の下で大統領選挙の候補者を予備選挙の投票用紙から除外することができるとのかについて判断するはずだった。そして、コロラド州にそれを認めることは、アメリカの連邦主義と相容れな

い、州ごとの不統一という混乱を引き起こすだろうと判決した。本件の解決にはこれで十分だが、法廷意見はその先に進んでしまった。将来の議論から当裁判所と上訴人を切り離すために、法廷意見はまったく新しい憲法問題、すなわちどの連邦機関が修正一四三節を執行する権限をもつのか、そしてその執行はどうあるべきかという問題について判断し、同条五節に基づいて連邦議会が連邦法を制定した場合に限り反逆による欠格を裁定できると判決してしまった。これにより、別の連邦機関が三節を執行する可能性はなくなった。そうした意見には同意できない。

憲法構造に組み込まれた連邦制の原則が本件を解決する。州は連邦制の弱体化を狙って、選挙を管理する権限を行使することはできない。そのような危険は、大統領選挙ではいつそう深刻になる。このような局面での州の規制には、州の境界を越えて「独特の全国的な重要利益が関係する」。州は大統領選挙に対して重要な権限をもつのは間違いないが、連邦制を含む他の憲法規定によって制約されるのである。

いくつかの州の一部の幹部が次期大統領を決定すると

いうのは、三節の関係からみれば驚くべき結論である。南部再建期の憲法修正条項は連邦の権限拡大と州の権限制約を意図したものであり、修正一四三節は州が自らの公務員を選任する権限に憲法上の制限を加えようとしたものである。したがって、州に次期大統領を決定する新しい権限を付与したという主張は、三節の論理に反する。

ここまでの説示で、本件を解決する確実かつ十分な根拠は示されている。コロラド州に三節を執行する権限を認めることは、「国民に直接責任を負う連邦制」という起草者たちの想定を危うくするのである。当裁判所はこの結論を説示することから始めて、そして終えるべきだった。²⁶

△法廷意見に対する批判▽

本件は連邦政府が当事者ではないにもかかわらず、法廷意見は連邦による修正一四三節の執行はどのように進められるべきなのかについて触れ、その執行に際して連邦議会は法律を制定しなければならずと判示した。このような想定は三節の条文に基づくものではない。同

節の明白な禁止規定には、同条五節に基づいて制定された法律による執行が必須であるとは明記されていない。三節自体はその逆を示しているものであり、連邦議会による欠格の解除を規定している。連邦議会の過半数が執行法を廃止し制定しないことで三節の運用を無にできるのなら、憲法が欠格の解除になぜ三分の二の多数を要求したのか理解できない。

修正一四三節の別の条項も法廷意見の見解を支持するものではない。五節は、連邦議会に法律による修正一四三節の執行権限を与えた。しかし、いかなる種の救済的立法も不要である。南部再建期の修正条項はすべて自動執行であって、立法を必要としない。大統領の欠格に関する別の規定も、法律による執行を必要としないのである。法廷意見は、三節の欠格に関する特別のルールを創設しただけなのだ。

三節の欠格はその目的を達成するために制定された法律に基づくのではない限り行われたいという要請を裏づける根拠を、法廷意見は何も示していない。グリフィン判決を引用するが、それには先例としての効力がない。法廷意見は、三節に関する未解決の問題に判断を下し、裁

判所の三節の執行の可能性を閉ざしてしまった。さらに、三節を執行する法律はそれに適合するよう調整された手続を定めておく必要があると説示して、連邦政府に遵守を求める連邦の一般法による執行を排除してしまった。こうすることで、法廷意見は反逆者と目される人物を欠格にかかる将来の訴えから保護したのである。²⁷

3. 検討

A. 欠格条項の歴史性

前述のように、憲法修正一四条三節は南北戦争後に南軍関係者が連邦の公職に復帰するのを阻止するために制定されたものである。そのため、この条項をその目的に限定して理解することはあり得るのであって、実際にそうした主張もなされている。²⁸ 本判決ではどの判事も、欠格条項が南北戦争に関連する規定であり、現代的意義はないとの立場をとることはなかった。連邦最高裁は同条項を歴史的規定とは解釈せず、現在も適用可能な規範と判断したのである。

B. 州による欠格条項の執行

本件での争点は、州が大統領選挙の候補者について修正一四条三節を執行し、その欠格を認定することができるとのことであった。連邦最高裁は全員一致で、州は連邦の公職に就く者とその候補者に関して欠格条項を執行する権限はないとの判決を下した。

法廷意見は、連邦の公職に就く者の職務は国民全体に責任を負うものであり、その適格性を審査する権限は原則として連邦政府に属し、憲法や法律の授権がない限り州は行使できないとして、憲法自体はそのような授権を明示的にはしていないと説示する。また、修正一四条を含む南北戦争に伴って制定された憲法修正が州の権限削減を目的とするものであることを強調して、当該権限の黙示の授権を認めることはできないとした。加えて、欠格条項に基づき州が単独で連邦の公務員の地位をなく奪した歴史的事実が欠如していることに注目して、このことは州の同条項の執行権限は連邦には及ばないという一般的理解が制定当時から存在していたことを強く推認させると指摘した。確かに憲法は選挙条項（一条四節一項）および選挙人条項（二条一節二項）において、連邦

議会議員の選挙と大統領選の選挙人の選出を州が管理し実施することを認めているが、「大統領選挙に州が課す制限には、独特の全国的な重要利益が関係する」²⁹ため、州に対して一定の制約が及ぶとした。法廷意見はさらに、各州で立証の際に求められる厳密性の程度や伝聞証拠の証明力の認定に差があることから、州の欠格条項の執行は統一性を欠き、州ごとに候補者の適格性が変動する事態となるが、そうした「不統一」は連邦政府と国民全体との直接的な結びつきを切断することになると説示した。

このように法廷意見は、連邦制の構造と修正一四条の制定目的から、連邦の公職に就く者とその候補者に対する州の欠格条項の執行権限を否定した。法廷意見に同意しなかった四名の判事もこの点については同意し、ソトマイヨール判事結論同意意見は法廷意見と同じ理由を再述するとともに憲法の規定する連邦制を強調した。しかしこの四名の判事は法廷意見のこの説示のみで本件を解決するには十分と考え、より踏み込んだ判決を下した法廷意見に与することはなかった。

C. 欠格条項の自動執行性

法廷意見の中で四名の判事が不要だとするところは、欠格条項の執行には連邦法の存在が必要であると認定した箇所と、その執行法の内容に関する部分である。そこでまず、欠格条項の執行には連邦法の存在が必要なのかという問題、すなわち欠格条項の自動執行性について検討する。

ここでいう自動執行とは、連邦の公職に就く者とその候補者に対して修正一四条三節の要件を充足することが認定された場合、即座に欠格条項の効力が発生することをいう³⁰。欠格条項の自動執行性を肯定する立場は、憲法には当該条項のほかに大統領の欠格に関する規定³¹があるが、それは自動執行規定なのだから修正一四条三節も同様に自動執行規定であると主張していた³²。

法廷意見は、欠格条項成立直後にチェイス連邦最高裁長官が下級審裁判官として欠格条項の自動執行性を否定し、連邦法の制定を要求したグリフィン判決³³に言及して、欠格条項の適用対象者を確定するための手続が必要であり、修正一四条五節に基づき連邦議会にそのような手続規定を制定する権限が付与されると指摘した。そし

て、欠格条項の制定当時の連邦議会は執行手続の必要性を理解しており、その結果として一八七〇年市民的権利法の一部に規定されたことを強調した(さらに憲法一条³⁴に基づく議院自律権による議員の資格争訟や、修正一四一条制定以前の法律である一八六二年没収法が欠格を執行する追加的手続を規定していたことにも言及した)。法廷意見は、修正一四一条制定直後の連邦議会や連邦最高裁長官の理解(それが欠格条項の「原意」であるのかどうかに関わらず)に準拠し、欠格条項の自動執行性を否定して、その執行には連邦法(あるいは少なくとも連邦議会の意思)が必要であると判示したのである。

これに対してソトマイヨール判事結論同意意見は、法廷意見の見解には条文上の根拠がなく、三節の文言自体とも矛盾すると批判した。また、修正一四一条の別の条項に関して自動執行と理解する従来の解釈とも合致せず、大統領職への就任要件を規定した他の憲法規定(二一条一節五項)とも整合しないと述べた。ソトマイヨール判事は、法廷意見が根拠の一つとしたグリフィン判決は先例としての拘束力に欠けるとも述べ、憲法は欠格条項の執行において連邦法の存在を必要としないと論じた。

法廷意見の理解は、修正一四一条の従来の解釈から逸脱しているといえるだろう。結論同意意見が指摘するように、連邦最高裁は平等保護条項やデュープロセス条項の執行に関して連邦法の存在を求めてこなかった。これについて、法廷意見は三節が個人の行為を禁止している点で、政府行為を対象とする修正一四一条の他の条項とは異なることを強調するが、個人の行為を特定することが特別の執行法の必要性を正当化することになるのか疑義がある。三節を自動執行と理解し、その上で当該行為の三節該当性を裁判過程においても確定することができると思われるからだ。また三節の規定する連邦議会の欠格解除権限は、同節の自動執行を強く示唆している³⁷。法廷意見が当時の連邦議会や連邦最高裁長官の理解だけを根拠に自動執行性を否定したのは、欠格条項の原意や「歴史と伝統」に基づかない論拠に乏しい判断と思われる³⁸。法廷意見は連邦法の必要性を論じる際、各州で欠格条項を自州の公務員に執行するとき個別の州法が存在を前提としていたのかについて論及していない。連邦最高裁が近年憲法解釈において、その条項の運用における「歴史と伝統」を重視してきたことを踏まえるなら、そして

連邦の公職に係る先例が乏しい場合に、州における執行法の有無についての事例は重要な参考事例になる⁴⁰⁾。また、修正一四條五節に基づいて制定される連邦法だけが同條違反の救済手段であると理解されてきたわけではない⁴¹⁾。以上の点を踏まえるなら、法廷意見の立場は修正一四條の適用に関する「伝統」と合致しない可能性が高い。

D. 執行法の内容

法廷意見はさらに、連邦議会が定める執行法の内容にまで言及し、修正一四條五節に基づいて制定される執行法は同節が連邦議会に付与した権限の枠内に収まるものでなければならずと述べた。五節が授権する連邦議会の権限は修正一四條違反を厳密に予防しその侵害を救済する法律の制定権限であるので、欠格条項の執行法も予防的救済的な性質を帯びている必要がある。さらに合衆国に対する反逆・反乱に参加した者の公務就任の禁止という目的を達成する法律でなければならずとして、執行法は三節に特化したものであることを要請する。またその目的を達成するために用いられる手段は、そうした者

の公務就任に対する予防性・救済性と整合し比例するよう入念に調整されたものであるべきと説示した。そして反逆罪⁴²⁾以外には欠格条項を執行する法律はなく、現時点で同条項を執行する余地は相当限定されていることを示唆した。

ソトマイヨール判事結論同意意見は、法廷意見の立場では、欠格条項を執行する法律は、その目的をもつ特別なものであることが求められ、他の一般的な法律での執行は認められなくなることになるが、そうした解釈を採用する根拠が何ら示されていないと批判する。そして、既存の法律を活用して裁判所が欠格条項を執行する可能性を否定してしまつたと指摘するのである。

修正一四條三節と五節の関係は、法廷意見が述べるほど整合的ではない。五節に関する判例は連邦議会に修正一四條違反の救済法の制定を認めるが、その主対象は差別禁止や自由の保護であるところ、三節が禁止する内容は合衆国への反逆・反乱の加担者の官職就任であつて、性質が異なる⁴⁴⁾と考えられるからだ。くわえて、欠格条項の執行に関して、それを可能にすると解釈できる一般法に準拠することができるのか、そして裁判所がそのような

一般法を活用することができるといふ問題は、同条項の適用の機会にかかる重要な問題となる。アメリカでは、公的か私的にかかわらず権力を行使する者が適正な権限に基づいているかを問う権限開示令状 (Quo Warranto)⁽⁴⁵⁾ が広く活用されている。裁判所は申立てに基づき、適正な権限の有無を審理するが、その際欠格条項を適用して判断することが許されている。実際、州ではこの手続により一月六日の事件の参加者が公職から排除されているのである。⁽⁴⁶⁾ ソトマイヨール判事が指摘するように、法廷意見は三節に特化した執行法の制定を要請することにより、連邦の公職に就く者に対して、国民が連邦裁判所で権限開示令状を申し立てて、欠格条項を適用する途を閉ざしてしまったといえるだろう。⁽⁴⁷⁾

E. 大統領の「公務員」該当性

欠格条項は、憲法を支持する宣誓をした連邦議会の議員、合衆国の公務員、州議会の議員、もしくは州の執行府または司法府の職員が反逆などを行った場合に官職就任を認めないとする規定である。この条項には「大統領」という文言は明記されていないので、大統領は憲法

遵守宣誓をした合衆国の「公務員」に該当するのかが争点となっていた。実際に本件の下級審であるコロラド州地方裁判所が大統領は「公務員」ではないと判決したように、この論点は欠格条項を大統領およびその候補者に適用することを否定する論拠となり得る。もともと、大統領は「公務員」該当しないとの立場には国民的な理解を得られないだろうとの懸念が示されていた。⁽⁴⁸⁾

この点について、法廷意見は直接の検討を行っていない。⁽⁴⁹⁾ しかし、「公務員 (Officer)」という言葉は使わずに「公職に就く者 (Officeholder)」と言い換え、その者に欠格条項が及ぶだけでなく、大統領もその言葉に含まれることを前提に議論を進めた。一般に「公務員 (Officer)」と「公職に就く者 (Officeholder)」は互換性があると理解されているため、法廷意見は間接的にはあるが、欠格条項のいう「公務員」に大統領は該当するとの立場をとったと理解することは可能であろう (ただし、ソトマイヨール判事結論同意意見がこの理解を支持しているかは定かではない)。

F. バレット判事一部同意意見について

バレット判事は、法廷意見の欠格条項の執行には連邦法の存在が必要であると認定した箇所とその執行法の内容に関する部分には同意せず、さらにソトマイヨール判事の結論同意意見にも参加しなかった。バレット判事がその短い個別意見で強調しなかったのは、憲法が規定する連邦主義の観点から、州は連邦の公職に就く者やその候補者に対して欠格条項を執行することができないという点については、連邦最高裁の判事全員が同意しているということだ。同判事は、この結論に全員が同意していることをトランプ前大統領の立候補資格に関わる政治性の強いこの裁判で国民に提示する意義は大きく、だからこそ全員が同意できる理由に限定して判決すべきだったと考えていた。それゆえ、法廷意見を批判する部分を含むソトマイヨール判事結論同意意見に同調しなかったのである。本判決が政治的に持つ意味を考慮するならば、バレット判事の見解は尊重されるべきだったと思われる。

G. 本判決の影響

本判決が示した、州は連邦の公職に就く者やその候補

者に対して欠格条項を執行することができないという結論は、トランプ前大統領の立候補資格を州ごとに判定することはできないことを明確にした。したがって、前大統領が一月六日に反逆行為に加担したのかどうかという問題⁵⁰は、彼が次期大統領に適任であるのかの判断に包含されて、二〇二四年一月の大統領選挙で国民が決定することとなった。本判決はまた、大統領以外の連邦職の公務員に対しても、州は修正一四条三節を執行することができないことを確定させた。

法廷意見は、現在欠格条項を執行する法律は反逆反乱の罪が確定した場合に連邦の公職を欠格とする規定⁵¹に限られると認定した。従来、州における三節執行では、対象者の反逆反乱罪での有罪確定を前提とせず、議会や裁判所が欠格を宣言できると理解されてきた⁵²。しかし、本判決により連邦公務員とその候補者に対しては、新法を制定しない限り、連邦の反逆反乱罪での有罪確定が三節執行の前提となることになった。法廷意見のいう「連邦公務員の職務」の特殊性（全国民に対する責任）が、かかる連邦公務員と州公務員の別異取扱いを正当化するの
か定かではない。

本判決の結果、トランプ前大統領の公職就任資格について、連邦議会が執行法を制定した後に判定される余地が残された。現在のアメリカの政治状況を踏まえるなら考えにくいことではあるが、仮に一月の選挙で連邦議会の上下両院で民主党が議席の過半数を獲得した場合、そしてトランプ前大統領が大統領に当選したならば、連邦議会が三節の執行法を制定して、欠格条項に基づきその資格を判定する可能性を想定することはできよう。選挙後の新しい連邦議会は二〇二五年一月三日に招集され⁽⁵³⁾、新大統領の当選確定は一月六日に行われるが⁽⁵⁴⁾、この間に民主党優勢の連邦議会が修正一四条三節を執行する法律を制定し、新大統領の就任資格を審査することはありえなくはない⁽⁵⁶⁾。こうした可能性に対して、法廷意見は「投票後に三節の欠格が主張された場合、深刻な混乱が発生し、選挙結果は変更されるかもしれない。憲法は、このような、いつ発生しても不思議ではない混乱に耐えることを国民に求めてはいないのだ⁽⁵⁷⁾」と説示したが、その立場を貫徹するのなら、大統領は欠格条項の適用対象外であると判決する⁽⁵⁸⁾など、国民の投票の結果をいっそう強く保証する判断を示すべきだったと思われる。

(1) 合衆国憲法の訳は、初宿正典＝辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第4版〕』（三省堂、二〇一七年）と松井茂記『アメリカ憲法入門〔第9版〕』（有斐閣、二〇二三年）を参考にした。

(2) William Baude & Michael Stokes Paulsen, *The Sweep and Force of Section Three*, 172 U. Pa. L. Rev. 605, 608-609 (2024).

(3) See Jennifer K. Elsea, Congressional Research Service, *The Insurrection Bar to Office: Section 3 of the Fourteenth Amendment*, 1, 2 (Sep. 7, 2022) <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10569>>.

(4) 読売新聞二〇二一年一月七日夕刊「日本経済新聞 二〇二一年一月八日朝刊参照」。

(5) See H.R. Res. 24, 117th Cong. (2021).

(6) See 167 Cong. Rec. S733 (daily ed. Feb. 13, 2021)

(7) Anderson v. Griswold, 2023 WL 8006216 (Colo. Dist. Ct. Nov. 17, 2023).

(8) *Id.* at *43-46.

(9) Anderson v. Griswold, 543 P.3d 283 (Co. Sup. Ct. 2023).

(10) *See id.*, at 323.

(11) *See id.*

(12) *See id.* at 324.

(13) *See id.* at 131-134.

- (14) *See id.* at 330.
- (15) *See id.* at 331-332.
- (16) *See id.* at 305-306.
- (17) Trump v. Anderson, 144 S. Ct. 539 (2024).
- (18) Trump v. Anderson, 601 U.S. 100, 108-109 (2024).
- (19) *Id.* at 109-110.
- (20) *Id.* at 110-114.
- (21) *Id.* at 114-115.
- (22) *Id.* at 115.
- (23) *Id.* at 115-117.
- (24) *Id.* at 117.
- (25) *Id.* at 117-118 (Barrett, J., concurring in part and concurring in the judgment).
- (26) *Id.* at 118-120 (Sotomayor, J., concurring in the judgment).
- (27) *Id.* at 120-122.
- (28) *See* Am. Citizens v. United States, No. 05-1259, 2006 WL 8444223, at *1 (D.N.M. May 31, 2006). *See also* Myles S. Lynch, *Disloyalty & Disqualification: Reconstructing Section 3 of the Fourteenth Amendment*, 30 Wm. & Mary Bill Rts. J. 153, 156, n.10 (2021).
- (29) Anderson v. Celebrezze, 460 U.S. 780, 794-795 (1983).
- (30) 欠格条項の自動執行性に関する学説については、高畑英一郎「トランプ前大統領の刑事訴追とアメリカ憲法」有斐閣 Online ロージャーナル 11-015-017 (二〇二四年) (YOLJ.LI2402001) 参照。
- (31) 憲法二条一節五項は出生時にアメリカ国籍を取得していること、三五歳以上であること、国内に一四年以上居住していることを大統領の就任要件とし、修正二二条一節は三期目の選出を禁止している。
- (32) *See* Baude & Paulsen, *supra* note 2, at 624.
- (33) *In re Griffin*, 11 F. Cas. 7 (C.C.D. Va. 1869) (No. 5815). この裁判は、白人女性に道を譲らなかつた黒人が女性の息子からの暴行に反撃して息子に発砲した事件について、被告人の黒人が有罪判決を下した州裁判所の判事が南軍関係者であり修正一四条三節により欠格であると主張して人身保護令状を連邦裁判所に請求した事件である。チェイス長官は、ヴァージニアの連邦控訴裁判所の裁判官として、本文にある説示を行った。*See also* Henry Ishitani, *The Fourteenth Amendment is Not a Bill of Attainder: Uncovering the Fundamental Contradictions in Chief Justice Chase's Argument That Section Three Is Not Self-Executing*, HARV. L. REV. BLOG (Jan. 28, 2024) <<https://harvardlawreview.org/blog/2024/01/section-three-is-not-a-bill-of-attainder/>>.
- (34) Enforcement Act of 1870, §14-15, Pub. L. No. 41-114, 16 Stat. 140, 143-144 (1870) (repealed 1948)

- <https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/EnforcementAct_1870.pdf>.
- (53) Confiscation Act of 1862, §§2, 3, Pub. L. No. 37-195, 12 Stat. 589, 590 (1862) < <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-12/pdf/STATUTE-12-Pg589-2.pdf>>. この法は今日も有効である。 See 18 U.S.C. § 2383.
- (59) See also David B. Froomkina & Eric Eisne, *The Second Coming of the Second Section: The Fourteenth Amendment and Presidential Elections*, 56 ARIZ. SR. L.J. 127, 148 (2024).
- (62) See Michael C. Dorf, *Nine Justices in Search of an Excuse to Nullify Section 3 of the 14th Amendment*, DORF ON LAW (Mar. 5, 2024) <<https://www.dorfonlaw.org/2024/03/nine-justices-in-search-of-excuse-to.html>>.
- (68) 本判決が原憲主義の立脚点についてどのように見解を述べたか see Mike Rappaport, *The Originalist Disaster in Trump v. Anderson*, THE ORIGINALISM BLOG (Mar. 5, 2014) <<https://originalismblog.typepad.com/the-originalism-blog/2024/03/the-originalist-disaster-of-trump-v-andersonmike-rappaport.html>>.
- (69) See e.g., N. Y. State Rifle & Pistol Ass'n v. Bruen, 142 S. Ct. 2111 (2022) ; Dobbs v. Jackson Women's Health Org., 142 S. Ct. 2228 (2022) ; Kennedy v. Bremerton School District, 142 S. Ct. 2407 (2022).
- (40) 実際、アリゾナ州では執行法がなくとも、裁判所が公務員に欠格条項を執行して対象者を解職した事例がある。 See State v. Griffin, 2022 WL 4295619 (N.M. Dist. Ct. 2022) ; Griffin v. State, NO. S-1-SC-39571 (N.M. S. Ct. 2022).
- (41) Ilya Somin, *What the Supreme Court Got Wrong in the Trump Section 3 Case*, LAWFARE (Mar. 8, 2024) <<https://www.lawfaremedia.org/article/what-the-supreme-court-got-wrong-in-the-trump-section-3-case>>.
- (42) 18 U.S.C. § 2383.
- (43) See City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 536 (1997).
- (44) 大林啓吾「大統領選挙立候補資格をめぐる司法判断——トランプ対アンダーソン判決の読解」判例時報 一五九一号 (二〇二四年) 二〇頁参照。
- (45) フォンントン D.C. に送られる権限開示令状について、see D.C. CODE §§ 16-3501 to 16-3503.
- (46) State v. Griffin, 2022 WL 4295619 (N.M. Dist. Ct. 2022) ; Griffin v. State, NO. S-1-SC-39571 (N.M. S. Ct. 2022). 高畑・前掲註(39) 〇一四も参照。
- (47) 大統領の権限は全国的に及ぶため、権限開示令状にその無効判断が深刻な混乱をもたらす可能性を指摘するべきである。 See Dorf, *supra* note 37. ただし、連

邦最高裁は「政治問題」の法理を「事実上の公務員 (de facto officer)」の法理に基づいて、大統領権限を肯定するべきであると述べた。⁴⁹ See Josh Blackman & Seth Barrett Tillman, *If Trump Prevails, How Will Section 3 Be Litigated On Or After January 20, 2025?*, VOLOKH CONSPIRACY (Mar. 5, 2024) <<https://reason.com/volokh/2024/03/05/if-trump-prevails-how-will-section-3-be-litigated-on-or-after-january-20-2025/>>.

(48) See Michael McConnell, *Is Donald Trump Disqualified from the Presidency? A Response to Matthew J. Franck*, PUBLIC DISCOURSE (Jan. 18, 2024).

(49) See Somin, *supra* note 41; Marty Lederman, What's dividing the Justices (and other initial reactions to the Court's decision in Trump v. Anderson), BALKINIZATION (March 5, 2024) <<https://balkin.blogspot.com/2024/03/whats-dividing-justices-and-other.html>>.

(50) コロラド州の地裁や最高裁は前大統領の加担を認定したが、本判決はその点に一切言及していない。

(51) 18 U.S.C. § 2383.

(52) 高畑・前掲註(30) 〓〓一七参照。

(53) See U.S. Const. amend. XX § 2.

(54) See 3 U.S.C. § 15.

(55) See U.S. Const. amend. XX § 3.

(56) この可能性を指摘するもののように、see Ned Foley,

Can Congress Disqualify Trump After the Supreme Court's Section 3 Ruling?, LAWFARE (Mar. 14, 2024) <<https://www.lawfaremedia.org/article/can-congress-disqualify-trump-after-the-supreme-court-s-section-3-ruling>>. Foley 自身は、法廷意見は大統領選挙後の執行法制定を肯定しつつあると理解する。⁵⁰ See also Somin, *supra* note 41.

(57) Anderson, 601 U.S. at 117.

(58) この論点がそれぞれ議論の俎上にかかる可能性を説くもののように、see Blackman & Tillman, *supra* note 47.

怠ったのではなく……善管注意義務違反の状況にあることを認識しつつ、あえて善管注意義務を果たさなかった（不作為）ものであるから、Bには法令違反の認識があったといえ（る）」と述べており、このように「過失又は重過失により怠ったのではなく」という文言の存在からすると、過失又は重過失によるものであれば保険保護の対象になることを示唆しているのではないかと考えられる。また、本件免責条項の「認識していたと判断できる合理的な理由がある場合を含む」との括弧書の意義については、山下・前掲注(1)89-90頁 [洲崎博史]、山田・前掲注(13)490-493頁、尾崎・前掲注(18)211-215頁に詳しい。

- (26) 尾崎・前掲注(18) 211頁。
- (27) 永井和之「役員責任保険の填補の範囲はどこまでか」取締役の法務 1994年10月号（1994年）100-102頁。
- (28) 木村健登「本件判批」金融・商事判例1661号（2023年）41頁。
- (29) 尾崎・前掲注(18)214頁は、「(本判決が) 不正な会計処理の『指示』をしていることを指摘している以上、『法令に違反することを認識しながら行った行為』であるとの評価は容易にできよう」と述べる。
- (30) 江頭・前掲注(2)499頁。田中・前掲注(2)283頁。
- (31) 最判平成22年7月15日判時2091号90頁
- (32) 田中・前掲注(2)287頁。
- (33) このような見解を示すものとして、伊藤・前掲注(17)117頁。また、法令違反行為に出ざるを得なかった場合を検討するものとして、山田・前掲注(13)493-494頁。

- (1) 81-82頁 [洲崎博史]。なお、伊藤雄司「本件判批」法教502号（2022年）117頁は、本件免責条項について、「本質的には私人間の契約上の義務に過ぎない善管注意義務を遵守させることを公序の観点から適切に説明できるかは疑問もある」としながらも、「早い段階から、善管注意義務も法令上の義務に含まれるという理解を前提とした議論がなされており……このような解釈は今となってはなかなか動かしがたいところがある」と述べる。
- (18) この点につき、尾崎悠一「本件判批」損害保険研究84巻1号（2022年）206頁は、「高裁判決による修正の意図は必ずしも明らかではないものの……従来の解釈論においても、善管注意義務違反について本件免責条項の『法令に違反』に該当しないと考える余地はないのであるから、不用意に実質的な判断を伴う公序政策的見地に言及する解釈論をすることを回避するという判断であろうか」と述べる。
- (19) 山田・前掲注(13)495頁は、「本件免責条項のもとでは、取締役が自己の行為により損害が発生することを認識・認容していても、法令違反の認識がなければ保険てん補の対象となる。このように、故意免責と本件免責条項とでは、免責の範囲も異なる。したがって、原審が『法令違反の故意』と説示した点は、故意免責との混同を招く点で不相当と解される」と指摘する。
- (20) 山下・前掲注(1)87頁 [洲崎博史]。
- (21) 嶋寺＝澤井・前掲注(1)152-153頁。
- (22) 嶋寺＝澤井・前掲注(1)153頁。もっとも、実際に「法令」を認識していないとしても、違反した法令が自己の業務に関連するものである場合には、括弧書の「(認識していたと判断できる合理的な理由がある場合)」に該当すると判断されることが少なくないと考えられている（山下・前掲注(1)87頁 [洲崎博史]）。
- (23) 山下・前掲注(1)88-89頁 [洲崎博史]。嶋寺＝澤井・前掲注(1)152-153頁。
- (24) 山田・前掲注(13)497頁。また、原審判決が示した判断枠組について、尾崎・前掲注(18)207-208頁は、「原審判示はその解釈・適用を趣旨に照らして判断しようと試みるものであると評価できるものの、このような判示からは『法令違反の認識の有無』についてどのような判断枠組で判断しようとしているかは必ずしも明らかではない」とし、「『認識しながら（認識していたと判断できる合理的な理由がある場合を含む。）』の要件が充足されているかどうかを、公序政策的見地から、法令違反行為を助長することを防止するという趣旨に照らして判断すること……は現実的ではない」と指摘する。
- (25) 山下・前掲注(6)160頁。なお、本件免責条項の適用と重過失に関して、本判決は「Bは、単に本件無断融資への対処を過失又は重過失により

免責は、今やD & O保険固有の規定でなく、他人の財物損壊・身体障害といった物理的な事故（いわゆる損害事故）を伴わない被保険者の行為に起因して、他人に純粹経済的損害（Pure Financial Loss）を与え、そのために損害賠償請求を受けることを保険金給付事由とする保険において、共通する約款規定となりつつあるといわれる（天野泰隆「本件判批」共催と保険768号（2023年）41頁）。

- (8) 山下・前掲注(1)77頁 [洲崎博史]。
- (9) 洲崎博史「会社役員賠償責任保険と取締役の法令違反」龍田節先生還暦記念『企業の健全性確保と取締役の責任』（有斐閣、1997年）384頁。なお、米国の不誠実免責条項の発展および最近の状況については、内藤和美「D & O保険の免責条項に関する検討」保険学雑誌616号（2012年）189-191頁。また、米国の先端的D & O保険については、山越誠司『先端的D & O保険の実効性と限界』（保険毎日新聞社、2023年）に詳しい。
- (10) 嶋寺=澤井・前掲注(1)151-152頁。
- (11) 洲崎・前掲注(9)387頁。
- (12) 山下・前掲注(6)160頁。山下典孝「本件判批」新・判例解説Watch31号（2022年）165頁は、「本件免責条項の趣旨が法令違反行為を助長することの防止という公序政策的見地による点に関し異論はない」と述べる。本件免責条項の趣旨については、山下・前掲注(1)78-79頁 [洲崎博史] に詳しい。
- (13) 山田拓広「本件判批」立命館法学401号（2022年）489頁。
- (14) 会社法は、取締役の責任に関する規律を大幅に整理しており、平成17年改正前商法266条1項5号に相当する規定は、任務懈怠という表現を用いた規定に改められた（会社法423条1項）。
- (15) 山下・前掲注(1)81頁 [洲崎博史]。
- (16) また、この解釈は、会社法423条1項の「任務懈怠」の解釈にも妥当すると考えられる（前田庸『会社法入門（第13版）』（有斐閣、2018年）453頁）。さらに、取締役の任務と法令との関係については、取締役が法令を遵守して職務を遂行する義務を定めた会社法355条が存在するところ、本条にいう「法令」にもすべての法令が該当する（江頭・前掲注(2)498頁）。
- (17) 嶋寺=澤井・前掲注(1)152頁。ただし、手続違反の行為については、本件免責条項の法令違反には当たらないとの解釈を示唆するものもあり、本件免責条項の趣旨が法令違反行為の助長を防止することにあるということからすれば、かかる手続違反については故意の行為に対して保険金を支払うこととしても、この趣旨には反しないという考え方もあり得る。しかし、このような考え方を貫くと、本件免責条項にいう法令には、遵守すべき法令と遵守しなくてもよい法令が存在することになりかねず、そのような区別をすることは困難であり、正当でないと指摘される（山下・前掲注

だけでなく、本件免責条項の適用についての適切な説明が求められると考える。

なお、上述してきた通り、本件免責条項の適用を肯定し、X 2 の保険金請求を棄却した本判決の結論は妥当であると考ええる。

- (1) 山下友信編著『逐条D & O 保険約款』（商事法務、2005年）1頁。嶋寺基＝澤井俊之『D & O 保険の実務』（商事法務、2017年）1頁。
- (2) 江頭憲治郎『株式会社法（第9版）』（有斐閣、2024年）493-494頁。田中亘『会社法（第4版）』（東京大学出版会、2023年）392-393頁。
- (3) なお、公開会社は、役員等賠償責任保険契約に関する一定の事項を事業報告中で開示しなければならない（会社法施行規則119条2号の2・121条の2）。事業報告において開示すべき事項は、①被保険者の範囲、②保険契約の内容の概要（被保険者が実質的に保険料を負担している場合にはその負担割合、保険事故の概要等）である。保険金額・保険料、当該契約について行われた保険給付の金額等は、開示事項に含まれない（江頭・前掲注（2）495頁）。
- (4) 近藤光男『最新株式会社法（第9版）』（中央経済社、2020年）386頁。
- (5) ただし、保険契約においてどのような事由を免責事由とするかは、個々の商品性にかかわる問題であるため、本条の規定は任意規定である（萩本修『一問一答保険法』（商事法務、2009年）120頁）。
- (6) この場合の故意とは、自己の行為が保険事故を生じさせることを知りながら当該行為をなすことを意味し、行為者が結果の発生を意欲する場合のほか、結果の発生を意欲しないが、結果の発生を認容する場合も含まれると解される（落合誠一監修・編著『保険法コンメンタール（損害保険・傷害疾病保険）』（損害保険事業総合研究所、2009年）53頁）。なお、損害保険契約では、一般的には故意または重過失が免責事由とされるので、故意の意義を厳密に確定しないで問題が処理される傾向があるが、例外的に責任保険では重過失が免責事由からはずされているので故意の意義を確定することが極めて重要な意味をもつと指摘される（山下友信『保険法（下）』（有斐閣、2022年）46頁）。
- (7) 新しい賠償責任保険には、固有の普通保険約款をもち、D & O 保険と同様の免責規定を定めるものがある。一例として、保険仲立人賠償責任保険普通保険約款には故意免責条項はなく、認識のある法令違反行為免責条項が定められている。さらに、包括職業賠償責任保険普通保険約款に特約を付す約款構成で、サイバー・セキュリティ保険や雇用慣行賠償責任保険が販売されているが、この普通保険約款にも故意免責条項はなく、認識のある法令違反行為免責が規定されることがある。認識のある法令違反行為

(5) おわりに

本件は、D & O 保険の被保険者であった取締役の善管注意義務違反による損害賠償請求に基づき、保険金請求がなされ、認識のある法令違反免責条項の適用が争われた事案であるが、最後に本件免責条項と経営判断原則について触れておく。

取締役は、その善管注意義務違反の業務執行行為により生じた損害を賠償する責任を負うが、取締役の業務執行はリスクを必然的に伴うものであるから、経営判断の結果として会社に損害が発生したからといって、取締役の義務違反が容易に認められてしまうと、経営の萎縮や取締役のなり手不足に繋がりがかねない⁽³⁰⁾。そこで、会社経営が委縮するのを防止したり、有能な人材の確保を容易にしたりするためにD & O 保険が存在するところではあるが、そもそも、経営判断については取締役に広い裁量が認められるべきであり、その判断の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではないと理解されている⁽³¹⁾（経営判断原則）。そのため、法令違反をした取締役の任務懈怠責任が認められた事例において、そのほとんどは、取締役が法令違反を認識していた事例であると指摘されている⁽³²⁾。したがって、取締役の善管注意義務違反が認められるのは意思決定の過程や内容に著しく不合理な点がある場合であり、それらの事例の多くは取締役が法令違反を認識していたとされる一方で、本件免責条項の存在により善管注意義務に違反することを認識しながら（認識していたと判断できる合理的な理由がある場合を含む）行った行為に起因する損害については、保険者が免責されることとなり、保険金は支払われないため、D & O 保険契約において保険金を受け取ることができるのはかなり限定的な場面になるのではないかとと思われる⁽³³⁾。もっとも、取締役の任務懈怠責任（善管注意義務違反）に基づく事例においても、本保険の保険金支払い対象となる場合も存在するため、商品設計としての問題を指摘するわけではない。しかし、本保険の販売にあたり、取締役を取り巻くリスクを殊更に強調し、保険の有用性を示す

めたものではないと解される⁽²⁵⁾。このように解せば、括弧書部分への言及の有無が異なる、原審判決と本判決との差異はあまり注目すべきものではないようにも考えられる⁽²⁶⁾。しかし、括弧書部分の文言により、取締役の善管注意義務違反や監視義務違反が問題とされる場合において免責範囲が拡張される可能性があるという見解⁽²⁷⁾も存在するため、本判決は原審判決の補正を通じて括弧書部分への言及を差し控えることで、当該部分の射程をめぐる論点を意図的に回避したものと解釈される⁽²⁸⁾。

改めて、本件では、Bが善管注意義務に違反することを認識していたといえるのかということが問題とされるところ、これを肯定するBの行為としては、①本件無断融資・本件無断保証につき事実関係の調査、関係者の処分や責任追及を行わなかったこと、②不正な会計処理を指示し、有価証券報告書等の虚偽記載を認識しながら隠ぺい工作を図ろうとしたことが示されている。①に関し、事実関係をどこまで調査するのか、どのような再発防止策を講じるのか、関係者に対しどのような処分を行うのかなどについては、取締役が一定の裁量を有しており、「善管注意義務に違反することを認識しながら」という点に該当するか否かを慎重に判断する必要があると考える。なお、本判決においては、Bが社内調査室の設置や社印等の管理を明文化したことをもって、自分なりの調査行為や再発防止措置をしていると認識していたとの主張が原告側からなされたものの、これらの措置は善管注意義務を尽くしたものといえないと判示されている。それに対して、②は典型的な法律違反行為であるため、「善管注意義務に違反することを認識しながら」という点に直結しやすいものであると思われる。したがって、本件は①の点に触れずとも②のみで保険者免責を肯定しうる事案であったのではないかと考えられる⁽²⁹⁾。いずれにせよ、本件において、Bは自らの行為が何らかの法令に違反することを認識していると評価できるため、本判決が「Bが善管注意義務に違反することを認識していた」と判断したのは、適切であると考えられる。

本件において、Bが「法令に違反すること」を「認識」していたといえるかについて、原審判決は、「法令違反の認識の有無は、〔公序政策的見地から、法令違反行為を助長することを防止することにあるという〕趣旨に照らして判断されるべき」とした。その上で、原審判決は、Bが本件無断融資及び本件無断保証を把握しながらも何ら具体的な対策を講じなかったことや、有価証券報告書等の虚偽記載を把握しながら、隠ぺい工作を凶ろうとした事実を認定し、Bが善管注意義務に違反することを認識しながらこれに違反したと認定した。そのため、「Bは、〔D社訴訟／本件株主代表訴訟〕に関して認定判断された善管注意義務違反につき認識していたか、又は認識していたと合理的に認められる」と判示された。これに対し、本判決は、原審判決による認定事実の多くを引用しながら、本件においてA社が被った損害は「Bが善管注意義務に違反することを認識しながら行った行為に起因する損害である」と判示した。

本判決における原審判決からの主要な補正点としては、まず、「法令違反の認識の有無は……趣旨に照らして判断されるべき」とした部分を削除したことが挙げられる。原審判決が示した、法令違反の認識の有無を本件免責条項の趣旨に照らして判断するという判断枠組は、基準として不明確である旨が指摘されている⁽²⁴⁾。そのため、原審判決が示した判断枠組を補正により削除し、認定事実に即して法令違反の認識の有無を判断した本判決は、妥当であると考えられる。

また、原審判決が本件免責条項の括弧書部分について言及したのに対し、本判決はこの点を改め、本件においてBが「善管注意義務に違反することを認識」していたとのみ判示し、括弧書部分（認識していたと判断できる合理的な理由がある場合を含む）について言及しなかったことも主要な補正点であると思われる。本件免責条項において、認識していたと判断できる合理的な理由がある場合も免責の対象範囲に含んでいるのは、被保険者が法令違反の認識を否認するだけで免責条項を適用できなくなることを防止しようとする趣旨であり、重過失免責を定

項にいう「法令」から除外する理由がないと判示し、形式的な判断となっている⁽¹⁸⁾。本判決の通り、本件免責条項の趣旨に言及せずとも、会社法330条及び民法644条の存在により、善管注意義務の法令該当性は容易に判断可能であり、取締役の善管注意義務が本件免責条項でいう「法令」に該当することへの異論がない現況下において、本判決は明解かつ妥当な判断であると評価できる。

また、原審判決は冒頭部分で、本件免責条項が「役員に法令違反の故意がある場合に限らず、認識があれば適用される」と述べているが、この「法令違反に対する故意」という文言については、故意免責と混同を招く点で不相当であると指摘されている⁽¹⁹⁾。なお、この部分についても、本判決の補正により削除されている。

(4) 本件免責条項における「認識しながら（認識していたと判断できる合理的な理由がある場合を含む）」の解釈・適用について

善管注意義務違反が本件免責条項における法令違反に含まれるとしても、被保険者である取締役が法令違反を認識していなければ、本件免責条項の保険者免責事由には該当しない⁽²⁰⁾。

被保険者が法令違反を認識したといえるためには、「被保険者が法令自体の存在を知っていること」及び「問題の行為が法令違反に該当すると認識していたこと」が必要であると考えられる⁽²¹⁾。まず、「被保険者が法令自体を知っている」というためには、ある具体的な法令の特定の条文に違反している認識が求められるのではなく、何らかの法令に違反すると認識していれば足りると考えられている。反対に、被保険者が違反の対象となる法令の存在を知らないために、結果として法令に違反することとなった場合は、法令違反の認識がないため、免責事由には該当しないことになる⁽²²⁾。次に、「問題の行為が法令違反に該当すると認識していた」ということについては、法令の存在を知っているが、問題の行為がその法令における違反の要件に該当しないとと思っていた場合には（その判断が企業人の判断として到底合理的とはいえない場合を除き）、法令違反の認識がないことになると考えられている⁽²³⁾。

取締役の受任者としての義務を一般的に定める商法254条3項（民法644条）、商法254条の3の規定及び取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を個別的に定める規定のほか、会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定が含まれる旨を判示した。したがって、平成17年改正前商法266条1項5号にいう「法令」には、善管注意義務・忠実義務を含む、あらゆる法令を含むと解される⁽¹⁶⁾。そして、このような解釈は、本件免責条項でいう「法令」においても同様に妥当すると考えられており、役員对公司的善管注意義務・忠実義務に関する規定（会社法330条及び民法644条、会社法355条）も法令に含まれることから、役員がこれらの義務に違反することを認識して行為をする場合は本免責事由に該当すると考えられている⁽¹⁷⁾。

本件免責条項にいう「法令に違反すること」に、会社法上の善管注意義務に違反することが含まれるかという点につき、原審判決は、本件免責条項が「役員に法令違反の故意がある場合に限らず、認識があれば適用される」とし、その趣旨について「法令違反行為を助長することを防止するという、公序政策的見地にある」とする。そして、「会社法上の善管注意義務に違反する場合であっても、公序政策的見地から保険金の支払が免除されるべき場合はあるのであるから、『法令に違反』には、会社法上の善管注意義務違反（会社法330条、民法644条）も含まれると解するのが相当である」と判示した。一方、本判決は、取締役が会社に対して負う善管注意義務は、法令上の義務であると解され、本件免責条項にいう『法令』からこれを除外する理由は見当たらない。したがって、本件免責条項にいう『法令に違反すること』には、取締役としての善管注意義務に違反することも含まれると解するのが相当である」と判示している。

上記の通り原審判決は、本件免責条項の趣旨に照らして、善管注意義務違反が法令違反に含まれるか否かを判断したものと思われる。しかし、本判決は、この部分を補正により削除し、本件免責条項の趣旨に触れることなく、善管注意義務が法令上の義務であって本件免責条

あっても、役員が法令違反を認識していた場合には、判断ミスとはいえ、これに対して保険保護を与えることは法令違反行為を助長する可能性があると考えられている⁽¹⁰⁾。また、取締役の会社に対する責任が追及されるのはたいてい善管注意義務違反ないし忠実義務違反がある場合であり、その場合には注意義務違反（法令違反）があることから、会社役員賠償責任保険が有意味なものであるためには、法令違反行為を免責事由とするものであってはならず、むしろ法令違反に基づく損害賠償責任について保険者がてん補することは、法令違反行為の助長につながりかねない（取締役は民事責任に関する限りは後顧の憂いなく違法行為をなしうることになる）ことから、本件免責条項には合理性があると説明される⁽¹¹⁾。このような趣旨に照らして、本件免責条項は故意免責と同じく公序良俗及び信義則に基づくものと考えられている⁽¹²⁾。ここで、故意免責規定も公序良俗の維持をその趣旨の一つとするものであるから、本件免責条項の性質が故意免責と異質なのか同質なのかが問題となる。この点については、少なくとも故意という文言上は直ちに違法性の認識が必要であると解することはできないため、本件免責条項は、故意免責と異なる規定であり、違法性の認識を要求することで、故意免責とは異なる範囲の行為を引き受けリスクから除外（免責）したものと理解するのが相当であるとされる⁽¹³⁾。このように、D & O 保険においては、故意に損害を生じさせたかという物差しでは対処できない取締役等の責任の特質を踏まえて、本件免責条項が設けられているのである。

(3) 本件免責条項における「法令」の意義について

本件免責条項における「法令」の意義については、取締役の会社に対する責任を定める平成17年改正前商法266条1項5号（「法令定款に違反する行為」をした取締役は会社に対して損害賠償責任を負う旨を規定）⁽¹⁴⁾における「法令」の意義と関連してこれまで議論がなされてきた⁽¹⁵⁾。この「法令」の意義について判例（最大判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁）は、商法266条1項5号にいう「法令」には、取締役を名あて人とし、

違反すること」を「認識」していたといえるか、という点について判断された事案であるところ、D & O 保険における法令違反免責条項の適用が争われた初めての公判裁判例として意義を有する。

(2) 本件免責条項について

保険法は、17条（保険者の免責）1項前段において、保険契約の当事者である保険契約者や保険給付を受けることになる被保険者が故意又は重過失により保険事故を招致する場合に保険者の免責を認める一方で、2項において、責任保険では免責事由を故意のみとしている⁽⁵⁾。一般的な責任保険契約においては、被保険者の故意によって生じた損害賠償責任を免責事由とするのが通例となっている⁽⁶⁾。

しかし、D & O 保険契約においては、約款上、故意免責条項は設けられておらず、それに代わって「法令に違反することを被保険者が認識しながら（認識していたと判断できる合理的な理由がある場合を含む）行った行為に起因する損害賠償請求」を免責事由としている⁽⁷⁾。

本件免責条項は、沿革的には、平成5年に認可されたD & O 保険の和文約款が作成された際に設けられたものであり、平成2年に認可された英文約款では、この免責事由に相当する英文の文言はなく、かわりに「dishonest act」（不誠実行為）が免責事由に掲げられていた⁽⁸⁾。この文言の改定については、英文約款と和文約款とで全く異なる文言を採用しているため、これらの間に連続性はないものと考えられており、英文約款の「dishonest act」というあいまいな文言から（単なる言葉の変更ではなく）実質的な意味での改正がなされたものと考えられている⁽⁹⁾。

本件免責条項の特徴は、「損害賠償を受けることに対する認識」ではなく、「法令違反に対する認識」に対して保険保護を否定する態度をとっている点にある。D & O 保険は役員の経営判断の誤りに対して保険保護を与えることにその主眼があるため、将来損害賠償請求を受ける可能性がある行為を経営判断として行ったとしても直ちに免責となるわけではない。これに対し、会社の利益になると信じていた場合で

の適用の可否が判断された事例である。このD & O保険 (Directors and Officers Liability Insurance) とは、米国で初めて取引が行われ、その後、欧米諸国やわが国などにおいても普及されるに至ったものであり、会社が保険契約者となり、取締役その他の役員を被保険者として保険契約が締結され、役員がその業務につき行った行為を理由に損害賠償請求を受けたことによる損害 (訴訟のための弁護士費用や敗訴した場合の損害賠償金等) をてん補する保険である⁽¹⁾。D & O保険は、損害保険契約 (保険法2条6号) の下位類型である責任保険契約 (保険法17条2項括弧書) の一種であり、複数の個人被保険者が存在する第三者のためにする保険契約であるという特徴がある。

D & O保険についての会社法の規律は、令和元年会社法改正で新設されたものであるが、会社法は、役員等賠償責任保険契約を「株式会社が、保険者との間で締結する保険契約のうち役員等がその職務の執行に関し責任を負うこと又は当該責任の追及に係る請求を受けることによって生ずることのある損害を保険者が填補することを約するものであって、役員等を被保険者とするもの」として定義する (会社法430条の3第1項)。しかし、D & O保険は、会社が保険者に対して保険料を支払い、取締役が損害のてん補を受けることから、利益相反性があり、D & O保険の販売が認可されて以来、特に取締役の会社に対する損害賠償責任をてん補する部分の保険料負担の法律関係をめぐって学説上の対立が生じていた⁽²⁾。この点については、令和元年改正によって、会社が役員等賠償責任保険契約を締結するには、株主総会 (取締役会設置会社にあつては取締役会) の決議により、契約内容を決定しなければならないと規定された (会社法430条の3第1項)⁽³⁾。したがって、D & O保険契約は、株主総会又は取締役会決議によって内容が決定されることから、利益相反取引の規制を及ぼす必要はないとされている⁽⁴⁾。

本件は、①本件D & O保険契約の普通保険約款の免責条項にいう「法令に違反すること」に会社法上の善管注意義務 (会社法330条、民法644条) に違反することが含まれるか、②Bが「法令 (善管注意義務) に

社にとって不利益となる不正な行為を助長したものといえる。」

「Bは、本件無断保証について、代表取締役として、善管注意義務に基づき、その経緯を調査し、関係者の責任を問う措置をとるべきであったのに、D社の利益確保のため、意図的にそのような措置をとらず、その後のD社に対する迂回融資であるH社案件についても、事実を隠ぺいし、監査法人に対しても自ら虚偽の説明を行うなどしたのであり、Bは、これらの自らの行為が善管注意義務に反するものであることを認識していたものと認められ、さらに、これらの行為のために、第三者委員会を設置する必要性が格段に高まり、D社に対する不正な金融支援について調査をする特別調査委員会及び不正な金融支援の関係者に対する損害賠償請求の要否等について諮問するための責任追及委員会を設置することとなったのであるから、A社が上記各委員会に係る費用を支出したことは、Bが善管注意義務に違反することを認識しながら行った行為に起因する損害であると認められる。」

「Bは、善管注意義務に反することを認識しながら、H社案件について不正な会計処理を指示したものであり、そのため、第2次決算訂正をし、有価証券報告書の虚偽記載を指摘されるに至ったのであるから、A社が東京証券取引所に対する違約金及び金融庁に対する課徴金を支出し、監査法人に対する報酬を支出したことは、Bが善管注意義務に違反することを認識しながら行った行為に起因する損害であると認められる。」

「以上のおりであるから、Y社は、本件免責条項に基づき、保険金の支払を免れる。」

3. 研究

(1) はじめに

本件は、D & O保険の被保険者であった者の任務懈怠による損害賠償請求が認められたことに基づき、保険金が請求され、本件免責条項

2. 判旨

控訴棄却（確定）

「会社法330条により、株式会社と役員との関係は委任に関する規定に従うとされ、民法644条は、委任に係る受任者の注意義務として、受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委理事務を処理する義務を負うと定めている（いわゆる善管注意義務）から、取締役が会社に対して負う善管注意義務は、法令上の義務であると解され、本件免責条項にいう『法令』からこれを除外する理由は見当たらない。したがって、本件免責条項にいう『法令に違反すること』には、取締役としての善管注意義務に違反することも含まれると解するのが相当である。」

「本件免責条項により、被保険者に対する損害賠償請求の原因となった被保険者の行為について、被保険者が善管注意義務に違反することを認識しながら行った場合又は被保険者がそのように認識していたと判断することができる合理的な理由がある場合には、保険者が免責されることになるものと解される。」

「Bは、平成17年9月29日の取締役会の頃までに本件無断融資が存在していたことを把握していたにもかかわらず、本件無断融資がD社にとって有利なものであったことから追認することを企図した上、通常の家計であれば極めて重く受け止められる行為〔ママ〕べきGの行為に対する処分を、嚴重注意という極めて軽いものにとどめた上、その後も、本件無断融資に対して何ら追及しなかったと認めるのが相当である。そうすると、Bは、単に本件無断融資への対処を過失又は重過失により怠ったのではなく、対処しなければ善管注意義務に反することとなることを認識しつつ、D社の利益確保のため、意図的に対処しなかったものと認められる。そうすると、Bは、善管注意義務違反の状況にあることを認識しつつ、あえて善管注意義務を果たさなかった（不作為）ものであるから、Bには法令違反の認識があったといえ、会

理が引き続き隠蔽されたことにより第2次決算訂正を行うに至ったことを理由として、東京証券取引所に対して違約金1000万円を支払い、同年9月、金融庁に対して課徴金1816万9998円を納付した。

以上の事実関係の下、D社訴訟の第一審判決では、Bが適正な調査を行い、有効な再発防止措置を講じる義務を意図的に怠っていたことを理由に、Bの任務懈怠責任が肯定され、Bは会社法423条1項に基づきA社に対する損害賠償金等の支払いを命じられ、控訴審判決においても、Bの任務懈怠責任は肯定された。また、本件株主代表訴訟の第一審判決では、第2次決算訂正に関するBの善管注意義務違反が認められ、Bは上場違約金、監査報酬、金融庁の課徴金の合計3342万9284円等の支払いを命じられた。

そして、BからD社訴訟及び本件株主代表訴訟に関する訴訟委任を受けていた弁護士法人X1法律事務所（以下「X1事務所」という）は、Bに対する弁護士報酬債権を取得し、これを保全するため債権者代位権に基づいて本件訴訟を提起した。しかし、Bは破産手続開始決定を受けたため、Bの破産管財人であるX2が本件訴訟を受継した。本件訴訟において、X2はY社に対し、本件D&O保険契約に基づく保険金として、①A社が設置した特別調査委員会及び責任追及委員会に係る費用として3171万4945円及び遅延損害金1260万7776円の合計4432万2721円、②A社の第2次決算訂正のために生じた違約金、課徴金等の合計3342万9284円及び遅延損害金1139万3432円の合計4482万2716円、③Bが訴訟追行をX1事務所に委任したことにより支払った弁護士費用457万2750円、④BのX1事務所に対する未払弁護士費用2005万1250円、以上①ないし④の合計1億1376万9437円の支払いを求めた。原審（東京地判令和2年3月19日金判1628号20頁）は、本件免責条項の適用を認め、X2の請求を棄却したため、X2が控訴した。

示を全く行わなかった。さらに、F及びGは、本件無断保証を解消するため、取締役会の承認を経ずにA社名義の約束手形（額面総額15億円）を振り出した。その後の取締役会において監査役から、なぜこのような事態になったのか事情を明らかにしてほしい、などと発言がなされたものの、Bはよく検討した上で次回に報告すると返答し、審議の結果、本件無断保証について承認がなされた。しかし、その後の取締役会においても、Gから15億円の約束手形の件について報告はなく、Gの処分に関しても検討されなかった。

約束手形の最初の決済日までにD社が返済資金を準備できなかったため、FはA社から訴外H社を経由して、平成20年4月28日に金型代金等の名目で14億9700万円を送金した（以下、この不正融資を「H社案件」という）。その後、BはH社に対して金型名目で支払われた14億9700万円の金銭の名目を、H社と同様の装置の開発を行っている訴外I社への開発費に振り替えるという会計処理の方法を指示した。そしてBは、偽装のための稟議書等を作成することを指示して作成させた上、監査法人の調査に対しH社への支払はD社に流れたものではなく、I社における開発に関する支払であるとの虚偽の説明をした。

平成20年12月25日、A社は、建設仮勘定の本勘定への振替漏れ等を理由として、平成16年3月期から平成20年3月期までの有価証券報告書等につき、一部訂正を行い（第1次決算訂正）、平成21年4月2日、D社に対する不正な金融支援についての特別調査委員会を設置した。また、A社の取締役会は、同年5月14日、不正な金融支援の関係者に対する損害賠償請求の要否及び内容等について諮問するため責任追及委員会を設置した。そして、A社は、平成21年6月16日、平成18年3月期から平成20年3月期までの有価証券報告書等につき、H社案件に関する合計14億9700万円の建設仮勘定としての計上を回収困難な貸付として貸倒損失に、D社を連結子会社に訂正した（第2次決算訂正）。

平成21年7月、A社は、第1次決算訂正後、A社の株式が監理銘柄であったにもかかわらず、社内調査が不十分であり、不適切な経理処

融資金相当額等（14億9000万円及び約187万米ドル）の損害賠償の支払を求める訴訟を提起した。A社の株主であった訴外Eは、平成25年、当該訴訟に共同訴訟参加し、B及びCを被告として、上記損害賠償に加え、特別調査委員会及び責任追及委員会に関する報酬相当額をA社に賠償するよう求めた（以下、これらの訴訟を総合して「D社訴訟」という）。

また、Eは、平成23年11月16日、Bを含むA社の取締役、元取締役、監査役及び元監査役を被告として、株主代表訴訟を提起した（以下「本件株主代表訴訟」という）。本件株主代表訴訟の概要は、A社がD社に対して不正な金融支援を行ったこと及び有価証券報告書等に虚偽記載があったとして一部訂正を行ったことに関し、上記取締役らに任務懈怠責任があるとして、監査費用、社外調査委員への報酬、金融庁の課徴金及び証券取引所への上場契約違約金等合計約30億円につき、A社に損害を賠償するよう求めるものであった。

上記D社訴訟及び本件株主代表訴訟の発端となった、D社に対する不正金融支援の内容等は、以下の通りである。平成17年8月30日、A社の経理部参与であった訴外F及び経理部担当取締役であった訴外Gは、A社の取締役会の承認を得ることなく、A社からD社に1億5000万円を送金した（以下「本件無断融資」という）。そして、監査法人が本件無断融資の事実を把握し、同年9月29日に開催された取締役会にてA社の監査役は、Gの行為を厳しく非難するとともに、厳正な処分を科すよう求めたが、Bは本件無断融資に関する事実関係についての詳細な調査や原因の究明、再発防止策の策定に取り組むことはなかった。

その後も、F及びGは無断で、平成17年9月30日から平成19年9月5日の間にD社へ計9億円の送金を行った。さらに、平成19年9月28日にD社が行った銀行からの7億円の借入れにつき、取締役会の承認を経ずにB社をしてこれを保証させた（以下「本件無断保証」という）。F及びGは、同年11月に、Bに対し本件無断保証を報告したが、Bは次回取締役会において報告・謝罪の上、事後承認を求めるよう指示したのみで、本件無断保証がされた経緯や原因の究明等についての指

取締役の善管注意義務違反と役員賠償責任保険 における認識のある法令違反行為免責

〔東京高裁令和2年12月17日判決 令和2年（ネ）第2309号〕
〔保険金請求控訴事件 金判1628号12頁〕

黒田佳祐

1. 事実の概要

損害保険業等を業とするY株式会社（被告、被控訴人、以下「Y社」という）は、訴外A株式会社（以下「A社」という）との間で、A社の代表取締役であった訴外Bを被保険者とする会社役員損害賠償責任保険契約（以下「本件D&O保険契約」という）を締結していた。本件D&O保険契約には、役員が破産した場合にはその者とその破産管財人を同一の被保険者とみなす旨の特約及び株主代表訴訟補償特約が付されていた。Y社が保険金を支払う損害は、①法律上の損害賠償金、②争訟費用、のいずれかに該当するものを被保険者が負担することによって生じる損害に限る、とされていた。一方で、法令に違反することを被保険者が認識しながら（認識していたと判断できる合理的な理由がある場合を含む）行った行為に起因する損害賠償請求については、これに起因する損害に対して保険金を支払わない旨の免責条項（以下「本件免責条項」という）が置かれていた。

A社は、B及びA社の取締役であった訴外Cを被告として、平成21年頃、会社法423条1項に基づき、回収不能となった訴外D社に対する

者に修補を依頼したために高額の費用を要した場合、買主に損害軽減義務違反が認められることであろう。この点について、CISG 諮問会議の意見書を紹介する松井・前掲注(98)124頁を参照。

- (112) 萩原・前掲注(98)117頁参照。
- (113) 買主自身の追完と費用賠償の問題について、買主は「追完とともにする損害賠償」(415条1項)を根拠に賠償請求が可能とした上で、損害賠償の範囲を416条によって相当な範囲に限定する見解として、渡邊・前掲注(102)12頁。
- (114) 原田剛『債権各論講義』(成文堂、2021年)134頁は、買主が自動車を高速道路で走行中に契約不適合が原因で走行不能となり、買主が売主に修理のための催告を要求せず、即時にJAFなどに連絡して、修理をしてもらった事例をあげる。
- (115) 高田淳「履行に代わる損害賠償(填補賠償)の識別」原田剛ほか編著『民法の展開と構成 小賀野晶一先生古稀祝賀』(成文堂、2023年)278頁及び同頁脚注29。
- (116) 高田・前掲注(115)278頁は、履行に代わる損害賠償における催告要件制度の趣旨についてこのように指摘する。
- (117) 高田・前掲注(115)278頁。古谷・前掲注(56)334頁は、売主の追完利益を否定すると、買主の機会主義的行動を誘発する(例えば、契約不適合とは別の理由による解除の)可能性があることや、買主の即時解除権が認められると重大な経済的不利益が売主に生じることを指摘する。
- (118) 古谷・前掲注(56)338頁。萩原・前掲注(98)118頁も「当事者双方の利益を衡平に調整する」という観点から検討した上で(ウ)説を支持する。
- (119) 山本敬三・前掲注(4)『公序良俗論の再構成』235頁は、原理及び価値の衡量を通じて、「何をどのように問題とすべきかという枠組みをあきらかにすることによって、判断に一定の方向づけをあたえ、それぞれの判断について合理的な審査可能性を作りだすこと」が可能になると指摘する。さらに、法的正当化の構造と方法のかなめとしての原理の衡量について、同・前掲注(83)「法的思考の構造と特質」249頁以下も参照。

- 2019年) 323～324頁〔岡正晶発言〕。一方、追完に代わる損害賠償請求権を履行に代わる損害賠償請求権とは異なる救済手段とみた上で、民法415条2項の「法意」が適用されるとする見解(潮見・前掲注(85)『新債権総論I』483頁、前掲注(100)『新債権各論I』164～165頁)や、追完請求権の優位性を認める民法563条が類推適用されるとの見解がある(田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』」(3)NBL No.1176(2020年)34頁、浦川道太郎ほか『民法IV——債権各論〔第5版〕』(有斐閣、2023年)103頁は民法563条1項の法意)。条文上の根拠は明らかではないが、売主の追完の機会を保障すべきと説く見解として、山本豊ほか『民法5契約』(有斐閣、2018年)157～159頁〔北居功執筆〕など。
- (102) 渡邊拓「追完請求権を巡る実務上の諸問題についての総合的考察」判時2535号(2022年)12頁は、追完請求権の優位性とは、追完によって契約不適合状態を回復させることが本筋であるという趣旨に理解すべきであり、「売主の追完権ないしは追完利益を保障したものとみるべきではない」と評する。
- (103) 筒井＝村松・前掲注(88)341頁(注2)。請負契約に関する記述ではあるが、鎌田薫ほか『重要論点 実務 民法(債権関係)改正』(商事法務、2019年)317頁〔内田貴執筆〕。そのほか、森田宏樹・前掲注(85)285頁以下、道垣内＝中井・前掲注(101)325頁、曾野裕夫ほか『民法IV 契約』(有斐閣、2021年)183頁など。
- (104) 田中宏治・前掲注(98)418頁以下は、追完を催告しないで自ら修補した買主は、「追完請求権を正当に放棄した」と捉える。北居・前掲注(101)159頁は、売主が免れた出費の「償還すらも請求できない」と述べていることからすれば、事務管理や不当利得の請求も否定する趣旨であろうか。
- (105) 奥田昌道＝佐々木茂美『新版 債権総論 上巻』(判例タイムズ社、2020年)222頁。奥田＝佐々木説の要約として、原田・前掲注(98)183頁以下参照。
- (106) 萩原基裕「買主自身による追完と売主に対する費用賠償請求の可否をめぐる問題の検討」大東法学28巻2号(2019年)115頁。
- (107) 渡邊・前掲注(102)12頁。
- (108) 原田・前掲注(98)188頁は、田中宏治教授の見解に対して、「理論的・体系的観点からしても、『追完請求権の放棄』と解釈することは形式的に過ぎ、説得力を欠く」と批判する。
- (109) 論者自身の見解ではないが、そのように学説を整理する見解として、潮見・前掲注(101)『新債権各論I』162～163頁。
- (110) 萩原・前掲注(98)113頁以下(117頁では不当利得説)、古谷・前掲注(56)338頁(536条2項の類推適用及び不当利得)。潮見・前掲注(100)『新債権各論I』167頁(事務管理及び不当利得)。
- (111) なお、買主が売主に修補を依頼すれば安価な費用で済んだのに、第三

づけることは、上記の強行規定を通じて「クーリング・オフ権を実質的に保障しようとした」法の趣旨や目的に反するため、原則として認められない。ただし、当該趣旨・目的を逸脱して消費者が故意に商品を滅失・毀損させた場合には、消費者が価額償還義務を負う余地はある。以上について、後藤卷則ほか『条解 消費者三法〔第2版〕』（弘文堂、2021年）513頁〔齊藤雅弘執筆〕を参照。

(98) 青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主による瑕疵除去——ドイツ民法における追完請求権」駒澤法曹1号（2005年）27頁以下、田中宏治『ドイツ売買論集』（信山社、2021年）415頁以下〔該当部分の初出は2005年〕、岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信ほか編『二一世紀判例契約法の最前線 野村豊弘先生還暦記念論文集』（判例タイムズ社、2006年）538頁以下、ペーター・フーバー（益井公司訳）「新ドイツ売買法における履行と損害賠償の関係に関する近時の諸問題」日本法学74巻1号（2008年）220頁以下、円谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学17巻3号（2009年）37頁以下、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』（信山社、2009年）203頁以下、渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」野澤正充編著『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、2009年）80頁、古谷・前掲注(56)150頁以下、磯村保「売買契約法の改正——「担保責任」規定を中心として——」Law & Practice No.10（2016年）72頁以下（ただし、買主が催告をしているか否かが明確ではない）、萩原基裕「買主自身による追完と売主に対する費用賠償請求の可否をめぐる問題の検討」大東法学28巻2号（2019年）93頁以下、原田剛「買主による修補の場合の費用償還請求権——2017年民法改正と追完請求権の史的展開の一断面」法学新報129巻8・9号（2023年）161頁以下、山本宣之「買主が自己追完した場合に関するドイツ法の議論」産大法学57巻2号（2023年）255頁以下、北居功「買主の性急な自力追完：追完請求権の優位原則の強度」慶應法学52号（2024年）51頁以下。ドイツ法に加え、CISGの状況を紹介する論稿として、松井和彦「ウィーン国際物品売買条約における売主の契約不適合追完権と買主の修補費用相当額の賠償請求」滝沢昌彦ほか編『社会の多様化と私法の展開——小野秀誠先生古稀記念論文集』（法律文化社、2024年）112頁以下。

(99) BGHに批判的な見解として、例えば Stephan Lorenz 教授の見解があげられる。この主張内容については、原田・前掲注(98)174頁以下や北居・前掲注(98)54頁以下を参照。

(100) 潮見佳男『新契約各論I』（信山社、2021年）166頁、田中宏治・前掲注(98)418頁以下。

(101) この立場の中には、追完に代わる損害賠償請求権は、履行に代わる損害賠償請求権の一種とみたくて民法415条2項の適用を示唆する見解がある（道垣内弘人＝中井康之編著『債権法改正と実務上の課題』（有斐閣、

能法の形成と発展』(有斐閣、2024年) 215頁以下〔該当部分の初出は2018年〕は、「債権者の受ける利益に比して債務者の履行に過大の費用を要するときは、債権者の履行請求権は権利濫用を理由に認められないと解する余地がある」とした上で、この例外則を「民法412条の2第1項の枠内で認めることは、適切ではない」と指摘する。このほか、田中宏治『代償請求権と履行不能』(信山社、2018年) 445頁は、「通常は、契約その他の債務の発生原因の解釈としてそもそも、給付のためにそのような費用を現実に支出すべきという債務が発生していない」とみて、著しく不相当な費用による給付困難を履行不能の下で捉えることに反対する。

- (90) 売主の追完拒絶が認められるための判断基準については、注(69)を参照。古谷・前掲注(56)326頁は、ドイツ法の学説や判例の基準が日本法の追完請求権の限界を考える際の1つの判断基準を示すものとして参考になると指摘する。
- (91) 青野・前掲注(64)96頁、古積健三郎『実践演習民法 予備試験問題を素材にして』(弘文堂、2021年) 101頁。山田・前掲注(64)114頁。改正前民法634条1項ただし書における請負契約の修補に代わる損害賠償に関して、修補費用そのものを認めると請負人の責任を限定した趣旨が没却されることから、瑕疵のある物と正常な物との差額が賠償額になると指摘するものとして、小野秀誠「判批」(最判昭和58年1月20日判時1076号56頁)ジュリ820号(1984年)84頁。
- (92) 山本弘明・前掲注(50)34頁。
- (93) 現行法の説明として、中田邦博＝鹿野菜穂子『基本講義消費者法〔第5版〕』(日本評論社、2022年)153～154頁。一方、SNSや動画配信サイトの広告、ターゲティング広告により消費者に熟慮の余裕を与えずに取引させる現状があることから現行法制の検討の必要性を示唆する見解として、大澤彩『消費者法』(商事法務、2023年)189頁。
- (94) 松岡久和「消費者撤回権と民法法理」現消No.16(2012年)62～63頁。
- (95) 松岡・前掲注(94)63頁。
- (96) 将来的にはEU指令を国内法化したEU加盟国のように、返品権を強行規定の性格をもつものとして位置づけることも検討されるべきであろう。山本弘明・前掲注(50)34頁も参照。
- (97) なお、クーリング・オフの場合には以上の検討とは異なる。例えば、特定商取引法では消費者によるクーリング・オフの行使が認められた場合、事業者は消費者に損害賠償を請求できない(特商法9条3項等)。さらに、商品返還のための費用は事業者負担である(同条4項)。消費者は商品使用に伴って得た利益に相当する金銭や役務提供の対価などの金銭も支払う必要はない(同条5項等)。これらの規定は消費者保護の観点から強行規定であり、それに反する当事者間の合意は無効である。したがって、クーリング・オフ権の行使前に商品を滅失・毀損した消費者に価額償還を義務

- (79) 山本敬三・前掲注(4)特に193頁以下。放送法64条1項に基づく締約強制が、国家による私人（受信者）の契約締結の自由の制限を意味することから、当該制限が許容されるか否かを判断する枠組みとして比例原則の有用性を指摘する見解として、谷江陽介『締約強制の理論——契約自由とその限界』（成文堂、2016年）141頁。
- (80) 山本敬三・前掲注(4)218頁以下を参照。
- (81) 山本敬三・前掲注(4)222頁によれば、必要性の原則の定義によっては一部無効が認められる場合の審査を均衡性の問題として理解することも可能とされる。
- (82) 瀬川信久「利益衡量・比例原則の新たな広がり」と課題——日仏の比較検討」日本學士院紀要76巻1号（2021年）55頁以下。
- (83) 山本敬三・前掲注(4)230頁。原理間衡量の方法と正当化の枠組みについては、山本敬三「法的思考の構造と特質——自己理解の現況と課題」岩村正彦編『岩波講座現代の法15』（岩波書店、1997年）231頁、特に253頁以下を参照。
- (84) ドイツ法ではあるが、追完請求権を本来的履行請求権と同一と解したうえで、瑕疵ある物の給付の場合の売主の義務の範囲が合意によって確定されるとするスカメルの見解を紹介するものとして、原田・前掲注(56)194頁以下。日本法の議論の概要につき、平野裕之『新債権法の論点と解釈〔第2版〕』（慶應義塾大学出版会、2021年）409～411頁。
- (85) 追完請求権を履行請求権とは異なる救済手段とみる見解として、例えば、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）329頁以下、森田宏樹「売買における契約責任——契約不適合に基づく担保責任の意義」瀬川信久ほか『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、2019年）281頁以下、田中洋『売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定』（商事法務、2019年）303頁以下、古谷・前掲注(56)322頁以下など。
- (86) 古谷・前掲注(56)323頁。
- (87) 古谷・前掲注(56)323頁以下。本稿では検討の対象としないが、ドイツ（BGH）では特定物売買において代替物の引渡し請求が認められている（BGH, Beschluss vom.8.1.2019-VIII ZR 225/17）。このことは、同質説からは正当化できないとの見解がある。
- (88) 潮見・前掲注(85)『新債権総論Ⅰ』287頁脚注31、潮見佳男ほか編著『Before/After 民法改正』（弘文堂、2017年）111頁〔松井和彦〕、筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）341頁、田中洋・前掲注(85)275頁～276頁、中田裕康『債権総論』（岩波書店、2020年）99頁、磯村保編『新注釈民法(8)債権(1)』（有斐閣、2022年）265～266頁〔潮見佳男〕など。
- (89) 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）183頁、坂口甲『履行不

vom.14.1.2009-VIII ZR 70/08, NJW 2009,1660. 追完に代わる損害賠償についても一定の限界がある。BGH (BGHZ 200, 350) によれば、不動産の売買契約では、瑕疵除去費用が瑕疵のない状態における不動産の流通価格又は瑕疵を原因とする減少価格の200%を上回る場合に不相当と判断される。

(70) BT-Drucks.18/8486, S.43.

(71) 「事業者は、BGB275条1項に基づいて追完の一方の方法が排除される場合又は当該事業者がBGB275条2項・3項もしくは439条4項1文に基づいて他の追完方法を拒絶できる場合において、不相当な費用がかかることを理由に、BGB439条4項に基づき他の追完方法を拒絶することができない。当該事業者は、439条2項又は3項1文に基づき費用の額が不相当であるとき、費用賠償を相当な額に制限することができる。この額の算定については、特に瑕疵のない状態の物の価値及び瑕疵の程度が考慮されなければならない。」

(72) BT-Drucks.19/27424, S.1. 新たな指令の目的は、「特にデジタル要素を含む物品の事業者と消費者間の売買契約に関する一定の要件について共通のルールを定めることにより、デジタル単一市場が適切に機能することに資するとともに、消費者保護を高水準で確保すること」にある。同指令に関して古谷貴之「物品の売買契約に関する新たなEU指令の分析」産大法学54巻1号(2020年)127頁以下を参照。

(73) BT-Drucks.19/27424, S.29.

(74) 以下の理由は、Beckmann in: Staudinger Kommentar, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8.Aufl, 2022, N.153ff. による。

(75) 商品売買指令13条

(1)契約違反の際には、消費者は、この条項に挙げられた条件の下で、契約に適合した状態での商品の修復、代金の一部の減額又は契約の解除を求める権利を有する。

(2)商品の契約に適合した状態の修復のために、消費者は、修繕又は代物給付を選ぶことができる。ただし、選択された追完が不能である場合、あるいは、特に以下のようなすべての事情の考慮の下で、他の救済可能性と比較して売主に不相当に高い費用を生じさせる場合を除く。

(a)商品が契約に適合していたならば有していたであろう価値(b)契約違反の重大性及び(c)消費者にとって著しい不都合なく他の救済を行うことができるかどうかという事情

(3)売主は、修繕又は代物給付が2項(a)(b)に挙げられた事情を含めたすべての事情の考慮の下で不能又は不相当な費用を生じさせるであろうときには、商品の契約に適合した状態の修復を拒むことができる。

(76) Stürner, a.a.O. (Fn.8), S.319ff.

(77) 中西優美子『法学叢書EU法』(新世社、2012年)109頁。

(78) Stürner, a.a.O. (Fn.8), S.325.

れる。

- (58) JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber) 16 June 2011, In Joined Cases C-65/09 and C-87/09, Case C-65/09. 欧州司法裁判所では、瑕疵ある食器洗い機の取外し及び取付け義務が争われた Putz 判決 (C-87/09) と併合して審理された。Putz 判決の概要は、原田・前掲注(56)77頁以下を参照。そのため、Weber/Putz 判決と呼ばれることもある。なお、判旨の①～③のナンバリングも後述の判例の整理のために筆者が付したものである。
- (59) BGH, Urteil vom. 21.12.2011-VIII ZR 70/08, BGHZ 192,148. 原田・前掲注(56)90頁以下・145頁以下、古谷・前掲注(56)169頁以下・176頁以下を参照。
- (60) Cauffman, *supra* note 33 at 85-90. なお、Stark は Weber 判決にも比例原則が表れているとするが、その内容を論じてはいない (Stark, *supra* note 27 at 132 note 57)。
- (61) Cauffman, *supra* note 33 at 88.
- (62) Cauffman, *supra* note 33 at 88 では "proportionate in the strict sense" との表現を使用しており、相当性の原則を意味するとみられる。
- (63) BGH, Urteil vom. 17.10.2012-VIII ZR 226/11, BGHZ 195,135. 原田・前掲注(56)151頁以下、古谷・前掲注(56)169頁以下参照。
- (64) このとき、買主は追完に代わる損害賠償請求権を行使しうる。ただし、その額は追完費用相当額ではない。BGH によれば、BGB251条2項1文を準用して、買主の損害賠償請求権は瑕疵を原因とする売買目的物の減少価値の賠償に制限される。BGH, Urteil vom. 4.4.2014-V ZR 275/12, BGHZ 200,350. 青野博之「追完費用が過分である場合における注文者及び買主の損害賠償請求——ドイツ請負法及び売買法」駒澤法曹12号(2016年)87頁以降、山田孝紀「売買契約・請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償——ドイツ法における近時の展開」日本法学87巻3号(2021年)82頁～83頁。
- (65) 古谷・前掲注(56)274頁参照。
- (66) 改正経緯については、原田・前掲注(56)274頁以下及び古谷・前掲注(56)274頁以下参照。
- (67) BT-Drucks. 18/8486, S.39. 買主が事業者の場合にも、瑕疵ある物の取外し及び瑕疵のない物の取付けの費用を負担した売主は、当該物の供給者に求償を請求できる規定 (BGB-E445条) も設けられた。BT-Drucks. 18/8486, S.41.
- (68) 古谷・前掲注(56)299頁～300頁参照。
- (69) 学説の見解及び判例によれば、「売主に責めに帰すべき事由がない場合、追完費用が瑕疵のない状態の目的物の価値の150%又は瑕疵を原因とする物の減少価値の200%を上回っている場合」に追完拒絶が認められる。この点について、Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2121.; BGH, Beschluss

- について通常の検査の範囲を超えた使用をした場合は、その価値減少について償還しなければならない」判時2438号（2020年）124頁。
- (45) カライスコス・前掲注(44)125頁によれば、旧法に関して、「撤回権について事業者が消費者に対して行う教示に関する法定の従来のモデル様式では、検査の範囲が店舗におけるものを超える場合には、価値補償が必要となる旨が示されていた」とされる。
- (46) BGHZ212, 248, Rn.28
- (47) Koch in: Erman BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, § 357a BGB, Rn.3
- (48) DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011, L 304/64. 同司令の翻訳として、寺川永＝馬場圭太＝原田昌和訳「2011年10月25日の消費者の権利に関する欧州議会及び理事会指令」関法62巻3号（2012年）436頁を参照。
- (49) L 304/70 (47).
- (50) 消費者の権利指令のドイツ国内法化に関する改正経緯及び内容については、クリスティアン・フェルスター（寺川永訳）「ドイツ法における撤回権の現在——EU 消費者権利指令の国内法化」関法65巻3号（2015年）336頁以下に詳しい。山本弘明「消費者撤回権の制限法理」成城大学法学会編『変動する社会と法・政治・文化』（信山社、2019年）34頁は、「EU 指令の国内法化により、消費者法に関わる法制度が平準化されている欧米諸国では、返品制度はクーリング・オフ同様に強行法的性格を与えられている」と指摘する。
- (51) カライスコス・前掲注(44)125頁は、撤回権の教示に関するモデルが変更されたことから、先のBGHの2つの判決が現行法に当然に当てはまるものではないと指摘する。
- (52) Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, COM/2018/185 final, 28.
- (53) COM (2018) 185 final, 15.
- (54) COM (2018) 185 final, 16. Stark, *supra* note 27 at 130. はこの消費者の権利と事業者の義務の均衡に比例原則が表れているとみる。
- (55) COM (2018) 184 final, OJ C440/71, s 3.14
- (56) BGH, EuGH-Vorlage vom.14.1.2009–VIII ZR 70/08.Weber 事件を紹介する邦語文献として、原田剛『売買・請負における履行・追完義務』（成文堂、2017年）76頁以下〔初出2012年〕・同115頁以下〔初出2013年〕、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』（法律文化社、2020年）167頁以下・175頁以下〔初出2013年に加筆〕参照。
- (57) 消費動産売買指令3条3項によれば、救済手段の不相当性を判断する際には、商品が有するであろう価値、不適合の重大性及び消費者に著しい不便をかけることなく代替りの救済措置を行うことができたかが考慮さ

- (28) Stark, *supra* note 27 at 127.
- (29) Stark, *supra* note 27 at 129-133.
- (30) その例として、消費者が試用の範囲を超えて目的物を必要以上に使用した場合における消費者撤回権のはく奪を提案する欧州委員会の改正提案（II 3(3)）があげられる。Stark, *supra* note 27 at 130.
- (31) Stark, *supra* note 27 at 132-133.
- (32) Stark, *supra* note 27 at 133.
- (33) Caroline Cauffman, ‘The Principle of Proportionality and European Contract Law’ in Jacobien Rutgers and Pietro Sirena (eds), *Rules and Principles in European Contract Law* (Intersentia, 2015) at 81.
- (34) Cauffman は適合性・必要性の原則が表れている例として、EU の反差別指令 2 条 2 項 b 号をあげる（Cauffman, *supra* note 33 at 73）。同条では、「間接差別は、一見中立的な規定、基準、又は慣行が、人種的又は民族的出自を持つ人を他の人と比べて特別に不利な立場に置く場合に存在するものとする。ただし、その規定、基準、又は慣行が正当な目的によって客観的に正当化され、その目的を達成する手段が適切かつ必要である場合は除く」と定められる。具体例は、茂木明奈「ドイツ法における不利益処遇の正当化：危険の予防・損害の防止及び個人的安全の保護の意義を中心に」白鷗法学22巻2号（2016年）138頁注13を参照。
- (35) Cauffman, *supra* note 33 at 82-85.
- (36) Cauffman, *supra* note 33 at 70, 84.
- (37) Cauffman, *supra* note 33 at 84.
- (38) Cauffman, *supra* note 33 at 84-85. なお、判旨の①-③のナンバリングも Cauffman の見解の整理のために筆者が付したものである。
- (39) Cauffman, *supra* note 33 at 84は、Messner 判決を例に、ここでは「消費者の権利と義務の範囲を決定する手段としての比例原則の機能は、EU と加盟国の権限を明確にするという公法上の機能と結びついている」と評する。
- (40) 廣瀬・前掲注(10)116頁参照。
- (41) Messner 判決以外に後述するウォーターベッド判決の影響もあるとみられる。
- (42) BT-Drucks 17/5097, S.17. なお、Messner 判決の趣旨を反映すべく、商品の劣化が商品の確認に必要でなかった事情によって生じたかどうかの立証責任は、消費者から事業者に移されている。
- (43) BGH, Urteil vom.3.11.2010-VIII ZR 337/09. (ウォーターベッド判決)
- (44) BGH, Urteil vom.12.10.2016-VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248. 同判決では、2014年6月12日まで適用されていた旧法を対象とする。同判決及び学説を紹介するものとして、カライスコス・アントニオス「物品の通信販売契約について撤回権（クーリングオフ権）を行使した消費者は、その物品

(15) 通信販売指令 (97/7/EC)

6条1項「いかなる通信販売契約でも、消費者は、違約金なしに、理由を述べることなく、少なくとも7営業日以内に契約を撤回することができる。撤回権の行使を理由として消費者に課せられうる唯一の費用は、商品の返送にかかる直接的な費用のみである。」

6条2項「本条に基づき消費者が撤回権を行使した場合、事業者は、消費者によって支払われた金額を無償で払い戻す義務を負うものとする。撤回権の行使により消費者に請求できるのは、商品の返送にかかる直接的な費用のみである。(以下、略)」

(16) BGB旧357条1項「別段の定めがない限り、撤回権及び返還権には、法定解除に関する規定が準用される。(以下、略)」

(17) 判旨の①・②・③は、学説による判例の分析を整理するために筆者が付したナンバリングである。

(18) 前掲注(6)の文献を参照。

(19) 以下では「相当性=均衡性」という理解のもと、相当性の用語を用いる。

(20) Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981, S.50ff. BVerfGE 19,330. など。

(21) Hirschberg, a.a.O. (Fn.20), S.56ff. BVerfGE 20,292.; 25,1. など。詳細は、前掲注(6)の文献を参照。民法領域でも必要性の原則を用いる見解として、例えば Jürgen Schmidt, in: Staudinger Kommentar zum BGB 13. Bearb. 1995, § 242, Rn.779ff.

(22) BGH, Urteil vom.1.2.2005-X ZR 10/04, NJW 2005,1774.; Andreas Fuchs, in: *AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlag*, Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), 12. neubearb. Aufl. 2016, § 307 BGB, Rn.105. など。これらの判例・学説の詳細は、山田孝紀「約款条項の不当性判断と比例原則——ドイツ法の検討と日本法への示唆」法と政治 68巻3号(2017年) 80頁以下・91頁以下を参照。(23) Claus-Wilhelm Canaris, *Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden*, ZHR 1979, S.113,128ff.(24) 前掲注(8)の文献のほか、Dieter Medicus, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, AcP192 (1992), S.35.

(25) Bieder, a.a.O. (Fn.8), S.5.

(26) BGH, Urteil vom.11.02.1987-IVa ZR 194/85.

(27) Johanna Stark, 'Rights and their Boundaries in European Contract Law: Abuse, Proportionality, or Both?' in *Proportionality in Private Law*, *supra* note 5 at 127. ただし、Starkは公法と私法上の比例原則には「重複する部分があり、すべてのケースにおいて明確な区別を維持することは容易ではない」とも述べる。

証に関する規律の交差——比例原則と警告義務との関係を中心に」田井義信編『民法典の現在と近未来』（法律文化社、2012年）154頁以下、山野目章夫「フランス個人保証法における比例原則の考え方」中小商工業研究117号（2013年）110頁など。

- (8) ドイツ法の学説では、比例原則の対象（名宛人）が「私人」の場合と「国家」の場合を区別し、その根拠や意義・機能を区別して分析する手法が採用されている。例えば、Ulrich Preis, *Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung*, in: FS für Thomas Dieterich zum 65.Geburtstag, C.H.Beck, 1999, S.429ff.; Marcus Bieder, *Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung*, C.H.Beck, 2007.; Michael Stürner, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht : Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Mohr Siebeck, 2009. などがある。
- (9) 山田孝紀「契約法における比例原則——契約の内容形成・権利行使の制限」1-201頁〔関西学院大学レポジトリ・博士論文〕（2019年）。同論文では、ドイツ民法の議論状況を整理した上で、日本法においても比例原則が権利行使の制限機能を果たすことや信義則などの一般条項の解釈の指針となりうることを示した。
- (10) Judgment of the Court of 3.9.2009, CASE C-489/07. 邦語文献として山本弘明「通信取引契約の撤回と使用利益の賠償」今野裕之編『判例 EU 私法』（信山社、2022年）242頁以下〔初出2010年〕、廣瀬孝壽「ドイツにおける通信販売契約撤回に関する消費者保護の動向——撤回期間における検査と使用——」北九州工業高等専門学校研究報告第45号（2012年）115頁以下を参照。
- (11) 原語は Wertersatz であり、「価格賠償」の訳が適切かもしれない。しかし、その用語は日本法では共有物分割請求の場面で用いられること、「賠償」という用語は損害賠償の場面で用いられることから、本稿では「価額償還」と訳した。
- (12) BGB 旧312d 条1項「消費者には、通信販売契約の際に BGB355条に基づく撤回権が認められる。」
 BGB 旧355条1項「法律により消費者に同条に基づく撤回権が認められる場合において消費者が期間内に撤回したとき、契約の締結に向けられた意思表示に拘束されない。」
 2項「撤回には理由は不要であり、文書の形式又は2週間以内に商品を返送することによって事業者に表示（erklären）されなければならない。」
- (13) AG Lahr, Beschluss vom 26.10.2007-5 C 138/07.
- (14) BGB 旧312条2項では、情報提供義務が履行される前には撤回期間が進行しないと定められていた。

ないし衡平の観念に照らして直ちに是認し難いとし、通話料の支払い限度を通話料全額の5割に制限した判例として、最判平成13年3月27日民集55巻2号434頁(ダイヤルQ2事件)。長崎地判佐世保支判平成20年4月24日(カード会員の家族による不正利用についてカード会社の請求を全部棄却した事例)に対して「原告の請求が全部棄却されるのはバランスを欠」き、信義則・衡平の観念から、原告には5割を超えない程度の請求が認められても良いとする見解として、尾島茂樹「家族によるクレジット・カードの不正使用と会員の責任」クレ研41号(2009年)208頁。

- (4) 詳細については、大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣、1995年)、椿寿夫『公序良俗違反の研究』(日本評論社、1995年)、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000年)、酒巻修也『一部無効の多層的構造』(日本評論社、2020年)などの日本法の議論状況を参照。
- (5) シンポジウムの講演をまとめた書籍として、Proportionality in Private Law, Edited by Franz Bauer and Ben Köhler, Mohr Siebeck, 2023.
- (6) 例えば、山下義昭「『比例原則』は法的コントロールの基準たりうるか——ドイツにおける『比例原則』論の検討を通して(一)——(三)」福岡大学法学論叢36巻1・2・3号(1991年)139頁・同38巻2・3・4号(1994年)189頁・同39巻2号(1995年)243頁以下、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社、2010年)、柴田憲司「憲法上の比例原則について(1)——(2・完)——ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に」法学新報116巻9・10号183頁、116巻11・12号185頁(2010年)以下など。
- (7) 山本敬三・前掲注(4)218頁以下(この主張についてはIV章2(1)を参照)。山野目章夫編『新注釈民法(1)総則(1)』(有斐閣、2018年)157頁〔吉政知広執筆〕は、信義則において、「形式的・外形的に存在する権利・法的地位」の主張が、「権利者が得る利益と比べて著しく大きな不利益を相手方に生じさせる」場合には認められないとする。そして、その根拠は、「法律上の権利行使が権利の目的を達するために必要な手段であり、目的と手段が均衡を失っていないことを要請する比例原則」に求められるという。この視点はドイツ法に着想を得たものとみられる。ドイツ民法典(BGB)275条2項の履行請求権の排除は、「法律上の権利行使が他者に対して著しく不均衡な負担を課すことになってはならないという比例原則から正当化される」とする(吉政知広『事情変更法理と契約規範』(有斐閣、2014年)254頁〔初出2004年〕)。

民法(債権法)改正論議では、フランス保証法の比例原則にも注目が集まった。能登真規子「保証人の『過大な責任』——フランス保証法における比例原則」法政論集227号(2008年)371頁以下、大澤慎太郎「フランスにおける保証人の保護に関する規定の生成と展開(1)―(2)」比較法学42巻2号47頁・42巻3号25頁以下(2009年)、同「フランス法における過剰な保

最後に、分配的解決において比例原則が有しうる意義について述べておく。確かに、比例原則による判断枠組みから直ちに事案の結論が導かれるわけではない。問題となっている法規範・制度が重視すべき目的が何か、裁判所による判断によって私人に不相当な不利益が生じるのはどのような場合なのかを個別の問題に即して検討しなければならない。しかし、このような枠組みを設定することは、当事者間のリスクを公平（衡平）に分配する解決を行う際の判断過程を明らかにし、その判断の合理性を担保する意義を有すると考えられる⁽¹¹⁹⁾。そのことは、通信販売における消費者撤回権と価額償還義務や（IV 4 参照）、債権者自身の追完と費用償還の問題を例に示したように、一方当事者に全面的にリスクを負担させるオール・オア・ナッシングの解決策を見直すことにもつながるのではないだろうか。

I 章で触れた通り、ドイツ法をはじめとするヨーロッパ法では私法・民法上の比例原則への注目が集まりつつある。本稿でとりあげた EU 法の学説は、近時の研究成果の一部にすぎないため、その評価も含めて今後の議論動向を注視する必要がある。また、本稿では日本法の分配的解決の展開可能性を示す際にいくつかの事例をとりあげたにとどまるため、今後はそれら以外の事例検討を通して比例原則による分配的解決の意義や必要性をより明確化していきたい。

*付記：本稿は、JSPS 科研費20K13380の助成を受けた研究成果の一部です。

- (1) 野上誠一「契約責任や法定責任等における割合的解決（中間的解決）の可能性—裁判上の和解における解決内容への正当性付与という視点も考慮しつつ—」名古屋ロー・レビュー第4号（2012年）23頁。
- (2) 例えば、窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、1994年）、石橋秀起『不法行為法における割合的責任の法理』（法律文化社、2014年）を参照。裁判例の分析については野上・前掲注(1)24頁以下を参照。
- (3) 例えば、加入契約者に発生した通話料の全部を負担させるのは信義則

適用されるのか、さらに必要性の原則の意義について不一致がみられた。そこで、判断枠組みを次のように整理した。すなわち、①ある判断を下すことが法規範の達成すべき目的（例：当事者Aの権利保護）に適合的か否か、②上記①の判断により認められた私人の権利行使が必要以上でないか（Aの権利行使により相手方Bに過大な不利益が生じていないか）、③上記②の審査に違反する場合に下される別の判断によって、私人（A）に不相当な不利益が生じていないか、という判断枠組みである（IV 1・2）。

IV章では、上記判断枠組みが日本法に妥当しうると想定した上で以下の3つの個別問題について分配的解決の適用可能性を検討した。

第1に、契約不適合給付における売主の追完義務の範囲と買主の救済手段のあり方を検討した。契約に適合しない給付において、売主は原則として物の取外し及び取付け義務を負う一方、追完費用が過大となる場合、買主の追完請求権が制限される。このとき、買主の救済は、追完に代わる損害賠償や代金減額、解除を通じて図られる。本稿は、このような当事者の利益調整に比例原則による分配的解決が反映されていることを示した（IV 3）。

第2に、消費者撤回権と価額償還義務のあり方に関しては、通信販売において試用の範囲を超えて商品を使用した消費者には撤回権の行使が認められる一方、価額償還が義務づけられる場合があることを主張した。このような方向性はEU消費者権利指令やそれを国内法化したBGB357a条とも一致するものであり、あるべき解釈や将来の立法に向けて本稿が紹介したEU法・ドイツ法の議論状況が参考になると考えられる（IV 4）。

第3に、契約に適合しない給付を受けた債権者自身の追完と費用償還の問題に関しては、売主の追完機会の確保と買主の救済の双方の目的を考慮する必要性を示した上で、買主の救済に必要な限度で、買主に支出した費用の償還請求権を認めることにより両当事者のリスク分配が図られることを指摘した（IV 5）。

催告を不要とすることは、売主の追完機会を保障することで売主が得られる利益（反対給付請求権の確保、弁済準備費用の無価値化の防止）を失わせる手段となると考えられる。

以上の通り、この問題への対応としては契約不適合に対する買主の救済という目的を達成しつつ、売主の追完機会の確保という目的も同時に達成する手段が要請される。こうした双方の目的を考慮して、買主の救済に必要な限度で費用賠償請求権を認めることにより両当事者のリスクを分配することができる点で(ウ)説が妥当であると評価することができる。すでに「追完制度の趣旨や売主の追完利益を損なうことなく…公平な解決を導くことができる」との観点から(ウ)説を支持する見解が示されているところ⁽¹¹⁸⁾、比例原則による判断枠組みはこのような公平（衡平）に適った解決を支える考え方として機能しうると考えられる。

V 結論

本稿は、当事者間でリスクを分配する解決（分配的解決）を行っている EU 法・ドイツ法の議論状況について比例原則の観点から分析する見解を整理・検討した。その上で、日本法の議論状況に関して一定の検討を加えた。以上の結果は、次のようにまとめられる。

欧州司法裁判所では、一方当事者 A の権利行使を認めつつ、当該権利行使が相手方 B に必要以上の不利益を与える場合には、B の負担を軽減するために、A に別の措置を課したり、A の権利行使を縮減したりする解決策がとられていた（II 1・III 1）。こうした判決の影響によって当事者間のリスクを分配する立法も制定されている（II 3・III 3）。

EU 法の学説では、欧州司法裁判所による分配的解決を支える考え方として比例原則が機能していると指摘される（II 2・III 2）。学説では、比例原則を構成する適合性・必要性・相当性の原則の中でどの原則が

る⁽¹¹⁰⁾。

もつとも、(イ)説・(ウ)説のように費用を支出した買主の保護を図る立場であっても、買主の救済という目的に対して必要以上の権利行使、すなわち売主に過大な不利益を与える権利行使は認められない。そこで、(イ)説からは、買主が支出した費用のうち、民法416条1項の「通常損害」の範囲に含まれる損害のみが賠償額として認められることになろう⁽¹¹¹⁾。また(ウ)説からは、買主による費用償還請求権の範囲は、有益な費用(702条1項)や売主が自ら修補をしていれば支出したであろう追完費用(703条以下)⁽¹¹²⁾が認められると解される⁽¹¹³⁾。このような限定を付すことで、売主が負う損害賠償額や費用償還の額の点では両説とも結論に差異は生じないと考えられる。

では、どちらの立場が妥当であるのか。ここで催告を要することによる買主と売主の利益・不利益に着目して考えてみたい。まず、買主に催告を課すことが不利益をもたらすか。確かに、(イ)説が指摘する通り、高速道路を走行中の自動車の故障など買主が即時に修補する必要があり、買主への「催告の要求が明らかに不合理な場合」⁽¹¹⁴⁾も想定される。しかし、そのような場面が常に生じるとは限らない。例えば、買主に給付された時計に契約不適合があったとき、通常であれば買主は当該時計の契約不適合について売主に催告することが可能であり、そのことによる買主の負担は大きいとはいえないであろう⁽¹¹⁵⁾。次に、催告による売主の利益・不利益を考えるために催告の制度趣旨に着目すると、その趣旨は債務者が不適合給付の追完を行うことで「賠償責任・原状回復義務を免れる機会を確保・強化する」ことにあると理解されている。また催告期間の要件までに債務者が給付を行うと、「弁済準備に投下した費用・時間の無価値化を防ぎ、かつ、契約の効力(とくに反対給付請求権)を維持する機会」が保障される⁽¹¹⁶⁾。その一方、催告制度を不要として買主による損害賠償が直ちに認められると、弁済準備費用が無駄になるほか、反対給付請求権も消滅する不利益が債務者に生じうる⁽¹¹⁷⁾。こうした催告制度の趣旨を重視すると、(イ)説のように

この問題を考えるにあたっても出発点として考えなければならないのは、当該事案において法規範が達成すべき目的である。ここで売主の追完利益を重視すべき目的に据えたとする。この場合、当該目的を達成するための手段として買主には催告が要求される。したがって、売主の追完機会を奪った買主は追完に代わる損害賠償請求権を行使することができない。このとき、買主は別の手段によって負担した費用を売主に請求できるか。上記立場の中には、ドイツ法の議論から示唆を得て、(ア)民法536条2項類推適用及び不当利得の適用を否定し、買主の費用償還請求権も否定する見解がある⁽¹⁰⁴⁾。

この見解の妥当性を考える際には、当該手段が買主に不相当な不利益を与えるか否かも考慮しなければならない。この点に関して、催告不要説は、(ア)説に対して「契約不適合物の売主が修補費用の賠償請求を免れる」ことが不都合な結果を招くことがあると指摘する⁽¹⁰⁵⁾。さらに、催告必要説も(ア)説に対して、買主から売主に対する費用負担を否定することは買主の利益を不当に限定するとの懸念を示す⁽¹⁰⁶⁾。これらの批判が示しているように、そもそも債務者が契約に適合した給付をしていれば生じなかったリスクについて、催告を怠ったことのみをもって買主に全面的に負担させる帰結は妥当ではない⁽¹⁰⁷⁾。つまり、(ア)説のように、契約不適合のリスクが買主に全面的に転嫁されるオール・オア・ナッシングの結果は、買主に不相当な不利益が生じる手段となるため認められるべきではない⁽¹⁰⁸⁾。

一方、買主の利益の回復を重視した場合、(イ)催告不要説からは——追完に代わる損害賠償請求権を履行に代わる損害賠償請求権の一種と考えた場合でも、異なる救済手段とみた場合でも——「不適合給付をした売主に対して追完を求めることは、一般に、買主にとって期待しがたいことであるという論拠から」⁽¹⁰⁹⁾、追完に代わる損害賠償（民法415条1項）が認められることになる。他方で、(ウ)催告必要説の立場からは、追完に代わる損害賠償請求権ではなく、事務管理、不当利得等に基づいて買主の費用償還請求権を認めるという方法も提案されてい

5 分配的解決の展開可能性②——債権者自身の追完と費用償還請求の可否

上記3・4では、EU法・ドイツ法において議論されていた問題について日本法の観点から検討を加えた。それらの場面以外の分配的解決の展開可能性を探るために、債権者自身の追完と費用償還請求権の可否をめぐる問題を検討したい。例えば、次のような事例である。

【例】買主が売主から購入した物に契約不適合があった。売主を信用できなくなった買主は催告をせずに、第三者に当該物の修補を依頼した。その後、買主は、第三者による修補に要した費用として200万円の賠償を売主に求めた。これに対して、売主は、買主が修補の前に売主への催告を行うべきであり、100万円の修補費用で済んだと反論している。

この問題はドイツ法などの諸外国において議論の蓄積があり、その議論状況が既に紹介されている⁽⁹⁸⁾。BGHによれば、売主の追完権又は第二の提供権を保障するために、買主が追完に代わる損害賠償請求権を行使するためには催告が必要とされる。BGHでは、追完の優位性を保障するために、売主が出費を免れた瑕疵除去費用について、BGB326条2項後段・4項又は不当利得に基づく買主の費用償還請求権も否定されている。これに対して、学説ではBGHに批判的な見解が主張されている⁽⁹⁹⁾。

では、日本法においてこの問題をどのように考えるべきか。大別すると2つの立場がある。1つは、上記BGHの立場と同様に、売主の追完機会の確保を重視し⁽¹⁰⁰⁾、買主が追完に代わる損害賠償を請求するためには追完の催告が必要と理解する立場である（以下、「催告必要説」とする）⁽¹⁰¹⁾。もう1つは、契約に適合しない給付を受けた買主の利益の回復を重視し⁽¹⁰²⁾、買主は催告なくして追完に代わる損害賠償を請求できるとする立場である（以下、「催告不要説」とする）⁽¹⁰³⁾。

①まず原則として、消費者の負担を返送費用や目的物の現存利益の返還義務のみに限定することは、消費者に撤回権を与えた目的・趣旨に適合的である。

②しかし、消費者が撤回権を行使することによって事業者に必要な以上の（不相当な）不利益を生じさせることがある。そこで、試用の範囲を超えて商品を必要以上に使うことによってその価値を毀損させたような例外的な場面に限り、当該事業者の負担を軽減するという判断を下すことが考えられる。

③ここで、当該場面において商品の価値を毀損させた消費者には撤回権がはく奪されるとの判断を採ることができるか。実際、欧州委員会では事業者保護のためにこのような内容の改正提案を示していた（II 3(3)参照）。しかし、立法者又は裁判所の判断によって消費者に不相当な不利益が生じる結果となってはならない。欧州経済社会評議会が批判するように、消費者撤回権をはく奪することはむしろ消費者の利益を必要以上に制限するラディカルな手段であろう。そのような手段によらずとも、事業者を保護するためには消費者に不利益の少ない手段である価額償還義務を課す方法で足りる。

EUの「消費者の権利指令」14条2項やそれを国内法化したドイツ法において、必要な範囲を超える商品の使用等に関して消費者への価額償還義務が定められていることは、事業者に全面的にリスクを転嫁させることの問題を示す点で示唆に富む。日本法においても、消費者が試用の範囲を超えて商品を使用した場合には、消費者の返還責任を限定せずにその商品の価値の減少額相当の価額償還を義務づけることによって両当事者のリスク配分を図る方向性が検討に値する。その際、解釈論としては当該場面を消費者契約法6条の2の適用対象外とすることで対応し、立法論としてはドイツ法を参照して新たな規定を創設する方向性も考えられる⁽⁹⁷⁾。

しては、消費者は現存利益の返還義務のみを負う（消費者契約法6条の2）。

では、通信販売において返品がなされるまでの間に消費者による必要な範囲を超えた商品の使用がされた場合のリスクを当事者間でどのように分配するべきか。BGHの事例を参考にして考えてみる。

【例】通信販売によって消費者が事業者から排気ガス浄化装置（以下、甲とする）を購入し、車に取り付けた。その後、消費者は甲の売買契約に関して撤回権を行使した。この撤回までの間に消費者は車を運転し、甲を劣化させた。このとき消費者は排気ガス浄化装置の減価分の価額償還義務を負うか。

目的物の使用に伴う劣化分の価額償還に関して、学説では次の見解がみられる。「撤回前の使用による商品の減価分は、消費者が価値返還する義務を負うことになりそう」である。しかし、「使用による減価が著しい商品については、事業者は返品権の適切な制限を約款に規律することで自衛すればよい。そのような措置をとっていない場合の法定撤回権では、…消費者の返還責任を限定するほうが、約款による適切な返品権の規律を促すことになってよい」との見解が示される⁽⁹⁴⁾。もっとも、同見解は、2012年当時の諸外国の法状況が流動的であることをふまえて、「制度を固定的に捉えず…法改正により柔軟に対応する必要がある」ことも付言する⁽⁹⁵⁾。

確かに、現行の法制度では返品権が任意規定である以上、消費者に減価分の価額償還を命じる旨の約款も有効であろう⁽⁹⁶⁾。他方では、約款がない場合のリスク分配のあり方として、消費者の返還責任を限定することは事業者に全面的にリスクを転嫁させることになる。しかし、この結果は、事業者に過大な不利益を与えとの見解も想定されよう。ここで比例原則に基づく判断枠組みを用いると、次のように分配的解決を図ることが考えられる。

利濫用⁽⁸⁹⁾に基づき、例外的に売主が追完義務を免れることになろう⁽⁹⁰⁾。

③②のように売主が追完義務を果たさない場合に他の救済手段がなければ買主の利益を空洞化する結果を招く。そこで考えられる救済手段が追完に代わる損害賠償である。もっとも、追完請求権の限界事由が認められる場合に、買主に追完費用相当額の賠償を認めると売主の追完拒絶を認めた意味が失われる。そのため、買主の損害賠償請求権は契約不適合を理由とする目的物の減少額の賠償に限定されると解される⁽⁹¹⁾。このほかに、買主には代金減額請求権や契約の解除の要件をみたすと各救済手段が認められる。

以上の判断枠組みは、現在のドイツ法の売主の追完拒絶と買主の救済手段との調整方法（Ⅲ 3(2)）と同様の状況にある。ここでは、比例原則による分配的解決が反映されているとみることができる。

4 分配的解決の展開可能性①——消費者撤回権の行使と価額償還義務

次に、比例原則の視点からみると分配的解決を新たに導入しうる場面を検討していきたい。ここで検討を加えるのは、EU法・ドイツ法で議論がみられた通信販売における消費者撤回権の行使と価額償還義務の問題である。消費者撤回権とは、クーリング・オフ及び通信販売における返品制度を合わせた用語と理解されている⁽⁹²⁾。以下の検討では通信販売を対象とするため、ここでの消費者撤回権は返品制度のことを意味する。

通信販売では、訪問販売や電話勧誘販売のように事業者からの不意打ち的な勧誘により、自由な意思形成が阻害されたわけではないとの理由からクーリング・オフは認められていない⁽⁹³⁾。しかし、商品が消費者の手元に届いてからでないとその内容を確認できないことなどから、返品制度が設けられている。ただし、返品制度は任意規定であるため、同制度を排除する旨の特約も有効である。返品のための費用は消費者が負担する（特商法15条の3第2項）。通常の原因回復の範囲に関

解釈によっては契約に適合しない物の取外し及び契約に適合した新たな物の取付けも追完義務に含まれる⁽⁸⁴⁾。

他方では、追完請求権と履行請求権を異なる権利とみる立場⁽⁸⁵⁾からは、追完義務の範囲は「必ずしも当初契約で定まった給付内容に限定されない」⁽⁸⁶⁾。この場合、民法562条の拡大解釈によって物の取外し及び取付け義務も肯定されることになる。より実質的な理由としては、「契約不適合のリスクを売主に負わせる」ことが消費者保護に資することや、売主や売主に対して目的物を引き渡す製造業者に注意を払わせるインセンティブを与えることが望ましいとの指摘がなされる⁽⁸⁷⁾。

もっとも、売主が物の取外し・取付け義務を負う場合でも追完義務の範囲には限界がある。その際の買主・売主のリスク分配について比例原則の判断枠組みから考えてみたい。

上記例において最初に検討すべきことは、①当該法規範において達成すべき目的である。その目的は、追完により得られる買主の利益の確保にあると解される。売主の追完義務の範囲は、この目的との関係で決定されなければならない。もし売主の追完義務の範囲には目的物の取外し及び取付け義務を含まないとした場合でも、買主には損害賠償や代金減額、契約の解除による救済手段が認められる。しかしながら、これらの手段では買主に追完がなされたのと同様の利益状態を確保するという目的を達成することができない。つまり、買主の追完利益の確保という目的の達成にとって、売主に目的物の取外し及び取付け義務を肯定することが適合的である。こうした買主保護の観点に加え、上記見解が提示するように売主や製造業者にインセンティブを与える観点からもこの方向性が支持される。

②しかしながら、売主に当該追完義務を認めることで過大な不利益が生じることがある。このとき、消費動産売買指令3条3項のように売主の追完拒絶を認めないとの判断を日本法の解釈論として採りえない。この場合、日本法ではドイツ法のように債務者の追完拒絶に関して規定がないため、民法412条の2第1項の不能⁽⁸⁸⁾又は信義則・権

他方では、Cauffman の見解のように、相手方に過大な不利益を与える一方当事者の権利行使を認めることは裁判所による必要以上の権限行使と考えられるからである。なお、先に指摘した通り、必要以上か否かの判断は、相手方に与える不利益の大きさ（不相当性）の判断と重なる。

③上記②の審査に違反する場合、Bの不利益を軽減すべく、裁判所による別の判断 β によってAに負担が課せられたり、Aの権利行使の範囲が縮減されたりする。しかしながら、判断 β によりAに不相当な不利益が生じる結果となつてはならない。

以下ではこのような比例原則に基づく判断枠組みを参照して日本法の下での分配的解決の可能性を検討していきたい。

3 分配的解決の採用例——過大な追完費用に基づく売主の追完拒絶と買主の救済手段

II・III章で議論されていた事例を日本法の観点からみたとき、EU法・ドイツ法と同様に分配的解決が採用されているとみうる場面がある。それが過大な追完費用に基づく売主の追完拒絶と買主の救済手段の問題である。

【例】売主によって契約に適合しない目的物の給付がなされた。しかし、買主はそれに気づかずに当該物をその使用目的に従って別の物に取り付けた。このとき、物の修補は不能であった。そこで、買主は売主に対して代物請求権を行使したが、当該追完には過大な費用が生じた。

上記例において、売主はどこまでの追完義務を負うのか。この問題を考える際には、追完請求権の法的性質が問題となる。一方では、追完請求権が履行請求権と同質であるとする立場からは、追完義務の範囲は履行義務の範囲と同一と理解される。この立場では、履行義務の

で締結した競業禁止特約に違反したため、Bから違約金・損害賠償額の予定を請求されているとする。このとき、民法90条により契約を無効とすることがAの基本権の保護に適しているかが判断される（適合性）。その上で、同条に基づき全部無効にすることがAを必要以上に保護する場合には、適正な賠償額を超える限度での違約金・損害賠償額の予定を無効とすれば足りるとする（必要性）⁽⁸¹⁾。この一部無効の判断枠組みは、一般条項に基づく判断過程を明確にする点で示唆に富む。さらに、瀬川信久博士により、利益衡量論・比例原則による裁判を認めるフランス法の検討に基づき日本法においても当事者の広範な諸利益の衡量が行われていることが指摘されている⁽⁸²⁾。

そもそも比例原則とは、「原理と原理が衝突する場合の衡量一般に妥当する基準」⁽⁸³⁾であるとされ、その適用場面は民法一般に及ぶと理解される。Ⅱ章以下で示した当事者間でのリスクを分配する解決はその例にほかならない。

(2) 比例原則による判断枠組みの定立

では、日本の民法領域において比例原則が妥当する場合にどのような判断枠組みを設定するべきか。上記Ⅳ1(2)の学説をふまえて検討する。

①まず、適合性の原則を通じて、裁判所による判断 α が達成すべき法規範の目的（当事者Aの権利保護）に適合的であるかどうかを審査される。この原則は、目的達成にとって適合的な手段を用いることにより、あるいは不適合な手段を排除することにより当事者Aの権利を保護する役割を果たす。

②次に、Aによる権利行使が必要以上であるかどうかを審査される。その際には、Aの権利行使によって相手方Bが被る不利益の程度が重要である。この審査を設定する意味は、2つの観点からの説明が可能である。一方では、Starkの見解のように、一方当事者に対して相手方への過大な権利行使をしてはならないとの制約が課されるためである。

場合に、Aに別の措置を課したり（例：価額償還義務）、Aの権利行使が縮減されることになる（例：追完に要する相当な費用賠償請求権）。ここでの相当性の原則は、Aに不相当な不利益が生じないように裁判所の判断に制約を課す機能をもつ。

以上のように Cauffman は、適合性・必要性・相当性の原則から成る比例原則を通じて両当事者の利益調整を図ることを試みる。

2 日本法における比例原則に基づく分配的解決の検討

(1) 比例原則の適用可能性——問題状況の類似性

上記の学説をふまえて、日本法における比例原則に基づく分配的解決のあり方をどのように考えるべきか。日本の民法領域では分配的解決の手法として比例原則が一般的に採用されているわけではないため、その適用可能性が問題となる。確かに、日本の民法領域では欧州連合基本条約のように比例原則を命じる規定はない。欧州司法裁判所で争点とされた加盟国の国内法規が EU 指令に反するか否かという問題自体も日本法の下では生じない。

他方で、Cauffman の見解を参照して欧州司法裁判所の判決を別の視点から捉えると、そこで問題とされているのは、裁判所による法形成においてある判断を下すことが当事者に不相当な不利益を与えないか否かという点である。同様の問題状況は、日本法でも生じうる。すなわち、日本法においても、裁判所による法形成が当事者の利益を過剰に侵害しないように基準を設け、当事者の利益調整を図る必要がある。このような問題状況の共通性に鑑みれば、日本法における当事者間の利益調整の手段として比例原則を活用できる可能性がある。

実際、日本法においても裁判所の介入によって当事者の基本権が過剰に侵害されることを防ぐ手段として比例原則を用いる試みがすでに提唱されている⁽⁷⁹⁾。その見解では、国家機関である裁判所による判断が当事者の基本権への過剰介入となることを防止し、当事者間の基本権を衡量する手段として比例原則を用いる⁽⁸⁰⁾。例えば、AがBとの間

Aの権利保護)に適合的か否かを審査する。確かに、欧州連合条約5条4項には適合性の原則を要請する文言はない。しかし、欧州司法裁判所によれば、比例原則とは「共同体規定を通じて実施される措置が追求する合法的な目的を達成するために適当であり、かつそれらを達成するのに必要なものを超えてはならない」という意味で理解されている⁽⁷⁷⁾。つまり、適合性の原則は、必要性の原則の前段階として要求されることになる⁽⁷⁸⁾。

②次に、必要性の原則について Cauffman の見解ではその意義にずれがみられた。一方では、必要性の原則は、ア) 当事者の権利行使が当該目的の達成にとって必要という意味で用いられることがある。Weber 判決の分析では、代金減額や解除では履行と同レベルの消費者保護を確保できず、追完を認める必要性があると示されていた。この意味での必要性の原則は、IV 1(1)①の段階において権利行使を認める機能を果たす。もっとも、ア) の意味での必要性の原則は、Messner 判決では登場しておらず、比例原則の構成要素として不可欠でないとみられる。

他方では、イ) 必要性の原則は一方当事者の権利行使が「目的達成のために必要以上」という意味でも用いられる。例えば、Messner 判決では、消費者撤回権の行使は目的達成に必要な範囲に限定されるという文脈で同原則が用いられていた。この意味での必要性の原則は、IV 1(1)②の段階において一方当事者の権利行使を制約する機能を果たす。先の欧州連合条約5条4項の文言から導かれる必要性の原則は、この意味であると考えられる。イ) の必要性の原則は、相当性の原則と重なる。例えば、Cauffman の Weber 判決の分析では(III 2(1))、「相当性の原則」の下で消費者の追完請求権の行使が事業者に不相当な不利益となるか否かを考慮していたが、この判断は一方当事者の権利行使が「必要以上か否か」の判断と一致するといえよう。

③相当性の原則は、IV 1(1)③の段階でも作用する。②の審査により、一方当事者Aの権利行使から生じる相手方Bへの不利益が過大である

れる（Ⅱ 2(2)参照）。両者の違いについて、ドイツ法の学説では、民法、特に契約法領域における私人に比例原則が課せられる際には相当性の原則のみが適用されるとの見解がある。その見解によれば、適合性や（相手方の利益を最も侵害しない必要最小限度の意味での）必要性の原則を私人に要求することは、私的自治の原則に反するという⁽⁷⁶⁾。なぜなら、契約法領域では私的自治の原則に基づき、当事者がいかなる目的を設定し、どのような手段を選択するのかは自由であるからである。したがって、Stark は Messner 判決を私人に比例原則が課される場面と捉える結果、相当性の原則のみを適用している可能性がある。

以上の Stark の見解では、相当性の原則を意味する比例原則が上記Ⅳ 1(1)②・③の段階で登場し、消費者撤回権の行使による生じうる事業者の不利益と消費者に価額償還を課すことによる消費者の不利益との均衡が図られる。この見解によれば、比例原則は権利行使の「結果」の不均衡を調整する役割を担っているとみうる。

(b) Cauffman の見解

Cauffman も契約法では原則として相当性の原則のみが適用されるとする。しかし、欧州司法裁判所による判断の指令適合的解釈が問題となる際には、適合性・必要性・相当性の原則からなる比例原則が適用されるとする。その根拠となるのが、欧州連合条約5条4項である。同条によれば、EUの「行動の内容及び形式は、条約の目的を達成するために必要な範囲を超えてはならない」（Ⅱ 2(3)参照）。その結果、裁判所の判断が①当該条約の達成に適合的か、②一方当事者の権利行使を認めるとしても必要以上でないか（相手方に過大な不利益を与えていないか）が問われる。さらに、③一方当事者の権利行使が過大である場合に当該権利行使を制約するとしても、その制約の程度が不相当なものであってはならない。その内容を敷衍すると、以下の通りである。

①適合性の原則は、上記Ⅳ 1(1)の判例整理の①の段階で登場する。この原則は、裁判所による判断が指令の達成すべき目的（例えば当事者

Messner 判決では、①返送費用以外の負担を消費者に課することが消費者に撤回権を付与した指令の目的に適合的か否かを判断する。②次に、消費者撤回権の行使を認めた場合に生じる事業者への過大な不利益を考慮し、例外的に消費者に価額償還を義務づける。③しかし、商品の価値に対して不相当な価額償還義務を消費者に負わせることは認められない。

Weber 判決も次の3段階の構造に整理することができる。①まず、契約に適合しない給付をした事業者に追完拒絶を認めないことが、契約の履行により高水準の消費者保護を目指す指令の目的に適合的か否かを審査する。②しかし、事業者の追完拒絶を認めない場合、事業者の正当な利益に配慮する目的を達成することができない。そこで、消費者の権利が契約に適合しない給付の取外し及び新たな給付の取付けにかかる相当な費用賠償請求権に縮減される。③もっとも、消費者の権利の縮減により消費者の権利が空洞化されないように、消費者には代金減額や解除が認められる。

(2) 比例原則に関する学説の分析

学説では、上記の判決が分配的解決を図る際には比例原則が機能しているとの指摘がみられた。もっとも、学説では比例原則の内容の理解には相違点が存在した。そこで、両見解の相違点が生じる要因や比例原則が果たす機能について検討する。

(a) Stark の見解

Stark は、主に Messner 判決について言及する (II 2(2))。その見解では、比例原則を構成する原則のうち適合性・必要性の原則への言及がなく、相当性の原則のみを適用しているとみられる。では、なぜこの見解は適合性や必要性の原則に言及しないのか。この点を推測すると、Stark は、Messner 判決では公法上の比例原則ではなく、私法・民法上の比例原則が適用されると理解していることに起因すると考えら

らである。

以上の法改正の結果、Weber 判決の結論とは異なり、事業者と消費者との契約においても事業者は過大な費用を理由に追完を拒絶できることとなる。その結果、事業者と消費者との売買契約における追完義務とその制限のあり方は、通常の売買契約と同様になる。大別すると3つの段階に分けられる。

①契約に適合しない給付があった場合、買主は売主に対して原則として修補又は代物給付による追完を請求することができる。これらの追完方法の一方 (α) が不能又は不相当な費用を要するとき、売主は当該追完を拒絶しうる。その結果、買主は他の追完方法 (β) を請求できる。②しかし、その追完 (β) に不相当な費用がかかる場合がある。このとき、売主は例外的に当該追完方法も拒絶することができる。③ここで売主の追完拒絶が認められると、追完により実現されるべき買主の利益を確保することができない。そこで、買主は追完に代わる損害賠償を請求できる。さらに、買主には代金減額や契約の解除という二次的救済手段が認められる。ここでは売主の追完拒絶を例外的に認めつつ、買主に他の救済手段を確保することによって売主と買主のリスクを分配する解決が行われているといえる。

IV EU 法・ドイツ法の議論の整理と日本法の検討

本章では、以上の EU 法・ドイツ法の状況を整理した上で、日本法の個別の問題に即して民法における比例原則に基づく分配的解決の展開可能性を探っていくことを目的とする。

1 EU 法・ドイツ法における分配的解決の構造と比例原則

(1) 欧州司法裁判所の2つの判決

II 章・III 章の欧州司法裁判所の判決をまとめると、当事者間のリスクを分配する際に次の①～③の順序で判断が下されていた。

る (BGB439条4項)⁽⁶⁹⁾。

(2) 事業者－消費者間契約

次に、事業者と消費者との消費動産売買を対象とする契約について確認する。

2016年5月18日のドイツ連邦政府改正草案では、過大な費用を理由とする事業者の追完拒絶権を認めない一方で、消費者の費用賠償請求権を制限する旨の規定が設けられた⁽⁷⁰⁾ (BGB-E475条4項)。

その後、2018年1月1日の法改正では、BGB475条4項においてWeber判決の内容が反映した規定が設けられた⁽⁷¹⁾。ところが、数年後の2022年1月1日の法改正により上記規定が削除された。改正の契機は、消費動産売買指令 (1999/44/EG) が、物品の売買の特定の側面に関する2019年5月20日の欧州議会及び理事会のEU指令2019/771 (商品売買指令) によって置き換えられたことにある⁽⁷²⁾。この指令を2021年7月1日までに国内法化する必要に迫られ、ドイツ民法典の改正作業が行われた。

当時のBGB475条4項の削除に関する立法理由は、次の通りである。

「物品の売買指令においては、従来の法状況は引き継がれない。売主に不相当な給付の調達を義務づけることは正当化できないと考えられたからである。取外し及び取付けとその他の費用との区別に対しては異論が出された。追完の2つの方法が不相当である事例において、消費者にはその他の補償が必要であるとは考えられない。なぜなら、消費者は契約の解除又は代金減額を請求できるからである。」⁽⁷³⁾

この法改正は、学説では好意的に受け止められている⁽⁷⁴⁾。第1に、商品売買指令13条⁽⁷⁵⁾3項の内容と一致するためである。第2に、消費動産売買において事業者の追完拒絶を認めないことは事業者への過度な負担となるためである。第3に、当時のBGB475条4項に基づく消費者の費用賠償請求権の「相当な額」の算定には不明確さが指摘されていたところ (Ⅲ2(2)参照)、その問題が解消されることとなったか

確認する。

BGB2012年10月17日判決⁽⁶³⁾では Weber 判決の射程は、消費動産の買取りに限定されることが明らかにされた。なぜなら、指令に適合した解釈を他の買取り契約に拡張することは、ドイツ立法者の意思と合致しないと考えられたからである。その結果、当事者が対等な立場にある場面での買取り契約では、売主は過大な費用を理由とする追完拒絶が可能となる⁽⁶⁴⁾。もっとも、当時の BGB439条の下で売主の追完義務の範囲及び追完拒絶の可否が当事者によって変わることは透明性を欠くことになる⁽⁶⁵⁾。こうした背景などから法改正が行われた⁽⁶⁶⁾。

2016年5月18日のドイツ連邦政府改正草案は、BGH2012年判決とは異なり、すべての買取り契約において売主が動産の取外し及び取付けにかかる費用を賠償する義務を負うことを明記した (BGB-E439条)。この転換の意図は、請負人や製造業者の保護にあった。注文者に瑕疵ある物を交付した請負人らは、瑕疵ある物の取外し及び瑕疵のない物の取付け義務を負う。その費用は、請負人らの報酬をはるかに上回ることもある。請負人らが瑕疵ある物を事業者である売主から購入していたとき、売主に帰責事由がなければ損害賠償を請求できない。このとき、請負人らは取付け・取外しの費用を負担しなければならない。そこで、請負人に目的物を供給した売主 (事業者) にも追完義務を負わせることが請負人らの負担の軽減につながると考えられた⁽⁶⁷⁾。

その後、2018年1月1日に BGB439条3項が施行された。同条では、「売主は、買主が瑕疵ある物をその種類及び使用目的に従って他の物に組み込んだとき又は他の物に取り付けたときは、追完により、瑕疵ある物を取り外し、修補した物又は引き渡した瑕疵のない物を組み込むか又は取り付けるために要する費用を賠償する義務を負う。(以下、略)」。

BGB439条3項は費用賠償義務に関する規定を置くにとどまり、売主の追完義務の範囲に瑕疵ある物の取外し及び瑕疵のない物の取付け義務が含まれるか否かが明確ではない⁽⁶⁸⁾。もっとも、当該義務が追完の範囲に含まれる場合でも売主は不相当な費用を要する追完を拒絶しう

断する際に登場している。

次に、必要性の原則も判旨①の段階で登場している。解除や代金減額では履行と同じレベルの消費者保護を確保することができないため、消費者の追完請求権の行使を認める必要性があるとする。この意味での必要性の原則は、「目的達成のために必要」という意味で用いられ、消費者による権利行使を認める段階で機能していると捉える。一方、Messner 判決では（Ⅱ 2(3)）、消費者撤回権の行使が「必要以上」か否か、つまり「ある手段が目的達成のために必要以上」か否かという意味で必要性の原則が用いられていた。そこでは、必要性の原則が消費者の権利行使を制約する機能を有していたとみうる。このように必要性の原則の意義が異なっている点に注意が必要である。

相当性の原則は、2つの場面で登場している。まず、②追完請求権が認められた場合に生じうる事業者の不利益を軽減する段階である。ここでは、相当性の原則による調整を通じて消費者の費用賠償請求権が相当な額に限定されることになる。さらに、相当性の原則は、③消費者の権利が縮減されることにより消費者に不相当な結果が生じないように調整する段階でも登場している。なお、Cauffman は、費用賠償請求権の相当な額への引下げにあたって商品が契約に適合していた場合の価値を基準とすると、事業者の責任が限定されるために妥当でない」と指摘する。

以上の Weber 判決は、売主の追完拒絶を否定する一方、消費者の費用賠償請求権を縮減する形で当事者の利益調整を図った。その後、同判決の内容は条文化されたものの、ほどなくして削除されるに至った。そこでは Weber 判決とは異なる方法での分配的解決が試みられている。以下ではこうした議論状況を確認していこう。

3 Weber 判決後の状況

(1) 事業者間契約・消費者間契約

まず、事業者同士又は消費者同士の契約に関する追完拒絶の状況を

の権利を、契約不適合がなかった場合に商品が有するであろう価値及び適合性の欠如の重大性に比例する金額に制限することによって、不適合商品を交換する売主の義務が軽減されうる。国内の立法府が売主に追完拒絶権を与えることを禁じることは比例性のテスト（審査）に不合格となるため、売主の義務を軽減することでこの結果を回避できる。

③しかし、売主の経済的利益を保護するために、契約に適合した商品の取外し及び取付けにかかる消費者の費用賠償請求権が縮減されることで消費者に不相当な結果が生じてはならない。消費者が商品の契約不適合が明らかになる前に、善意で当該商品をその性質と目的に合致した方法で取り付けた場合に、消費者の費用賠償請求権がいつ空洞化するのかが問題である。この点、裁判所は、消費者の権利の縮減が重大な不都合となるため、代金の適切な減額又は契約の解除を請求できるとする。しかし、これが常に消費者の利益を十分に考慮した解決策となるかどうかは定かではない。商品の撤去と再設置に対する売主の責任を、不適合の重要性だけでなく、商品の価値に比例する金額に制限することが正当化されるかどうかは疑問である。撤去と再設置の費用は、不適合がない場合の商品の価値と釣り合う必要はなく、欠陥品の撤去と代替品の設置を含む不適合品の交換を得るという消費者の利益と釣り合う必要がある。契約不適合の重大性を考慮すると、売主が商品の価格を持ち出すことによって自らの責任を限定することは正当化できない。

(2) 比例原則の適用方法の相違

上記 Cauffman の見解では、Weber 判決に比例原則の3つの要素が表れているとする。ここでは注意が必要なのは、比例原則（特に必要性の原則）の適用方法が Messner 判決（Ⅱ）の分析と異なっているという点である。

まず、適合性の原則は、Weber 判決の①消費者による追完請求権の行使を認めることが指令の達成すべき目的に適合しているか否かを判

という事情は、消費者にとって重大な不都合を意味するからである。」

Weber 判決に基づき、BGH2011年12月21日判決⁽⁵⁹⁾では、1つしかない追完方法について売主の追完拒絶を認めることが消費動産売買指令3条3項と矛盾すると示された。そして、「不相当な費用を理由に代物給付の形態での追完を拒絶する売主の権利は、瑕疵ある目的物の取外し及び代物として給付された売買目的物の取付けに関して、買主に相当な額への費用の支払いを指示する権利」に制限された。その結果、買主は控訴審判決までに得た金額と併せて、600€の費用支払請求権を有すると結論づけられた。

2 学説による Weber 判決の評価——比例原則の視点から

(1) Cauffman の見解⁽⁶⁰⁾

学説では、Cauffman が上記の判決（以下、「Weber 判決」とする）にも適合性・必要性・相当性の3つの原則が表れていると述べる⁽⁶¹⁾。この見解は、次のように説明する。

まず、上記判旨①では、消費動産売買指令3条3項に基づき売主の追完拒絶を認めないとの判断に至った。同指令は、修補が不可能な場合に残された代物給付が「絶対的」に不相当であることを理由に、売主に拒絶権を認めることを各国の立法者に禁止している。そのことは、当事者の利益のために解除や代金減額よりも契約の履行を優先させるという指令の目的を達成するのに適している（適合性の原則）。さらに、解除や代金減額という救済手段では履行と同じレベルの消費者保護を確保できないところ、ここには履行を認める必要性（必要性の原則）が表れている。

②その一方、売主の正当な利益を保護する対抗手段がなければ比例性（相当性の原則）⁽⁶²⁾が危うくなりうる。そこで、消費動産売買指令が4条・5条に加えて、同3条3項により売主の正当な経済的利益を効果的に保護することを認めている。つまり、必要に応じて、欠陥のある商品を撤去し、交換商品を設置する費用の支払いを受ける消費者

事者の利益のために、契約の解除や売買代金の減額よりも最初に規定された2つの救済手段のいずれかによる契約の履行を支持しているという事実に基づいている。この判断は、後者の2つの二次的救済手段（筆者補足：解除、代金減額）が契約の履行と同レベルの消費者保護を保証する（gewährleisten）ものではないという事実からも説明される。」

②追完を拒絶できない売主の経済的利益は、追完請求権の期間が2年間へ制限されること（指令5条1項）、同一の契約連鎖における最後の売主が責任を負う製造業者や前の売主に求償権を有することによって保護される。これらに加えて、指令3条3項は、「売主の正当な金銭的利益の効果的な保護を可能にする」。「同条3項は、契約に適合しない消費動産を取り外し、必要であれば代替りの動産を取り付ける費用の支払いを求める消費者の権利を、契約に適合していたならば消費動産が有していたであろう価値や契約違反の重大性（Bedeutung）に相当する金額に制限することを妨げるものではない」。「同条は、弱い契約当事者としての消費者に、売主が契約上の義務を不完全に履行した場合の包括的かつ効果的な保護を与えると同時に、売主により主張された経済的配慮を考慮することを認めることで、消費者の利益と売主の利益の正当な調整の確立を意図している。」

③したがって、「不適合商品の取外しと代替商品の取付けに要する費用の償還に対する消費者の権利を縮減しなければならないかどうかを検討する際には、一方では、商品が契約に適合していれば有していたであろう価値と契約違反の重大性、他方では、高水準の消費者保護を確保するという指令の目的が考慮されなければならない。その目的に応じてこのような縮減を行うことにより、費用の支払いを受ける消費者の権利を実質的に空洞化する効果をもたらしてはならない。上記権利が縮減された場合、消費者には指令3条5項に基づき売買代金の相当な減額又は契約の解除を求める可能性が認められなければならない。なぜなら、消費者が費用の一部を自ら負担することによってのみ瑕疵のある消費動産の契約に適合した状態の回復を求めることができる

して期待不可能となる費用を事業者に生じさせるであろう場合には不相当なものともみなされる⁽⁵⁷⁾。つまり、同指令3条3項によれば、修補と代物給付のうち、一方の追完方法の拒絶しか認められていない。そこで事件が欧州司法裁判所へ付託された。

(2) 欧州司法裁判所の判旨⁽⁵⁸⁾

①売主は、消費用動産の取外し及び取付け義務を負う。「指令の3条2項及び3項の体系からは、同条に言及されている契約に適合した状態を確立するための2つの方法により同レベルの消費者保護の確保が意図されていることが明らかとなる。契約に適合しない消費用動産の修繕は、一般には欠陥が発生した当時の状況の消費用動産に対して行われる。その結果、確実なことは、消費者が取外しと再設置の費用を負担することはないということである。また指令3条3項によれば、契約に適合しない消費用動産の修繕と交換は無償でなければならないだけでなく、相当な時間内に、かつ消費者に著しい不便をかけずに実施されなければならないことも指摘しなければならない。この3つの必要性には、効果的な消費者保護を確保するためのEU立法者の明白な意図が表れている」。さらに、消費用動産の取外し及び代物の取付けにかかる費用を売主に義務づけることは、「高水準の消費者保護を確保することを意図している指令の目的に合致している」。「このような解釈が不当な結果を招かないことを強調すべきである。たとえ消費用動産の契約違反が売主の過失によらなかったとしても、売主は売買契約で定めた義務を適切に履行していないため、不完全履行の結果を負担しなければならない。」

指令の文言や立法者の意思に基づくと、指令3条3項による売主の追完拒絶は2つの救済措置（修補、代物給付）の比較に限定されている。すなわち、「2つの救済措置のうち1つだけが可能であると証明された場合、売主は、消費用動産の契約に適した状態を回復することができる唯一の救済手段を拒否できない」。「この判断は、指令が契約の両当

題材に、買主と売主のリスクがどのように分配されているのかをみる。まずは問題となった判例をみていこう。

1 Weber 判決⁽⁵⁶⁾

(1) 事案の概要と争点

【事案の概要】 Wittmer 氏 (X) は、事業者 Weber 氏 (Y) から床タイルを1,382.27€ で購入した。X は、タイルの 2/3 を自宅に敷設した後、肉眼で見えるほどのタイルの陰影に気が付いた。BGB439条1項によれば、買主は瑕疵の除去又は瑕疵のない物の引渡しを請求できる。しかし、専門家の鑑定によれば、タイルの陰影は除去できなかったため、X は唯一の解決策として Y にタイルの完全な交換を求めた。X が取り付けたタイルの取外し及び取付けにかかる費用が5,830.57€ と算定された。

【争点】 X の代物請求に要する費用が不相当に高額である場合、Y はこの請求を拒絶することができるのか。この問題に関して、BGB 旧439条3項 (現4項) は次のように規定する。

「売主は、買主によって選択された追完の方法が不相当な費用によってのみ可能である場合には、BGB275条2項及び3項に関わりなく、当該追完を拒絶することができる。その際には、特に瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の重大性、買主に著しい不便をかけることなく他の救済を利用できるかどうかを考慮されうる。この場合において買主の請求権は、他の追完方法に制限される。；1項 (追完請求権) の要件のもとで拒絶する売主の権利は、妨げられない。」

上記の BGB 旧439条3項に基づくと、売主が唯一の救済方法である代物給付を不相当な費用を理由に拒絶できる可能性がある。しかし、この帰結は、消費動産売買指令3条3項 (1999/44/EC) と矛盾する。同指令では、契約に適合しない給付がなされた場合、消費者の救済手段として事業者に対する商品の修補又は交換請求が認められる (同条2項)。ただし、同条3項では、一方の救済手段が、他の救済手段と比較

(3) 欧州委員会による EU 指令の改正提案をめぐる動向

ところで、2018年4月12日の欧州委員会では消費者の権利に関するEU指令の改正提案が示された。同提案では、消費者による「商品の不当な検査」がなされた場合に消費者撤回権を削除するという方向が打ち出された⁽⁵²⁾。この提案が示された理由は、「消費者による許容限度を超えた商品の使用がされた場合に、中小企業は『不当に検査された商品』を受け入れる義務を負い、平均で年間2,223€（中央値100€）の損失を被る」ためと説明される⁽⁵³⁾。これに加えて、消費者の撤回権を削除する措置を講じることが「事業者と消費者の権利・義務の均衡をとれたものにする」との主張もなされた⁽⁵⁴⁾。

しかし、同年12月6日の欧州経済社会評議会（EES）では、次のように欧州委員会の提案に反対意見が示された⁽⁵⁵⁾。

消費者撤回権は効率的な消費者保護の手段の役割を担っている。「欧州委員会の提案は、そのような権利の濫用が組織的かつ広範囲に及んでいるという十分な根拠を示すことなく、消費者の権利を制限する危険性がある。」

この反対意見を受け、欧州委員会の提案が実現するには至らなかった。EU指令の改正提案をめぐる以上の議論からは、消費者が商品の試用の範囲を超えて過剰に使用した場合に消費者撤回権を一切認めないというオール・オア・ナッシングの解決策はラディカルであることが示唆される。それに対して、消費者撤回権の行使を認めつつも、例外的に消費者に価額償還を義務づけることが穏当な解決策として受けられているように思われる。

Ⅲ 過大な追完費用による売主の追完拒絶と買主の相当な費用賠償

本章では、契約に適合しない給付がなされた場合に買主が追完請求権を行使したとき、売主が追完義務を拒絶できるか否かという問題を

6条1項・2項と同様に、「消費者は、物品を返送するために直接かかる費用のみを負担する」と規定された。その上で、同指令14条2項では次の規定が設けられた。

「消費者は、商品の性質、特徴及び機能を確認するために必要な範囲を超える商品の取扱いから生じた商品の価値の減少について責任を負うものとする。事業者が6条1項hに従って撤回権の通知を行わなかった場合には、消費者はいかなる場合にも商品の価値の減少について責任を負わないものとする。」

上記規定の趣旨は、次の通りである。「商品の性質、特性、機能を確認するために、消費者は店頭で行うことが認められるのと同じ方法で商品を取り扱い、検査するものとする。例えば、消費者は衣服を試着するのみで、それを着用すべきではない。そのため、消費者は撤回期間中、十分な注意を払って商品を取り扱い、検査する必要がある。」⁽⁴⁹⁾

2014年6月には「消費者の権利指令」のドイツでの国内法化が行われた⁽⁵⁰⁾。その結果、撤回権の行使に伴う消費者の価額償還義務に関する規定がBGB357条7項(2014年6月13日-2022年5月27日)に新設された。もっとも、当該規定自体は2011年8月4日の法改正と文言の違いはあるものの、内容面での大きな変更はない⁽⁵¹⁾。以下の通りである。

BGB357条【金融サービス給付の契約を除く営業所外契約及び通信販売契約で締結された契約の撤回の法的効果としての価額償還】

7項：消費者は、次の場合には価値の損失について価額償還義務を負う。

1. 価値の損失が、商品の性質、特徴及び機能の確認のために必要ではなかった商品の取扱いに起因した場合」

このように Messner 判決後、EU 指令やドイツ法では通信販売において例外的に消費者に価額償還義務を課す規定を設けることで事業者の利益にも配慮したリスク分配が行われている。なお、2022年5月28日にそれまでのBGB357条7項はBGB357a条1項へと移行したが、規定の内容は変更されていない。

うなものであった。消費者が通信販売契約で売主からウォーターベッドを購入した。消費者は、ベッドに水を注入して使用した3日後に契約を撤回した。事業者は、Eメールのキャンセルポリシーにおいて、水の注入後は商品が劣化するため、もはや新品ではなくなることを指摘していた。この事案において、BGHはベッドの組立てと水の注入は単なる商品のテストにすぎないとして消費者の価額償還義務を否定した。

一方、消費者が価額償還義務を負うことを判示した判決がある⁽⁴⁴⁾。同判決の事案では、消費者が通信販売で排気ガス浄化装置（触媒コンバーター）を購入し、車に取り付けた後に（短い）試験走行を行い、浄化装置を劣化させた場合に消費者が価額償還義務を負うか否かが争われた。BGHは、当時のBGB357条3項が対面取引で使用可能な情報の機会の喪失を補償するために設けられた規定であると説く⁽⁴⁵⁾。そして、こうした対面取引における検査との比較は、Messner判決と矛盾しないとする⁽⁴⁶⁾。その結果、排気ガス装置の取付けは対面取引でも認められておらず、商品のテストに必要な範囲を超えると判断された。なお、学説によれば、消費者が価額償還義務を負う場合、当該商品の当初の市場価値と給付返還時の市場価値との差額（減価）を事業者に支払うことになる⁽⁴⁷⁾。

対面取引の場合、消費者は店頭でウォーターベッドを試用し、その品質や特徴、機能を確認できる。このような機会が通信販売契約においても消費者に付与されることから、ベッドの組立てと水の注入はテストの範囲になる。その一方、車への排気ガス除去装置の取付けは店頭販売でも認められていない。したがって、この事案では消費者の価額償還義務が肯定されたと考えられる。

(2) 消費者の権利に関するEU指令とドイツ法における国内法化

2011年10月25日にはEU指令（以下、「消費者の権利指令」とする）14条が設けられた⁽⁴⁸⁾。消費者の権利指令14条1項では、先の通信販売指令

3 消費者撤回権と価額償還義務をめぐる EU 指令及びドイツ民法の改正

(1) Messner 判決の法改正への影響

先の Messner 判決では、消費者が撤回権の目的を超えて商品を必要以上に使用した場合に限り、加盟国の規定に基づき、当該消費者は価額償還義務を負う旨が示された。この加盟国の規定の1つであるドイツ民法典は、2002年の債務法改正前から価額償還に関する規定を置いていた。当時の BGB357条 3項では、「消費者は、BGB346条 2項 1文 3号にかかわらず、遅くとも契約締結時にこの法的効果及びこれを回避する方法を文書形式で知らされていた場合には、商品の使用目的に応じて生じた劣化について価額償還義務を負わなければならない」と定めつつ、「当該劣化が物のテスト (Prüfung) に起因するときはこの限りでない」との例外を設けていた⁽⁴⁰⁾。この文言によれば、価額償還とは商品の使用利益ではなく、減価を意味すると解される。

その後、Messner 判決などの影響を承けて⁽⁴¹⁾、2011年8月4日に BGB357条 3項 1文が改正された (2014年6月12日まで施行)。

「消費者は、BGB346条 2項 1号 3文にかかわらず、以下の場合、商品の劣化に対して価額償還義務を負う。

1. 商品の劣化が、商品の特性及び機能の確認を超える商品の取扱いに起因する場合。」

立法理由によれば、「特性及び機能の確認は、単なる目視検査に加えて意図された通りに物品が使用された場合のみ可能」とされる。したがって、「例えば、特に集中的な使用やその性質上意図されていない使用など、その商品の意図された用途を超える使用は常に特性や機能の確認を超える」ことになる⁽⁴²⁾。

では、上記規定によれば、どのような場合に意図された用途を超えた使用となるのか。この点に関して、当時の規定の下で BGH では2つの重要な判決が示されている⁽⁴³⁾。

まず、消費者の価額償還義務を否定した判決がある。事案は次のよ

た解釈が優先される。裁判所は、この法律上の正当化 (legalizing) と目的論的解釈を組み合わせ、条項が作成された目的を果たすのに最適な解釈を選択しているようである⁽³⁷⁾。」

その結果、Messner 判決では明示的ではないものの、以下のように適合性・必要性・相当性の3つの原則が表れているという⁽³⁸⁾。

①撤回権を行使した消費者が原則として返送にかかる直接的な費用以外の負担を負わないことは、消費者が撤回権を自由に行使できるという望ましい目的に適合的である。

②しかし、撤回権の行使は当該目的を達成するために必要な範囲に限定される。消費者が撤回権を効果的に行使するために必要な限度を超えた場合、特に信義誠実や不当利得などの民法の原則と相容れない方法で通信販売契約によって取得した商品を使用した場合、消費者は公正な補償の支払いを求める加盟国の法律に従うことになる。

③ここでは厳格な意味での比例原則 (相当性の原則) が効力を生じる。当該補償の額は、商品の購入価格に対して不相当 (不釣り合い) であってはならない。撤回権の行使に伴うその他の条件や取り決めを決定する加盟国の権限は絶対的なものではなく、同指令の趣旨に従って行使されなければならない。なぜなら、特に撤回権の効率性や有効性に不利な影響を及ぼしてはならないからである。

以上の3つの原則の構造は、次のようにまとめられる。①適合性の原則では、欧州司法裁判所による判断 (返送以外の費用を課さないこと) が指令の目的 (消費者撤回権の行使) に適合的か否かを判断する。②必要性の原則では、①の審査によって消費者撤回権の行使が認められる場合でも必要以上の権利行使に歯止めをかける。この原則により、撤回権の行使が事業者に過大な不利益を生じさせる場合に限って消費者が価額償還義務を負う。③相当性の原則では、消費者に不相当な価額償還義務を課す加盟国の規定を禁じる。このように、Cauffman は欧州司法裁判所による消費者と事業者の権利・義務の調整には比例原則が表れていると分析する⁽³⁹⁾。

れてはならない。そのため、商品の購入価格に対して不相当な価額償還義務は認められない。このように、この見解は相当性の原則を通じて両当事者の利益が調整されていると理解する。

なお、Stark は、加盟国が法的枠組みを適用することによって比例原則を適切に考慮する「ソロモンの道 (Solomonic path)」——困難な状況で下される公平な解決策——が塞がれている場合に残された選択肢はオール・オア・ナッシングであると指摘する⁽³²⁾。

(3) Cauffman の見解

Cauffman も比例原則は EU 契約法の中では常に権利と利益又は利益と損失のバランスをとることを意味するという。つまり、比例原則の本質は第 3 の要素である相当性 (狭義の意味の比例性) にあると考える⁽³³⁾。これに対して、適合性と必要性の原則は EU 契約法の規定に常に表れているわけではなく、契約法の典型ではないとみる⁽³⁴⁾。

もっとも、Cauffman は、比例原則が欧州司法裁判所において EU 契約法の解釈を補助する役割を担う場面には、適合性・必要性・相当性の原則が用いられると指摘する⁽³⁵⁾。具体的には、EU (欧州司法裁判所) による措置が問題となる時、欧州連合条約 5 条 4 項に基づき、「比例原則の下、欧州連合の行動の内容及び形式は、条約の目的を達成するために必要な範囲を超えてはならない」との制約が課せられるという⁽³⁶⁾。この場面では、欧州司法裁判所に比例原則の制約が課せられることを通じて、契約当事者の権利・義務の均衡が図られることになる。この実例が Messner 判決である。Cauffman は、同判決で問題となっているのは消費者法の分野における EU の措置の解釈であるとして次のように指摘する。

「第二次 EU 法 (EU 指令) の解釈に複数の解釈が可能な場合、第二次 EU 法の規定を第一次 EU 法 (EU 条約) と整合させる解釈が優先される。したがって、通信販売指令の解釈に複数の解釈が可能な場合は、法の一般原則としての比例原則及びその適用である EU 条約 5 条 4 項に従っ

にはなっておらず、そこでは相当性の原則（狭義の意味の比例性：proportionality stricto sensu）が用いられると理解する⁽²⁷⁾。具体的には、相当性の原則の意味での比例原則が「EU 契約法の枠組みの中で理想的に達成されるべき契約当事者の権利と義務のバランスを保つ」という⁽²⁸⁾。

また Stark は、比例原則が、①契約上の権利行使を制限する場面と②契約上の権利行使の「結果」を制限する場面の双方で適用されると指摘する⁽²⁹⁾。①は権利行使がすべて制限されるか否かが問題となるオール・オア・ナッシングの場面である⁽³⁰⁾。②は権利行使によって相手方に生じる不利益を考慮して、両当事者に均衡のとれた解決を図る場面である。Stark は、Messner 判決では比例原則が②の場面で機能しているとして、次のように指摘する。

Messer 判決では、撤回後に消費者が支払わなければならない補償額が「商品の購入価格との関係で不相当であってはならない」とする。そこでは、「EU 指令の解釈の際に、消費者と相手方の状況や利益を考慮し、狭義の意味での比例原則（相当性の原則）が要求されている」。「Messner 判決の重要な記述は、消費者が撤回後に補償義務を負う一般的な義務は指令に違反するが、信義誠実や不当利得の禁止など民法の一般原則に基づく特定の状況での補償金支払い義務は妨げられないというものである。欧州司法裁判所の表現によれば、撤回後の補償義務を導入するために加盟国にとって開かれた選択肢の航路は、比例的な方法で、すなわち、消費者の撤回権と消費者によって商品が使用された期間に発生した価値の損失について売主が補償を受ける利益とのバランスを適切に保つ方法で航行しなけりなかつた」⁽³¹⁾。

この指摘は、次のように整理できる。まず、消費者が撤回権を行使した結果、事業者に不相当な不利益が生じる場合には例外的に消費者に価額償還が義務づけられる。ここでいう価額償還とは、消費者による商品の使用により発生した「価値の損失」と表現されているため、使用利益ではなく、価値の減少分（減価）のことと解される。しかし、消費者が価額償還義務を負うことにより消費者撤回権の行使が妨げら

2 学説による評価

(1) 比例原則の概要

学説では、上記の Messner 判決には比例原則が表れていると指摘する見解がある。そこで、その見解を確認する前提として比例原則の概要を簡潔にみておきたい。

比例原則は、ドイツ公法領域では国家による私人の基本権侵害を防止するために国家権力を制限する機能を果たしてきた⁽¹⁸⁾。その構成要素として、適合性・必要性・相当性（均衡性）⁽¹⁹⁾の3つの原則があげられる。

適合性の原則とは、目的達成のためにある手段が適合的であることを意味する⁽²⁰⁾。必要性の原則は、主にドイツ公法領域では目的達成のために必要最小限度の手段でなければならないことを意味する⁽²¹⁾。このとき、目的達成のために制限が少ない他の手段があれば、当該手段は認められない。他方で、ドイツ民法の一部では、必要性の原則が「目的達成のために必要以上の手段であってはいけない」という意味で用いられることもある⁽²²⁾。例えば、比例原則を「過剰介入の禁止」（Übermaßverbot）と同一視し、その中身が必要性と相当性の原則から構成されるとみる見解もある⁽²³⁾。相当性の原則（均衡性の原則）は、目的と手段、当事者間の権利や義務など比較衡量される対象の間に不相当（不釣り合い）な関係があってはならないことを意味する⁽²⁴⁾。

比例原則は法の一般原則であるため⁽²⁵⁾、その適用対象は公法領域にとどまらない。ドイツ法の判例によれば、比例原則は「民法全体に及ぶ」（ganze Zivilrecht beherrschen）ことが明らかにされている⁽²⁶⁾。では、EU 私法・民法では、比例原則を構成する各原則のうちどの原則が適用されるのか。この点に関して学説では見解の相違がみられる。以下でみていこう。

(2) Stark の見解

Stark は、EU 契約法の規定では比例原則が公法と同様の3段階構造

6条1項2文及び6条2項で言及されている禁止は、これらの目的に照らして解釈されなければならない。その点で、通信販売における契約締結によって購入された商品の使用に対する価額償還義務を一般的に課すことは、上記の目的と相容れないと言わざるをえない」。消費者が価額償還義務を負うという結果は、「指令97/7の6条1項2文及び2項の文言及び趣旨に明らかに反する。特に、指令によって消費者に認められた熟慮期間を完全に自由に、かつ、いかなる圧力もなく行使する可能性を奪うことになる。さらに、もし消費者が通信販売における契約締結によって購入した商品をテストし、試用したという理由だけで価額償還義務を負うならば、撤回権の有効性と効率性が損なわれることになる。」

②「しかしながら、指令97/7は、たとえ通信販売での契約締結という特別な状況において消費者を保護するものであるとしても、撤回権を目的に適って行使するために必要な範囲を超える権利を消費者に付与することを目的としていない。それゆえ、指令97/7の目的設定及び特にその6条1項2文及び6条2項に規定されている禁止事項は、原則として加盟国の法規定と対立しない。その規定によれば、消費者が通信販売における契約締結によって購入した商品を信義誠実や不当利得などの民法の原則と相容れない方法で使用した場合、消費者は相当の価額償還義務を負わなければならない。」

③「指令97/7の考慮事由14の最後の文によれば、撤回権の行使の場合に関するさらなる条件と詳細を規定するのは加盟国である。ただし、この加盟国の権限は本指令の目的を遵守して行使されなければならない。特に撤回権の有効性と効率性を損なってはならない。例えば、価額償還の額が商品の購入価格に比べて不釣り合いであること」や、必要な範囲を超えて商品を使用していない旨の立証責任を消費者に課す国内法の制定は禁じられる。

者に費用が課せられるとしても当該費用は商品の返送に直接かかる費用に限定されていなければならない。…撤回権の行使に関してさらなる条件や詳細を規定するのは、加盟国の事柄である。」

通信取引指令 6 条 1 項及び 2 項⁽¹⁵⁾においても通信販売契約において消費者が撤回権を行使した場合に消費者に課せられうる唯一の費用は、商品の返送にかかる直接的な費用に限られる旨の定めがあった。

これに対して、BGB 旧 355 条・357 条⁽¹⁶⁾が準用する BGB 346 条では、債務者には、法定解除の際には受領した給付及び取得した利益を返還することが（1 項）、給付の返還が不可能な場合は価額償還が義務づけられていた（2 項）。

そこで、使用利益の返還又は価額償還を命じる国内法の規定が EU 指令に反するか否かが争われ、欧州司法裁判所へ事件が付託された。

(2) 欧州司法裁判所の判旨

欧州司法裁判所は、以下の判断を下した⁽¹⁷⁾。

①「指令 97/7 の 6 条 1 項及び 2 項によれば、撤回権の行使によって消費者に課せられうる唯一の費用は、商品の返送にかかる直接的な費用のみである。指令 97/7 前文の序文 14 から、商品の直接的な返送費用とは別の費用を消費者に課すことを禁止しているのは、同指令に規定されている撤回権が『単なる形式的な権利を超える』ものであることを保証するためである」。すなわち、「撤回権が負の費用の効果 (Kostenfolgen) と結び付けられるならば、消費者がこの権利行使を控える可能性が生じる。さらに、考慮事由からは、『契約を締結する前に、商品を見たり、役務給付の性質について詳細に知る可能性がない』という通信販売の契約締結に特別な状況において、消費者を保護するために撤回権が設けられているということが明らかになる。つまり、撤回権は購入した商品をテスト (test, prüfen) し、試用するための合理的な期間を消費者に与えることによって、通信販売契約を締結する際に消費者が被る不利益を埋め合わせることを意図している。指令 97/7 の

II 消費者撤回権の行使と消費者の価額償還義務

本章では、分配的解決の具体例として Messner 判決をめぐる議論をみる。判例を確認した後、その解決を支える考え方として比例原則が機能していると捉える学説の見解をみていく。その後、Messner 判決後に制定された新法の議論状況を確認し、分配的解決が立法に結実したことを示していく。

1 Messner 判決⁽¹⁰⁾

(1) 事案の概要と争点

【事案の概要】2005年12月、メスナー氏（以下、「X」とする）はインターネットで通信販売取引業を営む事業者（以下、「Y」とする）から中古のノートパソコン（以下、「本件 PC」とする）を278€で購入した。本件 PC の購入の際に Y がインターネット上に掲載していた約款には、買主は予定していた使用によって生じた商品の劣化に対する価額償還義務⁽¹¹⁾を負う旨が記載されていた。

2006年8月、本件 PC のディスプレイに欠陥が生じた。同月4日、X は Y に本件 PC の修理を求めたが、Y は修理を拒否した。そこで、X は BGB 旧312d 条1項⁽¹²⁾に基づき通信販売契約の撤回権を行使し、Y に278€の返還を求めた。これに対し、Y は、同種のノート PC の市場平均レンタル価格が3ヶ月で118.80€であり、本件 PC を8か月間使用した X は使用利益316€の支払い義務を負うと反論した。Lahr 区裁判所⁽¹³⁾によれば、X は Y から撤回権の指示を受けていなかったため、X の撤回権の行使は撤回期間が進行する前になされた⁽¹⁴⁾と判断された。

【争点】EC 指令97/7の考慮事由 (Erwägungsgrund) 14は、次のような内容であった。「消費者は、実際に契約の締結前に製品をみたり、役務給付の性質を詳細に知る機会を有さない。したがって、この指令に別段の定めがない限り、撤回権が存在するはずである。撤回権が単なる形式的な権利を超えるものであるためには、その行使の場合に消費

う場面（ドイツ民法典〔以下、「BGB」とする〕275条2項）である。

他方で、Ⅱ章以下でとりあげる裁判例については、比例原則がEU（欧州司法裁判所）に向けられていると捉える学説がある。つまり、裁判所による法形成の際に裁判所による過剰な権限行使を比例原則に基づき制限することにより、当事者のリスクを分配する解決を図る場面と考えられている。本稿では、こうした分配的解決を行う際に比例原則が担う機能に焦点を当てていきたい。

2 本稿の構成

以下のⅡ章以下では、EU・ドイツ法を対象に一方当事者の権利行使を認めつつ、その結果が相手方に与える不利益を考慮し、一方当事者に負担が課される場面（分配的解決）の具体例を2つとりあげる。1つは、通信販売における消費者撤回権の行使と消費者の価額償還義務の可否に関する場面である（Ⅱ章）。もう1つは、契約不適合給付における売主の追完拒絶と買主の費用賠償請求権との調整の場面である（Ⅲ章）。ここで、本稿の構成について付言しておく。Ⅱ章でみる Messner 判決に関しては比例原則が表れていると捉える2つの学説があるところ、それらの主張には相違点がみられる。他方、Ⅲ章でみる Weber 判決を比例原則の観点から分析する学説は1つにすぎず、この学説のみでは同原則の全体像を把握しづらい。そこで、比例原則に関する学説の理解を容易にするために、通信販売における消費者撤回権の行使と価額償還義務に関する議論を先にとりあげる。続くⅣ章では、以上のEU法・ドイツ民法の議論を整理する。その上で、売主の過大な追完費用と買主の救済手段のあり方、消費者撤回権と価額償還義務の可否、契約に適合しない給付を受けた債権者自身が追完を行った場合における費用償還の可否の問題を題材に、比例原則の視点から日本法における分配的解決の可能性を探っていきたい。

生じる事業者の不利益を考慮し、例外的に消費者に価額償還が義務づけられた。別の判決では、契約に適合しない物の給付を受けた買主に追完請求権を認める一方、売主に生じる過大な追完費用を考慮して、買主の費用賠償請求権を縮減する判断が示された。その後、欧州司法裁判所の判決の影響を承けて、EU 指令やドイツ民法典の改正が行われた。学説では、このような欧州司法裁判所の解決を支える考え方として比例原則が機能していると指摘されている。

上記の EU 法・ドイツ法の議論は、日本の民法における分配的解決のあり方を検討するにあたって参考となると考えられる。これに加えて、2023年にはマックスプランク研究所において「私法における比例原則」をテーマとしたシンポジウムが開かれる⁽⁵⁾など比例原則への注目が集まっているため、同原則の新たな動向を示す点にも一定の意義があるといえよう。そこで、本稿は上記で概略した EU 法・ドイツ法の判例・学説の議論を詳細に整理し、日本の民法領域における分配的解決の展開可能性を示すことを目的とする。

(3) 従来の研究と本稿の関係性

本稿では EU 法・ドイツ法の分配的解決を支える考え方としての比例原則に着目するところ、筆者はこれまで民法の視点から比例原則に関する研究を行ってきた。そこで、本論に入る前に従来の研究と本稿との関係性について簡単に述べておきたい。

そもそも比例原則は日本法では公法領域を中心に議論がされてきた⁽⁶⁾。一方、近時は、私法・民法領域においても比例原則を用いる見解がみられる⁽⁷⁾。筆者も特にドイツ契約法において私人に比例原則が課せられる場面に焦点をあて⁽⁸⁾、同原則が適用される根拠・意義・機能を考察した⁽⁹⁾。そこでは権利行使が認められるか否かというオール・オア・ナッシングの解決策を採用する際に比例原則が機能していた。例えば、給付から得られる債権者の利益と給付に要する債務者の負担との間に著しい不均衡があるときに債務者の給付拒絶が認められるとい

民法における分配的解決（山田）
 決が原則である。「原告の請求が損害賠償請求以外の請求（例えば、契約に基づく履行請求や、不当利得に基づく利得金返還請求等）である場合には、過失相殺に関する規定は直接適用され」ることはない。また、「その他に裁判所が金額の調整をすることを予定した規定は見当たらない」。したがって、「オール・オア・ナッシングの紛争解決をせざるを得ないようにも思われる」と指摘されている⁽¹⁾。

もっとも、規定がない場面でも例外的に当事者間でリスクを分配する解決が一部では行われている。裁判例や学説では債権者の行為態様を考慮して過失相殺の規定⁽²⁾を類推適用したり、信義則や衡平の観念を根拠に履行請求権や損害賠償請求権を一部制限したりする解決がとられる⁽³⁾。これらに加えて、公序良俗違反の効果の一部無効としたり、違約金の額を縮減したりする解決もみられる⁽⁴⁾。

このような分配的解決は、例えば損害の発生や拡大に両当事者が責任を有する場面では、一方当事者がそのリスクを全面的に負担することにより生じる不都合な結論を回避できる利点を有する。もっとも、一般条項や条理のみを根拠とすると結論に至る判断過程が不明確となる可能性も拭いきれない。そこで、過失相殺の類推適用や一般条項・条理の適用とは異なる方法によって分配的解決を図ることができないだろうか。その判断枠組みを明らかにすることができれば、民法の様々な場面でオール・オア・ナッシングの解決策を見直して分配的解決を図ることへとつながるのではないだろうか。

(2) 分析の視角と本稿の目的・意義

一七二（三三二）
 上記の問題意識をふまえて欧州司法裁判所の判例をみると、興味深い動向を見出すことができる。そこでは一方当事者Aの権利行使を認めつつ、権利行使によって生じる相手方Bの不利益を考慮し、Aに負担を課したり、Aの権利行使を縮減して両当事者の利益を考慮した解決策が採用されている。具体的には欧州司法裁判所の判決では、通信販売において消費者による撤回権の行使を認めつつ、その行使により

民法における分配的解決

——EU法・ドイツ法の比例原則の新たな動向——

山 田 孝 紀

【目次】

- I 序論
- II 消費者撤回権の行使と消費者の価額償還義務
- III 過大な追完費用による売主の追完拒絶と買主の相当な費用賠償
- IV EU法・ドイツ法の議論の整理と日本法の検討
- V 結論

I 序論

1 日本法の議論状況と本稿の目的

(1) 問題意識

民法では損害賠償額や契約に要する費用を当事者間で分配することを定める規定がある。例えば、債権者に損害の発生又は拡大に関して過失がある場合には当該過失を考慮して損害賠償額が減額されうる（民法418条・722条2項）。また、境界標・囲障の設置及び保存の費用（民法224条・226条）や売買契約に関する費用（民法558条）は、当事者が等しい割合で負担する。本稿では、このように当事者間でリスクを分配する解決のことを「分配的解決」と称する。

一方、このような規定がない場合のリスク分配のあり方は、権利が認められるか、認められないかというオール・オア・ナッシングの解

- (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

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。

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

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。

掲載論文の取り下げについて

令和6年4月16日、執筆者本人より、機関誌編集委員会委員長に対して、研究倫理上の問題（先行研究を盗用した行為）を理由として、以下の論文の取り下げ申請がありました。本委員会は当該論文の取り下げが妥当と判断し、執筆者の申請を受理して、当該論文を取り下げることにいたしました。

藤川 信夫

コーポレート・ガバナンス・コードと説明責任

——株主総会のベストプラクティスならびに金融商品取引法における「相当な注意」の履行に係る判例の交錯、英国法における不実開示責任および米国ショートターミズム——

平成28年12月発行、『日本法学』第82巻第3号，527－595頁

令和6年5月9日

日本大学法学部機関誌編集委員会

- 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

執筆者紹介

掲載順

菅原 貴与志 日本大学教授
 田中 夏樹 日本大学准教授
 西山 敏夫 日本大学非常勤講師
 高畑 英一郎 日本大学教授
 黒田 佳祐 日本大学大学院法学研究科
 博士後期課程
 山田 孝紀 日本大学准教授

機関誌編集委員会

委員長 柳瀬 昇
 副委員長 竹本 亨
 委員 原山 浩介
 石橋 正孝
 大岡 聡也
 大久保 拓也
 小野 美典
 加藤 雅之
 黒滝 真理子
 小林 聡明
 高畑 英一郎
 友岡 史仁
 中山 明彦
 野村 和彦
 松島 雪江
 山本 直夫
 渡辺 徳夫
 池田 直史
 杉本 竜也
 生垣 琴絵
 大野 久敏

日本法学第九十卷第二号

令和六年九月二十日 印刷
 令和六年九月三十日 発行
 非売品

編集責任者 小田 司
 日本大学法学会

発行者 日本大学法学会
 電話〇三(五二七五)八五三〇番

印刷所 株式会社メデイオ
 東京都千代田区神田猿樂町二丁目四A&Xビル
 電話〇三(三二九六)八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 90 No. 2 September 2024

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Takayoshi Sugawara, *Current Status of Shareholder Proposal Rights
— In Light of the Latest Trends in Human Rights Due
Diligence and Shareholder Activism*

Natsuki Tanaka, *Kategorisierung des „Handeln unter fremder Nummer“
und Bestimmung der Vertragsparteien*

Toshio Nishiyama, *A New Form of Conveyance in The Land Law in
Modern England-Bargain and Sale Coupled with Lease
and Release*

CASE COMMENT

Eiichiro Takahata, *Case Note, Trump v. Anderson, 601 U.S. 100 (2024)*

CASE COMMENT

Keisuke Kuroda, *Breach of Directors Duty of Care and the Recognized
Legal Violation Exclusion Clause in Directors and
Officers Liability Insurance*

ARTICLE

Takanori Yamada, *Die Verteilungsgerechte Lösungen im Bürgerlichen
Recht : Neue Entwicklungen des
Verhältnismäßigkeitsprinzips im EU-Recht und
deutschen Recht*